

第參章：WTO 著作權爭端案件分析 United States---Section 110(5) of the US Copyright Act

第一節、 WTO 爭端解決機制

第一項、 概說

WTO的爭端解決機制，並非首創，早在GATT 時期，各締約國即可依協商、裁判、裁判結果之接受、承諾之減讓等程序，提出其貿易爭端以尋求解決之道¹。但由於GATT下之爭端解決機制存在許多缺失²，而WTO規範價值之維持，必須仰賴一個有效的爭端解決機制，在烏拉圭回合談判時，即設定解決目標：「締約國均承認有效的爭端解決規則與規範對貿易之貢獻，並為確保爭端迅速有效解決，以利於所有締約國，談判之目標應在於改進且強化爭端解決過程之規則與程序。談判之內容應包括發展出適當之安排，以監督締約國遵守理事會所通



¹ 請參見，林純如，WTO架構下的爭端解決機制與案例分析，貿易調查專刊，第 339 頁，民國 87 年 5 月。

² 由於GATT時代之爭端解決機制有以下幾個缺失：第一，爭端小組成員之獨立性與客觀性遭受質疑。由於GATT於設立時，並無意以之為一總理貿易之國際組織，原設計目的僅係作為一多邊國際協定，然而因為原本欲成立之「國際貿易組織」(International Trade Organization)因歷史發展並未如人願，故僅得以GATT於實際運作上執行貿易組織功能，而其各國代表皆由外交官而非法律人擔任，從而對於爭端解及各協定之解讀、適用決往往非基於政治面、現實面，而非基於法律解釋的角度，影響其解決爭端之獨立性與客觀性。第二，GATT下之爭端解決機制無規範一個有效率的爭端解決時程，造成爭端解決程序上的拖延，第三，被工作小組認定違反協定之國家，可藉由共識決議(consensus voting)杯葛操弄，使得工作小組之決議無法獲得GATT理事會通過，第四，GATT體系下個個協定均有各自有關爭端解決之規範，造成爭端解決條文適用上之雜亂；第五，GATT爭端解決機制並未設上訴機構，缺少審查之工作小組報告是否有誤之機制，當事國如認為工作小組報告有錯誤，並無任合救濟之途徑，從而相關國遵守之情形也未盡理想。除以上五點外，還有其他缺少透明公開程序等等受到詬病之缺失。請參見，羅昌發，國際貿易法，第 827 頁-837 頁，2002 年 2 月，元照出版有限公司。

過之建議案。」³烏拉圭回合所制訂之「爭端解決程序與規則瞭解書」(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)針對GATT下爭端解決之缺失有所改進外，並就爭端解決程序建立一個統一之程序規定。

WTO的爭端解決機制發軔於GATT第二十二⁴、二十三條⁵，GATT時代，以這兩個規定未盡詳盡的條文為基礎，締約國累積數十年的智慧及經驗，於烏拉圭回合談判制訂出一個具有司法裁判形貌，以協定詮釋為核心的爭端解決程序規範。除了目前仍然有效的GATT第二十二、二十三條，在WTO下爭端解決程序所依循的規範主要是「爭端解決規則與程序瞭解書」(Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, or Dispute Settlement Understanding, “DSU”)，「爭端解決規則與程序行為準則」(Rules of Conduct on rules and procedures for settling disputes)以及「上訴審查工作程序」(Working Procedures for Appellate Review)。

爭端解決機構(Dispute Settlement Body)、爭端解決小組(Panels)與上訴機構(Appellate Body)是與爭端解決程序的運作最密切相關的三個WTO組織。爭端解決機構與WTO大會(General Council)的成員相同，但有不同的會期、議事程序、主席。依據DSU，爭端解決機構的職責是成立小組，採認小組及上訴機構的報



³ See 1982 Ministerial Declaration on Dispute Settlement Procedure, BISD, 29S, at 13; 1984 Action on Dispute Settlement Procedure, BISD, 31s, at 9，轉引自前揭註2，第832頁。

⁴ Article XXII of the GATT: “Each contracting Party shall accord sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for consultation regarding, such representations as may be made by another contracting party with respect to any matter affecting the operation of this Agreement.”

⁵ Id. Article XXIII: “If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired or that attainment of any objective of the Agreement is being impeded as the result of (a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, or (b) the application by another party of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, or (c) the exercise of any other situation, the contracting party may, with a view to the satisfactory adjustment of the matter, make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. Any contracting party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.”

告，監督其建議與裁決的執行，以及必要時授權勝訴會員對敗訴會員貿易制裁。小組採臨時任務編組形式，由三到五位專家組成，依據WTO各協定判斷爭端個案當事會員的法律暨事實上的主張，並提出報告。上訴機構是常設組織，由固定任期成員所構成，負責從法律觀點審查小組提出的報告。小組及上訴機構報告不具明文拘束力，但是其見解可能成爲其他小組或上訴機構處理發生在後的爭端時的重要參考⁶。

第二項、WTO 下爭端案件解決流程

整個爭端解決程序概由諮商、小組程序、上訴機構程序、執行等四階段構成。此外，DSU 亦賦予會員得尋求斡旋、調停、調解或仲裁等其他爭端解決手段。由於爭端解決機制以維護會員於 WTO 協定下的權利與義務爲目的，各程序階段對爭端的解決皆須符合相關 WTO 協定的內容。

請求諮商是爭端解決程序的第一步驟⁷。當事會員諮商未果，請求諮商的會員方得提請爭端解決機構成立小組。小組須本於個案情形訂定時間表，由小組、當事會員及第三國會員據以進行各個程序行爲：提出訴狀、答辯狀及意見書，舉行會議，提出中間報告、最終報告等⁸。除非有不予採認的共識決議，爭端解決機構應採認小組所提出的報告。若當事會員於期限內對小組報告提出上訴，則爭端解決機構不得考量，因而亦不能採認小組報告，全案應進入上訴程序。在上訴程序，上訴機構成員僅得就小組報告中對協定的詮釋部分進行審查，不得重新檢視小組的事實認定。上訴機構審查的結果可能是維持、變更或撤銷經上訴部分的小組報告。除非有不予採認的共識，爭端解決機構須採認上訴機構報告，當事會員應無條件接受上訴機構報告⁹。在爭端解決機構採認小組

⁶ 參見<http://homepage.ntu.edu.tw/~wtocenter/project/dsu.htm>，查訪於 2006 年 12 月 2 日。

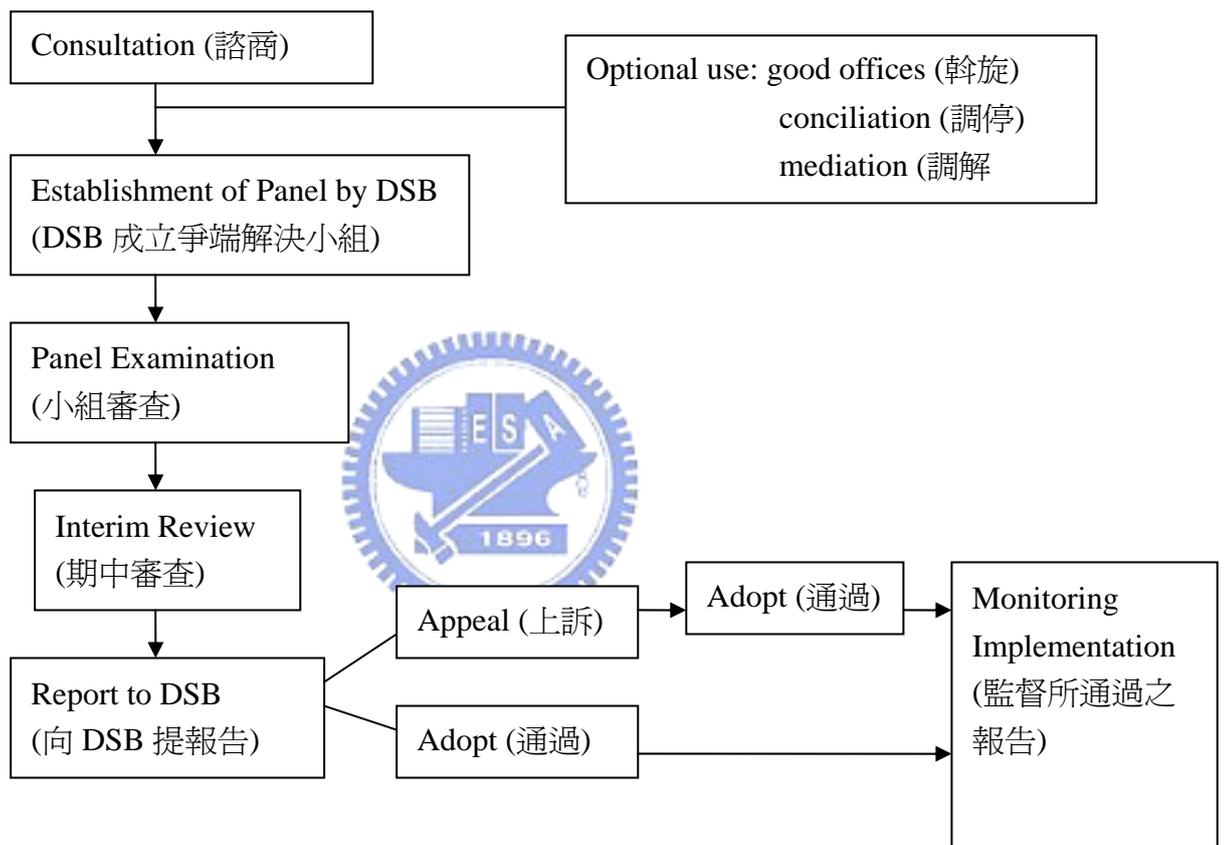
⁷ 但由於瞭解書並未明文規定，諮商是否必然爲爭端解決小組程序之先決條件，固有可能產生會員國在提出以爭端解決小組程序解決爭議前，是否必須先進行諮商之疑義。請參考，前揭註 2，第 841 頁。

