

國立政治大學法律系國際整合研究所

碩士論文

由國際發展趨勢檢討我國著作權法上

表演之保護制度—以財產權為中心

An Assessment of Property Rights Protection Granted to
Performers by the R.O.C.(Taiwan) Copyright Act, in
Consideration with International Trends and Developments

指導教授：沈宗倫 博士

研究生：葉盈汝 撰

中華民國 110 年 1 月

謝辭

誠摯感謝曾為本文撰寫提供協助與支持的長輩、家人，與朋友；特別是榮鑫實業李麗裕總經理、台北政經學院基金會黃煌雄董事長、中央研究院歐美研究所洪德欽副所長，以及父母親的支持。

得以進入政治大學法學院學習，並受教於沈宗倫教授門下，深感幸運，期勉自己未來也能以如此光熱至誠投入學術與職涯之耕耘。



摘要

我國著作權法就既有著作與民俗創作之表演以獨立之著作保護，由於以羅馬公約為主要架構之國際鄰接權條約以著作鄰接權之概念架構表演人之權利內容，我國不採鄰接權法制，卻實質限縮保護內容，遂於解釋上面臨是否應以原創性檢驗其著作適格、標準為何之困擾。為了尋求合理的保護架構，本文爬梳國際條約就著作權鄰接權之發展脈絡、介紹歐盟及美國分別立於著作人法系及著作權人法系觀點所為之立法政策與法制建構與個別國家就表演於著作權法制上保護之具體實踐，並由德國、美國與我國就表演人保護規定之要件分析，探尋表演於著作權法制下之保護核心論述，佐以新興著作權保護客體於比較法案例上就原創性之討論，提出我國法可能採行的兩種解釋路徑，一為在現行著作權保護架構下降低表演之原創性標準，二為採取鄰接權概念建立層級化的保護架構，廣泛納入以藝術性、唯一性為表演之保護門檻，並向具備著作創作高度之表演提供著作地位之保護，最後參考歐盟以法律介入著作權契約之公平報酬請求權機制提出我國未來立法建議。

關鍵字：表演人權利、著作鄰接權、著作財產權、原創性、公平報酬請求權。

Abstract

The Copyright Act of Taiwan protects pre-existing works and folklore performances as independent works. Building upon the framework established by the Rome Convention, subsequent international treaties have viewed performers' rights in the context of neighboring rights. The concept of neighboring rights are absent in Taiwan's Copyright Act, which nevertheless limits the scope of its protections, resulting in frequent uncertainty as to how and to what extent originality applies to a work, and which protections are thereto afforded. The present thesis delineates the context and development of copyright and neighboring right in international treaties, and the respective protections offered to performances in the EU's authors' rights system and the US's copyright system. In assessing the concept of protection of performances within the copyright system, we compare the criteria for legal protection afforded to performers as defined in Germany, the US, and Taiwan, and discuss to what extent originality plays a part in comparative studies of objects of copyright protection. Finally, we propose two possible paths for the current legal system in Taiwan: first, the benchmark for determining originality under current copyright protections could be lowered; second, a multi-level protective framework based on the concept of neighboring rights could be considered, under which artistic merit and uniqueness may serve as criteria for protection, and thus performances which may be considered creative works in their own right can be offered protection as substantive, individual works. The EU's legal framework concerning contracted copyright usage is taken into consideration, offering a final insight into future possibilities for legislation in Taiwan.

keywords: performers' rights, neighboring rights, copyright, originality, right to equitable remuneration

目次

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與範圍	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究範圍	2
第二節 研究方法與架構	4
第三節 研究限制	6
第二章 國際條約規範之演進	7
第一節 權利主體與客體範圍	7
第一項 就文學與藝術作品為表演	7
第二項 就民俗創作為表演	9
第三項 國際貿易脈絡中的表演人	12
第二節 表演人之經濟權利於主要條約之發展	14
第一項 締約會員國間保護原則以及條約間的承繼	14
第一款 國民待遇原則與最低保護原則	14
第二款 最低保護水準	15
第二項 未固著之表演	16
第一款 廣播權 (right of broadcasting)	16
第二款 向公眾傳播權 (right of communication to the public)	17
第三款 固著權 (right of fixation)	17
第三項 已固著之表演	18
第一款 重製權 (right to reproduction)	18
第二款 散布權 (right to distribution)	19
第三款 出租權 (right to rental)	20
第四款 提供權 (right to making available)	21
第四項 報酬請求權	23
第五項 權利限制與例外	25
第六項 保護期間及起算點	27
第三節 視聽表演北京條約之保護標準與現況	28
第一項 WPPT 保護之延續	28
第二項 重要變動與和諧化發展	29
第三章 區域法上實踐	32

第一節 智慧財產權理論.....	32
第一項 勞動理論.....	32
第二項 人格權理論.....	34
第三項 效益理論.....	36
第四項 社會規劃理論.....	37
第二節 法制建構.....	38
第一項 管制目的之轉變.....	38
第二項 自然權理論與法定權理論之演進與實踐.....	38
第一款 英美法系.....	38
第二款 大陸法系.....	40
第三項 立法特徵比較.....	42
第三節 作者權法系之實踐：歐盟及其會員國.....	45
第一項 歐盟立法方式與政策方向.....	45
第一款 歐盟法與會員內國法之關係.....	45
第二款 歐盟層級就表演人之保護.....	46
第三款 表演人保護於數位單一市場指令之實踐.....	47
第一目 適當報酬請求權.....	48
第二目 私人重製補償金.....	51
第三目 出租收益.....	53
第四目 按需提供.....	54
第五目 撤銷權.....	55
第二項 會員國之立法實踐.....	56
第一款 一元論與二元論.....	56
第二款 表演人於著作權法上受保護之基礎.....	58
第四節 著作權法系之實踐：美國.....	59
第一項 聯邦立法系統.....	59
第一款 憲法著作權條款.....	59
第二款 聯邦著作權法.....	59
第二項 聯邦著作權法的 perform 與 performer.....	60
第一款 公開演播權—著作權人為主體.....	60
第一目 要件：對公眾開放之表演地點.....	61
第二目 要件：對公眾播送之行為樣態.....	62
第二款 表演人權—表演人為主體.....	62
第一目 未經許可就現場表演為傳輸及重製之禁止權.....	62
第二目 立法背景.....	63

第三目 性質爭議	64
第三款 小結	68
第四章 表演保護基礎與我國法表演保護規範之檢討	69
第一節 表演之性質	69
第一項 比較法觀點	69
第一款 德國—鄰接權說	69
第一目 表演之性質	69
第二目 權利要件	70
A 藝術性	70
B 客體範圍	71
(1) 就著作為表演	71
(2) 就民間藝術表現形式為表演	72
C 其他要件	72
第二款 美國—著作權說?	73
第一目 表演之性質	73
第二目 概念要素分析	75
A 不以公開為要件	75
B 未固著之現場表演	76
第二項 我國法觀點	76
第一款 法源	76
第二款 學說見解	77
第一目 著作權說	78
A 獨立著作說	78
B 衍生著作說	78
C 共同著作說	79
D 著作之原創性標準探討	81
第二目 鄰接權說	87
第二節 我國現行法就表演之保護情形	89
第一項 立法沿革	89
第二項 與國際條約規範之比較與分析	96
第一款 間接以羅馬公約要求為保護水準	96
第二款 主體與客體範圍	96
第一目 就既有著作為表演	96
第二目 就民俗創作為表演	97

第三款 由北京條約保護架構分析我國現行法實踐情況	99
第一目 未固著表演	100
A 廣播及對公眾傳播權	100
B 固著權	101
第二目 已固著表演	102
A 重製權	102
B 散布權	102
C 出租權	103
D 提供權	104
第三目 報酬請求權	105
第三項 小結	106
第三節 由比較法案例分析探究表演之保護要件	108
第一項 表演	108
第一款 案例事實	108
第二款 法院見解	109
第一目 音樂著作之一部賦權標準	109
第二目 個人特徵於表演之賦權限制	110
第三款 分析	111
第二項 錄音物	113
第一款 案例事實	114
第二款 法院見解	114
第一目 法律適用	114
第二目 抗辯主張	114
A 德國自由利用 (freie Benutzung) 理論	114
B 例外使用	115
第三款 分析	118
第三項 攝影著作	120
第一款 攝影著作受著作權保護之沿革	120
第二款 我國實務及學說見解	121
第三款 美國法見解	122
第四款 小結	123
第四節 表演保護要件再檢視	125
第一項 表演人就其表演所享有之權利為固有權	125
第二項 因應表演客體之原創性判斷	126
第一款 就既有著作為表演	126

第二款 就民俗創作為表演	127
第三款 小結	128
第五章 我國著作權法上表演人保護之建議	130
第一節 以規範目的為依歸	130
第一項 與文化基本法之關係	130
第二項 自社會規劃理論出發	132
第一款 著作權之工具性	132
第二款 實踐保護目的之方法	134
第三項 合於目的之表演人保護架構	136
第二節 我國法可行解釋路徑	140
第一項 不採取鄰接權制度	140
第一款 降低表演之原創性標準	140
第二項 採取鄰接權制度	142
第一款 第 7-1 條之處理	142
第二款 表演保護之原則與例外	144
第一目 原則：以鄰接權保護表演	146
第二目 例外：以著作保護表演之類型化分析	147
第三款 建構得以著作保護之表演類型	149
第一目 類型化分析一：轉譯是否具備雙向性	149
A 具備轉譯雙向性	149
B 不具備轉譯雙向性	150
C 小結	152
第二目 類型化分析二：特定表演人不可或缺或取代	153
A 不可或缺或取代	153
B 非不可或缺或取代	155
C 小結	157
第三項 分析	158
第三節 主體客體範圍重構及體例編排	160
第一項 表演權利之主體範圍應排除法人	160
第二項 客體範圍排除非以傳達內容為主要目的之表演	163
第三項 體例編排	167
第四節 引入報酬請求權之保護	170
第一項 權利性質及比較法之實踐	170
第二項 我國法情形	172

第三項 建議	172
第六章 結論	177
參考文獻	181



表次

表 3-1 著作人法系與著作權人法系特徵彙整表.....	44
表 3-2 Moghadam 案美國憲法著作權條款與商業條款之論據整理	64
表 3-3 Martignon 案美國憲法著作權條款與商業條款之論據整理	65
表 3-4 KISS Catalog 案美國憲法著作權條款與商業條款之論據整理	66
表 4-1 我國實務就著作原創性見解彙整表.....	86
表 4-2 我國著作權法上著作類型發展沿革彙整表（一）	90
表 4-3 我國著作權法上著作類型發展沿革彙整表（二）	94
表 4-4 著作權法修正草案第 36 條.....	95
表 5-1 類型化權利保護標準分析表.....	148
表 5-2 特定表演人具備不可或缺地位之著作彙整表.....	155
表 5-3 表演人保護體例—現行法與草案規範內容.....	168
表 5-4 建議採用保護表演人之法律工具比較表.....	176

圖次

圖 5-1 文化創意產業同心圓關係圖.....	137
圖 5-2 劇本、戲劇製作與表演轉譯關係圖.....	151
圖 5-3 著作及表演類型化分析圖.....	158



第一章 緒論

第一節 研究動機與範圍

第一項 研究動機

表演人在社會生活中，扮演文化之傳承延續及傳播推廣的重要角色，除了在歷史中透過表演的實作與學習，傳承演繹已故作者之美感與想法、使著作不因著作人逝世而杳渺外，在商業著作的呈現上，觀眾對著作之認識多透過表演人之表演，傑出的演繹能使著作名留青史，如同著名演員 Javier Bardem 於 WIPO 發表之聲明所述：「表演人轉換了劇本中的角色，為其注入來自其生命經驗的真實性與細節，使角色生動，且觀眾得以透過對於表演該角色之認同，對自身的感情、恐懼及希望獲得共鳴，事實上亦為角色的創作者。」¹表演人在文化生活的重要性上實不亞於著作人。然而，歷史現實上，多數表演人卻因為受到著作人與錄音製品及視聽製品製作人之打壓與排擠，在法律保護處於弱勢而面臨經濟生活的嚴峻考驗；除此之外，表演「非常態性」、「跨域性」的特質，不容易從勞動法層面給予保護，蓋僱傭關係認定就表演之性質並不適用，故在現實上，「有可能」成立受僱關係者為少數，多數表演人多倚賴不定期演出維生。表演人在著作權法制下，得透過表演他人著作，以表演契約得到類似承攬關係之酬金，以及就該表演之利用獲得後續收益分配持續支持經濟生活，同時在人格權的保護下得透過顯名被公眾認識，滿足一定的自我實現，在權利實現的層面上，除單次轉讓對價外，十分仰賴透過長期利用之授權收益降低表演因其非持續、臨時性質對表演人生活支持造成之不穩定影響。本文作者從事表演工作二十多年，浸潤於古今歷史中眾多傑出作品，就詮釋作品多立於表演人視角，得自著作權保護之歷史發展檢視表演與著作之關係，

¹ https://www.wipo.int/copyright/en/activities/copyright_dialogue/statements/bardem.html（最後瀏覽日 2021/1/25）

進而以文化保護及產業發展角度思考法律保護架構之適切性，並嘗試自國際實踐情形尋找表演人在合理架構下得以援用之法律支持，為本人撰寫本文最大動力與願景。

第二項 研究範圍

國際間就著作權保護有兩大法系，即以歐陸法系為主之作者權（author's right）法系以及英美法系為主之著作權（copyright）法系，就表演人之保護在作者權法系明文採取鄰接權概念處理，不要求如同著作須以原創性為保護要件；我國就表演人之保護主要透過貿易體系即 TRIPs 協定遵守羅馬條約對表演人之保護水準，在體系上未如歐陸國家如德國與著作權分列規定，我國著作權法第二章「著作」第 7 條之 1：「表演人對既有著作或民俗創作之表演，以獨立之著作保護之。」卻又於第三章「著作人及著作權」第四節「著作財產權」就個別權利類型加以限制之；則表演是否為著作種類之一、是否應適用著作保護要件如原創性、程度如何，即生疑義。另一方面，在私法自治之範疇，表演人在著作權法上之權利多透過契約為移轉，在議約實力不平等且缺乏表演人組織團體支持的情況下，欲在著作權法制的架構下提升表演人議約保障，是否得透過如公平報酬請求權或著作權契約調整機制，本文亦欲在我國法下探討其可能性。

國際條約之簽署目的為調和各國保護方式及保護程度，降低貿易活動壁壘，本文研究範圍由國際條約如羅馬公約、TRIPs 協定、WPPT 以及視聽表演北京條約之發展，至區域法上歐盟及美國之實踐，整理表演人於「未固著表演」及「已固著表演」二大類權利型態之發展脈絡，並由區域法上的法理論述至法制建構，及其實踐經驗之分析，檢視我國法之保護情形，就表演人保護之體系及類型化保護方式提出建議。

由於經濟權利對表演人生活影響甚鉅，為其發展職涯之重要支撐，本文以著作權

法上之表演人經濟權利為研究範圍，我國法就表演人之保護客體範圍限於就既有著作及民俗創作之表演，由於民俗創作在保護架構上涉及傳統民族文化保護範疇，並牽涉民族學、語言學、歷史學等領域，範圍浩瀚非本研究之架構得以容納，亦非筆者能力所及，遂本研究主要以就既有著作為表演為主要討論內容，僅於涉及國際條約歷史發展，以及本國立法實踐部分，有部分篇幅介紹就民俗創作為表演之立法目的及保護狀況。



第二節 研究方法與架構

本文採取比較法與文獻分析法進行研究，透過國際條約討論形成之文獻與學者著作整理各國保護立場差異以及其相關產業發展情況，及區域法歐盟及美國歷史、法體系、法理至法制形成之分析，釐清我國法及實務上綜有不同保護基礎及論述之來源，並自不同著作類型案例分析其保護基礎，由此建構表演在我國法上妥適之保護方式。我國著作權法就表演人之保護事實上與鄰接權保護概念十分相似，106年著作權修法草案亦有整併條文挪至鄰接權章節之嘗試，惟並未成功，由於目前仍「以獨立之著作保護之」，在適用上仍須滿足著作要件即「原創性」，我國法就原創性並無明文定義，參考實務上就原創性之敘述兼有美國法與歐陸法之特徵，莫衷一是，惟各國由於保護法理之差異，於原創性程度之要求標準並不相同，反映至表演之保護更有因應法理與國情發展的迥異保護方式選擇，例如德國就著作之原創性係以足以表現作者個性特徵為要求，就衍生著作有更高的標準²，美國則以禁止實際抄襲肯定與既有著作之間存在區別者之原創性³；惟在表演的保護上，德國法以鄰接權處理，不要求原創性，而美國於著作權法賦予表演人就現場表演禁止非法側錄之權利，皆與我國法立法方式不同，本文擬就二國法制進行分析探討，期能對我國法表演人保護之條文運用提出解釋建議。

本文研究架構包括六章，第一章緒論之內容為研究動機與範圍、研究方法，及研究限制；第二章為國際條約之權利內容演進以及條約之間的關係；第三章介紹區域法之實踐，自智慧財產權理論到法制建構，具體討論英美法系與大陸法系在各國因應國

² 德國學說就改作之要件，認為在與原著作具備依附關係之前提下，要求具備獨立於原著作特徵之獨特性；謝銘洋，衍生著作及其相關問題研究，最高法院 106 年度民事學術研討會，台灣法學雜誌第 338 期，頁 72。

³ *Matthew ender & Co. v. West Publ'g Co.*, 158 F.3d 674 (2d Cir. 1998), *Bucklew v. Hawkins, Ash, Baptie & Co., LLP.*, 329 F.3d 923(7th Cir. 2003).

家政策之法治情況；第四章比較德國、美國與我國就表演之保護基礎論述對我國法上表演保護情形進行檢視，佐以表演、錄音著作、攝影著作案例在原創性之不同觀點，分析表演保護要件之內容與合理性；第五章為本文就我國著作權法於表演人保護之具體建議，包含規範目的解構、制度採行建議、建構足以獲得表演著作保護之表演類型、重構保護主體與客體範圍，最後建議引入報酬請求權；第六章為本文結論與心得。



第三節 研究限制

我國著作權法向表演人提供就既有著作與民俗創作為表演「獨立之著作」的保護，此為比照 WPPT 之保護水準，然而民俗創作本身無法作為著作權保護標的，保護就民俗創作為表演事實上僅為支持各國傳統文化永續發展之間接方式，其權利主體自立法目的而言實預設為部落或傳統民族之文化傳承者，於權利要件（如要式性）難以滿足著作權傳統保護標的之要求，民俗創作之認定更涉及廣泛的民族學研究範疇，本文僅於脈絡討論必要程度上略以介紹，無力為深入討論，此為本文限制之一。

就既有著作為表演牽涉表演人對著作之利用關係，表演人就表演呈現所投入之創作性不可否認，在著作權之架構與脈絡下，嘗試將表演提升為著作類型之一——「表演著作」似有空間，然而我國著作權法所保護之著作範圍除文學與藝術範疇，更包括科學及其他學術範圍，除此之外，表演的種類與形式繁多，本文作者經驗與能力可及範圍多以音樂著作、戲劇著作之表演為預設類型，在廣泛地討論表演本質或有所偏廢，此為本文限制之二。

最後是歐盟所採用而我國尚未引進的著作權契約入法，以及公平報酬請求權制度，此部分討論可能涉及國家高權介入私法關係正當性之討論，表演人就強制授權之報酬請求權曾短暫出現於我國著作權法，隨後即以表演人多自契約取得勞務對價而修正移除，無論是公平報酬請求權或強制授權報酬請求權在我國法上之討論或文獻並不多見，本文提出初步建議，然就完整制度之討論可能仍有所不足，期於未來續行深入研究。

第二章 國際條約規範之演進

第一節 權利主體與客體範圍

第一項 就文學與藝術作品為表演

在國際著作權領域表演人（performers）之定義首見於1961年《保護表演人、音像製品著作人及廣播組織羅馬公約》（Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations）（下簡稱《羅馬公約》），於第3條a項就表演人定義為：「指演員、歌唱家、音樂家、舞蹈家，及表演、歌唱、演說、朗誦、演奏或以別的方式表演文學或藝術作品的其他人員。」⁴這項定義以表演文學及藝術作品之人為保護主體，其作品（works）之定義同《伯恩保護文學及藝術作品公約》（Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works）（下簡稱伯恩公約），故羅馬公約所稱之表演人，原則上排除雜耍、馬戲團演出之人及運動員，惟仍於公約第9條留與各國於國內法納入保護之空間；須指出的是，羅馬公約以英文、法文及西班牙文簽訂，三種文本皆具相同效力，”performer”之意義在法文文義（*artiste-interprète ou exécutant*）含括「表演」與「表現」，析言之，其內涵除了要求表演中具有個人個性印記（the stamp of personality），在演出形式上，「直接為表演」與「不直接表演但對表演有直接影響之人」（如指揮）皆包括在內，惟排除僅貢獻機械性操作之人。⁵

伯恩公約所保護的範圍亦形成表演人於羅馬公約保護範圍之限制，此範圍之劃設與公約發起組織有關。國際文藝家協會（Littéraire et Artistique Internationale）以雨果

⁴ “performers” means actors, singers, musicians, and other persons who act, sing deliver, declaim, play in, or otherwise perform literary or artistic works. <https://wipolex.wipo.int/zh/text/289757> 譯文摘自 WIPO 漢語正式翻譯。 <http://wipolex.wipo.int/zh/text/289765>（最後瀏覽日 2021/1/25）

⁵ WIPO, GUIDE TO THE ROME CONVENTION AND TO THE PHONOGRAMS CONVENTION 21-22 (1981).

(Victor Hugo) 為首，於國際間倡議保護文學及藝術著作人權利，其主要保護目標為文學及藝術作品之著作人，與著作利用相關之人如表演人、錄音製品製作人，及廣播機構之權利未被納入，遂國際聯合保護智慧財產局 (The United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, BIRPI)、國際勞工局 (The International Labor Office, ILO)、聯合國教科文組織 (The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, UNESCO) 於 1960 年提出《海牙草案》(the Hague draft) 就著作相關權利人保護提起倡議，隔年羅馬公約簽訂，為國際間第一個保護著作鄰接權之國際條約，至 2020 年 6 月共有 95 國加入，以開發中國家為多數，不包括美國與歐盟。⁶

為因應新科技對人類生活方式以至法制規範之衝擊，WIPO 在 1996 年主導兩個著作權領域重要國際條約簽訂，分別為世界智慧財產權組織著作權條約 (The WIPO Copyright Treaty, WCT) 及世界智慧財產權組織表演及錄音製品條約 (The WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT)，其中 WCT 為伯恩公約第 20 條所指「會員國間優於條約保護之特別協議」⁷，以擴大伯恩公約於數位環境就文學及藝術作品之保護為目標，包括客體範圍及權利類型，遂於 1971 年巴黎修正案的基礎上，納入電腦程式及資料庫為著作權保護範圍；⁸ WPPT 則獨立於羅馬公約⁹，直接賦予錄音製品製作人就其錄音製品，及表演人就其固著於錄音製品上的表演若干經濟權利；更加入表

⁶ <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/rome.pdf> (最後瀏覽日 2021/1/25)；章忠信，北京視聽表演條約後的表演人權利保護，智慧財產權月刊，經濟部智慧財產局，第 179 期，頁 9，2013 年。

⁷ WCT Art. 1, para. 1: This Treaty is a special agreement within the meaning of Article 20 of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, as regards Contracting Parties that are countries of the Union established by that Convention.

⁸ 伯恩公約歷經數次修正，參與之國家得保留採納新修正內容，國際間廣為採納者為 1971 巴黎修正案之內容，其保護標準亦為世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 與世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 於《與貿易有關的智慧財產權協定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) 及《世界智慧財產權組織表演與錄音物條約》(WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT) 沿用。

⁹ WPPT 第 1 條第 3 項：本條約不得與任何其他條約有任何關聯，亦不得損害依任何其他條約的任何權利和義務。同條第 1 項：本條約的任何內容均不得減損締約方相互之間依照羅馬公約已承擔的現有義務。<https://wipolex.wipo.int/zh/text/295582> (最後瀏覽日 2021/1/25)

演人之人格權保護，及其就未固著現場演出一定控制權。WPPT 就表演人之定義為：「指演員、歌唱家、音樂家、舞蹈家以及表演、歌唱、演說、朗誦、演奏、表現，或以其他方式表演文學或藝術作品或民間文學藝術作品的其他人員。」¹⁰其在羅馬公約的基礎上，擴增表演人範圍至表演民俗創作者。

第二項 就民俗創作為表演

相較文學與藝術作品為工業化國家主導、建構之傳統著作權保護領域，民俗創作（expressions of folklore）通常被認為屬於公共領域之資源，不屬傳統著作權法律保護範圍。然而，對開發中國家而言，透過文化特徵與自我表達建立國際身份，其豐富多樣的民俗傳統資源即為其最佳利基。自 1960 年代起，以非洲、南美洲等開發中為主之國家¹¹，欲自著作權系統之法律框架，將民俗資源在社區以外之利用轉化為經濟獲益。為了銜接法律中的財產權概念，須定義民俗創作（folklore）之特徵與範圍，在上開國家著作權立法中，民俗創作共通的要素為：作者不明，但可能或曾經為該國國民。非洲智慧財產權組織（Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle, OAPI）則以其為「社區（communities）創作」而非「作者（authors）創作」加以描述，表彰其與社區成員集體生活模式息息相關、共同創作與所有的特性。至 1971 年伯恩公約巴黎修正案，於第 15 條第 4 項置入相對模糊的描述，就「作者不明但可推定為會員國國民之作品」在滿足一定程序要求下列入保護¹²，在文字上不採納民俗或民俗創作之用語，反映了民俗創作其作者不明、係於社區中緩慢進行且透過連續模仿之創作活動特徵，與著作權

¹⁰ WPPT Art. 2, para (a): “performers” are actors, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, interpret, or otherwise perform literary or artistic works or expressions of folklore.

¹¹ 包括突尼西亞（1967）、玻利維亞（1968）、智利（1970）、摩洛哥（1970）、阿爾及利亞（1973）、塞內加爾（1973）、肯亞（1975）、象牙海岸（1978）、幾內亞（1980）等國。

¹² 此規定事實上僅處理了行使權利之權限代表人問題，未涉及民俗創作在著作權法制保護下的原創性要件或固著要求。

法傳統上之著作要件概念有所扞格。¹³

正因為民俗創作在傳統著作權法制架構之下，有保護不足之疑慮，聯合國教科文組織（UNESCO）與世界智慧財產權組織（WIPO）於1976年與1982年提出《開發中國家之突尼斯著作權模範法》（Tunis Model Law on Copyright for Developing Countries）及《保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律之示範條款》（Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions），嘗試以「特殊權利」（sui generis）體系擴大民俗創作於著作權體系之保護¹⁴；其以「民俗表現形式」（expression of folklore）取代「民俗創作」（work of folklore），並以「各國領域內之國民或種族藉由代代相傳所創作之所有文學、藝術、科學著作，而其構成傳統文化之基本要素。」為其定義；就著作權制度下的保護調整包括排除保護期間限制、不要求固著、由主管機關運作公有領域付費制度（Domaine Public Payment）。¹⁵

不過，民俗創作或民俗表現形式之保護目前在國際間的呼籲，尚未足以推動針對該領域之國際條約簽訂，現實因素包括：涉及寬範專業領域卻沒有足夠的專業人才，受益者確認不易（民俗來源國或請求保護者之國籍國？）¹⁶等。除此之外，民俗創作涉及傳統文化，與生活形式息息相關，包括宗教、飲食文化、手工藝、動植物用於醫藥、捕

¹³ UNESCO & WIPO, MODEL PROVISIONS FOR NATIONAL LAWS ON THE PROTECTION OF EXPRESSIONS OF FOLKLORE AGAINST ILLICIT EXPLOITATION AND OTHER PREJUDICIAL ACTIONS, 4-5 (1985) <https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/1982-folklore-model-provisions.pdf>（最後瀏覽日 2021/1/25）

¹⁴ 陳家駿、張懿云、馮震宇、黃銘傑、謝銘洋、劉孔中，2010，《整體著作權法制之檢討》，計畫系統編號：PG8902-0127，台北：經濟部智慧財產局，頁 560。
<https://www.grb.gov.tw/search/planDetail?id=509839>

¹⁵ 前註，頁 572。

¹⁶ WIPO, WIPO REPORT ON FACT-FINDING MISSIONS ON INTELLECTUAL PROPERTY AND TRADITIONAL KNOWLEDGE (1998-1999): INTELLECTUAL PROPERTY NEEDS AND EXPECTATIONS OF TRADITIONAL KNOWLEDGE HOLDERS, 194-95 (2001)

魚狩獵技術、生育方式、儀式、環境保護、語言等主題，民俗歌舞與戲劇僅為其中一環，¹⁷由著作權法制保護就民俗創作為表演，在概念上難脫著作權傳統範圍「文學及藝術作品」之條件限制，雖多年以來開發中國家力主以法律保護民俗創作(包括就其為表演)，訂立《保護民俗創作以對抗不法利用與其他損害行為之法律之條約草案》(Draft Treaty for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions) 囿於涉及議題複雜及欠缺資源投入，在國際層級上仍止於不具拘束力之示範法或草案進展。¹⁸

由於國際上對於智慧財產的概念並非全然一致，為調和殊異、容納各領域具有價值的智慧財產，世界智慧財產權組織(WIPO)成立公約(Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, 1967)於定義條文第2條第8項不就智慧財產(intellectual property)為正面定義，僅臚列受智慧財產權保護之主題¹⁹，其中第2款「表演藝術家之表演」之文義範圍，並無限定表演之客體，其範圍大於羅馬公約所保護「表演人就文學或藝術作品為表演」，客體範圍描述之變動與謹慎，實反映了著作權領域保護表演存在一定的侷限性。1996年WPPT條約首將表演人之客體範圍擴充至民俗創作作品領域，至2012年所簽訂、2020年生效的《視聽表演北京條約》(Beijing Treaty on Audiovisual Performances, BTAP)(下簡稱北京條約)亦採之。²⁰

¹⁷ WIPO “Protecting Traditional Knowledge, Folklore/Traditional Cultural Expressions and Genetic Resources: Policy and Legal Challenges for Caribbean countries”, 23 (2008)
https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=114457

¹⁸ WIPO 以民俗學(傳統文化表現形式)為題之會議紀錄，至2010年6月後未再更新。
https://www.wipo.int/meetings/en/topic.jsp?group_id=82&items=10 (最後瀏覽日 2021/1/25)

¹⁹ art. 2, para. 8: “intellectual property” shall include the rights relating to:
literary, artistic and scientific works;; performances of performing artists, phonograms, and broadcasts;;
inventions in all fields of human endeavor;; scientific discoveries;; industrial designs;; trademarks, service
marks, and commercial names and designations;; protection against unfair competition;; and all other rights
resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.
<https://wipolex.wipo.int/en/text/283854> (最後瀏覽日 2021/1/25)

²⁰ 第2條第a項：“表演者”係指演員、歌唱家、音樂家、舞蹈家以及對文學或藝術作品或民間文學藝術(expressions of folklore)表達進行表演、歌唱、演說、朗誦、演奏、表現或以其他方式進行表演的其他人員。
<https://wipolex.wipo.int/en/text/295837> (最後瀏覽日 2021/1/25)

除延續保護民俗創作之表演人保護之外，北京條約最重要的突破是將視聽製品表演人納入現有鄰接權國際公約保護體系，就其表演於載體之權利，自錄音製品擴及視聽製品。自 WPPT 制定通過時即因電影產業之強力杯葛，視聽表演人之權利於條約文本僅限於錄音製品而不及於視聽製品，就視聽製品表演人之保護，原預計以 WPPT 議定書 (Protocol) 之形式於 1998 年以前通過協定²¹，惟因難以達成共識，在時間延宕後因應新興議題之處理，遂以獨立條約訂定。至此，在著作權與鄰接權脈絡下之國際條約，原則上皆以保護文學及藝術著作為核心，附帶傳統文化表現形式之保護目的。

第三項 國際貿易脈絡中的表演人

雖國際上以羅馬公約為基礎陸續簽訂之鄰接權國際公約，在表演人保護範疇已成系統，美國及歐盟至 2020 年 6 月為止，皆未加入羅馬條約或 WPPT，僅歐盟個別會員國以國家身份簽署，在影響層面上遠不及世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 於 1994 年通過之《與貿易有關之智慧財產權協定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods) (下簡稱 TRIPs)²²。然而，TRIPs 作為 WTO 協定之附件，性質並非一部獨立協定或條約，其引入大量既有國際公約之實質義務，目的非為保護或提升表演人權利，而是透過對智慧財產權有效且充份之保護及執行，降低國際貿易壁壘²³，尤其著作權及鄰接權於國家經濟影響重要性日增，以美國為首之工業化國家鑑於傳統著作權與鄰接權國際條約在

²¹ 參閱 WIPO 外交會議文件 CRNR/DC/99: "Call for the convocation of an extraordinary session of the competent WIPO Governing Bodies during the first quarter of 1997 to decide on the schedule of the preparatory work on a protocol to the WIPO Performances and Phonograms Treaty, concerning audiovisual performances, with a view to the adoption of such a protocol not later than in 1998,"

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn_r_dc/crn_r_dc_99.html (最後瀏覽日 2021/1/25)

²² 至 2020 年 6 月止，WTO 有 164 會員國，羅馬公約有 95 會員國，WPPT 有 106 會員國。

²³ 參閱 TRIPs 協定之前言: "to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade."

權利執行層面不足，力圖透過貿易體系路徑打擊跨國貿易中剽竊無體財產權之活動。

²⁴TRIPs 引入大量既有國際規範並確保會員遵守其於條約所負擔之實質義務²⁵，目的並非就智慧財產權保護建立新標準，亦未就表演或表演人修改定義，僅賦予表演人就未固著之現場表演若干禁止權。²⁶

TRIPs 之談判以現有國際條約（伯恩公約 1971 年巴黎修正案及羅馬公約）保護程度為基礎²⁷，即伯恩遞增（Berne plus approach）為其談判原則²⁸，國民待遇之國民資格以羅馬公約規定為準，且不得因 TRIPs 協定而降低締約國依羅馬公約所承擔之保護²⁹，遂學說有認為就羅馬公約締約國而言，TRIPs 為羅馬公約第 22 條所稱優於公約之特別協定，而認為協定中表演人之定義應得參考羅馬公約³⁰，但表演人就其表演固著及重製之禁止權，TRIPs 特別限縮於錄音製品上之表演人，不及於視聽製品。³¹

²⁴ 蔡明誠編印，肆、德國著作權法令暨判決之研究，國際著作權法令暨判決之研究，內政部 85 年度研究報告，頁 13。

²⁵ WTO, Frequently asked questions about TRIPs [trade-related aspects of intellectual property rights] in the WTO https://www.wto.org/english/tratop_e/tripqs_e/tripfq_e.htm（最後瀏覽日 2021/1/25）

²⁶ 第 14 條第 1 項。

²⁷ 適用伯恩公約及羅馬公約之基本原則，包括國民待遇原則、最低保護標準原則，及最惠國待遇等原則。SILKE VON LEWINSKI, INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND POLICY, 276 (2008).

²⁸ J. WATAL, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES, 28 (2001)

²⁹ 參照 TRIPs 第 1 條第 3 項、第 2 條第 2 項。

³⁰ 許忠信，國際著作權公約及發展趨勢（培訓學院教材 53），經濟部智慧財產局，2009，頁 86。

³¹ TRIPs 第 14 條第 1 項前段

第二節 表演人之經濟權利於主要條約之發展

本文研究範圍所及之主要國際條約包含以保護文學及藝術作品為核心的著作權公約、著作鄰接權公約，與以貿易為目標所簽訂的國際條約，不同目的將影響條文解釋，即使透過遵守條款仍然可能在個別條約產生調整解釋之需求。故獨立解讀個別條約仍有其必要。以下就條約個別權利類型、規範原則，及相互間之適用關係介紹。

第一項 締約會員國間保護原則以及條約間的承繼

第一款 國民待遇原則與最低保護原則

羅馬公約的第 2 條國民待遇原則於解釋上有一爭議，即滿足羅馬公約之保護範圍與資格，且其表演發生、首次固著或被廣播於會員國之表演人，得向羅馬公約會員國請求等同其國內法提供與本國表演人之保護；³²惟同條第 2 項卻以：「內國國民之待遇，應依本公約為明確保障及限制。」³³此條文之解釋有兩種看法，一為公約所定權利優於會員國內法時，應以公約所定水準提供保護，而國內法提供之保護優於公約時，亦以公約所定為準，這種看法認為此規定為國民待遇之嚴格限制³⁴；而另一種見解則認為，應採取有利於表演人保護之解釋，即條約為保護之最低水準，國內法優於條約所定時，擇優適用國內法。³⁵國民待遇之限制體現於實質性互惠，羅馬公約既允許會員國在表演人與錄音製品製作人之二次報酬權³⁶及廣播組織之傳播權³⁷為實質性互惠之保留，若一會員國就此範圍為保留，則其他會員國亦得做出相應的保護限制，以避免實質上不平等。

³² 羅馬公約第 2 條第 1 項第 1 款

³³ 原文：“National treatment shall be subject to the protection specifically guaranteed, and the limitations specifically provided for, in this Convention.”

³⁴ J. Reinbothe, M. Martin-Prat, and S. von Lewinski, *The New WIPO Treaties: A First Resume*, *European Intellectual Property Review*, 171 (1997)

³⁵ P. Katzenberger, *Inländerbehandlung nach dem Rom-Abkommen* in C. Heath and P. Ganeva(eds), *Urheberrecht: Gestern-Heute-Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag* (2001) 481, 487-491.

³⁶ 羅馬公約第 12 條、第 16 條第 1 項第 a 款

³⁷ 羅馬公約第 13 條第 d 項，第 16 條第 1 項第 b 款

TRIPs 及 WPPT 就國民待遇限制皆採取嚴格限制之立場³⁸，即締約國得採取優於條約之保護措施，然其他締約國僅有遵守條約最低保護標準之義務。

隨 WTO 於全球貿易體系進行著作財產權之談判，WIPO 擬於伯恩公約架構中，以簽訂議定書之方式回應國際間對著作權保護之呼籲。³⁹因應實際談判進展，WCT 與 WPPT 就伯恩公約與羅馬公約之承繼情形有所不同。在 WIPO 第一次伯恩公約議定書專家委員會會議上，就著作權新增保護範圍（如：電腦程式、資料庫、人工智慧系統與錄音製品等）為討論時，囿於錄音製品不屬於伯恩公約既有保護範圍，多數反對將其納入議定書內容，⁴⁰但不反對提高國際間對錄音製品的保護，遂另成立一平行委員會處理錄音製品及與其緊密相關的表演人保護問題，起草條約文件。⁴¹經過數年努力，WIPO 於 1996 年促成 WCT 與 WPPT 二條約，相對 WCT 明確被定位為伯恩公約第 20 條所指之特別協定⁴²，WPPT 僅援引羅馬公約之保護資格，⁴³而調整了其中的保護原則：如：明確約定國民待遇原則之適用限於條約所提供之專有權與二次報酬請求權。⁴⁴

第二款 最低保護水準

羅馬公約提供表演人就特定行為樣態之防止權⁴⁵，TRIPs 同樣賦予禁止權保護，但未如羅馬公約就具體範圍為規範⁴⁶，似提供表演人較為寬泛之保護，惟需注意 TRIPs 第 14 條第 6 項允許締約成員僅提供羅馬公約範圍之保護程度，故，事實上除了限縮表演人重製及固著禁止權於錄音製品不及視聽製品外，TRIPs 所提供之保護水準並未提升。

³⁸ TRIPs 第 3 條第 1 項第 2 句，WPPT 第 4 條。

³⁹ WIPO, Doc. BCP/CE/I/2, para.3

⁴⁰ WIPO, Questions Concerning a Possible Protocol to the Berne Convention, part I, Memorandum, 30,1992.

⁴¹ WIPO, Doc. B/A/ XIII/2, para.22

⁴² WCT 第 1 條第 1 項

⁴³ WPPT 第 3 條第 2 項

⁴⁴ WPPT 第 4 條

⁴⁵ 羅馬公約第 7 條

⁴⁶ 羅馬公約第 7 條第 1 項第 c 款第 i、ii、iii 目

同樣地，TRIPs 未約定二次報酬請求權，但此權利於羅馬公約亦屬於會員國得聲明保留不予規範之項目。在保護的程度上，WPPT 提供排他專有權為其最低保護水準⁴⁷，較羅馬公約或 TRIPs 賦予禁止權之保護程度更高，此為國際多邊條約中第一次向表演人提供專有權為其最低保護，可惜視聽製品表演人仍被排除於保護範圍之外。

第二項 未固著之表演

第一款 廣播權 (right of broadcasting)

羅馬公約就表演人廣播權之保護限於現場表演，經固著或經廣播之表演並無賦與表演人禁止權，其僅得透過商業錄音製品之利用而分享報酬⁴⁸；另羅馬公約就廣播之定義限於無線傳輸方式⁴⁹，故一般認為，透過纜線、網際網路等其他有線傳輸之行為，應納入公約未定義的「向公眾傳播權」處理。TRIPs 就表演人之保護延續此一禁止權模式，但是僅向錄音製品表演人提供。⁵⁰

WPPT 同樣僅對錄音製品之表演人提供保護，但修正了錄音製品之定義；與羅馬公約相較，除可被直接感知的「聲音」，更納入了「聲音表現物」，得容納經數位方法修改或直接以電腦創作、固著之內容；WPPT 就廣播為定義亦加入此項目，同時明文涵蓋以衛星為播送，以及廣播組織向公眾提供解密方式之加密訊號傳送等形式，皆為廣播之文義範圍⁵¹。表演人享有專有權，得授權就其現場表演為廣播⁵²，其行為形式仍限於無線傳輸，不過 WPPT 明文規定了對公眾傳播權，來處理廣播以外所有有線傳輸及除了

⁴⁷ WPPT 第 1 條第 2 項第 2 句、第 15 條之議定聲明。https://wipolex.wipo.int/en/text/295690 (最後瀏覽日 2021/1/25)

⁴⁸ 羅馬公約第 7 條第 1 項第 1 款但書、第 15 條第 1 項 c 款，及第 12 條。

⁴⁹ 羅馬公約第 3 條 f 項。

⁵⁰ TRIPs 第 14 條第 1 項

⁵¹ WPPT 第 2 條第 f 項

⁵² WPPT 第 6 條第 1 項

按需提供之外的所有媒體形式⁵³。特別一提的是 WPPT 之廣播包含對聲音及圖像之接收，此為 WPPT 中唯一視聽表演人亦得享有之權利。

第二款 向公眾傳播權 (right of communication to the public)

羅馬公約賦予表演人之對公眾傳播權亦限於現場表演，經固著或經廣播之表演，表演人並無禁止利用之權限⁵⁴，惟若屬於商業錄音製品範疇，則得透過二次利用報酬請求權分配利益⁵⁵；相較於廣播權特指無線形式之傳輸，雖羅馬公約未就此「向公眾傳播」為定義，一般理解為：以有線形式、擴大機及螢幕等設備，向「未在表演現場之公眾」為表演之傳輸。⁵⁶WPPT 則直接將「向公眾傳播」定義為：「透過除廣播以外的任何媒體向公眾播送表演之聲音或以錄音製品錄製之聲音或聲音表現物。在第 15 條所稱“向公眾傳播”包括使公眾得聽聞以錄音製品錄製之聲音或聲音表現物。」⁵⁷學說就該權利行為樣態之解讀認為，該項第一句所稱“播送”(transmission)係指兩地在物理上存在一定距離之意，非經播送無法傳達聲音，而第二句所稱傳播則包括近距離之向公眾播放錄音製品的行為。此外，WPPT 所定義之向公眾傳播不包括按需提供之行為，其為第 10 條規範之權利範圍。⁵⁸

第三款 固著權 (right of fixation)

固著(錄製)⁵⁹之意義，在表演人所屬鄰接權體系需與重製於著作權體系之概念加以分辨。按伯恩公約第 9 條第 3 項之規範，將現場表演以有形物加以固定，即構成該

⁵³ WPPT 第 2 條第 g 項。至於按需提供專有權為已固著表演之利用範疇，規範於第 10 條。

⁵⁴ 羅馬公約第 7 條第 1 項第 1 款

⁵⁵ 羅馬公約第 12 條，惟第 16 條賦予會員國聲明保留之選擇。

⁵⁶ SILKE VON LEWINSKI, INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND POLICY, 205-06 (2008).

⁵⁷ WPPT 第 2 條第 g 項

⁵⁸ J. REINBOTHE & S. VON LEWINSKI, THE WIPO TREATIES ON COPYRIGHT: A COMMENTARY ON THE WCT, THE WPPT, AND THE BTAP 282 (2d ed. 2015)

⁵⁹ 「錄製」為 WIPO 漢語版本用詞，本文延續我國學說慣行用語「固著」。

公約所稱之重製；⁶⁰但是表演人在表演被固著後之續行利用，在羅馬公約並未被賦予相應控制權，⁶¹故有必要就其表演首次固著與後續就固著物之重製行為加以區別。WPPT 即明確地將固著定義為：「係指對聲音或聲音表現物之體現，得經由裝置設備感知、重現或傳播該聲音。」⁶²並於第 6 條第 2 項約定表演人享有就其表演之專有固著權。在表演人為主體之保護體系，固著為其權利樣態區分之重要時點。

第三項 已固著之表演

第一款 重製權 (right to reproduction)

羅馬條約賦予表演人有限的、未經同意，就其表演固著物為重製之禁止權，包括：表演最初固著未經其同意、重製之目的逾越其同意之範圍，以及例外使用而為固著之重製但超越例外使用之目的者⁶³；須注意，視聽製品表演人在此受制之程度較錄音製品表演人更大，表演經其同意為固著者，即不得再主張前述禁止權。⁶⁴

1994 年通過的 TRIPs 協定要求會員國至少以羅馬公約之標準保護表演，惟在國際電影產業的強力干預下，將權利客體限制於錄音製品，如此對演員等視聽製品表演人的打壓延續至 WPPT，雖然排除視聽表演人之保護，WPPT 最重要的突破包括：對表演人提供人格權保護⁶⁵，及以排他專有權的形式保護表演人之財產權利，使其保護程度更接近著作人。

⁶⁰ 原文：“Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention.”

⁶¹ 羅馬公約第 7 條第 2 項。

⁶² WPPT 第 2 條第 c 項，原文：“fixation” means the embodiment of sounds, or of the representations thereof, from which they can be perceived, reproduced or communicated through a device.

⁶³ 羅馬公約第 7 條第 1 項第 3 款，第 15 條。

⁶⁴ 羅馬公約第 19 條，此條為美國強力要求下所新增，但美國最終並未加入公約。

⁶⁵ 參照 WPPT 第 5 條；其中第一項限以「現場有聲表演」與「以錄音製品錄製的表演」為表演人得主張人格權之範圍。

WPPT 之目的是處理錄音製品於數位化時代發生的問題，雖然在實質範圍僅保護與錄音製品相關之錄音製作人及表演人，專有權保護仍高於過往之禁止權，保護力道大為加強。其中，向表演人提供就其固著於錄音製品之表演直接或間接之重製權⁶⁶，採「以任何方式或形式」的用語近於伯恩公約提供與著作人之重製形式⁶⁷，範圍廣泛，處理了羅馬公約以來，重製例外之爭議；WPPT 定義下的重製包括了為傳輸而為之臨時複製、以修改方式進行之複製，直接或間接針對不同以往實體固著物之形式，廣泛地納入數位環境之儲存方式。⁶⁸專有重製權之限制與例外亦參照伯恩公約例外使用著作之情形為規定。⁶⁹

第二款 散布權 (right to distribution)

表演人就其固著於錄音製品表演之原件及複製品享有散布權保護，首見於 WPPT 第 8 條，作為國際多邊條約所提供之最低保護水準權利型態，其針對有形載體(如 CD) 為規定，權利人有權以買賣或其他轉讓所有權之形式向公眾提供其著作及著作複製品，透過網路傳輸以提供權規範區別⁷⁰，僅移轉占有則以出租權保護，散布權規範者為所有權之永久轉移。國際條約議定中，就散布權之討論通常聚焦權利耗盡議題，此與國際貿易市場區隔之商業模式有關，但 WPPT 並無強制規定，而是保留予會員國自行決定，其得採國內耗盡、區域耗盡或國際耗盡等模式，此不構成第 16 條第 2 項所稱對表演人利益為不合理損害。⁷¹不過，WPPT 仍明確地於同條第 2 項規定了權利耗盡至少應於經

⁶⁶ WPPT 第 7 條。

⁶⁷ 伯恩公約第 9 條第 1 項規定「受本公約保護之文學及藝術著作，其著作人專有授權他人以任何方式或形式重製各該著作之權利。」<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/83141729061.pdf>

⁶⁸ 參閱 WPPT 第 7 條、第 11 條與第 16 條之議定聲明。

⁶⁹ 伯恩公約第 9 條第 2 項，WPPT 第 16 條。

⁷⁰ 散布權在不同國家有未盡一致的理解，WPPT 所指範圍為狹義散布權，廣義解釋、在部分國家之內國法包含出租權，而法國則理解為重製權所包括，因為重製之目的包括向公眾提供著作；惟若採廣義解釋，散布權之耗盡不及於出租權。Silke von Lewinski, *supra* note 56 at 452.

