



# 數位取樣之著作權問題

林 昱 梅\*

## 要 目

壹、前 言	三、美國相關判決
貳、數位取樣之意義與原創性	(一)Grand Upright案
一、數位取樣之意義與由來	(二)Jarvis案
二、數位取樣為一種藝術形式	(三)Newton案
三、數位取樣與後現代藝術	(四)Bridgeport案
四、數位取樣之原創性問題	四、評 析
(一)被取樣作品之原創性	(一)美國文獻對數位取樣判決之
(二)取樣作品之原創性	評論
參、數位取樣之授權問題	(二)本文分析
一、數位取樣所涉及之著作種類	伍、美國數位取樣著作權問題之解
(一)音樂著作	決之道
(二)錄音著作	一、數位取樣之原創性
二、數位取樣所涉及之著作財產	二、微量準則審查標準之改變
權	三、重新定義或修改合理使用條
三、數位取樣之授權方式	款
肆、數位取樣侵害著作財產權之認	四、修改錄音著作權之規定
定	五、強制授權
一、實質相似	六、直接針對數位取樣增設條款
(一)局部逐字相似	七、Creative Commons授權條款
(二)微量準則	八、取樣交換所
二、明確界線規則	九、本文分析

\* 中興大學財經法律學系副教授，德國杜賓根大學法學博士。本文為國科會補助專題研究計畫研究成果。

投稿日期：九十七年八月十四日；接受刊登日期：九十七年十一月六日

陸、我國對數位取樣著作權問題之因應

- 一、原創性及著作種類
- 二、數位取樣涉及之著作財產權
- 三、數位取樣侵害著作財產權之判斷

- (一)實質相似與微量準則
- (二)合理使用

四、數位取樣之授權機制

- (一)授權機制現況
- (二)強制授權
- (三)創用CC條款
- (四)著作權線上交易平台

柒、結 論

## 摘 要

數位取樣在今日相當廣泛地被利用。取樣者常利用所取樣的錄音以製成新的音樂，特別是饒舌歌或嘻哈音樂。有評論者認為數位取樣是已發展的藝術，有其發展歷史。因此數位取樣可歸類為後現代藝術的聲音拼貼。有些人則認為數位取樣是竊盜行為。數位取樣的增加迫使著作權法必須釐清利用他人有著作權錄音的行為是否侵害著作財產權。

本論文將探討數位取樣的法律議題，且集中在數位取樣是否侵權或構成合理使用的議題上。相關的問題例如原創性、著作種類及授權也將會一併分析。同時也將介紹美國聯邦巡迴上訴法院的相關判決，包含微量準則及明確界線規則。但著作人格權的部分不予討論。最後本論文將提出解決數位取樣著作權問題之若干建議。

**關鍵詞：**數位取樣、著作權、微量準則、明確界線規則、後現代藝術

## 壹、前言

數位技術的進步，使音樂創作者得以更有效地製造及傳播優質音樂，然而，數位技術的進步同時也掀起音樂產業的波瀾。目前在流行音樂界盛行的饒舌歌，擅長利用數位技術取樣其他音樂家所創作或錄音的旋律及和聲，再利用取樣之片段製成新的作品。此種數位取樣行為造成音樂產業與饒舌歌創作者間的緊張關係，也引發了傳統的著作權理解與新興音樂創作的衝突。

畢卡索曾言<sup>1</sup>：「不好的藝術家複製，偉大的藝術家剽竊。」（Bad artists copy. Great artists steal.）茲不論藝術方面的評價如何，音樂取樣利用行為是否為著作權法所容許，有兩極的看法，一種看法認為數位取樣利用屬於藝術形式的轉化性利用，必須被包容；另一種看法認為數位取樣是竊取其他音樂家藝術創作的行為。

本文擬針對數位取樣之著作權問題進行研究，討論的範圍限於數位音樂取樣，本文一律以「數位取樣」稱之。礙於篇幅及所蒐集之資料，外國法部分僅參考美國文獻及法院判決予以分析。又本文之探討限縮於數位取樣之著作財產權部分，著作人格權之部分暫不予討論。

## 貳、數位取樣之意義與原創性

### 一、數位取樣之意義與由來

數位取樣（digital sampling）係指以數位工具擷取他人錄音的片段，作為自己作品的一部分。進行取樣時，先將類比聲音數位化，轉換為可由電腦讀取的二進位單元，再將數碼儲存於電腦或其他儲存媒介中，即可以電子形式擷取並操作<sup>2</sup>。被取樣聲波的數位代碼可以用一種有數位數據處理能力的機器，例如電腦合成器，將之與其他被數

<sup>1</sup> 資料來源：<http://www.quotedb.com/quotes/3500>，造訪日期：2008年9月2日。

<sup>2</sup> 參希瓦·維迪亞那桑（Siva Vaidhyanathan），陳宜君譯，著作權保護了誰？（Copyrights and Copywrongs），2003年，頁199。

位化或錄音的聲音加以重新利用、運用或組合<sup>3</sup>。

由於數位技術之發展，錄放及混合技術使取樣變得容易，目前的技術已進展至個人電腦即可操作，以致於數位取樣快速「侵入」流行音樂界。雖然取樣相當廣泛，但其主要係流行於嘻哈（hip-hop）及電子或舞蹈音樂，取樣是嘻哈音樂的特色之一，甚至有人認為沒有取樣就沒有嘻哈<sup>4</sup>。

數位取樣可追溯至一九四〇至五〇年代獨特的實驗型音樂。法國人Pierre Schaeffer利用錄放音機及唱片切割器，將不同的聲音結合、變速、倒轉以形成新的音樂<sup>5</sup>。此種音樂被稱為「具象音樂」（musique concrète），指以複製錄音的方式隨意聚集聲音具體片段的拼湊結構<sup>6</sup>，係一種以錄製的聲音當作原始材料的作曲實驗技術。其實這就是一種音樂拼貼的創作形式。一九五〇年代，Schaeffer用更先進的錄音技術，亦即錄音帶去從事具象音樂的作曲。同時期的其他作曲者開始仿效Schaeffer的作曲方式<sup>7</sup>。具象音樂影響了現代的音樂取樣。

第一個音樂取樣，出現在一九五〇年代晚期及一九六〇年代的牙買加<sup>8</sup>。音樂主持人（disc jockey, DJ）混合既有錄音的一部分合成新

<sup>3</sup> *Jarvis v. A & M Records* 案判決引用 Judith Greenberg Finell, How a Musicologist Views Digital Sampling Issues, N.Y.L.J. p. 5 n. 3 (May 22, 1992). 對數位取樣之定義，參 827 F. Supp. 282, 286.

<sup>4</sup> See Jeremy Scott Sykes, Note : Copyright-The De Minimis Defense in Copyright Infringement Actions Involving Music Sampling, 36 U. MEM. L. REV. 749, 756 (2006).

<sup>5</sup> See Alan Korn, *Renaming that Tune: Aural Collage, Parody and Fair Use*, 22 GOLDEN GATE U. L. REV. 321, 329 (1992); Sykes, *supra* note 4, at 756.

<sup>6</sup> 具象音樂指以各類聲音被捕捉、被固定後的錄音，即「聲音體」（objet sonore, sound objects；或譯聲音物件）作為素材，加以各式技術調製（如環繞音程、拼貼、反行、移調變速等）而創作出的音樂作品。

<sup>7</sup> See Sykes, *supra* note 4, at 756-57.

<sup>8</sup> See Susan J. Latham, *Newton v. Diamond: Measuring the Legitimacy of Unauthorized Compositional Sampling – A Clue Illuminated and Obscured*, 26 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 119, 122 (2003).

的音樂，與樂器音樂及歌唱重疊。在現場播放音樂時，DJ閒談內容會混合非裔美國人俚語及特殊的西印度群島方言<sup>9</sup>。此種表現方式頗受現場聽眾好評，即成爲後來數位取樣的先驅<sup>10</sup>。其後數位取樣工具出現，數位技術取代類比技術，音樂家或製作人可運用數位技術將音高、節拍及音調加以錄製、變形或複製以融入新的音樂<sup>11</sup>。

一九八三年，音樂器材數位界面（Musical Instrument Digital Interface, MIDI）出現，使得數位取樣更爲普遍。MIDI將合成器的類比訊號轉成數位流，以一連串的零與一代表聲音的變化，並使資料透過音樂器材的網路與輸出輸入的裝置來流通<sup>12</sup>。換言之，MIDI將聲音變成一系列電腦訊號，可以被電腦儲存、叫出及運用<sup>13</sup>。從此數位音樂工業規格化，不同公司的取樣機器可相容，儲存聲音的錄放，僅須連接取樣者的鍵盤（keyboard）並按鍵即可。被取樣的內容以不同的樣本標示於MIDI鍵盤，當電子琴播放的時候，不同聲音的樣本即可出現。取樣的程序相當簡單<sup>14</sup>。而數位取樣器可以各種方式運用聲音，包含倒轉、縮短、重複或與其他聲音結合<sup>15</sup>。取樣技術例如環繞音程（looping）<sup>16</sup>及合成樂廣受喜愛，使得數位取樣成爲流行音樂領域可

<sup>9</sup> See *Id.* at 122; Henry Self, *Digital Sampling: A Cultural Perspective*, 9 UCLA ENT. L. REV. 347, 348 (2002).

<sup>10</sup> See Tracy L. Reilly, *Ebunking the Top Three Myths of Digital sampling: An Endorsement of the Brid Geport Music Court's Attempt to Afford "Sound" Copyright Protection to Sound Recordings*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 355, 358 (2008).

<sup>11</sup> See Lucille M. Ponte, *The Emperor Has No Clothes: How Digital Sampling Infringement Cases Are Exposing Weaknesses in Traditional Copyright Law and the Need for Statutory Reform*, 43 AM. BUS. L.J. 515, 516 (2006).

<sup>12</sup> MIDI軟體傳輸協定能告訴合成器音符的長度、聲音的形態、音高與音量。參陳宜君譯，前揭註2，頁219。

<sup>13</sup> See Reilly, *supra* note 10, at 360.

<sup>14</sup> *Id.*

<sup>15</sup> Amanda Webber, *Note: Digital Sampling and the Legal Implications of its Use after Bridgeport*, 22 SAINT JOHN'S JOURNAL OF LEGAL COMMENTARY 373, 377-78 (2007).

<sup>16</sup> Looping是常見的數位取樣方式，係將取樣的內容於新作中反覆重播。See Latham, *supra* note 8, at 122.

供取樣者或被取樣者賺取利潤的工具。數位取樣器亦可與合成器、電子鼓樂器、音效處理器及其他器具連結，並與電腦的套裝軟體搭配。故只要擁有個人電腦、麥克風，CD的人購買套裝軟體，即可製造熱門音樂<sup>17</sup>。當數位取樣工具愈來愈便宜，取樣變得更容易，更普遍<sup>18</sup>之後，有些音樂家必然會求諸法律途徑對抗取樣者。這也是為何在數位取樣的著作權問題上，古老的微量原則與先進的取樣創新有所交會的原因<sup>19</sup>。

## 二、數位取樣為一種藝術形式

數位取樣的程序歷經數位錄音、電腦聲音分析及修飾、錄放等階段<sup>20</sup>。因此有人認為取樣只是懶人音樂，為了省錢及省時而作，缺乏藝術創造力。學習如何按電腦鍵盤進行數位取樣，不等同於學習如何演奏鋼琴或吉他，故不承認數位取樣為一種藝術形式，而認為是剽竊<sup>21</sup>。但亦有人認為，從各種不同聲音來源混合數百種取樣，係創造一種虛擬的聲音拼貼（virtual aural collage）<sup>22</sup>。

一九六五年以後，美國市場上之主流音樂，幾乎都是取源於以表演為基礎的藍調美學。在藍調傳統下，作曲與創意是從西非先人汲取的。西非文化分歧複雜，西非移民透過熟悉的符碼與譬喻彼此聯繫，

<sup>17</sup> Reilly, *supra* note 10, at 361; Ponte, *supra* note 11, at 515 FN. 2.

<sup>18</sup> Reilly, *supra* note 10, at 359, 介紹數位工具之發展，數位取樣工具從一開始的28,000美元降至400元。

<sup>19</sup> See Sykes, *supra* note 4, at 757-58. 微量原則請參見本文以下之說明。

<sup>20</sup> See Bryan Bergman, *Into the Grey: The Unclear Laws of Digital Sampling*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 619, 623 (2005); William Y. Durbin, *Recognizing the Grey: Toward a New View of the Law Governing Digital Music Sampling Informed by the First Amendment*, 15 WM. & MARY BILL RTS. J. 1021, 1024 (2007).

<sup>21</sup> 音樂出版家Lester Still即不承認數位取樣為藝術。Reilly, *supra* note 10, at 382, FN.163 citing Jeffrey Ressler, *Sampling Amok?*, Rolling Stone, June 14, 1990, 105.

<sup>22</sup> See Carl A. Falstrom, *Note: Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc. and the Future of Digital Sound Sampling in Popular Music*, 45 HASTINGS L.J. 359, 368 FN.62 (1994).

使其音樂具有共通性，包含有節奏的複雜性與切分音、個人表現自我風格、歌舞與廣大社群結合及團體意識，都是其共通的元素。藍調的原創性，可說是以表演為基礎，而非以釐清「所有者」的概念來推崇原創性。此種從西非的傳統下創造出的音樂文化價值系統，與形塑歐洲與美國著作權法的價值系統相異。實際上，美國著作權法並未禁止創作者從共同財產中汲取靈感，也支持新創者從他人的作品中架構自己的想法。但著作權利的不斷擴張與期限的增長，都與此種西非音樂舞蹈的美學原則產生衝突<sup>23</sup>。

雖然嘻哈文化的饒舌歌並非直接發源於美國藍調傳統，而是來自加勒比海，但饒舌歌創作者從熟悉的歌曲取樣，取代樂器演奏之手法<sup>24</sup>，亦可追溯至借用他人音樂、引為己用並於其上即興創作的非洲音樂傳統<sup>25</sup>。而在牙買加，音樂也是被視為是一種社群財產，此觀念也深深影響饒舌歌作者的取樣行為<sup>26</sup>。也因此會產生饒舌歌創作與傳統著作權理解的扞格。

美國學界對於數位取樣的評價，尚未廣泛承認其具有原創性，而認為其係從經濟弱勢少數民族的民俗傳統中所發展出來的音樂形式。但是，從貓王（Elvis Presley）到艾力克萊普頓（Eric Clapton），再到野獸男孩（Beastie Boys），流行音樂界有許多白人藝術家獲得好評，並有全球性的商業成功，而這些人的音樂有部分係模仿或重新包裝非裔美國人的音樂<sup>27</sup>。藉由取樣古典爵士及放克（funk）音樂，黑人藝術家企圖尋回非裔美國人的自我認同，也可以說是要尋回曾被盜用的文化財產。當黑人音樂家或DJ取樣白人的音樂，其動機可能是要

23 陳宜君譯，前揭註2，頁180-183。

24 陳宜君譯，前揭註2，頁191。

25 陳宜君譯，前揭註2，頁196。

26 陳宜君譯，前揭註2，頁197。

27 例如貓王即曾錄製某些非裔美國人創作的曲子，將強烈的南方節奏藍調引入主流的白人聽眾市場，引起流行音樂界的革命。參陳宜君譯，前揭註2，頁172、198-99。

對聽眾指出美國文化差異下音樂表達的共通性，是主張種族平等者傳達給不同種族之人的訊息。許多時候，取樣是民俗音樂傳統的當代示威，此種取樣並非抄襲行爲，而是傳統音樂文化復活的一種形式，非裔音樂作家甚至認爲嘻哈是敬仰祖先的行爲<sup>28</sup>。

故對嘻哈族群來說，取樣並非貪圖方便，而是具有美感，並且內含著對祖先尊崇的心靈崇拜。嘻哈的手法是隱藏實況演出之音樂，從他人錄音中取樣，加入取樣的內容，創作完成新的作品。取樣過程不以實況演奏的方式獲得錄音，有時是想立即獲得特定的聲音，例如從原始錄音中立即獲得電顫音，該聲音無法從吹小號的實況錄音中獲取。取樣行爲有時是因爲格調或氣氛，例如直接錄下的音樂演出太過溫和，不會產生任何電顫音。故有些音樂家認爲嘻哈沒有美學上的缺陷，而是用另外的手法操作，從而認爲是另一種美的呈現。嘻哈的音樂工具是取樣器。嘻哈消除了傳統的表演與錄音的差別。在嘻哈的世界中，任何音樂美學的評價，主要基於作者如何有創意地使用取樣，以便與被取樣的原作形式相對應。嘻哈創作者視發現音樂而取樣並加以運用是一種挑戰。創作者透過取樣，能將音樂演出從多樣的錄音內容擷取出來，加以組織使其有新的關聯性。對於嘻哈創作者而言，樂器演奏者能在技巧上表現任何音符或和絃的組合，但其並非像嘻哈作者一樣，會受到舊的錄音所呈現的特別表演所驅使，而激發其創造力<sup>29</sup>。樂評葛瑞格·塔特（Greg Tate）曾謂：「取樣並非專事模仿的行爲，而是重新活潑化的方式。嘻哈中的取樣是數位版的嘻哈DJ，一種編輯檔案與加諸自身之上的藝術形式<sup>30</sup>。」故取樣係賦予一首歌另一種意義層次，一種創作者、原作者與聽眾之間的溝通平台<sup>31</sup>。

<sup>28</sup> See Self, *supra* note 9, at 352-53.

