

軟體專利之省思 ——自由軟體發展對專利權之衝突與防禦

陳思豪^{*}

摘要

自由軟體社群激烈地反對著軟體專利，並視其為自由軟體發展的一大阻礙。本文整理歸納自由軟體發展受軟體專利威脅的可能原因，並列出自由軟體社群對軟體專利的防禦方法。在觀察自由軟體社群對軟體專利的批判下，對軟體專利制度作一省思。

關鍵字：自由軟體、開放原始碼、GPL、軟體專利、專利叢林、專利侵權風險、專利審查、專利侵權防禦、專利池、DPL

壹、前言

自由軟體（free software）運動起源於 1980 年代 Richard Stallman 鼓吹電腦軟體應開放原始碼，號召軟體工程師一同開發無償授權大眾的電腦軟體，並以自由軟體授權條款 GPL（GNU General Public License）釋

收稿日：102 年 2 月 23 日

^{*} 作者現為經濟部智慧財產局專利二組約聘專利審查委員。本文特別感謝政大法學院李治安副教授給予之學術指導。（本文相關論述僅為一般研究性之探討，不代表任職單位之意見）

出其 GNU 計畫的成果。自由軟體授權條款 GPL 以保留部分著作權方式，放棄部分著作權法所賦予的排他權，無償授權給使用者執行、學習原始碼、散布、修改後散布的四大自由，並以著佐權¹（copyleft）條款規範再創作者修改後散布須以同一授權釋出，來將此四大自由不斷傳遞給後手。自由軟體制度之設計大都以利用人權益之角度出發，具有強烈公共利益之色彩。自由軟體的起初偏向興趣導向的業餘開發，時至今日其成果之 GNU/Linux、Apache、Sendmail 等專案主導網際網路應用，Linux 核心更是各硬體廠商重要的基礎作業系統，整個資通訊產業大量取用自由軟體進行商業運用已是當前趨勢²。與自由軟體相對的是私有軟體（proprietary software），以著作權保護，使用者支付對價，著作權人以著作權授權條款授權使用者，使用者得到目的碼執行使用，但無法拿到私有軟體的原始碼研究其內部技術思想。

透過法院判決的解釋，1990 年代美國開始大量出現軟體專利³，尤其是在 1994 年的 Alappat 案開放了一般電腦（general purpose computer）執行軟體可為專利標的⁴，1995 年 *Lotus v. Borland* 一案，Lotus 控告 Borland 軟體介面著作權侵權失敗⁵，此後私有軟體公司開始大量申請專

¹ Copyleft 之中譯「著佐權」為曾任職中央研究院資訊所之廖漢騰先生所創，見劉孔中，「建立資訊時代「公共領域」之重要性及具體建議」，智慧財產權法制的關鍵革新，頁 13，2007 年 6 月。

² 「自由軟體鑄造廠」，自由開源軟體推動策略建議書，頁 7，2012 年 10 月，http://www.openfoundry.org/tw/papers-and-teaching-materials/doc_download/1627-。

³ Kirk D. Rowe, Why Pay for What's Free: Minimizing the Patent Threat to Free and Open Source Software, 7 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 595 (2008); David S. Evans & Anne Layne-Farrar, Software Patents and Open Source: The Battle Over Intellectual Property Rights, 9(10) VA. J.L. & TECH. 10, pp5, 19 (2004).

⁴ In reAlappat, 33 F.3d 1526 (Fed. Cir. 1994); Evans & Layne-Farrar, *Id.* at 6, 19.

⁵ *Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc.*, 49 F.3d807 (1st Cir. 1995); Evans & Layne-Farrar, *Id.* at 20.

利。自由軟體立基於著作權之上，自由軟體社群並不反對著作權法本身，但自由軟體社群激烈地反對著軟體專利，並視其為自由軟體發展的一大阻礙⁶。本文試圖以自由軟體社群對於軟體專利之批判，並列出其對專利權之防禦手段，以期對目前訴訟氾濫的軟體專利作一省思。

貳、自由軟體發展受軟體專利的威脅

自由軟體專案大都從業餘、興趣導向的發展開始，無償授權他人使用藉以吸引同好一同加入創作團隊，而形成一社群。自由軟體社群大部分的開發者並無如同 IBM、Red Hat 等有應用自由軟體的商業營運，故並不直接從其得到經濟利益，可代表資本較為弱勢的個人或小團體創作者。以下列出自由軟體社群厭惡軟體專利制度原因。

一、自由軟體社群在時間與經濟上較私有軟體公司弱勢

最直接的原因就是專利成本太過昂貴⁷，取得專利需要撰寫申請書、請代理人、搜尋前案、向專利專責機關繳交申請費，視各國專利專責機關的效率需要 30-50 個月才有審查意見，申復審查意見或修正透過代理人需服務費，專利通過後開始向政府繳交年費，且越接近專利年限年費越高，而後續向他人要求授權費用的警告函、授權契約的交涉、進入司法程序的侵權訴訟全部都是要透過法律事務所的開銷⁸。自由軟體社群在其

⁶ François Lévêque & Yann Ménière, *Copyright versus Patents: The Open Source Software Legal Battle*, 4 REVIEW OF ECONOMIC RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES 27, 38 (2007).

⁷ Jason Schultz & Jennifer M. Urban, *Protecting Open Innovation: The Defensive Patent License As A New Approach To Patent Threats, Transaction Costs, And Tactical Disarmament*, 26 HARV. J. L. & TECH. 1, 3 (2012); Richard Stallman, *Software patents-Obstacles to software development*, GNU operation system, 2002/03/25, <http://www.gnu.org/philosophy/software-patents.html>.

⁸ Schultz & Urban, *id.*

初始想法與設計就是給興趣導向的個人在休閒時間貢獻自己能力所及有興趣之創作，在有限時間中只想完成自己的興趣或需要，並不想管繁雜的法律事務，且其為一分散式的同儕創作，如 Linux/Apache/GNU 等擁有自己的基金會的大計畫等畢竟是少數，絕大多數專案並無成立正式的管理機構，大都是一群在網路上溝通的工程師，缺乏律師等法律資源⁹。自由軟體又不以營利為目的，無償授權給大眾使用，除去 IBM、Red Hat 等靠自由軟體販賣伺服器與服務營利的商業公司，大多數的社群並沒有靠自由軟體有直接收入，在專利競賽中自然就沒有本錢參與了。這使得專利制度被認為是設計給較有資金規模與法律資源的私有軟體公司¹⁰，而可以用來打壓經濟規模較小的自由軟體社群，社群在此制度下顯得相對弱勢。

二、專利違反自由軟體精神

一般申請專利的目的在於尋求授權利益、與他公司共同研發、排除競爭者等¹¹，除了共同研發本來就是自由軟體的核心精神外，專利權排他與尋求授權金的態度都是與自由軟體協同創作、無償授權自由使用等精神相反。自由軟體開發者大都認為專利制度是阻礙競爭（anticompetitive）、阻礙創新（anti-innovation），專利制度下衍生出的 NPE（Non-Practicing Entities）¹²不事生產研發靠著收購專利來四處興訟，與奉獻生產的自由軟體開發者信念不符¹³。在信念相反下，自由軟體

⁹ *Id.* at 9.

