

從 Napster 案論「公開傳播權」 建立之必要性

網路上資訊公開傳輸在我國著作權法

定性評析

*羅明通

一、問題之所在

爲因應數位化網際網路科技對傳統著作權法所生之各項衝擊，及配合世界智慧權組織(WIPO)於一九九六年十二月通過之「世界智慧財產權組織著作權條約」(The WIPO Copyright Treaty; WCT)及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performance and Phonograms Treaty; WPPT)所建立之網路上對公眾傳播著作之權利及對公眾提供著作之權利，經濟部智慧財產權局於二〇〇〇年八月完成著作權法部分條文修正草案。其中鑑於網路上傳輸之特性，特建立「公開傳播權」及「對公眾提供權」，使涵蓋網路上互動式傳播及對公眾提供著作之權利，並調整公開播送與公開演出之定義，使與伯恩公約之定義相符。

惟按該草案有關公開傳播權之規定，無非基於 WIPO 之上述兩條約而來，而 WIPO 之條約則係緣於伯恩公約之缺陷。然則，我國現行著作權法之架構是否與伯恩公約有相同缺點而有待於在公開播送權之外另立公開傳播權？現行公開播送

經濟部智慧財產權局於二〇〇〇年八月完成著作權法部分條文修正草案，其中針對網路傳輸建立「公開傳播權」及「對公眾提供權」，然對規範目前網路傳輸方式仍有所不足。

* 作者為英國利物浦大學法學博士

權之規定是否在體系上已可涵蓋網路上之傳輸？是否有在公開播送權之上另訂公開傳播權之必要使之疊床架屋或僅作微幅之更動即可？又倘如草案之說明所示，現行著作權法無法涵蓋網路上之傳輸，然我在立法通過前，如我國法院有關於網路上傳輸權之爭議案件又應如何處理？

按美國聯邦第九巡迴上訴法院甫於二〇〇一年二月於 Napster 案作成裁決¹，對於使用者在 Napster 公司提供之資料共享架構下所為之網路上同儕對同儕(peer to peer)間²之傳輸認已直接侵害著作財產權，Napster 公司並應為使用者之行爲負輔助侵害(contributory infringement)及代位侵害(vicarious infringement)之責任。該案中使用者間之直接傳輸即屬網路上之互動式傳輸，彼邦究如何判斷該類網路傳輸法律性質，對我國又有何可借鑑之處？凡此均有探討之價值，乃引起本撰寫之動機。

美國 Napster 案中網路互動式傳輸的法律性質之探討，是本文撰寫的動機。

二、公開傳播權倡設之緣起

按我國著作權法修正草案所稱之「公開傳播權」，係源自 WIPO 在一九九六年十二月通過之「世界智慧財產權組織著作權條約」第八條「Right of Communication to the Public」(在 WIPO 之官方中文版，稱爲「向公眾傳播的權利」)，及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」第十條「Right of

¹ A & M Records, Inc., et al. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000)；上訴審之判決引自 <http://web.lexis-nexis.com/universe/doclis>。值得注意的是台灣也有與 Napster 相類似的網站 <http://kuro.music.com.tw> 可以提供 MP3 音樂檔之免費交換下載。

² 英文 peer 乃是同儕或相等之人之意，並無點的內涵。雖然 peer to peer 一般均譯為點對點，惟本文作者認為不盡貼切，應譯為同儕對同儕為宜。按 Napster 案之所以特殊，乃在於使用者互傳檔案時未經過 Napster 公司之伺服器，而僅是使用者與其相等之人即同儕間之傳輸而已，此乃新創設之網路上資料共享架構，法律上之重要爭點在於 Napster 公司是否應為其仲介行為負責，及使用者之行爲是否構成合理使用，至於同儕使用者間之傳輸在法律性質上則與一般之網路傳輸沒有差異。

Making Available of Fixed Performances」(官方中文版稱為「提供已錄製表演的權利」)與第十四條「Right of Making Available of Phonograms」(官方中文版稱為「提供唱片的權利」)。

伯恩公約有關對公眾傳播權之規定零碎而分散：公約第十一條之一係有關各類型著作之無線廣播權，但不及於以有線傳播及其他類似器材(例如擴音器)等之第一次對公眾傳播權。公約第十一條係有關公開演出權之規定，其中第一項第二款固然對於無線以外之傳播權有最廣泛之規定，賦予著作人以有線或擴音器等對公眾之傳播權，但該公開演出權保護之範圍只限於戲劇、音樂劇及音樂著作之著作人方享有之；公約第十四條第一項第二款之有線傳播之規定亦僅適用於電影著作；至於文字著作之有線或擴音器之公開傳播權則規定於第十一條之二，惟亦僅限於文字著作為公開口述時，享有之。從而，一般之文學著作(例如電腦程式)、攝影著作、美術著作、圖形著作之有線傳播(例如網路傳播)權在伯恩公約均未予以保障，無法對網路上傳輸予以規範³。

