經濟部智慧財產局

數位匯流下著作權制度之檢討
期末報告書

執行單位

益思科技法律事務所

中　華　民　國　九　十　九　年　一　月　七　日

數位匯流下著作權制度之檢討

期末報告書

計畫主持人

賴文智：益思科技法律事務所所長、台灣大學法律研究所碩士

協同主持人

劉承慶：益思科技法律事務所合夥律師、成功大學法律研究所碩士

研究人員（按姓氏排列）

王文君：益思科技法律事務所研究員、台灣大學建築與城鄉研究所博士候選人

江雅綺：益思科技法律事務所研究員、英國里茲大學法律學研究所博士候選人

張啓祥：益思科技法律事務所律師、中國華東政法大學博士生、美國南加州大學法學碩士

彭珮瑄：益思科技法律事務所實習律師

計畫時程　：　自 98 年 3 月 18 日 至 99 年 1 月 7 日 止

計畫連絡人：　賴文智律師

電話號碼　：　(02) 27723152-222、0939611396

傳真號碼　：　(02) 27723128

電子郵件　：　dick@is-law.com

地址　　：　台北市大安區忠孝東路四段 290 號 8 樓

數位匯流下著作權制度之檢討
期末報告書摘要

隨著數位科技及寬頻網路的發展，電信、廣電、網路逐步整合所形成之數位匯流趨勢，乃是各國在進行有關電信、廣播、電視等公共資源的管制上極為重視的議題。就著作權法制而言，數位匯流乃是重要的著作利用科技及環境的改變，對於社會著作利用顯有相當程度的影響，著作權法作為規範社會著作利用的基本法制，應如何因應此種科技及產業整合的變化，配合社會著作利用與產業發展之現況進行調整，以確保著作權法促進國家文化發展之立法意旨，確有必要予以重新檢討。

首先，本研究針對數位匯流環境之著作利用加以觀察，其次，對於著作種類、著作財產權、著作財產權限制（合理使用）、著作授權利用等方面，分析著作權法在數位匯流環境所面臨之問題，並進一步針對與數位匯流有關之必載頻道、P2P 軟體濫用、經鎖碼載有節目訊號之保護三項議題加以討論，本研究認為數位匯流確實突顯著作權法制彈性不足，未來應朝使用者友善之方向發展，並就著作權議題加強與通訊傳播管制法規之整合。

Abstract

Accompaning with the development of digital technology and broadband network, the integration of telecommunications, broadcasting, networks -- so called "Digital Convergence" has been an important issue of the related public resources regulation for each governemnt. From the point of view of Copyright System, Digital Convergence is a very important change of the technology for using the Work and the Work using enviroment in our society. Copyright Act is the basic legal system of the Work using of whole society, how to modify the system to fit the change of the Work using and the development of our industry to insure the purpose of copyright system is a key issue for our Copyright Act.

First, this study observes the use of work in Digital Convergence environment; second, analyzes several copyright issues in Digital Convergence environment, such as the work category, economic rights of work, limitations of copyrights (fair use), license of copyright, and etc.; third, this study also discusses the must-carry channel, the abuse of P2P software and the protection of encrypted program-carrying signals which related to Digital Convergence. Finally, this study finds that the copyright system needs to be more flexible in Digital Convergence environment, should be more user-friendly and should be intergrated with the communication regulations.

數位匯流下著作權制度之檢討

目錄

第一章 緒論.....1
壹、研究目的.....1
貳、研究方法.....1
一、相關文獻整理、分析.....1
二、比較法研究.....2
三、專家訪談.....2
參、研究範圍及限制.....3
肆、期末報告初稿架構.....3
第二章 數位匯流現象觀察.....5
壹、數位匯流之定義.....5
貳、數位科技的特性.....6
一、著作重製行爲簡易化.....6
二、著作創作普及化.....7
三、著作數位化後被侵害風險大幅提升.....7
四、數位儲存媒介容量大、成本低.....8
五、網際網路擴大數位科技的衝擊.....8
參、數位匯流與著作利用現象觀察.....9
一、以數位訊號取代類比訊號.....9
二、著作以跨科技別之方式利用.....10
三、著作以跨產業別之方式利用.....11
肆、我國數位匯流相關發展簡介.....12
一、廣播電視數位化.....12
二、網路廣播電台.....16
三、IPTV.....18
四、網路音樂服務.....23
五、網路影音分享平台.....24
六、行動通訊應用.....26
伍、結語.....28
第三章 數位匯流與著作權法制.....29
壹、著作種類與著作財產權連結衍生議題.....29
一、著作財產權連結著作種類產生之問題.....30
二、日本立法例介紹.....33
三、德國及法國立法例介紹.....39

四、問題確認與分析.....44
五、小結.....47
貳、公開傳輸權與公開播送權個別獨立所衍生議題.....49
一、我國公開傳輸權立法背景.....49
二、公開傳輸權之定義.....50
三、立法歧視？由電視與 IPTV 之授權差異談起.....52
四、由數位匯流談公開傳輸立法的問題.....53
五、國際間因應網路科技所進行權利調整之立法例.....55
六、公開播送與公開傳輸之整合建議.....59
參、數位匯流產業發展所涉著作財產權授權利用議題.....62
一、製播分離與著作授權.....62
二、廣告音樂授權爭議.....64
三、廣播、電視訊號再利用之授權爭議.....67
四、新舊科技交錯—來電答鈴授權爭議.....68
肆、數位匯流所涉著作財產權限制議題.....72
一、DVR 產品與數位電視節目之錄製.....72
二、數位廣播、電視與消費者錄製後之利用行爲.....76
三、數位匯流與廣播或電視相關著作財產權限制.....79
伍、特定契約規範與促進著作流通利用.....86
一、著作權法立法目的的新時代意義.....86
二、特定著作契約之立法例.....89
三、著作權專責機關與著作交易契約之促進或導正.....94
第四章 數位匯流之特殊議題.....96
壹、數位匯流環境下之「必載頻道」法制.....96
一、美國必載頻道之立法例.....97
二、歐盟國家「必載頻道」之規範.....107
三、我國有線廣播電視法之立法.....116
四、數位匯流對必載頻道規範之影響.....117
五、結語.....125
貳、P2P 軟體與連線服務提供者責任.....128
一、著作權法有關 ISP 協力義務規定檢討.....129
二、法國 HADOPI 及後續修正法案介紹.....133
三、法國三振條款與我國 ISP 民事免責事由之比較.....138
四、其他國家發展狀況.....142
五、P2P 侵權防治與 ISP 的角色.....148
六、結語.....151
參、經鎖碼載有節目訊號之保護議題.....153
一、經鎖碼載有節目訊號之保護與著作權.....153

二、防盜拷措施與經鎖碼載有節目訊號之保護.....155
三、國外相關立法例.....156
四、結語.....162
第五章 結論與建議.....164
壹、本研究結論.....164
一、數位匯流突顯著作權法制彈性不足.....164
二、回歸立法目的朝使用者友善之方向發展.....165
三、著作權議題須加強與通訊傳播管制法規之整合.....166
貳、本研究立法建議.....167
附錄一、相關參考資料.....179
一、專書.....179
二、碩博士論文.....180
三、期刊論文.....180
四、網路資源.....182
附錄二、法國 HADOPI 2 法案相關條款中譯 185

第一章 緒論

壹、研究目的

隨著數位科技及寬頻網路的發展，電信、廣電、網路逐步整合所形成之數位匯流(Digital Convergence)趨勢，乃是各國在進行有關電信、廣播、電視等公共資源的管制上極為重視的議題，而我國於 2004 年所通過的通訊傳播基本法及國家通訊傳播委員會的設立，正是政府部門體認到電信、廣播、電視、網路因數位匯流之趨勢，相關產業間已不再截然二分，彼此整合、相互競爭的態勢顯然可見，若由不同行政機關各自為政，除易生多頭馬車所生無效率及相互衝突影響廠商之競爭力之外，也容易因為不同管制法規而導致不公平競爭的情形。

數位匯流概念所指涉包括各種音訊、視訊及其他各類著作，數種不同著作利用科技及設備的整合，故這樣的趨勢對於著作權法而言，也產生一定程度的影響。然而，由我國著作權法於 2003 年以來因應數位及網路科技發展所新增修改之條文加以觀察，「網路」被當成一個獨立的著作利用方式，與傳統的廣播、衛星等加以分離，而在著作財產權限制的部分，亦單純考量到網路無國界的特別，在修法上特別保守，顯然尚未意識到數位匯流這個科技、產業整合的趨勢可能對於社會著作利用產生之影響，故確有由個別「數位」、「網路」科技切入外，以科技及產業整合的角度重新予以檢視之必要，始能配合社會著作利用與產業發展之現況，確保著作權法促進國家文化發展之立法意旨。

貳、研究方法

一、相關文獻整理、分析

由於數位與網路科技對於著作權制度影響甚為深遠，經濟部智慧財產局多年來亦已累積相當多學者、專家之研究成果，本研究將既有之研究成果為基礎，針對有關電信、廣播、網路等技術整合所衍生數位匯流現象，尤其是如數位廣播、網路廣播及各種新興接收或著作利用設備之普及利用可能對現行著作權制度之影響、數位匯流環境下著作授權利用之問題、著作財產權限

制之調整等，由數位匯流之角度予以重新檢討。茲將近年與本研究較爲相關之研究成果提供如下：

國外立法例介紹類：美國著作權法令暨判決之研究(97 年度)、日本著作權相關實務運作之研究、新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究。

數位、網路科技類：網路科技利用新型態之著作權法相關問題研究、著作權科技保護措施之研究、著作權法公開傳播權之研究、數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究。

著作權集體管理類：如何推動著作權仲介團體單一窗口、國際著作權集體管理團體使用報酬率決定機制之研究、著作權數位產業市場授權之研究、WIPO 著作權及相關權利集體管理之研究、WIPO 著作權及相關權利集體管理之研究、日本著作權等管理事業法制與實務之研究。

著作鄰接權類：廣播機構著作權之保護、表演人權利保護之研究。

二、比較法研究

我國加入 WTO 後，雖非世界智慧財產組織(WIPO)之會員國，但作爲國際社會之一員，亦不宜自外於智慧財產權相關國際條約之規範。對於數位環境下著作權之議題而言，WIPO 著作權條約(WIPO Copyright Treaty; WCT)及 WIPO 表演暨錄音物條約(WIPO Performances and Phonograms Treaty; WPPT)乃是 WTO 會員國近年修法的重點，而歐盟著作權相關指令，亦是許多國家立法參酌之指標。本研究不擬針對各國立法例按國家別獨立介紹，計畫按數位匯流相關議題（諸如：著作種類與著作財產權之關連性、公開播送、公開傳輸權之權利保護、相關法定授權或強制授權立法、與數位廣播或網路廣播利用相關著作財產權限制、廣播訊號保護、何種權利適合透過法律規定由集體管理團體行使等），選擇立法例上較具特色之國家，就該議題之立法處理模式予以介紹。此部分除參酌經濟部智慧財產局既有之研究成果外，亦將透過網路及國外書籍之購置，配合經濟部智慧財產局立法之需求，選擇適當國家進行研究、分析。

三、專家訪談

本研究並非單純之法制研究，亦須融合對於國內相關產業運作現況之了解，始可適當提出符合國內著作利用環境之立法建議。數位匯流由產業之角

度，受影響最大者莫過於廣播、電視產業，而以技術面來觀察，最後終將整合於有線或無線之網路環境，而以各種不同之數位設備提供予使用者利用著作。故本研究將透過訪談或座談會之方式，了解相關產業對於著作權制度之期待，而涉及著作財產權行使之部分，亦將選擇較具規模之音樂權利人或著作權仲介團體進行訪談。

參、研究範圍及限制

著作權法制發展三百年以來，即不斷地隨著社會上著作利用環境的改變而調整，數位匯流乃是 21 世紀以來，對著作在流通、利用方面產生最全面影響的趨勢，且隨各類科技的成熟，這種「匯流（Convergence）」所產生各層面跨界的問題，將更趨明顯。本研究擬由數位匯流所造成之著作利用的各種現象，尤其是已產生爭議或可能產生爭議之個別議題著手，進而檢討我國現行法制在制度面是否修改或在政策面重新思考的必要性。

然而，基於研究期程之限制，本研究將以國內實務所面臨之著作權議題，尤其著作財產權在數位匯流環境所面臨保護、授權利用、限制等相關制度之檢討爲主軸，因各議題不同之需求，選取具有參考價值之外國立法例進行介紹，而非全面性地對於著作權法制進行檢討，而對於過去國內已由其他學者專家完成之研究案，本研究亦將借鑑相關研究成果進行彙整，以期在最短時間內，提供委託單位在因應數位匯流相關議題上之政策決定或實務問題處理之參考。

肆、期末報告初稿架構

本研究案之期末報告初稿架構如下：

第一章　緒論

本章主要說明本研究之研究目的、研究方法、研究範圍及限制，以及期末報告初稿架構。

第二章　數位匯流現象觀察

本章主要針對數位匯流之定義、數位科技之特性、數位匯流與著作利用現象觀察、國內產業有關數位匯流發展之介紹等加以說明，以作爲本研究進一步探討數位匯流對於著作權法制影響之基礎。

第三章　數位匯流與著作權法制

本章主要由數位匯流之特性出發，以著作財產權爲核心，分別針對著作種類、授權利用、著作財產權限制（合理使用）等三大部分，將數位匯流可能影響著作權法制進行個別問題的提出與初步檢討，以期作爲思考整體著作權法制修改之討論基礎。

第四章　數位匯流之特殊議題

本章將針對數位匯流環境下，與著作權法制相關，但未必應於著作權法制中處理的特殊議題加以說明，目前主要規劃就數位匯流下必載頻道規範、P2P 侵權防治與網路業者角色、鎖碼訊號或有線電視訊號之保護（尤其是刑事責任的規範）進行討論，後續若有其他類此議題，亦將一併獨立予以檢討。

第五章　結論與建議

就本研究觀察數位匯流產業發展狀況，以及數位匯流所涉著作權法制議題之分析，提出本研究結論，並嘗試依據前開研究結論提出具體修法建議或政策處理建議，供著作權專責機關參考。

第二章 數位匯流現象觀察

爲了解本研究所欲處理數位匯流議題之狀態，本章以下即由數位匯流之定義、數位匯流與著作利用之觀察，嘗試提出數位匯流之特性，並對於我國數位匯流相關產業發展之狀況予以簡單之說明，以作爲本研究進行著作權制度相關討論之基礎。

壹、數位匯流之定義

數位匯流可以由幾個不同的面向來觀察，由資訊流通管道的角度來觀察，數位匯流是指諸如廣播、電信、網路等不同資訊流通管道，整合透過以 IP-based 方式進行資訊流通；由內容整合的角度來觀察，則是指各種不同性質內容諸如語音、視訊、文字等資訊內容，彼此因數位化而互相整合或於相同管道流通；由使用設備端的角度，則可指過去透過不同設備接收不同管道的資訊，數位匯流趨勢下，則逐漸整合透過單一設備接收，例如：透過個人電腦、智慧型手機等單一設備，即可接收到不同來源諸如：MOD、數位電視訊號、網際網路內容、廣播節目等。

由產業發展的角度來觀察，主要包括電視、電信及網路這三大產業，因此，亦有由產業的整合面，將其稱爲 Triple-play[1]。其中電信和網路是較早進行整合的產業，若以 VoIP（Voice over Internet Protocol, IP 網路語音傳遞）此一技術中較成熟的產品（1995 年以色列 VocalTec 公司所推出之 Internet Phone 軟體）來看，迄今已有十餘年的歷史，而 2003 年所推出的網路通訊軟體 Skype，更是應用最先進的 P2P 技術，而成爲目前網路上最受歡迎的網路電話軟體，造成電信業者在語音收入方面相當大的威脅，但因電信與網路在語音傳輸技術方面整合的趨勢不可避免的情形下，許多電信業者也積極與 Skype 合作。至於在電視與網路整合的部分，一方面是有線電視業者透過其有線電視纜線(cable)，亦可提供上網服務，另一方面則是網路業者亦可傳遞視訊節目，此部分國內以中華電信公司所推出之 MOD 服務最具代表性，透過寬頻網路傳輸高品質的電視節目內容，直接與全國有線電視業者進行競爭。

此外，數位廣播、電視技術的發展，除廣播、電視訊號數位、壓縮後所

[1] 亦有將「行動」自電信、網路等獨立出來，而稱之爲 Quad-play 者。

節省下來的播送頻寬可以容納數倍的節目內容外，亦得以一併傳送文字、圖形等訊息，使得數位廣播、電視亦有某程度（尚須透過網路、電信等其他方式將觀眾之回應送至電視台）與觀眾互動的可能性。而像 3G、WiMAX[2]等行動寬頻技術，除提供語音、數據服務之外，影音的播放服務也影響到廣播、電視業者，未來 NCC 亦將核准行動電視之執照，亦可能透過 WiMAX 技術播送。

茲摘錄拓璞產業研究所(TRI)所整理有關網路系統、數位內容及設備這三方面逐年朝向數位匯流方向發展相關技術、服務、設備之示意圖，供讀者們了解數位匯流產業發展之用。

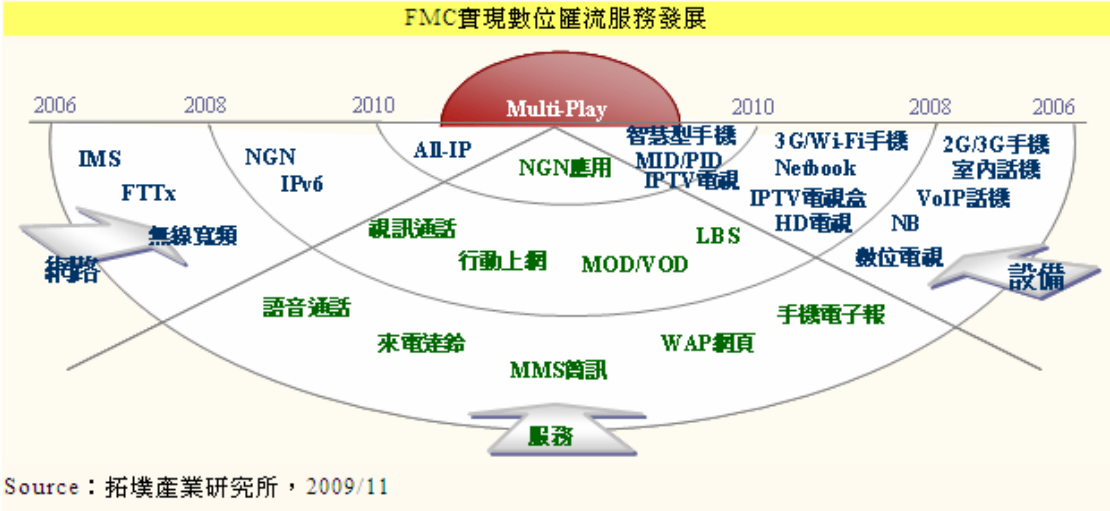

圖 2-1 數位匯流技術、服務、設備發展示意圖（拓璞產業研究所製作）

貳、數位科技的特性[3]

由於數位技術的特性使然，以致著作權制度在數位環境下遭受到相當大的挑戰，以下即分別說明之：

一、著作重製行為簡易化

古往今來，著作一直是附著在一定媒介物上表達出來，如：石窟壁畫、

---

2 目前國內共有六家業者取得 NCC 之 WiMAX 籌設許可，除大同電信已於澎湖開台外，遠傳及全球一動亦已取得特許營運執照，將於 2009 年 12 月下旬開台，威邁思亦將展開免費體驗計畫，目前僅威達超舜與大眾尚未取得營運執照。請參閱，曠文溱，ZDNet 2009/12/18，趕年底開台 遠傳、全球一動 WiMAX 服務下週上路，http://www.zdnet.com.tw/news/comm/0,2000085675,20143460,00.htm, 2009/12/20 visited.

3 以下摘自，賴文智、王文君，數位著作權法（再版），頁 38-42。

龜甲、獸皮、竹簡、紙張。早期重製著作只有一種方式，就是利用人力依照原本重製描繪或製作一份；隨著印刷術的成熟，著作得以被大量產生及重製；而影印機的發展，更將類比式重製技術發揮到極限。數位技術則是繼錄音、錄影技術之後，將著作明確與其所附著的媒介分離，使用者透過個人電腦即可進行快速且大量的重製，不需要龐大資金、人力或特殊機器設備，將著作重製的簡易程度推向最高峰。

「Copyright」作爲一個由傳統重製、印刷行爲發展出來的權利概念，面對一波接著一波不斷襲來、持續侵蝕著作權核心、甚至可能顛覆著作權保護觀念的重製行爲簡易化的技術浪潮衝擊，該如何因應進行調整？加強保護抑或放寬限制？乃是數位環境下著作權所面臨最大的挑戰。

二、著作創作普及化

數位技術的影響力，不僅使著作的接觸與利用更爲簡易、方便，亦大幅降低著作創作及出版的門檻，數位技術提供著作人更方便的創作工具，例如：數位錄影機使得電影工作者不再受限於高昂的創作成本、電腦繪圖軟體使工程圖、藝術創作更容易、電腦作曲軟體使得音樂創作更輕鬆；而網際網路更爲數位著作提供了低廉的出版通路，滿足人類與生俱來的創作慾望。加上數位技術使得資訊接觸、傳遞、利用更便捷，社會大眾更容易受到各式各樣的刺激而進行創作，從利用人轉化爲著作人。

以目前網際網路上的著作爲例，BBS 的發言、電子郵件的往來、網頁或 Blog 的創作內容、數位音樂等，只要符合著作權法保護要件，都是受著作權法保護的著作，自 1995 年網際網路商業化以來，網路上的著作數量呈現極快速的成長，著作人多非過去傳統著作創作者，而是另一種新興的網路創作族群—這些利用數位技術的新興著作人，可能遍及全世界各地、可能數個 id 指向同一人、也可能數人不約而同使用相同或類似 id，可能透過匿名性的保護、或者因層層轉載任意利用的結果，無法覓得或確定真正的創作人。此種趨勢也使得傳統的著作利用、授權等概念，產生適用上的困難。

三、著作數位化後被侵害風險大幅提升

數位技術使著作得以輕易被重製、利用；網際網路則進一步加速數位化著作的流通、散布。然而，當著作權人期待尋求科技途徑保護其數位化著作

時，卻總由於「道高一尺，魔高一丈」，以致多數數位著作科技保護措施，都是公布未久即被駭客社群或學術研究單位破解。對著作權人而言，此種情形意味其著作數位化後，便即面臨強大的著作權侵害風險，也使得著作權人多半抗拒將著作透過網路進行銷售。

然而，由於數位科技的進步，著作權人單純的抗拒著作數位化並不成功，消費者很容易便可藉由購買實體的 CD、卡帶、書籍、寫真集等，透過 MP3 轉錄軟體、掃描器等數位化機器自行將著作數位化，著作權人反而因此連初步給予著作保護的機會都沒有，這使得著作被大量利用卻未回饋予著作權人的情形益發嚴重，也是導致目前網路著作權爭議頻傳的主要原因。

四、數位儲存媒介容量大、成本低

目前數位儲存的媒介，包括：硬碟、磁碟片、光碟片、DVD、磁帶機、ZIP 磁片、SD 或 CF 記憶卡…等。隨著科技進步，儲存媒介及錄製機器的成本日益下降，此趨勢使得個人擁有數位重製設備普及率大幅提昇，進行數位重製的速度、成本也大幅降低，今日電腦使用者已擁有與過去商業著作利用人相同的著作權「侵害能力」。對於傳統區分個人使用與商業利用的著作權制度，產生極大衝擊。

過去著作權法對於家庭或個人非營利範圍的重製行爲，通常規範爲合理使用，只要在合理範圍內，可不必擔心侵害著作權的問題。此種立法的考量，固然有促進文化資訊流通的用意，在多數情形是考慮到家庭或個人重製行爲，對於著作權市場的影響不大，且著作權人在針對家庭或個人侵害著作權的追索上，亦有困難。爲避免著作權制度過分影響私人日常生活，故在制度設計上，對著作權人權利作此限縮。然而，面對今日個人著作侵害能力不亞於商業利用人的情形，此種立法設計開始受到挑戰，畢竟著作最終消費者爲個人，若所有個人重製行爲均被認定是合法爲之，對於著作權人的著作銷售利益將產生極大影響。如何平衡此種衝突，乃是目前各國著作權法制所極欲調整的目標。

五、網際網路擴大數位科技的衝擊

數位技術在早期對於著作權制度的衝擊，與錄音機、錄影機對於錄音、錄影著作所產生的衝擊類似。錄音機或錄影機的普及，使得錄音著作及視聽

著作透過家庭中備置的機器，即可輕易重製。由著作權人的角度來觀察，此種家庭錄製活動，將造成著作權收益的嚴重減損，美國更因此通過 1992 年家庭錄音法案(The Audio Home Recording Act of 1992)，限制著作權人對於錄製音樂供家用之行爲不能提起著作權侵害之訴。我國著作權法第 60 條於民國 81 年修正時，將錄音及電腦程式著作排除於著作重製物所有人可出租著作重製物的範圍，亦是因應錄音及數位著作，著作可輕易與其所附著媒介分離散布的特性。

當網際網路於 1995 年開始商業化利用後，數位著作結合網際網路的特性，將資訊散布推向幾近無時差、無地域的境界，任何數位著作都可以接近零的成本，透過網路即時傳輸到世界各個角落；過去透過錄音帶、磁片以及人際網絡的散布模式根本難以相提並論。此外，從事著作散布之人並非龐大的商業集團，而是你我身邊的親朋好友，幾乎全世界的人都加入著作散布的鏈結之中，爲著作權保護帶來前所未有的衝擊。目前國際條約、各國國內立法，都紛紛針對此議題加以修法，然而，網路著作權爭議仍多，恐有賴社會大眾對於網路上著作利用尊重的共識的建立，方能維繫著作權在網路時代的法制運作。

參、數位匯流與著作利用現象觀察

社會上著作利用的變化，乃是牽動著作權法制調整的最重要的根源，數位匯流某程度而言，即是數位環境中的一種科技匯流的現象，故前開數位科技之特性，自應於討論數位匯流議題時一併注意。惟本研究既以數位匯流爲主軸，則應著重於電信、廣播、電視、網路之匯流，所帶來社會上著作利用之變化，以下即就其中與著作利用較爲相關者，提出初步觀察如下：

一、以數位訊號取代類比訊號

數位廣播及數位電視與傳統廣播、電視最重要的差異，即來自於以數位訊號取代類比訊號，而其最重要之特色即來自於廣播或電視節目之聲音或視訊內容若以數位訊號方式傳遞，不會因爲傳遞過程技術之限制而如類比訊號般有品質衰退的問題[4]。隨之而來的問題就是這些透過數位廣播技術所傳播的

[4] 常見類比無線電視品質衰退之情形，諸如：雜訊、鬼影等，無線數位電視當然亦可能有接受不良的狀況，但因其爲數位訊號，故在收視品質方面，並不會出現前述之

數位內容，透過家用設備錄製後，即成爲高品質、可透過網路流通的數位檔案，若無法有效控管，則著作權侵害之問題勢將更加嚴重。

爲此，美國聯邦通訊管理委員會(FCC)曾於 2003 年通過 Broadcast Flag 命令[5]，要求接收地面傳播電視訊號的所有家電設備在 2005 年 7 月 1 日之後都必須附加 Broadcast Flag[6]。惟經美國圖書館協會等團體提出無效訴訟後，於 2005 年 5 月 6 日由哥倫比亞巡迴上訴法院判決該命令逾越 FCC 之職權範圍無效[7]。美國數位廣播接收設備之製造業者，暫時無庸擔心須於其設備上加裝此類防止消費者任意重製、散布之技術，而導致消費者購買意願降低的問題，但此案例亦突顯出在數位匯流趨勢下，內容業者、廣播電視業者、接收設備製造商、消費者等多角度對於廣播、電視數位化問題之不同立場。

二、著作以跨科技別之方式利用

數位匯流其中一個重要的現象中是科技匯流，無論是著作散布、傳播的科技，或是著作接收、利用的科技，數位化使得著作不再受單一科技方式之限制進行傳播、利用，而可能同時以不同科技傳播相同著作，或是內容提供者以不同科技混搭之方式提供著作予公眾利用，此類跨科技別之著作利用，將是未來數位匯流重要的利用態樣。

以傳統廣播業者爲例，廣播技術與網路技術本爲不同之傳播著作的科技，但當網路普及、頻寬達到一定要求之後，透過網路同步播放廣播內容，使廣播內容除既有之廣播播放功率所及之地域外，可以透過網際網路服務全世界的聽眾，即屬數位匯流下的常態。以國內播放古典音樂著名的台北愛樂電台爲例，原先其播放功率僅可在北台灣收訊，若住家附近障礙較多，也無

問題，確實收訊不佳時，即會出現無訊號之畫面。

5 See, Digital Broadcast Television Redistribution Control, http://www.corante.com/importance/archives/cat_broadcast_flag.php, 2009/2/24 visited.

6 按 Broadcast Flag（廣播標籤）是一種識別及限制散布的技術，其主要運作之方式乃是在數位廣播之接收設備上設計防止重製、散布的科技，若是廣播業者於其數位廣播內容加上 Broadcast Flag，經數位廣播接收設備於接收訊號時同時判別是否含有 Broadcast Flag，若有，即會禁止使用者將其所接收之數位廣播內容另行重製或散布，甚至亦可能限制使用者僅能以特定之設備讀取。

7 See, Declan McCullagh, Court yanks down FCC's broadcast flag, http://news.cnet.com/Court-says-FCCs-broadcast-flag-is-toast/2100-1030_3-5697719.html, 2009/12/20 visited. 該案判決可於下述網址取得：http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200505/04-1037b.pdf, 2009/12/20 visited.

法順利收聽，但透過網際廣播的方式，不但全世界的使用者都有機會收聽到電台節目，也無須擔心收訊不良的問題。然而，因此引發的問題即爲透過不同科技傳播相同著作時，著作授權的問題如何處理？是否需要額外取得其他授權？對於地理區域上重複的使用者，是否有重複收費之問題？

當然，還有許多科技匯流的現象，例如：網路上也存在隨選播送的電子書、電影、電視節目等，這些傳統上透過個人電腦存取的內容，在數位匯流的趨勢下，除了透過電視機之外，亦可能透過手機、車用設備或其他讀取設備接收；網路世界流行的 P2P 技術，亦已被用來提供 P2P 電視節目，例如：Skype 創辦人所開創的高畫質 P2P 網路電視軟體－Joost、中國大陸知名的 PPS 網路電視[8]等，不但可提供隨選視訊，亦可提供同步直播服務。這類跨科技別的著作利用，對於著作財產權人、內容製作廠商、服務提供廠商等，在產業競爭、著作授權規劃及市場需求等層面，都面臨相當大的挑戰[9]，而著作權法制面是否提供適於廠商發展的授權機制，則是數位匯流發展的關鍵因素。

三、著作以跨產業別之方式利用

行政院公平交易委員會對於四 C 事業跨業經營行爲之規範說明[10]提及，「隨著通信網路及數位技術的高度發展，通訊、傳播及資訊科技的匯流發展成爲未來趨勢，配合自由化、法規鬆綁及解除管制理念的逐漸落實，將進一步引發電信、有線電視、電腦網路、電子商務等四 C 事業的跨業經營及互相競爭。四 C 事業的跨業經營主要型態可概分爲「跨業擁有」（cross-ownership）及「整合服務」（joint provision）兩類。……「整合服務」則爲事業透過既有

---

8 PPS 網路電視公司透過網路提供 PPStream 這套 P2P 影音傳輸軟體免費下載，安裝該軟體後即可透過 P2P 技術與其他使用者共同傳輸其所選擇之節目內容。而除電影、電視劇、教學節目之外，該公司亦與電視台合作提供同步電視新聞、體育賽事的播送服務，詳請參閱該公司網站（http://www.ppstream.com/）之說明。

9 事實上，中國大陸於 2007 年即發生首起 IPTV 之訴訟案，北京星傳影視文化傳播有限公司狀告上海文廣新聞傳媒集團、百視通網路電視技術發展有限責任公司以及杭州申通投資有限公司，三家公司分別爲 IPTV 執照擁有者、軟硬體提供廠商及服務提供廠商，北京星傳影視文化傳播有限公司認爲該公司就法國電影決戰帝國擁有 PPV（單次付費點播權），認爲透過 IPTV 播放該電影侵害該公司之權利。請參見，黃婕，我國首例 IPTV 知識產權侵權受理 上海文廣涉案，南方報業網-21 世紀經濟報導 2007/11/20，http://tech.tom.com/2007-11-20/06LL/14114447.html, 2009/12/20 visited.

10 請參閱，http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=213&docid=277, 2009/12/20 visited.

的基礎網路、服務、技術或經營知識，提供原本是屬於另一個市場範疇的服務，例如電信業者利用其電信網路提供隨選視訊服務（video-on-demand），或者有線電視利用其有線電視網路所提供的纜線語音電話服務（cable telephony）或纜線數據機（cable modem）寬頻接取服務。…」

由產業面的角度來觀察，語音（電信）、數據（網路）、廣播（廣播、電視）透過寬頻網路整合在一起，乃是數位匯流的重要特色，此即前述之「整合服務」。由著作權的角度觀察，數位匯流所帶來之整合服務，將使傳統之廣播、電視內容，除透過類比或數位廣播方式繼續對外提供之外，新增透過寬頻網路提供予用戶之方式（例如：網路廣播、IPTV 等），而網路內容亦可透過數位機上盒（Digital Set-Top-Box, DSTB）由客廳的電視機讀取、播放等。這樣跨產業、跨科技的整合服務提供，勢將使不同產業加速整合並加劇產業間之競爭，但有關著作授權利用、侵權處理等問題，將成爲數位匯流相關產業整體須共同面對的問題。

舉例言之，諸如 YouTube 等影音平台上，存在有許多使用者自電視節目截取之侵權內容，若這些侵權內容無法在網路產業端有效處理，而技術上又可透過機上盒直接在家庭內透過電視機播放，這類侵權式的免費內容將會引起許多電視台的疑義[11]，而頻寬不斷提昇及廣播電視數位化的結果，又將使品質更佳的節目內容得以透過網路提供（例如：數位有線電視業者播送 HD 節目，用戶透過數位錄影機錄製後，再將數位檔案透過 P2P 在網路上分享），再進一步侵蝕既有的廣播、電視之廣告市場，這種單向、失衡的市場發展，最後將使著作財產權人更不樂意將其著作授權於數位廣播或網路使用，或是既有的網路爭議將更加對立衝突，皆非著作權法制發展之正常狀態。

肆、我國數位匯流相關發展簡介

一、廣播電視數位化

廣播電視數位化[12]最大的改變來自於廣播頻道改播送壓縮後的數位訊號，可使一個類比頻道播送四個或更多數位頻道的節目或是一個高畫質（High

---

[11] 請一併參考，台灣通訊傳播產業協進會，日本無線電視事業對網路影音服務的態度與因應之道，http://blog.yam.com/tcia/article/13987916, 2009/12/20 visited.

[12] 有關數位電視的部分，太平洋直播衛視於民國 88 年 11 月 22 日正式開播，開啓我國邁入數位直播衛星電視的新時代，但此部分國內訂戶較少，故暫不予特別介紹。

Definition）的節目[13]。故除技術上數位訊號不會出現如類比訊號因傳遞過程而有品質衰退之現象外，有關廣播、電視節目內容之質與量的提昇，亦是國家推動數位電視之主要政策考量，以下即分別針有無線數位電視、無線廣播及有線數位電視加以說明：

(一)無線數位電視

我國無線數位電視自民國 86 年開始推動，90 年由行政院所推動「挑戰 2008 計畫」中之子計畫—「數位娛樂計劃」，乃以推動廣播、電視及電影數位化發展之主要目標，以達成規格化的數位標準、優質化的影音效果、多樣化的節目內容。傳輸標準採取技術中立電視學會於 90 年 6 月 8 日決定採 DVB-T 標準，91 年 5 月 31 日，台灣西部地區四個發射站開播，由五家輪流採取與類比系統同步播出方式，播放數位電視節目，92 年 4 月底東部地區三個發射站系統開播。無線數位頻道之分配爲台視：CH31、CH32、中視：CH24、CH25、民視：CH28、CH29、公視：CH26、 CH27、華視：CH34、CH35[14]。消費者只要透過無線電視接收設備，即可觀賞無線數位電視節目，連同與類比訊號相同之節目，共有 15 台。據報載交通部已完成「無線數位電視釋照」規劃案送行政院審議，將於 2010 年再度開放 5 個無線電視數位頻道及 2 個全區行動數位電視執照[15]。

至於與無線數位電視相關之產業，則可參考社團法人台灣數位電視協會所製作之「產業芳鄰」之圖表，茲提供如下：

---

13 以電視節目爲例，HDTV (High Definition TV)掃瞄線爲 1080 條，SDTV (Standard Definition TV)，掃瞄線爲 480 條，二種皆屬數位電視畫面規格之一，但所佔用傳輸「頻寬」相差甚多。

14 請參閱，社團法人台灣數位電視協會，無線數位電視 Q&A，http://www.dtvc.org.tw/2-4.htm, 2009/12/20 visited.

15 請參考，NOWNews，真要官逼民反？行動電視 5 家變 2 家！試播業者不排除提國賠，2009/11/23，http://www.nownews.com/2009/11/23/11490-2536572.htm, 2009/12/20 visted.

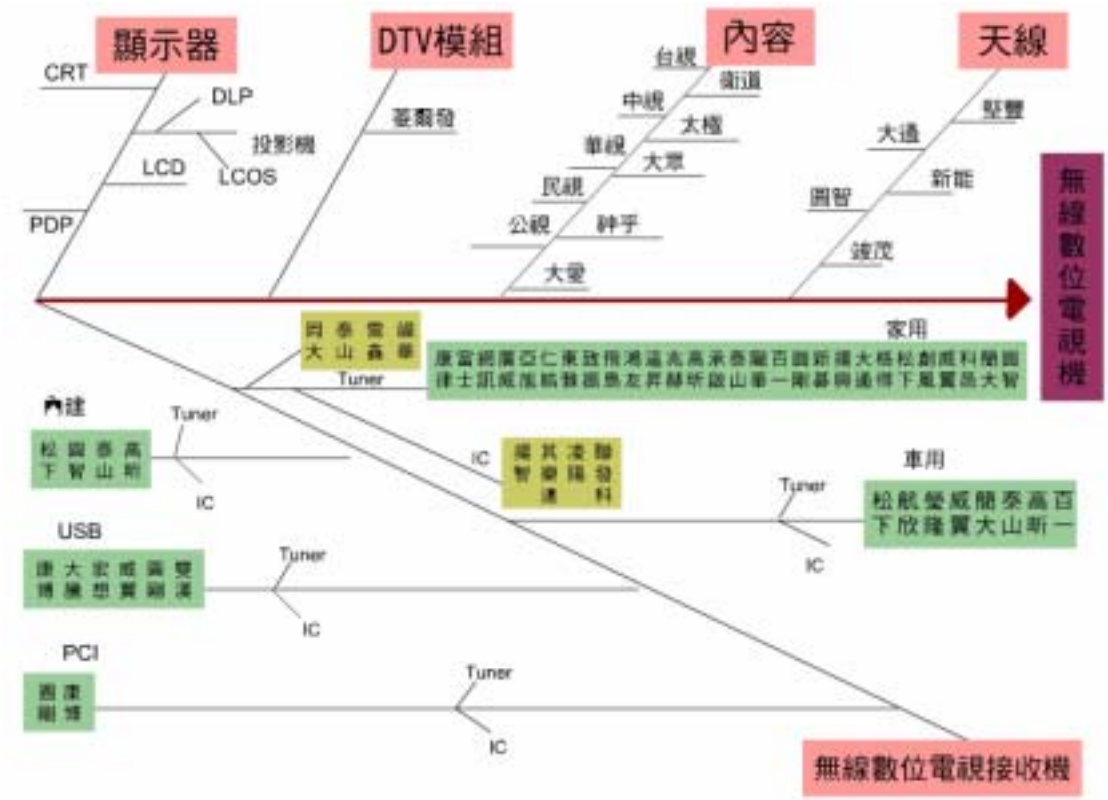

圖 2-2 無線數位電視產業芳鄰圖（社團法人台灣數位電視協會製作）

資料來源：http://www.dtvc.org.tw/4-1.htm

(二)無線數位廣播

數位廣播（Digital Audio Broadcasting, DAB）是運用數位壓縮技術及傳輸技術將播音訊號傳輸出去的廣播系統，使得這些數位音源訊號在傳輸過程中能夠原音重現，而不會像過去傳統類比訊號容易受傳輸過程的各種干擾而產生失真現象。我國自民國 89 年 3 月交通部公告開始進行數位廣播試播實驗，信號標準採用歐規 Eureka-147 系統。試播之頻率如下：

1.全區：中國廣播公司（10D：215.072MHz）、福爾摩莎電台（11D：222.064MHz） 及優越傳訊數位廣播公司（11C：220.352MHz）。

2. 分區：北區有台倚數位廣播公司（10B：211.648MHz）及寶島新聲廣播電台（10C：213.360MHz）；中區：從缺；南區：好事數位生活廣播電台（10C：213.360MHz）[16]。

[16] 請參閱，國立教育廣播電台，廣播節目製播原則，http://www.ner.gov.tw/index.php?code=list&flag=detail&ids=37&article_id=1084,

惟依據國家通訊傳播委員會所公布之資料，原獲得無線數位廣播執照之台倚數位廣播公司、優越傳信數位廣播公司、福爾摩沙電台、好事數位生活廣播電台，因架設規模未達標準遭廢止，而中國廣播公司數位廣播電台亦因在規定期限內未取得許可執照，故已依法予以廢止，故目前數位廣播電台僅剩寶島新聲廣播電台股份有限公司。

(三)有線數位電視

我國有線電視數位化之推動，早期由於涉及有線電視訂戶須另外增添較高價之數位機上盒（Digital Set-Top-Box, DSTB or STB），且有線電視系統業者須另行投入數位化光纖、頭端設備等建置之高額成本，再加上有線電視資費採高度管制，僅能收取固定費用，故自 2002 年終身學習法[17]通過後，方開始有小規模提供有線電視用戶須另行付費之數位內容加值服務[18]。而全面性地有線電視數位化，直至今年（2009 年）凱擘、中嘉、台灣寬頻通訊、台灣大寬頻等有線電視多系統經營業者（MSO）才陸續開始積極推動數位電視服務，逐漸協助客戶升級數位電視服務，其驅動力則來自於支援高畫質的液晶電視逐漸普及，但國內普及率超過 80%之有線電視[19]及無線數位電視皆未提供高畫質節目，故透過有線數位電視播送高畫質（HD）節目即成爲 MSO 吸引消費者之競爭利器。

有線電視數位化後，單一類比頻道變成可播送四至六個相同節目品質之數位頻道，亦可提供高畫質之數位節目播送，故洽談各類節目供應、提供各種多元頻道組合收費、搭售 Cable 上網等，成爲 MSO 競逐市場的主要活動，而結合數位錄影機（Digital Video Recorder or Personal Video Recorder）功能之數位機上盒，配合數位電視之電子節目表服務，提供消費者更便利之收視選擇，更是吸引消費者選用數位電視服務之重要關鍵。惟國內有線電視業者除

2009/12/20 visited.

17 終身學習法第 15 條第 2 項規定，「爲促使終身學習傳播管道普及化，對於電視、廣播、網際網路、平面等相關媒體積極參與終身學習節目或內容之製播、製作，或提供一定時數或排定時段，免費或低價提供播放各類終身學習節目者，政府應酌予經費補助或公開獎勵；其補助或獎勵辦法，由中央主管機關定之。」使得有線電視業者得以爭取在固定的基本費率之外，另行增加其他付費節目之空間。

18 請參閱，塗能榮，數位電視發展趨勢與推廣策略之研究－以台灣五家無線電視台爲例，世新大學碩士論文，頁 112-114。

19 張美娟，國內有線電視發展數位電視服務經營策略之研究，台灣師範大學碩士論文，頁 24。

因前述費率管制之因素意願不高外，尚有數位機上盒價格較高、高品質電視節目需求不大，在近期始因成本下降、LCD 電視逐漸普及而有所進展，惟推動時間尚短，目前各家 MSO 之數位電視用戶普及率皆相當低[20]。

二、網路廣播電台

網路廣播（Internet radio）爲透過網際網路播送廣播音訊內容予網路使用者（亦稱爲 Web Radio、Webcasting 等），因爲透過串流技術即時壓縮並對公眾提供音訊並不困難，頻寬需求亦不高，故自西元 1994 年 11 月 7 日起美國 WXYC 廣播電台首度透過網際網路播送廣播音訊內容後[21]，各國廣播電台都紛紛跟進，在美國更引發網路廣播是否應另行支付權利金爭議[22]。因美國對於網路電台利用音樂及錄音採取特殊之法定授權制度（主要爲著作權法第 112 條及第 114 條規定），故每隔幾年都會上演網路電台與權利人團體間有關授權費率的大戰[23]。

目前我國網路廣播電台的服務提供模式相當特殊，並非由廣播電台以其自己之設備及網路播放網路廣播節目，多是透過與中華電信公司合作，由中華電信公司自行接收各合作電台之廣播訊號後，透過 hiChannel 免費提供予網路使用者聆聽。但此究竟是中華電信公司之服務，亦或是各廣播電台之服務，將涉及有關著作授權問題，未來恐將是權利人團體洽談網路廣播利用音樂、錄音等著作時，應向誰收取權利金時，可能產生爭議之所在。

另值得注意的是，據本研究之觀察，我國目前亦無獨立之網路廣播電台，現有之網路廣播電台（指依節目表線性播送）均爲既有之廣播台電透過網路提供其既有廣播節目內容之同步播送，此或許係由於我國網路廣播之市場相對較小，相關音樂授權問題又較爲複雜之緣故。

---

20 據媒體報導，凱擘是台灣中最早推出數位化服務的 MSO，超過 110 萬個有線電視用戶數中，已經有 5 萬用戶開始採用數位化服務…TBC 今年 3 月推出有線電視數位化服務，每個月淨增加 2,000 個用戶，目前數位電視用戶數達 1.4 萬戶。請參閱，經濟日報，機上盒商機 百一鴻海樂，2009/06/23，http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_MAIN_ID=315&f_SUB_ID=2928&f_ART_ID=200360, 2009/12/20 visited.

21 請參閱，Wikipedia 有關 Internet radio 條項之介紹，http://en.wikipedia.org/wiki/Internet_radio, 2009/12/20 visited.

22 請參閱，章忠信，網路廣播應付費給錄音著作之著作權人，http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=71, 2009/12/20 visited.

23 可一併參考，經濟日報，版稅戰落幕 美網路電台業現生機，2009/07/09。

圖 2-3 中華電信 hiChannel「廣播」服務頁面

圖 2-4 中華電信 hiChannel「廣播」服務點選愛樂電台之頁面

圖 2-5 愛樂電台網站有關網路廣播頁面

三、IPTV

(一)IPTV 之定義與類型

IPTV（Internet Protocol TV）是指一種可以經由網路基礎建設（Network Infrastructure）與利用網際網路協定（Internet Protocol）向使用者提供的服務（Service），通常 IPTV 營運業者會經由寬頻網路連結（Broadband Connection）向使用者提供 IPTV 服務[24]。而其中有關「服務」之部分，基本上可大致區分爲內容廣播服務（如依節目表播放的電視廣播服務 TV Broadcasting Services、實況運動賽事轉播、即時新聞廣播、與一般有播放時程安排的廣播服務等）與隨選服務（如隨選電影播放服務 On-Demand Films、隨選新聞 On-Demand News、或隨選運動賽事 On-Demand Sport Events、影音多媒體下載服務、或與一般由使用者決定播放時程的服務等）[25]。因此，廣義地來看，幾乎透過網路提供視訊服務者，皆可稱之爲 IPTV 服務。

惟亦有認爲 IPTV 應與 Internet TV 嚴格區分者，IPTV 所稱之 IP (Internet Protocol)，並非指一般使用者得透過網路連結至視訊內容，而限於透過安全、緊密控管之網路，以達到提供較好的影視服務，而將 IPTV 與 Intetnet TV 當

24 請參閱，工業技術研究院，IPTV 新興商業模式與管理之研究期末報告，頁 1。
25 請參閱，前揭註，頁 5。

作二個完全不同的服務模式[26]。本研究認為此區分方式與我國網路電視管控之架構相同，目前 NCC 對於 IPTV 要求播送業者須取得播送平台執照，而 Internet TV 則屬一般網路加值服務，無須取得任何執照，以下雖將二者一併介紹，但其後討論有關 IPTV 之問題時，均為狹義之 IPTV，特此一併說明。

以下則舉國內較具代表性的業者加以說明。

(二)中華電信 MOD

中華電信 MOD（Multimedia on Demand）[27]於 2004 年 3 月正式開播，服務內容為電視頻道及 VOD。其中電視頻道之部分，屬於前述之內容廣播服務，須取得有線電視經營執照，但因黨、政、軍退出媒體之故，原由中華電信自行經營之 MOD 大電視服務，轉為開放性平台，內容由營運商提供。國家通訊傳播委員會(NCC)於 2007 年 5 月與中華電信公司正式簽定行政契約，宣告 MOD 轉型為開放性平台，並繳回有線電視系統業者執照。

目前中華電信 MOD 平台透過節目供應商所提供之電視節目頻道包括：免費收視之頻道（台視、中視、華視、民視、公視、客家電視、原住民電視、

---

26 茲就狹義之 IPTV 特色摘錄如下：
IP-TV is a carrier-led and controlled platform. There is a physical carrier that has physical pipes and infrastructure that it operates and controls. The consumer interacts directly with that operator/carrier.
As such this is an end-to-end system or semi-closed network (infrastructure is all within the carrier environment, and cannot be normally accessed to the Internet as a whole. Further to this, the deployment infrastructure and devices to access it are all managed and operated by the IP-TV carrier).
IPTV is definitely a massive connectivity infrastructure upgrade to be deployed over a number of years, and which underlines major changes and upgrades to connectivity, transport and delivery devices both on the operator environment as well as on the consumer side.
IPTV approach is a fundamentally geographically-bound approach. This is mainly due to the fact that the deployment infrastructure is based in regions and in neighborhoods connected to consumer premises (users homes). User experience is also bound to their living rooms and set-top boxes. Local regulations and policies further influence and limit IP-TV to be a strongly geographically-bound model.
IPTV will offer essentially the same product and programming offered by digital cable and satellite providers. Similar on-demand and pay per view products probably with some extra integration with voice, and different pricing.
See, IPTV vs. Internet Television: Key Differences, http://www.masternewmedia.org/2005/06/04/iptv_vs_internet_television_key.htm, 2009/12/20 visited.

27 中華電信 MOD 網頁就其服務介紹如下：中華電信 MOD 是中華電信推出的多媒體內容傳輸平台服務，透過雙向寬頻網路（如中華電信 ADSL 非固定制及光世代網路），將電視頻道、隨選電影與連續劇等多樣內容，透過 MOD 機上盒呈現在家中原本的電視機上。

大愛等）、付費點選內容之非鎖碼頻道（以各種付費套餐之方式供用戶選擇）、付費點選內容之鎖碼頻道（多爲成人付費頻道）[28]。

另因中華電信公司所提供之 MOD 機上盒亦支援 VOD、線上卡拉 OK、互動遊戲等，故 MOD 用戶亦可透過家用電視機使用上架於 MOD 平台之各類網路服務，惟此並非連結至網際網路，而是在中華電信公司提供 MOD 服務之網路伺服器，故任何互動式服務要透過 MOD 機上盒使用，均須與中華電信公司另行簽約始得由中華電信公司將其服務上架，與一般數位電視機上盒標榜使用者可以透過機上盒連結至網際網路從事相關網頁之瀏覽或網站電子商務服務之使用不同。

圖 2-6 中華電信 MOD 網站首頁

(三)網路寬頻影音服務

國內業者除了中華電信同時提供 MOD 平台（包含如無線或有線電視業者一樣，按節目表播放之電視頻道及隨選內容）與寬頻影音服務（hiChannel，請一併參閱前開圖 2-2，爲隨選影音服務）之外，許多網路服務提供者亦提供寬頻影音服務，透過 VOD 之技術與較廉價的頻寬成本，提供其使用者隨選的

[28] 中華電信 MOD 頻道介紹，http://mod.cht.com.tw/MOD/Web/content/channel.php, 2009/12/20 visited.

電視影集、電影等服務，包括：Seednet、yam 天空、I'm TV 等業者。

目前這類寬頻影音服務，除部分是免費觀賞之外，多數是以隨選付費、月費制等方式向訂戶收取費用，內容則多為電視已播出過之熱門節目、影集或是已自院線下檔之電影為主，也有許多以宣傳為主之 MV、電影或電視影集廣告等。

圖 2-7 Seednet 寬頻電視服務首頁

圖 2-8 yam 天空寬頻電視服務首頁

圖 2-9 I’m TV 服務首頁

(四)PPS 網路電視

PPS 網路電視（http://www.pps.tv/）[29]與前述由網路業者提供之寬頻電視服務不同，其乃是透過 P2P 技術進行電視節目之播放，使用者須先下載 PPStream 軟體，此軟體爲具有於下載同時播放影音檔案功能之 P2P 軟體，PPS 公司會先將各種電視節目、電影、運動賽事即時轉播等內容，製作爲可供 PPStream 軟體讀取之格式供使用者下載（事實上，有許多是以使用者名義提供分享），惟因 PPStream 軟體具有 P2P 下載及分享之功能，故使用者於下載、閱聽某一電視節目時，亦同時分享予其他欲下載、閱聽該電視節目之使用者，故亦可形成同時下載、閱聽者愈多，下載、閱聽之電視節目品質愈高，且因利用使用者之頻寬提供下載之故，PPS 公司無須如提供寬頻電視服務之業者，須購買或提供大量頻寬供其使用者下載之用。

此種 P2P 網路電視之服務提供模式，因爲許多影音內容並未取得授權即行播放，著作權爭議相當大，然則，可以預見因其經營硬體成本低，而影音品質又與網路業者所提供隨選視訊品質相當，勢將直接對於中華電信 MOD

29 PPS 網路電視架設於中國大陸，但因其採取目前最熱門之 P2P 技術進行網路電視播放，台灣使用者亦多，故一併予以介紹。可一併參閱，天下雜誌 425 期，中國最火影音網站 PPS 總裁徐偉峰 每天抓住兩千萬人眼球，http://www.cw.com.tw/issue/news/20090707/1-1.jsp, 2009/12/20 visited.

或是 Seednet、yam 天空、I'm TV 等業者之影音播放服務產生衝擊。

圖 2-10 PPS 網路電視服務首頁

四、網路音樂服務

隨著 Kuro、ezPeer 等業者侵害著作權爭議因和解而落幕，國內網路合法音樂聆聽、下載市場經營開始漸有起色，目前市場上 KKBOX 及 ezPeer+是使用者較多之網路音樂服務廠商。以下即以 KKBOX 爲例，介紹國內網路音樂服務提供之現況。

使用 KKBOX 服務須先下載其專屬之音樂管理及播放軟體進行安裝，開始 KKBOX 軟體並登入會員帳戶，即可連線至 KKBOX 伺服器搜尋、聆聽音訊檔案及 MV、瀏覽歌詞等，部分音訊檔案並提供下載服務，使用者下載之音訊檔案爲經過加密之數位格式，僅得使用 KKBOX 軟體進行播放，爲便於使用者於其隨身設備播放，並提供得於三台不同電腦（或數位設備）下載之功能。同時，並設定逾七日未連線登入 KKBOX，將於開啓 KKBOX 時自動要求連線登入，以便重新取得授權許可。且限於維持 KKBOX 正式會員身分期間內可以離線聆聽，一旦會員身分過期，所下載回來之歌曲檔案也會隨之過期而無法使用。

圖 2-11 KKBOX 軟體操作主畫面

五、網路影音分享平台

網路影音分享平台，例如：YouTube、無名影音等，乃是近年來非常熱門的網路服務，也是數位匯流的重要現象。使用者上傳網路影音平台分享之影音資訊，可能是完全自製之影音內容，例如：利用數位攝影機自行拍攝的影片，可能是僅使用他人之音樂，例如：錄製自行演唱流行歌曲之影音上網分享，可能是電視節目，可能是卡通動畫，可能是電影片段等，這些由使用者自行上傳的影音內容，多數都是因爲數位化產製、傳播、利用等設備的普及，而使得使用者得以低成本之方式生產、取得、利用，甚至因其即時分享之特性吸引網友隨時瀏覽、上傳影音，更進一步推動各式手持設備、3G 或 3.5G 等行動通訊產業發展之關鍵服務。

然而，由著作權法的角度來觀察，每天成千上萬影音資料的上傳，對於平台業者而言，即令伺服器效能或網路寬頻可以負荷，除非音樂、錄音、視聽著作等業者可以合作提供可供比對之所有著作之特徵資料庫，由平台業者於上傳前或上傳後進行特徵比對，否則，確實很難期待平台業者有能力可以

逐一辨識、控管大量影音資料之分享，即令透過如美國 DMCA 或我國新增第六章之一網路服務提供者民事免責事由之規範，提供著作財產權人可以快速通知、移除涉及侵權之影音資料，面對如此龐大之資料量及不斷重複上傳之侵權問題，很難期待著作財產權人之利益可以獲得完整保護，更不用說未來若 P2P 技術更爲成熟、穩定時，此類影音分享平台可能根本會遭到 P2P 之影音分享平台的取代，而著作財產權人連希望透過通知、取下等程序處理侵權問題都有困難。

圖 2-12 無名小站影音首頁畫面

圖 2-13 YouTube 台灣網站首頁畫面

此外，此類影音分享平台，並非皆爲使用者所自行上傳之影音內容，亦有與電視、電影業者合作者，國際上最知名者即爲 Hulu.com，由 NBC 環球(NBC Universal)及新聞集團(News Corp)合資，於 2008 年 3 月上線，主要影音內容來自專業的影音製作公司或團隊，目前爲美國僅次於 Youtube 之第二大線上影音網站[30]。依據拓墣產業研究所(TRI)指出，此類線上影片分享網站之觀賞數已達 214 億次，平均每人觀賞分鐘數已達 457 分鐘，顯然已經成爲網路使用者網路利用活動的重心所在，值得吾人重視。

圖 2-14 拓墣產業研究所整理之線上影片統計數據

六、行動通訊應用

數位匯流除數位廣播、電視以及網路影音之應用外，各種行動通訊應用乃是相關業者最積極發展之服務，隨著國內行動通訊業者 3G 或 3.5G 基地台之建置日漸普及，因下載頻寬之擴增使得行動通訊應用更是日新月異。

目前行動通訊應用大致分成二個部分，一個是網際網路相關服務透過行動通訊設備使用；另一部分則是透過連結至行動電信業者封閉式之伺服器使用由行動電信業者或其供應商所提供之服務。前者可簡單與前述網際網路相關服務等同看待，例如：可透過手機連結至 hiChannel 收聽網路廣播、播放 YouTube 影音節目等，只要硬體設備佳，幾乎大部分之網際網路相關應用均

---

30 有關 Hulu.com 之介紹與發展歷程，請參考，allen，hulu.com 傳統媒體的網路突圍，http://mypaper.pchome.com.tw/allenxu/post/1307760212/, 2009/12/18 visited.

