

壹、有關「公開播送」、「公開傳輸」、「公開演出」定義之修正

一、第六次會議未解決的問題

（一）依目前修正草案，有關「公開播送」、「公開傳輸」、「公開演出」定義之修正草案如下：

<p>第三條 本法用詞，定義如下：</p> <p>七、公開播送：指以下行為：</p> <p>（一）基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。</p> <p>（二）由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之傳送訊息之方法，將原播送所傳達之著作內容之聲音或影像向公眾傳達者。</p> <p>（三）<u>以擴音器或其他類似器材，將原播送所傳達之著作內容或與原播送同步傳輸之聲音或影像向公眾傳達者。</u></p> <p>九、公開演出：指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。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。</p> <p>十、公開傳輸：指以有線電、無線電或其他傳送訊息之通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，使公眾得於其各自選定之時間及地點，<u>選擇以上述方法接收著作內容。</u></p>	<p>第三條 本法用詞，定義如下：</p> <p>七、公開播送：指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電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。</p> <p>九、公開演出：指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。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。</p> <p>十、公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，<u>包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。</u></p>
--	---

（二）上述定義，2010年11月23日，本人曾於第六次修法會議書面參考意見中提出下列幾個質疑問題，這些問題，在這次草案均未加以解決：

- 1、修正條文「公開播送」之定義，其中「原播送」修正為：「以有線、無線或其他器材之傳送訊息之方法，向公眾傳達著作內容。」其中刪除「基於公眾直接收聽或收視為目的」，其理由為何？是因為「公開播送權」無須「基於公眾直接收聽或收視為目的」？抑或「同步公開傳播」，無須「基於公眾直接收聽或收視為目的」之要件？日本之「公眾送信」之概念，包含相當於我國現行法「公開播送」及「公開傳輸」之概念，而於日本著作權法第2條第1項第7款之2之「公眾送信」定義，亦有「以公眾直接接受訊息為目的」之要件，何以我國法要刪除？

- 2、修正條文將原「公開播送」之定義中「基於公眾直接收聽或收視為目的」、「藉聲音或影像」字樣刪除，是否擬將「對不特定人同時傳真文字內容」，或「對不特定人或特定多數人同時發 e-mail」，作為「公開播送」之一種態樣？依修正條文文字，如何看得出結論為未包含？公開播送的定義，用什麼文字才能排除這兩個使用態樣？依修正條文第3條第1項第10款「公開傳輸」之定義，「指以有線、無線或其他訊息之方法，向公眾提供或傳達著作內容，使公眾得於其各自選定之時間及地點，選擇接收著作內容。」既指「異時傳播」而言，且修正條文「公開播送」之定義，其中「其他器材」，包含網路在內（如同時網路傳播），則上開「對不特定人同時傳真文字內容」，或「對不特定人或特定多數人同時發 e-mail」，即可能成為「公開播送」之行為，此是否將與其他國家立法有很大的不同？

- 3、修正條文第3條第1項第9款規定：「公開演出：指以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。」刪除原條文之「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。」目的是為呼應有關「公開播送」之定義，即為滿足伯恩公約第11條之2第1項第3款之規定。然而伯恩公約第11條第1項規定：「演劇用及樂劇用之著作物及音樂著作物之著作人，享有左列授權之排他的權利：（a）將著作物公開上演及演奏（不問其手段或方法如何）。（b）將著作物之上演及演奏以任何方法公開傳達。」修正條文第3條第1項第9款規定將「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」刪除，對於伯恩公約第11條第1項（b）之規定，並無相應之條文加以配套適用，此值得思考。

- 4、日本著作權法第2條第7項規定：「於本法中之上演、演奏或口述，應包含以著作之上演、演奏或口述之錄音物或錄影物之再現之情形（符合公眾送信或公開上映者除外），及將著作之上演、演奏或口述以電氣通信設備傳達之情形

