

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所



碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of LAW

National Taiwan University

Master Thesis

串流影音內容服務跨境可攜性與著作授權地域限制

Cross-border Portability of Audiovisual Content
Streaming Services and Geographical Restriction Clause
in Copyright Licensing

吳奕言

Yi-Yan Wu

指導教授：謝銘洋 博士

Advisor: Ming-Yan Hsieh, Ph.D.

中華民國 110 年 1 月

January 2021



誌 謝

首先要感謝的是有無限包容力的指導教授謝銘洋大法官，願意讓我嘗試這個天馬行空的題目，並且在繁忙的事務中總能抽出時間來跟我討論論文並提出許多實質且受用的建議，還願意配合我的時程規劃讓我壓線畢業，真的是感激感激再感激。再來是也十分感謝口試委員王怡蘋、章忠信老師不嫌棄小弟論文題目異想天開、天馬行空，給予我肯定並且提出很多很多可以參考的想法以及可能的問題，讓我的論文可以更加完整。

在論文寫作的過程中遇到很多的難關跟問題，雖然對主題早有想法，但也因為無法戰勝自己的惰性而拖了很久才真的開始動筆，謝謝父母在我怠惰的寫論文這將近兩年來不斷地給我鼓勵從不過問或「關心」我要畢業了沒。

再來要感謝的是阿雯，雖然我們兩個在寫論文的這段時間都很廢，但是廢人跟廢人間彼此的陪伴跟鼓勵，知道有人陪自己一起廢，對廢人進化成不廢人來說真的也很重要，希望我們都能快點朝向自己想要的生活大步走去。

還有在研究所期間一直陪著我的潘，雖然我們一起進台大，可是你卻比我早三年畢業，謝謝你一直包容那麼廢的我，還不斷的給予我各種支援與陪伴，能遇見你真的是我人生中最幸運的事情了。

最後也要謝謝厥世宗親會、科法 R04 以及各位曾出現在我生命中並給予我幫助的人，讓我在人生的道路上能順利走到現在。

中文摘要



線上串流影音內容服務現在已經成為多數消費者在近用視聽著作時的主要管道，加上個人便攜性裝置以及無線網路的普及，使得消費者可以隨時隨地的依其需求觀看著作內容。而線上串流影音內容服務雖然皆是以隨選視訊的方式供消費者在其選定之時間、地點觀看影音內容，但實際上消費者在地點的選擇上其實並沒有那麼自由，當消費者因故離開其訂閱串流影音服務之住所國到他國暫時居住時，影音平台有可能禁止消費者從該他國跨境近用消費者原先所訂閱之服務，或是在該他國向消費者提供的，並非其在訂閱國內原先所可近用之內容，使得消費者在境外時可能無法順利近用串流影音內容服務。而本文係在探討這樣的現況是如何發生的，以及是否能夠解決的問題。本文認為消費者不能跨境近用的原因來自服務提供者與著作權人所簽訂之授權契約中的授權地域限制約款，該約款限制了被授權人，也就是服務提供者，得提供著作的地理區域，服務提供者為了遵守契約限制，便無法向消費者跨境提供著作。至於授權地域限制約款存在的原因多樣，包含了法律上與經濟上原因，其中主要之目的為市場區隔。而本文之立場為消費者之暫時性跨境近用著作需求長期存在但不受重視，因此希望能夠說服著作權人，使其願意主動開放消費者暫時性的跨境近用著作的權限，或是說服國家透過立法的方式，來課予著作權人與服務提供者跨境可攜性之義務。

關鍵字：串流、著作授權、視聽著作、市場區隔、跨境近用、跨境可攜性、授權地域限制、影音內容

Abstract

Online audio-visual content streaming services has now become the most popular ways for consumers to access audiovisual content. Coupled with the popularity of personal portable devices and wireless networks, consumers can watch content anytime and anywhere according to their needs. Online audio-visual content services are all on-demand video for consumers to watch. However, consumers that are temporarily present in a country other than their country of residence often cannot continue to access and use the online content services that they have lawfully acquired the right to access and use in their country of residence. This article is exploring how this situation happened and whether it can be solved. The reason why consumers are not allow to cross-border access is geographical (or territorial) restriction clause in copyright licensing. The licensing contract restricts the geographic area where the service provider can provide the content. In order to comply with the contractual restriction, the service provider cannot provide the content to consumers across the border. As for the geographical restriction clause in licensing, there are various reasons for existence of such clause, including legal and economic reasons, the main purpose of which is market segmentation. In Author's opinion, consumers' demand for temporarily cross-border access has long existed but been neglected. Therefore, it is hoped that copyright owners can be persuaded to allow consumers to take the initiative to open up consumers' temporary cross-border access to content, or to persuade the country to impose obligations on cross-border portability of copyright owners and service providers through legislation. .

Keyword: copyright licensing, cross-border portability, online streaming service, Audiovisual content, geographical restriction, cross-border access, territorial restriction

目錄



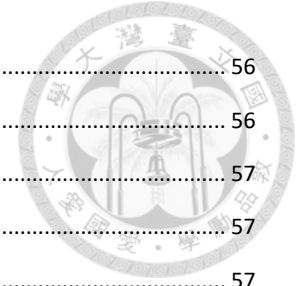
誌謝.....	I
中文摘要.....	II
ABSTRACT.....	III
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究背景.....	2
第一項 消費者近用著作方式與習慣的改變.....	2
第二項 隨時隨地近用需求的激增.....	3
第三項 跨境近用障礙的產生.....	4
第四項 消費者跨境近用需求被忽略.....	4
第五項 消費者保護趨勢與歐盟立法.....	4
第六項 線上影音網站簡介.....	5
第一款 影音內容來源.....	5
第二款 影音分享網站.....	6
第三款 影視內容服務提供平台.....	7
第三節 研究方法.....	8
第二章 著作權法上之視聽著作.....	9
第一節 視聽著作之意義.....	9
第一項 國際條約.....	9
第一款 伯恩公約.....	9
第二款 TRIPs.....	10
第三款 世界智慧財產權組織著作權條約.....	10
第二項 歐盟相關指令.....	10
第三項 我國著作權法之規定.....	11
第二節 視聽著作之著作人及權利歸屬.....	12
第一項 伯恩公約.....	13
第二項 TRIPs.....	13
第三項 歐盟相關法令.....	13
第四項 我國著作權法.....	14
第三節 視聽著作之權利範圍.....	15



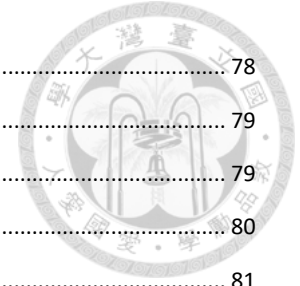
第一項 伯恩公約	15
第二項 TRIPs.....	15
第三項 WCT.....	16
第四項 歐盟出租出借權指令.....	16
第五項 我國著作權法之保障.....	16
第三章 著作數位化、OTT 服務與串流技術	18
第一節 著作線上數位化.....	18
第一項 數位著作之意義	18
第二項 數位著作之特性	18
第一款 重製便利.....	19
第二款 無實體化.....	20
第二節 數位匯流與 OTT 服務	21
第一項 數位匯流 (Digital Convergence)	21
第二項 OTT (Over The Top) 服務簡介.....	21
第三項 OTT 與著作權法之關係.....	23
第四項 OTT 影音內容服務提供者之商業模式	23
第一款 付費會員制.....	24
第二款 廣告制.....	24
第三款 混合制.....	25
第五項 OTT 影音內容服務提供之內容來源	25
第六項 OTT 影音內容服務提供者與消費者之法律關係.....	26
第七項 網際網路視聽服務管理法.....	28
第三節 串流服務.....	29
第一項 串流(streaming)技術.....	30
第二項 串流與著作使用之類型.....	30
第三項 串流與著作之有形利用.....	31
第一款 著作之有形利用	31
第二款 串流與重製	32
第一目 重製權.....	32
第二目 串流播放合法內容非重製行為.....	32
第三款 串流與權利耗盡	34
第一目 權利耗盡理論.....	34
第二目 無載體著作內容提供與權利耗盡.....	36
第三目 小結	36



第四項 串流與著作之無形傳達.....	37
第一款 著作之無形傳達.....	37
第二款 串流與公開傳輸.....	37
第五項 小結.....	38
第四章 線上數位視聽著作之授權地域限制.....	40
第一節 著作授權契約.....	40
第一項 著作權授權契約之特徵與契約自由.....	40
第一款 授權契約之特徵.....	40
第二款 授權契約與契約自由.....	41
第二項 授權契約之法律性質.....	42
第三項 授權契約種類—專屬、非專屬授權.....	43
第一款 專屬授權.....	43
第二款 非專屬授權.....	44
第四項 視聽著作與授權契約地域限制約款.....	45
第二節 授權地域限制.....	46
第一項 地域限制之標的.....	46
第二項 地域限制之目的.....	46
第一款 法律上目的.....	46
第一目 外國人著作之保障.....	46
第二目 屬地主義.....	47
第三目 涉外事件爭議處理、法律適用與管轄.....	47
第二款 經濟上目的.....	48
第一目 市場區隔.....	48
第三目 市場區隔與商品價差套利.....	49
第三項 著作授權地域限制約款的決定因素.....	50
第四項 著作授權地域限制約款的內容.....	51
第五項 著作授權地域限制對第三人的影響.....	52
第五項 小結.....	53
第三節 地理位置識別、限制手段與市場區隔.....	54
第一項 網際網路與地理位置識別.....	54
第一款 網際網路.....	54
第二款 識別網路使用者地理位置之方式.....	55
第一目 IP 位址.....	55
第二目 行動通訊基地台.....	56

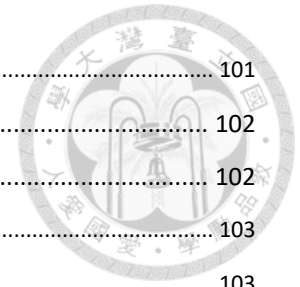


第三目 Wi-Fi 定位	56
第三款 地理定位的應用	56
第一目 適地性服務 (Location-Based Services ; LBS)	57
第二目 物聯網 (Internet of Things ; IoT)	57
第三目 資源物件關聯性建立與空間資訊提供	57
第四目 社群網路服務	58
第二項 識別地理位置之目的	59
第一款 興利	59
第二款 防弊	60
第一目 確保法律遵守	60
第二目 預防、偵查網路犯罪及侵權	61
第三目 數位權利管理	61
第四節 線上影音平台對消費者地理位置之限制方法	62
第一項 契約義務	62
第二項 IP 位址過濾	63
第三項 信用卡帳單地址	63
第四項 使用者規避地理封鎖之方式	64
第一款 Tor	64
第二款 Proxy	64
第三款 VPN	65
第五節 識別地理位置與市場區隔	66
第五章 跨境近用視聽著作	68
第一節 跨境近用視聽著作之著作權法議題	68
第二節 一般跨境近用著作	68
第三節 各平台在跨境使用內容時會遭遇之限制或障礙	69
第一項 區域性或國家性串流影音平台	70
第二項 全球性串流影音平台	70
第四節 歐盟內部市場線上內容服務跨境可攜性規章	71
第一項 跨境可攜性障礙	71
第二項 《規章》目的、適用範圍與例外	72
第三項 《規章》內容	73
第一款 《規章》概覽	73
第二款 定義	74
第三款 可攜性義務	75



第四款 跨境近用行為之內國化	78
第五款 住所國之核實與個人資料保護	79
第一目 住所國核實方式	79
第二目 住所國核實之其他相關規定	80
第三目 收集資訊內容之範圍與必要個資保護	81
第四項 小結	82
第五節 跨境可攜性義務的落實與如何解決相關問題	83
第一項 常態跨境近用與暫時跨境近用	83
第二項 不提供跨境可攜性的原因	84
第一款 著作利用之經濟上考量	84
第二款 與提供之著作內容相關問題	86
第一目 內容違反法令	86
第二目 內容未經授權	86
第三目 小結	86
第三項 跨境可攜性落實的方式	87
第一款 立法課予跨境可攜性義務	87
第二款 當事人契約約定	88
第四項 小結	89
第六章 跨境近用行為可能產生之問題	91
第一節 跨境近用的方式	91
第二節 跨境近用對著作權人之影響	92
第一項 預期利益的損失	92
第一款 暫時跨境近用行為	93
第二款 跨境可攜性的濫用	94
第三款 濫用跨境可攜性的控制	95
第一目 紀錄 IP 位址	95
第二目 裝置綁定	95
第三目 積極核實消費者居住國	96
第四目 調整服務提供方式	96
第二項 濫用預防責任之歸屬	98
第三節 各方之契約義務與責任	99
第一項 各類契約給付義務簡介	99
第二項 授權契約中著作權人之義務	101
第一款 著作權人的權利擔保責任	101

第二款 著作權人對被授權人之給付義務	101
第三項 授權契約中被授權人之保護義務	102
第四項 服務提供契約中服務提供者之契約義務	102
第一款 視聽內容服務提供契約定型化條款與消保法	103
第一目 消費者保護法之適用	103
第二目 定型化契約條款與顯失公平	104
第二款 服務提供契約主給付義務的違反	106
第七章 結論與建議	107
第一節 結論	107
第二節 建議	111
參考文獻	115





第一章 緒論

第一節 研究動機與目的


著作權法之發展與著作內容和著作媒介的發展息息相關，隨著科技不斷進步，人類所能創作出的著作作品型態越趨多元，為了完整保障著作權人權利，著作權法上所稱「著作」的概念亦不斷擴張。近二十年來，筆記型電腦、平板電腦和智慧型手機等便攜性個人電子通訊設備陸續普及，促進線上內容與線上服務的使用，無論消費者身處何處，都能夠透過各式連網裝置近用線上內容服務，也因此消費者對獲取線上內容服務的需求正在劇烈增加¹。消費者與服務提供者簽訂線上內容服務提供契約之情形越來越常見，現今消費者習慣使用的線上內容服務提供者的數量正在不斷增加，且根據不同的內容提供方式亦可區分成許多種類，不同提供方式之內容提供者在提供線上內容服務時，亦會遭遇到不同之著作權法議題。此種新型態的著作利用方式，在適用各國現行之著作權法時，常發生法律未及時更新以適應新興技術發展而有適用上困難或衍生其他相關問題，除了可能導致著作權人權利維護上之困難外，亦有可能造成線上內容服務提供商在提供線上內容服務時或消費者在近用合法訂閱之線上內容服務時之不便利等不利益。

線上或數位世界的侵權與一般著作權侵權行為，如販售實體重製品、仿冒品等侵權行為在範圍、程度上與執法難度都有相當程度的差異。在線上或數位環境下的侵權更容易、範圍更大影響更廣，且著作權人在權利維護上會遇到更多的困難，因此需要更多技術上的協助。著作權人為了有效維護自身的權利與利益，針對以網路為媒介來提供著作的行為，多會以技術方法來對消費者使用著作之權限進行一定程度的限制。

在跨境近用線上內容服務方面，暫時居於²住所國外他成員國之消費者通常無

¹ 歐盟規章 2017/1128 前言第 2 條。

² 係指基於教育、旅遊或商務等目的，一定期間內居住，並無以該暫時居住地為實際居所之意思。



法繼續近用其於住所國合法獲得近用權限之線上內容服務。關於此議題，歐盟已由歐盟議會通過「歐盟內部市場線上服務跨境可攜性規章」明文規範於歐盟各成員國境內之線上內容服務提供商應該採取相當之措施，以消除消費者在跨境線上近用影音內容服務時所可能遭遇之障礙，開此議題在立法上之先河。因為歐盟作為區域經濟性國際合作組織，各成員國在特定領域（主要與經濟相關，如貨幣、金融政策、內部市場等）中將一定程度之國家主權交由歐盟議會行使，而經歐盟議會所制定之規章³對於所有成員國直接適用，使成員國受規章之約束，故在跨境相關議題上歐盟較世界其他國家或區域性組織更有協調解決之能力。而隨著運輸技術的發展及世界村的影響，不只是歐盟，全世界各國家之間的地理距離不再是阻礙人民自由流動（不論是就業、就學或旅遊）的限制，國家間的界線正在逐漸消失，隨著人民在國與國的領土間頻繁來往，定會產生跨境存取線上內容服務之需求，且此種需求正日益增長，在不久的將來勢必在各國的著作權維護上產生重大影響。本規章極可能成為各國在此議題立法上參考的對象。

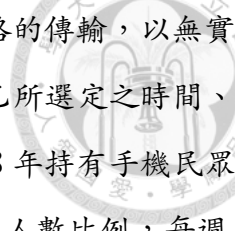
在經常出國旅遊、工作的現代生活，於旅程途中使用連網設備來觀看視聽內容的需求將越來越高。然而目前消費者最常使用的串流影音平台，卻通常會限制消費者僅能於其訂閱國內使用平台所提供之內容服務，對於暫時身在境外之消費者而言確實會造成相當程度之不便。要如何在以最大程度保障著作權人與服務提供者之權利、利益的同時，滿足消費者跨境使用線上內容服務需求，為本文的主要討論重點。

第二節 研究背景

第一項 消費者近用著作方式與習慣的改變

拜數位化所賜，各類型的著作都可以透過數位化的形式，轉換成為電腦、智

³ 歐盟議會另可做出：指令、決定、建議及意見。指令僅指出目標，各成員國得自行選定達成之形式、方法。決定針對特定對象，該對象受該約定之約束。建議及意見則為參考性質，無約束力。



慧型手機等電子裝置能夠讀取、呈現的資訊，並可透過網際網路的傳輸，以無實體的方式向消費者提供。數位化的提供方式，供消費者能在自己所選定之時間、地點近用著作的便利性為其一大特色。根據國家發展委員會 108 年持有手機民眾數位機會調查報告指出，107 至 108 年，以手機近用影音服務之人數比例，每週至少使用一次之人數比例由 75.8% 提升至 78.5%；每日至少使用一次之比例則由 39.9% 提升至 42.8%⁴。台灣傳播調查資料庫亦根據 2019 年的調查指出，全台有看戲劇習慣的民眾中，以電視為主要觀看管道的人約有 63.8%，以影音串流平台為主要觀看管道的人有 36%⁵。使用串流影音平台觀看戲劇之民眾每天平均看戲劇時間為 102 分鐘，高於使用電視觀看戲劇的 88 分鐘。顯示消費者在近用影音內容之著作時，有固定比例的消費者以串流影音平台作為主要的觀看管道。

第二項 隨時隨地近用需求的激增

受近年來智慧型手機、筆記型電腦等行動裝置及行動網路、無線網路普及之影響，擁有智慧型手機或筆記型電腦之線上影音網站訂閱者皆可於其所有之裝置上下載影音網站所提供之 app（應用程式軟體）來收看影音內容，因此相較於過往僅得透過電視收看之節目及需透過桌上型電腦連結有線網路來收看之網路電視節目而言，給予消費者相對較大的觀看時間、地點上便利性。也因為行動裝置與行動網路，消費者原本在取得內容時受到的地點及時間上限制不復存在，不論消費者身在何處，都可在該處收看線上內容。而消費者觀看影音內容的需求，並非只會於國內發生，在消費者因旅遊、商務等原因出國時，亦有可能會有使用串流影音服務的需求。以目前各大線上串流影音平台的政策，消費者在境外時，將無法取得與在國內所能取得之相同數量、品質的服務內容。

⁴ 國家發展委員會 108 年持有手機民眾數位機會調查報告，載於：

<https://ws.ndc.gov.tw/Download.ashx?u=LzAwMS9hZG1pbmlzdHJhdG9yLzEwL2NrZmlsZS9hZjg2Nzg1Ny01YWE0LTRjZTYtODQ3OS00NzVhMwY5NTkyOGMucGRm&n=6ZmE5Lu2OS0xMDjlibTmiYvmqZ%2Fm14%2FmlbjkvY3mqZ%2FmnlPoqr%2Fmn6XloLHlkYot5YW5ZGK54mILnBkZg%3D%3D&icon=.pdf>（最後瀏覽日：12/23/2020）。

⁵ 台灣傳播調查資料庫，編輯室報告，

<http://www.crctaiwan.nctu.edu.tw/epaper/%E7%AC%AC155%E6%9C%9F20200730.htm>（最後瀏覽日：12/23/2020）。

第三項 跨境近用障礙的產生



線上串流影音網站能合法提供線上內容，是服務提供者與著作權利人簽訂著作權授權契約之結果。而授權契約之內容除授權期間長短外，亦針對著作被授權使用之地理區域訂有限制。一般而言，著作權人會依其商業上或其他個人考量，將其著作在不同之地理區域分別授權給不同被授權人使用。讓授權人在取得著授權後，利用著作之經濟利益能夠達到最大化。而此種授權契約內含之限制，將使得影音網站經營者在線上提供影音著作內容滿足消費者隨時隨地觀看之需求時，發生以下問題：一但消費者身處在著作權人授權給影音網站營運者得合法使用著作之地理區域外時，影音網站即可能因超出被授權之範圍，受契約條款拘束而不得向該消費者提供著作內容。因此使得經常來往不同地理區域、國家之消費者雖已付費訂閱線上內容服務，卻仍無法享有與其他訂閱者相同品質、數量之線上影音內容。

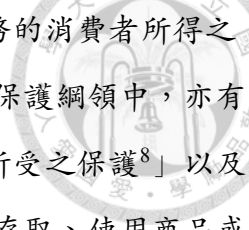
第四項 消費者跨境近用需求被忽略

串流影音平台在其所預先擬定用以與消費者締約之定型化契約中，皆有減輕平台自身對非處於訂閱服務國境外消費者提供服務時之責任的定型化條款。消費者在定型化契約中，必須同意放棄要求服務提供者在境外提供視聽內容之權利。雖此等定型化契約條款從契約自由的角度觀察應屬有效，但從消費者保護之觀點，串流影音平台預先擬定之定型化契約條款，在考量到影音平台與消費者間磋商地位的差異，可能有對消費者顯失公平的狀況存在。

第五項 消費者保護趨勢與歐盟立法

在各國，保護消費者的觀念越來越盛行，在聯合國所發布的消費者保護準則（UNGCP）中，其主要目標有：(1) 保護弱勢和處於不利地位的消費者⁶；(2) 針

⁶ UNGCP General principal 5 (b)：「The protection of vulnerable and disadvantaged consumers」。



對電子商務的消費者提供保障，其程度不低於使用其他形式商務的消費者所得之保護⁷；我國行政院消費者保護會保護所發布之電子商務消費者保護綱領中，亦有「在電子商務中消費者所受之保護，不應低於其他交易型態中所受之保護⁸」以及「不得使用不公平之契約條款⁹」以及「可能影響消費者取得、存取、使用商品或服務之主要技術、限制或條件等資訊應以充分、正確、清楚且易於瞭解之方式揭露¹⁰」等目標。基於此等消費者保護目標，跨境近用障礙若過度限制消費者造成其權益受損時，應適時透過立法或行政機關積極介入，以導正此等對消費者不公平之交易現象。

針對此問題，歐盟在 2017 年 6 月 14 號通過內部市場網路內容服務跨境可攜性規章 (Regulation on Cross Border Portability of Online Content Services in the Internal Market)，要求各成員國內之線上內容服務提供者採取相關措施，以消除跨境使用線上內容服務之訂閱者位處非訂閱服務之成員國內時，在近用內容時所可能遭遇之障礙。作為推動消費者在跨境使用線上內容服務上權益的先驅立法。然而在台灣，消費者在此方面的相關權益仍未受到重視。

第六項 線上影音網站簡介

第一款 影音內容來源

根據影音內容來源的不同，線上影音網站分成各種不同種類，以下先介紹各類影音內容的來源：UGC (User Generated Content；用戶生產內容)，用戶生產內容顧名思義即為網站使用者自己創作內容，進行拍攝、剪輯後，上傳至影音網站供其他網站使用者觀看。PGC (Professionally-generated Content；專業生產內

⁷ UNGCP General principle 5 (j)：「A level of protection for consumers using electronic commerce that is not less than afforded in other forms of commerce」。

⁸ 《電子商務消費者保護綱領》肆、基本原則第一條第(一)項，行政院消費者保護會網站，<https://cpc.ey.gov.tw/Page/5B0B11E0481347D8> (最後瀏覽日：12/23/2020)

⁹ 該綱領，肆、基本原則第二點第(五)項前段。


¹⁰ 該綱領，肆、基本原則第三點第(三)項第3款。

容)，係指在製作內容時，所依循的是傳統媒體的生產方式，而在傳播內容時則以網路為傳播管道。OGC (Occupationally-generated Content；職業生產內容) 則是指具有一定知識或專業背景的行业人士生產內容，並領取相對應的報酬。這三種類型的內容並非完全相斥，其中有重疊的可能，例如 UGC 和 PGC 的重疊發生在使用者在不斷產出內容後，因技術與專業經驗的累積，其內容逐漸升級成 PGC。

第二款 影音分享網站

影音分享網站係指該網站上所提供之內容皆由平台使用者製作上傳分享給其他使用者觀看。這類型平台，最知名如 YouTube，是目前全世界影音內容生產者，包括企業及個人生產者上傳創作內容之主要平台。電影、電視公司會將其作品如電影、電視劇之預告片或電視節目之完整內容上傳至該平台；音樂公司將歌手之音樂錄影帶上傳供觀眾觀賞；另有許多專門於 YouTube 上傳自己創作內容之創作者會上傳各種類型之自製影音內容。而上述之企業或個人內容產出者，由於其上傳之創作內容可能涉及二次創作（衍生著作）、改作等，在其創作內容中使用他人著作，若未取得原作權人之授權使用著作，亦有可能發生侵害他人著作權之行為¹¹。此類網站因其內容係由使用者上傳，平台本身不會對使用者上傳之內容進行事前審查是否有侵權之虞，因此如 Youtube，為避免消費者有侵權行為的產生，在網站上提供著作權人保障權利的管道，相關權利人得向網站提出申請，要求對其認為有侵權之虞的內容創作者，發出侵權下架通知。因 Youtube 對使用者侵權行為採取零容忍的機制，所以在其網站上幾乎看不到侵權之內容，即便有，也會在短時間內因著作權人的主張而被下架。

¹¹ 如台灣知名 Youtuber 谷阿莫，以「X 分鐘看完一部 XX 電影」系列影片使其頻道在 YouTube 上迅速竄紅，截至 2020/4/15 該頻道有 186 萬訂閱者。然其在 2017 年被美商迪士尼等五間片商以該系列影片有侵權之虞提起告訴。台北地方檢察署偵辦後在 2018/6/7 依違反著作權法第 92 條規定起訴。其後因谷阿莫與美商迪士尼、得利影視、車庫娛樂等三家片商提告 8 部侵權作品部分，達成和解，三家片商分別對其撤告，台北地院於 2019/12/25 日判公訴不受理；至於其他兩間片商提告之 5 部作品侵權訴訟則仍在審理中。網頁：上報快訊，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNp=78928（最後瀏覽日：2020/04/15）。



然而影音分享網站除了 Youtube 以外，另外有一種類型之網站，雖然所提供之影音內容也全部都是使用者上傳，但由於網站之營運政策不同，導致使用者上傳的內容種類亦完全不同。此類平台國內較多人使用者如 vimeo、bilibili 等。在此類平台上隨處可見使用者未經著作權人上傳如電視劇、電影或電視節目等內容。

另外亦有一些近兩三年新興的影音分享平台，此類新興影音分享平台用戶分享之內容上與 Youtube 有相當大的差異，Youtube 使用者分享之內容通常為使用者預先錄製、剪輯後，上傳供其他使用者觀看。新興的影音分享平台則多為直播平台，如國內知名之直播平台有 17 直播、Up 直播、Facebook 直播、YouTube 直播等，直播平台的內容則為使用者以現場即時播送的方式，依照事前寫好的直播腳本演出或無腳本演出。直播的重點在於與觀眾互動，建立觀眾的參與感，與 Youtube 上傳之完整影片著重在影片內容的傳達有十分大的不同。

影音分享網站的種類五花八門，但共同的特徵是此類網站所提供的內容完全由使用者製作並上傳，網站經營者本身並不會對網站上的內容進行干預，而交由上傳者與觀眾來決定。至多僅在有侵權或違反法律之虞，而有必要介入時，事後以下架、刪除影片內容的方式進行平台的管理。

第三款 影視內容服務提供平台

此類平台上的影音內容全部由由經營者上傳與管理。如 Netflix（英國）、愛奇藝（中國）、Apple TV+（美國）、Amazon Prime Video（美國）、Friday 影音（台灣）等等。而這類型影音平台所提供之內容，皆為依照傳統媒體的製作過程，所製作之專業影視內容，例如電影、電視劇、電視節目等。

影視內容服務提供平台主要目的是取代傳統以影碟、影帶等實體著作物作為影視著作之近用方式，以數位化的線上串流方式，向消費者提供各類的影視著



作，包括戲劇、電影等等。

影視內容服務提供平台對其提供著作之收費方式，依其提供服務的方式有所不同，有些提供者係以單片租借的方式，來向消費者收費，此種服務提供方式類似於傳統的影碟租借業者，由消費者選定自己想觀看的影視內容後，支付租片費用，並在一定的時間內可以自由觀看該內容。提供單片租借服務的串流影音平台，其實只是將原本影碟租借的流程中，以向消費者開放從網路收看租借內容的權限，來取代實際交付影碟的行為。另外亦有採取會員繳交訂閱費用後，在一定時間內可以無限觀看網站上所提供之影視內容的服務提供方式。兩種不同的服務提供方式分別適合對影視作品有不同程度需求的消費者。

第三節 研究方法

首先，本文針對目前世界上與在臺灣較多消費者使用之線上串流影音平台，如 NETFLIX、愛奇藝、Amazon Prime Video、friDay 影音等平台，閱讀其與消費者間所簽訂之服務條款、使用條款內容，了解此些串流影音平台對消費者跨境使用行為採取允許或禁止之態度。再藉由收集網路上消費者在跨境使用各影音平台時可能遭遇的問題、阻礙，與實際使用 VPN 軟體來試驗跨境使用串流服務來了解各平台在針對跨境使用內容之消費者會採取何等措施來限制消費者之近用權限。

第二則經由法律學、經濟學、行銷學與資訊、傳輸技術領域之文獻收集，去解析、討論消費者跨境近用限制的來源、禁止跨境近用對消費者權益的影響。並針對跨境近用限制主要之來源—授權契約地域限制約款—之目的進行進一步的討論；另外亦從資訊傳輸技術方面提供數個可能的解決方式。



第二章 著作權法上之視聽著作

第一節 視聽著作之意義

本文欲探討之內容，係針對 OTT 服務提供者透過網路串流之方式，向訂閱者「線上」提供「影音內容」，其所提供之「影音內容」，在各國際公約及我國著作權法規定中是否屬於著作以及屬於何類著作之定性因規範角度不同而有相異之處，以下就各類規範分別討論之。

