

經濟部智慧財產局

著作權法公開播送之再播送研究

期末報告

計畫主持人：張懿云教授

共同主持人：陳錦全助理教授

中華民國 98 年 3 月 2 日

摘要

我國實務上經常發生的再播送爭議，是公眾得出入之營業場所對原播送訊號進行再播送之情形，例如旅館業者將無線電視台、有線電視台或無線廣播電台之節目訊號接收之後，再將原播送之聲音或影像傳送至旅館房間供住宿客人收視或收聽之情形。由於原播送的電視節目和廣播節目本身是受著作權法保護的著作，節目中所用到的素材（如劇本、音樂、演講等）經常也是受著作權法保護的著作，而 11 類著作類別都享有公開播送權（表演的再播送則是受到限縮），使得旅館、學校、醫院等公共場所（著作利用人）於再播送時，會面臨不同的著作類別權利人前往收費的困擾。

當原播送之節目製作時，製作單位固可自行全盤掌握所利用到的素材，因而能解決原播送之授權問題，但原播送被旅館、學校、醫院等公共場所（著作利用人）同步再播送時，再播送人並無法預先得知原播送節目中所利用到多少著作、有多少權利人、及這些權利人是誰，因此，旅館、學校、醫院等公共場所就其再播送行為一直處於挨打的局面，不同著作類別之權利人可能分批於不同時間來要權利金，又經常會面臨權利人以著作權刑責相威嚇，對著作利用人財務和精神構成雙重負擔。

要求旅館、學校、醫院等再播送人去一一取得權利人授權，事實上不可行、無效率，也對再播送人太苛。如果旅館、學校、醫院等場所因為不堪刑責壓力、無法負荷不同權利人獅子大開口的權利金要求而選擇停止再播送行為，讓旅館房間、學校宿舍與醫院病房處於無聲空間之狀態，亦非社會之福。旅館、學校、醫院這些公共場所普遍分布於社會各角落，如果能有比較好的制度讓這些著作利用人就其再播送行為可以得到妥善處理，當能減輕再播送行為對利用人與整體社會造成之衝擊。

本研究案從比較法的觀點，研究國際公約對再播送之規範、並探討各國立法例是否對於公共場所之再播送行為存在比較友善而有效率的規範制度。

本研究案發現，美、日、德國對於公共場所之再播送行為的確存在比我國法更為友善而有效率的規範制度。因此在法制設計上，我國應該可以有比現行法對再播送規範更妥善之發展空間。

本文建議：

對於公開播送之同步再播送，可以參考德國立法，將再播送交由仲團強制管理，以解決不同權利人分批請求支付權利金造成再播送人無法預估成本的問題，並紓解再播送人面臨個別權利人以刑事訴訟威嚇以取得顯不相當高額權利金的困擾。

其次，為促進再播送之利用順暢，可以仿日本法第 38 條第 2 項，對於非營利的同步再播送行為提供免責或合理使用的待遇；在營利之再播送部份，對於旅館或飯店業者接收廣播或電視節目後傳送至旅館客房內之情形，仿照美國法第 111 條(a)項(1)款於特定條件下給予免責規定。

最後，當權利人與廣播或再播送利用人無法達成合意時，建立「原播送」與「再播送」之強制授權或仲裁、裁定機制，以解決爭議，並讓公開播送行為得以順利運作。

摘要.....	I
第一章 緒論.....	1
壹、研究緣起.....	1
貳、研究內容.....	5
一、目前國內公開播送之再播送實務問題分析.....	5
二、國外有關公開播送之再播送授權制度之規定與法制分析.....	6
三、我國現行法制應否修正之建議.....	6
參、研究方法與步驟.....	6
第二章 國際公約對公開播送與再播送之規範.....	9
壹、伯恩公約對公開播送與再播送之規範.....	9
一、導論.....	9
二、「廣播權」之規範內容.....	10
三、「廣播」與「再播送」之特徵與要件.....	11
四、「廣播」與「再廣播」之強制授權可行性.....	13
五、小結.....	15
貳、羅馬公約對公開播送與再播送之規範.....	15
一、導論.....	15
二、「廣播」與「再廣播」之概念與內涵.....	16
三、表演人、錄音物製作人及廣播機構之「廣播」與「再廣播權」.....	19
四、小結.....	21
參、布魯塞爾公約對公開播送與再播送之規範.....	22
一、導論.....	22
二、關於訊號、衛星、散布等之定義.....	24
三、保護內容.....	25
四、小結.....	26
肆、TRIPS 對公開播送與再播送之規範.....	27
一、導論.....	27
二、表演人、廣播機構之「廣播」與「再播送權」.....	28
三、小結.....	30
伍、WCT/WPPT 對公開播送與再播送之規範.....	30
一、導論.....	30
二、WCT 之「公開傳播權」.....	32
三、WPPT 之廣播與再播送規範.....	34
四、小結.....	39
陸、WIPO 保護廣播機構草案對公開播送與再播送之規範.....	39
一、導論.....	39
二、廣播、有線廣播、再播送之定義.....	45
三、廣播機構的「再播送權」.....	48
四、小結.....	50

柒、小結.....	50
一、國際公約對公開播送與再播送之最低保護標準.....	50
二、國際條約關於「廣播」與「再播送」概念之分析比較.....	52
三、國際條約關於「廣播」與「再播送」之強制授權可行性.....	54
第三章 美國對公開播送與再播送制度之規範.....	55
壹、美國著作權法中公開演播之概念.....	55
一、演播之定義.....	55
二、公開演播所稱之「公開」.....	58
三、美國著作權法下公開演播概念與我國公開播送概念之比較.....	60
貳、公開演播權之權利限制.....	60
一、公開演播之免責規定.....	61
二、二次傳送之免責規定與強制授權規定.....	64
參、小結.....	81
第四章 日本對公開播送與再播送制度之規範.....	83
壹、日本法下公眾送信之概念.....	84
一、日本法下公眾送信之體系.....	85
二、日本法對著作權人公眾送信權（公開傳播權）之規範.....	93
三、日本法對著作鄰接權人與公眾送信權相關權利之規範.....	121
四、日本著作權法下著作權人與著作鄰接權人公眾送信權比較.....	143
貳、日本公眾送信制度與我國公開播送制度之比較.....	149
第五章 德國對公開播送與再播送制度之規範.....	155
壹、概述.....	155
一、德國著作權法之公開傳播權.....	155
二、「公開播送」、「衛星廣播」與「有線再播送」權之立法發展.....	155
貳、公開播送權.....	157
一、公開播送之要件.....	157
參、有線再播送權.....	168
一、有線再播送之規範內容.....	168
二、有線再播送之著作權集體管理義務.....	168
三、著作人之有線再播送報酬請求權.....	174
肆、鄰接權人之「廣播」與「再播送」權.....	175
一、表演人之權利.....	175
二、錄音物製作人之權利.....	181
三、廣播機構之權利.....	182
伍、關於廣播與再播送權之限制.....	184
一、公開傳播權之限制.....	184
二、營業場所之重製與公開傳播權之限制.....	185
三、學校廣播之限制.....	186
四、公開演說之廣播權限制.....	186
陸、德國著作權集體管理實務對「再播送」之收費標準.....	186

柒、小結.....	188
一、廣播、再播送之概念.....	188
二、鄰接權人之廣播、再廣播權.....	190
第六章 我國關於公開播送與再播送制度之規範.....	193
壹、我國著作權法關於公開播送權之規範.....	193
貳、我國著作權法有關再播送權之限制.....	194
參、著作權法專責機關解釋函.....	195
一、電視節目再播送的情形.....	195
二、電台廣播節目之再播送.....	198
三、著作權法專責機關解釋函檢討.....	201
肆、我國司法實務判決.....	202
伍、我國著作權仲介團體之收費實務.....	203
第七章 結論.....	205
壹、國際狀況分析.....	205
一、國際公約.....	205
二、美國.....	206
三、日本.....	209
四、德國.....	211
五、旅館接收廣播或電視節目後傳送至旅館房間之利用行為規範比較.....	213
貳、我國司法實務見解.....	217
參、研究結論與建議.....	218

第一章 緒論

壹、研究緣起

公開播送在我國著作權法下包括原播送和再播送兩部分¹，公開播送權是 11 種著作財產權中的一種，現行法下的 10 類著作類別都有含原播送和再播送兩種公開播送行為在內的完整的公開播送權，表演的公開播送權則是受到限縮²。

在原播送部分，在我國常見的原播送，是無線廣播電台和無線電視台以無線電之廣播系統進行的公開播送行為（無線影像原播送），和有線電視台以有線電之廣播系統進行的公開播送行為（有線影像原播送），我國目前也有以無線電之廣播系統進行之衛星音樂廣播³（無線聲音原播送）和以有線電之廣播

¹ 著作權法第 3 條第 1 項第 7 款規定：「公開播送：指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」其中，「基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容」就是公開播送的原播送，而「由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者」就是公開播送的再播送。

² 著作權法第 24 條規定：「(第一項) 著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。(第二項) 表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。」從條文可知，除表演的公開播送權受到「該表演不得已經重製」和「該表演不得已經公開播送」兩種限縮（亦即，經重製或經公開播送之表演無公開播送權）之外，其他的 10 類著作類別都享有完整的公開播送權。

³ 我國目前提供衛星廣播音樂的是九太科技公司。該公司網頁稱其自「2001 年 5 月取得新聞局核發之衛星廣播音樂頻道經營執照，並於 10 月正式營運，為台灣地區第一家取得音樂頻道執照之業者。」該公司以 JC-3 衛星及亞太二號衛星發送訊號，再透過衛星或有線電視網路的雙重傳輸通路，傳輸數位音樂至收聽戶，其客戶在餐飲業有肯德基、必勝客、三商巧福、85°C 咖啡等業者，在美容美髮業有曼都、小林髮廊等業者，在飯店業有圓山飯店、老爺飯店、君悅飯店、凱撒飯店、國賓飯店、福華飯店等業者。見九太衛星音樂頻道，<http://www.jeutai.com.tw/index3-2.htm>（造訪日 2008.02.11）。

系統進行之音樂廣播⁴（有線聲音原播送），但此二種有線音樂廣播原播送業務提供的對象僅為旅館等營業場所，並未如日本一樣很普遍的將有線音樂廣播頻道提供給一般家庭收聽。

在再播送部分，我國常見的再播送是由有線電視業者將無線電視台的節目訊號接收下來，以纜線傳送至有線電視公司客戶家中⁵；而在實務上經常發生的再播送，則是公眾得出入之營業場所對原播送訊號進行再播送之情形，例如旅館業者將無線電視台之節目訊號（影像方式之無線原播送）、有線電視台之節目訊號（影像方式之有線原播送）、或無線廣播電台之節目訊號（聲音方式之無線原播送）接收之後，再以纜線將原播送之聲音或影像向公眾傳達。⁶ 最新的新聞事件則是社團法人台灣音樂著作權協會（TMCS）和社團法人台灣音樂著作權人聯合總會（MCAT）對高雄縣六龜鄉的溫泉旅館業者在公開場所進行公開播送行為的收費事件⁷。

⁴ 九太科技公司亦提供有線音樂頻道服務。該公司網頁稱「九太科技於民國九十年五月取得第一張新聞局正式核發之「有線廣播音樂頻道」的經營執照，於十月份正式推出「九太有線音樂頻道」，成為國內第一也是唯一的合法公共場合音樂頻道供應商。」該公司經由泛美八號衛星的訊號接收及傳送，再透過衛星接收或有線電視網路傳送，雙重傳輸通路傳送數位音效至客戶。見九太有線音樂頻道，http://www.webstore.com.tw/demo/jt/company_6.htm（造訪日 2008.02.11）。

⁵ 行政院新聞局的一份文獻中指出，「有線電視是當今視訊平臺的主流，至於以天線接收無線電視的收視戶，僅佔全國總戶數的一成左右。此項數字顯示，無線電視的主要閱聽人，實際上是有線電視的訂戶。」足見有線電視公司對無線電視台之節目所為之再播送行為，在我國係屬常態。見行政院新聞局，無線電視發展方案，第 2 頁，2004/08/27，<http://info.gio.gov.tw/public/Attachment/4991658771.doc>（造訪日 2008.02.09）。

⁶ 當然，我國會出現再播送之情形並不以民眾熟知和實務常發生的此二種情形為限，例如，「衛星電視頻道供應者」以自有或向衛星轉頻器經營者租賃轉頻器或頻道，將節目經由衛星傳輸內容給服務經營者（系統業者、有線廣播電視系統經營者或無線廣播電視電臺）或頻道代理商，此時系統業者、有線廣播電視系統經營者或無線廣播電視電臺也是對「衛星電視頻道供應者」所做的公開播送之原播送做再播送行為。關於「衛星電視頻道供應者」與上述服務經營者間之關係，見財團法人台灣經濟研究院，有線電視頻道與系統交易秩序建立之研究，國家通訊傳播委員會委託研究計畫，2006/12，第 14 頁，<http://info.gio.gov.tw/public/Attachment/74411544371.pdf>（造訪日 2008.02.09）。

⁷ 見「繳音樂使用費 旅館業反彈」，自由時報，2007/11/16，

此種在公共場所對原播送之公開播送進行再播送之行為，在我國著作權法下並非新的問題⁸。以往在旅館、學校、醫院、員工宿舍等場所都發生過公開播送的問題，其中最常牽涉的型態有「單純開機」和「將原播送的聲音或影像，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，向公眾做再播送」兩種型態⁹。單純開機行為非本研究案範圍，此處不擬深論¹⁰。於旅館、學校、醫院等公共場所在單純開機接收訊息之外，還有進一步將無線、有線電視台節目或無線、有線廣播節目原播送的聲音或影像「以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，向公眾做再播送」之情形時，就會構成對原播送節目的再播送行為。由於我國法對公開播送之再播送於條文定義中明示必須是

<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/nov/16/today-life6.htm> (造訪日 2008.02.09)；「溫泉業者：一隻牛剝兩次皮」，自由時報，2007/11/16，

<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/nov/16/today-life6-2.htm> (造訪日 2008.02.09)；「音仲團體：不然就不要使用」，自由時報，2007/11/16，

<http://www.libertytimes.com.tw/2007/new/nov/16/today-life6-3.htm> (造訪日 2008.02.09)。從新聞報導中「寶來溫泉旅館業者目前多數均向九太科技簽署有線電視播放權，若房間數低於二十間，每月僅須付出二萬四千元左右的費用」的文字敘述看來，應該是由九太科技公司提供有線電視節目（即由九太科技公司做有線電視之原播送），溫泉旅館業者以纜線在館內做再播送至客房，而九太科技公司提供之有線電視節目上的音樂為 TMCS 和 MCAT 兩家音樂仲團會員之音樂著作、卻未經 TMCS 和 MCAT 兩家音樂仲團授權公開播送之情形。如果溫泉旅館業者僅為單純開機收視，依智慧局解釋函之一貫見解，TMCS 和 MCAT 兩家音樂仲團當無就公開播送音樂著作收費之餘地。

⁸ 從我國著作權法專責機關經濟部智慧財產局的函釋檢索中可以發現，在旅館等公開之營業場所之再播送問題，早在著作權法主管機關為內政部著作權委員會之時代就已經出現。見台（八三）內著字第 8382587 號之 1 著委會解釋函，民國 83 年 6 月 22 日。

⁹ 智慧局從其前身著委會時代起就一直對此二類行為態樣做解釋，數量高達數十則，可以「公開播送」為關鍵字，至智慧局網頁之「解釋令函資料檢索」內頁（<http://www.tipo.gov.tw/copyright/search/NETEXP.ASP>）做檢索。

¹⁰ 單純開機是指於公共場所單純打開家用電視或收音機而供該場所之公眾收看電視節目或收聽廣播節目，此種情形應屬於伯恩公約第 11 條之二第 1 項第 3 款（Article 11bis (1)(iii)）所指之「以擴音器或其他類似器材傳輸信號、聲音或影像之方式公開傳播」，亦即屬於廣播權之範圍。見張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，第 11 頁至 13 頁，智慧局委託研究案，2006 年。單純開機在我國則應屬於著作權法第 3 條第 1 項第 9 款公開演出定義中的「以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者」，同上註，第 167 頁至 169 頁。惟智慧局歷來解釋函都將單純開機之情形解釋為屬單純接收訊息之行為，並非著作財產權之利用行為，如果沒有進一步之著作利用行為，則並無著作權之問題同上註，第 169 頁至 172 頁，此一立場迄今未做改變。

「以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法」，將原播送之聲音或影像向公眾傳達，因此，旅館、學校、醫院等公共場所採用的是否為「廣播系統傳送訊息之方法」，會成為其是否構成公開播送之再播送的重要判斷因素。

由於近年來著作權人的權利意識高漲，這些公共場所的再播送行為案例頻傳，加上在原播送的電視節目和廣播節目本身是受著作權法保護的著作¹¹之外，該節目所用到的素材（如劇本、音樂、演講等）經常也是受著作權法保護的著作，增加了不同著作類別權利人與權利態樣的複雜性¹²，對旅館、學校、醫院等公共場所（著作利用人）而言，面臨不同的著作類別權利人前往收費已經不堪其擾、又經常會面臨權利人以著作權刑責相威嚇，對著作利用人財務和精神構成雙重負擔。

旅館、學校、醫院這些公共場所普遍分布於社會上，如果能有比較好的制度讓這些著作利用人就其再播送行為可以得到妥善處理，當能減輕我國著作權法因無形利用權中之公開播送、公開演出與公開上映交互作用而生之複雜性對利用人與整體社會造成之衝擊。本研究案希望從比較法的觀點，研究其他國家對此種公共場所進行再播送行為之法規範，探討各國立法例是否對於公共場所之再播送行為存在比較友善而有效率的規範制度。

本研究案希望解決下列幾項問題：

（一）我國著作權法下之公開播送體系如何？與著作權相關的國際公約、美國、日本與德國之立法例相較，其範圍有何差異？

¹¹ 電視節目是視聽著作，廣播節目則依其節目性質可能是音樂著作之編輯著作、語文著作、或是錄音著作。

¹² 關於視聽著作利用時，其上素材也同時被利用的複雜情形，見前引註 10，第 173 頁至 178 頁。

(二) 公開播送之再播送行為在我國實務上遭遇何種問題？困難何在？我國著作權法對公開播送之權利限制規定如何？是否能解決實務上再播送行為所遭遇之問題？

(三) 美國、日本與德國之立法例對於公開播送之權利限制、尤其是再播送之權利限制部分如何規範？有無可供我國參考，以解決實務問題或改善制度之處？

(四) 我國法關於公開播送之再播送之規範有無修正之必要？如有，宜做如何之修正？

貳、研究內容

本研究案將以本委託案招標規格書中之三項委託研究項目，即「(1) 目前國內公開播送之再播送實務問題分析。(2) 蒐集國外有關公開播送之再播送授權制度之規定。(3) 分析國外法制，探討我國現行法制應否修正之建議。」作為本研究案的主要研究內容。

惟本研究案將不處理網路廣播與公共場所單純開機兩種情形，因為網路廣播雖名為廣播，但在我國法下並非屬於公開播送而是屬於公開傳輸，顯非本研究案研究範圍；而單純開機之情形是伯恩公約下的廣播權的範圍，雖應實質上為公開播送，在我國法下卻被放在公開演出，亦非本研究案研究範圍，且先前本研究團隊亦已經就單純開機問題在他研究案中做過處理，並無重複處理之必要。

本研究案主要涵蓋內容重點如下：

一、目前國內公開播送之再播送實務問題分析

本研究案擬整理我國實務上發生公開播送之再播送的行為類型，分析實務問題與困難何在，以為後續研究他國法制時之考量基點。

二、國外有關公開播送之再播送授權制度之規定與法制分析

本研究案將蒐集美國、日本與德國對公開播送之再播送制度之規範，包括其公開播送體系之結構、公開播送之權利範圍、與權利限制，尤其注意各國法制中，對再播送行為是否有較有效率而符合社會期待之制度設計。

三、我國現行法制應否修正之建議

本研究案擬將基於研究結果對我國現行法制下的再播送規範是否應做修正做整體評析，並做成可行建議，供主管機關參考。

參、研究方法與步驟

本研究案主要以文獻分析法與比較法為研究方法。

在文獻分析部分，本研究案將針對目前國內現有與公開播送相關之碩士論文、期刊論文與研究報告做搜集整理，以釐清我國對公開播送規範之體系架構。其次，將整理我國實務上出現的再播送問題，並就外文文獻（包括日本、美國與德國之相關文獻）做過濾分析，找出外國是否就再播送與我國實務有相同之問題、其解決方法與制度設計。

在比較法研究部分，本研究案將先探討國際公約中關於公開播送之最低保護標準，並與我國著作權法之公開播送規範做比較，以釐清我國法在公開播送規範與國際公約最低保護標準間之差距。其次將處理日本、美國與德國就公開播送相關之規範，尤其注意比較法規面的差異，例如日本原本相對應於我國公

開播送權的觀念是放送權和有線放送權，但在平成九年修法之後，已經沒有放送權和有線放送權的用語，而是歸到公眾送信權的概念下。美國接近我國公開播送權的觀念則是稱為公開演播權（right of public performance）¹³，惟美國法下公開演播權與我國的公開播送權並不能完全相對應，其範圍要比我國的公開播送權範圍大得多，這些法規面用語的差異應該要反映到權利範圍的對比上。至於在德國方面，由於德國著作權法是以「公開再現權」（Recht der öffentlichen Wiedergabe）作為無形利用的上位概念，其下再包含七種的無形利用權¹⁴，因此不管是無線公開播送權（第 20 條）、衛星播送權（第 20a 條）、有線再播送權（第 20 b 條）或廣播或對公眾提供之再現權（第 22 條），都屬於相互平行的權利，各有其行使的範圍與限制。有鑑於各國在公開播送與再播送權方面，各有不同的規範方式，因此本研究在最後將比較日本、美國與德國就再播送之制度設計，找出對權利人、利用人與整體社會而言會是較好的解決方案，並判斷我國採取此種解決方案應該採取的對應措施。

¹³ 國內對於「public performance」有譯為「公開演出」、「公開表演」者，惟美國著作權法的意義下的「public performance」比我國的「公開演出」範圍要廣，譯為「公開演出」容易在範圍上有錯誤聯想，而「公開表演」一詞又容易與我國著作權法第 7 條之一的「表演」相混淆，基於美國著作權法下的「public performance」可以相當於我國著作權法下的公開口述、公開播送、公開上映、公開演出及公開傳輸之綜合體，在尚無更佳譯法之前，本文於此處將「public performance」譯為「公開演播」，以示與我國法下的公開演出做區別，並不致與「表演」一詞相混淆。

¹⁴ 德國著作權法第 15 條第 2 項的（無形）「公開再現權」內容包括：

1. 公開口述、公開演出及公開上映權（第 19 條）、
2. 對公眾提供權（Right of making available, 第 19a 條）
3. 無線公開播送權（第 20 條）、
4. 衛星播送權（第 20a 條）、
5. 有線再播送權（第 20 b 條），
6. 經由錄音或錄影物之再現權（第 21 條），
7. 廣播或對公眾提供之再現權（第 22 條）。

最後要附帶說明的是，本文各章撰寫分工如下：第一章緒論（張懿云、陳錦全）、第二章國際公約對公開播送與再播送之規範（張懿云）、第三章美國對公開播送與再播送制度之規範（陳錦全）、第四章日本對公開播送與再播送制度之規範（陳錦全）、第五章德國對公開播送與再播送制度之規範（張懿云）、第六章我國關於公開播送與再播送制度之規範（張懿云）、第七章結論（張懿云、陳錦全）。

第二章 國際公約對公開播送與再播送之規範

首先就本章之用語說明如下：我國著作權法關於「公開播送」與「再播送」之定義，係指「以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容」、「由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者」，此與國際著作權條約關於之定義不盡相同。因此本章在介紹各國際著作暨鄰接權條約時，仍依原文「廣播(broadcasting)」、「再廣播(rebroadcasting)」、「播送(transmission)」、「再播送(retransmission)」等分別稱之，以區別對照我國著作權法在用語上之略有差異。

壹、伯恩公約對公開播送與再播送之規範

一、導論

伯恩公約在制定當時，廣播已經被認為對著作傳播具有特殊地位，因此在翻譯、重製、公開演出權之外，再賦予著作人第四個特別重要的權利，即廣播權。廣播在本協議中不只包含聲音的廣播(sound broadcasts)而已，還包含電視廣播(television broadcasts)在內。

1928年的羅馬修正本文是最早承認“透過收音機或電視將著作向公眾傳播”的權利，惟其用語並不十分明確，就如同當時仍屬於發展初期的廣播本身一樣。直到1948年布魯塞爾修正本文，才對此一問題做比較全面的思考，並且針對各種不同途徑及科技所可能產生的利用方式，將此一權利區分成不同的層面。之後，不論是1967年斯德歌爾摩或1971年的巴黎修正本文，除了重新

提供一個比較適當的官方英文版外，並沒有任何改變。¹⁵

二、「廣播權」之規範內容

伯恩公約第 11bis 第 1 項有關「廣播權」之規定¹⁶，可分為三大部分：

(1) 文學或藝術著作之作者人，享有下列各款之專有權：

1. 廣播或經由任何其他無線之方式，將著作之訊號、聲音或影像向公眾傳播。

2. 由原廣播機構以外之機構 (by an organization)，將原廣播之著作以有線或再廣播方式所為之任何公開傳播。

3. 將原廣播之著作，再以擴音器或其他類似設施，公開傳播其訊號、聲音或影像。

1. 本條第 1 項第 1 款是賦予著作人，專有以廣播 (broadcasting) 或其他任何「無線」之方式公開傳播 (wireless communication to the public) 其著作之

¹⁵ 參考伯恩公約指南 (Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 1978) Article 11 bis.1.之說明；Vgl. auch Von Claude Masouyé, Kommentar zur Merner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. Juli 1971), 1981。

¹⁶ Article 11bis :

(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:

(i) the broadcasting of their works or the communication thereof to the public by any other means of wireless diffusion of signs, sounds or images;

(ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one;

(iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

權利。所謂「無線」之方式，係指其他任何以無線訊號、聲音或影像所為之公開傳播；至於「廣播」，在伯恩公約中，也是屬於無線公開傳播之一種型態。又這裡所稱的廣播，不只包括電台的廣播，也包括電視台的播送。重要的是訊號的發射（emission of signals），至於這些訊號事實上是否有被接收到，則非緊要。¹⁷

2. 至於第二種權利則是指發射之後的後續利用行為：也就是，由原廣播機構以外之機構，將原廣播以「有線」（wire）或「再廣播」（rebroadcasting）之方式向公眾傳播。換言之，著作人專有將原廣播，以「有線」或「無線」之方式再公開傳播之專屬權，但其前提必須是，此等「再公開傳播」行為必須是由原廣播機構以外之機構所為者為限¹⁸。

3. 至於第三種再播送的情形是指，將原廣播透過擴音器（loudspeaker）或電視螢幕（television screen）再為公開傳播的情形¹⁹。

三、「廣播」與「再播送」之特徵與要件

（一）必須是向公眾傳播

在此應特別強調的是，在前述三種類型中，都必須要有「公眾」的因素才能實施。根據無線電傳播規則（Radio-Communications Regulations）：廣播的意義，必須是基於讓一般公眾直接接收為目的所為的傳輸。至於廣播對公眾所提供節目並無任何範圍的限制，如果收聽或收視者不欣賞，只需要轉台或關機即可。向公眾傳輸（transmission to the public）的概念是最重要的要素。業餘

¹⁷ 參考伯恩公約指南 Article 11 bis.3 之說明。

¹⁸ 參考伯恩公約指南 Article 11 bis.4 之說明。

¹⁹ 參考伯恩公約指南 Article 11 bis.5 之說明。

的無線電或電話傳播，都不符合公眾的定義。²⁰

（二）必須使用接收器

廣播的另外一個特徵在於，必須使用接收器（receiver），否則即無法為人的眼睛或耳朵所看到或聽到。雖然一般唱片或錄音帶的收聽或收看也必須透過設備，但兩者的差別在於，後者的利用人所能夠收看或收聽到的內容，只限於在他購買錄製物時就已經事先被選錄好的作品。在廣播的情況則是，只要按下一個按鈕，就可以收視或收聽到事先未想到過的素材，並且閱聽人和節目的播放也完全無關。廣播提供範圍廣泛的各種形式的著作，而且更可以毫不誇張的說，所有獲取知識和娛樂的方式都因此有了重大的變革（特別是利用人造衛星的情況）。至於借助地面轉播站（earth station），將「向公眾傳播的節目」轉換成傳送至太空衛星的訊號，是否構成本條所稱的廣播，在當時則仍有爭論。針對衛星傳播的問題，在當時也簽署了一項新的國際協議工具，也就是「關於透過衛星傳送載有節目訊號的公約」（Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite）。²¹

（三）廣播的意義

所謂的廣播係指透過赫茲波（Herzian Waves）以及包括從事此一行為的所有器材設備（不論是固定式或是移動式的轉播中繼站，各種調幅發送設備，或是拷貝磁帶的傳輸等等），來發送信號。重要的是，在發射天線與接收器材之間並無其他的媒介體（intermediary body）介入：換言之，同樣的節目可以同時使用普通波長和 V.H.F.的高頻傳輸；然而最重要的是，所有的操作必須是由同一家機構所完成。又如果並非以赫茲波方式傳送，典型的例子如透過有線電纜，則此種情形將屬於本條第 1 項第 2 款所規定的有線公開傳播（public

²⁰ 參考伯恩公約指南 Article 11 bis.6 之說明。

²¹ 參考伯恩公約指南 Article 11 bis.7。

communication by wire) 情形，這種情形通常是對一群已知公眾（訂戶及其他人）為傳播，但是廣播，則是任何人都可以接收訊號，唯一的限制是，受限於訊號的強度以及接受器的容量而已。²²

（四）再廣播的意義

本條第 1 項是要賦予就其著作專有廣播權，以及一旦著作被廣播之後，只要是由「非原始機構」對公眾加以傳播，不論是有線或無線，也都會涉及本條著作人之專屬權。然應特別加以注意的是，此處所討論的「有線再公開播送」不應與第 11 條第 1 項（因該項第 2 款所提到的以任何方式公開演出著作的行為，也會包含有線公開傳播的情形）產生混淆。後者（第 11 條第 1 項第 2 款）所指的有線是指，由原始機構對節目所進行的傳播（originated the program），但第 11 條 *bis.* 的第 1 項第 2 款則是在處理，由其他廣播機構所為的傳播。²³

例如，位於某一特定國家之公司，基於營利之目的，接收了本國或外國電視台之訊號，然後再以有線的方式將其轉播給訂戶，此乃 11 條 *bis.* 的第 1 項第 2 款的情形；但如果該公司所播送是自己原始的節目（originated program），則應適用第 11 條的情形。因此第 11 條 *bis.* 第 1 項第 2 款的判斷重點在於，是否有第二個機構參與將廣播節目向公眾傳播（1977 年 6 月在巴黎召開的工作小組曾經討論過電視節目的有線傳播的著作暨鄰接權問題）。至於應如何區分此一行為與其他只是單純接收的行為（the mere reception of programs，非屬於著作人專屬權範圍），則交由各國內法決定。²⁴

四、「廣播」與「再廣播」之強制授權可行性

²² 參考伯恩公約指南 Article 11 *bis.*8。

²³ 參考伯恩公約指南 Article 11 *bis.*9。

²⁴ 參考伯恩公約指南 Article 11 *bis.*10。

伯恩公約 Article 11 *bis*.第 2 項特別就「廣播」與「再廣播」之強制授權條件有所規定：「前項所定權利之行使條件，得由聯盟國之立法者定之，惟其僅適用於該國領域境內。但不論在何種情形，都不得損害著作人格權，如果在雙方無法達成合意的情況下，得由主管機關決定，但不得對著作人合理之報酬請求權有所損害。」

依伯恩公約指南之說明，本項許可會員國，對著作人廣播之專有排他權，建立強制授權機制。本項是 1928 年羅馬修正案首次納入廣播權之後，所新增的規定。但其適用範圍在 1948 年的布魯塞爾修正案時已經被擴大，所以適用的範圍不只限於廣播權，而是包括第 1 項的所有情形（亦即包括無線廣播、無線再廣播、有線再播送、以及將原廣播透過擴音器或其他類似設施，所為聲音或影像之再傳播）²⁵。

本項是基於公共利益而設，但仍有適用條件之限制：一是，這種授權僅適用於本國；二是，不可以傷害著作人的人格權；三是（可能是最重要的），著作人必須得到公平的報酬。如果雙方當事未能達成協議的話，則必須由主管機關負責解決。換言之，會員國應當制定一個適當的程序，例如制訂一個適當的報酬標準或仲裁庭之類，以便對雙方當事人的報酬爭議做出裁定²⁶。

再者，此一「強制授權」制度，乃是屬於例外，而非通例，只限於著作人代表與廣播機構在著作的利用與費用支付的集體協議條款無法達成一致的情況下，始有適用。本項的精神在平衡衝突的利益，國內立法者有義務提供適當的措施，以實現此利益的平衡。隨著新科技的發展，新的著作利用方式也在不斷產生，這不僅造成著作人行使專有權變得日益困難，甚至也讓個別授權在實務上變得不可行。為了要讓大量使用著作的行為獲得充分的法律上的安全，也

²⁵ 參考伯恩公約指南 Article 11 *bis*.15。

²⁶ 參考伯恩公約指南 Article 11 *bis*.16。

為了要確保著作人，不論是透過契約或是強制授權的方式，都能得到合理的報酬，概括授權在§11 bis 的範圍內，可能成為必然之事。²⁷

五、小結

綜合上述說明可知，伯恩公約賦予著作人之「廣播權」(Art.11 bis I, Nr.1)，只限於聲音及影音的無線廣播而已，「有線廣播」並不被納入傳統「廣播」之概念中。至於「再播送權」(Art.11 bis I, Nr.2)，則是包含有線、無線的再播送；但值得一提的是，伯恩公約所定義的「再播送」，除了包含以有線、無線方式對原廣播為再播送之外，還必須符合「由原廣播機構以外之機構所為之廣播」及「同步廣播」之要件。因此非同步廣播，或者由原廣播機構所為之再播送，即非屬本條款所涵蓋之範疇。

另外，在廣播權之強制授權方面，伯恩公約顯然是允許各會員國可以以制定國內法的方式，訂出「廣播權」、「再播送權」以及「再公開演出權」之行使條件，其中當然包括可以透過強制授權（或法律授權）的方式，決定權利人的使用報酬（Art.11 bis II）。但本條項只是關於廣播權強制授權的規定，而非直接將著作人之廣播與再廣播權弱化成報酬請求權。換句話說，這是例外，而非通例，要在符合一定前提下，國家才介入干預。但同時，這也是國內立法者的義務，公約要求各會員國必須要建立一個平衡雙方衝突利益的機制。至於國家介入干預的時點，「只限於著作人代表與廣播機構在著作的利用與費用支付的集體協議條款無法達成一致的情況下」，始有強制授權的適用。

貳、羅馬公約對公開播送與再播送之規範

一、導論

²⁷ 參考伯恩公約指南 Article 11 bis.17。

在關於鄰接權保護的國際條約上，羅馬公約（Rome Convention）可以算是其中歷史最久，並且與 WTO/TRIPS 同屬國際上最重要的鄰接權公約之一，其正式全名是「有關保護表演人、錄音物製作人與廣播機構之國際公約」²⁸，但通常多以其簽約地地名簡稱為「羅馬公約」，簽訂於 1961 年 10 月 26 日，自 1964 年 5 月 18 日生效，全文共計 34 條。截至 2008 年 9 月 30 日為止，共有 86 個簽約國²⁹。

在保護主體方面，羅馬公約主要是在賦予表演人（Performers）、錄音物製作人（Producers of Phonograms）及廣播機構（Broadcasting Organizations）三者，享有不同的工作成果保護權（或稱為鄰接權保護）；至於其所享有之廣播或再廣播之權利內容，擬分別說明如下。

二、「廣播」與「再廣播」之概念與內涵

（一）廣播與再廣播之定義

依羅馬公約第 3 條第（f）款³⁰關於「廣播」（broadcasting）的定義，係指「基於公眾接收的目的，將聲音或是聲音與影像，藉由無線電波的方式傳送出去」。由此可見，羅馬公約之「廣播」概念顯然排除有線廣播的情形；與伯恩公約無線廣播概念一致。

至於同條（g）款³¹對於「再廣播」（rebroadcasting）的定義，係指「一家

²⁸ International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/trtdocs_wo024.html, last visited 2008.9.30.

²⁹ Rome Convention, Contracting Parties, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17, last visited 2008.9.30.

³⁰ Rome Convention Article 3, (f) “broadcasting” means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds.

³¹ Rome Convention Article 3, (g) “rebroadcasting” means the simultaneous broadcasting by one

廣播機構讓另外一家廣播機構同步播送(simultaneous broadcasting)其廣播(節目)」而言。由此可知羅馬公約關於「再廣播」之要件有二，必須是由另一個廣播機構參與播送，而且限於同步廣播。又此所稱之同步廣播的概念，必須回溯到前述同條(f)款對於廣播的定義加以理解，因此羅馬公約關於「再廣播」之規定，也顯然僅以無線之同步廣播為限。與伯恩公約相較，羅馬公約之「再廣播」限於同步播送以及必須由另一機構為播送，二者並無不同；惟伯恩公約(第11bis第1項第2款)之再廣播，有特別說明「是由原廣播機構以外之機構，以有線或再廣播方式所為之任何公開傳播。」因此二公約對於再廣播之定義看起來雖然並無不同(都是指無線播送的情形)，但是保護的範圍卻不盡相同，以伯恩公約範圍較廣，還包括有線廣播的情形。

(二) 關於「有線廣播」之爭議

從上述說明可知，羅馬條約關於廣播與再廣播的定義，固然僅限於無線廣播的情形，但從羅馬公約的會議資料顯示，有線廣播(Kabelsendung, cablecasting)之情形是否即不在保護之列，卻未必沒有爭議。尤其是，羅馬公約賦予表演人就其表演，可以在「廣播」之外，還享有「公開傳播」的禁止權³²；表演人及/或錄音物製作人對於商業利用之錄音物也是享有「廣播」與「公開傳播」的報酬請求權³³；而廣播機構除了享有「再廣播」之同意及禁止權外，在一定條件下，也可以享有「廣播之公開傳播」權³⁴。但是羅馬公約對於「公開傳播」的概念，卻並未加以定義或限制，因此也有學者認為，有線廣播並非不得置於「公開傳播」的概念下³⁵。

broadcasting organization of the broadcast of another broadcasting organization.

³² 參閱羅馬公約第7條第1項a款。

³³ 參閱羅馬公約第12條。

³⁴ 參閱羅馬公約第13條d款。

³⁵ Dreier, Kabelrundfunk, Satelliten und das Rom-Abkommen zum Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen, GRUR Int 1988, 753ff.

透過會議資料的分析，先是奧地利的提案，主張本公約的「廣播」，應該包括「透過赫茲波、有線或任何其他方法，向公眾傳送聲音或影像」，雖然最後現行條文是採用美國的建議版本，但這也只能說明，有線廣播並不在羅馬公約廣播權的定義範圍，但尚未能說明有線廣播在羅馬公約毫無適用餘地³⁶。例如，英國的代表 Wallace 即表示，由於公開傳播也包含著透過有線（by Wire）方式，將表演從一個地方傳至另一個地方的情形，但由於英國法下，並不承認表演人享有現場表演之有線轉播權，因此力主刪除表演人在第 7 條之「公開傳播」禁止權；另外，德國學者 Ulmer（第二工作小組主席）也明白表示，公開傳播包括從一個地方傳至另一個地方的有線轉播在內³⁷，因此會議上，究竟是完全排除有線廣播在本公約之適用，亦或只是排除有線廣播在廣播上之適用而已，並無明確結論。最後經過 16：3 投票以及 6 票棄權的結果，否決英國代表之主張，可以確定的是，羅馬公約並未排除表演人得透過有線方式傳達其表演成果，而將其納入「公開傳播」的概念下³⁸。

此外，相較於伯恩公約³⁹或歐洲保護電視廣播公約⁴⁰在提到「有線的擴音器傳播」時，通常會特別加上「透過擴音器」或「透過傳播之設備」等類的用詞，以與「有線廣播」的概念加以區別，但羅馬公約下的「公開傳播」則並無此定義，因此有認為，除了無線廣播之外，羅馬公約的「公開傳播」應無任何傳輸方法的限制，並且對於原（無線）廣播的再有線廣播，也應納入「公開傳

³⁶ CDR/49, ILO/UNESCO/BIRPI, Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, Rome, 10 to 26 October 1961, Genf, Paris, 1968, S. 209；轉引自 Dreier, a.a.O. Fn.15.

³⁷ Vgl. Kaminstein, Generalbericht, CDR/49, ILO/UNESCO/BIRPI, a.a.O., S.44, 137。

³⁸ Vgl. Dreier, a.a.O. S.755f.

³⁹ 參閱伯恩公約第 11 bis 第 1 項第 3 款。

⁴⁰ 參閱歐洲保護電視廣播公約（Europäisches Abkommen zum Schutz von Fernsehungen vom 22. Juni 1960，BGBl. 1965 II, S.1235）第 1 條第 1 項 c)款。

播」的範圍才對⁴¹。但值得注意的是，由於在羅馬公約當時，透過衛星發射廣播的有線再播送（die Kabelweiterleitung über Satelliten ausgestrahlter Sendungen），幾乎極為少見⁴²，因此會議當時關於有線網絡同步或延後播送的討論與今日所談的有線廣播的範圍是否相符，殊值疑問。

（三）關於「衛星廣播」之討論

由於羅馬公約簽署的時間點，衛星廣播技術的發展未臻成熟，因此羅馬公約的無線廣播是否包含「衛星廣播」在內，頗有疑問。縱使有學者主張⁴³，最多只能以類推解釋的方式，認為可涵蓋在內而已，實際上，本公約確實未明確表示衛星廣播的問題。

三、表演人、錄音物製作人及廣播機構之「廣播」與「再廣播權」

（一）表演人就其「現場表演廣播」禁止權

羅馬公約第 7 條第 1 項（a）款規定：

表演人就其表演之廣播（the broadcasting）及公開傳播（the communication to the public），享有禁止權；但在廣播或公開傳播之前，該表演已經被廣播過或已被重製者，不適用之。

由本條規定可知，羅馬公約之表演人就其表演之成果，僅享有現場表演之「廣播」及「公開傳播」禁止權而已，尚未賦予專有權；而且就其已廣播或已

⁴¹ Vgl. Nordemann/Vinck/Hertin, Internationales Urheberrecht, Düsseldorf, 1977, Art. 3 RA, Anm. 27.

⁴² 最早透過衛星（TELSTAR I 衛星一號）轉播廣播的時間約在 1962 年 7 月 10-11 日，Vgl. Bauer/Detjen/Müller-Römer/Posewang, Die neuen Medien, 1988, 1985 ff.

⁴³ Vgl. Dreier, a.a.O. S.760ff.

錄製之表演，表演人不得主張此一禁止權。

此外，同條第 2 項亦規定，（1）若表演人同意廣播，則有關禁止再廣播（rebroadcasting）、基於廣播目的所為之錄製、以及針對此一錄製物所為之重製等保護，均依主張應受保護領域內之締約國的國內法定之。（2）廣播機構對於基於廣播目的所為之錄製節目得如何加以利用之條件，由主張應受保護之各締約國國內法定之。（3）但國內立法者對前述第（1）（2）款之立法，不得導致表演人因此被剝奪了與廣播機構維持契約關係的結果。

（二）表演人及錄音物製作人對「錄音物廣播」之報酬請求權

羅馬公約第 12 條是關於錄音物第二次利用的報酬請求權規定：

基於商業目的而出版之錄音物或其重製物，被直接使用於廣播（broadcasting）或任何公開傳播（any communication to the public）時，利用人對於表演人、錄音物製作人或其二者，有支付一次性適當報酬之義務。在此情形下，若當事人無法達成一致的協議，則國內立法者得對於報酬之分配加以規定。

依本條之規定，對於商業用錄音物之「廣播」或「公開傳播」，表演人或/及錄音物製作人，享有的只是報酬請求權而已，並不享有禁止或許可權。

（三）廣播機構「再廣播」之許可或禁止權

羅馬公約第 13 條（a）、（d）款，分別賦予廣播機構享有許可或禁止權：

a) 將其廣播為「再廣播」。

.....

d) 將廣播為公開傳播之時，若該傳播之地點是屬於對公眾收取入場費之情形，則締約國之國內法應在此等權利受保護之範圍內，規範權利行使之條件⁴⁴。

根據本條之規定，廣播機構享有將其廣播為「再廣播」之許可或禁止權。此外，若將其廣播再為公開傳播之地點，有收取入場費者，廣播機構亦可主張權利。

四、小結

和伯公約相同的是，羅馬公約關於「廣播」(§3(f))的概念，係指無線廣播而言。但與伯恩公約不盡相同的地方是，其關於「再廣播」(§3(g))的概念，只限於「由原廣播機構以外之機構」所為之「同步」、「無線再播送」的而已，顯然排除了有線再播送的適用。又雖然羅馬公約關於廣播與再廣播之定義，固然僅限於無線廣播而已，但從會議資料顯示，有線廣播是否即不在公約保護之列，卻未必沒有爭議，有論者認為或許可以納入「公開傳播」的概念下而受到保護。

另外值得一提的是，羅馬公約分別對「表演人」、「錄音物製作人」、「廣播機構」賦予不同程度的廣播專有權、廣播禁止權、及廣播報酬請求權，是較為複雜之處。1.在表演人方面：表演人就其現場之表演，享有廣播及公開傳播之禁止權（無許可權）。2.在錄音物之廣播方面：表演人及錄音物製作人就錄音物之廣播或任何公開傳播，享有報酬請求權。3.在廣播機構方面：廣播機構

⁴⁴ 但本款之義務，締約國根據羅馬公約第 16 條第 1 項 b) 款之規定，得隨時向聯合國秘書長提出聲明加以保留。

就其廣播，有再廣播專有權（包含許可及禁止權）。

參、布魯塞爾公約⁴⁵對公開播送與再播送之規範

一、導論

（一）衛星的類型

一般來說，傳播衛星通常可分成三種類型⁴⁶：點對點衛星（point-to-point satellites）、散布衛星（distribution satellites）以及直播衛星（direct satellites），前面兩種衛星是屬於所謂的傳播衛星或固定服務衛星。

點對點衛星通常是在一個傳輸點與一個或多個接收點之間，被用來做為洲際間的傳播。其訊號範圍大概可以涵蓋地球表面的 1/3，因此只要三個此類衛星即可以包括大西洋、印度洋及太平洋，換言之，只要提供所需要的地面站台（earth station），其訊號就可以從世界上的任何一個國家傳送到任何其他國家，只不過這個地面站要非常強力，因此想當然將極為昂貴。

散布衛星涵蓋地球的範圍較小（包括歐洲及部分的美國），其訊號通常是針對各種不同的接收者（如廣播機構或有線系統業者）而涵蓋特定的地區，這種衛星的訊號強度通常比點對點衛星更為集中而有力，因此接收來自此衛星之訊號所需要的地面站台，比起點對點衛星傳播系統，也比較小而便宜。

至於直播衛星所傳送的節目，則是以讓一般公眾能夠直接接收為目的。

⁴⁵ 布魯塞爾衛星公約，Brussels Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite，May 21,1974.
http://www.wipo.int/treaties/en/ip/brussels/trtdocs_wo025.html, last visited 2008.10.08.

⁴⁶ Chape 7, Technological and legal Development in Intellectual Property, in:WIPO Intellectual Property Handbook : Policy, Law and Use, Nr. 7.93- 7.97, at 451,
<http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch7.pdf>, last visited 2008.10.09.

目前透過衛星傳送節目仍是以間接傳送的方式為主。雖然載有廣播節目的電子訊號透過衛星傳送到傳統廣播所無法達到的地球表面，但是這些載有節目的訊號，並無法由一般公眾所使用的普通接收器直接加以接收，而是必須先由地面站台接收後，再將訊號播送給公眾⁴⁷。但是在進行直播衛星廣播時，當訊號送到衛星後，會被衛星本身加以解調（demodulate），將訊號由載波中拆出，因此當訊號傳回地球時，即可由一般的接收器直接從空中加以接收，無須再透過地面接收站的轉介。但在這個模式下，上傳到衛星的訊號仍是公眾所無法接近的⁴⁸。

（二）公約目的

布魯塞爾衛星公約（Brussels Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite, 05.21.1974）的簽署，是為了解決自 1965 年採用衛星技術作為國際電信傳播之後，針對廣播機構保護所產生的新問題⁴⁹。

法律的爭點在於，羅馬公約第 3 條關於「廣播」的定義，係指「基於公眾接收的目的，將聲音或是聲音與影像，透過無線方式傳送出去」。如此一來，衛星廣播是否是否符合羅馬公約「廣播」的定義，將遭遇到兩個問題：一是，原機構所發射至衛星的訊號並非為了公眾接收，另一則是，通常地面站在取得轉換訊號⁵⁰（derived signals, abgeleitetes Signal）之後，經常都是透過有線而

⁴⁷ Chapte 5, International Treaties and Conventions on Intellectual Property, in: WIPO Intellectual Property Handbook : Policy, Law and Use, Nr, 5.530, at 321, <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch5.pdf>, last visited 2008.10.09.

⁴⁸ Chapter 5, supra note 47, Nr, 5.531, at 321.

⁴⁹ Chapte 5, supra note 47, Nr. 5.529, at 321.

⁵⁰ 根據布魯塞爾衛星公約第 1 條第 5 款關於「轉換訊號」之定義，係指一種經由改變技術特徵後所發射的訊號，且不論在此過程中是否曾經一次或多次的被錄製（或固著），均屬之。

非無線的方式向公眾傳送⁵¹。普遍認為，不論是伯恩公約或羅馬公約關於廣播定義模糊，而學說對於廣播的解釋又有不同，有人認為僅只可被公眾直接接收的訊號傳送而言；卻有人認為不僅指公眾直接接收，也包括透過中間陸地散布者的非直接使用者的接收⁵²。

由於爭議不斷，因此布魯塞爾公約提供了一個解決方式，要求締約國採取適當的措施，以防止任何載有節目的訊號被任何未經許可之人傳送至衛星或經由衛星加以散布（distribution）。至於散布的定義，依該條約，係指散布者將衍生訊號向公播送的行為，因此也包括有線的傳輸的情形⁵³。

二、關於訊號、衛星、散布等之定義

由於布魯塞爾公約的產生係針對衛星傳播所生的法律問題而來，因此在第1條中就針對何謂「訊號」、「衛星」、「發射訊號」、「轉換訊號」、「散布」等概念，分別加以定義：

第(i)款，所謂的「訊號」，係指能夠傳送節目的電子式載體⁵⁴；

第(iii)款，所謂的「衛星」，係指在外太空能夠播送訊號的任何設備⁵⁵；

第(iv)款，所謂的「發射訊號」，係指發射至衛星或經由衛星傳播的任何

⁵¹ Chapter 5, supra note 47, Nr, 5.532, at 322.

