

有關散布權的定義的幾個思考

蕭雄淋

(一) 修正草案的幾個問題

1、現行法中有「散布」規定的條文：

現行法中有「散布」規定的條文如下：

- (1) 第 3 條第 1 項第 12 款：「散布：指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。」
- (2) 第 3 條第 1 項第 14 款：「發行：指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」
- (3) 第 28 條之 1：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」「表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有以移轉所有權之方式散布之權利。」
- (4) 第 59 條之 1：「在中華民國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權之方式散布之。」
- (5) 第 63 條第 2 項：「依第四十六條至第五十條、第五十二條至第五十四條、第五十七條第二項、第五十八條、第六十一條及第六十二條規定利用他人著作，得散布該著作。」
- (6) 第 80 條之 1 第 2 項：「二、明知著作權利管理電子資訊，業經非法移除或變更者，不得散布或意圖散布而輸入或持有該著作原件或其重製物，亦不得公開播送、公開演出或公開傳輸。…六、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。」
- (7) 第 87 條第 1 項第 2 款：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：…二、明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。…六、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。」
- (8) 第 87 條之 1 第 1 項第 3 款：「有下列情形之一者，前條第四款之規定，不適用之：…三、為供輸入者個人非散布之利用或屬入境人員行李之一部分而輸入著作原件或一定數量重製物者。」

(9) 第 91 條之 1 第 1 項：「擅自以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」第 2 項：「明知係侵害著作財產權之重製物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣七萬元以上七十五萬元以下罰金。」

2、依修正條文將第 3 條第 1 項第 12 款「散布」的定義修正為：「指不問有償或

無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易、流通或為提供公眾交易、流通

而公開陳列或持有。」並修改 28 條之 1、第 87 條第 1 項第 2 款、第 6 款、第

90 條之 1、第 93 條規定，此有下列可能值得思考之問題：

(1) 既然修正條文刪除第 87 條第 1 項第 2 款、第 6 款、第 91 條之 1 第 2 項之「意圖散布而公開陳列或持有」，欲以修正第 3 條第 1 項第 12 款「散布」的定義而為解決，那麼修正草案第 3 條第 1 項第 12 款散布的定義中，為何規定為「為提供公眾交易、流通而公開陳列或持有」，而不規定為：「意圖提供公眾交易、流通而公開陳列或持有」？「意圖提供公眾交易、流通而公開陳列或持有」，為民國七十四年著作權法修正以來的立法方式，未發現有何不妥，商標法第 82 條規定亦如此規定，此處何以未沿用？

(2) 第 80 條之 1 第 2 項：「二、明知著作權利管理電子資訊，業經非法移除或變更者，不得散布或意圖散布而輸入或持有該著作原件或其重製物，亦不得公開播送、公開演出或公開傳輸。」既然修正草案在「散布」之定義中已解決「意圖散布而公開陳列或持有者」之問題，何以第 80 條之 1 第 2 項未為配合修正，仍有「意圖散布而持有」？

(3) 第 3 條第 1 項第 14 款規定：「發行：指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」第 3 條第 1 項第 15 款規定「公開發表」之定義為：「指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容。」依修正草案第 3 條第 1 項第 12 款「散布」的定義為「為提供公眾交易、流通而公開陳列或持有」，若採修

正草案「散布」之定義，則甲為著作權人，複製該書 3000 本欲販賣，在倉庫中尚在著作權人持有中，該書已經是「為提供公眾交易、流通而持有」，是否即已「發行」或「公開發表」？此種觀眾或讀者尚未對著作有任何接觸或印象之情形，是否真符合伯恩公約第 3 條第 1 項第 3 款「發行」之定義？又尚在倉庫中未販賣之書籍，是否真的已經符合國際上「公開發表」的要件？

