

## 廣播電視媒體公開播送廣告音樂 之著作權爭議

章忠信\*

### 壹、前言

廣告是廣播電視媒體重要的收入來源，是廣播電視媒體維持營運的基石。廣告在著作類別的分類上，雖屬於著作權法所定的視聽著作，但其中尚包含各種不同類別的著作，在利用時必須獲得授權。廣告製作者在製作廣告時，通常僅取得重製權的授權，至於廣告後續的利用行為，並沒有獲得進一步授權。對於他人託播的廣告，廣播電視媒體在爭取廣告收入不易，媒體競爭激烈的現實環境中，並沒有拒播的選擇空間。

廣告並非廣播電視媒體所製作，但廣播電視媒體播出廣告後，廣告中的相關著作權人就會出面要求支付高額的權利金，否則必須承擔侵害著作權的民、刑事責任，造成廣播電視媒體正常經營的困擾。

本文從廣告製作與播出的實務，依著作權法及著作權仲介團體條例相關規定，分析廣播電視媒體所面臨的困境，針對幾個可能的解決方案，一一加以分析，嘗試提出合理可行，難度最小的方向，期望對於廣播電視媒體的正常經營有所助益，同時不損及著作權人

---

收稿日：97年1月10日

\* 國立交通大學科技管理研究所科技法律組博士候選人，曾任經濟部智慧財產局著作權組簡任督導，目前任職教育部技術及職業教育司專門委員，並擔任法務部專家資料庫之著作權法諮詢委員及經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員。



的利益，也使公眾接觸廣告的機會不被剝奪，更能促進產業發展與消費活動增強。

## 貳、商業廣告所涉及著作權議題

廣播電視媒體所播出之廣告，多必須使用音樂，這些利用的客體，在著作權法的分類上，不單純僅是音樂著作，尚包括歌星或樂手之演唱、演奏，以及就該演唱、演奏之錄音或錄影，故其間涉及音樂著作、表演、視聽著作及錄音著作之利用，而各該著作均各別受著作權法之保護<sup>1</sup>。

廣告公司製作廣播電視廣告，如使用錄音著作及視聽著作，涉及重製行為，應獲得音樂著作、表演、錄音著作及視聽著作之著作權人之授權<sup>2</sup>。進一步地，廣播電視媒體播出廣告，涉及公開播送行為，除非該廣告於製作時，同時獲得重製及公開播送之授權，否則

<sup>1</sup> 音樂著作、視聽著作及錄音著作分別屬於著作權法第5條第1項第2款、第7款及第8款所定的著作類別，至於表演，依第7條之1規定，是以獨立著作保護之。

<sup>2</sup> 著作權法第22條第1項及第2項規定。表演之著作權人就已被錄製之表演，於他人重製該錄製物時，仍得主張重製權，參見經濟部智慧財產局91年09月05日智著字第0916000641號令，「一、按著作權法（以下稱本法）第七條之一第一項規定：『表演人對既有著作之表演，以獨立之著作保護之。』即表演人對既有著作之『表演』，在我國係以『著作』保護之，表演人就其表演得依本法享有著作財產權。二、表演人依本法享有之著作財產權，本法第二十二條第二項、第二十四條及第二十六條第二項已有規定，因此，下列行為除有本法第四十四條至第六十五條合理使用之情形外，應經表演人之授權：（一）將表演人現場表演以錄音、錄影或攝影方式重製者；（二）將前項重製物以錄音、錄影或攝影方式重製者（作者特別以標楷體標示強調）；（三）將表演人之現場表演公開播送者；（四）將表演人之現場表演以擴音器或其他器材公開演出者。」

# 論述

廣播電視媒體應另外獲得音樂著作、視聽著作及錄音著作之著作權人之授權<sup>3</sup>，至於表演人方面，一旦同意其表演被錄製於視聽著作或錄音著作中，公開播送含有視聽著作或錄音著作之廣告時，即不必再獲表演人之同意<sup>4</sup>。此外，若就該廣告於公開場合直接播出，而不是透過廣播電視媒體公開播送，如電影院、公車上、賣場或公共廣場上映，利用人須另外取得視聽著作公開上映之授權<sup>5</sup>，以及音樂著作的公開演出之授權，並應向錄音著作之著作財產權人支付使用報酬<sup>6</sup>。同樣地，在表演人方面，一旦同意其表演被錄製於視聽著作或錄音著作中，公開上映或演出含有視聽著作或錄音著作之廣告時，即不必再獲表演人之同意<sup>7</sup>。

## 參、爭議之產生

廣播電視媒體播出廣告所產生的著作權議題，如前所述，並不限於音樂著作的公開播送，但實務上最具爭議的議題，主要引發自音樂著作權人對於廣播電視媒體關於公開播送的權利主張。

廣播電視媒體於日常經營上，需要使用大量的音樂，卻又不可

<sup>3</sup> 著作權法第 24 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開播送其著作之權利。」

<sup>4</sup> 著作權法第 24 條第 2 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，不適用前項規定。」

<sup>5</sup> 著作權法第 25 條規定：「著作人專有公開上映其視聽著作之權利。」

<sup>6</sup> 著作權法第 26 條第 1 項規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利。」

<sup>7</sup> 著作權法第 26 條第 2 項規定：「表演人專有以擴音器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。」



能一一與所有的著作權人洽談授權，最簡單的方式就是透過相關的著作權仲介團體，以概括授權方式，取得使用所有音樂的授權。原本，大部分廣播電視媒體已經與社團法人台灣音樂著作權人聯合總會（MCAT）、社團法人中華音樂著作權仲介協會（MUST）及社團法人台灣音樂著作權協會（TMCS）等三大音樂著作權仲介團體簽署授權契約，以方便使用包括廣告音樂在內的所有音樂著作。

然而，約有 16 位原屬社團法人台灣音樂著作權協會（TMCS）會員之音樂著作權人（以下稱獨立音樂著作人），認為自協會所分配到的權利金過低，而台灣地區廣告大片的廣告音樂約有 70~80% 是出自他們的創作，於是在 95 年 3 月 1 日退會，成為獨立音樂著作人，轉而委託特定經紀人代為處理廣告音樂授權事務，並以 20/80 拆帳方式，取得更高的使用報酬<sup>8</sup>，並以不同期限的先後優惠條件，要求使用人支付報酬，逾期未付者，則對其進行訴訟追索。此一作法使得廣播電視媒體在原先支付著作權仲介團體之外，還必須增加一筆使用報酬的付出，而每年增加付出的這一筆使用報酬，甚至高於付給著作權仲介團體的費用，產生極不合理現象。著作權專責機關對於這些獨立音樂著作人退會後的授權關係，也曾表示關切<sup>9</sup>。

<sup>8</sup> 參閱「動腦」雜誌 377 輯，2007.9 第 17 頁，「為甚麼所有電視台、廣告公司非要和汪臨臨談不可」。

<sup>9</sup> 經濟部智慧財產局 95 年 04 月 20 日智著字第 09500032810 號函：「主旨：貴律師代理當事人汪臨臨通知洽談音樂公開播送授權契約並支付公開播送之權利金一事，請於文到 30 日內查復相關疑義，請查照。說明：一、頃接中華民國衛星廣播電視事業商業同業公會（下稱衛星廣電公會）95 年 4 月 6 日（95）衛廣字第 028 號函檢送貴律師 95 年 3 月 28 日經緯 95 靜字第 010 號函略以「二、當事人汪臨臨日前與何繼源、曾思銘……等人簽訂廣告音樂公開播送契約，由本當事人汪臨臨為上開廣告音樂著作（權）人之經紀人，經紀各電視台使用單位公開播送廣告音樂之非專屬授權，而收取依法得收取之權利金，經紀期間至民國 98 年 12 月 31 日為止，並得回溯收取經紀契約簽訂日之前收取之權利金。」

## 肆、廣告音樂製作與播送之經營

企業基於商品與服務之行銷，必須透過廣告代理商為其進行行銷企畫及執行，廣告製作通常也包括在其中。廣告代理商製作完成的廣告，還可能要透過媒體代理商，最後由廣播電視媒體播出。