⁵² Thomas Joseph Cryan, James S. Crane, International Telecommunications Pirates : Protecting U.S. Satellite Signals from Unauthorized Reception Abroad, 17 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 851, 867 (1985)。

⁵³ Chapter 5, supra note 47, Nr, 5.533, at 322

⁵⁴ Brussels Convention, Art. 1 (i) “signal” is an electronically-generated carrier capable of transmitting programmes;

⁵⁵ Brussels Convention , Art.1 (iii) “satellite” is any device in extraterrestrial space capable of transmitting signals;

載有節目的訊號⁵⁶;

第(v)款，所謂的「轉換訊號」，係指一種經由改變技術特徵後所發射的訊號，且不論在此過程中是否曾經一次或多次的被錄製（或固著），均屬之⁵⁷。

第(viii)款，所謂的「散布」，係指散布者將轉換訊號向一般公眾或任何地區的行為⁵⁸。

三、保護內容

布魯塞爾公約要求各締約國對非法散布載有節目之訊號的行為，採取有效措施：「每一締約國應採取有效措施，對未經同意的散布者，不論是向衛星發射訊號或是經由衛星傳送轉換訊號，都不得在其境內或自其境內散布載有節目之訊號。而且縱使原廣播機構是屬於其他締約國的國民，且所散布的訊號是屬於轉換訊號，也都有本義務之適用。⁵⁹.....但如果其所散布的轉換訊號，是來自於發射訊號之散布者所同意的話，即不在此限⁶⁰。」

布魯塞爾公約最主要的爭議在於，是否要賦予廣播機構或節目貢獻者專屬

⁵⁶ Brussels Convention , Art.1 (iv) “emitted signal” or “signal emitted” is any programme-carrying signal that goes to or passes through a satellite;

⁵⁷ Brussels Convention , Art.1 (v) “derived signal” is a signal obtained by modifying the technical characteristics of the emitted signal, whether or not there have been one or more intervening fixations;

⁵⁸ Brussels Convention , Art.1 (viii) “distribution” is the operation by which a distributor transmits derived signals to the general public or any section thereof.

⁵⁹ 參閱布魯塞爾衛星公約第 2 條第 1 項之規定：“(1) Each Contracting State undertakes to take adequate measures to prevent the distribution on or from its territory of any programme-carrying signal by any distributor for whom the signal emitted to or passing through the satellite is not intended. This obligation shall apply where the originating organization is a national of another Contracting State and where the signal distributed is a derived signal.”

⁶⁰ 參閱布魯塞爾衛星公約第 2 條第 3 項之規定：“(3) The obligation provided for in paragraph (1) shall not apply to the distribution of derived signals taken from signals which have already been distributed by a distributor for whom the emitted signals were intended. “

權利，經由上述的規定可知，最後的方案並未賦予廣播機構新的專有權利，只是令締約國負有訂定適當防止措施的義務。因此有學者⁶¹認為，公約是否容許締約國決定提供什麼樣的著作權保護是含糊的，以及著作權人是否可基於自己利益對未經授權的使用者提起訴訟也是模糊的。

值得注意的是，本公約所保護的客體並非是被播送的節目，而是那些由原機構發射的訊號，但本公約也並不限制或損及著作人、表演人、錄音物製作人和廣播機構對於節目所得享有之權利⁶²。

除此之外，本公約也並非適用於所有類型的衛星訊號。在適用範圍方面，依公約第3條之規定：「如果發射的訊號是經由原機構或其代表同意，使一般公眾得從衛星直接接收者，不適用本公約⁶³。」可見本公約也排除了「使一般公眾直接從衛星接收」的直播衛星訊號的適用。因為在此情況下，訊號的發射不是要給任何中間的轉換訊號散布者，而是要讓一般的公眾得直接接收⁶⁴。

四、小結

有鑑於之前的伯恩公約、羅馬公約對於廣播的定義不夠明確，致使衛星廣播是否可以被涵蓋在傳統廣播權的範圍，遂有爭議。

布魯塞爾公約擴大對廣播機構的保護，但必須注意到的是，本公約保護的客體是訊號，而非訊號所載的節目，只不過公約也並不限制或損害著作暨鄰接

⁶¹ Kimette Glenn, *The Heavenly Realm of Regulation: What Is the Outlook for DBS Now?*, 52 *J. Air L. & Com.* 221, 246 (1986)。

⁶² Chapter 5, *supra* note 47, Nr. 5.546, at 324.

⁶³ Brussels Convention, Art.3 : This Convention shall not apply where the signals emitted by or on behalf of the originating organization are intended for direct reception from the satellite by the general public.

⁶⁴ Chapter 5, *supra* note 47, Nr. 5.549, at 324.

權人就該節目所得享有著作權法上的權利。根據公約之規定，締約國負有義務，禁止透過衛星傳遞載有節目之訊號的非法散布行為，不論這樣的訊號是否適於公眾接收，也不論這些訊號的發射是否構成羅馬公約定義下的廣播；甚至，布魯塞爾公約的保護也適用於透過纜線及非無線的方式散布轉換訊號，縱使其非屬於羅馬公約所涵蓋的廣播，亦屬之。但值得一提的是，在形式上，布魯塞爾公約並未賦予廣播機構新的權利，只是要求締約國禁止未經同意的散布者透過衛星散布載有節目內容之訊號的行為而已⁶⁵。肆、TRIPS 對公開播送與再播送之規範

肆、TRIPS 對公開播送與再播送之規範

一、導論

TRIPS（與貿易有關之智慧財產權協定，Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）中，最直接與著作權及鄰接權保護相關的實體條文規定在第二篇第一節第 9 至 14 條（共計六條）。依該節之內容，又可分三部分加以觀察：第 9 條：主要在說明 TRIPs 的著作權保護與伯恩公約的關係；由於本條說明的結果，使得 TRIPs 關於著作權保護的部分規定必須適用於伯恩公約；第 10~13 條：可以說是伯恩公約的補充條款；第 14 條：關於鄰接權保護之特別規定。

在著作權保護方面：由於本協定並未對著作人之廣播或再播送權有所著墨，TRIPS 作為伯恩公約的補充條款，因此關於廣播與再播送的規範，都必須回歸伯恩公約之適用。

在鄰接權保護方面：雖然 TRIPS 並未對廣播與再播送權加以定義，但在

⁶⁵ Chapter 5, supra note 47, Nr, 5.545, at 323-324.

第 14 條，分別對表演人及廣播機構賦予不同程度之廣播與再播送權。以下擬先就此部分加以介紹。

二、表演人、廣播機構之「廣播」與「再播送權」

(一) TRIPS 之鄰接權保護與羅馬公約的關係

相對於 TRIPs 的著作權保護與伯恩公約密切關係，TRIPs 在鄰接權的保護上則欠缺直接適用於羅馬公約的明文規定。因此 TRIPs 通常不被當作是羅馬公約之補充條款，毋寧是一獨立之規範。這種立法態度上的差別，主要是因為羅馬公約在國際承認及履行上遠不及伯恩公約之成就所致⁶⁶。雖然如此，但是羅馬公約的基本目的仍然透過 TRIPs 的制定而得到保證。此外，在 TRIPs 第 14 條第 1 項第 1 句也明文提到，”會員國得在羅馬公約許可之範圍內，就表演人、錄音物製作人及廣播機構依同條第 1 至第項所取得之權利，可以附加條件、限制或為例外、保留。”由此可證明，TRIPs 的鄰接權保護與羅馬公約之間確有緊密關連。

(二) 表演人就其現場表演之廣播權

TRIPs 第 14 條第 1 項第 2 句⁶⁷，賦予表演人就其現場之表演，享有無線廣播權 (broadcasting by wireless means) 和公開傳播權(the Communication to the Public)。

⁶⁶ 例如從世界貿易組織正式成立運作開始 (1995 年 1 月 1 日)，伯恩公約共計有 111 個會員國，而羅馬公約則只有 47 個會員國，且其會員國多限於歐洲國家。截至 2008 年 10 月 15 日止，伯恩公約會員國共計有 164 個國家，而羅馬公約共計有 87 個會員國，
http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15，
http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=17，last visited 2008.10.15.

⁶⁷ TRIPs 第 14 條第 1 項第 1 句：「表演人得禁止下列未經授權之行爲：以無線方式公開播送其現場之表演，以及向公眾傳播該表演。」(Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization:the broadcasting by wireless and the communication th the public of their live performance.)

雖然 TRIPS 第 14 條第 1 項賦予表演人就其現場之表演，享有**無線廣播權**（broadcasting by wireless）；另外，在 14 條第 3 項「廣播機構就其**廣播**也享有無線再播送權（rebroadcasting by wireless means of broadcasts）」中，也提到廣播一詞，但是 TRIPS 卻並未對廣播有所定義。TRIPS 相關文件中曾表示，關於”broadcasting”和”broadcast”的定義在各國間有著重大的差異，多數的國家的國內法係採取羅馬公約所提供的定義，僅限於以無線的方式傳送；但也有其他國家（例如孟加拉、賽卜勒斯、印度、肯亞、馬來西亞、馬爾他等）擴張了 broadcasting”和”broadcast”的定義，使同時也包含以有線方式（纜線等）的傳送⁶⁸。而草案也曾經在規定表演人權利的條文中，除了規範以無線方式的廣播外，併存著”以任何科技方式或過程所為的廣播，像是透過無線電波、纜線和其他設備”的規定，惟最終 TRIPS 所採用的內容，仍僅以無線廣播為限⁶⁹。

（三）廣播機構之「再播送權」

TRIPs 第 14 條第 3 項⁷⁰，賦予廣播機構享有將其廣播以無線方式再廣播、以及再向公眾傳播的權利。

⁶⁸ MTN.GNG/NG11/W/24/Add.2, Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods, June 27, 1988, http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+MTN%2EGNG%FCNG11%FCW%FC%2A+%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FT%2FUR%2FGNGNG11%2FW24A2%2ERFT%2EHTM&curdoc=22&popTitle=MTN%2EGNG%2FNG11%2FW%2F24%2FAdd%2E2, last visited 2008.10.08.

⁶⁹ MTN. GNG/NG11/W76, part III 12A.1, Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods , http://docsonline.wto.org/GEN_highLightParent.asp?qu=%28+%40meta%5FSymbol+MTN%2EGNG%FCNG11%FCW%FC%2A+%29+&doc=D%3A%2FDDFDDOCUMENTS%2FT%2FUR%2FGNGNG11%2FW76%2ERFT%2EHTM&curdoc=3&popTitle=MTN%2EGNG%2FNG11%2FW%2F76, last visited 2008.10.08.

⁷⁰ TRIPs 第 14 條第 3 項：「廣播機構得禁止下列未經授權之行爲：將廣播加以固著、重製此一固著、將廣播以無線方式再播送、以及將廣播之電視節目再向公眾傳播。」（Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same.）

雖然 TRIPS 賦予廣播機構以無線方式再廣播其廣播的權利，但同樣的，在本協定中也並未對再廣播的概念加以定義。不過從本條的規定，應可得知廣播機構所享有的再廣播係僅以無線方式的再廣播為限。

三、小結

綜合上述可知，TRIPS 並未對廣播、再廣播作出定義，但從第 14 條規定來看，表演人就其現場表演之「廣播權」與廣播機構之「再廣播權」，都限於以無線方式為之。

有鑑於 TRIPS 的鄰接權保護與羅馬公約密切相關，以及第 2 條第 2 項中亦規定「本協定第 1 篇至第 4 篇之規定，並不免除會員依巴黎公約、伯恩公約、羅馬公約及積體電路智慧財產權條約應盡之既存義務」。因此在比較 TRIPS 第 14 條第 1 項與羅馬公約第 7 條第 1 項(a)款之效力時，都認為 TRIPS 雖然並未就任何廣播或再播送概念有所定義，但仍應回歸適用羅馬公約的規定⁷¹。而 TRIPS 對於廣播的定義參考羅馬公約的結果，則除了以無線廣播為限之外，對於「再廣播」的內涵，還必須具備二個要件，一是，必須由另一機構為播送，以及必須採取以無線方式且同步播送的方式為之，不過若因技術上需要而產生的必要遲延則仍為同步播送。此一定義，亦等於排除對於固著物之內容再加以重播的情形⁷²。

伍、WCT/WPPT 對公開播送與再播送之規範

一、導論

⁷¹ Implications of TRIPS Agreement On Treaties Administered by WIPO, Publication No. 464 (E), Nr. 63, page 26-27, WIPO International Bureau 1997, <http://www.havip.com.vn/legaldocument.asp?module=61&inttype=1&gID=8&sid=kh223990375954368544577902>, last visited 2008.10.08.

⁷² 前揭註 15，參閱羅法公約第 3 條(g)款關於「再廣播」之定義。

WIPO 外交會議於 1996 年 12 月 20 通過了兩個新條約，即世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO Copyright Treaty，以下簡稱 WCT）和世界智慧財產權組織表演與錄音物條約（WIPO Performances and Phonograms Treaty，以下簡稱 WPPT）。在國際著作權與鄰接權保護公約方面，WCT 和 WPPT 分別可以說是自 1971 年以來從未修正過的伯恩公約、與自 1961 年以來即未曾稍有改變的羅馬公約的進一步發展。由於 WCT 第 20 條以及 WPPT 第 29 條規定，必須要有 30 個國家批准或向 WIPO 理事長遞交加入書後三個月才生效，因此 WCT 直至 2002 年 3 月 6 日才生效，目前締約國數有 67 個⁷³，而 WPPT 則是於 2002 年 5 月 20 日生效，目前締約國數有 66 個⁷⁴。

WCT 是伯恩公約第 20 所稱的特別協定（Special Agreements）⁷⁵，其第 8 條所規定的公開傳播權（Right of Communication to the Public）是在補充著作人在伯恩公約不完整的無形公開利用權。

不同於 WCT 做為伯恩公約的特別協定，WPPT 與其他國際公約並無任何法律上的關連⁷⁶，但事實上卻與羅馬公約有密切關連⁷⁷，且其解釋的方法與方式也不得損害其他公約的保護。此外，不同於 WCT 的還有，WPPT 在第 2 條參考羅馬公約第 3 條的方式，提出立法定義，以明確概念並正確適用於科技的發展。其中 WPPT 的 3 條（f）款即對「廣播（broadcasting）」的概念加以定義，使包含衛星廣播及鎖碼廣播的情形在內⁷⁸。以下將分別說明其詳細內容。

73 WCT (Total Contracting Parties : 67),
http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=16, last visited 2008.10.18.

74 WPPT (Total Contracting Parties : 66),
http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=20, last visited 2008.10.18.

75 參閱 WCT 第 1 條第 1 項之規定。

76 參閱 WPPT 第 1 條第 3 項之規定。

77 參閱 WPPT 第 1 條第 1 項之規定。

78 Vgl. Katzenberger, in: Schricker, Urheberrecht Kommentar, Vor §§120ff., Rdnr.85.

二、WCT 之「公開傳播權」

WCT 做為伯恩公約的特別協定，但並未在條約中直接補充「廣播」與「再播送」的定義。除此之外，WCT 也並未針對著作人的「廣播權」與「再播送權」有所著墨。因此只能透過 WCT 第 8 條的「任何公開傳播權（any Communication to the Public）」，加以瞭解。

（一）規範內容

WCT 第 8 條賦予了所有著作類型的著作人享有一般性的公開傳播權：

§ 8 公開傳播權

在不損害伯恩公約§11(1)(ii)、§11bis(1)(i)和(ii)、§11ter(1)(ii)、§14(1)(ii)和§14bis(1)規定的情況下，文學和藝術著作的著作人專有任何以有線或無線方式公開傳播其著作之權利，包括向公眾提供著作，使公眾之成員得於其各自選定的時間和地點，接觸該著作。

從 WCT 原草案的註釋⁷⁹中可以瞭解到，WCT 第 8 條（即原草案第 10 條）之規定主要包含兩大部分：

本條的第一段主要是為了補充伯恩公約的規定，故賦予「所有著作類型的著作人」享有一般性的「公開傳播權」，包括有線及無線形式的「任何公開傳播」在內。

⁷⁹ Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, prepared by the Chairman of the Committees of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, CRNR/DC/4, August 30, 1996, Note on Article 10, Note 10.05, 10.09, http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/pdf/4dc_e.pdf, visited 2008.10.18.

(2) 在本條的第後段的文義中，則是非常清楚的說明：除了任何有線或無線形式的公開傳播之外，本條的「公開傳播權」也包含網路互動式傳輸的「對公眾提供權」在內⁸⁰。但由於網路公開傳輸的問題，尚非本研究之重點，故此部分暫未深入討論。

(二) WCT「公開傳播權」與「廣播」、「再廣播」的關係

由於伯恩公約對於公開傳播權的規定較為零散複雜，除了對所有著作類型的著作人賦予一般性的廣播權⁸¹(right of broadcasting)之外，只針對特定的著作類型才提供「公開傳播」的專屬排他權⁸²；另外，也因為科技發展，受保護著作得被不同於傳統之其他方式向公眾傳播，但某些著作可能無法被伯恩公約的公開傳播權所涵蓋，再加上這些規定也可能被做不同的解釋，因此相關的義務確實有必要被加以澄清，WCT 乃擴張伯恩公約公開傳播權之適用範圍，使各種類型之著作都能享有完整之公開傳播權⁸³。

由於本條係採科技中立的立法模式，因而此所稱之「任何公開傳播」(any Communication to the Public)，係指透過任何方法或程序，向公眾傳播著作的權利，包含以有線、無線以及所有未來新發展的科技傳播形式在內，不論是類比或數位形式，也不論是電磁或光纖的形式⁸⁴。但如果只是提供傳播的科技設備，尚非本條約或伯恩公約意義下所稱的傳播，此外，第 8 條也並不妨礙締約

⁸⁰ CRNR/DC/4, supra note 79, Note on Article 10, Note 10.10.

⁸¹ 參閱伯恩公約第 11bis 條之規定。

⁸² 伯恩公約中提及著作享有公開傳播權的規定顯得極為繁瑣而複雜，包括有伯恩公約第 11 條(戲劇、歌劇、音樂著作之公開演出、公開傳播權)，第 11bis 條第 1 項第 2、第 2 款(將廣播以有線方式公開傳播、以擴音器或其他類比式器材公開傳播)，第 11ter 條之第 1 項第 1、2 款(語文著作之公開口述、公開傳播其口述之權)，第 14 條第 1 項第 2 款(著作改拍成電影之後的公開演出、公開傳播權)，以及第 14bis 條第 1 項(電影著作的公開演出、公開傳播權)等。

⁸³ CRNR/DC/4, supra note 79, Note on Article 10, Note 10.05, 10.06..

⁸⁴ CRNR/DC/4, supra note 79, Note on Article 10, Note 10.14.

國適用伯恩公約§11bis 第 2 項之規定⁸⁵；至於「公開」的概念該如何界定，則委由各國內法決定。

此外，在原草案的註釋中也提到，伯恩公約第 11bis 第 1 項，已經賦予所有著作類型的著作人享有某些形式的公開傳播權。這些權利分別是第（1）款的廣播權，第（2）款的將原廣播透過有線或無線方式再播送，以及第（3）款的將原廣播透過擴音器等設備再公開傳播。但值得一提的是，第 11bis 第 1 項第 1 款除了無線廣播之外，還應該包括”透過任何其他無線的方式傳播訊號、聲音或影像”之公開傳播著作的情形⁸⁶。由此看來，似乎認為伯恩公約的「廣播權」只是 WCT 第 8 條「公開傳播權」的其中一種形式⁸⁷。在 WCT 的解釋必須不得減損伯恩公約的保護程度的前提下⁸⁸，WCT 第 8 條的「任何公開傳播權」既然涵蓋伯恩公約「廣播」與「再播送」之概念，則在 WCT 未加以定義或擴張「廣播」或「再廣播」概念的情況下，基本上將依循伯恩公約的規定。

三、WPPT 之廣播與再播送規範

（一）廣播、再播送與公開傳播之定義

1. 廣播之定義

WPPT 第 2 條（f）款⁸⁹就廣播作出定義：係指”基於公眾接收為目的，將

⁸⁵ Agreed Statement Concerning the WIPO Copyright Treaty to Article 8 : ”It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention. It is further understood that nothing in Article 8 precludes a Contracting Party from applying Article 11bis(2).”, BGBl. 2003 II, S.764ff.

⁸⁶ CRNR/DC/4, supra note 79, Note on Article 10, Note 10.04.

⁸⁷ Mihaly Ficsor, The Law of Copyright and the Internet, Nr. C8.02, at 495 (2002).

⁸⁸ 參閱 WCT 第 1 條第 1 項規定。

⁸⁹ WPPT Article 2(f) : “broadcasting” means the transmission by wireless means for public reception of sounds or of images and sounds or of the representations thereof; such transmission

聲音、或聲音與影像、或其表達，透過無線的方式加以播送；透過衛星為此種播送，亦屬此所稱之廣播；播送加密訊號，經廣播機構或經其同意下向公眾提供解密方法者，亦屬此所稱之廣播。”

由此可知，WPPT 關於廣播定義的第一部份，顯係參考羅馬公約第 3 條(f) 款而來；差別僅在於，WPPT 增加了”聲音、或聲音及影像之表達”的用語而已⁹⁰。至於定義的第 2 部分則是清楚的釐清，衛星廣播也是此所稱之廣播，但卻顯然並未包含有線廣播的情形⁹¹。定義的第三部份顯係參考歐盟“理事會為了銜接特定著作和鄰接權保護法律有關的衛星廣播或有線廣播指令“（以下簡稱歐洲衛星及有線廣播指令）⁹²，處理加密訊號的問題，其承認當解密的方法可被公眾利用時，則加密播送的效果相同於任何傳統廣播的效果，但前提是，解密的方法必須是由廣播機構本身或經其同意下提供給公眾的⁹³。

2. 再廣播的定義

WPPT 中並未規定再廣播的定義，相較於羅馬公約而言，是屬於比較簡化的規定。依羅馬公約第 3 條 (g) 款所稱的「再廣播」(rebroadcasting)，係指由原廣播機構以外之廣播機構，對原廣播所為之同步廣播。根據 WPPT 原

by satellite is also “broadcasting”; transmission of encrypted signals is “broadcasting” where the means for decrypting are provided to the public by the broadcasting organization or with its consent.

⁹⁰ Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty of the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms to be considered by the diplomatic Conference, CRNR/DC/5, August 30, 1996, Note 2.22, at 22, http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/pdf/5dc_e.pdf, last visited 2008.10.18.

⁹¹ Von Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1966 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int. 1997, 667ff., 678.

⁹² Richtlinie 93/83/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung vom 27.9.1993, ABl. Nr. L 248/15

⁹³ CRNR/DC/5, supra note 90, Note 2.23 ; Mihaly Ficsor, Supra note 87, Nr. PP2.16, at 600.

基礎草案之註釋⁹⁴，再廣播其實就是廣播；只是在再廣播中，相關的聲音、或聲音與影像已經被廣播過了。也認為，似無必要再引進羅馬公約的定義。但在羅馬公約的註釋中則已經很清楚的說明，羅馬公約第第 7 條的廣播權，不包含「再廣播」在內。

3. 公開傳播的定義

羅馬公約並未定義「公開傳播」的概念，但在 WPPT 中則新增此一定義。依 WPPT 第 2 條 (g) 款所稱之「表演或錄音物之公開傳播」⁹⁵，係指將聲音的表演或錄製在錄音物上的聲音或聲音的表現，透過除了廣播以外之任何媒介，向公眾播送。第 15 條所稱之「公開傳播」，包括使公眾能聽到錄製在錄音物上的聲音或聲音的表現。”

根據此一定義，可以瞭解到，WPPT 所稱的公開傳播雖然是指透過任何媒介向公眾播送聲音或影像的行為，但卻完全排除無線廣播。不過本款定義卻涵蓋了所有有線播送的情形，包括將現場表演或將錄製在錄音物上的表演，以任何有線的方式向公眾播送，縱使觀眾不在演出的現場亦然。此外，這個定義也同時涵蓋了任何其他播送的「所有有線再播送」(all retransmissions by wire of any other transmissions)⁹⁶。

根據現行的定義，區別「廣播」和「公開傳播」最簡單的方式，就是把(無線)廣播完全排除於公開傳播的範圍。這樣的作法純粹是為了實用的目的，並且是為了避免把表演人兩個相近的「廣播權」和「對錄音物的公開傳播權」產

⁹⁴ Id.

⁹⁵ WPPT Art.2 (g): “communication to the public” of a performance or a phonogram means the transmission to the public by any medium, otherwise than by broadcasting, of sounds of a performance or the sounds or the representations of sounds fixed in a phonogram. For the purposes of Article 15, “communication to the public” includes making the sounds or representations of sounds fixed in a phonogram audible to the public.

⁹⁶ CRNR/DC/5, supra note 90, Note 2.24, at 24.

生混淆⁹⁷。

至於公開傳播定義的第二部分，純粹是為了第 15 條（表演人及錄音物製作人的報酬請求權的）目的。此所稱之「公開傳播」，包括將聲音或錄製在錄音物上的聲音表現，使公眾可以聽見。傳播的方式可以包括，透過自動唱機等，直接在迪士可舞廳上對公眾播放錄音物。此一定義也同時包括，以任何直接方式，使公眾聽見錄製在錄音物上的聲音，像是透過設置在咖啡廳、餐廳、旅館大廳或其他對公眾開放之場合的收音機或電視機等⁹⁸。

（二）表演人就其未固著表演之「廣播」與「公開傳播」權

WPPT 第 6 條第 (i) 款⁹⁹中賦予表演人對其未固著之表演，享有廣播權和公開傳播權，但已廣播之表演，不在此限。

本條的規定係相同於羅馬公約第 7 條第 1 項(a)款。羅馬公約雖然對於表演人未固著之表演提供一定程度的保障，但只是讓表演人就其未固著表演的廣播或公開傳播，享有禁止權而已，未若 WPPT 賦予完整的專有權¹⁰⁰。

根據 WPPT 原基礎草案之說明，本條 (i) 款所稱之廣播與公開傳播權係依第 2 條之定義而為決定，但卻例外地不包括「再廣播」以及將「原廣播為有線再播送」的情形。因此公開傳播權，只限於將現場之表演為有線-原始的播送 (cable-originated transmissions) 和任何其他”原始的 (original)”有線或傳播網路的播送，例如網路電台(net radio)以及將表演透過有線方式傳播給其他

⁹⁷ CRNR/DC/5, *supra* note 90, Note 2.25, at 24.

⁹⁸ CRNR/DC/5, *supra* note 90, Note 2.27, at 24.

⁹⁹ Article 6 Economic Rights of Performers in their Unfixed Performances : Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing, as regards their performances: (i) the broadcasting and communication to the public of their unfixed performances except where the performance is already a broadcast performance.

¹⁰⁰ Mihaly Ficsor, *supra* note 87 Nr. PP6.02, at 619。

不在表演現場的公眾¹⁰¹。

(三) 表演人及錄音物製作人對於錄音物之「廣播」與「公開傳播」之報酬請求權

WPPT 第 15 條第 1 項規定，「基於商業目的而發行之錄音物，直接或間接地使用於廣播 (broadcasting) 或任何公開傳播 (any communication to the public) 時，表演人和錄音物製作人應享有一次性的合理報酬請求權。」

羅馬公約第 12 條規定：「基於商業目的而發行之錄音物或其重製物，被直接使用於廣播 (broadcasting) 或任何公開傳播 (any communication to the public) 時，利用人對於表演人、錄音物製作人或其二者，有支付一次性適當報酬之義務。在此情形下，若當事人無法達成一致的協議，則國內立法者得對於報酬之分配加以規定。」由此看來，本條第 (1) 項關於表演人和錄音物製作人的報酬請求權規定，似與羅馬公約第 12 條的內容，大致相當¹⁰²。

然而，本條與羅馬公約之間，仍有些許的不同：首先是針對「廣播」的部分，因為 WPPT 第 2 條 (f) 款僅定義了廣播，並且認為已經包含再廣播的概念 (參閱前述之說明)，但羅馬公約則將將「廣播」與「再廣播」分別定義¹⁰³，認為是不同的行為。因此本條款所稱的廣播應較羅馬公約擁有較廣泛的意義¹⁰⁴。

此外，在「公開傳播」的部分，本條的公開傳播涵蓋了所有纜線 (cable) 和有線 (wire) 播送的情形，例如像是纜線原始的電視播送 (cable-originated television transmissions)、以及透過纜線或傳播網絡 (communication networks) 的

¹⁰¹ CRNR/DC/5, supra note 90, Note 6.03, at 36.

¹⁰² CRNR/DC/5, supra note 90, Note 19.01, 19.03, at 82.

¹⁰³ 分別規定在羅馬公約第 3 條 (f) 與 (g) 款，請參閱前述之說明。

¹⁰⁴ Mihaly Ficsor, supra note 87, Nr. PP15.04, at 636。

電台播送。又本條中所賦予的報酬請求權，不論是直接或間接使用錄音物，凡透過纜線或有線的所有再播送形式（all forms of retransmission by cable and wire），都屬於本條公開傳播的權利範圍。公開傳播的定義也同時涵蓋，將錄音物直接對現場公眾播放的情況。錄音物的間接公開傳播則涵蓋了，透過收音機或電視機或其他設備，使包括在廣播或有線傳播中的錄音物的聲音，在咖啡店、餐廳、旅館大廳或其他對公眾公開場合播送¹⁰⁵。

四、小結

綜上所述大致可歸納出，在 WPPT 中，廣播係指基於公眾接為目的，將聲音、或聲音與影像、或其表達，透過無線的方式加以播送；衛星廣播，或（無線）的再播送，亦屬本條約所稱之廣播。而 WPPT 所稱的「公開傳播」，除了將現場之表演或錄音物直接向現場之公眾傳播者外，也包括透過有線方式傳播給其他不在現場的公眾的情形，此一有線方式，可以說，凡是透過「有線或纜線播送」的部分，都全部納入「公開傳播」的範圍，因此不論是透過電視機、收音機或其他有線設備的方式，或是透過電纜播送的方式都包含在內，並且還甚至包括所有「有線或纜線”再播送”」的情形。

陸、WIPO 保護廣播機構草案對公開播送與再播送之規範

一、導論

WIPO 於 1998 年 11 月的第 1 次 SCCR 會議(著作暨相關權利常設委員會, Standing Committee on Copyright and Related Rights) ¹⁰⁶ 已經開始就廣播機構保

¹⁰⁵ CRNR/DC/5, supra note 90, Note 19.05, at 82.

¹⁰⁶ Organizational and Procedural Matters and Overview of Substantive Issues, SCCR/1/1, Geneva, Nov. 2-10, 1998, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_1/sccr_1_2.doc, last visited 2008.10.18.

護的問題，提出討論與整理，各國於後續的會議中，除了打算擴大 1961 年羅馬公約下所賦予廣播者的權利保護之外，也試圖把這些權利擴大到網路廣播者（webcasters）¹⁰⁷。2004 年 6 月第 11 次 SCCR 會議，開始討論由秘書處所整理的合併文本¹⁰⁸，並在 2004 年 11 月第 12 次 SCCR 會議，進行合併文本的第二次修訂¹⁰⁹。在第二次合併文本修訂版本中，刪除了網路廣播（webcasting）和網路同步廣播（simulcasting）的規定，再另外以附隨於修訂版本的工作文件¹¹⁰（Working Paper）的方式加以規定，並以該工作文件與第合併文本二次修訂版本共同做為未來地區性會議討論的基礎。

世界智慧財產權組織大會在 2005 年 9 月 26 至 10 月 5 日召開的第 32 屆會議上，針對廣播機構權利保護的問題進行討論，並決定將召開兩次特別會議，來促進合併文本第二次修訂版本（SCCR/12/2 Rev.2）及其工作文件（SCCR/12/5 PROV）的討論，希望在達成一致意見確定最終草案條文後，在 2006 年底或 2007 年適當的時間，召開外交會議¹¹¹。2005 年 11 月 21 至 23 日召開的第 13 次 SCCR 會議中，即廣泛地討論上述提到的文件，並決定在下次會議中，再提

¹⁰⁷ Matthew D. Asbell, Progress on the WIPO Broadcasting and Webcasting Treaty, 24 Cardozo Arts & Ent. L.J. 349, 352 (2006) .

¹⁰⁸ Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/11/3, Geneva, June 7-9, 2004, http://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=5762 , last visited 2008.10.18.

¹⁰⁹ Second Revised Consolidated Text for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/12/2 Rev.2, May 2, 2005, http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=44069, last visited 2008.10.18. 有關 SCCR 第 12 次會議以前之討論，請參閱 陳曉慧，廣播機構著作權之保護，經濟部會財產局研究案，2005，頁 54 以下。

¹¹⁰ Working Paper on Alternative and Non-Mandatory Solutions on the Protection in Relation to Webcasting, SCCR/12/5 Prov., Apr 13, 2005, http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=44049 , last visited 2008.10.18.

¹¹¹ Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations Including Non-Mandatory Appendix on the Protection in Relation to Webcasting , SCCR/14/2, Feb. 8. 2006, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_14/sccr_14_2.pdf, last visited 2008.10.18.

出新的修正版本¹¹²。

第 14 次 SCCR 會議於 2006 年 5 月 1 至 5 日舉行，會中提出了世界智慧財產權組織廣播機構保護條約基礎提案草案（Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations Including Non-Mandatory Appendix on the Protection in Relation to Webcasting，以下簡稱基礎提案草案）¹¹³，該草案還同時包括了一份非強制性的有關網路廣播保護的附件。由於新的基礎提案草案是以“騰清”的形式呈現，並未列出各種不同的備選方案，為了提供給會議討論有一個廣泛且完整的討論基礎，基礎提案草案還附隨了一份工作文件¹¹⁴，在該工作文件，除了列出所有在草案中被刪除的選擇性方案，同時也納入了 2005 年 WIPO 大會上所收到的各種新提案的內容。

2006 年 9 月 11 至 13 日召開第 15 次 SCCR 會議，會中提出基礎提案草案修訂版（Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/15/2）¹¹⁵。該基礎提案草案修訂版的內容主要包括：將之前工作文件（SCCR/14/3）所有選擇性方案，再加入在 SCCR/14/2 文件中，以及再納入合併文本第二次修訂版本（SCCR/12/2 Rev.2）中相關的解釋性；增加第 14 次 SCCR 會議中所收到新提案；刪除了關於網路廣播保護的附錄。此外會議中也提到，還有第二個文件仍在籌劃中，內容是關於網路廣播與網路同步廣播的保護草案。

¹¹² Report, SCCR/13/6, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_13/sccr_13_6.pdf, last visited 2008.10.18.

¹¹³ SCCR/14/2, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_14/sccr_14_2.pdf, last visited 2008.10.18.

¹¹⁴ Working Paper for the Preparation of the Basic Proposal for a Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/14/3, Feb. 8. 2006. http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=57214, last visited 2008.10.18.

¹¹⁵ Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/15/2, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_15/sccr_15_2.pdf, last visited 2008.10.18.

緊接著，WIPO 於 2007 年 1 月 17 至 19 日舉行第 1 次的 SCCR 特別會議，係針對基礎提案草案修訂版（SCCR/15/2）的具體保護範圍和保護客體進行討論。委員會最後的決議是，要求主席應在 2007 年 5 月 1 日前提出一份新的非正式文件（a new non-paper）¹¹⁶，非正式文件仍維持 SCCR/15/2 的架構，並針對想要賦予專屬權利保護與只想要建立足以對抗訊號剽竊者的兩方見解，進行調和。

2007 年 6 月 18 至 22 日舉行了第 2 次的 SCCR 特別會議¹¹⁷，係針對基礎提案草案修訂版（SCCR/15/2）和新的非正式文件草案進行討論。主席強調，SCCR/15/2Rev.仍是最主要的文件，至於非正式文件只是做為幫助常設委員會在外交會議提出基礎條約草案的一種工具而已。¹¹⁸至於這次會議的結論，從會議期間的非正式討論來看，想要對保護的目標、客體與具體範圍達成協議，而提出修訂的基礎提案草案給外交會議，是不可能的。許多成員國仍覺得再進一步探討條約前，仍需要時間加以思考。因此委員會決定，廣播機構和有線廣播機構等傳統議題仍繼續保留在 SCCR 的議程上，並僅在保護目標、客體和具體範圍達成協議後，才召開外交會議¹¹⁹。

第 16 次的 SCCR 會議於 2008 年 3 月 10 至 12 日舉行，針對廣播機構的保護的結論，成員國紛紛發言表示支持持續進行這個議題，並且多表示有興趣促使訂定條約。主席將準備一份基於大會指示的非正式文件，提供其對於主要立

¹¹⁶ Draft Report, SCCR/S1/3 Prov.,
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_s1/sccr_s1_3_prov.pdf, last visited 2008.10.18.

¹¹⁷ Non-paper on the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/S2/PAPER1, Apr. 20, 2007, at 2,
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_s2/sccr_s2_paper1.pdf, last visited 2008.10.18.

¹¹⁸ Draft Report, SCCR/S2/5 Prov., Aug 31, 2007 ,Nr,12, at 3-4,
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_s2/sccr_s2_5_prov.pdf, visited 2008.10.18.

¹¹⁹ Draft Report, SCCR/S2/5 Prov., Aug 31, 2007 ,at 36-37,
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_s2/sccr_s2_5_prov.pdf, visited 2008.10.18.

場與分歧的理解，以便在下次會議可以進行討論¹²⁰。

最新一次的第 17 次 SCCR 會議在 2008 年 11 月 3 至 7 日在瑞士日內瓦舉行，主席依據第 16 次會議當時的決議，提供了一分列有主要立場與分歧意見的非正式文件，做為討論基礎。該非正式文件的任務，就是努力針對未解決的議題建立共識，找出突破僵局的方法，並尋求明確的解決之道。這次會議結論是，所有的代表團都無例外地認為賦予廣播機構現代化的保護是有需要的，並且同意會繼續進行協商並完成新的條約。¹²¹至於 SCCR 該如何繼續這個條約的訂定，目前共有兩個選擇方案¹²²：一是，繼續現在的程序，仍建議在 SCCR/15/2 rev.文件的基礎上繼續努力，附加非正式文件併同討論，至於態度則是開放、概括、彈性的。最後，新條約應是在明顯多數決（clear majority）的情況下通過。第二個方案則是，提出一個可能的新的方案，想像大概是以 1971 年日內瓦錄音物公約第 2，3 條為基礎的模式；類似於布魯塞爾衛星公約。這個模式全然不同於迄今為止 SCCR 所討論的那些文件，但仍然可以達成國際保護以及對抗剽竊訊號的主要目標。其核心條款可能規定如下：

”締約國應保護屬其他簽約國國民的廣播機構和有線廣播機構對抗下列未經授權的行為：

-再播送

-固著

¹²⁰ Draft Report, SCCR/16/3, Sep 17, 2008, at 9, 27, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_16/sccr_16_3.pdf, visited 2008.10.21.

¹²¹ The WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organisations, SCCR/17/INF/1, Nov 3-7, 2008, Nr. 45, at 10, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_17/sccr_17_inf_1.pdf, visited 2009.01.18。

¹²² *Id.*, Nr. 47, at 11。

-【其他可能被同意的行為】。

這個條約的履行應屬於每個締約國國內法事項。其應採取適當且有效的手段，並應包括下述之一或更多的方法：

-透過著作權、鄰接權或其他特別權利的方式加以保護；

-透過不公平競爭法或私取（misappropriation）的方式加以保護；

-透過行政立法（administrative legislation）或刑罰制裁的方式加以保護。”

只是在最後的結論時，仍然表示了，假如在考慮上述兩個方案和其他可能的選擇之後，於現狀之下仍無法決定訂定新條約時，為了避免未來時間、精力和資源的浪費，專家常設委員會（SCCR）應該做一個明確的決定，結束這個議題的討論。但這個明確的決定，也可包括一個於稍後重談和重新考慮這個議題的時刻表。¹²³

綜合上述說明可知，目前 WIPO 對於廣播機構保護的條約內容尚未最終卻定。從第 12 次 SCCR 會議所提出的第二次合併文本修訂案已遭到擱置，後來在第 14 次 SCCR 會議提出的基礎提案草案，也在第 15 次 SCCR 會議時被再提出的基礎提案草案修訂版所取代。到了第 1 次 SCCR 特別會議的時候，雖然有非正式文件草案與最終非正式文件的出現，但都是維持基礎提案草案修訂版的架構，只是針對總則和實質規定的部份加以修正；第 2 次 SCCR 特別會議的結論則重申，如果特別會議無法針對以信號基礎為主的條約目標、客體、以及具體範圍達成協議時，則未來所有的討論基礎仍以 SCCR/15/2 的文件（即基礎提案草案修訂版）為主¹²⁴。在最新的第 17 次會議中，以非正式文件所列出的主

¹²³ Id, Nr. 48, at 11。

¹²⁴ Draft Report, SCCR/S2/5 Prov., *supra* note 118, at 36。

要看法和分歧為討論的重心，並未提出新的廣播機構保護條約內容。因此，本文以下關於 WIPO 廣播機構保護條約草案「廣播」與「再播送」的介紹，仍先以基礎提案草案修訂版本（SCCR/15/2）的內容為主。

二、廣播、有線廣播、再播送之定義

廣播機構保護條約草案第 5 條對於「廣播」、「有線廣播」、與「再播送」分別定義如下：

（一）廣播的定義

根據第 5 條(a)款所稱之「廣播」¹²⁵，係指透過無線方式播送（the transmission by wireless means），使公眾接收聲音或影像、或影像和聲音、或任何表現；透過衛星為此種播送，亦屬此所稱之「廣播」。無線播送加密訊號，經廣播機構或經其同意之人向公眾提供解密方法者，亦屬此所稱之「廣播」。「廣播」應不包括透過電腦網路所為之播送。

依 WIPO 第 5 條解釋性意見的說明，本條 (a)款關於「廣播」一詞，顯然沿襲過去國際著作暨鄰接權公約¹²⁶一貫的見解，採取了傳統的廣播概念；換言之，廣播的意義僅限於以無線的方式，像是以無線電波或赫茲波的方式自由地在空氣中傳播；因此，以有線方式所為的傳播，並不包含在廣播的概念；除此之外，本款也同時清楚表示，透過電腦網路所為之公開播送，即便是以無限的

¹²⁵ Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/15/2, Article 5 : Definitions “For the purposes of this Treaty, (a)

“broadcasting” means the transmission by wireless means for the reception by the public of sounds or of images or of images and sounds or of the representations thereof; such transmission by satellite is also “broadcasting”. Wireless transmission of encrypted signals is “broadcasting” where the means for decrypting are provided to the public by the broadcasting organization or with its consent. “Broadcasting” shall not be understood as including transmissions over computer networks; ……”

¹²⁶ 參閱伯恩公約第 11 *bis*，羅馬公約第 3 條 (f) 款以及 WPPT 第 2s 條，關於「廣播」之定義。

方式進行，也不符合”廣播”之要件¹²⁷。

雖然在討論過程中也有些代表建議擴大廣播的定義，使不只包含無線播送而已，也可以包括有線播送的情形在內。然而基礎提案草案的修訂版之所以對廣播採取比較狹義的定義，是為了要與現有的著作暨鄰接權條約取得一致性。至於有線播送（by wire），包括透過電纜（by cable）方式所為之播送，在本基礎提案草案則另外定義成”有線廣播”（cablecasting）。而透過此兩者的結合，最終適用本條約的結果，也等於是採取了較廣義的廣播概念¹²⁸。

（二）有線廣播（cablecasting）的定義

第 5 條（b）款所稱之「有線廣播」¹²⁹，係指透過有線方式播送（transmission by wire），使公眾接收聲音或影像、或影像和聲音、或其任何表現。有線播送加密訊號，經有線廣播機構或經其同意之人向公眾提供解密方法者，亦屬此所稱之”有線廣播”。”有線廣播”不包括透過電腦網路所為之播送。

由此可見，本條（b）款關於「有線廣播」之定義，顯然係參考（a）款及 WPPT ”廣播”之定義而做適當的修正。有線廣播，僅限於以有線方式所為之播送，以無線方式，包括透過衛星所為之播送，都不包含在”有線廣播”的概念下。在本定義中，仍然保留了加密訊號的解釋性條款，此外，也基於同樣理由，把透過電腦網路所為之播送，排除在有線廣播的範圍外。在這種情況下，如果條約最後採取傳統狹義的廣播概念，則”有線廣播”的定義即屬必要，反之，若條

¹²⁷ SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 5, Note5.02.

¹²⁸ SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 5, Note5.03.

¹²⁹ Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/15/2, Article 5 (b) : “cablecasting” means the transmission by wire for the reception by the public of sounds or of images or of images and sounds or of the representations thereof. Transmission by wire of encrypted signals is “cablecasting” where the means for decrypting are provided to the public by the cablecasting organization or with its consent. “Cablecasting” shall not be understood as including transmissions over computer networks . “

約採取較廣義的廣播概念，則”有線廣播”的定義即屬多餘¹³⁰。

（三）再播送（retransmission）的定義

第 5 條(d)款所稱之「再播送」¹³¹，係指基於公眾接收之目的，以本條（a）或（b）所提及之任何傳輸方式，由原廣播或有線廣播機構以外之任何人，所為的同步播送；對於再播送的同步播送，也應被認為是一種再播送。

依本文件對第 5 條的解釋性意見¹³²，”再播送”的概念，包括以任何方式所為之任何形式的播送，例如有線或無線方式，包括混合的方式。其涵蓋了（無線）再廣播（rebroadcasting）、有線或纜線方式的再播送（retransmission by wire or cable）、以及透過電腦網路的再播送（retransmission over computer networks）。但此一解釋性意見不免啟人疑竇的是，基礎提案草案第 5 條（d）款所指的以任何傳輸方式所為的再播送，是限於以（a）（b）兩款所提及的任何傳輸方式，既然在（a）（b）款中已經明文排除透過電腦網路所為的有線或無線播送行為，然為何於”再播送”的解釋性意見中，又將透過電腦網路的再播送納入？但如果比較本基礎提案草案第 9 條賦予廣播機構有無線、有線以及透過電腦網路方式所為之再播送權，則較易理解。

從條文定義可知，再播送必須是基於公眾接收為目的，由原廣播機構以外之人所為。條文也同時清楚的將後續所有的再播送行為，都納入保護。除此之外，本條所稱的再播送，亦僅以同步播送（simultaneous transmissions）為限；此一要件，係參照羅馬公約「再廣播」的定義而來，而伯恩公約第 11 條第 1

¹³⁰ SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 5, note 5.04.

¹³¹ Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/15/2, Article 5 (d): “retransmission” means the simultaneous transmission for the reception by the public by any means of a transmission referred to in provisions (a) or (b) of this Article by any other person than the original broadcasting or cablecasting organization; simultaneous transmission of a retransmission shall be understood as well to be a retransmission.”

¹³² SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 5, Note 5.07.

項第 (ii) 款也採取同步再播送的相似態度¹³³。

在這樣的定義之下，非同步播送 (non-simultaneous transmissions) 可能僅發生在使用原播送之錄製物之情形，而這種的播送方式可能因此被認為是新的播送 (new transmissions)。有些代表的提案認為，同步再播送與利用錄製物所為的延遲播送 (deferred retransmissions based on fixations) 是有區別的。另外也有一些代表提案認為，再播送的專屬權也涵蓋利用錄製物所為的再播送在內。最後，不管是採取哪一種建議方式，可以確定的是，廣播機構享有對抗利用錄製物所為的延遲播送的權利，至於此一議題，目前是另外獨立規定在第 14 條中¹³⁴。

三、廣播機構的「再播送權」

廣播機構基礎提案草案修訂版第 9 條¹³⁵賦予廣播機構享有再播送權：

廣播機構專有以任何方式授權再播送其廣播之權利，包括 (無線) 再廣播、以有線方式之再播送、以及透過電腦網路之再播送。

本條係賦予廣播機構享有向公眾再播送其廣播的專屬權，以保護廣播機構得享有對抗任何方式的再播送行為，包括 (無線) 再廣播，以有線、纜線或透過電腦網路的再播送；又本條之再播送，係採取國際傳統上僅限於同步再播送

¹³³ Id.

¹³⁴ SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 5, Nr. 5.08.

¹³⁵ Revised Draft Basic Proposal for the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, SCCR/15/2, Article 9 : Right of Retransmission ” Broadcasting organizations shall enjoy the exclusive right of authorizing the retransmission of their broadcasts by any means, including rebroadcasting, retransmission by wire, and retransmission over computer networks.”

之概念而來，並與本條約第 5 條(d)款所定義之”再播送”採一致之概念¹³⁶。至於將廣播錄製後所進行的延遲播送（delayed transmission），應該被單獨對待，當成事實上一個新的播送行為。關於延遲播送的規定，見諸本條約第 14 條¹³⁷。

另外，在第 17 次 SCCR 會的非正式文件中也論及透過網路的再播送權問題，並建議讓傳統廣播機構享有控制廣播同步地透過網路再播送的權利（simultaneous Internet retransmission of broadcasts）。但本條約所稱的透過網路再播送權，只限於廣播機構才受保護，至於為再播送的第三人（web retransmitter）則不被承認享有此項保護。¹³⁸至於向公眾提供已固著之廣播，使公眾中之成員可以在各自選定的時間和地點接觸廣播的問題，也有類似的討論。這種互動式的對公眾提供權，僅能透過網際網路或其他類似的網絡為數位播送（下載內容或以串流的方式訂閱）。¹³⁹

關於這些權利的支持者認為，在現今資訊傳播的基礎架構下，賦予上述這些權利對媒體極具重要性，除非把網路播送也包含進去，否則新條約的努力將無意義，¹⁴⁰但也有些代表表示，不支持任何包含這些權利的條約，他們指出在 SCCR 已達成的共識是，網路廣播和同步廣播的問題將在完成關於傳統廣播和有線廣播的條約之後，再獨立地被處理。這些討論等於是間接地將網路議題與傳統廣播為關聯性的處理，而且在目前的情況下，本條約去討論網路規定也將會有一個風險，就是可能會間接地導致對網路或同步廣播者（web- or

¹³⁶ SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 9, Nr.9.01- 9.02

¹³⁷ SCCR/15/2, supra note 115, Explanatory Comments on Article 9, Nr. 9.03.

