

第五章：由 WTO 爭端解決案件 United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 對我國實務見解與實踐之檢討與建議

第一節、由 United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 檢視我國實務見解與實踐

第一項、前言

TRIPs 規範之價值，乃仰賴透過其爭端解決機制之加以落實，而 WTO 爭端解決小組又係爭端解決機制中，具體提出法律見解之組織，從而其見解對於 TRIPs 規範價值具有決定性之重要性，我國既以係 WTO 之會員國，則爭端解決小組之法律見解對我國實具重要之參考價值。回顧本文第參章對 WTO 爭端解決案件 United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 一案作全盤介紹及之分析可知，該案之爭議係美國著作權法第一一〇條第五項第 A、B 兩款對「業者於公共場所開機播放廣播音樂公眾收聽之行爲」予以免責，因而引發該規定是否違反伯恩公約第十一條第二項第三款及 TRIPs 第十三條之爭議。本文第肆章則係就我國實務就「業者於公共場所開機播放廣播音樂公眾收聽之行爲」之見解進行整理分析。

故本章則將由本文第參章所分析之 United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 中 WTO 爭端解決小組處理美國著作權法第一一〇條第五項第 A、B 兩款對「業者於公共場所開機播放廣播音樂公眾收聽之行爲」免責爭議之觀點，來檢討第肆章所整理分析之我國目前處理「公共場所單純開機，打開收音機或電視機供公眾收聽」議題之情形，而檢視方法主要分爲兩個層次，首先對「公共場所單純開機，供公眾收視、收聽之行爲」之定性進行討論，並提出本文認爲應有之界定，接著則對「業者於公共場所開機播放廣播音樂公眾收聽之

行為」之利用態樣之保護與免責，進行檢視，最後再提出根據我國著作權法體系下，適用及修法之建議。

第二項、 有關公共場所單純開機行為之定性

就「業者於公共場所單純開機（收音機、電視機）公眾收視、收聽之行為」應如何定性，重點係在於對公開播送中第三種態樣即「以擴音器將原播送節目向公眾傳播」如何解釋？詳言之，「單純開機」是否即構成該第三種權利態樣之行使抑或「加裝擴音器後」始構成該第三種權利態樣之行使？茲由本案爭端解決小組之報告及伯恩公約指南之說明，提出分析如下：

第一款、 United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 中爭端解決小組對伯恩公約第十一條之二第一項第三款「以擴音器將原播送節目向公眾傳播」之解釋

在United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act乙案中，爭端解決小組對伯恩公約第十一條之二第一項公開播送（Public Communication）規定說明時，曾表示若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其作品的這種新的公開表現之方式，並可以從中獲得報酬¹。並進一步指出伯恩公約第十一條之二第三款「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」所規定之專屬權是指授權透過擴音器、電視螢幕或其他類似工具向公眾傳播廣播的作品，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²。

¹ 詳參本文第參章，註 38，該英文原文係：“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.”

² 詳參本文第參章，註 40，該英文原文係“ Subparagraph (iii) provides an exclusive right to authorize

然前揭之說明就「透過廣播向公眾傳達之新的公開表現方式」是否以「加裝擴音器」為必要？又所謂「加裝擴音器」是否包括安裝於收音機及電視機中之擴音器，其實並非一望即之，似乎仍存有解釋空間。然若，再觀諸有關本案之爭議乃在於系爭美國著作權法第一一〇條第五項A、B兩款之規範對於餐飲業或零售商店播放音樂著作供顧客欣賞之行爲免責，是否違反伯恩公約之規定，而系爭免責行爲應同時包括「業者於公眾場所單純開機供公眾收聽、收視」以及「加裝擴音器後再播放之行爲態樣」，此由美國第一一〇條第五款之立法理由「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爲上，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，使之具有等同於商業「音效系統」之效果者，使其負侵權之責」³之描述可得而知。

在本案中若爭端解決小組認爲「單純開機公眾收視、收聽之行爲」並非屬伯恩公約第十一條之二第一項第三款之行爲態樣，則依照一般常理邏輯而論，爭端解決小組應直接將單純開機部分排除權利行使範圍之外，而非進一步進行審理該規定是否符合 TRIPs 第十三條規定之要件，從而由爭端解決小組審理邏輯上可推論出，爭端解決小組認爲「公共場所單純開機供公眾收視、收聽之行爲」係伯恩公約第十一條之二第一項第三款之行爲態樣。

再者，根據爭端解決報告中「爭端解決小組與當事國雙方既認爲本案的焦點是伯恩公約第十一條之二第一項第三款中規定之專屬權利」之文字⁴，則似乎可以認爲雙方當事國及爭端解決小組均認爲「餐飲業或零售商店播放音樂著作供顧客欣賞之行爲」即「業者公眾場所單純開機」係行使伯恩公約第十一條之

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).”

³ 詳參本文第參章，註 21，該英文原文係“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.”

⁴ 參見本文第參章，註 43，該英文原文係“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.”

二第第一項第三款中規定專屬權利之態樣，僅對於何種情況下得以免責有爭議。然誠如爭端解決小組指出及雙方當事國所同意，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必須具有向公眾傳播性質⁵，若單純開機之行為僅係供個人收視、收聽之情形，該行為應被排除⁶，並非第三種類型之討論範圍。

第二款、 伯恩公約指南對伯恩公約第十一條之二第一項第三款「以擴音器將原播送節目向公眾傳播」之解釋

根據伯恩公約指南對伯恩公約第十一條之二第一項第三款之闡述⁷，該款所要處理之情形係被廣播著作之公開傳播。例如，藉由擴音器（loudspeaker）或其他類似器具傳達於眾。這種情形也越來越普遍。在人群聚集之場所（例如咖啡店、餐廳、茶館、旅館、大賣場、火車、飛機等等），越來越多這類場所提

⁵ 參見本文第參章，註 44，該英文原文係“Article 11bis(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971) 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).”

⁶ 參見本文第參章，註 44，該英文原文係“Both provision, i.e., Article 11bis(1)(iii) and 11(1)(ii) of the Berne Convention (1971) 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).”

⁷ Available at http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_acc/copyright_acc_9404.asp “Finally, the third case dealt with in this paragraph is that in which the work has been broadcast is publicly communicated e.g., by loudspeaker or otherwise, to the public. This case is becoming more common. In places where people gather (cafe's, restaurants, tea-room, hotels, large shops, trains, aircraft, etc.) the practice is growing of providing broadcast programs. There is also an increasing use of copyright work for advertising purpose in public places. The question is whether the license given by the author to the broadcasting station covers, in addition, all the use made of the broadcast, which may or may not be for commercial ends. 11bis.12. The Convention's answer is "no". Just as in the case of relay of a broadcast by wire, an additional audience is created (Paragraph (I)(ii)), so in this case too, the work is made perceptible to listener (and perhaps views) other than those contemplated by the author when his permission was given. Although, by definition, the number of people receiving a broadcast cannot be ascertained with any certainty, the author thinks of his license to broadcast as covering only the direct audience receiving the signal within the family circle. Once this reception is done in order to entertain a wider circle, often for profit, an additional section of the public is enabled to enjoy the work and it ceases to be merely a matter of broadcasting. The author is given control over this new public performance of his work. Music has already been used as an example, but the right clearly covers all other works as well-plays, operettas, lectures and other oral works. Nor is it confined to entertainment; instruction is no less important. What matters is whether the work which has been broadcast is then publicly communicated by loud speaker or by some analogous instrument e.g., a television screen. Note that the three parts of this right are not mutually exclusive but cumulative, and come into play in all the cases foreseen by the Convention.”