三、今貴公司尚未支付上開廣告音樂自 94 年度以來之公開播送權利金」云云。二、依據衛星廣電公會（95）衛廣字第 028 號函及其附件所載內容，涉有與著作權仲介團體條例（下稱本條例）適用相關之下列疑義，亟待釐清，請於文到 30 日內查復，俾憑依法辦理：（一）貴律師第 010 號函內所稱「經紀非專屬授權」究係何種法律關係？其性質係屬民法之委任？經理人及代辦商？居間？行紀？抑或係屬著作權仲介團體條例所稱之著作權仲介業務？（二）貴律師之當事人所簽訂的共同經紀契約，其經紀之方式是否涉及著作權仲介業務之執行？其授權之方式如何？欲與利用人訂定之授權契約是否為本條例所稱之「概括授權契約」？抑或為本條例所稱之「個別授權契約」？抑或為不涉及本條例適用之民法代理授權契約？又其權利金收取之方式如何？是否涉及著作權集體管理之分配事項？抑或僅係單純之收轉模式，不牽涉分配的問題？（三）貴律師之當事人所訂共同經紀契約及貴律師第 010 號函內均記載利用人（即衛星廣電公會之會員）應洽取授權並支付使用報酬云云。惟據了解：1、該共同經紀契約內之甲方，有多人原係社團法人台灣音樂著作權協會（TMCS）之會員，迄至 95 年 3 月 1 日始退會，則 TMCS 在該等退會會員退會之前為其與衛星廣電公會會員簽訂之概括授權契約，依本條例第 27 條第 2 項規定，於該等會員退會後，應由該等會員自行繼受。故此時該等已存在之概括授權契約對退會會員而言，僅餘契約繼受後之履行方法細部問題，不生重新洽取授權之問題。2、另查上述原屬 TMCS 之廣告音樂著作（權）人係於 94 年 1 月 1 日加入並於 95 年 3 月 1 日退會，貴律師受當事人委託與利用人簽訂授權契約並得回溯收取經紀契約簽訂日（即 95 年 3 月 9 日）之前應收取之權利金，按依本條例第 13 條第 2 項「會員在仲介團體管理之範圍內，不得自行授權或另委託第三人代其授權。」之規定，其回溯期間如屬 TMCS 之管理範圍內，則違反上述規定，其授權契約無效。是以 貴律師係依何項法律規定要求利用人對 貴律師之當事人洽取授權並得回溯收取權利金？三、副本抄送衛星廣電公會，兼復（95）衛廣字第 028 號函，所請就釐清權利歸屬等相關爭議召開協調會議一節，將依張靜律師查復本函上列疑義之結果另行處理。」



廣播電視媒體所播出之廣告，既含有音樂著作，則實際公開播送音樂著作之廣播電視媒體，即應對音樂著作權人支付公開播送之使用報酬，至於此一使用報酬最後究竟是被轉嫁至媒體代理商、廣告實際製作者、廣告代理商或廣告主承擔，則屬市場機制下之商業行為，自有一套實務行規，而這一切市場機制運作，均不影響音樂著作權人對廣播電視媒體收取使用報酬之權利。

廣告實際製作者製作廣告片時，若同時取得音樂著作重製與公開播送的授權，就可以避免廣告製作完成，廣播電視媒體公開播送後所遭遇到著作權人以訴訟為武器，要求高額使用報酬的困難。

廣告實際製作者製作廣告片時，僅取得音樂著作重製之授權，未取得後續公開播送授權的原因，極其複雜，可能包括以下情形：

- 一、基於降低成本之考量，解決自己重製他人著作之授權，至於公開播送部分，讓實際進行公開播送行為之人去處理，至少自己不必先支付，可以避免墊高製作成本。
- 二、重製權與公開播送權非屬同一著作財產權人所享有或掌控，授權重製之人無權同時授權公開播送。很多加入音樂著作權仲介團體的創作者，僅保留重製權在手中，其公開演出或公開播送權則交由著作權仲介團體管理，依著作權仲介團體條例第 13 條第 2 項規定，創作者自己無權再進行授權<sup>10</sup>。
- 三、著作權人執意將重製權與公開播送權分開授權，廣告公開

<sup>10</sup> 著作權仲介團體條例第 13 條第 1 項及第 2 項規定：「會員應與仲介團體訂立管理契約，將其著作財產權交由仲介團體管理。會員在仲介團體管理之範圍內，不得自行授權或另委託第三人代其授權。」

## 論述

播送以計次方式收費，可以取得更優厚的使用報酬，不願一次授權。

四、著作權人提供免費音樂，供廣告實際製作者製作廣告片，甚至事前或事後付費，央請廣告實際製作者使用其音樂於廣告中，以利於廣播電視媒體公開播送後，可以收取到可觀的使用報酬<sup>11</sup>。

理論上，廣告主要以廣告行銷商品或服務，必須支出一筆可觀的費用，達到廣告播出的最後目標，這筆費用當然已包括廣告音樂的重製及公開播送使用報酬。不過，從廣告主到廣告實際被廣播電視媒體播出，其間所經手過相關業務的一連串產業鏈上的每一份子，都可能是廣告音樂公開演出使用報酬的實際支付者，只是為了爭取業務的考量，各方都沒有明白約定，也都儘量模糊化，將此一成本努力推向上游或下游，最後到底誰付了廣告音樂的公開播送使用報酬，並沒有絕對的結論，即使外觀看似係由廣播電視媒體透過著作權音樂仲介團體支付這筆費用，其實廣播電視媒體已將此一費用轉嫁於廣告費收入中，原本也沒有真正感受到負擔，所以也不是很在意，正是由於此一原因，廣播電視媒體後來面對獨立音樂著作人高額使用報酬的追索時，才會認為自己既不是廣告主，也不是廣告製作者，只是受託播出廣告音樂的媒體，法律上並沒有明文規定

<sup>11</sup> 從廣播電視媒體業者角度而言，此種「著作權人放長線，廣告商作魚餌，自己當大魚」之授權方式，對其並不合理，但從市場機制而言，音樂著作權人之經營模式並無可厚非。「授權使用」是著作權法不變的基本法則，至於權利人與每一階段的利用人間，何方應付費予對方，最後由誰買單，則充滿市場機制之變數，終以使用後何方可獲得較大利益而定。理論上，唱片行會付費給唱片公司，以便於營業中公開演出音樂著作，惟實務上是唱片公司付上架費給唱片行，央求其不間斷公開演出自家唱片，以獲取唱片銷售量提升之更大利潤，而消費者是上架費之最後支付者，這是另一市場機制運作的典型。



必須由其付費，故不該承受支付使用報酬的重大責任<sup>12</sup>。

獨立音樂著作人會選擇脫離音樂著作權仲介團體，當然有其現實考量。廣播電視媒體所播出的內容，有節目也有廣告，節目與廣告都會使用到音樂。雖然好的節目可以吸引到滿檔的廣告，但廣告才是廣播電視媒體真正的命脈，主要收入的來源。然而，對於著作權仲介團體而言，節目音樂或廣告音樂，在其收費與分配計算上，並沒有差別。以引發此次爭議的獨立音樂著作人所退出的社團法人台灣音樂著作權協會（TMCS）為例，其向廣播電視媒體的收費標準，無線電視台、衛星電視台方面，音樂頻道是以全年度毛利之百分之一計算，一般商業頻道是以全年度毛利之百分之零點五計算，新聞、體育頻道是以全年度毛利之千分之一點五計算，非商業頻道〔如：公共電視、宗教電視〕，是以全年度節目製播總預算之千分之三計算；有線電視台方面，是以系統業者每一訂戶每年二十元計算。無線廣播電台方面，營利性電台是以全年度毛利之百分之一計算，再依全國性或地方性電台，設定最低收費金額，至於非營利性電台是以全年度節目製播預算之百分之一計算<sup>13</sup>。而其對於音樂

<sup>12</sup> 參見 96 年 6 月 2 日工商時報記者王尹軒標題為「衛星電視業者：廣告音樂 廣告商也有責任」之報導，其中引述「超視總經理吳健強表示，廣告音樂公開播送權找頻道商收費，在著作權法中找不到相關規範」，「衛星電視公會秘書長鍾瑞昌指出，著作權法缺乏對廣告業者規範公開播送權的漏洞，讓媒體產業陷入隨時被告的風險，就現實運作層面相當不合理，呼籲政府應用行政協調來解決問題。」顯然廣播電視媒體業者不認為他們必須就所播出的廣告音樂，依著作權法支付公開播送音樂著作之使用報酬，

<http://news.money.chinatimes.com/CMoney/News/News-Page/0,4442,content+120601+122007060200481,00.html>，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

<sup>13</sup> 社團法人台灣音樂著作權人聯合總會於 90 年 12 月 24 日申請設立許可時，經濟部智慧財產局基於 90 年 11 月 12 日修正著作權法已刪除第 81 條第 1 款後段著作權仲介團體所訂定使用報酬率之審議規定，並未就其所訂定使用報酬率予以審議，是目前唯一未經審議使用報酬率即准予設立登記之仲介團體，參見該會網站 <http://www.tmcs.org.tw/files/使用報酬費率或金額 1.doc>，最後點閱日期 97 年 1 月

# 論述

著作權人的分配，則是於全年度所收取使用報酬總額（前二年）以25%為管理費外，非會員另加收10%作為管理費，其餘按作詞著作財產權人、作曲著作財產權人，各50%之比例分配<sup>14</sup>。這樣的齊頭式的待遇，對於自認極具商業價值的廣告音樂著作權人而言，自是不合理，當然就只有另謀出路，爭取更有利的待遇。

