

無形利用權之規劃*

陳曉慧**

摘要

本文透過從國際條約義務，與德國法之比較研究，探討我國著作權法上無形利用權之規劃方向。依據研究結果，本文提出幾項建議：首先，在國際條約義務的基準上，可擴張公開上映權的保護著作類型；補充現場以外公開口述與公開演出的保護；並考慮對博物館個人導覽器之類的現場但公眾中之成員非同時看到、聽到的利用行為，新增保護。同時應平衡錄音物製作人與表演人之保護，新增錄音物表演人對固著後錄音表演之公開演出、公開播送與錄音物製作人分享報酬之請求權。此外，應新增對視聽表演人之公開傳輸權，並於詳細調查視聽表演人之表演契約經濟保障後，考量是否給予固著後視聽表演之公開演出、公開播送報酬請求權。其次，本文建議參考德國法給予所有無形利用權一個統一的名稱，以求立法技術之簡便，例如在權利限制條款中，對於一體適用所有無形利用權之限制，無庸個別贅述。本文亦贊同將公開口述併入公開演出。並對智慧局修正草案之公開演出、公開上映與再公開傳達，提出區別之建議。第三，本文同意將公開播送與公開傳輸之定義，以使公眾得於各自選定之時間及地點接收來區分，但建議為了因應數位匯流，且著作權之權利應取決於利用過程之價值判斷，而非技術本身，宜簡化如 WCT 第8條「以有線、無線之方式」，避免未來新利

* 投稿日：2013年10月29日；接受刊登日：2014年5月2日。〔責任校對：江奕穎〕。

** 國立臺灣科技大學智慧財產學院科技管理研究所副教授。
穩定網址：<http://publication.iias.sinica.edu.tw/01111141.pdf>。



用方式涵攝保護之困難，並明確將提供與傳輸行為均納入規範。最後，參酌歐盟對廣播節目在不同媒體上取得權利困難的解決方案，本文建議除修訂權利定義之外，也應同時考量建立新的權利授權規範。

關鍵詞：著作權、無形利用權、公開口述、公開演出、公開上映、公開傳輸、公開播送、公開展示。

目次

壹、前言	四、向公眾傳達權之可感知權
貳、國際條約關於無形利用權之規定	五、向公眾傳達權之可使用權
一、伯恩公約	六、權利限制與權利耗盡
二、羅馬公約	七、鄰接權人之無形利用權
三、TRIPs	八、數位匯流的權利管理
四、WCT	九、與重製權的關係
五、WPPT	十、小結
六、北京條約	肆、結論：我國之修法方向建議
七、與重製權的關係	一、國際條約之最低保護義務與強化保護
八、權利限制與權利耗盡	二、權利整合？
九、小結	三、廣播與公開傳輸之規劃
參、德國著作權法之無形利用權規定	四、權利限制、權利耗盡以及與重製權之關係
一、法條結構概說	五、有效的權利授權機制
二、區分有形與無形利用之理由	
三、無形利用權基本原則	

壹、前言

著作之利用，有以實體著作物之利用為必要者，亦有不以之為必要者。學說上，將後者稱之為無形利用。針對無形利用，我國著作權法上分別將公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示列為著作財產權之內容，規範其定義（第 3 條）、適用著作類型與權利之限制。其彼此之分際，因為九〇年代中期以後興起之網路傳輸利用著作方式，究應如何涵攝規範的問題，更顯得重要。2003 年 7 月 9 日所施行之著作權法修正條文，有相當部份即在處理此一問題：「增訂公開傳輸權，並修正關於『公開播送』之定義，以釐清其與公開傳輸行為之區別。」，且「本法本次修正賦予著作人『公開傳輸權』，惟為兼顧調和社會公共利益，促進國家文化之整體發展，該項權利於必要時，亦須予以限制，爰修正部分合理使用相關條文。¹」

在修法過程中，主管機關曾召開多次諮詢會議，與會者對各項無形利用權利之劃分與範圍，提出相當多的討論與建議²。主要的問題在於，如何之分類為合理、簡單。基本之論據則建立在比較伯恩公約（Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works）、世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO Copyright Treaty, WCT）與世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）與外國法（特別是美、日）之分類，以及討論我國實務上對於旅館業者接收播放有線

1 引自行政院，著作權法部分條文修正草案總說明，第 2、5 點，2003 年 3 月 26 日。

2 「著作權法修正諮詢委員會」第一次諮詢會議紀錄（87/07/16）；「著作權法修正諮詢委員會」第八次諮詢會議紀錄（88/07/31）；「著作權法修正諮詢委員會」第九次諮詢會議紀錄（88/10/15）；「著作權法修正諮詢委員會」第十次諮詢會議紀錄（88/10/28）；「著作權法修正諮詢委員會」第十二次諮詢會議紀錄（88/12/28）；經濟部智慧財產局著作權法修正諮詢委員會第十五次會議紀錄（90/06）。

電視、KTV 業者播放視聽伴唱帶等歧異見解。可惜後來由於時間壓力，除了與 WCT 第 8 條，WPPT 第 14 條有關之問題，均排除在本次修正範圍外。是故，原有權利範圍交疊的問題並沒有透過立法解決，又隨著新權利產生，更加紛紜。

為此，智慧財產局（下稱智慧局）歷來邀集學者、專家諮詢、研究，對無形利用權有許多精闢的討論與修正建議。並於民國 99 年從事「著作權整體法制檢討與修法規劃」，陸續召開修法諮詢會議，對無形利用權做出決議，同時，在民國 103 年 4 月 3 日公布著作權修正草案（下稱智慧局修正草案）³。此外，中研院法律研究所亦提出著作權法修法草案（下稱中研院草案）⁴。

本文以下希望藉由國際條約、以及同樣與我國採取詳細權利分類的德國著作權法，進行比較研究，了解無形利用權規劃的原則，藉以對我國現行法、智慧局修正草案、以及中研院草案，提出適切的建議，以協助釐清各項權利之範圍與行使方式。

貳、國際條約關於無形利用權之規定

無形利用權，即不以重製物之利用為必要的利用權（non-copy-related rights），在伯恩公約、羅馬公約（Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations）、WCT、WPPT、視聽表演北京條約（Beijing Treaty on Audiovisual Performances，下稱北京條約）中均有規定。我國並非各該條約之締約國。但我國依據世界貿易組織之與貿易有關之智

3 經濟部智慧財產局，1030403 公布著作權法修正草案（第一稿），<http://www.tipo.gov.tw/lp.asp?CtNode=7644&CtUnit=3743&BaseDSD=7&mp=1>（最後瀏覽日 2014 年 11 月 29 日）。

4 關於中研院草案，本文以 2014 年 4 月 30 日稿為討論對象。鑑於該版次未公開，所引相關條文將說明於註腳中。

慧財產權協定（The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs）第 9 條之規定，應遵守 1971 年伯恩公約第 1 至 21 條規定。另輔以我國與他國之國際條約，構成我國保護無形利用權利的國際義務。然羅馬公約、WCT、WPPT 與北京條約，仍非我國應遵守之國際條約。惟依據憲法第 141 條，尊重國際條約，不自外於國際社會規範，對於促進貿易、投資、增進人民福祉，實有益而無弊。因此，本章將說明國際條約相關規定，並歸納其保護原則。

一、伯恩公約

伯恩公約的無形利用權，可以分為：

（一）在公眾之前演出著作，或至少在一個向公眾公開的地方為之

此為 1886 年就已規定的權利，適用於特定的著作類別⁵：

1. 第 11 條第 1 項第 i 款，戲劇、音樂劇、音樂著作之著作人專有授權公開演出其著作，包含以任何方式或程序從事此種公開演出。

2. 第 11ter 條第 1 項第 i 款，語文著作之著作人專有授權以任何方式或程序公開演說的權利。

3. 第 14 條第 1 項第 ii 款，任何著作—語文或藝術著作—的著作人專有權利授權，公開演出其成為電影改作與（或）重製標的之著作的權利。

4. 第 14bis 條第 1 項，電影著作的著作權所有人享有與原始著作之著作人相同的權利，包含前條（第 14 條）的權利。

5 MIHÁLY FICSOR, THE LAW OF COPYRIGHT AND THE INTERNET: THE 1996 WIPO TREATIES, THEIR INTERPRETATION AND IMPLEMENTATION, ¶ 4.18. (2002).

(二) 向公眾傳達 (communication to the public)

指不在傳送發生地點的現場，對其他地點所做的傳達，除了第 11bis 條的廣播之外的任何傳播方式都包含，例如使用麥克風對鄰近的空間所為的傳達，以及以有線的方式向公眾傳達。但須這個節目本身不是廣播節目（也就是原始的有線節目，cable-originated programs），如果本身是，則須依據第 11bis 條再廣播規定。此一權利，是 1948 布魯塞爾會議，加入第 11 條第 1 項第 ii 款；1967 斯德歌爾摩會議加入第 11ter 條第 1 項第 ii 款，並於第 14 條 1 項對著作之電影改作，明文使用「以有線方式傳達」(communication ... by wire)，依第 14bis 條第 1 項也準用到電影著作本身⁶。

(三) 廣播 (broadcasting)

1948 年布魯塞爾會議修正伯恩公約第 11bis 條第 1 項第 i 款，規定語文與藝術著作的著作人享有專有權利授權：廣播其著作或以任何其他無線播送符號、聲音或影像的方法向公眾傳播其著作。

並增加下列二個新的規定，處理廣播的第二次利用 (secondary rights)：

(ii) 以有線、或以再廣播的方式，將著作的廣播傳達給公眾，只要這是由原來的廣播機構以外的組織所為之 (“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) 以擴音器或其他類似器具，利用訊號、聲音或影像，公開傳達著作之廣播。 (“the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.”)

其中，第 iii 款，是使廣播節目可由現場公眾接收，但第 i、ii

⁶ *Id.* ¶ 4.19.

款則否⁷。

二、羅馬公約

羅馬公約與伯恩公約，就廣播、再廣播、向公眾傳達、現場演出等行為，規定並不相同。

(一) 廣播、再廣播

羅馬公約第 3 條 f 與 g 款定義：(f) 廣播是指供公眾接收的聲音或圖像和聲音的無線電傳播。(g) 再廣播，是指一個廣播機構的廣播節目被另一個廣播機構同時廣播。

雖然規定「供公眾接收的……傳播」(“transmission ... for public reception”)，學說上認為並不能單純只限於：節目在公眾的成員所在的現場被接收，或該地點至少是向公眾開放的情況。此應為一種編輯上的錯誤，實際上是指「由公眾(成員)所接收的……傳播」(“transmission for reception by (members of) the public”)⁸。也就是，即使不在公共場所、或公眾所聚集的地點，使公眾或其成員可接收，也包含在廣播的範圍內。

關於表演人與錄音物製作人之廣播權規定在第 7、12 條。

依據第 7 條第 1 項 a 款：「本公約對表演人所規定之保護應包含可能性免除：(a) 廣播……，未經他們同意，對他們的表演，除了表演被使用在廣播中……本身已經是廣播表演，或被以固著物所作。」這表示可排除現場表演(live)的廣播，但不及於排除再廣播。另依據第 7 條第 2 項第 1 款規定，如果廣播是經由表演人同意，對再廣播的保護，是屬於締約國內國法規範的事項。

第 12 條是從廣播的觀點來看錄音物的第二次利用：「如果錄音物是為了商業目的而出版，或這種錄音物的重製物，被直接用在廣播……，單次相當報酬應該由利用人支付給表演人，或者給錄音物

7 *Id.* ¶ 4.22.

8 *Id.* ¶ 4.23.

製作人，或給他們雙方……」⁹這也不包含再廣播。

(二) 向公眾傳達 (communication to the public)

向公眾傳達 (communication to the public)，在羅馬公約沒有定義，對表演人與錄音物製作人之保護，規定在第 7 條與第 12 條，與上述之「廣播」同時並陳。

在第 7 條，對於表演人的現場表演，依據會議記錄，解釋應如同伯恩公約，即以有線的方式從一個地方向他方的公眾傳達 (communication (to the public) by wire from one place to another)¹⁰。

但第 12 條，錄音物之使用，則認為是廣播之外的任何向公眾傳達 (any communication to the public)，即除了以有線的方式向他方的公眾傳達，也包含直接地對現場公眾，或至少在向公眾開放的地點傳達¹¹。

區分二種不同解釋的理由是：表演人是現場表演，無庸再考慮直接對現場公眾傳達或在向公眾開放地點傳達的問題。但對於錄音物的使用，則有此種利用方式，應列入保護¹²。

三、TRIPs

基於 TRIPs 第 9 條第 1 項，WTO 會員國都要遵守伯恩公約除了第 6bis 條與相關條文之外的第 1 至 21 條規定。因此，都要符合前述提及之相關規定與其例外規定：

1. 公開演出權 (第 11 條第 1 項第 i 款)；
2. 公開演說權 (第 11ter 條第 1 項第 i 款)；
3. 向公眾傳達權 (第 11 條第 1 項第 ii 款、第 11ter 條第 1 項第 ii 款、第 14 條第 1 項第 ii 款、第 14bis 條第 1 項)；

⁹ 第 12 條也規定，使用報酬的分配，在欠缺錄音物製作人與表演人的協議時，由法律定之。

¹⁰ FICSOR, *supra* note 5, ¶ 4.25.

¹¹ *Id.* ¶ 4.26.

¹² *Id.* ¶ 4.26.

4. 廣播權與特定的第二次利用（第 11bis 條第 1 項第 i、ii、iii 款）。

表演人權利，雖然 TRIPs 第 14 條第 1 項用語與羅馬公約並不完全一致，但內容相同，均有排除未經權利人同意廣播與現場表演向公眾傳達的可能性¹³。表演人與錄音物製作人，依據羅馬公約第 12 條，對為商業目的出版的錄音物、重製物，廣播或向公眾傳達的單一報酬權，依據第 16 條第 1 項 a 款締約國只要通知聯合國秘書長，就可以完全不適用。因此，TRIPs 也沒有類似羅馬公約第 12 條的規定。

四、WCT

WCT 第 8 條之原文如下：

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.

依據本條前段所引條文第 11 條第 1 項第 ii 款、第 11bis 條第 1 項第 i 款及同條項第 ii 款、第 11ter 條第 1 項第 ii 款、第 14 條第 1 項第 ii 款及第 14bis 條第 1 項，可知 WCT 並沒有規範伯恩公約之公開演出（第 11 條第 1 項第 i 款）、公開演說（第 11ter 條第 1 項第 i 款）、以及廣播節目在公眾所在的現場或至少是向公眾開放的現場被接收（第 11bis 條 1 項第 iii 款）、電影著作改作或重製之著作之著作人之公開演出（第 14 條第 1 項）、電影著作的著作權人準

¹³ Art. 14.1 of the TRIPs: “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.”

用其所改作或重製著作之著作人第 14 條公開演出的權利（第 14bis 條第 1 項）¹⁴。

再由明示「以有線方式……向公眾傳達」（communication to the public ... by wire ... means），可知本條中「向公眾傳達」的概念，並不如伯恩公約中包含使用麥克風傳達於鄰近的空間中的公眾，只限於以有線方式向公眾傳達的權利¹⁵。但伯恩公約之有線方式向公眾傳達，僅適用於特定的著作類型，即公開演出戲劇、音樂劇與音樂著作（第 11 條第 1 項第 ii 款）、公開演說語文著作（第 11ter 條第 1 項第 ii 款）、電影著作所改作或重製的著作（第 14 條第 1 項 2 第 ii 款）、以及電影著作本身（第 14bis 條第 1 項），依據 WCT 第 8 條，則擴及保護所有的著作¹⁶。

明示「以無線方式……向公眾傳達」（communication to the public ... by wireless means），則是將伯恩公約第 11bis 條規定之廣播、以及非原廣播機構之再廣播，也納入向公眾傳達的類型之一¹⁷。

另於第 8 條後段，新增「包含以公眾中成員可以在他們個別選擇的時間與地點使用著作的方式向公眾提供他們的著作。」則是為了明確保護互動隨選利用（interactive on-demand acts of

14 依據草案（Basic proposal）說明，也稱傳達（communication）是指：傳送給不在傳達發生現場的公眾（transmission to a public not present in the place where the communication originates），WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.09.

15 原本在草案第 10 條中（即通過後的第 8 條），是授與以任何方式傳達給公眾的權利：“Without prejudice to the rights provided for in Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i), 11ter(1)(ii), 14(1)(i) 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, including the making available to the public of their 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.” (WIPO-Doc. CRNR/DC/4, at 44) 依據草案說明是指除了散布重製物以外的任何方式（WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.14）。由此，看起來有線與無線僅是其中的一種類型，可能也包含以擴音器對現場以外公眾傳達著作內容。但是正式通過的條文，則將有線與無線移列到前段，成為向公眾傳達的方式。

16 *Id.* ¶ 10.09. FICSOR, *supra* note 5, ¶ C8.04.

17 WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.09.

communication) ¹⁸。本段所規範的行為，是以讓著作可被使用的方式，來提供著作（“The relevant act is the making available of the work by providing access to it.”），重點在於使著作被提供的行為，不論是否有重製物提供給利用人，或僅只是使利用人可以感知、繼而使用¹⁹。依據歐盟及其成員國代表在第三次聯合會議中所提出的想法：「為了完成向公眾傳達的行為，並不要求傳輸真正發生，而只要提供著作給公眾以供後續的傳輸就足夠了（例如上傳著作到電子佈告欄）。²⁰」而互動隨選的特質，則是間接透過「個別選擇」來表達²¹。藉此要件，依據提案的歐盟及其成員國代表表示，可以和廣播加以區分。因為廣播的時間，都是由廣播者單方決定，不能各自決定²²。最後，藉由「公眾中成員」的要件，則可以排除私人通訊²³。

此一規劃方式，被稱之為雨傘方案（umbrella solution），使條約協商過程中，互動隨選利用究應以散布權或向公眾傳達權之漫長爭論，得以終結。其所使用的用語是技術中性的，且法律性質中立。

從技術來看，在 WCT 歷次討論過程中，曾就區分標準，提出數位／類比，有線／無線，廣播／數位傳輸，點對多點／點對點等不同見解。當時，曾認為廣播／數位傳輸，與點對多點／點對點同義。最後漸漸發展出一個原則，即最終解決方案應該保持技術中

18 *Id.* ¶¶ 10.10, 10.13.

19 *Id.* ¶ 10.10.

20 原文係：“Furthermore, under the proposal, for the completion of the act of communication to the public, it would not be required that an actual transmission takes place; for this the, the mere making available of works to the public (for example, the uploading a work to a bulletin board) for subsequent transmission would be sufficient.” WIPO-Doc. BCP/CE/VII/4-INR/CE/VI/4, 4-5 ¶ 10. (as cited in FICSOR, *supra* note 5, ¶ 4.140.)

21 WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.11.

22 EG mit Mitgliedstaaten, vgl. *Reinhold Kreile*, Bericht über die WIPO-Sitzungen zum möglichen Protokoll zur Berner Konvention und zum „Neuen Instrument“ vom 22. bis 24. Mai 1996, ZUM 1996, S. 964 (965); WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.12.

