經濟部智慧財產局九十二年度委託學術機構研究案

表演人權利保護之研究

期末報告書

計畫主持人：謝銘洋 教授

協同主持人：陳曉慧 助理教授

研究助理：陳人傑、楊擴舉

執行單位：益思科技法律事務所

中 華 民 國 九 十 二 年 十 月 三 十 一 日

目　錄

目　錄..... i
第一章　我國表演人保護現況與問題之提出 1
第二章　國際條約對表演人之保護 6
壹、國際上保護表演人之歷史發展 6
貳、 羅馬公約、TRIPS 與 WPPT 條約中關於表演人保護之比較.....9
一、條約間之關連性..... 9
二、聯繫因素..... 10
三、基本原則..... 11
四、表演人定義..... 11
五、經濟權益..... 14
（一）Broadcasting 與 Communication to the public..... 14
（二）向公眾提供權..... 20
（三）重製權..... 22
（四）散布權..... 23
（五）出租權..... 23
（六）保護期間..... 23
（七）制止規避技術保護措施與權利管理電子資訊 24
六、人格權益..... 24
七、權利限制..... 25
八、權利行使..... 26
（一）集體表演之權利行使..... 26
（二）表演人與其同意之廣播、視覺或視聽固著物之關係26
第三章　歐盟對表演人之保護 28

壹、發展歷史 28
貳、表演人之定義 30
參、表演人之權利內容 32
一、對尚未固著之表演所賦予之權益 33
（一）固著權、重製權..... 33
（二）廣播與公開傳播權..... 33
二、對已固著表演所賦予之權益..... 35
（一）出租與出借權..... 35
（二）重製權..... 37
（三）散布權..... 37
（四）對公眾提供權..... 38
（五）廣播與公開傳播商業目的出版之錄音物或其重製物之報酬請求權..... 38
肆、表演人之權利限制 39
一、時間限制..... 39
二、內容限制..... 40
第四章　美國著作權法對表演人之保護 41
壹、美國現行著作權法對於表演人保護之規範 41
一、美國著作權法第 1101 條介紹..... 41
二、本條規定可否適用「受雇著作」規定 42
貳、美國法院實務對於表演人保護之見解 43
一、表演人得否爲著作人？ 43
二、美國法院實務對於表演人的保護見解 44
參、小結.....47
第五章 日本著作權法對表演人權利之保護 48
壹、 前言.....48

一、變動中的日本著作權法..... 48
二、日本著作權法之特色..... 48
貳、 表演人權利保護之立法沿革與修法歷程 49
一、立法沿革..... 49
（一）以加入國際公約爲導向之立法 49
（二）著作權法之全盤修正..... 50
二、修法歷程..... 51
（一）日本舊著作權法對表演人之保護 51
（二）日本新著作權法之頒佈..... 51
（三）新法頒佈後之歷次修正——與表演人有關爲主 53
參、表演與表演人之意義 54
一、 表演之意義..... 54
（一）表演之保護適格..... 54
（二）運動與體操活動是否爲表演？ 55
二、表演人之意義..... 56
肆、表演人權利之內涵與問題探討 57
一、對於未固著或未廣播之表演之權利 57
（一）錄音、錄影權 57
（二）放送、有線放送權 58
二、對於已固著或已廣播之表演之權利 61
（一）錄音、錄影權..... 61
（二）放送、有線放送權..... 63
（三）送信可能化權..... 65
（四）讓與權（散布權）..... 68
（五）出租權或出租報酬請求權..... 69
（六）商業錄音物二次使用費之請求權 70

（七）私人錄音錄影補償金請求權 71
三、人格權之保護..... 73
四、表演人權利之限制與保護期間..... 74
（一）表演人權利之國際保護..... 74
（二）權利之讓與與行使..... 75
（三）權利之例外與限制..... 75
（四）保護期間..... 76
（五）著作鄰接權之登記..... 76
五、視聽著作與表演之關係..... 76
（一）視聽著作之定義..... 76
（二）視聽著作權利歸屬之立法例 77
（三）視聽著作中表演人權利限制與行使 77
伍、表演人權利侵害之救濟 79
一、立法形式..... 79
二、民事責任..... 79
（一）禁止請求權..... 79
（二）侵害行爲之擬制..... 80
（三）侵害數額之認定與推定 80
（四）善意讓與..... 81
三、刑事責任..... 81
陸、與表演人相關之實務案例 82
一、二次使用費分配金請求事件..... 82
（一）裁判要旨與案情概述..... 82
（二）原告主張..... 82
（三）被告主張..... 83
（四）法院見解..... 84

二、電影明星之姓名及肖像侵害訴訟事件 84
（一）裁判要旨 84
（二）事實概述 85
（三）法院見解 85
柒、從日本著作權法觀我國對表演人之保護 86
一、 權利保護之立法形式不同 86
（一）制度之差異 86
（二）表演創作性之探討 87
二、相關法律議題之探討 88
（一）法定授權制度之建立與否 88
（二）表演人對其表演公開播送之報酬請求權制度之建立 88
（三）表演人權利保護的困境—成立表演人團體之迫切性 89
第六章　澳洲著作權法對表演人之保護 91
壹、澳洲著作權法有關表演人保護之規定 91
一、名詞定義 91
二、有關豁免錄製的例外 92
三、對於私人與家庭使用的限制 93
四、未經授權使用的類型 93
五、基於播送目的而重製錄音之特別規定 95
六、表演人對於未授權使用之訴訟 95
貳、小結 96
第七章　中國大陸對表演人之保護 100
壹、與著作權有關的權益 100
貳、表演者與表演之意義 101
參、表演者之權利 102
一、人格權益 103

二、經濟權益..... 103
三、權利限制..... 105
肆、權利侵害之救濟 106
第八章 結論：立法建議.....108

第一章　我國表演人保護現況與問題之提出

民國（下同）九十二年九月一日我國第一份表演藝術環境調查報告公布—「表演藝術生態報告」[1]。依據本報告，九十一年度台灣共有 5505 場由 389 個表演團體從事之表演，即平均每天十五場在全國各藝文或非藝文場地上演。但演出者平均月薪新台幣 25645 元，僅略高於行政院主計處發佈受僱員工平均月薪一半（41452 元）[2] 。偏低的薪資反映出市場供需條件，雖未必透過強化其權利可獲得改善。但確保表演人對自己精神勞動成果之分享與參與，卻是國家依憲法第十一條保障人民言論、著作及出版自由，以及依第一百六十五條保障藝術工作者生活，應盡之義務。

表演之保護，依據主管機關（原爲內政部，現爲經濟部智慧財產局）於八十五、六年間之見解：「（一）按表演自我國七十四年著作權法修正施行以來均受著作權法之保護，其於七十四年舊著作權法係歸類爲『演講、演奏、演藝、舞蹈』著作類別（舊法第四條第一項第十三款）；於現行著作權法則歸類爲『戲劇、舞蹈』著作類別（現行法第五條第一項第三款）。(二)又七十四年舊著作權法第十八條規定：『演講、演奏、演藝或舞蹈，非經著作權人或著作有關之權利人同意，他人不得筆錄、錄音、錄影或攝影。』，現行著作權法第二十二條規定：『著作人專有重製其著作之權利。」故任何人利用表演，除合於著作權法第四十四條至第六十五條著作財產權之限制（合理使用）之規定外，均應徵得該等著作（表演）著作財產權人之同意或授權後，始得爲之。』」[3]

---

[1] 中華民國九十一年表演藝術生態報告，計畫主持人溫慧玟，國立中正文化中心發行，2003 年 9 月 1 日初版，ISBN 957-01-4689-3

[2] 中華民國九十一年表演藝術生態報告,頁 153-154.

[3] 內政部，台(85)內著會發字第 8517305 號，85 年 10 月 21 日；台(86)內著會發字第 8610022 號，86 年 7 月 7 日。

然表演是否確受七十四年、七十九年著作權法之「演講、演奏、演藝、舞蹈著作」之保護，且在八十一年受「戲劇、舞蹈著作」之保護是有疑義的。

按七十四年、七十九年著作權法之「演講、演奏、演藝、舞蹈著作」，依第三條第一項第十八款定義爲：「指以聲音或動作所爲之現場表演。」。而著作依同條項第一款定義爲：「指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」。綜合觀之，演奏、演藝仍須屬於「創作」。若演奏、演藝既有著作，僅是將原來以文字或音符爲表現形式之精神內容另以聲音、動作重現，即使演出需具備相當之藝術能力，也難構成著作權法之「創作」，不能受到保護。而馬戲雜耍等技能性演出，同樣因欠缺精神內涵，僅爲表演者體能技巧之展現，亦難謂爲創作。此類以語言、聲音或動作詮釋既有著作或運動體能演出，同樣無法認爲構成八十一年之「戲劇、舞蹈著作」，因著作之定義，在八十一年法中並未改變。

從立法資料顯示，立法者並沒有意識到對特殊藝術或運動才能之演出固然值得保護，但由於不能構成創作，而難受著作權之保護。此由八十一年在討論是否應將演藝由著作之例示規定刪除時可知：林壽山立委曾經提到「…而一般通念，『戲劇』及『舞蹈』難以包括『演奏』及『演唱』將『演奏』及『演唱』歸類爲『戲劇、舞蹈』著作，顯屬不當，…」[4]，但陳定南委員則主張：「…又如表演藝術，是由英文 Performing Art 翻譯而成，爲什麼弄成「演藝」？就像美國國立表演中心是指甘乃迪藝術表演中心（John F. Kennedy Center for Performing Art）美國各級演藝文化中心，不論州立、郡立都稱爲表演藝術中心。剛才又有同仁提及演藝只包括戲劇和音樂，這是不正確的觀念，若演藝的定義只是如此，那就是掛一漏萬！如果將來有刑事處分時，以刑法第一條：『刑事之處分以行爲時之法律有明文規定者爲限。』罪刑法定主義而言，演藝不包含歌唱，

[4] 立法院公報第八十一卷第三十七期院會公報，第五十九到六十頁。

樂隊或樂器的演奏其他特技的表演時，那該怎麼辦？....」[5]最後，再依據陳定南委員之主張，主席裁定將演藝著作由第五條第三款：「戲劇、舞蹈、演藝著作」中刪除，其發言如下：「主席、各位同仁。第五條第一項第三款經協調後之條文爲：『戲劇、舞蹈、演藝著作。』本席建議將『演藝』二字刪除。因爲『演藝』是表演藝術的簡稱。而表演藝術又以音樂、戲劇、舞蹈爲主，既然『音樂』已於第二款規範，『戲劇、舞蹈』於第三款規範，似乎不必於例示之外再對『演藝』作概括規定，因此本席建議刪除之。以上所言是否有當？敬請指教。」[6] 由此可知，陳委員認爲所有的表演，包含特技都應該受到保護，而最後將演藝由著作之例示規定中刪除，乃是因其認爲所有的表演都可涵攝至音樂、戲劇與舞蹈著作中。

其後，於八十七年施行之著作權法新增第七條之一稱：「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。表演之保護，對原著作之著作權不生影響。」行政主管機關對表演依據本條規定是否應爲創作，以及修正理由說明如下：「二、按我國目前並未採鄰接權制度，對於表演仍是以著作保護之，故其仍須具最低限度之原創性，先予敘明。又表演於七十四年七月十日修正公布施行之著作權法中係歸類於第四條第一項第十三款「演講、演奏、演藝或舞蹈著作」，八十一年六月十日修正公布施行之著作權法移列於第五條第一項第三款『戲劇、舞蹈著作』，嗣爲符合世界貿易組織(WTO)協定中「與貿易有關之智慧財產權協定(ＴＲＩＰＳ)」第十四條第一項規定，現行著作權法（八十七年一月二十一日修正公布施行）復於第七條之一規定對表演之保護，但限於對「既有著作」之表演，意即原八十一年著作權法第五條第一項第三款中屬對「既有著作」之表演部分，於現行著作權法第七條之一雖係以獨立之著作保護之，惟給予較低之保護（如期間、權利範圍，請參照著作權法第二十

[5] 立法院公報第八十一卷第三十七期，第六十九頁。
[6] 立法院公報第八十一卷第四時一期，第四十六頁。

二條第二項、第二十四條、第二十六條第二項、第二十八條、第二十九條、第三十四條等)；其他如不屬對「既有著作」之創作表演，而符合「戲劇、舞蹈著作」之定義，則仍得依「戲劇、舞蹈著作」受保護。

三、復按現行著作權法第七條之一第一項規定：『表演人對既有著作之表演以獨立著作保護之』，即認表演爲著作類別之一種，其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，故予明定保護。又同條第二項復規定：『表演之保護，對原著作之著作權不生影響。』其體例係參採第六條第二項及第七條第二項之文字，認其亦屬利用他人著作而生之創作。」[7]

由此可知，本條之修正主要是爲符合 TRIPS 之要求。此外，行政主管機關認定表演爲著作，並認爲其保護以「最低限度之原創性」爲要件，但又未賦予一般著作之保護權利，僅給予較低度之保護。而原創性依其見解，係表現在表演人對同一著作不同之詮釋。此一見解的問題之一在於混淆著作保護之原創性與表演之新穎性。對同一著作爲不同之詮釋，固然會給聽眾全然不同的感受，但是所傳達的精神內涵，仍爲該著作之內容。問題之二在於既然認爲表演爲著作，則相對於其他著作人，僅給予表演人低度權利保護，此種歧視欠缺正當化基礎。

然，表演人所爲之努力與藝術表現，並非因其僅傳達他人之著作內容即不受保護。但若以著作權保護，可能因著作權原創性之要求，只會使表演人由於無從滿足此要件，反而獲致無法受到保護之不利益。是否有其他的途徑可以避免此種不利益，即爲本研究案之研究目標。又在此必須附帶說明，即使採取非著作權之形式保護，亦不排除，若表演人於詮釋過程中加入創作的因素，以致變更原著作之精神內涵，比如演唱者將歌詞部分變更，而變更之部分足以表現出該演唱者之個性或獨特性時

[7] 經濟部智慧財產局，(八八)智著字第八九０一００二一號，89 年 11 月 8 日。

[8]，得受著作權法第六條之保護。爲此，本研究案以比較法分析法，研究保護表演人之國際條約（第二章）與歐盟（第三章）、日本（第四章）、澳洲（第五章）、日本（第六章）與中國大陸（第七章）之相關規範，最後提出對我國表演人保護之修法建議。

[8] 參見最高法院八十一年台上字三〇六三號判決認定著作之標準：「凡具有原創性之人類精神上創作，且達足以表現作者個性或獨特性之程度者，即享有著作權。苟非抄襲或複製他人之著作，縱二作者各自獨力完成相同或及相似之著作，因二者均屬創作，皆應受著作權法之保護。」

第二章　國際條約對表演人之保護

壹、 國際上保護表演人之歷史發展

二十世紀初唱片與電影事業發展，帶動了對表演人保護的重視。然而國際上對於表演人保護進展卻相當緩慢。

各國立法中，最早可以追溯到 1910 年德國文學著作人法(Literatururhebergesetzes, LUG) 第二條第二項，將轉載文學或音聲藝術著作之演出於可機械化重複收聽之音樂裝置上視爲著作之改作，演出者爲改作者[9]。1941 年義大利著作權法受 Piola Casellis 的影響，更有體系地賦予表演人、錄音物製作人、廣播機構 ”Diritti connessi all’esercizio dell diritto di autore”，其中，表演人對歪曲、刪改其演說或演出者享有人格權，另一方面享有報酬請求權，但並非禁止權[10]。

國際間討論表演人保護，濫觴於 1928 年羅馬會議的討論會中，但由於超出會議範圍，最後僅在羅馬會議上表達各國政府可以考慮表演人保護可能性之期望。1939 年在瑞士 Samaden 第一次正式討論表演人、錄音物製作人與廣播機構之國際保護[11]。二次世界大戰後，因戰爭而中斷的討論，經由伯恩聯盟，聯合國教科文組織 UNESCO 與國際工作組織

---

[9] 此乃受到學界中最早文獻資料，即德國學者 Josef Kohler 於 GRUR 與 MuW 雜誌上發表文章之影響：Autorschutz des reproduzierenden Künstlers, GRUR 1909, 230 ff.; Neue autorrechtliche Fragen, MuW 1909, 269 ff.其他早期文獻資料，可參閱 Buum, Alfred, Über den Rom-Entwurf zum Schutze der vortragenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und des Rundfunks, GRUR Int 06/1953, S. 197f.

[10] 請參見 Straus,Joseph, GRUR Int 01/1985, S. 19, 21，並引述其他資料。

[11] 此次會議事由國際私法諧和化組織所邀請（Internationales Institute für die Vereinheitlichung des Privatrechts）, 參見 Ulmer,Eugen, Das Rom-Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmungen, GRUR Int 12/1961, S. 569.

(die Internationale Arbeitsorganisation)[12]的努力，而誕生了 1960 年的羅馬公約(Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, 以下於條號引用時，簡稱爲 RC)。

從二十世紀初到羅馬公約締結，如此緩慢的國際進展，依據 Ulmer 教授的分析，主要是導因於[13]：

一、著作人組織的疑慮：

即使不賦予表演人、錄音物製作人與廣播機構同意權，僅是賦予報酬請求權，著作人組織仍然擔憂，著作利用人支付報酬的意願會因此而受到影響，進而減少著作人之收入（蛋糕理論, Kuchentheorie）。

二、廣播機構的阻礙：

廣播機構雖與表演人及錄音物製作人，同爲追求國際保護的伙伴。但其利益並不相同。歐洲廣播機構透過其他的管道得確保自己的利益之後，並未支持表演人與錄音物製作人。因此，雖然歐洲廣播機構長期以來有依法或依據契約給付報酬義務，但在制訂羅馬公約前表示，錄音物製作人與表演人之報酬請求權，即向利用唱片廣播及從事其他公開播送者請求報酬的權利，應讓會員國得排除適用。此即演變成羅馬公約第十六條之保留規定。

綜上所述，早期表演人保護之發展，因著作人與利用人利益優先之影響，受到相當限制。

羅馬公約保護表演人條款，由於締約國有限，且美國並未加入，並未發揮預期的保護效果。1994 年 AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS （下稱 TRIPS）即

[12] 該組織從 1926 年起，即致力推動表演人保護， Ulmer, GRUR Int 12/1961, S. 569,570.

[13] Ulmer, GRUR Int 12/1961, S. 569,572-574.

在解決此一北方國家間的紛爭[14]。透過 TRIPS，表演人之國際保護得以擴及到所有世界貿易組織成員國，並提供有效的爭端解決機制。TRIPS 使表演人取得專屬的出租權（第十四條第四項第一句準用第十一條）[15]，解決了羅馬公約無回溯保護之問題（第十四條第六項第二句），以及將表演人保護期間由羅馬公約 20 年延長爲 50 年（第十四條第五項第一句）。但交換代價是，表演人保護不擴及於羅馬公約締結時尚未發明之有線傳輸(cabel transmission)[16]。

1991 年 11 月起，世界智慧財產權組織 WIPO 商討伯恩公約修正時，一併考慮錄音物製作人與表演人之保護，而於伯恩公約修正案委員會外，另成立一特別委員會，討論此一議題。其後，於 1996 外交會議以委員會討論結果爲藍本，制訂「世界智慧財產權組織表演和錄音製品條約」WIPO Performances and Phonograms Treaty（下稱 WPPT）。WPPT 除進一步表明表演人就其已錄製之表演享有出租權（第九條），並針對新興線上傳輸科技，賦予「向公眾提供」專屬權（第十條），至於其他公開播送權利則仍沿襲羅馬公約第十二條、十六條僅賦予得保留之報酬請求權（第十五條）。此外，並首次於國際領域，參照伯恩公約第 6 bis 條規定，賦予表演人人格權保護（第五條）。至於保護表演不受電子化變更修改的改作權，則因可間接透過重製權與禁止歪曲之人格權達到相同的效果，而未納入 WPPT 之中[17]。

至 WPPT 爲止，有關表演人經濟與人格上權益的保護，可謂臻於完整。WPPT 之後所餘下與表演人保護有關之國際議題爲是否應將表演人之保護擴及於視聽表演人。在 WPPT 制訂過程中，以歐盟爲首的國家，

---

[14] Correa, Carlos M., TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights, IIC 4/1994, p. 543, 550.

[15] 對於是否將表演人解釋本條項下“any other right holders in phonograms”不無爭議，容後述。

[16] Correa, Carlos M., TRIPs Agreement: Copyright and Related Rights, IIC 4/1994, p. 543, 550.

[17] Silke von Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int 08/09/1997, S.667, 679.

其欲將表演人保護擴及於視聽表演之努力，因受到來自美國爲主之阻力，而功敗垂成[18]。 稍後，在 WIPO 2000 年外交會議中，再度鎩羽而歸[19]。 WIPO 預定在 2003 最後一季再次開會討論視聽表演保護的問題[20]。

貳、 羅馬公約、TRIPS 與 WPPT 條約中關於表演人保護之比較

以下將比較說明羅馬公約、TRIPS 與 WPPT 條約中與表演人保護有關之條款。首先說明各條約中之關連性。其次說明表演人定義，再者係表演人之經濟上權益與人格權益。最後則是說明權利限制之規定。

一、條約間之關連性

羅馬公約與伯恩公約爲相互獨立之公約。但受到著作人團體運作的影響，著作權優先性原則使羅馬公約一方面規定，著作人權利不受羅馬公約影響（第一條），另一方面，以伯恩公約或世界著作權公約之會員國爲羅馬公約會員資格的前提要件（第二十三、二十四條）。

TRIPS 第二條第二項亦表明：伯恩公約與羅馬公約之規定不受影響。但相對於第九條第一項第一句準用伯恩公約第一條至第二十一條及附件之規定，TRIPS 並未引用羅馬公約之實質規定，僅於適用範圍引用羅馬公約之聯繫因素（第一條第三項），並於第十四條第六項規定：「任何會員，對於第一項至第三項規定之權利，於羅馬公約允許之範圍內，得訂定權利之條件、限制、例外規定及保留條款。」。

---

[18] Silke von Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int 08/09/1997, S.667, 680.

[19] 本次外交會議資料，請參見 http://www.wipo.org/eng/document/iavp/index.htm

[20] *Ad hoc* Informal Meeting on the Protection of Audiovisual Performances, http://www.wipo.org/news/en/index.html?wipo_content_frame=/news/en/conferences.html

WPPT 基本上承襲 TRIPS 之上述原則，於第一條規定會員國間依據羅馬公約之權益不受影響，且本條約不得影響或損害著作權。依據第一條第三項，WPPT 與 TRIPS 亦爲互相獨立之契約。

二、聯繫因素

依據 WPPT 第三條第二項與 TRIPS 第一條第三項第二句，表演人主張受各該國際條約之保護，必須同時符合羅馬公約之保護要件，即 Art. 4 (a)(b)(c)之規定：「只要符合下列條件之一，締約各國應當給予表演者以國民待遇：

(a) 表演是在另一締約國進行的；

(b) 表演已被錄製在受本公約第五條保護的錄音製品上；

(c) 表演未被錄製成錄音製品，但在受本公約第六條保護的廣播節目中播放。」

依據 Art. 4 (a) RC 重點不在表演人之國籍，而是表演的場地。表演場地必須是非保護國之其他締約國，比如在台灣主張國民待遇原則的外國表演人，其表演必須在其他 TRIPS 締約國爲之。表演不拘形式，不以公開爲必要[21]。此外，Art. 4 (b) (c)則是宣示錄音物與廣播節目中之表演，除了錄音物製作人與廣播機構受到公約之保護，表演人亦受到保護之主旨。

本此，上述規定存在一個漏洞：外國表演人在保護國所從事之表演，未經其同意，由保護國國民錄製且散布，而保護國法律僅保護本國表演人時，該外國表演人無法主張國民待遇原則[22]。

---

[21] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 4 RT, Rn. 5.

[22] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 4 RT, Rn. 7.

三、基本原則

羅馬公約、TRIPS 與 WPPT 基本上都建立在國民保護原則與最低權利保護原則上。此外，TRIPS 另外並規定最惠國待遇原則。而 WPPT 第二十條，則相對於羅馬公約第十一條與 TRIPS 第十四條第六項第一句，禁止以形式要件爲保護要件（禁止形式保護原則）。

四、表演人定義

依據 Art. 3 (a) RC「表演者」是指演員、歌唱家、音樂家、舞蹈家和表演、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。TRIPS 中並沒有明文定義表演人。Art. 2 (a) WPPT 定義 「表演者」爲演員、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。基本上 Art. 3 (a) RC 與 Art. 2 (a) WPPT 相類似，僅於 WPPT 附加二項要素：一、「表現」（interpret）;二、將民間文學藝術作品表演人納入保護範圍(expressions of folklore)。

羅馬公約沒有定義「表演」。依據外交會議上之見解，表演之概念應廣義解釋，包含演說 recitation 與演出 performance[23]，不以公開爲必要[24]。而「文學或藝術作品」則依據伯恩公約與世界著作權公約之概念解釋之，包含音樂、戲劇與音樂劇著作[25]。只要該著作具有可著作性，即得受著

---

[23] Diplomatische Konferenz über den internationalen Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom, 10 bis 26 1961)- Bericht des Generalberichterstattters Abraham L. Kaminstein, UFITA 40 (1963) 99 (107). 轉引自 Graschitz, Roland, Ausgewählte Probleme des Leistungsschutzes ausübender Künstler, 1998, ISBN 3-214-07719-8, S. 37.

[24] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 3 RT, Rn. 2.

[25] Diplomatische Konferenz über den internationalen Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (Rom, 10 bis 26 1961)- Bericht des

作保護爲已足，即使已經過了保護期間亦同。

羅馬公約中所例示的表演人，並未窮盡。依據 Art. 3 (a) RC 表演人包含以其行爲直接使觀察者的聽覺（歌唱家、音樂家）、視覺（舞蹈家）或同時以視聽覺（演員，可能也包含歌唱家與音樂家）可以感知者。此外，一般也承認不被觀察者察覺的舞台劇導演和樂團指揮，也是本條所稱之表演人[26]。問題在於，判斷之標準何在？

Nordemann/Vinck/Hertin 分析導演與指揮之特質，並依據 Art. 3 (a) RC "act, sing, deliver, declaim" 之文意，認爲只要對著作之表演爲個性化的投入，即將其人格融入著作之表演中，即爲表演人。至於何謂一個具有個性的著作之表演（individual performances of a work），其等提出如下說明：

1. 如果該表演得以展現著作的品質；
2. 此著作是由主張受表演人保護的人所表現，但其所爲之籌備準備行爲並非與著作無關，即非如同用設備技術重現著作一般，對著作毫無影響；
3. 著作的表現，是表演人與著作進行人性化交流，以個人成就感所爲；（個性化的呈現與單純物質、技術性參與不同）。[27]

Nordemann/Vinck/Hertin 認爲在此標準下：即使沒有直接從事表演，但是對於準備表演有個性化貢獻的人，也是公約所稱之表演人。不必檢討表演是否具有藝術性，是否有詮釋的空間。其等舉例，廣播播報員播報新聞，也可在符合上述標準的情況下，構成表演人[28]。相對的，對於

Generalberichterstattters Abraham L. Kaminstein, UFITA 40 (1963) 99 (106). 轉引自 Graschitz, Roland, Ausgewählte Probleme des Leistungsschutzes ausübender Künstler, 1998, ISBN 3-214-07719-8, S. 37.