## 伍、獨立音樂著作人於著作權仲介團體之外尋求自主之爭議

由於廣播電視媒體是實際公開播送廣告音樂之人，獨立音樂著作人如果沒有從其他管道獲得使用報酬，當然要以廣播電視媒體為支付使用報酬的請求對象。廣播電視媒體一向透過與著作權仲介團體簽約，取得授權利用著作。若廣告中所利用之音樂，都可透過著作權仲介團體取得授權，固然可以解決廣播電視媒體利用著作的問題，此於國外實務上亦同，國內過去也都如此。獨立音樂著作人因為從既有音樂著作權仲介團體管道，無從獲得合理的使用報酬，只好另行尋求對自己較有利的管道，其一是透過著作權法第12條出資聘人完成著作的法律關係，獲取特別的利益，其二是退會而另行委託經紀人，與廣播電視媒體洽談使用報酬之支付。這二種策略，都引起法律適用疑義，讓著作權專責機關必須一一釐清。

### （一）會員與他人簽署出資聘人創作契約之授權爭議

4日。

<sup>14</sup> 社團法人台灣音樂著作權人聯合總會使用報酬之分配方法，參見該會網站 [www.tmc.org.tw/files%5C音樂著作著作財產權使用報酬之分配方法.doc](http://www.tmc.org.tw/files%5C音樂著作著作財產權使用報酬之分配方法.doc)，最後點閱日期97年1月4日。



會員加入著作權仲介團體之後，必須將所有過去、未來所創作或取得著作的著作財產權，交由團體管理<sup>15</sup>，而且在團體管理的權利範圍內，並不得自行授權或另委託第三人代其授權，實務上著作財產權人多以專屬授權之方式，將其權利交由團體管理。所以，在專屬授權範圍內，自己亦不得行使權利。惟會員得否與利用人簽署出資聘人創作契約，使出資人得不經音樂著作權仲介團體管道，逕行依第 12 條第 3 項規定利用該著作？

著作權法第 12 條規定：「出資聘請他人完成之著作，除前條情形外，以該受聘人為著作人。但契約約定以出資人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受聘人為著作人者，其著作財產權依契約約定歸受聘人或出資人享有。未約定著作財產權之歸屬者，其著作財產權歸受聘人享有。依前項規定著作財產權歸受聘人享有者，出資人得利用該著作。」雖然會員加入著作權仲介團體之後，要將所有過去、未來所創作或取得著作的著作財產權交由團體管理，但著

<sup>15</sup> 會員加入著作權仲介團體後，可否保留部分著作，或是著作的部分權利，自行運用？著作權專責機關認為，不僅權利不可部分保留，更應將所有著作之著作財產權交由團體管理，參見經濟部智慧財產局 96 年 09 月 05 日智著字第 09600068540 號函釋：「(一) 依本條例第 13 條第 1 項及第 2 項之規定，著作財產權人於入會後，在仲介團體管理之範圍內，應將其所有之著作財產權交由仲介團體管理，不得為任何保留。貴會前涉有任令會員保留重製權之違法情事，本局迭令改正，貴會於 96 年 6 月 28 日函稱會員重製權均由貴會管理，並無保留之情形。」95 年 01 月 17 日智著字第 09400113541 號函釋：「依著作權仲介團體條例第 13 條第 2 項規定：「會員在仲介團體管理之範圍內，不得自行授權或另委託第三人代其授權。」著作財產權人於加入仲介團體後，於仲介團體管理之範圍內，應將其著作財產權交由仲介團體管理，即指權利人將其所有之著作財產權交由仲介團體管理，包括訂立契約後始完成、取得者，因此，若已為仲介團體之會員，須受前述規定之限制，違反上述限制，另行授權，所為之授權無效，請貴會勿對外授權他人公開演出該二位著作人之音樂 CD。」

## 論述

作權仲介團體條例並不禁止會員進行著作權法第 11 條的職務創作關係，或是第 12 條的出資聘人完成著作關係。獨立音樂著作人在加入 TMCS 後，由於認為 TMCS 支付的使用報酬過低，乃以第 12 條的出資聘人完成著作關係，來取得較好的待遇。

獨立音樂著作人受廣告實際製作者之聘請，完成廣告音樂<sup>16</sup>，雙方未作任何約定，則依第 12 條規定，獨立音樂著作人為該廣告音樂之著作人，並享有著作財產權。此時，其著作財產權依獨立音樂著作人與 TMCS 所簽訂的管理契約規定，應歸 TMCS 管理，而具出資人身分之廣告實際製作者，依第 12 條第 3 項規定，「得利用該著作」，並不必要與 TMCS 洽談授權之事<sup>17</sup>。有爭議的是，廣告實際製

<sup>16</sup> 其實，獨立音樂著作人與廣告實際製作者之間，在市場機制下，是有可能根本不存在出資聘人關係，而是獨立音樂著作人免費為廣告實際製作者創作音樂，甚至是付費給廣告實際製作者，讓其音樂被使用於廣告中，以便後續可以向廣播電視媒體收取公開播送等費用。

<sup>17</sup> 經濟部智慧財產局 96 年 5 月 16 日智著字第 09600037930 號函釋：「……二、依著作權法（下稱本法）第 12 條之規定，出資聘請他人完成之著作，如雙方未約定著作人及著作財產權之歸屬，則由受聘人為著作人並享有著作財產權，出資人得利用該著作。因此，所詢案例 A 廣告公司出資聘請音樂創作人甲創作，雙方既未約定著作財產權之歸屬，則由受聘人即甲為著作人並享有著作財產權，出資人即 A 公司得利用該著作。至出資人『利用』之方式與範圍，本法並無特別規定，應依出資當時之目的及雙方原定之利用範圍來決定。三、復依著作權仲介團體條例（下稱本條例）第 13 條第 2 項之規定，會員在交由仲介團體管理權利之範圍內，不得自行授權或另委託第三人代其授權。且實務上著作財產權人多以專屬授權之方式將其權利委由仲介團體管理，在專屬授權範圍內自己亦不得行使權利。如違反上述禁止規定，亦即，會員在仲介團體管理之範圍內另行授權他人利用其著作人，所為之授權應屬無效。四、綜上，茲將所詢著作權疑義答覆如下：（一）所詢問題（一）：A 廣告公司在出資聘人契約目的之範圍內，取得利用該音樂著作的權限，即包括來函所述之契約中已訂明之利用型態，由於已依本法第 12 條之規定取得利用之權限，在出資契約目的範圍內即無須另行支付費用予仲介團體。（二）所詢問題（二）：A 廣告公司與音樂創作人甲之合約如僅說明創作目的為「廣告音樂」，但未明訂廣告利用之方式，則 A 之各種利用行為是否在該出資



作者「得利用該著作」之範圍究竟如何？是僅能在廣告片中「重製」該音樂廣告？還是包括可以將廣告音樂隨同廣告，在廣播電視媒體「公開播送」，甚至在網路上「公開傳輸」？

由於第 12 條第 3 項之「出資人得利用該著作」，屬於「法定授權」，與第 37 條的著作財產權合意授權不同，惟其「利用」之範圍，實務上採較限縮之解釋，認應依德國之「目的讓與理論」，要依據出資人出資之目的及其他情形綜合判斷，以決定出資人得利用該著作之範圍<sup>18</sup>。惟本文認為，此一見解應可再作擴張，包括著作人依第 22 條至第 29 條所定得行使之各項著作財產權行為，理由如下：

1. 出資人雖未取得著作人地位，且未取得著作財產權，惟由於其終究係出資之人，現行法已由 81 年以前使出資人取得著作權之舊法規定<sup>19</sup>，退而轉使受聘人取得著作人地位並享有

聘人契約目的範圍內，仍應探求雙方當事人之真意而定。如在出資目的範圍內的利用行為，自無須另行支付費用；惟如超出該出資之目的範圍，則應另行向著作財產權人取得授權，此時甲如已將權利交由仲介團體管理者，自不得自行授權給 A 公司利用該廣告音樂。(三) 所詢問題 (三)：甲雖為仲介團體之會員，仍得受 A 公司之委託創作廣告音樂，而與 A 公司訂立出資聘人之契約。此時其所創作之廣告音樂，在仲介團體管理之範圍內已委由仲介團體管理，甲自己不得行使權利，惟查，A 公司依本法第 12 條規定在出資之目的範圍內亦已取得利用該著作之權利，並不會因為甲可否自己行使權利而受影響。(四) 所詢問題 (四)：乙為仲介團體之會員，且已將其音樂著作之權利交由仲介團體管理，依本條例第 13 條第 2 項之規定即不得自行授權，其所為的授權行為應不生法律上之效力。換言之，依來函所述之情形，仲介團體在管理範圍內得向 B 公司要求支付音樂使用費，並得依本條例第 36 條之規定，以自己之名義就該未經授權之利用行為提起侵權行為之訴訟。」

