



自由軟體之著作權問題研究

賴文智*

壹、自由軟體運動與著作權法

一、自由軟體運動的歷史簡介

自由軟體(Free Software)運動可由史托曼(Richard M. Stallman)於西元 1984 年設立自由軟體基金會(Free Software Foundation, FSF)開始，史托曼對於當時電腦軟體廠商限制電腦程式原始碼公開的趨勢，希望能夠尋找有志之士共同推動軟體自由分享、研究之概念。知名的自由軟體授權契約 GNU General Public License (GNU GPL or GPL)，以軟體授權契約的模式促使更多程式設計師就其利用 GPL 軟體所開發的程式參與自由軟體運動，即為自由軟體基金會的重要成就。現今最著名的自由軟體程式—Linux 及其相關程式，則是西元 1991 年由芬蘭的大學生托瓦茲(Linus Torvalds)撰寫出系統核心程式，並採用 GNU GPL 開放予公眾自由重製、散布、修改，由全世界許許多多投入 Linux 的程式設計師、企業逐步累積而成。同時期另一個知名的自由軟體授權模式，則是 BSD(Berkeley Software Distribution)授權架構。BSD 為美國加州大學柏克萊分校在協助 AT&T 公司開發、完善 Unix 系統時，所另行釋出的自由軟體版本，其後因授權條款及開發社群著重方向的不同，衍生出像 Free BSD、NetBSD、OpenBSD 等不同的計畫。

源於自由軟體運動所傳達電腦軟體原始碼自由重製、散布、修改的觀念，有部分參與人士認為採用 Free Software 容易引發企業及使用者對於「Free」的誤解，僅將自由軟體定位在「免費」，而未理解其後的「自

收稿日：96 年 1 月 8 日

* 益思科技法律事務所律師、台大法研所碩士

由開放」的觀念，更可能因「免費」即等於「品質不佳」的連結，不利於自由軟體的推廣，故另有開放原始碼倡議組織(Open Source Initiative, OSI)的成立，對於符合該組織開放原始碼定義的授權契約予以認證，對於開放原始碼軟體對企業及個人使用者的推廣，有相當程度的幫助。因此，一般在提及「自由軟體」的用語時，目前皆泛指這類在軟體產業逐漸走向封閉原始碼的趨勢中，促使軟體原始碼開放的運動，可稱為自由／開放原始碼軟體(F/OSS, or FOSS)運動，但各別組織仍然因其理念的不同，而對於自由軟體或開放原始碼軟體有不同定義。

二、電腦程式與著作權保護

由著作權法的角度來觀察自由／開放原始碼軟體運動，首先，應先觀察有關於電腦程式納入著作權法保護的歷史。電腦程式作為一種新興的無形資產，究竟應以何種方式保護，在 1970 年代電腦軟體產業初具雛型時，即引起相當多的討論。美國國會在西元 1974 年設立「著作新科技使用委員會(National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works; CONTU)」，於 1978 年所提出之最終報告中，提出著作權法在修正時的三個建議：(1)電腦程式屬於作者的原始創作的範圍，應使其明確納入受著作權法保護之客體；(2)刪除當時的第 117 條以因應所有受著作權法保護之電腦程式之電腦使用適用相關規定；(3)確保合法的電腦程式複本之持有人得為其本身使用之目的使用或改寫該電腦程式¹。其後，於 1980 年美國著作權法即依 CONTU 之建議，將電腦程式納入著作權法保護，成為世界各國透過著作權法保護電腦程式的開端。我國於民國 74 年著作權法修法時，亦將電腦程式著作納入著作權法保護的著作類型。至於在國際條約方面，1996 年 WIPO 著作權條約第 4

¹ 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. 請參見，<http://digital-law-online.info/CONTU/contu2.html>, 2006/12/27 visited.



條，也明確地規定「電腦程式作為伯恩公約第二條意義下的文學作品受到保護，此種保護適用於各電腦程式，而無論其表達方式或表達形式如何。」

(一)「原始碼」與「目的碼」的同一性

電腦程式的原始碼，其通常以高階程式語言的形式撰寫，呈現的方式與一般的語文著作大致相同，因此，原始碼受到著作權法保護並無疑義。然而，原始碼須透過各該程式語言的編譯器，編譯為電腦可以直接讀取、執行的二位元編碼，即一般所稱的目的碼(Object Code)。目的碼並沒有辦法像書籍、美術作品、攝影作品等其他的著作類型，以人類的感器輔以機器設備直接感知其著作內容，是否屬於著作權法所保護的客體，在電腦程式著作受保護的初期，亦曾引起相當的爭論。

在美國早期的判決(Data Cash Systems Inc. v. JS&A Group Inc.; Tandy Corp. v. Personal Micro Computers Inc.)中，對此即有相當之爭執，採否定看法者認為目的碼並非著作權法上的著作，蓋傳統著作權法之著作係將創作者心中之概念，以五官可見到及認識了解的方式表達出來，亦即需包含人類心靈智力之創見；而目的碼既係由編譯程式所完成之機械語言，非由人類所寫成，故並非人類心智能力所直接創作而成之著作，此外，人類並無法直接了解目的碼，故目的碼亦欠缺著作應有的由作者傳遞表達其概念予人類的要件，總之目的碼應不屬於著作權法所保護之著作²。

1983年美國第三巡迴上訴法院於Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.案³，法院針對本案中有關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。第101條文字著作

² 請參照，林惠文，淺談我國對電腦程式著作之保護，<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=35&act=read&id=38>, 2006/09/21 visited.

³ 請參照，http://samsara.cwru.edu/comp_law/apple.html, 2006/09/21 visited.

