

經濟部智慧財產局

著作權法公開傳播權之研究

研究計畫

（期末報告）

計畫主持人：謝銘洋（台灣大學法律系教授）

共同主持人：張懿云（輔仁大學財經法律學系教授）

研究助理：朱俊銘

中華民國九十二年五月三十一日

目 次

第一章 緒論	1
壹、研究動機與目的.....	1
貳、研究內容.....	3
參、研究方法與步驟.....	4
一、蒐集國內外資料.....	4
二、分析資料、歸納公開傳播權相關之問題.....	4
三、撰寫研究報告，並提出本文之建議.....	4
第二章 國際條約公開傳播權之相關規範	5
壹、前言.....	5
貳、伯恩公約之規範.....	5
一、規範內容與說明.....	6
（一）Article 11 (1)(i)(ii)：戲劇、歌劇與音樂著作之權利	6
（二）Article 11bis (1)(i)(ii)(iii)：所有文學與藝術著作之廣播和其 他權利.....	7
（三）Article 11ter(1)：文學著作之權利.....	9
（四）Article 14(1)(ii)：所有文學與藝術著作改拍成電影之權利	10
（五）Article 14bis(1)：電影著作之權利	11
二、分析探討.....	11
（一）原則：「無線」公開傳播權.....	12
（二）例外：「有線」公開傳播權.....	12
三、圖示.....	14
四、小結.....	14
參、羅馬公約.....	15
一、Article 7：表演人之權利	16
二、Article 12：錄音物製作人之權利	17
三、Article 13：廣播組織之權利	17
肆、TRIPS 之規範.....	18
一、Article 9：與伯恩公約之關係	19
二、Article 14：對表演人、錄音物製作人及廣播組織之保護	19
伍、WCT 與 WPPT 之規範.....	21
一、WCT Article 8：著作權人之公開傳播權.....	21
二、WPPT Article 6：表演人對未固著表演之權利.....	23
三、WPPT Article 10：表演人對已固著表演之權利.....	24

四、WPPT Article 14：錄音物製作人之權利.....	24
五、WPPT Article 15：表演人與錄音物製作人之報酬請求權.....	25
六、圖示.....	26
(一) WCT 之規範.....	26
(二) WPPT 之規範.....	27
七、小結.....	27
陸、各種國際條約有關公開傳播規範之比較.....	28
一、一般著作之情形.....	28
二、表演人、錄音物製作人、廣播組織之保護.....	29
第三章 歐盟公開傳播權之相關規範.....	31
壹、前言.....	31
貳、歐盟公開傳播權之相關規定.....	32
一、「公開傳播權」之立法說明.....	32
1. 「公開傳播權」與「對公眾提供權」之關係.....	33
2. 對公眾提供權的內涵.....	34
二、「公開傳播權」之規範.....	35
三、小結.....	37
參、體系表解.....	38
第四章 德國公開傳播權之相關規範.....	39
壹、前言 -- 德國資訊社會著作權法修正之立法概述.....	39
一、立法目的.....	39
二、修法重點.....	39
(一) 著作財產權通則之修正（修正第十五條第二、三項）.....	40
(二) 公開上映權之修正（修正第十九條第四項第二句）.....	40
(三) 新增「對公眾提供權」（新增第十九 a 條）.....	40
(四) “廣播之再公開傳播權”之修正：（修正第二十二條為“廣播和對公眾提供之再公開傳播權”）.....	41
貳、德國著作權專章有關「公開傳播權」之相關規定.....	41
一、著作財產權通則（著作權法第十五條）.....	41
(一) 有形利用權（§ 15 I）.....	41
(二) 公開傳播權（§ 15 II）.....	42
(三) 「公開」之定義（§ 15 III）.....	42
二、修法後「公開傳播權」之規定（§§19-22）.....	42
(一) 公開口述、公開演出及公開上映權（著作權法第十九條）.....	42

(二) 對公眾提供權 (著作權法第十九 a 條)	43
(三) 公開播送權 (著作權法第二十條)	43
(四) 歐洲衛星廣播 (著作權法第二十 a 條)	43
(五) 有線再播送 (著作權法第二十 b 條)	44
(六) 經由錄音或錄影物之再公開傳播權 (著作權法第二十一條)	44
(七) 廣播和對公眾提供之再公開傳播權 (第二十二條)	44
叁、德國著作權法「公開傳播權」相關規範內容.....	45
一、以「公開傳播權」做為無形利用的上位概念.....	45
(一) 法條結構.....	45
(二) 「公開傳播權」是否做為無形利用著作之概括條款.....	45
(三) 網路隨選的利用方式是否符合「公開」之定義?	46
(四) 「公開」(Öffentlichkeit) 的定義與要件	48
二、公開口述、公開演出及公開上映權 (§ 19)	50
(一) 公開口述權.....	50
(二) 公開演出權.....	51
(三) 公開上映權.....	53
三、新增「對公眾提供權」 (§ 19 a)	53
四、公開播送權 (§ 20)	54
(一) 概述.....	54
(二) 公開播送權之要件.....	56
五、經由錄音或錄影物之再公開傳播權 (§ 21)	59
六、廣播和對公眾提供之再公開傳播權 (§ 22)	59
肆、圖示及體系建構.....	61
伍、德國鄰接權專章有關「公開傳播權」之相關規定.....	64
一、 原鄰接權專章之規定.....	64
(一) 表演人之公開傳播權.....	64
(二) 錄音物製作人之公開傳播權.....	65
(三) 廣播機構之公開傳播權.....	65
二、 修法後之新鄰接權專章之規定.....	66
(一) 表演人「公開傳播權」之新修正條文.....	66
1. 第七十八條 公開傳播權.....	66
(二) 錄音物製作人「公開傳播權」之新修正條文.....	67
(三) 廣播機構「公開傳播權」之新修正條文.....	67
陸、德國鄰接權專章「公開傳播權」相關規範內容.....	68
一、表演人之公開傳播權.....	68
(一) 對未固著表演之公開傳播權.....	68
(二) 對已固著表演之「對公眾提供權」與「報酬請求權」	

二、錄音物製作人之公開傳播權.....	72
三、廣播機構之公開傳播權.....	74
柒、結論.....	75
一、德國著作權專章有關「公開傳播權」新舊法比較.....	75
二、德國鄰接權專章有關「公開傳播權」新舊法比較.....	76
（一）表演人之「公開傳播權」與「報酬請求權」內容.....	76
（二）錄音物製作人「對公眾提供權」與「參與分配請求權」.....	78
（三）廣播機構之「公開傳播權」.....	78

第五章 美國公開傳播權79

壹、前言.....	79
貳、美國數位千禧年著作權法立法概述.....	79
一、立法背景.....	79
二、立法過程.....	80
三、法案主要內容簡介.....	81
四、小結.....	82
參、美國著作權法相關條文.....	82
一、受美國著作權法保護的著作類型.....	82
二、各類型著作享有之專屬權.....	83
三、美國法下的散布(Distribution)概念.....	85
（一）（對公眾）散布權之概念.....	85
（二）白皮書對傳輸之定義.....	86
（三）白皮書對電腦網路上傳輸行為是否構成散布（Distribution）之看法.....	86
（四）白皮書對散布權之修法建議.....	88
（五）散布權可適用於現今數位科技之傳輸.....	88
（六）與 WCT、WPPT 的散布權之比較.....	89
四、美國法下的公開(Publicly)概念.....	90
五、美國法下的公開表演(Public Performance)權概念.....	91
六、美國法下的公開展示(Public Display)權概念.....	92
七、美國法下的數位傳輸表演權(Digital Transmission Performance Right).....	93
八、美國法下的公開傳播權(Right of Communication to the Public)概念.....	94
九、小結.....	95
肆、圖示及體系建構.....	95
伍、美國數位千禧年著作權法修正前後享有權利比較.....	97

陸、美國著作權法與國際公約之比較表解.....	98
一、一般著作之情形.....	98
二、表演、錄音物及廣播組織之保護.....	99
三、分析比較.....	100
(一)WCT 公開傳播權之部分.....	100
(二)WPPT 對公眾提供權之部分.....	102
柒、美國著作權法相關規定分析.....	102
一、美國法相關規定是否真可包含數位科技之傳輸.....	102
二、美國法是否符合國際公約有關公開傳播權之規範.....	103
三、第一次銷售原則(First Sale Doctrine)於網路傳輸之適用.....	104
捌、結論.....	106

第六章 澳洲公開傳播權之相關規範.....107

壹、前言.....	107
貳、澳洲著作權法修法背景、過程及內容概述.....	107
參、澳洲著作權法概述.....	108
肆、澳洲著作權法之相關概念.....	109
一、受澳洲著作權法保護的著作類型.....	109
二、各類型著作所享有之權利.....	110
三、澳洲法下的公開傳播權(Right of Communication to the Public)之概念.....	111
四、澳洲法下的播送(Broadcast)概念.....	112
五、澳洲法下的散布(Distribution)概念.....	113
六、澳洲法下的表演(Performance).....	113
七、澳洲法下表演人之保護.....	114
八、圖示及體系建構.....	117
九、小結.....	118
伍、澳洲著作權法修正前後享有之權利比較.....	119
一、表解.....	119
二、比較.....	120
陸、澳洲著作權法與國際公約之比較表解.....	121
一、一般著作之情形.....	121
二、表演、錄音物及廣播組織之保護.....	122
三、分析比較.....	123
柒、澳洲著作權法相關規定分析.....	123
一、概念簡單，權能不致細分.....	123
二、類似鄰接權之區分.....	123
三、體系架構清楚.....	124

四、豁免規定詳盡完整，兼顧教育文化之發展.....	124
五、各權利間可以明確區分，不致產生競合困擾.....	124
六、雖可因應科技快速發展，但亦可能保護過度.....	125
七、不會產生「科技限定」之問題.....	125
八、符合國際規範，值得參考.....	126

第七章 我國著作權法修正草案與國際公約之比較及分析.....127

壹、相關修正條文(三月二十六日行政院院會通過版本).....	127
貳、著作權法修正草案與舊法公開傳播權相關規定之比較.....	128
參、圖示及體系建構.....	130
肆、我國著作權法最新修正與國際公約之比較表解.....	131
一、一般著作之情形.....	131
二、表演、錄音物及廣播組織之保護.....	133
三、分析比較.....	134
伍、我國修正草案有關公開傳播權相關規定之分析與檢討 — 代結論....	135
一、我國修正草案「公開傳輸權」與國際公約之比較.....	135
(一) 從草案立法理由中無法確切得知其概念範圍.....	135
(二) 草案修法原意在於符合國際條約之「公開傳播權」.....	135
(三) 實質內容較接近國際條約之「向公眾提供權」.....	135
二、我國相關修正草案之檢討.....	136
(一) 是否有必要增訂一個「公開傳播權」之上位概念.....	136
(二) 宜使用「向公眾提供權」替代「公開傳輸權」.....	137
(三) 不宜將「網路或其他通訊方法」做為公開傳輸或向公眾提供之要件.....	138
(四) 公開播送不適當增加公眾「直接」收視之限制.....	139
(五) 對於鄰接權人之保護與國際規範有落差.....	140

第一章 緒論

壹、研究動機與目的

自世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization; 以下簡稱「WIPO」)於 1996 年底外交會議通過「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO COPYRIGHT TREATY; 以下簡稱「WIPO 著作權條約」)和「世界智慧財產權組織表演暨錄音物條約」(WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY; 以下簡稱「WIPO 表演暨錄音物條約」)以來,公開傳播權(right of communication to the public)和對公眾提供權(right of making available to the public)就成為國內外熱烈討論的對象。

美國¹和日本²於 1998 年生效的新著作權法、澳洲³於 2000 年生效之新著作權法,都已經因應這兩項條約做了相應之修正,歐盟也於 2001 年 5 月通過「2001 年 5 月 22 日歐洲議會及理事會從幾個特定角度調和資訊社會之著作及鄰接權指令」(Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society)⁴, 其中第 3 條也對公開傳播權和對公眾提供權做規範。

¹ 美國於 1998 年 10 月 28 日經總統簽署生效「一九九八年數位化千禧年著作權法」(The Digital Millennium Copyright Act of 1998). at <http://www.loc.gov/copyright/legislation/hr2281.pdf>. 美國最新著作權法全文, 見 Copyright Law of the United States of America, at <http://www.loc.gov/copyright/title17/>.

² 日本平成九年(1997 年)六月十八日公布、自平成十年(1998 年)一月一日起施行的「平成九年法律第八十六號」,就是為因應網路發展和 WIPO 於 1996 年底通過的兩條約而做的著作權法修正。關於這次修法對公開傳播權的規範,請參考馮震宇、陳錦全、吳翊如,美國、歐盟、日本及澳洲因應世界智慧財產權組織 1996 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,頁 128-152,經濟部八十八年度下半年及八十九年度委託研究報告(民國八十九年十二月),見 <http://www.moea.gov.tw/~meco/cord/books/books4/bk004.htm>.

³ 澳洲於 2000 年 9 月 4 日通過「2000 年著作權修正法」(Copyright Amendment (Digital Agenda) Act 2000),該法已於今(2001)年 3 月 4 日起施行。COPYRIGHT REFORM : COPYRIGHT AMENDMENT (DIGITAL AGENDA) ACT 2000, at <http://law.gov.au/publications/copyfactsheet/copyfactsheet.html>. 該法全文見 COPYRIGHT ACT 1968, at http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/index.html.

⁴ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Directive

我國也爲了因應網路社會可能發生的著作權問題，著作權法主管機關早於八十五年度即委託資策會進行爲期兩年的「著作權面對高科技發展之因應配合」專案研究，依據該專案的研究成果及提出的修正著作權法具體建議條文，及各界對資策會提出草案的評論意見，主管機關先後召開 13 次「著作權法修正諮詢委員會」，將修法草案條文提交諮詢會議多方討論。在諮詢會議歷次討論修正草案的過程中，公開傳播權相關的議題花了非常多的時間做討論，與會人士不但對公開傳播權和對公眾提供權的具體內容有爭議，對究竟要如何落實在具體條文中，也意見非常不一致。其主要爭議問題包括：

- (一) 是否以擴大我國著作權法上公開播送權規定之方式，來涵蓋網路上的互動式傳輸？或者要另立一個新的公開傳播權？
- (二) 是否要增訂一個上位的「公開傳播權」，而公開播送、網路上的互動式傳輸和其他廣義下的傳播概念，屬於此一概念之下位概念？或者增訂之「公開傳播權」只是只涵蓋網路上的互動式傳輸而和公開播送權等平行？涉及網路上互動傳輸之對公眾提供權是一個獨立之權利？或者只是「公開傳播權」之一部份？
- (三) 錄音物和表演人之保護，究竟是要賦予完整的公開傳播權？或者僅賦予對公眾提供權？

本計畫希望釐清「公開傳播權」的概念，研究分析各國落實「WIPO 著作權條約」和「WIPO 表演暨錄音物條約」的做法、並試圖整理分析我國落實這兩項條約關於公開傳播權和對公眾提供權之規範時面臨的問題，以供主管機關與對此議題有興趣的各界參考。

貳、研究內容

本研究報告擬分成七章處理各項議題，茲略述如下：

第一章：「緒論」，敘述本研究案之研究動機、目的、內容、方法及步驟。

第二章：「國際條約公開傳播權之相關規範」，主要在介紹並釐清著作權相關的國際條約關於「公開傳播權（right of communication to the public）」和「對公眾提供權(right of making available to the public)」之基本觀念，此外並釐清公開傳播權與其他類似觀念之關係，俾供以下討論之基礎。

第三章：「歐盟公開傳播權之相關規範」，研究重點首在介紹歐盟相關指令中對公開傳播權的規範內容、其規範形成過程中的重要爭議。其次則是探討歐盟相關指令中的公開傳播權與其他無形之公開利用權（例如公開播送、對公眾提供等）之關係，將公開傳播權與其他類似之觀念做一區分。

第四章：「德國公開傳播權之相關規範」，介紹德國著作權法對公開傳播權的規範內容、其規範形成過程中之重要爭議。其次則是將德國著作權法中與公開傳播權類似之觀念做一區分，探討德國著作權法中的公開傳播與其他無形之公開利用（例如公開演出、公開播送、公開上映及對公眾提供等）之關係。

第五章：「美國公開傳播權之相關規範」，介紹美國著作權法對公開傳播權的規範內容、其規範形成過程中之重要爭議、困難與方案取舍。其次則是將美國著作權法中與公開傳播權類似之觀念做一區分，探討美國著作權法中的公開傳播與散布、公開演出、公開播送、公開上映及對公眾提供之關係。尤其擬研究美國何以不採取賦予權利人獨立的公開傳播權，而是分散在散布權和公開演出權中給與保護的原因。

第六章：「澳洲公開傳播權之相關規範」，介紹澳洲著作權法對公開傳播權的規範內容、其規範形成過程中之重要爭議。其次則是將澳洲著作權法中與公開傳播權

類似之觀念做一區分，並探討澳洲著作權法中的公開傳播與散布、公開演出、公開播送、公開上映及對公眾提供之關係。

第七章：「我國著作權法修正草案與國際公約之比較及分析」，除了檢討與分析我國關於公開傳播權規範之修法之外，更希望經由本研究之成果得以釐清公開傳播權的適當結構範圍，俾供主管機關與各界參考。

參、研究方法與步驟

一、蒐集國內外資料

擬先蒐集著作權相關之國際條約、美、澳、德法條及歐盟著作權暨鄰接權指令之內容，和國內相關的文獻資料，予以分析比對，作為問題分析的基本參考。並將透過網際網路搜尋相關資料，以供日後國內研究相關議題之參考。

二、分析資料、歸納公開傳播權相關之問題

本研究計劃將基於前述蒐集所得之文獻資料，整理出有層次、有價值的問題，作為本研究案研究之對象。此階段將著重於對公開傳播權議題相關之美、澳與歐盟文獻資料做深入探討，以釐清公開傳播權在著作權法下的各項爭議問題。

三、撰寫研究報告，並提出本文之建議

本計劃將探討問題的可能答案，分析答案中可取與不可取之原因，找出其中較為妥適的答案。此過程中，尤其應注意比較各國採取不同解決方案的原因，和規範形成後出現的問題。最後，將探討不同方案之優劣點，希望能建構出一個適合我國環境的修法方向，並提出本文之建議。

第二章 國際條約公開傳播權之相關規範

壹、前言

國際條約上對於公開傳播權之規範，從最早之伯恩公約即有之，此後羅馬公約、世界貿易組織 WTO 之 TRIPS，以及世界智慧財產權組織之兩個國際條約——「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty，以下稱 WCT)與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」(WIPO Performances and Phonograms Treaty，以下稱 WPPT)，對於公開傳播權都有所規範。這些規範之內容如何，以及彼此間之關係如何，均值得探究。

貳、伯恩公約之規範

伯恩公約 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works，1886 年通過，經過數次修正，最後一次為 1979 於巴黎修正，至 2002.10.15 有 149 個會員國⁵。其所規定之主要內容包括：

- ✧ 國民待遇原則：對於其他會員國國民之保護不得低於本國人。
- ✧ 最低限度保護原則：各會員國所規定之保護範圍、期間等都不得低於公約。
- ✧ 自動保護原則：不需要具備任何形式。
- ✧ 獨立保護原則：不論著作在其本國是否受保護。
- ✧ 肯定著作人格權（1928 年羅馬修正）。
- ✧ 保護期限為終生及死後五十年（1948 年布魯賽爾修正）。

伯恩公約中和公開傳播有關之規定主要有五個：

Article 11 (1)(i)(ii)：戲劇與音樂著作之權利

⁵ <http://www.wipo.org/treaties/ip/berne/index.html>

Article 11bis (1)(i)(ii)(iii)：所有文學與藝術著作之廣播和其他權利

Article 11ter(1)：文學著作之權利

Article 14(1)(ii)：所有文學與藝術著作改拍成電影之權利

Article 14bis(1)：電影著作之權利

以下先就各規範之內容加以說明，再進一步分析。惟由於原文對於規範內容之理解極具重要性，因此有必要將規範內容以中英文對照之方式呈現，以方便說明參照。

一、規範內容與說明

(一) **Article 11 (1)(i)(ii)：**戲劇、歌劇與音樂著作之權利

- (1) Authors of dramatic, dramatico-musical and musical works shall enjoy the exclusive right of authorizing:
- (i) the public performance of their works, including such public performance by any means or process;
 - (ii) any communication to the public of the performance of their works.
- (2) Authors of dramatic or dramatico-musical works shall enjoy, during the full term of their rights in the original works, the same rights with respect to translations thereof.

- (1) 戲劇、歌劇及音樂著作之著作人，享有左列各項排他授與之權利：
- (i) 公演其著作，包括任何方式之公演。
 - (ii) 其著作經表演後之任何公開傳播。
- (2) 戲劇、歌劇著作之著作人，於其原著權利存續之全部期間內，就其著作之譯著之公演，享有前項同等權利。

首先，就此規範值得說明者有幾點：

1) 此條文所保護之對象並非是所有全部類型的著作，而是只有「戲劇著作」、「歌劇著作」及「音樂著作」三種，而且戲劇與歌劇之著作權人對於其著作

之「翻譯」亦享有相同之保護。

2) 享有之權利內容：

- 任何方式之「公開演出」(public performance)
- 就其演出所為之任何「公開傳播」(any communication to the public)。

其次，本條此所稱之公開演出或公開傳播，不論以任何方式為之，均屬之，因此其範圍可說是相當廣。自下述 Article 11bis 之規定亦可知，伯恩公約中之任何公開傳播 (any communication to the public) 的觀念非常廣，除廣播、無線傳播外，以有線方式的傳播，以及利用擴音器等所為之傳播，亦都屬於廣義公開傳播的概念範圍。就 Article 11 和 Article 11bis 之關係而言，由於 Article 11bis 主要在於規範廣播和無線公開傳播 (詳見下述)，因此 Article 11 可以說特別是對有線公開傳播所為之規定。其所賦予之公開傳播權利，只限於就這三種著作所為之公開演出所為之公開傳播，因此如果只是就印刷形式之詞曲、歌劇、劇照等，而為公開傳輸，並不在其權利範圍內⁶。另外，演出這些著作之表演人亦不在此規範之保護範圍內。

(二) **Article 11bis (1)(i)(ii)(iii)**：所有文學與藝術著作之廣播和其他權利

- (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.

⁶ Ficsor, The Law of Copyright and the Internet, 494-495, para C8.03.

(1) 文學及藝術著作之著作人，享有左列各款排他之授權：

- (i) 以任何無線訊號、聲音或影像發射，播送其著作或傳播於眾。
- (ii) 將著作廣播以有線或重播傳播於眾，傳播行為係由原廣播企業以外之企業所為。
- (iii) 以擴音器或其他類似播放工具，並以訊號、聲音或影像，將著作播送節目公開傳播。

首先，就此規範值得說明者有幾點：

1) 本條所保護之對象，及於全部伯恩公約所保護之著作，亦即所有「文學及藝術著作」，依 Article 2(1)之規定，「文學、藝術著作」一詞包括科學和文學藝術領域內的一切作品，不論其表現方式或形式如何。

2) 享有之權利內容：

- 廣播(broadcasting)及其他任何「無線」公開傳播(wireless communication to the public)，後者係指其他任何以無線訊號、聲音或影像所為之公開傳播。由該規定內容觀之，「廣播」在伯恩公約中，是屬於無線公開傳播之一種型態⁷。
- 由原廣播組織以外之機構，將廣播以「有線」之方式所為之任何公開傳播，或以「再廣播(rebroadcasting)之方式所為之任何公開傳播。
- 以擴音器或其他任何類似之傳達器具，將廣播為公開傳播。

其次，由該規範之內容觀之，雖然任何一種著作都可以享有本條所賦予之權利，但是其權利內容主要在於「廣播」與「無線公開傳播」，以及由其他機構將「廣播」以有線或再廣播之方式所為之任何公開傳播，還有以擴音器等將廣播為公開傳播，因此著作人之權利原則上不及於他人將其著作「直接」以「有線」或「擴音器」等為公開傳播，而必須是其著作被廣播後，他人就該廣播再以有線或擴音器等為公開傳播，著作人才能禁止之。只有在前條所規定之「戲劇著作」、「歌

⁷ Ibid, 495, para C8.04..

劇著作」及「音樂著作」三種著作之著作人才能例外地依前條享有任何公開傳播權，而禁止他人將其著作「直接」以有線之方式或擴音器等為公開傳播。

(三) **Article 11ter(1)：文學著作之權利**

- (1) Authors of literary works shall enjoy the exclusive right of authorizing:
- (i) the public recitation of their works, including such public recitation by any means or process;
 - (ii) any communication to the public of the recitation of their works.
- (2) Authors of literary works shall enjoy, during the full term of their rights in the original works, the same rights with respect to translations thereof.

- (1) 文學著作之著作人，享有左列各款排他授與權：
- (i) 公開朗誦其著作，包括任何方式之公開朗誦。
 - (ii) 將其著作之公開朗誦，再傳播於眾。
- (2) 文學著作之著作人，於其原著權利存續之全部期間內，就其著作之譯著之朗誦，享前項同等權利。

首先，就此規範值得說明者有幾點：

- 1) 本條所保護之對象，只限於文學著作，其他類型之著作不屬之。
- 2) 享有之權利內容：
 - 任何方式之公開朗誦文學著作或其譯著，
 - 將著作或其譯著之朗誦以任何方法公開傳播。

由此觀之，本條文所涉及之公開傳播，只限於將文學著作或其譯著朗誦後之公開傳播，其範圍較窄。

(四) **Article 14(1)(ii)**：所有文學與藝術著作改拍成電影之權利

- (1) Authors of literary or artistic works shall have the exclusive right of authorizing:
- (i) the cinematographic adaptation and reproduction of these works, and the distribution of the works thus adapted or reproduced;
 - (ii) the public performance and communication to the public by wire of the works thus adapted or reproduced.
- (2) The adaptation into any other artistic form of a cinematographic production derived from literary or artistic works shall, without prejudice to the authorization of the author of the cinematographic production, remain subject to the authorization of the authors of the original works.
- (3) The provisions of Article 13(1) shall not apply.

- (1) 文學和藝術作品的作者享有下述專有權：
- (i) 許可把這類作品改編或複製成電影以及發行經改編或複製的作品；
 - (ii) 許可公開演出演奏以及向公眾作有線廣播經改編或複製的作品。
- (2) 根據文學或藝術作品制作的電影作品以任何其他形式進行改編，在不損害其作者批准權的情況下，仍須經原著作者批准。
- (3) 第十三條第一款的規定不應適用。

首先，就此規範值得說明者有幾點：

1) 此條文所保護之對象為文學及藝術著作，亦即伯恩公約所有全部類型的著作。

2) 享有之權利內容：

— 改編及重製成電影，以及將經改編或經重製之著作散布之權利。

— 公開演出，以及以「有線」之方式「公開傳播」經改編或經重製之著作之權利。

其次，本條在於保護被改編或重製成電影之著作，而不在於保護電影著作本身，有關電影著作本身之保護，見下述之 Article 14bis(1)。另外，該規定並不表示原著作人不享有以無線之方式或以廣播之方式，公開傳播其原來著作之權利，這些權利在前述 Article 11bis (1)(i)(ii)(iii)中已經被規定，因此著作人亦享有之。

(五) **Article 14bis(1)：電影著作之權利**

(1) Without prejudice to the copyright in any work which may have been adapted or reproduced, a cinematographic work shall be protected as an original work. The owner of copyright in a cinematographic work shall enjoy the same rights as the author of an original work, including the rights referred to in the preceding Article.