可使用；後者則各項服務內容均須與各該行動電信業者合作始可上架供消費者使用，例如：圖鈴或動畫下載、手機遊戲、手機下單、行動電視、數位內容等應用服務，此外，尚有結合傳統行動通訊之來電答鈴服務等。

圖 2-15 中華電信 emome 行動生活網站畫面

圖 2-16 遠傳行動網網站畫面

伍、結語

2009 年 9 月間台灣大哥大公司宣布以 5.89 億股庫藏股，相當 15.5%股權以及 4 億餘元現金對價，約 328 億元合併凱雷集團旗下系統商凱擘（前東森）及承接約 240 億元負債，合計花費約 568 億元取得凱擘 110 萬用戶與東森電視 10 個頻道代理權，將成爲有線電視系統台龍頭[31]，對於國內產業數位匯流發展再立一里程碑，相較於中華電信公司推出 MOD 服務給予產業界的衝擊，應不遑多讓。

由著作權法制發展的角度來觀察，是否也有跟上產業界有關數位匯流的發展呢？事實上，爲因應加入世界貿易組織及數位環境的來臨，我國著作權法自 1998 年起陸續進行多次修正。著作權法多次修法之出發點，除前述爲符合國際條約規範之目的外，主要是因應網際網路這個新興的著作傳播、利用的科技，對於社會上著作流通、利用對於著作權人所造成之衝擊，故側重於著作權人權益保護面之修法，諸如：新增公開傳輸權、權利管理電子資訊的保護、防盜拷措施的保護等。

若以 1993 年美國副總統高爾提出國家資訊基礎建設藍皮書（The National Information Infrastructure: Agenda for Action）引發各國競相投入以網際網路爲主之國家資訊基礎建設爲網際網路此一科技對著作權法制衝突之開端，迄今亦已超過 15 年，但網際網路所引發之著作權爭議仍未獲得適切解決，其中，最主要之原因即來自於數位與寬頻二大因素所造成之數位匯流趨勢，並非單純考量網際網路新的著作利用科技所能解決。回顧過去著作權發展史，無論是廣播、電視、錄音機、錄影機、影印機等科技，對於社會上著作利用的影響都限於小部分之產業，未曾有如數位匯流如此全面性地影響。

綜合前述有關數位匯流之定義、特性、現象及產業發展狀況的說明，本研究認爲若欲了解著作權法制面臨數位匯流環境是否已爲適當之調整，應以「影音」此種較爲複雜之著作內容，就其在數位匯流環境及我國現行著作權法制下所可能面臨之問題與其解決方案作爲研究之重點。

---

[31] 請參考，蘋果日報，台灣大 568 億收購凱擘，2009/9/17，http://tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/31947031/IssueID/20090917, 2009/12/20 visited.

第三章 數位匯流與著作權法制

本研究對於數位匯流有關產業及著作利用發展之觀察已如第二章所述，本章主要內容即在將第二章所觀察到之數位匯流之特性及著作利用概況，與我國著作權法可能產生之爭議進行初步探討。由於數位匯流主要涉及的議題偏向相關產業之著作利用，本研究亦非欲對於著作權法制進行結構性之整體研究，爲便於討論焦點集中，茲分別就著作種類與著作財產權連結衍生議題、公開傳輸權與公開播送權個別獨立所衍生議題、數位匯流產業發展所涉著作財產權授權利用議題及數位匯流所涉著作財產權限制議題進行分析，最後則就本研究認爲數位匯流環境下，著作權法制應採取促進著作流通利用之立法政策一併進行討論。而針對與數位匯流相關，但又涉及通訊傳播法規，且較具獨立性之議題，則將於第四章進行討論。

壹、著作種類與著作財產權連結衍生議題

隨著數位科技普及應用，許多著作由創作到散布、利用，都以數位化的方式存在或呈現，在這種數位匯流的趨勢下，「特定著作種類」通常以「特定方式」利用此種著作種類與著作利用科技的藩籬早已不復存在，複合多種著作類型的著作產品，例如：多媒體電子書、電腦遊戲、網站內容等，以及多元管道之著作利用，乃是現今數位匯流社會著作創作、利用的主流。針對此種趨勢，除著作利用人面臨如何取得完整的授權問題外，著作權人也面臨著作財產權之保護是否足夠及究竟應如何行使權利之困擾。

我國著作權法雖對著作採取例示規定，但在著作財產權的規範方面，則又有部分公開利用的權利與特定著作種類連結。即僅特定種類之著作，始享有特定之著作財產權。此種立法雖亦參考其他國家立法例而來，或許過去並未有太多的疑義，但誠如本研究於前述數位匯流之著作利用環境觀察結果，既然複合多數著作種類於單一著作產品及多元科技利用已成爲趨勢，此種立法方式是否妥適，即值得吾人檢討。

本研究選擇「著作種類」與「著作財產權」連結最緊密—對現場公眾之無形利用權能，包括：公開口述、公開上映及公開演出權作爲討論主軸，並提出現行著作權法將著作種類與著作財產權連結時可能產生解釋上之疑義，分別就日本、德國及法國有關著作種類及著作財產權之立法例進行分析，進

而釐清我國著作權法前開疑義是否係立法有缺漏或其他因素導致該等疑義之產生，最後則提出可能改善之方向供讀者參考。

一、著作財產權連結著作種類產生之問題

我國著作權法有關著作財產權之規定，除去有關表演人保護之特殊規定，著作財產權與著作種類連結的規定如下：

1.第 23 條，「著作人專有公開口述其語文著作之權利。」

2.第 25 條，「著作人專有公開上映其視聽著作之權利。」

3.第 26 條第 1 項，「著作人除本法另有規定外，專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。」

4.第 27 條，「著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利。[32]」

由於著作財產權亦具有「法定主義」[33]的特性，即法律所未規定者，即屬未賦予著作財產權人之權利範圍，在此脈絡下，我國現行立法體例在解釋上即可能產生下述幾個問題：

(一) 不屬於例示之新型態著作，是否可享有「公開口述」、「公開上映」及「公開演出」之權利？

著作權法第 5 條所列之著作種類，僅爲「例示」而非「列舉」，故只要「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，仍應屬於受著作權法保護之著作。但若其非「語文著作」，則無法律之依據得主張「公開口述權」；其非「視聽著作」，則無從主張「公開上映權」；其非「語文、音樂或戲劇、舞蹈著作」，則無從主張「公開演出權」。故若未來確有新型態之著作種類，無法歸入既有之例示範圍時，則勢將面臨無從主張上述權利之困境。

---

32 按公開展示爲著作之原件或重製物之「有形」利用，惟其與特定著作種類連結，故一併提出，惟本研究仍限於討論著作「無形」利用之權能。

33 我國著作權法並無「法定主義」相關之條文，主要支持之論述應源自著作財產權性質屬「無體財產權」，屬於一種「準物權」或「類似物權」，故依著作權法第 1 條後段「本法未規定者，適用其他法律之規定。」配合民法第 757 條：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」初步可獲得著作財產權非依法律明定，不得創設之結論。請參考，羅明通，著作權法論 I ，第七版，頁 445。至於涉及刑事責任時，則又另可依據「罪刑法定主義」，於判斷是否構成侵害著作財產權之刑事犯罪時，限於法律所明定者。

然而，亦並非僅有新型態之著作有此問題，舉例而言，某教授電腦程式撰寫課程之教師，在課堂上將他人所撰寫的電腦程式以朗讀的方式逐行講述，此時，是否涉及著作財產權的侵害？若採著作財產權法定主義，則應認爲電腦程式之公開口述，非屬受法律保護之權利範圍，並無侵權問題。但就國際公約及其他各國立法例，是否有違反國際公約或有保護不足之情形，即值得討論。

(二) 視聽著作內含之其他著作於視聽著作公開上映時，可否主張任何權利？

視聽著作可說是最早面臨多數著作人與多數著作複雜性整合需求的著作表現型態，因此，「電影著作」在許多國家都設有特別的條文，以避免電影著作因著作權複雜整合需求，導致無法順利進行後續利用的困擾。我國著作權法目前並未針對「視聽著作」之著作權歸屬或利用設有特別的規定，委諸於第 11 條（受僱人職務上完成之著作）與第 12 條（出資聘人完成之著作）由導演或製作公司等透過契約約定方式處理。然而，此即產生當視聽著作對外利用時，就利用人而言，並不清楚該視聽著作內所使用他人之語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之狀況，若於視聽著作公開上映之同時，亦構成語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之公開演出，則將使如電影院等公開上映之被授權人，面臨須向不確定之著作財產權人取得授權之風險。

依據經濟部智慧財產局現行之解釋，視聽著作所使用他人之語文、音樂或戲劇、舞蹈著作，不得於視聽著作公開上映時，另行主張公開演出權[34]，但

---

[34] 中華民國 97 年 08 月 11 日智著字第 09700068960 號函釋：「……公開上映爲視聽著作著作財產權人專有之權利，於公開上映視聽著作時，該視聽著作內之音樂著作或錄音著作之著作財產權人，尚不得就上述行爲另行主張公開演出權，因此尚不致發生侵害視聽著作內之音樂著作或錄音著作著作財產權之問題…」；中華民國 96 年 10 月 25 日智著字第 09600094010 號：「…：在門市店頭透過液晶電視螢幕播放寶島眼鏡 CF 廣告帶供過路人觀賞，是否需要支付音樂著作及錄音著作使用報酬一節，按公共場所如係以設備播放影片，係屬公開上映該視聽著作（CF 廣告），而公開上映權爲視聽著作著作財產權人專有之權利，該視聽著作內之音樂著作或錄音著作（如插曲或襯底音樂等）之著作財產權人，尚不得就上述行爲另行主張公開演出權。…」；中華民國 96 年 03 月 22 日電子郵件 960322：「一、依著作權法（下稱本法）規定，「公開上映」係指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容。故您提到於飛機上公開上映影片之情形，應屬公開上映視聽著作之行爲，並不會因該行爲是否爲各行業之主要項

若是以公開播送之方式利用（諸如：無線電視台或有線電視台），因該等著作亦同時享有公開播送權，故公開播送視聽著作時，仍須另行支付語文、音樂或戲劇、舞蹈著作等其他享有公開播送權之著作有關公開播送之權利金。惟前開函釋意見，是否涉有違反國際公約？採取類似立法例的國家如何處理此一問題，均值得進一步研究。

(三) 複合（多媒體）著作[35]得否主張具有多種著作之特質，而主張不同之著作財產權？

以電腦遊戲爲例，電腦遊戲（無論是單機、連線或線上遊戲）因爲必須透過硬體操作、顯示，爲使其遊戲內容、功能等得以與硬體溝通、執行，因此，必然有屬於電腦程式著作的部分（包括：原始碼、目的碼等）。但電腦遊戲並不是單純由電腦程式著作構成，還有許多其他的美術、動畫、人物對話、音樂、錄音、圖形、表演等。故作爲電腦遊戲著作財產權人之遊戲業者，得否主張其動畫之部分爲視聽著作，享有公開上映權[36]，而就其電腦程式的部分，則得主張因屬電腦程式著作，故其出租權不受著作權法第 60 條規定之限制，語文之部分，則可主張公開口述權，音樂、錄音之部分，則可主張公開

目或放映空間之大小而有差別。二、又本局現階段仍維持「……被該視聽著作利用之音樂著作及錄音著作之著作權人，尚不得就上述行爲另行主張音樂著作之公開演出權及錄音著作之公開演出報酬請求權」之意見。三、以上意見係屬行政機關之見解，僅供參考。在具體個案中，就有無構成「公開演出」他人著作之行爲，如有爭議，應由司法機關調查事證予以審認。」

35 依據 Michael D. Scott 及 James N. Talbott 所著「Multimedia: Law & Practice」一書之定義認爲，任何形式的「多媒體」定義應包含五項特徵，即多數媒體(Multiple Media)、適應性(Adaptability)、分送媒體(Delivery Media)、數位性(Digital)、互動性(Interactively)。而多媒體著作則是描述數位化媒體時代的媒介特徵，其超出傳統平面靜態或動態的單一媒體形式，而成複數形式的互動多媒體著作。轉引自，蔡明誠等，多媒體智慧財產權之研究，財團法人資訊工業策進會 1995 年委託研究報告，頁 4。惟本研究考量「多媒體著作」之用語雖爲國人所習用，但其定義尚未確認，且其偏向著作所附著之媒介物特性的描述，恐影響讀者對於本研究所欲討論著作複合之特性之理解，故以下將使用「複合（多媒體）著作」作爲本研究討論之用語。至若前開報告雖同樣認爲「多媒體著作」之用語並不適切，但其建議採用「數位著作」之用語。

36 電玩遊戲著作屬性的疑問由來已久，可一併參考台(84)內著會發字第 8413424 號函釋：「復按著作權法第五條第一項各款著作內容例示第二項第七款規定『視聽著作：包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作』，所稱『電視遊樂器螢幕畫面』，是否屬『視聽著作』，應依個案依上述規定認定之…」

演出權，則值得深入了解。

以國內著作權司法實務，電腦遊戲經常被認定屬於電腦程式著作[37]，亦有認定屬視聽著作者[38]，故其應承認電腦遊戲可能同時具有多數著作特性，而可在不同之侵權個案中，依其特性而被歸類爲各該特定著作種類。然則，司法實務此種態度固對於著作權人保護相當完備，但就著作利用人而言，則處於較不利之情形，其他國家又是如何處理此種複合著作與其著作財產權的保護，確值吾人探究。

二、日本立法例介紹

(一)受保護之著作

日本著作權法[39]第 2 條第 1 項第 1 款規定：「著作物：指思想或感情以具創作性表現之物，而屬文藝、學術、美術或音樂範圍者。」同法第 10 條第 1 項有關著作物則規定如下：「若例示本法所稱著作物，則其種類大致如下：1.小說、劇本、論文、演講及其他語文著作物；2.音樂著作物；3.舞蹈或啞劇著作物；4.繪畫、版畫、雕刻及其他美術著作物；5.建築著作物；6.地圖或具有學術性質之圖面、圖表、模型及其他圖形著作物；7.電影著作物；8.攝影著作物；9.電腦程式著作物。[40]」由前開條文內容觀察，除錄音物日本著作權法是

---

37 臺灣高等法院高雄分院 95 年度上更(一)字第 305 號判決，即認定網咖安裝「魔獸爭霸 3」等連線遊戲供玩家按時計費使用，構成出租「電腦程式著作」之行爲。臺灣高等法院高雄分院 92 年度上更(二)字第 267 號判決，認定「退魔傳說」遊戲屬於「電腦程式著作」。臺灣高等法院 91 年度上易字第 3100 號，亦認定「樂園」遊戲屬於「電腦程式著作」。

38 臺灣高等法院臺南分院 90 年上訴字 1162 號於判決理由中提及：「…告訴人華義公司取得授權後，爲使國內民眾得以順利操作該套遊戲軟體，因此進行該軟體之改作，使『石器時代』各項遊戲畫面均中文化，是改作後之『石器時代』軟體，遊戲指令均以中文顯示，非屬抄襲，而將日文更改成中文復具有作者之獨特個性，已具有原創性，告訴人華義公司之改作內容既已獲得日本 SYSTEM SUPPLY 株式會社之授權，則告訴人華義公司擁有『石器時代』視聽著作之衍生著作權，應無疑義。」

39 日本著作權法日文原文可於下述網址取得：http://www.cric.or.jp/db/fr/a1_index.html, 2010/01/03 visited.

40 日文原文爲：「この法律にいう著作物を例示すると、おおむね次のとおりである。
一　小説、脚本、論文、講演その他の言語の著作物
二　音楽の著作物
三　舞踊又は無言劇の著作物
四　絵画、版画、彫刻その他の美術の著作物
五　建築の著作物
六　地図又は学術的な性質を有する図面、図表、模型その他の図形の著作物

透過著作鄰接權之方式保護，與我國係參考美國法規定將錄音物列爲錄音著作處理有所不同外，日本著作權法有關著作種類以例示方式處理，與我國著作權法之立法體例基本上相同。

(二)著作財產權

第 22 條：「著作人就其著作物專有以供公眾直接觀看或聽聞之目的（以下稱「公開」）爲演出或演奏之權利。」

第 22 條之 2：「著作人就其著作物專有公開上映之權利。」

第 24 條：「著作人就其語文著作物專有公開口述之權利。」

日本著作權法對於「公開口述」之規範，與我國相同，與「語文著作」連結。就「公開演出」的部分，依該法第 2 條第 1 項第 16 款，「演出：指以演奏（含歌唱在內，以下同）以外之方法演出著作物。[41]」前述定義中排除「演奏（含歌唱在內）」係爲配合該法第 2 條第 1 項第 3 款「表演」之定義，將演出與演奏相區隔。但無論是演出或演奏，都是屬於第 22 條之公開演出或演奏權之範圍，應相當於我國的公開演出的定義，但其並未與特定著作連結，故不限於語文、音樂或戲劇、舞蹈著作，只要得以「戲劇、舞蹈、演奏、歌唱、口頭表演、朗誦或其他方法演出者（包含未演出著作物但具有藝術性之類似行爲）[42]」，即可主張公開演出或演奏權。

就「公開上映」的部分，依該法第 2 條第 1 項第 17 款，「上映：指將著作物（被公開傳輸之物除外）公開投影於投影螢幕或其他物品者，亦包含隨上映所播出固著於電影著作物之聲音。[43]」「上映」就前開條文文義，並未限於「電影著作」，由日常用語的理解，「映写」應指電影或投影片等投影至螢

七　映画の著作物
八　写真の著作物
九　プログラムの著作物」

41 日文原文爲：「上演 演奏（歌唱を含む。以下同じ。）以外の方法により著作物を演ずることをいう。」

42 日文原文爲：「実演 著作物を、演劇的に演じ、舞い、演奏し、歌い、口演し、朗詠し、又はその他の方法により演ずること（これらに類する行爲で、著作物を演じないが芸能的な性質を有するものを含む。）をいう。」

43 日文原文爲：「上映 著作物（公衆送信されるものを除く。）を映写幕その他の物に映写することをいい、これに伴つて映画の著作物において固定されている音を再生することを含むものとする。」

幕上之行爲，但司法實務則曾有延伸至如電視遊樂器之畫面呈現之案例[44]，故諸如我國美術著作、圖形著作甚至其他著作類型，只要可以透過螢幕呈現，即屬日本著作權法有關「公開上映」之權利範圍，並非如我國僅限於「視聽著作」。

(三)問題分析

1. 不屬於例示之新型態著作，是否可享有「公開口述」、「公開上映」及「公開演出」之權利？

日本著作權法有關公開口述的部分，確實與「語文著作」連結，但就公開演出、演奏的部分，則及於所有著作（不限著作種類），其利用型態亦包括朗誦。因此，對現場公眾逐行講述電腦程式著作內容，亦可主張公開演出，應取得電腦程式著作權人之授權，而不在例示範圍之新型態著作，於其對現場公眾無形利用時，即可主張公開演出或演奏的權利，較我國著作權法之規範方式，顯然對於著作權人的保護較爲完整。

2. 視聽著作內含之其他著作於視聽著作公開上映時，可否主張任何權利？

日本著作權法有關「公開上映」的權利，並不限制電影著作物，亦包括其他種類的著作，甚至是有關電影內之音樂附隨電影播放時，亦屬音樂之公開上映，因此，並不會有如我國著作權專責機關之行政函釋，認爲視聽著作公開上映時，因其屬公開上映行爲，而音樂著作未享有公開上映權，故其無法另行主張權利之情形。

我國著作權專責機關採取前開函釋，無非是若允許音樂著作權人收取視聽著作公開上映時之權利金（無論其權利依據爲公開演出或公開上映），將造成我國現行電影院及其他公開上映視聽著作相關產業在授權取得上之困擾，這部分日本是透過集體管理團體收取權利金的方式解決。事實上，有關電影著作物所內含其他著作，大致可分成二種情形，一種是有參與電影創作過程，屬電影著作人之各種美術、動畫、攝影等[45]，依據日本著作權法第 29 條第 1

---

44 請參考，金井重彥、小倉秀夫，著作権法コンメンタール〈上卷〉1 条~74 条，頁 91。

45 日本著作權法第 16 條規定：「電影著作物除於其電影著作物中被改編或重製之小說、戲本、音樂及其他著作物之著作人外，以擔任其製作、導演、導播、攝影、美

項規定:「電影著作物之著作人與電影製作人約定由後者參加該電影著作物之製作時，該電影著作物（適用第十五條第一項、第二項或第三項規定者除外）之著作權歸屬該電影製作人。[46]」即這些參與電影創作之人，其若與電影製作人約定參與電影製作，其著作權即歸屬於電影製作人；另一種則是既存的素材，被重製或改作後應用於電影中，這些素材著作在電影被公開上映時，是否可另行主張權利？由前述對於日本著作權法有關「公開上映」之介紹可以得知，其並不限於特定著作種類，故只要性質上可以透過螢幕呈現，諸如：美術、攝影、建築等著作，應得主張公開上映，而附隨於電影之音樂播送，亦屬條文定義中之上映行爲，故於日本電影中之素材均得獨立就其被上映之行爲，主張公開上映之權利[47]。但考量電影製作之特殊性，多數利用他人既存著作作爲素材，可於電影創作過程中取得適當授權，而避免此類公開上映權利行使之問題。

3. 複合（多媒體）著作得否主張具有多種著作之特質，而主張不同之著作財產權？

日本就公開上映、公開演出、演奏權，並未與特定著作種類連結，故就如電腦遊戲此種複合著作，亦無是否可主張公開上映權或公開演出、演奏權的問題。然日本司法實務亦出現數起有名之家用遊樂器遊戲是否屬於「電影著作物」之訴訟，其起因在於電玩廠商希望對於販售類似作弊版本（例如：調整人物數值）之廠商起訴，而「電腦程式著作物」與「電影著作物」在「同一性保持權」之認定基準不同，將電腦遊戲認定爲「電影著作物」即有較高機會對此種變更廠商預設遊戲內容（數值）之行爲進行求償。

在前開背景之下，日本司法實務對於電腦遊戲是否屬於「電影著作物」存在不同的見解。日本東京地方法院早於 1984 年 9 月 28 日「パックマン（Pac-Man，即知名之『小精靈遊戲』)」案件，即肯定此一遊戲影像符合電影

術等職務而對該電影著作之全體形成有創作性貢獻者，爲其著作人。但有前條規定之適用者，不在此限。」

46 日文原文爲：「映画の著作物（第十五条第一項、次項又は第三項の規定の適用を受けるものを除く。）の著作権は、その著作者が映画製作者に対し当該映画の著作物の製作に参加することを約束しているときは、当該映画製作者に帰属する。」

47 由日本著作權法第 54 條第 2 項規定，亦可反證電影著作物所利用之既存素材，其仍有獨立主張著作財產權之可能。該項規定：「電影著作物之著作權因存續期間屆滿而消滅時，該電影著作省所利用之原著作之著作權，與該電影著作物之著作權同時消滅。」

着作物之保護要件[48]。然而，在著名的「三國志 III」案件[49]即認爲屬模擬戰略遊戲此種以靜態影像爲主之遊戲，不具備日本著作權法第 2 條第 3 項「電影著作物」之特性[50]，認爲不得主張其屬「電影著作物」而受保護。近年最爲知名之電腦遊戲訴訟案件爲 KONAMI 公司著名的「ときめきメモリアルシリーズ（台灣出版之中文版譯爲『純愛手札』)」案件，其中第二審法院判決更直接指出此種「電玩影像」同時具有「電影著作物」及「電腦程式著作物」之複合特性[51]，最高法院判決亦支持此一論述。觀察前述判決，可知電腦遊戲此類複合著作，是否屬「電影著作物」，係依其本身是否有一定故事情節、連續畫面而定，日本司法實務判決雖有不同認定結果，但並沒有本質上的衝突。

然而，在上述案件似乎形成日本司法實務之共識時，日本著作權法賦予電影著作物特殊之「頒布權[52]」，與「散布權」不同，不適用權利耗盡之規定[53]，故產生電腦遊戲廠商可否透過主張電腦遊戲爲「電影著作物」享有「頒布權」，而禁止他人交易二手（中古）電腦遊戲軟體之爭議。前述爭議分別在東京地方法院及大阪地方法院有二個完全不同的判決結果，此二判決相同的爭點在於是否屬於著作權法第 2 條第 3 款之「電影著作物」、遊戲軟體是否適用第

---

48 東京地裁昭和 56 年(ワ)第 8371 号損害賠償請求事件，該案件判決可於下述網址取得：http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/juris/tdcj-s59-9-28.htm, 2010/01/03 visited.

49 第二審法院判決（東京高裁 平成７年（ネ）第３３４４号）可於下述網址取得：http://www.translan.com/jucc/precedent-1999-03-18.html, 2010/01/03 visted.

50 日文原文爲：「この法律にいう「映画の著作物」には、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的効果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を含むものとする。」中譯：「本法所稱『電影著作物』，指可產生類似電影效果視覺或視聽覺效果產生方法所爲之表達，且包含已固著於物體上者。」

51 請參見，岡邦俊，マルチメディア時代の著作権の法廷，頁 32。

52 日文原文爲：「頒布 有償であるか又は無償であるかを問わず、複製物を公衆に譲渡し、又は貸与することをいい、映画の著作物又は映画の著作物において複製されている著作物にあつては、これらの著作物を公衆に提示することを目的として当該映画の著作物の複製物を譲渡し、又は貸与することを含むものとする。」中譯：「頒布：指不問有償或無償，將複製物讓與或出租予公眾，亦包含就電影著作物或複製電影著作物之著作物，爲將該等著作物提出展示予公眾目的，而將該電影著作物之複製物讓與或出租之行爲。」

53 日本著作權法第 26 條之 2 明確指出該條不適用於電影著作物，其第 1 項日文原文爲：「著作者は、その著作物（映画の著作物を除く。以下この条において同じ。）をその原作品又は複製物（映画の著作物において複製されている著作物にあつては、当該映画の著作物の複製物を除く。以下この条において同じ。）の譲渡により公衆に提供する権利を専有する。」中譯：「著作人就其著作物（電影著作物除外。本條以下同。）專有將其原作或複製物（已複製於電影著作物之著作物，該電影著作物之複製物除外）以讓與方式提供予公眾之權利。」

26 條第 1 項之「頒布權」以及若適用「頒布權」則該遊戲軟體於消費者首次購買時，「頒布權」是否權利耗盡。東京地方法院將判斷重點落在「頒布權」之立法背景係考量供電影院上映之電影著作物在散布方面之特殊性，認爲該案件之遊戲軟體並非電影著作物，故認定二手遊戲軟體銷售爲合法；而大阪地方法院則認爲立法者之所以賦予電影著作物與其他著作不同之「頒布權」，理由在於電影著作物一方面製作時勞力費用投入高，但另一方面則是由於閱聽人通常一次看過就獲得滿足，同一個人反覆觀賞的機會較少的特性，認爲具有相同特性之著作物，頒布權並不會因第一次銷售而耗盡，故認定二手遊戲軟體之銷售違法[54]。

日本前開有關二手遊戲軟體「頒布權」之爭議，在最高法院於 2002 年 4 月 25 日針對遊戲軟體業者對於大阪高等法院敗訴判決之上訴案件[55]，採納大阪高等法院之意見，駁回上訴人（即遊戲軟體業者）之上訴，認定該案遊戲軟體應該屬於電影著作物，亦可享有「頒布權」，但遊戲軟體與供電影院上映的電影不同，即令法律並無明文之權利耗盡之規定，但解釋上對於遊戲軟體此類著作仍應與其他著作種類相同，適用權利耗盡的規定，故二手遊戲軟體銷售爲合法，使得歷時四年半之爭議告一段落[56]。

由日本司法實務前開對於二手遊戲軟體，著作財產權人是否可透過「頒布權」禁止其銷售之爭議，吾人亦可觀察到如遊戲軟體此類複合著作，確實有承認其同時具有複數著作種類特性之可能性，而此類案件亦突顯複合著作對於著作權法制有關著作種類與著作財產權連結之衝擊，若不同著作種類特性間有衝突者，恐怕僅能依賴法院個案妥適之判決加以處理，直接以法律定其性質應有相當的困難度。

---

54 電玩廠商與二手軟體業者之主要論點，可參見，松下正，中古ゲームソフト判例からみる デジタル著作物の保護に関する考察，http://www.furutani.co.jp/office/ronbun/chuuko.html, 2010/01/03 visited.

55 平成１３年（受）第９５２号，判決全文可於下述網址取得：http://www.ilc.gr.jp/saikousai/hanrei/416.htm, 2010/01/03 visited.

56 請參見，BPNet，中古ゲームソフト流通に頒布権及ばず--最高裁判決，http://www.nikkeibp.co.jp/archives/182/182325.html, 2010/01/03 visted.

三、德國及法國立法例介紹

(一)受保護之著作

1.德國

德國著作權法與鄰接權法[57]第 2 條規定，「Ⅰ屬於受本法保護的文學、科學、藝術作品的特別是指：1.語言作品，如語言文字作品、演講和計算機程序；2.音樂作品；3.包括舞蹈藝術作品在內的啞劇作品；4.包括建築藝術、實用藝術作品在內的美術作品及其草圖；5.包括用類似攝影方式製作的作品在內的攝影作品；6.包括用類似攝製電影方式製作的作品在內的電影作品；7.科學、技術方面的表述，如繪圖、設計圖、地圖、草圖、表格和立體表現形式。Ⅱ本法所稱作品只指個人智力創作成果。[58]」該法第 3 條規範改作著作，第 4 條爲編輯著作與資料庫著作。德國就著作種類除採鄰接權制度與我國不同外，其將電腦程式直接納入語文著作類型，在著作種類上並未將電腦程式獨立爲一種著作類型。

2.法國

法國智慧財產權法典[59]第 L. 112-1 條規定，「本法典的規定保護一切智力作品的著作權，而不問作品的體裁、表達形式、藝術價值或功能目的。[60]」第 L. 112-2 條規定，「尤其被視爲本法典意義上的智力作品包括：1.文學、藝術及科學書籍、小冊子及其他文字作品；2.報告、講演、布道詞、辯護詞及其他同類作品；3.戲劇或戲劇音樂作品；4.以書面或其他方式固定其表演的舞蹈、馬戲、啞劇；5.配詞或不配詞的音樂作曲；6.有聲或無聲的電影作品及其它由連續畫面組成的作品，統稱視聽作品；7.繪畫、油畫、建築、雕塑、雕刻、拓印作品；8.裝幀及版式作品；9.攝影作品及借助與攝影相類似的技術完

---

57 德文版可於下述網址取得：http://bundesrecht.juris.de/urhg/index.html, 2009/11/19 visited.

58 按本研究有關德國著作權法之譯文，統一採 Manfred Rehbinder 著，張恩民譯，著作權法，法律出版社，2004 年第 13 版，僅做簡繁字體轉換。

59 本研究以下有關法國智慧財產權法典之條文，主要參考黃暉翻譯，法國知識產權法典（法律部分），商務印書館，此爲 1998 年修正版，直接由簡轉繁使用。另英文版之部分，則取自法國政府所提供英文版條文，http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=36（2006 年 3 月 2 日）。

60 Article L112-1 The provisions of this Code shall protect the rights of authors in all works of the mind, whatever their kind, form of expression, merit or purpose.

成的作品；10.實用藝術作品；11.插圖、地圖；12.與地理、地形、建築及科學有關的設計圖、草圖及立體作品；13.軟件，包括軟件開發設計過程中的有關文檔；14.服飾及季節性工業製品。由於時尚的要求，經常更新其產品外形的工業，尤其是服裝業、裘皮業、內衣業、刺繡業、帽業、鞋業、手套業、皮革業，非常新穎或用於高檔服裝特別面料的生產，床上用品及靴的製作及家具布藝的製作，均視爲季節性服飾工業。」

法國智慧財產權法典前述對於受保護著作之立法例，與我國及其他國家相似，採取例示而非列舉規定。此外，第 L. 112-3 條爲相當於改作、編輯著作以及資料庫的保護，第 L. 112-4 條則特別針對有創作性的著作之標題連同該著作一併予以保護，並禁止在著作保護期間屆滿後，以可能引起混淆之方式使用該標題。

(二)財產權

1.德國

德國著作權法與鄰接權法第 15 條規定：「Ⅰ作者享有以有形的方式利用其作品的排他性權利，這些權利特別包括：1.複製權（第 16 條）；2.發行權（第 17 條）；3.展覽權（第 18 條）。Ⅱ作者還享有以無形的方式公開再現其作品的排他性權利（公開再現權）。公開再現權特別包括：1.朗讀、表演和放映權（第 19 條）；2.公開傳播權（第 19a 條）；3.播放權（第 20 條）；4.音像製品再現權（第 21 條）；5.廣播電視播放再現權（第 22 條）。Ⅲ公開再現是指向社會公眾特定多數人再現作品的行爲。這些人中間的任何個人與利用者之間或者與將作品以無形的方式讓公眾接觸或者感知的人之間並不存在人格方面的聯繫時，都屬於公眾的範疇。」德國著作權及鄰接權法第 15 條對於作者所享有之財產權爲一般性規定，將財產權區分爲有形的利用與無形的利用，而第 16 條以下有關特殊財產權的規定，僅爲例示規定。

該法第 19 條規定：「Ⅰ朗讀權是指將語言作品通過個人演示而供公眾聽取的權利。Ⅱ表演權是指將音樂作品通過個人演示而供公眾聽取或者對作品以舞台形式進行描述的權利。Ⅲ朗讀權和表演權包括了在個人演示的場所之外通過屏幕、擴音器或類似的技術設施使公眾感知朗讀活動以及表演活動的權利。Ⅳ放映權是指將美術作品、攝影作品、電影作品或科學技術方面的表述通過技術設備讓公眾感知的權利。放映權不包括將這類作品通過廣播電視

節目播放或者通過公共傳播而讓公眾感知的權利（第 22 條）。[61]」

另第 21 條規定：「音像製品再現權是指將作品的朗讀或者表演通過音像製品而讓公眾感知的權利。第 19 條第 3 款同時適用。」第 22 條規定：「播放再現暨公共傳播再現權是指將廣播電視節目或者公共傳播的作品再度通過屏幕、擴音器或類似技術設施讓公眾感知的權利。第 19 條第 3 款同時適用。」這個部分我國著作權法亦包含於公開演出、公開上映之定義內。

2.法國

至於就法國智慧財產權法有關著作財產權之部分，第 L. 122-1 條規定，「屬於作者的使用權，包括演出權及複製權。」第 L. 122-1 條規定，「Ⅰ演出是指通過某種方式尤其是下列方式將作品向公眾傳播：1.公開朗誦、音樂演奏、戲劇表演、公開演出、公開放映及於公共場所轉播公開播送後的作品；2.公開播送。Ⅱ公開播送是指通過電信傳播的一切方式，傳送各種聲音、圖像、資料、數據及資訊。Ⅲ向衛星發送作品視爲演出。[62]」此外，第 L. 122-2-1 條及第 L. 122-2-2 條針對衛星跨國發送的部分予以詳細的規定，第 L.122-3 條針對重製之定義爲規定，第 L. 122-4 條規定未經作者或其權利擁有人或繼受人同意而爲全部或一部的演出或重製，均屬違法，而以任何方式爲翻譯、改編、改動、整理或複製亦屬違法。前開第 L. 122-1 條規定，與德國著作權法第 15 條賦予作者就其作品一般性之財產權規定相似，並未將著作財產權與著作種類連結。

---

61 另提供張懿云教授之譯稿：第 19 條：「Ⅰ公開口述權係指，將語文著作透過個人表演的方式公開傳達於聽眾。Ⅱ公開演出權係指，將音樂著作透過個人表演的方式公開傳達於聽眾，或是將著作公開在舞台上演出。Ⅲ公開口述和公開演出權係包括透過螢幕、擴音器或其他類似之技術設備式，將公開口述和公開演出之個人表演傳播至演出地點以外的空間，並使人得以公開感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。Ⅳ公開上映權係指，將造形藝術著作、攝影著作、視聽著作或是科學或技術方面的表現作品（Darstellungen），透過技術設備使人得以公開感知者（öffentlich wahrnehmbar zu machen）。公開上映權並不包括，對此類著作的（無線）廣播或對公眾提供的公開再現（§ 22）。」

62 Article L. 122-2
Performance shall consist in the communication of the work to the public by any process whatsoever, particularly:
1°.public recitation, lyrical performance, dramatic performance, public presentation, public projection and transmission in a public place of a telediffused work;
2°.telediffusion.
Telediffusion shall mean distribution by any telecommunication process of sounds, images, documents, data and messages of any kind.
Transmission of a work towards a satellite shall be assimilated to a performance.

(三)問題分析

1. 不屬於例示之新型態著作，是否可享有「公開口述」、「公開上映」及「公開演出」之權利？

德國著作權與鄰接權法就公開口述權（朗讀權）與公開演出權（表演權）分別與語文著作及音樂著作連結，就表演權之部分，較我國著作權法規定為窄，但其朗讀權及表演權則可相互含括，亦即，語文著作的表演亦在朗讀權的範圍，音樂著作的朗讀亦在表演的範圍，相當程度減少本研究所提出我國公開口述權與公開演出權分別與特定著作連結的困擾。而就公開上映權（放映權）的部分，則未限定特定種類的著作，只要得透過技術設備使人得以公開感知，皆享有公開上映權。故若有新型態之著作類型，若其適於透過各種技術設備使現場公眾感知其著作內容，雖然因為無法歸於語文或音樂著作主張公開口述或公開演出之權利，但其對現場公眾無形利用之權利，應可透過公開上映權保護。

至於就法國智慧財產權法之部分，由於其概括性地賦予著作權人所有無形利用之「演出權」，故非屬例示之新型態著作，一樣可以享有演出權，並不會產生如我國著作權法過度細分化無形利用權能之問題。

2. 視聽著作內含之其他著作於視聽著作公開上映時，可否主張任何權利？

德國著作權與鄰接權法因應電影著作之複雜性，設有特殊規定。第 89 條規定：「Ⅰ若參加製作電影者取得電影著作權，在約定不明的情況下，電影作品的作者有義務將電影作品、對電影作品進行翻譯以及其他類型的演繹或改編的排他性使用權許可給電影製片人[63]。Ⅱ若電影作品作者預先已經把第 1 項所規定的權利許可給第三人的，他仍然有權將該項權利許可給電影製作

---

[63] 德國著作權與鄰接權法第 89 條第 1 項已修正如下：「Wer sich zur Mitwirkung bei der Herstellung eines Filmes verpflichtet, räumt damit für den Fall, daß er ein Urheberrecht am Filmwerk erwirbt, dem Filmhersteller im Zweifel das ausschließliche Recht ein, das Filmwerk sowie Übersetzungen und andere filmische Bearbeitungen oder Umgestaltungen des Filmwerkes auf alle Nutzungsarten zu nutzen. § 31a Abs. 1 Satz 3 und 4 und Abs. 2 bis 4 findet keine.」中譯：「在電影製作之情形，負有義務共同創作的人，在其取得電影作品之著作權之情形下，若有疑義時，將專屬權（亦即使用電影作品、譯本、以及所有使用種類之電影作品的電影加工或者電影改編）賦予給電影製作者。第 31a 條第 1 項第 3 句與第 4 句、以及第 2 項至第 4 項之規定，不適用之。」

人，並且設定或者不設定任何限制。Ⅲ為製作電影作品而使用的類似於小說、劇本和電影音樂在內的作品的著作權不受影響。Ⅳ為製作電影作品而使用的照片以及攝影作品適用本條第 1 項及第 2 項的相關規定。」

前開規定就參與電影製作而成為著作人之人，設有特殊規定，其創作之著作構成電影之一部分時，與電影相關後續利用之權利，除非有明確的約定，否則將集中在電影製片人身上。然對於拍攝電影時所使用之素材，如小說、劇本、電影音樂、照片等，並不會因為同意拍攝電影而影響其權利。故當電影進行公開上映時，亦屬於對此等素材（依第 22 條第 4 項規定）之公開上映（放映）。惟亦有不同意見認為，就非屬美術作品、攝影作品或科學技術方面之著作，應屬第 21 條所稱之「音像製品再現權（經由錄音或錄影物之再現權）」之範疇[64]。

由於法國智慧財產權法對於「演出權」採取一般性規定，故附隨於視聽著作公開上映之其他著作，同樣構成「演出權」之利用，自得主張須經其授權始得進行演出。惟針對視聽著作之部分，該法於第 L. 132-23 條至 L. 132-30 條，針對視聽著作之製作契約為特別規定，就視聽著作相關之專屬權利，採取法定移轉之方式[65]，亦值得吾人注意。

3. 複合（多媒體）著作得否主張具有多種著作之特質，而主張不同之著作財產權？

由於德國著作權與鄰接權法對於著作財產權的保護，採取一般性規定，賦予所有著作有形利用及無形利用之權利，故於複合（多媒體）著作之情形，就著作財產權的部分，因為保護相當完整，並沒有如我國需要特別將其詮釋為不同著作種類，而適用不一樣的著作財產權規範之必要性。故有關複合（多媒體）著作之議題，主要出現在可否適用有關電影著作之規範，亦即，有參與該複合（多媒體）著作之創作者之認定，是否可適用有關第 88 條及第 89

---

64 請參照，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 2006 年委託研究報告，頁 124~125。

65 法國智慧財產權法典 L. 132-24 條第 1 項規定：「Contracts binding the producer and the authors of an audiovisual work, other than the author of a musical composition with or without words, shall imply, unless otherwise stipulated and notwithstanding the rights afforded to the author by Articles L. 111-3, L. 121-4, L. 121-5, L. 122-1 to L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2 to L. 131-7, L. 132-4 and L. 132-7, assignment to the producer of the exclusive exploitation rights in the audiovisual work.」

條規定[66]，使複合（多媒體）著作之創作者得以單純化，有利於複合（多媒體）著作之後續利用。然而，若是複合（多媒體）著作係利用他人既存之著作（即將他人著作作爲創作素材），則仍應逐一取得後續利用相關之授權。

法國智慧財產權法典則因未將著作種類與著作財產權連結，故於複合（多媒體）著作之情形，應無另行定性以適用不同著作財產權規範之必要。且該法典於第二章針對出版契約、表演契約、視聽著作製作契約、廣告製作委託契約均設有特別規定，亦有助於複合（多媒體）著作在後續推廣利用之安排，值得吾人參考。

四、問題確認與分析

(一)著作種類與著作財產權確有過度連結現象

我國著作權法將對現場公眾進行無形著作利用之權能，細分爲公開口述、公開演出及公開上映，應係參考日本立法例而來。然而，又與日本立法例有所不同，關鍵點即在於日本著作權法有關公開演出、演奏權之部分，雖然相當於我國之公開演出，但其並未與特定著作種類連結，使得所有著作種類對現場公眾之無形利用，若非屬其他權能保護之範圍者，仍可主張公開演出、演奏權，對著作權人有完整的保護。

若我國著作權立法政策，確實採取著作權「法定主義」原則，而著作財產權再與著作種類進行緊密連結，即產生排除未於法律條文規範中之特定著作種類，即無法享有該種著作財產權權能之情形，進而衍生出本研究所提出之三個問題，包括：電腦程式著作或無法歸類於既有著作種類之新型態著作，無法主張對現場公眾無形利用之權能、著作權專責機關解釋電影上映時，因屬公開上映非公開演出，故音樂著作權人無法主張權利，以及複合著作（如電腦遊戲）必須要依據其所欲主張之權能，而調整其著作類別之現象。

---

66 請參照，Manfred Rehbinder 著，張恩民譯，著作權法，法律出版社，2004 年第 13 版，頁 176。茲摘錄相關說明如下：「…多媒體作品的提供者在這裡到底需要一種什麼樣的權利，還是一個尚未解決的問題。目前，對於帶有大量文字內容的多媒體作品，人們可以比照著作權法第 2 條第 1 項第 6 款所規定的「類似於製作電影的方式所創作的作品」來處理，以便那些和作者簽訂的使用權協議可以適用著作權法第 88 條與第 89 條的解釋規則；但是不能作爲演繹作品（第 89 條第 3 款）處理—因爲，從演作品的角度來看，人們在對作品進行演繹的時候，必須徵得有關作者的同意（著作權法第 23 條第 2 句）。」

前二個問題爲對於著作權人保護是否有漏洞，參酌日本、德國、法國之立法例，可以發現前述國家之立法體例，在著作財產權保護方面均較我國完整，且較無解釋上之疑義，可供我國作爲立法解決此二問題之參考。第三個問題就我國著作權司法實務而言，以著作權人保護的角度，依據複合（多媒體）著作中個別著作之性質而歸類於不同著作種類主張權利，權利的主張相當完整，反而是對於市場上之著作利用人而言，可能因爲對著作種類認知之不同，而產生侵權之風險。例如：利用人將電腦遊戲或其他複合（多媒體）著作當作「視聽著作」，基於著作權法第 60 條之規定出租該等著作，但權利人主張該等複合著作包含電腦程式，不適用該條著作財產權限制，主張侵害出租權。本研究認爲複合著作利用所衍生之問題，是否宜放任著作權人自行主張，亦或應立法加以限制，其處理方式並無絕對之正確與否可言，應屬立法政策之議題，著作權專責機關應予整體考量[67]。

(二)對現場公眾無形利用權能保護未臻完整

依據與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPs)第 9 條第 1 項規定:「會員應遵守(1972 年)伯恩公約第一條至第二十一條及附錄之規定。但會員依本協定所享有之權利及所負擔之義務不及於伯恩公約第六條之一之規定所賦予或衍生之權利。」第 10 條第 1 項規定:「電腦程式，不論係原始碼或目的碼，均應以(1972 年)伯恩公約所規定之文學著作保護之。」

伯恩公約第 11 條之 3 第 1 項規定:「文學著作之著作人，享有左列各款排他授與權：一、公開朗誦其著作，包括任何方式之公開朗誦。二、將其著作之公開朗誦，再傳播於眾。」第 14 條第 1 項規定:「文學或藝術著作之著作人，享有左列各款排他之授權：一、將其著作予以電影化之改作並重製、行銷該改作物。二、前款改作或重製物之公演及以有線傳播於眾。」

由前開公約有關電腦程式著作保護之規定，吾人可以得知電腦程式著作亦應賦予其對公眾進行無形利用之權利，無論是以公開朗誦或公開演出之形式，然我國著作權法並未賦予電腦程式著作此種權利，恐涉及違反 TRIPs 規定之情事；就視聽著作公開上映所附隨其他著作公開利用之議題，我國著作

---

67 有主張應將多媒體作品以單一著作保護，並明定爲「數位著作」者，請參考，蔡明誠等，多媒體智慧財產權之研究，財團法人資訊工業策進會 1995 年委託研究報告，頁 124；羅明通，著作權法論 I ，第七版，頁 265。

權專責機關現行有關電影公開上映時所伴隨之音樂或其他著作之利用行爲，不屬於公開演出權之範圍，亦非公開演出之行爲之相關函釋，因已實際限制電影所內含其他素材著作權之行使，亦涉有違反伯恩公約第 14 條第 1 項第 2 款規定，惟著作權專責機關亦已認知此一問題[68]，應可直接透過變更解釋之方式處理。

(三)缺乏促成複合著作權利完整性機制

本研究雖非以電影著作作爲討論核心，惟各國有關複合（多媒體）著作之定性及權利主張議題，經常會涉及複合（多媒體）著作是否可適用電影著作特別規定之討論。我國現行著作權法並未針對視聽著作爲特別規定[69]，委由視聽著作之出資人，自行依據第 11 條（受僱人職務上完成之著作）及第 12 條（出資聘人完成之著作）之規定，依契約與所有參與視聽著作創作活動之人簽約約定取得著作權，而就視聽著作所使用他人既有著作作爲素材之情形，亦僅得透過有關讓與或授權之規定取得授權。

視聽著作與複合（多媒體）著作都是整合許多種類著作而形成之單一著作，解釋上其所內含之素材（語文、音樂或戲劇、舞蹈著作）著作權人，應得主張公開演出之權利，若未於其製作之伊始即妥善取得完整權利，則可能影響其後續公開利用，對於此類通常需較大投資之著作而言，是否妥適，容

---

68 經濟部智慧財產局於民國 94 年第 4 次著作權審議及調解委員會再度提出此一議題進行討論。其討論議題爲：「視聽著作公開上映之同時，被該視聽著作利用之音樂著作或錄音著作及表演，其著作權人就該公開演出音樂、錄音、表演之行爲得否主張權利（專有權利或報酬請求權）？提請討論。」而其說明一則爲：「本案業經 93 年 6 月 18 日本委員會 93 年第 2 次會議討論，前揭會議中，多數委員意見均認爲理論上應採肯定說，即肯定公開上映視聽著作的同時，被該視聽著作利 用之音樂著作或錄音著作及表演的權利人，亦得就該公開演出音樂、錄音、表演之行爲主張權利，惟就該等權利人行使權利之方式，是否會造成著作被利用時的困難，仍存有疑義。因此，是否要於現階段變更智慧局原有解釋，讓該等權利人均得主張權利一節，於上次會議並未有結論，而決議再議。」會中雖多數學者專家採取肯定素材著作權人得主張公開演出相關權利，但慮及國內著作權集體管理實施狀況不佳，故仍未達成變更解釋之決議，亦產生如中華民國 96 年 03 月 22 日電子郵件 960322 所提及：「…本局現階段仍維持『……被該視聽著作利用之音樂著作及錄音著作之著作權人，尚不得就上述行爲另行主張音樂著作之公開演出權及錄音著作之公開演出報酬請求權』…」之解釋函文，亦可見著作權專責機關已擬朝向變更解釋之方向處理。

69 惟於民國 81 年舊法第 38 條規定：「視聽著作之製作人所爲之重製、公開播送、公開上映、附加字幕或變換配音，得不經著作人之同意。但契約另有約定者，從其約定。」特別針對「製作人」之部分，賦予其特定著作利用權利，無須得著作權人之授權即得利用。

有政策考量之空間。若再加上有關公開播送權、公開傳輸權之議題，將得主張權利擴及其他著作種類，則勢將使視聽著作與複合（多媒體）著作必須更審慎利用他人著作，甚至可能因爲著作權人利益不一致之情形，導致龐大投資所產出之著作後續授權利用困難，由著作權法「促進國家文化發展」之立法目的以觀，確值吾人重新思考是否應重新考慮有關國際間其他國家對電影著作之立法例，並同時將數位匯流環境下複合著作之議題一併處理之可能性。

五、小結

綜上所述，本研究認知並了解著作種類與著作財產權連結，乃是自伯恩公約以來的傳統，日本、德國著作權法皆有類似規範，然而，我國著作權法之所以會產生本研究所提出問題，茲說明如下：

1. 不屬於例示之新型態著作，是否可享有「公開口述」、「公開上映」及「公開演出」之權利？

此應係由於著作種類與著作財產權「過度」連結所致，立法政策應考慮放寬各公開利用權能之著作種類，並考慮參酌德國或法國規定，對於著作財產權採取一般性規定，以符合有關著作種類係例示而非列舉之立法例，並完整保護著作權人之權益。

2. 視聽著作內含之其他著作於視聽著作公開上映時，可否主張任何權利？

此應純屬我國著作權專責機關考量著作授權利用環境未臻成熟所爲之權宜性解釋所生之問題。就公開演出之定義而言，本身亦未排除附隨視聽著作公開上映時，其所內含其他著作，可構成公開演出之利用，而須取得該等素材著作權人之授權始得利用。

3. 複合（多媒體）著作得否主張具有多種著作之特質，而主張不同之著作財產權？

複合（多媒體）著作於我國之所以需要主張具有多種著作之特質，自然是爲主張不同之著作財產權，實際上並沒有太大的問題，反而是在是否對於此類著作透過立法促使其權利集中於製作人，而使此類著作得有效利用，值得著作權專責機關通盤考量。此外，著作利用人所可能遭遇有關著作種類認定之風險，亦值得著作權專責機關重視。

至於就著作權法修正建議方面，本研究認爲爲因應數位匯流之趨勢，著作財產權宜仿德國、法國之立法例，建立一般性規定（例如：採有形利用權及無形利用權），惟因我國著作權法並未採著作鄰接權制度，故應就「錄音著作」與「表演」之部分，另作安排，以避免賦予錄音著作權人與表演人過大之權利，或至少應該就對現場公眾利用著作之權能，擴大其著作種類。此外，由於整合跨類別的著作以單一的著作外觀對外利用之複合（多媒體）著作，已成爲數位環境著作利用之主流型態，現行法並未賦予此類著作之製作人特別規定，故其所承擔爲此類著作取得後續所有各種形式利用之完整授權之義務，相對即較爲困難達成，亦可能造成龐大投資事後可能因爲部分權利未取得或無法完整取得而產生無法利用之困境，惟因複合（多媒體）著作性質多樣化，本研究認爲不適於將多媒體著作或數位著作列爲新增之著作種類，而可以類似共同著作或結合著作之方式，就複合（多媒體）著作加以規範（詳本研究第五章有關「複合著作」之修法建議），並建議可參考於著作權法第 37 條以下，增列有關視聽著作、複合著作等較大投資之著作相關契約，考慮導入法國第 L. 132-23 條以下之規定，使此類著作之製作人取得後續利用之控制權利，以利於著作之推廣利用。

貳、公開傳輸權與公開播送權個別獨立所衍生議題

我國著作權法因應網際網路科技的發展，於 2003 年修法新增「公開傳輸權」，然而，若由數位匯流的角度觀察，廣播、電視等利用廣播技術提供著作予公眾之利用方式，亦可透過 IP-Base 的有線或無線網路系統提供，尤其是有線電視數位化，與電信業者同樣將採用光纖作爲解決方案，將公開傳輸與公開播送個別獨立，是否可能在數位匯流時代造成產業競爭或著作散布、利用方面的困擾，即值吾人注意。以下即由我國現行法在數位匯流時代可能產生的問題，配合國際公約的理解，進行研究分析。

一、我國公開傳輸權立法背景

因應網路科技的發展，世界智慧財產權組織(WIPO)於 1996 年 12 月底通過 WIPO 著作權條約(The WIPO Copyright Treaty, WCT)，針對有關透過網路對公眾提供之互動式傳播的特性，整合既有之其他傳播權利，新增「communication to the public」（一般多譯爲「公開傳播」）的保護，亦包括「making available to the public」（一般多譯爲對公眾提供）之保護。而 WIPO 表演暨錄音物條約(The WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)亦針對有關公開傳播及對公眾提供之權利予以特別規定（請參閱後述有關 WCT 及 WPPT 相關說明）。

經濟部智慧財產局（以下稱「智慧局」）自 1999 年成立後，即延續內政部時代之委外研究成果及學者專家之諮詢會議，持續召開「著作權法修正諮詢委員會」，並於 2000 年 8 月間提出著作權法部分條文修正草案，並因應 WCT 及 WPPT 前開規範，擬增訂公開傳播權作爲上位概念，將公開播送、網路互動式傳播及其他有線、無線電之傳播方式及公開演出後段有關將原廣播內容透過擴音器等播送進行整合[70]。經過多次公聽會後，智慧局於 2001 年 5 月間

---

70 該版本草案第 3 條第 1 項與公開傳播相關之定義摘錄如下：
六之一、公開傳播：指基於公眾接收訊息爲目的，以有線電或無線電向公眾傳達著作內容，包括公開播送、互動式傳播、對公眾提供或其他傳播。
七、公開播送：指基於公眾同時接收訊息爲目的，以有線電或無線電，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、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。
七之一、互動式傳播：指回應接收訊息之公眾於其所自行選定之時間或地點之要求，自動地對其傳達著作內容，包括於互動式傳播前，使著作成爲可被傳播之情形，

提出修正草案第二稿，對於互動式傳播及對公眾提供之定義予以重新釐清[71]。此二版本之草案，對於網路公開傳輸之部分，以互動式傳播及對公眾提供二個概念加以描述，惟第一版將互動式傳播含括對公眾提供的部分，第二版則將互動式傳播定位在主動傳播，與對公眾提供獨立成二個不同的概念，而在 2002 年 1 月提報行政院院會討論之版本，則因互動式傳播可直接整合於公開傳播之定義下，無獨立定義之實益，故刪除互動式傳播之定義，僅保留對公眾提供之定義[72]。惟於 2003 年行政院版修正草案及立法院修正通過的版本，完全翻轉前開立法架構，僅酌就公開播送之文字予以調整，獨立新增有關網路著作利用之公開傳輸權，未慎重處理公開播送與公開傳輸之定義，亦未選擇特定國際條約之架構，故造成現行解釋適用上之疑義，至為可惜。

二、公開傳輸權之定義

著作權法第 3 條第 1 項第 10 款規定：「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，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。」第 26 條之 1 則規定：「Ⅰ著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利。Ⅱ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。」

前開對於公開傳輸之定義，明顯係臨時參酌公開播送之定義進行規範，存在有相當多的問題。例如：條文中「藉聲音或影像」之文句，不但不應出現在公開傳輸之定義中（網路上語文、美術、電腦程式等，皆不一定需要透

但公開播送不在此限。
七之二、對公眾提供：指著作內容於互動式傳播前，使其成為可被傳播之情形。
請參見，
http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?guid=4b01d4ad-35d6-4a1c-bf3f-d747283acd31&lang=zh-tw&path=1345, 2010/01/03 visited.