本月專題

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。」

(二)著作權法僅保護表達不保護思想

著作權法第 10 條之 1 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。」電腦程式作為一種受著作權法保護的著作類型，其尋求著作權法的保護時，自應受著作權法過去所建立的原理、原則的規範，僅保護表達不保護思想的立法原則亦適用。故電腦程式著作中所蘊含的「思想」、「程序」、「系統」、「操作方法」、「概念」、「原理」等，皆不受著作權法保護，其他人可以透過學習既有的電腦程式著作，而另為平行的獨立創作，並不會有侵害電腦程式著作權的問題。

由於電腦軟體產業日趨競爭，為了延長競爭對手透過研讀原始碼獨立開發競爭產品的時程，設法將電腦程式原始碼以各種編碼方式隱藏，而在市場上銷售僅含目的碼的電腦程式，即成為多數電腦軟體廠商在商業競爭下不得不然的選擇。

三、自由軟體運動在著作權法的定位？

由自由軟體運動與美國著作權法保護電腦程式的年代加以觀察，可以發現自由軟體運動與著作權法納入電腦程式的保護，皆是在反應 1970 至 1980 年代，社會對於電腦軟體發展的不同面向的看法。就產業面而言，因應著作權法保護電腦程式著作的特殊性（目的碼與原始碼具有同一性、只保護表達不保護思想），導致軟體廠商逐漸封閉原始碼，可說是緣於電腦程式這個新的人類創作類型，在透過既有的著作權法制保護時，仍有不足或不協調之處；就主張軟體自由的程式設計師而言，著作權法給予軟體廠商的保護實屬過當，廠商將原本可以自由分享的原始碼封閉是一種不良的示範，透過軟體自由的概念，應可以電腦程式為人類



做出更大的貢獻，而不應任由軟體廠商為其商業目的而封閉原始碼，徒然浪費社會資源。

由著作權法制的面向來觀察，自由軟體基金會固然是由哲學的角度，宣示「Copyleft」這種反著作權的立場，但其所採取的自由軟體運動的模式，乃是透過著作權法賦予電腦程式著作權的保護，進一步透過通用公共授權契約迫使希望利用 GPL 軟體的程式開發者，將其利用 GPL 軟體所創作的成果，加入自由軟體的陣營。至於開放原始碼程式的部分，其反著作權的色彩並不如自由軟體這麼強烈，但其同樣具有向公眾開放原始碼及利用著作權法自我保護（授權契約中的免責約款及授權條件）的特色。然而，無論其哲學主張如何，自由／開放原始碼軟體乃是著作權法第 5 條所例示的電腦程式著作，其著作權人自得依第 37 條規定，以其著作財產權人之身分，對外從事各項授權活動，當無疑義。

自由／開放原始碼運動除使社會大眾了解電腦程式的取得與銷售，存在一種選擇的可能性之外，同時也強化吾人必須承認電腦程式著作乃是一種人類自我表現、具有文化意涵的創作形態。若吾人嘗試回到 1970 年代，各界討論是否應以著作權法保護電腦程式時，社會上對於電腦程式著作產出及應用的常態，電腦程式至少是以「可閱讀」的形態出現。這也是回應自由軟體基金會創始人托瓦茲主張只是想回復到電腦程式在早期自由流通、分享原始碼的狀態。本研究認為，自由／開放原始碼軟體的存在，其實強化了透過著作權法保護電腦程式的正當性，亦即，因有程式設計師願意將其電腦程式原始碼向公眾流通，就如同有作者願意將其語文、音樂、美術等著作向公眾流通，使得公眾得以在這些流通的著作中吸取文化的養份，進而從事各種創作，也間接使得未向公眾公開、流通的著作，具有受到著作權法保護的正當性。

貳、自由軟體授權契約成立與生效

自由／開放原始碼軟體的授權契約，採取附隨軟體散布的方式，並非自由軟體基金會所發明的方式。在 1981 年底即有 PC-TALK、EASY-FILE 等程式的設計師，率先採取異於當時軟體銷售模式，讓人先

本月專題

試用其所開發之軟體，滿意後再行付費或捐獻的共享軟體(Shareware)的銷售或經營模式⁴。在這樣的模式下，通常使用者依據共享軟體中所附隨的授權契約，得以散布該軟體，並依該授權契約進行軟體使用，甚至對於共享軟體的散布，收取一些重製、散布的成本費用，亦在這類授權契約允許的範圍內。

以下即簡單介紹發生在德國的 GPL 違約訴訟案，及國內第一起共享軟體的訴訟案件，供讀者參考。

一、Harald Welte v. Sitecom Deutschland GmbH 案

Harald Welte 是 Linux 著名的防火牆軟體 netfilter/iptables 的核心成員，為該軟體維護者，負責該軟體發展專案，也是知名的 GPL-violations 計畫⁵的主要推動者。Harald Welte 在 2004 年 3 月 18 日向 Sitecom 公司發出違反 GPL 的信函，Sitecom 公司拒絕依 Harald Welte 要求改善，Harald Welte 遂於同年 4 月 1 日在德國慕尼黑地方法院對 Sitecom 公司德國子公司提起訴訟，要求 Sitecom 在散布 netfilter/iptables 時，必須一併提供程式原始碼以及 GPL 的授權文字內容。法院在判決理由書中，首先針對 Harald Welte 至少是 netfilter/iptables 軟體的共同作者之一加以確認，其次，法院認為使用者在其開發及散布軟體時，為使其前行為安全且有效，應自行了解這些授權合約，因此，雖然法院沒有直接針對 GPL 的成立及其效力由契約法的角度加以討論，而採取直接承認在本案中 GPL 為雙方間有關該程式利用之契約，主要重點在於討論 GPL 是否屬德國法下的一般交易條款及其效力。

本案可說是各國法院第一起承認 GPL 效力的訴訟案件，對於自由軟體運動是相當大的鼓舞，而其後 Harald Welte 又與許多知名公司就違反 GPL 的案件和解，其中包括：Siemens、Fujitsu-Siemens、Asus、Belkin

⁴ see, Michael E. Callahan, The History of Shareware, <http://paulspicks.com/history.asp>, 2006/09/24 visited.

⁵ 該計畫網站：<http://gpl-violations.org/>, 2006/09/25 visited.



等公司，而對 Fortinet 公司提出假處分（preliminary injunction）申請⁶、對 D-Link 公司提出違反 GPL 的訴訟，要求給付其從事測試及還原工程等以發現違反 GPL 的相關費用⁷等案件，雖然由新聞稿中觀察多數案件被指稱為違反 GPL 的廠商，皆有爭執 GPL 的效力，但顯然 GPL 在德國司法實務已承認其具有法律效力，而多數廠商亦採取和解或依權利人主張聲明使用自由軟體並釋出原始碼的方式加以處理。

二、中國象棋視窗版案

事實上，我國早在民國 87 年，即有針對 shareware 的侵權訴訟，亦屬於對於此類開放授權契約違約的訴訟類型，即中國象棋 v. 1.0 視窗版的著作權侵害案。告訴人吳身潤為中國象棋 v. 1.0 視窗版的著作權人，以「Sheniun Wu」的英文名字發布於清華大學教育網路，並明白宣示除作者外，任何人不得做修正，保有著作權，但得自由散布。告訴人於其 1996 年出版之「電腦象棋人工智慧程式設計」一書中版權所有頁，表示「可以自由發行，但不可收費，包括全部檔案在內，若要收費，以不超過 30 元為限」。至於告訴人在網路上的版本，則又事後發布修正電腦程式時，修正其聲明，另加以「不能以之販售得利及只能少量散布」之條件。

本案第一審法院雖認定被告無侵害著作權之故意，故為無罪之判決，然則，第二審法院⁸則認為只要是販售的金額超過中國象棋 V1.0 版作者所授權之得以新台幣 30 元以下之成本散布之限制，即屬違反授權條款，因此，判決被告有罪。雖然刑事訴訟的重點並不在於討論共享軟體授權契約的有效性，但吾人亦可發現法院對於此類以開放授權模式進

⁶ 請參閱，<http://gpl-violations.org/news/20050414-fortinet-injunction.html>, 2006/09/27 visited.