⁷¹ WPPT 第 8 條第 2 項

表演人授權載有表演之載體或其複製品首次銷售或移轉所有權後發生。

第三款 出租權 (right to rental)

在 1971 年伯恩公約修訂後，在電腦軟體、音樂錄音，及影音作品的領域出現了新的利用型態—出租。惟這樣的利用方式在利害關係人之間也產生了利益衝突；一方面為作者及相關權利人希望自出租利用獲得收益，另一方面，由於利用人透過租賃行為，不再需要買斷所有權，甚至得進行私人重製，直接對主要以影音作品與電腦軟體複製品販售而獲利的產業造成衝擊，故其團體不斷於國際間遊說，希望禁絕出租。此外，爭議同時來自各國在法律體系、產業發展程度及國內習慣的差異，例如發展中國家反對專有出租權、美國希望特別排除電影作品、歐陸國家希望普遍適用，亦有日本主張以報酬請求權代替專有權。⁷²

TRIPs 向錄音製品製作人及錄音製品上其他權利人（可能包括表演人）提供專有出租權之規範，⁷³就呈現了上述利害衝突下的妥協。此項規定為 TRIPs 採取「伯恩遞增原則」(convention-plus protection)，使最低保護水準高於伯恩公約之唯一體現⁷⁴。然其規範方式並非廣泛地授予專有出租權，而是僅授與特定類型著作之權利人專有出租權，表演人須為「錄音製品上其他權利人」而獲得保護；另外，在視聽製品範圍同樣賦予歧視規定，針對電影作品作者之專有權設下一道損害測試的限制，僅在出租造成廣泛重製而實質損害其重製專有權時（銷售即以重製權為基礎），會員國始需對作者賦予專有出租權，視聽製品表演人透過準用規定準用此權利限制規定。

以「錄音製品上其他權利人」創造一模糊空間，是因為締約方有認為應僅限於錄

⁷² P. Katzenberger, *supra* note 35, at 711.

⁷³ TRIPs 協定第 14 條第 4 項準用第 11 條出租之授權或禁止之權利

⁷⁴ 伯恩公約並未提供作者就其著作之出租權

音製品製作人，亦有認為應以作者與表演人為優先，為保留予各國於國內立法解釋空間，特別以此文字處理。⁷⁵

WPPT 進一步向錄音製品中著作之表演人提供商業性出租專有權⁷⁶，此在明確性上較 TRIPs 協定使用模糊的「錄音製品上其他權利人」更具體，構成高於 TRIPs (TRIPs-plus) 元素。⁷⁷然而為了仿效 TRIPs 協定所達到的高度包容，其使用 “as determined in the national law of Contracting Parties” 源於 TRIPs 第 14 條第 4 項第 2 句之文字，此於同時平行進行的 WCT 條文上亦有類似的表現⁷⁸，其目的是為了容納某些會員國除了錄音製品中的作品作者，亦向錄音製品製作人與表演人提供專有租賃權之國內法制度。不過此一用語挪用於 WPPT 專有租賃權之規定在解釋上於各國間恐有分歧，即內國法若僅規範重製權等權利，是否因加入 WPPT 而須向表演人提供專有出租權？結果有可能為：應依 WPPT 提供表演人專有出租權，或者得依條約拒絕提供。另外，由於出租權之客體為表演之固著原件及其重製品，WPPT 出租權之約定限於有形載體，不及於提供權等無形傳輸形式。⁷⁹最後則以三步驟測試，作為允許會員國以適當報酬請求權替代專有出租權之前提要求。

第四款 提供權 (right to making available)

提供權於國際公約之演進以及各國實踐上，所涵蓋的行為廣泛多樣。傳統形式(如伯恩公約規範)係指對遠處地點之公眾為作品之無形傳輸行為⁸⁰，包括：以任何方法或程序為公開演出及公開口述、以無線或有線方式為廣播與再廣播，公開地傳達、以擴音

⁷⁵ Paul Katzenberger, *Trips and Copyright Law*, in Beier and Schricker (eds), FROM GATT TO TRIPS: THE AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT, 87(1986).

⁷⁶ WPPT 第 9 條第 1 項

⁷⁷ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, at 337.

⁷⁸ WCT 第 7 條第 1 項

⁷⁹ WPPT 第 9 條議定聲明，<https://wipolex.wipo.int/en/text/295690> (最後瀏覽日 2021/1/25)

⁸⁰ 伯恩公約第 11 條、第 11 之 2 條、第 11 之 3 條，第 12 之 2 條及第 14 條

器或類似設備公開傳達；而新型態則納入有線或無線方式之按需提供，其特色為分別於不同時間向群體中之個別個體為內容提供，例如在 WCT 與 WPPT 的提供權，係指在網際網路及類似網絡提供與傳輸著作、表演與錄音製品之行為，即針對「按需提供」，屬公眾之成員於其「個別選定之時間與地點」得為著作與錄音製品為獲取之情況，但締約國得以不同名稱來實現條約所稱提供權的實質內容。⁸¹WIPO 二條約選擇此一名稱之使用係因其得納入按需提供、網際網路傳輸等模式，並迴避「向公眾傳輸」之傳統意義：作品「同時」被「公眾」獲取之理解發生混淆或衝突。故 WPPT 所稱「提供」之定義將包括：著作或錄音製品（及載於其中之表演）之上傳、實際傳輸，與最後單獨獲取之結果，利用人於上傳之時刻即需取得權利人之授權。

此權利所規範的標的行為是數位網路交互式利用，著重於公眾得個別選定獲取表演內容之時間與地點，WPPT 未就公眾（public）為定義，得由各國國內法情形為解釋，惟為了有效達到保護目的，不應為狹義解釋，例如除了原始上傳內容至伺服器的行為構成向公眾提供，以複製貼上超連結或透過搜尋引擎連結至原位置亦構成向公眾提供之行為。⁸²

須注意的是，向公眾提供權在 WCT 中範圍更加寬泛，屬包括廣播在內、向公眾傳播權之一部⁸³；在 WPPT 則特別指涉終端用戶得以按需選擇，並以數位方式提供內容的方式，因為傳統上表演人並不就其表演之公眾傳播享有專有權，而是報酬請求權。⁸⁴

⁸¹ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, at 346.

⁸² *Id.*, at 353. 例如歐盟法院就超連結相關案例發展出新公眾理論（“New Public” Theory）被認為就公眾之解釋增加了歐盟法律未規定之條件，且與國際公約之保護目的相悖。

⁸³ WCT 第 8 條

⁸⁴ WPPT 第 15 條

第四項 報酬請求權

有別於物之所有權其功能為特定物之支配，著作財產權之功能為控制著作市場，由於其得排除未經權利人同意之市場進入、取得一獨占地位，各國政府在法制設計之歷史中皆發展了若干調控機制，以免其強烈的排他性造成權利人過度壓抑科技發展及文化流通，如強制授權、租稅制度，及法定報酬請求權等。⁸⁵與禁止權以制裁形成之法律不同，報酬請求權雖在主動地位上較為次等，但就實際獲益的層面看來，對表演人之保護更加重要。

通常與強制授權互為配套者為使用報酬請求權，其與絕對性財產法則不同之處，即財產在移轉過程，是否需經一任意交易過程、以所有人同意之對價完成移轉。若財產所有權人得由磋商過程決定價格，則為財產法則之適用；反之，若其無法直接介入價格決定，則為強制授權／使用報酬權之表現樣態。舉例而言，有別於重製權行使，著作權人得透過掌握印刷流程達成市場控制之目標，公開演出權之實行礙於公開演出行為屬個別分散進行之事實，在實務上多透過權利人授權予著作權集體管理組織，由其向利用者收取一經該團體審定而非由權利人決定之報酬，如此將公開演出權轉換為授權金之機制並非透過法律明文規範而是由實際運作產生之結果，學理上稱為事實上（*de facto*）使用報酬請求權。⁸⁶又如無線電視訊號由於現實上的利用，無可避免與有線電視播送有一定重疊範圍，為減少無線電視業者以著作權為有線電視行業發展之阻礙，以法律規定無線電視訊號得在一定法定條件下為有線電視業者所利用，無線電視業者僅得請求使用報酬而無權禁止其轉播無線電視訊號，即為法定（*de jure*）使用報酬請求權。

87

⁸⁵ 鄭中人，知識經濟時代下的著作權（上），月旦法學雜誌，第 105 期，2004，頁 104。

⁸⁶ *Id.*, at 94.

⁸⁷ *Id.*, at 95.

表演人於國際條約的保護框架，在已固著表演之二次利用通常不賦予控制權限（如專有權），而是報酬請求權。⁸⁸如羅馬公約即於第 12 條就直接使用於廣播或其他傳播利用之「為商業目的發行」的錄音製品及其重製物，賦予表演人或錄音製品製作人單一報酬請求權⁸⁹。本條適用在作者與廣播組織之干擾下，設下許多適用之限制，包括：排除視聽製品表演人、限於商業目的，要求發行，以及直接使用於廣播或其他傳播；故未直接進入市場而為實體重製物交易或租賃使用者（如廣播機構自行製作之錄音製品）、僅於線上向公眾提供而無實體物者，或僅為企業形象而製未收費使用之錄音製品，以及使用商業錄音製品之再廣播，皆得排除適用此條。⁹⁰在執行層面則以單一費用，此為減少利用方繁瑣作業，會員國僅需規定利用方須向表演人或錄音製品製作人其一支付單筆費用，並得明定分潤比例，而另一方有權提出利潤分配請求，執行上得透過權利集管團體組織加以行使與管理。

須注意者，羅馬公約允許會員國為不同程度之保留⁹¹，在跨國實踐上，表演人及錄音製品製作人之報酬請求權受到保留條款與實質互惠原則之限制，實質互惠規範在個別條文具體規定，例如，依羅馬公約第 16 條第 1 項第 a 款第 iii 目之規定，會員國得排除非會員國其國民為錄音製品製作人之保護，即使其本得依據國民待遇原則因固著地或發行地受保護，⁹²報酬請求權因十分被看重，其保護期間亦依實質互惠原則處理，於第 16 條第 1 項第 a 款第 iv 目具體規定。

⁸⁸ Michael Gruenberger, *A duty to protect the rights of performer? Constitutional foundations of an intellectual property right*, 685 *Cardozo Arts & Entertainment*, vol.24 (2006).

⁸⁹ 條文中就表演人之賦權採取謹慎的態度，是由於各國就表演人參與收益分配之情況有一定落差，例如英國當時之規範情形為：授予錄音製品製作人專有權，而表演人僅自授權收益獲得若干分配。Silke von Lewinski, *supra* note 56, at 214.

⁹⁰ Silke von Lewinski, *supra* note 56, at 213.

⁹¹ 羅馬公約第 16 條第 1 項 a 款第 i 目與第 ii 目。

⁹² 羅馬公約第 5 條第 1 項第 b 款及 c 款。

WPPT 在羅馬公約授與表演人使用報酬請求權之基礎上，進一步拓寬範圍，主要表現於二條文：廣播於 WPPT 之定義包含轉播⁹³，以及「間接」將其表演用於廣播及向公眾傳播之情形⁹⁴，例如使用以錄音製品製作之廣播於公眾場所播放，或廣播之轉播，表演人亦得主張報酬請求權；此外第 15 條第 4 款納入了非透過實體通路，而是由線上出版之錄音製品，蓋本條目的為剝奪表演人及錄音製品製作人就其表演與錄音製品利用於廣播及向公眾傳播之補償，作品投入市場之具體方式並不重要。⁹⁵此外，WPPT 納入對民俗創作表演之保護，但在二次利用報酬請求權，因為其錄音通常並非出於商業目的而製作，遂透過此權利而得請求之機會不大，第 15 條議定聲明係為表達 WPPT 保護為最低保護水準之立場，會員國得於內國法賦予更高程度之保護，例如不加上以商業目的出版之限縮條件。不過，與羅馬公約相同，此亦為會員國得為保留之項目。⁹⁶

第五項 權利限制與例外

羅馬公約第 15 條以四種具體情形（第 1 項）與一般條款（第 2 項）規範鄰接權行使之權利限制及例外，該設計參考了伯恩公約就著作人權利之限制與例外規定⁹⁷，允許新聞與廣播之少量與暫時之利用，另因制定條約時，私人重製之樣態與程度不若今日多樣而廣泛，羅馬條約在私人重製未設其他限制條件，最後是教育與科學研究目的之例外允許。一般條款除了要求強制授權之規定不得與羅馬公約牴觸之外，容許會員國依國內法上保護文學與藝術著作權利所設之限制與例外規定，由於許多國家於鄰接權立法逕依著作權限制及例外規定為設置，在羅馬公約的限制下，對表演人的影響僅就為廣播目的而製作之固著物被允許適用強制許可。

⁹³ WPPT 第 2 條第 f 項

⁹⁴ WPPT 第 15 條第 1 項

⁹⁵ Silke von Lewinski, *supra* note 56, at 476.

⁹⁶ WPPT 第 15 條第 3 項

⁹⁷ 伯恩公約第 10 條之 2，第 11 條之 2 第 3 項。

由於 TRIPs 採遵守條款，即沿用伯恩公約包括限制與例外規定在內之內容⁹⁸，TRIPs 第 13 條權利之限制與例外規定被認為有兩項功能：一、應以其另為規定、優於伯恩公約之專有出租權為限制標的；二、在伯恩公約權利限制的條件上，再為疊加保護，避免會員國對伯恩公約規定的例外範圍解釋過於浮濫。⁹⁹惟，如此一來 TRIPs 規範會成為伯恩公約限制與例外規定之解釋規則，即伯恩公約所允許之權利限制必須符合 TRIPs 所要求「不違反著作之正常利用，且不至於不合理損害著作權人之合法利益之特定特殊情形為限。」此將創設伯恩公約所沒有的限制，而抵觸伯恩公約及 TRIPs 要求。¹⁰⁰不過，此限制應與表演人無涉，蓋自體系觀之，第 13 條為著作權規範最後一條，緊接為鄰接權之規定，故其應僅適用於著作；表演人權利之限制應適用第 14 條第 6 項，以羅馬公約保護為最低標準，得為表演人保護之條件、限制、例外或保留，惟於 TRIPs 生效前已完成之表演，則應適用伯恩公約第 18 條之規定。

WPPT 未比照 WCT 以遵守伯恩公約之條款處理，其權利之例外與限制規定與羅馬公約不同：一、各國得以其國內法就著作權保護之限制與例外為標準，為表演人及錄音製品製作人之權利限制為規範；二、以三步驟檢驗為原則，即限於特殊情形、不與正常使用作品相衝突，以及不可不合理損及表演人及錄音製品製作人之合法利益。¹⁰¹關於這兩項規定應擇一適用¹⁰²或累加適用，有不同看法，一般認為三步驟檢驗法應為著作權保護在權利例外規定的一項額外保障，採取累加適用應較為合理，且合於著作權之保護目的。

⁹⁸ TRIPs 第 9 條第 1 項

⁹⁹ Silke von Lewinski, *supra* note 56, at 296.

¹⁰⁰ 伯恩公約第 20 條，TRIPs 第 9 條第 1 項但書。

¹⁰¹ WPPT 第 16 條第 1 項及第 2 項

¹⁰² OWEN MORGAN, INTERNATIONAL PROTECTION OF PERFORMERS RIGHTS, 212 (2002)

第六項 保護期間及起算點

羅馬公約賦予表演人就其表演之權利期間為自錄製時，或未錄製則依表演時或為廣播時，起算 20 年。¹⁰³不過保護期間之規定無實質互惠原則之適用，即使會員國之間存在相當差距，一般認為此落差得透過不正競爭法處理。¹⁰⁴TRIPs 第 14 條第 5 項給予表演人自錄製時或表演完成時起算 50 年之保護期間，WPPT 第 17 條沿用之。



¹⁰³ 羅馬公約第 14 條

¹⁰⁴ Kaminstein, A., 'Report of the Rapporteur-General', International Labour Organisation, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, and the United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, *Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations*, 51 (Ceuterick, Louvain, 1968)
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000003572> (最後瀏覽日 2021/1/25)

第三節 視聽表演北京條約之保護標準與現況

第一項 WPPT 保護之延續

視聽表演人之保護涉及電影電視產業之利用，其在不同國家就權利處理有國情上的差異。表演人之著作權及鄰接權在國際保護層面上，由於美國施以強大影響力，長期受到壓抑。在美國，視聽表演人欲獲得視聽作品的演出機會，需加入演員工會或類似組織，除少數具有自行議約能力的個別表演人外，主要透過集體談判協議，及團體協商運作、爭取勞動條件；在一般大陸法系國家，採鄰接權制度下之表演人保護並不特別區分其載體（錄音製品或視聽製品），若在契約關係下處理，則有《著作權契約法》在契約中置入有利於弱勢締約地位者（作者）之保護條款，或以限制性解釋方式對契約自由進行干預，防止對弱勢方可能造成的不當剝削。由於上述根本立場之差異，使以美國與歐盟為代表的兩種立場在就權利推定轉讓的規定上難以形成共識，在 1996 年簽訂之 WPPT 試圖納入視聽表演人的保護未果後，此議題預計於 1998 年底以 WPPT 附加議定書的方式處理。¹⁰⁵

在磋商階段最棘手的議題包括：視聽製品之定義、人格權保護之實踐方式、國民待遇規定於廣播權及向公眾傳播權保護之差異，以及爭議最大的權利轉讓推定。由於 WPPT 並未規定權利轉讓條款，而以美國為首之勢力偏向締結新條約，在新條約或 WPPT 議定書增定之形式，在選擇上亦形成不同立場。¹⁰⁶雖各方各有堅持，仍然希望最終能夠達致協議，遂在條約文字上其能廣泛納入不同方式，即在保留項目以及創造可選空間，最後形成之文字即得窺見各方立場之斡旋。

¹⁰⁵ WIPO, Doc. CRNR/DC/99.

¹⁰⁶ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, 476-78.

於 2020 年正式生效的視聽表演北京條約，旨在將對表演人就其表演之權利保護自固著於錄音製品者，擴及至視聽製品，因其內容攸關表演人報酬收益，期待能增加其權利範圍及可預測收入，在 COVID-19 疫情使表演活動劇減、停止生產新產品之時刻，被寄予厚望。實質內容包括表演人就其已為固著表演之四種經濟權利：重製權、散布權、出租權，按需提供權；另就未經固著之現場表演向表演人提供：(不含轉播之)廣播權、(不含屬廣播表演之)向公眾傳播權，與固著權。為銜接表演人保護實質內容，並釐清條約解讀方式，本文就數項重大爭議之解決臚列說明。

第二項 重要變動與和諧化發展

第一款 視聽製品定義及保護主體範圍

「視聽製品」在 BTAP 中被定義為：「動態影像之體現物，無論是否伴隨聲音或聲音體現物，該影像得藉由設備被感知、重製或傳播。」與「錄音製品」於 WPPT 中的定義：「除了電影或其他影音作品之錄製形式之外，對表演之聲音、其他聲音，或聲音表現物之體現。」在實務表演之利用上可能有所重疊，鑑於 WPPT 之定義較為廣泛，為使表演人就已固著於錄音製品中的既有權利保護，在增加影像後的利用就其保護程度有利而無害，特別於議定聲明表示，此項定義不損及 WPPT 之定義。

第二款 已固著表演之利用予專有權或報酬請求權之爭

BTAP 向表演人提供其表演載體於廣播及向公眾傳播利用之專有排他權保護，高於 WPPT 賦予報酬請求權之保護水準，惟此權利除仍保留予會員國立法選擇權，除得提出聲明採報酬請求立法、加入條件或限制之外，更得聲明皆不適用，¹⁰⁷故在實質上此項權利並未在最低保護水準上有所提升；惟，容許各國於內國法存在保護落差，如前述

¹⁰⁷ BTAP 第 11 條

將於適用國民待遇原則時發生爭議，遂有必要在國民待遇原則置入實質性互惠條款。¹⁰⁸

另外在出租權之規定，與 WPPT 使用之文字略有差異，WPPT 允許在符合三步驟測試之條件下，以適當報酬請求權代替專有出租權；BTAP 使用三步驟測試作為會員國豁免為賦予視聽製品表演人出租權之條件，這樣的差異，是由於保護主體範圍不同為設計，WPPT 保護僅及於錄音製品，而 BTAP 則為視聽製品。¹⁰⁹

第三款 權利推定移轉之涵融

由於作者權法系傳統上偏向保護著作作者，在契約法之展現如，採取在著作權法中置入對契約訂立之管制，為有利作者保護，限制契約自由或調整契約解釋原則，例如契約未明確約定時，就作者權利轉讓採取限制性解釋，¹¹⁰及契約締結時尚未出現之權利型態限制事先包裹式轉讓之約定。¹¹¹相對於此，以美國為首之著作權法系，偏向透過貿易協定確保權利得為自由轉讓，不受作者保護條款限制，特別是在僱傭契約原則下的法定轉讓條款，美國極力爭取其得於國際上適用；這些在價值層面之基本立場衝突，直接使北京條約議約時程多所延宕。¹¹²

最後妥協所產生的規範方式為：BTAP 第 12 條第 1 項允許締約國於內國法規定，除契約有相反約定外，表演人同意其表演固著於視聽錄製品時，公約所賦予之重製專有權、散布專有權、出租專有權、向公眾提供專有權、廣播與向公眾傳播專有權，即移轉與視聽製品製作人所有、或應由其行使，或應向其轉讓；即原則上締約國得以法定轉

¹⁰⁸ BTAP 第 4 條

¹⁰⁹ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, at 521.

¹¹⁰ 例如德國著作權與鄰接權法 §31, Sec.5；法國著作權法（CPI）§L131-3, Sec.1

¹¹¹ 2007 年遭刪除的德國著作權與鄰接權法 §31, Sec.4. <https://dejure.org/aenderungen/synopse-UrhG-2008.html#a31>

¹¹² 章忠信，北京視聽表演條約後的表演人權利保護，智慧財產權月刊，第 179 期，2013，頁 35-36。

讓立法，但保留契約上得為相反約定之空間，並在轉讓或行使之方式保持若干彈性。同條第 2 項則允許增設授權之書面要求，但限於依締約國本國法所製作之視聽製品。最後是獨立於第 1 項法定轉讓之效果，締約國或集體協議得另賦予表演人就其表演之各式利用使用費或合理報酬。在這些斡旋結果之下，視聽表演人於同意其表演為固著後，若契約上無相反約定，會員國得規定將其專有權移轉與視聽製品製作人。



第三章 區域法上實踐

第一節 智慧財產權理論

相較一般財產，智慧財產具有無體性、不易定義，以及有限期間等特性；¹¹³ 在權利行使層面上，由於其不若實體物具備耗盡或持有得剝奪之特性，對智慧財產權利人而言最具實益者為排他使用權。各國就智慧財產權之保護同時展現於財產及精神面向權利，然而其立法實踐卻有不同體現，立法目的之敘述亦兼有不同哲學法理脈絡之表現，為了更進一步釐清其意涵，有必要就著作權及鄰接權重要理論試行梳理。

第一項 勞動理論

洛克於 1689 至 1690 年發表之《政府論》(Two Treatises Of Civil Government) 敘述其對自然法下私有財產權之觀點與論述，認為財產 (property) 是個體追求延續生命不可或缺之工具，為其不容被隨意侵犯之領域範圍，內容包含生命、財物及自由，個體自大自然獲取天然資源，投入勞動與其混同後，該資源即有別於共有之狀態，在物質足夠多、足夠好，且不被濫用之前提下，得為該個體私有財產。思想及知識經身體加以書寫表達時，因體力耗損得被視為勞動產物，加上社會對其價值—「能為人類生活增加益處」之客觀肯認，為其轉化為創造者財產之正當基礎。¹¹⁴

此理論模式預設為實體財產，應用於無體財產之領域，需要若干轉換，其預設略以：多數有用之物的價值並非來自材料，而是所投入的勞動，故勞動 (創作) 通常創造價值，進而匯入共同體時亦增加了社會共同體之價值，此勞動因有益於他人而值得獎勵。進一步言，私有化與豐富公共資源此看似互斥的想法，在無體財產上得以為如是轉

¹¹³ Daniel Stengel, *Intellectual Property in Philosophy*, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 90, no. 1, 20, 23-25 (2004). <http://www.jstor.org/stable/23681627> (最後瀏覽日 2021/1/25)

¹¹⁴ *Id.*, 27-28.

換：物（想法）首次被發現之時，由於他人仍然未知，尚未構成排斥其使用，此時給與先占者所有權、限制後發現者的正當性在於，其他人接觸該物的機會，本隨時間流逝而增加，若持續給與限制保護，將會實質減少共同體資源，無法滿足「足夠多、足夠好」之理論預設，故賦予先發現者有限的私有財產權、限制後來者之權利是合理的。¹¹⁵在智慧財產權的領域，源自大自然之原始材料是想法而非實體物，然而「想法」所指究竟為何眾說紛紜。有學者認為，以「當代人所得獲取及掌握之所有思想」為解釋，則其利用者，即不同於物理上具排他性之實體物，其為人所利用不僅不具耗損且將更加擴張，完全滿足勞動理論設下之條件要求。¹¹⁶

不過，以勞動理論來解釋作者轉換公有資源而為智慧（想法）之產出具有價值的模型，仍有不甚精確的批評。首先，該產出之價值是指耗費之時間及努力、機會成本、有益於社會之行為，亦或是新思維產出？就上開選擇的差異會展現在立法的選擇，第一項接近洛克原始想法，但其並非針對智慧性產出，第二項對於本即熱愛所為之創作者不適用，第三項偏向強化實用性的要求，第四項則會加強顯而易見之要求。¹¹⁷再者，公有思想資源也不容易被精確定義，且與洛克原始設定之實體物有本質上的差異，例如，依洛克的理論，將勞動施加於土地可取得作物以及土地本身，但創作者將智慧勞動施加於現存思想，僅得取得其續造創新部分之財產權，該財產權利與土地所有權可排除他人就該土地為任何形式之利用不同，無法防止他人閱讀、戲謔仿作等。最後，洛克的勞動理論認為就該財產所取得之權利為永久存在，但智慧財產權多設定有限期間。¹¹⁸

¹¹⁵ Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Geo. L. J. 287,295-309 (1988).

<http://justinhughes.net/docs/a-ip01.pdf>

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, 16, 1-33 (S. Munzer ed., 2000) <https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf> (最後瀏覽日 2021/1/25)

¹¹⁸ *Id.* at 18.

第二項 人格權理論

人格權理論基本論述為：私有財產為滿足某些人類基本需求之關鍵。1821年黑格爾出版《法哲學原理》(Grundlinien der Philosophie des Rechts)，論及人格、自由意志實現與法律之關聯。其對財產的理解為：人是否能在社會中被視為人，取決於其得否實現其意志；物作為自由及意志的實現，是因為被個體所處置，其他個體由此看見該個體自由與意志的力量。析言之，物為內在人格之相對，因被主體所占有，而獲得法之地位即所有權，從另一角度觀察，主體之意志亦由此體現於物，所有物即為人格之具體化，人抽象的意志透過物之占有、所有權，建立與外物世界之聯繫，所有物因此獲得法律基礎，並彰顯了主體人格之開展。

然而，黑格爾並未論及人格理論在無體財產之轉換適用，不過其理論在物之拋棄或轉讓之詮釋，可能有助於有限期間保護於大陸法系法制建構之理解。人格理論緊密地聯繫了物與主體人格之關係，在物之拋棄或轉讓時應如何解釋？黑格爾認為，財產與主體的關係須透過意志實現，不具備意志之物，即得為轉讓。¹¹⁹蓋意志為所有權的必須要素，但意志與物之關聯並非永恆不變，其受到時限、僱傭或其他情形左右，在缺少意志之連結時，物將回歸公用。¹²⁰

人格理論於智慧財產權領域所發展出的原則包括：1.具有高度表達之智慧成果(例如小說)較低度表達之智慧成果(如基因研究)更值得以法律保護之；2.個人之外部形象為人格載體，即便並非源自於勞動，應受法律保障；3.作者得以自創作之複製品販售或傳播獲取尊榮與金錢，但不得放棄禁止扭曲其創作或竄改其身分之權利。¹²¹欲就無體

¹¹⁹ G. HEGEL, PHILOSOPHY OF RIGHT. Trans. by T. M. Knox. 65 (1967).

¹²⁰ Daniel Stengel, *supra* note 113 at 44.

¹²¹ Justin Hughes, *supra* note 115, 330-350.

財產權為拋棄必須人格經「外化」，由於無體財產兩大特性，不具物質滅失特性及得為無限複製，此挑戰了人格理論建構於傳統標的實體物之解釋，分析如下。

第一款 智慧財產權利之拋棄

延續黑格爾不具意志之物即得為轉讓的看法，下一步的問題是與人格密切相關的想法，得否如同物為轉讓或拋棄？在智慧財產權的範疇，有正反二說，贊成者認為，創作人如作家或畫家其作品風格常伴隨時間有所轉變，年歲漸長後可能不再認同自己過去創作，此時應可認為意志與作品已不具備連結，得為轉讓或拋棄；否認的看法則認為，事實上作者即便「拋棄」該權利，仍可能在後續利用為干預，例如作品被作為政治或宗教用途時表達反對，正印證了人格不得為拋棄或轉讓的人格權原始設定。

第二款 重製物之轉讓

重製物是否為想法本身？與為意志連結至主體人格之想法本身有何不同？有學者認為，應該將重製物解釋為表達之方法而非表達本身，由此則智慧財產權制度可支撐著作透過重製物之散布、移轉為利用，同時不減損或擴張財產權之人格乘載，¹²²同時，只要滿足二條件，重製物利用之對價支付可解釋為社會對作者人格之承認，一為作者地位獲得社會承認，二為禁止未經作者許可之變更，在大陸法系之實踐為人格權保護，在英美法系則是原創性最小保護原則。¹²³

第三款 人格得否為量化

無體財產權類別多樣，似乎存在人格特質展現程度之差異，例如電腦軟體、專利，或晶片模型，通常被視為先進解決方案而非創作人之人格反映，以愛迪生發明燈泡為

¹²² *Id.* at 324.

¹²³ *Id.* 327-328.

例，其所耗費者為尋找最佳材料之時間，該材料無法反映其人格。另一個角度則是人格之質量可能受到辨識者背景知識的影響，專業人士與一般人就同一作品所含創作者特徵的辨識能力有所差異。有一種看法是，只要智慧財產淨收益利於總體智慧創作，即可支持智慧財產權制度之存立，不需要區辨個別創作所含有的人格特徵；¹²⁴本文認為，既表達之形式本為多樣且存在程度不一致的限制，又未能找到客觀一致的判斷標準，以人格質量展現多寡作為保護差異化的理由似不夠充分。

第三項 效益理論

效益理論(utilitarian)之論述源於19世紀，主要奠基於英國哲學家邊沁(Jeremy Bentham)¹²⁵，其以生產成本與回收的概念為基礎，以最大公共利益為依歸¹²⁶；在智慧財產權範圍之應用則以美國經濟學家蘭德斯(William M. Landes)及法學家波斯納(Richard A. Posner)之經濟分析開展，由於智慧財產易於複製以及得同時被多人使用之特性，創作人就創作成本之回收面臨高度風險，為了使其不因剽竊行為受害、得維持其創作動力，應賦予其一定期間內就其創作之排他權利，以避免創作人不願創作具有社會價值作品、此一在經濟上不具效益且不利公共利益最大化之結果。¹²⁷效益理論強調智慧財產權之功能為刺激生產對社會具有價值的作品，即其目的為促進智慧創作之生產與傳播，任何對社會具有價值之創作，其創作者有權享有相應的回報，這樣的觀點於美國法之影響尤其明顯。¹²⁸

¹²⁴ Margarey Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 Stanford Law Review 957, 990 (1982).

¹²⁵ 陳建綱，效益主義的發軔：初探邊沁的政治思想，人文及社會科學集刊，中央研究院人文社會科學研究中心，第29卷第4期，2017，頁2。

¹²⁶ *Id.* at 13。

¹²⁷ William Fisher, *supra* note 117, 1-2.

¹²⁸ *Consumers Union of United States v. General Signal Corp.*, 724 F. 2d 1044, 1048 (2d Cir. 1983); *Hustler Magazine v. Moral Majority*, 796 F. 2d 1148, 1151 (9th Cir. 1986); *Mazer v. Stein* 347 U.S. 201, 219 (1954).

第四項 社會規劃理論

社會規劃理論跳過著作財產之本質為辯論，而是直接以目的與方法建立著作財產權之基礎與正當性。其以建構一理想社會(desirable society)為目標，無論是一般財產或特殊財產制度皆為實現此目標之手段，為了實現目標，智慧財產權制度應該具備兩個面向的功能，即促進表達產出與提供結構支持運作；為了使該理想社會具備充分的有形或無形資源，著作權法應肩負使人們得就政治、社會與美感表達其具創造性之觀點，作為豐富社會討論的基礎，另應得以支持交流活動，使創作與表達不受國家或私人機構以贊助而為的限制，作為多元化公民社會實現民主自治之支柱。¹²⁹社會規劃理論與效益理論同樣具目的導向，但不同的是，社會規劃理論具備特定的理想性目的，著作權被認為具備雙面功能，一方面應為民間社會之表達提供獨立性與活力，一方面不可過分壓制言論之多樣性，其目標更強調理想民主社會之建構而非分配效益。

該理論由於其目的取向，在不同領域上可能有浮動的標準¹³⁰，在新興領域如網際網路涉及著作權就言論自由與公共領域形成的辯論上，亦扮演重要角色。網際網路具有賦予個人廣泛地參與社會對話之潛力，然而著作權人就其著作享有排他性，可透過限制其著作之獲取及法律上控制能力在一定程度上抑制社會參與，即著作權人得透過抑制競爭與訊息及文化形式多樣性來確保其創作之經濟利益¹³¹，社會規劃理論在這樣的權利衝突、賦權與限制的議題上，有相當活躍之運用。

¹²⁹ Neil Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106(2) *The Yale Law Journal*, 283,347 (1996).

¹³⁰ William Fisher, *supra* note 117, at 6.

¹³¹ William E. Horwitz, *Scope of Gaming under the Indian Gaming Regulatory Act of 1988 after Rumsey v. Wilson: White Buffalo or Brown Cow*, 14 *CARDOZO Arts & ENT. L.J.* 153 (1996).

第二節 法制建構

第一項 管制目的之轉變

智慧財產權制度之建構是一部將言論自由自王權與宗教控制中解放、以財產權精細控制來平衡公私利益，促進思想交流、豐富人類精神生活的歷史。自 1476 年印刷術自歐陸引進英國，王室為控制言論採取一系列行政與司法措施¹³²，包括出版特許制度及特設法庭審判權¹³³，議會雖試圖爭取言論與新聞自由，特許制度於 18 世紀以前仍然屹立不搖，僅特許之授權由國會取代王室為之¹³⁴，印刷許可須透過註冊、創設著作權而取得，權利內容為註冊人之私有財產權，並得為轉讓、出售及繼承。¹³⁵在歐陸亦有類似發展，以法國為例，特許組織獲得皇室支持，代理書籍審查與出版之權力¹³⁶，書籍作者僅得在合於言論審查標準之前提下，出售其手稿，交由公會進行開發利用¹³⁷，直到 1789 年法國大革命君主舊制（Ancien Régime）遭廢除後，由啟蒙思潮推動了新時代之著作權法制。

第二項 自然權理論與法定權理論之演進與實踐

第一款 英美法系

英國於 1710 年頒布安妮法案（The Statute of Anne），授與作者重製權並設下保

¹³² 如亨利八世頒布之星室法庭命令（Star Chamber Decrees），瑪麗一世以特許令賦予英國出版同業公會（The Stationer's Company）搜查、沒收非法出版書籍之權力，以星室法庭命令（Star Chamber Decrees of 1586, Star Chamber Decrees of 1637）賦予星室法庭出版印刷管制案件之審判權，至 1640 年由國會廢除。

¹³³ LYMAN RAY PATTERSON, COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE 29 (1968)

¹³⁴ 如 1643 所頒布的《印刷管制條例》（An Ordinance for the Regulating of Printing）、1662 年頒布的《許可法》（Licensing Act of 1662）。

¹³⁵ Craig Joyce and L. Ray Patterson, *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 Emory Law Journal 909, 914 (2003), U of Houston Law Center No.2004-06.

¹³⁶ 巴黎出版同業公會（The Parisian Corporation）由巴黎書商及印刷商於 1618 年合併成立，獲王室支持收攬書籍審查與出版之特權

¹³⁷ RONAN DEAZLEY, MARTIN KRETSCHMER, LIONEL BENTLY (eds.), PRIVILEGE AND PROPERTY: ESSAYS ON THE HISTORY OF COPYRIGHT 123 (2010)

護期間，確立重製權之目的是為獎勵創作而非商業利益維護，¹³⁸其標題亦彰顯其「鼓勵學習」之目標及達成目標之方式，¹³⁹以公共領域的概念防止既有作品私有化，以及使私有著作財產在一定期間後自壟斷中釋出；相較於舊法以禁止出版為審查手段，新法以新作品之「出版」為經濟獎勵之先決條件，作為破除思想審查的法律設計。打破壟斷與思想審查為安妮法案於著作權歷史上最重要的突破。然而，隨法案頒布，由書商開啟了一系列漫長的訴訟，史稱書商大戰(1710-1774)，即著作權為自然法上權利或是實定法權利，爭論之實益出於對新法之挑戰、權利得否永恆持有且得為轉讓。最後，在 Becket 案¹⁴⁰之後，英國於 1774 年之著作權保護情形為：作者在自然法上之權利為天生且永恆，但就出版後之作品，其權利僅得於法律提供範圍及期限內主張，以支持表達自由與公共領域之發展。¹⁴¹

書商大戰在訴訟上的辯論影響其立法發展，英國之論述在美國持續發酵，制憲者相信繼受自安妮法案精神的著作權條款與言論自由不相衝突。首先，透過授與作者出版作品專有權，得突破由出版商控制的言論市場，作品「原創」之中性要求，無內容審查之疑慮，再者，以出版為保護條件，佐以有限保護期間實際上擴充了公共領域，加上憲法著作權條款並無授權國會制定控制言論的空間，而是促進與鼓勵自由表達，質言之，鼓勵學習本身就是一項言論自由政策。¹⁴²智慧財產權究竟是屬於特定目的、具備特定條件始得成立的法定權利 (statutory property)，抑或是以勞動為基礎之自然權利 (natural right)，1834 年美國聯邦最高法院於 *Wheaton v. Peters* 案中確定，著作權是

¹³⁸ ANDREW D. MURRAY, THE REGULATION OF CYBERSPACE CONTROL IN THE ONLINE ENVIRONMENT 174-175 (2007).

¹³⁹ "An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of Copies, during the Times therein mentioned"

¹⁴⁰ *Donaldson v Becket* (1774) 2 Brown's Parl. Cases (2d ed.) 129, 1 Eng. Rep. 837; 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257; 17 Cobbett's Parl. Hist. 953

¹⁴¹ Craig Joyce and L. Ray Patterson, *supra* note 135, at 928.

¹⁴² *Id.* 946-50.

一種來自立法受予之法定權利。¹⁴³

第二款 大陸法系

歐陸之著作權發展亦源自獨占特權。在法國，出版特權制度由巴黎大學神學院與巴黎出版商分別掌握出版許可與特權獨占，與英國情況類似，出版商不斷要求延長特權獨占期間，獨厚巴黎出版商亦形成有害公共利益之疑慮，遂出現主張「作者權」為出版商行使權利所本的說法。1778年，開始將作者權納入出版特權的法律中，即作者得以自己名義取得特權或轉讓予出版商，惟轉讓之後該特權自永久且得繼承轉為限於作者生存期間，析言之，出版商取得之特權源於作者但須設下期間限制¹⁴⁴。

法國於大革命後，掙扎於新秩序之建立，蓋舊制廢除後需要解決盜版猖獗與市場秩序混亂的現實，但法國面臨兩大論述上的挑戰：一為人權宣言既將財產定位為不可侵犯的神聖權利，對其加上限制或對其為分配之基礎為何？二則啟蒙運動鼓勵思想傳播，若使著作為私人財產似與啟蒙運動之目標有悖？關於私益與公益關係之論述，法學哲學家盧梭認為，個體之間的利益對立將危害社會和諧而有害公益，故個體之個別意志須超脫為一般意志、透過社會契約作為工具進而追求共同利益，此為唯意志論（volontariste）。採取這種立場，可能會認為相較於滿足私益，社會成員更需要超越私益之共同利益，以利社會之存續。¹⁴⁵

辯證的歷程直接反映在立法腳步上，例如 1791 年頒布一部關於戲院上演戲劇之

¹⁴³ 黃居正、邱盈翠，公共領域的結構轉型：以美國著作權法的理論變遷與實務觀點為中心，歐美研究，第 41 卷第 4 期，中央研究院歐美研究所，2011，頁 1039。

¹⁴⁴ GILLIAN DAVIES, COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST 73-78, 1994.

¹⁴⁵ 王必芳，法國行政法上的公益概念，中原財經法學，2013 年，頁 56。

法令¹⁴⁶，起草者 Le Chapelier 認為作品經出版即屬於公共領域，作者不得繼續主張權利，僅未出版之作品屬於作者；析言之，其當時對著作權之想法為：建立公共領域為原則，賦予作者權為例外。¹⁴⁷至 1793 年，作者就其作品享有排他權的想法逐漸展現，法國公共機構委員會通過一部法令，賦予作者一生就其作品享有得為轉讓之散佈排他權，並以存放於國家圖書館為權利要件，此時著作權之目的已由公共領域建構逐漸轉向作者私權性質，強調作品源於作者，與其人格不可分。¹⁴⁸法國在論述的進程上，透過將財產權解釋為確保自由之工具，從 1790 年的著作權法草案以「促進啟蒙發展與公共利益」為目標，至 1793 年著作權法案目標確立為：賦予作者有限之財產權以鼓勵其對大眾之啟蒙與回應，將賦予作者私有著作權之制度定位為一種促進啟蒙運動之機制。¹⁴⁹

現代德國因整合時程較長，具備現代意義之著作權法立法腳步較英國、美國，或法國更晚，直至德國統一後（北德同盟），於 1870 年以北德聯邦著作權法正式廢除特權制度。在統一之前，各邦間規範與授權情形不一；第一部以作者同意作為出版商出版著作之前提的法律是 1794 年的普魯士法，在若干程度上反映了著作為作者自然權利的看法。基本上，盜版行為在 19 世紀的德國，被認為同時侵害作者人身權利及出版商財產權利，由於康德對著作人格權保護之倡議，1837 年普魯士法以作者權利保護為開展，並以有限保護期間（30 年）作為立法者揚棄永久保護期間此特權制度之宣示。¹⁵⁰

¹⁴⁶ Rapport par M. Le Chapelier du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, lors de la séance du 13 janvier 1791

https://www.persee.fr/doc/arcpa_0000-0000_1885_num_22_1_9756_t1_0210_0000_4 (最後瀏覽日 2021/1/25)

¹⁴⁷ Jane C. Ginsburg, *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*, 64 TUL. L. REV. 991, 1006-07, 1990.

https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=faculty_scholarship

李劍非，著作權與網路資訊自由，元照出版，2011，頁 95。

¹⁴⁸ Daniel Becourt, *French Revolution and Author's Right: Towards a New Universalism*, 24 COPYRIGHT BULL. 3, 5. 1990 <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262449> (最後瀏覽日 2021/1/25)

¹⁴⁹ Carla Hesse, *Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France*, No. 30, Special Issue: Law and the Order of Culture (Spring, 1990) 109, 119.

¹⁵⁰ 李劍非，前註 147，頁 97，2011。

憲法層級的嘗試，最早是 1848 法蘭克福憲法草案，至 1919 年威瑪憲法於第 158 條以：「精神作品、著作權人、發明家及藝術家之權利，應受到國家之保護與扶助。」作為聯邦立法層面之指導。¹⁵¹ 1949 年德國聯邦共和國 (Federal Republic of Germany) 建立，於基本法規定著作財產權與著作人格權之保護，現行德國著作權及鄰接權法 (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, UrhG, 下稱德國著作權法) 於 1965 年頒布，以創作人原則 (Schöpferprinzip) 貫徹歐陸法系天賦人權的觀念，著作人僅得為作者¹⁵²，原始取得著作權利，落實其基本法層級對作者財產權及人格權保護，由於德國採取一元論立場，另以著作利用權 (Nutzungsrecht) 理論使非創作之人得行使著作財產權利。¹⁵³

第三項 立法特徵比較

採著作權法定理論者，其立法特徵包括：著作登記保護主義、人格權色彩淡化、著作權排他利用之限制。但受保護須經登記之程序要求，無異加重作者負擔，遂於批評中逐漸修正：例如英國 1842 年的著作權法將履行註冊程序由保護要件降低為提起侵權訴訟之形式要求；至 1908 年伯恩公約柏林修正會議，通過改採自動保護原則，英國於 1911 修法刪除履程序之規定，美國於 1989 年加入伯恩公約時，亦修正其內國法關於登記程序之規定。

在作者權系統下，作者就其著作享有之財產權之正當性為其自然權利 (Droit d'auteur)，而非國家行為，故就著作之保護係以創作人為導向，即作者於著作上之利益，

¹⁵¹ 陳新民，著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保障及其限制，臺大法學論叢，第 37 卷第 4 期，2008，頁 119。

¹⁵² 德國著作權法第 7 條

¹⁵³ 王怡蘋，契約自由與著作人格權之保護，輔仁法學第 51 期，2016，頁 7；前註 147，頁 98。

並非該著作利益之實現，¹⁵⁴通常不要求履行政序；例如法國智慧財產權法第 1 條稱：「智慧著作之作者僅基於其創作事實，就該著作享有可對所有人實施之專有無形財產權。」¹⁵⁵由於強調其為人類智慧創作，或為人格或個性之彰顯¹⁵⁶，在創作性程度的要求普遍高於著作權法系。由此，在作品利用與推廣投入資金或勞動但不具創作性者，如錄音、廣播組織，其行為無法滿足創作性高度之要求，遂作者權法系發展出「鄰接權」的概念保護其投入。相對地，因為著作權法系僅要求很低的創作性程度，且具有產業導向，為保護投資，不強調權利歸屬於「實際創作人」，而是「權利所有人」，包括自然人、法人皆得為之。¹⁵⁷

法思想的差異落實於立法之原始設計亦有不同呈現，以現場表演保護立法為例：未受固著之作品，如即興演奏的音樂或舞蹈，在作者權系統中，自表達時即受保護，故未經授權之側錄或廣播，即構成作者權之侵犯，即使未以明文規範，亦得以推導得出結論；相對地，在著作權系統中，其權利保護通常要求以固著為前提，對未固著之現場表演多採間接保護，例如賦予表演者固著權、作者權利透過契約處理等。另外，在作者權法系中，鄰接權的基礎並不是自然法，相較於作者對著作有寬廣的利用權能，鄰接權多以具保護必要為具體權利之正當性基礎；在著作權法系不存在鄰接權的概念，蓋其「著作權」足以涵括鄰接權所指之作品。

¹⁵⁴ 許曉芬，視聽著作的另一種觀點—法國法的堅持或偏執？載：國際比較下我國著作權法之總檢討，頁 230-31，2014 年

¹⁵⁵ Article L111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle “L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.” http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Codes/CPI/CPI_article_111-1-droits-auteur.htm

¹⁵⁶ 德國著作權與鄰接權法第 2 條第 2 款：“Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.”；法國著作權法 L112-1 條：“Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.”。

¹⁵⁷ Silke von Lewinski, *supra* note 56, 48-49.