71 該版本修正文字如下：
七之一、互動式傳播：指回應公眾於其所各自選定之時間或地點之要求，自動地對其傳達著作內容。
七之二、對公眾提供：指提供著作內容，使公眾中之成員得於其所各自選定之時間或地點，以有線電或無線電方式接觸之。
請參見，
http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?guid=568a428c-e40e-4419-8924-ef94c19f24ee&lang=zh-tw&path=1356, 2010/01/03 visited.

72 此版本之條文對照表請參見，
http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=30dd40dc-7f1d-4be3-a270-798cc1ad30fb.doc, 2010/01/03 visited.

過聲音或影像呈現），對於廣播或電視之公開播送而言，亦屬贅文，此由前述歷次修法草案之建議文字中均刪除該等字樣即可得知，亦顯見行政院、立法院於修法過程之輕率。而公開傳輸與公開播送之差異，亦僅透過「網路」及「廣播系統」這二個「技術」概念進行區隔[73]，隨著數位匯流之發展，這樣的技術區隔由著作權人保護的角度觀察，並無任何實質意義，反而徒增市場授權困擾，更可能會出現無法難以認定爲「網路」或「廣播系統」之有線或無線傳送方式的情形，例如：衛星直播網路[74]同時使用衛星廣播的技術上下鏈，但又與網際網路連結，前者屬傳統定義中之公開播送，後者則顯然爲網路傳輸，則透過直播衛星網路之著作利用行爲，是否另涉有公開播送之利用，實令人無法由現行法條文規定得到解答。

就表演人有關公開傳輸之保護而言，因爲公開播送與公開傳輸獨立規範，因此，就形成表演人未經重製或公開播送之表演，享有公開播送權，但不享有公開傳輸權，僅表演人錄製在錄音中之表演，享有公開傳輸權。這也

---

73 有關 MOD 服務，即引起相當多的疑義，經濟部智慧財產局「智著字第 0930001211-0 號函」即說明：「…查中華電信之 MOD(Multimedia on Demand)互動式多媒體服務系統，係**透過網路方式**，提供隨時點選即時影音、熱門影片等服務，亦**包括同時傳輸之頻道服務**。上述透過網路方式所爲之公開傳播行爲，均應屬著作權法所定之『公開傳輸』行爲。是中華電信 MOD 同步轉播無線電視台節目，尚非屬著作權法之公開播送行爲。」然後續仍再陸續以「智著字第 0930001912-0 號」、「智著字第 09600108020 號」就相同問題出具相似內容之函示。然而，同樣是 MOD，智著字第 09400069380 號則說明：「…貴公司 MOD 服務中有關電視頻道播送之服務，如與其他有線電視系統頻道服務相同，係以「有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法」向公眾傳達著作內容，則屬本法所定之「公開播送」行爲；至於**各類隨選視訊及應用服務**，如係透過網路之方式傳播，**且具互動性之電腦或網際網路傳輸之形態**，應屬本法所定之「公開傳輸」行爲。」似又認爲 MOD 可能區分爲「同步傳送」與「互動傳輸」。顯見經濟部智慧財產局對於「公開播送」與「公開傳輸」之區隔，雖然由技術的角度進行區分，但又對於「公開傳輸」權利的範圍是否限於互動傳輸，在不同解釋函中或因用語未仔細審酌，而易引人誤解。

74 亦稱爲「衛星直播網際網路」(Direct PC)，乃是針對高速擷取資訊的需求而設計，通常採用非對稱傳輸方式，所有擷取資料無需重覆複由上網的路徑回傳，透過衛星傳輸可將資料直接輸入個人電腦用戶端，以節省等待時間。基本架構爲一單向的 VSAT(Very Small Aperture Terminal)資料傳輸系統，如圖一所示，裝置一個約 60 公分的衛星碟型天線接收來自衛星下鏈的資訊，使用者利用撥接式數據機接上 Internet，透過網際網路提供者 ISP (Internet Service Provider)或 PSTN，連上衛星直播網際網路服務提供者的網路管理中心(NOC)。透過 NOC 的通訊網路，可連接到尋找的網站。向網站索取之資料，則透過衛星直接下鏈到用戶端。請參見，蘇瑛玟、黃進芳，衛星直播網際網路之探討，http://tanet98.ndhu.edu.tw/TANET98/HOMEPAGE/paper/6a_4/6a_4.htm, 2010/01/03 visited.

造成我國有關表演人之保護，就數位匯流的角度來看，產生透過不同管道傳播表演，保護程度不同，且不符合 WPPT 第 6 條有關未固著表演所應享有對公眾傳播的權利之規定，而且，因公開傳輸也包括主動透過網路對公眾傳輸著作的部分，使得錄製在錄音中之表演，相較於國際條約只須保護其對公眾提供權而言，又有保護過多的情形。

三、立法歧視？由電視與 IPTV 之授權差異談起

純粹由對公眾提供著作內容的角度來觀察，透過廣播(broadcast)與透過網路(network)技術，在數位匯流的趨勢下，並非二個獨立、互不干涉的市場，而是會彼此競爭相同的閱聽人。因此，即令著作權法就前開二種技術依其特殊性予以不同處理，亦應儘可能使此二種技術基於相同的立足點進行競爭，以避免法律制度所創造出之不公平競爭地位。然就我國著作權法有關公開播送與公開傳輸之立法，由現行條文觀察，卻顯然有著不平等的差異存在。

以無線電視台製播電視節目爲例，著作權法第 56 條第 1 項規定，「廣播或電視，爲公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作。但以其公開播送業經著作財產權人之授權或合於本法規定者爲限。」亦即，無線電視台於製播綜藝節目時，僅須取得公開播送之授權，就非現場轉播節目前端之重製行爲，無須另行取得相關權利人重製之授權，且依第 24 條第 2 項規定，「表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。」只要表演人同意錄製或公開播送，後續再公開播送行爲，亦無須另行取得表演人之授權。

但若是以內容廣播服務型態之 IPTV[75]節目之製播爲例，因其透過網路進行傳送，若其所應取得之授權爲「公開傳輸」[76]，此點與電視業者從事節目之

---

75 請參考本研究報告第二章有關 IPTV 之介紹。

76 有關中華電信 MOD 平台應適用公開播送或公開傳輸爭議之討論，請一併參酌經濟部智慧財產局著作權審查及調解委員會相關討論之會議記錄，http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=a100c058-a0a7-430b-98d2-557c371a2f45.doc, 2010/01/03 visited. 經濟部智慧財產局並於中華民國 98 年 12 月 14 日智著字第 09800110140 號函釋說明：「…來函所詢　貴公司提供之 MOD 服務，其中有關電視頻道服務，如　貴公司係在受控制或處於適當管理下的網路系統內，基於公眾收聽或收視爲目的，使用網際網路通訊協定(IP Protocol)技術之多媒體服務，並按照事先安排之播放次序及時間將著作內容向公眾傳達，使公眾僅得在該受管控的範圍內爲單向、即時性的接收，此種著作利用行爲，係屬本法所稱以廣播系統傳送訊息之『公開播送』行爲。至於　貴公司提供之隨選視訊服務(VOD)部

製播亦應取得公開播送之授權並沒有特別的差異，但因著作權法第 56 條第 1 項規定，並沒有將「爲公開傳輸之目的」納入，故就透過網路進行傳送前之節目錄製行爲，即須另行取得相關權利人重製之授權。姑不論「重製權」授權之費率爲何，因爲國內權利人通常並未將重製權委由著作權仲介團體管理，光是授權談判之成本即相當高昂。

此外，依據第 26 條之 1 第 2 項規定，「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。」故若廣播節目中使用他人錄音著作，則就其中「表演」之利用，尚須一併處理公開傳輸之授權。亦即，若廣播電台同時希望將其節目透過網路播送，則除須處理「重製權」之授權外，亦須另行處理錄製於錄音著作中表演人之「公開傳輸權」之授權。相較於一般廣播電台透過無線廣播系統從事公開播送而言，明顯可發現其立法之差異，若未能有公平之規範，無異是要求廣播電台不要透過網路進行節目播送，對於數位匯流之趨勢而言，自然會形成一種無形的法規障礙。

四、由數位匯流談公開傳輸立法的問題

藉由對於我國公開傳輸權修法過程之討論及對照公開傳輸與公開播送之實際市場應用情形，本研究認爲在數位匯流之趨勢下，現行公開傳輸權之下列特殊性所引發之問題，值得吾人注意：

(一)公開傳輸與公開播送不易透過技術區隔

前述已提及我國著作權法有關「公開傳輸」與「公開播送」之差異，亦僅透過「網路」及「廣播系統」這二個「技術」概念進行區隔，容易產生只要是透過「網路」所爲著作利用，即全部應依公開傳輸之規定處理的解釋，針對透過網路進行廣播之利用行爲，即產生解釋上之爭議[77]。

分，因所提供者係互動式之多媒體服務，使公眾得於各自選定之時間或地點接收著作內容之行爲，應屬公開傳輸行爲。」亦即，轉換過去函釋有關公開播送與公開傳輸切割之方式是由公開傳輸之「網路」著手，改爲由公開播送之「廣播系統」著手，使得若符合透過「廣播系統」方式利用著作，但亦透過「網路」者，適用有關公開播送之定義，但就不屬「廣播系統」者（如：互動式節目），仍回歸公開傳輸處理，實屬國內有關 IPTV 所涉及著作授權之行政機關意見之重大改變，然此亦突顯出我國現行著作權法有關公開播送與公開傳輸區辨之難度。前開函釋請參見，http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainLook.aspx?type=Link&ID=3527&KeyCode=&KeyConten=, 2010/01/03 visited.

77 請一併參見前揭註之討論。

然而，隨著數位匯流現象日益成熟，電信、廣播、衛星、網路等通訊傳播技術之間的差異會愈來愈小，彼此間也可能互通有無，同樣的電視節目的同步播送，不但可以透過廣播、衛星爲之，亦可透過網路爲之，而數位廣播或電視訊號的傳遞，亦不再限於聲音或視訊節目，可包含其他數位訊號。若仍依著作傳播所使用的科技切割著作財產權，而非依著作利用之特性處理，除因科技發展造成解釋上困難或權利保護漏洞之外，亦將使產業競爭上面臨權利過度細分化之不利益；而對於著作財產權人而言，若某些利用行爲所造成之影響相似（例如：廣播、衛星都有溢波的問題，網路廣播也有跨國傳輸的問題；廣播、電視都有著作須透過集體管理團體授權之需求，網路廣播也是一樣），則宜以相同之方式處理，但就網路所具有對公眾提供之特性，則宜與同步網路廣播區別處理，畢竟二者對權利人之影響大不相同。

這樣的特性其實在我國著作權法修法過程中，已被行政機關及學者專家所關切，故而參酌國際間之立法，導入公開傳播作爲上位概念，處理公開播送及網路傳輸的問題，即令現已單獨就公開傳輸權立法完成，但仍宜於著作權整體法制修法時，一併予以調整。

(二)對公眾提供爲網路著作利用之最大特色

網路科技對於傳統著作利用最大的特色在於對公眾提供(making available to the public)方式的利用，由目前網路著作利用的現況加以觀察，透過廣播、衛星技術的公開播送也好，透過網路的主動式的傳播也好，除了具有同步播送、消費者只能選擇是否收聽或收視的性質之外，也都具有相當濃厚的商業性質。亦即，可以想見這些廣播、電視服務，無論透過傳統的廣播技術、數位廣播技術、網路廣播技術，都必須有一定資本的投入，當著作無法通過一定的商業門檻時，就無法透過這類主動式的播送接觸到閱聽人。但是，在網路基礎建設完備的今日，任何人只要可以連上網路，都可以接近零成本的方式，將其著作提供予公眾使用（無論公眾是否真的會來接近使用），而公眾也可以依其選擇在任何時間地點自由利用，某程度而言，是一種突破傳統著作流通模式的利用行爲，確實值得著作權法予以特別的關注。

因此，與透過網路對公眾提供著作相較之下，透過網路廣播技術所進行著作主動式傳輸，因爲數位匯流的趨勢，在權利的保護上比較適合與公開播送進行整合，以確保利用不同科技的廠商，不致因著作權法規定的差異，而

產生競爭上之不公平。而就網路著作利用的特色—即對公眾提供的部分，則宜獨立立法處理，亦可兼具在處理著作財產權限制時，得因應網路這樣兼容並蓄的科技之不同特性，而予以不同處理，降低其修法之困難度。

(三)網路著作利用同時兼具個別管理及集體管理之需求

與傳統廣播、電視節目的利用不同，網路上著作的利用，除了透過大型的商業團體製作成節目主動或被動地傳播予公眾之外，更多是個別著作人自己將著作內容上網的情形。因此，可以想見像是廣播、電視節目、電影、視訊廣告等，這些透過網路提供服務之主動播送者，都與透過廣播技術播送節目的業者一樣，必須要透過著作權的集體管理才能滿足其需求，因爲這些著作通常不是播放的業者自行製作，比較困難逐一確認其著作權的授權事宜。

但是，個別著作的利用人，也有自行管理其著作之需求，舉例而言，若是某一本小說被改拍成電影，則就電影透過網路主動或被動地傳播予公眾，小說的作者除非原先已就相關權利授權予電影業者，否則，亦可要求網路播放的業者支付公開傳輸的權利金，此時，宜透過著作權集體管理團體爲之；但就該小說本身是否要發行電子書上網一事，則宜由作者或其經紀人自行與出版社洽談，而不適於透過著作權集體管理團體來處理授權問題。

因此，吾人在處理公開傳輸權的問題方面，也應注意其同時具有個別管理與集體管理之特性，對於適於透過集體管理團體行使權利的部分，亦不妨在不違反國際條約的情形下，直接立法限制僅得由集體管理團體行使，以避免數位匯流產業因個別授權處理困難，反而降低其利用著作之意願，除了權利人無法實際取得利用的權利金之外，對於整體國家文化發展反而是一種負面的影響。

五、國際間因應網路科技所進行權利調整之立法例

(一)WIPO 著作權條約

WIPO 著作權條約第 8 條規定：「於不損害伯恩公約第 11 條第 1 項第 2 款、第 11 條之 2 第 1 項第 1 款及第 2 款、第 11 條之 3 第 1 項第 2 款、第 14 條第 1 項第 2 款及第 14 條之 2 第 1 項規定之情形下，文學及藝術著作之著作人專有授權將其著作以有線或無線之方式對公眾傳播之權利，包括使公眾得

於其各自選定之地點及時間接近之方式，對公眾提供其著作。」

限於篇幅暫不就伯恩公約相關規定加以說明[78]，WIPO 著作權條約前開規定，就「文學及藝術著作」之用語，與我國語文著作、美術著作不同，包括所有符合著作保護要件應受保護之著作（不包括錄音、表演、廣播等著作鄰接權的部分），而就有關公開傳輸權的範圍，根據 WCT 草案之說明，可知 WCT 是因爲原先伯恩公約中，對於公開傳播權之規定相當零散，且各種著作所享有之公開傳播權範圍並不一致，許多著作類型並無法享有完整之公開傳播權，同時考慮到科技發展，受保護之著作可以被以非傳統之方法取得，因此透過此一規範，來加強對著作之保護。該規定在作法上分爲兩部分，一是擴充原來伯恩公約上公開傳播權之觀念範圍，使其不僅及於所有類別之著作，而且及於各種傳播方式，包含無線、有線，二是將公開傳播之觀念擴張及於 making available to the public[79]。故可謂賦予著作人就其著作完整之對公眾以各種有線、無線科技傳播的權利，包括廣播、衛星、有線電纜、網路、行動通訊網路等等。

(二)WIPO 表演暨錄音物條約

WIPO 表演暨錄音物條約有關公開傳播權規範，對於表演人之保護，分爲未固著與已固著而有不同的權利。第 6 條爲表演人對於其未固著表演之財產(economic)權，「表演人關於其表演，應享有下列專有權利：(i)授權廣播及向公眾傳播其尚未固著之表演，但該表演業經廣播者不在此限；及(ii)授權固著其尚未固著之表演。」[80]；第 10 條爲提供固著表演之權利之規定，「表演人應享有授權以有線或無線方式，使公眾得於其各自選定之地點及時間接近之方式，對公眾提供其固著於錄音物之表演之權利。」[81]；第 14 條爲錄音物提

---

78 有關伯恩公約相關規定之介紹，請參見，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 2003 年委託研究報告，頁 5-14，報告全文可於下述網址取得：http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=2416&UID=9&ClsID=46&ClsTwoID=106&ClsThreeID=0&KeyWord=, 2009/12/21 visited.

79 同前註，頁 22。

80 Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing, as regards their performances:
(i) the broadcasting and communication to the public of their unfixed performances except where the performance is already a broadcast performance; and
(ii) the fixation of their unfixed performances.

81 Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a

供權利之規定：「錄音物製作人應享有授權以有線或無線方式，使公眾得於其各自選定之地點及時間接近之方式，對公眾提供其錄音物之權利。」[82]

WPPT 有關公開傳播(communication to the public)依據第 2 條(g)款定義，指除廣播以外，以任何媒介傳達表演之聲音，或是傳達固著於錄音物之聲音[83]，對照前述公開傳播乃是整合各種有線、無線方式之傳播科技之利用型態，包含對公眾提供；而 WPPT 對於公開傳播之概念，除有關於第 15 條有關表演人與錄音物製作人之報酬請求權之規定外，公開傳播與對公眾提供則爲二個不同權利，但可包括透過網路同步傳送表演之情形。就我國著作權法有關表演保護之規定，若透過網路同步傳送表演無法納入公開播送之定義，則第 26 條之 1 有關表演人公開傳輸權之保護，顯然未將未固著之表演納入，即涉有違反 WPPT 之規定。

(三)與貿易有關之智慧財產權協定

與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPs)第 14 條有關表演人、錄音物製作人及廣播組織之保護[84]，「1.關於附著於錄音物上之表演，表演人應可防止下列

---

way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

82 Producers of phonograms shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

83 (g) "communication to the public" of a performance or a phonogram means the transmission to the public by any medium, otherwise than by broadcasting, of sounds of a performance or the sounds or the representations of sounds fixed in a phonogram. For the purposes of Article 15, "communication to the public" includes making the sounds or representations of sounds fixed in a phonogram audible to the public.

84 1.In respect of a fixation of their performance on a phonogram, performers shall have the possibility of preventing the following acts when undertaken without their authorization: the fixation of their unfixed performance and the reproduction of such fixation. 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.
2.Producers of phonograms shall enjoy the right to authorize or prohibit the direct or indirect reproduction of their phonograms.
3.Broadcasting organizations shall have the right to prohibit the following acts when undertaken without their authorization: the fixation, the reproduction of fixations, and the rebroadcasting by wireless means of broadcasts, as well as the communication to the public of television broadcasts of the same. Where Members do not grant such rights to broadcasting organizations, they shall provide owners of copyright in the subject matter of broadcasts with the possibility of preventing the above acts, subject to the provisions of the Berne Convention (1971).

未經授權之行爲：將其未附著於媒介物之表演予以附著及重製此一附著物。表演人亦應可防止下列未經其授權之行爲：以無線電方式播送其現場表演及向公眾傳達該表演。2.錄音物製作人享有授權或禁止將其錄音物直接或間接重製之權利。3.廣播組織應有權利禁止下列未經其授權之行爲：將廣播加以附著、將廣播附著物加以重製，將廣播以無線電再公開播送，及將播出之電視節目再向公眾傳達。會員國未賦予廣播組織前揭權利者，應依(1971 年)伯恩公約之規定，賦予所廣播之著作之著作權人得防止上述行爲之可能性。」

由前揭 TRIPs 之規定可以觀察，就表演人保護之部分，僅要求會員國賦予表演人就未經固著的表演享有無線廣播及向公眾傳播的權利，已固著之表演，則並未如 WPPT 賦予對公眾提供的權利。

(四)歐盟著作權指令

歐洲議會及執委會關於資訊社會中著作權及著作鄰接權調和指令(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)[85]（以下簡稱「歐盟著作權指令」）第 3 條有關著作之對公眾傳播權及對公眾提供著作或其他客體之權利[86]規定：「1.會員國應提供作者得授權或禁止任何對於其著作以有線或無線之方式對公眾傳播之排他權，包括使公眾得於其各自選定之地點及時間接近之方

---

85 歐盟著作權指令全文可於下述網址取得：http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:EN:HTML, 2010/01/03 visited.

86 Article 3 Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter
1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit 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 them from a place and at a time individually chosen by them.
2. Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them:
(a) for performers, of fixations of their performances;
(b) for phonogram producers, of their phonograms;
(c) for the producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films;
(d) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether these broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.
3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.

式，對公眾提供其著作。

2.會員國應提供下列得授權或禁止使公眾得於其各自選定之地點及時間接近之方式，對公眾以有線或無線之方式提供其著作之權利：

(a)表演人就其已固著之表演；

(b)錄音物製作人就其錄音物；

(c)首次固著電影之製作人就其原本或電影重製物；

(d)廣播組織就其已固著之廣播，無論其廣播是以有線或透過空中傳輸，包括以有線電纜或衛星。

3.本條第 1 項及第 2 項所提及之權利，不因以任何對公眾傳播或對公眾提供之行為而耗盡。」

由前述條文規定可以觀察到歐盟著作權指令賦予著作人（不包括著作鄰接權人）廣泛地公開傳播權，包括對公眾提供的權利，至於著作鄰接權人則僅就已固著之表演、電影、廣播賦予以有線或無線方式對公眾提供之權利。

六、公開播送與公開傳輸之整合建議

我國於 2003 年新增公開傳輸權之前，實際上許多學者專家皆已提出公開傳播權之修法建議案，除有關本研究所討論之公開播送與公開傳輸（互動式傳輸及對公眾提供）之整合，亦包括公開演出後段有關透過擴音器或其他器材，應參酌伯恩公約第 11 條之 1 第 1 款第(iii)段之規定，回歸至公開傳播予以處理等建議，已就國際條約及各國立法例有充分之討論。

本研究重新討論此一議題，主要基於自 2003 年新增公開傳輸權以來，似乎已大事抵定，並未積極評估公開傳輸與公開播送在現行法定義對於社會著作利用產生之影響。惟近年來隨著中華電信 MOD、有線電視業者威達超舜公司亦對其客戶推出 IPTV 服務，數位匯流已非未來而是現實，前述 IPTV 業者與既有之無線或有線電視同樣採取單向播送（即閱聽人只能選擇看或不看，不能選擇於什麼時間看什麼節目）的方式提供服務，但因現行著作權法就有關公開傳輸之定義，其用語將「網路」此一非常廣義的科技用語，作為與公開播送區隔之方式，造成 IPTV 業者即使提供此類單向播送服務，解釋上可能仍須取得公開傳輸之授權，而非公開播送之授權，且無法適用著作權法第 56 條之 1 規定之疑慮。

經濟部智慧財產局因應前開爭議，已於 2009 年 12 月 14 日以智著字第

09800110140 號針對 IPTV 服務中，使用廣播方式[87]提供著作予訂戶之利用型態，明確澄清其屬於公開播送之範疇，然相信僅透過行政函釋，未透過修法明確處理，學者間仍將存有不同意見，亦將造成產業界在適用上之疑慮，但本研究對此則持肯定態度。

然而，由於前開函釋並未完整處理網路「同步播送」的問題，而表演人有關於未經重製表演透過網路進行同步播送，因無法直接透過現行條文解釋納入公開播送之範圍，亦導致可能違反國際條約之情形，仍有予以修法調整之必要。

考量到著作權法各種公開利用之權利已造成社會上多數民眾理解上之困擾，故本研究擬於尊重現行法制架構的大原則下，提出公開播送與公開傳輸之整合建議如下（詳本研究第五章修法建議）：

1.至少應將透過網路同步播送之廣播、電視納入公開播送權之範圍。著作權法有關著作財產權之規範，應依社會對於著作之利用型態之特性歸納而來，現行公開傳輸權與公開播送權之區隔方式，僅考量是否透過「網路」，而未考量其利用之特殊性，故本研究認為應將透過網路同步播送之情形，納入公開播送之定義。若社會上可取得有關一般性權利保護之共識，本研究認為可適度將公開播送權擴大，使其成為對於著作透過有線或無線方式傳達予公眾之一般性權利。

2.網路著作之利用，若除去前述同步播送廣播、電視節目之情形，只要透過國際條約上對公眾提供權的保護即為已足，故建議直接將公開傳輸之定義，參酌國際條約有關對公眾提供權之規定，加以限縮。

3.現行著作權法「公開播送權」規範中，有關表演人之保護係透過反面規定的方式處理，不易理解表演人受保護之權利為何，解讀上易生爭議，建議參酌第 26 條規定一併修改。

4.為確保著作財產權保護之完整性，避免透過著作利用科技區分權利所

---

87 惟依經濟部智慧財產局函釋，僅就「在受控制或處於適當管理下的網路系統內，基於公眾收聽或收視為目的，使用網際網路通訊協定(IP Protocol)技術之多媒體服務，並按照事先安排之播放次序及時間將著作內容向公眾傳達，使公眾僅得在該受管控的範圍內為單向、即時性的接收」，認為屬於透過「廣播系統」為著作利用，其範圍較本研究所稱之「同步播送」為窄，例如：廣播公司同步透過網路播放廣播節目，因非透過受管控之網路，即非屬上述「廣播系統」之函釋範圍，故欲處理本研究所提出有關「同步播送」，仍宜透過修法處理。

可能產生之權利保護漏洞，建議可考慮將「公開播送」作爲有關透過有線、無線方式向公眾傳達著作內容之一般性權利（即不限於透過廣播系統），除公開傳輸外，未來若有新增之利用方式，亦可透過公開播送權主張。

參、數位匯流產業發展所涉著作財產權授權利用議題

由於有關數位環境授權議題之研究，經濟部智慧財產局已於民國 91 年委託「數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究」[88]，民國 94 年委託「著作權數位產業市場授權之研究」[89]，故本研究僅選擇部分與數位匯流較有關係之授權議題進行討論，於此合先敘明。

一、製播分離與著作授權

(一)數位匯流與製播分離立法政策

據媒體報導交通部日前規劃的「無線數位電視釋照」規劃案已送行政院，預計 2010 年釋照，要釋放 5 張無線數位電視執照和 2 張行動電視執照。NCC 對於行動電視執照，傾向發放平台執照，也就是以製播分離的概念，讓拿到行動電視執照的業者擔任平台角色，再讓頻道業者上架，目前規劃行動電視將歸屬電信法管理，主要是電信法對於外資規定較爲寬鬆[90]。所謂的「製播分離」，正如同其字面之文義，乃是針對電視節目之製作與播送加以區隔，就前述行動電視執照之概念，NCC 僅發放播送平台執照，至於行動電視平台要播送的電視節目，則由頻道業者另行就節目送審通過後，即可上架於該行動電視平台播送。

事實上，「製播分離」的概念，國外在推動時，主要考量是若維持「製播結合」之電視媒體發展，將使掌握播送執照之業者得以控制「內容」之製作或播送，無論由「製」與「播」間產業之公平競爭，或消費者保護之角度，皆屬不利。例如：過去在只有三台無線電視台的時代，爲扶植國內影視產業等目的，要求各電視台節目自製率須達 70%，其結果即造成民眾只能受限於各電視台自行提昇節目製作品質，獨立的節目製作商因未掌握播送通路，即

---

88 該報告全文電子檔可於下述網址取得：http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=1a372fc8-3e0d-46a1-bf55-b3c38a57aae2.doc, 2009/12/20 visited.

89 該報告全文電子檔可於下述網址取得：http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=f6a5f77f-f345-4948-a799-c2e0e4f97fa8.doc, 2009/12/20 visited.

90 請參考，NOWNews，真要官逼民反？行動電視 5 家變 2 家！試播業者不排除提國賠，2009/11/23，http://www.nownews.com/2009/11/23/91-2536572.htm, 2009/12/18 visited.

令節目再好，亦無法與各電視台之自製節目競爭，只要無法說服各電視台採購，即無法將節目內容播送至觀眾家中。而若於數位電視發展時採「製播分離」的政府，即可電視台回歸節目製作專業，降低維護轉播發射網的成本；另一方面，可以使國家主管機構，藉數位化之變動契機，重新思考無線電視頻譜使用的合理與公共利益價值，進行嶄新與公正之規畫[91]。

中華電信 MOD 服務，即為「製播分離」政策之適例，為因應立法院通過廣電三法[92]有關黨、政、軍退出媒體條款[93]，中華電信公司為避免政府持股須於短期內出售，故其 MOD 服務雖原已取得之有線電視執照，但經與 NCC 溝通後，改以由 NCC 核發網路電視播送平台之執照，適用電信法管理，頻道內容則由各頻道業者經衛星廣播電視法取得許可後，以「上架」方式由中華電信公司協助播送，並非「授權」中華電信公司使用，而中華電信公司則向使用者收取使用 MOD 平台之費用及代收付費節目之服務費。目前有許多 NCC 核准之頻道內容，因類比之頻道數量有限，故多透過上架至中華電信 MOD 平台開始營運。前述行動電視執照據報載亦可能在類似考量下發放平台執照，使取得行動電視執照之業者受電信法之管理即可[94]。

(二)製播分離與「平台」業者相關之著作權議題

若我國數位電視發展朝向製播分離之方向前進，則由著作權法制的角度來觀察，勢必須對此種發展模式下「平台」業者的角色加以處理。「平台」業者的概念相信多數人並不陌生，無論是 Yahoo!奇摩或是 Youtube、Hulu.com 等，都宣稱自己是「平台」業者，而且，僅限於提供「平台服務」，並未涉及內容的上傳、散布、利用等事宜，故若有任何侵權的問題，都是個別的使用

---

91 請參考，公共電視台，數位電視製播分離制釋疑，http://www.pts.org.tw/~rnd/p1/2002/020820/020820.htm, 2009/12/18 visited.

92 即廣播電視法、有線廣播電視法及衛星廣播電視法。

93 事實上，現行衛星廣播電視法等有關黨、政、軍退出媒體之規範，因未設計有關間接投資或股權限制等，一概予以禁止，已造成國內數位匯流產業在整合上之困擾，請參考，工商時報，論黨政軍退出媒體的適當規範，2009/11/29 社論，http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,110514+122009112900285,00.html, 2009/12/18 visited.

94 惟目前 NCC 亦擬針對廣電三法提出有關黨、政、軍退出媒體條款之修正，暫無法確認未來行動電視執照發放之規劃是否如媒體報導採製播分離政策。請參考，陳俍任，黨政軍退出媒體 即將大鬆綁，聯合報 2009/11/10，http://www.udn.com/2009/11/10/NEWS/NATIONAL/NAT5/5242380.shtml, 2009/12/18 visited.

者所爲，與平台業者無關。因此，只要涉及「平台」的問題，多數案件的焦點通常就直接集中在平台業者可否適用 ISP 責任限制（我國稱「民事免責事由」），而主張已進入安全避風港，免於著作權侵害的責任，或是討論在不適用 ISP 責任限制的情形，是否須爲第三人之侵權行爲負責（如：輔助侵權或代理侵權責任，亦或是我國民法第 185 條有關共同侵權或刑事責任之教唆或幫助犯的責任）。

然而，數位電視，無論是中華電信 MOD 平台，或是無線數位電視之共同播送平台，與前述網際網路之平台業者最大的差異來自於這些電視節目上架之業者（頻道代理商）與平台間之關係，比較像是合作夥伴，而非如網際網路之平台業者面臨數量龐大，甚至身分不明的使用者。著作權法制最直接面對的問題，就是這些平台業者能不能主張「類推適用」網路服務提供者有關民事免責事由之規定。

以中華電信 MOD 服務平台爲例，由行爲面來觀察，頻道營運商雖然是以其自己之名義提供電視節目，但實際的公開播送或公開傳輸之行爲，因涉及主動將數位內容推送至用戶端，此一行爲係由中華電信公司爲之，而非如資訊儲存網路服務提供者，其所涉及之著作上傳、分享等行爲，可認爲係由使用者爲之。由此觀之，ISP 責任限制係在限制第三人（使用者）侵權時 ISP 之責任，對於性質上屬於自己之著作利用行爲，應無解爲「類推適用」之空間。

然而，中華電信公司依 NCC 所定之「中華電信多媒體內容傳輸平台服務營運之行爲準則」，對於已依廣播電視法、有線廣播電視法或衛星廣播電視法取得許可或執照之頻道節目，中華電信公司只能做商業談判，即要求頻道營運商提供必要的營運計畫書內容，不能挑選節目，而針對個別頻道的上、下架等，沒有正當理由時，不可爲差別對待。因此，中華電信公司對於頻道節目內容，原則上並沒有決定的權利，倘若頻道營運商涉有侵害他人著作權之情事者，除非可證明中華電信公司涉入著作權之侵害行爲，否則，可以無故意或過失之方式處理可能的侵權責任。

二、廣告音樂授權爭議

若如前述有關行動電視執照將採製播分離之政策，則將推動我國數位電視內容之公平競爭，可以預期數位電視內容無論是自製或外國頻道，將在數

量及品質上均有所成長。然而，值得注意的是，這些數位電視內容是否會發生如國內廣告音樂因廣告製作公司與播放廣告者不同，而產生類似廣告音樂公開播送授權爭議。

(一)廣告音樂授權爭議緣由

國內有關廣播、電視之廣告音樂授權爭議，源於近年來有部分音樂創作或著作財產權人，因廣告音樂與主流音樂在著作性質及利用型態上有所不同[95]，無法與其他音樂創作者獲致有關權利金分配之共識，故選擇退出著作權仲介團體，自行或委由他人管理其音樂相關著作。由於此類音樂創作多數用於影音廣告之製作，故電視頻道業者或其他播放影音廣告之業者，即面臨除須與著作權仲介團體協商費率外，尚須處理個別之廣告音樂著作之授權問題。

由著作權法制的角度來觀察，「使用者付費」乃是天經地義，無論是廣告製作公司、廣告業主或是廣告播送人，任一人付費取得著作利用授權，即可合法播送廣告，並沒有太大的問題。然而，實務上為何會產生廣告音樂授權爭議，其原因亦與廣告「製播分離」有關，亦即，廣告製作商可決定要使用何種廣告音樂，只要取得廣告音樂之「重製」授權即可，至於後續廣告之公開播送，則與廣告製作商無涉，反而是無法決定使用何種音樂之廣告播送者須支付權利金，此一資訊不對稱而導致之授權爭議[96]，亦促使有線電視頻道業者採取立法遊說之方式，企圖透過修法扭轉授權談判的困境。

(二)我國著作權法之修正提案

立法委員蘇震清、余天、陳啓昱針對廣告音樂授權爭議，於 2009 年 11 月間提案進行著作權法修正[97]，擬新增第 37 條第 7 項：「為公開播送或公開傳輸目的所製作之廣告，就其所利用之著作，廣告製作人應以契約約定取得該著作使用於廣告中供公開播送或公開傳輸之授權。」第 8 項：「著作經授權重製於廣告者，廣告播送人就該廣告為公開播送或公開傳輸而利用該著作者，

---

95 廣播、電視業者除了自製節目可能大量使用他人音樂、錄音等著作之特性外，對於外購節目、廣告等其所無法自行決定所使用之音樂、錄音等著作，由經濟學之角度觀察，亦具有資訊不對稱之特性。

96 請參見，章忠信，廣播電視媒體公開播送廣告音樂之著作權爭議，智慧財產權月刊，2008 年 7 月。

97 立法院議案關係文書院總第 553 號委員提案第 9325 號。

不適用本法第七章之規定。」

前述修正案值得注意之處在於先以訓示規定，要求廣告製作人應配合廣告利用之特性（即廣告製作之目的即在於供後續各種播放使用），基於其在授權談判地位最具效益，故應取得其廣告中所使用他人著作有關後續廣告各式利用所需之授權，由法律經濟分析之角度觀之，誠屬合宜之法政策決定；其次則是同時注意到廣告之後續利用，不僅是有線或無線電視等公開播送，亦注意到此類影音廣告亦將使用於網路業者之廣告播送，此時即須一併處理公開傳輸授權需求；第三則是並未限於廣告中所使用之「音樂著作」，亦將其他享有公開播送或公開傳輸之著作亦含括在內。

上開立法雖循伴唱機條款[98]之個案立法模式，透過除罪化的方式處理廣告音樂授權爭議。至由數位匯流的角度來觀察，由著作創作或製作之源頭解決著作授權的問題、避免數位匯流所涉及之不同著作財產權有不同處理之立法，以及考量數位匯流時代視聽著作或複合著作（廣告未必限於「影音廣告」，亦可能是其他多媒體形式的廣告）之複雜授權關係，雖然所影響之著作權人層面較廣，但其背後所隱含考量數位匯流環境之立法思考，確值吾人在思考相關問題解決方案之參考。

(三)由源頭解決授權爭議之可能性

前開諸如廣告內含音樂因決定使用音樂者與實際就廣告播送時須另行就廣告音樂播送付費之人不同所衍生之授權爭議，其實解決的方式很多，無論由廣告製作人、廣告業主或播送業者進行授權洽商皆可，即令著作權法制不予任何介入，「市場之手」仍然會自行解決爭議，僅僅所耗費之交易成本高低之差異而已。

但若由促進著作流通利用的角度出發，自應學習法律經濟學的理論，設法降低此類授權爭議之交易成本，本研究認爲由著作創作之源頭解決授權爭議，例如：現行著作權法第 11 條及第 12 條可以約定取得參與著作創作者之著作財產權，或就其中使用的素材，透過第 36 條或第 37 條取得著作財產權或利用授權，應爲最有效益之立法。然而，即令在有現行前開條文可適用之情形下，亦無法避免著作權人明文保留權利，而廣告製作人或其他著作創作

[98] 即現行著作權法第 37 條第 7 項規定。

者，考量到事後並非由其付費（尤其廣告製作完成後，通常著作財產權會移轉予廣告業主，廣告製作人之收益與後續該廣告能否順利利用並無任何關係），接受之可能性極高，也影響該廣告事後之正常利用。因此，本研究建議可考慮以和緩的方式，透過訓示性規定，要求以自己之名義發行或授權他人利用著作者，應就其發行或授權他人利用該著作取得授權。如沒有辦法做到的話，至少應將有需要另行取得著作財產權人授權者，於其發行之著作或授權契約上將應另行取得授權之著作財產權人及授權條件或取得授權之方式等資訊，予以揭露，以利交易相對人評估是否進行交易。

三、廣播、電視訊號再利用之授權爭議

有關旅館、醫院等於接受廣播或電視訊號後，透過線路傳送至房間之行爲，依著作權專責機關之函釋，係屬再公開播送之行爲，而在公共場所透過擴音設備播放廣播或電視節目，除單純開機之情形外，亦可能構成視聽著作之公開上映，亦或是廣播或電視節目所內含音樂之公開演出行爲。這類對於廣播、電視節目之利用行爲，與前述廣告音樂的公開播送授權爭議有一類似狀況，即二者均具有公開播送、公開傳輸或公開演出之行爲人（著作利用人），無法決定其播放內容所含他人著作，僅可決定是否播放之特性。但廣播、電視訊號再利用時所涉及的利用人，並非較容易確認之電視頻道業者或有線電視業者，而可能是全國各地的利用人（餐廳、百貨公司、便利商店等）。這些利用人當然更不可能單獨面對個別的權利人，事實上，權利人若單獨向這些利用人行使權利成本也非常高，除非是透過刑事訴訟程序進行訴追。但若權利人因難以洽商授權或成本過高而濫用刑事訴追程序，除導致國家資源的浪費外，亦將因寒蟬效應而導致民眾不再樂於利用著作，反而有違著作權法有關促進國家文化發展之立法意旨。

惟此一議題已由經濟部智慧財產局於 2006 年委由張懿云及陳錦全二位教授完成「公開上映及公開演出涉及著作權問題之研究」委託研究報告，故本研究不再予以重複討論。至於有關著作權法修正之方向，著作權專責機關爲解決前述問題，曾召開公聽會擬就著作權法及著作權仲介團體條例予以修正[99]，就著作權法之部分，擬新增第 37 條之 1 規定，「有下列情形之一者，著

[99] 經濟部智慧財產局擬於 2009 年 3 月 5 日召開公聽會之著作權法修正草案對照表及著作權仲介團體條例再修正條文，可於下述網址取得：

作財產權授權他人利用，應由著作權集體管理團體行使之：一、以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音影像向公眾傳達者。二、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。[100]」

惟此一建議修正案因著作權仲介團體條例並未為足夠之配套機制，且易造成廣告音樂著作權人之誤解，認為前開制度之設計，無異係逼迫其等再回到其等所不滿意退出之著作權仲介團體，過度介入著作財產權之行使，故著作權專責機關並未再後續推動該等建議案。而其後則由立法委員丁守中提出著作權法第 37 條修正案[101]，第 6 項修正並新增為：「有下列情形之一者，不適用第七章規定，但屬於著作權集體管理團體管理之著作，不在此限：一、音樂著作經授權重製於電腦伴唱機者，利用人利用該電腦伴唱機公開演出該著作。二、將原播送之著作再公開播送。三、以播音器或其他器材，將原播送之聲音或影像向公眾傳達。」亦即，透過部分除罪化的方式，使廣播或電視節目再公開播送或公開演出之行為，不致隨時面臨來自著作權人之刑事訴追。

四、新舊科技交錯—來電答鈴授權爭議

經濟部智慧財產局就行動電信業者所推出之來電答鈴服務之授權爭議函請諮詢顧問協助回覆，來函提及：「社團法人中華音樂著作權協會（MUST）及內容供應商、電信公司對於來電答鈴之服務究係 1 個或 2 個公開傳輸行為

---

http://www.tipo.gov.tw/ch/News_NewsContent.aspx?NewsID=3519, 2009/2/28 visited.

100 而其立法理由則略以：「三、為貫徹著作權法「調和社會公共利益，促進國家文化發展」之立法目的，同時兼顧維護著作人著作權益，爰參照伯恩公約第 11 條之 2 第 2 項，就再播送、以擴音器或其他器材向公眾傳達著作內容之專有權利，會員國得為權利行使之條件之規定；另歐盟 1993 年「衛星廣播及有線電視再播送之著作權指令」（Council Directive 93/83/EEC）第九條第一項規定「會員國應確保著作權人或鄰接權人僅得藉由集體管理團體對有線系統業者行使有線再廣播之授權機制」（Member States shall ensure that the right of copyright owners and holders or related rights to grant or refuse authorization to a cable operator for cable retransmission may be exercised only through a collecting society），並參考德國著作權法第二十條 b 項及瑞士著作權法第二十二條第一項規定，將此等「二次公播」之權利，限由著作權集體管理團體始得行使，因此未加入著作權集體管體團體之著作權人，不論係本國人抑或係外國人，在我國均須藉由著作權集體管理團體行使「二次公播」之授權，使利用人洽商授權對象單純化，透過向著作權集體管理團體洽商授權即可合法利用大量著作之方式，大幅減少交易成本，進而提高利用人合法利用著作之意願，著作權人亦可藉由著作權集體管理團體權利之行使及內部使用報酬分配機制，獲取合理之報酬，落實「使用者付費」之精神，爰增訂本條。」

101 立法院議案關係文書院總第 553 號委員提案第 9151 號。

有不同之認定：MUST 認爲，來電答鈴之完整傳輸方式分爲兩個部分，第一部分由內容供應商上傳至電信公司機房及供用戶端下載，第二部分爲撥打電話時，從機房傳輸音樂至撥打者手機中，而第二部分之公開傳輸行爲人爲電信業者，應由電信業者向權利人或仲介團體取得公開傳輸授權；電信公司則認爲，其僅係提供平台供 CP 業者傳輸，本身並無利用行爲，且來電答鈴服務之整體經營模式應屬同一利用行爲，無從切割爲二；內容供應商雖表示願意向 MUST 取得授權並付費，惟 MUST 表示在相關問題釐清前暫停就 97 年度之合約進行授權。」惟前開 MUST 所謂來電答鈴之完成傳輸方式分爲由內容供應商上傳至電信公司機房及供用戶端下載，再由電信業者由機方傳輸音樂至撥打者手機中，有二段之公開傳輸行爲，故應收取二個公開傳輸的費用之主張，顯然是對於技術面有所誤解。茲以中華電信公司所提供之來電答鈴服務爲例，加以說明。

來電答鈴之音訊檔案確實是由內容供應商上傳至電信公司機房（音源庫 Audio Bank），但並非如一般網際網路著作之利用，直接提供予用戶下載，用戶透過手機連結至電信公司伺服器進行來電答鈴之設定，僅是透過電信公司之帳務、內容管理系統等，設定當他人來電時預定播放的音訊檔案，用戶設定後，電信公司即會依用戶指示將其選定之音訊檔案放置或連結至其傳統 ATM 語音交換系統之 HLR (Home Location Register)[102]，亦即，將一般制式嘟嘟聲之設定置換爲音訊檔案，故來電者播打語音電話（非透過網路）透過發信端 MSC/VLR[103]辨識後即交由 HLR 連結至受信端 MSC/VLR，完成整個電話接通的活動，在這個過程中 HLR 就會透過傳統電信語音的方式，讓來電者聆聽到該電話號碼推有者所設定之音訊檔案（請參閱下圖 3-1）。

有關來電答鈴服務提供可能不同業者有不同之方式，但若以前開服務提供方式爲例，電信公司（及內容供應商）確實將音訊檔案提供作爲商業使用，然由著作權法的角度來觀察，其所涉及之著作利用行爲爲何？涉及重製無庸置疑，然是否涉及公開傳輸，則仍有可議之處。姑不論電信公司可以自行處理音訊檔案之製作事宜，就內容供應商上傳至電信公司之音源庫（伺服器）

---

102 即用以儲存各該電信號碼之用戶基本資訊，例如：SIM 卡卡號、手機號碼、是否關機以及其他合約相關狀態等。

103 Mobile Switch Center(MSC)/Visitor Location Register (VLR) 紀錄 MSC 管理區域中使用者的動態。

之行爲，乃是一對一之傳輸，僅涉重製不涉公開傳輸之行爲，而即使電信公司之音源庫直接對來電方提供音樂播送服務，但其係透過傳統語音電信服務爲之，並非透過網路提供音樂聆聽，此時，是否仍可解釋爲「公開傳輸」之行爲？就其性質而言，更近於傳統上企業採購其電話系統時，來電者等待接通時所播放之音樂或是廣播等音訊，只不過一個是在電信公司端，一個則是在市話用戶端，但電信公司乃是以音訊檔案提供服務，市話用戶端則僅供來電者聆聽，仍有不同。

圖 3-1 中華電信來電答鈴服務技術架構示意圖

由保護著作財產權人之觀點，此種透過電信語音服務將著作提供予不特定人之行爲，其實很接近公開傳輸行爲，只不過不是透過一般理解意義之「網路」爲之。尤此亦可見以「技術」定義著作財產權可能產生之困境，反而造成著作保護上可能之漏洞（當然，著作財產權人若了解此一問題，可於其授權重製時一併予以處理，約定電信公司每將音訊檔案放置或連結予特定用戶，即須支付一次定額之費用，也可以重製之權利金按營收比例收取權利金，惟若未注意到此一問題，則概括性地授權重製，就難以完整分配到適當的收益）。

本研究認爲此乃是一種透過有線傳送方式對著作進行「無形利用」，著作權法應予適當的保護。以現行著作權法制而言，公開播送因限於須透過「廣播系統」，故不適宜將此種利用方式解爲「公開播送權」之行使，在未修法之狀況，建議可將之解釋爲廣義之公開傳輸行爲，以符合國內產業運作之現實需求，但無論是電信公司自行爲之，或是與內容供應商合作爲之，均應僅收取一次費用，並無如 MUST 主張收取二段費用之餘地。然而，此一問題確實突顯出在數位匯流時代，我國著作財產權之規範確實過於繁複，未來修法時應可考量將公開播送作爲一種透過有線或無線方式向公眾傳達著作之概括權利，無須如現行法以「基於公眾直接收聽或收視爲目的」、「廣播系統」加以限制。

肆、數位匯流所涉著作財產權限制議題

著作財產權限制乃是著作權法爲調和社會公共利益之重要機制，由數位匯流的角度來觀察，消費者透過各種數位匯流管道取得、接觸著作後之各種利用行爲，是否符合著作財產權限制（合理使用）之規範，以及商業型的著作利用人，能否透過著作財產權限制之規範，順便於利用、散布著作，或至少公平地在不同的產業間進行商業利用之競爭，乃是本研究認爲應特別關注之重點。

一、DVR 產品與數位電視節目之錄製

(一) DVR 與合理使用

數位錄影機（Digital Video Recorder, DVR）爲近年來電子消費市場最熱門的產品之一，其中最爲人所熟知者即爲曾於美國知名影集—慾望城市中出現之 TiVo DVR 產品[104]，甚至 tivo 一度曾如 google 一樣，被當作數位錄製電視節目之「動詞」使用。相對於傳統之錄影機，除以硬碟（或可燒錄之光碟片）取代錄影帶作爲載體之外，最重要之變化還是來自於結合數位電視服務中電子節目表單（Electronic Program Guide, EPG）的功能，讓消費者能夠更輕易地進行電視節目錄製之設定（例如：一次將一整季的慾望城市全部錄製下來，無論是否臨時插播重大運動賽事、新聞而調整節目播出時間，都可完整、正確地錄製下來），自然成爲數位家庭娛樂最重要的設備。

由著作權法的角度來觀察，暫不論數位與類比之差異[105]，消費者購入市售數位錄影機，就其所申裝之有線電視節目進行錄影之行爲，屬於「重製」受著作權法保護之電視節目（視聽著作）之行爲。消費者前述重製行爲雖未經著作財產權人同意，但依著作權法第 51 條規定，「供個人或家庭爲非營利之目的，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。」若前開消費者之重製行爲符合著作權法第 51 條規定，則依著作

---

104 TiVo 產品亦已透過關係企業在台灣銷售，欲了解 DVR 產品之功能，可參考該公司網站（http://www.tgc-taiwan.com.tw/）介紹。

105 DVR 除一般傳統錄影機之功能外，因所錄製爲數位訊號，故尚有許多新穎之功能可供使用者利用，其中，「跳過廣告」功能即在美國引起著作權侵害之訴訟，可參閱，北京新浪網，美國法院支持新硬碟錄像機計劃，http://dailynews.sina.com/bg/ent/sinacn/20090630/0245417508.html, 2009/7/12 visited.

權法第 65 條第 1 項規定，「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」即不構成著作財產權之侵害，亦即，消費者不須取得著作財產權人之授權，亦得爲該等重製行爲。

以下茲就消費者透過數位錄影機所爲之重製行爲與著作權法第 51 條之要件進行分析：

1.須爲供個人或家庭非營利之目的

消費者若係爲其個人或家庭娛樂目的，而將其所申裝之無線或有線電視系統所播送之節目進行錄製，且錄製後僅供其自己或家人觀賞，即可符合此一要件。

2.須在合理範圍內

消費者利用數位錄影機重製電視節目，通常屬於「全部」著作之重製，惟因私人重製性質特殊，屬於個人消費、娛樂目的之重製，以「全部」重製爲常態。著作權法第 51 條修法時，行政院所提之立法理由即載明，「隨科技、經濟之進步『個人使用（包括個人或家庭）目的之重製』之情形，十分普遍。個人使用目的之重製，藉簡便之機器操作手續，即能自行將他人之著作予以錄音、錄影或影印，事實上有予承認之必要。」故可推知本條立法時，即係對於社會上已長期存在之錄音、錄影等事實行爲加以「承認」，「全部」重製即屬此類錄音、錄影行爲之常態，亦應屬合理範圍內。而目前我國司法實務（如臺灣高等法院 90 年度上訴字第 3630 號、90 年度上易字第 3237 號），亦多認爲依著作權法第 51 條所爲之重製，即令屬於「全部」著作之重製，亦可能在合理範圍內，以電視節目之錄製而言，本研究認爲若發生具體爭議案例，依我國現行司法實務認定「全部」著作之重製屬合理範圍之可能性相當高。

此外，參酌美國 Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)一案，美國最高法院認爲消費者錄製電視節目供其後使用，此種「Time-Shifting」屬於非侵權之利用，亦可推知此種錄製「全部」電視節目之行爲依美國著作權法第 108 條（相當於我國著作權法第 65 條第 2 項）判斷，亦屬合理使用，應屬合理範圍內之重製。

3.須利用非供公眾使用之機器重製

消費者利用其所購買之數位錄影機於家中進行重製，應屬於利用「非供公眾使用之機器」重製，故應符合此一要件。

4.所重製者須爲已公開發表之著作

有線電視系統所播送之電視節目，即令屬於透過此等播送行爲第一次公開發表，於公開發表之時即屬「已公開發表之著作」，故亦符合此一要件。

綜合前述各點分析，消費者自行購入市售數位錄影機進行其所申裝有線電視節目，或就數位無線電視節目接收後之錄影行爲，因著作權法第 51 條並未特別針對「數位重製」有特殊之規定，故應與過去類比式錄影機相同，此一「重製」行爲有符合著作權法第 51 條規定合理使用之空間。若消費者之錄影行爲符合第 51 條合理使用行爲，則依第 65 條第 1 項規定，「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」即不構成著作財產權之侵害。既然消費者所爲之錄影行爲有構成合理使用行爲之可能，數位錄影機即非屬專供侵權使用之產品，從事數位錄影機之製造、銷售等行爲，在我國即與個人電腦、燒錄機等產品相當，亦不會當然構成侵害著作財產權之共同行爲人（或教唆犯、幫助犯等）。

(二)DVR 產品結合 STB 供消費者使用是否有侵權疑慮？

除了一般由電子設備業者所推出之 DVR 產品，由美國有線電視業者在數位電視服務推動時，所提供結合 DVR 功能之高階數位機上盒（Digital Set-Top-Box, DSTB or STB），因其功能更爲強大，引起節目供應商之疑慮，茲就此類結合 DVR 功能之 STB 產品相較於其他市售數位錄影機功能約略介紹如下：

1.無論是外接硬碟式產品或是內建於 STB 之產品，因操作界面係整合於有線電視業者 STB 軟體中，故均須透過 STB 遙控器於消費者電視操作畫面進行操作，與市售數位錄影機係獨立於機體外，且其系統之操作畫面與 STB 系統個別獨立不同。

2.有線電視業者推出之此類產品可透過 STB 與有線電視業者系統之連線，限制消費者僅得於合約有效期間內使用，若消費者未續約者，則可透過系統連線關閉軟體操作功能，消費者即無法操作此類 DVR 產品或僅得使用部分功能。

3.有線電視業者推出之此類產品所錄製之電視節目檔案，可另行透過軟體偵測 STB 之晶片編號或其他方式進行加密，非與該 STB 產品結合無法讀

取，以防止消費者對外散布。

4.有線電視業者推出之此類產品可配合其收費或其他契約要求，透過軟體控制使消費者無法錄製 PPV (pay per view)或其他有線電視業者所禁止錄製之節目。

由著作權法之角度觀察，有線電視業者推出之 DVR 產品相較於市售之數位錄影機產品，具有重要意義之差異在於前 2 項，即其 DVR 產品因透過與 STB 結合使用，可能被認爲屬於有線電視業者所提供之服務項目，包括：操作界面的整合、可透過有線電視纜線開啓或關閉操作界面的選項等，至於後 2 項一般市售數位錄影機產品亦可能透過軟體進行加密或限制錄製之功能，惟一般 DVR 之製造廠商不會刻意增加此種功能，此應係考量其上游之電視節目內容供應商之要求或避免影響其自身營收，故重點在於有線電視業者透過操作界面整合或是有線電視纜線傳送開啓或關閉操作功能之「介入」，是否會被認爲其參與消費者使用 DVR 產品進行錄影行爲，而可能產生侵害著作權之責任？

就上述問題，本研究認爲消費者使用結合 DVR 功能之 STB 產品進行錄影之行爲，並非須逐次取得有線電視系統業者之同意或授權，而其是否錄影、錄製何種節目、何時錄影等，皆由消費者自行決定，若有線電視業者可透過適當之聲明文字（例如：契約、產品說明、電視螢幕顯示等），表明其等僅係爲消費者使用 DVR 產品之便利，而預先將 DVR 產品整合於 STB 之操作界面，並非授權消費者進行相關電視節目之錄影，消費者從事錄影、觀賞等行爲，須遵守著作權法第 51 條，且不得有任何侵害著作權之行爲，則性質上並不會因爲單純之操作界面與 STB 整合或是具有可以透過有線電視纜線開啓或關閉錄製功能，而使有線電視業者被認爲參與消費者進行電視節目錄製之行爲。

承前，有線電視業者將結合 DVR 功能之 STB 產品提供予其用戶使用，雖並不當然因爲單純之操作界面與 STB 整合或是具有可以透過有線電視纜線開啓或關閉錄製功能，而使有線電視業者被認爲參與消費者進行電視節目錄製之行爲，但若係以有線電視業者所提供之「錄製節目服務」，而非以消費者選購、租用「設備」之方式提供，則因將之作爲一種「服務」，即表示消費者進行錄製電視節目之行爲，爲其提供服務之內容，亦即可能被認爲消費者錄

製電視節目之行爲，係於其同意或授權下所進行之行爲。在此情形下，即如同 KTV 業者提供消費者演唱之娛樂服務，提供此等服務之人須爲消費者之錄製電視節目之行爲，取得著作財產權人之合法授權始得爲之[106]，否則，提供此等服務之人即可能因將他人著作用於其所提供之服務內容，而提高構成著作財產權之侵害之風險，亦值得有線電視業者注意。

二、數位廣播、電視與消費者錄製後之利用行爲

誠如交通部電信總局於 2002 年所提出之「電信自由化政策白皮書」[107]中，有關數位匯流跨業經營與產業整合之問題，所提出傳播媒體之規範、智慧財產權保護、隱私權保護及消費者權益保障四項議題。吾人在思考著作財產權之保護時，亦須兼顧消費者權益及隱私權之保護。數位廣播技術將電視節目、廣播節目等著作，透過數位訊號的方式傳送予閱聽人，相較於過去類比廣播技術，消費者自行錄製之品質及後續再散布或利用之品質，並不會有劣化的問題，故若考量到著作財產權的保護，確實應該對於此種個人或家庭錄製後之目的外利用行爲予以限制。由此觀點，我國著作權法第 51 條及第 63 條在此一議題的處理上，並未允許私人重製後著作之散布，應屬合理、可接受的立法模式。

然而，就數位匯流環境中著作利用的觀察，尤其是近幾年非常熱門之網路影音平台，如：YouTube、無名影音等，大量的電視節目內容被錄製後上傳，即令透過 Notice & Take Down 等供權利人快速通知取下侵權內容之機制，此等網路影音平台仍大量充斥未經合法授權上傳之節目內容，顯見禁止個人或家庭錄製後的著作，對外散布、利用僅是「法律規定」，而不是社會著作利用的現實，無怪乎著作權人團體會提出諸如 Broadcast Flag 技術透過立法強制相關設備製造商有義務於設備中內建限制數位廣播訊號之重製及散布之科技[108]。因此，值得吾人關注之重點即在於此等大量利用電視節目之現況，著作

---

106 請一併參考經濟部智慧財產局民國 95 年 7 月 6 日智著字第 0951600013-0 號、智著字第 09500064240 號等函釋。

107 全文可於下述網址取得：http://mail.tku.edu.tw/eureka/reg/%E9%9B%BB%E4%BF%A1%E6%94%BF%E7%AD%96%E8%87%AA%E7%94%B1%E5%8C%96%E7%99%BD%E7%9A%AE%E6%9B%B8%EF%BC%8891%E5%B9%B4%EF%BC%89.doc, 2010/01/03 visited.

