

開放原始碼授權契約之法律與策略分析^{*}

(Legal and Strategic Analysis of Open Source Licensing Contracts)

楊智傑 (Yang chih-chieh)^{**}、李憲隆 (Lee Hsien-Lung)^{***}

中文摘要

本文首先介紹各種開放原始碼授權契約的內容，並討論各種契約引發的各種爭議。若以主要的 GPL 契約為例，其契約在締約上、內容上、執行上，出現了一堆問題。這些問題或許會成為自發性開放原始碼運動的絆腳石。

而對照其他幾個主要的開放原始碼契約，我們認為昇揚公司的 SCSL 契約才較能符合著作權法的基本精神，亦即原始碼開放，但又保留著作財產權，也保留其他人合理使用的空間。但是，雖然 SCSL 是較符合著作權法基本精神的契約模式，但在推動自發性開放原始碼運動的法律策略上，GPL 契約和 SCSL 契約則各有優劣。

^{*} 本文之完成，感謝老師之指導並提供相關文獻

^{**} 中央大學產業經濟所碩士，現為台灣大學國家發展所博士班學生，
<http://home.kimo.com.tw/yangjames2000>

^{***} 中央大學產業經濟所碩士

Abstract

At first we introduce several important open source licensing contracts and analysis the problems of those contracts. The GPL contract is the main contract of all, though there are more problems in the making, contents, and enforcements aspects of GPL. These problems may obstruct the open source movement.

After comparing other main open source contracts, we think SCSL contract is better alternative conforming to the fundamental spirit of copyright law. In one hand it open source, in other hand it keep the copyright for copyright holder by which it can provide more incentives for program companies to participate in open source movement. But there are both advantages and disadvantages in GPL and SCSL.

中文關鍵字

開放原始碼、開放原始碼授權契約、GPL、SCSL、著作權、合理使用

Keywords

open source, open source licensing contract, GPL, SCSL, copyright, fair use

【提案】

壹、問題

貳、開放原始碼授權契約之簡介

一、GPL

二、Berkeley Software Distribution Licenses

三、The Mozilla Public License

四、Sun's Community Source License (SCSL)

參、開放原始碼授權契約效力之分析

一、締約問題

二、誰是著作權人

三、無提起訴訟的原因

四、合理使用的爭議

五、使用原始碼的程度

六、小結

肆、哪種契約模式較好

一、教科書創作模式

二、SCSL 契約的優點

三、開放社群的法律策略

伍、結論

壹、問題

許多文獻在討論自發性開放原始碼運動時，多認為開放原始碼運動下的開放軟體，根本沒辦法達到他們所宣稱的那些好處，相較起來，還是封閉原始碼的軟體更能達到那些好處¹。不過，我們認為之所以開放軟體沒辦法勝過封閉軟體，除了因為本來商業軟體發展就比較早、市場力量較大、且未要求所有軟體一起開放等原因外，另一個重要的原因在於，開放軟體所採取的開放原始碼契約模式，有很大的問題，使得該契約在執行上有困難，且在該契約的模式下所提供給開放社群的誘因仍然不足。

本文基於此一初始想法，故想要仔細研究開放原始碼契約的各種契約模式，以及在各種契約模式下會出現的問題。若以開放原始碼運動最主要的一種契約 GPL 契約為例，我們發現其契約所衍生出來的問題非常多。經過比較分析，以及將軟體與其他著作形式作類比討論後，我們認為昇揚（Sun）公司所採取的開放原始碼契約模式 SCSL 契約，才是最符合理想、與著作權法衝突最小、以及最能提供創作誘因的開放原始碼契約模式。

以下第貳部分，先介紹各種開放原始碼契約的內容。第參部分，則討論開放原始碼契約的一些爭議問題。第肆部分，將以教科書寫作模式為例，來討論何種開放原始碼契約才是最符合著作權法基本架構的契約模式，以及在推動開放原始碼運動上，使用哪一種契約才是較佳的策

¹ Mathias Strasser, "A New Paradigm in Intellectual Property Law?: The Case Against Open Sources", 2001 Stan. Tech. L. Rev. 4, (2001)；陳俊志，〈開放原始碼軟體對企業用戶與資訊產業的迷思〉（作者為台灣微軟業務經理），<http://www.microsoft.com/taiwan/events/slides/common/default.htm>。

略。最後為結論。

貳、開放原始碼授權契約之簡介

自發性開放原始碼運動主要是透過開放原始碼契約來達成其自由軟體的目的。開放原始碼授權契約有許多種，包括 GPL 契約、MPL 契約、BSD 契約、SCSL 契約等等²。這些契約基本的相同之處在於：都會開放自身軟體的原始碼，並要求後續的散播者，只要是原授權契約下的原始碼仍必須公開。不過，在契約其他細部內容上，可能會有不同的設計，例如：GPL 規定衍生著作仍然必須公開原始碼、BSD 並無衍生著作的相關規定、MPL 則是規定衍生著作可採其他授權方式、SCSL 則規定衍生著作之作者可決定是否貢獻給 SUN 開放原始碼社群...等。本文將比較分析 GPL 契約、MPL 契約、BSD 契約、SCSL 契約，此四種契約之間的異同。

一、GPL

在分析 GPL 的契約之前必須對於契約內容有一定理解³。本文整理內容大致如下。GPL 在前言說明支持自由軟體的宗旨，提供使用者共享和修改自由軟體的自由，而契約內的條款與要件莫不遵循前言的宗旨⁴。

² <http://www.opensource.org/licenses/>

³ Free Software Foundation, Inc., GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> (visited Apr. 24, 2002)；國內已有專文論述，資策會科法中心，〈我國面對開放原始碼之法律問題蒐集-我國開放原始碼軟體產業之概況與公共授權條款介紹〉，科專研究報告第二分項，2001.8.31，<http://stlc.iii.org.tw/articles/Science/90/2-910315-03.pdf>。

⁴ Free Software Foundation, Inc., GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> (visited Apr. 24, 2002)。

GNU 的宗旨是為了確保不論現在或未來想要從軟體獲得利益或學習的人，都可以自由的得到原始碼而有所用⁵。為了確保軟體未來的發展不會漸漸落入封閉模式的發展而被少數人所擁有，故以契約限制被授權人在「重製、散布、修改」等行為。

第 0 條聲明 GPL 所保護之標的是採用 GPL 授權之任何程式與著作。在此條文中甚至進一步認為，「基於本程式所產生之著作」即是 GPL 程式的衍生著作，亦是基於著作權法的衍生著作⁶。

在第 0 條最後聲明，GPL 是一個授權給予有關於軟體可以被重製、散布與修改的權利的契約，若有關重製、散布與修改以外的行為，則不在 GPL 授權契約的規範中⁷。

GPL 的第 1 條旨在告知被授權人，在散布 GPL 軟體之際，必須有著作權與拒絕擔保的聲明。在第 1 條中亦有提及，在散佈 GPL 軟體之際，可以在收取費用的情況下，提供擔保責任。第 2 條是有關於修改的規定，如果被授權人欲修改被授權之程式，必須符合契約設定的 3 個條件。在第 2 條 a 款，要求著作權人若有修改軟體，必須註明所修改之檔案與日期。第 2 條 b 款要求被授權人若欲散佈修過後版本或增加新的程

⁵ Free Software Foundation, Inc., GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl> (last visited Feb. 28, 2002).