23 WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.12.

立，不應依據特定的技術，而應取決於行為的本質及其對著作的經濟影響。傾向於區分不在於數位／類比，有線／無線，而著重在互動隨選利用與傳統廣播間的差異²⁴。因此，WCT 第 8 條所稱「以有線或無線方式」，依據雨傘方案，是同時包含有線以及無線方式，或者是這些方式的結合²⁵。

法律性質中立，則是指美國代表主張：「得以國內法的特定權利，可以是向公眾傳達權、向公眾提供權以外的權利來保護，也可以組合專有權利，只要這些條文中的行為被這些權利所保護。」此主張沒有被任何國家反對²⁶。因為網路傳輸之後可能產生永久的複製本，所以網路傳輸，會混合有形與無形利用，所以，在 WCT 中也明訂第 6 條散布權，適用於各種著作，雖然在關於第 6 條的同意聲明（agreed statement）中，指出本條所稱原件與重製物專以固著的有體物為限，但這只是條約規定的最低保障，各國仍可以擴張、增加散布權的範圍²⁷。

此外，關於第 8 條的同意聲明指出，並不排除伯恩公約第 11bis 條第 2 項的適用。依據該條，允許各國可以對廣播、再廣播權之行使設定只適用於該國的限制，惟不可以損害著作人格權、取得合理報酬權。是故，如果此一限制會產生跨國界影響時，即違反伯恩公約、TRIPs 第 9 條第 1 項、WCT 第 1 條第 4 項及同條第 8 項，例如對衛星廣播設定法定授權。又如，將伯恩公約中屬於以有線方式所為的向公眾傳達（原始的有線節目，cable-originated programmes），以廣播權轉換為內國法，再對之適用法定授權之限制，也是違反條約最低保障的義務²⁸。

關於第 8 條的同意聲明也指出，單純提供設備，使傳達成為可

24 WIPO-Doc. BCP/CE/VI/16-INR/CE/V/14, ¶¶ 99, 104, 106.

25 FICSOR, *supra* note 5, ¶ 4.87.

26 *Id.* ¶ C8.07.

27 *Id.* ¶¶ C8.08, C8.09.

28 *Id.* ¶¶ C8.06, C.8.07.

能，或從事傳達，並不該當於 WCT 與伯恩公約的傳達（communication）。本說明是依據網路服務提供人與電信公司的請求加入，希望能夠排除他們對使用服務的他人行為負責。但事實上，本條與責任是否成立或應負何種責任，並無關係²⁹。

五、WPPT

WCT 不處理傳達於現場或現場以外聚集的公眾的權利，並以向公眾傳達權（right of communication to the public）涵蓋所有著作類別之有線廣播、廣播、與互動隨選利用，這樣的處理模式，並沒有被 WPPT 沿用。

WPPT 仍維持向公眾傳達（communication to the public）在羅馬公約中的意義，即排除廣播，但包含有線再廣播（包含對廣播的有線再廣播），另外，依情況也及於錄音物現場的公開演出。在 WPPT 第 2（g）條定義向公眾傳達是指「通過除廣播以外的任何媒體向公眾播送表演的聲音或以錄音製品錄製的聲音或聲音表現物。在第 15 條中，向公眾傳達包括使公眾能聽到以錄音製品錄製的聲音或聲音表現物。³⁰」

WPPT 也維持羅馬公約對於現場表演、商業目的出版固著物，分別給與禁止可能性、請求報酬的不同保護層次，但另新增對已固著表演、錄音物的互動隨選利用的專有權利，規定於第 10 條與第 14 條，稱為提供固著表演權與提供錄音物權（right of making available of fixed performance, right of making available of phonograms）。並不包含在向公眾傳達的定義中。

就未固著之現場表演，只要不是已經是廣播的表演，依據羅馬公約第 7 條，表演人就廣播、有線廣播、向公眾傳達，有禁止可能性，依 WPPT 第 6 條第 1 項條享有專有權利。但須注意，羅馬公約

29 *Id.* ¶ C8.24.

30 *Id.* ¶ PP2.18.

的廣播、並不包含再廣播，再廣播之保護，讓由各國決定。但 WPPT 第 2 條對廣播的定義則包含再廣播，因此，WPPT 第 6 條第 1 項賦予表演人將非屬廣播之現場表演，進行廣播之後再廣播的專有權。

就已固著之表演，廣播、有線廣播與現場播放為商業目的所出版的錄音物，表演人與錄音物製作人，依據羅馬公約第 12 條，享有報酬請求權，依據 WPPT 第 15 條，也維持報酬請求權。再廣播之處理，如前所述，包含在 WPPT 第 15 條報酬請求權中，但不含在羅馬公約第 12 條。同樣地，此報酬請求權可以通知條約當局，只適用於特定的利用，或會以其他方式限制其利用，或完全不適用。在 WPPT 第 15 條第 4 項也規定凡是以公眾中成員可以從他們各自所選擇的地點與時間，以有線或無線方式提供錄音物給公眾時，即視為是為商業目的所出版。

六、北京條約

鑑於 WPPT 並未保護表演人對其固著於視聽物上之表演，因此於 2012 年 WIPO 新簽署北京條約。關於廣播、向公眾傳達、提供固著表演之定義，均與 WPPT 相同。對未固著於視聽物表演之保護，亦與 WPPT 相同。對於已固著於視聽物之表演，表演人依第 10 條享有提供固著表演權，也是與 WPPT 相同。但依據第 11 條第 1 項，享有廣播、向公眾傳達之專有權，則較 WPPT 第 15 條僅規定報酬請求權，保護更進一步。然第 11 條第 2、3 項，也規定締約國得另以報酬請求權代之，並與 WPPT 第 15 條相同，可限定適用範圍，或根本不適用此權利（含專有權或報酬請求權）。

七、與重製權的關係

互動隨選利用，常以重製權為必要，在 WCT 第 1 條第 4 項同意聲明，與 WPPT 第 7、11、16 條同意聲明中，表示重製權與伯恩公約第 9 條第 2 項與 WPPT 第 16 條的例外，可以適用在數位利

用，特別是以數位方式使用著作或保護標的時，以及以數位方式將著作或保護標的，儲存於電子媒介中，構成伯恩公約第 9 條的重製。這反映了國際間本來即無爭議的原則。

對此，原本 WCT 的草案第 7 條是明示雖然間接且暫時的重製仍該當重製權（第 1 項）。但如果是由著作人或依據法律規定之利用，且主要目的是使著作可以被感知，或其性質上為暫時或短暫的，可以依據伯恩公約第 9 條第 2 項排除於重製權之外（第 2 項）。在外交會議上本條被激烈討論之後刪除³¹。部分的看法是，雖然伯恩公約第 9 條第 1 項包含任何方式、形式的重製，但草案第 7 條第 2 項所稱之暫時性重製，不應屬於重製權範圍，因為本條之重製，僅以具有經濟上重要性（*economic significance*）為限³²。從而，無形利用時所必要之重製行為，如不具獨立經濟上重要性時，是否不屬於重製權的範圍，依據 WCT 與 WPPT 並沒有結論。

八、權利限制與權利耗盡

伯恩公約、羅馬公約均未針對無形利用權規定權利限制。但在 TRIPs 第 13 條（限制與例外）中則規定專屬權的限制或例外應限於特定的特殊事件，不影響著作的通常利用，以及不會不合理影響權利人的合法利益。此稱之為三步測試（*3-step-test*），是援引自伯恩公約第 9 條第 2 項對重製權限制所做的規定。之後，在 WCT 第 10 條、WPPT 第 16 條、北京條約第 13 條也有類似的規定。由於 WCT 是伯恩公約第 20 條所稱之特約（WCT 第 1 條），因此在 WCT 第 10 條第 2 項並明文規定，上述規定不僅適用於 WCT 所規定的權利，也及於伯恩公約的權利。

在 WCT 第 10 條的同意聲明中表示，允許締約國國內法既有的限制與例外，只要已被認為符合伯恩公約，可以繼續適當地適用

31 WIPO-Doc. CRNR/DV/102, ¶¶247-298.

32 *Id.* ¶¶ 257, 259, 263（丹麥、荷蘭、瑞典發言）。

於數位環境³³。同樣的，也可以設計適用於數位網路環境的新例外與限制。此一聲明，主要是因為各國國內法有一些非國際條約明文規定的權利限制規定，但歷來都被伯恩公約的會議所容忍，稱為小保留（minor reservations），例如教會與愛國慶典活動，授課，傳統上的活動等³⁴。在制訂 WCT 的外交會議上，各國代表認為仍應使這類的例外與限制能夠適用於數位時代，美國也認為還應為數位環境建立新的例外，因此附加了此一同意聲明³⁵。

關於權利耗盡，TRIPs 第 6 條表明不處理智慧財產權權利耗盡的議題。WCT、WPPT、北京條約對散布權，規定各締約國可自由決定依據著作人授權之第一次銷售或移轉原件與重製物所有權，耗盡散布權的條件（WCT 第 6 條、WPPT 第 8、12 條、北京條約第 8 條）。這是外交會議中無法達成限制國內與區域耗盡，搭配承認進口權以強化重製權效益目標的結果³⁶。此外，在各該條文相關的同意聲明中表示，散布權所稱之「重製物」與「原件與重製物」專指固著的重製物，可以有體物型態進入交易³⁷。由於伯恩公約僅為最低程度保護，各國仍可擴張國內法的散布權，來保護 WCT 第 8 條規定之公開傳達權、WPPT 第 10 條與第 14 條之提供固著表演權與提供錄音物權、以及北京條約第 10 條提供固著表演權，但是耗盡該權利一事，依據同意聲明，僅以有體物為限。

九、小結

歸納上述國際公約可以得到下列幾項無形利用權之規劃原則：

33 此聲明依據 WPPT 第 16 條同意聲明、北京條約第 13 條同意聲明，也分別準用於各該條約。

34 SAM RICKETSON, THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS: 1886-1986, at 534-35 (1987); WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶¶ 12.06, 12.08.

35 WIPO-Doc. CRNR/DC/102, ¶ 488.

36 FICSOR, *supra* note 5, ¶ C6.03.

37 WCT 第 6 條與第 7 條同意聲明；WPPT 第 2 (e)、8、9、12、13 條同意聲明；北京條約第 8、9 條同意聲明。

(一) 最低保障原則與法律性質中立原則

國際條約中之權利分類，並非強制性，只是最低權利保障的說明（最低保障原則）。此外，如前所述，各締約國有權自由選擇如何履行條約義務，也可以加強保護強度（法律性質中立原則）。TRIPs 第 1 條第 1 項對此說明得非常詳細³⁸。

例如，法國、美國之公開演出權（right of public performance），包含伯恩公約中三種不同的權利：公開演出權（right of public performance, Arts. 11(1)(i), 14 (1)(ii), 14bis(1)），廣播（broadcasting）與以有線方式向公眾傳達（communication to the public）。哥倫比亞則將伯恩公約此三種權利，全部涵攝在向公眾傳達權（right of communication to the public）。而奈及利亞的廣播權（right of broadcasting）包含以有線方式向公眾傳達（right of communication to the public by wire）³⁹。又如，各國轉換 WCT 與 WPPT 之 Making available Right，亦各不相同⁴⁰。

職是之故，我國究竟應如何規劃無形利用權，重要的並非是否逐字句、依條約之類型化轉換，而是條約規定之最低權利保障，是否依內國法已達成，以及政策上應否給予更進一步的保護。

38 Art. 1(1) of the TRIPs: “Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.”

39 詳 FICSOR, *supra* note 5, ¶ C8.07.

40 請詳參謝銘洋、張懿云，著作權法公開傳播權之研究，經濟部智慧財產局委託研究期末報告（2003 年），對美國、德國、日本、澳洲等國之說明，<http://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/7f1b1b2f-f9e-4631-9ad1-d844e31d5e46.pdf>（最後瀏覽日 2014 年 11 月 29 日）。

(二) 區分在公眾之前或至少在向公眾公開的地點之演出、與向其他地點的傳送

伯恩公約將無形利用方式區分為在公眾之前或至少在向公眾公開地點之演出，以及向其他地點傳送的原則，基本上為其後國際條約所遵循。只是在權利類別規劃上，此一差別往往也不具有拘束性。為了以下行文方便，將第一種利用稱為現場演出、後者則稱為向他方傳送。

現場演出在伯恩公約係依據著作類別給予不同的權利名稱。羅馬公約、WPPT 則將錄音物現場使用納入向公眾傳達；但表演人現場表演則未納入。

向他方傳送，在伯恩公約區分為向公眾傳達、廣播（含二次利用）。但向公眾傳達不及於所有著作類型。另廣播二次利用中也包含將廣播以擴音器或類似類比器具傳達給現場公眾的利用方式。羅馬公約、WPPT、北京條約向公眾傳達與廣播之區分，則非如伯恩公約般涇渭分明。WCT 則將伯恩公約中向公眾傳達、廣播（含二次利用）、連同新增互動隨選利用統合為向公眾傳達，適用於各類型著作，但是排除了伯恩公約向公眾傳達中以麥克風傳達於鄰近空間的利用方式。

(三) 技術中立原則

上述伯恩公約向公眾傳達與廣播之區分，係以廣播技術為區分標準。但到了 WCT 則強調技術中立，改以行為本質及其對著作的經濟影響來區分。並指出單純提供設備，不構成傳達（communication）。

參、德國著作權法之無形利用權規定

一、法條結構概說

無形公開傳達與有形利用，是德國著作權法第 15 條就著作人的利用權（*Verwertungsrechte*）所為的法定分類。「有形利用」，依據德國著作權法的立法理由，是指直接以著作之原件或重製物為標的之利用方式⁴¹。也就是經由這樣的利用行為，著作會被有形地固著，或者使公眾得使用有形的固著物⁴²。而「無形利用」則欠缺明確的解釋，似乎是採取有形利用的反面解釋，也就是不屬於有形利用時，即屬於無形利用。此外，法律又進一步限制，僅規範無形利用中的「公開傳達」（*die öffentliche Wiedergabe*）行為，不及於非向公眾之傳達。依據所例示的無形公開傳達權可知，包含了德文語意上直接使人可感知的利用行為（第 19、21、22 條）；也及於語意之外的使公眾得利用、但不需使得直接感知的利用行為（第 19a、20 條）。

至於何謂利用權（*Verwertungsrechte*），規定於德國著作權法第 4 章著作權內容（*Abschnitt 4. Inhalt des Urheberrechts*）之第 3 節第 15 到 24 條。同章另外規定了第 1 節通則（*Allgemeines*）、第 2 節著作人格權（*Urheberpersönlichkeitsrecht*）。依據第 1 節通則第 11 條規定：「著作權保護著作人與其著作之精神與人格關係以及著作之利用。同時也確保著作利用時的適當報酬。」揭示了法律全面保護著作人權利的立場：包含精神與人格利益、以及著作之利用的權益，形成一個不可分的整體，彼此多樣化地交織在一起。這是德國著作權法一元理論的體現（*die monistische Theorie*）。由此導出，德國著作權不可讓與性（第 29 條），此乃源自於人格權不可讓與的本

41 BT-Drucks. IV/270 S. 46, zitiert in v. Ungern-Sternberg, in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4. Aufl., 2010, § 15 Rn. 41.

42 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 15 Rn. 41.

質；以及授權僅能以授與使用權（*Einräumung von Nutzungsrechten*）的方式為之（第 31 條以下）。換言之，利用權不僅不能讓與、也不能授權，使著作權完整保留於著作人，不會因為不同的利用方式而四分五裂⁴³。

第 15 條是一個通則規定，第 1、2 項分別保護著作人對著作之有形利用（*in körperlicher Form*）、與無形公開傳達（*in unkörperlicher Form öffentlich wiedergeben, Recht der öffentliche Wiedergabe*），享有專屬的權利（*das ausschließliche Recht*）。在各項中也例示了有形利用權包含重製權（第 16 條）、散布權（第 17 條）與展示權（第 18 條）⁴⁴。公開傳達權不耗盡，也符合現行歐盟資訊社會指令⁴⁵之原則。無形向公眾傳達權包含演說、上演、上映權（第 19 條）、公開可使用權（第 19a 條）、廣播權（第 20 條）、以錄音、錄影物傳達權（第 21 條）、廣播與公開可使用之傳達權（第 22 條）⁴⁶。第 15 條第 3 項則定義何謂公開傳達，是指當此一傳達是向公眾中的多數成員所為時。而公眾，則指凡是與著作利用人、或與對之以無形的方式使著作可傳達或可利用的其他人，沒有個人關係連繫的人，均屬之。

此外，德國著作權法第 23 條規定的改作權、以及電腦程式有關的第 69c 條第 2 款第 1 句的權利，也是成文的利用權規定⁴⁷。而其他未成文化的向公眾傳達權，由於第 15 條表列上述利用權時，

43 BT-Drucks. IV/270, S. 43, zitiert in *Schricker/Loewenheim* (Fn. 41), § 11 Rn. 3.

44 原文為：Das Vervielfältigungsrecht (§ 16), das Verbreitungsrecht (§ 17), das Ausstellungsrecht (§ 18).

45 See 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, 2001 O.J. (L 167) 10.

46 原文為：Das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19), das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a), das Senderecht (§ 20), das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21), das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22).

47 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 14.

係規定「包含」，因此，亦可由第 11 條全面保護原則與本條共同導出，以達成完整著作人權益之目的⁴⁸。

二、區分有形與無形利用之理由

從歷史上來看，德國也曾經過帝國法院將廣播以散布來保護的過程。但到 1953 年，聯邦最高法院就廢止了這樣的見解。演說、上演、廣播著作，以及公開上映電影，不再被認為是散布，而是無形利用方式。至於為何要區分有形利用與無形利用，分析德國聯邦最高法院判決⁴⁹，可以得知著作有形與無形利用方式的區分，並不是「散布」的法律用語之德文語言使用習慣不足以涵蓋演說、上演與上映等無形利用方式，而是基於下列幾個理由：

首先，著作權法對於演說、上演、上映有特別規定，因此，散布必須在著作權法為限縮的解釋。而此一特別規定是來自於伯恩公約的規定。

其次，散布權有耗盡原則的限制，德國的學說與判決均認為，不應適用於無形傳達行為。

此外，其他適用於有體物利用方式的權利限制，不應一體適用於無形利用行為。例如，當時著作權法保障未以提供重製物方式出版的語文著作，即使已經向公眾傳達，也能夠享有無形向公眾傳達權。但對於已用此方式出版的語文著作，由於已經獲取經濟利益，則無此種權利，稱為演說自由。如果認為散布包含公開演說，並認為透過電視機向公眾傳達，也相當於出版，則著作人將受到演說自由之限制，不能再主張權利。惟當時透過提供重製物之出版所能獲得的經濟利益，並不是一次電視演出或無形利用之演說，可以相比。

此種保障著作人經濟利益的觀點，也是現行法權利限制規定第

48 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 15 Rn. 17.

49 BGH I ZR 54/61 „Fernschwiergabe von Sprachwerken“, 18.12.1962, GRUR 1963, S. 213 (215).

53a 條⁵⁰僅適用於有形利用權之重製權，但不適用於無形向公眾傳達權中的公開可使用權（第 19a 條）；以及使向公眾傳達權不耗盡的基本理由，以確保著作物的交易可能性，不會被用以限制權利人獲取報酬的可能性⁵¹。

三、無形利用權基本原則

（一）符合歐盟法與國際條約之解釋適用

德國為歐盟的成員國，歐盟對於著作權領域已經有許多和諧化的指令⁵²，因此，指令所規定的概念，其意義與範圍，如果沒有明

50 第 53a 條規定：「基於個別請求，公共圖書館（公眾可使用的圖書館）可以將報紙與雜誌中出版的單一文章，以及已出版著作的小部分，以郵件或傳真的方式傳送給訂購者，只要訂購者的利用符合第 53 條的規定，即為私人或自己其他的使用，重製並以其他電子方式傳送，例如 E-mail，只能以圖檔，且在課堂中展示或為了學術研究目的才可以，並且不得是基於營利目的。此外，僅當使用這些文章或著作的小部分，是公眾中的成員不能在他自己選定的時間、地點，公開地以合理條件締約取得時，始得以重製或以電子方式傳送（第 1 項）。重製與傳送需支付著作人適當的報酬。請求權僅能由集體管理團體主張（第 2 項）。」

51 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 34. 向公眾傳達權不耗盡，也符合現行歐盟資訊社會指令之規定，see 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, OJ L 167 of 22.6.2001.