¹⁰ *Id.* at 3.

¹¹ *Id.* at 6.

¹² 指僅靠交易與行使專利權牟利自己卻不生產研發任何產品的組織。

¹³ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 3, 10.

擁護者唾棄專利，除了前述經濟上的限制外，精神上也厭惡這個制度，所以也就不願意去理解與申請專利。Red Hat 是自由軟體陣營的領導公司，其在 2002 年開始申請軟體專利時，就遭受自由軟體社群非議¹⁴，Red Hat 則聲明其唾棄專利制度的立場不變，但是還是得建立起自己的防禦武器，這對社群也是一個幫助，並承諾不會把這些專利拿來執行，只是拿來作為防禦性武器¹⁵。然而，就算 Red Hat 或是其他擁有更多專利的公司如 IBM 公開聲明其立場以及保證不將其拿來對付自由軟體社群¹⁶，社群還是對其存有疑惑，不能肯定將來哪一天這些公司會拿起這些武器來維護他們自己的私益而不是社群整體的共同利益¹⁷。另一個可能產生的問題是，智財權在科技公司之間很常變賣易主，如果 Red Hat 所申請與自由軟體相關的專利將來被私有軟體陣營，尤其是 Microsoft 之類對自由軟體懷有敵意的公司得到怎麼辦，可能是經由破產清算或是敵意收購，而原本的保證也無意義了¹⁸。自由軟體社群打從心底厭惡軟體專利，既使是自己人去申請軟體專利也是違背社群精神的，只要專利存在就會使社群有法律上的疑慮（legal uncertainty），自由軟體社群如核心組織自由軟體基金會（Free Software Foundation 後稱 FSF）所冀望的就是徹底終結軟體專利制度¹⁹。

¹⁴ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 10.

¹⁵ Matthew Broersma, Red Hat Defends Controversial Patent Applications, ZDNET UK, May 31, 2002, <http://news.zdnet.co.uk/business/0,39020645,2111257,00.htm>.

¹⁶ Red Hat, Inc., Statement of Position and our Promise on Software Patents (2004), http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html.

¹⁷ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 4.

¹⁸ *Id.* at 14.

¹⁹ Matt Lee, End Software Patents (ESP) Project Formed to Eliminate Software Patents, 2008/02/28, <http://www.fsf.org/news/end-soft-patents>. End Software Patent Project, <http://endsoftpatents.org/>.

三、USPTO 通過顯而易見的軟體專利使其成為圈地運動

專利審查非常依賴先前技術（prior art）檢索，以其為新穎性與進步性的判斷，在軟體專利開放之初，因為沒有先前的軟體專利可參考，雪上加霜的是，不同於其他科學或是工程領域，軟體產業的創新研發不一定會發表學術論文²⁰，對當時的審查員來說，既有的私有軟體與自由軟體可能是先前技術的來源，自由軟體雖然公開原始碼，然而原始碼不是專利審查員熟悉的語言，私有軟體除非是大家熟習的功能，否則也很難拿來作為引證文件，也就是當時很缺乏軟體產業有效的先前技術資料庫。在缺乏先前技術的情況下，USPTO 無法辨識申請案是否新穎原創，也就通過了一堆品質不佳的專利²¹。審查標準不高的情況下，就變成先搶先贏的圈地運動，有本錢的私有公司盡可能的把能搶的功能與思想都用專利搶下來，即使其與本業研發一點關係也沒有，而軟體專利的特色就是其研發成本跟藥品專利等比起來實在是太低了²²，軟體專利甚至根本不用實做不用寫程式，只要花費撰寫專利文件的成本²³，撰寫專利文件的成本與一個實際的軟體產品的開發成本相較極小。這些初期的品質不佳、範圍大、顯而易見的軟體專利最有名也最常被拿出來討論的就是網路販賣公司 Amazon 的 1-click 專利²⁴，利用既有瀏覽器技術 cookie²⁵來達到辨

²⁰ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 11.

²¹ *Id.* at 11, 12; See Stallman, *supra* note 7; Schultz & Urban, *supra* note 7, at 10.

²² Rowe, *supra* note 3, at 608.

²³ 鄭杰，【說比做容易 Google、Facebook 遞狀請法官駁回抽象專利官司】，2012/12/10，http://news.cnyes.com/Content/20121210/KFOHmw3CE1W8Y.shtml?c=us_stk。

²⁴ Peri Hartman et al., Method and system for placing a purchase order via a communications network, US patent 5960411 (1999); Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 11; Schultz & Urban, *supra* note 7, at 10.

²⁵ 存資料在使用者端的電腦，需要時網站可將其讀出，以瞭解該使用者的先前動作與記錄。

識使用者身分而可以使滑鼠按一下就完成線上交易，在當時瞭解的工程師都會認為這沒什麼技術成分，然而這功能就被 Amazon 包裝成 1-click 專利登記搶走了，並且立即用以展開訴訟以禁制令排擠同業²⁶，FSF 當時發出聲明聯合抵制 Amazon 利用專利制度獨占顯而易見軟體功能的行為²⁷，該案被告在地院被判決以禁制令禁止侵害該專利，而上訴法院撤回了地院決定與禁制令，理由是被告的網站要「按兩下」而不是該專利所宣稱的一下，屬於高科技領域的軟體專利訴訟就在這滑鼠一下兩下之爭中如同鬧劇般的收場²⁸。然而以上所述畢竟是初期缺乏有效資料庫的混亂時期，在各商業公司響應圈地運動的情況下，至今日（2013）美國的軟體專利資料庫已非常龐大完整²⁹。

四、專利制度課予軟體開發者檢視專利的義務

軟體開發有如同蓋積木房子般元件可再利用的特性³⁰，自由軟體的核心理念就是重複使用原始碼，不需要重新發明輪子，利用多數前人的程

²⁶ 陳龍昇，「美國電腦軟體與商業方法專利之案例發展（下）」，萬國法律第 142 期，頁 6，2005 年 8 月。

²⁷ FSF, Boycott Amazon!, <http://web.archive.org/web/20081121093238/http://www.gnu.org/philosophy/amazon.html> 該抵制行為隨著訴訟結束收場，該頁中甚至有曾為 Amazon 的創始工程師跳出來聲明反彈該專利訴訟行為，可見該案在當時有多大的爭議。

²⁸ 陳龍昇，見前註 26，頁 6-7。

²⁹ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 15. 該文為 2004 年的學術論文尚且認為當時已明顯有改善，目前美國專利資料庫的確已包含了全世界最大量的軟體專利先前技術，筆者的工作也極仰賴在其中檢索引證文件。

³⁰ See Sam Williams & Richard M. Stallman, FREE AS IN FREEDOM 2.0: RICHARD STALLMAN'S CRUSADE FOR FREE SOFTWARE 5 (2nd ed. 2010), available at <http://static.fsf.org/nosvn/faif-2.0.pdf>, Stallman 用城市的房子來形容軟體架構；See David McGowan, *Legal Aspects of Free and Open Source Software*, in PERSPECTIVES ON FREE AND OPEN SOURCE SOFTWARE 361, 366 (2005); Andrew La Fontaine, *Adventures in Software Licensing: SCO v. IBM and the Future of the Open Source Model*, 4 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 449, 455 (2006).