⁷ 請參閱，http://gpl-violations.org/news/20060922-dlink-judgement_frankfurt.html, 2006/10/21 visited. Mayank Sharma, GPL passes acid test in German court, <http://www.linux.com/article.pl?sid=06/09/24/1252212>, 2006/10/21 visited.

⁸ 請參閱，台灣高等法院八十八年度上訴字第六九號判決。

行的新興電腦軟體的授權，採取正面、肯定的態度，至少在著作利用人主張該契約之效力時，著作權人是不能否認，某程度至少肯認著作權人所為之開放性的著作聲明，屬於應受拘束的「要約」。

三、由國內法角度看開放授權契約的效力

依著作權法第 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。」電腦程式著作的著作權人，依其著作財產權人之身分，自得以授權他人利用著作。由於國內並未將著作授權定性為單方行為，由前開條文有關依當事人之「約定」，可知著作財產權之授權，應以契約方式為之。

依民法第 153 條規定，契約之意思表示，須一方為要約，他方為承諾，始成立契約。就自由／開放原始碼軟體的授權契約而言，電腦程式的著作權人，可認為是以電腦程式附隨授權契約散布的方式，向不特定人進行「要約」，因著作權人有受其「要約」拘束之意思，故此一行為並非「要約之引誘」，而是屬於具有拘束力的「要約」行為。

至於在授權契約的「承諾」方面，由於自由／開放原始碼軟體並沒有要求利用人必須為「承諾」的通知，而事實上，利用人也很難為「承諾」的通知，因此，須利用有關於意思實現之規定處理。依民法第 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(第一項)。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(第二項)。」

以 GPL 為例，第 5 條規定：「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。」前開條文應可認為採取 GPL 為授權契約的自由軟體，其著作權人（即要約人），於要約



當時已預先聲明承諾無須通知，故可適用有關民法第 161 條規定。即令其他開放原始碼授權契約，可能未必有類似的文字，但由於無論是共享軟體或自由／開放原始碼軟體，此種將授權契約附隨於軟體散布時的授權模式，應可認為屬於「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者」。

參、開放授權契約的用語與著作權法議題

一、著作人及著作權的歸屬

(一)共同著作

在自由／開放原始碼的開發專案中，參與者是為了共同創作某個電腦程式開發專案而投入創作，故若多數參與者所共同創作的電腦程式不能分離利用者，則屬於著作權法第 8 條所稱的「共同創作」。在這些的軟體開發專案中，通常會有一個或少數人作為該專案的維護者或管理者，負責該專案之架構規劃、工作分配、進度管理等，通常也實際負責專案軟體的一部分的撰擬工作，這些人通常可認定是共同著作的著作人，至於其他參與專案的人員，必須視其實際是否負責程式的撰擬，以及其所撰擬的程式，是否最後被採納為軟體專案的一部分來決定其是否為該軟體開發專案成果的共同著作人。

雖然依著作權法第 40 條及第 40 條之 1，對於共同著作的著作權的行使，要求須經全體著作權人同意，但在自由／開放原始碼軟體開發專案中，參與者在參與的同時，即已知悉並同意該專案之成果將以特定的授權契約方式進行開放授權，因此，可說是已取得全體共有人的同意⁹。比較有意義的是在共同著作著作權的行使方面，我國著作權法第 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

⁹ 本研究認為，單純以相同的授權契約進行電腦程式的開發，多數的創作者間缺乏共同創作的意思聯絡，故若有創作行為投入時，僅能視為對於他人已開發著作的「改作」，而非與他人成為共同著作人。但在同一軟體開發專案中，各參與人共同規劃軟體架構、接受工作分配等事宜，則屬共同創作的意思聯絡，其所產出的電腦程式，應屬共同著作。

本月專題

規定，請求救濟，並得按其應有部分，請求損害賠償(第一項)。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(第二項)。」故在著作權侵害的訴訟方面，若各國也有類似的規定時，則單一的共同著作人即可自行提起侵害著作權的訴訟，並得就其應有部分請求損害賠償。

(二)改作著作

對於他人已經完成的自由／開放原始碼軟體，若加上自己的創意而另為創作時，著作權法第3條第1項第11款規定，可認為是一種「改作著作」，並由改作之人取得一個獨立的著作權¹⁰。在自由／開放原始碼軟體的開放授權模式下，比較值得討論的是，究竟改作著作的授權，是由改作著作的著作權人授權予利用人，還是原著作權人與改作著作的著作權人一起授權予利用人？

首先應該確認的是，改作著作並不是共同著作，因為原著作權人並沒有與改作人「共同」完成著作的意思聯絡，因此，不需要原著作權人與改作人共同對外進行授權。其次，依我國著作權法規定，改作著作的著作權人擁有獨立的著作權，因此，可獨立對外授權他人使用，但其對外授權時，亦應遵守原著作權人之授權契約。在這樣推論的邏輯下，可說在屬於改作著作的自由／開放原始碼授權關係，應該是由改作著作的著作權人在原授權契約的條件下，就改作著作的整體，獨立授權予改作

¹⁰ 國內學者有認為在 GPL 規定下，軟體著作應屬於共同著作，主要是因為開放原始碼軟體須符合著作權法之規定。若有被授權人修改開放原始碼，並符合 GPL 第二條(a)項規定，註明其修改的檔案與日期，且所修改之程式無法分離使用，則符合共同著作之定義。請參照，楊智傑、李憲隆，開放原始碼授權契約之法律與策略分析，智慧財產權月刊 58 期，頁 6-31，92 年 10 月。然則，本研究認為，共同著作並非僅一方有為共同創作之意思即可，由 GPL 規定觀之，其應屬授權公眾進行改作，而非概括性地與修改人產生意思聯絡，進行共同著作之創作。故在自由／開放原始碼軟體專案已初步完成時，該軟體之著作即受保護，且著作人（共同著作人）亦已確定，事後依據 GPL 或其他開放授權契約修改該軟體之人，應屬於「重製」或「改作」該軟體，而非因其修改該軟體之程式碼，而使其成為該軟體之共同著作人。