⁸ 請參考爭端解決規則與程序瞭解書第 4 條至第 16 條。

⁹ 請參考爭端解決規則與程序瞭解書第 17 條至第 19 條。

或上訴機構報告後，該報告正式成爲爭端解決機構對該爭端的建議與裁決（recommendations and rulings），全案進入執行情序¹⁰。敗訴會員必須向爭端解決機構報告其對此一建議與裁決的執行意願，並於一定期限內依建議與裁決履行其義務，否則，爭端解決機構得授權勝訴當事會員要求敗訴會員補償，或對敗訴會員進行制裁。其爭端解決流程如下圖所示¹¹：

爭端解決流程圖



（來源：羅昌發，國際貿易法，2002年2月，元照出版有限公司出版）

¹⁰ 請參考爭端解決規則與程序瞭解書第21條。

¹¹ 同前揭註2，第840頁。

由上圖可知，爭端解決瞭解書仍延續 GATT 第二十二條與二十三條之前例，將諮商列為正式提附爭端解決程序之重要程序。WTO 爭端解決機制程序嚴格訂出各階段程序期，以大福提升爭端解決機制之效率，且敗訴國必須在爭端解決機構會議通過上訴報告後三十天內說明其執行計畫，若未能如期進行，則透過強制約束的仲裁在九十天內決定。惟若爭端議題係由開發中國家提出者，則爭端解決機構將會提供特別待遇，經過特別考慮以決定其在適當情形下應採取之行爲。

WTO 爭端解決機制，雖亦仍受到許多批評，也正積極尋求改進中¹²，然自一九九五年至二〇〇七年五月，WTO 爭端解決機制總共處理了三百六十三件爭端案件¹³，顯見 WTO 爭端解決機制仍發揮相當重要之功能，會員國積極使用爭端解決機制，代表了會員對爭端解決機制之效用仍具有高度期待與寄託。一般認為，除了幾個爭議性較大之裁決，以及少數案件之履行狀況不佳外，目前的爭端解決機制之運作，大致上尚令各會員感到滿意，學界亦持肯定看法¹⁴。從而 WTO 爭端解決小組之意見更應值得身為 WTO 會員國之我國所應加以重視。

第二節、 United States---Section 110(5) of the US Copyright Act

¹² WTO 杜哈部長會議 (Doha Ministerial Conference) 於二〇〇一年十一月開啓新回合之貿易談判，有關爭端解決機制之改革再度列入談判議程，杜哈部長宣言第三十段即指出：「茲同意就改進及釐清現行爭端解決規則與/程序瞭解書之規範進行談判。該項談判應以相關工作的進行成果及會員所提出之議案為基礎，並以二〇〇三年五月前完成相關工作為目標；屆時，我們必須採取必要步驟，俾使談判成果儘速生效施行。」會員提出之建議幾乎遍及「爭端解決程序與規則瞭解書」所有條文，顯見 WTO 爭端解決機制仍面臨許多改革之挑戰。請參考，鄭富霖，WTO 爭端解決機制之談判現況及其未來挑戰，台灣科技法律與政策論叢第 3 卷，第一期，2006 年 3 月。

¹³ Available at WTO website: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm

¹⁴ See Peter Van de Bossch, *the Doha Development Round Negotiations on the Dispute Settlement Understanding*, in WTO CONFERENCE: NEW AGENDA IN THE 21ST CENTURY, TAIPEI, 28-29 (November 2003); Consultative Board of WTO, *the Future of the WTO-Addressing institutional challenges in the new millennium* 49 (2004); Thomas A. Zimmermann, *WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiments, and Evaluation*, 60 (1) THE SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS, (2005); William J. Davey, *the WTO Dispute Settlement System: the First Ten Years*, 8 JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 17, 25(2005), 轉引自前揭註 12，第 10 頁，註 4。

案件分析

第一項、案件事實

本案係起因歐體（European Community）認為美國「一九九八年音樂著作公平授權法案」（Fairness In Music Licensing Act of 1998）修正美國著作權法第一一〇條第五項，使得滿足特定情況之餐飲業或零售商店播放音樂著作供顧客欣賞時，得免支付使用報酬，歐體對於此種利用行為之免責，認為違反伯恩公約及TRIPs第九條第一款¹⁵之規定，蓋TRIPs第九條第一款，要求會員國，必須遵守伯恩公約除第六條之二有關人格權之保護之外，第一條至二十一條及附錄之規定。故歐體於一九九九年一月二十六日生效即該修正條文法生效之日，依據DSU第四條和TRIPs第六十四條第一款向WTO爭端解決機制提出諮商要求，惟雙方無法依諮商解決爭端，故於一九九九年四月十六日要求成立爭端解決小組，爭端解決小組於二〇〇〇年六月十五日做成報告，並經WTO爭端解決機構於二〇〇〇年七月三十一日正式接受WTO爭端解決小組之報告¹⁶，認定美國著作權法第一一〇條第五項第B款商業免責條款違反前揭伯恩公約及WTO/TRIPs之規定，美國並未再上訴。依照爭端解決小組之決定，美國必須於在合理期間內即二〇〇一年七月二十七日前修正其著作權法第一一〇條第五項第B款，使其符合TRIPs之規定，然而美國卻通知WTO其無法遵守該期間之要求，於是為避免美國應盡之義務延宕，雙方便進入WTO仲裁程序，決定此延宕期間美國對歐體利益受損所應給付補償之數額，仲裁小組於二〇〇一年十一月九日判定美

¹⁵ Article 9, para. 1 of TRIPs: “Members shall comply with Articles 1 through Article 21 of Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have right or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.”

¹⁶ WT/DS160/8, IP/D/16/Add.1, 31 July 2000.

國應補償歐體每年一百二十一萬九千九百美元之權利金。美國於二〇〇三年六月十三日向WTO表示美國國會就此對於遵守WTO規範已有良好之進展，嗣後與歐體達成協議通知WTO，暫以美金三百三十萬元支助其成立保護表演權協會之基金延長其修法之期間自二〇〇一年十二月二十一日起計算三年，惟至今亦未修法¹⁷。

第二項、歐體主張美國違反 TRIPs 之著作權法條文內容

歐體主張美國經「一九九八年音樂著作公平授權法案」修正後之美國著作權法第一一〇條第五項A款與B款違反伯恩公約之規定，因而違反TRIPs之規定，美國著作權法該條款內容為¹⁸：「專有權利之限制：特定演出或表演之免責以下

¹⁷ Alain J. Lapter, *The WTO's Dispute Resolution Mechanism: Does the United States Take it Seriously? A TRIPs Analysis*, 4 CHI.-KENT J. INTELL. PROP. 217, 250-52.