¹³⁸ The WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organisations, SCCR/17/INF/1, supra note 121, Nr. 26, at 7。

¹³⁹ Id, Nr. 27, at 7。

¹⁴⁰ Id, Nr. 28, at 7。

simulcasters) 提供了某程度的保護。¹⁴¹

四、小結

綜合上述可見，基礎提案草案修訂版事實上仍是建立在羅馬公約的架構上，只是擴張了對於廣播者的保護。其中一個對於羅馬公約架構的重大改變，就是把保護擴張及於有線廣播者，雖然基礎提案草案修訂版中仍維持了傳統廣播的定義，即強調無線播送，但同時新增了有線廣播的概念。¹⁴²另外一個不同於羅馬公約的是，基礎提案草案修訂版明訂保護客體，僅限於傳送的訊號，不包括於訊號所載的基本內容。除此之外，基礎提案草案修訂版遠超過羅馬公約的還有，其賦予廣播機構和有線廣播機構對其所播送的訊號，享有一系列的七種專屬權利，包括再播送、向公眾傳播、錄製、重製、散布、錄製後的播送以及錄製後的對公眾提供權等權利。¹⁴³

柒、小結

一、國際公約對公開播送與再播送之最低保護標準

國際條約	權利主體	權利內容(廣播、再廣播權)	說明
伯恩公約	1. 著作人	1. 廣播權：無線廣播權 §11bis I (1) 2. 再廣播權：無線、有線再播送權 §11bis I (2)	1. 廣播之定義：無線廣播 §11bis I (1) 2. 再廣播(rebroadcasting)之定義 §11bis I (1)：

¹⁴¹ Id, Nr. 29, at 7。

¹⁴² Shyamkrishna Balganes, The Social Costs of Property Rights in Broadcast (and Cable) Signals, 22 Berkeley Tech. L.J. 1303, 1314 (2007)。

¹⁴³ Shyamkrishna Balganes, *supra* note 142, at 1315。

			<p>(1) 由原廣播機構以外之機構所為之廣播，</p> <p>(2) 同步播送，</p> <p>(3) 無線、有線再廣播。</p>
羅馬公約	<p>1.表演人</p> <p>2.錄音物製作人</p> <p>3.廣播機構</p>	<p>1.表演人就其現場表演，有廣播及公開傳播之禁止權(無許可權)§7I (a)</p> <p>2.表演人及錄音物製作人就錄音物之廣播或任何公開傳播，有報酬請求權§12</p> <p>3.廣播機構就其廣播，有再廣播專有權（許可及禁止權）§13</p>	<p>1.廣播定義：無線廣播§3 (f)</p> <p>2.再廣播定義§3 (g)：</p> <p>由原廣播機構以外之機構所為之廣播，</p> <p>同步播送，</p> <p>無線再廣播。</p>
布魯塞爾衛星公約	N/A	N/A	<p>*由於布魯塞爾公約保護的客體是”載有節目內容的訊號”，而非節目內容本身，因此在關注的焦點與用語上，例如訊號、衛星、發射訊號、轉換訊號、散布等，皆與國際著作暨鄰接權條約不盡相同。故暫不納入比較。</p>
TRIPS (I) 著作權部分	1.著作人	<p>廣播：N/A【與伯恩公約同，無線廣播】</p> <p>再廣播：N/A【與伯恩公約同，無線、有線再播送】</p>	<p>*TRIPs 的著作權保護部份，是伯恩公約的補充條款。</p>
TRIPS (II) 鄰接權部分	<p>1.表演人</p> <p>2.廣播機構</p>	<p>廣播：N/A【與羅馬公約同，無線廣播】</p> <p>再廣播：N/A【與羅馬公約同，無線再播送】</p>	<p>*TRIPs 在鄰接權的保護上，欠缺直接適用於羅馬公約的明文規定。</p>
WCT	1.著作人	<p>廣播：N/A</p> <p>再廣播：N/A</p> <p>公開傳播權(§8)：</p>	<p>WCT 是伯恩公約第 20 條之特別協定</p> <p>*§8 的公開傳播權涵蓋伯恩公約的「廣播」、「再廣播」。</p>

		無線、有線、網路廣播權， ※無線、有線、網路再播送權。	
WPPT	1.表演人 2.錄音物製作人	1.表演人就其未固著之表演，專有廣播與公開傳播權，但已廣播之表演不在此限。§6(i) 2.表演人及錄音物製作人就錄音物之廣播或任何公開傳播，享有報酬請求權。§15I	1.廣播定義：§2(f) (1)無線廣播， (2)衛星廣播， (3)無線再廣播 2.再廣播定義：N/A（認為再廣播也是一種廣播，故不再另為規定。） 3.公開傳播定義：§2(a) (1)有線廣播 (2)有線再播送 (3)以錄音機或視聽機或其他設備，向現場或現場以外的公眾，公開傳播。
保護廣播機構保護條約草案	1.廣播機構	1. 廣播：§5(a) 無線、衛星廣播（不含網路廣播） 2. 有線廣播：§5(b) 有線廣播（不含網路廣播） 3. 再播送：§5(d) 無線再播送、 有線再播送、 網路再播送。	再播送定義：(retransmission) 由原廣播機構或有線廣播機構以外之任何人所為之播送， 同步播送。

二、國際條約關於「廣播」與「再播送」概念之分析比較

經由比較以上各國際著作權或鄰接權公約可以了解到，國際條約上對於「廣播」與「再播送」之定義，確實混亂複雜且未統一。然詳究其內容，大抵有幾個重點：

1. 在「廣播」方面：

(1) 幾乎絕大部分國際條約所稱之「廣播」(broadcasting)，係指無線廣播，衛星廣播而言。

(2) 「有線廣播」(cablecasting) 通常不納入傳統「廣播」之概念；其或者另外定義「有線廣播」之概念(例如廣播機構保護條約草案)，或者將之納入「公開傳播」概念下(例如 WPPT)。

2. 在「再播送」方面：

(1) 早期如伯恩公約，承認「有線再播送、無線再廣播權」，但在羅馬公約和 TRIPS，則只承認「無線再廣播權」而已，並未包含「有線再播送」的情形，WCT 未提及，WPPT 指「無線再廣播」，但是到了廣播機構保護條約草案，則其所賦予之「再播送權」，已經包含「無線再廣播」、「有線再播送」以及「透過電腦網路的再播送」。

(2) 伯恩、羅馬公約以及 TRIPS 所稱之「再廣播權」，都強調「同步播送」的要件，WCT、WPPT 未曾提及「再播送」問題，到了廣播機構保護條約草案，雖然將「網路再播送」納入「再播送」的範圍，但對於再播送的定義則仍維持「同步播送」的要件，因此例如 webcasting、simulcasting 等網路的同步再播送情形，四亦應包含在內。

(3) 伯恩、羅馬公約以及 TRIPS 所稱之「再廣播」，都是指由原廣播機構以外之之「機構」(organization) 所為播送，WCT、WPPT 未曾提及，但是到

了廣播機構保護條約草案，則是指由原廣播機構以外之之「任何人」(any other person) 所為播送。

3. 如此看來，不僅國際條約在「廣播」與「再廣播」的定義與範圍未能統一，且各國內法的規範也確實極不一致，然只要各會員國實質保護標準相當，即應無違反國際義務之虞。

三、國際條約關於「廣播」與「再播送」之強制授權可行性

伯恩公約§11 *bis* II 允許各會員國得以國內法方式訂定「廣播權」、「再播送權」以及「再公開演出權」之行使條件。而且當雙方當事人無法達成合意時，國家的主管機關負有義務，要建立一個平衡雙方利益衝突的機制，這其中當然包括可以透過強制授權（或法律授權）的方式，決定權利人的使用報酬。

但本項只是關於廣播權強制授權的規定，而非直接將著作人之廣播與再廣播權弱化成報酬請求權。換句話說，這是例外，而非通例，要在符合一定前提下，國家才介入干預。至於國家介入干預的時點，”只限於著作人代表與廣播機構在著作的利用與費用支付的集體協議條款無法達成一致的情況下”，始有法律授權或強制授權的適用。

第三章 美國對公開播送與再播送制度之規範

美國相當於我國公開播送與再播送之概念者，為公開演播（public performance）。

本章先介紹美國著作權法下之公開演播之概念；其次則對公開演播中與公開播送與再播送相關的公開演播之權利限制與強制授權規定（主要是美國著作權法第 110 條第 5 項 B 款、第 111 條、第 119 條和第 122 條）做說明；最後再比較美國法與我國法對公開播送與再播送規範之差異，並以旅館、醫院接收廣播或電視節目後傳送至其旅館房間或病房之例，來檢視在美國法下與我國法下之法律適用。

壹、美國著作權法中公開演播之概念

以下將說明美國著作權法中公開演播之概念，以了解公開演播與我國法中公開播送與再播送概念之關係。

一、演播之定義

依美國著作權法第 106 條之規定，著作權¹⁴⁴共有重製權、改作權、散布權、公開演播權¹⁴⁵、公開展示（public display）權及數位演播（digital performance）

¹⁴⁴ 係指著作財產權。在美國法下，copyright 是指著作財產權。若提到著作人格權會用 moral right 一詞，不會用 copyright。

¹⁴⁵ 美國著作權法第 106 條第（4）款規定，除第 107 條至第 122 條之規定外，語文、音樂、戲劇、舞蹈、默劇、電影及其他視聽著作之著作權人享有公開演播之專屬權利。

權¹⁴⁶六種，其中與本研究案相關的是公開演播權。

美國著作權法第 101 條中，將「演播」(perform) 定義為對一著作「直接或以任何裝置或方法為口述、詮釋、演奏、跳舞、或演出，或以任何連續性顯示電影或其他視聽著作之影像或使其所伴隨之聲音發聲¹⁴⁷。」

公開演播包括最初的演播，及將最初的演播向公眾傳送¹⁴⁸或傳播

¹⁴⁶ 數位演播權是將著作以數位傳輸聲音之方式公開演播 (to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission) 之權利。只有錄音著作才有此權。錄音著作此項以數位聲音傳輸之方式公開演播之權利是以 1995 年錄音著作數位演播權法案 (Digital Performance Rights in Sound Recordings Act of 1995; DPRSRA) 來修正著作權法賦予的。由美國著作權法第 106 條第 (4) 款公開演播之規定可以知道，錄音著作並無公開演播權，而錄音著作享有之以數位聲音傳輸之方式公開演播之權利，依第 101 條對「數位傳輸」(digital transmission) 定義，係指全部或部分以數位或其他非類比格式之傳輸 (A "digital transmission" is a transmission in whole or in part in a digital or other non-analog format.)，而第 114 條第 (j) 項第 (5) 款對「數位聲音傳輸」(digital audio transmission) 之定義，係指第 101 條中所定義之數位傳輸，而其中含有錄音著作之傳輸者，但不包括任何視聽著作之傳輸 (A "digital audio transmission" is a digital transmission as defined in section 101, that embodies the transmission of a sound recording. This term does not include the transmission of any audiovisual work.)。1995 年錄音著作數位演播權法案對傳統的電台廣播和電視廣播、商業場所的背景音樂傳輸服務，以及餐廳、百貨公司、旅館或遊樂場的公共場所開機收聽廣播都不適用，純粹類比式傳輸和對視聽著作的數位傳輸也不適用，見 1 Neil Boorstyn, BOORSTYN ON COPYRIGHT §5.08[2] (2d ed. 2000)。而數位廣播在我國著作權法下是歸在公開傳輸的概念下，因此，錄音著作此項數位聲音傳輸之公開演播權並非本研究案要處理之範圍。

¹⁴⁷ To "perform" a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.

¹⁴⁸ 本文將「transmit」譯為「傳送」。美國著作權法第 101 條中將對演播或展示之「傳送」定義為「將演播或展示以任何裝置或方法傳播，而其影像或聲音係於發送地以外之場所接收者」(To "transmit" a performance or display is to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent.)，因此，美國法下之「transmit」可能涵蓋我國法下的公開播送、公開演出的第三段行為（以擴音器或其他器材將原播送之聲音或影像向公眾傳達）和公開傳輸。本文不將「transmit」直譯為「傳輸」，意在避免與我國法下的公開傳輸概念混淆。本文不將「transmit」和「retransmit」譯為「公開播送」和「再播送」，是因為美國法的「transmit」概念範圍實大於我國法的「公開播送」之故。

(transmitted or communicated to the public)。¹⁴⁹下列行為均構成演播行為：(A) 一名歌手演唱一首歌；(B) 當全國性廣播網將該歌手之演唱予以傳送，不論是將該歌手之演唱予以同步傳送，或是透過唱片將該歌手之演唱予以傳送；(C) 地方廣播業者將前述全國性廣播網之廣播進行傳送；(D) 有線電視系統將前述之廣播向其客戶進行再傳送(retransmit)；(E) 任何個人播放錄音物上所收錄之演播內容；(F) 任何個人以打開接收機之方式傳播演播之內容。

150

這裡的(B)相當於我國法下的公開播送之原播送，(C)和(D)相當於我國法下的公開播送之再播送。

又，如果是向公眾為之，則(F)相當於我國智慧局所稱之單純開機，(A)相當於我國法下的公開演出之第一段行為，(E)相當於我國法下的公開演出之以其他方法(機械再生聲音)公開演出之行為。

在美國法下，演播行為不限於歌唱之情形，將語文著作大聲唸出、演奏音樂、跳芭蕾舞或跳其他舞蹈著作、演出戲劇著作或默劇，都構成演播行為。除了上述直接進行的演播行為外，演播行為也可以間接透過任何裝置或方法完成，所謂「任何裝置或方法」包括各種可重製或擴大聲音或視覺影像的設備，各種傳送裝置、電子取用系統(electronic retrieval system)，及其他尚未使用或發明之任何技術或系統。¹⁵¹ 對電影或其他視聽著作而言，將電影或視聽著作

¹⁴⁹ § 106. *Exclusive rights in copyrighted works: Definitions*, House Report No. 94-1476, available at <http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?getdoc+uscview+t17t20+10+0++%28house%20report%29%20%20AND%20%28%2817%29%20ADJ%20USC%29%3ACITE%20AND%20%28USC%20w%2F10%20%28106%29%29%3ACITE%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20> (last visited 2009/2/4).

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*

之影像為任何連續性之顯示，或使電影或視聽著作所伴隨之聲音發聲，亦構成演播行為。¹⁵²對電影的聲帶的純粹聲音演播，或對視聽著作的聲音部分的演播，亦構成演播行為，但於某些聲音已經被另外重製在錄音物上時，就該錄音物之演播則並不構成對原電影或視聽著作之演播。¹⁵³

二、公開演播所稱之「公開」

並非所有的演播行為均為著作權人的權利，演播行為只有在符合「公開」之要件時才是著作權人的權利。

美國著作權法第 101 條中將公開演播之「公開」定義為「(1) 於向公眾公開之場所，或家庭及其社交熟識者之通常範圍外之相當數量之人所聚集之場所，演播一著作；或(2) 以任何裝置或方法，向公眾傳送或將著作之演播或展示向(1)所規定之場所傳播或向公眾傳播，不論能接收該演播或展示之公眾成員係於同場所或於不同場所、或於同時或不同時接收¹⁵⁴。」

只要演播或展示行為是發生於(A)向公眾公開之場所，或(B)家庭及其社交熟識者之通常範圍外之相當數量之人所聚集之場所（準公開場所¹⁵⁵），即符合

¹⁵² 1 Melville Nimmer & David Nimmer, NIMMER ON COPYRIGHT §8.14[B] [1] (2006). 由此可知，在美國法下，視聽著作公開演播時，其上所附隨的音樂著作也被公開演播。

¹⁵³ § 106. *Exclusive rights in copyrighted works: Definitions, supra* note 149.

¹⁵⁴ To perform or display a work “publicly” means — (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.

¹⁵⁵ 在準公開場所（semipublic places）例如俱樂部、會所、工廠、夏令營、學校之演播仍為著作權法下之公開演播，縱使俱樂部、會所等可能為州法意義下之私人場所。見 1 Melville

公開之要件。「家庭」在解釋上可以包括一人獨居之情形，所以一人獨居者邀請其社交熟識者之通常範圍之人仍得主張不構成「公開」。企業和政府部門的例行性會議由於並非聚集「相當數量之人」，也不構成「公開」。¹⁵⁶

就以任何裝置或方法將著作之演播或展示向公眾傳送或傳播而言，美國著作權法第 101 條中將對演播之「傳送」定義為「將演播或展示以任何裝置或方法傳播，而其影像或聲音係於發送地以外之場所接收者」，可以廣至涵蓋所有可以想像的形式、有線或無線或二者之組合的通訊模式，包括但不限於廣播和電視廣播，只要將演播或展示以任何裝置或方法傳播，而其傳送或傳播的對象是公眾，不論能接收該演播或展示之公眾成員係於同場所或於不同場所、或於同時或不同時接收，都構成「公開」演播或展示。此時，即使收訊人並未聚集在單一場所、甚至無法證明收訊者於傳送時有打開其收訊裝置，都不妨礙其構成「公開」之要件。¹⁵⁷

公開演播可以包括演播對象之聽眾或觀眾「位於地理位置分散」和聽眾或觀眾「處於不同時間」之情形。就演播對象之觀眾位於地理位置分散之情形而言，不需要公眾事實上出席公眾聚集之場所。因此，廣播或電視廣播之聽眾或觀眾身在各人家中，該廣播或電視廣播仍為公開演播。旅館傳送廣播至個別的客人房間，讓房間之客人透過房間內之擴音器收聽，仍為公開演播。又，公開演播之重點是在向公眾「公開」，只要處於讓公眾可得接觸(available)之狀態

Nimmer & David Nimmer, NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.14[C] [1].

¹⁵⁶ § 106. *Exclusive rights in copyrighted works: Definitions, supra* note 149. 就此而言，美國對「公開」的概念範圍比我國要窄，我國的「公開」概念要受「公眾」概念的節制，由於我國法第 3 條 1 項 4 款對公眾之定義為「公眾：指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。」因此，企業和政府部門的例行性會議縱使人數不多、只要三人以上，仍會掉在「公眾」的範圍內，仍會有公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示等公開利用行為之適用。

¹⁵⁷ § 106. *Exclusive rights in copyrighted works: Definitions, supra* note 149.

即為已足，不需要公眾確實出席或是收到該演播；¹⁵⁸ 就演播對象之觀眾處於不同時間之情形而言，投幣式點歌機縱使一次只能供聽眾一人點歌，但不同之聽眾可以在不同時間利用該投幣式點歌機之同一首歌，或在 MTV 包廂內同一部影片被不同觀眾在不同時間觀賞之情形，都仍然構成公開演播。¹⁵⁹

三、美國著作權法下公開演播概念與我國公開播送概念之比較

由上述說明可知，美國著作權法下公開演播概念範圍比我國公開播送之範圍要廣。我國法下，廣播或電視廣播之公開播送與有線電視接收廣播或電視廣播節目後之再播送，在美國法下係屬於公開演播。我國智慧局認為的公共場所單純開機行為，在美國法下也是屬於公開演播。

惟對「公開」之概念，我國法由於並未像美國法對家庭通常社交以外之人聚集的場所有「相當數量之人」的條件限制，所以我國法下的「公眾」門檻比較低、而很容易就構成各種無形利用之「公開」利用行為。

貳、公開演播權之權利限制¹⁶⁰

美國著作權法在第 110、111、116、118、119 及 122 條中，對公開演播權有權利限制之規定，其中與本研究案主題再播送相關之條文為第 110 條第 (5) 款第 (B) 目¹⁶¹對非戲劇性音樂著作公開演播之免責規定，而對有線系統業者

¹⁵⁸ 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.14[C][2].

¹⁵⁹ *Id.* §8.14[C][3].

¹⁶⁰ 這裡的權利限制規定包括免責(exemption)和強制授權 (compulsory license) 之規定。美國學者 Nimmer 認為，第 111 條、119 條及 122 條之規定中雖然都用法定授權 (statutory license) 的用語，但是其實是強制授權之規定。 *Id.* §8.18[E], §8.18[G][4].

¹⁶¹ 第 110 條第 (5) 款共有 (A)、(B) 兩目。由於第 110 條第 (5) 款第 (A) 目在適

之二次傳送的法定授權規定是在第 111 條，對衛星承載業者之二次傳送的法定授權規定是在第 119 及 122 條。第 111 條除了對有線系統業者二次傳送的法定授權規定之外，還有一些其他二次傳送情形之免責規定。茲將條文情形整理如下圖。

	條文	內容
餐飲設施及非餐飲設施就非戲劇性音樂著作公開演播之免責規定（小店家免責規定）	§110(5)(B)	符合條件的商店或餐廳透過收音機或電視提供非戲劇性音樂著作作為背景音樂之演播行為，只要並未對廣播之收聽或收視直接收費、且未進一步將收到的廣播傳送至超過該商店或餐廳接收之區域以外，即予以免責之規定
其他二次傳送之免責規定	§111(a)(1)~(a)(5) §111(b)	旅館及住宿業者二次傳送之免責 依第 110 條(2)款之二次傳送之免責 衛星載波業者被動之二次傳送之免責 衛星業者依第 119 條法定授權規定進行二次傳送之免責 政府及非營利組織二次傳送之免責 以特定人為對象之二次傳送之例外免責
有線系統業者之二次傳送的法定授權	§ 111(c) § 111(e)	有線系統業者二次傳送之法定授權 有線系統業者非同步二次傳送之法定授權
衛星承載業者之二次傳送的法定授權	§ 119 § 122	衛星承載業者對聯播網電視台與超級台之遠距電視訊號二次傳送之法定授權 衛星承載業者以二次傳送提供「當地至當地」服務之法定授權

一、公開演播之免責規定

美國著作權法下與本研究案相關之免責規定，是第 110 條第(5)款第(B)

用上有不得將該接收之傳送再向公眾傳送之限制，因此不能做再播送之利用。第 110 條第(5)款第(B)目則可以做再傳送。

目¹⁶²，餐飲設施及非餐飲設施就非戲劇性音樂著作公開演播之免責規定。

美國著作權法第 110 條第 (5) 款第 (B) 目是讓符合條件的商店或餐廳透過收音機或電視提供非戲劇性音樂著作¹⁶³作為背景音樂之演播行為，只要並未對廣播之收聽或收視直接收費、且未進一步將收到的廣播傳送至超過該商店或餐廳接收之區域以外，即予以免責之規定。¹⁶⁴ 所以，第 (B) 目是可以在非戲劇性音樂著作被廣播或電視廣播時，符合規定標準的小店家可以透過收音機或電視，將收到的廣播或電視廣播內容傳送至該小店家之接收區域內，作為背景音樂之提供，因而是一種在該小店家之接收區域範圍內就再傳送行為之免責規定。

第 110 條第 (5) 款第 (B) 目規定：「一設施將收錄有非戲劇性音樂著作之演播或展示之傳送或再傳送為傳播行為，而該傳送或再傳送係以一般公眾接收為目的、且係由經過聯邦通訊委員會許可之廣播電台或電視台所為，或於

¹⁶² 第 110 條第 (5) 款原本沒有第 (B) 目，第 110 條 (5) 款 (B) 目是 1998 年索尼波諾著作權期間延長法案 (Sonny Bono Copyright Act) 通過修正著作權法時所增訂。索尼波諾著作權期間延長法案的第二章 (Title II) 簡稱為 1998 年公平音樂授權法案 (the Fairness in Music Licensing Act of 1998; FMLA)，該法案將美國著作權法原來的第 110 條第 5 款改為第 110 條第 5 款第 (A) 目，並增訂第 (B) 目。BOORSTYN ON COPYRIGHT, *supra* note 146, § 6.26[5][a]. 第 110 條第 5 款第 (A) 目一般被稱為家用系統之抗辯 (home system defense)，是對小型商業設施之業主於其設施場所內放置通用之收音機或電視設備並開機供顧客享受之情形，只要未對收視或收聽該傳送收取直接費用，亦未將該接收之傳送再向公眾傳送，即給予免責。第 110 條第 5 款第 (A) 目對所有著作類別均有適用，但只能適用於原傳送而不適用於再傳送之情形，所以非本研究案處理之對象。

¹⁶³ 相對於第 110 條第 5 款第 (A) 目的免責規定是對所有著作類別都能主張，第 110 條第 5 款第 (B) 目則並非對所有的著作類別都能主張，而是僅有非戲劇性音樂著作才有適用。

¹⁶⁴ BOORSTYN ON COPYRIGHT, *supra* note 146, § 6.26[5][a]. 關於第 110 條第 5 款第 (B) 目免責規定之說明，詳見張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，第 47 頁至 52 頁，經濟部智慧財產局委託研究報告，民國 95 年 2 月。

視聽傳送¹⁶⁵之情形，係由有線系統或衛星載波業者所為者，惟以符合下列條件者為限：

(i) 於餐飲設施以外之設施¹⁶⁶為傳播者，該設施空間面積低於 2,000 總平方英尺（不含用於顧客停車或無其他用途之空間），或，於該設施空間面積大於 2,000 之總平方英尺（不含用於顧客停車或無其他用途之空間）時，符合下列條件之一者：

- (I) 若僅為聲音之演播，該演播之傳播係以總數不超過 6 個擴音器、且其中不超過 4 個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間者；或
- (II) 若為影音之演播或展示，其任何演播之影像部分或其展示之傳播係以總數不超過 4 個視聽裝置、其中不超過 1 個視聽裝置位於同一房間或相連之戶外空間，且其視聽裝置均未超過 55 英寸螢幕對角線；且其任何演播之聲音部分或其展示之傳播係以總數不超過 6 個擴音器、且其中不超過 4 個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間者。

(ii) 於餐飲設施為傳播者，該設施空間面積低於 3,750 之總平方英尺（不含用於顧客停車或無其他用途之空間），或，於該設施空間面積大於 3,750 之總平方英尺（不含用於顧客停車或無其他用途之空間）時，符合下列條件之一者：

- (I) 若僅為聲音之演播，該演播之傳播係以總數不超過 6 個擴音器、且其中不超過 4 個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間者；或
- (II) 若為影音之演播或展示，其任何演播之影像部分或其展示之傳播係以總數不超過 4 個視聽裝置、其中不超過 1 個視聽裝置位於同一房間或相連之戶外

¹⁶⁵ 應注意的是，這裡提到電視台所為和視聽傳送，並不是說視聽著作可以主張第 110 條第 (5) 款第 (B) 目之免責。第 110 條第 (5) 款第 (B) 目之免責只有非戲劇性音樂著作才能主張。提到提到電視台所為和視聽傳送是因為電視廣播的聲音部分可能含有非戲劇性音樂著作之故。例如聯邦通訊委員會許可之電視台播出的電影影片原聲帶上的音樂，即有第 110 條第 (5) 款第 (B) 目免責規定之適用。本目並擴大到由有線系統或衛星載波業者所為之視聽傳送也可以主張免責。1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[C][2][B][i].

¹⁶⁶ 或可意譯為「非餐飲設施」。

空間，且其視聽裝置均未超過 55 英寸螢幕對角線；且其任何演播之聲音部分或其展示之傳播係以總數不超過 6 個擴音器、且其中不超過 4 個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間者。

(iii) 未對該傳送或再傳送為直接收費¹⁶⁷者。

(iv) 該傳送或再傳送未進一步傳送至接收之該設施以外區域者。

(v) 該傳送或再傳送係對由著作權人授權之公開演播或展示所為者。」

第 110 條第 5 款第 (B) 目雖然條文冗長，但對細節規定清楚，在執行上這些關於場所面積、使用何種機器、多少擴音器這樣的規定對小店家而言也很容易判斷，惟由於該規定使得美國大部分的餐飲店公開演播行為得以主張免責，因而被愛爾蘭的音樂著作權仲介團體和歐盟向世界貿易組織 (WTO) 依爭議解決程序提出申訴，最後裁定結果認定第 110 條第 (5) 款第 (B) 目之免責規定違反 TRIPs 協定的三步測試原則，建議美國修正法律規定以符合其國際義務。¹⁶⁸ 雖說若以第 110 條第 5 款第 (B) 目之規定調整其細節規定做更限縮之條件限制不是沒有機會通過三步測試原則，但為避免引起國際爭議，我國似無參考此條文對再播送提供免責或合理使用規定之必要。

二、二次傳送之免責規定與強制授權規定

在以下對二次傳送之免責規定與強制授權規定做說明之前，要先提醒的一件事是，美國著作權法是在第 111、119 及 122 條提到「二次傳送」(secondary

¹⁶⁷ 第 110 條第 5 款第 (B) 目於此僅限於不能對該傳送或再傳送為直接收費，所以縱使餐廳有最低消費額規定之情形，仍不妨礙其主張本日之免責。*Id.* §8.18[C][2][c][ii].

¹⁶⁸ 張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，前引註 164，第 52 頁至 53 頁。

transmission)¹⁶⁹，而在第 110 條第 5 款第 (B) 目則是用「再傳送」(retransmission) 一詞。在第 101 條對「傳送」有做定義¹⁷⁰，對「再傳送」則未做定義，而第 111 條對「二次傳送」有做定義，因此解釋上，第 111、119 及 122 條用到「secondary transmission」的，都受第 111 條對「二次傳送」定義之拘束，而第 110 條第 5 款第 (B) 目之「retransmission」則是受第 101 條對「傳送」定義之拘束。在概念上，「retransmission」非等同於「secondary transmission」。「secondary transmission」本身是一種「retransmission」，但「retransmission」不一定是「secondary transmission」。「retransmission」必須符合「secondary transmission」的定義時，才能稱為「secondary transmission」。

其次要說明的是，「二次傳送是否構成公開演播？」這個問題，在美國是經過爭議後由國會修法承認的。在 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken* 一案中，一家地方性的廣播電台經音樂著作權人授權做音樂廣播，被告是速食餐廳，透過收音機將廣播接收後，透過天花板上四支音箱擴音放出聲音讓客人可以聽到，原告 ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers)

¹⁶⁹ 第 111 條(f)項中，將「二次傳送」定義為，將「原傳送」做同步的進一步傳送，或係由一非全部或部分座落於美國連續領土之 48 州、夏威夷、波多黎各範圍內之有線系統所為之非同步傳送。但由座落於夏威夷之有線系統業者對原傳送所為之非同步的進一步傳送，於其進一步傳送所承載之電視廣播訊號係依聯邦通訊委員會之法令、規定或授權所為時，應視為二次傳送。(A “secondary transmission” is the further transmitting of a primary transmission simultaneously with the primary transmission, or nonsimultaneously with the primary transmission if by a “cable system” not located in whole or in part within the boundary of the forty-eight contiguous States, Hawaii, or Puerto Rico: Provided, however, That a nonsimultaneous further transmission by a cable system located in Hawaii of a primary transmission shall be deemed to be a secondary transmission if the carriage of the television broadcast signal comprising such further transmission is permissible under the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission.) 同項中將「原傳送」定義為，由傳送設施向公眾所為之傳送，其訊號被二次傳送服務接收並進一步傳送，不論其上之演播或展示最早在何處或何時被傳送。(A “primary transmission” is a transmission made to the public by the transmitting facility whose signals are being received and further transmitted by the secondary transmission service, regardless of where or when the performance or display was first transmitted.) 由原傳送之定義可知，原傳送一定要向公眾為之。

¹⁷⁰ 見前引註 148。

認為被告此舉是對其管理的音樂著作做公開演播行為，要求被告應取得其授權。一審時地方法院判原告勝訴，二審時第三巡迴上訴法院則推翻地院判決。最高法院認為被告接收廣播訊號後，將訊號傳送至擴音器之行為，不構成公開演播，被告之行為只是接收，並非在廣播公司之公開演播行為以外的另一公開演播行為，因此不需要經原告授權。法院認為如果要令被告負侵害責任將是極不公平的，因為處於像被告 Aiken 這樣立場的人，除了將收音機關掉之外，沒有其他保護自己免於著作權侵害的方法，因為縱使他向 ASCAP 拿了授權，他既無從得知廣播電台有沒有向 ASCAP 拿授權，也無法預見或控制廣播電台是否播出非 ASCAP 會員的音樂著作。¹⁷¹ 國會則是有意的將二次傳送納入公開演播之權利內，認為對一演播做二次傳送本身就是一個另外的演播行為。¹⁷²

在美國著作權法下，對於二次傳送共有三個法定授權的條文，其中第 111 條是適用於有線電視系統，第 119 及 122 條則是適用於衛星載波業者。¹⁷³ 第 111 條除了有線電視系統的法定授權規定之外，還包括有非常多種關於二次傳送的免責規定。以下將分別介紹二次傳送之免責規定與法定授權規定。

（一）二次傳送之免責規定

美國著作權法第 111 條是一個冗長而複雜的條文共包括下列八種情形：(1) 旅館及住宿業者二次傳送之免責（第 111 條(a)項(1)款）、(2)依第 110 條(2)款之二次傳送之免責（第 111 條(a)項(2)款）、(3)衛星載波業者被動之二次傳送

¹⁷¹ 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[A]. 嚴格言之，Aiken 案並非二次傳送，因為沒有將原傳送做再傳送之情形，而是 110 條第 5 款第 (A) 目之將傳送做傳播（communication of a transmission）之情形。Id. §8.18[B] n.47; §8.18[C][2][a].

¹⁷² 見 Id. §8.18[B]，及§8.18[B] n.48 相關之本文說明。

¹⁷³ U.S. Copyright Office, *Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act Section 109 Report -- A Report of the Register of Copyrights*, p. 1, June 2008, <http://www.copyright.gov/reports/section109-final-report.pdf> (last visited).

之免責（第 111 條(a)項(3)款）、(4)衛星業者依第 119 條法定授權規定進行二次傳送之免責（第 111 條(a)項(4)款）、(5)政府及非營利組織二次傳送之免責（第 111 條(a)項(5)款）、(6)以特定人為對象之二次傳送之例外免責（第 111 條(b)項）、(7)有線系統業者二次傳送之法定授權（第 111 條(c)項）、(8)有線系統業者非同步二次傳送之法定授權（第 111 條(e)項）。上述情形中，(1)至(6)是二次傳送之免責規定，於此先處理，而(7)和(8)是二次傳送之法定授權規定，則和第 119 及 122 條的二次傳送法定授權規定一起處理。

1. 旅館及住宿業者二次傳送之免責（第 111 條(a)項(1)款）

第 111 條(a)項(1)款規定：「就一原傳送（primary transmission）上著作之演播或展示之二次傳送，於下列情形不構成侵害：（1）該二次傳送非由有線系統業者所為，且係透過旅館、公寓或類似場所之管理，將經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司傳送之訊號完整的在該廣播公司之當地服務區域內轉送（relaying）至此等場所之客人或住戶之私人住處，且就該二次傳送之收視或收聽未收取直接費用者。」¹⁷⁴

本款是本研究案相關之最重要規定。要主張本款之免責，必須符合許多要件。

首先，二次傳送應由旅館、公寓或類似場所所為。例如透過旅館、公寓之管理將屋頂上的天線將廣播轉送至住戶。但不能透過有線系統業者做二次傳

¹⁷⁴ § 111(a)(1): The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is not an infringement of copyright if— (1) the secondary transmission is not made by a cable system, and consists entirely of the relaying, by the management of a hotel, apartment house, or similar establishment, of signals transmitted by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission, within the local service area of such station, to the private lodgings of guests or residents of such establishment, and no direct charge is made to see or hear the secondary transmission.

送。¹⁷⁵

其次，旅館、公寓等場所必須將原傳送之訊號內容完整的轉送。原傳送之訊號必須是經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司所為，旅館、公寓等場所不能有刪除廣告、加入新廣告變動原傳送之訊號完整之行為，否則會構成侵害。¹⁷⁶

第三，旅館、公寓等場所必須位於原傳送人（廣播公司）之「當地服務區域」（local service area）範圍內。

第四，訊號只能轉送到旅館、公寓等場所之私人房間，不包括旅館之餐廳、會議廳、戲院、舞廳等場所。¹⁷⁷ 又，目前旅館和汽車旅館慣例會在每個房間內放廣播或電視接收機，雖然「任何個人就演播之內容以打開接收機之方式傳播」即構成演播¹⁷⁸，但在旅館、公寓之私人房間內打開收音機或電視機並不會構成著作權侵害，這並非因為有本款之適用而不構成侵害¹⁷⁹，而是因為此種情形不構成公開演播所稱之「公開」之故¹⁸⁰。¹⁸¹

¹⁷⁵ 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[C][1][a].

¹⁷⁶ *Id.* §8.18[C][1][b].

¹⁷⁷ *Id.* §8.18[C][1][d]. 但如果旅館的主接收機放在公共區域內、而將訊號二次傳送至房間內時，前者之主接收機放在公共區域內可以主張第 110 條第 5 款第（A）目之免責，後者之將訊號二次傳送至房間內可以主張第 111 條(a)項(1)款之免責。*Id.* §8.18[C][1][d] n.64.

¹⁷⁸ 見前引註 150 之本文說明。

¹⁷⁹ 本款要有轉送(relay)訊號的二次傳送行為，在旅館房間單純打開電視機收視並無轉送訊號可言，所以沒有本款之適用。

¹⁸⁰ 因為美國法對公開定義中在家庭通常社交以外之人聚集的場所部分，有要求「相當數量之人」的條件限制，在旅館房間內之人無法符合此定義，所以不構成「公開」，自無公開演播可言。關於「相當數量之人」的條件限制，見本章「2. 公開演播所稱之「公開」之說明。

第五，主張本款之免責必須就該二次傳送之收視或收聽未收取直接費用。本款僅規定不得收取直接費用，並未包括間接費用，所以如果旅館沒有直接對收視或收聽收取費用，縱使旅館房間中有電視機的房間租金高於沒有電視機的房間，仍然可以主張本款之免責。¹⁸²

2. 依第 110 條(2)款之二次傳送之免責（第 111 條(a)項(2)款）

第 111 條(a)項(2)款規定：「就一原傳送上著作之演播或展示之二次傳送，於下列情形不構成侵害：……（2）該二次傳送係依第 110 條(2)款規定之條件及專為該款之目的而為之者。」¹⁸³

第 110 條(2)款為制度性的教育廣播，就非戲劇性之語文著作或非戲劇性之音樂著作得主張公開演播之免責規定。第 111 條(a)項(2)款則對同樣情形的二次傳送，只要該二次傳送係依第 110 條(2)款規定之條件所為，並且是專為第 110 條(2)款之目的而為，即得主張公開演播之免責。換言之，教育性的傳送，其原傳送是依第 110 條(2)款免責，其二次傳送是依第 111 條(a)項(2)款免責。

3. 衛星承載業者被動之二次傳送之免責（第 111 條(a)項(3)款）

第 111 條(a)項(3)款規定：「就一原傳送上著作之演播或展示之二次傳送，於下列情形不構成侵害：……（3）該二次傳送係由承載業者（carrier）所為，該承載業者對原傳送之內容並未做直接或間接之控制或選擇，或控制該二次傳

¹⁸¹ 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[C][1][d].

¹⁸² *Id.* §8.18[C][1][e].

¹⁸³ § 111(a)(2): The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary trans-mission is not an infringement of copyright if— …… (2) the secondary transmission is made solely for the purpose and under the conditions specified by clause (2) of section 110.

送之特定接收對象，且其就二次傳送僅提供線路、纜線、或其他供他人使用之通訊管道者。但本款僅及於該承載業者就二次傳送之活動，並未對其自己之原傳送或再傳送之其他活動予以免責。」¹⁸⁴

本款指的是承載業者對二次傳送僅居於管道角色之情形而言。承載業者對原傳送之內容不能做直接或間接之控制或選擇，也不能選擇二次傳送的對象，而二次傳送之原傳送必須是他人的訊號、不能是承載業者自己的訊號。

4. 衛星業者依第 119 條強制授權規定進行二次傳送之免責（第 111 條(a) 項(4)款）

第 111 條(a)項(4)款規定：「就一原傳送上著作之演播或展示之二次傳送，於下列情形不構成侵害：……(4)該二次傳送係由衛星載波業者(satellite carrier)依第 119 條之法定授權規定而為之者。」¹⁸⁵ 本條其實不待規定，因為衛星載波業者依第 119 條之法定授權規定所做的二次傳送當然不會構成侵害。

5. 政府及非營利組織二次傳送之免責（第 111 條(a)項(5)款）

第 111 條(a)項(5)款規定：「就一原傳送上著作之演播或展示之二次傳送，於下列情形不構成侵害：……(5)該二次傳送非由有線系統業者、而係由政

¹⁸⁴ § 111(a)(3): The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is not an infringement of copyright if— ……(3) 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 transmissions.

¹⁸⁵ § 111(a)(4): The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is not an infringement of copyright if— ……(4) the secondary transmission is made by a satellite carrier pursuant to a statutory license under section 119.

府單位或其他非營利組織所為，無任何直接或間接之商業利益，且並未就該二次傳送之接收人收取為支付該二次傳送服務之實際且合理之維護與運作成本所必要費用以外之費用者。」¹⁸⁶

6. 以特定群體為對象之二次傳送之例外免責（第 111 條(b)項）

第 111 條(b)項規定：「(b)就以特定群體為對象之原傳送做二次傳送—縱使符合(a)項和(c)項之規定，就一原傳送上著作之演播或展示之向公眾二次傳送，若該原二次傳送並非以一般公眾為接收對象而係經控制限於公眾中之特定成員為對象時，依第 501 條係得起訴之侵權行為，並完全負擔第 502 條至 506 條及 509 條之救濟責任。但此種二次傳送同時符合下列三款規定時，不構成得起訴之侵權行為：(1)該原傳送係經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司所為，且(2)該二次傳送所載之訊號係依聯邦通訊委員會之法令、規定或授權所為，且(3)該原傳送之訊號並未被二次傳送人變更或修改者。」¹⁸⁷

在美國著作權法下，二次傳送以特定群體為對象時，原則上是構成著作權

¹⁸⁶ § 111(a)(5): The secondary transmission of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is not an infringement of copyright if—(5) the secondary transmission is not made by a cable system but is made by a governmental body, or other nonprofit organization, without any purpose of direct or indirect commercial advantage, and without charge to the recipients of the secondary transmission other than assessments necessary to defray the actual and reasonable costs of maintaining and operating the secondary transmission service.

¹⁸⁷ § 111(b): (b) Secondary Transmission of Primary Transmission to Controlled Group.—Notwithstanding the provisions of subsections (a) and (c), the secondary transmission to the public of a performance or display of a work embodied in a primary transmission is actionable as an act of infringement under section 501, and is fully subject to the remedies provided by sections 502 through 506 and 509, if the primary transmission is not made for reception by the public at large but is controlled and limited to reception by particular members of the public: Provided, however, That such secondary transmission is not actionable as an act of infringement if— (1) the primary transmission is made by a broadcast station licensed by the Federal Communications Commission; and (2) the carriage of the signals comprising the secondary transmission is required under the rules, regulations, or authorizations of the Federal Communications Commission; and (3) the signal of the primary transmitter is not altered or changed in any way by the secondary transmitter.

侵害，此時縱使符合第 111 條(a)項之免責規定，或縱使有得主張第 111 條(c)項法定授權規定之情形，除有第 111 條(b)項規定之例外情形外，仍構成著作權侵害。

所謂「第 111 條(b)項規定之例外情形」，係指原傳送係經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司所為，且該二次傳送所承載之訊號係依聯邦通訊委員會之法令、規定或授權所為，且該原傳送之訊號並未被二次傳送人變更或修改之情形，此時就以特定群體為對象之原傳送做二次傳送之行為即不構成著作權侵害。

所謂「以特定群體為對象之原傳送」，在國會記錄上說明是指提供非供一般公眾接收之背景音樂服務的公司像 Muzak、向戲院提供封閉式廣播，和付費電視之情形。¹⁸⁸

(二) 二次傳送之法定授權規定

1. 有線系統業者二次傳送之法定授權（第 111 條(c)項）

在美國 1909 年的著作權法下，有線電視對著作做二次傳送並不構成著作權侵害。在經過激烈辯論之後，美國國會做出「有線系統之再傳送業務是基於載送有著作權之節目，應該向節目之著作權人付費」的結論，但認為如果每一個有線系統都需要與其所傳送之著作的個別著作權人協商，對有線系統是不當的負擔，因此在第 111 條中增訂有線系統業者二次傳送之法定授權規定，讓有線系統業者不需要獲得著作權人授權、也不需要協商授權金額，而讓著作權人有權就有線系統業者二次傳送其著作得到法律所規定的權利金。¹⁸⁹ 此項規定是基於伯恩公約第 11 條之二第(2)項容許會員國自訂強制授權之規定而來，即

¹⁸⁸ 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[D].

¹⁸⁹ *Id.* §8.18[E].

會員國得對伯恩公約第 11 條之二第(1)項第(ii)款之再廣播(rebroadcasting)自訂強制授權規定，但應對著作權人給予衡平之報酬作為補償。¹⁹⁰

第 111 條(c)項是要讓有線系統經營者可以將廣播和電視廣播之訊號再傳送給有線系統的付費訂戶，本項規定並未限制適用之著作類別，所以美國著作權法下之著作類別均有適用。

能主張第 111 條(c)項法定授權的必須是符合第 111 條(f)項定義之有線系統，由於該項定義中要求其全部或部分接收一家或一家以上電視台之訊號或節目再以線路或其他傳播管道向付費之公眾訂戶做再傳送，因此只做聲音廣播之再傳送的有線系統並不符合第 111 條(f)項定義而不能主張第 111 條(c)項之法定授權，而自行提供節目的閉路(closed circuit)有線電視亦由於並未做電視訊號之再傳送，不能主張第 111 條(c)項之法定授權。又，收視者透過衛星接收碟直接接收衛星傳送之情形，並未符合有線系統之定義，也不能主張第 111 條(c)項之法定授權。¹⁹¹

其次，主張第 111 條(c)項之法定授權時，必須是就原傳送做二次傳送，而該原傳送必須是由經過聯邦通訊委員會或是由加拿大或墨西哥之相關政府當局所許可之廣播台所為，且該二次傳送所承載之訊號係依聯邦通訊委員會之法令、規定或授權所為者。¹⁹² 又，有線系統在做二次傳送時，不得就其所傳送之原傳送之節目內容、商業廣告或電視台聲明以增刪變更的方式故意變更，所以有線系統不得將自己的商業訊息與二次傳送一起做傳送。¹⁹³

¹⁹⁰ *Id.* §8.18[E] n. 129. 並見本文第二章伯恩公約部分之說明。

¹⁹¹ *Id.* §8.18[E][1].

¹⁹² *Id.* §8.18[E][2].

¹⁹³ *Id.* §8.18[E][8].

此外，主張第 111 條(c)項之法定授權尚須符合許多要件，包括：有線系統應向著作權局提出主張第 111 條(c)項法定授權之通知，每半年還要向著作權局長遞交帳戶報告書(statement of account)說明該半年內法律所要求報告之運作資訊狀況。¹⁹⁴

第 111 條(c)項二次傳送法定授權之權利金是就有線系統的收入總額(gross receipts)為基礎，採取浮動匯率的方式計算，而收入總額指的是有線系統在權利金計算期間內，因提供二次傳送之基本服務而從訂戶收到的金額。提供二次傳送之基本服務以外之情形而其他自訂戶收到的費用，例如裝機費或是付費有線節目之費用，都不計入有線系統收入總額中。¹⁹⁵

在計算權利金時，美國著作權法第 111 條是對二次傳送所傳送之不同訊號採取賦予「遠距訊號等值」(distant signal equivalent; DSE)之方式來處理。所謂「遠距訊號等值」是指有線系統對非聯播網電視節目之全部或部分做二次傳送至超過該節目之原傳送人之當地服務區域所賦予的一個數值。(A “distant signal equivalent” is the value assigned to the secondary transmission of any nonnetwork television programming carried by a cable system in whole or in part beyond the local service area of the primary transmitter of such programming.) 所以，「遠距訊號等值」是針對有線系統以非聯播網電視節目(nonnetwork television programming)之原傳送做二次傳送、且該非聯播網電視節目必須是遠距訊號的二次傳送而言，不能二次傳送是對當地訊號(local signal)之情形，也不能包括原傳送是聯播網電視節目之情形(不論所傳的聯播網電視節目是遠距訊號還是當地訊號)。¹⁹⁶ 這是因為美國國會認為有線系統在二次傳送之法

¹⁹⁴ *Id.* §8.18[E][3][a]&[b].

¹⁹⁵ *Id.* §8.18[E][4][b].

¹⁹⁶ *Id.* §8.18[E][4][b][ii].

定授權下的著作權責任應該以遠距非聯播網節目(distant nonnetwork programming)為限之故。¹⁹⁷

美國現行法對「遠距訊號等值」之規定是要求有線系統在二次傳送獨立電視台之節目時，對每一個獨立電視台付 1 單位的「遠距訊號等值」；有線系統在二次傳送聯播網電視台和非商業之教育電視台之非聯播網節目時，對每一個聯播網電視台和非商業之教育電視台要付 0.25 單位的「遠距訊號等值」。在算出該有線系統應付的「遠距訊號等值」總額之後，再將先前計算出的該有線系統之「收入總額」乘以 1%的特定浮動費率 A 作為第一單位之「遠距訊號等值」的權利金、以「收入總額」乘以 1%的特定浮動費率 B 作為第二至四單位之「遠距訊號等值」的權利金、以「收入總額」乘以 1%的特定浮動費率 C 作為第五單位及其後每增加一單位之「遠距訊號等值」的權利金。此處的特定浮動費率 A、B 和 C 之數額是由著作權權利金法官(Copyright Royalty Judges)每年依法決定。這樣計算出來的全部權利金加總起來，就是該有線系統該付的二次傳送權利金。¹⁹⁸

¹⁹⁷ 美國的電視界有 ABC、NBC 和 CBS 三大聯播網電視台(network station)，聯播網的節目訊號覆蓋的區域是全國性的，相對於聯播網電視台，另外有非屬聯播網的獨立電視台(independent station)，其節目訊號覆蓋的區域則為當地區域。有線系統業者曾經主張，有線系統的二次傳送會為原傳送帶來更多的收視人，因而使原傳送之電視台就其原傳送得以向廣告商收取更高的廣告費，因而付更高的權利金給著作權人，如果有線系統還要就該原傳送之二次傳送付費，就等於就同一個利用行為付雙重費用，有線系統業者的此種主張稱為雙重給付之爭論(double payment argument)。因此，國會將有線系統二次傳送的著作權責任限於遠距非聯播網節目之情形，也就是說，有線系統二次傳送聯播網節目時，由於聯播網節目訊號覆蓋的區域是全國性的，就有線系統二次傳送收費就會出現雙重給付之情形，所以有線系統之二次傳送對象只能是非聯播網節目之情形。又，如果有線系統二次傳送之原傳送為當地訊號時，由於獨立電視台就其原傳送之當地訊號原本就有向著作權人付費，再就有線系統二次傳送收費也會出現雙重給付之情形，所以有線系統之二次傳送只能就遠距訊號的部分收費。其結果，就是有線系統在二次傳送之法定授權下的著作權責任應該以遠距非聯播網節目為限。見 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[E][4][a].

¹⁹⁸ *Id.* §8.18[E][4][b][iii]之說明。對於小型的有線系統另有比較簡單的付費規定，見同書 §8.18[E][4][b][iii]。

有線系統每半年要向美國著作權局長交付上述方法計算出來的二次傳送權利金，並遞交帳戶報告書，著作權局長在扣除合理的第 111 條行政費用之後，要將餘額寄存在美國財政部。¹⁹⁹

有權依第 111 條主張受有線系統二次傳送權利金分配的著作權人²⁰⁰，必須在每年七月向著作權局提出申請。每年八月一日後，國會圖書館長必須判斷申請分配之著作權人間就第 111 條權利金之分配方法是否有爭議。如果國會圖書館長認為沒有爭議，就依規定分配給著作權人；如果認為有爭議，就交由著作權權利金法官啟動程序來決定適當的分配權利金方法。²⁰¹

2. 衛星承載業者對聯播網電視台與超級台之遠距電視訊號二次傳送之法定授權（第 119 條）

第 119 條是讓衛星承載業者(satellite carrier) 將聯播網電視台(television network station)和超級台(superstation)的遠距電視訊號（不含聲音廣播訊號²⁰²）向其訂戶供私人家庭收視和供在商業設施收視而做二次傳送時，可以主張法定授權的規定。²⁰³

在美國 1976 年著作權法通過至 1980 年代中期，衛星電視產業都是以被動承載人(passive carrier)的角色對無線電視台的訊號做被動的二次傳送，因此可

¹⁹⁹ *Id.* §8.18[E][4][c].

²⁰⁰ 也就是其著作被放在遠距非聯播網節目上、而被有線系統二次傳送之著作權人。

²⁰¹ 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[E][4][d].

²⁰² 此點和第 111 條(c)項有線系統二次傳送之法定授權規定不同，第 111 條(c)項之法定授權可以傳送聲音廣播訊號。

²⁰³ U.S. Copyright Office, *Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act Section 109 Report*, *supra* note 173, at 1, and 8-9.

以依第 111 條(a)項(3)款就其二次傳送主張免責規定。

由於美國領土廣大，有些家庭位於所謂的「白色地帶」(white areas)，有的是距離大城市太遠，既無法透過屋頂的天線接收無線電視的訊號，也無法利用有線電視服務，有的則是被山擋住無法接收到訊號。這些位於白色地帶的家庭為了收看電視只好購買家庭碟形衛星天線放在後院中，以從天空中接收訊號。由於家庭碟形衛星天線功能好到可以截收衛星要遞送給有線系統的訊號，而有線系統必須要對著作權人支付權利金，碟形衛星天線卻可以在發訊人未知覺或同意的情況下截收訊號而且不付費用，為制止此種搭便車的情形，於 1980 年代中期，大部分的衛星承載業者和有些著作權人就開始決定就訊號做加密或將訊號擾亂，讓只有經授權的訂戶才能將加密訊號解密收視，以遏止碟形衛星天線未經授權的接收訊號行為。這引發的著作權問題是，由於衛星承載業者依第 111 條(a)項(3)款就其二次傳送主張免責²⁰⁴時，必須是該承載業者對原傳送之內容並未做直接或間接之控制或選擇，衛星承載業者就其二次傳送的訊號做加密或將訊號擾亂的行為，可能被認為就訊號做直接之控制而導致其無法主張第 111 條(a)項(3)款被動二次傳送之免責規定，而衛星承載業者又不是有線系統，無法主張第 111 條(c)項之免責。國會基於公共利益之考量²⁰⁵，認為就此種衛星對家庭傳送之特殊情形應該給衛星承載業者一個新的法定授權，因此，通過「1988 年衛星家庭收視者法案」(the Satellite Home Viewer Act of 1988)，在美國著作權法第 119 條對衛星承載業者提供就其二次傳送得以主張法定授權

²⁰⁴ 見前述「(C) 衛星承載業者被動之二次傳送之免責(第 111 條(a)項(3)款)」之說明。

²⁰⁵ 第 119 條的法定授權規定的目的是要提供衛星承載業者有效率的授權，以將超級台的電視訊號向無論位於美國何處的家庭碟形衛星天線的所有人傳送，並將聯播網電視台的節目傳送至無法以屋頂天線收視當地的電視聯播網分台發射的無線訊號的家庭。U.S. Copyright Office, *Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act Section 109 Report*, *supra* note 173, at 9.

