

# 美國「公開表演權」 (public performance right) 問題之研究

葉茂林 撰

## 前言

我國著作權法中關於「公開播送」之規定內容，其定義與國際公約之規定似有所不同（容後詳論），而易生疑義；且在解釋上，「公開播送」常與著作權法中有關「公開上映」、「公開演出」等定義發生混淆；而司法機關歷年來在審理實際案件時，亦常將前開三種利用方式之定義及要件加以混淆。我國著作權主管機關內政部著作權委員會雖曾就「公開播送」等名詞之定義加以解釋，唯其解釋是否與伯恩公約中有關「公開播送」之定義相符合，殊值研究。而在實務上，就車站、機場、旅館、三溫暖等公共場所於接收有線電視節目及衛星電視節目之訊號後、再傳送至其營業大廳及個別房間、休息處所之行爲，究竟是否屬於公開播送之行爲，法界及學界亦衆說紛紜。

就何謂「公開播送」，由於不同之定義解釋，將嚴重影響著作權人及利用人之權益，而有加以研究之必要。因此，當時著作權法主管機關「內政部著作權委員會」乃委託筆者於

1998年進行「著作權法公開播送、公開上映、公開演出之相關規定研究」。該計劃收集及分析美國、英國、日本及德國等各國著作權法就「公開播送」所作之定義及其法院之實務見解，以作為未來修法時是否修正公開播送定義之參考，並且討論未來修法時，是否仍有將「公開播送」、「公開上映」、「公開演出」等加以區別之必要。

除此之外，由於「世界智慧財產權組織」(WIPO)在1996年12月20日所通過「世界智慧財產權組織著作權條約」(The WIPO Copy-right Treaty；簡稱為WCT)與「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約」(The WIPO Performances and Phonograms Treaty；簡稱為WPPT)之中，也分別增設了與「公開播送權」有別的「公開傳輸權」(Right of Communication to the Public)及「對公眾提供著作物之權利」(Right of Making Available to the Public)等若干規定，因此，該研究報告亦對我國

是否應該將現行法中有關「公開播送」之定義及權利範圍、以符合該兩項條約之要求，加以討論。

在完成該研究報告之後，筆者因擔任「著作權法修法諮詢委員」之便，曾在著作權法現行主管機關經濟部智慧財產局所召開之會議中進行相關報告。蒙 智慧財產局諸先進之不棄，希望筆者能將報告中若干章節之內容加以整理發表，以供各界參考。筆者乃決定將該報告中關於 1996 年 12 月 WIPO 兩項條約通過之前、美國著作權法中有關「公開演出」（或稱「公開表演」）之相關規定與學說理論，以及法院之實務見解……等，加以介紹及討論。

其次，於該研究報告完成之後，美國於 1998 年通過了「1998 年音樂著作公平授權法案（Fairness In Music Licensing Act of 1998）」，特別針對「小商家」（small-business establishments）及「小本生意」（mom-and-pop establishment）等營業場所公開播放他人音樂著作作

為背景音樂之行爲，修改美國著作權法的相關規定；使得小商家在支付該法所定的「一定比例營業額」之法定使用報酬後，即得自由利用他人之電視或廣播電台播送之音樂著作。由於該法規定與研究報告中所說明之法院實務見解相同，且與筆者所作之修法建議頗為類似，故於本文之最後亦一併加以介紹討論。

於研究期間，筆者及相關工作人員雖已盡力收集及分析各項文獻資料，唯因迫於研究時間只有短短數個月，倉促寫成，故誤謬之處，在所難免，尚祈 各界先進不吝指正。

### 美國「公開表演權」規定概述

美國 1976 年著作權法第 106(4) 條規定：就文字著作、音樂著作、戲劇著作、舞蹈作品（Choreographic Works）、啞劇（Pantomimes）、電影動畫（Motion Pictures）及其他的視聽著作，著作財產權人專有“公開表演”（Perform Publicly）該作品的權利<sup>1</sup>。因此，公開演出權並不

<sup>1</sup> 17 USCA § 106(4). Exclusive rights in copyrighted works. Subject to section 107 through 120, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: .....(4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to display the copyrighted work publicly. 參見 Irwin J. Schiffres, “Exclusive Rights in Copyright Works; Exploitation of Artistic and Literary Property[ § § 70-123]”, 18 Am. Jur. 2d copyright and Literary Property § 74 (1985) (以下簡稱為 18 AMJUR COPY s 74) .

像是重製權、改作權以及散佈權一般，係適用於所有類型的著作。換言之，美國著作權法上的“表演權”（Performance Right），僅適用於前述著作權法第 106(4)條所列舉的作品，而不適用於圖片、圖形、雕塑作品及錄音著作（Sound Recordings）<sup>2</sup>。

何謂“表演”（Perform）？美國著作權法第 101 條將“表演”定義為“將著作之內容，以聲音朗誦、發表、演奏或動作舞蹈加以表達，不論直接或使用任何裝置或方法；於電影或其他視聽著作，將其音影連續出現亦同”<sup>3</sup>（to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible）<sup>4</sup>。