著作的利用人¹¹。但是，改作著作的利用人若違反授權契約時，因為可能同時構成對於原著作的著作權的侵害，因此，原著作的著作權人亦有直接向該利用人主張著作權侵害之可能。

當然，若是在自由／開放原始碼的授權契約中，規定當修改原著作後再行散布的情形，有關該改作著作中原著作的部分，係由原著作權人直接依授權契約授予利用人，此時，亦不排除著作權人可就原著作的部分，獨立依授權契約的規定，對於違約的使用者進行違約的訴訟。

(三)結合著作

結合著作乃是指多數人為共同利用之目的，將其著作互相結合者。該結合之多數著作於創作之際並無共同關係，各著作間復可為獨立分離而個別利用，故為結合著作。…我國著作權法並未對結合著作之著作人內部關係有任何規定，解釋上個別著作之著作人獨立享有完整著作權，其間之權利義務依雙方之契約定之¹²。電腦程式亦有可能有結合著作的可能性，問題即在於如何計算「一個」獨立的電腦程式著作，以及如何判斷各著作間是否可獨立分離而個別利用。

電腦程式若以類似語文著作的形式存在，比較容易可以辨認出其是否為獨立著作，例如：一本書我們會當作一個獨立的著作，其中部分章節我們不會當作一個獨立的著作。但是，現今的電腦程式著作往往是以數個不同檔案的方式存在，彼此之間又有一定程度的連結，無法用單一檔案判斷著作的個數，故應回歸到著作權法的原則，以著作是否已達到著作人所預期之目標，而判斷其是否屬於獨立著作。在這樣主觀的判斷

¹¹ 但本研究亦不排除於改作著作的情形，由原電腦程式著作的著作權人就該部分為授權，而改作著作的著作權人，僅就改作之部分為授權，但應限於改作著作可與原電腦程式著作明確辨別的情形，例如：在不改變原有電腦程式著作的情形下，以 patch files 的方式釋出修改版本，由使用者自行執行 patch files 進行修改或升級。當然，若從事修改之人並未投入著作權法所認定的創意活動，而使其取得一個改作著作的著作權時，則其對外釋出修改後版本的行為，亦非對於其接受者進行授權，仍然是由原著作權人對於其接受者進行授權。

¹² 請參照，羅明通，著作權法論 I，頁 263。

本月專題

原則下，亦須有最低的客觀標準，即該電腦程式著作至少須達到具有輸入、處理（演算法）及輸出，可達成特定工作結果（功能）之程度，若其符合著作權法保護的要件，即應屬獨立的電腦程式著作，受我國著作權法保護。

由於我國並未就結合著作加以規範，因此，當程式設計師在未更動他人電腦程式的情形下，使自己的電腦程式與該他人的電腦程式結合而發揮其功能，就著作權法的角度而言，恐難認為是「改作著作」，雙方亦無共同創作之意思聯絡，故僅能以獨立的二個不同的著作加以處理。在自由／開放原始碼軟體的情形，即有可能產生將數個獨立的電腦程式包裹對外提供的情形，由於並未涉及對他人軟體的改作，若僅就他人軟體的部分依原有的授權契約散布，但自行開發的軟體則未公布原始碼，僅授權其客戶無償使用，這樣的情形對自由軟體基金會而言，恐怕明顯是一種規避或違反 GPL 的行為，但就著作權法而言，仍有合法的空間存在，乃是目前 GPL 最大的爭議之一。

二、修改與散布

開放授權契約由於撰擬者未必考量各國著作權法制差異，故其用語可能產生解釋的困難。以 GPL 為例，其所使用的「modify」、「distribute」等用語，一般在翻譯會使用「改作」、「散布」，即容易產生是否須依我國著作權法定義解釋的問題，茲簡單說明如下：

（一）修改與改作

就自由軟體基金會的角度而言，「modify」一字的意義，應遠大於我國著作權法的「改作」。按依著作權法第 3 條第 1 項第 11 款規定：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」學者將「改作」定義中的「創作」用語，認為我國著作權法所稱「改作」，須具有「原創性」或「創作性」。若將 GPL 的「modify」一字譯為「改作」，則將使 GPL 適用的範圍大幅限縮。

本研究認為，GPL 的「modify」一字，宜譯為「修改」。依我國著



作權法，若是對於他人著作的「修改」，未另行注入自己的創意，則應屬於「重製權」的範疇，若另行注入自己的創意，則應屬於「改作權」的範疇。惟無論屬於著作權人「重製權」或「改作權」的範疇，著作利用人均應依著作權人之授權契約內容履行，始可避免超出授權契約範圍，而成侵害著作權的問題。至於在 GPL 中因「modify」所產出的「derivative work」，在前述理解下，自然不宜譯為「衍生著作」，而應譯為「衍生作品」，以避免與我國著作權法上應取得獨立著作權的「衍生著作」混淆。

(二) 散布

按依著作權法第 3 條第 1 項第 12 款規定：「散布：指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。」著作權法有關散布的定義，與 GPL 所使用的「distribute」，亦有所不同。著作權法的「散布」主要應指「有體物」的散布，亦即，著作附隨於紙張、磁片、光碟等各種載體後，將載體透過讓與、贈與、出租、出借等方式，向不特定人或特定多數人進行交易或流通。理論上，透過網際網路進行著作的流通，亦可屬於「散布」的範疇，惟「散布」在立法時，解釋上應未慮及透過網際網路此種無實體媒體的散布，恐仍有爭議。然而，GPL 所指之「distribute」則包括一對一的交易流通¹³，但 GPL 亦同樣面臨以網際網