的規定。²⁰⁶

衛星承載業者依第 119 條主張法定授權，是在將聯播網電視台和超級台的遠距電視訊號（不含聲音廣播訊號）向其訂戶供私人家庭收視和供在商業設施收視而做二次傳送之情形。由於聯播網電視台的節目是以全國為對象，為避免影響聯播網電視台的當地分台²⁰⁷，所以衛星承載業者對於聯播網電視台的訊號之二次傳送還有特殊的限制，即就每一聯播網，一天不得超過兩家聯播網電視台，且二次傳送聯播網電視台之對象必須是位於收不到訊號區的家庭。²⁰⁸ 但是對超級台的遠距電視訊號則沒有位於收不到訊號區的家庭的限制，對所有的家庭的二次傳送都可以適用。

第 119 條是一個暫時的法定授權規定，原本預計在六年之後的 1994 年底就該失效，但是國會於 1994 年通過「1994 年衛星家庭收視者法案」(the Satellite Home Viewer Act of 1994)將此強制授權規定再延長五年至 1999 年，並增訂由著作權權利金仲裁委員會(copyright arbitration royalty panel; CARP)調整權利金費率的規定，要求著作權權利金仲裁委員會對權利金費率之調整應反應市場價值，此舉是希望衛星承載業者因為付出相當於市場價值的權利金，就比較可期待他們能在公開市場中付費，這樣在 1999 年期間屆至時，即可望不必再延長此法定授權規定之期間。但是國會的預期並沒有實現，基於衛星產業的發展與環境變化，國會又先後於 1999 年通過「1999 年衛星家庭收視者增進法案」(the Satellite Home Viewer Improvement Act of 1999; SHVIA)、於 2004 年通過「2004 年衛星家庭收視者增進法案」(the Satellite Home Viewer Extension and

²⁰⁶ 見 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[F][1].

²⁰⁷ 見 U.S. Copyright Office, *Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act Section 109 Report*, *supra* note 173, at 10.

²⁰⁸ 見第 111 條(a)項(2)款(B)目。

Reauthorization Act of 2004; SHVERA), 2004 年的 SHVERA 法案規定至 2009 年底為止，衛星承載業者可以將聯播網電視台的遠距電視訊號二次傳送給位於收不到訊號區的收視戶，和將超級台的遠距電視訊號二次傳送給所有的收視戶，但必須依法報告其承載相關事項並付權利金。²⁰⁹ SHVERA 法案將於 2009 年 12 月 31 日失效。

3. 衛星承載業者以二次傳送提供「當地至當地」服務之法定授權(第 122 條)

第 122 條是讓衛星承載業者將當地電視訊號(local television signal)向其位於該電視台當地市場之訂戶做二次傳送時，可以主張免付費之法定授權的規定，其目的有二，一是在讓衛星承載業者提供當地電視訊號給衛星承載業者的當地訂戶，第二是促進衛星承載業者和有線系統業者在平行提供當地節目上之競爭。²¹⁰

衛星承載業者的衛星傳送電視訊號的業務是開始於 1970 年代中期，當時衛星承載業者基於技術因素無法直接和有線系統業者在多頻道影像節目(multichannel video programming)市場上競爭，其業務主要是在有線系統業者和無線電視無法或不願提供服務的郊區市場提供衛星傳送電視訊號的服務。當時衛星承載業者在技術上和法律上都無法提供所謂的「當地至當地」(local-into-local)的服務，無法將當地廣播訊號傳送至當地市場。隨著衛星技術的發展，衛星承載業者開始可以直接在市場上跟有線系統業者和無線電視業者競爭。為了與有線系統業者的服務做區隔，衛星承載業者提供消費者各種全國性的高畫質頻道節目，包括將當地市場外的各家電視台訊號和超級台的訊號做

²⁰⁹ U.S. Copyright Office, *Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act Section 109 Report*, *supra* note 173, at 10-11.

²¹⁰ *Id.* at 1, and 8-9.

整合的套裝節目。雖然無法提供將當地廣播訊號傳送至當地市場的服務，消費者對衛星承載業者提供多頻道衛星電視節目的接受度還是很高，尤其是高功率的直播衛星(direct broadcast satellite; DBS)服務更是侵蝕了有線電視業者歷來獨占的多頻道影像節目市場。²¹¹ 接下來由於衛星技術加上數位壓縮技術的發展，使得衛星承載業者開始有能力提供消費者透過衛星接收當地電視台訊號的服務，而此種「當地至當地」的服務向來是由有線電視業者所提供，因而衛星承載業者處於和有線電視業者直接競爭並彼此有替代性之局面。國會考量到衛星承載業者與有線電視業者此種直接競爭的狀況，認為應該讓衛星承載業者和有線電視業者在法律上立足點平等，因而在「1999 年衛星家庭收視者增進法案」中增訂著作權法第 122 條，讓衛星承載業者在向其訂戶做「當地至當地」的二次傳送服務時，也可以主張法定授權。²¹² 第 122 條是美國著作權法首次讓衛星承載業者的二次傳送業務可以向訂戶傳送當地電視訊號，包括將聯播網電視台或超級台的訊號二次傳送至位於這些電視台的當地市場內之訂戶，且不論該訂戶是否位於收不到這些電視台訊號服務的範圍內。和第 119 條是暫時性的法定授權規定不同的是，第 122 條的法定授權規定具有永久性。²¹³

衛星承載業者要主張第 122 條的強制授權，必須要具備之條件包括：其二次傳送須向公眾為之且必須收費，且該二次傳送須遵守聯邦通訊委員會關於承載電視台訊號之法令、規定或授權之規定，並對著作權局長有報告訂戶資訊之義務，並於每月十五日要報告訂戶變動狀況之資訊。²¹⁴

衛星承載業者在第 122 條的法定授權規定下，並無支付權利金之義務。這

²¹¹ 見 1 NIMMER ON COPYRIGHT, *supra* note 152, §8.18[G][1][a].

²¹² *Id.* §8.18[G][1][b].

²¹³ *Id.* §8.18[G][2].

²¹⁴ *Id.* §8.18[G][3].

是因為當地電視節目上的著作本來在授權上就預期是讓當地市場的收視者可以看到，所以衛星承載業者將當地電視台的訊號傳至當地電視台的當地市場的收視戶（同時也是衛星承載業者「當地至當地」服務的訂戶），原本就在著作權人的授權預期範圍內。²¹⁵

參、小結

由本章說明可知，美國著作權法下公開演播概念範圍比我國公開播送之範圍要廣。我國法下，廣播或電視廣播之公開播送與有線電視接收廣播或電視廣播節目後之再播送，在美國法下係屬於公開演播。

美國法對公開演播有許多免責規定，第 110 條第 (5) 款第 (B) 目是對餐飲設施及非餐飲設施就非戲劇性音樂著作公開演播之免責規定，可以讓符合條件的餐飲設施及非餐飲設施在該店家之接收區域範圍內就再傳送行為（公開演播）免責。不過這項免責規定已經被世界貿易組織認定為違反 TRIPs 協定的三步測試原則，為避免引起國際爭議，我國似無參考此條文對再播送提供類似免責或合理使用規定之必要。其次，就教育性之傳送，其原傳送是依第 110 條 (2) 款免責，其二次傳送則是依第 111 條 (a) 項 (2) 款免責。又，衛星承載業者被動的作為二次傳送之管道時，依第 111 條 (a) 項 (3) 款有免責規定。而政府及非營利組織之二次傳送有第 111 條 (a) 項 (5) 款之免責規定。

第 110 條中與本研究案最相關的免責規定就是第 111 條 (a) 項 (1) 款。於旅館、醫院接收廣播或電視節目後傳送至其旅館房間或病房之情形，美國著作權法對旅館及住宿業者的二次傳送在該款有免責規定，條件是該二次傳送非由有線系統業者所為、原傳送之訊號必須是經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司所

²¹⁵ *Id.* §8.18[G][4] n 577.

為、該二次傳送必須將原傳送之訊號完整的傳送、為二次傳送之旅館、公寓或類似場所必須在原傳送之廣播公司當地服務區域內、二次傳送必須要傳送到此等場所之客人或住戶之私人住處，同時，就該二次傳送之收視或收聽不能有收取直接費用。

此外，美國著作權法對二次傳送還有三個法定授權的規定，分別是有線系統業者二次傳送之法定授權（第 111 條(c)項）、衛星承載業者對聯播網電視台與超級台之遠距電視訊號二次傳送之法定授權（第 119 條），和衛星承載業者以二次傳送提供「當地至當地」服務之法定授權（第 122 條）。這三項法定授權規定都有其發展的歷史因素，其中，第 119 條和第 122 條是衛星承載業者得主張二次傳送法定授權的規定，牽涉到美國電視產業的的當地市場和遠距市場競爭特性，在我國無線電視收視範圍均以全國為對象、並無必要由衛星承載業者另行將無線電視節目對收視戶傳送的环境下，這兩個條文似乎沒有參考價值。而第 111 條(c)項有線系統業者二次傳送之法定授權規定，雖對我國有線系統業者二次傳送的著作權問題解決可以有部分幫助²¹⁶，但是其權利金計算的方式複雜、「遠距訊號等值」的認定會涉及通訊技術與市場之知識領域，沒有國家通訊委員會的協助，單憑智慧局恐怕很難有效率的處理，加上權利金分配有糾紛時要由著作權權利金法官決定適當的分配權利金方法，有其相應的程序規定²¹⁷，我國如果要仿照，恐怕會需要司法院做制度面的修法配合。

²¹⁶ 我國旅館與醫院房間再播送之例中，於透過有線電視系統業者做再播送時，即無法符合美國法第 111 條(c)項有線系統業者二次傳送之法定授權規定。所以只有旅館與醫院自行拉線之情形有適用餘地。

²¹⁷ 著作權權利金法官制度需要有龐大的經濟、會計與產業知識領域的支援系統，但如果能夠建立，不單能解決有線系統業者二次傳送權利金分配的問題，也可以替代目前著作權審議及調解委員會的部分功能，對我國仲團實務上經常發生的使用費率爭議有幫助。

第四章 日本對公開播送與再播送制度之規範

日本著作權法下對於著作之無形利用，可以分為上演權、演奏權（第 22 條）、上映權（第 22 條之 2）、公眾送信權（第 23 條第 1 項）、以受信裝置公開傳達權（第 23 條第 2 項）和口述權（第 24 條）。其中，與本研究案相關的是公眾送信（公開傳播）權的部分。

惟須注意的是，本文以下雖然將「公眾送信」譯為「公開傳播」²¹⁸，但日本法下的「公眾送信」並非指包括所有無形利用方式之公開傳播（最廣義的公開傳播），日本法下的公眾送信（公開傳播）是與其他無形利用並列，但其概念範圍又遠大於我國法下的公開播送。日本法對於公眾送信權此一著作（財產）權²¹⁹有權利限制之規定²²⁰，如果稱「公眾送信」時，尚須區辨其是否係指公眾送信下之有線或無線廣播（公開播送）。

其次要注意的是，日本著作權法係採著作鄰接權制度²²¹，對於表演人、錄

²¹⁸ 事實上，日本著作權情報中心（Copyright Research and Information Center; CRIC）的英文版日本著作權法中，將「公眾送信」譯為「public transmission」，見 COPYRIGHT LAW of Japan, http://www.cric.or.jp/cric_e/clj/clj.html (2008/10/23 造訪)。將「public transmission」一詞轉譯為中文，是以「公開傳輸」一詞為較佳，但因為「公開傳輸」在我國法下是只限於網路的部分，日本法下的「公眾送信」相當於我國法下的「公開播送」和「公開傳輸」，將「公眾送信」譯為「公開傳輸」會造成我國讀者理解上的困擾，所以本文還是將「公眾送信」譯為在我國法下沒有對應用語的「公開傳播」，比較不會混亂。其實更好的做法應該是就只使用「公眾送信」一詞不做翻譯（後面的「送信可能化」也是同理），這樣讀者只需要去理解「公眾送信」一詞的意義範圍、見詞生義即可，在為文敘述和閱讀和其後與人討論溝通日本法規定時，就不會造成寫者、讀者和談者對應用語不一的困擾。惟「公眾送信」定義中所用到的「有線通信之送信」、「無線通信之送信」中之「送信」一詞，依辭義仍應譯為「傳輸」始符合條文精神。

²¹⁹ 日本著作權法下之著作人格權與我國法稱呼相同，但其著作財產權逕稱為「著作權」。

²²⁰ 日本著作權法所稱之「著作權之限制」即為「著作財產權之限制」，學說或稱為合理使用。

²²¹ 對於「neighboring right」，一般譯為「鄰接權」或「著作鄰接權」，照理說這裡沒有「著作」二字相對應的英文字，應該僅譯為「鄰接權」。惟日本法制度下是明文使用「著作鄰接

音物製作人和廣播機構是以著作鄰接權來保護，因此對於表演、錄音物和廣播之有線或無線廣播，係放在鄰接權的部分處理。這部分有準用與不準用著作(財產)權權利限制規定之情形。

以下將先介紹日本法下公眾送信之概念；其次則對著作與著作鄰接權部分，分別討論其公開播送與再播送之規範，包括著作權人享有之權利範圍與權利限制，與著作鄰接權人享有之權利範圍與權利限制；最後再比較日本法與我國法對公開播送與再播送規範之差異，並以旅館、醫院接收廣播或電視節目後傳送至其旅館房間或病房之例，來檢視在日本法下與我國法下之法律適用。

壹、日本法下公眾送信之概念

日本著作權法是以公眾送信(公開傳播)為最上位概念，其下區分為「同時傳播」和「自動公眾送信(應公眾要求而自動進行傳輸/網路互動式傳播)」和「其他公眾送信(公開傳播)」三類。²²²

「同時傳播」可以再分為「放送(無線廣播)」和「有線放送(有線廣播)」；「自動公眾送信(應公眾要求而自動進行傳輸/網路互動式傳播)」則另有前階段行為稱為「送信可能化(向公眾提供)²²³」；而「其他公眾送信(公開傳播)」則係指應公眾要求而並非自動進行送信之情形，例如應顧客之要求而將

權」一詞，因此本文在日本法部分仍以「著作鄰接權」稱之。

²²² 日本於平成9年修正時，對公眾送信之體系做了重整，詳細修法經過與內容，見馮震宇、吳翊如、陳錦全，「美國、歐聯、日本及澳洲因應世界智慧財產權組織一九九六年 WIPO Copyright Treaty 及 WIPO Performances and Phonograms Treaty 二條約有關著作權法制之修正發展」，第 128 至 152 頁（經濟部研發會委託中華經濟研究院執行，民國 89 年 9 月）。

²²³ 「送信可能化」為日本著作權法之用語，其於日本著作權法的英譯版下之對應用語為 transmittable，本應譯為「可得傳輸」，即為 WCT 和 WPPT 下的「使可取得」(making available，或譯為「(向公眾)提供」)的概念，惟為使讀者容易對應日本著作權法條文，本文仍保留「送信可能化」之用語。

收藏的文獻資料傳真給顧客之情形。²²⁴

以下將說明「公眾送信（公開傳播）」、「放送（無線廣播）」、「有線放送（有線廣播）」、「自動公眾送信（應公眾要求而自動進行傳輸／網路互動式傳播）」和「送信可能化（向公眾提供）」在日本法下之定義，並說明何者相當於我國公開播送之概念。

一、日本法下公眾送信之體系

（一）公眾送信（公開傳播）

日本著作權法下所謂「公眾送信（公開傳播）」，係指以公眾直接接收為目的而為之無線通訊或有線電氣通訊之送信（日本著作權法第2條第1項第7之2款）²²⁵。

於此「以公眾直接接收為目的而為之無線通訊或有線電氣通訊之送信」中，還要扣除一種複雜的情形，即，當有線電氣通訊設備的一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內（若該建物由二人以上占有時，尚須係放置在屬於同一人占有之區域內）時，其有線電氣通訊設備間之送信不算公眾送信。但是這又有一個例外，於所送信的內容是電腦程式著作時，此種有線電氣通訊設

²²⁴ 加戶守行 『著作權法逐條講義（五訂新版）』（社團法人著作權情報センター、2006年）、p. 30-31。

²²⁵ 日本著作權法第2條第1項第7之2款規定：「公眾送信，係指以公眾直接接收為目的而為之無線通訊或有線電氣通訊之傳輸〔電氣通訊設備之一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內（若該建物係屬於二人以上之人占有時，在屬於同一人占有之區域內）時，以該電氣通訊設備傳輸（電腦程式著作之傳輸除外）者除外〕。」於此要先說明的是，日本法之條文結構經常會有於條文中「以括弧來做定義規定」和「以括弧來做除外規定」之情形，使得一個條文照日本法條文結構翻譯時，讀起來很不容易理解的情形。此時只要掌握一個解讀方法，就是碰到條文中的括弧時，就把括弧內容先跳過，直接連結括弧前後的文字來理解主要規定內容，之後，再讀括弧的內容以判斷它是「以括弧來做定義規定」還是「以括弧來做除外規定」的情形，而對已經理解的主要規定內容做補充或做除外解釋，就可以充分理解整個條文的內容。本文在以下法條說明時，均採此種分批說明方式，以利讀者閱讀理解，但完整的條文會附在註解中。

備的一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內(若該建物由二人以上占有時,放置在屬於同一人占有之區域內)之有線電氣通訊設備間之送信則仍然構成「公眾送信」(日本著作權法第2條第1項第7之2款括弧)。²²⁶

到日本平成18年(2006年)修法時,考量到此種同一建物內有線電氣通訊設備所指的區域網路在技術上已經不再只是有線區域網路之情形,目前公司行號和家庭運用無線區域網路之情形甚為普遍,因而將「有線電氣通訊設備」之「有線」二字刪除,只剩下「電氣通訊設備」。亦即,此種同一建物內之情形,不再限於「有線電氣通訊設備」,也包括無線區域網路的情形在內²²⁷,所以,當電氣通訊設備的一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內(若該建物由二人以上占有時,尚須係放置在屬於同一人占有之區域內)時,不再區分有線電氣通訊設備和無線電氣通訊設備,其電氣通訊設備間之送信不算公眾送信。

²²⁶ 這裡所說的「有線電氣通訊設備的一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內」的規定,是指如果一棟建物內有許多樓層、每樓層又分為許多隔間之情形,如果甲公司的有線電氣通訊設備的一部分(例如音樂播放設備)放置在其占有的二樓A室,另一部分有線電氣通訊設備(例如擴音箱)放置在同一建物內三樓的X室與Y室,其間的音樂由二樓A室送信至三樓的X室與Y室時,不算公眾送信。但如果甲公司的音樂由二樓A室送信至同一建物內一樓的其他店家時,則屬於公眾送信。第2條第1項第7之2款括弧同時也可以處理區域網路(Local Area Network; LAN)的情形。即甲公司的區域網路設備分別放置在其所占有之同一建物中的二樓A室和三樓的X室與Y室時,其區域網路間的送信不算公眾送信。但如果甲公司跟同一建物內一樓的其他店家的設備連成區域網路時,其間的送信則屬於公眾送信。日本法在此對電腦程式著作設有例外,即在區域網路間的送信的內容是電腦程式著作時,縱使甲公司的區域網路設備放置在同一建物內屬於甲公司占有之區域內,其間的送信仍然要算公眾送信。這是因為考慮到如果甲公司在區域網路伺服器中放一份電腦程式著作即可讓相連之多台終端機都可以用隨機存取記憶體中暫時性重製之方式使用電腦程式著作,對電腦程式著作的著作人會帶來顯著的經濟不利益,因而於平成9年修法時賦予電腦程式著作的公眾(有線)送信權,以彌補日本對暫時性重製採取非著作權法意義下重製的立場,對電腦程式著作在區域網路環境下可能造成的傷害。關於第2條第1項第7之2款的場所例外規定,詳見日本學者加戶守行氏之說明,加戶守行,前引註224,第31-32頁。

²²⁷ 文化庁長官官房著作權課、著作權法の一部を改正する法律の制定について、http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/chosakukenhou_kaisei_4_q5.html (2008/10/18 visited)。

基於上述說明，將日本法的公眾送信定義整理如下：

公眾送信，係指以公眾直接接收為目的而為之無線通訊或有線電氣通訊之傳輸。於此公眾送信概念中，應排除「該建物係屬於同一人占有時，電氣通訊設備之一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內，而以該電氣通訊設備傳輸之情形」和「該建物係屬於二人以上之人占有時，電氣通訊設備之一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內且在屬於同一人占有之區域內，而以該電氣通訊設備傳輸之情形」。但以該電氣通訊設備所傳輸者係電腦程式著作時，即不論該電氣通訊設備是有線或無線設備，設備間對電腦程式著作之傳輸即仍屬公眾送信。

那麼，如果同一建物內，碰到不是「該建物係屬於同一人占有時，電氣通訊設備之一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內，而以該電氣通訊設備傳輸之情形」、同時也不是「該建物係屬於二人以上之人占有時，電氣通訊設備之一部分放置場所與他部分放置場所在同一建物內且在屬於同一人占有之區域內，而以該電氣通訊設備傳輸之情形」，而其所傳輸的又「不是電腦程式著作」時，其設備間之傳輸固然不屬於公眾送信，但是否就沒有著作權的問題呢？

答案並非如此。因為日本著作權法第2條第7項規定：「於本法中之上演、演奏或口述，應包括以著作之上演、演奏或口述之錄音物或錄影物再現之情形（該當於公眾送信或上映者除外），及將著作之上演、演奏或口述以電氣通信設備傳達之情形（該當於公眾送信者除外）。」亦即，在此一建物中分屬二人以上之人占有之設備放置場所間、而其間所傳輸的是電腦程式著作以外之著作類別時，此時其設備間之傳輸雖不屬於公眾送信，但如果碰到符合第2條第7項中的「將著作之上演、演奏或口述以電氣通信設備傳達之情形（該當於公眾

送信者除外²²⁸)」時，仍為日本著作權法第 22 條上演權或演奏權之範圍所及。

229

(二) 放送 (無線廣播)

日本著作權法下所謂「放送」，係指於公眾送信中，以由公眾將同一內容之傳輸同時接收為目的，所為之無線通訊之傳輸。(日本著作權法第 2 條第 1 項第 8 款)。

由於放送是以由公眾將同一內容之傳輸同時接收為目的，所以同屬一廣播網的主廣播局 (key station) 向廣播網分局 (network station) 之間透過微波連結之情形，或廣播公司透過通訊衛星向有線電視局 (CATV station) 點對點傳送節目之情形，由於並非向公眾傳輸內容，不能認為是「放送」。

網路上的互動式傳輸雖然是向公眾傳輸內容，但並非「為同一內容之傳輸」、亦非「公眾同時接收傳輸」，所以也不是「放送」而應歸為日本著作權法第 2 條第 1 項第 9 之 4 款的「自動公眾送信 (應公眾要求而自動進行傳輸／網路互動式傳播)」。又，將廣播節目放在網際網路上做網路廣播之情形，亦非「放送」而應歸為「自動公眾送信」。²³⁰

放送在日本典型的例子是 NHK 和民間放送等廣播業者，以地上波進行之電視廣播、收音機廣播，透過廣播衛星進行之衛星廣播，和利用通訊衛星向一般家庭做節目傳送訊號服務之情形。

放送的要件中有「無線通訊之傳輸」，這是指將聲音或影像變換成電氣訊號之情形。廣播 (只有聲音) 和電視廣播 (有聲音和影像) 固然包括在內，理

²²⁸ 這裡討論的例子剛好是不該當於公眾送信之情形。

²²⁹ 相關情形之區辨，並請參見以下「(三) 有線放送 (有線廣播)」標題下之文字說明。

²³⁰ 加戶守行，前引註 224，第 34 頁。

論上以摩斯密碼傳輸、和將文字或靜止畫面做無線廣播，都屬於放送。²³¹

「放送」在日本著作權法下並不限於在「電波法」下獲得廣播許可之對象，甚至可以涵蓋到「火腿族」無線電業餘愛好者和無線電計程車行進行送信之情形。²³²

在日本著作權法下，「放送事業者」必須是反覆持續進行放送（無線廣播）行為以之為業之人才能稱為「放送事業者」²³³，業餘的無線電玩家如果有反覆持續進行放送行為以之為業時，不論其在其他法令下是否違法，均為著作權法下之「放送事業者」。日本國內的放送事業者有在電波法上領有執照的 NHK、民間放送、放送大學學園，和在電波法上未領有執照而係依美日安保條約特別法之規定、無須依電波法申請執照即可實施之駐留軍廣播（美國軍事網；American Forces Network），及電波微弱而無須申請執照的迷你網，都是著作權法下之「放送事業者」。²³⁴

（三）有線放送（有線廣播）

日本著作權法下所謂「有線放送」，係指於公眾送信中，以由公眾將同一內容之傳輸同時接收為目的，所為之有線電氣通訊之傳輸（日本著作權法第 2 條第 1 項第 9 之 2 款）。

有線音樂放送²³⁵和有線電視（CATV）都是屬於有線放送（有線廣播）²³⁶。

²³¹ 同上註，第 35 頁。

²³² 同上註。

²³³ 日本著作權法第 2 條第 1 項第 9 款規定：「放送事業者，係指以放送為業者。」

²³⁴ 加戶守行，前引註 224，第 35-36 頁。

²³⁵ 日本的有線音樂放送非常盛行，最大的業者是 USEN 公司，該公司係成立於 1964 年的大阪有線放送社，2005 年更名為現名。見 <http://www.usen.com/index.php>（2008/10/23 造訪）。

「放送」和「有線放送」都是公眾送信的下位概念中，「向公眾傳輸同一內容」，而公眾是屬於「同時接收所傳輸之同一內容」之情形，只不過二者所採取的傳輸方法有「無線通訊」和「有線電氣通訊」之別。²³⁷

又，由於「有線放送」是「公眾送信」的下位概念，所以必須符合「公眾送信」的「以公眾直接接收為目的」要件²³⁸，有線音樂放送之有線放送事業者向咖啡廳、酒吧等傳輸有線音樂，供店內客人聽之情形，該咖啡廳、酒吧業者即為此所稱之「公眾直接接收」。²³⁹ 惟要與此相區別的是，接收傳輸之該咖啡廳、酒吧業者再將傳輸內容放出讓店內顧客聽的行為，則為第 23 條第 2 項²⁴⁰「以接收裝置為公開傳達權」的問題。²⁴¹ 又，咖啡廳、酒吧業者如係於店內播放錄音物讓店內顧客聽的行為，則是第 22 條演奏權²⁴²的問題。²⁴³ 再者，如

該公司網頁稱其市占率為 80%，為全世界最大的有線音樂放送服務業者，利用同軸纜線和通訊衛星進行 24 小時不間斷的有線音樂放送服務。見 6 つの主要事業、<http://www.usen.com/business/>（2008/10/23 造訪）；有線音樂放送について、<http://www.usen.com/05ch/>（2008/10/23 造訪）。

²³⁶ 加戶守行，前引註 224，第 36 頁。

²³⁷ 日本法為何要對同時傳輸、同時接收傳輸之情形再區別為「有線放送」和「(無線)放送」，有兩種說法，一種說法是因為日本法對於國外的有線放送不予保護、但對國外的放送給予保護，所以仍有區別之必要。見加戶守行，前引註 224，第 30 頁。另一種說法是因為日本法賦予放送事業者和有線放送事業者的著作鄰接權權利範圍和權利限制規定不盡相同之故。見板東久美子「著作権を巡る当面の諸問題」コピーライト 437 号 12 頁 (1997 年)。

²³⁸ 見日本著作權法第 2 條第 1 項第 7 之 2 款「公眾送信」之定義，前引註 225。

²³⁹ 加戶守行，前引註 224，第 31 頁。

²⁴⁰ 日本著作權法第 23 條第 2 項規定：「著作人專有將其公眾送信之著作以接收裝置為公開傳達之權利。」

²⁴¹ 加戶守行，前引註 224，第 31 頁。

²⁴² 日本著作權法第 22 條規定：「著作人就其著作專有以讓公眾直接看或直接聽為目的(以下稱為「公開」)而上演或演奏之權利。」第 2 條第 7 項規定：「於本法中之上演、演奏或口述，應包括以著作之上演、演奏或口述之錄音物或錄影物再現之情形(該當於公眾送信或上映者除外)，及將著作之上演、演奏或口述以電氣通信設備傳達之情形(該當於公眾送信者除外)。」所以，播放含有著作之錄音物即符合第 2 條第 7 項「以著作之..演奏..之錄音物...再現之情形」而落入「演奏」之擴大意義範圍。於店內播放錄音物讓店內顧客聽的行為，就音樂著作而言，即為第 22 條演奏權所規範。

果是於旅館內部透過館內房間之循環封閉電視系統（CCTV; closed-circuit television）將錄音物上之音樂放出的情形，由於係同一建物內電氣通訊傳輸設備同屬一人（旅館主人）所有，其間之傳輸不構成公眾送信，也是第 22 條演奏權的問題。²⁴⁴

在日本著作權法下，「有線放送事業者」必須是反覆持續進行放送（有線廣播）行為以之為業之人才能稱為「有線放送事業者」²⁴⁵，並不問其營利與否。

（四）自動公眾送信（應公眾要求而自動進行傳輸／網路互動式傳播）與送信可能化（向公眾提供）

相對於「放送」和「有線放送」是由廣播業者對公眾同時為同一內容之傳輸而公眾同時接收，日本法對於在網路環境下應公眾要求而自動進行傳輸之情形，稱之為「自動公眾送信」。

日本著作權法下所謂「自動公眾送信」，係指於公眾送信中，應公眾要求而自動進行傳輸者，但要扣除掉該當於放送或有線放送者之情形。²⁴⁶ 換言之，「自動公眾送信」不包括「放送」和「有線放送」。「自動公眾送信」、「放送」和「有線放送」三者是並列而互斥的關係。

在全球資訊網（WWW）上的服務、BBS 上的服務，及網路廣播（webcast）都是屬於「自動公眾送信」。²⁴⁷

²⁴³ 加戶守行，前引註 224，第 31 頁。

²⁴⁴ 同上註，第 32-33 頁。

²⁴⁵ 日本著作權法第 2 條第 1 項第 9 之 3 款規定：「有線放送事業者，係指以有線廣播為業者。」

²⁴⁶ 日本著作權法第 2 條第 1 項第 9 之 4 款規定：「自動公眾送信，係指於公眾送信中，應公眾要求而自動進行傳輸者（該當於放送或有線放送者除外。）。」

²⁴⁷ 加戶守行，前引註 224，第 37 頁。

又，「自動公眾送信」在進行傳輸行為之前的前階段行為，也就是將著作放上網路、使著作處於公眾得自行選擇時間或地點接觸之狀態之行為，稱為「送信可能化（向公眾提供）」。

日本法就網路部分做「自動公眾送信」及其前階段行為「送信可能化」之區分，是有其區別實益的，因為在對著作人賦予公眾送信權時，是規定於「公眾送信」中有「自動公眾送信」之情形時，包括「送信可能化」²⁴⁸，因此，著作權人在網路部分是同時享有「自動公眾送信權」和「送信可能化權」；但對著作鄰接權人則未賦予「自動公眾送信權」而僅賦予「送信可能化權」²⁴⁹，因此著作鄰接權人在網路部分只有「送信可能化權」。

（五）小結

日本法之「公眾送信」包括「公眾送信（公開傳播）」、「放送（無線廣播）」、「有線放送（有線廣播）」、「自動公眾送信（應公眾要求而自動進行傳輸／網路互動式傳播）」和「送信可能化（向公眾提供）」，其各個概念與我國法相當之概念表列如下：

日本	我國
公眾送信	相當於我國法的公開播送加上公開傳輸
放送	無線電方式之廣播，可以是公開播送之原播送或再播送
有線放送	有線電方式之廣播，可以是公開播送之原播送或再播送
自動公眾送信	二者合併相當於我國法之公開傳輸
送信可能化	

²⁴⁸ 日本著作權法第 23 條第 1 項規定：「著作人就其著作專有公眾送信（於自動公眾送信之情形，含送信可能化）之權利。」

²⁴⁹ 表演人的送信可能化權見日本著作權法第 92 條之 2；錄音物製作人的送信可能化權見第 96 條之 2；有線廣播事業者的送信可能化權見第 99 條之 2；無線廣播事業者的送信可能化權見第 100 條之 4。

二、日本法對著作權人公眾送信權（公開傳播權）之規範

以下將先針對著作權人的部分，就與本研究案主題相關（即公開播送與再播送）之部分，來說明其公眾送信權之內容、公眾送信權之限制，和公眾送信權有關之裁定利用規定，以了解日本著作權法對著作權人公眾送信權之整體規範，並整理出其中相當於我國法得以公開播送和得以再公開播送之情形，以為其後與我國法比對之基礎；關於著作鄰接權人的部分，則於「三、日本法對著作鄰接權人與公眾送信權相關權利之規範」之部分做處理。

（一）著作權人之公眾送信權之內容

由之前說明可知，日本著作權法下的公眾送信是最上位概念，其下可以分成放送、有線放送、自動公眾送信、送信可能化²⁵⁰和其他公眾送信，而著作權人依日本著作權法第 23 條第 1 項享有完整的公眾送信權，所以著作權人的公眾送信權包括「放送權（無線廣播權）」、「有線放送權（有線廣播權）」、「自動公眾送信權（應公眾要求而自動進行傳輸權／網路互動式傳播權）」和「送信可能化權（向公眾提供權）」，及「其他公眾送信權（其他公開傳播權）」（指應公眾要求而並非自動進行送信之情形，例如應顧客之要求而將收藏的文獻資料傳真給顧客之情形）。

與本研究案相關之公眾送信權，是「放送有關之公眾送信權」（即舊法下所稱的「放送權」）和「有線放送有關之公眾送信權」（即舊法下所稱的「有線放送權」）。現場直接無線廣播²⁵¹、以錄音物或錄影物做無線廣播、將原播送之無線廣播接收後再做無線廣播、以無線廣播之方式重播，都是屬於放送有關之公眾送信權；而將自製節目有線廣播、將無線廣播接收後再做有線廣播，

²⁵⁰ 送信可能化是自動公眾送信的前階段行為，所以日本著作權法在著作權人的自動公眾送信時，會說包括送信可能化。

²⁵¹ 日本稱為「生放送」。

則是屬於有線放送有關之公眾送信權。²⁵²

日本法下對於放送和有線放送定義中雖然並不像我國法對公開播送的定義那樣區分原播送和再播送，但是並非日本法沒有原播送和再播送的觀念，一著作被放送／有線放送後，被接收下來再為放送／有線放送，由於後者²⁵³也是在做放送／有線放送，所以也是為放送／有線放送權利所及。

又，與公眾送信權相關的還有一個必須介紹的權利是日本著作權法第 23 條第 2 項²⁵⁴的「以接收裝置為公開傳達之權利」。這就是我國實務上所稱的「在公共場所單純開機」的問題。「在公共場所單純開機」的行為在伯恩公約上是屬於第 11 條之 2 廣播權的一部分，在我國實務上，智慧局認為單純開機之外別無動作就不會是著作權權利範圍內的行為，在日本則是對著作權人賦予第 23 條第 2 項的「以接收裝置為公開傳達之權利」。²⁵⁵

日本著作權法第 23 條第 2 項「以接收裝置為公開傳達之權利」，限於現場直接傳達之情形，就是將廣播節目直接透過擴音機放給客人聽、將電視節目直接透過電視機或接收影像的機器放給客人看，不能有錄音或錄影行為介入而以錄製之錄音物或錄影物播放給客人看的情形，蓋一旦有後者情形，會先有重製權發生，其後的錄音物或錄影物播放行為則另視所牽涉到的著作類別而有第 22 條上演權或演奏權、第 22 條之 2 的上映權或第 24 條口述權的問題。²⁵⁶

²⁵² 加戶守行，前引註 224，第 189 頁。

²⁵³ 此處所稱的後者如果是由原播送以外之人所為的放送／再放送之情形，即為我國法下公開播送的再播送行為。

²⁵⁴ 第 23 條第 2 項規定：「著作人專有將其公眾送信之著作以接收裝置為公開傳達之權利。」

²⁵⁵ 關於在公共場所單純開機收視或收聽著作的問題，詳見張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，經濟部智慧財產局委託研究報告，民國 95 年 2 月。

²⁵⁶ 加戶守行，前引註 224，第 190 頁。

（二）著作權人之公眾送信權之限制

日本著作權法第 30 條以下是對著作權人權利之限制，其中與著作權人之公眾送信權之限制相關的條文是第 34 條、第 35 條第 2 項²⁵⁷、第 36 條、第 37 條、第 37 條之 2、第 38 條、第 39 條、第 40 條第 2 項和第 3 項。

但在上述條文中，第 36 條²⁵⁸、第 37 條²⁵⁹、第 37 條之 2²⁶⁰、第 38 條第 1 項、第 4 項和第 5 項²⁶¹之規定是與放送和有線放送無關、或非對放送權和有線放送權做限制之規定，所以，以下僅介紹第 34 條、第 35 條第 2 項、第 38 條第 2 項和第 3 項、第 39 條、第 40 條第 2 項和第 3 項之規定。

又，對著作權人權利之限制之規定中有得利用（即不限制利用之方法者）之情形，例如第 40 條第 1 項、第 41 條、第 42 條之 2、第 46 條、由於並未限制利用之方法，所以放送或有線放送均得為其利用方法，這些條文也會一併介紹。

1. 公眾送信權之限制規定²⁶²

²⁵⁷ 第 35 條第 1 項是學校或教育機構授課得重製之規定，與公眾送信無關。

²⁵⁸ 第 36 條第 1 項是著作作為考試題目之得為重製和公眾送信之利用的規定，雖有公眾送信在內，但明示排除放送和有線放送之適用；第 2 項補償金之規定，兩項均與放送和有線放送無關。

²⁵⁹ 第 37 條第 1 項是得以點字重製之規定；第 2 項是以電腦點字處理時得儲存於媒介物和公眾送信之規定，但明示放送和有線放送之適用；第 3 項是點字圖書館或視覺障礙福利機構供視覺障礙者借出或自動公眾送信之用時得錄音，和得為供視覺障礙者之用而自動公眾送信之規定，三項均與放送和有線放送無關。

²⁶⁰ 第 37 條之 2 是聽覺障礙福利事業得為聽覺障礙者將放送或有線放送之著作之聲音以文字做自動公眾送信之規定，並非對放送權和有線放送權做限制之規定。

²⁶¹ 第 38 條第 1 項是得公開上演、演奏、上映或口述之規定，第 4 項和第 5 項是得出借和得散布之規定與放送和有線放送無關。

²⁶² 日本著作權法稱權利之限制規定，即為「合理使用」，但日本法並不像我國法的合理使用規定那樣必須用我國法的第 65 條第 2 項第 1 至 4 款判斷因素做合理範圍的判斷。在日本

(1) 第 34 條

第 34 條第 1 項規定：「已公表之著作，於學校教育目的必要範圍內，得於依據學校教育有關法令規定之教育課程基準以學校為對象之放送節目或有線放送節目中，為放送或有線放送，或將該放送接收後同時於該放送之放送對象區域（係指昭和二十五年法律第一百三十二號放送法第二條之二第二項第二款規定之放送對象區域；於該條未規定之放送，係指昭和二十五年法律第一百三十一號電波法第十四條第三項第三款規定之放送區域。以下亦同。）進行以接收傳輸為目的之自動公眾送信，並得揭載於該放送節目或有線放送節目用之教材中。」

現在的教學方法除了現場教學之外，也有以廣播節目或電視廣播節目作為補助教學之方式，本條是基於公益之目的而設的權利限制規定。

依本條得主張的行為有四，即得為放送、有線放送、將本條之放送接收後在特定條件下同時自動公眾送信，和揭載於本條之放送或有線放送用之教材中之行為。對於再傳輸的部分，由於只提到以「同時自動公眾送信」之方式為之，並不包括以放送或有線放送方法之再利用行為，所以本條並非再公開播送之情形，而是只有原播送（放送或有線放送）有適用餘地。

依本條利用之著作必須是已公表之著作。該已公表之著作必須是放在「依據學校教育有關法令規定之教育課程基準以學校為對象之放送節目或有線放送節目」中。所謂「依據學校教育有關法令規定之教育課程基準以學校為對象之放送節目或有線放送節目」，是指依日本放送法第 3 條之 2 第 3 項之規定所規範之「以學校為對象之教學節目或與此類似的以有線放送進行的以學校為對象之教學節目」，同時此種教學節目必須遵守日本的學校教育法、教育法施行規則或學習指導要領之規定，並非所有的教學節目都可以主張本條之利用。得

法下只要符合權利之限制規定，利用人就直接構成合理使用。

主張本條放送或有線放送之利用者，可以是 NHK，也可以是民間的放送或有線放送事業者。²⁶³

依本條第 1 項規定利用著作時，依同條第 2 項規定，利用著作之人應將其利用情形通知著作人，並應對著作權人支付相當數額之補償金。利用人通知義務之對象是著作人而非著作權人，這是要讓著作人有考量行使著作人格權的機會；而支付補償金義務之對象則為著作權人。²⁶⁴而「相當數額之補償金」是依利用情形而定，先由放送或有線放送公司判斷下支付，對數額有爭議時，由法院裁判。²⁶⁵

依本條第 1 項規定之放送或有線放送時，依第 43 條第 1 款之規定並得以翻譯、編曲或改作²⁶⁶，依第 48 條第 1 項第 2 款對著作有註明出處之義務。²⁶⁷

(2) 第 35 條第 2 項

第 35 條第 2 項規定：「於前項²⁶⁸教育機構授課過程中，對直接接受授課者提供或提示著作之原件或重製物之方式利用該著作之情形，或依第 38 條第

²⁶³ 加戶守行，前引註 224，第 255 頁。

²⁶⁴ 同上註，第 255 頁，並參照 249 頁之讓著作人有考量行使著作人格權的機會之說明。

²⁶⁵ 同上註，第 255 頁。

²⁶⁶ 這裡的「改作」是指日本法下的「翻案」，在日本日本著作權情報中心的英文版日本著作權法中，將「翻案」譯為「adapt」或「adaptation」，英文版日本著作權法出處見前引註 218。「翻案」的形態可以包括腳色化、電影化、長文摘譯和將小說為兒童改寫等情形，「翻案」與翻譯、編曲和變形係並列的地位，四者都是日本法下創作二次著作（即衍生著作）之方法行為。見加戶守行，前引註 224，第 48 頁。所以，「翻案」、翻譯、編曲和變形四者合起來才相當於我國法下的改作。

²⁶⁷ 加戶守行，前引註 224，第 255 頁。

²⁶⁸ 日本著作權法第 35 條第 1 項規定：「學校及其他教育機構（為營利目的設置者除外。）擔任教育之人及接受授課之人，供其授課過程中使用為目的之情形，於必要範圍內得重製已經公表之著作。但依該著作之種類與用途，及其重製之份數與態樣，對著作權人之利益有不當損害之情形者，不在此限。」

1 項之規定上演、演奏、上映或口述之方式利用該著作之情形，得將已經公表之著作對該授課場所以外之場所同時接受授課者為公眾送信（於自動公眾送信之情形，含送信可能化）。但依該著作之種類與用途，及該公眾送信之態樣，對著作權人之利益有不當損害之情形者，不在此限。」

依本條第 2 項得主張的行為是同時為公眾送信之行為，指的是由本條第 1 項教育機構授課過程的「主會場」同時轉播到第 2 項同時接受授課者所在的「副會場」之情形。這是為了解決目前教育中採取的遠距同步教學和校際合作共同遠距教學的問題。²⁶⁹ 這裡同時進行公眾送信的對象是「在本條第 1 項授課場所以外之場所同時接受授課之人」，也就是在「副會場」中之同時接受授課之人。如果只是將「主會場」的教學內容錄影下來，非同時的再向「副會場」接受授課之人傳輸，不能主張本條第 2 項之合理使用。

第 2 項的「公眾送信」並未排除放送和有線放送之情形，而是所有的公眾送信態樣都可以，所以可以用放送和有線放送的方式同時進行公眾送信。由於第 2 項只提到得以「同時公眾送信」之方式為之，並不包括將放送或有線放送接收後以放送或有線放送方法之再利用行為，所以本條並非再公開播送之情形，而是只有原播送（放送或有線放送）有適用餘地。

本條第 2 項的可以被同時進行公眾送信的有兩種情形，一是「於前項教育機構授課過程中，對直接接受授課者提供或提示著作之原件或重製物之方式利用該著作之情形」，另一是「於前項教育機構授課過程中，...依第 38 條第 1 項之規定上演、演奏、上映或口述之方式利用該著作之情形」。

就「於前項教育機構授課過程中，對直接接受授課者提供或提示著作之原件或重製物之方式利用該著作之情形」而言，指的是第 35 條第 1 項的非營利

²⁶⁹ 加戶守行，前引註 224，第 260 頁。

目的之學校及其他教育機構擔任教育之人對直接接受授課者（主會場中的學生）提供或提示著作之原件或重製物時，得將已經公表之著作對該授課場所以外之場所同時接受授課者（副會場中的學生）為公眾送信。所以，主會場的教學者向學生提供著作之重製物，或將著作當教材向學生提示時，將主會場之教學同時進行公眾送信到副會場時，可以主張第 35 條第 2 項的合理使用。²⁷⁰

就「於前項教育機構授課過程中，....依第 38 條第 1 項²⁷¹之規定上演、演奏、上映或口述之方式利用該著作之情形」而言，第 38 條第 1 項指的是無營利目的且未向觀眾或聽眾收費亦未對表演人或口述者支付報酬之情形，例如教育機構授課過程中，於進行授課的主會場有舞蹈、演奏音樂、將教材上映²⁷²於大型螢幕或電腦螢幕、朗誦詩或小說之情形，將主會場之教學同時進行公眾送信到副會場時，可以主張第 35 條第 2 項的合理使用。²⁷³

又，本條的主會場一定是要學生在會場現場直接接受授課，但是副會場要求的只是與主會場相同的授課內容同時接受授課，其接受授課的形態並無限制，所以可以是在副會場中用螢幕呈現，或是學生個別的個人電腦中呈現，甚

²⁷⁰ 同上註，第 260-261 頁。

²⁷¹ 日本著作權法第 38 條第 1 項規定：「無營利目的且未向觀眾或聽眾收費（係指不論以何種名義、對著作之提供或提示受有對價。以下本條之情形亦同。）者，得公開上演、演奏、上映或口述已經公表之著作。但該上演、演奏、上映或口述對表演人或口述者有支付報酬者，不在此限。」

²⁷² 日本著作權法第 22 條之 2 賦予著作人專有將其著作公開上映之權利。所謂「上映」係指將著作（經公眾送信者除外）投射在投射幕或其他物上之行爲，包括於此時所伴隨的將電影著作上固定之聲音再現之情形（日本著作權法第 2 條第 1 項第 17 款）。因此，日本著作權法下可以主張上映行爲的著作並無著作類別之限制，但是不能是經公眾送信之著作。經公眾送信之著作再投射在投射幕或其他物上之行爲，並非上映權的問題，而是第 23 條第 2 項的「將公眾送信之著作以接收信號之裝置公開傳達權」的問題。關於日本法對上映權之規定，詳見張懿云、陳錦全，前引註 255，第 98 頁以下。

²⁷³ 加戶守行，前引註 224，第 261 頁。

至可以包括學生在家中接受授課之情形。²⁷⁴

第 35 條第 2 項但書對第 2 項本文做了限制，即依該著作之種類與用途，及該公眾送信之態樣，對著作權人之利益有不當損害之情形者，不能主張第 35 條第 2 項本文的合理使用。例如將市面販售的以一人買一份為前提銷售的習題練習、教育軟體等教材，只買一份在主會場用而透過衛星通訊、網際網路傳輸至副會場之情形，會被認為構成對著作權人之利益有不當損害。而授課結束後還能讓學生繼續利用之公眾送信行為（例如放在網頁上），也會被認為構成對著作權人之利益有不當損害。²⁷⁵

（3）第 38 條第 2 項和第 3 項

第 38 條第 2 項規定：「對被放送之著作，無營利目的且未向觀眾或聽眾收費者，得有線放送，或專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）。」

依本條第 2 項得主張的行為是對「被放送之著作」進行「有線放送」和「在特定條件下的同時自動公眾送信」²⁷⁶，所以是相當於我國法下「對無線公開播送做再有線播送」和「對無線公開播送做同時公開傳輸」兩種情形，前者就是

²⁷⁴ 同上註，第 261 頁。

²⁷⁵ 同上註，第 262 頁。

²⁷⁶ 本條第 2 項中的「在特定條件下的同時自動公眾送信」是平成 18 年法律第 121 號才新修正增訂的，條文文字中雖然看不到「同時」一詞，但由「被放送之著作」的放送二字所用的時態並非過去式「放送された」而是現在式「放送される」，可以解釋出必須是要對現在被放送之著作同時做自動公眾送信的意思。見文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律について」 p. 26、コピーライト、volume 47、no.551、2007.3。平成 18 年法律第 121 號是平成 18 年（2006 年）12 月 15 日日本國會通過、同月 22 日公布的，是日本著作權法的現行法，除關於第 102 條之修正條文是在平成 19 年 1 月 11 日起施行之外，其他修正條文都是在平成 19 年 7 月 1 日起施行。

本研究案所欲處理的公開播送之再播送。後者則是與本研究案議題無關。

本條第 2 項不是指在無營利目的且未向觀眾或聽眾收費之情形下可以主張有線放送的合理使用，而是指在無營利目的且未向觀眾或聽眾收費之情形下可以對「被放送之著作」做「有線放送」之行為主張合理使用，所以是對無線公開播送的著作做有線再公開播送之行為主張合理使用。

本條第 2 項對「被放送之著作」的「有線放送」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，所以在昭和 61 年修法時，對「被放送之著作」的「有線放送」行為做本條第 2 項權利限制之規定。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」並不能主張本條第 2 項之合理使用。²⁷⁷

本條第 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。²⁷⁸

第 38 條第 3 項規定：「對被放送或被有線放送之著作（於被放送之著作被自動公眾送信之情形，包括該著作）²⁷⁹，無營利目的且未向觀眾或聽眾收費

²⁷⁷ 加戶守行，前引註 224，第 275 頁。

²⁷⁸ 金井重彦、小倉秀夫 『著作權コンメンタール（上卷）〔初版〕』（東京布井出版、2000 年）、p. 452-453。

²⁷⁹ 括弧裡的文字是平成 18 年法律第 121 號才新修正增訂的，目的是要對以自動公眾送信

者，得以接收裝置向公眾傳達之。使用通常家庭接收裝置之情形者，亦同。」

依本條第 3 項得主張的行為是「以接收裝置向公眾傳達」和「使用通常家庭接收裝置向公眾傳達」兩種行為。此二種行為的對象必須為「被放送或被有線放送之著作」²⁸⁰，且指的是同時向公眾傳達之情形。²⁸¹ 所以，是對已經公開播送（包括有線和無線的公開播送）的著作做同時以接收裝置向公眾傳達之行為，此種情形為我國法意義下的公開播送後的單純開機行為，雖非我國法意義下的公開播送後的再播送行為，但是伯恩公約第 11 條之 2 的行為。

就「以接收裝置向公眾傳達」而言，其前提必須是「無營利目的且未向觀眾或聽眾收費」；惟如果是「使用通常家庭接收裝置向公眾傳達」，就不要求「無營利目的且未向觀眾或聽眾收費」。

換言之，在使用「通常家庭接收裝置」向公眾傳達時，縱使有營利目的或有向觀眾或聽眾收費，也可以就被放送或被有線放送之著作主張合理使用。所以在餐飲店等營利事業中以通常家庭用電視機或收音機供客人收視或收聽之情形，不為著作權範圍所及。

但是在使用「非通常家庭接收裝置」向公眾傳達時，即必須是「無營利目的且未向觀眾或聽眾收費」之情形才可以就被放送或被有線放送之著作主張合理使用，此時，對使用的接收裝置沒有限制，縱使是用大型的投影機、擴音機