[26] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 3 RT, Rn. 3.

[27] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 3 RT, Rn. 3.

[28] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 3 RT,

表演只有做出組織[29]、藝術訓練[30]、支援[31]的人，通常不是表演人。但若其某些支援工作者之行爲超過其一般要求，比如音效工程師，使用電子樂器完成其工作，亦得認爲是表演人[32]。

樂團或合唱團中的成員不論其排序、順位，都是表演人，指揮也是[33]。至於如何決定團體表演權利之行使，依羅馬公約第八條由內國法定之：「如果若干表演者參加同一項表演，任何締約國均可根據本國法律和規章，明確指出表演者在行使權利方面確定代表的方式。」

此外，羅馬公約中僅以保護得受著作權保護著作之表演爲限。但依第九條，允許各國將保護延伸至對非著作之表演：「任何締約國均可根據國內法律和規章，將本公約提供的保護擴大到不是表演文學或藝術作品的藝人。」。

Art. 2 (a) WPPT 將民間文學藝術作品[34]之表演人也納入保護範圍。歷史上，在 1975 年時即有人倡議將民間藝術作品，特別是民謠和民俗舞蹈之表演納入 Art. 3 (a) RC 中，以擴大保護表演人。[35] 依據 Art. 2 (a) WPPT 民謠與民俗舞蹈即使不符合著作權保護之要件，其表演人也受到

Rn. 3.

[29] 例如廣播公司與劇院經理，戲劇編輯，節目經理，影片製作人。

[30] 這裡指的是，對於表演終局結果沒有影響力，但是對於提升表演品質有貢獻的人，例如某些合唱團教練，舞蹈老師使舞者，演員或者歌劇的合唱團能夠維持良好狀態，或者排練舞台上簡單的動作，又如助理導演在導演正式工作之前，與演員們排練台詞或者台步。

[31] 支援者包含對表演提供服務的人，例如夜間巡守員、舞台經理，提詞人，燈光師，臨時演員，音效工程師，樂團侍從，以及提供服飾裝潢服務的人，例如化妝，髮型，造型設計，道具。至於臨時演員是否偶然出現或者經常性出現，並不改變其不是表演人的本質。

[32] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 3 RT, Rn. 4.

[33] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 3 RT, Rn. 4.

[34] 在英文本中此一概念係以「expressions of folklore」來表達，此處採用 WIPO 中譯本之翻譯。此一概念之內涵與解釋請參見，陳昭華/蔡蕙芳/林麗美/吳任偉，民俗創作保護之研究，智慧財產局委託整體著作權法制之檢討研究報告，90 年 9 月，頁 563-572。

[35] Graschitz, Roland, Ausgewählte Probleme des Leistungsschutzes ausübender Künstler, 1998, ISBN 3-214-07719-8, S. 39.

條約之保護。但是不符合著作權保護要件，亦非民間文學藝術作品之表演，仍不受保護。

五、經濟權益

（一）Broadcasting 與 Communication to the public[36]

1. 尚未固著之表演

對於尚未固著且非本身屬於廣播之表演，Art. 6 (1) WPPT, Art. 14 (1) (i) TRIPS 與 Art. 7 (1) (a) RC，均賦予 broadcasting 與 communication to the public 權利。差異在於，WPPT 係賦予表演人專屬權，而非如同 TRIPS 與羅馬公約僅要求提供「防止可能性」（the possibility of preventing）。爲何僅賦予已固著表演 broadcasting 與 communication to the public 的權利，而不賦予未固著表演，依據 Nordemann/Vinck/Hertin 研究顯示 RC 爲此一差別待遇並無正當理由[37]。而 WIPO 在研討對表演人、錄音物製作人保護之 New Instrument 會議中，對於是否應給予已固著之表演專屬權，各國意見不一，歐盟建議維持如同 Art. 12 RC 之報酬請求權規定，但是報酬應同時給予表演人與錄音物製作人，並排除保留之規定；日本認爲應賦予專屬權，但各國可以立法僅賦予報酬請求權；美國則提議可針對傳輸中以數位化方式爲之者給予專屬權[38]。最後，在由 WIPO 國際局提出之草案中，將網路傳輸之 Right of making available 從傳統對於 broadcasting and other communication to the publc 之權利分離，對於傳統權利部份維持羅馬公約之規定，此一意見被採納爲 WPPT[39]。

---

[36] 爲避免使用 communication to the public 之中譯「向公眾傳播」（WIPO 中文本）與我國之公開傳播引起混淆，故在本章中維持名詞之英文原文而爲討論。

[37] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 7 RT, Rn. 8.

[38] 參見 Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, 1996, para. 4.128

[39] 參見 Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, 1996, para. 4.145 and 4.159-164

WPPT 例外將現場表演之 broadcasting 保護及於視聽表演，此由 Art. 2 (f) WPPT 對 broadcasting 之定義可導出。就 communication to the public 部分，在 Art. 2 (g) 定義中僅提及聲音，未提及圖像表現，是否亦及於視聽領域則有爭議。有認爲本定義並未排除此項擴張，且 Art. 14 (1) TRIPS 亦未限定 communication to the public 的範圍於聲音表演，因此應採肯定見解[40]。此項見解可值贊同。

2. 已固著之表演

如前所述，對於已固著之表演，Art. 15 WPPT 參酌 Art. 12, 16 (1)(a) RC，對爲商業目的發行之錄音物之 Broadcasting and communication to the public 給予報酬請求權。TRIPS 則欠缺相當之規範。Art. 12 RC 僅將報酬請求權賦予錄音物製作人與/或表演人。Art. 15 WPPT 則進一步規定兩者均享有報酬請求權。

WPPT 第十五條之議定聲明允許締約國將本條之報酬請求權擴張適用於民間文學藝術作品的表演者和錄製民間文學藝術作品錄音製品的製作者，即使這些錄音製品並非爲獲得商業利潤爲目的而發行。由此可知，WPPT 只是提供最低程度之保障，各國可以提高其保護水準。此外，關於錄音物是否爲商業目的發行，第十五條第四項規定凡以互動式方式提供之錄音物視爲爲商業目的發行[41]。 但第十五條於互動式提供錄音物的情況，僅在錄音物以十五條所規定之方式被利用時，才適用之。此時，互動式利用方式本身另外構成第十與十四條之專屬權 Making available Right.比如，以互動式方式所提供之錄音物被用以廣播時，應給付表演人與錄音物製作人報酬，但將錄音物上載供人下載，則必須取得 Right of

---

[40] Kloth, Matthias, Der Schutz der ausübenden Künstler nach TRIPS and WPPT, 2000, S. 207.

[41] 事實上，以互動式方式提供著作，比如上載著作到網站供人下載，並不符合 Art. 2 (e)WPPT 對於「發行」之定義：「"發行"錄製的表演或錄音製品系指經權利持有人同意並在以合理的數量向公眾提供複製品的條件下，將錄製的表演或錄音製品的複製品提供給公眾」，也不一定是爲商業目的。

Making Available of Phonograms/ fixed Performances.

報酬請求權，依據 Art. 15 (3) WPPT 與 Art. 16 (1)(a) RC，允許締約國以不同程度保留適用。此二條規定原則上相當，但 Art. 16 (1)(a)(iv) RC 允許就報酬請求權適用互惠原則，則因牴觸 Art. 4 (1) WPPT 之明文規定，而不適用於 WPPT 之締約國。亦即報酬請求權仍應適用國民待遇原則，僅於依據 WPPT 第十五條第三項爲保留之聲明，依據第四條第二項就保留部份無必要給予他締約國之表演人國民待遇。

3. Broadcasting 範圍

Broadcasting 依據 Art. 3 (f) RC 是：「『廣播』是指供公眾接收的聲音或圖像和聲音的無線電傳播」。其範圍僅限於無線電傳播，且不包含「轉播」（Rebroadcasting），即一個廣播組織的廣播節目被另一個廣播組織同時廣播（Art. 3 (g) RC）。此一概念在 WPPT 中，部份被沿用，部份被擴張。

Art. 2 (f) WPPT 規定「廣播」係指以無線方式的播送，使公眾能接收聲音、或圖像和聲音、或圖像和聲音表現物；通過衛星進行的此種播送亦爲「廣播」；播送密碼信號，如果廣播組織或經其同意向公眾提供了解碼的手段，則是「廣播」。

WPPT 與 RC 規定相同之處在於：（1）均包含對視聽表演之廣播，此由 Art. 3 (g) WPPT「聲音、或圖像和聲音、或圖像和聲音表現物」之文義可證；（2）限於無線電廣播，並明文規定衛星傳送與加密傳送均屬於無線電傳送。相異之處在於：轉播之概念於 WPPT 被吸納在廣播中。

實則轉播本質上即爲廣播，所以在羅馬公約中分別定義之理由，是因爲在該公約第十三條將轉播列爲廣播機構的專屬權利之一。羅馬公約從廣播機構角度出發，區分廣播與轉播：廣播鍊上的中間廣播組織如果是同步傳送原始的廣播，即爲轉播；如果是時間上遲延地傳送原始廣播，則涉及到固著(Fixation)與構成一個獨立的廣播（broadcast）。相對於伯恩

公約，羅馬公約此種規定較爲複雜，依據伯恩公約 Art. 11bis para. 1(ii)，不論是否同步傳送原來的廣播，都必須取得權利人同意。所以 WPPT 取消另行定義「轉播」，以簡化羅馬公約之規定。[42]

4. communication to the public 範圍

（**1**）在羅馬公約與伯恩公約之解釋

communication to the public 在 RC 中並沒有定義，此一概念被分別使用在第七條第一項與第十二條中：即對於現場表演，表演人應有可能防止 communication to the public（Art. 7(1)）；而對於已固著，爲商業目的發行的錄音製品或此類唱片的重製物直接用於 communication to the public，使用者則應當付一筆合理的報酬給表演者，或錄音製品製作者，或給二者（Art. 12）。

Communication to the public 在此二條中之解釋，依據 Ficsor 之見解，並不相同。在第七條第一項，依據外交會議中英國代表之說明，係採取和伯恩公約中類似的概念：以有線的方式從某地向他地傳送(the expression 'communication to the public' meant communication by wire form one place to another)[43] 。在第十二條，以錄音製品或其重製物爲傳送之標的，包含：（1）以無線方式對他地公眾傳送；（2）以有線方式對他地公眾傳送；（3）直接對現場公眾或在對公眾開放的場所爲之交流[44]。對比伯恩公約之概念，即相當於（1）廣播 Broadcasting (Art. 11bis)；(2) Right of communication to the public of a performance/ a recitation (Art. 11 (1)(ii), 11ter (1)(ii), 14 (1), 14bis (1)) (3) Right of public performance,

---

[42] Records of the Diplomatic Conference, 252, para 2.23.

[43] Records 1961 Rome, 137, 轉引自 Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, 1996, para. 4.25.

[44] 比如在商店、超市、辦公室、飛機、工作場所、餐廳、舞廳、球賽、節慶、公園、商展中播放錄音帶，都是十二條的 communication to the public, 參見 Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, 1996, para. 4.26.

Right of public recitation (Art. 11 (1)(i), 11ter (1), 14 (1), 14bis (1)).

綜上所述，communication to the public 概念，在伯恩公約與羅馬公約不同，且羅馬公約第七條與第十二條之解釋亦不相同：

狹義的概念是：以有線方式從某地向他地傳送，即羅馬公約對現場表演之表演人依據第七條第一項所賦予之權利；以及伯恩公約依據第十一條第一項第二款，十一之三條第一項第二款，第十四條第一項，第十四條之二第一項，分別對戲劇著作、音樂戲劇著作和音樂著作之表演；文學著作之口述；被改編或重製爲電影著作之著作以及電影著作所賦予之權利。

廣義的概念，則如同羅馬公約第十二條，同時包含廣播、狹義的 communicaiton to the public、以及在現場播放。而成爲一種無形利用著作方式的上位概念。

（2）WCT 與 WPPT 之解釋

爲了要對網路上傳輸之著作利用方式提供解決方案，WCT 採取 umbrella Solution，即避免介入各國對該利用方式之具體評價（比如，是否屬於廣播權、有線傳送權或散布權），而將原來伯恩公約對於利用方式保護不足之處，予以填補，架設一個全面性的保護傘，使各國有義務要保護權利人對該利用方式之權利，但是如何保護，則讓與各國自由決定。依據此一政策，一方面將伯恩公約中只有對電影著作提供之散布權，於 WCT 第六條明文賦予所有著作類型。另一方面，則將無形利用規定不足之處作如下之填補[45]：

a. 廣播，其他廣播機構以有線或轉播方式傳送廣播著作，依據伯恩公約第十一之二條第一項一、二款，適用於所有著作類型，故無庸於 WCT 中處理。

[45]參見 Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, 1996, para. 4.85-4.86, C8.01-C8.10.

b. 有線傳送則如上述，依據十一條第一項第二款，十一之三條第一項第二款，第十四條第一項，第十四條之二第一項僅及於特定著作類型。因此，WCT 第八條前段即在填補此一缺口：「在不損害《伯爾尼公約》第 11 條第(1)款第(ii)目、第 11 條之二第(1)款第(i)和(ii)目、第 11 條之三第(1)款第(ii)目、第 14 條第(1)款第(ii)目和第 14 條之二第(1)款的規定的情況下，文學和藝術作品的作者應享有專有權，以授權將其作品以有線或無線方式向公眾傳播…」。本此，廣播爲 communication to the public 下的一種類型。

c. 在 WCT 第八條後段新增對互動式傳播(interactive transmission)之描述。

相較於 WCT 之安排，在 WPPT 中則有不同之處理。依據 Art. 2 (g) WPPT, communication to the public 是指「通過除廣播以外的任何媒體向公眾播送表演的聲音或以錄音製品錄製的聲音或聲音表現物。在第 15 條中，"向公眾傳播"包括使公眾能聽到以錄音製品錄製的聲音或聲音表現物。」。本此，首先明文將廣播排除於 communication to the public 之外，僅限於對不在表演現場或者播放錄音物現場的公眾，以有線方式傳送現場表演或者從錄音物播放之表演；以及，以有線方式對其他傳播所爲任何形式之轉播[46]。此外，涉及報酬請求權第十五條時，communication to the public 也及於對現場公眾或在公共場所播放錄音物，即相當於伯恩公約第十一條第一項第一款、第十一之三條第一項第一款公開表演 public performance、公開口述 public recitation 與第十一之二條第一項第三款對廣播著作之規定。其次，WCT 第八條新增之 making available to the public，因 WPPT 第十條與第十四條另有特別規定，在解釋上，亦應認爲不屬於 communication to the public[47]。

---

[46] WIPO-Doc. CRNR/DC/5, Notes on Art. 2 para. 2.24.

[47] Ficsor, Mihály, The Law of Copyright and the Internet, 1996, para. PP2.18.

爲何在 WCT 與 WPPT 作不同之處理，將廣播和 making available right 排除於 communication to the public 之外，理由如下：

a. 將廣播排除於 communication to the public 之外，依據 WPPT 草案說明，主要是基於現實的考量，避免混淆表演人對廣播的權利，以及對錄音物 communication to the public 的權利，維持羅馬公約中對二種權利不同層次的保護差異。[48] 所以，在 WPPT 中 communication to the public 之解釋採取與 RC 第七條、第十二條相當之解釋，即就未固著表演人之權利認定上是指有線傳送（Art. 7 RC, Art. 6 (1) WPPT），就報酬請求權則尚包含現場播放(Art. 12 RC, Art. 15 WPPT)。不同之處在於，羅馬公約第十二條報酬請求權下之 communication to the public 尚包含廣播，而 WPPT 第十五條之報酬請求權，則將廣播另外與 communication to the public 並列。

b. 互動式傳輸不包含在 communication to the public 的理由在於，表演人對於互動式傳輸享有專屬權，但是對於 communication to the public，依據羅馬公約第十二條或 WPPT 第十五條都只有享有報酬請求權。[49]

（二）向公眾提供權

針對線上傳輸，在 Art. 10 WPPT 新增提供已錄製表演的權利：「表演者應享有專有權，以授權通過有線或無線的方式向公眾提供其以錄音製品錄製的表演，使該表演可爲公眾中的成員在其個人選定的地點和時間獲得。」。本條規定方式不同於 Art.8 WCT，並未將「提供權」(Making Available Right) 列爲公開傳播權之從屬態樣(Right of Communication to the Public)主要理由在於，因爲提供權是專屬權，而表演人之其他公開傳播權依據羅馬公約以來的傳統僅能享有報酬請求權。因此，必須分別在

[48] WIPO-Doc. CRNR/DC/5, Art. 2 para. 2.25.

[49] Silke von Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int 08/09/1997, S.667, 675.

不同的條款（第十與十五條）處理[50]。

互動式傳播與十五條所規定其他公開傳播權之區分，係依據「個人選定」之要件來判斷。”near-on-demand”是否該當此項構成要件，於 Basic Proposal 中曾爲肯定見解[51]，但在外交會議中受到抨擊。

權利之保護時點被提前到「對公眾提供」時，此乃爲因應各國對「公開」概念之不同規定。有些國家，例如德國，要求權利必須一次行使及於多數人，因此若將權利保護時點提前於「對公眾提供」，則可滿足此項要求，無庸修改公開或公眾之定義[52]。

至於是否僅以「對公眾提供」爲保護行爲，或及於其後的傳輸過程，從文義看起來並不明確。如果由權利演進的過程觀察，所以提前保護時點，主要是爲了避免公開、公眾等概念解釋之困擾，則似乎沒有必要將傳輸過程排除於保護範圍之外。然而傳送過程之啓動非由提供人所決定，其過程亦非提供人所能控制，將傳輸過程納入權利保護內容，不符合控制風險目標。又，認爲非將傳輸過程納入保護範圍，否則會造成接收方國家無管轄權的見解，則是忽略了管轄權之聯繫因素與權利內容乃是不必然相關的二件事。

---

[50] Silke von Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int 08/09/1997, S.667, 675.

[51] WIPO-Doc CRNR/DC/5, Art. 11, Nr. 11.06: There are, however, systems and services based on particular technical arrangements and programming structures which make it possible to access the fixed performances provided by the service without such access being fully interactive. Such services are offered on a subscription basis. From the point of view of the members of the public these services are "near to interactive". In many cases the only difference between interactive and "near to interactive" is in the time required for access. For both members of the public and rightholders, the shorter the delay, the closer the effect of such practices is to those of services that enable immediate access. The volume of protected subject matter that may be offered to the public in this way, combined with the fact that it may be made available through a number of parallel channels may add significantly to the ease of access. As the technical capacity of storage devices and communication networks grows these services are likely to develop further. They can be established by using cable or wire networks or by wireless means.

[52] Silke von Lewinski, Die diplomatische Konferenz der WIPO 1996 zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten, GRUR Int 08/09/1997, S.667, 675.

（三）重製權

Art. 7 (1)(b)與(c) RC 將重製依據是否對現場表演爲之，區分爲針對尚未錄製過的表演之(1)(b)固著 Fixation 與已經被錄製的表演之(1)(c)重製 Reproduction。這是因爲在外交會議上電視與廣播業者主張，其技術上必須依賴錄音物之重製物，但如果除了取得錄音物製作人之同意，還必須取得表演人的同意，幾乎不可能，是故公約規定，只有當表演人與錄音物製作人沒有契約關係時，才需要另外取得表演人之同意，亦即：

(1).如果表演之固著（第一次錄製）沒有經過表演人的同意，則表演人與錄音物製作人間不可能有契約關係。所以，除非取得同意，才能重製。

(2).如果表演之固著，沒有經過表演人的同意，但符合第十五條之例外規定時，若重製超過合理使用之目的，也必須取得同意。

(3).對於超出契約範圍之重製，也必須取得同意。例如授權廣播，但是被用以製作錄音帶銷售[53]。

總之，如果固著是經過同意的，重製也沒有違反固著之目的，則重製是無須另外取得許可！

Art. 14(1) TRIPS and Art. 6(ii), 7 WPPT，也延續固著與重製之區分，但 WPPT 將提供防止可能性，提升爲專屬權。保護範圍，羅馬公約及於視聽表演，而 TRIPS 與 WPPT 僅以聲音表演爲限。但是依據 TRIPS 或 WPPT，重製權與固著權相互獨立，不得以固著已取得同意，且未超過同意範圍爲由，擅行重製。

Art. 7 WPPT 並明確列出重製之方式可以爲「任何方式或形式」，包含「直接或間接」的重製。此乃參照伯恩公約第九條重製權之規定。基於此一廣泛的規定，數位化亦得爲重製之方式（第七條議定聲明）。但是

[53] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 7 RT, Rn. 8-10.

否包含暫時性重製，此一問題在 1996 外交會議上尚無定論。

（四）散布權

Art. 8 WPPT 是國際條約中首次賦予表演人散布權。此一權利僅賦予有形物（關於第 2 條(e)項,第 8、9、12 和 13 條的議定聲明）。因此，線上傳輸不在此限。又因出租權另外規定在第九條，故亦不屬於散布權之範圍。

依據 Art. 8 (2) WPPT 各國有規定第一次銷售理論之義務。但究竟應採國際耗盡或國內耗盡原則，由各國自行決定。

（五）出租權

Art. 14 (4) TRIPS 與 Art. 9 WPPT 均賦予錄音製品錄製的表演的原件和複製品向公眾進行商業性出租的專有權。

Art. 14 (4) TRIPS 與 Art. 9 (2) WPPT 另在考量日本的情況下，增設例外規定：任何締約方如在 1994 年 4 月 15 日已有且現仍實行表演者出租其以錄音製品錄製的表演的複製品獲得合理報酬的制度，只要錄音製品的商業性出租沒有引起對表演者複製專有權的嚴重損害，即可保留這一制度。

（六）保護期間

Art. 17 (1) WPPT 與 Art. 14 (5) TRIPS 均給予表演者，自錄製當年底起算五十年之最低保護期限。Art. 14 RC 則僅給予二十年的最低保護期間，如已錄製爲錄音物，自固著之當年底起算，未經錄製之表演，自表演時當年底起算。TRIPS 與 WPPT 沒有處理到未固著表演之保護期間起算的問題。主要是考慮如果表演未經固著，原則上不太可能再被利用。對於未經同意而固著之保護起算時點，則可將該條文中之解爲包含未經

同意之固著。[54]

（七）制止規避技術保護措施與權利管理電子資訊

Art. 18 WPPT 規定締約國應規定適當的法律保護和有效的法律補救辦法，制止規避由表演者或錄音製品製作者爲行使本條約所規定的權利而使用的、對就其表演或錄音製品進行未經該有關表演者或錄音製品製作者許可、或未由法律准許的行爲加以約束的有效技術措施。

Art. 19 規定締約國應規定適當和有效的法律補救辦法，制止任何人明知、或就民事補救而言有合理根據知道其行爲會誘使、促成、便利或包庇對本條約所涵蓋的任何權利的侵犯而故意從事以下行爲：

(i) 未經許可去除或改變任何權利管理的電子資訊；

(ii) 未經許可發行、爲發行目的進口、廣播、向公眾傳播或提供明知已被未經許可去除或改變權利管理電子資訊的表演、錄製的表演或錄音製品的複製品。

所謂「權利管理資訊」係指識別表演者、表演者的表演、錄音製品製作者、錄音製品、對表演或錄音製品擁有任何權利的所有人的資訊，或有關使用表演或錄音製品的條款和條件的資訊，和代表此種資訊的任何數位或代碼，各該項資訊均附於錄製的表演或錄音製品的每件複製品上或在錄製的表演或錄音製品向公眾提供時出現（Art. 19 (2)WPPT）。

六、人格權益

表演人之人格利益保護並未在羅馬公約或 TRIPS 中規定，而首次在 WPPT 第五條中規定。本條以伯恩公約 Art. 6 bis 爲藍本，賦予表演人獨立於經濟權之外，對其現場有聲表演或以錄音製品錄製的表演享有姓名表示權與禁止損害名譽之歪曲篡改權利（第五條第一項）。此一權利並於

[54] Walter/ Walter, Art. 3 Schutzdauer-RL, Rn. 20.

表演人死後仍然存續，至少至經濟權益保護期限屆至爲止，但締約國於締約時並未保護死後表演人人格權者，得不保護其死後人格權（第五條第二項）。國家並應提供保護表演人格權的方法（第五條第三項）。

姓名表示權之限制以合目的性，且依據利用方法實際上不可能爲限。至於表演人之人格權能否轉讓、放棄，則因無法達成共識，[55]並未規定。

七、權利限制

羅馬公約係採取個別條列權利限制的立法模式。TRIPS 第十四條第六項則允許各國規定符合羅馬公約之權利限制。WPPT 係引用三步測試原則爲各國權利限制規定之標準。

Art.14 (6) TRIPS 與 Art. 15 (1) RC 規定爲私人使用，新聞報導，廣播公司暫時重製，教學、研究目的之例外。Art. 14 (6) TRIPS 與 Art.15 (2) RC 規定：可引用著作人的保護限制，除非違反條約的強制授權。Art. 14 (6) TRIPS 與 Art. 11 RC 要求保護標示，所有已出版並商業流通的重製物應加上 P 圈的保護標誌並寫上首次出版的年份。

WPPT 第十六條第一項，允許締約國，將對著作權所規定相同種類之權利限制或例外，準用於表演人之權利。第二項規定，締約國之權利限制應符合三步測試原則：一、特殊情況，二、不與錄音物之正常利用相牴觸、三、不得不合理地損害表演人或錄音物製作人合法利益。

[55] 在歐陸各國，基於人格權之屬人性，不可讓與與放棄，乃事物之本質。但，英國與美國則要求不得明文規定不可放棄人格權，作爲其同意接受第五條之條件，參見 WIPO-Doc CRNR/DC/5, Art. 5 Nr. 5.07.