供廣播之節目。也越來越多情形在公共場所爲了廣告之目的使用著作。問題在於著作人給予廣播電台之授權是否另外涵蓋所有爲了商業目的或非商業目的而使用廣播之行爲？伯恩公約之答案應該是否定的。如同同條第一項第二款所規定以有線系統轉播廣播節目之情形，將產生額外的聽（觀）眾，所以在此情形亦然，將造成原先著作人授權時所預料之聽（觀）眾以外之聽（觀）眾亦可接收該著作之結果。雖然根據定義，收聽（視）廣播之人數並無法確定，但著作人認爲其授權廣播之範圍僅包含家族範圍以內直接接收訊息之聽眾。一旦接收係爲了娛樂比家族更廣大之群眾，且通常爲了營利目的，額外部分之公眾得以享受著作，則此時已不僅僅係廣播。著作人應被賦予控制新型態之表現著作之方式。音樂著作常常被用來作爲例子，但無須致疑的，權利包含所有其他之著作型態，即戲劇、歌劇、演說及其他口語著作（oral works）。最重要的是，被廣播之著作之後是否藉由擴音器及其他類似器材傳達於眾，例如電視螢幕，伯恩公約第十一條之二第一項第三款之三種權利態樣並非互相排斥而係累積性的。



由前揭伯恩公約指南之闡述可知，解讀伯恩公約第十一條之二第一項第三款「以擴音器將原播送節目向公眾傳播」之內涵時，必須考慮著作人給予廣播電台之授權之真意，並未涵蓋所有爲了商業目的或非商業目的而使用廣播之行爲，若原先著作人授權時所預料之聽（觀）眾以外之聽（觀）眾亦可接收該著作，則對於著作人將產生合法權利上之侵害，此解釋爲條文字義上所未表示之部分，伯恩公約指南中進一步擴張之解釋。由此解釋觀點看來，第十一條之二第一項第三款「以擴音器將原播送節目向公眾傳播」解釋之重點應係，有無著作人所未預料之聽（觀）眾對其著作收聽、收視，收音機所內涵之擴音器，似乎會落入係該條款之涵攝射程範圍，因爲再加裝擴音器亦得以使著作人授權時家族範圍（family circle）以外未預料之聽（觀）眾收聽、收視。

又前揭伯恩公約指南中又指出，「重點是被廣播之著作之後是否藉由擴音器及其他類似器材傳達於眾，例如電視螢幕」，該文字似可推論出擴音器係包含收音機內置之擴音器，而不須再額外加裝，蓋由其例示之「電視螢幕」可知，單純開機行爲亦將構成伯恩公約認爲第十一條之二第一項第三款之權利內容

行使。

綜上所述，由United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act乙案中爭端解決小組對伯恩公約第十一條第一項第三款之解讀及適用，再配合伯恩公約指南之解釋，似可認為在公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽收視之行為，係屬於伯恩公約第十一條第一項第三款所規定之範疇，係行使著作權利人之權利行為態樣⁸。

惟經與學者羅明通討論，其認為爭端解決小組對伯恩公約第十一條之第一項及該條第三款之說明「若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其作品的這種新的公開表現之方式，並可以從中獲得報酬」與「指授權透過擴音器、電視螢幕或其他類似工具向公眾傳播廣播的作品，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。」，其中「新的公開表現模式」似有解讀為「單純開機外」以外額外之行為，即「加裝擴音器」之行為始構成該款規範之權利態樣之解釋空間。蓋單純開機本係著作人所允許並預見之行為，必須有其所未預見之額外行為介入，始符合該條款之規範意旨。

本文認為，前揭不同之見解產生之原因，乃在於著眼點之不同，若著眼點在於利用人之行為，即必須有利用人除「單純開機」以外新行為形態介入，則目前我國實務見解認為「單純開機」必須「再加裝」擴大器，始構成伯恩公約第十一條之第一項第三款權利之行使，即屬有理。然如認為著眼點在於是否有違反著作人授權範圍真意之結果發生，則應認為只要係單純開機供家庭範圍以外之公眾收視、收聽及構成恩公約第十一條之第一項第三款權利之行使。

第三項、 公共場所單純開機供公眾收聽、收視行為之保護

⁸ 我國學者張懿云及陳錦全亦認為根據伯恩公約之規定，公共場所單純開機公眾收聽、收視之行為是屬於公開播送行為，請參見張懿云、陳錦全，公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究，第 169 頁，經濟部智慧財產局委託研究報告，民國 95 年 2 月 28 日。

不論對於「公開場所單純開機供眾收視、收聽」之行爲採取以上何種見解，對於公開播送第三種態樣之保護結果，均應符合 United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 一案中爭端解決小組所認定之保護界線。

在該案中爭端解決小組認爲美國著作權法第一一〇條第五項第A款之免責規定，係符合TRIPs第十三條規定之要件，從而並未違反伯恩公約第十一條之二第一項第三款之規定，而對於美國著作權法第一一〇條第五項第A款「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。」之免責規定中，其適用標準係根據美國 20 世紀音樂公司訴Aiken案⁹中最高院所設立之標準，即一家商店總面積 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，即符合該條之適用得以免責。爭端小組認爲Aiken案之標準所造成免責之情形符合TRIPs第十三條規定之三要件。

我國對於公共場所單純開機供公眾收聽、收視行爲之保護也應以爭端解決小組在該案中豎立之標準爲限度，始符合爭端解決小組對於 TRIPs 規範之解釋與適用。詳言之，我國目前見解認爲公共場所未加裝「擴音器」單純開機供公眾收聽、收視之行爲係「單純接受訊息」之行爲並非「權利行使之態樣」在定性上，雖可能有違反伯恩公約指南對第十一條之二第一項第三款解釋之虞，但就保護結果而言，並未違反伯恩公約與 TRIPs，蓋「單純開機」未加裝擴音器之情形，依照符合 TRIPs 第十三條要件之美國著作權法第一一〇條第五項第 A 款，亦在免責之範圍。