之方法對放送做同時再傳輸時，也列入本項權利限制之範圍，得於符合本項要件時，主張合理使用。見文化庁長官官房著作權課「解説 著作權法の一部を改正する法律について」，前引註 276，第 30 頁。

²⁸⁰ 如果不是「被放送或被有線放送之著作」而是將遊戲軟體在影像接收機上再現之情形，就不屬於第 38 條第 3 項，而是第 38 條第 1 項上映的問題。見加戸守行，前引註 224，第 277 頁。

²⁸¹ 加戸守行，前引註 224，第 276 頁。

等特別的接收裝置也可以適用²⁸²；惟如果有營利目的或有向觀眾或聽眾收費，就不能主張第 38 條第 3 項的合理使用。

(4) 第 39 條

第 39 條規定：「（第 1 項）揭載於報紙或雜誌上發行之政治上、經濟上或社會上之時事問題有關之論述（具學術性質者除外。），得於其他報紙或雜誌轉載、放送、有線放送，或將該放送接收而同時於該放送之放送對象區域內以接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）²⁸³。但有禁止此種利用之表示者，不在此限。（第 2 項）依前項之規定被放送、被有線放送，或被自動公眾送信之論述，得以接收裝置向公眾傳達之。」

第 39 條是對揭載於報紙或雜誌上發行之政治上、經濟上或社會上之時事問題有關之論述的合理使用規定，為此種報紙或雜誌上時事問題論述不包括具學術性質者。

依第 39 條第 1 項得主張的行為是「於其他報紙或雜誌轉載」、「放送」、「有線放送」，和「將該放送接收而同時於特定條件下做自動公眾送信」四種行為。所以，是對報紙或雜誌上時事問題論述的重製、無線廣播、有線廣播，和將無線廣播接收而同時做公開傳輸，所以只涉及公開播送的原播送而不涉及再播送之情形。

²⁸² 同上註，第 276 頁。

²⁸³ 這裡的條文從有線放送之後的「....，或將該放送接收而同時於該放送之放送對象區域內以接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）」這一串文字是平成 18 年法律第 121 號才新修正增訂的。見文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律について」，前引註 276，第 31 頁。惟與本研究案公開播送和再播送之議題無關。

第 39 條第 1 項被主張的對象是「揭載於報紙或雜誌上發行之政治上、經濟上或社會上之時事問題有關之論述」，並不包括被放送或有線放送之時事問題論述，這是因為考量到被放送或有線放送之時事問題論述在禁止轉載時有技術上的困難，且放送或有線放送之情形其內容正確性很難確保，因此性質上並不適合納入之故。²⁸⁴

依第 39 條第 2 項得主張的行為是將第 1 項被放送、被有線放送，或被自動公眾送信之論述「以接收裝置向公眾傳達」之行為，所以，是相當於我國法下將報紙或雜誌上時事問題論述無線廣播、有線廣播，和將無線廣播接收而同時做公開傳輸後，再單純開機之情形，所以只涉及無線廣播和有線廣播的單純開機，不涉及再播送之情形。

(5) 第 40 條第 2 項和第 3 項

第 40 條第 2 項規定：「於國家或地方公共團體之機關、獨立行政法人或地方獨立行政法人進行之公開演說或陳述，除前項規定之情形外，於報導目的上正當之情形，得揭載於報紙或雜誌上，或放送或有線放送，或將該放送接收而同時於該放送之放送對象區域內以接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）²⁸⁵。」

依第 40 條第 2 項得主張的行為是「揭載於報紙或雜誌上」、「放送」、「有線放送」和「將該放送接收而同時於特定條件下自動公眾送信」四種行為。相當於我國法下的重製、無線廣播、有線廣播和將無線廣播接收而同時公開傳輸之行為。所以，只涉及公開播送之原播送而不涉及再播送之情形。

²⁸⁴ 加戶守行，前引註 224，第 281 頁。

²⁸⁵ 說明同前引註 283。

第 40 條第 3 項規定：「依前項之規定被放送、被有線放送，或被自動公眾送信之演說或陳述，得以接收裝置向公眾傳達之。」

依第 40 條第 3 項得主張的行為是「以接收裝置向公眾傳達」，被傳達的對象必須是依前項之規定被放送、被有線放送，或被自動公眾送信之演說或陳述。相當於我國法下的有線公開播送、無線公開播送和公開傳輸之後的單純開機行為。

2. 得利用（不限制利用方法）之規定

以下著作權人權利限制之條文（第 40 條第 1 項、第 41 條、第 42 條之 2 和第 46 條），雖然條文中看不出公眾送信、放送或有線放送的字眼，但由於並未限制利用之方法，所以放送或有線放送均得為其利用方法。

第 40 條第 1 項規定：「公開進行之政治上演說或陳述，及在裁判程序（包括行政機關進行之審判及其他準裁判程序。於第四十二條第一項中亦同。）之公開陳述，除就同一著作人之演說或陳述做編輯之利用者外，得以不論何種方法而利用之。」因此，就公開進行之政治上演說或陳述，及在裁判程序、行政機關進行之審判及其他準裁判程序之公開陳述，可以做放送或有線放送。相當於在我國法下可以做無線或有線的公開播送。

第 41 條規定：「以攝影、電影、放送或其他方法報導時事事件之情形，構成該事件之著作，或於該事件過程中所見或所聞之著作，於報導目的上正當範圍內，得重製之，及得伴隨該事件之報導而利用之。」因此，依本條可以做的是伴隨該事件之報導而做任何利用，當然包括做放送或有線放送之利用。相當於在我國法下可以做無線或有線的公開播送。

第 42 條之 2 規定：「行政機關之首長、獨立行政法人等，或地方公共團

體之機關或地方獨立行政法人，依「行政機關資訊公開法」、「獨立行政法人等資訊公開法」或「資訊公開條例」之規定向公眾提供著作或以提示為目的之情形，「行政機關資訊公開法」第十四條第一項（包括基於同項規定而以政令規定者）規定之各種方法、「獨立行政法人等資訊公開法」第十五條第一項規定之方法〔包括基於同項規定該獨立行政法人等所規定之方法（基於「行政機關資訊公開法」第十四條第一項規定而以政令規定之方法以外者除外。）〕，或依「資訊公開條例」規定之方法〔「行政機關資訊公開法」第十四條第一項（包括基於同項規定而以政令規定者。）規定之方法以外者除外。〕為揭露必要之程度內，得利用該著作。」依本條可以做的行為是得利用，當然包括做放送或有線放送之利用。相當於在我國法下可以做無線或有線的公開播送。

第 46 條規定：「原件恆常設置於前條第二項規定之室外場所之美術著作，或建築著作，除下列情形外，得以不論何種方法而利用之：（第 1 款）對雕刻為增製，或將其增製物以讓與之方式向公眾提供者。（第 2 款）建築著作依建築重製之，或將其重製物以讓與之方式向公眾提供者。（第 3 款）為恆常設置於前條第二項規定之室外場所而重製者。（第 4 款）專以販賣美術著作之重製物為目的而重製，或販賣其重製物者。」除第 46 條第 1 至 4 款情形外，對恆常設置於室外場所之美術著作和建築著作可以做放送或有線放送之利用。相當於在我國法下可以做無線或有線的公開播送。

（三）著作權人之公眾送信權有關之裁定利用（強制授權）

日本著作權法針對「著作權人不明或其他原因無法與著作權人取得聯絡」（第 67 條），和「放送事業者請求放送之授權但協議不成，或無法進行協議」（第 68 條）和「以商用錄音物上的音樂著作另行錄音和散布之授權協議不成，或無法進行協議」（第 69 條）三種情形，有得依文化廳長官之裁定利用之制度（亦即強制授權之規定）。其中第 69 條與本研究案無關，以下僅說明第 67 條與第 68 條之裁定利用規定。

1. 著作權人不明或其他原因無法與著作權人取得聯絡時之裁定利用

第 67 條規定：「（第 1 項）已公表之著作，或著作提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯者，因著作權人不明或其他原因，盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡時，依文化廳長官之裁定且依文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金，為著作權人而提存者，得依裁定之利用方法利用之。（第 2 項）於依前項規定做成之著作重製物上，應表示係據同項裁定所為之重製物之旨，及該裁定之年月日。」

第 67 條得利用的行為是依裁定之利用方法而定，所以放送、有線放送都可能是利用方法。

依第 67 條得利用之著作必須是「已公表之著作」或是「著作提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯」之情形，主張之條件是「著作提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯」、且「因著作權人不明或其他原因，利用人盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡」，此時得請求文化廳長官裁定利用，其利用「必須將應支付給著作權人之補償金為著作權人而提存」，之後，利用人即得依裁定之利用方法利用該已公表之著作、並依第 2 項規定於做成之著作重製物上做法定標示。本條是基於公益之考量，由政府機關代替著作權人為著作授權之規定，為因著作權人不明或其他原因，利用人盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡之情形，開一條合法利用的路。²⁸⁶

「著作提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯者」，並不等於該著作已經公表，因為可能著作人並未行使公表權，但是被非法公表而流傳，此時仍著作人仍享有公表權，但考量到在社會上流傳已久、著作之內秘性質已經喪失、對著作人的人格利益並無實害，因此仍容許申請裁定利用。至於一著作

²⁸⁶ 加戶守行，前引註 224，第 399 頁。

是否「提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯」而言，應由申請人於申請裁定時提出資料釋明。²⁸⁷

本條所謂「著作權人不明」，包括著作人並非不明但是死後家屬為著作權人而不明之情形，和著作權人並非不明但其居所不明之情形。所謂「盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡」是必須要盡所有可能的努力仍聯絡不上。²⁸⁸

申請裁定利用之利用人所應支付的補償金，是由文化廳長官指定，其指定有一個基本參考點就是「相當於通常使用費之額」。文化廳長官裁定利用人所應支付的補償金之數額時，依第 71 條²⁸⁹規定，應向文化審議會諮詢。「相當於通常使用費之額」並非指社會上一律通用的情形，而是在平均市場價格的基礎上，再依著作之性質或利用態樣做調整。

獲裁定利用之利用人必須將應支付給著作權人之補償金為著作權人而提存，未提存就利用構成著作權侵害。²⁹⁰ 提存在哪一個提存所是依第 74 條第 3 項²⁹¹決定。除有因著作權人不明或其他原因無法通知之情形外，提存人依第 74 條第 4 項²⁹²規定應儘速將其提存情形通知著作權人。

²⁸⁷ 同上註，第 400 頁。

²⁸⁸ 同上註，第 401 頁。

²⁸⁹ 日本著作權法第 71 條規定：「文化廳長官，決定第 33 條第 2 項（包括同條第 4 項準用之情形）、第 33 條之 2 第 2 項、第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或第 69 條之補償金之數額時，應向文化審議會諮詢。」

²⁹⁰ 加戶守行，前引註 224，第 414 頁。

²⁹¹ 日本著作權法第 74 條第 3 項規定：「依第 67 條第 1 項或前二項之規定提存之補償金，於知悉著作權人於國內有住所或居所時，應提存於該住所或居所最近之提存所。於其他之情形，應提存於提存人之住所或居所最近之提存所。」

²⁹² 日本著作權法第 74 條第 4 項規定：「前項之提存人應儘速將其提存情形通知著作權人。但因著作權人不明或其他原因無法通知者，不在此限。」

又，第 70 條第 4 項²⁹³對文化廳長官依做第 67 條裁定時有條件限制規定，即，於著作人對著作之出版及其他利用打算廢棄之事實明顯時，文化廳長官不得為第 67 條之裁定。文化廳長官，為第 67 條之裁定時，依第 70 條第 6 項²⁹⁴應公告於政府公報上並通知申請人。

對裁定之補償金數額不服之當事人，可以於知悉依規定做成裁定之日起六個月內依第 72 條²⁹⁵起訴請求對該數額做增減之調整。雖然補償金數額是由文化廳長官裁定，但由於補償金數額是與著作權人和裁定利用人有利害關係，在二者間爭執，所以此種訴訟並非以做處分的文化廳長官為被告，而是由著作權人和裁定利用人為訴訟當事人，由當事人自己盡訴訟攻防之能事。²⁹⁶

在行政救濟上，對第 72 條之補償金數額不服，依第 73 條²⁹⁷之規定原則上不能以不服該裁定之補償金之數額作為不服裁定之理由而依「行政不服審查法」提出異議，但在受裁定之人因著作權人不明或其他類似原因無法提起第 72 條第 1 項補償金數額增減之訴時，例外容許受裁定之人以不服該裁定之補償金之數額作為不服裁定之理由有依「行政不服審查法」提出異議的救濟機會。

²⁹³ 日本著作權法第 70 條第 4 項規定：「文化廳長官，於有第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或前條之裁定申請之情形，認有下列各款情形之一時，不得為此種裁定：(第 1 款) 著作人對著作之出版及其他利用打算廢棄之事實明顯時。(第 2 款) 第 68 條第 1 項之裁定申請之著作權人對不授權該著作之放送有不得不之情形者。」

²⁹⁴ 日本著作權法第 70 條第 6 項規定：「文化廳長官，為第 67 條第 1 項之裁定時，應公告於政府公報上並通知申請人。為第 68 條第 1 項或前條之裁定時，應通知當事人。」

²⁹⁵ 日本著作權法第 72 條規定：「(第 1 項) 對依第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或第 69 條之規定決定之補償金之數額不服之當事人，於知悉依規定做成裁定之日起六個月內，得提起訴訟請求數額之增減。(第 2 項) 前項訴訟，提起訴訟之人係著作利用人時，應以著作權人為被告，提起訴訟之人係著作權人時，應以著作利用人為被告。」

²⁹⁶ 加戶守行，前引註 224，第 401-402 頁，第 415 頁。

²⁹⁷ 日本著作權法第 73 條規定：「對第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或第 69 條之裁定，依「行政不服審查法」(昭和三十七年法律第一百六十號) 提出異議者，不得以不服該裁定之補償金之數額作為不服裁定之理由。但受第 67 條第 1 項裁定之人因著作權人不明或其他類似原因無法提起前條第 1 項之訴者，不在此限。」

2. 放送事業者請求放送之授權但協議不成或無法進行協議時之裁定利用

第 68 條規定：「（第 1 項）欲放送已經公表之著作之放送事業者，向該著作權人請求放送之授權但協議不成，或無法進行協議時，依文化廳長官之裁定且依文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金，支付於著作權人後，得放送該著作。（第 2 項）依前項規定放送之著作，得為有線放送、或專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形），或以接收裝置向公眾傳達之。於此情形，為該有線放送、自動公眾送信或傳達之人，除有適用第 38 條第 2 項及第 3 項規定之情形外，應對著作權人支付相當於通常使用費之額之補償金。」

第 68 條是放送事業者向該著作權人請求放送之授權但協議不成，或無法進行協議時，得向文化廳長官申請裁定，向著作權人支付補償金後，放送已經公表之著作之規定。

第 68 條日本學者稱這是具有像傳家寶刀那樣性質的規定（意即不到緊急不會使用的手段），能讓放送的公共功能順利發揮、抑制著作權人權利濫用，至今為止還沒有依本條裁定利用的案例。²⁹⁸

第 68 條之適用和第 67 條要做分辨。本條所謂「請求放送之授權但協議不成」，是指有和著作權人協議但著作權不授權；所謂「無法進行協議」，是指以想拿授權之目的希望和著作權人談，但著作權人沒有要談的意思。欲放送已經公表之著作之放送事業者如果遇有因著作權人不明或其他原因，盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡時，是依第 67 條之規定請求裁定的問題，不是

²⁹⁸ 加戶守行，前引註 224，第 403 頁。

本條的情形。²⁹⁹ 換言之，第 67 條之情形是想談都找不到著作權人可談的情形。

對文化廳長官做第 68 條第 1 項裁定時，依第 70 條第 3 項³⁰⁰之規定，必須通知著作權人，並給予陳述機會。

第 70 條第 4 項³⁰¹對文化廳長官依做第 68 條第 1 項裁定時有條件限制規定，即，於「著作人對著作之出版及其他利用打算廢棄之事實明顯時」和「著作權人對不授權該著作之放送有不得不之情形」二者之一時，文化廳長官不得為第 68 條第 1 項之裁定。文化廳長官，擬依此二種情形不為裁定之處分時，依第 70 條第 5 項應事先將其理由通知申請人，給予提出解釋及有利證據之機會。文化廳長官於不為裁定之處分時，應以書面附理由通知申請人。

文化廳長官為第 68 條第 1 項之裁定時，依第 70 條第 6 項應通知當事人。

文化廳長官依第 68 條第 1 項裁定利用人所應支付的補償金之數額時，依第 71 條規定，應向文化審議會諮詢。

獲第 68 條第 1 項裁定利用之放送事業者必須對著作權人支付補償金，未支付就利用構成著作權侵害。³⁰²這一點和第 67 條不同，第 67 條是用為著作權人提存的方式處理。

對第 68 條第 1 項裁定之補償金數額不服之當事人，可以於知悉依規定做

²⁹⁹ 同上註，第 403-404 頁。

³⁰⁰ 日本著作權法第 70 條第 3 項規定：「文化廳長官，於有第 68 條第 1 項或前條之裁定申請時，應將該申請之旨通知著作權人，指定相當之期間，給予陳述意見之機會。」

³⁰¹ 日本著作權法第 70 條第 4 項規定：「文化廳長官，於有第 67 條第 1 項、第 68 條第 1 項或前條之裁定申請之情形，認有下列各款情形之一時，不得為此種裁定：(第 1 款) 著作人對著作之出版及其他利用打算廢棄之事實明顯時。(第 2 款) 第 68 條第 1 項之裁定申請之著作權人對不授權該著作之放送有不得不之情形者。」

³⁰² 加戶守行，前引註 224，第 404 頁。

成裁定之日起六個月內依第 72 條起訴請求對該數額做增減之調整，是由著作權人和裁定利用人為訴訟當事人；在行政救濟上，依第 73 條之規定，對第 68 條第 1 項裁定依「行政不服審查法」提出異議者，不得以不服該裁定之補償金之數額作為不服裁定之理由。

應支付補償金之放送事業者於有第 74 條第 1 項³⁰³規定之四種情形時，應以提存代替支付其補償金。其中遇有第 68 條第 1 項應支付補償金之放送事業者對於補償金之數額依第 72 條第 1 項提起補償金之數額增減訴訟，而於著作權人請求時，受裁定利用之放送事業者依第 74 條第 2 項規定應支付自己預估之金額，並將其與裁定補償金之數額之差額予以提存，其提存所視該放送事業者是否知悉著作權人於國內有住所或居所，而依第 74 條第 3 項決定，依第 74 條第 4 項並應儘速將其提存情形通知著作權人。

依第 68 條第 1 項裁定利用得為利用之方法可以包括對放送做重播和再放送。³⁰⁴ 所以，相當於可以無線廣播（原播送）、對無線廣播做重播，及對無線廣播做再無線廣播（再播送）。

依第 68 條第 1 項裁定利用而做的放送，依第 68 條第 2 項還可以做有線放送、於特定條件下自動公眾送信和以接收裝置向公眾傳達，此時除有適用第 38 條第 2 項及第 3 項規定之情形外，做有線放送、自動公眾送信或傳達之人應對著作權人支付相當於通常使用費之額之補償金。惟此時的補償金的性質是債權的性質而不是做有線放送、自動公眾送信或傳達之利用行為的條件，未支

³⁰³ 日本著作權法第 74 條第 1 項規定：「對依第 33 條第 2 項（包括同條第 4 項準用之情形）、第 33 條之 2 第 2 項、第 68 條第 1 項或第 69 條應支付補償金之人，於下列各款情形，應以提存代替支付其補償金。（第 1 款）著作權人拒絕受領補償金，或無法受領補償金者。（第 2 款）應支付補償金之人對於其無法確知著作權人並無過失者。（第 3 款）應支付補償金之人對於補償金之數額依第 72 條第 1 項提起訴訟者。（第 4 款）設定有以該著作權為標的之質權者（已得該質權人之承諾者除外）。」

³⁰⁴ 加戶守行，前引註 224，第 404 頁。

付第 68 條第 2 項的補償金而做有線放送、自動公眾送信或傳達等利用行為時，不會構成著作權侵害。³⁰⁵

所以，第 68 條第 2 項的有線放送就是對依第 1 項裁定利用而做的放送做的再有線放送，是屬於再公開播送。

（四）小結--著作權人之公眾送信權與公開播送和再播送之關係整理

基於前述說明，將著作權人之公眾送信權與公開播送和再播送之關係整理如「附表一」：

³⁰⁵ 加戶守行，前引註 224，第 405 頁。

【附表一】日本法下著作權人之公眾送信權與公開播送和再播送之關係整理

陳錦全製表

一、與公眾送信相關之規定					
日本著作權法條文	條件	得主張合理使用之行爲	與公開播送之原播送之關係	與再播送之關係	原條文
第 34 條 第 1 項	已公表之著作，於學校教育目的必要範圍內，得於依據學校教育有關法令規定之教育課程基準以學校爲對象之放送節目或有線放送節目中	1. 放送 2. 有線放送 3. 將該放送接收後同時自動公眾送信 4. 揭載於該放送節目或有線放送節目用之教材中	得有線或無線公開播送	X	第 34 條第 1 項規定：「已公表之著作，於學校教育目的必要範圍內，得於依據學校教育有關法令規定之教育課程基準以學校爲對象之放送節目或有線放送節目中， <u>爲放送或有線放送</u> ，或將該放送接收後同時於該放送之放送對象區域進行以接收傳輸爲目的之自動公眾送信，並得揭載於該放送節目或有線放送節目用之教材中。」
第 35 條 第 2 項	於第 35 條第 1 項教育機構授課過程中，對直接接受授課者提供或提示著作之原件或重製物之方式利用該著作之情形 於第 35 條第 1 項教育機構授課過程中，依第 38 條第 1 項之規定上演、演奏、上映或口述之方式利用該著作之情形	得公眾送信(於自動公眾送信之情形，含送信可能化)	得有線或無線公開播送	X	第 35 條第 2 項規定：「於前項教育機構授課過程中，對直接接受授課者提供或提示著作之原件或重製物之方式利用該著作之情形，或依第 38 條第 1 項之規定上演、演奏、上映或口述之方式利用該著作之情

	被利用的著作必須是已經公表之著作行為的對象必須是對該授課場所以外之場所同時接受授課者 不得有「依該著作之種類與用途，及該公眾送信之態樣，對著作權人之利益有不當損害之情形」				形，得將已經公表之著作對該授課場所以外之場所同時接受授課者為公眾送信（於自動公眾送信之情形，含送信可能化）。但依該著作之種類與用途，及該公眾送信之態樣，對著作權人之利益有不當損害之情形者，不在此限。」
第 38 條 第 2 項	被利用的著作必須是被放送之著作 無營利目的且未向觀眾或聽眾收費	1. 有線放送 2. 專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信(於送信可能化中,包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形)	得有線公開 播送	X	第 38 條第 2 項規定：「對被放送之著作，無營利目的且未向觀眾或聽眾收費者，得有線放送，或專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）。」
第 38 條 第 3 項	被利用的著作必須是被放送或被有線放送之著作（於被放送之著作被自動公眾送信之情形，包括該著作） A、無營利目的且未向觀眾或聽眾收費 B、不要求無營利目的且未向觀眾或聽眾收費	1. 左欄中 A 之情形，得以接收裝置向公眾傳達 2. 左欄中 B 之情形，得以通常家庭接收裝置向公眾傳達	得單純開機	X	第 38 條第 3 項規定：「對被放送或被有線放送之著作（於被放送之著作被自動公眾送信之情形，包括該著作），無營利目的且未向觀眾或聽眾收費者，得以接收裝置向公眾傳達之。使用通常家庭接收裝置之情形者，亦同。」
第 39 條 第 1 項	被利用的著作必須是揭載於報紙或雜誌上發行之政治上、經濟上或社會上之時事問題有關之論述，不包括具學術性質者 不得有禁止此種利用之表示者	1. 於其他報紙或雜誌轉載 2. 放送 3. 有線放送 或將該放送接收而同時自	得有線或無 線公開播送	X	第 39 條規定：「(第 1 項)揭載於報紙或雜誌上發行之政治上、經濟上或社會上之時事問題有關之論述（具學術性質者除外），得於其他

		動公眾送信(於送信可能化中,包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形)			報紙或雜誌轉載、 <u>放送</u> 、 <u>有線放送</u> ,或將該放送接收而同時於該放送之放送對象區域內以接收為目的而自動公眾送信(於送信可能化中,包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形)。但有禁止此種利用之表示者,不在此限。(第2項)依前項之規定被放送、被有線放送,或被自動公眾送信之論述,得以接收裝置向公眾傳達之。」
第 39 條 第 2 項	被利用的著作必須是依第 39 條規定第 1 項之規定被放送、被有線放送,或被自動公眾送信之論述	以接收裝置向公眾傳達	得單純開機	X	
第 40 條 第 2 項	被利用的著作必須是於國家或地方公共團體之機關、獨立行政法人或地方獨立行政法人進行之公開演說或陳述 必須是於報導目的上正當	1. 揭載於報紙或雜誌 2. 放送 3. 有線放送 將該放送接收而同時自動公眾送信(於送信可能化中,包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形)	得有線或無線公開播送	X	第 40 條第 2 項規定:「於國家或地方公共團體之機關、獨立行政法人或地方獨立行政法人進行之公開演說或陳述,除前項規定之情形外,於報導目的上正當之情形,得揭載於報紙或雜誌上,或放送或有線放送,或將該放送接收而同時於該放送之放送對象區域內以接收為目的而自動公眾送信(於送信可能化中,包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形)。」

第 40 條 第 3 項	被利用的著作必須是依第 40 條第 2 項之規定被放送、被有線放送，或被自動公眾送信之演說或陳述	以接收裝置向公眾傳達	得單純開機	X	第 40 條第 3 項規定：「依前項之規定被放送、被有線放送，或被自動公眾送信之演說或陳述，得以接收裝置向公眾傳達之。」
二、得利用之規定					
日本著作權法 條文	條件	得主張合理使用之行爲	與公開播送之 原播送之關係	與再播送 之關係	原條文
第 40 條 第 1 項	被利用的著作必須是公開進行之政治上演說或陳述，及在裁判程序、行政機關進行之審判及其他準裁判程序之公開陳述不得做「就同一著作人之演說或陳述做編輯之利用」	以不論何種方法利用	得有線或無線 公開播送	X	第 40 條第 1 項規定：「公開進行之政治上演說或陳述，及在裁判程序（包括行政機關進行之審判及其他準裁判程序。於第四十二條第一項中亦同。）之公開陳述，除就同一著作人之演說或陳述做編輯之利用者外，得以不論何種方法而利用之。」
第 41 條	被利用的著作必須是下列 A 或 B 之一： A、以攝影、電影、放送或其他方法報導時事事件之情形，構成該事件之著作 B、以攝影、電影、放送或其他方法報導時事事件之情形，於該事件過程中所見或所聞之著作 必須是於報導目的正當範圍內	1. 得重製 2. 得伴隨該事件之報導而利用	得有線或無線 公開播送	X	第 41 條規定：「以攝影、電影、放送或其他方法報導時事事件之情形，構成該事件之著作，或於該事件過程中所見或所聞之著作，於報導目的上正當範圍內，得重製之，及得伴隨該事件之報導而利用之。」
第 42 條	必須是行政機關之首長、獨立行政法人	得利用	得有線或無線	X	第 42 條之 2 規定：「行政機關之首

之 2	<p>等，或地方公共團體之機關或地方獨立行政法人，有下列情形之一：</p> <p>A、依「行政機關資訊公開法」、「獨立行政法人等資訊公開法」或「資訊公開條例」之規定向公眾提供著作或以提示為目的之情形</p> <p>B、依「行政機關資訊公開法」第十四條第一項規定之各種方法、「獨立行政法人等資訊公開法」第十五條第一項規定之方法</p> <p>C、依「資訊公開條例」規定之方法為揭露必要之程度內</p>		公開播送		<p>長、獨立行政法人等，或地方公共團體之機關或地方獨立行政法人，依「行政機關資訊公開法」、「獨立行政法人等資訊公開法」或「資訊公開條例」之規定向公眾提供著作或以提示為目的之情形，「行政機關資訊公開法」第十四條第一項（包括基於同項規定而以政令規定者）規定之各種方法、「獨立行政法人等資訊公開法」第十五條第一項規定之方法〔包括基於同項規定該獨立行政法人等所規定之方法（基於「行政機關資訊公開法」第十四條第一項規定而以政令規定之方法以外者除外。）〕，或依「資訊公開條例」規定之方法〔「行政機關資訊公開法」第十四條第一項（包括基於同項規定而以政令規定者。）規定之方法以外者除外。〕為揭露必要之程度內，<u>得利用該著作。</u>」</p>
第 46 條	<p>被利用的著作必須是原件恆常設置於前條第二項規定之室外場所之美術著作，或建築著作</p>	<p>除下列四種情形外，得以不論何種方法利用：</p> <p>A、對雕刻為增製，或將其增製物以讓與之方式向公眾提供者。</p> <p>B、建築著作依建築重製</p>	得有线或無線公開播送	X	<p>第 46 條規定：「原件恆常設置於前條第二項規定之室外場所之美術著作，或建築著作，除下列情形外，<u>得以不論何種方法而利用之</u>：（第 1 款）對雕刻為增製，或將其增製物以讓與之方式向公眾提供者。（第 2</p>

		之，或將其重製物以讓與之方式向公眾提供者。 C、為恆常設置於前條第二項規定之室外場所而重製者。 D、專以販賣美術著作之重製物為目的而重製，或販賣其重製物者。			款) 建築著作依建築重製之，或將其重製物以讓與之方式向公眾提供者。(第3款) 為恆常設置於前條第二項規定之室外場所而重製者。(第4款) 專以販賣美術著作之重製物為目的而重製，或販賣其重製物者。」
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------	--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------

三、裁定利用之規定

日本著作權法條文	條件	得主張合理使用之行爲	與公開播送之原播送之關係	與再播送之關係	原條文
第 67 條	被利用的著作必須是已公表之著作，或著作提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯之著作 必須是因著作權人不明或其他原因，盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡 須向文化廳長官申請裁定 須依文化廳長官裁定之利用方法來利用 須依文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金，為著作權人而提存 做成之著作重製物上，應表示係據同項裁定所為之重製物之旨，及該裁定之年月日	依文化廳長官裁定之利用方法來利用	只要裁定內容允許原播送即可為之	只要裁定內容允許再播送即可為之	第 67 條規定：「(第 1 項) 已公表之著作，或著作提供或提示於公眾已經過相當期間而其事實明顯者， <u>因著作權人不明或其他原因，盡相當之努力亦無法與著作權人取得聯絡</u> 時，依文化廳長官之裁定且依文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金，為著作權人而提存者，得依裁定之利用方法利用之。(第 2 項) 於依前項規定做成之著作重製物上，應表示係據同項裁定所為之重製物之旨，及該裁定之年月日。」

第 68 條 第 1 項	必須是放送事業者為利用人 被放送的著作必須是已經公表之著作 必須是向該著作權人請求放送之授權但協議不成，或無法進行協議 須向文化廳長官申請裁定 須依文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金，支付於著作權人	1. 得放送 2. 得再放送	得無線公開播送	得再無線公開播送	第 68 條第 1 項規定：「欲放送已經公表之著作之放送事業者，向該著作權人請求放送之授權但協議不成，或無法進行協議時，依文化廳長官之裁定且依文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金，支付於著作權人後，得放送該著作。」
第 68 條 第 2 項	被放送的著作必須是依第 1 項規定放送之著作 除有適用第 38 條第 2 項及第 3 項規定之情形外，應對著作權人支付相當於通常使用費之額之補償金	1. 同時有線放送 2. 專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而同時自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形） 以接收裝置向公眾傳達	得單純開機	得同時有線再公開播送	第 68 條第 2 項規定：「依前項規定放送之著作，得為有線放送、或專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形），或以接收裝置向公眾傳達之。於此情形，為該有線放送、自動公眾送信或傳達之人，除有適用第 38 條第 2 項及第 3 項規定之情形外，應對著作權人支付相當於通常使用費之額之補償金。」

三、日本法對著作鄰接權人與公眾送信權相關權利之規範

於此不說「著作鄰接權人之公眾送信權（公開傳播權）」而說著作鄰接權人之「與公眾送信權相關之權利」，是因為日本著作權法對於著作鄰接權人並未賦予完整的公眾送信權，而是就不同的著作鄰接權人賦予公眾送信概念下不同部分的權利之故。

日本著作權法下的著作鄰接權人有表演人、錄音物製作人、無線放送事業者和有線放送事業者四種。日本法對此四種著作鄰接權人在公眾送信概念下的權利分別說明如下。

（一）表演人的權利

表演人依日本著作權法第 89 條第 1 項³⁰⁶，享有兩大類型的權利：（A）表演人人格權³⁰⁷（第 90 條之 2 第 1 項姓名表示權與第 90 條之 3 第 1 項同一性保持權）；（B）表演人的財產權利，這又可以分為：（B-1）和著作權一樣具物權性質的權利（第 91 條第 1 項錄音權和錄影權、第 92 條第 1 項放送權和有線放送權、第 92 條之 2 第 1 項送信可能化權、第 95 條之 2 第 1 項含表演的錄音物和錄影物之散布權，和第 95 條之 3 第 1 項商用錄音物上表演之出租權）；（B-2）收受報酬之權利（第 94 條之 2 放送上之表演人的同時有線放送的報酬請求權與第 95 條之 3 第 3 項商用錄音物上表演人之商用錄音物出租報酬請求權）和（B-3）收受二次使用費之權利（第 95 條第 1 項商用錄音物上表演人之放送與有線放送二次使用費請求權），其中「收受報酬之權利」和

³⁰⁶ 日本著作權法第 89 條第 1 項規定：「表演人享有第 90 條之 2 第 1 項與第 90 條之 3 第 1 項規定之權利（以下稱為「表演人人格權」。），及第 91 條第 1 項、第 92 條第 1 項、第 92 條之 2 第 1 項、第 95 條之 2 第 1 項與第 95 條之 3 第 1 項規定之權利，及第 94 條之 2 與第 95 條之 3 第 3 項規定之報酬，及第 95 條第 1 項收受二次使用費之權利。」

³⁰⁷ 日本著作權法在著作鄰接權人中，只有表演人有人格權，錄音物製作人、無線放送事業者和有線放送事業者都沒有人格權。

「收受二次使用費之權利」是具債權性質的權利。³⁰⁸值得注意的是，表演人並無上演或演奏權。

上述表演人的權利中，與公眾送信權相關的是：第 92 條表演人的放送權與有線放送權、第 92 條之 2 表演人的送信可能化權³⁰⁹、第 94 條之 2 放送上之表演人的同時有線放送的報酬請求權、第 95 條第 1 項商用錄音物上之表演人的放送或有線放送二次使用費請求權。這些條文中，第 92 條之 2 表演人的送信可能化權與本研究議題無關，以下僅介紹其他條文。

1. 表演人的放送權與有線放送權

日本著作權法第 92 條規定：「（第 1 項）表演人就其表演專有放送或有線放送之權利。（第 2 項）前項規定，於下列情形不適用之：（第 2 項第 1 款）將被放送之表演有線放送者。（第 2 項第 2 款）將下列表演情形放送或有線放送者。（第 2 項第 2 款第 1 目）經前條第 1 項規定權利之權利人授權而錄音或錄影之表演。（第 2 項第 2 款第 2 目）前條第 2 項之表演而錄音或錄影於同項錄音物以外之物者。」

第 92 條第 1 項是表演人的放送權與有線放送權的規定，第 2 項則是其放送權與有線放送權的限制規定。

在日本法下，表演人並無現場表演的直接向公眾傳達的權利（即表演人無現場表演的公開演出權），這是因為現場表演有賴於表演人同意方得為之，所以縱使法律未特別賦予權利，表演人就其現場表演的利益也可以透過表演契約來確保。但是對現場表演的放送或有線放送顯然是超過表演人對其表演的原意

³⁰⁸ 加戶守行，前引註 224，第 476、477 頁。

³⁰⁹ 日本著作權法下，完整的公眾送信權包括放送權、有線放送權、自動公眾送信權和送信可能化權。表演人只有放送權、有線放送權、送信可能化權而無自動公眾送信權。

範圍，所以對表演人之表演賦予放送權和有線放送權是有必要的。³¹⁰惟應注意的是，由於第 92 條第 1 項是規定表演人就其表演專有放送或有線放送之權利。所以，對他人表演的模仿表演並非第 92 條第 1 項之權利範圍所及。³¹¹

第 92 條第 1 項表演人之放送權和有線放送權可以包括六種情形：（A）對現場表演的直接放送、（B）現場表演的直接有線放送、（C）將現場表演的放送接收後再放送、（D）將現場表演的放送接收後再有線放送、（E）以非經授權之表演錄音物或錄影物為放送、（F）以非經授權之表演錄音物或錄影物為有線放送。³¹²

2. 表演人之放送權和有線放送權之限制

表演人之放送權和有線放送權受到第 92 條第 2 項和第 94 條的限制。

依第 92 條第 2 項，於下列三種情形表演人無放送權和有線放送權：

（1）將被放送之表演同時有線放送者，表演人無有線放送權。（第 92 條第 2 項第 1 款）

這是指表演在被放送的同時，將被放送之表演做同時的有線放送之情形，如果表演在被放送時先被重製、再做異時的有線放送，則表演人仍享有有線放送權。

第 92 條第 2 項第 1 款並未要求被放送之表演有經過表演人授權做放送，縱使未經表演人授權之放送、同時被有線放送時，表演人亦無有線放送權。又，

³¹⁰ 加戶守行，前引註 224，第 492 頁。

³¹¹ 同上註，第 493 頁。

³¹² 同上註，第 493 頁。

第 92 條第 2 項第 1 款只規定表演在被放送的同時，將被放送之表演做同時的有線放送之情形表演人無有線放送權，表演在被放送的同時，將被放送之表演做同時放送的話，仍為表演人放送權所及。而如果是將被有線放送之表演做放送時，雖然實際上這種例子很少見，解釋上表演人仍有放送權。³¹³

(2) 以「經表演人授權做成之表演錄音物或錄影物」為放送或有線放送者（第 92 條第 2 項第 2 款第 1 目）

第 92 條第 2 項第 2 款第 1 目是以錄音物或錄影物上的表演是否經表演人授權，來判斷表演人對以該錄音物或錄影物為放送或有線放送時，表演人是否有權利。亦即，如果錄音物或錄影物上的表演有經過表演人授權重製時，以該錄音物或錄影物為放送／有線放送時，表演人即無放送權／有線放送權，該錄音物或錄影物的放送／有線放送就不需要經過表演人同意；如果錄音物或錄影物上的表演係未經表演人授權重製時，以該錄音物或錄影物為放送／有線放送時，表演人就有放送權／有線放送權，該錄音物或錄影物的放送／有線放送就要經過表演人同意。

第 92 條第 2 項第 2 款第 1 目由於文字上是限於「經表演人授權做成之表演錄音物或錄影物」，所以如果不是經表演人授權而是以依第 102 條第 1 項著作鄰接權之限制做成之表演錄音物或錄影物來放送／有線放送，雖然錄音物或錄影物也是合法的重製物，但此時表演人就有放送權／有線放送權，該依著作鄰接權之限制做成之表演錄音物或錄影物的放送／有線放送，就要經過表演人同意。³¹⁴

(3) 以「經表演人授權而收錄表演之電影重製物」再做錄音或錄影至錄

³¹³ 同上註，第 494 頁。

³¹⁴ 同上註，第 495 頁。

音物以外之物，而以之為放送或有線放送者（第 92 條第 2 項第 2 款第 2 目）

第 92 條第 2 項第 2 款第 2 目是指第 91 條第 2 項之表演而錄音或錄影於同項錄音物以外之物時，該表演無放送權和有線放送權。這就要先知道第 91 條第 2 項是怎麼規定的。

第 91 條規定：「（第 1 項）表演人對其表演專有錄音或錄影之權利。（第 2 項）前項規定，對經同項規定之權利人授權（係指依第 103 條準用第 63 條第 1 項規定之授權利用。本節以下及次節中亦同。）而錄音或錄影至電影著作中之表演，除將其錄音於錄音物（聲音專以與影像一同再現為目的者除外。）上之情形外，不適用之。」

第 91 條第 2 項之表演是指經表演人授權而以錄音或錄影方法收錄在電影中之表演。此電影中之表演再做錄音或錄影時，除錄音至錄音物之情形外，表演人並無錄音或錄影之權利。而這裡的錄音物是指只有錄聲音、而該聲音並不是為了要與影像一起再現為目的之錄音物。所以，表演人是否有授權將其表演以錄音或錄影之方式收錄在電影中，會決定表演人就該電影中之表演的其後製作重製物有無錄音或錄影的權利。

表演一旦經表演人授權以錄音或錄影方法收錄在電影中，該表演就進入休眠狀態，從該電影中再做出未伴隨有影像之錄音物時，表演人的錄音權才復活。所謂「聲音專以與影像一同再現為目的者除外」，係指電影原聲帶、錄影帶的聲音部分這樣的和電影的影像同步錄製（機械錄音）之用的錄音物。將經表演人授權而以錄音或錄影方法收錄在電影中之表演錄音至此種將聲音與影像一起再現為目的之錄音物上時，該表演人無錄音權。³¹⁵

再回到第 92 條第 2 項第 2 款第 2 目所說的「於第 91 條第 2 項之表演而錄

³¹⁵ 同上註，第 490 頁。

音或錄影於同項錄音物以外之物時，該表演無放送權和有線放送權」。所以，經表演人授權而以錄音或錄影方法將其表演收錄在電影中時，如果錄音於同項專用供聽覺的錄音物時，例如將電影聲軌中的表演抽出，收錄在未伴隨有影像之錄音物中時，表演人有錄音權；但如果錄音或錄影於未伴隨有影像之錄音物以外之物（例如將該電影製作錄影物）中時，表演人即無錄音或錄影之權利。此種「錄音或錄影於未伴隨有影像之錄音物以外之物」之情形，即為「第 92 條第 2 項第 2 款第 2 目所說的「前條第 2 項之表演而錄音或錄影於同項錄音物以外之物者」，將該表演做放送／有線放送時，表演人無放送權和有線放送權。

又，依第 94 條³¹⁶第 1 項規定，表演之放送權人將其表演授權放送時，若契約未另有規定³¹⁷，該表演除該授權有關之放送外，得為下列三種情形之同時放送：

(1) 經該授權之放送事業者以依第 93 條第 1 項規定做成之錄音物或錄影物所為之放送（第 94 條第 1 項第 1 款）

第 93 條第 1 項³¹⁸是經表演之放送權人／有線放送權人授權放送之放送事業者，得為放送而將該表演錄音或錄影之規定。該被授權之放送事業者將此種為了放送而對表演做成之錄音物或錄影物拿來放送時，依第 94 條第 1 項第 1

³¹⁶ 日本著作權法第 94 條規定：「（第 1 項）第 92 條第 1 項規定權利之權利人將其表演授權放送時，若契約未另有規定，該表演除該授權有關之放送外，得為下列規定之放送：（第 1 項第 1 款）經該授權之放送事業者以依前條第 1 項規定做成之錄音物或錄影物所為之放送。（第 1 項第 2 款）自該授權之放送事業者接受其提供之依前條第 1 項規定做成之錄音物或錄影物而為之放送。（第 1 項第 3 款）自該授權之放送事業者接受其供給之該授權有關之廣播節目而為之放送（前款之放送除外）。（第 2 項）於前項情形，表演於同項各款所列之放送中被放送時，各款規定之放送事業者應對該表演有關之第 92 條第 1 項規定之權利人支付相當數額之報酬。」

³¹⁷ 若契約另有規定，則在該契約規定之範圍內，表演之放送權人仍有放送權。

³¹⁸ 日本著作權法第 93 條第 1 項規定：「對表演之放送，經第 92 條第 1 項規定之權利人授權之放送事業者，得將該表演為放送而錄音或錄影。但契約另有規定及為供與已經授權之放送節目不同內容之放送節目之用而錄音或錄影者，不在此限。」

款是不需要該表演人同意的。亦即，原先獲得放送授權的放送事業者以依第 93 條第 1 項規定做成的供放送用的固定物而做第二次及以後之放送（即重播之情形）時，表演人沒有放送權。

(2) 自該授權之放送事業者接受其提供之依第 93 條第 1 項規定做成之錄音物或錄影物而為之放送。（第 94 條第 1 項第 2 款）

這是指原先獲得放送授權的放送事業者提供依第 93 條第 1 項規定做成之錄音物或錄影物（即供放送用的固定物），而由另一放送事業者以該錄音物或錄影物所為之放送，此時表演人也沒有放送權。

(3) 自該授權之放送事業者接受其供給之該授權有關之廣播節目而為之放送（前款之放送除外）。（第 94 條第 1 項第 3 款）

這是指原先獲得放送授權的放送事業者供給該授權有關之廣播節目，而由另一放送事業者以該廣播節目所為之放送，此時表演人也沒有放送權。

於以上三種表演人就其經授權放送之表演無放送權之情形，表演於放送中被放送時，為此三種情形之原放送事業者應依第 94 條第 2 項³¹⁹之規定對該表演有關之第 92 條第 1 項規定之權利人（即表演之放送權人，可以是表演人或其放送權之受讓人）支付相當數額之報酬。換言之，支付報酬之義務人是提供錄音物或錄影物的原放送事業者和供給經授權之廣播節目之原放送事業者。³²⁰至於相當數額之報酬到底是多少，通常是依表演人團體和放送事業團體協商慣

³¹⁹ 日本著作權法第 94 條第 2 項規定：於前項情形，表演於同項各款所列之放送中被放送時，各款規定之放送事業者應對該表演有關之第 92 條第 1 項規定之權利人支付相當數額之報酬。」

³²⁰ 加戶守行，前引註 224，第 509-510 頁。

例決定市場價格，最終則是由法院判斷。³²¹

3. 放送上之表演人的同時有線放送的報酬請求權

日本著作權法第 94 條之 2 規定：「有線放送事業者，於將被放送之表演為有線放送時〔無營利目的且未向觀眾或聽眾收費（係指不論以何種名義，於提供表演時所收受之對價。於次條第 1 項亦同。）之情形除外。〕，應向該表演（限於著作鄰接權之存續期間內者，且第 92 條第 2 項第 2 款所列者除外。）之表演人支付相當數額之報酬。」

本條是平成 18 年修法時新增訂的條文。平成 18 年修法是預想到日本預定於 2011 年將全面完成地上數位化廣播，屆時對於難收聽、難收視地區的放送應該要有補充之道，對放送的同時再送信正是用來補充難收聽、難收視地區的放送效果之用。³²²

原本在舊法下，以有線放送的方式對放送做同時再傳輸時，表演人並無權利，這是因為舊法制定時的以有線放送的方式對放送做同時再傳輸都是屬於為了解決放送難收聽、難收視地區的問題而採取的對策，應用規模很小，因此對表演人並不賦予權利。惟近年來有線放送事業非常發達，服務內容多樣化，有線放送事業的使用家庭數和普及率大增，加上 WIPO 表演暨錄音物條約第 15 條將間接利用（再傳輸）列為報酬請求權的對象，有必要配合國際公約潮流做修正，因此，平成 18 年修法增訂第 94 條之 2，對表演以有線放送的方式對放送做同時再傳輸時，賦予表演人新的報酬請求權。³²³但著作權人於以有線放送

³²¹ 同上註，第 510 頁。

³²² 見文化庁長官官房著作權課 「解説 著作權法の一部を改正する法律について」，前引註 283，第 23-24 頁。

³²³ 同上註，第 28 頁。

的方式對其著作之放送做同時再傳輸時，仍是享有完整的有線放送權。³²⁴

又，無營利目的且未向觀眾或聽眾收費之情形，有線放送事業者並未自送上之表演的同時有線放送獲得利益，此時該送上之表演人對將該放送做同時有線放送之有線放送事業者無報酬請求權。

本條是處理送上之表演人的同時有線放送，所以是對公開播送的原播送做同時有線再播送之情形，表演人享有報酬請求權。

4. 商用錄音物上表演人之放送與有線放送二次使用費請求權

日本著作權法第 95 條第 1 項規定：「放送事業者及有線放送事業者（以下於本條及第 97 條第 1 項稱為「放送事業者等」）經第 91 條第 1 項規定權利之權利人授權，以表演錄音成之商用錄音物為放送或有線放送之情形（無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收予以同時有線放送之情形除外。）應對該表演（為第 7 條第 1 款至第 5 款所列表演且限於著作鄰接權存續期間內者。於次項至第 4 項中亦同。）有關之表演人支付二次使用費。」

商用錄音物的二次使用費請求權制度，是因為表演在錄音到商用錄音物上後，以該商用錄音物透過機械方法做利用時，通常會有替代表演人現場表演的效果，所以採商用錄音物的二次使用費請求權制度，於透過機械方法利用商用錄音物時，對商用錄音物上之表演人給予補償，同時也有某種程度是因為商用錄音物於透過機械方法利用之人，可以不用找表演人做演出而以商用錄音物之利用取代獲利，應將其獲利的一部分還原給表演人的經濟上均衡的考量。³²⁵

³²⁴ 著作權法の一部を改正する法律の制定について－4. 改正法 Q&A
http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/chosakukenhou_kaisei_4_q1.html (2008/10/29 visited).

³²⁵ 加戸守行，前引註 224，第 513-514 頁。

商用錄音物通常的使用效果並不及於放送與有線放送，將商用錄音物做放送與有線放送時，也會替代表演人演出的機會而使放送事業者與有線放送事業者或有利益，基於相同之考量應將其獲利的一部分還原給商用錄音物上表演之表演人。³²⁶

依第 95 條第 1 項規定負有放送／有線放送二次使用費支付義務之人是以商用錄音物進行放送／有線放送的放送事業者／有線放送事業者。

適用第 95 條第 1 項放送／有線放送二次使用費支付義務之情形，是經表演人授權而將表演錄音在商用錄音物上、以該商用錄音物做放送／有線放送之情形。如果未經表演人授權而將表演錄音在商用錄音物上再以該商用錄音物做放送／有線放送，是適用第 92 條第 1 項，表演人本來就對此種情形有放送權／有線放送權。以為放送用而做的錄音固定物來放送，是第 94 條第 2 項放送事業者要對表演人支付報酬請求權的問題。³²⁷

第 95 條第 1 項在平成 18 年修法之前，以商用錄音物做放送／有線放送後，將該放送／有線放送接收後再做放送／有線放送之情形，表演人並無二次使用費請求權；平成 18 年修法時，將此種情形也對該商用錄音物上表演人賦予二次使用費請求權。但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收予以同時有線放送之情形，由於權利人並無應確保和應還原之利益可言，所以仿照第 38 條第 2 項之意旨，讓此種情形之該商用錄音物上表演人沒有二次使用費請求權。³²⁸

第 95 條第 1 項以表演錄音成之商用錄音物做放送或有線放送之規定，包

³²⁶ 同上註，第 515 頁。

³²⁷ 同上註，第 516 頁。

³²⁸ 見文化庁長官官房著作権課 「解説 著作権法の一部を改正する法律について」，前引註 283，第 29 頁。

括以商用錄音物做放送或有線放送後，將該放送或有線放送接收後再做放送或有線放送之情形，所以是有商用錄音物的公開播送與再播送之規定。

基於法律技術上並不適合將商用錄音物的二次使用費做個別零細支付之設計，因此日本著作權法是採取由表演人團體集體行使權利之制度。³²⁹

第 95 條第 5 項規定：「第 1 項之收受二次使用費之權利，於國內有相當數量之以表演為業者為成員之團體（包括其聯合團體）、且經該團體同意而經文化廳長官指定時，得僅由該團體行使之。」於國內無指定團體時，表演人得個別行使收受二次使用費之權利。³³⁰於國內有指定團體時，國外之表演人亦由該指定團體行使。³³¹目前為止受文化廳長官指定之團體是社團法人日本藝能表演人團體協議會（簡稱為「藝團協」）³³²。

第 95 條第 6 項³³³對第 95 條第 5 項之指定團體有資格限制。於權利人提出申請時，指定團體不得拒絕為其行使權利（同條第 7 項），並有權為權利人以自己之名義為該權利相關之訴訟上或訴訟外之行為（同條第 8 項）。文化廳長官依政令之規定，對該團體，得要求其就二次使用費相關之業務做報告、要求其提出帳簿、文件或其他資料，或為改善其業務執行方法而為必要之建議（同條第 9 項）。指定團體為權利人得請求之二次使用費之數額，每年由該團體與

³²⁹ 加戶守行，前引註 224，第 514 頁。

³³⁰ 同上註，第 521 頁。

³³¹ 同上註，第 522 頁。

³³² 該協會網頁見(社)日本芸能実演家団体協議会(芸団協), <http://www.geidankyo.or.jp/06gei/index.htm> (2008/10/29 visited).