(1) 在不損害可能已經過改編或翻印的所有作品的版權的情況下，電影作品將作為原作品受到保護。電影作品版權所有者享有原作品作者的權利，包括前一條規定的權利。

首先，就此規範值得說明者有幾點：

- 1) 此條文所保護之對象，只限於電影著作。
- 2) 享有之權利內容：電影著作人可以享有和原著作人相同之權利，包括前條所規定之「公開演出」，以及以「有線」之方式「公開傳播」之權利。

由此可知，電影著作人也享有公開傳播權，特別是「有線」之公開傳播權，至於以無線之方式或以廣播之方式，公開傳播其電影著作之權利，電影著作人既然可以享有和原著作人相同之權利，則依前述 Article 11bis (1)(i)(ii)(iii)之規定，電影著作人亦可享有之。

二、分析探討

由上述伯恩公約之規定，可以瞭解伯恩公約所規定之公開傳播權概念相當廣，例如廣播、無線傳播、有線傳播，甚至利用擴音器或其他類似器具亦屬之。然而並非所有的著作都享有完整的公開傳播權，視各種不同之著作類別而定。

（一）原則：「無線」公開傳播權

依伯恩公約 Article 11bis(1)(i)(ii)之規定，文學及藝術著作，亦即伯恩公約所保護之各種著作，都可以享有任何無線公開傳播之權利，包括廣播。此外，尚且享有就「廣播」而為之第二次利用之權利，亦即由原廣播組織以外之人，將「廣播」為下列之利用：

1. 以「有線」之方式所為之任何公開傳播
2. 以「再廣播」(rebroadcasting) 之方式所為之公開傳播
3. 以「擴音器或其他任何類似之傳達器具」為公開傳播。

由此可知，伯恩公約所賦予之權利，係以無線公開傳播為原則，至於有線公開傳播權利，只有在下述例外之情形才享有之。

（二）例外：「有線」公開傳播權

在伯恩公約中直接提及之有線公開傳播，除前述之將廣播以「有線」之方式公開傳播外，並不多，雖然如此，由其規範之實質內容觀之，可知著作於下列幾種情形，享有以「有線」之方式為公開傳播之權利：

1. 將戲劇、歌劇及音樂著作之「演出」(performance) 所為之有線公開傳播，Article 11(1)(i)(ii)。雖然該公約未明文規定包括有線之方式，但其所稱之公開傳播係 “any communication to the public”，因此理論上當然包括有線公開傳播。而且規定所保護之對象，雖然是戲劇、歌劇及音樂著作，但只有當該等著作之「演出」被有線公開傳輸，才受保護，至於戲劇、歌劇及音樂著作「本身」被有線公開傳輸，則不受保護。

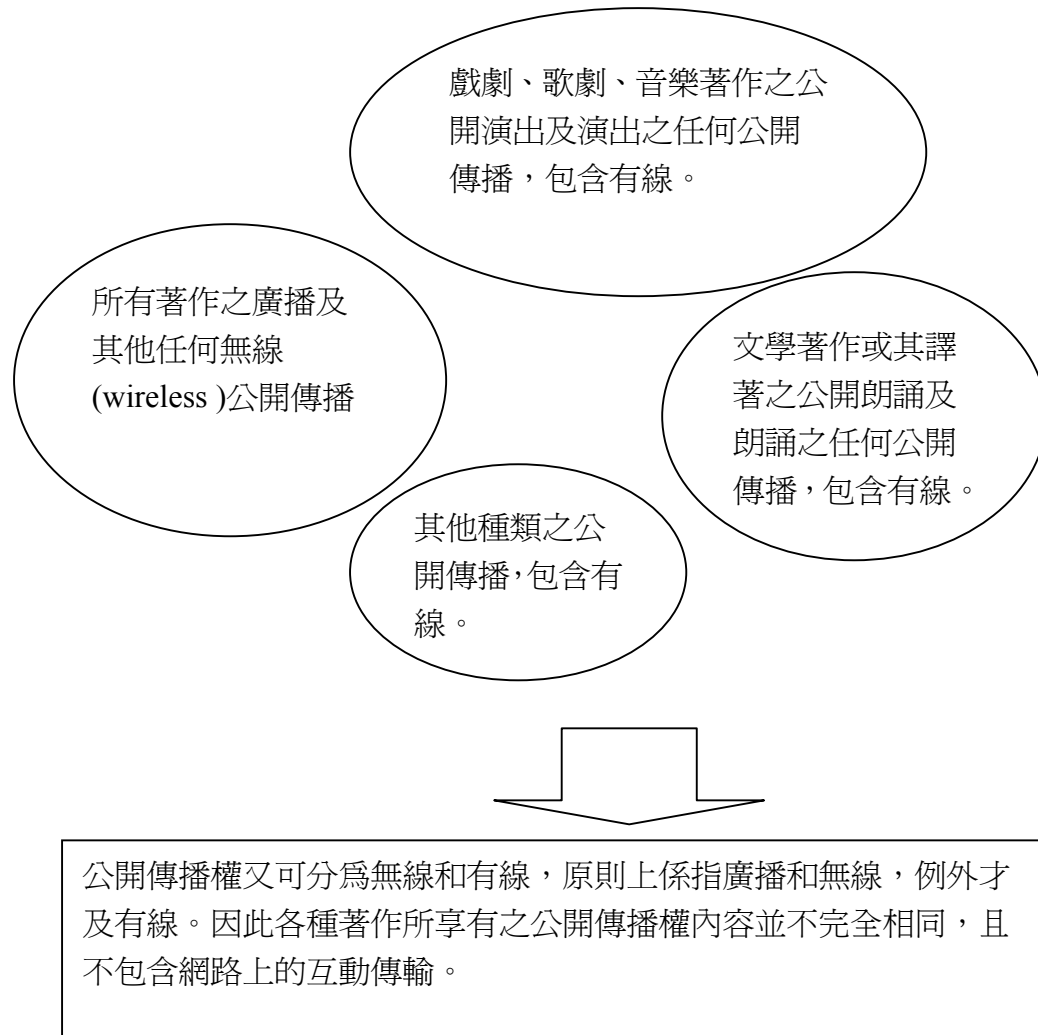
2. 將文學著作或其譯著之「朗誦」(recitation)，所為之有線公開傳播，Article 11ter(1)。雖然該公約未明文規定包括有線之方式，但其所稱之公開傳播係 “any communication to the public”，因此理論上當然包括有線公開傳播。同樣地，其所保護之對象，雖然是文學著作或其譯著，但只有當該等著作之「朗誦」被有線公

開傳輸，才受保護，至於該等著作「本身」被有線公開傳輸，則不受保護。

3. 將經改編或重製成電影之文學及藝術著作所為之公開演出以及以有線之方式「公開傳播」，Article 14(1)(ii)。本條文明文規定「有線公開傳播」(communication to the public by wire)。

4. 將電影著作以有線之方式「公開傳播」，Article 14 bis(1)。本條雖未規定有線公開傳播，但由於電影著作人享有與原著作人相同之權利，因此理論上其除享有無線公開傳播權外，亦享有和原著作人依 Article 14(1)(ii)所享有之有線公開傳播權。

三、圖示



四、小結

綜合上述伯恩公約之規定觀之，可以享有完整，包括有線與無線之公開傳播權之著作相當有限，並非所有各種著作都享有之，而且僅限於特定之使用方式，如「戲劇著作」、「歌劇著作」及「音樂著作」只能就該等著作之「演出」，以及「文學著作」就其「朗誦」享有之。

一般著作只能享有「廣播」及其他以「無線」之方式所為之公開傳播。至於以「有線」之方式或「擴音器」為公開傳播之權利，則必須是著作經「廣播」後，該廣播被以有線之方式或擴音器為公開傳播時，始得主張權利。但被改編或重製成電影之著作例外地可以直接就享有以「有線」之方式公開傳播之權利。

由此觀之，伯恩公約對於各種著作所得享有之權利，規範相當複雜，且保護之範圍相當有限。如果欲利用伯恩公約之規範來適用於網路使用之情形，一方面大部分著作均不能享有完整之公開傳播權，而且另一方面網路傳輸多屬有線之傳輸，然而在伯恩公約中對於有線傳輸之規定極為有限。正因為如此，利用新制訂之條約來補充伯恩公約，有其必要性。

參、羅馬公約

羅馬公約（Rome Convention）是「保護表演人、錄音物製作人與廣播組織國際條約」（International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations）之簡稱，1961 通過，至 2003.5.23 有 76 個會員國⁸。其規定之主要內容為：

- ✧ 只有伯恩公約與世界著作權公約之會員國可參加。
- ✧ 採國民待遇原則與最低限度保護原則。
- ✧ 包含表演者之權利、錄音物製作人之權利，以及廣播組織之權利。
- ✧ 保護期限原則上不得短於終身及死後二十五年。

羅馬公約中所牽涉之權利中和公開傳播有關者，主要為下列幾個規定：

⁸ <http://www.wipo.org/treaties/ip/rome/index.html>

一、Article 7：表演人之權利

1. The protection provided for performers by this Convention shall include the possibility of preventing:

- (a) the broadcasting and the communication to the public, without their consent, of their performance, except where the performance used in the broadcasting or the public communication is itself already a broadcast performance or is made from a fixation;
- (b) the fixation, without their consent, of their unfixed performance;
- (c) the reproduction, without their consent, of a fixation of their performance:
 - (i) if the original fixation itself was made without their consent;
 - (ii) if the reproduction is made for purposes different from those for which the performers gave their consent;
 - (iii) if the original fixation was made in accordance with the provisions of Article 15, and the reproduction is made for purposes different from those referred to in those provisions.

1. 公約為表演者提供的保護應當包括防止可能發生的下列情況：

- (a) 未經他們同意，廣播和向公眾傳播他們的表演，但是如該表演本身就是廣播演出或經固著不在此限；
- (b) 未經他們同意，錄製他們未曾錄製過的表演；
- (c) 未經他們同意，複製他們的表演的錄音或錄影：
 - (i) 如果錄音、錄影的原版是未經他們同意錄製的；
 - (ii) 如果製作複製品的目的超出表演者同意的範圍；
 - (iii) 如果錄音、錄影的原版是根據第十五條的規定錄製的，而製作複製品的目的與此條規定的目的不同。

本規定中，最重要者在於規定對表演者之保護，其就其表演享有廣播（broadcasting）以及公開傳播（communication to the public）之權利，但是如該表演本身就是廣播演出，或者是經固著不在此限。亦即表演人只就其未經固著之表演享有廣播或公開傳播之權利。一旦經過固著，亦即他人利用錄音物或錄影物而為廣播或公開傳播，表演人並無禁止之權利，而只有依下述 Article 12 請求給付報酬之權利。此所稱之「廣播」，依羅馬公約第三條第六款之規定，是指以公

眾受信為目的，而用無線通信方法，將聲音，或聲音及影像，加以傳送。

二、Article 12：錄音物製作人之權利

If a phonogram published for commercial purposes, or a reproduction of such phonogram, is used directly for broadcasting or for any communication to the public, a single equitable remuneration shall be paid by the user to the performers, or to the producers of the phonograms, or to both. Domestic law may, in the absence of agreement between these parties, lay down the conditions as to the sharing of this remuneration

如果某種為商業目的發行的唱片或此類唱片的複製品直接用於廣播或任何向公眾的傳播，使用者則應當付一筆總的合理的報酬給表演者，或唱片製作者，或給二者。如有關各方之間沒有協定，國內法律可以提出分享這些報酬的條件。

本條在於規定錄音物製作人之公開傳播權，亦即如果他人將其為商業目的發行之錄音物或重製物，直接使用於廣播或為任何公開傳播（any communication to the public），只負有報酬給付義務，應給付合理之報酬，而且該給付義務為單一之義務，可給付給表演人、錄音物製作人或兩者。由此可知，錄音物製作人就公開傳播權而言，其實並不享有禁止權，而只享有報酬請求權，就此而言，其所享有之權利較表演者少。表演人至少就未固著之表演之廣播或公開傳播，享有禁止權。

三、Article 13：廣播組織之權利

Broadcasting organisations shall enjoy the right to authorize or prohibit:

- (a) the rebroadcasting of their broadcasts;
- (b) the fixation of their broadcasts;
- (c) the reproduction:
 - (i) of fixations, made without their consent, of their broadcasts;
 - (ii) of fixations, made in accordance with the provisions of Article 15, of their broadcasts, if the reproduction is made for purposes different from those referred to in those provisions;

(d) the communication to the public of their television broadcasts if such communication is made in places accessible to the public against payment of an entrance fee; it shall be a matter for the domestic law of the State where protection of this right is claimed to determine the conditions under which it may be exercised.

廣播組織應當有權授權或禁止：

- (a) 轉播他們的廣播節目；
- (b) 錄製他們的廣播節目；
- (c) 複製：
 - (i) 未經他們同意而製作的他們的廣播節目的錄音或錄影；
 - (ii) 根據第十五條的規定而製作的他們的廣播節目的錄音和錄影，但複製的目的不符合該條規定的目的；
- (d) 向公眾傳播電視節目，如果此類傳播是在收門票的公共場所進行的。行使這種權利的條件由被要求保護的締約國的國內法律確定。

廣播組織依該規定，享有禁止他人就其廣播「再廣播」(rebroadcasting)之權利，至於公開傳播之權利，只可以禁止他人在收取門票之公開場所公開傳播其電視廣播。因此廣播組織所能享有之公開傳播權，其實相當有限，遠不如表演人或錄音物製作人所能享有者。

肆、TRIPS 之規範

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement)，至 2002.1.1 有 144 個會員國，另有 31 個觀察國家正申請加入中，台灣以 The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu 名義於 2002.1.1 加入。該協議是「關稅暨貿易總協定」(GATT) 於一九八六年開始所召開之「烏拉圭回合」(Uruguay Round)談判時，美、歐、日等工業國家鑒於其他國家未能充分保護智慧財產權致使其遭受重大損失，乃要求將智慧財產權亦列入議題，歷經七年，終於在 1993.12.15 達成協議，並於 1994.4 於摩洛哥簽署最

終協議文件，於 1995.1.1 開始生效。該協議所揭示的原則有：最低標準、國民待遇、最惠國待遇。該協議就各項智慧財產權之保護有許多具體之規範，對於未來各國智慧財產權法制之發展有相當重要之影響。

TRIPS 規範中亦有與公開傳播權有關之規定。分述如下：

一、Article 9：與伯恩公約之關係

1. Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.

1. 會員應遵守（一九七一年）伯恩公約第一條至第二十一條及附錄之規定。但會員依本協定所享有之權利及所負擔之義務不及於伯恩公約第六條之一之規定所賦予或衍生之權利。

TRIPS 對於著作權之保護，基本上是延續伯恩公約之規定，除有關人格權之保護以外。因此有關公開傳播之規定，亦未有特別規定。不過由於伯恩公約中只是對於著作權之保護，而不及於表演人等權利。因此 TRIPS 於 Article 14 特別對表演人、錄音物製作人及廣播組織之保護加以規範（詳下述）。

二、Article 14：對表演人、錄音物製作人及廣播組織之保護

1. In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. Performers shall also have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the broadcasting by wireless means and the communication to the public of their live performance.

2. Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect

reproduction of their phonograms.

3. 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. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).

1. 關於附著於錄音物上之表演，表演人應可防止下列未經授權之行爲：將其未附著於媒介物之表演予以附著及重製此一附著物。表演人亦應可防止下列未經其授權之行爲：以無線電方式播送其現場表演及向公眾傳達該表演。
2. 錄音物製作人享有授權或禁止將其錄音物直接或間接重製之權利。
3. 廣播組織應有權利禁止下列未經其授權之行爲：將廣播加以附著、將廣播附著物加以重製，將廣播以無線電再公開播送，及將播出之電視節目再向公眾傳達。會員未賦予廣播組織前揭權利者，應依（一九七一年）伯恩公約之規定，賦予所廣播之著作之著作權人得防止上述行爲之可能性。

上述規定內容相當多，茲就與公開傳播權有關之部分整理分析如下：

1. 表演人：就其現場表演為無線廣播或公開傳播。此與羅馬公約所規定之表演人只就其未經固著之表演享有廣播或公開傳播之權利，並無太大差異。不過羅馬公約對於已經固著於錄音物上之表演，為廣播或公開傳播時，仍然享有報酬請求權，而 TRIPS 並未賦予表演人此種權利。
2. 錄音物製作人：只享有重製權，而無任何公開傳播權。此與前述羅馬公約賦予錄音物製作人於廣播或公開傳播時，仍可享受報酬請求權，顯然對錄音物製作人相當不利。
3. 廣播組織：享有以無線之方式將廣播再傳播、將電視廣播公開傳播。就此而言，其所可享有之權利較羅馬公約廣，因為羅馬公約中必須於付費之場所公開傳播電視廣播始為其權利範圍。

伍、WCT 與 WPPT 之規範

「世界智慧財產權組織著作權條約」(WIPO Copyright Treaty, 以下簡稱 WCT) 1996.12.20 通過, 共有 51 國簽署, 至 2003.4.15 有 41 國加入⁹。

「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), 1996.12.20 通過, 共有 50 國簽署, 至 2003.5.1 止, 有 41 國加入¹⁰。

在 WCT 和 WPPT 中和公開傳播權有關之規範, 主要為 WCT Article 8, 以及 WPPT Article 6, 10, 14, 15:

一、WCT Article 8: 著作權人之公開傳播權

Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

在不損害《伯爾尼公約》第 11 條第(1)款第(ii)目、第 11 條之二第(1)款第(i)和(ii)目、第 11 條之三第(1)款第(ii)目、第 14 條第(1)款第(ii)目和第 14 條之二第(1)款的規定的情況下, 文學和藝術作品的作者應享有專有權, 以授權將其作品以有線或無線方式向公眾傳播, 包括將其作品對公眾提供, 使公眾中的成員在其個人選定的地點和時間可獲得這些作品。

由於在伯恩公約中, 並非所有類別之著作都可以享有全部之公開傳播權 (right of any communication to the public), 且由於科技進步, 有許多異於傳統之

⁹ <http://www.wipo.org/treaties/ip/wct/index.html>

¹⁰ <http://www.wipo.org/treaties/ip/wppt/index.html>

利用方式出現，是以權利內容有必要加以補充。因此 WCT 擴張公開傳播權之保護範圍，使其涵蓋及於所有著作類型。而且此所稱之公開傳播，係指各種公開傳播，包括以有線或無線之方式，將其著作對公眾提供（making available to the public）。

值得探究者，WCT 所規範之「公開傳播權」(right of any communication to the public) 究竟是否屬於一上位概念，或者只是一個和原有伯恩公約所賦予之各種權利平行之權利？根據 WCT 草案¹¹之說明，可知 WCT 是因為原先伯恩公約中，對於公開傳播權之規定相當零散¹²，且各種著作所享有之公開傳播權範圍並不一致，許多著作類型並無法享有完整之公開傳播權¹³，同時考慮到科技發展，受保護之著作可以被以非傳統之方法取得，因此透過此一規範，來加強對著作之保護。該規定在作法上分為兩部分，一是擴充原來伯恩公約上公開傳播權之觀念範圍，使其不僅及於所有類別之著作，而且及於各種傳播方式，包含無線、有線，二是將公開傳播之觀念擴張及於 making available to the public¹⁴。因此其意義在於：補充伯恩公約之規定，讓各種類型之著作都能享有完整之公開傳播權¹⁵，其公開傳播之概念，甚至涵蓋到著作之演出和朗誦¹⁶。由此可知，WCT 只是將原有公開傳播權的概念予以擴充，使其更為完整，雖然其相對於原先不享有完整公開傳播權之著作類型而言，確實是增加一些新的權利，或是增加了公開傳播權的面向（an additional dimension to the right of communication）¹⁷，但此並不能被認為這是 WCT 在伯恩公約原有的公開傳播權之外，另外創設的一個全新的、平行的權利。WCT 之公開傳播權，應該是原來伯恩公約中公開傳播概念之擴張，也因

¹¹ 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, WIPO CRNR/DC/4, August 30, 1996.

¹² Notes on Article 10, 10.01.

¹³ Notes on Article 10, 10.02-06.

¹⁴ Notes on Article 10, 10.09-10.

¹⁵ Notes on Article 10, 10.13.

¹⁶ Notes on Article 10, 10.18.

¹⁷ Notes on Article 10, 10.13.

為其範圍之擴張，而因而使其成為涵蓋各種公開傳播行為之上位概念。

此種 *making available to the public* 之權利為 WCT 為因應數位傳輸所新設之公開傳播型態，而為先前伯恩公約或 TRIPS 所無。網路數位傳輸之情形，究竟應該屬於何種權利範圍，在不同國家有不同之看法，有些國家認為可以用“distribution”（散布）之概念來加以涵蓋，例如美國即是，但有些國家，特別是歐洲國家，則認為其應屬於 *communication to the public* 之概念範圍。WIPO 於討論 WCT 國際條約時，提出一中性之概念“*making available to the public*”，來解決此一問題，此一方法被稱之為「雨傘式解決方法」(*umbrella solution*)，此一新的概念，包含所有各種的 *making available to the public* 的情形，不論是有線或無線、不論其目的為何、不論是公眾可以同時同地或異時異地得到，均屬之¹⁸。

二、WPPT Article 6：表演人對未固著表演之權利

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; and
- (ii) the fixation of their unfixed performances.

表演者應享有專有權，對於其表演授權：

- (i) 廣播和向公眾傳播其尚未錄製的表演，除非該表演本身已屬廣播表演；和
- (ii) 錄製其尚未錄製的表演。

依該規定，表演人就其尚未固著之表演，享有「廣播」和「公開傳播」之權利。此一規定和羅馬公約以及 TRIPS 之規定相當。WPPT 所稱之「廣播」，是指以無線之方式讓公眾接收其聲音或聲音與影像（見 WPPT 第二條 f）；WPPT 所稱之「公開傳播」，是指除廣播以外，以任何媒介傳達表演之聲音，或是傳達固著於錄音物之聲音（見 WPPT 第二條 g）。

¹⁸ Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, 206-209, paras 4.86-4.87..

三、WPPT Article 10：表演人對已固著表演之權利

Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

表演者應享有專有權，以授權通過有線或無線的方式對公眾提供其以唱片錄製的表演，使該表演可為公眾中的成員在其個人選定的地點和時間獲得。

表演人對於已經固著於錄音物之表演，雖然不享有廣播或公開傳播之排他性權利（此部分只享有報酬請求權，見下述 Article 15），但可以享受以有線或無線之方式，將其表演 making available to the public 之權利。此種 making available to the public 之權利，為 WPPT 所新賦予之權利，而為羅馬公約、TRIPS 所無。

四、WPPT Article 14：錄音物製作人之權利

Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

錄音物製作者應享有專有權，以授權通過有線或無線的方式對公眾提供其錄音物，使該唱片可為公眾中的成員在其個人選定的地點和時間獲得。

錄音物製作人對於其錄音物，不享有廣播或公開傳播之排他性權利（此部分只享有報酬請求權，見下述 Article 15），但享有以有線或無線之方式，將其表演 making available to the public 之權利。此種 making available to the public 之權利，為 WPPT 所新賦予之權利，而為羅馬公約、TRIPS 所無。

五、WPPT Article 15：表演人與錄音物製作人之報酬請求權

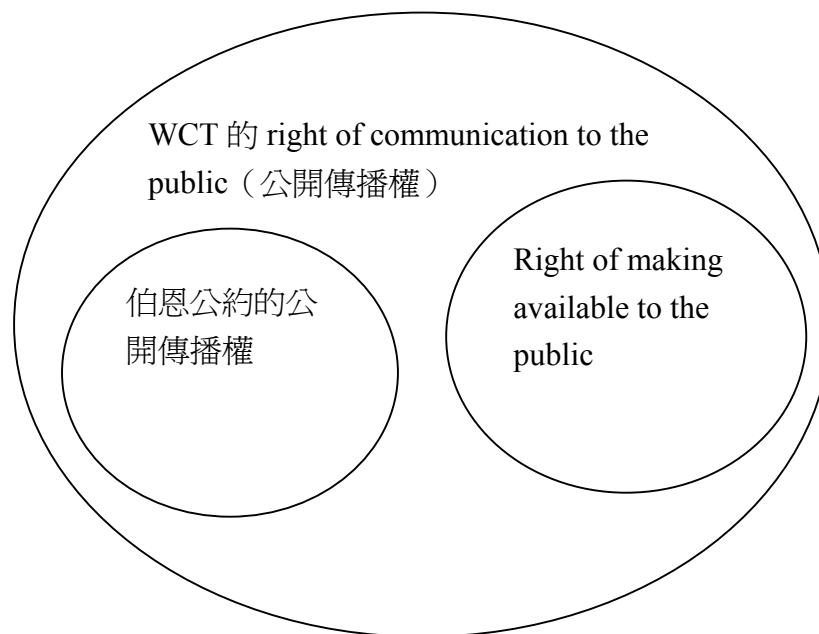
- (1) Performers and producers of phonograms shall enjoy the right to a single equitable remuneration for the direct or indirect use of phonograms published for commercial purposes for broadcasting or for any communication to the public.
- (2) Contracting Parties may establish in their national legislation that the single equitable remuneration shall be claimed from the user by the performer or by the producer of a phonogram or by both. Contracting Parties may enact national legislation that, in the absence of an agreement between the performer and the producer of a phonogram, sets the terms according to which performers and producers of phonograms shall share the single equitable remuneration.
- (3) Any Contracting Party may in a notification deposited with the Director General of WIPO, declare that it will apply the provisions of paragraph (1) only in respect of certain uses, or that it will limit their application in some other way, or that it will not apply these provisions at all.
- (4) For the purposes of this Article, phonograms made available to the public by wire or wireless means in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them shall be considered as if they had been published for commercial purposes.

- (1) 對於將為商業目的發行的錄音物或此種錄音物的複製品直接或間接地用於廣播或用於對公眾的任何傳播，表演者和唱片製作者應享有獲得一次性合理報酬的權利。
- (2) 締約各方可在其國內立法中規定，該一次性合理報酬應由表演者、或由錄音物製作者或由二者向用戶索取。締約各方可制定國內立法，對表演者和錄音物製作者之間如未達成協議，表演者和錄音物製作者應規定如何分配該一次性合理報酬所依據的條件。
- (3) 任何締約方均可在向世界知識產權組織總幹事交存的通知書中，聲明其將僅對某些使用適用本條第一款的規定，或聲明其將以某種其他方式對其適用加以限制，或聲明其將根本不適用這些規定。
- (4) 在本條中，以有線或無線的方式對公眾提供的、可為公眾中的成員在其個人選定的地點和時間獲得的唱片應被認為仿佛其原本即為商業目的而發行。

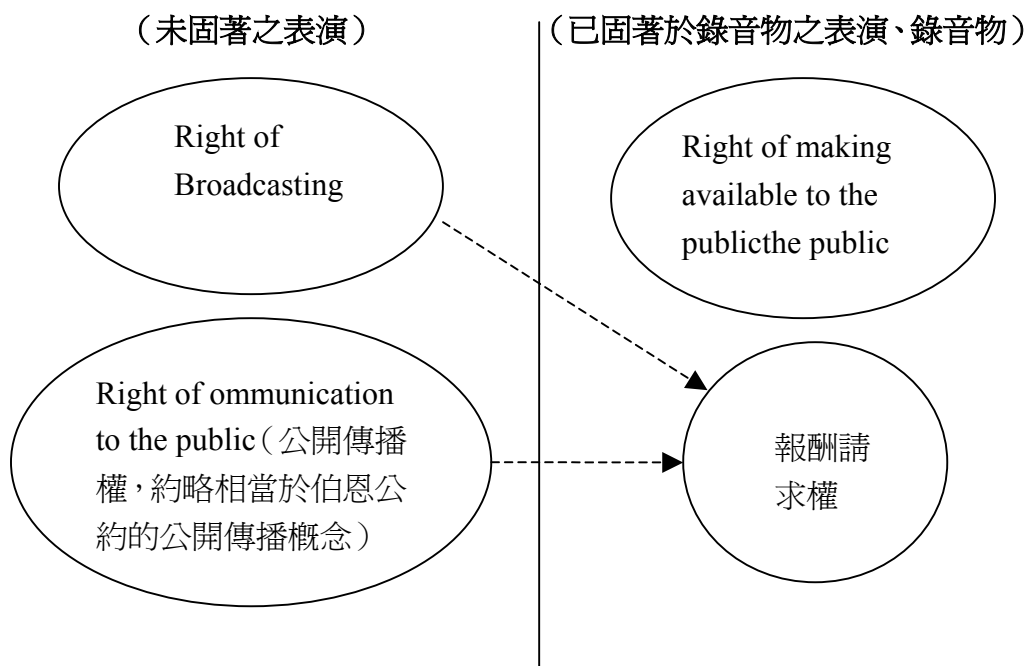
此一報酬請求權，基本上是採取羅馬公約之精神，讓已經固著於錄音物之表演人與錄音物製作人，對於廣播或公開傳播，共同享有一個合理報酬請求權，但必須是為商業目的發行的錄音物或其重製物，如果是以有線或無線之方式 **making available to the public**，亦會被當成係為商業目的而發行。此條規範只是賦予已經固著於錄音物之表演人和錄音物製作人，就廣播和公開傳播享有報酬請求權，而未賦予其一個排他權。

六、圖示

(一) **WCT** 之規範



(二) WPPT 之規範



七、小結

WPPT 並未賦予錄音物製作人與表演人享有一個和一般著作權人一樣之廣泛「公開傳播權」。表演人與錄音物製作人所享有之權利可以歸納如下：

- 1) 尚未固著之表演：表演人享有廣播（**broadcasting**）和公開傳播（**communication to the public**）之排他性權利（WPPT 第六條）。

廣播是指以無線之方式讓公眾接收其聲音或聲音與影像（見 WPPT 第二條 f），但值得注意者，此一權利僅限於「聲音」，或是「聲音與影像」，至於其他表演則不包括在內。公開傳播是指除廣播以外，以任何媒介傳達表演之聲音，或是傳達固著於錄音物之聲音（見 WPPT 第二條 g），此一公開傳播權之概念範圍與 WCT 之公開傳播權概念並不相同，嚴格言之，並不包含對公眾提供之權利，此一權利只有已經固著之表演有之。

- 2) 已經固著於錄音物之表演：表演人只享有對公眾提供（**making available to the public**）之排他權利，以及就廣播與公開傳播之報酬請求權。

對公眾提供權，係指得授權或禁止公眾中之個人，於自己所選定之地點或時間接觸其表演，亦即以互動（interactivity）傳輸或隨選（on-demand）之方式取得之，包括以有線或無線之方式為之（WPPT 第十條）。而不似未固著之表演人可以就廣播與公開傳播享有廣泛之排他性權利，就這部分，表演人只可以和錄音物製作人共同享有一次之報酬請求權，但只限於為商業目的發行的錄音物或此種錄音物的重製物直接或間接地用於廣播或用於對公眾的任何傳播（WPPT 第十五條）。

- 3) 錄音物：錄音物製作人享有的權利和已經固著之表演人相同（WPPT 第十四條）。

陸、各種國際條約有關公開傳播規範之比較

一、一般著作之情形

	文學、藝術著作				
	各種文學、藝術著作	文學著作	文學、藝術著作改編成電影	電影著作	戲劇、歌劇及音樂著作
伯恩公約	1. 廣播及其他「任何無線」公開傳播 2. 將廣播為下述之利用： (i) 「任何有線」公開播送 (ii) 以「再廣播」之任何公開播送 (iii) 以擴音器等為公開播送	將文學著作或其譯著「朗誦」後之公開傳播	1. 公開演出 2. 「有線」之公開傳播	1. 享有和原作者人相同之權利 2. 包括公開演出、「有線」之公開傳播	1. 「任何」方式之公開演出 2. 就其演出所為之「任何」公開傳播

TRIPS	1. 應遵守 1971 年伯恩公約 Articles 1 至 21 及附錄之規定 2. 未特別就公開傳播權規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
WCT	1. 享有伯恩公約 Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1)之權利 2. 任何公開傳播權，包括向公眾提供權	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定

二、表演人、錄音物製作人、廣播組織之保護

	表演人	錄音物製作人	廣播組織
羅馬公約	未固著： 1. 無線廣播權 2. 公開傳播權（包含有線，但不包含再傳播） 已固著： 1. 對直接無線廣播、公開傳播之報酬請求權	1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次 請求權	1. 再廣播其廣播 2. 公開傳播其電視廣播（只限於在收取門票之公開場所）
TRIPS	未固著： 1. 無線廣播現場表演 2. 公開傳播現場表演	1. 享有重製權 2. 未規定公開傳播權或報酬請求權	1. 以無線之方式將廣播再傳播 2. 將電視廣播公開傳播

WPPT	未固著： 1. 無線廣播權 2. 公開傳播權 已固著於錄音物： 1. 對公眾提供權、 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權	1. 對公眾提供權 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權  共同享有一次請求權	無
-------------	--	---	----------

第三章 歐盟公開傳播權之相關規範

壹、前言

-- 歐盟「資訊社會調和著作權及鄰接權保護指令¹⁹」立法概述

在面對重製與散布科技發展的快速與複雜，歐體執委會也曾經從文化的觀點指出其正面與負面的效果，先於 1988 年八月提出「著作權與科技挑戰之綠皮書」(Grünbuch "Urheberrecht und die technologische Herausforderung")²⁰，強調應加強著作權與鄰接權的保護，以免因為科技進步、重製容易而影響了著作人的利益。有鑑於智慧的創作與投資對現代資訊社會的發展具有重要的意義，因此歐體執委會又在 1995 年 7 月 19 日提出「資訊社會關於著作權與鄰接權保護綠皮書」(Grünbuch über "Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft")²¹，強調智慧財產權保護。在綠皮書公開之後，執委會在 1996 年 1 月 8/9 日於布魯塞爾召開公聽會並與所有與會者進行無數次的雙邊對談的過程中，共收到了至少三千五百份以上的書面意見。最後執委會並在 1996 年 6 月 2-4 日於佛羅倫斯召集協商程序²²，與會者都同意，為了配合兩個最新國際條約的規定以及因應多媒體及數位化科技的發展，歐洲共同市場確有必要採取一致的步調。

因此，歐體執委會在 1997 年 12 月 10 日提出「歐洲議會及理事會從幾個特定角度調和資訊社會之著作及鄰接權指令草案」²³（第一次草案）。

¹⁹ 其正式全名為「歐洲議會及理事會從幾個特定角度調和資訊社會之著作及鄰接權指令」(Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft)，Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, L167/10 vom 22.6.2001.