由此可知，上述定義實已包含了我國著作權法中「公開播送」、「公開演出」及「公開上映」之定義內容。——而根據美國著作權權威學者

Nimmer 的解釋，所謂的“裝置或方法”，則包括了“各種重製（或擴大增強）音效或視覺影像的設備，任何傳輸或增強裝置，任何種類的電子收訊系統，以及任何目前尚未使用或甚至發明的其他技術與系統。”（“all kinds of equipment for reproducing [or amplifying] sounds or visual images, any sort of transmitting or amplifying apparatus, any type of electronic retrieval system, and any other techniques and systems not yet in use or even invented.”）<sup>5</sup> 上述對表演以及裝置或方法的定義，其涵蓋範圍非常之廣；因此，利用錄音機播放一卷歌唱專輯的行為或甚至是清唱一首歌曲的行為，都會構成對作品的表演。尤有甚者，即使是單純將收音機開啓以接收電台播放的音樂節目的動作，都因為其中涉及到使用電子收訊系統（electronic retrieval system），而構成美國著作權法中的表演。（詳待後述）<sup>6</sup>

<sup>2</sup> 見 Irwin J. Schiffres 前揭文, Section 74.

<sup>3</sup> 本條文中譯文係摘錄自內政部編印「各國著作權法令彙編」，第一一六頁，中華民國七十九年出版。

<sup>4</sup> 17 USCA § 101

<sup>5</sup> 2 Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, s8.14[B], at 8-168 (1995).

<sup>6</sup> Nimmer, 前揭書, 同頁。

而所謂的“公開地”(Publicly)表演或展示, 依照美國著作權法第101條的規定, 其定義乃是指:<sup>7</sup>

- (1) 表演或展示之地點屬公共場所, 或該場所內多數人並非正常家屬或有社交關係; 或
- (2) 將表演或展示是使用任何裝置或方法, 傳播至前向所定之場所或公眾, 不論收播人屬於同時同地或於異時異地接收。

依照前述的法條定義, 一項表演不僅包含了最初的表演行為, 並且還包含了將該表演行為傳輸或傳播予公眾的行為。美國的國會報告中即指

出, 歌手對著觀眾唱歌之行為屬於表演, 而廣播電台傳送表演的內容(不論是現場或錄音播送), 地方電台轉播聯播網的節目, 以及有線電視台將電視台播送的節目、以再傳輸的方式提供收視戶觀賞的行為皆屬於表演, 並且上述表演皆屬於「公開表演」。<sup>8</sup>

### 美國法院就旅館、餐廳等公共場所播放音樂是否侵害「公開表演權」之實務見解

美國1976年著作權法修正前之法院見解

<sup>7</sup> 本條文中譯文係摘錄自內政部編印「各國著作權法令彙編」, 第一一七頁, 中華民國七十九年出版。其原文為 17 USCA § 101. Definitions: To perform or display a work “publicly” means -

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

<sup>8</sup> House Rep. No. 94-1476, p. 63, noting that a singer performs when singing a song, a broadcasting network performs when it transmits the performance, whether live or

on record, a local broadcaster performs when it transmits the network broadcast, and a cable television system operator performs when it retransmits the broadcast to its subscribers, and all such performances are public: although an individual performs when he plays a phonograph recording, such a performance is private and not public.

不過，旅館、三溫暖、餐廳或一般小商家等公共場所接收廣播電台或電視台所播放的音樂節目或電視節目，藉以提供其顧客良好的休憩及用餐、購物環境的行為，是不是構成“公開表演”的行為呢？在一九七六年美國修法增定著作權法第 110(5) 條之前(法條內容詳待後述)，美國聯邦法院在審理 *Fortnightly Corp. v. United Artists Television, Inc.*<sup>9</sup> 一案時，持否定見解。在該案中，被告 *Fortnightly* 為一家有線電視公司，它涉嫌將原告所有的電影節目加以接收，而再傳送到西維吉尼亞的兩個社區。聯邦最高法院在審理該案時，採取所謂的“功能性的標準”(Functional Test)，而指出如欲決定被告是否侵害他人的著作演出權，其關鍵在於判斷該有線電視公司於整個電視節目播送與接收的過程當中，所扮演的功能為何(“the functional test depends upon a determination of the function that is played by [cable television] in the overall process of telecasting and

reception.”<sup>10</sup>)。最高法院進一步指出：「觀看電視節目的行為，乃是廣播者與收視者共同行為的結果。…從某一個角度來看，電視節目的播送者所做的工作，遠比放映電影的人或舞台劇的表演者為少；因為，電視節目的播送者提供給觀眾的並不是立即可收看的影像，而只不過是電子訊號罷了。相反而言，觀眾所做的，遠比劇院裡觀賞戲劇表演的觀眾為多；因為觀眾必需要提供設備，以將電子訊號轉為可以聽的到的聲音與可看的影像…。因此，廣播者的確有所謂「表演」的行為，但觀眾則無。在這個情況下，廣播者會被視為是積極的表演者，而收視者充其量只是消極的受益者。(“Television viewing results from combined activity by broadcasters and viewers....The television broadcaster in one sense does less than the exhibitor of a motion picture or stage play: he [or she] supplies his [or her] audience not with visible images but only with electronic signals. The viewer

conversely dos more than a mem-ber of a theater audience: he

[or she]

<sup>9</sup> 392 U.S. 390 (1968).