108 惟誠如美國 1992 年家庭錄音法案(The Audio Home Recording Act of 1992)企圖迫使廠商在數位錄音機及數位儲存媒體上限制使用者之錄製次數，雖然立法獲得通過，

權法制應如何處理？

本研究初步整理目前網路影音平台處理此一著作權問題可能方向如下：

(一)網路影音平台作爲新的著作利用價值鏈之利益分配核心

由 YouTube 等網路影音平台每日龐大的影音點閱次數及網路流量，可以發現無論是電視節目或是使用者自製的影音內容，透過網路影音平台業者以廣告支持免費服務之模式，確實已創造出一個新的著作散布、利用的市場，就如果過去廣播、電視媒體出現時所創造出透過廣告支付各種著作散布、利用成本之模式，與其一概禁止各種影音著作之利用行爲，不如承認此種現實，進而參與此一新興著作利用市場之利益分配。

事實上，這樣的現象真實發生在 YouTube 身上，Vivendi 旗下的環球音樂集團(Universal Music Group)、Sony 與博德曼(Bertelsmann)合作的 Sony BMG 音樂娛樂公司、以及華納音樂集團(Warner Music Group)等公司，在 Google 收購 YouTube 前，即與 YouTube 公司簽約授權音樂、MV 等利用，獲取廣告營收之分享及部分股權[109]，而在 2007 年 6 月 4 日 EMI 公司亦簽署合作契約後，全球四大唱片公司皆成爲 YouTube 之合作夥伴[110]。此外，Google 公司於 2007 年 6 月間，即與美國地方有線電視業者 Hearst-Argyle 電視公司達成廣告分享之協議，Google 公司將於 YouTube 放置 Hearst-Argyle 公司之電視節目，並於節目中插入廣告，共同分享廣告收益[111]。

另外一個值得注意的現象，就是國內新聞業者反過來主動利用 YouTube 作爲其影音新聞之提供平台，當然，這可能是因爲新聞節目之特殊性，但同樣地，電影、電視節目等製作公司也看重網路行銷，許多電影或電視節目在

但最終反而是迫使數位錄音機退出市場，問題即出現在於未能兼顧消費者權益及市場著作利用之需求。在數位廣播、電視的技術與產業發展方面，會不會出現同樣的問題呢？恐怕仍有待時間的考驗。但考量到著作利用應予疏導而非禁止，本研究並不贊成採取要求設備製造商採取防止消費者錄製技術之義務予以立法規範。

109 請參閱，CNET 新聞，入股 YouTube 讓音樂公司大撈一筆，http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20110746,00.htm, 2009/6/20 visited.

110 See, CNET News, YouTube, EMI sign breakthrough licensing pact, http://news.cnet.com/YouTube,-EMI-sign-breakthrough-licensing-pact/2100-1030_3-6187759.html, 2009/6/20 visited.

111 See, Reuters, YouTube, Hearst-Argyle strike local TV deal, http://www.usatoday.com/tech/techinvestor/industry/2007-06-04-YouTube-hearst-deal_N.htm, 2009/6/20 visited.

上映前，主動由製作或行銷公司將部分內容上網，也是常見的行銷手法。

圖 3-2 中時電子報影音新聞（中天新聞影音內容）

(二)網路影音平台代其使用者處理影音利用授權問題

雖然 YouTube 與各類著作財產權人合作是不錯的解決方案，但或許也僅止於 YouTube 可以繼續以此模式說服音樂、視聽等著作財產權人合作，因爲，網路廣告收益是有限的，並非所有的網路影音平台都可獲得足夠的廣告收益說服著作財產權人與其合作。其他的網路影音平台是否僅能依賴如美國 DMCA 有關 ISP 責任限制（即相當於我國有關網路服務提供者免責事由）之規範，透過權利人一次次寄送侵權通知，逐一移除涉及侵權之資訊呢？本研究認爲應該可以有更積極的處理方式。

著作權仲介團體乃是工商社會時代，因應大量著作利用授權需求所產生的集體管理組織，過去著作權仲介團體都是直接對於有利用著作需求之人提供授權服務，故其於處理網路公開傳輸之授權時，對於此種影音平台之授權，亦希望以平台業者作爲「利用人」，要求平台業者支付權利金。此種訴求往往難以爲平台業者所接受，主要原因在於若平台業者依此一要求簽署授權契約，無異是承認其爲著作利用人，反而招致更多其他著作財產權人要求簽約或提起侵權訴訟。若換個角度思考，網路影音平台業者執行有關民事免責事由之通知、取下、回復等事宜，亦須高昂之人力處理成本，不如與著作權仲

介團體達成一定授權協議，相信其中必有可協商之空間，而本研究之建議則爲由網路影音平台業者代其全體使用者取得音樂、錄音、視聽等著作之概括授權。亦即，維持名義上之著作利用人（被授權人），網路影音平台業者僅爲避免其使用者遭致侵權訴訟（提昇服務品質），而與著作權仲介團體簽署此種「利益第三人」之概括授權契約。

此種建議並非無前例可循，過去我國著作權仲介團體有關有線電視業者公開播送之授權（自有線電視系統業者處透過纜線播送至用戶端之公開播送行爲），即由頻道業者直接與著作權仲介團體簽約，不再向實際從事公開播送之各地方有線電視業者逐一收取權利金。不但對於著作權仲介團體而言，省去逐一向各有線電視業者談判、簽約、收費之人力、時間等授權成本，對於頻道業者而言，直接透過頻道購買價值之調整處理費用轉嫁問題，避免有線電視業者遭收費請求或侵權訴訟之壓力反彈，更是皆大歡喜的事情。

三、數位匯流與廣播或電視相關著作財產權限制

(一)廣播或電視臨時錄製

1.廣播或電視臨時錄製之立法意旨

我國著作權法中與廣播、電視節目有關之著作財產權限制，爲第 56 條及第 56 條之 1。第 56 條規定：「Ⅰ廣播或電視，爲公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作。但以其公開播送業經著作財產權人之授權或合於本法規定者爲限。Ⅱ前項錄製物除經著作權專責機關核准保存於指定之處所外，應於錄音或錄影後六個月內銷燬之。」本條主要在提供廣播或電視業者在「錄製」節目時，若有使用他人著作時，無須另行逐一取得個別作者之授權，只要後續之公開播送取得合法授權即可[112]。

---

[112] 請參考，中華民國 89 年 11 月 17 日(89)智著字第 89010833 號函：「……三、又本法第五十六條規定：「廣播或電視，爲播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作。但以其播送業經著作財產權人之授權或合於本法規定者爲限。（第一項）前項錄製物除經主管機關核准保存於指定之處所外，應於錄音或錄影後一年內銷燬之。（第二項）」其立法理由爲廣播或電視經著作財產權人之授權或依本法規定得播送他人著作時，固得播送他人著作，惟於異時播送之情形，如廣播電台或電視電台不能將該著作先予錄製（即重製），則廣播或電視公開播送之授權或合理使用，無異落空，故於此種情形，應允許得暫時錄製。本條係參考伯恩公約第十一條之二第三項（如附件）而訂定，其賦予廣播或電視得錄製他人著作之要件有三：（一）爲播送之目的，（二）以自己之設備錄音或錄影該著作，（三）其播送該特定節目之行爲

惟值得留意的是，因爲第 2 項規定的存在，這些錄製物應該在六個月內銷毀，也就是說，超出這個期限之後，除非其錄製時已取得合法錄製之授權，否則，即無法再提供作其他授權使用，這樣的規定在數位匯流的環境中，是否符合相關產業之需求？例如：廣播電台之數位化、電視節目供網路隨選播放使用等，若不透過合理使用規定處理，則現行之授權機制是否足以因應市場需求？

2.公開傳輸與臨時錄製與暫時性重製

依據著作權法第 3 條第 1 項第 10 款規定：「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，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。」公開傳輸包括「主動」透過網路對公眾傳達著作內容，而在數位匯流時代，廣播或電視播送業者亦可能透過網路主動對公眾傳達著作內容，例如：目前爭議較多之中華電信 MOD 平台[113]、NCC 即將發放之行動電視相關執照、透過 WiMax 進行之電視節目播送等，此皆爲數位匯流有關科技及設備匯流之具體表現。

倘廣播或電視業者除透過類比或數位廣播之方式播送廣播或電視節目外，亦透過公開傳輸之方式（例如：中視同步透過 Internet TV 影音串流），向公眾傳達著作內容時，是否符合第 56 條之規定「爲公開播送之目的」？本研究認爲第 56 條係在處理節目之「錄製」，即令嚴格限縮條文之文義，只要廣播或電視業者「錄製」節目之目的，「包括」供後續公開播送即可，並不限於「僅供」後續公開播送，故對於現有之廣播、電視業者影響不大，即使其等有需要同步透過影音串流提供 Internet TV 之服務，其於錄製節目時，並不需要另行取得相關著作權人有關「錄製」之授權。但若單純錄製後供透過網路進行公開傳輸之利用，則無法符合第 56 條規定。

然而，這並不代表廣播或電視業者提供諸如 Internet TV 或網路廣播即無

業經著作財產權人之授權或合於本法規定。是廣播或電視須在符合前述要件時，始可依該條規定就特定著作爲播送目的之暫時性錄製，且該錄製物僅得作爲經著作財產權人授權或合於本法規定之播送使用，不得再爲其他利用。至於前述重製物保存期間之久暫，各國著作權法規定不同，鑒於單純之保存行爲對著作財產權人不生損害，乃採韓國立法例，規定爲一年。」

113 請參考本研究第三章有關公開傳輸權與公開播送權個別獨立所衍生議題之討論，頁 49 以下。

須取得相關著作「重製」之授權，吾人必須檢討廣播或電視業者提供前開服務時，是否涉有他人著作之「重製」行爲？此即與著作權法第 22 條有關「暫時性重製」之除外規定有關。

按著作權法第 22 條第 3 項規定：「前二項規定，於專爲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，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」第 4 項規定：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他爲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。」

以串流技術提供網路同步廣播或電視播送而言，廣播或電視業者無論是自行或是透過網路業者提供服務，都必須透過將廣播或電視內容透過暫存於網路伺服器，並以使用者可讀取之音訊格式對外傳送，因此，即會涉及廣播或電視節目「暫時性重製」的行爲。雖依著作權法第 3 條第 1 項第 5 款規定，暫時之重複製作，亦屬著作權法所定義之「重製」，但若此「暫時性重製」屬第 22 條第 3 項所稱之「專爲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」，即非著作權法所賦予著作權人「重製權」之範疇，自無須取得重製之授權。

前開「網路合法中繼性傳輸」之規定，依 2003 年著作權法修正時之立法理由，係參考歐盟 2001 年著作權指令前言第 33 項，於 2003 年原修法之文字，並無「合法」二字，係於 2004 年著作權法修正時加入，其理由爲「四、又本條第三項及第四項係重製權之排除規定，既屬排除，其適用範圍自不宜過廣。故修正將網路中繼性傳輸之情形限定以『合法中繼性傳輸』爲限。至於『非合法中繼性傳輸』所發生之暫時性重製，參考香港著作權法（第二十三條第六項）、新加坡著作權法（第十五條 1(a)）、澳洲著作權法（第四十三條、第一一一條 A 項），回歸合理使用予以判斷。」

若是以「串流方式」透過網路對公眾提供著作內容，其接收或取得廣播或電視訊號後「暫時性重製」在串流伺服器上之「暫時性重製」，因其目的在於透過網路對公眾提供著作內容，此種「暫時性重製」確實是屬於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者，故應屬「網路中繼性傳輸」，但是否屬於網路「合法」中繼性傳輸，則值得研究？本研究認爲此處所稱之「合法」，應指就其傳輸之內容，依法並未構成著作權之侵害，例如：

已取得有關公開傳輸之授權，或一對一之傳輸，不構成公開傳輸，且就重製部分已取得授權，或屬合理使用（著作財產權限制）之情形。故若廣播或電視業者就其所提供之著作內容，已就公開傳輸之部分取得授權，即可認爲屬於「網路合法中繼性傳輸」，而無須就其爲傳輸目的所爲之「暫時性重製」之行爲，另行取得節目中所利用他人著作之「重製權」之授權。

惟就廣播、電視節目之情形，若須採取此種詮釋方式，可能產生一個困境，就是當節目內容有一部分未取得公開傳輸之授權時，是否會使全部節目內容均成爲未經合法授權之著作，而無法解釋爲「網路合法中繼性傳輸」，進而須就其暫時性重製之行爲，取得全部著作之重製授權。然若非採取此種詮釋方式，則如何判斷何爲「合法」之利用行爲，若著作權專責機關無法就此爲明確之定義，則恐將導致與網路傳輸有關之著作利用人，對於應否就其暫時性重製另行取得授權產生困擾[114]。本研究認爲刪除「合法」二字，應較能發揮第 22 條第 3 項原有之立法意旨，若確實該等從事網路傳輸之利用人，未就其公開傳輸等行爲取得合法授權，則就該行爲論以侵害公開傳輸權即爲已足，由法理上而言，若該等不具獨立經濟意義之「暫時性重製」，無論他人是否爲「合法」之傳輸，皆不具獨立經濟意義，另行論以重製權之侵害，就著作權保護顯屬過當。

此外，前述有關廣播、電視業者「網路合法中繼性傳輸」之「暫時性重製」，應非屬重製權保護之範疇，無須另行就節目內容所使用他人著作取得爲公開傳輸目的之「重製」授權之說明，僅適用於網路同步傳輸之廣播或電視節目內容，不適用於隨選(On Demand)的利用情形，因爲在隨選利用時，該等著作將長期間放置在網路伺服器，其重製即非屬「暫時性重製」，爲避免誤解，特一併澄清如上。

3.廣播、電視數位化與臨時錄製

前述論及有關 NCC 在無線數位電視及行動電視執照之規劃，有關「製播分離」政策之討論，已提及數位電視共同播送平台的概念。著作權法第 56 條亦與此有關。數位廣播、電視雖然僅透過設備的改變，將原先傳送類比訊號改爲數位訊號，並不影響其於著作權法上有關透過「廣播系統」所爲之著作

---

114 學者章忠信亦對此一立法提出批評，請參考，章忠信，九十三年新修正著作權法之析疑，萬國法律，2005 年 2 月，頁 94，全文可於下述網址取得：http://www.copyrightnote.org/paper/pa0036.doc, 2009/12/19 visited.

利用型態，仍屬「公開播送」之利用行爲，但若採「製播分離」政策，則播送將由平台業者，而非電視台爲之，此時，廣播、電視業者與平台業者，應如何適用著作權法第 56 條？

先由與我國法制較接近之日本著作權法來觀察，日本著作權法第 44 條規定：「Ⅰ播送事業得於不損害第二十三條第一項規定[115]之權利下，爲自己播送之目的，將其得播送之著作由自己或同樣能播送該著作之其他播送事業，暫時性地予以錄音或錄影。Ⅱ有線播送事業得於不損害第二十三條第一項規定之權利下，爲自己有線播送之目的，將其得有線播送之著作由自己暫時性地予以錄音或錄影。Ⅲ依前二項規定所製成之錄音物或錄影物，不得保存超過錄音或錄影後六個月（於該期間內使用該錄音物或錄影物進行播送或有線播送時，自其播送或有線播送後六個月）。但依政令所定保存於公共記錄保存所者，不在此限。[116]」

前述日本著作權法之規定看似較我國著作權法第 56 條複雜，但解讀上應屬與我國一致之立法體例，故其條文亦可作爲我國著作權法第 56 條解釋之參考。亦即，我國著作權法第 56 條有關「廣播或電視」，若以日本著作權法之規範相同，應該是指廣播或電視之播送業者。然而，此種立法明顯可以觀察到乃是基於「製播結合」之背景所爲之詮釋，若廣播電台或電視台轉爲專業之廣播、電視節目之製作者，並無「公開播送」廣播、電視節目之執照時，是否產生可能無法被認定爲「爲公開播送之目的」進行節目之錄製，而與一般電視節目之外製公司一樣，須就錄製時利用他人著作之情形，取得各該著

---

115 日本著作權法第 23 條第 1 項原文爲：「著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。)を行う権利を専有する。」

116 日文原文爲：「放送事業者は、第二十三条第一項に規定する権利を害することなく放送することができる著作物を、自己の放送のために、自己の手段又は当該著作物を同じく放送することができる他の放送事業者の手段により、一時的に録音し、又は録画することができる。

2　有線放送事業者は、第二十三条第一項に規定する権利を害することなく有線放送することができる著作物を、自己の有線放送（放送を受信して行うものを除く。）のために、自己の手段により、一時的に録音し、又は録画することができる。

3　前二項の規定により作成された録音物又は録画物は、録音又は録画の後六月（その期間内に当該録音物又は録画物を用いてする放送又は有線放送があつたときは、その放送又は有線放送の後六月）を超えて保存することができない。ただし、政令で定めるところにより公的な記録保存所において保存する場合は、この限りでない。 」

作之合法授權？

本研究認爲著作權法第 56 條在「製播分離」的情形下，仍有適用的可能性，主要適用的狀況，即在於現場錄影、即時播送的這類節目，性質上對於他人著作之利用，主要經濟價值產生於「公開播送」之行爲，而非如同影集、電影等在進行錄製時，其價值除出現在後續的各種公開利用外，允許他人將自己的著作「製作」在這類著作中，也具有非常重要的經濟價值。因此，吾人可以將臨時錄製此一著作財產權之限制，當作一種鼓勵利用人從事「公開播送」行爲之機制，其重要門檻即在於該節目之製作，究竟是爲該廣播或電視業者所屬頻道之公開播送，亦或是將授權他人進行公開播送。故而，即令在「製播分離」之情形下，亦可將播送平台業者解釋爲廣播或電視業者在進行公開播送行爲之履行輔助人，其公開播送行爲，即爲廣播或電視業者之公開播送行爲，但若廣播或電視業者希望就其所錄製之節目，另行授權其他廣播或電視業者進行播送時，則該等節目就其他廣播或電視業者爲公開播送之利用時，即非屬著作權法第 56 條之「爲公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作」。若有授權他人之需求時，應溯及該節目錄製時，取得相關著作財產權人之「錄製」之授權。

(二)社區共同天線

另與電視節目有關之著作財產權限制，爲著作權法第 56 條之 1，該條規定：「爲加強收視效能，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臺播送之著作，不得變更其形式或內容。」前述規定有關「無線電視臺」之用語，係參考當時有線電視法第 32 條第 2 項規定，依行政院新聞局 90 年 11 月 30 日（90）正廣五字第 15662 號函示略以，「有關『無線電視台』之定義，依廣播電視法第 2 條規定，係指以無線電傳播聲音、影像，藉供公眾直接之收視與收聽，且依法核准設立之電視電台，亦即指台灣電視事業股份有限公司、中國電視事業股份有限公司、中華電視股份有限公司、民間全民電視股份有限公司及財團法人公共電視文化事業基金會等 5 家公司，並不包括利用衛星進行聲音或視訊信號之播送，以供公眾收聽或收視之「衛星廣播電視」[117]。

[117] 請參考，中華民國 98 年 04 月 13 日經濟部智慧財產局電子郵件 980413a 函釋。

無線電視數位化，乃是數位匯流趨勢下一個很重要的服務轉變，依經濟部智慧財產局之見解，前開著作權法第 56 條之 1 所稱「無線電視台播送之著作」，究僅指無線類比電視節目，抑或包含無線數位電視節目？依前揭新聞局之說明，只要以無線電傳播聲音、影像，藉供公眾直接之收視與收聽者，即屬無線電視台。由於無線電視台所播放之數位與類比電視節目均透過無線電波發送，僅係發送技術上有所不同，且均有可能會面臨訊號無法到達所有用戶的問題，因而本條所稱「無線電視台播送之著作」應包含無線類比電視節目及無線數位電視節目，並無區隔之必要[118]。

然事實上，目前我國有線電視普及率相當高，本條規定適用的機會並不多，但或許隨著無線電視數位化，無線電視頻道數量大增的情形下，單純接受無線數位電視之用戶亦有增加之可能性。由無線電視臺播送頻率範圍內的收視戶，若僅透過共同天線的設置進行收視，雖形式上可能構成再公開播送之行爲，但若由經濟利益的角度觀察，只要無線電視臺與著作權仲介團體或著作財產權人間將授權事宜處理好，著作財產權人並不會因爲這種再公開播送之行爲而受有經濟利益之損失[119]，確實不宜讓著作財產權人在此種利用形態擁有過當的權利，而此種立法考量，與無線電視台所採取者爲「類比」或「數位」技術無涉。本研究認爲智慧局前開見解在數位匯流時代並無不當，應予肯定。

---

118 同前註。

119 按無線電視數位化後，技術上有按訂戶收費的可能性，亦即，以數位訊號播送之電視節目，可以透過特殊之編碼技術或數位電視盒之設計，達到與目前有線電視相似之服務提供模式。惟目前我國無線電視數位化仍採免費收視模式，故社區共同天線之設置，對於著作財產權人而言，若已授權無線電視業者播送使用，並不會產生經濟利益的損失。

伍、特定契約規範與促進著作流通利用

一、著作權法立法目的的新時代意義[120]

透過對於著作人著作權益的保護，鼓勵更多著作人投入創作活動，藉以使國家文化發展，乃是多數人認爲著作權制度的主要立法理由。著作權法第 1 條規定：「爲保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」前述立法意旨可分爲三項，一是保障著作人著作權益（包括著作人格權與著作財產權）；二是調和社會公共利益（包括著作財產權保護期間、合理使用、強制授權等）；三是促進國家文化發展。

由前述法條文義觀察，著作權法制是以促進國家文化發展爲上位目標，並在制度設計上，一方面賦予創作者就其創作成果加以法律的保護，另一方面則爲避免保護過度造成社會上著作利用的困難，而配合調和社會公共利益相關規定予以平衡，而本研究認爲無論是權利保護，亦或是調和社會公共利益之規範，由著作權法制發展的歷史，可以觀察到皆是以「促進著作流通利用」爲其制度設計之目標，而「促進著作流通利用」，亦可達到「促進國家文化發展」之最終目標，茲再予補充前述觀點說明如下：

(一)著作權法制與商業利益

若由著作權法制的發展歷史加以觀察，著作權法制實質的立法理由，其實一直是經過相當的「美化」。西元 1710 年通過的英國安妮法案(The Statute of Anne)，可說是現代著作權法制的雛形。安妮法案乃是印刷公會在賦予其印刷壟斷權利的授權法案於 1694 年經英國國會拒絕予以更新後，經過多年努力仍無法爭取到延長其印刷特許權之後，決定改變其策略，以填補其所受到之損失。故開始向國會遊說，強調爲保護作者及讀者之權利，應對於作者的創作賦予財產權的保護，以使作者有意願持續創作新的作品。隱藏於安妮法案背後的印刷公會成員的利益，則是透過在安妮法案中埋下著作權可以自由轉讓的伏筆，使得掌握印刷機器設備之公會成員，得以透過要求著作權人將其著

---

120 以下有關著作權法立法目的之部分，改寫自賴文智、王文君，數位環境的著作權法制思考，圖書館學與資訊科學，2007 年 4 月，頁 34-35。

作權讓與的方式，繼續以著作權人的身分享有著作所帶來壟斷權利的利益。

故若探究著作權法制的發展史，確如部分論者所言，在著作權法制發展伊始，國家賦予創作者就其著作法律上的保護，並非創作者創作的動機，創作者個人對於藝術工作的投入、宗教的信仰等，才是真正的驅動力，聲稱透過保障著作權以獎勵創作者從事創作活動，並不符合實際，因爲即令沒有著作權法制的存在，社會上偉大的創作仍然不斷出現。爲什麼經過多年來各國政治、經濟的變遷，著作權制度仍然存在呢？推究其原因，莫過於社會需要此一制度，而其動力爲何？著作權人的權益當然是一種，錄音、攝影、視聽、電腦程式等新型態的著作，都是著作權人在推動立法，但如同安妮法案的立法背景，還有許多與著作在社會上流通利用的廠商，需要依賴源自於著作權人的壟斷權利，來獲取適當的商業利益。

吾人可以觀察到，著作權法制作爲一套獨立的立法體系，經過近三百年的發展，隨著科技發展擴展著作的種類、利用的可能性（例如：錄音技術使得音樂的現場演出得以透過機器再現、廣播技術使得著作可以廉價地深入各領域等），著作權法制牽涉的利益愈來愈多，已非單純保護著作權人，應該承認是與著作流通利用相關的利益團體，都需要這樣的制度。這樣的趨勢，也可以由，國際間有關保護著作鄰接權(neighboring rights)法制的發展來觀察。著作鄰接權人（如唱片公司、廣播公司、表演人等）並非傳統意義上的著作創作者，但其對於著作流通、利用施以資金、人力的投入，正是促使著作權人之著作更能普及於社會的關鍵。故由著作權所涉及的商業利益加以觀察，正視著作權並非專爲創作者存在，而是爲了所有與著作產出、流通相關之人而服務，毋寧更爲符合著作權法制發展的真實面貌。

(二)著作權法制與社會著作利用

若著作權法制單純爲創作者及與著作產出、流通之人存在，其爲何並非一概禁止所有對於他人著作的利用行爲，而設計包括如著作財產權保護期間、合理使用、強制授權等制度，允許在著作財產權保護期間屆滿或符合合理使用規定情形，無須得到著作權人授權，即可合法利用著作。此是否代表著作權法制之目的亦在保護著作利用人？本研究認爲此一看法恐怕過於樂觀。如同前開著作權法之立法意旨所述，法條用語爲「調和社會公共利益」，而非保障著作利用人權益。因此，此所謂社會公共利益，應非對於廣大的著

作利用人的保護。由我國對於著作財產權限制（合理使用）的規範，可知社會公共利益乃是基於像國家利益（行政、司法、立法之需求）、資訊流通利益（學校授課、圖書館、時事報導、正當目的引用、聽障或視障服務、時事問題論述轉載等）、便利著作利用（私人重製、非營利公開利用等），可觀察到所謂社會公共利益，應在於與促進社會上著作流通利用有關者。

當然，吾人亦須承認若完全拋開著作權的保護，從某些角度來看，確實使得著作在社會上更容易流通、利用，但吾人亦必須認識到，著作除了創作活動本身有成本之外，著作的流通也是有成本的。

以促生著作權法制的書籍出版來觀察，作者從事書籍內容的撰寫，當然是耗費相當的時間、精力，但是，要將作者創作的內容製作成書籍，則需要編輯、封面製作、排版、校對、印刷等程序，這些都需要資金及人力投入，最後還需經由銷售通路將書籍運送到各書店上架，等待消費者前往購買。以國內出版市場爲例，作者依其知名度與創作內容的屬性，約可獲得書籍定價8%~20%不等的權利金，出版社（含編輯、排版、印刷等工作）一般出貨予大盤商約爲定價 55%~65%（須再扣除給付予作者的權利金），書店約以定價60%~75%作爲進貨價格，消費者則以定價 80%~100%購買。亦即，書籍產出到銷售的每一個階段，都必須投入人力與資金，若無書籍銷售的利潤作爲驅動力，便難以吸引商業市場投入著作創作流通等活動。著作權法賦予創作者就其創作成果受法律保護的著作權，其用意之一即確保著作在流通過程中，不致於因爲他人任意重製，而使參與書籍創作、製造、流通之人的投入無法回收。

然而，爲何著作權制度仍設計對於著作財產權的限制，其原因在於若任何一個微量的著作利用行爲，皆須取得著作權人的授權，將使得社會上著作流通利用不符經濟效益，而非著作權制度的本旨亦在於保障著作利用人，以使著作利用人可以獲得充分的著作刺激，進而轉化爲著作創作者，創作更多的著作。畢竟，藉由著作在社會上廣泛流通利用以達到促進創作的機制，不獨未經授權的著作利用能產生此效果，透過合法授權的著作利用一樣可以達此目的。至於經濟上處於相對弱勢者，應由國家運用其他行政措施協助其發展自我，而非以對著作權人權利設限的方式令其扶弱濟貧。

綜前所述，觀察現代意義的著作權法制之立法目的，吾人可以得知，無

論是「保障著作人著作權益」或「調和社會公共利益」，其制度設計之背後，皆隱藏促進著作流通利用的需求，這樣的需求也是「促進國家文化發展」所必須。無論是三百年前安妮法案的立法，到現代著作權法制的立法與修法，雖然都是在強大的商業利益下推動，但是，立法時隱藏在法律背後促進著作流通利用，以達到國家文化發展的遠程目標，則一直支配著著作權法制的走向，也是用以判斷著作權法制是否合於當代社會經濟現況的關鍵。意即，若由當時的政經社現況觀察，著作權法制之全部或一部有不符合促進著作流通利用需求者，即有進一步檢討之必要。

面對前述數位匯流環境下著作授權相關議題的討論，吾人實有必要重新檢視現行之著作權法制，無論由著作財產權的保護，亦或是由著作財產權的限制，甚至是其他相關的制度規範（例如：第 37 條之立法規範），是否符合促進著作流通利用這個歷久彌新之制度設計需求？誠實地說，本研究認爲著作權法制確實尚有許多可以改善的空間。以下即由法定授權及特定契約類型之立法二個國內較爲少見的著作權法規範，作爲吾人思考如何將著作權法制朝促進著作流通利用方向推展之參考：

二、特定著作契約之立法例

(一)電影著作相關立法例

各國著作權法中與特定著作契約有關之立法例，最常見者即爲電影著作，茲摘錄張懿云教授有關電影著作立法例之說明如下：「目前國際上關於電影著作的立法模式，大致可區分成三種，…1.首先是所謂的『電影著作權』模式，根據此一模式，電影著作的著作權只屬於電影製作人和原始的著作人（不包括導演、攝影師、剪輯師等人）…2.其次則是所謂『共同著作』的模式，在此模式下，電影著作通常被視爲是由多數創作者合作完成的著作，至於誰是電影著作的共同著作人，則委由各國國內法決定。只是這些共同著作人都必須將製作以及利用該電影所需的一切權利，以契約方式移轉給電影製作人。3.最後則是所謂的『法律轉讓』模式。依此模式，電影著作被視爲是由數個個別創作所集合而成的作品，只不過因爲受到法律的限制，而由製作

人出面簽約，以取得對電影著作的利用權。[121]」

1.日本

以日本著作權法爲例，第 29 條規定：「Ⅰ電影著作之著作人與電影製作人約定由後者參加該電影著作之製作時，該電影著作（適用第十五條第一項、次項或第三項規定者除外。）之著作權歸屬於該電影製作人。Ⅱ專爲播送事業作爲其播送之技術手段而製作之電影著作（適用第十五條第一項規定者除外。）的著作權中，下列各款所揭權利，歸屬於身爲電影製作人之該播送事業。一、就其播送著作之權利及所播送之著作，予以有線播送、自動公眾傳輸（包含傳輸可能化中藉由輸入資訊於連接至供公眾使用之電子通訊線路之自動公開傳輸裝置之情形。）、或是使用接受裝置將其公開傳達之權利。二、重製該著作或以其重製物頒布予給播送事業之權利。Ⅲ專爲有線播送事業作爲其有線播送之技術手段而製作之電影著作（適用第十五條第一項規定者除外。）的著作權中，下列各款所揭權利，歸屬於身爲電影製作人之該有線播送事業。一、有線播送該著作之權利及利用收訊裝置公開傳達該著作之權利。二、重製該著作或以其重製物頒布給有線播送事業之權利。」

2.法國

法國智慧財產權法典[122]第 L. 132-23 條：「視聽產品之製作人爲發動並負責製作著作之自然人或法人。」

第 L. 132-24 條：「Ⅰ拘束著作人（非指有詞或無詞之音樂作曲著作人）與製作人之視聽產品契約，除另有相反約定且在不違反依第 L. 111-3 條、第 L. 121-4 條、第 L. 121-5 條、第 L. 122-1 條、第 L. 122-7 條、第 L. 123-7 條、第 L. 131-2 條至第 L. 131-7 條、第 L. 132-4 條及第 L. 132-7 條規定賦予著作人權利之情形下，包含轉讓予製作人視聽著作之排他性用益處置權。Ⅱ視聽產品契約不含轉讓著作之平面印刷與戲劇權給製作人。Ⅲ視聽產品契約應詳列有助於完成著作之重要成份及保存此類成分之方式。」

第 L. 132-25 條：「Ⅰ著作人應就各種用益處置著作物之方式收取報酬。Ⅱ於不牴觸第 L. 131-4 條規定之情形下，當公眾付費欣賞一特定及完整之視

---

121 請參考，張懿云，視聽著作在國際著作權法上之保護，新世紀智庫論壇第 41 期，頁 80~81。

122 以下有關法國特定契約之中譯文，係摘自：王泰銓，國際著作權法令暨判決之研究伍、法國著作權法令暨判決研究，內政部 1996 年委託研究報告。

聽產品，著作人之報酬與票價成正比；惟須考慮發行商遞減收費以優待利用者之可能性。著作人之報酬由製作人給付。」

第 L. 132-26 條:「著作人應保證製作人可不受干擾地行使所讓與之權利。」第 L. 132-27 條：「製作人負有保證依事業習慣用益處置視聽著作之義務。」第 L. 132-28 條：「Ⅰ製作人應至少每年一次向著作人及共同著作人提供以各種方式用益處置著作所得收入之清單。Ⅱ應著作人及共同著作人之要求，製作人應提供製作詳實帳目之所有證明文件，尤其是製作人將其享有之權利全部或部分轉讓予第三人之契約影本。」

第 L. 132-29 條：「無相反協議時，視聽著作之各著作人得自由處分其應有部分以供其他領域之利用，但應受第 L. 113-3 條規定之限制。」

第 L. 132-30 條：「Ⅰ製作人之重整不造成視聽產品契約之中止。Ⅱ當依 1985 年 1 月 25 日第 8598 號有關企業之重整與清算法第 31 條及其後之條文，著作之完成或用益處置可繼續進行時，法定管理人應遵守製作人之所有義務，尤其是相對於共同著作人。Ⅲ於企業全部或部分轉讓或清算時，法定管理人、債務人、財產清算人於不同之情形下應區分可轉讓或拍賣之視聽著作。於決定轉讓或拍賣前一個月，應以掛號信函通知各著作人與共同製作人，違者無效。買主負有與讓與人相同之義務。Ⅳ著作人與共同著作人就其著作享有先買權，但共同製作人之一表示有取得意圖時不在此限。未達成協議時，購買價格依專家訂之。」

第 L. 132-31 條：「當企業活動已停止達三個月以上或已開始清算程序，著作人與共同著作人得請求終止視聽產品契約。」

(二)法國其他著作相關契約

除了一般較常見的出版契約與電影著作相關契約之外，法國智慧財產權法典尚有「表演契約」、「廣告製作契約」與「電腦軟體使用權之抵押契約」，由於最後電腦軟體使用權之抵押契約在國內較為罕見，因此，以下就有關表演契約及廣告製作契約之規範介紹如下：

1.表演契約

第 L. 132-18 條：「Ⅰ表演契約係智慧著作之著作人及其繼受人授權自然人或法人依前者訂定之條件表演著作之契約。Ⅱ概括表演契約係由著作人組成之專業團體於契約存續期間內，依著作人或其繼受人訂定之條件下，授予

劇場製作人演出屬於該專業團體內現今或未來著作之契約。Ⅲ前項規定之情形得不適用第 L. 131-1 條之規定。」

第 L. 132-19 條：「Ⅰ表演契約應限定有效期間及演出之場數。Ⅱ除明載排他性權利外，劇場製作人對著作之用益處置權非爲獨占性。劇戲著作人授予之排他性權利之效力不得超過五年；連續兩年之中斷演出視爲契約自動解除。Ⅲ未得著作人或其代理人之正式書面同意，劇場製作人不得轉讓其契約之利益。」

第 L. 132-20 條：「除另有規定外：1.授權以電磁波電視轉送著作不包括有線電視傳送，但由有權組織進行同步及整體之電視傳送而又無逾越約定之地區者不此限。2.授權電視傳送著作不等於允許於公共場所放映此電視傳送之著作。3.授權以電磁波電視傳送著作不包括向人造衛星傳送，致使由其他組織之中介得以接收該著作，但著作人或其繼受人已以契約授予此類組織將該著作傳送給公眾者不在此限；於但書之情形，該放送組織應獲免除給付任何報酬。」

第 L. 132-21 條：「Ⅰ劇場製作人應通知著作人或其代理人公開演出之正確節目表及提供經確認之收入決算。劇場製作人應按期給付著作人或其代理人約定之報酬。Ⅱ但爲舉辦地方節慶之市鎮及經行政機關認可之民眾教育公司於此類活動中，應可免除支付部分報酬。」

第 L. 132-22 條：「爲尊重著作人之智慧與人格權，劇場製作人負有確保公開演出時技術條件之義務。」

無論是電影、電視節目或是劇場表演，都可能會利用到他人既有著作，此處之表演契約，即指「利用他人著作從事表演活動」之契約，而非表演人與電影公司、電視公司、節目製作公司或劇場經營者就其接受僱用或聘用從事表演活動之契約[123]，性質上是屬於一種著作利用的「授權契約」。在著作權法中規範此類表演授權契約，正如同規範出版契約一樣正常，都是反應社會著作利用需求。由法國智慧財產權法典有關表演契約之規範可以觀察到仍然是由著作權人的保護出發，但除少數規定（如專屬授權不得超過五年）外，

[123] 事實上，國內因表演人長期未能正視己身權益的保障，往往在無法從事表演工作後，無法分享過去表演重複使用之利益，亦有倡議「表演人著作權授權契約範本」者，請參考，中央廣播電台，台灣首份藝人工作契約範本 健全台灣影視產業發展，2009/12/15，http://news.rti.org.tw/index_newsContent.aspx?nid=226773, 2009/12/21 visited.

均允許當事人以契約另爲約定。本研究認爲我國著作權法亦可嘗試導入類似制度，透過對於一些基本契約條件的明文化，即令當事人間可依契約另行約定，但亦有助於著作利用市場授權條件之導正，至少可發揮提醒著作權人及著作利用人，須針對某些重要交易條件進行磋商之功能。

2.廣告製作契約

第 L. 132-31 條[124]：「Ⅰ除另有約定外，廣告製作契約中廣告著作之用益處置權於訂約時移轉於製作人，但須於契約中載明因地區、用益處置之時間長短，發行量多寡與附屬設備之不同而產生就廣告著作不同之用益處置與其衍生之報酬。Ⅱ著作人代理機關與廣告製作人代理機關依不同之著作利用共同決定報酬之構成因素之基礎。Ⅲ合約之效期爲一至五年。Ⅳ合約規定可依行政命令，對相對人發生拘束力。」

第 L. 132-32 條[125]：「如未能於 1984 年 4 月 4 日前或上述合約有效期間達成協議，第 L 132-31 條第 2 項規定之報酬基礎由一專門委員會決定。此一委員會除由最高法院院長任命之司法官出任主席外，尚有中央行政法院副院長任命之院士，文化部長任命之專家暨著作人代理機關與廣告製作人代理機關推派相同人數之代表共同組成。」

---

124 Article L132-31
In the case of a commissioned work used for advertising, the contract between the producer and the author shall imply, unless otherwise stipulated, assignment to the producer of the exploitation rights in the work on condition that the contract specify the separate remuneration payable for each mode of exploitation of the work as a function, in particular, of the geographical area, the duration of exploitation, the size of the printing and the nature of the medium.
An agreement between the organizations representing the authors and the organizations representing the advertising producers shall lay down the basic elements used to form the remuneration that corresponds to the various uses of works.
The term of the agreement shall be of between one and five years.
Its provisions may be made compulsory for all the parties by way of decree.

125 Article L132-32
Failing agreement concluded either prior to April 4, 1986, or on the date of expiry of the preceding agreement, the bases for the remuneration referred to in the second paragraph of Article L132-31 shall be determined by a committee chaired by a magistrate of the judiciary designated by the First President of the Cour de Cassation, and composed, in addition, of one member of the Conseil d'Etat designated by the Vice President of the Conseil d'Etat, one qualified person designated by the Minister responsible for culture, on the one hand, and an equal number of members designated by the organizations representing the authors and of members designated by the organizations representing the advertising producers, on the other.

第 L. 132-33 條[126]：「Ⅰ有權任命委員會成員之機關與各機關會員人數皆由文化部之行政命令定之。Ⅱ委員會以出席委員過半數決之。可否同數時，以主席意見爲準。如一個月內，主席未就同樣問題再行加開會議討論時，前次相關決議即有執行力。Ⅲ委員會之決議皆登錄於法蘭西共和國政府公報。」

有關前述提及我國因廣告製作人與播送者不同所引發之授權爭議，法國智慧財產權法典前開有關廣告製作契約之規範，亦值得吾人參考。前開規範雖然仍然以「契約自由」爲原則，但在契約沒有另行約定之情形，則依據廣告製作之目的在於後續供商品或服務行銷使用，而將該廣告後續用益之權利移轉予「製作人」，此除與我國著作權法第 12 條有關出資聘人完成著作之立法原則不同（更有利於廣告製作人）之外，亦可能適用於非出資聘人完成著作，而是將他人著作作爲創作素材而用於製作廣告之情形，亦較符合一般廣告音樂利用之情形。

三、著作權專責機關與著作交易契約之促進或導正

經濟部智慧財產局爲促進著作之流通利用，降低當事人間訂定契約之困難度，曾公布「著作財產權讓與契約範例」、「平面出版物著作財產權授權契約範例」、「演講著作權授權契約範例」、「學校遠距教學授權契約範例」、「建築著作契約範例」、「圖書出版授權契約範例」、「音樂錄音授權契約範例」、「攝影授權契約範例」、「數位學習教材授權契約範例」、「多媒體素材授權契約範例」[127]、「表演人著作權讓與契約範本」、「表演人著作權授權契約範本」[128]，惟前開契約範例因係經濟部智慧財產局所自行擬定，並未經任何法定程序，亦未有較嚴謹之審查機制，故目前亦「僅供參考」，作爲經濟部智慧財產局在

---

126 Article L132-33
The organizations entitled to designate members of the Committee and the number of persons each organization shall be entitled to designate shall be specified by an order of the Minister responsible for culture.
The Committee shall take its decisions on a majority of the members present. In the event of an equally divided vote, the Chairman shall have a casting vote.
The Committee's decisions shall be enforceable if, within one month, its Chairman has not requested a second decision.
The decisions of the Committee shall be published in the Official Journal of the French Republic.

127 相關契約例稿之電子檔，可於下述網址取得：http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=2338&guid=a653c40b-5d2a-4080-8344-6f468bd6c20a&lang=zh-tw, 2009/12/21 visited.

128 相關契約例稿之電子檔，可於下述網址取得：http://www.tipo.gov.tw/ch/News_NewsContent.aspx?NewsID=4223, 2010/01/03 visited.

著作權法制宣導之利用，並未產生任何具體之法律效力，殊爲可惜。

本研究認爲，雖然各國有關電影著作相關契約規範，或是諸如法國有關出版契約、表演契約、廣告製作契約等，皆有其可供參考之價值，但若冒然引進國內，恐將使著作權人與利用人間之爭執，提升到立法層級，並不適宜「契約」此種追求雙方當事人雙贏之交易。然面對數位匯流環境下，取得著作授權利用將成爲社會著作利用之常態，爲避免因著作權人與利用人皆不熟悉授權事宜，而發生「授權失靈」之現象，著作權專責機關實有必要更積極在立法政策上有所作爲。

本研究建議初期可繼續推動社會上有關各種著作交易之契約例稿、範本之製作，並定期檢討、修正，之後則可將契約例稿、範圍之研擬、討論、公告、檢討等程序制度化與公開化，促進著作權人與著作利用人透過此等公開程序參與，認識自己的權利與義務，並增進雙方的溝通與了解，提高著作權專責機關公布例稿之採用率，以及著作權專責機關在爭議發生前協助處理之可能性，最後，再依據社會著作利用實際情形，考慮是否在著作權修法方面，參酌消費者保護法有關定型化契約應記載及不應記載事項之立法模式，或緩和其法律效果後，由著作權專責機關依據社會著作利用交易之需求，制定相關應記載及不得記載事項（例如：專屬授權合約期間、著作財產權新增權利的歸屬等）。本研究相信著作權專責機關對於社會著作交易之積極參與，應可有助於數位匯流環境下，著作交易市場秩序之穩定，促成著作之流通利用。

第四章 數位匯流之特殊議題

壹、數位匯流環境下之「必載頻道」法制

中華電信公司所經營之 MOD 平台，因轉播中視知名戲劇節目「敗犬女王」及民視美國職棒大聯盟比賽未取得合法授權而遭蓋台，導致訂戶無法如預期收視上述節目、權益受損。雖然之後中華電信提出訂戶可退訂之解決方案，但也突顯現有法制無法處理 MOD 平台所面臨之困境。將 MOD 轉播無線電視台節目納入「必載頻道」，成為業者所期待之解套模式[129]。

「必載頻道」(must-carry channels)規範源於有線電視之興起，各國考量無線電視台之資源具稀少性與公共性、新興有線電視產業與無線電視台間之競爭、與消費者的收視權益等因素，紛紛於有線廣播電視相關法律要求有線電視業者「必載」一定之無線頻道，我國有線電視法第 37 條，亦直接於法條中排除有線電視業者轉播必載頻道之著作權責任，此即 MOD 業者希冀以「必載頻道」解決授權問題之原因。

然而，吾人所身處之數位匯流(digital convergence)環境，與當年「必載頻道」所面對的環境已大為不同。以當年針對類比之有線、無線電視技術之「必載頻道」規範，處理數位匯流之 MOD、數位電視等所面臨之公共利益、競爭、授權、及消費者保護等議題，是否妥適，不無疑問。以當年具資源稀少性的無線電視台為例，其播送之訊號數位化之後，同一頻寬可播送之頻道大幅增加，其本來因資源稀少所造成之公共性考量，即受到挑戰；此外，因數位匯流之故，MOD 所面臨之競爭環境及所涉及參與者之利益衝突，更甚於當年有線電視之產業環境。

據此，本研究即擬以數位匯流下的「必載頻道」為題，第一、二部分為比較法的介紹與實踐：說明美國「必載頻道」規範的立法背景與演進、及歐盟指令在數位匯流環境下有關「必載頻道」規範之發展，同時以英國為例，說明歐盟指令在該國的產業環境之下如何具體實現；第三部分則回顧「必載頻道」的歷史、並分析數位匯流與當年類比技術環境的不同特性，分析台灣有關「必載頻道」的立法變遷及產經環境之變化；第四部分以政治經濟分析

---

[129] 請參考，徐毓莉，MOD 蓋台 NCC：退租免違約金 要求提出續租補償 中華電未回應，蘋果日報，2009/6/4，http://cbit.pixnet.net/blog/post/28131172, 2010/01/06 visited.

之角度，就數位匯流環境下，倘若透過「必載頻道」規範處理 MOD 轉載無線電視訊號議題，應該考量的產經環境改變及各方利益衝突為何，並以美國和英國近來因應數位環境的著作權立法規定為例，作為我國立法參考。最後，則提出本研究關於「必載頻道」規範之政策建議及相關著作權修法方向建議。

一、美國必載頻道之立法例

美國有關「必載頻道」規範的重要爭議包含兩點：其一是強制要求系統業者「必載」(must carry)特定頻道的內容，是否違反「言論自由」。其二是這些提供必載頻道的業者，是否可與被要求必載特定內容的業者分享利益。尤其是關於第二點，由於轉播業者和提供內容的業者，往往都是電視廣播市場上的競爭者，因此倘若一律要求「免費必載」，則無異是透過政府強制介入，影響市場的公平競爭。

以下即先行介紹美國「必載」規定有關言論自由的爭議發展。

(一)「必載頻道」規範與言論自由

美國 1934 年的通訊傳播基本大法「1934 聯邦傳播法」(The Communications Act of 1934)，確立了聯邦通訊委員會(FCC, The Federal Communications Commission)的職權，乃在於確保全美民眾不受任何歧視、平等享受全國甚至全球的有線及無線通訊服務[130]。在此原則下，FCC 可以依職權訂定規範相關產業以達成上述目的。但 FCC 的管制不能牴觸美國憲法對言論自由的保障，此乃法治國家之必然，本於同一精神，「1934 聯邦傳播法」第 326 條亦限制 FCC 不能干涉各電台所提供內容與製播方式[131]。

在此背景之下，吾人亦不難理解，為何「必載頻道」規範出現之後，立即引起頻道業者的反彈，並打起違反言論自由的憲法官司。1992 年的「有線電視消費者保護及競爭法」(Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992)的第 4 條規定，「有線電視系統應轉播當地無線商業

---

130 請參考，林齊龍，「美國 DTV 政策及發展」，公共電視研究發展部資料，2009/01/23, http://www.pts.org.tw/~rnd/p2/p2.htm, 2009/12/21 visited.

131 Section 326 of The Communications Acts of 1934, “Nothing in this Act shall be understood or construed to give the Commission the power of censorship over the radio communications or signals transmitted by any radio station, and no regulation or condition shall be promulgated or fixed by the Commission which shall interfere with the right of free speech by means of radio communication”

電視台的訊號，但不超過該系統之可利用頻道的三分之一…。[132]」同法第 5 條則規定，有線電視台必須轉播當地的非商業性、教育性的無線電視台的訊號[133]。此即爲類比時代的「必載」(must-carry)規範之法源，於是一群有線電視頻道及系統業者，就上述二條「必載某些無線電視台頻道」的規範，認爲要求頻道轉播特定內容，而不讓頻道業者自行決定，乃是侵害言論自由，於是有了 1994 年的 *Tuner Broadcasting System v. FCC*[134]的違憲訴訟。

該案中最高法院認爲「必載規範」乃就有線無線的不同電視轉播系統爲差別待遇，而非就其所轉播的內容本身，屬於「對言論內容中立之管制」(content neutral regulation)，而非「針對言論本身之管制」(content-based regulation)[135]，故僅須適用中間審查標準(intermediate scrutiny)而非嚴格審查標準[136](strict scrutiny)。所謂的中間審查標準，乃指這項限制可以促進一項重要的政策目標(furthers an important governmental interest)、而無關壓抑言論自由(unrelated to the suppression of free expression)、且其限制不能超過達成上述目標的必要程度(no greater than is essential to the furtherance of that interest)。基於上述標準，最高法院認爲法案中的「必載」規定，可以確保下列三種重要的政府利益[137]：一、確保免費的電視廣播系統存在；二、促進多元化的資訊管道來源；三、促進電視產業的公平競爭。因而從各方面來考量，「必載」規範乃符合爲公共利益對言論自由所爲之限制，並未違憲。

但 1994 年的訴訟中，最高法院僅判定政府爲達保護無線電視之公益目的所爲之「必載頻道」立法目的爲合憲，卻未就該「必載頻道」的內容審查是否合乎「損害最小的比例原則」，該案就此部分發回聯邦法院重審，原告有線電視業者敗訴後，繼續上訴至最高法院，成爲 1997 年的 *Tuner II*[138]案。

在 *Tuner II* 案中，原告主張「必載頻道」並非達成上述政府利益目標最小損害的方法，並提出下列五點替代性的、損害更小的措施：一、援用舊的 FCC 制定的必載命令，必載頻道不超過系統可利用頻道的四分之一；二、提

---

132 47 U.S.C.sec.534 (b)
133 47 U.S.C.sec.534 (a)
134 *Tuner Broadcasting System v. FCC*, 512 U.S. 622(1994).
135 *Ibid.*at 627-639.
136 請參考，江耀國，有線電視數位化之法律議題研究(上)，科技法律透析 18 卷 10 期，2006 年 10 月，頁 54。
137 *Tuner Broadcasting System v. FCC.* 520 U.S. 180(1997), at 189-190.
138 *Tuner Broadcasting System v. FCC.* 520 U.S. 180(1997)

供收視戶可切換接受有線和無線電視台的切換器；三、由有線業者提供出租頻道予無線電視台；四、由政府補貼無線電視台；五、陷入困境的無線電視台業者可以反托拉斯法來救濟。

但最高法院一一駁斥上述原告的主張，首先就第一項而言，FCC 當年所提出的是命令，現在「必載頻道」則是由國會提出的立法，法律位階應高於命令；就第二項而言，證據顯示很少用戶願意加裝有線無線的切換器；就第三、四項而言，如此則無法確保「必載頻道」所須保護的政府利益目標；就第五項而言，則訴訟程序費時且價昂，無線業者未必能負擔。

最後最高法院以 5 比 4 票否決了原告的上訴主張，並以相關事實如 87%的必載頻道所用的先前閒置的頻道資源，而全國 94.5%的有線業者並未因必載規範放棄其他的節目，而剩下的 5.5%業者所受的影響，則不過是撤掉 1.22 項節目服務等爲例，指出「必載頻道」對有線電視業者造成之負擔，與其所欲達成之政府重要利益比較，並未過度。

由 *Tuner I* 和 *Tuner II* 兩案的發展，可見出現於類比電視時代的「必載頻道」規範，原本是希望達成維護地方無線免費節目的利益、保護無線電視產業並促進電視市場的公平競爭等公益目的，於是採取「必載」的干預手段，且此干預手段在衡量之下尚未逾必要程度。

(二)「必載頻道」與授權費用

爲了平衡競爭者之間的利益，1992 年美國通過的「有線電視消費者保護及競爭法」(Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992)，對「必載頻道」提供了 2 種選項，讓提供「被必載內容」的業者可以選擇「必載」或是「再傳輸同意」。如果選擇「必載」，則系統業者就有「轉載」特定頻道內容的義務，但無須因此付費，惟系統業者亦不得因「轉載」無線頻道而就該無線頻道另行向其用戶收費；但若選擇 「再傳輸同意權」，則提供內容的業者可與希望轉載內容的業者談判，是否轉載及相關的著作授權事宜。

至於「必載內容」爲何？該法規定有線電視業者須「必載」特定數量的無線台節目，所謂的「特定數量」，例如小型的有線電視系統業者（頻道數目少於十二個），應至少必載三個當地低功率無線電視台所播送的節目，而若頻道數多於十二個者，則至少應使用其頻道數目的三分之一同時播送當地低功

率無線電視台所播送之節目[139]。由上可知，「再傳輸同意」權，即被轉載的無線台有權利要求與轉載的有線台，共同分享因傳輸節目內容所產生之商業利益[140]，換句話說，若無線台行使「再傳輸同意權」，此時已非「必載」(Must Carry)而是「得載」(May Carry)[141]。

何時業者可以選擇行使「再傳輸同意權」？根據 1992 年的「有線電視消費者保護及競爭法」的「必載頻道」規定，基於保護民眾知的權利，美國有線電視業者必須無條件「必載」當地非商業性無線電視台與低功率電視台的內容[142]。但全國聯播網下的地區性無線商業電視台，則因無公共利益之目的，有權在「必載」與「再傳輸同意權」中擇一[143]，前者可以提高必載節目內容的流通率, 後者則可以有線業者分享傳送節目內容所得的利益。同時，業者每三年即可做一次選擇[144]。由於美國「必載規範」區分「無條件必載」與「再傳輸同意」兩種類型，因而多年來，業者總是極力想排除「必載義務」的負擔，但同時又極力想爭取更多的「免費轉載權」[145]。

(三)美國著作權法有關有線電視轉載之法定授權規定

1.有線及衛星二次播送法定授權簡介

美國著作權法處理有線及衛星電視二次播送行爲的規定及相關報告，可以作爲我國面對數位匯流有關著作權問題的參考。

該法第 111 條、第 119 條及第 122 條建立「法定授權（statutory license）制度」[146]，讓有線電視或衛星電視每半年向著作權局提出使用清單，並支付授權費用後，就可以轉播無線電視的節目。以下即就各條說明「法定授權制」的內容。

---

139 See, Sadler, Roger, *Electronic Media Law*, Sage Publication, US, (2005), at p84.

140 See, Timmer, Joel, "Broadcast, Cable and Digital Must Carry: The Other Digital Divide", *Communication Law and Policy, 9(1),* 101-150, (2004).