由於科技之發展，網路之普及，資訊之傳輸日趨多樣，已非傳統之傳輸方法所能涵括，網路之傳播即其適例。在網路世界中，資訊之高速傳播主要涵蓋攝影著作、美術著作、圖形著作及包含電腦程式或百科全書等之文字著作。此等資料通常結合為多媒體，以有線(電話線或有線電視台之光纖線

伯恩公約關於對公眾傳播權的規定零碎而分散，且已不能涵蓋如今多樣化的資訊傳輸方式。

³ 有關在傳統伯恩公約下對文字著作、攝影著作、美術著作、圖形著作等之有線傳播權保障不足之討論，見 WIPO 在一九九七年十二月之「關於著作權與鄰接權相關問題之外交會議」會議文件編號 CRNR/DC/4, page 42, notes on Article 10 之說明。在該文件有關草案第十條有關建立公開傳播權之理由說明中對伯恩公約保護之不足有清楚之描述：「The right of communication does not presently extend to literary works, except in the case of recitations thereof. Literary works, including computer programs, are presently one of the main objects communicated over networks. Other affected categories of works are also not covered by the right of communication, significant examples being photographic works, works of pictorial art and graphic works.」(10.06 of notes on Article 10)

如今網路上的傳輸方式多屬於「互動式隨選之傳播行為」，接收資訊者可以自選時間、地點、內容，而且其實際傳輸前將資訊置於可被網路上公開傳輸之態樣，亦與傳統方式不同。

路)或無線(例如人造衛星)之頻寬為傳輸具，且變成網路傳播之重要內容，但伯恩公約並未將此種單一著作或多媒體資訊之有線傳播專有權利普遍賦予各類著作之著作財產權人，其保護自有失周延。

再者，由於科技之發展，著作之利用形態已非伯恩公約所能完全適用。網路上資訊之傳輸與傳統之有線或無線廣播之傳輸顯有不同，乃屬於特殊之「互動式隨選之傳播行為」(interactive on-demand acts of communication)。傳統之傳輸程序中，接收訊號者係於同一時間接收同一傳播之著作，接收者僅能選擇接收或不接收，不能自選接收資訊之時間及內容。換言之，傳統之傳播係單向、固定時段且固定內容的。但在網路傳輸，接收資訊者得以於自選之時間、地點，自由選擇欲接收之內容。此種互動式接觸之特質(interactive nature of the access)均與以傳統科技為規範對象之伯恩公約精神不同。

抑有進者，在進行互動式傳播前，必須先將著作或表演人之表演或其固著物變成為可傳輸之狀態。例如，將資料儲存於對不特定人開放之電腦伺服器資料庫中，或將已記載資訊但原非供公開傳輸之記憶體變換連結於網路使成為供公眾得接觸之記憶體等。此時資訊雖已對公眾提供而置於可被傳輸之狀態，但尚未有實際傳輸之行為。伯恩公約對於將資訊數位化並存於電腦之重製行為，固已提供規範之方式，但對於互動式傳輸之行為，及在實際傳輸前將資訊置於可被網路上公開傳輸之態樣，是否亦能適用顯有疑義。基於上述之需求，乃有 WIPO 兩條約之通過。

三、WIPO 著作權條約「公開傳播權」之內容

如上所述，雖然伯恩公約對傳播權有若干規定，但係零散而不足，就有線之網路傳播部分，並非所有之文學或藝術著作均能享有有線傳播之專有權；就互動式隨選之網路傳輸

功能而言，傳統之有線或無線傳播定義均未能涵括，況伯恩公約對於將資料置於網站之對公眾提供權亦未予規範。歐洲聯盟及其會員國乃提議在不影響伯恩公約各項傳播權之前提下，另增設對公眾傳播權利之必要，此建議為 WIPO 所採，最後經大會通過，另在著作權條約創設「對公眾傳播權」及在表演及錄音物條約創設「對公眾提供權」(Right of Making Available to the Public)。

