

第十九次修法會議之書面意見（2012、4、18） 蕭雄淋律師
-----有關第 27 條、第 28 條之 1 及第 29 條之立法疑義

有關二〇一二年四月十八日第十九次修法諮詢會議，在討論後，發現有關著作財產權之種類，何者之權利對象，應針對「著作」，何者之權利對象應針對「著作原件及（或）其重製物」？事關第 27 條、第 28 條之 1 及第 29 條之立法疑義問題，乃提出如下書面意見：

一、問題之提出

現行著作權法第 22 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」第 23 條規定：「著作人專有公開口述其語文著作之權利。」第 24 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。」第 25 條規定：「著作人專有公開上映其視聽著作之權利。」第 26 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。」第 26 條之 1 第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利。」第 28 條規定：「著作人專有將其著作改作成衍生著作或編輯成編輯著作之權利。但表演不適用之。」

上述規定，其立法體例，均為「著作人專有…其著作之權利。」此等規定，參照伯恩公約第 8 條、第 9 條、第 11 條至第 14 條之 3 之規定，固有其依據。大陸法系國家「著作人法法系」(author's right tradition)之立法，大抵如此。德、日立法亦然。

然而，現行著作權法第 27 條規定：「著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利。」第 28 條之 1 第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」第 29 條第 1 項：「著作人除本法另有規定外，專有出租其著作之權利。」此三條規定，立法體例，亦為著作人專有…其著作之權利。」立法實有誤會。蓋著作人之著作財產權，有關公開展示權、散布權（含移轉所有權之散布及出租權），係針對「著作原件及（或）其重製物¹」。而有關著作人之其他著作財產權，則針對「著作」。現行著作權法及迄今為止的建議修正條文，此部分恐均有檢討之必要。

；

二、公約之依據

（一）伯恩公約

¹ 追及權，亦針對著作原件，而非著作，參見伯恩公約第 14 條之 3、德國著作權法第 26 條第 1 項。

伯恩公約針對散布權（含移轉所有權之散布及出租權），並未規定。針對追及權，於第 14 條之 3 規定，其權利對象為美術之「著作原件」及作家及作曲家之「原稿」（original works of art and original manuscripts of writers and composers）²。而對於重製權等其他權利，則係針對「著作」（works）。

（二）與貿易有關之智慧財產權協議（以下簡稱 TRIPS）

依 TRIPS 第 9 條規定，TRIPS 之會員國，原則上應遵守伯恩公約第 1 條至第 21 條及附屬書之規定。因此，TRIPS 原則上不規定著作人權利之種類，然而卻規定著作人之出租權。

依 TRIPS 第 11 條規定，著作人及其權利的繼受人有出租權。此出租權，主要係針對電腦程式著作及視聽著作之「著作原件或其重製物」（originals or copies of their copyright works）³。

（三）世界智慧財產組織著作權條約（以下簡稱 WCT）

依 WCT 第 1 條規定，WCT 僅係伯恩公約第 20 條意義下的專門協定，多數著作人的權利，應依伯恩公約規定。而 WCT 有若干特別規定之權利，如第 6 條之散布權（right of distribution）、第 7 條之出租權（right of rental），第 8 條之向公眾傳播權（right of communication to the public）。

依 WCT 第 6 條第 1 項規定：「文學與藝術著作的著作人應享有將其著作原件或重製物授權他人以銷售或其他移轉所有權的方式提供予公眾的專屬權利

（Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of the original and copies of their works through sale or other transfer of ownership.）。」WCT 第 6 條第 1 項之散布權，散布之對象，係針對「著作原件或其重製物」（originals and

²參閱：世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）撰，劉波林譯，《保護文學及藝術作品伯爾尼公約指南》（Guide to the Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works, Paris Act, 1971），頁 72、296，中國人民大學出版社，2002 年 7 月。

³大陸學者鄭成思於「WTO 知識產權協議逐條講解」一書中謂，一部分國家所以不承認著作權中包含「出租權」，其原因之一，係認為出租權屬於有形物權，是利用有形物的方式，不應屬於著作權法規範內容的範圍。見該書，頁 29，中國方正出版社，2001 年 1 月。

copies of their works)。

依WCT第6條第1項規定，所以用「著作原件或其重製物」(originals and copies of their works)一語，主要係被理解為僅包含「有形物品」，而排除數位公開傳輸在內，即數位公開傳輸，並非散布權之規定範疇⁴。