<sup>10</sup> 500 F.2d at 134.

provides the equipment to convert ele-ctronic signals into audible sound and visible images....Broadcasters perform. Viewers do not perform ....One [broadcaster] is treated as active per-former; the other [viewer], as passive beneficiary.” )<sup>11</sup> 基於上述的邏輯推演，法院認定 Fortnightly 的行為頗類似觀眾的收視行為。因為，Fortnightly 營業行為的最主要目的，乃是增強其消費者接收訊號的能力，而並非直接的將任何訊號播送到住家之中；故而，其行為並非著作權法定義中的表演行為，因此不構成著作權的侵害。

而在 Twentieth Century Music Corp. v. Aiken<sup>12</sup> (以下簡稱本案為 “Aiken” ) 一案中，被告在其經營的速食店內裝置了單一收音機和四個分離式的喇叭，並接收電台的音樂節目作為背景音樂以娛顧客，由於這些音樂中包括了幾首「美國作曲家、作者及出版家協會」(American

智慧財產權 89.05

Society of Composers, Authours and Publishers; 以下簡稱為 “ASCAP” )會員擁有著作權的歌曲，而被 ASCAP 提起訴訟，主張被告侵害其作品的表演權。針對開啓收音機的行為是否構成表演的爭議，美國聯邦最高法院在審理本案時，採用了所謂的“功能性的測驗”標準 (functional test)，認定被告僅是單純地“提供設備以將電子訊號轉換成人們能聽懂的聲音”(provided equipment to convert electronic signals into audible sound)，從而認為被告在餐廳內單純開啓收音機的行為，充其量只類似於收視者 (viewer) 之地位，而並不能算是著作權法定義中的表演。

法院指出：如果判定一個收聽廣播者的收聽行為是一種表演，則會因為下列兩項理由而發生不公平的結果。首先，處於像被告這樣處境的人，除了將收音機關掉之外，將無法使自己不被科處侵害著作權之責；因為，就算他從 ASCAP 取得授權，但

由於電台所播放的音樂曲目繁多，除了 ASCAP 會員的音樂之外，必定包括了其他著作權人的樂曲，而收聽者並無從預見或控制電台播送其他權利人的樂曲。其次，如果將打開收音

<sup>11</sup> 392 U.S. at 398.

<sup>12</sup> 422 U.S. 151 (1975).

機供顧客聆聽音樂的行為解釋為“演出”，則勢必使得著作權人就其作品的單一公開表演行為，可以同時重覆地取得授

權金；如此地榨取重覆的授權費用，已超出了著作權法原有賦予著作權人經濟保障的範疇。

誠如美國聯邦最高法院大法官 Stewart 在 Aiken 一案判決中所說，『人們只要想像一下在我們的國家之中，早有無以計數的商家在其營業處所內擺設收音機設備，就能夠理解到如果著作權人想要公正無私地和這其中的某些商家洽談授權事宜，將會是一件無法做到的事；……而如果本院認定那些和 Aiken 立於相同處境的人都侵害了他人的著作權，將來在實際執行上也會有所困難。』<sup>13</sup> 此外，法院特別指出，原告並未證明他們無法從廣播機構之處，以全體收聽廣播的聽眾數目為基礎，取得足夠的授權金。而相反地，被告卻提出證明，指出原則上著作權人都能夠從播放其著作之廣播機構的整體廣告收入中，收取一定比例的權利金。而廣

播者的廣告收入，即反應了收聽者的全體數目，且該全體數目當然包涵了在公眾場所收聽廣播者在內。因此，法院認為：著作權人從廣播電台所收取的播放音樂授權金已足，因此已無再向一般小商家收取額外授權費用的必要<sup>14</sup>。基於上述的考量，因此法院認定被告單純開啓收音機的行為，並不構成著作權侵害。

美國 1976 年著作權法修正後之法律見解

美國 1976 年著作權法第 110(5) 條“小商家免責規定”

對於美國最高法院這項判決，美國國會雖然支持其結論，但對於法院認定‘開啓收音機收聽的行為不構成表演’的推論並不表同意。美國國會認為：類似的收聽廣播行為，應該已經侵害了著作權；只不過

- <sup>13</sup> Aiken 判決主文, 422 U.S. at 162. 其原文為” One has only to consider the countless business establishments in this country with radio... sets on their premises...to realize the total futility of any evenhanded effort on the part of copyright holders to license even a substantial percentage of them.” 及 “practical unenforceability of a ruling that all of those in Aiken ’s position are copyright infringers.”
- <sup>14</sup> Peggy H Luh, 711 PAY OR DON ’T PLAY : BACKGROUND MUSIC AND THE SMALL BUSINESS EXEMPTION OF COPYRIGHT LAW, 16 Loy. L.A. Ent. L.J. 711, at 717-718.