⁶ Free Software Foundation, Inc., GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> (visited Apr. 24, 2002)。

⁷ Free Software Foundation, Inc., GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> (visited Apr. 24, 2002)。

式在原有軟體上，則必須將整個修改後的軟體以 GPL 再次授權⁸。第 2 條 c 款要求程式當中要有適當的著作權聲明⁹。

第 3 條允許授權人發佈程式，條文同樣要求授權人必須遵守契約的第 1、2 條。換言之，除了要求附上原契約所使用之著作權聲明之外，授權人必須將程式的原始碼或衍生著作可以讓第三者取得¹⁰。

根據第 5 條，使用者若同意授權條款，即可獲得修改、散布與其衍生著作的許可¹¹。一旦使用者企圖違反授權條款，則在第 4 條的規定之下，任何試圖用其他方式重製，修改，再次授權和發佈程式都是契約所不允許的。在授權被終止之後，所有被授權的權利即自動終止。換言之，若增加或減少任何規定都不是 GPL。在任何情況下都必須使用 GPL，因此被授權人不公開衍生著作是不被契約所允許。GPL 允許無限制的複製和修改，但在散布衍生的原始碼，只能採用 GPL。GPL 嚴格的規定以致於 GPL 不能與其他授權契約共同使用。例如：被授權人若修改、增加的軟體是採用 GPL 授權契約，那麼被授權人修改與增加之軟體同樣必須採用 GPL¹²。在第 6 條禁止被授權人改變原授權所賦予的權利¹³，此條是再次呼應第 0 條所提到「對於重製、散布和修改以外的行為並

⁸這個條款的目的是為了確保所有重製與經修改過後的軟體永遠被公眾所用，避免自由軟體的衍生著作被封閉模式的研發者所利用成為封閉的軟體。資策會科法中心，〈我國面對開放原始碼之法律問題蒐集-我國開放原始碼軟體產業之概況與公共授權條款介紹〉，科專研究報告第二分項，2001.8.31，第 7 頁，<http://stlc.iii.org.tw/articles/Science/90/2-910315-03.pdf> (visited Apr. 24, 2002)。

⁹ Free Software Foundation, Inc., GNU General Public License, <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> (visited Apr. 24, 2002)。

¹⁰ Id.

¹¹ Id.

¹² Id.

¹³ Id.

不適用」。

另外，針對不同的主題而有特殊的規定，包括有第 7 條之未來可能發生的法律條件的衝突、第 8 條之可能在國際散布時的限制¹⁴與第 9 條未來若有修訂版本的 GPL 都均可以適用於自由軟體。第 11、12 條則是提出擔保責任之免除¹⁵。

所以，GNU GPL 的基本規定是，讓所有被授權人可以操作、重製、修改電腦程式，並且散布已經修改過的程式版本，甚至讓所有被授權人可以出售自由軟體或以自由軟體為營利商品。在 GNU GPL 所規定的限制是，使用者散布開放原始碼軟體的同時，必須遵守下列規定：(1) 使用者不可以自行增加這些修改版本的使用限制，包括以財產權的方式排除他人的使用；(2) 原始碼軟體，必須連同 GPL 一起散布¹⁶。

GNU GPL 和其他非營利之軟體授權協議仍有些不一樣之處。以 NCSA(The National Center for Supercomputing Applications) 為例，NCSA 在其網頁上允許其軟體與檔案，作教育用途上的散布，但是不允許商業上的使用¹⁷。NCSA 依靠著作權，並給予教育團體權利可以複製與散布，禁止商業上的複製與散布。

二、Berkeley Software Distribution Licenses

柏克萊授權契約 (Berkeley Software Distribution Licenses, BSD)

¹⁴由於每個國家的法令規定不同的因素，若與 GPL 條文有衝突之時，則此條文排除某些國家的規定。Id.

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ See University of Illinois Board of Trustees, NCSA Copyright Statement, <http://www.ncsa.uiuc.edu/General/Copyright/Trade.html> (visited Apr. 2, 2001).

Licenses)，是指因加州大學柏克萊分校而發展出來的 UNIX 作業系統，在散布軟體時所採用的授權契約。BSD 是目前被認為限制最少的授權契約¹⁸。這個契約與 GPL 有幾點不同，本文將探討不同之處。

BSD 授權可以使用與散布之標的是原始碼或二元碼 (binary code)。不論原始碼或二元碼已經修改或尚未修改，只要被授權人符合下列的規定即可使用與散布 BSD 的原始碼或二元碼。第一，被授權人在散布原始碼或二元碼之際，必須保留 BSD 條文原封不動，條文內容有：著作權聲明、授權條款與拒絕擔保。第二，BSD 限制被授權人使用大學的名稱與該軟體的貢獻者¹⁹。

和 GNU GPL 等開放原始碼契約不同的是，BSD 並無要求任何修改版 (modifications) 與自行增加的功能 (extensions) 必須回饋給開放原始碼社群，BSD 亦無條文規定被授權人不能擁有原始碼的財產權²⁰。換言之，被授權人可以使用與散布 BSD 軟體之外，還因無條文限制而可以擁有衍生著作的財產權。雖然，許多開放原始碼貢獻者認為契約應該要約束被授權人，將原始碼應該回饋給社群。不過，BSD 契約可以避免 GPL 所導致的感染效果 (tainting effect)，保持 BSD 當初完成軟體時的

¹⁸ See Frank Hecker, "Setting Up Shop: The Business of Open - Source Software", <http://people.netscape.com/hecker/setting-up-shop.html> ;Larry Seltzer, "License To Drive Software Development", PC Mag., Mar. 23, 1998, <http://www.zdnet.com/pcmag/features/opensource/intro2.html>.

¹⁹ See, e.g., The BSD License, <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.html> (last visited Nov. 7, 2000).

²⁰ See Frank Hecker, "Setting Up Shop: The Business of Open - Source Software", <http://people.netscape.com/hecker/setting-up-shop.html> .