¹³ 在自由軟體基金會有關 GPL 的常見問題中，對於能否利用 GPL 軟體為他人開發程式進行解答。其回答中提及委託人有權利就開發商所交付之修改版本決定是否進行再散布的行為，推理上可了解自由軟體基金會認為當開發商交付其依合約所開發之 GPL 軟體之修改版本後，其交付行為即構成 GPL 之「distribute」，故委託人除依合約取得權利外，亦獨立依據 GPL 取得權利。否則，委託人是否得再散布該修改後之程式，即應由委託人與開發商間的合約決定，而非得依 GPL 主張權利。其問答之原文如下：「Does the GPL allow me to develop a modified version under a nondisclosure agreement? Yes. For instance, you can accept a contract to develop changes and agree not to release your changes until the client says ok. This is permitted because in this case no GPL-covered code is being distributed under an NDA. You can also release your changes to the client under the GPL, but agree not to release them to anyone else unless the client says ok. In this case, too, no GPL-covered code is being distributed under an NDA, or under any additional restrictions. The GPL would give the client the right to redistribute your version. In this scenario, the client will probably choose not to exercise that right, but does have the right.」

本月專題

路進行「distribute」在解釋上可能面臨的困難。因為許多國家將「散布」定位在附隨實體物的出售、出租、出借等行為，而不包括像是公開傳輸或其他無形方式的傳布。雖然美國並未特別因應網際網路新增公開傳輸權，但有關透過網路進行著作散布或利用究竟如何規範，確實成為自由／開放原始碼授權契約討論的重點¹⁴。針對此點，GPL 第三版的討論草案中，已經「distribute」改為較廣的「convey」，亦針對像是 P2P 這種方式進行 GPL 軟體的分享，因 P2P 在下載時同時可能就分享予其他人下載，若亦屬「distribute」的範圍，無異是使著作利用人在完全不清楚著作內容及授權條件的情形下，被迫接受 GPL 的內容，故亦將 P2P 的利用情形加以排除。

然而，隨著目前像是 Ajax 這種網頁互動程式的流行，廠商利用瀏覽器及伺服器端的程式，無須透過將軟體提供予消費者，即可達到提供消費者軟體各項功能服務的目的，例如：Google 公司的 Gmail、Calendar、Docs & Spreadsheets 等服務，可以直接在線上提供電子郵件、行事曆、文書處理及試算表等服務，無須像微軟公司一樣須將軟體提供予消費者，並安裝在消費者端的電腦上執行。這樣的軟體服務提供模式，對於 GPL 這樣的授權模式，顯然將造成其授權契約控制力的下降。舉例而言，A 公司利用某 B 這個 GPL 軟體開發出 B+ 的 Ajax 軟體，透過 A 公司網站提供消費者線上繪圖的功能，並向消費者收取使用 B+ 軟體的費用。對於 A 公司而言，其並未將 B+ 這個軟體「distribute」或「convey」予第三人，因為一直都放在 A 公司的伺服器端，因此，A 公司亦不負有揭露原始碼及依 GPL 授權予他人利用之義務，等於是利用 GPL 社群的成果進行營利，但並未依 GPL 貢獻其創作成果。

¹⁴ 請參考，葛東梅，ASP 與自由／開放源碼軟體的散布條款，http://www.openfoundry.org/article.pl?sid=06/11/26/1520224&issue=70&extra_header=%0A%E7%AC%AC70%E6%9C%9F:%20Sun%20%E5%AE%A3%E4%BD%88%20Java%20%E5%B0%87%E6%8E%A1%E7%94%A8%20GPL%0A, 2006/12/16 visited.



三、獨立與衍生的電腦程式著作

GPL 最具爭議性的問題，即為在 GPL 中所提到的「a "work based on the Program" means either the Program or any derivative work under copyright law」究竟應如何解釋。有學者主張「derivative work」係依據 GPL 而為獨自之定義，不應與著作權法上之概念相連結而混淆；另一方面，亦有學者主張因為 GPL 中「under copyright law」之文字，因此應該依據 GPL 授權契約準據法中有管轄權國家的著作權法來評價是否屬於「derivative work」¹⁵。就我國著作權法而言，「derivative work」譯為「衍生著作」自然較容易為國人所理解。但亦會產生以我國的「衍生著作」的概念去解釋「derivative work」，可能產生與其他國家解釋不同的問題，反而可能造成國內企業的困擾。

自由軟體基金會在撰寫 GPL 時所使用「a "work based on the Program" means either the Program or any derivative work under copyright law」，觀察其就 GPL 所做之解釋，顯然並未採美國著作權法之解釋，對於「derivative work」加上「原創性」的要件，反而是自行採取更寬鬆的見解，可說只要在一個程式中使用到 GPL 軟體，無論是何種方式的使用，皆構成其所謂的「derivative work」，這也引起許多的爭論，認為自由軟體基金會顯然過分擴張解釋 GPL 內容，目前爭議仍大。

四、著作人格權問題的處理

著作權的授權契約，若由著作權法第 37 條加以觀察，基本上是處理有關於著作財產權的問題。但是，在著作權法採取二元論的國家，有關於著作人格權的問題，仍須於授權契約中一併加以處理，否則，同樣可能造成利用人的困擾。目前自由／開放原始碼軟體的授權契約，主要的重點仍在於「姓名表示權」的部分。然而，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、

¹⁵ 請參閱，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，頁 6-7。

本月專題

形式或名目致損害其名譽之權利。」

自由／開放原始碼軟體的授權契約中，雖然將改作權授予利用人，但此並不代表利用人進行改作時，不可能會有侵害「禁止不當變更權」的情形發生。本研究認為，以電腦程式的特性，本來即須因應各種情形進行除錯、因應操作系統、環境等變更進行修改等，故侵害「禁止不當變更權」的情形，應該極為少見，但為避免利用人在採用自由／開放原始碼軟體的無謂風險，仍宜於此類開放授權契約中，加上有關不行使此部分的著作人格權的約款。

五、授權條款與合理使用

自由軟體的授權條款，尤其是 GNU GPL，並非提供被授權人無限制的自由，亦可能對於利用人透過授權條款加諸種種限制。因此，在檢討自由軟體相關的著作權議題時，亦須處理自由軟體之授權條款，是否是基於其電腦程式依法享有的著作權，無逾越其受著作權法保護之權利範圍及是否尊重著作權法規定著作利用人所享有之合理使用的空間等。

此一議題較值得注意者，為我國著作權法第 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。」與 GNU GPL 或類似的自由軟體授權契約中，有關於衍生著作或受授權契約拘束範圍的電腦程式的認定。若是一電腦程式，依據著作權法第 52 條規定，在合理範圍內，「引用」已公開發表之自由軟體之部分程式碼，依據著作權法規定，屬於合理使用，完全是一個獨立的著作，著作權人有權依其個人意願，決定著作對外授權的方式。