然而因考量下列兩種情形，本文認爲應進一步討論公共場所單純開機公眾收視、收聽行爲之免責條款適用問題：第一，根據我國目前實務見解，若加裝「擴音器」擴大「單純開機」之播送效果則屬於著作財產權之行使¹⁰，必須符合合理使用之規定，使得以免責，然我國實務見解對於何種情形構成「合理使用」

⁹ 請參考本文第參章註 66。

¹⁰ 目前我國見解認爲係公開演出，然本文認爲應係公開播送。

並未加以說明，若對於加裝擴音器之單純開機行為，未建立免責標準，則將存在權利人行使權利界線不清，利用人憂心犯法之缺失；第二，若我國主管機關考慮變更見解，認為公共場所未加裝擴音器之單純開機供公眾收聽、收視行為係屬伯恩公約第十一條之二第一項第三款之規定「公開播送」行為，則更應在我國著作權法體中，清楚建立一套免責標準，作為配套措施，否則將造成全民皆構成侵權行為之荒謬情形。

第四項、 公共場所單純開機供公眾收聽、收視行為之免責

由 United States - Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 一案中可知，爭端解決小組確定 TRIPs 第十三條之規定對於伯恩公約第十一條之二第一項之權利得加以限制，只要該限制係符合 TRIPs 第十三條所規定之三個要免責要件，即 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，該案中爭端小組認為認為美國著作權法第一一〇條第五項第 A 款讓「以一般家庭常用之單一接收器，將公開接收表演或演出之播送」之情形免責之規定，由於得以主張免責所佔比例相當低（不超過百分之二十），且適用類型僅戲劇性音樂，符合 TRIPs 第十三條規定之要件，並無違反伯恩公約之規定。

爭端解決小組認定中，業者於其商業設施中安裝一般家庭通用之收音機或電視機設備供顧客觀賞得以免責，又所謂「一般家庭通用之收音機或電視機設備」之標準，參考美國 Aiken 案設立之標準，如商店業者以收音機將廣播音樂透過安裝於天花板上之四支擴音器播放予顧客欣賞，係屬得以免責之範圍。

觀諸我國之情形，在公眾場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視之行為，透過擴音器，擴大播放效果時，即構成公開演出，除非符合我國現行著作權法下合理使用之規定，始得免責。惟究係我國第四十四條至第六十三及第六十五條合理使用之規定中之哪一條規定，並無相關主管機關見解以及司法判決表示過意見。

學者張懿云、陳錦全則指出，我國對公開演出行為，可以主張合理使用規定僅限於第四十九條（以廣播、攝影、錄影、新聞紙、網路或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內之利用）、第五十三條第二項（以增進視覺障礙者、聽覺障礙者福利為目的，經依法立案之非營利機構或團體，專供視覺障礙者、聽覺機能障礙者之利用）、第五十五條（非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者而於活動中公開演出），和第六十五條第二項（其他合理使用之情形），其中，第四十九條對單純開機收視或收聽之情形似無適用餘地，第五十三條第二項僅限於視覺障礙、聽覺機能障礙者始有適用機會，第五十五條看似最有適用於單純開機收視或收聽之機會，惟第五十五條所稱不營利、不收費、不付費之原則，依智慧局之解釋，所謂「非以營利為目的」，並非專指經濟上利益可以立即實現者，例如企業形象活動、商業與公益結合之活動等等，雖然經濟上利益可能轉換為無形或者延後發生，惟此均認定為以營利為目的。所謂「未對觀眾直接或間接收取任何費用」，解釋上應係指入場費、會員費、清潔費、服務費、飲食費等等與利用著作行為有關之直接、間接相關費用。所謂「未對表演人支付報酬」所指報酬，係指表演人在工作上或職務上就付出勞務所取得之必然對價。此必然對價範圍包括工資、津貼、抽紅、補助費、交通費、工作獎金（非中獎之獎金）等等具有相對價值者（民國九十四年七月二十一日經濟部智慧財產局電子郵件940721A解釋函）。依智慧局上述解釋，在我國社會上多數店面（至少是餐飲或服務業之店面）之單純開機收視或收聽情形幾乎都可能被解釋成有營利或收費，店面可以主張第五十五條之機會將會非常少¹¹。

第五項、 我國合理使用規定於「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」議題中適用性之探討

第一款、 我國著作權法合理使用之規定

¹¹ 同前揭註 8，第 168-169 頁。

我國著作權法對合理使用規定之體系定，從我國著作權法第四十四條至第六十五條關於合理使用之規定觀之，大略可分為三類，第一類為「法定合理使用類型」，第二類「法定例外規定」，第三類為「其他」，茲扼要說明之¹²：

一、 法定合理使用類型

所謂法定合理使用類型，係指以立法方式，將比較容易被認定為合理使用之利用行為予以明文化，亦即條文中仍有「合理範圍內」規定者，此類條文所規定之利用行為雖符合所規定之要件，但仍須就是否在「合理範圍內」而為判斷，而判斷是否屬「合理範圍內」，則應依第六十五條第二項所定之四項標準，如經衡量結果，在合理範圍內，則屬合理使用而得以免責，反之，超出合理使用之範圍者，仍非合理使用，而不得據以免責¹³。

二、 法定例外規定類型

¹² 此項分類係參照學者馮震宇之分類，請參馮震宇，論新著作權法合理使用之規定，萬國法律，87年12月，第331頁。

¹³ 關於此類規定，有第四十四條：「中央或地方機關，因立法或行政目的之所需，認有必要將他人著作列為內部參考資料時，在合理範圍內，得重製他人之著作。但依該著作之種類、用途及其重製物之數量、方法，有害於著作財產權人之利益者，不在此限。」、第四十五條：「專為司法程序使用之必要，在合理範圍內，得重製他人之著作。前條但書規定，於前項情形準用之。」第四十六條：「依法設立之各級學校及其擔任教學之人，為學校授課需要，在合理範圍內，得重製他人已公開發表之著作。第四十四條但書規定，於前項情形準用之。」第四十七條：「為編製依法令應經教育行政機關審定之教科用書，或教育行政機關編製教科用書者，在合理範圍內，得重製、改作或編輯他人已公開發表之著作。前項規定，於編製附隨於該教科用書且專供教學之人教學用之輔助用品，準用之。但以由該教科用書編製者編製為限。依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。前三項情形，利用人應將利用情形通知著作財產權人並支付使用報酬。使用報酬率，由主管機關定之。」第四十九條：「以廣播、攝影、錄影、新聞紙或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作。」第五十條：「以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製或公開播送。」第五十一條：「供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。」第五十二條：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」第六十一條：「揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送。但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限。」第六十二條：「政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作，應經著作財產權人之同意。」第六十五條：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

法定例外類型之規定，係指基於特定公共政策目的，將出於特定目的之利用行為，或對於特定性質之著作，或對於特定之著作權利，直接以法律明文的方式規定其不構成著作權侵害，利用行為如符合條文規定，則應直接適用而予免責，不須再以第六十五條第二項四項標準來判斷¹⁴。