<sup>29</sup> See Webber, *supra* note 15, at 378-80.

<sup>30</sup> 該段話出自葛瑞格·塔特，一隻蟲的生活日記（Dairy of a Bug），村聲（Village Voice）雜誌，1988年11月22日，頁73。轉引自陳宜君譯，前揭註2，頁200。

<sup>31</sup> 陳宜君譯，前揭註2，頁201。

### 三、數位取樣與後現代藝術

雖然數位取樣是新的技術，但藝術的挪用手法由來已久。1917年杜象使用簽了筆名的尿壺作為「噴泉」的作品，數十年後，普普藝術盛行，安迪沃荷（Andy Warhol）及羅依·李奇登斯坦（Roy Lichtenstein）致力於將大眾媒體或消費社會中常見影像、訊息及物體加以利用及「再脈絡化」（recontextualization）。近年來，後現代藝術家傑夫昆斯（Jeff Koons）與芭芭拉克魯格（Barbara Kruger）因「挪用藝術」（appropriation art）而受到喝采。杜象以尿壺或其他現成物主張「選擇行爲」是藝術創作的本質，其實數位取樣也是一種選擇行爲，取樣者從社會中充滿著超過數百萬計的大眾媒體訊息，超過任何凡人可接受的量中，選擇及再現最常使用或最能引發好奇心的資訊片段之過濾技巧，或許正是後現代藝術出類拔萃之處<sup>32</sup>。

文化評論者使用「後現代」（postmodernism）的概念用於解釋一種當代文化的風格、運動、時期及環境。後現代提議拒絕「現代主義」（modernism）的權威與訴求。後現代意味著破壞（與）或反對現代藝術家所有藝術及智慧努力，從而希望建構新的鑑賞力與藝術認識論。然而不清楚的是，後現代主義是否代表著現代主義的破壞，或只是現代主義的延續或變形。但可確定的是，拼貼（collage）在後現代的藝術表現中，已取得一席之地<sup>33</sup>。而數位取樣正是一種拼貼，也是後現代藝術的表現方式之一。

後現代的取樣藝術家有一種游牧的態度，將所有的音樂類型視為可交換的建築積木，倡導過去語言的可逆轉性。其用環繞音程與合成構成主要的文本，在該文本上寫入其他取樣，實際上是想以他人名義揭穿一個符號體系。其衝突的風格常使人迷惑為具有傳統音樂的含意<sup>34</sup>。

<sup>32</sup> Self, *supra* note 9, at 351-52.

<sup>33</sup> Robert M. Szymanski, *Audio Pasitiche: Digital Sampling, Intermediate Copying, Fair Use*, 3 U.C.L.A. ENT. L. REV. 271, 281-82 (1996).

<sup>34</sup> *Id.* at 283.

論者有謂，饒舌藝術家如野獸男孩「複製」(reproduce)音樂，而被取樣的藝術家例如詹姆斯布朗 (James Brown) 則「製造」(produce)音樂。此種技術面的觀察不一定是絕對的價值判斷。若將馬內 (Manet) 在製作「奧林匹亞」(Olympia) 時的技巧，與羅森柏格 (Rauschenberg) 複製魯本斯 (Rubens) 的「維納斯」(Venus) 相比，馬內的奧林匹亞係以提香 (Titian) 的維納斯作為其現代主義作品的構圖雛型，但他積極破壞原作的風格，將畫中的主要人物刻畫為妓女而不是女神。羅森柏格則相反，以絲幕模型複製方法取樣原作的許多主題，包含將魯本斯的維納斯直接印製於其畫布上。故後現代藝術家如羅森柏格捨棄了現代藝術家 (modernist) 的靈氣。在後現代藝術的作品中，創作主題的虛構乃臣服於對既存作品的坦率徵用、引用、摘錄、堆積及重複<sup>35</sup>。

有些人認為，以非洲為中心的饒舌藝術家，例如全民公敵 (Public Enemy) 致力於政治上的實踐，並非不如現代藝術家的前衛或企圖撼動主流文化。由此觀點來說，饒舌音樂是「取用」(taking) 及「回收」(reclaiming)，而非單純提供一個方便且價錢低廉的音樂取用方式。數位取樣使得以非洲為中心的藝術家回收大眾文化，使其從主流的內涵中出清，使用它去傳達他們自己的政治訊息<sup>36</sup>。由此觀點來說，數位取樣也是一種意見表達形式。

數位取樣常常被批評為利用流行音樂過於氾濫，恐使音樂家失業，且是沒有天賦的人偷竊較優秀的人具有原創性的作品及聲音。儘管數位取樣明顯地是因為經濟因素，不過，若承認其屬挪用藝術，即意味著其與先前的藝術有不同的風格。羅森柏格用繪畫的方式重新詮釋魯本斯的維納斯，不是用攝影技術複製，乃是用了非常不同的藝術表達方式。同樣地，饒舌藝術家也是以一種不同的訊息傳達與溝通。如果我們的社會決定羅森柏格可以挪用享有著作權的作品，則取樣藝

<sup>35</sup> Szymanski, *supra* note 33 at 284.

<sup>36</sup> Szymanski, *supra* note 33.

術家也應該有相同的特權。

美國憲法第一條第八項第八款規定國會有權立法保障著作人及發明人就其著作或發明一定期間的排他權，以促進藝術及科學之進步。故美國國會於制定著作權法時，為鼓勵創作而賦予藝術家一定期間的著作權，以利其從授權金中獲得報酬。然而，藝術家的著作權應與大眾接觸創作的公共利益取得平衡<sup>37</sup>。藝術家未經給付報酬予原作者即可挪用有著作權作品的意見，不一定要完全跟隨。但必須確認的是，保護原作者的創作動機是否有必要遷就其他社會政策之目的<sup>38</sup>。著作權法的制定早於數位取樣之發展，著作權法是否能因應數位取樣的爭議，值得進一步探討。

#### 四、數位取樣之原創性問題

##### (一)被取樣作品之原創性

美國聯邦最高法院曾於Feist案判決指出，著作權的必要條件是原創性（originality）。而所謂的「原創性」，係指作品必須由作者所獨立創造（independently created by the author），且應擁有最低程度的創造力（possess at least some minimal degree of creativity）<sup>39</sup>。著作權的保護僅及於作品中具有原創性的部分。但就音樂而言，由於音符及和弦有限，特別是流行音樂，有些普通的旋律常於不同的作曲中出現。此種普通旋律尚未符合原創性的最低門檻。音符必須以具有一點創造力的原創方式加以組合，才能受到保護。

原創性在數位取樣的案件中是否存在，是判斷侵權的一個關鍵因素。在本文以下要介紹的Newton案中，地方法院認定原作被取樣的三個音符不具原創性。反之，在Bridgeport案，被告主張原作被取樣的三個音符是普通的序列。地方法院雖認為音符本身不具原創性，但被收錄的藝術家「表演」具有原創性。故被取樣的作品是否具備足夠的原

<sup>37</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 521.

<sup>38</sup> See Szymanski, *supra* note 33, at 287-88.

<sup>39</sup> *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, 345(1991).

創性而受著作權法保護，可能因取樣的著作種類不同，而有不同的評價<sup>40</sup>。

在 *Williams v. Broadus* 案中，饒舌歌手 Snoop Dogg 未經同意從原告歌曲 *The Symphony* 取樣並寫作成歌曲 *Ghetto Symphony*。被告主張 *The Symphony* 也是未經同意取樣自他人歌曲 *Hard to Handle*，而侵害 *Hard to Handle* 歌曲的著作權，因其屬非法的衍生利用，故原告著作本身並無著作權。紐約南區地方法院則指出，假設新作將原作的表達改變至二作品並非實質相似的程度，則新作並非衍生著作，亦未侵害原作的著作權，從原作進行取樣用於新的作曲並無不同的審查標準。本案原告的作品取樣自他人作品的部分，僅屬 54 小節中的 2 小節，理性的觀察者仍會斷定在歌曲最初出現的 2 小節並非原作的實質重要部分，故非實質相似<sup>41</sup>。因而被告此部分的主張無理由。由本案可得知，今日為數位取樣者，明日可能成為被取樣者，取樣的利用與被利用關係，在饒舌（或流行）音樂界互相交織者。

### (二) 取樣作品之原創性

嘻哈音樂是兩層素材結合而成。表現於上的是饒舌歌本身，通常帶有濃厚的都市非洲裔或加勒比海裔美國人的方言腔，是一種即興創作。此種風格可追溯至非洲的口語傳統。在饒舌歌之下是背景音樂，基本上從流行的歌曲擷取出來<sup>42</sup>。饒舌歌創作者數位取樣他人錄音通常是用於背景音樂。

論者指出，以電子程序直接數位取樣其他藝術家的作品，不具原創性。數位取樣是技術形式，許多取樣者根本缺乏樂器專長<sup>43</sup>。亦有人認為，數位取樣造就現代音樂家，但仰賴視覺性的表現較多，而非

<sup>40</sup> See Jennifer R. R. Mueller, Note: *All Mixed Up: Bridgeport Music v. Dimension Films and De Minimis Digital Sampling*, 81 INDIANA L.J. 435, 440 (2006).

<sup>41</sup> See *Williams v. Broadus*, 2001 WL 984714, 3-4 (S.D.N.Y. 2001).

<sup>42</sup> 參陳宜君譯，前揭註2，頁195-96。

<sup>43</sup> See David Sanjek, “Don’t Have to D.J. No More”: *Sampling and the “Autonomous” Creator*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 607, 615-16 (1992).

基於其音樂天賦<sup>44</sup>。甚至有人指出，扒手是描述數位取樣更適當的用語<sup>45</sup>。

不過，也有人認為數位取樣技術對於音樂家來說，是一種有力的創作工具<sup>46</sup>。取樣藝術家利用所取樣的音樂本身作為「樂器」<sup>47</sup>，發展及創造具有原創性的聲音，此與利用鋼琴或吉他製造聲音的道理一樣。取樣的先驅者DJ也認為自己是音樂家，而他們的樂器就是唱機轉盤，透過靈巧的手動技術從一個轉盤到下一個轉盤予以環繞音程及混合<sup>48</sup>。被取樣的聲音聽起來不同，是因為取樣音樂家的個人天賦，取樣音樂家需要廣泛的知識才能製造想要的聲音，而這些聲音不見得可從演奏大師的演奏中得出<sup>49</sup>。因此，取樣技術不能被當成原作的剽竊，因為取樣藝術家僅取樣他人作品的一小部分，加入新的素材，創造與原作不同的新作<sup>50</sup>。對取樣者來說，取樣或許是一種「轉化」，將取樣內容當作一種節奏或元素，故取樣並非偷竊，而是重覆利用或改裝。舊的表現形式在新的作品文脈中，已經失去同樣的表現形式，甚至是完全改變了<sup>51</sup>。

美國聯邦最高法院Souter法官於一九九四年的 *Campbell v. Acuff*

<sup>44</sup> See Michael L. Baroni, *A Pirate's Palette: The Dilemmas of Digital Sound Sampling and a Proposed Compulsory License Solution*, 11 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 65, 73 (1993).

<sup>45</sup> See Falstrom, *supra* note 22, at 364 citing Richard Harrington, *The Groove Robbers' Judgment; Order on Sampling' Songs May Be Rap Landmark*, WASH. POST, Dec. 25, 1991, at D1, D7.

<sup>46</sup> See A. Dean Johnson, *Comment, Music Copyrights: The Need for an Appropriate Fair Use Analysis in Digital Sampling Infringement Suits*, 21 FLA. ST. U. L. REV. 135, 140 (1993).

<sup>47</sup> See Sanjek, *supra* note 43, 610.

<sup>48</sup> See Matthew S. Garnett, *The Downhill Battle to Copyright Sonic Ideas in Bridgeport Music*, 7 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 509, 511 (2005).

<sup>49</sup> Mac Randall, *Riffs for Sale, Musician*, Aug., 1995, 54. quoting from Reilly, *supra* note 10, at 381 FN159.

<sup>50</sup> See Falstrom, *supra* note 22, at 370-71.

<sup>51</sup> 參陳宜君譯，前揭註2，頁211。

*Rose Music, Inc.* 案判決中，即曾引用一八四五年Story法官的一段話<sup>52</sup>：「在文學、科學及藝術方面，如果有，也可能極少在抽象理解方面是完全新的，且從頭到尾是原創的。任何文學、科學或藝術方面的書借用或必須必要性地借用，並利用許多知名的或以前有過的。」顯示許多創作都是建立在利用他人創作的基礎上，不斷的創作累積並繁衍更多的創作。

事實上，不只是創作饒舌歌的取樣者，古典音樂家也常利用先前作品的片段、主題、主旋律而創造新作<sup>53</sup>。例如布拉姆斯與拉赫曼尼諾夫也曾借用前人的音樂作成新的音樂作品<sup>54</sup>。爵士樂、藍調及搖滾樂也都有借用他人音樂的情形<sup>55</sup>。此種借用並不會使歷史學家或樂評對其原創性產生質疑。數位取樣也是一種借用，其也有可能具備原創性，而屬創作的一種形式<sup>56</sup>。

## 參、數位取樣之授權問題

數位取樣者所取樣的內容若具備原創性的要件，而受著作權法保護，則進行數位取樣前，最好先取得著作權利人的授權，以免其利用著作的行為遭到侵權的指控。

### 一、數位取樣所涉及之著作種類

數位取樣若欲獲得授權，首先應釐清所涉及之著作種類，才能找

<sup>52</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 575 (U.S. 1994). Souter法官所引用的判決為*Emerson v. Davies*, 8 F. Cas. 615, 619 (No. 4,436).

<sup>53</sup> See Rahmiel David Rothenberg, *Sampling: Musical Authorship out of Tune with the Purpose of the Copyright Regime*, 20 ST. THOMAS L. REV. 233, 246 (2008).

<sup>54</sup> See Reilly, *supra* note 10, at 376.

<sup>55</sup> Rothenberg, *supra* note 53, at 246. 歌劇仙履奇緣 (Cinderella) 是義大利歌劇灰姑娘 (La Cenerentola) 的英文版另外附加一些音樂。而爵士藝人從歌劇及爵士樂獨奏創造新的爵士樂；披頭四、滾石及齊柏林飛船 (Led Zeppelin) 等搖滾樂團也結合或借用藍調及非裔美國人音樂。

<sup>56</sup> See Rothenberg, *supra* note 53, at 245.