<sup>18</sup> 同前註。

<sup>19</sup> 74 年著作權法第 10 條規定：「出資聘人完成之著作，其著作權歸出資人享有之，但當事人間另有約定者，從其約定。」

著作財產權，並不宜再過度限制出資人利用著作之機會。

2. 著作權法既未明文限制出資人之利用範圍，若不允許出資人得行使第 22 條至第 29 條所定各項著作財產權行為，將使出資人之利用構成侵害著作財產權，須負擔侵權之刑責，有違刑法「罪刑法定主義」原則。
3. 中國大陸著作權法第 17 條規定：「受委託創作的作品，著作權的歸屬由委託人和受託人通過合同約定。合同未作明確約定或者沒有訂立合同的，著作權屬於受託人。」而其「最高人民法院關於審理著作權民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋」則於第 12 條規定：「按照著作權法第 17 條規定委託作品著作權屬於受託人的情形，委託人在約定的使用範圍內享有使用作品的權利；雙方沒有約定使用作品範圍的，委託人可以在委託創作的『特定目的範圍內』免費使用該作品。」台灣現行著作權法既未明文作「特定目的範圍內」之限制，亦不宜以解釋限制之。
4. 從比較法觀察，依據美國著作權法第 201 (b) 條規定，出資聘人完成之著作 (Works-made-for-hire)，其係以出資人為著作人並享有著作權<sup>20</sup>，我國在出資聘人著作的法律地位上，固使受聘人為著作人並享有著作權，並不宜過於限制出

<sup>20</sup> § 201. Ownership of copyright....(b) WORKS MADE FOR HIRE. — In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.



資人之利用範圍。

如果採狹義說，廣告實際製作者如具出資人身分，其出資目的到底何在，涉及廣播電視媒體能不能「公開播送」或「公開傳輸」該音樂而不必再付費。如果出資的目的是在製作廣告，並進而在媒體播出，則「重製」後的「公開播送」或「公開傳輸」，乃至其他公開利用行為，都不必再付費。如果出資的目的僅在製作廣告，不包括在媒體播出等行為，則「重製」後的「公開播送」或「公開傳輸」，乃至其他公開利用行為，都必須再付費。

要回答這問題，廣告實際製作者的態度很重要，無法由他人妄作解釋。如果廣告實際製作者是偏向音樂著作權人，出資的目的就會僅限於製作廣告，如果廣告實際製作者是偏向廣播電視媒體，出資的目的就會包括製作廣告後的其他後續利用。從市場機制而言，廣告實際製作者必然偏向音樂著作權人，不會偏向廣播電視媒體。因為，廣告實際製作者與音樂著作權人合作，可以獲得支付較低廉使用報酬的好處，同時，一部廣告未來究竟會如何利用？播出幾次？在製作時並無法預估，如何將未知的變數作為計費標準，難度太高，幾乎不可能在製作時，就將後續利用的費用一起處理。

廣告播出是廣播電視媒體存續的命脈，廣播電視媒體沒有能力拒絕播出廣告，斷了主要財源；至於音樂著作權人，如果可以從廣播電視媒體後面一次又一次的公開播送，獲得高額的使用報酬，就絕不可能在前面製作廣告時，就將出資聘人完成著作之目的，擴及於後面的公開播送。

如果廣告實際製作者願意偏向廣播電視媒體，出資的目的包括

## 論述

製作廣告後的其他後續利用，則出資人廣告實際製作者的利用，可否包括再授權他人利用？如前所述，出資人既是依「法定授權」之原因利用他人著作，而不是第 37 條的合意授權利用，應無第 37 條第 3 項所定非經著作財產權人同意，不得再授權第三人利用之限制。不過，出資人畢竟不是著作財產權人，若其授權利用嚴重影響著作財產權人權利，究非適當，故其不得進行與自己利用無關之再授權，該第三人仍應依第 37 條第 1 項規定再獲得著作財產權人之同意始可。在本文所討論之情形，若廣告實際製作者是為自己，或代廣告主，聘請獨立音樂著作人，為其廣告編寫音樂，作為自己商業廣告之一部分，雙方未作任何約定，當其授權廣播電視媒體將該商業廣告作公開播送，應不必再經獨立音樂著作人或其所屬著作權仲介團體之同意，但若其他人要使用該音樂作其他利用，廣告實際製作者自己或廣告主，不得作此一再授權。

有爭議的是，如果採取廣義說，則第 12 條第 3 項之「出資人得利用該著作」的「法定授權」，可不可以用契約加以限制？限制的效果是甚麼？亦即若認定廣告實際製作者與音樂著作權人間，是製作供廣播電視媒體播出的廣告之出資聘人關係，或廣告實際製作者可以任意利用該廣告音樂，則雙方可否約定，出資的目的就僅限於製作廣告，不包括其他？從契約自由的原則下思考，這種約定並非無效，惟「法定授權」產生的效果，是「出資人得利用該著作」後，不生著作權的侵害，若此一「法定授權」被契約限制後，出資人竟違反契約，進一步利用該著作，應只生違約之效果，尚不致於構成侵害著作權。然而，當廣告實際製作者與音樂著作權人已約定，出資目的僅限於廣告製作，不包括製作完成後之其他利用，則廣告後續利用與廣告製作切割，實際公開播送的廣播電視媒體，仍不能自認是承受廣告實際製作者出資目的之利用，進而要求免責。



## (二) 會員退會後的授權契約有效性

音樂著作權人加入著作權仲介團體，必須與團體簽署管理契約，將著作交由團體管理，音樂著作權仲介團體藉此再與利用人簽署音樂著作利用之授權契約。在音樂著作利用之授權契約存續中，如音樂著作權人退出著作權仲介團體，團體應即通知利用人，並終止管理契約，停止管理該會員之著作財產權。惟為使利用人依契約利用音樂著作的既有權利，不會受到音樂著作權人退出團體的影響，著作權仲介團體條例第 27 條乃規定，該等契約之效力不受影響。所謂「契約之效力不受影響」，係指在授權契約存續中，(1) 如原契約為個別授權契約，則由團體繼續履行；(2) 如為概括授權契約，則由該音樂著作權人繼承，如該音樂著作權人另行加入其他團體者，自其加入時起，由該新加入之仲介團體繼承。

獨立音樂著作人脫離音樂著作權仲介團體後，期望自行委託經紀人與廣播電視媒體洽談，以取得更優惠的使用報酬，惟對於退會前著作權仲介團體與利用人簽署而仍有效之授權契約，一直期望能挑戰其有效性，其主張包括應不適用著作權法第 37 條之專屬授權規定，而應適用民法委任契約，或不適用著作權仲介團體條例第 13 條規定，以便得於退會後自行授權或另委託第三人代其授權，惟經濟部智慧財產局並不同意，曾特別函釋，若會員認為團體未盡善良管理人之注意義務，致其權益受損者，只能依相關法律之規定，請求損害賠償，不得要求不適用上開規定<sup>21</sup>。

<sup>21</sup> 經濟部智慧財產局 95 年 06 月 19 日智著字第 09500051160 號函釋：「貴律師函請變更本局 95 年 5 月 11 日智著字第 09500040510 號函見解一案，復如說明，請

## 論述

會員退會後，在授權契約存續中，關於使用報酬之收取與分配，約可分類如下：

- (1) 仲介團體依會員退會前所訂個別授權契約收取之使用報酬，應分配予該會員；
- (2) 仲介團體依會員退會前所訂概括授權契約收取之使用報酬，僅須就退會前之部分分配之；至於退會後契約屆滿前之使用，因仍在授權契約範圍內，利用人仍應向退會之著作權人支付使用報酬<sup>22</sup>，其未支付者，僅生債務不履行之議題，尚不

---

查照。說明：一、復貴律師 95 年 5 月 25 日經緯 95 靜字第 022 號函。二、仲介團體與其會員間之法律關係，為仲介團體自行規範之事項，一經雙方明訂於管理契約，即應遵守，而無主張適用其他法律關係之餘地。經查何繼源等會員與社團法人台灣音樂著作權協會（下稱 TMCS）所簽訂之管理契約，明訂雙方係專屬授權，自應適用著作權法（下稱本法）第 37 條之規定，何繼源等於加入 TMCS 之期間內，不得行使權利，並無民法委任契約之適用。又依著作權仲介團體條例（下稱本條例）第 13 條規定，何君等加入 TMCS 期間，不得自行授權或另委託第三人代其授權，不因嗣後退會而得主張排除上開第 37 條及第 13 條之適用。三、本條例第 32 條規定，仲介團體執行仲介業務應以善良管理人之注意為之。復查著作財產權人係本於自由意志選擇加入仲介團體，對於團體管理其著作，執行仲介業務所生之利益或不利益，均應一體承受。會員如認團體未盡善良管理人之注意義務，致其權益受損者，宜依相關法律之規定，請求損害賠償，但不得以此為由，主張其與團體所訂之專屬授權契約不應適用，更不得以此主張於退會後得另行委託第三人，回溯於專屬授權期間行使權利。四、TMCS95 年 3 月 16 日台協字第 0316 號函對簽約之 5 家電視公司稱「所簽有關廣告音樂公開播送概括授權契約書，原契約期限自 94 年 1 月 1 日起至 95 年 12 月 31 日止，特函告知自動失效。」一節，經 TMCS 於 95 年 5 月 15 日 95 年台協字第 0515 號函澄清，所謂「自動失效」係指該概括授權契約關於該退會會員部分自 95 年 3 月 1 日起由該退會會員繼承。是契約既經訂定，即有拘束雙方當事人之效力，本局業以 95 年 6 月 2 日智著字第 09500047190 號函（如附件）函知 TMCS 未來對外不宜再使用「自動失效」之用語，以免各界誤會，滋生疑義。五、綜上所述，本局 95 年 5 月 11 日智著字第 09500040510 號函之見解，尚無違法不當之情事，所請變更該函見解，歉難辦理。