三、其他類型

此類型係專指第五十六條及第六十四條，蓋第五十六條第一項前段規定：「廣播或電視，為播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作。」後段則規定「但以其播送業經著作財產權人之授權或合於本法規定者為限。」其中經「著作財產權人之授權」部分，係基於當事人間之授權，為當事人間之契約關係，應非合理使用之問題，亦非法定例外。惟關於「合於本法規定

¹⁴ 此類條文之規定，有第四十八條：「供公眾使用之圖書館、博物館、歷史館、科學館、藝術館或其他文教機構，於下列情形之一，得就其收藏之著作重製之：一、應閱覽人供個人研究之要求，重製已公開發表著作之一部分，或期刊或已公開發表之研討會論文集之單篇著作，每人以一份為限。二、基於保存資料之必要者。三、就絕版或難以購得之著作，應同性質機構之要求者。」第四十八條之一：「中央或地方機關、依法設立之教育機構或供公眾使用之圖書館，得重製下列已公開發表之著作所附之摘要：一、依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者。二、刊載於期刊中之學術論文。三、已公開發表之研討會論文集或研究報告。」第五十三條：「已公開發表之著作，得為盲人以點字重製之。以增進盲人福利為目的，經主管機關許可之機構或團體，得以錄音、電腦或其他方式利用已公開發表之著作，專供盲人使用。」第五十四條：「中央或地方機關、依法設立之各級學校或教育機構辦理之各種考試，得重製已公開發表之著作，供為試題之用。但已公開發表之著作如為試題者，不適用之。」第五十五條：「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。」第五十六條之一：「為加強收視效能，得以依法令設立之社區共同天線同時轉播依法設立無線電視台播送之著作，不得變更其形式或內容。有線電視之系統經營者得提供基本頻道，同時轉播依法設立無線電視臺播送之著作，不得變更其形式或內容。」第五十七條：「美術著作或攝影著作原件或合法重製物之所有人或經其同意之人，得公開展示該著作原件或合法重製物。前項公開展示之人，為向參觀人解說著作，得於說明書內重製該著作。」第五十八條：「於街道、公園、建築物之外壁或其他向公眾開放之戶外場所長期展示之美術著作或建築著作，除下列情形外，得以任何方法利用之：一、以建築方式重製建築物。二、以雕塑方式重製雕塑物。三、為於本條規定之場所長期展示目的所為之重製。四、專門以販賣美術著作重製物為目的所為之重製。」第五十九條：「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。前項所有人因滅失以外之事由，喪失原重製物之所有權者，除經著作財產權人同意外，應將其修改或重製之程式銷燬之。」第六十條：「合法著作重製物之所有人，得出租該重製物。但錄音及電腦程式著作之重製物，不適用之。附合於貨物、機器或設備之電腦程式著作重製物，隨同貨物、機器或設備合法出租且非該項出租之主要標的物者，不適用前項但書之規定。」第六十三條：「依第四十四條、第四十五條、第四十八條第一款、第四十八條之一至第五十條、第五十二條至第五十五條、第六十一條及第六十二條規定得利用他人著作，得翻譯該著作。依第四十六條及第五十一條規定得利用他人著作，得改作該著作。」

者」部分，係指本法中無須授權即可公開播送者而言，例如第四十七條(為教育目的之公開播送)、第四十九條(時事事件報導目的之利用)、第五十條(公法人名義公開發表著作之利用)、第五十二條(引用)、第五十五條(非營利之公開再現)、第五十八條(美術著作之利用)、第六十一條(時事論述之轉播)、第六十二條(特殊著作之利用)等是¹⁵，此部分仍須回到前二項分類，亦即如屬「法定合理使用類型」者，仍屬判斷是否合在合理範圍內，至於「法定例外類型」者，則無須再判斷是否在合理使用範圍內。至於第六十四條係規定，利用他人著作應明示出處，乃屬著作人格權之範圍，應非屬合理使用，亦非法定例外之規定。

第二款、 我國著作權法關於公開播送權合理使用之規定

茲就我國著作權法中有關公開播送合理使用規定之條文及其適用情形，整理分析如下：

一、 為教育目的公開播送他人著作

我國著作權法按第四十七條第三項規定「依法設立之各級學校或教育機構，為教育目的之必要，在合理範圍內，得公開播送他人已公開發表之著作。」本款之立法理由，乃為使各級學校、空中大學、空中行專、空中商專或教育機構及其擔任教學之人，使用他人已公開發表之著作，因而規定得公開播送他人已公開發表之著作¹⁶。免責之行為人限於學校或教育機構，且限於教育目的之必要，「教育機構」，係指依據法令設置之教育機構，因此是否為教育機構，應視其組織是否依法律設立而定¹⁷，私人辦理之補習班，並不包括在內¹⁸。而其客體限於已公開發表之著作，而所謂公開發表，根據著作權法第三條第一項第十三

¹⁵ 參見蕭雄淋，新著作權法逐條釋義(二)，五南圖書出版公司，2000年4月，第150頁。

¹⁶ 參照八十一年著作權法修正草案關於第四十七條之修正理由說明，第235頁。

¹⁷ 請參見內政部八十二年六月二十八日台(82)內著字第八二一五二三九七號函，轉引自蕭雄淋主編，著作權法判解決議、令函釋示、實務問題彙編，五南圖書出版公司，2001年10月，第967-968頁。

¹⁸ 請參見內政部八十三年七月十三日台(83)內著字第八三一四七九四號函，轉引同前註，第969頁。

款之規定，指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或以其他方式向公眾提示著作內容而言，此外仍必須考量第六十五條第二項所列四項標準。又依同條第四項之規定，利用人仍須支付報酬，已為法定授權之規定，不過學者仍通稱為合理使用。惟如利用人未支付報酬，而使用他人著作，僅屬民事債務不履行問題，而不構成侵害著作財產權。又同法第六十三條以及第六十四條之規定，依本項之公開播送，得以翻譯之方式為之，並應明示其出處，除不具名著作或著作人不明者外，就著作人之姓名、或名稱，應以合理之方式為之。

二、 時事報導利用報導所接觸之他人著作

我國著作權法第四十九條規定「以廣播、攝影、錄影、新聞紙或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸之著作。」本條係關於報導得利用報導時所接觸他人著作之規定。其立法理由係因時事報導時，所接觸之層面極為廣泛，而於報導過中，極可能利用他人著作，於此情形，若無利用之免責規定，則時事報導極易動輒得咎，有礙大眾知的權利¹⁹，因而規定得於必要之範圍內，利用其報導過程中所接觸之著作，既稱「利用」，應包括公開播送。又所謂「報導之必要範圍內」，仍須就個案依第六十五條第二項之規定具體判斷之。而「所接觸之著作」，係指報導過程中，感官所得知覺存在之著作。根據同法第六十三條第一項、第六十四條之規定，本條之利用，得以翻譯之方式為之，惟應明示其出處，除不具名著作或著作人不明者外，就著作人之姓名、或名稱，應以合理之方式為之。