52 請見http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/documents_en.htm#directives (last visited July 26, 2014) :
 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 (下稱資訊社會指令) ;
 Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (下稱電腦程式保護指令) ;
 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property right;
 Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council on the resale right for the benefit of the author of an original work of art;
 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of databases (下稱資料庫保護指令) ;
 Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights;

示地適用成員國的法律，依據歐盟法院的見解，應為歐盟法之自主與統一的解釋（*die autonome und einheitliche Auslegung von Gemeinschaftsrecht*）⁵³。此時，不僅應考慮指令的用語、文義關係、以及指令的目的，也應考慮相關的國際條約，特別是歐盟所締結的條約⁵⁴，包含伯恩公約、WCT、WPPT、以及 TRIPs。法院應不以內國著作權法的用語為限，而在顧及內國法與一切解釋方法之下，盡力維持指令的完整效力，以及達成指令的目標⁵⁵。如果無法從事與指令相符的解釋，則依據共同體法優先原則（*der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts*）應不適用與指令抵觸的內國規定⁵⁶。

（二）完整保護原則：承認不成文的權利

德國聯邦憲法法院認為，著作人之「智慧財產」（*geistiges Eigentum*），係一種自然權利，可受到基本法第 14 條第 1 項所有權（*Eigentum*）之保障⁵⁷。由此導出下列原則：著作人對於其著作之利

Council Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission（下稱衛星廣播與有線再傳送指令）；

Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property;

Council Directive 87/54/EEC on the legal protection of topographies of semiconductor products.

53 EuGH, 07.12.2006 - C-306/05, Tz.32. Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der *Informationsgesellschaft* - Richtlinie 2001/29/EG - Artikel 3 - Begriff der öffentlichen Wiedergabe - Werke, die über in Hotelzimmern aufgestellte Fernsehgeräte wiedergegeben werden.

54 EuGH, 07.12.2006 - C-306/05, Tz. 35 f.

55 EuGH, 04.07.2006 - C-212/04, Tz. 113.

56 EuGH, 19.11.2009 - C-314/08, Tz. 81 ff.

57 德國聯邦憲法法院在教會與教科書使用案中，認為著作人的智慧財產係一種自然權（*ein naturgegebenes Recht*），法律不過是加以承認與成文化，僅於符合基本法第 14 條第 1 項第 2 句對任一種所有權所規定之社會拘束時，才能限制著作人的法律地位（BVerfG Kirchen- und Schulgebrauch, GRUR 1972, 481 (483)）。

用，都要能可行地、合適地分享所生之經濟利益。後來並明文規定在前述著作權法第 11 條第 2 句⁵⁸。而且即使沒有產生經濟利益，著作權法也賦予著作人權利決定是否、何時、如何利用其著作⁵⁹。

因此，第 15 條使著作利用的新型態，還不被成文的利用權所保護時，也立即歸屬於著作人之專屬權益。因此，著作人享有完整的著作利用權。所有重要的利用可能性，即使在著作權法實施時，還沒有發展，也保留給著作人。也不必一定要分類成有形或無形，可以是混合型態⁶⁰。

但實務上，仍傾向擴張解釋成文化的權利，而迴避引用第 15 條的基本條款，因為一個不成文權利所包含的新權利，會有下列問題⁶¹：

1. 可能會在國際上有保護漏洞的危險，因為國際條約保護著作權與鄰接權，都僅賦予一些列舉的保護權。
2. 要考慮哪些例外規定，適用於新的不成文權利。
3. 契約實務傾向不接受不成文的利用權。
4. 集體管理團體需擴張其管理範圍。

(三) 分別保護

不同階段給予不同的保護；不同的權利、賦予不同的著作類型。因此，對於先後發生的利用行為，每一個個別的利用行為，都會分別構成不同的利用權。例如公開演出歌劇，被電視錄影、播送出去，在旅館大廳被播出，分別構成演出、重製、廣播、以及廣播傳達權⁶²。

但即使上述情況下，也不應導致權利取得的分化與複雜。因

58 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 7.

59 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 9.

60 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 22.

61 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 23.

62 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 10. 但散布權有權利耗盡原則適用，則不在此限。

此，著作權人固然可以就任何內容，成立債權性質的約定。但只有獨立的使用方式（*Nutzungsart*），始得授與使用權（*Einräumung von Nutzungsrechten*），從而具有可對著作人相互主張、且得對抗第三人的物權上效力（第 31 條）⁶³。

以線上利用的使用權為例，能否將關於上傳行為的機器重製權（第 16 條），從向公眾之成員提供之公開可使用權（第 19a 條）分離，獨立授與使用權，德國慕尼黑高等法院採否定見解。理由在於，為了線上利用而上傳之重製行為，依據交易觀點，只是公開可使用權的次要權利，並不是一個獨立、本身就可以授權的使用方式。相對於公開可使用，不具有獨立的經濟利益，只是非獨立的準備行為⁶⁴。

四、向公眾傳達權之可感知權

（一）意義

向公眾傳達權可再進一步分為兩類，一類是可感知的權利、一類是可使用的權利。「可感知」要求著作可以由人類的感官感知，也就是對人類感官直接呈現。但著作經由例如廣播的過程，僅是讓公眾「可使用」⁶⁵。

因此，德國著作權法中的可感知權，主要與前述伯恩公約第 11 條第 1 項第 i 款、第 11 條第 2 項、第 11bis 條第 1 項第 i 款、

⁶³ *Schricker/Loewenheim* (Fn. 41), § 31 Rn. 1-8.

⁶⁴ OLG München, Urteil vom 29.04.2010 – 29 U 3698/09。本案事實是，由德國音樂集體管理團體 GEMA、英國集體管理團體 Mechanical-Copyright Protection Society (MCPS) 與 Performing Right Society (PRS) 共同組織 CELAS 公司，主張從既有著作權集體管理團體的互惠協議中，分離出泛美地區清單的機器重製權。但被法院駁回。因此，線上利用仍可向 GEMA 取得完整權利，而不必同時向 GEMA 與 CELAS 分別付費。

CELAS 所代理的是 EMI 音樂出版集團，以及將權利交於該集團管理的著作人，就其有音樂著作的作詞、作曲與出版商在線上與行動領域的全歐的使用權。

⁶⁵ *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), vor § 20 Rn. 8, 11, § 22 Rn. 10, § 19 Rn. 37.

第 11ter 條第 1 項第 i 款、第 11ter 條第 2 項、第 14bis 條第 1 項第 i 款、第 14 條第 1 項第 ii 款有關⁶⁶，規定在第 19 條第 1 項演說權、第 19 條第 2 項演出權、第 19 條第 4 項上映權、第 21 條以錄音或錄影物向公眾傳達演說與演出權。

現場向公眾，以真人演說語文著作、演出音樂著作，使其可以聽到的行為，分別規範在第 19 條第 1 項演說權與第 2 項第 1 選項演出權。如果是舞台演出著作，使公眾可以感知，則成立第 19 條第 2 項第 2 選項的舞台演出權⁶⁷。

演說權與演出權要求以真人演說、演出，並需著作內容讓公眾可以聽到。同時也可以使用麥克風、擴音器等科技設備來強化聲音、改變音響。真人演說語文著作的方式，包含念、說、唱等。如果是配音的語文著作，例如清唱劇文本、歌詞、流行音樂歌詞，為第 9 條規定的語文著作與音樂的結合著作，並非新的著作。如果演唱時，就語文著作成立演說權、音樂著作成立演出權。但也有反對見解認為，此時語文著作是演出權⁶⁸。

惟不論語文著作或音樂著作，如果是舞台方式公開呈現，則應成立舞台演出權（第 19 條第 2 項第 2 選項）。何謂舞台方式，沒有明確的定義，整理相關見解，具有三個不可或缺的要件，即在三度空間中、動態表現、呈現出著作內涵。語文著作與音樂著作於舞台演出時，可以沒有動作（例如獨白、詠嘆調），但是必須和空間動作間有密切關係。如果只是表演音樂或語文著作時，加上一些手勢、姿勢動作，則不是舞台演出⁶⁹。

如果現場以錄音、錄影物的方式，使公眾可以感知著作之演說

66 *Thomas Dreier*, in: *Dreier/Schulze (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz: UrhG, Urheberrechtswahrmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar*, 3. Aufl., 2008, § 19 Rn. 4.

67 本條項並沒有明文規定著作的種類，但一般認為，事實上可以於舞台演出的僅有音樂著作、語文著作與啞劇。

68 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 19 Rn. 4.

69 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 19 Rn. 18-24.

與演出者，另成立第 21 條以錄影或錄音物傳達權。本條與伯恩公約第 11 條第 1 項第 i 款、第 11ter 條第 1 項第 i 款有關⁷⁰。錄音、錄影物，定義於第 16 條第 2 項，指使圖或聲音的序列可以重複地重現的設施。由於需使公眾可以感知著作，若僅是對演說或演出以照片、或者以默片方式呈現，或者只是廣播讓公眾可以接收，都不符合本要件⁷¹。演說與演出的意義，分別依據第 19 條第 1、2 項認定，但不必是公開的⁷²。錄音、錄影物不必一定沒有變更或修改演說或演出，只要著作的主要內容被呈現，即屬之⁷³。本條所稱之著作，也僅適用於可演說或演出的著作，即語文、音樂、默劇（第 19 條第 1、2 項）。電影著作不成立本條，另成立上映權（第 19 條第 4 項）。但電影著作向公眾上映時，音樂與語文著作如果是以其演出或演說的本質呈現時，仍成立第 21 條⁷⁴。

現場以科技設備使公眾可以感知美術著作、攝影著作、電影著作、科學與技術圖的行為，成立第 19 條第 4 項的上映權。此與第 18 條公開展示權（*Ausstellungsrecht*）的差別在於，上映權使用科技設備，而公開展示權則無。上映通常是投影圖或動畫在另外一個平面。也可以不在另外一個平面，比如以微縮影片機，將一個著作的畫面，放大或縮小。甚至立體也可以。另於 2003 年德國著作權法明文規定上映權所使用的科技設備，排除廣播（第 20 條）與使公開可利用（第 19a 條）傳達之著作被公開感知的情況。因為這種

70 *Dreier* (Fn. 66), § 21 Rn. 4.

71 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 22 Rn. 7.

72 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 22 Rn. 6.

73 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 22 Rn. 8.

74 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 22 Rn. 5.

用在電影著作中的音樂與語文著作是否有上映權，有爭議。一般認為電影音樂的再現，在電影上映時，也成立上映權。但反對意見認為，電影音樂，依據第 89 條第 3 項屬於被利用的著作，不是電影的一部分。電影上映時，向公眾傳達錄製在錄音物中的音樂，並不屬於第 19 條第 4 項上映權，而是第 21 條的權利。音樂、劇本、小說等製作電影所使用的著作，亦同。*v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 19 Rn. 39.

情況，已另外規定於第 22 條⁷⁵。

上述的權利，均以在活動現場，有第 15 條第 3 項定義之公眾聚集為必要。如果是對現場外的公眾，以螢幕或擴音器使其可以感知著作內容，則就語文著作之演說、音樂著作之演出、與舞台演出，即第 19 條第 1、2 項之行為，另外成立第 19 條第 3 項的權利；就現場以錄音、錄影物的方式，使公眾可以感知著作之演說與演出者，第 21 條亦準用第 19 條第 3 項。但因第 19 條第 4 項就上映權沒有類似的規定，僅能類推適用第 19 條第 3 項⁷⁶。

(二) 權利細分的理由

第 19 條詳細區分演說權、演出權、舞台演出權、上映權，主要是因為第 52 條的權利限制不適用於舞台演出、電影著作的上映權，以及這些權利都由不同的人管理⁷⁷。

第 52 條第 3 項明文將公開舞台演出、公開上映電影著作，排除在第 1、2 項之許可範圍外。第 1 項允許向公眾傳達已公開著作，只要傳達不是為了舉辦人的營利目的、參與者可以免費入場、且著作演說或演出時，沒有任一個演出者獲得特別的報酬。此時必須給付著作人補償。少年救助、社會救助、老人與社會福利照顧機構、監獄、以及學校的活動，當依據其社會或教育目的，只有特定有限的人可以利用這個活動時，免除補償義務。於活動是為了第三人的營利目的時，不在此限，故該第三人應給付補償。第 2 項允許在彌撒、教會或宗教團體的教會慶典，向公眾傳達已出版著作。但是舉辦者必須支付著作人相當的補償。

電影著作上映時，如認為電影音樂不享有上映權，基於電影上映需要很多成本，應可期待舉辦人支付著作人報酬的立法理由，學說上認為，應可類推適用第 52 條第 3 項於電影放映時之電影音樂

75 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19 Rn. 40.

76 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19 Rn. 42.

77 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19 Rn. 27.

利用行為⁷⁸。

語文著作相關權利，原則上由 VG WORT (die Verwertungsgesellschaft WORT, 語文利用團體)⁷⁹管理。依據管理契約，VG WORT 管理已出版的語文著作第 19 條第 1 項的公開演說權。但權利人可以保有自己舉辦演講，只要通知 VG WORT 他是同意或拒絕 (管理契約第 9 條)⁸⁰。如果是經由權利人同意配音時，則依據 VG WORT 與 GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, 音樂演出權與機械重製權團體) 所締結的各版次契約管理 (管理契約第 10 條)。利用科技設備公開上映電影著作權 (第 19 條第 4 項)，當與製片人有特定個別約定讓回這個權利給權利人的時候，方得請求 (管理契約第 11 條)。以及第 21 條的權利等等 (管理契約第 3 條)。

音樂的演出權 (第 19 條第 2 項第 1 選項)，基本上，由 GEMA 管理。此外，配音的語文著作權利 (第 19 條第 1 項)，也依據 VG WORT 與 GEMA 間的約定，由 VG WORT 讓由 GEMA 管理，再由 VG WORT 分配報酬給會員，或如果會員同時是 GEMA 會員時，則直接分配。戲劇性音樂的舞台演出權 (第 19 條第 2 項第 2 選項)，也可以由 GEMA 管理⁸¹。電影音樂，由 GEMA 直接授權給電影院，但是不是第 19 條第 4 項的上映權，而是第 21 條的權利⁸²。

但通常情況，舞台演出權是個別依據舞台契約處理。因此，並

78 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19 Rn. 38.

79 參見 VG WORT Satzung 第 2 條，http://www.vgwort.de/fileadmin/satzung/Satzung_11-10-10_gedruckt.pdf。也包含由語文著作作者為著作所創作的科學技術圖、和類似的攝影著作 (第 2 條第 1 項第 5 點)、照片 (第 72 條)。

80 VG WORT, Wahrnehmungsvertrag, http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/wahrnehmungsvertrag/WV_Urheber_Juni_2011_Muster.pdf.

81 不只是為舞台演出所創作的舞台著作，也包含所有具備戲劇音樂性質的，可以在幕中使用，也就是在重現這個著作本身時，就有內在、戲劇性的故事性者，均屬之。v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19 Rn. 27.

82 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19 Rn. 45.

不受集體管理團體法第 11 條強制締約的限制，可以依據個案為不同的約定，包含著作人格權⁸³。電影著作的權利，也另由電影利用的相關契約處理⁸⁴。

(三) 不成文的公開感知權

使現場公眾得感知著作內容的行為，並未窮盡地被上述權利所包含，基於前述完整保護的基本精神，著作人仍得依第 15 條第 2 項主張其權利，舉例如下⁸⁵：

第 19 條第 4 項，以技術設備傳達著作的上映權，由於有明確的著作類型限制，因此，如果是語文著作，儲存於電腦中，之後藉由螢幕展示給現場公眾感知，則不為此權利所包含。又如果是，將非公開的廣播，以設備為向公眾傳達，也同樣是因為第 19 條第 4 項著作類型限制，而不被包含。

又第 21 條以錄音、錄影物向公眾傳達著作之演說與演出，以第 19 條第 1 項的演說、演出定義為限，即以真人演說、演出為前提。因此，如果錄音、錄影物不是以真人演出（*Darbietung*）為基礎，例如合成音樂，亦不為本條所包含。

五、向公眾傳達權之可使用權

(一) 意義

可使用權係指第 15 條第 2 項無形向公眾傳達權中，以公開可使用（*öffentliche Zugänglichmachung*）為要件者，包含廣播權（第 20 條）、衛星廣播（第 20a 條）、有線廣播（第 20b 條）、與公開可使用權（第 19a 條）。此外，廣播與公開可使用之傳達權（第 22 條），與前述第 19 條之演說、上演、上映權、第 21 條之權利一樣，需使公眾得感知為構成要件。

83 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 19 Rn. 28.

84 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 19 Rn. 45.

85 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 23.

(二) 公開可使用權 (第19a 條)

「公開可使用」之概念，在廣播權 (第 20、20a、20b 條) 與公開可使用權 (第 19a 條) 是否為同一解釋，有所爭議。爭點在於此要件使用於廣播權時，係指著作以廣播傳送的过程，但公開可使用權是否包含著作傳送过程，或僅限於傳送之前，準備著作，讓公眾中成員得依自己選擇的時間與地點使用著作的行為。

由於此權利是轉換歐盟資訊社會指令第 3 條第 1 項之規定，而歐盟又為 WCT、WPPT 的締約國，因此，第 19a 條要依據資訊社會指令的概念以及 WCT 第 8 條來解釋⁸⁶。且共同體法的概念都要共同統一、自主解釋⁸⁷。但德國學者的爭議，並非否認歐盟指令或 WCT 相關規定，不包含傳送过程，而是在肯認傳送过程與傳送前為公眾選擇之提供，均為其保護範圍的前提下⁸⁸，德國著作權法第 19a 條的用語：「公開可使用權是著作向公眾以有線或無線，並使公眾中成員得依據自己選擇的時間與地點使用的方式，得使用著作的權利。」是否沒有完整轉換，漏掉了傳送过程本身之保護。

德國多數見解，仍認為第 19a 條即使僅引用了條約中「包含」(einschließlich) 之後的段落，也同時涵蓋選取之準備以及傳輸过程本身。但僅需準備著作供公眾中成員得依自選時間、地點選取，即侵害本權利，不論實際之傳輸是否發生⁸⁹。對他人所準備供公眾之

86 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; Dreier (Fn. 66), § 19a Rn. 3.

87 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), § 19a Rn. 22; 並參見本文前揭參、三、(一) 符合歐盟法與國際條約之解釋適用。

88 如歐盟資訊社會指令第 25 點明確指出為“on-demand transmission”，即包含傳輸行為概念。原文為：“It should be made clear that all rightholders recognised by this Directive should have an exclusive right to make available to the public copyright works or any other subject-matter by way of interactive on-demand transmissions.”