依著作權條約第八條，公開傳播權係指「在不損害伯恩公約第十一條第一項第二款(作者按：將戲劇、音樂劇或音樂著作之公開演出對公眾所為之任何傳播)、第十一條之一第一項第一款及第二款(文學及藝術著作之廣播，及由原廣播以外之機構，將其著作之廣播以有線或再廣播之方式對公眾之任何傳播)、第十一條之二第一項第二款(將文學著作之公開口述對公眾所為之任何傳播)、第十四條第一項第二款(將改編為電影之文學或藝術著作以公開演出或有線方式向公眾傳達)及第十四條之一第一款(電影著作之著作人應享有與原著作之著作人相同之權利)的各種著作人權利之情況下，文學及藝術著作之著作人應享有專有權，以授權將著作以有線或無線方式向公眾傳播，包括將其著作向公眾提供，使公眾中的成員得在其個人所選定的地點及時間可接觸此著作」。

此條文保護之範圍及於所有文學及藝術著作，較伯恩公約為廣，至於傳播之方法，則涵括有線及無線，則電話線、有線電視之電纜、衛星電視或以無線之赫茲(Hertzian)波形之空中廣播均包含在內，亦較伯恩公約為周延。據此，若干原未享有有線傳輸權之著作，例如文學著作及美術攝影著作等，均獲得保障，網路上之互動式傳輸之難題亦因此解決。

再者，條文中之「將其著作向公眾提供，使公眾中的成員得在個人所選定的地點及時間可接觸此著作」云云，即在於因應網路互動式傳輸中自由選取之特性，以補伯恩公約之不足。按網路互動式傳輸可分為二階段，已如前所述，此部

WIPO 著作權條約對文學及藝術著作的保護，較伯恩公約為廣，至於傳播方式的規定也較為周延。而且對於網路互動式傳輸中，傳輸行為的部分也做了規定。

分之條文旨在規範第一階段將著作數位化後單純儲存於電腦網站資料庫之行爲。從而，著作權條約所稱之公開傳播權已涵蓋網路上之互動式傳輸及在網站上對公眾提供之權。換言之，公開傳播權包含第一階段之資訊儲存及第二階段之傳輸行爲。任何人未得授權，即不得將他人著作置放於網路伺服器以供他人上網瀏覽接觸，縱他人尚未上網爲傳輸行爲，但既於置於可被傳輸之狀態，即無妨於著作權侵害之刑事或民事責任之成立。

WIPO 表演及錄音物條約中，也使表演人及錄音物的錄製人享有對公眾提供其著作的專有權。

有關表演人及錄音物錄製人之鄰接權部分，無論依羅馬公約或 TRIPS，其權利均較一般著作爲窄，一旦表演人之表演已經固著或已爲廣播，其公開播送權即行喪失。WIPO 之表演及錄音物條約第六條亦爲同一規定。至於錄音物之錄製人則無公開播送權(我國將錄音著作以著作保護，故有公開播送權)。WIPO 表演及錄音物條約不認爲表演人及錄音物之錄製人有網路上有線或無線之互動式傳輸權利，只承認其有將已固著於錄音物之表演置存於網站上使成爲可被傳輸狀態之「對公眾提供權」。此乃因表演人之表演一旦固著於錄音物，依羅馬公約及 TRIPS 有關表演人權利之一般界線，當然即無進一步在網路爲實際傳輸之專有權利。

從而，世界智慧財產權組織表演及錄音物條約在第十條有關「提供已固著表演之權利」(Right of Making Available of Fixed Performances)條文中明定：「表演人應享有專有權，以授權通過有線或無線之方式向公眾提供已固著於錄音物(fixed in phonograms)之表演，使該表演可爲公眾之成員在其個人選定之地點及時間接觸(access)」。另在同條約第十四條有關「提供錄音物之權利」(Right of Making Available of Phonograms)條文中規定：「錄音物之錄製人應享有專有權，以授權通過有線或無線之方式向公眾提供錄音物，使該錄音物可爲公眾中之成員在其個人選定之地點時間接觸。」

四、我國「著作權法部分條文修正草案」所定「公開傳播權」之內涵

經濟部智慧財產權局於之著作權法部分條文修正草案(以下均引自經過六場公聽會後之「著作權法部分條文修正草案條文對照表內容」⁴)即本於 WIPO 之條約規定，在修正草案第二十三條之一增列：「著作人除本法另有規定外，專有公開傳播其著作之權利。」又將第二十四條修正為：「著作人專有公開播送及對公眾提供其錄音物著作及表演之權利。但不包括下列情形：一、將表演重製或公開播送後再公開播送。二、將錄音著作以擴音器或其他器材公開播送。」明文於現行著作權法第二十四條公開播送權之外，增列「公開傳播權」。