不過，由於國際公約或雙邊協定扮演了調和的角色，原採取不同系統之國家，長期下來亦日漸納入另一系統之特徵。本文僅將其傳統形式特徵整理如下：

	作者權法系	著作權法系
取得保護之程序	不要求	要求
固著於載體	不要求	要求
創作性／原創性要求	較高	較低
作者資格	實際創作人	權利所有人
例外與限制	偏向限縮解釋	裁量權限較廣
保護期間	起算自著作完成時	起算自著作出版時
鄰接權概念	有	無

表 3-1 著作人法系與著作權人法系特徵彙整表
(資料來源：本研究整理)



第三節 作者權法系之實踐：歐盟及其會員國

第一項 歐盟立法方式與政策方向

第一款 歐盟法與會員國內國法之關係

歐盟特殊的法律體系是為歐洲統合而準備，歐盟法之效力則來自會員國合意移轉各國部分主權予共同體，設立立法、行政、司法等職權及執行之歐盟機構，為促進歐盟法律之一致性以助歐洲統合，歐盟法律就會員國國內法具有優先性（the supremacy），即各會員國單邊行為或法令與共同體概念或法令牴觸者，不得適用¹⁵⁸。在實踐上，由歐盟法院（Court of Justice of the European Union, EU CJ）受理歐盟內部爭議，包括歐盟機構根據條約授權經程序所通過派生法律之審查（例如：指令）¹⁵⁹，其優先效力仰賴各國憲法法院支持。然而，著作權之保護涉及表意自由、藝術自由¹⁶⁰等基本權領域，由於歐盟基本權利之法源包括：歐盟基本權利憲章、歐洲人權公約（European Convention on Human Rights, ECHR）及會員國之憲法傳統，其中可能存在保護差異。尤其德國在基本權領域展現了較為強勢的態度，認為涉及聯邦政治關係之條約（如歐盟條約）乃由其基本法第 59 條授權，故條約須符合基本法之規定。¹⁶¹

在著作權與鄰接權的保護上，雖歐盟並未加入伯恩公約及羅馬公約，但部分會員

¹⁵⁸ [1964] ECR 585, pp. 593, 594. 判決原文：“The Transfer by this States form their domestic legal systems to the Community legal system of the rights and obligations arising under the Treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the Community cannot prevail.”

¹⁵⁹ 根據歐洲聯盟運作條約（Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU）第 288 條，指歐盟機構根據歐盟條約所通過之法律，包括規則（regulation）、指令（directive）、建議（recommendation）與意見（opinion）等。

¹⁶⁰ 藝術自由一般被視為表達自由之一環，不過在各國之間可能有不同的保護標準，例如在美國即與言論自由等視之，未就藝術表達建立特定標準，在德國則享有更高程度的保護。Raman Maroz, *The freedom of artistic expression in the jurisprudence of the United States supreme court and frderal constitutional court of Germany: A comparative analysis*, 35(2) *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 341-382(2017).

¹⁶¹ 洪德欽，歐洲聯盟法的法源，華岡法粹第 57 期，頁 26-27，2014 年。

國各自加入了上述公約，且歐盟加入 WCT 與 WPPT 成為會員後，有義務協調境內保護標準，故透過針對特定主題或整合式的系列指令及規則¹⁶²來統整各會員國規定，除合於國際條約要求，立法目標亦包括降低交易成本、保護投資，有助歐盟內部單一市場之運作與成長。¹⁶³

第二款 歐盟層級就表演人之保護

大陸法系國家多以鄰接權保護表演人，相較著作作者就其作品享有排他專有權之保護，立於主動地位授權他人使用其作品，然而表演人所關切者，是在著作人與其他鄰接權主體（如錄音製品製作人）排擠下，爭取其表演利用之收益分享，以收益占比最具重要性者，如：商業錄音製品於廣播與對公眾傳播之二次使用報酬、衛星傳播及有線重播利用、隨選平台、限制私人使用、出租權、權利保護期間、權利集體管理之行使等。

¹⁶⁴由於歐盟對著作權與鄰接權採取主題式立法，本文擬就經濟利用層面，對表演人生計衝擊最鉅之權利樣態，自密切相關之指令規定加以分析。

基本上，歐盟立法對著作人與包括表演人在內之鄰接權人區分不同保護程度，如：保護期間分別為 70 年與 50 年¹⁶⁵、在出租與出借指令中表演人得授權其固著於載體之表演出租利用，¹⁶⁶但允許在契約無相反約定時，推定授權與視聽作品製作人，惟不得放

¹⁶² 包括：InfoSoc Directive 2001/29/EC, Rental and Lending Directive 2006/115/EC, Resale Right Directive 2001/84/EC, Satellite and Cable Directive 93/83/EEC, Software Directive 2009/24/EC, IPRED 2004/48/EC, Database Directive 96/9/EC, Term Directive 2011/77/EU, Orphan Works Directive 2012/28/EU, CRM Directive 2014/26/EU, Regulation implementing the Marrakech Treaty in the EU 2017/1564, Portability Regulation 2017/1128 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/eu-copyright-legislation>

¹⁶³ 馮震宇，歐盟著作權指令體制與相關歐盟法院判決之研究，國際比較下我國著作權法之總檢討，2014。相同論述見歐盟指令立法說明，如 Directive 2006/116/EC 立法說明第 3 點，Directive 2001/29/EC 立法說明第 1,7,61 點。

¹⁶⁴ Association of European Performers' Organizations (AEPO-ARTIS), Performers' Right in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement, (2014) (2018).

¹⁶⁵ Article 1 and Article 3, Directive 2006/116/EC.

¹⁶⁶ *Id.*, Article 3, Sec. 2.

棄自租金分潤而來的報酬請求權¹⁶⁷；不過相對地，由於部分會員國各自簽署伯恩公約或羅馬公約，即使未於條文中明文，歐盟指令之立法亦有避免與國際條約發生衝突之趨向，¹⁶⁸事實上各區域的法體系或傳統制度之差異，亦在國際條約的調和下，漸有共融之景。歐盟自歐洲共同體時期著手於大歐洲經濟整合，並放眼至政治整合，在此目標下有必要清除具地域限制之各式壁壘，由於智慧財產權傳統上具有屬地性極強之特性，有礙市場之整合，故歐盟指令就著作權及相關權利之保護，重要目的包括形成共同市場，¹⁶⁹作品得以廣泛地被數位化利用亦為歐洲發展政策重心¹⁷⁰，有鑑於此，本文以下表演人權利於歐盟數位單一市場最相關之權利型態加以探討。

第三款 表演人保護於數位單一市場指令之實踐

相對於人類生活方式受科技發展影響發生轉變，表演人之收入來源反映於各式經濟權利型態亦有消長，除通常透過契約實現之專有固著權外，對固著重製物流通利用之獲利分潤亦為重要來源。歐盟於 2019 年通過數位單一市場指令 (Directive (EU) 2019 / 790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96 / 9 / EC and 2001 / 29 / EC)，規定歐盟會員國須於二年內完成內國立法修正國內著作權及鄰接權法，以達成數位單一市場政策為目標；歐盟就此政策的發展藍圖是建構一個足以支持著作權所欲保護之標的在數位環境下得持續優化、創新其內容，促進投資並避免內部市場分裂的發展框架¹⁷¹，然而該政策實以降低內部市場障礙為主要目的，其就表

¹⁶⁷ Article 3, Sec. 1 and Article 5, 2006/115/EC.

¹⁶⁸ 參照 Directive 2006/115/EC 立法說明第 7 點。

¹⁶⁹ 蔡英文編印，陸、歐盟著作權法令暨判決之研究，國際著作權法令暨判決之研究，內政部 85 年度研究報告，頁 23。

¹⁷⁰ 2005 年歐盟執委會提交「數位單一市場」政策，2015 年歐盟宣布數位單一市場戰略，以促進電子商務發展、形塑數位網路與服務環境，作為單一市場之長程重要補充。

¹⁷¹ 參見指令立法說明第 1,2,3 點 <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>

演人權利之影響有待評估。

根據研究，提供表演人專有權之效益可能不如想像中有幫助，例如，表演人以專有權在契約架構中為轉讓或授權所獲致之對價，隨技術與商業模式發展，不僅未見增加甚至減少，很大的原因是其表演之利用在市場規模整合、擴大後，與其為固著之授權對價並不相當¹⁷²。歐洲表演人之表演授權收入占比，以廣播、對公眾提供，及私人重製補償金共占 90%，由集管團體強制授權之有線傳輸則占 8%¹⁷³。以下以收入之占比，依序檢視其實踐情形：

第一目 適當報酬請求權

適當報酬請求權在歐盟層級之規定，在 2019/790/EU 數位單一市場著作權與鄰接權指令之前，有以個別權利型態之規定以及原則性地介入作品利用獲益於私法契約分配之規定，如：歐盟指令第 2006/115/EC 賦予表演人轉讓其錄音製品、視聽製品原件或重製物之租賃權予製作人，對應之不可轉讓租金請求權（第 5 條），表演人保留對出租權轉讓後之後續利用行為報酬請求權，其不得事先拋棄，可透過集管團體收取¹⁷⁴，其表演固著物於商業上利用包括廣播及向公眾傳播範疇，第 8 條第 2 項規定，應對表演人或錄音製品製作人提供單一公平報酬請求權並確保二者之間的利益分配，這項報酬收入約占歐洲表演人授權金收入 67%；¹⁷⁵ 指令 2019/790/EU，是首次原則性、廣泛地介入作者及表演人就著作或表演利用之授權契約，確定適當報酬請求權、透明義務等契約調整機制。¹⁷⁶

¹⁷² AEPO, Performers' Right International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement, 147 (2018).

¹⁷³ *Id.*, at 148.

¹⁷⁴ 馮震宇，前註 163，頁 500。

¹⁷⁵ AEPO, *supra* note 171, at 149.

¹⁷⁶ Directive 2019/790/EU, Chapter 3, Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers.

從權利保護發展之演進時程觀察，2006/115/EC 指令第 8 條所處理的權利範圍包括衛星及有線廣播，其規範模式賦予表演人未固著表演之專有或禁止權（第 1 項）與已固著表演於商業目的二次利用之公平報酬請求權（第 2 項）。第 1 項為最低保護水準，會員國得就被排除之廣播中表演或已固著之表演賦予專有或禁止權；¹⁷⁷由於第 2 項未設保留選項，歐盟會員國無保留空間，須提供高於羅馬公約第 12 條程度之更高保護，確保表演人與錄音製品製作人就此利用得分享報酬，範圍包括直接或間接之廣播與向公眾傳播等形式。報酬「單一」係指付費單一窗口，不需對多方權利人支付，非謂保護期間內僅需單次付款即滿足要求，實際支付方式與行為應取決於「公平」之判斷，條文中雖未強調此報酬請求權為不得放棄，可就立法說明中獲得此觀點。¹⁷⁸由於第 2 項相較於專有權，對表演人而言更具實益，有認為此收入來源，除了倚賴著作權集管團體介入授權收費工作之外，建議將商業目的（commercial purposes）刪去，蓋錄音製品幾乎皆為直接或間接商業目的而製；另在「公平」（equitable）之解釋，由於指令未為定義，歐盟法院留予各會員國根據各自國家標準確保其適當¹⁷⁹，其評估主要根據使用價值。表演人團體進一步指出，由於契約雙方通常處於不對等地位，有需要加強「提醒」該公平報酬請求權為不可放棄，並置入若干預防措施（例如由表演人中介組織協助）以保障表演者獲得報酬。此外，部分國家轉換指令為國內法已將視聽製品列入保護範圍，未來應考慮於歐盟層級跟進。因應技術發展，表演人「廣播及向公眾提供之二次報酬請求權」與「按需提供權」（專有權）之分界將日漸模糊，應及早於法律架構上處理之，以免應享有較高專有權保護之利用遁入二次報酬請求權，使表演人權利受損。¹⁸⁰

¹⁷⁷ M. M. WALTER & S. VON LEWINSKI, EUROPEAN COPYRIGHT LAW A COMMENTARY, 322 (2010)

¹⁷⁸ 立法說明第 12 點

¹⁷⁹ Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) v. Nederlandse Omroep Stichting (NOS), Judgment of the European Court of Justice of 6 February 2003: C-245/00

¹⁸⁰ AEPO, *supra* note 172, at 151.

歐盟在 2019 年通過的數位單一市場指令（2019/790/EU）於第三章向作者與表演人提供授權利用契約中的適當報酬請求權（Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers），針對授權契約置入「專有權轉讓」¹⁸¹之適當報酬請求規定¹⁸²，並以資訊透明義務作為輔助工具¹⁸³，就以作品開發利用為目的之契約（a contract for the exploitation of their rights）賦予暢銷書條款¹⁸⁴，專屬授權或權利轉讓契約於作品缺乏利用時之撤銷機制¹⁸⁵，使作者及表演人於特定情形得請求調整契約內容或撤銷授權，亦搭配替代性爭端解決程序¹⁸⁶作為降低行使權利成本之選項，且會員國應確保違反指令之契約不可執行¹⁸⁷；關於專有權轉讓契約之報酬請求權，歐洲著作權協會（The European Copyright Society, ECS）認為，指令提及的兩個衡量指標，適當（appropriate）與合於比例（proportionate）為不同要素，「合於比例」應以權利實際或潛在經濟價值為衡量比例，並應嚴格限制適用一次性支付之情形，並建議應借重集體協約以確認公平報酬之衡量因素以及得約定一次性給付之情形；¹⁸⁸為了資訊透明義務得以落實，ECS 建議會員國應考慮制裁措施，而且資訊透明義務應考慮追及至獲得再授權之利用人，如網際網路平台等下游承包商¹⁸⁹，第 20 條是首次於歐盟層級引入暢銷書條款（best-seller provision），賦予作者與表演人在契約議定報酬不成比例地低於其作品使用收益時，得透過契約調整機制獲得報酬，有論者提及，契約調整機制是否適用於依照僱傭契約而

¹⁸¹ 原文：“license or transfer their exclusive rights for the exploitation of their works or other subject matter”

¹⁸² Directive 2019/790/EU, article 18.

¹⁸³ Directive 2019/790/EU, article 19.

¹⁸⁴ Directive 2019/790/EU, article 20.

¹⁸⁵ Directive 2019/790/EU, article 22. 除了撤銷權，亦提供如契約終止權作為可選項目，主要目的是賦予作者與表演人於議約地位之保護，使其擁有較高的主導性；不過，也允許會員國以經集體協約作為撤銷權執行之前提。

¹⁸⁶ Directive 2019/790/EU, article 21.

¹⁸⁷ Directive 2019/790/EU, article 23.

¹⁸⁸ ECS, Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/79- on Copyright in the Digital Single Market, at 2. (2018)

¹⁸⁹ *Id.*

產出之作品？¹⁹⁰ECS 認為，正因為指令規範之核心原則是保護作者與表演人，在得以排除指令適用之情形應嚴格解釋，尤其是電腦程式、僱傭契約、集管組織契約，均不得規避指令為作者與表演人所提供之保護。¹⁹¹

第二目 私人重製補償金

表演人就其表演利用之另一重要收益來源為私人重製補償，多數歐盟會員國就私人重製利用有所規範¹⁹²，其性質係限制權利人行使其權利之補償，採作者權法系之國家多對重製權為一定限制，並就作者所受損失於立法上設置法定報酬權加以平衡。歐盟層級主要的規範是指令第 2001/29/EC 號第 5 條，處理重製權與向公眾傳播權保護之例外與限制，明定特定情形應予權利人補償，包括：以紙本或類似形式重製活頁樂譜¹⁹³、自然人無涉商用目的於任何媒介上所為之私人重製¹⁹⁴，與社會機構（如醫院、監獄）非為商業目的製作之廣播重製物。就表演人權利之影響以私人重製為大宗，其占比約為表演人授權總收益之 27%-31%¹⁹⁵。

在解釋上需注意以下原則：首先「自然人」與「私人使用」在解釋上應認為前者僅具聲明意義而非要件，蓋自然人若以法人名義為重製行為，則將不存在任何私人使用之空間；再者，「私人」應以「商業使用」為準據，並不限定出於該人個人目的或為他人目的，以行為人是否收取超越其材料或生產成本之獲益為分野。¹⁹⁶

¹⁹⁰ Edouard Treppoz & Géraldine Arbant, The EU Copyright Directive: The new best-seller right, <https://mediawrites.law/the-eu-copyright-directive-the-new-best-seller-right/>

¹⁹¹ ECS, *supra* note 185.

¹⁹² 學者指出，這種收益源於因重要目的之利用，對於作者所受損失之補償。見 Lewinski, S. "Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a Converging World. Response of the Max Planck Institute Intellectual Property, Munich." (2007).

¹⁹³ 指令 2001/29/EC 第 5 條第 2 項第 a 款但書

¹⁹⁴ 指令 2001/29/EC 第 5 條第 2 項第 b 款

¹⁹⁵ AEPO, *supra* note 172, at 152.

¹⁹⁶ M. M. Walter & S. von Lewinski, *supra* note 177, at 1033.

另外，「補償」(compensation)之文字於歐盟會員國間亦有所爭執，一般常見用語為「報酬」(remuneration)，其為歐陸法系於私人重製等用途之傳統概念，然英國與愛爾蘭則否，故其反對以「報酬」作為歐盟法上用語，最後以「補償」為妥協文字；¹⁹⁷但是就補償之水準或公平與否並未置入更明確的標準，亦未確認補償或分配之細節。惟立法特別提及補償金額應參考各國技術保護措施水準，因為在技術允許的支持下，利用人得直接付費取得授權，若在法律上強予規範，可能發生雙重收費的情形。¹⁹⁸

相較於由權利人自行行使專有權，私人重製補償金多委由第三方組織運作，除更具執行實益外，¹⁹⁹亦為權利集管組織之重要收入。落實於內國法規大致有三種方式：第一種是多數國家所採取的，透過媒體或設備支付；第二種由法律規定自國家預算分配補償，如挪威；第三種則由重製設備之進口商及製造商支付。大多數國家採取雙軌並行，同時從設備及空白載體收取稅金，合於立法目的²⁰⁰之多樣方式為歐盟法院所肯認²⁰¹；惟收取稅金之方式有不同渠道，對表演人而言，最不穩定的方式是透過IT產業達成協議產生稅額，除了波動較大亦有拖欠給付之問題，相較之下，由立法或行政部門定期修訂稅額可能較為穩定；在利益分配層面，亦有將收入不直接分配與權利人，直接撥入社會文化機構使用之做法。²⁰²

¹⁹⁷ 關於著作權補償金制度之詳細介紹，參見賴文智，著作物重製設備補償金收取制度之研究，智慧財產權月刊第85期，經濟部智慧財產局，2006年。

¹⁹⁸ 立法說明第35點與第5條第2項第b款但書

¹⁹⁹ Silke von Lewinski, *supra* note 56, at 56.

²⁰⁰ 參照 2001/29/EC 立法說明第 38, 39 點。

²⁰¹ Padawan SL v Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), ECLI:EU:C:2010:620.

²⁰² AEPO, *supra* note 172, 152-54.

第三目 出租收益

表演人享有出租權及其收益之規定主要是第 2006/115/EC 號指令，此號指令主要立法目的是應對盜版行為賦予相關權利人法律保護框架。²⁰³「出租」之定義在此指令下為：於一定期間內，為直接或間接的經濟或商業利益提供使用；²⁰⁴「出借」之定義為：非為直接或間接的經濟或商業利益，一定期間內於公眾可及場所提供使用（例如圖書館之出借）。²⁰⁵指令係以專有權形式保護表演人就其表演固著物（包括固著之原件及複製品）²⁰⁶出租與出借之權利²⁰⁷，略過對表演人的定義，保留予會員國立法空間，得於羅馬公約所定義的範圍外，擴大保護²⁰⁸。不過，為平衡電影等大型視聽著作在利用上整併權利之需求，允許歐盟會員國在國內法規定，若無相反約定，規定表演人之專有權於表演契約訂立時推定移轉或授權與電影製作人，並以不可預先拋棄之公平報酬請求權（equitable remuneration for rental）平衡之²⁰⁹。另外，指令允許會員國在顧及文化發展的考慮下，就具備公共目的之出借設置例外規定，但須保障著作相關權利人就此類公共出借受有報酬。²¹⁰

在字義斟酌上，曾於適當（adequate）及公平（equitable）之間斟酌，最後由於是否「適當」涉及主觀判斷，後以「公平」取而代之。公平報酬乃依據權利期間以及表演人於總體作品之貢獻而計算產生，公平的概念在實際操作上須根據若干原則：首先，租金報酬與其他方式利用之項目必須分別計算，不得囊括於單筆費用；再者，契約約定之單筆預付金額若依統一費率產生，需於使用期間確實監控利用情形，來確定預付金是否

²⁰³ 立法說明第 2 點

²⁰⁴ 指令 2006/115/EC 第 2 條第 1 項第 a 款

²⁰⁵ 指令 2006/115/EC 第 2 條第 1 項第 b 款

²⁰⁶ M. M. Walter & S. von Lewinski, *supra* note 177, at 259.

²⁰⁷ 指令 2006/115/EC 第 3 條第 1 項第 b 款

²⁰⁸ M. M. Walter & S. von Lewinski, *supra* note 177, at 274.

²⁰⁹ 指令 2006/115/EC 第 3 條第 4 項、第 6 項

²¹⁰ 蔡英文，前註 169，頁 48。

不足支付權利人實際於出租利用之公平報酬。

然根據實踐經驗，關鍵問題是：公平報酬之付費方究竟為錄音製品製作人或使用人，以及，權利管理方式並無一致之規定。自結果而言，若內國法無規定給付方或指定製作人給付，表演人通常不會獲得租金收益或僅與製作人以契約一次性給付處理；若法律規定由使用方給付且由表演人集管組織管理權利時，通常表演人能獲得收益。由實踐結果看來，集管團體在權利實現上占有重要地位，然而，使用這種立法方式的國家並不多，僅捷克、德國、西班牙及瑞士。須提及者，隨著媒體型態消長，物理租賃之方式可能逐漸被雲端通路所取代，²¹¹ 歐盟會員國之間存在的基礎設施落差，於權利執行層面至關重要。

第四目 按需提供

按需提供權在歐盟層級最主要的規範是第 2001/29/EC 號指令（資訊社會指令），為落實 WCT 第 8 條及 WPPT 第 10 條、第 14 條為目的，其在向公眾傳播權的架構下，以特定行為類型「使公眾由其各自選定之時間地點訪問作品」，各利用人可自行決定特定之時間、地點及作品，以此與廣播區分，表演人在這樣定義之提供權下，所享有之保護為專有權²¹²，而非廣播利用上之報酬請求權。²¹³

按需提供權之實踐與出租權有類似的情形，即在缺乏不可剝奪的法律設定與權利集管組織之協助執行的情形，表演人幾乎無法從表演固著後之利用獲得相應比例之獲益，遂表演人團體偏向不可放棄之適當報酬請求權，惟目前數位單一市場指令第三章

²¹¹ AEPO, *supra* note 172, 155-56.

²¹² 資訊社會指令第 3 條第 2 項第 1 款

²¹³ M. M. Walter & S. von Lewinski, *supra* note 177, 984-85.

之規定，仍使會員國保有酌處權。²¹⁴ 本文認為，在 COVID-19 對現場表演造成強大衝擊之時期，按需提供之商業模式可能成為表演人獲益之重要部分，例如跨國公司 Netflix 平台 2020 年第一季財報獲益較預期翻倍成長、²¹⁵ Spotify 串流音樂平台 2020 年第一季財報獲益成長二位數以上，²¹⁶ WIPO 亦認為在疫情期間除了對表演活動造成嚴重影響之外，集管組織執行授權之延宕亦同，轉播、二次利用之報酬相較之下，是更實際支持表演人收益之方式。²¹⁷ 加強表演人自按需提供模式之獲益保證，實為立法上之重要目標。

第五目 撤銷權

數位單一市場著作權指令在契約內容之干涉規定中置入撤銷權，第 22 條第 1 項規定，作者或表演人在專有授權或轉讓之權利不被利用時，應得全部或部分撤銷授權或轉讓其權利，即 use-it-or-lose-it 概念的具體化²¹⁸。這類設計的需求係為因應作品在不同商業開發模式下，被利用的時間有一定落差，作品在專屬授權或轉讓之後，因各種因素未必得到利用，指令允許會員國得因應行業特性、作品類型，以及作品相關權利方個別貢獻與行使撤銷權之影響，在國內法中具體規定，權利樣態除了撤銷權之外，亦得修改為非專有授權，並得規範權利除斥期間（第 2 項）；有鑑於受讓人或被授權人合法權利之平衡，須在授權或轉讓後合理時間方得主張，且作者或表演人應負催告義務（第 3 項），同時，課予其在合理期待下就作品利用之協力義務（第 4 項），會員國亦

²¹⁴ Directive 2019/790/EU, Article 18, Sec. 2

²¹⁵ Jessica Bursztynsky, Netflix says these three effects of the coronavirus crisis are impacting its business, <https://www.cnbc.com/2020/04/21/netflix-q1-2020-earnings-three-effects-coronavirus-has-on-business.html> (最後瀏覽日 2021/1/25)

²¹⁶ 陳宜伶編譯，Premium 付費用戶突破 1.3 億 Spotify 股價勁揚 11%，鉅亨網 <https://news.cnyes.com/news/id/4469685> (最後瀏覽日 2021/1/25)

²¹⁷ WIPO's Beijing Treaty Enters into Force: Begins Helping Actors and other Performers, PR/2020/852 https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2020/article_0009.html (最後瀏覽日 2021/1/25)

²¹⁸ Ula Furgal, *Reversion Rights in the European Union Member States*, CREATE Working Paper 2020/11, at 1 (2020). <https://zenodo.org/record/4281035#.X9IACLPlecw>

得限制指令第 1 項之契約撤銷權須經團體協約機制始得執行（第 5 項）。

有認為在 COVID-19 的影響下，撤銷權得使作者或表演人得取回無法被有效利用作品之控制權，由於著作權授權契約多為長效契約，因有效期間之限制使作品無法重新獲得利用，不僅限制創作人之獲益，亦有害公眾取得使用，撤銷權的目的並不是僅使契約終止，提供權利是作為一個安全閥，可使塵封的作品重新被利用，同時有效重啟協商，使長期契約關係持續。²¹⁹不過，行使權利對作者或表演人來說仍意味著風險，因為終止契約無法直接遂行廣開作品通路的目的，甚至有可能被列入合作黑名單，歐盟各會員國現行類似之權利返還(Reversion rights)規定，適用的作品類型不一，且行使方式亦有不同²²⁰，共同之處是欠缺數位環境下的規範模式。

第二項 會員國之立法實踐

第一款 一元論與二元論

歐盟會員國多為大陸法系國家，在著作權保護基本立場採取自然權利說，以作者權法系開展著作之保護，認為其所保護者並非作品實際利益，而是創作與其著作人²²¹，惟在著作利用之實踐上，有一元論與二元論之差異。

德國著作權與鄰接權法第 1 條規定：「文學、科學與藝術著作之著作人，就其著作享有依本法規定之保護。」同法第 11 條：「著作權保護著作人與著作之精神、人格的

²¹⁹ CRRATe, University of Glasgow, IPRIA, The Author's Interest project, *Open letter to the European Commission and the relevant authorities of Member States of the European Union* (2020) <https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2020/12/Art-22-CDSM-open-letter-with-signatories.pdf?x76565>

²²⁰ CREATE, Reversion rights in EU Member States <https://www.create.ac.uk/reversion-rights-resource-page-eu-models/>

²²¹ 許曉芬，註 154，頁 230。

關係，以及於著作利用之利益。」²²²德國法將著作權定位為非財產權、亦非人格權，而是著作之利用權及著作人格權之權能相互交錯、歸屬於著作人且得由其分享由著作衍生之經濟上成果的特別權利，學說上以著作權樹理論（tree-theory）加以描述：「財產權與人格權為同一棵樹之樹根，著作作者所享有之權利為該樹生長之樹枝，同時從財產權與人格權樹根中汲取養分。」²²³由於著作被視為著作人之「人格表現」，僅因經濟上利用而具備財產價值，其權利原則上不得轉讓，僅限於特定利用得授權他人。²²⁴此為一元論之立法體例。

法國著作權保護立法採取二元論，於智慧財產權法典（Code de la propriété intellectuelle, CPI）以文學藝術財產權為保護，第 111 之 1 條：「智慧著作之著作人因其創作之事實而就該著作享有排他性之無體財產權。」²²⁵著作人乃以其名義發行著作之人²²⁶，由其著作得享有精神權利與承襲權利。精神權利為人格權保護，具備永續性及不可轉讓性，但得為繼承及透過遺囑授予第三人行使之²²⁷，著作人於移轉或授權著作財產權後，仍得透過公開發表權、扭曲濫用禁止、姓名表示權、撤回權等行使保有對著作之控制²²⁸；承襲權利為使用受益權，以公開發表權及重製權為核心²²⁹，得為有償或無償轉讓²³⁰。這樣的立法體例即將著作人自創作而享有之權利區分為精神權利與經濟權利，在

²²² 德國著作權法第 1 條原文：“Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.”，第 11 條原文：“as Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.” 譯文參考蔡明誠，註 24，頁 5。

²²³ Hilty, R. M., & Peukert, A., *Equitable remuneration in copyright law: The amended german copyright act as trap for the entertainment industry in the u.s.*, 22(2) *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 401, 406. (2004)

²²⁴ 德國著作權法第 29 條、第 31 條，及第 39 條。

²²⁵ 原文：“L’auteur d’une oeuvre de l’esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d’un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.”，譯文摘自王泰銓編印，伍、法國著作權法令暨判決之研究，國際著作權法令暨判決之研究，內政部 85 年度研究報告，頁 11。

²²⁶ 法國智慧財產權法典第 113 之 1 條第 1 句

²²⁷ 法國智慧財產權法典第 121 之 1 條

²²⁸ 法國智慧財產權法典第 121 之 2 條、第 121 之 3 條，及第 121 之 4 條。

²²⁹ 法國智慧財產權法典第 122 之 1 條

²³⁰ 法國智慧財產權法典第 122 之 7 條

繼受或讓與有不同規定，為二元論。

第二款 表演人於著作權法上受保護之基礎

加入羅馬公約之締約國有義務對著作鄰接權人提供著作相關權利主體地位之保護，德國於原著作權法加入第二篇鄰接權，納入勞動成果保護權，與著作權保護創作加以區別，惟著作鄰接權仍有別於產業保護權（如專利、商標保護或防止不正競爭之概念），故其並不以產業可利用性為必要。²³¹

法國智慧財產法典包括法律（Loi）與行政命令（Reglement）兩大部分，就其規範概念相似，皆將著作鄰接權以獨立章節規範，自體系觀之，相對於《工業財產權》，表演人之保護設於《文學藝術財產權》項目下，著作鄰接權編與著作權編並列，於《著作權鄰接權》下設《表演人權利》之章節。²³²法國智慧財產權法典第 L211 之 1 條明文規定：「鄰接權不侵犯作者權利。故本章內容不得以限制權利人行使著作權之方式為解釋。」²³³彰顯其採取著作人中心之保護角度，與德國同樣以低於著作人權利之著作鄰接權保護表演人。

²³¹ 蔡明誠，註 24，頁 7-8。

²³² https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/2020-09-24/

²³³ 原文：“Les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires.”

第四節 著作權法系之實踐：美國

第一項 聯邦立法系統

第一款 憲法著作權條款

美國為英國殖民地，在聯邦憲法制定前，各州對著作權之保護概以安妮法案為本，謹守四個限制：保護範圍限於印刷品、僅與新著作之作者與其繼受人、權利樣態為印刷及銷售複製品，有限期間。²³⁴然各州著作權法仍有在國家層級統一保護水準之必要，遂制憲者於 1787 年憲法草案置入著作權條款，承繼了英國實踐之經驗，設下四個要素：有限期間、權利主體為作者、專有權，以著作（writing）為保護範圍²³⁵。第一個要素係為永久壟斷之防止而設，第二與第三要素則是為平衡作者以及非作者但已先取得權利之人的保護，給予作者層級較高的專有權保護，最後限定保護著作則有兩個意義，一為確立保護客體為「表達」而非思想，二則以「載體」之意涵為當時書籍貿易之立法創造空間。有認為雖著作權條款繼受安妮法案的精神，以促進學習為目標，其中實存在著商業監管之思考。²³⁶

第二款 聯邦著作權法

然而，美國在立法上為著作權（copyright）法系，與作者權法系強調創作成果與創作人之連結、保護「著作人」之立場有別，乃以「權利持有者」（著作權人）為核心、支持權利內容之實現。在美國聯邦著作權法下，表演人並非直接保護對象，其透過表演所獲得之經濟回報多以契約處理，加上僱傭理論之應用，其就表演多不取得著作人或

²³⁴ Craig Joyce and L. Ray Patterson, *supra* note 135, at 931 “Copyright protection was limited: (1) to printed works; (2) to authors (and their assigns) of new works; (3) to the right to print and sell copies of the work; and (4) to a limi

²³⁵ U. S. Const. art. 1 Sec. 8 Cla.8 “To promote the Progress of Science and the useful Arts, by securing for limited Times, to Authors and Inventors, the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.”

²³⁶ Craig Joyce and L. Ray Patterson, *supra* note 135, at 939.

著作權人之地位，而由錄音製品或視聽製品之製作人取得相關權利；錄音著作自 1972 年被納入聯邦著作權保護客體後，錄音著作製作人若未透過契約取得表演人就錄製表演之同意，有可能由製作人與表演人為錄音著作共同著作人²³⁷。除此之外，美國法上就表演人之保護並不具備特別以其為主體地位之規定，若其無法取得著作權，即無法就表演主張著作權人之權利。然而，1994 國會通過為履行 TRIPs 承諾之烏拉圭回合協議法 (Uruguay Round Agreement Act, URAA)，修正聯邦著作權法第 104 條、增訂第十一章，賦予表演人就其現場表演具備一定控制能力，並就侵權行為訂有民事與刑事處罰，被稱為反側錄條款 (anti-bootlegging statute)，然而該等權利之性質為何，殊非無疑；至於著作權法上所稱公開演播權 (to perform the copyrighted work publicly)，則屬著作權人所得行使之權利內容，表演人若取得著作權利人地位，即得以主體地位行使權利。

第二項 聯邦著作權法的 perform 與 performer

第一款 公開演播權—著作權人為主體

由於美國著作權法第 101 條就 “perform” 採最廣定義，從直接演出，到透過機械設備或錄音為播送皆包括在內²³⁸，廣播機構播送轉換內容之電子訊號予觀眾，亦屬之，²³⁹須與表演人以主體地位享有之權利為區辨的「公開演播權」，其法源基礎一般認為是美國著作權法第 106 條第 4 款²⁴⁰，非以表演人為主體，是著作權利人得實現其權利內容的方式之一，²⁴¹條文列舉依其性質得為演播之標的，限文學、音樂、戲劇，及舞蹈著作，

²³⁷ 17 U. S. Code Sec.102 (a) para.7. 章忠信，美國錄音著作保護現況，2011。

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2235> (最後瀏覽日 2021/1/25)

²³⁸ 17 U. S. Code Sec.101 “To “perform” a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.”

²³⁹ *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.* 392 US 390 (1968)

²⁴⁰ 17 U. S. Code Sec.106 Cl.4 “in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly” .

²⁴¹ 陳家駿等，註 14，頁 97-98。

默劇、電影，及其他視聽著作。第 101 條將「公開演播」(perform a work publicly) 定義為：(1) 於對公眾開放之地點或任何其他通常家庭關係與社交關係以外之多數人聚集之場所為表演；(2) 將就著作之表演以任何裝置或方法播送或傳播至前款所定場所或公眾，無論接收該表演之公眾於同地或異地、同時或異時為接收。²⁴² 以下討論美國法上公開演播權之要素：

第一目 要件：對公眾開放之表演地點

第 101 條處理傳統意義上對公眾開放之地點與因科技裝置方法將非公開地點轉而具備公開性兩種情形，第 1 款之地點涵括「公開」及「半公開」，前者指公眾得毫無限制、於場地自由進出者，後者原為具若干限制、非完全公開的地點，因參與人屬於非通常家庭與社交關係之多數人而具備公開性。為了恰當地定義何謂公開演出，需具體討論「具公開性地點」之判準。

美國司法實務上有依表演受眾進入地點之目的為判斷者，如旅館的旅客在房間附設之播放設備放映租賃之影片。²⁴³ 渡假村並非影片出租商家，旅客進入渡假村房間之主要目的非觀賞影片而是住宿休憩，故該地點（渡假村房間）即不被認為屬著作權法所欲規制之公開演出；但是此判準於商場公開播放音樂須付費使用之見解明顯有所扞格。學說上有認為可借用不動產法上居家驅逐權（right to exclude）來判斷表演地點為公開或非公開空間，即表演之受眾若有權排除他人進入特定地點，該地點則屬私人地點；不

²⁴² 17 U. S. Code Sec.101 “To perform or display a work “publicly” means: (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.”

²⁴³ Columbia Pictures Industries, Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc., 866 F. 2d 278 (9th Cir. 1989), Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc., 800 F. 2d 59 (3d Cir. 1986) 就旅館播放錄影帶供房客欣賞是否構成對錄影帶之公開表演，即有分歧之見解。

過不動產法之驅逐權並非零和判斷，驅逐權原則上僅由不動產所有人及承租人享有，暫時性授權者（licenses）則否，例如購票進入電影院使用觀賞座位的情形，渡假村旅客僅就房間使用獲得暫時性授權，若以學說所提驅逐權判準，可能有不同結果。²⁴⁴

第二目 要件：對公眾播送之行為樣態

第 101 條第 2 款納入「科技裝置方法」改變了公開地點的傳統定義，使原不具公開性的地點借科技方法傳輸表演內容而具備公開性意義，就「公眾」(public)之解釋亦不再需要拘泥於「於同一地點之多數人」，擴及「發送地點以外得接收表演內容之人」；另，使用「得接收」(capable of receiving performance)亦降低權利人就接收行為確實發生之舉證。²⁴⁵由於立法上未就「公眾」為定義，在多樣的傳輸方法背景下，爭論方興未艾。

公開演播權在美國法上是著作權人得就著作為利用樣態之一，若表演人欲主張演播權，即須取得其表演之「著作權人」地位，然除了以契約方式取得權利之外，表演人另在美國聯邦著作權法上就其表演得以主體地位主張若干禁止權，其性質是否亦屬著作權之內涵，誠值探究。

第二款 表演人權—表演人為主體

第一目 未經許可就現場表演為傳輸及重製之禁止權

美國著作權法第 1101 條規定，未經表演人同意就其現場表演錄製（為錄音製品）、重製該錄音製品、向個人或公眾傳輸該現場表演之音樂與影像，以及散布、銷

²⁴⁴ 陳家駿等，註 14，頁 102。

²⁴⁵ 陳家駿等，註 14，頁 100。

售、出租，或上述行為之承諾應許，與運送本條所稱錄音製品之行為，應負如同侵害著作權者於第 502 至 505 條規定之責。²⁴⁶其規定就現場表演之特定利用行為應獲得表演人（performer）同意，表演人由此規定獲得就其現場演出一定控制能力，但其權利型態究竟為何，與著作權人就其著作所享有之權能除大幅限縮之外，規範方式亦有諸多差異，如：僅列舉「現場表演」為保護範圍、僅限特定行為方式賦予表演人禁止權而非專有排他權，未如公開演播權以「公開」為要求，只要是現場音樂表演（未固著），無論是否公開、有無聽眾，其利用皆需經表演人同意。²⁴⁷由於這些顯著的差異，該立法是否為美國就表演人賦予著作權之保護，引發爭議。

第二目 立法背景

在國際條約範疇，第一個直接保護表演人權利，禁止未經授權之側錄行為的國際條約是羅馬公約，但是美國並未加入羅馬公約。時至 1994 年結束之 GATT 烏拉圭回合談判（Uruguay Round General Agreement on Tariffs and Trade），會中通過 TRIPs 協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights），使美國在內之 WTO 會員國有義務於內國制定符合協定要求，即合於羅馬公約標準之保護智慧財產權法律，包括就現場演出及未固著表演之反側錄保護。同年 12 月，美國國會通過烏拉圭回合協議法（the Uruguay Round Agreement Act, URAA），其中第 512 條於著

²⁴⁶ 原文 17 U. S. Code Sec.1101 “(a) Unauthorized Acts.—Anyone who, without the consent of the performer or performers involved—

(1) fixes the sounds or sounds and images of a live musical performance in a copy or phonorecord, or reproduces copies or phonorecords of such a performance from an unauthorized fixation,(2) transmits or otherwise communicates to the public the sounds or sounds and images of a live musical performance, or(3) distributes or offers to distribute, sells or offers to sell, rents or offers to rent, or traffics in any copy or phonorecord fixed as described in paragraph (1), regardless of whether the fixations occurred in the United States, shall be subject to the remedies provided in sections 502 through 505, to the same extent as an infringer of copyright.”

<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title17/chapter11&edition=prelim>；譯文參考並修改自經濟部智慧財產局研究計畫，孫遠釗，美國著作權法令暨判決之研究（民國九十七年度：法令及最近判例），頁 212（2008）。

²⁴⁷ 章忠信，表演人於美國之法律保護，著作權筆記（2003）

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2274>（最後瀏覽日 2021/1/25）

作權法增訂第十一章（Sound Recordings and Music Videos）即第 1101 條，第 513 條於美國刑法就違反前開規定之特定行為樣態訂定刑事責任，合稱為《反側錄條款》(anti-bootlegging statute)。

第三目 性質爭議

1994 年 Moghadam 案，被告提出原告所主張之聯邦著作權法上反側錄條款（下稱系爭條款）違反憲法著作權條款之抗辯，其主張，系爭條款之訂定不屬憲法第一條第八款所列舉的國會立法權範圍，因而違憲，請求駁回起訴；原告美國政府回應，立法權力依據為著作權條款或商業條款（Commerce Clause）。第 11 上訴巡迴法院維持原審裁判²⁴⁸，認為系爭條款所創設之權利性質為一種混合權利，類似著作權，但不等同著作權²⁴⁹；由於被告所提防禦主張不包括對系爭條款未設期間限制之質疑，法院認為，系爭條款得依據憲法上商業條款而存立，作為「類著作權」保護之延伸，駁回被告上訴。法院一方面認為系爭條款屬於類著作權，卻以商業條款為其基礎而獲致合憲結果，此時表演人在著作權上受系爭條款保護之立法基礎仍不明確。

著作權條款

➤ 條款中「著作」(WRITING)要件，在學說與實務上被認為至少應符合有形性 (TANGIBLE FORM) 或物理呈現之要求，而現場演出欠缺固著形式，難以被著作權條款保護範圍所涵括。

商業條款

➤ 系爭立法欲規制之行為就合法經濟活動具有實質性影響，且立法源自國際貿易活動，並直接影響談判結果之履行，屬於國會立法權力範圍。

表 3-2 Moghadam 案美國憲法著作權條款與商業條款之論據整理
(資料來源：本研究整理自 United States v. Moghadam 判決書)

²⁴⁸ United States v. Moghadam, 175 F.3d 1269, 1282 (11th Cir. 1999)

²⁴⁹ *Id.* 1272-73

至 2004 年，系爭條款爭議於 Martignon 案再次引起討論，且地方法院²⁵⁰與上訴法院²⁵¹之見解分歧，主要辯論集中於系爭條款之立法目的。

	著作權條款	商業條款
地方法院	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 系爭立法之目的與著作權相同，皆為以私人財產利益鼓勵作者之才華與努力，進而促進公共利益。 ➤ 因為違反著作權條款「固著」及「期間限制」之要求，違憲。 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 雖立法源自國際貿易談判，然 TRIPs 目的「確保智慧財產權於國際貿易得到一致之承認與待遇」與會員國處理內國立法之目的未必相同，有利於貿易僅為附帶效益，不因此即定性為商業法規。
上訴法院	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 系爭立法不具著作權法律之特徵，除形式上相關立法資料並無相關敘述作為根據之外，實質亦未就「表達」為財產權之創設、賦予或分配。 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 認為以商業條款為依據，僅在管制立法於貿易之影響無合理依據，或手段與目的間缺乏合理連結時，法院始得判斷該以商業條款為基礎之法規無效。

表 3-3 Martignon 案美國憲法著作權條款與商業條款之論據整理
(資料來源：本研究整理自 United States v. Martignon 判決書)

同年加州中區地方法院在 Kiss Catalog 判決中援引 Martignon 下級審見解，以著作權條款作為系爭立法之憲法依據，並具體檢討條款要件，包括現場演出之表演是否具備著作 (writing) 之固著要求²⁵²，最後法院以違反期間限制認為系爭條款悖於憲法要求²⁵³；至於，是否存在以商業條款作為基礎而得到合憲結果之可能，法院認為任意選擇憲法上其他條款為解釋，有移除憲法對國會權力限制之疑慮，並就憲法條款解釋適用提出見解。隔年原判撤銷²⁵⁴，認為系爭條款合憲，其立法基礎為商業條款，理由如下：一、

²⁵⁰ United States v. Martignon 346 F. Supp. 2d 413 (S.D.N.Y. 2004)

²⁵¹ United States v. Martignon 492 F. 3d 140 (2d Cir. 2007)

²⁵² 此處爭議有兩種看法，有認為著作之載體應具備了固著、有形，及一定程度之持續性，現場演出並不具備這樣的條件；相反見解則指出，在演出中所進行之非法錄製行為，即屬固著。

²⁵³ Kiss Catalog v. Passport Int'l Prods, 350 F. Supp. 2d 823 (C.D. Cal. 2004)

²⁵⁴ Kiss Catalog, Ltd. v. Passport Int'l Prods., Inc., 405 F. Supp. 2d 1169 (C.D. Cal. 2005)

不需要導入欠缺依據之限制於憲法條款間的適用解釋；二、退步言之，即便採納內在限制的看法，在本案亦無此情形，因系爭條款所禁止的行為是就現場表演進行未獲授權之非法錄製，並非就原創作品為保護或授權，因此主張系爭立法應為著作權條款之補充而不是違反，既不屬著作權條款劃設範圍內的問題，則可透過商業條款加以處理。²⁵⁵

	著作權條款	商業條款
地方 法院	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 援引 Martignon 案見解，認為系爭立法性質為著作權，但違憲。 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 即便以商業條款為基礎，應以著作權條款之要求為內在限制。
上訴 法院	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 從不具備「著作」之要件反推立法基礎並非著作權條款。 ➤ 法院有義務以合憲推定為國會未表述基礎之立法尋求憲法上基礎；僅於明確逾越憲法始得宣布違憲。 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 商業條款在判例中受到廣泛承認，除了國際、州際，本地貿易活動，甚至非法市場之管制。 ➤ 側錄現場演出之行為就貿易之影響不言而喻，系爭立法直接與國際貿易條約相關。 ➤ 以憲法上個別條款之要求作為其他條款之內在限制的見解並無根據，在立法基礎的分析上，只要確認反側錄條款不屬於著作權條款之範疇，納入商業條款的領域，則不再需要考慮是否抵觸著作權條款之限制，因為如此一來會導入商業條款中不具備之條件

表 3-4 KISS Catalog 案美國憲法著作權條款與商業條款之論據整理
(本研究整理自 KISS Catalog v. Passport Int’ l Prods 判決書)

²⁵⁵ *Id.* at 1176.