²⁰ KOM(88) 172 endg. Brüssel vom 23. 8. 1988.

²¹ KOM(95) 382 endg. Brüssel vom 19. Juli 1995.

²² Vgl. "Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft"，ausgerichtet von der Europäischen Kommission, GD XV, s. in: KOM (97), 628 endg. Begründung, Fn.4.

²³ s. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft，

執委會於一九九七年一月二十一日將該「資訊社會調和著作權及鄰接權指令草案」送交「歐體經濟及社會委員會」(Der Wirtschafts- und Sozial Ausschuss)，委員會於一九九八年九月九日就此指令草案表達意見之後，歐洲議會即經由共同決議程序(Mitentscheidungsverfahren)將該建議送交相關委員會進一步審議。一九九九年一月二十日在法律委員會討論由 Herrn R. Barzanti 所提出的報告。歐洲議會在一九九九年二月十日的全體大會中同意該草案，但附帶有修正意見。執委會在考慮歐洲議會的修正意見之後，就其同意與不同意的部份於一九九九年五月再提修正草案(第二次草案)²⁴。

最後終於在二 00 一年五月二十二日，正式通過該指令。依指令第十條之規定，各會員有義務在二 00 二年十二月二十二日之前，對著作及鄰接權提供與本指令相當的保護。至於在二 00 二年十二月二十二日以前所取得的權利或行為，不受影響。

貳、 歐盟公開傳播權之相關規定

一、「公開傳播權」之立法說明

歐盟著作暨鄰接權指令的目標是，希望著作暨鄰接權在資訊社會的保護標準得藉由本指令之制定進一步得到調和。至於指令之內容主要係針對著作人之專屬排他權而為規範，包括重製、散布以及公開傳播權。其中較為困難的，除了數位時代的重製權問題，另一個就是有關公開傳播權的規範。

依世界智慧財產權組織著作權條約(以下簡稱 WCT)第八條之規定，所有締約國有義務賦予著作人極為廣泛的「公開傳播權」(Right of any communication

KOM (97), 628 endg.Brüssel .10.12.1997.

²⁴ s. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, KOM(1999), 250 final, Brüssel 21.5.1999, in:Dokument 599 PC 0250, <http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/dat/1999/de_599pc0250.html>

to the public)，此一「公開傳播權」並應包含「對公眾提供權」(Right of making available to the public)在內。此外，在世界智慧財產權組織表演和錄音物條約(以下簡稱 WPPT)也賦予表演人和錄音物製作人一個新的排他專屬權：「對公眾提供權」；另外，和 WCT 不同的是，在這裡的「對公眾提供權」和「公開傳播權」是分別規定的(WPPT§§ 10. 14. 15)。至於歐盟著作暨鄰接權指令對此部分的轉換，主要是規定第三條²⁵。

1. 「公開傳播權」與「對公眾提供權」之關係

配合 WCT 第八條所制定的「公開傳播權」，是一種無形利用著作的權利，但也有學者認為，這是一種介於有形和無形利用的混合形式²⁶。根據 WCT 第八條規定：「在不損害伯恩公約第.....條的情況下，著作人就其著作享有如下的專屬權：任何以有線或無限方式公開傳播其著作之權利，包括對公眾提供著作，使公眾中之成員得於其各自所選定的時間或地點，接觸利用該著作。」²⁷

從 WCT 原草案的註釋²⁸中可以瞭解到，WCT 第八條(即原草案第十條)之規定主要包含兩大部分：

1. 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公開傳播在內。

²⁵ 但有德國學者表示批評，此一立法(指令第三條)並不成功的規定，尤其是在對於「公眾」的觀念仍極不清楚的情況下。本來立法的目的是要針對網路的著作利用行為，現在重點卻變成接收人(Addressant)和公眾中之成員與其他人的區別，這兩件事情上了。在這種區別下，企業中應該沒有人是屬於「公眾中之成員」，故企業內部之網路，將不涉及「對公眾提供權」之侵害。Vgl. Hoeren, Grundzüge des Internetrechts, 2001, S.137ff.

²⁶ Klett, Urheberrecht im Internet aus deutscher und amerikanischer Sicht, 1998, S.92

²⁷ WCT §8:「Without prejudice to the provisions of Articles of the Berne Conventions, shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their Works, by wire or wireless means, including the making available of their works, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.」

²⁸ 參閱 **Note 10.05 ; 10.09**, in : 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
<http://www.wipo.org/eng/diplconf/4dc-all.htm>.

因為在伯恩公約中，除了廣播權²⁹(right of broadcasting)之外，只針對有限的著作類型才另外提供公開傳播的專屬排他權³⁰。

2. 在本條的第二段文義中，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」包含「對公眾提供權」在內³¹。

2. 對公眾提供權的內涵

依 WPPT 草案「對公眾提供」的解釋，係指以有線或無線的方式，向公眾提供著作，使得於其各自選定的時間或地點，接觸利用（access）該著作。因此其內涵包括了提供公眾接觸使用著作的所有相關行為，並非僅止於提供伺服器空間、以及對信號的遞送或傳輸提供通訊的連結或便利等前階段的行為而已；至於提供者是否有權取得該重製而加以利用，或著作是否容易被利用人感知得到而加以利用，則非所問³²。

此外，在 WCT 註釋 10.11 中又再次特別說明，本條文第二段的重點之一，就是要清楚的將互動式隨選的傳播方式（interactive on- demand acts of communication），也包括在內；並且認為，使公眾中的成員得在不同的時間與地點，得「個別選擇」（individual choice）的這個要素，就意味著包含互動式接近

²⁹ 參閱伯恩公約第十一條之一（Art.11 bis）。

³⁰ 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，例如伯恩公約第十一條（戲劇、歌劇、音樂著作之公開演出、公開傳播權），第十一條之一第一項第一、第二款（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），第十一條之二第一項第一、二款（語文著作之公開口述、公開傳播其口述之權），第十四條第一項第二款（著作改拍成電影之後的公開演出、公開傳播權），以及第十四條之一第一項（電影著作的公開演出、公開傳播權）。

³¹ 參閱 **Note 10.10 前段**：「The second part of Article 10 explicitly states that communication to the public includes the making available to the public of works, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.」。

³² 參閱 **Note 10.10 後段**：「..... The relevant act is the making available of the work by providing access to it. What counts is the initial act of making the work available, not the mere provision of server space, communication connections, or facilities for the carriage and routing of signals. It is irrelevant whether copies are available for the user or whether the work is simply made perceptible to, and thus usable by, the user.」

使用的本質了³³。除此之外，包括在 WPPT 原草案中也一再不斷地強調，「公眾提供權」是以互動性及隨選接觸利用做為基礎的³⁴，而條文中的”may access”和“from a place and at a time individually chosen”這些用語的表達，就可以直接涵蓋互動式傳播的所有情況了³⁵。

由此可見，WIPO 這兩個條約所稱的「對公眾提供」的內容應該包括前後階段的行為在內，亦即權利人享有禁止第三人將著作內容放置在網路上處於可被連線的狀態，然後任何人在任何時點都可選擇加以利用的專屬權。至於相關著作事實上是否曾經被讀取，系統是否有回應使用者之要求，而自動地對其傳輸著作內容，則無關連，都已經算是「公開」了³⁶。

二、「公開傳播權」之規範

歐盟指令第三條：著作之公開傳播權與其他保護客體之對公眾提供權

【(1) 各會員國應規定，著作人享有許可或禁止，以有線或無線方式將其著作公開傳播之專屬權，包括對公眾提供著作，使公眾中之成員得於各自所選定的時間或地點，接觸使用該著作。³⁷

³³ 參閱 **Note 10.11**：「One of the main objectives of the second part of Article 10 is to make it clear that interactive on-demand acts of communication are within the scope of the provision. This is done by confirming that the relevant acts of communication include cases where members of the public may have access to the works from different places and at different times. **The element of individual choice implies the interactive nature of the access.**」

³⁴ 參閱 **Note 11.03**：「**The right of making available** is limited to situations where members of public may access fixed performances from a place and at a time individually chosen by them. **Thus availability is based on interactivity and on on-Demand access.**」(Note 11.03)；**Note 18.03** 亦有類似之說明。in: Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms 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/5, August 30, 1996. <http://www.wipo.org/eng/diplconf/5dc-all.htm>.

³⁵ 參閱 Note 11.05.

³⁶ Vgl. auch Ungern-Sternberg, a.a.O. §15, Rdnr. 27.

³⁷ Article 3 【Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter】
1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any

(2) 各會員國應規定，下列人員享有許可或禁止，對公眾提供以下所列保護客體，使公眾中之成員得於個自所選定的時間或地點接觸使用的專屬權

- a) 表演人就其已固著之表演；
- b) 錄音物製作人就其錄音物；
- c) 電影首次固著之製作人就其電影著作之原件及重製物；
- d) 廣播機構就其已固著之廣播，不論該廣播是以有線或無線、電纜或衛星方式傳播。³⁸

(3) 第一和第二項所稱之權利，並不因本條之公開傳播或對公眾提供的行為而耗盡。³⁹

根據歐盟著作暨鄰接權指令前言之說明：本條(第三條第一項)所規範之「公開傳播權」應廣義地加以理解，使其包括任何公開向公眾再現著作內容的行為，而且不以公眾在公開再現的原始現場為必要。本條之權利應包含任何相當於有線或無線的公開轉播或繼續傳播，這其中當然也包括了電台廣播的轉播在內。此外，本項權利不適用於其他行為。⁴⁰ 至於指令第三條第二項所規範之「對公眾提供權」，也應該進一步被理解，其包含對會員國之公眾提供此類受保護客體的所有行為，而且不以公眾在對公眾提供的原始現場為必要。同樣地，本項權利亦不適用於其他行為。⁴¹

communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

³⁸ 2. Member States shall provide for the exclusive right to authorize or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them:

- (a) for performers, of fixations of their performances;
- (b) for phonogram producers, of their phonograms;
- (c) for the producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films;
- (d) for broadcasting organizations, of fixations of their broadcasts, whether these broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

³⁹ 3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.

⁴⁰ 參閱指令前言 Nr. 23.

⁴¹ 參閱指令前言 Nr. 24.

再者，讀取或瀏覽網路所傳播的受著作權法保護之著作及應受鄰接權保護之客體，究竟應受如何之保護及其保護的範圍究竟如何，依歐盟指令前言之說明，此一法律的不確定性可經由歐盟共同制定整合性立法的方式加以解決。但在此必須加以釐清的是，本條所賦予的著作人權利應該包括，專有將受著作權保護得著作或其他保護客體，以互動式隨選的傳播方式向公眾提供的權利。而此種以互動式隨選傳播的特徵是，會員國中之公眾得於其各自所選定的時間或地點，接觸利用該著作或受保護之客體。⁴²最後，若僅是爲了提供傳播而進行前置的設施準備工作，則尚非本指令所稱之公開傳播行爲。⁴³

三、小結

觀察歐盟著作暨鄰接權指令第三條對於「公開傳播權」之規定，可簡單綜合主要內容如下：

（1）指令第三條第一項：賦予「所有著作類型的著作人」享有一般性的「公開傳播權」，並且「公開傳播權」的概念包含「對公眾提供權」在內。

（2）指令第三條第二項：只針對「特定之鄰接權人」，賦予「對公眾提供」之專屬權，不是賦予一般性的「公開傳播權」。

（3）指令第三條第三項：只是再度澄清，第三條之「公開傳播權」或「對公眾提供權」的性質是屬於服務成果（Dienstleistungen），故「公開傳播權」與「對公眾提供權」並無耗盡的問題。此一規定，在「對公眾提供權」特別重要的是，說明其本質屬於服務的一種⁴⁴。

⁴² 參閱指令前言 Nr. 25.

⁴³ 參閱指令前言 Nr. 26.

⁴⁴ Vgl. auch Reinbothe, Europäisches Urheberrecht und Electronic Commerce, in: Lehmann, "Electronic Business in Europa", 2002, Rdnr.57.

參、體系表解

歐盟「公開傳播權」之體系表

權利主體	權利內容	說明
「所有著作類型的著作人」	公開傳播權(Art.3 I)	「公開傳播權」包含「對公眾提供權」在內。
「針對特定之鄰接權人」	對公眾提供權(Art.3 II)	並無賦予一般性的「公開傳播權」

第四章 德國公開傳播權之相關規範

壹、前言 -- 德國資訊社會著作權法修正之立法概述

一、立法目的

德國聯邦政府於 2002 年 7 月 31 日提出「資訊社會德國著作權相關規定草案」⁴⁵，同年 11 月聯邦參議院針對此一草案提出相對意見⁴⁶，只是該相對意見主要是針對合理使用的條款，例如遠距教學或網路上個人非營利重製之合理使用等，對於草案之「公開傳播權」與「對公眾提供權」的規定，尚無不同意之意見。依草案之說明，本修正草案之提出主要是為了配合轉換歐盟 2001 年 5 月 22 日公布生效的「資訊社會調和著作權及鄰接權指令」，而歐盟指令又是為配合 WCT 和 WPPT 這兩個條約。因此本法最主要之目標就是配合具有期限和拘束性之歐盟指令以及 WCT 和 WPPT 這兩個具有拘束性之條約，所進行的轉換。

2003 年 4 月 11 日聯邦議會三讀通過該修正草案⁴⁷，但截至目前為止（2003 年 5 月 10 日）尚未見正式公布生效。

二、修法重點

修正草案之內容，除了包括對著作權法以及著作暨鄰接權受託管理法之條文修正之外，同時也涉及對刑事訴訟法與請求不作為訴訟法（Unterlassungsklagengesetzes）等之修正。

至於在著作權篇的修正方面，主要包括：修正第十五條第三項「公開」之定義，新增第 19a)條：「對公眾提供權」（Recht der öffentlichen Zugänglichmachung）

⁴⁵ 本草案之名稱為「Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft」，<http://www.bmj.bund.de/images/11476.pdf>. <2002/10/07>

⁴⁶ Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Sep. 2002 zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (Stand : 06.11.2002) .

⁴⁷ <http://www.bmj.de/ger/service/pressmittlungen/10000695/>

之規定，配合歐盟指令微幅修正一些著作權限制的條文，例如遠距教學的合理使用，數位化私人合法重製等，以及禁止規避有效的技術保護措施、對權利管理訊息的不正干預等。至於在鄰接權篇的部分，條文變動較多的則是針對表演人的表演，草案中除了重新調整表演人保護之法條結構，使其法律地位與著作人更為接近之外，並根據歐盟指令賦予其「對公眾提供權」。

針對德國最新通過的著作權法中與「公開傳播權」相關之修正條文，茲簡介內容如下：

（一）著作財產權通則之修正（修正第十五條第二、三項）

（1）著作財產權之有形利用：未修正。

（2）著作財產權之無形公開利用：新增第二款：對公眾提供權。

（3）修正「公開」（Öffentlichkeit）的定義：著作再現之公開，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）。

（二）公開上映權之修正（修正第十九條第四項第二句）

公開上映權係指，將造形藝術著作、攝影著作、視聽著作或是科學或技術方面的表現作品（Darstellungen），透過技術設備公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。公開上映權並不包括，對此類著作的廣播或對公眾提供，公開使人得感知的方式在內（§ 22）。

（三）新增「對公眾提供權」（新增第十九 a 條）

§19a：所謂的對公眾提供權（right of making available, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung）係指，以有線或無線的方式向公眾提供著作，使其得於各自選定的時間或地點，接觸利用該著作（Zugänglich zu machen）。

（四）“廣播之再公開傳播權”之修正：（修正第二十二條為“廣播和對公眾提供之再公開傳播權”）

廣播之再公開傳播權以及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，公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。第十九條第三項於此有適用。

貳、德國著作權專章有關「公開傳播權」之相關規定

一、著作財產權通則（著作權法第十五條）

德國著作權法有關著作財產權的立法方式，是先第十五條賦予著作人排他專屬之著作財產權，然後才分別從第十六條到二十二條就各著作財產權之內容加以定義。

至於德國著作權法第十五條之規範內容包括：

§ 15 I：賦予有形利用權，

§ 15 II：賦予無形公開利用權（即公開傳播權，Right of communication to the public, Recht der öffentlichen Wiedergabe），

§ 15 III：定義「公開」。

（一）有形利用權（§ 15 I）

著作人專有以有形之方式利用其著作之權利；其權利特別包括：

1. 重製權（§ 16）
2. 散布權（§ 17）
3. 公開展示權（§ 18）

（二） 公開傳播權（§ 15 II）

著作人亦專有以無形之方式公開再現其著作之權利（公開再現權，公開傳播權，Recht der öffentlichen Wiedergabe）；其權利特別包括：

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）
4. 經由錄音或錄影物之再公開播送權（§ 21）
5. 廣播和對公眾提供之再公開播送權（§ 22）

（三）「公開」之定義（§ 15 III）

著作再現之公開，係指針對公眾成員中之多數人爲之。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）。

二、修法後「公開傳播權」之規定（§§19-22）

（一） 公開口述、公開演出及公開上映權（著作權法第十九條）

（1）公開口述權係指，將語文著作透過個人表演的方式公開傳達於聽眾。

（2）公開演出權係指，將音樂著作透過個人表演的方式公開傳達於聽眾，或是將著作公開在舞台上演出。

（3）公開口述和公開演出權包括透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，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，公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。

（4）公開上映權係指，將造形藝術著作、攝影著作、視聽著作或是科學或技術方面的表現作品（Darstellungen），透過技術設備公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。公開上映權並不包括，對此類著作的廣播或對公眾提

[供](#)公開使人得感知的方式在內（§ 22）。

（二）對公眾提供權（著作權法第十九 a 條）

對公眾提供權係指，以有線或無線的方式向公眾提供著作，使其得於各自選定的時間或地點，接觸利用該著作

（三）公開播送權（著作權法第二十條）

公開播送權係指，將著作透過廣播（Funk），例如電台和電視廣播、衛星廣播、有線廣播或其他類似之技術設備，使公眾得以接收（der Öffentlichkeit zugänglich zu machen）。

（四）歐洲衛星廣播（著作權法第二十 a 條）

（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，並且該國並不符合一九九三年九月二十七日 93/98/EWG“理事會爲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，設有將節目內容訊號傳送至衛星的地面無線電台，或者
2. 在這些會員國或締約國中，廣播機構雖不具備第一款之要件，但設有分支機構。

此一播送權的適用對象，在第一款的情形是關於地面無線電台，在第二款的情形是關於廣播機構。

（3）第一項和第二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，將輸入帶有特定節目內容的訊號以連續不間斷的傳播網絡，先傳送至衛星在轉送回地面。

（五）有線再播送（著作權法第二十 b 條）

（1）有線再播送權係指，將已廣播之著作透過有線系統或微波系統，以同步、未經變更且完整呈現的方式，繼續播送節目的權利，其僅能由一家著作權仲介團體管理。

（2）若著作人將有線再播送權讓與廣播機構、錄音物或電影製作人，則有線業者對於有線的再播送應給予著作人適當的報酬。著作人不得放棄此項報酬請求權。但可以事先轉讓給著作權仲介團體並只能經由仲團來請求。只要著作人對每一個有線轉再播送的讓與都能取得適當報酬者，則本規定就不違反廣播機構的費率契約及勞資協議。

（六）經由錄音或錄影物之再公開傳播權（著作權法第二十一條）

經由錄音或錄影物之再公開傳播權係指，將著作之公開口述或公開演出，透過錄音或錄影物的形式，公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。第十九條第三項於此有適用。

（七）廣播和對公眾提供之再公開傳播權（第二十二條）

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，公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。第十九條第三項於此有適用。

叁、德國著作權法「公開傳播權」相關規範內容

一、以「公開傳播權」做為無形利用的上位概念

(一) 法條結構

德國著作權法第十五條第二項賦予著作人享有無形公開利用著作之專屬權，簡稱「公開傳播權」或「公開再現權」(Right of any communication to the Public, Recht der öffentlichen Wiedergabe)，此項權利不僅屬於無體的利用形式，並且都僅為單次(einmalig)的利用。

做為上位概念的公開傳播權，其內容包括：公開口述、公開演出及公開上映權(§ 19)、對公眾提供權(§ 19a)、公開播送權(§ 20)、歐洲衛星廣播(§ 20a)、有線再播送權(§ 20b)、經由錄音或錄影物之再公開傳播權(§ 21)、廣播和對公眾提供之再公開傳播權(§ 22)。

(二)「公開傳播權」是否做為無形利用著作之概括條款

由於立法者所能規範的僅是目前科技已知及經濟上具重要性的利用可能性而已，為了避免適用範圍過於狹隘，因此有學者主張，德國著作權法第十五條是屬於一概括的利用權(ein umfassendes Verwertungsrecht)，惟有如此才能將所有重要的、新的著作利用方式納入規範；例如瑞士著作權法第十條第一項即規定，「著作人有專屬權決定，是否、何時及如何利用其著作。」此一概括立法的優點是，如此方可避免陷入像德國目前著作權法第十五條在面對電子化的著作利用時，所遭遇到的各種法律文義解釋的問題⁴⁸。

但德國實務對於著作權法第十五條的適用，則是採取保守的立場。因為國際條約對於著作人的保障，是採取各別、具體的規範方式；此外，在著作權限制

⁴⁸ 例如，對於網路上再現著作的行為，是否屬於著作人第十五條第二項公開傳播權(無形利用權能)的一種？以及該利用方式是否合於「公開」的定義等等，vgl. Ungern-Sternberg, in Schricker, Urheberrecht Kommentar, 2. Aufl. 1999, §15, Rdnr.16, 17.

方面，由於德國著作權法都只針對已命名的利用權（benanntes Verwertungsrecht）做例外性規定，因此如果將各種尚未命名的利用權亦納入著作人的無形利用權中，從著作的合理使用方面，會產生各種問題。而另一個反對的理由，則是從契約實務的角度出發，因為納入未命名利用權（unbenanntes Verwertungsrecht）的結果，將會擴大著作權授權的範圍或其與仲團之間管理契約的授權範圍，對著作人較為不利⁴⁹。

縱然如此，但是隨著科技的快速發展，在無形公開利用著作的領域，有時實務上也不得不將一些在當時尚未被命名的利用權⁵⁰，包括在螢幕上讀取電子資料庫的公開利用行為，納入其中。這主要是因為傳統公開上映權⁵¹的適用範圍狹窄，無法涵蓋對語文著作的保護之故。

（三）網路隨選的利用方式是否符合「公開」之定義？

另一個在經濟上具有重要意義、但目前尚未完成立法的就是關於著作在網路上的利用。這種透過網路互動式傳輸的方式陸續傳送給一群人（Personenkreis）的行為，是否符合著作權法第十五條第三項「公開」之定義，頗有爭議。

蓋線上傳輸利用著作的行為，究竟是屬於與著作權相關、或是與著作權無關的自由利用行為，則完全依第十五條第三項對於「公開」的定義而定。

但是這裡所爭論的並不是關於「公眾」的範圍，而是，「公開」的概念，是否必須以「同時」（Gleichzeitigkeit）對公眾傳達為要件。如果認為只有在一群人可以同時接收為前提的情形下，才算公開，則不論是依點選方式而傳輸著作或是對公眾提供著作的行為，將不易滿足此一要件；但如果採廣義的公開概念，則又

⁴⁹ Vgl. Ungern-Sternberg a.a.O. §15, Rdnr.24,60。雖然有這麼多反對的理由，但是 Ungern-Sternberg 仍認為，至少不能阻止將新產生的著作利用形式儘快納入成為著作權內容之一，固然新的利用權該如何制定是屬於立法者的權限，但如果將第十五條以概括條款看待，雖然無法在短時間之內創造法律安定性，但至少在立法者作出決定之前，能夠充分保障著作人的權利。s. Rdnr.18.

⁵⁰ Vgl. Katzenberger, GRUR Int.1983, 895/950；Schricker, FuR1 1984,63ff.

⁵¹ 參閱德國著作權法第十九條第四項。

另當別論。由此可見，德國著作權法中對「公開」的定義不盡精確。

依德國通說之見解⁵²，認為（舊）著作權法第十五條第三項所稱之「公開」，惟有當「一群人」可以「同時」接收得到，才算是所謂的「公開」。但如此一來，將有很多著作的利用形方式，不被認為是屬於公開再現著作的行為，而無法對著作人提供保護。因此也有學者主張⁵³，（舊）著作權法第十五條第三項之「公開」，並沒有嚴格要求一定要具備「同時」這個要件。另外，也有學者認為⁵⁴，從 Webserver 上取用受著作權保護的資料，就是侵害著作人之公開播送權（Senderecht）的行為，蓋著作人所享有之公開播送權中，除了規定可以利用「電台或電視廣播」以及「有線廣播」播送外，也提到了可以透過「類似之技術設備」予以播送等用語，故網路傳播的方式應屬於此一範疇才對。

事實上，在早期 Intranet、Internet 的技術下，利用人在網路領域的傳播方式是不同於公開播送的情形。在傳統公開播送的概念下，是指一次傳播（*einzigste Ausstrahlung*）著作的行為，利用人一定要同時接收，並且也無法影響開始播送的時間。但是網路互動式隨選的傳輸方式，並不屬於典型的公開播送行為，因為線上的資料是一直準備在那裡、保持在能夠被接收的狀態，然後任由有興趣的利用人各別的點選傳輸，因此資料的傳輸方式頂多只能算是短暫的被先後傳送（*zeitlich nacheinander abrufen können*）而已，並沒有所謂的同時傳播可言。此外網路的利用人，可以自行決定何時開始傳播以及有多頻繁，因此並不屬於「傳統」公開播送權的範圍。⁵⁵ 但是此一論點，從現代網路技術的發展，已經不存在，只要技術上已經可以克服，例如 Web-TV，能夠透過網路像廣播一樣讓利用人得同時接收的話，則又是屬於德國著作權法第二十條「公開播送權」的範圍⁵⁶。

⁵² Vgl. Strömer, Online Recht, 2.Aufl. 1999, S.181f., Boehme-Neßler, Cyberlaw, 2001, S.241f., Dustmann, Die privilegierten Provider, 2001, 69f..

⁵³ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 1997, Rn.419ff.; Zscherpe, MMR 1998, 404ff.

⁵⁴ Strömer, a.a.O. S. 181f.

⁵⁵ Vgl. Hoeren, a.a.O. S. 137ff.,

⁵⁶ Vgl. Schwarz, klassische Nutzungsrechte und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von "Internet-

由於網路隨選的服務方式與傳統公開傳播的方式不盡相同，固不適類推適用公開播送權之規範，但在修法之前，學者暫時一致同意的是，這種網路隨選的傳播方式，是屬於新的、未被命名的無形利用方式，應納入德國著作權法第十五條第二項「公開傳播權」之內⁵⁷。至於針對第十五條第三項「公開」定義的修法方向，或是放棄採取嚴格的「同時接收」(Gleichzeitigkeit)要件，或是改採「漸次式公開」(sukzessive Öffentlichkeit)的概念。

(四)「公開」(Öffentlichkeit)的定義與要件

由於「公開傳播權」的適用必須以“公開”為前提，因此所有無形利用的行為，都必須先符合德國著作權法第十五條第三項關於「公開」之定義。

1. 原著作權法

德國舊著作權法第十五條第三項：著作再現之公開，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。

倘若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」。一般而言，在旅館房間收聽廣播的情況，不僅不存在所謂的聽眾之間的個人聯繫關係，而且也不符合「多數人」的行為要件⁵⁸。

至於何時才會出現「公開」的概念特徵，必須依個案而定，通常視該人群規模的大小以及個人之間關係的性質而定。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

Rechten”，ZUM 2000, 816ff. 821f.； Koch, Internet- Recht, 1998, S.454.

⁵⁷ Dreier, in Schrickere, Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997, S.131f.； Dustmann, a.a.O. S.70.； Boehme-Neßler, a.a.O. S.241f.；實務上亦有同此看法者，“MIDI-Files”，LG München I, ZUM 2000, 418, 422,

⁵⁸ “Hotelzimmer”，BGHZ36, 171ff., 176.

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，只不過此一個人關係必須是緊密的、並且是屬於個人之間的關係。因此關鍵點應該是，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。⁵⁹

而實務判決也多是在斟酌，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⁶⁰。但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事關他們的生存基礎，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⁶¹。

2. 修法後之新著作權法

由於「網路上傳輸受保護著作的行為」是否符合原十五條第三項「公開」之定義，在德國引起很大的爭議，因此德國立法者遂修正第十五條第三項有關「公開」之規定，以避免陷入十五條第三項文字上的爭論。

新著作權法第十五條第三項規定：所謂的公開再現，係指針對公眾成員中之多數人爲之。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）。

根據立法理由之說明⁶²：第十五條第三項新修正的“公開”的定義，在主要內容上仍符合原著作權法之規定。由於公開再現的對象主要是針對公眾，因此對「偶

⁵⁹ Vgl. Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz Kommentar, 2. Aufl., 2000, §15, Rdnr.30 ; Ungern-Sternberg/in Schricker, a.a.O. §15, Rdnr.64.

⁶⁰ 肯定的有„Zweibettzimmer im Krankenhaus“ BGH GRUR 1996,875ff.；否定的有“Vollzugsanstalten“，BGH GRUR 1984, 734f.

⁶¹ „Alters-Wohnheim“，BGH GRUR 1975, 33f.；Goebel/Hackemann/Scheller, GRUR 1986, 355ff.358.