141 *Ibid.*

142 請參考，劉貞宛，數位電視時代的必載規範，傳播與管理研究，第五卷第一期，頁頁 106-107。

143 *Ibid.*

144 See, Sadler, Roger, *Electronic Media Law*, Sage Publication, US, (2005), at p85.

145 See, Thierer, Adam D., and Crews, Clyde Wayn, *What's Yours Is Mine*: *Open Access and the Rise of Infrastructure Socialism"*, Cato Institute, Washington D.C.，(2003)，at p91.

146 請參考，章忠信，有線廣播電視「必載」無線廣播電視節目的爭議，http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=90, 2010/01/06 visited.

美國「著作權法」第 111 條允許有線系統業者轉播在地及遠方的廣播及電視訊號予訂戶可採法定授權制[147]。本條允許有線系統業者轉播遠方訊號的同時，也以法定授權制保證著作權人可收到授權金。

有線系統二次播送之法定授權內容，於「著作權法」第 111 條(d)項有相當詳盡之規定[148]，其中包含有線系統應依規定以半年爲期，向著作權局寄存「客戶報告」，且此客戶報告。此報告須涵蓋次六個月期間，載明該有線系統對其訂戶爲二次播送之頻道數目，其播送經該有線系統爲進一步播送之所有原播送者之名稱及位置，訂戶總數，爲提供對原播送者之二次播送之基本服務，向有線系統所支付之總毛額，及其他不時以行政命令所規定之資料。

就有線系統之二次播送行爲權利金之計算，並有詳細之標準，如第 111 條(d)項第 1 款(B)目之規定：

(i)爲在原播送者服務地區以外，全部或一部播送該原播送者之任何非播送網節目，其收入毛額之百分之零點六七五，前述金額將用於支付(ii)至(iv)目規定所應支付之費用;

(ii)第一個遠方訊號值(first distant signal equivalent)爲其收入毛額之百分之零點六七五;

(iii)第二、三、四個遠方訊號值各爲其收入毛額之百分之零點四二五;

(iv)第五個遠方訊號值及其後之各個遠方訊號值，爲其收入毛額之百分之零點二;且於計算上述第(ii)點至第(iv)點之應付數額時，一遠方訊號值之分數(fraction)應以其分數值(fractional value)計算，於有線系統部份在原播送者服務地區以內，部份在其服務地區以外之情形，收入毛額應限於自位於該原播送者服務地區以外訂戶所收取之收入毛額;

另(d)項第(2)款亦明定著作權局局長應收取依本條所寄存之所有費用，於扣除著作權局因本條所發生之合理成本後，將其剩餘額寄存於美國財政部，財政部長並應依本條規定予以管理之。

財政部長所管理之所有資金，則應投資於支付利息之美國聯邦有價証券，以供日後對於分配無爭議時由國會圖書館館長，或於日後對於分配有爭

---

147 See, Statement of The US Copyright Office's Report on Section 109 of SHVERA, 2009/2/25, http://www.copyright.gov/docs/regstat022509.html, 2009/01/06 visited.

148 本條規定內容之中文翻譯，摘自，孫遠釗，美國著作權法令暨判例之研究，經濟部智慧財產局 98 年度委託研究報告，頁 51 以下。

議時由著作權權利金法官依本法爲付息之分配。

第(3)款規定可分配權利金之著作權人包括主張其著作在該相關半年內、爲有線系統之二次播送之標的者，如

(A)其著作被包含於有線系統在原播送者服務地區以外，就一「非播送網電視節目 (non-network television program)」之全部或一部，所爲之二次播送中之著作權人;及

(B)其著作被包含於依第(1)款第(A)目所寄存之特別客戶報告中所載明之二次播送中之著作權人;及

(C)其著作被包含於有線系統在原播送者服務地區以外所播送之僅由音訊構成之非播送網節目中之著作權人。

同項第(4)款則規依上述規定所寄存之權利金費用之分配程序。

第 119 條[149]則允許衛星業者可轉播遠方電視訊號(但不包含廣播)給包含家庭使觀賞用的訂戶與商業場所。(the Section 119 license permits a satellite carrier to retransmit distant television signals (but not radio signals) to its subscribers for private home viewing and to commercial establishments)本條規定的目的是在於確保所有美國的收視大眾、特別是那些住在偏遠地區、無法充分接受空中訊號的家庭，可以有另一項有效的工具來觀賞節目。和第 111 條不同的是，有線系統業者的法定授權金是按照收益的百分比來算，但第 119 條衛星系統業者轉播節目的法定授權金則是按照戶每月訂戶接受遠方訊號的數量來算。

此外，原本衛星系統轉播遠方的電視訊號的法定授權契約，按該條規定將於五年到期，但 1994 年的法令到了 1999 年時由國會再次授權延長另外五年期限，到了 2004 年 12 月 8 日，國會又再度通過的「衛星家庭收視延伸及再授權法案(The Satellite Home Viewer Extension and Reauthorization Act, SHVERA)」，再度延長此項法定授權制的契約五年，而將於 2009 年的 12 月 31 日到期。屆時是否要再延期，亦成爲目前數位匯流下著作權法的頭痛時間。

「著作權法」第 122 條[150]則允許衛星系統業者轉播地方電視訊號至該地方電視台的市場區域內，不須付授權金。(Section 122 statutory license permits

---

149 See, Statement of The US Copyright Office's Report on Section 109 of SHVERA, 2009/2/25, http://www.copyright.gov/docs/regstat022509.html, 2010/01/06 visited.

150 See, Statement of The US Copyright Office's Report on Section 109 of SHVERA, 2009/2/25, http://www.copyright.gov/docs/regstat022509.html, 2010/01/06 visited.

satellite carriers to retransmit local television signals back into the stations' local television market on a royalty-free basis (a.k.a. "Local Into Local")只要這些衛星系統業者遵守 FCC 基於傳播法(Communications Act)第 338 條而定的法規，則這項法定授契約就會一直有效。第 122 條的立法目的是爲了要鼓勵業者轉播在地節目而非遠方的節目。另一項立法目的則是爲了促進衛星業者與地方有線系統業者的競爭。

2.數位匯流與法定授權制度

此外，美國著作權局在 2005 年，曾對產業界做過一份 Notice of Inquiries（NOI）調查產業各界對數位媒體（如 IPTV）是否適用「法定授權制」的規定，結論是數位媒體在解釋上即可以規範客體，不需要另立規範[151]。

由上述著作權局的解釋觀之，到了數位電視時代，有線電視或衛星電視轉播無線電視的節目，仍可適用原先著作權法的「法定授權制度」。美國「法定授權制度」則可以降低著作授權交易成本，就轉播無線電視節目此種利用型態，免除逐一向著作財產權人洽談授權之成本，而關於權利金的支付標準與管理、分配方式，則由著作權主管機關負責，亦具相當之公信力。且一定費用的支付，也可彌補有線電視或衛星電視第二次利用對於著作權人所造成的損失，同時費率的「協議先行」原則，於著作權主管機關介入裁定之前，先尊重市場機制。凡此，可謂同時兼顧著作權人權益之保障、產業競爭力的維持與主管機關的公信力，可謂面面俱到。而按照「法定授權制」著作權人所得的授權金，則通常低於市場上的價格[152]，對有線系統和衛星系統業者是正面的助力。

但時至今日，傳播市場不斷變化，「法定授權制」也面臨許多挑戰。除了目前多數的美國家庭訂閱有線或衛星電視服務，早先爲了保護弱勢有線系統和衛星系統業者的立法規定，現在看來似乎沒有必要[153]。同時，就實務上來說，這些有線系統和衛星系統頻道中，播送遠方的節目訊號的通常只有二到三個。即使沒有「法定授權制」，有線系統和衛星系統業者和這二到三個節目

---

151 See, Retransmission of Digital Television Broadcast Signals Pursuant to the Cable Statutory License, 2008/6/2, http://www.copyright.gov/fedreg/2008/73fr31399.pdf, 2010/01/06 visited.

152 同前註，於 Part II Royalties.

153 See, Schechner, Sam and Dana, Rebecca, "Local TV Stations Face a Fuzzy Future", *Wall Street Journal*, February 10, 2009 at A1.

的著作權人談授權，應該不太困難[154]。

最重要的，則是數位匯流下，科技對頻道的資源與市場競爭關係產生了微妙的變化。首先，原則以類比訊號傳送的頻道，在使用數位訊號後，同樣的頻寬可以承載更多的訊號內容，而數位電視台的訊號涵蓋地區可能大於或小於原先的類比電視台[155]。因而，原先以類比訊號爲考量的法定授權契約的內容，可能並不適合新的數位訊號。

此外，由於網際網路的發展，愈來愈多的網站已成爲各項視聽節目播送的平台，例如 iTune，這些網站自行和一些線上節目的提供者訂立授權契約，也未適用法定授權的契約內容。當使用網路來觀賞節目的人愈來愈多時，「法定授權制」似乎也漸漸失去意義。當然，或許有人會提議，將網路上的播送平台也納入「法定授權制」的規範，但基於下面幾個原因，這樣的做法應該是沒有必要。第一，網路上的訊號傳播安全和盜版問題相當嚴重，如何解決尚無共識。第二，美國和幾個國家的「自由貿易協定」(Free Trade Agreement)中，禁止對網路平台轉播內容採法定授權制。第三，也是上面所提過的，目前的市場，已有網站平台與內容業者自行訂立契約，而契約也運作良好。這樣看來，並沒有採取「法定授權制」的必要。

在 2008 年著作權局提出針對「法定授權制」的報告中[156], 提到在數位時代下，傳播市場已有變化，往日爲了扶助有線系統和衛星系統業者的「法定授權制」應該有所改變。其最主要的建議則是，廢除由國家資源挹注的「法定授權制」，而仍可改採節省交易成本的「集體授權」來代替。

(三)數位電視的「必載頻道」規範

即便是一般性轉載的「法定授權制」，都有因應數位時代而修改的呼聲，「必載頻道」自然更不例外。隨著數位科技的發展，美國國會於 1996 年通過「電訊傳播法」(The Telecommunications Act of 1996)，成爲發展數位無線電視的法源，同年 12 月主管傳播電信產業的聯邦通訊委員會確立了數位無線電

---

154 See, Statement of The US Copyright Office's Report on Section 109 of SHVERA, 2009/2/25, http://www.copyright.gov/docs/regstat022509.html, 2010/01/06 visited.

155 See, FCC, Map Book for Full-Power Digital Television Stations Having Significant Changes in Coverage, http://www.fcc.gov/dtv/markets/report2.html, 2010/01/06 visited.

156 See, http://www.copyright.gov/reports/section109-final-report.pdf, 2010/01/06 visited.

視的標準，正式宣告無線電視即將由類比時代轉換至數位時代[157]。

數位電視時代的開展，爲「必載頻道」帶來的新的難題。首先是爲了推動全國由類比轉爲數位電視，美國會於 2005 年通過「數位電視轉換暨公共安全法」（Digital Television Transition and Public Safety Act of 2005），確定無線電視頻譜的面貌，並規定美國全國的電視台須於 2009 年 2 月 17 日終止類比訊號的播送、而全面改爲數位訊號[158]。而爲全國完成數位電視的轉換，該法中並明定以十五億美金的預算，提供民眾至申請每張價值四十美元的數位機上盒折扣券，以協助民眾完成接收數位電視訊號的準備。即便如此，數位電視的轉換進程卻不如預期順利，除了電視台本身的系統轉換進度落後之外，據 Neilsen 公司於 2008 年 10 月所做的調查，當時雖距數位電視開播日期僅有 3 個月，美國卻有約 960 萬戶家庭完全未有接收數位電視訊號的準備，而 1260 萬戶中至少有一部類比電視未完成接受數位訊號的準備。相較之下，全美有 15%（1700 萬戶）完全依賴無線電視。

2001 年 FCC 發布關於數位電視廣播訊號的第一波命令[159]，其中提到基於 1992 年的「有線電視法」的「必載規範」，原要求有線電視系統者應轉播地方性商業電視台的主要視訊(Primary Video)。但由類比轉換至數位的階段中，一方面是數位化之後，基於數位訊號的特性，無線電視業者可以利用原先同樣的頻寬、播放更多的頻道訊號，二方面是類比訊號和數位訊號可能會有重疊的時期，亦即部分人接受數位訊號、另外部分人則接受類比訊號。此時有關「必載內容」是否應必載一切頻道訊號、或同時必載播送中的類比與數位訊號？爲解決此一問題，FCC 於 2001 年的命令中，遂定義「必載主要視訊」爲一個頻道訊號或與這個訊號相關的內容(a single programming stream and other program- related content)，易言之，若無線電視台於同一頻寬中播送多個不同的、互相獨立的頻道訊號，有線電視系統業者僅須「擇一必載」[160]。理

---

157 請參考，林齊龍，美國 DTV 政策及發展，公共電視研究發展部資料，2009/01/23，http://www.pts.org.tw/~rnd/p2/p2.htm, 2010/01/06 visited.

158 其後因數位機上盒兌換率不高，經美國眾議院通過延至 2009 年 6 月 12 日正式停播類比訊號。

159 See, FCC, In the Matter of Carriage of Digital Television Broadcast Signals, Summary of FCC Rules Adopted, http://www.fcc.gov/Bureaus/Cable/News_Releases/2001/must_carry_factsheet.html, 2010/01/06 visited.

160 *Supra* note 19, in the paragraph of " Content of Signals Subject to Mandatory Carriage",

由爲「考量憲法保障言論自由的利益大於要求雙重必載的利益」，避免「雙重必載造成有線系統業者的負擔」[161]，造成違憲的疑慮。

但有鑑於數位電視轉換進程的落後，2007 年 9 月，FCC 調整立場，通過了「雙重必載」(dual must-carry)命令[162]，要求有線電視系統業者即便於 2009 年開播數位電視後，仍須同時以數位及類比訊號，轉載所服務地區的必載無線電視台訊號至少三年，以確保屆時全美民眾不管是依賴類比電視訊號、或已可接受數位電視訊號者，都可以接受到這些無線電視台的內容。「雙重必載」的規範，加重了系統業者負擔，但爲了利益平衡，定有三年的日落期間，且在其後補充小型系統業者有「免責條款」，特別針對那些訂戶在 2500 戶數以下、或是系統容量小於 552MHz 的業者，可以免除此義務[163]。

由上可知，原本利用電子媒介傳送及接收訊息，屬於言論自由之範疇。依照美國憲法第一修正案規定，不得立法加以限制。但美國的「必載規範」，經過法院的違憲審查，乃是在保護一般民眾收視無線電視訊號的權益、業者的經營考量、及產業整體的競爭三者間求取一個妥協的平衡點。因而，一方面爲了保障民眾知的權利、限制業者「必載」特定公益頻道，另一方面也提供「再傳輸同意權」的選項，讓商業無線台可分享其提供節目內容而產生的利潤。但由類比時代進化到數位時代時，在兩者重疊期將會有「雙重必載」的問題，使得問題較單單數位化對上述幾項考量造成的影響，更爲複雜。但目前 FCC 仍然以保障民眾接受資訊的權利爲主，要求系統容量較大、訂戶較多的有線電視系統業者，須負擔「雙重必載」義務。

(四)小結

由上述可知，美國的「必載頻道」一開始乃爲保障公益內容與大眾收視權益、故有「必載規定」，惟一規範主要在處理無線電視業者與有線電視業者間之法律關係。至於一般有線或衛星系統業者在進行轉載時，其著作權授權問題，則另由著作權法以「法定授權」機制處理。而「必載」規定發展到後

---

161 FCC, In the Matter of Carriage of Digital Television Broadcast , First Report and Further Notice of Proposed Rulemaking, CS Docket No. 98-120, FCC 01-22, para. 3, (2001).

162 FCC, In the Matter of Carriage of Digital Television Broadcast , Third Report and Order and Third Further Notice of Proposed Rulemaking,，22FCC Rcd21064(2007).

163 FCC, In the Matter of Carriage of Digital Television Broadcast , Fourth Report and Order and Third Further Notice of Proposed Rulemaking,，23 FCC Rcd 13618 (2008)。

來，因爲有線系統業者的逐漸強大，政府已不需要再透過單向免費的「必載」來扶植產業，於是有了「再傳輸同意」(Retransmission consent) 和「必載」兩者可供無線頻道業者選擇。無線電視業者可選擇提高訊號流通率的「必載」，也可選擇行使「再傳輸同意」權，和轉播訊號的有線系統業者談判、以分享後者因轉播訊號內容而得到的利益。而就必載規定，有線電視業者雖有「必載」部分無線電視訊號的義務，有線或衛星系統業者要轉播無線電視台的訊號，則可透過「法定授權制」降低授權成本。「必載」「、再傳輸同意」與「法定授權制」的規定，可謂是爲了平衡各傳播產業之間的競爭關係、並試圖兼顧公益與私利之設計。

二、歐盟國家「必載頻道」之規範

(一)歐盟指令之發展

歐盟 2002 年的指令確立了「必載頻道」的法源。其指令第 31 條第 1 項規定:「若有相當的使用者用該電子傳播網路系統做爲接受電視或廣播訊號的主要工具，則會員國得賦予其合理的必載義務，…」。同時，該項後段文字亦聲明「必載義務須對達成明確的公益目標有必要性，且須合乎比例、透明原則。」並於最後一段補充「須定期檢視必載義務是否合乎上述原則。」。第 2 項則規定會員國得爲這些負擔「必載義務」的電子傳播系統業者，訂定補償規則，但這些補償同時也須要「符合比例、透明原則」。

前述第 31 條的規定，乃因於這些有相當使用者做爲主要接受電視廣播訊號的電子傳播系統，極有可能濫用其獨佔性的有利地位，予自製節目特殊的優惠，因而限制了消費者的收視選擇[164]。因此，「必載頻道的義務」目的在於確保這些業者可以讓收視大眾可以接觸到廣泛的資訊內容，更深一層來說，即在確保文化多元性。

同時也因爲本指令主要是針對「電子傳播網絡系統」，所以其規範對象雖主要是有線電視業者，但並不僅限於此。只要是有相當的使用者運用此系統作爲接受電視廣播訊號的主要工具，則包含數位電視、寬頻網路業者都適用

---

164 See, Berg, Anne-Cathrine, “Must–Carry, A Brief Outline” EBU Dossiers, 2003/1, at p5, http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_p_mustcarry_acb_2003_tcm6-8268.pdf, 2010/01/06 visited.

此規定[165]。

因而，由歐盟指令中可見，和美國相比，歐洲是以電子傳播系統爲分界，類比電視因不在電子傳播網路系統而不適用此指令，但又不限於數位電視。而由指令條文文字可見，會員國並沒有規定「必載」的義務，而僅是一種選項，論者亦有提出[166]，第 31 條規定用了「合理、必要性、比例原則、且須定期檢視」等用語，其實是要給必載義務賦予限制，希望它漸漸消失。

但多數的歐洲國家，尚倚賴公共服務廣播(Public Service Broadcasting, PSB)系統來確保收視大眾的多元資訊管道，而目前的各國「必載規範」內容雖不統一，但基本上是要求「必載」公共廣播頻道及地方頻道[167]。這些被「必載」的頻道，通常是收視人數較多，同時它們也並未從「必載」中得到任何經濟利益，反而是提供內容的系統業者由此更能吸引到更多的收視群。

因此，第 31 條第 2 項的補償金額，不應超過系統業者「必載」的成本，且應考量這些「必載頻道」所佔用的系統資源，還有這些「頻道內容」爲系統業者所創造的效益、及爲這些業者所創造的正面公益形象[168]。

因其規定係針對電子傳輸系統，故僅就數位電視有必載頻道之規範。該指令之所以提供「必載規定」，乃基於文化多元性、消費者權益之保護、及確保公共頻道服務能夠普及等，故可提供業者一定的負擔，但同時這些業者並非免費提供，可以得到合理的報酬。就英國爲例，因其公共頻道的特殊性，則是由這些提供必載頻道內容的業者和傳輸的業者透過契約協商。

(二)英國立法之發展

相較於美國，英國的公共媒體較商業媒體更爲重要，英國國家廣播公司(BBC，British Broadcast Company)向來被視爲全球公共媒體經營的標竿。而英國之所以在公共媒體上如此發達，主因在於英國電視產業的付費結構和他國不太相同。消費者並非直接向電視內容提供業者或廣播系統業者付費，而是在購買電視時，每家戶至少須付一台「電視執照費」(TV License),以作爲依此器材接收電視訊號的合法基礎。「電視執照費」的費用由政府決定，但由

---

165 Article 31 (1) and recital 44 of EU 2002 Universal Service Directive.

166 See, Valcke, Peggy, “The Future of Must-Carry: From Must-Carry to A Concept of Universal Service in the Info-Communications Sector”, Spring, 2006, 15 *Media L. & Pol’y* , at p 248, (2006)

167 *Ibid,* at p250.

168 *Ibid,* at p7

BBC 負責管理，可將其用來維持 BBC 的電視廣播節目製作與營運、及購買其他公司的電視廣播節目內容[169]。

有關「必載頻道」的規定，英國亦和美國於 90 年代即開始不同。英國的「必載規定」乃基於 2002 年歐盟通過的「有關電子傳播網路和服務的通用性及使用者權益指令」第 31 條，賦予各會員國制定「必載規定」的法源基礎，隔年英國即於 2003 年的「傳播法」中第 21 章第 64 節第 166 條中規定[170]:「…若有相當的使用者透過該傳播系統作爲接受電視訊號的主要方法，則 Ofcom(The Office of Communications，英國傳播辦公室，乃是英國政府管制傳播產業的單位)可將必載一定頻道列爲契約一般條款…」。

雖然「2003 傳播法」中，並未將「必載頻道」列爲強制規定，僅係授與 Ofcome 可要求業者承擔必載義務的權力。但 Ofcom 於 2005 年的政策報告中聲明，在深入的調查市場實況與業者意見後，認爲維持數位公共服務廣播服務的穩定性乃是相當重要的政策目標，就此考量之下，目前爲止看來事先給業者「必載義務」，乃是確保此政策目標的有效方法[171]，因而 Ofcom 仍選擇將「必載規範」列爲業者的義務。只是按照歐盟的指令規定，Ofcom 亦應定期檢驗「必載義務」的實施情況，當無必要時則可隨時將它排除[172]。

另一個重點則是，因爲 2002 年的歐盟「普及服務指令」第 31 條第 2 項亦同意會員國可適當提供補償予這些負擔必載義務的業者。基於該條，Ofcom 認爲這些負擔「必載義務」的業者，有權利爲他們所提供的傳播服務要求費用[173]。

此外，爲何頻道清單中僅有「數位頻道」，則因爲英國「必載頻道」的法源來自歐盟 2002 年的「普及服務指令」，而該指令乃針對電子傳播網絡和服務系統[174]，故類比電視的「必載頻道」則另外屬於不同的法令規範。

---

169 See, http://www.bbc.co.uk/pressoffice/keyfacts/stories/licencefee.shtml, 2010/01/06 visited.

170 UK Communications Act 2003, Chapter 21, Section 64, about "Must Carry Obligations"

171 See Ofcom, "Proposed Must Carry Obligations", p6-7, http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/bcast_trans_serv/must_carry/must-carry.pdf, 20010/01/06 visited.

172 *Ibid.*

173 *Ibid*, at p 10.

174 See paragraph 1.2.2.2 of the European Commission Working Document – Subject "Mustcarry" obligations under the 2003 regulatory framework for electronic communications networks and service, 22 July 2002, (2002).

英國數位「必載頻道」的清單，規定於「2003 傳播法」第 167 條：「…業者的必載內容，應包含 BBC 所提供的數位節目、數位第三頻道、數位第四頻道、數位第五頻道、S4C 數位頻道及數位的公共電視字幕服務。[175]」值得一提的是，以上各頻道均屬英國的公共服務頻道(Public Service Broadcasters，PSB)，其經費來自於公家的電視執照費、稅收補助等，故公共性很強。同法中並於第 170 條說明政府部門決定必載頻道的標準：「…一、確保上述必載頻道的節目內容可以被最外數的使用者接受；二、確保這些必載頻道對業者增加的負擔合乎公益也合乎比例原則，並且在必載之外仍餘下足夠且合理的系統空間(capacity)予業者使用…[176]」。

(三)英國產業的公共廣播(PSB)模式

英國的廣電媒體以公家經營爲主，公共播電電視業者整合在 Public Service Broadcasting(PSB)模式下。至於 PSB 應該擔負的公共角色爲何？根據 2001 年的一項調查報告指出，PSB 應具有「品質」，而此項品質，意味著多元、高水準、教育性、創新、娛樂、智識、原創性、可近性、少數族群的發聲等[177]。目前的 PSB 業者有 BBC、ITV、第 4 頻道(C4)、第 5 頻道(FIVE)、電視字幕台 Teletext 及 S4C 台[178]。

按照 2003 年的「傳播法」(Communication Act 2003)第 264 條規定，主管機構每 5 年必須針對 PSB 業者作評估，整合各方意見，並提出未來的建議事項。於是自 2004 年開始，Ofcom 即開始展開一連串的 PSB 評估調查。

首先第一階段的 PSB 評估，乃在確定 PSB 的基本特性及各 PSB 頻道的核心目標。例如到了 2005 年，Ofcom 的報告指出：BBC 仍是 PSB 的基石，要獨立並合宜的運用電視執照費用。ITV 頻道專注於原創製作新聞宗教及戲劇節目。C4 則爲有公共性格的商業電視台。FIVE 頻道則主要是劇場導向，但應有相當比例的英國產製節目內容。S4C 則是以威爾斯語言爲主的的 PSB 頻道。

到了 2008 年，第二波調查開始，主旨則在於因應數位時代的挑戰。此一

---

175 *Ibid.*

176 *Ibid.*

177 請參考，孫青，英國公共廣電服務(PSB)評估的漫漫長路—價值與展望，公共電視，2009/3，http://www.pts.org.tw/~rnd/p1/2009/200903/PSB.pdf, 2010/01/06 visited.

178 同前註。

階段的 PSB 評估，主要針對 2 個問題：一是類比時代的 PSB 模式是否仍然適用數位時代？二是在數位時代來臨後，因爲大眾的替換性媒體增加，PSB 的整體收視與廣告均有下跌的趨勢，尤其是英國的年輕人，使用傳統電視的時間下降、而在家中上網的時間愈來愈長。數位時代的「必載」規範是否能爲著作權人帶來財源或免除負擔、以期創作更多優質內容讓大眾欣賞？

針對上述問題，2009 年初 Ofcom 提出的 PSB 評估報告出爐，做出幾點結論：(一)BBC 仍然是英國的主要 PSB 頻道，有不可取代的地位，享有電視執照費用爲其財源。(二)ITV 及 FIVE 有公共服務責任，應提供大眾有品質的原創性節目、本國與國際新聞。（三）BBC 與其他 PSB 頻道均應提供高品質的新聞，且應有三至五千萬英磅的預算。(四)在 BBC 之外，英國還要有一個財務健全的公共服務內容供應者，而第二個供應者，地位自然和其他的 PSB 頻道不同，據 Ofcom 指出，應具有永續性、良好的治理制度、避免壟斷、可與 BBC 互補且有競爭力等條件。

(四)英國著作權法有線台的「免費再傳輸」規定

爲了因應數位大未來，在經過一段時間的政策研究、並與產業交流意見之後，英國官方於 2009 年 6 月出版「數位英國報告」[179]，其中提到英國的「著作權、設計與專利法」(Copyright, Design and Patent Act)第 73 條規定，「有線廣播系統於特定的地理區域內，再傳輸無線廣播訊號內容，可以免除再傳輸行爲的著作權費用」。然而，要適用這項「免除著作權費用」的規定，須爲「接受無線訊號且立即以有線系統再傳輸」且「限於原先廣播系統的區域內（再傳輸）」[180]。這條規定的原義，是以免除著作權費用爲誘因，鼓勵硬體公司鋪

---

[179] 該報告全文可於下述網址取得：http://www.culture.gov.uk/images/publications/digitalbritain-finalreport-jun09.pdf, 2010/01/06 visited.

[180] Reception and re-transmission of broadcast in cable programme service (1) This section applies where a broadcast made from a place in the United Kingdom is, by reception and immediate re-transmission, included in a cable programme service.
(2) The copyright in the broadcast is not infringed—
(a) if the inclusion is in pursuance of a requirement imposed under section 13(1) of the [1984 c. 46.] Cable and Broadcasting Act 1984 (duty of Cable Authority to secure inclusion in cable service of certain programmes), or
(b) if and to the extent that the broadcast is made for reception in the area in which the cable programme service is provided and is not a satellite transmission or an encrypted transmission.
(3) The copyright in any work included in the broadcast is not infringed—

置有線系統，並期透過有線系統的便利性，確保所有無線公共頻道的內容可以被更多的人觀賞。同時也希望在偏遠地區難以接收無線訊號、而必須以有線訊號收視的家庭，不需要負擔比一般市區收視戶更多的費用。

若合乎第 73 條規定的要件，有線台再傳輸特定的無線台訊號內容時，不會違反原屬於無線台的著作權、或任何有關再傳輸行爲的著作權利。但必須注意的是，第 73 條規定僅限於有線廣播系統適用，而不及於衛星廣播系統或其他平台。以英國的衛星系統平台 BSkyB 爲例，它必須和第 73 條列出的無線台進行商業談判，以達成雙方以衛星系統平台再傳輸無線台訊號內容的協議。

第 73 條的規定，立法目的相當類似我國的「必載頻道」規範。不同之處，在於英國將其規定於相當於我國「著作權法」的「著作權、設計與專利法」中，且其要旨並非要求有線台須負「必載」義務，而是以「提供免費的再傳輸」爲誘因，鼓勵有線台將更多無線台的內容傳送給更多人欣賞。

同樣的，第 73 條獨厚有線台業者的規定，引起了其他產業界人士的異議。「數位英國」報告中亦針對第 73 條做出檢討，提到有些產業界的人士認爲第 73 條應被廢除，並應增加一條「必供」(must offer)條款，以確保公共頻道的內容持續在有線台上播出。所謂「必供」條款，意指原先提供免費內容的業者可以和有線台業者進行商業談判以得出協議。協議中應有針對內容提供的合理回饋條件，以便這些提供內容的業者，可以得到資金報酬，繼續創作更多的內容。「數位英國」報告中並指出，根據民間一家 Oliver & Ohlbaum 公司的估計，如果採行上述做法，英國至 2012 年，一年的再傳輸費用將達八千三百萬英磅，至 2015 年則可達九千萬英磅。

但是，由業者自行談判，真的會因爲使用著作權內容、而產生更多的再傳輸費用嗎？以向來沒有受到第 73 條免費保障的衛星系統業者爲例，由於不在第 73 條規範要件之內，衛星系統業者於轉播無線台的內容時，必須付一定

(a) if the inclusion is in pursuance of a requirement imposed under section 13(1) of the Cable and Broadcasting Act 1984 (duty of Cable Authority to secure inclusion in cable service of certain programmes), or
(b) if and to the extent that the broadcast is made for reception in the area in which the cable programme service is provided;
but where the making of the broadcast was an infringement of the copyright in the work, the fact that the broadcast was re-transmitted as a programme in a cable programme service shall be taken into account in assessing the damages for that infringement.

的費用予著作權人，這項費用則是透過商業談判確定。但目前的情況是，英國的衛星系統平台 BSkyB，硬體經營業者並沒有付費予提供內容的業者。這有可能是因爲轉播的著作權費用相當於硬體傳送的費用，或是經由商業談判這項費用等於零。由此觀彼，有線系統業者和無線台的談判結果也很可能一樣，未必會因此爲著作權人產生更多的報酬。

尤其，第 73 條向來只針對有線業者，因而其廢止所影響的效果必也有限。目前英國亦只有一家全國性的有線系統業者(Virgin Media)。若真的廢除第 73 條規定，公營頻道 BBC 也會面臨另一個難題：即以商業營利爲主的有線廣播系統要求爲轉播節目內容中的廣告付費。因此，英國官方在「數位英國」報告的結論爲，著作權法規的「有線系統業者的免費再傳輸」規定不必廢止，原因如上述，廢除第 73 條並不會爲著作權人產生更多的收益、以創作更多內容；同時廢除第 73 條還可能會產生一些反效果。

總而言之，於類比時代，英國 CDPA 第 73 條，雖爲類似我國「必載頻道」規範優惠有線系統的規定，但由法條觀察，可以說是再傳輸權利(Retransmission)的例外(exemption)規定。到了數位時代，按照「2003 傳播法」的規定，有線業者再傳輸特定頻道的內容，成爲義務，且須按雙方協議付費。換句話說，在頻道數位化之後，原先著作權的例外情況，已調整至有線系統業者僅有利用著作權內容的義務，利用之後，就必須按照著作權的精神向著作權人協議報酬。

然而，正如同前述說明，英國因爲產業環境特殊，被必載的公營頻道，屬於強勢的媒體內容，而必載的有線頻道，反而屬於弱勢內容。因而不但是由實際產業運作面的例子來看，英國「著作權法」第 73 條規定修改與否，實已關緊要，也是因爲頻道數位化後，有了「2003 傳播法」的「必載」規定，第 73 條的規定影響更小。而英國產業界則寄望政府能由其他方式（如課徵產業補償金）來調整數位化後的新媒體產業，仍能維持創作大量的公共服務頻道內容。

(五)產業界增加著作權人收益的提議

於「數位英國報告」政策研究期間，相關的產業界也提出回應[181]。由產

[181] 英國的媒體及娛樂產業工會 BECTU，對「數位英國」期中報告的回應，可於下述

業界的回應中可知，業界均了解到，在數位環境之下，PSB(Public Service Broadcasting, 公共服務廣播系統)的財務未來將愈形艱難 尤其在數位多媒體廣播時代來臨之後，PSB 系統的資金缺口，在 2012 年，可能達一億四千五百萬至二億三千五百萬英磅之譜。到了 2015 年，則可能高達兩億八千萬英磅。OFCOM 於期中報告提出四項可能的資金來源方式供 PSB 系統選擇。第一，是利用其法制內的資產(regulatory assets)，如開放頻譜使用、增加 PSB 的廣告秒數、或是改變「必載頻道」的現況。但對業者而言，上述資源的運用雖可能增加資金，但影響不大。而改變「必載頻道」也是影響不大。無法解決上述資金缺口[182]。

其二是將原屬於 BBC 獨享的「電視執照費」分給其他的 PSB 頻道。但產業界認爲，目前所有的電視執照費給 BBC 用都不夠，如果再分割給其他的 PSB 業者，會使 BBC 弱化。且可能造成公家資源轉到私人利益的排擠效果。產業界指出，最支持這種方法的人，其實是那些敵視經營成功的非營利廣電業者的人。還有那些爲商業利益及自由市場說話的人。Ofcom 不應該和他們站在一起。

其三是「產業稅」(industry levies)。這向因著作權內容而受益的業者收取類似「著作權補償金」的方法，是產業界最認同的方式。因爲「內容散布和整合的業者，因爲得以不用付費而接觸高品質的英國內容而受益」，業界認爲這很可行，「特別是因注意到整體的非 PSB 的內容提供者的收益中，由英國自製的內容獲利的比例不成比例。不過，這項政策不能和其他財源競爭，或因此短收其他財源。所謂的徵收補償金或產業稅，其實有很多種方式，可以向錄音設備或空白媒體徵收，也可以向再轉播的業者徵收、向非 PSB 廣播系統業者徵收、或向新媒體業者徵收：

英國業界指出，以「轉播補償金」(Retransmission levies)爲例，在歐洲三十個國家中均有此制。著作權團體 AGICOA 在 2007 一年就收取了九千五百萬歐元的「補償金」。而這些轉播業者都沒有直接付費給原先的著作權內容提供業者。

以英國的衛星系統業者 BSkyB 和有線台業者 Virgin Media 爲例，如果在

網址取得：http://www.culture.gov.uk/images/publications/BECTU_DBIRResponse.pdf, 2010/01/06 visited.

182 同前註，頁 2。

英國，每個訂戶都收一年 5 磅的稅，一年就有六千三百萬英磅的收入。這也顯示了這些系統訂戶的成長，相對應於免費的 PSB 系統的收益其實是在下降。但要完全適用這種「轉播補償金」制度以對 PSB 業者提供資金來源，仍然有些問題。因爲，在歐洲這種「補償金制度」通常是用來補償著作權人，而不是提供給 PSB 業者做資金來源的。

另一種方式，即針對非 PSB 系統的業者，收取「補償金」由這些系統業者的收益中的一定比例，這類的「補償金」業界建議不由訂戶的數量而由收益的總額中比例來課之。這些非 PSB 業者的收益中，來自英國本土原創內容的顯較微不足道，因此，由收益中課徵「補償金」來補助 PSB 系統業者的營運，似爲可行。

此外，另一種方式，則是課徵「新媒體補償金」，可能的方式是對透過網路、手機、等新興媒體接觸著作權內容，課徵「補償金。法國已經開始此項制度（課徵 0.9%的比例）。另外，像 google 和 yahoo 等大網路公司的收益，有一大部分來自線上廣告，因此或者政府也可考慮對這些公司課徵「線上廣告稅」。

其四是「直接的政府補助」以籌措財源。這是業界最反對的方式。因爲 PSB 系統業者將與其他需求公家補助的團體一起競爭政府的財源，而且由政府補助也將影響內容的獨立性和創作自由。

由產業界的回應中，似可得出結論是，是向產業課徵稅金或補償金、或者由自己本身的資產來籌措財源，而反對由現有的政府財源中或公家補助中爭取更多的金額。而「必載頻道」的規定，則對整體 PSB 頻道在數位時代不會有太大影響。

(六)小結

由於公共服務頻道(PSB)的發達，一方面，英國的消費者已習於接收這些不用付費的頻道，且英國政府亦相當積極地透過 PSB 系統，推動由類比至數位電視的轉換。自 2002 年起，英國政府透過審議制委託公共電視 BBC 成立 Freeview 聯盟，並以管制機制引導外來衛星業者 Sky 與其合作推動數位無線服務，在商業系統以外推廣公共服務概念[183]。而至 2005 年底，英國數位電視

[183] 請參考，簡維克，新環境與舊政策—論數位匯流下新聞局之無線廣播重整，萬國法

普及率已達 70%[184]。2005 年底，英國政府與產業界合作、討論後，完成評估程序，推出一套數位電視政策，其中最重要的一項目標便是在 2008-2012 年間，完成全國由類比轉換至數位電視的過程[185]。目前為止，英國以 PSB 系統推動數位化的策略，應算是成功的。

和美國相比，歐洲國家較重視大眾傳播媒體的社會責任，強調其須負公共服務及多元文化之機能，英國正是一個最好的例子，不管由類比至數位電視，公有資金支持營運的公共服務頻道，均扮演領頭角色。因此，當 Ofcom 要求其他業者「必載」這些公共服務頻道，一方面是保障消費者的收視權益，二方面對這些「轉載」內容的業者，因為在媒體環境中處於弱勢，亦是一項利多。故以英國為例，和美國相比，乃是兩種不同的思考方式，也呈現出不同的法規範架構：(一)歐洲國家較強調媒體的文化公益目標，美國則較重視消費者權益與產業的公平競爭；(二)因歐盟指令限於電子傳播系統，故英國並無要求類比電視系統必載之法源，但按傳統「著作權法」第 73 條，有線電視可免費轉載無線電視台的內容；(三)按照「2003 傳播法」，英國負擔必載義務的業者得與提供必載內容的業者談判，決定轉載的權利義務。值得注意的是，除了依著作權法的規定，提供必載內容的業者，可以談判授權金額外，另按照歐盟指令的精神，英國亦考量負擔必載義務的業者，可能有其成本，而可主張「補償金」。兩者可能互相抵銷。

三、我國有線廣播電視法之立法

我國必載頻道規範較為簡略，主要是根據 1993 年公布的有線廣播電視法第 37 條第 1 項有關基本頻道之提供：「系統經營者應同時轉播依法設立無線電視電台之節目及廣告，不得變更其形式、內容及頻道，並應列為基本頻道。但經中央主管機關許可者，得變更頻道。」同條第 2 條規定：「系統經營者為前項轉播，免付費用，不構成侵害著作權。」

易言之，台灣的「必載規範」，和美國的「必載規範」較為接近，一開始亦是針對有線電視，並同樣要求系統業者要「必載」某些頻道，也賦予這些

律雜誌，2005 年 2 月，頁 139，http://www.lst.nthu.edu.tw/people/bio.php?PID=11#personal_writing, 2010/01/06 visited.

184 See, Ofcom, Digital Progress Report , 2006 Q1, http://www.ofcom.org.uk/research/tv/reports/dtv/dtu_2006_q1/, 2010/101/06 visited.

185 See, http://www.digitaltelevision.gov.uk/, 2010/01/06 visited.

業者「免費轉播的權利」。其立法背景則是由於有線電視台興起之初，乃是源於「社區共同天線 CATV」，用來改善收視不良地區的訊號傳輸問題，並非以自製節目爲主要號召。而必載頻道的正當性基礎，即來自於當時無線電視台的優勢媒體地位，包括無線頻道的稀有性、及有線頻道自製節目的貧乏，以透過必載規範延展大眾收視無線頻道，將有助發揮傳播媒體的正面功能[186]。

但和美國不同的是我國廣播電視法制建立之歷史背景，一方面是仍在黨政軍控制廣播電視媒體經營權的既定事實之下，而另一方面卻參照西方民主國家廣播電視法令，而企圖將公益性質帶入廣播、電視的法制中。雖然在 2003 年修法，已要求黨政軍退出媒體，但一方面因上述的歷史背景，導致我國對廣電法制的憲法解釋部分不足[187]，而另一方面，也由於有線電視台和必載的無線電視的媒體地位優劣差異明顯，因此並未出現美國初期的有線電視業者希望爭取「不必載」的言論自由現象。

由於數位科技的興起，原本不同的媒體載具便匯流至數位環境中。原本法律區分有線、無線、衛星三媒體事業的個別作用法：「有線廣播電視法」、「廣播電視法」、「衛星廣播電視法」，乃是以媒體屬性作爲分類架構之傳統廣播電視產業立法，在數位化環境中因有線、無線等傳播網路，均可統合至數位平臺，因而傳統法制即面臨挑戰。

2002 年，新聞局研擬將建立齊一之管理機制，整併原來廣電三法爲一新法。而 2003 年底，「通訊傳播基本法」（以下簡稱基本法）經立法院三讀通過，國家通訊傳播委員會(以下簡稱 NCC)按「基本法」之規定成立，獨立行使職權，爲電信、無線廣播電視、有線廣播衛星或衛星廣播電視等產業的整合、監理機關，以統籌通訊傳播相關監理事項。以下將就數位匯流的環境特性加以分析，再探究「必載頻道」規範的發展，最後探討 NCC 所提出的「通訊傳播管理法」草案的規定。

四、數位匯流對必載頻道規範之影響

我國有線電視市占率達 80%以上，或許亦與前述有線廣播電視法之「必載頻道」規範有關，因台灣幅員小，有線電視之用戶與無線電視播送範圍重

---

186 請參閱，石世豪，廣播電視整併立法草案之評析，立法院院聞，31(9)。

187 唯一就廣電媒體整體結構進行實質解釋的只有釋字 364 號，另釋字 509 號則是對廣電媒體的行爲準據進行探討。

疊，可以想見無線電視因有「必載頻道」規範之存在，雖然免費提供節目予有線電視業者播放，但也同時確保其播送範圍之潛在收視戶，不致因接收有線電視之訊號，而無法或怠於接收無線電視訊號而喪失，長期以來可說已達成一種平衡的狀態。

然而，進入數位匯流時代後，無論是無線電視或有線電視之數位化，均對原有類比環境下的「必載頻道」規範產生改變，市場上更因數位匯流關係進入了新的競爭者—即 IPTV 業者，以下即針對前述影響加以說明：

(一)數位廣播技術釋出頻寬之影響

數位廣播技術對於產業最大的衝擊，來自於播送數位訊號時，頻寬大幅釋出。以無線電視爲例，採類比訊號播送時，原先一個 6MHz 的頻道僅能容納傳送一個節目，但數位化之後，則同樣的頻寬則可供應 3-4 個數位節目，若採取更先進之壓縮技術（如 MPEG4），可能可以同時播出更多數位節目，當然，數位廣播技術亦使得高畫質節目之播送成爲可能。除了頻寬資源能夠更有效率的運用，無線電視數位化之後，因爲新的數位無線傳輸技術，可以降低雜訊干擾，畫質和音質都較傳統的類比傳播方式更好[188]。據英國政府所做的報告顯示，數位電視單單由於頻寬可以更有效利用，就可以增加 20 億英磅的經濟利益。

這樣的改變對於「必載頻道」規範的影響，即來自於原先機制設計時，乃是考量無線電波「頻率」屬於稀少性之公共資源[189]，承載公共利益，故須要求有線電視業者「必載」，以維護其原來承載之公共利益之目的得以達成，不致因有線電視用戶裝設有線電視收訊設備後，停止無線訊號之接收或怠於切換電視節目來源，而使無線電視之公共性無法達成[190]。考量到廣電媒體使用的無線電波，具有一定的物理特性，即須在沒有其他電波干擾的情況下才

---

188 參考數位無線公共電視 Dimo TV 的介紹，http://www.dimotv.com.tw/p2_4.htm, 2010/01/06 visited.

189 無線電波的運用相當廣泛，從廣播、電視、衛星通訊等均須利用不同頻率的無線電波。無線電波存在於空中，屬於自然資源之一種，以無線電波傳送節目，不會因一人之收視影響到另一人之收視，故具有「共享」與「無排他性」而被列爲公共財。

190 美國將無線電波列爲國家天然資源之一，屬全國人民共有，學者提出「公共信託」認爲電台經營者乃是受全民信託才能合法使用電波。See, Benjamin, S.Minor, Lichtman, D.Gary.,& Shelanski, Howard A., Weiser, Philip J., (2006), *Telecommunications Law and Policy*, North Carolina, Carolina Academic Press.

能應用。易言之，每個頻率波段只有承載一個訊息，無法同時並存其他訊息。舉例來說，一個 6MHz 的類比頻道，只能傳播一個電視節目，無法同時傳送其他內容，乃是有限資源，故各國多將無線電波列爲管制對象。英國亦主張電波爲公共財(Public Property)，故此絕大部分的無線電視均由公家經營。

我國廣播電視法第 4 條也規定：「廣播、電視事業所使用之電波頻率，爲國家所有，由交通部會同主管機關規劃支配。」，亦如同美英，將電波視爲公共之財產，業者僅是於國家支配下經營。且於第 17 條還規定大眾娛樂節目的比例不得超過 50-55%，第 21 條規定廣播電視節目之內容管制、第 28 條第 29 條則輸出輸入播放節目，均需得主管機關之許可，以確保該法第 1 條所謂「促進廣播、電視事業之健全發展，維護媒體專業自主，保障公眾視聽權益，增進公共利益與福祉，特制定本法。」之立法目的。諸如此類規定，均可顯示出因爲電波之有限性，造成廣播電視之公共性特強，因而國家亦由不同面向主動介入管理。

惟無線電視數位化後，原先有限之電波資源將因數位化而呈倍數增加，其公共性是否仍然存續？若遭稀釋後應如何重新評估數位匯流時代無線電視所應擔負之公共利益角色、公共義務等，不宜直接採行類比時代的舊原則[191]。由目前我國數位無線電視播送之狀況來觀察，並非所有無線播送之節目內容，均具有如類比時代之公共性，要求有線電視業者一律予以「必載」，即令有線電視業者因數位化，不在乎因轉載全部無線數位電視頻道之頻寬占用問題，也未必對於無線電視業者「正面」效果，畢竟若未努力追求內容之差異化，透過高品質之數位節目彙聚專屬無線電視台之觀眾，其與有線電視業者間亦難回到正常之商業競爭，對國內電視產業之發展未必有利。

(二)新的競爭者與競爭環境

類比訊號時代，透過傳播技術之區隔，無線、有線、衛星電視業者除了競逐優質、差異化、豐富多元之節目內容，以吸引有限之閱聽者之外，在高度的法令管制下，競爭環境可以說是相當穩定。就我國的情況而言，最早的電視節目僅有三台無線電視，開放有線電視營運之初，收視者本是因其收訊較無線電視系統穩定，且能夠到「最後一哩」，故採用有線電視，以作爲無線

[191] See, Napoli, Philip .M., The Public Interest Obligations Initiative: Lost in the Digital Television Shuffle, *Journal of Broadcasting & Electronic Media, vol.* 47: 153.

電視之補充與延長。但至今日，台灣已有超過八成的民眾是透過有線電視收看節目，目前已經很難在都會區內看到無線電視的接收天線。而無線電視業者已漸漸轉型爲有線電視系統的上游節目頻道供應商。進入數位匯流時代後，數位廣播技術固然加劇前述競爭環境之衝突，然新的競爭者—即原有的網路業者或有線電視業者提供 IPTV 服務，隨即攪亂一池春水。

早期中華電信公司推出 MOD 服務時，因被視爲提供「有線電視」服務，故亦依有線廣播電視法取得播送執照，其援用「必載頻道」之規範，雖有爭議但尚屬可以接受。然而，當 MOD 服務因黨、政、軍退出媒體之要求，而在 NCC 協助下轉型爲中立之 MOD 播送平台，接續提供電視節目內容之供應商，僅得逐一與各無線電視台接洽電視節目透過「網路」播放之授權。由無線電視台之角度，有線電視業者與 MOD 平台同步播送其電視節目，都可協助維繫其電視節目之潛在閱聽人，亦採免費提供轉播之方式爲之，但對於無線電視台更上游之節目製作公司或內容提供者而言，對於此類無「必載頻道」規範保護之 IPTV 業者，以及透過新型態之「網路」科技提供節目（即使是同步轉播其已授權無線電視台之電視節目）[192]，自然成爲一個新的著作利用人，而產生另行要求取得授權的空間。再加上 IPTV 與有線電視業者之直接競爭關係，也使得「未能」取得部分電視節目授權可能成爲延緩 IPTV 推展之手段，消費者亦僅能成爲此種劇烈競爭環境下無辜的受害者。

(三)通訊傳播管理法草案第 87 條之檢討—內容、通路、消費者

因應數位匯流，國家通訊傳播委員會(NCC)提出的「通訊傳播管理法」草

---

192 有關透過 MOD 平台同步播送電視節目予網友收視之行爲，依我國現行著作權法應屬「公開傳輸」或「公開播送」之爭議，經濟部智慧財產局已於 2009 年 12 月 14 日做出解釋智著字第 09800110140 號，認定是「……貴公司提供之 MOD 服務，其中有關電視頻道服務，如　貴公司係在受控制或處於適當管理下的網路系統內，基於公眾收聽或收視爲目的，使用網際網路通訊協定(IP Protocol)技術之多媒體服務，並按照事先安排之播放次序及時間將著作內容向公眾傳達，使公眾僅得在該受管控的範圍內爲單向、即時性的接收，此種著作利用行爲，係屬本法所稱以廣播系統傳送訊息之「公開播送」行爲。至於　貴公司提供之隨選視訊服務(VOD)部分，因所提供者係互動式之多媒體服務，使公眾得於各自選定之時間或地點接收著作內容之行爲，應屬公開傳輸行爲，http://www.tipo.gov.tw/ch/Enactment_LMExplainLook.aspx?type=Link&ID=3527&KeyCode=&KeyConten=, 2010/01/06 visited.惟即令中華電信 MOD 平台有關按節目表播送之部分適用公開播送，並不代表授權問題即可獲得解決，無線電視台就非其自製之節目，通常僅取得非專屬授權，除非經著作財產權人同意，否則，並無權利可再授權予第三人。

案[193]第 87 條規定：「Ⅰ利用有線基礎網路之廣播電視服務事業、利用衛星基礎網路之廣播電視服務事業及其他提供公眾視聽服務之通訊傳播服務事業，其所提供或傳輸之頻道服務達一定數量以上時，應同時轉播利用無線基礎網路之廣播電視服務事業自營之一個免費視聽頻道及公共廣播電視事業之全部頻道，並應列爲基本頻道。Ⅱ前項事業爲轉播時，不得變更其形式及內容。Ⅲ第一項之轉播，視爲取得著作權之授權，免付費，亦不得收取任何費用。Ⅳ第一項之一定數量、免費視聽頻道、基本頻道之安排及其相關應遵行事項之辦法，由主管機關訂定之。」其立法理由說明此係參酌「有線廣播電視法」第 37 條的必載規定而來，規定不同之處在於考量「無線電視數位化後，採多頻道經營應仍以必載一個頻道爲宜，但公共廣播電視則應以全部必載爲原則，乃規定應同時轉播無線廣播電視服務事業自營之一個免費視聽頻道及公共廣播電視事業之全部頻道，並應列爲基本頻道。」

前述條文雖然統合性地將「有線電視法」有關「必載規定」，擴及適用到有線電視、IPTV、衛星電視等，並明文將必載無線電視頻道之範圍限於公共廣播電視之全部及其他無線廣播電視之一個免費頻道。但其出發點乃是認爲此類「必載頻道」之義務，是爲達成一定公共利益目的之下，各類型電視節目播送者之「負擔」，而不是此類業者用以強制取得無線電視節目此等強勢節目，用以推廣其服務之「利益」，故而，在同條第 3 項依然延續有線廣播電視法之規定，將此一轉播「視爲取得著作權之授權，免付費」。整個數位匯流環境「必載頻道」之規範，在政策上可以說完全沒有任何「著作權」層面的思考，亦未慮及此一規範可能導致違反國際公約之可能。

本研究認爲，由著作權法制的角度出發，「必載頻道」規範或有其公共利益存在，但公共利益有多層面考量的可能性，著作權人的保護也是其中應予考慮的範圍，思考數位匯流環境下「必載頻道」規範之調整，至少應慮及下述面向：

1.產業競爭面

在媒體市場中，不管是公營爲主的英國、或是私營爲主的美國，只要有私營業者的存在，則不管有線、衛星廣播電視業者，其與所提供必載頻道業

---

193 通訊傳播管理法草案報請行政院轉請立法院審議版，http://www.ncc.gov.tw/chinese/files/08010/673_4770_080102_1.doc, 2010/01/06 visited.