三、 政府機關與公法人著作之重製、公開播送

我國著作權法第五十條規定「以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製、公開播送或公開傳輸。」本條立法之目的，在於

¹⁹ 參照八十一年著作權法修正草案關於第四十九條之修正理由說明，同前揭註 16，第 237 頁。

中央或地方機關或公法人為著作人之著作，性質上本為公益，如傳播媒體為之傳播，亦有促進公益之利²⁰。所謂以中央或地方機關或公法人名義公開發表之著作，係指著作人為中央或地方機關或公法人，且以其名義公開發表，不問其著作財產權是否屬於該中央或地方機關或公法人，例如外交白皮書、各種統計資料等。本條仍限於已公開發表之著作，尚未公開發表者仍不得主張合理使用。又本條屬法定合理使用類型，仍須依第六十五條第二項規定，判斷是否在合理使用範圍內，始得免責。根據同法第六十三條第一項、第六十四條之規定，本條之利用，得以翻譯之方式為之，惟應明示其出處，除不具名著作或著作人不明者外，就著作人之姓名、或名稱，應以合理之方式為之。

四、 非營利性活動之公開口述、公開播送、公開上映或公開演出

我國著作權法第五十五條規定「非以營利為目的，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用，且未對表演人支付報酬者，得於活動中公開口述、公開播送、公開上映或公開演出他人已公開發表之著作。」本條為非營利目的之公益性活動，得利用他人著作之態樣。本條之適用條件有三：第一，非以營利為目的；第二，未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用；第三，未對表演人支付報酬；又上開所稱「未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用」，其直接費用係指入場費而言；間接費用，係指雖非入場費，但以會員費、場地費、清潔費、飲食費、管理費、維護費或其他任何名目收取之費用，均屬之²¹。此類活動，有助於公共利益促進文化交流與進步，因屬非營利性且未收取任何費用，故特別允許得利用他人著作。所謂非以營利為目的之活動，包含慈善、教育、科學及其他類似性質之活動。至於判斷是否以營利為目的，不僅應考量其利用著作之行為是否直接營利，亦應考量其利用之目的是否間接達成其營利之目的。所謂報

²⁰ 參照八十一年著作權法修正草案關於第五十條之修正理由說明，同前註 16，第 238 頁。

²¹ 請參見經濟部八十八年八月三十一日台(88)智著字第八八〇〇七六三一號函。

酬，應依社會通念決定之，不論演出費、獎金或其他名目，只要係對演出為對價給付，即屬於報酬²²，因此支付表演人數萬元「車馬費」，雖名為車馬費，但仍屬演出之對價應為報酬。又本件僅限於公開口述、公開播送、公開上映、公開演出等利用型態，除此之外，不得為其他型態之利用。本條利用他人著作之對象，仍限於「已公開發表之著作」，不包未公開發表之著作。又是否合於本條合理使用情形，依第六十五條第一項之規定，必須根據該條第二項之規定具體判斷。依同法第六十三條第一項、第六十四條之規定，本條之利用，得以翻譯之方式為之，惟應明示其出處，除不具名著作或著作人不明者外，就著作人之姓名、或名稱，應以合理之方式為之。

五、 社區共同天線或有線電視系統經營者對於無線電視台播送著作之廣播

我國著作權法第五十六條之一規定「為加強收視效能，得以依法令設立之社區共同天線同時轉播依法設立無線電視台播送之著作，不得變更其形式或內容。有線電視之系統經營者得提供基本頻道，同時轉播依法設立無線電視臺播送之著作，不得變更其形式或內容。」本條係為加強收視效能而設置之社區共同天線以及有線電視系統，近年來國內已極為普遍，為使其於播送中得同時轉播依法設立無線電視台播送之目的，以方便社會大眾接收該等無線電視台之節目，而於八十七年修法所增設。

六、 新聞機構對時事問題論述之轉載、公開播送

我國著作權法第六十一條規定「揭載於新聞紙、雜誌有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送。但經註明不許轉載或公開播送者，不在此限」。本條係參考伯恩公約第十條之二

²² 參見民國九十四年七月二十一日經濟部智慧財產局電子郵件 940721A解釋函。

第一項「聯盟成員國得立法允許報紙雜誌、廣播或對公眾之有線傳播重製發表於報紙期刊上之討論經濟、政治或宗教之時事文章，或具有同性質已經廣播之著作，但以對此種重製、廣播或有線傳播並未明示保留者為限。雖然如此，出處均必須清楚指明；違反此項義務之法律責任由被請求提供保護國之立法決定之。」之規定²³。所謂時事之論述，須執筆人就時事將其見解加以精神創作之運用，予以闡述、組織、處理後，所成立之一種精神上創作而言，亦即仍需符合著作之要件。惟仍應與時事有關，如登載於報紙雜誌之非新聞性之文藝、學術、美術著作，與一般著作並無不同，即無本條之適用。至於「轉載」，則無一部分之限制，全部轉載亦可。惟如經註明不許轉載或公開播送者，則不得轉載或公開播送，一般而言，如在報紙之開頭，或雜誌之頁尾，有概括禁止轉載之表示者，一般解釋為各個論述文章皆不得轉載²⁴。又根據同法第六十三條第一項、第六十四條之規定，本條之轉載或公開播送，得以翻譯之方式為之，並應明示其出處，除不具名著作或著作人不明者外，就著作人之姓名、或名稱，應以合理之方式為之。



七、 合理使用之概括條款

我國著作權法第六十五條規定「著作之合理使用，不構成侵害著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值

²³ Article 10bis para.1 of the Berne Convention: "It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction by the press, the broadcasting or the communication to the public by wire of articles published in newspapers or periodicals on current economic, political or religious topics, and of broadcast works of the same character, in cases in which the reproduction, broadcasting or such communication thereof is not expressly reserved. Nevertheless, the source must always be clearly indicated; the legal consequences of a breach of this obligation shall be determined by the legislation of the country where protection is claimed."