式碼再組合改良就可以滿足新的需求³¹，然而軟體專利就如同用法律把其中某些的「基礎元件（building block）」獨占了，使開發者失去組合改良該元件的自由³²，有了軟體專利制度後，開發者必須多花時間去找出這些被專利的元件並試圖避開，多出的檢索與閱讀專利的步驟減緩了軟體的創作速度（包括自由軟體與私有軟體開發者）³³，這就像課予開發者的義務，使其創作變的不自由。當軟體專利越來越多，也就是上述的軟體專利圈地運動，這個義務更是變的困難且不可能達成，今日已經近乎不可能寫出一個稍大的程式而不會踩到一個軟體專利了³⁴，只是專利權人要不要告，認為有沒有訴之利益的考量。學者形容其為「專利叢林（thicket）」，表示軟體開發如同步步荊棘的在叢林中試著避開茂盛的樹木³⁵。自由軟體運動創始者 Richard Stallman 尚且指出：在寫程式之前試著去找出自己可能踩到哪些專利是不可能的，因為專利尚有申請後 18 個月公開的制度³⁶，在公開前是查不到的，然而在軟體開發比起其他產業相對短的情況下³⁷，18 個月已經足夠一個軟體構思、開發、散布，從開發之初即無法預料是否會侵犯尚在秘密狀態的專利；以及當開發者試著找出一堆相關的專利時，會發現裡面的法律文字非常難以理解，那不是工程師所熟悉的語言³⁸。以上都可瞭解專利制度帶給軟體開發者的不是提供創造誘因，而是課予許

³¹ Rowe, *supra* note 3, at 607.

³² Id.; Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 11.

³³ Rowe, *supra* note 3, at 607.

³⁴ Lévêque & Ménière, *supra* note 6. 而該文已是 5 年前的文章，現今更是步步荊棘。

³⁵ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 22; Rowe, *supra* note 3, at 607; Schultz & Urban, *supra* note 7, at 5.

³⁶ 18 個月公開已經是改良過的版本，稱為早期公開制度，之前不公開而造成專利突然冒出來向潛在使用者要求授權費用，被稱為潛水艇專利（submarine patent），見 Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 16,18。

³⁷ Rowe, *supra* note 3, at 609.

³⁸ Stallman, *supra* note 7.

多義務，使其相較於過去僅有著作權的保護時更為不自由。

五、自由軟體相較於私有軟體侵權風險較高

前面所述軟體專利已成為專利叢林，其他各公司在開發任何產品都很可能踩到他人專利，而尚且可以維持平衡的原因是，各公司也有自己的專利，只要別人來告，各公司也有可以告回去的專利，互相可能踩著對方專利所以呈現牽制平衡的狀態。但從前述的第一、二點即可了解，自由軟體社群是沒本錢也不願意參加軟體專利競賽的，所以在專利訴訟武器上相較於私有軟體公司就呈現手無寸鐵的狀態，自由軟體陣營在缺乏專利的情況下，就很可能被 NPE 或是其他競爭的私有軟體公司要求授權費，雖然非營利的自由軟體社群較沒本錢所以訴之利益較小，但還是可能被同質性的私有軟體為了排除競爭而訴訟³⁹。自由軟體開放原始碼的作法也使其暴露在更容易侵權的風險中⁴⁰，因為專利權人可以去檢視到內部技術思想，查其是否落入專利範圍，私有軟體因為隱藏了原始碼所以相對安全。再結合上述第四點，自由軟體社群通常有較少需求、時間、金錢等資源檢查原始碼是否踩到專利⁴¹，分散式的同儕生產模式使的專利侵權的風險控管比起在同一間私有軟體公司幾個工程師的集中開發更加困難，從社群來的潛在侵權風險將更高⁴²。自由軟體社群在侵權風險上還有一個特點就是，因為大家都用 GNU/Linux 等一樣的軟體，大家都在同一條船上，只要有社群中有一個較容易被訴的如 Red Hat、IBM 等商業公司被訴，整個社群都會一同陷入法律不確定性之恐懼中（fear uncertainty

³⁹ Lévêque & Ménière, *supra* note 6, at 41.

⁴⁰ Rowe, *supra* note 3, at 608.

⁴¹ Lévêque & Ménière, *supra* note 6, at 40.

⁴² *Id.*

and doubt: FUD)⁴³，雖然是大公司被勒索授權費用，但是社群還是會人人陷入侵權的恐慌，怕自己就是下一個，造成整體發展的停滯。

六、專利有可能劫持標準

某些公司可能會大力的推廣某種檔案流通的格式、傳輸介面、網路協定等，並在學術期刊上公布其技術，並鼓吹其優點促使大家去使用，但是私底下已經申請了一堆專利並利用前述的秘密保持期間推廣該標準，等到許多廠商跳進去製作開發相關產品時並廣為消費者使用時，專利就會在某個時間點冒出來跟相關商業應用公司要求授權金。LZW 壓縮演算法是社群與學術著作時常拿出來撻伐的例子⁴⁴，1984 年 LZW 壓縮演算法在學術期刊上被其作者之一所揭露，但完全沒提及其相關專利正被 Unisys 公司申請中，LZW 演算法被許多壓縮程式所實做，包含在 UNIX 與 Linux 上廣泛使用的 compress 程式。1987 年 CompuServe 公司應用 LZW 演算法開發出 GIF 圖片檔案程式，GIF 格式可顯示簡單動畫的特性伴隨著當時成長的網際網路而廣為使用，且被編入了 W3C 標準中，在 1990 年代中期，LZW 技術公開的十年後，Unisys 才跳出來執行其專利向使用該演算法的各組織要求授權費⁴⁵。使用 GIF 格式的許多網頁受影響必須撤除該格式⁴⁶，GNU 計畫也因此開發了 gzip 來取代 compress 程式來迴避該專利⁴⁷。社群與網路相關產業對之憤怒可想而知，軟體產業的發產週

⁴³ *Id.* at 41.

⁴⁴ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 16; Stallman, *supra* note 7.

⁴⁵ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 16.

⁴⁶ FSF, Why There Are No GIF Files on GNU Web Pages, 2012/06/10, <http://www.gnu.org/philosophy/gif.html>.

⁴⁷ Richard M. Stallman et al., FREE SOFTWARE, FREE SOCIETY: SELECTED ESSAYS OF RICHARD M. STALLMAN26 (2002), available at: <http://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rms-essays.pdf>.