¹⁸ United States Copyright Section 110 (5): § 110. Limitations on exclusive rights: Exemption of certain performances and displays Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright:

...(5)(A) except as provided in subparagraph (B), communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless – (A) a direct charge is made to see or hear the transmission; or (B) the transmission thus received is further transmitted to the public;

(B) communication by an establishment of a transmission or retransmission embodying a performance or display of a nondramatic musical work intended to be received by the general public, originated by a radio or television broadcast station licensed as such by the Federal Communications Commission, or, if an audiovisual transmission, by a cable system or satellite carrier, if—

(i) in the case of an establishment other than a food service or drinking establishment, either the establishment in which the communication occurs has less than 2,000 gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose), or the establishment in which the communication occurs has 2,000 or more gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose) and—

(I) if the performance is by audio means only, the performance is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; or

(II) if the performance or display is by audiovisual means, any visual portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 4 audiovisual devices, of which not more than 1 audiovisual device is located in any 1 room, and no such audiovisual device has a diagonal screen size greater than 55 inches, and any audio portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space;

所規定之情形不構成第一〇六條規定之侵權行爲：(5)(A)除(B)款所規定之情形外，藉由一般家庭常用之單一接收器，對公開接收表演或演出之播送，但不包括下列情形：(i)收看收聽該表演或演出之傳送必須直接付費；或(ii)所接收表演或演出再傳送至公眾。(5)(B)爲一般大眾接收之目的，源自於聯邦通訊委員會授權之無線廣播電台或電視台傳送之非戲劇音樂著作表演或演出之傳送及再傳送，或視聽節目藉由有限系統或衛星載波之傳送，符合下列情形之一者：(i)該表演或演出之傳送係發生在餐飲店以外之非餐飲設施時，如該餐飲店、非餐飲設施之總面積小於二千平方英尺（不包括專供顧客停車之空間）或大於二千平方英尺（不包括專供顧客停車之空間）且(I)如表演僅以聲音方式，該表演之播送係使用不超過六個擴音器，其中四個擴音器設於同一室內空間或相鄰的室外空間；或(II)如表演或演出係以視聽方式，表演或演出之視覺部分播送以總數不超過四個之視聽設備，其中不超過一個之視聽設備設於任一個室內空間，且該視聽設備之螢幕不得超過五十五英吋，又表演或演出之任何聲音部分之播送以總數不超過六個之擴音器，其中四個擴音器設於同一室內空間或相鄰的室外空間。(ii)該表演或演出之傳送係發生在餐飲店時，如該餐飲店之總面積小於三千七百五十平方英尺（不包括專供顧客停車之空間）

(ii) in the case of a food service or drinking establishment, either the establishment in which the communication occurs has less than 3,750 gross square feet of space (excluding space used for customer parking and for no other purpose), or the establishment in which the communication occurs has 3,750 gross square feet of space or more (excluding space used for customer parking and for no other purpose) and—

(I) if the performance is by audio means only, the performance is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space; or

(II) if the performance or display is by audiovisual means, any visual portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 4 audiovisual devices, of which not more than one audiovisual device is located in any 1 room, and no such audiovisual device has a diagonal screen size greater than 55 inches, and any audio portion of the performance or display is communicated by means of a total of not more than 6 loudspeakers, of which not more than 4 loudspeakers are located in any 1 room or adjoining outdoor space;

(iii) no direct charge is made to see or hear the transmission or retransmission; (iv) the transmission or retransmission is not further transmitted beyond the establishment where it is received; and (v) the transmission or retransmission is licensed by the copyright owner of the work so publicly performed or displayed; and..."

或大於三千七百五十平方英尺（不包括專供顧客停車之空間）且（I）如表演僅以聲音方式，該表演之播送係使用不超過六個擴音器，其中四個擴音器設於同一室內空間或相鄰的室外空間；或（I）如表演或演出係以視聽方式，表演或演出之視覺部分播送以總數不超過四個之視聽設備，其中不超過一個之視聽設備設於任一個室內空間，且該視聽設備之螢幕不得超過五十五英吋，又表演或演出之任何聲音部分之播送以總數不超過六個之擴音器，其中四個擴音器設於同一室內空間或相鄰的室外空間；（iii）收視或收聽該播送或在播送無須直接付費；（iv）該播送或再播送不會於接收該播送之商店以外再被播送；（v）該播送或在播送係經由被播送著作之著作權人授權如此公開演出或表演。

美國著作權法第一一〇條第五項B款之規定可參考下表¹⁹

非餐飲設施		餐飲設施	
二千平方英尺以下（不含顧客停車場及無其他用途之空間）	二千平方英尺以上（不含顧客停車場及無其他用途之空間）	三千七百五十平方英尺以上（不含顧客停車場及無其他用途之空間）	三千七百五十平方英尺以上（不含顧客停車場及無其他用途之空間）
不論接收之裝置或設備均免責	(I) 僅以聲音方法演播時： 總數不超過六個擴音器，且其中不超過四個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間。 (II) 以影音方法演播或展示時： ● 視覺裝置部分： 1. 總數不超過四個視聽裝置	不論接收之裝置或設備均免責	(I) 僅以聲音方法演播時： 總數不超過六個擴音器，且其中不超過四個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間。 (II) 以影音方法演播或展示時： ● 視覺裝置部分： 1. 總數不超過四個視聽裝置

¹⁹請參閱張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，經濟部智慧財產局委託研究報告，第 49 頁，民國 95 年 2 月 28 日。

	<p>置</p> <p>2. 其中一不過一個視聽裝置位於同一房間或相連之戶外空間</p> <p>3. 視聽裝置之設備使用未超過五十五英吋（對角線）之螢幕</p> <p>● 聲音裝置部分：</p> <p>1. 總數不超過六個擴音器</p> <p>2. 其中不超過四個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間</p>		<p>2. 其中一不過一個視聽裝置位於同一房間或相連之戶外空間</p> <p>3. 視聽裝置之設備使用未超過五十五英吋（對角線）之螢幕</p> <p>● 聲音裝置部分：</p> <p>1. 總數不超過六個擴音器</p> <p>2. 其中不超過四個擴音器位於同一房間或相連之戶外空間</p>
--	---	--	--

(來源：張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，經濟部智慧財產局委託研究報告，第 49 頁)



根據美國對爭端解決小組提出問題之回覆²⁰，第A、B兩款所包含之播送型態包括，透過空中或衛星播送之原廣播節目、透過衛星或陸地上媒介再轉播，有線電視播送原廣播節目，及原有線電視播送或其他有線電播送。且系爭條文對於播送型態並未區分類比或數位播送，且對於錄製音樂，例如CD、錄音帶或現場音樂表演並無適用。

一般稱該系爭條文A款為家庭型態免責規定，該條款之目的本系對於在公共場合單純開啓一個普遍使用的收音機或電視機收看表演或演出，影響係過於微乎其微，從而不應有任何侵權責任應加諸於此種行為上。蓋「本條款僅係規範商業經營者安裝商業「音效系統」或改造一般家庭接收器，使之具有等同於商

²⁰ See Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act* ((WT/DS160/R), para. 2.15.

業「音效系統」之效果者，使其負侵權之責」²¹。嗣後更有美國國會會議報告進一步詳盡描述本條款之目的係免除小規模商店之責任，蓋其這類小商店提供背景音樂作為商業服務之行爲，基於實際考量，並不足以具有可責性²²。又在該系爭條文中，一般稱B款²³為商業型態免責規定，其免責對象主要區分為兩類，其一為非餐飲店之零售商店，另一為餐飲店。非餐飲設施其商店規模如在總面積二千平方英尺（186 m²）內；餐飲店之規模如在總面積三千七百五十平方英尺（348 m²）內，則不論其所使用之設備類型為何，皆得免責。惟若超過前揭所限制之規模，則其使用之設備，分別就視覺與聽覺兩方面，必須符合條文所規定之限制，否則即應負侵權之責。

第三項、本案雙方主張及爭點

歐體認為美國著作權法第一一〇條第五項 A、B 兩款所規定的免責條款違反 TRIPs 第九條第一項之規定與依據該條規定必須遵守之伯恩公約條文中第十一條第一項第二款與第十一條之二第一項第三款之規定，侵害著作權利人合法之利益，故要求爭端解決小組作出與其主張相同之認定，建議美國修正該條文使之符合其在 TRIPs 底下之義務。

²¹ *Id.*, para. 2.5. “A House Report (1976) accompanying the Copyright 1976 explained that in its original form Section 110 (5) “applies to performances and displays of all types of works, and its purpose is to exempt from copyright liability anyone who merely turns on, in a public place, an ordinary radio or television receiving apparatus of kind commonly sold to members of the public for private use.”

²² *Id.*, “A subsequent Conference Report (1976) elaborated on the rationale by noting that the intent was to exempt a small commercial establishment which was not of sufficient size to justify, as a practical matter, a subscription to a commercial background music service.”