⁶² 以下參閱 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft，<http://www.bmj.bund.de/images/11476.pdf>，S.39.<2002.12.28.>

然性公開」(zufälliger Öffentlichkeit)的不明確性應盡量避開。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「透過相互間的關係而形成個人間的聯繫」(durch gegenseitige Beziehungen persönlich verbunden)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「公開」之概念，是否改採「漸次式公開」(sukzessive Öffentlichkeit)的概念。對此，聯邦政府在修正草案中的說明是：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)，是否符合「傳統」公開傳播所要求的同時性(Gleichzeitigkeit)要件，仍尚未確定。歐盟指令第三條第一項是在配合 WCT 第八條精神的情況下，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；此外，在內容上有著相同規定的還有歐盟指令第三條第二項以及 WPPT 第十條有關表演人以及第十四條有關錄音物製作人的部分。基本上，這類的利用行為都是無法讓公眾同時使用。

此外，又因為擔心對文句不同會產生不同的解讀，所以德國在立法草案中並特別聲明，德國的修正條文中幾乎完全採用 WIPO 條約的用語，並未就此部分自己再作清楚的表示⁶³。

二、公開口述、公開演出及公開上映權 (§ 19)

(一) 公開口述權

公開口述權(Vortragsrecht)係指，將語文著作透過個人表演的方式公開傳達於聽眾之專屬權利(第十九條第一項)。

⁶³ 參閱 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, <http://www.bmj.bund.de/images/11476.pdf>, S.40. <2002.12.28.>

這裡所稱的口述權，僅限於個人的口述，例如在課堂朗誦別人的著作或詩作等，但不包括再透過錄音物或廣播方式公開傳播著作的情形，因這些是屬於著作權法第十五條第二項第三、四款所屬的第二次利用（Zweitverwertungen）的情形。

公開口述權亦包括，透過螢幕、擴音器或其他類似器材，將個人之表演傳播到現場以外之空間（第十九條第三項）的情形，因此，若欲將該口述透過擴音器或其他器材轉播至另一空間或公開場所，皆須得著作人之同意。雖然這種情形涉及第二次利用，但德國著作權法在此並不打算再形成一種特別的利用權，而只是在第三十七條第三項中規定，對於著作人是否授予公開傳播若有疑義時，則該授權應不包括透過螢幕、擴音器或其他類似器材轉播至另一場所的情況。因此，著作人在此得請求特別的使用報酬⁶⁴。但是，若是在同一空間內的公開口述，如果是爲了要改善公眾收聽的情況而使用螢幕或擴音器時，則不包括在第十九條第三項的範圍內。

（二）公開演出權

著作權法第十五條第二項第一款賦予著作人公開演出的專屬權。所謂的公開演出權依第十九條第二項之定義，係指將音樂著作透過個人表演的方式公開傳達於聽眾，或是將著作公開在舞台上演出。

依此定義，著作人之公演權包括二種形式：音樂演出權、舞台演出權。此二者的區別，具有實務上之意義。因爲作詞和作曲家得將其音樂的公開演出權（即所謂的小演出權）授權 GEMA（是德國唯一的一家音樂仲團）集體管理，但如過是屬於舞台的公開演出權，則必須簽訂各別的舞台契約或經紀約等。此外，例如德國著作權法第五十二條對公開傳播的合理使用，也針對此二種不同的演出權，做不同的對待。

⁶⁴ Vgl. Rebinder, Urheber- und Verlagsrecht, 9. Aufl. §25 I.

1. 音樂演出權

所謂的音樂演出權係指，將音樂著作透過個人表演的方式，公開傳達於聽眾的專屬權利。這種表演可以透過人的聲音或樂器的聲音而產生。一首歌曲旋律的公開再現，是屬於音樂的演出，但是在歌詞的部分，則屬於公開口述的範圍，這是因為歌曲通常為音樂和語文的結合著作的緣故。

2. 舞台演出權

所謂的舞台演出權係指，在舞台上公開表演著作的專屬權；換言之，就是透過（肢體）動作，在一個空間裡面，提供視覺方面的演出。

舞台的演出是為了表現戲劇著作，如舞台劇、諷刺劇、歌劇、單人劇、輕歌劇等等，此項表演可以由一人或多數人為之，甚至包括布偶的表演，如木偶劇等。舞台演出權有別於公開口述、公開上映權等。簡單的說，「公開口述」是針對耳朵的再現，「公開上映」是針對眼睛、然後在平面上呈現的再現，「舞台演出」最重要的是，在一個空間中，以動作的方式表現給眼睛欣賞。因此只要能滿足這些要件，縱使只有一個人、或僅是木偶的表演，皆屬之。至於舞台的服裝、背景佈置等，則非關重點。

又在一定空間所表演的動作，必須是有思想內容的表達，至於如爵士樂團等伴隨著節奏的律動，尚不足以滿足此一要件⁶⁵。另外，只要可清楚辨識其主要內涵者，則縱使只表演部份的著作，也可以是屬於舞台的演出⁶⁶。但是對於分配角色的朗誦，只是公開口述而非演出，因其欠缺動作的表演。在音樂劇著作方面，例如歌劇，可被視為是音樂的演出，也可被視為是舞台的演出。

同樣地，透過螢幕、擴音器或其他類似器材，將個人之表演傳播到現場以外空間的情形，依第十九條第三項，是屬於公開演出。但是透過錄音或錄影物所

⁶⁵ BGH GRUR 1960, 604ff., 606.

⁶⁶ Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, KGZ Nr. 17.

做的著作再公開傳播 (§21)，或是透過廣播或對公眾提供的再公開傳播 (§22)，都不屬於這裡所稱的公開演出，而分別屬於第二十一條、第二十二條之權利。

(三) 公開上映權

著作權法第十五條第二項第一款也同時賦予著作人公開上映之專屬權。所謂的公開上映權係指，將造形藝術著作、攝影著作、視聽著作或是科學或技術方面的表現作品，透過技術設備公開地使人得感知者（第十九條第四項第一句）。

因此，公開上映是透過科技的設備，將著作的再現表現於平面上，讓視覺、或是視覺與聽覺可以感受或接收得到。例如將幻燈片的投影、或是電影著作的再現、或將圖片透過立體放映機的再現等。即便是這些圖片因為設備的關係，讓人看起來好像是立體的造型 (Plastisch)，但仍是屬於公開上映，因為它仍是在平面上呈現的，例如立體電影。

值得一提的是，由於德國著作權法將電影是為單一整體的著作，因此電影的公開上映權，不只針對電影著作的著作人而已，包括製作電影時所使用的著作的著作人，也包括在內。因此一部被改拍成電影的小說作者、或劇本作者、或電影音樂的作曲家，他們與電影著作之間，並非公開口述或公開演出，反而是屬於「公開上映」的關係。

此外，依十九條第四項第二句之規定，對於「廣播或對公眾提供的再公開傳播權」，也並非這裡所稱的公開演出權，而是屬於另一項特別規定（第十五條第二項第四款、第二十二條）。

三、新增「對公眾提供權」 (§ 19 a)

德國聯邦政府於新通過的資訊社會著作權法中，針對網路的互動式傳播方式，新增第十九 a 條的「對公眾提供權」 (Right of making available, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung)。

一直以來，德國著作權法對於利用網路互動式服務使用著作的行為，在著作權方面的屬性未十分明確。雖然絕大多數意見都同意，應將其納入無體利用權之中，但關其屬性卻各有不同的主張，有認為應直接適用公開播送權之規定，有認為只是類推適用而已，也有認為應將之視為是尚未被命名的公開傳播權中的一種。在先不考慮如何精確規範其屬性的前提條件下，各方一致同意的是，一旦著作人取得專屬使用權之後，原本對於受著作權法保護的著作的瀏覽，就要受到著作人專屬權之限制。隨著「對公眾提供權」的制訂，德國著作權法第十五第二項等於清楚地新增一項有關著作人專屬權的規定。

根據德國修正草案立法理由之逐條說明來看⁶⁷：著作權法第十五條之修訂與第十九 a 條之增列，具有體系與功能方面的關聯。此二條文之修正完全是在轉換歐盟著作權指令第三條所賦予之“對公眾提供權”。至於其體系與法律上的用語也完全是以歐盟指令之內容為依歸，為了使「公開傳播權」(Right of communication to the public, Recht der öffentlichen Wiedergabe) 包含「對公眾提供權」在內，因此才將「對公眾提供權」納入著作權法第十五條第二項「公開傳播權」的範圍內。然後又再以近似歐盟指令第三條第一、二項用語的方式，於新增的第十九 a 條中規定，所謂的「對公眾提供權」係指，將著作以有線或無線的方式對公眾提供；換言之，就是讓公眾在其各自所選定的地點與時段皆能接收之意。由此可見，本條文之目的，意在描述並調和國際上對於「對公眾提供權」法的最新進度。此外，必須加以說明的是，有關「對公眾提供權」本身是一項科技中性的規定，因此其適用範圍不僅限於網際網路領域而已。

四、公開播送權 (§ 20)

(一) 概述

德國著作權法第二十條之公開播送權 (Senderecht) 是根據伯恩公約布魯塞

⁶⁷ 以下參閱 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, <http://www.bmj.bund.de/images/11476.pdf>, S.38ff. <2002.12.28.>

爾本文（第十一之一條（Art.11 bis）第一項）所制定的。之後，根據 1993 年 9 月 27 日“理事會爲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 93/83/EWG 指令，除了第二十條之外，德國又於 1998 年 5 月 8 日又新增第二十 a 條之「歐洲衛星廣播」以及第二十 b 條之「有線再播送」。根據歐盟指令之說明，93/83/EWG 指令之目的係打算以歐盟爲界，將各國廣播節目開放給共同市場內的接收者⁶⁸。

在第二十 a 條之「歐洲衛星廣播」方面，除了對於衛星廣播之概念加以定義，並對此一廣播方式賦予權利。甚至，如果表演人依（舊法）第七十六條⁶⁹【新法修正後爲第七十八條之規定】享有公開播送權的同時，則不必修正法條，即可同時享有歐洲衛星廣播權。

至於第二十 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將原條文之「Drahtfunk」（有線播送）的用語重新命名改爲「Kabelfunk」（電纜播送）之外，其實質的內涵並無變更。另外，依 93/83/EWG 歐盟指令之轉換結果，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有關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”中關於著作權契約法的部分，均因此加以修正。

經上述立法之後，凡任何經由電磁波傳播著作的行爲，都須經著作人之同意。因此任何一種廣播方式，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。又因爲本條只針對著作經由廣播對公眾提供的的情形，故其是否爲現場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，由於任何一種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，都包含在內。

⁶⁸ 參閱指令立法理由 Nr.3。

⁶⁹ 參閱§ 20a 立法理由 Begr. BR-Drucks. 212/96 S.33。

（二）公開播送權之要件

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，在著作權法的意義上就只有：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二十條之規定，公開播送權之要件包括：1.一定之廣播方式，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）廣播的著作。

1. 一定之廣播方式

（1）廣播（Funk）

此所稱之「廣播」係指，以電磁波方式將任何的符號、聲音或影像從一個播送台傳播出去，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。

著作權法第二十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 Sendung），則只要不公開為之，就不在公開播送權效力範圍之所及，是屬於自由之行為。但對於已廣播之著作，如果經由接收器材再被公開使人得感知者，則是屬於著作權法第二十二條之“廣播之再公開傳播權“，應得著作人之同意或授權。

（2）衛星廣播（Satellitenfunk）

所謂的「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，先傳送至衛星在轉

送回地面⁷⁰。經由此一定義非常清楚的是，這種衛星傳播的方式，從著作的資料輸入一直到結束，這整個連續的轉播是被視為一個整體。至於該播送是利用專用衛星或是透過（非專用的）通訊衛星所做的轉播，並不重要，因為該傳播訊號都是被鎖碼的，只有經過解密之後，才可能由廣播機構對公眾提供，故兩者結果相當。

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，當然也可以考慮擴大廣播的範圍。根據德國著作權法第二十 a 條第一項規定來看，其中比較特別的是，本條之規定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而已。歐洲區以外的衛星廣播，只有在滿足二十 a 條第二項規定後，始有適用。由此可見，該條之定義並非在解決全球之方案。

(3) 有線廣播 (Kabelfunk)

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，透過電纜或電線傳送到數個接收設備的⁷¹。

在德國著作權實務上較有爭議的，主要是關於分配設備（verteileranlage）的問題。由於德國立法者賦予著作人第十九條第三項之「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，公開地使人得感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）」之專屬權，但是根據第二十條之「有線廣播」的規範意義與目的，也包括了，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。因為此等權利都涉及了分配設備的問題，故彼此間之界線究竟如何，遂有頗多討論。雖有學者認為，如果有線傳播只有透過少數幾個接收點的話，應屬於第十九

⁷⁰ 參閱德國著作權法第二十 a 條第三項之規定。

⁷¹ Begr. BR-Drucks.212/96 S.25.

條第三項之情形⁷²。但德國聯邦最高法院所持的意見是⁷³，第二十條的「公開播送權」規定也同樣適用在僅透過小型分配網絡所做的傳播在內，蓋第二十條之權利客體，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，也就是指「對公眾提供」而言。只不過，如果是針對特定的設備，例如單純的社區共同天線、或是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⁷⁴。

至於「有線廣播」的下位概念就是第二十 b 條所規範的「有線再播送」（Kabelweitersendung）。根據第二十 b 條第一項之定義，所謂的有線再播送係指，透過有線系統或微波系統，將已廣播之著作以同步、未經變更且完整呈現的方式繼續加以播送。由於歐盟 93/83/EWG 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二十 b 條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，都是發送國本身有規範的權利。又第二十 b 條的「有線再播送」，並不只限於對未鎖碼廣播的再播送而已，蓋依指令之規定，係指「任何再播送」（jede Weitersendung），故當然也包括鎖碼節目的播送在內。⁷⁵

再者應予區別的是，第二十 b 條的「有線再播送」，依其形式，應是屬於第二次的利用權，而非屬於「第一次的有線播送」（Kabelerstsendungen），因其欠缺第二十條「有線廣播」意義下所要求的播送過程；但也不屬於通常所稱的「第二次的有線播送」（Kabelzweitersendungen），因通常所稱的「第二次的有線播送」多會變動播送的時間，更改內容或縮短第一次的播送，故又可以被當成是第一次的播

⁷² 參閱 Möhring/Nicolini, a.a.O. § 20. Rdnr. 24.

⁷³ “Verteileranlagen“, BGHZ 123, 149ff.

⁷⁴ “Kabelfernsehen in Abschottungsgebieten“, BGHZ 79, 350；“Kabelfernsehen II“, GRUR 1988, 206ff.

⁷⁵ “Spielbankaffäre“, BGH GRUR Int, 1998, 427ff., 430,

送看待⁷⁶。但只要該第一次播送是來自於第三國，而在德國境內爲了接收或改善廣播的收視情況所做的有線再播送，也是屬於第二十 b 條的情形。

2. 使公眾得以接收 (Öffentlichkeit zugänglich machen)

關於此部分之討論，主要涉及「公開」的定義及要件，請參閱前述之說明。

五、經由錄音或錄影物之再公開傳播權 (§ 21)

德國著作權法第十五條第二項第三款賦予著作人專有「經由錄音或錄影物之再公開傳播權」；換言之，著作人享有將著作的公開口述或公開演出，透過錄音或錄影物的形式，公開地使人得感知之專屬權（第二十一條第一句）。根據此一定義，利用人，尤其是將錄製在錄音帶上的音樂做公開播送的人，例如餐廳或百貨公司的老闆等，都必須徵得著作人的同意或授權。

另外，透過螢幕、擴音器他類似器材，將該錄音或錄影物上之著作轉播至另一個空間的公開傳播，也包括在本項權限之內（第二十一條第二句）。

六、廣播和對公眾提供之再公開傳播權 (§ 22)

著作權法第十五條第二項第四款賦予著作人專有「廣播的公開傳播權」以及「對公眾提供的再公開傳播權」。

所謂「廣播之再公開傳播」係指，將已廣播之著作透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，公開地使人得感知者 (öffentlich wahrnehmbar zu machen) (第二十二條第一句)。

依此定義，旅館的老闆若要將廣播或電視節目予以公開傳播，要徵得著作人同意。這項規定也同時適用在，打算將廣播節目在螢幕上放映的戲院老闆。此外，正如同其他的無形再現權一樣，本條之規定僅保障著作人享有廣播之公開傳播而已，因此私人的接收廣播，是與著作權無關的利用行爲。這一點也適用在旅

⁷⁶ Vgl. Begr. BR-Drucks.212/96 S.30.

館房間的接收，只要該接收器已經繳付過廣播稅（Rundfunkgebühr）即可⁷⁷。

但是，若透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，將此一廣播節目傳送到第二間客房或許多其他的旅館房間的話，則是第二十二條第二句⁷⁸之情形，故也屬於「廣播之再公開傳播」之適用範圍。

至於所謂「對公眾提供之再公開傳播」⁷⁹係指，將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，公開地使人得感知者（第二十二條第一句）。換言之，著作人就其已對公眾提供之著作，專有以螢幕、擴音器或其他類似之技術設備公開傳播之專屬權。因此任何此類的著作利用行為，也應該得到著作人之授權或同意。

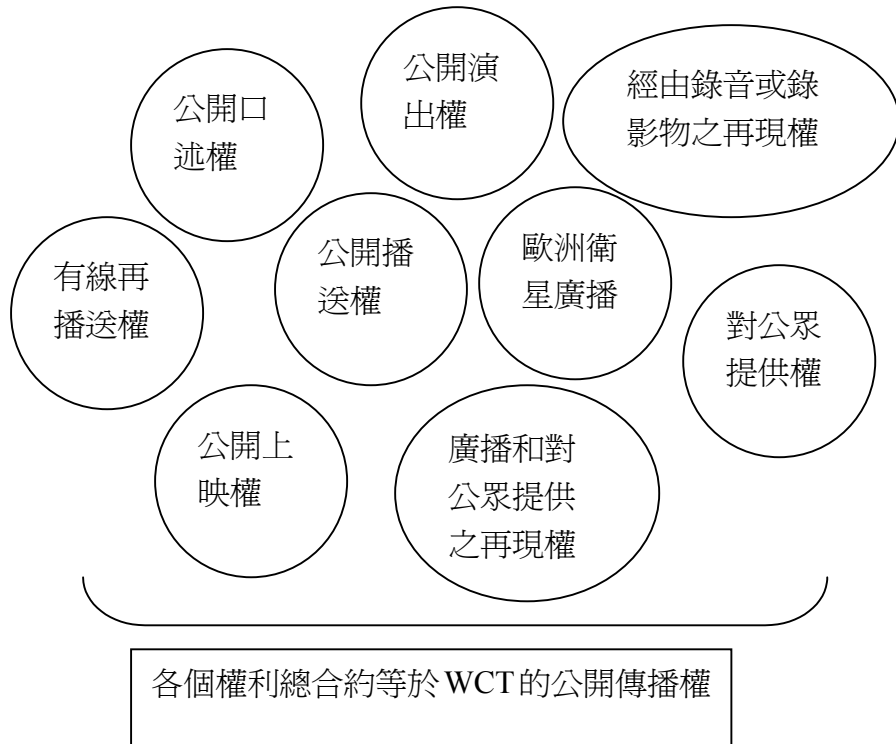
⁷⁷ “Hotelzimmer”, BGHZ 36, 171.

⁷⁸ 第二十二條第二句規定如下：「第十九條第三項於此亦有適用。」

⁷⁹ 第二十二條新修正條文如下：「廣播之再現**以及對公眾提供之再現**權係指，將已廣播**和已對公眾提供**之著作經由螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，使人得以公開感知者。第十九條第三項於此有適用。」

肆、圖示及體系建構

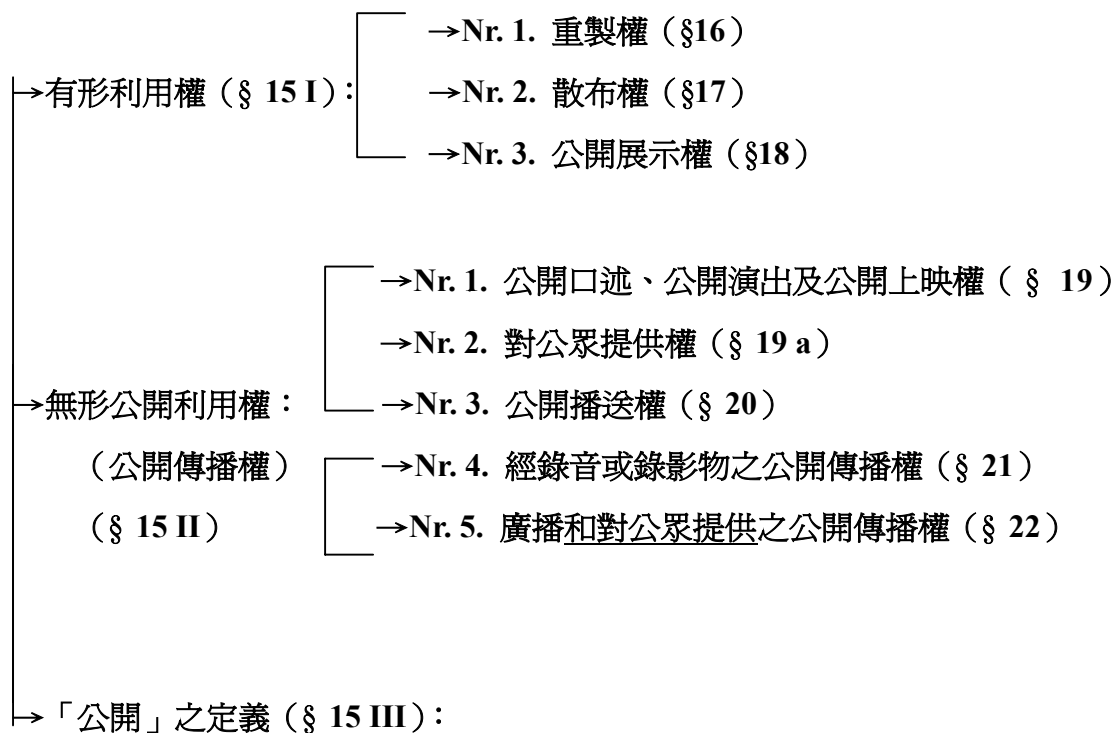
圖示：



體系建構

一、德國著作財產權之規範內容 (§15):

- § 15 I : 賦予有形利用權
- § 15 II : 賦予無形公開利用權 (公開傳播權)
- § 15 III : 定義「公開」



二、公開傳播權(Recht der öffentlichen Wiedergabe, Right of communication to the public)

- 做為無形公開利用權之上位概念
- 係指無體的利用、公開的利用、一次的利用

公 開 傳 播 權		
	權 利 內 容	內 容 說 明
第 一 次 利 用	1. 公開口述、公開演出及公開上映權 (§ 15 II Nr.1 →§ 19)	§ 19 I : 語言著作之公開口述權 § 19 II : 音樂、戲劇著作之公開演出權 § 19 III : 公開口述和公開演出權包括，透過螢幕、擴音器或其他或其他類似之技術設備，將公開口述和公開演出權之個人表演傳播至演出地點以外的空間，公開地使人得感知者。(□本項在此並非賦予一獨立的權利) § 19 IV : 造形藝術、攝影、視聽或科學或技術方面之公開上映權。(公開上映並不包括以無線播送此類著作的情形。)
	1. 對公眾提供權 (§ 15 II Nr.2 →§ 19 a) -- 【新增條文】	-- <u>以有線或無線方式對公眾提供著作，使其於各自所選定的時間或地點，接觸利用該著作。</u>
	2. 公開播送權 (§ 15 II Nr.3 →§ 20)	§ 20 : 公開播送權 § 20 a : 歐洲衛星廣播 § 20 b : 有線再播送- 【第二次利用】
第 二 次 利 用	3. 經錄音或錄影物之公開傳播權 (§ 15 II Nr.4 →§ 21)	--將著作之公開口述或公開演出，透過錄音或錄影物，公開地使人得感知者。(§ 19 III 於此亦有適用。)
	4. 廣播和對公眾提供之公開傳播權 (§ 15 II Nr.5 →§ 22) -- 【配合 19 a 條之新增，修正本條文】	-- 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，公開地使人得感知者。(§ 19 III 於此亦有適用。)

三、修正『公開』的定義：為配合 WPPT 與歐盟著作暨鄰接權指令，在網路互動式傳輸方面，德國著作權法的修法重點在討論第十五條第三項有關『公開』的定義：

由於德國著作權法傳統上對於「公開」的概念，是屬於一次的、同時的接收、且接收者無法影響播送的時間，但是在網路的傳輸方式，卻是屬於時間短暫的先後傳送，並無同步可言，因此網路互動式傳輸是否符合「公開」之定義，則頗有爭議。

但是修正草案最後對於此一問題（即德國著作權法中所稱的「公開」，是否必須以「同時」為前提），仍未清楚的回應，立法者只是根據 WPPT 與歐盟指令之規定，在「公開傳播權」中納入非同步傳輸的「對公眾提供權」。

伍、德國鄰接權專章有關「公開傳播權」之相關規定

一、原鄰接權專章之規定

（一）表演人之公開傳播權

1.經由螢幕及擴音器之轉播權（第七十四條）

對於表演人之表演，只有在取得其同意後，才得透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備，將其表演傳送到進行表演以外的其他空間，公開地使人得感知者。

2. 公開播送權（第七十六條第一項）

（1）對於表演人之表演，只有在取得表演人同意後，始得經由廣播（Funk）予以播送。

3. 公開播送”已固著表演”之報酬請求權（第七十六條第二、三

項)

(2) 表演人之表演，若經許可而錄製在公開發行之錄音或錄影物上時，即可不經表演人之同意，經由廣播予以播送；但表演人得請求支付適當報酬。

(3) 著作權法第二十 b 條之規定於此有適用。

4. 公開傳播“已固著或已廣播表演”之報酬請求權（第七十七條）

倘若將表演人錄製在錄音或錄影物上之表演或已廣播之表演，公開地使人得感知者，則應對表演人支付適當的使用報酬。

（二）錄音物製作人之公開傳播權

1. 錄音物製作人之參與分配請求權（第八十六條）

公開發行之錄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七十六條第二項和七十七條規定所取得之報酬，該錄音物製作人得向表演人請求參與分配適當之報酬。

（三）廣播機構之公開傳播權

1. 再廣播權（第八十七條第一項第一款）

§87 廣播機構之保護

(1) 廣播機構享有如下之專屬權，

1. 將其廣播之再廣播，

.....

2. 在收取門票之公開場所之公開傳播權(第八十七條第一項第三款)

§87 廣播機構之保護

(1) 廣播機構享有如下之專屬權，

.....

3 在收取門票之公開場所，公開傳播其廣播。

二、修法後之新鄰接權專章之規定

此次鄰接權的修法重點，主要是修正著作權法第七十三到第八十三條，目的在加強對表演人保護，使接近於著作人之地位。由於各國對鄰接權人的保護，多針對特定的鄰接權人採列舉保護的方式，因此各國對於鄰接權的保護不盡一致，為避免說明過於複雜，故本文在說明德國鄰接權人「公開傳播權」方面的修正條文，仍配合國際條約之規範，先以「表演人」、「錄音物製作人」與「廣播機構」三者之說明為主：

1. 表演人：第七十八條（公開傳播權，包含對公眾提供權在內）
2. 錄音物製作人：第八十五第一項（新增對公眾提供權）、八十六條（參與分配請求權）
3. 廣播機構：第八十七條（新增對公眾提供權）

（一）表演人「公開傳播權」之新修正條文

1. 第七十八條 公開傳播權

（1）表演人對於其表演享有以下的專屬權：

1. 對公眾提供權，（新增）
2. 公開播送權，除非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。（原§ 76+配合修法新增「對

公眾提供」)

3. 透過螢幕、擴音器或是其他類似之技術設備，將其表演傳送至他進行表演以外的其他空間，公開地使人得感知者（原§ 74）。

(2) 於下列情況，應對表演人支付適當之報酬，

1. 該表演係依第一項第二款經許可之方式而公開播送者，（原§ 76 II）
2. 該表演係透過錄音或錄影物，公開地使人得感知者，（原§ 77 前段）
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。（原§ 77 後段＋配合修法新增「對公眾提供」）

(3) 表演人不得事先放棄第二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 條之規定於此有適用（原§ 76 III）。

(二) 錄音物製作人「公開傳播權」之新修正條文

1. 第八十五條第一項：新增錄音物製作人之「對公眾提供權」

(1) 錄音物製作人對其錄音物享有重製權，散布權和對公眾提供權。

2. 第八十六條：修正錄音物製作人之參與分配之請求權

公開發行或經許可而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其錄音物上之表演時，則針對表演人根據著作權法第第七十八條第二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。

(三) 廣播機構「公開傳播權」之新修正條文

1. 第八十七條 廣播機構之權利

(1) 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. 在收取門票之公開場所，公開傳播其廣播。

陸、德國鄰接權專章「公開傳播權」相關規範內容

一、表演人之公開傳播權

新修訂的第七十八條（表演人之公開傳播權）條文包含了舊法第七十四、七十六及七十七條所規範的權利，以及表演人對其表演公開傳播之報酬請求權。

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「直接表演」(direct performance)或「現場表演」(live Performance)，立法者賦予排他之「公開傳播權」。至於「已固著表演」，即固著在錄音或錄影物上之表演，或又有稱「間接表演」(indirect performance)，則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（第七十八條第一項第一款）-【新增】

本款為新增，目的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三條第二項 a)款之規定，同時也為履

行 WPPT 第六條第一項，「對於尚未錄製在在錄音或錄影帶上、且尚未廣播的表演」賦予一廣泛的公開傳播權（此一「公開傳播權」之內容，包含「廣播」以及「廣播以外之公開傳播」）。WPPT 第十條則是對固著在錄音物上的表演，賦予一項「對公眾提供權」。

另外，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，亦可享有專屬的轉播權，而且這種情形也包含固著在錄音和錄影帶上的表演的情形。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三條第二項 a) 款的要件。

2. 公開播送權（第七十八條第一項第二款）

依德國著作權法第七十八條第一項第二款（原第七十六條第一項）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，對於現場轉播的再播送（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（第七十八條第一項第三款）

根據德國著作權法第七十八條第一項第三款規定（援用原第七十四條之內涵），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「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七十八條第一項第一款，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「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七十六條第二項、第七十七條。修法之後的條文，則集中規定在第七十八條第二項，使表演人在具體的特定情況下，對於公開傳播享有報酬請求權。其內容包括下列三款：

(1) 表演係依第一項第二款之情形而公開播送者（第七十八條第二項第一款）：

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。此一規定原則上仍符合舊法第七十六條第二項之內容，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八十六條之規定，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】。

至於適用第七十六條第二項的前提，必須是表演已被許可收錄在錄音或錄影帶上，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六條第二項關於「發行的概念」規定）。但是表演人對於非法製作或尚未公表之錄音或錄影帶，則得依著作權法第七十八條第一項第二款（原第七十六條第一項）之規定，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⁸⁰。

(2) 將「錄有表演人表演之錄音或錄影物」的公開傳播（第七十八條第二項第二款）

本款規定，沿襲原來第七十七條之規定，使表演人在此情形下，縱然不享有排他之專屬權，但仍得享有報酬請求權，但是在結構上則是針對第二十一條的著作人專屬權所做的設計，。

(3) 將「已公開播送」或「已對公眾提供」表演的公開傳播。（第七十八條第二項第三款）

本款規定，也是為了配合並與原來第七十七條之規定有所關聯，因此表演人在此情形下，亦應享有法律所保障的報酬請求權。只是在結構上，是配合著作人第二十二條專屬權所做的修正。

根據修法之後的七十八條第二項第二、三款來看，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。

⁸⁰ Hubmann/Rehbinder, Urheber- und Verlagsrecht, 8.Aufl.S.297, 1995.