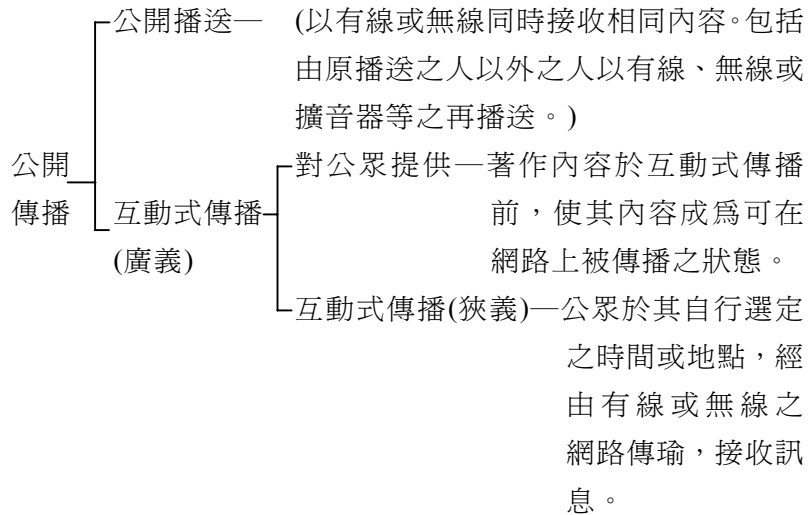
至於「公開傳播」之定義，則在第三條第一項第六之一款將其定義為：「公開傳播：指基於公眾接收訊息為目的，以有線電或無線電向公眾傳達著作內容，包括公開播送、互動式傳播、對公眾提供或其他傳播。」同時並對「互動式傳播」、「對公眾提供」及「公開播送」於分別為定義：「公開播送：指基於公眾同時接收訊息為目的，以有線電、無線電，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電、擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之」(第七款)；「互動式傳播：指回應接收訊息之公眾於其所自行選定之時間或地點之要求，自動地對其傳達著作內容，包括於互動式傳播前，使著作成為可被傳播之情形，但公開播送不在此限。」(第七之一款)；「對公眾提供：指著作內容於互動式傳播前，使其成為可被傳播之情形。」

該草案有關公開傳播權之架構可圖解如下：

⁴ 詳見智慧財產權局網站 <http://www.moeaipo.gov.tw>

我國經濟部智慧財產權局所完成著作權法部分條文修正草案，及本於 WIPO 條約之精神。

按 WCT 建立公開傳播權之目的有二。第一，解決公約無法規範若干著作有線傳輸權之問題。第二，為網際網路上之互動式傳輸(含將著作置於網路上之對公眾提供)提供著作權法上之規範基礎。



五、有關「著作權法部分條文修正草案」建立「公開傳播權」之商榷

— 兼談美國著作權法散布權與網路上公開傳輸之關係

按 WCT 建立公開傳播權之目的有二。第一，解決公約無法規範若干著作有線傳輸權之問題。第二，為網際網路上之互動式傳輸(含將著作置於網路上之對公眾提供)提供著作權法上之規範基礎。

惟我國之著作權法有關對公眾傳達著作內容之規定原與伯恩公約不同。伯恩公約因為將對公眾傳播之專有權利分散於各條文，故若干著作未能享有有線傳播之專有權利已如前述。我國著作權法則將第一次傳播時以有線及無線傳輸均納入同一條文，因此，我國著作權法第二十四條之公開播送權均包含有線及無線之第一次播送，並且該播送之內容及於所有著作。從而，在網際網路時代，文字、攝影、美術及圖形著作等以有線方式之網路上傳播時，竟無法律為著作財產權人提供保障之情形即不可能在我國發生。

再者，我國現行著作權法第二十四條之公開播送權包括有線及無線之播送，同法第三條第一項第七款又將公開播送定義為「指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。由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」前揭條文並未將公開播送明確定義為「同一時間」接收相同內容，法之解釋可因時而轉，茲條文之文義既未限縮解釋之空間，則將現行公開播送之定義解釋為涵蓋狹義之互動式傳輸自無不可。

況且，中美著作權保護協定亦明文規定互動式之網路傳輸乃屬著作權法上應保護之權利。該協定第八條第三項乙款明定「不論得接收該傳播之公眾成員係在相同或不同之地點接收，亦不論其係在相同時間或不同時間接收」，其立法之用語與英國一九八八年之「著作權、設計及專利法」第七條相同⁵，揆其立法起源，雖旨在規範有線傳播，但以其文義，適用於兼含有線及無線之「網路上之互動傳輸」顯無不可。從而，現行著作權法所稱之公開播送，亦宜作同一解釋，無限縮於「同時接收相同內容」之必要，以免一國兩制，徒增紛擾。