²⁴ 同前揭註 15，第 192 頁。

之影響。」本條之立法目的在擴大合理使用之範圍，而增訂合理使用概括性款之規定，亦即利用之態樣即使未符合第四十四條至第六十三條規定，但如其利用之程度與第四十四條至第六十三條規定情形相類似或甚低，而以本條所定標準審酌亦屬合理者，仍屬合理使用²⁵。

本條雖非直接規範公開播送權合理使用之條文，但為合理使用之概括條款，以及判斷合理使用之標準，亦與公開播送之合理使用有關。從上開第二項「應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之標準」之規定觀之，判斷是否合理使用，應審酌一切情狀，上開四項標準，只是判斷應注意之事項，並非「列舉」之判斷標準，充其量只是「例示」之判斷標準，然而該如何正確適用上開規定，學者黃怡騰認為「依我國立法例的來源國美國的立法原旨與實務見解，判斷利用他人著作權利的行為是否構成對他人著作之合理使用時？皆應於個案分析基礎上，依著作權法合理使用條款所定四項審核標準，分別就利用行為之目的及性質；被告利用著作的性質、所利用的數量及其重要性；利用行為對於原著作價值之影響等因素，以整體衡量的方法，加以整體判斷。此外並可再參酌法定四項事實以外之事實，將之併入個案之中，整體予以判斷。凡是構成合理使用的利用行為，即屬不構成對於著作財產權之侵害。」²⁶

第三款、 我國合理使用之規定於「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」議題之適用性

我國有關公開播送之合理使用規定已如上述，然而對於「公眾場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視」議題，是否能有適用之空間，乃本款所要進一步討論之問題。茲就前列我國著作權法有關公開播送合理使用規定對「公眾場

²⁵ 參見內政部著作權委員會，新舊著作權法條文對照及說明，八十七年二月，第41-42頁。

²⁶ 黃怡騰著，著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究，經濟部智慧局，2001年12月15日，第4-9頁。

所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視」議題之適用性分析如後：

- 一、 我國著作權法第四十七條第三項「為教育目的公開播送他人著作」之合理使用規定，其適用僅限於教育目的之必要，且利用人亦限於依據法令設置之「教育機構」，從而對於「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」行為人通常係營利事業業者，並無適用。
- 二、 我國著作權法第四十九條對「時事報導利用報導所接觸之他人著作」所做之合理使用規定，亦係針對「報導時事」所做之免責規定，與「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」議題無關，並無適用。
- 三、 我國著作權法五十條對政府機關與公法人著作之重製、公開播送所做之合理規定，免責之客體，僅限於對政府機關與公法人名義公開發表之著作，對於「公共場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視」議題而言，其適用範圍相當有限，蓋於公共場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視，業者並無法過濾所播送之內容，使之限於政府機關與公法人名義公開發表之著作，故仍無適用之實益。
- 四、 我國著作權法第五十五條對於「非營利性活動之公開口述、公開播送、公開上映或公開演出」所規定之合理使用情形，必須以非營利為目的，且根據經濟部智慧財產局之解釋函令，該條所規定「不得對聽眾收取之間接費用」包含會員費、場地費、清潔費、飲食費、管理費、維護費或其他任何名目收取之費用，故誠如學者張懿云、陳錦全所指出，商店業者於公共場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視之情形，欲依本條主張免責，可能性幾乎是微乎其微。
- 五、 我國著作權法第五十六條之一對於「社區共同天線或有線電視系統經營者對於無線電視台播送著作之廣播」之合理使用規定，係為加強收視效能而設置，根據該條可得免責之對象與「公共場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視」之商店業者無關，且轉播對象限於依法設立無線電

視台播送之著作，而不含有線電視台播送之著作，故商店業者於公共場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視之情形，欲依本條主張免責，顯無可能。

六、 我國著作權法第六十一條係對於「新聞機構對時事問題論述之轉載、公開播送」之免責，與「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」議題無關，並無適用空間。

七、 我國著作權法第六十五條如前所述，係合理使用概括性款之規定，從而利用之態樣非屬第四十四條至第六十三條規定之情形，然若經本條所定標準審酌後，亦屬合理者，仍屬合理使用，而茲就著作權法第六十五條第二項四款規定之解釋與適用析述後：

(一)利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的



本款係指法院應審酌利用人之「特定利用行為」，而非為利用行為之主體類型為何，此係因利用主體是否具有商業性質，與其所從事之利用行為的性質並無絕對關聯，以營利為目的之商業機構所為之利用行為並非全然出於商業目的與性質；而非營利性之教育機構所為之利用行為，亦非絕對非以牟利為目的²⁷。美國聯邦法院在Sony Corp. of Am. v. Univerasl City Studios, Inc. 一案中表示「任何未經同意而對受著作權保護著作所之商業性利用，都可被視為是為對著作人所擁有之獨占權利的不公平剝削。」²⁸惟於Acuff-Rose Music, Inc. v. Campelle 一案中改變見解認為，法院未來將不得以利用他人著作具有營利性質，就推論該利用行為不符合合理使用之要求，而應先探討被告是否有轉化(Transform)原著作的程度，其次始就營利或非營利來判斷。

²⁷ 參見胡心蘭，論科技發展對合理使用與著作財產權限制之影響，中原大學財經法律學系碩士學位論文，2001年6月，第86頁。

²⁸ 請參考前揭註12，第71頁。

所謂轉化(Transform)即是指法院應決定新的著作是否僅是單純的取代原著作，還是另行賦與原作新意，使其具有特別的目的或不同的目的，或以新的表達方式、訊息改變了原著作²⁹。

綜上可知，具有商業性質之利用行爲，法院不得再以逕自推斷不構成合理使用，換言之，對於具有商業性質之利用行爲，僅爲判斷之一項因素，是否構成合理使用，應就具體個案綜合³⁰判斷之。

(二)著作之性質

所謂著作之性質所指爲何？我國實務及學者之見解尙少，根據學者黃怡騰之見解，係指被利用著作之本身是否具有被利用之引誘性而言³¹，由於我國學說、實務亦不完備，依美國學說及實務上見解，原則上應依以下屬性歸類，在據以審酌：一、被利用著作係資訊性、事實性著作（informative work or factual work），或係虛構性（fiction）、想像性（imagination）或娛樂性（entertainment）著作？二、被利用著作是否已告絕版（out-of-print），並且難以循通常管導取得？三、被利用著作是否尙未公開發表之著作或已出版之著作？

而依美國一般通說，對於「資訊性或事實性著作」、「已告絕版，並且難以循通常管導取得」加以利用時，較有可能獲得合理使用之認定；反之，若被利用之著作，係屬尙未公開發表之著作時，較不利於構成合理使用，如

²⁹ 同上註，第 73 頁。

³⁰ 參見吳上晃，公開傳播權之研究，交通大學科技法律研究所碩士學位論文，2003 年 6 月，第 130-131 頁。

³¹ 請參黃怡騰著，著作權法上合理使用原則之研究，國立政治大學法律研究所博士論文，第 472 頁，民國 85 年。

³² 同上註，第 422 頁。

係即將公開發表之著作，更不容易主張合理使用。

惟著作之種類繁多，內容煩雜不一，而對著作內容之行爲，千變萬化，一部著作往往摻雜有不同的性質，甚難區分，強制予區分其性質，顯非妥適，學者黃怡騰認爲若利用之著作，其性質多重時，何妨僅針對被利用著作部分之性質來判斷，其是否合理使用。又同屬資訊性及創作性之著作，亦無必要一律予以定性，宜再參酌其他因素，做整體綜合判斷，以免失之偏窄³³。