，考量到一般小商家營業的實際狀況，應將此等行爲列爲免責事由 (exemption)。因此，美國國會乃於 1976 年修正著作權法時，增列了第 110 條第 5 項所謂的“小商家使用家用接收器” (the use of home-style receiving apparatus by small commercial establishment) 的免責規定，以限制著作物所擁有的公開表演權。<sup>15</sup> 此項規定，也被稱作“小商家免責規定” (small business exemption)。<sup>16</sup> 而除了此項規定以外，第 101 條~~中~~其它各項條款規定，也對於在非營利性教育機構中「面對面教學」時將作品演出、在宗教性集會場合因儀式需要而演奏之行爲、一般唱片行爲推銷其所販賣錄音帶而播放歌曲行爲與傳輸作品的相關行爲，以明文對作者的公開表演權加以限制。<sup>17</sup>

美國國會的報告中指出，類似 Aiken 一案中的小商家，如果僅僅是將一般家用的接收器加裝在其營業處所，而基於現實考量，其營業處所面積並未大到足以要求該商家使用商業背景音樂提供者的服務，則此等商家的公開演出行爲應可免責。不過，如果業者所加裝的並非家用的接收器，或是業者將其收聽的廣播向公眾進行再傳輸 (retransmission)，則此等業者無法免責。<sup>18</sup>

美國著作權法第 110 條之規定爲：左列情節，不侵害第 106 條所定之著作權..... (5) 含有著作表演或展示之播送節目，其播送如爲供家庭單獨接收器收聽 (視)，且無下列情節者：

(A) 因接收節目而需直接付費者；或

(B) 接收節目並再轉播至公眾者。<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Peggy H Luh, 前揭文, P.718.

<sup>16</sup> 同前註.

- 17 因相關條文過於冗長，並且與本研究案主要研究課題無關，因此恕不贅述。
- 18 H.R. Conference Report No. 94-1733, 94<sup>th</sup> Cong, 2d Sess. 75 (1976).
- 19 本條文中譯文係摘錄自內政部編印「各國著作權法令彙編」，第一二四頁至第一二五頁，中華民國七十九年出版。17 USCA § 110. Limitations on exclusive rights: exemption of certain performances and displays: Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright.....(5) communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless-
- (A) a direct charge is made to see or hear the transmission; or
- (B) the transmission thus received is further transmitted to the public;

依照上述規定，旅館、三溫暖、餐廳或一般小商家等公共場所接收廣播電台所播放的音樂節目，藉以提供其顧客良好的休憩及用餐、購物環境的行為，如果該等商家所使用的是一般家庭常用的視聽接收設備，則不至於侵害著作權人的公開表演權。該項條文之所以如此規定，乃是為了在‘保障著作權人就其所做的公開表演獲得合理報酬’及‘考量一般小商家為提供舒適良好的購物用餐環境的心態’的兩種利益衝突中取得平衡。

雖然“小商家”(small business establishments)等文字並未見於法條明文之中，而非法定構成要件之一，但美國國會報告中曾明白指出，應判斷商家的營業處所及營業額的規模大小，以決定其是否應當與類似 Muzak<sup>20</sup> 這樣的商業音樂提供業者簽約，由其提供播放營業處所的背景音樂。<sup>21</sup> 國會報告並進一步指

出，在判斷一般商家播放他人廣播節目是否符合前述小商家免責規定時，應考量其營業面積大小、店內擺設、商家營業處所內噪音程度的大小及商家基於改善廣播被一般顧客收聽的品質，所加裝做的改變或增音效果。<sup>22</sup>

而美國法院在實際審理案件時，也經常將被告的營業處所面積及營業額列入考量因素之一。例如：在 Crabshaw Music v. K-Bob's of El Paso, Inc.<sup>23</sup> 一案之中，由於被告的商店的面積廣達 7000 平方英尺，且其年營業所得介於八十萬美金到九十萬美金之間，因此被法院認為非屬小商家。而在 International Korwin Corp. v. Kowalczyk<sup>24</sup> 一案之中，被告也因為其營業處所廣達 2640 平方英尺，且每年純利介於三萬五千到十三萬六千美金之間，因而也被承審法院認為非屬小商家。此外，在 Sailor Music v. The Gap Stores, Inc.<sup>25</sup>

- <sup>20</sup> Muzak 成立於 1934 年，目前是世界最大的商業音樂提供者，其目前經營 12 個音樂頻道，其中的 11 個頻道播放的是歌唱者的原始錄音帶。參見 Peggy H Luh, 前揭文, FN53.
- <sup>21</sup> H.R. Rep. No. 1733, 94<sup>th</sup> Cong., 2d Sess. 75 (1976).
- <sup>22</sup> H.R. Report No. 94-1476, 94<sup>th</sup> Cong., 2d Sess. 87 (1976).
- <sup>23</sup> 744 F.Supp. 763, 767 (W.D. Tex. 1990).
- <sup>24</sup> 665 F.Supp 655, 658 (N.D. Ill. 1987),aff ' d, 855 F.2d 375 (7<sup>th</sup> Cir. 1988).
- <sup>25</sup> 516F.Supp. 923 (S.D.N.Y 1981),aff ' d per curiam,668 F.2d 84 (2d Cir. 1981),cert. denied, 456 U.S.945(1982).