美國「一九九八年數位千禧年著作權法案」(The Digital Millennium Copyright Act of 1998；簡稱為 DMCA) 已於一九九八年十月二十八日經美國總統簽署生效，對著作權法作相當之修正。該法案重點在於確認及配合 WIPO 於一九九六年十二月通過之二條約。然而在 DMCA 中，並未增訂網路傳輸權。其原因甚為明顯，乃因該國著作權法第一百〇條所稱之「散布權」已足以涵蓋網路上之傳輸行為，並無另訂新權

我國著作權法對公眾傳達著作內容之規定原與伯恩公約不同，承襲公約的規定，徒增紛擾。

美國「一九九八年數位千禧年著作權法案」並未增訂網路傳輸權。

⁵ 該條之(1)(a)稱有線節目服務(cable programme service)可因應不同使用者之需求在二個以上地點於不同時間或相同時間接收(cable programme service means a service...for reception — (a) at two or more places (whether for simultaneous reception or at different times in response to requests by different users), or...)

美國Napster案的爭點，在於未經授權之MP3音樂檔案之重製及網路上傳輸是否構成著作財產權之侵害。

能之必要。⁶

實務上，美國聯邦地方法院及第九巡迴上訴法院於處理Naster案有關暫時禁制令(preliminary injunction)之爭議時，亦均未曾質疑MP3音樂檔案在網路上傳輸時，以散布權涵蓋之適法性。按MP3是一種音樂壓縮格式，為「Moving Picture Experts Group, audio layer 3」之簡稱，乃為一種由電腦以數位方式儲存並播放音樂之格式。「Moving Picture Experts Group」乃是一動態影像專業團體，簡稱為「MPEG」，該團體所制定之壓縮格式標準MP1及MP2已廣被業界使用於儲存媒體，MP3即是該團體為改善MP1及MP2之缺陷而設計出之壓縮格式，該格式使用「失真性壓縮演算法」以過濾人類耳朵所無法聽到之聲音，以節省儲存之空間，可將音樂檔壓縮至原來大小之十二至十五分之一。經由此種壓縮儲存之方式，不僅光碟之儲存量可大為擴充，且使網路利用者可在有限之網路頻寬內快速上載及下載而不致損毀過多之音樂品質。

MP3本身並無侵權與否之原罪爭議，問題在於：未經授權之MP3音樂檔案之重製及網路上傳輸是否構成著作財產權之侵害而已。緣Napster公司開發出一種音樂共享軟體，提供使用者下載安裝。使用者於上網連結Napster公司之中央伺服器完成註冊後，即可輸入欲下載音樂之關鍵字，該

⁶ 美國著作權局官員及若干著作權專家均認為美國著作權法已提供相當高水平之保護，上揭兩個條約之規定或已存在於現行條文，或可依法之解釋而得，例如公開傳播權解釋上可包含於散布權中，無待另行規定，美國只要增加有關技術性保護措施及與著作權管理訊息之規定即可，因此，在一九九八年數位千禧年著作權法中並未對公開傳播權及對公眾提供權有所規定。可參見郭懿美，MP3侵害著作權問題研究，收錄於劉尚志主編，全國科技法律研討會論文集，二〇〇一年十一月二十三日，國立交通大學科技法律研究所出版，第三十二頁；李明德，美國正在審議通過實施WIPO兩個新條約的議案(刊載於鄭成思主編，知識產權文叢，第一卷，第三四九頁)；Morton David Golderg, The New WIPO Treaties — A Report on the December 1996 Diplomatic Conference, World Intellectual Property Report, vol.11, p. 166, note 12.)

Napster 軟體即從使用者共享之 MP3 音樂集合目錄 (collective directory) 檔案中搜尋該經指定之樂曲，再經由同儕對同儕間 (peer to peer) 之網路上傳輸之方式，直接自其他網路上使用者之電腦主機中 MP3 音樂檔下載，下載時並未經過 Napster 之伺服器主機。案經美國五大唱片公司聲請法院發給暫時禁制令，要求法院下令 Napster 公司停止對使用者之服務。