²³ 本款項原本沒有第B款，第B款是 1998 年 Sonny Bono Copyright Act 通過修正著作權法時所增定，Sonny Bono Copyright Act 第二章（Title II）簡稱為 1998 年公平音樂授權法案（FMLA）。詳參前揭註 19，第 49 頁。

而美國則主張因為 TRIPs 第十三條之規定，允許會員國對於著作權人之權利有輕微的限制與例外，並對於限制使否合理適當提供標準，該系爭著作權法 §110(5)(A)(B)條款完全符合該條之標準，因為該條文已提供所謂「不重要之限制」一個衡量之範圍與標準，故足以正當化對權利人專有權利之限制。所以美國要求爭端解決小組認定美國系爭著作權法第一一〇條第五項 A、B 兩款皆符合 TRIPs 與伯恩公約之規定，並駁回歐盟之請求。

歐體與美國雙方對於本案與系爭著作權條款是否違反伯恩公約第十一條第一項第二款²⁴及第十一條之二第一項第三款²⁵並無爭議。雙方主要之爭點在於美國得否依TRIPs第十三條「成員國對專屬權利所為之限制及例外規定應侷限於某些不與著作之正常利用相衝突，亦非不合理地損害著作權利人法定利益之特殊情形。」之規定²⁶，主張系爭著作權條款符合TRIPs該條之規定，因而並無違反TRIPs之情形。而就此雙方主要爭點及爭論如下：

一、 本案是否有 TRIPs 第十三條「例外與限制」規定之適用？

歐體對此爭點主張，根據TRIPs第二條第二項條「本協定第一至第四部分之規定，不得減損既已存在之巴黎公約、伯恩公約、羅馬公約以及關於積體電路

²⁴ Berne Convention (Paris Text- July 24, 1971)Article 11 para. 1: (1) Authors of dramatic, dramatico-musical and musical works shall enjoy the exclusive right of authorizing: ... (ii) any communication to the public of the performance of their work.

²⁵ Berne Convention (Paris Text- July 24, 1971)Article 11 bis. para.: (1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing:... (iii) the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work.

²⁶ Article 13 of Trips Agreement: “Limitation and Exception: Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interest of the right holder.”

之智慧財產條約中，會員所應遵守之義務。」²⁷之規定以及伯恩公約第二十條「聯盟之會員國得保有其權利與其他會員國間簽訂特別協定，但必須在該特別協定所給予較本公約更廣泛之保護或與本公約不衝突之範圍內。已存在之協定之條款滿足以上條件者，亦有其適用。」²⁸之規定，可知比伯恩公約晚簽訂之TRIPs，其規定不得減損伯恩公約所賦予之權利，從而美國不得主張依TRIPs第十三條免責條款限制伯恩公約第十一條第一項第二款以及第十一條之二第一項第三款所賦予之權利，TRIPs第十三條之規定，僅得適用於伯恩公約以外，TRIPs所新賦予之權利，至於TRIPs所引置之伯恩公約中第一條至第二十二條所賦予之權利，僅得根據伯恩公約中之規定加以限制²⁹。

美國則認為伯恩公約既然已經經過TRIPs第九條第一項引置成爲TRIPs之一部分，則伯恩公約所賦予之權利，當然有TRIPs第十三條之適用，故得透過TRIPs第十三條加以限制伯恩公約第十一條第一項第二款以及第十一條之二第一項第三款所賦予之權利³⁰。



二、 TRIPs 第十三條之適用範圍是否限於非商業性目的？

歐體認為即便如美國所主張，因爲伯恩公約被納入爲TRIPs之一部分，而有

²⁷ Article 2 of TRIPs: “Nothing in Part I to IV of this Agreement shall derogate from existing obligations that Members may have to each other under the Paris Convention, the Berne Convention, The Rome Convention and Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.”

²⁸ Article 20 of Berne Convention: “The Governments of the countries of the Union reserve the right to enter into special agreements among themselves, in so far such agreements grant to authors more extensive rights than those granted by the Convention, or contain other provisions not contrary to this Convention. The provisions of existing agreements which satisfy these conditions shall remain applicable”

²⁹ See Panel Report Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, para. 6.34

³⁰ *Id.*, para.6.35

TRIPs第十三條之適用，其所得限制之範圍也只限於一九四八年在布魯賽爾以及一九六七年在斯德哥爾摩舉行的伯恩公約修訂會議中曾提過的例外與限制之情形，即宗教儀式、軍隊音樂及兒童、成人之普及教育目的，其最大特點是具有非商業性目的³¹。

美國則認為TRIPs第十三條並不限於布魯賽爾和斯德哥爾摩外交會議報告中所提到之特例，因為並無任何具體規定要求例外使用必須限於非商業性目的³²。

三、 若滿足 TRIPs 第十三條之規定，是否需要依伯恩公約第十一條之二第二項支付合理報酬？

歐體認為若認為得以適用TRIPs第十三條之規定限制伯恩公約下之權利，則根據用伯恩公約第十一條之二第二項「聯盟國得立法規定得行使前述（即第一項）權利之條件，但此等條件不得影響作者之人格權，亦不得影響作者收取合理報酬之權利，若當事人無法就報酬達成協議時，應由主管機關定之。」之規定，美國仍應支付合理報酬³³。

美國則認為伯恩公約第十一條之二第二款係強制授權之規定，而TRIPs第十三條是例外與限制之免責規定，兩者性質截然不同，如滿足TRIPs第十三條之規定，則不須再依伯恩公約第十一條之二第二款給付授權金³⁴。

四、 系爭美國著作權條款是否符合 TRIPs 第十三條「例外與限制」規定之要件？

³¹ *Id.*, para.6.36.

³² *Id.*, para.6.37.

³³ *Id.*, para.6.38.

³⁴ *Id.*, para.6.39.

就此爭點，雙方分別就美國著作權法第一一〇條第五項 A、B 兩款是否符合 TRIPs 第十三條所規定之三個要件即，第一、限於某些的特殊情況、第二、與該作品的正常利用不牴觸以及第三、未不合理地損害該權利人的合法利益，歐體認為美國著作權法第一一〇條第五項 A、B 兩款皆不符合前述三要件，就此部分之爭論，由於雙方提出許多複雜資料，雙方詳細論述，本文將於第四款、爭端小組就重要爭點之判斷部分，與爭端解決小組對雙方爭論如何採用或駁回一併析述。

本案爭點及主要雙方爭論可整理如下表：

本案爭點	歐體主張	美國主張
本案是否得適用 TRIPs 第十三條限制與例外之規定	根據 TRIPs 第二條及伯恩公約第二十條，認為 TRIPs 第十三條僅得適用於 TRIPs 協議新引進之條款	TRIPs 第十三條透過第九條之引置，適用於伯恩公約所有條文
TRIPs 第十三條之例外之範圍是否限於非商業性	限於伯恩公約歷次修訂會議中所出現過宗教儀式、軍樂、兒童及成人之教育等非商業性用途	不限於歷次修訂會議中所出現之情形亦無非商業性之限制
若滿足 TRIPs 第十三條之例外，是否需要依伯恩公約第十一條之二第二款支付合理報酬	滿足 TRIPs 第十三條之例外，仍必需依伯恩公約第十一條之二第二款支付合理報酬	專有權之例外與強制授權本質上不同，滿足 TRIPs 第十三條之例外即無須再支付報酬
Section 110(5) 是否符合	不符合	符合

(來源：作者製表)

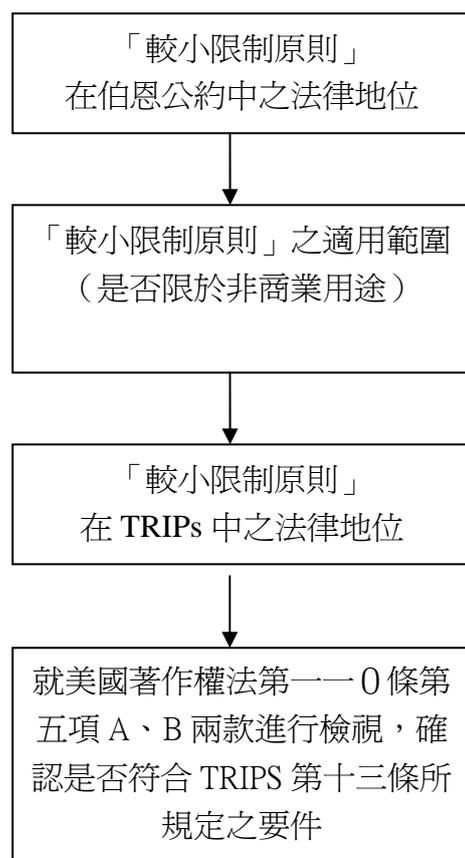
第四項、爭端解決小組就重要爭點之判斷

第一款、爭端解決小組之判斷流程

爭端解決小組認為本案的主要之爭點係關於TRIPs第十三條有無適用及如何解釋，歐體與美國雙方之答辯即以此為基礎，然如前所述，歐體認為TRIPs第十三條於本案並無適用，從而此時必須回歸探討 “The Minor Exception Doctrine”（以下翻譯為「較小限制原則」）與TRIPS協議第十三條之間的關係問題，「較小限制原則」係伯恩公約歷次修正會議報告中提到有關限制與例外之原則，此原則允許會員國對某些權利給予限制³⁵，不能僅考慮TRIPs第十三條之適用。基此，爭端解決小組認為必須先探討「較小限制原則」在伯恩公約中之地位，再加以確認其適用範圍是否限於商業用途，接下來再確認「較小限制原則」在TRIPs中之地位，若可以確認「較小限制原則」得適用於TRIPs，則將TRIPs第十三條「限制與例外」規定條適用於本案，即無扞格。

爭端解決小組判斷流程表：

³⁵ See Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para. 6.48 “..., the report of successive revision conferences of that Convention refer to “implied exceptions” allowing member countries to provide limitations and exceptions to certain rights. The so-called “minor reservation” or “minor exception” doctrine is being referred to in respect of the right of public performance and certain other exclusive rights. Under that doctrine, Berne Union members may provide minor exceptions to the rights provided, *inter alia*, under Article 11bis and 11 of the Berne Convention(1971).”