完整性²¹。

三、The Mozilla Public License

在 1998 年 3 月，美國網景公司（Netscape）宣佈將 Netscape Communicator 的原始碼公開²²，以執行開放原始碼的策略。網景公司宣稱之所以開放原始碼是因為下述兩個因素。第一，採用開放原始碼模式，經由研發社群的檢查與擴展，產品品質將因此提升。第二，原始碼的開放會鼓勵其他研發者，在其產品中使用網景公司的技術，或許會因此有更多的使用者使用且擴大網景平台的支持²³。

MPL 和 GPL 相同的是，針對 MPL 所授權之軟體所做的任何修正，必須以 MPL 散布，同時必須公布其所修改之原始碼並且回饋給 Mozilla 計畫²⁴。換言之，MPL 所保護之原始碼或軟體任何一部份（covered files），被授權人若有任何修改，則必須公開讓其他人可自由取得。

和 GPL 最大的不同之處在於，只要研發者對 MPL 的原始碼沒有任何修改、摘錄與更名，對於任何額外新增加的檔案或程式可用任何方式散布。換言之，研發者若對於 MPL 軟體有新的程式產生，並不需要將之回饋或公布，或者也可以不公開。在對原軟體不有任何修改且以使用原

²¹ See Brian Behlendorf, "Open Source as a Business Strategy", in *Open Sources: Voices of the Open Source Revolution* (O'Reilly Open Source) (Chris DiBona ed., 1999), <http://www.oreilly.com/catalog/opensources/book/brian.html>.

²² 網景通訊公司，網景宣稱將計畫使通訊家的原始碼在下個世紀的網路上依然垂手可得，<http://www.netscape.com/newsref/pr/newsrelease558.html> (visited Jan. 22, 2003).

²³ See Netscape Communicator Source Code Frequently Asked Questions, <http://www.mozilla.org/MPL/FAQ.html> (last modified Sept. 24, 2002). 羅伯·楊（Robert Young）著，鄭鴻坦譯，《Linux 紅帽旋風》，天下出版，2002.2.29 日，第 48 頁。

²⁴ The Mozilla Organization, MOZILLA PUBLIC LICENSE, <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html> (visited Apr. 24, 2003).

契約之前提下，對 MPL 軟體有新的著作產生則可以使用其他授權契約²⁵。

另一個和 GPL 不同之處是，MPL 條文規定，禁止任何人在貢獻被專利的原始碼之後，試圖收取專利費用。然而，條文並未禁止任何人貢獻被專利的原始碼。於是，有評論者認為這是「放棄條款」，因為 MPL 規定任何人必須放棄對 MPL 主張專利權，卻不限制任何人貢獻被專利的原始碼²⁶。

另一個和 GPL 不同之處是，MPL 要求在散布之際必須附加一份法律文件檔案 (legal.txt)。這份檔案包括幾個議題，責任 (liability)、仲裁 (arbitration) 以及有關原始碼的爭議，例如：專利。網景公司認為這些議題應該清楚地揭露，以讓每各人都理解原始碼可能遭遇的問題²⁷。

綜合上述，開放原始碼軟體固然可以讓被授權人取得軟體，但對於修改後的原始碼有不一樣的規範。GPL 並不允許修改後的軟體，可以讓被授權人隱密持有，其有規定要將修改後的軟體以 GPL 再度授權。MPL 只要研發者對 MPL 的原始碼沒有任何修改、摘錄與更名，對於任何新增加的檔案或程式可以任何契約散布。

四、Sun's Community Source License (SCSL)

昇陽為了將他的授權與其他的開放原始碼授權有所區別，自稱其授

²⁵ See id.

²⁶ See Brian Behlendorf, "Open Source as a Business Strategy", in *Open Sources: Voices of the Open Source Revolution* (O'Reilly Open Source) (Chris DiBona ed., 1999), <http://www.oreilly.com/catalog/opensources/book/brian.html>.

²⁷ Id.

權為「社群原始碼」(community source)授權²⁸。昇陽在「社群發展原則 (community source development principles)」一文中，說明其與開放原始碼軟體有兩點不同。第一，SUN 要求與堅持，其對外散布的軟體有一致性。第二，只要是軟體修改版與自行增加的功能，SUN 允許所有人擁有其財產權²⁹。

SUN 認為社群模式的優點是：它保護任何一個研發者的智慧財產權，社群的成員，可以自行決定是否貢獻自行修改的版本且授權給社群使用。SCSL 軟體自創「社群發展模式」將開放原始碼模式與財產權的優點融合在一起，開放原始碼的組織模式有利於創新，財產權模式利於控制其發展。

SUN 一方面為了賣軟體，要求與堅持其對外散布的軟體有一致性，故在定義與規範所謂的「商業用途」(Commercial Use)契約；另一方面，為了利用開放原始碼社群的研發人員，故定義與規範所謂的「研發用途」(Research Use)契約³⁰。SCSL 針對這兩種行為有不同的規範方式，這兩個不同的規範方式讓 SCSL 顯得很複雜，故下面將探討 SCSL。

研發用途契約給予被授權人的主要權限如下：可以使用、再生產 (reproduce) 與修改原來或以更新的原始碼，以作為研究；可以散布重製物；可以使用檢驗工具 (test kits)，用以研發與檢驗原始碼。在研發用途契約下，可能有兩種研發情形：「錯誤更正 (error corrections)」與

²⁸ See Richard P. Gabriel & William N. Joy, "Sun Community Source License Principles", <http://www.sun.com/981208/scsl/principles.html> (last visited Nov. 7, 2002)

²⁹ <http://www.sun.com/software/jini/licensing/overview.html>

³⁰ See generally Sun Community Source License Version 3.0 Jini Technology Specific Attachment v. 1.0, http://www.sun.com/software/jini/licensing/SCSL3_JiniTSA1.html (last visited Nov. 7, 2002)

「修改創作 (modifications)」，這兩種研發創作所受到的限制並不相同。(1) 若是「錯誤更正」必須回饋給社群；附帶有告知 (notice)，告知此原始碼是受到 SCSL 的約束；散布之際，要有說明檔案敘述已經改變的部分³¹。(2) 若是「修改創作」，例如：改善 (enhancements)、改編 (adaptations) 或自行增加的功能 (Extensions)，創作人可以選擇揭露與否。一旦創作人選擇在研發用途契約下揭露這些修改創作的介面 (interfaces)，則契約除了要求被授權人必須公開且詳細說明，亦要求被授權人不得主張其智慧財產權，宣稱 SUN 侵權³²。在研發用途契約之下，原始碼一旦被社群所採用，則不論是在內部 (被授權人的企業或組織) 或外部，原始碼都可以採商業用途契約的方式散布³³。

商業用途契約則是給予被授權人再生產與散布原始碼，且其原始碼已經通過檢驗 (test suites) 與遵守說明的規定。SUN 可以商業用途契約與被授權的技術，要求支付權利金 (royalties) 或商標費用 (trademark fees)。商業用途契約必須由 SUN 與被授權人簽約與執行，產品也必須通過某些相容性檢驗 (compatibility tests)。若產品在散布之時，有出現 SUN 的商標，則必須另外與 SUN 簽訂商標授權契約。

SCSL 同樣也有拒絕擔保 (disclaimer of warranties) 與限制責任 (limitation of liability) 的條文。除此之外，契約條文尚有其他規定如下：禁止被授權人質疑 SUN 的所有權；禁止在使用 SUN 的商標之後，試圖去登記 SUN 的商標；禁止被授權人的商標、產品名稱、服務標記、

³¹ See Richard P. Gabriel & William N. Joy, Sun Community Source License Principles, <http://www.sun.com/981208/scsl/principles.html> (last visited Nov. 7, 2002); Licensing Overview, <http://www.sun.com/jini/licensing/overview.html> (last visited Nov. 7, 2002).