第一項 國際條約

第一款 伯恩公約¹²

在國際條約中，可以發現最早對視聽著作之類似概念做出規定者，應屬伯恩公約。惟其並未直接稱其為視聽著作，而是電影著作(cinematographic works)，在該公約第 2 條第 1 項中規定了「電影著作和以類似於電影程序之方法表達之整合性著作」皆屬於伯恩公約「文學及藝術創作」之著作保護範圍。而從「以類似於電影程序之方法表達之整合性著作」等語可看出，該公約中所指之電影著作係一「整合性著作」，也就是透過將諸如劇本、攝影、配樂、服裝、編輯等個別獨立或是共同著作整合起來，成為一個整體的著作，包括視覺藝術、聽覺藝術、表演藝術多面向之作品。

可知伯恩公約對電影著作之定義係採取廣義電影著作之內涵，除了「傳統電影著作外」，還包括了透過電視或其他類似視聽媒體以類似於電影程序之方法表達之整合性著作¹³，無論是有聲還無聲影片、電視節目、劇集、音樂錄影帶等等

¹² Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works，伯恩保護文學和藝術作品公約。

¹³ 張懿云(2013)。〈視聽著作保護之研究—以國際著作暨鄰接權條約為中心〉，《智慧財產權月刊》，VOL. 179，頁 51-100。



皆在保護範圍內。因此，本文所欲討論之線上影音內容（視聽著作），例如電影、電視劇及其他影視作品，應皆被該公約有關電影著作之內涵所涵括，以下皆稱為視聽著作。

第二款 TRIPs

TRIPs（與貿易有關之智慧財產權協定）在第 9 條（與伯恩公約之關係）第 1 項規定：「會員應遵守伯恩公約（1971）第 1 條至第 21 條及附錄之規定。」。其中便適用了伯恩公約第 2 條第 1 項，又由於 TRIPs 中並未對視聽著作做出其他定義或補充，因此在 TRIPs 中，視聽著作之定義仍應回歸遵照伯恩公約第 2 條之規定。

第三款 世界智慧財產權組織著作權條約

世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO Copyright treaty，下稱 WCT）第三條（對《伯爾尼公約》¹⁴第 2 至 6 條的適用）：「締約各方對於本條約所規定的保護應比照適用《伯爾尼公約》第 2 至 6 條的規定。」，因此 WCT 對視聽著作之概念，亦比照伯恩公約第 2 條有關電影著作規定適用之¹⁵。

第二項 歐盟相關指令

歐盟 2006/115/EC 出租及出借權指令¹⁶第 2 條第 1 項 (c) 款對「影片」(Film) 之定義為：有聲或無聲之電影、視聽著作或動畫¹⁷。可見其是從最終之

¹⁴ 即伯恩公約。

¹⁵ 張懿云、陳錦全（編）（2011），《視聽著作權利保護之研究—期末報告》，頁 7-9。台北：經濟部。

¹⁶ 全名為“Directive 2006/115/EC of European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain right related to copyright in the field of intellectual property”「2006/115/EC 歐洲議會及理事會 2006 年 12 月 12 日有關智慧財產權領域之出租、出借權及特定著作鄰接權保護指令」。

¹⁷ 原文：「a cinematographic or audiovisual work or moving images, whether or not accompanied by sound.」。



呈現方式來做定義，而此定義下之影片概念範圍涵蓋極廣，包含了著作人所做出之影片及動畫，且不論是否有聲。而伯恩公約中是否以固著為保護要件之討論則未出現在此指令中¹⁸。

第三項 我國著作權法之規定

所謂視聽著作，乃指將思想或感情以連續影像表現之著作¹⁹。我國著作權法第 5 條第 7 款訂有視聽著作之著作類型，而視聽著作為我國著作權法明文規定之著作類型，其明確概念則由中華民國 81 年 6 月 10 日內政部公布台（81）內著字第 8184002 號公告之《著作權法第五條第一項各款著作內容例示》²⁰近一步闡明：「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。」，可見我國著作權法認為視聽著作屬於能在螢幕上顯示或藉其他機械設備呈現出之系列影像，而無論有無附隨聲音。且對是否需附著（固著）於媒介物之要件採取肯定之態度，亦不限於有體之媒介物，只要能使系列影像附著之媒介物皆屬之。

附著於媒介物之有聲或無聲系列影像始屬我國著作權法上之視聽著作。因此單純由電視台或是其他影音內容提供者以電視訊號、網路或其他訊號等管道傳輸提供給大眾觀看之現場直播節目等內容，若不具備即時回看功能或並未被錄製成影片，即因未附著於媒介物上，而非我國著作權法上之視聽著作，另應視該直播節目之內容為何，分別屬於著作權法上「語文、音樂、戲劇或舞蹈著作之演出」。因此近日十分熱門之網路直播平台，若該平台提供即時回放等功能，即代

¹⁸ 參照前揭註 15，頁 9。

¹⁹ 參閱羅明通（2009），《著作權法論》。半田正夫，著作權法概說，頁 100。日本著作權法稱「映畫著作物」，原意僅指電影著作而言。

²⁰ 《著作權法第五條第一項各款著作內容例示》「一、本例示依著作權法（以下簡稱本法）第 5 條第 2 項規定訂定之。二、本法第 5 條第 1 項所定之各款著作，其內容例示如左：（五）攝影著作：包括照片、幻燈片以及其他以攝影之製作方法所創作之著作。（七）視聽著作：包括電影、錄影、影碟、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作。三、本法第 6 條所定衍生著作及第 7 條所定編輯著作，依其性質歸類至前項各款著作。」。



表該直播內容已經以某種形式儲存於其主機，而該當於我國著作權法上之視聽著作，而應受同等之保護，反之則屬各類著作之表演，而有不同程度及態樣之權利保護。

第二節 視聽著作之著作人及權利歸屬

視聽著作（常見如電影、電視劇等）作為一個整合性著作，其生產過程需要許多不同種類著作相互結合，從著作內容例示所規範之著作類型來說，一個電影著作中可能包含的其他著作類型有：語文著作、音樂著作、戲劇、舞蹈著作、美術著作、圖形著作和建築著作等。然而視聽著作在各國法律上，都被視為一種獨立的著作類型，此時如何處理視聽著作與組成視聽著作之其他各類型著作的權利歸屬關係，就變得十分困難。在處理視聽著作（或電影著作）的權利歸屬時，各國採取的立法方法有四種²¹：

第一種是「電影著作權（film copyright）」模式，在此模式下，電影著作的著作權只屬於電影製作人²²和原始著作權人（通常為片商）。而電影著作當中所利用到的劇本、對話、音樂或其他類型之著作，權利都歸屬於該著作之原始創作人。電影著作之著作權人必須分別與其訂定契約，來取得自由使用這些獨立存在之著作的權利。

第二種是「共同著作」模式，在這種模式下，電影著作被視為是多數創作者共同完成的著作，而哪些人具有成為共同創作人之資格，則遵照各國法律之規定。但最後這些共同著作人，都必須將製作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²³。

²¹ 參照前揭註 15，頁 9-10。

²² 電影製作人是指負責開啟、協調、監督與控制一部影片之製作之人，負擔一部影片之製作。製片人可以自行或在雇主的授權下發起，協調，監督和控制電影、電視製作過程的各個方面，包括創意，財務，技術和行政管理。Producers Guild of America 網站，FAQ：What does a producer do?，<https://www.producersguild.org/page/faq>（最後瀏覽日：2021/1/5）。

²³ 在現在電影製作的過程中，大多是電影製作人出資，為了拍攝電影而僱傭他人為其電影著作創作。在這種情形下，僱傭契約中通常會包含著作權的讓渡或授權條款，電影製作人或出資者可



第三種是「法律授權」模式，由電影製作人單獨取得權利。在此模式下，電影著作被視為由數個個別創作所集合而成的作品，但因法律的規定，由製作人取得對電影著作的利用權。

第一項 伯恩公約

伯恩公約 Art. 14 bis (2)(a) 明定：「電影著作之著作權所有人，由當地國法律定之。」依國內法規定之，所以各國不論是要採電影著作權、共同著作或是法律授權模式都不會違反伯恩公約的規定。因為不同國家對於電影著作之權利歸屬主體判斷不同，因此在不同國家間之判斷有不同時，必須依請求保護時所在之國家的相關電影著作法律來認定權利人為何²⁴。

第二項 TRIPs

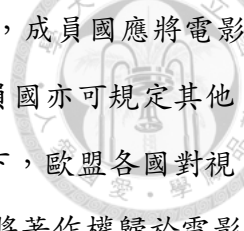
TRIPs 在第 9 條（與伯恩公約之關係）第 1 項規定：「會員應遵守伯恩公約（1971）第 1 條至第 21 條及附錄之規定。」其中比照適用了伯恩公約 Art. 14 bis(2)(a)之規定，又由於 TRIPs 未就視聽著作之著作人及其權利歸屬有所規定，因此應比照適用伯恩公約。

而 WCT 則未於條文中適用伯恩公約有關視聽著作權人與權利歸屬之規定，但解釋上仍應回歸伯恩公約之相關規定。

第三項 歐盟相關法令

以以此獲得電影中所有創作的著作權。參照姚信安（2014），〈從電影製作實務論視聽著作權利歸屬與行使〉，《國際比較下我國著作權法之總檢討》，臺北：中央研究院法律學研究所專書，頁 269-270。

²⁴ 參照前揭註 15，頁 11-12。



歐盟出租、出借權與著作鄰接權指令²⁵第2條第2項²⁶規定，成員國應將電影或視聽著作之主要導演視為該著作之作者或共同作者之一，成員國亦可規定其他共同作者。在歐盟要求主要導演為著作作者或作者之一的要求下，歐盟各國對視聽著作權利歸屬立法模式，大致可分為五種：1. 有些國家自始將著作權歸於電影製作人，這種模式下電影製作人與主導演都會是電影著作人，但權利義務的分配則交由契約自由定之，如愛爾蘭和英國；2. 亦有採「法定讓與」模式，將原歸於創作貢獻之人的權利透過法律規定，將權利移轉給製作人，如奧地利與義大利；3. 另外有些國家採取推定的方式，推定將利用權契約移轉給電影製作人。如德國、法國、荷蘭、比利時、西班牙等國家；4. 也有國家基於僱傭關係，使雇用人為原始著作權人，但這種情形下可能會發生主導演為受雇人時，會與出租出借權指令規範衝突的情形；5. 有些國家則以契約為基礎，將著作權移轉給電影製作人。

可以觀察出不管採取何種方式，最後的目標都是將權利歸給電影製作人，由其作為著作利用的統一規劃決定者。而在實務的運作上，不論採取何種方式，其實都沒有太大的問題，因為大多都在簽約製作階段透過契約協議的方式事前解決了可能發生的權利歸屬爭議²⁷。

第四項 我國著作權法

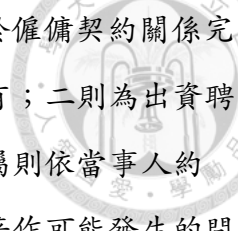
我國學者依電影或視聽著作的創作人數量及其互動關係，將電影或視聽製作區分為：單獨著作、共同著作、職務著作與結合著作²⁸。單獨著作、共同著作與結合著作在權利的歸屬上皆沒有太大爭議。較可能發生爭議的是職務著作，依著

²⁵ Directive 2006/115/EC of the European parliament and of the council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.

²⁶ Article 2 2. :「The principal director of a cinematographic or audiovisual work shall be considered as its author or one of its authors. Member States may provide for others to be considered as its co-authors.」。

²⁷ 參照前揭註 15，頁 15-19。

²⁸ 結合著作是指將多個單獨具有著作權之著作以單一著作的樣貌呈現，而實際上個著作皆獨立受著作權之保護。例如台灣電影「光陰的故事」就是由四位導演所拍攝之四部不同故事集結而成的電影。參照前揭註 23，頁 267-273。



作權法第 11 條及第 12 條規定，將職務著作分為二種，一為基於僱傭契約關係完成之職務著作，以受雇人為著作人，但著作財產權歸雇用人享有；二則為出資聘用關係完成之職務著作，以受聘人為著作人，著作財產權之歸屬則依當事人約定，未約定時歸受聘人享有，但出資人仍得利用該著作。職務著作可能發生的問題可分為兩類，一為依著作權法規定，可能使著作人或著作財產權人眾多，對於著作的利用與傳播造成阻礙；再來則是在僱傭關係中可能因地位不平等，而有雇主或出資人以較強勢地位迫使受雇人或受聘人非自願或讓渡權利，對真正進行創作之人有保護不足的疑慮²⁹。

第三節 視聽著作之權利範圍

第一項 伯恩公約

伯恩公約第 14 條規範「被改編或重製成電影之著作」可享有之權利，第 14 條之 2 則是有關「電影著作本身之保護」。依第 14 條之 2 第 1 項第(1)款：「於不損害已被改作或重製的著作的著作權利範圍內，電影著作應作為原著作受到保護，電影著作之著作權人享有與原著作著作人相同的權利，包括前條所定的權利。」，配合第 14 條之規定，電影著作權人可以享有包括改作、重製、散布、公開上映、有線公開傳播和無線廣播等權利³⁰。

第二項 TRIPs

TRIPs 對伯恩公約對視聽著作之保護，新增出租權作為新的權利內容。但對於視聽著作之出租權的保護，僅限於著作人或其權利繼承人在會員國內專有之重製權受到重大損害時，才要求會員國一定要賦予出租權之保護；反之則可不賦予保護。

²⁹ 參照前揭註 23，頁 274。

³⁰ 參照前揭註 15，頁 21。

第三項 WCT



WCT 第 6 條對所有類型之著作皆賦予散布權之保護，而散布權係指以所有權移轉之方式，向公眾提供著作原件或重製物之權利。第 7 條則賦予著作權人出租權，與 TRIPs 相同，對電影著作的出租權採非強制性的規定，若視聽著作之出租不會造成該著作被廣泛重製，可以不適用出租權之規定。WCT 第 8 條賦予著作人「公開傳播權 (right of communication to the public)」，補充伯恩公約，使著作權人享有將其作品以有線或無線方式向公眾傳播，並包含使公眾在其個人選定的地點和時間獲得這些作品。

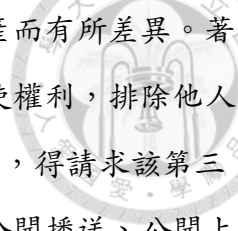
第四項 歐盟出租出借權指令

歐盟出租出借權指令賦予所有類型之著作人就其著作原件及重製物專有出租及出借權 (第 3 條第 1 項(a)款)，也賦予影片 (film，包含電影) 首次錄製之製作人 (the producer of the first fixation of a film) 就其電影原件及重製物，享有出租出借權 (第 3 條第 1 項(d)款) 以及以移轉所有權方式散布之權 (第 9 條第 1 項(a)款)。

第五項 我國著作權法之保障

著作權屬於智慧財產權的一種類型，而立法者對於智慧財產權之保障，區分為人格方面與財產方面相關之權利，在著作權中，即為著作人格權與著作財產權。著作人格權係指在與著作相關權利中，與著作人之人格方面相關之權利，如公開發表權、姓名表示權、禁止不當變更權 (著作權法第 15 條以下)，意在保障著作權人身為著作作者之身分，及基於該身分對著作所應享有之聲譽等人格上權利，屬精神層面之保障。

著作財產權則係保障著作權人將其著作用於經濟上目的時，該權利即為著作



權人之財產，而應與其他財產受到相同保護，不因其為無體財產而有所差異。著作財產權之保障係賦予著作權人具排他性權利，使其能自由行使權利，排除他人之競爭，從而獲取經濟上利益³¹。在第三人未經授權使用著作時，得請求該第三人停止侵害行為並對所生之損害請求賠償。具體上包括重製、公開播送、公開上映、公開傳輸、散布、出租等權利（著作權法第 22 條以下）。

在我國著作權法中，給予視聽著作權人之權利保障，包括以下權利：著作人格權部分有公開發表權、姓名表示權及禁止不當變更權（著作權法第 15、16、17 條）；著作財產權部分則有重製、公開播送、公開上映、公開傳輸、改作、編輯、散布以及出租等八項權利。本文討論之內容，主要係以著作財產權為主，並以其中之「重製權」、「公開傳輸權」為主要討論之對象。下章將介紹串流技術、OTT 服務與著作重製權、公開傳輸權間之關係。

³¹ 謝銘洋（1993），〈契約自由原則在智慧財產權授權契約中之運用及限制〉，《台大法學論叢》，23 卷 1 期，頁 311-312。



第三章 著作數位化、OTT 服務與串流技術

第一節 著作線上數位化

第一項 數位著作之意義

「數位著作」係指經數位化後之著作，「數位化」係指將訊息、資訊轉換成數位格式的過程，通常是轉換成利於電腦計算處理之二進位格式，即將資訊轉換成由 1 和 0 二數字編碼呈現之電子檔案。將其轉換成數位格式之主要目的為：將文字或其他形式之資料數位化對於數據處理、儲存及傳播十分重要，因透過數位化，可以將所有類型之資訊、訊息以相同方式傳輸³²。

「數位著作」依《數位內容產業發展條例草案》³³第 2 條第 1 項之定義，屬於數位內容。在該草案中，數位內容之定義為：「指以符號、文字、聲音、圖像、影像或其他方式表現之個別或經整合之數位化資料或資訊。」。

數位著作可再分為離線型數位著作及線上型數位著作，以其流通方式作為分類依據。離線型著作係指將數位化之資訊儲存於特定載體內，之後交付該載體作為著作之流通方式，例如 CD、DVD、光碟片、硬碟、USB 隨身碟等等³⁴。線上型數位著作則是以網際網路作為傳輸媒介，由提供者將數位化後之資訊經由網際網路傳輸給需求者，例如音樂之下載、線上影音網站瀏覽、網站瀏覽等等³⁵。

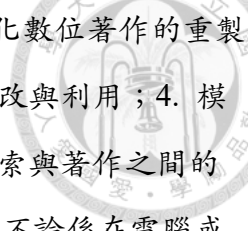
第二項 數位著作之特性

³² 維基百科：zh.wikipedia.org/wiki/數字化（最後瀏覽日：05/13/2020）。

³³ 該草案已於 2008 年 7 月 8 日經立法院同意撤回。

³⁴ 李坤霖（2012），〈線上數位著作授權地域限制之研究—以電子書為中心〉，頁 9，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。

³⁵ 參照前揭註 34，頁 9。



學者 Pamela Samuelson 認為數位媒體共有六種特性：1. 簡化數位著作的重製過程；2. 便利數位著作傳輸及多人同時使用；3. 簡化著作之修改與利用；4. 模糊著作分類之界線；5. 數位方式大量儲存的可能性；6. 容許檢索與著作之間的連結³⁶。而數位媒體是指「以數位電子形式提供之智慧產品，而不論係在電腦或其他得讀取數位形式著作之機器上操作」。在線上內容提供的過程中，在使用數位媒體進行內容提供者這邊會從事之行為屬傳輸行為，而在內容接受者側則是在接收提供者傳輸之內容後進行暫時或永久儲存，而構成重製之行為³⁷。本文認為重製便利、利於數位著作傳輸與多人同時使用和數位方式大量儲存可能性是數位化最重要的三個特色。

第一款 重製便利

重製便利是數位化對著作權影響最大之處。數位化重製主要有兩個優點，一是重製成本幾乎為零，二是重製後的品質不減損³⁸。由於透過電腦就可以進行數位重製，無需特殊設備或材料，就可以進行大量且快速的重製，透過網路傳輸數位化資料通常伴隨著該傳輸資料的重製。例如資料的傳輸者或提供者在將數位化資訊經由網際網路傳輸給他人時，原本的檔案並不會因為傳輸之行為而消失，而會繼續留存在傳輸者或提供者之裝置上。要達到這樣的效果必然是在傳輸前，先將該資訊重製後再將該重製副本寄出，之後再依情形暫時儲存於伺服器端（如電子郵件或其他提供儲存服務之業者）或直接儲存於接收者之裝置上（如使用 P2P 之方式傳送檔案），或暫存於接受者之裝置，在播放後隨即刪除（此為串流技術，下節將介紹）。而不論何種情形，都必定伴隨著重製行為的發生。

重製在數位媒體的網際網路應用上有不可或缺的重要性，因所有經由網際網路傳輸檔案、內容的過程，都必然伴隨著相當程度的重製行為。而在一般的重製

³⁶ Pamela Samuelson, *Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law*, 16 RUTGERS COMPUTER AND TECH. L.J., at 323, 324(1990), available at <http://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/1990/137/1>。

³⁷ 在串流一節將有更詳細的說明。

³⁸ 參照前揭註 34，頁 11。

上，數位化亦可確保其過程的便捷及品質的維持。



第二款 無實體化

「數位著作也具有無實體化的特性。所謂無實體化，意指著作存在形式上的無實體，而非表現形式的無實體。表現形式既為著作權保護之要件，則其意義毋寧在於是否可為人類感官所感知，因此，其表現形式就為實體可觸及之文書，或是無形的聲音，即非要事」³⁹。

著作分為有實體存在形式及無實體存在形式。有實體存在形式者，僅指其存在的形式為有體的。換言之即，著作是附著於有體物上，而其表現形式是否有體則不問。有些著作的存在形式及表現形式合一，例如書本、畫作、雕塑等等；另有些著作的存在形式則與表現形式分離，需要藉由機器或設備作為將其由存在形式轉換成表達形式的媒介，將著作播放或展示出來後，才能被人類所感知，例如儲存於光碟片或錄音帶之音樂。而屬於無實體存在形式之著作，則必定需要透過機器或其他方式轉換成人類可感受之形式。例如樂曲，雖有樂譜紀錄樂曲之音符、節奏等等內容，但仍需要透過樂器或演唱者將其轉換成人耳可聽聞的表現形式，而為人所感知。數位著作亦屬於此類。

數位化技術將著作轉換成二進位制之數位格式資料，其本質上是儲存於磁性物質上的一連串電磁紀錄，本身並非實際存在之物體，需要透過能讀取此電磁紀錄之裝置將該數位格式資料轉換成人類可感知的形式，如文字、聲波或影像畫面等等。現今流行使用網際網路以傳輸著作作為流通方之式，因不再需要如磁片、CD 光碟片等等載體使著作存在形式實體化，更重現了數位著作無實體之本質⁴⁰。

³⁹ 引自註 34，頁 12。

⁴⁰ 參照前揭註 34，頁 13。



第二節 數位匯流與 OTT 服務

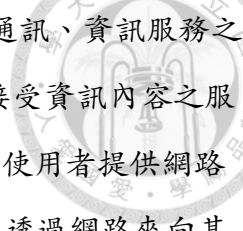
第一項 數位匯流 (Digital Convergence)

數位匯流是指：傳統上相對獨立的產業，因通訊技術與數位化技術之發展，而產生結合的過程。牽涉的產業有：資訊科技產業 (IT 產業)、電信產業、消費性電子產業和娛樂產業。數位匯流包含了「數位」與「匯流」兩種概念，「數位」技術之發展，使語音、資料、圖像、影音等不同類型之資訊，得以轉換成為相同形式，進而使得彼此得以相互融合，發生「匯流」之現象，使原本需透過多種不同管道分別取得之資訊，得以經由一複合型終端裝置(converged device)同時獲取⁴¹。亦即原本需透過電視獲取之影視內容、經電話接通之音訊通話、電腦獲取之網路資訊，得透過智慧型手機取得。數位匯流技術與網際網路技術之發展，使傳統上獨立之業務得由同一業者提供，並發展出新型態之服務提供者：OTT 服務業者，將於下項詳細介紹。

第二項 OTT (Over The Top) 服務簡介

OTT 一詞源自於籃球運動用語 Over The Top (過頂傳球)，取其球在球員之頭頂上互相傳遞，之後到達目的地之意象。OTT 服務係指在現有已架設好之網際架構上，利用網路提供者所提供之網路，以之作為向消費者提供服務之媒介的過程。OTT 服務的提供需要網路服務提供者與應用服務服務提供者同時參與，才能有效地完成。簡言之，服務 (球) 經由網際網路 (球員) 的傳遞，最終到達消費者的手中。

⁴¹ 維基百科網站，
<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%95%B8%E4%BD%8D%E5%8C%AF%E6%B5%81> (最後瀏覽日 10/28/2020)。



OTT 服務一改傳統資訊提供方式，以網路作為提供電信、通訊、資訊服務之媒介，並將上述業務統合，使消費者得以同一裝置、相同方式接受資訊內容之服務。例如 SKYPE 即是使用網路作為提供音訊通話之媒介，對其使用者提供網路通話之服務，又如現今台灣最多人使用的 LINE 通訊軟體，亦是透過網路來向其使用者提供訊息傳送、音訊或視訊通話等服務，來取代過往使用者需要透過電信公司提供之傳送手機簡訊或是通話等服務。而 OTT 服務具十分高的多樣性，從上述的通訊服務到串流媒體服務，包含了生活中所需要大多數的媒體需求，其中串流媒體服務則可算是將 OTT 服務發揚光大的主要服務態樣。

OTT 服務之優勢在於，只要使用者及提供者接連結上網際網路，不論是有線或無線，即可開始媒體內容的提供、傳輸、接收跟播放。以影音內容的提供為例，從前的有線電視台欲提供電視節目等影音內容，需透過電視公司設置電視線路至第四台業者，再從第四台業者設置線路通到訂閱者家中，將線路連上電視機，才能在其電視機上播放內容。而近期之 IPTV⁴²亦是通信公司或電視公司等 IPTV 提供者，以網路傳輸數據之方式，將影音數據傳輸至訂閱者家中，再透過 IPTV 提供者提供之機上盒（即解碼器）將該數據解碼成影音內容後在電視上播出，以上兩種方式都需要專用線路及設備來作為提供影音內容之媒介，也因為需要此等線路及設備，而使得訂閱者在收看內容時有地點上的限制，又因有線電視台的內容提供都是依照其所設置之電視節目行程表照表播出，訂閱者只能被動的接受電視台播出之內容，並只能在該播放時間內觀看，對於內容、時間及收看地點皆無選擇的自由。

OTT 媒體服務提供影音內容僅需要訂閱者連結上網際網路（無論有線或無線網路），透過媒體服務提供者之網站或其所提供之應用程式，即可觀看線上提供之影音內容。相較於傳統有線電視及 IPTV 網路電視，並不需要特定之線路、設

⁴² IPTV (Internet Protocol Television, 網路協定電視): 係一種寬頻電視, 透過寬頻網路為媒介傳送電視訊號, IPTV 服務提供商經常會一併提供連接網際網路和 IP 電話等相關服務。亦是數位電視的一種, 因此普通電視機需配合機上盒作為接收通道, 通常服務提供商會同時向客戶提供隨視訊服務。雖 IPTV 係以寬頻網路作為傳輸媒介, 但不一定會透過網際網路, 亦有可能透過區域網路傳輸。維基百科: zh.wikipedia.org/wiki/IPTV (最後瀏覽日: 04/01/2020)。



備來收看，且 OTT 媒體服務之提供方式都是透過由訂閱者自己選定收看時間、地點及內容之隨選視訊服務方式提供，在收看節目的內容、時間方面也有更大程度的自由。

綜合上述，OTT 服務係指以網路為媒介，向消費者提供服務的方式。從電信業者提供，僅能以電視機搭配機上盒獲取的 IPTV 服務，到只要有電腦、智慧型手機皆可隨時隨地獲取的其他應用服務，都屬 OTT 服務的範疇。不過雖然都是以網路作為服務提供媒介，在消費者使用於接受服務之終端裝備不同時，亦會對近用服務的效率與方便性造成影響。

第三項 OTT 與著作權法之關係

如前項所述，OTT 服務係一個描述服務提供媒介與過程的詞彙，網際網路僅作為一個傳輸資訊的媒介，透過網際網路傳輸著作內容，使消費者得於各自選定之時間或地點接收著作內容，依著作權法第 3 條第 10 款，構成著作權法上之公開傳輸行為。然透過網際網路傳輸著作之行為，並非必然只會該當著作權法上所規定之公開傳輸行為，仍應具體觀察該傳輸行為所傳輸之著作內容表達方式、傳輸目的與使用者接收著作之方式等因素，來具體判斷應該當著作權法上之何種行為。

在本文所欲討論的串流影音平台，係以隨選視訊的方式向消費者提供如電視節目、影集、電影等視聽著作，屬於著作權法第三條所定義之公開傳輸行為，將於本章第三節第四項第二款再進一步解釋。

第四項 OTT 影音內容服務提供者之商業模式

OTT 影音內容服務提供者藉由提供線上影音內容服務來獲利，但不同業者所採行的 OTT 服務之獲利模式皆不相同，目前市場上主要的商業營利模式分成三



種：會員制、廣告制及分潤制，以下概略介紹此些商業模式之運作：

第一款 付費會員制

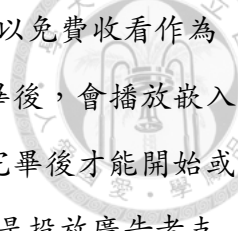
會員制採取之營運方式為消費者在觀看影音內容服務提供者提供的線上內容服務前，需先加入該業者所設網站之會員，此類網站會員通常採付費訂閱制（亦有免費會員制，但免費會員制的營利方式與下述第二目廣告制相同），消費者每個月支付固定訂閱費用作為換取業者提供影音內容服務之對價。而目前市場上較多人使用之 OTT 業者大部分採用多種費率並行之方式，提供多種會員等級制度，不同等級的會員獲得之影音內容服務的品質、數量以及同會員帳號下得同時觀看、使用之人數皆有所差異，不同等級的會員需支付之訂閱費用亦不同，以供消費者自行選擇適合的會員等級⁴³。

由於會員制是以帳號登入作為接收 OTT 業者提供視聽內容之要件，只要有會員帳號密碼，在網站或 app 應用程式登入後即可使用業者提供之影音服務。然在其服務提供係為商業盈利之目的考量下，同一付費會員之帳號不可能得供無數多用戶同時使用，因此需要對同一帳號下得同時使用之人數進行控管，而 OTT 業者預期一會員帳號下得同時使用之用戶人數亦會影響到其訂閱費用之訂價。

不同會員等級之服務內容除了使用人數差異外，有些業者亦會提供不同等級之會員不同數量、品質之視聽內容服務，如高階會員可以使用較高畫質之視聽內容或是享有其他低階會員無法使用之視聽內容服務，如其他額外提供之內容或是可離線欣賞視聽內容等等。

第二款 廣告制

⁴³ 此種定價策略屬於經濟學概念中之「第三級差別取價（price discrimination）」，係指生產者對於不同市場或不同需求的消費族群收取不同的訂價。差別取價之分級係根據已故經濟學家 Arthur C. Pigou 於 1920 年提出之標準。參考 Arthur Cecil Pigou（著），陸民仁（譯）（1971），《福利經濟學》，頁 238，台北：台灣銀行。