(三)所利用之質量及其在整個著作所占之比例

我國之著作權法就利用之數量與質量，並未訂定一個標準，在解釋上，應以個案做具體判斷，但此種判斷標準屬於相對性的判斷問題，亦即應就使用部分、其數量與重要性，與被使用之著作，甚至被告利用的著作本身加以比較後，始能判斷，而其判斷標準，大致上有下列三原則³⁴：(a)使用的數量愈少或重要性愈低，愈易於構成合理使用；(b)程度上愈屬重大的利用，愈不易構成合理使用；(c)對於整個著作的利用行爲，原則上不得構成合理使用。上開標準有理論、實務之依據，實可供判斷之參考。惟如前述，本款仍與應其他三款做整體判斷，始克判斷是否構成合理使用。

(四)利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

本款係爲保障著作人的經濟利益，並兼收平衡公共利益之宗旨而設，依國外實務見解，認爲此款係公認最重要的參考因素，蓋對於他人之著作從事利用行爲時，若係符合合理使用者，一定不可能對他人基於著作權法之保障

³³ 黃怡騰，著作權法第六十五條第二項四款衡量標準之研究，經濟部智慧局，2001年12月15日，第7-10頁。

³⁴ 同前揭註30，第131頁。

而享有之市場利益造成重大損害。學者黃怡騰認為解析本款時，下列結論可供參考³⁵：(a)第四款所規定之審查，係對於利用行為之結果與對於著作潛在市場與現在價值之影響，是否具有因果關聯之審查。(b)利用行為所影響者，並不以當前不利影響(損害)為限，著作人尚未實現之期待利益，亦為著作權人所受損害。若著作人將來之期待利益，有受損害之虞，亦可認為有本款所指之損害。(c)著作人現在或未來的損害，須為合法利益所受損害，且所受之損害，必須於客觀上屬於不合理之損害。(d)審酌利用行為是否構成合理使用時，關於利用行為對於著作之潛在市場與現在價值之影響之判斷，僅是四款法定事實中之一項。換言之，不得僅以利用行為對著作人之利益造成損害或有造成損害之虞的單一因素，即遽認該利用行為不構成合理使用，倘若所受損害，尚屬合理，或損害之發生，符合社會相當性之程度，即可構成合理使用。



綜上分析可知，在我目前國著作權法合理使用之規範中，僅第六十五條第二項，對於「公眾場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視」行為之免責，有適用之空間。然而該條係屬於概括規定之形態，必須由個案認定之，從而我國對於「公眾場所打開收音機、電視機供公眾收聽、收視」行為之免責亟待建立一套清楚之免責規定。

第二節、對我國實務見解修正之建議

第一項、「公眾場所單純開機供公眾收聽、收視」定性為公開播送

經由前揭對於「公共場所單純開機，供公眾收視、收聽之行為」之定性、保護與免責討論分析後，本文除前述根據爭端解決小組在 United States - Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 乙案之見解及伯恩公約指南之相關論點外，提出

³⁵ 同前註，第 132 頁。

基於以下理由，認為「在公共場所單純開機（收音機、電視機）供公眾收聽、收視之行為」我國主管機關可考慮修正實務見解認為「公共場所單純開機，供公眾收視、收聽之行為」係「單純接收行為」之見解，改採「公共場所單純開機，供公眾收視、收聽之行為」係「公開播送」之見解：

一、我國實務見解存在解釋之矛盾

在我國著作權法之體系下，以錄音機播放CD、錄音帶供公眾收聽屬於公開演出，並無異議。而根據我國實務目前之見解，未加擴音器以錄音機播放廣播音樂供公眾收聽卻僅係單純接收訊息行為。由United States - Section 110(5) of the U.S. Copyright Act乙案中爭端解決小組在就TRIPs第十三條第二個要件即「與著作之正常利用不抵觸」進行檢驗時，曾認為「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³⁶」，亦可發現，兩種行為態樣，從行為結果而論，同樣都是使新的聽眾收聽到某件音樂著作，然而在我國之見解下，僅因播放媒介（media）不同，播放CD音樂係著作財產權之行使；播放廣播音樂則並非著作財產權之行使，此種不同之認定結果之差別待遇，實有違著作財產權人之合理期待，值得商榷。

二、將「公共場所單純開機公眾收聽、收視之行為」認定為是公開播送行為，於我國法下並無衝突

³⁶ 請參考本文第參章，註 77，該英文原文係 “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.”

我國學者張懿云及陳錦全認為³⁷，在我國法體系下，應將「公共場所單純開機公眾收聽、收視之行爲」認定爲是「公開演出」行爲，其理由係因，根據伯恩公約之規定，公共場所單純開機公眾收聽、收視之行爲是屬於公開播送行爲，然其卻認爲，因爲我國著作權法第三條第一項第七款關於公開播送之定義中僅涵蓋伯恩公約第十一條之二第一項第一款的原播送和第二款之再播送，對伯恩公約第十一條之二第一項第三款之情形則挪至我國著作權法第三條第一項第九款關於公開演出的定義中，所以從我國著作權法之體系解釋來看，公共場所單純開機供公眾收視或收聽之行爲似應解釋爲「公開演出」行爲…。

然而本文認爲，其前揭之見解，似乎忽略九十二年修法時，我國著作權法第三條一項第七款「公開播送」之定義，已增列「由原播送人以外之人，…或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」之規定，亦與伯恩公約第十一條之二第一項第三款相對應，從而將「公共場所單純開機供公眾收視或收聽之行爲」認定爲「公開播送」亦與我國著作權法相符。

再根據學者張懿云及陳錦全之見解³⁸，認爲由於在我國著作權法下，公開演出之權利僅限於語文著作、音樂著作、戲劇舞蹈製作和表演始能享有，而公開播送之權利則是所有著作類別都能享有（僅表演之公開播送權受到第二十四條第二項之限縮），如果公共場所單純開機收視或收聽之行爲和伯恩公約第十一條之二一樣被界定爲公開播送行爲，對何人可以就公開場所單純開機收視或收聽之行爲主張權利，其結果會有很大之差異。

然而本文認爲其前揭見解，固有其考量，惟如可對「公共場所單純開機公眾收聽、收視之行爲」建立一合理使用之免責方式，則似無必要爲了減低改採「公共場所單純開機公眾收聽、收視之行爲係屬行使著作財產權之行爲態樣」見解所帶來之衝擊，作如此認定，蓋經合理使用之規定免責後，所有權利類型之權