(4) 伯恩公約第 3 條第 3 項規定：「所謂『已發行之著作物』，謂不問複製物之作成方法，得著作人之同意而刊行著作物，且該著作物依其性質，提供滿足公眾合理要求之數量的複製物者。演劇用或樂劇用著作物或電影著作物之上演、音樂著作物之演奏、文學著作物之朗讀、文學或藝術著作物之傳達或廣播、藝術著作物之展示及建築著作物之建造等，均不成立發行。」伯恩公約未規定著作人之散布權。在伯恩公約所謂「已發行之著作」，理論上必須該著作與讀者或觀眾有所接觸，在伯恩公約其他國家獲得鉅大成功的書籍，如果只在單一國家的書店擺放十幾個複製品，不算已經發行。而「演劇用或樂劇用著作物或電影著作物之上演、音樂著作物之演奏、文學著作物之朗讀、文學或藝術著作物之傳達或廣播、藝術著作物之展示及建築著作物之建造等」，所以不成立發行，是因為這些行為一般只能留下短暫的印象¹。依此而見，對讀者或觀眾連留下短暫印象都不能的，不能稱為發行。然而依修正草案「散布」的定義，甲為著作權人，複製該書 3000 本欲販賣，在倉庫中尚在著作權人持有中，該書可能已經發行，明顯與伯恩公約不符，值得檢討。

(二) 散布之意義，有包含「意圖提供公眾交易或流通而持有」之問題

- 1、 有關散布權，伯恩公約及 TRIPS 並未規定，而 WCT、WPPT 有所規定。我國著作權法於民國 92 年增訂此權利，亦受其影響²。WCT 第六條規定：「文學與藝術著作的著作人應享有將其著作原件或重製物授權他人以銷售或其他移轉

¹ 參見 WIPO, Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and to the Phonograms Convention), p.26-27 (1978).

² 參見經濟部智慧財產局編印：歷年著作權法彙編專輯，頁 398-399，2005 年 9 月。

所有權的方式提供予公眾的專屬權利。」WPPT 第八條規定：「表演人應享有將其固定於錄音物之表演之原件或重製物授權他人以銷售或其他移轉所有權之方式提供予公眾之專屬權利。」WCT 與 WPPT 對散布權特別著重於「提供予公眾」(making available to the public)，此「提供予公眾」，固然可能包含「意圖銷售而陳列」，然而有無包含「意圖銷售而持有」，不無疑問，蓋 WCT 及 WPPT 之散布權，必須投放到市場上銷售，且如果僅出租或移轉占有的非永久性散布，仍非侵害散布權³。

- 2、 如果依現行修正草案規定，第 91 條之 1 第 1 項之規定：「擅自以移轉所有權之方法散布著作原件或其重製物而侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。」，係為保障散布權而設，然而「散布」之意義，包含「為提供公眾交易、流通而持有」，則如果尚未販售成功而僅係陳列正版物或意圖銷售而持有正版物，究係第 91 條之 1 的既遂犯，抑或未遂犯？如果認為係既遂犯，有無違反 WCT 與 WPPT 之精神？

- 3、 依修正草案第 91 條之 1 第 2 項規定：「明知係侵害著作財產權之重製物而散布者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣七萬元以上七十五萬元以下罰金。」此將包含盜版物之意圖出租、出借、出售而陳列、持有等，亦即包含第 87 條第 1 項第 6 款之行為，在法律上又係如何適用？第 91 條之 1 第 2 項與第 93 條第 3 款之關係又如何？

(三) 日本著作權法第 3 條第 1 項第 19 款規定：「散布：即不問有償或無償，將著作的複製物對公眾轉讓或出借，並包含視聽著作或被重製於視聽著作的複製物，以向公眾提示為目的，而將該視聽著作之

³ 參見 Jorg Reinbothe & Silke von Lewinski 撰，萬勇、相靖：《WIPO 因特網條約評注》(The WIPO Treaties 1996 :The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms treaty)，頁 113-116、407-409，中國人民大學出版社，2008 年 1 月。

複製物轉讓或出借。」日本學者似未見有人主張「散布」之意義，包含「意圖提供公眾流通而持有」⁴，而我國發行與公開發表之定義，又主要來自日本著作權法第三條、第四條發行與公開發表之定義。故上述修正草案引起的問題，須斟酌。