然而，若其所引用之電腦程式著作，採用 GNU GPL 之授權，由於在 GPL 中有關於衍生(derived)的定義並不清楚，很可能會產生依據我國著作權法尚未構成第 3 條所定義之「改作」之情形，而屬於依據第 52 條屬於合理使用中的「引用」，但仍被自由軟體基金會認定屬於 GPL 所稱之衍生(derived)之情形，此即可能產生與我國著作權法合理使用規定之衝突。



肆、企業常見的自由／開放原始碼軟體問題

一、自由／開放原始碼軟體與企業智權保護政策

對於國內廠商而言，自由／開放原始碼的專案計畫，多非國內廠商所自行發起或主導，反而多處於利用者的角度看待自由／開放原始碼軟體運動。在這種發展的模式下，本研究認為下述幾點是在企業採用自由／開放原始碼軟體時，其智慧財產權保護政策所應注意者：

(一)區別核心智權，採取隔離措施

由於電腦程式往往具有跨國交易、流通的特性，因此，單純就國內著作權法解釋自由／開放原始碼授權契約，對於企業而言，除在國內遭遇相關訴訟外，並沒有太大的實益。以發生在德國的 GPL 的訴訟案件為例，著作權人會尋求對其成本最低的法律環境進行訴訟，而利用人因跨國銷售的關係，往往在訴訟繫屬國會有關係企業或子公司，至少有銷售代理商存在，此時以國內著作權法作為抗辯對於此類開放授權契約的解釋，恐有困難。在此類開放授權契約解釋上具有相當程度的模糊的情形，企業欲保護自己的創作成果，最佳的方式即是區別核心智慧財產權，對於核心智慧財產權採取絕對的隔離措施，不與自由／開放原始碼軟體共同發布或使用，以避免因採用自由／開放原始碼軟體而導致被競爭對手探知營業秘密的結果。

即令部分自行開發的程式，有使用自由／開放原始碼軟體之需求時，著作權法第 10 條之 1 有關表達與思想二分原則，及第 52 條等合理使用原則，亦屬廠商可以主張的著作權條文，但此部分則僅應由非核心智慧財產權採取此種策略，因為各國的著作權法解釋仍有不同的空間，而廠商或程式設計師自行詮釋著作權的條文，又容易失之偏頗，故應採取較保守的方式對待。

(二)單純化所採用之自由／開放原始碼軟體的授權模式

自由／開放原始碼軟體對於軟體開發而言，確實有其便利性，可用

本月專題

之社群資源也豐富，但企業若欲採用自由／開放原始碼軟體作為軟體開發之標的或輔助時，則亦須考量複數授權契約可能造成開發上整合及契約條款遵守的困難。因此，企業應單純化其所採用的自由／開放原始碼軟體的來源，目前採用 GPL 的 Linux 軟體為最大族群，國內企業在整合嵌入式軟體與硬體產品時，所使用者也多为 GPL 軟體，故雖 GPL 對於軟體開發者而言，其所課予之義務相對較高，但只要企業及程式設計師明確了解其所負之契約義務，對於企業而言，即屬可控制之風險。

此外，BSD 的授權模式由於授權條件寬鬆，長久以來皆為企業所樂於採用，無論是商用軟體的大廠微軟公司，或是 Linux 軟體，許多都包含 BSD 授權的電腦程式，國內企業在採用時，亦可較為放心。至於 MPL 則是對於網路瀏覽器等領域的軟體開發有較大的影響力，其結構較為嚴謹，且為商業化軟體釋出為開放原始碼軟體之代表，故若廠商有意願將自己所研發的軟體貢獻予自由／開放原始碼社群時，可考慮採取 MPL 或以 MPL 為範本配合廠商的個別需求進行修改。

(三)適當方式宣告採用自由／開放原始碼軟體

自由／開放原始碼軟體的授權契約中，往往對於宣告採用自由／開放原始碼軟體有明確的「標示義務」的要求。目前國內廠商較為困擾者，多為如何判斷「衍生著作」的問題，在這種情形下，先就部分明確係直接使用 GPL 或其他自由／開放原始碼軟體的獨立或附屬程式，宣告採用自由／開放原始碼軟體，並依規定進行授權，對於尚有疑義的程式(例如：是否被 GPL 感染而須公開原始碼的部分)，則暫時不予處理。由於判斷是否屬於依 GPL 規定應釋出原始碼之「衍生著作」，在法律上尚有爭執空間，無論是在與著作權人的連繫或是法院訴訟程序，都會需要一定的作業時間。

但對於希望將自行開發具有一定程度獨立性的程式「私有化」的企業而言，延緩釋出原始碼、提高釋出原始碼的成本等，亦屬可採之智權策略，畢竟在是否自行開發之程式應依相關授權契約規定釋出原始碼、授權予公眾利用尚未釐清前，企業採取較保守的態度，亦屬常情。待著



作權人採取相關措施時，再行配合仍有其正當性存在。

此外，若廠商認為自己使用自由／開放原始碼軟體，屬於著作權法第 52 條之合理引用行為時，依據著作權法第 64 條規定，仍負有標明出處及作者之義務，故廠商應避免害怕被認定為自由／開放原始碼軟體，而省略標示出處及作者的義務，否則，即令屬於著作權法所認定的合理使用行為，亦有違反標明出處及作者之義務，一樣須負相關的民、刑事責任。

(四)自由／開放原始碼的法律教育訓練

無論企業在智慧財產權的政策上，是否採用自由／開放原始碼軟體，但因目前自由／開放原始碼軟體已成為企業在軟體發展的趨勢之一，許多自由／開放原始碼軟體的資源皆可輕易取得，對於許多員工而言，若未意識到這些原始碼的使用可能會與企業的智慧財產權政策相衝突時，很可能會因為員工在職務上創作時採用自由／開放原始碼軟體，而使企業自行研發之軟體可能因而面臨有侵權或違約的問題。

除了研發人員之外，企業法務人員亦應加強有關於電腦程式的認識，往往在自由／開放原始碼的授權契約的爭議中，最困難認定者在於釐清企業使用自由／開放原始碼的行為，是否在授權契約的含括範圍內，或是依據著作權法規定有何種權利可以主張。因此，企業應將自由／開放原始碼的授權議題，列入對員工的法律教育訓練中，使員工在研發或使用軟體的初期，即可與法務部門配合，適當地將此一風險納入企業的智慧管理。

二、自由／開放原始碼軟體與第三人提供之電腦程式

2003 年 UNIX 軟體開發商 SCO (SCO Group, Inc.)對 IBM 提起訴訟，除了引發自由軟體專利權侵害問題的討論外，另外一個很重要的議題，就是 IBM 是否有將 SCO 公司的著作，以直接或間接的方式釋出供 Linux 使用，而造成 SCO 公司的損害。本案雖然已於 2006 年 3 月經美