期比其他產業快速更加重此問題的疑慮⁴⁸，專利的秘密保持期間就可以使一個標準廣為流傳，當大家的使用習慣在各軟硬體上已經脫離不了該標準的時候就是專利權人殺雞宰羊的好時機。多數人使用的自由軟體不可能選擇繼續使用有專利的程式使大眾暴露在侵權風險下，也沒有本錢去向專利權人授權，結果是必須選擇移除該標準，移除就使自由軟體失去了與該標準相容性（incompatibility），造成更難與可能願意花錢去向專利權人授權使用的私有軟體競爭。

參、自由軟體社群對軟體專利之防禦

軟體專利阻礙創新的質疑在 2012 年激增的智慧型手機相關專利訴訟中更受到注目，2012 年處理 Apple 與 Motorola 專利之爭的 Ponser 法官，就質疑專利制度是否適用在變化快速的軟體產業上，其認為科技產業在推出新裝置或服務時就可以得到報酬，就算沒有軟體專利制度也已足夠獲利豐厚，並認為激增的專利叢林是個問題⁴⁹。Ponser 法官形容軟體專利訴訟「這就像在叢林中，動物們用盡牠們所有的方式試著生存下來」⁵⁰。在這場專利競爭中，就算自由軟體社群多麼不認同軟體專利制度，你不告別人，別人卻會來告你，沒有防禦的武器與準備就是坐以待斃。本節列出自由軟體社群對抗軟體專利現有的方式。

一、申請防禦性專利

這是最直覺的傳統作法，就是與私有軟體公司一同加入專利圈地運

⁴⁸ Rowe, *supra* note 3, at note 78.

⁴⁹ Khurram Aziz, Judge calls litigants in patent war "animals": says software patents not needed, 2012/07/06, <http://www.ipworld.com/ipwo/doc/view.htm?id=286367§ionID=news&searchCode=SEC>.

⁵⁰ *Id.*

動競賽。防禦性專利（defensive patent）是指不拿來主動告人，但是如果被告，就可以檢視手上的武器來攻擊對方⁵¹，而也因為手上有著武器，他人就不會輕易來犯。小型的自由軟體社群通常缺乏資源，所以這個任務就落到使用自由軟體的商業公司，如 IBM、Red Hat、Novell 等，事實上許多可能威脅自由軟體的專利正是這些屬於自由軟體社群的商業公司所擁有⁵²，因為他們在一邊開發自由軟體時，就先以該概念申請專利了，之後才以授權條款把原始碼公布給大眾。然而這也增加了法律不確定性，要確保這些公司將來不會因為競爭關係而自己互相告起來⁵³。防禦性專利對 NPE 也沒有辦法，因為 NPE 自己不製造、輸出入、販售產品，全靠告人為生，他們根本不怕專利反訴⁵⁴。自由軟體的防禦性專利尚有一個特點，因為自由軟體社群在同一條船上，只要有一個社群中一個被告，社群所有人都同時陷入被告的可能，所以也會群起反撲，2003 年 *SCO v. IBM* 一案就可以看到這個現象⁵⁵，自由軟體社群的個別專利不需要特別簽訂專利池協定，就有類似專利池的效果，跟其中之一為敵，就是跟整個社群為敵。然而如 3.2.1 中所述，自由軟體社群在時間、經濟、社群倫理上無法或是不願參與專利競賽，所以在此項與私有軟體公司比較是相對弱勢的。

⁵¹ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 6.

⁵² Lévêque & Ménière, *supra* note 6, at 42.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 7.

⁵⁵ 雖該案並非專利而是著作權與營業秘密之爭議，但當時所有自由軟體社群一同對抗 SCO 之情況，可用來解釋自由軟體社群在同一條船上之情況，該案的詳細介紹可見拙著，「自由軟體發展與智慧財產權制度互動之觀察」，政大法律科際整合研究所碩士論文，2013 年；李界昇，「開放原始碼模式下的法律糾紛與風險——從 SCO v. IBM 出發」，交通大學科技法律研究所碩士論文，2004 年 8 月。

二、與對手達成互不侵犯協定

擁有相對智財武器的公司就有彼此有嚇阻性，除了被動的互相牽制外，有時可能雙方看到互利之點而主動和解談一些互惠條件，例如 Novell 與 Microsoft 在 2006 年即達成互不侵犯與技術交換協議，彼此不會互告對手專利侵權，選擇使用 Novell 出版的 Linux 使用者就享受不受微軟專利控告的保障⁵⁶，當時微軟的總裁說：「這可使分化的自由軟體與私有軟體建立橋樑⁵⁷」。但自由軟體社群對該協定一開始是很恐慌的⁵⁸，他們覺得 Novell 把自由軟體賣了，且該協定把專利互惠條款特別分成 Novell 的 Linux 使用者與其他 Linux 使用者造成社群分化⁵⁹，深怕把帶有著作權或是專利權的原始碼混入共有的 Linux 中。Novell 與 Microsoft 的協議包含將從 Linux 的部分營收給予 Microsoft，換取不被其專利控訴，其實也就是付授權金，這會造成自由軟體社群中，部分有授權而部分沒有，使用者比較後就易選擇侵權風險小的 Novell，而造成差別待遇與分化，而授權費用最終會反應在 Novell 的客戶，也違反自由軟體最基本之使用的自由⁶⁰。Microsoft 在智財策略上，可以排除有智財優勢的 Novell，當與其他 Linux 陣營專利大戰開打時，可以確保 Novell 不會來幫忙，前述的自由軟體社群都在同一條船的情況就被打破了。雖然到目前自由軟

⁵⁶ Lévêque & Ménière, *supra* note 6, at 42.

⁵⁷ Joris Evers & Stephen Shankland, Microsoft makes Linux pact with Novell, 2006/11/2, http://news.cnet.com/Microsoft-makes-Linux-pact-with-Novell/2100-1016_3-6132119.html?tag=nefd.lede.

⁵⁸ Various responses to Microsoft/Novell, <http://lwn.net/Articles/207559/> (last visited: 2012/12/20).

⁵⁹ Samba Team Asks Novell to Reconsider, 2006/11/12, http://news.samba.org/announcements/team_to_novell/.

⁶⁰ 彭彥植，「自由軟體授權中適用於軟體結合之研究——以 GNU 通用公共授權第三版（GPLv3）為中心」，中興大學科技法律研究所碩士論文，頁 158-159，2010 年 1 月。

體陣營並無受該協定有太大影響，該協定也像是個雙贏的合作案⁶¹，然而 Microsoft 的確成功把 Novell 從自由軟體聯盟分化出來⁶²。要用這個方法除了自身需要有一定的專利實力外，還要背上因為圖利而背叛社群的罪名，可能不是什麼好方法。因為自由軟體商業廠商必須了解，他們所使用的技術來自社群，得罪社群不是什麼好事，例如自由軟體專案 Samba⁶³就強烈質疑該協定，開發團隊中一位成員為 Novell 員工，就以辭職代表抗議⁶⁴。在 2007 年，有另兩家 Linux 套件發行公司 Linspire 與 Xandros，也與微軟簽訂互不侵犯條款⁶⁵。

三、於自由軟體授權條款中增加專利強制授權條款

一個具有法律效果的防禦方法，是利用既有的自由軟體著作權授權條款，在其中增加與專利相關的限制，以確保散布自由軟體的人，不會刻意把其有專利的原始碼整合進去，在著作權部分受自由軟體授權條款限制所以免費散布給大眾，但在之後卻以專利權來向後手索取授權金⁶⁶。在 GPL 第二版的第 7 條中有一段：