89 Günter Poll, Neue internetbasierte Nutzungsformen – Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG), GRUR 2007, S. 476 (477); Jan Nicolaus Ullrich, Webradioportale, Embedded Videos & Co. – Inline-Linking und Framing als

成員可以在自選時間、地點使用的著作，從事傳輸行為的人，也構成本條的侵害。但後者的情況非常少見，事實上這樣的爭議，似乎也缺乏實益。因為正如主張需另成立不成文傳達權者所言，欠缺傳輸行為的準備行為，並沒有經濟意義。只給予準備行為的授權、不給予傳輸行為的授權，也無法讓被授權人行使其權利⁹⁰。於在外國伺服器從事著作準備行為、內國從事傳輸行為時，仍需要在內國取得傳輸行為的授權；又如傳輸行為的授權，僅限定於其他國家時，則於內國同樣要對準備行為取得完整的授權⁹¹。

在肯認第 19a 條及於傳輸過程的前提下，則第 19a 條主要就是轉換資訊社會指令理由第 25 點所稱：使著作權保護之著作與其他保護標的，透過供選取的互動式傳輸過程，使公眾可以使用的行為⁹²。

（三）廣播權（第20條）

廣播權是著作經由無線電（Funk），例如聲音與電視廣播，衛星廣播，有線廣播或類似科技方法，使公眾得使用著作的權利。

本條與伯恩公約第 11bis 條第 1 項無線廣播，伯恩公約第 11 條第 1 項第 ii 款、第 11bis 條第 1 項第 ii 款、第 11ter 條第 1 項第 ii 款、第 14 條第 2 項、第 14bis 條第 1 項後段、第 14 條第 1 項第 2 款、第 14bis 條第 2 項第 b 款的有線廣播，以及 WCT 第 8 條有關⁹³。

在條文中指明利用行為是使用「廣播」（Funk），並例舉聲音與電視廣播、衛星廣播、有線廣播或類似科技方法。1965 年的立法理由定義廣播為「任何符號、聲音或圖經由電磁波傳送，由一個傳

Grundlage urheberrechtlich relevanter (Anschluss-)Wiedergaben, ZUM 2010, S. 853, 及見該文註 2 所引文獻。Andreas Wiebe, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien Kommentar, 2. Aufl., 2011, UrhG § 19a Rn. 2.

90 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), §19a Rn. 10.

91 v. Ungern-Sternberg (Fn. 41), §19a Rn. 10, 28.

92 同註 88。

93 Dreier (Fn. 66), §20 Rn. 5.

送站發送，到另外一個地點，能由任何數目的接收機器接收，然後再轉回成為符號、聲音或圖像。」這個定義，要求接收器接收後，需立刻可以感知。但第 20 條文義上並無此要件，只要公眾可以同時使用著作，因此，比傳統的廣播概念還要廣⁹⁴。

廣播與第 19a 條所規範的互動隨選利用，差異主要在於，互動隨選利用使公眾的成員可以自己選擇使用的時間與地點。且更精確地講，是可以選擇時間⁹⁵，因為廣播也不限制地點。

此外，判斷利用權的構成要件行為是否成立，德國認為，不是依據技術過程，而是利用著作的過程⁹⁶。是故，網路上的傳輸，技術上是點對點的個別傳送，也有些微的時間差，但是否成立廣播，要從著作利用的過程，進行價值判斷。例如，網路、手機的收音機、電視，需要經利用人點選才能發送，但利用人在此是啟動一個同時給公眾的傳送，而不是個別點選由他決定時點的個別傳送，因此成立廣播⁹⁷。反之，如果終端消費者可在自己決定的時間，選擇網路上的廣播或者 Podcast，那就不是廣播，而是第 19a 條所規範的互動隨選利用⁹⁸。

（四）衛星廣播（第 20a 條）

衛星廣播，同時受到第 20、20a 條之保護⁹⁹。關於保護範圍是否及於上傳到衛星（上鍊）行為的爭議，由於此行為並不是向公眾傳送，因此，不成立廣播¹⁰⁰。但是為了決定歐盟境內應對衛星廣播

94 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), §20 Rn.3. *Georgios Gounalakis*, *Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht*, ZUM 2009, S. 447 (449) 認為第 20 條廣播的概念，比伯恩公約第 11bis 條，還要廣泛，因為有線廣播被認為是該條不保護的漏洞。

95 *Gounalakis*, (Fn. 94), S. 449.

96 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 16.

97 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 3.

98 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 46.

99 另於第 87 條廣播機構有自己的保護規定。

100 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 22.

負責的人，依據歐盟衛星廣播與有線再傳送指令¹⁰¹第 20a 條第 3 項規定，控制與負責輸入節目訊號在傳送鍊，也就是上到衛星，又回到地面¹⁰²，使公眾透過衛星可以使用著作的人，應分別依同條第 1、2 項，區分衛星廣播是在歐盟成員國或歐洲經濟區域條約締約國的領域內或外發送的衛星廣播而負責。依據第 1 項，在領域內發送者，認定專於該成員國或締約國內產生效果。對於領域外的發送行為，且該領域不符合衛星指令規定的保護程度，另責成境內經營地面發射站或有分公司者，即使未從事第 3 項所稱的行為也要負責，以便利在歐盟或歐洲經濟區域條約的區域主張權利¹⁰³。

(五) 有線廣播 (第 20b 條)

有線廣播之保護，除規定於第 20 條外，另於第 20b 條第 1 項，依據衛星廣播與有線再傳送指令，規定同時、不變更且完全利用傳輸線系統或微波系統再廣播（稱為有線再廣播），僅能由集體管理團體主張。如果有人未加入管理團體，集體管理團體依據管理法第 13c 條第 3、4 項擬制有權利¹⁰⁴。但廣播機構對於其自己的節目主張權利時，不適用之。第 20b 條第 2 項是德國法特有，保障著作人就有線再廣播得向有線電視公司主張適當報酬之請求權，此報酬請求權不能放棄，事前僅能由集體管理團體管理並主張。

關於有線廣播，有二個主要的爭議：一、旅館（宿舍）業者透過分送系統傳送到電視機，是否成立有線廣播，或者僅是接收行為。二、依第 20b 條，有線再廣播有集體管理之強制締約義務，便利利用人取得權利，但是否也適用於網路上的再廣播。

關於第一個爭議：分送系統所為之同時、不變更、完整再傳

101 Council Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission.

102 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20a Rn. 14.

103 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20a Rn. 18.

104 稱為外部問題 (Aussenseiterproblematik), v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20b Rn. 12.

送，已經符合科技意義的廣播，依據國會修法的討論，僅於鄰居關係之有限的共同天線，才可不需取得同意、不必付費。所謂鄰居關係只存在於幾棟建築，不論是什麼形式的建築，有多少戶數。但必須空間上彼此距離很近。戶數則大約 75 戶¹⁰⁵。

其他認為分送系統不侵害著作權的理由，例如再傳送，發生在廣播機構的直接可接收領域¹⁰⁶，僅是用以改良接收狀況、沒有創造新的接收群、不是營利的¹⁰⁷，以及廣播要以廣大的公眾為前提等¹⁰⁸，均非判斷廣播權是否成立的要件。

關於第二個爭議：網路利用方式，有學說以可混用有線與無線，故主張無法直接納入其中之一¹⁰⁹。進一步，又由於德國著作權法第 20 條分別條列聲音廣播與電視廣播、衛星廣播，有線廣播或類似科技方法；第 20b 條也分別條列有線或微波系統，因此新興網路應用方式，能否當然適用，在法院也引發爭議¹¹⁰。

（六）廣播與公開可使用之傳達權（第22條）

第 22 條規定：「廣播與公開可使用之傳達權利，是指廣播，以及公開可使用所根源傳達的著作，經由螢幕、擴音器或類似科技設備使公開可感知。第 19 條第 3 項準用之。」本條是保護廣播（第 20 至 20b 條）與公開可使用（第 19a 條）的著作，直接為公眾所感知的權利。就廣播的部分，是轉換伯恩公約第 11bis 條第 1 項第 iii 款之規定¹¹¹。

第 15 條第 3 項定義，受傳達之公眾，必須在同一個地點，而且傳達是他們共同可以感知的。所以，第 22 條對於下列符合第 20

105 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), §20 Rn. 35, 但國會對此不覺得需要特別立法，參見§ 20 Rn. 37.

106 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 29.

107 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 30.

108 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 31.

109 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20b Rn. 8.

110 詳後述參、八、（一）*Zattoo* 案之說明。

111 *Dreier* (Fn. 66), §22 Rn. 4.

條的廣播行為，並不適用：旅館以分送系統傳送到旅館房間；或將聲音廣播在旅遊交通工具上同時傳給許多位置，讓客人用耳機收聽¹¹²。

(七) 不成文的公眾可使用權

由傳送者自己組合內容，或是依據利用人事先告知的標準所組合，並通知該利用人，已經準備好可以下載，成立第 19a 條公開可使用權。若直接將該內容，主動傳送給利用人（push），於同時向公眾傳輸同一內容時，成立第 20 條的廣播權；對個別利用人的主動傳送，例如個人網路收音機，不屬於廣播權，但是否成立不成文的無形公開利用權，則有爭議¹¹³。

此問題涉及一傳達行為何時該當「向公眾傳達」。第 15 條第 3 項規定：「傳達，須對多數公眾的成員為之時，才是公開的。而公眾則是指凡是和利用著作的人，或者與那些以無形方式可感知、可使用著作的人，沒有個人關係相聯繫的人。¹¹⁴」

2003 年之前舊的規定是：「傳達，需對多數人為之，才是公開的。但這些人的範圍是特定限制的，且他們彼此間或與舉辦者間有相互個人聯繫，不在此限。¹¹⁵」

比較新舊規定，主要的差異在於：新法刪除排除條件中「人的範圍是特定限制的」之規定。因此，學說認為新法中個人關係聯繫

112 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 22 Rn. 11.

113 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 47.

114 原文如下：„Die Wiedergabe ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.“

115 原文如下：„Die Wiedergabe eines Werkes ist öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Personen bestimmt ist, es sei denn, dass der Kreis dieser Personen bestimmt abgegrenzt ist und sie durch gegenseitige Beziehungen oder durch Beziehung zum Veranstalter persönlich untereinander verbunden sind.“

的範圍，比舊法廣，而使較多的行為，不成立向公眾傳達¹¹⁶。

個人關係聯繫，不是私人關係，不一定要直接、親密、內在、信賴的聯繫。基本上是參考人群大小與關係的型態判斷。所以，網路上遠端的關係，如果已持續一陣子也可能成立個人關係¹¹⁷。然如檔案分享系統（file-sharing-systeme），參與者間只有單純的技術上連接，則不足夠¹¹⁸。人數上限，沒有規定。有學說認為，數百人就應欠缺第 15 條第 3 項的個人聯繫關係¹¹⁹。但有法院認為個別以書面邀請 600 人所參加的婚禮，仍非公開的利用行為¹²⁰。與朋友帶來的朋友間的關係，只要所有參與者彼此間總體可構成個人關係的聯繫，也不會單因為這個朋友的朋友，而成為公開利用行為¹²¹。

簡言之，對於公眾的認定，與利用人的主觀因素，即活動的目的有關。藉此避免私人的活動，在不為利用人所知的情況下，客觀上卻被公眾中多數的成員感知或使用著作時，不會成立向公眾傳達。例如在家彈鋼琴，卻吸引許多路人駐足旁聽¹²²。

另外一個重要的問題是，公眾中的多數成員是否需在現場或同時出現。於法條中並未明文規定，但依據法律解釋，認定為不成文要件。

以可感知權而言，第 19 條各項、第 21 條第 1 句、第 22 條第 1 句，均以著作須使人可感知為要件，因此，多數人必須在同一個地點聚集，且在那裡，對著作之傳達，有共同感知的可能性¹²³。所以，同時、同一地點即為構成要件。據此，透過博物館的聲音導覽器重現音樂，不能被第 21 條所包含。個別利用人使用儲存設備的

116 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 65; *Hoeren Thomas*, in: *Loewenheim* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Aufl., 2010, § 21 Rn. 22.

117 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 75.

118 BT-Drucks. 15/38, S. 17, in *Dreier* (Fn. 66), § 19a Rn. 7.

119 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 75.

120 AG Bochum GRUR-RR 2009, 166, 167.

121 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 76.

122 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 68.

123 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 19 Rn. 41.

朗讀功能，念誦數位化的書，也不屬之¹²⁴。

但對於可使用的權利，第 19a、20、20a、20b 條，則公眾中的多數成員，不必在同一地點聚集。甚至即使有線、無線廣播的接收者，是在分開、個別私人的房間中，也不妨礙向公眾傳達的成立，因為旅館房客常常更換，表示他們與利用著作之旅館主人或其他可使用著作的人彼此間，沒有個人關係聯繫¹²⁵。但從第 19a、20、20b 條文義也認為，一次利用行為，即應使公眾可以使用著作¹²⁶。因此，「同時」可使用也是必要條件¹²⁷。基於法的安定性，不能因為重複多次的利用行為，而累積成公眾（*sukzessive Öffentlichkeit*），判斷向公眾傳達的時點，是在行為時，而非事後¹²⁸。

惟第 19a 條之同時傳達，是建立在向公眾中成員提供，使其得在自己選定的時間、地點使用著作的提供行為階段¹²⁹。對於將選定之後的傳送行為，也認定屬於第 19a 條保護範圍之學者，則不得不肯認「累積性公眾」概念為已足¹³⁰。

是故，前述之主動發送客製化的資料，如網路收音機，因欠缺同時、使同一的著作、讓公眾可使用的要件，而不成立第 19a 條或第 20 條¹³¹。

大量對許多人以 Email 發送同一著作，可能成立第 20 條，因為權利的判斷，取決於利用行為的價值判斷，而不是其科技過程。E-mail 雖然在技術上是點對點傳輸給個別收件人，大量傳送時，時間上也有些許先後差異，但這並不妨礙，同一著作、同時以類似廣

124 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 71.

125 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 70.

126 但有沒有人真實的接收，則非所問，v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 8; *Wiebe* (Fn. 89), UrhG § 20, Rn. 4.

127 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 71; §19a Rn. 49.

128 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 15 Rn. 71.

129 *Dreier* (Fn. 66), § 19a Rn. 3.

130 *Wiebe* (Fn. 89), UrhG § 19a Rn. 3.

131 *Günter Poll*, Vom Broadcast zum Podcast- Urheberrechtliche Einordnung neuer Internetgeschäftsmodelle, MMR 2011, S. 226 (230).

播的方式、使公眾得使用的價值認定¹³²。

網路錄影機，德國最高法院認為業者從天線接收電視節目，讓客戶選擇想收看、下載的節目，儲存在個別客戶的個人空間中，不成立第 19a 條，因為「系爭著作在提供的當時並不是在準備可使用的狀態」，也就是節目進入網路錄影機業者範圍之前，並不能被公開可使用。且認定業者是直接將節目再傳送給個別顧客，因此不構成對「公眾」準備可供選取的使用。但從天線到個人儲存空間的傳送行為，是否成立第 20 條廣播，則因事實上是否涉及對多數人為之不明，而未做成判斷¹³³。

然單就第 15 條第 3 項對公眾概念之解釋，並不妨礙著作得先後被感知或被使用。立法者也肯認本條項之解釋，包含對同一著作同時與不同時的利用¹³⁴。是故，就不成文的向公眾傳達行為而言，依據完整保護原則¹³⁵，凡是著作利用的利益，均應使著作人或鄰接

132 *v. Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20 Rn. 49. 反對意見認為這並非同時發送，而是累積性公眾，因此不應成立第 19a 條或第 20 條，參見 *Poll* (Fn.131), S. 230。但也有認為第 19a 條以累積性公眾概念為已足的學者，認為 E-mail 傳送，欠缺利用人選擇時間的要件因此不構成第 19a 條，*Wiebe* (Fn. 89), UrhG § 19a。

133 本案事實是 www.save.tv 網站以 Save.TV 的標識經營線上錄影機 (Online-Videorekorder, OVR)。Save.TV 由天線接收德國境內許多廣播機構可自由被接收的廣播訊號，其中也包含電視公司 RTL 的節目。顧客再從其中選擇並選取他所希望的節目 (Tz.22)。節目被儲存在顧客的線上錄影機。這是一個由 Save.TV 所經營的硬碟中的儲存空間，專屬於這位顧客。顧客可以透過網際網路從世界上任何地點與任何喜歡的時間觀看 OVR 所錄製的節目 (線上串流) 或者下載到自己的電腦 (下載)。RTL 主張 Save.TV 侵害第 87 條第 1 項，請求禁止其重製、公開可使用、廣播、以線上串流方式傳送 RTL 的節目或其部分給他人。BGH, 22. April 2009, Az. I ZR 175/07 (Save.TV) und I ZR 216/06 (Shift.TV), ZUM 2009, 765 und ZUM-RD 2009, 369.

此判決受到批評，因為如果將個人儲存空間當作接收裝置，廣播並不以有實際接收、多少人接收為要件，只要所指向的接收範圍，成立第 15 條第 3 項公眾的概念。且公眾之成立，不在於業者有多少顧客，而是以客戶所訂購的系爭節目而言，由業者同時、使他們可以接收的再傳送的客戶，是否構成公眾。但這當然會受到，節目是否熱門或冷門的影響，熱門時容易成立，而冷門時則不容易成立，那此類服務是否適用第 20 條，即成為一種不確定的狀態。從而有成立不成文無形利用權之必要，參見 *Poll* (Fn. 131), S. 230 f.

134 BT-Drucks. 15/38, S. 17, in *Dreier* (Fn. 66), § 19a Rn. 3.

135 請參本文參、三、(二) 完整保護原則：承認不成文的權利。

權人得以分享參與，從而，主動發送客製化資料的網路收音機，利用先後、交錯的傳送行為，使公眾中的成員，先後可使用著作，學說中均承認為不成文的權利¹³⁶。

六、權利限制與權利耗盡

著作權經聯邦憲法法院承認為德國基本法第 14 條所保障之所有權，且僅於符合第 14 條第 2 項規定時，可限制著作人之法律地位，亦即所有權負有其使用必須同時促進公共福祉之義務¹³⁷。是故，在著作權法有權利限制之規定。

但權利限制，也需遵守歐盟資訊社會指令、電腦程式保護指令、資料庫保護指令之規定¹³⁸。特別是資訊社會指令第 5 條第 3 項對公開傳達權有 15 項例外與限制規定，因已考慮各成員國的差異，並為維持共同市場功能，因此，不得再為增加¹³⁹。依據本項第 o 款，德國可以繼續保留現有較不具重要性且不妨礙共同市場物品與服務交易的例外規定，適用於類比的領域¹⁴⁰。第 5 條第 5 項規定，所有的例外與限制僅能適用於特定的特殊情況，不會影響著作或保護標的之通常利用，以及不正當的損害權利人的合法利益。這

136 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), §15 Rn. 71 稱之為「線上散布權」(online Verbreitungsrecht); *Poll* (Fn.131), S. 230 稱之為「線上傳輸權」(Online-Übertragungsrecht Online-Übermittlungsrecht)。 *Wiebe* (Fn. 89), UrhG § 15 Rn. 1.

137 參見註 57。

138 參見註 52。

139 Directive 2001/29/EC, ¶¶ 31, 32.

140 此款受到許多批評，因為類比與數位的區分欠缺意義，比如德國已允許人民可以看到官方文件，卻因指令第 5 條第 3 項沒有此一規定，是故德國無法新增，人民即不能以數位方式觀看。*Thomas Hoeren*, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000, S. 515 (519); *Frank Bayreuther*, Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001, S. 828 (837); *Detlef Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?, MMR 2002, S. 18 (19); *Martin Schippan*, Harmonisierung oder Wahrung der nationalen Kulturhoheit? Die wundersame Vermehrung der Schrankenbestimmungen in Art. 5 der „Multimedia-Richtlinie“, ZUM 2001, S. 116 (128).