³⁷ 同前揭註 8。

³⁸ 同前揭註 37。

人，皆不得對利用人主張權利。

綜合以上之理由，本為認為「公眾場所單純開機供公眾收聽、收視」之行為應定性為公開播送。

第三節、對我國著作權未來修法之建議

第一項、修正我國著作權法「公開演出」之定義根除定性錯誤所造成混淆之源頭

如本文第貳章中所述，於公開場所播放廣播音樂之行為在伯恩公約中本應屬於「公開播送」，然而在我國實務見解與實踐上卻在未清楚說明理由之情形下，誤植伯恩公約之規定，將「公開場所播放廣播音樂之行為」定性為公開演出，九十二年修法後，雖將「以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」之文字敘述，增列於第三條第一項第七款「公開播送」定義中，然未就第三條第一項第九款「公開演出」定義中「以擴音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」之文字刪除，造成「公開播送」與「公開演出」定義有重疊之處，導致「於公共場所中單純開機公眾收視、收聽行為」在現行法定下，既得認定係公開演出，又可認為係公開播送，主管機關對此混淆從未加以說明釐清。故本文建議我國主管機關應修正我國著作權法第三條第一項第九款「公開演出」之定義，將該條款中「以擴音器將或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之」之文字敘述刪除，以正本清源，根除造成混淆之源頭。

第二項、斟酌我國國情建立清楚免責要件

在「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」議題中，我國實務見解之見解認為，是否構成行使著作財產權（目前認為係公開演出，本文認為應修正為公開播送）之標準，在於是否加裝擴大器或其他類似器材對「擴大器或

其他類似器材」之解釋，付之如闕，交由司法機關認定，惟目前並未見司法判決對「擴大器或其他類似器材」做出認定。從而目前何種「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視之行爲」之行爲係「單純接受訊息之行爲」，何種行爲會被認定爲「加裝擴大器或其他類似器材」構成「公開演出」並不明確。

如前所述，在我國著作權法中，著作權法第四十四條至第六十五條有關合理使用之規定中，僅第六十五條第二項對於「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視之行爲」具有適用性，然而，此條款係概括免責條款，係根據個案情形，加以分析適用，爲避免造成適用上之不安定性，權利人行使權利界線不清，著作使用人之不安，本文建議若主管機關欲改變見解認爲係屬「公開播送權」之行使，必須同時建立配套措施，否則將對社會產生重大衝擊，如同學者張懿云、陳錦全所說，若僅將公共場所單純開機收視之行爲認爲是著作產權人之權利而無適當配套措施的話，無異打開潘朵拉的盒子…³⁹。從而本文建議主管機關參考United States - Section 110(5) of the U.S. Copyright Act中爭端解決小組考量之要素，斟酌我國國情，市場結構及利用態樣，對我國現正利用單純開機供公眾收聽廣播音樂、收看電視節目之商店數目以及使用方式進行調查，訂立清楚之免責條件。至於有關於免責條件之規定型態，本文建議以下兩種方式：

一、藉由行政函令，具體化行爲要件，透過我國現行合理使用之解釋免責

本文建議我國可藉由主管機關之行政函令，具體化「單純開機供公眾收聽、收視之行爲」要件，透過我國現行第六十五條第二項合理使用之解釋，對於認爲符合要件而不至不合理侵害著作權人合法利益之範圍，給予免責。然而此種方式有一缺點，即主管機關之解釋函令僅具行政規則之效力⁴⁰，並非對外發生直接發生法規範效力，法院仍可不受拘束，根據法律表示其合法適當之見解，

³⁹ 前揭註 8，第 169 頁。

⁴⁰ 行政程序法第一百五十九條「本法所稱行政規則係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權爲規範機關內部秩序及運作，所爲非直接對外發生法規範效力之一般抽象之規定。行政規則包括下列各款之規定：一、關於內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理之一般性規定。二、爲協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權而頒訂」

故此取如此之方式，仍有待法院尊重主管機關做出之解釋函，做出相同見解之判決。

二、比照美國著作權法第一一〇條第五項第 A 款，依 TRIPs 第 13 條之規定，具體制訂免責條款

如前所述，我國著作權法第四十四條至第六十五條關於合理使用之規定，大略可分為三類，第一類為「法定合理使用類型」，第二類「法定例外規定」，第三類為「其他」。本文建議我國可比照美國著作權法第一一〇條第五項第 A 款，在我國合理使用之體系中，於第二類「法定例外規定」中，將於「一定條件下」單純開機供公眾收聽、收視之行為增列為合理使用之行為。依此方法制訂免責條款時，必須參考 United States - Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 中爭端解決小組對 TRIPs 第十三條中三個條件即 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，之解釋，對我國市場結構及利用態樣進行調查，配合我國國情加以制訂，如此即可符合伯恩公約與 TRIPs 之規定，並同時符合一般民眾之法感。

第四節、我國應發揮我國 WTO 會員國之角色

我國已於二〇〇二年一月一日加入WTO，如何善用WTO之爭端解決機制，對我國維護身為WTO會員之權益至為重要，尤其瞭解WTO相關協定與重要原則經由爭端解決案件累積及確立之法律見解，其他WTO會員國運用爭端解決機制之策略與相關政策調整與因應措施，對於我國未來涉入貿易糾紛時是否提交爭端解決程序以及整體政經考量，具有關鍵性影響。中華經濟研究院的台灣WTO中心近年來亦對於重要之WTO爭端案件進行研究⁴¹，希望從中對於WTO重要規

⁴¹ 我國中華經濟研究院（台灣WTO中心）已對歐體給予開發中國家貿易優惠條件案（DS246）、歐體香蕉進口、銷售配銷機制案（DS27）、歐體糖出口補貼案（DS265、266、283）、美國對特定小蝦及蝦製品限制進口案（DS58）、美國影響跨境賭博服務供給措施案（DS285）、尼加拉瓜影響宏都拉斯與哥倫比亞進口措施案（DS188）等爭端案件進行研究，參九十四年度國際經貿事務研究及培訓中心計畫，爭端解決案件之研究〈執行成果報告書〉，外交部/經濟不國際貿易局委託中華經濟研究院（台灣WTO中心）民國九十四年十二月。

定之解釋獲得瞭解，並藉此提供我國未來處理相關議題時之參考及政策研擬依據。

前財政部長及第一任駐世界貿易組織代表顏慶章論及我國入會三年之回顧，認為有以下三件要事即一、積極參與例行議事程序，二、有效排除出口貿易障礙，三、充分掌握杜哈回合談判。又我國參與平均每年約一千場次之會議，並主動撰擬或受邀共同提案之文件數已近百件，不僅彰顯我國之能見度，亦確切顯示我國受其他會員之肯定⁴²。

基於過去三年之努力，對於 WTO 爭端解決案件 United States - Section 110(5) of the U.S. Copyright Act 之再省思所發現之問題，我國應進一步將相關研究成果及意見提送相關會議表示意見，強化我國立場或贏取其他會員國之支持，希冀對「公眾場所打開聲音機、電視機供公眾收聽、收視」之議題追求國際保護標準之一致化。



⁴² 從WTO談台灣國際化之機會與挑戰，顏慶章，WTO論述文集-台灣國際化之機會與挑戰，二〇〇五年五月，文慶印刷股份有限公司印製。