If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you

⁶¹ 例如兩者當初是協議開發可互通協定的網路伺服器，在技術上對長期不互通的 Linux 與 Windows 伺服器系統應該是好事。

⁶² FSF 考慮干預 Novell 和微軟的 Linux 合作協議，2007/02/05，<http://www.ctimes.com.tw/DispNews-tw.asp?O=HJR25B8XDF7SA-0CCW&F=CMO>。

⁶³ 實做用來與 Windows 溝通的網路傳輸協定的自由軟體。

⁶⁴ Pamela Jones, Jeremy Allison Has Resigned from Novell to Protest MS Patent Deal, 2006/12/21, <http://www.groklaw.net/article.php?story=20061221081000710>。

⁶⁵ Phil Hochmuth, Linspire follows Xandros with a Microsoft patent agreement deal, 2007/06/18, <http://www.networkworld.com/newsletters/2007/0618linux1.html>。

⁶⁶ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 9.

may not distribute the Program at all. For example, if a **patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you**, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program.

此段文字是以負面界定，一個專利權人如果不能免費授權給他人就不能以 GPL 發布，而可推論出既然以 GPL 授權就要免費授權專利給他人，為隱含的專利授權⁶⁷。當有人以 GPL 發布自由軟體時，發布的自由軟體中如有包含發布人的專利，其必須無償授權所有接收的後手。所稱發布的自由軟體是指發布的整體，如果發布人要發布整個 GNU/Linux，而其新加入部分僅加入一個小程序甚至沒有新加的部分，這個義務不僅是對發布人所加入的那一個小程序有效，也對整個 GNU/Linux 有效，所以當 IBM 以其名義散布 GNU/Linux 時，針對使用整個 GNU/Linux 的範圍內，其所有專利就已經不能拿來告有合法授權 GNU/Linux 的所有使用者了。此條款的限制在於：這只對發布者已公布的專利有效，對申請中的專利也無效果；另外一點是，如果發布者整合進一段含有他人專利權的原始碼，發布者可能有該專利使用授權而可使用，但接收的後手使用則有侵害第三者專利權的風險，這個條款僅能規範發布者自己擁有的專利權，無論如何無法限制第三人的專利權⁶⁸。

⁶⁷ 參見葛冬梅、林誠夏，【GPL-2.0 第 7 條淺評】，自由軟體鑄造廠，2012/06/06，<http://www.openfoundry.org/en/legal-column-list/894-gpl2-7->; Richard Stallman, Why Upgrade to GPL Version 3, FSF, 2007/05/31, <http://gplv3.fsf.org/rms-why.html>, 說明 GPL v2 是「implicit patent license」，v3 是「explicit patent license」。

⁶⁸ Evans & Layne-Farrar, *supra* note 3, at 10.

GPL 第二版公布於 1991 年，而軟體專利實際大量產生在 1995 年左右，所以 GPL 第二版尚未考量很多專利的問題。2007 年的 GPL 第三版其欲解決的主要問題之一就是專利。GPL 第三版設想的防禦專利情況比第二版更細緻、複雜，也剛好制訂當時發生 Microsoft 與 Novell 協定，第三版亦加入對付該情況的條款，而當時的背景下 GPL 第三版已經不是 Stallman 單純個人理念的實踐，其加入了更多自由軟體商業應用公司的角力⁶⁹。

GPL 第三版第 10 條後段：

You may not impose any further restrictions on the exercise of the rights granted or affirmed under this License. For example, you may not impose a license fee, royalty, or other charge for exercise of rights granted under this License, **and you may not initiate litigation (including a cross-claim or counterclaim in a lawsuit) alleging that any patent claim is infringed by making, using, selling, offering for sale, or importing the Program or any portion of it.**

此稱為專利報復條款，接受 GPL 第三版授權的使用者，不得拿任何專利去告前手，告了就自動終止 GPL 的著作權授權，自己就變成著作權侵權⁷⁰。此條款可以給予自由軟體社群一個專利保障，因為現在就算私有軟體公司也很多會把 Linux 拿來當伺服器系統，除非一個公司完全都沒用到 Linux，否則就會被此條所限制，告社群會被終止 GPL 的著作權授權。

⁶⁹ Stallman, *supra* note 67, “The explicit patent license in GPLv3 does not go as far as we might have liked.”

⁷⁰ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 33；彭彥植，同前註 61，頁 154-155。

第 11 條的前二段，定義了「貢獻者」與「必要專利」，貢獻者是指有著作權的人，也就是有實際撰寫程式碼，包含最開始的發布者與中間進行衍生著作的再開發者，必要專利指貢獻者所擁有包含未來才會取得的專利中，貢獻者所散布的版本可能使後手侵權的所有專利。第三段則是貢獻者對後手的一明示專利授權。此處可以看到與 GPL 第二版規範散布者不同，GPL 第三版的專利條款限定的是貢獻者，有實際更動原始碼而產生著作權的人，如果單純將自由軟體無更動下再散布，沒有任何修改就不會被該條款所規範，如像前述多加了一個小程式在 GNU/Linux 中即屬貢獻者，在範圍上要套用在散布的整體（GNU/Linux）。各貢獻者只規範其散布的版本，以避免自由軟體多人傳遞後判定的複雜，IBM 的專利授權判斷只看 IBM 放出的版本，不管 Red Hat 的。此處與第二版之不同處可解釋為與商業公司角力下 FSF 的妥協，也考慮到以後要釐清法律關係時較易於判斷的設計。

前三段，是為了打擊有如叢林般的軟體專利。而後四段，可說是針對 Microsoft – Novell 專利協定的特別條款，第四段先定義專利授權協定，第五段則堪稱整個 GPL 第三版最難懂的一段⁷¹，該段試圖解決前述之「發布者整合含有他人專利權的原始碼，發布者自己有授權」的情況，當散布者（Novell）自身依賴專利協定，將包含第三者（Microsoft）專利的原始碼以 GPL 散布時，散布者必須選擇其中之一為之 1. 照樣發布原始碼（至少保持後手自由但其侵權風險仍在）2. 撤回該專利協定（讓發布者與後手回到同一條船上承當相同法律風險⁷²）3. 盡其所能將該專利

⁷¹ Impact, GPL3 - How Does It Stamp Out Patent Deals And Protect Against Patent Claims?, 2007/07/30, <http://impact.freethcartwright.com/2007/07/gpl3---how-does.html>.