一案當中，知名的服裝連鎖店 Gap 位於紐約的兩家分店，由於店內擺設收音設備，接收電台播放的音樂節目，而被著作權人控告其侵害著作表演權。法院在判決中特別指出，Gap 的分店營業面積平均都在三千五百平方英尺左右，而遠大於 Aiken 一案中被告經營的速食店所佔之 1055 平方英尺營業面積，因此就現實上考量，該營業面積已大到足以要求其與商業背景音樂提供者簽約，由業者提供其營業處所的背景音樂。<sup>26</sup>

何謂“一般家庭常用的單一接收器”

不過，何謂“一般家庭常用的單一接收器”●(a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes)呢？美國國會在立法當時，並未就硬體設備訂立一個明確的標準或界線；不過，國會報告中則明白指出：“這項免則的規定，只能適用於在有限範圍內播送音

樂的音響系統”(intended the exemption to apply only to stereo systems that produce music over a limited area) <sup>27</sup>。而在 Broadcast Music, Inc. v. Claire's Boutiques, Inc.<sup>28</sup>(以下簡稱本案為：Claire's Boutiques')一案中，美國聯邦第七巡迴上訴法院綜合分析了著作權法第 110(5)條的條文文字規定以及其立法源由，而發展出適用第 110(5)條免責規定的四個要件 <sup>29</sup>：

- (1) 必須所使用的是單一接收器；
- (2) 該單一接收器必須是在一般個人家庭中常見的；
- (3) 傳輸行為係免費提供的；
- (4) 就原傳輸不再進行對公眾“再傳輸”的行為。

上述 Claire's Boutiques 一案中，美國聯邦第七巡迴上訴法院即依照這四個要件，而認定某家服飾店使用包含有一個單一之五瓦特聲音接收器、一個室內天線及一個喇叭線的音

26 同前註

27 *Claire's Boutiques, Inc.*, 949 F.2d at 1493-94.

28 949 F.2d 1482 (7<sup>th</sup> Cir, 1991).

29 “the exemption is available only if (1) a single receiving apparatus is used, (2) the single receiving apparatus is of a kind commonly used in private homes, (3) the transmission is provided free of charge, and (4) the transmission is not ‘ further transmitted ’ to the public. ” *Id.* at 1489.

響系統，播放背景音樂供顧客聆聽的行為，因該商家所使用者乃是符合法律規定的“一般家庭常用的單一接收器”，因此並未侵害音樂著作權人的表演權。由此亦可知，如果商家在其店鋪內擺設一般家庭常見的電視設備，藉以播放無須付費的電視台節目供顧客欣賞時，如該電視設備能符合前述“一般家庭常用的單一接收器”的要件規定，則無侵害他人著作表演權之虞<sup>30</sup>。

不過，所謂的“一般家庭常用的單一接收器”，並非漫無限制。在 *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*<sup>31</sup>(以下簡稱本案為“Aiken”)一案中，美國聯邦最高法院即特別指出：包含單一接收器以及四個喇叭的音響設備 ( a single-receiver four-speaker system )，乃是“一般家庭常用的單一接收器”的最大極限 ( outer limit )<sup>32</sup>。因此，於 *Cass County Music Co. v. Muedini*<sup>33</sup>一案

之中，美國聯邦聯合第七上訴法院在適用 *Claire's Boutiques* 所建立的第 110 ( 5 ) 條免責規定四個要件時，即採用“依個案整體情狀” ( applying a totality of the circumstances test on a case-by-case basis )，認定該案被告所使用的音響系統因為包含了一個接收器、一個含有五個選擇轉換裝置的控制板、九個隱藏於消音磚天花板中的喇叭以及隱藏式的線路，而已經不能算是“一般家庭常用的單一接收器”。該法院並進一步指出，被告所使用的音響系統，甚至能將喇叭數量增加到四十個之多，而該系統仍無超載之虞，故顯然已超出美國最高法院在 *Aiken* 一案中所闡明的四個喇叭數量的限制。

而前述“小商家免責規定”中所提的第三個要件「傳輸行為係免費提供的」，乃是指營業處所不得直接的向其顧客收取聆聽音樂的費用。所謂的直接費用，因為有其客觀的標

準，因此對美國法院並未造成任何判斷上的困擾<sup>34</sup>。由此可知，某些營業

處所（諸如：歌廳、夜總會、舞廳等）如其入場費用中包括了聆

<sup>30</sup> See Paul Porvaznik, Case Analyses, 6 Depaul-LCA J. Art & Ent. L. 139, at 141 (Fall, 1995).

<sup>31</sup> 422 U.S. 151 (1975).

<sup>32</sup> 422 U.S. 151 (1975). See Paul Porvaznik, Case Analyses, 6 Depaul-LCA J. Art & Ent. L. 139, at 141 (Fall, 1995).

<sup>33</sup> 55 F.3d 263 (7<sup>th</sup> Cir. 1995).

<sup>34</sup> Peggy H Luh, 前揭文, P.725.