是為了符合伯恩公約第 9 條第 2 項與 TRIPs 第 9、13 條三步測試所做的規定。為此，德國在 2007 年第二次修訂資訊社會之著作權法時，增列與指令相關的權利規定¹⁴¹。

以下整理與無形公開傳權相關的權利限制：

原則上，所有公開傳達權都適用下列的權利限制規定¹⁴²：第 45 條第 3 項（法院與公共安全）¹⁴³、第 48 條第 1 項（公開演說）¹⁴⁴、第 49 條（報紙文章與廣播評論）¹⁴⁵、第 50 條（時事事件的報導）¹⁴⁶、第 51 條（引用）¹⁴⁷、第 52 條（公開傳達）¹⁴⁸、第 57 條

141 與公開傳達權有關的修改，主要是修改第 49 條第 1 句、第 46 條（教會、學校或課程使用的合集）新增「專為學校課程使用著作的公開可使用，僅能經權利人同意始得為之。」、第 51 條引用、新增第 52b 條（公共圖書館、博物館與檔案館電子閱讀區的著作傳達），參見 *Veröffentlichung des Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft im Bundesgesetzblatt Teil I, Nr. 54 vom 31. Oktober 2007, S. 2513-2522*, <http://www.urheberrecht.org/topic/Korb-2/bmj/bgbl107s2513.pdf>.

142 *Dreier* (Fn. 66), § 21 Rn. 2.

143 第 45 條第 3 項規定：「為法院、調解法院（Schiedsgericht）、政府機關的程序所需之重製的重製物，可公開傳達。」

144 第 48 條第 1 項：「可允許 1. 重製與散布報紙、雜誌以及其他印刷物或資料載體上的時事問題演說，主要是與時事利益有關（Tagesinteressen），且演說是在公開集會中，或者依據 19a 或 20 條的公開傳達而公開，或將此演說公開傳達。2. 重製、散布、公開傳達在國家、地方或教堂機構所進行公開活動的演說。」

145 第 49 條：「可允許重製與散布個別的廣播評論，報紙上的單一文章、和與文章有關的公開圖表，以及在其他報紙中只是與公共利益有關的新聞紙（Informationsblätter）、與這類新聞紙，也可以公開傳達這類的評論、文章與圖表，如果與政治、經濟或宗教時事問題有關，且沒有權利保留之標識。重製、散布與公開傳達應對著作人給付適當的報酬，除非是重製、散布或公開傳達許多評論與文章中的簡短片段以概況的方式呈現。請求權只能由集體管理團體主張（第 1 項）。重製、散布與公開傳達混合的新聞中的事實內容，以及由新聞或廣播公開的新聞，均不受限制，但不影響其他法律規定的保護（第 2 項）。」

146 第 50 條規定：「用廣播或其他類似的科技措施，在報紙、雜誌或其他印刷物或其他資料載體上，或在電影中，為了報導主要與公眾利益有關的時事，可以在達成目的的正當範圍內，重製、散布與公開傳達，在事件過程中可感知的著作。」

147 第 51 條（引用）規定：「為了引用的目的可以重製、散布與公開傳達已公開的著作，只要使用範圍可為其特定的目的所正當化。特別是以下狀況應許可：1. 單一的著作在公開後被收錄在獨立學術著作中，以討論其內容。2. 在

(不重要的附帶著作)¹⁴⁹、第 59 條第 1 項(公共場所的著作)¹⁵⁰。

此外,可感知權還受到第 56 條(營業場所之重製與公開傳達)的限制¹⁵¹。

第 19a 條的權利限制,依據第 52 條第 3 項,不適用同條第 1、2 項。此外,另適用第 52a 條(為課程與研究之公開可使用)¹⁵²、第 52b 條(公共圖書館、博物館與檔案館電子閱讀區的著

公開之後,著作在獨立的語文著作中被引用;3. 已出版的音樂著作的部分片段在獨立的音樂中被引用。」

- 148 第 52 條規定:「允許公開傳達已公開著作,只要傳達不是為了舉辦人的營利目的,參與者可以免費入場,且著作演說或演出時,沒有任一個演出者獲得特別的報酬。此時必須給付著作人補償。少年救助、社會救助、老人與社會福利照顧機構、監獄、以及學校的活動,當依據其社會或教育目的,只有特定有限的人可以使用這個活動時,免除補償義務。於活動是為了第三人的營利目的時,不在此限,故該第三人應給付補償(第 1 項)。在彌撒、教會或宗教團體的教會慶典,公開傳達已出版著作,是被許可。但是舉辦者必須支付著作人相當的補償(第 2 項)。第 52 條第 3 項明文將著作之公開舞台演出、公開可使用、廣播以及公開上映電影著作,排除在第 1、2 項之許可範圍外,仍以獲得權利人的同意為必要。」
- 149 第 57 條(不重要的附帶著作)規定:「允許重製、散布或公開傳達,在重製、散布或公開傳達的標的旁邊不重要的附帶著作。」
- 150 第 59 條(公共場所的著作)規定:「允許將公共的道路、街道或廣場上的著作,以繪畫或繪圖,以攝影或影片為重製、散布或公開傳達。此一利益對建築著作只及於外牆(第 1 項)。重製不可以用在建築著作(第 2 項)。」
- 151 第 56 條(營業場所之重製與公開傳達)規定:「商店中的機器用以製作或傳達錄影或錄音物,以便接收或利用廣播或電子資料處理,為了對顧客展示或修理此機器之必要,得將著作傳送到影、音或資料載體,以影、音或資料載體使著作公開可感知,使廣播公開可感知以及使著作公開可使用(第 1 項)。依前項所製作的影、音、或資料體應即銷毀(第 2 項)。」
- 152 第 52a 條(為課程與研究之公開可使用)規定:「著作中已公開的小部分,著作中的小範圍,以及報紙或期刊中一些文章,為了在學校、大學、非營利教育與終身教育機構,以及職業教育機構,僅為了特定限制範圍的課程參加者(第 1 項第 1 款),或為了特定限制範圍的人自己的學術研究(第 1 項第 2 款),可以使公開可使用,只要符合各該目的,且提供不是為了商業目的。本項規定為公開可使用所必要的重製也被允許(第 1 項第 3 款)。但必需支付適當報酬。報酬僅能由集體管理團體主張(第 1 項第 4 款)。然而,為學校課程使用所作的著作,只能經權利人同意才得公開可使用。電影著作的公開可使用,在本法領域內的電影院一般經常性利用開始時起 2 年內,也是只能經權利人同意始得為之(第 2 項)。」

作傳達)¹⁵³、第 46 條（教會、學校或課程使用的合集）¹⁵⁴、第 56 條、第 58 條（展覽、公開販售或公共使用設施的著作）¹⁵⁵等權利限制規定¹⁵⁶。

為了符合三步測試，第 46、49、52、52a、52b 條均規定，應對著作人給付適當的報酬，但除第 46、52 條外，其餘各條請求權只能由集體管理團體主張。且報酬請求權不能事先拋棄（第 63a 條）。

基於上述條文，利用著作時，基本上不得變更之（第 62 條第 1 項）¹⁵⁷。且公開傳達時，依據交易必要的情況，均應標示來源

153 第 52b 條（公共圖書館、博物館與檔案館電子閱讀區的著作傳達）規定：「公共可使用的圖書館、博物館或檔案館館藏中已公開著作，在無相反契約約定下，非為直接或間接經濟或營業目的，專於各機構內為研究與私人學習所設置的電子閱讀區得使之可使用。基本上不得在所設置的電子閱讀區同時對同一著作，有多於館藏的份數可以被使用。對於公開可使用要支付適當報酬。報酬請求權僅集體管理團體可主張。」

154 第 46 條（教會、學校或課程使用的合集）規定：「公開之後，可以重製、散布與公開可使用著作的部分，語文著作或音樂著作的少部分，一些美術著作或攝影著作，作為合集的部分，組合許多作者的著作，在完成之後，僅用於學校、非營利教育與繼續教育機構或職業教育機構課程使用，或在教會使用。專為學校課程使用著作的公開可使用，僅能經權利人同意始得為之。在重製或公開可使用時必須明示合集的用途（第 1 項）。適用於音樂著作時，僅限於該合集是為了非音樂學校的音樂課的使用（第 2 項）。需先寫信通知著作人第 1 項使用的意思，經 2 個星期後始得為重製與公開可使用。著作人不明住所或居所時，通知專屬利用權人。專屬利用人之住所或居所不明時，可以透過全國廣告公告（第 3 項）。第 1、2 項的使用，需對著作人支付適當報酬（第 4 項）。當著作已經不符著作人的信念，著作的利用對他而言不可期待，且基於此一理由取回已經成立的利用權（第 42 條），則著作人可以禁止第 1、2 項之使用。第 136 條第 1、2 項準用之（第 5 項）。是故，重製物必須停止製作，已製作的重製物仍可繼續散布。」

155 第 58 條（展覽、公開販售或公共使用設施的著作）規定：「公開展示或為公共展覽，或為公開銷售之美術著作、攝影著作，舉辦人為了廣告、以及為了支持活動所必要時，可以重製、散布與公開可使用之（第 1 項）。上述著作如果是公共使用博物館、教育機構或博物館在內容與時間與該展覽有關聯時，或為了紀錄館藏，製作成目錄，非為營利目的，可以重製與散布（第 2 項）。由此可知，目錄不得公開可使用。」

156 *Dreier* (Fn. 66), § 19a Rn. 4.

157 第 62 條第 2 至 4 項規定，得為利用目的必要而部分變更與移調（第 2 項），美術與攝影著作於利用程序重製必要亦得變更大小或其他變更（第 3 項），第

(第 63 條第 2 項)。依據第 46、48、51、52a 條公開傳達以及依據第 61、61c 條公開可使用時，除非無法標示，來源連同著作人姓名均應標示 (第 63 條第 3 項)。

第 61、61c 條係對孤兒著作之利用。對於公共利用圖書館，教育機構，博物館，檔案館以及電影或錄音資料館館藏之書籍、專業期刊、報紙、雜誌、或其他書刊之著作與其他保護標的；電影著作或其他錄影物與錄有電影著作之視聽物；以及錄音物，如已公開，而其權利人經由盡力搜尋仍無法確定或者被找到時，稱為「孤兒著作」(Verwaiste Werke)，上述機構為了履行他們之公共利益任務時，特別是符合文化與教育政策的目的之管理館藏內容、整修以及開放他們的收藏，得重製與公開可使用之 (第 61 條第 1、2、5 項)。此等機構亦得就孤兒著作之利用收取報酬，以支應數位化與公開可使用的費用 (第 61 條第 5 項)。如館藏內容，並未出版或未被廣播，如果權利人已同意館藏讓公眾得利用，且依據誠實與信用可認為權利人會同意重製與公開可使用之利用時，此等機構亦得利用之 (第 61 條第 3 項)。依據公法設立的廣播機構，依據第 61 條第 2 至 5 項，得重製與公開可使用在 2003 年 1 月 1 日前由公法設立廣播機構所製作且收藏的電影著作、錄影物以及錄有電影著作的視聽物，以及錄音物 (第 61c 條)。

關於權利耗盡，歐盟資訊社會指令第 3 條第 3 項明文規定，著作人之公開傳達權與鄰接權人之公開可使用權不耗盡。該指令理由第 29 點除明白表示此一見解，同時也進一步認為對於利用人以此類服務經由權利人同意所產生的著作或其他保護客體之有體重製物，也不適用。德國著作權法的學說與實務見解，也依循之，無形

46 條教堂、學校、教學合集之利用，除了上述許可之變更，語文著作可以為了教堂、學校或教學必要而變更。但是需要取得著作人的同意，在著作人死亡後，要取得權利繼承人的同意，如著作人的親屬、或者基於最後的遺囑處分而取得權利的人。如果在通知有意變更之一個月內沒有反對，並被通知已經改變時，即視為同意 (第 4 項)。

利用權不會耗盡¹⁵⁸。

七、鄰接權人之無形利用權

對於鄰接權人，德國詳細規範了學術版本（第 70 條）、絕版著作（第 71 條）、照片（第 72 條）、表演人（第 73 條以下）、表演舉辦的公司（第 81 條）、錄音物製作人（第 85 條）、廣播機構（第 87 條）、資料庫製作人（第 87b 條）、新聞出版社（第 87f 條）、電影製作人（第 94 條）、動態影片（第 95 條）等保護規定，可準用上述著作權之規定。以下僅就與前述國際條約相關之表演人、錄音物製作人、廣播機構、電影製作人進行說明。

表演人而言，第 73 條以下對表演人之財產利益的保護，分為第 77 條規定之錄製、重製與散布，與第 78 條規定之向公眾傳達。依據第 78 條第 1 項，表演人就其表演，享有專有權利者包含：

1. 公開可使用（第 19a 條），
2. 廣播，但表演已被同意錄製於錄音或錄影物，且該錄音或錄影物已出版或已經同意公開可使用，不在此限，
3. 在表演舉行的場地之外，透過螢幕、擴音器或其他類似設備使公眾可以感知。

表演人就下列情況，可請求給付適當的報酬，當：

1. 表演依據前述第二種情況被同意廣播時，
2. 表演被以錄音或錄影物之方式公開可感知，或

¹⁵⁸ v. *Ungern-Sternberg* (Fn.41), § 15 Rn. 34; *Hecker*, in: *Limper/Musiol* (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht*, 2011, 3. Kapitel, Rn. 191. 惟針對電腦程式，2012 年歐盟法院在 *Case C-128/11, UsedSoft GmbH v. Oracle Int'l Corp.*, 2012 E.C.R. I-0000 案件中，認為一次性付款後，即可無期間限制使用之線上下載電腦程式，亦屬銷售（sale），不論是有體或無體形式，均應適用散布權首次銷售原則（*UsedSoft GmbH v. Oracle Int'l Corp.*, ¶¶ 73-88）。然而該法院也明白表示，此乃因為所適用之電腦程式保護指令為資訊社會指令的特別規定（*lex specialis*）（*UsedSoft GmbH v. Oracle Int'l Corp.*, ¶¶ 56-63）。顯示該法院並無意改變資訊社會指令不耗盡公開傳達與公開可使用權之規定。

3. 表演之廣播或基於公開可使用之再現，而公開可使用（第 2 項）。

此一報酬請求權，不可以事前放棄。但可以事先由集體管理團體管理（第 3 項）。第 20b 條規定，準用之（第 4 項）。

此外第 81 條，也將第 77 條第 1、2 項與第 78 條第 1 項的權利，賦予給表演人表演時，舉辦表演的公司。

錄音物製作人，則依據第 85 條規定錄音物製作人專有重製、散布、公開可使用錄音物的權利（第 1 項第 1 句）。但是對於已經出版，或經過許可公開可使用的錄音物，其上有錄製表演人的表演，為使用於向公眾傳達這個表演時，錄音物製作人沒有專屬權利，只能對表演人請求其第 78 條第 2 項所定報酬的適當分配（第 86 條）。

廣播機構有下列專有權利，將其廣播再廣播與公開可使用（第 87 條第 1 項第 1 款），以及在公眾只有付入場費才能進入的場所，將其廣播公開可感知（同條項第 3 款）。但廣播機構與有線機構相互有義務，對第 20b 條第 1 項第 1 句的有線再廣播，以適當的條件締結契約，惟拒絕締約有正當合法理由者，不在此限。廣播機構的義務包含自己的節目、以及受讓而來的廣播權。基於有線機構或這個廣播機構的要求，這個契約，要與有線再播送請求權之利用團體共同締結，但有正當合法理由拒絕共同締約者，不在此限。

電影製作人，對電影著作之錄影帶、或錄影與錄音帶，享有重製、散布或公開上映、廣播、或公開可使用權（第 94 條第 1 項）。第 20b 條與著作權的限制規定，均準用之（第 94 條第 4 項）。因此，此一權利，對有線再廣播，必須集體管理授權。本規定也準用於不符合電影著作保護的影片與影音片（第 94 條）。

八、數位匯流的權利管理

數位匯流之後，廣播機構希望將節目，在各種技術平台上播送，讓公眾可以透過任何形式的接收設備接收。但由於權利劃分與

權利管理人不同，使這個願望甚難實現。因此要求一個簡單、快速、跨國的權利管理機制，甚獲透過修改法律來解決，即成為歐盟執委會、歐洲廣播聯盟（European Broadcasting Union, EBU）的廣播機構，以及電信服務提供業者的主要訴求。

（一）Zattoo 案

此問題可以透過漢堡地方法院的 *Zattoo* 案來說明¹⁵⁹。*Zattoo* 是一家瑞士公司，將從衛星或其他來源接收到的廣播，轉換格式、鎖碼之後，透過該公司專屬的資料線傳達到 F 的中央網路節點，再由此向歐洲各國同步播送。利用人先在自己的電腦安裝免費下載的程式，經註冊、登入，就可以自由選擇節目，看到解碼後的節目。利用人並不會感受到時間遲延。而 *Zattoo* 的營收則是透過程式開始與換台時的廣告。*Zattoo* 透過 Geotargeting 的 IP address，將電視訊號播送的範圍侷限在與 *Zattoo* 有約定的節目公司的地區。*Zattoo* 即為一般所稱之 IPTV。

2008 年德國公營電視公司 ARD 與 ZDF，與 *Zattoo* 簽約，同意其同步播送節目，GEMA 也容許此一行為，理由均是此為德國著作權法第 20b 條的同時、完整、不改變的有線再廣播，且 ARD 與 ZDF 同意將第 87 條廣播機構的權利授權。但電影公司華納兄弟與環球影城（Warner Bros. und Universal）則主張 *Zattoo* 與電視公司簽約取得的權利，只有第 87 條，不及於表演人以及電影製作人的著作權或鄰接權，從而侵害網路上的公開傳達權，請求禁止其行為。

本案的爭點在於第 20b 條之同時、完整、不改變的有線再廣播（Kabelweitersendung）的權利集體管理強制規定，是否適用於 *Zattoo*。漢堡地方法院綜合文義解釋、歷史解釋與體系解釋三個觀點，採否定說。

該法院認為，第 20b 條的有線再廣播，文義上是開放的，確實

159 Landgericht Hamburg, Urteil v. 08.04.2009 - Az.: 308 O 660/08.

可能將 Zattoo 使用的網路架構涵攝於其中。但從第 20b 條是為轉換衛星廣播與有線再傳送指令，當初只是針對同軸有線網路 (Koaxialkabelnetz)，以及加上立法者考慮到愛爾蘭使用，但在德國沒有的微波系統。那時，並沒有利用 Internet-Protokoll 的傳輸方式與商業模式。10 年後修法時，立法者也表示，第 20b 條的科技中立用語，對於網路電視之類的科技發展必須要評估。顯見第 20b 條欠缺一個明確、一致的規則。且 2008 年歐盟執委會也認為集體管理有線再廣播，雖然有科技中立原則，也要討論是否可以適用於以其他方式來再廣播節目的情況，例如網際網路。再依據伯恩公約第 11bis 條第 1 項第 2 款與其「註釋原則」(annotated principles)，只是確定誰擁有哪些權利，卻不是規定權利如何管理。

既然語意、歷史解釋沒有明確的決定，由於本條從體系上是一個例外規定，因此，法院認為應該從嚴解釋。集體管理，依據管理法第 11 條需強制締約，對權利人的私法自治有很大的影響，因此雖然 Zattoo 也和一般的有線電視一樣，有必要集體取得權利，以免個別權利人妨礙整體節目利用的利益，但將集體管理義務適用於新的利用關係，其相關的經濟與法律後果，需要由立法者來考慮。特別是將訊號輸入分散、開放的網際網路的網路架構中，潛在影響遠超出既存地理區域清楚的有線系統之範圍。任何可以連上網際網路的電話、行動電話、衛星、瓦斯管線，都可以被涵蓋。且透過既有的網路架構，連上網際網路，比有線電視的連結，明顯地更為簡單、便宜，所以影響也將更為廣大。

(二) 傳統權利管理方式的不足

傳統上，對廣播利用人，有下列便利取得權利的優惠規定：

1. 著作人依據第 20b 條，對同時、完整、不改變內容的有線再廣播權，應強制集體管理。且集體管理團體之管理及於非團體會員之著作人。
2. 廣播機構依第 87 條享有再廣播其廣播的權利，依據同條第

5 項，對第 20b 條第 1 項第 1 句規定的有線再廣播，除有拒絕締約之正當理由，應與有線機構以適當條件相互締約。且適用於基於其自己的節目所被授權或讓與的廣播權。本契約應基於有線機構與廣播機構的請求，除了拒絕之正當理由，應與相關的集體管理團體共同締結。

3. 表演已被同意錄製於錄音或錄影物，且該錄音或錄影物已出版或已經同意使可公開使用時，表演人僅享有報酬請求權，且準用第 20b 條規定，應集體管理（第 78 條第 2 項、第 4 項）。錄音物製作人，對此也僅有得對表演人主張的報酬請求權（第 86 條）。

4. 歐盟衛星廣播依據第 20a 條，僅適用上鍊的國家法律。

但由於上述規定，均不適用於第 19a 條規定的「公開可使用」權，讓互動隨選利用的權利，難以取得。由於 *Zattoo* 案，更進一步使非傳統有線系統之同步再播送的權利取得，也產生困難。

此外，集體管理團體無法完整代理所有的權利人、或所授與的權利過於狹隘、複雜、精準，也造成權利取得的困難¹⁶⁰。例如大的音樂公司，就其線上權利，退出 GEMA，自行管理¹⁶¹。表演人、錄音物製作人之權利集體管理團體 GVL (die Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH, 鄰接權利用團體)，有 70% 的會員權利尚未交付管理；且授權條件區分行動與線上，讓使用方式能否被涵蓋，仍有疑義，有查證之必要¹⁶²；又 GVL 僅許可 7 天的線上服務，雖然滿足了大的廣播機構需求，卻無法滿足小的廣播機構非常樂於長久放在網站上吸引顧客的願望¹⁶³。此外，利用

160 *Michael Krause*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM 2011, S. 21 (25).