第二款、爭端解決小組之認定

爭端解決小組首先指出，本案涉及的關鍵條款為伯恩公約第十一條之二第二項第三款，及第十一條第一項第二款，並對該條之適用與解釋進行說明如下：

一、伯恩公約第十一條之二第一項規定³⁶：

公開播送（Public Communication）

1、文學及藝術著作之著作人，享有以下列專屬權：

- (1) 授權以任何無線傳播訊號、聲音或影像之方法，將著作向公眾傳播。
- (2) 授權原廣播機構以外之另一機構以有線傳播或轉播之方式，向公眾傳播原廣播之著作。

³⁶ 英文原文請參考本文第二章註 11。

(3) 授權以擴音器 (loudspeaker) 或其他任何傳輸訊號、聲音或影像之類似工具，對公眾傳播原廣播之著作。

又根據伯恩公約第二條第一項之規定³⁷，第十一條之二第一項中「藝術」作品包括戲劇及非戲劇作品和其他音樂作品，該條款中每一款又分別規定授權一種形態之專屬權利，按每一款規定的模式使用該著作時，均需要得到權利持有人的授權。例如，透過廣播向公眾傳播某一作品帶來了新的聽眾，權利持有人有權控制對著作新的公開表現方式，並可以從中獲得報酬³⁸。

第十一條之二第一項第一款係規定著作人有權許可他人廣播其作品或以任何其他無線傳送符號、聲音或圖像的方法向公眾傳播其作品的權利，既可適用於無線廣播，也可適用於電視傳播。該項第二款，涉及前項廣播的後繼使用 (subsequent use)，即授權原廣播機構以外的另一機構透過有線傳播或轉播的模式向公眾傳播廣播作品的權利³⁹。

該項第三款所規定之專屬權則是授權透過擴音器、電視螢幕或其他類似工具向公眾傳播廣播著作，此一傳播模式涉及對廣播作品的新的公開表現之模式，故需要得到權利持有人許可⁴⁰。因此，歐體所提出之爭議應限縮在伯恩公約第十一條第一項第三款。

二、伯恩公約第十一條

爭端解決小組認為，本案同時涉及伯恩公約第十一條第一項第二款⁴¹規定之專有權，按該條規定：

公開演出 (Public performance)

戲劇、音樂劇及音樂著作之著作人應享有下列專有權利：

³⁷ Article 2, para. 1 of the Berne Convention: “The expression “literary and artistic work” shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever maybe the mode or form of its expression, such as books....; dramatic or dramatico-musical works....”

³⁸ See Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para. 6.20 “Each of the subparagraphs of Article 1 bis (1) confers a separate exclusive right; exploitation of a work in a manner covered by any of these subparagraphs requires an authorization by the right holder. For example, the communication to the public of a broadcast creates an additional audience and the right holder is given control over, and may expect remuneration from, this new public performance of his or her work.”

³⁹ *Id.* para. 6.21.

⁴⁰ *Id.* para. 6.22 “ Subparagraph (iii) provides an exclusive right to authorize the public communication of the broadcast of the work by loudspeaker, on a television screen, or by other similar means. Such communication involves a new public performance of a work contained in a broadcast, which requires a licence from the right holder. For the purposes of this dispute, the claim raised by the European Communities under Article 11 bis (1) are limited to subparagraph (iii).”

⁴¹ 英文原文請參考本文第二章註 14。

- (i) 授權公開演出其著作，包含藉由任何方法及程序為如此之公開演出；
- (ii) 授權以任何方法對公眾傳播其著作之演出。

有關到第十一條和第十一條之二之間的關係，爭端解決小組注意到第十一條第一項第二款是在普通意義上授予用各種手段公開播送某一著作公開演出之傳播的權利，而第十一條之二第一項第三款是在特別意義上授予透過擴音器或其他任何傳送符號、聲音或圖像的類似工具向公眾傳播廣播作品的專屬權利⁴²。

當事國雙方均認為，透過擴音器以電磁波以外的模式向公眾傳達著作之公開演出，係第十一條專屬權利範圍，爭端解決小組對此理解亦表示肯定。除此之外，爭端解決小組亦注意到，當事雙方都認為本案的焦點是第十一條之二第一項第三款中規定的第三款專屬權利，即授權透過擴音器或其他類似工具向公眾傳播廣播作品⁴³。

爭端解決小組並進一步指出，只有廣播或傳播行為中存在「公眾」之要素，才會涉及伯恩公約中第十一條之二第一項第三款和第十一條第一項第二款之規定。符合系爭美國著作權法第一一〇條第五項第A、B兩款條規定的某些企業播放廣播和電視音樂的行為具有伯恩公約第十一條之二第一項第三款和第十一條第一項第二款意義上的向公眾傳播性質，對這一點，當事雙方不存在異議⁴⁴。

⁴² See Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para. 6.25 “Regarding the relationship between Article 11 and 11bis, we noted that the rights conferred in Article 11 (1)(ii) concern the communication to the public of performances of works in general. Article 11 bis (1) (iii) is a specific rule conferring exclusive rights concerning the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of a work.”

⁴³ *Id.* para.6.27 “We share the understanding of the parties that a communication to the public by loudspeaker of a performance of a work transmitted by means other than hertzian waves is covered by the exclusive rights conferred by Articles 11(1) of the Berne Convention (1971). Moreover, we note that both parties consider that it is the third exclusive right under Article 11 bis (iii)- i.e., the author’s right to authorize the public communication of a broadcast of a work by loudspeaker or any other analogous instrument-which is primary concerned in this dispute.”

⁴⁴ *Id.* para.6.28 “ Both provision, i.e., Article 11bis(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971)

如前所述，美國承認其著作權法中第一一〇條第五項第A、B兩款涉及到伯恩公約前揭二條款之規定。因此，專家解決小組應解決之關鍵問題係，在本案中，TRIPs協議中哪些例外規定可以援引，援引的條件是否得到滿足，以便證明美國著作權法第一一〇條第五項第A、B兩款之的例外規定是否符合伯恩公約之規定⁴⁵。

三、本案與伯恩公約第十一條之二第二款無關⁴⁶

爭端解決小組認為伯恩公約第十一條之二第二款與 TRIPs 第十三條完全係為處理不同情況而設立，伯恩公約該款係規定必須支付合理報酬前提下的例外情況，實際上該款主要目的在於允許成員方建立強制授權之許可制度。而 TRIPs 第十三條針對的是無須授權，不用付酬的例外情況，為此 TRIPs 第十三條亦規定了三個要件。本案系爭中美國著作權法規定符合「家用免責條款」和「商業免責條款」之情況下使用著作不需經授權亦不付報酬，這種情況顯然是由 TRIPs 第十三條所處理之範圍，而非伯恩公約第十一條之二第二款。

從而若會員國之國內法所規定的例外條款滿足了 TRIPs 第十三條所規定之

are implicated only if there is a *public* element to the broadcasting or communication operation. We note that it is undisputed between the parties that playing radio or television music by establishments covered by Section 110(5) involves a communication that is available to the *public* in the sense of Articles 11bis(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971).”

⁴⁵ See *Id.*, para.6.29 “Consequently, the core question before this Panel is which of the exceptions under the TRIPS Agreement invoked are relevant to this dispute and whether the conditions for their invocation are met so as to justify the exemptions under subparagraphs (A) and (B) of Section 110(5) of the US Copyright Act.”

⁴⁶ See *Id.*, para.6.87 “We believe that Article 11bis(2) of the Berne Convention (1971) and Article 13 cover different situations. On the one hand, Article 11bis(2) authorizes Members to determine conditions under which the rights conferred by Article 11bis(1)(i-iii) may be exercised. The imposition of such conditions may completely replace the free exercise of the exclusive right of authorizing the use of the rights embodied in subparagraphs (i-iii) provided that equitable remuneration and the author's moral rights are not prejudiced. However, unlike Article 13 of the TRIPS Agreement, Article 11bis(2) of the Berne Convention (1971) would not in any case justify use free of charge.”