聽音樂的費用，則可能侵害著作權的表演權。

至於前述的第四個要件“就原傳輸不再進行對公眾再傳輸的行為”，就必須探討傳輸的定義為何。依照美國著作權法第一百零一條的定義規定，所謂「傳輸」（或譯為「播送」），「係指將某種表演或展示，使用任何裝置或方法，將影音提供為異地接收」<sup>35</sup>。美國法院在分析某個商家是否涉及再傳送他人作品時，傳統上都會考量下列的兩個因素：（1）商家的營業處所大小（2）其所使用的音響系統之實際安裝方式。美國著作權法之所以禁止「再傳輸」的行為，可能是由於著作權法將傳輸認定為是一種表演行為，而如商家將其所接收的廣播節目再傳輸給消費者收聽，則會構成對廣播節目的「再演出」（re-performing），而會侵害到著作權人的公開表演權。而國會報告中也曾特別指出，如果傳播著作的方式，是

透過類似 Aiken 一案中原告所使用的喇叭或設備，則無法免除其侵害著作權的責任。

「1998 年音樂著作公平授權法案（Fairness In Music Licensing Act of 1998）」擴大“小商家免責規定”

美國於 1998 年通過了「1998 年音樂著作公平授權法案（Fairness In Music Licensing Act of 1998）」，特別針對「小商家」（small-business establishments）及「小本生意」（mom-and-pop establishment）等營業場所公開播放他人音樂著作作為背景音樂之行為，修改美國著作權法的相關規定；使得小商家在支付該法所定的「一定比例營業額」之法定使用報酬後，即得自由利用他人之電視或廣播電台播送之音樂著作。

「1998 年音樂著作公平授權法案（Fairness In Music Licensing Act of 1998）」之重點如下：<sup>36</sup>

<sup>35</sup> 本條文中譯文係摘錄自內政部編印「各國著作權法令彙編」，第一一七頁，中華民國七十九年出版。17 USCA § 101. Definitions. ....To “transmit” a performance or display is to communicate it by device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent.

<sup>36</sup> 節錄自經濟部智慧財產局於「著作權法修法諮詢委員會議」第八次諮詢會議後翻譯介紹之美國「1998年音樂著作公平授權法案」相關資料第4頁。

對於聯邦傳播委員會所核准之廣播或電視電台，或有線系統或衛星所為含有非戲劇之音樂著作之傳播，下列之業者於傳播該傳播時，如未收取任何費用，不用支付音樂著作之使用報酬：

面積不超過 3750 平方英尺之餐飲業；

面積不超過 2000 平方英尺之餐飲業以外之事業經營所者。

僅有六隻以下之喇叭或四個以下 55 吋之電視之餐廳或業者，不問其面積大小將現行美國著作權法第 110 條第 (7) 項有關唱片行播放音樂之例外規定，擴大及於電視出售店。<sup>37</sup>

二、個別的小型事業於音樂著作權仲介團體如 ASCAP 及 BMI 關於使用音樂著作之使用報酬產生爭議時，得不依現有紐約南區聯邦法院之費率裁決法院體系，而逕向其所在地之上訴巡迴法院級提出爭議解決審理，而在爭訟中，音樂著作權仲介團體必須舉

證證明其所訂之使用報酬費用係合理的。

三、美國的作詞作曲家平均每年自其創作所獲得之收入低於美金 5000 元，而餐飲業者每年平均自其營收中提出百分之一，約四百美元，作為使用音樂之報酬。

其實，遠溯自 1994 年 8 月 10 日，相同內容之「1994 年音樂著作公平授權法案」(Fairness In Music Act of 1994, H.R. 4936) 即已被提出於眾議院。當時，幾乎所有行政部門，包括貿易代表署代表 Richard W. Fisher，商務部部長 William M. Daley、商務部副部長兼專利局商標局局長 Bruce A. Lehman、以及著作權局局長 Merybeth Peters 等都曾致函國會相關委員會委員，嚴重表達反對之意見，認為該法案之通過將違反伯恩公約及 WTO/TRIPS 規定，造成貿易對手國之抵制或採取其他類似規定，反而傷害美國音樂著作人於海外之利益。<sup>38</sup> 根據美國國會研究部

門的評估，於本法案通過之後，美國境內將約有超過 65.2%的餐飲業可免支付音樂著作使用報酬，這對原本收入不豐之音樂著作人更是一項嚴重

損失。批評者強烈反對政府介入小型事業與音樂著作權之自由協商，認為政府祇有在針對

<sup>37</sup> 同前註。

<sup>38</sup> 同前註。

全然屬公共政策目的時才可介入自由市場，而本法案卻是免除小型事業之少量的音樂著作使用報酬，將會破壞自由市場之機制。

MTV、飯店或其他公共場所提供錄影帶供顧客於個別房間觀賞的行為，是否構成對影帶的「公開表演」(public performance)？

MTV、飯店或其他公共場所提供錄影帶供顧客於個別房間觀賞的行為，是否構成對影帶的「公開表演」(public performance)？

對於何種情況構成對錄影帶的公開表演，尤其是涉及到旅館播放錄影帶供房客觀賞的情況，美國法院意見頗為分歧。在 Columbia Pictures Industries, Inc. v. Aveco, Inc.<sup>39</sup>一案中，被告所經營的是一家類似我國 MTV 的錄影帶觀賞店，其係以提供錄音帶讓一般大眾在其開闢的房間內欣賞錄影帶為業。由於被告所播放的影片中包括了哥倫比亞電影公司