廣告制係指 OTT 服務業者並不向使用者收取任何費用，並以免費收看作為吸引消費者之誘因，但在其內容開始播放前、播放中或播放完畢後，會播放嵌入式之廣告，消費者需要觀看一定秒數之廣告或待廣告完整播放完畢後才能開始或繼續觀看業者提供之內容。而在此模式下 OTT 業者之收入來源是投放廣告者支付之廣告費用。而廣告費用計算方式依照廣告被播放之次數按次計價，對投放廣告者而言較以往的電視廣告容易計算廣告效益，而 OTT 平台業者欲提升廣告效益吸引廠商投放更多廣告則會將以將廣告收入投入製作或購買優質內容，吸引更多消費者使用該平台，增加使用者人數來提升廣告播放次數。

第三款 混合制

部分 OTT 業者會採取廣告制與訂閱制並行之模式，即以免費使用內容吸引使用者加入其免費會員，而免費會員須要觀看一定時間或數量之廣告才能觀看 OTT 業者提供之影音內容。同時並存有收費會員制，加入收費會員後即可直接播放影音內容而免觀看廣告。

第五項 OTT 影音內容服務提供之內容來源

OTT 影音內容服務平台因其平台定位與服務提供方式的不同，有不同的影音內容來源，主要可以分為平台原創內容、被授權使用內容與使用者生產分享內容三種。以使用者生產分享內容的平台，如 YOUTUBE，這種類型的平台本身不是以提供專業影視內容作為其營業方式，與本文要討論的重點較不相關。第二種類型的平台所提供的，都是經由向其他內容生產者、著作權人取得授權之內容，影音平台本身只是單純作為影音內容提供的橋樑。因為授權契約都有限定授權期間，因此平台所提供的內容可能會經常有所變動，且在向著作權人取得授權時，必須先與其他平台競爭。故部分 OTT 影音內容服務平台為了增加內容的多樣性、提升獨家內容的數量，本身會進行影視內容的生產，增加自己內容的獨特性與競爭力，此類平台通常會同時提供授權內容與自製內容，以提供消費者多樣化

的影視內容選擇。而亦有平台標榜其僅提供自製內容，所有內容皆為其獨家提供，以此吸引消費者。



第六項 OTT 影音內容服務提供者與消費者之法律關係

以下針對國際上或台灣區域目前較多人使用之影音串流服務提供者所預定供與使用者簽訂之契約條款中，對契約主要標的及所提供服務之描述來觀察 OTT 業者與消費者間之契約關係：

NETFLIX 《使用條款》

『Netflix 提供個人化訂閱服務，讓會員使用可上網的電視、電腦及其他特定裝置（「Netflix 相容裝置」），觀賞網路串流傳輸的電影與電視節目（「Netflix 內容」）。』⁴⁴

愛奇藝 VIP 會員服務協議

『愛奇藝 VIP 會員服務涉及的愛奇藝產品所有權以及相關軟體智慧財產權歸愛奇藝所有。愛奇藝所提供的服務將按照其服務條款和操作規則嚴格執行。VIP 會員在享受愛奇藝任何單項服務時，應當受本協定以及《愛奇藝網路服務使用協定》的約束。』⁴⁵

friDay 影音會員服務條款

『遠傳電信股份有限公司（以下稱遠傳）係依據 friDay 會員服務條款（以下稱本服務條款）提供您 friDay 影音之所有相關服務（包含

⁴⁴ NETFLIX 網站，<https://help.netflix.com/zh-tw/legal/termsfuse>（最後瀏覽日：10/28/2020）。

⁴⁵ 愛奇藝網站，<https://vip.iqiyi.com/tw-autorenewagreement.html>（最後瀏覽日：10/28/2020）。

Catchplay、電影、戲劇等），包括但不限於現有或未來新增之各項服務（以下統稱「本服務」）』⁴⁶



Amazon Prime Video

『亞馬遜 Prime Video（「本服務」）是一項個性化服務，向您提供、推薦並幫助您發現數碼電影、電視節目及其他視頻內容（合稱為「數碼內容」）以及本協議中規定的其他服務。您可以採用多種方法訪問本服務及數碼內容，包括透過亞馬遜 Prime 以及您對其他 Prime 權益之使用，且亞馬遜之服務還適用您用於訪問該等服務的應用程序、網站或設備中另行提供的其他條款。』『作為本服務之一部分，我們將對內容與功能進行個性化處理，包括向您展示我們推薦的您可能感興趣之數碼內容、功能與服務。我們還致力於不斷改進亞馬遜之設備和服務以及您對亞馬遜設備和服務的使用體驗。』⁴⁷

HBO GO

『HBO GO 是 HBO 所推出的線上收看服務。只要你是 HBO GO 訂戶就可利用 HBO GO APP，在任何時間、任何地點都能隨心所欲透過不同裝置（如電腦、手機、平板電腦..等），觀賞數千小時的精彩節目。不論是獨家播映的 HBO 與 HBO Asia 原創影集、電影、紀錄片，還是好萊塢的強檔鉅片，甚至兒童精選內容都囊括在內，任何人都可以在 HBO GO 找到適合觀賞的節目。』⁴⁸

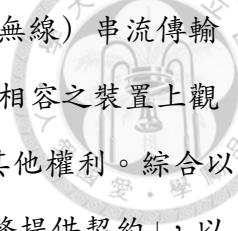
由此些 OTT 服務提供者所提供之使用者條款、服務條款可知，該等 OTT 業

⁴⁶ FriDay 影音網站，<https://video.friday.tw/terms>（最後瀏覽日：10/28/2020）。

⁴⁷ Amazon Prime Video 網站，

https://www.primevideo.com/help/ref=atv_hp_nd_nav?language=zh_TW&nodeId=G202095490（最後瀏覽日：12/22/2020）。

⁴⁸ HBO Go 網站，https://www.hbogoasia.tw/#help/faq#h_77257097991570611017066（最後瀏覽日：12/22/2020），因 HBO GO 的使用條款中並未完整描述何謂「服務」，此處引用者為網站上常見問題中之「1) HBO GO 是什麼？」的官方回答。



者皆係向消費者提供「服務」，而服務之內容係以網路（有線或無線）串流傳輸方式，向消費者傳輸影音內容（包含電影與電視節目），供其在相容之裝置上觀看，但並未使消費者對所觀看之內容取得除觀看權限外之任何其他權利。綜合以上特徵，OTT業者與消費者所簽訂者，應屬於一種「繼續性服務提供契約」，以業者提供影視內容之服務為契約標的，消費者僅獲得合法觀看該等影視內容之權限。至於消費者使用服務時是否需支付對價，則視OTT業者之商業模式為會員制或廣告制而有所不同，若採會員制，消費者須支付訂閱費用等對價以換取服務；而採廣告制者，消費者收看內容雖不需另外支付訂閱費用，但負有在觀看內容前或觀看中，收看業者所插入之廣告之義務。然無論係何者，契約之標的皆為提供影視內容之「服務」，為民法上之無名契約。

在「線上串流影音內容提供服務契約」中，服務提供者之主給付義務係向消費者以網際網路為媒介，提供消費者以隨選視訊之方式，在消費者指定的「地點」或時間收看想觀賞之視聽著作內容。消費者在此契約關係中，在接收服務提供者提供試聽媒體服務時，若選定之地點不在訂閱該服務之國家內時，服務提供者可否拒絕服務該消費者；亦即「線上串流影音內容提供服務契約」中，服務提供者之主給付義務是否包含「向身處於非訂閱國境內之消費者提供服務」，以及「此等義務是否能夠以定型化契約條款排除」即為本文之討論重點。

第七項 網際網路視聽服務管理法

OTT產業為近幾年新興之產業，在產業管制上，尚未有以該產業為主要規範對象所制訂之法律。然我國國家通訊傳播委員會在2020年7月，提出《網際網路視聽服務管理法》草案。該法為兼顧產業創新發展，擬以抓大放小之精神，採自願「登記制」方式，就網際網路視聽服務進行必要事項管理；並考量公眾視聽權益保護，針對一定規模以上之網際網路視聽服務提供者「應」辦理登記納入管理，並針對個人資訊、隱私、智慧財產權、兒少身心健康、消費者權益、市場公平競爭等個人與社會法益，與業者協力治理。另外則以建立有利於我國視聽服務

產業發展之環境，要求已登記之服務業者定期提供營業資料；提升我國內容產業製播能量，就自製內容提出鼓勵方案；另外，為遏止未依臺灣地區與大陸地區人民關係條例取得許可之網際網路視聽服務提供者非法提供服務，針對相關事業與服務提供者，課予不得提供非法業者或其代理人所需之設備或服務之義務，並應依主管機關之通知為必要之處置⁴⁹。

依該法草案第三條，網際網路視聽服務定義為：「指以自己名義，經由網際網路，將經編輯、篩選之視訊內容提供我國使用者收視、聽並收取對價或從事廣告營利之服務。」，主要係針對如 NETFLIX、愛奇藝等平台，因此以提供 UGC 內容為主，由平台使用者將自己編輯之內容透過網際網路上傳之社群媒體平台並非本法規範之對象⁵⁰。

《網際網路視聽服務管理法》係針對此種服務產業的第一部專法，但其主要內容在該產業的管理。在草案第十條提及，依消費者保護法第十八條之規定，對網際網路視聽服務事業之服務使用條款應包括事項為原則性規範。該條規定使用條款應包括與本文內容較相關者有：提供服務之項目（第一款）、服務費用項目及消費者保護措施（第二款）以及提供使用者收視之中文字幕，應為正體中文（第十一款）。雖然本條針對服務提供者之使用條款應包括事項作出規定，但亦僅限於課予服務提供者在使用條款中列出此些內容之義務，並未針對服務提供者在契約訂立後，提供服務時之給付義務有進一步要求，並無觸及本文跨境可攜性之概念，亦無法作為解決跨境近用問題，課予服務提供者跨境可攜性義務之依據。

第三節 串流服務

⁴⁹ 《網際網路視聽服務管理法》草案總說明，載於：
https://www.ncc.gov.tw/chinese/show_file.aspx?table_name=news&file_sn=55532（最後瀏覽日：12/22/2020）。

⁵⁰ 同前註 49，草案第三條立法說明。

第一項 串流(streaming)技術⁵¹



「串流是一種具有即時 (Real-time) 特性的多媒體傳輸技術，相較於傳統存放在網際網路上的多媒體資訊必須全部下載到本機端 (Local Host) 後才可開始播放的方法，串流技術讓客戶端只需預先下載極小一部分資料即可開始播放，大量節省了使用者在下載時的等待時間；串流技術的另一特色是不將多媒體資料實際拷貝一份存放在本機端，而是利用客戶端緩衝記憶體 (Buffer) 的概念，讓資料不經實體儲存而直接由緩衝記憶體讀取播放後丟棄，可節省本機端磁碟儲存空間。

串流媒體是建構在網際網路上的應用，首先由媒體擷取裝置取得數位化的媒體資訊，經編碼過程產生可支援串流的媒體格式，再經由串流伺服器透過網際網路將串流資料傳送到客戶端，客戶端經過解碼程序後即可播放。正因為串流技術的這些特質，使得其在網際網路上的利用極為廣闊，舉凡線上教學、視訊會議 (Video Conference)、線上廣告、隨選視訊 (VOD)、即時線上轉播以及網路電台 (Net Radio) 等各種網路多媒體應用都可運用串流技術來達成」⁵²。

第二項 串流與著作使用之類型

著作權法所保障之著作財產權依其對著作之使用方式，可概略分為以下三類：有形利用的權利、無形傳達的權利與改作、編輯的權利⁵³。有形利用的權利包括重製權、公開展示權、出租權及散布權，此等權利關注之點在著作「物」本身（包括原件與重製物）的利用，亦即該著作所固著之物的利用；無形傳達的權利則包括公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權以及公開傳輸權，則著重於著作「內容」的傳達，是否以上述之表達方式，將著作內容以人類感官

⁵¹ 陳家駿、徐玉蘭、馮震宇（2006）。《經濟部智慧財產局委託研究專案--網路科技利用新型態之著作權法相關問題研究》。台北：經濟部。

⁵² 關於本段串流技術，引用涂國祥、林盈達（2002）〈多媒體串流應用：產品比較與實例分析〉，《網路通訊雜誌》，126期，頁42-47。

⁵³ 謝銘洋（2005），《著作權法解讀》，頁23，台北：元照。

可感受之方式表現並使接受者理解著作內容。



第三項 串流與著作之有形利用

第一款 著作之有形利用

著作權所保障之各類財產權中，對有實體形式之著作（包括書籍、音樂錄音帶、CD、視聽著作的錄影帶、DVD等）的利用，最重要者為重製權及散布權。重製權係指著作權人得對未經授權或同意，任意重製其著作之行為主張之權利。著作權人得透過授權他人或自己行使重製權的方式，控制作品之散布與利用。然在實際運作上，重製權之行使並無法完全掌控著作散布及利用，須依靠散布權來彌補其不足。

我國著作權法中所指「散布行為」及「散布權」，有其意義上之不同。根據第3條第1項第12款之定義，「散布」行為係指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通，包含販售、贈與、出租、出借等交易或流通方式，為較廣義之概念；而第28條之一規定著作權人專有以「移轉所有權之方式」散布其著作之權利⁵⁴，將該條之散布權適用範圍限定於以出售、互易或贈與等具所有權移轉效力之散布行為，排除出租、出借等行為，並將著作權人之出借權規定於第29條⁵⁵。雖「散布行為」與「散布權」有其意義上之不同，著作財產權人對各類散布行為⁵⁶，不論是否移轉所有權，仍皆受著作權法之保障。亦即對於他人非屬重製之散布行為，區分是否有移轉所有權之效力，若是，著作財產權人得主張第28條之一之散布權；若否，則應主張第29條之出租權。因此，著作

⁵⁴ 有學者認散布權之範圍不應限於「移轉所有權」，尚應包含為供「移轉所有權」之目的，而為之陳列或持有，使著作原件或重製物處於公眾可取得之狀態。參章忠信（2004），〈新著作權法「散布權」相關規定之檢討〉，《政大智慧財產評論》，第2卷第1期，註37。

⁵⁵ WCT第6條關於散布權規定「銷售或其他移轉所有權之方式」向公眾提供為要件；另於第7條規範出租權。

⁵⁶ 散布權之主體著作財產權人而非著作人，雖然大多情形中兩者為同一人，但在著作人將著作財產權讓與他人後，著作人就不再是著作財產權人。章忠信（2001），〈著作權法中「散布權」之檢討〉，《萬國法律》，第116期，頁74-78。



權法透過賦予著作財產權人重製權以及散布權二種權利，使其能有效掌控實體形式著作之散布及利用。

然而隨著著作形式與著作媒介、載體技術演進，現今多數著作之流通及交易並非以實體形式為之，故重製權與散布權規定在以數位傳輸方式，如有線或無線網路等媒介作為著作散布之媒介時，有適用上困難，須另透過公開播送權、公開傳輸權保障著作權人之權利。

第二款 串流與重製

第一目 重製權

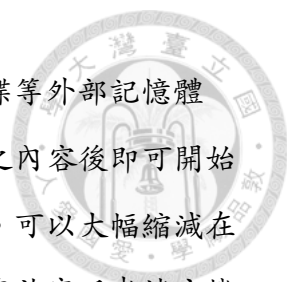
重製權在實體有形物為著作載體盛行之時代，可說是著作權法上最重要之權利，因要將著作大量銷售，實現其財產價值，僅能透過重製著作的方式達成。過去我國著作權法上所稱重製僅針對「有形」之重複製作，而目前我國著作權法第3條第5款之「重製」定義，在2003年修法時，參考其他國家之作法⁵⁷，將其範圍擴大成包括任何以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法「直接、間接、永久或暫時之重複製作」⁵⁸，因此目前著作權法上之重製，包括「暫時性」之重製，且不以「有形」為要件，即便在電腦設備中重製亦構成著作權法上之重製。

第二目 串流播放合法內容非重製行為

串流技術是一種具有即時特性的傳輸技術，雖說仍是透過將儲存於內容提供者端主機的多媒體資訊，傳輸至使用者端主機後，再播放出來之方式，但省去了

⁵⁷ 例如：美國聯邦法院實務及 NII 白皮書之見解，均認為資料儲存於 RAM 中亦構成重製之行為，見羅明通著，著作權法論，三民，2005 年 9 月 6 版，頁 454 以下；歐盟 2001 年通過正式的「資訊社會中之著作權與相關權利整合指令」(2001/29/EC) 時，於第 2 條也明文規定重製包括暫時性或永久性之重製。參閱謝銘洋，智慧財產權法 (2008)，頁 191 註。

⁵⁸ 參照謝銘洋 (2008)，智慧財產權法，頁 191。




將整份多媒體資訊完整傳輸並儲存於使用者端主機之硬碟或軟碟等外部記憶體後，才能開始播放之步驟。讓客戶端只需要預先載入極小部分之內容後即可開始播放，之後的內容則在播放過程中同時下載，亦即邊播邊下載。可以大幅縮減在開始播放前的等待時間，另外也因串流技術所傳輸之資料係暫存於客戶者端主機的緩衝記憶體（RAM）⁵⁹當中，待該內容播放結束後將即時刪除，不會實際儲存於客戶端之主機硬碟內，可節省客戶端之儲存空間。

如前第一目所述，即便暫時性儲存（著作權法第 22 條稱暫時性重製）最終並未將該著作實際永久儲存於媒介之內，在著作權法上仍該當於重製行為。如此看來客戶端將串流業者經網路傳輸提供之視聽著作內容暫存於緩衝記憶體中之行為，即有可能構成重製行為而有違反著作權法之虞。「暫時性重製」在法律上是否應被視為重製行為，在我國亦曾有爭議⁶⁰。著作權法於民國 92 年 7 月之修法中，將著作權法上之重製行為，明列包括「直接、間接、永久或暫時之重複製作」。並在第 22 條第 3 項及第 4 項分別規定：「前二項規定，於專為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」「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、快速存取或其他為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」，亦即若屬於為達合法性中繼傳輸之網路瀏覽、快速存取或其他為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等網路中繼性傳輸且不具獨立經濟意義之暫時性重製行為，雖然是重製行為，但被排除於著作權人重製權之範圍外。然若該網路瀏覽或快速存取之內容為非法內容，亦即非供合法中繼性傳輸時，就不受排除之保障，仍屬侵害重製權之行為。

⁵⁹ RAM（Random Access Memory）為有揮發性、易變的記憶體，基於其易變的特性，是於用在電腦運算和執行程式的過程中，但 RAM 所儲存的資訊在電源關閉即消失，並無永久儲存之功能。參陳錦全（2000），〈論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題（上）--從 MAL v. Peal 案談起—兼論對網路環境的影響〉，《智慧財產權》月刊，13 期，頁 101-104。

⁶⁰ 蔡明城（2001），〈網際網路智慧財產權的問題與展望—以台灣法律為例〉，《台大法學論叢》，30 卷 5 期，頁 142-143。

⁶¹ 有認為不應將暫時性儲存著作現象解為重製者。請參前揭註 59，頁 101。



串流技術中在客戶端緩衝記憶體進行暫存之目的，係為避免若未預先下載部分內容，僅依靠網路即時傳輸之內容播放，遇到網路穩定性不佳時，將導致因資料未及時傳輸完成，造成播放過程不連續而影響使用者觀看體驗。應可認為屬於為達傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。但仍應區分透過串流技術傳輸之內容是否為合法中繼性傳輸，傳輸之內容為合法者，始受著作權法第22條第3項第4項規定之排除。

首先，本文所論及之串流影音平台所提供之內容皆係得著作權人之授權合法內容，符合合法中繼性傳輸之要件。另外，將預先下載之資料暫存於客戶端緩衝記憶體中，與直接儲存於硬碟中亦有相當程度之差異，硬碟中所儲存之內容係為了供使用者於日後需要時，經電腦指令將該內容調取出使用，而僅於使用者下指令刪除時該儲存內容才會被刪除；緩衝記憶體中所儲存之內容並非實體儲存，而係為達電腦使用流暢，提升效能之暫時儲存，在該儲存內容在被讀取使用過後就直接拋棄，不像儲存在硬碟中之檔案可以永久儲存並能供使用者隨時取用。因此暫存於緩衝記憶體中之內容，既無法依使用者意志取用之，應可認為該暫存並不具獨立之經濟價值，而僅係為達串流技術流暢播放之附屬行為，而符合著作權法第22條第3第4項之規定，雖構成重製行為，但非著作權法上重製權保障之範圍，故此等行為不會侵害著作權人之重製權。

第三款 串流與權利耗盡

第一目 權利耗盡理論

權利耗盡理論，又稱第一次銷售理論，係指著作權人一但出售其著作物或移轉其所有權，即喪失對該著作物應否散布、如何散布之控制力，亦即著作權人對於著作原件及合法重製物之散布權，於首次出售或移轉所有權予他人時，即已耗盡，對該著作原件或合法重製著作物之再次出售或移轉所有權，不得再主張散布



權⁶²。權利耗盡理論的理論基礎有三種：分別為所有權理論、報酬理論以及交易安全理論，分述如下。

1. 所有權理論

所有權理論係指著作物所有人基於其所有權，得自由利用該著作物，此與著作權人就著作物享有散布權相衝突，但因散布權係源自對著作物享有所有權，若著作權人移轉著作物所有權後，即不得再以限制約定對抗第三人，或主張移轉著作物所有權之行為須經其同意。

2. 報酬理論

報酬理論認為，著作權人於第一次移轉著作物所有權時，享有自此獲得經濟利益之可能性，而此即為散布權之目的，故散布權因此耗盡。此解釋觸及權利耗盡理論之核心，並呈現著作權法之基本精神，即應盡可能使著作權人得參與分配自其著作利用中所獲得之經濟利益。

3. 交易安全

交易安全理論係指權利耗盡原則之目的在確保著作物交易自由，以維護利用人之利益與公共利益。認為若著作物之後續交易均須取得著作權人同意，當著作物不斷被交易時，後續之受讓人實難再逐一檢視過去交易行為是否皆得著作權人之同意，且著作權為無體物，不適用善意取得，因此為避免著作物後續利用受散布權不當影響，而需有權利耗盡原則之適用。

目前通說兼採報酬理論與交易安全理論，認為基於保障著作物自由流通之交易安全，有必要限制著作權人之散布權，但為適度保障著作權人權益，以著作權

⁶² 王怡蘋（2014），〈權利耗盡原則與所有權取得〉，《科技法學評論》，第11卷第1期，頁4。



人首次同意著作物進入交易市場，並獲得相應之報酬後，為權利耗盡之時點⁶³。

第二目 無載體著作內容提供與權利耗盡

由前目之理論基礎介紹可以知道，權利耗盡理論主要是在處理著作權與著作
附著載體所有權間之衝突，因為是源自有體時代的理論，在以無載體形式提供著
作內容的情形中，是否有權利耗盡理論之適用則需進一步探討。

有論者以為依德國通說對無載體提供著作內容模式的看法，以無載體之方式
提供著作內容是否有權利耗盡原則之適用應衡量當事人間之利益。以無載體提供
著作內容模式中所涉及之權利人與利用人利益，是否可以與以載體提供著作內容
模式相提並論，來作為判斷是否適用權利耗盡原則之基準⁶⁴。

在網路影視內容（其他數位著作，如音樂、電子書等亦同）提供的交易模式
可區分為二類，第一種為消費者付費購買著作內容後，將著作下載儲存於設備
上，取得無限期支配權限，這種情形與以載體提供著作內容模式類似，因此應該
有權利耗盡原則的適用。第二種則為權利人提供消費者在線上近用著作內容的權
限，如串流提供著作之服務並未使消費者將影片下載於設備⁶⁵。在第二種提供著
作之方式，權利人所提供給消費者的是一定期間內自由近用著作之權限，在期限
過後將無法再近用著作，此種服務所提供之權限與以載體提供著作內容模式無法
相提並論，應該不適用權利耗盡原則。


第三目 小結

綜合前兩目所述，在以線上串流方式提供著作內容的方式，因給予消費者之

⁶³ 參照前揭註 62，頁 7-9。

⁶⁴ 參照王怡蘋（2017），〈無載體提供著作內容模式與權利耗盡原則〉，《台北大學法學論叢》，頁 283-287。

⁶⁵ 某些串流影音平台會提供消費者下載影片以供離線觀賞之用，但此種下載之內容皆會設有觀賞期限，在過期後將無法播放。



著作使用權限與以載體提供方式在程度上有相當之差異，在是否得適用有體物時期所發展出來之權利耗盡理論時，採取否定的態度。另從報酬理論的觀點來看，在能夠適用權利耗盡的情形中，權利人皆能預期消費者在支付報酬後，將取得著作永久之利用權限，並以此作為報酬數額的決定依據。而在線上串流提供等僅使消費者取得暫時近用權限的情形，權利人考量授權近用期間之長短，通常收取較低之報酬。若一律適用權利耗盡理論來限制著作權人主張權利，可能有過度限制著作權人之疑慮，因此在以線上串流方式向消費者提供暫時性著作近用權限的交易型態中，權利耗盡理論應無適用之餘地。


第四項 串流與著作之無形傳達

第一款 著作之無形傳達

數位著作係以無實體之方式存在，且無需實體物所有權之移轉、交付作為著作內容之提供方式，僅需透過有線或無線網際網路向公眾傳輸著作經數位化之檔案，即可達成向公眾提供著作之目的。然著作權法上對以有線或無線網際網路提供著作，依其提供時間、地點等方式上差異與該行為是「單向」或「雙向」傳播，區分為公開傳輸及公開播送兩種不同之行為。

第二款 串流與公開傳輸

根據著作權法第3條第1項第7款及第10款之規定，公開播送係「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」；而公開傳輸則係「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。」，兩者雖皆透過有線或無線傳輸技術提供著作，然提供方式有相當程度之差異，其中最主要的差異是接受者有無接受著作之時間、地點的選擇權。著作權法第3條92



年修法時之修正理由第 2 點謂：「公開傳輸之行為，以具互動性之電腦或網際網路傳輸之型態為特色，與公開口述、公開播送、公開演出等單項之傳統傳達著作內容之型態有別」，可知公開傳輸權之立法係為了將具有互動性之傳播方式與傳統之單向傳播方式區隔⁶⁶。而所謂的互動性是指利用人得向提供人提出利用資訊之請求，之後提供人依該請求將儲存於資料庫中之資料調取出來並傳輸給請求人的過程，與傳統單向性傳播中，由提供人選擇並將資訊傳輸給利用人，利用人僅能決定是否接收資訊的過程有十分大的不同。但經濟部在 2020 年 2 月 25 所發布之「著作權法部分條文修正草案公聽會」公告中表示，本次修法重點中，將調整公開傳輸權以及公開播送權之定義，認為現行法中依技術來區分權利類型之方式與實務現況不符，因此修正後不論是一般電視台或是透過網路平台直播節目均屬於公開播送，不再以網路技術區別，而公開傳輸權僅限於互動式的傳輸利用行為⁶⁷。

依現行著作權法之規定，公開播送權規範者為傳統電視台、廣播電台等提供者所採取之著作利用方式；而公開傳輸則主要針對以網際網路⁶⁸作為著作提供管道的著作利用行為，其中包括以隨選方式提供之行為。線上串流影音內容提供者，係以「隨選視訊」之方式提供著作，係以網路傳輸外之雙向性傳播方式，所以不論依現行著作權法之規定或是智慧局修法重點中所採取之立場，皆屬公開傳輸行為，應無疑義。


第五項 小結

線上串流影音內容提供者以公開傳輸著作之方式向消費者提供影音著作，所銷售者為提供影音內容之服務，而非影音內容著作物之所有權，且其提供影音著

⁶⁶ 吳星螢（2007），〈著作權法關於公開傳輸權之研究〉，頁 79，私立天主教輔仁大學財經法律研究所碩士論文。

⁶⁷ 經濟部網站智慧財產局公告，https://www.moca.gov.tw/MNS/populace/news/News.aspx?kind=2&menu_id=41&news_id=88819（最後瀏覽日：2021/1/30）。

⁶⁸ 但有認以該條以網際網路為公開傳輸行為之要件可能會模糊互動式傳輸之特徵。謝銘洋、張懿云（2003），〈經濟部智慧財產局研究計畫--「著作權法公開傳播權之研究」〉，頁 138。



作之方式，無所有權移轉之效力，非屬散布行為；又提供行為並未將著作之原件或重製物供公眾交易或流通，亦非散布行為。而線上串流影音平台向消費者以網路為媒介，提供影音著作內容之行為，包含了對影音平台傳輸前重製、向公眾公開傳輸以及接收者的暫時性重製等三個行為，而在此情形中須取得著作權人授權之人僅有著作提供者，因接受者在合法訂閱著作提供者提供之服務的前提下，其使用著作並不會構成著作權之侵害⁶⁹。著作提供者須與著作權人簽訂授權使用著作之契約後，始能合法向使用者公開傳輸著作內容，而著作權人所為之授權標的，應為著作之「公開傳輸權」，但為了達成以串流公開傳輸著作之效果，提供者必須在開始傳輸前先暫時重製著作，作為網路傳輸著作不可或缺的前置作業，因此除了公開傳輸全以外，著作提供者仍須向著作權人取得「重製權」的授權。

⁶⁹ 串流服務接受者之重製行為在此並不構成著作權法上第 22 條之重製權侵害，請參前述第三節第二項第二款第二目。



第四章 線上數位視聽著作之授權地域限制

第一節 著作授權契約

著作財產權之權利內容相當多樣，不同類型之著作其經濟價值的實現亦有極大的差異。不同的著作利用方式所需要之專業能力不同，若權利人自己非具有相當資金或製造、經營、行銷上專業知識之人，通常無法自己將著作之經濟價值發揮到最大。在著作權領域，最多著作權人選擇之方式，係將著作權交由有專業知識能力之他人來利用，讓他人對著作之利用進行具體之安排與實踐，著作權人本人則收取權利金來作為使用著作之對價⁷⁰，達到授權人與被授權人雙贏之局面。另外即便創作者本身具有銷售或其他專業能力，亦可能因其營業區域限制，需透過授權他人之方式，將其著作在營業區域外之使用權限讓與他人，來擴大著作利用區域。

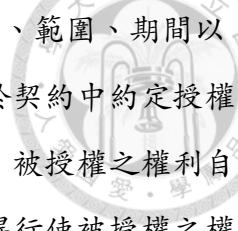
在著作權人將其著作授予他人實施的情形中，著作權人與著作利用人間之法律關係可能是因法律規定而生，例如著作權法第 69 條之強制授權，但最常見之授權方式為當事人締結著作授權契約的方式，來讓利用人取得利用著作之權利。

第一項 著作權授權契約之特徵與契約自由

第一款 授權契約之特徵

著作授權契約係指著作權人將著作財產權中特定種類權利交由契約相對人實施之契約，因授權契約僅將權利行使權限讓與他人，未將權利本身終局的讓與，故授權權人本人在授權契約解消後，仍能回復著作權人之地位。授權人本身所擁有者為一「母權」，被授權人所得行使者則為著作母權之利用權，可稱之為「子

⁷⁰ 參前揭註 31，頁 312。



權」⁷¹。授權人與被授權人得在授權契約中訂明授權之權利種類、範圍、期間以及地區之限制。其中關於時間之限制，為授權契約雙方當事人於契約中約定授權之期間，使被授權人於該期間內得行使權利，而於期間屆滿後，被授權之權利自動回歸授權人約定；地區之限制，則係契約條款限定被授權人得行使被授權之權利的地理範圍，僅於該區域內，被授權人始得合法行使該被授權之權利，而不得跨區行使。