<sup>22</sup> 經濟部智慧財產局 95 年 01 月 25 日智著字第 09516000201 號函釋：「主旨：



致構成侵害著作權<sup>23</sup>；

- (3) 如該音樂著作權人另行加入其他團體者，該新加入之仲介團體應自其加入時起，將收取之使用報酬，分配予該會員。

實務上，著作權仲介團體與利用人多係約定預付使用報酬，則

---

有關著作權仲介團體條例第 27 條之適用，特函予說明，請查照。說明：一、依據 94 年 12 月 20 日、94 年 12 月 22 日及 94 年 12 月 28 日香港商亞太星空傳媒有限公司台灣分公司等電視公司到局反應相關問題之會議辦理。二、著作權仲介團體條例第 27 條規定係就會員退會後，仲介團體、原已簽訂授權契約之利用人及退會會員三方間的法律關係加以規範，惟就概括授權契約由退會會員繼受後，如何付費之問題並無明確規定，茲經專案研究後，作成結論如下：(一) 有關概括授權契約會員退會之部分，由該會員於退會時繼受，利用人繼續利用仍屬業經授權的行為。(二) 如退會會員出面向利用人請求支付使用報酬，利用人仍須再另行支付使用報酬予退會會員。又此項支付使用報酬義務，僅屬民事上債之關係，利用人若未支付，並不生著作權侵害之民、刑事法律責任問題。(三) 利用人就與原仲介團體所訂授權契約，得因相當數量之會員退會，向原仲介團體主張情事變更，要求減價或解約。(四) 就會員大量退會時所產生的契約爭議，建議可於仲介團體與利用人雙方契約中明定處理之方式，例如：於會員退會達一定比例時，可由雙方協商減少給付之價金。」

<sup>23</sup> 經濟部智慧財產局 95 年 6 月 2 日智著字第 09500047190 號函釋，就 TMCS 與部分電視媒體業者有關廣告音樂公開播送概括授權契約，在會員退會後的使用該如何定位一事，提出說明如下：「貴會前揭第 0515 號函表示 95 年 3 月 16 日 95 台協字第 0316 號函與部分電視媒體業者簽訂之廣告音樂公開播送概括授權契約，原契約期限自 94/01/01 起至 95/12/31 止，特函告知自動失效。所謂『自動失效』係指概括授權契約關於該退會會員部分自 95 年 3 月 1 日起由該退會會員繼受，與貴會該部分契約關係自是日起不復存在云云。惟契約既經訂定，即有拘束雙方當事人之效力，依本條例（著作權仲介團體條例）第 27 條第 1 項但書規定，貴會於會員退會前與部分電視媒體業者簽訂之概括契約，會員退會之部分，由該會員退會時繼受，至 95 年 12 月 31 日止利用人繼續利用仍屬業經授權之行為，是該契約仍屬繼續有效。日後貴會對外不宜再使用『自動失效』之用語，以免各界誤會，滋生疑義。」由此，既然原授權契約並非「失效」，而是由該退會之會員繼受，則權利人與利用人間之授權、付款關係均仍有民法所稱之「法律上之原因」，若利用人未付款，僅屬於債務不履行，尚不致於構成侵害著作權，不必承擔刑事責任。

## 論述

在前述退會會員加入新著作權仲介團體時，原仲團已預收之使用報酬，應退還利用人，以便利用人向新著作權仲介團體支付。獨立音樂著作人退會後，若未加入其他著作權仲介團體，雖得自行或委託他人進行授權，惟因著作權仲介團體條例第 27 條第 1 項但書規定，其退會前仲介團體與利用人訂定之契約效力不受影響，利用人當然得繼續利用，獨立音樂著作人只得依契約請求支付使用報酬，而不得主張侵害著作權。

### 陸、獨立音樂著作人真正獨立之後的新狀況

獨立音樂著作人係於 94 年 1 月 1 日加入 TMCS，並於 95 年 3 月 1 日退會，改委由汪臨臨為經紀人，處理獨立音樂著作人與廣播電視媒體公開播送廣告音樂之非專屬授權，並收取權利金，其經紀期間至民國 98 年 12 月 31 日為止。由於 TMCS 原本與廣播電視媒體簽訂廣告音樂公開播送概括授權契約，期限自 94 年 1 月 1 日起至 95 年 12 月 31 日止，所以，獨立音樂著作人於 95 年 3 月 1 日退會後，在 95 年 12 月 31 日前，仍須受到 TMCS 與廣播電視媒體簽訂廣告音樂公開播送概括授權契約之約束，不能另行由經紀人處理授權業務。直到 96 年 1 月 1 日起，獨立音樂著作人才真正取得獨立自主之權，經紀人也才有發揮其經紀能力之時。獨立音樂著作人與廣播電視媒體間的授權爭議，也從此時更加劇烈。

在 94 年 1 月 1 日起至 95 年 12 月 31 日，也就是廣播電視媒體與 TMCS 簽訂廣告音樂公開播送概括授權契約之期間，廣播電視媒體只要付一筆費用給 TMCS，就解決廣告音樂之使用問題。獨立音樂著作人與 TMCS 其他會員間都享有一樣的使用報酬分配比率，沒有任何特別優惠的待遇。獨立音樂著作人正是因為自認自己的廣告



音樂，較其他音樂具經濟價值，不該等同於其他音樂之待遇，才會脫離 TMCS，自行另外委託經紀人處理授權事務。所以，一旦獨立音樂著作人有機會自己收取使用報酬，自然就會要求較高的費用。相對地，廣播電視媒體自 96 年 1 月 1 日起，除了就一般音樂的使用，繼續與 TMCS 簽署概括授權契約，支付使用報酬外，還要另外就廣告音樂的使用，特別與獨立音樂著作人的經紀人簽約，再支付一份使用報酬。廣播電視媒體認為，獨立音樂著作人的音樂屬於少量，他們使用 TMCS 的音樂，要比使用獨立音樂著作人的音樂多得多，但支付給獨立音樂著作人的使用報酬，卻要高於支付給 TMCS 的使用報酬，並不合理。

據廣播電視媒體統計，廣告音樂每一次播出的授權金，從 93 年的每首 10 到 15 元，94 年調漲到 15 到 45 元，而 96 年為每次 45 元，4 年來調漲 4 倍，總額從每年支付三千多萬，爆增到一億多元<sup>24</sup>。

廣播電視媒體為了經營收入，不可能不播出廣告，可是他們播出廣告後，必須面對獨立音樂著作人的經紀人的付費要求，廣播電視媒體認為這筆費用太高，但侵害著作權的刑事責任壓力，讓他們無法以市場機制，與獨立音樂著作人的經紀人協商出他們認為合理的使用報酬。

為落實廣告音樂公開播送之合法授權，避免著作權人於公開播送發生後，要求鉅額之使用報酬，廣播電視媒體可以採取的二項因

<sup>24</sup> 參見工商時報 2007.06.02 王尹軒報導，「衛星電視業者：廣告音樂 廣告商也有責任」<http://news.money.chinatimes.com/CMoney/News/News-Page/0,4442,content+120601+122007060200481,00.html>，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

應作法，一是建立拒絕往來的著作人名錄，要求廣告製作者不要使用名錄上的創作者的音樂，二是建立一套「公播權授權書認證機制」，要求各廣告託播單位自 96 年 7 月 1 日起，新推出之廣告片於播出前，應向中華民國電視學會及中華民國衛星廣播電視事業商業同業公會完成認證。至於已與廣播電視媒體簽署公開播送授權契約之 MUST、MCAT、RPAT 等音樂著作權仲介團體管理之音樂，則以該團體提供以證明書代替認證<sup>25</sup>。中華民國衛星廣播電視事業商業同業公會更於 96 年 8 月 13 日發出 (96) 衛廣字第 075 號函，要求自 96 年 9 月 1 日起，將此一認證制度，擴及於 96 年 7 月 1 日前已播出之舊片，並請各托播單位及早送件以便順利播出<sup>26</sup>。台北市廣告代理商業同業公會則以相關法律條文中並無「認證」一詞，認為應係指「廣告音樂公開播送之授權書」的認證，進而擬出「廣告音樂著作重製暨公開播送授權書<sup>27</sup>」，建議其會員在製作廣告時，同時獲得廣告音樂著作的重製、公開播送及公開上映之授權，包括該廣告公開播送、公開上映之時間（特定期間或無限期間）、地點（臺澎金馬、大陸、香港、澳門、新加坡、全亞洲或全世界）與管道（無線、有線、衛星電視、網際網路、賣場通路包括店頭電視牆或其他等），以便託播時進行認證作業。