擁有著作權的錄影帶，因此該公司向法院提起訴訟，主張 Aveco 公司侵害其影片的公開表演權。被告在庭訊中提出抗辯，以下列三點理由，主張其行為不構成公開演出：<sup>40</sup>(1)錄放影機設備是在顧客、而非原告控制之下；(2)被告對於租錄影帶及租房間的行為是分別收費；(3)被告的員工在顧客觀看錄影帶的過程當中，並沒有參與任何行為。不過，承審的美國聯邦第三巡迴上訴法院仍然認定，被告放映錄影帶供顧客於個別房間觀賞的行為，的確已侵害著作權人的公開表演權。

不過，在 1989 年審理 Columbia Pictures Industries, Inc. v. Professional Real Estate Investors, Inc.<sup>41</sup>一案時，美國聯邦第九巡迴上訴法院卻持與 Aveco 一案判決相反的見解。在該案中，被告在其經營的飯店客房內提供錄放影機設備，並且以每捲美金五元至美金七點五元的價格出租錄影帶供顧客於房中觀

賞，由於其所放映的影片中包括了哥倫比亞電影公司、華德迪斯尼公司、華納兄弟…等所擁有的影片，而被該

等公司控告其侵害影片公開表演權。原告等主張：當旅館允許其房客在房間內利用旅館提供的設備

<sup>39</sup> 800 F.2d 59, 230 USPQ 869 (1986, CA3 Pa).

<sup>40</sup> 800 F.2d 59, at 61-63 (3d Cir. 1986).

<sup>41</sup> 866 F.2d 278, at 280 (9th Cir. 1989).

觀賞錄影帶時，由於旅館房間是一般大眾皆可前來住宿，所以旅館是“對大眾公開的”(open to the public)；而由於播放錄影帶行為已經是一種演出行為，因此被告已侵害其影片公開表演權。

法院在審理時指出，被告乃係以提供良好的住宿環境及一般的旅館服務為主要營業，而此營業行為，可能附帶地包括出租錄影帶給有興趣的房客在其房中觀賞。雖然旅館可能是對大眾開放的，旅館的客房，一旦被房客入住，即不再對大眾開放。法院進一步指出，前述的結論符合社會一般經驗法則的判斷；因為，這些錄影帶並非在飯店會議室內供一大群客人於集會時觀賞，而是只有在擁有高度隱私的客房內，由房客獨自觀賞，而與房客在自宅中觀賞無異。因此，法院認定被告的行為並未侵害他人的電影演出權。<sup>42</sup>

此外，法院並進一步指出：『美國國會在立法當時對於何謂“公

開”的表演，並非以表演時在場的人數或是表演的地方來做決定。不過，既然個人的一般社交圈之中的親朋聚會，在法律上被視為“私下的”(private)，因此本院認為，客房內的影片播送並未在“開放予公眾出入場所”(a place open to the public)內發生。』<sup>43</sup>

而在最近的一個著作權爭議案件 On Command Video Corp. v. Columbia Pictures, Indus.<sup>44</sup> 之中，涉及了某家使用錄影帶觀賞系統的業者。這套系統包括了一個電腦程式、一個精密的電子轉換器、以及一排錄放影機。上述這些設備都集中存放在旅館的設備室裡。這些錄放影機都與客房相連，而由電腦程式導引所有的電子訊號的轉換；因此，當顧客選擇所要觀賞的影片時，就會有一台特定的錄放影機該客房做播放的服務。當房客選定影片後，電腦會自動搜尋存放該部影片的錄放影機，並直接指示該錄放影機對顧客所在的房間播放

其指定的影片。房客所指定的影帶，只能在該特定的房間內被欣賞到，而

無法從其

<sup>42</sup> Gayle E. Coleman, “COPYRIGHT AND VIDEOS: CURRENT TRENDS IN THE RIGHT OF PUBLIC PERFORMANCE”, 66-APR Fla. B.J. 46, at 46 (1992).

<sup>43</sup> 866 F.2d at 281, 9 U.S.P.Q.2d at 1655.

<sup>44</sup> 1991 W.L. 238744 (N.D. Cal., Nov. 14, 1991).

其他客房或飯店內其他地點觀看該影片的內容。觀賞者在觀賞過程當中，無法暫停、倒帶或快轉該影片。這套系統的優點是：有一大堆影片可供觀賞，而顧客可選擇在他們方便時間觀賞所選擇的影片。<sup>45</sup>

承審法院指出，如果一個人將影片傳送給公眾，才構成「公開表演」。由於被告所使用的系統的確已將電影影像與聲音，透過裝置或程序，從飯店的中央設備室傳送到個別房間，因此，其行為已構成公開表演。法院並且指出，雖然飯店旅客是在個別房間內享有觀看影片的隱私，但這些觀眾仍是“公眾的一部份”(members of the public)。因此不論在客房的個別房間內觀看影片的顧客人數只有一人或一百人，也不論這些房客同時或先後觀看這些影片內容的傳送，這個傳送行為都構成公開演出<sup>46</sup>。

上述 On Command Video Corp. v. Columbia Pictures, Indus.