系爭條款性質之爭議並未提交至最高法院，本文認為，「類著作權」或為「著作權之補充」之描述實際上確認了其「非著作權」，試圖以商業條款作為憲法基礎，就系爭規定性質之釐清並無助益，蓋商業活動之廣泛影響使貿易條款本身具備包容性，然癥結為美國著作權法以著作權人為中心，欠缺以表演人為主體之保護架構，反側錄條款所賦予之禁止權與羅馬公約就表演人之保護架構十分雷同，提供與表演人之權利為禁止權而非排他專有權，尤其在條文中以「等同」侵犯著作權之救濟（shall be subject to the remedies provided in sections 502 through 505, to the same extent as an infringer of copyright）²⁵⁶似已指出其並非著作權之性質，僅提供比照著作權之特定救濟。根據系爭條款，「表演」是否屬於「著作」並不明確，且表演人無法主張如著作權人所有之積極利用權能，以「非法側錄行為將影響權利人透過合法授權重製物自貿易活動獲利」之理由，將反側錄條款定位為商業法規，實為美國法制下的合理結果。

第三款 小結

美國聯邦著作權法原不存在以表演人為主體之保護概念，著作權法第 106 條之“perform”為著作權人就著作享有之公開演播權，由於其文義含括層面極為廣泛，即便其內涵包括直接表演，其意義亦為著作權人就其著作得為授權演示之權利，並非就著作為表演之人所得主張；同法第 1101 條規定未經表演人同意，就其現場表演重製與傳輸之行為賦予表演人禁止權，在美國法院經連續案例討論後，並不認為其為著作權，亦不會得到美國法以著作權保護表演人權利之結論，其憲法上存立基礎為商務條款，僅採便宜作法，於著作權法中規範，以適用著作權法上定義。

²⁵⁶ 17 U. S. Code Sec. 1101, *supra* note 246.

第四章 表演保護基礎與我國法表演保護規範之檢討

第一節 表演之性質

第一項 比較法觀點

第一款 德國—鄰接權說

第一目 表演之性質

德國法就著作權之保護為「創作之勞動成果」(die schöpferische Leistung)，而鄰接權則為「與著作人之著作有關之其他種類勞動成果」，其保護與工業財產(如專利、商標)的目的不同，不以產業可利用性(gewerbliche Verwertbarkeit)為要件。²⁵⁷在作者權法系的觀點下，表演人工作成果之保護並非衍生自其所表演之著作權利，就著作為表演受鄰接權保護並不以該著作仍於法定保護期間內者為限，亦包括公共領域著作及外國人著作，析言之，表演人就該表演所享有之權利為一固有權。²⁵⁸

德國於 1961 年加入羅馬公約後，明文於著作權與鄰接權法承認鄰接權制度，直接在鄰接權章節賦予表演人就其表演之保護規範，與著作限於「人類智慧創作」之概念脫鉤。不同於作者就其著作享有廣泛利用權能，直接以「鄰接權」保護必要性來劃設具體權利樣態，賦予鄰接權系統下的表演人主體地位。另外，因應加入 WPPT，2003 年修法於著作權法納入對民間藝術表現形式為表演之人的保護，現行著作權法第 73 條就表演人為定義：「本法所稱之表演人，為演出、歌唱、演奏或以其他方式就著作或民間藝術表現形式為表演之人，或就該表演有藝術上共同參與者。」²⁵⁹

²⁵⁷ 蔡明誠編印，註 24，頁 7。

²⁵⁸ V. Gamm, Urheberrechtsgesetz, Rdnr.4; Ulmer (1957), S.23; ders., Urhebervertragsrecht, Rdnr.75; Flechsig (1977), S.30. 轉引自陳家駿等，前註 14，頁 50。

²⁵⁹ 原文 “Ausübender Künstler im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Werk oder eine Ausdrucksform der Volkskunst aufführt, singt, spielt oder auf eine andere Weise darbietet oder an einer solchen Darbietung künstlerisch mitwirkt.”

德國著作權法第 73 條要求表演以著作與民間藝術為基礎，其中著作之概念需對照同法第 2 條「受保護之著作」之內容，承前所述，其規範方式以「人類智慧創作」為前提（第 2 項），以文學、科學與藝術著作等 7 款類別為例示（第 1 項），最後加上就該表演具有藝術性參與之人，就「藝術性參與之人」之範圍有兩種看法，一為前二類表演人之限縮，即排除僅負責機械技術之人，第二種看法則認為其為工作成果唯一性（Einmaligkeit）之強調，只要其表演不可能完全重複，即有第 73 條之適用，不以特定職業或階層為斷，這種看法比較寬泛，可能會擴大表演受保護之資格範圍。²⁶⁰

相對於著作「質」的要求，表演本身受保護並不要求等同著作之質量，由於從基礎上省略原創性要件，表演雖在權利樣態上比起著作人略為限縮，在保護門檻上卻較為寬泛，以下就其權利要件討論分析之。

第二目 權利要件

A 藝術性

根據官方草案說明，德國著作權法第 73 條置入「藝術上共同參與」係為劃設保護範圍，排除非直接參與，而是間接進行之人（如戲劇導演、樂團指揮）與技術工作人員。²⁶¹惟學說上將此要件解釋為本條一般性要件，即以「具備藝術表演之天份或才能」（künstlerische Einfühlungsvermögen）為保護門檻，保護標的性質為特殊工作成果（spezifischer Leistungen），具備藝術表演才能始滿足本條受保護之資格，此觀點亦為德國聯邦最高法院所肯認。²⁶²依此解釋，表演人須「具有藝術表演才能」，且在成果上

²⁶⁰ 陳家駿等，同註 14，頁 47-48。

²⁶¹ Dünwald, UFITA 52(1969), 49,73; ders., UFITA 65(1972), 99,103; Gentz, GRUR 1974, 328, 330. 轉引自陳家駿等，同註 14，頁 47。

²⁶² Schricker/Krüger, Urheberrecht, 2. Aufl., vor §§73ff. Rdnr. 4. 轉引自陳家駿等，前註 14，頁 48。

要求其具備唯一性 (Einmaligkeit)；析言之，表演無法由其他條件相似的表演人「完全相同」地重複、操作演出，這樣的標準須由個案具體判斷。²⁶³該藝術性的內涵，或可參考聯邦憲法法院就「藝術表達」²⁶⁴的見解，其認為，無法就所有藝術表達形式找到單一可行之定義，然廣泛式的描述包括：

1. 是一種自由創作活動，藝術家的經驗、知識與印象得透過一種特定形式的語言被直接感知，藝術創作過程混同了想像力與藝術能力，其為創作者個人特徵最直接的表達。²⁶⁵
2. 藝術的形式包括活動與其結果，如戲劇、詩歌及繪畫等。²⁶⁶
3. 藝術表達之另一特徵是得用多種方式來詮釋，可提供源源不絕、多層次的訊息來源。²⁶⁷

總結憲法法院的見解，藝術表達包括高度專業及個人化特性，其範圍表演藝術及視覺藝術領域，雖無法得到「藝術性」之定義，但得以作為德國法就此要件理解之參考。

B 客體範圍

(1) 就著作為表演

與羅馬公約或 WPPT 相較，德國著作權法係以「著作」(Werke)而非「文學或藝術作品」(literary or artistic works)為其表演人受保護之客體範圍描述，故一般認為德國著作權法第 73 條所指「著作」，須由同法第 2 條確定其範圍，第 2 條第 1 項為著作

²⁶³ 同前註。

²⁶⁴ 德國憲法法院認為，藝術自由 (基本法第 5 條第 3 項) 屬於言論自由 (基本法第 5 條第 1 款) 之特別規定，遂發展出一套特別的標準。

²⁶⁵ Mephisto Case, 30 BVerfGE 173 (188-89) (Ger.).

²⁶⁶ Street Theater Case, 67 BVerfGE 213 (226-27) (Ger.).

²⁶⁷ *Id.*

例示規定，第 2 項：「本法所指著作限於個人智慧創作。」²⁶⁸被認為是著作一般性保護要求。如此強調著作為「人類智慧創作」的用語常見於作者權法系，其認為僅自然人得成為作者，排除法人或公司，因為智力或精神為自然人獨有特徵。²⁶⁹

德國法就表演權利基礎為固有權以及藝術性為一般性要件的解釋，有認為可能因為需要在個案中排除「著作」限制並就藝術性為個別判斷而顯得不穩定（例如對非人類智慧創作為表演），應考慮將表演保護客體描述「就著作為表演」調整為「具藝術性之表演其種類與方式」；²⁷⁰然而現行法仍以「著作」或「民間藝術表現形式」為表演之標的，未來仍需透過修法來解決實務學說與現行法規範不合致之情形。

（2）就民間藝術表現形式為表演

德國 1996 年簽署 WPPT，並於 2009 年批准、隔年生效，在國內著作權法第 73 條表演人之定義，加入對民間藝術表現形式（Ausdrucksform der Volkskunst）為表演之人的保護。²⁷¹不過，就如同在其他已發展國家的情形，民間藝術表現形式保護在國內缺乏相關利益人，對於保護發展中國家民俗傳統資源之輸入利用更缺乏動力。

C 其他要件

（1）公開

表演人就其表演而受保護之客體應以得為表演之著作為限。德國著作權法在第四章著作權內容第三節就著作之利用方式加以規範其權利內容，第 19 條規範公開口述、

²⁶⁸ 原文：Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.

²⁶⁹ 蔡明誠編印，註 24，頁 7。

²⁷⁰ Lewinski, in: Schricker (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, 1997, S. 229,285.

²⁷¹ <https://wipolex.wipo.int/zh/treaties/parties/remarks/DE/20> (最後瀏覽日 2021/1/25)

公開演出、公開上映等利用型態之權利，對照第 73 條之規範，以演出、歌唱、演奏或以其他方式為「表演」。雖然國際條約並未就表演行為加上「公開」或「藝術性」的條件²⁷²，故僅於錄音室、攝影棚等非公開場所表演，或僅就作品為簡單宣讀朗誦，並不影響其為表演之資格²⁷³；德國通說認為，「公開性」為表演之本質，即表演須使第三人得以察覺該著作，始足當之，若缺乏聽眾在場，僅表演人自行表演則不屬第 73 條所稱表演之範圍。²⁷⁴

(2) 輔具與範圍

就演出 (Aufführung) 之形式，德國聯邦最高法院認為應具備直接性，例如自樂器發音使聽眾得直接察覺。²⁷⁵惟這樣的定義可能不足以反映生活文化之發展與變化，在大型演出場所，現場演奏必須透過器材輔助以擴音支持音響效果，故學說及實務就該定義做出補充，含括非直接、以麥克風或揚聲器等設備支撐輔助，而使聽眾有現場體驗之演出。²⁷⁶

第二款 美國—著作權說？

第一目 表演之性質

美國聯邦著作權法原則上無以表演人為權利主體之著作權相關規範，著作權法之公開演播權屬於著作權人利用著作的型態之一，而例外納入著作權法之反側錄條款，被認為不是著作權。著作權法系採取法定權說的立場，與採取自然權說認為著作人就

²⁷² WPPT 第 2 條第 a 項；BTAP 第 2 條第 a 項。

²⁷³ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, at 268.

²⁷⁴ 陳家駿等，同註 14，頁 51。

²⁷⁵ BGH, GRUR 1983, 22, 25—“Tonmeister”。

²⁷⁶ OLG Köln, GRUR 1984, 345—“Tonmeister II”，參見陳家駿等，註 14，頁 51-52。

其著作擁有廣泛的利用權並透過解釋得以包攝各種利用型態的作者權法系不同，著作權法系之權利來自國家法律授與，為考慮對公共利益之影響，其立法特徵是詳細地列舉專有權或禁止權之種類，美國採行之立法方式即為典型代表，權利人就著作或表演享有之權利僅限立法列舉範圍，在聯邦著作權法體例納入表演人之權利限於列舉之現場表演非法利用之禁止權。

在國際條約的調和下，美國為配合 TRIPs 協議之要求，在著作權法中納入反側錄條款，使表演人獲得著作權法上權利主體地位、享有現場表演之若干控制權（見本文第三章第四節第二項第二款）。惟表演人就其表演所得享有之權利，在美國主要仍透過契約處理，例如錄音製作人透過契約取得表演人同意將其表演錄製於錄音著作，由錄音製作人為著作人，享有著作權；或由僱傭契約取得表演人就其表演之權利，由唱片公司取得錄音製品之著作權。²⁷⁷

反側錄條款之保護客體是現場表演，明文不及於表演人同意「固著」表演後之利用。與著作權人之公開演播權相較，現場表演之保護並未設下「公開」之要件，則非公開進行之表演是否受反側錄條款保護？另外，表演（performance）在美國法上的保護方式，與國際條約體系相同，以固著為保護分軌時點，分由「已固著」之錄音著作／視聽著作，及「未固著」之現場表演不同保護系統，然而固著之意義為何？何以此時點為區別權利類型？以下進行討論與分析。

²⁷⁷ 章忠信，前註 247。

第二目 概念要素分析

A 不以公開為要件

美國著作權法第 1101 條未如同法第 106 條第 4 款就公開演播權範圍限縮於「公開」行為，而以“live”（現場）作為該表演「未固著」特質之描述，而不要求「觀眾」要素。這是因為美國法就“perform”文義採取最廣義解釋，從直接進行表演到藉由設備播送該現場演出或錄製品上內容皆包含在內，即對觀眾進行著作內容之傳達；故侵害公開演播權必須以表演公開進行為成立條件²⁷⁸（詳本文第三章、第四節、第二款、第一目），侵犯表演人就違法側錄行為之禁止權則不以表演公開進行為要求。

本文以為，在保護要件要求之不同係出於不同立法目的：前者因為“perform”寬廣的文義範圍須加上公開要件作為限制，否則延伸至私人場域除了有隱私侵害疑慮之外，著作權人事實上亦無法掌握此類利用²⁷⁹，即以著作演播受眾範圍來評估影響性；後者則是為了防止違法側錄與重製表演行為對表演跨國發行利用所預期經濟利益之危害，由於表演人對其表演之控制權本不及於合法固著後之利用，故針對未固著表演之保護不需加上公開要件，且違法側錄行為應視為一連串利用（重製、傳輸）行為之著手，其影響性非以表演進行當下進行衡量足矣，為了阻絕後端利用，在不具備觀眾之彈奏演繹時，即應賦予表演人就表演內容控制之權利。

²⁷⁸ <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/106> (最後瀏覽日 2021/1/25)

²⁷⁹ 陳家駿，前註 14，頁 99。

B 未固著之現場表演

國際條約在表演的保護上，雖未必以固著為權利要件，卻以固著時點區分權利型態，在未固著表演另賦予「固著權」。著作權法系就「著作」權利保護通常要求有形形式之固著；²⁸⁰承前所述，美國聯邦著作權法上所保護之表演人權利係針對「現場表演」，即以未固著之表演為客體。從本文前述討論可知，美國著作權法保護現場表演並非為了賦予表演著作權客體之地位，僅是為了合於貿易協定之要求。

第二項 我國法觀點

第一款 法源

我國法上，對表演人之表演保護始於 1985 年著作權法全文修正，於第 3 條第 18 款以「演講、演奏、演藝、舞蹈著作：指以聲音或動作所為之現場表演。」為定義規定，第 4 條第 13 款「除本法另有規定外，其著作人於著作完成時享有著作權：演講、演奏、演藝、舞蹈著作」為賦權規定。1992 年將原第 3 條第 18 款規定分列於修正後第 5 條第 1 款語言著作及第 3 款戲劇、舞蹈著作。²⁸¹1997 年配合 TRIPs 第 14 條第 1 項保護表演人之表演的規定，新增第 7 條之 1「表演人對既有著作之表演，以獨立之著作保護之。」²⁸²在相關審查說明中，提及「表演除固著於媒介之即興表演外，是再現著作內容方法之一種，本身亦無著作內容，以著作權保護亦不合法理，故改依鄰接權保護…（略）」²⁸³

²⁸⁰ 17 U.S.C. Sec. 102: "Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device."

²⁸¹ 參見我國立法院第一屆第 88 會期第 32 次會議議案關係文書，院總第 553 號政府提案第 3963 號之 1，頁 25。<https://lis.ly.gov.tw/lcggi/lgmeetimage?cfcec7c7cdcacfcc5c7cdd2cec7c9>（最後瀏覽日 2021/1/25）

²⁸² 立法理由謂：「二、按所謂「表演」係指對既有著作以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法加以詮釋。由於不同之表演人對著作有不同之詮釋，亦具創意，故與貿易有關之智慧財產權協定第十四條第一項規定會員應保護表演人之表演，爰增訂之。」
<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lawsingle?0006098B4C600000000000000000000014000000004FFFFFA00^01176086123000^00005001001>（最後瀏覽日 2021/1/25）

²⁸³ 參見我國立法院第三屆第 3 會期第 5 次會議議案關係文書，院總第 553 號政府提案第 5490,810,1548

然而為何未採取提案委員所擬之鄰接權專章規範，據會議文件記載，認為增訂鄰接權於著作權法涉整體架構，僅欲處理符合 WTO 法律標準之部分²⁸⁴。2004 年於第 7 條之 1 以獨立著作保護之表演範圍納入對民俗創作之表演，以符合 WPPT 保護表演人就民俗創作為表演之權利²⁸⁵。

第二款 學說見解

我國立法用語謂「以獨立之著作保護」，一般認為表彰其與「著作」有別，但是否應以著作要件為保護要求，未有通論；除此之外，我國法對表演人之保護採取在個別條文下另設項規定，如第四節著作財產權中，第 22 條重製權僅對表演人提供特定方式重製其表演之專有權，第 24 條及第 26 條就表演人就其公開播送與公開演出之權利為限制，第 26-1 條、第 28-1 條及第 29 條限定其重製於錄音著作之表演專有公開傳輸、散布與出租權；有疑問者，現行著作權法第 7 條之 1 以獨立之著作保護表演，則著作與著作人篇章其餘通則規定是否得一概適用於表演人？更甚者，表演是否須符合未明文之著作保護要件—原創性要求？以下分別介紹學說上不同見解。

號之 1，頁討 141-42。

²⁸⁴ 前註，併案審查著作權法修正草案審查報告三、(8)

²⁸⁵ 立法院第五屆第 3 會期第 15 次會議議案關係文書，頁討 181-82。

第一目 著作權說

A 獨立著作說

我國受制於貿易壓力，在 1985 年及 1998 年的著作權法修正案中增加著作種類²⁸⁶，及在個別條文置入對表演人之保護規定²⁸⁷，有認為我國就表演人權利於著作權法中規定「以獨立著作保護之」，應符合著作之權利保護要件，其保護範圍應為滿足「著作」要件要求之表演。²⁸⁸

B 衍生著作說

學說上亦有認為，表演適用衍生著作之解釋，蓋表演為一種類似改作之創作方法，表演之成果屬於現行法所承認之著作類別之一，例如演奏他人所寫音樂，為改作之衍生著作，其演奏成果為「表演」。²⁸⁹或認為，自立法體系觀察，我國法既將衍生著作、編輯著作及表演人之表演安排於著作權法第 6, 7, 7-1 條，同時加上「不影響原著作」之防衛條款，可認為表演性質與衍生著作或編輯著作相近，為衍生著作之一種。

²⁹⁰

我國法上就衍生著作規定於著作權法第 6 條第 1 項：「就原著作改作之創作為衍生著作，以獨立之著作保護之。」第 3 條第 1 項第 11 款定義改作為：「指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」改作是否具備足夠新創意達至「衍生著作」得為獨立著作之保護，抑或僅屬單純重製物，實務上認為應由個案認

²⁸⁶ 民國 74 年著作權法第 3 條第 18 款：「演講、演奏、演藝、舞蹈著作：指以聲音或動作所為之現場表演。」

²⁸⁷ 民國 87 年著作權法第 7 條之 1 第 1 項、第 22 條第 2 項、第 24 條第 2 項、第 26 條第 2 項、第 26 條之 1 第 2 項、第 28 條之 1 第 2 項、第 29 條第 2 項。

²⁸⁸ 羅明通，著作權法論（一），2005，六版，頁 121-22。

²⁸⁹ 章忠信，著作權法逐條釋義，頁 40，2019 年，五版。

²⁹⁰ 蕭雄淋，表演的權利定位問題，著作權法漫談精選，頁 286-88，1995。

定，即發生爭執時，由司法機關依事實調查認定之。²⁹¹換言之，衍生著作得以獨立之著作為保護，一般認為應有智慧之投入，或謂具備原創性²⁹²，惟其程度要求是否與一般著作相同，未見相關討論。另我國學說有認為，衍生著作應於外面形式變更原著作，內在保有原著作表現形式，並得以推知原著作之存在。²⁹³就既有著作為表演，於我國法上應檢視形式上表演與其所表演著作之關聯，與實質上表演人就其表演投入智慧或原創性之有無。

由於我國法亦保護對民俗創作之表演，該表演是否得適用衍生著作說，有論者認為，由於民俗創作無原著作存在，因此不生是否為衍生著作之問題；²⁹⁴本文認為，國際間納入就民俗創作表演之保護，係為保存及開發傳統文化資源，如就流傳已久而難以確定作者之民謠為表演以及利用²⁹⁵，國際上普遍認為民俗創作無法為著作權標的原因，並非略謂無原著作內容存在，而是其性質與著作權法制所保護之著作概念不同，其為「活的遺產」，具有不斷變動且具有集體創作的特徵，與特定個體於特定時間完成之創作有根本上的差異。²⁹⁶故就民俗創作為表演，因為民俗創作本身不具備可著作權性，就其為表演無法成立衍生著作。

C 共同著作說

另外，曾有論者認為，由於我國實務就共同著作要件認為共同著作人須於創作之際彼此具有共同關係、個人創作部分無法分割利用，既著作先於表演獨立存在且得為

²⁹¹ 經濟部智慧財產局 100 年 3 月 1 日電子郵件 1000301c 函釋

²⁹² 智慧財產法院 105 年度刑智上訴字第 7 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 290 號民事判決。

²⁹³ 蕭雄淋，著作權法論，頁 100-01，2015。

²⁹⁴ 林郁菁，著作權法對表演人保護規範本土化之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 61，2007。

²⁹⁵ 詳本文第二章、第一節、第二款。

²⁹⁶ Silke von Lewinski, *supra* note 56, 529-30.

人利用，即使將表演解為表演著作，亦無法與原著作成立共同著作。²⁹⁷惟本文認為，在科技發展的影響下，可預期，創作方式同時將愈發多元，意味著思想表達的形式將趨於多樣，這一點在我國著作例示類型或其他保護客體範圍逐漸增加亦得佐證；表演與著作事實上存在互相依附之關係，表演利用既有著作為呈現，而著作亦須透過表演人以技術將著作具體化（如舞蹈、戲劇、音樂將舞碼、劇本、樂譜具體呈現），且在特定著作類型（如表演藝術領域之作品），作者之創作僅具備「腳本」性質，其創作最終呈現的形式是表演。此依附互需的合作關係中，既有「著作」完成之時，雖其得在市場流通利用（如銷售樂譜、劇本），自表演著作之角度而言，僅完成具體成果之一部，仍需表演人透過每次呈現加以完成。在我國實務就共同著作須於創作之際存在共同關係的要求下，共同表演，或共同創作劇本等相同類型之工作成果，基本上皆得承認其共同關係，然而不同類型之工作成果，如表演人與著作人之間是否亦得成立共同著作，本文嘗試在現行法律架構下透過解釋尋找其基礎。

我國著作權法第 8 條：「二人以上共同完成之著作，其各人之創作，不能分離使用者，為共同著作。」實務上則以：須二人以上共同創作，於創作之際有共同關係，及著作為單一型態等三要件為共同著作之要件。²⁹⁸其中「共同關係」有謂契約中有成為共同著作人之約定²⁹⁹、非各自個別創作³⁰⁰之情形。不過，表演人對於著作如何為表演，並非一機械式操作，且存在大量的個別詮釋差異，不同表演人就同一著作之詮釋，事實上具備單一性，任何兩位表演人、甚至是同一位表演人就同一著作於不同時間為表演，皆不可能完全相同，此為表演人置入其原創性範圍之一。再就實務所要求之要件檢視，著作

²⁹⁷ 林郁菁，前註 294，頁 61。

²⁹⁸ 最高法院 105 年台上字第 2459 號刑事判決、智慧財產法院 104 年刑智上易字第 62 號刑事判決、智慧財產法院 102 年民著上更（二）字第 1 號民事判決。

²⁹⁹ 同前註。

³⁰⁰ 最高法院 86 年台上字第 763 號民事判決。

人與表演人雙主體即可滿足「二人以上」要件，「於創作之際有共同關係」要件應有空間自表演呈現之觀點為解釋。以傳統上表演藝術領域之著作而言（舞蹈、戲劇、音樂），著作人為舞碼、劇本及樂譜之創作時，即已預設其將被表演，並置入角色、樂器聲部之分配，而其著作之實現必須透過專業人士詮釋其指示而加以表演，縱使其得排除表演，單獨為重製、散布等利用，其「實現」仍須透過表演人，一次又一次詮釋、演出，自一般觀眾視角欲認識該著作，必須透過表演人之演繹。從著作透過表演而實現著作人構想之角度出發，著作人與表演人就其專業認知，實充分地尊敬且倚賴對方之產出成果，本文認為，似有空間認為表演人與著作人存在一默契，就著作為表演所呈現者才是完整作品，而符合「於創作之際有共同關係」要件，似有空間認為表演人就著作為表演得與著作人之創作成立共同著作。

D 著作之原創性標準探討

若以「獨立之著作」保護表演，無論是獨立著作、衍生著作或共同著作，由於各國著作受保護之基礎概以「原創性」為核心條件（例如美國法未就著作為定義，逕以原創性作為保護條件）³⁰¹，雖各國內國法多無就原創性內涵直接定義，為了避免保護落差不利於國際貿易與文化多樣性之發展，國際條約即扮演協調角色，使保護理由與基礎各異之國家，在立法原則上逐漸趨同³⁰²，例如，WIPO 專家委員會³⁰³曾就伯恩公約第 2 條「著作」作出闡釋：與智慧創作（intellectual creation）為同義詞，且創作應包含一想法的原始結構（an original structure of ideas or impressions），而原創性即為「著作概念定義的組成部分」。³⁰⁴

³⁰¹ 17 U.S.C. Sec.102 (a)

³⁰² ELEONORA ROSATI, ORIGINALITY IN EU COPYRIGHT: FULL HARMONIZATION THROUGH CASE LAW, 70 (2013).

³⁰³ 全稱為 WIPO Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright

³⁰⁴ First Session, Document CE/MPC/I/3, at 16.

確立原創性為著作保護的核心原則後，各國有空間就原創性之具體內容加以填補；首先，自區域法上的觀點，對美國與歐盟分別觀察，再介紹我國實務情形：

一、美國對於著作保護要求「原始性」及「創作性」，原始性的保護起源於就單純訊息作品（如地圖）之保護，若對其直接複製將構成侵權，不過原始性的要件在訊息獲取快速、管道多元的今日，在潛意識模仿的案例中，明顯陷入困境³⁰⁵；創作性則源自舊曲改作，法院認為，除原始性之外，須表現出「思想上的創造力」，始可獲得保護。³⁰⁶最高法院在 Feist 案認為，原創性之標準僅具備源於作者、及要求「額頭流汗」之勞動程度並不足夠，至少需要具備「最低程度之獨創性」來與單純需時間與努力而非創意的作品區別。³⁰⁷滿足上開要件之著作，其著作權人即有權就著作為列舉型態之利用，美國法並區分依著作性質得就著作為公開演播（perform publicly）或公開展示（display publicly）等權利行使方式。³⁰⁸美國法的選擇意味著，受著作權保護無涉新穎性或審美價值判斷，然僅是額頭汗水（sweat of the brow）與勤勉蒐集（industrious collection），無法滿足原創性要件，在具體要求上，需要滿足獨立創作與最低程度創意。³⁰⁹

二、至於歐盟的實踐亦非一致，除了國家之間政策不一，亦有不同著作領域之差異，歐盟法院從原創性之討論著重在新興領域如電腦程式、資料庫，及攝影作品，至於立法層面則於軟體指令³¹⁰、照片指令³¹¹，及數據庫指令³¹²等規定就原創性有所描述，歐盟在電腦軟體與攝影作品的標準上明顯高於美國法，例如德國明確要求攝影作品必須與既存

³⁰⁵ William W. Fisher II, *Recalibrating Originality*, 54(2) *Houston Law Review* 437,438 (2016).

³⁰⁶ Eleonora Rosati, *supra* note 302, 84-85.

³⁰⁷ *Feist Publications v. Rural Telephone* 499 U.S. 340, 111 S. Ct. 1282 (1991)

³⁰⁸ 17 U.S.C. Sec.106 Cl..1 (4) and (5)

³⁰⁹ Eleonora Rosati, *supra* note 302, 80-81.

³¹⁰ Article 1 (3), Directive 2009/24/EC

³¹¹ Article 6, Directive 2006/116/EC

³¹² Article 3(1), Directive 96/9/EC

照片存在明顯差異、電腦程式亦需與一般程式相比存在顯而易見的創意才能獲得著作權保護。³¹³原創性原則上與作者個人特徵緊密相關，多有「作者自身智慧創作」(the author's own intellectual creation)之描述³¹⁴，在其他案例的討論亦有如：「創作自由」(creative freedom)、「個人風格」(personal touch)、「自由與創作性之選擇」(free and creative choice)³¹⁵等敘述。歐盟法院就落差最大的攝影與數據庫領域試圖加以調和，其以「作品須反映作者源自其知識之創造」及「創作時作者有不受限制之選擇可能足以表彰其個人與作品之連結」³¹⁶，整體而言，原創性在世界各國著作權保護上的要求，歐盟標準「作者自身智慧創作」比美國「最低程度之獨創性」更為嚴格³¹⁷，然而在光譜的兩端之間，仍然存在以創造性、不平凡或作者個人特徵之要求，例如荷蘭最高法院即以「作者所為之選擇表現了足夠的創作性，使作品不平凡，始得享有著作權保護，但創新之判斷並非客觀單一標準，而是從作者的主觀視角檢查其是否為原創」。³¹⁸

三、我國實務就「著作」之原創性論述，似兼有上述兩種實踐之影響，有拆解為原始性及創作性二要件者，亦有認為原創性乃指涉作者之獨特個性者，前者看法近於美國法，後者則與歐盟法相似。本文整理表列如下：

³¹³ William W. Fisher II, *supra* note 305, 438-439.

³¹⁴ Eleonora Rosati, *supra* note 302, 3-4; Case C-5/08 *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009] I-06569, Case C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace-Svaz softwarové ochrany v Ministersro kultury* [2010] I-13971.

³¹⁵ Eleonora Rosati, *supra* note 302, 4-5.

³¹⁶ Case C-604/10, *Football Dataco Ltd. v. Yahoo! UH Ltd.*

(2012), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsfnum=C-604/10&language=EN>, M. M. Walter & S. von Lewinski, *supra* note 177, 5.1.15.

³¹⁷ Eleonora Rosati, *supra* note 302, at 60.

³¹⁸ HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585 m.nt. JHS (Kecofa/LancomeParfums). William W. Fisher II, *supra* note 305, at 444.

法院及判決字號	要旨	內文節錄
最高法院 106 年台上字第 970 號 民事判決	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 原創性：足以表現出作者之個性或獨特性。 	<p>「...前者足以表現出作者之個性及獨特性，而具有創作性，符合語文著作之著作權保護要件，後者足以表現著作人之個性或獨特性，而具有原創性要件，為著作權法所保護之圖形著作...。」</p>
最高法院 104 年台上字第 2980 號 刑事判決	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 「原創性」包括二要件：原始性與創作性。 	<p>「...所謂『原創性』，廣義解釋包括『原始性』及『創作性』，『原始性』係指著作人原始獨立完成之創作，非抄襲或剽竊而來，而『創作性』，並不必達於前無古人之地步，僅依社會通念，該著作與前已存在之作品有可資區別，足以表現著作人之個性為已足。...」</p>
最高法院 97 年台上字第 1214 號 判決	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 著作要件：思想或感情之表現、有一定表現形式，要求原創性。 ➤ 原創性程度須達到讓人認識作者之個性始有保護必要。 	<p>「著作權法所保護之著作，係指著作人所創作之精神上作品，而所謂精神上作品，除須為思想或感情上之表現，且有一定表現形式等要件外，尚須具有原創性，而此所謂原創性之程度，固不如專利法中所懼之發明、新型、新式樣等專利所要求之原創</p>

智慧財產法院
109 年民著訴字第 4 號
民事判決

➤ 原始性：著作人為創作時並未抄襲他人著作，獨立完成創作。

➤ 創作性：創意性或創意高度，基於作者人格精神作用，表達其內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人個性。

性程度（即新穎性）較高，亦即不必達到完全獨創之地步。即使與他人作品酷似或雷同，如其間並無模仿或盜用之關係，且其精神作用達到相當之程度，足以表現出作者之個性及獨特性，即可認為具有原創性；惟如其精神作用的程度很低，不足以讓人認識作者的個性，則無保護之必要。」

「... 所謂創作，即具『原創性』之人類精神上創作，包含『原始性』及『創作性』之概念。『原始性』係指獨立創作，亦即著作人為創作時，並未抄襲他人著作，獨立完成創作。『創作性』則指創意性或創意高度，即作品須係基於人格之精神作用，以表達著作人內心之思想或感情，而具有最低程度之創意，足以顯示著作人之個性。...」

經濟部智慧財產局
98 年 4 月 27 日
電子郵件 980427A 函釋

➤ 創作性：指作品須符合一定創作高度，採最低創作性、最起碼創作之創意高度（美學不歧視原則）。

「按著作權法所稱之『著作』，本法第 3 條第 1 項第 1 款明定屬於指文學、科學、藝術或其他學術範圍之『創作』。因此，著作符合『原創

	<p>➤ 創作性判斷標準：採個案認定。</p> <p>性』及『創作性』二項要件時，方屬本法所稱之『著作』。所謂『原創性』，係指為著作權自己之創作，而非抄襲他人者；至所謂『創作性』，則指作品須符合一定之『創作高度』，至於所需之創作高度究竟為何，目前司法實務上，相關見解之闡述及判斷相當分歧，本局則認為應採最低創作性、最起碼創作（minimal requirement of creativity）之創意高度（或稱美學不歧視原則），並於個案中認定之。」</p>
--	--

表 4-1 我國實務就著作原創性見解彙整表
（本研究整理）

由表 4-1 可知，我國法就原創性之標準兼有個人特徵以及最低創作性的描述，至少以單純技能、勞動或資本作為承認其創意程度，而滿足著作原創性之論述，在我國法上是前所未見的。回歸到表演，其在我國法上究竟是因表演人所呈現的創意、個人特徵，抑或是技能、勞動，而「以獨立之著作保護」，並不清楚，本文擬於本章第二節分別自表演、錄音，以及攝影著作案例，比較分析之。

第二目 鄰接權說

我國學說一般肯認以「低於著作」之程度保護表演，然其保護基礎與差別對待之正當性論述則略有不同，介紹如下：

觀點一是立論於著作推廣之貢獻，惟不認為表演人有新創內容之產出。著作向公眾傳達時，通常需要組織或個人居間加以利用著作，其推廣、傳播之貢獻與著作本身互為依存，為保護其利益而創設與著作具有緊密為鄰權利關係之鄰接權制度，以表演人，錄音製品製作人及廣播機構為保護對象，並後設地認為，此媒體利用關係在精神價值亦被承認。³¹⁹在修法歷程中，亦有認為表演屬再現著作內容之方法，本身無著作內容，因以著作權保護不合法理，應依鄰接權保護。³²⁰

另一種看法則肯定表演雖立基於他人著作，仍具備個人創意；即表演人實為著作之利用人，但其於著作詮釋所投入之培訓成果及個人創意仍應予肯定，故就具備一定程度創作性與獨立經濟利益之表演，應獲得比照著作之適度保護，³²¹似有將表演為類型化賦予著作保護之概念。

在鄰接權與著作權的保護差異論述中，一般皆肯定表演人與錄音製品製作人及廣播機構就著作推廣所之工作成果及經濟投入，但在保護適當性的思考上，除了保護基礎存在之外，需考慮適當性。在財產理論下，以勞動轉化著作為其工作成果，增加社會價值的論述，於表演人有助著作流通、為公眾所接觸、認識之工作成果，普遍獲得肯認，以培訓成本、工作成果來解釋表演以鄰接權保護較無爭議；然而，同樣以鄰接權保護的範圍中，表演在許多類型上要求高度屬人性，例如電影、戲劇選角，或需要特定技

³¹⁹ 蕭雄淋，著作鄰接權與日本著作權法，中興法學，第 22 期，1986 年，頁 497。

³²⁰ 參見我國立法關係文書，前註 283。

³²¹ 蕭雄淋，前註 293，頁 108。

術與專業知識，其保護基礎與其他鄰接權人受保護多立基於投資（如廣播機構、錄音製作人就硬體設備投入之器材與場所等經營資本）顯有不同，若蓋以在著作的影響下，「原創性」程度顯為不足作為差別對待之理由，³²²事實上我國實務上就著作之原創性要件要求甚低（見表四），本文認為並不允洽，表演人就著作為表演所投注的心血與創作性，或具備強烈個人特質的表演人就著作本身的創作性影響，需要更為公平的保護架構加以肯認，本文擬於第五章第二節提出類型化建議，建構表演保護之原則與例外。



³²² NIMMER ON COPYRIGHT, §8. E. 01[A] (2001).

第二節 我國現行法就表演之保護情形

第一項 立法沿革

為討論將表演以獨立著作為保護於我國法上之正當性，有必要先檢視現行法例示著作類型與其獲得著作地位之關聯，再就表演以著作保護之適格加以確認。

我國於1928年公布民國17年著作權法，就書籍論著及說部、樂譜劇本、圖畫字帖、照片雕刻模型，及其他關於文藝學術或美術之著作物賦予重製權；1944年修正公佈民國33年著作權法，將圖畫字帖及雕刻以「美術製作」上位概念加以含括，擴大了視覺藝術領域之保護客體範圍，加入發音片、及電影片，其體系概念呈現為：「文學」、「藝術」（狹義）、「表演藍圖」、「固著物」；至1985年大幅調整著作類型於民國74年著作權法第4條，除加入概括條款，定性第4條明示類型為例示性質，有空間透過解釋納入其他著作類型，且明文賦予著作權人專有重製、公開口述、公開播送、公開上映、公開演奏、公開展示、編輯、翻譯、出租及改作之權，賦以「著作權人」專有權，除另有規定外，原則上為著作人終身享有。³²³

1985年之修法將原保護客體「文字之著譯」、「美術之製作」、「樂譜劇本」、「發音片照片或電影片」四種類別調整為十六類及「其他著作」，其實亦更動了原「樂譜劇本」之性質，蓋與文字著作相較之下，劇本雖以文字呈現，惟其作品之完整形式乃戲劇表演，與樂譜同需仰賴表演人以其專業技術加以轉換甚至加上詮釋，使劇作家、作曲者所欲呈現的作品躍然眼前。劇本與樂譜僅為乘載作者指示之「載體」，為作品呈現之「藍圖」，僅有概要記載，嚴格來說其非作品本身，作品呈現需要透過表演人加以完成。立法者更動了此設計，將劇本劃入「文字著述」，將樂譜以音樂著作稱之，另就文字、音

³²³ 民國74年著作權法第8條：「著作權歸著作人終身享有。但本法另有規定者，不在此限。」

樂等表演，另予「演講、演奏、演藝、舞蹈著作」保護之，可謂捨棄原先具層級概念之立法設計，同時在立法上給予表演高於國際水準之保護。

1944 年保護客體 核心概念	1985 年保護客體 具體化類型	延伸類型
◎文字之著譯 (文學)	文字著述 語言著述	文字著作之翻譯 語言著述之翻譯 編輯著述
◎美術之製作 (藝術)	美術著作 圖形著作	地圖著作 科技或工程設計圖形著作
◎樂譜劇本 (表演藍圖)	音樂著作 (認為劇本為文字著述) (排除器樂演奏而改作)	演講、演奏、演藝、舞蹈著作
◎發音片照片或電影片 (固著物)	電影著作 錄音著作 錄影著作 攝影著作	
新增	電腦程式著作 其他著作	

表 4-2 我國著作權法上著作類型發展沿革彙整表 (一)

資料來源：本研究整理自經濟部智慧財產局歷年著作權法規彙編專輯 (2010)

我國著作權法自 1985 年起，為因應科技發展及 WTO 貿易體系之要求，密集進行修法，在保護標的規定上，除了將原項目具體化，亦納入了非傳統著作權之保護範圍。將著作定義，除了文學、藝術傳統範圍，加入「科學」及「其他學術範圍」；另外，將美術著作侷限於純美學領域，加入「圖形著作」等實用概念創作之保護，並特別列舉規定「地圖著作」及「科技或工程設計圖形著作」，納入保護電腦程式，並加入「其他著作」以保留透過解釋延伸著作保護類型之空間。1992 年增列建築著作，美術著作範圍

擴及美術工藝品，1998年於第5條例示著作規定之外，對於就既有著作與民俗創作為表演，提供「獨立之著作」保護，另於著作財產權範疇就表演人於其表演設下限縮，由於此種立法模式與國際體系皆不相同，在解釋上即產生困擾。

民國87年著作權法於立法說明，略以「不同個體就著作有不同詮釋而具創意」，並提及TRIPs要求保護表演人。然而這樣的解釋似肯認表演人之個別差異得透過詮釋展現，而該個人特徵即為創意所在，故以「獨立之著作」保護之，然而，為何不是直接列入著作例示類型，是否立法者也猶疑於表演與著作互相利用、互為表裏之關係，不得而知。自體系解釋探求，似指表演本身並非著作，其特別以著作保護乃立基於對既有著作或民俗創作之表演，但是，將表演與衍生著作、選擇與編排具創作性之編輯著作列於相鄰條文，似有表示其與衍生著作、編輯著作相似，乃建立於他人著作基礎而為再創作之含義。

既稱「著作」則不可迴避原創性（或創作性）之討論，衍生著作、編輯著作在保護原則上皆要求一定程度的原創性。不過我國法僅於編輯著作明文要求「創作性」，衍生著作與表演並未與之，雖在立法說明提及「創意」，其創作性（原創性）程度，在我國法上仍有很大的討論空間，比照衍生著作的實踐情形，無論是美國或歐盟皆清楚地要求衍生著作應具備原著作之外的原創性，歐盟要求甚至更高，我國立法方式特別，就表演給予著作保護的同時很可能加上了一般表演難以企及的保護門檻，是否符合表演人之利益實有待商榷。

在著作例示類型的發展上，我國未必扣緊原創性或創作性之核心，在分類與類型之間之關聯也不甚明確，多為被動地受國際或國內壓力之影響，陸續增列保護類型，在弱肉強食的現實叢林中，則形成欠缺以邏輯及法理思想為其基礎之結果，這一點於我

國就表演保護之條文用語紊亂即為清楚反映，現行法在著作例示類型中移除定義，由行政權（主管機關）法規補充，給予若干彈性，惟在體系上不容易看出類型之間的邏輯與關聯性。

類型	我國法 上列入 保護時 間	立法說明及司法實踐	國際上保護情形 及後續於國內法演變
語言著述	1985	◆立法定義：專指以口述產生之著作。	※1992年整併為語文著作。
文字著述 及語言著 述之翻譯	1985	◇包括文字著作及語言著述之翻譯，以其既有形式分別規定。	
編輯著作	1985	◆立法定義：就文字及語言之著述或其翻譯，重新為整理編排之新著作，惟不得侵害原著作權利。	※1992年擴張範圍為「資料」，以其選擇、編排之創作性為保護基礎，移列為第7條。
音樂著作	1985	◆立法定義：歌、曲，或具創意之改作，排除因應配器而無新創旋律之改編。	※修正民國53年著作權法第1條第1項第3款「樂譜劇本」為「音樂」，認為劇本屬於另款文字著述範圍。 ※1992年刪除立法定義。由主管機關訂定之例示包括曲譜、歌詞及其他之音樂著作。（台81內著字第8184002號公告）
錄音著作	1985	◆自1944年即以「發音片」保護，1985明列為例示保護標的。	※1992年台81內著字第8184002號公告，錄音著作包括任何藉

		◆聲音首次固著於媒介物之著作。	機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作，惟排除附隨於視聽著作之聲音。
電影著作	1985	◆視聽內容首次固著於電影用媒介物之著作。	※1992年修法合併為「視聽著作」，移列於第5條第7款。行政院版以「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。」
錄影著作	1985	◆視聽內容首次固著於錄影用媒介物之著作。	
攝影著作	1985	◆翻拍以外，以科技機械就實體物拍攝之著作。	※1992年刪除定義，以台81內著字第8184002號公告，包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。
演講、演奏、演藝、舞蹈著作	1985	◆以聲音或動作所為之現場表演。 ◆賦予著作權人或著作有關權利人就未授權之筆錄、錄音、錄影或攝影之禁止權。	※1992年修正為戲劇、舞蹈著作，演講著作併入語言著作，移除演奏著作。 ※1998年就既有著作與民俗創作為表演，以「獨立之著作」另為保護，列於第7-1條。
美術著作	1944	◇延續自1944年稱「美術製作」，以美感與智巧匠技表現之繪畫、建築圖、雕塑、書法，排除涉及實用性目的者。	
圖形著作	1985	◇附圖、插圖或造型圖。	※地圖著作、科技或
地圖著作	1985	◆表示地理事項之平面圖或立	工程設計圖形著作於

科技或工程設計圖形著作	1985	體圖以及圖集。 ◆ 涉及器械結構等與科技或工程設計之圖形或圖集，但排除製造、操作、營造之手冊與說明說。	1992 年修法併入「圖形著作」，偏重實用性質面向，與美術著作以美學性質為核心之作品為區別。
電腦程式著作	1985	◆ 指直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成之指令。	
建築著作	1992	◆ 於重製定義增訂「依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」 ◆ 2018 年民著訴字第 32 號判決將保護擴及室內設計，包括設計圖與完成實體。	※ 參考伯恩公約等國際立法，在文學科學與藝術之製作物範圍中納入建築著作。 ※ 包括建築設計圖、建築模型、建築物及其他建築著作（台 81 內著字第 8184002 號公告）
表演	1998	◆ 以「獨立之著作保護」 ◆ 根據為 TRIPs 協定第 14 條第 1 項保護表演人規定增訂。	

表 4-3 我國著作權法上著作類型發展沿革彙整表 (二)
(資料來源：本研究整理)

我國著作權法修法草案（106 年院版）就表演人及錄音著作之保護有所調整，預計續以著作權保護錄音著作，在表演人部分則整併散落於現行法各條文之規定，以獨立條文規範（草案第 36 條），第 1 項為未固著表演之權利類型，第 2 項為已固著之權利類型；草案總說明僅指出錄音著作雖在國際間有鄰接權及著作權不同制度，我國仍採著作權保護，惟未就表演保護加以釐清，除未修正現行條文第 7 條之 1 內容（僅更動條次），維持「以獨立之著作保護之」，在體例上以專門條文賦予列舉樣態之專有權，而非直接於著作例示條文納入表演著作³²⁴；此外，我國法在修正草案第 36 條第 1

³²⁴ 著作權法修正草案總說明（院會通過版） <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/dl-251510-d3c4c8ac9b724020a1e934d669e32991.html>（最後瀏覽日 2021/1/25）

項就未固著表演之規定，稱保護客體為「表演」，於同條第 2 項就已固著表演之規定，稱保護客體為「著作」，察第 1 項第 1 款未固著表演之重製方式限於錄音及錄影，第 2 項第 2 款與第 3 款所稱「著作」應指錄音著作及視聽著作，而非「表演著作」，本文認為，表演在草案的地位，繼續稱以「以獨立之著作保護」，卻另設專門條文以列舉方式給予限縮範圍之權利且刻意規避使用「著作」用語，即在事實上採行鄰接權立法例，第 7 條之 1 規定仍稱「以獨立之著作保護」是否有必要，有待商榷。