另WCT第7條第1項規定：「下列著作的著作人應享有將其著作原件或重製物授權他人對公眾予以商業性出租的專屬權利：(i) 電腦程式；(ii) 電影著作；(iii) 附著於錄音物發音片的著作而為締約方國內法所認定者 (Authors of: (i) computer programs; (ii) cinematographic works; and (iii) works embodied in phonograms as determined in the national law of Contracting Parties, shall enjoy the exclusive right of authorizing commercial rental to the public of the originals or copies of their works.)。」WCT第7條第1項之出租權，亦係針對「著作原件或其重製物」(the originals or copies of their works)。

此外WCT第8條規定：「文學與藝術著作的著作人應享有將其著作授權他人以有線電或無線電方式向公眾傳播的專屬權利，包括將其著作對公眾提供以使公眾的成員得於其各自選定的地點及時間接觸該著作。但不影響伯恩公約第11條第1項第2款、第11條之1第1項第1款及第2款、第11條之2第1項第2款、第14條第1項第2款及第14條之1第1項的規定 (Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11bis(1)(i) and (ii), 11ter(1)(ii), 14(1)(ii) and 14bis(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.)。」WCT第8條之向公眾傳播權，係針

⁴ 參見 Jorg Reinbothe & Silke von Lewinski 撰, 萬勇、相靖：《WIPO 因特網條約評注》(The WIPO Treaties 1996 :The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms treaty)，頁 114 至 116，中國人民大學出版社，2008 年 1 月。

對「著作」（works），而不是「著作之原件或重製物」（the originals or copies of their works）。

四、比較法之依據

（一）德國著作權法

德國著作權法自第 15 條起，規定著作人之十餘種著作財產權（使用權），而各著作財產權。此權利之對象，主要是針對著作（work），然而第 17 條規定散布權，第 18 條規定公開展示權為例外。

依德國著作權法第17條第1項規定：「散布權，係指公開提供著作原件或其重製物，或使之進入流通之權利（The distribution right shall be the right to offer to the public or to put into circulation an original work or copies thereof.）」足見「散布權」，係針對「著作原件或其重製物」（original work or copies）。

此外，德國著作權法第17條第3項規定，針對出租權，其對象顯然亦指「著作原件及其製物」（original works or copies）⁵。

再者，德國著作權法第18條規定：「公開展示權，指將未公開發表之純美術著作或未公開發表之攝影著作之原件或重製物，公開展示之權利（The right of exhibition is the right to place on public view the original or copies of an unpublished work of fine art or of an unpublished photographic work.）」故公開展示權之對象，亦為「著作之原件或重製物（original or copies of work）」。

（二）日本著作權法

我國民國 81 年之著作權法，受日本著作權法影響甚深。日本著作權法第 21 條至第 28 條規定著作財產權之種類。其中：

⁵ 德國著作權法第17條第3項規定：For the purposes of this Law, “rental” means making available for use for a limited period of time and for direct or indirect commercial purposes.

However, the making available of original works or copies thereof,

1. of architecture and of applied art or

2. under an employment or service relationship for the exclusive purpose of being used in execution of duties under the employment or service relationship

shall not be deemed to be rental.

著作權法第 21 條規定：「著作人專有重製其著作之權利（The author shall have the exclusive right to reproduce his work.）。」

第 22 條規定：「著作人專有使公眾直接見聞（下稱「公開」）為目的而上演或演奏其著作之權利（The author shall have the exclusive right to perform his work publicly ("publicly" means for the purpose of making a work seen or heard directly by the public; the same shall apply hereinafter).）。」

第 22 條之 2 規定：「著作人專有公開上映其著作之權利（The author shall have the exclusive right to present his work publicly.）。」