而在上述情況下，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八十六條之規定，向表演人請求適當分享此一使用報酬。

此外，第七十八條第三項之規定：是銜接原來第 22b、第 27 及 63a 條的規定。根據第二項之規定，報酬請求權不得事前聲明放棄，而只能對使用團體表示讓與。這一點是爲了保障法定的報酬請求權確實能夠對表演藝術家有所助益。

第七十八條第四項之規定：與原來第七十六條第三項之規定相同。

二、錄音物製作人之公開傳播權

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，其往往又需要一大筆龐大費用的投資。但是隨着現代科技的發展，對錄音物的重製與盜版仿冒來說，又已經不是什麼特別困難的事情，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。德國新著作權法鄰接權專章是以第八十五、八十六條，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」（第八十五條第一項）

依德國著作權法第八十五條第一項規定，原本錄音物製作人對錄音物僅享有「重製權」及「散布權」。根據歐盟指令第三條第二項以及 WPPT 第十四條之規定，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）錄音物製作人之參與分配請求權（第八十六條）

德國著作權法第八十五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（如公開演出、公開播送等）方面的使用，

則是在著作權法第八十六條⁸¹中，有特別之規定。

依第八十六條之規定，錄音物製作人對於利用該錄音物而予以公開傳播的情形，既不享有禁止權、也不享有報酬請求權，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（依著作權法第七十八條第二項規定）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表演人的參與分配請求權而已。

至於新法第八十六條則新增了“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（依著作權法第七十八條第二項規定）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。

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（如電台或餐廳老闆），應該只有一個費用支付的對象，就是表演人，因為著作權法第八十六條規定的結果，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」

⁸¹ §86：「對於公開發行或經許可對公眾提供之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**第七十八條第二項**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。」

三、廣播機構之公開傳播權

德國著作權法對廣播機構所提供的工作成果的保護 最主要是第八十七條的規定。本條之內容，與羅馬公約及歐盟「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) 之規定相當⁸²。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轉播給其他廣播機構的行為，享有專屬的再轉播權。

根據舊法第八十七第一項之規定，「廣播機構享有如下之專屬權

1. 將其廣播之再廣播，
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. 在收取門票之公開場所，公開傳播其廣播。」

這其中，與廣播機構之「公開傳播權」相關的是條文是第一款和第三款規定。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（Weiterendung）⁸³。另外，它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⁸⁴，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）。

修法之後，第八十七條第一項關於廣播機構「公開傳播權」方面的變動，主要是配合歐盟指令第三條第二項 d) 款之規定，將「對公眾提供權」也一併納入規範。

⁸² Vgl. BGBl. 1979, II S. 113.

⁸³ 參閱德國著作權法第八十七條第一項第一款。

⁸⁴ 參閱德國著作權法第八十七條第一項第三款。

德國立法者認為，這項新增的權利應可以在轉播權之外，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，根據第八十七條第一項第二款（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。

柒、結論

德國著作暨鄰接權法對於「公開傳播權」之修正，大致沿襲「世界智慧財產權組織著作權條約(WCT)」、「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約(WTTP)」以及「歐盟資訊社會調和著作權及鄰接權保護指令」之規定。雖然有些規定較為繁複，但在區別著作權與鄰接權保護程度之不同上，頗有值得參考之處，故特別列表比較。

一、德國著作權專章有關「公開傳播權」新舊法比較

著 作 財 產 權 規 範 內 容			
	原著作權法	修法後之新著作權法	說明
有形利用權 (§ 15 I)	著作人專有以有形之方式利用其著作之權利；其權利特別包括： 1. 重製權 (§ 16) 2. 散布權 (§ 17) 3. 公開展示權 (§ 18)		未修正
公開傳播權	著作人亦專有以無形之方式公開再現其著作之權利(即公開傳播權)；其權利特別包括：	著作人亦專有以無形之方式公開再現其著作之權利(即公開傳播權)；其權利特別包括：	一、新增第十九 a 條。 二、修正第二

(§ 15 II)	1. 公開口述、公開演出及公開上映權 (§ 19) 2. 公開播送權 (§ 20) 3. 經由錄音或錄影物之再公開傳播權 (§ 21) 4. 廣播之再公開傳播權 (§ 22)	5. 公開口述、公開演出及公開上映權 (§ 19) 6. <u>對公眾提供權 (§ 19a)</u> 7. 公開播送權 (§ 20) 8. 經由錄音或錄影物之再公開傳播權 (§ 21) 5. <u>廣播和對公眾提供之再公開傳播權 (§ 22)</u>	十二條。 三、配合修正的第二十二條，同時修正第十九條第四項文字。
「公開」之定義 (§ 15 III)	著作再現之公開，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，並且彼此之間有關係存在、或因其與主辦者之間的關係而產生個人相互間的聯繫。	<u>著作再現之公開，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。</u>	一、重新修正「公開」之定義

二、德國鄰接權專章有關「公開傳播權」新舊法比較

(一) 表演人之「公開傳播權」與「報酬請求權」內容

表演人之「公開傳播權」與「報酬請求權」		
對未固著表演之公開傳播權	舊法	新法
	表演人對未固著之表演，享有： 1. 公開播送權 (§ 76 I) 2. 透過螢幕、擴音器或其他類技術設備之轉播權 (§ 74)	表演人對未固著表演，享有： 1. <u>對公眾提供權</u> (§ 78 I Nr.1) - 【新增】 2. 公開播送權 (§ 78 I Nr.2) 3. 透過螢幕、擴音器或其他類技術設備之轉播權 (§ 78 I Nr.3)
對已固著表演之報酬請求權	表演人對<u>已固著或已廣播</u>之表演，享有： 2. 公開播送之報酬請求權 (§ 76 II) 3. 透過錄音或錄影物、或已廣播表演之公開傳播報酬請求權 (§ 77)	表演人對<u>已固著、已廣播或已對公眾提供</u>之表演，享有： 1. <u>對公眾提供權</u> (§ 78 I Nr.1) 2. 公開播送之報酬請求權 (§ § 78 II Nr.1) 3. 透過錄音或錄影物之公開傳播報酬請求權 (§ 78 II Nr.2) 4. <u>已公開播送或已對公眾提供</u>表演之公開傳播之報酬請求權 (§ 78 II Nr.3) - 【部分條文新增】

(二) 錄音物製作人「對公眾提供權」與「參與分配請求權」

錄音物製作人之「對公眾提供權」與「參與分配請求權」		
對公眾提供權	舊 法	新 法
	×	錄音物製作人對其錄音物，享有： 1. <u>對公眾提供權</u> (§ 85 I) - 【新增】
參與分配報酬之請求權	舊 法	新 法
	錄音物製作人對「公開發行之錄有表演人表演的錄音物」，享有： 1. 參與分配之報酬請求權 (§ 86)	錄音物製作人對「公開發行 <u>或經許可對公眾提供</u> 之錄有表演人表演的錄音物」，享有： 1. 參與分配之報酬請求權 (§ 86) - 【修正部分條文】

(三) 廣播機構之「公開傳播權」

廣播機構之「再廣播權」、「對公眾提供權」與「在收取門票之公開場所之公開傳播權」		
廣播機構之公開傳播權	舊 法	新 法
	廣播機構享有， 1. 廣播之再廣播權 (§ 87 I Nr.1) 2. 在收取門票之公開場所，公開傳播其電視廣播 (§ 87 I Nr.3)	廣播機構享有， 1. 廣播之再廣播權 (§ 87 I Nr.1 前段) 2. 對公眾提供權 (§ 87 I Nr.1 後段) - 【新增】 3. 在收取門票之公開場所，公開傳播其電視廣播 (§ 87 I Nr.3)

第五章 美國公開傳播權

壹、前言

如之前所述，WIPO 對於網路科技快速發展，預見其將造成許多新興的著作權問題，而為現行法律架構無法規範，因此在西元一九九六年召集各國代表在瑞士日內瓦共同會商相關問題，之後公佈了相關的 WCT（WIPO Copyright Treaty）與 WPPT（WIPO Performances and Phonograms Treaty）二個條約，藉此要求其會員國共同遵守並將之納入其本國法之中，以解決前述的種種問題。美國國會之後便在短短的一年三個月左右制訂「數位千禧年著作權法（Digital Millennium of Copyright Act，下稱 DMCA⁸⁵）」，藉以將 WIPO 相關的條約納入美國著作權法體系中，並初步調整其著作權法，以因應數位科技快速發展所帶來的相關問題。

現今正值我國修法，以期納入國際公約規範之際，美國的修法過程或可提供我國做一借鏡，尤其美國一向在科技法領域與歐洲同居領先研究之地位，其相關討論甚有參考價值。

貳、美國數位千禧年著作權法立法概述

一、立法背景⁸⁶

由於數位時代科技進步快速，對於此種科技一日千里之情況將會對現行智慧財產權法造成何種衝擊以及現行的相關法制有無修改的必要等等相關問題，美國的柯林頓政府在一九九三年即已成立資訊基礎建設工作小組（Information Infrastructure Task Force；IITF）開始進行研究，並在一九九五年九月公佈「美國 NII 智慧財產權白皮書」的報告，分別從法律、技術及教育等不同

⁸⁵ 法案全文可至美國著作權局（U.S. Copyright Office）之網站下載，at <http://www.loc.gov/copyright>。

⁸⁶ 請參閱常天榮，網路著作權問題淺析—兼談美國數位千禧年著作權法案。

面向切入進行深入之探討，並進而提出修法及施行的建議⁸⁷。此外，於一九九六年底，參與 WIPO 於瑞士日內瓦所召開的外交會議，在各項的討論議題及過程上，以此既有的相關完整研究發揮其影響力。最後在 WIPO 會議上提出兩項條約（WCT、WPPT），此二項條約雖然在一九九七年四月廿七日就已經為柯林頓總統所簽署，但是在程序上仍然必須以另立施行法的方式，才能將此二項國際條約的內容納入美國著作權法之體系，並且，相較於 WIPO 條約所要求的數位著作保護原則，對於美國過去在傳統著作權法概念下所訂定的著作權法，彼此之間可能也會有相當之歧異，因此，美國國會便開始進行納入 WIPO 條約的立法工作，也就是 DMCA 之立法。

二、立法過程⁸⁸

美國參眾兩院議員，在因應網際網路等數位科技興起後對傳統著作權法制可能產生何種影響的相關議題上，可說是不遺餘力。在整個第一〇五會期裡，參眾兩院就著作權相關問題所提出的草案共有七十項之多，其中意圖解決與網路相關之著作權問題者就有七項草案，占了全部提案的百分之十；在這些法案之中的三項是對於侵害網路上的著作的行為產生時，為了保護僅僅提供連線服務而未提供實際內容的網際網路服務提供者（Internet Service Provider; ISP）而制訂的；另外四項則是專門設計用來將 WIPO 條約內容納入美國法體系的草案。

H.R.2281 法案，其官方全名是「為修改美國法典第十七章以施行世界智慧財產權組織著作權條約以及表演及錄音物條約法案」，簡稱為「數位千禧年著作權法案（DMCA）」。其乃由眾議員 Howard Coble 於一九九七年七月廿九日向眾議院會司法委員會（House Committee on Judiciary）所提案，經過司法委員會下之法院及智慧財產小委員會（House Subcommittee on Courts and Intellectual

⁸⁷ 請參閱陳錦全著，從程序到實質——美國 NII 智慧財產權白皮書介紹（一），資訊法務透析，八十五年一月號，頁廿九。

⁸⁸ 請參閱，常天榮，網路著作權問題淺析——兼談美國數位千禧年著作權法案。

Property)審議，再提交到眾議院的商業委員會(House Committee on Commerce)討論，之後再交給方法委員會(House Committee on Ways and Means)審查，至一九九八年八月四日為眾議院全院所通過。

一九九八年五月六日參議員 Orrin G. Hatch 也向參議院提出相對類似內容的 S.2037 草案，經過參議院審議及修改通過後在當年的九月十八日交給眾議院表示意見。送交眾議院的前一天，參議院議員們堅持自己的草案內容不願讓步，主張召開聯院會議協調兩案的內容。這個提議在九月廿三日獲得眾議院方面的首肯，於是兩院各自選派代表自九月廿四日起展開協調會議。協調會議中針對兩院版本的草案進行充分意見溝通，最後在十月八日獲得共識結束討論做成會議記錄，決定將上述幾經修改合併的七項草案，亦即以 H.R.2281 草案融合 S.2037、H.R.3209 以及 H.R.2180 等草案內涵的版本，送請柯林頓總統簽署成為正式法案。該項紀錄於當年十月八日及十二日分別徵得兩院各自委員的全體同意後送交白宮，十月廿日呈請柯林頓總統簽署，柯林頓總統於十月廿八日做成歷史性的簽署，至此，H.R.2281 草案終於成為正式法案，結束為期一年三個月的立法程序。

三、法案主要內容簡介

第一編：世界智慧財產權組織條約之履行(Title I: WIPO Treaties Implementation)。

第二編：線上著作權侵害責任之限制(Title II: Online Copyright Infringement Liability Limitation)

第三編：維護或修理電腦之著作權責任的免除(TitleIII: Computer Maintenance Or Repair Copyright Exemption)

第四編：綜合條文(Title IV: Miscellaneous Provisions)

第五編：特殊原創設計的保護(Title V: Protection Of Certain Original Designs)

四、小結

雖然 WIPO 的 WCT 與 WPPT 條約，要求各締約國因應數位科技時代賦予著作權人、表演人與錄音物製作人過去所未享有的權利，但是由於此等條約僅有原則性規定，因此各國立法有時並未完全遵守此等公約之規定，而僅就最有利其利益的內容加以規定。從以上對美國 DMCA 的簡介來看，可知美國亦是如此，美國僅就反規避條款與權利管理資訊等對其本國較為有利者加以規定，因為美國業者相對他國業者而言，掌控較多網路上的重要內容，因此美國法對於反規避條款有較嚴格的規定⁸⁹；但是對於此等條約所賦予權利人之其他專屬權利，如公開傳播權及對公眾提供權，則以美國現行著作權法有關散布權、公開表演權、公開展示權……等相關之規定即可涵蓋公開傳播權及對公眾提供權之權利，並且相關司法判決亦已經賦予權利人對數位化著作保護的權利為由，對此均未加以規定。

因此，由於美國法的 DMCA 對於國際公約上所要求的公開傳播權及對公眾提供權既未納入修正，本文以下將介紹美國著作權法之相關條文及立法過程之探討，了解美國法下如何適用相關條文以符國際公約之規範，並進而提供我國修法參考。

參、美國著作權法相關條文

一、受美國著作權法保護的著作類型

§ 102: Subject matter of copyright

In general (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of

⁸⁹ 請參閱，馮震宇，網路著作權之保護與發展趨勢，at www.cedi.cepd.gov.tw/ec/f2.doc。

authorship include the following categories:

(1)literary works;(2)musical works, including any accompanying words; (3)dramatic works, including any accompanying music; (4)pantomimes and choreographic works; (5)pictorial, graphic, and sculptural works; (6)motion pictures and other audiovisual works; (7)sound recordings; and (8)architectural works.

(b)In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

依美國著作權法§102 條之規定包含下列八種：

- (一) literary works(文學著作)
- (二) musical works, including any accompanying words(音樂著作，包含任何伴隨之文字)
- (三) dramatic works, including any accompanying music(戲劇著作，包含任何伴隨之音樂)
- (四) pantomimes and choreographic works(簡稱為舞蹈著作)
- (五) pictorial, graphic, and sculptural works(插圖、圖片、雕刻著作)
- (六) motion pictures and other audiovisual works(動畫和其他影音著作)
- (七) sound recordings(錄音著作)
- (八) architectural works(建築著作)

另外必須注意在美國法下，著作要受保護的話必須固著。

二、各類型著作享有之專屬權

§ 106: Exclusive rights in copyrighted works

Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- (1)to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- (2)to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- (3)to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
- (4)in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
- (5)in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes,

and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, or display the copyrighted work publicly; and

(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

依美國著作權法§106 條之規定包含下列六種：

- (一) 重製權(所有著作皆享有)
- (二) 衍生著作權(所有著作皆享有)
- (三) 對公眾散布權(所有著作皆享有)
- (四) 公開表演權(除了上述(五)、(七)、(八)以外之著作才享有)
- (五) 公開展示權(除了上述(六)、(七)、(八)以外之著作才享有)
- (六) 數位傳輸表演權(只有錄音著作才享有)

Section § 1101. Unauthorized fixation and trafficking in sound recordings and music videos :

(a) UNAUTHORIZED ACTS.—Anyone who, without the consent of the performer or performers involved—

(1) fixes the sounds or sounds and images of a live musical performance in a copy or phonorecord, or reproduces copies or phonorecords of such a performance from an unauthorized fixation,

(2) transmits or otherwise communicates to the public the sounds or sounds and images of a live musical performance, or

(3) distributes or offers to distribute, sells or offers to sell, rents or offers to rent, or traffics in any copy or phonorecord fixed as described in paragraph (1), regardless of whether the fixations occurred in the United States, shall be subject to the remedies provided in sections 502 through 505, to the same extent as an infringer of copyright.

Section §1101(b) DEFINITION.—As used in this section, the term “traffic in” means transport, transfer, or otherwise dispose of, to another, as consideration for anything of value, or make or obtain control of with intent to transport, transfer, or dispose of.

另依美國著作權法§1101 條規定，未經相關表演人的同意不能為下列行為：

- (一) 固著現場 (live) 音樂表演的聲音或聲音和影像於 copy 或 phonorecords 上，或重製此類未經授權而固著表演的 copy 或 phonorecords。
- (二) 傳輸(transmits)或其他公開傳播現場音樂表演的聲音或聲音和影像。

(三) 散布或提供散布、銷售或提供銷售、出租或提供出租，或 traffic in⁹⁰任何第一項所述的 copy 或 phonorecord，無論該重製是否在美國發生。

三、美國法下的散布(Distribution)概念

(一)(對公眾)散布權之概念

§ 106 : Exclusive rights in copyrighted works : Subject to sections 107 through 121, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending.

美國著作權法 Section 106(3)規定，著作人享有透過銷售或其它所有權移轉或出租、出借等方式，對公眾散布受著作權保護的著作(Copyrighted Wrok)的複製物(Copies)或錄音物(Phonorecords)的專屬權。由此定義來看，包括三個要件：必須散布著作的 copy 或 phonorecord、必須是對公眾的散布、透過銷售或其它所有權移轉或出租、出借等方式。

從本條來看，散布權是賦予著作權人控制其著作第一次公開散布的權利，主要涉及了轉移有形的(Physical)著作的複製物與錄音物，因此，如果是未經授權的公開演出，因為並未轉移(Transfer)複製物，並不會構成散布權的侵害。此外，公開散布即使在只有公眾之中的一個成員收到受保護的著作時仍然可能會構成公開散布權的侵害，另外，在美國學者⁹¹及實務⁹²的見解中，認為將未經授權的複製物放在網路上供人下載這類的對

⁹⁰ Section §1101(b) DEFINITION.—As used in this section, the term “traffic in” means transport, transfer, or otherwise dispose of, to another, as consideration for anything of value, or make or obtain control of with intent to transport, transfer, or dispose of.

⁹¹ See Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, third edition, P.309.

⁹² See Playboy Ents., Inc. v. Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997)(making digital image files available to subscribers to a computer bulletin board constitutes infringing distribution by a BBS operator)，另外還有 Marobie-FL, Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors 案例

公眾提供（Making available to the public）行爲，也是會構成散布權的侵害的。

由此可以看出美國法的散布權概念相當廣泛，只要是受著作權保護的著作的複製品或錄音物的移轉於公眾，都可能構成散布權的侵害，並未限定用什麼方式，甚至包含了對公眾提供的行爲也被美國學者⁹³及實務⁹⁴所肯認，爲了適當加以限制，美國法上另有第一次銷售原則（The First Sale Doctrine）等等之限制規定。

不過，於數位科技開始發展之時，美國對於諸如網路上之傳輸是否可適用散布權之規定加以規範，也不是完全沒有異議的，以下即以白皮書之看法來介紹。

（二）白皮書對傳輸之定義

在美國商務部所發表的白皮書中所提出的「一九九五年國家資訊基礎工程著作權保護法案」（NII Copyright Protection Act of 1995）草案第二條中原本建議明定傳輸（Transmission）的定義如下⁹⁵：「傳輸重製物指以任何裝置或方法散布，致使複製品或錄音附著於送出地點以外的地方。」，雖然最後並未通過，但其修法過程可以提供做爲釐清散布權與傳輸權概念之參考。

（三）白皮書對電腦網路上傳輸行爲是否構成散布

⁹³ 同註 82。

⁹⁴ 同註 83。

⁹⁵ SEC. 2. TRANSMISSION OF COPIES. (a) DISTRIBUTION- Section 106(3) of title 17, United States Code, is amended by striking 'or by rental, lease, or lending' and inserting 'by rental, lease, or lending, or by transmission'. (b) DEFINITIONS- Section 101 of title 17, United States Code, is amended-- (1) in the definition of 'publication' by striking 'or by rental, lease, or lending' in the first sentence and insert 'by rental, lease, or lending, or by transmission'; and (2) in the definition of 'transmit' by inserting at the end thereof the following: 'To 'transmit' a reproduction is to distribute it by any device or process whereby a copy or phonorecord of the work is fixed beyond the place from which it was sent.

（Distribution）之看法⁹⁶

白皮書在討論網際網路上行為與著作散布權（Distribution right）時，首先說明美國著作權法上的第一次銷售原則（first sale doctrine）及著作權人對合法之著作重製物的第一次銷售⁹⁷擁有控制權（對第二次以後之銷售無控制權），但對非法重製物的流通（包括出售、出租、出借、贈與等私法上移轉所有權或占有），則只有著作權人擁有散布權⁹⁸，並討論二個案例，一為 Playboy Enterprises Inc. v. Frena，此案被告 Frena 為一電子佈告欄管理者（BBS operator），由其中一用戶（subscriber）上傳（upload）原告擁有著作權之圖片至 Frena 的電子佈告欄，而由另一用戶下載（download）該等圖片，法院認定被告侵害了原告的散布權，但對被告以電子佈告欄管理者之身分，是否構成侵害重製權，認為無討論之必要；就此案例，對上傳（upload）及下載（download）皆非被告（BBS 管理者）所為之情形，白皮書認為該案法院不敢確定被告重製之侵害著作權責任，只有明言散布權（distribution right）之侵害而已。另一個白皮書討論的案例為 Sega Enterprises Ltd. V. MAPHIA，就事實部分，法院發現 1.利用電子佈告欄（BBS）製造並散佈電玩程式，2.電子佈告欄上的未經授權重製及散佈，3.被告自電子佈告欄上散佈而獲利，在法律結論部分，則認為重製權遭受侵害，但並未對散布權是否受到侵害達成結論。

⁹⁶ The White Paper, at 67-69

⁹⁷ 所謂第一次「銷售」係概括的說法，實包括出售、出租、出借、贈與等私法上移轉所有權或占有之情形。參見美國著作權法 Section 109(a)“Notwithstanding the provisions of Section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord”.

⁹⁸ 白皮書之所以在討論散布權時提出第一次銷售原則，應係指網路上非法的著作重製品，才具有散布權侵害問題。並請參閱蕭雄淋，著作權法漫談（一），中華民國八十二年二月初版三刷，「散布權與第一次銷售原則」乙文，頁 42。

（四）白皮書對散布權之修法建議

白皮書認為美國著作權法關於散布權之規定是否得適用於網路之傳輸資訊行為，並非十分明確，而在網路上之傳輸卻導致重製物之增加，故建議修法，明文規定散布權包括網路上之資訊傳輸在內。白皮書自認修法建議並未創設散布權之新內容，僅係明文承認科技發展之進步結果導致散布得經由網路上傳輸而達成而已。

對於白皮書有關散布權修法之建議，亦有持反對意見⁹⁹，主要包括：

- 1.現行法已包含網路上傳輸，故不需修法；
- 2.重製權即足以保障著作權人，無須修法；
- 3.現行法之散布並不包含網路上之傳輸，不應修法擴張著作權範圍...等等。

白皮書亦逐一反駁，另外，其並指出，既然散布之定義要素包含對公眾散布，因此並非所有電腦網路上之行為皆屬散布。白皮書並且認為網路上之傳輸與一般散布相同，沒有理由作法律上之區別。最後，白皮書做出歷史上之對比，在公開演出權最初制訂之時，是以現場演出為概念，但在廣播及有線電視發明後，法律亦隨之修改，使公開演出權應包含廣播及電視之情形。故於今日科技之進步，電腦網路興起，自應將散布權之定義予以明文涵括，以消除法律之不確定性。

（五）散布權可適用於現今數位科技之傳輸

基本上，美國著作權法賦予著作人將其著作散布予公眾之專屬權利，但是散布是否包括傳輸，在法律上並不是非常明確，因此白皮書才會做上述建議，認為美國著作權法應適度修正，使其可包含經由傳輸散布予公眾，以充分反映資訊著作可藉傳輸散布出去，而此種傳輸亦應屬於著作權人之專屬散布權限之內之情形，同時，它並建議將傳輸定義為介於作為演出或展示之溝通用及重製散布用之間的傳輸。雖然有部份學者認為此舉是

⁹⁹ 請參閱趙之敏，電腦網路上電子佈告欄與網路論壇之著作權問題研究，註 76，第 47 頁，東吳大學法律學研究所碩士論文，85 年 8 月。

畫蛇添足，認為根據條文原意及邏輯推測，傳輸本應寓於散布的範疇之中，而判例中亦曾把傳輸著作到電腦記憶體的行爲認定為散布；有些人則認為，即使傳輸不包括在散布的範圍，重製權也足以保護傳送的結果。因此，最後此法案並未通過。但從此過程來看，我們仍可推論在美國法下的散布權概念是可能包括傳輸的，同時美國法下的散布權是可適用於現今的數位科技的。但須注意，並非所有的傳輸都與散布有關，即使與散布權有關，也不一定非法；因為所謂散布必須是向公眾(to the public)為之，故散布本身若未達公開階段，即可能不屬於著作人專屬權利範圍內之行爲，因此，傳輸如僅及於私人之間以電子郵件 E-mail 方式從 A 電腦到 B 電腦，即非所謂向公眾散布，而且在合理使用的範圍內，傳輸多數的複製物，也不違反散布權。

另外在網路適用上可能造成其他疑問，例如何謂租賃？舉例而言，從網路上付費下載隨選（On-Demand）電影的行爲是租賃嗎？從支付費用而且只能看一次的觀點來看，似乎是租賃的行爲，但是從下載觀賞後不用再返還的觀點來看，又不像是租賃，這樣的疑問可能會造成日後適用的不確定性，還有待美國司法實務來釐清。

（六）與 WCT、WPPT 的散布權之比較

WCT 第六條¹⁰⁰規定，文學及藝術著作的著作人應該享有授權藉由買賣或其他所有權移轉的方式來對公眾提供（Making Available to the Public）其原作或複製物的專屬權。這與美國法相比來看，似乎範圍比較廣，因為美國法只包括了複製物及錄音物的散布而不包括原作的散布，不過在另一方面，美國法的散布權尚包括出借的方式，但是 WCT 則不包含。

¹⁰⁰ See WCT Article 6 Right of Distribution (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.

四、美國法下的公開(Publicly)概念

§101: 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.

美國著作權法 Section 101 中對此有加以定義：「公開」表演或展示意指：

1·在對公眾公開的場所或任何超過家庭社交範圍數量的人聚集之處的表演或展示，或 2·透過任何設備或方法來傳輸或其他傳達著作的表演或展示於 1 所定義的地方或公眾，無論接收表演或展示的公眾成員是同地或異地、同時或異時來接收。

在此必須注意的是，美國著作權法中「to the public」與「publicly」之用語都曾出現，在散布權中使用前者，而在表演、展示等，則用後者的概念，二者似乎仍有區別，因此本文才會於介紹散布權時，使用對公眾散布權的用語，而在介紹表演權及展示權時，使用公開表演權及公開展示權的概念。

另外，由於本條對公開的定義，包含傳輸及傳達於公眾的行為，因此也會包含網路上傳輸表演或展示的情形，但是必須與散布權中所包含的網路上傳輸加以區別，網路上傳輸表演或展示若要構成公開表演權或公開展示權，必須接收端接收時是表演或展示，而非單純的著作本身¹⁰¹。例如，若網路上傳輸的是一個表演的檔案，接收者接收時並不能看到表演，則此時乃散布權涵蓋的範圍(此時暫不討論之前可能的重製行為)，相反地，若接收者接收時看到的是表演而不是一個檔案而已，那就會落入公開表演權的範圍。

¹⁰¹ See David L. Hayes, Advanced Copyright Issues on the Internet, can be available on Lexis-Nexis.