³² See generally Sun Community Source License Version 3.0 Jini Technology Specific Attachment v. 1.0, http://www.sun.com/software/jini/licensing/SCSL3_JiniTSA1.html.

³³ See id.

公司名稱或網域名稱，合併使用 SUN 的商標。

不過，也有人認為這樣的授權方式不是開放原始碼。Stig Hackvan：「雖然 Sun 的公眾原始碼授權（Sun Community Source License，SCSL）是重要的一步，將促進更多合作關係，但這還稱不上是開放原始碼授權。開放原始碼的重要定義之，一是開放原始碼軟體的使用者完全不需要付費。在 Sun 的這份授權書當中，它們依然對 Java 技術有絕對的掌控權。SCSL 迫使今後授權者都會依循 Sun 的標準。³⁴」之所以會有這樣的說法，是對於何謂開放原始碼有不同的定義之故，在此並不欲去分辨定義的不同。本文認為原始碼有開放的行為，即稱為開放原始碼軟體。

參、開放原始碼授權契約效力之分析

至今為止，美國還沒有出現過關於開放原始碼契約的爭訟，其原因頗耐人尋味。這很容易讓人懷疑：是不是開放原始碼契約在法律上是有問題的，所以沒辦法提起訴訟？以下，本文即整理美國學界對開放原始碼契約提出的各種法律問題，並加上作者自己的思考，將這些問題提出。

一、締約問題

由於開放原始碼契約至今仍然沒有在美國法院發生過訴訟，所以在討論其締約問題上，我們可以參考拆封契約效力和按鈕契約效力的一些論述。以決定拆封授權契約效力最重要的 ProCD 判決³⁵與「電腦資訊交

³⁴ http://www.oreilly.com.tw/interviews/ora_commit.htm .

³⁵ ProCD, 86 F.3d at 1449.

易統一法」(Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA) 的新規定來看，都認定契約若符合下述之要件，則契約即被認定為具有效力。第一，在購買之前有適當的告知；第二，有充分的時間可以檢閱與決定是否同意契約；第三，如果授權契約不被接受，是否有機會退回軟體。

若仔細檢討開放原始碼契約，則可發現以上三個要件都不符合。開放原始碼授權契約多只要求必須要將契約以「聲明」(notice) 的方式附帶在軟體上，但並未要求必須於安裝時出現契約讓使用者選擇同意不同意。其並未要求使用者一定要有一「同意」的動作來締結契約，只要求這個「聲明」必須附帶在軟體程式中，但它可能是在另一個檔案裡，或是雜在程式的中間，很可能使用者在使用該軟體或檢視原始碼時，根本就沒有看到這個契約。BSD 契約和 GPL 契約都有類似的問題³⁶。

雖然 GPL 契約說，只要你修改或散播該一軟體，就算是接受了這個契約。但是，這並不符合美國法院和 UCITA 所設定的條件。因為即使使用者散播了原始碼，他可能還是沒看到契約的內容。

此時可能有默示契約的存在，尤其是使用者本來就知道這是一開放原始碼的軟體，更可以作如此解釋。不過，並不是每一個使用者都一定知道其所下載的免費軟體，是開放原始碼的軟體，所以，當使用者不知道的時候，即使成立默示契約，其契約內容也不是開放原始碼契約的內容³⁷。

這個問題或許可以由初始的授權人設計出明確的同意手續來解決，

³⁶ Christian H. Nandan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?", 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 349, 362-363 (2002).

³⁷ Id., at 366-7.

不過因為開放原始碼契約會不斷地散播、授權下去，次手的授權者可能就不會那麼細心也設計出這種明確的同意手續，其可能只會根據 GPL 的要求在修改版本中附帶適當的聲明，故這可能是難以解決的問題³⁸。

美國有學者主張，若契約沒有成立，那麼使用者本來就有權利自由複製或修改程式。通常要禁止使用者修改或複製散播軟體，必須以契約的方式禁止。倘若契約並沒有讓使用者知道或同意，那麼契約就沒有締結，則消費者本來就可以自由散播該軟體，而不應該因為「散播該軟體」此一行為而被認為是同意該契約內容³⁹。

上述說法有一點錯誤，亦即雖然契約沒成立，但是即使沒有契約規定。至少在我國，根據著作權法規定，使用者只可以為了自己使用的目的而修改程式，或因備用存檔之需要重製程式，但是不能再散播（著作權法第五十九條）。所以，如果一個人看了原始碼內容，加以修改或散播，雖然此時因為授權契約根本沒有清楚告知所以契約沒成立，但是原權利人卻可以主張使用者侵害其著作權。故此時，使用者在面對權利人的威脅下，雖然契約沒有締結，但卻會在事後被迫選擇接受開放原始碼授權契約的內容，這也正是目前 FSF 的法律策略⁴⁰。所以，開放原始碼契約雖然沒有成功締結，但是卻正是因為可能面臨被告侵權的威脅，故在事後被使用者選擇遵守。

不過，這必須是的確有發生侵權情事的時候，使用者才要擔心被告侵權，而被迫在事後接受開契約內容。倘若使用者的行為符合合理使用，則不構成侵權，那麼授權人就沒有法律基礎主張契約有效。因為契

³⁸ Id., at 367.

³⁹ Id., at 365.