⁷² *Id.*

協定給予後手（這只是個願望無法規範第三者⁷³）。第六段，是規範散布者的專利協定只給予部分後手時，該專利協定會自動擴展到所有的後手，可解釋為明示不得為差別待遇。第七段則為封殺條款，散布者若與第三者簽訂歧視性的專利協定則喪失散布的權利，可說是為了封殺未來的 Novell-Microsoft 類似協定。但書規定 2007 年 3 月 28 日之後的條款才生效是為了不要影響之前對自由軟體有益的如防禦專利池等協定，所以也影響不到 Novell，而未來協定可用特別條款相容此條⁷⁴。

四、以違反 GPL 義務著作權侵權反訴

當自由軟體社群被告專利侵權時，除去對手是 NPE 的情況，通常是對方為有類似業務以排除競爭為目的之同業者，這類的同業者有很大的機率也使用類似的自由軟體，甚至是被告所釋出的自由軟體，如果是私有軟體公司則很有可能沒有按照 GPL 義務公開原始碼，這時就可用侵害著作權來反訴。美國實務對自由軟體授權有著重要解釋的 *Jacobsen v. Katzer* 一案就是類似情況⁷⁵，Katzer 發送專利侵權警告函給 Jacobsen 並要求 20 萬美元授權費⁷⁶，Jacobsen 發現 Katzer 的私有軟體內含有 Jacobsen 所釋出的自由軟體，以其違反 Artistic-1.0 的標示原作者義務著作權侵權告上法院。2012 年 Twin Peaks Software 告 Red Hat 公司專利侵權，Red Hat 使用還原工程研究該公司產品，並指出 Twin Peaks Software 有兩項產品中內含有 GPL 第二版的程式碼，卻據為私有軟體而不公開原始碼，如此違反義務的情況下，原本的著作權授權已自動終止，Red Hat 以其貢獻

⁷³ See id.

⁷⁴ 彭彥植，同前註 60，頁 161。

⁷⁵ *Jacobsen v. Katzer*, 535 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2008).

⁷⁶ <http://jmri.sourceforge.net/k/correspondence/20050824-KAM-A.pdf>

之部分的著作權人身分反訴該公司著作權侵權⁷⁷。在這情形下，如果是 GPL 第三版，甚至可略去使用還原工程找尋該公司違反 GPL 義務的證據，直接以前段所述專利報復條款第 10 條認為著作權授權終止失效，然而此是否為法院所認同尚需驗證。

五、防禦性先前技術發表

專利是鼓勵創新技術的，故要求新穎性，在申請日前所公開出版的資料即為先前技術（prior art）。新的技術創作者既使自身不願意申請專利，也要防範他人之後以相同概念申請專利，有些公司會申請專利並早期公開，卻不申請實體審查就是這個道理。防禦性發表（Defensive Publication）花費的成本不高，且符合原本自由軟體的精神：資訊公開流通，自由軟體本來就一直在做這件事了，把原始碼發布在網路上⁷⁸。Sourceforge 與 freshmeat 就是收集自由軟體專案的網路平台，原始碼放上都有時間證據，被告的時候可以判斷侵權的原始碼是否已在係爭專利申請日前已公布在第三方的網路平台上⁷⁹。防禦性發表的限制在於，要成為一個有用的先前技術，必須讓審查員找的到，審查員除非自身為自由軟體開發者，否則很難期待其會去自由軟體發布平台找資料，以及實務相關之審查員、法官、陪審團等要能夠理解該資料，一個工程師很直覺地可理解某個自由軟體專案的原始碼可以涵蓋某個專利，但是法官和陪審團不是，而且說服他們是專利律師的拿手好戲，相較來說拿專利來對抗專利就沒

⁷⁷ 林誠夏，【Red Hat 利用 GPL-2.0 失權條款在專利訴訟中進行反訴】，2012/10/04，http://www.openfoundry.org/index.php?option=com_content&task=view&id=8822&Itemid=4;isletter=1。

⁷⁸ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 27.

⁷⁹ Rowe, *supra* note 3, at 613.

這種語言上的隔閡⁸⁰。這也帶出自由軟體長期的另一問題，就是很多自由軟體缺乏文件與手冊⁸¹，自由軟體開發者通常只想寫出解決問題的程式，而不願花功夫撰寫使一般使用者容易了解的文件與手冊，文件與手冊比原始碼更易於當成審查依據。

2006 年初 USPTO 與自由軟體社群的 IBM、Red Hat、Novell 等進行合作，試圖結合自由軟體社群的知識增加軟體專利的審查品質⁸²，該合作案中的其中一個提案為，Open Source Software as Prior Art (OSSPA)，試著製作一個為原始碼量身定做的先前技術資料庫，構想為讓開發者在原始碼中增加標籤 (Tag) 來說明⁸³，以使審查員藉以搜尋技術特徵，然而在本文撰寫時點 (2013 年初) 並未看到類似的成果。有個相關計畫網站稱為 Linux defensive publication⁸⁴，筆者實際操作認為該網站相當簡略，唯一功能可能是讓人上傳欲公開的文件，也無法讓使用者直接查詢公開資訊。本文在目前時間點，尚未找到較好的自由軟體先前技術資料庫可供專利審查工作參考。可見防禦性發表這個理念在自由軟體社群中尚未落實。本文認為，要實做這些功能還是要以已經收集眾多專案資源的 Google code、Sourceforge、Freshmeat 等平台來實做該功能才是最方便有效果的，而軟體專利的審查很大一部分在流程圖中各步驟的比對，如果每個專案都有固定格式讓開發者輸入流程圖，流程圖中各步驟也都可個

⁸⁰ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 27-28.

⁸¹ See Steven Weber, THE SUCCESS OF OPEN SOURCE 79 (2004); See FSF, Why Free Software needs Free Documentation, 2012/05/18, <http://www.gnu.org/philosophy/free-doc.en.html>.

⁸² Peter Zura, Uspto Teams With Open-Source To Improve Quality Of Software Patents, 2006/10/10, <http://271patent.blogspot.tw/2006/01/uspto-teams-with-open-source-to.html>.

⁸³ The Linux Foundation, Open Source as Prior Art (OSAPA), <http://www.linuxfoundation.org/programs/legal/osapa> (Last visited: 2012/12/22).

⁸⁴ <http://www.defensivpublications.org/> (Last visited: 2012/12/22).

別被有效的檢索到，就可以對軟體專利審查有很大的幫助。

六、公眾審查制度

前項 2006 年 USPTO 與社群的合作中還有公眾審查（Open Patent Review）的提案⁸⁵，該構想主要由紐約大學學者 Beth Simone Noveck 所研究提出⁸⁶，認為比較於傳統的審查員單獨審案，公眾審查有更高的通透性（transparency）以應付軟體專利審查資訊不足的問題⁸⁷。公眾審查就是把自由軟體同儕生產的精神應用到專利審查上，如同把自由軟體把各種功能的需求散布出去等待有興趣與能力的工程師來認領，公眾審查邀請有興趣的大眾加入前案的檢索以提供可能的先前技術。Peer-to Patent 網站為該提案的成果，該網站讓他人來挑戰找尋前案，並且公布誰找的前案最後被審查意見所採納⁸⁸，類似自由軟體的名聲報酬。

以我國目前的專利制度而言，優先權日過後 18 個月公開至初審審定期間，有興趣或可說有侵權可能性的第三者，本就可提交其認為是該案的先前技術給智慧財產局，我國與美國的審查意見書與申請人的申復書也都是即時的公開在網路上，專利公告後也有舉發制度⁸⁹，應用公眾審查的概念本來就有含在專利法制度中了。

⁸⁵ Irving Wladawsky-Berger, Improving Patent Quality as a Community, 2006/01/10, http://irvingwb.typepad.com/blog/2006/01/improving_paten.html.