³³³ 日本著作權法第 95 條第 6 項規定：「非具備下列要件之團體，文化廳長官不得為前項之指定。(第 6 項第 1 款) 非以營利為目的者。(第 6 項第 2 款) 其成員得任意加入或退出者。(第 6 項第 3 款) 其成員有平等之表決權及選舉權者。(第 6 項第 4 款) 能為第 1 項之收受二次使用費之權利人（以下於本條稱為「權利人」）行使權利之業務之確實執行有充分之能力者。」

放送事業者等或與其團體協議定之（同條第 10 項）。協議不成時，當事人得依政令之規定，請求文化廳長官就二次使用費之數額為裁定（同條第 11 項）。

應注意的是，二次使用費請求權才有得僅由指定團體行使的問題，報酬請求權沒有此種規定。

（二）錄音物製作人的權利

錄音物製作人依第 89 條第 2 項之規定，享有第 96 條重製權、第 96 條之 2 送信可能化權、第 97 條之 2 第 1 項商用錄音物之重製物的散布權與第 97 條之 3 第 1 項商用錄音物出租權，及第 97 條第 1 項收受商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費之權利與第 97 條之 3 第 3 項收受商用錄音物出租之報酬之權利。值得注意的是，錄音物製作人並無上演或演奏權。

上述錄音物製作人的權利中，與公眾送信權相關的是：第 96 條之 2 送信可能化權、第 97 條第 1 項收受商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費之權利，惟送信可能化權與本研究案議題無關，以下僅說明第 97 條第 1 項錄音物製作人的商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權。

錄音物製作人的商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權

日本著作權法第 97 條第 1 項規定：「放送事業者等³³⁴，以商用錄音物為放送或有線放送之情形〔無營利目的且未向觀眾或聽眾收費（係指不論以何種名義，於提供錄音物之聲音時所收受之對價。）而將該放送接收予以同時有線放送之情形除外。〕，應對該錄音物（為第 8 條第 1 款至第 4 款所列錄音物且限於著作鄰接權存續期間內者。）有關之錄音物製作人支付二次使用費。」

商用錄音物通常的使用效果並不及於放送與有線放送，為平衡商用錄音物

³³⁴ 「放送事業者等」係指包括放送事業者和有線放送事業者。

之使用人（即本條之放送事業者等）和商用錄音物製作人間之利益，本條對該錄音物製作人賦予放送或有線放送時之二次使用費請求權。商用錄音物被廣為放送或有線放送時，通常很難會認為對商用錄音物造成銷售量下降而使商用錄音物製造機會喪失的結果，反而一般情形是因為被放送或有線放送而提升了該商用錄音物的銷量，所以本條對錄音物製作人賦予商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權，其立法意旨並不是像第 95 條第 1 項對商用錄音物上之表演人賦予商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權那樣是要對表演人表演機會的喪失給予補償，而是為了要讓商用錄音物的放送或有線放送運作順暢而否定錄音物製作人的放送權和有線放送權，而用二次使用費請求權的方式，將放送事業者的收益的一部分還原給錄音物製作人。³³⁵

第 97 條在平成 18 年修法之前，以商用錄音物做放送／有線放送後，將該放送／有線放送接收後再做放送／有線放送之情形，錄音物製作人並無二次使用費請求權；平成 18 年修法時，將此種情形也對該商用錄音物上錄音物製作人賦予二次使用費請求權。但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收予以同時有線放送之情形，該商用錄音物之錄音物製作人沒有二次使用費請求權。³³⁶

錄音物製作人的商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權和商用錄音物上表演人之情形一樣，不適合將商用錄音物的二次使用費做個別零細支付之設計，也是採取僅由錄音物製作人團體集體行使權利之制度（第 97 條第 3 項³³⁷），目前受文化廳長官指定之團體是社團法人日本錄音物協會

³³⁵ 加戶守行，前引註 224，第 549 頁。

³³⁶ 見文化庁長官官房著作権課「解説 著作権法の一部を改正する法律について」，前引註 283，第 29 頁。

³³⁷ 日本著作権法第 97 條第 3 項規定：「第 1 項之收受二次使用費之權利，於國內有相當數量之以製作商用錄音物為業者為成員之團體（包括其聯合團體）、且經該團體同意而經文化廳長官指定時，得僅由該團體行使之。」

(Recording Industry Association of Japan; RIAJ)³³⁸。對於錄音物製作人的商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權指定團體之相關規定，依第 97 條第 4 項³³⁹，都是準用第 95 條表演人的商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權指定團體之規定。

第 97 條第 1 項錄音物製作人的商用錄音物放送或有線放送時之二次使用費請求權之規定，包括以商用錄音物做放送或有線放送後，將該放送或有線放送接收後再做放送或有線放送之情形，所以是有商用錄音物的公開播送與再播送之規定。

(三) 放送事業者的權利

放送事業者依第 89 條第 3 項之規定，享有第 98 條重製權、第 99 條就其放送之再放送權和有線放送權、第 99 條之 2 送信可能化權，及第 100 條就其電視放送或接收電視放送後而為之有線放送，有以擴大影像之特別裝置為公開傳達之權利。這些都是具物權性質的權利。值得注意的是，放送事業者並無上演或演奏權。

上述放送事業者的權利中，與公眾送信權相關的是：第 99 條就其放送之再放送權和有線放送權、第 99 條之 2 送信可能化權，及第 100 條就其電視放送或接收電視放送後而為之有線放送，有以擴大影像之特別裝置為公開傳達之權利。惟送信可能化權與本研究案議題無關，以下僅說明第 99 條就其放送之再放送權和有線放送權，及第 100 條就其電視放送或接收電視放送後而為之有線放送，有以擴大影像之特別裝置為公開傳達之權利。

³³⁸ 該協會網頁見社團法人日本レコード協会, <http://www.riaj.or.jp/about/index.html> (last visited 2008/10/29).

³³⁹ 日本著作權法第 97 條第 4 項規定：「第 95 條第 6 項至第 14 項之規定，於第 1 項之二次使用費及前項之團體準用之。」

1. 放送事業者的再放送權與有線放送權

日本著作權法第 99 條規定：「（第 1 項）放送事業者專有將其放送接收，而再放送或有線放送之權利。（第 2 項）前項之規定，於接收放送而為有線放送之人係依法令規定應為之有線放送者，不適用之。」

本條第 1 項是放送事業者就其放送的再放送權與有線放送權之規定。「將其放送接收而再放送」之形態，可以包括「將原放送接收而與原放送同時以無線再傳輸」和「將原放送接收，為再放送之目的而將之固著，再以固著物做再放送」兩種情形。如果將原放送之再放送接收之後更再放送，就不是原放送之放送事業者的權利，而是再放送之放送事業者的權利。³⁴⁰

而「將其放送接收而為有線放送」之形態，可以包括「將向公眾之放送直接接收而同時以有線再傳輸」（同時再傳輸）和「將向公眾之放送先固著，經過時間間隔後才以有線再傳輸」（異時再傳輸）兩種情形。³⁴¹

本條第 1 項的有線放送權僅及於將放送直接接收而做有線放送之情形，不及於將放送之有線放送接收後再做有線放送或向公眾傳達之情形。³⁴²

本條第 2 項是對第 1 項的有線放送權的例外規定，於法令上有義務將放送接收而為有線放送時，該有線放送行為即非放送事業者之權利範圍所及。這是因為日本有線電視放送法第 13 條第 1 項要求於難收視、難收聽區域內之有線電視放送事業者（即 CATV 事業者）有將該區域內之全部電視放送接收而同時再傳輸之義務，即該區域內之有線電視放送事業者有同時再傳輸之義務，此時有線電視放送事業者將區域內之電視放送接收同時而再傳輸時，區域內之電

³⁴⁰ 加戶守行，前引註 224，第 564-565 頁。

³⁴¹ 同上註，第 565 頁。

³⁴² 同上註，第 566 頁。

視放送事業者即無有線放送權。但是由於日本有線電視放送法第 13 條第 1 項的規定只是處理對區域內之電視放送事業者無有線放送權而已，對於該電視放送上有著作例如音樂著作、電影等被一併放送之情形，這些被放送的著作對該有線電視放送事業者之將區域內之電視放送接收同時而再傳輸仍有有線放送權。所以該有線電視放送事業者未與著作權人團體事前取得概括授權時，無法履行其法令上之義務。³⁴³

2. 放送事業者之以擴大影像裝置公開傳達權

日本著作權法第 100 條規定：「放送事業者就其電視放送或接收電視放送後而為之有線放送，專有將其接收後，以擴大影像之特別裝置將其放送為公開傳達之權利。」

本條是電視放送特有的公開傳達權之規定，放送事業者之以擴大影像裝置公開傳達權適用於兩種情形，一是「其電視放送被直接接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」，另一是「其電視放送被有線放送，將該有線放送接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」。

本條所稱「擴大影像之特別裝置」，例如以超大型電視機供公眾收視收聽之情形，是超過原本電視放送預定的利用範圍與程度而呈現出像電影的利用形態，此時放送事業者就享有本條的以擴大影像裝置公開傳達權。值得注意的是，第 102 條第 1 項對於著作鄰接權之限制規定中，沒有準用第 38 條第 3 項之情形，所以在非營利目的且免費入場之情形，只要有以擴大影像之特別裝置公開傳達，仍為本條之權利所及。換言之，在非營利目的且免費入場之情形而以擴大影像之特別裝置對放送做公開傳達時，被放送之「著作」依第 38 條第 3 項受到權利限制而無第 23 條第 2 項的以接收裝置公開傳達權，但電視放送

³⁴³ 同上註，第 566-567 頁。

事業者之著作鄰接權卻沒有受到限制，仍然享有本條以擴大影像裝置之特別裝置為公開傳達之權利。³⁴⁴

本條中的「其電視放送被直接接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」是將公開播送之結果以擴音器或其他器材向公眾傳達之情形，而「其電視放送被有線放送，將該有線放送接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」的部分，有公開播送之原播送（電視放送）被有線再播送（有線放送）再以擴音器或其他器材向公眾傳達之情形。

（四）有線放送事業者之權利

有線放送事業者依第 89 條第 4 項之規定，享有第 100 條之 2 重製權、第 100 條之 3 放送權和再有線放送權、第 100 條之 4 送信可能化權，和第 100 條之 5 以擴大影像之特別裝置公開傳達有線電視放送之權利。這些都是具物權性質的權利。值得注意的是，有線放送事業者並無上演或演奏權。

上述有線放送事業者之權利中，與公眾送信權相關的是：第 100 條之 3 放送權和再有線放送權、第 100 條之 4 送信可能化權，和第 100 條之 5 以擴大影像之特別裝置公開傳達有線電視放送之權利。惟送信可能化權與本研究案議題無關，以下僅說明第 100 條之 3 放送權和再有線放送權，和第 100 條之 5 以擴大影像之特別裝置公開傳達有線電視放送之權利。

1. 有線放送事業者之放送權與再有線放送權

日本著作權法第 100 條之 3 規定：「有線放送事業者專有將其有線放送接收，而為放送或再有線放送之權利。」

有線放送事業者依本條就其有線放送，享有接收而為放送之權利，和接收

³⁴⁴ 同上註，第 570 頁。

而為再有線放送之權利。所以本條有公開播送之原播送（有線放送）和公開播送之再播送（接收其有線放送而為放送，和接收其有線放送而為再有線放送）之情形。

相對於放送之情形，於難收視、難收聽區域內之有線電視放送事業者依第 99 條第 2 項有將該區域內之全部「電視放送」接收而同時再傳輸之法令義務，於有線放送之情形，有線放送事業者並沒有此種將「有線放送」接收而同時再傳輸之義務。³⁴⁵

2. 有線放送事業者之有線電視放送公開傳達權

日本著作權法第 100 條之 5 規定：「有線放送事業者就其有線電視放送，專有將其接收後，以擴大影像之特別裝置將其有線放送為公開傳達之權利。」

相對於第 100 條的放送事業者，其以擴大影像之特別裝置公開傳達之權利適用於「其電視放送被直接接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」和「其電視放送被有線放送，將該有線放送接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」兩種情形，第 100 條之 5 只限於「將其有線電視放送被直接接收而以擴大影像之特別裝置公開傳達」之情形。其他的部分與第 100 條同，於此不贅述。

（五）小結--著作鄰接權人之公眾送信權與公開播送和再播送之關係整理

基於前述說明，將著作鄰接權人與公眾送信相關之權利與公開播送和再播送之關係整理如「附表二」：

³⁴⁵ 同上註，第 573 頁。

【附表二】日本著作鄰接權人與公眾送信相關之權利與公開播送和再播送之關係

陳錦全製表

日本著作 權法條文	條文	準用對象	得主張合理使用之行爲	與公開播送之原播送之 關係	與再播送之 關係
§102 準用§ 35II	第 35 條第 2 項規定：「於前項教育機構授課過程中，對直接接受授課者提供或提示著作之原件或重製物之方式利用該著作之情形，或依第 38 條第 1 項之規定上演、演奏、上映或口述之方式利用該著作之情形，得將已經公表之著作對該授課場所以外之場所同時接受授課者為公眾送信（於自動公眾送信之情形，含送信可能化）。但依該著作之種類與用途，及該公眾送信之態樣，對著作權人之利益有不當損害之情形者，不在此限。」	表演、錄音物、 放送、有線放送	得公眾送信（於自動公眾 送信之情形，含送信可能 化）	得有線或無線公開播送	X
§102 準用§ 41	第 41 條規定：「以攝影、電影、放送或其他方法報導時事事件之情形，構成該事件之著作，或於該事件過程中所見或所聞之著作，於報導目的上正當範圍內，得重製之，及得伴隨該事件之報導而利用之。」	表演、錄音物、 放送、有線放送	得重製 得伴隨該事件之報導而利 用	得有線或無線公開播送	X

§102 準用§42 之 2	第 42 條之 2 規定：「行政機關之首長、獨立行政法人等，或地方公共團體之機關或地方獨立行政法人，依「行政機關資訊公開法」、「獨立行政法人等資訊公開法」或「資訊公開條例」之規定向公眾提供著作或以提示為目的之情形，「行政機關資訊公開法」第十四條第一項（包括基於同項規定而以政令規定者）規定之各種方法、「獨立行政法人等資訊公開法」第十五條第一項規定之方法〔包括基於同項規定該獨立行政法人等所規定之方法（基於「行政機關資訊公開法」第十四條第一項規定而以政令規定之方法以外者除外。）〕，或依「資訊公開條例」規定之方法〔「行政機關資訊公開法」第十四條第一項（包括基於同項規定而以政令規定者。）規定之方法以外者除外。〕為揭露必要之程度內，得利用該著作。」	表演、錄音物、放送、有線放送	得利用	得有線或無線公開播送	X
§102 準用§38II	第 38 條第 2 項規定：「對被放送之著作，無營利目的且未向觀眾或聽眾收費者，得有線放送，或專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）。」	表演、錄音物、放送、有線放送	有線放送 專以於該放送之放送對象區域內接收為目的而自動公眾送信（於送信可能化中，包括對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）	得有線公開播送	X
§102III	第 102 條第 3 項規定：「（第 3 項）於著作鄰接權標的之表演被放送時，得專以於該放送之放送對象區域（係指昭和二十五年法律第一百三十二號放送法	放送上之表演	表演被放送時，得專以於該放送之放送對象區域內接收傳輸為目的而為送信	X	X

	<p>第二條之二第二項第二款規定之放送對象區域；於該條未規定之放送，係指昭和二十五年法律第一百三十一號電波法第十四條第三項第三款規定之放送區域。）內接收傳輸為目的而為送信可能化（限於對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）之行爲。但對於該放送有關之第 99 條之 2 規定之權利人之權利有損害者，不在此限。」</p> <p>第 102 條第 4 項規定：「（第 4 項）依前項規定而對表演為送信可能化之人，除有依第 1 項準用第 38 條第 2 項規定之適用者外，對該表演有關之第 92 條之 2 第 1 項規定之權利人，應支付相當數額之補償金。」</p>		可能化（限於對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）之行爲		
§ 102V 準用§102III	<p>放送上之錄音物依§102V 準用§102III 受到送信可能化之限制，但送信可能化之人除無營利目的且向觀眾或聽眾收費外，準用§102IV 之規定須支付補償金</p>	放送上之錄音物	表演被放送時，得專以於該放送之放送對象區域內接收傳輸為目的而為送信可能化（限於對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）之行爲	X	X
§102VI	<p>第 102 條第 6 項規定：「（第 6 項）依第 39 條第 1 項或第 40 條第 1 項與第 2 項之規定得對著作放送或有線放送之情形，就其著作之放送或有線放送，得將其接收而為有線放送，或以擴大影像之特別裝置公開傳達，或就其著作之放送，得將其接收而同</p>	放送、有線放送	<p>將依第 39 條第 1 項或第 40 條第 1 項與第 2 項之規定對著作放送時，得將其放送接收而為：</p> <p>1. 有線放送</p>	X	得有線再放送

	<p>時專以於該放送之放送對象區域內接收傳輸為目的而為送信可能化（限於對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）之行爲。」</p>		<p>2. 以擴大影像之特別裝置公開傳達 3. 同時專以於該放送之放送對象區域內接收傳輸為目的而為送信可能化（限於對與供公眾用之電氣通信網路連接之自動公眾送信裝置輸入資訊之情形）之行爲</p>		
--	------------------------------------------------------------------------------	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

四、日本著作權法下著作權人與著作鄰接權人公眾送信權比較

由前述可知，日本著作權法下著作權人有完整的公眾送信權，包括放送權、有線放送權、自動公眾送信權、送信可能化權和以接收裝置公開傳達權；而著作鄰接權人中，表演人、錄音物製作人、放送事業者、有線放送事業者享有的與公眾送信權相關之權利與限制各不相同，詳見「附表三」。

【附表三】 日本著作權法下公眾送信權比較表

陳錦全製表

	放送權	有線放送權	自動公眾送信權	送信可能化權	以接收裝置公開傳達權	有線放送報酬請求權	放送或有線放送二次使用費請求權
著作權人	【權利】 §23I	【權利】 §23I	【權利】 §23I	【權利】 §23I	【權利】 §23II	X	X
	【權利限制】 §34I	【權利限制】 §34I	【權利限制】 §34I	【權利限制】 §34I	【權利限制】 §38III		
	§35II	§35II	§35II	§35II	§39II		
	§39I	§38II	§38II	§38II	§40III		
	§40II	§39I	§39I	§39I	----		
	----	§40II	§40II	§40II	§40I		
	§40I	----	----	----	§41		
	§41	§40I	§40I	§40I	§42 之 2		
	§42 之 2	§41	§41	§41	§46		
	§46	§42 之 2	§42 之 2	§42 之 2			
		§46	§46	§46			
	【裁定利用】 §67	【裁定利用】 §67	【裁定利用】 §67	【裁定利用】 §67	【裁定利用】 §67		
	§68I	§68I §68II	§68II	§67 §68II	§68II		

		放送權	有線放送權	自動公眾 送信權	送信可能化權	以接收裝置公 開傳達權	有線放送 報酬請求權	放送或有線放送 二次使用費請求權
著作 鄰 接 權 人	表演 人	<p>【權利】 §92I</p> <p>可以包括三種情形：(1)對現場表演的直接放送、(2)將現場表演的放送接收後再放送、(3)以非經授權之表演錄音物或錄影物為放送。</p>	<p>【權利】 §92I</p> <p>可以包括三種情形：(1)對現場表演的直接有線放送、(2)將現場表演的放送接收後再有線放送、(3)以非經授權之表演錄音物或錄影物為有線放送。</p>	X	<p>【權利】 §92之2</p> <p>【權利限制】 §102準用§35II、§38II、§41、§42之2</p> <p>放送上之表演受到§102III送信可能化之限制，但送信可能化之人除無營利目的且向觀眾或聽眾收費外，依§102IV須支付補償金</p>	X	<p>【權利】 §94之2</p> <p>(放送上之表演人)</p> <p>但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費之情形，放送上之表演人對將該放送做同時有線放送之有線放送事業者無報酬請求權</p>	<p>【權利】 §95</p> <p>(商用錄音物上之表演人)</p> <p>但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收予以同時有線放送之情形，該商用錄音物上表演人沒有二次使用費請求權</p> <p>收受二次使用費之權利採取由文化廳長官指定之表演人團體集體行使權利之制度，無指定團體時，表演人得個別行使</p>
		<p>§92II §94，但享有報酬請求權</p> <p>【權利限制】 §102準用§35II、§41、§42之2</p>	<p>§92II §94，但享有報酬請求權</p> <p>【權利限制】 §102準用§35II、§38II、§41、§42之2</p>					

		放送權	有線放送權	自動公眾 送信權	送信可能化權	以接收裝置 公開傳達權	有線放送報酬 請求權	放送或有線放送二次使用費請求權
	錄音物 製作人	X	X	X	<p>【權利】 §96 之 2</p> <p>【權利限制】 §102 準用§35II、§38II、§41、§42 之 2</p> <p>放送上之錄音物依§102V 準用§102III 受到送信可能化之限制，但送信可能化之人除無營利目的且向觀眾或聽眾收費外，準用§102IV 之規定須支付補償金</p>	X	X	<p>【權利】 §97 (商用錄音物之放送或有線放送)</p> <p>但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收予以同時有線放送之情形，該商用錄音物之錄音物製作人沒有二次使用費請求權</p> <p>收受二次使用費之權利採取由文化廳長官指定之錄音物製作人集體行使權利之制度，無指定團體時，錄音物製作人得個別行使</p>

		放送權	有線放送權	自動公眾 送信權	送信可能化權	以接收裝置公開傳達權	有線放送報 酬請求權	放送或有線 放送二次使 用費請求權
	放送事業者	<p>【權利】 §99 就其放送之再放送權</p> <p>【權利限制】 §102 準用§35II、§41、§42 之 2</p> <p>§102VI</p>	<p>【權利】 §99 就其放送之有線放送權</p> <p>日本有線電視放送法第 13 條第 1 項要求於難收視、難收聽區域內之有線電視放送事業者有將該區域內之全部電視放送接收而同時再傳輸之義務，依法令之義務將放送接收而為有線放送時，該有線放送行為非放送事業者之有線放送權權利範圍所及</p> <p>【權利限制】 §102 準用§35II、§38II、§41、§42 之 2</p> <p>§102VI</p>	X	<p>【權利】 §99 之 2</p> <p>【權利限制】 §102 準用§35II、§38II、§41、§42 之 2</p> <p>§102VI</p>	<p>【權利】 §100 就其電視放送或接收電視放送後而為之有線放送，有以擴大影像之特別裝置為公開傳達之權利</p> <p>在非營利目的且免費入場之情形而以擴大影像之特別裝置對放送做公開傳達時，電視放送事業者之著作鄰接權沒有受到限制，仍然享有第 100 條以擴大影像裝置之特別裝置為公開傳達之權利</p> <p>【權利限制】 §102 準用§41、§42 之 2</p> <p>§102VI</p>	X	X

		放送權	有線放送權	自動公眾送信權	送信可能化權	以接收裝置公開傳達權	有線放送報酬請求權	放送或有線放送二次使用費請求權
	有線放送事業者	<p>【權利】 §100 之 3 放送權</p> <p>【權利限制】 §102 準用§35II、§41、§42 之 2</p>	<p>【權利】 §100 再有線放送權</p> <p>【權利限制】 §102 準用§35II、§38II、§41、§42 之 2 §102VI</p>	X	<p>【權利】 §100 之 4</p> <p>【權利限制】 § 102 準用 §35II、§38II、§41、§42 之 2</p>	<p>【權利】 §100 之 5 以擴大影像之特別裝置公開傳達有線電視放送之權</p> <p>【權利限制】 §102 準用§41、§42 之 2 §102VI</p>	X	X

貳、日本公眾送信制度與我國公開播送制度之比較

由上述可知，日本著作權法「放送」、「有線放送」、「自動公眾送信」和「送信可能化」四種態樣合而為第 23 條第 1 項的公眾送信權；惟將公眾送信之著作以接收之裝置接收下來再進行公開傳達之行為，則為第 23 條第 2 項之以接收裝置公開傳達權。

日本著作權法下相當於我國法下公開播送之概念是「放送」和「有線放送」，原播送和再播送都可以以「放送」和「有線放送」的方式為之。

我國法下公開播送權包括原播送和再播送兩部分，視其運用的是無線電或是有線電方式，會對應到日本法下的「放送」和「有線放送」（見表四）。我國法下的公開播送可能以「無線電公開播送-接-無線電再播送」、「無線電公開播送-接-有線電再播送」、「有線電公開播送-接-無線電再播送」、「有線電公開播送-接-有線電再播送」四種排列組合的方式呈現，惟其中「有線電公開播送-接-無線電再播送」並非實務上之公開播送服務提供態樣，日本亦然。惟日本法並不像我國法對公開播送的定義那樣區分原播送和再播送。

【表四】 日本公眾送信與我國法相當之概念比較表

日本	我國
公眾送信	相當於我國法的公開播送加上公開傳輸
放送	無線電方式之廣播，可以是公開播送之原播送或再播送
有線放送	有線電方式之廣播，可以是公開播送之原播送或再播送
自動公眾送信	二者合併相當於我國法之公開傳輸
送信可能化	

日本著作權法第 23 條第 1 項之權利（放送權和有線放送權）即相當於伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 1 款（Art. Art. 11 bis (1)(i)）所規範之「無線廣播

其著作」，加上同條項第 2 款 (Art. Art. 11 bis (1) (ii)) 所規範之「將其著作之原廣播以有線傳播於公眾，和將其著作之原廣播再以無線廣播傳播於公眾」的部分，也相當於我國法下以無線電或有線電做公開播送之原播送加上再播送這一塊。

日本著作權法第 23 條第 2 項之以接收裝置公開傳達權 (即單純開機之情形)，相當於伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 3 款 (Art. Art. 11 bis (1)(iii)) 「將其著作之原廣播以擴音器或其他類似器材再公開傳播」部分，在我國則應該被歸到公開演出的範疇，只是智慧局向來函釋見解認為公共場所單純開機收視或收聽之情形不涉及著作權人之權利。日本此項以接收裝置公開傳達權於非營利目的不收費之情形，被放送之「著作」依第 38 條第 3 項受到權利限制，而我國只有依第 55 條的合理使用規定主張公開演出比較接近，但是依第 55 條主張合理使用的條件除了非營利目的不收費之外，還必須不付費和必須是非常態性的活動，又必須以第 65 條第 2 項的判斷因素來檢視是否在合理範圍內，條件比日本法嚴苛。

我國法下所有著作類別都享有公開播送權，但表演人受到第 24 條第 2 項之限制 (經重製之表演無公開播送權、經公開播送之表演無再播送權)，可以主張公開播送的條文有第 47 條第 3 項、第 49 條、第 50 條、第 53 條第 2 項、第 55 條、第 56 條之 1、第 58 條、第 61 條、第 62 條和第 65 條第 2 項的合理使用概括規定，可以主張公開演出合理使用有第 49 條、第 53 條第 2 項、第 55 條、第 58 條、第 62 條和第 65 條第 2 項的合理使用概括規定。

日本由於是鄰接權制度的國家，著作權人和著作鄰接權人之權利會做差異處理，著作權人有日本法第 23 條第 1 項之放送權和有線放送權，對著作權人的放送權和有線放送權也有很多權利限制的規定，但主要都是對原播送部分做限制，有些是對單純開機做權利限制，而不是對再播送部分。

在著作鄰接權人部分：表演人的放送權和有線放送權受到第 92 條第 2 項之限制和受到第 94 條之限制（但第 94 條之情形享有報酬請求權），放送上之表演人依第 94 條之 2 有有線放送報酬請求權（但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費之情形就沒有有線放送報酬請求權），商用錄音物上之表演人依第 95 條第 1 項有放送或有線放送二次使用費請求權（無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收做同時有線放送之情形，商用錄音物上表演人沒有二次使用費請求權，而收受二次使用費之權利係由文化廳長官指定之表演人團體集體行使權利）；錄音物製作人沒有放送權和有線放送權，只有在商用錄音物之放送或有線放送之情形依第 97 條第 1 項有放送或有線放送二次使用費請求權（但無營利目的且未向觀眾或聽眾收費，而將該放送接收予以同時有線放送之情形，該商用錄音物之錄音物製作人沒有二次使用費請求權，而收受二次使用費之權利係由文化廳長官指定之錄音物製作人集體行使權利）；放送事業者依第 99 條就其放送有再放送權和有線放送權（但依日本有線電視放送法第 13 條第 1 項負有法令上義務將放送接收而為有線放送時，放送事業者就此無有線放送權）、依第 100 條就其電視放送或接收電視放送後而為之有線放送，有以擴大影像之特別裝置為公開傳達之權利；有線放送事業者依第 100 條之 3 有放送權和再有線放送權，依第 100 條之 5 有以擴大影像之特別裝置公開傳達有線電視放送之權。

就以接收裝置公開傳達權而言，日本表演人和我國的表演人均無此權利。

又，值得注意的是，日本法下的表演人、錄音物製作人、放送事業者和有線放送事業者均無上演或演奏權。不像我國表演人享有未經重製且未經公開播送之以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利，而錄音著作享有公開演出之報酬請求權。

整體看來，日本著作鄰接權人的公開播送相關權利比我國的表演人和錄音

著作人小很多。由於在日本法下著作鄰接權人（中的表演人和錄音物製作人）於商用錄音物的放送／有線放送利用不是賦予放送權／有線放送權而是弱化為二次使用費請求權，放送上之表演的有線放送也不是賦予有線放送權而是賦予有線放送報酬請求權，因此在實務上面臨「商用錄音物的利用」和「廣播上表演的利用」這兩種同時會牽涉到多個著作權人和著作鄰接權人時，利用人就可以只要專心面對著作權人做授權交涉，對著作鄰接權之利用就只需付費解決而沒有刑事威脅，對於簡化著作利用實務環境很有幫助。

另外，日本法比我國法有彈性之處是在兩種裁定利用制度上。一是第 67 條著作權人不明或其他原因無法與著作權人取得聯絡時之裁定利用，另一是第 68 條放送事業者請求放送之授權但協議不成或無法進行協議時之裁定利用，如能仿照日本法此二種裁定利用制度修法，前者將有助於解決孤兒著作難以利用的情形，後者在日本法下雖然是沒有出鞘過的寶刀，但此制度可以紓解個體戶授權協議不成的情形，並可以用裁定利用的方式，讓電台電視台的公開播送不必負刑責，對我國長期以來公開播送之原播送和再播送使用報酬爭議不休的實務現狀的解決將有很大的幫助。

最後，再就本研究案重心之旅館、醫院房間之例做檢視，來比較此例在日本與我國法下之法律規範與實務收費情形。

旅館、醫院將無線廣播接收後以有線電方式傳送到房間，在日本法下因為同屬於旅館主人占有區域之電氣設備間之傳輸，所以不會構成對著作的公眾送信（因而不會是再播送），但是會落在上演或演奏的擴張定義（日本法第 2 條第 7 項）中，而落入第 22 條上演或演奏權之範圍。在非營利、未收費且未付報酬之情形，日本法第 38 條第 1 項對著作之上演或演奏權有權利限制規定。但日本法下的表演人、錄音物製作人、放送事業者和有線放送事業者均無上演或演奏權，所以就旅館、醫院房間之例而言，在日本就只需要處理著作權人而

不須處理著作鄰接權人的問題。

在收費實務上，日本最大的音樂集體管理團體 JASRAC 對以「有線放送之方式將公眾送信之著作以接收裝置公開傳達」和「以合法錄音之錄音物做演奏之方式，將著作作為背景音樂利用」兩種情形有收費規定。前者即可適用於將電視或廣播節目以有線方式傳到旅館或醫院房間之情形，後者則是播放 CD 音樂作為背景音樂之情形。JASRAC 將收費分成「設施之使用費」和「音源提供事業者為自己客戶而簽訂概括授權契約之使用費」兩種情形，在「設施之使用費」之下又分為「一般店舖」和「住宿設施」兩種情形。

「一般店舖」之設施使用費規定如下表：

分類	店舖等設施之面積	每年使用費
1	500 平方公尺以下	6,000 日元
2	1,000 平方公尺以下	10,000 日元
3	3,000 平方公尺以下	20,000 日元
4	6,000 平方公尺以下	30,000 日元
5	9,000 平方公尺以下	40,000 日元
6	9,000 平方公尺以上	50,000 日元

「住宿設施」之設施使用費規定如下表：

分類	容納住宿人數	每年使用費
1	100 人以下	6,000 日元
2	200 人以下	10,000 日元
3	300 人以下	20,000 日元
4	400 人以下	30,000 日元
5	500 人以下	40,000 日元
6	500 人以上	50,000 日元

「音源提供事業者為自己客戶而簽訂概括授權契約之使用費」則是在提供有線放送服務之事業、提供錄音物製作或出租服務之事業，和背景音樂之音源提供事業者，為自己的客戶之利用而簽訂概括授權契約時，其使用費為該音源

提供事業者不含消費稅之前一年度營業收入的百分之一。值得注意的是，JASRAC 對「社會福利機構、醫療機構或教育機構之利用」、「事務所、工廠等僅以員工為主要對象之利用」和「露天商店等短時間且輕微之利用」三種情形，縱使不能符合第 38 條第 1 項之規定，目前也暫不收費。³⁴⁶

³⁴⁶ 見 JASRAC 使用料規程（平成 20 年 6 月 27 日申報版），第 12 節 BGM，<http://www.jasrac.or.jp/profile/covenant/pdf/royalty/royalty.pdf> (last visited 2009/02/03).

第五章 德國對公開播送與再播送制度之規範

壹、概述

一、德國著作權法之公開傳播權

德國著作權法第 15 條第 2 項賦予著作人專有無形公開利用其著作之公開傳播權（或稱公開再現權，Recht der öffentlichen Wiedergabe）；公開傳播權是著作人所有無形公開利用權的上位概念，其內容包括：

§ 15 II：無形公開再現權（公開傳播權），包括

1. 公開口述、公開演出及公開上映權（§ 19）
2. 對公眾提供權（§ 19a）
3. 公開播送權（§ 20）
 - 3.1. 歐洲衛星廣播權（§ 20a）
 - 3.2. 有線再播送權（§ 20 b）
4. 經由錄音或錄影物之再公開傳播權（§ 21）
5. 廣播和對公眾提供之再公開傳播權（§ 22）

其中與本研究最直接相關的，應屬於§ 20 的公開播送、§20a 的衛星廣播與§20b 的有線再播送權等，分別說明如下。

二、「公開播送」、「衛星廣播」與「有線再播送」權之立法發展

德國著作權法第 20 條之公開播送權 (Senderecht) 是根據伯恩公約布魯塞爾本文第 11 bis 第 1 項所制定的。之後，為了配合 1993 年 9 月 27 日“理事會為了銜接特定著作和鄰接權保護法律有關的衛星廣播或有線廣播“的歐盟衛星及有線廣播指令³⁴⁷，德國立法者除了第 20 條外，又於 1998 年 5 月 8 日新增第 20a 條之「歐洲衛星廣播」以及第 20 b 條之「有線再播送」，目的是打算以歐盟為界，將各國廣播節目開放給共同市場內的接收者³⁴⁸。

第 20a 條「歐洲衛星廣播」之規定，除了對於衛星廣播的概念加以定義之外，並對此一廣播方式賦予權利。甚至，如果表演人依著作權法第 78 條之規定³⁴⁹享有公開播送權的同時，不必修正該法條，即可同時享有歐洲衛星廣播權。

至於第 20 b 條「有線再播送」之內容，除了 1998 年 5 月 8 日德國著作法第四次修正草案，將原條文之「Drahtfunk」（有線播送）的用語重新命名改為「Kabelfunk」（電纜播送）之外，其實質的內涵並無變更。另外，因為轉換歐洲衛星及有線廣播指令之結果，本條關於“有線再播送權“之規定，主要是針對著作權仲介團體的管理權，以及廣播機構、錄音或錄影物製作人的著作權契約的特別規定。因此，德國「著作權法」及「著作暨鄰接權受託管理法」中有於著作權契約法的部分，也併同加以修正。

經上述立法之後，凡任何經由電磁波傳播著作的行為，都須經著作人之同意。任何一種廣播方式，包括凡經由電台或電視廣播、衛星廣播或有線廣播接收節目的收視群眾，以及透過電纜以改善其收視情況的服務，都必須徵得著作人同意。又因為本條只針對著作經由廣播對公眾提供的情形，故其是否為現場

³⁴⁷ Richtlinie 93/83/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung vom 27.9.1993, ABl. Nr.L248/15,簡稱歐洲衛星及有線廣播指令。

³⁴⁸ 參閱歐洲衛星及有線廣播指令立法理由 Nr.3。

³⁴⁹ (舊)著作權法原規定在第 67 條，新著作權法修正後為第 78 條，參閱§ 20a 之立法理由，Begr. BR-Drucks. 212/96 S.33。

播送或是利用錄製的錄音或錄影物加以播送，均非所問。再者，由於任一形式的公開播送都屬於著作人之權利，因此不論是第一次的播送或是重播，以及同一時間在廣播機構播送地區以外的再播送，都包含在規範之內。

貳、公開播送權

一、公開播送之要件

所謂的「公開播送」，係指將著作透過廣播（Funk）的方式，使公眾得以接收（der Öffentlichkeit zugänglich zu machen）；至於該廣播不論是透過電台或電視台之無線廣播、衛星廣播或有線廣播，在德國著作權法的意義上就只有一種，亦即，不論是哪一種廣播方式皆應得著作人之同意或授權。

根據德國著作權法第 20 條之規定，公開播送權之要件包括：1.透過一定之廣播方式，例如電台或電視廣播、衛星廣播、有線廣播或其他類似之技術方法，以及 2.使公眾得以接收（der Öffentlichkeit zugänglich zu machen）所廣播的著作。

（一）以公眾接受為目的（Öffentlichkeit zugänglich machen）

德國著作權法關於此部分之討論，主要涉及「公開」的定義及要件。換言之，所有無形利用的行為，包括「公開播送」與「再播送」在內，都必須以“公開”為前提，並符合德國著作權法第 15 條第 3 項關於「公開」之定義。

德國（舊）著作權法第 15 條第 3 項原規定：「著作之公開再現，係指針對多數人為之，但並不包括這群多數人是特定且有範圍限制的，並且他們彼此之間有關係存在，或是因其與主辦者之間的關係而產生個人相互間的聯繫。」

倘一群人對外有特定的區隔，而且對內彼此之間或是各別與主辦者之間存

有個人關係的聯繫，則對此種多數人所作的著作再現，並非著作權法意義下所稱之「公開」。至於何時才會出現「公開」的概念特徵，必須依個案而定，通常會視該人群規模的大小以及個人之間關係的性質而為決定。若參與者的範圍愈大，則參與者之間存在著個人間聯繫關係的可能性就會愈小。但是，一定絕對人數的最高限額也並不存在。至於個人關係的定義也並不僅限於狹義的家庭或朋友關係而已，關鍵點應該是，各參與者之間必須存有個人之間的聯繫關係，也就是不僅彼此之間要有緊密的互動關係，而且也要有彼此存有個人聯繫關係的意識。³⁵⁰至於實務判決方面，也多是在斟酌，在所有的參與者之間，是否存在著一種足以喚起個人關係意識的個人間緊密的相互聯繫，或者至少在該活動中已經建立了此種關係³⁵¹。因此，若是在一群人之間只存在著一種對相同事物的利益（例如：職業、運動方面的），則即便是該項共同利益是他們存在的基礎，並因此形成一種共同的歸屬感，但此仍不屬於一種生活團體的意識³⁵²。

然而隨著「網路傳輸受保護著作的行為」是否符合原 15 條第 3 項「公開」之定義，在德國引起很大的爭議，因此德國立法者遂重新修正第 15 條第 3 項有關「公開」之規定，以避免陷入文字上的爭論。2003 年 9 月 13 日生效之新著作權法第 15 條第 3 項文字修正為：「公開再現，係指針對公眾成員中之多數人為之。所謂的公眾係指任何人，其不與著作之利用人或其他將著作以無形方式提供利用之人，具有個人關係之關聯者（durch persönliche Beziehungen verbunden ist）。」

³⁵⁰ Vgl. Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2000, §15, Rdnr.30; Ungern-Sternberg/in Schricker, Urheberrecht Kommentar, 1999, §15, Rdnr.64.

³⁵¹ 肯定的有, „Zweibettzimmer im Krankenhaus“ BGH GRUR 1996,875ff.; 但仍有否意見 “Vollzugsanstalten“, BGH GRUR 1984, 734f.

³⁵² „Alters-Wohnheim“, BGH GRUR 1975, 33f.; Goebel/Hackemann/Scheller, GRUR 1986, 355ff.358.

依立法理由之說明³⁵³：第 15 條第 3 項新修正的”公開”的定義，在主要內容上仍符合原著作權法之規定。由於公開傳播的對象主要是針對公眾，因此對「偶然性公開」（zufälliger Öffentlichkeit）的不明確性應盡量避開，故新法中以「透過個人間的關係所產生關聯性」（Verbundenheit durch persönliche Beziehungen）的要件來做為非公開的限制，並以此做為區別「公開」與「非公開」之界線，相較於舊法的用語，也僅是在文句上做更清楚的表達而已，並無實質內容之變更。

至於修法後，德國著作權法對於「公開」之概念，是否改採「漸次式公開」（sukzessive Öffentlichkeit），聯邦政府在修正草案中一併加以說明：截至目前為止，在數位網路互動式提供著作的”漸次式的公開”（sukzessive Öffentlichkeit），是否不符合「傳統」公開傳播所要求的同步性（Gleichzeitigkeit）要件，仍尚未確定。惟歐盟指令第 3 條第 1 項以及 WCT 第 8 條的精神，提供著作人有對公眾提供著作的專屬權，進而使公眾中之成員，得在其各自所選定的時間或地點下，利用該著作³⁵⁴；而基本上，這類的利用行為都是無法讓公眾同時使用。由此看來，修法後的德國著作權法，在網路互動式傳輸的「對公眾提供權」（Right of Making Available, Recht der öffentlichen Zugänglichmachung）部分，將無法再堅持「同步」之要件。

（二）一定之廣播方式

德國著作權法第 20 條「公開播送權」中所使用「廣播方式」，包括透過

³⁵³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Deutscher Bundestag-15, Wahlperiode, Drucksache 15/38, http://www.bmj.bund.de/enid/36d25ab618a66fb7f90102434b69cf86,0/Urheberrecht/Urheberrecht_-_ss__Korb_71.html, last visited 2008.9.30.

³⁵⁴ 在內容上有著相同規定的還有，歐盟指令第 3 條第 2 項，WPPT 第 10 條有關表演人，以及第 14 條有關錄音物製作人的規定。

電台或電視台的**無線廣播**，**衛星廣播**，**有線廣播**或**其他類似技術設備的方法**³⁵⁵而言。

1. 透過無線廣播（drahtlose Rundfunksendung）的方式

德國法所稱之「無線廣播」，係指以電磁波方式，將任何的符號、聲音或影像從一個地面發射站（Sender）傳播出去，並且在其他的地點由任意數目的接收設備加以接收後，再轉換成原來的符號、聲音或影像。

由地面發射的原始無線廣播，包括聲音廣播及電視廣播兩大類。為了擴大節目的接收區域，對於國內的廣播過程，通常是採取透過數個發射站同步播放的方式。這些架設在地面上，負責播送電視台節目的播送網（Sendernetze），是由數個發射站所組成（也就是一般所說的具備高功率的地面發射站，以及被用來改善訊號接收不良地區訊號接收的補充式發射站與小型發射站）。每一個個別的發射站都會將所收到的節目訊號，透過分配網（Verteilernetz），分別轉換成定向廣播（Richtfunkverbindungen）或是有線電纜廣播（Kabelverbindungen）連結的方式，向公眾播送。所謂的「定向廣播」係指，一系列的廣播發射站群組，透過其廣播天線所送出的廣播訊號只能傳送至特定的接收天線。在利用電磁波發送廣播訊號時——就如同將閃光燈聚焦成光束的原理一樣——也可將電磁波匯聚成較強的電磁波束（也因此無法被閱聽大眾所接收），然後傳播至下一個發射站。因此，在地面無線廣播的過程中，要判斷的著作是否被利用的重點在於，個別的發射站是否有將著作向公眾播送³⁵⁶。

又著作權法第 20 條的公開播送權只賦予著作人有播送該廣播（die Ausstrahlung der Sendung）之權利，至於接收廣播的行為（Empfang der

³⁵⁵ 這裡所稱的其他類似技術，也是指廣播技術的方法，Vgl. Schricker, a.a.O. Vor §§20, Rdnr.1.。

³⁵⁶ Vgl. v. Ungern-Sternberg, a.a.O., Vor §§20ff., Rdnr.2, §20, Rdnr.17.

Sendung) ，則只要不公開為之，就屬於自由之行為，不在公開播送權效力範圍之所及。但對於已廣播之著作，如果經由接收器材再被公開使他人得感知者，就會落入著作權法第 22 條之“廣播之再公開傳播權”的範圍，也應得到著作人的同意或授權。

2. 透過衛星廣播 (Satellitenfunk) 的方式

(1) 衛星廣播的定義

德國著作權法關於「衛星廣播」之定義，分別規定在不同條文，因此定義也不盡相同：

1. 依德國著作權法第 20 條所謂的衛星廣播，係指將著作透過衛星向公眾播送的行為。

2. 至於德國著作權法第 20a 條第 3 項所稱的「歐洲衛星廣播」，係指在廣播機構的控制與負責下，基於公眾接收之目的，將載有特定節目內容的訊號以連續不間斷的傳播網絡，先發射至衛星再轉送回地面的行為。

經由上述二個條文不盡相同的定義可以發現：第 20a 條所稱的衛星廣播應是認為，將節目傳送至衛星 (uplink) 也是衛星廣播利用行為中的一部份，換句話說，將廣播節目上傳至衛星後，再經由衛星向公眾傳送節目止，這整個連續的轉播過程才會被視為是一個完整的衛星廣播行為³⁵⁷。但是第 20 條所稱的「衛星廣播」，則只有包含第二階段，也就是，將著作透過衛星傳送回地面供公眾接收的利用行為而已。

³⁵⁷ Breidenstein, Urheberrecht und Direktsatellit, 1993, 38ff. ; v. Ungern-Sternberg, Die Recht der Urheber an Rundfunk- und Drahtfunksendung nach internationalem und deutschem Urheberrecht, 1973, S.28ff.

有學者認為³⁵⁸，將衛星廣播的利用行為包括，”從發射載有節目內容的訊號到衛星，再從衛星向公眾播送”的這整個傳送過程，其實並無實益。蓋從法律的關連性而言，載有節目的訊號是從哪一個國家傳送上衛星，與衛星廣播在著作權法上的要件：「透過衛星向公眾播送」，是獨立無關的兩個行為。因為將「載有節目的訊號傳送至衛星的行為」，並不必然就一定就構成著作權法意義下的衛星廣播，實際的情況，也很可能是由另一個衛星廣播機構負責接收節目後向公眾播送，此時單純只前階段的行為尚不至於構成著作權意義下所稱的「公開播送」。因此，事業必須在將訊號傳送至衛星之後，再由自己本身直接將節目訊號傳送回地面提供公眾接收者，才會被視為是第 20 條之衛星廣播。

如果是從經濟的角度來看，著作人之廣播權所強調的是將著作向公眾傳達，這種衛星廣播的方式雖然與地面發射的傳統無線電廣播在傳播技術上有所不同，但在「將著作向公眾傳達」的經濟意涵上，並無差異。

有關通訊衛星的傳播，可分成廣播衛星（或稱直播衛星）與遠傳衛星（也可稱做新聞衛星或是分配衛星）兩大類型。一般大眾可直接從與地球同步旋轉的靜止軌道衛星（geostationary Satellite）³⁵⁹接收廣播節目，例如從歐洲的任何角落都可以接收到 ASTRA 這個靜止軌道衛星系統所播放的節目。至於遠傳衛星的基本功能則是在建立點對點的聯繫（例如，對於兩家廣播業者之間的新聞傳播，或是節目交換），或是作為聯繫多個接收站之間的分配功能（例如對數個廣播機構所做節目訊號的同步轉播）。目前針對點對點的衛星廣播並沒有一個嚴密的定義，這是因為衛星的電波傳輸並無法做到將電波束做到完全集中的

³⁵⁸ v. Ungern-Sternberg, a.a.O., S.145ff. ; Dreier, Kabelrundfunk, Satelliten und das Rom-Abkommen zum Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträger und der Sendeunternehmen, GRUR Int.1988,753ff., 756.

³⁵⁹ 關於地球靜止軌道衛星的說明，請參閱 What is a geostationary Satellite?, <http://translate.google.com.tw/translate?hl=zh-TW&sl=en&u=http://www.tech-faq.com/geostationary-satellite.shtml&sa=X&oi=translate&resnum=9&ct=result&prev=/search%3Fq%3Dgeostationary%2Bsatellite%26complete%3D1%26hl%3Dzh-TW>, last visited 2008.10.10.

強度。³⁶⁰由於被視為衛星發射足跡（footprint, Ausleuchtzone）的衛星轉發器（Sendekeule der Satelliten）經常涵蓋較廣大的區域，所以，基本上，在此區域內，只要配備適當的接收設備，每一個人都可以接收到節目，但如果是屬於鎖碼的廣播，則不在此限。通常該種傳播訊號都是被鎖碼的多，只有經過解密之後，才可能由廣播機構對公眾提供。

從著作權法的角度出發，區別直播衛星或遠傳衛星無甚意義，這是因為「廣播權」所關心的重點在於，經由衛星所傳送的著作是否實際上有對公眾提供。而通常之所以設定衛星廣播只在播送國境內傳送和接收，純粹是從著作人收取合理使用報酬的觀點所做的考慮，因此如果使用報酬經過協商，當然也可以擴大播送的範圍³⁶¹。

（2）第 20 條的「衛星廣播」與第 20a 條的「歐洲衛星廣播」之關連性

在德國比較特別的情況是，著作權法第 20 與 20a 都有承認，著作人有透過衛星向公眾廣播之權利。在 20 條的部分，是早就承認「衛星廣播」亦屬於著作人廣播權利內容之一；至於第 20a 條，則是後來為了配合歐洲衛星及有線廣播指令，才又針對著作人所謂的歐洲衛星廣播權（適用範圍，包括歐盟及歐洲經濟區國家）所做的特別規定，但也因此讓第 20 條「衛星廣播」的適用範圍受到很大的限制。換言之，只有在第 20a 條歐洲衛星廣播範圍之外的，才有第 20 條之適用。

第 20a 條「歐洲衛星廣播權」的規範內容如下：

³⁶⁰ Vgl. Koenig/Neumann, Rechtliches und organisatorisches Umfeld der Satellitenkommunikation, MMR 2000, 151ff.; Merkel, Einführung in die technischen Hintergründe der Ausstrahlung von Fernsehsendungen über Satellit, ZUM 2002, 674.

³⁶¹ Vgl. Hubmann/Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 8. Aufl., 1995, S.148f.