<p>草案</p> <p>第三十六條</p> <p>表演人就其未固著之表演，專有以下權利：</p> <ul style="list-style-type: none">一、以錄音、錄影方式重製。二、公開播送。但公開播送後之表演，再公開播送者，不適用之。三、公開演出。 <p>表演人就其已固著之表演，專有以下權利：</p> <ul style="list-style-type: none">一、重製。二、以移轉所有權之方式散布其著作原件或重製物。三、以出租之方式散布其著作原件或重製物。四、公開傳輸。 <p>第二十五條第二項及第三項規定，於第一項第一款及前項第一款適用之。</p>

表 4-4 著作權法修正草案第 36 條

資料來源：著作權法修正草案條文對照表（院會通過版）³²⁵

³²⁵ <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/dl-251511-7a980576229146e4a21bba571f861555.html>（最後瀏覽日 2021/1/25）

第二項 與國際條約規範之比較與分析

第一款 間接以羅馬公約要求為保護水準

我國囿於外交現實困境，並非直接參與國際上著作權相關條約，著作權法之規範實質內容目前係由 WTO 貿易體系參與、承擔 TRIPs 協定內容之義務；TRIPs 協定對於遵守伯恩公約是以實質遵守條款處理，但在表演人等相關權利並未比照，僅援引羅馬公約作為得受保護之資格，³²⁶以及透過不減損會員參加羅馬公約所負擔義務，³²⁷雖 TRIPs 實質保護程度與羅馬公約大致相符，由於缺乏直接遵守之規定，我國著作權就表演人保護之最低保護水準之根據為 TRIPs。由於我國主要透過 TRIPs 協定負擔相關義務，需檢視在 TRIPs 協定中所指各種名詞定義，以確定保護範圍。由於國際條約就表演人保護架構已臻明確，下以 BTAP 之架構檢視由 TRIPs 至 BTAP 主客體範圍及各項權利型態與我國立法規範之對應範圍。

第二款 主體與客體範圍

第一目 就既有著作為表演

由於著作權法第 7 條之 1 將以獨立著作保護之表演限於對既有著作與民俗創作之表演，則保護客體範圍應回歸同法第 3 條，確定以文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作為其範圍，並參酌第 5 條著作例示規定及主管機關訂定之內容例示具體化其內容。我國法之著作範圍在「文學與藝術創作」以外納入科學或其他學術範圍創作，缺乏德國法明文以「人類智慧創作」作為上位解釋原則，或美國法以著作性質區分得為演播或展示之著作種類，又明文採取「例示」表列，保留空間，結果可能在解釋上呈現很大

³²⁶ TRIPs 第 1 條第 3 項第 2 句

³²⁷ TRIPs 第 2 條第 2 項，對於同時參加羅馬公約之 TRIPs 會員而言，TRIPs 協定應屬羅馬公約第 22 條所指專門協定。

的包容性，同時也相當不穩定之狀態。著作權的保護隨時代演進，在文學與藝術為核心之範圍逐漸納入攝影、圖形、錄音、建築、電腦程式，等非傳統領域之著作保護型態，其中不乏與工業財產權領域密切相關或重疊之客體；由於保護目的有別故適用不同法律原則，在立法技術上若缺乏明確的綱領，僅因應國際條約或利益團體之壓力而修訂法律，除在新興議題上不容易迅速反應、無法依據國內產業發展優勢建立有利的法律支持，更可能出現不同保護標準而有違反平等原則的疑慮。

舉例而言，魔術表演是否得以及如何對應列入我國著作權法上表演之保護範圍？若魔術表演之內容包含魔術師所設計的科學內容之展示，並有若干劇本之編排，是否逸脫了「固定的操作方法和技巧」³²⁸，屬於科學領域之表達而足以享有著作之保護？另外，我國著作權法將建築設計圖（圖形著作）具體化為建築之建築著作得作為著作受保護³²⁹，則將音樂著作具體化為音樂表演何以無法列入著作例示類型而另以權利實質受限之「獨立之著作」保護？本文以為，我國法在著作例示類型欠缺脈絡，在範圍擴充亦無論述支撐，使表演保護需面對浮動的客體範圍，很可能形成就表演人並不公平的保護落差。

第二目 就民俗創作為表演

雖然國際間就民間傳統藝術表達之保護尚未形成具有拘束力之國際條約，我國於2007年依原住民基本法第13條之授權，制定《原住民族傳統智慧創作保護條例》（下稱傳智條例），於2015年公布施行《原住民族傳統智慧創作保護條例實施辦法》（下稱實施辦法）及《原住民族傳統智慧創作保護共同基金收支保管及運用辦法》（下稱基金管用法），就民俗傳統保護嘗試在傳統法律保護架構之外，另闢途徑。詳言之，我國著

³²⁸ 經濟部智慧財產局，魔術表演能不能受著作權法保護？<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-51-658167-1d8f5-1.html>（最後瀏覽日2021/1/25）

³²⁹ 著作權法第5條第1項第9款

作權法比照 WPPT 保護表演人就民俗創作為表演，法律真正所欲實現的目的，是透過表演民俗創作之表演人身份，保護國家傳統民族文化，使其得於傳統文化開發利用上獲益，間接支持傳統文化永續不息維持文化多樣性。著作權法上稱「民俗創作」者，事實上指涉對象為傳統民族文化之表達，民俗創作之表演人預設對象亦為傳統民族中傳唱表演其文化創作之個體；然而，僅透過表演活動使表演民俗創作之表演人獲得若干保護並不足夠，由於著作權法制以及民法架構實為近代生活方式之描繪，與發展悠遠且自成一格的傳統民族文化多有歧異，這一點依據國際間實踐情況亦得印證，只是囿於現實情況，以開發中國家為首之呼籲尚未能在國際間形成具有約束性的條約，我國既擁有豐富多樣的原住民族群，在傳統文化的保護上自應更加積極。

與現行法律架構比較，傳智條例之權利性質為「專用權」，其以著作權法為參考，設有智慧創作人格權及智慧創作財產權之權利型態³³⁰，在權利主體、保護期限，與授權規定有突破性規定。第一，傳智條例以「原住民族」與「部落」為專用權之權利主體³³¹，實務運作上亦不以取得法人資格或經主管機關核定者為必要，由於部落領袖類似團體之代表人，亦有基金管理委員會管理收益之財產，遂有認為其得以「非法人團體」資格享有權利能力³³²；第二，專用權為永久權，即使專用權人消失，該權利視為存續³³³，與著作權設有保護期間限制以充實公共領域之原則有重大歧異³³⁴；第三，經主管機關登記為專用權專屬授權契約之生效要件，而非專屬授權除經專用權人同意，原則上被授權人無權進行再授權³³⁵。

³³⁰ 原住民族傳統智慧創作保護條例第 10 條。

³³¹ 前註，第 6 條。

³³² 馬鈺婷，簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務狀況，萬國法律，第 229 期，頁 23，2020 年。

³³³ 原住民族傳統智慧創作保護條例第 15 條。

³³⁴ 按立法理由說明，立法目的為延續原住民族傳統文化，智慧創作之存續期間限制無法達到目的。

³³⁵ 前註，第 13 條。

傳智條例與著作權法就民俗創作之保護主要在二層面有所交集，一為就民俗創作之表演取得著作權保護者，不受傳智條例影響³³⁶；二則就專用權範圍之內容，未取得授權而為改作，是否產生無法取得著作權保護及侵權問題。民俗創作在著作權領域之保護一直存在有形性或要式性的問題，對民俗創作為表演（演出“既有創作”）與就民俗創作為改作（就“既有創作”有所更動並另為創作），首先面臨「既有民俗創作」如何認定，再者是新作原創性之判斷。依據實施辦法第 23 條第 1 項，智慧創作之認定應以：

（一）足以代表其原住民族或部落特徵，與其環境、文化及社會特質具有相當程度關聯性；（二）世代相傳之歷史性，且須於申請時說明該創作之管領與利用狀態；（三）要求得以客觀形式表現，但不限以特定物質或材料。實務上實踐情形仍十分仰賴審查委員會之運作，且層面涉及廣泛³³⁷，本文以為，專用權制度仍在發展中，目前之運作仰賴專家學者之見解與判斷，與現行法律既有架構及要求存在諸多討論空間與不確定性，至少「智慧創作」特徵之代表性與「客觀形式」，自實施辦法之文字尚未能獲得具體標準，或有賴未來司法就個案逐漸形成見解，使著作權法就民俗創作表演之保護，在解釋運用上獲得更多參考內容。

第三款 由北京條約保護架構分析我國現行法實踐情況

我國著作權法規範架構比照伯恩公約，然而，由於表演人的保護主要以羅馬公約為準據且受限於不影響原著作權利之前提，遂權利樣態須有所調整（例如重製之概念再區分為表演之初次固著與對固著物之複製）。WPPT 統整了表演人之權利，以「未固著」及「已固著」二分表述，BTAP 延續之。106 年修法草案預計調整架構以獨立條文規範表演人權利，依據立法說明，將賦予未固著表演重製權（即固著權）、公開播送權

³³⁶ 著作權法第 7 條之 1，原住民族傳統智慧創作保護條例第 22 條。

³³⁷ 馬鈺婷，前註 332，頁 25。

(限未固著及未經公開播送者)、公開演出權；已固著表演則予重製權、散布權(移轉所有權及出租)、公開傳輸權。草案明文不賦予表演人就已固著表演之商業性出租權、公開播送權，及向公眾傳播權，另於草案第 37 條就視聽著作上之表演人權利採法定移轉制，除契約另有約定外，表演人同意固著表演於視聽著作後，著作財產權歸出資人享有，亦無報酬請求權規範³³⁸。以下依 BTAP 架構分析就我國表演人經濟權利實踐情形。

第一目 未固著表演

A 廣播及對公眾傳播權

我國以 WTO 成員身份簽署之 TRIPs 採取伯恩遞增原則，以 1971 年修正案為準，惟表演人之資格以羅馬公約所定範圍為參，其並將再廣播與已固著之表演排除於表演人之控制範圍，其僅得在其為商業目的製品之前提下請求報酬。羅馬公約將「廣播」定義為無線傳輸，排除電纜、網際網路及其他有線方式之傳輸³³⁹；向公眾傳播之意義則被理解為以有線方式(如電纜)及相關設備向不在現場之公眾傳輸現場表演內容。另外，在 BTAP 就廣播之定義則為：「係指以無線方式之傳送，使公眾能接收聲音，或圖像及聲音，或圖像及聲音表現物；透過衛星進行之傳送亦為廣播；傳送密碼訊號，只要廣播組織或經其同意向公眾提供解碼方法，即為廣播。」³⁴⁰

我國將國際條約之「廣播」規範在著作權法第 24 條第 2 項「公開播送」之範圍，包含同時或異時轉播內容，如 Broadcast、廣播、電視；而國際條約規範之「對公眾傳播」之內涵則近於同法第 26 條第 2 項「公開演出」及「公開播送」範圍，換言之，我

³³⁸ 例如，我國曾於民國 92 年著作權法於第 26 條第 4 項比照 WPPT 規定，賦予表演人就已固著表演之錄音物公開演出利用之適當報酬請求權，然隨即於民國 93 年著作權法修正移除此規定，理由略以實務上多透過契約處理表演人之分享利益，尚無賦予二次利用報酬請求權之必要云云。

³³⁹ 羅馬公約第 3 條第 f 項

³⁴⁰ BTAP 第 2 條第 c 項

國在「公開播送權」規範範圍包含有線及無線形式之「廣播系統」，不以透過有線或無線形式傳送劃分，而是以較小地域範圍為其指涉情形，針對者為單向一對多點之傳播。立法定義稱：「基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」³⁴¹

我國著作權修法草案整併表演人之經濟權利於第 36 條，第 1 項為未固著表演之權利，第 2 款為公開播送權，排除業經公開播送之表演，第 3 款為公開演出權。

B 固著權

固著權在國際條約中的理解，可透過 BTAP 對視聽製品定義：「係指活動圖像之體現物，無論是否伴有聲音或聲音表現物，從中透過某種裝置可感知、重製或傳播該活動圖像。」³⁴²係指將表演之聲音，聲音加影像，或伴隨聲音體現物之影像，加以固著使其得經由裝置得再體現該表演。

我國現行著作權法於第 22 條第 2 項規定：「表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。」此與國際條約保護表演人就其表演之固著專有權之意義不盡相同，目前並未區分未固著表演與已固著表演之利用型態，故此規定乃混同表演第一次固著及對表演固著物之重製，併與規範；其中錄音或錄影為「固著」之具體樣態，近於表演重現之意涵；而對表演為「攝影」，則意義不明，蓋攝影僅能得到一靜態影像，無法就其動態表演進行固著或重製，或此為人格權保護之意涵，不得而知，修法草案擬刪除之。

³⁴¹經濟部智慧財產局中華民國 98 年 12 月 14 日智著字第 09800110140 號函釋，後增訂於現行著作權法第 3 條第 1 項第 7 款。

³⁴² BTAP 第 2 條第 b 項

第二目 已固著表演

A 重製權

自 WPPT 至 BTAP，延續區分表演人就未固著表演之固著權，以及就其固著於載體（於 WPPT 為錄音製品，BTAP 擴及視聽製品）之重製權，其內涵包括直接或間接重製，且包括於以數位形式進行之重製。³⁴³如前所述，我國修法草案將比照國際條約，於第 36 條第 2 項第 1 款賦予表演人就已固著表演專有重製權，惟須留意的是，第 37 條就固著於視聽著作之表演設下特別規定，於出資聘請表演人完成表演之情形採取法定移轉制，自表演人同意固著其表演於受聘演出之視聽著作時，固著於該視聽製品之表演著作財產權（第 36 條第 2 項所定權利）歸出資人享有。

B 散布權

散布權由於各國對於權利耗盡有採國內耗盡、國際耗盡，或區域耗盡者，散布權主要的爭議發生於此，然而無論是 WPPT 或 TRIPs 皆無意統一各國就散布權之保護選擇，TRIPs 甚至特別於第 6 條規定，會員之間不得將協定條款用於解決有關權利耗盡之爭議。

依據現行著作權法第 59-1 條，我國著作權保護採國內耗盡原則，表演人僅就錄音物上表演享有散布權，根據修法草案，將比照 BTAP 提供視聽製品上表演之保護。另外，WPPT 以及 BTAP 就散布權之規範皆特別以「原件或複製品」為標的，其乃源自 WCT 之規範模式，為與數位形式所保護之權利型態—提供權有所區別，特別強調其有形性；³⁴⁴我國修法草案亦將比照修正，其規範方式是將「移轉所有權」及「出租」兩種

³⁴³ BTAP 第 7 條議定聲明

³⁴⁴ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, at 111.

現實交付著作原件或重製物之方式，納入表演人專有散布權之樣態。(草案第 36 條第 2 項第 2 款及第 3 款)

C 出租權

我國法保護表演人就其重製於錄音製作之表演專有出租權，始於民國 92 年著作權法，立法理由謂比照 WPPT 規定，惟未置入「商業性出租」之限縮。³⁴⁵此項權利在國際條約上的處理較為複雜的原因，在於其具備補充散布權就表演後端利用之控制性質，部分國家傳統上採取報酬請求權而非專有出租權，TRIPs 第 14 條第 4 項但書即保留了這樣的空間³⁴⁶，WPPT 亦在此基礎上，以現行條文呈現，允許各國以「其國內法之規範」提供專有出租權予表演人，即表演人可能需要透過會員國內法之規定享有專有出租權，BTAP 延續之，不過由於其保護範圍略有不同，BTAP 在滿足三步驟測試之前提下，會員國得不賦予視聽製品表演人出租專有權³⁴⁷；在區域法上，歐盟的處理方式則是於指令中區分直接或間接以經濟或商業為目的之「出租」與非直接或間接以經濟或商業為目的之「出借」，同時適用原則性的權利限制規定，並需通過三步驟測試之檢驗。³⁴⁸

比照歐盟指令於出租之定義以「經濟」或「商業」之用語斟酌，實益在於劃定會員國內法適用上之範圍。蓋在某些國家的商業法下，私人組織 (private organization) 從事營利活動不一定會滿足「商業」定義，故指令規定包括這兩種用字，以求囊括這些層面與使用範圍，另一方面又希望能精準地排除有別於私人使用、具有公共性質之圖書館收取圖書滯還金的情況。學說上認為，「直接」用於經濟或商業目的之出租，係指獲

³⁴⁵ 我國著作權法第 29 條第 2 項

³⁴⁶ 「.....。但會員於 1994 年 4 月 15 日，對錄音物權利人就錄音物之出租已實施合理之報酬制度，且該錄音物之商業性出租不至於對權利人之專有重製權構成實質損害者，得維持該制度。」

³⁴⁷ BTAP 第 9 條第 2 項

³⁴⁸ Directive 2006/115/EC Paragraph 1 and 4, Article 10.

益即為出租行為之目的，即收費超過單純管理費用；「間接」則為該獲益僅為附加作用，例如商業機構所成立或贊助之圖書館，雖向公眾提供著作不收取費用，惟此服務具備廣告效益，從而實現間接經濟利益；需與此為區辨者為場所所附加之服務，例如進入醫師診間前於候診室提供之著作，由於其提供之內容並非現場可得之服務，不會構成指令異議下的出租。³⁴⁹

我國現行法的處理，僅就「出租」為規範，不包括出借之情形，亦無就出租權規定權利之限制，合理使用則採列舉規定，包括：立法或行政目的所需、司法程序必要使用、教育用途、公共使用場所特定用途及限定範圍、新聞報導或評論、私人非營利目的等，³⁵⁰惟僅就教科書及輔具而為重製、改作、編輯時，賦予使用報酬支付義務³⁵¹。修法草案明確將出租權定位為散布權之型態，未置入商業使用等範圍限縮，亦無權利移轉後應以報酬請求權為平衡之規定，表演人於我國法下透過專有出租權之財產權保障，並不受重視，由於實務上多見以契約概括移轉財產權利與製作人或出資人之情況，若無法律介入契約規定，或效仿歐盟以不可拋棄之報酬請求權支持，表演人在我國著作權法下透過專有出租權獲得經濟利益之可能性並不高。

D 提供權

提供權，係特別與「使有形物進入市場流通之行為」（出租權、散布權）區別之權利。目前 BTAP 表演人提供權之規範形式與 WPPT 相當，提供權之客體範圍包括視聽製品上或錄音製品上之表演，由於條約允許會員國內法以不同權利名稱涵蓋其實質內涵，故需在權利耗盡議題上注意表演人之專有提供權不受他者耗盡行為影響。³⁵²

³⁴⁹ M. M. Walter & S. von Lewinski, *supra* note 177, 261-263.

³⁵⁰ 我國著作權法第 44 條至第 65 條

³⁵¹ 我國著作權法第 47 條第 4 項

³⁵² J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, 344-45.

我國著作權法第 26 條之 1 於民國 92 年著作權法增訂，向表演人提供「公開傳輸權」，就其固著於錄音著作之表演，得藉有線電、無線電之網路或其他通訊方法，以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接收之。由於透過「網路」傳輸著作內容並不受限於地域距離，範圍較廣播系統更加寬泛，以傳輸途徑之特性為規範，除立法說明所強調消費者與提供者「互動式」**按需提供**之形式外，包括**單向一對多**之網路廣播電視傳播（webcasting）及**雙向多對多**互動傳輸（interactive transmission）以及不屬於公開播送與網路傳輸者。³⁵³因應 BTAP 生效適用，我國修法草案為預計將表演人公開傳輸權之範圍擴及視聽製品上之權利。（修法草案第 36 條第 2 項第 4 款）

第三目 報酬請求權

BTAP 提及合理報酬僅於第 11 條廣播及向公眾傳播權提及締約國得採為替代專有排他權之選項，然而其皆得以聲明排除適用，故事實上無論是廣播及向公眾傳播權，或替代之報酬請求權，都不是 BTAP 提供與視聽製品表演人之最低保護水準。

在我國法制上，為緩和專有權可能造成的著作及表演之利用障礙，先後出現若干緩和排他權之規定，包括：音樂著作強制授權予商用視聽著作之錄製³⁵⁴、曾引入之翻譯權強制授權（後因加入 WTO 而刪除）³⁵⁵、以教科書編纂為目的使用著作之使用報酬請求權³⁵⁶、錄音製作人就錄音著作公開演出之使用報酬請求權³⁵⁷，以及錄音著作之表演人

³⁵³ 章忠信，92 年新修正著作權法簡析，月旦法學雜誌，103 期，2003 年，頁 5。

³⁵⁴ 民國 74 年著作權法第 20 條第 1 項。

³⁵⁵ 民國 81 年著作權法第 67 條、第 68 條

³⁵⁶ 民國 86 年著作權法第 47 條第 4 項

³⁵⁷ 民國 92 年著作權法第 26 條第 3 項

就前項與錄音著作著作人分享之使用報酬請求權（後遭刪除）³⁵⁸。

在區域法上，明文規範（de jure）之使用報酬請求權著例，如美國就音樂著作規範機械重製權（mechanical right），針對此權利於著作權法有強制授權之限制，音樂著作一經固著於錄音物且散布於眾，他人即得依規定資格與程序支付權利金、取得強制授權加以利用。³⁵⁹此權利於數位串流服務之行使在 2018 年由音樂現代法案（Music Modernization, MMA）就以下主要層面為整合：統一機械重製權之授權窗口，負責處理概括授權與權利金分配，費率決定方式即時反應市場需求等，³⁶⁰；其方法為建立一可查閱利用情形之音樂著作資料庫，成立非營利機械授權團體，在 CRB 法官決定費率但發生爭議時，得由聯邦法院紐約南區分院隨機分配產生之法官介入金額之協商，最後權利金分配對象範圍擴大更及於錄音著作製作人、混音師與錄音工程師。³⁶¹

第三項 小結

我國現行著作權法就表演人之保護存有體例上疑義，保護程度在修法草案通過後，合乎國際條約最低保護水準，就立法目的促進國家文化發展而言，仍存有提升空間。簡言之，既有著作例示規定（第二章《著作》第 5 條），另於第 7 條之 1 第 1 項以「獨立之著作」保護表演；及就衍生著作及具創作性之資料選擇及編排亦以獨立之著作保護，³⁶²似將「表演」列入「著作」之範圍。然而，修法草案仍然延續現行法對表演人就其表演之權利另為獨立規定，與一般著作相較下限縮範圍之處理³⁶³，但對同樣「以獨立之著

³⁵⁸ 民國 92 年著作權法第 26 條第 4 項

³⁵⁹ 17 U.S.C. Art.115

³⁶⁰ 在 MMA 法案之前，音樂著作與錄音著作於公開演播權之授權方式及費率原則上係由權利人與利用人協議產生，惟須受司法同意判決（Consent Decree）之事前監督，以及費率發生爭議時由費率法庭（rate court）介入裁定金額；另在機械重製權部分，法定授權費率由美國國會圖書館任命之報酬委員會（Copyright Royalty Board, CRB）法官決定，每五年調整費率及條件。

³⁶¹ 吳霽栩、郭建中，美國音樂現代化法案對數位音樂的影響，2019。

<http://www.winklerpartners.com/?p=9475&lang=zh-hant>（最後瀏覽日 2021/1/25）

³⁶² 我國著作權法第 6 條第 1 項，及第 7 條第 1 項

³⁶³ 民國 92 年著作權法第 22 條第 2 項、第 24 條第 2 項、第 26 條之 1 第 2 項、第 28 條但書、第 28 條

作保護」之衍生著作與具創作性之資料選擇及編排並未同等對待，表演之特殊性質，不言而喻。

本文認為，國際間就表演人之保護在鄰接權下，不需以原創性檢視其著作之適格，我國法若欲特立於國際以獨立之著作保護表演，就表演之原創性應發展可判斷之標準，在我國法體例下，與表演並列之編輯著作及衍生著作，在實務或者比較法上有較多討論，新興著作範圍（如攝影著作）亦有原創性之類型化判斷，在法理上支持其以著作權保護之合理基礎。以下章節將續行探討：1、表演之保護基礎何以不同於其他鄰接權客體而應以著作權保護；2、表演之原創性判斷具體標準；3、其程度或適用性是否足以支持以著作權保護所有類型之表演。由於我國實務上就表演之討論甚少，本文由英國、德國以及美國實務上案例討論作為研究來源，第一個案例是直接針對表演所呈現的個人特徵（例如：音色）是否得以作為著作權之標的，以及音樂著作侵權認定之標準，第二個案例則討論與表演人關係密切之錄音著作之保護基礎，包括權利破碎化，以及侵權判斷與錄音物上著作及表演權利之影響，第三個案例是介紹同樣是新興著作權客體攝影著作在學說上建構的原創性判斷標準，作為表演類型化保護之參考。

第三節 由比較法案例分析探究表演之保護要件

表演在我國雖以「獨立之著作」保護，實務上少有表演人以著作人身分主張權利，亦未見原創性之要求或其程度在法院有具體討論；自我國著作權法體例觀之，表演保護條文與衍生著作、編輯著作保護條文相鄰，皆稱以獨立之著作保護之，似呈現了「以他人著作為創建內容基礎」的關係，然而僅編輯著作明文要求須以「具備創作性」為保護要件，並未就衍生著作或表演之保護要求其創作性，然而國際上就著作給予保護，雖有質量上的差異，原則上皆要求須具備原創性 (originality)，故編輯著作之規範方式應解為：「原則性不保護，例外具備創作性者保護之。」或較妥適。我國通說亦認為著作保護應具備原創性，惟我國著作權法上著作例示類型含括之保護客體十分多元³⁶⁴，除了新興保護客體（建築物、攝影），亦包括一般於國際著作權法制上歸屬於鄰接權保護範圍、不以原創性為要件之客體（錄音物）；在我國法制若以著作權保護表演，即有必要進一步確認我國法上著作原創性標準之必要。下以我國法上未有討論但國際上以鄰接權保護之表演、錄音物，以及我國討論相形較少之新興著作權保護客體攝影為例，從外國法上案例分析其保護基礎與保護要件之標準。

第一項 表演

第一款 案例事實

英國實務上曾出現表演之元素得否作為著作權保護客體之案例。³⁶⁵原告為一名歌手，其認為被告擔任錄音製品製作人所發行之歌曲侵犯其先前自任詞曲創作、演唱及錄製表演的作品；原告主張之權利標的包括音色表現 (timbre)、音高輪廓 (pitch

³⁶⁴ 我國著作權法第 5 條

³⁶⁵ Coffey v. Warner/Chappell Music [2006] EWHC (Ch) 449, E.M.L.R. 2 (Eng.)

contour)³⁶⁶及切分音節奏 (syncopation) 與歌詞之「組合」, 其稱之為詞勾 (“lyrical hook”), 這樣的主張最後法庭中並未被採納, 本案涉及的是著作權法保護之客體範圍問題。

第二款 法院見解

第一目 音樂著作之一部賦權標準

本案法院援引英格蘭及威爾斯高等法院 (High Court of England and Wales, EWHC) 在 2004 年就雜誌內容設計侵權訴訟³⁶⁷之判斷標準, 著作權之認定應以「完整表達」為準, 若主張部分內容之複製構成侵權, 則該部分必須是整體著作的「重要部分」, 重要與否需於個案中具體判斷, 該案 Laddie 法官駁斥原告就系列封面之設計元素的主張權利, 其認為著作權若以個別細碎之元素為主張, 將會造成著作權之權利堆疊化 (a legal millefeuilles with layers of different artistic copyrights), 設計元素無關著作權之保護, 故在雜誌作品的情形, 僅封面 (重要性) 或雜誌整體存在一著作權。³⁶⁸另外, 在重製 (抄襲) 的認定上, 本案亦偏向限縮解釋, 同樣引述前開 EWHC 判例 Laddie 法官之意見, 認為在相似性的認定上應避免將作品過度切割, 因為裁去大量相異處、僅就細碎部分為比對, 很容易獲致二者相似之結論。³⁶⁹

承上述, 原告主張於涉及傳統著作範疇之部分, 即該「詞勾」構成之部分音高輪廓、節奏以及歌詞, 由於在結構上過於細碎、連續時間過短, 尚未構成完整句子或旋

³⁶⁶ 指由連續數個音程所構成的短動機, 依原告主張此為特定歌詞所搭配的“大致音高排列”, 非特定音高或特定音程排列。

³⁶⁷ IPC Media Ltd v Highbury Leisure Publishing Ltd [2004] EWHC 2985; [2005] F.S.R. 20 followed.

³⁶⁸ *Id.* at [24] (Laddie J.).

³⁶⁹ Laddie 法官提及, 米開郎基羅在雕刻過程中, 說自己是在大理石中看見天使的眼睛, 於是加以雕刻讓天使具體現形, 其反思若將事物切割得過分細碎, 皆會得到非常相似的結論, 應避免過份容易成立侵權判斷之危險。

律，未能達到判例就「完整表達」或「全曲重要部份」之標準，未獲得法院支持。然而，本文認為如此見解之理由未必充分，原因有二：一、著作權保護表達，然而表達的形式或要求在多樣文化的視角下，以某一標準（如完整樂句、完整封面，始達致足認為「表達」之程度）加以度量決定是否有資格被保護，其實受限於傳統著作權標的為文學作品之**文本主義**（textualism）思維³⁷⁰，很可能排除亟須受著作權保護支持、更創新自由，表達更為大膽的作品³⁷¹；二、以權利細碎作為拒絕保護的理由未必經得起檢驗，蓋人類為因應人口成長與都市生活，就不動產之利用發展如區分所有權、區分地上權之概念，將同一棟建築物區分排他利用空間、同一土地之上下建置捷運軌道與地下街，皆得主張權利，逕以權利碎片化作為拒絕賦權之理由，難道是承認標的於現實市場價值不足，然而思想表達、文化保護之價值得否以市場價格加以量化，殊非無疑。本案原告所主張之音高輪廓，與歌詞結合觀察，具有特定象徵意義，若其在客觀上可被為該音樂著作之重要識別特徵，逕以演奏之時間過短為由，排除其賦權保護，本文認為並非適允，蓋以表意自由、藝術表現方式為本，只要其個人特徵充分得被辨識，應可作為保護正當性之理由。

第二目 個人特徵於表演之賦權限制

本案原告之主張還包括音色之「抄襲」³⁷²，此元素與表演人之個人特徵有緊密關聯。觀察各國學說就表演保護理由之討論，有認為其為著作與公眾接觸之媒介，就**著作之利用推廣**有所助益，而以鄰接權保護其工作成果；亦有認為表演屬於「智慧創作」

³⁷⁰ Raman Maroz, *supra* note 160, 347-348.

³⁷¹ 例如美國作曲家 John Cage 作品 4'33、王若琳作品 Kungfu Sound Bite 等作品，以全然安靜或僅以零散喊叫聲為作品內容，挑戰了傳統音樂著作之認定標準。

³⁷² 謂「音色」，在歌唱表演領域至少有兩種意義，一為表演人天生具備者，如聲帶的構造等生理條件，二為針對演出內容所為技巧表現之設計，如調整發音方法使音色改變，具備沙啞、鼻音等詮釋上的特色。本案原告所主張為後者。

(geistige Schoepfung) 之外的「智慧工作成果」(geistige Leistung)，需要一定組織能力，然其目的僅為既存著作精神之重現，未有個人精神再造。³⁷³另一方面，學說有認為表演人透過其高度創作性技巧，詮釋既有著作，表演之原創性相較翻譯、或自著作改編之電影等衍生著作不遑多讓，就既有著作改作之衍生著作得以著作權保護，何以貶詆就既有著作為表演之創作性並將就較低保護程度，正面肯認表演具備與衍生著作類同程度之原創性。³⁷⁴

第三款 分析

本文以為，表演人產出，欲在「創作」(著作權)或「工作成果」(鄰接權)之定位間取得平衡，關鍵在於尋找表演外於既有著作內涵之創作性，此為應然面問題，接下來與既有著作類型為對照分析，是否其創作程度顯高於表演，以及在國家政策面考慮賦予權利之廣泛影響、就國家整體長期發展評估是否適宜，此為實然面問題。由本案分析可知，偏向文本主義的完整表演、重要性部分判斷，可能導出否定由個人特徵證立其創作性之結果，即使該特徵在各微小部分皆得以辨識，又，較長時間之表演也未必會因此被肯定其創意，因為原創性之判斷及思考，事實上即以文本為模板，其差異或創意被肯認受有表現形式上的侷限，這一點從翻譯小說，僅以不同語言轉譯，即由譯者自語言轉換之表達肯認其原創性，受衍生著作保護即為顯例。

除了個人特徵之外，表演人就「表演方式與詮釋方式之選擇」是否有空間被肯認其創作性？英國就原創性內涵的看法一般而言較歐盟寬泛，除了創作性之外，亦包括勞

³⁷³ 陳家駿，前註 14，頁 47。

³⁷⁴ 章忠信，前註 112，頁 7-8。

動、技術與選擇；³⁷⁵英國就原創性之判斷有採取 Infopaq 測試者³⁷⁶，即以「出於作者自身的智慧創作」來論斷其創作性³⁷⁷，若作者就表達方式擁有較大自由選擇空間時，滿足其創作性之可能就越高，反之則越低。另一方面，在創作的表現方式上並不限定於文本表現形式，雖著作以固著為要件，作者在創作的過程亦常伴隨固著方法而產出（例如撰寫於紙本或以其他載體固著），惟不等於固著之人即為作者；在共同著作的情形下，可能經由共同討論而形成著作內容，若共同著作人之一，其貢獻係以音樂與場景之選擇及詮釋、品味等為實質，以參與討論為其行為形式，仍應肯認其就作品創作有實質性貢獻，合乎英國法對於共同著作要件「著作總體架構下之分擔關係」要求；³⁷⁸在 Martin & Anor v Kogan 案中，就共同作者要件之認定，上訴法院否決前審認為原告所提供對於場景或音樂選擇與台詞詮釋方法之建議不足使其獲得編劇地位而成為電影劇本之共同著作人的看法³⁷⁹，認為原告就劇本對話中特定單字、表達方式之選擇、對角色或特定發展情形方式之建議，具有「重要影響」，使其成果達到相當的喜劇效果，且非所有可選方式皆可達成，在 Infopaq 測試下，其貢獻滿足了表達之原創性要求。

在表演中，表演人對於著作的表演方式，以 Infopaq 測試加以分析亦可能得到類似的結果，即以「表演人可選之表演方式」間接地證立滿足「自身智慧創作」標準，不過細究表演方式之實質內容，包括「技術選擇」與「內容選擇」兩個面向，表演人之表演方式受到所表演之著作強大的限制多展現於內容面向，表演人在著作人之內容指示下可能有技術形式之選擇權，不過技術與內容的連動關係並非恆定，表演人於表達技術

³⁷⁵ 蔡明誠，從比較法觀點論著作之原創性及創作性要件，智慧財產權訴訟制度相關論文彙編第 1 輯，頁 662-663，2010 年

³⁷⁶ 歐盟法院於 Infopaq 案所發展的「作者自身智慧創作」概念，作為重製權之侵權判斷標準。

³⁷⁷ Theo Savvides & Sean Ibbetson, Brexit and copyright law: will the English courts revert to the 'old' test for originality? (2016) <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2016/12/05/brexit-copyright-law-will-english-courts-revert-old-test-originality/> (最後瀏覽日 2021/01/28)

³⁷⁸ [2019] EWCA Civ 1645, [2021] EWHC 24 (Ch)

³⁷⁹ [2017] EWHC 2927

之選擇表現於專業技能與美感判斷，表達內容之選擇可能較多地受限於原作者之安排，由於作者對技術的熟稔程度不一，或在新型創作類型有跨專業的創作需求，以表演之元素選擇與安排證立表演人之創作性，除了技術上或有相對較大的選擇自由外，在內容選擇空間之分析以至於表演之原創性投入，有必要進行類型化或個案性的判斷。³⁸⁰

第二項 錄音物

「取樣創作」(Sampling)，是著作權法領域的新興問題，其源自音樂創作領域之術語，泛稱自原錄音作品截取部分片段作為素材加入新創樂曲的創作方式，尤其在說唱音樂 (rap) 及嘻哈音樂 (hip hop) 範疇，DJ 大量以取樣行為進行創作與表演。歐盟法院就取樣創作案例之立場，在德國高舉藝術表現自由之基本權場域投下震撼彈³⁸¹，其以自由利用理論調整私益與公益的方法也受到挑戰，最後則是錄音著作同時牽涉著作人、表演人、錄音製品製作人三方權利，在侵權判斷採用不同標準是否會產生爭議或不平等的問題。第一個問題涉及憲法在言論自由、藝術自由的保護，並非本文焦點，但德國實務就藝術性的看法與其在著作權法中保護表演人之要件有所關聯，得加以分析，並作為重視藝術表現自由，且以「藝術性參與」作為表演人客體範圍之立法參考；自由利用理論則是德國法獨樹一幟、高於歐盟法保護，保護藝術創作自由的方式，此為權利限制之問題，亦超乎本文討論範圍，上開問題僅為介紹，未能深度探討，但在區域法異中求同的方法，以及不同立場的爭論中，可探知歐盟在利益平衡之取捨與價值判斷之衝撞，得為我國法在保護正當性深化論述之援引；最後涉及侵權判斷之討論，討論了錄音製作人之權利基礎與著作人不同，或可作為本法以獨立之著作

³⁸⁰ 例如，在音色或情感表現上，作者可能會加入詳細的速度指示、表情指示，甚至技術指示，試圖掌控實際演出之效果，或者無論出於設計或缺專業能力之掌握，留下較多空間給與表演人創作。

³⁸¹ Kraftwerk v. Moses Pelham, ECLI:EU:C:2019:624, Case C-476/17.

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-476/17#>

保護表演之參考。

第一款 案例事實

1997 年，德國詞曲創作人 Moses Pelham 於創作歌曲 *Nur Mir* 時，從 Kraftwerk 樂團 1977 年發行之 *Metall auf Metall* 一曲錄音截取約兩秒內容為使用。此爭議在德國法院系統爭論二十餘年，德國聯邦法院與德國憲法法院就權利保護標準與藝術自由的權衡有不同看法，另憲法法院認為此涉及歐盟法律解釋之爭議，建議提交歐盟法院進行釐清；獲歐盟法院裁決後，案件發回德國地方法院審理中。本案主要爭點為：取樣行為是否屬於歐盟法得主張例外使用之範圍。

第二款 法院見解

第一目 法律適用

系爭行為具有連續性，自 1997 為取樣利用起，歷經二十餘年，重製權例外於德國法與歐盟法皆有所規定，由於歐盟條約賦予歐盟法律優先效力，應優先適用歐盟法；法院就本案之討論以 2002 年歐盟 2001/29/EC 號指令生效時作區分不同法律效果。

第二目 抗辯主張

A 德國自由利用（freie Benutzung）理論

德國著作權與鄰接權法第 23 條第 1 句規定：「改作或其他改變應經原著作權人同意，始得公開或利用。」第 24 條第 1 項及第 2 項規定：「自由利用他人之著作而創作之獨立著作，得不經被利用著作之著作權人同意而為公開及利用（第一項）。利用音樂著作，可辨識其為擷取該著作之旋律並以之為新著作之基礎者，不適用前項規定（第二項）。」由於條文規範簡單，德國學說與實務遂發展出改作主客觀要件及其與自由利用

之關係，包括：改作人主觀上對原作存在具備積極認知、有意在其基礎上添加具獨特性的新創內容，以及改作與原作在客觀上具備依附關係。若客觀要件不具備，即原作之特徵在改作中褪去，僅為啟發，則落入自由利用之範圍。³⁸²我國實務亦有類似見解，將客觀上具有原創性且其內容之精神與表達與原著作無相同或相似者，判斷為「獨立著作」免其侵權責任。³⁸³

B 例外使用

本案主要爭論場域在德國法上得主張之例外使用情形，與歐盟法不盡一致。首先，錄音製品保護於德國著作權與鄰接權法上，是否得直接適用一般著作保護之原則與例外？德國聯邦法院認為，錄音製品之性質與一般著作不同，錄音製品製作人所為投入涵蓋錄音之全部，縱使僅為兩秒長度之複製，亦屬對權利之侵犯；然為平衡利用利益，以利用人得否自行錄製該片段為標準，若其得為而不為，仍逕取用他人錄音製品，即構成重製權侵害。³⁸⁴而德國憲法法院認為，在重製錄音製品的審查以「得否自行錄製」為標準難以確定，不合比例地侵害基本法第 5 條第 3 項第 1 款藝術自由之基本權利³⁸⁵，另，本案涉及歐盟法於重製權與基本權利之適用與解釋，為避免基本權侵害，建議提交歐盟法院裁決。³⁸⁶

³⁸² Urheberrechtsgesetz §23 原文: "Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden." § 24 原文: "(1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.(2) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird." <https://dejure.org/gesetze/UrhG/23.html> 謝銘洋，衍生著作及其相關問題研究，最高法院 106 年度民事學術研討會，最高法院，2018，頁 333-336。

³⁸³ 最高法院 106 年台上字第 1635 號民事判決。

³⁸⁴ BGH, Urteil vom 13.12.2012 - I ZR 182/11

³⁸⁵ Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. 德國憲法法院對於藝術自由的看法是，藝術創作出於自由發展，不應該受到採行方法的限制，保障藝術自由意味著禁止干涉其活動方式、內容與意向，尤其禁止限縮其創作範圍。Mephisto Case, 30 BVerfGE 173 (190) (Ger.).

³⁸⁶ BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016 - 1 BvR 1585/13

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/05/rs20160531_1bvr158513.html (最後瀏覽日 2021/1/25)

歐盟法院確認於本案情形應適用指令第 2001/29/EC 號（“InfoSoc Directive”，下稱資訊社會指令）第 2 條第 c 項之專有重製權規定，與同指令第 9 條第 1 項第 1 款關於散布權之副本規範不同，蓋在不同目的規範下，例外允許重製之範圍有所不同。³⁸⁷ 接著歐盟法院處理了三個爭議：1、就錄音製品為採樣是否構成歐盟法下重製權侵害；2、否定德國著作權與鄰接權法於例外使用範圍之擴張；3、提出新的例外使用標準。

首先，在錄音製品與著作性質之差異上，被告主張錄音製品所保護之利益並不是智慧創作，而是對於錄音製品之投資獲益，以獲益角度而言，若取樣僅限於極小片段，根本不會對該利益產生威脅；就算立於智慧創作之角度，亦應如參考美國法允許最小程度之利用；然而法院並不採納，其沿用佐審官就本案提出之意見³⁸⁸，包括：（1）美國保護錄音製品之方式採一般著作標準，要求最低原創性，與歐盟不相同；（2）強調錄音製品與一般著作保護理由不同：比對 WPPT 第 18 條與第 2 條第 b 項錄音製品之定義，錄音製品製作人之權利並非所固著之著作的衍生，其保護範圍不受可能包含之著作權利範圍之影響；又，一般著作無法以個別單字或字彙為權利載體，主張排他專用，錄音製品為聲音排列之固著，不要求原創性，於聲音被固著於載體時，即受保護。

第二，歐盟資訊社會指令於第 5 條規範重製權之限制，詳細列出得例外使用著作之情形，2002 年指令生效後，歐盟會員國有義務將內容轉換為內國法，落實指令規範，故德國須檢視國內保護是否合於歐盟保護水準；德國學說普遍認為其內國法規範已合於指令要求，論述包括：（1）自由利用此一般性權利例外規定，可對應至資訊社會指

³⁸⁷ ECLI: EU: C: 2019: 624, para. 87, Case C-476/17

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C9331892EAE0CD7CEA3958E3E054779A?text=&docid=216552&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5200655>

³⁸⁸ Opinion of Advocate General Szpunar(2018), ECLI: EU: C: 2018: 1002, Case C-476/17

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208881&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15254>

令第 5 條第 3 項 k 款所示諷刺、戲謔或模仿 (caricature, parody or pastiche); (2) 同項 o 款容許在較次要範圍包容指令生效前會員國內國法上既存之例外或限制。法院以目的與體系解釋否定上述見解: (1) 自由利用之規定要求獨立著作為新創並與既有著作不具依附關係, 而不是自創作目的為限縮, 範圍大於指令; (2) 資訊社會指令比照一般國際條約置入三步驟測試為專有權限制之檢驗原則, 舉重以明輕, 第 5 條之例外清單即無擴大解釋之空間, 以免失衡。³⁸⁹另有主張同項 d 款「引用」得作為取樣創作之法律基礎, 其要件為目的特定、形式固定、內容可分, 及標示資料來源。但遭法院否定, 其認為在取樣創作實務上並不適用, 蓋引用受到列舉目的限制, 須為批評或評價, 即在作品中進行對話, 並要求前作內容在後作呈現上須完全複製、清晰可辨, 最後, 須盡可能標明出處。³⁹⁰ 歐盟法院並就基本權保護在歐盟與會員國之間, 因法律適用可能出現落差的問題, 亦有所表示, 首先援引判例見解³⁹¹, 歐盟人權憲章第 53 條:「不得將憲章解釋為低於特定會員國內基本權利保護水準。」係指: 在不損及憲章保護水準及歐盟法律優先效力 (the supremacy) 原則下, 各會員國之政府與法院得自由採納其國內基本權保護水準³⁹², 由此推導出: 會員國不得因其國內基本權利保護水準而損害不違反憲章之指令效力。³⁹³ 然而, 是否存在以會員國內國法作為歐盟指令補充之空間? 在轉換歐盟指令於內國法的處理上, 法院指出, 自體例解釋而言, 指令既規範了專有權之原則與詳盡的容許例外情形, 在所欲規制者為相同之事時, 會員國不得自行置入溢出指令規範之例外³⁹⁴, 僅有納入例外之全部或部分二種選擇, 且應注意若略過部分例外即可能產生與憲章保護水準不一致的情況, 歐盟法院就此採取嚴格限縮之見解。

³⁸⁹ *Id.*, para. 56-65.

³⁹⁰ Opinion of Advocate General Szpunar (2018), *supra* note 367, para. 66-74.

³⁹¹ Melloni v. Ministerio Fiscal, EU:C:2013:107, Case C-399/11

³⁹² Opinion of Advocate General Szpunar (2018), *supra* note 367, para. 78 and 80.

³⁹³ *Id.* para. 79.