161 *Claus Grewenig*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter-Probleme von Nutzern beim Rechteerwerb aus Sicht privater Medienunternehmen, ZUM 2011, S. 27 (29).

162 *Grewenig* (Fn. 161), S. 29.

163 *Stephan Ory*, in: *Nike Schmidt*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter-Diskussionsbericht zum gleichlautenden Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht im Rahmen der Medientage München am 15. Oktober

人也抱怨集體管理團體對線上權利的收費不透明¹⁶⁴。

當廣播機構製作一個節目時，如果除傳統的廣播方式之外，還想透過網路、手機等其他方式同步播送，或者提供延後收視收聽的互動隨選利用服務，面臨要向不同權利人取得權利的困境。由於 GVL 授權有上述問題，使廣播機構在音樂使用上卻步。從而，傳統著作權領域中，僅賦予表演人、錄音物製作人有限的權利，是不希望妨礙音樂著作權人的利用，但現在的實際情況，卻正好如此。且線上利用方式有跨國性，如果必須取得全部國家的權利，在欠缺適當的集體管理制度的前提下，也是一個不可能的任務。

如果真的想要個案釐清權利，依據歐洲廣播聯盟表示，BBC 估計就其檔案影片，需耗費 3 年，7,200 萬歐元，而德國 ZDF 每年就有 7 萬份契約要處理¹⁶⁵。

(三) 解決方案

歐盟執委會 2005 年建議：對線上音樂著作的使用，建立跨國界的授權機制。權利人可以自由選擇歐盟境內跨國界的集體權利管理人，甚至不是該集體管理人所在之會員國居民或國民。此一跨界管理機制，要有高度的合理性與透明度，符合競爭原則。權利人與集體管理人間，不論是契約或法定會員關係，都應該包含所有合法線上音樂服務所必須的各類權利。不能因為會員國居民、國民、權利種類而有所歧視¹⁶⁶。

歐洲廣播聯盟也要求，歐盟應該採取一個新的著作權集體管理制度，不區分線性或非線性利用，且適用於各種平台、各個國家。

2010, ZUM 2011, S. 31 (34).

164 Grewenig (Fn. 161), S. 29.

165 European Broadcasting Union (EBU), *EBU Viewpoint on Modernizing Copyright*, at 4, http://www3.ebu.ch/files/live/sites/ebu/files/Knowledge/Publication%20Library/EBU-Viewpoint-Copyright_EN.pdf.

166 Commission Recommendation of 18 May 2005 on Collective Cross-border Management of Copyright and Related Rights for Legitimate Online Music Services, 2005 O.J. (L 276) 54, 54-55.

依據他們的建議，除了電影製作人的權利，仍可保留個別契約協商的現狀，其他的權利，首先應仿衛星廣播與有線再傳送指令，限定僅適用來源國法¹⁶⁷。

其次，既有依據不同權利人所組成的集體管理團體，可採取北歐各國施行 50 年的「延伸性集體授權」(extended collective licensing system)，使集體管理團體就其管理的類別，可以授權所有的著作，即使權利人不是會員¹⁶⁸。權利人仍可任何時候，自主退出這項個別授權，主張其禁止權。但實務上，幾乎沒有發生過。這個制度，據歐洲廣播聯盟相信，特別有助於解決檔案利用的孤兒著作問題¹⁶⁹。

第三，音樂是廣播節目的必要要素，一個主要的廣播機構，每週就要使用 20 萬件音樂。是故，音樂集體管理團體應該提供全球、完整、簡單的服務，將所授與的權利及於線上與互動隨選利用。如果無法作這種提供，EBU 建議歐盟會員國應該明文立法強制授權¹⁷⁰。

德國立法者 (Bundestag) 曾考慮第 20b 條應該以技術中立的方式來規範，但仍未獲通過¹⁷¹。惟若將第 20b 第 1 項擴展到無線方

167 EBU, *supra* note 165, at 3.

168 權利人組織，從個別會員，取得個別的權利，例如重製權，然後授權給重製權組織 Kopinor。讓 Kopinor 能夠用空白契約和社會上各領域的利用人締約，利用人就不必為了影印讓取得個別權利人的同意。同時也可以及於不是會員的著作。前提條件是 Kopinor 至少透過一個會員組織，有代理系爭著作類別的實質部分的著作人的重製權。此外當收費被分配時，不被 Kopinor 代理的權利人應該被與有代理者同等對待。法律也允許他們自己主張個別報酬的權利。參見：Kopinor, Extended Collective Licence, <http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license> (last visited Sept. 16, 2014).

169 EBU, *supra* note 165, at 4.

170 *Id.*

171 BT-Drucks 16/5939, S. 3 f.; 16/1828, S. 27, 46. 學說上也有認為，第 20b 條的科技中立用語應該包含任何科技形式的再廣播，只要是本國提供內容的再廣播，即不受限於衛星廣播與有線再傳送指令僅規範跨國境來自境外內容的再廣播。且與給付合理報酬即可同時、在同一領域、以其他技術方式再廣播的立法目的相符。且也只有採取中立解釋，才能夠阻止外部問題，也就是雖然

式的再廣播，恐違反資訊社會指令第 5 條第 3 項封閉例外與限制規定的限制，本條項並沒有對廣播規定集體管理義務¹⁷²。

改採延伸性集體授權，則因非會員的權利人仍可主張禁止權，或法律沒有明文賦予禁止權時，也會在集體管理契約中明文約定，此乃本制度的基礎，因此權利人對著作的利用享有完整的控制權，從而並不屬於歐盟資訊社會指令第 5 條第 2、3、5 項權利限制的性質，且在指令理由第 18 點也明文表示：「本指令不影響任何會員國內對於權利管理的約定，例如延伸性集體授權」¹⁷³。然延伸性集體授權契約，雖然是個案、針對特定的權利、特定的利用方式所為的約定，但其外部效力，需要透過立法才能確定。

九、與重製權的關係

如前所述，無形利用時所必要之重製行為，如不具獨立經濟上重要性時，是否不屬於重製權的範圍，依據 WCT 與 WPPT 並沒有結論¹⁷⁴。但在歐盟資訊社會指令第 5 條第 1 項明文規定，暫時性重製，是暫時或附隨的，且為科技程序內整合與重要的部分，只有為了能：(a) 使網路上可由中介者在第三人間傳送，或 (b) 合法使用著作或其他保護標的，且沒有獨立的經濟重要性，可排除於第 2 條重製權之外。此外，第 5 條第 3 項對公開傳達權的例外與限制，明文規定可同時適用於重製權與公開傳達權，使公開傳達所必要的重製行為都可以一併豁免。但由於同條第 2 項對重製權的例外與限

廣播了他們的內容，但是不希望在同一區域再廣播的問題發生。最後，著作權的利益並不僅是消極的禁止，也包含積極的利用，如果所有參與內容的權利人都希望取得報酬，他們的著作權的質的貢獻並不少於少數外部的反對者，或至少一樣，那最後應該以技術中立解釋有利者的數量來決定。見 *Ullrich* (Fn. 89), S. 856 f.

172 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 41), § 20b Rn. 7a.

173 Henry Olsson, *The Extended Collective Licence as Applied in the Nordic Countries* (Oct. 3, 2010), <http://www.kopinor.no/en/copyright/extended-collective-license/documents/the-extended-collective-license-as-applied-in-the-nordic-countries#>.

174 請參前揭貳、七、與重製權的關係。

制，不適用於公開傳達權，從而公共使用圖書館、教育機構、博物館、檔案館，非為直接或間接經濟或商業目的所為的重製行為，即不得公開傳達。線上傳送此重製物在指令理由第 40 點更明文指出不是例外，應依契約、授權來決定。

上述暫時性重製、不具有獨立經濟價值的例外，規定在德國著作權法第 44a 條¹⁷⁵。依據本條，新且獨立的利用行為不適用之¹⁷⁶；可適用於瀏覽（browsing）的暫存¹⁷⁷。線上串流非法公開可使用的電影，由於如果不暫時性重製在接收方的電腦中（buffering），電影就不能流暢的顯示，也無法使影片播放的前進與後退、隨時重新開始成為可能，因此這樣的暫存，開啟了有經濟上重要獨立的利用可能性，不適用第 44a 條¹⁷⁸。E-mail 傳送著作，不僅是持續性重製，也開啟可以對許多人傳送的可能性，因此被認為具有獨立的經濟意義；且第 44a 條第 1 種例外僅適用於（網路上第三人）傳送的中介者，而不適用於傳送者與接收者¹⁷⁹。

十、小結

綜上所述，德國對無形利用權之規劃標準，可整理如下：

一、對著作賦與公開傳達的權利，基本上係遵循伯恩公約的架

175 第 44a 條「暫時性重製行為」翻譯如下：「暫時性重製行為，如為短暫或附隨，且為一技術程序之整合與重要部份，且具有下列目的之一者，可被允許：使一個著作或其他保護客體，可以：

1. 經由一個中介者，在網路第三人彼此間進行傳輸，或
2. 合法使用，

且沒有獨立經濟重要性。」

176 Dreier (Fn. 66), § 44a, Rn. 8; Loewenheim (Fn. 41), § 44a, Rn. 10 unter Hinweis auf LG München I, MMR 2007, 328.

177 Kristofer Bott/Albrecht Conrad/Björn Joachim/Jan Bernd Nordemann/Marcus Pilla, Internationale Vereinigung für den Schutz des Geistigen Eigentums (AIPPI) Berichte der Deutschen Landesgruppe für die Sitzung des Geschäftsführenden Ausschusses der AIPPI, 13. bis 19. Oktober 2011, GRUR Int 2011, S. 905 (910).

178 Bott/Conrad/Joachim/Nordemann/Pilla (Fn. 177), S. 912.

179 Vgl. KG, GRUR-RR 2004, S. 228-Ausschnittsdienst.

構，區分為可感知與可使用之行為：

(一) 公開傳達的權利，不屬於有形利用行為，即不因此利用行為而使著作被有形固著、或者使公眾得使用有形的固著物。

(二) 區分有形、無形利用的理由，除了依循伯恩公約對演說、上演、上映的規定外，最主要還是在於經濟效益，早期一次性無形利用，例如電視首播可獲取的報酬，遠不相當有形散布（例如出版）之利潤，從而適用於有形散布的耗盡原則、或其他權利限制，不宜同時適用於無形利用，而有分別規劃之必要。

(三) 可感知行為

1. 使現場公眾可感知之行為，依據著作類型，分別賦與公開演說、演出、上映之權利。但就公開演說與演出，較伯恩公約更詳細區分為真人演說或演出（第 19 條第 1 項）、以錄音或錄影物播放真人演說或演出（第 21 條）、或以舞台方式呈現真人的演說或演出（第 19 條第 2 項）三種。上映行為除了電影著作，相較伯恩公約，更廣泛地保護了美術著作、攝影著作、科學與技術圖（第 19 條第 4 項）。

2. 對現場以外的公眾，以螢幕或擴音器使其可感知著作內容，就演說、演出有特別之規範（第 19 條第 3 項、第 21 條）。而上映則類推適用之。

3. 無法涵攝之行為，例如非真人的演說或演出，例如合成音聲，無法涵攝於第 19 條 1、2 項與 21 條；語文著作也無法成立第 19 條第 4 項上映行為。但仍可依據第 15 條第 2 項主張不成文權利保護。

4. 如此複雜區分的理由在於，方便進行不同權利限制的規劃、以及實務上係以不同的方式進行權利行使的管理。特別是舞台演出、電影著作上映，非經由集體管理、也不屬於第 52 條第 1、2 項之權利限制範圍。就集體管理的權利，原則是依語文著作、音樂著作區分管理團體，但在語文著作配音的部份，則約定由 GEMA 管理後，分配報酬給與語文著作管理團體。

（四）可使用行為

1. 可使用行為，係區分為廣播（第 20 條）、公開可使用（第 19a 條），然後加上以螢幕、擴音器或類似科技，將廣播或公開可使用之著作使公開可感知（第 22 條）。而第 20a、20b 條分別針對衛星廣播、有線廣播之特別規定，並未改變其屬於第 20 條所規範廣播之本質，而僅用於處理歐盟衛星指令中所定，應就衛星廣播負責之人、以及有線再廣播的強制集體管理義務。

2. 廣播（第 20 條）包含電視廣播、有線廣播、衛星廣播等類似科技，整合了伯恩公約向公眾傳達（communication to the public）中的有線廣播、與第 11bis 條第 1 項第 1、2 款的廣播、再廣播。而第 11bis 條第 1 項第 3 款，則另規定於第 22 條。

3. 但廣播與公開可使用的區分，仍遵循技術中立原則，不是依據技術過程而判斷，而是依據著作利用的過程而定。因此，在網路上可以成立廣播或公開可使用。

4. 由於廣播、公開可使用，均以同時向公眾傳達為要件，僅其發生階段不同，廣播之同時向公眾傳達發生於傳送階段；而公開可使用則發生於提供使供公眾可利用的階段。但對於個別利用人，主動發送客製化內容，則欠缺同時的要件。然學說中承認此屬於不成文的向公眾傳達行為，因為，第 15 條第 3 項對公眾概念之解釋，並不妨礙著作得先後被感知或被使用。立法者也肯認本條項之解釋，包含對同一著作同時與不同時的利用¹⁸⁰。

（五）權利限制之規範，基本上是以「公開傳達權」整體作為限制對象，免除立法技術上，對上述眾多權利的複雜重述。但對於營業場所，第 22 條使廣播或公開可使用著作公開可感知，或者新增的第 19a 條公開可使用，都有特別的權利限制規定。權利耗盡原則，則依循歐盟資訊社會指令規定，不適用於無形利用權。

二、對鄰接權之無形利用，基本上遵循著作權的規劃。就錄製

¹⁸⁰ BT-Drucks. 15/38, S. 17, in Dreier (Fn. 66), § 19a Rn. 3.

表演人表演之錄音物，如已出版或經許可公開使用者，公開傳達此表演時，錄音物製作人沒有專屬權利，僅得向表演人請求分配報酬。

三、公開傳達權的行使，具有下列特性：

(一) 會因利用時混合多種著作類型（例如語文著作配音），或電影本身即使用多種著作類型，而涉及多種權利。在解釋上，並非毫無疑義，是否仍維持原著作類型所屬之權利類型，或者依據最後呈現的著作類型來決定權利類型。例如，語文著作配音之後上演，依據前者見解，分別成立語文著作之演說、音樂著作之演出；依據後者見解，成立語文著作、音樂著作之演出。因此，在實務上，即交由音樂著作集體管理團體 GEMA 統一收費後，再分給語文著作集體管理團體 VG WORT 進行分配。電影上映時類似問題，如認為成立音樂與語文著作上映權，也是透過與製片人間之約定來處理，而 GEMA 與 VG WORT 則管理第 21 條音樂與語文著作利用錄影物公開演出、演說之權利。

(二) 第 20b 條對有線再廣播，規定強制集體管理，法院認為即使用語上可以涵攝 Internet-Protokoll 的傳輸方式，但從立法史、歐盟法解釋、利益衡量比較等觀點，仍然否定其適用。而若欲進一步再擴張適用於無線再廣播，由於歐盟資訊社會指令並沒有此一權利例外與限制，即有牴觸之虞。因此，較為可能的作法，仍是在集體管理的制度上，立法允許延伸管理非會員的線上著作利用權。

(三) 僅具有相互對抗效力之債權性授權約定，可以對權利為任何形式的劃分與約定。但欲具有對世之準物權效力時，必須以獨立使用方式（Nutzungsart）之完整權利為標的，例如線上傳輸的重製被法院認定為不具獨立經濟利益的行為，應與公開可使用行為一併授權。

肆、結論：我國之修法方向建議

總結前述國際條約與德國法研究，所導出之無形利用權規劃原則，對我國法提出以下修正方向建議：

一、國際條約之最低保護義務與強化保護

我國有義務應遵守之國際條約，僅有 TRIPs、以及依據 TRIPs 準用之伯恩公約規定。

德國基於保障智慧財產的憲政精神，在著作權法上，保護著作人對於其著作之利用，都要能可行地、合適地分享所生之經濟利益。而且即使沒有產生經濟利益，著作權法也賦予著作人權利決定是否、何時、如何利用其著作。因此，對於著作權法所未明文規定的權利，除了以類推適用等法學方法來保護，也可依據第 15 條保障之。其保護範圍，因此大於所需履行之國際條約義務。

我國修法，除了應符合上開之國際條約最低保護義務，也有必要釐清在現行環境下，應強化之保護。

(一) 擴張現場可感知利用之保護範圍？

在智慧局召開之第 13 次專家座談會會議結論中提及，是否需擴張公開上映或公開演出之保護著作類型，主要是從視聽著作公開利用時，所使用著作，受限於公開上映權只賦予視聽著作，若欲另成立公開演出權，則公開演出權僅保護語文著作、音樂著作、戲劇、舞蹈著作，對於美術著作、攝影著作等則無法受到保障。

事實上，即使不考量視聽著作之公開利用，德國著作權法對在現場以廣播、互動隨選利用以外的方式，用機器設備向公眾傳達著作內容，除了保護電影之外，也保護及於美術著作、攝影著作、科技圖形。此外，將語文著作在現場以螢幕向公眾傳達，也有學說主張應成立不成文的保護權利。