(1) 若一衛星廣播是在歐盟會員國或是在歐洲經濟區協議的締約國境內播放者，則該廣播將完全被視為是在此會員國或締約國所發生的行為。

(2) 若衛星廣播是在非歐盟會員國或是非歐洲經濟區協議的締約國境內播放者，並且該國並不符合 1993 年 9 月 27 日 93/98/EWG“理事會為了銜接特定著作和鄰接權保護法律有關的衛星廣播或有線廣播指令”第二章關於衛星廣播權的保護標準，但只要具備下列條件，該廣播也會被視為是在此會員國或締約國所發生的行為：

1. 在這些會員國或締約國中，設有將載有節目內容的訊號傳送至衛星的地面無線電台者，或是

2. 在這些會員國或締約國中，廣播機構雖不具備第 1 款之要件，但設有分支機構者。

此一播送權的適用對象，在第 1 款的情形是適用於地面無線電台的經營者，在第 2 款的情形是適用於廣播機構。

(3) 第 1 項和第 2 項所稱的衛星廣播係指，在廣播機構的控制與負責下，基於公開接收之目的，將帶有特定節目內容的訊號以連續不間斷的傳播網絡，先傳送至衛星再轉送回地面的過程。

根據德國著作權法第 22a 條第 1 項規定來看，本條之適用範圍只限於歐洲的衛星廣播而已，亦即著作的傳播網只限於歐盟會員國或歐洲經濟區締約國。歐洲以外的衛星廣播，只有在滿足 20a 條第 2 項規定後，始有適用。由此可見，該條之定義並非在解決全球之方案。至於此一權利的適用對象是，將衛星廣播

導入該國境內的業者。

自第 20a 條的歐洲衛星廣播權生效以後，德國著作權法關於衛星廣播就不再適用統一的規定，而是必須依不同的類型，分別適用第 20 或第 20a 條。如此一來雖然不免因此增加適用上的複雜性，但如果從著作人的經濟利益來看，則應該說是集成成一個更完整的衛星廣播權。

3. 透過有線廣播（Kabelfunk）的方式

依立法理由之說明，所謂「有線廣播（或稱電纜廣播）」的概念包含一項重要的過程就是，著作是經由一個播送站（有線廣播業者），透過電纜或電線傳送到數個接收設備者³⁶²。

在德國，大部分的廣播節目都是透過有線電纜傳輸的方式來收聽或收視。在進行（無線）廣播的時候，如果接收天線（Empfangsantenne）與接收器（Empfangsapparat）被分開置於不同空間的話，則在接收者這一邊，必須要有一條能夠繼續傳播節目訊號功能的電視線。在多戶式集合住宅的公共天線，因為有複數個接收器，所以需要一組有線系統。從純集合式住宅大樓所使用的公共天線接收之後，再轉換成讓每個家庭可以各自獨立的選擇各播機構節目的有線電網絡，在技術上是不成問題的，但如果還要根據不同的技術標準再去區別不同設備種類的话，依通說之見解，則屬毫無必要³⁶³。換句話說，著作權法的關鍵重點，並不是在針對不同的設備種類為詳細區分，而是在功能，亦即在具體個案中，是否藉由某一特定的設備，進行廣播權中所涵蓋的公開傳播行為。

在德國著作權實務上較有爭議的，主要是關於廣播分配器設備（Rundfunkverteileranlage）的問題。最常見的情況，例如在旅館或監獄，都是

³⁶² Begr. BR-Drucks.212/96 S.25.

³⁶³ Dreier, Kabelweiterleitung und Urheberrecht, - Eine vergleichende Darstellung, 1991, S.7ff.

透過一個中心的線路設備，將廣播之節目提供到一系列的接收地點，而接收地點的使用者，可以決定打開或關掉接收器以及自行選擇廣播的節目。此一分配器設備尚有另外一個功能，就是還可以透過中心的設備，播送錄音、錄影帶或自製的節目。針對這類情形，如果從 20 條「有線廣播」的規範意義與目的來看，其似乎也可以包括透過使用分支的電線系統將著作傳送到很多個接收點，以便產生一個類似無線播送效果的情形。不過，由於德國著作權法第 19 條第 3 項另外賦予了著作人專有「透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備式，將公開口述和公開演出之個人表演傳播至演出地點以外的空間，使公眾得以感知（öffentlich wahrnehmbar zu machen）」之權利，由於此二權利都涉及了分配器設備的問題，故彼此間之界線究竟如何，遂有頗多爭議。

針對上述分線設備，究竟是屬於 20 條的有線廣播，還是第 19 條第 3 項的有線公開演出的問題，有學者主張，如果有線傳播只有透過少數幾個接收點的話，應屬於第 19 條第 3 項之情形才對³⁶⁴。但德國聯邦最高法院在分配器設備（“Verteileranlagen“）一案中則是認為³⁶⁵，第 20 條的「公開播送權」規定也同樣適用在僅透過小型分配器網絡所做的播送在內，蓋第 20 條之權利客體，是指經由廣播技術的方法公開利用著作的所有利用行為，因此不是根據技術標準，而是從功能的角度來加以評價，所謂的功能，也就是指實際上有無將著作對公眾提供而言。至此以後，如果是將廣播透過小型的分配器設備，在一定的空間範圍內播送，則應屬於廣播權之範圍已無爭議（但經過著作權修法之後，現在應該是屬於§20b 條之**有線再播送**的情形了。詳請參閱後述之說明）。分配器設備也可能經由火車上的轉播系統設施，讓火車上的乘客，透過前座之背後所裝置的耳機或電視設備，接收廣播³⁶⁶。甚至旅館依自己選擇之影片，將該錄影帶透過分配器設備傳送至旅館客房的情形（sog. Hotelvideo），也是屬於

³⁶⁴ 參閱 Möhring/Nicolini, a.a.O. § 20. Rdnr. 24.

³⁶⁵ “Verteileranlagen“, BGHZ 123, 149ff.

³⁶⁶ Vgl. v. Ungern-Sternberg, a.a.O., § 20, Rdnr. 43.

第 20 條廣播權的範疇³⁶⁷。不過也有學者反對，認為在後者之情形，應該是德國著作權法第 19 條第 4 項（公開上映）或第 21 條（透過錄音或錄影物之再公開傳播權）之範圍³⁶⁸。

但如果是針對特定的設備，例如單純的社區共同天線、或功能較複雜的社區共同天線設備、或是中央天線設備、或是在偏遠隔離地區透過使用電纜設備來提供節目等，聯邦最高法院也同意，有必要對著作人之公開播送權加以限制³⁶⁹。

4. 透過其他類似之科技方法（ähnliche technische Mittel）

德國著作權法第 20 條所賦予之廣播權，除了透過有線、無線及衛星方式所為之播送外，還包括第四種情形，即「透過其他類似之科技方法」所為之播送。這主要是考慮到新科技發展所產生新的利用形式，只要其對著作的利用是透過”與廣播類似的方式”為之即可。

將廣播透過其他類似之科技方法，將著作向公眾傳達之形式，也包括透過網路的同步廣播在內，特別是指網路電台（Webradio）或網路電視（Web-TV）的情形。雖然網路廣播是經由 user 之點選，才傳送節目，但 user 對於廣播節目之時間或流程，皆無影響力，其作用宛如傳統廣播之收聽或收視戶，打開接受器之情形一樣。因此將網路同步廣播納入§20 廣播權的範疇，已成為德國一致通說之見解³⁷⁰。但如果網路的最後利用者有可能將廣播節目在網路上以較延

³⁶⁷ “Rundfunkempfang im Hotelzimmer I”, BGHZ 36, 171ff., 181f, v. Ungern-Sternberg, a.a.O., § 20, Rdnr. 24, 43.

³⁶⁸ Vgl. Schricker, Videovorführungen in Hotels in urheberrechtlicher Sicht, FS für Oppenhoff, 1985, 367, 379ff.

³⁶⁹ “Kabelfernsehen in Abschottungsgebieten”, BGHZ 79, 350; “Kabelfernsehen II”, GRUR 1988, 206ff.

³⁷⁰ Schwarz, Klaische Nutzungsrechte und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von “Internet-

後的時間或其任意選定的時間，才加以接收的話（例如所謂的 Podcast 的情形），則又不屬於§20 廣播權的範圍，而是§19a 的「對公眾提供權」。³⁷¹參、有線再播送之著作權集體管理義務

參、有線再播送權

一、有線再播送之規範內容

德國關於有線再播送（Kabelweitersendung）之規定，主要規定在著作權法第 20b 條第 1，2 項：

（1）將已廣播之著作，透過有線系統或微波系統（Kabel- oder Mikrowellensysteme），以同步、未經變更且完整呈現的方式繼續加以播送；但此一權利只能透過著作權集體管理團體行使。此一規定並不適用於廣播機構就其廣播所享有之權利。

（2）如果著作權人將其有線再播送的權利讓與廣播機構、錄音物製作人或電影製作人，則有線業者對其有線再播送仍應支付著作人適當之報酬。著作人不得放棄此項報酬請求權。但此一報酬請求權得事先移轉給著作權集體管理團體，並只能經由集體管理團體來行使。只要著作人就任何有線再播送的讓與都能取得適當報酬者，則本規定就不抵觸廣播機構的費率契約及勞資協議。

二、有線再播送之著作權集體管理義務

Rechten”, ZUM 2000,816,822ff., Wandtke/Bullinger/Manegold, vor §§88ff., Rdnr.40, Rigopoulos, Die Digitale Werknutzung nach dem griechischen und deutschen Urheberrecht, 2004,262ff.

³⁷¹ v. Ungern-Sternberg, a.a.O., § 20, Rdnr. 46.

（一）立法目的

第 20b 條第 1 項關於「有線再播送的集體管理義務」是為了配合歐洲衛星及有線廣播指令³⁷²第 8 條的規定，於 1998 年 5 月 8 日第四次著作權法修正時所新增，目的是為了讓跨國界的節目廣播變得較為容易³⁷³。引進有線再播送權的集體管理義務，主要是考慮到，廣播機構為了要讓廣播節目能夠同步再播送，必須及時取得所有必要的著作權及鄰接權，但在實務上卻幾乎不可能做到。因為要與這些所謂的權利圈外人（Aussenseiter，指那些不屬集體管理團體的著作或鄰接權人）取得所有完整無漏洞的授權契約，單只是經由有線再播送業者與著作暨鄰接權人集體管理團體簽訂「廣播之有線再播送」授權契約，是不可能做得到的。因此遂透過本條之規定，讓著作暨鄰接權人只能經由集體管理團體行使權利，讓有線再播送業者與集體管理團體簽訂「廣播之有線再播送」的概括授權契約³⁷⁴。然後再依德國著作權集體管理條例第 11 條之規定，讓集體管理團體負有，以合理條件與有線再播送業者強制締約之義務。

至於原廣播機構本身所享有的權利（主要是德國著作權法第 85，87 及第 94 條所賦予之權利），以及著作權人或是鄰接權人所移轉給他的權利，根據本條第 1 項第 2 句之規定，不受影響。此一規範主要是為配合歐洲衛星及有線廣播指令第 10 條之規定而來。換言之，廣播機構所享有之再播送權，例外地並無委託著作權集體管理團體行使之義務。如果廣播機構與有線業者產生爭議時，依著作權集體管理團體法第 14 條規定，交由德國著作權仲裁處（Schiedsstelle）管轄，並且根據著作權法第 87 條第 5 項之規定（關於 87 條第 5 項之規定，請參閱後述之說明），讓雙方負有締結有線再播送契約義務。

³⁷² Richtlinie 93/83/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung vom 27.9.1993, ABl. Nr.L248/15,以下簡稱歐洲衛星及有線廣播指令。

³⁷³ S. v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, a.a.O. § 20b, Rdnr.2.

³⁷⁴ 參閱歐洲衛星及有線廣播指令，立法理由第 28 點之說明。

由於歐洲衛星及有線廣播指令之目的是希望將國內廣播節目的播送放寬至以歐盟為界，讓共同市場內的所有接收者都可以接收得到，因此德國立法者在第20b條中並未限制越境的有線再播送行為，而只是規定在德國境內所發生的有線再播送而已。不管是從國內和國外所做的有線再播送，都是發送國有規範的權利。又本條第1項「有線再播送」的集體管理義務，原則上並不論再播送節目的原始國為何者，因此雖然歐洲衛星及有線廣播指令的適用範圍僅限於歐盟或歐盟經濟區內的有線播送而已，但本條之適用並不僅以此為限，此項原則也適用在同步在德國境內，或是在歐盟或歐盟經濟區以外的第三國的有線再播送³⁷⁵。

（二）有線再播送的概念

根據本條第1項第1句對「有線再播送」的定義，係指「將已廣播之著作，透過有線或微波系統（Kabel- oder Mikrowellensysteme），以同步、未經變更且完整呈現的方式繼續加以播送。」本條之立法定義，主要是轉換歐洲衛星及有線廣播指令第1條第3項之定義而來。但歐洲衛星及有線廣播指令並未處理「有線再廣播」與「無關著作權問題的社區共同天線接收」間的區別與界線問題，而是交由國內法去規範。

又本條關於有線再播送的概念，並不僅以纜線系統（kabelsystemen）的再播送為限，在條文的定義中，還包括以微波系統（Mikrowellensystemen）的方式所為之再播送。只不過由於目前在德國境內，尚未有以微波系統為再播送之實例，因此多以有線再播送稱之。至於德國的立法者之所以繼續在法條中保留「有線再播送」與「無線再播送」的用語，一方面除了是為完整轉換歐洲衛星及有線廣播指令第2條第3項之規定外，另一方面也是考慮到，未來仍不能排

³⁷⁵ 對此德國著作權法第四次修正理由中，曾有詳細之說明：雖然如此一來，德國國內的權利人可能會因此而欠缺著作權的保護，或因為他國存在著法律授權或強制授權，而無法管理，但立法者最主要的理由是，找不出客觀理由來支持不平等的對待方式，s. BT-Drucks. 13/4796 S.9-13.

除會有這種利用微波轉播系統的可能性。³⁷⁶只是還應該注意到的是，雖然法條將有線再播送與微波再播送都置於相同的「再播送」的概念下，但並不表示著作權人授予「有線再播送權」，也一定同時包含了「微波系統再播送權的授予」。基本上，仍必須區分這是兩種不同的利用型態，得各自授權。

1. 屬於第二次無形公開利用

由於德國透過微波系統為再播送的情形幾乎不存在，因此本條現階段所稱之再播送，主要就是指「透過有線系統」的再公開播送而言。又從本項的定義可知，此所謂「已廣播的著作」，並不限於是採取哪一種的廣播形式，凡是符合第 20 條意義下廣播，包括透過無線、衛星、有線或任何其他類似技術所進行的廣播，都包括在內。因此本項之「有線再播送」，即可謂「將已經透過無線、衛星或有線系統做第一次廣播之節目，再第二次透過有線電纜系統公開播送之行為。」雖然是屬於第二次利用，但仍屬於透過有線廣播方式對個別著作的獨立再播送，而且並不只限於對未鎖碼廣播的再播送而已，當然也包括鎖碼節目的播送在內³⁷⁷。2. 必須是未改變內容的、完整的、同步再播送

德國在判斷是否為「有線再播送」行為時，因為與第 20 條之廣播權一樣，採相同的處理原則。這顯然意味著，假若透過分線設備，將已廣播之節目以同步、未經變更、而且完整地再轉播出去，就有可能適用第 20b 條之「有線再播送」（例如關於旅館以小型分配器設備，將原廣播（包括電台廣播、電視廣播）再傳送到各客房之行為，究竟是否屬於「再播送」之行為，早期學說迭有爭議。之後，德國聯邦最高法院在「分配器設備」一案之判決，認為應屬於§20 廣播權之範疇後，即不再有爭論。晚近之修法，則又將此一分配器設備行為，納入§20b

³⁷⁶ 參閱德國政府草案立法理由，Begr. Des RegE, BTDrucks, 13/4796, S.12.

³⁷⁷ “Spielbankaffäre”, BGH GRUR Int, 1998, 427ff., 430.

條之「有線再播送」類型中；詳請參閱前述有線廣播之討論。）³⁷⁸，此時會因為「有線再播送的集體管理義務」，讓有線事業比較容易取得授權。但如果線業者是要節選節目的一部份（例如將很多節目剪輯成一個節目），或是要修改節目的內容，尤其是要在繼續播送的節目中加入廣告，或是要更換、拿掉其中原有的廣告，則這一類的有線再播送，並無透過仲團集體管理行使的義務。

又根據條文的精神與目的，若在一般或特殊情況下，確實無法完整、或無法未經修改而播送者，例如再轉播業者因為媒體法的授權，僅取得廣播機構一部份的轉播時段；或是在為有線再播送時，有緊急播送的必要，或有緊急交通狀況；或是因為技術上的問題，必須中斷節目等，則此等情形仍應屬於同步、未經變更、完整地再播送的範疇。同理，如果節目只是因為技術形式的變更而致再播送的品質受到影響時（例如：在老人院內裝置了分線設備），也不算是本條第 1 項所稱的「節目修改」情形。總而言之，只要有線業者就其再播送的節目，只要保持與原始內容一致，且無意控管其內容者，都屬於本條「同步、未經修改、且完整的再播送」³⁷⁹。

（三）關於著作權集體管理團體行使有線再播送權之推定

由於德國著作權法 20b 條第 1 項規定了「有線再播送的集體管理義務」，因此，未將著作交由集體管理團體代表管理的個別著作權人（也就是通常所稱之圈外人，der sog. Außenseiter）仍無法單獨對有線再播送業者行使著作權法上之再播送權，而是必須透過著作權集體管理代為行使。

至於集體管理團體的管理方法與方式，原則上應依集體管理條例之規定訂之。依該條例第 11 條，集體管理團體就其所管理之著作負有，對任何請求授

³⁷⁸ Vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, a.a.O. § 20b, Rdnr.8.

³⁷⁹ Vgl. Weisser/Höppener, Kabelweitersendung und ueheberrechtlicher Kontrahierungszwang, ZUM 2003,597ff., 602.

權之利用人，以合理條件授予利用權之義務（強制制締約義務）。而如果集體管理團體和有線業者對於締結有線再播送契約有所爭執時，則可依該條例第 14 條第 1 項第 2 款之規定，請求德國專利商標局之仲裁處處理。

此外，為了讓「有線再播送的集體管理義務」在運作上更為順利並避免爭議，因此德國著作權集體管理條例第 13c 條特別針對有線再播送的圈外人做了一些事務性權限的推定（Vermutung des Sachbefugnis; Außenseiter bei Kabelweitersendung），頗值參考。根據該條之規定：

（1）如果集體管理團體提出，而且只有集體管理團體才可以提出的，查詢請求（Auskunftsanspruch）時，則推定該集體管理團體代表所有權利人行使權利。

（2）如果集體管理團體根據著作權法第 27、54 I、77 II、85 IV、94 IV 之規定行使報酬請求權（Vergütungsanspruch）時，則推定該集體管理團體代表所有權利人行使權利。如果有超過一家以上的集體管理團體行使此一權利時，則只能推定，其共同為所有權利人行使權利。集體管理團體所收取的費用，包含那些未將權利委託集體管理團體代為行使的權利人的費用在內，但集體管理團體被免除對這些權利人支付報酬的義務。

（3）如果有一位權利人，其並未將著作權法第 20b 條第 1 項第 1 句所賦予之有線再播送權移轉給集體管理團體代為行使，但受託負責管理此類權利的集體管理團體仍有權管理此一權利。如果有很多家集體管理團體時，則視為共同有權管理，但如果權利人選定其中一家時，則只有該家集體管理團體才有權管理。本項第 1，2 句之規定，不適用於廣播機構所享有的，將其廣播為再播送的權利。

（4）如果集體管理團體依第 3 項之規定有權訂定再播送契約時，則該圈

外權利所有人與集體管理團體間的關係，就如同其有將權利委託集體管理團體代管的情形一樣，享有相同的權利和義務。其請求權時效為3年，從集體管理團體根據章程的有線再播送的結算日起算，其不得經由登記期限的限制或其他類似方式，藉以縮短其請求權期限。

最後，若是對於有線再播送的集體管理義務有所疑義時，也可適用該條例第14條第1項第2款之規定，請求德國專利商標局之仲裁處處理³⁸⁰。

三、著作人之有線再播送報酬請求權

根據德國著作權法第20b條第2項之規定，著作人就其著作之有線再播送權，享有不可放棄之報酬請求權，但只能透過著作權集體管理團體行使³⁸¹。

本條第2項的立法目的，一方面是想對於著作人與表演人在處理有線再播送的權利時的權力任意性有所節制；但在另一方面，就如同吾人觀察到的情況一樣，有時候對於「應支付著作人適當酬勞」這件事，也經常會出現問題。這是因為廣播機構或是電影製作人這一類的著作利用人，根據著作權法³⁸²已經取得有線再播送的鄰接權保護，那麼他們就不會再額外支付著作人一筆特別的酬勞了。因此本項之規定，就是為了平衡雙方的利益，促進著作人將其著作提供經濟利用而來³⁸³。而保障著作人享有不可拋棄的報酬請求權，在文字上並不違反歐洲衛星及有線廣播指令的規定，也與該指令想要讓跨界廣播變得較為容易的目的，不生衝突。

³⁸⁰ 參閱著作權集體管理條例第14d條規定。

³⁸¹ 表演人根據德國著作權法第78條第4項，電影製作人根據第94條第4項，也一併享有此一報酬請求權；參閱德國著作權法第四次修法理由，BT-Drucks. 13/4796 S. 2, 10, 13f., 主要是考慮到在德國之電影製作人多只是中型企業而已，雖未必如著作人、表演人弱勢，但與廣播機構相較，通常屬於相對弱勢的一方。

³⁸² 參閱德國著作權法第87, 94, 95條之規定。

³⁸³ Vgl. Mand, Das Recht der Kabelweitersendung , 2004,130ff.;

本條第 2 項第 1 句「報酬請求權」成立的前提，取決於著作人在此之前是否已經將其有線再播送的權利讓與給廣播機構、錄音物製作人或電影製作人。不過，即使著作權人在此之前已經將權利移轉給其他利用人（例如出版商或代理商），並且還允許將其權利繼續轉讓的情況下，有學者主張，本項所列之廣播機構等事業，只是選擇在有線再廣播時最常遭遇到類型所做的例示性規定而已，根據本條規定之目的與精神，著作權人仍得對於其著作的有線再播送，收取適當的報酬³⁸⁴。

又本項報酬請求權之性質是屬於法定請求權，而非契約法上之約定；至於報酬的多寡，條文中並未觸及，必須依著作被具體使用的情況而為決定。而支付義務人為繼續播送之事業。

肆、鄰接權人之「廣播」與「再播送」權

德國著作權法鄰接權專章以列舉方式（§§70-87e），分別對特定之出版、照片、表演人、錄音物製作人、廣播機構以及資料庫製作人，賦予不同程度之專有權，為避免說明過於複雜，因此本文在說明德國鄰接權人之「廣播」與「再播送」權時，擬先以國際條約主要所討論之「表演人」、「錄音物製作人」以及「廣播機構」三者加以說明：

一、表演人之權利

德國著作權法第 78 條賦予表演人就其表演，享有特定之公開傳播權及報酬請求權：

³⁸⁴ Vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, a.a.O. § 20b, Rdnr.24；但也有學者表示反對意見，s. Mand, a.a.O. S.98f.

§78 表演人之公開傳播權及報酬請求權

(1) 表演人對於其表演享有以下的專屬權：

1. 對公眾提供權 (§19a)，
2. 公開播送權，但該表演係經許可而錄製在錄音或錄影物上，且已公開發行或經許可而對公眾提供者，則不在此限。
3. 透過螢幕、擴音器或是其他類似之技術設備，將其表演傳送至進行表演以外的其他空間，公開地使人得感知者。

(2) 於下列情況，應對表演人支付適當之報酬，

1. 該表演係依第 1 項第 2 款經許可之方式而公開播送者，
2. 該表演係透過錄音或錄影物，公開地使人得感知者，
3. 對已公開播送或已對公眾提供之表演，公開地使人得感知者。

(3) 表演人不得事先放棄第 2 項所規定之報酬請求權。但是得事先向著作權仲介團體表示讓與之意。

(4) 第 20b 條之規定於此亦有適用。

簡單來說，德國鄰接權法對表演人的保護，係依「未固著表演」(unfixed performance)或「已固著表演」(fixed performance)之不同，而分別賦予不同之權利內容。

針對所謂「未固著之表演」，又有稱「現場表演」(live performance)，立法者賦予排他之「公開傳播權」。至於「已固著之表演」，係指固著在錄音或錄影物上之表演，或又有稱「間接表演」(indirect performance)，立法者只賦予不具排他性之「報酬請求權」而已。換言之，著作利用人在公開利用錄有表演人表演之錄音或錄影物時，得不必事先徵得表演人之許可或同意，但必須對表演人支付適當之使用報酬。

(一) 對未固著表演之公開傳播權

1. 對公眾提供權（第 78 條第 1 項第 1 款）

本款主要在賦予表演人就其表演享有「對公眾提供」之專屬權。此一規定不僅在配合歐盟著作暨鄰接權指令第 3 條第 2 項 a) 款之規定，同時也為履行 WPPT 第 6 條第 1 項，「對於尚未錄製在錄音或錄影物上、且尚未廣播的表演」賦予一廣泛的公開傳播權（此「公開傳播權」之內容，包含「廣播」以及「廣播以外之公開傳播」）。至於 WPPT 第 10 條則是對固著在錄音物上的表演，賦予一項「對公眾提供權」。

相對於 WPPT 的要求，本條之規定略有小幅度的逾越。蓋依據本條之規定，對於未固著之表演，如果該表演已經透過廣播而公開播送的話，固然可享有專屬的轉播權，但是這種情形也包含固著在錄音和錄影物上的表演的情形。上述這種情形雖然顯已超出 WPPT 之規定，但德國立法者認為，此項規定基本上還是符合歐盟指令第 3 條第 2 項 a) 款的要件。

2. 公開播送權（第 78 條第 1 項第 2 款）

依德國著作權法第 78 條第 1 項第 2 款規定，表演人對其直接之表演，享有公開播送權（Senderecht）。因此，只有在取得表演人同意之後，才得由廣播電台或電視電台公開播送現場之表演。

此外，對於現場廣播的再播送（eine Weitersendung einer live-Sendung），也必須得到表演人的同意。

3. 透過螢幕、擴音器或其他類似技術設備之轉播權（第 78 條第 1 項第 3 款）

根據德國著作權法第 78 條第 1 項第 3 款規定，表演人享有透過螢幕或擴音器（Bildschirm- und Lautsprecherübertragung）將其現場表演轉播至另一場所之專屬權。這是一種直接表演之表演人權利。

因此，對於表演人之現場表演，只有在取得表演人之許可後，始得透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，公開地將其傳送到表演場所以外之其他空間。但是表演人對於現場表演空間內部所做的影像或聲音的傳播，則無禁止權，蓋此舉並未把表演人的工作成果向其他的公眾提供。

(二) 對已固著表演之「對公眾提供權」與「公開播送、公開演出、有線再播送之報酬請求權」

1. 對已固著表演之「對公眾提供權」

此一權利主要規定在第 78 條第 1 項第 1 款，目的在賦予表演人就其表演享有「對公眾提供」之專屬權。（請參閱前述之說明）

2. 對已固著表演之「公開播送、公開演出報酬請求權」

原則上，德國著作權法對於「間接表演」之利用，亦即將「錄製在錄音或錄影帶上之表演」或「已廣播之表演」的公開無形利用，僅賦予表演人享有報酬請求權（Vergütungsanspruch），但並不享有禁止權。這主要是因為立法者擔心，這些大部分都有隸屬於工會的表演人，可能會利用其對錄音或錄影帶的播送及其公開再現的同意權，而阻撓或癱瘓整個將表演予以機械化重製、以及利用此一重製物的機制。而這種阻撓，並不符合公眾在文化生活方面的利益；並且這類行為，也將影響到收錄在錄音或錄影帶的著作的利用，因而損及著作人原本應受保護的內容。

此一報酬請求權的規定原本分散在第 76 條第 2 項、第 77 條。著作權修法之後，則集中規定在第 78 條第 2 項，使表演人在具體的特定情況下，享有報

酬請求權。其內容包括下列三款：

(1) 表演係依第 1 項第 2 款之情形而公開播送者(第 78 條第 2 項第 1 款)

這項規定所涉及的是，「公開播送經許可而廣播之節目或公開發行之錄音或錄影物」，表演人得享有報酬請求權。是屬於間接表演利用之一。

依此規定，表演人不能禁止對已收錄在錄音或錄影物上的表演為公開播送或再播送，但卻得據此向廣播機構請求適當的使用報酬。並且依德國著作權法第 86 條之規定，還必須讓錄音物製作人參與此一適當報酬之分享（此即錄音物製作人之參與分配請求權）。

至於適用本項的前提必須是，表演已被許可收錄在錄音或錄影物上，並且有足夠的數量發行或已經在市場流通（參考德國著作權法第 6 條第 2 項關於「發行的概念」規定）。但是表演人對於非法製作或尚未公開發表之錄音或錄影物，則得依著作權法第 78 條第 1 項第 2 款，享有禁止權。因此，表演人可以禁止廣播機構，對其基於廣播目的而錄製表演的錄音帶，任意在其他廣播節目播送³⁸⁵。

(2) 將「錄有表演人表演之錄音或錄影物」公開傳播者（第 78 條第 2 項第 2 款）

表演人在此情形下，縱然不享有排他之專屬權，但仍得享有報酬請求權。

本款在結構上，可以說是對著作權法第 21 條之著作人專有權（也就是，著作人專有錄音或錄影物之再公開傳播權）³⁸⁶，所做的調整與設計。因此，將錄

³⁸⁵ Hubmann/Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 8.Aufl.S.297, 1995.

³⁸⁶ 德國著作權法第 21 條：「經由錄音或錄影物之再公開傳播權係指，透過錄音或錄影物的形式，將著作公開口述或公開演出，使公眾得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。第 19 條第 3 項於此有適用。」

有表演之錄音物或錄影物為公開演出或公開口述時，著作人得主張享有專屬權，但表演人只享有報酬請求權而已。

(3) 將「已公開播送」或「已對公眾提供」的表演再公開傳播。（第 78 條第 2 項第 3 款）

根據本款規定，表演人在此情形下，亦應享有法律所保障的報酬請求權。只是本款在結構上，也是配合著作權法第 22 條之著作人專有權（也就是，著作人專有對已廣播和已對公眾提供之著作之再公開傳播權）³⁸⁷，所做的調整與修正。也因此，將「已廣播」或「已對公眾提供」之著作，透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，為再公開傳播者，著作人得主張享有專屬權，但表演人只享有報酬請求權而已。

根據第 78 條第 2 項第 2、3 款規定來看，表演人對於“錄製在錄音或錄影上之表演”、對「已經透過廣播所播送的表演」和「已經對公眾提供的表演」的再公開傳播，都可以請求適當的使用報酬。因此，若餐館老闆公開利用唱片或廣播電台節目時，則表演人可向其請求支付使用報酬；但卻不得禁止餐館老闆公開再現其表演的行為。並且在這種情況下，若其所使用的是錄音物的話，則同樣地，錄音物製作人也可以依德國著作權法第 86 條之規定，向表演人請求適當分享此一使用報酬。

此外，第 78 條第 3 項則規定，表演人在第 2 項之報酬請求權不得事前聲明放棄，而且只能對使著作權集體管理團體表示讓與。這一點是為了保障該法定報酬請求權確實能夠對表演人有所助益。

3. 對已固著表演之「有線再播送報酬請求權」

³⁸⁷ 德國著作權法第 22 條：「廣播和對公眾提供之再公開傳播權係指，將已廣播和已對公眾提供之著作，透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，使公眾得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。第 19 條第 3 項於此有適用。」

最後，根據第 78 條第 4 項之規定，表演人對於已固著表演之有線再播送 (§20b)，也可以享有報酬請求權。

二、錄音物製作人之權利

唱片和錄音物的製作，基本上不是一種創作性的、而是一種組織性的、工藝性的，並且有益於促進文化生活的工作成果，特別是，錄音物的製作又往往需要一大筆龐大費用的投資。但是隨者現代科技的發展，對錄音物的重製與盜版仿冒來說，已經不是什麼困難的事，因此才需要特別提供法律保護，以保障錄音物製作人能回收其投資。德國著作權法鄰接權專章是以第 85、86 條，來提供對錄音物製作人的保護。至於該錄音物之製作，是否基於營利之目的，並非所問。

(一) 新增錄音物製作人之「對公眾提供權」(第 85 條第 1 項)

依德國著作權法第 85 條第 1 項規定，原本錄音物製作人對錄音物僅享有「重製權」及「散布權」。根據歐盟指令第 3 條第 2 項以及 WPPT 第 14 條之規定，修正後之新條文則新賦予錄音物製作人就其錄音物享有「對公眾提供」之排他專屬權。

(二) 錄音物製作人之「公開傳播」參與分配請求權 (第 86 條)

德國著作權法第 85 條主要是針對錄音物製作人的重製、散布及對公眾提供權加以規定，有關錄音物的公開傳播（如公開播送、公開演出等）方面的使用，則是在著作權法第 86 條³⁸⁸中，特別加以規定。

依第 86 條之規定，錄音物製作人對於利用該錄音物而予以公開傳播的情

³⁸⁸ §86:「對於公開發行或經許可對公眾提供之錄製有表演人表演的錄音物，如果被拿來公開傳播其錄音物上之表演時，則針對表演人根據著作權法第 78 條第 2 項規定所取得之報酬，該錄音物製作人得向表演人請求參與分配適當之報酬。」

形，既不享有禁止權、也並非享有報酬請求權，而只是享有參與分配報酬之請求權而已。這主要是基於保障錄音物製作人之經濟利益，因此對於”公開發行之錄有表演人表演的錄音物”，如果該錄音物被拿來公開傳播時（例如透過電台廣播、或在餐廳公開播放），則由於該錄音物上之表演人（依著作權法第 78 條第 2 項規定）可以向利用人請求支付使用報酬，因此本條賦予錄音物製作人得就此部分，向表演人請求參與分配適當之報酬。換句話說，本條在此所賦予錄音物製作人的，並不是直接對利用人的使用報酬請求權，而只是間接對該錄音物上的表演人享有參與分配請求權而已。

至於新法第 86 條則新增了”經許可對公眾提供”之錄有表演人表演的錄音物，如果被拿來公開傳播時（例如透過網路之對公眾提供），則由於該錄音物上之表演人得（依著作權法第 78 條第 2 項規定）向利用人請求支付使用報酬。所以錄音物製作人亦得就此部分，向表演人請求參與分配適當之報酬。

又既然錄音物製作人對錄音物之公開傳播，只可以向該錄音物上之表演人請求參與為適當之分配，因此對利用人而言（如電台或旅館老闆），應該只有一個費用支付的對象，就是表演人，因為著作權法第 86 條規定的結果，錄音物製作人只有內部參與分配的請求權（interner Beteiligungsanspruch）。因此通常是由表演人和錄音物製作人，共同組成一個工作成果的管理團體，由其來進行費用的請求和彼此間的分配等工作。這個團體在德國稱之為「Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrecht mbH, 簡稱 GVL」

三、廣播機構之權利

德國著作權法對廣播機構所提供的工作成果的保護 最主要是第 87 條的規定。本條之內容，與羅馬公約及歐盟的「衛星轉播節目訊號播送公約」(Das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 21.5.1974 über die Verbreitung der durch Satelliten übertragenen programmtragenden Signale, 簡稱歐洲電視公約) 規定相當³⁸⁹。該歐洲電視公約，主要是在保護位於簽約國境內的廣播機構，對於透過衛星將節目

³⁸⁹ Vgl. BGBl. 1979, II S. 113.

轉播給其他廣播機構的行為，享有專屬的再轉播權。

根據德國著作權法第 87 第 1 項之規定，

廣播機構享有如下之專屬權，

1. 將其廣播之再廣播以及對公眾提供，
2. 將其所廣播的節目予以錄音、錄影或製成照片，以及重製並散布此一錄音、錄影物及照片，但不包括出租權。
3. 在有收取門票之公開場所中，公開傳播其廣播。

這其中，與廣播機構之「廣播」、「再播送」相關的是條文是第 1 款之規定。據此，廣播機構得禁止其他電台或電視台，不論是透過有線電或透過衛星的方式，對其節目進行再播送（Weitersendung）³⁹⁰，以及禁止透過網路的互動式傳輸。另外，廣播機構還可以禁止他的電視節目在有向公眾收取入場費用的場合中（例如電影院），公開傳播其廣播的行為³⁹¹，所以如果是在餐廳公開播放電視節目的行為，則不在本條禁止之列，蓋其並未向公眾收取入場費用（Eintrittsgeld）。

第 87 條第 1 項後段，主要是配合歐盟指令第 3 條第 2 項 d) 款之規定，將「對公眾提供權」納入成為廣播機構之專有權。德國立法者認為，這項權利應可以在傳統再轉播權之外，創造出自己特有的意義。一種可能會發生的情況是，廣播電視節目可能會被剪輯下其中的一段，然後被放入數位網站中供人點閱瀏覽；雖然此一行為，根據第 87 條第 1 項第 2 款（將廣播電視節目錄製到錄影、錄音物的固著權），也可以提供對抗剪輯行為必要的法律保護，但此一「對公眾提供權」權利的賦予仍能符合著作權法的基本設計，換言之，就是要讓著作權人能夠對於構成經濟單位的連續使用行為，在每一個使用階段都能夠進行掌控。

³⁹⁰ 參閱德國著作權法第 87 條第 1 項第 1 款。

³⁹¹ 參閱德國著作權法第 87 條第 1 項第 3 款。

另外，由於廣播機構可以例外地不必將其有線再播送權委託給著作權集體管理團體行使，為了避免有線業者與廣播機構再陷入爭議，因此在 87 條第 5 項也特別規定了：「只要沒有拒絕締約的客觀上的理由存在，則廣播機構和有線業者雙方皆負有以合理條件訂定著作權法第 20b 第 1 項第 1 句的有線再播送契約的義務；廣播機構的義務還包括了，當初為了自行播送因此讓與或移轉得來的廣播權在內。又只要沒有拒絕共同締約的客觀上的理由，則廣播機構或有線業者也被要求和享有有線再播送權的著作權集體管理共同訂定該契約。」

伍、關於廣播與再播送權之限制

德國著作權法關於著作權之限制，規定在第六章（第 44a-63a 條），其中與廣播或再播送限制相關的條文，主要有第 47，48，52 及 56 條等規定，分別介紹如下：

一、公開傳播權之限制

根據德國著作權法第 52 條規定：「（1）如果主辦者非基於營利之目的，未對參加者收取費用，而且在公開口述或公開演出時未對表演人支付特別的報酬者，則可以**公開傳播**³⁹²他人已公開發表之著作。對於此項公開傳播，應支付適當的報酬。又如果活動對象只是侷限在青少年救助、社會救助、老年安養、社會福利安養、受刑人輔導以及學校活動等這一類符合社會與教育目規定的特定活動的話，則不必支付報酬。但如果該活動是為了第三者的營利目的，則不僅不適用不必支付報酬的規定，並且必須由該第三者支付該項報酬。

（2）還有在宗教團體所舉行的禮拜與慶典，也可以對於已經公開發表的

³⁹² 作者註，此所稱之「公開傳播」係指第 15 條的 2 項之公開口述、公開演出、公開上映（§19）、對公眾提供（19a）、公開播送（§20）、經由錄音或錄影物之再公開播送（§21）、對廣播之再公開播送以及對公眾提供之再公開播送（§22）而言。

著作進行公開傳播。不過，活動主辦者必須對著作權人支付適當之報酬。

(3) 對著作的舞台形式的公開演出，對公眾提供，**公開播送**以及對視聽著作的公開上映，通常都必須取得權利人同意才可為之。」

本條在規範內容上類似於我國第 55 條之規定。依該國之規定，只要非營利、未對參加者收取費用，未對表演人支付報酬，原則上，主辦者即可公開傳播他人已公開發表之著作。惟應注意到的是，本條是屬於法律授權的規定，因此主辦者縱使在符合要件的情況下，除非有特定的社會救助的理由，否則仍應支付適當的使用報酬。然應特別注意到的是，例外對於「著作的舞台演出、對公眾提供、公開播送以及視聽著作的公開上映」等四種情形，依本條第 3 項規定，則仍應得到權利人的同意。換言之，在屬於本條第 3 項要件的情況下，主辦者利用他人著作進行「公開播送」（包含有線、無線廣播和再播送）和網路互動式傳輸的「對公眾提供」時，仍應徵得權利人的同意或授權。

二、營業場所之重製與公開傳播權之限制

根據德國著作權法第 56 條規定：「(1) 在營業場所，為了銷售或維修重製或播送錄音或錄影物、接收廣播或為了電子資訊處理之器材設備，如果是為了向客戶展示或維修機具，在必要的情況下，可以將著作轉錄到錄音、錄影物或資料媒介物上，可以將著作透過錄音、錄影物或其他資料媒介使公眾得知，可以**將廣播向公眾傳達**，以及將著作向公眾提供。(2) 依第 1 項所產生的錄音、錄影物或資料媒介，必須立即予以刪除。」

本條之規定，主要是涉及營業場所為了銷售或維修具有重製或播送影音功能的器材設備時，而有必要重製、公開播送或向公眾提供著作時，所得主張之著作權限制。因此在營業場所之公開播送或再播送，則只要可以符合本條之要件，自可免責。

三、學校廣播之限制

除了上述兩種類型外，學校或教育機構為了教育教學之目的，也可以對著作人之廣播權主張合理使用，但限於學校範圍內之廣播為限：「（1）學校及教育機構得將個別之著作重製物，**在學校範圍內廣播**，或將著作轉錄在錄音或錄影物上。此一規定同時適用在青少年扶助之家、國立的地方教育機構以及其他類似的公法人組織。（2）該錄音或錄影物只能在課堂上使用。其最晚應該在學校廣播的下學年結束時予以刪除，但如果已經支付是當的報酬，則不在此限。」³⁹³

四、公開演說之廣播權限制

德國著作權法第 48 條有與我國著作權法第 61, 62 條相似之規定，其主要內容為：「（1）當演說是在公開的集會所發表的、或是透過第 19a（對公眾提供）或第 20 條（廣播）的方式被公開，以及這類演說的公開傳播，只要本質上與日常利益相關，則可以在報紙、雜誌及其他印刷媒體或或其他資料媒體上重製或散布這類關於日常事件所做的演說。（2）凡是國家、地方或教會組織公開所進行的演說，即可以為重製、散布和**公開傳播**³⁹⁴。（3）第 1 和 2 項之重製和散布，如果是將同一著作人之絕大部分演說以結集成冊的形式為之者，則不在許可之列。

陸、德國著作權集體管理實務對「再播送」之收費標準

德國著作權集體管理團體關於有線再播送（含電台、及電視節目廣播）費率，是採取由八家集體管理團體（包含音樂、視聽、語文及鄰接權人集體管理

³⁹³ 參閱德國著作權法第 47 條之規定。

³⁹⁴ 作者註，這裡所稱的公開傳播，包括有線、無線廣播及再播送在內。

團體)合作的方式共同訂定費率,原則上,一般費率是收取有線電台與電視台營業額之 8.97% (2007 年 1 月 1 日至 2008 年 12 月 31 日),且隨著不景氣,目前降為 6%左右³⁹⁵。

但是在本率費表適用範圍部分,其中第 6 點第 2 段特別表示,旅館、民宿、醫院、監獄及類似機構,透過分配器設備所為的節目再播送,並不適用此費率。此外,對於只限為鄰居關係使用,且非商業經營的社區天線,也是屬於不用付費的有線收視網。所謂的鄰居關係指,一個規模很小的社區天線設備,社區居民彼此經由私人關係和天線的管理人共同使用此一社區天線設備之謂。又如果利用人是根據一般費率的規定,對所有上述集體管理團體根據著作權法第 20, 20b I .1, 20b II 所擁有的有線再播送權與報酬請求權,已經支付費用的話,則利用人對於所有同步再播送行為,包括旅館、醫院或社區共同天線等,透過分配器設備所為的節目再播送行為,都視為已經付費³⁹⁶。

另外,德國音樂著作權集體管理 GEMA 關於**旅館、飯店、民宿業**以分配器再播送音樂著作,且不論該訊號是透過有線、衛星或天線方式所接收者,其費率原則上以每年每房間 4.50 歐元計算,但本費率不適用於經營社區共同天線之情形³⁹⁷。如果是以分配器再播送音樂著作至**醫療院所病房**的情形,其費率以每年每間病房為 3.65 歐元計算,但本費率不適用於經營社區共同天線之情

³⁹⁵ Gemeinsamer Tarif für die Weitersendung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen in Kabelnetzen (Kabelweitersendung), http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/tarife/tarife_sonstige/tarif_kabelweiterse-ndung.pdf, last visited 2009.02.08.

³⁹⁶ 參閱 Gemeinsamer Tarif für die Weitersendung von Hörfunk- und Fernsehprogrammen in Kabelnetzen (Kabelweitersendung), 第 7、8 點之說明。

³⁹⁷ s. GEMA Tarif, Vergütungssätze WR-S1, für die Weiterleitung von Musik durch eine Verteileranlage an Empfangsgeräte in Hotels, Pension; Gasthöfen etc., 本費率自 2009 年 1 月 1 日生效, http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/tarife/tarife_ad/tarifuebersicht_gaststaetten.pdf, last visited 2009.05.08.

形³⁹⁸。以分配器再播送音樂著作至**老人院或其他類似機構**，以每年每房間為3.4 歐元計算，但本費率不適用於經營社區共同天線之情形³⁹⁹。

柒、小結

透過前述之說明，對德國著作權法之廣播與再播送之規範與相關運作，大致歸納如下：

一、廣播、再播送之概念

1. 廣播之概念

德國著作權法第 20 條之廣播權，包含「無線廣播」、「衛星廣播」以及「有線廣播」在內；此外，透過網際網路的同步播送（沒有時間的延遞、不會造成利用人在任意時間皆可接觸廣播節目之效果），則德國通說之意見，也被納入「廣播權」之範疇，是屬於第 20 條後段所稱之「以其他類似之科技方式」所為的播送。

2. 有線再播送權之集體管理義務

德國著作權法第 20b 條規定「有線再播送權的集體管理義務」。所謂的有線再播送，係指將「將已廣播之著作，透過有線或微波系統，以同步、未經變

³⁹⁸ s. GEMA Tarif, Vergütungssätze WR-S2, für die Weiterleitung von Musik durch eine Verteileranlage an Empfangsgeräte in Krankenhäusern und ähnlichen Einrichtungen,本費率自 2009 年 1 月 1 日生效，
http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/tarife/tarife_ad/tarif_wr_s_2.pdf., last visited 2009.02.08.

³⁹⁹ s. GEMA Tarif, Vergütungssätze WR-S1, für die Weiterleitung von Musik durch eine Verteileranlage an Empfangsgeräte in Seniorenheimen und ähnlichen Einrichtungen, 本費率自 2009 年 1 月 1 日生效，
http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/musiknutzer/tarife/tarife_ad/tarif_wr_s_3.pdf., last visited 2009.02.08.