到正確的授權人。一般而言，數位取樣同時涉及音樂著作或錄音著作。

### (一)音樂著作

音樂著作權包含組成音樂作品的旋律、和聲、節奏、歌詞。依美國著作權法第一〇六條，音樂著作權人享有重製、改作、散布、公開展示及公開演出權。

### (二)錄音著作

美國於一九七一年修改著作權法時始承認錄音著作之著作權，一九七二年二月十五日以後的錄音可享有著作權<sup>57</sup>。先前國會在制定著作權法之初，並不認為單純機械式的錄音具有原創性而得以獨立之著作保護之。故即使國會已立法保護錄音著作，仍強調必須具有原創性之錄音才能獲得著作權法之保護<sup>58</sup>，在此要求下，專業藝術家的詮釋演出或製作人都是原創性的來源。由於原創性僅要求最低程度的創造力，故錄音作品中，凡是人類任何有意識的表演幾乎都可呈現享有著作權所必要的原創性<sup>59</sup>。

錄音著作保護的是錄製於錄音物上的「聲音」，而非錄音物本身<sup>60</sup>。美國第六巡迴上訴法院於Bridgeport案中將錄音與書籍在立法上相比，指出即使錄音與書籍皆為原作的附著，國會就錄音與書籍仍為不同的處理。數位取樣的重製，與影印書籍的一頁相同。雖然取樣與許多將音樂從CD轉到電腦硬碟的電腦使用者係利用相同的基本程序，即使該轉錄為物理性的取用，也不能確切地說明當聲音的取樣係直接從附著的媒介中取用即為物理性的取用，而非智慧型取用<sup>61</sup>，而否定取樣的原創性。

<sup>57</sup> See Durbin, *supra* note 20, at 1033.

<sup>58</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 525.

<sup>59</sup> See Mueller, *supra* note 40, at 449.

<sup>60</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 525.

<sup>61</sup> See Mueller, *supra* note 40, at 450.

## 二、數位取樣所涉及之著作財產權

數位取樣涉及音樂著作及錄音著作，若欲使取樣的創作行為不涉及著作權法之爭議，則應尋求合法授權。針對音樂著作部分，取樣者應獲得重製或改作之授權。若欲出版，則需更進一步取得公開演出權與散布權的授權。錄音著作部分，則應取得權利人之重製或改作權之授權。

依美國著作權法第一一四條(b)之規定，錄音著作之著作權並無公開演出權，而且重製及改作權亦受到限制。重製權僅限於附著於錄音物內的聲音，權利人不能防止他人模仿該錄音的聲音。錄音著作權人的重製權限於以錄音或重製的方式將直接或間接再現實際附著於錄音物的聲音加以複製。改作權限於將實際附著於錄音物的聲音，以重新編排、混合，或以其他方式改變順序或音色的方式做成衍生著作。數位取樣若涉及錄音的混合或改編，仍應獲得改作權之授權。若是直接摘錄某段錄音，則應獲得重製權之授權。

## 三、數位取樣之授權方式

美國實務上常見之音樂著作授權方式有三種，一種是固定報酬（flat fee），二是依據銷售量計算衍生利益金（payment for each record sold），三是共同出版交易（co-publishing deal）<sup>62</sup>。而錄音著作的通常授權模式是「定額賣斷」（flat-fee buyout）及針對銷售量計算的衍生利益金（royalty for each unit sold）<sup>63</sup>。

取樣藝術家欲獲得授權，所面臨的最大問題便是授權金額。根據二〇〇四年所發表之一份文獻顯示，翻唱強制授權的費率是每銷售一片負擔0.08美元衍生利益金或每分鐘0.155美元。而數位取樣的授權機制是以秒計費，同時應取得音樂著作及錄音著作之授權。若取樣3秒且只用一次於唱片大廠的新作，可能會收取一千五百美金預付將來銷

<sup>62</sup> See Szymanski, *supra* note 33, at 292.

<sup>63</sup> *Id.* at 293.

售的衍生利益金。3秒的環繞音程取樣費從一千五百至五千美元，環繞音程超過3秒，授權金額可能高達數萬美元。至於音樂著作的取樣，唱片大廠的取樣行為可能會讓音樂著作權人擁有新作15%以上的權利。環繞音程成為新作的重要部分者，可能高達66%。代理作曲家的音樂出版者則通常獲得0.08美元的規定費率<sup>64</sup>。

若授權金額過高，創作者不是被剝削就只能選擇放棄。一九八九年，靈魂樂團（De La Soul）取樣一九六〇年代相當流行的烏龜樂團（the Turtles）的歌曲「你告訴我」的12秒片段，用於其單曲「火星現場轉播」中，權利人烏龜樂團成員要求二百五十萬美元之賠償，後來庭外和解，靈魂樂團必須支付和解金一百七十萬美元<sup>65</sup>。由本案即可推知，無資力的創作者無法支付巨額的和解金或授權金，如果仍執意以數位取樣進行創作，即會有侵權的風險。因此，數位取樣與著作權法所存在之緊張關係不因有授權機制而消失，而該緊張關係似不全然是因為種族間的文化差異，而是存在於既存權利人與新的創作者間的角度，是場新與舊的戰爭<sup>66</sup>。如果創作者欠缺資力無法獲得授權，只好選擇放棄或鋌而走險進行取樣。未經授權之數位取樣是否應給予一定的創作空間，還是要認定為侵害著作權的行為，即有進一步探究之必要。

## 肆、數位取樣侵害著作財產權之認定

美國司法實務就提起侵權訴訟之著作權人，要求必須證明其擁有有效的著作權，被告有重製行為，且二作品必須「實質相似」

<sup>64</sup> See Josh Norek, Comment, "You Can't Sing Without the Bling": The Toll of Excessive Sample License Fees on Creativity in Hip-Hop Music and the Need for a Compulsory Sound Recording Sample License System, 11 UCLA ENT. L. REV. 83, 89-90 (2004). 取樣部分之資料為作者於2003年2月18日電訪MCA唱片公司法務所獲得之數據。

<sup>65</sup> 參陳宜君譯，前揭註2，頁204-05。

<sup>66</sup> 參陳宜君譯，前揭註2，頁194。

(substantial similarity)<sup>67</sup>，才能構成侵權。有效的著作權必須證明作品具有原創性，且為著作權法保護之標的。為了證明重製，著作權人必須提出二作品實質相似，且被告真的實際進行重製之事證<sup>68</sup>。以下即分析美國法院判斷數位取樣是否侵權所適用之原則，並輔以實際案例之介紹。

### 一、實質相似

美國法院對於實質相似之判斷，通常係以二作品整體觀察，是否一般平均觀察者能辨識被指控的作品係利用原作<sup>69</sup>。如果重製的部分太少，以致於一般平均觀察者無法辨識出來，即不會被認定為非法利用<sup>70</sup>。法院於認定實質相似時，會衡量質與量的因素。在量的分析上，會判斷被控侵權部分是否對原作構成實質部分；在質的分析上，會考量重製部分對原作整體而言是否在質上面是重要的<sup>71</sup>。

由於實質相似標準之採納早於數位取樣技術之發展，該標準要適用於數位取樣有幾點疑慮。第一，若數位取樣是有意的從錄音創作中擷取內容，則其所取樣的是完全相同的內容，對於一樣的重製內容根本不必再判斷是否實質相似。第二，取樣者僅擷取一小部分，置入新作，並非擷取原作全部之特色及結構，其結果可能使重製少量之取樣者免責，而降低著作權對原創的保護。第三，數位取樣音樂家或音效師運用或變化原作之音樂，將原作隱藏，使一般平均觀察者難以辨識出原作被取樣利用，其結果等同於容許著作權人之創作未獲得適當報酬即被重製<sup>72</sup>。故美國法院針對數位取樣發展了「局部逐字相似」與

<sup>67</sup> See Szymanski, *supra* note 33, at 299; Bergman, *supra* note 20, at 626; Rothenberg, *supra* note 53, at 237-38.

<sup>68</sup> See Mueller, *supra* note 40, at 442.

<sup>69</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 528. 但第三、四及第六巡迴上訴法院係以「專業聽眾」(specialized audience)用於複雜的及有技術性的作品；See Mueller, *supra* note 40, at 442 FN. 62.

<sup>70</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 528.

<sup>71</sup> See Mueller, *supra* note 40, at 442-43.

<sup>72</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 528-29.

「微量準則」，以判斷數位取樣是否侵權。

### (一)局部逐字相似

除了原作全部被精確地重製外，實質相似尚包含作品整體的相似，但並非完全相同的「廣泛的非逐字相似」（comprehensive nonliteral similarity），及只有部分相似，但相似部分幾乎完全相同的「局部逐字相似」（fragmented literal similarity）<sup>73</sup>。當系爭取樣部分只是原作的一小部分時，法院可能會用局部逐字相似來判斷實質相似。

就局部逐字相似的數位取樣而言，法院會審查所重製的部分是否屬於原在質或量上的重要部分，如果答案是肯定的，則構成實質相似。法院並不審查數位取樣在新作中如何呈現，取樣於新作中被利用的程度或利用的次數也在所不問。若取樣在質與量上並非重要，該重製可能就會被認為係微量而不構成侵權<sup>74</sup>，此即為微量準則之適用。

### (二)微量準則

#### 1. 微量準則之意義

微量準則（the de Minimis doctrine）源於「法律不管瑣碎小事」（de minimis non curat lex）的法律原則。微量原則在美國法律上有很長的發展歷史，適用範圍不限於著作權法，而係適用於所有之民事案件。其主要的意旨是，有些案件就其事實嚴格來說係違反法律，但過於微小瑣碎以致於浪費法院的時間及資源，故不予以追究。微量準則通常係適用於微不足道的法律爭訟，類似於刑事訴訟法之微罪不舉。

Chatfield法官於一九〇九年的*West Publ'g Co. v. Edward Thompson Co.*案指出，有些重製對於侵權之判斷並非決定性的。有一些重製是容許的。除了重製之外，原告必須證明其已達不合理的程度（unfair

<sup>73</sup> Rothenberg, *supra* note 53, at 239; David S. Blessing, *Note: Who Speaks Latin Anymore? Translation de Minimis Use for Application to Music Copyright Infringement and Sampling*, 45 WM. & MARY L. REV. 2399, 2411 (2004).

<sup>74</sup> See Ponte, *supra* note 11, at 529-30. 並請參考以下的案例介紹。

extent) <sup>75</sup>。在一九六三年的 *Toulmin v. Rike-Kumler Co.* 案，第六巡迴上訴法院認為從他人超過25年未出版，共125頁的書中重製一又二分之一句話是微量的使用<sup>76</sup>。在 *On Davis v. Gap, Inc.* 案，第二巡迴上訴法院法官 Leval 於判決中指出<sup>77</sup>：「瑣碎的重製是現代生活的重要部分。現代世界大部分誠實正直的市民常常毫不猶豫的從事瑣碎的重製，要不是微量準則，嚴格來說即構成違法。我們毫不猶豫地將朋友的信影印給其他朋友看，或將喜愛的卡通複印貼在冰箱上。……我們外出前錄下電視節目，以便在方便的時間觀賞。餐廳服務生在顧客的餐桌旁唱生日快樂歌。當我們做這些事，……不太可能以高額成本被提起訴訟。基於微量準則，我們事實上並未破壞法律。」

微量準則確保大部分瑣碎而微不足道的重製不會被提起訴訟，有助於司法經濟。即使提起訴訟，法院也幾乎都以有利於被告之簡易判決結案<sup>78</sup>。美國至少有三個地方法院於數位取樣之案例曾適用微量準則<sup>79</sup>。

依據第二巡迴上訴法院所建立的標準，實質相似的檢驗有兩個要素，一為質的要素，二為量的要素。質的要素所關心的是表達的重

<sup>75</sup> *West Publ'g Co. v. Edward Thompson Co.*, 169 F. 833, 861 (C.C.E.D.N.Y. 1909).

<sup>76</sup> 316 F.2d 232, 232 (6th Cir. 1963).

<sup>77</sup> *On Davis v. Gap, Inc.*, 246 F.3d 152, 173 (2d Cir. 2001).

<sup>78</sup> See Mueller, *supra* note 40, at 454. 如果關於任何實體事實沒有真正的爭議 (no genuine issue as to any material fact)，簡易判決 (summary judgment) 程序是快速終結訴訟的方法。依美國聯邦民事訴訟規則 (Federal Rule of Civil Procedure) 第56條規定，原被告皆可聲請簡易判決。不願簡易判決的另一方則應提出特別的事實顯示有真正的審判爭點 (specific facts showing that there is a genuine issue for trial)，而要求進行審判。若被告提出簡易判決之聲請，並對原告起訴事項加以答辯、提出證言或反駁，且對判決有影響的事實並無實體事實的爭議，法院即可同意有利於被告的簡易判決。See Bradley Scott Shannon, *Responding to Summary Judgment*, 91 MARQ. L. REV. 815 (2008).

<sup>79</sup> Newton, 204 F. Supp. 2d 1244, aff'd 388 F.3d 399; *Jean v. Bug Music, Inc.*, No. 00 Civ. 4022, 2002 WL 287786 (S.D.N.Y. Feb. 27, 2002); *McDonald v. Multimedia Entm't, Inc.*, No. 90 Civ. 6356, 1991 WL 311921 (S.D.N.Y. July 19, 1991).

製，量的部分係考量原作被重製的量必須多於微量<sup>80</sup>。第二巡迴上訴法院檢視平均觀察者（average lay observer）的反應來確定著作權人有原創性的表達是否與被控侵權的作品相同。假設系爭利用無從觀察或未辨識出來，該利用就是微量利用<sup>81</sup>。

第九巡迴上訴法院於Newton案則發展出類似但不同的測試方法。第九巡迴上訴法院亦要求檢驗平均聽眾的反應，以認定系爭取用是否屬微薄零碎而無法辨識，且視重製的質與量來認定。不同於第二巡迴上訴法院集中於平均觀察者於新作中是否能辨識出被重製的部分，第九巡迴上訴法院要求法院檢驗原、被告作品的整體，決定一般觀察者是否能辨識出重製。對於第九巡迴上訴法院重要的是，平均觀眾是否能發現被重製的部分在質與量上就「原作整體」而言是重要的部分<sup>82</sup>。

## 2. 微量抗辯與合理使用之區別

雖然有些法院並未明確區別微量抗辯與合理使用，但微量抗辯與合理使用不能混為一談。原作被利用的質與量固然是合理使用的判斷要素之一，但合理使用是被原諒的侵權，仍是侵權。微量利用則尚未達到侵權的程度。微量準則指違犯是微不足道的，且低於實質相似的門檻，其應先於合理使用進行判斷。第二巡迴上訴法院指出，重製的量少可能使法院的判斷有利於被告，但不必然使法院認定該利用是可原諒的。若系爭作品在質方面對於原作是不重要的，會較傾向於根本上並無侵權，而不是進行詳盡的合理使用分析<sup>83</sup>。假設重製是微量的，其並非稱為合理使用，因為微量重製尚未達到「利用」的程度。

<sup>80</sup> *Castle Rock Entm't, Inc. v. Carol Publ'g Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 138 (2d Cir. 1998).

<sup>81</sup> *See Sykes, supra note 4*, at 761-62.

<sup>82</sup> *Newton v. Diamond*, 388 F.3d at 1193. 詳細內容請參見本文美國相關判決之介紹。

<sup>83</sup> *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70, 76, (C.A.2 N.Y. 1997).

合理使用的分析會導致浪費司法資源（waste of judicial resources）或不適當強調合理使用的其他因素<sup>84</sup>。故認定重製屬於微量，就不必進行合理使用分析。第九巡迴上訴法院於Newton案中，即引用一九〇九年的判決*West Publ'g Co. v. Edward Thompson Co.*案判決指出，重製的事實對於侵權並非決定性的。有些重製是允許的，除了重製之外，尚須顯示該重製達到不合理的程度<sup>85</sup>。

## 二、明確界線規則

第六巡迴上訴法院於Bridgeport案中，針對數位取樣係採「明確界線規則」（bright-line rule）。第六巡迴上訴法院強調「除非授權否則不得取樣」（Get a license or do not sample.）。依明確界線原則，未經數位取樣之授權即有侵權之虞。第六巡迴上訴法院認為明確界線原則較容易執行，取樣者本即有重製意圖，且取樣並非偶然發生<sup>86</sup>。依此原則，未經同意的數位取樣即屬侵權。

## 三、美國相關判決

以下介紹四則案例，以觀察美國法院如何將上述原則適用於數位取樣之個案。

### （一）Grand Upright案

一九九一年的*Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc.*案<sup>87</sup>，起因於Biz Markie於一九九一年所作，收錄於I Need A Hair-cut專輯的饒舌歌Alone Again。該首歌數位取樣自愛爾蘭創作歌手Gilbert O'Sullivan所作及錄音的排行榜冠軍歌曲Alone Again（Naturally）前8音，共長10秒。同樣的10秒在整首歌中不斷被重複。

<sup>84</sup> See Sykes, *supra* note 4, at 763.