前項因應作為，未必有效。首先，公平交易法第 19 條第 1 項規定，某些行為若有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為

<sup>25</sup> 「公播權授權書認證機制」，可參閱台北市廣告代理商業同業公會網站所張貼「公播權授權書認證作業說明書」資訊<http://www.taaa.org.tw/taaa/data/20070620/06202.doc>，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

<sup>26</sup> 該件函文請參見動腦雜誌網站所載<http://brain.ehosting.com.tw/News/NewsSugest.aspx?ID=8933&DID=49>，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

<sup>27</sup> 該授權書可於台北市廣告代理商業同業公會網站或台灣廣告主協會下載使用，參見<http://www.taaa.org.tw/taaa/data/20070814/0807.doc>、<http://www.advertise.rs.org.tw/Admin/Files/main2/Authority.doc>，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。



之，這些行為包括第 1 款及第 6 款「以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為」、「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」，廣播電視媒體若以聯合方式，建立拒絕使用音樂的「著作人黑名單」，要求所有廣告製作業者，不能使用名單上的創作者的音樂，將有違反公平交易法之虞，如經公平交易委員會認定違法，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，可以依第 36 條處行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 5,000 萬元以下罰金，相關的事業還可以科以 5,000 萬元以下罰金。除此之外，在實務操作上，廣告製作公司對於具市場價值的音樂，必不會拒絕使用。相較於整部廣告的龐大製作費用，音樂使用報酬還是占極小比率的支出，如果可以吸引消費者，沒有理由不使用，更何況使用報酬最後是由廣播電視媒體承擔，而廣播電視媒體也沒有能力長久地不使用已經製作完成的廣告。廣播電視媒體雖有呈現「汪臨臨女士經紀之廣告音樂著作權人名單」<sup>28</sup>，但並無資訊顯示即等於上述所稱之「著作人黑名單」，只能說對於獨立音樂著作人的著作使用情形，或多或少會發生影響。

至於「公播權授權書認證機制」，雖然可以在公開播送前，先確認是否已經取得授權，降低播出後被訴侵權的機率，但畢竟還是拉長商業廣告可用性的準備時間，是極耗費行政資源的作法，而廣告音樂與商業廣告有密不可分的關係，長遠而言，事前認證仍不是適當

<sup>28</sup> 「汪臨臨女士經紀之廣告音樂著作權人名單」請參閱中華民國衛星廣播電視事業商業同業公會所製作「公播權授權書認證作業說明書及相關表格範例」之附錄[http://www.stba.org.tw/download/certified/authority\\_example.doc](http://www.stba.org.tw/download/certified/authority_example.doc)，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

# 論述

的解決之道<sup>29</sup>。

## 柒、修法之解套可能方向

既然公開播送已經製作完成之廣告，是製作該廣告之原始且唯一之目的，公開播送未經授權的廣告又常受到「以刑逼民」的潛在威脅，廣播電視媒體乃尋求修正著作權法解決，其間曾出現過各種版本的修正建議，分析如下：

一、增訂著作權法第 56 條第 3 項。該項文字為：「為公開播送之目的所合法重製之廣告，受託播送該廣告之廣播或電視業者得公開播送之，不構成著作權之侵害。」

此一修正草案是廣播電視媒體第一次提出的版本<sup>30</sup>，效果甚為強烈，直接要求免除未經授權而公開播送廣播音樂的侵權責任。採此修正建議之理由有五：

（一）商業廣告製作的唯一目的即是公開播送，基於「權利讓與目的一致性」原則，不宜分段授權，獨立音樂著作人既已授權讓其音樂被利用在廣告中，當然就應該可以被廣播電視媒體自由公開播送。

<sup>29</sup> 96 年 7 月 1 日起執行之「公播權授權書認證機制」，其認證情形，可參閱中華民國衛星廣播電視事業商業同業公會網頁紀錄[http://www.stba.org.tw/index.php?option=com\\_content&task=view&id=108&Itemid=64](http://www.stba.org.tw/index.php?option=com_content&task=view&id=108&Itemid=64)，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

<sup>30</sup> 廣播電視媒體業者嘗試尋求台灣科技法律學會及國立交通大學科技法律研究所之專業意見，該會於 96 年 9 月 17 日在台大校友會館邀集著作權法、公平交易法與經濟學等相關專家與學者與談，並提出修正著作權法第 37 條第 6 項之建議詳如後敘，惟並未為廣播電視媒體業者所接受，乃有本草案之提出。



- (二) 廣播電視媒體僅係廣告播出平台，廣播電視媒體只是受託公開播送之人，不應承受過多之法律責任，應有免責條款。
- (三) 已合法製作之廣告若不能自由公開播送，將抑制廣告播出，影響正常商業活動，當無助於社會進步與經濟繁榮。
- (四) 商業廣告對於音樂之利用，於製作階段就源一次取得重製與公開播送之授權，當為兼顧著作財產權人與消費者權益之最適作為。
- (五) 現行第 56 條第 1 項既允許經合法授權公開播送之廣播電視業者，為公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作，則反過來說，也應該允許經合法製作的廣告含其中的廣告音樂，可以被自由地公開播送。

然而，不管廣播電視媒體是受託公開播送商業廣告，還是只是提供播出平台，實際為公開播送的廣播電視媒體，沒有理由不必對公開播送之行為負責，至於其最後將公開播送之成本如何轉嫁，則屬商業機制問題，不能以此認為，廣播電視媒體不必承擔取得授權公開播送的法律責任。雖然獨立音樂著作人授權廣告實際製作者製作商業廣告，是為了供作為在廣播電視媒體上播出，但並不能因此就認為重製權的授權，不可以和公開播送或其他利用行為，分別進行授權，也不一定能夠立法強迫實際製作商業廣告之人，對於音樂之利用，應於製作階段，就源一次取得重製與公開播送之授權，這些都應尊重市場機制的自由運作。更何況，當重製權與公開播送權分屬不同人享有時，這樣的立法就更無道理。

至於第 56 條第 1 項允許經合法授權公開播送之廣播電視業者，為公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作，這是 1886 年保護文學與藝術著作的伯恩公約，自 1948 年布魯賽爾修正案以來，在第 11 條之 1 第 3 項後段所允許的「暫時性錄製(Ephemeral Recordings)」合理使用，其目的在使已經取得合法權利，不管是經過授權還是依據合理使用條款，可以合法進行公開播送的廣播電視媒體，為了公開播送的目的，可以不必再獲得授權，就能逕行以自己的設備，暫時地重製這些要播出的相關著作，事後除非是被政府要求儲存於官方檔案中，否則應於播出後一定時間銷燬這些重製物<sup>31</sup>。這項立法的考量，是基於公開播送才是著作權人授權廣播電視媒體利用著作的主要經濟利益之所在，重製行為僅屬於為達到公開播送目的之過程中的枝微末節，不具重大經濟利益，既然廣播電視媒體已經可以合法地公開播送，為使其可以方便地公開播送，促進資訊傳播，有利公眾接觸資訊，就不必再要求廣播電視媒體還要再為重製行為，洽談授權。擬訂中的草案反客為主，本末而倒置，認為只要是他人合法重製的廣告，自己就該能公開播送，這是意圖以他人的合法重製，免除自己應取得的授權利用的責任，進而剝奪著作權人對於廣播電視媒體利用著作所能取得的重要經濟利益，完全推翻著作權法「授權利用」之最基本原則，不必授權或支付使用報

<sup>31</sup> 伯恩公約第 11 條之 1 第 3 項規定：“(3)In the absence of any contrary stipulation, permission granted in accordance with paragraph (1) of this Article shall not imply permission to record, by means of instruments recording sounds or images, the work broadcast. It shall, however, be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the regulations for ephemeral recordings made by a broadcasting organization by means of its own facilities and used for its own broadcasts. The preservation of these recordings in official archives may, on the ground of their exceptional documentary character, be authorized by such legislation.”