但是，如果網路上的傳輸包含複製物的傳輸並且接收者可以看到表演，則可能會同時落入散布權與公開表演權的範疇，此時，可能就會產生爭議，這或許要透過契約的安排或是法院的決定來解決爭議¹⁰²。

此外，還有一個疑問，所謂傳輸公開表演或展示，是否必須同步的傳輸，或者也包含非同步的傳輸¹⁰³，有人認為，在制訂著作權法時，當時的科技只有同步的傳輸，例如廣播，而沒有非同步的傳輸，因此，本條之內容並不包含非同步的傳輸；但這樣一來，許多在網路上下載著作或者利用家用錄放設備錄下後再播放的情形，就無法構成公開表演權，而美國表演權仲介團體在音樂著作時卻常常是收取對公眾散布權以及公開表演權的授權費，這樣便有所疑問。但另外也有人認為，是否構成公開表演權應該從接收者的角度來看，而不是從使用的傳輸科技來看，尤其是在傳輸方可以控制接收方可以看到什麼以及何時看到時，因此在一九九五年錄音著作數位表演權法中就表演權便建議，如果傳輸系統被設計為允許接收者在接收傳輸之同時聽到聲音錄音，並且聲音錄音是被大量快速的傳輸到接收者的電腦記憶體而被錄下，並且之後不能被為了其他目的或情況而被保留，此時的傳輸會構成公開表演。關於這樣的疑問，在網路上更是模糊不清，因為網路上的傳輸科技是所謂的「封包轉換」科技，在某些意義上是非同步的，此外，記憶體緩衝，磁性或光學儲存裝置，也是屬於非同步的，因此這樣的疑問更加明顯。但是這樣的疑問可能還有待司法做進一步的釐清。

五、美國法下的公開表演(Public Performance)權概念

§106 (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly.

§101: 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

¹⁰² See Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet-The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, P.503.

¹⁰³ 同註 89。

other audiovisual work, or show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.

美國著作權法 Section 106(4)規定著作權人就文學、音樂、戲劇、編舞、模仿、動畫及其他視聽著作，享有公開表演此受著作權法保護的著作的權利，而在 Section 101 中則將表演定義為直接或間接透過任何設備或方法來朗誦、演奏、演出、跳舞或扮演……。

由這樣的定義來看，美國法下的表演不僅包括第一次的演出，還包括了任何進一步將表演傳送給公眾的行為，因此，甚至只是打開收音機給公眾來聽也會構成此定義下的表演，當然，廣播公司傳送現場表演也會構成¹⁰⁴。此外，在今科技的發展之下，用其他科技來傳送，也會構成本條之表演。

如上所述，未經授權的網路上公開傳輸表演也是會構成公開表演權的侵害，其餘爭議已如前述，不再贅言。

六、美國法下的公开展示(Public Display)權概念

§106 (5)in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, or display the copyrighted work publicly.

§101: To “display” a work means to show a copy of it, either directly or by means of a film, slide, television image, or any other device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show individual images nonsequentially.

美國著作權法 Section 106 (5)規定了公开展示權，規定著作權人就文學、音樂、戲劇、編舞、模仿、動畫及其他視聽著作，享有公开展示此受著作權法保護的著作的權利，而在 Section 101 中則將展示定義為直接或間接透過影片、投影片、電視影像或其他任何設備或方法來非連續的展現個別的影像。因此，

¹⁰⁴ See Marshall Leaffer, Understanding Copyright Law, third edition, P.321.

如果透過電視展示一個名家的照片，或者是舞蹈的一個片段的影像，都是公開展示權所涵括的。

此外，如上所述，未經授權的網路上公開傳輸展示也是會構成公開展示權的侵害，其餘爭議已如前述，不再贅言。

七、美國法下的數位傳輸表演權(Digital Transmission Performance Right)

§106 (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

美國著作權法在 Section 106 (6)對於錄音著作 (Sound Recordings)，僅賦予用數位影音科技來傳送之公開表演權。本來，錄音著作是被排除於同條第四款的公開表演權之外的，但是由於數位影音科技的發展，具有大量、快速而且品質良好的傳輸特性，再加上美國錄音工業的強力遊說，造成美國政府的巨大壓力，使得美國政府亦不得不加以重視相關之問題，因而加入了數位表演權的規範。

由於近年來有諸多廣播業者利用網路設備進行錄音著作之數位化傳輸，數位千禧年著作權法 Section 405 乃修正 Section 114 條，確認該等廣播機構於類比式廣播時代之特權得延伸適用至數位化廣播時代，並且同時於 Section 114(d) 規定數種例外規定，以爲合理之限制；而在法定授權制度之適用對象方面，除擴及於網路上之非訂購式傳播之廣播外，並就原本之分類作進一步修正。而關於法定授權之費率方面，本法案並設置著作權使用報酬仲裁委員會，以訂定合於市場價值之費率與條件。

本來在「1995 年錄音著作數位化表演權法案」之規定下，音樂網站 (Webcaster) 與錄音著作之著作權人團體對於是否應支付錄音著作之使用報酬，因對於該法案之不同詮釋而有不同意見。錄音著作之著作權人團體「美國錄音工業協會 (Recording Industry Association of American, 簡稱 RIAA)」認爲

「1995 年錄音著作數位化表演權法案」規定訂購式服務或互動式服務均須支付錄音著作之使用報酬，音樂網站係屬該法案所稱之互動式傳輸錄音著作之服務，對於將錄音著作重製於電腦硬體上並進而傳輸之行爲，應支付錄音著作之使用報酬，惟此一見解並不爲音樂網站所認同。在新法之規定下，音樂網站(Webcaster)將必須於現行支付音樂著作之著作權人使用報酬外，另行再支付一定費用予錄音著作之著作權人。其費率將由相關各方協議之，如六個月內協議不成，則透過仲裁定之。初步之估計，該項費率可能在音樂網站年收入百分之五以下。同時，音樂網站亦必須於播出錄音著作時於網站上標明目前播放之錄音著作名稱及其所屬錄音公司，並以著作權人所使用科技保護方式傳輸該等錄音著作。

八、美國法下的公開傳播權(Right of Communication to the Public)概念

雖然美國制訂著作權法時，並未有網路科技之發展，因此有些學者認爲著作權法原有之規定，無法適用於新興網路科技之上；但是如上所述，由於多數美國學者及實務案例顯示，美國法下的散布權透過解釋即可以包含網路上之公開傳輸行爲，且也可包含 WCT、WPPT 所要求的對公眾提供權(Making Available to the Public)的規範，再加上其它原本已有的公開表演權、公開展示權、數位傳輸表演權也可包含網路上之傳輸(同步及非同步)等相關權利，這些權利一併觀察，應該已可符合國際公約中有關公開傳播權之規範，因此在美國修訂著作權法時，亦即 DMCA 數位千禧年著作權法，並未賦予著作權人名爲公開傳播權的新專屬權利；當然除了這個因素外，其實美國在訂定 DMCA 時，重點放在科技保護措施、反規避條款、權利管理資訊等與其所掌握之數位科技時代商業利益較爲相關之權利之上，而不放在公開傳播權上，並且如上所述，原有之相關概念尚可符合國際公約之要求，在國際會議上亦未遭受其他國家代表團之反對，因此並未增訂新的權利¹⁰⁵。反觀我國，本來就沒有散布權之

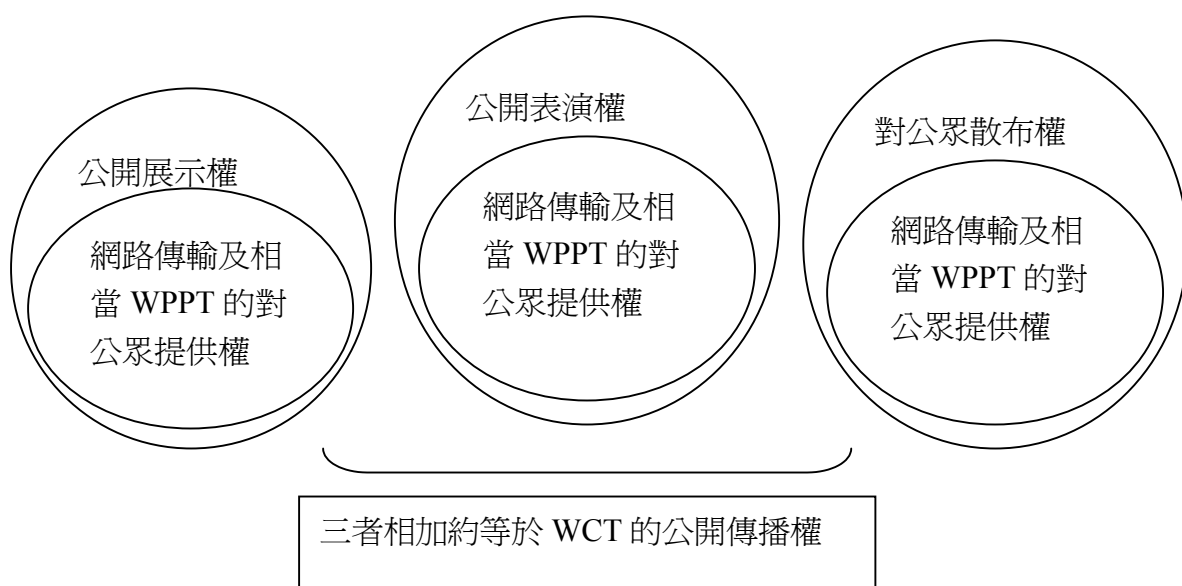
¹⁰⁵ See Mihaly Ficsor, The Law of Copyright and the Internet-The 1996 WIPO Treaties, their

概念，而原有之公開播送權是否可以包含網路上之互動式傳輸，實務並無相關案例，而學界的意見雖然正反不一，但似乎較多見解認為並不包含網路上之互動傳輸，如此一來，保護之範圍較之於公約所要求之公開傳播權，恐怕有所不足。

九、小結

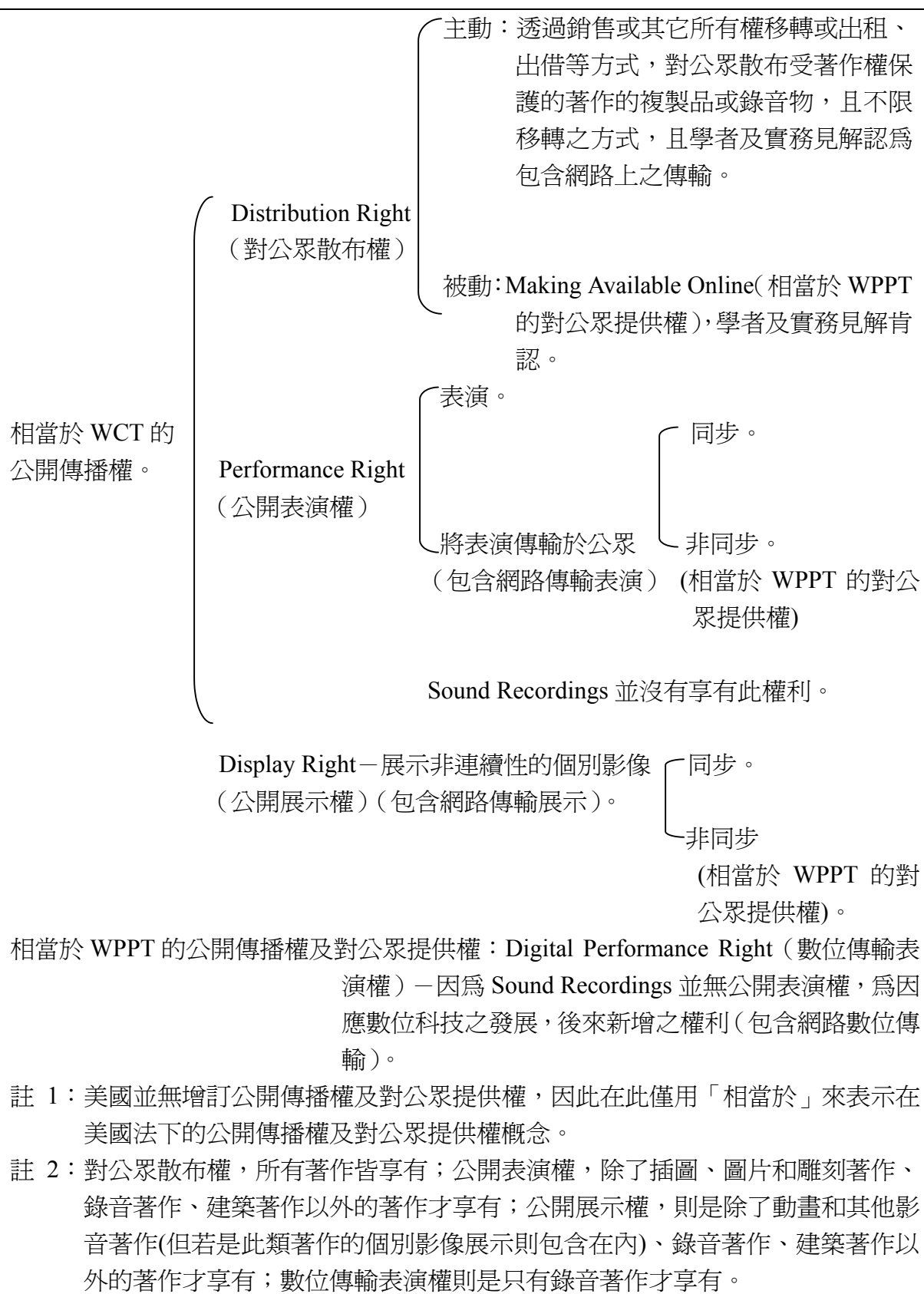
美國著作權法亦無鄰接權之概念，此點與我國相近，但是其要求著作必須具備固著的要件，且其權利體系與我國並不太相近，再加上其學說實務見解與國際公約規範之內容較為接近，以及該國之國際實力，這些部分我國與之相去甚遠，就此部分來說，美國立法之部分對我國之參考價值相對而言似乎較低；不過，就另一方面來看，美國法並未新設公開傳播權，而是透過原有權利體系之規範解釋，達到國際公約之要求，並且其作法也為國際條約的各國代表團所接受¹⁰⁶，就此部分，則可供我國參考。

肆、圖示及體系建構



Interpretation and Implementation, Oxford University Press, p.497.

¹⁰⁶ 同前註。



伍、美國數位千禧年著作權法修正前後享有權利比較

就公開傳播權之相關部分，由於美國對此並未增修，所以在修法前後影響並不大，都是用原有之權利體系來解釋，只是國際公約的簽訂，是否會影響實務的發展，未可得知。

陸、美國著作權法與國際公約之比較表解

一、一般著作之情形

	文學、藝術著作				
	各種文學、藝術著作	文學著作	文學、藝術著作改編成電影	電影著作	戲劇、歌劇及音樂著作
伯恩公約	1. 廣播及其他「任何無線」公開傳播(any communication to the public) 2. 將廣播為下述之利用： (i) 「任何有線」公開傳播(any communication to the public) (ii) 以「再廣播」之任何公開傳播(any communication to the public) (iii) 以擴音器等為公開傳播(public communication)	將文學著作或其譯著「朗誦」後之公開傳播(any communication to the public)	1. 公開演出 2. 「有線」之公開傳播(any communication to the public)	1. 享有和原作者人相同之權利 2. 包括公開演出、「有線」之公開傳播	1. 「任何」方式之公開演出 2. 就其演出所為之「任何」公開傳播(any communication to the public)
TRIPS	1. 應遵守 1971 年伯恩公約 Articles 1 至 21 及附錄之規定 2. 未特別就公開傳播權規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
WCT	1. 享有伯恩公約 Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1)之權利 2. 任何公開傳播權(any communication to the public)，包括對公眾提供權(making available to the public)	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
美國	1. 對公眾散布權 2. 除了圖形著作、錄音著作及建築著作以外，享有公開表演權。 3. 除了動畫和其他影音著作、錄音著作及建築著作之外，享有公開展示權。	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定

二、表演、錄音物及廣播組織之保護

	表演人	錄音物製作人	廣播組織
羅馬公約	未固著： 1. 無線廣播權(broadcasting) 2. 公開傳播權(the communication to the public) 3. 固著權 已固著： 1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權(a single equitable remuneration) 2. 重製表演之固著	1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次請求權	1. 再廣播其廣播(rebroadcasting) 2. 公開傳播(the communication to the public)其電視廣播，在收取門票之公開場所 3. 固著廣播 4. 固著之重製
TRIPS	1. 無線廣播現場表演(broadcasting by wireless means) 2. 公開傳播現場表演(the communication to the public) 3. 固著及重製固著	直接或間接重製。	1. 以無線之方式將廣播再廣播(rebroadcasting) 2. 將電視廣播公開傳播(the communication to the public) 3. 固著及重製固著
WPPT	未固著： 1. 無線廣播權(broadcasting) 2. 公開傳播權(communication to public) 3. 固著權(fixation) 已固著： 1. 對公眾提供權(making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them) 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權	1. 對公眾提供權(原文用語同左) 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次請求權	未特別規定

美國	一、現場音樂表演之表演人： 未固著及未經授權固著： 1.固著權及重製未經授權之固著物權。 2.傳輸及其他公開傳播權。 3.散布權及提供散布權。 已獲授權固著： 依固著後之著作所享有之散布權、公開表演權、公開展示權等相關權利來規範。 二、其他表演人 未固著:未特別規定(似乎有所不足)。 已固著： 依固著後之著作所享有之散布權、公開表演權、公開展示權等相關權利來規範。	一、錄音著作享有數位傳輸表演權、對公眾散布權。 二、須支付音樂著作權人及錄音物著作權人報酬，費率協議定之。	未特別規定
----	--	---	-------

三、分析比較¹⁰⁷

從上表來看，我們可以將美國與國際公約相關規範之要求加以分析比較如下：

(一)WCT 公開傳播權¹⁰⁸之部分

WCT 在以下之部分似乎比美國法所規定之範圍來得廣：

¹⁰⁷ See David L. Hayes , Advanced Copyright Issues on the Internet, can be available on Lexis-Nexis.

¹⁰⁸ See WCT Article 8 : Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.

（一）沒有「複製物（Copy）」之要件

WCT 並未要求公開傳播權之客體必須是著作的 copy 或 phonorecord，但是美國法下的散布權卻必須以此為要件，將有可能排除一些 WCT 的散布權可以包含之部分，換言之，美國法只包括了複製物及錄音物的散布而不包括原作的散布，WCT 則可包含原作之散布；不過在另一方面，美國法的散布權尚包括出借的方式，但是 WCT 則不包含。

（二）網路上之傳輸

這部分已如前述，學者及實務間對此有所爭論，認為美國原著作權法的條文恐怕無法涵括網路上的傳輸情形，也因此白皮書認為美國著作權法並不夠明確，所以建議修法以杜爭議，可惜最後仍未通過，不過後來的實務案例有許多採肯定見解，或可推論美國實務慣例已將之承認，惟此點仍待美國實務有更多的案例來加以釐清。

（三）授權公開傳播

WCT 第八條的用語包含授權任何公開傳播，因此，單純只有授權而沒有實際公開傳播的情形，也是屬於著作人的專屬權，這部分美國法恐怕無法加以包含。

（四）對公眾提供權

WCT 第八條所規定的公開傳播權，包括對公眾提供權，這部分在美國法的散布權並無明文規定，而是透過實務及學者的見解來擴充。

(二)WPPT 對公眾提供權¹⁰⁹之部分

美國與我國相同，並不採取所謂的「鄰接權」制度，因此，對於表演人、錄音物之保護，原則上是以著作的形態來加以保護，惟因美國法受保護的著作必須具備「固著」之要件，而因為美國音樂團體之力量較強，因此，對於未固著之音樂表演，美國法放鬆其本應「固著」才受保護之要件，另外予以 1.固著權及重製未經授權之固著物權、2.傳輸及其他公開傳播權、3.散布權及提供散布權等權利來加以保護。此外，錄音著作本不享有公開表演權、公開展示等權利，因此，也另外賦予數位傳輸表演權，加上原即享有之對公眾散布權，如此一來，雖然沒有另外增訂公開傳播權與對公眾提供權，也可以符合國際公約之規範。

柒、美國著作權法相關規定分析

一、美國法相關規定是否真可包含數位科技之傳輸

如上所述，美國自己認為原有之相關規定，即可符合國際公約因應數位科技所新增之公開傳播權之規範，而不須另外再增訂，但是果真如此嗎？

其最主要的爭議在於網路上的傳輸以及對公眾提供權這二個數位科技時代新興的態樣，是否可為美國著作權法中的相關權利所包含。

事實上，對於網路上新興的傳輸態樣，究竟應由何種權利來加以規範，在國際會議上，本有歸於散布權或是公開傳播權的爭議，最後為了協調各國法制，並不強制各國採取新設公開傳播權的方式，而允許各國在其本已依照伯恩

¹⁰⁹ See WPPT Article 10 : performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.
Article 14 : producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

公約架構下所採取的權利體系來修改¹¹⁰，因此，美國決定不增設新興的公開傳播權，而是由其原有的散布權、公開表演權、公開展示權以及新設的數位傳輸表演權等概念，共同構成國際公約下所稱的公開傳播權及對公眾提供權，

不過，關於此點，美國內部對此也曾有不同看法已如前述，其中有人認為於散布權的部分，由於法律制訂時期，並未有所謂之數位科技，解釋上是否可適用於後來之數位科技即有疑義；又散布權必須所散布者為複製物或錄音物等有形實體（Physical）的東西，數位科技之傳輸是否符合，也仍有討論之空間；甚至也有認為重製權即足以保障著作權人，無須修法……等等之看法。由這些美國學者間對此問題之懷疑看法，正顯示出對於美國相關規範是否已可適用於新興科技而能符合國際規範之疑問。

雖然，大多數美國實務及學者看法，仍採肯定見解，並且修法未加以增訂對公開傳播權，某程度也可以反映此種看法，但是，其是否真的如此，在法律文字上似非完全無疑，不過由於有多數實務及學者見解之後援，並且國際上也不強制規定要增設新的權利，因此，除非各國有所爭執，目前美國的規定也尚難謂其違反國際公約。

二、美國法是否符合國際公約有關公開傳播權之規範

美國對於國際公約有關公開傳播權之規範部分，並未增設新興之權利，只是透過學者及實務之看法，以舊有相關之權利，擴充相關權利之內涵，使之包含網路上之傳輸及對公眾提供權，藉此解釋來符合國際公約之要求，如此是否真能符合，以下分別來檢驗。

首先，就一般著作之部分，藉由本章的陸、一之表來分析，可知著作權人享有：1．對公眾散布權、2．公開表演權（除了圖形著作、錄音著作及建築著作以外的著作享有）、3．公開展示權（除了動畫和其他影音著作、錄音著

¹¹⁰ See Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet-The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, p.497, also see Chapter 4.

作及建築著作之外的著作享有)。由於某些著作種類被排除在 2 及 3 之權利外，看起來似乎比起國際公約保護的範圍要小，但是實際來看，這些排除的著作類型，在公開表演權的部分，圖形著作的公開傳播方式，是以公開展示權來規範，建築著作，國際公約並未要求保護，而錄音著作雖被排除，但在國際公約中也只有非強制性的一次性合理報酬請求權，因此縱然排除亦不違反國際公約；再就公開展示權來看，同樣的，關於建築著作，國際公約也未要求保護，而錄音著作雖被排除，但在國際公約中也只有非強制性的一次性合理報酬請求權，縱然排除仍然不違反國際公約。亦即，美國法在某些著作類型中排除某些權利，看起來使得美國著作權法提供的相當於國際公約的公開傳播權保護似乎較國際公約所要求的範圍來得小，但是實際分析後，發覺並不違國際公約之規範。

再就錄音物製作人、表演人部分來看，同樣藉由本章的柒、二之表來分析，原則上國際公約所要求的相關規範，美國大致也都有相對應的規定，只是在非現場音樂表演人未固著其表演的情形(例如現場戲劇表演人)，必須依照表演著作的相關權利來主張，因此必須固著才能主張，換言之，非現場音樂表演人就必須依表演著作之規定來主張，要件較為嚴格，一旦符合保護之要件，就會享有包括相當於國際公約所要求的公開傳播權及對公眾提供權相關之權利，而且國際公約並未要求對於表演應採取著作或鄰接權之方式來給予保護，因此，美國法之規定也可符合國際公約之規範。

三、第一次銷售原則(First Sale Doctrine)於網路傳輸之適用

所謂「第一次銷售原則」(First Sale Doctrine)，亦有稱為「權利耗盡理論」(Exhaustion Theory)，乃是著作權本身之一種限制，其意指對於一項著作物正版之合法取得人，可不需經著作權人的同意，將該著作物加以處分，包括毀棄、贈送、出租、轉讓給任何人，而不需要再得到原著作權人之授權，小說出租店就是個典型的例子。因此，第一次銷售原則的重點在於，著作人對其著作物之

控制僅僅及於將著作複製物出售之前，在第一次散布其合法版本著作物之後，即喪失其控制權限而不可再予以干涉，美國著作權法第 109(a)條對此有明文之規定。問題在於進入數位時代後，如果使用者於其電腦內所獲得的一份複製版本也可以適用此一原則的話，則該使用者嗣後又可再予繼續散布出去，也不須再徵得著作人的同意，這樣似乎有所不當，因此，這項原則應用在新興數位科技發達後新型態之「電子散布」(electronic dissemination)時，當然會造成相當大的爭議。

依據美國資訊基礎架構 IITF 智財權工作小組白皮書之意見，第一次銷售原則本來是在處理傳統有形複製版本，亦即在物理上可具體持有之狀況，以書本為例，發行商將書發給批發商，然而從批發商到零售商，再由零售商到消費使用者手中，甚至從使用者再給其他的使用者，第一次銷售原則即在規範當發行商第一次出售給批發商，其後所有的移轉，發行商對該著作版本即喪失權利，亦即在出售後權利即已耗盡而喪失控制權。但相反的，電腦網路等數位科技之傳送卻展現出另一種不同與上述傳統方式之散布型態。以網路為例，在網路上的資訊傳遞根本不需要實際將複製版本移轉出去（可持有在自己手中），使用者祇要藉電腦操作即可由他人從另一部電腦上得到另一份「版本」，惟第一次銷售原則並未准許將他人著作，透過數位科技方法（如以電腦網路方式）傳送出去，因為此種「傳輸」(transmission)實際上已涉及重製行為¹¹¹。

此外，美國法對於第一次銷售原則也有二項例外規定，即其不適用於電腦程式及錄音著作，亦即此二項著作之權利人，對於其著作複製版本第一次銷售之後仍可取得控制，在此例外之下，任何人合法購買此二種產品，以商業的目的而將其出租，仍屬違法行為。此乃因這些著作價值高昂，卻可以很容易地以較低之成本予以複製，而且複製版在品質上也不比原版差；基於同樣的思考，數位科技都可能存有此一問題，因此，著作以數位化形式所普遍產生之侵權問

¹¹¹ Information Infrastructure Task Force, Intellectual Property and the National Information Infrastructure Report of the Working Group on Intellectual Property Rights(Sept. 1995)

題，實在應該予以正視。

總之，資訊透過網路之「傳輸」，因已涉及重製、散布，而原本之合法複製版本並未被處置，仍留在原所有人手中，接收者取得之版本為另一份 copy，而非原本那份複製之版本，故不應適用第一次銷售原則；並且，縱然傳輸出去的是原本之版本，由於其並非傳統有形物體之移轉，移轉人仍可保有相同品質之版本，因此，在解釋上也應該認為並不適用第一次銷售原則，在本章參、三、(三)中的二個實務案例似乎也採此種看法，不過，美國實務如何運做，仍然有待深究，但此與本研究案較不密切，因此不再詳述。

捌、結論

我國應如何修法，雖然應該參考國際條約與各國立法情況，但亦應斟酌衡平各方之利益、並考量弱勢族群之扶植及教育文化之促進等等情形，而不宜只是貿然跟隨其他國家之立法，如此方可保護我國相關產業並維持著作權人與著作利用人之權益。

第六章 澳洲公開傳播權之相關規範

壹、前言

現今數位科技一日千里，發生許多當初訂定著作權法時所無法預料之問題，尤其在網路所形成的數位環境中，各種著作幾乎都具有可以數位化，可透過數位科技大量且便宜的複製，並可透過網路迅速的傳播的特性，此種發展雖使知識更容易普及，但是也使得著作權人在保護著作權及其管理上，面臨更大的挑戰。

此外數位資訊時代的主要傳播媒介 Internet（網際網路）之數位科技發展迅速以及利用數位化著作衍生出許多新形態商品與服務，例如隨選（on-demand）、網路廣播（Webcasting）、計次付費（Pay-per-View）等等。除了因上述之特性，對於既有之著作權保護與實行產生了重大的衝擊，並且由於這些新的服務發展，也衍生出更多的法律與技術的衝突問題，例如 Napster 的 peer-to-peer 服務、防止重製的技術如浮水印（watermark）、解密（如 DeCSS 爭議）等等。

爲了因應這些問題，世界各國紛紛採取新的立法加以因應，澳洲也不例外，我國最近更在加緊修法之時程，因此，澳洲之立法在此時或有值得我國參考之處，故以下將就澳洲法之規定加以探討，期能對我國立法有所幫助。

貳、澳洲著作權法修法背景、過程及內容概述

世界各國及相關組織爲了因應數位科技之特性所帶來如前言所述之衝擊，大多已訂立或修正相關之規範，因此，澳洲也在西元二千年八月十七日時通過了一個名爲 Digital Agenda 的著作權法數位議程修正法案(Bill)，於二千年九月四日獲得皇室同意，成爲 Digital Agenda 著作權法修正法(Copyright Amendment (Digital Agenda)Act 2000, Act No. 110 of 2000)，並於二千年一月三日開始生效，期能對新興數位科技之著作權相關問題做一明確之規範，並能因應世界潮流，達到 WIPO Copyright Treaty(WCT)、WIPO Performances and Phonograms Treaty(WPPT) 以及美國 Digital Millennium Copyright Act(DMCA)等規範之保護標準。

其修正之內容大致包含了 ISP(Internet Service Providers)業者之責任、電子權利管理資訊、科技保護措施、廣播解碼設備、文化教育機構支付適當報酬使用線上資訊(On-Line)之權利、新增訂公開傳播權(Right of Communication to the Public)等等¹¹²，大致與國際趨勢相符，其中與本研究案最為密切相關者即增訂公開傳播權之部分，因此以下將置重點於此部分。

參、澳洲著作權法概述

澳洲著作權法之體系，其實非常簡單清楚，大致可分為以下幾個部分：序言（Preliminary）、解釋定義（Interpretation）、文學、戲劇、音樂及藝術著作（Work）的著作權、其他不是著作的受保護客體（Subject-matter）的著作權、違法行為及賠償、播送解碼設備（Broadcast decoding devices）、教育或其他機構的重製和傳達（Communication）著作等、過渡期間、表演人之保護……等，從其章節之編排，可以一目瞭然整個著作權法的體系。

事實上，澳洲的著作權法乃先就一般性之事項加以規定，之後就保護之客體而言，再區分成 work 以及 subject-matter 來分別規定，因此可知在澳洲的著作權法下，雖然並沒有德國所謂的鄰接權制度，但是從其區分 work 與 subject-matter 分別規定來看，可以得知澳洲仍然有注意到二者之特性應有所不同，故分別加以規定。之後，在這二大類之下，再分別規範不同種類著作所享有之權能、限制、期間……等相關規定。此種編排方式，除了將一般規定統一訂定之外，也依據各個著作之特性分別在其下規定相關之事項，在體系上較為簡明易懂，其缺點則是法典內容較為龐大。

與我國對照而言，我國法之體系是分別就著作之種類及權能加以定義，然後在權能之中排除某些著作種類的適用，似乎不太符合使用之習慣，舉例而言，一

¹¹² See Copyright Reform: Copyright Amendment(Digital Agenda) Act 2000,P.1,at <http://152.91.15.12/www/securitylawHome.nsf/HeadingPagesDisplay/Home?OpenDocument>

般人若想對某本文學著作為某些利用時，此時若想要探查是否有侵害著作權或者須要得到著作權人哪些授權，通常直覺的反應會想找文學著作的相關規定來看，但此時在我國著作權法之體系之下，恐怕沒這麼容易，而必須先去找這個利用行為會構成什麼權能，然後再看看那個權能的規定中是否有排除文學著作的適用，而在此同時，因為我國著作權法對權能的切割甚細，就連攻讀著作權法之專業人士，也未必可以完全理解，若要利用人來判斷自己的利用行為可能構成何種權能而須要得到何種授權，恐怕有其困難；相反地，在澳洲法之體系下，除了一般規定外，對某種類型之著作若有特別之規定，皆已集中規定在一起，因此，利用人只要找到這個類型著作的規定，馬上就可以知道自己須要得到哪些授權，相反地，權利人也知道自己有哪些專屬權，使用上較為方便簡單，似有值得我國參考之處；當然這樣的作法不免重複規定，因而法典篇幅將會較為龐大，此為其缺點。

另一點值得我國參考之處，乃澳洲法就相關定義之規定，可說是占了相當大之篇幅，除了一般規定之外，每個特殊之章節也另外有定義之規定，甚至相同之用字，在不同的地方可能代表不同之涵義也會明確的釐清，這樣實有助於相關概念之釐清，雖然耗去較大之篇幅，但概念也較清楚，或值我國參考。

肆、澳洲著作權法之相關概念

一、受澳洲著作權法保護的著作類型

（一）文學、戲劇、音樂、藝術著作（Works）。

（二）其他受著作權法保護的客體（Subject-matter）：包括錄音著作（Sound recordings）、電影影片（Cinematograph film）、電視和聲音播送（Television broadcast and sound broadcast）、著作的製版（published editions of works）。

二、各類型著作所享有之權利

Section 31 Nature of copyright in original works

(1) For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, copyright, in relation to a work, is the exclusive right:

(a) in the case of a literary, dramatic or musical work, to do all or any of the following acts:

(i) to reproduce the work in a material form; (ii) to publish the work; (iii) to perform the work in public; (iv) to communicate the work to the public; (vi) to make an adaptation of the work; (vii) to do, in relation to a work that is an adaptation of the first-mentioned work, any of the acts specified in relation to the first-mentioned work in subparagraphs(i) to (iv), inclusive; and

(b) in the case of an artistic work, to do all or any of the following acts:

(i) to reproduce the work in a material form; (ii) to publish the work; (iii) to communicate the work to the public; and

(c) in the case of a literary work (other than a computer program) or a musical or dramatic work, to enter into a commercial rental arrangement in respect of the work reproduced in a sound recording; and

(d) in the case of a computer program, to enter into a commercial rental arrangement in respect of the program.