第二款 授權契約與契約自由

授權契約可針對授權之權利種類、授權行使期間以及授權行使區域視當事人需求及協商狀況為個別之約定，故授權契約具有十分大的多樣性，此多樣性係基於私法自治與契約自由而生⁷²。由於授權契約基本上係基於契約雙方當事人之意思所訂立之契約，基於私法自治與契約自由的要求，應由契約當事人來決定是否訂立契約及擬定契約之內容，原則上為確保著作權人能夠有效利用自己著作以獲取經濟利益，法律及國家不應對授權契約之內容或效力過度干預。

我國著作權法考量著作授權契約種類繁多且授權內容各異，為避免在當事人訂定之契約條款有意思不明之處，基於保護著作權人之立場，針對著作權授權契約，第 37 條對當事人在授權契約內意思不明之點，作出以下規定：「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，推定為未授權。(第一項) 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為授權而受影響。(第二項) 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。(第三項) 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，並得以自己名義為訴訟上之行為。著作財產權人在專屬授權範圍

⁷¹ 參照謝銘洋(2007)，智慧財產權法，5版，頁283。

⁷² 同前註31，頁316-317。

內，不得行使權利。(第四項)」，然本條雖有推定未授權之規定，然原則上仍係尊重當事人之意思，未介入當事人之契約自由。



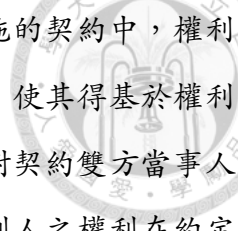
第二項 授權契約之法律性質

以著作財產權為客體的各種交易類型中，可以依權利人是否有移轉其權利之意思，分為「純粹債權性質之契約」即「含有處分性質之契約」，前者僅具有債權上之效力，並未將著作財產權移轉給相對人，相對人在該契約關係中並未取得任何得以對抗第三人之權利，僅得要求權利人容忍其實施該權利，此等關係對被授權人之權利與利益之保障較不佳，故實際上較少使用此種授權方式⁷³。含處分性質之契約則包含了「無限制讓與」以及「限制讓與」二種類型，「無限制讓與」之契約係指權利人將權利完全移轉讓與給他人，對轉讓之行為不作任何限制，因此在無限制讓與行為後，原權利人將喪失權利人之地位，由受讓人取得權利人之地位，如權利之買賣或贈與；「限制讓與」則是對權利的轉讓依內容、時間或地區作出相當之限制，僅在該範圍內使權利移轉讓與他人。契約解消後，被讓與之權利將自動回歸原權利人身上，例如權利設質或授權實施⁷⁴。

以上三種著作財產權授權方法中，以授權實施最為常見，純粹債權契約因被授權人地位較弱，實務上不常見已如前述。著作財產權人通常亦沒有將權利賣斷給他人之意願，因此無限制讓與亦非常見的方式。因此在著作財產權人本人沒有相關專業能力去有效利用著作時，多會採取授權他人利用其著作，而自己從被授權人處收取授權金作為獲得經濟利益之方法。以授權實施之契約目的觀察，著作權人本身並未有利用著作之意，僅希望能透過授權他人利用其著作來獲取授權金等經濟上利益，本身並未對實際利用著作有所意欲；而被授權人則因身為主要利用著作之人，在其實際對著作為使用安排上，需要取得較多的權限才可能有效達成。換言之，在授權實施的情形中，著作權人僅為名義上的權利人，而實際權利

⁷³ 同前揭註 31，頁 313。

⁷⁴ 但授權實施究竟屬於債權行為或具有處分行為之性質曾有爭論。同前揭註 31，頁 314。



的行使利用則完全交由被授權人來進行。因此，在著作授權實施的契約中，權利人都會將其權利在授權契約有效期間內，移轉讓與給被授權人，使其得基於權利人之地位行使被授權之各項權利。故在著作授權契約中，除了對契約雙方當事人之權利義務有所約定外，通常亦會伴隨著一準物權行為，使權利人之權利在約定之內容、期間範圍內，移轉予被授權人。因此著作授權契約本身非僅為一單純之債權契約，亦帶有權利移轉之準物權行為性質⁷⁵。

著作授權契約之準物權行為性質並不因契約為專屬授權或非專屬授權而有所差異，在授權之範圍內與存續期間，不論是專屬授權或非專屬授權契約，都會有暫時權利移轉的情形發生。兩者之區別僅在專屬授權之被授權人所取得之權利範圍較大，除了能利用該等權利外，還能夠主張權利以對抗第三人；而非專屬被授權人則僅取得利用該權利之權限，無從主張權利來排除他人使用行為⁷⁶。

第三項 授權契約種類—專屬、非專屬授權

根據授權契約所賦予被授權人權利地位之強弱，可分為專屬授權與非專屬授權。

第一款 專屬授權

專屬授權係指：授權人在同一授權範圍內僅授與被授權人一人，使其單獨取得行使智慧財產權之權利⁷⁷。依著作權法第 37 條第 4 項規定：「專屬授權之被授權人在被授權範圍內，得以著作權人之地位行使權利，並得以自己名義為訴訟上之行為，著作財產權人在專屬授權範圍內，不得行使權利」，故專屬被授權人在授權範圍內取得具有排他性的專屬使用權，在授權期間之著作財產權權能幾乎等

⁷⁵ 關於授權契約同時具有債權與物權性質，係因智慧財產權之授權契約屬於一種獨立之契約類型，與傳統之動產或不動產物權觀點有所區別，引此不能以傳統買賣、租賃契約之觀點來理解授權契約。參照謝銘洋，〈從相關案例探討智慧財產權與民法之關係〉，《台大法學論叢》，三十三卷第二期，頁 218-220。

⁷⁶ 參照前揭註 74，頁 220。

⁷⁷ 參照前揭註 31，頁 316-317。



同於著作權人。

而專屬授權之範圍可能依雙方之磋商結果有所差異，被授權人可能僅取得智慧財產權中之單一種類權利，例如著作之重製權；亦有可能取得全部之智慧財產權利用權能。

由於專屬授權在性質上具有使被授權人取得單獨使用權能的效果，故權利人在專屬授權後，對於專屬授權之範圍內的權利將不得再行授權予第三人使用，此時權利人在授權範圍內僅剩下權利外觀⁷⁸，自己也無法行使授權他人之權利。

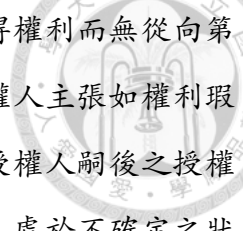
專屬授權雖然具有使被授權人單獨取得行使權利之效果，然因單一專屬授權契約中對於授權之時間、權利內容、地區皆由契約雙方當事人決定，因此權利人除了可以將不同種類之權利內容分別專屬授權給不同人利用外；亦可將同一種類之權利，依時間、得行使地區等條件，分別專屬授權給不同人使用。故對於單一智慧財產權，可能同時存在多數不同但皆有效之專屬授權契約。

專屬授權能夠達到使被授權人單獨取得行使權利之效果，係因在專屬授權契約中，除了約定契約當事人間權利義務關係之債權行為外，同時將存在一個處分行為。該處分行為將使授權人之權利被分離並且移轉讓與給被授權人，因此在授權讓與之範圍內，權利人已無處分之權能，故不能再行將相同範圍之權利授權與他人使用。

第二款 非專屬授權

非專屬授權係指：授權人保留將相同授權範圍再授權他人行使之權利，或在授權時，相同授權範圍已有其他被授權人存在。非專屬授權契約中雙方當事人間之關係究竟僅存在單一之債權契約或亦有處分行為之存在則有爭論。學理上認為

⁷⁸ 蔡明誠（2003），〈從法院判決探討著作權財產權之授權〉，法官協會雜誌，5卷1期，頁14。



若非專屬授權僅具債權效力而無處分效力，則被授權人因未取得權利而無從向第三人主張，無法有效排除他人對其權利使用的妨礙，僅能向授權人主張如權利瑕疵擔保之契約責任。而權利之實施需要投入一定之成本，若因授權人嗣後之授權行為導致前被授權人無從對後授權人主張權利，將使得被授權人處於不確定之狀態，隨時可能受權利人後續授權行為之影響，對被授權人之保護顯然不夠⁷⁹。而我國著作權法針對此等問題，於 90 年 11 月修法時，於第 37 條第 2 項明文規定：「前項授權經公證人作成公證書⁸⁰後，不因著作財產權人嗣後將其著作財產權讓與或再為授權而受影響」，肯認授權契約（包括專屬與非專屬授權契約）中，不僅只有債權行為，尚包含處分行為，而使被授權人所取得之權利具有物權或準物權效力，以保障非專屬被授權人之地位。

第四項 視聽著作與授權契約地域限制約款

著作權法第 37 條第一項之規定：「著作財產權人得授權他人利用其著作，其授權之地域、時間、內容、利用之方法或其他事項，依當事人之約定」，著作權人與被授權人在決定授權契約內容時有相當大的自由，授權利用之範圍可為著作財產權之全部，或以地域、語言、時間、內容或其他方式來限定授權之範圍⁸¹。而其中與著作跨境近用相關者，為授權契約中對授權利用地域為限制之約款。

在視聽著作權人與被授權人（包含傳統實體影音內容提供者、OTT 業者或其他影音提供業者）所簽訂之授權契約中，通常會對以被授權人為取得著作管道之潛在對象數量做出限定，較常見之方式係透過限定被授權人得使用著作之地區，來進一步限制可能經由被授權人獲取著作之潛在消費者、使用者人數範圍。授權地域限制條款終歸係以確保著作充分利用以及追求著作利用之最大經濟利益為主要目的，故授權地域限制條款之簽訂與否與內容為何，在著作權人考量授權原

⁷⁹ 參照前揭註 31，頁 320-321。

⁸⁰ 公證書之要求於 92 年修法時刪除，以配合伯恩公約第 5 條第 2 項所定「著作權之享有與行使不得要求履行一定形式要件」之規定。

⁸¹ 羅明通（2009），《著作權法論》，第七版，頁 36，台北：台英商務法律。

因、授權條件、授權費等因素後，會有不同之結果。



第二節 授權地域限制

第一項 地域限制之標的

地域限制之標的會隨著授權契約中所授權利用之著作權利類型有所差異。若授權之目的係給予被授權人有體著作之流通與散布權限，則所授予之權利應主要係以重製權、散布權為主，契約中地域限制約款之限制標的則亦為重製權、散布權，授權契約之被授權人僅得於該被授權區域內為重製、散布著作之行為。

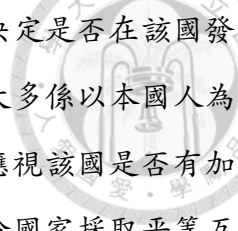
在控制著作散布區域大小的方式中，著作權人雖可以藉由限制重製數量的方式來限制散布的範圍，但有時仍不足達成其抑制在被授權區域外散布著作的目標。例如著作權人授權甲得於A地區重製其著作10萬冊，而A地區對該著作之市場需求剛好亦約10萬冊左右，透過這種單純限制重製數量的方式，可能可以達到著作權人限制被授權人利用著作範圍的目的。但大多數情形仍必須搭配散布權的區域限制或是出口限制約款，始能有效貫徹控制被授權人在授權區域外散布行為之目的。

若授權契約係授權無體著作之流通與提供權限，則授權地域限制之標的即為公開傳輸或公開播送行為。由於無體著作（如數位著作）之流通與提供透過網路即可達成，不需經實體形式，因此對於無體著作之授權地域限制，主要係以公開傳輸權為其限制標的。

第二項 地域限制之目的

第一款 法律上目的

第一目 外國人著作之保障



國家對外國著作權人之著作權保障強度亦可能係著作權人決定是否在該國發行、流通著作之因素之一。目前各國對於智慧財產權之保護，大多係以本國人為主要保護主體，外國人之著作並不當然享有著作權之保障，而應視該國是否有加入著作權保護相關國際條約，或有無法律特別規定。其中大部分國家採取平等互惠原則，若本國人在外國享有著作權法保障者，該外國之人於本國亦享有相同條件之著作權保障⁸²。國家間亦有可能基於互惠原則，透過雙邊或多邊協定來保護彼此國民之著作權。所以著作權人在決定是否於其本國外之區域發行、散布或以其他方式利用其著作時，將受此因素之影響⁸³。

第二目 屬地主義

智慧財產權之效力，若無國際條約或其他法律之規定得於他國取得權利，原則上僅限在權利人取得權利之國家內行使，此即智慧財產權之屬地原則，或稱屬地主義。權利的得喪變更、權利內容及著作權侵害之法律效果，都因各國法律規定不同異而不同。因此著作權人在欲將著作於他國利用時，可能需要考慮目的國對著作保護相關規範，以免因各國著作權規範不同而造成預料之外的損失。

雖然國際上存在許多著作權相關之條約，例如伯恩公約、世界著作權公約 WCT、與貿易有關之智慧財產權協定 TRIPs 等，但此些公約僅係針對各締約國對著作權人所應有之保障做出最低限度的規定。且基於國際公約的性質，若締約國未將其內國法化，著作權人亦無從直接以國際公約為主張權利之有效法律依據。因此，當著作權人對特定國家之著作權保障規範密度存有疑慮時，便有可能影響其授權他人於該國使用其著作之意願。

第三目 涉外事件爭議處理、法律適用與管轄

著作權人或被授權人在進行著作利用時，可能會遭遇侵權糾紛，若糾紛發生

⁸² 如我國著作權法第 4 條之規定。

⁸³ 參照前揭註 34，頁 102。



之地區非著作權人之本國時，就會發生涉外事件之問題。在網際網路侵權的案件中，應向何地之法院起訴，涉及涉外事件定法院管轄權之問題。在網路侵權中，主要有三種解決的方式，第一種是根據系爭活動之性質來適用涉外法律決定管轄法院；第二是由進行侵權行為之電腦主機的所在地管轄；第三個則是以侵權行為地，亦即侵權者使用網際網路之地點的法院管轄。不同國家會有不同的政策考量，採取不同方式來定案件管轄權。同一個網際網路跨國侵權案件，依不同國家之法律可能同時有多個國家取得管轄權，造成權利人主張權利上的困難。

因涉外事件管轄規定的適用，對著作權利人可能造成主張權利上的困難與不便，故許多權利人在網站服務契約中會預先定有管轄權歸屬的條款，或透過事前識別網站使用者之地理位置，限制他國使用者近用服務的方式，從源頭斷絕涉外侵權事件發生的可能。因此涉外事件的管轄也可能會影響著作權人是否願意授權他人在特定地區使用其著作的意願。

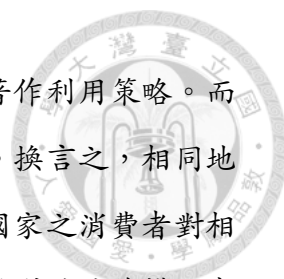
第二款 經濟上目的

第一目 市場區隔

市場區隔係指將對相同商品有需求之消費者，以特定之指標區分成為不同群組，並對不同群組消費者採取不同之行銷策略。市場區隔的變數基礎可能包含地理、人口統計、心理與行為等四類變數。地理變數係指以地理區域的分割來區分市場；人口統計變數則是透過消費者的各種屬性，例如年齡、性別、職業等；心理變數則是消費者生活型態、個人性格描述、態度等差異；行為變數則包含品牌忠誠度、對所使用產品的概念性想法等⁸⁴

著作權人使用著作之目的為換取經濟利益，如何能以最大化經濟利益之方式來使用著作、如何授權他人使用著作即為重要考量。由於在市場上，對於特定著作之需求可能隨時間、區域而有所變化，為滿足不同時間、區域消費者需求，著

⁸⁴ 參照前揭註 34，頁 109。



作權人或被授權人應針對不同需求之消費者擬定不同之授權或著作利用策略。而通常消費者對於著作的需求，會隨著地理區域不同而有所變化。換言之，相同地理區域之消費者對於同一著作的需求通常較為類似，例如同一國家之消費者對相同語言的著作有相同需求。因此以地理區域作為區隔市場的變數對於著作權人來說是最簡單也最常用的方式。

第三目 市場區隔與商品價差套利


如第一目所述，被授權區域的市場需求是著作權人授權與否與授權金高低之重要決定因素，加上不同區域市場經營者不同，對於商品的行銷與定價上各有不同的策略，以及商品營銷成本上的差異，使得相同商品在不同授權區域市場中，最終以不同的價格來販售。授權地域限制約款主觀上係為區隔市場，限制不同市場之經營者間之競爭，以確保各方之利益。然而不同區域市場間相同商品存在價差時，就有可能發生第三人以平行輸入⁸⁵商品之方式來獲取利益的情況，此行為稱為商品價差套利，在實體商品交易中最為常見。

商品價差套利的實現條件有：「同一資產⁸⁶在不同市場上價格不同」、「相同或相近價值的兩種資產價差過大」及「一種已知未來價格得資產當前價格與其根據無風險利率折現的價格差距過大」，單一或複數條件實現，都將出現「套利機會」。著作權人為達市場區隔進行分別授權，導致相同商品於不同市場上有不同價格地的情形，符合「同一資產在不同市場上價格不同」條件，將給予第三人進行商品價差套利的機會。事實上此種情形亦相當常見，市面上常見的「水貨」即是商人在未取得輸入權授權的情況下，將著作權人授權製造之合法重製物以平行輸入方式進口之商品。

以實體書籍為例，當套利者在輸入國販售自輸出國購入之書籍，基於權利耗

⁸⁵ 平行輸入（parallel imports）又稱灰色市場（gray market）。

⁸⁶ 資產可為實物資產或金融資產。



盡原則⁸⁷，著作權人對合法著作重製物加以散布之控制，因其同意下公開散布後即告耗盡，不得再對該著作主張公開散布權，本得自由進行此類買賣，而未侵害著作權人之權利。若認此種行為侵害著作權人之進口權者，亦應視輸入國之相關法律規範是否對著作權人之進口權有所保障⁸⁸。基本上套利者在進行不同國家或區域間之實體書籍價差套利行為時，不會違反著作權法之規定，著作權人因此無從對此等套利行為主張權利。由此可見，市場區隔是否能發揮其效果，應視著作權人是否能有效禁止平行輸入之行為，若無法禁止，相同著作在不同區域中即便有不同價格，仍可能無法有效作為區隔市場之方式。

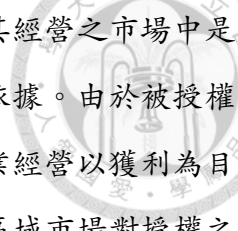
第三項 著作授權地域限制約款的決定因素

對於著作權人而言，在確定著作授權契約中之授權地域時，其主要判斷依據為：在特定區域內將權利授予何人，將能使著作利用率最大化並換取最大的經濟利益。著作權人在授權時，大多以特定區域市場中市場觸及率、使用率最高，能向最多消費者提供服務的服務提供者作為授權之優先人選。在不同區域，可能由不同被授權人來使用著作。另外由於不同區域之市場對相同著作之需求有高低差異，除影響到著作權人授權與否之決定外，亦會影響不同被授權人所應支付之授權金價額高低。對於著作權人而言，判斷是否、如何進行授權時，主要係考量被授權人是否有能力經營該區域之市場⁸⁹。

⁸⁷ 又稱第一次銷售原則，係指著作權人對合法著作重製物加以散布之控制，因其同意下公開散布後即告耗盡，不得在對該著作重製物主張公開散布權。章忠信（1998），〈著作權法真品平行輸入之研究〉，《資訊法透析》，頁 60-61。

⁸⁸ 如我國著作權法第 87 條第一項第四款，將「未經著作財產權人同意而輸入製作原件或其國外合法重製物者」之行為視為侵害著作權。

⁸⁹ 著作本身之類型、內容亦有會影響市場對其之需求，如由世界知名片商所製作之電影、著作，由於題材較大眾，在全球各處之需求量皆較高，市場大，因此在不同國家、區域分別專屬授權予不同之市場經營者來行銷，較能達到最大利益；反之，某些區域性、特定題材之著作市場較狹小，若要著作權人針對不同區域分別尋找不同之行銷者則有可能不符成本，因此亦有可能以其他較大區域（如全球）之授權方式來交由他人使用著作。例如美國漫威娛樂（MARVEL entertainment）所製作的系列電影，在全球各地皆有相當大的市場，在行銷上即可針對特定區域，選擇當地較有行銷能力之人負責該著作；而台灣所拍攝之電影，因電影題材通常具區域性，市場有限，即可能將全球之市場授權給單一具有全球行銷能力之公司，來統一規劃使用著作。類似捆綁銷售之概念，將高需求市場與低需求市場的授權網綁，提高著作授權金之收入，達到著作授權利益的最大化。




對於被授權人而言，從企業經營之角度，主要考量著作在其經營之市場中是否有需求及需求之高低，來作為授權契約地域限制約款之協商依據。由於被授權人能使用著作之區域越大，應支付之授權金就相對越高，在企業經營以獲利為目標前提下，不是取得越多的授權區域越好，應考量取得授權之區域市場對授權之著作的需求高低，在評估支出授權金成本與經營該市場所能獲取之利益後，作出是否欲取得該區域授權之決定。

綜合上述，著作權人與被授權人所簽訂之著作授權契約地域限制約款，係契約雙方當事人考量各自經濟上利益後，相互協商所作出的決定，因此跨境使用著作之障礙來源—著作授權契約之地域限制約款—實則為雙方當事人交涉之結果，存在之目的為保護契約當事人經濟利益之最大化。

第四項 著作授權地域限制約款的內容

著作授權地域限制約款之目的在區隔市場，但是究竟地域限制約款的內容可能為何？也就是授權契約雙方當事人會以何種約定方式來進行授權地域的限制以有效達成區隔市場之目的，也是一個會影響到跨境提供著作是否屬於違反著作權法行為之重要問題。以公開傳輸權之授權為例，可能的約定方式有以下二種：第一種，雙方當事人約定「被授權人僅得於○○區域內以公開傳輸之方式向消費者提供著作內容」，此種約定方式是直接以地理上的分區作為授權地域限制約款的內容，也就是要求提供者提供與消費者接收著作的行為都必須發生在被授權之區域內，本文稱「近用地區限制約款」。第二種方式則是約定「被授權人僅得對○○區域市場之消費者以公開傳輸之方式提供著作內容」，這種約定方式是以目標消費者的分群來作為授權地域限制約款的內容，本文稱之「近用資格限制約款」。換言之，在這種約定方式下，實際上的地理分區僅作為一個輔助區分消費者的依據，而不是約定的重點。

「近用地區限制約款」的重點放在著作內容提供與接收二行為所發生的地區



是否在約定的範圍內；「近用資格限制約款」首要考量的則是著作內容提供與接受行為之對象是否具有授權契約中約定得接收著作內容的資格，只要接收著作內容之對象具有該資格，不論其身 anywhere，向其提供著作內容都不會違反地域限制約款。若採「近用地區限制」，在授權契約的限制下，服務提供者可提供服務之對象包含當下身在該區域之所有人，不論該人是否長期居住在該地，而有透過該地之服務提供者近用著作內容之需求；而採「近用資格限制」者，服務提供之對象僅包含長期居住在該區域，有透過該地之服務提供者近用著作內容需求之人。以後者作為限制被授權人得利用著作區域之方式，較符合市場區隔係為了「區隔消費者」之目的。

第五項 著作授權地域限制對第三人的影響

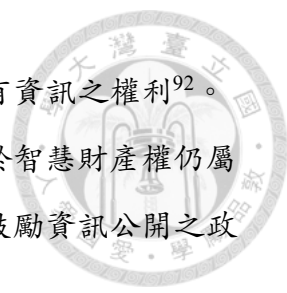
著作權人透過授權契約地域限制之方式來限制得近用著作之對象，該行為本身對於願意付費利用或單純想近用著作之人將產生實質上之限制。即使欲近用著作之人有可能因授權契約效力，對其發生事實上影響，而阻斷其近用著作之可能。亦即在被授權區域外的消費者可能無法近用著作。

此種以授權地域限制約款做為限制他人近用其著作之行為，本質上屬於一種財產權的行使。但此種「近用權」⁹⁰（或財產權行使之結果）非著作權法所保障的著作財產權類型。換言之，著作權人雖得以訂定契約的方式來限制授權區域外之消費者近用其著作，但此等禁止他人近用的權限並非著作權法明文保障之權利，而係契約自由與財產權人之權利行使交互運作下所產生之事實上影響。

「著作人權利」與「自由近用」間一直存在著衝突⁹¹，雖在公共政策上希望

⁹⁰ 有論者認為，這種限制他人近用自己著作的權利稱為「接觸權（access right）」。在著作財產權人使用科技保護措施來限制未經同意之人接觸著作時，就是一種接觸權的行使。章忠信（2016），〈OTT 產業發展及 TPP 鎖碼訊號保護夾擊下之著作權法制新挑戰〉，《2016 第二十屆全國科技法律研討會》，頁 751。

⁹¹ See Ramaswamy, S., & Banerjee, S. (2018). For Borderless Digital Market: Resolving the Conflict between Geo-Blocking and Free Access to Services in the European Union. *Indian Journal of Intellectual Property Law*, 9, at 8-11.



能夠盡量達到資訊流通，但仍未給予公眾去接觸近用私人所持有資訊之權利⁹²。亦即著作權人對於是否使其著作於公共領域、市場上流通，本於智慧財產權仍屬財產權之性質，著作權人自身仍有最終的決定權。即便國家有鼓勵資訊公開之政策，仍尚非屬限制著作權人依其意志行使財產權之合法目的。

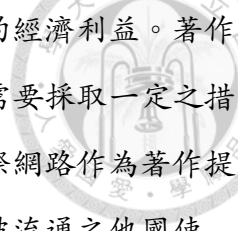
基於著作財產權仍屬於私人財產權之範疇，權利人有依其意志為使用、處分、收益等行為之權限。原則上國家應該尊重人民對其著作財產權利用的相關決定，考量著作權人對特定區域市場經營之意願與其他考量，在其決定不向某區域消費者提供其著作之近用可能性時，不宜賦予公眾主動要求近用該等著作之權限。

第五項 小結

在著作授權契約中，被授權人為順利向消費者以線上串流方式提供著作內容，要向著作權人取得「公開傳輸權」之授權。而基於各種考量，在以公開傳輸權為授權標的之契約中，可能會對被授權人得公開傳輸著作之時間、地域有所限制。例如在臺灣地區提供服務之串流影音平台，應向著作權人取得對臺灣地區居民公開傳輸著作之授權；全球皆有提供服務之平台，則可能向著作權人取得全球之公開傳輸著作授權。授權契約中對授與之權利得行使地域作出限制之約款，為授權契約地域限制約款。

授權契約地域限制約款的存在，除了法律上目的以外，主要是基於經濟上之目的——市場區隔。由於同一著作在不同市場間會有需求的差異，不同市場在著作利用過程中的製造、流通等營運成本亦有高低不同，可能造成著作權人選擇在不同區域交由不同之市場經營者來利用其著作。最終導致不同市場消費者在近用相同著作時，可能存有價格上的差異。而此等價格上的差異可能導致第三人在不同

⁹² 同前註 34，頁 101；See Raymond T. Nimmer, *Breaking Barriers: The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827, at 833-834。



市場間輸出輸入以套利，影響到原本各市場經營者所預期獲得的經濟利益。著作權人或被授權人對於此等不同市場間相同商品平行流通的現象需要採取一定之措施來防止，否則其市場區隔之目的將無法有效達成。對於以網際網路作為著作提供媒介的線上影音內容提供業者來說，要防止其所提供之服務被流通之他國使用，最有效的方式就是透過識別消費者使用服務之實際地理位置，並禁止不在其服務提供地區範圍內之消費者使用服務。這樣的方式固然有效，但也導致原在服務提供者服務區域內之消費者，因暫時出國而無法有效近用服務的附帶效果。

第三節 地理位置識別、限制手段與市場區隔

第一項 網際網路與地理位置識別

第一款 網際網路

網際網路的發明源自於為美國國防軍事需求，係為了能使各地電腦設備連結成為一網路，不以特定電腦作為網路的控制中心，連上網路的電腦間皆能相互傳輸分享研究資料，並且達到在戰爭發生時，單一或部分設備、線路被破壞後，資料傳輸仍能正常運作之目的。為了達到相互傳輸資料的功能，資料交換時必須遵守一定的傳輸規則，即為通訊協定；而在硬體上，網路的建立係依賴實體電纜線相互連接，建立節點 (node)，因此只要實體纜線所能到達的地方，網路便能將資訊傳輸到存在該處的電腦中。

網際網路本身為一種通訊技術，作為供資料傳輸的媒介，只要實體纜線所能串連到的位置，皆構成網際網路的一部分，因此現實上之地理位置在網路的應用上本不具太大的意義。然而與網路連結的節點越多，資料要有效的傳輸至其目的地，則有賴將各節點系統性的加以特定，就產生了通訊協定 (protocol)。通訊協定係指獲得各方認定，以定義電腦間相互通訊的標準，如傳輸資料的格式、同步方式、傳送速度、傳送步驟、檢糾錯方式等。透過通訊協定，才能使各電腦間理

解相互的意思，以有效交流溝通。在通訊協定下，各節點將有特定的位址，以作為傳輸資料時，特定該次傳輸目標或記錄來源等用途。



第二款 識別網路使用者地理位置之方式

第一目 IP 位址

網際網路使用 TCP/IP 協定套組 (TCP/IP Protocol Suite)，其中包含了兩核心協定：TCP (傳輸控制協定) 和 IP (網際網路協定)。在此協定中，每個連結到網際網路的節點，都會被分配到一個特定的 IP 位址，該 IP 位址具有類似住家地址或電話號碼的功能。IP 位址的主要功能是路由 (Route)，也就是作為資訊傳輸的導向指標，在透過網際網路傳輸的資訊封包中，都會包含傳送主機與目的主機的 IP 位址。

在通訊協定下，資料傳輸時之 IP 位址僅作為識別來源與目的地的一串數字，僅依靠 IP 位址的數字本身無法辨認該 IP 位址在現實世界中所在的地理區域為何。然而，IP 位址作為全世界共同使用之路由導向工具，必須透過一定的規則來定義 IP 位址與進行 IP 位址的分配，目前全世界的 IP 位址統一由網際網路名稱與數字位址分配組織 (International Corporation of Assigned Names and Numbers ; ICANN) 進行分配，ICANN 會從可用位址塊池中將位址塊分配給區域網際網路註冊管理機構⁹³，區域網際網路管理註冊機構再將位址區段分配給各個國家或區域的註冊管理機構，之後再由各國註冊管理機構將 IP 位址分配給終端使用者。經由這一連串的分配過程，每隔區域、國家與個人所分配到的 IP 位址塊、區段與 IP 位址，皆為公開之資訊，因此可以透過分析 IP 位址之數字來識別其實際所在之地理區域，最精確甚至可以特定到所在城市的路名、門牌號碼或是以經緯度的