⁸⁶ Beth Simone Noveck, *Peer to Patent: Collective Intelligence, Open Review and Patent Reform*, 20 HARV. J. L. & TECH. 123 (2006).

⁸⁷ Lung-Sheng Chen, *Enhancing the Quality of Software Patents by Open Review*, 1 NTUT J. OF INTELL. PROP. L. & MGMT. 41, 48 (2012).國內學者陳龍昇介紹該文與提出不同見解。

⁸⁸ Prior Artist Awards, <http://peertopatent.tumblr.com/> (last visited: 2012/12/22).

⁸⁹ 然而我國申請舉發一萬元的費用是否過高，而有阻擋公眾審查之美意待研究。

七、專利不執行聲明

專利不執行聲明是指在專利權人公告其在某個條件下不執行專利，如果專利權人違反該聲明發動專利侵權訴訟，被告的人可以用禁反言與得到隱含的專利授權來做抗辯⁹⁰。前述提及 Red Hat 申請軟體專利被社群議論紛紛，社群害怕將來被其專利所威脅，Red Hat 於是在其網站上發表專利不執行聲明，保證其所有的專利都不會拿來對自由軟體執行⁹¹，以博取社群的信任。IBM 也有類似的聲明，但是相較於 Red Hat，IBM 僅僅挑了其數千個專利中 500 個專利⁹²，讓人批評 IBM 僅僅挑了垃圾專利放在裡面⁹³。不執行聲明的缺點在於其完全控制在聲明的主體，隨時也可以撤回，不是一個可讓人信任的方法⁹⁴。2010 年，IBM 寄了專利侵權警告函給自由軟體專案 Hercules mainframe emulator，該專案撰寫模擬 IBM 大型主機的模擬器⁹⁵，與 IBM 有利益上的衝突，該專利侵權警告函所列出 106 個專利中就有 2 個是上述 2005 年宣告放棄的專利，該舉動被社群視為背叛承諾以及犯了自由軟體社群最大的禁忌⁹⁶，IBM 沒有真的發動侵權訴訟，但由此就可看出這類的聲明其實不具有穩固的法律規範，真的利益衝突還是會把專利拿出來威嚇。

⁹⁰ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 30.

⁹¹ Red Hat, . Statement of Position and Our Promise on Software Patents, http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html (last visited: 2012/12/22).

⁹² IBM, IBM Statement of Non-Assertion of Named Patents Against OSS, 2005/01/11, <http://www.ibm.com/ibm/licensing/patents/pledgedpatents.pdf>.

⁹³ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 31.

⁹⁴ *Id.* at 25.

⁹⁵ The Hercules System/370, ESA/390, and z/Architecture Emulator, <http://www.hercules-390.org/> (last visited: 2012/12/22).

⁹⁶ Florian Mueller, IBM breaks the taboo and betrays its promise to the FOSS community, 2010/04/06, <http://www.fosspatents.com/2010/04/ibm-breaks-taboo-and-betrays-its.html>.

八、防禦專利池

OIN (Open Invention Network)，是由 IBM、NEC、Novell、Philips、Red Hat、SONY 六家公司在 2005 年成立，目的以專利來捍衛自由軟體，尤其是 Linux 核心。OIN 四處購買專利以及接收企業貢獻的專利，但理念與用之牟利的 NPE 相反，OIN 用手上專利做為籌碼，如果有公司願意簽約聲明放棄對 Linux 系統的一切專利侵權訴訟，該公司可以得到 OIN 所有專利之無償授權⁹⁷，也就是交叉授權協議，但 OIN 這一端得到授權的是整個社群在 Linux 系統上的使用。有需要時，OIN 也可以其所擁有的專利資產來控告對自由軟體社群發動專利訴訟的敵手。OIN 目前除了六位創始會員外，Canonical 後來亦加入投資，而交叉授權者目前時間點共有 485 家公司或組織⁹⁸，Google、Facebook、Oracle、Hewlett-Packard、HTC、Cisco 等公司都名列其中。OIN 的發展模式與自由軟體發展相似，都建立起社群的概念，信念上也都是保護軟體使用與再創作自由⁹⁹。OIN 的問題在於，這些專利都集中在 OIN 身上，此模式要能永續發展必須確認 OIN 是個可信任的組織，沒有任何法律上的保證說明 OIN 會不斷持續維護自由軟體，這與自由軟體與 FSF 不同，自由軟體是分散式的，重要的資產不全集中在 FSF 上，例如 Linux 核心的創始人 Linus Torvalds 與 FSF 就有意見相左的情況，Linux 核心堅決不換成 GPL 第三版，權利分散更代表其屬於公眾。OIN 在集權模式下掌控該專利池，這

⁹⁷ OIN, About OIN, <http://www.openinventionnetwork.com/about.php> (last visited: 2012/12/23).

⁹⁸ OIN, OIN Community of Licensees, <http://www.openinventionnetwork.com/licensees.php> (last visited: 2012/12/23).

⁹⁹ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 34-35; Rowe, *supra* note 3, at 612.

些專利也有易手到不利於自由軟體的陣營之可能性¹⁰⁰。

九、專利互助會：防禦性專利授權條款 DPL

美國兩位法學教授，Jason Schultz 與 Jennifer M. Urban，分析自由軟體社群在專利系統上較私有軟體公司之不利之處，以及前述各種自由軟體社群針對軟體專利的防禦方法，再分析自由軟體授權條款所建立之特質，提出其應用自由軟體授權條款互惠精神等特質的專利防禦方案，稱為防禦性專利授權條款（Defensive Patent License: DPL），其與 OIN 的防禦專利池類似，也是一種專利交叉授權條款，但更強調並非由一主體如 OIN 來控制專利池，而是一種分散式的模式¹⁰¹，且融入自由軟體最重要的病毒特質，如著佐權般導入一正向的網路效應（postive network effect）¹⁰²，當有越來越多人加入的時候，外面的人就覺得其越來越有吸引力而考慮加入，而成一正向循環。本文稱 DPL 為專利互助會，互助會在民法稱合會，是民間募集小額資金的一種方式，一群人自助借錢給其中需要的人，目的是不要給銀行賺走利息。2012 年在 Apple、HTC、Samsung 間引發專利大戰，三者三敗俱傷的情況下，Apple 認為三星越來越壯大，形勢對其不利，所以決定不要再跟老三 HTC 纏鬥下去，與 HTC 聯合起來交叉授權，雙方可以互相用對方技術，一起做出更好的手機來與三星競爭¹⁰³。那如果三星也加入一起交叉授權？那這三家終於不用互相爭執專利，可以專心把心力放在研發對消費者更好的手機上，然而前

¹⁰⁰ *Id.* at 36.

¹⁰¹ *Id.* at 38.

¹⁰² *Id.* at 24.