<sup>85</sup> 169 F. 833, 861 (C.C.N.Y. 1909).

<sup>86</sup> *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792, 801(6th Cir. 2005). 詳細判決內容請參見本文美國相關判決介紹。

<sup>87</sup> 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991).

一九九一年七月，Markie的律師於該饒舌歌錄音後，發行前，寄送錄音帶向O'Sullivan的美國代理人尋求數位取樣授權。但尚未獲得回覆時，華納唱片即發行I Need A Haircut<sup>88</sup>。

原告Grand Upright音樂公司針對被告華納唱片公司申請禁制令獲准。審理本案的Duffy法官引用舊約聖經上的一段話：「汝不可偷竊<sup>89</sup>。」作為引言。認為被告不僅違反上開十誡中之第七誡，亦違反著作權法。被告未經授權利用O'Sullivan作曲並錄音的音樂Alone Again (Naturally)，自承其專輯I Need A Haircut收錄了Alone Again (Naturally)錄音中的三個字，而且部分音樂係取樣自O'Sullivan的錄音<sup>90</sup>。被告明知未經協商授權即發行專輯，雖然主張其他饒舌音樂產業也會有同樣的行為，但本案法院不採納被告主張，准予核發暫時禁制令<sup>91</sup>。

論者有認為，Grand Upright案法院認定過廣的決定，將使取樣變成一種冒險活動。以取樣為特色的錄音，必須花費更多的時間，以使取樣內容清晰。該案判決結果將使饒舌歌創作者為避免取樣侵權，選擇利用現場演奏以免於有負面的後果。此種困難可以預期，取樣作為一種藝術形式將因風險過高而枯萎<sup>92</sup>。

本案判決後，果真饒舌歌的取樣情形大為減少。許多樂團錄製背景音樂使其聽起來像是取樣的。甚至有些藝術家根本拒絕授權讓人取樣，或拒絕暴力或性議題的歌曲授權，使得饒舌樂的靈魂消失，故有人指出該判決扼殺了嘻哈音樂與文化<sup>93</sup>。

<sup>88</sup> 事實部分請參考Falstrom, *supra* note 22, 362-63 (1994).

<sup>89</sup> 為十誡之第七誡，出自舊約出埃及記第15節 (Exodus, Chapter 20: Verse 15)。

<sup>90</sup> 780 F. Supp. 182.

<sup>91</sup> 780 F. Supp. 185.

<sup>92</sup> See Falstrom, *supra* note 22, at 368.

<sup>93</sup> 參陳宜君譯，前揭註2，頁208，引用饒舌樂廠牌「一流美國唱片」(Def American Records)主管丹·查馬斯(Dan Chamas)的說法。

## (二)Jarvis案

一九九三年的*Jarvis v. A & M Records*案<sup>94</sup>，源於十年前Boyd Jarvis寫了一首名為The Music's Got Me的歌曲。一九八二年他與團員錄下這首歌曲，並享有音樂及編曲的著作權。該首歌隨後在Prelude唱片公司發行，Prelude唱片公司享有錄音著作權。一九八九年，由被告Robert Clivilles和David Cole所創作並錄製的歌曲Get Dumb! (Free Your Body)從The Music's Got Me中進行取樣，並以三種版本於A & M唱片及其子公司Vendetta唱片發行<sup>95</sup>。

紐澤西地方法院法官Ackerman於本案之判決中指出，原告對於音樂作曲有著作權。本案被告取樣原告的錄音，將取樣之內容併入自己的錄音中。被告自承並未得到授權。故本案明顯有重製。最後的問題則在於，該重製是否相當於非法挪用。Ackerman法官指出，本案取樣為「局部逐字相似」(fragmented literal similarity)，亦即，原被告的作品出現逐字相似的情形。事實上，本案被重製的部分不能更相似了，因被告係數位重製原告的錄音。本案原告的歌曲有兩部分被重製。一部分為含有ooh ... move ... free your body文字的段落。另一部分是原告歌曲最後數分鐘的一段特別的鍵盤重複段，其功能是節奏與旋律，亦被取樣並與被告的作品相結合。雖然被告主張其取樣的鍵盤重複段只是作為背景音樂，而且至原告的音樂結束僅持續數秒。但法院認為該鍵盤重複段在原告的錄音裡面是一直不斷重複的，顯然是用來作為背景的旋律及節奏<sup>96</sup>。

被告主張，依一般聽眾的標準，只有在兩首歌整體被認為是相似的情形下，才成立侵權。被告提出一九四一年的*Allen v. Walt Disney Productions, Ltd.*案<sup>97</sup>中，審理該案的法官意見：「我聽了兩首曲子，聽起來是相似的，但並非是印象深刻的相似。換言之，我不會將二者

<sup>94</sup> 827 F. Supp. 282 (D.N.J. 1993).

<sup>95</sup> 827 F. Supp. 282, 289.

<sup>96</sup> 827 F. Supp. 282, 289.

<sup>97</sup> *Allen v. Walt Disney Productions, Ltd.*, 41 F. Supp. 134, 140 (S.D.N.Y.1941).

錯認。」法院因而否定了侵權的認定。被告又提出一九四二年 *Arnstein v. BMI, Inc.* 案的判決意見<sup>98</sup>：「侵權的認定必須多於數個節拍的採用。主旋律及一般曲調必須實質被抄襲。」此外，被告亦引用 Jeffrey Sherman 的文章：「除非重製作品的實質份量，且二作品間有一般聽眾可察覺出來的相似程度，否則被告不應被認定為侵權。關於第一個要件，重製的份量必須在質與量上面是實質的。關於第二個要件，二作品的相似度必須足以使一般聽眾認為聽起來相似，只有如此才能有合理的懷疑認為系爭作品的表演或發行將使原告音樂家的權利受損<sup>99</sup>。」

但 Ackerman 法官於判決中指出，實質相似的標準，是以一般聽眾的反應為主要標準。然而，被告卻誤會其審查範圍，至少在「局部逐字相似」，儘管只有原告歌曲的一部分，仍屬重製。若聽眾必須對二作品產生混淆才能認定侵權，一作品只要與被侵權的作品達到實質上不同，將可以豁免侵權。在此情況下，饒舌歌就不可能被認為是侵害<sup>100</sup>。究竟是否侵權，應判斷有問題的段落對「原告」作品構成侵權，而非其構成「被告」作品的實質部分。上述嚴格的審查標準似乎與此一原則相違背。因此，「局部逐字相似」構成的侵權，係以「即使重製一部分，但此一部分對於作品整體來說具有很大的質的重要性時，原作的價值仍將實質減損<sup>101</sup>。」作為判斷依據。

Ackerman 法官也強調，紐約南區地方法院 Duffy 法官在 *Grand Upright Music Ltd. v. Warner Brothers Records, Inc.* 案的判決，提及被告挪用的部分是原作前奏的鍵盤重複段，原作與被告作品完全不相似，市場也不同。沒有人會混淆兩首歌曲。很少人會因為饒舌歌有原作的一

<sup>98</sup> *Arnstein v. BMI, Inc.*, 46 F. Supp. 379, 381 (S.D.N.Y.1942).

<sup>99</sup> Jeffrey Sherman, Musical Copyright Infringement: The Requirement of Substantial Similarity, Common Law Symposium, No. 92, ASCAP, 145 (1977). quoting from 827 F. Supp. 282, 290.

<sup>100</sup> 827 F. Supp. 282, 290.

<sup>101</sup> 827 F. Supp. 282, 290-91.

部分而購買之。但是，Duffy法官仍然認定為侵權。理由正是「局部逐字相似」理論。應該論究的問題是，被告所挪用者在質與量上是否是原作具有原創性的要素。問題在於，原作的價值是否因重製而實質受損<sup>102</sup>。本案原告的歌曲，開始的節奏與旋律與被告的歌曲完全不同。但是到中間的時候，原告歌曲的音調改變成詩的合唱並且持續重複一段長的段落。該段的開始是oohs的系列，以不同的節拍唱出，變換為moves的系列，達到最高點時以口語重複free your body。數分鐘後原告歌曲的音調再度改變。歌曲以特殊的鍵盤樂句作為節奏與旋律重複著，有時是歌曲的主要部分，延續至歌詞唱完歌曲終了<sup>103</sup>。

本案被告主張其取自原告歌曲的口語部分並無著作權，必須在實質相似審查前先剔除。但Ackerman法官指出，假設一個作品是充分有特色的（distinctive），則其得享有著作權。在本案中，無論是oohs，moves或free your body，係於特定的旋律下，一起有個特別的編排。這些片語的特別關聯性逐一被重製。ooh ooh ooh ooh ... move ... free your body的片語是一種表達，而非思想，是得享有著作權的。此外，被重製的鍵盤背景也是有特色的節奏旋律，並非普通的片語而無著作權。其屬「表達」而非「思想」，故可能成立著作權侵害。被告精確挪用原告編曲安排的事實，已勝過抽象的法律分析。Oohs及move, free your body占據整個段落，企圖顯出特色而獲得注意。鍵盤段落起始於原告歌曲最終段，配上節奏及旋律。因此，此問題已涉及事實認定，關於此部分被告申請簡易判決應不予同意<sup>104</sup>。

另關於錄音著作的部分，由於本案錄音著作登記的權利人是Prelude唱片，原告無法提出Prelude合法使用錄音著作的反證，故此部分被告的簡易判決申請是許可的<sup>105</sup>。

從上述Ackerman法官的見解可知，本案的關鍵在於被告所挪用的

<sup>102</sup> 827 F. Supp. 282, 291.

<sup>103</sup> *Id.*

<sup>104</sup> 827 F. Supp. 282, 292.

<sup>105</sup> *Id.*

部分，在質與量方面，是否為「原作」具原創性的部分。儘管是一小部分的取樣，假設該小部分在質的方面對於著作整體而言是重要的，原作仍可能受有實質損害。

### (三)Newton案

二〇〇二年*Newton v. Diamond*<sup>106</sup>案，原告Newton是前衛爵士長笛家及作曲家。一九七八年，Newton作曲的「合唱」(Choir)包含長笛及混合非裔美國人的福音音樂、日本宮廷音樂、傳統非洲音樂及古典音樂。一九八一年，Newton表演了「合唱」並錄音，以五千美元的代價將錄音著作專屬授權給ECM唱片公司，授權範圍僅限於錄音著作，Newton保有音樂著作權。一九九二年，搖滾及嘻哈樂團野獸男孩(Beastie Boys)以一千美元的代價取得ECM公司就Choir錄音的一次授權，以使用於其Pass the Mic歌曲中<sup>107</sup>。野獸男孩遂將Newton作曲並演奏的長笛樂曲取樣六秒三個音符。原告Newton控告野獸男孩及其商業合作之公司，主張該取樣侵害其音樂著作權<sup>108</sup>。被告則主張其取樣的部分不受著作權法保護，而且所取樣者為微量(de minimis)，不足以控告侵權<sup>109</sup>。

美國加州中區地方法院Manella法官於本案之判決指出，著作權法保護的是受保護著作具有原創性的非普通(original and non-trivial)成分。在判斷原創性時，法院必須留意在有限的音符及和弦可供作曲的情形下，常見的主題頻繁地出現在不同的作曲中，特別是流行音樂。本案中，原告三個音符的序列C-降D-C及背景的C，與整個作品分離的話，是不受保護的，因其不具原創性。很多法院認為幾乎一樣或實質上的取樣並不影響著作權的保護。例如*Jean v. Bug Music, Inc.*

<sup>106</sup> 204 F. Supp. 2d 1244 (C.D.Cal. 2002).

<sup>107</sup> 本案事實亦請參考*Newton v. Diamond*, 349 F.3d 591, 592 (9th Cir. 2003).

<sup>108</sup> 204 F. Supp. 2d 1244, 1247.

<sup>109</sup> 204 F. Supp. 2d 1244, 1253.

案<sup>110</sup>，被告重製三個音符C-降B-C，伴隨著歌詞clap your hands，法院認為此部分不受原告著作權的保護，因為三個音符的次序及歌詞欠缺原創性。C-降B-C的次序在音樂上很常見，該次序的表現不受著作權保護。而三個字的歌詞clap your hands不論是單獨或與伴隨著音樂，都太平凡而無法使三個音符的次序表現得具有原創性<sup>111</sup>。

Manella法官進一步指出，本案的事實與Jean案的事實極為接近，不同的是，原告三個音並未伴隨著歌詞。惟在樂譜記載「哼唱」(vocalization)是常見的技巧，如同Jean法院發現常用的片語不足以使三個音符的次序變為具有原創性，本案法院認為廣泛利用的「哼唱」技巧不足以使三個音的次序變得受保護<sup>112</sup>。

Manella法官也引用若干法院判決的見解作為佐證。在*McDonald v. Multimedia Entertainment, Inc.*案中，法院認定三個音的次序不受著作權保護，系爭三個音的序列是常見的，在傳統的西部音樂中被利用很多<sup>113</sup>。相似的情形，在*Tisi v. Patrick*案中，法院認定原告據以控告侵權的部分是他的歌曲中不受保護的部分。A大調，拍子，和弦，和聲對於流行音樂是很平常的，吉他節奏及和弦的部分在兩首歌曲中皆為基礎<sup>114</sup>。在*Intersong-USA v. CBS, Inc.*案，法院認定被告並未重製原告享有著作權歌曲中受保護的表達，雖然原告主張被告重製其下行音的主題，但法院認為此為常見的作曲方式，例如Twinkle, Twinkle Little Star這首歌。雖然被告重製原告的結構模式，使用特定的連續和

<sup>110</sup> *Jean v. Bug Music, Inc.*, No. 00 Civ 4022 (DC), 2002 WL 287786,6 (S.D.N.Y. 2002).

<sup>111</sup> 204 F. Supp. 2d 1244, 1253.

<sup>112</sup> *Id.*

<sup>113</sup> *McDonald v. Multimedia Entertainment, Inc.*, No. 90 Civ. 6356 (KC), 1991 WL 311921 (S.D.N.Y.1991). 本件麥當勞控告多媒體公司娛樂公司侵害著作權的案件，法院判決認為1-低音6-5很常見。即使被告有重製，亦非實質相似。

<sup>114</sup> *Tisi v. Patrick*, 97 F. Supp. 2d 539 (S.D.N.Y.2000). 本件涉及搖滾樂作曲者Michael Tisi控告作曲者Richard Patrick及表演樂團Filter及華納等唱片公司侵害著作權之案件。法院以原告無法證明被告曾接觸其著作，亦無法證明顯然相似 (striking similarity) 而准予被告簡易判決之聲請。

聲，循環的八音旋律，這些常見的要素也於許多其他著名歌曲中出現<sup>115</sup>。

本案中，原告引用法院承認短的音符次序受著作權保護的案例，不過這些案例所涉及的次序都超過三個音符。例如在*Baxter v. MCA, Inc.*案，被告利用原告作曲Joy的前六音去創造電影E.T.的主題曲，法院認為該序列受著作權法保護<sup>116</sup>。Manella法官進一步指出，序列少於六個音符的案例，而有特色者，可能是：1. 序列伴隨著歌詞；2. 序列是音樂作曲的核心；3. 序列及歌詞反覆進行；4. 序列同時為作曲及錄音的解析。例如*Santrayll v. Burrell*<sup>117</sup>案，法院認定一小節hook跟uh-oh的重複是有特色的；*Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*<sup>118</sup>案，法院認定四個音符與I Love兩個字作為原作歌曲的核心是有特色的。*Tin Pan Apple, Inc. v. Miller Brewing Co.*<sup>119</sup>，法院認定原告樂音中的hugga-hugga及brrr聲音足以受到著作權保護。然而，Manella法官亦強調，不平常的字或聲音必然比一般的音符還要有特色<sup>120</sup>。

不過，Manella法官認定原告音樂作曲的系爭部分不受著作權保護。原告認為六秒的片段包含三個音符的序列，構成有獨特性的表達。其分析植基於原告表演合唱獨特技巧的聲音要素，惟利用表演的要素在樂譜中並未記載。原告的表演技巧並非本案的爭點，因為被告

<sup>115</sup> *Intersong-USA v. CBS, Inc.*, 757 F. Supp. 274, 282 (S.D.N.Y.1991). 本案原告 Enrique Chia 及出版業者控告歌手胡立歐 (Julio Iglesias) 的歌曲侵害其著作權。法院判定原告無法證明被告曾接觸原告著作，亦未能證明實質相似，被告作品係獨立創作，而准予有利被告的簡易判決。

<sup>116</sup> *Baxter v. MCA, Inc.*, 812 F.2d 421, 425 (9th Cir.1987). 本案原告主張ET電影主題曲大量重製其作品。加州中區地方法院准予有利被告之簡易判決。第九巡迴上訴法院認為該案仍有是否實質相似的實體問題待查明審究，故撤銷地方法院的判決。

<sup>117</sup> *Santrayll v. Burrell*, 39 U.S.P.Q.2d 1052, 1054 (S.D.N.Y.1996).