⁹³ 目前正在運作的區域網際網路註冊管理機構有：ARIN (管理北美、南極洲和部分加勒比地區)、RIPE NCC (管理歐洲、中東和中亞地區)、APNIC (管理亞洲和太平洋地區)、LACNIC (管理拉丁美洲和部分加勒比地區)、AfrINIC (管理非洲地區)。

方式呈現⁹⁴。



第二目 行動通訊基地台

近年來隨著行動網路技術的發展，網際網路的連線不再限於與實體電纜線直接連結之裝置，只要能連結無線行動網路的裝置，即可行動上網。而行動無限上網係透過手機與最近基地台間透過無線電波傳輸資料的方式達成，由於每個基地台電波訊號所能涵蓋的區域大小有限⁹⁵，手機會自動選擇與距離最近、信號最強的基地台連結，只要確認手機當前所使用之基地台，即能以該基地台的位置大致推算手機目前所在的位置就在基地台的訊號涵蓋範圍內的區域。若需要較精確的定位，則需透過三角定位法，以最接近手機的三個基地台的距離、位置來進行推算。另外手機以及其他任何支援此功能之裝置亦可使用 GPS 全球衛星定位系統進行定位，在全球各區域即可透過衛星傳輸訊號與 GPS 接收器來運算，取得接收器使用者所在的位置。

第三目 Wi-Fi 定位

Wi-Fi (Wireless Fidelity) 又稱為無線熱點，是一種無線區域網路技術，其功能為使具備 Wi-Fi 功能的裝置，在訊號涵蓋範圍內能以無線網路的方式與網際網路連結。而 Wi-Fi 定位本身並非透過該無線熱點本身的網路進行定位，而係以行動裝置搜集所偵測到周圍無線熱點的電腦網路卡號碼 (MAC Address) 後，去與資料庫⁹⁶比對取得該 MAC Address 實際地理位置後，交叉計算出行動裝置的實際位置。

第三款 地理定位的應用

⁹⁴ 網路上有相當多免費網站提供 IP 位址定位的服務，如：<https://tw.geoipview.com/>。

⁹⁵ 信號涵蓋區域大小視基地台的發射功率大小有所不同，可涵蓋範圍最大可達 40 公里。

⁹⁶ 目前的資料庫為 GOOGLE 所建立，其透過 GOOGLE 街景車拍攝街景時，沿路搜集所有公開 MAC Address 的方式來建立資料庫。另外亦透過 GOOGLE 定位使用者在同時開啟 Wi-Fi 功能與基地台定位功能時，於背景收集資料來對資料庫更新。



第一目 適地性服務 (Location-Based Services ; LBS)

適地性服務是一種以通訊定位技術確定通訊設備使用者位置後，向其提供各類位置相關應用資訊的加值應用服務，目的是增進服務提供的準確性，提升服務品質。因近年 GIS (Geographic Information System ; 地理資訊系統) 和行動通訊技術的發展，使用者進行自身定位的機會與方法大幅增加，也順帶促進了適地性服務可應用場合的成長。目前在安全服務、資訊服務、導航服務、追蹤服務、休閒娛樂以及商業服務領域，皆有應用適地性之加值服務⁹⁷。日常消費者使用的服務如：地圖個人定位、遊戲、行動叫車服務、定位追蹤他人目前位置等等；企業經營者亦能透過過濾定位資訊，向消費者投送地區相關的商業廣告、提供區域限定服務或提供與區域相關資訊等。

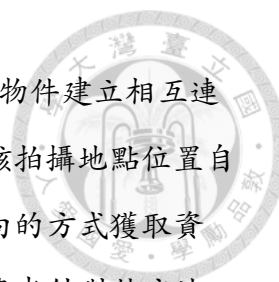
適地性服務提供不限於智慧型手機，只要是可以連上網際網路的設備皆有應用適地性服務的可能，如平板電腦、筆記型電腦，桌上型電腦等。即便設備本身並無用以定位的硬體部件，仍得透過軟體與網際網路的輔助進行定位，使得幾乎所有能連結上網際網路的設備，皆有適地性服務應用的可能。

第二目 物聯網 (Internet of Things ; IoT)

物聯網係指透過網路，將現實中的各種物品透過網路連結起來，成為能夠互相傳遞、交換訊息的網路，增加人們對物品的管理、遙控或監控能力，簡化實體物件的操作方式，為生活提供更智慧化、更直觀、便利的功能。在某些物聯網的應用中，可能會使用到地理位置的資訊，如監測交通工具所在位置，向消費者提供動態資訊，預估到站時間或是透過物品聯網，作為物品遺失時找回該物的定位追蹤方式等等，這些應用亦係透過定位物品實際地理位置來發揮功能。

第三目 資源物件關聯性建立與空間資訊提供

⁹⁷ 周駿呈 (2007), 〈行動定位服務應用發展趨勢分析〉, <http://www.teema.org.tw/upload/ciaupload/200707Analysis.pdf> (最後瀏覽日: 2020/12/05)。



資源物件關聯性係指將網路上的資源與現實世界中的資源、物件建立相互連結，使其能相互參照。例如智慧型手機在用戶拍攝照片時，將該拍攝地點位置自動紀錄，併將該照片與位置建立關聯性，之後使用者即可以雙向的方式獲取資訊；又或者如 GOOGLE MAP 上，地標的評價功能，可以供消費者針對特定地點、店家，瀏覽他人給予之評價。都是將現實與網路上資源建立連結的運用。

空間資訊提供則是先透過電腦紀錄現實事件中特定種類的現象、資訊，來輔助使用者進行資料處理、管理、分析、應用及決策。目的為試圖建立一個電腦中的虛擬世界，作為研究、預測、分析現實世界狀況的工具⁹⁸。如透過 1849 年 Dr. Snow 分析霍亂病例地區分佈及共同趨勢，作成地圖後，輔以引水管道的資訊，近一步推論感染源及主要原因⁹⁹；又如我國國土測繪中心，測量各地地形、建築等地貌後，測繪製成三維地圖供國民、業者應用¹⁰⁰。

不論是資源物件關聯性之建立或空間資訊服務提供，在資訊搜集階段，將實際空間中的特定資訊轉化為線上資源，與該資訊之地理位置建立一定連結；在服務提供階段，使用者得以地理位置作為查詢參照的依據，來獲取相關聯之資訊。這些過程都需要運用地理位置定位技術才能完成。

第四目 社群網路服務

社群網路服務是近年來新興的一種資訊交流、分享途徑，只要加入社群網站會員，即可透過網路在社群網路上發布消息，與其他使用者分享互動。使用者在社群網站上所能分享的動態消息內容包含了文字、圖像、影音與其他資訊，如「打卡」或「標註地點」等功能即為在分享之動態消息中，標示所在之地理位置，使閱讀該動態消息之人，能夠知悉該則消息所在的地理位置，或其他由發布

⁹⁸ 徐百輝（2018），〈國際空間資訊發展新浪潮〉，《國土及公共治理季刊》，第二期，第七卷，頁 8-9。

⁹⁹ 洪榮宏、林士裕（2004），〈空間資訊在健康城市發展之角色〉，《健康城市學刊》，No. 2，頁 86-94。

¹⁰⁰ 同前揭註 98。



者所提供之與該地理位置相關之其他內容。亦有社群網站提供「搜尋附近好友」、「標註同行之人」等功能，此些功能皆屬於地理定位系統在社群媒體上的應用。

第二項 識別地理位置之目的¹⁰¹


網際網路具有突破實際上地理區域限制之「無國界」的特性，不論距離有多遠，只要所欲取得之服務內容以網際網路為提供媒介，使用者皆能超越地理區域限制近用該等內容。此突破地理區域限制之特性，對提升各種服務內容的普及率及提供效率有十分大的助益，然而跨越地理區域限制近用服務內容之行為，並非必然為服務提供者帶來實際的利益，有時反將使服務內容提供者蒙受損失或其他負面效果。

網際網路本質上為促進使用者溝通效率之通訊傳輸技術，現今網際網路傳輸速度已經可以達到在短短幾秒內，將資訊傳輸至世界上的任何有網路連結的角落的程度。使用網路作為服務內容提供媒介，亦係以其傳輸效率與便利性為主要原因。然服務提供者所提供之服務皆有其主要目標受眾，透過網路提供服務時，基於網際網路「無國界」特性，可能使非目標受眾之人亦有獲得服務之機會，將對服務提供者的預期效果造成影響。因此識別網際網路使用者在現實中所處的地理位置就變得十分重要，識別地理位置不僅可以對目標客群提供更佳的服務，亦可將目標與非目標客群作出區分，減少網路「無國界」所帶來的負面影響。以下分別介紹識別地理位置之興利與防弊目的。

第一款 興利

識別使用者實際地理位置最基本之目的是為了有效向使用者提供適當之服務內容，除了可以作為優化服務內容之參考依據外，亦有在特定情況迅速找到使用

¹⁰¹ 本項整理自前揭註 34。



者所在位置，進行特定服務的應用。前者如針對網頁瀏覽者所在之位置，向其投送區域性廣告；或是主動偵測使用者位置，即時自動提供天氣資訊、交通、導航資訊或是發送使用者自設之提醒事項¹⁰²等服務；後者則如智慧型手錶在偵測到使用者發生嚴重的跌倒事故時，主動撥打緊急服務電話，並同時將使用者所在之位置傳送給緊急聯絡人；或是智慧型手機應用程式可使朋友間相互查詢彼此所在之位置等功能。

第二款 防弊

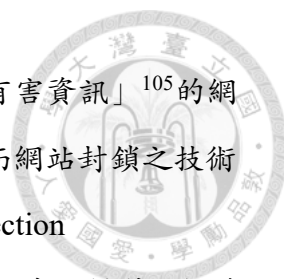
識別地理位置還有一個重要的目的在彌補網際網路「無國界」特性帶來的負面效應。網際網路提供了迅速便利的資訊傳遞管道，而此管道的利用可能會因使用者的目的、用途造成負面的結果，以下分別介紹三種識別地理位置的防弊功能，分別為確保法律遵守、預防與偵查網路犯罪以及數位權利管理。

第一目 確保法律遵守

網際網路作為一種資訊傳播管道，在網際空間上自然會存在各式各樣的資訊與內容。從較無爭議的一般內容到管制性內容，如涉及情色、賭博或其他依各國風俗民情，可能被法律管制之內容，都可以被任何人經由網際網路獲取。國家為確保人民遵守法律，避免網路被用作提供管制資訊與內容的法外之境，可以透過鎖定特定 IP 位址來達到限制人民存取訪問特定網站之效果。例如中華人民共和國實行網路審查制度，《全國人大常委會關於維護互聯網安全的決定》第七條¹⁰³、

¹⁰² 如智慧型手機內建之備忘錄功能，可以設定備忘事項的提示條件為「離開某地點」或「到達某地點」。

¹⁰³ 《全國人大常委會關於維護互聯網安全的決定》第七條：「各級人民政府及有關部門要採取積極措施，在促進互聯網的應用和網絡技術的普及過程中，重視和支援對網絡安全技術的研究和開發，增強網絡的安全防護能力。有關主管部門要加強對互聯網的執行安全和信息化安全的宣傳教育，依法實施有效的監督管理，防範和制止利用互聯網進行的各種違法活動，為互聯網的健康發展創造良好的社會環境。從事互聯網業務的單位要依法開展活動，發現互聯網上出現違法犯罪行為和有害信息時，要採取措施，停止傳輸有害信息，並及時向有關機關報告。任何單位和個人在利用互聯網時，都要遵紀守法，抵制各種違法犯罪行為和有害信息。人民法院、人民檢察院、公安機關、國家安全機關要各司其職，密切配合，依法嚴厲打擊利用互聯網實施的各種犯罪活動。要動員全社會的力量，依靠全社會的共同努力，保障網際網路的執行安全與信息安全，促進社會主義精神文明和物質文明建設。」。



《中國互聯網行業自律公約》第十條¹⁰⁴，對於含有法定所稱「有害資訊」¹⁰⁵的網站，將使用網站封鎖的方式，使該國人民無法存取該等網站，而網站封鎖之技術手段中即包含 IP 位址的封鎖。又例如美國千禧年著作權法之 Section 512(j)(1)(B)(ii)¹⁰⁶規定在對網路服務提供者所提起之禁令申請中，法院得對該網路服務提供者課予義務，禁止對美國境內使用者提供特定侵害著作權網站之存取服務，亦即將該網站封鎖，使美國境內使用者無法存取該網站。

第二目 預防、偵查網路犯罪及侵權

網際網路有匿名之特性，各類網站加入會員或成立帳號時，多無驗證帳號使用者真實身分之機制，此匿名性將導致欲在網路上施行犯罪或侵權行為之人將更難追蹤，增加偵查、調查追蹤上的難度。透過網站紀錄帳號使用裝置之 IP 位置可以作為限縮犯罪偵查或調查範圍的方式，藉此可以特定嫌疑人與可能之被告人選，提升辦案效率與破案機率。在盜刷信用卡之案件，刷卡消費之網站記錄刷卡裝置 IP 所在位置，與信用卡帳單地址相比對後，可以辨別何者為可疑交易。當刷卡位置與帳單地址兩者位處不同國家或兩者間有相當大之地理距離時，即可將該刷卡行為列為可疑交易，發現可疑交易後，再透過其他驗證身分手續或通知持卡人，確認交易之真實性，以有效降低信用卡盜刷風險。


第三目 數位權利管理

現今網際網路使用者很大部份都是以網路作為獲得各類著作內容的管道，著

¹⁰⁴ 《中國互聯網行業自律公約》第十條：「互聯網接入服務提供者應對接入的境內外網站信息進行檢查監督，拒絕接入發布有害信息的網站，消除有害信息對我國網絡用戶的不良影響。」

¹⁰⁵ 例如關於「煽動顛覆國家政權、推翻社會主義制度」、「煽動分裂國家、破壞國家統一」、「煽動民族仇恨、民族歧視，破壞民族團結」、「竊取、泄露國家秘密」、邪教和淫穢的資訊。網頁：維基百科，<https://reurl.cc/MdED8m>（最後瀏覽日：2020/12/8）。

¹⁰⁶ Digital Millennium Copyright Act, Section 512：「(i) Injunctions—The following rules shall apply in the case of any application for an injunction under section 502 against a service provider that is not subject to monetary remedies under this section: (B) If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms: (ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States.」。



作數位化、匯流與串流技術的發展，使網際網路成為電子書、音樂、電影電視劇等著作的主流提供管道。著作權人基於網際網路的便利性與使用者觸及率而選擇網路作為傳播之管道，但也因為網路的「無國界」使著作內容一但上網，所有網路使用者皆可自由取得該著作內容。著作權人或被授權使用著作之人可能基於某些經濟、法律目的或契約責任上之限制，有限制著作近用對象之需求。例如線上遊戲為區隔市場，會將遊戲以地區為依據，切割成不同伺服器，不同地區間之玩家不能跨區登入；或是視聽著作之被授權人，僅能向位處於被授權地域內之使用者提供著作。諸如此類之非合法使用者近用權限的限制都可以透過地理位置的識別來達成。

第四節 線上影音平台對消費者地理位置之限制方法

第一項 契約義務

著作權人與被授權人間或被授權人與消費者間之權利義務來源為其所簽訂之著作授權契約或服務提供契約，透過契約條款對權利義務進行一定的限制為最簡單直接的方法。在著作權人與被授權人的授權關係中，著作內容之使用是否符合授權契約條款約定，須依靠兩個階段來確保，前階段為被授權人，也就是影音平台本身以網路提供視聽著作內容之行為，是否以授權地域外之人為提供對象而違反授權契約地域限制約款。後階段則是消費者在透過被授權人近用著作時，所在位置是否符合地域限制約款之要求。在前階段因為著作權人與被授權人間有直接的契約協商接觸關係，且被授權人特定，著作權人相對容易追蹤被授權人在使用著作時，是否有違反契約義務的行為；後階段則因消費者眾多，著作權人或被授權人要追蹤每位消費者的行為有其難度，若僅於消費者有契約義務違反後才進行事後損害賠償請求，有追訴成本過高的問題，且無法有效保護著作權人之權利與利益。因此僅透過課予契約義務，並希望消費者自律，來作為限制消費者使用著作之地理位置的方式，顯可預期其效果將不如預期，須另外採取其他技術上措施來確保消費者履行契約所設之地域限制約款。

第二項 IP 位址過濾




IP 位址定位是目前網際網路上最常被用作限制使用者地域的方式之一，IP 位址依其分配規律可以劃出虛擬國界，使網路 IP 位址與實際地理位址發生一定程度的對應。只要識別出某些區段的 IP 位址所被分配到的區域或國家，就可以針對該區段 IP 位址採取特定的措施以禁止或允許其存取，此即以 IP 位址過濾技術原理來進行地理封鎖 (Geoblocking)¹⁰⁷。在進行地理封鎖時，會視封鎖目的與封鎖目標之數量多寡有不同方式，可採取之方式有原則禁止存取 (列白名單) 與原則允許存取 (列黑名單)¹⁰⁸，前者用在該網路資源僅提供少數特定之人使用時，將禁止所有 IP 位址的存取，再透過將 IP 位址列入得存取之白名單的方式，開放少數位址存取。例如電子書的販售，書商可能要求電子書購買人綁定閱覽裝置所使用之 IP 位址，僅能使用綁定之 IP 位址來閱讀電子書之內容；後者則是將網路上資源原則開放給所有網路使用者存取，僅於特定目的下，將特定 IP 位址區段或特定 IP 列入黑名單，禁止其存取。此種過濾存取者之方式能夠達到與實體的地理上區隔一樣，自由控制不同區域間的資訊流通，使權利人或其他網路資訊提供者在管理自身權利與提供服務時，更有效鎖定目標群眾並排除非目標之他人。

第三項 信用卡帳單地址

透過網際網路或電子方式進行商業交易活動或其他相關活動者，稱為電子商務。電子商務的交易過程並不需要交易雙方有實際上的接觸，僅需透過網路即可完成一切交易所區的溝通與程序。在以電子商務方式進行商品或服務的販售時，商品通常使用郵寄，而消費者支付商品、服務的對價時則大多使用信用卡線上刷卡的方式。

¹⁰⁷ 地理封鎖係指以使用者所在地區作為限制近用權限之依據的行為。主要目的有供著作權人控制著作權保護內容之近用與支持本地產業，避免外國競爭。See Yu, P. K. (2019). *hater's guide to geoblocking*. *Boston University Journal of Science and Technology Law*, 25(2), at 506.

¹⁰⁸ 前揭註 34，頁 44-45。



而信用卡之卡號亦有其分配規則，可以由信用卡前五個號碼識別出信用卡的發卡機構，在透過查詢消費者信用卡帳單寄送位置，即可得知消費者所在的位置。即便僅辨識出發卡機構，也可以推知消費者信用卡發卡的國家。亦有以此作為定位消費者之方式，然而信用卡發卡機構所在地與消費者信用卡帳單地址僅能反映出信用卡持有人在辦卡當下的所在地，並無法作為持續追蹤定位消費者所在地的方式。故此方式頂多作為確認消費者固定住居所的方法，並無法作為消費者實際使用線上服務時所在之地理位置。

第四項 使用者規避地理封鎖之方式

第一款 Tor

Tor (The Onion router；洋蔥路由器) 提供使用者透過其服務，連接至全球自願者免費提供，包含 6000 多個中繼的覆蓋網路 (Overlay network)，並在傳輸過程中在不同的中繼中隨機跳轉，並對資訊進行多層加密，從而達到隱藏使用者真實位址、避免網路監控的目的，也因為經過多層加密，故稱為洋蔥路由器¹⁰⁹。

Tor 原本的目的係為保障使用者之隱私與人民秘密通訊的自由，但此等使使用者完全匿名之軟體，也間接導致了使用者將其用於非法目的時，對於犯罪行為、侵權行為追蹤上的困難。在消費者不願被串流影音平台知悉其近用視聽內容服務之地點時，Tor 即可用做隱匿位置的方式。

第二款 Proxy

Proxy (代理伺服器) 可以使兩個網路終端 (通常一邊為客服端，另一邊為伺服器) 進行非直接的連結。也就是客戶端先與代理伺服器建立連接，再根據代理伺服器所使用的代理協定，請求對目標伺服器建立連接，或者得到目標伺服器的

¹⁰⁹ 維基百科網站，<https://zh.wikipedia.org/wiki/Tor> (最後瀏覽日：2021/1/3)。



指定資源。

代理伺服器的主要功能有：1. 提高存取速度，因代理伺服器會在外界資訊通過時，將該資訊儲存於緩衝區中，當其他使用者要求存取、使用相同資訊時，將直接由緩衝區中將該資訊提取並傳輸給使用者，可以少去向他伺服器端請求資訊與傳輸之過程。2. 過濾內容：防禦代理伺服器兩端的攻擊性存取。3. 隱藏真實 IP 與突破自身 IP 存取限制：使用代理伺服器時，使用者端不會直接與伺服器端建立連結，伺服器端無法查知使用者真實的 IP 位址，因此可以作為隱藏使用者真實 IP 的手段。

第三款 VPN

VPN (Virtual Private Network, 虛擬私人網路) 係企業與學術單位組織用在公共開放的網際網路上，提供安全且專屬之通訊連結網路的主要技術。「虛擬」指的是 VPN 的連線方式，相較於兩端點間鋪設實體線路，VPN 屬於一種非實體存在的暫時性連線，所欲通訊的資料透過網際網路在兩點之間傳遞，就像其間存在一條專屬的「通道」，也因此又稱為「通道技術 (tunneling)」。因為不需要架設實體線路，對於需要建置安全網路作為內部通訊管道之單位組織，VPN 具有低成本的優點，故越來越普及¹¹⁰。

VPN 除了可以作為單位組織內部專屬且安全之通訊技術外，透過其傳輸過程對個人資料的加密，可以實現使用者隱蔽自己實際位址，規避任何 IP 過濾機制的目的。VPN 在使用時需要透過使用者輸入帳號密碼登入 VPN，登入後再由管理 VPN 之電腦主機向外連結公共網路，因此使用者在網路上之操作（如存取資料或發出指令）都會經手 VPN 主機，像是 VPN 主機在代理使用者於公用網路上進行操作一般。因此，只要 VPN 主機之 IP 位址不在 IP 過濾之禁止存取名單內，使用

¹¹⁰ 邵喻美 (2007), 〈虛擬私有網路服務介紹〉, 《國立台灣大學計算機及資訊網路中心電子報》, 第 1 期, http://www.cc.ntu.edu.tw/chinese/epaper/20070620_1004.htm (最後瀏覽日: 2021/1/2)。



者皆可得透過 VPN 來隱藏其真實 IP，規避 IP 過濾機制。


由於各種原因，網路使用者遮蔽其實際 IP 位址之需求不斷增高，市面上甚至有公司推出專門之付費或免費 VPN 軟體供消費者歸避 IP 過濾，來進行網路商店交易、登入他國遊戲伺服器、近用各類型著作、取得他國服務或規避政府進行之境外網站封鎖等等，協助使用者「翻牆」。

第五節 識別地理位置與市場區隔

如第二節第二項第二款第二目所述，由於實體形式著作之交易，必然伴隨著實體物所有權移轉之行為，在所有權移轉並由買受人取得後，基於權利耗盡原則，著作權人對該著作所得主張之散布權，將因第一次的銷售行為，自受讓人處獲得合理對價後，喪失對該受讓人主張權利之可能。因此著作權人對該著作物後續的移轉、流通或使用行為皆無從干預，對受讓人轉賣著作物以獲取差價利益之行為亦無從主張其侵害散布權。

至於以網際網路作為著作提供媒介的情形，不論是線上電子書的販售、以串流音樂平台或串流影音平台提供音樂、視聽著作內容，在著作交易形式上皆與實體著作物的交易有所差異。實體著作的販售必然伴隨著實體物的所有權移轉，而以網路為媒介提供著作時，則不會牽涉實體物物權的變動，如電子書係以數位檔案的形式存在，向電子書所有人提供時，並非以交付實體物之方式達成，而是透過網路傳輸，將檔案儲存於電子書所有人的閱讀裝置或者以線上閱讀並不儲存的方式提供。串流音樂、影音平台在提供著作內容時，則是透過網際網路串流的方式，供消費者觀賞著作內容，亦無物權移轉之行為在內。

網際網路得以 IP 位址作為確定使用者所在地理位置之方式，因此在網際網路提供著作時，便能透過紀錄 IP 位址，來確認實際近用著作者為何人，或至少可以透過此方式來區分何者為可能的使用者為何及其人數。這種確認地理位置的方



式，可作為著作權人、電子書經銷商或串流媒體平台用來防止消費者套利或不當使用著作的檢查機制。換言之，透過檢查、追蹤或限制消費者使用著作之 IP 位址，便能達到確認消費者使用著作之地理區域、使用人數、次數等資訊，更進一步有效的將著作的使用地理區域限制在著作權人或其他權利人所預想之範圍內。在線上串流影音平台向消費者提供影音內容時，皆會先過濾消費者的 IP 位址，檢查其是否處在平台提供服務的國家或區域內，若是，消費者始能有效存取內容；若否，將無法順利使用該平台提供之服務。

對著作權人或串流影音平台而言，此種過濾方式可以有效控制著作被使用的地理區域，嚴格限制使用區域並禁止跨區使用下，區域之間的著作平行流動將無從（或較難）發生，即便發生了也可以有效追蹤，最終可以達到著作權人有效區隔市場，確保自身以及不同區域間之被授權人獲取預期經濟利益的效果。



第五章 跨境近用視聽著作


第一節 跨境近用視聽著作之著作權法議題

隨著智慧型手機、平板電腦、筆記型電腦等個人裝置與行動網際網路的普及與OTT串流服務業者的出現，在收看、訂閱過往有相對較大時間、地點跟內容上限制的視聽作品等著作內容的過程變得越來越簡單便利。從前因電視台之節目皆以排定節目行程表後照表播放之方式播出，使觀眾欲收看特定電視節目時，需要在特定時間、地點才能收看，對訂閱者有相對多的限制。而有了網際網路和行動裝置後，OTT串流影音內容提供者便得以隨選視訊的方式向訂閱者提供影音內容，而不需限定觀看者觀看的時間、地點亦可由內容觀看者自己選定想觀看的內容，使影視作品之著作內容的提供管道有重大突破。

然而在網際網路上使用串流方式提供視聽著作衍生出了新型態的著作權問題，其中在跨境使用上，如何在著作權人授權地理範圍與保障消費者跨境可攜性衝突中最大化各方利益，為下節歐盟法規《跨境可攜性規章》欲探討解決之問題。在未經授權向訂閱者提供的跨境侵權使用著作上，亦有應如何對侵權網站及訂閱這些侵權網站內容之使用者有效執行相關法律的問題，其中包括了針對侵權網站之侵權行為究竟應採事前預防或事後懲罰之防治手段？還有網站侵權行為有責之主體範圍為何等問題，此為以下未經授權跨境使用著作部分欲探討之問題。

第二節 一般跨境近用著作

OTT服務業者以串流之方式線上提供影音內容的發展愈趨成熟，在消費者間也越來越多人使用，以往電視第四台業者影音內容的服務提供，需要該業者將電纜線牽至訂閱者家中，再連結上電視機，才能在電視機上播出該第四台業者所提供之電視頻道的影音內容；而IPTV則是改由電信業者透過已牽至其寬頻網際網路使用者之寬頻網路線路作為傳輸電視訊號之媒介，雖然相較於第四台，同時使



用電視及寬頻網路之用戶不須另外牽設第四台之電纜，但仍須有該 IPTV 服務提供者之寬頻線路才能使用 IPTV 之服務。而以上二種在訂閱者電視機上提供影音內容之服務方式，都是透過在訂閱者家中設置線路或機上盒方式來指定消費者收看影音內容的地點及概略限制使用人數的數量，也就是其服務是對該線路或機上盒設置之地點的電視機提供，訂閱者若未使用該電視機即無法收看影音內容。

而經由線上串流提供影音內容之方式，則是透過由消費者使用自己設定之帳號密碼登入網站或行動裝置之應用程式後即可開始收看內容，因此 OTT 服務業者無須特定訂閱者收看之地點，僅需透過該訂閱者申請之帳號，即可有效控管一個付費帳號所能收看之影音內容、收看者數量及收看地點。也因為只需登入帳號即可收看提供之隨選視訊影音內容，訂閱者有相對較大的選擇自由，其中在收看地點的部分，若訂閱者在超出 OTT 業者與著作權人授權契約所定之授權範圍外要求提供該著作內容內容時，即會發生無法存取內容的情形。換言之，定居在台灣境內之消費者於合法付費訂閱串流影音平台後，在台灣境內全區域皆可收看該平台所提供之影音內容，但只要一離開台灣出境至國外，便無法再收看其在國內合法訂閱之影音內容。對於該訂閱者而言，將發生經合法訂閱，卻無法近用訂閱內容之情形，對消費者來說十分不公平。歐盟內部市場線上服務跨境可攜性規章，即是歐盟針對此問題提出之解決方法，可作為台灣甚至是全世界線上內容提供者在解決跨境存取內容議題上之參考。

第三節 各平台在跨境使用內容時會遭遇之限制或障礙

不同營業規模的串流影音平台在消費者跨境使用時，會產生不同程度的限制與障礙，此些限制與障礙差異源自不同串流平台所提供服務的地理區域大小與提供方式之不同，但都會造成消費者在欲跨境使用時，無法順利使用內容服務或無法取得與在境內能獲得之相同品質、數量的服務內容。以下區分為消費者在使用規模較小之區域性或國家性串流影音平台與大規模跨國串流影音平台時，會遭遇到的限制與障礙分別說明。



第一項 區域性或國家性串流影音平台

此類型的線上串流影音平台的營業規模較小，係以特定市場或單一、少數國家之消費者作為服務提供的對象，如台灣的friDay影音、中國大陸的騰訊視頻皆係以國家為提供服務之區域；中國大陸的愛奇藝則以東亞地區華語市場為主要目標市場，主要服務地區有中國大陸、台灣、香港、新加坡與其他東南亞國家。

由於以國家或特定市場為服務目標的串流影音平台所服務市場較小，向著作權人等內容生產者取得授權之地域範圍通常與其營業範圍完全重疊，消費者離開該串流平台所服務之國家或市場範圍後，因該平台在目標市場外之區域並未取得任何著作的授權，因此消費者將完全無法使用內容服務。

此種類型的跨境使用障礙係針對「消費者使用權限之有無」所做出的限制。限制原因來自影音平台在消費者所在位置區域並未取得著作權人之著作使用授權，在授權契約限制下，在授權區域外向消費者提供著作，將違反契約條款而有違約責任，故影音平台為嚴守契約責任，在服務之市場外不提供內容服務，形成消費者跨境使用障礙。