³⁹⁴ *Id.* para. 81

最後，就取樣創作之藝術自由平衡，法院提出了不同於德國聯邦法院的判斷標準，以「使人無法辨認」為準，以最小聲音片段（tiny sound particles）為權利載體，只要在新錄音製品中無以辨識原取樣，即不屬於重製權之侵害。

歐盟法院作出裁決後，德國聯邦最高法院撤銷原判³⁹⁵，在裁決中首先重申，系爭指令生效前之行為，本得依德國法律解釋，在德國法下不構成侵權；而生效後之行為，則在歐盟法院裁定之基礎上進一步確立：除了符合「一般人無法辨認原取樣」之情形外，取樣無論長短皆構成重製權侵害；在歐盟法與內國法就相同事項皆有規範且發生不一致情形時，不得援引內國法規定為防禦主張，相同規定則以歐盟法解釋為依歸。

第三款 分析

歐盟法院就錄音製品之重製權採取高度保護水準，其根據為錄音製品保護基礎與一般著作有所不同，無論取樣長短皆為權利所附麗，固非無據；但權利保護並非絕對，就權利為限制需權衡者包括利害關係各方及其所連結之基本權利。鑑於數位科技改變社會生活方式甚鉅，包括科技工具對創作方式之影響，使技術門檻與專業能力要求大幅降低，現今，未曾接受音樂相關技能訓練之人亦得使用科技程式為音樂創作，使以錄音製品再創作工作得省去大規模設備器材、場地，與演奏人力之投入，這樣的便利性為創作人提供取材支持，使藝術自由、表達自由得以大為拓展，德國法上自由利用理論以「與原作不具依附性」，為少量利用而有大量新創成分之創作留下空間；聯邦最高法院接受歐盟法院之判準，接受在辨認判斷之前，最小取樣皆可能構成重製權侵害，在現今取樣創作之實務情況看來，若取樣仍須對樣本做處理使其不被一般人所得辨認，需加入大量調整與改變之精神時間成本，對創作者之自由與便利形成強效壓制，有違德國

³⁹⁵ BGH, 30.04.2020 - I ZR 115/16 - Metall auf Metall IV

法一向強調應以維護創作方式選擇自由來保護藝術表達基本權的立場；另一方面從市場利用層面觀察，就某錄音製品為取樣的目的並非僅為節省創作成本，更多是為了使用著名作品創造互動與趣味，若一般人無法辨認出原取樣，一則原取樣本身不具辨識度，從著作角度不具原創性僅於投資保護價值，二則新作已投入足夠多新內容淡化稀釋原作成分，使一般人無法辨識出原作，既辨識程度已經很低，是否使用前作取樣很可能落入舉證使用問題，與著作權法保護目的「鼓勵創作、促進學習」似已有所偏離，再者，依德國聯邦最高法院見解雖不構成侵害重製權，與落入公共領域為公眾自由取用之著名作品相較，承認原作碎片般大小之權利，是否僅為法律概念之抽象操作，既增加繁複程序成本且箝制創作自由，卻不具實質意義？最後，若以鄰接權法系對於錄音製品製作人等鄰接權人保護理由為「就推廣著作有貢獻」，則其保護水準顯高於著作更相形失衡。

本文以為，錄音製品製作人就作品所投入之經濟成本所費不貲，誠值維護，惟以此案歐盟法院以及佐審官之解釋方式，使錄音製品所載內容得為細碎切割利用，一來以創作方式管制實質扼殺創作自由，與科技輔佐創作之方向背道而馳，二來使錄音製品保護水準在侵權判斷上顯高於所載著作，與鄰接權保護理由為「有助於著作推廣利用」失之平衡。既原著作發揮效益的關鍵即為辨識度，比較理想的做法應該是設下合理利用之閾值，超過一定比例重製並修改利用的情形，直接以改作處理，比例之下為合理利用容許範圍，而非拘泥於重製之認定，再以錄音製品性質作為權利細碎化處理的說詞，徒增創作素材取得之阻力，不合比例地妨礙藝術自由。

此外，錄音製品之保護與表演之保護有緊密的連動關係，如美國法上表演人可能

獲得共同著作人地位亦透過錄音製品取得共同著作人地位之承認³⁹⁶。國際間亦多有規定，錄音物之利用由表演人與錄音製品製作人分享利潤，我國法以著作保護錄音製品³⁹⁷，雖然在錄音著作上，表演人與錄音著作人之權利各自獨立，由於其與表演利用之緊密關係，對一份由表演人錄製之錄音製品為取樣創作而容易成立侵權看似有利於表演人，然而實務上表演人與錄音製作人多以契約為一次性著作財產權之轉讓，表演人對後端利用幾無控制能力。若在著作權契約中無強制規定保障表演人，例如不可轉讓之利潤分享權，無論是「以獨立著作保護之」或採鄰接權體例，皆難以改變表演人契約中與現實上的弱勢地位。

第三項 攝影著作

第一款 攝影著作受著作權保護之沿革

著作權所保護者並非思想，而是思想之表達，伯恩公約以「文學及藝術著作」為保護客體，將其定義為「包括以任何方式或形式就文學、科學及藝術範圍為表達之成果」³⁹⁸，其成果並非思想本身，而是思想表達之成果，參考同項第 5 款就集合著作為選擇編排，稱「智慧創作」，明文受著作權保護須展現智慧性、創作性，暗示了原創性為著作之普遍要求，我國著作權法就編輯著作之規範亦有類似敘述；不過，文學及藝術著作並不採狹義理解，而是企圖納入廣義藝術表現範圍，原創性之要求必須能包設大部分預設範圍中的著作類型，這樣的原始設定在攝影著作的保護上存在極大分歧，例如美國等習慣法國家對於攝影著作之保護十分寬泛，一般傻瓜相機所拍照照片皆得滿足其保護門檻³⁹⁹，而奧地利等大陸法系通常要求攝影著作必須展現明顯與現有照片之差異

³⁹⁶ 參閱本文第四章，第一節，一，2。

³⁹⁷ 我國著作權法第 5 條第 1 項第 8 款

³⁹⁸ 伯恩公約第 2 條第 1 項第 1 款

³⁹⁹ Justin Hughes, *The Photographer's Copyright—Photograph as Art, Photograph as Database*, 25 HARV. J. L. & TECH. 339, 373 (2012).

才能獲得保護⁴⁰⁰；伯恩公約 1886 年之例示著作並不包括攝影著作，於 1908 年柏林文本被加入，被描述為一種透過技術程序而為表達之著作，攝影著作最低保護仍要求著作人投入其原創智慧構思 (Original Intellectual Conceptions)，而排除單純科技產品產出物如衛星相片、監視器影像等，在影像創作過程欠缺人類介入之照片。⁴⁰¹

第二款 我國實務及學說見解

我國實務與學說就「攝影」之原創性大致上與略以：「攝影者在拍攝時如針對選景、光線決取焦距調整、速度之掌控或快門使用等技巧上，具有其個人獨立創意，且至少具有些許創作，其拍攝之照片即屬攝影著作而受著作權法之保護。…著作權法之精神，在於保護具原創性之著作應係指由主題之選擇、光影之處理、修飾、組合，或其他藝術上之賦形方法，以攝影機產生之著作，始受保護。通常一般以攝影機對實物拍攝之照片，尚難認係著作權法所指之著作」⁴⁰²，或「…非單純實體人、物之機械式再現，而已投注拍攝者個人精神思想在內，其所為之表達方式更非有限、唯一或極少數…」⁴⁰³將攝影著作之原創性判斷著重於**機械操作技術之選擇及展現**，在機械的操作上要求人類意志動作介入而形成其賦形結果，質言之，我國實務認為，攝影著作之原創性判斷重點在於其結果產生過程中，**一連串之選擇及判斷**，其表達方式並非唯一或極少數，須得彰顯其選擇性，並由此作為拍攝者個人精神思想之展現，一般單純機械性攝影不具原創性。另外，主管機關著作財產局則採取最起碼創作性，認為以數位相機拍攝之生活照片雖未做任何特殊影像處理，仍可能構成著作而受著作權法保護，似以降低原創性程度

⁴⁰⁰ William W. Fisher II., *supra* note 305, 438-39.

⁴⁰¹ Jordan Parker, *Smile and Say, "We Need Not Decide:" Decoding The Federal Courts' Nonanswers Regarding The Derivative-Works Status of Photographs*, 14 TUL. J. Tech & Intell. Prop. 261,264 (2011).

⁴⁰² 最高法院 92 年度台上字第 1424 號刑事判決、106 年度台上字第 775 號民事判決、智慧財產法院 109 年刑智上易字第 55 號刑事判決。

⁴⁰³ 智慧財產法院 109 年刑智上易字第 44 號刑事判決。

之方式，來擴大攝影著作之保護範圍。⁴⁰⁴

第三款 美國法見解

美國法在攝影著作本身的保護門檻較為寬泛，但亦有採取多樣原創性判斷方式者，例如在 *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*（下稱 *Sarony* 案）⁴⁰⁵ 攝影著作原創性判斷從「拍攝時」機械操作之選擇，前置至攝影師於「拍照前」就場景為佈置，被認為與原創性有關之元素，不僅是光影調整等技術項目，亦包括被攝影者之姿勢及服裝之創意選擇（Creative Choice），不過法院同時暗示了博物館攝影師與一般業餘攝影創作有別⁴⁰⁶；攝影著作原創性判斷於美國實務上納入了更多可展現創作人思想表達的方式，作者思想表達之展現為最高指導原則。⁴⁰⁷ 隨案例法之累積，原創性甚至展現於「攝影目的」，例如美國實務曾引入英國學說，以三種自不同目的出發之攝影著作原創性判準：1、原物重現（Rendition）；2、瞬間捕捉（Timing）及 3、主題創造（Creation of Subject Matter）。⁴⁰⁸

第一種情況「原物重現」之目的即在相當程度上重現原始著作，出於目標追求，二者差異有可能非常微小，若同樣賦予權利，在第三幅以上作品之侵權判斷上會產生侵權判斷之問題，故其保護標的著重在攝影技巧所呈現之效果（Effect）、即攝影著作本身而不是被攝標的，而衍生著作之原創性判斷需檢視其表達差異（Distinguishable Expressive Variations），須與原著作有所區別才會被認為具有個人表達而具備原創性。

⁴⁰⁴ 經濟部智慧財產局智著字第 09500070820 號函示；馮震宇，論文物藝術品攝影著作之保護與利用，*月旦法學雜誌*，第 249 期，頁 85，2016 年。

⁴⁰⁵ *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884)

⁴⁰⁶ *Burrow-Giles* 案以攝影師工作範圍而非照片本身採取差別判斷標準於 1903 年的 *Bleisein v. Donaldson Lithographing Co.* (188 U.S. 259) 未被採納，下級法院遵循 *Bleisein* 之原則，認為攝影著作只要有最基本之原創性，即可受保護 (274 F. 932, 934 S.D.N.Y. 1921)；馮震宇，前註 404，頁 80。

⁴⁰⁷ 黃心怡，論攝影之原創性，*東吳法律學報*第 24 卷第 3 期，頁 132，2013 年

⁴⁰⁸ *Mannion v. Coors Brewing Co.*, 377 F.Supp.2d 444 (S.D.N.Y. 2006)

⁴⁰⁹第二種情況「瞬間捕捉」則強調其拍攝之時機，由於新聞畫面或大自然本身不屬於著作權保護標的，對其為紀錄強調者為攝影捕捉動態之瞬間，保護標的為對現實事件之紀錄，其原創性判斷重點在於**新聞性、拍攝時機**，而非攝影技巧或攝影對象。第三種「主題創造」情形則是由於拍攝者為該攝影所佈置之主題或場景有突出的創意，故其著作權保護範圍不僅為拍攝之效果，更及於為拍攝所佈置之主題及場景。⁴¹⁰美國法在後續發展上，明顯揚棄揮汗原則，認為就「重製」著作所需要的工程天份不能使該重製物取得著作權，高度技巧亦不足以滿足原創性要求，衍生著作除了作者之技巧、判斷與勞力之外，必須存在一種轉化方式，滿足某程度上的實質修改或裝飾，始得顯現衍生著作之原創性。⁴¹¹

第四款 小結

攝影著作原不屬著作權傳統保護範圍，在國際間已為普遍承認之著作類型，就「創意」為定義（**是什麼？**）並不容易，從美國法的實踐觀察，或許以「是否存在」人類思想表達（**有沒有？**）為標準更為可行；我國實務以「對主題選擇、光影處理、修飾、組合或其他藝術上之賦形方法，而足以表現出著作者之思想或情感」為攝影著作受著作權保護之要求亦有相同意旨。

表演是在他人既有著作或其他文化內容（民俗創作）的基礎上為展演詮釋，具體地說，是「執行者」的角色，參酌我國實務將平面美術著作、圖形著作轉變為立體形式以**是否具備新的創意表現**而決定是否賦予獨立著作權保護，例如「按圖施工」僅單純吸收

⁴⁰⁹ 原物重現的案例在後續案例受到更高程度之限制，例如 *The Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corporation* (36 F. Supp. 2d 191, 1999) 認為攝影之目的即為重現者，攝影者所投入為勞力與技術，而非原創性，故不受著作權法保護，學說上以盲從重製（slavish copying）稱之。

⁴¹⁰ 黃心怡，前註 407，頁 134-37。

⁴¹¹ *The Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corporation*, 36 F. Supp. 2d 191 (1999).

美術或圖形著作之概念或構想而製造，原則上並非著作權客體，相對地，將地圖製作成地球儀、將素描繪畫作成雕塑，則有新的創意表演，另受著作權法保護。⁴¹²本文認為，表演人就他人著作為「執行」須將原始內容為抽象或具象化，轉換形式呈現，例如對樂譜記載轉換為聲音演繹，將劇本轉化為聲音、肢體表情或影像之表現，其創意性、原創性實展現於其就樂譜、劇本之解讀，蓋他人既有著作並不存在除了文本形式以外之指示，表演人對聲音、表情、肢體等元素之選擇，足以展示表演具有著作之外獨立的創意表現。

相較於攝影著作經由創作人操作相機，甚至佈置拍攝場景，皆得肯認其具備創意選擇而肯認其著作地位，以美國最高法院於 Feist 案的標準，單純勞動即「額頭上的汗水」不足以證立其創作性，須要求最小程度的創意性，表演人就表演他人著作之表演元素選擇，足以滿足美國法上的創作性標準，甚至也符合我國法上對從地圖製成之地球儀作為圖形著作，以著作權保護之標準。析言之，表演不以著作權保護、享受與原作者人同樣的保護，並非其創作性不足，而是現實上表演涉及既有著作之著作人權利與利益分配，以及，若承認表演著作，則就著作為表演之人可能難以預見其數量，如何劃設表演著作權利主體範圍，是利益分配的問題。

⁴¹² 經濟部智慧財產局，著作權 Q&A：五、平面的美術著作或平面的圖形著作，有無保護到立體重製的情形？ <https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-470-858924-ff634-301.html> (最後瀏覽日 2021/1/25)

第四節 表演保護要件再檢視

我國著作權法就表演之保護限就既有著作及民俗創作為表演，「以獨立之著作保護」，比照同樣以獨立之著作保護的衍生著作、編輯著作，我國實務皆以原創性作為保護要件⁴¹³，在我國現行法明文規定之侷限下，表演之保護難以迴避原創性之檢驗。然而我國著作例示著作包括錄音著作，國際間普遍同意錄音著作保護基礎為錄音製作人所投入之資金而非其創作內容之創意，遂我國著作權法之核心要件「原創性」在不同著作類型應容有個別詮釋其內涵之空間。「表演」在著作權保護歷史上，乃以就著作為推廣、演示，表演人而被採納為著作鄰接權之保護主體，然而其保護基礎是否因此須與表演客體受著作權保護為連動？表演人所投注之詮釋與演繹受保護是否以具備創意性為前提？在不同的表演客體上是否有不同判斷標準？仍需加以釐清。

第一項 表演人就其表演所享有之權利為固有權

羅馬公約將表演人之定義限定為就著作為表演之人，係出於締約國對於表演人牽涉範圍過廣之疑慮，且並未就其因表演所享有之權利與該著作是否受著作權保護加以限制，例如對表演之保護與著作保護期間脫鉤處理可為佐證。這一點在區域實踐上，德國學說就著作權法第 73 條表演人保護範圍亦有相同解讀，就公共領域之著作為表演、或就外國人著作為表演，皆屬表演受著作權法保護之範圍，析言之，表演人其工作成果受到保護，德國法認為並不是從該既有著作所導出之權利，而是表演本身受法律保護、此為表演人之固有權利⁴¹⁴；本文認為，我國法以就既有著作與民俗創作為表演受保護之範圍，乃沿襲羅馬公約就表演人範圍之限定，然而表演之權利是否源於其表演之客體？若以鄰接權說解讀，則著作權保護表演乃基於其推廣著作或其特殊工作成果，若以著

⁴¹³ 最高法院 104 年台上字第 1139 號民事判決、最高法院 107 年度台上字第 1783 號民事判決、最高法院 106 年度台上字第 1635 號民事判決參照。

⁴¹⁴ 陳家駿等，前註 14，頁 49。

作權說解讀，比照衍生著作在我國法上亦「以獨立之著作保護之」，乃為另一獨立著作，故表演人就其表演所被賦予之保護，於我國法上無論採取著作權說或鄰接權說，縱然其係以既有著作為表演素材，其權利來源並非承襲自其表演客體，表演人所享有之權利，其性質為固有權，以獨立之著作保護，其保護期間亦不受該既有著作影響。

第二項 因應表演客體之原創性判斷

第一款 就既有著作為表演

我國法所保護之表演限於對既有著作及與民俗創作為表演，以具備文本形式之著作為例，即表演人按原作者人所設計之結構，演出、歌唱、演說、朗誦、演奏或採取其他方式表演其既有著作。此時原創性之判斷應自觀眾視角出發，對作品之認識的確須經表演人之表演，例如透過具有表演人鮮明個人特徵之聲音、面容、肢體來認識作品，惟本文認為，此時原創性之判斷應限縮於原著作之既有形式，蓋表演本身即具備轉換形式之特性，若認為表演之個人特色足以證立其原創性，則表演著作之成立將太過容易及浮濫，相較於衍生著作之原創性須要求獨立於原著作之新注內容相比，顯不相當；相對地，若表演人就原著作之表演，注入在原有形式比較下之創新內容，始得證立其原創性。析言之，單純就劇本為台詞之朗誦與加入劇本並未註記之演繹，受到劇本指示或框架限制的程度顯有不同，根據其新增內容之質量，表演可能具備衍生著作或獨立著作之法律地位。

另一方面，表演人是否有可能因其本身鮮明的特徵而獲得表演著作之地位？本文認為，除了以原著作形式為判準之新創內容之外，另一種與原著作產生得抗衡之原創地位的方法，則是表演人本身的特殊性為該著作不可或缺之元素，即其鮮明的個人標誌屬於該著作得為表演不可或缺之條件，例如高超的技術、或者該表演人之特質屬於

該著作設定的內容，若原著作之作者在創作之際即以該表演人為雛形或設定，本文認為，作者留予特定表演人為著作加入其創作性之空間，於表演之際將使著作達到作者預期中的完整與圓滿，此際得將該著作中對於特定表演人之設定擬制為作者與該表演人間具有「共同關係」，依據我國實務上就共同著作之要件：須二人以上共同創作，於創作之際有共同關係，及著作為單一型態為考慮，該共同關係可參酌美國著作權法第 101 條就共同著作認為二人以上之作者，個別貢獻於結構上不可分或具相互依存性 (interdependent)⁴¹⁵，即該著作得為演出，乃依附於該表演人之特徵與條件，則本文認為，該表演人就原著作得享有共同著作人之地位。

顯然地，在這樣的原創性限縮解釋下，表演獲得我國著作權法以獨立之著作保護者將十分稀少，雖較為符合本法體例及文義解釋，卻與立法目的顯然違背；另一種操作方式則是自衡平觀點考慮，雖第 7-1 條明文以獨立著作保護表演，卻在權利類型上加以限縮，除了少於一般著作人就其著作所享權利，更設下其保護對原著作不生影響之限制，依據相同事件相同處理、不同事件不同處理之平等原則，適宜的作法應下修表演著作之原創性標準，在個案中採為法院判斷表演原創性之一般原則。

第二款 就民俗創作為表演

目前國際間普遍認為民俗創作本身無法做為著作權標的；具體原因包括：民俗創作原則上屬於公共領域，類似一種活的遺產，此外，其持續、經社區或共同體不斷地納入微小修整及累積，在著作權法制的架構下，無法滿足著作權法制下對要式性與原創性的要求。遂民俗創作之保護於著作權保護體系僅得採取間接方式保護，其方式有：一、以民俗創作為基礎並滿足著作要件（個人所加入之原創性）之創作，其可滿足固著

⁴¹⁵ 17 U.S.C 101: “A “joint work” is a work prepared by two or more authors with the intention that their contributions be merged into inseparable or interdependent parts of a unitary whole.

與原創性要求；二、就民俗創作為表演、固著為錄音或視聽製品等方式，得不要求其原創性，繼 WPPT 將就民俗創作為表演納入表演人之保護範圍，許多國家相繼採納。⁴¹⁶

在鄰接權體系下，個別表演人之表演不須具備原創性等著作要件，即得主張表演之固著權與後續利用權利；相對地，我國法制強調不採取鄰接權，若要求就民俗創作為表演之「表演著作」具備原創性可能礙難達到保護文化遺產的目的，雖然伯恩公約曾經嘗試處理此範圍，可惜結果未如預期⁴¹⁷，印證了著作權在此範圍力有未逮。本文認為，在我國法的解釋適用上，不能忽略制度目標，乃源自文化遺產保存之呼籲，使特殊文化及社群（原住民族）得自傳統文化之利用鏈中獲取資源與經濟利益，進而維護世界文化多樣性；民俗創作之表演人預設即為該群體之成員，故本文認為，就民俗創作為表演在目的解釋下，應例外排除原創性之檢驗。

第三款 小結

著作權所保護之範圍自文學與藝術作品逐漸擴張，國際條約介入調和不同體系，仍需在各自的理論架構下處理論述，使結果得合於規範目的。鄰接權法制直接移除原創性檢驗，如德國以藝術性要件調和具有人類精神特徵之表演及單純機械操作，其比較對象並非前人與後人（前作與後作），而是「人」與「非人」，蓋創意的衡量並不容易找到放諸四海皆準的標準，尤其著作權法制之發展深受文本主義之影響，例如文學創作段落可分性、單字無法成為權利專有客體等概念，就新型著作類型之納入皆形成某個形式上的保護壁壘，須另外發展其個別原創性判準。另外，也存在並不以理論建構而

⁴¹⁶ Silke von Lewinski, *supra* note 56, 464-65.

⁴¹⁷ 伯恩公約於 1967 年斯德哥爾摩修正會議，於第 15 條第 4 款納入實質意義就民俗創作之保護，為以著作權保護民俗創作之嘗試，惟該規定僅印度於內國加以落實。

伯恩公約第 15 條第 a 項：「未發行著作如著作人身份不詳，但基於各理由，足資推定係本聯盟某一會員國之國民者，該會員國得以法律指定主管機關為著作人代表，該主管機關有權於本聯盟各會員國內保護並主張該著作人之權利。」

是以現實權力影響的情形，如同樣被列為傳統著作鄰接權範圍之錄音著作，在我國法治中取得著作地位，難以想像其以原創性標準檢驗其著作保護適格。本文以著作保護表演的我國法制下，以我國實務所採之原創性標準推行出適用的表演類型與特定情況，卻發現得納入之表演屈指可數、寥若晨星，與表演人權利範圍與行使受限（權利類型及次於原著作人）上顯有失衡，明顯與立法目的有違。故比較合適的方式是在個案操作，依情況放寬「原創性」之標準，或可參酌德國法以「藝術性」之判斷作為保護要件，只要不是單純機械性、可替代性之操作，即肯認其原創性標準。另外就民俗創作為表演，為合於立法目的，應例外排除原創性之檢驗。



第五章 我國著作權法上表演人保護之建議

第一節 以規範目的為依歸

第一項 與文化基本法之關係

為了避免偏離法律所欲達成之目標，需確立法律之規範目的。我國著作權法在立法過程中，由於國際勢力現實，受對外貿易需求以及雙邊談判影響甚大，一方面以間接方式與國際條約保護水準接軌，另一方面，在國內立法欠缺完整的法理論述以致保護體系不明確，以致在法解釋與適用上多有疑慮。

著作權之目的自王室高權對言論自由與思想的管控，雖作者權法系與著作權法系之理由不同：英美法系自安妮法案宣示以「鼓勵學習」為目的，並以最終進入公共領域之目標取得期間壟斷保護之正當性，保護作者為其手段；而大陸法系則較強調著作人保護的立場，將作者私有權之保護作為促進啟蒙、實現公共利益之方法。其性質皆兼具私人財產權保護及公益目的保護目標。

我國著作權法以「保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」為立法目的，⁴¹⁸除保障著作人權益與社會公益之調和為著作權保護之傳統領域之外，更提及「國家文化發展」，學說上認為，此三目的具備層級性，即保障著作人著作權益與調和社會公共利益，係為達到**促進國家文化發展**之最終目的⁴¹⁹本法作為民、刑法之特別法，與2019年所通過之《文化基本法》關係為何，殊值探究。文化基本法之定位為我國未來文化發展之根本性、上位性法律，第1條開宗明義指出其為保障人民「文化權利」，第7條第1項規範人民因創作活動成果所得享有之權利與利益範圍，第2項「國

⁴¹⁸ 我國著作權法第1條

⁴¹⁹ 章忠信，註290，頁1。

家應保護創作者之權利，調和創作者權益、產業發展及社會公共利益，以促進文化發展。」與著作權法立法目的之敘述有高度重疊，若同意文化基本法為文化發展之上位法律，應先釐清文化權利所指為何。

文化具備多義性，在不同學門之間亦有廣義、狹義等範圍不同的定義，有一種方法是將文化視為上位概念，藝術、學術、宗教與教育為下位，互為補充；⁴²⁰文化權(cultural rights)的概念在各國憲法中本不多見，自二次戰後，始陸續出現討論。⁴²¹例如世界人權宣言第 22 條將文化權與經濟、社會權利並列，作為人類享有個人尊嚴與人格自由發展之保障權利之一，第 27 條規範文化權之公益與私益面向分別規定：人人應得自由參與社會文化生活、欣賞藝術、並享受科學進步之利益，個人於科學、文學或美術創作之精神與物質利益應受保護；經濟社會文化權利國際公約第 15 條從社會權之角度確認文化生活參與之權利，並享有創作科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益受保護等。我國憲法對文化權利未直接規定或進行闡述，多藉由國家任務之規定展現，例如提列為中央地方權限劃分事項⁴²²、國家肯定社會多元文化及維護原住民語言及文化之基本立場宣示⁴²³、列為國家經費優先編列項目⁴²⁴等，至釋字 702 號闡述教育文化為重要公共利益，對文化之見解約以：由特定基本權之精神特性有促成文化之功能、族群認同及社會價值為文化之表現形式，同時文化具有公共利益之潛在性，故成為法律制定及憲法解釋之框架因素之一。⁴²⁵

⁴²⁰ M. Mihatsh, *Offentliche Kunstsubventionierung*, 1989, S. 17. 轉引自林依仁，文化憲法的意義（上），月旦法學雜誌第 290 期，2019 年，頁 166。

⁴²¹ 周志宏，制定文化基本法之法律問題，法之橋：臺灣與法國之法學交會，2016 年，頁 252

⁴²² 我國憲法第 108 條第 1 項

⁴²³ 我國憲法增修條文第 10 條第 11 款

⁴²⁴ 我國憲法增修條文第 10 條第 10 款

⁴²⁵ 林依仁，文化憲法的意義（上），月旦法學雜誌第 290 期，2019 年，頁 170。

我國文化基本法以一般國會立法程序三讀通過，性質為法律，非憲法層級，雖以**確立國家文化發展基本原則及施政方針**作為文化基本法之立法目的，然而相較其他涉及文化事務之法律（例如著作權法）並未具備更優位之效力。⁴²⁶本文以為，我國憲法將文化與教育、科學並列，有特別規定，例如預算優先編列以及保障從業人員之生活，在實踐上，或可比照教育基本法作為憲法規定之補充⁴²⁷，或科學技術基本法作為科技領域相關原則規定之母法⁴²⁸，**將文化基本法作為我國文化基本權利內容與範圍之確認**，作為著作權法解釋適用之支撐。本文認為，我國著作權法就「文化發展」目的所肩負者，偏重為人民因創作活動成果所獲得權利及利益之保護⁴²⁹，在與產業發展與社會公益調和，亦應以促進文化發展，使人民得享文化權利為終極目標，並在此認知上，尋找表演人在我國著作權法上最適保護架構，應得使手段與目的相應，目的應得與文化基本法之政策目標得以連結，具體實踐憲法基本國策之規定—**國家應保障藝術工作者之生活**。

第二項 自社會規劃理論出發

第一款 著作權之工具性

由我國文化政策以「文化民主化」之核心理念加以觀察⁴³⁰，以社會規劃理論（Social planning theory）來解釋著作權法於文化範疇之功能或許頗為合適。社會規劃理論認為，就包含智慧財產權在內之財產權，應有助於實現一種「公平且令人嚮往的文化」為目標，學者以適用於網際網路場域作為描繪藍圖之特定，該理想社會首先有一預設，即**群體幸福之社會優於個體幸福之社會**，遂智慧財產權的目標應設定為，

⁴²⁶ 周志宏，前註 421，頁 250。

⁴²⁷ 參見陳木金，談教育基本法的立法對我國教育行政的啟示，教育行政論壇第五次研討會學術論文集，頁 333-55，1999 年。 <https://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/38157/1/4-5.pdf>

⁴²⁸ 章忠信，立法院三讀通過科學技術基本法，著作權筆記，1999 年。

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2019>

⁴²⁹ 文化基本法第 7 條第 1 項、著作權法第 1 條。

⁴³⁰ 行政院，文化基本法草案總說明，頁 2，<https://www.ey.gov.tw/File/511CF434D645B6DF?A=C>

能激勵社會中就創作之創造、傳播及利用，社會上之公民因此得以廣泛多樣地獲得知識及創作，並以此作為自決與自我表達之基礎，具體而言，該令人嚮往的社會有以下特性：**豐富的藝術傳統、分配正義、符號民主、社交性以及相互尊重**⁴³¹。首先，豐富的藝術傳統來自於文化多樣性以及文化遺產之維護，而表達自由之保護即為重要的支持工具，表演人作為著作利用人同時亦為廣義之內容創作者，在著作權法制下建構足以支持其平衡發展的系統至關重要，如以自由表達為最大公約數，則**強制授權制度**應為一理想工具，因為著作利用之層面愈廣，使愈多人接觸，則其得以進用豐富的文化內容，強制授權制度降低了專有權的獨佔色彩，直接轉換為利用著作之對價，降低了文化內容流通利用之限制性⁴³²，使表演人除消費、利用他人著作外，擁有更多的自由表達與創作之空間，有利於文化參與；另一方面，強制授權制度形成長期性、持續性的使用利潤分配，或可緩和表演人演出收入不固定之壓力，表演人在現實中就表演契約幾無表演固著後之控制權，遑論利潤分享，以至於表演人很難擺脫短期性、節慶式演出活動，及相應的不穩定收入結構；因為收入結構的緣故，不容易維持穩定的創作活動。自表演利用契約關係觀察，由於與利用方或錄音物製作人、視聽物製作人之間懸殊的締約地位，表演人不容易在契約取得較有利之對價，契約對造通常由契約關係以一次性給付交換表演人就表演後續利用之控制權，有鑒於商業市場獲益預測不易，在開發前端以低價向表演人或作者取得權利、在後續利用獲得極大成功，僅開發商獨享豐厚利潤，無論是英美法系以效益理論、功利主義刺激與鼓勵創作，或者歐陸法系強調作品利用收益應回歸創作人之立法論述，這樣的結果皆與著作權保護創作者之目標相去甚遠。是以，思考表演利用契約之介入在社會規劃理論建立一個公民得取用豐富文化內容進而自由表達與自決的理想社會目標下，似乎是一個合理且適合列入考慮

⁴³¹ William Fisher, *supra* note 117, at 18. See William Fisher, Property and Contract on the Internet, 73 *Chicago-Lent Law Review*,

⁴³² 鄭中人，前註 85，頁 100-01。

之方法，具體實踐如歐盟之公平報酬請求權。

第二款 實踐保護目的之方法

學者提出，著作權之所以得幫助實現民主化的理想社會，乃出於其促進表達與提供經濟結構支持的二項功能，⁴³³以美國法為例，著作權所保護之標的為固著（fixed）於任何有形表達媒介之作者原創作品，其得被感知、重製或以其他方式傳播。⁴³⁴著作受保護之前提為固著於一有形、得被利用之載體，蓋思想或表達皆為無形，須透過載體加以固著，始得為利用並發揮其促進表達、以經濟結構提供支持的功能。表演本身具備瞬間即逝的特性，德國學說亦將其描述為瞬間的藝術（Kunst des Augenblicks）⁴³⁵，就表演進行利用，除了現場演出之外，須將表演內容擴大至演出場地以外，即時方式如廣播、直播，可多次利用之方式即需透過固著方法“重製”該表演。

國際條約保護表演亦以「未固著」及「已固著」為權利分類方式，以表演固著時點分流，其意義與著作保護表達以固著為前提是否有相同意義，於比較法案例上曾就表演之固著有所討論：例如在電影拍攝過程，除了表演進行中所為之錄製，另有剪輯時就錄製於毛片表演之複製，由於此二時點在視聽製品之製作實務上很可能相距一定期間，涉及權利保護起算時點之爭執，法國法院認為，應解釋為表演首次被納入傳播載體之時，除了可與著作權利人之重製權區分，亦較為符合 WPPT 第 2 條 c 項之文義。⁴³⁶另外一個爭議則突顯了以著作保護表演是否適當之問題，即著作保護傳統要件為「要式性」，若該客體不符合要式性，即該著作無法於一定期間內被感知、複製或傳播，不符合美國

⁴³³ Neil Netanel, *supra* note 129.

⁴³⁴ 17 U.S.C. 102 (a)

⁴³⁵ 陳家駿等，前註 14，頁 48。

⁴³⁶ Cass. 1re civ., 12 sept. 2018, no 17-19490, FS-PB

WPPT Art. 2(c): “fixation” means the embodiment of sounds, or of the representations thereof, from which they can be perceived, reproduced or communicated through a device;”

法就著作保護權利要件⁴³⁷，是以，就現場表演進行側錄是否屬於對「著作」之侵害？美國實務曾經為了使表演之保護得在著作權法制下有效適用，擴張固著之解釋範圍，認為若固著行為與傳播同時進行者，亦符合固著之要求。⁴³⁸

本文以為，以著作得被感知、複製或傳播作為有效利用之預設，具有效益理論色彩，亦與美國著作權保護原型採取著作權法定權利論、註冊主義相符，且以著作權傳統產品書籍之商品生產流程作為規範模型；法國實務刻意區別表演人就表演之固著與著作人就著作為重製，較為合理的推論是其肯認表演與著作之性質有別，因為自目的而言，錄製表演即屬使演出進入商品生產之階段行為，與剪輯之時點不同但目的同一。若由影響力範圍作為衡量，即使科技發展逐漸改寫了人類生活樣貌，「固著」仍然是足以突破時空限制，進行大規模傳播著作或表演內容之必要程序，自影響程度而言，保護重點應著眼於表演固著後之階段。表演之固著與著作保護須以固著（要式性）為前提，在鼓勵表達、發展經濟結構支持上，實具相同目標，蓋在固著前的獲益程度上無法與固著後之長期利用收益相比擬。在這個推論下，僅賦予表演人固著權恐怕不足以使表演人獲得契約上談判地位的支持，因為沒有固著很難獲得長期、具規模性之經濟利用；在2020年 covid-19 疫情全球發酵的影響下，現場表演節目大幅限縮、取消，為降低群聚接觸，未來表演節目之型態可預見地將以直播或錄製後播出之形式為主流，若以美國法上擴張固著意義之見解，則表演人之權利幾乎將傾於固著後之利用。本文認為，就表演人權利保護之發展，應著重固著後的權利型態，足使著作權作為實現社會規劃之有力利器。

⁴³⁷ 17 U. S. C. Sec.101

⁴³⁸ U.S. v Moghadam 175 F. 3d 1269 (11th Cir. 1999)

第三項 合於目的之表演人保護架構

負責起草聯合國文化多樣性公約草案，現任中歐與東歐著作權聯盟主席的 Mihály Ficsor 於 2016 年 WIPO 會議上提出著作權與文化多樣性及發展之關係⁴³⁹，其認為，著作權應以作為經濟、社會及文化發展之工具為目的，包括建立以**創作者（作者與表演人）為中心（Creator-centric protection）**的保護與保護投資；大陸法系國家對於著作權採取自然權利的觀點，認為著作與作者之間具備緊密關聯性，著作權保護之目的包括確認此一關聯性，故大陸法系國家之立法者較傾向保護處於弱勢締約地位之創作者，例如在著作權契約之管制上引入不可剝奪之報酬請求權等剩餘權利（"residual rights"），以確保創作者（或中介者如權利集管組織）享有就其創作之控制及利益⁴⁴⁰。Mihály Ficsor 同時具體定位著作權之工具角色，文化多樣性作為發展之重要因素，文化活動、商品，與服務具有經濟及文化雙重性質，**著作權具有文化多樣性之宣導（advertise）功能**。⁴⁴¹表演人為文化內容之傳遞者，亦為文化內容廣義創作者，在著作權法上提供表演人完整保護即具備支持其創作與傳承文化內容之功能。

澳洲學者 David Throsby 就創意經濟產業分析提出一同心圓模型，將「表演藝術」與文學、音樂及視覺藝術同列為核心文化表現形式。

⁴³⁹ Mihály Ficsor, Copyright, cultural diversity and development, (2016).

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipda_ge_16/wipo_ipda_ge_16_t14.pptx (最後瀏覽日 2021/1/25)

⁴⁴⁰ MIHÁLY FICSOR, COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, 21 (2002)

⁴⁴¹ Mihály Ficsor, *supra* note 439.



圖 5-1 文化創意產業同心圓關係圖
資料來源：UNESCO (2013)《創意經濟報告》

以經濟學上文化資本 (culture capital) 的概念來解釋，文化資本可能以有形或無形之方式體現，有形者如建築或繪畫，無形者如文學、信仰、音樂等，其具有高度文化價值而非純物質之經濟價值，但是其文化價值必須透過服務展現⁴⁴²，例如表演人居間詮釋。

世界環境與發展委員會 (the World Commission on Environment and Development, "the Brundtland Commission") 將永續發展定義為：以不損害後代滿足其自身需求能力之前提下，滿足當前需求之發展。⁴⁴³文化在永續發展中所扮演的角色在 1990 年之後一躍成為人類發展論述之重點，聯合國開發計劃署 (United Nations Development Program, UNDP) 在 1991 所發佈的《人類發展報告》(Human Development Report) 中提及，人類發展的目標是人們擁有過著他們所期望生活的能力，人均收入可

⁴⁴² DAVID THROSBY, ECONOMICS AND CULTURE, 47 (2001)

⁴⁴³ World Commission on Environment and Development, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 43 (1987) 原文：“development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”

能可以擴大這種能力，但這並非發展本身的目的。由於發展模式並非一個放諸四海皆準的路徑，學者認為，應從以下標準來評估，包括：物質及非物質之提升、代際與代內之公平、維持文化多樣性、預防原則，及承認系統相互依賴性原則等⁴⁴⁴，其中文化多樣性為不同國家的發展可能提供元素，1996年WPPT將民俗創作表演納入保護著作權體系下保護，亦為發展中國家對其傳統文化資源開發、維護文化多樣性的戰略支持體現。聯合國2015年發布之17項永續發展目標（Sustainable Development Goals, SDGs），提出國家發展應以人為本，打造永續環境，經濟發展並非以商品為本，而是以人為本。在此綱領下，著作權法所應展現的態度不應將表演人視為著作載體、推廣之工具，而是積極為表演人提供主體地位之保護，使其得享受工作成果之經濟利益。

本文認為，我國現行法以獨立之著作保護表演，雖立意為保護程度較高，然如前所述，面對著作原創性之挑戰，仍莫衷一是，只是無論採取哪一種解釋路徑，應該使表演人確實得享受其工作成果之回溯。智慧財產與實體財產性質之差異，在融資層面有相當程度之展現，尤其在進入市場之前較不容易判斷市場反應，以結果而言，僅有少數作品得以大獲成功、不僅回收資本甚至收益豐厚，但這不足以作為出資者以契約一次性買斷權利、剝削其他對著作有貢獻之人（如表演人）的理由；正如我國現行公司法容許以勞務或其他權利為出資⁴⁴⁵，且大幅放寬無面額股適用範圍⁴⁴⁶，使缺乏資金之創業人避免在籌資過程遭創投資金挾資本優勢稀釋創業人持股比、對公司失去控制權⁴⁴⁷；以此為喻，在著作權法之保護上，亦應肯定表演人與創作人、出資者皆為著作內容得以進入市場之重要「股東」，表演人就創作進入市場利用結果之貢獻，地位並不遜於製作人或出資人，在法律上肯定其地位之方式，就是賦予表演人與其表演之利用所獲收益得相對

⁴⁴⁴ David Throsby, *supra* note 442, at 69.

⁴⁴⁵ 我國公司法第43條

⁴⁴⁶ 我國公司法閉鎖性公司專節

⁴⁴⁷ 方嘉麟編，變動中的公司法制：十七堂案例學會公司法，頁57，2018初版。

應之分配可能，為了平衡表演人多僅得在固著時獲得一次性對價，在後續的長期利用上無法主張分益，同時兼顧授權簡化有利進入市場，除了專有權之外，歐盟法上利用頗為廣泛的報酬請求權具備平衡分配開發風險與利潤之功能，應為我國法保護表演人得考慮採納之保護方式。

表演人傳統上被認為是文化內容之傳遞者，然而自文化多樣性與永續發展之觀點，表演人確實扮演了創建內容之核心角色，使其在著作權法律架構下，**確保表演人享有創作成果之控制與利益應為著作權發揮其文化多樣性宣導功能的重要目標**。然而表演之利用即存在表演人與著作人之間既合作又競爭的關係，確立表演人足以作為內容創建者，又須在保護架構上反映著作人對既有著作之貢獻，無論是概以著作權保護表演、或是概以鄰接權涵括，都不足以適切地反映其為著作利用人同時為表演創作者之角色，表演保護之目的於今日既被定義為鼓勵創作，促進經濟、社會、文化發展，顯然需要建立一個以**內容創作參與之程度為指引、具備層級性的著作權保護體系**，在單純利用著作與具備高度創作性的兩極光譜之間，建構廣泛適用的表演人於著作權法上保護架構。

第二節 我國法可行解釋路徑

第一項 不採取鄰接權制度

第一款 降低表演之原創性標準

我國現行法或修法草案，實際上賦予表演人之保護內容，與著作人相比，皆限縮了範圍，除此之外，亦未提供表演人 WPPT 所訂已固著於錄音物之表演公開演出之報酬請求權，若欲維持以著作保護表演，則應比照權利保護範圍，就要件程度之要求予以調整。目前，各國就著作原創性之要求各有其論述發展，如德國以個性（Individualität）為著作之要件，要求具備其個性之精神表現，推衍出獨特性（Eigenständigkeit）、原創性（Originalität）及創作性（Kreativität）等與個性有關之內涵，一般而言，德國對著作之保護要求較高，就新型創作如應用美術、攝影、資料庫、電腦程式等領域，德國法院有直接以小銅幣理論（kleine Münze）處理，合目的地降低著作之保護門檻，⁴⁴⁸不同類型之著作，亦有空間依其性質適用個別創作高度判斷標準以確認創作中「個性」要求之下限。美國最高法院就原創性之見解著重於不抄襲自他人之獨立創作與微量但存在之創作性⁴⁴⁹，亦有其他國家如加拿大提出在二者之間之標準，認為具備原創性之著作必須非屬平庸而導致純屬機械性運用，要求必要之技巧與判斷之衍生成果，或英國除了不抄襲之外，以技巧、勞力與判斷運用於創作為保護之要求者。⁴⁵⁰綜上所述，各國對於著作原創性之判斷，除了美國法具體以「原始性」要求不抄襲外，其他討論包括就創作所投注之時間、勞力、技巧、判斷等因素，由此證立著作所含之創作性或個性特徵。

⁴⁴⁸ 蔡明誠，前註 375，頁 659-661，2010 年

⁴⁴⁹ Feist Publications v. Rural Telephone, *supra* note 307.