八、權利行使

（一）集體表演之權利行使

羅馬公約第八條規定，「如果若干表演者參加同一項表演，任何締約國均可根據本國法律和規章，明確指出表演者在行使權利方面確定代表的方式。」

基本上，有關權利之行使，讓由各國自行決定。在本條只是針對例如交響樂團、合唱團等多數人所爲之表演，建議各國立法決定權利行使的代表人，各國有權決定是否要建立此類規範，或者是否要建立更多權利行使之規範，或者建立團體中意見形成的程序，比如賦予某些表演人相對於其他表演人較大的決定權。德國著作權法第八十條第二項，第七十四條第二項，即爲類此之規定[56]。

（二）表演人與其同意之廣播、視覺或視聽固著物之關係

羅馬公約第七條第二項與第十九條，處理表演人與其同意之廣播、視覺或視聽固著物間之關係。此類規定，並沒有規範在 TRIPS 或者 WPPT 中，因爲 TRIPS 並沒有規範第二次利用權的問題，且 TRIPS 與 WPPT 均沒有規定表演被固著於視聽物後之保護。

如果表演人同意將其表演廣播，羅馬公約基本態度是，由表演人和廣播機構的契約來處理其彼此權利義務。即第七條第一項不再適用，而讓由各國立法決定。各國應提供表演人保護以對抗同步轉播(rebroadcasting)、爲廣播目的所爲之固著、爲廣播目的所爲之重製（Art.

[56] 德國著作權法第七十四條第二項規定，如果表演是由多數表演人共同爲之，而個別表示其姓名，會構成不相當的花費，則其等僅能要求以表演人團體來表示（第一句）。若該團體有經推選之代表人，則對第三人，該代表人專有代表團體之權利（第二句）。如果該團體沒有代表人，則權利僅能由團體之領導者，如果沒有領導者，則由推選出的代表行使之（第三句）。在特殊狀況下，參與表演者的名稱表示權不受影響（第四句）。此一規定第二句與第三句，依據八十條第二項，於表演人行使固著、重製、散布、公開傳播等權利時準用之。

7(2)(1)RC）；利用固著物而爲廣播（Art. 7(2)(2)RC）。各國爲此所爲之規定，不應使表演人喪失以契約對其與廣播機構間之關係之控制（Art. 7(2)(3)RC）。

Art. 7 (2)(3)RC 是對表演人與廣播機構不公平締約實力的調整。外交會議的參與者認爲此一規定亦適用於集體協商的契約，比如表演人之工會組織與廣播機構間之集體協定，表演人可自由決定是否加入此契約[57]。

如果表演人同意將其表演置入視覺或視聽固著物時，則依據羅馬公約第十九條，排除第七條與十二條之適用。也就是如果未經表演人同意而將表演錄製在電影或影音錄製物中，表演人可以主張國民待遇原則。但是，如果表演人已經同意將其表演放在電影中，就不能再主張第七條之保護。

因此結合第十九條與第七條，一旦表演人同意電影中使用其表演，則即使電影之利用超出或不同於同意之範圍，表演人也不得對抗之，例如不能禁止電影原聲帶的出版，也不能禁止電影中的聲音又被其他電影使用[58]。相對於只同意表演錄製於錄音物上，同意錄製於影音物上，顯然受到不利的對待，因爲如果只同意錄製在錄音物上，表演人可以制止錄音帶被電影使用[59]。

---

[57] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 7 RT, Rn. 11.

[58] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 19 RT, Rn. 3.

[59] Nordemann/Vinck/Hertin, International Copyright and Neighboring Rights Law, 1990, Art. 19 RT, Rn. 3.

第三章　歐盟對表演人之保護

壹、發展歷史

1910 年德國德國文學著作人法 (Literatururhebergesetzes, LUG) 第二條第二項，將轉載文學或音聲藝術著作之演出於可機械化重複收聽之音樂裝置上視爲著作之改作，演出者爲改作者[60]。此種將表演擬制爲改作之觀點，後來被認爲錯誤，因此奧地利在 1936 年著作權法第六十六至七十二條中另賦予表演人專有的給付保護權(Leistungsschutzrecht)，第六十六條第一項規定：「朗誦或演出文學或音聲藝術著作者，除法律所定之限制外，享有專有權，可將朗誦與演出—包含被廣播的情況—固著在圖像或者聲音的載體上，重製或散布此類載體。所謂重製，包含爲了傳送到另外一個影音載體上，使用以影像或聲音載體所重複呈現之朗誦或演

[60] 此乃受到學界中最早文獻資料，即德國學者 Josef Kohler 於 GRUR 與 MuW 雜誌上發表文章之影響：Autorschutz des reproduzierenden Künstlers, GRUR 1909, 230 ff.; Neue autorrechtliche Fragen, MuW 1909, 269 ff.其他早期文獻資料，可參閱 Buum, Alfred, Über den Rom-Entwurf zum Schutze der vortragenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und des Rundfunks, GRUR Int 06/1953, S. 197f.

該條規定如下：「如文學或音聲藝術著作經由個性化的演出(Vortrag)被傳送到樂器裝置上，而此一裝置可機械性地再現演出以供聆聽，則此依據此種方式製作的裝置，被視爲著作之改作。如果傳送是以打洞、壓製、排列管弦或其他類似方式爲之，且可以被認爲是藝術性給付，亦同。在第一句的情況，以表演人，在第二句的狀況，以對傳送有貢獻的人，爲改作人。」(Wird ein Werk der Literatur oder der Tonkunst durch einen persänlichen Vortrag auf Vorrichtungen für Instrumente übertragen, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen, so steht die auf diese Weise hergestellte Vorrichtung einer Bearbeitung des Werkes gleich. Das gleiche gilt, wenn die Übertragung durch Lochen, Stanyen, Anordnung von Stiften oder eine ähnliche Tätigkeit geschieht und die Tätigkeit als eine künstlerische Leistung anyusehen ist. Im Falle des Satz 1 gilt der Vortragende, im Falle des Satz 2 derjenige, welcher die Übertragung bewirkt, als Bearbeiter.)

出。」[61]但當時此一權利，在多數人共同參與的表演，例如合唱或樂劇，只賦予指揮或者有個別演出者（比如獨唱家）（Art. 66 (2) aUrhG[62] 1936），至於合唱團或者樂團團員，則沒有權利，因認團員之表演係依據指揮之指示所爲。此一立法方式影響 1961 年之羅馬公約以及 1965 年德國著作權法[63]。

德國 1965 年著作權法廢棄將表演擬制爲改作的見解，改以臨接權（Verwandte Schutzrechte）保護表演人。1962 年草案中曾指出有來自著作人的反對壓力，希望不要賦予表演人、錄音物製作人、廣播機構具有禁止權之專屬權，只要以勞動法或競爭法來保護其等之利益。但立法者認爲此種說法不成立，且延續 1910 年以來對表演人等專屬權利之保護，不應退轉。但爲了避免聯邦法院在解釋 Art. 2 (2) LUG 之困難，亦即實務上，著作權的理論不能適當用以解釋臨接權相關條文，是故有必要於著作權之外，獨立保護表演人、錄音物製作人與廣播機構。而所以將給付保護權與著作權均規定在著作權法中，是因爲此種權利通常是以利用或表演著作權保護之著作爲基礎，亦符合國際上的立法慣例[64]。

此外，英國在 1988 年引入表演人的專屬權，Rights in performances 並非與著作權，錄音帶製作人與廣播公司的著作權放在第一部份，而是獨立在第二部分 Copyright, Designs and Patents Act 1988（以下簡稱 CDPA1988）第 180 條以下，在此之前，只以刑事處罰。法國在 1985 年

---

[61] „Wer ein Werk der Literatur oder Tonkunst vorträgt oder aufführt, hat mit den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen das ausschließliche Recht, den Vortrag oder die Aufführung – auch im Falle der Sendung durch Rundfunk – auf einem Bild- oder Schallträger festyuhalten, diesen zu vervielfältigen und yu verbreiten. Unter der Vervielfältigung wird auch die Benutzung einer mit Hilfe eines Bild- oder Schallträgers bewirkten Wiedergabe des Vortrages oder der Aufführung zur Übertragung auf einen anderen Bild- oder Schallträger verstanden.“

[62] 以下將奧地利著作權法簡稱爲“aUrhG”。

[63] 以上資料引自，Grasschitz, Roland, Ausgewählte Probleme des Leistungsschutzes ausübender Künstler, 1998, ISBN 3-214-07719-8, S. 2-6.

[64] Schulze, Marcel, Materialen zum Urheberrechtsgesetz, 1993, ISBN 3-527-28629-2, S.193f.

7 月 3 日才制訂表演人的臨接權，於此之前是以一般的侵權行爲來保護未經授權的使用。

關於臨接權保護，歐盟在 1988 綠皮書中首次提到爲了對抗盜版，應將各國臨接權的規定予以調和[65]。在 1992 年出租與出借權指令中（Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992），則具體規範臨接權之調和規範，並且採取較高的保護標準，賦予表演人出租、出借、固著、重製與散布權，以及廣播與公開傳送之報酬請求權。1993 年衛星廣播與有線傳送指令（Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993），並沒有提高或增加對表演人之保護，只是闡明 92 年指令中之「廣播」包含衛星傳播，並對跨國有線轉播權之行使有所規定。同年公布之保護期間指令（Council Directive 93/98/EEC of 29 October 1993）則明確將羅馬公約保護期間延展爲表演後五十年。2001 年資訊社會指令（Directive 2001/29/EC of 22 May 2001）一方面除釐清補充已賦予權利內涵與限制，一方面也增加對網路傳輸之 Making Available Right。以下分別說明，表演人依據上述指令可以獲得之保護。在此之前必須強調，由於 Art. 3 (1) TRIPS 與 Art. 4 WPPT 規定國民待遇原則僅適用於該條約所規範之最低保障權利，因此，歐盟超出各該國際條約之高程度保護，不必給予他國國民待遇，而是依據*互惠*原則處理[66]。

貳、表演人之定義

表演人並未在歐盟各項指令中定義，而由各國立法定之。因爲成員國亦爲羅馬公約之締約國，主要是受 Art. 3(a) and Art. 9 RC 之影響，差

[65] Walter/ v. Lewinski, vor Art. 1 Vermiet- und Verleih-RL, Rn. 3.

[66] Walter/ v. Lewinski, vor Art. 1 Vermiet- und Verleih-RL, Rn. 11

異不大，並無明文規定諧和之必要[67]。

德國 2003 著作權法第七十三條，順應 WPPT 之規定，將表演民間文學藝術作品之表演人列入表演人之範圍。此外，德國關於表演採取狹義之見解，也就是指限於直接參與演出、演唱、演奏或其他表演方式之人，所以，在同條末段中，明文規定，對沒有直接參加表演，但是對表演有藝術性貢獻者，也是表演人[68]。

奧地利 2003 著作權法第六十六條第一項並沒有變更，因此對於民間文學藝術之表演，不在表演人範圍之列。又，奧地利對於表演採取廣義的見解，所以，沒有直接參與表演之導演、指揮也可認爲是表演人[69]。

英國 CDPA1988 並未定義表演人，而是於 Art. 180(2) 定義表演如下：

"performance" means—

(a) a dramatic performance (which includes dance and mime),

(b) a musical performance,

(c) a reading or recitation of a literary work, or

(d) a performance of a variety act or any similar presentation,

which is, or so far as it is, a live performance given by one or more individuals.

表演人之保護要件是否取決於藝術程度，有不同見解。

依據 1936 年奧地利著作權法草案說明：「本草案不使用『表演藝術家』之用語。因爲保護文學或音聲著作之演說或者演出的人與其給付之藝術性程度無關。一個一般性標準可用以判斷，演說或演出爲取得保護所必要之藝術性程度，並不存在。」，「『表演人』(Künstler)不能以嚴格的文義理解，保護的標的是任何對文學或音聲藝術著作所爲之個人化再

---

[67] Walter/ v. Lewinski, Art. 2 Vermiet- und Verleih-RL, Rn. 7.

[68] 德國著作權法第七十三條規定：「本法所稱表演人是指演出、演唱、演奏或以其他方式表演之人，以及對於此類表演有藝術貢獻者。」

[69] Grasschitz, Roland, Ausgewählte Probleme des Leistungsschutzes ausübender Künstler, 1998, ISBN 3-214-07719-8, S. 26,31.

現(persönliche Wiedergabe)，並不考慮是否具有藝術價值。」[70]。且奧地利最高法院也認爲法院並不適當作藝術價值判斷。[71]由此，可以認爲奧地利並非以表演之藝術性程度爲保護要件。但何謂「個人化的再現」？有認爲只要不是單純機械性樂器之表演，即可認爲具有個人化要素。[72]另有認爲必須在一般性的觀察下，能夠認識演出者之個性[73]。

依據德國通說，從第七十三條 Ausübende Künstler(表演藝術者)，以及末段「藝術性貢獻」(künstlerisch mit wirkt) 之用語顯示，並非所有個人所做演說都受到保護[74]。例如單純地傳達事實訊息，即非表演[75]。至少必須對著作爲低度詮釋，有最小的個人化表現，比如德國最高法院認爲下列的例子，即符合保護要件：演說者對於演說有低度地生動的內在參與，並由此煥發出必要的特別的風采[76]。有人認爲，演說文學作品，沒有詮釋的空間，但是，所謂詮釋只是指從演說中能夠表現出透過音調、感受、情感或者想像所激發的感覺[77]。

參、表演人之權利內容

歐盟各項指令所規定之權利，一方面爲最低程度之保護，各國可以賦予權利人更多之權利（最低保護原則）；另一方面也是最高程度的保護，以調和各國的保護水準[78]。此外，對於人格權益之保護，歐盟沒有

---

[70] 轉引自 Grasschitz, Roland, Ausgewählte Probleme des Leistungsschutzes ausübender Künstler, 1998, ISBN 3-214-07719-8, S. 28.

[71] OGH 7.4.1992-Bundesheer-Formblatt, GRURInt 1993, 565.

[72] Vock，轉引自 Grasschitz, 1998, S. 30.

[73] Grasschitz, 1998, S. 31.

[74] Schricker/Krüger, § 73, Rn. 21f.

[75] LG Hamburg GRUR 1976, 151, 153-Rundfunksprecher.

[76] BGH GRUR 1981, 419, 421, 引自 Schricker/Krüger, § 73, Rn. 25.

[77] BGH GRUR 1981, 419, 421, 引自 Schricker/Krüger, § 73, Rn. 25.

[78] Walter/Walter, vor Art. 1 Schutzdauer-RL, Rn. 3. 比如，由於保護期間指令規定著作權保護期間爲終身加上死後七十年，則各國不能維持原來較長期間的保護，例如舊西班牙法律給予

諧和之規定，因爲各會員國間關於人格權之內容、（著作人死亡之後的）權利人、保護期間等規定相當歧異[79]。而且新的經濟利用方式使著作權或臨接權保護客體可能透過不同的使用者而被變更。所以歐盟理事會雖然認爲有諧和人格權益保護規定之必要，但仍認爲應該繼續觀察市場變化再作決定[80]。以下分別說明，歐盟指令對表演人所賦予之權益。

一、對尚未固著之表演所賦予之權益

（一）固著權、重製權

Art. 6 of the 92/100/EEC 賦予表演人固著權(Fixation right),即有權許可或禁止固著其表演。此處乃依循 Art. 7 (1)(b), (c)RC, Art. 14(1) TRIPS 與 Art. 6(ii) and Art. 7 WPPT 區分固著與重製之慣例，因此專指表演之首次固著。但早期在羅馬公約區分固著與重製之必要，即對固著得享有無限制的保護，而重製僅在固著未經同意或超過同意或法定授權範圍時才給予保護之差別待遇，自 TRIPS 之後即不存在，因此，Art. 2 of the Directive 2001/29/EC 係賦予表演人重製權，包含第一次固著與其後重製此一固著物[81]。

（二）廣播與公開傳播權

Art. 8(1) of the Directive 92/100/EEC 規定：「成員國賦予表演人專屬權利許可或禁止無線廣播與公開傳播其表演（broadcasting by wireless

---

終身與死後八十年之保護。但 Art. 6(1) and Recitation 34 of the Directive 93/83/EEC 針對 Art. 8 of the Directive 92/100/EEC 所賦予臨接權人之廣播與公開傳播權利，明文規定僅爲最低程度之保障。

[79] 比如比利時、丹麥、法國、義大利、葡萄牙與西班牙賦予無限期的著作權人格權保護。但德國和奧地利著作人格權則隨經濟權利保護期間消滅而消滅。而英國、愛爾蘭、盧森堡著作人格權保護期間有短於經濟權利之保護期間之傾向。Walter/Walter, Art. 9 Schutzdauer-RL, Rn. 1.

[80] Walter/v. Lewinski, Info-RL, Rn. 28.

[81] Walter/Walter, Info-RL, Rn. 50,53.

means and the communication to the public of their performances）。但該表演即爲廣播之表演或使用錄製物爲之，不在此限。」。另 Art. 4(1), (2) of the Directive 93/83/EEC 規定爲衛星公開傳播之目的，保護表演人依據出租與出借權指令第六至八條與第十條之權利；在此情形下，出租與出借指令中所稱「無線廣播」均包含衛星公開傳播。

上述規定是否僅適用於未經固著之表演，在制訂出租與出借指令時，曾有不同見解。但最後認爲僅適用於尚未固著之表演，即現場表演[82]。此由第八條第一項但書之規定可知，下列情況不必取得表演人同意：

（1）將現場表演的首次廣播再爲廣播；

（2）將現場表演的首次廣播同步轉播；

（3）對公眾重現已經被廣播或者錄製之現場表演。

但如果將現場表演透過擴音器或螢幕對相鄰的空間轉播，以增加觀眾，依據本條必須取得表演人同意[83]。

然而本條依據衛星與有線傳送指令第六條第一項及理由 34 只是最低程度之保護，因此，各國可以將本條項之廣播與公開傳播權擴張適用到本身即爲廣播，或者已經被廣播或者被錄製之表演的第二次廣播或公開傳播。

至於廣播與公開傳播應如何解釋，並沒有定義。

首先，廣播是否包含有線廣播？因出租與出借權指令第八條明文指出是「以無線方式而爲廣播」，因此不包含有線廣播。從指令的歷史來看，有線廣播被留待後來的衛星與有線廣播指令處理，以免產生衝突[84]。

其次，廣播包含衛星傳送，在衛星與有線廣播指令第四條，明文重申其義。

---

[82] Walter/v. Lewinski, Art. 8 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 11.

[83] Walter/v. Lewinski, Art. 8 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 12.

[84] Walter/v. Lewinski, Art. 8 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 10.

第三，公開傳播之定義，由各國自行定之。因爲與廣播並列，以及立法史上有意不在出租與出借權指令處理有線廣播的問題，因此，可以認定不包含此二種傳播方式。參酌本條項之藍本羅馬公約條相關規定之解釋，可認爲係指以擴音器、螢幕對不在表演現場之公眾所爲之傳送[85]。

稍後之衛星與有線廣播指令，卻沒有處理各國有線廣播權的問題。而僅處理跨國界之有線同步廣播。衛星與有線廣播指令第一條第三項定義「有線同步廣播」爲同時、不變更內容、完全地傳送爲公眾接收所製作之電視或廣播節目，且限於該節目由其他成員國經由纜線或者微波系統以無線或有線、地面或衛星方式所爲之第一次播送。同指令第八條第一項規定，各國有義務在顧及著作權或臨接權之規定並基於著作權人、臨接權人與有線廣播公司間之個別或集體契約處理同步有線廣播。但並沒有進一步規範權利內容。第八條第二項允許在一定過渡期間（至 1997 年七月三十一止）將該權利限縮於法定授權，且第九條規定該權利，除廣播組織外（第十條），必須由仲介團體強制管理。由於此一專屬權利僅能以契約讓與或授權，第十一條與第十二條規定爭議調處程序。

簡而言之，歐盟原則上是以契約與集體行使來處理跨國界之有線同步廣播。

二、對已固著表演所賦予之權益

（一）出租與出借權

出租與出借權指令第二條，賦予表演人就其表演之重製物享有權利

---

[85] Walter/Walter, Info-RL, Rn. 77,認爲從第八條第二項規定：「以錄音或錄影物爲演出」，故所謂「公開傳播」不限於對表演現場以外之公眾或公眾場所傳送爲必要，也包含在現場播放錄音或錄影物。但由於第一項與第二項法律效果不同，一者賦予專屬權、一者賦予報酬請求權，並無必要對「公開傳播」爲同一解釋之必要。重要評論者對與此類似之羅馬公約相關之條文（第七條與第十二條）所使用「公開傳播」概念，亦未採取同一解釋，請見本文國際保護章之說明。

許可或禁止出租與出借（Rental and lending right）。同條第五項與七項規定表演人對電影製作人權利轉讓之推定與擬制授權。另於第四條保護表演人，於出租權讓與錄音物製作人或電影製作人時，仍享有不可拋棄的報酬請求權。但對於出借權，第五條則允許成員國排除表演人對公開出借之專屬權利與報酬請求權。

「出租」依據第一條第二項是指爲直接或間接經濟或商業使用，所爲有時間限制之交付使用。「出借」依第一條第三項是指，非爲直接或間接經濟或商業使用，且由公眾得使用之場所所爲之有時間限制的交付使用。而第五條所稱之「公共使用」其中「公共」二字並沒有變更「出借」定義的效果，仍然依據第一條第三條定義解釋之[86]。

出租與出借權之讓與，是本指令最具爭議性的問題。爲了因應電影業簡化電影利用之要求，採取推定授權與擬制授權雙軌制（第二條第五、七款）[87]，並同時確保表演人之報酬請求權（第四條）。推定授權爲強制性規定[88]，除非各國另採行擬制授權制，否則，對於符合下列要件之情況，應推定表演人之出租權授與電影製作人[89]：

（1）表演人與電影製作人間締結個別或者團體協約。該契約必須與電影有關。不論其性質是勞動、雇傭或者承攬契約。

（2）契約中沒有相反之約定[90]。

（3）必須確保表演人之報酬請求權

---

[86] Walter/v. Lewinski, Art. 5 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 4.

[87] 雙軌制是因爲某國堅持要維持其擬制授權制度而採行，Walter/v. Lewinski, Art. 2 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 31.

[88] Walter/v. Lewinski, Art. 2 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 34.

[89] 「授與」是否爲授權或者代理行使，其實際內涵由內國法定之，Walter/v. Lewinski, Art. 2 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 42.

[90] 如果成員國規定電影製作人，因雇傭人之身分，爲電影之出租權之原始權利人，而沒有給予表演人保留的權利，應認爲違反第二條第五項之規定。Walter/v. Lewinski, Art. 2 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 40.

（二）重製權

表演人依據資訊社會指令（Directive 2001/29/EC of 22 May 2001）第二條享有重製權，依據同指令第十一條，刪除出租與出借指令第七條所賦予表演人之重製權。

重製權，依據資訊社會指令第二條包含直接、間接、全部、部份，暫時或持續，任何方式，任何形式之重製。間接重製是指，錄音錄影被重製在載體上，於過程中沒有其他的程序介入。例如重製錄音於 CD 上，將 CD 傳送到錄音帶，將電影中的音軌傳送到 CD，或者將電影院影片傳送到錄影帶。但，如果有其他程序介入，即非間接重製，例如以錄音或錄影物廣播之後再爲重製[91]。

（三）散布權

出租與出借權指令第九條第一項規定，表演人對於表演之路製物享權利將保護客體，或其重製物以讓與或其他方式向公眾提供。「公眾」的概念沒有定義，讓各國決定。

本條從文義上，無法與出租和出借區分，因爲「持續性讓與」的概念被不附理由刪除。因此，必須在第三項明確指出耗盡散布權，並不影響出租與出借權。即第一次在共同體內因銷售而耗盡散布權時，依據第一項之專屬出租、出借權仍然存在。

解釋上禁止各國採取國際耗盡。由文義上「僅」在共同體內第一次銷售可證。此外耗盡權之規定目的是在諧和各國規定，使權利人應至少有一次可能性在共同體內阻止其散布。如果允許某國採取國際耗盡，使權利人在外國銷售的錄音物，在該國耗盡權利，影響各國的諧和。

[91] Walter/v. Lewinski, Art. 7 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 4.

（四）對公眾提供權

Art. 3 (2) (a) of the Directive 2001/29/EC 賦予表演人對公眾提供權（Right of making available to the public other subject-matter）。本條係爲履行 WPPT 第十條之規定，其解釋請參見國際保護章之說明。爲了明確起見，在同條第三項重申權利不會耗盡之原則。公眾之概念則由各國自行定之。

（五）廣播與公開傳播商業目的出版之錄音物或其重製物之報酬請求權

出租與出借權指令第八條第二項規定利用商業錄音物廣播或公開傳送，表演人享有報酬請求權。此一規定優於羅馬公約第十二條，沒有一般性或者特別的限制，而且必須強制授與報酬請求權。不僅包含直接，也包含間接用以廣播和公開傳送。

爲商業目的出版之錄音物，包含爲了銷售之目的而公開的錄音物，專門爲了在公眾得接觸的網站上流通的錄音物。不包含在錄音室只是爲了廣播的目的所製作的錄音物，未公開的錄音物，例如，爲了私人的蒐藏或爲了送朋友而製作的，或者任何影音錄製物[92]。

本項之報酬請求權，包含無線廣播、衛星傳送。有線廣播則不在此限。雖然沒有表明，但仍包含直接或間接廣播或公開傳送。直接使用錄音物所爲的廣播或以播放錄音物所爲之公開傳送，例如在百貨公司，地鐵站之播放。間接使用的重要案例，他廣播機構將一個以錄音物傳播的廣播再爲轉播[93]。

使用者只要給付一次報酬，由表演人和錄音物製作人分享。使用者不必與多數債權人商談，而是一次滿足所有請求權人。但並不是在表演

[92] Walter/v. Lewinski, Art. 8 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 15.

[93] Walter/v. Lewinski, Art. 8 Vermeit- und Verleih-RL, Rn. 18.