本月專題

國猶他州法院判決 SCO 公司敗訴¹⁶，但亦敲響了自由軟體或開放原始碼社群有關專利侵害或著作權侵害的警鐘。

以著作權為例，若是未經著作權人合法授權所為的「無權授權」行為，亦屬於著作財產權的侵害，須與實際從事侵害行為之人，負共同侵權人之責任。倘若有廠商將其授權人所提供之專屬軟體的一部分，經過廠商自行改作，而以自由／開放原始碼的方式釋出，由於授權契約通常會授予收到該軟體之人重製、改作、散布等權利，因此，若該自由軟體屬於他人專屬軟體的「衍生著作」，則在未經著作權人同意情形下所為之授權，或是超出著作權人授權範圍的行為，就可能構成著作財產權的侵害。

(一)合作廠商的自由／開放原始碼軟體聲明書

無論是軟體或硬體廠商，對於合作廠商所提供的專屬電腦程式，若有將其電腦程式與自己之軟體或硬體產品整合之需求時，應要求合作廠商簽署「GPL 或其他自由／開放原始碼軟體聲明書」或類似文件。亦即，要求合作廠商於提供軟體授權之前，即預先揭露其所提供之軟體，是否屬於 GPL 或其他自由／開放原始碼軟體，及是否與自由／開放原始碼軟體有關（衍生物或是基於自由軟體的平台等），以避免發生因使用到自由／開放原始碼軟體，而須將自行開發之專有軟體公開原始碼或向公眾釋出的情形。

當然，如果自己是要從事自由／開放原始碼的軟體或其衍生物的利用，也要事先徵求合作廠商的同意，即令企業有把握將合作廠商所提供的專屬軟體與其自行開發或利用 GPL 軟體之程式分離，亦不代表整體的程式不會被認為是屬於一個完整的電腦程式，而被認為是屬於 GPL 的衍生物或集合物，而可能受到 GPL 的規範。

¹⁶ 請參照，Tom Krazit，法官駁回 SCO 對 IBM 的指控，<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20107647,00.htm>, 2006/7/25 visited.



(二) 保密契約

若是企業自己的專屬軟體須提供予其他合作廠商使用時，雖然即使合作廠商將企業之專屬軟體與自由／開放原始碼軟體修改或結合成自由／開放原始碼軟體之衍生物，企業本身並不會因而須負有遵守 GPL 的義務，但合作廠商在對外揭露原始碼或履行其他義務時，可能會造成營業秘密洩露的問題，因此，須注意與合作廠商簽署保密契約。

就企業內部的員工而言，由於員工無論是接觸企業自己，或是合作廠商所提供的電腦程式原始碼，若是員工因為參與自由／開放原始碼軟體的撰寫，而將企業或合作廠商之原始碼或其他營業秘密，透過原始碼的開放而外洩，除將使企業營業秘密因不再具有秘密性而無法受法律保護外，也會對於合作廠商的營業秘密造成侵害，因此，對員工亦應要求簽署保密契約，並適當對於員工參與自由／開放原始碼運動進行了解與法律教育，以避免產生營業秘密的損害。

三、如何處理 GPL 或其他授權契約違約的問題？

廠商要如何降低 GPL 違約的訴訟風險？相信是許多廠商心中的疑惑。然而，自由軟體的授權契約，其實未必比其他商用軟體授權或是商品交易、經銷代理合約來得複雜，廠商並非不可能透過專家理解 GPL 的內容，而通常是基於其他的考量，例如：著作權的保護、營業秘密的維持、他人授權軟體無法釋出等，問題通常是出在沒有事前進行規劃。至若遭他人通知有違反 GPL 的情事發生時，以過去實際發生的案例而言，廠商若秉持「知過能改」的態度，依 GPL 規定宣告其使用 GPL 軟體，並釋出其軟體之原始碼，而可補正其執行上之瑕疵，問題可能還是在於廠商不確定哪些軟體屬於 GPL「感染」的範圍，此時可能需要再尋求專家的協助，而非單純的法律問題。

(一) 違反 GPL 或其他授權契約可能的法律效果

在 GPL 或其他授權契約構成著作權人與利用人雙方契約的前提下，違反 GPL 可能產生二種法律的責任，一是侵害著作權的責任，二

本月專題

是違約的責任。這二種責任其構成要件不同，對於利用人而言，由於國內著作權法刑事責任的發動相當容易，因此，有關於侵害著作權的責任，是國內企業較需注意者；至於違約的責任，則可能有契約終止及違約損害賠償的問題。

在 GPL 違反的問題發生時，由於 GPL 有部分約款已超出著作權法所賦予著作權人之權利，例如：利用人依據著作權法第 10 條之 1 對於 GPL 軟體之概念、系統、操作方法等加以利用，此為著作權法所不保護之客體，即令 GPL 要求著作利用人應遵守 GPL 規定釋出其自行開發之程式，著作利用人不遵守時，最多亦僅有違約責任，而無須負侵害著作權之責任，或是在依第 52 條主張合理引用 GPL 軟體之片斷程式碼或其他部分，亦得主張合理使用，此係著作權法考量到公共利益所為之規範，非 GPL 所能排除，著作利用人在個案情形，仍得主張合理使用以免除其侵害著作權之責任。因此，首先要確認是純粹的契約責任，抑或是涉有著作權的侵害。

若屬於單純的違約責任時，由於 GPL 並沒有對於損害賠償加以約定，僅規範「自動終止」GPL，這樣的約定對於 GPL 軟體的著作權人而言，由於其違約的損害難以證明，在考量訴訟成本的情形下，提出違約訴訟的可能性較小；若涉有違反著作權法的侵權責任時，除侵權之損害賠償外，著作權人尚有侵害排除請求權等權利，即令著作權人並非透過刑事途徑進行訴訟，僅透過民事途徑要求利用不回收侵權的產品或停止繼續提供 GPL 軟體，亦可能對於廠商產生相當程度的損害，故應審慎加以處理。

(二)違反 GPL 或其他授權契約之處理措施

一般來說，違反 GPL 案件通常是由著作權人或其他 GPL 社群成員，對於可能有違反 GPL 廠商的產品進行蒐證，然後透過還原工程的方法，對於產品中所附的電腦程式，可能有違反 GPL 的部分進行檢測。通常若檢測的結果被認為可能有違反 GPL 時，則可能會透過各種途徑寄發有關違反 GPL 的通知。就過去的經驗而言，此類通知未必是正式