（符合公眾送信者除外）。」此項規定於我國無相應之條文，那麼如果有人將公開演出之演奏會內容用擴音器或其他器材轉至另外其他公共空間，或私下錄音並在公眾場所播放，因其聽眾並非當時演奏的現場聽眾，依目前的修正條文，如何處理？又伯恩公約第 11 條之 3 第 1 項第 2 款，亦同樣對「公開口述」，同時賦與「公開傳達權」。此在我國著作權法亦屬闕如。我國宜有類似相應之規定。

二、日本著作權法第 2 條第 7 項之以機械口述及演出問題

（一）依目前的修正草案，係為解決伯恩公約第 11 條之 2 第 1 項第 3 款在我國著作權法「公開播送」定義之不足。然而「公開播送」之定義，將我國著作權法第 3 條第 1 項第 9 款「公開演出」之定義：「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」之文字移出，亦無法滿足伯恩公約第 11 條第 1 項第 2 款之規定，係顧此失彼。

（二）我國著作權法第 3 條諸多定義，甚多參考日本及南韓著作權法。然而日本著作權法第 2 條第 7 項之規定：「於本法中之上演、演奏或口述，應包含以著作之上演、演奏或口述之錄音物或錄影物之再現之情形（符合公眾送信或公開上映者除外），及將著作之上演、演奏或口述以電氣通信設備傳達之情形（符合公眾送信者除外）。」在我國著作權法第 3 條之定義，並未規範到，係屬立法之疏失。

（三）有關日本著作權法第 2 條第 7 項規定，在其他各國均有相應之規定，舉例如下：

1、德國

德國著作權法第 15 條第 2 項規定，著作人享有以無形之方式再現其著作之排他權利（公開再現權或公開傳播權），此即「公開再現權」。而「公開再現權」，包含：公開口述、公開演出及公開上映權（第 19 條）、對公眾提供權（第 19 條 a）、公開播送權（第 20 條）、歐洲衛星廣播權（第 20 條 a）、有線再播送權（第 20 條 b）、經由錄音或錄影物之公開傳達權（第 21 條）、廣播或對公眾提供之公開傳達權（第 22 條）。¹

德國著作權法第 19 條第 1 項規定：「公開口述權，係指將語文著作透過個人演出

¹ 參見謝銘洋，著作權法公開傳播權之研究，45 頁以下，經濟部智慧財產局，民國 92 年 5 月；另參見 Manfred Reh binder 著，M. 雷炳德譯，「著作權法」(Urheberrecht)，頁 714 以下，法律出版社，2005 年 1 月。

而供公開收聽之權利。」第 2 項規定：「公開上演權，係指將音樂著作透過個人演出而供公眾聽取或對著作以舞台形式進行描述之著作。」第 3 項規定：「公開口述權或公開上演權，包含在個人演出之場所以外透過螢光幕、擴音器或類似之技術設備，使公眾感知口述內容及表演活動之權利。」

又德國著作權法第 21 條規定：「錄音物或錄影物之公開再現權，係指將著作之口述或上演透過錄音物或錄影物，而使公眾感知之權利。本條於第 19 條第 3 項適用之。」第 22 條規定：「廣播或對公眾提供之公開再現權，係指將已廣播之電視節目或公共傳播之著作，透過銀幕、擴音器或其他類似設備使公眾感知之權利。本條於第 19 條第 3 項適用之。」

上述第 19 條第 3 項係公開口述及公開上演之公開傳達權規定，相當於日本著作權法第 2 條第 7 項所規定「著作之上演、演奏或口述以電氣通信設備傳達之情形」之內容。而日本著作權法第 2 條第 7 項所規定之「於本法中之上演、演奏或口述，應包含以著作之上演、演奏或口述之錄音物或錄影物之再現之情形（符合公眾送信或公開上映者除外）」，係德國著作權法第 21 條所規定之內容。日本著作權法第 2 條第 7 項規定，及德國著作權法第 19 條第 3 項及第 21 條規定，依目前草案均無法有效規範²。

2、美國

美國著作權法第 106 條規定，著作權人之專有權利，包含「表演權」，而所謂「表演」，依第 101 條之定義，即指直接或利用任何裝置或方法口述、上演、演奏、舞蹈或演出著作，著作為電影或其他視聽著作，指以任何連續方式展示其圖像或使人聽到其配音。(To “perform” a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.)