保護期間內，僅給付一次，而是依據利用的模式來決定。何謂合理的報酬並沒有定義，讓由各國立法與判決來決定。

2000 年荷蘭法院於審理報酬爭議時，產生法院採取之計算標準是否違反本項「合理報酬」之概念應於歐盟各國統一解釋的疑義，因此，移請歐盟法院裁定。2002 年歐盟法院做成判決[94]，就此提出以下準則：

（1） 八條第二項之合理報酬概念在各成員國應統一解釋，並轉換爲內國法，且應在其領域內，於不超越共同體法，特別是出租與出借指令所爲限制的情況下，建立此一歐盟概念之最適標準。

（2） 比如以包含錄音物廣播的時數、廣播組織所代理之廣播與電視公司之聽眾與觀眾的範圍，依契約所定廣播與公開傳播受著作權保護音樂著作之價目，係爭國家之鄰國對公共廣播機構所實施之價目表，以及商業性廣播機構所支付的費用等浮動或固定因素來計算合理報酬之方式，只要能使表演人與製作人對於廣播特定錄音物之利益，以及第三人得於可負擔的條件下廣播之利益，合理平衡之，且未抵觸任一歐盟法原則，則該方式與第八條第二項不相牴觸。

肆、表演人之權利限制

一、時間限制

依保護期間指令第三條，保護期間爲表演之後五十年。如果在上述期間有經許可的錄製物出版或者經許可的對公眾傳播，則五十年以第一次出版或第一次公開傳播時起算，且以期間最先屆滿者爲準。

---

[94] Urteil des Gerichtshofes v. 6. Februar 2003, C-245/00.

二、內容限制

除已附帶於權利內容說明之限制外，資訊社會指令第五條第一項規定無獨立經濟價值之暫時性重製之強制例外規定，同條第二項則列舉對重製權之任意例外規定，第三項針對對公眾提供權窮盡地列舉任意例外規定。關於重製權之例外規定，依據第四項都適用於散布權。而所有的例外規定，都必須符合第五項之三步測試原則：即 1.限於特定情況，2.不損害表演之通常利用，3.不能不適當地損害權利人的利益。透過此等規定，目的在諧和歐盟境內的權利保護水準。

第四章　美國著作權法對表演人之保護

壹、美國現行著作權法對於表演人保護之規範

一、美國著作權法第 1101 條介紹

現行美國著作權條文中，明文賦予表演人權利保護者，僅見於第 1101 條。該條文係賦予錄音(sound recording)與音樂錄影(music videos)的表演人，對於其現場表演享有固著(fixation)等權利，其規範的行爲類型如下：

1. 將現場音樂表演的聲音或影像，固著於一備份或錄音物上，或對於未經授權之固著物，重製其備份或錄音物（第一款）；

2. 對於現場音樂表演的聲音或影像，予以傳輸或其他對公眾傳播的行爲（第二款）；

3. 對於前述第一款所固著的重製物或錄音物予以散布或供散布、銷售或供銷售、出租或供出租，或非法交易(traffic in)的行爲，不論此一固著行爲是否在美國產生（第三款）。至於「非法交易」的定義，則規定在該條第二項：「對他人爲運送、移轉或其他的處理行爲，並考量其價值，或意圖爲上述行爲而加以控制」的情形。

本條規定係源自「烏拉圭回合協定法」(Uruguay Round Agreements Act; URAA)[95]。URAA 對於美國大部分的聯邦法律進行全面的檢視，著作權法只是其中的一部份，以縮短 TRIPS 協定與當時美國著作權法之間的距離[96]。於 1995 年前，美國著作權法未有任何規定保障現場表演，頂

---

[95] Pub. L. No. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994).

[96] URAA 僅禁止對於現場音樂表演的非法製造銷售，而 TRIPS 對於表演人的保護，尚包括對於演講、詩歌朗讀及戲劇表演，固著於錄音物的行爲在內。See Lionel S. Sobel, *Bootleggers Beware: Copyright Law Now Protects Live Musical Performances, but New Law Leaves Many*

多只能在少數情形下，援用第 602 條有關違法輸入重製物或錄音物的規定[97]。第 1101 條的規定，可以說是美國國會首次針對實質非法製造銷售(actual bootlegging)的行爲，擴張保護範圍，將現場表演包括在內[98]。

第 1101 條對於現場表演的聲音或影像，未經表演人的許可而加以固著的行爲，課與行爲人近似於著作權的侵權責任[99]。不過，本條規定並非將現場表演定性爲受著作權保護的著作，因爲依據美國著作權法的規定，音樂表演必須固著於錄音物後，方受著作權保護（參見第 102 條）。是以該規定明顯地成爲美國著作權法「必須固著，方受著作權保護」此一基本原則的例外。

二、本條規定可否適用「受雇著作」規定

由於在美國實務上，表演人對於其表演與雇主或出資人（製作人/電影公司/唱片公司）的關係，通常適用著作權法第 101 條有關「受雇著作」(a work made for hire)[100]的規定，而由雇主或製作人對其貢獻享有財產權利。吾人好奇的是，此一規定是否適用於第 1101 條，而使得表演人對於現場表演所享有的固著等權利，是否依此一規定而歸雇主或製作人所有。

Unanswered, 17 Ent. L. Rep. July 1995, at 11. cited by Susan M. Deas, *Jazzing Up the Copyright Act? Resolving the Uncertainties of the United States Anti-Bootlegging Law*, 20 Hastings Comm. & Ent. L. J. 567, 592, Fn.133 (1998).

97 See 17 U.S.C. §602(a): "Importation into the United States, without the authority of the owner of copyright under this title, of copies or phonorecords of a work that have been acquired outside the United States is an infringement of the exclusive right to distribute copies or phonorecords under section 106, actionable under section 501……."

98 Todd D. Patterson, *The Uruguay Round's Anti-Bootlegging Provision: A Victory for Musical Artists and Record Companies*, 15 Wis. Int'l L. J. 371, 408 (1997).

99 依據美國著作權法第 1101 條規定，行爲人應負擔第 502 條至第 505 條的賠償，並與著作權侵權行爲人的範圍相同。內容包括禁制令的頒佈、對於非法重製物或錄音物的沒入與銷燬、對於實際損害與獲利的責任、法定賠償，以及允許損害填補與請求律師費用。

100 相關說明，本文將在本節第二項再加說明。

如果「受雇著作」此一原則不適用於第 1101 條的話，則將無證據顯示，現場音樂表演是在現場表演人僱傭範圍內，且表演人如欲享有如第 1101 條所賦予的補償，則必須先透過州法對於契約的解釋，以確定表演人是否將權利授與雇主。在繫於契約解釋的情形下，有關「表演人是否於契約中表示同意」及「對於同意權的保留與否」，將是重要議題。

雖然第 101 條有關「受雇著作」的規定中，對於「受指揮或委託以供使用」(ordered or commissioned for use)的著作，並未包括音樂現場表演，因此在第 1101 條國會的立法記錄中，曾有眾議員認爲無「受雇著作」規定的適用[101]，不過於法院實務上，已確立逐案審查有關雇用範圍的原則[102]，因此在解釋上似可認爲，仍有第 101 條「受雇著作」規定的適用[103]。

貳、美國法院實務對於表演人保護之見解

一、表演人得否為著作人？

不同於歐洲國家對於表演人獨立採取鄰接權制度，美國將表演人對於錄音或視聽著作的貢獻，將之作爲「受雇著作」(a work made for hire)[104]加以處理。若爲受雇著作的話，著作人則爲雇用人或製作人，故唱片公司（錄音）或電影公司（電影或其他視聽著作）通常爲錄音著作或視聽著作的著作人；而表演人與雇用人/製作人的關係，則由勞工法與僱傭法

---

[101] Representative William J. Hughes of New Jersey stated, 140 CONG. REC. E2263-64 (daily ed. Oct. 8, 1994)

[102] Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 751-52 (1989).

[103] See generally Susan M. Deas, supra note, at 613-15.

[104] 參見美國著作權法第 101 條，表演可能因爲是「職務範圍內受雇人的著作」，或者「該著作已被指揮或委託，作爲電影或其他視聽著作（或者錄音著作等）一部份之用，且已由書面同意該著作成爲受雇著作」，而成爲「受雇著作」。對於「受雇著作」受雇人(employee)的認定，美國聯邦最高法院曾於 Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 741 表示，以普通法上的代理規則(rules of agency)加以認定。

的相關規定加以處理。以視聽表演爲例，像是 SAG (Screen Actors Guild)的協會(Guild)，由其代表表演人，以磋商表演人就其表演的貢獻，所得以享受於經濟上的權利(economic rights)與雇用條件。大體上而言，儘管表演人於美國著作權法並未享有如歐洲國家一般的保護，然而在表演人團體的運作下，大都仍可享有一定的財產利益[105]。

然而，對於未簽署「受雇著作契約」(work-for-hire contract)者，如其所貢獻的部分，具受著作權保護的資格，或者有簽署此契約，但卻非職務創作者，該如何處理？倘若表演人的個別創作，在整合於著作整體後，已無法分離或不可或缺時，如非「受雇著作」時，在論理上即應爲「共同著作」(joint work)[106]的一部份，而該表演人即應成爲共同著作人的成員之一[107]。

二、美國法院實務對於表演人的保護見解

早期美國法院實務認爲，對於演員的動作、聲音或姿勢賦予著作權或其他財產權的保護，並不具任何意義；其將表演視爲是一種「舞台動作」(stage business)，而非具原創性的、創作性的文學表達[108]。例如在 Bloom & Hamlin v. Nixon[109]一案，一位受歡迎的喜劇演員模仿某一知名的表演人，於舞台劇中特有的動作、手勢與聲調。本案審理法院拒絕原

---

[105] See *generally* Adler Bernard, *The Proposed New WIPO Treaty for Increased Protection for Audiovisual Performers: Its Provision And Its Domestic and International Implications*, 12 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 1089, 1100 (2002). 另外在人格權的部分，目前美國著作權法僅賦予視覺藝術家(visual artists)姓名表示權與禁止變更權(17 U.S.C. §106A)，而不包括著作的編劇者、導演以及表演人。

[106] 參見美國著作權法第 101 條(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.

[107] See *generally* F. Jay Dougherty, *Not A Spike Lee Joint? Issues in the Authorship of Motion Pictures under U.S. Copyright Law*, 49 UCLA L. Rev. 225, 306.

[108] See Chappell & Co. v. Fields, 210 F. 864, 865 (2d Cir. 1914).

[109] 125 F. 977 (E.D. Pa. 1903).

告（舞台劇的作曲者與雇主）的主張，而不禁止對於該表演的模仿行爲，因爲原告對於此一知名表演人於該歌曲的演出，並不享有著作權。另在 Savage v. Hoffman[110]一案，被告以詼諧的方式，模仿某一戲劇中表演人的姿勢動作。本案審理法院拒絕頒佈禁制令，其認爲原告對於劇中明星的舞蹈或姿勢動作，並無文學財產可言。不過，本案法院見解似乎認爲，部分表演人（即劇中明星）對於其舞蹈或姿勢動作，具有原創性，因爲其認爲「每一舞蹈者與演員的動作與方法，是個別的(individual)」[111]。兩案判決不久後，第二巡迴法院於 Chappell & Co. v. Fields 一案仍維持相同的意見。

在此一見解維持一段時間後，Waring v. WDAS Broadcasting Station, Inc.[112]一案則有不同的看法出現。本案原告爲一管弦樂團的指揮兼老闆，被告則爲一家經營廣播電台的公司。原告主張，被告在未獲得其同意下，播送其所屬管弦樂團的錄音。本案承審法院詳細檢驗，表演人對於其在管弦樂團中的演奏，對於原著作增加了什麼，而有無取得財產權。法院指出，也許可以認爲，演奏者只是將作曲者無聲的音符，藉由其表演而表達出來。然而明顯地，演員、演唱者或演奏者，在透過其對於音樂的詮釋下，對於作者或作曲者的作品，增加了某些東西(add something)；雖然表演人就其表演，並未享有持久的聲譽，但其得以藉由獨特的才能，享有公眾所給予的財產報酬。

法院並進一步認爲：「對於智慧創作或人爲創作的財產權，應賦予完成原始創作之人，以及以相同方式對著作有實質增加之人.....對於小說或戲劇的翻譯，同樣是因爲對於原著作的擴充，而取得財產權.....。音樂必須透過表演人將其轉換爲聲音，才得以實現；表演人藉由其對於音

---

[110] 159 F. 584 (S.D.N.Y. 1908).

[111] Id., at 585.

[112] 194 A. 631 (Pa. 1937).

樂的詮釋，貢獻其智慧或人爲的價值，毫無疑問的，其參與了產品的創作，因此享有財產權.....對於該著作提升其藝術領域的演奏者，應賦予財產權利[113]。」

本案是有關音樂著作的表演，其認爲表演人對於音樂的演出，具著作人(authorship)的資格。如按此一標準觀之，戲劇表演的表演人，亦得享有著作人的資格；不過該演出必須固著於有體物上（例如電影）。此外，表演的貢獻(performance contribution)如要取得著作權保護，必須具原創性，且須具體成爲表達(expression)，而非僅是抽象的概念[114]。

不僅在美國法院實務上，具體承認表演得以受著作權法保護，於1976 年美國著作權法的立法記錄中，亦承認此一見解。此份立法記錄[115]顯示，有關錄音著作的著作權，包括兩個部分：一者爲其表演被加以記錄的表演人，另一者爲錄音製作人(record producer)對於其所製作的錄音片段、聲音的錄製與編輯。

而在舞蹈著作與啞劇著作方面，兩者同爲美國著作權法所保護的著作類型。對於演員的演出，包括動作、姿勢等型態，亦可成爲受著作權保護的對象。於 1978 年前，於舞蹈尚未明文化爲受著作權保護的著作類型時，已有若干法院實務見解認爲，如演員的動作富有「戲劇性」(dramatic)時，即可受著作權保護[116]。對於戲劇性的認定，則是當該動作具有敘述事情、描繪某一特徵、表現情感等內涵時，即屬之[117]。演員的普通造型(general style)則不受著作權保護，因爲其只是一種概念。是以即有美國學者認爲，如同對於舞步(dance step)的要求一般，演員的表演在是否受

---

[113] Id. at 634-35.

[114] See Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, §2.13, at 2-178.3; Paul Goldstein, Copyright §2.10, at 2:114-15.

[115] See H. R. Rep. No. 94-1476, at 56 (1976).

[116] See Nimmer & Nimmer, supra note, §2.07[B], at 2-69; Goldstein, supra mote, §2.10, at 2:115.

[117] 與此相對的，演員的動作如果被認爲是常見、慣用的動作，或者抄襲其他表演的話，將不受著作權保護。

著作權保護的判斷上，必須要求具較高的創作性(creativity)[118]。

一旦表演人的表演符合著作保護的要件，而使表演人具著作人資格後，其在美國法的保護將較其他承認鄰接權法制的國家，所賦予的保護程度爲高，因爲表演人將取得著作人所得享有的完整權利，而非僅止於若干的表演人權利(performer's right)[119]。

參、小結

由於美國實務上，對於表演人演出的保護，大多以「受雇著作」加以認定，是以雖然在 1995 年爲拉近 TRIPS 規定的差距，增訂第 1101 條，賦予音樂現場表演固著等同意權，但此一權利仍可能因受雇著作的約定，而歸屬於雇主或指揮/委託者所有。表演人僅享有財產上的利益，並且由於勞工法的保護與表演人團體的介入，使表演人的權益仍有一定的保障。

如果不符合受雇著作的要件，表演人的演出如符合著作保護要件，依美國學說與實務的見解，表演人可取得著作人的資格，而與製作者、唱片/電影公司等成爲共同著作人。此時表演人由於具備著作人資格，因此解釋上其所享有的著作權利保護，將較有鄰接權保護規定的國家爲周延。此一不同之處，值得吾人加以注意。

與我國法比較而言，美國學者對表演保護以戲劇性，且非採取低標準爲要件，此種情況，依我國著作權法即可能依情況成立戲劇著作或舞蹈著作之保護。因此，採取此種之見解，並無助於解決對於不具創作性表演之保護。

---

[118] See Nimmer & Nimmer, supra note, §2.07 [C], at 2-70. 1976 年的立法記錄即指出，社交舞與簡單的固定舞步，並不受著作權保護。See H. R. Rep. No. 94-1476, at 54 (1976).

[119] F. Jay Dougherty, supra note, at 305.

第五章 日本著作權法對表演人權利之保護

壹、前言

一、變動中的日本著作權法

日本於明治維新後，對於外國文化接受程度，相較於鄰近國家如韓國、中國與台灣等，其吸納之能力顯然較強。日本之法制也受到歐洲與國際條約之影響，多因國際條約與外國法制之變動而促使本國法制之修正，其中著作權法對於表演人權利之保護的修法，即屬適例。

日本關於表演人、錄音物製作者與放送事業者對著作物利用的權利以著作鄰接權稱之，因彼等負有利用通常、既存之著作物與將其傳達予一般公眾之任務，與著作權有相當密切之關係。不過，從著作權法之立法目的而言，彼等對於著作物之創作的投入並未如同著作人一般，因此並不須給予著作權之保護，但爲保護彼等之經濟利益，故有爲其創設新權利之必要，此即所謂「著作鄰接權」。

二、日本著作權法之特色

在日本著作權法上，所謂著作鄰接權之概念，係包括表演人之權利、錄音物製作者之權利及放送事業者之權利，但保護之理由並不相同。對於表演人權利加以保護之原因，係爲救濟因重製技術的發展而伴隨的表演人之技術性失業，以強化對其生活之保障[120]。著作鄰接權意指智慧財產權中與著作權相鄰接之權利，自狹義之意義言，著作鄰接權係指著作

[120] 半田正夫，著作權法概說（第 10 版），一粒社，2001 年 11 月，頁 11~12。

權法所賦予表演人、錄音物之錄製人及廣播機構在一定期間內因進行表演、錄製或播送作品之活動而依法享有之權利，日本著作權法即採取此狹義之鄰接權保護制度[121]。在日本著作權法中，對於表演人之權利雖係以鄰接權制度保護，但日本之立法均隨著國際公約之修改或變動而有相對應之調整，因此其對表演人權利之保護，乃與國際公約採取相同之標準，與國際保護表演人權利之潮流接軌及一致，係日本著作權法之特色。

以下，本文擬針對日本著作權法就表演人權利保護之立法背景與沿革，以及表演人權利之內涵等，作一介紹與說明，並將日本與我國對於表演人權利保護之差異，進行討論與分析，最後提出本文之建議，以作爲主管機關日後修法時之參考。

貳、表演人權利保護之立法沿革與修法歷程

一、立法沿革

（一）以加入國際公約爲導向之立法

傳統的著作權保護制度，原則上只限於文學及美術的著作，有關演奏、歌唱、表演之本身則不在保護之列。但實際上，演奏、歌唱及表演之本身，具有相當的獨創性，尤其在錄音、錄影及傳播技術十分發達的今天，更有加以保護之必要，以維護其經濟利益與促使其達成傳遞文化之使命等。然而，著作的表演、錄音及傳播與作爲材料而使用之原著作物不同，因而產生著作鄰接權（Neighboring Right）制度。換言之，原著作之使用屬於著作權保護之範圍，著作之表演、錄音及傳播本身之使用，則是屬於著作鄰接權保護之範圍。

一九六一年十月二十六日，有三十九個國家正式在羅馬締結羅馬公

[121] 羅明通，著作權法論，台英，二００二年八月，頁 109~110。

約，日本一九七０年修正著作權法，即是依據該公約制定鄰接權保護制度。

日本著作權法（舊法）係於明治三十二年制定，係爲因應加入伯恩公約所制定。然自明治三十二年制定著作權法後，由於科技的進步、工商社會之發展，有關著作權的複製與利用方法多樣化，舊法已不符合社會環境之需要。另一方面，由於國際間有關著作權保護的條約歷經數次修正，並新成立鄰接權條約，日本爲加入這些條約，其著作權法須配合修正始能符合國際條約之規定，因此也促成了日本於昭和四十五年（西元一九七０年）全面性修正著作權法。

（二）著作權法之全盤修正

爲進行著作權法制的全盤修正，日本於昭和三十七年新設立「著作權制度審議會」，作爲文部大臣的諮詢機關，進行研修著作權法。該審議會由六個小委員會所組成，分別審議文章、學術及其共通事項（第一小委員會）、美術、應用美術、建築、攝影（第二小委員會）、音樂（第三小委員會）、電影（第四小委員會）、鄰接權（第五小委員會）、仲介業務（第六小委員會）。各小委員會就各該審議事項，先聽取各關係方面的意見，檢討各國立法例，並蒐集學者專家意見，一再研討，並於昭和三十八年公布中間報告。

嗣後，再參考各方面對中間報告的意見，續行審議，將審議結果作成審議結果報告提出審議會總會，總會綜合檢討結果，作成「著作權制度審議會諮詢意見」向文部大臣報告，並於昭和四十一年公布諮詢意見說明書。文部省文化局在根據上述諮詢意見，作成著作權法修正草案，對外公布，廣徵各關係團體意見，再經數次修正完稿，提出國會審議。於眾議院文教委員會並設置有著作權法案審查小委員會，聽取關係團體

代表等意見，進行逐條審議，而於昭和四十五年經日本國會修正通過[122]。

二、修法歷程

（一）日本舊著作權法對表演人之保護

日本舊著作權法（下稱舊法）第一條中所保護之著作物包含演奏與歌唱，並給予演奏者與歌唱者等表演人如同作詞人、作曲人同樣之著作權人之保護。但嚴格來說，演奏者、歌唱者等僅是對於著作加以利用，並不能與著作權法上所著作權人等同視之。最初在明治三十二年所制訂之著作權法，演奏與歌唱等表演並未在著作權法所保護之著作物範疇之內，將演奏、歌唱列入著作權法保護之範圍，係於大正九年著作權法修正時納入。

該次修正，係起因於日本有名之「桃中軒雲右衛門事件[123]」之判決，浪曲之音樂的著作物性質被否定，因此防止放任錄音物被模仿、僞作之結果，便有對新制訂錄音物著作權之規定之呼聲，也因爲如此，大正九年著作權法之修正，將演奏與歌唱等納入保護範圍，不過也殘留一些理論上的疑義。在舊法中因爲承認演奏者、歌唱者爲著作人，故享有與一般著作權人同樣之權利，如享有重製權、無線放送之同意權與人格權等等[124]。

（二）日本新著作權法之頒佈

日本新著作權法於昭和四十五年五月六日公布，昭和四十六年一月一日起施行，該法全部七章一百二十四條，附則三十一條，與明治二十

---

[122] 半田正夫，著作權法概說（第十版），一粒社，2001 年 11 月，頁 33~36；陳清秀等編，日本著作權法令暨判決之研究，法令篇，八十五年四月，頁 4~5。

[123] 關於桃中軒雲右衛門事件，可詳參阿部浩二編著，音楽・映像著作権の研究，學際圖書，1998 年，頁 3-7。

[124] 半田正夫，前揭註，頁 294。

二年制定的舊著作法比較，條文增加一倍以上，新法尤其著重於著作人的權利保護以及確保著作物的公正利用。茲就與表演人有關之修正，說明如下[125]：

1. 演奏、歌唱之保護期間縮短

舊法對於演奏、歌唱的保護期間，繼續於著作人的生存期間及死後三十年，而新法則縮短其保護期間，僅有演奏歌唱後二十年。

2. 電影著作權的歸屬

由於電影是由擔任製作、監督、演出、攝影、美術等相當多數之人所共同協力完成之綜合著作，因此其著作權應如何歸屬，便產生問題。新法對於著作權問題，區分爲電影著作人與電影著作權人，電影著作人爲擔任製作、監督、演出、攝影、美術等，對於該電影著作物的全體之形成，具有創作性之貢獻之人，至於電影著作權人，原則上爲電影製作人[126]。

3. 增設鄰接權制度

舊法所保護的著作物，也包括演奏及歌唱，對於演奏及歌唱的演藝人員，亦賦予著作權而以著作人身份給予保護。又對於錄音製作人，也就其錄音享有著作權。但是上述演藝人員以及錄音製作人，僅係利用著作物，其本身並非著作人，因此，舊法將之作爲著作人加以處理，在理論上頗有問題。新法乃配合羅馬公約，特設著作鄰接權專章，對於演藝人員、錄音製作人及廣播事業者三種人員，賦予準於著作權之權利。

---

[125] 半田正夫，前揭註，頁 36~38；陳清秀等編，前揭註，頁 5~7。

[126] 現行日本著作權法第十六條：「電影著作物之著作人，除於其電影著作物改作或複製之小說、劇本、音樂或其他著作物之著作人外，爲擔任製作、導演、演出、攝影、美術等對該電影著作物之全體性形式有創作性貢獻之人。但於有前條規定之適用之情形者，不在此限。」

（三）新法頒佈後之歷次修正——與表演人有關爲主

日本新著作權法於昭和四十五年施行後，也再經歷數次小幅修正，其與表演人有關者如下[127]：

1. 一九七八年（昭和五十三年）修正：

日本加入錄音物保護條約，有義務保護錄音著作物，因此修正著作權法第八條第三款。

2. 一九八四年（昭和五十九年）修正：

由於錄音帶、錄影帶出租業普及，爲保護著作人權利，因此增訂出租權，作爲著作權衍生權利之一種，另對於使用以供公眾使用爲目的所設置的自動重製機器所爲的重製，從著作權法第三十條（爲私人使用可自由重製）中除外，此項修正從一九八五年一月一日起施行。

3. 一九九二年（平成四年）修正：

自一九八五年修正著作權法之後，又於一九八六年、一九八八年、一九八九年、一九九一年數次修正著作權法，期間將表演、錄音物、廣播或有線廣播等著作鄰接權之保護期間，由二十年延長爲三十年。另於一九九二年修正著作權法，增列第五章「私人錄音錄影補償費」（第一百零四條之二以下），透過指定管理團體，取得以私人使用爲目的之錄音錄影補償費，並自一九九三年起實施。

4. 一九九四年（平成六年）修正：

由於在一九九四年十二月日本政府批准 WTO 設立協定，並從一九九五年一月一日起生效，爲實施 WTO 之 TRIPS 協定，乃進行修正著作權法，此次修正於一九九四年十二月十四日公布，於一九九六年一月一日施行。與表演人有關的修正重點爲：著作權法所保護之表演、錄音物

---

[127] 半田正夫，前揭註，頁 41~43。

（唱片、錄音帶等）、廣播，除在既存的有關條約（表演人等保護條約等）的加盟國所作的表演、製作的唱片錄音帶及廣播之外，亦包括在 WTO 加盟國所作的表演、所製作的唱片錄音帶及廣播等，故擴大保護之範圍。

5. 一九九六年（平成八年）修正：

溯及地擴大著作鄰接權之保護對象，除了日本與 WTO 加盟國所爲之表演、錄音物及廣播等，並將於其他各國五十年前至今之表演、錄音物及廣播等納入著作鄰接權之保護對象，並於一九九七年（平成九年）三月二十五日施行。