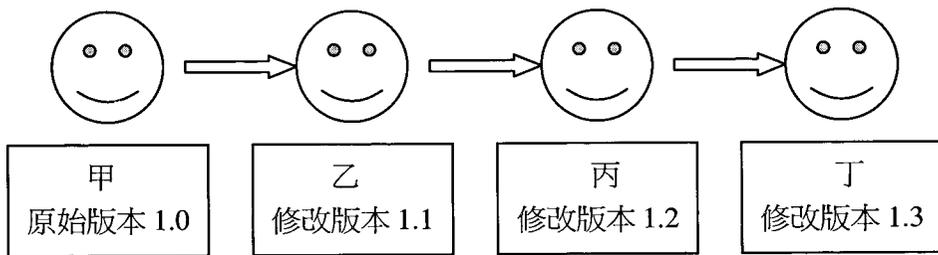
⁴⁰ 請參考，Eben Moglen, Free Software Matters: Enforcing the GPL, I, at 2, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.pdf> (visited Jul. 10, 2003)

約從來就沒有有效締結。關於合理使用的爭議，下面會有更詳細的分析。

除了契約締結上的爭議外，在契約內容的權利義務安排上，也有許多問題。以下一一討論。

二、誰是著作權人

在 GPL 授權精神之下，遇到改作的情況時，改作後的軟體究竟應被認定是屬於改作人的新著作，抑或是改作人與原作者的共同著作？以 GPL 為例，著作權人可能成千上萬又散布世界各地，若有訴訟時，是否必須取得全體寫作者的同意或授權？又或者倘若該開放原始碼的軟體乃是付費軟體，衍生著作人是否可以要求原始著作人給予修改的對價？這些都是可能的問題。



例如，假設在開放原始碼授權契約下，甲將原始碼公開的人是最初的著作人，乙修改 1.0 版後改成 1.1 版，丙修改 1.1 版改成 1.2 版，丁又再修改 1.2 版，改為 1.3 版。此時，到底誰才是該軟體的著作人？

國內學者認為在 GPL 規定下，軟體著作應屬於共同著作，主要是因

為開放原始碼軟體頗符合著作權法之規定⁴¹。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。

不過，各種契約安排下的著作權人到底是誰，其實可能不是這麼單純。由於各種契約都沒有說明清楚，只說明後續修改者的權利義務，至於發生侵權或違約時該由誰出面，也沒有說清楚，這仍然是個未決的問題。

三、無提起訴訟的原因

至目前為止，美國都沒有出現過關於開放原始碼授權契約的訴訟，不知道是不是因為上述原告無法確認的問題而導致訴訟無法提出。根據 FSF 總法律顧問 Eben Moglen 的說法是，由於 GPL 是有效的，所以他根本不用去上法院，就可以將相關爭議解決⁴²。但我們認為沒有訴訟的原因並不單純。

FSF 法律總顧問 Eben Moglen 的說法是，由於若使用者違反 GPL，也必然會違反著作權法（著作權法禁止使用者任意修改或複製），那麼，其可以提起侵權訴訟，來逼迫使用者遵守 GPL，所以根本不用上法院。

不過，要對侵權人提出有效的威脅，應該是要請求侵權的損害賠償（美國侵權並無刑事處罰），可是如果是要請求損害賠償，那麼開放原始碼本來就是免費的，根本沒有損失，哪可以請求賠償？這照理說應該沒

⁴¹資策會科法中心，〈我國面對開放原始碼之法律問題蒐集-我國開放原始碼軟體產業之概況與公共授權條款介紹〉，科專研究報告第二分項，2001.8.31，<http://stlc.iii.org.tw/articles/Science/90/2-910315-03.pdf>。

⁴² Eben Moglen, Free Software Matters: Enforcing the GPL, I, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.pdf>.

有任何威嚇效果才對。

但是，台灣的著作權法卻規定在侵權時除了有民事損害賠償外，還有刑事刑罰，那麼，對於違反授權契約的人，雖然不能請求損害賠償，但仍然可能會有威嚇效果。

至於對參與開放原始碼運動的個人來說，在訴訟上只能請求履行授權契約，而無法請求損害賠償，反而必須負擔訴訟費用，這使得個人也沒有訴訟的誘因⁴³。實際上不只是個人，自由軟體團體大概也沒有能力支付高額的訴訟費用。

另外，另一個契約無法執行的原因是，有人使用了開放原始碼後，決定不依照契約的內容將之公開，此時原授權者根本無從得知對方是否有違約情形。如此一來，即使開放原始碼的授權契約在法律上沒有任何問題，在執行上是否可以約束被所有使用原始碼的人，仍有困難。

四、合理使用的爭議

其次，是合理使用的爭議⁴⁴。在任何著作權侵權行為當中，合理使用都是可能的辯護理由。不過，在傳統原始碼沒有開放的情況下，根本就沒有合理使用可言，現在開放原始碼了，合理使用的問題則跟著浮現。

雖然軟體程式適用著作權法，但由於原始碼從未開放，到底有沒有適用合理使用的空間，值得略加討論。首先，美國法院對軟體程式的保護，不只保護軟體最終的程式，在某些案子中也保護了軟體的構想、排

⁴³ Stephen M. McJohn, "The Paradoxes of Free Software", 9 Geo. Mason L. Rev. 25, 61 (2000).

⁴⁴ 相關討論，請見 Stephen M. McJohn, "The Paradoxes of Free Software", 9 Geo. Mason L. Rev. 25, 59-61 (2000).

序、運算邏輯等先於程式碼的知識。從 1985 年 SAS Institute, Inc. v. S & H Computer System, Inc.⁴⁵一案起，法院就已根據系爭程式結構的實質相似而認定構成程式著作權侵害。而 1986 年的 Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.一案⁴⁶，第三巡迴法院於該案中認為著作權對電腦程式的保護應及於程式非文字部分的結構、順序和組織，一般認為是美國法院開始保護程式非表達部分的濫觴。後來陸續出現許多案子，法院或多或少都會判定著作權會保護電腦程式的構想部分，不過相關的認定標準還沒確定⁴⁷。而歐洲聯盟一九九一年的「電腦程式法律保護指令」(The Directive on the Legal Protection of Computer Programs)第一條第一段規定，保護電腦程式及電腦程式的先前設計資料，這些設計資料可包括程式規格書、流程圖、設計圖、圖表，雖然指令並沒有明確規定先於表達的程式概念受到保護，但是將保護範圍擴張到電腦程式的先前設計資料，某程度也會保護到程式的概念部分⁴⁸。所以，以歐美的法律來看，著作權法不只保護表達，某時候也保護構想⁴⁹。

倘若構想都被保護的話，那麼其他人要仿照這些構想，即使自己用重新寫一次程式，也可能構成著作權侵害。不過要注意的是，即使法院認為程式構想可以保護，但並不是全都保護，相關案例中也有很複雜的

⁴⁵ 605 F.Supp. 816 (M.D. Tern. 1985).