美國聯邦加州地方法院及第九巡迴高等法院已針對暫時禁制令作出裁決，均認為原告已提出初步證據 (prima facie) 證明 Napster 公司之使用者已構成重製權及散布權之直接侵害 (direct infringement)。而 Napster 公司則應對使用者之行爲之直接侵害行爲負輔助著作權侵害 (contributory copyright infringement) 及代位著作權侵害 (vicarious copyright infringement) 之責任⁷。綜觀美國聯邦法院之判決文，並未對網路上之資訊傳輸屬於散布權規範之範圍有所質疑。至於所謂同儕對同儕 (peer to peer) 間之傳輸雖未經過 Napster 公司之伺服器主機，致 Napster 公司在該資料共享架構下是否應對使用者負何種責任引起爭議，但此乃屬另一問題。

我國著作權法與美國相同，均無伯恩公約歷史性之缺陷，其對於網路傳輸逕自定性爲散布權範圍，避免疊床架屋之精神，頗值得我國參考。類以 Napster 案資料共享架構之使用者間之傳輸已存在於網路世界多時，我國亦有類似之網站，甚且很多是有直接自網站主機直接下載者，如在我國有涉訟，

美國聯邦加州地方法院及第九巡迴高等法院 Napster 公司之使用者已構成重製權及散布權之直接侵害。而 Napster 公司則應對使用者之行爲之直接侵害行爲負輔助著作權侵害及代位著作權侵害之責任。

⁷ 有關 Napster 案於地方法院裁決之相關論文，可參見郭懿美，MP3 侵害著作權問題研究，收錄於劉尚志主編，全國科技法律研討會論文集，二〇〇一年十一月二十三日，國立交通大學科技法律研究所出版，第二十一頁以下；涂保民，以 Napster 資料交換架構談數位音樂之著作財產權交換問題，收錄於劉尚志主編，全國科技法律研討會論文集，同上，第四十一頁以下。本文作者認為，類似於 Napster 網站提供音樂檔免費交換下載之經營方式，使用者已侵害著作財產權人之重製權及公開播送權，且因該重製物非自其自有之合法之 CD 複製而得，亦難謂合於著作權法第五十一條之合理利用。至於經營者則應與使用者成立共同正犯。

應無待於立法之修正，即應當然解釋為係屬公開播送之範疇，所應考慮者僅在於是否構成合理使用而已。前揭著作權法部分條文修正草案說明中所稱：「網際網路之傳輸與傳統之有線或無線廣播並不相同，尚不屬現行著作權法第三條第一項第七款所定之公開播送」云云，即頗有商榷之必要。縱認有另訂公開傳播權之必要，亦只是使權能內容明確而已，要難即解釋為現行法之公開播送尚不及於網路上之公開傳輸行為而豁免於侵權之追訴。

日本著作權法中的「使可被傳輸」亦是因應 WIPO 對公眾傳播權所做的修訂。但與我國之「對公眾提供」定義上仍有差別。

六. 「對公眾提供權」創設之評析

— 兼論對公眾提供權與公開傳播權立法差異之原因

日本一九九七年六月三十修正並於翌年一月一日生效實施之著作權法第二條第九項之五「使可被傳輸」(日文原文為「送信可能化」，相當於我國之「對公眾提供」)，即是因應 WIPO 對公眾傳播權所作之修訂。依該條所示，「使可被傳輸」乃指「屬於下列揭示之情形之一，使互動式傳輸得以被作成者：(a) 將資料紀錄於已與供公眾使用之電訊傳播網路連結之具有執行互動式傳輸機能之裝置(互動式傳輸裝置指已與電訊傳播網路連結以供公眾使用之公開傳輸之伺服器記憶體)；或增加該互動式傳輸伺服器記憶體之記憶資訊；或將已記載資訊但原非供公開傳輸之記憶體變換為互動式傳輸裝置之記憶體；或持續將資訊輸入該互動式傳輸記憶體但未儲存者。(b) 將供公眾使用之電訊傳播網路，與已在公開傳輸記憶體上紀錄資訊之互動式傳輸裝置互為連結，或與僅輸入資訊但未儲存之互動式傳輸裝置互為連結者。在此項連結係經由一連串行為始能完成之情形，例如配線、互動式傳輸伺服器之啟動、使傳輸或接受資訊之程式進行操作，該最後之行為應被認為連結。」

如參考上述日本著作權法「使可被傳輸」(即對公眾提供)

之內涵，則實難將我國現行著作權法公開播送之文義解釋成包含「對公眾提供」之階段。在美國著作權法上，散布權之行爲或可解釋包含將著作原件或重製物提供公眾交易或流通但尚未實際交易或流通之情形，我國著作權第三條第一項第十一款及第八十七條第二款之散布亦可爲同一之解釋，但我國既未建立散布權，自無將「對公眾提供」解釋爲涵蓋於現行法規範之可能，乃有待於另行立法，且必須將散布之定義擴及於無體物方可。