6. 一九九七年（平成九年）修正

於平成八年十二月所通過之 WIPO 著作權條約與 WIPO 表演、錄音物保護條約，日本爲因應資訊技術之急速發展而謀求對著作人適切之保護而對著作權法有所修正，此次修正於一九九八年一月一日施行。其中與表演人有關之修正有：

（1） 伴隨著送信形態之多樣化，統合所謂「廣播」及「有線送信」等「公眾送信」之新概念。

（2） 承認表演人與錄音物製作者之送信可能化權。

參、表演與表演人之意義

一、 表演之意義

（一）表演之保護適格

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所成之著作。由於不同之表演人對著作有不同之詮釋，亦

具有創意，故我國著作權法[128]乃加以保護。爲表演之保護在歐陸國家大抵以「著作鄰接權」保護之。亞洲之日本、南韓及中共亦然。惟我國鑒於台美著作權保護協定無著作鄰接權制度，故表演以著作保護之[129]。因此就基本之制度設計而言，對於表演之保護，我國不同於日本採取著作鄰接權保護，而係將表演視爲著作種類之一種，而以著作權保護之。

表演之意義，按日本著作權法第二條第一項第三款規定：「表演：以戲劇性之方式演出、舞蹈、演奏、歌唱、話藝、朗誦或以其他之方法表演著作物（包含類似此等行爲而屬非著作物之演出，其具有藝能[130]之性質者）」不同於我國之規定，日本著作權法認爲具有保護適格之表演，並不侷限於對既有著作之演出。換言之，對於就非著作物之演出，若具有所謂之「藝能性」，則與演出著作物一樣屬於表演之一種，受著作權法之保護。

（二）運動與體操活動是否爲表演？

在對於表演範疇之討論中，運動與體操活動是否屬於表演之範圍，在學說中多有討論。有見解認爲條文中所要求非著作物之演出須具有「藝能性」之要件，係爲排除如運動員、體操選手所爲之類似表演之行爲，係避免將表演之內涵過份擴張，故有「藝能性」要件之限制[131]。不過就運動或體操等活動上，其實有時是有可能將之視爲表演之一種，在區分是否爲表演上，其區分之界線並非是徑渭分明的[132]。與我國法相較，日本著作權法對於表演概念之範疇，仍屬較廣，對於就非著作物之演出以藝能性爲其要件，雖具有認定上之彈性空間，但卻有模糊界線之虞，因

[128] 第七條之一：「Ⅰ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。Ⅱ表演之保護，對原著作之著作權不生影響。」

[129] 蕭雄淋，著作權法論，五南，九十年三月，頁 108。

[130] 即「藝術能力」之略語，但何謂「藝術能力」，則屬不確定之法律概念。

[131] 蕭雄淋，著作權法研究（一）—著作鄰接權與日著作權法，頁 218，七十五年九月出版。

[132] 田村善之，著作權法概說，有斐閣，頁 521，2001 年 11 月。

此是否屬於表演而以著作權法加以保護，仍應回歸至具體個案判斷。惟從著作鄰接權之保護目的觀之，對於表演以鄰接權保護之，係因錄音錄影技術之普及與發展所伴隨產生表演人技術性失業的現象，故賦予其表演某些權能，以降低技術性失業所產生對表演人生存之衝擊與不利益。但對運動選手而言，其所關心者應是在運動的表現過程與結果，非於其運動表現是否受到保護，所以運動表現之過程是否可以認爲係屬表演而給予保護，則可能有待斟酌與討論。

此外，從現實面加以考量，運動選手的參與比賽之次數，並不會因爲其比賽過程被轉播的次數而有所增減，因此從鄰接權保護之目的而言，給予運動員之運動表演鄰接權之保護，不但會造成後續比賽轉播時取得授權之困擾，與現實情形不符，且在理論上亦不無疑義。不過，大體言之，類似如運動或體操等對於非著作物之演出是否能夠爲表演之概念所涵攝，在日本著作權法仍應取決於其是否符合「藝能性」之要件。

二、表演人之意義

表演人之意義，按日本著作權法第二條第一項第四款之規定：「表演人：演員、舞蹈家、演奏家、歌手等其他實際表演之人以及指揮表演或導演之人。」其中，演員、舞蹈家、演奏家、歌手等係爲例示之代表，即是否爲表演人，應該從其行爲判斷其是否屬於表演人。演員不一定都是表演人，而是從個別行爲來加以判斷行爲主體是否爲表演人。

申言之，日本著作權法對於表演人之界定，係從實質之角度加以觀察，亦即從具體之行爲來探討行爲主體是否屬於著作權法上所稱之表演人。另外，法文中所稱「指揮表演或導演之人」，如舞台劇之導演、交響樂團之指揮等，由於其對於表演爲主體性之支配，故應可與表演人有相同之評價，而列爲表演人之範疇之內。又例如馬戲團之馴獸師，僅用簡單之口號與命令，使動物進行表演，則該馴獸師因對動物表演本身具

有主體性之支配，因此可認其屬表演人之一。

相較於我國著作權法對於表演人之定義付之闕如，日本著作權法則從實質之角度來判斷與評價行爲主體是否爲表演人，似可作爲我國著作權法探討表演人之主體範圍時之參考，但由於我國著作權法所保護之表演，相較於日本著作權法而言，顯得較爲狹隘，且對於表演之保護採取不同之制度，因此於判斷何者爲表演人時，日本立法例亦僅供參考。

綜上，大體言之，可謂日本著作權法將表演著作物以及表演非著作物但具有藝能性之人，納入表演人之概念範疇中。

肆、表演人權利之內涵與問題探討

一、對於未固著或未廣播之表演之權利

（一）錄音、錄影權

關於表演人重製權之規定，日本著作權法基本上仍沿襲羅馬公約之架構，但所賦予表演人者爲一專屬權，且其所受限制較少。按日本著作權法第九十一條第一項規定：「表演人專有以錄音或錄影其表演之權利。」，此錄音、錄影權在權利內涵上含括二種情形[133]：第一種情形是將現場表演固著於錄音錄影之載體上之權利，第二種情形則是表演已固著於錄音、錄影物而該錄音、錄影物增製之權利。此觀第二條第一項第十三款「錄音：指將聲音固定於物，或增製其固定物。」第二條第一項十四款：「錄影：指將影像連續固定於物，或增製其固定物。」即可得知。

申言之，表演人之錄音、錄影權，不僅是包括對現場表演享有專屬之錄音錄影權（固定權），亦包括對於錄製於固定物之錄音或錄影，享有專屬之重製權（複製權），賦予該項權利之目的係爲了防止因將其表演錄

[133] 半田正夫，前揭註，頁 301。

音或錄影而失去以後表演之機會[134]。亦即，該項權利之創設旨趣在於避免因錄音、錄影技術之發展而造成表演人表演機會之減少[135]。按日本著作權法第九十條第一項錄音、錄影權之規定，對於未固著或未廣播之表演，係指將該未固著或未廣播之表演進行錄音、錄影之權利。亦即，表演人對於未固著或未廣播之表演，有首次將其錄製於錄音帶、錄影帶等載體上之權利。

此外，值得討論的一個問題是，對於表演之模仿進行錄音、錄影是否會構成侵害表演之錄音、錄影權？就此問題應採否定見解。表演與一般著作不同之處在於，對於表演進行模仿，其模仿之本身亦屬獨立受著作權法保護之表演，不同於一般抄襲著作會有侵害重製權之問題。因此，對於表演之模仿進行錄音、錄影，並不會侵害表演之錄音、錄影權，反倒是應注意是否會侵害該模仿表演之錄音、錄影權。本文在其後會有更詳盡之說明，於茲不贅。

（二）放送、有線放送權

1. 權利內涵與限制

日本著作權法第九十二條第一項規定:「表演人對其表演享有放送或有線放送之權利。」，不過，相較於其他著作，表演人公開播送之權利較爲限縮，亦即受有部分之限制。依同條第二項規定，有三種情形不適用第一項之規定，茲分述如下：

（1）將廣播之表演作有線放送

就已經透過廣播放送之表演，再進行有線放送，並不需要得到表演人之同意。換言之，固著於錄音物或錄影物之表演，經廣播放送後，再

---

[134] 藍嘉祥，前揭註，頁 55；張繼準，著作鄰接權之研究，司法官訓練所第二十六期學員論文選集，頁 310。

[135] 田村善之，前揭註，頁 523。

以有線播送之方式播送者，並不在表演人錄音、錄影權之範圍內。

（**2**）經第九十一條第一項所定權利人之授權錄音或錄影之表演

經權利人同意錄音、錄影之表演，予以放送或有線放送者，不受表演人於第九十二條第一項之放送權與有線放送權之限制。換言之，針對經權利人同意而已固著於載體上之表演，予以放送或有線放送者，並不須得到表演人之同意。

（**3**）經第九十一條第二項之表演錄音或錄影在同項之錄音物以外之物

而在電影著作，依第九十一條第二項以得表演人同意而製成之電影著作，除了同項所稱之錄音物外，放送或有線放送其錄音或錄影之增製物，亦無須經表演人之同意。

因此，從上面所述之規定可知，日本著作權法中，表演人放送與有線放送權之行使，基本上受到第九十二條第二項之限制。其放送與有線放送權，較重要者係適用於現場表演，亦即未固著於載體上之表演，就此未固著之表演，表演人享有之放送與有線放送之權利，顯然較已固著於載體上之表演爲大。

2. 未固著表演之放送與有線放送權

第九十二條所規範表演人放送或有線放送之權利，大體而言有以下幾種：

（1） 就未固著之表演（現場表演）予以放送或有線放送，均須得到表演人之同意。

（2） 對接收現場表演之放送或有線放送，再爲放送者，仍須得到表演人之同意。

（3） 利用未經表演人同意之表演錄音、錄影物所爲之放送與有線放送，亦須得到表演人之同意。

申言之，就未固著表演之放送與有線放送，按第九十二條之規定，須得到表演人之同意，另外，對於接收現場表演之放送或有線放送，再

爲放送者，亦須得表演人之同意。但現場表演經放送後，再爲有線放送者，則不須表演人之同意，此乃需注意之處。至於已固著表演之利用問題，則見後述，於茲不贅。

3. 為放送目的之錄音及錄影

爲使放送業者利用表演更爲便利，就經表演人同意放送之前提下，在其放送之目的之內，得爲放送而將該表演錄音或錄影。申言之，表演人若同意或授權放送業者得放送其表演時，基本上放送業者能夠爲其放送之需要而將表演加以錄音或錄影。不過就此部分，則有例外之規定，按第九十三條第一項但書之規定，於契約另有約定或是與表演人原授權放送之節目不同內容之放送節目之目的而錄音或錄影者，並不適用同條第一項本文之規定，亦即不能爲放送之目的而將該表演加以錄音或錄影。例如將許多音樂節目之部分擷取出來，另外製成新的音樂節目，或是將音樂節目之音樂作爲廣播節目之配樂，就爲此目的而欲將經表演人同意放送之表演的錄音、錄影，即需要得到表演人之同意。

此外，依第九十三條第二項之規定，將合法作成的錄音、錄影物使用及提供於放送以外之目的之場合，或是將該錄音、錄影物提供給與表演人原同意使用之放送節目不同內容之放送節目，亦或是接受上開錄音、錄影物之提供的放送業者，爲其他放送業者而提供該錄音、錄影物之情形[136]。在這些情況下，是例外需要得到表演人之同意。

[136] 半田正夫，前揭註，頁 302。

二、對於已固著或已廣播之表演之權利

（一）錄音、錄影權

1. 權利內涵

如前所述，按第九十一條第一項之規定，表演人專有錄音或錄影其表演之權利，對於未固著之表演，表演人有將其固著於錄音或錄影物等載體之上的權利。對已經固著於載體上之表演，對於該錄音帶、錄影帶等載體之增製，也在其權利內涵之中，就此部分而言，實與一般著作重製之權利相同。申言之，表演人就未固著之表演有固著之權利，而就已固著之表演，則有該固著物重製與否之權利。此與國際公約之規範，基本上係屬一致，以下特針對錄音、錄影權與表演行爲模仿之關係，從國際公約之角度加以分析說明。

2. 錄音、錄影權與表演行為模仿之關係

在羅馬公約中並未禁止表演之模仿，亦未處理聲音模仿（an mimtation of voice）而形成聲音相似（sound-alike）之問題，公約中所賦予表演人就其現場表演之固定權與對表演固定物之重製權，並無法處理表演模仿或聲音模仿之問題，至多於第十一條中要求明白寫出表演人之姓名來區分不同之表演人，而在一九九六年之「世界智慧財產權組織之表演與錄音物公約」亦未處理此問題。另一類似問題爲可否爲了成本之考量，要求另一表演人模仿某一著名表演人之生因而演唱其成名歌曲，並將此表演作商業上之使用，該著名表演人得否禁止其被模仿聲音用於商業上之活動？在一般觀念中，表演人所模仿者多爲另一表演人演出之風格（style）、特殊之舞台動作或姿勢、聲音或唱腔等，而這些原則上並非著作權保護之客體，故模仿行爲並未侵害被模仿人所享有之著作權。

按表演人所爲之表演，其主要目的係將既有著作之內容傳達給公眾，若禁止另一表演人所爲之模仿表演，對於既有著作之利用形成了某

程度之阻礙，而此時表演人所享有之權利性質較著作權或專利權更具獨占性。表演之模仿對於以鄰接權爲權利定位之表演人權利內容，似並無侵害，當初在羅馬公約中賦予表演人鄰接權之保護，著眼於對現場表演之傳播技術與重製技術（錄音錄影）之進步與大量應用而使得表演人現場演出之機會減少，在公約制定之前，模仿表演人表演之情形早已存在，卻未見被模仿之表演人其現場演出之場合減少，兩者各有其市場區隔，若模仿對於表演人之生計造成嚴重之影響，羅馬公約對此問題應會加以處理，但羅馬公約中卻未禁止表演之模仿，在 WPPT 中亦然。因此，在兩大公約中所賦予表演人對其表演之重製權內容，係指對表演之最初固定物製作一個或多個重製物之權利，並無涵蓋到表演之模仿或聲音模仿之情形[137]。因此日本著作權法採取與國際公約相同之看法，認爲表演人之錄音、錄影權並不及於對於表演之模仿或聲音模仿之情形。

3. 權利限制

表演人之錄音、錄影權利於電影著作受到某程度之限制，按著作權法第十六條之規定，電影著作權之歸屬原則上屬於電影製作人。另按同法第九十一條第二項規定:「前項之規定,於經同項所定權利人之授權(指於第一百零三條準用第六十三條第一項規定之利用之授權。以下於本節及次節同。)於電影著作物錄音或錄影之表演,除將此錄音於錄音物(專以聲音與影像同時放出爲目的者除外。）之情形外，不適用之。」，申言之，若已得到表演人同意拍攝之電影，就收錄於電影中之表演，再加以錄音、錄影時，除了將表演錄音於錄音物之情形外，並不需要得到表演人之同意。亦即，固著於電影中之表演，其後電影之重製（增製），並無須再得到表演人之同意或授權，但若是該表演係錄音於錄音物，則該錄音物之製成，須得表演人之同意。

---

[137] 藍嘉祥，前揭註，頁 147~148。

（二）放送、有線放送權

在日本著作權法中，不論是未固著或是已固著之表演，其與放送機構之間的關係，是立法者所關注的一項重點。而與放送、有線放送權有關的條文，主要係第九十二條、九十三條與九十四條，茲就已固著或已廣播之表演有關之要點分述如下：

1. 權利內涵

按九十二條第二項之規定，對於已放送之表演再爲有線放送，並不在表演人放送、有線放送權之權利範圍內。另外，經表演人授權錄音或錄影之表演，亦即已固著於載體上之表演，或是將依第九十一條第二項之表演錄音或錄影在同項之錄音物以外之物進行放送或有線放送，亦不在表演人之放送、有線放送權利之內。易言之，對於已固著或已廣播之表演，表演人所享有的放送權，權利範圍較小，所受限制也較多。

2. 表演固著物之放送（第九十四條）

關於表演固著物之放送的問題，第九十四條規定，第九十二條第一項之權利人同意其表演之放送時，除契約另有約定外，該表演除前開同意放送之外，亦可於以下幾種情形加以放送：

（1） 授權之放送業者依第九十三條第一項規定所製成錄音或錄影物之放送。申言之，放送業者依九十三條第一項規定，爲放送之目的，而在授權範圍內將表演錄音、錄影，之後重複播送該錄音、錄影物，無須得到表演人之同意。

（2） 接受經表演人授權之放送業者提供其依九十三條第一項規定作成之錄音物或錄影物所爲之放送。

（3）接受經該授權之放送業者提供該授權之放送節目所作的放送，例如接收放送後再放送，即屬適例。

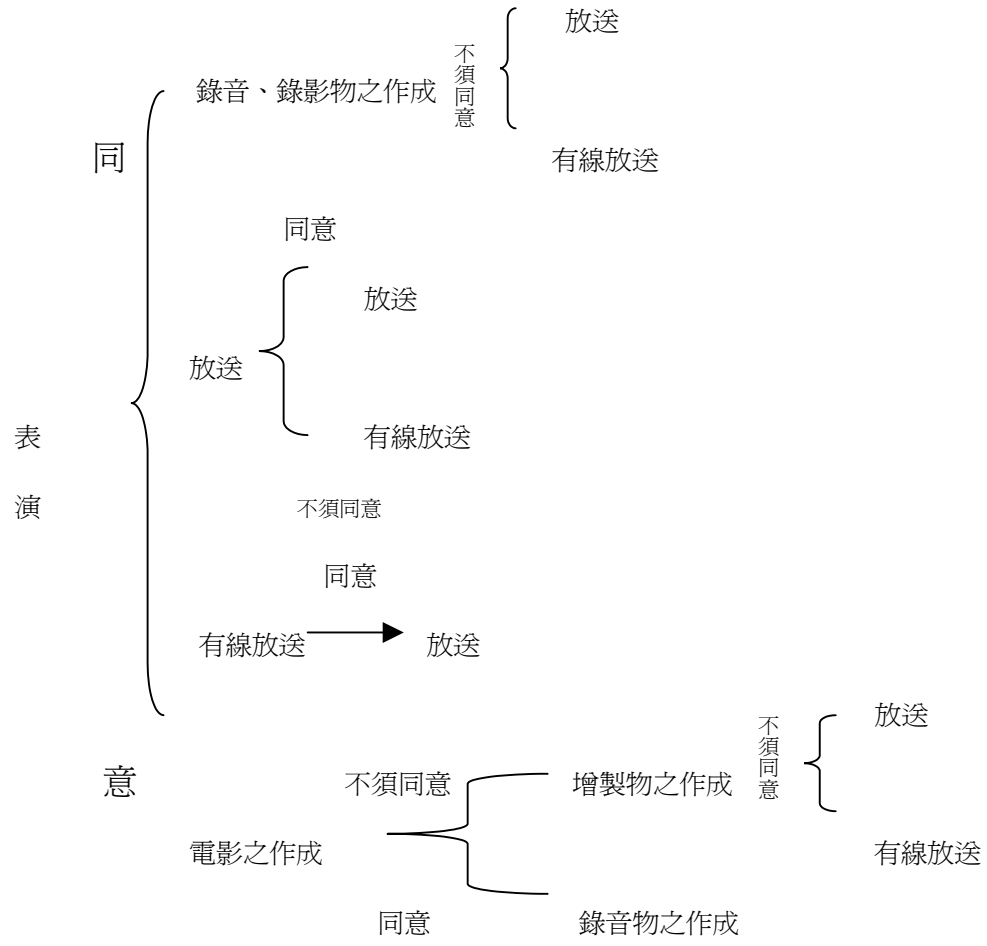
在表演放送之場合，雖然對於表演人之同意權大幅度地加以限制，此對

於表演人之經濟性利益造成某種程度的損害，但此乃是爲使鄰接權制度更適當而有的結果。然而，爲調和放送機構與表演人之權利，在第九十四條第二項特別賦予表演人對於放送業者依九十四條第一項各款所列情形放送其表演時，對於表演人應支付相當金額之報酬。換言之，即賦予表演人對上開放送行爲有報酬請求權。

3. 小結

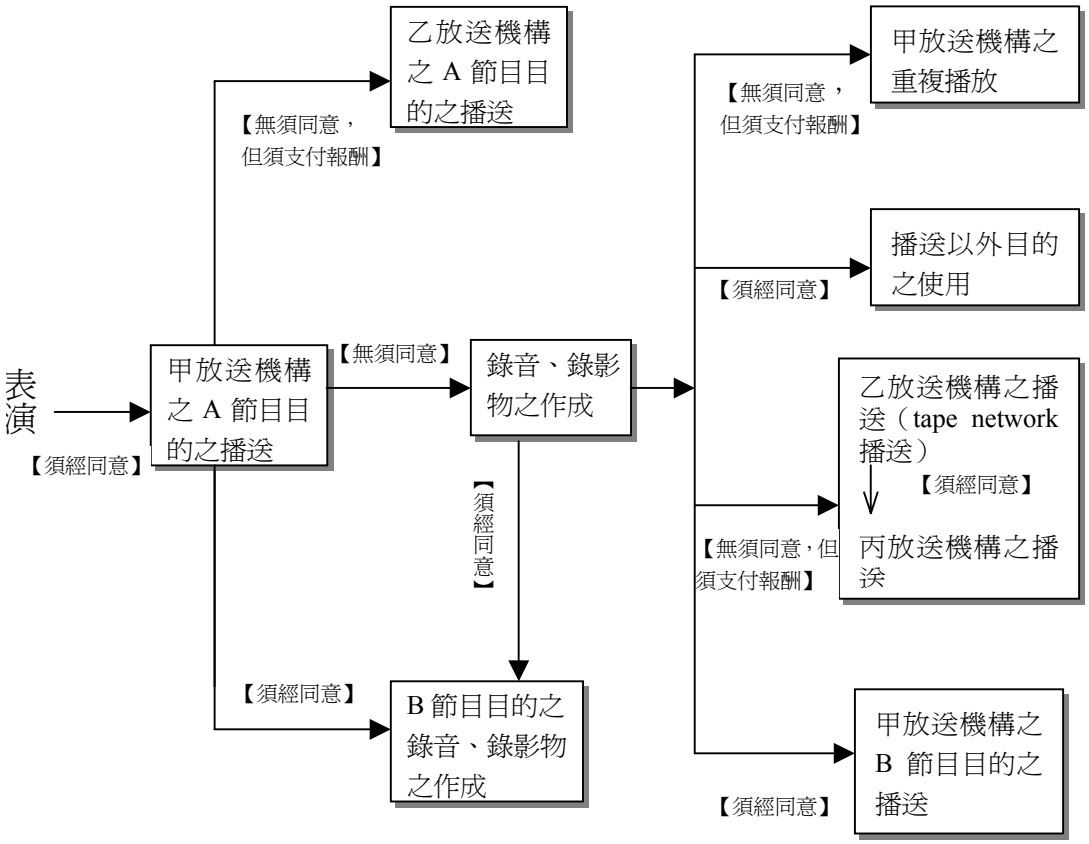
茲就表演人放送、有線放送權之關係以及表演人與放送機構間之關係，圖示如下[138]：

圖表一 表演人放送、有線放送權之關係圖



[138] 關係圖係參自半田正夫，前揭註，頁 302~303。

圖表二 表演人與放送機構間之關係圖



（三）送信可能化權

1. 權利內涵—「公眾送信權」之下位權利

按日本著作權法第二十三條規定，著作人享有「公眾送信權」。所謂公眾送信，係指以公眾直接受信（接收）爲目的之無線或有線電訊之送信（傳輸）。其下位權利有「自動公眾送信權」、「無線放送權」、「有線放送權」及「送信可能化權」。

公眾送信權中之無線放送權與有線放送權，前已述之。而所謂「自動公眾送信」，係指在網際網路上，應公眾之請求而自動地進行送信（第二條第一項九之四款參照）。另外，「送信可能化」係指將資訊上傳至網際網路上，使其他之網路使用者能夠隨時接觸與傳輸該項資訊。換言之，

使上傳資訊處於其他網路使用者得以接觸利用之狀態的權利，即爲所謂之「送信可能化權」。

表演人並未享有完全之公眾送信權，而僅享有「無線放送權」、「有線放送權」以及「送信可能化權」等，在學說上將這些權利稱爲公眾送信權之支分權。在日本著作權法修法前，表演人並未享有網路上之權利，故最近一次之修法，爲因應網路環境與科技之發展，增訂表演人專有送信可能化之權利。表演人之送信可能化權，係指表演人將其表演置於網路上使公眾得以接觸或利用之權利，惟該項權利依同法條第二項有限制之規定。

2. 送信可能化權

按，日本著作權法第九十二之二第一項規定，表演人對其表演專有送信可能化之權利。同條第二項則規定，表演人在以下兩種情形並不享有送信可能化之權利：

（**1**）已得表演人同意作成之表演錄影物

第九十二條之二第二項第一款規定，按九十一條第一項規定已得權利人同意錄影之表演，該表演錄影物所爲之送信可能化之行爲得自由爲之，不須經表演人之同意。不過，就此款之適用有兩點須予注意，第一點即本款所稱之錄影物，並不包括首次固著之錄影物之增製物，申言之，未經表演權利人同意而將前開所述之錄影物增製，該增製物之送信可能化，仍須得到表演權利人之同意，始得爲之。

第二點須注意者即係本款並未規範「已得表演人同意作成之表演錄音物」，因此就表演錄音物之送信可能化，須得到表演錄音權人之同意，就已錄音之表演，始能行使送信可能化之權利。之所以會有如此之規範，應與 WPPT 對於以錄音方法固著之表演承認有將其置於網際網路使公眾

接觸與否之權利，但對於電影部分則未納入有關[139]。

（**2**）電影著作物之錄音以外之物的錄音、錄影物

第九十二條之二第二項第二款規定，第九十一條第二項之表演，於其同項錄音物以外之錄音物或錄影物，不適用第九十二條之二有關送信可能化之權利的規定。申言之，本款之立法邏輯與觀念上，係與第九十二條規定相同，就電影著作物，認爲其錄音物以外之物之錄音或錄影物，並不享有送信可能化之權利。亦即，該錄音錄影物之送信可能化之權利，仍歸屬於電影著作權人所有，此與日本著作權法第十六條之規定相呼應。