⁴⁶ 797 F.2d 1222, 1224-25 (3d Cir. 1986)

⁴⁷ 相關討論，請見陳偉潔，〈談電腦程式非文字部分之著作權保護〉，《科技法務透析》，1995.4。

⁴⁸ 同上註。

⁴⁹ 同上註。

判斷程序，所以並非完全沒有主張合理使用的空間⁵⁰。至於究竟著作權法要如何又保護構想又維持合理使用的空間，這得留待法院慢慢發展，至少目前仍沒有明確答案。若以台灣來看，則這層顧慮可能比較小，因為台灣法院並沒有將著作權法保護範圍擴張到軟體程式的構想部分。

再來，美國目前也已出現關於軟體程式的合理使用的案例。這些案例並不是因為開放原始碼而出現的，而是有競爭公司利用還原工程，或者竊取商業機密，才知道原廠商的原始碼，然後知道這些知識後進而利用這些知識，而引發訴訟⁵¹。而在這些案例中，被告都會在訴訟中主張自己屬於對軟體原始碼的合理使用。在最主要的一個案例 *Sony Computer Entertainment, Inc. v. Connectix Corp.* (2000) 案⁵²中，美國第九巡迴法院認為，雖然著作權法只是保護「文字」，但是在判斷是否構成合理使用時，並非只是看有沒有抄襲文字（亦即抄襲程式原始碼），而是要依合理使用的四個原則來做判斷。

這四個原則就是：第一，使用的目的與性質。主要可分為營利或非營利的使用，而兩者之間的區別，在於對著作的使用是否有合理代價的付出。第二，著作的性質。這是指被利用的著作本身是否具有被使用的誘因。第三，所使用的質與量及其在整個著作所佔之比例。第四，利用

⁵⁰ 例如 1987 年第五巡迴法院的 *Plains Cotton* 案 (807 F.2d 1262, 5th Cir. 1987)、1992 年美國第二巡迴上訴法院判決的 *Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc.* 案 (23 U.S.P.Q.2D BNA 1241)、1993 年美國第十巡迴法院的 *Gates Rubber Co. v. Bando American Inc.* (CA 10, No.92-1256, 1993) 等，都提出不同的判斷標準。相關討論分析，請參考陳偉潔，〈談電腦程式非文字部分之著作權保護〉，《科技法務透析》，1995.4。

⁵¹ 相關案例之分析討論，請參考 Eric Douma, "Fair Use and Misuse: Two Guards at the Intersection of Copyrights and Trade Secret Rights held in Software and Firmware," 42 J. L. & Tec. 37 (2002).

⁵² 203 F. 3d 596, 53 U.S.P.Q.2d (BNA) 1705 (9th Cir. 2000).

結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

不過，目前相關案例還是很少，到底要如何適用合理使用的四個原則，可能還有待法院發展。而且，前面說過歐美著作權法也已經保障到文字以外的構想部分，那到底要如何配合適用合理使用的這四個判準，還有待法院澄清。

若以台灣來看，台灣目前完全沒有軟體合理使用的爭議案例。但是當原始碼自願開放後，則合理使用的爭議則會浮上台面。而台灣的法院並沒有說著作權法也保護軟體非文字的構想部分，所以或許合理使用的空間會比較大，但具體判準仍有待慢慢建立。不過可以肯定的是，針對軟體程式原始碼絕對有主張合理使用的空間，只是以前不開放原始碼，所以無從主張而已。

此時，針對公開的原始碼，使用者可能會主張使用這些原始碼是屬於著作權法上的合理使用，而不受開放原始碼授權契約的限制，亦即，他們會主張自己看了開放之原始碼後所創作的衍生著作，乃是合理使用，而不必受到授權契約的限制，被迫開放衍生著作的原始碼。當然，這必須其使用的程度的確是合理使用的程度，而不能達到抄襲的程度。雖然目前仍沒有明確判準，但舉例來說，如果使用者是為了軟體相容性的問題，將開放原始碼的一部份，用到自己的獨立軟體上，這應該可算是合理使用。但如果只是對開放原始碼軟體作修正，因為修改的幅度可能連 1% 都沒有，這很難說是合理使用（若只修改 1% 而據為己有，那麼應該算是抄襲）。

此時的吊詭在於，如果授權人得知被授權人會主張合理使用，那麼他們根本就不會開放原始碼，他們肯開放原始碼，是建立在一個前提上，亦即被授權人要受到該授權契約的拘束。不過，這裡的確會有現實上的困難，因為授權人無法保證所有的被授權人都會接受這樣的契約，

而法律上似乎也無法強迫所有人看到公開的原始碼，都必須要受到該授權契約的拘束。只要有一些人願意接受，授權人為了提倡開放原始碼運動，就會選擇開放原始碼，但卻會讓那些那些不肯接受契約內容的人平白看到這些原始碼。

若是使用者符合了合理使用的範圍，似乎真的沒辦法要求所有使用了原始碼的人，都必須接受該授權契約的規定。但這樣的解釋結果卻可能導致開放原始碼運動的瓦解。不過，如果認為「目前軟體原則上不開放原始碼，配上適度地支持開放原始碼運動」是一個較適當的政策的話，那麼我們也可以在法律上選擇強迫執行開放原始碼授權契約，禁止其他人以合理使用作為藉口而不開放。

最後，由此問題所衍生的爭訟問題，則有實際上的困難，如上所述，若對方不開放其原始碼，我們根本不知道其是否有利用開放的原始碼，又何從主張其違反契約或違反合理使用的程度。

五、使用原始碼的程度

開放原始碼授權契約所欲規範者，是針對那些要用這些原始碼來修改該軟體的創作者，亦即該軟體衍生著作的創作者。可是，如果有一創作者，他參考了公開的原始碼，並用了一部份在自己所設計的軟體上，並沒有修改該開放原始碼的軟體，那麼，此時該創作者是否仍然受到該授權契約的拘束？MPL 授權契約把這種情形明文排除，認為如果沒有修改原始碼，只是將開放原始碼程式與另一群程式合在一起（檔案必須分開），那麼這個新的「程式群」就不需要揭露⁵³。但是根據 GPL 契約的條文，其也把這種情形納入規範。

⁵³ Natasha T. Horne, "Open Source Software Licensing: Using Copyrights Law to Encourage Free Use", 17 Ga. St. U.L. Rev. 863, 883 (2001)

GPL 契約第二條第二項規定：「這些要求適用於整個修改過的作品。如果能夠確定作品的一部分並非本程式的衍生產品，且可以合理地單獨考慮並將它與原作品分開的話，則當您將它作為獨立的作品發佈時，它不受此許可證和其條款的約束。但是當您將這部分與基於本程式的作品一同發佈時，則整個套件將受到本許可證條款約束，因為本許可證對於其他許可證持有人的授權擴大到整個產品，也就是套件的每個部分，不管它是誰寫的。」亦即，在 GPL 契約下，只要使用了 GPL 原始碼，即使對原始碼沒有修改，只是將 GPL 原始碼加在自己另外寫的獨立的軟體程式上，兩個檔案分開，但一起散播，GPL 契約規定此時也要將其全部軟體的原始碼公開。有學者認為這已經超過了原始著作人的權限，因為其他人的獨立著作乃是自己的知識累積，其只利用了部分開放原始碼的內容，就被要求全部開放，有點不太合理，故此可能構成濫用權利 (misuse)⁵⁴。