然而，美術著作、攝影著作、科技圖形等之現場向公眾傳達，

以及語文著作以非演說形式在現場向公眾傳達，並非伯恩公約保護的範圍。惟考量到語文著作、美術著作、攝影著作、圖形著作、建築著作，均可在現場以螢幕向公眾呈現，且在數位時代，此種利用方式更形重要。因此，本文建議擴張公開上映權的保護範圍，及於此類著作。

本文並不建議擴張公開展示權範圍以為保護的理由在於，公開展示權的原意，係為保護未公開美術著作與攝影著作的首次公開，應限縮其範圍於著作物之原件或有體重製物的現場實物展示，而不屬於無形公開利用的範圍。惜智慧局第 20 次修法諮詢會議決議，雖將公開展示權限縮於原件或有體重製物之展示，但明文表示不保護美術、圖形、建築著作¹⁸¹。顯然未能正視數位匯流後，以螢幕呈現各類著作，將成為各類著作利用的主流方式，而拒卻保護上述著作之螢幕呈現，難認為符合憲法平等原則。

如依據本文建議，使公開上映可及於保護語文著作，則須進一步處理公開口述與公開上映之區別。公開口述是指以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容，該「其他方法」有可能涵蓋公開上映之「以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法」。建議可參考德國法，將公開口述限縮於以耳朵可以聽到語文著作內容的利用方式，而將無聲音的單純影像呈現的方式排除於外，歸屬於公開上映。

在擴張公開上映權保護著作類型之下，視聽著作中所改作、重製的語文、音樂等著作，在視聽著作公開上映時，是否均成立公開上映？或另成立公開口述、公開演出權？此點於下節中說明。

(二) 公開口述權、公開演出權是否及於對現場以外聚集之公眾傳達內容？

如前所述，伯恩公約與德國法，雖然都沒有將「現場」、「同時」的要件明文規定在公開演說、演出權中，但均採取肯定的見

181 詳經濟部智慧財產局著作權修法諮詢小組 101 年第 20 次會議紀錄，2012 年 5 月 24 日，頁 2。

解。如將演說與演出傳達到現場以外的公眾，在伯恩公約是以「向公眾傳達」(communication to the public)(第 11ter 條第 1 項第 ii 款、第 11 條第 1 項第 ii 款、第 14 條第 1 項第 i 款、第 14bis 條第 1 項)來保護，包含使用麥克風、擴音器、螢幕等對聚集在一起的公眾傳達、以及以有線廣播方式對聚集或不聚集在一起的公眾傳達等。德國法則將前者，以第 19 條第 3 項保護，後者則以第 20 條廣播權保護。此外德國學者也認為公開上映行為也可以類推適用第 19 條第 3 項。需注意，依據伯恩公約的文義，此處被傳達之演出、演說本身，不必是公開的，德國也採取相同見解。

比較我國公開口述、公開演出、公開上映之定義，對於是否及於現場以外的傳達，有不同的規定：公開上映指出包含現場或現場以外。公開演出分二類，其第一類，僅限於現場。公開口述，則沒有說明。此種差異立法，有二種可能性，一是立法技術的疏失，二是立法者有意區別。

由於公開演出定義明文僅限於現場，造成二項與伯恩公約保護標準的落差：

1. 對於現場以外聚集之公眾，使用螢幕、擴音器或類似的科技設備等所為之著作演出的傳達，即無保護。

2. 將一個非公開的現場演出，對現場外聚集的公眾使用此方式傳達，也沒有保護。

此時，權利人只能依據當事人契約相互主張，不具有對抗第三人的效力。

公開口述之定義，沒有寫到現場或現場以外，為了避免上述保護落差，應採取符合伯恩公約之解釋，即包含二者。但此時，應將定義中「其他方法」排除有線廣播、無線廣播、互動隨選利用等非使公眾可以直接聽到的方式。

以此檢視智慧局著作權修法諮詢小組第 20 次核定之修正草案對照表，第 3 條第 1 項第 8、9、20 款(劃線部份為新增，以下同)：

「八、公開上映：指以視聽機或其他放映影像之方法向公眾傳達著作內容。但以不屬再公開傳達行為者為限。」

九、公開演出：指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器、演講、朗誦或其他方法向公眾傳達著作內容。以錄音物、錄影物、螢幕、擴音器或其他機械設備向公眾傳達著作內容者，亦屬之。但以不屬公開播送、公開上映行為者為限。

二十、再公開傳達：指將已公開播送或公開傳輸之著作內容，以螢幕、擴音器或其他機械設備再向公眾傳達。」

以上，均刪除現行條文中關於「現場」之用語，固然有助於將對演出或放映現場或現場以外聚集之公眾的演出或放映行為，均納入保護。但是，與伯恩公約相較，仍有下列問題：

1. 不僅是第 8 款應以不屬於再公開傳達行為者為限，第 9 款但書亦應包含此規定。

2. 又此諮詢草案仍規定公開演出不適用於視聽著作、公開上映不適用於視聽著作以外之著作，因此，於第 9 款定義中排除公開上映，並無意義。以錄影物公開演出語文、音樂、戲劇、舞蹈著作時，即為放映行為，但因非視聽著作，無從成立公開上映權，卻因第 9 款公開演出定義明文排除公開上映行為，徒增困擾，亦無從達到會議決議所期待效果：「公開上映權所得主張之著作類別仍維持現行規定僅視聽著作始得主張，至於其他附隨於視聽著作內之素材著作則各自依其相應之權利主張，例如：電影公開上映時，其上之語文、音樂、戲劇舞蹈著作等得主張公開演出權……。」¹⁸²

此一問題，顯示我國著作權法於第 3 條規定定義、又於第 22 條以下規定著作財產權適用之著作類型，在解釋適用上，必須前後參照，相較於德國著作權法未於權利規定外另為定義，顯然複雜，於規劃權利內容時須注意前後審酌、參引。

182 詳經濟部智慧財產局著作權修法諮詢小組 101 年第 20 次會議紀錄（註 181），頁 2。

其後，智慧局修正草案再修訂如下：

「七、公開上映：指以視聽機或其他放映影像之方法向公眾傳達著作內容。但屬再公開傳達行為者，不適用之。

八、公開演出：指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器、演講、朗誦或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。將上述演出之內容，以螢幕、擴音器或其他機械設備向現場以外之公眾傳達者，或以錄音物或視聽物而向現場或現場以外之公眾再現者，亦屬之。

十、再公開傳達：指將已公開播送或公開傳輸之著作內容，以螢幕、擴音器或其他機械設備再向公眾傳達。」

本草案在公開演出定義中，將第 20 次諮詢會議草案「但以不屬公開播送、公開上映行為者為限。」之規定刪除，解決了上述第 2 點問題，使公開播放錄影物時，其上之語文、音樂、戲劇、舞蹈著作時，可成立公開演出權加以保護，可值贊同。

其次，公開演出定義補回了第 20 次諮詢會議草案所刪除之「現場」或「現場以外」之要件。然由於規定以螢幕等設備向現場以外之公眾所傳達者為「上述演出之內容」，即該當第 1 句要件之演出，從而，前揭現行法未能保護的落差中第 2 類：將一個非公開的現場演出，對現場外聚集之公眾使用螢幕等設備傳達，也無法依據本條受到保護。智慧局發佈之議題說明，也明確指出第 1 句所稱「其他方法」無法指涉「機械演出」¹⁸³。

為此，建議將「錄音物或視聽物」移列第 1 句朗誦之後，並「將上述演出之內容」改為「將以上述方法演出之內容」，以填補此保護落差。惟該演出內容亦有可能係廣播之一部份，因此，須同時附加規定：「但屬再公開傳達行為者，不適用之。」

從而，公開演出之定義應修正為：「八、公開演出：指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器、演講、朗誦、播放錄音物、放映錄影

183 經濟部智慧財產局，1-2 修正公開演出及增訂再公開傳達的理由？，頁 7-8（2014 年），<http://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=515540&ctNode=7643&mp=1>（最後瀏覽日：2014 年 9 月 16 日）。

物或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。將以上述方法演出之內容，以螢幕、擴音器或其他機械設備向現場以外之公眾傳達者，亦屬之。但屬再公開傳達行為者，不適用之。」

據此，併同智慧局修正草案第 27 與 28 條對公開上映權與公開演出權適用著作類型之限制錄影物，如視聽物之內容為視聽著作人，向現場之公眾放映錄影物，依據第 27 條為著作人專有之公開上映權；所放映之內容，屬於語文、音樂或戲劇、舞蹈著作人，則依據第 28 條為著作人專有之公開演出權¹⁸⁴。

另，公開上映與再公開傳達之定義均未加入「現場」或「現場以外」之要件。智慧局修正草案第三條修正理由二稱：「有關『現場或現場以外一定場所』之規定，係於七十九年一月二十四日增訂，經查，由於七十四年之著作權法尚未就『公眾』加以定義，因此，於七十九年修正『公開上映』定義時，同時增訂『現場或現場以外一定場所』，以使公開場所之範疇較為明確。直至八十一年著作權法於第三條第一項第四款增訂『公眾』之定義，即一律以是否係向『公眾』提供，作為是否係屬公開利用之判斷標準，而不論是否係在公開場所所為，且『現場或現場以外一定場所』之用語未盡明確，畢竟就空間／場所之概念而言，不是『現場』就是『現場以外』，故無須對『現場或現場以外一定場所』之範圍予以例示說明或規定，如不規定，亦無礙於公開利用著作行為之判斷，爰予刪除。」

據此理由，一律以是否成立向公眾提供為斷。從而，將視聽著作在非公眾聚集之場所播放，再以螢幕、擴音器或其他機械設備向此放映現場以外之公眾傳達者，由於該等設備可該當「視聽機或其他放映影像之方法」，應仍成立公開上映。而此時可能係以廣播方式向現場以外公眾傳達，因此，成立再公開傳達時，不另成立公開上映。智慧局修正草案第 7、10 款，可值贊同。

184 智慧局修正草案第三條修正理由第一、(五)、3，同此見解。

附帶一提，對於公開展覽時所使用之個人導覽器，由於不符合在同一現場、同時由公眾利用之要件，並非伯恩公約保護的範圍。然我國著作權法對公眾的定義，並不排除累積性公眾之概念，例如歷來均認為 KTV 經營者對先後、不同時之顧客，播放伴唱帶之行為，構成對不特定人公開演出音樂著作¹⁸⁵。因此，依據上述修訂，個人導覽器之利用，仍可能依情況成立展覽主辦者對不特定人之公開演出或再公開傳達。

(三) 表演人與錄音物製作人之保護

我國依據 TRIPs 應保護表演人，排除未經表演人同意之廣播與現場表演向公眾傳達的可能性。在 TRIPs 中沒有規定羅馬公約第 12 條，錄音物製作人與表演人，對為商業目的出版的錄音物、重製物，廣播或向公眾傳達的單一報酬權。WPPT 第 15 條則規定二者對此得共享報酬。視聽物表演人依據北京條約，可以享有固著後表演之廣播、向公眾傳達之專有權，但各國亦可決定不予保護或以報酬請求權代之。

由於國際條約均為最低保護，我國可維持目前給予錄音物著作人完整的公開播送權（第 24 條第 1 項），高於羅馬公約第 12 條、與 WPPT 第 15 條的報酬請求權。另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（第 26 條第 3 項），以及錄音著作享有公開傳輸權（第 26 條之 1 第 1 項），則符合羅馬公約、WPPT 之保護水準。

問題在於錄音物是來自於將表演人之表演固著、錄製，但我國著作權法第 24 條排除表演人對表演固著後的公開播送權，第 26 條第 2 項但書規定將表演重製後，無再以擴音器或其他器材公開演出權，完全沒有賦予表演人向錄音物著作人，就無線廣播、有線公開播送之公開播送權、以及錄音物公開演出得分配報酬的請求權。顯

185 最高法院 94 年度台上字第 7351 號刑事判決；最高法院 95 年度台上字第 4331 號刑事判決。

然過度向錄音物製作人傾斜，卻忽略了表演人對錄音物之貢獻。是故，本文建議，在維持對錄音物著作人權利現況的情況下，應該增加表演人對錄音物著作人的公開播送、公開演出之報酬分配請求權。

對此，智慧局修正草案新增第 36 條第 3 項，規定表演人就已固著於錄音物之表演，經公開演出者得請支付報酬。以及新增第 37 條規定，應由錄音著作之著作人及表演人共同請求公開演出之人支付使用報酬，其由一方先行請求者，應將使用報酬分配予他方。但契約另有約定者，從其約定。此等均值得贊同。惟表演人固著於錄音物之公開播送報酬請求權則仍未予保護，卻維持了錄音物著作人享有超國際條約保護水準之公開播送權¹⁸⁶，此公允失衡之處，尚待調諧。

視聽表演人依據北京條約，可以享有已固著表演向公眾提供之專有權（第 10 條），因此現行第 26 條之 1 第 2 項：「表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有公開傳輸之權利。」尚有不足，未來應增加重製之保護於視聽物之表演。對此，智慧局修正草案已於第 36 條第 2 項第 4 款加以補充，可值贊同。

又視聽表演人就固著後表演之廣播（含再廣播）、向公眾傳達，依據北京條約得賦與專有權、不予保護或以報酬請求權代之，由於我國現行第 24 條第 2 項、第 26 條第 2 項，並未區分視聽表演與錄音表演，因此，目前係屬於不受保護的狀態。本文建議應進一步調查視聽表演人依據表演契約是否已受到完整經濟保護，而決定是否給予專有權或報酬請求權¹⁸⁷。然智慧局修正草案第 36 條理由

186 經濟部智慧財產局，修正草案第 35 條修正理由三。

187 每年由國立中正文化中心發行之《表演藝術年鑑》，對各類表演藝術團體之演出名稱、場次、日期、場地、票價、指導、主辦、協辦單位、演出者、曲目、是否舊作重製等項目進行調查，本文建議未來可以進一步針對表演人之勞動條件、權利歸屬約定等事項進行調查。本年鑑之調查問卷，以 2013 年為例，請參閱，2013 表演藝術年鑑研習活動調查暨新製作資料表，http://www.paap.org.tw/News_ShowOne.php?news_id=80（最後瀏覽日：2014

四卻以：「避免實務上視聽著作公開上映時，授權實務更形複雜，反而不利視聽著作之利用與流通」，而不予增訂此項權利。然而，授權實務如果處在不利於視聽表演人的情況下，法律亦進一步放棄對該表演人之保護，是否能達到保護表演人之目的，顯有待商榷。

二、權利整合？

公開口述、公開演出、公開上映是否應合併？按合併伯恩公約中不同的權利，常見於各國運作實務，例如前述法國、美國、哥倫比亞，將伯恩公約無形公開利用的各項權利均合併為同一個權利¹⁸⁸。但也有國家，如德國將伯恩公約中的同一個權利，以多個權利來保護。

德國將向公眾傳達權之可感知權細分的理由，主要是配合伯恩公約規定、該國的授權實務與權利限制的規定¹⁸⁹。如德國的電影、舞台演出都以契約個案決定授權範圍，而非如其他權利交由集體管理團體管理，且第 52 條第 1、2 項的權利限制，也不適用於電影與舞台演出，是以對於這二種利用方式分別以第 19 條第 4 項，以及第 19 條第 2 項第 2 選項來保護。但整體而言，德國仍將所有的無形利用權，統稱為無形向公眾傳達權，在權利限制的相關規定中，多以此權利名稱來總攝應受到限制之標的¹⁹⁰。

綜上，本文建議若無特殊的授權實務應予尊重，或合理使用差異處理之必要，可以考慮合併相關的權利。

首先，從授權實務來看，我國目前就音樂著作公開播送權、公開演出權、公開傳輸權；錄音著作公開播送權、公開演出報酬請求權、為公開演出目的之必要重製權、公開傳輸權及為公開傳輸之必要重製權；視聽著作之公開播送權、公開上映權、公開傳輸權及為

年 4 月 28 日)。

188 參閱本文貳、九、(一) 最低保障原則與法律性質中立原則。

189 參閱本文參、四、(二) 權利細分的理由。

190 參閱本文參、六 權利限制與權利耗盡。

公開傳輸之必要重製權，有集體管理團體管理之。

語文著作之公開口述權則無集體管理團體管理之，因此將公開口述權併入其他權利，對現行的授權實務影響不大。智慧局第 20 次著作權修法諮詢小組之決議，亦建議合併公開口述權與公開演出權¹⁹¹。但視聽著作的公開上映權，與所使用的音樂著作的公開演出權，向來引發許多與影音伴唱帶相關的爭議，業界分工、授權關係也很複雜，如果合併此等權利，可能會牽連許多契約解釋、效力的問題，也與目前分離管理的集體管理實務不盡相符，須調整幅度較大。

其次，從權利限制的規定來看，多使用「利用」一詞泛指各種著作財產權規範之行為，而具體提及公開口述、公開演出、公開上映者僅第 55 條，且該條同時適用於各類著作，因此，現行法關於合理使用之規範，並不妨礙此等權利之合併。

職是之故，本文贊成維持公開上映，將公開口述納入公開演出。智慧局修正草案第 3 條第 7、8 款，亦採取相同見解。

針對公開上映權，如前述，本文建議擴增所適用之著作類型及於語文著作、美術著作、攝影著作、圖形著作、建築著作¹⁹²，而與公開演出權所適用之類型，在語文著作構成重複。建議可如德國著作權法，將無音響的語文著作影像顯現歸於公開上映，而其他則歸屬於公開演出。

而中研院草案則將所有無形利用方式以一個上位概念統攝，於第 3 條第 11 款規定：「十一、向公眾傳達：指以公開播送（單向）、公開傳輸（以有線、無線方式向公眾提供或傳達，使公眾得於其各自選定時間或地點接收著作內容）、公開演出（以演說、朗

191 詳經濟部智慧財產局著作權修法諮詢小組 101 年第 20 次會議，著作權法修正草案條文對照表（核定）第三條修正理由一（一），2012 年 5 月 24 日。惟其理由主要係認為二者難以區分。德國法上對演說權與演出權之區分，可供參閱，見本文參、四、（一）意義。

192 參見本文肆、一、（一）擴張現場可感知利用之保護範圍？

誦、舞蹈、歌唱、演奏、詮釋，或經由視聽機或其他方法)或其他公開無體利用方式，向公眾傳達著作內容。」本款便利後續於權利限制專節中簡化用語，並無不妥，可值贊同。惟本條刪除下位概念之定義，僅以括弧簡要說明，產生下列問題：本條是否透過「其他公開無體利用方式」將所有未於括弧中描述之利用方式，均納入著作人之權利保護範圍？還是如傳統學說上認為，我國著作權法並不及於未成文化之權利呢？如果所堅持者為後者，則本條文不僅未能釐清上述本文提出現行法造成之國際公約保護落差¹⁹³，「其他公開無體利用方式」條款也失去意義。如果為了使「其他」條款產生作用，則應認為所有未被表列的利用方式，也同樣受到著作權法之保護，則其範圍將遠大於現行法所保護之範圍，比如智慧局修正草案新增的再公開傳達，雖並未在本款中被明文規定，也可認定屬於「其他」條款，納入保護範圍。復查，中研院草案第 27 條規定：「著作權人專有向公眾傳達其著作之權利，包括公開播送權、公開傳輸權、公開演出權。」，未明確將上述「或其他公開無體利用方式」納入著作權人專有權利之範圍，或可依據「包括」之例示，而涵攝各種無形利用。如是，則於無形利用權領域，形成類似德國之完整保護權利狀態¹⁹⁴；卻於有形利用的領域，仍維持逐一表列權利，即構成體系矛盾！