第二項 全球性串流影音平台

全球性串流影音平台係指該平台營業之國家數幾乎涵蓋全球所有國家，例如Netflix、Amazon Prime video、Apple TV+等，皆以全球市場為營業區域。這種大規模的影音平台因為在幾乎全世界都有提供服務。原則上不論消費者身處哪個國家，影音平台在該國一定都會有獲得授權而得提供之內容，故消費者在國內使用之付費帳號在他國境內仍能登入使用服務，大部分的跨國影音平台並未限制消費者在境外使用其服務。但是在該外國所取得授權之內容，係以該國消費者之喜好與需求為主。因此即便消費者在境外仍能使用該串流影音平台提供的服務，服務內容仍可能與在國內所能取得之服務內容有相當程度之差異。例如視聽內容之授



權地域未涵蓋消費者跨境使用之國家，造成消費者在國內本得收看之內容在境外無法收看；或即便消費者欲收看之內容在跨境使用之國家亦有取得授權，但因消費者本國與跨境使用之國家使用之語言不同，跨境使用之國家並未提供本國語言之翻譯字幕，使消費者實質上無法收看該內容。

此類型的跨境使用障礙係對「消費者得使用服務內容之數量、品質」有所限制。限制原因是跨國影音平台對消費者提供服務之範圍遍及全世界，然而基於著作的使用效率與經濟利益等考量，著作授權契約所允許串流平台使用著作之地域並未完全涵蓋該平台提供服務之所有地區，使特定著作之被授權區域小於服務提供地區，即便消費者得跨境使用平台提供之服務，但在消費者對特定著作有跨境使用需求時，無法順利取得著作內容之近用權限。又即便消費者對需求著作有近用權限，但因其他服務品質上的差異，如未提供消費者使用語言之字幕，仍會造成消費者實質上無法近用著作。

第四節 歐盟內部市場線上內容服務跨境可攜性規章¹¹¹¹¹²

第一項 跨境可攜性障礙

線上內容提供商於以網路傳輸之方式提供受著作權保護之作品時，應得相關權利人之授權，但獲取相關權利人授權並非總是可行，特別是進行專屬授權之情況。授權人為有效控制被授權人（即內容服務提供者）之地域專營權，通常會在授權契約中要求被授權人承諾防止其使用者在受授權地區外之地區近用內容。而對內容提供商施加契約義務之此類條款會致使提供商採取一些技術上措施以確保其使用者無法在被授權地理區域外近用其服務。而所謂技術上措施則如禁止從位於授權地理區域外之 IP 位址近用其服務等使用定位使用者之方式，來達到排除在

¹¹¹ 規章全名為：Regulation (EU) 2017/1128 of the European parliament and of the council of 14 June 2017 in cross-border portability of online services in the internal market。

¹¹² 規章（Regulations）在歐盟屬具有普遍適用性之成文法。各成員國應直接適用規章之規定，毋須經內國立法之轉換程序，並且必須整體適用，不得僅適用部分條文。



區域外近用服務之效果。而這種內容提供商與權利人間簽訂之契約上的地域限制條款即是本規章所欲解決之線上內容跨境可攜性障礙主要原因¹¹³。

第二項 《規章》目的、適用範圍與例外

《規章》目的在調整著作權及相關權利之法律框架，並透過消除合法提供線上內容服務跨境可攜性之障礙，為臨時居於住所國外之他成員國的消費者提供其合法訂閱之線上內容服務。《規章》應確保「所有類型¹¹⁴之線上內容服務¹¹⁵」的跨境可攜性，從而為消費者提供合法近用線上內容之管道，同時不降低歐盟對著作權及相關權利之高度保障、不改變現有授權模式並不影響現有之融資機制。

而「線上內容服務之跨境可攜性」應與消費者「跨境近用非住所國之他成員國線上內容服務」相區分，後者不在本規章之範圍¹¹⁶。

「提供線上內容服務」係指服務提供者在獲得相關權利後，根據其與消費者間簽訂之契約或任何協議（無論是否以付費作為提供服務之對價），以串流、下載、透過申請或任何其他技術方法向訂閱者（消費者）提供或允許其使用內容¹¹⁷之服務。

未向消費者收取費用作為提供線上內容服務對價之提供商，通常不會驗證訂閱者之居住地，若直接將其納入本規章適用之主體範圍可能會對其提供內容服務之方式產生重大改變，並造成不符比例之成本負擔。但若將其排除在規章適用主體範圍外，也意味著這些服務提供者即便已決定投入成本開發驗證訂閱者住所國

¹¹³ 《跨境可攜性規章》前言第 9、10 條。

¹¹⁴ 根據該《規章》前言第 1 條，係指音樂、遊戲、電影、娛樂節目或體育活動等內容。

¹¹⁵ 根據《規章》第一條第（5）款，「線上內容服務」之定義是指 TFEU（Treaty of the Functioning of the European Union，歐盟運作條約）第 56、57 條規定之服務。TFEU 第 57 條將服務定義為：本條約所稱之「服務」係指「通常為換取報酬所提供之服務」，而服務應包括：有商業、工業性質之活動。

¹¹⁶ 《跨境可攜性規章》前言第 12 條。

¹¹⁷ 《跨境可攜性規章》前言第 15 條。

之技術，仍無法根據本規章內之法律機制，提供線上內容的跨境存取服務。因此，未收費提供線上內容服務之提供者，只要能達到《規章》對訂閱者居住成員國核實之要求，皆能自行選擇是否要被納入《規章》之規範主體。



第三項 《規章》 內容

第一款 《規章》 概覽

前言 共 36 條

第一條 標的與範圍

第二條 定義

第三條 強制性線上內容跨境可攜性義務

第四條 跨境近用線上內容服務行為之在地化

第五條 居住成員國之驗證手段

第六條 任意性線上內容服務跨境可攜性義務

第七條 可攜性義務之強制效力

第八條 個人資料保護

第九條 溯及效力

第十條 規章適用情形審查報告



第二款 定義

《規章》第二條對下列名詞之定義作出解釋：

「訂閱者 (subscriber)」：係指根據與提供商提供線上內容服務契約，無論有無支付對價，於住所國獲得合法近用此規章所稱「服務」權利之任何消費者。

「消費者 (consumer)」：受本規章規範之契約中，就該人之業務、技藝或專業以外目的而使用「服務」之任何自然人。

「住所國 (Member state of residence)」：指訂閱者擁有其實際和穩定住所的情況下，根據本規章第 5 條所確定之成員國。

「暫居他成員國 (temporarily present in a Member State)」：是指在一段有限時間內居住於住所國外之他成員國。

「線上內容服務 (online content service)」：是指 TFEU¹¹⁸第 56 條¹¹⁹和第 57 條¹²⁰所稱之「服務」，即提供者以商定條件和線上方式合法地向其成員國的用戶

¹¹⁸ Treaty of the Functioning of the European Union, 《歐盟運作條約》，為歐盟之角色、政策和運作的根本規範，與歐盟據以成立之條約《馬斯垂克條約》同具有如歐盟憲法般的重要性。

¹¹⁹ TFEU Article 56：「Within the framework of the provisions set out below, restrictions on freedom to provide services within the Union shall be prohibited in respect of nationals of Member States who are established in a Member State other than that of the person for whom the services are intended. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may extend the provisions of the Chapter to nationals of a third country who provide services and who are established within the Union.」

¹²⁰ TFEU Article 57：「Services shall be considered to be ‘services’ within the meaning of the Treaties where they are normally provided for remuneration, in so far as they are not governed by the provisions relating to freedom of movement for goods, capital and persons. ‘Services’ shall in particular include:

(a) activities of an industrial character;
(b) activities of a commercial character;
(c) activities of craftsmen;



提供。該服務為可攜帶的，並且是視聽媒體服務指令（2010/13/EU）第 1 條（a）項¹²¹中所定義之視聽媒體服務；或其主要目的為提供著作、其他受保護客體或廣播組織廣播近用者服務，無論是以排程或隨選之方式。

「可攜性（portable）」：指線上內容服務的特徵，使訂閱者可以在其住所國有效近用線上內容服務，而不限於特定位置。

第三款 可攜性義務

規章第 3 條¹²²：「1. 付費提供之線上內容服務提供商應使暫時居住於他成員國之用戶能以與在其住所國相同之方式近用線上內容服務，包括對相同內容，在相同範圍、數量之裝置；對相同數量用戶及相同之功能範圍上提供使用權限。2. 服務提供者不得對第 1 項提供之服務，向用戶收取任何額外之費用。3. 除另有約定外，第 1 項課予之義務不應擴張及於適用在服務提供者於住所國內提供線上內容服務之任何品質要求。服務提供者於依第 1 項提供線上內容服務時，不得有任

(d) activities of the professions.

Without prejudice to the provisions of the Chapter relating to the right of establishment, the person providing a service may, in order to do so, temporarily pursue his activity in the Member State where the service is provided, under the same conditions as are imposed by that State on its own nationals.」。

¹²¹ Article 1 1(a)(i)：「a service as defined by Articles 56 and 57 of the Treaty on the Functioning of the European Union which is under the editorial responsibility of a media service provider and the principal purpose of which is the provision of programmes, in order to inform, entertain or educate, to the general public by electronic communications networks within the meaning of point (a) of Article 2 of Directive 2002/21/EC. Such an audiovisual media service is either a television broadcast as defined in point (e) of this paragraph or an on-demand audiovisual media service as defined in point (g) of this paragraph;」。

¹²² Article 3 of 2017/1128（Obligation to enable cross-border portability of online content services）：「

1. The provider of an online content service provided against payment of money shall enable a subscriber who is temporarily present in a Member State to access and use the online content service in the same manner as in the Member State of residence, including by providing access to the same content, on the same range and number of devices, for the same number of users and with the same range of functionalities.

2. The provider shall not impose any additional charges on the subscriber for the access to and the use of the online content service pursuant to paragraph 1.

3. The obligation set out in paragraph 1 shall not extend to any quality requirements applicable to the delivery of an online content service that the provider is subject to when providing that service in the Member State of residence, unless otherwise expressly agreed between the provider and the subscriber. The provider shall not take any action to reduce the quality of delivery of the online content service when providing the online content service in accordance with paragraph 1.

4. The provider shall, on the basis of the information in its possession, provide the subscriber with information concerning the quality of delivery of the online content service provided in accordance with paragraph 1. The information shall be provided to the subscriber prior to providing the online content service in accordance with paragraph 1 and by means which are adequate and proportionate.」。

何降低服務提供品質之行為。4. 提供者應根據其所擁有之資訊，向訂閱者提供有關依第 1 項所提供之線上內容服務品質的相關資訊。該資訊應於提供線上內容服務前，以適當、合比例之方式提供給訂閱者」。規章第 3 條針對服務提供者之跨境可攜性義務「內容」作出規定，而後續之第 6 條、第 7 條則為可攜性義務例外與強制性的相關規定。

跨境可攜性規章中關於對服務提供者所課予之義務，整理、區分為以下內容：

(一) 使線上內容服務具可攜性義務

線上內容服務可攜性義務顧名思義即是指線上內容服務提供者在消費者於住所國內合法訂閱其線上內容服務，取得近用權限後。因旅遊、教育或商務等原因暫時離開住所國而於其他國家居住時，服務提供者仍應對身處於國外之消費者提供其在住所國內合法取得近用權限之線上內容服務。亦即提供商不得因採用地理解定位機制（如 IP 位址或 WIFI 定位）識別出消費者所在之地理位置後，以其未身處於訂閱之成員國境內為由，拒絕對該用戶提供線上內容服務。

(二) 不得額外收取費用

服務提供者依規章規定向消費者所提供之跨境近用服務，不得收取任何原訂閱服務費用以外之其他費用，亦即跨境近用服務應免費提供。

(三) 強制性

本義務為強制性義務，規章第七條¹²³規定，任何契約條款與本規章之規定相

¹²³ Article 7 of 2017/1128 (Contractual provisions)：「

1. Any contractual provisions, including those between providers of online content services and holders of copyright or related rights or those holding any other rights in the content of online content services, as well as those between such providers and their subscribers, which are contrary to this Regulation, including those which prohibit cross-border portability of online content services or limit such portability



衝突，包括跨境可攜性之限制或對跨境可攜性之使用有時間限制者，不論該條款係存在服務提供者與著作權利人、對內容有任何其他權利之人間，或服務提供者與訂閱者間，皆為不可強制執行 (unenforceable) 之契約條款。

(四) 跨境可攜性的要求--相同品質數量

線上內容服務可攜性義務除了對服務提供者「是否」提供跨境近用服務課予義務外，亦對服務提供者在依規章提供跨境服務時，所提供之服務的品質做出要求。規章規定跨境近用服務之提供，必須維持與在消費者訂閱之成員國內所提供之服務內容相同，不得有任何形式、程度或功能上的減損。因此服務提供者必須對消費者提供「相同線上內容」，不得以消費者所在區域非著作權人授權使用著作之區域為由，拒絕對消費者提供在住所國本可近用之內容。而「在相同範圍、數量之裝置」則係指可使用之裝置種類（如電腦、智慧型手機等），以及可登入會員帳號以近用線上內容之裝置數量皆應與在住所國一致；對「相同數量用戶及相同之功能範圍上」提供使用之權限則係指對同一訂閱帳戶下得設定之使用者人數¹²⁴應與原先訂閱服務之國家內所提供之數量相同；而在近用線上內容服務時所能使用之所有功能，如影片推薦、離線觀看、片單儲存、評分等等功能皆應完全相同¹²⁵。

(五) 強制性之例外¹²⁶

to a specific time period, shall be unenforceable.

2. This Regulation shall apply irrespective of the law applicable to contracts concluded between providers of online content services and holders of copyright or related rights or those holding any other rights in the content of online content services, or to contracts concluded between such providers and their subscribers.」。

¹²⁴ 如 Netflix 可以在同一訂閱帳號下設置不同數量之使用者，每個使用者使用線上影音內容時不會相互影響。而每個使用者都可以有各自的語言偏好、儲存片單列表、播放模式、評分等個人化功能。等同是一個付費帳號下有數個不同且相互獨立之小帳號。

¹²⁵ 本義務僅要求服務提供者在提供服務時，不能有差別待遇，但若是因消費者所在之國家有不可歸責於服務提供者之情形，導致所提供之服務內容品質不如訂閱國時，服務訂閱者不需為此負責。如境外國家的網路速度不夠，無法支援高畫質播放等。

¹²⁶ 《跨境可攜性規章》第 6 條：「對提供線上內容服務未收取費用之服務提供者，得自行決定是否對其訂閱者提供跨境近用之服務。並以提供者已根據本規章之驗證手段驗證用戶居住成員國為提供跨境近用服務之前提（第 1 項）。服務提供者應通知其訂閱者、著作權及相關權利人及線上內容服務內容中任何其他相關權利人其決定依前項提供線上內容服務之跨境近用。在提供服務前



規章第六條¹²⁷特別規定未收取金錢作為服務對價之線上內容服務提供者，可以自行決定是否賦予其服務跨境可攜性。若決定賦予跨境可攜性，即適用本規章之所有權利義務規定。

此類服務提供者決定依規章向訂閱者提供跨境可攜性服務時，在開始提供此等服務前，有通知訂閱者、著作權人、著作相關權利人與對提供之內容有任何權利之人的義務。

第四款 跨境近用行為之內國化

規章第四條¹²⁸規定：「根據本規章之規定向訂閱者提供線上內容之行為與訂閱者近用內容服務之行為，應被視為發生於訂閱者之住所國內。」，本條之規定將消費者跨境近用行為與服務提供者之跨境提供線上影音內容的行為，透過法律擬制的方式，視為發生於訂閱者（消費者）合法訂閱服務之住所國內。採取擴張解釋的方式，使境內近用與提供行為擴張包含「在訂閱國領土內的境內近用與提供」，以及「以訂閱國為住所國之人，在訂閱國領土外之近用行為或向該人提供著作之行為」兩種類型的行為。

本條之目的係在解決《規章》強制課予服務提供者服務跨境可攜性後，將造

並應以適當之方式提供相關資訊（第二項）。本規章適用於依第一項提供跨境近用服務之未收費線上內容服務提供者（第三項）」。

¹²⁷ Article 6 of 2017/1128 (Cross-border portability of online content services provided without payment of money)：「

1. The provider of an online content service provided without payment of money may decide to enable its subscribers who are temporarily present in a Member State to access and use the online content service on condition that the provider verifies the subscriber's Member State of residence in accordance with this Regulation.

2. The provider shall inform its subscribers, the relevant holders of copyright and related rights and the relevant holders of any other rights in the content of the online content service of its decision to provide the online content service in accordance with paragraph 1, prior to providing that service. The information shall be provided by means which are adequate and proportionate.

3. This Regulation shall apply to providers that provide an online content service in accordance with paragraph 1.」。

¹²⁸ Article 4 of 2017/1128 (Localisation of the provision of, access to and use of online content services)：「The provision of an online content service under this Regulation to a subscriber who is temporarily present in a Member State, as well as the access to and the use of that service by the subscriber, shall be deemed to occur solely in the subscriber's Member State of residence.」。

成消費者與服務提供者同時受《規章》、授權契約與外國著作權法之規範、要求，發生義務衝突的情形。換言之，若未有本條之規定，服務提供者依《規章》強制課與之義務，向消費者跨境提供線上影音內容時；或消費者跨境近用著作內容時，將有違反授權契約地域限制約款、線上串流影音內容服務提供契約使用地域限制條款以及外國之著作權法，而需負擔侵害著作權責任之可能。

本規章將原本可能造成侵害著作權之境外提供、近用行為，以法律擬制的方式視為發生於境內，消費者或服務提供者就不會因此違反契約義務的可能¹²⁹。

第五款 住所國之核實與個人資料保護

第一目 住所國核實方式¹³⁰

規章第五條針對服務提供者在與訂閱者間成立或更新線上內容服務提供契約時，得用於核實訂閱者住所國之各式手段。並要求服務提供者用於核實之手段應

¹²⁹ See Sabastian Engels & Jan Bernd Nordemann, “The portability Regulation(Regulation(EU)2017/1128):A commentary on the Scope and Application”, 9 J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L. 179 (2018), at 188-189.

¹³⁰ Article 5 of 2017/1128 : 「1. At the conclusion and upon the renewal of a contract for the provision of an online content service provided against payment of money, the provider shall verify the Member State of residence of the subscriber by using not more than two of the following means of verification and shall ensure that the means used are reasonable, proportionate and effective:

- (a) an identity card, electronic means of identification, in particular those falling under the electronic identification schemes notified in accordance with Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council (1), or any other valid identity document confirming the subscriber’s Member State of residence;
- (b) payment details such as the bank account or credit or debit card number of the subscriber;
- (c) the place of installation of a set top box, a decoder or a similar device used for supply of services to the subscriber;
- (d) the payment by the subscriber of a licence fee for other services provided in the Member State, such as public service broadcasting;
- (e) an internet or telephone service supply contract or any similar type of contract linking the subscriber to the Member State;
- (f) registration on local electoral rolls, if the information concerned is publicly available;
- (g) payment of local taxes, if the information concerned is publicly available;
- (h) a utility bill of the subscriber linking the subscriber to the Member State;
- (i) the billing address or the postal address of the subscriber;
- (j) a declaration by the subscriber confirming the subscriber’s address in the Member State;
- (k) an internet protocol (IP) address check, to identify the Member State where the subscriber accesses the online content service.

The means of verification under points (i) to (k) shall only be used in combination with one of the means of verification under points (a) to (h), unless the postal address under point (i) is included in a publicly available official register.」。



合理、相稱與有效。核實的方法有：

- (a) 身分證、電子識別手段，特別是根據歐洲議會和理事會 910/2014 號規章所定之電子識別框架下之電子識別方式，或任何其他能有效證明居住國之身份證件；
- (b) 付款詳細資料，例如銀行帳戶或訂閱者之信用卡或簽帳卡號碼；
- (c) 用於向訂閱者提供服務的機上盒、解碼器或類似裝置的安裝位置；
- (d) 訂閱者支付成員國提供之其他服務的規費，例如公共廣播服務；
- (e) 網際網路、電話服務供應契約或任何將訂閱者與成員國聯繫起來的類似契約；
- (f) 公開之當地選民名冊登記；
- (g) 公開之地方稅賦繳納資訊；
- (h) 可將訂閱者與成員國聯繫起來的公用事業帳單；
- (i) 訂閱者的帳單地址或郵政地址；
- (j) 訂閱者確認其在成員國地址之聲明；
- (k) IP 位址檢驗，以識別訂閱者近用線上內容服務的成員國。

第 (i) 至 (k) 類之手段只能與 1 至 8 類的手段之一結合使用，除非第 (i) 類之郵政地址登記資訊為公開的。

第二目 住所國核實之其他相關規定



服務提供者在契約有效之期間內對訂閱者的住所國真實性存有合理懷疑時，可以但也限於使用第 (k) 點之方式，亦即以 IP 位址來驗證其住所國之真實性¹³¹。

服務提供者有要求訂閱者依規章提供用於核實住所國之相關資訊的權利；在訂閱者未核實訂閱者居住國前，不得依本規章提供跨境可攜性服務¹³²。

著作權人或其他相關權利人對是否以核實訂閱者之住所國為跨境可攜性之要件有選擇權。亦即著作權人可要求服務提供者在未經核實訂閱者住所國的情形下向訂閱者跨境提供著作¹³³。著作權與相關權利人有撤回此等授權之權利，不得以權利人間所定之任何契約限制撤回授權之權利¹³⁴。

第三目 收集資訊內容之範圍與必要個資保護

《規章》第 8 條要求服務提供者在處理依規章取得有關訂閱者之個人資料，應遵循歐盟相關指令之規定，特別是依規章第 5 條規定驗證消費者住所國所取得之個人資料。相關的要求有針對服務提供者依第 5 條取得訂閱者之個人資料應以必須且合比例之範圍為限；不得將取得之資訊傳送、轉讓、共享、授權或以其他

¹³¹ Article 5 : 「 2. If the provider has reasonable doubts about the subscriber's Member State of residence in the course of the duration of the contract for the provision of an online content service, the provider may repeat the verification of the Member State of residence of the subscriber, in accordance with paragraph 1. In such a case, however, the means of verification under point (k) may be used as a sole means. Data resulting from the use of the means of verification under point (k) shall be collected in binary format only. 」。

¹³² Article 5 : 「 3. The provider shall be entitled to request the subscriber to provide the information necessary to determine the subscriber's Member State of residence in accordance with paragraphs 1 and 2. If the subscriber fails to provide that information, and as a result the provider is unable to verify the subscriber's Member State of residence, the provider shall not, on the basis of this Regulation, enable the subscriber to access or use the online content service when the subscriber is temporarily present in a Member State. 」。

¹³³ Article 5 : 「 4. The holders of copyright or related rights or those holding any other rights in the content of an online content service may authorise the provision of, access to and use of their content under this Regulation without verification of the Member State of residence. In such cases, the contract between the provider and the subscriber for the provision of an online content service shall be sufficient to determine the subscriber's Member State of residence. The holders of copyright or related rights or those holding any other rights in the content of an online content service shall be entitled to withdraw the authorisation given pursuant to the first subparagraph subject to giving reasonable notice to the provider. 」。

¹³⁴ Article 5 : 「 5. The contract between the provider and the holders of copyright or related rights or those holding any other rights in the content of an online content service shall not restrict the possibility for such holders of rights to withdraw the authorisation referred to in paragraph. 」。

方式傳播、披露給他人；在完成住所國的核實後應將個人資料立即以不可逆的方式銷毀¹³⁵。



第四項 小結

《歐盟內部市場線上內容服務跨境可攜性規章》是世界上首個針對線上內容服務跨境可攜性相關議題作出規定的成文法規，而在歐盟的運作規則中，「規章」是對成員國具有法律拘束力的一種政策上決定，具有普遍適用性，規範的整體具有拘束力並直接適用於各成員國。是歐盟領域各種政策決定方式中，強制力最強的一個，可見歐盟對此議題所採取的態度十分明確，認為成員國應該遵守本規章規定，以保障電子商務消費者的權益。

《規章》中關於可攜性義務賦予的方面，歐盟採取的是較高規格的規範要求，針對跨境提供之線上內容服務需維持與訂閱國內相同之內容、數量與功能，且不得針對跨境可攜性服務收取額外費用，亦不得以契約排除此義務。這樣程度的要求係基於歐盟有其內部市場整合，促進商品服務流通之需求，所以對服務提供者賦予較高的義務。也因為其內部市場整合的狀態，使《規章》第四條將跨境近用線上內容服務內國化的規定，在歐盟的區域內是可行的。在世界其他區域的國家間因為未如同歐盟成員國間有如此緊密的關係，若要要求服務提供者提供跨境可攜性服務時，因無法採取歐盟擬制的做法，勢必遇到跨境可攜性義務與著作授權契約地域限制約款間義務衝突的情況，降低服務提供者提供可攜性服務的意

¹³⁵ Article 8 :「 1. The processing of personal data carried out within the framework of this Regulation including, in particular, for the purposes of verification of the subscriber's Member State of residence under Article 5, shall be carried out in compliance with Directives 95/46/EC and 2002/58/EC. In particular, the use of the means of verification in accordance with Article 5 and any processing of personal data under this Regulation, shall be limited to what is necessary and proportionate in order to achieve its purpose.
2. Data collected pursuant to Article 5 shall be used solely for the purpose of verifying the subscriber's Member State of residence. They shall not be communicated, transferred, shared, licensed or otherwise transmitted or disclosed to holders of copyright or related rights or to those holding any other rights in the content of online content services, or to any other third parties.
3. Data collected pursuant to Article 5 shall not be stored by the provider of an online content service longer than necessary to complete a verification of a subscriber's Member State of residence pursuant to Article 5(1) or (2). On completion of each verification, the data shall be immediately and irreversibly」。



願並增加國家立法解決此跨境可攜性障礙的難度。

但總的來說，雖然無法完全直接移植歐盟作法到世界上其他的國家實行，但如同歐洲經濟社會委員會於對跨境可攜性規章所提出之意見書¹³⁶第 2.6 點中提到，串流影音平台不提供跨境近用是因為其「商業慣例，而非技術上的原因」，而跨境可攜性議題不僅發生在歐盟，而是全球性的，基於消費者保護的立場與趨勢，此等商業習慣是可以改變也應該改變的。

第五節 跨境可攜性義務的落實與如何解決相關問題

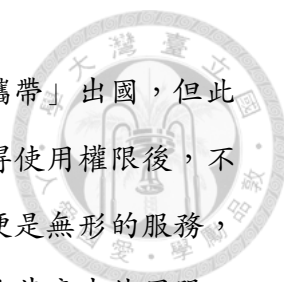
本節將統整在強制課予服務提供者跨境可攜性義務時，所可能遭遇的問題，並提出一些課予義務時在規範面上可能可以採取之方式。

第一項 常態跨境近用與暫時跨境近用

在本節開始前，應先說明跨境近用行為與跨境可攜性所保障之暫時性跨境近用兩者間具有包含關係。廣義的跨境近用是指使用者身在境外，使用網路連線近用以境內為服務提供地區之服務的行為皆屬之。而廣義的跨境近用中包含了「常態性跨境近用」與「暫時性跨境近用」兩種行為。簡言之，若使用者平常並非居住在服務提供之地區內，但透過 VPN 等方式連線近用只在特定區域內提供之服務時，就屬於常態的跨境近用行為；若使用者是在其居住之地區取得使用權限後，短暫出國而從國外使用境內提供之服務，則屬暫時跨境近用行為。

「暫時性跨境近用」是跨境可攜性所欲保障之對象。跨境可攜性認為不論實體商品或無形服務，於消費者取得使用權限後，就應該可以供其將商品或服務帶到任何地方使用，不因所在地區不同而造成其使用商品或服務權限上的差異，所

¹³⁶ 〈Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market (2016/C 264/11)〉，〈Official Journal of European Union〉，Vol. 59，p.86-90。



以稱為可「攜」性，雖然無形的服務並不可能真的讓消費者「攜帶」出國，但此處要強調的是：不論是實體或是無形的服務，在消費者合法取得使用權限後，不應因服務提供者任意設下之限制影響其使用權限。換言之，即便是無形的服務，也應該給予消費者如同將實體商品攜帶在身邊一般，隨時可以依其意志使用服務，不受任意限制的使用權限。因此以消費者在有提供內容服務之市場區域中，「合法」獲得的服務權限才有可攜性保障。以「合法取得近用權限」作為跨境可攜性保障之要件是為了避免提供可攜性對服務提供者與著作權人的利益造成太大負面影響。

常態的跨境近用行為因消費者本身並不是服務提供者的目標客群，其跨境近用行為不符合跨境可攜性係為了保障消費者短期間跨境近用需求的目的。且這種使用 VPN 來躲避 IP 過濾機制的情形會違反線上串流影音平台的使用條款¹³⁷，本身就有違反契約約定的問題，因此這種跨境近用行為不受跨境可攜性的保障。

相關權利人對兩種不同跨境近用方式可以採取不同型態的使用行為追蹤與管控方式，將於第六章第二節第一項第三款濫用行為的控制中進一步說明。

第二項 不提供跨境可攜性的原因

第一款 著作利用之經濟上考量

基於不同區域的市場間對相同著作的需求可能有十分大的差異、各國對視聽著作內容的管制程序，造成著作在上架、上映時所需進行之行政程序不同或是著作權人本身著作利用上的其他考量，都可能導致相同的著作在不同國家的上映有時間先後順序上差異。最常見的例子是大部分的電影在不同國家都會有不同的上映時間，而非全世界都同一天上映。同樣的邏輯，在線上串流影音內容提供的過

¹³⁷ 部分串流影音平台使用條款中會要求消費者不得使用技術或手段來掩飾身處之地理位置。如 Prime video 使用條款第 3 項，https://www.primevideo.com/help/ref=atv_hp_nd_nav?language=zh_TW&nodeId=G202095490（最後瀏覽日：2021/1/7）。



程中，著作權人或是服務提供者，也可能因特殊考量，而需調整影視內容在平台上上架的時間，若不嚴格進行跨境近用行為的限制的話，有可能導致此特殊考量目的無法達成。

對著作權人而言，在決定是否開放著作跨境近用時，最主要的考量為其原本所為之著作利用安排是否會因為開放跨境可攜而受影響。例如著作權人原本授權給甲、乙二人分別經營 A、B 市場，並根據事先預估之個別市場大小、對著作的需求等數據，來決定被授權人須支付之授權金額，也就是在授權契約締約階段，著作權人、甲、乙都分別對在 A、B 市場區域利用著作所能產生之經濟利益有一定程度之預期。若甲、乙嚴格限制 A、B 兩市場間的消費者不得跨境近用著作，將可以最大程度的達到原本所預期之著作利用經濟利益。但若開放跨境近用，當原本應歸屬於 A 市場之消費者選擇跨境經由 B 市場來近用著作時，原本應由甲取得之經濟利益就會轉由乙取得，而破壞原本著作權人與被授權人們的市場經營安排，形成著作權人開放跨境近用時的顧慮。