誠然，單純將著作儲存於伺服器記憶體之行爲可以「重製」之概念規範之，如有違反，可論以重製權之侵害。但於僅獲有重製之授權，但無將該重製記憶體與網路連結之授權時，則非原重製授權所能涵攝。換言之，重製之授權並不同於被授權人即有將該被授權之著作連結於網路之權利。

按世界智慧財產權組織著作權條約(WCT)第八條創設「公開傳播權」(Right of Communication to the Public)，其中並包含「對公眾提供權(Right of Making Available to the Public)」。至於世界智慧財產權組織表演及錄音物條約(WPPT)則僅在第十條有關表演人權利創設「提供已固著表演之權利」(Right of Making Available of Fixed Performance)，及在第十四條有關錄音物錄製人(producers of phonograms)權利創設「提供錄音物之權利」(Right of Making Available of Phonograms)，此兩者即前開著作權條約第八條公開傳播權中所含之「對公眾提供權」，提供之方式且包括有線及無線兩者在內。惟依兩條約之文字觀之，公開傳播權顯大於對公眾提供權，亦即對公眾提供權僅止於將資訊儲存於公開傳輸之伺服器記憶體，或將非供公眾使用已記載資訊之伺服器記憶體轉變爲供公眾使用之互動式傳輸伺服器記憶體，此乃屬於在網路上實際公開傳輸前之前置行爲，與公開傳播權包括廣泛包括網路傳輸之全程有別。

世界智慧財產權組織一九九六年會議中所以未賦予表演

世界智慧財產權組織著作權條約(WCT)中所創設「公開傳播權」及「對公眾提供權」，在定義上，「公開傳播權」顯然大於「對公眾提供權」。

人及錄音物錄製人完整之公開傳播權，而僅賦予對公眾提供權，乃因表演人及錄製人權利之性質屬於鄰接權之故。依羅馬公約第七條及 TRIPS 第十四條之規定，就表演人之保護，並未如伯恩公約所規定及於第二次以後之再播送，且其傳播權僅限於未固著著作之第一次直接傳播，故表演人於傳播權之保護與一般著作顯有所不同。如使已固著之表演如同具原創性著作般有廣泛的網路上公開傳播權，將使鄰接權與一般著作無所區別，且與該條約第六條明文規定表演人僅有對其未固著表演有第一次播送權精神不符。至於錄音物在鄰接權體制下本無公開播送權，WIPO 鑑於在網路伺服器上儲存之性質特殊，故予以權利化，賦予對公眾提供權，但仍與一般著作相區別，並未賦與對公眾傳播權。

我國之著作權法部分條文修正草案第二十四條「錄音著作」及「表演」之著作人僅有「對公眾提供權」而無公開傳播權應屬適切。但第二十四條但書第二款規定「將錄音著作以擴音器或其他器材公開播送」等語，並不明白。

我國之著作權法部分條文修正草案第二十四條規定「著作人專有公開播送及對公眾提供其錄音物著作及表演之權利。但不包括下列情形：一、將表演重製或公開播送後再公開播送。二、將錄音著作以擴音器或其他器材公開播送。」按依 WIPO 前揭兩條約，錄音物之著作人及表演人僅享有「對公眾提供權」，並無以互動式傳播或其他任何有線或無線(含衛星)方式對公眾傳播之權利，故修正草案明文規定「錄音著作」及「表演」之著作人僅有「對公眾提供權」而無公開傳播權乃屬配合 WIPO 條約而為規定，應屬適切。

惟草案第二十四條但書第二款規定「將錄音著作以擴音器或其他器材公開播送」則語意難明。按擴音器本身不可能直接成為我國著作權法上第一次公開播送之方法或器材，公開播送之第一次播送(即原播送)僅能以有線或無線為之，擴音器僅能成為再轉播之工具，或在公開演出之情形做為傳達於現場公眾之工具。此觀之伯恩公約第十一條之一及第十一條即甚為明白。故倘若此公開播送係指第一次播送，則第二款「將錄音著作以擴音器... 公開播送」根本無存在之空間，顯屬錯誤之立法方式。

按修正理由說明，此項修正係因錄音著作本無「以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達」之權利，故配合現行條文第三條第一項第九款「公開演出」後段(原播送之再轉播)移列第七款定義後段之修正，及刪除現行條文第二十六條第二項規定，故於第二十四條作此修正限制云云，因此立法之真意可能在指「以擴音器將原播送之聲音或影像為再轉播」之情形而言，倘若如此，則應修正為「將錄音著作以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達」方符合其修正之真意。