<sup>118</sup> *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 482 F. Supp. 741, 744 (S.D.N.Y.1980).

<sup>119</sup> *Tin Pan Apple, Inc. v. Miller Brewing Co., Inc.*, 30 U.S.P.Q.2d 1791, 1793-94 (S.D.N.Y.1994).

<sup>120</sup> 204 F. Supp. 2d 1244, 1254.

有原告合唱表演錄音取樣的授權。過濾出表演的要素後，即剩下六秒C-降D-C三個音符的序列。法院認為此種小的不具原創性的作曲部分不受著作權法保護。因此，以一個單獨背景的音節，及六秒三個音符序列的取樣，獨立於原告錄音時的表演技巧，不受著作權法保護<sup>121</sup>。

Manella法官進一步指出，假使其受著作權法保護，其亦無法構成實質相似。被告要主張著作權的侵害是「微量」(de minimis)的，必須證明重製的部分是不重要的，以致於未達實質相似的門檻。假設系爭歌曲與原告歌曲只有微量的，普通的片語相同，則並未構成實質相似，除非被重現的片語特別具有獨特性或在質的方面是重要的。假設一般聽眾對於系爭挪用無法辨識出來，則該取用是屬於微量的。法院在考量是否屬微量取用時，同時會考慮質與量的因素。此亦用來審查原作有一小部分被重製於新歌中的片段局部逐字相似的案件。關於此類案件，「重製」是毫無疑問的，只是應該問被告所挪用者在質與量上面是否構成原作的著作權被非法挪用的程度。重要的問題是，取樣的部分在質量方面對原告歌曲是否屬重要部分，而非對被告歌曲是否重要<sup>122</sup>。本案被告從四分多鐘的原告作曲中取樣三個音符共長六秒，約占該取得2%。三個音符於原告作品中總共只出現一次。故原告必須仰賴質上面的重要性去論證被告所取樣的部分並非屬於微量。地方法院最後認定原告被取樣的部分在質量上並非原作的重要部分，故屬於微量的利用<sup>123</sup>。地方法院因而准予被告簡易判決之聲請。

本案經上訴至第九巡迴上訴法院，上訴法院維持地方法院的「微量」認定<sup>124</sup>。上訴法院的Schroeder法官指出，假設原告作曲被取樣的部分足以有原創性，而應受著作權法保護，仍應認定被告的利用屬於微量而不能起訴。不重要的重製不構成侵權，早已成為著作權法的一部分了。除了重製以外，尚須顯示重製已達不合理的程度。該原則反

<sup>121</sup> *Id.* at 1256.

<sup>122</sup> *Id.* at 1257.

<sup>123</sup> *Id.* at 1258-59.

<sup>124</sup> 388 F.3d 1189 (C.A.9 Cal., 2004).

映出「法律不管瑣碎小事」的準則<sup>125</sup>。Schroeder法官舉出微量侵權的引導案例是*Fisher v. Dees*案，於該案中，上訴法院認為，只有一般普通觀眾無法辨識的利用始為微量利用。在*Fisher*案中，法院否定被告的微量抗辯，因為重製的部分是重要的<sup>126</sup>。

Schroeder法官指出，本案被告未經同意利用原告作曲的部分是否重要到足以支持侵權的控訴，必須區分相似的程度及重要性。音樂取樣除非經過改變或數位處理，否則將與原作相同，但若相似處是不重要的，則結果將會認定為非實質相似。此原則反映出「實質」要件在著作權法普遍適用，包含音樂取樣的案件，當被告精確或幾近精確地重製原作的片段，並非挪用原作全部的本體或結構，即屬「局部逐字相似」。由於此種案例的相似程度高，解決之道就是判斷相似處為無價值的或重要的。相似的重要性則取決於被重製的片段相對於原作整體而言，在質與量方面的重要性。聚焦於取樣與原作整體的關係，是任何侵權訴訟的基本問題，正如一百五十年前Story法官所提出之「是否導致原作的價值明顯減損，或原作者的努力被他人挪用至實質受損的程度」的判斷標準。法院聚焦於原作的理由，是因為在相反的情形，若衡量重製部分對於被告作品而言是否重要，將容許被告毫無忌憚地大量取用他人作品，或取用質的方面的重要部分，將之隱藏於被告作品非侵權素材之下，而規避責任。故地方法院正確地認定野獸男孩將取樣並作為Pass the Mic整首歌的循環旋律，與衡量取樣在質與量上的重要性無關。法院觀察Newton的作曲整體，認為取樣的部分在質與量方面並非是重要的。三個音符的序列只出現於該作曲中一次。樂譜中記載要求一百八十至二百七十秒的即興演出，難以衡量該段落與整個作曲的精確關係。然而當撥放時，該段落的最後六秒約占Choir四分半鐘錄音的2%，就質的方面而言，該部分的作品並非比其他部分重要。依本案事實而言，上訴法院認為除了Newton的表演外，一般普通

<sup>125</sup> *Id.* at 1193.

<sup>126</sup> *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 434 n.2 (9th Cir.1986).

觀眾不會從野獸男孩的取樣中辨識出有Newton的作曲。二作品未構成實質相似，野獸男孩使用Choir的作品是微量的。故上訴法院維持地方法院的判決<sup>127</sup>。

第九巡迴上訴法院於本案例中，於音樂著作被取樣的部分採用微量準則，不僅顯示法院對於未經授權的取樣予以尊重的態度，也相當於承認未經授權的取樣在微量範圍內是合法的。

#### (四)Bridgeport案

二〇〇二年的*Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*案<sup>128</sup>，源於Bridgeport音樂、Westbound唱片等數家公司於二〇〇一年五月控告約八百位被告近五百件有關未經同意取樣利用的著作權案件。二〇〇一年八月，地方法院受理四百七十六案，本案為其中之一。原告指控被告將其音樂及錄音著作Get Off Your Ass and Jam加以數位取樣並利用於饒舌歌100 Miles and Runnin，並作為電影I Got the Hook Up的配樂。該電影除於電影院上映外，另以VHS及DVD的形式發行，並於有線電視播映。被告利用數位取樣技術擷取原告歌曲電子吉他獨奏共三個音符快速彈奏的琵琶弦音，將音調降低，變成環繞音程，擴展至十六拍，在被告歌曲的五個音節中出現。每個環繞音程約有七秒的時間<sup>129</sup>。由於原告Bridgeport音樂之部分，法院認定為被告已獲得音樂著作之授權，本案有問題者僅為Westbound唱片公司錄音著作的部分<sup>130</sup>。

田納西中區地方法院指出，本案高音快速彈奏的吉他會獲得聽眾的注意，並期待接下來的音樂。該琵琶弦的錄音具有原創性，而受著作權法保護<sup>131</sup>。接著地方法院以微量原則加以審查。法院強調數位取

<sup>127</sup> 388 F.3d 1189, 1195-1197.

<sup>128</sup> *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 230 F. Supp. 2d 830 (M.D. Tenn. 2002); 383 F.3d 390 (6th Cir. 2004).

<sup>129</sup> 383 F.3d 390, 393-94 (6th Cir. 2004); 230 F. Supp. 2d 830, 841 (M.D. Tenn. 2002).

<sup>130</sup> 230 F. Supp. 2d 830, 839 (M.D. Tenn. 2002).

<sup>131</sup> *Id.*

樣是否侵權的問題缺乏判例法。在論述質量及局部逐字相似時，法院認為當被告主張小範圍及不重要的字面重製應該被允許時，微量分析（*de minimis analysis*）就是實質相似原則的衍生。在聽過被重製的片段、取樣及兩首歌後，審理本案之Higgins法官指出，*Get Off Your Ass and Jam*的歌曲是歡樂舞曲。有強烈的舞蹈節拍及複雜的電子吉他。*100 Miles and Runnin*則是描述四個黑人逃離FBI的錯誤追捕。當歌者在描述這些男人的忿怒、焦慮與宿命時，取樣部分的重複運用乃增強緊張效果。地方法院認為二作品在氣氛及音調上並無相似，對一般普通觀察者而言，可能無法辨識取樣部分係出自原告歌曲。被告歌曲不規則呈現的背景音樂，與原作吉他前奏的相似性，只有在聆聽取樣前透過提醒才能分辨。沒有理性的陪審員能在未告知其來源時，辨識出取樣的來源。此事實加上重製的量少，兩個作品又缺乏質的相似性，地方法院遂准予被告聲請簡易判決之聲請<sup>132</sup>。

案經上訴至第六巡迴上訴法院，上訴法院指出，著作權法企圖求取原作的保護與阻礙創作間的平衡。例如強制授權條款使創作者得以享用創作成果，但又不曾使其與世隔絕。一本書之所以受著作權法保護，並非因為紙張和封面，而是因為其內容。書與錄音製品都是原作附著的媒介，而非創作本身。惟因為科技進步，盜版錄音是很容易的事。美國立法者賦予錄音物著作權人以留聲機或重製方式直接或間接複製的權利<sup>133</sup>。此意謂著，模仿或模擬附著於錄音物的原作，並非真正的重製。由此可直接導出本案的爭點：若不能重製錄音物的全部，是否能擷取部分？本院的答案是否定的。著作權法第一一四(b)條規定錄音著作權人依第一〇六條第二項的改作權，限於將實際錄製附著的聲音加以重新編排、混合，或以其他方式改變順序或音色。換句話說，權利人有「取樣」的排他權。數位取樣必須獲得授權以避免侵權。數位取樣實際上對於錄音有多少改變，或一般觀察者是否能辨識

<sup>132</sup> 230 F. Supp. 2d 830, 841-42 (M.D. Tenn. 2002).

<sup>133</sup> 17 U.S.C. § 114(b).

出歌曲或表演者，並不重要。錄音著作的排他權即然包括重新編排、混合，或以其他方式改變順序或音色，法律本身的用語就已經排除實質相似的審查。此原則非常容易執行，上訴法院並不認為「除非授權，否則不取樣」（Get a license or do not sample.）的原則會嚴重扼殺創作。假設一位藝術家想要將他人錄音中的旋律加以混用，他可以在錄音室複製這個聲音。市場機制會將授權金控制於一定範圍。授權金不可能高於重新錄製所需之成本。取樣並非偶然，不像音樂家旋律就在其腦中，取樣者在取樣某一段錄音時，明知其正在擷取別人的作品。取樣者必須尋求適當的授權，以尊重權利人的權利，其身為創作人的時候也才會同等被尊重。取樣是物理性的取用，並非智慧性的。能夠侵害錄音著作的方式，就是再錄製其聲音，而此就是數位取樣的本質。則本案唯一的爭點在於，被告是否從原作進行再錄音。此顯示實質相似標準不適用於錄音著作，因為取樣使得音樂表演的利用無需僱用音樂家或音樂表演者。錄音取樣可以省錢，而此將造成音樂家的危機，因為音樂家被他自己的聲音取代了<sup>134</sup>。

第六巡迴上訴法官Guy於判決意見中進一步指出，若有八百位被告涉及不同歌曲數位取樣的案件，明確界線規則（bright-line rule）的價值就變得明顯。成本利益分析會指向取樣者事先尋求授權比昂貴的審判還經濟。今日的取樣者可能是明日被取樣的人。美國著作權法第17 U.S.C. § 114(b)條規定：「錄音物著作權人的排他權不擴及製造或組合完全由其他聲音獨立附著（entirely of an independent fixation）的錄音，即使此種聲音模仿或模擬有著作權錄音的聲音。」國會就錄音著作使用「完全獨立附著」的文字，意味著重錄任何其他錄音的聲音將構成侵權。任何未經授權從其他有著作權的錄音予以數位取樣利用，將侵害錄音著作權。有人建議如此強烈的保護，應以容許一定程度微量重製而不構成實質相似的方式加以緩和。但如此會增加訴訟成

---

<sup>134</sup> 383 F.3d 390, 398-99.

本及不確定性<sup>135</sup>。

本案第六巡迴上訴法院係採用文義解釋（“literal reading” approach），而撤銷地方法院的判決。二〇〇五年，第六巡迴上訴法院於陪審團覆審後，亦維持對本案所持的法律見解<sup>136</sup>。上訴法院於本案並未提及合理使用，惟許多人認為法院已表明錄音著作並無合理使用。上訴法院於陪審團的覆審判決中增補其理由，指出本案「並無必要考量合理使用的抗辯，本院就其適用問題並不預計表達意見」<sup>137</sup>。

本案第六巡迴上訴法院以法條設計之意旨進行判斷，固有所本，惟一九七一年承認錄音著作權的時候，並無數位取樣技術。明確界線規則雖然在執行上較為便利，惟向著原作權利人的一方傾斜，是否有助於鼓勵創作的著作權法原意，還是扼殺部分創意人的創作空間，頗值觀察。

#### 四、評 析

##### （一）美國文獻對數位取樣判決之評論

由於美國第九、第六巡迴上訴法院對於Newton案與Bridgeport案的判決理由與結論迥異，故美國文獻對於數位取樣案例的討論，大部分集中於對Newton案及Bridgeport案的評論上。評論者分析，在Newton案與Bridgeport案，原作被取樣的錄音均只有三個音符，數位取樣後皆被改變音高，於新作中進行環繞音程利用。Newton案的六秒取樣於新的嘻哈饒舌歌中環繞音程超過四十次，Bridgeport的取樣被環繞音程約十四至十六次，於新作中出現五次，原作二秒的取樣變成新作中延伸至十六拍或七秒的取樣。兩案之原作與新作整體聽起來均難以判定實質相似<sup>138</sup>，故Newton案法院承認傳統的實質相似標準難以適用，而改以局部逐字相似審查數位取樣，最後仍以微量準則判定係微

<sup>135</sup> *Id.* at 399-400.

<sup>136</sup> 410 F.3d 749,792.

<sup>137</sup> *Bridgeport Music, Inc. v. Dimension Films*, 410 F.3d 792, 796 (6th Cir. 2005).

<sup>138</sup> *Ponte*, *supra* note 11, at 531-32.

量使用。Bridgeport案的地方法院亦以局部逐字相似加以判斷，但混合實質相似的「整體觀察法」否定侵權。上訴法院則拒絕實質相似及局部逐字相似的判斷，改以錄音著作未經授權即屬侵權的原則審理該案<sup>139</sup>。

第九巡迴上訴法院採用微量規則所受到的主要批評為，其對於微量利用之判斷，並未提供著作權人或取樣者清楚的指導原則。其要求法院依個案進行判斷，可能產生訴訟有不一致的結果。取樣者於不確定的情形下，也無法確知是否需要授權。此種不確定可能導致法院受理數位取樣訴訟時浪費司法資源<sup>140</sup>。

不過，支持Newton案標準的評論者指出，為了平衡取樣者的創造利益及公益與著作權人及音樂家的利益，應採納Newton的標準。法院應個案衡量取樣的合法性，而容許微量抗辯。法院必須將新作與原作比較，只要取樣是相對短的，無法辨識的，必須容忍其為不重要或微量的合法利用。若是較長的利用或較容易識別的，則適合以授權機制補償著作權人對新創作的貢獻<sup>141</sup>。亦有認為從美國著作權法第一一四條及國會報告均顯示錄音著作權人並未享有較其他著作權更大的保護<sup>142</sup>。

關於第六巡迴上訴法院的明確界線規則的批評，有認為其雖比微量原則來得明確，但法律爭議可能會移轉至是否重製及重製是否屬於實質相似的問題上，不見得節省司法資源。第六巡迴上訴法院針對著作權法為文義解釋，忽略數位取樣於著作權法立法時並不存在，也忽視著作權法鼓勵創作的立法目的。明確界線規則會使無資力的各種類型音樂創作者負擔變重，而冷卻其創作意願。禁止微量取樣違反著作

<sup>139</sup> *Id.* at 534.