⁴ 參見半田正夫・松田正行：著作權法コンメンタール，第一冊，頁 274-276，勁草書房，2009 年 1 月 30 日。此書為目前日本最詳細之解說書。

- 一、散布權的耗盡，是在處理「賣」的行為的權利耗盡的問題，平行輸入禁止，則是在處理「買」的行為的禁止，平行輸入之後的「賣」的行為，才會與散布權的耗盡有關，但平行輸入禁止規範的本身，與權利耗盡無關。所以，我們與組裡意見的差異點在於組裡想要在權利耗盡的規定中，同時處理散布權的耗盡，以及平行輸入之著作原件或其重製物銷售，是否侵害散布權，以及是否應設例外規定的問題。但我們認為，應該先從權利耗盡的本質，處理權利耗盡的問題，亦即，經散布權人的同意，在特定區域內散布，散布權人既已因其權利的行使獲得滿足，即不得再就該特定區域之散布行使權利，其權利已耗盡。而平行輸入問題，倘採國內耗盡，則未經散布權人同意進入國內市場銷售等，並不在前開散布權耗盡原則適用範圍，即使是屬於合法平行輸入著作重製物的情形亦同，應該要另設著作財產權的限制處理，因為其原理與權利耗盡的原理不同。倘採國際耗盡，則會變成當一著作重製物在任一國家由權利人行使其權利而進入市場，則其散布權即在任何國家皆耗盡，也包括國內，因此，若國內權利人授權他人在國外流通，而遭逆向流回台灣時，則因權利耗盡，僅有是否違約的問題，並沒有侵害著作財產權的問題。而配合有平行輸入禁止規定的情形，平行輸入的廠商就輸入（買）的行為，是違反平行輸入禁止的規定，而就賣的行為，則不能論以侵害散布權（過去局裡是將之當作盜版品處理，若採國際耗盡的原則，則不能這樣處理）。
- 二、張老師認為散布權，範圍應該包括國內業者未經散布權人同意，將著作原件或重製物，由國內向國外「賣」的行為，散布權人應可在國內就該銷售行為，對該出口銷售的業者，主張侵害散布權。這個部分與權利耗盡無關，只是被混在一起講，一併說明。

接下來是我針對散布與發行定義的問題，發行「指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」散布「指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。」我們討論都以散布是以「實體物」為前提，但進入數位時代，著作重製物並非皆為實體物，若將散布與發行連結，將產生著作權人若不是發行實體的重製物，就不符合「發行」的定義，我認為這個問題需要我們重新思考「發行」是否要

與「散布」脫勾。第 4 條、第 13 條、第 27 條、第 69 條、第 79 條都會涉及數位發行是否屬於發行的問題。事實在，有關第 79 條製版權的問題，主管機關的解釋就認為數位發行不符合申請製版權的要件，但是否其他條也是本同樣的原則處理？這個我持反對的態度。

真是太謝謝文智的說明了。

昨天修法會後，文智被我抓住，說了半天。包括連洪科長經過，都忍不住笑了起來。

其實昨天討論的重點就是，為什麼「散布權以及耗盡原則」與「真品平行輸入」是兩件事情。

因為真品平行輸入是在規範「買」的行為，本來就與散布權是在處理「賣」的行為無關，

所以真品平行輸入只是針對「買（進口）」的行為，所做的法律特別規定的結果。因為向來著作權法都沒有賦予過著作人有「買」的權利。因此在沒有真品平行輸入規定的國家，進口水貨著作並沒有違法的問題，但是要賣這些進口水貨著作的話，就要看是否侵害散布權及散布權是否耗盡而定。

但是如果採文智後段陳述的「我們的看法」（我用黃色匡出來），會出現我的疑問，就是在採國際耗盡的國家（例如北歐），如果我們處理的不是回銷回台灣的狀況，而是一般進口商直接從國外進口真品著作的問題，則為不能解釋，

- (1) 為什麼著作人的散布權都已經全球耗盡，進口商的進口行為卻仍然違法？（只有一種解釋）
- (2) 為什麼違反真品輸入規定的著作，後續在台灣的銷售行為，會侵害散布權？明明著作人的散布權已經全球耗盡了，憑什麼可以到台灣主張他的散布權被侵害？？