的通知函件，有時僅是透過網路上的客戶服務電子郵件信箱寄發此類通知。對於企業而言，此類通知雖非屬正式的通知，亦無法判斷是否為真正權利人所為之通知，然而，卻不失為一種「善意的警訊」，許多企業往往對於自己是否有使用 GPL 軟體或違反 GPL 並不了解，有時可能僅是員工不小心誤用自由／開放原始碼軟體，因此，建議可採取下述的方式處理：

1. 組成專案小組，審視被指稱為違反 GPL 或其他授權契約的程式原始碼，是否確有使用 GPL 或其他授權契約程式原始碼的情形。
2. 審視其他與被指稱為違反 GPL 或其他授權契約的程式原始碼，是否有使用 GPL 程式原始碼或其他自由／開放原始碼軟體之情形（因有時違反 GPL 的通知僅會就其中較明確的部分進行警示，但並不代表其所警示的內容，已是全部其所發現有違反 GPL 的程式）。
3. 若有任何使用自由／開放原始碼軟體的情形，應先做初步的處理，先以善意的回覆，表達公司尊重自由／開放原始碼軟體的著作權及授權契約，公司將進行內部評估有關授權契約遵守事宜，待評估結束後，會依規定處理。
4. 判斷與涉有違反 GPL 或其他授權契約的程式所共同散布的自行研發或合作廠商提供的程式是否具有獨立性，並就其中明顯屬於自由／開放原始碼軟體的部分，先行依 GPL 或其他授權契約之要求，標示其為自由／開放原始碼軟體，並提供利用人取得原始碼之方式。
5. 若自由／開放原始碼社群對於前開處理仍有疑義時，則可尋求適當專業機構或法律專家協助進行分析，並出具其專家意見，供企業因應處理 GPL 違反事宜之參考，以降低企業違反 GPL 之責任。

四、員工參與自由／開放原始碼運動的問題？

許多參與自由／開放原始碼運動的程式設計師，是以私人的身分利

本月專題

用工餘之暇從事開放原始碼程式的撰擬。程式設計師可能白天任職公司負責開發多媒體播放程式的專案，因為接觸許多相關的資訊，所以，其晚上要從事自由／開放原始碼的貢獻時，也經常會參與多媒體播放程式相關的專案。在這樣的情形下，可能會產生二個問題，一是員工利用自己的時間（甚至是公司資源）所從事與公司職務相關的軟體撰寫，其著作權是否可能因為契約約定而歸屬於公司，員工無權以開放原始碼的方式釋出；二是員工是否會利用到公司向第三人取得的授權或不得對外揭露之資訊，而透過自由／開放原始碼的方式揭露，可能造成公司對第三人違約的情形。當然，也可能會發生員工因未釐清程式碼間的關係，而產生著作權、專利權或營業秘密侵害的問題。

企業與員工皆有可能因為未審慎處理參與自由／開放原始碼運動的問題，而遭遇到智慧財產權侵害、違約等問題，因此，建議企業由保護員工與企業的角度，建立明確的員工參與自由／開放原始碼運動的政策，並與企業的智慧財產權政策結合。至於在企業與員工的契約方面，有關於在職期間競業禁止的範圍、著作權的歸屬及保密契約的約定等，乃是企業在處理員工參與自由／開放原始碼運動時，必須加以釐清的問題。

伍、結論與建議

由著作權法制的角度，下述幾點建議可提供予相關主管單位及企業作為思考自由／開放原始碼運動議題的方向：

1. 釐清軟體的自由與開放，仍是植基於對於智慧財產權的尊重。自由／開放原始碼軟體運動的參與者，若僅思考如何透過自己的努力與授權契約的安排，使愈來愈多的軟體自由、開放，而忽視在自由、開放的同時，必須尊重他人的智慧財產權，將不免會遇到涉及他人專利權、著作權、營業秘密等侵害的問題，即令透過相關授權契約的免責條款企圖控制風險，但亦無法有效處理來自於智慧財產權人的侵權訴追。因此，強化對於參與自由／開放原始碼運動的程式設計師的法律教育訓練，或提供相關諮詢的管道，



亦屬於主管機關所可扮演之角色。

2. 開放性授權契約的效力，在未來幾年內恐將陸續接受各國法制的考驗。我國法院對於開放性授權契約已有處理的先例（中國象棋視窗版 v 1.0 案）存在，未來承認自由／開放原始碼授權契約效力之可能性相當高，宜向國內企業宣導有關自由／開放原始碼乃是受著作權法保護的客體，企業應將授權契約的履行納入其智慧財產發展政策的一環加以管理。
3. 著作權法有關於著作授權契約在約定不明時，為保護著作財產權人，推定為未授權的立法模式，在自由／開放原始碼授權契約此類由權利人或第三人預行擬定的定型化契約的情形，不宜適用，以避免有害於自由／開放原始碼軟體的流通、利用，著作權法制應採平衡著作權人與利用人二方之立法為宜。
4. 著作權法有關於電腦程式著作之合理使用規定宜進行檢討，尤其應考慮將對於電腦程式著作進行還原工程的行為合法化。目前自由／開放原始碼運動所面臨著作權的問題，其中之一即來自於開發與現有商用軟體相容之開放原始碼軟體。若法制上無法明確將還原工程或其他為學習、研究他人電腦程式著作之思想、概念、功能、操作方法等著作權法所不保護的標的之行為合法化，對於參與自由／開放原始碼運動之人無異是增加其侵害他人著作權的風險。
5. 自由／開放原始碼軟體乃是由許多程式設計師、企業的投入，其與一般專屬軟體相同，可能面臨到專利權、著作權、營業秘密等侵害的問題。與專屬軟體不同者在於通常專屬軟體會由發展該軟體之特定商業組織就有關智慧財產權的問題進行事先檢視及事後處理，但自由／開放原始碼軟體若是屬於程式設計師自行利用閒暇時間投入開發時，則期待其以較有系統的方式查核相關智慧財產權的問題的可能性較低，當然，此並非表示自由／開放原始碼軟體侵權的風險一定較專屬軟體為高。本研究建議政府仍應提

本月專題



醒計畫採用自由／開放原始碼軟體的廠商，除有關自由／開放原始碼軟體授權契約的風險外，仍須考量其可能有潛在的智慧財產權侵害問題的風險，以利事先綜合評估其風險加以因應。