酬，即可自由利用，並不妥適，而廣播電視媒體是基於商業目的公開播送廣告，根本就不屬於合理使用。

此一提案曾在立法院委員間尋求連署，惟並未成案，經濟部智慧財產局也曾依此版本，於96年10月9日邀集該局專注於著作權議題的部分著作權審議及調解委員會委員進行研議，多數意見均認為並不妥適。

二、增訂著作權法第37條第7項及第8項。該2項文字分別為：「為公開播送目的所製作之廣告，就其所利用之音樂著作，廣告製作人應擔保於製作時取得重製及公開播送之授權。未取得授權者，廣告播送人就其公開播送行為，不適用本法第七章之規定。」「前項規定，於屬於著作權仲介團體管理之音樂，不適用之。」

此一修正草案是廣播電視媒體於前述第56條第3項修正版本，在立法院未被廣泛支持，經濟部智慧財產局亦多所保留之後，所提出的替代版本，其方向已由原先的「合理使用」免責條款，轉向接受「授權利用」之原則，但一方面要求廣告製作人應擔保於製作時取得重製及公開播送之授權，另一方面又規定，若廣告製作人未於製作時取得公開播送之授權時，則廣告播送人就其公開播送行為，將不適用本法第7章之規定，亦即無侵害著作權之刑事責任，以解除廣播電視媒體業者與獨立音樂著作人洽談授權條件時，所必須承受之刑事責任壓力，讓雙方處於立足點公平的地位，使市場機制得以運作。

本草案係經濟部智慧財產局96年10月9日邀集該局部分著作權審議及調解委員會委員研議後，所建議及支持的版本，惟其仍有

# 論述

值得斟酌之處。

- (一) 草案在第 6 項之後，增訂第 7 項及第 8 項，而第 8 項與現行第 37 條第 6 項但書內容一致，應可以更為精簡，現行第 6 項規定：「音樂著作經授權重製於電腦伴唱機者，利用人利用該電腦伴唱機公開演出該著作，不適用第七章規定。但屬於著作權仲介團體管理之音樂著作，不在此限<sup>32</sup>。」則可將第 6 項但書刪除，於第 8 項合併規定，「前二項規定，於屬於著作權仲介團體管理之音樂著作不適用之。」
- (二) 第 7 項要求廣告製作人擔保於製作時取得重製及公開播送之授權，並無道理。一是商業機制自然會使廣告製作人於製作廣告時，自行決定要不要取得重製及公開播送之授權，且獨立音樂著作人依法原本就可以將重製及公開播送，作個別地授權，法律並無理由強行介入，一定要二合一地授權，強將重製之人與公開播送之人綁在一起，更何況當重製權與公開播送權分屬不同人時，廣告製作人為何在處理自己的重製授權後，還要處理別人的公開播送？二是廣告製作人到底要向誰擔保？是對人還是對物擔保？若未履行擔保義務，對於廣告播送人之公開播送行為，是否是要負間接正犯的刑事責

<sup>32</sup> 第 37 條第 6 項之「電腦伴唱機條款」，係 90 年修正著作權法時，由立法委員張世良所推動，其目的在解決利用電腦伴唱機公開演出音樂著作之授權困難，使不屬於著作權仲介團體管理之電腦伴唱機中合法灌錄之音樂著作，利用人利用該電腦伴唱機進行公開演出時，不適用刑責規定，從而著作財產權人僅能透過民事程序與利用人洽談付費利用事宜，不得動輒以刑罰要脅，獲取不合理使用報酬，詳請參閱拙著「九十年著作權法部分條文修正案概述」，刊載於 90 年 12 月「智慧財產權月刊」，亦得於作者個人網站閱覽<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0023.doc>，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。



任？廣告製作人之擔保，在法律上的意義與效果如何？三是同條項後段規定，「未取得授權者，廣告播送人就其公開播送行為，不適用本法第七章之規定。」既然廣告製作人要負擔保之責，為何在未履行擔保義務時，廣告播送人就其公開播送行為僅免除刑事責任，不能連民事責任一併免除？這些都是要求廣告製作人要負擔保之責，所衍生更複雜的爭議。

- (三) 與其規定廣告製作人未取得公開播送之授權，廣告播送人就其公開播送之行為，就不適用本法第7章之規定，何不直接規定，廣告播送人就其公開播送之行為，不適用本法第7章之規定，不必使廣告製作人因為法律強制其必需擔保，而徒生怨懟？如前所述，廣告製作人與獨立音樂著作人關係較為密切，法律設計上實不必再於廣播電視媒體業者與廣告製作人之間，製造不必要的對立。
- (四) 廣播電視媒體是實際公開播送之人，原本就應支付使用報酬，至於該使用報酬究應多少，是否可轉嫁他人，純屬商業機制運作之結果。本案之立法策略重點，應集中在「免除廣播電視媒體於商業談判時之刑責壓力」，以求使用報酬金額之合理，而不是要以法律強令廣告製作人負擔使用報酬，如此可以較易獲得支持，故不宜擴大打擊面，將廣告製作人拉進來，增加廣播電視媒體的敵人。

此一修正案經過廣播電視媒體再次斟酌，最後再度修正，刪除第8項規定後，透過無黨團結聯盟立法院黨團，於96年11月2日

正式完成提案<sup>33</sup>，使得廣播電視媒體公開播送之廣告音樂，不論是否由著作權仲介團體管理，均得免除刑事責任。相較於第6項之「伴唱機條款」係將公開演出著作權仲介團體管理之音樂，回復適用第7章刑責規定，則本草案刪除第8項規定之作法，完全抹滅了著作權仲介團體扮演集體管理角色的重要價值，在解除廣播電視媒體於商業談判時之刑責壓力目的外，顯然又過度傾向廣播電視媒體，並不恰當。

針對此一提案，經濟部智慧財產局於96年11月21日特別召開意見交流會議，邀集該局著作權審議及調解委員會全體委員、相關著作權仲介團體、廣播電視媒體業者、獨立音樂著作人代表、廣告業主及廣告代理商、立法院各政黨團等，進行意見交流<sup>34</sup>。

獨立音樂著作人代表當然反對此一修正草案，其主要理由認為：

- (一) 依著作權法最基本之「使用者付費」精神，廣告及製片公司應該取得「重製」之授權，電視媒體為「公開播送」之使用者，分別為二個不同權利之使用人，電視媒體應該支付「公開播送」之使用報酬費。
- (二) 電視媒體因「公開播送」每支廣告收入幾十萬到上百萬，未曾分給廣告及製片公司，為何要廣告及製片公司替電視媒體

<sup>33</sup> 立法院關係文書院總第553號委員提案第7691號，參見 <http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/ttspace3?11@1249376144@1@06060972:57-60@@@714766295>，最後點閱日期97年1月4日。

<sup>34</sup> [http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_acc/copyright\\_acc\\_9607.asp](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_acc/copyright_acc_9607.asp)，最後點閱日期97年1月4日。



負擔「公開播送」授權費用？

- (三) 電視媒體自認僅是受廣告主之託播出廣告，不是「公開播送」人，則更應支付費用，蓋廣告主已支付大筆費用給電視媒體。
- (四) 未加入著作權仲介團體之著作權人，原本依法就可以主張權利，更何況其在主張權利時，提供電視媒體使用清單，釐清權利義務範圍，並不會造成困擾。
- (五) 至今並無任何電視媒體被以刑事訴訟追索，反而是電視媒體在支付權利金的冗長談判過程中，極盡刁難。本草案若修正通過，更可使電視媒體的侵權行為擺脫刑責，剝奪了法律給予弱勢著作權人之保護<sup>35</sup>。

在廣告主方面，雖然亦反對此項立法，但反對之理由卻有前後矛盾之處，其一方面認為本草案修正結果，意味利用他人之音樂著作公開播送之人或業者，不必負刑事責任，對音樂著作之著作權人似嫌不公平。另一方面，卻又認為「因為一般人的理解，廣告廠商所製作之廣告，如有需要透過電視加以呈現於觀眾時，本來就是要重製音樂著作後，再加以公開播送。不可能重製音樂著作後，而不加以公開播送。所以依『音樂著作權讓與目的一致性，並維護法理上之公平合理性』，當然，廣告中就一定包括了音樂著作之重製與

<sup>35</sup> 參見汪臨臨女士於會中所提之反對修正草案說帖  
[http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_acc/96年第7次會議紀錄\\_第37條意見交流會附件1\(961121\).pdf](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_acc/96年第7次會議紀錄_第37條意見交流會附件1(961121).pdf)，最後點閱日期97年1月4日。

# 論述

公開播送。倘認同此說法時，就沒有增訂第 7 項之必要<sup>36</sup>。」仔細探究此一矛盾原因，其真正目的，就只是要強調，廣告主不應再支付公開播送之費用而已，並不真正關切音樂著作權人之保護，或是廣播電視媒體應否負擔法律責任。

三、修正第 37 條第 7 項文字為：「音樂著作經授權重製於電腦伴唱機或商業廣告者，利用人利用該電腦伴唱機公開演出該著作，或利用該商業廣告而公開播送該著作，不適用第七章規定。但屬於著作權仲介團體管理之音樂著作，不在此限。(斜體劃線處為修正文字)」

此一修正草案版本，係由台灣科技法律學會及國立交通大學科技法律研究所於 96 年 9 月 17 日在台大校友會館邀集著作權法、公平交易法與經濟學等相關專家與學者與談時，所提出之建議，其考量點如下：