的法院判決，似乎已經明顯地區別了「公開演出」與「私下演出」之間的不同：由於美國著作權法第一百零一條係將「播送」定義為「將某種表演或展示，使用任何裝置或方法，將影音提供為異地接收」，因此法院乃特別注意觀看影片之觀眾，是否身處之地與播放影帶之地點不同，進而制定是否滿足法條中「異地接收」之要件。是以，如果一個飯店房客租了一捲錄影帶，而自行使用其房間內的錄放影機及電視觀看該影帶，則並無任何公開演出或傳送的行為。相反而言，如果此房客觀賞同一捲錄影帶的方式，是透過一台非裝置於其客房內的機器所播放，則此觀賞行為即符合著作權法中公開演出之要件。不過，嚴格而論，如此的區分方式，只是解釋了何種行為構成了“表演”(performance)。因為上述的幾個法院判決，並未就在個別房間內觀看影片的飯店旅客，是否屬於“公眾”(public)，達成一致的見解。

值得注意的是，採版權法體系（Copyright system）的美國，其著

作權法雖將錄音著作以著作權加以保

<sup>45</sup> 同前註。

<sup>46</sup> 同前註。在 1983 年一項判決中，聯邦第三巡迴上訴法院也曾認定：將表演傳送予公眾的行為，就算這些公眾是在諸如飯店房間的私人場合，都同樣構成公開演出。見 *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Redd Home*, 568 F.Supp. 494 (W.D. Pa. 1983), *aff'd*, 749 F.2d 154, 159 (3d Cir. 1984).

護，但尚且將音樂著作與錄音著作加以區分，而僅賦予音樂著作公開表演權。美國著作權學者 Ralph Brown 曾指出，在 1976 年美國著作權法制定當時，曾有錄音業者主張應賦予錄音著作公開表演權，但此建議因為遭致詞曲著作權人及廣播機構的反對，而未獲得國會通過。詞曲著作權人反對的理由是，錄音著作權人如亦擁有公開表演權，則可能會因此瓜分詞曲著作權人原本可得之演出授權金。而廣播機構則擔心，除了原本需要付給詞曲著作權人之權利金外，如需額外再支付權利金予錄音著作權人，則不啻使得廣播機構承受雙重負擔。<sup>47</sup> 而雖然在 1995 年時，美國國會已修法增列著作權法第 106(6)條的新規定，將著作權人的專有權利擴大，賦予了錄音著作的著作權人以「數位化傳輸其錄音著作的權利」<sup>48</sup> (to

perform...publicly by means of a digital audio transmission)。但是，在該新修正著作權法第 114 條條文之中，就該專有權利之範圍及行使附加了許多限制，並且定有「法定授權」(Statutory Licenses)之規定。<sup>49</sup>

結論與建議

對公開的定義，美國著作權法與我國著作權法所採的判斷標準乃是一致的。然而，對所謂的表演（perform）的定義，美國與我國間的規定卻有所不同：美國著作權法中表演的定義，同時涵蓋我國著作權法中對公開播送與公開演出（甚至公開上映）的定義規定。

其次，對於「公開表演」（public performance）所包涵的範圍，美國法院與我國法院的實務見解亦有不同。美國法院認為單純打開電視、收

- <sup>47</sup> See Ralph S. Brown and Robert C. Denicola, *Copyright* (5<sup>th</sup> Edition), p.604-p.608, published by Foundation Press (1990). Also see “Report of the Register on Performance Rights in Sound Recordings”, 43 Fed. Reg. 12763 (1978).
- <sup>48</sup> Sec. 106. Exclusive rights in copyrighted works. Subject to section 107 through 120, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: .....(6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.
- <sup>49</sup> 該法已在一九九六年二月一日正式生效。See Charles Lozow and Neil Rosini, “Music, the Internet and New Media: Special Problems”, 505 PLI/Pat 637.

音機收視及收聽他人著作的行為，已經構成了表演；而如果表演行為同時符合了著作權法中「公開」的規定，則屬侵害公開表演權的行為。不過，在美國著作權法第一百一十條列由各種免責的規定。其中最重要者，乃是第 110(5)條有關於小商家使用收訊設備接收他人廣播或電視節目的免責規定。而反觀我國，目前法院實務上的見解，則認為單純開啓電視機或收音機的行爲，並不構成公開播送。

雖然以民國八十七年新修正著作權法而論，在營業場所轉播有著作權之音樂著作，做為該場所之背景音樂，已構成公開播送；唯就立法哲學及目的觀之，著作權法之所以賦予著作人以著作財產權，本在藉由提供其合理的經濟回饋，使其能持續創作，進而增進國家社會文化的發展。如果著作權人因為其著作財產權之行使而獲得過多之經濟利益，則反而有違

著作權法賦予其著作財產權之原意，而反而可能阻礙了社會國家文化的發展。因此，筆者以為：我國未來修正著作財產權相關規定時，如公共場所轉播他人音樂節目係屬同步播送行爲，而未將他人著作加以儲存或剪接後再行播送，則此與電台或電視台原欲將其播送之內容散佈於公眾之目的並無違背，故應視其為阻卻違法事由或免責事由。反之，如公共場所並非以同步播送，而係將他人播送之著作先行儲存或錄製後，再行播出，或以使用錄音帶、錄影帶之方式將他人著作公開演出，則應視其是否以此作為招徠顧客、獲取營業利益為主要目的，而再考慮是否將其列為免責事由。

(作者現為世新大學「智慧財產權」講師、元智大學「智慧財產權」講師、經濟部智慧財產局著作權法修法諮詢委員)