

蕭雄淋律師之個人意見：

一、NCC 有線廣播電視法修正草案第 33 條規定與現行有線廣播電視法第 37 條之關係

目前 NCC 的有線廣播電視法修正草案第 33 條規定：「系統經營者應同時轉播依法設立之公共電視之節目及廣告，不得變更其形式及內容，並應列為基本頻道。但經主管機關許可者，不在此限（第 1 項）。」「系統經營者為前項轉播，不構成侵害著作權，免付著作授權費，亦不得向訂戶收取任何費用（第 2 項）。」「系統經營者應同時轉播民營無線電視事業指定之一個頻道節目及廣告，不得變更其形式及內容，並應列為基本頻道。但經主管機關許可者，不在此限（第 3 項）。」此規定，就牽涉到著作權法免責部分，立法精神與現行廣播電視法第 37 條規定相同，修正草案第 33 條僅將必載頻道節目及廣告指定為一個無線台數個頻道中的一個而已。故就立法方向部分，以現行有線廣播電視法第 37 條作為討論對象，與有線廣播電視法修正草案第 33 條作為討論對象，其效果相同，蓋其利用行為，均屬免責且免付費用。

二、有線廣播電視法第 37 條規定，基本上乃係討論合理使用條款問題，而非討論著作權人有無二次公播之權利問題

1、依現行有線廣播電視法第 37 條規定：「系統經營者應同時轉播依法設立無線電視電台之節目及廣告，不得變更其形式、內容及頻道，並應列為基本頻道。但經中央主管機關許可者，得變更頻道（第 1 項）。」「系統經營者為前項轉播，免付費用，不構成侵害著作權（第 2 項）。」「系統經營者不得播送未經中央主管機關許可之境外衛星廣播電視事業之節目或廣告（第 3 項）。」依目前實務上通說之意見，此規定係有線電視系統經營者同時轉播依法設立無線電視電台之節目及廣告，只要不變更其形式、內容及頻道，係屬合理使用，不僅免付費，而且不構成著作權侵害。實務上解釋，不僅不區分無線電視播送之節目係屬自製節目，抑或外製而得到授權之節目，亦不分原無線播送節目係外國節目或本國節目，其結果均相同，即有線電視之播送不視為侵害，且無須付費。

2、有線廣播電視法第 37 條有關必載規定，基本上乃合理使用之規定，而仍承認有線電視系統經營者同時轉播依法設立無線電視電台之節目及廣告，其無線電視電台之節目及廣告之著作權人，無論係由無線電視電台自製或外製，就其無線電視電台之節目及廣告，在經無線電視台播送後，在有線電視頻道的二次公播，仍有權利，僅其權利落入利用人所主張的合理使用的範圍而已。此在世界各國之著作權法，此部分似均無爭議。

3、依伯恩公約公約（1971 年巴黎條款，下同）第 11 條之 2 規定：「(1) 文學及藝術著作物的著作人，享有下列授權之排他權利：(a) 著作物之廣播，或以信號、音或影像之無線電廣播之其他方法向公眾傳達（第 1 款）。(b) 由原廣播機關以外之機關，將已廣播之著作物，以有線或無線廣播方法公開傳達（第 2 項）。(c) 將已廣播之著作物，以播音器或以傳達信號、音或

影像之其他類似的器具公開傳達（第 3 項）。」而有關於有線廣播電視法第 37 條必載規定，其原節目之著作權人之權利，係落入伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 2 款之規定。

4、伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項，所以有三項獨立權利，即在「公開播送權」（第 11 條之 2 第 1 項第 1 款）之外，另有「二次公播權」（第 11 條之 2 第 2 款）及「公開傳達權」（第 11 條之 2 第 3 款），此乃係因「二次公播權」及「公開傳達權」，「均有額外之聽眾或觀眾產生」、「使作者在他授予許可時未曾預料到的聽眾（和可能的觀眾）感知到該作品¹。」

5、有線電視系統經營者同時轉播依法設立無線電視電台之節目及廣告，係屬有無適用合理使用條款問題，而非著作權人有無二次公播之權利問題，除伯恩公約所規定外，在美、日、德、法、加拿大著作權法，均無異議。在其他國家亦無不同之理論之立法。