三個條件，則其同時亦滿足了伯恩公約應適用之「較小限制原則」，在此情況下使用著作，即可不經授權亦不付報酬，不能認為是違反了伯恩公約第十一條之第二款要求給予合理報酬的規定。

以下依照爭端解決小組審流程，分別就本案爭點，爭端解決小組之法律見解加以分析說明：

一、「較小限制原則」得適用於伯恩公約⁴⁷

爭端解決小組參照WTO爭端解決小組及上訴機構一般作法，引用維也納條約法公約第三十一條「解釋的一般原則」⁴⁸以及第三十二條「補充解釋方法」作為解釋本案相關條約條款之依據。根據維也納公約第三十一條規定，條約之解釋應從上下文予以進行瞭解以及其訂立之目的，並規定「上下文」包括前言、附錄以及因締結條約所訂與條約有關之任何協定等。

爭端解決小組分析進一步指出，有關維也納條約法公約從「上下文」進行解釋之規定，可參考聯合國國際法委員會對條約最終版草案提出之相關評論：單方所提出之文件，不得被視為「上下文」，除非該文件與訂立條約之結論相關，而且其與訂立條約之關連性還必須為締約當事方所接受⁴⁹，另一方面，前揭文件亦非必然得形成條約之一部分，是否得成為條約之一部分，仍須依照個案中當事國之真意；且成為條文部分之協議與文件必須與條約之實體權利有關或對

⁴⁷ See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, at 17-21.

⁴⁸ Article 31 of the Vienna Convention: “A treaty shall be interpreted in good faith accordance with the ordinary meaning to be given the term of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes.”

⁴⁹ See Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para. 6.43.

於闡明條約重要概念及適用之限制具有重要性；該文件必須係基於條約結論估平擬定，符合以上標準的文件均成為解釋條約之一般要件與規則⁵⁰。另外條約起草委員會之主席於會中做出無人異議之解釋亦得成為解釋條約之「上下文」，然而，條約起草委員會之成員以個人名義所提出之解釋性陳述應被認為僅係準備資料之一部分。

爭端解決小組依據上述解釋國際條約之標準，分析「較小限制原則」對於伯恩公約第十一條第一項第二款及第十一條之二第一項第三款是否適用，並基於以下理由，達成肯定之見解：

伯恩公約自身條款已明示允許的例外與限制外⁵¹，歷次修改的大會從提出所謂「暗示的次要例外」(implied minor exception)係默許各締約國對特定權利加諸一定的限制與例外的。這種所謂「次要限制」、「次要例外」於公開表演及其他特定專屬權均有適用⁵²。在此原則之下，伯恩公約會員國得就伯恩公約第十一條第一項第二款及第十一條之二第一項第三款之權利，給予限制。除此之外，伯恩公約第十一條第一項第二款及第十一條之二第一項第三款與明顯提到「較小限制原則」之會議報告書之採用，均係於一九四八年布魯塞爾會議中同時發生，且「較小限制原則」與伯恩公約關於第十一條第一項第二款及第十一條之二第一項第三款所賦予權利限制之實體修正密切相關。又因該會議之書記員被授權明確記載「較小限制原則」於布魯塞爾會議報告書，且布魯塞爾會議報告書如此明確之記載已獲得所有伯恩公約會員國之正式採用，由此可知所有會員國對此均達成合意。再者，一九六七年在斯德哥爾摩召開的外交會議的報告亦再次確認了暗示的小範圍的例外是存在於並被伯恩公約所允許的，該例外可

⁵⁰ *Id.*, footnote 53.

⁵¹ *Id.*, para. 6.48.

⁵² *Id.*, footnote 57.

以適用於公約第十一條，且伯恩公約會員國、WTO會員國之國內法亦反應出對此原則之實踐⁵³。

二、「較小限制原則」非僅適用於非商業用途⁵⁴

爭端解決小組又指出歷次修改伯恩公約會議之報告中所提及之「較小限制原則」適用情形，例如：宗教慶典、軍隊樂隊、成人或孩童之普及教育等，縱然宗教慶典、軍隊樂隊具有非商業特性，然而成人或孩童之普及教育並不當然不具有商業性質，且學術文獻亦支持此觀點，認為「較小限制原則」之範圍絕非限於前揭類型⁵⁵，對故無法歸論出例外情況應僅限於非商業性使用，爭端解決小組於是認定，是否係商業使用並不能決定「次要例外原則」之適用範圍，某些商業性使用作品亦應可適用這種例外。

三、「較小限制原則」應適用於TRIPs⁵⁶

爭端解決小組接著解決，「較小限制原則」是否與伯恩公約第一至第二十二條一樣，藉由 TRIPs 第九條第一款之規定，被納入了 TRIPs 協定，成為 TRIPs 協定之一部份，爭端解決組基於以下理由，認為答案係肯定的：

爭端解決小組認為作為「較小限制原則」既得適用於伯恩公約，構成伯恩公約之一部份，則當伯恩公約條款被納入TRIPs協議時，理應同時被納入，否則當年制定TRIPs第九條第一款時，即應將「次要例外條款」之部分，比照就伯

⁵³ *Id.*, para.6.53-para.6.35.

⁵⁴ *Id.*, at 21-22.

⁵⁵ *Id.*, footnote 73.

⁵⁶ *Id.*, at 23-30

恩公約第六條之二所規定之著作人格權之排除方式，明確表示反對納入的意見，當年沒有締約國提出反對意見，並且第九條第一款字面上亦無有體現出這種反對意見。此外，基於對伯恩公約與TRIPs協議解釋協調一致的考慮，也應當把「較小限制原則」納入TRIPs協議，使之成為TRIPs協定的一部份。最後爭端解決小組再依據烏拉圭回合多邊談判起草TRIPs協定之相關文件⁵⁷「權利範圍」部分中所載之下列敘述，證實以上之判斷。

另外，爭端解決小組並指出，在世界智慧財產組織著作權條約（The WIPO Copyright Treaty）之制訂多引用伯恩公約及TRIPs中使用之語言，俾使其於整個著作權保護架構下與其他條約具有相容性，WTO協定生效一年後，世界智慧財產組織著作權條約即在一九九六年十二月WIPO（The World Intellectual Property Organization）主辦之會議中無異通過，一百二十七個國家參與其中。且大部分之參與國家亦參加TRIPs談判並為WTO之會員國。基此，於在世界智慧財產組織著作權條約下尋求一致解釋之方向，以避免整個著作權保護架構下存在解釋之衝突，亦係有意義的，故同意美國引用世界智慧財產組織著作權條約第十條⁵⁸支持其「較小限制原則」（「較小限制原則」）應適用於TRIPs之主張。

爭端解組又認為無論TRIPs第十三條條文文字或任何其他TRIPs中之條文，均未支持歐體之主張：TRIPs第十三條僅得適用於TRIPs新規定之權利，伯恩公約中既存之權利，並無適用。故認為TRIPs第十三條之適用範圍包括所有伯恩公約下賦予之所有權利⁵⁹。

⁵⁷ See GATT document MTN.GNG/NG11/6, para. 39, 40 and Annex.

⁵⁸ Article 10 of the WCT

⁵⁹ See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para.6.80.

惟值得注意的是，歐體並未進一步要求爭端解決小組就TRIPs第十三條之規定是否違反伯恩公約第二十條進行審查，故認為此部分並無審查之必要。故TRIPs第十三條是否違反伯恩公約第二十條仍有未被進行檢驗⁶⁰。

四、有關係爭美國著作權條款是否合TRIPs第十三條「例外與限制」規定⁶¹

TRIPs 第十三條所要求的三個條件分別是：1、限於「一定的特殊情況(Certain Special Cases)」；2、與著作之正常利用不抵觸；3、未不合理地損害權利人的合法利益。爭端解決小組指出，一個符合 TRIPs 規定的例外條款必須同時滿足這三個條件。分析這個三個條件的含義與範圍時，爭端解決小組強調對任何一個條件的解釋與分析都不能使得其他三個條件變為“多餘的規定”或“無意義的規定”。以下將爭端解決小組對該三要件所作之解釋析述如下：



1、限於一定的特殊情況⁶²

certain 一詞的普通涵義是指可知的和特定的，但未詳細地界定，TRIPs 第十三條中的第一個要件，意指國內立法中的某一例外或限制必須係可得特定之界定，只要例外範圍加以特定至為公眾所瞭解之程度即可，沒有必要對其每一適用情況都做詳細界定；special 一詞的通常涵義是指非一般的、有限的情形，這一用詞表示，為滿足第一項條件，僅僅作出清晰的界定還是不夠的，必須在適用領域方面是有限的或其適用範圍必須是特殊的，換言之，某一例外或限制應當在數量上和質量上均是有限的，換言之，例外或限制的應具有狹義性以及特

⁶⁰ 此疑義是否為未來帶來適用上的不確定性，仍值得探討。

⁶¹ See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, at 31-p68.

⁶² See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, at 32-34.