上述「任何裝置或方法」，包含任何重製或擴大聲音或影像，任何種類的傳訊儀器，任何型態的電子檢索系統，以及任何其他尚未使用或發明之技術或系統³。美國著作權法之表演（perform），範圍十分廣泛，包含我國之口述、演出、上映、播送等概念⁴。而表演包含「利用任何裝置或方法口述、上演、演奏、舞蹈或演出著作」，顯然包含日本著作權法第 2 條第 7 項之情形。

² 上開德、日規定，依伯恩公約第 11 條第 1 項第 2 款及第 11 條之 3 第 1 項第 2 款，我國均有規定義務。

³ House Reporter p.63.

⁴ 美國的 perform 包含播送概念，可參見 H. Rep., p. 63. See Schumann v. Albuquerque Corp., 664 F. Supp. 473, 476(D.N.M.1987).

3、南韓

南韓著作權法第 2 條規定各種定義，而於第 2 條第 3 項規定，「公演」，即將著作上演、演奏、歌唱、口演、上映或其他方法向一般公眾公開，包含再生其複製物而向公眾公開著作，及連結屬於同一之人占有之場所所為之送信在內⁵。

依上述規定，相當於日本著作權法第 2 條第 7 項之規定。

4、中國大陸

中國大陸著作權法第 10 條規定著作之權利，而在該條第 9 款規定，「表演權，即公開表演作品，以及用各種手段公開播送作品的表演之權利。」

大陸學者認為，中國大陸著作權法第 10 條上述規定，其表演之意義，應包含舞台表演，如朗誦、演奏、演唱和舞蹈等等，例如伯恩公約第 11 條規定，戲劇作品、音樂戲劇作品和音樂作品的著作人，享有的表演權有兩項內容。一是授權公開表演和演奏著作，這是舞台表演權；二是授權用各種手段公開播送其著作的表演和演奏，這是機械的表演權。法國、美國、德國的著作權法，以及世界上絕大多數國家的著作權法，都既規定了舞台表演，又規定了機械表演⁶。

此外，大陸學者更進一步說，中國大陸 1991 年的著作權法只規定舞台表演，沒有規定機械表演。據當時的著作權實施條例第 5 條規定，表演指「演奏樂曲、上演劇本，朗誦詩詞等直接或者借助技術設備以聲音、表情、動作公開再現作品」。其中的借助技術設備，係指舞台表演時所借助的技術設備，而不是機械表演時的技術設備。與此相應，著作人所享有表演權，僅指舞台表演權，而不包含機械表演權。這樣不僅作者所享有的表演權非常有限，而且也與伯恩公約及世界絕大多數國家的著作權法不一致。2001 年修訂的著作權法才彌補此一缺憾⁷。

（四）除了上述美國、日本、德國、南韓、中國大陸著作權法所規定外，其他如法國智慧財產權法典第 122 條之 2、義大利著作權法第 15 條、英國著作權法第 19 條，均有類似的規定⁸。我國著作權法第 3 條第 1 項第 9 款之定義中「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」，其中「原播送

⁵ 日譯文為：「公演：著作物を演じ、演奏し、歌唱し、口演し、上映し、又はその他の方法により一般公衆に公開すること及びその複製物を再生することにより一般公衆に公開することをいい、同一の者の占有に属する連結した場所内において行われる送信を含む。」參見：http://www.cric.or.jp/gaikoku/skorea/skorea_c1.html#1（2011/3/8）