<sup>140</sup> Sykes, *supra* note 4, at 774.

<sup>141</sup> Melissa Hahn, *Note: Digital Sampling and Copyright and Copyright Policy—A Bittersweet Symphony? Accessing the Continued Legality of Music Sampling in the United Kingdom, the Netherlands, and the United States*, 34 GA. J. INT'L & COMP. L. 713, 737 (2006).

<sup>142</sup> H.R. Rep. No. 92-487, 10 (1971); Mueller, *supra* note 40, 443.

權法保護著作權人及公共利益並重的立法意旨<sup>143</sup>。相對而言，第九巡迴上訴法院的微量原則允許微量取樣，不會有阻礙創作的情形，又可避免實質相似的重製，較符合著作權法的立法意旨<sup>144</sup>。實則，Newton案是有關音樂著作權，而Bridge案係有關錄音著作權的爭議，不過，針對這兩種著作種類，是否應異其處理方式，仍有爭議。

有評論者即認為，法院對於音樂著作與錄音著作異其處理方式，似缺乏有力之理論上或法律上之依據。錄音著作是音樂著作的衍生著作，對於錄音著作要求授權，音樂著作則否，會不會輕重失衡，頗有疑問。音樂著作權人才享有公開演出權，而Newton案系爭取樣部分正是屬於音樂著作的演出部分，且音樂著作權人享有的改作權並無限制<sup>145</sup>。即使要使音樂著作與錄音著作異其處理方式，音樂著作享有的權利內容比錄音著作多，但是法院判決的結果卻是錄音著作比音樂著作受到較大的保護。

亦有論者批評第六巡迴上訴法院之見解，認為法院不能忽略合理使用之抗辯，因為著作權法第一〇七條已明文規定合理使用。雖然第六巡迴上訴法院適用明確界線規則有部分原因係基於司法經濟（judicial economy），但一旦有取樣即屬侵權，可能會導致更多訴訟。合理使用的認定涉及複雜的，具體事實的分析，幾乎不會以簡易判決行之。因此，第六巡迴上訴法院的明確界線原則將增加侵權訴訟，且增加訴訟的複雜性。法院指出其主要的經濟考量係音樂產業及保護藝術家不受他人盜用其作品並營利。然而，明確界線規則將增加音樂產業的成本。製作人及錄音室將花費更多時間及金錢以獲得取樣授權，較不會製作多樣的以取樣為基礎的專輯。取樣授權費用將會增加，只因藝術家沒有選擇的餘地，只能獲得授權，否則不能取樣。法院似乎認為授權費用不是問題，因為市場將會控制價格。然而，著作

<sup>143</sup> Sykes, *supra* note 4, 776-78.

<sup>144</sup> *Id.* at 774.

<sup>145</sup> Ponte, *supra* note 11, 536.

權在定義上就是一種壟斷。取樣授權市場可以相對自由地運轉。基於明確界線規則，假設任何人對於任何一個音符的取樣都必須購買授權，則其自由選擇權已遭剝奪。錄音著作權利人能索取他們想要的費用，因為，在受控制的市場上，買家只有一個選擇，接受或離開。這並非立法者想要的限制壟斷<sup>146</sup>。第六巡迴上訴法院又認為明確界線規則容易執行。然而，若只有一個音符就開始侵權，該規則似乎更難執行。將侵權分析移除實質相似及微量準則，則被告將依賴合理使用之抗辯，使得微量取樣的案件將進入更複雜的審判。錄音藝術家及製作人想不支付授權費用進行取樣，將更費力喬裝其取樣，使其更難以察覺。此顯示明確界線規則更難執行<sup>147</sup>。而明確界線規則將抑制創造力。所增加的授權費用意味著製作人及錄音室較無意願製作取樣音樂的專輯。錄音藝術家，特別是尚未建立事業者，將較不願創作取樣音樂。著作權法向來都承認文學及藝術作品有必要利用他人作品，法院長期承認任何文學、科學、藝術的書籍利用，且必須利用許多知名且被使用過的作品<sup>148</sup>。取樣藝術家就像作家、視覺藝術家及電影製作人一樣，有必要借用他人的作品以創作新的作品。容許著作權的保護及於錄音著作的任何音符，將壓抑音樂的創作，就像語文著作權的保護及於任何字母將會壓抑文學的創造力。或許未建立事業的藝術家真的是搭便車，已建立事業的藝術家不應承擔新藝術家的創作成本，但著作權法的目的就是鼓勵創作，搭便車的情形早已存在。第六巡迴上訴法院認為不願授權的藝術家可在錄音室錄製現場表演的音樂。然而，錄音室錄製必須花費樂師、現場錄製及交通成本。第六巡迴上訴法院的明確界線規則反而導致音樂產業的損失，造成更多的成本<sup>149</sup>。

由上述美國文獻之評論可知，明確界線規則並非毫無瑕疵，但採納Newton的標準又須個案判斷，取樣者與被取樣者同樣難以預見法院

<sup>146</sup> Mueller, *supra* note 40, 453, 456.

<sup>147</sup> *Id.* at 456-57.

<sup>148</sup> *Id.* at 457.

<sup>149</sup> *Id.* at 457-58.

是否會認定取樣屬微量而無訴訟必要。

## (二) 本文分析

由上述四個案例的介紹可知，數位取樣大部分屬於局部逐字相似的情形。惟局部逐字相似仍屬重製，只是法院於有些案例以微量準則判斷系爭取樣是否屬於微量，而無爭訟必要。一旦判定屬微量重製，即無須進一步為侵權之判斷。但若法院以明確界線規則予以審查，則只要有重製，不論取樣是否屬於微量，即構成侵權，不進行實質相似的審查，亦不審查數位取樣是否屬合理使用，對於被告較為不利。

上述四則美國法院案例，在Grand Upright案，因未經授權即進行取樣，法院於判決中引用聖經之「汝不可偷竊」之戒律，准許著作權利人暫時命令之聲請。於Jarvis案，法官認定數位取樣「局部逐字相似」之重製部分為原作的實質部分，仍構成實質相似，而否准被告簡易判決之聲請。在Newton案，被告野獸男孩僅取得錄音著作之授權，而未取得音樂著作之授權，但法院因其係微量利用，而准予被告簡易判決之聲請。於Bridgeport案，被告已獲得音樂著作授權，但無錄音著作授權，地方法院適用微量準則准予被告簡易判決之聲請，但第六巡迴上訴法院基於未經授權之錄音著作取樣即認定為侵權的明確界線規則，撤銷地方法院關於錄音著作之判決並發回，其於Bridgeport案判決所指「除非授權否則不取樣」與Grand Upright案的「汝不可偷竊」乃相互呼應。上述四則美國法院判決之比較請見下表。

表：數位取樣相關判決比較表

	Grand Upright	Jarvis	Newton	Bridgeport
原告身分	音樂公司（音樂著作權人）	創作歌手（音樂著作權人）	創作長笛家	音樂公司及唱片公司
被告身分	創作歌手及唱片業者	創作歌手及唱片業者	搖滾嘻哈樂團及其商業合作公司	電影公司
原作風格	民謠搖滾	迪斯可舞曲	爵士	放克舞曲
被控侵權作品風格	饒舌歌	嘻哈電音	饒舌歌	饒舌歌

	Grand Upright	Jarvis	Newton	Bridgeport
相關事實	曾尋求授權，但未獲授權即發片	未經授權	被告取得錄音著作授權 音樂著作未授權	Bridgeport公司音樂著作部分已授權 Westbound公司錄音著作部分未授權
取樣內容	原作錄音中之三個字及部分音樂	Ooh、move、free your body等詞及鍵盤背景音樂	六秒三個音符	三個音符快速彈奏的琵琶弦音
法院判決適用之標準	未明示標準，但引用聖經「汝不可偷竊」之戒律	局部逐字相似 實質相似	微量準則	微量準則 明確界線規則
判決結果	原告聲請之暫時禁制令獲准	被告就音樂著作部分聲請簡易判決不予准許	地方法院准予被告簡易判決之聲請，第九巡迴上訴法院維持地方法院判決	地方法院准予被告簡易判決之聲請，第六巡迴上訴法院撤銷地方法院有關錄音著作部分的判決並發回

由於數位取樣之案例仍未有聯邦最高法院之判決，故地方法院及巡迴上訴法院所適用之原則與判決結果均不一致。由上表可知，數位取樣訴訟之原告，有些為音樂公司、唱片公司，有些為創作家，但Jarvis或Newton等人皆屬成名之創作者。而被告除了創作歌手外，皆有唱片公司或業者。足見四件被控侵權之作品皆有發片，而享有商業利益。不過，包括Bridgeport案在內的數家公司於二〇〇一年所控告約八百位被告中，不見得每一位都是有資力之發片公司或創作歌手。四個案件進行數位取樣之被控侵權作品，皆屬饒舌歌或嘻哈風格，被取樣之原作則包含舞曲、搖滾、放克及爵士樂。取樣的內容幾乎都是幾

個音符及部分音樂，或數個詞，被取樣的秒數都不長。四個案例判決結果只有Newton案對新創作者有利，而且該案被告又是已獲得錄音著作授權者。故由法院判決的結論似乎可以得出，美國法院仍以傳統的著作權理解處理數位取樣的著作權問題。

關於被取樣之片段是否有原創性，於音樂著作，若取樣所涉及的音符排序相當短，極易被判定無原創性。由於音階只有十二個，故作曲的運用仍屬有限，即使節拍不同，太短的音符序列難已被認定為有原創性而具有排他性，否則將使其他音樂作曲的創作空間變小。反之，於錄音著作，即使取樣的數量少，長度短，但由於每個被錄下來的表演均有原創性，即使時間短，音符少，亦可能符合原創性要件。這也可能是美國法院對於音樂著作與錄音著作於數位取樣案件不同處理的原因。只是，從美國著作權法之條文觀察，似未明文將錄音著作排除合理使用之適用以外。基於合理使用係基於公共利益之考量，及某程度保護創作者的表達自由，似乎不能容許錄音著作直接排除合理使用條款之適用。

美國法院針對數位取樣案例，僅以微量準則、實質相似與明確界線規則加以判斷，未進行合理使用之分析，判決結論實屬兩極。其實，利益衡量仍相當重要，而利益衡量只能由個案分析。若僅因個案判斷不明確，即拒絕將合理使用條款適用於數位取樣案件，則美國著作權法的合理使用條款亦不能適用於其他著作權法案件，而應予以廢止。

本文認為，微量準則在美國有其適用之空間，至少在音樂著作部分，可由微量原則或缺原創性將微量取樣的案件免於爭訟。而錄音著作的部分，若取樣內容仍有原創性，且取樣之內容具有特色，若拒絕微量準則之適用，至少應承認有合理使用條款之適用，讓法院針對個案有機會平衡公共利益與著作權人之利益。

在合理使用的判斷上，美國聯邦最高法院針對*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*案所確立的轉化性利用（transformative use）標準，可作為數位取樣是否合理使用之參考。針對2 Live Crew樂團將Oh, Pretty

Woman的歌改成饒舌版的幽默仿作（Parody）是否侵害著作權，聯邦最高法院指出<sup>150</sup>：「雖然轉化性利用對合理使用之認定並非絕對必要，著作權的目的是促進科學與藝術的進步，通常因轉化性作品的創作而助長。從而此種作品位居合理使用條款確保在著作權範圍內有喘息機會的核心。新作轉換愈多，其他判斷合理使用的要素就愈不重要……。」該判決將「轉化性利用」納入合理使用的判斷，而認為2 Live Crew之饒舌版幽默仿作屬合理使用。若承認數位取樣屬於一種藝術形式，且屬後現代藝術的一種表現方式，則拼貼、挪用等藝術表現手法應與*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*案的幽默仿作形態類似，則該案的轉化性利用標準於數位取樣是否合理使用的判斷上，亦應有適用之餘地。

## 伍、美國數位取樣著作權問題之解決之道

由於各級美國法院對於數位取樣之問題並未提供統一之見解，也有人認為現行法律規定無法解決數位取樣之著作權問題，故美國文獻提出若干解決之道，茲簡介如下：

### 一、數位取樣之原創性

關於數位取樣行為之原創性問題，有論者認為，數位取樣有著清楚的歷史淵源，是已發展的美學藝術<sup>151</sup>。傳統上藝術與技術截然分離的看法，認為技術的利用損害獨創及自我表現。但數位取樣是技術進步的產物，利用數位技術加以取樣本身就是樂器<sup>152</sup>。若承認數位取樣是一種創作形式，例如承認其屬於後現代的藝術形式，而有作者的精神力及特色表現其創意，則透過數位技術對他人錄音進行取樣並將取

<sup>150</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (U.S. 1994). 該案介紹請參陳宜君譯，前揭註2，頁212-216。亦請參考本文註199之說明。

<sup>151</sup> Sanjek, *supra* note 43, at 610; Reilly, *supra* note 10, at 377.

<sup>152</sup> Sanjek, *supra* note 43, at 610.

樣內容利用於自己之作品，即可視個案情形認定具有原創性。至於被取樣內容是否具有原創性，應視實際情形決定之。

## 二、微量準則審查標準之改變

關於數位取樣是否侵害著作財產權的問題，論者有認為，大部分適用微量準則的案件，法院僅觀察原作被取用部分的質與量，但關於取樣的案件，法院亦應觀察被取用部分於「被告」作品中是否顯著，是否扮演重要角色，以及利用時間的長短等。法院亦須考量被取用的部分如何於新作中被運用或改變。雖然單純營造氣氛的聲音不會認定為侵權<sup>153</sup>，但若取樣的部分在新作中被利用的程度相當大，而取樣內容於新作的利用程度在侵權判斷上非屬重要因素，則其結果可能不會構成侵權，新作創作者即可任意取樣他人歌曲或音樂之一小部分，大量運用於新作中，而不必支付報酬，是否妥適，值得商榷。故認為應將取樣內容於「新作」中的利用情形列入考量。

## 三、重新定義或修改合理使用條款

有評論者認為，數位取樣著作權問題的解決，應修改美國著作權法的合理使用條款。蓋著作權本身是規範性的概念，其保護之標的實質上並非作品本身，而是作品的利用。因此認為，美國法院將合理使用條款的適用，取決於權利涉及錄音著作或音樂著作，似乎不妥。若取樣內容於新作中無法辨識出來，被取樣的藝術家應無權利受損情形。故國會須在合理使用的分析部分，加上何種程度將使特定取樣構成侵權的規定<sup>154</sup>，以作為合理使用判斷依據。

亦有論者認為，應將取樣當成藝術形式，而將合理使用當做取樣者的安全港。不過，傳統的合理使用條款較不容許本質上的商業利用。惟著作權雖受法律保障，但仍可依據美國憲法增補條文第一條加以限制。美國憲法增補條文第一條規定：「國會……不得制定法律限

<sup>153</sup> Mueller, *supra* note 40, at 459.

<sup>154</sup> Webber, *supra* note 15, at 407.