（**3**）小結

因此，從上述規定可知，表演人之送信可能化權主要射程範圍係對於現場表演之送信可能化、利用表演錄音物之送信可能化，以及利用未經同意之表演錄音、錄影物所爲之送信可能化。舉例而言，個人若欲將其所購得錄有某歌手之錄音樂曲之 MP3 檔案，將該檔案置於網際網路，使其他網路使用者可隨時接觸與傳輸，則應該得到音樂著作權人、錄音物權利人與表演人之同意，此乃涉及音樂著作權人、錄音物權利人及表演人之送信可能化權。然值得討論的是，表演人對於該 MP3 檔案經他人下載後之再傳輸的行爲（不論是有線或無線），是否有權利可以主張，即有討論之空間。

基本上，由於日本著作權法在網際網路領域之權利，僅賦予表演人「送信可能化權」，亦即將其表演置於網際網路上，使網路使用者得隨時接觸或下載之狀態的權利，但並未賦予「自動公眾送信權」，因此對於上例中 MP3 後續傳輸之情形，能否有權利主張，即有疑問。本文對此認爲應採否定之見解，始爲妥適。

---

[139] 田村善之，前揭註，頁 527。

（四）讓與權（散布權）

1. 新舊法比較與立法沿革

在平成十一年日本著作權法修正前，第九十五條之二第一項係規定「表演人專有以出租錄音其表演之商業用唱片向公眾提供之權利」，賦予表演人屬於散布權下位概念之出租權，當時日本著作權法並未承認完全之散布權。惟於平成十一年修正時，參考 WPPT 之規定，認爲表演人應與著作人一樣享有完全之散布權，故創設該項權利予表演人。

2. 權利內涵與限制

日本著作權法第九十五條之二第一項規定：「表演人專有以讓與表演之錄音物或錄影物提供於公眾之權利。」，不過，與第九十二條之二有關送信可能化權利之規範相同，本條第二項亦設有排除之規定，即已得表演人同意製作之表演錄影物及電影著作物錄音物以外之物的錄音、錄影物等，表演權利人並未享有讓與權，對於表演人之權利予以某程度之限制。以下針對表演人讓與權之限制，加以分析說明如下。

3. 耗盡原則之規定

雖然賦予表演人讓與權之權利，但是爲兼顧保護交易安全與促進表演錄音錄影物之流通，若是對於表演之錄音、錄影物已有一次合法之讓與，則其後之讓與行爲，便不爲表演人讓與權所及。日本著作權法第九十五條之二第三項針對表演人讓與權另設有耗盡之規定，茲分述如下：

（1）第九十五條之二第三項第一款規定，在國內，有讓與權之權利人或得其同意之人，合法地向公眾讓與表演錄音物、錄影物，則表演人之讓與權即爲耗盡。

（2）第九十五條之二第三項第二款規定，在國內，有讓與權之權利人或得其同意之人，合法地向特定之少數人讓與表演錄音物、錄影物，表演人讓與權亦爲耗盡。換言之，將表演錄音物、錄影物讓與給家人、

朋友等少數特定之人，表演人之讓與權應予耗盡。關於表演人讓與權耗盡與否之問題，立法者所關注者乃是否爲「合法」之讓與，而其讓與之對象究爲公眾或特定之少數人，則非所問。

（3）第九十五條之二第三項第三款規定，在本法施行地之外，即在國外，無礙相當於讓與權之權利或有相當於讓與權之權利人或得其同意之人，其讓與表演錄音物、錄影物時，表演人之讓與權亦爲耗盡。換言之，爲促進與確保表演錄音物、錄影物之流通，日本著作權法對於讓與權採取國際耗盡之方式，亦即，在外國若是合法地向公眾讓與表演錄音物、錄影物時，表演人之讓與權即爲耗盡。

（五）出租權或出租報酬請求權

1. 權利平衡之設計

日本著作權法賦予表演人對於表演錄音之商業用錄音物，享有以出租方式提供於公眾之權利。然而，值得觀察的是，與我國法相異之處在於，表演人所享有之出租權在經過一定之期間後，其權利會弱化（轉化）爲出租報酬請求權。亦即，從物權性之出租權轉化成債權性之出租報酬請求權。之所以有這樣的轉化，在制度設計上之考量是因爲商業用錄音物發行之後，商業用錄音物之出租會與其販售產生一定程度之競合或衝突，然而隨著時間的經過，如此的競合或是衝突，會漸漸成爲緩和，爲了使商業用錄音物之販售能夠不因其出租而受到過度之影響，因此立法者在此便賦予文化廳長官，衡酌市場狀況與具體情形，決定在一定之期間之內，表演人對其商業用錄音物享有出租權。但經過一定期間之後，因爲販售與出租之間的競合關係日漸薄弱，並且考量到表演人享有商業用錄音物二次使用費之請求權，爲平衡上開之關係，表演人享有之出租權遂轉化爲債權性質之報酬請求權，此乃日本著作權法爲平衡權利人與利用人之權益所爲之權利的衡平設計。

2. 權利內涵

日本著作權法第九十五條之二賦予表演人就其表演之商業用唱片享有出租權之專屬權，其第一項規定「表演人專有以出租錄音其表演之商業用唱片向公眾提供之權利」，第二項與第三項規定文化廳長官得斟酌情事，於商業用唱片在國內最初販賣之日起，以命令定一個月以上未逾十二個月之出租權存續期間，若於上述期間經過後，在鄰接權存續期間內，出租人應支付表演人相當之報酬，屬於債法上之請求權。亦即，當上開存續期間經過後，僅須支付權利金即可強制取得出租權，而該權利金係委由文化廳長官指定之團體代爲收取。但是，若非以營利爲目的且未向使用者收取費用而將唱片提供給公眾者，無須得表演人同意（第一０二條準用第三十八條第四項）[140]。此外，表演人對於表演之錄影物而言，原則上並無享有出租權，原因係因在日本著作權法中，表演人對於電影之利用原則上並無錄音、錄影等權利，在如此之考量之下，若承認表演人對於錄影物享有出租權，會有現實上之困難，亦與著作權法保護表演之基本立法原則有所不符。

（六）商業錄音物二次使用費之請求權

日本著作權法第九十五條第一項規定:「放送業者與有線放送業者經第九十一條第一項所定權利人之授權錄音表演之商業用錄音物放送或有線放送時（接收該放送或有線放送再予放送或有線放送之情形除外），應支付二次使用費予該表演之表演人（以著作鄰接權存續期間內者爲限。於第二項與第三項亦同）。」，該條項制定之背景爲若放送業者與有線放送業者自由播放市面上之商業用錄音物，會減少表演人演出之機會，而發生機械性失業之恐懼[141]，爲了保護表演人其經濟利益之減少，應賦予

[140] 藍嘉祥，前揭註，頁 71~72。

[141] 半田正夫，前揭註，頁 304。

表演人該「商業用錄音物第二次使用之報酬請求權」。

依該條項規定，可收受第二次使用費之現場表演人僅限於現場表演被放送業者與有線放送業者播送用之商業用錄音物之現場表演人，並不及於所有從事現場表演之表演人[142]。而該條項所規定之使用費支付義務人爲放送業者與有線放送業者，其結果是只有以公共服務爲目的之上述業者，應支付使用費，而以追求營利爲目的之業者，例如：餐廳、咖啡店等娛樂場所，不必支付使用費，有認爲此舉欠缺公平性，以追求營利爲目的之業者亦應支付使用費[143]，此將成爲著作權法之課題之一。

至於收取二次使用費之權利依同條第四項之規定，由經文化廳長官指定之以在日本國內從事表演爲業之人所組成之團體行使之。有認爲若文化廳長僅指定一個團體，會無形中強迫表演人加入，而影響人民集會結社之自由。而使用費之數額每年由該團體與廣播業者協議爲之，若協議不成時，當事人得聲請文化廳長官裁定之。另外，第九十七條亦賦予錄音物製作人「商業用錄音物第二次使用之報酬請求權」，收取二次使用費之行政程序則準用第九十五條之相關規定[144]。

（七）私人錄音錄影補償金請求權

1. 立法沿革與形式

一九六一年羅馬公約第七條第一項第三款在一定條件下，表演人得禁止他人重製其表演固定物，而在一九九六年通過之「世界智慧財產權組織之表演與錄音物公約」第七條已賦予表演人就其表演固定物專屬之重製權，但是，隨著科技之進步，重製裝置之普及化，個人得以低廉之

---

[142] 以下會另有實務判決對此加以說明，詳參與表演人相關實務判決之說明。

[143] 半田正夫，前揭註，頁 305；張繼準，著作鄰接權之研究，司法官訓練所第二期學員論文選集，頁 319；黃章典，音樂著作之研究，政大法律研究所碩士論文，八十五年十二月，頁 144。

[144] 參藍嘉祥，前揭註，頁 121~122。

代價取得重製之裝置，爲其個人使用之目的將表演固定物重製，對於表演固定物之潛在市場與銷路造成不利之影響或侵害，同樣地，著作人就其著作亦遭受個人爲其個人使用之目的將其著作重製之問題，勢必要去調整相關利害關係人之緊張關係。因此，著作權法處理「個人使用目的之重製」之方式，可作爲表演人就其表演固定物被私人重製時之參考。關於私人重製報酬之權利人範圍，著作人得因伯恩公約之相關規定成爲適格之權利人，然「羅馬公約」與「世界智慧財產權組織之表演與錄音物公約」中對於私人重製問題並未加以規範，表演人是否爲適格之權利人，即有疑義，但各國實務上仍認爲此等權利人之範圍應及於表演人與錄音物製作人[145]。

著作權法上關於爲個人（私人）目的重製的立法例主要有三種類型：其一爲凡爲個人、家庭等爲非營利之目的，均得重製他人之著作，其二爲凡爲個人、家庭等爲非營利之目的之利用，必須以自己之設備加以重製，故凡在影印店、代客錄音業者等重製均不合法，其三爲凡爲個人、家庭等爲非營利之目的，均得重製他人之著作，但權利人得在重製裝置或空白錄音帶或錄影帶上獲取一定比例之報酬（權利金、補償費）[146]。日本著作權法本採第二種立法例，然於一九九二年修正時增列第三十條第二項，與第五章第一０四條之二至第一０四條之十一關於私人錄音錄影補償費之規定，第三十條第二項係規定「以私人使用爲目的，以政令所定具有數據方式錄音或錄影功能之機器（具有爲廣播業務之特別性能或其他通常不供私人使用之特別性能與附帶錄音功能之電話機或其他具有爲原有功能附屬功能之錄音或錄影功能者除外）在政令所定供該機器數據方式錄音或錄影用記錄媒體上錄音或錄影者，應支付著作權人相當

---

[145] 葉文博，著作權集體管理及其立法之研究，東海大學法律研究所碩士論文，八十三年六月，頁 91；藍嘉祥，前揭註，頁 123~124。

[146] 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義（二），五南，八十五年五月，頁 95~96。

金額之補償費。」故現在日本即改採上述第三種立法例之補償金制度。

2. 權利內涵

由於錄音、錄影機器進步與普及，錄音、錄影之重製在家庭內成爲相當容易，並且其重製品質越來越好，因此對於表演人之經濟利益便產生重大之影響，爲了對此情形有所處理，日本著作權法特設立專章，增設著作權人享有私人錄音錄影補償金請求權[147]，已如前述。就表演人權利之保護而言，日本著作權法第一百零二條準用同法第三十二條第二項，認爲表演人亦享有私人錄音錄影補償金請求權。且依同法第一百零四條之三第二項之規定，由表演人團體代表表演人請求補償金。顯見表演人團體在表演人之報酬請求權或補償金之請求權的行使上，扮演相當重要之角色，此點值得我國注意與參考。

三、人格權之保護

關於著作人格權之權利存續期間，我國著作權法第二十一條規定：「著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承。」，因此，表演著作之著作人之著作人格權在其死亡後消滅，不得讓與或繼承。適用之結果與以鄰接權爲權利定位之表演人之人格權之存續期間顯無明顯之差異。關於著作人死亡後，著作人人格權利益之保護方式，有以下幾種說法：甲說認爲爲強調著作人格權之專屬性，著作人死亡之同時，著作人格權亦隨之消滅，乙說認爲不強調著作人格權之專屬性，著作人死亡後其權利當然由其繼承人繼承，故著作人死亡後其著作人格權仍存續，德法兩國採之。丙說則認爲爲強調著作著作人格權之專屬性，著作人死亡之同時，著作人格權亦隨之消滅，但爲保護著作人之人格利益，與著作人格

147 關於私人錄音錄影補償金制度的內涵，非本文論述之重點，就此可參考：歐陽漢菁，私人錄音錄影補償金制度之研究—從私人重製與著作財產權之關係出發，台大法律研究所碩士論文，九十二年六月，內有對主要國家補償金制度之詳盡介紹與說明，具高度參考價值。

權同一內容之權利，由一定之親屬享有，日本法與我國法似採此說[148]。

不過，就表演而言，由於表演在日本著作權法係以鄰接權制度加以保護，對於人格權之保護，並無制定特別規定或準用著作人格權之相關規定。因此，在現行日本著作權法，對於表演人人格權之保護，原則上仍回歸民法關於自然人人格權保護之規定。至於著作權人享有的公開發表權（第十八條）、姓名表示權（第十九條）及同一性保持權（第二十條）等著作人格權，表演人並未享有。

四、 表演人權利之限制與保護期間

（一）表演人權利之國際保護

日本著作權法第七條規定：「表演合於下列各款之一爲限，受本法之保護：一、於國內所作之表演。二、固定於次條第一款或第二款所列錄音物之表演。三、於第九條第一款或第二款所列廣播播送之表演（經表演人之同意於播送前以錄音或錄影者除外）。四、於第九條之二各款所列有線廣播播送之表演（經表演人之同意於播送前以錄音或錄影者除外）。五、前各款所列者外，下列之一之表演：甲、於「保護表演人、唱片製作人及廣播機構國際條約」（以下稱「表演人等保護條約」）之締約國所作之表演。乙、固定於次條第三款所列錄音物之表演。丙、於第九條第三款所列廣播播送之表演（經表演人之同意於播送前以錄音或錄影者除外）。六、前各款所列者外，左列之一表演：甲、於世界貿易組織加盟國所作之表演。乙、固定於次條第四款所列唱片之表演。丙、於第九條第四款所列廣播播送之表演（經表演人之同意於播送前錄音或錄影者除外）。」

基本上，表演人權利之國際保護，與錄音物及廣播機構間息息相關，

[148] 參藍嘉祥，前揭註，頁 94~95；蕭雄淋，著作權法研究（一），七十五年五月，頁 148。

因此，在日本著作權法第六條至第九之二條等有關於著作權法適用範圍之規定，條文之間有密切關係，故應整體加以觀之，而非僅就關注單一條文。不過，對於表演是否具有保護適格，在日本實務與學說上爭論並不太大，然而在我國係以著作權制度保護表演，因此創作性之問題不可避免地須加以討論，在日本著作權法則無此問題的存在，此爲日本法與我國法之根本差異。

（二）權利之讓與與行使

依日本著作權法第一百零三條規定，著作鄰接權之讓與，準用同法第六十一條第一項之規定，權利的消滅，準用同法第六十二條之規定，而對於表演之授權等，準用第六十三條之規定。權利爲共有時，其行使之方式準用同法第六十五條。因此，關於表演人權利之讓與與行使，均係準用著作權之相關規定。主要係因權利的讓與及行使等，與權利係以著作權或鄰接權制度保護並無相關，因此就此部分準用著作權之相關規定，應屬妥適。

（三）權利之例外與限制

日本著作權法第一０二條第一項規定，除了性質上無法準用者，第二章第三節第五款「著作權之限制」於著作鄰接權標的之表演、錄音物、廣播或有線廣播之利用準用之。例如關於個人使用之重製，或是圖書館、新聞報導、考試等合理使用之權利限制，在表演人之權利亦有適用，至於其他相關規定，可詳參日本著作權法第一百零二條以下，於茲不贅。

上開著作鄰接權準用著作權規定之立法形式，與羅馬公約第十五條第二項，WPPT 第十六條第一項相同，即準用對著作權之限制與例外規定。

（四）保護期間

按日本著作權法一百零一條之規定，表演之保護期間，自表演完成日之翌年起算五十年屆滿，原本之保護期間爲二十年，於平成三年修正時延長爲五十年，平成四年一月一日起正式施行。我國著作權法第三十四條則規定：「攝影、視聽、錄影及表演之著作財產權存續至著作公開發表後五十年。」，因此相較之下，日本著作權法係以「表演完成日」之翌年起算五十年屆滿，而我國著作權法則以表演「公開發表」後五十年，因此就保護期間來看，我國對於表演之保護期間可能較長於日本。

（五）著作鄰接權之登記

日本著作權法第一百零四條準用同法第七十七條之規定，有關著作鄰接權移轉或處分之限制，以及質權的設定、移轉、變更、消滅或處分等之限制，非經登記不得對抗第三人。而上開之登記，文化廳長官應將之記載於著作鄰接權登記原簿，任何人均得請求製作著作鄰接權登記原簿之謄本或副本，或是請求閱覽著作鄰接權登記原簿或其附屬書類。

五、視聽著作與表演之關係

（一）視聽著作之定義

日本著作權法第二條第三項規定：「本法所稱『電影著作物』，係含以能產生類似電影效果之視覺或視聽覺效果之方法表達，且固定於物之著作物。」，於日本著作權法中，相較於我國著作權法，電影著作之相關立法可說是其特色，在談論視聽著作與表演之關係時，亦多將焦點集中於電影著作著作權人與表演人在權利行使上，彼此間之消長的關係，此部分值得我國主管機關加以參考。

（二）視聽著作權利歸屬之立法例

視聽著作因參與視聽著作之人眾多且各人之貢獻度不盡相同，其著作歸屬之類型主要有三種立法例[149]：

1. 製作人為著作權人（版權法法系）

此立法例將原始視聽著作之著作財產權完全歸屬與在視聽著作之製作上擔任召集並企畫全部之主要負責人（即「製作人」），亦即視聽著作爲製作人獨自完成之單一著作，其共同參與之人僅爲製作人拍片之輔助人，此爲英國法與美國法等所採。

2. 法定移轉制度

此立法例係將視聽著作之著作財產權原始歸屬與自然人，但法律明文規定將此原已歸屬於自然人之著作財產權法定移轉予視聽著作之製作人，此爲奧地利法、義大利法、韓國法與日本法所採。

3. 推定移轉制度

此立法例則將視聽著作之著作財產權原始歸屬於爲自然人之共同著作人，共同著作人與視聽著作之製作人間依契約決定彼此之關係，若契約未明文規定，推定製作人擁有若干之權利，此爲奧地利、義大利以外之歐洲國家等所採。

（三）視聽著作中表演人權利限制與行使

表演人之表演被錄音、錄影或攝影（重製、固定）於視聽著作上時，表演人所享有之權利爲何？表演是否以該當於視聽著作之著作人？我國通說認爲表演人之表演爲參與視聽著作之創作之成果，對於視聽著作之藝術價值具有絕對之意義，而應認爲表演人係視聽著作之著作人。此時，會產生的疑問是：表演人之單一表演行爲有無可能一方面成爲表演著作

[149] 蕭雄淋，前揭註，頁 19；藍嘉祥，前揭註，頁 180~181。

之著作人，另一方面卻又成爲視聽著作之共同著作人？若是採肯定見解，則對視聽著作進行重製，需獲得表演人兩次之同意或授權？相較於日本著作權法，以鄰接權保護表演人之表演者，表演人若同意將其表演被錄音、錄影於視聽著作上時，表演人不得就其表演主張錄音、錄影權（固定權、重製權）[150]。有見解認爲，就表演人對於表演著作與視聽著作均有享有重製權之現象，可將視聽著作解釋爲結合著作，各結合著作之著作權人之權利委由一人行使，或是將表演人之表演列入鄰接權之範圍，不屬於視聽著作之共同著作人，不得再對視聽著作主張其權利，或對視聽著作另外作特別規定[151]，以處理上開之問題。

在日本著作權法中，表演人對既有著作之表演，其表演行爲之創作高度不足而無法受著作權保護，但爲保障其勞動成果而應賦予其具有經濟價值之鄰接權，不應排除表演人得爲即興演出而成爲視聽著作共同著作人之可能性。然有疑問者是，表演人對於視聽著作得主張何種權利呢？羅馬公約第十九條規定表演人對於固定在錄音物之表演，不得主張有羅馬公約第七條之適用，但並不表示表演人對其表演完全無權利可主張。日本著作權法第九十一條第一項規定：「前項規定（關於表演人之錄音、錄影權），於經同項所定權利人之授權於電影著作錄音錄影之表演，除將此錄音於錄音物之情形外，不適用之。」，而第十六條規定電影著作之著作人範圍，條文中規定之電影之著作（創作）行爲中並未將表演人（演員）之表演列入，通說認爲表演人之表演爲鄰接權之保護範圍，故表演人並非電影之著作人。

亦即，基本上，表演人對於固定在視聽著作之表演仍享有鄰接權，但依法律規定將其享有之鄰接權（主要係現場表演之固定權與傳播權以及其表演固定物之重製權）讓與給視聽著作之著作人，通常爲製作人。

---

[150] 參日本著作權法第九十一條第二項。

[151] 參藍嘉祥，前揭註，頁 59~60。

表演人僅得在與製作人簽訂合作契約時，取得基本之報酬，並得另行約定對於視聽著作中個別權利之讓與或授權所得之利益參與一定比例之分配[152]。因此從著作利用的便利性與經濟性而言，日本之對於電影著作與表演人之間法律關係之相關立法值得我國參考。

伍、表演人權利侵害之救濟

一、立法形式

日本著作權法對於權利侵害所生民事或刑事責任，其立法方式均係採著作權與著作鄰接權共同規定之方式。以第一百一十二條第一項有關侵害停止或預防請求權之規定，其權利主體即包括著作人、著作權利人、出版權人或著作鄰接權人等。第一百一十三條視爲侵害行爲之規定、第一百十四條有關推定損害賠償額與損害賠償請求權之規定等，亦同。因此，就權利侵害之救濟與著作權法中所規定罰則之部分，著作權與著作鄰接權在適用上之差異並不大。

二、民事責任

（一）禁止請求權

侵害表演人權利之民事責任，如侵害表演人之權利，如錄音、錄影權等，依第一百一十二條第一項之規定，表演人有侵害停止或侵害預防請求權，得請求廢棄侵害行爲之物、因侵害行爲而作成之物或專供侵害行爲用之機械或器具，並得請求採取或預防其他侵害之必要措施，此與我國著作權法第八十四條相似。

---

[152] 加戶守行，著作權法逐條釋義，著作權資料協會，平成三年十一月，頁 413；藍嘉祥，前揭註，頁 183。

（二）侵害行爲之擬制

按日本著作權法第一百一十三條第一項之規定，以國內散布之目的，將以輸入之時如在國內作成即構成侵害著作人格權、著作權、出版權或著作鄰接權之行爲作成之物輸入之行爲。以及明知以侵害著作人人格權、著作權、出版權或著作鄰接權之行爲作成之物（含前款輸入之物）而散布，或以散布之目的持有之行爲。上開行爲均視爲侵害行爲之一種。

此外，平成十一年所新增關於著作鄰接權技術保護措施之規範，於第一百一十三條第三項即規定就該權利管理資訊，有下列行爲時，視爲侵害著作鄰接權：

1. 故意附加虛僞之資訊作爲權利管理資訊。
2. 故意去除或改變權利管理資訊，但若是在壓縮、復原、縮小、擴大或摘錄其著作物之一部而爲記錄或送信之情形，此技術之限制，則非侵害之行爲。
3. 知悉前兩款行爲所爲之著作或表演之複製物而散布或具有散布之目的而輸入、持有或爲公眾送信或送信可能化之行爲時，亦視爲權利侵害之行爲。

（三）侵害數額之認定與推定

日本著作權法第一百一十四條第一項規定，著作權人、出版權人或著作鄰接權人對因故意或過失侵害其著作權、出版權或著作鄰接權之人請求因其侵害自己所受損害之賠償時，該人因其侵害之行爲受有利益者，推定其利益之金額爲該著作人、出版權人或著作鄰接權人所受損害之金額。此乃是爲避免權利人舉證上之困難而所設之規定。

此外，同法第二項規定，著作權人或著作鄰接權人得對因故意或過失侵害其著作權或著作鄰接權之人，以行使其著作權或著作鄰接權通常收取之金額之相當金額作爲自己所受損害之金額，請求其賠償。請求損

害賠償時，得超過上開金額。然就侵害著作權或著作鄰接權之人無故意或重大過失者，法院裁定損害賠償數額時，得參酌之。

（四）善意讓與

對於表演人所享有之讓與權，日本著作權法於平成十一年新增第一百一十三條之二，其規定表演之錄音物或錄影物於讓與時，讓與人不知該表演之錄音、錄影物不符合第九十五條之二第三項各款，且其不知非因過失者，就其將表演錄音、錄影物讓與給公眾之行為，不得視為侵害第九十五條之二第一項之讓與權。

三、刑事責任

侵害表演人權利之刑事責任，如第一百一十九條規定，侵害著作鄰接權者（排除依同法一百零二條準用三十條第一項以個人使用為目的而為重製表演之人或一百一十三條第三項之規定視為侵害著作鄰接權之行為）或以營利為目的，使用第三十條第一項規定之自動化重製機器侵害著作鄰接權之表演者，均應處三年以下之懲役（即有期徒刑）或三百萬日圓以下之罰金，此係告訴乃論之罪。

第一百二十條之二第三項規定，以營利之目的，一百一十三條之規定視為侵害著作鄰接權之行為者，處一年以下之有期徒刑或科處一百萬圓以下之罰金。第一百二十二條規定，違反明示出處義務，科處三十萬日圓以下之罰金等。

陸、與表演人相關之實務案例

一、二次使用費分配金請求事件

（一）裁判要旨與案情概述

1. 裁判要旨

依著作權法第九十五條第一項之規定，可收受二次使用費之現場演奏家僅限於現場演奏收錄於供廣播或有線播映用之商業用唱片之現場演奏家。

2. 案情概述

本案係日本近畿地區從事音樂演奏者集體向一基於著作權法第九十五條第二項之規定，經文化廳長認定可行使收受商業用唱片二次使用費權利之指定團體請求分配二次使用費[153]。

（二）原告主張

1. 著作權法第九十五條之解釋

著作權法第九十五條所定之收受商業用唱片二次使用費之權利因下列理由應解釋爲無論是否灌錄唱片，所有現場音樂演奏家均享有該項權利。

（1） 享有商業用唱片二次使用費之權利係緣於勞動者保護機構，即國際勞動機構（ILO）爲保護身爲勞動者之藝能現場演奏家，以對所謂機械性失業之補償爲由，以及對隨著錄音錄影技術之進步而來之演出機會之喪失、失業之危險所作的補償，此在一九六一年之羅馬公約中獲得確認。我國著作權法第九十五條秉承上開條約之