但上述情形是否會發生重大影響本文認為實有疑問，在著作市場，暫時跨境近用的情形中消費者即便暫時居住在他國，應該也不至於被歸類為他國著作市場之消費者。換言之，難認消費者會因為短暫居住在他國，就具有透過他國服務提供者近用著作之需求，所以在著作授權契約中，所預估之市場大小應該不會包含這些短暫居住於該國之消費者，即便開放消費者暫時跨境近用，亦不會對著作利用安排造成影響。而在常態跨境近用的情形，因為消費者是常態性的跨境近用他市場經營者提供之服務，確實可能造成經濟利益安排受影響，但這種常態跨境近用的行為可以透過其他方式來預防，例如紀錄消費者使用服務之 IP 位址，並積極核實消費者居住地等，都可以有效預防常態跨境近用行為的發生，並非只有完全禁止跨境近用才可以達成，在手段的必要性上存有疑慮。

另外有一種特殊的常態性跨境近用行為是消費者使用 VPN 來隱藏實際所在位置，在這種情形，服務提供者無法以紀錄 IP 位址的方式來發覺消費者有常態跨

境近用的行為。這種行為有隱匿自身 IP 的行為存在，消費者可能有違約責任，且即便服務提供者以過濾 IP 的方式來禁止跨境近用，也無法找出這些隱匿位置之消費者，不論服務提供者是否禁止跨境近用都無法阻斷這些消費者跨境進用的行為，因此這種情形應該不會對是否開放跨境近用產生決策上的影響。

第二款 與提供之著作內容相關問題

第一目 內容違反法令

世界各國對於所謂「敏感內容」的管制程度不一，有些國家可能會透過審查制度來決定何種內容可以上架。審查主題主要有五種，分別為道德、軍事、政治、宗教與商業。較常見如道德審查的過程中，可能將涉及色情、暴力等議題之影視內容禁止於國內上架。若提供跨境可攜性，可能因消費者的跨境近用行為，使得服務提供者提供在該國內部不得上架之影視內容而負擔行政或刑事責任。

第二目 內容未經授權

雖然大部分的串流影音平台所提供之影視內容皆已取得著作權人之授權，可以合法提供給消費者。但實務上仍有一些串流影音平台提供的部分內容並未受到著作權人的授權，就將影視內容上架在平台上供消費者觀看¹³⁸。這樣的行為在該國可能因一些法律上或其他特殊原因並不會有刑事或民事之責任，惟一但跨境提供該等內容，就有可能造成著作權人求償等相關問題。

第三目 小結

服務提供者在考量因本款所提及之兩種與內容相關原因，選擇不提供跨境可攜性的情形，本文認為確實在理由上相當充分，然而這些原因通常僅會發生在平台提供之「部分內容」而非全部內容，也不會同時發生在境外全部國家中，因此

¹³⁸ 〈光說不練，中國愛奇藝侵台音樂版權 2 年〉，自由財金網站，<https://ec.ltn.com.tw/article/paper/1132566>（最後瀏覽日：2021/1/8）。




並不足以作為服務提供者完全不提供跨境近用服務之理由。原則上服務提供者仍應開放跨境近用內容，僅在著作違反他國法律或未經授權之疑慮時，個別對消費者不得跨境近用之內容、國家做出限制。

第三項 跨境可攜性落實的方式

第一款 立法課予跨境可攜性義務

從保障消費者權益的方面來看，單一國家要求服務提供者提供跨境可攜之服務是保障該國消費者權益之舉措，因此直接立法開放似無不可，但立法課予義務後有可能使服務提供者有義務衝突之情形，似乎仍應考慮，詳述如下：跨境可攜性因牽涉同一著作在不同國家的使用，僅透過單一國家立法來課予可攜性義務，對於著作的跨境近用可能沒有辦法達到所設想的效果。原因在單一國家的立法適用之範圍並不及於他國，即便在國內立法給予消費者所訂閱之內容服務跨境可攜性，但服務提供者在向境外之消費者提供著作內容時，仍有可能違反當地法律而須負擔民事或刑事責任，並會因授權契約中對著作提供區域限制約定方式不同而造成不同之結果。舉例而言，若授權契約是採取「近用地區限制約款¹³⁹」的方式，被授權人僅取得在 A 國境內提供著作的權限，若 A 國立法要求服務提供者提供跨境可攜性服務，當服務提供者向身在 B 國之消費者提供著作時，因接收著作之行為發生在 B 國，提供行為違反了「近用地區限制約款」而有可能負擔違約以及在 B 國侵害著作權之責任；但若採「近用資格限制約款」，在同樣的情形，服務提供者向身處 B 國之 A 國消費者提供著作，因該消費者具備契約約定之近用資格，該提供行為並未違反契約條款，因此不會有違約與在 B 國侵害著作權之問題。在後者的情況下，因跨境提供是契約所允許的行為，其實也就不需要去處理不同國家間對可攜性義務採不同態度的問題。但在前者，因服務提供者有可能會因遵守 A 國之法律規定而導致在 B 國侵害著作權，就需要協調各國法律適用上的衝突關係。

¹³⁹ 關於「近用地區限制約款」以及「近用資格限制約款」，請參第四章第二節第四項。



所以，要課予服務提供者跨境可攜性義務，又要讓其在履行此等義務時不受跨境提供行為發生之國家法律上責任的追訴，就是第一個必須要解決的問題。要解決這個問題必須使消費者訂閱服務之國家與跨境提供行為發生之國家都對跨境可攜性採取肯定的態度，並且必須各國都透過立法或其他有強制力之方式進行。可能的方式有透過國與國間簽訂條約、公約或協定，藉此約定各國有要求服務提供者提供跨境可攜服務之立法義務。

在解決了服務提供者在跨境提供服務時可能發生的障礙後，再透過國內立法或是由主管機關公布「定型化契約應記載與不得記載事項」的方式，來對服務提供者課予跨境可攜性義務，似乎是較妥當之方式，不會使服務提供者有面臨義務衝突之虞。

第二款 當事人契約約定

目前著作提供市場上不得跨境近用的現況，主要導因於服務提供者與著作權人間之著作授權契約的地域限制約款，因此要賦予消費者跨境可攜性最有效且引起最小影響的方式應該是透過當事人契約約定。若著作權人與服務提供者能再授權契約訂定時，將消費者暫時性跨境近用著作之需求納入授權契約協商之範圍內，例如約定給予服務提供者向暫時性跨境近用之消費者跨境提供著作內容的權利，即可滿足消費者暫時性跨境近用之需求且對服務提供者而言，亦不會出現義務衝突的問題。

至於要如何使著作權人願意授予服務提供者暫時性跨境提供著作之權利，則可以透過提高誘因的方式來達成。而提高誘因的方式可能有：健全的利益分配方式，因為對著作權人跟服務提供者而言，跨境近用最大的問題在於可能會導致原先安排好的預期利益分配被破壞，造成本來已區分好的市場間相互發生影響，此時若可以透過服務提供者作為主動的一方，來跟權利人協商在不同市場之服務提供者間相互的向消費者跨境提供著作時，彼此之間的利益應該如何分配，應可有



效的降低著作權人與被授權人對跨境近用經濟利益負面影響的疑慮。但要如何讓服務提供者願意主動去擔任各方橋條，則可能可以透過政府的政治決策，給予一些實質上鼓勵的方式來達成，例如對願意使服務具跨境可攜性的服務提供者提供一些補貼或減稅等等的經濟上誘因。

第四項 小結

跨境可攜性如何落實可能採取的有立法課予服務提供者義務以及鼓勵當事人自行約定等兩種方式。雖然立法課予義務可以解決跨境可攜性的問題，滿足消費者需求並達到保護消費者的目的，但課予義務對服務提供者跟著作權人而言可能會造成一定程度上的影響，若未做好完整的影響評估以及規劃完善的相關配套措施，亦有可能造成服務提供者需改變經營方式而影響到整體營業成本的後果，這樣也不一定對消費者、整體市場或經濟效率有利。

歐盟雖然採取的是課予強制性義務的方式來要求服務提供者，但規章適用的範圍亦僅限於歐盟成員國境內，也就是只有在歐盟成員國的境內才具有線上內容服務跨境可攜性，歐盟消費者只要到非歐盟的國家，仍無法享受跨境近用的服務。對服務提供者與著作權人而言，雖然具有一個強制性的義務，但因為該義務有地區上的限制，就可以對後續影響進行較準確的評估與應對。對於非歐盟地區的其他國家而言，若要採取立法課予義務的方式，可能也需要考量到跨境可攜性義務適用的國家範圍，若要求服務提供者要讓消費者到世界上任何一個國家都可以享有跨境近用的權限，就可能造成過大的影響，且等於課予一個比歐盟規章還要重的義務，有所不妥。因此可能可以透過國際條約的方式，將該義務的適用地理範圍侷限在締約國內，以此兼顧服務提供者與著作權人的權益，避免其負擔太過廣泛的義務。

由當事人透過契約約定來賦予跨境可攜性義務應該是較能兼顧著作權人與被授權人利益的方式，但是.....

可攜性義務成本的考量





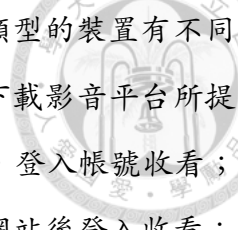
第六章 跨境近用行為可能產生之問題

至本章前之論述，主要討論服務提供者是否有使其服務內容具備跨境可攜性之義務。以本文之觀點，線上串流影音內容服務提供者應具有使其服務具備跨境可攜性的義務。原因為：服務提供者禁止消費者跨境使用其服務之目的在避免消費者濫用跨境可攜性造成服務提供者或著作權人相關利益被侵害，並為避免服務提供者自己因跨境提供服務而違反授權契約地域限制條款，需承擔民事上違約責任。但開放跨境近用著作內容是否必然或高機率造成著作權人利益受損本身就有很大的疑問，歐洲經濟社會委員會於對跨境可攜性規章所提出之意見書第 2.6 點中提及，串流影音平台不提供跨境近用是因為其「商業慣例，而非技術上的原因」。跨境可攜性對於著作的充分利用與消費者權益有十分大的好處，若對著作權人或被授權人並未造成實質上的損害，則應課予服務提供者使其服務具備跨境可攜性之義務。也因此服務提供者在向消費者提供線上串流影音服務時，具有不得因消費者所位處地理位置而有「是否提供服務」或「提供不同內容、數量、品質之服務」等差別待遇之義務。

本章開始，基於肯定服務提供者對服務提供跨境可攜性具有契約上義務之立場，討論在服務提供者具提供跨境可攜性服務之義務時，跨境近用行為或跨境可攜性可能會對著作權利人、相關利益人、服務提供者或消費者現有之權利、利益造成什麼樣的影響，以及可能的解決方式。

第一節 跨境近用的方式

從消費者「如何」收看視聽內容服務來看，線上內容服務的取得係透過消費者申請該平台之會員帳號後，並於裝置上登入帳號，作為請求平台提供服務之方式。因此原則上只要消費者使用支援該平台播放服務之裝置，在登入帳號後，即可開始收看視聽內容。而目前支援播放視聽內容的裝置有智慧型手機、平板電



腦、筆記型電腦、桌上型電腦，一般電視與智慧型電視，不同類型的裝置有不同的收看方式。如智慧型手機、平板電腦與智慧型電視，係透過下載影音平台所提供之應用程式 (Application ; APP)，在裝置上運行應用程式後，登入帳號收看；筆記型電腦、桌上型電腦則是透過網頁瀏覽器連結到該平台之網站後登入收看；一般電視則可透過外接投放裝置，如 google Chromecast，在電視上投放影像，以此方式在一般電視上觀看視聽內容仍須先使用智慧型裝置或其他具有網頁瀏覽功能之裝置登入帳號後，再將影像投放至電視上，故仍屬於透過應用程式或網頁瀏覽器播放內容之延伸。

根據消費者使用於收看串流影音服務的裝置不同，跨境近用大致可以分成兩種方式，第一是消費者攜帶自己之裝置，如智慧型手機、平板電腦、筆記型電腦等至國外後，使用該裝置於他國收看視聽內容；第二則是消費者並未攜帶自己之裝置，而係到國外後，再透過他國之裝置，如電腦、智慧型電視等，登入串流影音平台帳號後使用串流服務。

第二節 跨境近用對著作權人之影響

第一項 預期利益的損失

著作權人與被授權人簽訂授權契約時，所附加的地域限制約款係為確保其著作之有效利用與最大化著作使用之經濟利益，已在第四章第二節第二項第二款第一目在討論市場區隔時有所論述。禁止消費者跨境使用係作為確保著作授權契約之地域限制約款能有效被遵守的方法，若允許消費者能夠跨境使用著作，則可能對著作權人原先之著作利用安排、市場區隔之需求與預期收穫之利益產生重大影響。然而在消費者跨境使用著作時，是否一定會造成著作權人經濟利益上之損失，本文認實有疑問，應區分消費者跨境使用行為之態樣來進行討論。

第一款 暫時跨境近用行為



著作權人依經濟利益考量，在不同國家或區域中授權給不同人著作使用權限進行市場區隔時，以國家或其他地理上分區方式來作為切割授權地理範圍的方式，究其根本應係以該區域中所具有的市場大小做考量依據。換言之，著作權人將著作於特定地區之使用權限授權予他人時，透過被授權人對身在該地區市場中之所有消費者提供著作，究其目的應係以地理區域作為區分不同市場與確保市場區隔之手段，而市場係由消費者所組成，故地域授權之重點在區分「消費者」。此點可以從授權金的金額通常不會只因被授權使用著作之地理區域面積越大就越高，而應考量該地理區域市場內之消費者數量與需求高低等因素觀察。

分屬不同市場之消費者，所居住之地理區域不同，在消費者基於特殊理由在不同地理區域間移動與暫時居住於其他地理區域時，並非當然會使消費者與所屬市場之關係發生改變。舉例來說，著作權人將其著作區分台灣與日本市場，分別授權予不同之被授權人利用，台灣居民本屬於台灣區域市場，即便其因旅行、商務等原因短暫居住於日本，並不改其屬於台灣區域市場之身分，在一般合法使用著作之情形下，難認會因台灣居民於日本收看該著作，而造成著作權人或日本區域市場之被授權人受有經濟利益上的損失。

台灣居民於無移居日本之意，基於旅遊或商務目的，暫時居住於日本時，即便台灣居民有短期間在日本近用著作的需求，亦不應將其視為日本市場經營者之潛在消費者。原因為在取得著作近用權限的交易行為中，基於個人對同一著作之需求在短期內不會重複發生的性質，一消費者既已被劃入一市場區域後，則不應因短期於不同地理區域間移動而變更其所屬市場，否則將使消費者有被重複收取近用著作對價之不利益。

第二款 跨境可攜性的濫用



區隔市場是著作權人為有效利用著作所為之安排，但若無法有效防止不同市場間的商品自由流通交易的話，將無從達成市場區隔之效果，已於前第四章第二節關於市場區隔論述部分說明。除實體物外，以網際網路為著作提供媒介之線上內容服務提供者，亦須防止不同區域市場之消費者，私下將內容服務引入他國，進行類似平行輸入之套利行為。線上著作提供者，包含電子書商、串流影音內容提供者等，係以網際網路為服務提供媒介，其商品或服務提供之便利性較書本、光碟片等實體著作高，卻也因數位化資訊重製與網際網路長距離跨境傳輸的便利性，利於有意之人進行套利等濫用行為，使著作權人在控制商品流通與確保經濟利益上有十分高的難度。

濫用跨境可攜性之行為係指該行為將會對著作權人或被授權人相關利益安排造成影響，但濫用行為並非必然是違反著作權法或是故意侵權之行為。這是因為著作權法僅禁止未經授權「再現著作內容」之「盜版¹⁴⁰行為」及「對公眾提供著作內容」之「提供盜版行為」，並未禁止「閱讀」、「瀏覽」、「收聽」、「收看」盜版之行為¹⁴¹，即便使用者濫用跨境可攜性，例如使用 VPN 隱藏所在地、將帳號提供給他人使用，或將著作內容播放給多數人觀看等，其所負擔者之責任，以違約責任為主，但在前述後者的情形中，亦有可能侵害公開上映權¹⁴²。

服務提供者為避免消費者之濫用行為，在向消費者提供影音內容服務前，會先透過消費者連線之 IP 位址初步識別消費者是否位處於服務提供之地理範圍內，避免消費者取得線上內容服務近用權限後，將近用權限提供給非位於該市場區域之他人使用，破壞權利人對市場之區隔。

¹⁴⁰ 此處之盜版係指未經著作權人授權提供之著作內容，因此未經同意以串流播放之內容亦屬此處之盜版。

¹⁴¹ 參照前揭註 90，頁 750-752。

¹⁴² 如在 A 國取得近用著作之權限後，在 B 國以公開播放的方式供多數人觀看，就有可能侵害 B 國的公開上映權。

若線上內容服務提供者開放消費者跨境使用內容，服務提供者就不能再單純以過濾消費者之 IP 位址來預防濫用行為。跨境可攜性似乎將為消費者提供一個利於濫用的管道，而要求權利人承擔消費者濫用跨境可攜性之風險與不利益。



第三款 濫用跨境可攜性的控制

防止消費者濫用跨境可攜性可以透過許多方式來達成，下述以數位化著作內容與網際網路的特性為基礎，並針對各類消費者跨境近用著作之方式，提供一些可行的控制手段。


第一目 紀錄 IP 位址

數位化之著作在商品流通上相對便利，然網際網路除了無實體化、重製便利、迅速傳輸資料等便利性優點外，也因透過網際網路進行之資料傳輸活動，皆可透過後台紀錄所有活動之軌跡來進行傳輸行為的追蹤與管控。著作權人或被授權人可以在向消費者提供服務前，透過各類機制先確認消費者身分、所在位置等資訊後，作為是否提供線上服務之判斷依據，並可持續紀錄、追蹤消費者使用服務之行為特徵，來判斷消費者是否有進行濫用或侵權等行為。

消費者在使用串流服務時需連結網際網路，無論是透過行動數據、WI-FI 或有線網路，皆可取得消費者連線之 IP 位置，故本方法適用於所有類型的跨境近用行為。但也因本方法僅能記錄消費者使用之 IP 位址並識別其近用著作之地點，無法實際知悉消費者使用著作之情形並事前預防濫用或降低濫用之機會。主要在事後分析使用者之使用習慣，找出可能有濫用行為之消費者並進行後續追蹤，屬於事後進行侵權或違約責任請求之方法。

第二目 裝置綁定

由於智慧型手機、平板電腦與筆記型電腦等行動裝置之普及，越來越多的消



費者透過行動裝置來收看視聽內容。許多消費者是以個人行動裝置來跨境使用串流影音內容服務，當消費者預期自己有跨境使用需求時，可以向影音平台申請將串流服務與行動裝置綁定，使消費者僅能透過被綁定之行動裝置來使用串流服務。此方式可以滿足消費者跨境使用之需求，又因需要消費者另外申請，不是直接無條件開放消費者跨境使用，利於服務提供者事前特定追蹤之對象，降低消費者濫用之風險。

對服務提供者而言，本方式雖然較紀錄 IP 位址與服務使用情形之方式來得有效率，但因本方式需要綁定特定裝置，對於未自行攜帶裝置或其他原因導致綁定裝置不能使用之消費者，將無法對其提供著作，可能對消費者跨境近用權限造成限制，因此對消費者來說本方式並不如紀錄 IP 位址來得方便。

第三目 積極核實消費者居住國

在濫用跨境可攜性的行為中，有一種行為類型是居住在服務提供者的服務提供範圍外，自己或是經由他人在境內取得服務近用權限後，再境外透過 VPN 或其他隱藏所在位置之方式，規避服務提供者識別消費者地理位置的措施，跨境近用線上視聽內容服務。例如居住在美國之台灣人，透過親友或以其他方式在台灣取得服務近用權限後，供其在美國居住期間常態性跨境使用服務。

在沒有跨境可攜性時，這種跨境近用行為需要透過隱藏 IP 位址的方式來進行；但在服務有跨境可攜性時，只要消費者合法取得權限後，就可以自由的在境外使用服務。這時候可以採取的方式是加強消費者居住國的核實，在消費者申請帳號時，新增居住國核實的程序，以較嚴密的方式來對消費者駐索國進行驗證。而可行的核實方式則可以參考歐盟跨境可攜性規章中對住所國核實的相關規定。

第四目 調整服務提供方式

賦予串流影音服務跨境可攜性之目的主要在解決消費者在合法取得權限後，



因暫時出國不能使用服務的近用上障礙。歐盟可攜性規章要求服務提供者在消費者跨境使用時提供之服務內容、數量、品質皆應與在訂閱國相同，且不能針對可攜性服務額外收費。但考量歐盟之特殊地位與各成員國相互間之特殊關係，在其他未有此等高度整合關係之國家間，可攜性的要求其實可以不需要達到這樣的高度。可攜性主要是希望能解決消費者在境外有使用服務需求，卻無法有效近用內容之窘境，因此可透過服務提供者調整服務提供方式來解決這樣的問題。

Amazon 公司所推出的 Prime Video 的服務提供方式即可作為一個很好的參考依據。Prime Video 除了一般的線上串流提供外，亦提供購買、租借與下載視聽內容等功能。針對各種不同取得內容之方式，分別提供不同的觀看方式。例如購買之影片，可以透過串流播放亦可將影片下載至最多四個私人裝置中，並可無限期的觀看；租借之影片亦可透過串流播放或下載至最多一部私人裝置，觀看期限為開始播放內容後的至少 48 小時，且必須在支付租借費用後的至少 30 天內觀看完畢；按次付費影片則限於使用串流播放之方式，同一部影片最多僅能串流播放置兩部裝置，得使用內容之期間限定在首次播放完成後至少 24 小時內¹⁴³。

Prime Video 在解決跨境可攜性的問題上，提供了許多解決方式。首先是使消費者在相容裝置上事先下載視聽內容，即可不受地理區域限制觀看視聽內容之服務¹⁴⁴。此種方式最接近歐盟所要求之跨境可攜性標準，消費者無需另外付費亦可於境外收看視聽內容，但此方式之缺點為消費者在選擇觀看之內容時有限制，需要在離開訂閱國前先選定並下載完成，否則服務仍無法具有跨境可攜性。再來是透過租借或按次付費的方式，這兩種方式需要額外付費，但也因為需要額外付費，在觀看的限制上就比較少，即便消費者人在境外亦可以隨時選擇想看的影片內容進行付費觀看。各種跨境可攜性提供方式的優缺點整理如下表：

¹⁴³ 亞馬遜 Prime Video 網站，Prime Video 使用規則：

https://www.primevideo.com/help/ref=atv_hp_cnt?encoding=UTF8&language=zh_TW&nodeId=202095500（最後瀏覽：2020/12/20）。

¹⁴⁴ 亞馬遜 Prime Video 網站，疑難排解「我在國外旅行時可以播放 Prime Video 嗎？」：

https://www.primevideo.com/help/ref=atv_hp_nd_cnt?nodeId=GJ2P83PMNC54XKV9（最後瀏覽日：2020/12/20）。

	是否需額外付費	可下載之節目 or 同時串流觀看裝置數	觀看時間	觀看方式	消費者自由程度
下載	否	同帳號最多可下載15~25 部節目	不限	下載	低
租借	是	最多下載至 1 部裝置，但可同時串流播放。	48 小時	串流 下載	高
按次付費	是	同一部影片得同時於 2 部裝置上串流播放	24 小時	串流	高

第二項 濫用預防責任之歸屬

預防消費者濫用跨境可攜性之目的係為保護著作權利人相關權利與使用著作之經濟利益，前項所提出之預防消費者濫用的方法，都是透過服務提供者在向消費者提供服務前或提供服務時才能進行的措施。目前世界上幾個較多人使用之串流影音平台，所提供之視聽著作除自製之內容外，亦有很大部分是平台經其他著作權人授權而得提供之內容。著作權人或相關利益第三人¹⁴⁵不一定是服務提供者。服務提供者是否為著作權利人，將對其採取濫用預防機制之意願與執行強度造成影響。若服務提供者本身非著作權人，服務提供者在濫用預防上所願意投入的資源數量可能就不會如同保護自己著作一樣的多。

要如何在賦予著作跨境可攜性與完整保障著作人權利間取得平衡，就觀諸服

¹⁴⁵ 「相關利益第三人」係指當著作權人於 A、B 二地區分別將著作授權予甲、乙二人，當 A 區之消費者在 B 區有濫用跨境可攜性之行為時，除了會造成著作權人權利受損外，也會造成乙經營 B 區市場之利益受損，此時乙即為相關利益第三人。



務提供者是否願意及採取何等相應之措施。服務提供者是否願意採取適當之濫用預防機制來幫助著作權人維護權利與利益，應透過加強授權契約之契約責任來促成，此部分將留待下節詳細介紹。

不同被授權人在經營市場提供服務的過程中，可能因資金、技術或其他因素導致在預防消費者濫用的成效上有落差。如甲市場被授權人經營市場時，未採取適當的濫用預防機制，使其消費者在乙市場區域有濫用跨境可攜性之行為，且未有效阻止該行為之發生，就可能影響乙市場被授權人之利益。然而甲、乙二市場之被授權人者間並未有任何契約存在，難透過契約關係對甲區域被授權人課予防止消費者濫用之義務。

此時強化被授權人間之中間人，即著作權人的契約義務，可以更有效的達成避免各方利益受不必要損失之效果。因此若著作權人與被授權人簽訂授權契約時，在契約中加強被授權人對消費者濫用跨境可攜性行為之控管義務，應可作為預防著作權人或被授權人因消費者濫用行為所致經濟利益受損結果之解決方式。

第三節 各方之契約義務與責任

在跨境近用線上影音內容服務的議題中，總共會牽涉到三方當事人與兩種契約，當事人分別為：著作權人（內容生產者）、服務提供者（被授權人）以及消費者。著作權人與服務提供者所簽訂的是「著作授權契約」，其中的授權契約地域限制約款為導致服務提供者不得跨境提供著作之主要原因；服務提供者與消費者所簽訂的是「線上串流影音內容服務提供契約」，服務提供者通常會透過該契約中的定型化契約條款來約定排除消費者跨境近用著作內容的權限。本節將介紹在這些契約中，各方當事人間之關係會因為強制課予跨境可攜性義務後發生如何的變化，以及消費者在無法跨境近用著作時，可以如何救濟。

第一項 各類契約給付義務簡介

民事法上「債之關係義務群」強調債之發生原因一但具備，該債之關係的內容可能不以一個個別債權債務關係為限，而係由債之關係義務群所組成¹⁴⁶。故契約成立後，契約雙方當事人間將發生一系列權利義務關係，稱之為債之關係義務群。債之關係義務群中包含了「主給付義務」、「從給付義務」與「附隨義務」。

「主給付義務」為構成契約類型特徵上不可或缺的部分，為民法第 153 條第二項¹⁴⁷所稱「必要之點」，例如買賣契約中出賣人交付標的物與移轉所有權的義務，買受人支付價金的義務等。「從給付義務」並非構成債之關係的主要要素，但其能確保或輔助債權人獲得基於契約給付所應得利益之實現¹⁴⁸。「附隨義務」在傳統學說上被區分為「輔助功能」與「保護功能」，前者為促進實現主給付義務，使債權人的給付利益獲得最大可能的滿足；後者之功能則係維護他方當事人人身或財產上利益。輔助功能之附隨義務與從給付義務在功能上有重疊之處，傳統學說認應以得否以訴請求履行為判斷標準，輔助功能之附隨義務不得以訴請求履行¹⁴⁹，僅得請求損害賠償。

晚近學說則認為，將債之關係義務群直接以其目的是否在實現債權人給付利益為標準，區分成兩類即可。目的為實現債權人給付利益者，為主給付義務或從給付義務；保護當事人給付利益外之他固有利益受損害者，即傳統學說中保護功能的附隨義務，則屬於保護義務¹⁵⁰。至於附隨義務得否以訴請求，只要義務已經具體化達可以事前強制履行的程度且請求人有請求之正當化利益存在時，應允許債權人獨立以訴請求，無禁止之道理。

另外，基於契約自由原則，當事人可以將交易上一般認為之附隨義務，以具體契約條款約定之方式，使其提升從給付義務¹⁵¹。

¹⁴⁶ 陳自強（2016），《契約之內容與消滅》，頁 87，三版，台北：元照。

¹⁴⁷ 民法第 153 條第二項：「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」

¹⁴⁸ 前揭註 146，頁 92-93。

¹⁴⁹ 王澤鑑（2012），《債法原理》，頁 44。

¹⁵⁰ 前揭註 146，頁 94。

¹⁵¹ 楊芳賢（2016），《民法債編總論（上）》，頁 14。

第二項 授權契約中著作權人之義務



在單一被授權人因採取的濫用預防機制成效不彰，導致其他被授權人的經濟利益受損時，透過著作權人的契約義務來解決這樣的問題是最有效的，已如前濫用預防責任之歸屬一項中之所述。但實際上要如何達成，則為本項要處理的問題。

第一款 著作權人的權利擔保責任

著作授權契約中，著作權人應負權利無缺擔保責任與權利存在擔保責任。權利無缺擔保責任係指授權人應該擔保在授權期間，不會有第三人出來主張權利。現行法雖對授權契約無權利無缺擔保之相關規範，但基於授權契約的有償性，應容許被授權人準用¹⁵²民法第 349 條¹⁵³之規定，要求授權人負權利無缺之擔保責任。

權利存在擔保責任則是授權人應擔保在授權契約期間，所授與之權利是存在的，權利不會因任何原因而消滅或自始不存在。這個責任一樣可以從準用民法第 350 條¹⁵⁴的規定得出¹⁵⁵。被授權人在因他授權人採取之濫用預防機制成效不彰，致使其利益受損時，因被授與之權利卻係存在且並未有他人來主張權利，因此應該無法以權利無缺或權利存在擔保責任來向授權人請求損害賠償。

第二款 著作權人對被授權人之給付義務


授權契約中，授權人除有主給付義務外，亦具有從給付義務與附隨義務，其中被授權人可能得主張的有「從給付義務」與「輔助功能附隨義務」之違反。從給付義務與輔助功能之附隨義務是為輔助主給付義務，確保契約債權人的「履行利益」能夠獲得最大滿足與實現。在授權契約關係中，若授權人同時授權給多個

¹⁵² 依民法第 347 條，買賣一節之規定（包含權利瑕疵擔保）於買賣契約以外之有償契約準用之。

¹⁵³ 民法第 349 條：「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」

¹⁵⁴ 民法第 350 條：「債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在。」

¹⁵⁵ 參照前揭註 75，頁 220-224。



被授權人，但未於授權契約中要求各個被授權人採取具相當效果之濫用預防措施來控制消費者濫用跨境可攜性之行為，導致其他被授權人對授權契約之履行利益無法獲得最大滿足與實現時，授權人可能需負擔從給付義務或輔助功能附隨義務違反的責任。舉例而言，著作權人分別授權 A、B 二人分別經營不同區域之市場，當著作權人與 A 之授權契約中未訂明 A 預防消費者濫用之義務時，A 所經營市場之消費者有濫用可攜性之行為，導致 B 受有經濟上損失時，著作權人就有可能因未確保 B 之授權契約履行利益而須負擔違反從給付義務或輔助功能附隨義務的責任。