⁴⁵⁰ 蔡明誠，前註 375，頁 662-63。

不過我國實務法並未承認勞力或汗水為著作受保護之要件內涵，除了原始性之外，多以**最低創作性**為要求，稱與前人作品可資區別、**足以表現作者之個性**，或在個案中就最低創作性具體判斷；就表演而言，操作著作之原始性與創作性標準，僅得以創作性為重點，蓋其就他人既有著作為表演，要求「未接觸他人創作」之原始性要件，無疑難以企及，故判斷重點在我國法上將落在創作性。表演之創作性判斷應尋找一原則性敘述而適用於個案解釋，抑或就各類型表演個別建立判斷標準？可確定的是，表演之型態極為廣泛，表演人之特徵一來可能與原著作混同、無法區分，二來可能需與團體同時進行而個人受到他人指導、吸收之情形。第一種情形，以說書（或稱評書、評說）為例，受過戲曲訓練之表演人將經典古籍內容，透過開臉兒、擺砌末、賦贊、垛句等表演技巧，將書中內容重現，講述的技巧富有語言美感，且深具戲劇魅力，書中場景歷歷在目、傳述栩栩如生，形式看似單純卻大有學問，表演人在訓練過程有大量心力與時間之投注，但亦有逐漸投入判斷選擇，而逐漸形成門派之事實，其個人特徵有很大程度須依附於原著作所設定之形象而呈現，惟在不同的表演之間，又有非常明顯的個人特色區別；第二種情況是獨舞或群舞（獨奏或合奏）之情形，從表演人的觀點，獨舞力求表現，但群舞需著重整齊合一，更可能因指揮或教練介入指導，需在一定的規制下為表演，其個人特徵或精神表現可能由指揮或教練吸收。然而，可以肯定的是，表演人所投入之勞動及精神成果本質上**絕非單純機械化操作**，僅是其程度與質量在不同的表演之間，存在相當形式上與方式上之不同。

本文認為，既我國法不以鄰接權為表演保護論述之開展，實務亦不採勞動作為創作性之內涵，以著作保護表演在我國法上可行的方式，只能降低著作之原創性標準為處理，蓋提供與表演人之權利本少於著作人，若以同樣標準作為保護要求，將直接形成規範矛盾以及實質保護之歧視。至於降低至何種標準，因事實上表演人之創作性直接

受既有著作之限制，其個性之展現在原本形式甚難突破原著作人之框限，比較可行的做法是設下保護下限，以非機械式操作、無人性展現空間者作為排除保護之篩漏，如此一來，或可避免第 7-1 條幾無適用空間。其實這樣的方法與德國法第 73 條以藝術性要件作為表演人之保護要求有異曲同工之妙，亦即，即使在鄰接權體系之國家，對表演之保護並非毫無表演客體之外、就內容之質量與程度要求，若可說可能形成了一個共識標準，可能就是人性化、具備唯一性而非機械性地展現，這樣的標準或可說是德國著作權法以保護人類智慧創作立場之延伸。

第二項 採取鄰接權制度

第一款 第 7-1 條之處理

另外一種看法，即我國學界所呼籲，承認著作鄰接權制度，與國際保護趨勢相符。我國法未採取鄰接權制度，在錄音物與表演之保護上顯得層次混濁，錄音物保護之討論非本文討論範圍所及，僅表演之保護高於國際情形即在適用上發生諸多爭議，⁴⁵¹ 修法草案雖已整併表演人各項財產權利規定於專條規範（草案第 36 條），卻仍保留第 7-1 條規定，即表演以獨立之著作保護之，從實質保護內容而言，確實限縮了著作人所享保護範圍，表演卻仍須面對原創性之檢驗，除了前文所述以調整原創性標準為解決外，表演與著作之性質在我國法的文字呈現上即顯得曖昧不明。例如，在國際上以鄰接權保護之錄音物製作人與表演人，普遍認為其受保護之基礎並非建立在其投入具備原創性之內容，但我國法獨步將錄音列入例示著作類型⁴⁵²，表演卻於獨立條文處理，與衍生著作及具有創作性之編輯著作並列「以獨立之著作保護之」，似呈現了在他人著作上再為

⁴⁵¹ 張懿云，視聽表演人保護之研究—以視聽表演北京條約為中心，國際比較下我國著作權法之總檢討，劉孔中編，頁 326。

⁴⁵² 將錄音物列為錄音著作保護，所造成的問題包括錄音著作人與錄音物製作人權利區別之困擾，以及錄音著作載於視聽著作為利用時獲得與其他著作人同地位，高於國際保護情形之結果。張懿云，同前註。

利用與創作之關係，認為僅編輯著作明文須以創作性為要求，而衍生著作與表演並未規範，然而實務上普遍認為衍生著作需要原創性，在國際實踐上甚至有要求高於一般著作標準(如：德國)，而表演在國際上的實踐多以鄰接權處理，不以原創性為要求；再者，草案第 36 條區分了未固著與已固著之表演分別賦予表演人得享有之權利內容分列於第 1 項及第 2 項，第 1 項皆以「表演」稱之，第 2 項則稱其「著作」原件或重製物，文字使用之差異，是否暗示了表演在固著後始得獲得著作之地位？或者該著作係指附有表演內容之視聽著作或錄音著作？令人難以捉摸。承前述就固著之討論（本章第一節，第二項，第二款），本文以為，固著之目的乃出於著作之利用可能，即與可能、可行，可預期的散播範圍有直接關係，無法被感知或傳播之內容可能會面臨保護必要性之質疑，惟是否獲得著作地位的關鍵仍然為其創意或創作性，故，以固著作為表演獲得著作資格之解釋並不可行，草案所使用的文字容易引起誤會。

學說上另有一種解釋，是將表演解釋成與衍生著作同為一種創作方法，演奏他人音樂即為改作，其成果成為另一種著作類別。⁴⁵³ 本文認為，這樣的想法混同了勞力、技術，與創作性之概念，而且忽略了對他人著作進行表演，本身存在的強大限制性；蓋演奏他人所寫的音樂即便具備一形式的轉換（樂譜轉譯為聲音表現），演出他人所寫的劇本或舞碼亦同，表演人仍然需要在預設的框架下進行，本身得注入的創意多寡取決於他人著作指示內容之精密程度，與其說這是一種創作方法，表演人就他人著作之詮釋，需嚴守作者設定之框架，其實更接近於執行或實行，從另一個角度看，這樣僅以形式轉換廣泛地承認表演具備著作資格之解釋，無法彰顯真正就原著投入極大創見之表演，與一般僅以專業技術執行者有何區別。質言之，**如果我國法就著作之保護基礎仍謹守創作**

⁴⁵³ 章忠信，第七條之一（表演之保護），著作權法逐條釋義，
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=11&aid=52>（最後瀏覽日 2021/1/25）

性，而不是技術或勞力，以著作保護表演就應該建立在創作性投入之判斷，表演人在原著作的限制下，其本質上所投注的不是新創而是將創作具體化之技術、勞力與判斷，客觀上其貢獻判斷並非其個人魅力而是執行的完整程度。

本文所採取的立場，不支持全面性以著作保護表演，認為應採取更低保護門檻的鄰接權制度建構保護論述，另就投入相當於著作創作程度之表演例外賦予著作地位。然而，若欲採取鄰接權體系，必須面對現行法第 7-1 條所形成之強大限制。本文嘗試就現行法之限制，提出實際上採取鄰接權的可能：第一種方法是修法，僅規定表演之保護客體為就既有著作與民俗創作為表演，而刪去「以獨立之著作」保護等字眼，如此表演之權利內容可逕依草案第 36 條規定，並排除是否須進行原創性審查之疑義；第二種方法則是將「以獨立之著作保護之」解為「獨立於原著作之保護」，蓋我國著作權法並未提供明文提供除了著作地位保護以外之選項，「以獨立之著作保護之」其實指出表演之性質與著作不同⁴⁵⁴，將解釋重點放在「獨立」而非「著作」，強調我國法就表演之權利原則上認為是固有權，與原著作之保護分別獨立、不相互影響。蓋表演之性質與保護基礎與著作並不相同，同置於著作權法上保護係出於其相關性，應提供與其性質相應之保護方式，在解釋適用上對表演人更具實益。

第二款 表演保護之原則與例外

在以鄰接權保護表演之開展下，並不需要以創作性有無限制表演人之保護基礎，由本文前述分析，表演人廣為承認之保護基礎包括：投入的勞動⁴⁵⁵、為詮釋作品而為之技巧選擇及編排⁴⁵⁶。本文認為，這樣的排序由專業養成過程的角度看來，具有順序關係，

⁴⁵⁴ 章忠信，同前註。

⁴⁵⁵ 蔡明誠，同前註 448；德國法納入勞動成果以著作鄰接權保護之，在著作原創性較為寬泛判斷的英國或加拿大，甚至列入勞動為原創性判斷要素。

⁴⁵⁶ 章忠信，前註 112。英國法上學說亦有認為技巧、勞力與判斷之產出為原創性要件之要求，KEVIN

此亦得展現一層級：表演人首先需廣泛式投入勞動，在可選技巧中為一系列的選擇，由此反映其獨特個性。然而，若過於廣泛地納入僅有勞動投入之表演，一來可能無法篩選僅有單純機械性操作者，造成過分廣泛地納入參與表演之人，二則與運動競技等活動無以區別⁴⁵⁷，故仍須尋找一篩選標準。原以就文學與藝術著作為原型之設定，並不要求表演人須在表演上增添其創意表達，即得受保護，參照鄰接權法系德國，其以文學、科學及藝術為保護客體範圍⁴⁵⁸，並以「人類智慧創作」作為篩選指標；就該創作為表演，以藝術性、無法重複獲致同樣結果之唯一性作為表演保護標準，似仍然以「人類精神」概念，著眼於具備專業性之特殊語彙以及表演人之個人經驗⁴⁵⁹，本文認為，或可援引為我國法表演受保護之條件，因為專業性語彙約等相當時間與勞力之投入，本屬鄰接權保護基礎，個人經驗亦使表演得與重複性、機械性之動作劃設界限，此為保護之原則。

另外，呈現足量創意與個人特徵之表演，則例外應予更高水準之保護，本文認為，我國實務亦有採納德國法以個性特徵為著作原創性之看法，從核心為人類智慧創作往外放射，以專業語彙及個人經驗就他人智慧創作加以詮釋，為緊貼核心之同心圓，合於「鄰接」著作之概念描繪；鄰接權保護為原則、著作權保護為例外的模式可以納入具有唯一性之表演類型，使其不以原創性而是人性之檢驗，將純粹機械性參與結果排除於著作權與鄰接權保護之外。然而同心圓層級之劃設仍然需要若干判準，本文下以此結

GARNETT, GILLIAN DAVIDS & GWILYM HARBOTTLE, COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT, 23 (2005).

⁴⁵⁷ 歐盟法院向來否定運動活動得作為歐盟指令下之智慧財產權客體，認為單純於比賽規則下並無任何創作自由空間值得賦予著作權保護。Eleonora Rosati, *supra* note 302, 151-52, Cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League Ltd and Others v. QC Leisure and Others and C-429/08 Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd. 我國著作權法保護範圍亦排除一再重複之標準動作，或僅為機械性運動競技之活動；雷憶瑜，著作權案例彙編—戲劇舞蹈著作篇，頁 3。

⁴⁵⁸ 德國著作權法第 1 條，文學、科學及藝術作品之作者就其著作享有保護，同法第 2 條第 1 項為例示著作類型，同條第 2 項規定，該法所稱著作限於人類智慧創作。

⁴⁵⁹ 詳本文第四章第一節，第一項，第一款，第二目，A 藝術性要件之討論。

⁴⁶⁰ 即羅馬公約第 3 條 a 項規定，表演、歌唱、演說、朗誦、演奏或以別的方式表演文學或藝術作品之人。

構嘗試提出建議。

第一目 原則：以鄰接權保護表演

本文以為，我國法就表演之保護可採鄰接權保護為原則，理由如下：1、較適我國表演人組織發展有欠之國情：以文化之永續發展為目標，應選擇適用的論述作為保護基礎，在著作權法系中不存在以表演人為主體的著作權法上保護系統，表演人權利多透過發達的契約協議處理，而我國在工會組織發展疲弱，表演人欠缺組織系統支持之力量，選擇保護門檻較低之體系有利於表演人群體保障；2、保留以更高層級保護具高創作性表演類型之空間：表演類型廣泛，從勞動為主、或多或少具備執行方式與技巧之選擇，到除了形式轉換更投入創作性內容，在鄰接權基礎之承認上，仍有空間給予表演人就其具創作性內容於表演上之產出獨立於原著作之著作權保護；3、合於我國著作權法保護客體之邏輯設計：本文認為，我國保護客體預設為「對既有著作之表演」，雖我國法未就表演為形式或行為之定義，仍得由 TRIPs 協定實質遵守羅馬公約之規範，就表演受保護主體為一定範圍劃設⁴⁶⁰，由僅對既有著作為表演，至該表演因創作性足夠而得獨立以衍生著作或獨立新作保護，可能有形式轉換、內容增減或改變、創意添加而表現更多表演人特徵等等變化，與其執著於表演尋找其創作性以證立以獨立著作保護之資格，不如在寬泛的鄰接權基礎上，就不需多加爭執之創意表現提升保護力道，更為妥適。最後，在權利利用之實際面向，如第三人就該表演為衍生創作利用，即改作時，授權請求對象之判斷可能會發生混亂，即應向原作者請求授權或向表演人？若是廣泛地賦予所有表演人就其表演享有表演著作人之地位，可得想見會發生衍生著作等後端利用授權之混亂，若一首樂曲經由 100 位表演人表演，就該樂曲為改編應向何人取得授權？若肯認該曲作者與 100 位表演人皆為著作人，更甚者未來再為該曲表演之人，

⁴⁶⁰ 即羅馬公約第 3 條 a 項規定，表演、歌唱、演說、朗誦、演奏或以別的方式表演文學或藝術作品之人。

即為未來加入之利潤分享人，將無限制稀釋了原曲作者權益，或者加重利用人負擔不利作品利用，以及在授權實務作業可預見發生混亂與困難。故，較為合宜實際的方式，是在承認其勞動投入，以及「不影響原著作」此一國際鄰接權公約原則的基礎上，以鄰接權廣泛地使表演人獲得允洽的保護。

第二目 例外：以著作保護表演之類型化分析

然而表演仍可能具備更高度、不遜於著作之創作性，在我國法獲得著作地位保護者，未必其保護基礎皆可服眾，例如據科技工程設計圖所製造之產品，原則屬於該圖形著作之「實施」，通常透過專利或其他法律保護而非著作權預設保護範圍，仍特別對「建築設計圖」與「建築物實體」另予規範，以平面「圖形著作」保護建築之設計圖，在認為實現該設計圖為建築物構成就圖形著作之「重製」時，另以「建築著作」保護依該設計圖所建造之建築物。⁴⁶¹析言之，獲得獨立著作保護之理由未必是創意質量之衡量，縱然加入原創性或創作性為考慮，其標準在我國法之實踐上可能未竟一致，為避免落入叢林法則之齟齬，毋寧應在利用他人著作以及立基於該基礎再為開創的關係上，尋求利益分配之合理邏輯。

本文下就表演之創作性提出衡量之具體標準，嘗試找出足以例外獲得著作地位之表演類型。蓋著作形式與表演方式本存在不同之預設（例如舞譜與舞蹈，劇本與戲劇），單純以形式轉換程度（樂譜 vs 演唱／演奏，劇本 vs 演出）判斷未必得證立表演之原創性、認為屬於改作而得成立衍生著作⁴⁶²，蓋表演人所受養成，除了美感訓練之外，即包含轉換形式加以演繹之技術能力。以二個例子為比較：（一）相對於形式

⁴⁶¹ 我國著作權法第3條第1項第5款，第5條第1項第6款及第9款，台82內著字第8212216號函，最高法院93年度台上字第5488號刑事判決。

⁴⁶² 章忠信，同註444。

轉換之改作類型，翻譯著作是在原著作之結構上以不同語言文字轉換，雖然立基於原著作敘事結構及內容，但翻譯的過程需要融合譯者自身在另一語言上的造詣與理解，除此之外，若將翻譯作品再次另為翻譯回原語言，幾不可能得到同樣的結果；(二)工業產品或美術著作⁴⁶³之區辨上，亦有以一品製作（即單一作品）或多量生產為區別者。⁴⁶⁴質言之，若該成品具有得識別其唯一性之特質或成分，即可能具有不同於大量生產之工業產品、乘載獨具之思想感情表達的表現。故吾人以為，此得為一個切入點，自既有著作與表演之執行與回溯是否具有雙向性加以檢驗表演人就既有著作為表演所加入之原創性，並就其原創性之質量分別賦予於著作權系統中之相應之地位與保護。此外，若干創作之形成過程，可能與預計就該創作為表演之人具有密切連結，在很大的程度上，可能即以該表演人為創作謬思或限制條件，在這些前提之下，該表演人與其他就創作為表演之人具有不同的地位，且個人特徵直接對創作具備內容元素的地位，本文認為，此亦得做為賦予該表演人就特定著作為表演一「表演著作」之保護基礎。

權利類型	權利保護標準一	權利保護標準二
著作權	形式不具 雙向轉譯一致性	表演人具備 不可或缺地位
鄰接權	表演具備唯一性	表演具備唯一性
非保護範圍	機械性、重複性	機械性、重複性

表 5-1 類型化權利保護標準分析表

(資料來源：本研究繪製)

⁴⁶³ 台 81 內著字第 8184002 號公告之著作內容例示，美術著作包括：繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。

⁴⁶⁴ 台 81 內著字第 8124412 號函

第三款 建構得以著作保護之表演類型

第一目 類型化分析一：轉譯是否具備雙向性

A 具備轉譯雙向性

以音樂會形式舉行之表演活動，演出曲目若為既有著作，依節目單所呈現參與表演內容之人，包括作曲人、表演人、節目製作人，及行政、企劃、燈光、攝影、場務等人員，在這類型態的演出，表演人擔負忠實演繹既有樂譜記載內容之責任，按作曲家於樂譜所載之指示演出著作內容，任何取得該樂譜者皆得檢視其演奏是否與指示相符，惟在符合樂譜記載內容的前提下，表演人仍有部分表現空間注入個人表達。個別表演人甚至會被推崇為就特定作曲家著作之表演佔有權威詮釋地位。⁴⁶⁵

像這樣的詮釋權威地位是否足以在著作權法制中獲得原創性之肯認而取得「等同著作保護」之地位？事實上，記譜訓練在以義大利、德國、法國為中心而開展的西方音樂發展史上有十分成熟的實踐，例如作曲者以記譜指示著作內容與技法⁴⁶⁶，透過記譜來採集聲音及其表達⁴⁶⁷，是一種傳承與傳播作品的手段，在這類表演，作品的固著與演奏指示連結十分緊密；在這樣的背景條件下，表演人若逾越該指示，可能會被認為是詮釋上的錯誤；另一方面，透過記譜與寫譜之訓練，表演人之表演得以被完全轉譯為樂譜記載，在演奏被認可為「正確」的前提下，該記載可被期待與原著作內容完全一致。在這樣的限制條件下，表演人出色或廣受肯認的音色、詮釋等個人特徵，由於較為抽象，且

⁴⁶⁵ 例如加拿大鋼琴家顧爾德（Glenn Herbert Gould）以演奏德國作曲家巴赫（J. S. Bach）的作品聞名於世；奧地利鋼琴家布赫賓德（Rudolf Buchbinder）為當代詮釋貝多芬（Beethoven）作品之權威。

⁴⁶⁶ 除了音高與音符時值外，作曲家會加入表情或速度之術語指示，以及特殊演奏方法之記載。

⁴⁶⁷ 馬友友 1998 年組成絲路團隊，就中亞及中國音樂進行考察，透露採譜、錄音等方式收集音樂素材，並委託作曲家加以創作，其形式即包括記譜以“格式化”各地民族傳唱之民謠古調。李茶，當時空交會於絲綢之路：馬友友的《絲路計畫》，MUZIK 雜誌，2007 年第 12 期。

[https://read.muzikair.com/tw/periodicalArticles/8cb524f3-59c4-445a-8c1c-](https://read.muzikair.com/tw/periodicalArticles/8cb524f3-59c4-445a-8c1c-5d7142c56e20?utm_source=muzikonline&utm_medium=redirect&utm_campaign=periodical)

[5d7142c56e20?utm_source=muzikonline&utm_medium=redirect&utm_campaign=periodical](https://read.muzikair.com/tw/periodicalArticles/8cb524f3-59c4-445a-8c1c-5d7142c56e20?utm_source=muzikonline&utm_medium=redirect&utm_campaign=periodical)（最後瀏覽日 2021/1/25）

接受過相關訓練之專家判斷，其覺察與感知較一般人敏銳程度大增，若承認該等詮釋空間得為原創性要素而使表演獲得著作之地位，很有可能成為專家標準之保護，且可能發生第三人就該表演為衍生創作利用時，授權請求對象混亂之情形。

B 不具備轉譯雙向性

除了翻譯著作之外，或得以戲劇製作過程可能產生的工作成果階段作為示例加以說明：戲劇創作與呈現之初步階段約有劇本（我國法規範下之語文著作）、劇碼（我國法規範下之戲劇著作）⁴⁶⁸與戲劇表演⁴⁶⁹；「劇本」為戲劇創作之文本基礎，載有戲劇最重要之內容（台詞、情境等），經由導演將預計表演之內容具體化並加入其他設計元素（如走位、燈光、道具、配樂等其他劇本未記載之設計）為「演出文本」，即「劇碼」，最後執行劇碼者為「表演」；劇本在國際上，亦普遍被肯認為著作權法制度下之語文著作，⁴⁷⁰劇碼一般而言，即為戲劇著作，例如百老匯常見授權劇碼至其他國家演出⁴⁷¹，由於製作規模巨大，牽涉諸多參與演出之人，表演人須盡可能按劇碼執行，在這種情況表演人本身得加入之創意十分稀少，由導演執導表演之創作者，享有該戲劇著作（劇碼）之著作權；另一種情況，則是表演人根據稀少線索（簡要劇本或者沒有劇本），直接進行具備相當創作性之表演，逕於文字基礎上加入肢體動作、表情、聲音等具備原創性之內容，此時表演人所投入之內容出於自身創意之程度很高，對照原著作（劇本）可能已有很大的產出（或差異），由表演轉譯回語言著作—劇本時，該差異之內容，應可視為表演人之創作。

⁴⁶⁸ 劇本列於我國著作權法第 5 條第 2 項由主管機關所訂定之語文著作例示類型之一，就劇本為表演則列為戲劇著作，屬於同為著作例示類型之戲劇、舞蹈著作。

⁴⁶⁹ 章忠信，前註 444。

⁴⁷⁰ 明確納入語文著作之規範如：我國著作權法第 5 條第 1 項第 1 款及其例示、日本著作權法第 10 條第 1 項第 1 款、韓國著作權法第 4 條第 1 款；透過學說解釋納入語文著作者如德國著作權法第 2 條第 1 項第 1 款規範語言著作、第 3 款規範啞劇著作，學說將第 3 款啞劇之劇本納入語言著作。

⁴⁷¹ 2019 新北市音樂劇節百老匯劇碼《tik, tik...BOOM!》首度來台。

<https://www.cna.com.tw/POSTWRITE/Detail/263060.aspx#.X-Ldz-kksWo>（最後瀏覽日 2021/1/25）

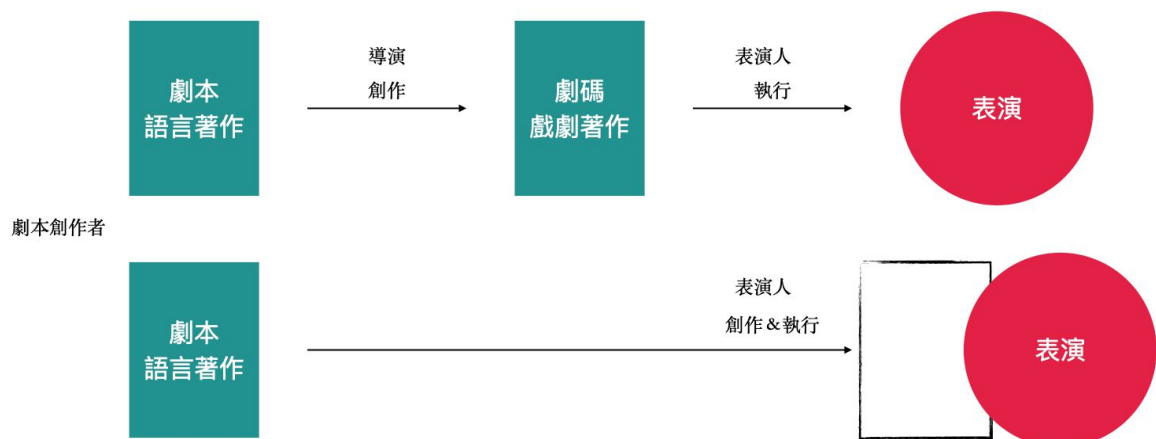


圖 5-2 劇本、戲劇製作與表演轉譯關係圖
(資料來源：本研究繪製)

質言之，戲劇從劇本核心發展至演出的過程中，若有編劇或導演等就劇本概念具體化，表演人所擁有的創作性空間將被大大壓縮，僅為執行者；相對地製作過程更為簡化的情況，表演人很可能有較大的空間進行創作性工作，非僅他人創意之執行。

事實上，我國法自民國 17 年著作權法至民國 74 年著作權法以前，皆將劇本與樂譜列為「樂譜劇本」此保護範圍，對照劇本與另一類別「文字著譯」可知，劇本雖多以文字方式呈現，事實上作者所欲傳達的作品內容並非文字本身，而是其所欲實現的戲劇演出，若不以文字呈現，亦得以其他載體（如錄製口述聲音於發音片）為之，這一點與樂譜相同，在盲人音樂家的學習歷程中，對於樂譜並無需求，其學習方式多是透過錄音或是教授者示範，其以記憶或錄音記載，真正的創作內容並非譜上之字譜而是經過轉譯與表演的聲音，故將「樂譜劇本」並列為同一項目，得以反映其性質為「具備演出指示之載體」，民國 74 年著作權法將劇本納入文字著述，樂譜更動為音樂著作，為容

納一般大眾對於「音樂」之想像，更陸續在往後修法歷程對定義多所調整⁴⁷²，由於樂譜本質上並非音樂創作，僅為一演出指示，以曲譜理解為音樂著作，其實無法表現出音樂的本質是針對時間經過之創作與表達，其存在、重現且再創作於每一次真正為表演之時，而不是該具體化演出指示為符號之載體，民國 17 年之立法其實就此意義有所了解，並回應了著作權法本質上對固著形式的要求，將保護客體限縮於該載體而不及於表演，後續立法更動了其所指意涵與邏輯設計，更可能在音樂著作及表演著作之定義上屢受挑戰。

本文以為，在這層了解之下，綜觀今日著作權保護客體，其實在「表達」與「實施」的關係上，未必得從保護程度反映其關係，例如「建築設計圖」與「建築物」皆屬於「建築著作」之例示種類，既然「表達之實施」已經被接納得為另一獨立著作為保護，表明就既有著作之表演即有成為獨立著作之可能，僅需提出一明確可操作的標準，賴以證立其創作性。由核心內容（劇本、樂譜）開展至表演，可能因為轉譯訓練或技術發展，抑或類別性質之差異，轉譯回原本形式之內容有所差異，這類不具備轉譯雙向性之表演，應當肯認其加入了原著作以外的創意性，例如戲劇著作之於劇本，或非僅為執行而是由表演人形成具體內容之表演，應得以至少衍生著作之程度保護之。

C 小結

像這樣以形式轉譯準確性分析表演與著作關係的方法並非無懈可擊，其蘊含了一符號詮釋之霸權性，為教育、應用、推廣之目標，需要一套固著方式，然而在此系統下，很難避免地，不同歷史、文化背景，或是個體之特殊性，如特殊音律、舞蹈或

⁴⁷² 「指作曲或具有創意之音樂改作著作。但為適合樂器演奏所為之改作而非旋律之創作不屬之。」（民國 74 年版本）、「音樂著作：曲譜、歌詞及其他之音樂著作。」（民國 81 年刪除定義，由主管機關以台 81 內著字第 8184002 號公告訂定之例示內容）。

表演方式，亦或是音色等特質，會在被解構、辨認的過程受到一定程度的抹平，⁴⁷³另外，亦有可能在個別操作上有能力的落差。該「轉譯雙向性」之前提為轉譯工具系統之發展是否成熟，此外亦不可諱言具備一定程度的主觀性，例如並非所有觀眾都能夠感受到表演人所注入之「質量」，原創性之判斷，仍須受大眾感官水平之牽制，而非專家水準，此僅為本文嘗試在現行可用工具範圍內，嘗試為多面向之原創性判斷提供的觀點之一。

第二目 類型化分析二：特定表演人不可或缺或取代

A 不可或缺或取代

另一個切入角度，則是特定表演人在著作中所佔據之重要性，該表演於特定表演人無法被取代的個人特徵基礎上，證立其表演之原創性。著作人於創作過程存在一就特定角色之預設，例如題獻作品給當代技巧最為傑出的表演人，作品中亦為其設計了特定技巧，該表演人於該時空為駕馭該技術為出眾、為人所知者，或該角色乃依該表演人個人特質（技巧、音域、性格等）為設定。此時，該表演人就其著作之表演，即占據了一不可或缺或不可取代之地位，基於對著作人之尊重，這樣的地位通常會影響其他表演人對該作品表演方式之選擇，其就作品之影響可謂深遠，甚至在一定程度上屬於著作內容。表演人就其表演之原創性是否須以表演時為判斷？參考前述美國法上攝影著作之案例援引英國學說見解⁴⁷⁴，於「主題創造」類型之攝影作品，將攝影著作原創性之判斷前置至拍攝前之佈置創意，而非限定於攝影著作本身之技巧呈現或選擇，本文以為，特定表演人就該著作表演之原創性，由於其在著作人創作之時已被考慮納入著作內容，或表演時不可或缺、不可取代之角色，由此足認其個人特徵鮮明，足以證立原

⁴⁷³ 蘇珊，李，佛斯特（著），林亞婷（譯），編創舞蹈與編舞者—編舞一詞的由來，藝術評論第 18 期，臺北藝術大學，頁 3。http://academic.tnua.edu.tw/publish/books/e18/18-1.pdf（最後瀏覽日 2021/1/25）

⁴⁷⁴ 本文第四章第二節，三、3.美國法見解。

創性、創作性。

舉例而言，1961 年上映的電影《第凡內早餐》(Breakfast at Tiffany's) 由 Henry Mancini 創作其中著名配樂《Moon River》，該曲受邀創作之際，由於預設主角於劇中有演唱橋段，作曲家由擔綱主角的演員 Audrey Hepburn 得為演唱之音域譜寫旋律，後此曲奪下美國奧斯卡年度最佳電影歌曲⁴⁷⁵；此曲大受歡迎，之後有許多著名歌手皆錄製其詮釋版本，然而就此曲而言，其他演唱人顯然無法與 Audrey Hepburn 之地位相提並論，關鍵在於其於著作成形具備不可或缺、不可取代的角色；另外，1997 年上映的電影《第五元素》(Le Cinquième élément) 中，歌曲《The Diva Dance》由著名花腔女高音 Inva Mulla 錄製人聲演唱部分，由於技巧與音域之要求甚高，並非人人皆可輕易挑戰，由於其音色特質與電影中角色設定相符，以及演唱技巧具有高度標誌性、非人人皆得勝任，亦可認為其就該曲之表演具有超越其他表演人之創作性與不可取代性；與此情況須為區分者是「原唱」，即擔綱著作首次發表之表演人，許多經典歌曲再次翻唱會由原唱詮釋形成限制，但這樣的地位並非表演人客觀上創作性，而是建立在閱聽人初次接觸該著作之優勢地位，該表演人與該著作於閱聽人認知上形成一個著作完成後之連結。

我國實務認為共同著作之要件包括：二人以上共同創作、創作之際有共同關係、著作為單一型態，本文認為，於著作人創作時就特定表演人於著作之設定，似得滿足共同著作之要求，即該表演人就該著作享有共同著作人之地位。

⁴⁷⁵ 風傳媒，月河一險些被剪掉的奧斯卡最佳電影歌曲。 <https://www.storm.mg/article/52741?page=2>

作者	著作	特定表演人
HENRY MANCINI	Moon River	Audrey Hepburn
陳宏銘	被遺忘的時光	蔡琴
ERIC SERRA	The Diva dance	Inva Mula
J. C. KESSLER	24 Preludes, op. 31	Chopin

表 5-2 特定表演人具備不可或缺地位之著作彙整表

(資料來源：本研究整理)

B 非不可或缺或取代

一般而言，表演人就著作為表演，仍有空間在著作人創作內容疊上個人元素及觀點加以詮釋，這些內容性質上屬於對著作內容為具體化、個人化之表達，顯然地，由於著作內容劃設了一定範圍，若著作人之指示愈加詳細，表演人受限之程度可能愈大；表演與著作之間除了利用所獲之利益分配外，就創作空間亦存有競爭關係。從這個角度觀察，表演人之貢獻欲取得創作性之承認，途徑有二：一是在不逾越既有著作之設定下，加入足以被承認的創意內容；二則成為既有著作內容之一部，例如上述因表演人之超凡卓越技巧或個人特殊性被既有著作之作者採為著作內容。第一種情況不容易想像其存在，或著屬於專業判斷範圍⁴⁷⁶，本文認為，其存有唯一性，因為人類非透過機械之表達因個體先天條件差異與後天經驗積累，幾乎不可能存在一模一樣的結果，但其創作性乃比較而得、具有相對性，且在既有著作之限制下，不容易獲得普遍之肯認，應認為原則上以鄰接權保護較為妥適，例外有空間以著作權保護的情形，可能存在於既有著作就表演指示相當抽象，或著作人預留予表演人之創作空間的情形，以下試舉二種情形討論。

⁴⁷⁶ 例如愛樂電台由彭廣林主持之節目，內容涉及演奏版本比較，其擷取同一音樂著作由不同表演人表演之片段，於節目中解析演奏風格差異，不過這樣的演奏詮釋差異是否足以達到原創性標準，本文持保留立場。

第一種經典情況是在西方音樂史上，協奏曲（concerto）的結構設計，18世紀晚期至19世紀，作曲家們為了展現獨奏者的華麗技巧，將樂團與獨奏設計為具有對比性的二個角色，具有競奏的意涵，獨奏家立於重要的主角地位；⁴⁷⁷為了給予獨奏者更純粹展現技巧之機會，作曲家會在樂章結束前，設計一段樂團停止演奏之段落、給予獨奏者演奏一段獨白式的裝飾奏（Cazenda），其內容可能由作曲家譜曲，或者保留予獨奏家自由發揮之空間，其內容通常取材自協奏曲所使用之元素，並加以改編、延伸、變化，由於這樣的裝飾奏在協奏曲的結構上可分，然與協奏曲內涵有所關聯，且在表演中不可省略，該表演因獨奏者加入之段落具創作性而可能足以成立衍生著作，或共同著作；若認為是共同著作，其創作之際之共同關係應解釋為，此種樂曲之創作慣例即作曲者在作曲之際，留有創作空間與獨奏家，始得滿足我國著作權法實務及學說對共同著作之要件要求：二人以上共同創作、創作之際有共同關係、著作為單一型態。

第二種型態則常見於新型態的多媒體演出，例如《文學劇場》之表演，以趨勢文教基金會近年製作為例，其以語文著作（詩或小說片段）改編為戲劇著作，其內容包括劇本、舞蹈、音樂演出，由於表達形式多元及專業跨域，這樣的表演需要不同專業領域的表演人在一定程度上投入創作，執行上，由製作人或導演撰寫一演出文本（戲劇著作），涉及專業創作部分，僅給予概念性提示及引導（例如：“音樂進。”）在執行細節（音樂、燈光、操偶、編舞等）則需委由表演人創作或即席發揮，其創作或演繹部分與語文著作內容有關，但不屬於原著內容成分，亦具相當創作性與不可分性，此種表演類型，各個表演人所貢獻之部分由於具備緊密關聯，在利用上不可分割，依其性質應成立共同著作。

⁴⁷⁷ “Concerto”, Grove Music Online–Oxford Music Online.

C 小結

第二種方法使表演人直接於著作主動(參與創作內容)或被動(被著作人納入創作內容)建立地位,使其就表演具備不可或缺或不可取代性,其實這個觀點與我國實務以「個性特徵」等立基於作者權法系人格理論就原創性之論述有所呼應,其原創性之建構以個人特徵為基礎,特定表演人之個人特質於著作創作時被納入著作內容考慮,可說其個人特質之影響經由著作人之表達,已轉化為著作內容之一部,其就著作內容之原創性非直接、主動投注,卻得透過其表演使作者之表達完整呈現,在著作權保護之架構下,其原創性應得以其特殊、不可或缺、不可取代之地位於表演中證立;而非不可或缺之表演人,若在著作結構上確實實際投入具創作性之投入時,應獲得衍生著作或共同著作人之地位。最後,欠缺這兩種例外條件的表演人,在現行保護架構下,可能被認為原創性、創意性不足,原則上以鄰接權保護之。

此分析方法套用在攝影著作之情形,以特定人為被攝對象時,攝影者通常會與被攝者進行一定程度的溝通,以調整表情、姿勢之呈現,雖然攝影者透過操作相機、決定一連串攝影細節之選擇就該特定人為拍攝,最後攝影之結果除了「攝影者」以攝影技術、選擇、方法為其思想之表達,同時具備「被攝者」以表情或姿態呈現之表達,似有可能透過此分析方法,使其取得共同著作人之地位。雖然實務上通常被攝對象就該攝影著作之貢獻多透過契約關係處理,甚少就該作品主張著作權或其他權利,然而不可否認,在此類型的攝影作品,被攝者就該攝影結果具有不可或缺或不可取代的地位,是否無從主張著作相關權利,殊值探究。

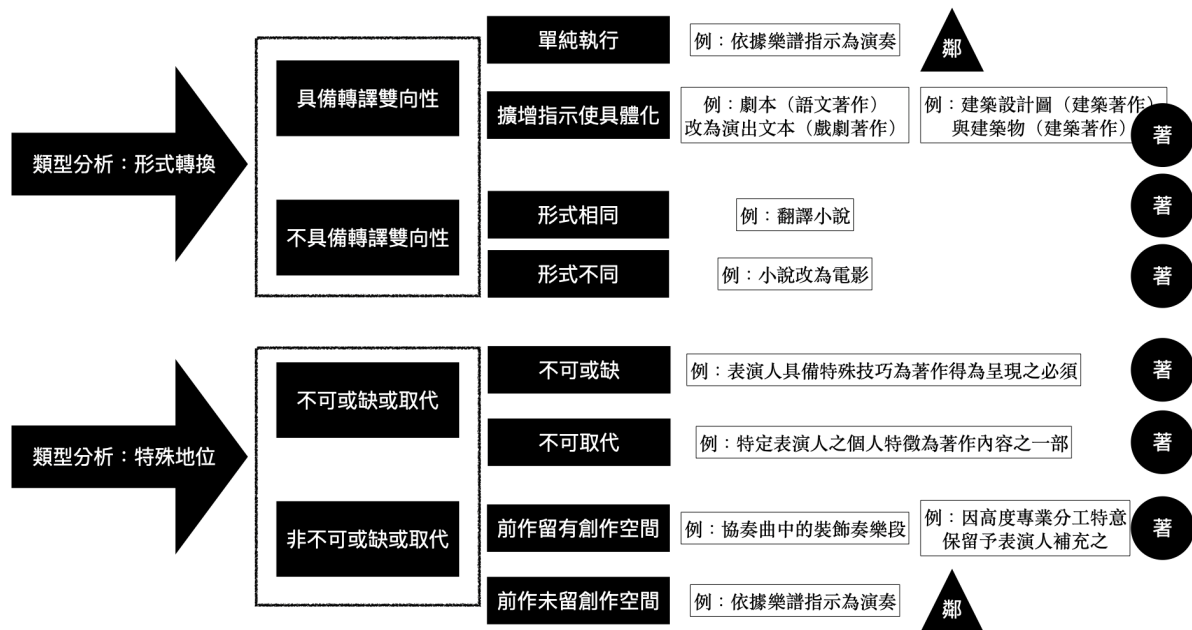


圖 5-3 著作及表演類型化分析圖
(資料來源：本研究繪製)

第三項 分析

本文以為，我國著作權法就著作之保護仍以創作性為中心，尚未擴及勞動、技術範圍，應採取鄰接權制度，理由如下：(一) 國際上未見所謂「以著作權保護表演」之立法例；在國際著作權與鄰接權條約體系之脈絡下，國際上於體例上不區分鄰接權客體、歸為著作類型之立法體系仍有國家實踐（如英國）⁴⁷⁸，惟其仍然有實質合乎其性質之安排，例如錄音著作不以原創性為保護要件，更區分自然人創作與企業著作之論述、要件，以及權利期間，在結果上可謂**實質地實踐鄰接權保護體系**。另一方面，承前所述，所謂「以著作權保護表演」，美國聯邦著作權法並未賦予表演人如同著作人一般的專有權利，賦予表演人就現場盜錄行為之禁止權—反側錄條款，其得存立之基礎是憲法上商業條款而不是著作權條款，質言之，在聯邦著作權法上，表演人所獲得之”權利”並不是美國憲法上所定義之「著作權」。本法草案第 36 條以專條方式匯集本法給予表演

⁴⁷⁸ 本文第五章第三節第一項

人之財產權利，仍以「表演」稱之，而非「表演著作」顯見其性質與著作確有差異，賦予相較著作人保護、實質限縮範圍的權利，事實上即實質採取了較低程度的保護，與鄰接權保護概念相符。(二)表演人在表演中所投注”創作”之內容首先並非著作意義上的創作性產出，更重要的是在作者的劃設、指示下，以其技術忠實地將著作內容具體化呈現，在轉換形式(如音符轉換成聲音)的過程中可能存在投注自身詮釋想像的空間，惟仍以不違背作者指示為詮釋”正確”之前提，質言之，著作作者為表演內容之最終決策者，在這樣的限制下，表演人之創作性嚴重受限。(三)惟傳統意義的作者與表演人關係，並非一成不變，在新興創作形式的場域，因為專業程度提升，著作人可能更加依賴具有特殊專業之表演人，在內容形成之協力，在這些個案上，表演人確實有機會成為共同著作人，在鄰接權的廣泛性上，這些確實有創作性投入、產出之表演人，獲得著作人地位與保護的正當性與基礎，更加明確。

於本文圖 5-3 的分析中，形式轉換或特殊地位之分析方法，皆能篩漏出大部分具有成果唯一性之表演可獲鄰接權保護的結果，具有保護之廣泛性功能；另一方面確實就著作有關鍵影響者，應該獲得與其投入貢獻相應之保護，始符合平等原則「相同事件相同處理、不同事件不同處理」之憲法原則。

第三節 主體客體範圍重構及體例編排

第一項 表演權利之主體範圍應排除法人

至於表演人之預設為自然人之外，法人得否作為著作權法上之表演人？若比照國內就著作人資格之見解，多依據**法人實在說**相關理論、肯定法人得透過由自然人組成之組織為意思表達或事實行為，肯認法人得為創作行為、為著作權法上之著作人。⁴⁷⁹首先，本文就上開實務見解抱持保留態度，同時表演人之資格得否逕比照著作權方式承認法人得為表演人？表演與創作之本質是否近似而得為相同處理？採取著作權或鄰接權保護表演人權利是否會有相同結論？

由國際公約及其會員國立法情形觀察，採作者權法系之國家如德、法，一般不認為法人得為著作人，一元制立法之國家如德國原則上不得轉讓權利，僅得為授權利用，或依目的讓與理論使受雇著作之雇用人取得受雇人著作之**用益權**⁴⁸⁰，二元制國家如法國使著作人得由轉讓著作**受益權**（經濟權利）而獲益，皆在制度設計上強調著作利用收益應回歸原始創作者。⁴⁸¹著作權法系如美國，及日本、韓國與新加坡，則承認或部分承認法人著作⁴⁸²，正因長期存在分歧看法，國際上著作權相關公約對此保留空間。我國著作權法於第 11 條受僱著作、第 12 條出資著作規定僱用人或出資人得約定為著作人，該「著作人」得享有之權利內容為著作財產權及著作人格權，抑或僅指著作財產權，實務曾有爭議⁴⁸³。

⁴⁷⁹ 最高法院 99 年度台上字第 481 號民事裁定、智慧財產法院 104 年度民著訴字第 50 號民事判決。

⁴⁸⁰ 蔡明誠，評 1990 年著作權法修正草案，政大法學評論，第 40 期，頁 207。

⁴⁸¹ 本文第三章第三節，二、1。

⁴⁸² 上述國家是否全面性承認法人得為著作人，我國學說有不同意見；見蕭雄淋，談新著作權法的法人著作，律師通訊，第 155 期，頁 15-18；翁自得，音樂人適用新著作權法之困境（下）—兼評蕭雄淋律師「談新著作權法的法人著作」一文，律師通訊，第 159 期，頁 36-47。

⁴⁸³ 智慧財產法院 101 年度民著訴字第 26 號判決，及其二審智慧財產法院 102 年度民著上字第 1 號判決有不同見解。

由於我國著作權法採創作主義及二元論，即創作著作之人為著作人，其於著作完成就著作享有著作人格權及著作財產權，並依其性質分別規定，著作人格權為著作人專屬權利，**不得讓與或繼承**，為我國著作權法第 3 條第 1 項第 2、3 款、第 10 條本文、第 21 條所明文規範；故，同法第 11 條但書及第 12 條但書得約定以非創作人為著作人，該著作人取得之權利內容是否包括著作人格權，這個問題的所指涉者為：法人於我國法上究竟是直接被承認其著作人地位，抑或僅因特別約定而享有著作財產權。上開實務上案例第一審認為，著作人格權仍為受雇人享有，雇用人依契約約定為著作人僅指著作財產權，不及於人格權；第二審則認為，第 11 條本文與但書規範雇用人取得著作財產權兩種情形，本文指受雇人讓與著作財產權與雇用人，但書則為雇用人依契約約定原始取得包括著作財產權與著作人格權在內之完整著作權，並以同法第 1 條後段「本法未規定者，適用其他法律之規定」援引我國民法權利主體包含自然人及法人作為論證依據，同時以英國著作權、設計及專利法（Copyright, Designs and Patents Act 1988, CDP A 1988，下稱英國著作權法）第 11 條第 2 項作為法人於外國法上得為著作人之支持。惟有學者指出，實務見解恐有所誤會⁴⁸⁴，首先，作者權（authorship）之內涵包括著作財產權（copyright）⁴⁸⁵與著作人格權（moral right），由於英國著作權法依保護客體之性質區分是否要求原創性⁴⁸⁶，且分別以「著作人死亡後 70 年」及「著作完成時起 50 年」為其保護期間⁴⁸⁷，認為英國著作權法原則上以自然人為作者，第 11 條乃特別就僱傭著作規定，在契約無相反約定之前提下，得由雇主取得著作財產權⁴⁸⁸，並非原則性肯認法

⁴⁸⁴ 王思原，著作人與著作人格權之歸屬，月旦法學雜誌，第 279 期，頁 177-78，2018 年。

⁴⁸⁵ CDP A 1988, s. 1(1).

⁴⁸⁶ 前註，僅就文學、戲劇、音樂或美術著作要求原創性；

原文：(1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—

(a) original literary, dramatic, musical or artistic works,
(b) sound recordings, films [F1 or broadcasts], and
(c) the typographical arrangement of published editions.

⁴⁸⁷ CDP A 1988, s. 12 (1) & (2).

⁴⁸⁸ CDP A 1988, s. 11 (2), 原文：Where a literary, dramatic, musical or artistic work [F1, or a film,] is made by an employee in the course of his employment, his employer is the first owner of any copyright in the work

人得為作者。由電腦產生之著作（computer-generated）之著作人，與企業著作（entrepreneurial works）⁴⁸⁹之製作人（producer）因就著作創作與產出為承擔（undertaken）與安排，除自然人外，得由法人擔綱⁴⁹⁰。

值得一提的是，英國著作權法納入錄音製作，最初係以（subject matter）而非著作（work）稱之，並且區分保護基礎為「投資保護」，而不是自然人運用足夠技巧、勞力及判斷之產出（原創性）；後雖調整名稱同為著作，其著作權乃屬於製作人（maker）而不是作者（author）⁴⁹¹，且其保護不以原創性為必要，與具備原創性之列舉著作之保護期間亦分軌適用⁴⁹²，顯然英國法是實質在著作權法中以鄰接權的概念就不同性質之客體為不同設定。⁴⁹³

羅馬公約明文承認錄音製品之製作人得為自然人或法人，⁴⁹⁴主要是因為錄製唱片須經一連串複雜的經營活動與擔負發行責任，故承認法人為錄音製品製作人有其性質上之必要性⁴⁹⁵；反觀公約就表演人之行為描述為演出、歌唱、演說、朗誦、演奏或其他表演方式，顯為自然人行為，且該表演行為同時具備如音色、表情、容貌、技巧等專屬自然人得呈現之個人特質，在執行層面上，表演一般具備非常明確的起始及結束時點，不若創作行為，數人接續投入而難以認定個體貢獻程度或成分的情況，有論者認為我國法上得比照承認法人為著作人之法理，承認法人得為表演人，⁴⁹⁶本文認為並不妥適，演

subject to any agreement to the contrary.

⁴⁸⁹ 企業著作之相對概念為著作人著作（authorial works）。

⁴⁹⁰ CDPA 1988, s. 9(3), Garnett, Gillian Davids & Gwilym Harbottle, *supra* note 434, at 192.

⁴⁹¹ Copyright Act 1956

⁴⁹² 語文、戲劇、音樂或美術著作之著作權存續至著作人死後 70 年，錄音製品或視聽製品之保護存續期間為著作完成後 50 年；CDPA 1988, ss,12(1),(2)&(7).

⁴⁹³ 王思原，前註 484，頁 179

⁴⁹⁴ 羅馬公約第 3 條第 c 項

⁴⁹⁵ J. Reinbothe and S. von Lewinski, *supra* note 58, at 265.