縮言論及出版自由以及集會自由，亦不得限制針對政府不滿之請願。」該條關於言論自由的保障，可提供比傳統的合理使用分析更有彈性的處理方式。即使是數位音樂取樣的「商業性言論」也可以受保護，因其是具有創造力的<sup>155</sup>。

Madison教授則提出「形態取向理論」，指出合理使用制度的存在，是用來補充市場經濟無法激勵的創造力，故合理使用分析係為衡平著作權人利益及社會或公共利益。美國著作權法第一〇七條的判斷要素試圖矯正衡平的不足並企圖達到衡平。該條的著作利用屬於合理，乃是一種被承認的「社會及文化形態」（social or cultural pattern）<sup>156</sup>。故合理使用的四個判斷要素應作為「形態取向」（pattern-oriented）架構之一部分，來加以解釋及適用<sup>157</sup>。此種「形態」必須被承認是有創造性的，或是促進某種形式的進步<sup>158</sup>。著作權法已經承認一系列的合理使用「形態」，包含批評、評論、新聞報導、教學、研究等<sup>159</sup>。從流行音樂取樣的爆發性成功，音樂產業界未經授權取樣的榮景顯示，在法律上承認「取樣形態」（sampling pattern）在時機上是成熟的<sup>160</sup>，故其值得受「形態取向」的合理使用保護，足以使其免於著作權法的追訴<sup>161</sup>。

數位取樣藝術家無疑地會喜歡Madison的形態取向理論，因其無須協商並支付授權金給著作權人即可取得不會構成侵害著作權的立足點。如此一來，對於被取樣的著作權人來說卻不公平，因原著作權人本應享有的某種程度的報酬，無法獲得確保<sup>162</sup>。故有關形態取向的合

<sup>155</sup> Durbin, *supra* note 20, at 1048.

<sup>156</sup> Michael J. Madison, *A Pattern-Oriented Approach to Fair Use*, 45 WM. & MARY L. REV. 1525, 1624 (2004).

<sup>157</sup> *Id.* at 1623.

<sup>158</sup> *Id.* at 1625.

<sup>159</sup> *Id.* at 1629.

<sup>160</sup> *Id.* at 1677.

<sup>161</sup> Durbin, *supra* note 20, at 1048.

<sup>162</sup> Carlos Ruiz de la Torre, *Digital Music Sampling and Copyright Law: Can the Inter-*

理使用判斷，頂多只能認為若符合被承認的「社會及文化形態」者，其他合理使用的考量因素比重可以較低，但不能將屬於「社會及文化形態」者一律認定為合理使用，如此也違反合理使用的個案判斷原則。

論者亦有認為，可修正合理使用原則，擴大適用於數位取樣作為鼓勵自由言論及創作的手段，同時可減少數位取樣的訟累。故建議合理使用應調整為，凡是轉化性利用就應自動認定為非侵權<sup>163</sup>。如果數位取樣可以適用此種標準，則可將合理使用定義加以修正，將問題的焦點集中在數位取樣實質上是否基於既有的樂譜或錄音加上或創造新的表達，而不必再以合理使用的四個要素加以檢驗。此種新的轉化性利用之合理使用標準，將使數位取樣的運用限縮於平均聽眾無法辨識，且取樣利用與原作不同，以至於新作會被認定為係新的創作範圍。在修正的合理使用標準之下，數位取樣的長度可能會受限制，以緩和過度重製的疑慮<sup>164</sup>。

亦有認為，轉化性利用之解釋不僅要放寬，其可作為合理使用判斷的第五個要素，以新作是否能增加有益於社會的資訊為判斷依據。引進轉化性利用的因素，可促使法院直接針對新作與著作權法制度的整體目標予以衡量<sup>165</sup>。

上開修正的合理使用標準若仰賴轉化性利用的分析，仍應由法院個案判斷。但合理使用之判斷標準朝向取樣者的那一方修正，恐會使原創者喪失重要的收益來源及提供他人創作衍生著作的機會，是否將

---

*ests of Copyright Owners and Sampling Artists be Reconciled?*, 7 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 401, 406 (2005).

<sup>163</sup> Gregory M. Duhl, *Old Lyrics, Knock-Off Videos, and Copycat Comic Books: The Fourth Fair Use Factor in U.S. Copyright Law*, 54 SYRACUSE L. REV. 665, 736 (2004).

<sup>164</sup> Ponte, *supra* note 11, at 555.

<sup>165</sup> Rothenberg, *supra* note 53, at 253; Jisuk Woo, *Redefining the "Transformative Use" of Copyrighted Works: Toward a Fair Use Standard in the Digital Environment*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 51, 68 (2004).

抑制其將來的創作行爲<sup>166</sup>，仍待觀察。

#### 四、修改錄音著作權之規定

論者亦有認為應修改美國著作權法第一一四條（b）之規定，加上錄音著作權人得禁止他人實質利用原作之全部或一部，但不排除微量利用<sup>167</sup>之條文。由法律明定可促進訴訟經濟，亦可解決巡迴上訴法院見解的歧異。此見解建議將「微量準則」明文化，不失為解決問題之方法。不過，關於音樂著作的部分如何處理，並未清楚提出，而微量利用與否亦有賴法院個案判斷。

#### 五、強制授權

許多人提及的解決辦法是，透過立法在著作權法中加入取樣的強制授權條款<sup>168</sup>。美國著作權法第一一五條允許由不同演唱者予以翻唱之強制授權，著作權人一旦曾將其作品對他人授權，即被強迫對其他人亦加以授權。贊成者認為，強制授權機制適用於藝術家想要錄製翻唱帶，使得任何人可以表演有著作權的音樂，並向著作權人提出報酬。而取樣與翻唱在結構上與方法上有相似之處。強制授權使錄音釋出，讓大眾可以用較低價格得享受好的品質及更多選擇。為了鼓勵創作，取樣也可以引進強制授權機制，使更多作曲或錄音可以釋出<sup>169</sup>。

強制授權的優點是可明確解決數位取樣的著作權問題，對取樣者來說費用較合理，較不會有訟累，取得授權容易，省下協商費用，又可使著作權人快速獲得報酬<sup>170</sup>。雖然取樣強制授權有許多擁護者，但

<sup>166</sup> Ponte, *supra* note 11, at 555.

<sup>167</sup> Tara E. Castillo, *Conflicting Beats: Proposing the Adoption of an Additional Obligation within the WTO TRIPS Agreement Under Article 14 to Recognize Digital Sampling and Digital Sampling Infringement*, 7 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 31 (2006).

<sup>168</sup> Szymanski, *supra* note 33, at 294.

<sup>169</sup> Webber, *supra* note 15, at 408-09; Mueller, *supra* note 40, at 461.

<sup>170</sup> Rothenberg, *supra* note 53, at 248; Durbin, *supra* note 20, 1047; Szymanski, *supra* note 33, at 295.

也有缺點。國會先前即拒絕錄音著作強制授權的立法，並曾考慮翻唱強制授權條款的廢止<sup>171</sup>。原本著作權法第一一五條的翻唱強制授權，僅限於音樂著作之原始材料授權，被授權人仍須雇用音樂家、歌唱家、編曲家及錄音人員以錄製翻唱版。但錄音的強制授權將提供他人接觸完成的產品，而無須花費時間、成本<sup>172</sup>，與音樂著作強制授權制度的基本原意是否相符，頗值商榷。又翻唱強制授權並不會改變原作的基本旋律及根本特徵。而取樣者可能將取樣部分加以變化，並融入新的創作，取樣利用的態樣相當多變<sup>173</sup>，與翻唱整首歌曲不同的是，數位取樣強制授權無法考量取樣部分質的價值，以致於可能無法提供被取樣藝術家適當的報酬，而將取樣產生的議題過度簡化處理。若要加入質與量的考量，將使授權費率複雜化。更何況在強制授權機制之下，著作權人獲得的報酬遠低於自由市場營運下的授權金<sup>174</sup>。費率的決定可能流於專斷，被取樣音樂受歡迎程度可能無法考量。無法以真正市場價格進行授權，較未考量被取樣原作藝術家的利益<sup>175</sup>。被取樣藝術家無法控制取樣內容如何被利用，惡意行為無法查核，市場力量退出，長期而言反而喪失創造的激勵作用<sup>176</sup>。強制授權的另一個困難是，必須由國會於著作權法中新增條款<sup>177</sup>。

若真的立法允許取樣強制授權，將容許任何藝術家取樣他人音樂，而負擔法定報酬。不過，引進取樣強制授權應注意報酬的計算問題。與翻唱不同的是，取樣後的創作表現各有不同，如何計算費率，可能有不同方式。可能是單一價格、階梯式計費、基礎價格搭配以秒計費等<sup>178</sup>。單一價格也可以限制取樣長度之上限，以避免不公平收

<sup>171</sup> H.R. Rep. 94-176; Ponte, *supra* note 11, FN 170.

<sup>172</sup> Ponte, *supra* note 11, at 550.

<sup>173</sup> Szymanski, *supra* note 33, at 298.

<sup>174</sup> Ponte, *supra* note 11, at 550.

<sup>175</sup> Webber, *supra* note 15, at 410.

<sup>176</sup> Durbin, *supra* note 20, at 1047; Szymanski, *supra* note 33, at 295.

<sup>177</sup> Mueller, *supra* note 40, at 461.

<sup>178</sup> Szymanski, *supra* note 33, at 295; Webber, *supra* note 15, at 409.

費<sup>179</sup>。亦有提出強制授權報酬應另外計算合理使用費（fair use fee），以取樣藝術家於新作品中利用的程度（長短、反覆循環利用、主題或背景音樂）及其對新作的重要性予以計費。取樣者將取樣內容當成新作的主題音樂，應比將取樣內容作為背景音樂或完全改變取樣內容支付更多的報酬。其次，取樣利用對原作市場的影響也應加以計算。惟此種合理使用費的計算應由音樂產業界協助訂定<sup>180</sup>。

## 六、直接針對數位取樣增設條款

有一種建議是，直接針對數位取樣量身訂做一條款，更能平衡公益與藝術家的著作權。首先明確定義數位取樣是音樂著作或錄音著作的衍生著作。讓音樂著作與錄音著作有相同立足點，規定取樣推定侵權。如此法院就不必進行主觀的質與量的實質相似或局部逐字相似的分析。此立法建議不採強制授權，認為授權金應個案協商，國會無須發展複雜的授權程序。協商的義務及收取權利金由產業界操作。如果不想授權，取樣者仍能以更早期的音樂進行取樣。該明確界線的建議也不影響合理使用，以確保數位取樣對公眾開放。為了表達自由及批判性評論，數位取樣仍可繼續利用。新的立法可釐清數位取樣之合理使用僅容許教育機構或非營利團體之非商業利用。數位取樣長度可做限制，以避免學生或機構團體成員為個人利用而重製。新的規定可促進創作，對於音樂藝術家及著作權人可取得公平的報酬。公眾亦可透過產業授權程序或以非營利教育目的利用著作。法院不再適用不明確的標準。對於音樂產業及潛在的數位取樣者而言，可提供明確的標準，而避免侵權爭訟<sup>181</sup>。

此說將明確界線規則予以明文化，數位取樣的合理使用限縮於非營利教育目的，其餘一律應依市場機制取得授權。

<sup>179</sup> Webber, *supra* note 15, at 409.

<sup>180</sup> *Id.* at 411-14.

<sup>181</sup> Ponte, *supra* note 11, at 556-58.

## 七、Creative Commons授權條款

有論者認為，Creative Commons（以下稱創用CC）授權是數位取樣的解套方法。創用CC是非營利組織，其授權條款是設計用來幫助藝術家及作者依其設定的條件釋出其作品，容許音樂家規定其作品如何被利用。創用CC條款容許藝術家廣泛散布其音樂，多樣的授權條款使得利用者可以取樣但不利用整個著作，又可限制其利用或散布<sup>182</sup>。

不過，作品是否經由創用CC予以授權，仍取決於權利人本身<sup>183</sup>，並非全部藝術家願意透過創用CC給予取樣授權。如果權利歸屬於具有營利性質的唱片公司，則透過創用CC授權的可能性便降低。創用CC是值得鼓勵的，但或許只能是輔助的角色。

## 八、取樣交換所

取樣交換所（Sample Clearinghouse）是以私人市場為主的，對取樣挑戰的回應。此種形態的企業集中於歐洲，部分是因為以取樣為基礎的電音流行於歐洲。在美國也有一些取樣交換所，但是並非組織得很好。由取樣交換所專業人士大量處理，可減少成本。美國大部分事業有成的音樂家，均依賴其律師或唱片業者去進行取樣授權交換，其程序極為費時，整個專輯的授權費用可能相當高。假設取樣交換所係設置用來處理產業面的問題，將會有更多的工業標準化的費率，當然其程序就會更有效率<sup>184</sup>。

## 九、本文分析

上述各種解套方法為美國文獻所提出的解決數位取樣著作權爭議的方法，但似乎還沒有共識。有些方法需要修改法律，有些需要業界配合，有些並不衝突，甚至可以相輔相成。在業界以獲得最大利潤為考量的情形下，是否願意捨棄市場授權機制，而遷就上述的解決方

<sup>182</sup> Mueller, *supra* note 40, at 460.

<sup>183</sup> Reilly, *supra* note 10, at 398.

<sup>184</sup> Mueller, *supra* note 40, at 461-62.

法，或接受合理使用的擴張，值得懷疑。由本文所介紹的四則數位取樣案例可知，有關數位取樣的侵權訴訟，當事人（原被告）以音樂或唱片業者居多，可見關於數位取樣的問題，可能關係到商業競爭，而非僅為藝術或原創性理念之爭，是否有了上述解套機制就不會有訴訟，值得懷疑。至少在未修法前，改善授權機制，合理化授權條件，是可以努力的方向。著作權法的初衷是鼓勵創作，而此種鼓勵創作不僅及於原作著作權人，保護新創作者的創作空間，也應是著作權法努力的目標。綜觀美國法院的判決內容及美國文獻所提出的解決方式，鮮少強調數位取樣的藝術性，以取樣作為一種後現代藝術形態，以尊重藝術創作方式的基礎來探討數位取樣的著作權爭議，縱有美國憲法增補條款第一條之「言論表達自由」保障的規定，或承認取樣是一種「社會及文化形態」而予以尊重的說法，但仍會被原作著作權人的利益所牽制。如果同意創作往往是以他人的創作為基礎的觀點，則每一位創作者，尤其是音樂或唱片業者，似應以更大的包容性來看待數位取樣或類似的拼貼或挪用藝術。前述美國聯邦最高法院所提出的「轉化性利用」標準，就是要求原創者對於提供新創意的新作應有更大的包容。

## 陸、我國對數位取樣著作權問題之因應

我國並無如美國發展嘻哈文化的種族及社會背景，但是嘻哈已經成為跨國文化，在我國青少年間相當流行。由於數位技術簡化著作之重製程序，使創作行為更普及，也使著作權受侵害的風險更高<sup>185</sup>，故在我國亦可能會面臨數位取樣著作權的爭議。以下即探討數位取樣的著作權問題於我國法律制度下應如何因應。

### 一、原創性及著作種類

數位取樣表面上雖是一種技術操作的行為，但從後現代藝術挪用

<sup>185</sup> 參賴文智，數位著作權法，2007年，頁38-41。

或拼貼的常見藝術表現形式來看，利用數位技術將他人錄音予以取樣，用於自己的作品，若有加入作者自己的精神力，並能呈現其獨特性，則此種表達形式並不因作者係利用他人錄音而否定其原創性。只是，若取樣的片段具原創性，即會衍生是否應授權或未經授權是否侵害著作財產權的問題。

數位取樣所涉及的著作種類包含音樂著作與錄音著作。我國學說與實務皆肯認原創性為著作權之保護要件<sup>186</sup>。但是一件作品不一定全部內容皆有原創性。數位取樣利用原作的片段是否侵害著作權，不論是音樂著作或錄音著作，皆應先審查所取樣的內容是否具有原創性。

關於音樂著作部分，音樂著作所保護者為樂曲、樂譜及歌詞等。樂曲的原創性主要源於節奏、旋律及和聲<sup>187</sup>。理論上音階可以有無數個排列組合，但可能組成動聽歌曲的排序，實際上卻相當有限<sup>188</sup>。若取樣的部分係少數的音階組合，只要該音階並非一般的組合而具有特色，宜傾向於認定為有原創性。而和聲的創作通常係在配合旋律，單獨存在雖難以想像，但仍可能因具原創性而受到保護，故所取樣的部分若為和聲，亦可能須經授權。而節奏本身則較不易認為有原創性而受保護<sup>189</sup>。故若取樣的部分是節奏，較不易產生侵權問題。惟應注意的是，許多流行音樂的共通元素，或者流行的節奏，似乎不能認為具有原創性。