⁶ 參見參見李明德·許超，著作權法，頁 82，法律出版社，2009 年 7 月。

⁷ 李明德·許超，前揭書，頁 82-83。

⁸ 參見半田正夫·松田正行，著作權法コンメンタール，第一冊，勁草書房，頁 121-129，2009 年 1 月 30 日。

之聲音或影像」，係屬立法之錯誤。然而修正草案，將「第3條第1項第9款之定義中「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」移至第3條第1項第7款，使「公開演出」之公開傳達權落空，亦屬立法之疏失。另第3條第1項第6款「公開口述」之定義，亦缺乏「公開傳達權」，均與世界各國立法通例有違。

(五) 日本著作權法有關公眾送信的「公開傳達權」，規定於第23條第2項，有關公開上演、公開口述之「機械表演權」，則以著作權法第2條第7項來處理。德國、日本著作權法就播送和公開演出、公開口述之公開傳達權，分別以不同條文處理。就公開演出與公開口述之公開傳達權，以相同規定處理。我國似可仿效。

(六) 基上所述，依日本著作權法第2條第7項，試擬於我國著作權法第3條增加第3項之規定如下：「第一項第六款及第九款之公開口述及公開演出，包含原上演及演出以錄音物或錄影物之再現，及以電氣通信設備傳達之情形。但另符合著作之公開上映、公開播送或公開傳輸要件者，不在此限。」

(七) 日本著作權法第23條第2項之公開傳達權，係以「公眾送信」為對象。而日本之「公眾送信」之涵義，包含相當於我國之「公開播送」及「公開傳輸」兩項權利。亦即公開播送及公開傳輸，均有公開傳達權。德國著作權法第19條a規定相當於草案之「公開傳輸」，德國著作權法第22條之「公開傳達權」，包含廣播及公開傳輸在內。而目前修正草案的有關公開播送的「公開傳達權」，規定於第3條第1項第7款第3目，而第3條第1項第10款之「公開傳輸」，並無公開傳達權。此「公開傳輸」是否亦應增加類似草案第3條第1項第7款第3目之「公開傳達權」，此增加之條文文字，以何種形式呈現，似均值得研究。

三、有關「公開播送」的定義問題

(一) 外國立法例之公開播送

1、目前伯恩公約對「公開播送」，並無定義，但依「伯恩公約指南」之解釋，公開播送係指為公眾直接接受訊息所為之傳訊（it is a matter of transmissions intended to be received directly by the general public）。公開播送之特徵需有接收器（receiver），人們不能單憑耳朵或眼睛而感知節目內容。此外，業餘愛好者之無線電或電話通信，被排除在公開播送之權利範圍。⁹

2、TRIPS 未提及著作之公開播送權，WCT 第8條係指「對公眾傳播權」（right of communication to the public），係較公開播送更廣泛之權利，除了公開播送、公開

⁹WIPO, Guide to the Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works, (Paris Act, 1971), p. 67 (1978).

演出之外，另有向公眾提供權（making available to the public），而未對著作之公開播送加以定義。然而羅馬公約及 WPPT 對公開播送則有定義。

3、依羅馬公約第 3 條 (f) 項，所謂公開播送，係指「為公眾接受聲音或聲音及圖像，而以無線手段所為之傳訊」。依羅馬公約指南，羅馬公約只有赫茲波及其他無線手段，方構公開播送，其他如有線播送，排除在羅馬公約之範圍。又向單一的個人，或某一特定人群（如船隻、飛機或一隊計程車），不構成公約之播送¹⁰。而 WPPT 第 2 條 (f) 項對「公開播送」定義為：「基於公眾接收訊息為目的，將聲音，或聲音與影像，或其表達，透過無線的方式加以播送；透過衛星為此種播送，亦屬此之播送；播送加訊號，經廣播機構或經其同意下，向公眾提供解密方法者，亦屬此之廣播。」¹¹WPPT 之播送，必須係播送之目的，係為公眾接收，或可能指公眾接收了播送的信號。¹²