者，皆處於競爭地位，要求「必載」乃是要求在市場上互爲競爭者，促進對手頻道內容之流通，故須考量「必載」規定是否有違產業的公平競爭。在公平競爭之考量下，即有二點應予注意：一、數位化後之無線電視節目內容，考量到無線電視台與其他電視播送者之競爭，除去具有相當公共利益性質之頻道內容，不應以法律強制要求轉載，應保留予無線電視台與其他電視播送者間授權談判決定；二、負有「必載」義務或得透過「必載頻道」無須授權即可利用無線電視台節目內容者，必須公平地要求或給予或不給予「必載頻道」之規範，以避免產生目前有線電視業者與 IPTV 業者間不公平競爭之情事。

此外，此議題亦涉及頻寬資源的使用問題，有線電視業者所負之「必載義務」，亦會耗費其頻寬資源與增加部分播送成本，若「必載」具有其公益性質，則有線電視業者是否當然必須犧牲其原可作爲商業頻道獲利之資源，甚且若「必載頻道」所內含之著作須另行支付法定授權費用或向著作權集體管理團體支付權利金，則過當的「必載義務」反而可能成爲另一種不公平競爭，亦值得注意。

2.著作權保護面

有線電視業者或其他播送業者轉載「必載頻道」之著作內容，並非著作財產權人當然必須要犧牲其權益。其具體執行方式，當然可能因爲法律制度之設計而有不同，若要求轉載之業者無須對相關著作財產權人支付任何費用，亦無須對於無線電視業者支付任何費用，無異是僅享權利，不負義務。制度上若朝此方向設計，則應大幅限縮必載頻道之範圍，將多數頻道電視節目內容，交由市場正常之授權機制來運作。反過來，若能夠同時導入應支付一定補償金予無線電視業者或要求支付法定權利金予相關著作財產權人，則可有較大必載頻道轉載之義務之空間。至於就必載應處理之著作權議題，則至少應包括二個部分，一個是廣播機構本身的著作（鄰接）權的保護，另一則是其節目內容使用其他著作時，其他著作之著作權人就再公開播送行爲亦有權主張權利金。前者涉及必載究竟是爲該無線電視業者之利益，亦或是公共利益而有影響，就補償金的角度觀察，可以有立法政策選擇的空間，但就後者而言，則不應爲公共利益而任意犧牲著作權人之權益。

3.消費者保護面

當年美國之所以規定必載頻道，乃是由於無線電視稀有性造成的公共

性，故此須確保全國民眾均能接受無線電視內容，當然，也源自於有線電視業者未必有意願播送無線電視節目所致。而英國則源於歐盟指令所定之「傳播法」，亦提及立法目的之一是為保護消費者的收視權益，此一收視權益包含節目內容的多元性。「接近資訊權」本是人民的基本權利之一，故此政府可以透過如「必載頻道」的政策手段，來達成此目的。

(四)「必載頻道」規範之正當性是否存在？

原本台灣的「必載規定」是要求有線業者「必載」無線電視頻道，以收訊較好之有線電視延長、補充無線電視之接受。但時移勢遷，今日之有線電視在市場位置上反比無線電視蓬勃，多數民眾是以有線電視接收其必載的無線節目、而少以純粹的無線天線接收無線頻道。無線電視數位化之後，無線頻道因其資源稀少性而產生的公益性已經益顯稀薄，無須「必載」全部無線數位頻道，應是已經確認之政策方向。然而，是否可能除少數確實具有高度公益性之無線頻道，如：公共電視、原住民電視、客家電視等，應成為「必載」之公益頻道外，其他則均回歸到市場機制。

吾人可以想像，MOD 平台因授權問題無法播放熱門偶像劇或 MLB 美國職棒大聯盟，固可歸因於「未取得公開傳輸」之授權，然而，又何嘗不是因為「必載頻道」規範之影響。無線電視業者在對外取得授權時，並未將自己定位在電視頻道供應商或代理商之角度思考，故當 MOD 平台需向其取得授權時，確實難以期待其可完整授權播放，而導致 MOD 平台與有線電視業者間之不公平競爭。然而，若全國有線電視業者亦與 MOD 平台之供應商相同，均須取得無線電視業者之授權播放時，則無線電視業者勢必回頭檢視其與上游廠商間之合約是否合宜之議題。

本研究認為有關 MOD 平台蓋台問題的處理，除了可以考慮由著作權法將透過網路同步公開播放電視節目頻道之行為，納入性質較相似之公開播送之定義，避免因事實上無從取得「公開傳輸」之授權而蓋台之外[194]，最大幅度限縮「必載頻道」之範圍，讓無線電視台與其他有意轉載頻道內容之業者進行個案授權談判，將無線電視台轉為頻道代理商之角色，亦有助於市場之公平競爭。當無線電視台面臨須從頭開始爭取其他競爭業者之轉載，或是其

[194] 其他未蓋台之電視節目，本研究認為恐怕內容提供者亦未為「公開傳輸」之授權，僅未向中華電信公司要求下架而已。

他競爭業者須積極爭取強勢頻道之轉載權利時，電視節目相關產業才得以正常運作，IPTV 亦不致於因無線電視+有線電視之龐大市占率，而在頻道內容競爭之市場處於絕對劣勢。

(五)免費未必是個好主意

對於負擔必載義務之業者而言，無須支付權利金、不構成著作權之侵害，當然是一件好到不能再好的事。姑不論對於個別著作財產權人之影響，當前 5 家無線電視台，除了公視每年依靠政府預算補助外，其他老三台持續 6 年以上出現巨額虧損（台視民營化後去年起終於轉虧為盈），唯一賺錢的民視，每年盈餘亦僅一億餘元[195]。故應可參考英國的規定，由 NCC 協助規劃，「轉載」者應提供合理的補償金予被必載的頻道業者。

然而，回到著作權法來思考，所謂「視為取得著作權之授權，免付費」之意義為何？其所謂視為取得著作權之授權，免付費，是指視為取得無線電視業者之授權，免對無線電視業者支付權利金，亦或是視為取得電視節目公開播送相關著作（例如：語文、音樂、錄音、視聽等）之授權，無須對任何著作財產權人支付權利金？若屬前者，則接近美國立法例，但仍應對其他相關著作財產權人依著作權法第 111 條規定付費，若屬後者，則顯然是我國所獨創之立法例，恐有過度侵害著作財產權人權益之問題[196]。

以我國著作權仲介團體運作實務，目前有線電視系統業者均將著作授權之事宜，交由頻道代理商統一處理，並未直接與著作權仲介團體就其公開播送電視節目之行為支付費用。這在有線電視系統業者自行購入頻道播送之情形，固然不成問題，但對於依據「必載頻道」規範所進行之轉播行為，則其授權問題應由誰負責處理？目前無線電視業者雖未與有線電視業者簽約代為處理授權問題，但各著作權仲介團體考量無線電視節目收視者眾（即無線台+

---

195 請參考，中國時報，開放數位無線電視頻率應有配套規劃，2009/7/11，社論。

196 92 年 7 月 9 日修正前之著作權法第 56 條之 1 第 2 項規定:「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。」該條是 87 年間，配合有線廣播電視法「必載」規定而增訂，惟因其得不經著作財產權人同意，且屬免費轉播，與伯恩公約第九條及世界貿易組織「與貿易有關的智慧財產權協定」第 13 條有關合理使用的規定不符，引起其他國家關切，而於 92 年 7 月 9 日修正之著作權法中刪除。請參閱，章忠信，有線廣播電視「必載」無線廣播電視節目的爭議，http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=90, 2010/01/06 visited.

有線電視），故亦收取相對於有線電視頻道更高額之權利金，亦未曾（或者說是「無法」）要求有線電視業者就其轉播付費，實際上也未必公平，故 NCC 在「必載頻道」之規劃上，恐無可避免應該與經濟部智慧財產局協商此一問題之處理模式，以避免產生一個不在著作權法中之「著作財產權限制」，而導致有違反國際公約之問題。

五、結語

綜前所述，「必載頻道」的規範，乃是在處理無線電視業者（被轉播者）與有線電視系統業者（轉播者）間之權利義務關係，有關頻道內容之著作授權議題，則應回歸著作權制度處理。就無線電視業者與有線電視系統業者之間，美國的制度乃是提供必載內容的無線電視業者可以選擇免費必載或是再傳輸同意權的談判，著作授權的部分，則依著作權法第 111 條以下之法定授權制處理。英國的制度就著作授權的部分，則是就類比頻道可以適用 CDPA 第 73 條，有線系統業者轉播無線電視訊號，並不構成著作權侵權。但轉換爲數位頻道之後，即須適用「2003 傳播法」的規定，有線業者須「必載」部分公立無線電視台，但雖爲必載，有關無線電視業者權利保護的部分，仍須雙方協商費用。因此，若就無線電視業者與有線電視業者之間，無論美國後期的再傳輸同意權，或是英國後來的數位「必載」新規定，皆是由免費轉爲協商付費的方向發展。

我國有線電視法有關「必載頻道」之規定，原立法意旨係爲要求有線電視業者「必載」無線電視頻道，以收訊較好之有線電視延長、補充無線電視之訊息接收，以保障人民資訊接收之權利。但時移勢遷，今日之有線電視在市場位置上反比無線電視蓬勃，多數民眾是以有線電視接收其必載的無線節目，少以純粹的無線天線接收無線頻道。尤其是數位化之後，無線頻道因其資源稀少性而產生的公益性已經稀薄，反而是有線電視業者「無償」取得較具競爭優勢之無線節目內容，反而造成無線電視業者經營上之困境。進入數位匯流時代後，本研究認爲，由於「必載頻道」之規範原有之公共性已逐漸喪失，爲避免有線電視業者因有線電視法有關必載頻道之規範，相較於透過其他科技傳送電視節目之業者（如 IPTV 或行動電視），取得法規所構築之不公平競爭之優勢，應刪除原先「必載頻道」之規範或儘可能限制「必載頻道」之範圍，回歸商業機制由相關業者進行授權協商，無論由消費者保護或產業

競爭面來觀察，均有其正當性。據報載國家通訊傳播委員會亦曾一度傾向一律取消必載規定，尊重市場競爭[197]，與本研究意見相同。

即令未來因特殊公益考量，認爲有保留「必載頻道」之規範，本研究認爲，「必載頻道」規範所提及之「免費」或「合理補償」，主要在談無線電視業者與有線電視業者之間，亦即，有線電視業者是否應支付一定費用予無線電視業者作爲取得較強勢播送內容，導致無線電視業者可能損失的塡補，至於是否應就頻道內容之著作權取得授權，乃是二個不同的概念，著作授權的部分，應回歸著作權法制進行評估。倘著作權法制經評估認爲有線電視業者僅單純就無線電視業者之播送範圍內，僅接收之訊號不清楚，故爲保護消費者權利，有必載之需求，則可認爲既然無線電視業者已就相同之閱聽人支付權利金，有線電視系統業者即無須再另行支付權利金，即可予適當之處理，本研究亦不反對，惟須透過著作權法之立法處理，不宜以有線廣播電視法處理。

本研究認爲，在我國尚未導入廣播機構著作鄰接權保護[198]的情形下，由無線電視台保護之角度出發，可考慮透過通訊廣播管制法規，對於應必載之頻道進行限制，僅限必載特定公益頻道，並考量此等公益頻道在節目製作方面之投入，提供參考英國及歐盟的規定，讓播放必載頻道內容的業者，適當而合理的支付補償金。至於必載頻道除節目外相關素材（音樂、錄音等）之公開播送授權，則可採下述二種模式：

1. 倘「必載頻道」規範採取有線電視系統業者轉載時，應支付無線電視業者一定補償金，可循目前由電視頻道代理商代有線電視系統業者向著作權集體管理團體取得授權之模式處理。惟考量若由無線電視業者代爲向著作權集體管理團體洽談授權，因「必載」屬法定義務，且無線業者和有線業者有競爭關係，若任由市場自行運作，恐無法如現行之頻道代理商與有線電視系統業者間透過商業談判達致此一效果，應於通訊傳播相關法規中，亦課予必載

---

197 請參見，公共電視，NCC 擬修法，取消無線台必載規定，2009/10/08，http://news.sina.com.tw/article/20091008/2219646.html, 2010/01/06 visited.

198 有關廣播機構著作鄰接權之保護議題，可參考，陳曉慧，廣播機構著作權之保護，經濟部智慧財產局 2005 年委託研究報告，http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=a5fdcb3f-4209-42db-bae3-4a81e44040a0.doc, 2010/01/06 visited.

頻道之播送者，有義務取得供他人轉播之授權，而此一授權費用由有線電視系統業者負擔（可與補償金分開或合併處理）。至於有線電視系統業者須支付之授權費用是否過當，則可循現行之著作權集體管理團體之費率審議機制確保其合理性（例如：將無線電視與有線電視必載之閱聽人當作一個市場，而妥善分配無線電視與有線電視業者各自應支付之權利金數額）。

2. 倘此一處理模式過於複雜，亦可考慮直接將有線電視業者或衛星電視業者依「必載頻道」之規定進行無線電視業者頻道轉載時，就所利用頻道內容著作之公開播送，以著作財產權限制或法定授權之方式處理。惟若採法定授權制度，就國內現況而言，其制度設計因所涉及之著作種類複雜、著作權人亦多，恐難以參酌第 47 條規定由著作權專責機關公告使用報酬後，由轉載業者自行通知、支付報酬予權利人，應由著作權專責機關或其指定之組織或機構依法收取，再進行細部分配較為合理。

貳、P2P 軟體與連線服務提供者責任

我國著作權法於 2009 年 5 月 13 日修正公布，新增第六章之一有關網路服務提供者（以下簡稱「ISP」）之民事免責事由規範。由於其中有關網路服務提供者之協力義務，經立法委員修正為「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。」即有論者稱其為「三振條款」，經新聞媒體報導後，廣為社會各界所關注[199]。又適逢法國討論長達 2 年餘之打擊網路盜版法案於 2009 年 5 月 13 日由國會通過，引起國際媒體關注[200]，一時之間，三振條款成為網路使用者密切關注的重點，甚至有許多國外媒體亦將台灣著作權法新通過之規定與法國規定相提並論，報導台灣也通過對於侵權者三振的規定。

我國前述 ISP 責任限制之規範，係源自於美國 1998 年數位千禧年著作權法案（Digital Millennium Copyright Act, DMCA），事實上已有相當多國家導入類似制度，這個可說是 10 年前的舊立法例，為何會在近日引起網路使用者有關「三振」、「斷線」的嚴重關切？相信利用諸如 eDonkey、BitTorrent、Gnutella、Foxy 等 P2P 軟體下載、分享檔案較大之影音或其他著作，在近年成為許多網友連網主要活動，乃是關鍵所在。事實上，世界各國確實也都面臨類似狀況—P2P 的使用消耗龐大的網路頻寬資源，其中又以下載未經合法授權之內容為主。隨著寬頻技術日益普及，利用 P2P 軟體從事侵權之下載、分享活動之影響層面，由過去幾年之音樂及電腦軟體產業，更擴及到電視影集、電影產業，網路上透過 P2P 分享目前品質最佳之藍光光碟品質之影音內容，更是所在多有。

此一著作利用社經環境之變化，迫使世界各國均須面對如何處理 P2P 技術被用於著作侵權活動之問題，除了由權利人透過訴訟之方式對個別使用者或參與 P2P 軟體製作、經營業者提起侵權訴訟外，提供網路連線服務業者是否應對此種大量侵權活動採取行動，亦成為相關立法活動之重點。以下即擬

---

199 經濟日報，ISP 使用者侵權 訂「三振」條款，2009 年 4 月 9 日。

200 See, CNN, French face tough new Internet downloading law, 2009/5/15; RIAA gives thumbs up to France's three-strike law, http://news.cnet.com/8301-1023_3-10215602-93.html?tag=mncol, 2009/12/21 visited. 聯合報，非法下載禁上網 法國會過關，2009 年 5 月 14 日。惟該法案旋即遭宣告部分條款違憲，中國時報，法國憲法委員會刪除反網路盜版法爭議條款，2009 年 6 月 11 日。

針對我國 ISP 責任限制有關連線服務提供者之協力義務規範與法國打擊網路盜版法案（HADOPI）及其後續修正機制之差異，澄清所謂「三振條款」之概念，進而探究連線服務提供者就 P2P 侵權防治所應扮演之角色，以及採取立法方式處理之必要性，並提出建議以作爲相關政府機關研議 P2P 軟體濫用相關問題之參考。

一、著作權法有關 ISP 協力義務規定檢討

(一)連線服務提供者民事免責事由之立法架構

我國著作權法 2009 年 5 月 13 日公布新增第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」，乃是參考美國 DMCA 第 512 條規定，對於網路服務提供者就使用者利用其服務所爲侵害他人著作權之行爲，建立一免責之避風港。故若網路服務提供者不符合此一免責規範之要件者，並非須連帶就其使用者之侵權行爲負賠償責任，僅係無法主張免責，其是否須負任何責任，則須回歸到著作權法有關著作權侵害之規定，依個案判斷之。

其中，第 90 條之 4 規定：「Ⅰ符合下列規定之網路服務提供者，適用第九十條之五至第九十條之八之規定：一、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。三、公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。四、執行第三項之通用辨識或保護技術措施。Ⅱ連線服務提供者於接獲著作權人或製版權人就其使用者所爲涉有侵權行爲之通知後，將該通知以電子郵件轉送該使用者，視爲符合前項第一款規定。Ⅲ著作權人或製版權人已提供爲保護著作權或製版權之通用辨識或保護技術措施，經主管機關核可者，網路服務提供者應配合執行之。」第 90 條之 5 則規定：「有下列情形者，連線服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行爲，不負賠償責任：一、所傳輸資訊，係由使用者所發動或請求。二、資訊傳輸、發送、連結或儲存，係經由自動化技術予以執行，且連線服務提供者未就傳輸之資訊爲任何篩選或修改。」亦即，連線服務提供者若滿足第 90 條之 4 之各項協力義務，對於使用者利用其符合第 90 條之 5 所提供之連線服務所爲侵害他人著作權之行爲，即可不負賠償責任。

就現行連線服務提供者所提供之連線服務，原則上其所傳輸之資訊，均應爲使用者所發動或請求（例如：點選連結進行網頁內容下載、依使用者訂閱傳送 RSS 資訊等），透過自動化技術執行，連線服務提供者不會爲任何篩選或修改。是故，連線服務提供者主張免責之關鍵，即在於第 90 條之 4 第 1 項各款協力義務是否符合；而一般新聞媒體所報導之「三振條款」，則爲該項第 2 款規定。以下先就其適用之疑義扼要說明。

(一)第 90 條之 4 第 1 項第 2 款適用之疑義

1.第 90 條之 4 第 1 項第 1 款與第 2 款之關係

前述著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 1 款與第 2 款皆係參考美國 DMCA 所制定，該法案第 512 條(i)項第(1)款(A)目規定：「(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers;」亦即，網路服務提供者欲適用責任限制規定，必須採取「若其系統或網路之用戶及帳戶持有者屬重複侵權者時，將於適當情形予以終止」之政策；且合理履行此政策；並應將所採政策通知其系統或網路之用戶及帳戶持有者。此由經濟部智慧財產局於 2008 年 7 月 7 日所公開之修法草案[201]第 90 條之 4 第 1 項第 1 款及第 2 款規定：「一、以契約或其他方式，告知使用者其著作權保護措施，並載明若有多次侵權情事，將終止全部或部分服務之約定。二、採取具體作爲，履行前款著作權保護措施。」可以得知。

然而，於 2009 年 9 月 25 日提請行政院院會審議通過之草案[202]則修改爲：「一、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有多次涉有侵權情事，將終止全部或部分服務。」亦即，將第 1 款及第 2 款由同一要件區隔爲二個不同要件，而此

---

201 著作權法部分條文修正草案總說明 970707：http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=fb5cd6e5-0cd8-41c1-9de7-37dcd74c9858, 2009/7/14 visited.

202 著作權法部分條文修正草案：http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=d1f7185c-600e-4c3a-b9cf-6667f78e1f61, 2009/7/14 visited.

一規定再經立法委員將「多次」改爲「三次」、「『將』終止」改爲「『應』終止」，而成爲現行條文。

由現行著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 1 款與第 2 款之文字比較，可以發現第 1 款與第 2 款之文字相當類似，其中第 1 款在於須告知使用者其著作權保護措施，第 2 款則在於告知使用者若三次涉有侵權情事應終止全部或部分服務，亦即，此二款之規定均重在「告知」，惟應告知之事項不同，但第 1 款則另要求「並確實履行該保護措施」，故此點顯爲第 1、2 款在立法技術方面最重要差異所在。亦即，就著作權保護措施而言，網路服務提供者應確實履行，而就第 2 款有關終止全部或部分服務，對照第 1 款之解釋，則應委諸 ISP 業者自行決定，而非法律之強制義務。

就本研究個人看法而言，第 90 條之 4 第 1 項第 1 款及第 2 款若係依原行政院審議通過之版本，其解釋上並無過多疑義，亦即，該版本不欲使網路服務提供者負與美國 DMCA 第 512 條(i)項相同之責任，故將 ISP 對於多次重複侵權使用者得終止全部或部分服務之規定獨立爲第 2 款。惟立法委員接受著作權團體之建議將第 2 款改爲較具強制性之規範，則使此一修法條文之解釋產生爭議。若依立法委員修改文字之原意，ISP 應對於重複侵權者終止全部或部分服務，然而，就整體第 1 款及第 2 款規定之綜合解釋而言，又將使 ISP 並不負有「確實履行」前述終止全部或部分服務之義務，只要「告知」使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務即滿足該款要件。當法律立法完成時，已脫離立法者之掌控而有其獨立之生命，依現行第 90 條之 4 第 1 項第 2 款之文義解釋，本研究認爲 ISP 在處理重複侵權者時，即令未依其與使用者之約定終止全部或部分服務，仍不妨礙其主張適用第 90 條之 5 之免責規定。

2.使用者涉有侵權情事之判斷

即令依本研究前開意見，ISP 依法並無於其使用者涉有侵權情事達三次時，應終止全部或部分服務，否則即不得主張免責。惟既然「告知」使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務，乃是 ISP 欲主張免責之協力義務，則自不免有 ISP 爲避免解釋適用之風險，而實際執行其與使用者間前開契約規範，此時，無可避免即須面對何謂「涉有侵權情事」？「三次」如何計算？等問題。由前開美國 DMCA 第 512 條(i)項規定觀之，使用者若有

三次涉有侵權情事之規定，源自於有關對「重複侵權者（repeat infringers）」之用語，屬於一般社會用語，並無特定之定義，且亦無須予以定義。然經我國立法過程轉換後，若不予處理則 ISP 將無所措其手足，反而使立法減輕 ISP 責任之美意無法實現。

以連線服務提供者爲例，現行技術上其不可能對於使用者所有利用其連線服務所傳輸之內容予以過濾、檢視，故難以期待連線服務提供者主動知悉其使用者有涉及侵權之情形（但其餘之網路服務提供者在解釋上則應包括主動知悉者），可以預期「涉有侵權情事」應多來自於權利人團體之侵權通知。然而，就連線服務提供者所收悉之侵權通知而言，因收到侵權通知時傳輸行爲早已結束，性質上無法查證其是否確實屬於侵權行爲，故若權利人團體爲侵權通知時未檢附明確之證據，恐怕亦難認定「涉有侵權情事」。惟立法既僅規範應告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務，而「涉有」侵權情事亦非要求 ISP 必須證明其確有侵權情事，則是否涉有侵權情事之認定標準宜由 ISP 自行決定，例如：以 ISP 知悉侵權情事並通知用戶之次數爲準。ISP 若爲避免實質認定產生之疑義，決定採取以權利人團體之侵權通知爲判斷標準自無不可，但權利人團體應不得以其已爲三次侵權通知，即要求 ISP 終止用戶全部或部分服務，如此解釋方能使此一立法得以順利運作。

至於「三次」如何計算？有認爲應以侵害同一著作三次者；有認爲應不限於同一著作，累積達三次者；有認爲雖不限於同一著作，但應限於一定期間累積達三次者。若回歸到「重複侵權者（repeat infringers）」之立法原意，則以一定期間內累積達三次者較爲合宜。蓋連線服務涉及民眾接取網路之權利，應以較嚴格之標準認定。然就連線服務而言，恐怕連「使用者」都難以確認—以家庭用戶爲例，ADSL 或光纖等固然可連結至某一申請人，但該申請人未必即爲涉及侵權之使用者；就商業用戶而言，目前坊間諸多提供無線上網之餐廳、咖啡館等，其消費者毋須爲任何認證即可連網，單純以未經法院確認之侵權行爲，而要求連線用戶管制所有連線使用者，否則須爲其負責之作法，恐引起相當大之爭議。本研究認爲此一制度實施初期，可由經濟部智慧財產局協調各 ISP 儘可能採取較一致之處理方式，透過 ISP 自治的方式調和著作權人與網路利用人之權利衝突，以避免 ISP 過度嚴格之執行，反而造成民眾對於此次著作權法修正之誤解。

3.小結

由前述說明可知，著作權法有關第六章之一之規範，即令經立法委員將第 90 條之 4 第 1 項第 2 款之文字修正爲看似具強制性，連線服務業者應於使用者三次涉有侵權時終止全部或部分服務，而被稱爲「三振條款」。但實際上，此機制屬於網路服務提供者責任限制（民事免責事由），乃是立法額外賦予 ISP 於符合要件時的安全港，而非加重 ISP 於不符合要件時，須爲其使用者之侵權負責，自非屬強制性義務；換言之，並無論者所謂「立法將侵權使用者三振」之疑慮。且第 90 條之 4 第 1 項第 2 款重點在於「告知」使用者，而非如同項第 1 款要求「確實履行」終止全部或部分服務之規定，故 ISP 實務上亦無「爲符合此免責規範，而須對連線服務使用者爲斷線」之必要。其有關涉有侵權情事之認定、次數之計算及其期間等，均應委諸 ISP 之自我管理，而非如部分著作權人團體所主張，ISP 須依其侵權通知累積達三次即應就 P2P 使用者進行斷線。著作權專責機關亦不應任由此種不正確的訊息透過新聞媒體傳佈擴散，否則將加深權利人與網路使用者對此制度之誤解，造成不必要的恐慌與對立。

二、法國 HADOPI 及後續修正法案介紹

法國參議院於 2009 年 5 月 13 日通過〈促進網路上創作之散布與保護法案(PROJET DE LOI favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet)[203] 〉。惟法國憲法委員會旋於 2009 年 6 月 10 日宣告，前開法案賦予高級公署 HADOPI 此一行政機關決定對於侵害著作權之行爲人予以斷線之行政作爲，實已涉及對人民自由及權利之限制，須經過司法機關審查，不得由行政機關爲之；且即令由包含司法部門成員的獨立行政機關進行處分，亦違反 1789 年法國〈人權和公民權利宣言〉第 9 條「無罪推定原則」與第 11 條「言論表達自由」，故遭宣告部分違憲[204]。惟 2009 年 9 月 22 日經修改部分違憲條款後[205]，再度經法國國會通過，2009 年 10 月 22 日並經法國憲法委員會

---

[203] 因該法案主要內容係設立一保護文創作品網路權利之高級公署(Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet, HADOPI)，故亦稱爲 HADOPI 法案。

[204] See, Angela Gunn, Constitutional Council strikes down key portion of HADOPI law, http://www.betanews.com/article/Constitutional-Council-strikes-down-key-portion-of-HADOPI-law/1244657497, 2009/6/30 visited.

[205] See, France Changes “Three-Strikes” to Judge Ordering Disconnections,

認定其合憲[206]。

(一)高級公署 HADOPI

HADOPI 法案第 L. 331-12 條規定：「網路著作散布與權利保護高級公署係一獨立行政機關，並具法人格。」此高級公署之任務主要為：1.鼓勵合法內容發展，以及觀察在公共線上通訊服務所提供電子通訊網路上，著作權或鄰接權所保護著作或客體之合法與非法利用。2.防止在公共線上通訊服務所提供電子通訊網路上，對著作及鄰接權客體之權利侵害。3.規制與注意受著作權或鄰接權保護著作與客體之技術保護與辨識措施領域。針對前開任務相關事宜有法律或命令提案修改之權，針對其他文藝保護之法案亦可對政府提供諮詢（第 L. 331-13 條）。此外，高級公署亦負責處理有關科技保護措施以及有關著作辨識、過濾等涉及科技發展與應用之事務（第 L. 331-23 條）[207]。

高級公署行政團（相當於我國行政體系之委員會）依第 L.331-16 條第 1 項規定，「高級公署行政團由敕令所任命之九位成員組成，其中包括主席，任期均為六年。

1° 平政院副院長所指定該院在職成員之一。

2° 最高法院院長所指定該院在職成員之一。

3° 審計法院院長所指定該院在職成員之一。

---

http://www.zeropaid.com/news/86439/france-changes-three-strikes-to-judge-ordering-disconnections/, 2009/11/10 visited. 另修正案之法文版本，可參考下述網址：http://www.assemblee-nationale.fr/13/ta/ta0337.asp, 2009/11/10 visited.

206 See, France's Top Court Ok's "3-Strikes", http://www.zeropaid.com/news/87146/frances-top-court-oks-3-strikes/, 2009/11/10 visited.

207 第 L. 331-23 條規定：「

Ⅰ在鼓勵合法內容商業與非商業發展，以及觀察著作權或鄰接權所保護著作或客體在電子通訊網路上之合法與非法利用之任務下，高級公署每年公佈指標，其清單由敕令規定之。其提出第 L.331-14 條所述合法內容發展之報告。

Ⅱ依平政院敕令之規定，高級公署針對公共線上通訊服務公司所提供內容服務授予標誌，以資使用者藉此清楚辨識內容提供之合法性。此標誌定期重新檢視之。

Ⅲ高級公署職司注意合法內容服務參考入口網站之設立、改善以及更新。

Ⅳ此外，高級公署評估由以下業者操作之內容辨識與過濾科技實驗：此類科技設計者、受保護著作與客體之權利人以及提供公共線上通訊服務業者。高級公署於依第 L.331-14 條所定年度報告中，報告關於此科技主要發展，特別是關於此類科技之有效性。

Ⅳ高級公署辨識與研究受著作權或鄰接權保護之著作與客體於電子通訊網絡上非法使用之相關技術方式。必要時高級公署在第 L.331-14 條規定之報告書中提出解決方案。」

4° 文學與藝術財產權(著作權)高級諮議會主席所指定該會成員之一。

5° 掌管電子通訊、消費以及文化之部長聯合提名三名合格人員。

6° 眾議院與參議院主席分別指定二名合格人員。」

其主席由團員自前 3 款指定之人員中選舉之，行政團主席即為高級公署署長。而為確保其獨立性與公正性，除規定行政團成員之任命不得撤銷，亦不得連任外，並於第 L. 331-18 條規定其消極資格及離職後之限制[208]。

(二)三振機制之運作

HADOPI 法案於第 L. 336-3 條，賦予網路連線名義上用戶負有注意其連線是否被用於侵權之義務[209]，作為其三振機制運作之基礎。至於實際負責三振機制有關行政部分之運作者，為高級公署 HADOPI 下設之權利保護委員會，該委員會由三名委員組成，分別由平政院副院長、最高法院院長及審計法院院長指定各該院之職員擔任之，任期為 6 年[210]，實際從事相關侵權案件

---

208 第 L.331-18 條：「

Ⅰ如過去三年內擔任或曾擔任以下職務者，不得擔任高級公署之成員與秘書長：

1° 由本法典本卷第二編規範之公司主管、員工或顧問。

2° 受著作權或鄰接權保護之錄音物、錄影物製作或著作出版公司主管、員工或顧問。

3° 視聽傳播公司主管、員工或顧問。

4° 為受著作權或鄰接權保護之著作或客體之利用提供服務之公司主管、員工或顧問。

5° 提供公共線上通訊服務之公司主管、員工或顧問。

Ⅱ高級公署成員以及其秘書長於其離職後，受刑法典第 432-13 條規範。

Ⅲ高級公署成員以及其秘書長不得直接或間接持有本法典前述第 I 項之公司或企業利益。

Ⅳ高級公署成員就任時應提出其利害關係申報之範例，由敕令規定之。

Ⅴ高級公署成員不得參與其過去三年期間曾任職企業所監督之商法典第 L.233-16 條意義上企業或公司相關案件評議。」

209 修正後第 L.336-3 條：「

Ⅰ公共線上通訊連線服務之名義上用戶有義務注意其連線是否被用於未經權利人許可重製、呈現、公開傳輸第一、二卷規定之受著作權或鄰接權保護之著作或客體。

Ⅱ（刪除）

Ⅲ違反第 1 項規定之連線服務名義上用戶，除第 L.335-7 條與第 L.335-7-1 條另有規定外，不生使當事人承擔刑事責任之效力。」

210 第 L.331-17 條：「

Ⅰ權利保護委員會依第 L.331-26 條至第 L.331-31 條以及第 L.331-33 條規定執行其任務。

Ⅱ委員會由三位成員組成，其中包括由敕令所任命之主席，任期均為六年。

1° 平政院副院長所指定該院在職成員之一。

2° 最高法院院長所指定該院在職成員之一。

之調查者，則由經宣誓之調查員爲之，調查員則來自於合法成立之權利保護專業機構、權利收取與分配團體、國家電影藝術中心之指定[211]，並經高級公署 HADOPI 之署長認可。

至於在有關侵權通知之執行方面，若權利保護委員會於受理且經調查發現用戶涉有違反第 L. 336-3 條之義務（即網路連線名義上用戶未能夠防止其連線服務被用於未經合法授權之重製、展示、公開傳輸），則權利保護委員會可以其名義以電子郵件（透過網路服務提供者之協助）寄送規勸信提醒用戶注意第 L. 336-3 條之規定，要求其遵守該條所定義務，並警告再犯可能會遭受之處罰，但規勸信的內容並不含具體侵權之著作，僅有可能構成第 L. 336-3 條義務違反之日期與時間。若前述規勸信寄出後六個月內，該用戶若再遭發現可能有違反第 L. 336-3 條之行爲者，則再一次以電子郵件發出前述規勸信，並得在第二次的規勸信中配合簽收或提出可資證明寄出日期之方式，以利舉證[212]。

3° 審計法院院長所指定該院在職成員之一。

Ⅲ委員會成員之代理人以相同方式指定。

Ⅳ如委員會成員職位出缺者，依本條規定推選繼任者，其任期至原職位期滿爲止。

Ⅴ委員會成員之任命不得撤銷，亦不得連任。

Ⅵ委員會成員除自行辭職外，未有委員會所定去職原因並經調查者，不得解職。

Ⅶ不得同時擔任權利保護行政團與委員會成員之職位。

211 第 L.331-24 條：「

Ⅰ權利保護委員會針對經宣誓與依第 L.331-2 條規定受認可的調查員之舉發進行審理，且調查員由以下機構指定：

1°合法成立之權利保護專業機構。

2°權利收取與分配團體。

3°國家電影藝術中心。

Ⅱ權利保護委員會得依檢察官所遞交資訊爲基礎進行審理。

Ⅲ超過六個月以上之事件不得舉發請求委員會審理。

212 修正後之第 L. 331-25 條：「

Ⅰ權利保護委員會受理可能構成第 L. 336-3 條規定之違反義務之案件時，得以其名義與戳記，藉由電子郵件與透過用戶之線上公共通訊服務業者中介，寄出規勸信提醒用戶注意第 L. 336-3 條之規定，要求其遵守該條所定義務，並警告再犯可依第 L.335-7 條與第 L.335-7-1 條加以處罰。此規勸信內容也包括線上合法文化內容之資訊、預防違反第 L. 336-3 條規定義務之安全措施，以及不尊重著作權與鄰接權行爲對藝術創作的持續與文化產業之經濟所致危險。

Ⅱ於第 1 項所定規勸信寄出後六個月內，如再違反可能構成第 L. 336-3 條所定義務，委員會可透過電子郵件再次寄出與第 1 項規定同樣內容之規勸信。其得應於此信中配合簽收或所有其他可資證明提出勸告寄出日期之方式。

Ⅲ基於本條所寄出之規勸信內指明可能構成第 L. 336-3 條規定違反義務之日期與時間。但規勸信不揭露與違反義務相關受保護著作或客體之內容。規勸信提供電

至於有關相關處罰之規定，因由權利保護委員會進行處罰遭宣告違憲，故 HADOPI 2 法案新增第 L. 335-7 以下有關刑事責任之規範，回歸法院審判之機制。茲將其條文摘錄如下：

第 L. 335-7 條：「Ⅰ若該侵權係藉由線上公共網路服務違犯者，得對第 L. 335-2 條、第 L. 335-3 條與第 L. 335-4 條所定侵權有罪之行爲人，科處一年以下的中止線上公共網路服務連線之從刑，並附帶禁止於該中止連線相同期間內向其他任何相同性質業者訂立連線契約。Ⅱ當此連線服務是購自於包含其他如電話或電視服務之商業方案中，中止用戶連線服務決定並不適用於該其他服務。Ⅲ中止連線服務本身不影響向服務業者之費用繳付。消費法典第 L. 121-84 條規定在中止連線服務期間不適用。Ⅳ暫停連線服務期間可能的解約費用由用戶承擔。Ⅴ若該處罰可執行，本條所定從刑通知網路著作散布與權利保護高級公署，再由其通知線上公共網路服務業者執行斷線，該斷線應於通知受斷線相關用戶後 15 日內爲之。Ⅵ線上公共網路服務業者已受通知而未實施斷線處罰者，處 5000 歐元以下之罰金。Ⅶ刑事訴訟法第 777 條第 3 款不適用於本條所定從刑。」

第 L. 335-7-1 條：「Ⅰ若法令有規定對於本法典所定第五級違犯者，第 L. 335-7 條所定從刑得對線上公共網路服務連線用戶依相同方式宣告，但以其顯有過失，且權利保護委員會依第 L. 331-25 條已以掛號或其他可資證明通知日期的適當方式，先行對其寄送實施網際網路連線安全方式之建議者爲限。Ⅱ顯有過失係依前項所指建議之通知後最近一年內之所犯事實爲審酌依據。Ⅲ此情形中止連線期間最高爲一個月。Ⅳ被告受本條從刑宣告而違反於斷線期間內禁止向訂立線上公共網路服務連線契約者，處 3750 歐元以下罰金。」

第 L. 335-7-2 條：「爲宣告第 L.335-7 條與第 L.335-7-1 條所定斷線處罰並決定斷線期間，法院應考量侵權行爲情節與侵害輕重，以及行爲人個人情況，特別是其職業或社會活動與社會經濟處境。所宣告處罰期間應衡平智慧財產權之保護以及表意與通訊自由之尊重，特別是後者是從住所行使者。」

話、地址、電子郵址等聯絡方式以便收信人向權利保護委員會遞交陳述狀；若當收信人明確向委員會要求時，可藉以獲得其所受舉發違反之受保護著作或客體內容細節。」

(三)連線服務提供者之配合義務

權利保護委員會所爲前述調查、通知等程序，均須連線服務提供者之配合，故 HADOPI 法案很重要之一部分亦在規範連線服務提供者之配合義務，茲簡單說明如下：

(1)配合權利保護委員會及調查員之請求，提供涉及違反第 L.336-3 條義務相關用戶資訊[213]。

(2)連線服務提供者應於與用戶之契約，載明用戶依 HADOPI 及後續修正法案所應負之責任及相關處罰程序或責任，以及有關保護網路著作權等相關資訊之宣導[214]。

(3)連線服務提供者須配合法院所爲暫停連線服務之處罰[215]。

三、法國三振條款與我國 ISP 民事免責事由之比較

(一)三振條款

在著作權領域一般在談論的三振條款(three strikes policy)，是由美國唱片產業協會(Recording Industry Association of America, RIAA)所提出與連線服務提供者合作，對於嚴重、重複侵權之使用者予以斷線(disconnect)、終止服務，

---

213 第 L.331-21 條第 3 項：「依程序需要，前述人員得取得任何種類之文件，包括電子通訊與郵政法典第 L.34-1 條規定之電子通訊業者儲存處理之資料，以及 2004 年 6 月 21 日第 2004-575 號法律『關於數位經濟中的信賴』第六條 I 之第一、二項規定之服務業者。」及第 5 項：「若用戶之公共通訊連線服務用於重製、展示、公開傳輸受保護著作或客體，而依第一、二編所定應獲權利人許可而未經許可者，前述人員得經由電子通訊業者取得用戶身份、郵政地址、電郵地址與電話號碼。」

214 修改後第 L. 331-27 條：「

Ⅰ提供線上公共通訊服務業者與用戶簽訂之契約中，應以清楚與可讀的方式記載第 L. 336-3 條規定、高級公署可能採取措施。前述業者與用戶簽訂之合約中，也須註明侵犯著作權與鄰接權會遭受之刑事與民事處罰，以及第 L. 335-7-1 條規定之適用。

Ⅱ此外，本條第 1 項所定業者向新用戶與更新合約用戶告知線上合法文化內容之資訊、預防違反第 L. 336-3 條規定義務之安全措施，以及不尊重著作權與鄰接權行爲對藝術創作的持續與文化產業之經濟所致危險。」

215 第 L. 335-7 條「…

Ⅴ若該處罰可執行，本條所定從刑通知網路著作散布與權利保護高級公署，再由其通知線上公共網路服務業者執行斷線，該斷線應於通知受斷線相關用戶後 15 日內爲之。

Ⅵ線上公共網路服務業者已受通知而未實施斷線處罰者，處 5000 歐元以下之罰金。」

以替代其於全球各地對 P2P 軟體侵權使用者進行訴訟之政策[216]，並進而希望透過遊說各國政府將此一機制透過立法落實，要求連線服務提供者必須採取類似的機制，以解決 P2P 軟體濫用所造成之網路著作權侵害狀況，得以在既有之網路服務提供者責任限制機制無法處理之情形下，獲得有效的解決。當然，隨著時間的發展，所謂「三振條款」未必限於「斷線」，亦未必須爲「三次」，概念上只要是直接訴諸於強制連線服務提供者在一定條件下，有義務對於網路著作權侵害行爲採取終止全部或部分服務、限制網路連線利用等，皆可納入「三振條款」的範圍。

(二)適用對象—打擊者

法國 HADOPI 法案及其後續修正案，係透過立法方式課以連線服務之名義用戶（例如：兒子請父親申請 ADSL 供其使用，父親申請後即爲名義用戶）法律上應注意其連線服務不被用於重製、展示、公開傳輸未經合法授權之著作，故無論該名義用戶是否是實際使用者，或是否同意他人利用其所申請連線服務，均由該名義用戶承擔法律上的責任。惟此一責任並非侵害著作權之責任，而是須忍受一定期間無法連線之不利益或是改善其連線安全措施之義務。

我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款則規定「使用者」若有三次涉有侵權情事等文字，由整個 ISP 責任限制相關規定綜合加以觀察，「使用者」應兼指實際利用網路服務之人及網路服務提供者名義上之用戶。使用者如何認定，除連線服務以外之其他網路服務態樣均不困難，即指實際利用網路服務之人，如快速存取服務之使用者，即爲請求下載某一資訊而經業者之 Proxy 伺服務自動留存之人；資訊儲存服務之使用者，即爲實際上傳或張貼資訊或檔案之人；搜尋服務之使用者，則指其爲提供搜尋服務所預先蒐集、索引之網路資訊之管理人（如網頁所有人）。但在連線服務之情形，因連線服務可同時由多數使用者使用，且可能無須逐一之登入或註冊行爲，若不擴大至連線服務提供者名義上之用戶，則連線服務提供者無法進行第 90 條之 4 第 1 項第

---

216 See, Mcbride, Sarah & Smith, Ethan, Music Industry to Abandon Mass Suits, http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html, 2009/11/28 visited; see also, 20. Ingram, Mathew, RIAA Drops Lawsuit Strategy for “Three Strikes” Plan, http://gigaom.com/2008/12/19/riaa-drops-lawsuit-strategy-for-three-strikes-plan/, 2009/11/28 visited.

1 款及第 2 款之「告知」。

故而，若以連線服務而言，無論是 HADOPI 法案涉有違反第 L.336-3 條義務之用戶，或是我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項之使用者，均應指與連線服務提供者簽約之名義用戶，惟我國著作權法規定顯然必須透過解釋處理，易引發究應通知何人之爭議始符合規定之爭議。

(三)侵權情事之舉發與認定—投手與主審

修正後第 L. 331-25 條第 1 項前段提及，「權利保護委員會受理可能構成第 L. 336-3 條規定之違反義務之案件時…」，並未特別交待何種情形權利保護委員會將進行侵權情事之調查，合理推斷應是權利人（或任何人）均可向權利保護委員會提供透過網路侵權之案件舉發，而由該委員會之調查員進行查證後，若確涉有違反第 L. 336-3 條之情形，則由權利保護委員會發出規勸信。

至於我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款則規定，「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。」依前開有關「涉有侵權情事」之討論，連線服務提供者技術上難以期待主動知悉其使用者涉有侵權，可以預期「涉有侵權情事」應來自於權利人團體之侵權通知。故比較大的差異在於所認定之事項爲何？又由誰來認定？認定的程序如何？

這二點 HADOPI 法案與我國著作權法規定差異相當大，HADOPI 法案所認定者爲違反第 L. 336-3 條之防止透過連線服務進行侵權之義務（包括：採取適當安全措施避免他人未經同意使用該連線服務，以及經同意使用該連線服務之人不得有從事侵權行爲），我國著作權法需認定者爲是否涉有侵權情形（即判斷是否使用者涉及侵害著作權），相較之下，HADOPI 法案多一層判斷的工作；而「誰」來從事判斷是否違反或涉有侵權情事，二者更是完全不同，HADOPI 法案由權利保護委員會（即行政機關）爲之，我國著作權法則由連線服務提供者自行判斷。

(四)次數計算—三好球如何算？

依 HADOPI 法案原有之規定，若發現有違反第 L. 336-3 條義務者，第一次是電子郵件通知，第二次是在第一次通知之六個月再發現有違反情事，仍以電子郵件通知，但得附上簽收或可資證明寄出日期之方式，第三次則是在

收到權利保護委員會所寄發規勸信（有簽收或其他方式證明收信日期與用戶親收，即應指第二次之規勸信）後一年內，又再有違反第 L. 336-3 條所定義務之情形，即會進入處罰之程序，此即之所以稱之爲「三振」之緣由。惟前開由行政機關進行處罰之立法被宣告違憲後，前二次之規勸信仍由權利保護委員會爲之，但處罰之程序則依第 L. 335-7 條以下之規定，由法院依判決程序爲之，以保障涉案人之權益。

關於此點，我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款僅規定，「若有三次涉有侵權情事」，明顯過於粗糙而難以執行，姑不論網路服務提供者爲私人機構如何有能力及權利認定是否涉有侵權情事，所謂「涉有侵權情事」，亦難認定是否須限於同一著作權人或同一著作等，更遑論認定之期間問題。相較之下，HADOPI 法案所認定者爲名義用戶是否違反第 L. 336-3 條所定義務，即無是否限同一著作權人、同一著作等問題，認定的期間亦有明文規定，遠較我國著作權法規範細緻且可行。

(五)法律效果—三振出局？

依 HADOPI 法案修正後第 L. 335-7 條規定，法院可科處一年以下的中止線上公共網路服務連線之從刑，並附帶禁止於該中止連線相同期間內向其他任何相同性質業者訂立連線契約。故就法國規定而言，確實有產生「斷線」之三振出局之法律效果。然而，我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款規定，「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。」雖經立法委員修改爲「應終止全部或部分服務」，但第 2 款之主要「動詞」爲「告知」而非「終止」，故連線服務提供者僅須告知，而不必然需要進行後續「終止」全部或部分服務之行爲，並不會真正產生「斷線」的效果。

(六)小結

綜上所述，法國的 HADOPI 法案及其後續修正所設計之「三振條款」，與我國著作權法有關網路服務提供者民事免責事由規範中「若三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務」之規定，新聞媒體皆稱之爲「三振條款」，可說完完全全是一場誤會。無論由立法體例、執行細節到法律效果，皆完全不同。本研究認爲 HADOPI 法案對國人仍然具有相當高之參考價值，除可作爲

進一步了解處理 P2P 問題議題之另一種立法模式之外，其實 HADOPI 法案還有不少有關如何提昇網路著作權保護概念[217]、各方市場參與者權益之協調[218]等規範值得吾人後續觀察其重新立法及後續實施之發展。

四、其他國家發展狀況

(一)英國—數位英國報告

2009 年 6 月 16 日由英國商業、創新與技能部(Department for Business, Innovation and Skills, BIS)提出由 2008 年 10 月著手研擬之「數位英國報告(Digital Britain Report)[219]」，爲英國著作權領域長期有關是否導入「三振條款」的爭論，投下具有官方色彩的震撼彈。該報告第四章針對有關數位世界之創意產業相關議題進行分析，在認爲非法檔案分享已造成英國音樂產業 18 億歐元、電視及電視產業 15.2 億歐元龐大損害的情形下，欲達成保護數位世界中創意可獲得適當報酬的目標，強調政府應提供強力的法規架構對抗數位盜版(Robust legal and regulatory framework to combat Digital Piracy)，並提出英國通訊局(Office of Communications, Ofcom)應負起對抗數位盜版的責任。亦即，ofcom 應促使其負有業務督導責任之 ISP 業者，能夠主動採取更積極的措施降低使用者進行非法檔案分享侵權情形，例如：主動採取侵權通知轉送、記錄重複侵權之使用者等方式[220]，期使此類侵權情形能夠在三年內達成降低

---

217 例如，有關教育宣導之部分，第 L.312-9 條 教授所有學生科技與電腦資訊使用之入門知識。在此條件下，特別是準備資訊與網路文憑之中學生，教師告知學生使用公共線上通訊服務之風險、非法下載與提供受著作權或鄰接權保護之著作或客體對藝術創作之危險，以及違反會遭受之處罰等相關資訊，讓學生事先有警覺性。此資訊也包括透過公共線上通訊服務合法提供之受著作權或鄰接權保護之著作或客體。

218 例如，有關連線服務提供者合法提供服務標示的部分（第 L.331-23 條）、有關連線服務之安全措施部分（第 L.331-26 條）等。

219 該報告全文可於下述網址取得：http://www.culture.gov.uk/images/publications/digitalbritain-finalreport-jun09.pdf, 2009/11/10 visited.

220 The Government is therefore consulting on a proposal to legislate to give Ofcom a duty to take steps aimed at reducing copyright infringement. In order to fulfil that duty Ofcom will require ISPs to accept two specific conditions. These are the obligations set out in the Interim Digital Britain Report, namely to notify account holders when informed in an agreed format that their account appears to have been used to infringe copyright and an obligation to maintain and make available (on the basis of a court order) data to enable the minority of serious repeat infringers to be identified. This will allow targeted court action against those responsible for the most damaging breaches of copyright. See, Digital Britain Report, p111.

70%到 80%之目標。

該報告中並提出若前述作法在有效執行 6 到 12 月之後，並沒有辦法有效降低非法 P2P 檔案分享之侵權情形，將再諮詢 ISP 業者、著作權人其他措施實施的可能性，甚至是透過教育、改變商業模式等方式，仍無法明顯降低非法 P2P 檔案交換者，將考慮透過立法方式處理 P2P 檔案分享侵權問題其具體有關降低非法 P2P 檔案分享之立法建議如下：

Ofcom 將被賦予對於降低線上著作權侵權採取適當措施之責任。尤其是應該要求 ISP 負下述責任：

--通知被主張爲侵害權利者（依權利人合理水準之證明），其行爲是不合法的；及

--蒐集嚴重、重複侵權者匿名資訊（由其通知行爲所衍生之資訊），並與其個人資料在收到法院命令後，一併提供予權利人。

Ofcom 亦將被賦予權利依據法律命令，指定其他課予 ISP 針對避免、嚇阻、減少線上侵權之條件，諸如：

--封鎖（網站、IP、URL）；

--協定封鎖；

--通訊埠封鎖；

--頻寬限制（限制用戶網際網路連線速度及/或限制用戶可接取之數據流量）；

--頻寬控制（限制用戶存取特定協定/服務之速度及/或限制用戶存取特定協定/服務之流量）；

--內容識別及過濾[221]。

BIS 官員並於對外表示將考慮參考法國最近通過之三振條款之立法，而依 BIS 計畫之提案，確認侵權使用者身分之成本，則可能由著作權人及 ISP 業者共同負擔[222]。

前開「數位英國報告」公布後，即引起 ISP 產業及民眾相當多的關注，更發生英國 ISP 業者 KAROO 於第一次收到著作權人有關非法檔案交換侵權

---

221 See, Digital Britain Report, p113.

222 See, U.K. Parliament to Consider "Three-Strikes" P2P Bill, http://www.dmwmedia.com/news/2009/10/28/u.k.-parliament-consider-%2526quot%3Bthree-strikes%2526quot%3B-p2p-bill, 2009/11/10 visited.

通知，未予使用者爭執之機會，即終止連線服務之案例[223]，引起網路使用者一片嘩然，雖該業者事後已修改其有關侵權通知處理之政策，但連著作權人團體都承認 ISP 業者這樣的處理方式，也已超出著作權人的期待。而負責執法之警察、安全機構，亦認爲若導入三振條款之立法，將非法檔案交換課以刑事責任，將嚴重加重警察等執法工作的負擔，亦有採取反對立場者[224]。目前英國 ISP 多數對於「數位英國報告」所提出之機制尚在觀望中，英國政府亦將先軟性說服 ISP 配合辦理，若 ISP 不志願配合的話，則考慮透過立法使 ISP 負相關侵權防治之協力義務[225]。

英國政府於 2009 年 11 月 18 日正式因應前述「數位英國報告」，提出「數位經濟法案(Digital Economy Bill)」計畫修改一系列之法律以確保其通訊基礎建設符合數位時代之需求、支持未來經濟成長、提供具有競爭力之通訊服務，以及加強公共服務性質之廣播[226]，並於有關網路著作權侵害之部分，擬於「2003 年通訊法」第 124 條之後，新增有關線上服務提供者責任之規定，除第一步將採取更有效的法律措施及消費者教育措施之外，亦保留授權英國國務卿後續要求連線服務提供者透過技術措施（即包括斷線）方式處理著作權侵害事宜之權利[227]。

(二)日本 ISP 業者有關頻寬控管自治之介紹

日本總務省於 2006 年 11 月起召開「ネットワークの中立性に関する懇談会」(有關網路中立性座談會)，2007 年 6 月間公布「Ｐ２Ｐネットワークの在り方に関する作業部会報告書」(關於 P2P 網路應有狀態作業小組報告

---

223 See, UK ISP Institutes “Three-Strikes” On Its Own, http://www.zeropaid.com/news/86727/uk-isp-institutes-three-strikes-on-its-own-2/, 2009/11/10 visited.

224 See, UK Cops, Spies Blast “3-Strikes”, http://www.zeropaid.com/news/87150/uk-cops-spies-blast-3-strikes/, 2009/11/10 visited; also see, MI5 comes out against cutting off internet pirates, http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/crime/article6885923.ece, 2009/11/10 visited.

225 See, UK Govt Wants ISPs to Crack Down on Illegal File-Sharing, http://www.zeropaid.com/news/9075/uk_govt_wants_isps_to_crack_down_on_illegal_filesharing/, 2009/11/10 visited.

226 See, Queen’s Speech - Digital Economy Bill, http://www.number10.gov.uk/Page21348, 2009/12/1 visited.

227 See, Digital Economy Bill, http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldbills/001/10001.i-ii.html, 2009/12/1 visited.

書）[228]，對於日本 P2P 之歷史、使用現狀及其與智慧財產權、網路成本負擔、ISP 頻寬控管等議題加以說明；而 2007 年 9 月則公布「ネットワークの中立性に関する懇談会」最終報告書（關於網路中立性座談會最終報告書）[229]，提出欲維持網路的中立性，須妥善處理「網路成本負擔的公平性」與「網路利用的公平性」二個主要面向。其後則由日本網路服務提供者協會（インターネットプロバイダー協会）與其他三個網路服務提供者協會，共同提出「帯域制御の運用基準に関するガイドライン案」（頻寬控管相關運用基準指導方針案）[230]。

1.頻寬控管爲此一機制之主軸

由「關於網路中立性座談會最終報告書」及「頻寬控管相關運用基準指導方針案」的內容初步觀察，日本 ISP 業者相關協會此次所共同提出之方案，主要並非是因透過 P2P 軟體使用造成侵害著作權的問題而進行處理[231]，而是由於 P2P 軟體使用者占用過多的網路頻寬（據調查在 2003 年時，光是 Winny 就占用超過 75%的頻寬），而造成網路成本負擔的不公平（多數的網路使用者所支付的費用，被用來分擔 P2P 重度使用者所需要的頻寬），甚至排擠到其他的網路正常應用。

ISP 業者相關協會所提出的方案乃是整體的 P2P 軟體流量的「頻寬控管」，而不是僅針對 P2P 侵權利用的處理機制，故也會討論到是否可限縮整體的 P2P 流量、合法的 P2P 使用如何確保。只不過，透過 P2P 傳輸未經合法授權的影音、電腦程式等，確實也是嚴重的問題，因此，ISP 業者也將侵權處理納入「頻寬控管」的一環，透過與權利人團體的合作，透過侵權訊息的轉知，警告 P2P 軟體的使用者勿再使用 P2P 軟體下載未經合法授權的著作，若有持續侵權的狀況發生，則 ISP 業者可以透過契約予以「遮斷」。而其實也不需要是權利人團體有通知 P2P 使用者侵權的狀況，只要因爲 P2P 軟體的使用占去過多的頻寬，導致影響其他應用服務提供的機率很高時，一樣可以予以「遮

---

228 請參閱，http://www.soumu.go.jp/s-news/2007/070629_11.html, 2009/7/14 visited.

229 請參閱，http://www.soumu.go.jp/s-news/2007/070920_6.html, 2009/7/14 visited.

230 請參閱，http://www.jaipa.or.jp/other/bandwidth/guidelines.pdf, 2009/7/14 visited.

231 日本已有「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」，作爲 ISP 業者之責任限制的法律依據，故報告中主要在討論如何避免因實施此一機制，而產生日本電信法第 4 條侵害通訊秘密的問題。

斷」[232]。

2.ISP 業者並無採取頻寬控管措施之義務

日本網路服務提供者協會等四個協會所共同提出之「頻寬控管相關運用基準指導方針案」，性質上屬於前開協會對於會員處理 P2P 占用過高網路頻寬之建議案，並未要求所有 ISP 業者皆必須遵守，僅希望可以透過此一指導方針，建議日本 ISP 業者間對於 P2P 軟體頻寬使用政策上的共識，且考量到避免衍生出違反反托拉斯法令的問題，故在指導方針中有特別強調該指導方針並非基於任何法律或法令之解釋而生，ISP 業者可自由決定如何處理網路頻寬控管的問題。依據日本網路服務提供者協會於 2009 年 8 月 10 日所公布之調查結果[233]，有 49%的網路服務提供者採取頻寬控管機制。

(三)韓國

韓國於 2003 年 5 月 27 日著作權法修正時，新增第 V-2 章（第 77 條及第 77-2 條）有關線上服務提供者責任限制之規定[234]，2007 年韓國著作權法全面修正時，已移列爲第六章，條文亦有重新修改（第 102 條及第 103 條），並新增第 104 條特殊型態線上服務提供者（即針對主要從事侵權著作交換的 P2P 軟體等）過濾侵權著作之責任[235]。第 104 條規定：「Ⅰ爲使不同人能夠透過電腦或其它設備從事互動傳輸之行爲等的線上服務提供者(以下稱爲「特殊型態線上服務提供者」)，在權利人主張時，應採取必要措施例如攔截非法傳輸之科技方法等。在此情形中，權利人所得請求的事項及必要方法等將由總統核准後施行。Ⅱ文化觀光局得判定並公告符合第 1 項所稱特殊型態線上服務提供者之範圍。」

2008 年 7 月 16 日韓國文化觀光局因應美國與韓國間自由貿易協定[236]之簽

---

232 前開「帯域制御の運用基準に関するガイドライン案」使用的是「遮斷」，未必代表必須要終止與使用者的連線服務，亦可能僅是就 P2P 的流量予以完全阻絕，但其他如 HTTP、FTP 等一般的網路服務仍可使用。

233 請參考，帯域制御に関する実態調査結果，http://www.jaipa.or.jp/other/bandwidth/report_2009.pdf, 2009/11/28 visited.

234 2003 年舊版韓國著作權法英譯本，可於下述網址取得：http://portal.unesco.org/culture/en/files/37872/12221640381KOREAN_COPYRIGHT_ACT.pdf/KOREAN_COPYRIGHT_ACT.pdf, 2009/11/10 visited.

