

---有關表演人之保護

一、有關草案未有著作鄰接權專章，可能產生的問題

依第二十四次修法會議之紀錄，對於未來草案無著作鄰接權專章，已經定案，不再討論。然而如果未來無著作鄰接權專章，可能有下列立法決策待解決之問題，在政策上必須處理：

（一）有關錄音著作之著作人的姓名表示權及錄音著作著作財產權之歸屬問題

在有著作鄰接權之國家，錄音係保護錄音物之「製作人」，而非錄音著作之「著作人」。「著作人」與「製作人」不同。有關此問題，可由視聽著作之「著作人」與「製作人」之不同而推知。

視聽著作之著作人為何人？我國著作權法無規定。日本著作權法第 2 條第 1 項第 2 款規定：「著作人，即創作著作之人。」在日本著作權法，電影著作何人為著作人？製作人抑或演員、導演、燈光、錄影、美術、劇本作者、小說作者、音樂作者？日本著作權法第 16 條規定：「視聽著作之著作人者，即除被改編或複製為視聽著作之小說、劇本、音樂或其他著作之著作人外，為擔任製作、監督、演出、錄影、美術等之有助於視聽著作物在全體上形成之人。但有前條規定之適用者，不在此限。」視聽著作之著作人，除有上述著作權法第 15 條法人著作之適用情形，以法人等為著作人外，應為「為擔任製作、監督、演出、錄影、美術等之有助於視聽著作物在全體上形成之人」。我國著作權法的視聽著作無著作人之規定，解釋上亦應與日本著作權法相同。

而依據伯恩公約規定，有關電影著作之著作權之歸屬，分為電影著作權模式（如美國）、法定移轉模式（或法定歸屬模式¹）（如日本及德國）及合法化推定模式（如法國）等三種立法模式²，此三種立法模式由各締約國立法決定。如果未採前二種立法模式者，則適用伯恩公約第 14 條之 2 第 2 項（b）款之規定，採合法化推定制度³，即「就著作物之製作參加

¹ 日本學者稱為「法定歸屬說」，見加戶守行，著作權法逐條講義，頁 217，著作權情報中心，2006 年版。

² 參見馮曉青，著作權法，頁 130-131，法律出版社，2010 年 9 月；張懿云·陳錦全，前揭書，頁 9 以下。

³ 參見 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 68-69，

協力而亦屬於電影著作之著作權人之著作人，如無反對或特別之規定者，不得反對將其電影著作物，加以複製、頒布、公開上演及演奏，以有線方式公開傳達、廣播或以其他方法公開傳達或插入字幕或配音」。

同樣的，錄音著作之著作人，亦可謂為擔任製作、監督、演出、混音、錄音、剪輯等之有助於錄音著作在全體上形成之人。而錄音物之製作人，一般皆為錄音物之投資人，即錄音物之製作公司，而非錄音師、混音師等在錄音著作上形成之人。然而錄音師、混音師卻為錄音著作之著作人。

在採著作鄰接權之國家，直接保護錄音著作之製作人，對錄音物無著作人格權之規定，而非保護錄音著作之著作人。在我國現行法對錄音著作有著作人格權之規定，且保護完整之著作人格權，然而實務上對屬於錄音著作之著作人之一的混音師、錄音師，皆未具名。此在採著作鄰接權之國家，並無問題，然而目前現行法卻產生問題，值得思索。

再者，在伯恩公約視聽著作之著作人與製作人相區分，已如前述。然而我國現行法對錄音著作之著作人與製作人之差別，並未在立法上深入探討，如何確定其著作財產權之歸屬，亦屬問題⁴。

（二）有關廣播企業之保護

在採著作鄰接權之國家，皆有保護廣播企業（或稱「廣播事業人」）。羅馬公約第 13 條亦有規定。日本著作權法第 98 條至第 105 條規定關於廣播事業人及有線廣播事業人的權利。如重製權、再播送權及有線播送權、送信可能化權、有線電視的公開傳達權等。德國著作權法第 87 條、中國大陸著作權法第 43 條至第 46 條均有特別規定。

按廣播企業不一定為節目的製作人。如果廣播企業非節目製作人，無從以錄音著作的著作財產權人立場加以保護，則廣播企業對於其廣播所作之廣告、播送安排之投資，被他人轉播、再公開傳達等，即無從加以保護，此在立法政策上應加以思考的。

（三）有關表演與錄音著作的著作財產權限制條款問題

中國人民大學出版社，2002 年 7 月。

⁴ 參見拙文：錄音著作之著作權人為何人？---錄音師的地位：

<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2009/06/09/10753> (2012/11/15)