[153] 東京地方法院昭和五七年五月三一日判決，陳清秀等編，日本著作權法令暨判決之研究，判決（Ⅱ），八十五年四月，頁 348~356。

要旨，從保障身爲勞動者之現場演奏家權利之勞動法觀點，將享有二次使用費之權利立法化。

（2）不可將著作權法第九十五條第一項所規定之「現場演奏家」解釋爲僅指其現場演奏收錄於供廣播或有線播映用之商業用唱片之現場演奏家。畢竟，這些現場演奏家依同法第九十一條對已經錄製之現場演奏本有處分之權利，因此無須考慮再給予這些現場演奏家第九十五條之利益。

（3）著作權法第九十五條第二項以可行使收受二次使用費權利之指定團體爲要件，規定須爲「在國內有相當數目之現場演奏業者組成之團體」，對現場演奏家方面並未區分是否爲現場演奏收錄於商業用唱片之現場演奏家。亦即，該項規定是從伴隨個個現場演奏家之權利行使而來之技術性繁瑣觀點，而採用了因右列指定團體而衍生之權利行使方法。設若收受二次使用費之權利是一項僅歸屬於現場演奏收錄於商業用唱片之現場演奏家之權利的話，其權利行使團體亦當然須是由已灌錄於商業用唱片或有其可能性之現場演奏家所組成之團體。儘管如此，以該項規定對現場演奏家並未區別是否爲現場演奏收錄於商業用唱片之現場演奏家爲前提，即表示收受二次使用費之權利存在於所有的現場演奏家。

2. 請求二次使用費之權利主體

如上所述，收受二次使用費之權利解釋爲歸屬於所有之現場演奏家時，著作權法第九十五條第二項規定之指定團體存在時，上開權利僅可由該指定團體來行使。故該指定團體從廣電業者等收受二次使用費時，即有遵循公平合理之原則，將二次使用費分配予所有現場演奏家之義務。

（三）被告主張

被告方面主張從立法意旨中，原告並非現場演奏收錄於供廣播或有

線播映用之商業用唱片之現場演奏家，故並未享有著作權法所定之二次使用費之權利人，其請求顯無理由。

（四）法院見解

法院認爲，著作權法第九十五條第一項規定「廣播業者及主要以提供音樂爲目的之有線播映業者」（下稱廣電業者），在取得第九十一條第一項中規定之享有權利者之允諾，使用灌錄現場演奏之商業用唱片進行播映時（接受該項播映進行在轉播或有線播映時不在此限），必需支付該現場演奏（限著作鄰權存續期間內）有關之現場演奏家二次使用費。據此規定，收受二次使用費之權利顯然歸屬於上開規定所定之「與該現場演奏相關之現場演奏家」，亦即現場演奏收錄於供廣播或有線播映用之商業用唱片之現場演奏家。而且該條規定「必須支付該現場演奏（限著作鄰接權存續期間內者）相關之現場演奏家二次使用費。」，收受二次使用費之權利定爲收錄於商業用唱片之現場演奏之著作鄰接權係於存續期間內，由此點關之，將收受二次使用費之權利解釋爲歸屬於現場演奏收錄於商業用唱片無關之所有演奏家之說礙難成立。

二、電影明星之姓名及肖像侵害訴訟事件

（一）裁判要旨

演員等人得以自己之姓名、肖像等擅自使用因而遭受精神上痛苦爲理由，可請求損害賠償者，應僅限於自其使用方法、態樣、目的等關之，對於作爲一個演員之評價、名聲、形象等，將會有所毀損或滑落，以及其他特殊情形等範圍之內（例如：不願自己之姓名或肖像作爲商品宣傳之情形）[154]。

[154] 東京地方法院昭和五一年六月二九日判決，陳清秀等編，日本著作權法令暨判決之研究，判決（Ⅱ），八十五年四月，頁 855~889。

利用演員等人之姓名、肖像爲商品作宣傳，以演員等人在社會上之評價、名聲、形象等對於促進商品之宣傳、銷售，可獲極大之效果，而自演員方面而言，則係因其本身之名氣，所以可讓他人專屬使用自己之姓名肖像以取得對價利益。此係屬一獨立之經濟上利益（當然，此利益亦屬受法律保護之利益），故縱使演員等人被擅自使用其姓名、肖像，並不因此蒙受精神上痛苦者，亦可以上述經濟利益受侵害爲理由，請求法律上救濟。

本件廣告所使用者係本件影片之一個鏡頭，此尙可認爲係原告基於本件影片演出契約，同意自己姓名及肖像可在一般場合公開者，然該同意公開之範圍應解爲僅止於使用在該影片放映及宣傳爲目的之情況。

本件廣播之播放已超過原告同意之範圍，違法使用該原告之姓名、肖像以作爲被告產品之宣傳，可謂構成一不法行爲。

（二）事實概述

本件係因被告未經原告同意，於產品廣告中採用原告所拍攝電影中之一鏡頭，作爲宣傳其產品之用，故原告提起侵害姓名權與肖像權之訴。

（三）法院見解

法院見解除上開裁判要旨外，另認爲電影從物理學角度觀之，乃係一連續之照片、聲音及音樂之合成物，其性質乃係整體表現一種思想之藝術作品。故一般而言，攝影著作、音樂著作等作爲一個別獨立之著作物，其放映及複製物之發行權利（電影著作權），係受到保護。如此，電影著作權既係以藝術作品之性質爲基礎所成立者，則該權利通常即歸屬於該電影著作者或其導演所有，而非參與演出之演員所可享有。然一部影片，從物理學上而言，既係爲每個畫面之連續體，則與普通照片在性質上相類似，參加演出的演員，就一個有拍攝到自己肖像的畫面而言，應該可謂具有固有的精神上及財產上利益。本件廣告，係將本件影片的

一個畫面，意即原告肖像，自全體分離而出，使用在與該影片放映（或宣傳）及配合之相異目的上，其使用方式，可謂已超過電影著作權所保護之範圍，且對於原告肖像之精神上及財產上利益有不當侵害時，原告應該基於侵權行爲損害賠償請求權尋求救濟。因此，原告未擁有電影著作權與不得請求救濟，係屬二事。

柒、從日本著作權法觀我國對表演人之保護

一、權利保護之立法形式不同

（一）制度之差異

我國著作權法對於表演人之保護，向來採取著作權制度加以保護，此與大陸法系之其他國家多以鄰接權制度保護表演人相較，係屬較特殊之制度。由於在基本制度的設計上與出發點並不相同，故從日本著作權法觀察我國著作權法的問題，必須留意兩國在制度上之差異。日本著作權法之立法與修法，一直隨著國際公約之變遷而調整，對於表演、錄音物與廣播機構之保護，也透過大幅度之修法將之納入著作權法體系之中，就此點而言，日本著作權法其實是符合國際潮流與趨勢。

我國在未來就表演人之保護，就應採取何種方式較爲妥適，其實是值得探討的一項政策性問題，在此不擬深論。惟回歸現狀，我國著作權法既然將表演視爲著作種類之一種，亦即，透過著作權制度保護表演人之權利，在著作權法之基本原則與架構底下，表演之創作性爲何，勢必成爲一項討論之問題。此在日本著作權法，對於既有著作之表演，基本上均認爲可成爲著作鄰接權保護之客體，而對於非既有著作之表演，若符合所謂之「藝能性」之要件，亦可成爲著作鄰接權保護之客體。在保護客體的範圍認定上，日本著作權法係採取較爲寬鬆之標準。不過，反

觀我國著作權法，對於表演創作性之認定，究應採取何種標準？是否應予一般著作等同視之？即產生問題。以下，就表演創作性之問題加以探討。

（二）表演創作性之探討

由於日本採取鄰接權制度保護表演，因此在處理是否具有保護適格之問題時，並不如我國一樣，須討論表演創作性之問題。換言之，日本著作權法認定表演之範圍相當廣泛，基本上並不會去質疑請求保護之表演是否具有保護適格。但對於非著作物之演出，在法文中仍以「藝能性」爲其保護要件之一，不過從實務運作的結果加以觀察，可以發現其標準相較於我國對於著作之創作性之認定，顯然較低。是故，在我國以著作權保護表演之立法體例下，對於採取不同之鄰接權制度保護表演之日本著作權法，其對表演是否應受保護之認定標準，即無法全盤適用。

回歸將表演納入著作權法保護之著作類別之立法目的，以及參照日本著作權法對表演保護之制度設計，可以得知表演是否應具有創作性之命題，在我國著作權法應採取肯定之見解。惟從保護目的觀之，若將表演之創作性與一般著作採取相同之標準，可能過於嚴苛而導致受著作權法保護之表演範圍過小，進而架空以法律保護表演與表演人權利之立法目的，此應非立法者之本意。因此在探討表演創作性之問題時，似應對此採取與一般著作不同之標準，申言之，本文認爲既然在我國著作權法係以著作權保護表演，有無創作性之問題勢不可避免必須討論，但爲使表演之範圍不因創作性之要求（門檻）而過於限縮，因此對於表演創作性之有無，應採取較爲寬鬆之標準。況且，我國著作權法對於表演之範圍係指對既有著作或民俗創作之表演，相較於日本著作權法對於表演之定義，較爲狹隘，故表演創作性之要求亦應因此採取較低度之標準。此不但可符國際保護表演人之趨勢，亦可達到我國著作權法保護表演人之立法目的，此點值得我國主管機關參考。

二、相關法律議題之探討

（一）法定授權制度之建立與否

有認爲我國新著作權法賦予表演人較多之權利後，對於視聽著作或錄音著作之利用會產生不利之影響，因此主張對於表演人權利採取法定授權制度。換言之，在一定要件之下，得使著作利用人透過法定授權的方式，避免除取得錄音著作人或視聽著作人之授權外，須另外再行取得表演人之授權所產生利用上之困難之問題。惟從實務運作而言，以唱片業者與歌手爲例，其實有關於錄音著作中之表演人所享有之相關權利，往往均係透過契約加以規範，並且在契約擬定與談判過程中，表演人係處於較弱勢之地位，因此兩者間所簽訂之契約，多將表演人所享有之權利歸屬或是授權予錄音著作人。故在後續利用錄音著作時，利用人僅需要取得錄音著作人之授權，即可利用該錄音著作。至於固著於錄音著作之表演之利用，則錄音著作人與表演人之間已透過契約處理，利用人實際上多不須再另行取得表演人之授權，故所謂增加利用上之複雜性等問題，其實並不如想像中那般嚴重，因此就此部分仍交由市場機制處理，應屬較爲妥適之方向。

承上，對於法定授權制度之建立，本文認爲目前並無強烈需求，不過，從日本著作權法之角度而言，其特別就電影著作與表演人間之關係，以及電影著作後續利用等所另設之規範，值得我國主管機關加以參考。

（二）表演人對其表演公開播送之報酬請求權制度之建立

按我國著作權法第二十四條第二項規定:「表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項之規定。」，亦即，表演人之公開播送權，與其他各類著作相較，顯得狹隘，如錄有表演之錄音著作或視聽著作，其著作人均有完整之公開播送權。另外，本次新修正著作

權法第二十六條第三項與第四項增設錄音著作公開演出之報酬請求權，以及該錄音著作若有重製表演之情形者，得由錄音著作之著作人及表演人共同請求支付使用報酬。其由一方先行請求者，應將報酬分配與他方之規定。惟觀察表演人公開播送權之規定，並未賦予表演人對其表演之公開播送享有報酬請求權，從日本著作權法之角度觀之，日本著作權法規定表演人對其表演之公開播送，在某些情況下係享有報酬請求權，因此就此部分而言，表演人權利之保護即有所欠缺。因此，本文建議我國主管機關可參考日本著作權法關於表演人公開播送報酬請求權之立法，建立公開播送之報酬請求權制度。另外，就廣播機構等利用表演之情形，日本著作權法亦有相當細緻之規範，此部分應可供我國主管機關在未來針對廣播機構之保護的立法時，重要之參考指標之一。

（三）表演人權利保護的困境—成立表演人團體之迫切性

綜觀本次著作權法之修法，對於表演人給予之權利相較於以往爲多，也較爲完整，然而與美國、日本之發展相較，我國較爲缺乏者係一功能完善之表演人團體。雖然，我國著作權之修法深受美國之影響，但我國與美國不同之處在於，美國表演人團體相當強大，與電影業者或唱片業者享有較對等之地位。同樣地，在日本也有相當完備之表演人團體之制度。是故，當我國著作權法給予表演人相較於以前更多之權利時，必須要思考的一項問題是，該如何讓表演人能夠實際享有這些法律所賦予之權利？由於我國表演人與電影公司、唱片公司簽約，均爲個別協商與議定契約，因此電影公司或唱片公司爲使後續著作之利用更爲順利，往往在契約中將表演人之權利移轉或是強制授權予視聽著作人或錄音著作人，此雖解決利用須重複取得授權之問題，但表演人是否能夠取得合理之報酬，其實是值得關注的一項問題。

因此，透過表演人團體之成立，可避免因個別表演人與視聽著作人、錄音著作人磋商所產生不公平、不合理之現象，使表演人處於較平等之

地位而可以有更多的談判空間。故表演人團體之成立，實爲我國目前迫切所需。就此主管機關應可扮演輔助之立場，促使我國表演人團體之成立，以使著作權法中保護表演人之權利的相關規定，能夠具體落實，而非成爲空談。

第六章　澳洲著作權法對表演人之保護

壹、澳洲著作權法有關表演人保護之規定

澳洲著作權法有關表演人的保護規定，係在其第 XIA 部份。以下即針對重要之規定說明如下：

一、名詞定義

澳洲著作權法第 248A 條第 1 項首先針對若干有關表演人的保護規定，賦予名詞定義解釋[155]：

1. 表演(performance)，係包括以下於澳洲的現場表演，不論現場是否有觀眾或聽眾：(a)戲劇著作或其一部份的演出，包括使用木偶在內；(b)音樂著作或其一部份的演出；(c)閱讀、朗誦或演講語文著作或其一部份，或者所即興創作的語文著作；(d)舞蹈之表演；(e)馬戲表演或其他類似的呈現或演出。

不過，以下的情形並非澳洲著作權法所指的表演：(a)依據第 28 條所規定有關教學目的的表演；(b)對於新聞與資訊的閱讀、朗誦或演講；(c)體育活動的表演；(d)表演的成員爲觀眾或聽眾的一部份時。

2. 豁免錄製 (exempt recording)的意義，包括以下幾種情形：

對於表演爲間接的錄音或錄影，僅基於以下之目的：(a)個人之私人與家庭使用之目的；(b)學術研究使用之目的；(c)教育機構基於其教育之目的，或其他教育機構之教育目的；(d)協助盲人的目的；(e)協助智能不足者之目的[156]；

---

[155] 以下所述者，爲對於條文內容的整理，而非逐字翻譯，在此先與敘明。

[156] 包括第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 a、b、c、d、e 款。

對於表演爲直接或間接的錄音或錄影，基於以下之目的：(i)基於報導新聞或時事之目的，或與之相關；(ii)基於評論之目的[157]。

對於表演爲直接或間接的錄音或錄影，僅基於司法程序或給予律師專業報告[158]；

經表演人授權得公開播送該表演的播送者(broadcaster)，其直接對表演錄音或錄影，該錄音或錄影僅限於該次播送之目的所爲者；重製基於此公開播送所爲之錄音或錄影的行爲，亦屬之[159]；

對於表演爲直接或間接錄音或錄影之行爲人，基於受詐欺或單純的引人錯誤，而使之合理的相信其有權錄音或錄影者；該行爲人如重製此一錄音或錄影，或基於上述(1)至(3)目的而進行重製者，亦屬之[160]；

對於上述(1)、(2)、(3)之目的所爲之錄音或錄影，僅基於上述條款之目的予以重製者[161]；

對於上述(4)有關公開播送目的所進行之錄音或錄影的重製物，僅基於此一條款的目的再予以重製者[162]；

對於上述(5)有關被詐欺或錯誤而爲錄音或錄影的重製物，基於以下原因而再重製者[163]：

因詐欺或單純引人錯誤，而認爲已獲得表演人同意其重製者；

僅基於上述(1)、(2)、(3)之目的

二、有關豁免錄製的例外

對於第 248 A 條第一項第 h 款所規定的豁免錄製（即基於公開播

[157] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 f 款。
[158] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 g 款
[159] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 h 款
[160] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 j 款
[161] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 k 款
[162] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 m 款
[163] 第 248 A 條 ‘exempt recording’的第 n 款

送目的所爲之錄音或錄影)，從該重製物首次播送之起時十二個月內均爲有效；但超過十二個月後，即不再與以豁免。另外，對於同項第 a、b、c、d、e、f 款所規定，有關豁免錄製的錄音或錄影，以及其重製物，如在未經表演人的同意下而供其他目的之使用，則將不再予以豁免。

三、對於私人與家庭使用的限制

雖然澳洲著作權法第 248 條第 1 項第 a 款規定，對於表演基於個人或家庭使用之目的，所爲之錄音或錄影予以豁免。但爲避免此一豁免遭使用者濫用而侵害表演人的權利，第 248D 條再予規定以下情形，將不被視爲是私人與家庭的使用目的：

(a) 銷售、出租而錄製、爲了交易之提供，或者爲了銷售或出租目的而利用；

(b) 基於銷售或其他目的而加以散布；

(c) 以銷售之方式公開使用；

(d) 播送錄音或錄影；或者

(e) 使錄音或錄影得以爲公眾收看或收聽。

四、未經授權使用的類型

澳洲著作權法第 248G 條規定數種於表演保護期間內，在未經表演人之授權而爲時，構成對於表演的未經授權使用：

1. 對於表演爲直接或間接的錄製（第 1 項第 a 款）；

2. 播送或再播送表演，不論係直接對現場表演爲之，或者對未經授權的錄製爲之（第 1 項第 a 款）；

3. 明知或可得而知爲一未經授權的錄製時，對於該表演的錄製加以重製（第 2 項第 a 款）；

4. 對於表演的豁免錄製(exempt recording)進行重製，行爲人並明知或可得而知該重製並非豁免錄製者（第 2 項第 b 款）；

5. 供配音之使用，而重製已經授權之表演錄音，行爲人並明知或可得而知錄製並未在該使用或其他配音目的之授權範圍內（第 2 項第 c 款）；

6. 基於以下之目的，持有表演之錄製（第 2 項第 d 款）：

銷售、出租，或以交易方式提供或使之交易或銷售；或

基於交易之目的，或基於其他足以影響表演人之財產利益的目的而散布；

行爲人並明知或可得而知該錄製係一未經授權的錄製。

7. 對於明知或可得而知係一未經授權的錄製，進行銷售、出租，或以交易方式公開使用，或供銷售或出租而提供或利用一表演的錄製（第 2 項第 e 款）；

8. 基於交易或其他足以對表演人財產利益造成不利影響的目的，散布表演之錄製，且行爲人明知或可得而知該錄製未經授權（第 2 項第 f 款）；

9. 基於以下之目的，輸入表演之錄製物進入澳洲（第 2 項第 g 款）：

(i) 銷售、出租，或以交易方式提供或使之交易或銷售；或

(ii) 基於交易之目的，或基於其他足以影響表演人之財產利益的目的而散布；

行爲人並明知或可得而知該錄製係一未經授權的錄製。

10. 使表演的錄製爲公眾所聽或看，且行爲人明知或可得而知該錄製係未經授權（第 2 項第 h 款）。

不過，第 248G 條第 3 項規定，如果使用者係播送或再播送一經授權的表演錄製物，即便此一播送或再播送的行爲，並未經表演人的授權，並非對表演進行未經授權的使用。最後，本條第 4 項規定，有關本條之適用，必須系爭行爲是在澳洲境內爲之。

五、基於播送目的而重製錄音之特別規定

澳洲著作權法第 248H 條規定，對於基於配音之用而重製表演的錄音，雖然依據第 248G 條第 2 項第 c 款之規定，是一對表演的未經授權使用，不過，如果對於表演錄音的重製，只是爲了在播送中使用該重製物，將不再被視爲是對於表演的未經授權使用。換言之，基於播送之用而重製表演的錄音，雖未事先獲得表演人的同意，仍是允許的。

不過，對於上述進行重製之人的身份，必須有所限制，以免適用範圍過於廣泛。同條第 2 項即規定，對於非「播送者對於表演的重製」或者非「播送者基於播送目的而再加以重製數份」的情形，不得適用第 1 項之規定。

此外，如果表演的重製物，在依據第 1 項播送之目的而首次使用起 12 個月內，受到毀損或經澳洲檔案處(Australian Archives)處長之同意，送交澳洲檔案處；或者在此一期間結束前已經重製者與表演人同意者，也是允許的。至於送交澳洲檔案處之錄音重製物，必須經由該處處長認定具有「特殊的記錄性質」(exceptional documentary character)時，才得以爲之（第 4 項規定）。

六、表演人對於未授權使用之訴訟

爲了保障表演人的權利，澳洲著作權法第 248J 條規定，表演人得以對其表演的未經授權使用，提起訴訟（同條第 1 項）。法院得對於此一訴訟的救濟，包括頒佈禁制令與損害賠償（同條第 2 項）。又法院在判斷是否構成表演的未經授權使用時，除需判斷系爭行爲是否構成未經授權的使用外，法院尚可斟酌：(1)該使用是否惡名昭彰(flagrancy)；(2)因系爭使用行爲，而使被告獲利；以及(3)其他相關事實。法院並且可以在衡量表演人所受之損害情況，裁定給予其他的損害賠償。

貳、小結

爲了有助於瞭解澳洲著作權法對於表演人的保護，以下擬針對「須經表演人同意」與「無須經表演人同意」的行爲類型，歸納整理如下：

須經表演人同意	無須經表演人同意
Ⅰ、錄製(recording)	
1. 對於表演的直接錄製：§ 248P (1) 、§248G	§248A (1) 豁免錄製： (a)基於報導新聞或時事之目的，或與之相關；(b)基於評論之目的；(c)司法程序；(d)已獲得授權的公開播送者，基於播送之目的對於表演直接錄音或錄影；(e)受詐欺或單純的引人錯誤，而使之合理相信其有權錄製
2. 對於表演的間接錄製：§ 248P (2)、§248G	§248A (1) 豁免錄製： 基於以下目的：(a)個人之私人與家庭使用之目的（有除外規定 §248D ）；(b)學術研究使用之目的；(c)教育機構基於其教育之目的，或其他教育機構之教育目的；(d)協助盲人的目的；(e)協助智能不足者之目的；(f)基於報導新聞或時事之目的，或與之相關；(g)基於評論之目的；(h)司法

	程序；(i)受詐欺或單純的引人錯誤，而使之合理相信其有權錄製
Ⅱ、公開播送 (broadcasting)	
3. 對於表演之公開播送或再公開播送（不論是現場表演或未經授權的錄製）：§248P (3)、§248G	
4. 明知或可得而知係未經授權的錄製，仍使公眾聽或看：§248P (5)	
Ⅲ、重製 (Copy)	
5. 明知或可得而知係未經授權，而以印刷或錄製設備加以重製或錄製：§248P (6) 、§248G	
§248 C 豁免錄製之停止： (a)基於公開播送目的所爲之豁免錄製，自該重製物首次播送起超過十二個月，即不再豁免；(b)對於豁免錄製之錄音或錄影，及其重製物，供其他目的之使用時，即非豁免之對象	§248A (1) 豁免錄製： (a)公開播送者重製所播送之表演的錄音或錄影；(b)受詐欺或單純引人錯誤，而誤認有權錄製者，其重製該錄音或錄影；(c)對於符合豁免錄製要件的錄音或錄影，再予重製
對於表演的豁免錄製加以重製，且行爲人明知或可得而知該重製不符合豁免錄製的要件：§248G	
	基於播送目的而重製表演的錄音：§**2 48H** ，但必須符合以下要件：(a)行爲人限於播送者，或

	者(b)播送者基於播送目的而重製數份
Ⅳ、持有	
§248G 行爲人明知或可得而知該錄音或錄影未經授權，而基於以下目的：(a)銷售、出租或以交易方式提供，或使之交易或銷售；(b)交易或足以影響表演人財產利益的目的而散布	
Ⅴ、散布	
§248G 行爲人明知或可得而知該錄音或錄影未經授權，而基於交易或其他足以對表演人財產利益造成不利影響的目的	
Ⅵ、輸入	
§248G 行爲人明知或可得而知該錄音或錄影未經授權，而基於(a)銷售、出租，或以交易方式提供或使之交易或銷售；或(b)基於交易之目的，或基於其他足以影響表演人之財產利益的目的而散布	
Ⅶ、聽或看	
§248G 使表演的錄製爲公眾所聽或看，且行爲人明知或可得而知該錄製係未經授	

權	
附註：上述編號 1-5 之行爲類型，得處最高 550 處罰單位(penalty unites)，或科/併科最高五年自由刑	

第七章　中國大陸對表演人之保護

壹、與著作權有關的權益

依據 2001 年 10 月 27 日公布之「著作權法」，中國大陸將表演者與圖書出版者、錄音錄影製作者、廣播電臺、電視臺之權利義務合併規範於第四章。體例上與著作權人之保護分離。另依據 2002 年 9 月 15 日實施之「著作權法實施條例」（下稱實施條例）第二十六條規定，出版者對其出版的圖書和期刊的版式設計享有的權利，表演者對其表演享有的權利，錄音錄影製作者對其製作的錄音錄影製品享有的權利，廣播電臺、電視臺對其播放的廣播、電視節目享有的權利，爲著作權法與該條例所稱之「與著作權有關權益」。

然而，部份表演形式，卻被列爲著作之類型之一，例如相聲、快書、大鼓、評書等以說唱爲主要形式表演，依曲藝作品保護（著作權法第三條第一項第三款，實施條例第四條第一項第五款）；雜技、魔術、馬戲等通過形體動作和技巧表現之作品，依雜技藝術作品保護之（著作權法第三條第一項第三款，實施條例第四條第一項第七款）。由於曲藝和雜技藝術作品在著作權法第三條第一項第三款，與舞蹈、戲劇、音樂作品並列，立法者似乎認爲其表現著作內容形式之方式一致或類似。此由報章報導之立法背景稱「雜技造型具有創造性」，亦可窺見：「兩個月前召開的九屆全國人大常委會第二十次會議曾對著作權法草案進行了初審。有立法人員提出，中國雜技在世界上享有很高的聲譽，雜技造型具有創造性，應明確規定爲著作權保護的客體。因此，全國人大常委會法律委員會建議在著作權法保護的作品中增加雜技藝術作品。」[164]