依澳洲著作權法之規定，一般原創著作享有的著作權是指以下之專屬權：
在文學、戲劇、音樂著作是指重製、出版、公開表演、公開傳播、改寫等權利。
在藝術著作則是指重製、出版、公開傳播等權利。

Section 85 Nature of copyright in sound recordings

(1) For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, copyright, in relation to a sound recording, is the exclusive right to do all or any of the following acts:

(a) to make a copy of the sound recording;

(b) to cause the recording to be heard in public;

(c) to communicate the recording to the public;

(d) to enter into a commercial rental arrangement in respect of the recording.

聲音錄音物依澳洲法規定，享有複製、使公眾聽到錄音、公開傳播錄音等權利。

Section 86 Nature of copyright in cinematograph films

For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, copyright, in relation to a

cinematograph film, is the exclusive right to do all or any of the following acts:

- (a) to make a copy of the film;
- (b) to cause the film, in so far as it consists of visual images, to be seen in public, or, in so far as it consists of sounds, to be heard in public;
- (c) to communicate the film to the public.

電影影片依澳洲法之規定則享有複製、使公眾聽到或看到影片或其聲音以及公開傳播影片的權利。

Section 87 Nature of copyright in television broadcasts and sound broadcasts

For the purposes of this Act, unless the contrary intention appears, copyright, in relation to a television broadcast or sound broadcast, is the exclusive right:

- (a) in the case of a television broadcast in so far as it consists of visual images—to make a cinematograph film of the broadcast, or a copy of such a film;
- (b) in the case of a sound broadcast, or of a television broadcast in so far as it consists of sounds—to make a sound recording of the broadcast, or a copy of such a sound recording; and
- (c) in the case of a television broadcast or of a sound broadcast—to re-broadcast it or communicate it to the public otherwise than by broadcasting it.

電視播送及聲音播送在澳洲法的規範下享有以下之專屬權：就電視播送之視覺影像而言，享有將播送的視覺影像製成電影影片之播送以及複製此類播送之電影影片的權利；就聲音播送或電視播送之聲音而言，享有將播送的聲音製成聲音錄音物及複製此類聲音錄音物的權利；並且，就電視播送或聲音播送而言，享有再播送或公開傳播之權利。

總之，澳洲法就各種著作種類分別規範其享有之權利，但大致上與本研究有關的公開傳播權及對公眾提供權皆有納入規範。

三、澳洲法下的公開傳播權(Right of Communication to the Public)之概念

在澳洲的 Copyright Amendment Digital Agenda Act 2000 中（下稱 CADA）特別增訂了公開傳播權（Right of Communication to the Public）的專屬權，其

將傳播¹¹³(Communicate)定義為：使 work 或其他 subject-matter 可線上(on-line)獲得(提供於線上)或電子傳輸(無論是經由有形實體(material substance)或其他所提供的一個路徑(path)或是路徑的連結)；同時將對公眾¹¹⁴(to the public)定義為：對澳洲內或澳洲外的公眾。

綜合上述定義來看，從其修法過程的意見來看，大多認為這樣的增訂使得澳洲法下的公開傳播權之概念¹¹⁵，將包含主動的傳達，其中又包含有線和無線的傳輸，例如 cable 或播送的傳輸；也包含了被動的傳達，例如將 work 或 subject-matter 放在網路上供人閱覽或下載，其定義非常之廣。此外，須注意的是，澳洲法下公開傳播權的方式，並不限於特定的科技，只要是透過連結傳輸設備的電子傳輸皆可包含，例如，在網路上的傳達，並不須要限於銅線，還包含纜線、光纖、甚至微波皆可，但是，並不包括物理的攜帶散布實體形式的著作物。此外，對公眾的明確定義也可使著作權人能夠對由澳洲起源而向澳洲以外之人傳達的情形加以控制。

又，澳洲之所以認為公開傳播權的定義將可以包含有線與無線的傳輸，或許是基於「by material substance or otherwise」的解釋而來，但是其實這樣的用語要如此解釋的話，恐怕還不如使用「by wire or wireless means」這樣的用語，反而會比較清楚。

四、澳洲法下的播送(Broadcast)概念

本來澳洲法下的 Broadcast，是如同一般人所理解的廣播行為，僅限於無線(wireless)的傳輸，但是為了配合數位科技之發展¹¹⁶，CADA 將其定義擴展

¹¹³ communicate means make available online or electronically transmit (whether over a path, or a combination of paths, provided by a material substance or otherwise) a work or other subject-matter.

¹¹⁴ to the public means to the public within or outside Australia.

¹¹⁵ See Information sheet G65 Digital Agenda amendments: an overview, P.1, at <http://www.copyright.org.au>

¹¹⁶ See Copyright Reform: Copyright Amendment(Digital Agenda) Act 2000,P.1,at <http://152.91.15.12/www/securitylawHome.nsf/HeadingPagesDisplay/Home?OpenDocument>

為在 1992 年的播送服務法定義下的對公眾傳達播送的行為¹¹⁷，透過這樣的定義修正，使其不再限於無線傳輸，並且包含了 cable 等有線傳輸，並且將原有的 right to transmit to subscribers of a diffusion service 加以刪除，而完全由播送權來取代。

但是須注意的是，在澳洲法下的播送服務並不包含只提供數據或文字的服務、經要求而且為點對點基礎之提供節目（包含撥接）之服務¹¹⁸。

五、澳洲法下的散布(Distribution)概念

在澳洲法下的散布概念，可能較為特殊，從相關條文¹¹⁹來看，其似乎並未賦予一個完整的散布權，僅在散布的目的是為了交易或是其散布之目的有影響或損及著作權人時才會構成侵權¹²⁰（在此所謂的散布不限於以有形之方式散布，還包括傳達¹²¹的方式），而且澳洲著作權法均將其規定為「應被視為是賣賣或其他交易」，亦即，澳洲法並未賦予著作權人有所謂的散布權，但在某些情形下，例如在某些情形之下，澳洲法規定不得未經許可為了買賣或出租之目的或是其他影響於著作權人權益而進口，在此同時，才將特定條件下的散布也規定視為買賣或交易，因此，澳洲法下可謂並無散布權之概念。

六、澳洲法下的表演(Performance)

澳洲法本來於 Section27 中就對表演已有一些較為抽象之規定，認為表演

¹¹⁷ broadcast means a communication to the public delivered by a broadcasting service within the meaning of the Broadcasting Services Act 1992.

¹¹⁸ Note: A broadcasting service does not include the following:(a) a service (including a teletext service) that provides only data or only text (with or without associated images); (b) a service that makes programs available on demand on a point-to-point basis, including a dial-up service.

¹¹⁹ See Section 116A、132、135AN、135AS、195AU、195AV 等規定，皆有類似如下之用語：「distributes such a circumvention device for the purpose of trade, or for any other purpose that will affect prejudicially the owner of the copyright」。

¹²⁰ 但在有關表演的規定，則用影響其經濟上之利益的用語，see section 248G：「distributes a recording of the performance for the purpose of trade, or for any other purpose to an extent that will affect prejudicially the financial interests of the performer or performers in the performance, being a recording that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording」。

¹²¹ See Section 132 (9) distribute includes distribute by way of communication.

應被理解為關於任何形式的視覺或聽覺表現，無論此表現是用接收設備或是放映電影或是錄音或其他任何方法所為。此外，其認為公開傳播 work 或其他 subject-matter 不構成表演、使視覺影像被看到或使聲音被聽到。

而在 Section 248A 中則有較為具體的解釋，認為表演是指：

- 1．一個戲劇作品或部分此類作品的表演（包括即興表演），包含用玩偶來表演。
- 2．一個音樂作品或部分此類作品的表演（包括即興表演）。
- 3．朗讀、朗誦或演說文學作品或部分此類作品，或朗誦或演講即興創作的文學作品。
- 4．舞蹈的表演。
- 5．馬戲或雜耍或類似的展現或演出……

而以下的行為則不應被認為是表演：

- 1．朗讀、朗誦或演說任何新聞和訊息。
- 2．體育運動的表演。
- 3．分享做為觀眾的演出。

七、澳洲法下表演人之保護

在 1989 年第 107 號澳洲著作權法修正(再制定)法案中，增加了 Part XIA，也就是表演人之保護部分，對於表演人之保護有完整之規範。

Section 248G What constitutes unauthorised use

- (1) A person makes an unauthorised use of a performance if the person, at any time during the protection period of the performance and without the authority of the performer:
- (a) makes a direct or indirect recording of the performance; or
 - (b) broadcasts or re-broadcasts the performance, either directly from the live performance or from an unauthorised recording of it.
- (2) A person makes an unauthorised use of a performance if the person, at any time during

the protection period of the performance and without the authority of the performer:

- (a) makes a copy of a recording of the performance that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording;
- (b) makes a copy of an exempt recording of the performance, being a copy that the person knows, or ought reasonably to know, is not itself an exempt recording;
- (c) makes, for use in a sound-track, a copy of an authorized sound recording of the performance and the person knows, or ought reasonably to know, that the making of the sound recording was not authorised for the purpose of use in that or any other sound-track;
- (d) has in his or her possession a recording of the performance, for the purpose of:
 - (i) selling it, letting it for hire, or by way of trade offering or exposing it for sale or hire; or
 - (ii) distributing it for the purpose of trade, or for any other purpose that will affect prejudicially the financial interests of the performer or performers in the performance; being a recording that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording;
- (e) sells, lets on hire, or by way of trade exhibits in public or offers or exposes for sale or hire, a recording of the performance that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording;
- (f) distributes a recording of the performance for the purpose of trade, or for any other purpose to an extent that will affect prejudicially the financial interests of the performer or performers in the performance, being a recording that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording;
- (g) imports a recording of the performance into Australia for the purpose of:
 - (i) selling it, letting it for hire, or by way of trade exhibiting it in public or offering or exposing it for sale or hire; or
 - (ii) distributing it for the purpose of trade, or for any other purpose to an extent that will affect prejudicially the financial interests of the performer or performers in the performance; being a recording that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording; or
- (h) causes a recording of the performance to be heard or seen in public, being a recording that the person knows, or ought reasonably to know, is an unauthorised recording.

(3) A person who broadcasts or re-broadcasts an authorised recording of a performance without the authority of the performer does not, by so doing, make an unauthorised use of the performance.

(4) This section applies only to acts done in Australia.

在澳洲著作權法第 248G 條規定必須得到表演人授權的行為，否則將會構成未經授權的使用，表演人可依同法第 248J 條對未經授權的使用採取一定必

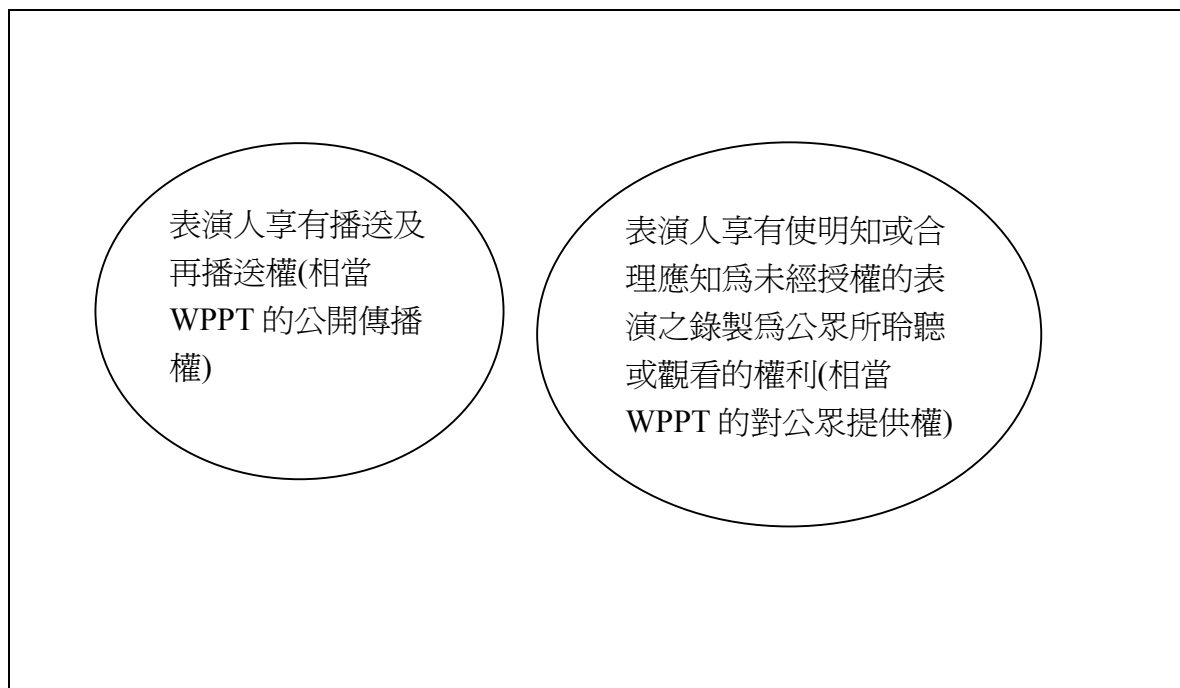
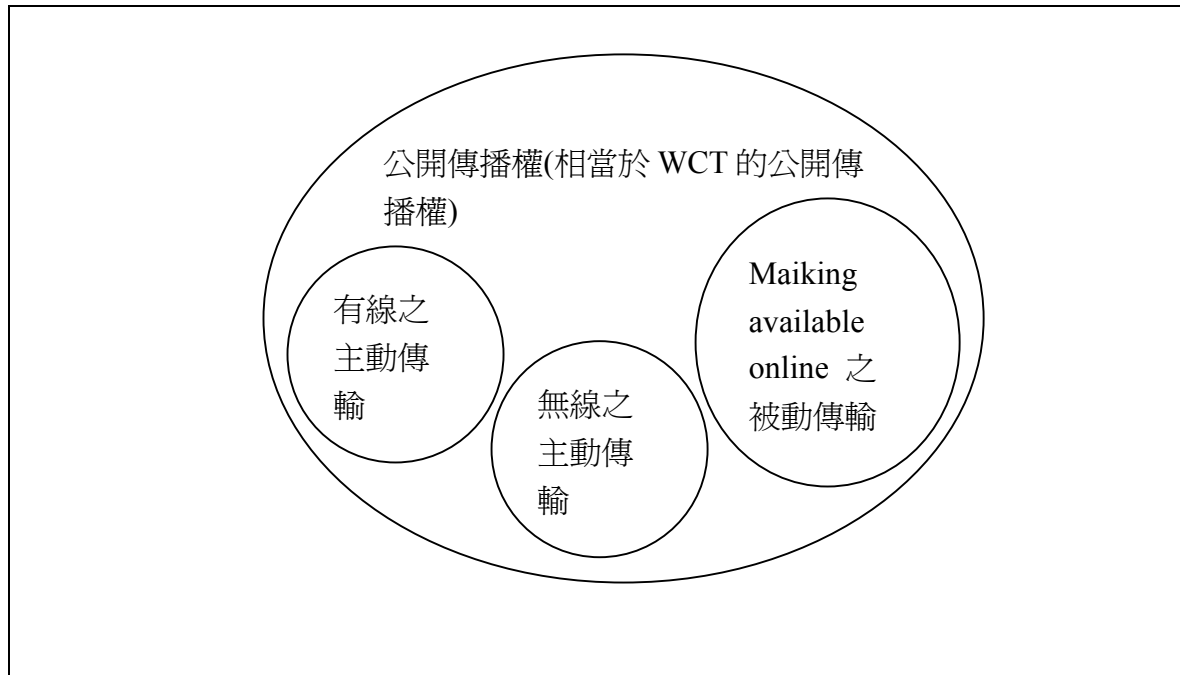
要的行爲¹²²，未經授權的使用包括：未經表演人授權在表演保護期間的任何時間內直接或間接錄製、直接從現場表演或使用未經授權的錄製來播送或再播送表演、複製明知或合理應知為未經授權的表演之錄製，複製明知或合理應知為非豁免的表演之錄製、使明知或合理應知為未經授權的表演之錄製為公眾所聆聽或觀看、未經表演人授權而播送或再播送經授權的表演之錄製等。

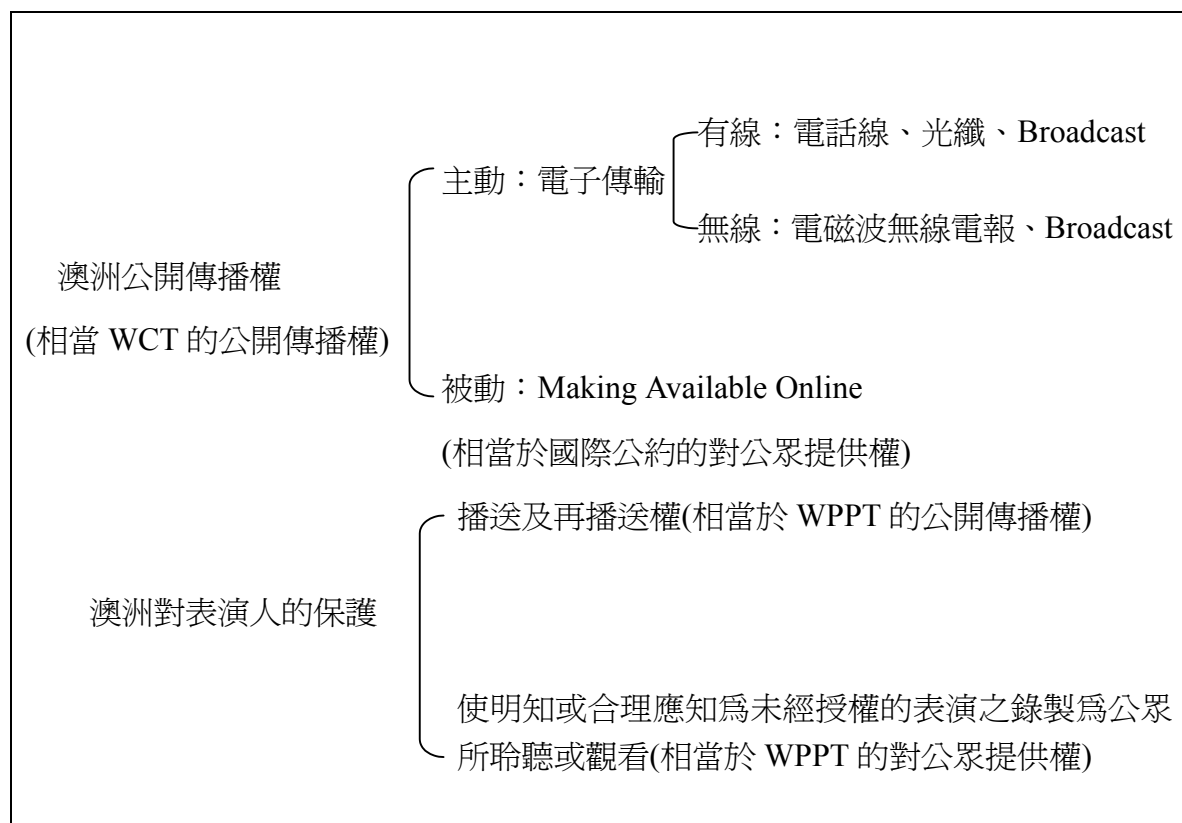
如此一來，對於表演人的保護，大致上已等同於 WPPT 之規範，其享有播送及再播送表演之權利，此相當於 WPPT 賦予表演人的公開傳播權；其亦享有使明知或合理應知為未經授權的表演之錄製為公眾所聆聽或觀看的權利，則相當於 WPPT 的對公眾提供權，因此對於表演人的保護已符合國際規範。

¹²² Section 248J Actions for unauthorised use

- (1) A performer may bring an action for an unauthorised use of his or her performance.
- (2) The relief that a court may grant in an action for an unauthorized use of a performance includes an injunction (subject to such terms, if any, as the court thinks fit) and damages.
- (3) Where, in an action for an unauthorised use of a performance:
 - (a) the unauthorised use is established; and (b) the court is satisfied that it is proper to do so, aving regard to: (i) the flagrancy of the use; (ii) any benefit shown to have accrued to the defendant by reason of the use; and (iii) all other relevant matters; the court may, in assessing damages, award such additional damages as it considers appropriate in the circumstances.

八、圖示及體系建構





九、小結

其實，新增公開傳播權就澳洲法之體系而言實有其優點。

首先，由於各式科技平臺的匯聚組合，使得廣播、cable 傳輸、網路傳輸等等彼此之間沒有界線而難以定義，因此如果細分各種權利，恐怕有其困難之處，用一個概括的公開傳播權來包含，就變得簡單容易多了。

其次，原有的廣播與散播權（diffusion right）之規定，定義上有其難以適用於網路上傳輸的缺陷，因此為了一併規範包含線上傳輸、有線或無線的傳輸，公開傳播權的制訂也有其必要。

此外，還有二點疑問必須提出，由上圖可知，有關 Broadcast 的概念並不限於無線的方式，概念上實在相當的廣泛，事實上我們甚至可以說 Broadcast 的概念已可被公開傳播權所包含，但為何澳洲在立法時並未直接將 Broadcast 之相關規定刪除而仍加以保留呢？其實，從其立法討論過程來看，澳洲為了使

既有的廣播授權契約依然有效，並且不使原來的契約生效範圍延展到公開傳播權之上，才技術性的保留 Broadcast，並將其定義加以延展，以便達成其目的¹²³。

伍、澳洲著作權法修正前後享有之權利比較

一、表解¹²⁴

Rights included in copyright	Part III - Works		Part IV - Other Subject Matter		
	Literary dramatic musical	Artistic	Sound recordings	Cinematograph films	Broadcasts
To reproduce in material form (to copy)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
To perform in public	Yes		Yes	Yes	
To publish	Yes	Yes			
To make an adaptation	Yes				
To do any of the above in relation to an adaptation	Yes				
To enter into a commercial rental	Yes		Yes		

¹²³ See Bills Digest NO. 102 19992000 Copyright Amendment(Digital Agenda) Bill 1999,P.13。

¹²⁴ 轉引自 Bills Digest NO. 102 19992000 Copyright Amendment(Digital Agenda) Bill 1999,P.5。

agreement					
	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
To cause to be transmitted to subscribers to a diffusion service	Yes		Yes		

註：To broadcast 並非新增之權利，於修法前後均有規定此權利，只是在修法後其定義較修法前為廣，權利之內涵有所不同而已。

To cause to be transmitted to subscribers to a diffusion service 是修法前所規定之權利，此權利於修法後被刪除。

To communicate 修法前本無此權利，此乃於修法後新增之權利。

二、比較

由上表可以很清楚看出在澳洲著作權法之下，各類型的著作人享有之權利，於修法前後的差別其實只有在不同網底顏色的部分而已，就如同上表之註中所說明的，最重要的部分其實就在於擴充播送之概念並且刪除散播權而由新的公開傳播權來取代，使得權利人之公開傳播權可以因應科技的快速變化，廣泛的將之包括，而不須再就各種科技應用情形，分別加以規範，其優點在於概念寬廣，可因應科技快速變化之特性，而且權利種類不會過於細分，導致授權、管理複雜，因而這樣的權利可以說賦予著作權人比以往更有利的地位，只要透過公開傳播權之規定，幾乎可以包括任何傳達著作之行爲，特別是影響最深的數位及網路科技，也能加以涵括，對著作權人之保障比起以往更為周延。

陸、澳洲著作權法與國際公約之比較表解

一、一般著作之情形

	文學、藝術著作				
	各種文學、藝術著作	文學著作	文學、藝術著作改編成電影	電影著作	戲劇、歌劇及音樂著作
伯恩公約	1. 廣播及其他「任何無線」公開傳播(any communication to the public) 2. 將廣播為下述之利用： (i) 「任何有線」公開傳播(any communication to the public) (ii) 以「再廣播」之任何公開傳播(any communication to the public) (iii) 以擴音器等為公開傳播(public communication)	將文學著作或其譯著「朗誦」後之公開傳播(any communication to the public)	1. 公開演出 2. 「有線」之公開傳播(any communication to the public)	1. 享有和原作者人相同之權利 2. 包括公開演出、「有線」之公開傳播	1. 「任何」方式之公開演出 2. 就其演出所為之「任何」公開傳播(any communication to the public)
TRIPS	1. 應遵守 1971 年伯恩公約 Articles 1 至 21 及附錄之規定 2. 未特別就公開傳播權規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
WCT	1. 享有伯恩公約 Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1)之權利 2. 任何公開傳播權(any communication to the public)，包括對公眾提供權(making available to the public)	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
澳洲	1. 公開傳播權 2. 對公眾提供權	未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定

二、表演、錄音物及廣播組織之保護

	表演人	錄音物製作人	廣播組織
羅馬公約	未固著： 1. 無線廣播權(broadcasting) 2. 公開傳播權(the communication to the public) 3. 固著權 已固著： 1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權(a single equitable remuneration) 2. 重製表演之固著	1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次請求權	1. 再廣播其廣播(rebroadcasting) 2. 公開傳播(the communication to the public)其電視廣播，在收取門票之公開場所 3. 固著廣播 4. 固著之重製
TRIPS	1. 無線廣播現場表演(broadcasting by wireless means) 2. 公開傳播現場表演(the communication to the public) 3. 固著及重製固著	直接或間接重製。	1. 以無線之方式將廣播再廣播(rebroadcasting) 2. 將電視廣播公開傳播(the communication to the public) 3. 固著及重製固著
WPPT	未固著： 1. 無線廣播權(broadcasting) 2. 公開傳播權(communication to public) 3. 固著權(fixation) 已固著： 1. 對公眾提供權(making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them) 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權	1. 對公眾提供權(原文用語同左) 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次請求權	未特別規定

澳洲	1.播送或再播送表演或錄製物權。 2.使明知或合理應知為未經授權的表演之錄製為公眾所聆聽或觀看。	電影影片及聲音錄音物享有再播送及公開傳播權。	未特別規定
----	---	------------------------	-------

三、分析比較

從上表來看，我們可以將澳洲與國際公約相關規範之要求加以分析比較。對於表演人之保護，澳洲法之規定與國際公約相比已經足夠，對於聲音錄音物雖然沒有享有報酬請求權，不過此並非強制性之要求，因此，沒有規定並未違反國際公約，並且其對於聲音錄音物與電影影片之保護，似乎還超過國際公約之規範，享有公開傳播權而不只是國際條約所要求的對公眾提供權而已。因此，澳洲法之規定應已可符合國際公約之規範。