三、有線電視系統經營者同時轉播依法設立無線電視電台之節目及廣告，是否得為免費合理使用，抑或應係強制授權或法定授權問題？

1、我國已加入世界貿易組織（以下簡稱 WTO），須受 WTO 之附屬協議「與貿易有關之智慧財產權協定」（以下簡稱 TRIPS）的拘束。依 TRIPS 第 2 條第 1 項規定：「就本協定第二、三、四篇而言，會員應遵守（一九六七年）巴黎公約之第一條至第十二條 及第十九條之規定²。」履行伯恩公約義務，亦屬於台灣應盡之公約義務。

2、伯恩公約第 11 條之 2 第 2 項規定：「行使第一項權利之條件，依同盟國之法令定之。但其條件僅於有規定之國家，始發生效力。上述條件，不得損害著作人之著作人格權，且在雙方無成立協議時，亦不得損害著作人之收取有權限機關所定合理補償金之權利。」此規定賦與成員國得以強制授權（包含法定授權），來代替著作人二次公播的專屬權。而此規定之要件有三：

（1）此強制授權（含法定授權）僅限於成員國有強制授權制度，始有適用。

（2）此強制授權不能損害著作人之著作人格權。

（3）此強制授權必須向著作人支付一筆合理使用報酬。

上述三要件，其中第（3）之要件最為重要，且在當事人付費數額未能約定下，由主管機關解

¹ 參見參見參見 WIPO 撰，劉波林譯：《保護文學及藝術作品伯爾尼公約指南》（Guide to the Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works, Paris Act, 1971），頁 56。中國人民大學出版社，2002 年 7 月

² 參見經濟部智慧財產局網站：

http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?guid=0250aa30-d606-4590-b31c-20d1f5fa6f3e&lang=zh-tw&path=1436（最後瀏覽日：2010/6/11）。以上提到的 TRIPS，均引經濟部智慧財產局該網站之譯文。

決。上述強制授權制度，應為例外，而非原則³。

3、雖然 TRIPS 第 13 條規定：「會員就專屬權所為限制或例外之規定，應以不違反著作之正常利用，且不至於不合理損害著作權人之合法權益之特殊情形為限。」（Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.）此即 TRIPS 的「三步測試原則」（The three-steps test）。依此原則，TRIPS 第 13 條規定，有三個要件：（1）須限於特別的個案情形；（2）與著作通常利用不相衝突；（3）不至於不合理損害著作權人之合法權益。而美國著作權法第 110 條第（5）項有關小家庭營業場所的公演，以免付費的合理使用處理，即被認為係違反 TRIPS 第 13 條規定及伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 2 款、第 3 款之規定⁴。而美國第 111 條第（a）項第（3）款規定，是否亦違反 TRIPS 第 13 條規定及伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 2 款規定，亦有可疑。蓋此均非針對「須限於特別的個案情形」，且可能「不合理損害著作權人之合法權益」，與日本著作權法第 38 條第 2 項之限於「不以營利為目的，且對聽眾或觀眾亦無收取費用」之僅限於特定非營利之情形不同。日本著作權法第 38 條規定，日本學者曾以 TRIPS 第 13 條的「三步測試原則」加以檢驗，認為不違反 TRIPS 規定，蓋此不會「不當損害著作權人的利益」⁵。

4、基此情形，現行有線廣播電視法第 37 條（包含有線廣播電視法草案第 33 條）有關必載規定，完全採合理使用免付費規定，極值得討論。

四、日本立法之借鏡

1、有關有線廣播電視法第 37 條（包含有線廣播電視法草案第 33 條）之必載規定，其立法相當於民國 87 年著作權法第 56 條之 1 第 2 項規定：「有線電視之系統經營者得提供基本頻道，同時轉播依法設立無線電視台播道之著作，不得變更其形式或內容。」而民國 87 年著作權法第 56 條之 1 第 2 項規定，依其立法理由，並非來自外國相關著作權法規定，而係來自當時之有線電視法第 32 條第 2 項規定。而民國 87 年著作權法第 56 條之 1 第 2 項規定，於民國 92 年著作權法修正時，予以刪除，其理由為：「是否課以有線電視必載無線電視節目之義務，係屬廣播電視主管機關之政策，如有利用著作之合理使用問題，宜於廣播電視相關法規內予以規範，使之成為本法之特別法予以適用，不宜在本法中為一般性之規範，爰予刪除⁶。」

³ 同註 2，頁 57。

⁴ Carlos M. Correa, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS, 146-147 (2007).