然而，依本文作者所見，錄音著作在我國係以一般著作保護，以具有「原創性」為必要，與採鄰接權制度國家中之「錄音物」不以原創性為要件有所不同，亦與我國著作權法第七條之一所稱之「表演」有差異，如認錄音著作已有第一次有線及無線之公開播送權，但否定錄音著作有以「擴音器」將原播送之聲音或影像再轉播之權利，在理論、實務及國際條約或比較法之基礎上，有何意義可言？如此修正是否又與中美著作權保護協定第九條公開播送權之內容相符？

七 結論 建議現行 公開播送權 應解釋為包含網 路上互動式公開傳輸 並在草案中明訂規定包含 對公眾提供權

智慧財產權局所提出之著作權法部分條文修正草案有關公開播送及公開演出部分，配合伯恩公約第十一條之一規定，將原應屬擴音器之轉播行為自公開演出權移出，改置於公開播送之內容，修正現行法立法之錯誤，固值得稱許，惟其在現行公開播送之概念上另架設公開傳播，並明白表示現行公開播送權之規範範圍不及於網路上傳輸，實有商榷之餘地。

如前所述，網路上互動式傳輸權原可依現行著作權法及中美著作權法保護之，本不須另為修正。美國法院實務上亦

本文作者認為：著作權法部分條文修正草案中，在現行公開播送之概念上另架設公開傳播，並明白表示現行公開播送權之規範範圍不及於網路上傳輸，實有商榷之餘地。

認網路上之傳輸當然屬於散布權之範圍內，無待另行修法。所考慮者唯在於「對公眾提供」部分應如何規範而已。此部分尚有修法明定之必要。

本文作者認為，我國並無類似於伯恩公約有部分著作財產權之權能在網路上傳輸無法保護之缺陷，公開播送權已可涵蓋有線及無線之網路上對公眾傳達。我國如為配合網際網路規範之需要，決定將對公眾提供權納入著作權法保護之範疇，則宜化繁為簡，在公開播送概念下增訂「對公眾提供」即可，並藉此機會明定網路上互動式傳輸原即屬於公開播送之範圍，不另增訂，而與美國相同，避免疊床架屋，益增混淆，且不致在修法之前，使目前之益增普遍之網路傳輸無法律之規範。爰建議修正著作權法第三條第七款如下：

作者建議修正著作
權法第三條第七款。

「公開播送：指(1) 基於公眾接收訊息為目的，以有線或無線或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。包括著作內容於互動式傳輸前，使其成為可被傳輸之情形送。(2) 由原播送人以外之人，以有線、無線或擴音器將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」

茲說明修正建議之理由如下：

一、伯恩公約第十一條之一之「公開播送權」原包含有三部分。第一部分係以無線方式對著容為無線廣播。第二部分係指原廣播以外之機構，就著作之廣播以有線或再廣播之方式對公眾為傳播，此即一般所稱之「轉播」。第三部分則是以擴音器或其他類似器材，將原播送之訊號、聲音或影像傳達於公眾之行爲。上揭建議修正之條文之(2)之擴音器已可包含伯恩公約第十一條之一第一項第三款之轉播權，匡正現行法之謬誤。

二、所稱「有線電」、「無線電」之用語宜參考伯恩公約及 WIPO 之條約，稱為「有線」(wire)或「無線」(wireless)即可。

三、網路上互動式傳輸既包含在公開播送範圍之概念

內，且「世界智慧財產權組織著作權條約」第八條亦未指明互動式傳輸，故建議僅明定包含「對公眾提供」即可，不必單獨列出互動式傳輸之定義。但在立法說明欄宜說明現行著作權法公開播送已包含同時及非同時播送之網路上互動式傳輸在內。

四、以散布權涵蓋公開播送及公開傳播權固屬最簡潔之方式，美國即採之。但我國及日本均承接伯恩公約之制度而來，縱然將來採取承認散布權之立法，但與公開播送仍有區別，且散布之定義一般仍限於有體物，不及於無線傳送時電磁波之無體物之傳輸，WIPO 於一九九六年大會通過之 WCT 第六條及第八條即將散布權與公眾傳播權分別立法。鑑於取消公開播送權諸事體大，變動過鉅，本文不建議採美國著作權法解決網路上傳輸之方式。

更正啟事

敬告讀者，前期月刊更正如下：

- 一、第 27 期第四頁中註 2 中所提到的 Stallman 並非 Linux 的創造者。而是 FSF 自由軟體基金會的發起人；Linus Torvalds 才是 Linux 創造者。

疏漏之處，請讀者見諒！！