235 2006 年韓國著作權法英譯本，可於下述網址取得：http://eng.copyright.or.kr/law_01_01.html, 2009/11/10 visited.

236 See, Article 18.10.30,

署，進一步再向國會提出著作權法修正案，新增第 133-2 條規定[237]，並於 2009 年 4 月 1 日修正通過，並於 2009 年 9 月開始施行。以下即就目前網路上可取得非官方英譯本[238]初步翻譯如下：

第 133-2 條(透過資訊與電信網路刪除非法重製物)

Ⅰ侵害他人著作權或依本法所保護權利之重製物或資訊，或是使科技保護措施無效之電腦程式或資訊 (以下稱爲「非法重製物」)係透過資訊及電信網路互動傳輸者，文化、運動及觀光局得依總統令於經著作權委員會審議後，要求網路服務業者採取以下的措施：

1.對非法重製物之重製人或互動傳輸人予以警告。

2 刪除該非法重製物或停止其傳輸。

Ⅱ對於已依前項第 1 款被警告卻仍重複傳輸非法重製物之重製人或傳輸人，文化、運動及觀光局得依總統令於經著作權委員會審議後，要求網路服務業者將該重製人或傳輸人之帳戶（指網路服務業者用來確認並管理使用者之帳戶）暫時停權或終止其權限（包括該重製人或傳輸人之其他帳戶）。

Ⅲ文化、運動及觀光局得依總統令於經著作權委員會審議後，要求網路服務業者就資訊與電信網路之討論版(即「促進資訊與通訊網路利用及資訊保護法」第 2 條第 1 項第 9 款中所定義的「討論版」，以下亦同)，已依第 1 項第 2 款被警告三次以上者，予以關閉。

Ⅳ對於網路服務業者因其服務方式、被傳輸之物之數量與性質造成下列重大損害之情形者，文化、運動及觀光局得依總統令於經著作權委員會審議後，要求資訊與傳播服務業者((即「促進資訊與通訊網路利用及資訊保護法」第 2 條第 1 項第 3 款所定義「資訊與傳播服務業者」)，封鎖其資訊及電信網路：

1.已依第 142 條第 1 項處罰二次，且因其未依第 104 條第 1 項採取必要措施而再被處罰。

---

http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file273_12717.pdf, 2009/11/30 visited.

237 See, South Korea Implements New Copyright Law; ISPs Ban P2P Ads; File Sharers Get Summary Trials, http://www.techdirt.com/articles/20090724/0159355642.shtml, 2009/11/10 visited.

238 非官方之英譯文，自 IPLeft 網站取得：http://ipleft.or.kr/bbs/view.php?board=ipleft_5&id=488&page=1&category1=3, 2009/11/10 visited.

2.已依第 142 條第 2 項第 3 款處罰三次，且因其未遵守文化、運動及觀光部依第 1 項第 2 款、第 2 項及第 3 項之要求而再被處罰。

Ⅳ網路服務業者或資訊與傳播服務業者接獲第 1 項至第 4 項之要求後，應於接獲要求 3 日內，依總統令將其所採取之措施回報文化、運動及觀光部。

Ⅵ文化、運動及觀光部在對第 1 項至第 4 項之網路服務業者作出要求前，應給予提出意見之機會。

Ⅶ前項提出意見之程序，準用行政程序法第 22 條第 4 項至第 6 項或第 27 條之規定。

五、P2P 侵權防治與 ISP 的角色

(一)P2P 侵權之技術面

由技術面加以觀察，P2P (Peer-to-Peer)技術是泛指不依賴固定的中央伺服器／使用端(Server/Client)的服務提供模式[239]，而可直接由使用者將其電腦設備同時作爲伺服器及使用端，將其電腦上之資源提供予使用該 P2P 技術之其他使用者之網路傳輸技術之通稱[240]，一般多稱爲點對點傳輸技術，亦即，將每一個使用者的電腦設備都當作一個獨立提供服務的網路節點，亦有稱爲同儕網路連結技術、對等網路連結技術等。

傳統網路須透過固定的中央伺服器(Server)，提供使用端(Client)相關網路服務，例如：透過 HTTP 或 FTP 協定進行資訊瀏覽或檔案傳輸，使用者都是連結到單一伺服器進行相關網路資源的取得，因此，會有相對固定的網路資源下載節點，且該節點（伺服器）若要提供較多使用者服務，即需要較大之頻寬資源[241]。由著作權的角度來觀察，傳統中央伺服器／使用端(Server/Client)的服務提供模式，較易於確認提供著作下載、分享之著作利用人，亦可針對單一著作利用人排除其未經合法授權之利用行爲。而 P2P 技術則是透過軟體將傳輸相同檔案之多數使用者之個人電腦彼此連結並各個作爲分享之伺服器及下載之使用者端，使傳輸與下載之行爲出現在多數使用者相互間，使用者

---

239 一般亦稱之爲「主從架構」。

240 可一併參考，Wikipedia, Peer-to-peer, http://en.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer, 2009/11/9 visited.

241 以現今流行之線上遊戲而言，若要提供同時成千上百的使用者在同一伺服器內進行遊戲，除需強大的伺服器計算能力之外，亦須大量的頻寬資源，否則，即會產生遲延或斷線的現象。

選擇透過 P2P 下載某一檔案時，可能同時間是由多數使用者處下載不同之部分，連結至使用者電腦下載者，可能同時間是多數不同使用者，這類多數使用者與多數使用者間分散式的著作利用行爲，其參與者眾且無須依賴單一下載來源（經常第一個著作分享之人在二、三天內即移除其電腦中之檔案，而由其他使用者相互間進行分享、下載），因頻寬需求分散於多數參與者，故亦產生使用者愈多，檔案下載速度愈快之現象，經常被使用者用於傳輸龐大之影音或其他數位檔案，目前 P2P 技術的應用層面也相當廣泛，除檔案傳輸之外，包括：語音通訊、即時傳訊、P2P 網路電視等。

(二)P2P 侵權之法制面

上開 P2P 之傳輸特性，可謂是網際網路發展以來相當重要的突破，但若由網路著作權侵權防治的角度來觀察，透過 P2P 軟體進行未經合法授權之著作下載、分享行爲，具有「大量」（參與使用者愈多速度愈快，亦吸引爲數相當多的使用者參與）、「分散」（非單一下載來源、使用者隨時可參與及退出）、「匿名」（直接透過軟體溝通，無須透過傳統人際網絡聯繫）、「不受檔案大小限制」（集中多數使用者之小量上傳頻寬，即可傳輸大型檔案）、「侵權行爲集中在使用者端」（並不會有實際的侵權內容留在特定公開伺服器，皆在使用者個人電腦，僅傳輸時透過連線服務提供者進行）之特性。

前開特性導致著作權法無論是傳統由著作權人依據個案侵權進行追訴，或是原係針對網路侵權而設計透過網路服務提供者民事免責事由規定，賦予著作權人可透過通知 ISP 業者快速移除侵權資訊或內容之方式，均無法有效處理著作遭眾多網路使用者透過 P2P 軟體進行大量、隱密地侵害的問題。故就法制面而言，正如同所有網路服務係依賴連線服務提供者所建構、連結之網路環境，不透過連線服務提供者 P2P 軟體根本無從運作，而由技術上來觀察，連線服務提供者確認也可透過既有之技術及設備，阻絕或限制 P2P 軟體之流量。故而，著作權人團體在屢屢透過對 P2P 業者之訴訟，無法有效阻絕、降低 P2P 使用所造成之侵權問題，即轉向希冀透過立法要求連線服務提供者採取一定之機制控制 P2P 軟體之侵權利用。

(三)P2P 侵權與 ISP 產業發展

然而，由著作權侵害防治的角度觀察，前述 P2P 這種「有效率」的網路

傳輸軟體或協定，若僅依賴使用者「自律」，無異是緣木求魚，著作權人在此種相對隱密、獨自蒐證困難的情形下，除對個別 P2P 使用者進行侵權訴訟「以正視聽」之外，亦希冀透過與 P2P 軟體使用最具關聯性的連線服務提供者施加壓力之方式，由連線服務提供者主動對於涉及侵權之 P2P 使用者採取終止其服務，以徹底解決 P2P 軟體遭濫用所帶來之著作權侵害問題[242]。

由現行 P2P 軟體之使用環境來觀察，正如同所有網路服務係依賴連線服務提供者所建構、連結之網路環境，無論何種型態之 P2P 軟體，不透過連線服務提供者 P2P 軟體根本無從運作，直接訴諸連線服務提供者確實可避免對於 P2P 軟體提供者或經營者，或是對於 P2P 個別使用者訴訟之不確定性[243]。而連線服務提供者就技術上而言，因爲 P2P 所採取之封包傳輸與一般網際網路資源之使用不同，故可透過採購特定技術及設備，阻絕或限制 P2P 軟體之流量。故而，著作權人團體在屢屢透過對 P2P 相關業者、使用者之個案訴訟，無法有效阻絕、降低 P2P 使用所造成之侵權問題，反而有日益擴大之趨勢，而連線服務提供者基於使用者保護、協助處理 P2P 問題所增加之經營成本等，多半對於著作權人團體之請求僅予消極之配合，故著作權人團體即轉向希冀透過游說立法之方式，要求連線服務提供者採取一定之機制控制 P2P 軟體之侵權利用。

傳統上著作權人對於網路著作權侵害行爲訴諸網路服務提供者應負相當責任，係認爲網路服務提供者在網友侵害著作權之過程中獲有一定利益（至少整體網路產業因而獲益），網路服務提供者通常也爲確保其使用者數量或利用便利性，而呈現某種與著作權人對立之態勢。然而，在 P2P 侵權之情形，因爲網友透過 P2P 下載、分享未經合法授權著作之行爲，極大化地使用網路服務提供者昂貴的頻寬資源，迫使網路服務提供者亦須採取行動處理 P2P 軟體使用的問題，其中，最受矚目者即爲各國目前正熱烈討論之「三振條款(Three-Strikes)」。

當然，因爲所欲處理之問題不同，網路服務提供者希望採取的處理模式，

---

242 See, Kravets, David, Analysis: RIAA Strategy Shift Mired in Murky Legal Waters, http://www.wired.com/threatlevel/2008/12/analysis-riaa-s/, 2009/11/29 visited.

243 例如，日本深受矚目的 Winny 軟體作者遭刑事認定有罪一案，2009 年 10 月 8 日由大阪高等法院爲無罪判決。請參考，「Winny」開発者・金子勇氏、逆転無罪、大阪高裁で控訴審判決，http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20091008_320251.html, 2009/11/29 visited.

與權利人團體即不盡相同，但在有部分共同利益或目標的前提下，即產生合作的可能性。相對於法國 HADOPI 法案、韓國著作權法透過修法處理 P2P 侵權問題所造成之爭議，本研究認爲在考慮修法之前，日本 ISP 業者透過自治方式，以網路頻寬使用之公平性出發，採取頻寬控管之方式（包括整體 P2P 流量的控管以及個案侵權轉知或後續停止 P2P 使用請求），或是如英國數位英國報告之建議，先軟性勸說連線服務提供者採取較有效之措施降低 P2P 濫用之情形，再決定是否透過立法採取更具強制性的措施，將更適於國內較易產生尖銳衝突的著作權立法環境，甚至若可透過數位匯流之主管機關—國家通訊傳播委員會的協助，適當調整寬頻網路之計費模式（例如：基本傳輸頻寬以上，採取以量計費的模式，或是允許 ISP 業者就 P2P 傳輸另行附加費用等）或允許連線服務提供者可以採取適當限制 P2P 服務流量或阻絕特定 P2P 服務訊號之方式等，亦有機會適當抑制 P2P 侵權使用之成長，再配合業者與權利人團體間自願式侵權轉知及對重複侵權者停止有關 P2P 傳輸服務，以現行之著作權法制應可有效處理 P2P 侵權問題。

六、結語

我國著作權法新增第六章之一網路服務提供者之民事免責事由之規範，其中第 90 條之 4 第 1 項第 2 款，經立法委員修正爲「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。」權利人團體聲稱其爲「三振條款」，並擬據此要求連線服務提供者配合進行 P2P 侵權通知之轉知，若同一用戶遭三次侵權通知，即應依契約予以「斷線」。此等主張經新聞媒體報導後，成爲社會各界所關注的焦點，此次修法之主角—網路服務提供者免責事由，早被各界拋諸腦後。

本研究透過對於著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 1 款及第 2 款條文之分析，對前述權利人團體聲稱其爲「三振條款」之說法進行澄清，並對同樣受到全球媒體矚目之法國 HADOPI 法案有關「三振條款」加以介紹。由前述二個不同法制間，就連線服務提供者對於權利人團體所提出 P2P 侵權通知處理之規定比較，吾人可以發現我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款規定，因屬網路服務提供者免責事由（責任限制）體系之一環，最多不過是一種連線服務提供者對其使用者自行進行契約管理之「假三振」，並不具任何強制之法律效果，但強如法國 HADOPI 法案具有透過行政機關實際進行「斷線」處罰

效果之「真三振」，確引發資訊接取、言論表達自由等爭議，該部分規定終遭宣告違憲，其後之修正案雖透過法院進行處罰，但仍引起法國人權團體之強烈反彈。

觀諸全球權利人團體爲何積極以各種形式之立法，希望透過加諸連線服務提供者處理其使用者從事 P2P 侵權活動之防治義務，確係因現行 P2P 侵權問題已難以透過權利人團體單方自行處理。惟是否僅能參酌法國 HADOPI 法案透過修法處理而造成社會如此大之爭議，本研究透過對於日本 ISP 業者有關頻寬控制之自治，提供讀者另一種解決的可能性。事實上，P2P 侵權防治涉及技術、產業、法制等多方面的問題，在著作權法制尚未能凝聚社會共識之情形下，本研究認爲透過連線服務提供者與權利人團體，就 P2P 侵權防治因具有部分共同利益（降低因 P2P 利用所持續攀昇之網路頻寬需求，同時亦可抑制 P2P 侵權活動），應可達成技術可行及兼顧產業發展之合作模式，相信較諸動輒透過修法角力，現階段會是更適合我國社會的處理方式。

參、經鎖碼載有節目訊號之保護議題

國家通訊傳播委員會（NCC）曾於 2009 年 2 月 25 日召開「經鎖碼載有節目訊號保護之權責機關及法制因應措施」會議，針對有關我國與美國洽談自由貿易協定（FTA）其中智慧財產權議題中，有關「經鎖碼載有節目訊號（encrypted program-carrying signals）之保護」是否宜增訂於著作權法中一事進行討論。有關經鎖碼載有節目訊號保護議題，應來自「1974 年有關衛星傳送節目載波訊號散布之布魯塞爾公約(The Convention Relating to the Distribution of Programme-Carrying Signals Transmitted by Satellite)」，美國於 1984 年批准布魯塞爾公約，並認爲其著作權法及傳播法之規範，已符合公約要求對衛星訊號竊取提供適當法律保護之義務。目前美國在與各國進行 FTA 談判時，亦將此一議題列於智慧財產權議題中一併討論。此議題雖非數位匯流產生，但同時涉及通訊傳播法規與著作權保護之延伸，故本研究亦簡單就目前國內現狀予以討論。

一、經鎖碼載有節目訊號之保護與著作權

經鎖碼載有節目訊號之保護之議題雖與廣播機構之保護有關，但又與著作權法制未必直接相關，因爲經鎖碼載有節目訊號乃是衛星或有線電視業者爲確保其訊號僅得由合法付費之用戶解碼收視，重點在於「訊號」，而不在於著作權之保護。主要原因即在於通常播送衛星或有線電視鎖碼訊號者，並非著作權人，僅爲播送者（例如：各地區之有線電視業者），即令其所播送之節目受著作權法保護，若欲透過著作權法行使權利，一則播送者並非著作財產權人，僅爲取得非專屬授權得爲公開播送之被授權人，二則進行解碼之人通常爲個人或家庭用戶，是否構成著作財產權之侵害，須視個案決定。故而希望能夠獨立就「鎖碼訊號」透過立法給予保護。

(一)國內著作權實務

事實上，衛星或有線電視業者希望透過著作權法處理未經授權以「解碼器」解析經鎖碼之節目訊號進行觀賞之「私接戶」問題，其實由來已久，主要因爲侵害著作財產權有刑事責任，目前我國僅有線廣播電視法第 74 條規定有民事責任。故早於 1995 年 10 月 26 日內政部著委會即因應業者之詢問，作

出台（84）內著會發字第 8419683 號函釋：

「關於貴公司函詢非法接收有線電視訊號者（俗稱偷接戶）之相關疑義乙案，復請查照。……

二、按視聽著作著作財產權之權能計有「重製權」、「公開播送權」、「公開上映權」、「改作權」、「編輯權」、「出租權」等項…因此第三人如欲以上開任一方式利用他人之視聽著作，除合於著作權法第四十四條至第六十五條合理使用之規定外，應徵得著作財產權人之同意或授權始得為之。

三、函文所稱「偷接訊號」乙節，如該行為僅係單純之接收訊號而不涉及前述之利用行為者，即無涉著作權法之問題；又著作權係屬私權，因此，具體個案事實有無違反著作權法，仍應於發生爭議時，由司法機關依事實本於職權調查認定之。……」

由前開函釋可以得知，就著作權法制之觀點而言，經鎖碼載有節目訊號其節目內容固受著作權法保護，但私接訊號可能被認為是一種「接收」節目訊號，而非對於訊號內容之重製、公開播送等著作財產權之利用行為，故極可能並不構成著作財產權之侵害，即令有線電視或衛星電視業者取得著作財產權人之授權得進行民、刑事訴追，亦因「接收」並非著作權法所保護之著作財產權，而無法為任何主張。惟若「偷接訊號」後，又將該訊號另行進行公開播送或公開傳輸之行為，則已涉節目內容之公開播送權或公開傳輸權之侵害，相關著作財產權人自得依著作權法規定進行民、刑事訴追[244]。

---

[244] 請參考，刑事警察局，檢警查獲首起利用網路傳輸解碼訊號收視國內各大電視台衛星鎖碼節目涉嫌違反著作權法案，http://www.cib.gov.tw/news/news01_2.aspx?no=2633, 2009/12/20 visited. 茲摘錄前述新聞稿有關犯罪事實之說明如下，一併供讀者參考：
本案依告訴權人所提供○○電信公司之衛星節目廣告，內容標榜比坊間第四台收費更便宜，每月只要 250 元，卻可收看比第四台更多的電視節目頻道，將近有 140 台之多，但其用戶必須申裝寬頻網路才能收看許多的付費頻道節目。經專案人員研判○○電信公司可能係透過網際網路來傳送解碼封包作運算比對才能收看許多付費頻道，乃利用 DNS 追查技術反求○○電信公司機上盒所接收的網路封包來源 IP 進行分析，追查出高雄市三民區的○○網路科技公司機房地址，研判該址可能為○○電信公司利用網路伺服器傳送解碼封包地點。再經查證該○○網路科技公司機房網路申請人與○○電信公司負責人均為莊○○，故研判莊某涉案之可能性極高。今（98）年 10 月 7 日專案小組見時機成熟，即由王柏敦檢察官親自指揮持搜索票至位於高雄市三民區的○○電信公司、高雄市三民區的○○網路科技公司等二處執行搜索，當場查扣伺服器主機 9 台、衛星解碼卡 6 片、衛星接收器、衛星碟形天線、客戶申裝資料、廣告傳單、衛星節目表…等相關證物。王柏敦檢察官亦當場將涉案公司負責人莊○○、賴○○、公司員工證人許○○、張○○、沈○○等 5 人傳喚到

(二)數位匯流與「偷接訊號」？

惟值得探究者，衛星電視或有線電視之「私接戶」問題，是否因數位匯流之趨勢而產生任何影響？由技術面來觀察，有線電視業者若將其所傳送之電視訊號由類比訊號改爲數位訊號，雖然數位訊號可使用之鎖碼技術或干擾技術較類比訊號時爲多，但終究還是有被破解或規避的技術產生，故對於有線電視業者並沒有改變其原本不利之地位。反而類比訊號因爲技術限制，可能因私接而產生訊號衰退、雜訊增加之情形不再發生，經解碼後之訊號再傳送之行爲，並無內容品質下降的問題，倘若解碼技術無法有效處理，則有線電視數位化後，原先可能影響有線電視業者「營收」之私接行爲，即可能因爲數位化而擴大，無怪乎鎖碼節目訊號透過刑事責任處理之呼聲，在有線電視產業時有所聞。

二、防盜拷措施與經鎖碼載有節目訊號之保護

我國著作權法第 80 條之 2 規定，「Ⅰ著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經合法授權不得予以破解、破壞或以其他方法規避之。Ⅱ破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或爲公眾提供服務。…」而依第 96 條之 1 規定，僅前述第 2 項之規定有刑事責任。

由保護著作權之角度加以觀察，前開立法通過之後，無論是有線電視業者或是衛星電視業者，其雖未必皆爲著作財產權人，但可透過著作財產權人同意下[245]，對於其所傳送之電視節目訊號（原則上多數屬於受著作權法保護之視聽著作）加上「防盜拷措施」，而使得未經合法授權而製造、輸入、提供公眾使用或爲公眾提供服務各種破解、破壞或規避之「解碼器」，構成違反著作權法第 80 條之 2 第 2 項規定，而有刑事責任；至於利用上開「解碼器」收視之私接用戶，則可構成違反第 80 條之 2 第 1 項規定，須負民事賠償責任[246]。

案，全案目前依違反著作權法持續偵辦中。

245 有關著作權法第 80 條之 2 所稱之「著作權人所採取」，依經濟部智慧財產局之解釋，尚包括包括由著作權人〈或其專屬授權之被授權人〉自身所採取，以及於其同意或認識下，由產業所爲者，請參考，經濟部智慧財產局中華民國 98 年 09 月 02 日智著字第 09800069290 號函。

246 經濟部智慧財產局民國 98 年 01 月 14 日智著字第 09816000210 號亦指出：「……來函所詢住戶自行購買具有解碼功能之解碼器(即來函所稱之訊號轉換機上盒)於家中

爲何有線電視業者或衛星電視業者對於著作權法此種規範狀態仍認有所不足，主要原因應來自於消費者個人利用「解碼器」進行私接之行爲，因屬「單純接收」之收視行爲，並未構成著作之重製（即令重製可能尚有合理使用空間）、公開播送或公開傳輸等著作利用行爲，故僅有違反第 80 條之 2 第 1 項規定之民事責任，而無法以刑事責任處理，相對於美、英等國以刑事處罰之規範，自然希望國內亦「比照辦理」，再加上與美國進行自由貿易協定談判亦被列爲協商議程，使得此一問題逐步浮上檯面。

三、國外相關立法例

(一)美國相關自由貿易協定

事實上，早於 1994 年美、加、墨三國所簽署之北美貿易自由協定(NAFTA)第 17 章有關智慧財產權之部分，即已有此類衛星鎖碼節目訊號保護之規定[247]，遠早於著作權法有關科技保護措施相關規範之國際條約，其後美國與各國洽商自由貿易協定時，亦將此類鎖碼訊號之保護，列爲具體之談判內容。

使用，已涉及未經合法授權而予以破解著作權人所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施的行爲，如權利人向住戶提出主張，依本法第 90 條之 3 第 1 項前段規定，住戶必須承擔民事賠償責任，但不至於有刑事處罰責任。至若　貴會接受住戶委託購買解碼器，是否構成本法第 90 條之 3 第 1 項後段「數人共同違反」，而須負連帶賠償責任，則有疑義，實務上仍應由司法機關調查具體事證予以判決。三、廠商買賣具上述解碼功能之訊號轉換機上盒，則係違反本法第 80 條之 2 第 2 項規定：「破解、破壞或規避防盜拷措施之設備、器材、零件、技術或資訊，未經合法授權不得製造、輸入、提供公眾使用或爲公眾提供服務。」復按本法第 96 條之 1 第 2 款之規定，違反第 80 條之 2 第 2 項規定者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 2 萬元以上 25 萬元以下罰金。又依本法第 90 條之 3 第 1 項規定，違反第 80 條之 2 規定致著作權人受侵害者，負賠償責任。職此，販賣上述具解碼功能之訊號轉換機上盒之廠商，除須對受侵害之著作權人負民事上損害賠償責任外，亦須負擔刑事責任。」

[247] Article 1707: Protection of Encrypted Program Carrying Satellite Signals
Within one year from the date of entry into force of this Agreement, each Party shall make it:
(a) a criminal offense to manufacture, import, sell, lease or otherwise make available a device or system that is primarily of assistance in decoding an encrypted program carrying satellite signal without the authorization of the lawful distributor of such signal; and
(b) a civil offense to receive, in connection with commercial activities, or further distribute, an encrypted program carrying satellite signal that has been decoded without the authorization of the lawful distributor of the signal or to engage in any activity prohibited under subparagraph (a).
Each Party shall provide that any civil offense established under subparagraph (b) shall be actionable by any person that holds an interest in the content of such signal.

以新加坡與美國簽署之自由貿易協定爲例，第 16.6 條規定，「衛星鎖碼節目訊號之保護 Ⅰ各方應：(a)對於未取得衛星鎖碼節目訊號之合法散布者之授權，明知或有理由知悉某一設備或系統主要係供破解該衛星鎖碼節目訊號，進而製造、組裝、修改、進口、出口、販售、出租或用其他方法散布有形或無形的設備或系統之行爲，應定爲刑事犯罪。(b)對於未取得衛星鎖碼節目訊號合法散布者之授權，而故意接收或進一步傳播經解碼之衛星鎖碼節目訊號之行爲，應定爲刑事犯罪。(c)對於從事任何本項第(a)款或第(b)款所禁止之活動，應定爲民事侵害。Ⅱ各締約國應規定，對衛星鎖碼節目訊號或其內容有利益之任何人，可對於本條第 1 項第(c)款所定之任何民事侵害提起訴訟。[248]」

美國與韓國間所簽署之自由貿易協定第 18.7 條，特別針對有關經加密之衛星及有線電視節目傳送載波訊號之保護進行規範，該條規定：「1.任一方應使下述行爲成爲刑事違法：(a)製造、組裝、修改、進口、出口、銷售、出租或其他散布有實體或無實體之設備或系統，明知或有理由知悉該設備或系統乃是主要用以協助對於經加密之衛星及有線電視節目傳送載波訊號之解碼，而未獲得該訊號之合法散布者之授權者，及(b)於知悉節目訊號原爲鎖碼之衛星或有線電視節目傳送載波訊號之情形，故意接受、使用或進一步散布，或若該訊號已經該訊號合法散布者授權進行解碼，而故意於知悉其原爲鎖碼之衛星或有線電視節目傳送載波訊號之情形，進一步爲商業利用散布該訊號，且該進一步散布未經合法散布者之授權。2.任一方應就任何人遭第 1 項所述行爲之損害，包括任何就該鎖碼節目訊號或其內容擁有利益者，提供民事補

---

248 ARTICLE 16.6 : PROTECTION OF ENCRYPTED PROGRAM-CARRYING SATELLITE SIGNALS
1. Each Party shall make it:
(a) a criminal offense to manufacture, assemble, modify, import, export, sell, lease, or otherwise distribute a tangible or intangible device or system, knowing or having reason to know that the device or system is primarily of assistance in decoding an encrypted program-carrying satellite signal without the authorization of the lawful distributor of such signal;
(b) a criminal offense willfully to receive or further distribute an encrypted program-carrying satellite signal that has been decoded without the authorization of the lawful distributor of the signal; and
(c) a civil offense to engage in any activity prohibited under subparagraph (a) or (b).
2. Each Party shall provide that any civil offense established under subparagraph (c) shall be actionable by any person that holds an interest in the encrypted program-carrying satellite signal or the content thereof. See, http://www.fta.gov.sg/ussfta/chapter_16_us.pdf, 2009/12/20 visited.

償，包括損害賠償。[249]」

(二)美國 1934 年傳播法

美國 1934 年傳播法(Communications Act of 1934) 第 633 條規定如下：

第 633 條：未經授權接收有線電視服務

(a)(1)除取得有線電視營運者之特別授權或其他經法律特別授權者外，任何人不得攔截、接收或幫助攔截、接收任何由有線電視系統提供之傳播服務。(2)為本條之目的，「幫助攔截、接收」應包含重製或散布任何製造者或散布者意圖為違反第(1)款未經授權接收任何有線電視系統所提供傳播服務之設備。

(b)(1)任何人故意違反第(a)項(1)款應被處以 1000 元以下罰金或 6 個月以下有期徒刑，或二者併罰。(2)任何人若為第一次故意違反第(a)項(1)款且為商業利益或私人財務利得之目的者，應被處以 50000 元以下罰金或 2 年以下有期徒刑，或二者併罰；若後續再有違反者，應被處以 100000 元以下罰金或 5 年以下有期徒刑，或二者併罰。(3)為成立違反第(a)項(1)款刑罰及賠償之目的，每一該等設備將被視為一個不同之違反行為之成立。

(c)(1)任何人因任何違反第(a)項(1)款而受損害，得向聯邦地方法院或任何其他有管轄權之法院提起民事請求。(2)法院得--(A)就其認為合理避免或限制第(a)項(1)款違反之期間，為暫時或終局之禁制令；(B)就第(3)款之損害為裁判；(C)指示回復所有成本，包括給予受損害一方所揭露之合理律師費用。(3)(A)

---

[249] ARTICLE 18.7: PROTECTION OF ENCRYPTED PROGRAM-CARRYING SATELLITE AND CABLE SIGNALS
1. Each Party shall make it a criminal offense:
(a) to manufacture, assemble, modify, import, export, sell, lease, or otherwise distribute a tangible or intangible device or system, knowing or having reason to know that the device or system is primarily of assistance in decoding an encrypted program-carrying satellite or cable signal without the authorization of the lawful distributor of such signal; and
(b) willfully to receive and make use of, or further distribute, a program-carrying signal that originated as an encrypted satellite or cable signal knowing that it has been decoded without the authorization of the lawful distributor of the signal, or if the signal has been decoded with the authorization of the lawful distributor of the signal, willfully to further distribute the signal for purposes of commercial advantage knowing that the signal originated as an encrypted program-carrying signal and that such further distribution is without the authorization of the lawful signal distributor.
2. Each Party shall provide for civil remedies, including compensatory damages, for any person injured by any activity described in paragraph 1, including any person that holds an interest in the encrypted programming signal or its content. See, Article 18.7, http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/asset_upload_file273_12717.pdf, 2009/12/20 visited.

任何法院依本條規定所裁判之損害，應依下列任一款爲計算：(i)受損害一方得回復所有其因違反行爲所生實際損害，以及任何違反者與違反行爲相關之利益而爲被計算於前述實際損害者；在決定違反者利益時，受損害一方應證明違反者之總營收，而違反者應證明其成本之減項以及其利益之要素係與違反行爲無關；或(ii)受損害一方得就其所有該次違反行爲，由法院於 250 元至 10000 間定法定賠償額回復其損害。(B)若於任何個案法院發現該違反行爲爲故意者，且爲商業利益或私人財務利得之目的者，法院得依其決定於 50000 元以下增加賠償額，無論是實際損害或第(A)目之法定損害。(C)若於任何個案法院發現該違反者並不知情且其無理由相信其行爲係構成本條之違反，法院得依其決定減少賠償額至不低於 100 元。(D)本章規定並不妨害任何州或執照管理機關有關未授權之攔截、接收有線電視服務或其他傳播服務之法律之制定或生效。

(三)英國 1988 年著作權、設計及專利法

英國 1988 年著作權、設計及專利法（Copyright, Designs and Patents Act 1988）因 1996 年廣播法（Broadcasting Act 1996）[250]修正，而新增有關未經授權私接廣播節目訊號之罪責，茲將條文翻譯如下：

第 297 條　以詐術接收節目罪

(1)意圖以避開任何接收節目的費用，以詐術接收英國境內提供的廣播或有線節目服務，成立本罪，並可併科第 5 級以內的罰金。

(2)法人團體觸犯本條所定之罪，經證明其犯行係經其董事、經理、祕書或其他於團體中類似職務者、或代行職權之人的明示或默示同意者，後者應就該犯罪，負連帶責任。

若該法人團體事務係由會員共同管理者，則「董事」指該法人團體之會員。

第 298 條 對未得授權而以器具設備爲接收或傳送行爲之權利與賠償

(1)有下列情況者：(a)爲英國境內提供的廣播或有線節目收訊而收費，(b)在英國境內傳送加密或其他資訊，有下列權利和賠償請求權：

(2)對下列之人有相同的權利和賠償請求權：(a)製造、進口、銷售或出租

[250] 可於下述網址取得全文：http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960055_en_1, 2009/6/30 visited.

營利任何用來讓人們接收無權接收的節目或其他傳播訊息的器具設備。(b) 對出版任何用來幫助人們、或讓人們可接收無權接收的節目或其他傳播訊息的資訊之人，有相當於著作權人對侵害著作權行爲之權利。

(3)再者，對上述之器具設備，有相當於著作權人對非法重製物的權利，適用第 99 條或第 100 條的規定(交付及扣押)。

(4) 1981 年最高法院法第 54 章第 72 條，1985 年(蘇格蘭)法律修改法第 37 章(雜項)第 15 條，還有 1978 年(北愛爾蘭)審判法第 23 章(撤回智財相關程序中針對自我認罪之權利)，適用於本條之相關程序，本法第一部分之程序(著作權篇)亦然。

(5) 當第 97 條第 1 項(善意侵害著作權) 被告非明知或可得而知有著作權利附著於該物之規定，適用於侵害本條所授與權利之情況時，應解爲行爲人非明知或可得而知其行爲侵害了本條所授與的權利。

(6) 本法第 114 條於必要修正後，可適用於上述第 3 項交付、扣押後所爲之拋棄。

第 299 條 以詐術接收的補充條款

(1)女皇陛下得以內閣命令：(a)第 297 條規定適用於英國境外國家或領域所提供的節目及服務，以及，(b)第 298 條規定適用於英國境外國家或領域傳送的節目或傳輸的加密資訊，

(2)上述命令的前提，在於女皇陛下認爲這些國家或領域之法令已對或將對英國境內提供廣播或有線節目服務收費的人、或在英國境內傳送加密資訊的人，予以適當的保護。

(3)一個包含本條第 1 項所定內閣命令的法律，其廢止須依兩院之決議爲之。

(4)當第 297 條和第 298 條適用於廣播服務或有線節目服務，亦適用於任何爲提供上述服務或節目之人所爲之服務、而該服務係全數或主要是由電子傳播系統來傳送聲音或影像或同時傳送兩者。

(5)第 297 條、第 298 條和這一條的「節目」,「廣播」, 和「有線節目服務」, 以及相關用語，均和本法第 I 部分有相同意義。

(四)香港廣播條例

香港廣播條例第 17 條[251]規定：「(1)除第(2)款另有規定外，任何人不得在營商過程或業務運作中進口、出口、製造、出售、要約出售或出租任何解碼器，以供用於單一接收電視系統作接收任何沒有作爲收費服務而領有牌照的廣播服務之用。

(2)第(1)款並不就以下服務或 解碼器而適用—(a)並非作爲收費服務領有牌照的鎖碼廣播服務；或(b)並不是第(4)款所指公告宣布爲就第(1)款而言不屬解碼器的某款或某類別解碼器的解碼器。(3)任何人違反第(1)款， 即屬犯罪—(a)一經循簡易程序定罪，可處第 6 級罰款及監禁 2 年；(b)一經循公訴程序定罪，可處罰款$1000000 及監禁 5 年。

(3A)凡經證明任何人曾在營商過程或業務運作中進口、出口、製造、出售、要約出售或出租任何屬第(1)款所描述的一類解碼器，則除非有相反證據，否則須推定該人當時知道該解碼器屬第(1)款所描述的一類解碼器。

(3B)就本條而言，如某公司、其他法人團體或某合夥曾作出第(1)款提述的任何作爲，則除非有相反證據證明任何在該作爲作出時擔任該公司或法人團體的董事的人或該合夥的合夥人，並無授權作出該作爲，否則須推定該人亦曾作出該作爲。

(3C)在根據本條進行的法律程序中，除非有相反證據，否則須推定處所內的任何屬第(1)款所描述的一類解碼器由該處所的特許持有人、租客、承租人、佔用人、擁有人及掌管該處所的人所管有。

(3D)凡某僱員在其受僱工作期間犯第(1)款所訂罪行，在不損害任何其他人的法律責任的原則下，該僱員的僱主亦屬犯該罪行，但不得處以監禁。

(3E)凡憑藉本條對第(3D)款提述的 僱主就其僱員所犯罪行而提起檢控，則該僱主如提出以下證明，即可以之作爲免責辯護—(a) 他已對其僱員有所管制，以確保其僱員相當不可能會違反第(1)款行事；或(b)他已採取所有切實可行的步驟，以防止該罪行發生。

(3F)在爲本條所訂罪行而進行的法律程序中，被控人如證明他是在其受僱工作期間按照僱主的指示行事，而他又沒有合理理由相信有關的解碼器屬第

---

251 條文可於下述網址取得：http://www.hklii.org/hk/legis/ch/ord/562/s7.html, 2009/12/20 visited.

(1)款所描述的一類解碼器， 即可以此作爲免責辯護。

(3G)第(3F)款不適用於符合以下說明的 僱員—(a)(如僱主是法人團體)屬該法人團體的董事、經理、秘書或其他相類高級人員或本意是以任何該等身分行事的人或(如法人團體的事務是由其成員管理的)猶如該法人團體的 董事一樣身負管理職能的該法人團體的成員；(b) (如僱主是合夥)屬與該合夥的管理有關的人；(c)(如僱主是獨資經營)屬與該獨資經營的管理有關的人；或(d)(如是任何其他情況)屬與僱主的業務的管理有關的人。

(4)電訊局長可藉憲報公告宣布某款解碼器或某類別解碼器就第(1)款而言不屬解碼器或某類別解碼器(視屬何情況而定)。

(5)在本條中，“單一接收電視系統”(Television Receive Only System)指接收衛星電視訊號以供單一指明處所使用的系統，該系統須是並不將所接收的有關訊號向處於該指明處所以外的人傳送的。

(6)爲免生疑問，現宣布第(4)款所指的公告屬附屬法例。」

四、結語

我國既有意與美國洽談自由貿易協定，此一議題又明確列爲談判事項，確有必要事前予以研析。本研究認爲，對於「經鎖碼載有節目訊號」的保護，是否應以刑事責任規範，乃是「政策決定」，由鼓勵數位匯流政策的角度來看，強化「經鎖碼載有節目訊號」的保護，使目前無法以刑事責任處理的「使用者」，以及部分協助私接之業者（但未必構成著作權法第 80 條之 2 第 2 項之提供破解、破壞或規避服務之人），須受刑事責任之處罰，當然可以想見有助於確保有線電視業者數位化投資之回收。但是，即令採取此一政策，此類經鎖碼載有節目訊號之保護雖與著作權可能產生一定關連性，但卻未必須於著作權法進行規範。

由前述外國立法例條文之介紹可以得知，多數國家將經鎖碼載有節目訊號之保護，透過通訊傳播法規加以處理，雖然英國將私接有線電視節目之行爲，納入 1988 年著作權、設計及專利法有關刑事責任之部分加以規範，但觀諸其修法之歷程，亦係透過 1996 年廣播法(Broadcasting Act 1996)修法要求應於 1988 年著作權、設計及專利法增列相關規定，並非本質即與著作權法有關。惟無論各國法律修正之立法技術爲何，吾人亦可觀察到「經鎖碼載有節目訊號」之保護，與各國通訊傳播法律密不可分，有關自由貿易協定之談判，

亦僅要求須對於「經鎖碼載有節目訊號」予以民、刑事保護，並未要求應於著作權法中規範，且由英國 CDPA 有關此等刑事責任之規定，並未特別與著作權之保護爲連結之立法體例，足可了解其與著作權法制並非相當應在同一法律中一併處理。

本研究認爲因「經鎖碼載有節目訊號」性質上屬於對「訊號」本身及破解、規避訊號鎖碼之保護，而非對於「著作」或廣播機構「著作鄰接權」之保護[252]，雖其與有線電視或衛星電視業者等「散布」、「利用」著作之經營者之權益有關，但更適合納入數位匯流之經營、管理之法律處理，建議由國家通訊傳播委員會納入其欲擬定或修正之通訊傳播管理法或既有之廣電三法之規範較爲合宜。

---

252 請一併參閱，章忠信，鎖碼節目訊號之保護不應於著作權法規範，http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=205, 2009/6/30 visited.

第五章 結論與建議

壹、本研究結論

一、數位匯流突顯著作權法制彈性不足

數位匯流乃是產業、科技、設備等匯流，對於既有之著作流通、利用環境產生相當程度的影響。就本研究之觀察，我國著作權法制由於著作種類與著作財產權過度連結，且著作財產權區分過細，並未設有一般性之權利保護規定，尤其是面臨科技匯流之著作利用環境時，即發生一個著作擴散利用行爲，雖僅產生一次經濟利益之擴大，理論上著作權人只要享受一次著作擴大利用之收益即可，但因著作權法制規劃之不當，反而使利用人可能須取得複數著作財產權之授權，而發生不利於著作流通利用之現象。亦可能因而發生著作財產權保護之漏洞，例如：利用傳輸語音線路，並非 IP 網路，對公眾傳達著作內容，但又非透過廣播系統爲之，即可能有無法以公開傳輸權或公開播送權保護，成爲權利保護之漏洞。

著作權法制因應社會著作利用科技發展而修法乃是常態，但不修法亦能解決問題，保持著作權法制之穩定性，對於民眾對著作權法制之信賴，自然更爲有利。面對數位匯流的環境，比較特殊之點在於多數的著作利用科技都是既存的，例如：數位、電信、廣播、電視、網路等相關科技，只是彼此之間因爲數位化的關係，而使得數位內容可以在不同著作利用科技間相互流動。本研究認爲，我國著作權法制確實並非在繼前一波有關網際網路相關著作權法修正後，即足處理數位匯流環境所面臨著作權之問題，數位匯流確實突顯出我國著作權法制在立法設計上彈性不足之處。

若採取較小規模之修法方式處理此種彈性不足之處，本研究認爲可適當導入對於著作財產權一般性權利保護的機制，亦即，將著作無形、公開利用的權利予以簡化並分割，例如：應將公開播送與公開傳輸權利保護之範圍擴及於所有透過有線、無線方式對公眾傳達著作內容之利用，可採以公開播送爲一般性權利，公開傳輸爲特殊權利之方式，非屬特殊權利之範圍，即回歸於一般性權利；公開口述、公開演出及公開上映權利保護之範圍則應擴及所有對現場或現場以外公眾之無形利用，若以公開演出爲一般性權利，則除公

開口述及公開上映外，其他均回歸公開演出權處理，而公開演出除少數如表演、錄音等應僅受著作鄰接權保護者外，擴大至所有類型之著作均應享有。若採較大規模之修法方式處理，本研究則建議應一併檢討有關改採著作鄰接權制度，並就著作之有形利用、無形利用直接建立一般性權利保護之規定，避免因權利過度細分化，導致在面臨科技匯流時，著作財產權人保護不足或新的產業應用難以產生或存在嚴重不公平競爭之狀況。

二、回歸立法目的朝使用者友善之方向發展

「使用者友善(User Friendly)」是許多產品或服務設計、發展的重點，著作權法制作爲一種社會制度，也是爲服務人民而存在，故使用者友善應被列入一個法律制度是否合宜之重要指標。本研究發現就著作權法制而言，由著作權專業研究者的角度觀察，因應數位匯流之趨勢，雖有部分法制調整上之需求，但整體而言在歷年因應國際條約義務履行之修法後，由著作利用科技發展的角度來觀察，並沒有太大的問題。然而，近年來無論是著作權人、使用者或產業界所發生之著作權爭議，卻經常成爲新聞事件，而非單純侵權與否之個案討論，甚至經常引發社會上就相關著作權議題的關切，尤此可見法律制度完備與否，與是否具備「使用者友善」之設計，其間仍有相當大之差異，然此一落差若過大，則將導致著作權法制之正當性遭受質疑。

「使用者友善」所提及之「使用者」，由著作權法制觀察，自然應爲與著作權法有關之著作權人與利用人，亦即，對於著作權人而言，制度上完整的保護固然重要，但其著作流通利用之促進也很重要，著作沒有辦法流通利用，再多的保護也無法發揮其應有效果；而對於利用人而言，如何可以簡單、快速、安全地利用著作，避免陷入著作權侵害的風險，則是制度設計之重點，授權簡易、著作財產權限制明確等，都是值得關注的方向。

數位匯流環境因產業、技術、著作利用設備等匯流，導致社會上著作利用已超越過去著作權人、產業界、利用人等所熟悉的著作流通利用的模式。如何使數位匯流於發展時，可以順利地尋求一穩定平衡，即爲著作權法制在調整上之重要任務。本研究認爲回歸到著作權法促進著作流通利用之立法意旨，我國現行著作權法制無論是著作種類、著作財產權的保護、著作財產權限制、著作財產權授權規範等，均可於未來修法時導入「使用者友善」之評估，縮小權利人與利用人對於著作權法認知與實踐之落差，相信必能使著作

權法制在數位匯流時代彰顯其立法原有之意旨。

數位匯流乃是一個持續發展中的社會現象，由本研究第二章的介紹可以發現新的著作應用在數位與寬頻二個關鍵因素影響下，其可能性及發展性皆難以明確預估，設法保持著作權法制之彈性以因應產業、科技發展所需，固然是著作權專責機關應努力之方向。然而，在著作權法制全面修正仍有其困難度之情形下，應持續觀察數位匯流所造成著作利用環境之影響，並儘可能在掌握產業、科技發展趨勢下，於不過度影響著作權人權益之情形下，若有相關著作權法制爭議產生，朝向促進著作流通利用之方向處理，相信更能符合全體著作權法制之使用者需求。

三、著作權議題須加強與通訊傳播管制法規之整合

本研究第四章所另行獨立之三項議題：必載頻道、P2P 軟體濫用、有線電視訊號之刑責規範，雖皆某程度與著作權法制相關，但又非全爲著作權之問題。必載頻道主要爲國家對於頻道資源之稀少性及民眾接取電視訊號保障所形成之法政策，雖著作權法制應協助思考在必載頻道之規範下，相關授權問題應如何解決，但並非著作授權問題解決後，即可在數位匯流環境下繼續維持既有必載頻道之規範；P2P 軟體濫用雖然有許多是下載、分享未經合法授權之著作，但亦有相當數量之著作可能是涉及猥褻、暴力等涉有違反刑法或不適於青少年接觸之內容，亦涉及網路內容分級或管控的問題，若有意採取斷線之方式處理 P2P 軟體濫用問題，則除人民通訊基本權利保障之外，有關電信服務使用之隱私、連線服務提供者之協力義務等，若無通訊傳播主管機關之介入，恐亦難以取得共識；有線電視訊號之盜用，是否應以刑責規範，更是屬於有線電視產業規制的問題，亦不適宜在有線電視訊號未必爲著作權法所保護之「著作」之情形下，冒然於著作權法增訂相關規範。若前開問題皆企圖透過著作權法之修正解決全部問題，無疑是緣木求魚。

本研究認爲，數位匯流時代著作權專責機關確實無法逃避對於前開問題處理或協助之責，前開議題雖非著作權專責機關自行爲政策決定即可，但亦非交由通訊傳播主管機關處理即爲已足，若通訊傳播管制法規在設計或修正時，未將著作權問題一併考量，勢將引發國內著作利用環境之重大影響，故而，現階段雖尚無急迫之需求就前述議題進行著作權法之修正，但仍建議著作權專責機關及通訊傳播主管機關，應就通訊傳播管制法規所涉著作權議題

主動進行協商、整合，以因應數位匯流時代社會著作利用環境變遷所帶來新的挑戰與需求。

貳、本研究立法建議

修法建議條文	現行條文	修正理由
第三條 本法用詞，定義如下： 一、著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。 二、著作人：指創作著作之人。 三、著作權：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權。 四、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。 五、重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。	第三條 本法用詞，定義如下： 一、著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。 二、著作人：指創作著作之人。 三、著作權：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權。 四、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。 五、重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。	一、現行著作權法有關公開播送與公開傳輸，僅透過「廣播系統」與「網路」區隔其權利內容，於數位匯流之科技整合趨勢下，將使透過網路同步播送電視、廣播之型態，須另行適用公開傳輸權，易產生產業競爭之不公平現象，故建議將公開傳輸限於「對公眾提供」（隨選）利用，而公開播送則作爲除公開傳輸外，透過有線或無線方式對公眾傳達著作之一般性權利。 二、原第 1 項第 7 款有關公開播送之概念所強調者爲透過一定之廣播方式，將著作傳送出去，並使公眾得以接收，「直接或間接收聽或收視」並非重點，爲避免造成

六、公開口述：指以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容。 七、公開播送：指除公開傳輸外，以有線、無線或其他器材向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線、無線或其他器材將原播送之訊息向公眾傳達者，亦屬之。 八、公開上映：指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容。 九、公開演出：指以朗誦、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。 十、公開傳輸：指使公眾得於其各自選定之時間或地點，以有線、無線或其他通訊方法接收著作內容。 十一、改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或	六、公開口述：指以言詞或其他方法向公眾傳達著作內容。 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。 八、公開上映：指以單一或多數視聽機或其他傳送影像之方法於同一時間向現場或現場以外一定場所之公眾傳達著作內容。 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。 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	權利保護之漏洞，故予刪除。另隨著數位廣播技術之發展，透過廣播不但可傳送聲音或影像，亦可傳送其他數位訊息，故原公開播送定義中之「藉聲音或影像」將造成解釋上不必要之限制，故刪除「藉聲音或影像」之文字。 三、第 1 項第 9 款規定，配合有關公開演出權擴大其著作類型，使其成為對現場公眾傳達著作之概括權利規定，增加「朗誦」之方法作為例示，避免因公開口述之定義產生對語文著作以外之著作，以朗誦之方式利用不受保護之問題。 四、第 1 項第 10 款規定，修正有關公開傳輸之定義，避免與公開播送權能重疊。因應網路著作利用特性，以隨選(On Demand)為其核心，故建議限縮為國

其他方法就原著作另爲創作。 十二、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。 十三、公開展示：指向公眾展示著作內容。 十四、發行：指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。 十五、公開發表：指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示、傳輸或其他方法向公眾公開提示著作內容。 十六、原件：指著作首次附著之物。 十七、權利管理電子資訊：指於著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊；以數字、符號表示此類資訊者，亦屬之。 十八、防盜拷措施：指著作權人所採取有效禁止	向公眾提供或傳達著作內容，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。 十一、改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另爲創作。 十二、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。 十三、公開展示：指向公眾展示著作內容。 十四、發行：指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。 十五、公開發表：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。 十六、原件：指著作首次附著之物。 十七、權利管理電子資訊：指於著作原件或其重製物，或於著作向公眾傳達時，所表示足以確認著作、著作名稱、著作人、	際條約上有關對公眾提供(making available to the public)之定義。 五、第 1 項第 15 款原即應於公開傳輸權新增時，配合新增有關「傳輸」之文字，使透過網路公開傳輸利用著作之行爲，明確構成著作之公開發表，以避免造成著作流通利用之困擾。

或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。 十九、網路服務提供者，指提供下列服務者： （一）連線服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。 （二）快速存取服務提供者：應使用者之要求傳輸資訊後，透過所控制或營運之系統或網路，將該資訊爲中介及暫時儲存，以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者。 （三）資訊儲存服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者。 （四）搜尋服務提供者：提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者。	著作財產權人或其授權之人及利用期間或條件之相關電子資訊；以數字、符號表示此類資訊者，亦屬之。 十八、防盜拷措施：指著作權人所採取有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法。 十九、網路服務提供者，指提供下列服務者： （一）連線服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。 （二）快速存取服務提供者：應使用者之要求傳輸資訊後，透過所控制或營運之系統或網路，將該資訊爲中介及暫時儲存，以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者。 （三）資訊儲存服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之	

前項第八款所定現場或現場以外一定場所，包含電影院、俱樂部、錄影帶或碟影片播映場所、旅館房間、供公眾使用之交通工具或其他供不特定人進出之場所。	要求提供資訊儲存之服務者。 （四）搜尋服務提供者：提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者。 前項第八款所定現場或現場以外一定場所，包含電影院、俱樂部、錄影帶或碟影片播映場所、旅館房間、供公眾使用之交通工具或其他供不特定人進出之場所。	
第八條之一 除第五條例示之著作外，以創作單一著作爲目的，整合二種以上著作類型之創作，爲複合著作。 複合著作爲單一著作，其權利之保護，依其著作之主要性質適用第二十二條至第二十九條規定。		一、本條新增。 二、複合（多媒體）著作乃是數位環境著作創作與利用之重要形式，惟因其所複合之著作種類及可能性過於複雜，若於第五條新增其爲著作之一種，即產生權利保護及著作財產權限制規定調整之困擾，故參酌共同著作之立法模式，新增本條規定。 三、第 1 項明定複合著作之定義。 四、第 2 項明定複合著

		作爲單一著作，避免重複計算著作數量之困擾，以確保著作利用之安定性，另爲兼顧著作權人之保護，複合著作權利之保護，應依個案複合著作之主要性質適用。例如：電腦遊戲即可能因性質與視聽著作接近，而享有公開上映權，但其電腦程式之部分，又具有可公開口述之性質，而可主張公開口述權。
第二十二條 著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。 表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。 前二項規定，於專爲網路中繼性傳輸，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，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。	第二十二條 著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。 表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。 前二項規定，於專爲網路<u>合法</u>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，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。	一、本條第 3 項有關網路「合法」中繼性傳輸，考量數位匯流環境著作授權利用之複雜度，若某著作其中一部分未取得合法授權，即可能導致整體著作亦無法主張本項之適用，而迫使利用人須取得不具獨立經濟價值之「重製」授權，對著作流通利用甚爲不利，且易造成著作利用人不當之侵權風險，建議刪除「合法」

前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他爲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。	前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他爲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。	二字。
第二十四條 著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。 表演人專有公開播送其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再公開播送者，不在此限。	第二十四條 著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。 表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。	一、本條現行條文第 2 項有關表演人之公開播送權，採負面說明之方式，與第二十二條、第二十六條、第二十六條之一、第二十八條之一及第二十九條之立法體例不同，爲避免解釋上疑義，一併予以調整。
第二十六條 著作人除本法另有規定外，專有公開演出其著作之權利。 表演人專有以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再以擴音器或其他器材公開演出者，不在此限。 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。	第二十六條 著作人除本法另有規定外，專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。 表演人專有以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再以擴音器或其他器材公開演出者，不在此限。 錄音著作經公開演出者，著作人得請求公開演	一、爲避免著作財產權與著作種類過度連結導致著作財產權保護不足，而有違反國際條約之情形，擴大公開演出權成爲有關對現場公眾無形利用之一般性權利。 二、第 1 項「除本法另有規定」所涉及之除外規定，包括：第 23 條之公開口述權、第 25 條之公開上映權及第 26 條第 2 項與

	出之人支付使用報酬。	第 3 項規定。
第三十三條之一 複合著作之著作財產權存續至著作公開發表後五十年。但若其中部分著作得獨立利用者，依各該著作種類保護期間決定之。 前條但書規定，於前項準用之。		一、本條新增。 二、複合著作所涉及之著作種類複雜，惟其性質爲單一著作，自宜就其著作財產權保護期間予以明定。 三、複合著作就其創作歷程，與視聽著作相似，故其著作財產權保護期間，建議定爲公開發表後五十年，惟考量若所複合之著作有獨立利用之價值，就複合著作保護期間屆滿後仍有利用之可能性，宜仍受著作權法保護，故增訂第一項但書，以確保著作權人之權益。
第三十六條 著作財產權得全部或部分讓與他人或與他人共有。 著作財產權之受讓人，在其受讓範圍內，取得著作財產權。 著作財產權讓與之範圍	第三十六條 著作財產權得全部或部分讓與他人或與他人共有。 著作財產權之受讓人，在其受讓範圍內，取得著作財產權。 著作財產權讓與之範圍依當事人之約定<u>；其約定</u>	一、著作財產權讓與時，約定不明之部分，推定爲未讓與。雖看似有利於著作財產權人之保護，但實則造成受讓人傾向約定著作財產權全部讓與，或降低與著作財產權人進行交易之意願，對著作

依當事人之約定。	不明之部分，推定爲未讓與。	之流通利用或著作財產權人之保護未必有利，建議予以刪除。
第三十七條 著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定。 前項授權不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再爲授權而受影響。 非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。 專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義爲訴訟上之行爲。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。 第二項至前項規定，於中華民國九十年十一月十二日本法修正施行前所爲之授權，不適用之。 音樂著作經授權重製於	第三十七條 著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定爲未授權。 前項授權不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再爲授權而受影響。 非專屬授權之被授權人非經著作財產權人同意，不得將其被授與之權利再授權第三人利用。 專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作財產權人之地位行使權利，並得以自己名義爲訴訟上之行爲。著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利。 第二項至前項規定，於中華民國九十年十一月十二日本法修正施行前所爲之授權，不適用之。	一、數位環境著作之授權活動大增，已不再單純是著作財產權人對大型商業利用人進行授權交易爲常態。著作利用人與著作財產權人在經濟上或其他資源，並非顯不相當，若維持約定不明之部分，推定爲未授權之立法例，將使授權之不利益由利用人負擔，對鼓勵著作流通利用較爲不利，建議予以刪除。