⁵ 參見半田正夫・松田正行：著作權法コンメンタール，第二冊，頁 310-311，勁草書房，2009 年 1 月 30 日。

⁶ 參見經濟部智慧財產局：歷年著作權法規彙編專輯，頁 300、409。94 年 9 月版。

2、查日本就有線電視是否得轉播無線電視節目之規定，於日本著作權法第 38 條第 2 項、第 99 條第 2 項及第 102 條第 3 項均有規定。其中第 38 條第 2 項規定：「不以營利為目的，且對於聽眾或觀眾亦無收取費用者，得對於被廣播之著作物為有線廣播，或專門以該廣播之對象地域受信為目的而為自動公眾受信（包含送信可能化中，在已連接供公眾用之電信網路之自動送信伺服器上輸入資訊）。」限於「不以營利為目的」，且「未對觀眾或聽眾收取費用」為要件，方得就已廣播之著作加以有線廣播，或以原廣播對象之地區而為自動送信⁷。

3、而日本著作權法第 38 條第 2 項對「被廣送之著作」的「有線廣播」行為做權利限制，是考量到兩個因素，一是有些區域是位於無線廣播難以收聽收視之處，為了解決難以收聽收視無線廣播的問題而有需要以有線廣播輔助；另一是因為公寓大廈為了維持美觀而不會由住戶每家各自安裝天線接收無線廣播，而是以由住戶訂閱有線廣播之方式處理。加上認為對「被放送之著作」的「有線放送」行為規模不大，對權利人利益沒有不當損害，故於昭和 61 年修法時，對「被廣播之著作」之「有線廣放送」行為作權利限制之規定。不符合「有線放送」向公眾為同一內容送信且公眾同時接收性質之其他有線傳輸情形，對「被放送之著作」並不能主張第 38 條第 2 項之合理使用。⁸又第 38 條第 2 項要件之一是「未向觀眾或聽眾收費」，而有線放送經常會有收設備費和維持費之情形，是否即無法符合此要件？學者認為有線放送所收的費用如果不含提示著作收取的對價、只是充當設備維持費之用的話，並不算此處的向觀眾或聽眾收取費用。⁹

4、另日本著作權法第 99 條第 1 項規定：「廣播事業者，專有將其廣播受信再為廣播或有線廣播之權利。」第 2 項規定：「前項規定，於受信廣播而為有線廣播之人，係依法令所為應為有線廣播者，不適用之。」此限於就廣播而為有線廣播，不包含公開傳輸在內。而此依法令規定應為有線廣播，係依日本有線電視廣播法第 13 條規定¹⁰。而日本有線電視廣播法第 13 條第 1 項規定，係相當於我國現行著作權法第 56 條之 1 之立法意旨，主要係針對總務大臣所指定之難視聽地區有線電視對無線電視之同時轉播，而非全面對無線電視加以轉播。

5、有關相當於我國著作權法第 56 條之 1 立法意旨，即有關收訊不良地區之轉播，日本原則上亦採準用相當於「著作財產權限制」之規定，即有線電視業者，得直接使用。然而有關如非受訊不良地區問題，則有線電視之轉播無線電視節目，需得無線電視業者之同意。當然，有著作權法第 38 條、第 102 條之情形（如非營利等）為例外。

⁷ 「以原廣播對象之地區而為自動送信」，⁷依著作權審議調解委員會 98 年 10 月 16 日之決議，亦可能落入「公開播送」之範圍。

⁸ 參見張懿云、陳錦全：著作權法公開播送之再播送研究，頁 101，經濟部智慧財產局，98 年 3 月；加戶守行：著作權法逐條講義，頁 267-268，著作權情報センター，平成 15 年 4 訂版。

⁹ 金井重彦、小倉秀夫 『著作權コンメンタール（上巻）〔初版〕』（東京布井出版、2000 年）、p. 452-453。引自前註張懿云、陳錦全，前揭書，101 頁；另見加戶守行，前揭書，頁 268。