別的或特定的目的。就此要件，爭端解決小組，主要考慮根據美國系爭著作權可以獲得免責之餐飲及零售企業所占比例加以判斷。

2、與著作之正常利用不抵觸⁶³

爭端解決小組認為利用一詞是指著作財產權人透過使用其作品專有權獲取經濟利益之行爲。而正常一詞可定義爲經常的、通常的、典型的、普通的，惟若將「正常利用」解釋爲所有專有權類型之完全利用，則該條之例外條款就顯得毫無意義，因此，一項專有權的正常利用從程度上來說應該低於其完全利用。

美國對此主張決定是否爲正常利用時，必需考慮在正常情況下，著作權人可被合理期望利用其作品的模式，在這一點上，應認爲第十三條正常利用之客體係指整體意義上的「作品」，而非指向某些特定的具體的權利。因此在美國認爲系爭著作權法第一一〇條第五項 A、B 兩款，均不會影響音樂作品的兩種最重要的利用模式，即首次表演和首次廣播，而僅對廣播作品的二次使用產生影響，而且這種使用同時受營業面積和設備類型的限制，而權利人通常從作品的一次使用中獲得大部分報酬，而二次使用只能產生極少的經濟效益。

歐體則反對美國將 TRIPs 中之權利做出「重要」的和「不重要」的劃分，所有權利並無階級之分，伯恩公約第十一條之二第第一項第三款和第十一條第一項第一款所規定的各項專有權均爲同等重要的獨立權利。

爭端解決小組認爲 TRIPs 協議和伯恩公約規定的是與作品有關的專有權，這些專有權係法律賦予權利人從商業行爲獲取經濟價值之途徑。因此爭端解決小組認爲第十三條第二個要件之判斷，應由與所利用著作相關的所有專有權利觀

⁶³ *Id.*, at 44-50.

之。

爭端解決小組認為，若例外或限制之規定與權利人正常情況下獲取經濟利益的利用方式產生經濟性競爭，從而給權利人造成大量的或實際的商業收入損失，則這種利用即構成與作品的正常利用相衝突。因此，就本案而言決定系爭著作權法第一一〇條第五項 A、B 兩款是否符合第二個要件，應對美國市場加以分析，評價該系爭條款在該市場上是否與正常利用相衝突。

3、未不合理地損害權利人的合法利益⁶⁴

爭端解決小組認為，對 TRIPs 第十三條第三個要件的分析應分以下幾個步驟，首先需要界定權利人可能喪失的「利益」為何，該利益是否具「正當」性，然後再對「損害」一詞做出解釋，同時確定該損害累積到多少時方可被認為是「不合理的」。



「利益」一詞的普通意義可以包括對某一財產（包括智慧產權）之法定權利或所有權，也可指對某一潛在損害或利益之利害關係，更可廣泛地包含對某一自然人或法人有重要意義的某物。因此，利益一詞的含義不局限于實際的或潛在的經濟利益或損失。「正當」一詞有兩層意義：一是指符合法律規定或準則、經法律或準則認可或授權，法律許可的，合法的，正確等；二是指正常的，常規的，合乎公認的標準等。「損害」一詞的通常含義是損失、危害或傷害，「非不合理」一詞之門檻比「合理的」一詞較嚴格一點。

雙方對權利持有人行使其權利以獲取利益的「合法性」並無疑問，則問題的關鍵便在何種程度或水準的「損害」可能被認定是「不合理的」，在回答這一問題之前，爭端解決小組認為應確定一種衡量或量化正當利益的方法。方法之

⁶⁴ *Id.*, at 57-61.

一是根據權利人專有權之經濟價值來量化，儘管這一方法不夠完整，也稍嫌保守，但能夠以經濟學的模式估測出行使此種權利（例如透過授權）所產生的價值。但爭端解決小組特別強調，這並非認為說正當利益僅限於這種經濟價值。

根據第三項條件，如果一定數量的損害可被合法地視為「非不合理」，則問題的關鍵就變為這種損害達到何種程度或何種水準可被視為「不合理」。爭端解決小組認為，如果某一例外或限制對權利人之收入造成或可能造成不合理的損失，此時，這種損害達到「不合理」程度。

茲就爭端解決小組對美國著作權法第一一〇條第五項 A、B 款是否符合前揭 TRIPs 第十三條之三個要件，分述如下：

(一) 系爭美國著作權條款是否符合「一定的特殊情況 (Certain Special Cases)」
美國著作權法第一一〇條第五項 A 款符合「一定特殊情況 (Certain Special Cases)」

A、免責商店數量比例低⁶⁵

美國在判定是否得依著作權法第一一〇條第五項A款主張免責，主要係根據「美國 20 世紀音樂公司訴Aiken案」⁶⁶中美國最高法院所建起一套標準，在該案中，Aiken係一家商店總面積 1,055 平方英尺的餐廳，以安裝於天花板的四個揚聲器播放廣播音樂予餐廳之顧客欣賞，美國最高法院認為如要另被告負侵權責任是極不公平的，因為向Aiken這樣的小規模商店，除了將收音機關掉外，沒有其他免於著作權侵害之方法，蓋其對於廣播之內容並無控制權，又如此無異係

⁶⁵ *Id.*, at 38-40.

⁶⁶ *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975).

要求Aiken僅爲了可能僅單一次播放，而要取得「不確定次數」概括授權，實不合理，故判定Aiken無須負侵權之責任⁶⁷。自該案後，美國法院判斷是否得主張第一一〇條第五項A款主張免責時，即會考量以下情形，將之與Aiken案中之標準比較，即：1、以平方英尺計算之商店物理面積之大小；2、認定爲普通家用之接收設備之範圍；3、擴音器與接收器間的距離，4、擴音器的數量 5、擴音器係獨立式或安裝於天花板間；6、根據商店的營業收入，是否通常係提供背景音樂服務；7、在播送可聽見或可看見之商店附近區域之喧鬧程度；8、裝置之結構等。

一九九五年美國國會研究中心(Congressional Research Service, 以下簡稱 CRS)即根據 Aiken 案之標準統計了符合面積相同或小於 Aiken 案中餐廳(總面積 1,055 平方英尺)的商店占同類商店的百分比，如下：



	CRS (%)
餐館	16
飲料店	13.5
零售店	18

除此之外，美國亦提出根據其司法實務，目前只有三件判決被告勝訴符合家用型例外的條件，這表明適用家用型例外的情況數量是有限的⁶⁸。

爭端解決小組認爲由上可知，數量上顯示美國著作權法第一一〇條第五項 A 款在適用範圍上僅限於相當的小的百分比。

⁶⁷ Neil Boorstyn, BOORSTYN ON COPYRIGHT § 2.11 (2d ed. 2000).

⁶⁸ See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para.6.141.

B、「家用型接收設備」之描述「可得特定」所預免責之類型⁶⁹

美國系爭著作權法第一一〇條第五項 A 款中之商店必須採用「私人家庭中普遍使用的單一接收器」，爭端解決小組雖同意歐體之主張，認為家庭式單一接收器，為隨著不同國家，不同消費者喜好，以及科技之進步而有不同，故美國一九七六年所使用之家庭式單一接收器與一九九八年之家庭式單一接收器不同，然而，TRIPs 第十三條所規定「一定的特殊情況（Certain Special Cases）」之要件，只必須是可得以認知其特殊化的即可，並不需要明確地確認科技技術之規格，從而爭端解決小組認為「家庭用單一接收器」已滿足十三條之要求，限定「家用免責條款」之適用範圍。

C、著作權法第一一〇條第五項A款只適用於使用戲劇歌劇性質的音樂作品的廣播⁷⁰



系爭美國著作權法在一九九八年修改後之規定，A 款只適用於使用戲劇性音樂著作的廣播。爭端小組認為這個規定使其之適用限於有相當有限的範圍。

綜合以上所述，爭端解決小組認為美國著作權法第一一〇條第五項 A 款滿足了 TRIPs 第十三條第一個條件。

（二）美國著作權法第一一〇條第五項B款是否符合「一定特殊情況（Certain Special Cases）」⁷¹

爭端解決小組根據一九九五年 CRS 以三千五百平方英尺以及一千五百平方

⁶⁹ *Id.*, para.6.145.

⁷⁰ *Id.*, para.6.146.

⁷¹ *Id.*, at 34-38.