---

[164] 中新社北京 2001 年 4 月 24 日電記者譚宏偉，中國將雜技藝術作品納入著作權法保護內容，

綜上所述，中國大陸對於表演者之保護，並非如同我國著作權法概以著作權保護之，而係雙軌並行：曲藝說唱與雜技表演受著作權保護，其他表演則受「與著作有關權益」之保護。[165]

貳、表演者與表演之意義

中國大陸著作權法第三十六條規定,「使用他人作品演出,表演者(演員、演出單位）應當取得著作權人許可，並支付報酬。演出組織者組織演出，由該組織者取得著作權人許可，並支付報酬。」由本條之括弧註記觀之，表演者爲演員與演出單位。實施條例第五條第六款亦規定：「表演者，是指演員、演出單位或者其他表演文學、藝術作品的人。」由此可知，中國大陸對於表演者之保護，並非以親自參與表演之人爲限，尚包含其所屬之單位，而具有組織投資保護的特質，較國際條約（如羅馬公約、TRIPS 或 WPPT）之保護範圍更大。

表演人係演出「文學、藝術作品」。對照著作權法第三條定義「作品」包括文學、藝術和自然科學、社會科學、工程技術等作品，則此處是否有限縮表演內容之意，比如是否針對社會科學作品之演出不構成表演？

---

http://chinalawinfo.com/fzdt/xwnr.asp?id=316

[165] 曲藝表演與雜技表演，在中國大陸以獨立之著作類型，受著作權保護。依據我國法，曲藝表演，如果是即興創作，就演說的部份，可能構成口述著作；就演唱的部份可能構成音樂著作。如演說、演唱加上動作合併觀察具有整體性，則可能構成戲劇著作。如果曲藝表演並非即興創作，而是對演出既有劇本，則演出者爲第七條之一對既有著作或民俗創作之表演人，其表演，以獨立著作保護之。就非即興之曲藝表演，我國與中國大陸均給予著作權保護。

雜技表演之動作造型可能具有新穎性。但通常屬於體能之展現，難以認爲可透過其單一或連續性動作，傳達演出者之個人精神特質。由於欠缺創作性，依我國法不能受到著作權法保護。如於例外情況，雜技表演除體能表現之外，尚能傳達表演人之個性，則可以舞蹈著作保護之。另由於雜技表演並非對既有著作或民俗創作之演出，依我國法亦不能取得表演人之保護。

此外，中國大陸以「與著作權有關權益」來保護表演人，可以避免如我國以著作權保護之立法型態，產生是否以創作性爲保護要件爭議的問題。

原則上應採否定說。對照 Art. 3 (a) Rome Convention and Art. 2 (a) WPPT 之規定，實施條例對表演者之定義，應係參酌此二國際條約。而此二國際條約對於「文學藝術作品」係採取廣義解釋，即包含所有得受著作權保護之著作。雖然中國大陸並非該等國際條約之締約國，但應無爲違反國際趨勢解釋之理由。爲避免誤會，此處實有文字諧和修正之必要！

又 Art. (a) WPPT 中另規定對"expressions of folklore"之表演亦予以保護。中國大陸著作權法第六條規定，民間文學藝術作品的著作權保護辦法由國務院另行規定。迄今該規定仍未制訂，因此就此部份之表演人保護仍不明確。

關於外國人、無國籍人之表演，依據實施條例第三十三條第一項規定，其於中國境內的表演，依著作權法保護。其於境外之表演，則依同條第二項規定，根據中國參加的國際條約對其表演享有的權利，受著作權法保護。

實施條例僅定義表演者，對於表演之定義則未規定。

參、表演者之權利

第三十七條規定，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）許可他人錄音錄影，並獲得報酬；

（五）許可他人複製、發行錄有其表演的錄音錄影製品，並獲得報酬；

（六）許可他人通過資訊網路向公眾傳播其表演，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。

第三十八條第一項規定，本法第三十七條第一款第（一）項、第（二）項規定的權利的保護期不受限制。同條第二項規定，本法第三十七條第一款第（三）項至第（六）項規定的權利的保護期爲五十年，截止於該表演發生後第五十年的十二月三十一日。

一、人格權益

第三十七條第一項、第二項的權利，係屬權利人之人格權益。此一規定，符合 WPPT 第五條第一項之規定。且其保護依第三十八條第一項，無時間限制。即經濟權利保護期間經過後，仍受保護。唯是否保護權利人死亡後之人格權益，則有疑義。

同屬人格權益的保障，針對作者之保護，規定在著作權法第二十條。其規定之形式與第三十八條第一項相同，即該權利之保護期不受限制。[166] 但針對作者的權益，另於實施條例第十五條規定，作者死亡後，其著作權中的署名權、修改權和保護作品完整權由作者的繼承人或者受遺贈人保護。著作權無人繼承又無人受遺贈的，其署名權、修改權和保護作品完整權由著作權行政管理部門保護。對於表演者卻無類似之規定。

此一漏未規定，就係立法者有意地使人格權益隨權利人死亡而消滅，或爲立法者之疏漏，仍有待觀察。無論採取何種見解，均符合 WPPT 第五條之規定，即是否保護權利人死亡後之人格權益，由各國自行決定之。

二、經濟權益

第三十七條賦予表演者之權利性質上爲專屬權，並非單純之報酬請

[166] 著作權法第二十條：「作者的署名權、修改權、保護作品完整權的保護期不受限制。」

求權。

首先，對於現場表演有權許可他人爲無形之利用即直播和公開傳送，以及爲有形之錄音錄影（三十七條第三、四款）。此與 WPPT 第六條規定相當。

其次對於已固著之表演，複製、發行錄影錄影製品，應取得權利人許可。此乃對權利人重製權、散布權之規定（三十七條第五款）。與 WPPT 第七、八條相較，中國大陸著作權更進一步將保護擴及於錄影製品之保護。

對於已固著表演，另賦予通過資訊網路向公眾傳播其表演之權利（三十七條第六款）。此一規定應係規範 WPPT 第十條 Making available Right。但由於本條並未採取如作者之「信息網絡傳播權」[167]相同之用語，亦未如 WPPT 第十條或「信息網絡傳播權」限定此種傳播方式僅限於「公眾在其個人選定之時間和地點獲得作品」之情況。因此，Webcasting，即利用網路從事廣播的情況，仍爲本條語意所涵蓋，其範圍之解釋仍有待觀察司法判解發展。

至於廣播已固著之表演，則未規定。亦即，表演人對此不得主張權利。

上述經濟權益，其保護期限依第三十八條第二項規定爲五十年，截止於該表演發生後第五十年的十二月三十一日。此一規定與 WPPT 第十七條保護期間自表演固著於錄音物時之年底起算五十年相當。因對於已固著表演之保護，其固著與表演理論上不可想像不同時發生。

---

[167] 著作權法第十條（十二）：資訊網路傳播權，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。

三、權利限制

表演者權利之限制依著作權法第二十二、二十三條與著作權之限制相同。在體例上，採取窮盡列舉之立法方式，並無概括條款之規定。

除爲九年制義務教育和國家教育規劃編寫出版之教科書之利用，使用人應給付報酬外[168]，其餘之利用可不必支付報酬，但應當指明表演者姓名、表演名稱，並且不得侵犯表演者依照本法享有的其他權利。且得使用之表演，限於已經發表之表演。[169]其使用之目的如第二十二條，以下摘錄與表演有關之部分：

（一）爲個人學習、研究或者欣賞；

（二）爲介紹、評論某一作品或者說明某一問題，在作品中適當引用；

（三）爲報導時事新聞，在報紙、期刊、廣播電臺、電視臺等媒體中不可避免地再現或者引用；

（四）報紙、期刊、廣播電臺、電視臺等媒體刊登或者播放在公眾集會上發表的講話，但聲明不許刊登、播放的除外；

（五）爲學校課堂教學或者科學研究，翻譯或者少量複製已經發表的表演，供教學或者科研人員使用，但不得出版發行；

（六）國家機關爲執行公務在合理範圍內使用已經發表的表演；

（七）圖書館、檔案館、紀念館、博物館、美術館等爲陳列或者保存版

---

[168]中國大陸著作權法第二十三條：

「爲實施九年制義務教育和國家教育規劃而編寫出版教科書，除作者事先聲明不許使用的外，可以不經著作權人許可，在教科書中彙編已經發表的作品片段或者短小的文字作品、音樂作品或者單幅的美術作品、攝影作品，但應當按照規定支付報酬，指明作者姓名、作品名稱，並且不得侵犯著作權人依照本法享有的其他權利。

前款規定適用於對出版者、表演者、錄音錄影製作者、廣播電臺、電視臺的權利的限制。」

[169] 實施條例第二十條規定，著作權法所稱已經發表的作品，是指著作權人自行或者許可他人公之於眾的作品。此條規定雖未不包含已經發表之表演，但依著作權法二十二條第二項、二十三條第二項將著作權之限制準用於表演之意旨，此處應認得類推適用之。

本的需要，複製本館收藏的表演；

（八）將已經發表的表演改成盲文出版。

關於著作權之合理使用，在中國大陸著作權法並未規定如同 TRIPS 第十三條之三步原則，而另規定於實施細則第二十一條：「依照著作權法有關規定，使用可以不經著作權人許可的已經發表的作品的，不得影響該作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益。」。

肆、權利侵害之救濟

關於權利侵害之救濟，將侵權行爲區分二個等級。第四十六條所規定之侵權行爲，僅能主張民事責任。第四十七條所規定之侵權行爲，則除民事責任爲，尚可追究行政責任，並另依法追訴刑事責任。即著作權法並無刑事處罰規定。

第四十六條第一項第十款規定，未經表演者許可，從現場直播或者公開傳送其現場表演，或者錄製其表演的，應當根據情況，承擔停止侵害、消除影響、賠禮道歉、賠償損失等民事責任。

對於未經表演者許可，複製、發行錄有其表演的錄音錄影製品，或者通過資訊網路向公眾傳播其表演的，除本法另有規定的除外（第四十七條第三款）；未經著作權人或者與著作權有關的權利人許可，故意刪除或者改變作品、錄音錄影製品等的權利管理電子資訊的，除法律、行政法規另有規定外（第四十七條第七款），依第四十七條規定，應當根據情況，承擔停止侵害、消除影響、賠禮道歉、賠償損失等民事責任；同時損害公共利益的，可以由著作權行政管理部門責令停止侵權行爲，沒收違法所得，沒收、銷毀侵權複製品，並可處以罰款；情節嚴重的，著作權行政管理部門還可以沒收主要用於製作侵權複製品的材料、工具、設備等；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

關於損害賠償額之計算，依第四十八條，侵權人應當按照權利人的實際損失給予賠償；實際損失難以計算的，可以按照侵權人的違法所得給予賠償。賠償數額還應當包括權利人爲制止侵權行爲所支付的合理開支。權利人的實際損失或者侵權人的違法所得不能確定的，由人民法院根據侵權行爲的情節，判決給予五十萬元以下的賠償。

第八章　結論：立法建議

經探討國際條約與主要國家立法例後，針對我國著作權法制對表演人保護應予調整或修正處，本研究擬提出立法建議如下表。惟須注意者，除下述立法建議表之外，關於表演人之保護，尚應考慮下列事項：

壹、允許以團體方式具名（德國著作權法第七十四條第二數人共同從事表演的情況，於姓名表示時，應考慮亦項）。其彼此之關係，可依情況準用第八條、第十九條、第四十條之規定。

貳、於表演人之財產權應得準用第三章第四節第三款著作財產權之讓與、行使及消滅。即表演人得將權利讓與、授權他人利用。在羅馬公約、歐盟指令中，若表演人同意表演於電影中使用，可能受到權利排除或擬制授權之不利益。承前所述，鑑於我國表演人弱勢之經濟地位，應考慮不採取類似之措施，以強化其締約能力。

參、關於侵權行爲之責任，可考慮準用第八十四至八十六條，第八十八條至九十條之。至於刑事責任，則應通盤考量與著作權侵權行爲間之衡平性。於中國大陸、澳洲、日本、德國均有刑罰規定。

肆、WPPT 第十八、十九條要求各國制止規避技術保護措施與權利管理電子資訊。就權利管理電子資訊，著作權法第八十條之一之規定，可準用之。然對於科技保護措施迴避之防範措施，則尚未建立，此部份規劃未來應注意對表演人之保護。

現行條文	建議	理由
	第八章 表演人權利	一、 本章新增 二、 參酌下列國際條約之標題：（1）TRIPS 第十四條：Protection of Performers, 此一標題亦爲羅馬公約全稱之一部份；(2) WPPT CHAPTER II: RIGHTS OF PERFORMERS。重點在保障表演人之權利，故定名爲表演人權利。 三、 參酌英國 CDPA1988 立法例，該國雖將羅馬公約、TRIPS 或 WPPT 中以臨接權保護之 Sound recordings 錄音與 Broadcasts 廣播列爲著作類型之一（第五、六條），但將表演人權利以及表演錄製人之權利另立於獨立之第二部份 Part II。是故，在我國全面性引進臨接權制度之前，基於表演人權利於保護要件、範圍、保護期間與權利限制之特殊性，亦應於著作權規定之後，另立獨立之章節保護。 四、 WPPT 與 TRIPS 原則上僅將權利賦予有聲表演及錄音製品所錄製之表演。建議將此保護擴及影音表演。因影音錄製物中表演人所爲之貢獻，不應受到歧視性對待。歐盟、日本、澳洲對於表演人經濟利

		益之規範，及於影音錄製物之表演，可資參考。 五、 本章規範包含著作人之人格權利與財產權利。歐盟、日本、澳洲並未於著作權法中規定人格權利之保護。但，基於 WPPT 第五條之要求，建議加入人格權之保護。
第七條之一 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。 表演之保護，對原著作之著作權不生影響。	第一百零四條之一（表演人之定義） 本法所稱表演人指演員、歌唱家、音樂家、舞蹈家及其他以演出、歌唱、演講、朗誦、演奏、表現等方式表演著作或民俗創作之人。	一、 本條新增。 二、 參照 Art. 2(a) WPPT。 三、 日本法將「指揮表演或導演之人」明示列入表演人之定義中（第二條第一項第四款）。但本條對於表演之形式並非窮盡列舉，凡是具有對於表演有藝術上貢獻者（künstlerisch mitwirkt 德國著作權法第七十三條）即受保護，因此，無特別明示之必要。 四、 無庸另行爲表演之定義。雖英國 Art. 180(2) CDPA1988, 日本著作權法第二條第一項第三款，澳洲著作權法第 248A 條第一項均有定義。然在本條中既已例示表演之形式，規範其定義有疊床架屋之虞。 五、 依據羅馬公約第九條允許各國將保護擴張到不是表演既有著作之藝人。明文規定保護雜技、馬戲、體操等之國家，有中國著作權法

		以雜技藝術作品之保護（第三條第一項第三款）；澳洲保護馬戲或其他類似演出，但不保護體育活動（第 248A 條第一項）；日本亦有類似澳洲之學說見解。我國是否應採取類似的擴張保護，建議主管機關另行委託市場調查，了解雜技、馬戲演出現況之後再進行評估。在此之前，本案建議維持相關國際條約之保護水準。
	第一百零四條之二（外國表演人保護） 外國人、無國籍人在中華民國管轄區域內之表演，受本章保護。 外國人、無國籍人根據中華民國參加之國際條約或協定，經立法院議決通國者，對其表演享有之權利，受本	一、 本條新增。 二、 依據 TRIPS 第一條第三項第二句，應依羅馬公約之規定，即第四條第 a,b,c 款，對外國人、無國籍人之表演給予國民待遇。然該條對於在保護國內之表演並未規範，故參考中國大陸著作權法實施條例第三十三條，新增本條規定。

	章保護。	
	第一百零四條之三（姓名表示權） 表演人對於其表演有權要求表示其本名、別名或不具名。但爲表演方法之必要，得省略之。	一、 參酌 WPPT 第五條第一項，中國大陸著作權法第三十七條第一項，德國著作權法第七十四條第一項[170]之規定新增。 二、 姓名表示權之限制，並未引用第十六條第四項之規定，因 WPPT 第五條第一項，省略姓名表示，必須是因受限表演方式所必須。
	第一百零四條之四（同一性保持權） 表演人享專有禁止他人以歪曲、篡改或其他方法改變其表演	一、 參酌 WPPT 第五條第一項，中國大陸著作權法第三十七條第二項，德國著作權法第七十五條[171]之規定新增。

[170] 德國著作權法第七十四條第一項規定：「表演人有權就其表演表示自己爲表演人，並可決定是否以及使用何種名稱。」

[171] 德國著作權法第七十五條規定：「表演人有權禁止對其表演爲妨礙其名望或聲譽之歪曲或其他損害。多數表演人共同表演者，表演人之一行使本權利時應適當尊重其他表演人。」

	致損害其名譽之權利。	
	第一百零四條之五（人格權存續期間） 前二條權利之存續期間準用第十八條之規定。	一、本條新增。 二、WPPT 第五條第二項，表演人人格權利之保護是否於死亡後繼續存續，可由各國自行定之，但保護期間不得短於財產權利之保護期間。我國給予著作人永久之人格權保護（第十八條），鑑於創作活動與表演同具精神勞動之本質，建議該規定準用於表演人之人格權。
第二十二條第二-四項 表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。 前二項規定，於專爲網路中繼性傳輸，或使用合法著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立	第一百零四條之六（錄製、重製、散布與出租） 表演人專有將其表演錄製於錄音、錄影物之權利。 表演人專有重製或專有以移轉所有權之方式散布錄製其表演之錄音、錄影物之權	一、 本條新增。 二、 本條規範表演人之有形利用權。 三、 就重製權而言，WPPT、TRIPS 延續羅馬公約之區分，將之區分爲對現場表演之錄製權與對已錄製表演之錄音物之重製權（WPPT 第六條第二項、第七條；TRIPS 第十四條第一項）。此外，WPPT 第八條賦予表演人散布權。德國著作權法第七十七條規定，亦採取錄製與重製分項規範之立法方式。日本則將此二種類型統一規範於第九十一條第一項：「表演人專有以錄音或錄影其表演之權利。」。日本的立法方式，接近現行法第二十二條第二項。然一方面爲順應國際

經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式不在此限。 前項網路中繼性傳輸之暫時性重製情形，包含網路瀏覽、快速存取或其他爲達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。 第二十八條之一第二項 表演人就其經重製於	利。第二十二條第二、三項規定準用之。 表演人專有出租表演之錄音、錄影物權利。	條約分離規定之趨勢，二方面分離錄製與重製之後，可將重製物之重製與散布權合併規定在同一項，而以表演客觀存在之態樣分項較以權利內涵分項具體，有利於人民認識，故參酌德國著作權法第七十七條[172][173]新增本條第一、二項，刪除第二十二條第二項，移列原第二十二條第三、四項爲第二、三項，並將原第三項之「前二項規定，…」改爲「前項規定…」。刪除第二十八條之一第二項。 四、 TRIPS 第十四條第四項，WPPT 第九條賦予表演人對其表演之錄音、錄影物商業性出租權。歐盟出租與出借指令將「出租」解爲直接或間接經濟或商業使用，所爲有時間限制之交付使用。「經濟與商業使用」之要件應係對應「出借」概念中之「非經濟與商業使用」。因此，不具經濟規模之一次性出租，即可能符合出租之概念。然 TRIPS 與 WPPT 強調爲商業性出租，應無意規範不具經濟規模之非商業性發生於私人間之出租。另參酌英國 Art. 184 (1)(b)CDPA1988,

[172] 德國著作權法第七十七條（錄製、重製與散布）:「(1) 表演人有將其表演錄製於錄音、錄影物之權利。(2) 表演人有重製或散布錄製其表演之錄音、錄影物之權利。第二十七條規定準用之。」

錄音著作之表演，專有以移轉所有權之方式散布之權利。 第二十九條第二項 表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有出租之權利。		德國著作權法七十七條準用二十七條，新增第三項規定，刪除第二十九條第二項。 五、 本條不採取現行法要求錄音物必須構成錄音著作，亦不要求錄影物必須構成視聽著作。因對此等著作創作性之要求，可能使表演人之有形利用權利落空，有違國際條約之保護趨勢。 六、 歐盟出租與出借指令中另賦予表演人公共出借權，各成員國可以報酬請求權方式轉換成內國法。此部份建議主管機關與著作權之修正通盤規劃，是否應引入此種權利。在此先存而不論。
第二十四條第二項 表演人就其經重製或公開播送後之表演，再公開播送者，不適用前項規定。 第二十六條第二-四項 表演人專有以擴音器	第一百零四條之七（公開傳播） 一、表演人專有下列權利： 參、 以有線或無線電方式向公眾提供其以錄音、錄影	一、 參照 WPPT 第十條，德國著作權法第七十八條第一項第一款，中國大陸著作權法第三十七條第一項第六款，修改原二十六條之一第二項表演人對於網路上互動式傳輸方式之專有權。 二、 原二十六條之一第二項法條用語「公共傳輸」定義於第三條第一項第十款，其文字與 WCT 第八條相同，應爲無線、有線廣播與網路上傳輸之上位概念，過於廣泛，故不採之。 三、 本將與網路傳輸有關之權利，區分爲「自動公眾送信權」與「送信

或其他器材公開演出其表演之權利。但將表演重製後或公開播送後再以擴音器或其他器材公開演出者，不在此限。 錄音著作經公開演出者，著作人得請求公開演出之人支付使用報酬。 前項錄音著作如有重製表演之情形者，由錄音著作之著作人及表演人共同請求支付使用報酬。其由一方先行	物錄製之表演，使該表演可爲公眾中之成員在其個人選定之地點和時間獲得。 肆、 以有線或無線電，藉聲音或影像，向公眾傳達尚未錄製之表演。但該錄製非經表演人同意，或該表演本身即爲廣播內容，不在此限。 伍、 於現場外，以螢	可能化」。表演人並無其中自動公眾送信權。割裂此兩種權利反而造成下載後權利控制喪失之疑慮，因此建議不採取。又日本對於已經同意錄製成錄影物之表演，更進一步排除其自動公眾送信權。此固有利於錄影物之應用，亦不違反 WPPT，TRIPS 之要求。但應在確保表演人可獲得報酬之前提下爲之。鑑於我國表演人弱勢之經濟地位，其平均薪資僅略高於一般受僱人平均薪資一半，宜賦予其完整之權利，強化其締約地位，故亦不建議採取日本之立法方式。 四、 就尚未錄製固著之表演，表演人依據 WPPT 第六條第一項，TRIPS 第十四條第一項第一款，均享有完整之無線廣播、有線傳送之權利。若表演已經錄製，依 WPPT 第十五條，表演人對於以商業目的發行之表演錄音物所爲之廣播或用於對公眾之任何傳播，僅能與錄音物製作人享有一次性合理報酬請求權，且各國可以保留，即不賦予報酬請求權。中國對表演錄製物之有線、無線廣播，即未給予報酬請求權。日本則著重於表演人與廣播機構間平衡的關係，於著作權法第九十四條，若表演人同意放送，其後之錄製物使用、再廣播

請求者，應將使用報酬分配予他方。 第二十六條之一第二項 表演人就其經重製於錄音著作之表演，專有公開傳輸之權利。	幕、擴音器等器材，向公眾傳達表演。 二、對於將爲商業目的發行之錄音製品直接或間接地用於廣播或用於對公眾的任何傳播，表演者和錄音物製作人應享有獲得一次性合理報酬的權利。	等均無須再取得表演人同意，但應廣播機構應依據該條第二項給付報酬。又九十五條第一項規定，廣播機構廣播時如使用商業用錄音物，應對表演人給付報酬請求權。非廣播機構之其他使用人則無支付報酬義務。反之，支付報酬義務在歐盟出租與出借權指令第八條第二項爲強制規定，凡利用商業錄音物爲有線、無線廣播，表演人享有報酬請求權。澳洲以表演之錄製是否經過授權區分，對於未經授權之錄製，其廣播或轉播都應取得表演人同意，對於基於授權所爲之錄製，則無報酬請求權之規範。 五、 現行法關於公開播宋、公開演出與公開傳播之概念，有另行通盤檢討之必要。在此之前，建議就表演人部份，另行規定明確用語，以避免滋生疑義。 六、 於第一項，規範 WPPT 第十條要求賦予表演人線上傳輸利用方式之專屬權（建議案第一項第一款），以及 WPPWPPT 第六條要求賦予未固著表演，且非廣播本身內容之表演，全面性無線與有線廣播權，即對不在表演現場（含播放影、音錄製品之現場）者，以有線、

		無線（建議案第一項第二款）、擴音視聽器材（建議案第一項第三款）而爲傳播。第二項係針對 WPPT 第十五條報酬請求權之規定。
第三十四條 攝影、視聽、錄音及表演之著作財產權存續至著作公開發表後五十年。 前調但書規定，於前項準用之。	第一百零四條之八（財產權存續期間） 前二條之權利存續至錄製之年年終起算五十年。	一、 修改現行法第三十四條。 二、 按第三十四條以「公開發表」爲起算時點，包含現場表演與發行錄製物的情況。對於未經同意之錄製，其計算時間，依據羅馬公約第十四條應認爲是未經錄製之表演，自表演時當年年終起算。錄製通常與現場表演於同一時間進行，因此，改依 WPPT 第十七條規定，且將本條之「錄製」解爲包含經同意或不同意之錄製，亦予事實無相背離。故建議依據 WPPT 第十七條定之。
	第一百零四條之九（財產權之限制） 第一百零四條之六與第一百零四條七之權利限制，準用本法第三章第四節第四款之規	一、 本條新增。 二、 羅馬公約列舉權利限制條款、TRIPS 允許各國擬定符合羅馬公約之條款。但於 WPPT 第十六條第一項，則採取較爲簡潔之立法方式，即允許各締約國將對著作權所規定相同種類之權利限制或例外，準用於表演人之權利。第二項規定，締約國之權利限制應符合三步測試原則：一、特殊情況，二、不與錄音物之正常利用相牴觸、三、

	定。	不得不合理地損害表演人或錄音物製作人合法利益。德國法第八十三條，中國大陸著作權法第二十八條，亦採用此種著作權限制全部準用條款。 三、 鑑於我國第三章第四節第四款對著作財產權詳細列舉合理使用情況，並有六十五條之判斷準則，足以因應可能產生新的利用行為，而合理調整權利人與使用人間之利益，故建議全面準用於表演人之保護，並有益於提升立法效率。