¹⁰參見加戶守行：著作權法逐條講義 558 至 559 頁，平成 15 年 4 訂版

五、外國立法例之思考

1、美國第 111 條第 (a) 項第 (3) 款規定，符合下列情形可以免責：「該二次播送係由載波台所為，未對原播送之內容或選擇、或該二次播送之特定接收者為直接或間接之控制，且其有關該二次播送之行為，僅包含對其他使用者提供線路、電纜、或其他播送頻道。但本款規定僅及於所述載波台有關於二次播送之行為，並不免除其他有關其自己之原播送或二次播送對行為所生之責任¹¹ (the secondary transmission is made by any carrier who has no direct or indirect control over the content or selection of the primary transmission or over the particular recipients of the secondary transmission, and whose activities with respect to the secondary transmission consist solely of providing wires, cables, or other communications channels for the use of others: *Provided*, That the provisions of this clause extend only to the activities of said carrier with respect to secondary transmissions and do not exempt from liability the activities of others with respect to their own primary or secondary transmissions¹²)。美國著作權法有線播送之免責，似限於與原播送相同的區域之載波台之二次播送，目的係避免「雙重付費」，而「不免除其他有關其自己之原播送或二次播送對行為所生之責任。」然而我國有線廣播電視法第 37 條之必載規定，對於原在無線電視台之自製節目，而非得到他人授權之節目，經無線電視播送後，有線電視之必載轉播，亦可免責，不付任何費用。此對無線電視台而言，未曾收到任何費用，無所謂「避免雙重付費」之情形。我國有線廣播電視法第 37 條之必載規定之免責，與美國著作權法第 111 條之免責規定是否完全相當，恐需再斟酌。

2、依德國著作權法第 20b 條第 1 項及第 2 項規定，針對有線電視系統之再播送，著作人擁有二次公播權，只是須由集體管理機關行使，在特別情形，至少享有不得拋棄之報酬請求權¹³。而德國¹⁴、南韓¹⁵、日本、法國¹⁶，均無類似我國有線電視全面免付費之合理使用的免責規定，我國此一規定，是否適宜，似值得斟酌。

¹¹ 參見孫遠釗：美國著作權法令暨判決之研究，上冊，頁 51，經濟部智慧財產局，97 年 11 月

¹² <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#111> (最後瀏覽日：2010/6/11)

¹³ 參見張懿云、陳錦全，前揭書，頁 170 以下。

¹⁴ 德國著作權法第 52 條規定：「

- (1) 公開再現已公開發表之著作，如公開再現之主辦者非以營利為目的，未向參與者收取費用，且未對公開口述或公開表演之表演者（第 73 條）支付報酬，則得為之。公開再現應支付適當之報酬。有關少年扶助、社會救濟、老人照護、社會福利、監獄管理之機構所舉辦之活動，以及學校舉辦之活動，如依其社會或教育目的只對一定範圍之人開放者，其公開再現不須支付報酬。但活動如為第三人之營利目的而舉辦者，不得免付報酬，於此情形，報酬應由該第三人支付。
- (2) 在禮拜儀式、教會或宗教團體舉辦之宗教節日中，得公開再現已出版之著作。但活動主辦人應向著作人支付適當之報酬。
- (3) 著作之舞台公開表演、公開傳輸、公開播送，以及電影著作之公開上映，一律應取得權利人之許可，始得為之。」

¹⁵ 南韓著作權法第 29 條規定：

六、我國有線廣播電視法草案正反理由之討論及其思考點

1、有關有線廣播電視法是否需要採必載規定，係屬媒體公共政策問題，宜由廣電主管機關 NCC 作政策決定，而此決定除應考慮目前的現實環境之外，亦應多參考外國有關有線廣播電視法之立法。尤其外國採必載規定者，有係因無線台多係公益台，由國家收取一定電視稅，或由國家作經費支持。其採必載規定，有其合理性。我國無線台多數為民營台，經費需自給自足，是否仍採必載規定，需要慎重考慮。至於如果仍採取必載規定，其著作權的處理，宜由著作權之主管機關經濟部智慧財產局作政策決定，而此政策決定，關係著作權人之權利與社會公共利益之調和，亦關係 TRIPS 的遵守，宜廣泛參考多數國家著作權法之立法以決定之。

2、支持 NCC 草案必載無須付費者的主要論點，大致為：

(1) 此立法十餘年來著作權人未異議，大家相安無事，無須變動。

(2) 既然著作權人已向無線電視台收取公開播送費，有線電視未另加廣告，如果原樣在有線頻道上播出，著作權人再收費，乃二次收費，會有重複收費問題。

(3) 事實上，目前無線電視客戶之收視，已多數經由有線電視線路接收，很少再另架天線，驟然變動，民意將反彈。且有系統業者必載無線電視頻道，亦不列入有線電視對客戶計費的項目中，不宜再另收費。