柒、澳洲著作權法相關規定分析

一、概念簡單，權能不致細分

澳洲法的規定其實相當簡單而清楚，擴張原有之廣播權之概念為公開播送權，並使公開播送權成為公開傳播權的一個下位概念，以符合其著作權法之架構。如此一來，一方面不使以往之廣播權受到影響，另一方面則又能因應新興數位科技之特性加以規範，而且簡單明白，權能不致被區分過細，在我國將著作權之權能過度細分之同時，或有值得我國修法參考、借鏡之處。

二、類似鄰接權之區分

澳洲法亦無所謂鄰接權之概念，但卻有類似之區分，其將著作權所保

護之客體區分為二大類，一類是 work，相當於著作；另一類稱為 subject-matter，類似於鄰接權之概念但似乎又不完全相當，無論如何，其應該也是著眼於此二類客體有不同之特性而分別規定，並且後來為了加強表演人之保護，另於著作權法中增訂「表演人之保護」部分，由於我國也未採取所謂的鄰接權制度，如果不增修鄰接權之法制，此種立法方式似乎有值得我國參考之處。

三、體系架構清楚

澳洲法的體系架構其實相當清楚，從其整個法律的架構即可一窺大致全貌，其先就不同種類之著作分別規範，然後分別就各種著作權能加以規範，包含定義、享有之權能、權利享有期間、侵權種類、不構成侵權之種類……等等，依據不同的著作依其特性分別規定，實有其優點，可供我國立法參考。

四、豁免規定詳盡完整，兼顧教育文化之發展

在澳洲著作權法中可以看見許多不構成侵權行為的規範，大多是為了教育或是協助智力障礙者之類的規範，著重文化知識的傳播而有適當之限制，同時又必須支付相當之報酬，調和著作人權益及社會公益，在我國修法之際，也值得參考。

五、各權利間可以明確區分，不致產生競合困擾

澳洲法下的公開表演權與公開傳播權可以明確的區分，本來表演與公開傳播權二者似乎會有重疊之可能，例如未經授權而透過網路將 A 地的表演傳達給 B 地的人看，這究竟構成公開表演權還是公開傳播權的侵害呢，可能會有所疑義，但在澳洲法之規定下，對於表演，即使是透過網路來傳達於眾，還是屬於公開表演權之範圍之下，但是如果不是傳達表演於

眾，而是單純將著作或其他 subject-matter 傳達於眾，縱然其內容屬於表演，也不構成公開表演權之侵害，而是構成公開傳播權的侵害，這樣的區分，值得我國參考。

六、雖可因應科技快速發展，但亦可能保護過度

澳洲法下的公開傳播權概念甚廣已如前述，優點在於可因應科技快速之發展，但是在此同時，是否有可能過度限縮了其他人使用之可能，甚至將未來之科技傳輸也包括在內，是否有可能在未來發生保護過度之情形，可能還必須加以觀察。

七、不會產生「科技限定」之問題

澳洲法之所以修正 Broadcast 的概念，並且增加了公開傳播權，主要是因為修正前的澳洲著作權法下著作權人所享有的專屬權，會因傳送著作的科技種類而有所不同，也就是所謂的「technology specific」例如，當時的廣播權(broadcast)意指「以無線電報將著作傳送予大眾」(transmission of copyrighted materials by wireless telegraphy to the public)，而「將著作傳送予傳送服務訂戶的權力」之要件，必須著作是「透過有線或其他由實質物體所提供之路徑被傳送」(transmission over wire, or over other paths provided by a material substance)。

於 1997 年的澳洲案例 Telstra Corporation v. Australasian Performing Right Association 就因此種區分造成爭議。澳洲表演權公會(Australasian Performing Right Association, APRA)控訴 Telstra 透過一般電話線連線提供音樂服務侵犯其「將著作傳送予傳送服務訂戶的權力」，而 Telstra 透過無線手機所提供的音樂服務則侵犯其「廣播權(broadcast)」。當時澳洲著作權法對傳送著作之科技的區分，導致了審理此案之法院對 APRA 的兩項指控做出不同的裁決。審理此案的法官最後一致裁決 Telstra 確有侵犯 APRA

「廣播(broadcast)權」，但卻以三票對二票裁決 Telstra 未有侵犯 APRA「將著作傳送予傳送服務訂戶的權力」¹²⁵。因此，造成類似性質之行爲，卻僅因傳送科技之不同，導致是否構成侵害之結果亦不相同之不合理情形。

此類之爭議問題可透過取消舊有的無線廣播及有線傳送權，而由「著作權改革及數位議程」所建議之新橫跨科技領域的公開播送權取代，以包括任何由傳送人決定傳送時間的傳送，而不論其所選擇者爲何種傳送科技的傳送，因此澳洲法才加以修正，並且增加公開傳播權，以包含播送權所不能包含之互動式傳輸。雖然我國法沒有如同澳洲舊著作權法此種區分，但是其案例可供我國於相關案例判決時做一參考。

八、符合國際規範，值得參考

澳洲法之規定除了符合本身原有之體系外，並且從「陸」之比較表可以看出應已符合國際公約之要求。在此同時，澳洲法下的許多概念，其實與我國頗爲相似，例如澳洲與我國皆無散布權之概念、都有相近的公開播送權之概念、都沒有註冊的制度、也沒有鄰接權的概念……等等，因此其修法之動向，對我國而言實有相對其他國家更多的參考價值。

¹²⁵ 請參閱，美國、歐盟、日本、澳洲因應 1996 年 WIPO 條約著作權法制之探討，at http://www.moea.gov.tw/~meco/cord/books/books4/bk004_left.htm。

第七章 我國著作權法修正草案與國際公約之比較及分析

壹、相關修正條文(三月二十六日行政院院會通過版本)

1. 第三條第一項第七款－公開播送(修正)

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。

2. 第二十四條－公開播送權(文字調整)

著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。

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。

3. 第三條第一項第十款－公開傳輸(新增)

指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像對公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。

立法理由第二點之說明：「公開傳輸之行爲，以具互動性之電腦或網際網路傳輸之形態為特色，與公開口述、公開播送、公開演出等單向之傳統傳達著作內容之型態有別」。

4. 第二十六條之一－公開傳輸權(新增)

著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利。

表演人就其經重製於錄音著作之表演，享有公開傳輸之權利。

5. 第三條第一項第六款－公開口述(未修正)

指以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容。

6. 第二十三條－公開口述權(未修正)

著作人享有公開口述其著作之權利。

7. 第三條第一項第八款－公開上映(未修正)

指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定之場所之公眾傳達著作內容。

8. 第二十五條－公開上映權(未修正)

著作人專有公開上映其視聽著作之權利。

9. 第三條第一項第九款－公開演出(未修正)

指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容，以擴音品或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。

10. 第二十六條－公開演出權(修正)

著作人除本法另有規定外，專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。

表演人專有以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再以擴音或其他器材公開演出者，不在此限

錄音著作經公開演出者，著作人得請求公開演出之人支付使用報酬。

11. 第三條第一項第十三款－公開展示(新增)

指向公眾展示著作內容。

12. 第二十七條－公開展示權(未修正)

著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利。

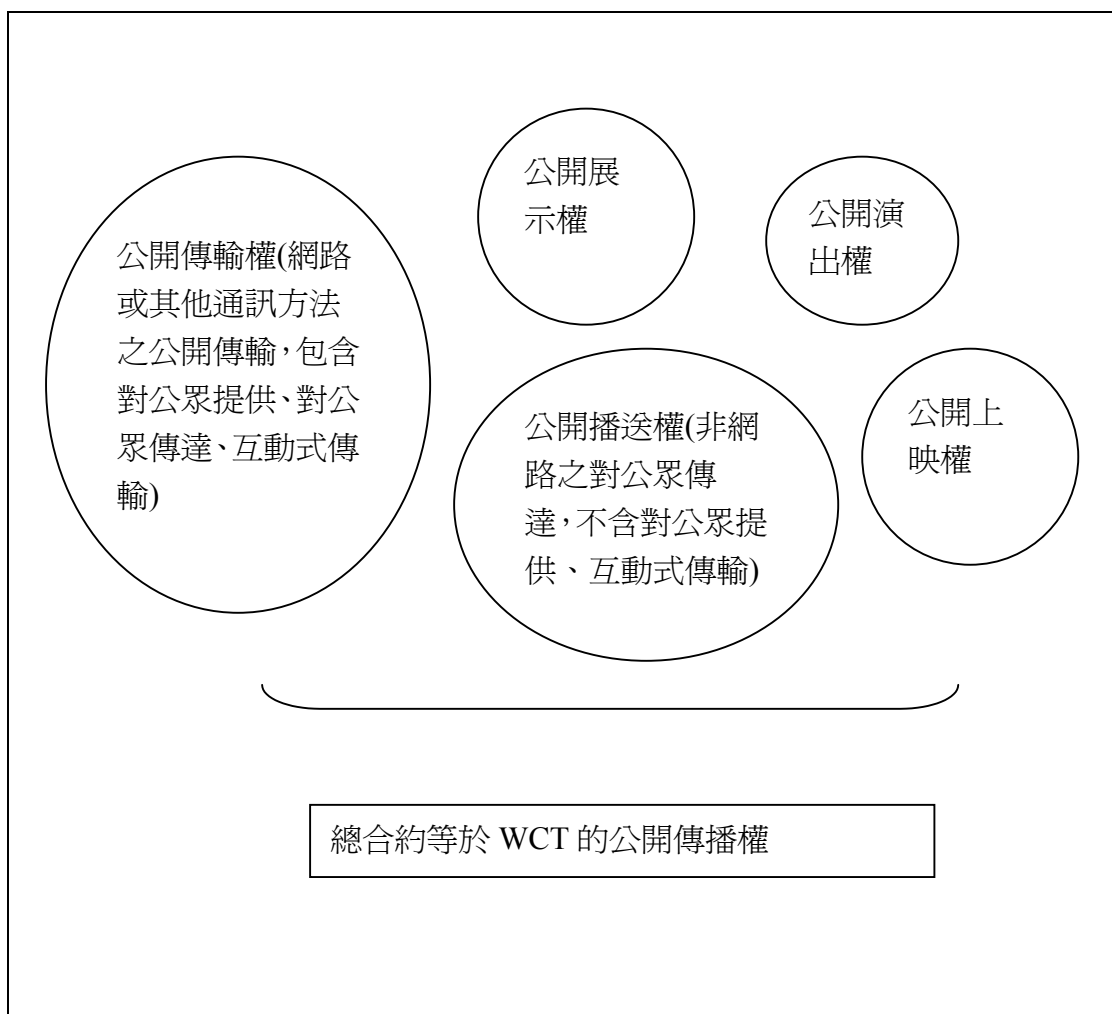
貳、著作權法修正草案與舊法公開傳播權相關規定之比較

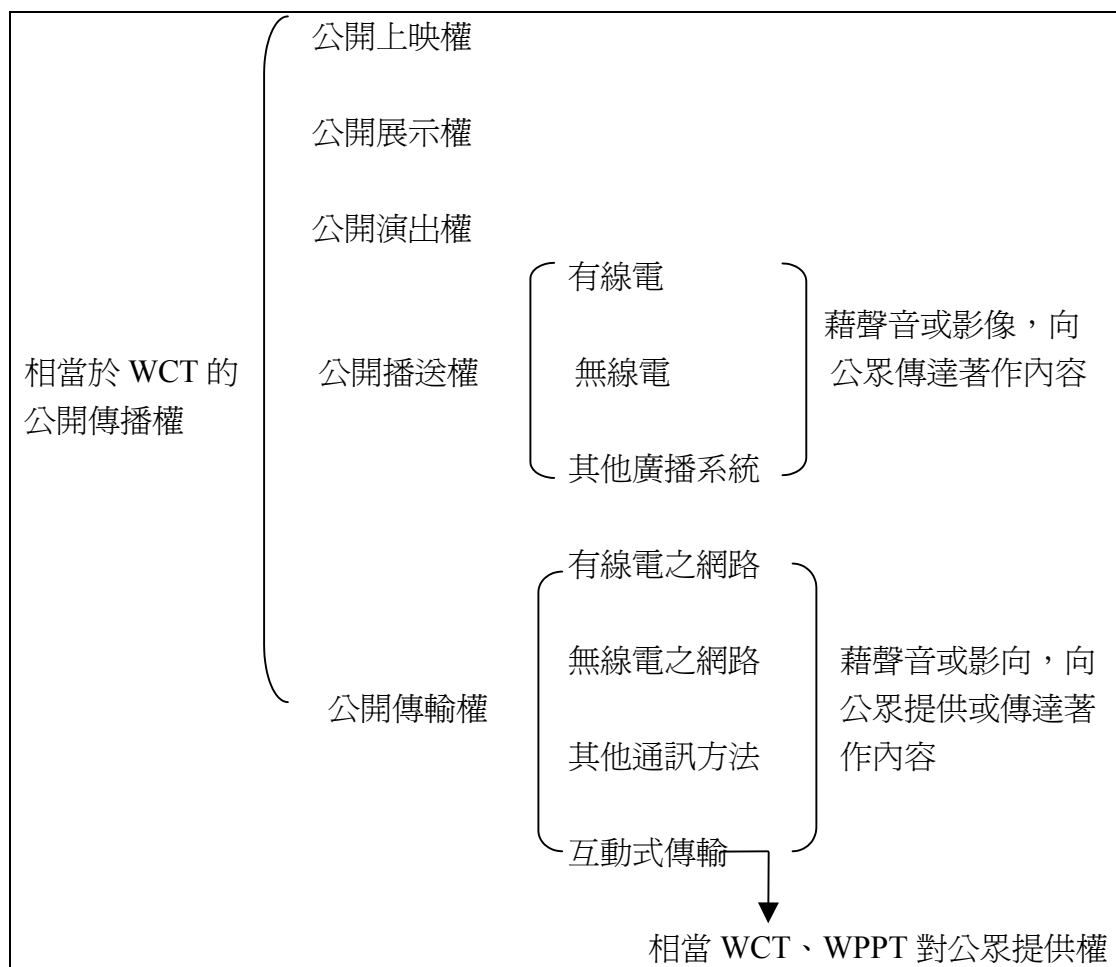
	現行法		修正草案	
	權利定義	著作種類	權利定義	著作種類
公開口述	以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容。	語文著作。	同現行法。	同現行法。

公開上映	以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容。	視聽著作。	同現行法。	同現行法。
公開演出	以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。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，亦屬之。	原則：語文、音樂、戲劇、舞蹈著作。 例外：「(表演)著作人」僅有以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利，並且在表演重製後或公開播送後再以擴音器或其他器材公開演出時，不享有。	同現行法。	原則：同現行法。 例外：同現行法，僅將「著作人」修正為「表演人」。
公開展示	無定義。	未發行之美術著作或攝影著作。	向公眾展示著作內容。	同現行法。
公開播送	基於公眾接收訊息為目的，以有線電、無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送以外之人，以有線電或無線電將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。	原則：所有著作。 例外：將表演重製或公開播送後再公開播送者不再此限。	基於公眾 <u>直接收聽或收視</u> 為目的，以有線電、無線電或其他器材之 <u>廣播系統傳送訊息之方法</u> ，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送以外之人，以有線電、無線電或其他器材之 <u>廣播系統傳送訊息之方法</u> ，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。	原則：所有著作。 例外：同現行法，僅文字稍有修正。

公開傳輸	現行法無此權利。	現行法無此權利。	以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像對公眾提供或傳達著作內容。包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。	原則：所有著作。 例外：表演人就其重製於錄音著作之表演才享有，其他情形則不享有。
------	----------	----------	---	---

參、圖示及體系建構





肆、我國著作權法最新修正與國際公約之比較表解

一、一般著作之情形

	文學、藝術著作					
	各種文學、藝術著作		文學著作	文學、藝術著作改編成電影	電影著作	戲劇、歌劇及音樂著作
伯恩公約	1. 廣播及其他「任何無線」公開傳播 (any communication to the public) 2. 將廣播為下述之利用： (i) 「任何有線」公開傳播(any communication to the public) (ii) 以「再廣播」之任何公開傳播 (any communication to the public) (iii) 以擴音器等為公開傳播(public communication)		將文學著作或其譯著「朗誦」後之公開傳播(any communication to the public)	1. 公開演出 2. 「有線」之公開傳播(any communication to the public)	1. 享有和原著人相同之權利 2. 包括公開演出、「有線」之公開傳播	1. 「任何」方式之公開演出 2. 就其演出所為之「任何」公開傳播(any communication to the public)
TRIPS	1. 應遵守 1971 年伯恩公約 Articles 1 至 21 及附錄之規定 2. 未特別就公開傳播權規定		未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
WCT	1. 享有伯恩公約 Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1)之權利 2. 任何公開傳播權(any communication to the public), 包括對公眾提供權(making available to the public)		未特別規定	未特別規定	未特別規定	未特別規定
我國	現行法	修正草案	皆未特別規定	皆未特別規定	皆未特別規定	皆未特別規定
	1. 公開口述(限語文著作) 2. 公開上映(限視聽著作) 3. 公開演出 4. 公開展示(未定義, 限未發行之美術或攝影著作) 5. 公開播送	1. 公開口述(限語文著作) 2. 公開上映(限視聽著作) 3. 公開演出 4. 公開展示(加上定義) 5. 公開播送 6. 公開傳輸				

二、表演、錄音物及廣播組織之保護

	表演人	錄音物製作人	廣播組織
羅馬公約	未固著： 1. 無線廣播權(broadcasting) 2. 公開傳播權(the communication to the public) 3. 固著權 已固著： 1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權(a single equitable remuneration) 2. 重製表演之固著	1. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次請求權	1. 再廣播其廣播(rebroadcasting) 2. 公開傳播(the communication to the public)其電視廣播，在收取門票之公開場所 3. 固著廣播 4. 固著之重製
TRIPS	1. 無線廣播現場表演(broadcasting by wireless means) 2. 公開傳播現場表演(the communication to the public) 3. 固著及重製固著	直接或間接重製。	1. 以無線之方式將廣播再廣播(rebroadcasting) 2. 將電視廣播公開傳播(the communication to the public) 3. 固著及重製固著
WPPT	未固著： 1. 無線廣播權(broadcasting) 2. 公開傳播權(communication to public) 3. 固著權(fixation) 已固著於錄音物： 1. 對公眾提供權 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權	1. 對公眾提供權(原文用語同左) 2. 對無線廣播、公開傳播之報酬請求權 共同享有一次請求權	未特別規定

	表演人		錄音物製作人		廣播組織
我國	現行法	修法草案	現行法	修法草案	皆未特別規定
	1.表演人未享有報酬請求權。 2.表演人未享有公開傳輸權。 3.未重製或公開播送之表演，表演人享有公開播送權(§24 但書反面解釋) 4.未重製或公開播送之表演，表演人專有以擴音器或其他器材公開演出之權利(§26)。	1.表演人未享有報酬請求權。 2.表演人就經重製於錄音著作之表演(即固著於錄音著作)，享有公開傳輸權(§26-1)。 3.未重製或公開播送之表演(即未固著或未公開播送)，表演人享有公開播送權(§24 II 反面解釋)。 4. 未重製或公開播送之表演，表演人專有以擴音器或其他器材公開演出之權利(§26)	1.錄音著作未享有報酬請求權。 2.錄音物著作人享有公開播送權(§24 本文反面解釋)。 3.錄音物著作人未享有公開傳輸權。	1.錄音著作經公開演出，著作人享有報酬請求權(§26)。 2.錄音物著作人享有公開播送權(§24 反面解釋)。 3.錄音物著作人享有公開傳輸權(§26-1 反面解釋)	

三、分析比較

從上表來看，我們可以將我國修正草案與國際公約相關規範之要求加以分析比較，大致上看起來似乎皆有對應之關係，WCT 所要求的公開傳播權，我國似乎是以公開播送權來對應，WPPT 所要求的對公眾提供權，我國則是以公開傳輸權來對應，不過這樣的規範，似乎仍會有些疑義產生，本文將在下段來詳細探討。

伍、我國修正草案有關公開傳播權相關規定之分析與檢討 — 代結論

一、我國修正草案「公開傳輸權」與國際公約之比較

（一）從草案立法理由中無法確切得知其概念範圍

從我國修正草案新增「公開傳輸權」規定內容之「用語」來看，其包含了「有線、無線、對公眾提供」等概念，乍看之下似乎有意使其成為與 WCT 公開傳播權相當之概念，特別是在其立法理由說明中，表示係參照 WCT 第八條。然而仔細審視該立法理由中之說明，其實我國公開傳輸權除參考 WCT 第八條外，尚參考 WPPT 第十條、第十四條等規定，而這些規範分別包括了公開傳播權及對公眾提供權，因此修正草案究竟要增設一個較大範圍的公開傳播權，或只是要增設一個對公眾提供權，從立法理由中似乎並無法明確得知。

（二）草案修法原意在於符合國際條約之「公開傳播權」

由修正草案之「公開傳輸」之內容觀之，其係指「以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容」，其包括各種以有線電和無線電之方法傳達著作內容，而且在修正理由中亦提及，是為符合 WCT 第八條有關公開傳播權之規定，而增訂「公開傳輸權」。由此觀之，似乎草案中之「公開傳輸」應該較接近國際條約中之「公開傳播權」。

（三）實質內容較接近國際條約之「向公眾提供權」

雖然草案修法原意似乎在於新增一與國際規範相當之公開傳播權，然而究其規範之實質內容卻又非如此，本研究認為其實質上主要在於規範「向公眾提供權」。

原因在於依本研究對國際條約之前述分析，WCT 之「公開傳播權」乃一上位概念，各種形態之公開傳播方式（any communication to the public）均包括在內，不論是有線、無線，不論是傳統之廣播形態，或者是科技發展後之互動式傳播形態，均屬之。

然而我國所新增之「公開傳輸權」，根據修正草案中修法理由所述：「公開傳輸之行爲，以具互動性之電腦或網際網路傳輸之形態爲特色，與公開口述、公開播送、公開演出等單向之傳統傳達著作內容之型態有別」，可知其並不在於規範傳統之單向傳達方式，因此傳統之有線和無線廣播應不包括在內（此仍然屬於原來「公開播送」之範圍），而在於規範網路上之互動式傳輸形態。雖然草案於定義「公開傳輸」之概念時，提到「有線電、無線電」，然而必須是「網路或其他通訊方法」始屬之，其並無意於將傳統之傳播方式納入，亦即此所稱之「其他通訊方法」，應僅是指與網路類似之通訊方法，而不包括網路以外之其他通訊方法，特別是傳統有線和無線廣播，否則將無從與「公開播送」相區別。由此可知，我國之「公開傳輸權」，如果與國際條約相比較，並不是在於賦予著作權人一個可以包含各種公開傳播形態的概括權利，而似乎是賦予著作權人一個「向公眾提供權」而已。

二、我國相關修正草案之檢討

（一）是否有必要增訂一個「公開傳播權」之上位概念

如本研究所述，在 WCT 規範中，公開傳播權應爲一上位概念，而涵蓋各種類型之公開傳播，包括有線廣播、無線廣播、對公眾提供等概念，其目的一方面在於讓各種類型之著作，都能享有完整之公開傳播權，而非如伯恩公約按照不同著作類別享有範圍並不一致之公開傳播權；另一方面，則在於因應科技發展而賦予著作權人一個針對互動式傳輸之新的權利：對公眾提供權。對公眾提供權在 WCT 中，是屬於公開傳播權之下位概念，但是在 WPPT 中，由於

WPPT 之公開傳播權概念範圍較 WCT 窄，因此對公眾提供權應是屬於和公開傳播權平行之權利。

如果要符合 WCT 之規範，則增訂一新的涵蓋所有各種傳播方式之「公開傳播權」，並使各種類型之著作都能享有之，對於著作權人之保障最為周延。然而我國對於表演人和錄音物製作人之保護，等同於一般著作權人，並未如有的國家設有鄰接權之制度給予不同之保護，而 WCT 與 WPPT 則是分別對一般著作權人和表演人、錄音物製作人，規範不同內容之公開傳播權和對公眾提供權。因此如果我國採取 WCT 之公開傳播權概念，而一體適用於一般著作權人和鄰接權人，將使表演人和錄音物製作人享有超越國際規範之保護，似乎並不妥當。

其實無論是在 WCT 或是 WPPT，更重要的是賦予權利人一個「對公眾提供權」，因為此一權利才是真正為因應科技與網路之發展，而增加之一個全新的權利，至於其在體系上是否屬於公開傳播權之一部分，並不影響該權利之實質內容與重要性。

是以我國修正著作權法時，最重要的應該就是對於「對公眾提供權」之規範。至於一個概括之公開傳播權，由於涉及整個規範體系之調整，較為複雜。

（二）宜使用「向公眾提供權」替代「公開傳輸權」

如果修正草案並不打算規範一個類似於 WCT 之概括上位概念，而只是打算因應科技發展而對於互動式傳輸加以規範，亦即規範「向公眾提供」，則使用「公開傳輸」一詞容易讓人將其與國際條約上「公開傳播」之概念相混淆而引起誤會，誤以為係用以包括各種形態之公開傳播，且與「公開播送」之概念範圍有所重疊，不如使用「向公眾提供」來得明確。

而且使用「傳輸」一詞，會讓人認為其所強調者為傳輸之行爲或過程，此與 making available to the public 主要在於規範將他人受保護之著作置於使公眾

得於其各自選定之時間或地點取得之情形，所強調者在於將著作置於他人可取得之狀態，顯然有所不同。在 making available to the public，他人實際上是否已經取得著作，亦即是否已經有實際傳輸之發生，並非所問。

（三）不宜將「網路或其他通訊方法」做為公開傳輸或向公眾提供之要件

不論是草案之「公開傳輸權」或是本研究建議之「向公眾提供權」，都會涉及傳輸方式之問題。就國際條約之規範重點而言，向公眾提供著重於可以使公眾於其各自選定之時間或地點接收著作之內容，至於其傳輸方法，不論是有線或無線，均屬之，其以有線之方式為傳播時，究竟是以網路或其他通訊方法，並不重要。

然而我國修正草案於「公開傳輸權」加入「有線電、無線電之網路或其他通訊方法」之要件，將會使得我國「公開傳輸」之方法，僅限於「網路或其他通訊方法」，此亦會增加未來適用上之困擾。例如現在的有線電視節目播放，應該是屬於公開播送，但是未來利用現有之有線電視系統傳送之數位互動式電視節目，究竟是屬於公開播送，或是公開傳輸，在修正草案之區別標準下，認定上恐怕就會產生困擾。因為此種情形係利用和有線電視傳播相同之通訊方法，而非利用「網路或其他通訊方法」，因此恐怕很可能還是被當成有線之「公開播送」之範圍，而非「公開傳輸」。

然而此種情形在國際條約上，只要其涉及互動式傳輸，公眾可以於其各自選定之時間或地點接收著作之內容，不論其是否透過網路，都構成向公眾提供，在判斷上或適用上都相當清楚。而我國草案加上「網路或其他通訊方法」之限制，不僅使得互動式傳輸之特徵被模糊掉，而且將會使「網路或其他通訊方法」成為區別「公開播送」與「公開傳輸（或向公眾提供）」之判斷標準，亦即以是否為「網路傳輸」為區別標準。

然而隨著科技發展，傳輸之方式愈來愈複雜與多元化，甚至同一傳輸方式可以為同步與非同步之傳輸，如上述之互動式數位電視，或者是利用寬頻網路傳輸即時新聞。這些新興之利用形態，在修正草案之區別標準下究竟應該屬於「公開播送」與「公開傳輸」，都會產生判斷上之問題。例如上述互動式數位電視，明明是互動式傳輸，但因為使用傳統有線電視之傳播方式，而仍然被當成是「公開播送」¹²⁶；另外，在利用網路為同步傳輸之情形，例如利用網路傳播電台或電視台之 live 節目，這種情形理論上應該仍然屬於「公開播送」之範圍，並不因為其利用網路傳播就會被認為是互動式傳輸，然而依我國修正草案之區別標準，卻可能因為是利用網路傳播，而被當成是「公開傳輸」，顯然並不妥當。

（四）公開播送不適當增加公眾「直接」收視之限制

就修正草案之「公開播送」而言，主要是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包括有線與無線之公開傳播。但草案中規定必須是基於公眾「直接」收聽或收視為目的，才構成公開播送，此一限制在前述相關國際條約中並未曾見。其實公開播送之概念所強調者為透過一定之廣播方式，將聲音或影像收聽傳送出去，並使公眾得以接收（參考前述德國部分有關公開播送之部分），至於是公眾是「直接」或「間接」接收，並非重要。

增加此一限制，可能反而會造成一些適用上之困擾，例如有線電視頻道業者播送其節目內容，經由系統業者提供給公眾收視，此時是否屬於「直接」收視，或是屬於「間接」收視？如果頻道業者所播送者為鎖碼節目，觀眾必須使用解碼器才能看到節目內容，此時究竟是屬於「直接」或「間接」收視？如果

¹²⁶ 或許有人會認為草案中之公開傳輸並不限於以網路之方法，以「其他通訊方法」亦屬之，因此理論上可以及於有線電視之傳播方式。然而值得注意者，在此一見解下，恐怕草案中「公開傳輸」之範圍將會被擴大而涵蓋「公開播送」，並成為「公開播送」之上位概念。惟在草案相關說明中，似乎未見有想法。

播送之過程係先發送至衛星，再從衛星傳送給觀眾，此種情形究竟是屬於「直接」或「間接」收視？

（五）對於鄰接權人之保護與國際規範有落差

此外，在國際條約上，WCT 與 WPPT 對於公開傳播之概念範圍，實際上並不相同，WCT 之公開傳播包含對公眾提供，但 WPPT 之公開傳播則不包含對公眾提供。而我國則未為此區分，修正草案中之「公開播送」與「公開傳輸」之概念，原則上皆一體適用到一般著作權人與表演人、錄音物製作人。

就錄音物之著作人保護而言，依修正草案享有公開傳輸權、公開播送權，以及公開演出之報酬請求權，已超越國際條約之保護水準，因為在 WPPT 之規範中，錄音物著作權人並不享有公開播送之排他權，而只享有報酬請求權，而且此一報酬請求權是和表演人共享之一次請求權。

就表演人之保護而言，已經過重製之表演，依修正草案之規定，表演人就其已經固著之表演，雖然享有公開傳輸權，但對於公開播送和公開演出，都不享有任何權利，甚至連報酬請求權都沒有。而依 WPPT，已固著於錄音物之表演，表演人就其廣播與公開傳播至少享有報酬請求權。