六、小結

綜上分析可知，其實開放原始碼契約在契約締結上、契約內容上、契約執行上，就有一堆問題，導致其可能在法律上根本無法強制執行。不過，在現實上，開放原始碼契約還是能夠獲得部分的實現。這主要有兩個原因，一是前面所述，開放原始碼運動社群其實是以主張控告侵權的方式，來脅迫使用者接受開放原始碼契約。另一個原因則是，有許多程式設計師嚮往開放原始碼運動的理念，所以自願接受該契約的安排。

⁵⁴ Christian H. Nandan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?", 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 349, 368-70 (2002). 該文說明目前美國法院認定的「權利濫用」只出現在專利授權中要求回復授權的情形，如果此一回復授權連不相關的專利、或早已存在的專利，只因運用了授權的專利就被要求要回復授權，此及構成權利濫用。作者認為，著作權法此部分的演變，遲早會受到專利法的影響，故將來 GPL 授權也很可能夠成權利濫用。

不過，如果真正涉及合理使用的問題時，開放原始碼社群就可能也拿使用者沒法子。所以，大致上開放原始碼契約只有部分獲得實現。

肆、哪種契約模式較好

由上述分析可知，GPL 開放原始碼授權契約可能根本沒有成立，而是在事後被迫履行契約內容。即使契約成立，仍然會有上述執行上的困難，例如：誰是著作權人、訴訟有無誘因進行、如何查知是否有違約情事、何謂參考原始碼所產生的衍生著作、授權契約強制衍生著作揭露原始碼的約定是否違背著作權法上合理使用之設計，這些問題都導致開放原始碼授權契約在現實上落實的困難。

我們認為，之所以會產生這些複雜的問題，是因為開放原始碼授權契約是想要用契約的方式，來突破既有之著作權不用公開原始碼的設計，因而產生了許多解釋上的矛盾，以及契約執行上的困難。而其中問題最大者，就是開放原始碼契約原本可以只要針對「原始碼沒有開放」此一問題來處理即可，但是主要的 GPL 契約卻要求太過頭了，它要求所有利用其原始碼的人也都要開放原始碼，這跟著作權法的原本架構產生了很大的衝突，尤其是在合理使用的問題。

簡言之，原本不開放原始碼，著作權法整套關於合理使用的法條都用不上，違背了著作權法增進公共知識的目的。可是現在 GPL 契約想用契約的方式來開放原始碼，但其契約安排策略卻跟著推翻了著作權法整套合理使用的設計，解決了一個問題，卻產生了另一個問題。假設所有原始碼一律被要求強制開放，到底該怎麼適用著作權法中合理使用的規定呢？

一、教科書創作模式

以下，我們將討論，假設軟體原始碼根據著作權法原始精神應該開放，那麼應該如何適用著作權法中整套關於合理使用的條文。為了釐清一些概念，本文先概述傳統文字著作在著作權法下的保護發展模式，以撰寫教科書為主要例子，作為思考的參考。

教科書主要是為了讓老師在上課使用。可是每一個老師對教科書的內容卻多少會有點意見。例如，老師可能認為書中第三章的某一個問題，該本教科書沒介紹清楚，此時授課老師可能會自己在書頁邊寫上一些筆記，然後在課堂上補充。或者，也可能老師認為第四章某些內容寫得太多，老師可能會省略不講。例外，教科書可能也會有某些錯誤。

針對教科書這些缺少的內容、多餘的內容、或錯誤的內容，各方使用者可能會寫信給出版社或原作者，希望原作者修改。原作者有權決定要不要接受這些意見，然後在自己的教科書改版時，加入這些修改。

如果讀者想要將這些記在教科書邊頁的筆記流傳給他人看，他可以在合理使用的程度下，印個幾頁給別人，但是不能為了將自己的筆記給別人看而把整本書都印下來。

另外，如果另外一個作者以合理使用的方式，援用了教科書的部分內容，那麼只要符合合理使用的程度，他則是自己著作的著作人。他要怎樣使用自己的著作權是自己的事，甚至他不想出版著作都沒關係。但是，如果讀者只改了百分之四十的內容，另外百分之六十則是直接拿所參考教科書的內容，然後彙整出版的話，這一定構成抄襲。

這即是典型的著作權法下的教科書發展模式。教科書透過讀者的回饋，可以慢慢修改內容，但是著作權還是在原作者身上，因為只有原作者有權去修改教科書，而其他建議修改的讀者，他們自己雖然可以在自

已買到的那本教科書上寫筆記畫重點，但是這些讀者決對不會因此取得教科書的著作權，也沒有義務要公開他們在頁角寫的筆記內容。而且在符合著作權法合理使用的條文下，讀者也可以不回饋給原作者。

介紹完傳統文字著作的著作權保護發展模式後，我們不難想像開放原始碼契約究竟出了什麼問題。開放軟體原本只是想解決原始碼不開放的問題，可是 GPL 契約的安排方式，與著作權法合理使用制度下的發展方式完全不一樣。其要求所有修改 GPL 原始碼然後散播的人，都必須將其原始碼公開，且還必須繼續用 GPL 授權契約，這跟著作權法合理使用的規定產生了衝突。

若是想要用契約達到跟原本著作權設計精神一樣的模式，那麼契約應該這麼安排：一，使用者可以自行修改，在修改後只能自己使用，因為其只修改了部分內容（例如修改了 1%），並沒有取得著作權，不能自行散播銷售。若自行散播銷售，即構成了抄襲或違反盜版（抄襲或盜版原著作的 99%）。二，若想散播其修改的內容，其不能整個軟體一起散播，他只能將那修改的相關部分（其中幾十行程式）散播而已。不過對於其修改的內容，其有自己的著作權，可以決定要如何使用這部分的著作權，他可以限定次手可散播的範圍，也不需要允許次手自由散播修改的內容。三，使用者可以將修改的部分寄給原軟體商，供其參考以利修改。至於軟體商要不要在新版本中修改，軟體商則有完全的決定權。四，若使用者使用原始碼符合合理使用的程度，那麼對其自身的軟體擁有完整的著作權，可以自己決定散播銷售的方式。

二、SCSL 契約的優點

經過上述簡單說明，即可知道 GPL 契約的安排與著作權法的原始內容完全不同。相較來看，昇揚公司所採取的 SCSL 契約的精神，反而比

較類似這樣的安排。在 SCSL 的安排下，雖然其將原始碼開放，但仍採取兩種契約同時並行，亦即昇揚公司雖然開放原始碼，但是到底其他人的修改昇揚要不要接受，昇揚有絕對的決定權，而且其軟體還是可以賣錢，其他人不得自由散播該軟體。另外，其允許原始碼在程式設計師之間流通修改研發，但不允許其他廠商的程式設計師自己做了修改之後就全部程式都佔為己有拿去賣錢。不過當其他廠商的程式設計師的所修改的內容或使用的符合合理使用的條件時，此時其他廠商當然就取得新軟體著作權，而不需要回饋給昇揚公司。