英尺面積標準，統計了符合這個標準的商店占所有同類商店的百分比以及一九九九年 Dun&Bradstreet, Inc.(D&B)應美國作曲家、作家和出版商協會（American Society of Composer、Author and Publisher，下稱 ASCAP）之要求，對該數字之更新，該統計結果為：

		CRS (%)	ASCAP (%)
餐	館	65.2	70
飲	料店	71.8	73
零	售店	27	45

爭端解決小組認為，系爭美國著作權法第一一〇條第五項 B 款之規定，其就餐飲店及非餐飲設施面積限制標準分別為三千七百五十平方英尺及二千平方英尺，從而符合該「商業免責條款」之商店所占的百分比勢必較前揭一九九五年 CRS 及一九九九年 D&B 應 ASCAP 所做之統計數字高，是以絕大多數之餐飲店及非餐飲設施滿足此款之標準，很難有理由認為系爭「商業免責條款」規定滿足 TRIPs 第十三條第一個要件之「一定的特殊情況」之要求。

(三)系爭美國著作權條款是否符合第二個要件「與著作之正常利用不抵觸(not conflict with a normal exploitation of the work)」

(1) 美國著作權法第一一〇條第五項A款符合第二個要件⁷²

爭端解決小組根據美國國會一九七六年 House Report 中就著作權法第一一〇條第五項 A 款所作之說明，認為該款之目的係在於免除在行為人公共場合單純開啓一個普遍使用的收音機或電視機收看表演或演出之責任，即便其他新聽眾

⁷² *Id.*, at 55-57.

或觀眾可能因有機會收聽或受看到，然因為該影響係過於微忽其微，從而不應有任何侵權責任應加諸於此種行為上。本條款之目的僅係規範業者安裝商業「音效系統」或改造一般家庭接收器，使之具有等同於商業「音效系統」之效果者，使其負侵權之責。此外，根據 1995 CRS 之調查，實際滿足 Aiken 案中商店大小之商店的百分比僅佔相當小的百分比，從而這種例外與「著作之的正常利用」不相衝突。除此之外，如前所述，本條款僅適用於戲劇性質的音樂著作，根據爭端解決小組之認知，這類著作（例如：歌劇、輕歌劇、音樂劇）之廣播並無像非戲劇性音樂般存在許可授權使制度，兩造對此亦無爭執。

基於以上理由，爭端小組認為美國著作權法第一一〇條第五項 A 款符合第二個要件。

(2) 美國著作權法第一一〇條第五項B款未符合第二個要件⁷³

雖系爭著作權法第一一〇條第五項B款並未滿足TRIPs第十三條所規定之第一個要件，已無必要去考慮它是否符合其他二個條件，然而爭端解決小組卻指出，雖一九九七年「美國襯衫案」⁷⁴中，上訴機構認為出於「司法經濟」的考慮，沒有必要去考慮一個已經被證明違反了WTO協議某一條款的措施是否同時還違反了WTO協議的其他條款。但上訴機構於一九九八年澳大利亞鮭魚案⁷⁵卻曾強調，對控訴國提出之所有有助於積極解決爭端之請求，均有審理之必要，以促使違約方儘快採取符合WTO協議的措施，僅部分解決問題的方法並不符合真正司法經濟。本案爭端解決小組基於後者對訴訟經濟的理解，認為系爭著作

⁷³ *Id.*, at 50-55.

⁷⁴ See the Appellate Body Report on *United States-Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses*, adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R, at 18.

⁷⁵ See the Appellate Body Report on *Australia-Measure Affecting the Importation of Salmon*, adopted on 6 November 1998, WT/DS18/AB/R, para.223.

權法一一〇條第五項A、B兩款關係密切，雙方就兩款提出的理由互有關連，並且有助於兩款之分析。因此決定繼續檢驗美國著作權法一一〇條第五項B款是否符合TRIPs第十三條的其他兩個條件。

就此部分之審查，爭端解決小組首先回應美國之主張，認為CMOs⁷⁶是否充分行使專有權利之授權，就對特定使用向特定使用者收取報酬，不必然能作為認定是否係正常利用專有權之依據，且檢視該條款是否與正常利用相衝突時，某些商店因為家庭免責條款而無須獲得授權，故美國主張一一〇條第五項B款總體而言，並未改變實際授權情形，於本案並無關連性，因為這係與一一〇條第五項A款導致某些商店免責有關。

爭端解決小組進一步根據，一九九八年修正案生效之前，超過 Aiken 餐廳面積標準而又經 CMOs 授權之餐廳佔同類餐廳之比例，根據美國所提供經 COMs 及 ASCAP 授權餐廳之數據為 10.5%和 19%，而其對播放音樂的餐廳數量所做的估測為 74%，可知很多營業面積超過 Aiken 餐廳標準且播放音樂的餐廳並未取得授權。由此可之，同一條件的餐廳有些支付授權費用，有些卻不支付，權利人通常會期待從該未支付授權費用之使用者獲取報酬。

針對美國主張 CMOs 和 NLBA 在一九九五年簽訂的一項私人集體授權協議。該協議允許 NLBA 的附屬商業機構透過收音機或電視無償公開播送音樂著作，且該免責的範圍和一九九八年音樂作品公平授權法案中的免責範圍基本上是相同。爭端解決小組認為 NLBA 的實踐乃締約雙方之間協商的結果，與透過立法防止權利的行使係不相同的。雖 NLBA 安排可以改進並適應影響作品正常利用的市場發展，但應不容許經由一一〇條第五項 B 款之立法扭曲了市場或阻礙

⁷⁶ CMOs (collective management organizations)是美國的集體管理協會的統稱，它主要包括ASCAP（作曲家作家出版商協會）BMI（音樂廣播公司）和SESAC公司。

了市場的發展。

又美國儘管指出，NLBA的成員中，26%播放CD或錄音帶，18%使用背景音樂服務，只有28%播放廣播音樂，而且廣播音樂之授權費用於收入所占的比例不超過44%。爭端解決小組認為，CMOs所面臨行政上對每家商店授權之困難，不會因為音樂播放之方式不同而有差異，然如果因為播放方式不同導致收費上之差異，此種差異可以促使商店經營者從使用付費的錄製或現場音樂轉而使用免費的廣播音樂，也可以促使錄製音樂許可費的降低以免使用者轉而使用廣播音樂，而音樂著作之權利人勢必會期望從授權商店使用無線電和電視音樂廣播中獲得收益⁷⁷。

基於以上理由，爭端解決小組認為，絕大多數的餐飲店和近半數的非餐飲設施皆可以從一一〇條第五項B款中受益，並且係授權費的主要潛在來源，故會與「權利人正常利用」相衝突，因此不符合第十三條第二個條件。

(四)系爭美國著作權條款是否符合「無不合理地損害權利人的合法利益(not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)」

(1) 美國著作權法一一〇條第五項A款符合第三個要件⁷⁸

⁷⁷ See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, para.6.209 “We note that the parties agree that the administrative challenges for the CMOs related to the licensing of a great number of small eating, drinking and retail establishments do not differ depending on the medium used for playing music. We believe that the differentiation between different types of media may induce operators of establishments covered by subparagraph (B) to switch from recorded or live music, which is subject to the payment of a fee, to music played on the radio or television, which is free of charge. This may also create an incentive to reduce the licensing fees for recorded music so that users would not switch to broadcast music.”

⁷⁸ See WTO Panel Report, *United States--Section 110 (5) of the U.S. Copyright Act*, supra note 20, at 67-68.

爭端解決小組根據前面所引根據一九九五 CRS 之調查，實際滿足 Aiken 案中商店大小之商店的百分比僅佔相當小的百分比，又一一〇條第五項 A 款只適用於戲劇性音樂著作，非權利人之收益之重要來源，從而認定美國著作權法一一〇條第五項 A 款符合第三個要件。

(2) 美國著作權法一一〇條第五項B款未符合第三個要件⁷⁹

爭端解決小組面對於美國和歐體所舉證了大量的資料以支援自己的主張，美、歐和爭端解決小組都承認商業例外無疑給音樂著作之權利人造成了經濟上實際的或潛在的損失，但本案關鍵在於這些損失究竟是否達到“不合理”的程度，而非損失之具體數量。美國認為必須，未經授權之商店中，有些根本未播放音樂使用廣播或電視節目以外之音樂 1998 年以前未經授權之餐廳且 CMOs 無法進行授權利用 NLBA 而免責若要付費，則無意願繼續播放音樂只是把雙方主要資料列出來，然後依舉證責任分配之原則指出，本案例中美國負有最終的舉證責任，證明其著作權法中的商業免責條款符合 TRIPs 第十三條例外條款的規定，在此處美國就應當充分舉證證明，商業免責條款並無「不合理地」對著作權利人之合法經濟利益造成實際的或潛在的損害。爭端解決小組認為美國未能有效舉證證明這點，所以認定美國著作權法一一〇條第五項（B）款「商業免責條款」之規定不符合 TRIPs 第十三條的第三個條件。

(五) 爭端解決小組最終結論

美國著作權法一一〇條第五項 A 款符合 TRIPs 第十三條之規定，因而並未違反經由 TRIPs 第九條第一項納入該協議的伯恩公約第十一條之二第一項第三

⁷⁹ *Id.*, at 61-67.

款和第十一條第一第二款。而美國著作權法一一〇條第五項 B 款不符合 TRIPs 第十三條之規定，因而亦違反伯恩公約前揭之規定。