⁴⁹⁶ 林郁菁，前註 295，頁 44。

出行為與創作行為縱然皆屬事實行為，然而卻有根本不同的本質與情況，表演人之主體資格應限於自然人。

表演與其他創作方式相較下，具備**個人特徵極為明顯**之特質，個人特徵雖在作者權法系中普遍被認為屬原創性內涵，惟本文認為，表演本身就表演人之個人特徵具有強烈連結與表徵，但是這並非源自與既存形式（該著作）比較後之創作特性，無論是德國法或美國法，即使著作保護要件之論述方式不同，皆要求一種與既存著作為基礎之創作特性⁴⁹⁷，**表演人之個人特徵並非以該著作為基礎而是將該著作作為表現平台**，展現人類的獨特表徵，即使存在由電腦而生成之表演，其表現、表達亦出自自然人之設定，蓋無生命體並無因活著而產生的各種欲望，至多是設定之自然人其欲望之延伸，本文認為，表演由於其本質與創作容有差異，於保護主體範圍應排除法人。從英國法的實踐看來，即使以著作權法保護鄰接權，仍然容有依其性質實質限縮規範適用的選項，此一結論無論採取著作權或鄰接權保護表演人，皆不會改變。

第二項 客體範圍排除非以傳達內容為主要目的之表演

魔術表演、馬戲團特技表演、運動競技等活動是否屬於我國著作權保護客體？本法未就「表演人」為定義，由於國際間著作權體系協調以伯恩公約為起始，其以文學及藝術作品為保護核心，由此開展保護範圍，此模型亦因條約簽署調和了各國立法差異；與著作權利用鄰接、相關之者，國際間最早由羅馬公約加以協調，在此之後與鄰接權利人相關之國際公約（如 TRIPs、WPPT、BTAP）亦以羅馬公約為基礎而建構。然而，國際條約所建立者除了保護架構與權利樣態之協調外，同時確立了最低保護標準，各國仍得依此提供高於國際條約之保護。羅馬公約定義下之表演人，是就文學或藝術著作

⁴⁹⁷ 蔡明誠，前註 375，頁 660。

為表演之人，WPPT 再納入對民俗創作之表演，就表演客體之規範，我國法以文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作為著作範圍，就既有著作及民俗創作之表演屬於我國法保護範圍客體，我國法範圍與羅馬公約相較下，多了「科學」及「其他學術範圍」此概括條款，惟其得容納之範圍，我國法之選擇為何？

有學說認為，「其他學術範圍」可納入其他創作，故是否屬於我國法下之「著作」，應著重於「創作」之判斷，是否為文學、科學或藝術，並非所問；⁴⁹⁸我國實務之見解，有認為是「人類無形思想感情，屬於知識的、文化的概括概念」⁴⁹⁹，或「著作人基於思想或情感之表現」⁵⁰⁰以及「著作人所創作之精神上作品」⁵⁰¹，實務歷年見解之發展發現，就著作權保護客體範圍使用更廣泛、抽象之描述，如精神上作品、思想或情感之表現，而更少地具體限定於知識、文化範圍，或可認為我國就著作之客體範圍在實務見解的累積下，係以上位概念「人類智慧創作」為核心。不過，在表演的保護上，則出現解釋上的疑義，若以人類智慧創作為著作保護客體範圍之指導，我國著作客體範圍更有「其他學術範圍」作為概括條款，則具有娛樂性質之演出如魔術、馬戲團演出、運動競賽等領域，是否得以納入表演保護範圍？主管機關認為我國著作權法排除「固定的操作方法和技巧」之保護⁵⁰²，否定魔術等表演活動得納入著作權保護範圍是否有理由？

參照比較法上實踐，客體範圍在各國實踐上略有差異。以德國法為例，其立法方式係以「人類智慧創作」為核心，例示式地列出文學、科學與藝術領域與其呈現形式（語言著作、音樂著作、啞劇著作、美術著作、攝影著作、電影著作、圖形著作）；而表演

⁴⁹⁸ 章忠信，前註 290，頁 6。

⁴⁹⁹ 高雄地方法院 88 年度自字第 634 號刑事判決

⁵⁰⁰ 最高法院 107 年台上字第 303 號民事判決、最高法院 104 年度台上字第 1654 號民事判決

⁵⁰¹ 最高法院 98 年台上字第 5867 號刑事判決、臺南地方法院 109 年智簡字第 59 號刑事判決、智慧財產法院 109 年度民著訴字第 70 號民事判決。

⁵⁰² 經濟部智慧財產局，前註 328。

列於鄰接權篇章，就「著作」或民間藝術表達為表演，或就該表演具有「藝術上參與」之人為權利人，具體地以「特殊工作成果」；本文認為，以德國法定義表演人之範圍，係以演出、歌唱、演奏為表演之例示行為樣態，實表彰一種**建立在專業基礎上之勞動成果**，與德國學說定性表演為特殊工作成果相呼應，加上**唯一性**之限制，篩除單純機械性、無人類表現特徵之活動。⁵⁰³以花式溜冰與舞蹈表演為比較，雖然二者皆有高度技術性技巧，通常亦搭配音樂作品演出，但是在呈現結果之優劣評斷上，花式溜冰之競技性質會使技巧表現佔據決大部分因素，而舞蹈表演則是著重於表達內容⁵⁰⁴，此一性質之限制將決定性地影響學習及訓練的過程，將訓練重點放在技巧之重複練習抑或忠實表達著作內容或著作人之思想情感。本文認為，或可在「固定的操作方法和技巧」或「僅機械性參與」的基礎上，進一步以「**呈現目標為技巧競技或是內容表達**」作為客體範圍劃分之參考，因為固定的操作方法和技巧，其實存在於多數表演人之訓練過程，只要需透過身體進行表演之活動，其養成不可避免重複練習固定的操作方法與技巧，惟其訓練目的並非達成技巧本身，而是為了表達著作內容；以此為標準檢視魔術表演、馬戲團特技表演、運動競技等活動，其表現重點皆著眼於特定技巧及其完成程度，並非人類精神思想內容，即使在演出中搭配如音樂著作為演繹，其表演重點為華麗、高難度之技巧，而不是既有著作之內容；反觀一般藝術欣賞活動，演出者被檢視者為是否忠實、精準且有說服力地詮釋了作者之精神思想與人格特性，而不是在演出中彈錯了幾個音，因為判斷重點在內容傳達之表現，技巧僅為傳達之工具。⁵⁰⁵

⁵⁰³ 本文第四章第一節，一、1.之說明。

⁵⁰⁴ 例如溜冰比賽的評分重點是技巧呈現是否發生失誤，若在過程發生技巧失誤，將會被評價為失敗；而舞蹈表演則重視內容，舞台上發生的若干動作失誤並不會使觀眾認為，這是失敗的表演、甚至不會減損其藝術價值之評價。

⁵⁰⁵ 亦有不同意見，認為在音樂會中彈錯音即是令人失望的表演。陳文茜，如果沒有遇見魔鬼，你不會知道誰是天使，文茜的世界週報 Sisy's World News
<https://www.facebook.com/SisyWorldNews/posts/3679307528813565>（最後瀏覽日 2021/1/25）

我國保護表演人就既有著作與民俗創作為表演，著作範圍由第 3 條第 1 項第 1 款「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」及第 5 條第 1 項十款例示著作，及同條第 2 項授權主管機關就例示著作類型訂定具體範圍。由於我國法未如美國法區分得為公開展示或公開演播之類型，亦未就表演為定義，表演人得為「表演」之著作原則上並不受限制，只是，依循本文上述之討論，表演於採取不同解釋路徑下，可能會是「獨立著作」、「衍生著作」、「共同著作」，亦或是鄰接權保護客體。由於現行法仍稱「不採取鄰接權制度」⁵⁰⁶，若以獨立之著作保護，依我國學說就著作權保護標的之見解，表演受著作權保護需滿足四個要件：1、原創性；2、外部表現形式；3、屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作；4、非不受保護之著作。⁵⁰⁷又我國實務對原創性之見解有採取「原始性」及「創作性」分論者⁵⁰⁸，就未經授權之改作（衍生著作）有認為應排除保護之見解，⁵⁰⁹故在採取衍生著作說的立場下，可能會發生未獲授權之表演被排除於著作權保護之外的情形。另一方面，若依鄰接權說立場，並以本文採取之要件「唯一性」取代原創性判斷，就我國保護客體並不會有所變動，僅排除機械性、重複性之內容，同時可涵括對民俗創作表演之保護，蓋民俗創作本身不適宜以著作權法保護，在我國法下保護就民俗創作為表演，若仍以原創性為要求，可能無法達到保護就民俗創作為表演之目標。

綜上所述，本文認為我國著作權法就表演保護客體之判斷，應以人類精神智慧創作為指標，在文學、科學、藝術及其他學術範圍內，首先排除機械性參與，及非以傳達內容為目的之表演，再以降低之原創性標準（或鄰接權說採唯一性）為其質量門檻。故體育競技，魔術、馬戲團等娛樂性演出，由於其訓練目標、呈現重點皆偏重於技巧表現

⁵⁰⁶ 106 年著作權修法草案條文對照表，頁 39。

⁵⁰⁷ 羅明通，前註 289，第五章著作保護要件。

⁵⁰⁸ 最高法院 104 台上字第 2980 號刑事判決、智慧財產法院 109 年民著訴字第 4 號民事判決。

⁵⁰⁹ 最高法院 87 年度台上字第 1413 號民事判決

而非人類智慧創作之內容表達，與我國法就著作之所採核心要件偏離，應排除於我國保護客體「就既有著作為表演」之範圍。

第三項 體例編排

觀察著作權現行法第 6 條、第 7 條及第 7-1 條，與修法草案第 36 條及第 37 條之規範內容，表演並不以「表演著作」稱之，似為區別其性質與著作不同。然而以「獨立之著作保護」很可能僅是一種保護程度之宣示，首先，其規定與衍生著作、編輯著作並列，似表彰其與既有著作之關係，由於其成果建立在他人著作之利用，不應就原著作之權利造成排擠；再者，僅就編輯著作另要求「具創作性」之保護要件，表演及衍生著作並未明文，由於衍生著作需有獨立於原著作之外的原創性，為各國普遍要求，遂引起表演是否應比照衍生著作要求原創性此未明文之要件的疑慮。另一方面，在法制選擇上亦有邏輯矛盾的問題，先在立法說明一再強調本法不採鄰接權法制，惟察在國際上同列為鄰接權保護主體之錄音物，於本法列入例示著作種類—「錄音著作」(第 5 條第 1 項第 8 款)，又於修法草案第 35 條另外規範錄音製作人就其錄音著作得享有之著作財產權，與國際間保護鄰接權之立法體例似為殊途同歸。我國法就著作權客體之保護邏輯與其性質有諸多不一致之處，實不容易理解。

現行法規範實質內容

現行法第 6 條	現行法第 7 條	現行法第 7-1 條
衍生著作以 <u>獨立之著作</u> 保護，對原著作之著作權不生影響。	編輯著作具創作性者以 <u>獨立之著作</u> 保護，對其所收編著作之著作權不生影響。	對既有著作或民俗創作之表演以 <u>獨立之著作</u> 保護，對原著作之著作權不生影響。

草案規範實質內容

第 35 條	第 36 條	第 37 條
錄音著作	<p>第一項</p> <p>表演人就其未固著之<u>表演</u>所享權利</p> <ul style="list-style-type: none"> ◎重製權（固著權） ◎公開播送權（不及於再公開播送） ◎公開演出權 <p>第二項</p> <p>表演人就其已固著之<u>表演</u>所享權利</p> <ul style="list-style-type: none"> ◎重製權 ◎其<u>著作</u>原件或重製物之散布權 （移轉所有權或出租之方式） ◎公開傳輸權 	<p>出資聘請表演人完成之<u>表演</u>，經表演人同意固著於視聽<u>著作</u>者，前條第二項規定之著作財產權，歸出資人享有。</p>

表 5-3 表演人保護體例－現行法與草案規範內容

（資料來源：本研究整理）

本文認為，「錄音著作」的保護方式很可能混淆了著作以保護人類精神思想創作為核心之概念，蓋國際上亦有將其他非為思想創作產出之主體納入保護之立法例，如英國，但其在體例上將需要求原創性之「著作」及不要求原創性之「客體」（subject

matter)⁵¹⁰分別規定，權利主體亦分別為「著作人」與「製作人」、「出版者」⁵¹¹，後者學說上稱企業家著作，其概念是保護投資，故其保護期間並非以自然人之生存期間為計算而是出版或發表時為計算時點。英國法上就表演人之保護規定展現與錄音著作同列為第二編，實質地以鄰接權之概念提供保護⁵¹²；本文以為，以著作權法實質提供著作以外鄰接權客體之保護，我國法或可參考英國法規定，在著作權法中以體例妥適安排反映不同權利基礎之保護程度，現行法之狀況將錄音著作列為著作類型，又以「獨立之著作」保護表演，並不適合國際上所採行之保護論述基礎，為了符合著作所指涉之創作性內涵，反而需要另外建立各種原創性標準，增加許多實務上判斷困擾。



⁵¹⁰ 此為英國著作權法 1956 年之用語，現行 1988 年法案皆以著作稱之。王思原，前註 484。

⁵¹¹ 同前註。

⁵¹² LIONEL BENTLY & BRAD SHERMAN, INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW 121 (3d ed. 2009).

第四節 引入報酬請求權之保護

第一項 權利性質及比較法之實踐

在國際著作權立法稱報酬請求權者約略有二，一種與強制授權制度或以租稅補償未授權重製之設計之目的相近，在發展上亦有連動關係，係為了緩和財產法制強烈排他性而過度妨害科技發展及他人利用之法律設計⁵¹³；另一種則出於衡平想法，以法律強行介入私人契約，防止磋商地位弱勢者（如表演人）在契約自由原則下，受到不公平的剝削。因為著作權法制即使授與作者與表演人專有權，僅確保了創作人為授權窗口，無法確保其確實在作品利用上能獲得合理的報酬。⁵¹⁴

我國立法上未見衡平性質之公平報酬請求權，在國際區域立法範疇，以歐盟第 2019/790/EU 號數位單一市場指令契約上適當報酬請求權，以及 2006/115/EC 出租出借權與鄰接權指令第 8 條第 2 項錄音物商業上利用之租金報酬請求權之保障為顯例。其透過國家法律於授權契約上置入權利轉讓對價，希望能避免表演人在一次性給付之後，即完全失去作品利用於市場上獲益之分配權利，惟為平衡利用人之利益，亦允許會員國設下應透過集體協約確定規範上的不確定概念之限制，如「公平」與「適當」之標準；為了強化其執行性，指令皆強調，這些權利不可預先拋棄，違反指令保護概念之契約，不可執行。學說對此類規定多採取樂見其成之立場，蓋表演人就其表演之權利，多於授權契約取得一次性對價後，即失去後續利用權能，除了在作品大獲成功時無法享受豐盛成果，在專有授權或轉讓後，作品未得到充分利用亦無法取回，使著作或表演失去於市場上流通、為公眾所用之機會，遂數位單一市場著作權指令亦規範了撤銷權。

⁵¹³ 鄭中人，前註 85，頁 95-96。

⁵¹⁴ Martin Senftleben, *More Money for Creators and More Support for Copyright in Society-Fair Remuneration Rights in Germany and the Netherlands*, 41 COLUM. J.L. & Arts. 413, 421 (2018).

德國在著作權法中有著作權契約規範篇章，以法律介入契約磋商，例如出租權轉讓需保留不可放棄之租金報酬請求權，以強化作者或表演人在錄音製品或電影中與其貢獻相符之受益地位，防止以一次性、包裹式支付買斷所有權利；⁵¹⁵德國同時於著作權法第 32 條提供授權契約公平報酬請求權 (equitable remuneration) 之制度，除了事前未確定對價之契約視為接受公平報酬⁵¹⁶ (第 1 項中段)，亦有暢銷書條款，無論締約時得否預見可能收益，皆得在報酬與作品利用之獲益顯不相當時，主張修改契約 (第 32 條 a 第 1 項)，惟以集體協議作為限制，若契約報酬係由共同報酬協議或集體協議確立，則作者或表演人無法主張上開權利 (第 32 條第 4 項、第 32 條 a 第 4 項)，這項權利不可放棄但得為轉讓或約定由他人行使 (第 79 條第 1 項及第 2 項)，惟表演人若採一次性受給報酬將權利轉讓予錄音製作人，製作人需向表演人支付額外報酬，法定由重製、散布，以及向公眾提供等來源收益之 20% (第 79 條 a 第 1 項)。共同報酬協議看似具有限制報酬金額之性質，不過在實際的譯者請求公平報酬的案例中，共同報酬協議得以降低原告舉證報酬不公平之困難，同時德國聯邦最高法院就公平報酬表示了意見，其認為即使在契約簽訂時，與行業中依慣例產生之金額相當，並不表示此符合公平之要求，同時應考慮授權之時空範圍，法院認為有必要從重製物收入提供譯者分潤，甚至區分精裝本或平裝本有不同比例。⁵¹⁷

這樣的設計首先將強化其議約地位，利用人甚至在允許一次性給付之情形，將因事後利潤分配之風險而提高給付金額；另以持續性獲益平衡其先天行業之特殊、非常態性質，相對亦會促進組織發展，使報酬在創作者與利用者兩端的拉鋸下逐漸產生一相對合理客觀之作品利用報酬標準；根據實踐經驗，此項報酬 (廣播及向公眾傳播) 收

⁵¹⁵ 第 2006/115/EC 號指令立法說明第 12、13 點，條文第 5 條。德國著作權法第 27 條第 1 項

⁵¹⁶ 其衡量以德國著作權法第 36 條規定之共同報酬協議 (joint remuneration)，該協議由作者協會與利用者個體或組織經談判產生。Martin Senftleben, *supra* note 504, at 422.

⁵¹⁷ Federal Court of Justice, 7 October 2009, case I ZR 38/07 and I ZR 230/06.

益占歐盟表演人就其作品利用授權收入 67%。相對地，著作權法系如美國，更重視契約自由，著作權契約原則上依契約法原則規定，不以法律特別介入保護，且主要由州法管轄，在聯邦著作權法中沒有相類制度。⁵¹⁸

第二項 我國法情形

我國法上陸續加入使用報酬請求權（強制授權規範），包括：1985 年音樂著作強制授權（現行法第 69 條）、1992 年非營利目的於公益活動公開表演他人著作應支付使用報酬（現行法第 55 條）、1997 年規定依法編審教科書就他人著作之合理範圍使用之報酬支付（現行法第 47 條第 4 項）、2003 年賦予錄音著作之著作人公開演出使用報酬請求權（現行法第 26 條第 3 項）及重製錄音著作所載表演時，表演人得請求分配該報酬（同條第 4 項）；惟 2004 年修法過程，以「實務上多透過契約分享利益，尚無賦予表演人該報酬請求權」為由，刪除第 26 條第 4 項。

第三項 建議

由上述討論可知，我國現行法未賦予表演人使用報酬請求權，亦無公平報酬請求權。在強制授權使用之範疇，補償機制未將表演人列為報酬請求權之主體，逕以「得透過契約處理表演人利益」作為刪除該權利之理由，事實上形同放任表演人就其表演之經濟權利得於契約中一次性買斷，對於後續表演之利用毫無控制力更無經濟利益分享。若著作權制度事實上無法支持實際上創作內容之作者、表演人，使其淪為資訊產業專制獲利之工具，則保護著作人、保護表演人之立法目標僅是資本家之包裝而已，⁵¹⁹使用報酬請求權在國際條約上通常得保留作為專有權規範之代替，方便利用人整合有多數創作者投入之作品，蓋專有權之行使雖在概念上保護程度較高，現實上不見得對表演

⁵¹⁸ Hilty, R. M., & Peukert, A., *supra* note 223, at 409.

⁵¹⁹ Martin Senftleben, *supra* note 514, at 421.

人更具保障，應盱衡國情而為立法選擇，不過，資訊透明義務確實為實現報酬請求權制度不可或缺之配套。

適當（或公平）報酬請求權，則是基於締約雙方地位不平等，賦予弱勢一方修改契約，使其得在公平的基礎上運作私法自治原則⁵²⁰，即以法律介入契約來平衡現實上表演人職涯短期、變動等特性，使表演人就其表演之利用獲得持續的利益參與(continued profit participation)；以歐盟規範方式為例，其透過國家法律介入私人著作權或鄰接權之契約運作，搭配集體協議、權利集管組織，以及資訊透明義務作為配套支持，以「權利不可放棄」作為著作財產權保護最低要求。德國甚至在 2017 年修法，進一步擴大了德國法律於國際授權強制適用之範圍，其中第 30(b)條第 1 項規定契約無約定時，得適用德國法，第 2 項規定契約主題於德國著作權法規範相關範圍之內者⁵²¹。德國法原即得透過國際條約內國國民待遇，使符合條約條件之國際表演人及作者得以受惠⁵²²，在 2017 年修法強化此目標後，在以美國電影產業為首之影視作品跨國生產利用上掀起風浪。

具體而言，德國法上的適當報酬請求權設計，是透過法院就契約為實質審查，包括事前審查與事後審查，來確保參與著作利用開發之人公平參與，若存在團體協約⁵²³，該約定內容被推定為適當，若不存在團體協約，則以通常酬勞水準審酌⁵²⁴；另外，法院衡量標準包括原契約議定報酬與後續商業利用獲得成功之間的差異，使報酬請求權機制

⁵²⁰ *Id.*, 414-15.

⁵²¹ Timm Neu, *The Fair Pay Revolution: German Copyright Law's International Reach*, 26 MICH. ST. INT'L. REV. 445, 448 (2018).

⁵²² 例如神鬼奇航德文版為主角 Johnny Depp 之配音員，透過訴訟向德國及美國之 Disney 公司取得原約定報酬之十倍。BGH, May 10, 2012,, I ZR 145/11; KG Berlin, Lune 29, 2011, 24 U 2/10. 美國 Fox 21 公司所製播的反恐危機 (Homeland) 由於拍攝地點包括屬於羅馬公約會員國之德國，亦可能向影集公司要求更多利益分享。

⁵²³ 團體協約制度規定於德國著作權法第 36 條及第 36(a)條。

⁵²⁴ Timm Neu, *supra* note 521, at 452.

得以平衡作品在市場上運用隨時間發展，後續獲益使報酬在實際上不平等之情形。⁵²⁵一般認為，德國運行報酬請求權之積極態度與其基本法立場有關，德國就財產權保護之觀點，是以黑格爾哲學為基礎，即財產為實現人格、擁有自治生活之根本，遂財產受保護範圍係由憲法層級而不是法律加以確認，基本法不僅具有個人抵抗國家侵害之消極權，更有保護包括財產權等基本權利之積極面，就財產權之保護力道大於美國，後者最高法院採取否定基本權利具有財產保護積極作用之立場。⁵²⁶

由於德國法授與作者及表演人公平報酬請求權的立法實踐高於其他國家，在國際條約及歐盟法的調和下，授與表演人的權利仍在變動中，例如公平報酬請求權在資訊社會指令的調和下，表演人之權利雖不可放棄但得為轉讓⁵²⁷，隨後德國法在修正案中加入了非原始內容創造者不得行使之條件，目的是不使表演人與作者在著作權契約地位惡化。⁵²⁸2017年德國法就著作權法第32條、第32(a)條、第32(b)條的修正，更使其得適用於大多數德國涉入的國際契約，不受合議管轄法律之限制⁵²⁹，而利用方則成功以團體協約報酬制度加以抗衡，個別作者或表演人若經團體報酬之談判，不得再為主張公平報酬。⁵³⁰

本文認為，由於資本在國際間本以趨利移動，不可諱言若介入既有利益分配情況，可能造成產業波動，然而表演人於產業結構上處於弱勢地位，國家介入保護之方式若僅仰賴補助、獎助機制，僅是形成多數弱者競爭稀有資源的局面；若能使包括表演人之廣義內容創作者得由其創造內容之獲益，取得與其貢獻相稱之報酬，除有利競爭、得鼓

⁵²⁵ *Id.*, 453-54.

⁵²⁶ Michael Gruenberger, *supra* note 88, 668-69.

⁵²⁷ 德國著作權法第79(a)條第1項

⁵²⁸ Hilty, R. M., & Peukert, A., *supra* note 223, 418-19

⁵²⁹ Timm Neu, *supra* note 521, at 449.

⁵³⁰ *Id.* at 481.

勵優質內容產出外，也可以達到調整其收入結構的目的。在德國的實踐經驗可知，資訊透明義務尤為此架構不可或缺的關鍵因素⁵³¹，此外，工會等組織雖然在德國法的實踐上似為公平報酬請求之抑制，但其長期而言或可作為雇主方支持發展表演人組織的助力，進而促進報酬可預期，除報酬之外，就其他勞動條件之爭取或亦有所助。⁵³²

著作權契約在我國實務上，由於創作保護意識薄弱，常見情況如著作財產權歸出資方所有、約定創作者「不行使著作人格權」，或在契約中直接剝奪創作人或表演人就作品後端控制權，⁵³³若法律未介入著作權契約之調整，我國表演人與創作者實難與抵抗以「不利市場利用」或「公益」為名之剝削，長期生產條件低落與不公平的利潤分配，最終將導致創作群體萎縮，就「促進國家文化發展」此著作權法立法目的顯無助益。本文以為，「尊重契約自治」不足以作為放棄以法律工具增加保護表演人的理由，除了賦予表演人使用報酬請求權，以強制授權制度促進作品利用之外，應支持公平報酬請求權於我國之發展，理由如下：（一）自文化產品生產角度觀察，表演人位於生產鏈末端，其工作機會仰賴錄音物、視聽物製作人（如唱片公司），為解決產品上權利紛雜的問題，多以契約整併各種權利，即表演人於契約合意成立後，多以一次性給付轉讓其作品之財產權利，於有利作品利用之角度而言，有助解決著作權作品因權利複雜而不利利用之困難，然而智慧財產之特性即為開發前端難以預測其市場價值，少數作品在市場上大獲成功後，實際創作之人無法享有此利潤，並不公平，公平報酬請求權可以視為類似情事變更之契約調整機制，公平分配利潤。（二）表演人於締約地位處於弱勢情形乃出於產業結構，其獲得工作機會並非直接取決於市場選擇，而須仰賴錄音物、視聽物製作

⁵³¹ 德國著作權法第 32(e)條課予受讓權利第三人訊息揭露義務，使作者或表演人仍能有效行使報酬請求。

⁵³² 在配音員的案例中，部分依公平報酬請求權提起訴訟者被產業列入黑名單，此類不利地位透過良好的工會發展，或可使個體表演人或作者不須憑一己之力與產業對抗。

⁵³³ 2020 年 12 月馬世芳與 Alian 原住民族廣播電台因合作條件變更，如著作財產權為電台所有，並約定不行使著作人格權等，導致終止合作為一著例。

人，在這樣的結構下，殊難想像其與契約另一方同為「具有相同智識與理性之人」而得以作出最有利於自己的選擇，出於尊重而保護契約自由，這樣的結構不平等足以減弱其自由選擇的能力，放任表演人在契約後失去對作品的控制權利，不利其投入內容創建，因為市場反應此一難以預測之風險不應該僅由結構上最弱勢的內容創建者承擔，製作人以一次性給付取得作品利用權利後，進入市場獲得成功應有合理的利潤分配，使得包括表演人在內之內容創建者，獲得利益之刺激，無論在人格權理論或效益理論下，都是最為合理的結果。

	使用報酬請求權	公平報酬請求權
保護對象	公益	內容創建者
性質	強制授權制度之權利金請求權	契約調整機制
保護目的	平衡排他性財產權利對公益之影響	平衡表演人／作者 因智慧財產權市場利用結構於 權利轉讓後實際面臨且足以影 響其產出之風險
配套工具	第三方權利管理組織 即時反映著作利用情形之資料庫 權利金分配制度	團體協約 資訊透明義務 替代性爭端解決機制
效益	促進作品授權利用	提高作者與表演人締約實力 促進團體協約機制發展

表 5-4 建議採用保護表演人之法律工具比較表

(資料來源：本研究整理)

第六章 結論

我國著作權法提供表演人就其表演享有「獨立之著作保護」僅立意高遠，由於體系規劃有欠明確，有欠缺執行標準之憾；在國際著作權保護系統中，表演人最早因其就著作推廣有所貢獻而被納入著作鄰接權之保護範圍，然而表演之性質與其他鄰接權客體以保護投資為基礎不同，其一方面投入勞力、技術與選擇，就他人著作為表演、推廣，另一方面立於利用人之角色利用著作，與衍生著作之情形類似，其**成果建立在他人著作的基礎上**，我國法體例上將衍生著作、具創作性之編輯著作，與就既有著作或民俗創作之表演分列於著作權法第 6 條、第 7 條，及第 7-1 條，似亦反映了這一特點。有疑義的是，著作權保護乃以原創性為核心要件，即使我國法僅就編輯著作明文要求創作性，學說及實務上皆肯認未予明文之衍生著作需要**獨立於改作之原著作的創作性**，這一點在比較法上亦有相同的看法，僅是創作性程度是否應更高於原著作、程度多少之差別，此時我國法就表演之保護，是否應審查其原創性，即生疑義。

經比較法上之分析，著作權法系如美國，原則上並未賦予表演人著作權利主體之地位，表演人就其表演所得主張之權利主要透過契約關係處理；而作者權法系如歐盟，以著作鄰接權的概念保護表演，並不要求原創性，在更細緻的實踐上，德國以「藝術性」為表演保護要件，來排除僅機械性操作、不具備表演人性格特徵的表演參與行為，相較於受到濃厚文本主義影響之原創性，保護門檻下降許多，使表演人以其特殊工作成果（spezifischer Leistungen）為基礎受權利保護，得於著作權與鄰接權法主張就其表演得享有之權利，惟相較於作者就其著作得享有之權利內容，表演人之權利類型較為限縮，由此可見，**降低保護門檻**亦為一種可行的平衡方式。雖然在法制上有不同的選擇，表演人權利保護在區域法上的差異，仍透過國際條約之調和逐漸得到趨同的結

果；例如美國為遵守 WTO 談判結果（即 TRIPs 協定），採取立法便宜措施，於聯邦著作權法中置入反側錄條款（第 1101 條）保護現場表演，表演人遂例外性地獲得著作法上權利主體地位，而得就未獲其同意之表演利用行使禁止權，該立法之憲法基礎並非著作權條款，而是商業條款；於作者權法系國家（如歐盟會員國），表演人可直接透過鄰接權法制主張權利，同時因 WPPT 在保護範圍納入傳統文化形式之表演，亦得就民間藝術表現形式之表演獲得保護；然而國際條約雖具調和作用，亦有其限制，在無法取得一致標準之範疇，則出現折衷作法—即可聲明保留，例如在 BTAP 就固著於視聽製品之表演，留有表演人相關權利是否遷移轉與視聽製品製作人之立法選擇空間。

除了美國與歐盟之外，比較法上亦有將鄰接權客體列入著作權法保護之立法例（如英國），於體系編排上較為清晰地呈現表演之性質，不以原創性作為保護標準，遂得避免原創性就表演適用之討論；由討論可知，我國法在保護客體之體系上仍有思考空間。依我國著作權修法草案之內容，預計透過修正著作權法與 BTAP 之保護水準接軌，本文認為，即便立法說明強調本法不採鄰接權體制，因為國際條約之調和，我國法亦意識到表演之性質與著作不同：1、在文義上不稱「表演著作」而稱「表演」；2、在體例上與衍生著作及編輯著作自成一體系，展現其對原著作之利用關係；3、預計以獨立條文列舉表演人得主張之權利範圍，再再展現其性質與保護範圍與著作不同。然而著作權法第 7-1 條並未在修法草案中列為刪除條文，未來很有可能仍有「以著作保護表演」之倡議或實務見解，原創性在世界各國皆為著作保護核心要件，遂難以避免在個案中進行原創性判斷的程序，故，本文在現行法之架構下，提出兩種解釋路徑，其一是與實際上限縮的權利範圍相應，降低以著作保護表演之原創性要求，其二則是實質採行鄰接權概念進行分層保護之解釋，以「唯一性」作為保護門檻，進行創作內容（包括著作與表演）之類型化分析，分別以：「形式轉換」及「特殊地位」作為上位操作標準，

對應我國實務所肯認之「創作性」及「個人特徵」之展現，中繼以「具備轉譯雙向性」、「不具備轉譯雙向性」、「表演人不可或缺或取代」、「表演人非不可或缺或取代」進行分析，具體得出八種類型：單純執行、擴增內容使原著指示具體化、轉譯形式相同、轉譯形式不同、表演人不可或缺、表演人不可取代、前作留有創作空間、前作未留創作空間；第二種解釋方式將擴大創作保護之光譜，使「是否表達了新創思想」得以直接反映於保護水準，且創作性與個人特徵皆為我國實務所肯認之原創性內涵，不會在我國實踐上發生標準不一之危險。

最後，回歸著作權法之立法目的檢視現行法之保護，我國著作權法第1條所列舉之三項立法目的：保障著作人著作權益、調和社會公共利益、促進國家文化發展，實具備層級關係，即保障著作權益必須與社會公益調和，最終促進國家文化發展，首先，不可或缺之基礎即為提供文化內容創建者堅實的保護，在作品利用的過程中，調和利用方與創作方的利益確保作品開發利用、社會進用之動能，在社會規劃理論的解釋下，著作權為實現一具備文化理想之民主社會的工具，我國通過文化基本法後，著作權保護更須與其有所連動，透過支持文化內容之創作以實現目標。在第一層保障創作者利益的目標上，可參考歐盟體系之報酬請求權制度，以國家立法向作者與表演人提供靈活的契約上權利，強化其締約地位，並從適當公平的著作利用利益分配角度切入，長遠地向表演人提供經濟支持；第二層在公益的調和上，自德國之報酬請求權實踐經驗可知，支持著作人與表演人之團體發展，有助產生公平報酬之標準，不僅有利權利人掌握就訴訟請求之風險同時有助利用人就著作權客體進行開發之成本評估，以法制創建利於作品流動、進用、獲益之流暢通道，最重要的是，向內容創建者提供充足的保護與創作動力，有助維持創作之多樣性，不至於使得著作利益僅向資本家匯集，使表演人與著作人成為被剝削利用之客體，國家文化始得永續發展。



參考文獻

一、書籍

中文

1. 李劍非，著作權與網路資訊自由，2011年11月。
2. 章忠信，著作權逐條釋義，2019年，五版。
3. 羅明通，著作權法論（一），2005年，六版。
4. 蕭雄淋，著作權法論，2015年，八版。
5. 蕭雄淋，著作權法漫談精選，1995年。

英文

1. Davies, Gillian (1994), COPYRIGHT AND THE PUBLIC INTEREST, Wiley-VCH.
2. Ficsor, Mihály (2002), COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS, WIPO.
3. Knox, T. M. (1967), HEGELS PHILOSOPHY OF RIGHT, London: Oxford University Press.
4. Morgan, Owen (2002), INTERNATIONAL PROTECTION OF PERFORMERS RIGHTS, UK: Bloomsbury Publishing PLC.
5. Murray, Andrew D. (2007), THE REGULATION OF CYBERSPACE CONTROL IN THE ONLINE ENVIRONMENT, New York: Routledge-Cavendish.
6. Patterson, Lyman Ray (1968), COPYRIGHT IN HISTORICAL PERSPECTIVE, Nashville: Vanderbilt University Press.
7. Rosati, Eleonora (2013), ORIGINALITY IN EU COPYRIGHT: FULL HARMONIZATION THROUGH CASE LAW, MA: Edward Elgar Publishing

8. Throsby, David (2001), *ECONOMICS AND CULTURE*, Cambridge University Press.
9. v. Lewinski, S. (2008), *INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND POLICY*, New York: Oxford University Press Inc.
10. Watal, Jayashree (2001), *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES*, Kluwer Law International.
11. Deazley, Ronan, Kretschmer, Martin, & Bently, Lionel (eds.) (2010), *PRIVILEGE AND PROPERTY: ESSAYS ON THE HISTORY OF COPYRIGHT*, Cambridge: OpenBook Publishers.
12. Garnett, Kevin, Davids, Gillian & Harbottle, Gwilym (15th ed.2005), *COPINGER AND SKONE JAMES ON COPYRIGHT*, Sweet & Maxwell.
13. Nimmer, Melville B.& Nimmer, David (2001), *NIMMER ON COPYRIGHT*, Volume VIII, New York: LexisNexis Matthew Bender.
14. Reinbothe, J. & von Lewinski, S. (2d ed. 2015), *THE WIPO TREATIES ON COPYRIGHT: A COMMENTARY ON THE WCT, THE WPPT, AND THE BTAP*, New York: Oxford University Press Inc.
15. Walter, M. M. & v. Lewinski, S. (2010), *EUROPEAN COPYRIGHT LAW A COMMENTARY*, U.K.: Oxford University Press.

二、專書論文

中文

16. 許曉芬，視聽著作的另一種觀點—法國法的堅持或偏執？載：國際比較下我國著作權法之總檢討，229-257，2014年。
17. 陳木金，談教育基本法的立法對我國教育行政的啟示，載：教育行政論

壇第五次研討會學術論文集，333-55，1999年。

<https://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/38157/1/4-5.pdf>

18. 張懿云，視聽表演人保護之研究—以視聽表演北京條約為中心，載：國際比較下我國著作權法之總檢討，301-332，2014年。
19. 馮震宇，歐盟著作權指令體制與相關歐盟法院判決之研究，載：國際比較下我國著作權法之總檢討，491-543，2014年。

英文

1. Fisher, William (2000), *Theories of Intellectual Property*, in S. Munzer ed., *NEW ESSAYS IN THE LEGAL AND POLITICAL THEORY OF PROPERTY*, Cambridge University Press. (Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press)
2. Katzenberger, Paul (1986), *Trips and Copyright Law*, in Beier and Schricker eds., *FROM GATT TO TRIPS: THE AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT*. (Boston: Martinus Nijhoff Publishers)

德文

3. P. Katzenberger, *Inländerbehandlung nach dem Rom-Abkommen* in C. Heath and P. Ganea(eds), *Urheberrecht: Gestern-Heute-Morgen*, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, 2001, S. 481ff.
4. *Lewinski*, *Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft* in Schricker (Hrsg.), 1997, S. 229ff.

三、期刊論文

中文

5. 王必芳，法國行政法上的公益概念，*中原財經法學*第30期，1-69 (2003)

6. 王怡蘋，契約自由與著作人格權之保護，輔仁法學第 51 期，1-52
(2016)
7. 王思原，著作人與著作人格權之歸屬—英國法的觀察，月旦法學雜誌，
第 279 期，174-84 (2018)
8. 林依仁，文化憲法的意義 (上)，月旦法學雜誌第 290 期，164-88
(2019)
9. 林亞婷 (譯)，Susan Leigh Foster (著)，編創舞蹈與編舞者—編舞—
詞的由來，藝術評論第 18 期，1-25 (2008)
10. 周志宏，制定文化基本法之法律問題，法之橋：臺灣與法國之法學交
會，243-84 (2016)
11. 洪德欽，歐洲聯盟法的法源，華岡法粹第 57 期，1-42 (2014)
12. 馬鈺婷，簡介原住民族傳統智慧創作專用權及實務狀況，萬國法律第
229 期，22-30 (2020)
13. 章忠信，92 年新修正著作權法簡析，月旦法學雜誌第 103 期，103-119
(2003)
14. 章忠信，北京視聽表演條約後的表演人權利保護，智慧財產權月刊第
179 期，5-50 (2013)
15. 陳新民，著作權的社會義務：由德國憲法學的角度檢驗智慧財產權的保
障及其限制，臺大法學論叢，第 37 卷第 4 期，115-177 (2008)
16. 陳建綱，效益主義的發軔：初探邊沁的政治思想，人文及社會科學集
刊，第 29 卷第 4 期，1-37 (2017)
17. 馮震宇，論文物藝術品攝影著作之保護與利用，月旦法學雜誌，第 249
期，70-88 (2016)

18. 黃心怡，論攝影之原創性，東吳法律學報第 24 卷第 3 期，125-148
(2013)
19. 黃居正、邱盈翠，公共領域的結構轉型：以美國著作權法的理論變遷與
食物觀點為中心，歐美研究，第 41 卷第 4 期，1023-1097 (2011)
20. 鄭中人，知識經濟時代下的著作權 (上)，月旦法學雜誌，第 105 期，
92-107 (2004)
21. 蔡明誠，評 1990 年著作權法修正草案，政大法學評論，第 40 期，203-
216 (1989)
22. 賴文智，著作物重製設備補償金收取制度之研究，智慧財產權月刊第 85
期，107-128 (2006)
23. 謝銘洋，衍生著作及其相關問題研究，最高法院 106 年度民事學術研討
會，台灣法學雜誌第 338 期，59-82 (2018)
24. 蕭雄淋，著作鄰接權與日本著作權法，中興法學第 22 期，497-526
(1986)

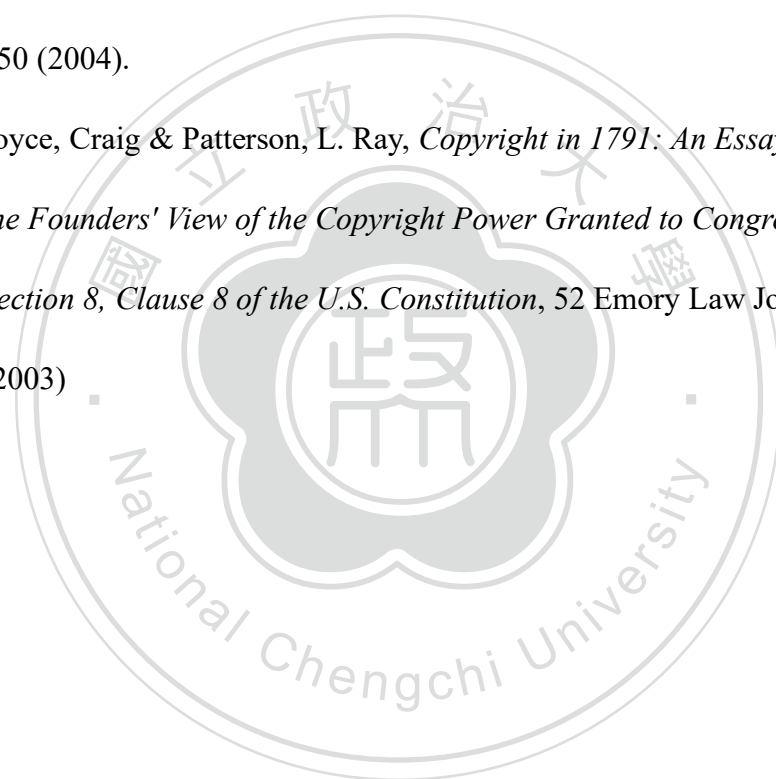
英文

1. Fisher II, William W., *Recalibrating Originality*, 54(2) *Houston Law Review*,
438-468 (2016).
2. Ginsburg, Jane C., *A Tale of Two Copyrights: Literary Property in
Revolutionary France and America*, 64 *Tul. L. Rev.* 991-1031 (1990).
3. Gruenberger, Michael, *A duty to protect the rights of performer?*
Constitutional foundations of an intellectual property right, 24 *Cardozo Arts
& Entertainment*, 617-685 (2006).

4. Horwitz, William E., *Scope of Gaming under the Indian Gaming Regulatory Act of 1988 after Rumsey v. Wilson: White Buffalo or Brown Cow*, 14 CARDOZO Arts & ENT. L.J. 153 (1996).
5. Hughes, Justin, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Geo. L. J. 287-359 (1988)
6. Hughes, Justin, *The Photographer's Copyright—Photograph as Art, Photograph as Database*, 25 HARV. J. L. & TECH. 328-413 (2012).
7. Maroz, Raman, *The freedom of artistic expression in the jurisprudence of the United States supreme court and federal constitutional court of Germany: A comparative analysis*, 35(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 341-382 (2017).
8. Netanel, N., *Copyright and a Democratic Civil Society*. 106(2) The Yale Law Journal, 283-387 (1996).
9. Neu, Timm, *The Fair Pay Revolution: German Copyright Law's International Reach*, 26 MICH. St. INT'L. Rev., 445-482 (2018).
10. Parker, Jordan, *Smile and Say, "We Need Not Decide:" Decoding The Federal Courts' Nonanswers Regarding The Derivative-Works Status of Photographs*, 14 TUL. J. Tech & Intell. Prop. 261-281 (2011).
11. Reinbothe, J., Martin-Prat, M., & v. Lewinski, S., *The New WIPO Treaties: A First Resume*, European Intellectual Property Review, 19, 171-6 (1997)
12. Radin, Margarey Jane, *Property and Personhood*, 34 Stanford Law Review 957-1015 (1982).
13. Senftleben, Martin, *More Money for Creators and More Support for*

Copyright in Society-Fair Remuneration Rights in Germany and the Netherlands, 41 COLUM. J.L. & Arts. 413-433 (2018).

14. Stengel, Daniel, *Intellectual Property in Philosophy*, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 90, no. 1, 20-50 (2004)
15. Hilty, Rero M. & Peukert, Alexander, *Equitable remuneration in copyright law: The amended german copyright act as trap for the entertainment industry in the U.S.*, 22(2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 401-450 (2004).
16. Joyce, Craig & Patterson, L. Ray, *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 Emory Law Journal 909-953 (2003)



其他參考資料

1. 許忠信，國際著作權公約及發展趨勢，智慧財產局培訓學院教材 53。
2. 王泰銓編印（1996），伍、法國著作權法令暨判決之研究，國際著作權法令暨判決之研究，內政部 85 年度研究報告。
3. 蔡明誠編印（1996），肆、德國著作權法令暨判決之研究，國際著作權法令暨判決之研究，內政部 85 年度研究報告。
4. 蔡明誠（2010），從比較法觀點論著作之原創性及創作性要件，載：行政訴訟及懲戒廳（編），智慧財產權訴訟制度相關論文彙編第 1 輯。
5. 蔡英文編印（1996），陸、歐盟著作權法令暨判決之研究，國際著作權法令暨判決之研究，內政部 85 年度研究報告。
6. 陳家駿、張懿云、馮震宇、黃銘傑、謝銘洋、劉孔中（2013），整體著作權法制之檢討，計畫系統編號：PG8902-0127，台北，經濟部智慧財產局。
7. 林郁菁，著作權法對表演人保護規範本土化之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文（2007）
8. 立法院：會議議案關係文書院總第 553 號政府提案第 3963 號之 1
<https://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfcec7c7cdcacfcfc5c7cdd2cec7c9>
9. 立法院：會議議案關係文書院總第 553 號政府提案第 5490,810,1548 號之 1
10. 台北市藝術創作者職業工會（2019）：藝術工作勞動調查報告
https://drive.google.com/file/d/113UI_amy5zDXKWYUBpyKRG1-PBaCjF19/view?fbclid=IwAR3t2q3DmrBK_I1KcwsOYQgQmrSk2qcGB5Zn

eKZCoRg_8TKjK6jrwW4PreU

11. 吳尚昆 (2019), 文化基本法制定後對著作權的思考
<https://wulaw.blog/2019/05/23/文化基本法制定後對著作權的思考>
12. 吳霽棚、郭建中 (2019), 美國音樂現代化法案對數位音樂的影響
<http://www.winklerpartners.com/?p=9475&lang=zh-hant>
13. 風傳媒 (2015), 月河—險些被剪掉的奧斯卡最佳電影歌曲
<https://www.storm.mg/article/52741?page=2>
14. 經濟部智慧財產局：魔術表演能不能受著作權法保護？
<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-51-658167-1d8f5-1.html>
15. 章忠信 (1999), 立法院三讀通過科學技術基本法，著作權筆記
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2019>
16. 章忠信 (2011)：美國錄音著作保護現況，著作權筆記
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2235>
17. APEO-ARTIS (2014)：Performers' Right in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement https://www.aepo-artis.org/usr/files/di/fi/2/AEPO-ARTIS-study-on-performers-rights-1-December-2014-FINAL_201611291138.pdf
18. APEO-ARTIS (2018)：Performers' Right in International and European Legislation: Situation and Elements for Improvement https://www.aepo-artis.org/usr/files/di/fi/2/AEPO-ARTIS-Study-2018---Performers%E2%80%99-Rights-in-International-and-European-_20181161711.pdf
19. Bursztynsky, Jessica (2020)：Netflix says these three effects of the

coronavirus crisis are impacting its business,

<https://www.cnn.com/2020/04/21/netflix-q1-2020-earnings-three-effects-coronavirus-has-on-business.html>

20. ECS (2018) : Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/79- on Copyright in the Digital Single Market.
<https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/04/ecs-comment-article-17-cdsm.pdf>
21. Treppoz, Edouard & Arbant, Géraldine (2019), The EU Copyright Directive: The new best-seller right. <https://mediawrites.law/the-eu-copyright-directive-the-new-best-seller-right/>
22. UNESCO (2013) : Creative Economy Report 2013
<http://www.unesco.org/culture/pdf/creative-economy-report-2013.pdf>
23. UNESCO, ILO & BIRPI (1961) : Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000003572>
24. UNESCO & WIPO (1985) : MODEL PROVISIONS FOR NATIONAL LAWS ON THE PROTECTION OF EXPRESSIONS OF FOLKLORE AGAINST ILLICIT EXPLOITATION AND OTHER PREJUDICIAL ACTIONS <https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/folklore/1982-folklore-model-provisions.pdf>
25. v. Lewinski, S. (2007) : Stakeholder Consultation on Copyright Levies in a

Converging World. Response of the Max Planck Institute Intellectual Property, Munich <https://ip.mpg.de/en/publications/details/stakeholder-consultation-on-copyright-levies-in-a-converging-world-response-of-the-max-planck-institute-intellectual-property-munich.html>

26. WCED (1987) : Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future
<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>
27. WIPO(1981) : Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention
<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=3161&plang=EN>
28. WIPO (1991) : The International Bureau of WIPO prepared a memorandum for the first session of the Committee of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention in November 1991 (document BCP/CE/I/2)
29. WIPO (1992) : Questions Concerning a Possible Protocol to the Berne Convention, part I, Memorandum.
30. WIPO (1996) : Resolution Concerning Audiovisual Performances Adopted by the Diplomatic Conference on December 20,1996
https://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/cnr_dc/cnr_dc_99.doc
31. WIPO (2001) : Wipo Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999): Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders
https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf

32. WIPO (2008) : Protecting Traditional Knowledge, Folklore/Traditional Cultural Expressions and Genetic Resources: Policy and Legal Challenges for Caribbean countries
https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=114457
33. WIPO (2011) : Statement by Javier Bardem to the High Level Copyright Dialogue on the Film Industry
https://www.wipo.int/copyright/en/activities/copyright_dialogue/statements/bardem.html
34. WIPO (2016) : Mihály Ficsor, Copyright, cultural diversity and development
https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/.../wipo_ipda_ge_16_t14.pptx
35. WTO : Frequently asked questions about TRIPS [trade-related aspects of intellectual property rights] in the WTO
https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm
36. Persée : Rapport par M. Le Chapelier du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques, lors de la séance du 13 janvier 1791
https://www.persee.fr/doc/arcpa_0000-0000_1885_num_22_1_9756_t1_0210_0000_4