更且完整呈現的方式繼續加以播送。」因此本條是屬於第二次公開無形利用的類型。

此一「有線再播送權的集體管理義務」，同時也是歐洲衛星及有線廣播指令(第8條)所建立的制度。德國之所以引進「有線再播送權的集體管理義務」，主要是考慮到，有線再播送業者為了要讓廣播節目能夠同步再播送，必須及時取得所有必要的著作權及鄰接權，但在實務上卻幾乎不可能做到。因為要與這些所謂的權利圈外人(Aussenseiter，指那些不屬集體管理團體的著作或鄰接權人)取得所有完整無漏洞的授權契約，單只是經由有線再播送業者與著作暨鄰接權人集體管理團體簽訂「廣播之有再線播送」授權契約，是不可能做得到的。因此遂透過本條之規定，讓著作暨鄰接權人只能經由集體管理團體行使權利，讓有線再播送業者與集體管理團體簽訂「廣播之有線再播送」的概括授權契約。然後再依著作權集體管理條例(第11條)之規定，讓集體管理團體負有以合理條件與有線再播送業者強制締約之義務。

另外，在德國著作權集體管理條例(第13a條)也特別針對「有線再播送權的集體管理義務」問題，做了一些法律推定，以明確集體管理團體的管理權限，避免集體管理團體與那些未將權利委託代管的著作權人再度陷入爭議。其制度的設計，包括集體管理團體在行使查詢權及報酬請求權時，都推定有代表所有權利人之資格；如果有數個集體管理時，視為共同為那些圈外權利人代為行使權利；集體管理團體就所收之費用，包含那些未委託其代為行使權利之權利人的費用在內，但免除集體管理團體有對其支付報酬之義務；對於那些未移轉給集體管理團體代為管理之圈外權利人，則對其訂出短期的請求權時效等等規定(詳請參閱前述之說明)，或許在我國引進「有線再播送權的集體管理義務」時，具有參考之價值。

3. 透過分配器設備所為之再播送

在德國著作權實務上較有爭議的，主要是關於廣播分配器設備（Rundfunkverteileranlage）的問題。最常見的情況，例如在旅館、醫院或監獄，透過一個中心的線路設備，將廣播節目提供到一系列的接收地點，而接收地點的使用者，可以決定打開或關掉接收器以及自行選擇廣播的節目。此一分配器設備通常還有另外一個功能，就是還可以透過中心的設備，將錄音、錄影帶或自製的節目播送到旅館客房等等。

針對上述分線設備，在德國究竟是屬於 20 條的有線廣播，還是第 19 條第 3 項的有線公開演出的問題，頗有爭議。但自從德國聯邦最高法院在“分配器設備”一案中認為，第 20 條的「公開播送權」規定也同樣適用在僅透過小型分配線網絡所做的播送之後，將廣播（電台廣播、電視廣播）透過小型的分配器設備，在一定的空間範圍內之播送，應屬於廣播權之範疇已無爭議。但晚近因為著作權之修法，新增第 20b 條之**有線再播送**規定，因此目前此種將廣播透過分配器設備予以播送的問題，已經被納入有線再播送的類型。

二、鄰接權人之廣播、再廣播權

德國著作權法鄰接權專章以列舉方式（§§70-87e），分別對特定之出版、照片、表演人、錄音物製作人、廣播機構以及資料庫製作人，賦予不同程度之專有權。為避免說明過於複雜配合本研究實際之需要，因此僅先以國際條約主要所討論到的「表演人」、「錄音物製作人」、「廣播機構」為說明之重點。

1. 表演人廣播與再播送之專有權與報酬請求權

表演人對於其現場表演：享有「公開播送權」，對於現場（表演）廣播之再播送，享有「再播送權」（§ 78 I Nr.2）。

表演人對於已固著之表演（包括錄製在錄音或錄影物上之表演和已廣播之

表演)：享有「報酬請求權」。其報酬請求權之內容主要有三項 (§ 78 II Nr.1-3)，其中與本文研究主題之「廣播」及「再播送」較為相關者，主要在第 1 款之情形：表演人對於已廣播或已錄製在錄音或錄影物上之表演，雖不享有「廣播」或「再播送」之禁止權，但卻可以主張「廣播」或「再播送」之報酬請求權。此外，第 78 第 4 項也規定了，表演人對已固著表演之「有線再播送」，可以享有報酬請求權。

2. 錄音物製作人廣播與再播送之參與報酬請求權

錄音物製作人就其錄音物之「廣播」與「再播送」，既不享有禁止權，也非享有報酬請求權，而只是得向表演人請求參與分配適當之報酬而已 (§ 86)。換句話說，本條在此所賦予錄音物製作人的，並不是直接對利用人的使用報酬請求權，而只是間接地對該錄音物上的表演人享有（內部）參與分配報酬請求權而已。也因此，利用人（例如電台或旅館老闆）在廣播或再播送錄音物時，並不需要直接對錄音物製作人支付費用。

3. 廣播機構之再播送權

德國著作權法第 87 條第 1 項第 1 款前段，賦予廣播機構，就其廣播有「再播送」的專有權。據此，廣播機構得禁止其他電台或電視台，不論是透過有線、無線或是透過衛星的方式，對其節目進行「再播送」。

但值得注意的是，由於德國著作權法第 20b 條第 1 項第 2 句之規定，廣使得廣播機構所享有之「再播送權」，可以例外地沒有交給著作權集體管理團體代為行使的義務。換言之，德國廣播機構可以獨立行使其「有線再播送權」。但為了避免有線再播送業者與廣播機構陷入爭議，乃在第 87 條第 5 項要求廣播機構負有以合理條件訂定有線再播送契約，以及應與著作權集體管理團體共同與利用人訂定「有線再播送契約」的義務。

另外，廣播機構對於將其廣播再向公眾傳播的行為（相當於我國著作權法第3條第9款第2句所定義之公開演出），如果利用人未向公眾收取入場費，則廣播機構並無禁止或收取報酬之權限。（§ 87 I Nr.3）

第六章 我國關於公開播送與再播送制度之規範

壹、我國著作權法關於公開播送權之規範

我國著作權法第 24 條規定：「（1）著作人除本法令有規定外，專有公開播送其著作之權利。（2）表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。」由此可見，我國是對所有著作類型之著作人賦予一般性公開播送權，但在表演人方面，則僅就其現場或未固著表演（live-performance, unfixed-performance），才享有公開播送的權利，若屬於「已固著」或「已公開播送」之表演，則不再享有「公開播送」或「再播送」權。

至於我國「公開播送」與「再播送」之定義，主要規定著作權法第 3 條第 1 項第 7 款：「七、公開播送：指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」由此可見，我國「公開播送」之概念，係包含「無線廣播」、「衛星廣播」及「有線廣播」，至於隨著資訊傳播科技之發展，「透過網際網路所進行之同步廣播（simulcasting）」，在德國通說認為應可包含於本款所稱之「或其他器材」中，在我國則有正反不同意見。至於「再播送」之概念則是指，「由原播送人以外之人，將原廣播所為之有線、無線再播送」，其內涵與伯恩公約第 11 bis 條第 1 項第 2 款之規定大致相當。

另外，伯恩公約第 11 bis 條第 1 項第 3 款所規定之廣播：「將原廣播之著作，再以擴音器或其他類似設施，公開傳播其訊號、聲音或影像。」，在我國是被納入「公開演出」之範疇（第 3 條第 1 項第 9 款後段）。由於此一議題暫非本研究計畫之重點，且又已在 95 年度智慧財產局「公開上映及公開演出涉

及著作權問題之研究」計畫案中進行討論⁴⁰⁰（其中最主要的是關於單純開機議題），故此處先不擬深究。

貳、我國著作權法有關再播送權之限制

我國著作權法有關再播送權之限制，除了考慮有無第 65 條的合理使用條款外，還包括下列幾個條文，簡述如下：

1. 著作權法第 47 條第 3 項：「依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得**公開播送**他人已公開發表之著作。」由於我國著作權法關於公開播送之定義，是同時包含「原廣播」與「再播送」在內，故依本條規定看來，依法設立之各級學校或教育機構，除了「公開播送」之外，似應也包含進行第二次公播的「再播送」才對。此外，由於本條屬法律授權之規定，因此利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬（參閱同條第 4 項規定）。

2. 著作權法第 50 條：「以中央或地方機關或公法人之名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製、**公開播送**或公開傳輸。」同上述理由，本條應包含「再播送」在內。

3. 著作權法第 55 條：「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、**公開播送**、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。」同上述理由，本條應包含「再播送」在內。

4. 著作權法第 56 條之 1：「為加強收視效能，得以依法令設立之社區共

⁴⁰⁰ 張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，智慧局委託研究案，2006 年。

同天線同時轉播依法設立無線電視臺播送之著作，不得變更其形式或內容。」此條係專為社區共同天線之再播送所設之規定。

5. 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。」此所稱之「引用」，應該包含該著作因為被引用的結果，而被「公開播送」或「再播送」的情形。

6. 著作權法第 62 條：「政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作，應經著作財產權人之同意。」此所稱之「利用」，應包含「公開播送」與「再播送」行為在內。

參、著作權法專責機關解釋函

我國著作權法專責機關經濟部智慧局，就有關「旅館或飯店業者，於接收有線系統業者所播送之節目後，透過旅館或飯店內所自行裝設之分配器、纜線系統等設備，再將廣播傳送至各旅館客房內之行為，是否構成公開播送？」曾經做過不少解釋函示。

一、電視節目再播送的情形

1. 內政部著作權委員會時代

主管機關之解釋函先區分該電視廣播節目之播送，係由有線播送系統播送之結果，或是由旅館業者接收後再行傳送之結果，而有不同。

(1) 第一種是由有線電視業者傳送至各房間之情形，「旅館業者如果是由有線電視播送系統安裝線纜至旅館房間內，其中並無加裝任何接收器材，則

即無前述公開播送的行為。同時上述傳送節目的型態與「公開上映」的行為也不相同，並沒有公開上映的行為。⁴⁰¹」；或是「公共場所⁴⁰²電視機所接收之節目係來自有線播送系統業者藉其播送系統自行播送之節目，或該系統業者藉其播送系統所播送無線或衛星電視台之節目，而公共場所於有線播送系統業者傳送途中，並未再設接收器材接收其訊號予以傳送者，縱其設有加強傳送訊號之器材或設備，但由於公共場所電視機之節目係有線播送系統業者播送之結果，則該等公共場所並無「公開播送」之行為。⁴⁰³」

換言之，此時是由有線電視系統業者直接安裝纜線到各房間，為公開播送的是「有線電視播送系統業者」，並非「旅館業者」，因此旅館業者不會構成公開播送，更非公開上映。

(2)第二種是由旅館將無線或衛星電視台節目傳送至各房間之情形：「旅館將無線或衛星電視台傳送之節目接收後，藉旅館之設備將節目傳送至各房間之電視機：按上述行為，由於旅館需先裝置接收器材接收信號，而後藉其線纜系統傳送信號至各房間，如其係基於公眾接收訊息為目的，即屬著作權法所定公開播送（同步播送）之行為，亦即旅館房間所播送之無線或衛星電台播送之節目，係旅館接收後傳送之結果。⁴⁰⁴」

因而此等將無線電視節目的再播送行為，在技術上通常是由旅館業者自行

⁴⁰¹ 台(87)內著會發字第 8705222 號解釋函，民國 87 年 8 月 13 日。

⁴⁰² 此所稱之公共場所，包括例如旅館、交通遊覽車、視聽理容院、休閒三溫暖中心或其他行業等公共場所。

⁴⁰³ 台(87)內著會發字第 8705023 號解釋函，民國 87 年 8 月 11 日；台(85)內著會發字第 8510668 號解釋函，85 年 7 月 2 日；台(83)內著會發字第 8382587 號之 1 解釋函，83 年 6 月 22 日。

⁴⁰⁴ 台(87)內著會發字第 8705222 號解釋函，民國 87 年 8 月 13 日；台(87)內著會發字第 8705023 號解釋函，民國 87 年 8 月 11 日；台(83)內著會發字第 8382587 號之 1 解釋函，83 年 6 月 22 日。

裝設接收器材（例如碟形天線或俗稱的大、中、小耳朵等）從「空中」接收節目信號後，然後再藉其纜線系統傳送信號至各房間，自會構成旅館業者之公開播送。

（3）至於第三種由旅館傳送有線電視台節目至各房間之情形：「如果旅館業者與有線電視系統約定，有線電視系統的節目只傳送到旅館櫃檯或辦公室內，惟旅館業者私自接線將節目傳送到房間內，則此時應判斷旅館業者的行為是否構成「公開播送」的行為而與「公開上映」的行為無涉。也就是說應判斷旅館業者自行接線的行為是否與前述問題一說明3（作者註，即公開播送）之行為相符。又旅館傳送各節目至房間的方法，由於科技的發展並無定則，因此其是否構成公開播送的行為，應由司法機關依其具體設備及審酌一切情狀加以認定之。⁴⁰⁵」

由此看來，早期主管機關對於「透過分配器及纜線系統，將原廣播傳送到供公眾收視的各接收地點的行為」，在解釋似較為間接，但大致上應無否定會構成公開播送的可能性。一直到了經濟部智慧局時代，則解釋將更為清楚明確，再無疑義。

2. 經濟部智慧局時代

「就電視節目之播放而言，其前段內容指的是電視台透過無線電或有線電將錄製好的節目對外播送的行為，這是所謂的「原播送」；至於後段則包括，業者在公共場所(如旅館、美容、健身房等)將電視台傳送之節目訊號接收後，為了讓營業場所各個角落的顧客都能收看到電視節目，在收訊後傳送到每一層樓或每個房間藉用許多電視機將節目中的各項著作(如視聽、音樂、錄音等)播放出來，提供來店之顧客或公司員工收看，讓這些顧客都能享受到這些拉線加

⁴⁰⁵ 台(87)內著會發字第 8705223 號解釋函，民國 87 年 8 月 13 日。

裝電視機等增設收視設備的行為，這也是屬於本法所定之公開播送行為，一般稱為「再播送」或「二次播送。……（因此）如果健身房，是將有線電視之節目訊號接收後，再利用一對多的技術，使單一訊號轉換為多條訊號分送到館內多台(約 20 台)的電視，已屬公開播送的行為。⁴⁰⁶」，或是「業者(如遊覽車、旅館業)在公共場所將電視台傳送之節目訊號接收後，再藉由線纜系統將電視台原播送之聲音或影像另行傳送予公眾，亦屬本法所定之公開播送行為，一般稱為二次播送或再播送。再播送的行為仍須要取得權利人之授權，不能主張電視台已經付過公開播送的費用，不需要再支付一次，因為電視台只為了其自身的公播行為取得授權及付費而已。⁴⁰⁷」此外，針對社區、民宿業者、美容業者，醫療院所、學校、公司或營業場所等，亦有相同之解釋⁴⁰⁸。

二、電台廣播節目之再播送

原本，旅館或醫療院所等，將「原廣播」（包括電視節目廣播、電台廣播）所傳送之節目訊號接收後，再藉由其所設置之分配器、纜線系統設備，將原播送之聲音或影像再向公眾傳達的，是屬於著作權法第 3 條第 1 項第 7 款後段所稱之「再播送」或「二次公播」行為。但下列幾個解釋函，由於說明的方式，是區分「播送廣播節目之部分」與「播送無線四台節目部分」之不同，似乎容易讓人誤解主管機關有意將「電視節目廣播」與「電台廣播」為不同之歸類，

⁴⁰⁶ 經濟部智慧局電子郵件 970970905b，民國 97 年 9 月 5 日。

⁴⁰⁷ 智著字第 09700074900 號解釋函，民國 97 年 8 月 29 日。

⁴⁰⁸ 參閱經濟部智慧局電子郵件 970918，民國 97 年 9 月 18 日；智著字第 09700000048660 號解釋函，民國 97 年 6 月 4 日；電子郵件 970529，民國 97 年 5 月 29 日；智著字第 09700022040 號解釋函，民國 97 年 3 月 13 日；智著字第 09700031850 號解釋函，民國 97 年 4 月 16 日；電子郵件 970303b，民國 97 年 3 月 3 日；智著字第 09600091880 號解釋函，民國 96 年 11 月 14 日；智著字第 09600096700 號解釋函，民國 96 年 10 月 5 日；電子郵件 960917b，民國 96 年 9 月 17 日；電子郵件 960727a，民國 96 年 7 月 27 日；智著字第 09600023210 號解釋函，民國 96 年 4 月 13 日；電子郵件 941013A，民國 94 年 10 月 13 日；智著字第 0931600379-0 號解釋函，民國 93 年 4 月 28 日；智著字第 09200041490 號解釋函，民國 92 年 7 月 1 日等等。

而不免新生疑惑。

Case 1：智慧局於 96 年 10 月 11 日召開「美容業者就支付使用報酬事宜溝通意見會議」，其中結論為：「利用人於公共場所（如髮廊）以接收器材接收電視節目後，再藉由自己的線纜系統傳送信號，供公眾收看，屬「公開播送」。於接收電台播送之訊號外，另外加裝擴音設備擴大其播送或播放音樂 CD，向公眾播放，則屬「公開演出」。⁴⁰⁹」

Case 2：「（一）有關醫院於大廳、走廊、掛號處、候診區等非屬病房之公共空間，播放...或廣播電台之音樂部分：如係以一般家用接收設備單純接收廣播電台所播送之音樂、錄音、語文等著作之內容時，單純打開收音機僅屬單純接收訊息之行為，並不涉及著作之公開演出。但如係於接收廣播電台播送之訊號外，另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果而傳達著作之內容於醫院大廳、走廊、掛號處、候診區等非屬病房之公共空間，即屬著作權法規定公開演出之行為。

（二）有關醫院於大廳、走廊、掛號處、候診區等非屬病房之公共空間，播放無線電視或衛星廣播電台之聲音或影像部分：如係於前述公共空間內擺放單一台電視接收電視節目訊號，如未再將原播送之聲音或影像傳送到另外的收視設備者，應屬單純開機，並無本法中所稱公開播送之行為。但如播放無線電視或衛星廣播電視台之**電視節目**，係由醫院以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將無線電視或衛星廣播電視台原播送之聲音或影像向公眾傳達者，即屬著作權法中所稱「公開播送」行為。⁴¹⁰」

Case 3：「二、來函所詢一般診所內播送廣播節目或無線四台節目可能

⁴⁰⁹ 智著字第 09600090330 號解釋函，民國 96 年 10 月 24 日。

⁴¹⁰ 智著字第 09600070200 號解釋函，民國 96 年 8 月 14 日。

涉及著作權法規定之情形，茲分述如下：

(一) 播送廣播節目部分：

1、如係以一般家用接收設備單純接收廣播電台所播送之節目時，單純打開收音機僅屬單純接收訊息之行為，並不涉及本法所稱公開演出之行為。2、於接收電台播送之訊號外，如另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果而傳達著作之內容時，則屬著作權法規定之公開演出著作之行為。

(二) 於診所播送無線四台節目部分：

1、於診所內擺放單一電視接收電視節目訊號，如未再將原播送之聲音或影像傳送到另外的收視設備者，應屬單純開機，並無本法中所稱公開播送之行為。2、如於診所播放電視節目，是由診所先裝置接收器材接收電視節目之信號，而後藉由自己的線纜系統傳送信號，到各個房間或診療室供公眾收看，即屬著作權法所定公開播送之行為。⁴¹¹」

Case 4：「(一)有關醫療院所收看電視部分：1、於醫療院所內擺放單一電視接收電視節目訊號，如未再將原播送之聲音或影像傳送到另外的收視設備者，應屬單純開機，並無本法中所稱「公開播送」之行為。2、如於醫療院所各診間、病房播放電視節目，是由醫療院所先裝置接收器材接收電視節目之信號，而後藉由自己的線纜系統傳送信號，供公眾收看，即屬「公開播送」。該公開播送之行為，通常會涉及視聽、音樂、錄音、戲劇舞蹈、語文等著作之「公開播送」，而公開播送權係屬著作財產權人專有，任何人若欲將他人享有著作財產權之著作加以公開播送，除有本法第 44 條至第 65 條合理使用之規定外，必須事先徵得著作財產權人的授權，始得為之，否則即有可能構成侵害著作財產權之行為，而須負擔民、刑事責任。3、於接收電視台播送之訊號外，

⁴¹¹ 經濟部智慧財產局電子郵件 960703a，民國 96 年 7 月 3 日。

如另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果，則屬著作權法第 3 條規定之公開演出著作之行為。

(二)於醫院診所收聽廣播及播放音樂部分：1、如係以一般家用接收設備單純接收廣播電台所播送之音樂、錄音、語文等著作之內容時，單純打開收音機僅屬單純接收訊息之行為，並不涉及著作之公開演出。2、於接收電台播送之訊號外，如另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果而傳達著作之內容時，則屬著作權法第 3 條規定之公開演出著作之行為。3、如以播音設備播放音樂 CD、錄音帶等，係屬「以其他方法，向現場之公眾傳達著作內容」，會涉及音樂及錄音著作之公開演出。⁴¹²」

三、著作權法專責機關解釋函檢討

經由對上述主管機關解釋函示之整理，或許大致可以理解，主管機關之所以將「收看電視」和「收聽廣播」分別說明，或許是出於電視節目的公開播送行為，會同時涉及視聽、音樂、錄音、戲劇舞蹈、語文著作等著作；但是收聽電台廣播，則最主要涉及的是音樂及錄音著作而已，此從主管機關經常將「收聽廣播及播放音樂」歸納成為一類，或可得知。又如果從著作利用的過程或方法觀察，主管機關的解釋函尚能清楚掌握，於接收電台訊號後，「藉由自己的線纜系統傳送信號，供公眾收看」，是屬於公開播送，而「另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果」，則是屬於公開演出。唯較美中不足者，是主管機關在經常在說明「收聽廣播」之利用類型時，多只提到「接收電台訊號後，另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果屬「公開演出」行為，但卻未就「裝置接收器材接收信號，而後藉由自己的線纜系統傳送信號，供旅客收聽」之「公開播送」類型再為著墨。為免生誤解，或許可以就此部分再為

⁴¹² 智著字第 09600051740 號解釋函，民國 96 年 6 月 22 日。其他尚有類似之解釋函示，例如經濟部智慧財產局電子郵件 960605，民國 96 年 6 月 5 日；智著字第 09500025620 號解釋函，民國 96 年 6 月 22 日；智著字第 09416002430 號解釋函，民國 94 年 6 月 7 日等等。

補充。

再從智著字第 09416002430 號之解釋函（民國 94 年 6 月 7 日）可知，主管機關對「接收電視節目」與「接收電台音樂」之公開播送，應無差別對待之意：「三、（二）如係先裝設接收器材接收無線或有線音樂節目之信號，而後藉由自己的線纜系統以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送信號，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，則屬公開播送音樂著作及錄音著作，除有合理使用情形外，亦應徵得音樂著作及錄音著作著作權人之授權後，方得利用。... 四、（二）如係先裝設接收器材接收無線或有線電視節目中影片之信號，而後藉由自己的線纜系統以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送信號，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，則屬公開播送行為，...。」

肆、我國司法實務判決

整理我國最高法院關於「旅館業者於接收有線電視節目系統播送至旅館之單一訊號機後，加裝強波器、混波器、分配器等器材，使單一訊號轉換為多條訊號，再利用分配器轉接至多條有線訊號線內而私自接至各旅館房間之電視機」之「再播送」判決，發覺最高法院多以「原判決未經詳細調查」，撤銷原判決發回更審之程序處理，尚無實體裁判⁴¹³。又雖然最高法院 91 年度台上字第 296 號判決承認，「有線播送系統業者以基於公眾接收訊息為目的，以有線電向公眾場所傳達著作內容，係屬公開播送而非公開上映。」但由於旅館業者，醫療院所、遊覽車（每個座位上之螢幕）、美容院（每個座位旁附設之電視機），並非此所稱之「有線播送系統業者」，因此尚未能直接觸及此類情形之「再播送」議題。

此外，由於我國各級法院實務審判上，有關「公開播送」、「再播送」、

⁴¹³ 參閱 88 年度台非字第 269 號刑事判決，97 年度台上字第 682 號刑事判決。

公開演出」或「公開上映」之法律解釋或適用，多採納主管機關解釋函做為依據，因此司法機關關於「再播送」之法律見解，可供討論者不多。惟有時不免令人較為驚異者，例如高等法院對於「公開播送」或「再播送」之概念，雖然採與主管機關解釋函之相同見解，然面對「被告（旅館業者）等利用宜蘭 A 有線電視股份有限公司供家庭收視戶使用而連接於其等經營之上開旅館櫃臺用以傳送有線電視頻道訊號之纜線，接收 A 公司傳送之有線電視頻道訊號後，再連接自備之纜線與強波器材公開播送，至其旅館各房間所裝置之電視機，供顧客觀賞。」之事實部分，卻仍能結論出被告（旅館業者）非公開播送之行為人（至於有線電視系統業者是否有公開播送行為，於此暫非重點）。不免讓人疑惑其對「再播送」之內涵，究有無真正之理解⁴¹⁴？

伍、我國著作權仲介團體之收費實務

由於我國部分著作權仲介團體並未訂有二次公播的費率，即開始針對旅館房間、醫療院病房所等利用行為展開收費，著作權專責主管機關認為有必要就此部分加以釐清，遂邀請社團法人中華音樂著作權仲介協會（MÜST）、社團法人台灣音樂著作權人聯合總會（MCAT），社團法人台灣音樂著作權協會（TMCS）提出「音樂著作公開播送使用報酬率」，以進行費率審議。

然經過討論與事實問題釐清之後，確認目前我國著作權仲介團體的收費實務現況是，針對飯店、旅館房間等二次公播的行為，也都納入公開演出中，只收取一次費用（在授權契約中，同時涵蓋公開演出/或及公開播送權）。換言之，不論是旅館房間內提供 CD Player 播放音樂 CD（公開演出）、或是旅館房接收廣播節目後拉線傳到各房間（現階段主管機關解釋函示為公開演出）、或是接收電視節目後拉線傳到各房間（現階段主管機關解釋為公開播送），三

⁴¹⁴ 參閱台灣高等法院刑事判決，95 年度上訴字第 1713 號。

家仲團都只收取一次公開演出的費用。

最後，著作權審議及調解委員會做出三項決議：1.目前各旅館之公開演出使用報酬，在國內及國際實務上均包含廣播及電視二次公開播送之使用報酬。2.建議 MÜST、MCAT 及 TMCS 三家著作權仲介團體就現有公開演出之使用報酬率，修正調整為涵蓋廣播及電視二次公開播送之利用行為，不宜另行增訂二次公開播送之使用報酬率。3. MÜST、MCAT 及 TMCS 著作權仲介團體如仍希望有獨立二次公開播送之使用報酬率時，則需同時檢討其公開演出之使用報酬率，將其檢討結果後併同送智慧局（調漲時智慧局併同審議，調降時則送智慧局參考）⁴¹⁵。

⁴¹⁵ 參閱經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會 97 年第 7 次會議紀錄（2008.12.12），http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=9fd90ae2-3af8-4042-a7c5-978abcecf42f.pdf, last visited 2009.2.5.

第七章 結論

本章將由前述各章研究內容歸納出國際條約與美國、日本、德國之規範狀況，並就我國現行著作權法之規範與實務做檢討，再對我國公開播送之再播送之法規範與制度設計做出建議。

壹、國際狀況分析

一、國際公約

經由比較各國國際著作權及鄰接權公約可以瞭解到，國際上對於「廣播」與「再播送」之定義，確實混亂複雜且未統一。

在伯恩公約部分：相當於我國公開播送與再播送之概念者，是第 11bis 條第 1 項第 (1), (2) 款的「廣播」與「再播送」，但§11bis I (1) 之廣播，僅指無線廣播，而§11bis I (2) 之再播送，是包含有線、無線之再播送。在權利內容方面，著作人享有完整之廣播與再播送專有權。

另外值得一提的是，關於「廣播」與「再播送」之強制授權可行性問題，伯恩公約§11 bis II，允許各會員國得以國內立法方式就「廣播權」、「再播送權」以及「以擴音器或其他器材為再公開演出」時之權利行使條件。而且當雙方當事人無法達成合意時，國家的主管機關負有義務，要建立一個平衡雙方利益衝突的機制，這其中當然包括可以透過強制授權（或法律授權）的方式，決定權利人的使用報酬。但本項只是關於廣播權強制授權的規定，而非直接將著作人之廣播與再廣播權弱化成報酬請求權。換句話說，這是例外，而非通例，要在符合一定前提下，國家才介入干預。至於國家介入干預的時點，”只限於著作人代表與廣播機構在著作的利用與費用支付的集體協議條款無法達成一致的情況下”，始有法律授權或強制授權的適用。

在羅馬公約部分：§3 (f) 關於廣播之定義，採與伯恩公約相同之概念，即僅限於無線廣播，但在§3 (g) 關於再播送之定義，卻只限縮採無線再播送之概念而已。這是因為羅馬公約的訂定時間，遠早於伯恩公約 1971 年的巴黎本文。在權利內容方面，(1) 表演人就其現場表演，享有廣播及公開傳播之禁止權（無許可權），(2) 表演人及錄音物製作人就錄音物之廣播或任何公開傳播，享有報酬請求權，(3) 廣播機構就其廣播，享有再廣播之專有權（許可權及禁止權）。

在 TRIPS 部分：對於廣播與再播送，並無直接之規定。

在 WCT 部分：對於廣播與再播送，並無直接之規定。但 WCT 第 8 條賦予著作人專有「公開傳播權」，其內容涵蓋有線、無線、網路廣播權，以及有線、無線、網路的再播送權。

在 WPPT 部分：§ 2 (f) 關於廣播的定義，包括無線廣播、衛星廣播、無線再廣播，未定義再播送，但在§ 2 (a) 定義公開傳播權，包括有線廣播、有線再播送、以及以錄音機或視聽機或其他設備，向現場或現場以外的公眾，公開傳播。至於在權利內容方面，(1) 表演人就其未固著之表演，專有廣播與公開傳播權，但已廣播之表演不在此限。(2) 表演人及錄音物製作人就錄音物之廣播或任何公開傳播，享有報酬請求權 (§15I)。

在保護廣播機構條約草案方面：§ 5 (a) 定義廣播，包含無線及衛星廣播（但不含網路廣播），§ 5 (b) 將有線廣播分別定義，有線廣播（不含網路廣播），§ 5 (d) 定義再播送 (retransmission)，其內容涵蓋有線、無線、網路之同步再播送。

二、美國

在美國，相當於我國公開播送與再播送之概念者，為公開演播。

公開演播包括最初的演播，及將最初的演播向公眾傳送或傳播。演播行為不限於歌唱之情形，將語文著作大聲唸出、演奏音樂、跳舞、演出戲劇著作或默劇，都構成演播行為。演播行為也可以間接透過任何裝置或方法完成，包括各種可重製或擴大聲音或視覺影像的設備，各種傳送裝置、電子取用系統及其他尚未使用或發明之任何技術或系統。將電影或視聽著作之影像為任何連續性之顯示，或使電影或視聽著作所伴隨之聲音發聲，亦構成演播行為。所以，演播的範圍遠大於我國公開播送與再播送之概念。

並非所有的演播行為均為著作權人的權利，演播行為只有在符合「公開」之要件時才是著作權人的權利。只要演播或展示行為是發生於(A)向公眾公開之場所，或(B)家庭及其社交熟識者之正常範圍外之相當數量之人所聚集之場所（準公開場所），即符合公開之要件。

再播送在美國法下應該是歸在將演播予以「傳送」之情形。美國著作權法第 101 條中將對演播之「傳送」定義為「將演播或展示以任何裝置或方法傳播，而其影像或聲音係於發送地以外之場所接收者」，可以廣至涵蓋所有可以想像的形式、有線或無線或二者之組合的通訊模式，包括但不限於廣播和電視廣播。

美國著作權法下公開演播概念範圍比我國公開播送之範圍要廣，可以相當於我國著作權法下的公開口述、公開播送、公開上映、公開演出及公開傳輸之綜合體。我國法下，廣播或電視廣播之公開播送與有線電視接收廣播或電視廣播節目後之再播送，在美國法下係屬於公開演播。我國智慧局認為的公共場所單純開機行為，在美國法下也是屬於公開演播。

惟對「公開」之概念，我國法由於並未像美國法對家庭正常社交範圍外之人聚集的場所有「相當數量之人」的條件限制，所以我國法下的「公眾」門檻

比較低、而很容易就構成各種無形利用之「公開」利用行為。如果我國法能調整「公眾」的定義，納入像美國法對家庭正常社交範圍外之人聚集的場所有「相當數量之人」的條件限制這樣的規定的話，可以避免很多情形被認定為公開口述、公開播送、公開上映、公開演出及公開傳輸等無形利用行為。

美國法對公開演播有許多免責規定，其中與本研究案最相關的免責規定就是美國法第 111 條(a)項(1)款。於旅館、醫院接收廣播或電視節目後傳送至其旅館房間或病房之情形，美國法對旅館及住宿業者的二次傳送在該款有免責規定，條件是該二次傳送非由有線系統業者所為、原傳送之訊號必須是經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司所為、該二次傳送必須將原傳送之訊號完整的傳送、為二次傳送之旅館、公寓或類似場所必須在原傳送之廣播公司當地服務區域內、二次傳送必須要傳送到此等場所之客人或住戶之私人住處，同時，就該二次傳送之收視或收聽不能有收取直接費用。此項免責規定如果引入我國，將可以部分解決旅館將廣播或電視節目傳送至房間供住宿客人收視或收聽之現狀引起的紛擾。尤其是，我國的廣播和電視節目都是預設為以全國性為收聽或收視訊號覆蓋區，將廣播或電視節目傳送至房間供住宿客人收視或收聽本來就在著作權人授權原播送時的預設對象範圍內。但是對於旅館透過有線電視系統業者提供再播送服務至旅館房間之情形，則仍然無法解決。

其次，美國法第 110 條第 (5) 款第 (B) 目是對餐飲設施及非餐飲設施就非戲劇性音樂著作公開演播之免責規定，可以讓符合條件的餐飲設施及非餐飲設施在該店家之接收區域範圍內就再傳送行為（公開演播）免責。不過這項免責規定已經被世界貿易組織認定為違反 TRIPs 協定的三步測試原則，為避免引起國際爭議，我國似無參考此條文對再播送提供類似免責或合理使用規定之必要。

此外，美國法就教育性之傳送之原傳送可以依第 110 條(2)款免責，其二

次傳送則可依第 111 條(a)項(2)款免責。對僅提供衛星承載業務當傳送管道的情形，衛星承載業者被動的作為二次傳送之管道可以依第 111 條(a)項(3)款免責。而政府及非營利組織之二次傳送有第 111 條(a)項(5)款之免責規定。這些免責規定可以考慮引進我國，因為縱使現在我國並未出現這些情形，隨著權利人的意識覺醒，未來仍有可能開始對這些情形做收費的動作，屆時又會是像對旅館醫院診所收費一樣引起社會波動。

最後，美國著作權法對二次傳送還有三個強制授權的規定，分別是有線系統業者二次傳送之強制授權（第 111 條(c)項）、衛星承載業者對聯播網電視台與超級台之遠距電視訊號二次傳送之強制授權（第 119 條）、衛星承載業者以二次傳送提供「當地至當地」服務之強制授權（第 122 條）。這三項強制授權規定都有其發展的歷史因素，其中，第 119 條和第 122 條是衛星承載業者得主張二次傳送強制授權的規定，牽涉到美國電視產業的的當地市場和遠距市場競爭特性，在我國無線電視收視範圍均以全國為對象、並無必要由衛星承載業者另行將無線電視節目對收視戶傳送，我國以家庭衛星碟形天線收視亦非國民主要收視形態的環境下，這兩個條文似乎沒有參考價值。而第 111 條(c)項有線系統業者二次傳送之強制授權規定，雖對我國有線系統業者二次傳送的著作權問題解決可以有幫助，但是其權利金計算的方式複雜、「遠距訊號等值」的認定會涉及通訊技術與市場之知識領域，沒有國家通訊委員會的協助，單憑智慧局恐怕很難有效率的處理，加上權利金分配有糾紛時要由著作權權利金法官決定適當的分配權利金方法，需要有相應的程序規定，我國如果要仿照，必須要對著作權權利金法官或著作權權利金仲裁庭之類的制度做進一步研究。

三、日本

在日本，公開播送與再播送相關的規範是公眾送信（公開傳播）概念下的放送和有線放送，對放送和有線放送也沒有區分原放送和再放送，原播送和再

播送都可以以放送和有線放送之方式為之。

著作權人有日本法第 23 條第 1 項之放送權和有線放送權，對著作權人的放送權和有線放送權也有很多權利限制的規定，但主要都是對原播送部分做限制，有些是對單純開機做權利限制，而不是對再播送部分。

在日本法下表演人和錄音物製作人於商用錄音物的放送／有線放送利用不是賦予放送權／有線放送權，而是弱化為二次使用費請求權；放送上之表演的有線放送也不是賦予有線放送權，而是賦予有線放送報酬請求權，因此在實務上面臨「商用錄音物的利用」和「廣播上表演的利用」這兩種同時會牽涉到多個著作權人和著作鄰接權人時，利用人就可以只要專心面對著作權人做授權交涉，對著作鄰接權之利用就只需付費解決而沒有刑事威脅，對於簡化著作利用實務環境很有幫助。

日本法有兩種裁定利用制度，一是第 67 條著作權人不明或其他原因無法與著作權人取得聯絡時之裁定利用，另一是第 68 條放送事業者請求放送之授權但協議不成或無法進行協議時之裁定利用。如能仿照日本法此二種裁定利用制度修法，前者將有助於解決孤兒著作難以利用的情形（公開播送和再播送時同樣有可能碰到想利用孤兒著作之情形），後者在日本法下雖然是沒有出鞘過的寶刀，但此制度可以紓解個體戶授權協議不成的情形，並可以用裁定利用的方式，讓電台電視台的公開播送不必負刑責，對我國長期以來公開播送之原播送和再播送使用報酬爭議不休的實務現狀的解決將有很大的幫助。只是由於在日本法下沒有用過這個條文，我國想引進制度時，恐怕會面臨實際操作時應如何處理的困難。

旅館、醫院將無線廣播接收後以有線電方式傳送到房間，在日本法下因為同屬於旅館主人占有區域之電氣設備間之傳輸，所以不會構成對著作的公眾送信（因而不會是再播送），但是會落在上演或演奏的擴張定義（日本法第 2

條第 7 項) 中，而落入第 22 條上演或演奏權之範圍。在非營利、未收費且未付報酬之情形，日本法第 38 條第 1 項對著作之上演或演奏權有權利限制規定。但日本法下的表演人、錄音物製作人、放送事業者和有線放送事業者均無上演或演奏權，所以就旅館、醫院房間之例而言，在日本就只需要處理著作權人而不須處理著作鄰接權人的問題，權利人會比我國少很多（我國的語文、音樂、戲劇舞蹈著作之著作財產權人享有完整的公開演出權，表演人享有未經重製且未經公開播送之以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利，而錄音著作則享有公開演出之報酬請求權。）日本最大的音樂集體管理團體 JASRAC 雖然對住宿設施的上演、演奏有使用費的規定，但是目前對醫療機構以「有線放送之方式將公眾送信之著作以接收裝置公開傳達」之情形，縱使不能符合第 38 條第 1 項之規定，目前也暫不收費。

四、德國

在德國，相當於我國公開播送與再播送的規範，是其第 20 條之「公開播送」，第 20a 條之「衛星廣播」以及第 20b 條之「有線再播送」（雖然 20b 條稱為有線再播送權，但該條的定義中，並不僅以纜線系統的再播送為限，還包括以微波系統（Mikrowellensystemen）的方式所為之再播送，因此稱為「再播送權」亦無妨。）。原本德國著作權法第 20 條之「公開播送權」，已經充分涵蓋有線、無線、衛星和以其他類似技術所為之廣播，甚至也包含「再播送」的概念在內了，但為了配合歐盟衛星及有線廣播指令之規範，才又新增第 20a 與 20b 條。因此，第 20b 條「歐洲衛星廣播」與第 20 條之「衛星廣播」只是適用範圍上的差別而已，至於第 20b 條的功能除了再一次定義「再播送」的概念外，更主要是在配合歐盟指令，讓著作人及鄰接權人只能經由集體管理團體才能行使其再播送權。

在著作權人方面，著作人享有完整之「公開播送權」與「再播送權」，並

且除了廣播機構之外，再播送權之行使只能委由集體管理團體代為行使，個別著作人不能單獨為之。至於集體管理團體管理的方法與方式，原則上應依著作權集體管理條例之規定訂之，

在鄰接權人方面，（1）在德國法下的「表演人」，就其現場之表演，享有「公開播送權」，對於現場廣播之再播送，享有「再播送權」。表演人對於已固著表演（已廣播或已錄製在錄音或錄影物上之表演，）之部分，表演人對於雖不享有「廣播」或「再播送」之禁止權，但卻可以主張「廣播」或「再播送」之報酬請求權。（2）在德國法下的「錄音物製作人」，就其錄音物之「廣播」與「再播送」，既不享有禁止權，也非享有報酬請求權，而只是得向表演人請求參與分配適當之報酬而已。（3）德國法下的「廣播機構」，就其廣播有「再播送」的專有權。據此，廣播機構得禁止其他電台或電視台，不論是透過有線、無線或是透過衛星的方式，對其節目進行「再播送」。

關於透過分配器設備所為之再播送：早期德國著作權實務上迭有爭議的問題，主要是透過廣播分配器設備所為之播送（例如旅館、醫院或監獄，透過一個中心的線路設備，將廣播節目提供到一系列的接收地點，而接收地點的使用者，可以決定打開或關掉接收器以及自行選擇廣播的節目。此一分配器設備通常還有另外一個功能，就是還可以透過中心的設備，將錄音、錄影帶或自製的節目播送到旅館客房等等。），究屬於「有線之公開演出」或「有線再播送」？但自從聯邦最高法院在「分配器設備」的判決之後，即不再爭執，歸類於「再播送」的範疇。

另外值得參考的是，由於德國著作人及鄰接權人的「有線再播送權」只能透過集體管理代為行使權利。因此在德國著作權集體管理條例有針對此種情形而為規定，例如除了使集體管理團體負有以合理條件授予利用權之義務（強制制締約義務）外，如果集體管理團體和有線業者對於締結有線再播送契約有所

爭執時，則可依該條例第 14 條第 1 項第 2 款之規定，請求德國專利商標局之仲裁處處理。

此外，為了讓「有線再播送的集體管理義務」在運作上更為順利，德國著作權集體管理條例第 13c 條也特別針對有線再播送的圈外人做了一些事務性權限的推定，以明確集體管理團體的管理權限，避免集體管理團體與那些未將權利委託代管的著作權人再度陷入爭議。其制度的設計，包括集體管理團體在行使查詢權及報酬請求權時，都推定有代表所有權利人之資格；如果有數個集體管理時，視為共同為那些圈外權利人代為行使權利；集體管理團體就所收之費用，包含那些未委託其代為行使權利之權利人的費用在內，但免除集體管理團體有對其支付報酬之義務；對於那些未移轉給集體管理團體代為管理之圈外權利人，則對其訂出短期的請求權時效，並保障其最低短期時效等等規定。或許在我國引進「有線再播送權的集體管理義務」時，具有參考之價值。

五、旅館接收廣播或電視節目後傳送至旅館房間之利用行為規範比較

茲將旅館接收廣播或電視節目後傳送至旅館房間之伯恩公約、各國規範與我國規範情形整理於下表，以利理解。

【附表五】旅館接收廣播或電視節目後傳送至旅館房間之利用行為規範對照表

	伯恩公約	美國	日本	德國	我國
利用行為之定性	再播送權 (§11 bis I Nr.2, 包含定義、權利)	公開演播 (§101 定義; §106(4) 權利)	上演、演奏 (§2VII 定義; §22 權利)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 有線再播送權 (§20b, 包含定義、權利, 且法條定義中不以有線再播送為限) 2. 有線再播送權只能透過著作權集體管理團體行使的義務, 但廣播機構所享有之權利不在此限 (§20b)。 	<p>智慧局函釋、法院判決及仲團收費實務上均認為：</p> <p>A、旅館接收電視節目後傳送至旅館房間之電視機供客人收視, 構成公開播送之再播送</p> <p>B、旅館接收廣播節目後傳送至旅館房間之放大器 (amplifier) 供客人收聽, 構成公開演出</p> <p>問題：現有旅館接收廣播節目後傳送至旅館房間, 但不是透過放大器而是透過電視頻道之一放出聲音供客人收聽, 到底構成公開播送之再播送? 還是構成公開演出?</p>

權利限制、免責或強	<p>1. 權利限制規定</p> <p>N/A (§9 之三步驟測試原則只限於重製權部分)。</p> <p>2. 「廣播」與「再播送」之強制授權規定</p> <p>§11 <i>bis</i> II: 前項所定權利之行使條件，得由聯盟國之立法者定</p>	<p>免責規定</p> <p>§111(a)(1)</p> <p>就一原傳送上著作之演播或展示之二次傳送，於下列情形不構成侵害：(1) 該二次傳送非由有線系統業者所為，且係透過旅</p>	<p>權利限制規定</p> <p>無營利目的且未向觀眾或聽眾收費且未對表演人支付報酬時，得公開上演、演奏已經公表之著作 (§</p>	<p>權利限制規定</p> <p>§52</p> <p>(1) 如果主辦者非基於營利之目的，未對參加者收取費用，而且在公開口述或公開演出時未對表演人支付特別的報酬者，則可以公開傳播⁴¹⁶他人已公開發表之著作。對於此項公</p>	<p>權利限制規定</p> <p>§55</p> <p>非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表</p>

⁴¹⁶ 作者註，此所稱之「公開傳播」係指第 15 條的 2 項之公開口述、公開演出、公開上映 (§19)、對公眾提供 (19a)、公開播送 (§20)、經由錄音或錄影物之再公開播送 (§21)、對廣播之再公開播送以及對公眾提供之再公開播送 (§22) 而言。

<p>制 授 權 規 定</p>	<p>之，惟其僅適用於該國領域境內。但不論在何種情形，都不得損害著作人格權，如果在雙方無法達成合意的情況下，得由主管機關決定，但不得對著作人合理之報酬請求權有所損害。</p>	<p>館、公寓或類似場所之管理，將經過聯邦通訊委員會許可之廣播公司傳送之訊號完整的在該廣播公司之當地服務區域內轉送至此等場所之客人或住戶之私人住處，且就該二次傳送之收視或收聽未收取直接費用者。</p>	<p>38I) 旅館接收廣播或電視節目後傳送至旅館房間之利用行為，因屬於營利目的而無適用餘地</p>	<p>開傳播，應支付適當的報酬。又如果活動對象只是侷限在青少年救助、社會救助、老年安養、社會福利安養、受刑人輔導以及學校活動等這一類符合社會與教育目規定的特定活動的話，則不必支付報酬。但如果該活動是爲了第三者的營利目的，則不僅不適用不必支付報酬的規定，並且必須由該第三者支付該項報酬。</p> <p>(2)還有在宗教團體所舉行的禮拜與慶典，也可以對於已經公開發表的著作進行公開傳播。不過，活動主辦者必須對著作權人支付適當之報酬。</p> <p>(3)對著作的舞台形式的公開演出，對公眾提供，公開播送以及對視聽著作的公開上映，通常都必須取得權利人同意才可爲之。</p>	<p>之著作。</p>
----------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------

貳、我國司法實務見解

我國法院實務關於「再播送」之見解，以及「旅館業者於接收廣播後，再透過分配器、纜線系統將節目傳送到各房間內之行為」，究屬公開播送或公開演出，原則上多依循著作權法專責機關智慧局之解釋函釋而為裁判。而我國著作權法專責機關智慧局就有關「旅館或飯店業者，於接收有線系統業者所播送之節目後，透過旅館或飯店內所自行裝設之分配器、纜線系統等設備，再將廣播傳送至各旅館客房內之行為，是否構成公開播送？」曾經做過不少解釋函示，由這些解釋函來看，智慧局經常將「收看電視」和「收聽廣播」分別說明，主要的見解大致是，於接收電台訊號後，「藉由自己的線纜系統傳送信號，供公眾收看」，是屬於公開播送；而「另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果」，則是屬於公開演出。唯較美中不足者，是主管機關在經常在說明「收聽廣播」之利用類型時，多只提到「接收電台訊號後，另外加裝擴音設備或其他器材，再擴大其播送效果屬「公開演出」行為，但卻未就「裝置接收器材接收信號，而後藉由自己的線纜系統傳送信號，供旅客收聽」之「公開播送」類型再為著墨。

智慧局將「收看電視」和「收聽廣播」分開說明，使得我國音樂仲團產生奇異的認知。我國音樂仲團目前對旅館房間內之利用行為之認知大致是，如果(A)旅館接收電視節目後傳送至旅館房間之電視機供客人收視，構成公開播送之再播送，(B)、旅館接收廣播節目後傳送至旅館房間之揚聲器(amplifier)供客人收聽，構成公開演出。這種對來源都是屬於廣播之概念（電視廣播和收音機的聲音廣播），其二次利用時卻依「訊號是從電視出來」還是「訊號是從揚聲器出來」而異其定性、構成不同利用行為的見解，雖然由於仲團向旅館業者收費時是以整個房間內的利用行為作為授權（包括公開播送和公開演出）之收費內容，只收取一次費用，所以在仲團收費實務上不曾造成問題，但此種見解會

造成理論體系的紊亂。例如，現有旅館房間的利用形態是接收廣播節目後傳送至旅館房間，但不是透過放大器、而是透過電視頻道中的一個頻道放出聲音供客人收聽，這到底會構成公開播送之再播送？還是構成公開演出？由這個例子就可以知道二次利用依訊號是從哪裡出來並不適合當作判斷之依據。

參、研究結論與建議

本研究發現：

不論是電視廣播或是電台廣播，被播送的節目上經常會有許多本身也是著作的素材被一併公開播送，當被播送的節目被同步再公開播送時，再公開播送人並無法預先得知節目中含有多少權利人、及這些權利人是誰，要求再公開播送人去一一取得權利人授權，事實上不可行、無效率，也對再公開播送人太苛。因此，再公開播送有需要在制度面上做審慎處理。

伯恩公約對公開播送容許會員國採取強制授權之規範，只是要求必須要讓權利人收到報酬，對於報酬數額有爭議時並須有公權力介入解決。從美國、日本與德國的立法例來看，對於公共場所之再播送行為的確存在比我國法更為友善而有效率的規範制度。因此在法制設計上，我國應該可以有比現行法對再播送規範更妥善之發展空間。

我國法由於對於公開播送不像日本法那樣限於放送事業者和有線放送事業者始得為之，因而讓一般店家、醫院診所都會有成為再播送人之可能，而我國之公開播送權人又遠多於日本和美國，電視廣播和電台廣播經常是24小時的播放，使得一般店家、醫院診所於再播送時，會面對既不確定、數量又非常多的權利人。

又，我國權利人有經常以提起刑事告訴的方式主張權利的風氣，在考量制

度設計時，應該將此種屬於我國的特殊國情列入考量，儘可能在國際法制容許的範圍內、不違反國際公約規定之情況下，降低權利人提起刑事訴訟之機會。

最後，網路廣播在我國法下被歸類至公開傳輸的概念下，雖非本研究案之研究範圍，但未來一定會是要面臨的問題。公開播送之節目被二次利用之態樣很多，除了以公開播送之方法再播送之外，隨著科技的發展，將公開播送之節目以網路廣播之方法做二次利用勢必會是重要的利用形態，各國也對以網路廣播之方法對公開播送之節目做二次利用之情形開始以修法因應。在法規處理上，固可將網路廣播全面考量之後修法處理，但將公開播送之節目以網路廣播之方法做同步傳送中之非重製型網路廣播，其情形與將公開播送之節目以有線電視系統做同步傳送之情形非常類似，單獨切割出來在公開播送中處理似乎在體系上也算合適。

基於前述研究，本文做出建議如下：

1. 對於公開播送之同步再播送，或許可以參考德國立法，引進「有線再播送權的集體管理義務」。此一「有線再播送權的集體管理義務」，同時也是歐洲衛星及有線廣播指令（第8條）所建立的制度。這主要是考慮到，有線再播送業者為了要讓廣播節目能夠同步再播送，必須及時取得所有必要的著作權及鄰接權，但在實務上卻幾乎不可能做到。因為要與這些所謂的權利圈外人（Aussenseiter，指那些不屬集體管理團體的著作或鄰接權人）取得所有完整無漏洞的授權契約，單只是經由有線再播送業者與著作暨鄰接權人集體管理團體簽訂「廣播之有線再播送」授權契約，是不可能做得到的。因此遂透過本條之規定，讓著作暨鄰接權人只能經由集體管理團體代為行使權利，讓有線再播送業者與集體管理團體簽訂「廣播之有線再播送」的概括授權契約。然後再依著作權集體管理條例之規定，讓集體管理團體負有以合理條件與有線再播送業者強制締約之義務。

德國將同步再播送強制交由仲團管理的機制，主要是根據歐洲衛星及有線電視指令之規定而來，但在美國與日本並無相同之規定。在基於前述我國特殊國情之考量，或許將公開播送之同步再播送強制交由仲團管理，不失為減少社會成本、不為難再播送人、又讓權利人得以獲得報酬的方法。

這裡建議的是限於「同步再播送」的情形，對於異時播送則不適合全面的強制交由仲團管理，一是因為國際上沒有先例，二是此舉唯恐會有違反三步測試原則中妨害著作權人通常權利行使的顧慮。

當然，強制交由仲團管理會牽涉到我國仲團制度是否健全與運作是否令人滿意的問題。我們期待仲團可以透過再播送的強制仲團管理的設計，獲得更多的會員，而在著作權集體管理上可以更有經濟規模與效率，繼而能加強體質、改進營運方式，以善盡仲團功能，讓我國的仲團運作能與國際並駕齊驅。在此發展過程中，亦有賴著作權專責機關善盡監督責任，輔導仲團能往好的方向發展，以避免因再播送之強制仲團管理使得仲團心態老大顛預，不知照顧權利人、又以強制管理取得之優勢地位對再播送之利用人在收費上獅子大開口。因此，若我國考慮納入德國「再播送權之仲團集體管理義務」時，則還必須在立法上進一步參考德國規範，讓著作權集體管理團體有以合理條件與有線再播送業者強制締約之義務，以及當雙方有所爭議時，得請求仲裁或裁定處理之機制。除此之外，集體管理團體與權利圈外人之間的法律關係，以及如果有多家同類型的集體管理團體時，則其彼此間之法律關係又是如何，也都有進一步加以釐清或立法推定之必要。

又，將公開播送之節目以網路廣播之方法做同步傳送中之非重製型網路廣播，其情形與將公開播送之節目以有線電視系統做同步傳送之情形非常類似，因此，可以對某些特定的以網路廣播之方法同步再廣播之情形，一併考量以修法之方式將之「視為再播送」，而與傳統之同步再播送做同樣的處理，一併強

制交由仲團管理。如果考量到網路廣播在體系上屬於公開傳輸、不適合對以網路廣播之方法同步再廣播以「視為再播送」的方式處理，也可以對此種公開傳輸以合理使用之方式處理，亦即仿日本著作權法第 38 條第 2 項之權利限制規定，對被原播送之著作，於無營利目的且未向觀眾或聽眾收費時，得以於該放送之放送對象區域內接收為目的做非重製型之同步網路廣播。

2. 為促進再播送之利用順暢，可以仿日本法第 38 條第 2 項，對於無營利目的且未向觀眾或聽眾收費之情形，可以將被放送之著作為同步有線放送。如此，可以將非營利的再播送行為（例如學校接收電台節目傳送到校園內在午餐時間放出）處理掉大部分。

3. 在營利之再播送部份，對於旅館或飯店業者接收廣播或電視節目後傳送至旅館客房內之情形，在對原播送做同步再播送至旅館、公寓或類似場所之客人或住戶之私人住處內、且就該再播送之收視或收聽未收取直接費用時，仿照美國法第 111 條(a)項(1)款提供免責的規定。惟要注意的是，美國法第 111 條(a)項(1)款免責規定對於旅館透過有線電視系統業者提供再播送服務至旅館房間之情形，則仍然無法免責。

4. 建立「廣播」與「再播送」之強制授權或仲裁、裁定機制

基於伯恩公約允許各會員國得以國內立法方式，就「廣播」、「再播送」以及「以擴音器或其他器材之再公播」之權利行使訂定條件。而且當權利人與廣播或再播送利用人無法達成合意時，國家的主管機關並負有義務，要建立一個平衡雙方利益衝突的機制，這其中當然包括可以透過強制授權（或法律授權）的方式，或設立一個仲裁庭來對當事人之報酬爭議做出裁定。

同時，也可以考慮引進日本對利用孤兒著作之裁定利用、和對放送事業者請求放送之授權但協議不成或無法進行協議時之裁定利用規定。二者對於營利

的公開播送的原播送和再播送利用都有幫助。惟由於日本的裁定利用制度都配對有文化廳長官指定相當於通常使用費之額之補償金的設計，這是為了要符合伯恩公約對廣播權的強制授權規定的要求而做的處理，我國在引進裁定利用制度時，應該要對指定補償金制度在我國如何運作做進一步考量。

其他美國法下關於二次傳送的免責規定，可以一併考量於修法時增訂，畢竟，其他國家利用人值得享有的，我國國民應該也值得享有。