(4) 無線電視節目在有線系統播出，因係同時播出，系統業者無法篩選節目，如果此二次公播需另行授權，否則有刑責，勢必著作權人會對於付費數額予取予求，後患無窮。

3、針對上述理由，亦有幾點反駁之理由：

(1) 有線廣播電視法必載規定，所以當初如此訂定，除了國家廣電政策，人民媒體接觸權的理由外，亦係因當時有線電視業者係屬弱勢，無線電視業者為強勢，無線電視業者及著作權人不在乎有線電視業者之節目轉播。再者，當時有線電視業者剛開始合法，亦無甚節目可播，故有此必載的規定，此規定之立法，有其一定的時空背景。然而目前時移勢異，有線電視業者市場占有率，較無線電視業者大，有線電視業者反而居於市場的強勢地位。當今無線電視業者已非無異議，尤其著作權集體管理機關對有線電視業之免費必載，亦有意見，所謂「著作權無異議」之前提，並非存在。

(1) 基於非營利目的，未對聽眾、觀眾或第三人收取任何費用，且未對參與演出者支付任何酬勞者，得公開演出或廣播已公開發表之著作。

(2) 除總統令另有頒佈外，對於未對聽眾或觀眾收取入場費之演出，得加以重製成商業販賣用之錄音著作或電影著作並對公眾播放。

¹⁶ 參見法國智慧財產權法典 122-5 條，由於條文過長，不引用之。

(2) 在有線電視業者得免費必載之立法當時，我國並非 WTO 之成員國，並無公約遵守義務，而自我國加入 WTO 後，事實上，我國需要遵守 TRIPS 第 13 條的三步測試原則，亦需遵守伯恩公約第 11 條之 2 第 2 項有關「不得損害著作人之收取有權限機關所定合理補償金之權利」之規定。而伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 2 款，既然就有線電視二次公播，列為著作權人之獨立權利，而認為「均有額外之聽眾或觀眾產生」、「使作者在他授予許可時未曾預料到的聽眾（和可能的觀眾）感知到該作品擴大觀眾」，即應「一權利一付費」，而無所謂「重複付費」問題。至於如果無線電視台願意對原權利人給付包含無線播送及有線轉播之費用，此乃市場付鑽機制之問題，而非在立法上規定免費必載。

(3) 如果係無線電視台的自製節目，在無線電視台播送後，無線電視台並無向客戶收費，並無義務給有線電視業者作有線播送。此時有線電視業者作有線播送，如果課以對著作權人付費義務，亦僅第一次付費，並無任何重複付費之情形。如果有線電視業者主張此種情形，有線電視業者事實上向客戶收費，並未將對必載頻道列入收費項目。然而此種情形與旅館、醫院房間之收視電視節目，以及百貨公司大賣場以擴大器播放電視節目，均需付費相同。此種情形，旅館、醫院、百貨公司在計費形式上，亦未將放映電視節目計入收費項目。旅館、醫院、百貨公司既需另行付費，何以有線電視系統對必載無線電視節目，無須另行付費？

(4) 有關二次公播無法篩選節目，因此亦無法事先獲得授權問題，得以法定授權，或必須透過集體管理團體收費的方式以為解決。

七、結論

綜上所論，有線廣播電視法修正草案第 33 條有關「系統經營者應同時轉播依法設立之公共電視之節目及廣告」，本人主張不得以免費合理使用處理，而應採法定授權制度，或必須透過集體管理團體收費。如果係採法定授權方式，未付費乃民事責任問題，而非刑事責任問題。蓋二次公播系統業者對節目事先無法篩選，如果僅落入著作權人的專有權利範圍，而無配套措施，在刑事壓力下，將任著作權人予取予求。至於付費金額，如果預見雙方認知有差距，為了避免牽連過大，初步可以先由主管機關訂定¹⁷。

八、以上係個人意見，謹供參考。

¹⁷ 伯恩公約第 11 條之 2 第 2 項規定，僅適用在著作權之情形。有關錄音物之廣播欲用法定授權方式，有無違反羅馬公約第 15 條第 2 項規定，須再作進一步研究。蓋履行羅馬公約第 15 條，亦屬履行 TRIPS 之義務（TRIPS 第 14 條第 6 項）。我國無鄰接權制度，而將錄音物視為「著作」，且 TRIPS 第 14 條第 2 項之錄音物製作人之權利，不包含公開播送權。有關錄音物的播送的強制授權，是否逕行援用伯恩公約第 11 條之 2 第 2 項即足，抑或仍須適用羅馬公約第 15 條第 2 項規定，有待研究。