第 23 條第 1 項規定：「著作人專有向公眾為公眾送信（於自動公眾送信者，包含送信可能化）之權利（The author shall have the exclusive right to make the public transmission of his work (including the making transmittable of his work in the case of the interactive transmission)）。」第 2 項規定：「著作人專有以受信裝置公開傳達已公眾送信之著作之權利（The author shall have the exclusive right to communicate publicly, by means of a receiving apparatus, his work of which the public transmission has been made.）。」

第 24 條規定：「著作人專有公開口述語文著作之權利（The author of a literary work shall have the exclusive right to recite publicly his work.）」

第 27 條規定：「著作人專有翻譯、編曲、變形、劇本化、電影化或其他改作其著作之權利（The author shall have the exclusive rights to translate, arrange musically or transform, or dramatize, cinematize, or otherwise adapt his work.）。」

上述權利之對象，均為「著作」（work），然而牽涉「公開展示權」或「散布權」（包含讓與權及貸與權）者則不然。

依日本著作權法第 25 條規定：「著作人專有公開展示其美術著作或未發行之攝影著作之原作品之權利（The author of an artistic work or of an unpublished photographic work shall have the exclusive right to exhibit publicly the original of his work.）。」日本著作權法之公開展示權，其公開展示的對象，限於「原件」（the original of his work）⁶，與德國著作權法包含原件或重製物不同。

又日本著作權法第 26 條規定：「著作人專有透過散布電影之重製物而散布電影著作之權利（The author of a cinematographic work shall have the exclusive rights

⁶ 日本的公開展示權，限於原件，此原件在日本著作權法第 25 條之原文為「原作品」。

to distribute copies of his work.)。 」第 2 項規定：「被重製於電影中之著作的著作人，專有散布該電影著作之重製物而散布該被重製於電影中之著作之權利（The author of a work reproduced in a cinematographic work shall have the exclusive right to distribute copies of his work.)。在日本著作權法，「散布權」散布之對象為「著作之重製物」（copies of his work），而非「著作」（work）本身。

日本著作權法第 26 條之 2 第 1 項規定：「著作人專有透過讓與其著作（電影著作除外，本款下同）之原件或重製物（電影中被重製於其中之著作重製物除外，本條以下同），而向公眾提供之權利（The author shall have the exclusive right to offer his work (except a cinematographic work; the same shall apply hereinafter in this Article) to the public by transfer of ownership of the original or copies of the work (excluding copies of a cinematographic work in the case of a work reproduced in the cinematographic work; the same shall apply hereinafter in this Article.)。 」日本著作權法之讓與權，其對象亦限於「著作之原件或重製物」（the original or copies of the work）。

日本著作權法第 26 條之 3 規定：「著作人專有透過將重製物的貸與而將著作提供於公眾之權利（The author shall have the exclusive right to offer his work (except a cinematographic work) to the public by lending copies of the work (excluding copies of a cinematographic work in the case of a work reproduced in the cinematographic work.)。 」上述日本著作權法的貸與權⁷，其貸與之對象為「著作之重製物（copies of the work）」。

（三）大陸著作權法

大陸著作權法第 10 條第 1 項規定：「著作權包括下列人身權和財產權：

（一）至（四）（省略）。

（五）複製權，即以印刷、複印、拓印、錄音、錄像、翻錄、翻拍等方式將作品製作一份或者多份的權利；

（六）發行權，即以出售或者贈與方式向公眾提供作品的原件或者複製件的權利；

（七）出租權，即有償許可他人臨時使用電影作品和以類似攝製電影的方法創作的作品、計算機軟件的權利，計算機軟件不是出租的主要標的的除外；

（八）展覽權，即公開陳列美術作品、攝影作品的原件或者複製件的權利；

（九）表演權，即公開表演作品，以及用各種手段公開播送作品的表演的權

⁷ 日本著作權法的「貸與」，不限於出租，包含出借在內。蓋日本著作權法第 2 條第 8 項規定，本法所謂貸與，係包含不問以任何名義或方法，而使取得用樣使用權源之行為。

利；

（十）放映權，即通過放映機、幻燈機等技術設備公開再現美術、攝影、電影和以類似攝製電影的方法創作的作品等的權利；

（十一）廣播權，即以無線方式公開廣播或者傳播作品，以有線傳播或者轉播的方式向公眾傳播廣播的作品，以及通過擴音器或者其他傳送符號、聲音、圖像的類似工具向公眾傳播廣播的作品的權利；