我國著作權法有關著作財產權限制條款，多數係於民國 81 年時仿日本立法例。然而日本著作權法第 102 條有關著作鄰接權之限制規定，僅個別準用有關著作權限制之規定。許多日本著作權法第 30 條至第 49 條有關著作財產權限制之規定，在著作鄰接權並未準用。此部分在我國檢討著作財產權規定，應予注意。

舉例言之，日本著作權法有關著作鄰接權標的不準用日本著作權法第 37 條第 1 項及第 2 項，則錄音物之內容，不得作成點字及以電腦方式儲存點字，此即與我國著作權法第 53 條規定不同。

又如，日本著作權法有關與著作鄰接權標的不準用日本著作權法第 38 條第 1 項及第 3 項之規定。依此規定，在我國錄音著作不得主張相當於著作權法第 55 條之規定，尚包含非營利之使用者，不得在再公開傳達上主張著作財產權之限制。

再者，日本著作權法有關著作鄰接權標的不準用日本著作權法第 33 條及第 34 條規定（相當於我國著作權法第 47 條）。依此規定，在我國則表演及錄音著作不得在著作權法第 47 條為法定授權之標的。故日本著作權法有關教科書的法定授權及教育目的之廣播，與我國著作權法第 47 條，亦有不同。

按 TRIPS 第 14 條第 6 項規定，羅馬公約有關權利限制之規定，於 WTO 之成員國有所拘束。而日本法所以在有關教科書的法定授權及教育廣播的法定授權，排除錄音物及表演，可能受羅馬公約第 15 條第 2 項規定的響響。亦即有關強制授權的規定，僅能在羅馬公約允許的範圍，方能在內國法制定⁵。羅馬公約的強制授權，可能包含我國著作權法所謂「法定授權」的內涵。

由此可見，我國如果未採著作鄰接權制度，對於著作財產權限制之規定，有可能如同著作權法第 22 條至第 29 條規定一樣，對於表演及錄音

⁵ 羅馬公約第 15 條規定：

(1) 締約國得以國內法令，就左列事項，規定本公約保護之例外：

(a) 個人之使用。

(b) 時事報導之片斷的使用。

(c) 傳播機構利用自己之設備，就自己之傳播所為簡短之錄音。

(d) 專門為教育或科學研究目的之使用。

(2) 前項情形，締約國得以國內法令規定表演家、發音片製作人及廣播機構之保護，與依其國內法令所規定文學及美術的著作物的著作權保護，作相同的限制。但有關強制授權之規定，不得抵觸本公約。

兩著作，必須有許多例外規定。⁶

二、有關著作權法第 5 條及第 7 條之 1 的修正問題

依第 25 次修正諮詢會議的修正草案，有關著作權法第 5 條及第 7 條之 1 修正如下：

條文	現行法	修正草案	說明
§5	本法所稱著作，例示如下：(第 1 項) 一～十(略) 前項各款著作例示內容，由主管機關訂定之。(第 2 項)	本法所稱著作，例示如下：(第 1 項) 一～十(略) <u>十一、表演。</u> 前項各款著作例示內容，由主管機關訂定之。(第 2 項)	有關表演內容之例示，將於「著作權法第五條第一項各款著作內如例示」中規定。
§7-1	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(第 1 項)。 表演之保護，對原著作之著作權不生影響(第 2 項)	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(第 1 項)。 表演之保護，對原著作之著作權不生影響(第 2 項)。 <u>對表演人之保護，除本法另有規定外，與著作人相同。</u>	新增第三項。

上述草案，於第 5 條將「表演」明列為「著作」例示之一。然而第 7 條之 1 對於「表演」又有類似「衍生著作」之規定。按如果「表演」被認為是著作權法第 5 條的著作之一，就他人音樂加以演唱而成之表演，以第 6 條「衍生著作」之規定，即足以保護。此猶如就他人之小說（語文著作）加以拍成電影（視聽著作），此視聽著作無須另外規定，以著作權法第 6 條有關衍生著作之規定，即足以規範。

而民俗創作所成立之表演，亦因有著作權法第 5 條表演為著作之一之規定，使此依民俗創作所為之表演，或為「著作」，或為「衍生著作」，視民俗創作是否為受保護之著作而有不同。再者，表演與錄音之地位應屬相同，錄音著作既無類似草案第 7 條之 1 第 3 項之規定，表演似亦無加以規定之必要。而表演之保護，著作權法第 22 條至第 29 條既均有特別規定，草案第 7 條之 1 第 3 項亦無必要作特別規定。故建議第 7 條之 1 規定予以刪除。此對無既存著作之表演，亦加以保