- (一) 含有音樂著作之商業廣告，透過廣播電視媒體公開播送時，關於音樂著作之利用，應獲得著作財產權人之授權。惟實務上商業廣告製作人於利用音樂著作製作商業廣告時，或基於降低成本之考量，或因重製權與公開播送權非屬同一著作財產權人所享有，或著作財產權人有意區隔重製權與公開播送權之市場等原因，該商業廣告多僅取得重製權之授權，未處理音樂著作公開播送之授權。

<sup>36</sup> 參見台灣廣告主協會代表尤英夫律師於會中所提之反對修正草案說帖 [http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_acc/96年第7次會議紀錄\\_第37條意見交流會附件3\(961121\).pdf](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_acc/96年第7次會議紀錄_第37條意見交流會附件3(961121).pdf)，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。



(二) 廣播電視媒體關於音樂著作之公開播送，多係與著作權仲介團體簽署長期授權契約，合法利用音樂著作，此為國際間廣播電視媒體經營之正常商業機制，惟我國部分音樂著作之著作財產權人，既未加入著作權仲介團體，亦未授權廣播電視媒體公開播送其音樂著作，待商業廣告播出後，再與廣播電視媒體洽談使用報酬之支付，在不依著作財產權人要求之金額付費，可能必須進入刑事訴訟程序之壓力下，廣播電視媒體常認為無法在市場機制下，支付合理的使用報酬，致使產業經營滋生困擾。

(三) 商業廣告製作之目的，在於透過廣播電視媒體之公開播送，對公眾傳達消費訊息，音樂著作既經授權重製於商業廣告中，實無理由不准被公開播送。為避免前述「以刑逼民」之可能不合理現象，維護廣播電視媒體合理經營之環境，有助於公眾方便接觸該等商業廣告，參照現行第 37 條第 6 項關於公開演出電腦伴唱機中經授權重製之音樂著作，而該音樂著作又不屬於著作權仲介團體管理者，不適用第 7 章罰則規定之先例，增訂音樂著作經授權重製於商業廣告，而該音樂著作又不屬於著作權仲介團體管理者，則利用該商業廣告而公開播送該著作，亦不適用第 7 章規定。

縱觀以上三項著作權法修正草案之內容，廣播電視媒體業者先以增訂第 56 條第 3 項之公開播送合理使用條文，作為完全免除公開播送法律責任之武器，然而，此一方向完全剝奪獨立音樂著作人之著作權，不但著作權人反對，立法委員、經濟部智慧財產局及各界均多所保留，阻力最大，最後終不成案；廣播電視媒體業者再度轉向增訂第 37 條第 7 項及第 8 項，一方面要求廣告製作人擔保就

## 論述

廣告音樂應同時取得重製及公開播送的權利，一方面又使廣播電視媒體業者對於未取得公開播送授權之商業廣告，於播出後可以免除侵害音樂著作權之刑事責任，但著作權仲介團體所管理的音樂，不在此限。此一草案因與現行第 37 條第 6 項之「電腦伴唱機條款」接近，為經濟部智慧財產局所不反對，惟廣播電視媒體業者後來透過無黨團結聯盟立法院黨團提出的修正案，卻刪除草案第 8 條，不論是否為著作權仲介團體所管理的音樂，都等同視之，否定了著作權仲介團體之價值，又平添爭議。台灣科技法律學會及國立交通大學科技法律研究所所提出之建議草案，接近現行第 37 條第 6 項之「電腦伴唱機條款」，解除利用人在商業談判過程中所受刑事訴訟的壓力，讓商業機制得以運行，既未剝奪著作權人的權利，也使得著作權人無法「以刑逼民」，更促使著作權仲介團體能繼續發揮中介功能，可以說是最適之解決方案，惟廣播電視媒體業者並不願接受。

### 捌、法律修正案之後續發展

前述無黨團結聯盟立法院黨團於 96 年 11 月 2 日所提的增訂著作權法第 37 條第 7 項之修正案，僅完成一讀程序，交經濟及能源委員會審查。隨著立法院第 6 屆第 6 會期自 96 年 12 月 24 日停會，依立法院職權行使法第 13 條所定「屆期不續審」之原則<sup>37</sup>，除非本屆新選出的立法委員重新提案，否則該提案已自動失效，無從繼續討論。

<sup>37</sup> 立法院職權行使法第 13 條規定：「每屆立法委員任期屆滿時，除預（決）算案及人民請願案外，尚未議決之議案，下屆不予繼續審議。」



不過，在 2007 年 12 月底，代表獨立音樂著作人的汪臨臨女士，終與廣播電視媒體業者達成協議，雙方同意到 2009 年 12 月 31 日止，每首廣告音樂每次公開播送收費為新台幣 25 元，每日零時至 7 時不記次計費。同時並要求廣播電視媒體業者不再對其廣告音樂繼續有杯葛、抵制或其他有違公平交易法的行為，否則，將恢復原先每首廣告音樂每次公開播送收費新台幣 45 元之標準<sup>38</sup>。

這一協議的達成，疏解了廣播電視媒體所提列拒絕使用音樂的「著作人黑名單」，對於獨立音樂著作人所可能產生的壓力，同時也讓廣播電視媒體可以用較合理的價格，繼續公開播送廣告音樂，對於廣告主與廣告實際製作人的製作廣告以進行公開播送之目的，也得到落實，應該是多贏的局面。然而，如果沒有廣播電視媒體的修正著作權法遊說大動作，在廣播電視媒體不得使用廣告音樂，又須面對不確定的刑事訴訟壓力下，獨立音樂著作人不可能退讓。

獨立音樂著作人也自認委屈，他們認為自己的廣告音樂對廣播電視媒體是重要收入來源，卻被與一般音樂作相同對待，沒有獲得應有的較高使用報酬。他們為了建立合法使用廣告音樂的觀念，過去僅收取較低的使用報酬，現在希望逐步回復合理的收費標準，卻被認為是收費標準三級跳。對於廣播電視媒體向來就支付使用報酬的推拖遲延，獨立音樂著作人也極不滿意，他們特別說明並未濫用刑事訴訟制度，作不合理的權利主張。事實上，廣播電視媒體業者向行政院公平交易委員會所提出的指控<sup>39</sup>，目前也未作出獨立音樂

<sup>38</sup> 參見動腦雜誌 96 年 12 月 28 日即時新聞報導，  
<http://brain.ehosting.com.tw/News/RealNewsContent.aspx?ID=9911>，此為會員收費  
閱覽資料，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。

<sup>39</sup> 中華民國衛星廣播電視事業商業同業公會曾於 95 年 11 月 13 日向公平會檢舉  
獨立音樂著作人何繼源等 14 人涉及違反公平交易法，參閱該會工作報告，

# 論述

著作人有違反違反公平交易法的認定。

由以上的發展，幾乎可以預見，廣播電視媒體與獨立音樂著作人的爭議，並未徹底解決，未來仍會發生相同的爭議，而修正著作權法，也許僅是談判的策略之一，當然也可以是根本的解決之道，就看未來雙方在 2009 年底的合作關係是否能融洽。

## 玖、結論

「授權利用」是著作權法的基本原則，誰利用著作，誰就該取得授權，支付使用報酬。廣播電視媒體是實際公開播送廣告音樂之人，原本就應負責付使用報酬，至於該使用報酬最後如何轉嫁，是市場機制運作的問題。目前的爭議，在於使用報酬金額多寡的商業談判立足點不均衡。廣播電視媒體認為，在刑事訴訟的潛在壓力下，與獨立音樂著作人洽談合理使用報酬的市場機制不存在，乃尋求修正著作權法解決之。

廣播電視媒體其實是極具市場壟斷的行業，然而，面對著作權法與刑事訴訟制度過於偏向著作權人的不合理設計，廣播電視媒體也要節節敗退。廣告音樂對於廣播電視媒體，確實與一般音樂有不同的價值，著作權仲介團體沒有正視此一差距，以平頭方式對待，再加上著作權仲介團體條例第 13 條第 2 項禁止平行授權，讓獨立音樂著作人必須退出著作權仲介團體，自立門戶，更增加商業廣告

---

[http://www.stba.org.tw/index.php?option=com\\_content&task=view&id=28&Itemid=52](http://www.stba.org.tw/index.php?option=com_content&task=view&id=28&Itemid=52)，最後點閱日期 97 年 1 月 4 日。



音樂授權的複雜度。

著作權法制應該以促進著作被合理廣泛利用為主要目標，無奈著作權法、刑事訴訟制度與著作權仲介團體條例，似乎離此目標尚有很長的距離，其複雜度極高，要加以改善也不是一蹴可及。短期最有效的作法，是修正著作權法第 37 條第 6 項，在「電腦伴唱機條款」之上，再增訂「廣告音樂條款」。然而，不從著作權法制根本去除「以刑逼民」的壓力，不修正著作權仲介團體條例開放平行授權，不知未來在著作權法第 37 條第 6 項，還會再增訂甚麼奇怪的「XXX 條款」，這恐怕是我國著作權法制最大的問題。