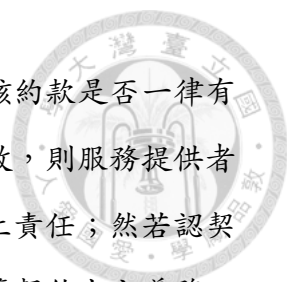
第三項 授權契約中被授權人之保護義務

保護功能之附隨義務或保護義務的目的在避免債務人履行債務時，讓債權人人身或財產上固有利益遭受損害。服務提供者對著作權人除了契約中所明定之義務外，還應確保在履行債務時，不會因其債務履行行為造成著作權人權利或利益上之損害。因此，服務提供者在向消費者提供線上內容服務時，應採取適當之濫用預防措施，避免因為採取該等措施而造成著作權人固有利益之損失，否則將需負擔不完全給付之責任。

第四項 服務提供契約中服務提供者之契約義務

「線上串流影音內容提供服務契約」是一種無名契約，而其主給付義務為：以網際網路為媒介，提供消費者以隨選視訊的方式，在其所指定之地點、時間收看消費者所選定之視聽著作內容。其中與本論文相關者，為消費者所指定之「地點」是否包括訂閱服務之地以外的地區？

基於契約自由原則，服務提供者與消費者間簽訂的契約中，所有契約義務都可以由契約當事人協商後定之。若在線上串流影音內容提供服務契約中，針對消費者得使用服務之地區做出限制，並減輕或免除服務提供者在未向消費者跨境提



供服務時之責任，而設有限制責任或免除責任的契約約款時，該約款是否一律有效？這牽涉定型化契約條款是否有效的問題。若認契約條款有效，則服務提供者排除其責任即屬有據，對未提供跨境可攜性服務無需負擔契約上責任；然若認契約條款無效，就需要再進一步討論未提供跨境可攜性是違反何等契約上之義務。故以下將先討論定型化契約條款之效力，判斷契約條款之效力後，再接續討論服務提供者有何契約義務上之違反。

第一款 視聽內容服務提供契約定型化條款與消保法

第一目 消費者保護法之適用

串流影音平台與消費者間所簽訂之服務提供契約，皆以定型化契約的方式呈現。根據消費者保護法第 2 條第 7 款與第 9 款，「定型化契約條款」係指當事人一方為與不特定相對人訂立同類契約之用，所預先擬定之契約條款。以定型化契約條款為內容之全部或一部而訂定之契約，即為「定型化契約」。此類契約中，預定契約條款之一方，大多為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之他方，則多為經濟上之較弱者，為防止契約自由之濫用¹⁵⁶，我國特制定民法第 247 條之一¹⁵⁷，規定在定型化契約條款按其情形有顯失公平時，該部分約定無效。

行政院消費者保護委員會要求各中央部會機關就該機關所主管之業務事項頒布「定型化契約範本」，並依消保法第 17 條規定，使中央主管機關選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載事項。依同條第三項規定，若定型化契約條款違反主管機關所規定之應記載或不得記載事項者，該條款無效。

定型化契約區分為消費性與非消費性，消費性定型化契約係指契約相對人為

¹⁵⁶ 89 年 5 月 5 日民法債編修正條文第 247 條之一立法理由。

¹⁵⁷ 民法第 247 條之一：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」。



以消費為目的而為交易、使用商品或接收服務之人之定型化契約。非消費性定型化契約則係指係約相對人非上述所稱消費者之人。消費性定型化契約受消保法之規範，而非消費性定型化契約，依最高法院裁判觀察，實務上認為從「得適用消保法」轉變為「應適用民法第 247 條之一」¹⁵⁸。

綜合上述，消保法中關於定型化契約之規定，依該法第 2 條第 3 款及第 7 款規定，適用於「擬定定型化契約條款之契約當事人為企業經營者，而他方當事人為消費者，契約內容係對商品或服務之消費關係¹⁵⁹」之情形。而民法第 247 條之一則適用於各類型之定型化契約，包括消費性與非消費性。而 OTT 串流影音平台係向消費者提供視聽內容之服務，與消費者簽訂之服務提供契約，係消費者以消費為目的而接受服務之定型化契約，屬於消費性定型化契約，適用消費者保護法之相關規定。

第二目 定型化契約條款與顯失公平

綜合有關著作授權契約類型與著作權人最大化經濟利益之目的部分的論述，著作權人在單一地理區域中，通常會將其著作專屬授權給單一被授權人利用，避免因同一地理區域有多數被授權人，發生削價競爭的情形，降低整體著作利用的經濟利益。且針對高需求的著作內容，串流服務提供者亦會希望能取得著作之專屬授權，以提供獨家內容作為吸引消費者訂閱其服務之誘因。故在視聽著作內容的授權契約中，多以專屬授權為主要授權方式。也因為在同一地理區域，單一著作僅會有一家串流影音業者提供，對欲觀看該著作之消費者而言，在決定是否訂閱特定串流影音業者時，並無選擇之餘地。

目前在串流影音服務提供的市場上，雖然有多個串流影音平台可以供消費者選擇，但基於著作權人在單一區域，通常僅會將其著作獨家授權給單一服務提供

¹⁵⁸ 詹森林（2006），〈最高法院與定型化契約法之發展〉，《政大法學評論》，第九十四期，頁 92-93。

¹⁵⁹ 前揭註 158，頁 104。



者利用的事實，造成市場上存在著「競爭失靈」的狀況。雖然有多個串流平台，然而不同平台所提供之著作內容幾乎完全錯開，僅有極少數的內容可以同時在多個平台上收看。以市場角度來看，各串流平台對其獨家提供之影視內容實質上具有壟斷、獨占之地位，缺乏有效的市場競爭。

在缺乏有效市場競爭的交易中，定型化條款是否顯失公平，與顯失公平之條款效力為何，即需要特別立法來規範。在判斷定型化契約條款是否對他方當事人有拘束力時，除以是否有壟斷、獨占市場之事實作為判斷依據外，雙方在經濟、法律或資訊地位上是否平等，而有平等磋商地位亦屬重要之審查依據¹⁶⁰。另消保法施行細則第 13 條規定，定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣或其他情勢判斷之，並在該施行細則第 14 條例示四種¹⁶¹違反平等互惠原則之情形。

而對於非獨家授權之內容，對消費者而言雖然可以同時透過多數的影音平台觀賞，但是由於目前的影音平台都未提供跨境可攜性服務，即便消費者對締約的平台具有選擇的自由，但不論其選擇哪一個平台，皆仍無法獲得具跨境可攜性之服務權限，因此從整個市場的環境來看，對消費者而言仍有可能是顯失公平的。因此定型化契約條款是否有效的主要判斷依據仍在影音平台不提供跨境可攜性服務的具體原因為何？而該原因是否屬於不提供之正當理由？

綜上，消費者在與串流影音平台締約時並無相當之選擇餘地，雖然消費者在決定是否締約時可能並無太多選擇之餘地。但本文認為在現今的視聽內容供給市場上，串流影音平台向消費者提供的服務其實是對消費者較有利的，可以節省消費者用在近用視聽著作時所花費的金錢與時間成本。但仍不代表所締結之服務提

¹⁶⁰ 同前揭註 158，頁 120-121。

¹⁶¹ 消保法施行細則第 13 條：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」；

第 14 條：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」。

供契約中，定有消費者無從磋商爭執的服務使用地域限制約款這件事是合理、非顯失公平的。



第二款 服務提供契約主給付義務的違反

線上串流影音內容提供服務契約的主給付義務是以網際網路為媒介，提供消費者以隨選視訊的方式，在消費者指定的地點、時間收看消費者所選定之視聽著作內容。本文認為消費者所指定的「地點」應不限於訂閱服務之國家境內，若國家未如同歐盟一般立法強制課予服務提供者可攜性義務，則應視串流影音內容服務提供契約中是否有服務應具跨境可攜性之約定。若契約中未約定消費者不得暫時跨境近用，則服務提供者有契約上義務提供跨境可攜之服務；反之若以定型化契約條款約定消費者不得暫時跨境近用，則應個案判斷服務提供者禁止暫時跨境近用之原因為何，具體判斷定型化契約條款是否因單純濫用締約上優勢地位而對消費者顯失公平。若服務提供者以定型化契約條款排除、減輕此等義務對消費者顯失公平，該定型化契約條款應屬無效，代表其在提供服務時有滿足消費者暫時跨境近用需求之義務，若未提供跨境可攜性服務時，將需負擔債務不履行之不完全給付責任，消費者可以據此請求債務不履行的損害賠償。



第七章 結論與建議

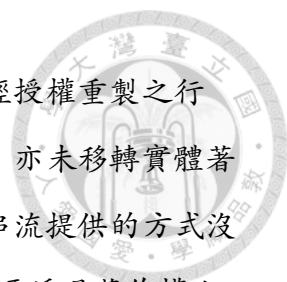
第一節 結論

科學技術的進展對各類著作的創作、利用、流通與近用都帶來了相當大的改變，對創作者而言，創作的過程被賦予了更高的多樣性；對著作權利人而言，著作的數位化使得著作無實體化，降低了製造成本。透過網際網路傳輸的方式來提供著作，不僅使傳輸、提供的過程更加快速，也讓相關權利人對著作的利用、流通情形取得更高的掌握度；對消費者來說，能夠透過連網裝備作為近用著作之方式，可以提供更高的便利性，省下了許多金錢與時間成本。。

新的著作提供方式必然會對現有的著作利用安排造成一定的衝擊與影響，過去著作權人所採取用來控制實體著作流通的方式，對於以非實體形式提供著作的行為並不管用，因此在著作權利管理上可能造成著作權人暫時的無所適從。然而非實體形式提供著作的技術並非只對權利人帶來負面的影響，同時也給予著作權利人可以用來管理權利的嶄新且更有效之方式。

在以線上串流方式向消費者提供數位化之著作內容時，因所採取之傳輸技術原理，消費者在接收著作內容時不需要獲得著作之實體，甚至不需要在其觀看裝置內擁有一份完整的著作內容重製物，這使得傳統上以實體著作為規範客體之重製權、散布權等權利，無法有效控制無實體的數位化著作。從無形傳達的方面來看，雖然線上串流播放與公開播送的行為類似，但是在著作提供服務的目的與方式上仍有所不同。因此需要透過公開傳輸權來規範這樣的著作利用行為。

也因為數位化著作無實體、重製便利，甚至毋須重製就可以向他人傳達的特性，使得著作權人在管控後續著作利用情形上有新的困難，必須採取新的方式來因應。而網際網路地理定位的功能，可以有效解決著作權人在控制線上串流提供著作時所遭遇的問題。對光碟或書籍等實體著作而言，著作權人可以透過重製




權、散布權的行使，加上防盜拷措施，來確保消費者不會有未經授權重製之行為；而串流提供著作的方式，因基本上不會有重製行為的發生，亦未移轉實體著作之所有權，著作權人沒辦法主張重製權與散布權。但也因為串流提供的方式沒有讓消費者取得著作之重製副本¹⁶²，消費者要近用著作時一定要透過著作權人或被授權人在當下經由網際網路對其提供，所以只要在提供的當下做好管控，就可以更有效的掌控著作被誰利用與利用次數等資訊，亦可選擇得近用著作之對象。然而消費者跨境可攜性障礙也就隨之而來。

在本文所提及之著作權人可能不願提供跨境可攜性的理由中，有基於經濟利益，有基於權利管理，亦有基於避免違法的考量。每個理由中所考量到的問題，其實都不只有一種解決的方式，不能只因為不賦予消費者跨境可攜性可以一次有效解決所有問題，就決定一律採用這樣的方式，而忽略消費者跨境近用內容的需求。

跨境可攜性所要保障的，是暫時性的跨境近用行為，也就是在居住國內合法取得著作使用權限後，於一定期間內從他國近用著作之行為。首先，「合法」取得著作使用權限，不僅是指消費者與服務提供者間有服務提供契約，也包含了服務提供者對該著作之利用應得著作權人之授權。這樣限制的原因是為了確保消費者在近用著作時，著作權人可以對該近用行為獲得經濟上利益，避免賦予非法內容跨境可攜性會造成著作權人權利與利益之侵害。第二，「暫居」於他國是指消費者在有限的時間內居住於他國，因此有暫時性跨境近用線上內容服務之需求。這邊需要特別提及的是，服務提供者應該使用有效之技術手段來核實消費者的居住國，在驗證消費者的居住國前不得對其提供跨境可攜性服務，以避免非居住於服務提供者經營地區之消費者濫用跨境可攜性的可能。如居住在美國之人在台灣取得以台灣為服務提供地區的服務近用權限後，於美國常態性跨境近用，因為居

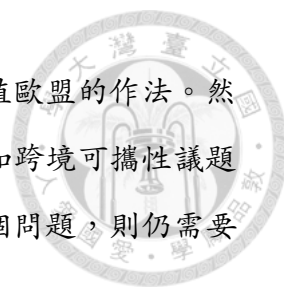
¹⁶² 雖然有些影音平台提供消費者下載後觀賞的服務，而授權消費者可以重製該著作，但消費者取得的重製副本僅供自己利用，並未實際授與得重製利用之權利。且消費者所取得之重製副本通常儲存在手機或其他便攜性裝置之應用程式中，無法由消費者任意取用。另外權利人或服務提供者在消費者取得重製副本後要如何控管後續著作流通情形，無法透過地理位置識別的方式達成，因此與本文討論之議題較無關係。



住國的核實不會時常進行，可能造成一開始無法發現此等常態性跨境近用用的行為，但可以透過事後紀錄消費者使用服務的 IP 位址來進一步確認消費者是否真的住在其聲稱之居住國內。至於使用 VPN 隱藏 IP 位址來近用服務之人，不在本文討論與處理的範圍內，因為觀察現在大部分的線上串流影音平台，雖然有些會在使用條款中要求消費者不能遮蔽 IP 位址，但幾乎全部的影音平台都不會實際上採取技術措施來禁止消費者使用 VPN 跨區收看內容。且不論平台採取的事前過濾 IP 或透過紀錄消費者近用 IP 來抓常態性跨境近用的方式，使用 VPN 的消費者實際近用服務的位址一直都無法被查知，因此不論平台開不開放跨境可攜性服務，對這類消費者的數量都不會有影響，就不需要將其列入在決定是否開放跨境可攜性服務時之考量因素。另外消費者透過 VPN 來隱藏自己近用著作時的地理位置，將影響到著作權人市場區隔的效果，亦可能帶出兩個問題，第一是著作權人本身是否有市場區隔的權利？第二個問題則是若在肯定著作權人有市場區隔權利的前提下，消費者使用 VPN 來近用著作，似乎就有可能構成侵害著作權人市場區隔權利的行為，而使用 VPN 的行為本身是否屬於規避著作權人所採取之科技保護措施都是十分值得進一步探討的問題，但本文陷於篇幅，無法一一討論。

歐盟議會與社會經濟委員會注意到了在線上內容服務市場中，長久以來忽略消費者跨境攜帶需求的現象。認為線上內容服務提供者不提供跨境可攜性服務，並非導因於技術上不可克服的理由，而僅是該產業的商業上習慣，並制定了規章強制課予服務提供者跨境可攜性義務，以解決這樣的問題。

《歐盟內部市場線上內容服務跨境可攜性規章》的制定能夠有效解決這個問題，很大部分是由於歐盟各成員國在加入歐盟組織後，將部分國家主權交由歐盟行使的原因。因為如此，歐盟在這種需要於多數國家同時推行之政策的立法上，才能一次有效的完成。在世界的其他國家與台灣，由於缺少了像歐盟這樣具高度整合性的組織來統一規劃執行，想要透過單一國家的國內立法來直接推行這種涉及國與國間法律適用問題的政策，實有困難。也就是在台灣，用來處理跨境可攜性義務的方式可能就跟歐盟所能採取的方式有所不同，不論是在立法課予義務的

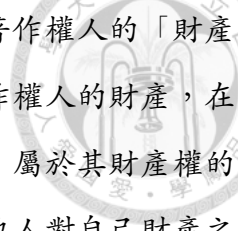


做法是否可行、法律所課予之義務的適用範圍等都無法直接移植歐盟的作法。然而歐盟議會透過制定規章的方式來主動積極處理這個問題，可知跨境可攜性議題是一個相當重要且必須處理的問題，至於在台灣要如何解決這個問題，則仍需要更多的討論。

從消費者保護的方面來看，消費者付出對價換取近用服務之權限，係為了滿足隨時觀看視聽內容的需求。而不論是在國內或國外都可能有觀看視聽內容的需求，服務提供者以消費者所身處的區域來作為服務提供與否的唯一判斷標準可能對消費者有些不公平。UNGCP 和我國電子商務消費者保護綱領對電子商務消費者的保護要求：「電子商務中消費者者所受之保護，不應低於其他交易型態中所受之保護」、「不得使用不公平之契約條款；且不得不實陳述或隱匿可能影響到消費者交易決策之契約條款」、「可能影響消費者取得、存取、使用商品或服務之主要技術、限制或條件」。串流影音內容提供是一種無形的商品服務，但是消費者保護趨勢認為電子商務所提供之商品服務不管是否有形，都應該與傳統商業交易類型受到同等的保障。

「可攜性」的概念其實從實體商品而來，認為實體物在消費者獲得使用權限並占有該物後，不論其把該商品帶到何處，都不影響該物的使用權限。雖然無形的服務並無法像實體物一樣有交付與攜帶行為的發生，但是僅因服務提供者之片面決定，就對無形商品、服務的近用權限設定地域限制，使消費者所受之保障較實體物交易來得低，有其不合理之處。因此應該給予無形服務如同消費者將實體物攜帶在身邊時一般可以隨時近用，不受任何限制的權限。

網際網路與其他科技發展確實提供了著作權人在維護權利上使用之新的技術手段，但是原本已合法取得近用權限之消費者，若其使用服務之行為並無違法或違約的情形存在，即不應因服務提供者採取了新的權利保護措施後，就使消費者原本可使用的服務受到額外限制，目前部分串流平台對消費者跨境可攜性需求採取無視的態度，未積極改善消費者所遭受的不公平限制。



跨境可攜性義務是否為強制性義務的問題其實可以看作是著作權人的「財產權」與欲近用著作之他人的「近用權」的衝突。著作是屬於著作權人的財產，在著作權人透過授權契約限制被授權人得使用著作之地理區域時，屬於其財產權的自由行使。原則上國家或是他人在沒有正當理由時，不得干涉他人對自己財產之使用、處分、收益等行為。因此，不管著作權人使用如防盜拷措施或是區域授權地域限制的方式來禁止他人近用其著作，都是著作權人財產權的行使，若無正當理由，他人不應干涉或強制著作權人將著作提供給他人近用。

從授權契約地域限制約款所發生之實際效果來看，已經合法取得著作近用權限之消費者可能遭受相當程度限制，使其取得近用權限的目的無法達成。在這樣的情況下就會發生著作權人「財產權」與合法取得近用著作權限之人的「接觸權」相互衝突的情形。雖然財產權為物權，消費者取得之近用權限為債權，且因債權內容是契約當事人協商之結果，似乎應優先保障著作權人之財產權。

在著作權人未同意使他人取得任何利用著作之權限時，應尊重著作權人對是否利用其著作有決定權，固然無疑。然在著作權人已授權他人利用著作，僅對著作之利用方式，如可提供之對象、地區等作出限制時，考量到著作權人已將該著作公開利用並有利用著作的意願，基於保障所有人民對著作都應有相同近用機會與不歧視的原則，不能以著作權人之財產權行使自由來合理化此等限制決定，應該去探究此等限制的決定過程中，是否有合理的原因，或是單純濫用權利、締約上優勢地位而有顯失公平的情形。

另外在著作權人將權利讓與他人，使單一著作同時有多數著作權人存在時，將會讓著作權授權、經濟利益分配等問題更加複雜，勢必更近一步對跨境近用造成更大障礙，而目前連單數著作權人之著作的跨境近用相關問題仍尚未有有效的解決方案，故多數著作權人之相關問題可能須待後人再去近一步探討。

第二節 建議



服務提供者不願提供跨境可攜性服務的原因多樣，為避免強制賦予跨境可攜性造成著作權人或服務提供者經濟上過大負擔或需承擔其他法律上責任，本文認為跨境可攜性義務應該不需要用強制性賦予的方式達成，因此排除跨境可攜性的特約並非必然無效，而應在個案討論是否有濫用締約優勢地位、濫用權利而致顯失公平的情形存在。最終的判斷依據還是要參考服務提供者與著作權利人不願提供跨境可攜性的主要原因究竟為何，若能證明提供跨境可攜性卻時會對其造成重大不利之影響時，以契約排除跨境可攜性之義務就比較不會有權利濫用與締約優勢地位濫用的問題；但若並無重大的影響，僅單方面任意的決定時，可能導致排除跨境可攜性的特約無效，仍具有提供跨境可攜性服務的契約上義務。

歐盟跨境可攜性規章在處理跨境可攜性議題時，要求服務提供者跨境提供之服務內容、品質、數量等，不得與消費者原訂閱該之線上內容服務不同，且不得額外收費，等於要求服務提供者將其提供服務之範圍跨大到整個歐盟，不過僅限於消費者「暫居」於他國的時候，避免消費者常態性跨境近用他國之線上影音內容服務。

跨境可攜性提供的方式，以對消費者使用上之方便度為標準，從高到低的來列共有：1. 免費開放跨境近用；2. 消費者付費取得跨境近用權限；3. 按次付費、單片租借；4. 預先下載等方式。本文認為現在沒有一個能夠統一賦予各國訂立可攜性相關規範之具強制力的條約的狀況下，僅透過單一國家立法要求服務提供者提供跨境可攜性服務，似乎有些過於強求。因此目前最實際的做法應該是採用按次付費或使用預先下載的方式，並由服務提供者與著作權人去討論出一個適當的價格，來對消費者開放跨境近用的服務。按次付費因為是以個案的方式來處理跨境近用的需求，對於濫用行為應該較容易控制，且消費者在跨境近用時有額外付費，可以提高權利人或被授權人提供跨境服務的意願。預先下載的部分則是目前多數串流影音平台採取的方式，缺點是消費者必須事先決定並下載想觀看的內容，自由度較低，且下載之節目數量、觀看時間皆有限制，也會因消費者使用之裝置的容量有得下載數量的差異，雖然對服務提供者與權利人是最安全的，但



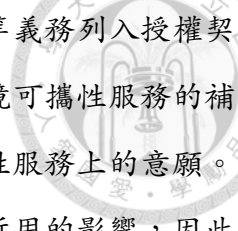
對消費者而言卻是最不便的方式。

透過額外付費或預先下載等方式雖各有利弊，但都可以達成滿足消費者跨境使用串流影音服務的需求，而不會對著作權人之利益造成過度損失或對其權利行使有所侵害。且目前已有串流影音平台，如 Amazon prime video，在實行這樣的方式。代表其他國家雖然無法像歐盟一樣一次直接完全解決跨境可攜性的問題，但跨境近用其實在技術上是可行的且能夠以符合服務提供者與著作權人利益的方式來初步解決這個問題，滿足消費者的跨境可攜性需求。

原則上著作權保護多採屬地主義，著作的利用行為是否構成著作權之侵害，應依利用行為之發生地所適用之法律定之。跨境可攜性義務之主體為該國境內之服務提供者，但因為跨境提供的行為一定發生在其他國家，故即便國內立法免除服務提供者與消費者在跨境提供、近用著作內容時的相關責任。著作權人未授權服務提供者於他國利用著作，在屬地主義適用結果下，將導致服務提供者與消費者在他國仍可能有侵害著作權之責任。歐盟因為所有成員國都將部分主權交由歐盟來行使，因此可以透過規章立法的方式來通過一個適用在全部成員國的規定，讓各國間避免發生上述著作權保護屬地主義所導致之規範衝突的問題。因此，在歐盟以外的其他國家，若想要透過國家立法來賦予線上內容服務跨境可攜性，最首先要解決的，是必須透過跨國條約來解決這種國家間法律規範衝突的問題。

在解決了國與國間的法律衝突後，回到國家課予服務提供者義務之手段上，可以透過國內立法來將國際條約所規範之義務內國法化，在台灣也可以用公布線上串流影音內容提供服務之定型化契約應記載事項與不得記載事項的方式來達成。

除了透過法律上課予義務的方式來解決跨境近用需求外，亦可透過服務提供者跟著作權人間的契約約定，在授權時將向暫時性跨境近用消費者跨境提供著作之權利一併授予服務提供者，不但可以滿足消費者需求亦可避免服務提供者的義



務衝突。至於要如何讓著作權人與服務提供者在協商時，將此等義務列入授權契約的內容，則可以透過政府給予授權契約雙方當事人一些對跨境可攜性服務的補貼或其他實質的經濟誘因，來促進雙方當事人在提供跨境可攜性服務上的意願。另外在不同市場之被授權人間的利益分配也會受到消費者跨境近用的影響，因此如何在被授權人間建立適當的利益分配方式的問題，也會影響到被授權人的意願，而仍需進一步探討。

雖然本文提供了許多強制課予服務提供者義務的方式，但權利人是否能夠完整的分析跨境可攜性的利弊，在提供跨境可攜性保障消費者利益的同時也有效掌控消費者濫用行為以避免自己利益的損失，並找出一個不會造成過大成本的負擔並能夠兼顧各方利益，使著作利用效益最大化的方式，並自願實行這樣的措施，才是解決跨境可攜性需求最有效率也最佳的方式。而若選擇採取由國家課予義務的方式來解決跨境可攜性需求時，主事者仍須進行詳細的影響評估，考量該等措施是否會造成過大成本負擔，才能避免在保護消費者的同時過度侵害著作權人與被授權人之契約自由且造成不符比例的損失，導致綜效無法最大化的結果。

參考文獻



壹、中文文獻

一、專書

1. 王澤鑑 (2012),《債法原理 (一): 基本理論、債之發生》, 台北: 自刊。
2. 王澤鑑 (2001)。《民法總則》。台北: 自刊。
3. 陳自強 (2016),《契約之內容與消滅》, 三版, 台北: 元照。
4. 陳曉慧 (2008),《網際網路與著作權》。台北: 經濟部智慧財產局。
5. 陳家駿、徐玉蘭、馮震宇 (2006)。《經濟部智慧財產局委託研究專案--網路科技利用新型態之著作權法相關問題研究》。台北: 經濟部。
6. 楊芳賢 (2016),《民法債編總論 (上)》。
7. 張懿云、陳錦全 (編) (2011),《視聽著作權利保護之研究—期末報告》。台北: 經濟部。
8. 羅明通 (2009),《著作權法論 I》, 第七版, 台北: 台英商務法律。
9. 羅明通 (2009),《著作權法論 I I》, 第七版, 台北: 台英商務法律。
10. 謝銘洋 (2005),《著作權法解讀》, 台北: 元照。
11. 謝銘洋 (2008),《智慧財產權法》, 台北: 元照。
12. 謝銘洋、張懿云 (2003),《經濟部智慧財產局研究計畫--「著作權法公開傳播權之研究」》, 頁 138。

二、譯著

1. Arthur Cecil Pigou (著), 陸民仁 (譯) (1971),《福利經濟學》, 台北: 台灣銀行。

三、書之篇章

1. 姚信安 (2014),〈從電影製作實務論視聽著作權利歸屬與行使〉,《國際比較下我國著作權法之總檢討》, 臺北: 中央研究院法律學研究所專書。



四、期刊論文

1. 王怡蘋 (2017),〈無載體提供著作內容模式與權利耗盡原則〉,《台北大學法學論叢》。
2. 王怡蘋 (2014),〈權利耗盡原則與所有權取得〉,《科技法學評論》,第 11 卷第 1 期。
3. 洪榮宏、林士裕 (2004),〈空間資訊在健康城市發展之角色〉,《健康城市學刊》,No. 2。
4. 徐百輝 (2018),〈國際空間資訊發展新浪潮〉,《國土及公共治理季刊》,第二期,第七卷。
5. 章忠信 (2004),〈新著作權法「散布權」相關規定之檢討〉,《政大智慧財產評論》,第 2 卷第 1 期。
6. 章忠信 (2001),〈著作權法中「散布權」之檢討〉,《萬國法律》,第 116 期。
7. 章忠信 (1998),〈著作權法真品平行輸入之研究〉,《資訊法透析》。
8. 章忠信 (2016),〈OTT 產業發展及 TPP 鎖碼訊號保護夾擊下之著作權法制新挑戰〉,《2016 第二十屆全國科技法律研討會》。
9. 陳錦全 (2000),〈論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題 (上) --從 MAL v. Peal 案談起—兼論對網路環境的影響〉,《智慧財產權》,13 期。
10. 張懿云 (2013),〈視聽著作保護之研究—以國際著作暨鄰接權條約為中心〉,《智慧財產權月刊》,VOL. 179。
11. 蔡明誠 (2001),〈網際網路智慧財產權的問題與展望—以台灣法律為例〉,《台大法學論叢》,30 卷 5 期。
12. 蔡明誠 (2003),〈從法院判決探討著作權財產權之授權〉,法官協會雜誌,5 卷 1 期。
13. 詹森林 (2006),〈最高法院與定型化契約法之發展〉,《政大法學評論》,第九十四期。
14. 謝銘洋 (1993),〈契約自由原則在智慧財產權授權契約中之運用及限制〉,《台大法學論叢》,23 卷 1 期。
15. 謝銘洋,〈從相關案例探討智慧財產權與民法之關係〉,《台大法學論叢》,三十三卷第二期。



五、學位論文

1. 向民潔 (2007),〈網路時代著作權授權制度之研究〉, 國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。
2. 李坤霖 (2012),〈線上數位著作權地域限制之研究—以電子書為中心〉, 國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文。
3. 李劍非 (2010),〈論著作權與資訊流通自由的衝突與解決—從真實空間到網路空間〉, 國立台灣大學法律學系研究所碩士論文。
4. 吳星螢 (2007),〈著作權法關於公開傳輸權之研究〉, 私立天主教輔仁大學財經法律研究所碩士論文。
5. 柳瑜珊 (2002),〈著作權授權與競爭法相關問題之研究〉, 國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

貳、英文文獻

一、期刊論文

1. Raymond T. Nimmer, *Breaking Barriers :The Relation Between Contract And Intellectual Property Law*, 13 BERKELEY TECH. L.J. 827.
2. Pamela Samuelson.(1990) *Digital Media and the Changing Face of Intellectual Property Law*, 16 RUTGERS COMPUTER AND TECH. L.J.
3. Ramaswamy, S., & Banerjee, S. (2018). *For Borderless Digital Market: Resolving the Conflict between Geo-Blocking and Free Access to Services in the European Union*.*Indian Journal of Intellectual Property Law*, 9, 1-22.
4. Engles, S., & Bernd Nordemann, J. (2018). *The portability regulation (regulation(eu)2017/1128): commentary on the scope and application*. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 9(2), 179-200.
5. Yu, P. K. (2019). *hater's guide to geoblocking*. *Boston University Journal of Science and Technology Law*, 25(2), 503-529.