⁶ 另參考拙文，新擬增訂的廣播強制授權條款有違反 TRIPS 之虞。參見：
<http://blog.ylib.com/nsrotius/Archives/2009/05/07/10143> (2012/11/15)

護，與日本著作權法之立法相當。

於此應論者，表演與戲劇舞蹈著作之關係，為前者為動態演出，後者為如舞譜等靜態之著作⁷。

三、有關表演之重製權

(一) 有關公約之規定

1、羅馬公約第 7 條第 1 項

本法所賦與表演家之保護，應包括左列可能性之防止：

(a) (略)

(b) 未經表演家之同意，將未經同意之表演，加以固定。

(c) 未經表演家之同意，將其表演之固定物加以複製，如果：

I 最初之固定，其本身未經表演家之同意者。

II 複製之目的與表演家同意之目的不符者。

III 依第十五條規定最初固定，而複製並非依該條規定之目的者。

2、TRIPS 第 14 條第 1 項

關於附著於錄音物上之表演，表演人應可防止下列未經授權之行為：將其未附著於媒介物之表演予以附著及重製此一附著物。表演人亦應可防止下列未經其授權之行為：以無線電方式播送其現場表演及向公眾傳達該表演。

3、WPPT 第 6 條第 2 款、第 7 條

A、WPPT 第 6 條第 2 款

表演人就其表演應享有授權下列行為之專屬權利：

(i) (略)

(ii) 將其未固定之表演加以固定。

B、WPPT 第 7 條

⁷ 參見：拙文：

一、表演之內涵，<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2011/09/09/18637> (2012/11/15)

二、吉普車高空特技表演，是否受著作權法保護？

<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2010/01/20/13437> (2012/11/15)

表演人應享有將其固定於錄音物之表演授權他人以任何方法或形式加以直接或間接重製之專屬權利。

4、北京條約第 6 條第 2 款、第 7 條

A、北京條約第 6 條第 2 款

表演者應享有專有權，對於其表演授權：

- (i) (略)
- (ii) 錄製其尚未錄製的表演。

B、北京條約第 7 條

5

表演者應享有授權以任何模式或形式對其以視聽錄製品錄製的表演直接或間接地進行複製的專有權。

(二) 外國立法例

1、日本著作權法第 91 條

表演人專有對其表演錄音或錄影之權利（第 1 項）。

前項規定，於得有同項規定權利之人的同意（即依第 103 條準用第 63 條第 1 項規定之利的許諾，以下本節及次節同）而製作之電影著作就表演加以錄音或錄體，不適用之。但以錄音物（專門為影像再生音為目的者除外）將其錄音者，不在此限（第 2 項）。

2、德國著作權法第 77 條

表演人專有將其表演錄製成音像製品之排他權利（第 1 項）。

表演人專有就錄有其表演之音像製品予以重製及散布之權利。本法第 27 條之規定準用之（第 2 項）。

3、中國大陸著作權法第 38 條

表演者對其表演享有下列權利：

- (一) 表明表演者身份；

- (二) 保護表演形象不受歪曲；
- (三) 許可他人從現場直播和公開傳送其現場表演，並獲得報酬；
- (四) 許可他人錄音錄像，並獲得報酬；
- (五) 許可他人複製、發行錄有其表演的錄音錄像製品，並獲得報酬；
- (六) 許可他人通過信息網絡向公眾傳播其表演，並獲得報酬。

被許可人以前款第(三)項至第(六)項規定的方式使用作品，還應當取得著作權人許可，並支付報酬。

(三) 我國著作權法

1、第3條第1項第5款

本法用詞，定義如下：(略)

- (5)、重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。

2、第22條第2項

表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。

(四) 檢討處：

1、公約對於表演人之保護，限於現場表演之「固定」(或附著)及對固定物之「重製」。亦即對於現場表演之保護，並非「重製」，而係「固定」(或附著)，僅對已經固定之固定物，才予以「重製」而已。

而對於現場表演之固定，應為錄音或錄影(或「錄製」)，而非重製，解釋上應不包含攝影或筆錄、表演之模仿等重製概念。現行法包含攝影，可能有檢討之必要。

2、現行法未對現場之錄製及錄製物之重製加以區分，立法亦有瑕疵。二者應分別規定。

3、日本著作權法對已經得到同意而錄影的視聽著作，再為重製，原則上有排除保護表演之規定，與德國法不同。我國是否如此立法，應為政策決定。