（十二）信息網絡傳播權，即以有線或者無線方式向公眾提供作品，使公眾可以在其個人選定的時間和地點獲得作品的權利；

（十三）攝製權，即以攝製電影或者以類似攝製電影的方法將作品固定在載體上的權利；

（十四）改編權，即改變作品，創作出具有獨創性的新作品的權利；

（十五）翻譯權，即將作品從一種語言文字轉換成另一種語言文字的權利；

（十六）匯編權，即將作品或者作品的片段通過選擇或者編排，匯集成新作品的權利；

（十七）應當由著作權人享有的其他權利。」

大陸著作權法的各種「著作財產權」的對象，大抵是針對「作品」，但是展覽權及發行權，其展覽及發行的對象是「作品原件或者複製件」⁸。至於大陸著作權法之出租權，所以出租的對象未針對「作品原件或者複製件」，係屬立法之疏漏。

五、我國法之檢討

（一）有關第 27 條

我國著作權法第 27 條規定：「著作人專有公開展示其未發行之美術著作或攝影著作之權利。」第 3 條第 1 項第 13 款規定：「公開展示：指向公眾展示著作內容。」，揆諸外國立法，似有誤會。

德國著作權法第 18 條規定：「公開展示權，指將未公開發表之美術著作或未公開發表之攝影著作之原件或重製物，公開展示之權利。」

日本著作權法第 25 條規定：「著作人專有公開展示美術著作或未發行之攝影著作之原作品之權利。」

中國大陸著作權法第 10 條第 1 項第 8 款規定：「展覽權，即公開陳列美術

⁸ 大陸著作權法第「作品」，相當於我國著作權法上之「著作」，大陸著作權法之「發行權」，相當於我國之「散布權」。

作品、攝影作品的原件或者複製件的權利。」

南韓著作權法第 19 條規定：「著作人專有公開展示其美術著作等原件或其重製物之權利（The author shall have the right to exhibit the original or copies of his work of art, etc.）⁹。」

基此，我國著作權法之公開展示權，限於美術著作或攝影著作，有其立法之依據。然而我國著作權法第 2 條第 1 項第 13 款及第 27 條規定，公開展示之對象為「著作」，而非著作之原件或其重製物，在比較法上，似乏依據。將與美國「公開展示權」之立法混淆，導致如美術、攝影之數位展示或幻燈片之展示，是否屬於公開展示權之範圍，將發生疑義。再者，我國著作權法之公開展示權，限於未發行之美術著作或攝影著作，在比較法上，亦屬特殊。

如果我國立法欲將公開展示權限縮，似可採德國立法，然而我國著作權法有關公開展示權在著作人格權之限制（如第 15 條第 2 項第 2 款），及在著作財產權之限制（如第 57 條），均採日本法立法例之情況下¹⁰，我國著作權法第 27 條似應採日本立法，較為妥當。尤其我國著作權法第 27 條規定限於「未發行之美術著作或攝影著作」，而第 15 條第 2 項第 2 款又規定「未公開發表之美術著作或攝影著作之著作原件或其重製物」，在立法邏輯上，十分不一致。

因此，第 27 條之修正，可能有三案：

甲案：第 27 條：「著作人專有公開展示其未公開發表之美術著作或攝影著作原件或其重製物之權利。」

理由：此採德國立法例，將現行法「未發行」改為「未公開發表」，以與德國立法及我國著作權法第 15 條第 2 項第 2 款規定相符。再者，現行法公開展示之對象為美術著作或攝影著作，此與大陸法系國家立法不符，乃改為「原件或其重製物。」

乙案：第 27 條：「著作人專有公開展示其美術著作或未發行之攝影著作之原件之權利。」

⁹ 南韓著作權法之日文版本見：http://www.cric.or.jp/gaikoku/skorea/skorea_c1.html#2_4，南韓著作權法第 19 條：「著作者は、美術著作物等の原作品又はその複製物を展示する権利を有する。」