其次，第 3 條 11 款簡要之括弧說明，未能充分表達國際條約之定義，不利於民眾了解、遵循。雖因著作類型本質不同，所適用之公開演出方式有異，例如，美術著作、視聽著作、建築著作約定為公開演出時，事實上僅能以放映方式為之，較為明確。但就語文著作約定為公開演出時，演出方式得包含口述、表演、放映等，所及範圍如此廣泛，是否為民眾所知？而能夠正確地抉擇所限定之演出方式，並締結權利義務平衡的契約，實有疑義。本文認為成文法

193 參見本文肆、一、(二)公開口述權、公開演出權是否及於對現場以外聚集之公眾傳達內容？

194 請參本文參、三、(二)完整保護原則：承認不成文的權利。

應就法律概念適當地類型化，以利人民理解其範疇，方有助於維持法律行為（如契約關係）之安定性。

三、廣播與公開傳輸之規劃

智慧局第 12 次著作權修法諮詢小組之草案，對公開播送、公開傳輸、再公開傳達之規定如下：

「公開播送：指基於公眾直接同時收聽或收視為目的，以有線、無線之廣播或其他類似之廣播方法，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以上述方法將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」

公開傳輸：指以有線、無線或其他網路之通訊方法，向公眾傳達著作內容，使公眾得於其各自選定之時間及地點接收著作內容。

再公開傳達：指將已公開播送或公開傳輸之著作，以螢幕、擴音器或其他機械設備再向公眾傳達。」

之後，第 20 次會議草案略為修訂，大致上相同：

「七、公開播送：指基於公眾同時直接收聽或收視為目的，以有線、無線之廣播或其他類似之方法，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以上述方法將原播送之著作內容向公眾傳達者，亦屬之。」

十、公開傳輸：指以有線、無線或其他網路之通訊方法，向公眾傳達著作內容，使公眾得於其各自選定之時間及地點接收著作內容。

二十、再公開傳達：指將已公開播送或公開傳輸之著作內容，以螢幕、擴音器或其他機械設備再向公眾傳達。」

智慧局修正草案延用上述內容，僅為款次之調整，分別為第 6 款公開播送、第 9 款公開傳輸、第 10 款再公開傳達。

以上草案，就技術上，相較於 WCT、WPPT，在定義上除規定有線、無線之外，還加上「其他類似廣播」（或「廣播類似」）、或「其他網路」等語。是故在解釋上，無法如 WCT、WPPT 僅規定以

有線或無線方式 (by wire or wireless means) 般單純，亦即如果不是有線方式、就是無線方式，不然就是二者併用。而必須詳細地去推敲立法者在對「有線」、「無線」、「類似廣播之方法」(或廣播類似之方法)、與「其他網路」之差異為何，在數位匯流的時代，此種技術上細節，不僅對著作利用者、終端消費者沒有意義，也增加新利用方式適用權利的困難。

德國本身也因為規範的技術太過精準，而引起第 20b 條「有線」是否適用於「網路廣播」的爭議¹⁹⁵。若網路廣播是電話公司 T-online 利用電話線所經營，能否主張有線？或應為如何之主張？¹⁹⁶

在 WCT 協商過程中，認為應該採取技術中立原則，不依據特定的技術，而應取決於行為的本質及其對著作的經濟影響¹⁹⁷。德國也採取判斷利用權的構成要件行為，不是依據技術過程，而是利用著作的過程¹⁹⁸。

從而，WCT 第 8 條末段的重點，並不在有線、無線方式；也不在傳輸過程是否需要利用人啟動或由利用人主動傳送；而是所傳送的内容非同時向公眾中之成員傳送，僅同時對其準備同一著作，以使該著作得在該成員自選時間、地點使用。本段也因此並不及於，準備之内容非同時向公眾提供，而是針對特定人需求而準備的情況，但此仍可受到前段之保護。德國區分第 19a 條之公開可使用權與第 20 條之廣播權，也是依據著作利用的過程，而非所利用的技術。

綜上所述，本文建議簡化技術描述，刪除「廣播」、「或其他類似之方法」、「或其他網路之通訊方法」，回歸到 WCT 第 8 條「以有線或無線之方式」。

此外，公開傳輸之定義「指以有線、無線或其他網路之通訊方

195 請參本文參、五、(五) 有線廣播 (第 20b 條)。

196 請參本文參、八、(一) Zattoo 案。

197 請參本文貳、四、WCT。

198 請參本文參、五、(三) 廣播權 (第 20 條)。

法，向公眾傳達著作內容，使公眾得於其各自選定之時間及地點接收著作內容」，也建議依據 WCT 第 8 條修改為「公開傳輸：指以使公眾得於各自選定之時間及地點利用著作內容之方式，經由有線或無線之方法，向公眾提供著作內容。於公眾選定後所為之向公眾傳達著作內容，亦屬之。」因為 WCT 討論過程中，提案之歐盟及其成員國代表在第三次聯合會議表示：「為了完成向公眾傳達的行為，並不要求傳輸真正發生，而只要提供著作給公眾以供後續的傳輸就足夠了（例如上傳著作到電子佈告欄）。¹⁹⁹」亦即，未必發生傳輸行為，僅只是為了使公眾可以利用而「提供」即已足。WCT 第 8 條後段的重點在提供近用的方式，使著作可以被利用（“The relevant act is the making available of the work by providing access to it.”）²⁰⁰。當然，如於公眾選定利用之時間與地點後，發生傳行為，亦應一併納入公開傳輸之規範²⁰¹。

智慧局修正草案既然將公開播送與公開傳輸之區分，置於後者係以公眾各自選定之時間及地點接收著作，而關於公眾之定義，鑑於現行規定「公眾：指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。」可涵蓋累積性公眾概念，因此，並無必要在公開播送之定義中加入「同時」之要件，否則主動發送客製化資料的公眾傳輸服務，如網路收音機²⁰²，即無受到保護之可能。

此外，智慧局修正草案第 3 條修正理由第一、(六) 4 點稱：「如果依照收件人名單發送電子郵件，直接提供著作也屬於 WCT 第八條後段意義下的『提供』，因為收到郵件的公眾成員，是在其個人選定的時間及地點獲得著作；且無論是用戶先發出請求提供著作或是著作逕行被發送到用戶信箱，二者並無不同，用戶都可以選擇獲得著作的時間及地點，因此以電子郵件傳送電子報的利用行為

199 WIPO, *supra* note 20.

200 WIPO-Doc. CRNR/DC/4, ¶ 10.10.

201 此亦為德國法所採取之見解，見參、五、(二) 公開可使用權（第 19a 條）。

202 德國法上相關討論，請參見本文參、五、(七) 不成文的公眾可使用權。

應為本款之公開傳輸權所包含，併予說明。」誠屬誤解「提供」之意義。如前所述，提供係傳輸的前行為。電子郵件傳輸至公眾之個別信箱前，並無可供用戶自行選擇接收時間及地點之提供行為！點對點傳輸大量電子郵件雖可能每次傳輸間，會產生些微的時間差距，然取決於利用行為的價值判斷時，可認其幾乎是同時抵達，應該當公開播送²⁰³。

四、權利限制、權利耗盡以及與重製權之關係

智慧局修正草案在部份條文（第 54、55 條），採取適用第 53 條但書「但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、利用方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。」取代現行法「在合理範圍內」之規定。修法理由係為免於依據第 65 條第 2 項第 2 款判斷，以求適用明確。對此，本文認為有值得商榷之處。

我國依據 TRIPs 第 13 條，應遵守三步測試，亦即專屬權的限制或例外應限於特定的特殊事件，不影響著作的通常利用，以及不會不合理影響權利人的合法利益。而修正草案第 53 條但書僅不完整地考慮了第三步，即著作財產權人之合法利益，且仍未將第三步中「不合理影響」之條件加入。是故，建議上述相關權利限制規定，如已限定於特殊事件，其第 53 條但書直接將公約中三步測試之第二步、第三步列入即可！然而一個良好的權利條款，本應即已完整考量了三步測試，參考前述德國之相關規定，在目的、數量、範圍、利用方式上加以限制，如仍應填補權利人合法利益時，即予以填補²⁰⁴，實毋庸再以修正草案第 53 條但書或現行法第 65 條第 2 項之規定畫蛇添足。對於不可避免之不確定法律概念，則由法官依據 TRIPs 三步測試解釋。按 TRIPs 為條約案，依據憲法第 63 條經

203 同註 202。

204 請參本文參、六、權利限制與權利耗盡，與該段落所引註腳德國法條文中文翻譯。

立法院議決，等同於法律案，在我國境內發生法律之效力²⁰⁵，無庸另行訂入著作權法。

另觀中研院草案就權利限制規定，於第 53 條²⁰⁶、54 條²⁰⁷，將原及於各種利用方式之規定，減縮為「重製、翻譯」，難符合實際需要，例如智慧局據此條文，於內部討論中研院草案時，即無法公開朗誦。是故，宜考慮加入「向公眾傳達」，以符實際利用之需求。且此等條文所適用範圍明確，僅為立法、行政內部參考，司法程序所需，不致影響著作人通常利用，或不合理地損害著作人合法利益，應可符合三步測試。附帶一提，由此亦可發現，當所有的無形利用權合併為同一權利時，立法者應就權利限制為更精準之規劃，而不宜採取一律排除方式處理。

針對權利耗盡問題，於智慧局修正草案第 33、34 條，明訂散布權、出租權客體為「著作之原件及重製物」，第 74 條散布權耗盡之客體，亦同。中研院草案第 24 條第 1、2 項²⁰⁸，就散布權、耗盡之客體，也持同一見解。此均與 WCT、WPPT 與北京條約之同意聲明所稱，權利耗盡以有體物為限之原則相符²⁰⁹，可值贊同²¹⁰。

205 許耀明，未內國法化之國際條約與協定在我國法院之地位，司法新聲，104 期，頁 20（2012 年）。

206 「中央或地方機關，因立法或行政目的所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，得重製、翻譯他人之著作及鄰接權標的。」

207 「專為司法程序使用之必要，得重製、翻譯他人之著作及鄰接權標的。」

208 「著作權人專有以移轉著作原件或重製物所有權之方式，散布其著作之權利（第 1 項）。著作原件或重製物經散布權人同意進入交易或流通者，他人得繼續散布之（第 2 項）。」

209 參見本文貳、八、權利限制與權利耗盡。

210 惟當著作以網路下載形式，提供無限期間、不限利用方式之使用時，歐盟法院針對電腦程式著作，依據電腦程式保護指令，認定如同實體著作物之移轉，應耗盡其散布權利，詳如前註 158。

中研院草案引述該歐盟法院判決，新增第 24 條第 3 項：「經著作權人授權永久使用著作之被授權人，亦得繼續散布該著作。授權人無意收回交付被授權人之重製物時，視為授權其永久使用。」，惟除非該草案明示將「重製物」改採廣義解釋，包含無形利用形式，否則顯然無法達成修正理由所稱將光碟載體或網路下載一體耗盡散布權之目的，因為網路下載本質上是無形利用，與我國向來以「重製物」為有體物之要件不符。且該歐盟法院判決所設定權利

最後，就線上利用方式不可或缺之重製行為，我國現行法第 22 條第 3 項規定，「於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用著作人、表演人專有之重製權。但電腦程式著作，不在此限。」所稱網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，在同條第 4 項舉例包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。

本條之問題首先在將電腦程式著作分別處理，欠缺分別之理由。其次，相較於歐盟資訊社會指令第 5 條第 1 項，以及德國著作權法第 44a 條，凡是中介者所從事第三人間之傳輸，即不再討論「合法」與否之問題²¹¹。換言之，中介者的暫時性重製行為，不論第三人間是否為合法使用著作，均可被排除於權利保護之外。建議我國法應為相應之修訂，明確免除線上傳輸設備經營者之為中介第三人間之傳輸所為暫時性重製行為的責任。

上述問題於智慧局修正草案第 25 條，已刪除原條文之「合法」二字，可值贊同。但仍迴避處理電腦程式著作，則令人費解。

耗盡之前提：應於再銷售時，使所下載於電腦之重製物不得再使用，也建議應於草案理由或條文中同時說明。

然一旦將重製物改採廣義概念時，散布權與公開傳輸權、公開播送權即產生重合，如僅為處理傳輸、播送後，利用人將所儲存著作內容再散布，本文建議對此制定特別規定，實無庸混淆現行法區分散布權以有體物為客體、公開傳輸與公開播送權為無形利用之體系，徒增權利分類之困擾，使民眾更不易了解利用時，應取得之權利、與可主張之權利限制。

歐盟法院本案有其歷史背景，不宜引為散布行為及於無形利用之依據。按歐盟電腦程式保護指令由於早於 WCT、WPPT 制定，所規定禁止之行為，並無後續於資訊社會指令規定，依據 WCT、WPPT 所訂之向公眾傳達之權利，所以，法院得對散布權所適用之重製物為廣義解釋。且該法院在該判決第 60 段，也明白表示資訊社會指令已明白將散布權限制於有體物，係因電腦程式保護指令為特別規定，故不妨礙對重製物另為解釋。後續歐盟法院在 Case C-355/12, Nintendo Co. Ltd v. PC Box Srl, 23 Jan. 2014，第 23 段也再次重申了前開案件認定重製物包含有體與無體形式之見解，僅適用於電腦程式。

211 請參本文參、九與重製權的關係。

在中研院草案第 23 條第 2 項²¹²，將現行第 22 條第 3 項但書刪除，使電腦程式一體適用，即屬妥適。

五、有效的權利授權機制

(一) 具有物權性質的授權契約

因應數位、線上應用之跨國界特質，建立技術中立、權利集中的有效權利取得機制，實為當務之急。此並非以簡化權利種類為必要，以德國法為例，權利種類固然極為複雜，但因只有獨立的使用方式（*Nutzungsart*），始得授與使用權（*Einräumung von Nutzungsrechten*），從而享有可對著作人相互主張、且得對抗第三人的物權上效力（第 31 條），因此不會導致權利取得的分化與複雜²¹³。

我國學說，傾向將著作權授權認為是債權行為，若能兼採取上述見解，則將有助於引導目前細分複雜的授權，變成集中，真正能夠達成具有經濟價值的利用。例如，現今集體管理團體，除社團法人台灣錄音著作權人協會（ARCO）外，均不管理公開傳輸行為所必要之重製權，即屬首要應調整之問題。

(二) 技術中立的授權

關於互動隨選利用，依據 WCT、WPPT、北京條約，著作人、錄音物製作人、表演人均享有完整的權利。但關於廣播、有線廣播、現場播放為商業目的所出版之錄音物，則表演人、錄音物製作人僅享有報酬請求權。

為了使同一節目，除了傳統的電視、聲音廣播，也能以各種行動裝置同步收視，或為延遲收視之點選下載、串流，即須審慎釐清不同權利人之權利或報酬請求權。但若在大費週折與權利人洽商之

212 「前項規定不及於專為達成網路中繼性傳輸電腦或機械本身技術所不可避免之暫時性重製，或屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製。」

213 相關說明與案例，請參本文參、三、(三) 分別保護。

後，僅能取得某種特定技術的使用方式，則顯然不符合利用人數位匯流下的需求，因此，權利的授與應該要儘量趨向技術中立²¹⁴。

(三) 以適當條件相互締約的義務

德國法第 87 條第 1 項固然賦予廣播機構再廣播其廣播的權利，但依據同條第 5 項，對第 20b 條第 1 項第 1 句規定的有線再廣播，除有拒絕締約之正當理由，應與有線機構以適當條件相互締約。且適用於基於其自己的節目所被授權或讓與的廣播權。本契約應基於有線機構與廣播機構的請求，除了拒絕之正當理由，應與相關的集體管理團體共同締結。

上述規定，對表演人、錄音著作人、著作人，以任何方式從事之廣播節目的同步、不改變內容之再廣播行為，均值得引入以適當條件相互締約的義務，以促使終端消費者得於不同媒體、平台同步、不變更內容享用同一著作內容。此一限制，適用於廣播節目之任何技術形式的同步再廣播的特定案件，且當事人仍可透過協商適當授權條件，獲取經濟利益，因此應可通過 WCT 與 WPPT 權利限制三步測試原則。

北歐各國的延伸性集體授權制度，由於非會員的權利人仍得主張禁止權，或法律沒有明文賦予禁止權時，也會在集體契約中明文約定。雖然在北歐實務上並不常見此種主張，但在我國仍有極高的法律不安定性，且有刑事責任，因此，建議未來如採取延伸性集體授權，除規定其外部效力範圍，也應在責任部分，限制於民事之不作為請求權，但以當事人無犯罪故意或意圖，排除刑事責任。

214 歐盟所發生之相關問題與討論，請參見本文前揭參、八、(二) 傳統管理方式的不足、與 (三) 解決方案。

參考文獻

1. 中文部分

許耀明（2012），未內國法化之國際條約與協定在我國法院之地位，*司法新聲*，104期，頁20-27。

謝銘洋、張懿云（2003），著作權法公開傳播權之研究，經濟部智慧財產局委託研究期末報告，<http://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/7f1b1b2f-ff9e-4631-9ad1-d844e31d5e46.pdf>。

2. 外文部分

Bayreuther, Frank (2001), Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, *ZUM*, S. 828-839.

Dreier, Thomas (2008), in: Dreier/Schulze (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz: UrhG, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar*, 3. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 19, 19a, 20, 21, 22, 44a.

Ficsor, Mihály. 2002. *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, Their Interpretation and Implementation*. New York, NY: Oxford University Press.

Gounalakis, Georgios (2009), Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht, *ZUM*, S. 447-542.

Grewenig, Claus (2011), Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter-Probleme von Nutzern beim Rechteerwerb aus Sicht privater Medienunternehmen, *ZUM*, S. 27-31.

Hecker, Manfred (2011), Limper/Musiol (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht*, Köln: Carl Heymanns, 3. Kapitel, Rn. 191.

- Hoeren, Thomas (2000), Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR, S. 515-521.
- (2010), in: Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München: C. H. Beck, § 21.
- Krause, Michael (2011), Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM, S. 21-26.
- Kreile, Reinhold (1996), Bericht über die WIPO-Sitzungen zum möglichen Protokoll zur Berner Konvention und zum „Neuen Instrument“ vom 22. bis 24. Mai 1996, ZUM, S. 964-966.
- Kröger, Detlef (2002), Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? MMR, S. 18-21.
- Poll, Günter (2007), Neue internetbasierte Nutzungsformen - Das Recht der Zugänglichmachung auf Abruf (§ 19a UrhG) und seine Abgrenzung zum Senderecht (§§ 20, 20b UrhG), GRUR, S. 476-483.
- (2011), Vom Broadcast zum Podcast- Urheberrechtliche Einordnung neuer Internetgeschäftsmodelle, MMR, S. 226-232.
- Ricketson, Sam. 1987. *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*. London: Kluwer.
- Schippan, Martin (2001), Harmonisierung oder Wahrung der nationalen Kulturhoheit? Die wundersame Vermehrung der Schrankenbestimmungen in Art. 5 der „Multimedia-Richtlinie“, ZUM, S. 116-128.
- Schmidt, Nike (2011), Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter-Diskussionsbericht zum gleichlautenden Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht im Rahmen der Medientage München am 15. Oktober 2010, ZUM, S. 31-36.
- Ullrich, Jan Nicolaus (2010), Webradioportale, Embedded Videos & Co. – Inline-Linking und Framing als Grundlage urheberrechtlich

relevanter (Anschluss-)Wiedergaben, ZUM, S. 853-862.

Ungern-Sternberg, Joachim v. (2010), in: Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., München: C. H. Beck, §§ 15, 19, 19a, vor 20, 20, 20a, 20b, 22.

Wiebe, Andreas (2011), in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, UrhG §§ 15, 19a, 20.