¹⁰³ 新頭殼 Newtalk，【前車之鑑蘋果 HTC 和解創造雙贏】，2012/12/11，
<http://tw.news.yahoo.com/前車之鑑-蘋果 htc 和解創造雙贏-053708119--finance.html>。

幾大一起聯合起來卻會明顯排擠其他市占較小廠商，而可能有反競爭的問題。當一群研發廠商各自握著一些專利的時候，互相踩到對方專利造成進退兩難，這時就會有聯合研發，交叉授權等提議，DPL 就是這個概念。舉例在某個產業中，A 公司有 50 個專利，B 公司有 15 個，C 公司有 15 個，D 公司也有 15 個，BCD 認為他們都無法個別與明顯有市場主導地位的 A 競爭，如彼此再以專利自相殘殺只會讓 A 繼續壯大，所以 BCD 就組成專利互助會，他們加起來就有 45 個專利，可以與 A 抗衡，然後更小家的公司 EFG 等看到這個互助會也會想帶著他們幾個專利來加入，該互助會就越來越茁壯，最後連 A 都會考慮是否加入對整體研發較有幫助，就可達到互相使用專利一同創新而不是阻礙創新，其理念非常符合自由軟體精神，且可達到抑制專利訴訟的效果。以下列出 DPL 的主要原則、效果、限制等。

DPL 主要原則如下¹⁰⁴：

- ◆ DPL 會員必須放棄所有對其他 DPL 會員的專利侵權訴訟。
- ◆ DPL 會員需貢獻出其所有的專利，包括現有的與未來才公告的。
- ◆ DPL 會員轉手其專利時，DPL 效果對新的接手者在該專利上仍存續。
- ◆ DPL 會員要退會時，必須有六個月的公告期。

可以整理出 DPL 所欲達成的效果如下¹⁰⁵：

- 加入可以減少專利侵權風險：對外部來說，如果已經有相當數量的專利在裡面，加入就可以免於被這些專利告，對會員來說，當有一個產

¹⁰⁴ Schultze & Urban, *supra* note 7, at 39.

¹⁰⁵ David L. Hayes & C. Eric Schulman, *A Response to a Proposal for a Defensive Patent License (DPL)*, Working Draft, p. 4, available at: <http://ssrn.com/abstract=2054314>.

業中專利布局具主導地位的公司加入時，其他在同產業的 DPL 會員就大量減少侵權風險。

- 網路效應：當有越來越多專利在其中時，對外部的吸引力會越大。
- 在 DPL 中的專利易主時，仍然受 DPL 規範，所以 NPE 買了也不能告 DPL 會員，所以對 NPE 吸引力較小，這就好像買中古車結果買到權利車，六個月的退出期限也是要維護此制度的安定性，確保不會突然被 NPE 拿來執行權利。
- DPL 提出專利互助的標準形式，規則與契約也完全對外公開，外面的公司只要評斷是不是要加入，不像傳統的雙向交叉授權，兩邊要經過商業談判互相角力，所以可以減少交易成本。這個特點與 GPL 授權類似，自由軟體一大好處就是原作者事前即明示放棄排他權，使用者不用個別去跟原作授權。
- 加入 DPL 表示其放棄專利訴訟的立場，類似自由軟體放棄以排他權立即性獲利，較可吸引理念接近如自由軟體開發者加入。
- DPL 會員需貢獻出所有的專利，所以不會有類似 IBM 於 2005 年選擇性挑出垃圾專利的爭議¹⁰⁶。然此也使已經累積多數專利的大公司較不願加入，除非該專利池已經累積到與其抗衡的程度。
- 專利不需集中給一個主體管轄¹⁰⁷，而是類似自由軟體的分散式網路，專利權還是在各自的會員身上，而會員加入其所有的專利就對其他會員生授權效果。這也是與 OIN 模式差異之處，OIN 自己維護一個專利池，OIN 的專利才會授權給簽約者，OIN 模式下，Google 的加入對其他 OIN 簽約者之助益是 Google 承諾不對 Linux 系統興訟，但並非直

¹⁰⁶ Schultz & Urban, *supra* note 7, at 49.

¹⁰⁷ *Id.* at 59.

接得到 Google 專利之交叉授權。DPL 如果有 Google 加入，其他會員即得到 Google 所有專利之直接授權。OIN 對外部者的誘因為 OIN 所維護的專利池，DPL 對外部者的誘因是在其中所有會員之擁有專利的總和。

這個制度可能的限制：

- DPL 是為了不常執行專利，大都是以防禦為目的的公司，如自由軟體社群而設計¹⁰⁸，NPE 不會加入只會痛恨這制度，然而長期投資在專利上，認為有朝一日可以拿來當武器的公司如 IBM，也很可能不願加入。
- DPL 的無償授權設計，使該制度較吸引小型而專利較少的公司，大公司投資專利在專利的時間與成本都較多，這樣齊頭式的平等使大公司較不願加入¹⁰⁹。HTC 與 Apple 的專利和解協定，相信專利較為弱勢的 HTC 是要付給 Apple 較多的授權金的¹¹⁰，且要經過營收數量上的計算，並不是完全的共有形式。
- DPL 的制度比較不易出現如同 GNU/Linux 應用 GPL 般在自由軟體中成為一個巨大的整體。DPL 比較可能預見的形式是，以產業為類別，而有很多不同的互助會，比如說雲端運算有一個專利互助會，手機廠商有一個 HTC-Apple 的專利互助會等，因為專利的性質就是同一產業的專利有可能互相侵權，產業別不同的公司湊在一起也不一定能夠互補。這時跨足多個領域的大公司，如 IBM，就更受限於捐出全部專利的限制，而不能挑出與該領域相關的專利來加入。

¹⁰⁸ *Id.* at 52.

¹⁰⁹ Hayes & Schulman, *supra* note 105, at 5.

¹¹⁰ 參考【HTC：與蘋果和解並不會造成手機售價上漲】，2012/11/21，http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_ART_ID=425487#ixzz2FrpkeeAY。

肆、結論

從第貳節各點的討論，可以了解為什麼自由軟體的發展受到軟體專利的威脅。自由軟體社群以共享理念無償將其努力分享出來卻也因此將使自己暴露在專利風險下，但實際上釋出原始碼的自由軟體對創新的貢獻卻可能比僅僅付費丟出抽象概念的專利申請卻無實際研發的專利權人高，但專利權人卻可有 20 年的排他權，社群認為這不是專利權人所應得的報酬¹¹¹。第參節列出許多目前自由軟體社群對軟體專利的防禦方法，亦介紹近期美國新發展的學說 DPL，這些防禦方法使自由軟體與專利的衝突中得到些許緩衝，而使自由軟體發展與軟體專利目前尚呈現平衡的狀態。自由軟體發展重視提供實際創作成果，將原始碼供給他人學習與再創作，並以低度的智財權保護環境下鼓勵創新，相較之下高度排他的軟體專利如果僅僅揭露過於抽象的概念，揭露技術細節的不夠充分完全，過大的範圍而將多數創作者賴以使用的基礎概念或工具權利化，這樣的專利對於技術整體是否具貢獻，或是可能對多數創作者造成更大的限制與困擾，值得深思。

¹¹¹ Rowe, *supra* note 3, at 607.