電腦伴唱機者，利用人利用該電腦伴唱機公開演出該著作，不適用第七章規定。但屬於著作權仲介團體管理之音樂著作，不在此限。	音樂著作經授權重製於電腦伴唱機者，利用人利用該電腦伴唱機公開演出該著作，不適用第七章規定。但屬於著作權仲介團體管理之音樂著作，不在此限。	
第四十一條之一 以自己之名義發行或授權他人利用著作者，應就其發行或授權他人利用該著作取得適當授權。如有利用人須另行取得授權者，應於其發行之著作或授權契約上載明應另行取得授權之著作、著作財產權人、授權條件或取得授權之方式。		一、發行人或授權人作爲著作利用之源頭，爲避免著作授權交易成本過高，發行人或授權人應就其發行或授權之著作爲適當授權取得。 二、惟因著作利用型態複雜，發行人或授權人未必可取得完整授權，爲避免著作交易時資訊不對稱，導致利用人與著作財產權人不易達致共識，故發行人或授權人應將該著作利用所需取得授權之著作、著作財產權人、授權條件或取得授權方式等，透過標示於著作物或授權文件上，讓利用人於交易前先行評估其取得授權之可能性。

第五十六條之二 電視業者為公開播送經法律規定應必載之無線電視頻道，得為同步公開播送之目的，利用該無線電視頻道公開播送之著作。 前項情形，利用人應對著作權專責機關指定之著作權集體管理團體，支付公開播送之權利金。 前項著作權集體管理團體之指定、權利金之費率、分配方法、監督及其他相關事項之辦法，由主管機關另定之。		一、本條新增。 二、有線電視業者或衛星直接電視業者若依法須必載特定無線電視頻道，則應將此同步公開播送之行為，列為著作財產權之限制。 三、有線電視業者或衛星直接電視業者必載無線電視頻道，仍屬利用他人視聽、音樂、錄音、語文等各種著作，就未來朝向數位無線電視發展各國之立法趨勢，及國際條約有關著作財產權限制之規定，不宜以無償方式處理，故特明定其等應支付公開播送之權利金。 四、惟由於無線電視頻道播送之著作數量龐大且複雜，不可能逐一取得著作財產權人之授權，故建議由著作權專責機關指定一著作權集體管理團體代為收受、分配，電視業者支付公開播送之權

		利金後，即無須再處理其他著作授權問題。 五、承前，由於必載所涉著作數量、種類、利用型態不一，爲免受指定之著作權集體管理團體未能妥善運作，建議就此等著作權集體管理團體之指定程序、權利金費率決定程序、是否經審議、如何分配、後續執行監督等事宜，由主管機關另定辦法，以因應我國著作權集體管理團體實務運作之需求。 六、本條規定並不妨害轉播必載頻道之電視業者透過授權機制取得該頻道全部著作授權後進行公開播送之利用。

附錄一、相關參考資料

一、專書

1. Mazziotti, Giuseppe, EU Digital Copyright Law and the End-User, Springer -Verlag Berlin Heidelberg, 2008。
2. Manfred Rehbinder 著，張恩民譯，著作權法，法律出版社，2004 年第 13 版
3. Pedley, Paul, Digital copyright, Facet Publishing, 2007。
4. Queen Mary Intellectual Property Research Institute, Queen Mary & Westfield College, University of London, Copyright in the new digital environment : the need to redesign copyright, Sweet & Maxwell, 2000。
5. Rehbinder, Manfred，張恩民譯，著作权法，法律出版社，2005 年 1 月。
6. Stokes, Simon, Digital copyright: law and practice, Or. : Hart Pub., 2005。
7. 工業技術研究院，IPTV 新興商業模式與管理之研究，國家通訊傳播委員會，2006 年委託研究報告。
8. 王泰銓，國際著作權法令暨判決之研究　伍、法國著作權法令暨判決研究，內政部 1996 年委託研究報告。
9. 中山信弘，マルチメディアと著作権，岩波書店，1996 年 1 月。
10. 林廷機、張懿云，國際著作權集體管理團體使用報酬率決定機制之研究，經濟部智慧財產局，2007 年委託研究報告。
11. 江耀國，有線電視市場與法律，元照出版社，2003 年 10 月。
12. 斉藤博，著作権法，有斐閣，2007 年。
13. 孫遠釗等，美國著作權法令暨判決之研究，經濟部智慧財產局，2008 年委託研究報告。
14. 章忠信，著作權法逐條釋義，五南出版社，2009 年 8 月。
15. 賀德芬等，著作權法之立法檢討，行政院研究發展考核委員會，1994 年 7 月。
16. 彭心儀主編，資訊通信法律論文精選，國立清華大學出版社，2004 年 3 月。
17. 陳曉慧，廣播機構著作權之保護，經濟部智慧財產局 2005 年委託研究報告。
18. 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，2006 年委託研究報告。
19. 蔡明誠等，多媒體智慧財產權之研究，財團法人資訊工業策進會 1995 年委託研究報告。
20. 蔡惠如，著作權之未來展望：論合理使用之價值創新，元照出版社，2007 年 8 月。

21. 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 2003 年委託研究報告。
22. 賴文智、王文君，數位著作權法（再版），翰蘆出版社，2007 年 9 月。
23. 蕭雄淋，著作權法論，五南出版社，2007 年 11 月。
24. 羅明通，著作權法論 I、Ⅱ（第七版），自版，2009 年 9 月。

二、碩博士論文

1. 王秀慧，從數位電視防盜拷廣播標記談著作權科技保護措施與合理使用，高雄第一科技大學，2008 年碩士論文。
2. 何吉森，通訊傳播規範之整合與建構研究，世新大學，2007 年碩士論文。
3. 高訢慈，著作鄰接權之研究：以表演人、錄音物製作人及廣播事業之保護爲中心，台灣大學，2007 年碩士論文。
4. 陳滄海，多媒體隨選視訊異業結盟法律問題研究--以中華電信 MOD 爲例，東吳大學，2004 年碩士論文。
5. 陳琇慧，多媒體衍生法律問題之研究 ： 以著作權法爲中心，東海大學，1996 年碩士論文。
6. 許富雄，數位時代合理使用之再探討—以反規避條款爲中心，中原大學，2004 年碩士論文。
7. 黃惠敏，數位時代下著作權授權契約與著作權限制衝突之研究，台灣大學，2005 年碩士論文。
8. 葉家宇，電影著作之研究，台灣大學，2006 年碩士論文。
9. 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 2006 年委託研究報告。
10. 鄭偉慶，台、日數位電視發展之比較研究，國立政治大學，2004 年碩士論文。
11. 蔡東廷，有線電視產業數位化引發之相關法律議題研究，東吳大學，2006 年碩士論文。
12. 蔡雅蓯，數位時代著作權授權管理機制之研究，東吳大學，2006 年碩士論文。
13. 劉孟賢，美國衛星數位音訊廣播產業分析：SIRIUS 和 XM 的競爭與合作個案研究，台灣大學，2007 年碩士論文。

三、期刊論文

1. Balganesh, Shyamkrishna, The Social Costs of Property Rights in Broadcast (and Cable) Signals, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22, Fall 2007.
2. Brennan, David, Australian Television Broadcasts as Copyright Property, U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 275.
3. Christie, Andrew F., A Proposal for Simplifying United Kingdom Copyright

Law, European Intellectual Property Review, Vol. 1, 2001.
4. Ganley, Paul, Copyright and IPTV, Computer Law & Security Report, forthcoming 2007.
5. Gasser, Urs and Ernst, Silke, EUCD Best Practice Guide: Implementing the EU Copyright Directive in the Digital Age, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2007-01.
6. Kenyon, Andrew T, TV Futures: Digital Television Policy in Australia, U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 273.
7. Lim, Daryl, COPYRIGHT UNDER SIEGE: AN ECONOMIC ANALYSIS OF THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE AND THE COMPULSORY LICENSING OF COPYRIGHTED WORKS, Albany Law Journal of Science and Technology, 2007.
8. Madison, Michael J., Rewriting Fair Use and the Future of Copyright Reform, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 23, No. 2, p. 391, 2005.
9. Menell, Peter S., Envisioning Copyright Law's Digital Future, New York University Law Review, Forthcoming.
10. OGAWA , MEGUMI, COPYRIGHT IN BROADCASTS: JAPAN STRAYS, (2001) 6 Media & Arts Law Review 123.
11. Ramello, G. B. and Silva, Francesco, Exclusion, Competition and Change: The Shifting Boundaries of the Television Market, Review of Economic Research on Copyright Issues, Vol. 5, No. 1, pp. 55-74, 2008.
12. 王琇慧，美國著作權法對數位化著作權議題處理之概述，智慧財產權月刊，2007 年 6 月。
13. 王琇慧，WIPO「世界智慧財產權組織廣播機構保護條約」向左走？向右走？，智慧財產權月刊，2008 年 11 月。
14. 林翰緯，美國著作權權利金法官制度簡介，萬國法律，2007 年 4 月。
15. 吳佩諭，寬頻無線多媒體數位平臺管制規範之國際趨勢研究，科技法律透析，2007 年 12 月。
16. 洪盛毅，從 Viacom 公司與 YouTube 著作權侵權訴訟分析美國 DMCA 512 之法律適用疑義，智慧財產權月刊，2008 年 12 月。
17. 章忠信，著作權集體管理制度新發展，智慧財產權月刊，2008 年 6 月。
18. 章忠信，廣播電視媒體公開播送廣告音樂之著作權爭議，智慧財產權月刊，2008 年 7 月。
19. 章忠信，面對著作利用之新局面，智慧財產權月刊，2008 年 11 月。
20. 張懿云，視聽著作在國際著作權法上之保護，新世紀智庫論壇，2008 年 3 月
21. 陳瑞信，互動式多媒體娛樂數位內容著作權保護法制之研究與立法芻議--以美日韓爲借鏡，國會月刊，2008 年 9 月。

22. 黃菁，概述澳洲數位匯流相關法規，科技法律透析，2003 年 6 月。
23. 葉茂林，日本語文著作及音樂著作集體管理實務之研究，智慧財產權月刊，2006 年 11 月。
24. 鄧曉芳，數位匯流時代看新興商業服務之法律爭議--以日本遠距電視視聽服務(housing service)爲例，科技法律透析，2007 年 9 月。
25. 張懿云，視聽著作在國際著作權法上之保護，新世紀智庫論壇第 41 期。
26. 賴文智、王文君，數位環境的著作權法制思考，圖書館學與資訊科學，2007 年 7 月。
27. 賴文智、王文君，Web 2.0 環境對著作權法制的再思考，智慧財產權月刊，2008 年 11 月。

四、網路資源

1. Castro, Daniel, Internet Radio and Copyright Royalties: Reforming a Broken System, http://www.itif.org/files/InternetRadio.pdf, 2009/3/1 visited.
2. Chorianopoulos, Konstantinos, Digital Broadcasting and Consumer Electronics Engineering for Interactive Television Systems, http://uitv.info/articles/2003/07chorianopoulos/, 2009/3/1 visited.
3. CNET News, YouTube, EMI sign breakthrough licensing pact, http://news.cnet.com/YouTube,-EMI-sign-breakthrough-licensing-pact/2100-1030_3-6187759.html, 2009/6/20 visited.
4. CNET 新聞，入股 YouTube 讓音樂公司大撈一筆，http://www.zdnet.com.tw/news/software/0,2000085678,20110746,00.htm, 2009/6/20 visited.
5. Commission of the European Communities, on Creative Content Online in the Single Market, http://ec.europa.eu/avpolicy/other_actions/content_online/index_en.htm, 2009/2/24 visited.
6. Commission of the European Communities, GREEN PAPER Copyright in the Knowledge Economy, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/greenpaper_en.pdf, 2009/2/24 visited.
7. Digital Economy Bill, http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldbills/001/10001.i-ii.html, 2009/12/1 visited.
8. Groenenboom, Margreet, Improving cross border licensing practices for online music stores, http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=139, 2009/2/24 visited.
9. Reuters, YouTube, Hearst-Argyle strike local TV deal,

http://www.usatoday.com/tech/techinvestor/industry/2007-06-04-YouTube-hearst-deal_N.htm, 2009/6/20 visited.
10. Rumphorst, Werner, THE BROADCASTERS' NEIGHBOURING RIGHT: IMPOSSIBLE TO UNDERSTAND?, http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_p_neighbouring_right_wr_251105_tcm6-41293.pdf, 2009/3/1 visited.
11. The Compleat Thomas Beagle, http://thomasbeagle.net/, 2009/11/27 visited.
12. Toner, Alan, Hadopi 2 – The Relapse, http://knowfuture.wordpress.com/2009/09/29/hadopi-2-the-relapse/, 2009/11/28 visited.
13. UK Cops, Spies Blast "3-Strikes", http://www.zeropaid.com/news/87150/uk-cops-spies-blast-3-strikes/, 2009/11/10 visited.
14. UK Govt Wants ISPs to Crack Down on Illegal File-Sharing, http://www.zeropaid.com/news/9075/uk_govt_wants_isps_to_crack_down_on_illegal_filesharing/, 2009/11/10 visited.
15. UK ISP Institutes "Three-Strikes" On Its Own, http://www.zeropaid.com/news/86727/uk-isp-institutes-three-strikes-on-its-own-2/, 2009/11/10 visited.
16. U.K. Parliament to Consider "Three-Strikes" P2P Bill, http://www.dmwmedia.com/news/2009/10/28/u.k.-parliament-consider-%2526quot%3Bthree-strikes%2526quot%3B-p2p-bill, 2009/11/10 visited.
17. U.S. Copyright Office, SATELLITE HOME VIEWER EXTENSION AND REAUTHORIZATION ACT SECTION 109 REPORT, http://www.copyright.gov/reports/section109-final-report.pdf, 2009/3/1 visited.
18. 工商時報，論黨政軍退出媒體的適當規範，2009/11/29 社論，http://news.chinatimes.com/2007Cti/2007Cti-News/2007Cti-News-Content/0,4521,110514+122009112900285,00.html, 2009/12/18 visited.
19. 中央廣播電台，台灣首份藝人工作契約範本 健全台灣影視產業發展，2009/12/15，http://news.rti.org.tw/index_newsContent.aspx?nid=226773, 2009/12/21 visited.
20. 公共電視台，數位電視製播分離制釋疑，http://www.pts.org.tw/~rnd/p1/2002/020820/020820.htm, 2009/12/18 visited.
21. 公共電視，NCC 擬修法，取消無線台必載規定，2009/10/08，http://news.sina.com.tw/article/20091008/2219646.html, 2009/12/21 visited.
22. 北京新浪網，美國法院支持新硬碟錄像機計劃，http://dailynews.sina.com/bg/ent/sinacn/20090630/0245417508.html, 2009/7/12 visited.

23. 交通部電信總局，九十一年電信自由化政策白皮書，
http://mail.tku.edu.tw/eureka/reg/%E9%9B%BB%E4%BF%A1%E6%94%BF%E7%AD%96%E8%87%AA%E7%94%B1%E5%8C%96%E7%99%BD%E7%9A%AE%E6%9B%B8%EF%BC%8891%E5%B9%B4%EF%BC%89.doc, 2009/3/1 visited.
24. 松田久一，産業融合による情報家電産業の時代，
http://www.jmrlsi.co.jp/menu/mnext/d03/2005/dcvn_1.html, 2009/3/1 visited.
25. 徐毓莉，MOD 蓋台 NCC：退租免違約金 要求提出續租補償 中華電未回應，蘋果日報，2009/6/4，http://cbit.pixnet.net/blog/post/28131172, 2009/12/21 visited.
26. 趙怡、褚瑞婷，數位匯流時代的傳播政策，http://www.npf.org.tw/post/2/2348, 2009/2/23 visited.
27. 章忠信，網路廣播應付費給錄音著作之著作權人，
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=71, 2009/2/23 visited.
28. 章忠信，澳洲加強對付費廣播電視頻道之保護，
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=145, 2009/2/27 visited.
29. 章忠信，有線廣播電視「必載」無線廣播電視節目的爭議，
http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=90, 2009/12/21 visited.
30. 陳俍任，黨政軍退出媒體 即將大鬆綁，聯合報 2009/11/10，
http://www.udn.com/2009/11/10/NEWS/NATIONAL/NAT5/5242380.shtml, 2009/12/18 visited.

附錄二、法國 HADOPI 2 法案相關條款中譯[253]

2009年10月28日第2009-1311號法律-「網路上著作權之刑事保護」[254]

譯者：陳思廷[255]

Loi no 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, *J.O.R.F.* du 29 octobre 2009 (NOR : JUSX0913484L)

由參議院、眾議院兩院通過；

經憲法委員會2009年10月22日第2009-590號審查決議；

由總統公布於2009年10月29日法蘭西共和國官方公報

目錄

一、智慧財產權法典（Code de la propriété intellectuelle）第一部分「著作權法」之最新修正條文 186

二、修正 2009 年 6 月 12 日第 2009-669 號法律-「促進網路上創作之散布與保護」 206

三、刑事訴訟法典（Code de procédure pénale）之最新修正條文 207

四、刑法典（Code pénal）之最新修正條文209

253 譯者註：本譯文所選擇條文以<u>粗體加底線</u>標示者，爲本次第 2009-1311 號法律所修正，其餘爲先前已公布條文而與斷線處罰相關者。又另涉及 2004 年 6 月 21 日第 2004-575 號法律「數位經濟之信賴」（Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique）（電子商務法），本次未有實質修正，故本次譯文不再處理。

254 前次修正： 2009 年 6 月 12 日第 2009-669 號法律-「促進網路上創作之散布與保護」（LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, J.O.R.F. du 13 juin 2009 (NOR: MCCX0811238L)）。

255 本譯文及相關條文整理，係由益思科技法律事務所委託留法專研著作權議題之陳思廷先生翻譯，爲尊重著作權，若有使用之需求，請標明譯者姓名。

一、智慧財產權法典(**Code de la propriété intellectuelle**)第一部分「著作權法」之最新修正條文

第1部分: 著作權法

第3卷：有關著作權、鄰接權及資料庫製作人權利之總則

Livre III : Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données

第3編：預防、程序與處罰

Titre III : Prévention, procédures et sanctions

第1章：總則

• Chapitre Ier : Dispositions générales

（略）

第3節　網路著作散布與權利保護高級公署

Section 3 : Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

第1小節　職權、成員與組織

Sous-section 1 : Compétences, composition et organisation

第L. 331-12條

網路著作散布與權利保護高級公署係一獨立行政機關，並具法人格。

Article L. 331-12

La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est une autorité publique indépendante. A ce titre, elle est dotée de la personnalité morale.

第L. 331-13條

(第1項) 高級公署確保以下任務：

1° 鼓勵合法內容發展，以及觀察在線上公共通訊服務所提供電子通訊網路上，著作權或鄰接權所保護著作或客體之合法與非法利用。

2° 防止在線上公共通訊服務所提供電子通訊網路上，對著作及鄰接權客體之權利侵害。

3° 規制與注意受著作權或鄰接權保護著作與客體之技術保護與辨識措施領域。

(第2項) 高級公署爲執行其任務，得提案修改法律或命令。凡與文學與藝術財產權權利保護法案或敕令相關方面，可供政府諮詢。凡與職權範圍相關問題方面，可供政府或國會委員會諮詢。

Article L. 331-13

La Haute Autorité assure :

1° Une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

2° Une mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

3° Une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin.

Au titre de ces missions, la Haute Autorité peut recommander toute modification législative ou réglementaire. Elle peut être consultée par le Gouvernement sur tout projet de loi ou de décret intéressant la protection des droits de propriété littéraire et artistique. Elle peut également être consultée par le Gouvernement ou par les commissions parlementaires sur toute question relative à ses domaines de compétence.

第L. 331-14條

高級公署每年向政府與國會報告關於其工作、任務之執行及方式、以及相關不同範疇的業者是否有遵守其義務與承諾。前述之報告須公開發表。

Article L. 331-14

La Haute Autorité remet chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport rendant compte de son activité, de l'exécution de ses missions et de ses moyens, et du respect de leurs obligations et engagements par les professionnels des différents secteurs concernés. Ce rapport est rendu public.

第L. 331-15條

(第1項) 高級公署由權利保護行政團及委員會組成。行政團主席即爲高級公署署長。

(第2項) 除法律另有規定外，高級公署之任務由其行政團執行。

(第3項) 行政團與委員會之成員行使其職權期間，任何機關皆無權干涉。

Article L. 331-15

La Haute Autorité est composée d'un collège et d'une commission de protection des droits. Le président du collège est le président de la Haute Autorité.

Sauf disposition législative contraire, les missions confiées à la Haute Autorité sont exercées par le collège.
Dans l'exercice de leurs attributions, les membres du collège et de la commission de protection des droits ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité.

第L. 331-16條

(第1項) 高級公署行政團由敕令所任命之九位成員組成，其中包括主席，任期均爲六年。

1° 平政院副院長所指定該院在職成員之一。
2° 最高法院院長所指定該院在職成員之一。
3° 審計法院院長所指定該院在職成員之一。
4° 文學與藝術財產權(著作權)高級諮議會主席所指定該會成員之一。
5° 掌管電子通訊、消費以及文化之部長聯合提名三名合格人員。
6° 眾議院與參議院主席分別指定二名合格人員。

(第2項) 行政團主席由上述成員自本條第1°、2°與3°款人員中選舉之。
(第3項) 本條第1°至4°款人員之代理人以相同方式指定。
(第4項) 如行政團成員職位出缺者，依本條規定推選繼任者，其任期至原職位期滿爲止。
(第5項) 行政團成員之任命不得撤銷，亦不得連任。
(第6項) 行政團成員除自行辭職外，未有行政團所定去職原因並經調查者，不得解職。

Article L. 331-16

Le collège de la Haute Autorité est composé de neuf membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :
1° Un membre en activité du Conseil d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;
2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;
3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes ;
4° Un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique désigné par le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ;
5° Trois personnalités qualifiées, désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture ;
6° Deux personnalités qualifiées, désignées respectivement par le président de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat.
Le président du collège est élu par les membres parmi les personnes mentionnées aux

1°, 2° et 3°.
Pour les membres désignés en application des 1° à 4°, des membres suppléants sont désignés dans les mêmes conditions.
En cas de vacance d'un siège de membre du collège, pour quelque cause que ce soit, il est procédé à la nomination, dans les conditions prévues au présent article, d'un nouveau membre pour la durée du mandat restant à courir.
Le mandat des membres n'est ni révocable, ni renouvelable.
Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre qu'en cas d'empêchement constaté par le collège dans les conditions qu'il définit.

第L. 331-17條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改]
(第1項) 權利保護委員會依**第L. 331-25條 [原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]** 規定執行其任務。
(第2項) 委員會由三位成員組成，其中包括由敕令所任命之主席，任期均爲六年。
1° 平政院副院長所指定該院在職成員之一。
2° 最高法院院長所指定該院在職成員之一。
3° 審計法院院長所指定該院在職成員之一。
(第3項) 委員會成員之代理人以相同方式指定。
(第4項) 如委員會成員職位出缺者，依本條規定推選繼任者，其任期至原職位期滿爲止。
(第5項) 委員會成員之任命不得撤銷，亦不得連任。
(第6項) 委員會成員除自行辭職外，未有委員會所定去職原因並經調查者，不得解職。
(第7項) 不得同時擔任權利保護行政團與委員會成員之職位。

Article L. 331-17 *[modifié par l'article 12]*
La commission de protection des droits est chargée de prendre les mesures prévues à l'article **L. 331-25** *[Dispositions résultant de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009]*.
Elle est composée de trois membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :
1° Un membre en activité du Conseil d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat ;
2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;
3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes.
Des membres suppléants sont nommés dans les mêmes conditions.

En cas de vacance d'un siège de membre de la commission de protection des droits, pour quelque cause que ce soit, il est procédé à la nomination, dans les conditions prévues au présent article, d'un nouveau membre pour la durée du mandat restant à courir.
Le mandat des membres n'est ni révocable, ni renouvelable.
Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre qu'en cas d'empêchement constaté par la commission dans les conditions qu'elle définit.
Les fonctions de membre du collège et de membre de la commission de protection des droits sont incompatibles.

第L. 331-18條

I. 如過去三年內擔任或曾擔任以下職務者，不得擔任高級公署之成員與秘書長：

1° 由本法典本卷第二編規範之公司主管、員工或顧問。

2° 受著作權或鄰接權保護之錄音物、錄影物製作或著作出版公司主管、員工或顧問。

3° 視聽傳播公司主管、員工或顧問。

4° 爲受著作權或鄰接權保護之著作或客體之利用提供服務之公司主管、員工或顧問。

5° 提供線上公共通訊服務之公司主管、員工或顧問。

II. 高級公署成員以及其秘書長於其離職後，受刑法典第432-13條規範。
高級公署成員以及其秘書長不得直接或間接持有本法典前述I. 項之公司或企業利益。
高級公署成員就任時應提出其利害關係申報之範例，由敕令規定之。
高級公署成員不得參與其過去三年期間曾任職企業所監督之商法典第L. 233-16條意義上企業或公司相關案件評議。

Article L. 331-18

I. - Les fonctions de membre et de secrétaire général de la Haute Autorité sont incompatibles avec le fait d'exercer ou d'avoir exercé, au cours des trois dernières années :

1° Les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une société régie par le titre II du présent livre ;

2° Les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une entreprise exerçant une activité de production de phonogrammes ou de vidéogrammes ou d'édition d'œuvres protégées par un droit d'auteur ou des droits voisins ;

3° Les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une entreprise de communication audiovisuelle ;

4° Les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une entreprise offrant des

services de mise à disposition d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou des droits voisins ;
5° Les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une entreprise dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne.
II. - Après la cessation de leurs fonctions, les membres de la Haute Autorité et son secrétaire général sont soumis aux dispositions de l'article 432-13 du code pénal.
Les membres de la Haute Autorité et son secrétaire général ne peuvent, directement ou indirectement, détenir d'intérêts dans une société ou entreprise mentionnée au I du présent article.
Un décret fixe le modèle de déclaration d'intérêts que chaque membre doit déposer au moment de sa désignation.
Aucun membre de la Haute Autorité ne peut participer à une délibération concernant une entreprise ou une société contrôlée, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une entreprise dans laquelle il a, au cours des trois années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat.

第L. 331-19條

(第1項) 高級公署相關公務由署長管轄。署長指定之秘書長掌管署長轄下之公務運行與協調。
(第2項) 不得同時擔任高級公署成員與秘書長之職務。
(第3項) 高級公署訂定其內部規則，規定適用於其成員以及公務員之職務倫理規範。
(第4項) 高級公署受命案件調查官，由署長任命。
(第5項) 高級公署得聘請專家。其得依需要諮詢行政機關、外部組織或電子通訊使用者代表協會；前述機關組織亦得諮詢高級公署。
(第6項) 於規劃年度預算案時，高級公署提出爲完成各項施政所需經費。
(第7項) 高級公署署長向審計法院提交該署帳目。

Article L. 331-19

La Haute Autorité dispose de services placés sous l'autorité de son président. Un secrétaire général, nommé par ce dernier, est chargé du fonctionnement et de la coordination des services sous l'autorité du président.
Les fonctions de membre de la Haute Autorité et de secrétaire général sont incompatibles.
La Haute Autorité établit son règlement intérieur et fixe les règles de déontologie applicables à ses membres et aux agents des services.
Les rapporteurs chargés de l'instruction de dossiers auprès de la Haute Autorité sont nommés par le président.

La Haute Autorité peut faire appel à des experts. Elle peut également solliciter, en tant que de besoin, l'avis d'autorités administratives, d'organismes extérieurs ou d'associations représentatives des utilisateurs des réseaux de communications électroniques, et elle peut être consultée pour avis par ces mêmes autorités ou organismes.
La Haute Autorité propose, lors de l'élaboration du projet de loi de finances de l'année, les crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions.
Le président présente les comptes de la Haute Autorité au contrôle de la Cour des comptes.

第L. 331-20條
權利保護行政團以及委員會之決定以多數決定之。若同票數時，主席有決定性一票。
Article L. 331-20
Les décisions du collège et de la commission de protection des droits sont prises à la majorité des voix. Au sein du collège, la voix du président est prépondérante en cas de partage égal des voix.

第L. 331-21條
(第1項) 爲執行權利保護委員會職務，高級公署依平政院敕令所定條件設立經宣誓調查員，並經署長認可。此任命並不免除允許接觸受法律保護秘密之程序規範之適用。
(第2項) 前項所指權利保護委員會委員與調查員，依第L. 331-24條規定受理該委員會繫屬案件。**[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**
(第3項) 依程序需要，前述人員得取得任何種類之文件，包括電子通訊與郵政法典第L. 34-1條規定之電子通訊業者儲存處理之資料，以及2004年6月21日第2004-575號法律「關於數位經濟中的信賴」第六條I之第一、二項規定之服務業者。
(第4項) 前述人員得取得前項所指之文件複本。
(第5項) 若用戶之公共通訊連線服務用於重製、呈現、公開傳輸受保護著作或客體，而依第I、II編所定應獲權利人許可而未經許可者，前述人員得經由電子通訊業者取得用戶身份、郵政地址、電郵地址與電話號碼。
Article L. 331-21
Pour l'exercice, par la commission de protection des droits, de ses attributions, la Haute Autorité dispose d'agents publics assermentés habilités par le président de la

Haute Autorité dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat. Cette habilitation ne dispense pas de l'application des dispositions définissant les procédures autorisant l'accès aux secrets protégés par la loi.
Les membres de la commission de protection des droits et les agents mentionnés au premier alinéa reçoivent les saisines adressées à ladite commission dans les conditions prévues à l'article L. 331-24. Ils procèdent à l'examen des faits [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009].
Ils peuvent, pour les nécessités de la procédure, obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
Ils peuvent également obtenir copie des documents mentionnés à l'alinéa précédent.
Ils peuvent, notamment, obtenir des opérateurs de communications électroniques l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.

第L. 331-21-1條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第1條新增]
(第1項) 若對侵權科以第**L. 335-7**條與第**L. 335-7-1**條所指中止線上公共通訊連線服務之從刑時，權利保護委員會成員與經宣誓調查員於第**L. 331-21**條所指法院面前，得陳述可能構成本編所規定侵權之事實。
(第2項) 前開人員得彙整利害關係人之報告。應於傳喚通知書中記載此權利。
(第3項) 若利害關係人要求到場陳述，應傳喚並准其陳述。所有在場陳述人士均有權依其意願參與會議。
(第4項) 審理筆錄以副本送予利害關係人。

Article L. 331-21-1 *[inséré par l'article 1er]*
Les membres de la commission de protection des droits, ainsi que ses agents habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire mentionnés à l'article L. 331-21, peuvent constater les faits susceptibles de constituer des infractions prévues au présent titre lorsqu'elles sont punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne mentionnée aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1.

Ils peuvent en outre recueillir les observations des personnes concernées. Il est fait mention de ce droit dans la lettre de convocation.
Lorsque les personnes concernées demandent à être entendues, ils les convoquent et les entendent. Toute personne entendue a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix.
Une copie du procès-verbal d'audition est remise à la personne concernée.

第L. 331-22條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第2條修改]
(第1項) 高級公署成員與調查員就因其職務上得知之事實、行爲或資訊，應依 刑法第413-10條規定保守業務秘密，但爲作成決定、建議與報告以及同法典第226-13條規定所需者，不在此限。
(第2項) 在1995年6月21日第95-73號法律第17-1條安全性指南與程序規劃之要件下，本法典第L. 331-21條所定調查員資格決定，應先由行政調查其行爲是否符合其職權或任務之行使。
~~**(第3項) 調查員應當品德端正，並遵守由平政院敕令規定之職務倫理規範。**~~
（註：刪除第3項）
Article L. 331-22 *[modifié par l'article 2 ex 1er bis]*
Les membres et les agents publics de la Haute Autorité sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions prévues à l'article 413 10 du code pénal et, sous réserve de ce qui est nécessaire à l'établissement des avis, des recommandations et des rapports, à l'article 226-13 du même code.
Dans les conditions prévues par l'article 17-1 de la loi n° 95 73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, les décisions d'habilitation des agents mentionnés à l'article L. 331-21 du présent code sont précédées d'enquêtes administratives destinées à vérifier que leur comportement n'est pas incompatible avec l'exercice de leurs fonctions ou missions.
~~**Les agents doivent en outre remplir les conditions de moralité et observer les règles déontologiques définies par décret en Conseil d'État.**~~

第二小節 鼓勵合法內容發展，以及觀察著作權或鄰接權所保護著作或客體在電子通訊網路上之合法與非法利用之任務
Sous-section 2 : Mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques
第L. 331-23條

(第1項) 在鼓勵合法內容商業與非商業發展，以及觀察著作權或鄰接權所保護著作或客體在電子通訊網路上之合法與非法利用之任務下，高級公署每年公佈指標，其清單由敕令規定之。其提出第L. 331-14條所述合法內容發展之報告。
(第2項) 依平政院敕令之規定，高級公署針對線上公共通訊服務公司所提供內容服務授予標誌，以資使用者藉此清楚辨識內容提供之合法性。此標誌定期重新檢視之。
(第3項) 高級公署職司注意合法內容服務參考入口網站之設立、改善以及更新。
(第4項) 此外，高級公署評估由以下業者操作之內容辨識與過濾科技實驗：此類科技設計者、受保護著作與客體之權利人以及提供線上公共通訊服務業者。高級公署於依第L. 331-14條所定年度報告中，報告關於此科技主要發展，特別是關於此類科技之有效性。
(第5項) 高級公署辨識與研究受著作權或鄰接權保護之著作與客體於電子通訊網絡上非法使用之相關技術方式。必要時高級公署在第L. 331-14條規定之報告書中提出解決方案。

Article L. 331-23

Au titre de sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale, qu'elle soit ou non commerciale, et d'observation de l'utilisation, qu'elle soit licite ou illicite, des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques, la Haute Autorité publie chaque année des indicateurs dont la liste est fixée par décret. Elle rend compte du développement de l'offre légale dans le rapport mentionné à l'article L. 331-14.

Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, la Haute Autorité attribue aux offres proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres. Cette labellisation est revue périodiquement.

La Haute Autorité veille à la mise en place, à la mise en valeur et à l'actualisation d'un portail de référencement de ces mêmes offres.

Elle évalue, en outre, les expérimentations conduites dans le domaine des technologies de reconnaissance des contenus et de filtrage par les concepteurs de ces technologies, les titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés et les personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne. Elle rend compte des principales évolutions constatées en la matière, notamment pour ce qui regarde l'efficacité de telles technologies, dans son rapport annuel prévu à l'article L. 331-14.

Elle identifie et étudie les modalités techniques permettant l'usage illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques. Dans le cadre du rapport prévu à l'article L. 331-14,

elle propose, le cas échéant, des solutions visant à y remédier.

第三小節« 著作權或鄰接權所保護著作或客體之保護任務 »
Sous-section 3 : Mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin

第L. 331-24條

(第1項) 權利保護委員會針對經宣誓與依第L. 331-2條規定受認可的調查員之舉發進行審理，且調查員由以下機構指定：

- 合法成立之權利保護專業機構。
- 權利收取與分配團體。
- 國家電影藝術中心。

(第2項) 權利保護委員會得依檢察官所遞交資訊爲基礎進行審理。

(第3項) 超過六個月以上之事件不得舉發請求委員會審理。

Article L. 331-24

La commission de protection des droits agit sur saisine d'agents assermentés et agréés dans les conditions définies à l'article L. 331-2 qui sont désignés par :

— les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ;

— les sociétés de perception et de répartition des droits ;

— le Centre national de la cinématographie.

La commission de protection des droits peut également agir sur la base d'informations qui lui sont transmises par le procureur de la République.

Elle ne peut être saisie de faits remontant à plus de six mois.

~~第L. 331-25條~~ [經2009年10月28日第2009-1311號法律第2條廢止]

~~權利保護委員會所採措施，限於爲終止第L. 336-3條所定義務之違反所必需者。~~

~~Article L. 331-25~~ *[abrogé par l'article 2 ex 1erbis]*

~~Les mesures prises par la commission de protection des droits sont limitées à ce qui est nécessaire pour mettre un terme au manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3.~~

~~第L. 331-26條~~第L. 331-25條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]

(第1項) 權利保護委員會受理可能構成第L. 336-3條規定之違反義務之案件時，得以其名義與戳記，藉由電子郵件與透過用戶之線上公共通訊服務業者中介，寄出規勸信提醒用戶注意第L. 336-3條之規定，要求其遵守該條所定義務 **[原條文**

此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲] **，並警告再犯可依第L.335-7條與第L.335-7-1條加以處罰**。此規勸信內容也包括線上合法文化內容之資訊、預防違反第L. 336-3條規定義務之安全措施，以及不尊重著作權與鄰接權行爲對藝術創作的持續與文化產業之經濟所致危險。

(第2項) 於第1項所定規勸信寄出後六個月內，如再違反可能構成第L. 336-3條所定義務，委員會可透過電子郵件再次寄出與第1項規定同樣內容之規勸信。其~~得~~**應**於此信中配合簽收或所有其他可資證明**提出**勸告寄出日期之方式。

(第3項) 基於本條所寄出之規勸信內指明可能構成第L. 336-3 條規定違反義務之日期與時間。但規勸信不揭露與違反義務相關受保護著作或客體之內容。規勸信提供電話、地址、電子郵址等聯絡方式以便收信人向權利保護委員會遞交陳述狀；若當收信人明確向委員會要求時，可藉以獲得其所受舉發違反之受保護著作或客體內容細節。

[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]

~~Article L. 331-26~~ L. 331-25 *[modifié par l'article 3 ex 1er ter]*

Lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la commission de protection des droits peut envoyer à l'abonné, sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l'intermédiaire de la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l'abonné, une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L. 336-3, lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009] **et l'avertissant des sanctions encourues en application des articles L. 335-7 et L. 335-7-1** . Cette recommandation contient également une information de l'abonné sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins.

En cas de renouvellement, dans un délai de six mois à compter de l'envoi de la recommandation visée au premier alinéa, de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la commission peut adresser une nouvelle recommandation comportant les mêmes informations que la précédente par la voie électronique dans les conditions prévues au premier alinéa. Elle peut **doit** assortir cette recommandation d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date d'envoi **de présentation** de cette recommandation.

Les recommandations adressées sur le fondement du présent article mentionnent la

date et l'heure auxquelles les faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ont été constatés. En revanche, elles ne divulguent pas le contenu des œuvres ou objets protégés concernés par ce manquement. Elles indiquent les coordonnées téléphoniques, postales et électroniques où leur destinataire peut adresser, s'il le souhaite, des observations à la commission de protection des droits et obtenir, s'il en formule la demande expresse, des précisions sur le contenu des œuvres ou objets protégés concernés par le manquement qui lui est reproché.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]

~~第L. 331-32~~條 第L. 331-26條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改]

(第1項) 高級公署在諮詢預防非法使用線上公共通訊服務之安全措施設計業者、連線服務提供業者以及由本卷第二編所規範團體與合法成立的權利保護機構後，高級公署公開此措施 **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]** 之適當的機能性規格。

(第2項) 高級公署在認證評估過程中，同時考量符合第1項所定規格與效率，建立一清單，以標誌 **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]** 安全措施。此標誌定期重新檢視之。

(第3項) 由平政院敕令規定此安全措施之評估與標誌程序。

(第4項) **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**

~~Article L. 331-32~~ L. 331-26 *[modifié par l'article 12 ex]*

Après consultation des concepteurs de moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne, des personnes dont l'activité est d'offrir l'accès à un tel service ainsi que des sociétés régies par le titre II du présent livre et des organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, la Haute Autorité rend publiques les spécifications fonctionnelles pertinentes que ces moyens doivent présenter **[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009].**

Au terme d'une procédure d'évaluation certifiée prenant en compte leur conformité aux spécifications visées au premier alinéa et leur efficacité, la Haute Autorité établit une liste labellisant les moyens de sécurisation [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009]. Cette labellisation est périodiquement revue.

Un décret en Conseil d'Etat précise la procédure d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]

~~第L. 331-35條~~ 第L. 331-27條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第3條修改]
(第1項) 提供線上公共通訊服務業者與用戶簽訂之契約中，應以清楚與可讀的方式記載第L. 336-3條規定、高級公署可能採取措施 **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**。前述業者與用戶簽訂之合約中，也須註明侵犯著作權與鄰接權會遭受之刑事與民事處罰**，以及第L. 335-7-1條規定之適用**。
(第2項) 此外，本條第1項所定業者向新用戶與更新合約用戶告知線上合法文化內容之資訊、預防違反第L. 336-3條規定義務之安全措施，以及不尊重著作權與鄰接權行為對藝術創作的持續與文化產業之經濟所致危險。

~~Article L. 331-35~~ L. 331-27 *[modifié par l'article 3 ex 1er ter]*

Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne font figurer, dans les contrats conclus avec leurs abonnés, la mention claire et lisible des dispositions de l'article L. 336-3 et des mesures qui peuvent être prises par la commission de protection des droits [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009]. Elles font également figurer, dans les contrats conclus avec leurs abonnés, les sanctions pénales et civiles encourues en cas de violation des droits d'auteur et des droits voisins **et en application de l'article L. 335-7-1**.
En outre, les personnes visées au premier alinéa du présent article informent leurs nouveaux abonnés et les personnes reconduisant leur contrat d'abonnement sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins.

~~第L. 331-36條~~ 第L. 331-28條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第4條修改]
(第1項) 權利保護委員會為本小節賦予其職權行使所需期間，得保留所獲技術資料 **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**。
(第2項) **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**
(新增第2項) 線上公共通訊服務業者需通知權利保護委員會其開始斷線日期；權利保護委員會於斷線期間屆滿後刪除用戶個人資料。

~~Article L. 331-36~~ L. 331-28 *[modifié par l'article 4 ex 1er quater]*

La commission de protection des droits peut conserver les données techniques mises à sa disposition pendant la durée nécessaire à l'exercice des compétences qui lui sont confiées à la présente sous-section [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009].

[*Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]*

La personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne est tenue d'informer la commission de protection des droits de la date à laquelle elle a débuté la suspension ; la commission procède à l'effacement des données à caractère personnel relatives à l'abonné dès le terme de la période de suspension.

~~第L. 331-37條~~ 第L. 331-29條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第5條修改]

(第1項) 高級公署准許建立自動化處理本小節所定程序內相關人員之個人資料。

(第2項) 此處理過程目的在於讓權利保護委員會可實施本小節規定之措施、所有屬此的程序行爲**、專業保護機構與權利金收取分配團體向法院起訴之所有屬此的程序行爲與資訊方式，以及第L. 335-7條第5項所定通知[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**。

(第3項) 平政院在聽取國家資訊與自由委員會建議後，以敕令規定本條之實施方式，明訂以下項目：

- 紀錄之資料類別以及其保存期限。
- 有資格收受此類資料者，特別是提供線上公共通訊服務之業者。
- 當事人得向高級公署行使權利接觸「1978年1月6日第78-17號法律關於資訊、檔案以及自由」所定資料。

~~Article L. 331-37~~ L. 331-29 *[modifié par l'article 5 ex 1er quinquies]*

Est autorisée la création, par la Haute Autorité, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure dans le cadre de la présente sous-section.

Ce traitement a pour finalité la mise en œuvre, par la commission de protection des droits, des mesures prévues à la présente sous-section et de tous les actes de procédure afférents, **de tous les actes de procédure afférents et des modalités de l'information des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits des éventuelles saisines de l'autorité judiciaire ainsi que des notifications prévues au cinquième alinéa de l'article L. 335-7** *[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009]*.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment :
— les catégories de données enregistrées et leur durée de conservation ;
— les destinataires habilités à recevoir communication de ces données, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ;
— les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer, auprès de la Haute Autorité, leur droit d'accès aux données les concernant conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

~~第L. 331-38~~條 第L. 331-30條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]
(第1項) 高級公署權利保護行政團與委員會案件程序與審理規範，由平政院敕令規定之。
(第2項) **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**
~~Article L. 331-38~~ L. 331-30
Un décret en Conseil d'Etat fixe les règles applicables à la procédure et à l'instruction des dossiers devant le collège et la commission de protection des droits de la Haute Autorité.
[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]

第4小節 規制與注意受著作權或鄰接權保護著作與客體之技術保護與辨識措施領域之任務
Sous-section 4 : Mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin
~~第L. 331-39~~條 第L. 331-31條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]
~~第L. 331-40~~條 第L. 331-32條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]
~~第L. 331-41~~條 第L. 331-33條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]
~~第L. 331-42~~條 第L. 331-34條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修

改條號]

~~第L. 331-43~~條 第L. 331-35條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]

~~第L. 331-44~~條 第L. 331-36條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]

~~第L. 331-45~~條 第L. 331-37條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改條號]

（註：實際修改內容略）

第5章 刑事罰則

• ***Chapitre V : Dispositions pénales.***

第L. 335-1條～第L. 335-6條 略

第L. 335-7條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第7條修改]

（第**1**項）若該侵權係藉由線上公共網路服務違犯者，得對第**L. 335-2**條、第**L. 335-3**條與第**L. 335-4**條所定侵權有罪之行爲人，科處一年以下的中止線上公共網路服務連線之從刑，並附帶禁止於該中止連線相同期間內向其他任何相同性質業者訂立連線契約。

（第**2**項）當此連線服務是購自於包含其他如電話或電視服務之商業方案中，中止用戶連線服務決定並不適用於該其他服務。

（第**3**項）中止連線服務本身不影響向服務業者之費用繳付。消費法典第**L. 121-84**條規定在中止連線服務期間不適用。

（第**4**項）暫停連線服務期間可能的解約費用由用戶承擔。

（第**5**項）若該處罰可執行，本條所定從刑通知網路著作散布與權利保護高級公署，再由其通知線上公共網路服務業者執行斷線，該斷線應於通知受斷線相關用戶後**15**日內爲之。

（第**6**項）線上公共網路服務業者已受通知而未實施斷線處罰者，處**5000**歐元以下之罰金。

（第**7**項）刑事訴訟法第**777**條第**3**款不適用於本條所定從刑。

Article L. 335-7 *[inséré par l'article 7 ex 3]*

Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de

même nature auprès de tout opérateur.
Lorsque ce service est acheté selon des offres commerciales composites incluant d'autres types de services, tels que services de téléphonie ou de télévision, les décisions de suspension ne s'appliquent pas à ces services.
La suspension de l'accès n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au fournisseur du service. L'article L. 121-84 du code de la consommation n'est pas applicable au cours de la période de suspension.
Les frais d'une éventuelle résiliation de l'abonnement au cours de la période de suspension sont supportés par l'abonné.
Lorsque la décision est exécutoire, la peine complémentaire prévue au présent article est portée à la connaissance de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, qui la notifie à la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne afin qu'elle mette en œuvre, dans un délai de quinze jours au plus à compter de la notification, la suspension à l'égard de l'abonné concerné.
Le fait, pour la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, de ne pas mettre en œuvre la peine de suspension qui lui a été notifiée est puni d'une amende maximale de 5 000 €.
Le 3° de l'article 777 du code de procédure pénale n'est pas applicable à la peine complémentaire prévue par le présent article.

第**L. 335-7-1**條 **[**經**2009**年**10**月**28**日第**2009-1311**號法律第**8**條修改**]**
（第**1**項）若法令有規定對於本法典所定第五級違犯者，第**L. 335-7**條所定從刑得對線上公共網路服務連線用戶依相同方式宣告，但以其顯有過失，且權利保護委員會依第**L. 331-25**條已以掛號或其他可資證明通知日期的適當方式，先行對其寄送實施網際網路連線安全方式之建議者爲限。
（第**2**項）顯有過失係依前項所指建議之通知後最近一年內之所犯事實爲審酌依據。
（第**3**項）此情形中止連線期間最高爲一個月。
（第**4**項）被告受本條從刑宣告而違反於斷線期間內禁止向訂立線上公共網路服務連線契約者，處**3750**歐元以下罰金。
Article L. 335-7-1 *[inséré par l'article 8 ex 3 bis]*
Pour les contraventions de la cinquième classe prévues par le présent code, lorsque le règlement le prévoit, la peine complémentaire définie à l'article L. 335-7 peut être prononcée selon les mêmes modalités, en cas de négligence caractérisée, à l'encontre du titulaire de l'accès à un service de communication au public en ligne auquel la commission de protection des droits, en application de l'article L. 331-25, a préalablement adressé, par voie d'une lettre remise

contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date de présentation, une recommandation l'invitant à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet.
La négligence caractérisée s'apprécie sur la base des faits commis au plus tard un an après la présentation de la recommandation mentionnée à l'alinéa précédent.
Dans ce cas, la durée maximale de la suspension est d'un mois.
Le fait pour la personne condamnée à la peine complémentaire prévue par le présent article de ne pas respecter l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement à un service de communication au public en ligne pendant la durée de la suspension est puni d'une amende d'un montant maximal de 3 750 €.

第L. 335-7-2條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第9條修改]
爲宣告第L.335-7條與第L.335-7-1條所定斷線處罰並決定斷線期間，法院應考量侵權行爲情節與侵害輕重，以及行爲人個人情況，特別是其職業或社會活動與社會經濟處境。所宣告處罰期間應衡平智慧財產權之保護以及表意與通訊自由之尊重，特別是後者是從住所行使者。
Article L. 335-7-2 *[inséré par l'article 9 ex 3 ter A]*
Pour prononcer la peine de suspension prévue aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 et en déterminer la durée, la juridiction prend en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile.

第L. 335-8條～第L. 335-10條 略

第6章：針對受著作權或鄰接權保護著作與客體之非法下載與提供使用之防止
Chapitre VI : Prévention du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin

第L.336-1條
（第1項）若軟體主要用於非法供公眾使用受著作權權利保護著作或客體，地方法院院長於受通知後，得命限期實施所有符合現行科技水準之必要措施，以保護此權利。

（第2項）前項所命措施不得產生變更軟體必要特徵或原始目的之效果。
（第3項）第L.332-4條適用本條所指軟體。

Article L. 336-1

Lorsqu'un logiciel est principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'oeuvres ou d'objets protégés par un droit de propriété littéraire et artistique, le président du tribunal de grande instance, statuant en référé, peut ordonner sous astreinte toutes mesures nécessaires à la protection de ce droit et conformes à l'état de l'art.

Les mesures ainsi ordonnées ne peuvent avoir pour effet de dénaturer les caractéristiques essentielles ou la destination initiale du logiciel.

L'article L. 332-4 est applicable aux logiciels mentionnés au présent article.

第L.336-2條

線上公共通訊服務之內容若有侵害著作權或鄰接權情形，地方法院於必要時依請求禁制令形式，得依著作與受保護客體之著作權利人、相關權利人、第L. 321-1條所定權利收取與分配團體或第L. 331-1條所定專業權利保護機構之請求，命令針對可能提供內容之人採取防止或停止此著作權或鄰接權侵害之適當措施。

Article L. 336-2

En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier.

第L. 336-3條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第10條修改]

(第1項) 公共線上通訊連線服務之名義上用戶有義務注意其連線是否被用於未經權利人許可重製、呈現、公開傳輸第一、二卷規定之受著作權或鄰接權保護之著作或客體。

(第2項) **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**

(第3項) 違反第1項規定之連線服務名義上用戶，**除第L.335-7條與第L.335-7-1條另有規定外，**不生使當事人承擔刑事責任之效力。

Article L. 336-3 *[modifié par l'article 10 ex 3 ter]*

La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a

l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise. *[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]*

Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé**, sous réserve des articles L. 335-7 et L. 335-7-1**.

第L. 336-4條

於線上公共通訊服務上公開傳輸受保護著作或客體，其經許可利用之必要特徵，應以符合依本法典第L. 331-10條與消費法典第L. 111-1條規定之容易獲取方式，使使用者知悉。

Article L. 336-4

Les caractéristiques essentielles de l'utilisation autorisée d'une œuvre ou d'un objet protégé, mis à disposition par un service de communication au public en ligne, sont portées à la connaissance de l'utilisateur d'une manière facilement accessible, conformément à l'article L. 331-10 du présent code et à l'article L. 111-1 du code de la consommation.

二、修正 2009 年 6 月 12 日第 2009-669 號法律-「促進網路上創作之散布與保護」[256]

第19條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第12條修改]

I. **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**

II. 源於本法所制訂之本法典第L. 331-5條至**~~第L. 331-45條~~ 第L. 331-37條**，於「促進網路上創作之散布與保護高級公署」首次集會當日起，最遲至2009年11月1日前生效。

III. 於「技術措施高級公署」進行中程序，於「促進網路上創作之散布與保護高級公署」首次集會當日，全權由高級公署行政團承受。

IV. 本法典第L. 331-16 條所指高級公署行政團，其主席經互選後任期爲六年。其他八名成員任期由抽籤決定，其中三名任期爲兩年、三名任期爲四年，餘兩名任期爲六年。

[256] 由參議院、眾議院兩院通過；經憲法委員會 2009 年 6 月 10 日第 2009-580 號審查決議；由總統公布。

本法典第L. 331-17 條所指高級公署委員會，其主席經任命後任期爲六年。其他兩名成員任期由抽籤決定，一名任期爲兩年，另一名任期爲四年。

V. **[原條文此處由憲法委員會2009年6月10日第2009-580號決定宣告違憲]**

Article 19 *[modifié par l'article 12 ex 4 bis]*

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]

II. — Les articles L. 331-5 à ~~L. 331-45~~ **L. 331-37** du même code, dans leur rédaction résultant de la présente loi, entrent en vigueur à la date de la première réunion de la Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet et au plus tard le 1er novembre 2009.

III. — Les procédures en cours devant l'Autorité de régulation des mesures techniques à la date de la première réunion de la Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet sont poursuivies de plein droit devant le collège de la haute autorité.

IV. — Pour la constitution du collège de la haute autorité mentionné à l'article L. 331-16 du même code, le président est élu pour six ans. La durée du mandat des huit autres membres est fixée, par tirage au sort, à deux ans pour trois d'entre eux, à quatre ans pour trois autres et à six ans pour les deux derniers.

Pour la constitution de la commission de protection des droits mentionnée à l'article L. 331-17 du même code, le président est nommé pour six ans. La durée du mandat des deux autres membres est fixée, par tirage au sort, à deux ans pour l'un d'entre eux et à quatre ans pour l'autre.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.]

三、刑事訴訟法典（**Code de procédure pénale**）之最新修正條文

第2卷 審判之管轄

Livre II : Des juridictions de jugement.

第2編 輕罪審判

Titre II : Du jugement des délits.

第1章 輕罪法庭

Chapitre Ier : Du tribunal correctionnel.

第2節 法庭組織與聽審場所

Section II : De la composition du tribunal et de la tenue des audiences.

(…) （中略）

第398-1條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第6條修改]

（第1項）以下依第398條第3項規定審理：

（中略）

10. 智慧財產權法典第L. 335-2條、第L. 335-3條與第L. 335-4條所定輕罪係藉由線上公共網路服務違犯者。

（下略）

Article 398-1 *[modifié par l'article 6 ex 2]*

Sont jugés dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article 398 :

[…]

10° Les délits prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne.

(…)

第7節 簡易程序

Section VII : De la procédure simplifiée.

（中略）

第495-6-1條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第6條修改]

（第1項）智慧財產權法典第L. 335-2條、第L. 335-3條與第L. 335-4條所定輕罪係藉由線上公共網路服務違犯者，得依本節規定聲請簡易判決處刑。

（第2項）[原條文此處由憲法委員會2009年10月22日第2009-590號決定宣告違憲][257]

此處文字原爲：於此情形，被害人得請求法院院長於此公訴之相同判決內，許可其附帶民事請求）。簡易判決程序因此通知民事請求當事人，並得依第495-3條規定方式適用異議程序。

Article 495-6-1 *[inséré par l'article 6 ex 2]*

Les délits prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, peuvent également faire l'objet de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale prévue par la présente section.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009.]

---

[257] 憲法委員會其認定本法第 6 條 II 允許法院於刑事簡易判決中命被告爲民事損害賠償，係屬違憲規定，理由略以：憲法委員會不反對此一處置本身，但憲法第 34 條規定刑事訴訟規則屬法律保留事項，應由立法者於法律中明確規定其適用規則，而非委由行政飭令訂定。本案立法者忽略其職權而未於法律中規定必要細節，故應認定本條 II（即刑事訴訟法第 495-6-1 條第 2 項）因立法怠惰而屬違憲。

* Texte original : **~~« Dans ce cas, la victime peut demander au président de statuer, par la même ordonnance se prononçant sur l'action publique, sur sa constitution de partie civile. L'ordonnance est alors notifiée à la partie civile et peut faire l'objet d'une opposition selon les modalités prévues par l'article 495-3. »~~**
（下略）

四、刑法典（**Code pénal**）之最新修正條文

第434-41條 [經2009年10月28日第2009-1311號法律第11條修改]
被告違反下列刑罰所定義務或禁令者，處兩年有期徒刑與30000歐元罰金：依第131-5-1條、第131-6條、第131-10條、第131-14條、第131-16條或第131-17條所宣告之吊扣或吊銷駕照、禁止駕駛特定路上機動車輛、禁止於特定場所出現或會見特定人、完成課程義務、禁止持有或攜帶武器、收回打獵執照、禁止持有動物、禁止簽發支票、禁止使用付款卡片、關閉場所或排除於公共工程採購；**或依智慧財產權法典第L. 335-7條輕罪所宣告從刑而禁止訂立線上公共網路服務連線契約**。
（下略）

Article 434-41 *[modifié par l'article 11 ex 4]*
Est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende la violation, par le condamné, des obligations ou interdictions résultant des peines de suspension ou d'annulation du permis de conduire, d'interdiction de conduire certains véhicules terrestres à moteur, d'interdiction de paraître dans certains lieux ou de rencontrer certaines personnes, d'obligation d'accomplir un stage, d'interdiction de détenir ou de porter une arme, de retrait du permis de chasser, d'interdiction de détenir un animal, d'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, de fermeture d'établissement ou d'exclusion des marchés publics prononcées en application des articles 131-5-1, 131-6, 131-10, 131-14, 131-16 ou 131-17**, d'interdiction de souscrire un nouveau contrat d'abonnement à un service de communication au public en ligne résultant de la peine complémentaire prévue en matière délictuelle par l'article L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle.**
(…)