¹⁰ 參見日本著作權法第 18 條第 2 項第 2 款、第 45 條。

理由：此採日本立法例。日本公開展示權限於原件，且美術著作不限有無公開發表或發行。既然我國著作權法有關公開展示權之著作財產權或著作人格權之限制（著作權法第 57 條、第 15 條第 2 項第 2 款），採日本立法例，著作權法第 27 條規定，應有體例一貫之法制繼受。

丙案：第 27 條：「著作人專有公開展示其未公開發表之美術著作或攝影著作原件之權利。」

理由：既然伯恩公約、TRIPS 及 WCT 未規定公開展示權。故本案兼採德、日立法，對於公開展示權之範圍，適用至最小範圍，僅限於「未公開發表之美術著作或攝影著作原件」。

（二）有關第 28 條之 1

我國著作權法第 28 條之 1 第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利。」另在著作權法第 3 條第 1 項第 12 款規定：「散布：指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。」此項規定，亦與公約及外國立法通例不符。

德國著作權法第 17 條第 1 項規定：「散布權，係指公開提供著作原件或其重製物，或使之進入流通之權利。」

日本著作權法第 26 條規定：「著作人專有透過散布電影之重製物而散布電影著作之權利」第 2 項規定：「被重製於電影中之著作的著作人，專有散布該電影著作之重製物而散布該被重製於電影中之著作之權利。」第 26 條之 2 第 1 項規定：「著作人專有透過讓與其著作（電影著作除外，本款下同）之原件或重製物（電影中被重製於其中之著作重製物除外，本條以下同），而向公眾提供之權利。」

中國大陸著作權法第 10 條第 1 項第 6 款規定：「發行權，即以出售或者贈與方式向公眾提供作品的原件或者複製件的權利。」

無論係公約或外國立法例，散布權散布的對象是「著作原件或其重製物」。故我國著作權法第 28 條第 1 項散布權之散布對象，亦宜為「著作原件或其重製物」，而非「著作」。

基此，我國著作權法第 28 條之 1 第 1 項目前智慧局之建議修正條文為：「著

作人專有以移轉所有之方式散布其著作之權利。」此項規定，似宜修正為：「著作人專有以移轉所有權之方式散布其著作原件或重製物之權利。」

至於著作權法第 28 條之 1 第 2 項，目前智慧局之建議修正條文為：「表演人就其經重製於錄音物之表演，專有以移轉所有權方式散布之權利。」似宜修正為：「表演人就其經重製於錄音物之表演，專有以移轉所有權方式散布其錄音物之權利¹¹。」即「表演」本身並非固著物，無從散布，真正散布之對象，應為錄音物。

（三）有關第 29 條

現行著作權法第 29 條規定：「著作人除本法另有規定外，專有出租其著作之權利（第 1 項）。」「表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有出租之權利（第 2 項）。」此項規定，同樣與公約及外國立法通例不符。

TRIPS 第 11 條及 WCT 第 7 條第 1 項之出租權，其出租之對象，均為「著作原件或其重製物。」德國著作權法第 17 條第 3 項規定，針對出租權，其對象顯然亦指「著作原件及其製物」。日本著作權法第 26 條之 3 規定：「著作人專有透過將重製物的貸與而將著作提供於公眾之權利。」

我國著作權法第 29 條規定，目前智慧局之建議修正條文為：「著作人專有以出租之方式散布其著作之權利。但錄音著作經重製於視聽物者，不適用之（第 1 項）。」「表演人就其經重製於錄音物之表演，專有以出租之方式散布之權利（第 2 項）。」

上述條文，似宜改為第 29 條：「著作人專有以出租之方式散布其著作原件或重製物之權利。但錄音著作經重製於視聽物者，不適用之（第 1 項）。」「表演人就其經重製於錄音物之表演，專有以出租之方式散布其錄音物之權利（第 2 項）。」

六、以上個人意見，謹供參考。

¹¹ 有關著作權法第 28 條之 1 第 2 項規定，可參考德國著作權法第 77 條第 2 項及日本著作權法第 95 條之 2 及第 95 條之 3 之規定。上述規定，其散布之對象，均非「表演」，而係「錄音物」。惟著作權法第 28 條之 1 第 2 項之智慧局建議修正條文之實質內容，是否已周全，似仍須斟酌。