4、美國著作權法並無公開播送之定義，僅於第 101 條規定公開傳播（public perform）之意義¹³。日本著作權法於第 2 條第 1 項第 7 款規定「公眾送信」之意義，「指以公眾直接接收為目的，而為無線通信或有線電氣通信之傳輸」，另於同項第 8 款規定「公開播送」為：「在公眾送信中，以公眾同一內容之傳輸同時接收為目的，所為之無線通信之傳輸。」於同項第 9 款之 2，將「有線播送」定義為：「在公眾送信中，以公眾同一內容之傳輸同時接收為目的，所為之有線電氣通信之傳輸。」在日本的公開播送，包含無線計程車，或火腿族之無線業餘愛好者所進行之送信，皆屬公開播送¹⁴。南韓著作權法第 2 條第 8 款規定：「公開播送，指以一般公眾同時接收訊息為目的，以無線或有線通信之方法，將聲音或視聽加以傳輸。」南韓著作權法與日本著作權法公開播送的定義，十分接近。另德國著作權法第 20 條之公開播送權，是指將著作透過廣播、電視、衛星通訊、有線廣播電視，或類似的技術手段使公眾得接觸之權利。

5、依修正草案公開播送之定義為：「~~基於公眾直接接收或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。~~」其中刪除「基於公眾直接接收或收視為目的」。查公開播送之特徵，為有發射行

¹⁰ 參見參見 WIPO, 劉波林譯, 羅馬公約和錄音製品公約指南(Guide to the Rome Convention(1961), International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations), 頁 18, 北京中國人民大學出版社, 2002 年 8 月。

¹¹ 此之定義引自張懿云, 著作權法公開播送之再播送之研究, 頁 35, 經濟部智慧財產局, 2009 年。

¹² 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 339, 中國人民大學出版社, 2008 年 1 月。

¹³ 參見張懿云, 前揭書, 頁 55 以下。

¹⁴ 參見加戶守行, 著作權法逐條講義, 頁 35, 著作權情報中心, 平成十八年版。

為及接收器，德國著作權法特別指明例如廣播、電視及其類似方法。日本著作權規定：「以公眾同一內容之傳輸同時接收為目的」、南韓著作權法規定「以一般公眾同時接收訊息為目的」。我國著作權法修正草案，僅規定「以有線、無線或其他器材之傳送訊息之方法，向公眾傳達著作內容」，依此定義，無法顯示公開播送有發射者及接收者用接收器接收的行為，且對發射與接受係屬同時，並未在法律文字中顯示，定義似有不足。

6、再者，依草案公開播送之定義，「以有線、無線或其他器材之傳送訊息之方法，向公眾傳達著作內容」，未表明發射與接收係屬同時，似將使公開播送成為公開傳輸之上位概念。亦即草案「公開傳輸」之定義：「指以有線、無線或其他傳送訊息之方法，向公眾提供或傳達著作內容，使公眾得於其各自選定之時間及地點，選擇接收著作內容」，僅指不同時間與地點接收而言，其傳送方法與公開播送，並無不同。而既然草案公開播送之定義，未有同時發送與接收的要件，則依草案公開播送與公開傳輸之定義，必然可能有部分內容會重疊，未來適用上，將產生問題。

7、依羅馬公約，對特定船隻、飛機或一隊計程車之傳送，並非公開播送，然而日本著作權法之公開播送，包含無線計程車，或火腿族之無線業餘愛好者所進行之送信，我國著作權法修正草案公開播送之定義，顯然包含無線計程車，或火腿族之無線業餘愛好者所進行之送信，甚至包含多數 e-mail 及傳真之傳送，定義是否有當，值得斟酌。

貳、有關過渡條款問題

為維持當事人對授權契約或讓與契約範圍認知的一貫性及穩定性，支持採甲案，然而文字應再斟酌。

參、有關錄音及表演權利內容是否專章規定

支持乙案，但條文文字，得再討論。