SCSL 契約這整套的設計機制，一方面維持了開放原始碼的精神，一方面也符合著作權合理使用的規定。更重要的是，其契約安排維持了軟體廠商的創作誘因。

在其他開放原始碼授權契約之下，開放原始碼廠商很難直接從軟體本身上獲利，甚至其他使用原始碼的參與者，其本身的軟體都會被剝奪獲利空間。雖然 GPL 規定修改者可以改以有償方式來散播軟體，但是其要求修改者還是要用 GPL 契約，這樣買得修改版本的使用者，還是可以自由散播該軟體，這使得修改者的獲利空間仍然會被壓縮。

當然，在 GPL 契約下軟體商還是可以有其他的獲利辦法，例如紅帽就是透過售後服務的方式來獲利⁵⁵。但是其實這樣的獲利方式還是很間接，需要售後服務的人可能不多，而且後續的修改者可以將軟體改成更貼近使用者，而不需要請求紅帽的支援，故這種獲利方式提供的誘因實在不夠。

當然，有經濟學家說明參與原始碼運動的個別工程師因為可以預期

⁵⁵ Christian H. Nandan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue? ", 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 349, 373-4 (2002).

未來的工作機會而有參與的誘因。但是，或許對個別的工程師是可以提供足夠的誘因，但這對原本初始開放軟體原始碼的廠商，其獲利的空間還是不夠。

在 SCSL 契約的安排下，就不會出現上述獲利空間不足的問題。因為 SCSL 並沒有放棄自己的著作權，它只允許其他工程師修改散播，但禁止做商業的散播。SCSL 還是保留自己的絕對控制權，到底哪種修改要放到自己賣的軟體中，原著作人有絕對的決定權。而且，其在商業販賣上，其還是唯一的販賣者，其他人想要使用它的部分原始碼來販賣衍生軟體，也必須取得原著作權人的授權。這樣的方式，讓原著作權人還是可以從軟體上直接獲利，又可以從開放社群中獲得回饋，而開放社群又可以從原始碼中獲得知識，可說是雙贏的局面⁵⁶，完全符合著作權法原本的設計精神。

三、開放社群的法律策略

經過上述的分析得知，GPL 等開放原始碼授權契約雖然試圖推動自發性開放原始碼運動，但是在法律上卻有很多問題。而 SCSL 契約才較能夠符合著作權法的原本精神，一能維持原著作人完整的著作權，維持創作誘因，二能公開知識，三能維持著作權法合理使用的精神，故是較好的授權契約。

可是問題在於，正是因為其他軟體商不肯開放原始碼，所以 GPL 契約才要用這麼強烈的方式，迫使其他使用者（即使只使用了一點點原始碼）都必須開放原始碼，才能將自發性開放原始碼運動散播開來。如果

⁵⁶ Christian H. Nandan 就描述過類似的營利模式，並更詳細地說明這種模式的各項優點。請參考 Christian H. Nandan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?", 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 349, 374-5 (2002).

只採用 SCSL 那種契約，雖然原著作權人有足夠的獲利空間，也比較符合著作權法合理適用的規定，但是這樣不想開放的人還是不用開放，那麼開放原始碼運動可能就不能廣泛地推展開來。所以，在策略運用上，SCSL 未必就是一個比較好的契約模式。

但究竟哪種法律策略對開放原始碼運動的推廣會比較有效，這也很難比較。由於 SCSL 還能夠提供原著作權人較合理的獲利空間，或許 SCSL 對開放原始碼運動的推動，較能夠獲得充足的資金後援，而且，可能 SCSL 的契約較為合理，也不會受到來自反對陣營的強烈批評，故而更能順利推動開放原始碼運動也說不定。

不過不管哪種契約，其實在落實開放原始碼宗旨上，還是不夠直接，效力也有會有折扣，最直接的方法，還是在法律上要求強制開放原始碼。

伍、結論

本文首先介紹各種開放原始碼授權契約的內容，並討論各種契約引發的各種爭議。若以主要的 GPL 契約為例，其契約在締約上、內容上、執行上，出現了一堆問題。這些問題或許會成為自發性開放原始碼運動的絆腳石。

而對照其他幾個主要的開放原始碼契約，我們認為昇揚公司的 SCSL 契約才較能符合著作權法的基本精神，亦即原始碼開放，但又保留著作財產權，也保留其他人合理使用的空間。

但是，雖然 SCSL 是較符合著作權法基本精神的契約模式，但在推動自發性開放原始碼運動的法律策略上，GPL 契約和 SCSL 契約則各有優劣，不過功能都有限制。最有效的方法，還是在法律上強制開放軟體

的原始碼。

參考資料：

1. Mathias Strasser, "A New Paradigm in Intellectual Property Law?: The Case Against Open Sources", 2001 Stan. Tech. L. Rev. 4 (2001).
2. 陳俊志，〈開放原始碼軟體對企業用戶與資訊產業的迷思〉（作者為台灣微軟業務經理），<http://www.microsoft.com/taiwan/events/slides/common/default.htm>。
3. 資策會科法中心，〈我國面對開放原始碼之法律問題蒐集－我國開放原始碼軟體產業之概況與公共授權條款介紹〉，科專研究報告第二分項，2001.8.31，<http://stlc.iii.org.tw/articles/Science/90/2-910315-03.pdf>。
4. Frank Hecker, "Setting Up Shop: The Business of Open - Source Software", <http://people.netscape.com/hecker/setting-up-shop.html>。
5. Larry Seltzer, "License To Drive Software Development", PC Mag., Mar. 23, 1998, <http://www.zdnet.com/pcmag/features/opensource/intro2.html>.
6. Brian Behlendorf, "Open Source as a Business Strategy", in Open Sources: Voices of the Open Source Revolution (O'Reilly Open Source) (Chris DiBona ed., 1999), <http://www.oreilly.com/catalog/opensources/book/brian.html>.
7. Richard P. Gabriel & William N. Joy, "Sun Community Source License Principles", <http://www.sun.com/981208/scsl/principles.html> (last visited Nov. 7, 2002).
8. Christian H. Nandan, "Open Source Licensing: Virus or Virtue?", 10 Tex.

- Intell. Prop. L.J. 349 (2002).
9. Eben Moglen, Free Software Matters: Enforcing the GPL, I, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.pdf> (visited Jul. 10, 2003)
 10. Stephen M. McJohn, "The Paradoxes of Free Software", 9 Geo. Mason L. Rev. 25, (2000).
 11. 陳偉潔，〈談電腦程式非文字部分之著作權保護〉，《科技法務透析》，1995.4。
 12. Eric Douma, "Fair Use and Misuse: Two Guards at the Intersection of Copyrights and Trade Secret Rights held in Software and Firmware," 42 J. L. & Tec. 37 (2002).
 13. Natasha T. Horne, "Open Source Software Licensing: Using Copyrights Law to Encourage Free Use", 17 Ga. St. U.L. Rev. 863 (2001)