關於錄音著作部分，我國自一九四四年起始將錄音列為著作權保護之客體。錄音著作指藉機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作<sup>190</sup>。連續之聲音包含音樂、言語或其他聲音，所附著的

<sup>186</sup> 參謝銘洋等合著，著作權法解讀，2005年，頁4；蕭雄淋，前揭註190，頁99；羅明通，著作權法論，第6版I，2005年，頁165。

<sup>187</sup> 參羅明通，同前註，頁206。

<sup>188</sup> 參蔡明誠主持，數位時代之著作權侵權對產業衝擊之研究，台灣大學科際整合法律學研究所受經濟部智慧財產局委託研究計畫，2005年11月，頁61。

<sup>189</sup> 羅明通，前揭註186，頁207。

<sup>190</sup> 蕭雄淋，著作權法論，第4版，2007年，頁113；羅明通，前揭註186，頁239。

有體物性質為何在所不問<sup>191</sup>。錄音著作所收錄之聲音若屬原創性的表現，即受著作權法保護。

## 二、數位取樣涉及之著作財產權

數位取樣利用可能涉及重製權及改作權。針對他人錄音進行取樣，屬於重製行為，但是針對所取樣的內容進行變化，則可能涉及改作行為。例如，節奏、和聲之變化可透過編曲成立衍生著作<sup>192</sup>。編曲係指將既存之樂曲，改變為他種演奏形式之樂曲，例如鋼琴曲改變為室內樂或爵士樂，獨唱改為合唱<sup>193</sup>。此種將既存之樂曲為適應多種樂器或聲音而加以改變，屬典型之改作行為<sup>194</sup>。將既存樂曲之一部或全部加以某種改變，例如數位取樣後將原作之某一小節加以改變，或將二拍之樂曲改為三拍，將樂曲複雜化或簡化，亦屬改作<sup>195</sup>。數位取樣既然涉及重製權及改作權，若取樣的原作片段具有原創性，即有侵害著作權之虞。

## 三、數位取樣侵害著作財產權之判斷

即使取樣利用的新作具有原創性，並不表示取樣行為不構成侵權。否則原作著作權人之利益即喪失殆盡。基於上述美國法院判決的經驗，本文茲探討美國法院所建立的標準在我國是否有適用之可能。

### (一)實質相似與微量準則

微量準則是美國司法實務上的訴訟原則，適用於微不足道的法律爭訟，相當於刑事訴訟法之微罪不舉。雖然美國法院認定重製係屬微量，即會准予被告簡易判決之聲請，而避免耗費時間及成本的審判程序。但是我國民事訴訟法規定之簡易判決與美國不進入實體審判之簡

<sup>191</sup> 參羅明通，前揭註186，頁239-240。

<sup>192</sup> 參蕭雄淋，前揭註190，頁104-105。

<sup>193</sup> 參羅明通，前揭註186，頁574。

<sup>194</sup> 參羅明通，前揭註186，頁574；蕭雄淋，前揭註190，頁116。

<sup>195</sup> 蕭雄淋，前揭註190，頁116-117。

易判決有所不同，且民事訴訟法亦無微量準則之規定，恐難以直接移植美國的微量準則適用於我國之案件。

我國司法實務上，亦承認美國的實質相似標準可作為判斷侵害著作財產權的依據。例如台灣高等法院刑事判決九十一年上訴字第一二六號判決指出，認定抄襲之要件有二：1. 接觸；2. 實質相似，又所稱「實質相似」之判定標準，係指「二者……雖非精確之複製（*exact copying*），惟內容相同者，均屬雙方著作之重要部分（*material and-substantial*），顯已構成實質之近似（*substantial similarity*）<sup>196</sup>。」故在我國，未經同意的數位取樣是否侵害著作財產權，可用實質相似標準加以判斷。

若取樣原作的部分屬於微量，則應視該取樣的片段對於原作是否在質與量上屬於重要部分而定。若屬原作核心或重要部分，則構成實質相似，而有侵權之可能，此時被告只能以合理使用抗辯之。若取樣的部分雖具有原創性，但對於原作而言屬於微量，且屬於無關緊要的部分，則可以其未達實質相似來否定侵權。

### (二) 合理使用

大部分的數位取樣屬局部逐字相似的情形，取樣部分若屬原作具有原創性之部分，又非屬原作無關緊要的部分，則除非取樣者主張合理使用，否則應獲得授權始得取樣利用。基本上，若利用人所獲得之利益微小，要求利用人逐一授權，將妨礙著作利用之便利性，提高利用著作之成本，若要求授權無期待可能性時，應傾向於認定為合理使用<sup>197</sup>。但若取樣利用後的新作是要發表或發行的，則無法直接「傾向」合理使用。

由於數位取樣創作新歌，大部分都不只是個人非營利之利用，故

<sup>196</sup> 最高法院81年台上字第3063號、89年台上字第7706號、89年台上字第2787號、90年台上字第2428號等判決及台灣高等法院83年上易字第2980號判決意旨參照。

<sup>197</sup> 參賴文智，前揭註185，頁160-161。

無法主張我國著作權法第五十一條之合理使用。我國著作權法第四十四條以下有關合理使用之各種條款，就屬著作權法第五十二條的引用最有可能被數位取樣者主張。著作權法第五十二條規定：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」但是引用須有正當目的，須有自己之創作，引用他人創作部分與自己創作部分必須得加以區辨，引用限於必要及最小程度，且應以合理之方式明示出處<sup>198</sup>。故取樣者要主張「引用」的合理使用，在要件上有適用之困難，除非數位取樣之引用無須與原作加以區辨。不過取樣者至少可以援引著作權法第六十五條第二項「其他合理使用情形」，作為合理使用之主張或抗辯。

其實，取樣就是一種選擇的過程，取樣利用是挑選之後再加以利用，不論其利用係屬重製或已經加以改變，新作可能具有原創性。若新作有原創性，為了避免創作空間因原作著作權的保護而壓縮過小，遇到著作權爭議時，即不能直接選擇保護原作，而完全抹煞新作的創作空間。若承認取樣利用為聲音拼貼或挪用藝術，雖不表示其必無侵權問題，但在合理使用的適用上，法院必須尋求兩種創作之平衡。

故在合理使用的判斷上，本文贊同美國聯邦最高法院的轉化性利用標準。參考美國聯邦最高法院Campbell案<sup>199</sup>判決所提出的轉化性利用，將利用行為對於被利用著作是否注入新的意義，具有嶄新或不同的特性，改變原作品而有全新的表達、意義或訊息，納為合理使用的判斷因素。轉化程度高者較轉化程度低者享有較寬廣的合理使用範

<sup>198</sup> 蕭雄淋，前揭註190，頁207-212。

<sup>199</sup> 美國聯邦最高法院之Campbell案，法院修正Sony案判決所提出之商業或非商業利用之判斷標準，採用轉化標準判斷使用行為對於被利用之原作是否有全新的表達、意義或訊息判斷合理使用之成立與否。由於轉化作品可促進科學藝術之進步，故轉化程度愈高，其他合理使用之判斷因素之重要性隨之降低。轉化性之判斷標準成為美國著作權法第107條第1項判斷基準「利用之目的與性質」之核心。參蔡惠如，著作權之未來展望——論合理使用之價值創新，2007年，頁342-343。該案部分內容請參羅明通，著作權法論，第6版II，2005年，頁270。

圍<sup>200</sup>。又商業與非商業目的之區分難以作為合理使用之判斷基準，非謂利用之目的係出於商業目的，法院即可不顧其他可能構成合理使用之判斷要素<sup>201</sup>。只要新作形成轉化性利用，即可減輕其他合理使用判斷要素的比重。

在判斷是否屬轉化性利用時，可考量Madison教授所提出的「社會及文化形態」理論。事實上，嘻哈風格饒舌歌的批判與反應社會現實，可承認其為後現代藝術的拼貼或挪用藝術形式，則此種藝術形式作為一種社會及文化形態，可輔以我國憲法第十一條著作自由之保障，擴大此種藝術形態之合理使用空間。但本文不贊同將此種社會及文化形態直接認定為合理適用，以避免惡意侵權之情形。故社會及文化形態只是有助於認定新作是否為轉化性利用，但不是直接使之豁免侵權。

至於明確界線規則，由於忽略數位取樣亦可能是一種藝術形式，太過保護原作之著作權，而壓縮新作的創作空間，本文不採納之。

#### 四、數位取樣之授權機制

##### (一) 授權機制現況

由於數位取樣必須同時獲得音樂著作及錄音著作之授權，我國音樂家若要數位取樣他人錄音，尋求授權的對象可能是獨立著作權人、唱片公司、音樂仲介團體或錄音仲介團體<sup>202</sup>。

我國著作權仲介團體以規格化之模式，降低授權成本，方便著作利用，可惜並無彈性。又我國著作權仲介團體限於同類著作，故分別有音樂著作及錄音著作之仲介團體。目前音樂或錄音著作仲介團體包括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）、社團法人台灣音樂著作權協會

<sup>200</sup> 參蔡惠如，同前註，頁346。

<sup>201</sup> 參羅明通，前揭註199，頁265。

<sup>202</sup> 參賴文智，前揭註185，頁387。

(TMCS)、社團法人中華民國錄音著作權人協會(ARCO)、社團法人中華有聲出版錄音著作權管理協會(RPAT)、及社團法人中外音樂仲介總會(CHAM)等。由於我國並未限制同類著作之仲介團體只能成立一個，故同類著作有數個仲介團體，使得檢索授權成本提高。且上述團體管理範圍僅限於公開演出權及公開播送權，故未提供數位取樣重製或改作授權的基本費率。

除非上述仲介團體管理範圍包含重製與改作權，否則數位取樣仍須個別取得音樂及錄音著作權人同意。即使仲介團體管理範圍包含重製改作權，為降低授權成本，亦應打破同類著作之著作財產權人組織仲介團體之限制<sup>203</sup>。數位技術普及後，數位取樣利用個人電腦即可為之，仲介團體對於取樣之授權及其收費標準，皆應適時因應<sup>204</sup>。

### (二)強制授權

我國著作權法第六十九條規定音樂著作之強制授權，規定錄有音樂著作之銷售用錄音著作發行滿六個月，欲利用該音樂著作錄製其他銷售用錄音帶之人，經申請許可強制授權，給付報酬後即得利用該音樂著作。強制授權的目的是要促進並普及文化水平<sup>205</sup>。著作權法第六十九條之強制授權並未規定錄音著作，故若欲引進數位取樣強制授權機制，亦應修法。不過我國司法實務上尚未出現數位取樣的侵權案例，立法增訂錄音著作之取樣強制授權似乎並無迫切需要，更何況強制授權會使原作著作權人的利益降低，並非最適合之解決機制。

### (三)創用CC條款

我國創用CC的取樣授權標章及授權條件如下<sup>206</sup>：

<sup>203</sup> 參賴文智，前揭註185，頁251。

<sup>204</sup> 參賴文智，前揭註185，頁236-238。

<sup>205</sup> 參賴文智，前揭註185，頁118。

<sup>206</sup> 資料來源：Creative Commons Taiwan, <http://creativecommons.org.tw/static/license>，造訪日期：2008年9月30日。

### 1. 取樣1.0台灣版 (Sampling 1.0)



取樣1.0的授權條件為，利用人得自由取樣、混合、或為商業或非商業目的以其他方式有創造性地改變本著作。但利用人須依作者或授權人所指定的方式表彰其姓名；但不得以任何方式表示他們認可使用人或使用其著作。

### 2. 特別取樣1.0台灣版 (Sampling Plus 1.0)



特別取樣1.0的授權條件為，著作利用人得取樣、混合，或為商業或非商業目的以其他方式有創造性地改變本著作，容許非商業目的演出、展示及散布整部著作的重製物（例如，檔案分享或非商業性的網路播送）。使用人須依作者或授權人所指定的方式表彰其姓名；但不得以任何方式表示他們認可使用人或使用其著作。

### 3. 非商業性——特別取樣1.0台灣版 (Noncommercial Sampling Plus 1.0)



非商業性——特別取樣1.0的授權條件為，利用人得自由取樣、混合，或為商業或非商業目的以其他方式有創造性地改變本著作，並得為非商業目的而演出、展示及散布整部著作的重製物（例如，檔案分享或非商業性的網路播送）。利用人須依作者或授權人所指定的方式表彰其姓名；但不得以任何方式表示他們認可使用人或使用其著作。

上述取樣授權條款之「取樣授權1.0」目前已經不使用，因其他兩種授權條款，包含「特別取樣」和「非商業性特別取樣」，皆允許非商業性之利用，但「取樣授權1.0」只允許混合（remix）作品，不允許基於非商業性目的重製、散布，但創用CC想推動的，是所有授權條款都能最低限度地允許作品在非商業性目的下被分享，故創意CC決定將「取樣授權1.0」予以淘汰<sup>207</sup>。

如本文前所提及，創用CC條款屬自願性質，故僅能期待音樂及錄音著作權人多多使用創用CC條款，但由於錄音著作權利多由唱片公司掌控，創用CC條款僅具有輔助性質。

#### 四、著作權線上交易平台

由於我國音樂及錄音著作仲介團體之管理無法因應數位取樣的授權，若能建立著作權線上交易平台使授權得以快速進行，且依取樣時間長短、原作被利用的質與量、原作受歡迎程度及新作利用情形納入彈性收費之考量，則可兼顧權利人之利益，又不妨礙新作的創作空間，也節省授權成本。不過，取樣者仍有可能未經授權即進行取樣，法院的合理使用判斷機制仍有平衡雙方利益及公共利益的把關功能。

## 柒、結 論

數位技術高度發展加上嘻哈文化饒舌歌的盛行，使得數位取樣的情形相當普遍。由於挪用藝術或拼貼藝術由來已久，故音樂或錄音著作之取樣情形在可預見的將來不會完全消失。伴隨著數位取樣的著作權問題即有探討的價值。

爲了增加數位取樣獲得授權之機會，並降低授權成本，本文建議業界設置線上數位取樣授權平台，採用彈性授權機制，使取樣者有機會迅速取得授權，又可兼顧原作著作權人之利益。而創用CC條款可作

<sup>207</sup> 參考Creative Commons Taiwan, <http://creativecommons.org.tw/node/248>，造訪日期：2008年9月30日。

為數位取樣授權的輔助機制。若取樣者尋求取樣授權未獲同意，或未尋求授權即進行取樣，即有可能衍生著作權爭議。

美國法院對於數位取樣的著作權爭議並未有一致的解決方法，第六巡迴上訴法院的「明確界線規則」認定未經同意之取樣即推定侵權，不適用微量準則，亦不以合理使用衡平之，為本文所不採。至於第九巡迴上訴法院的微量準則，可適用於美國司法實務，但由於我國民事訴訟法及民事訴訟實務並無相關制度，故美國司法實務的微量準則無法直接適用於我國。若我國發生數位取樣的著作權案例，本文建議仍以原創性、實質相似標準及合理使用解決數位取樣之侵權爭議。

在合理使用的判斷上，本文贊同美國聯邦最高法院所採納的「轉化性標準」適用於數位取樣之案例。雖然該法院判決所適用的類型是幽默仿作，但無論是幽默仿作或拼貼等挪用形式，都是一種藝術創作形式，是常見的後現代藝術表現方式，基於數位取樣在嘻哈饒舌歌文化流行的普遍程度來看，本文承認數位取樣是一種社會文化的形態。不論這種形態的創作是否屬於高尚的藝術，其作為一種意念的傳達形式，無論是表達對社會現況的不滿，或批評時局，皆有一定的社會文化功能。基於我國憲法保障言論及著作自由，此種類型的藝術表達應受到保障，至少應與著作權人的利益求取平衡。若數位取樣作為一種社會文化類型，其轉化性利用程度相當高，則應給予其應有的合理使用空間。

假設法院在著作權法的細節問題上陷入泥沼，而阻礙創作的蓬勃發展，終究是公眾的損失。在確保著作權法鼓勵創作，並保護原作權利人利益的同時，亦應考量著作權法鼓勵創作的初衷，留給其他創作者合理的創作空間。畢竟今日的取樣者可能成為明日的被取樣者，同為文化創作者，或同為創造文化者，應深知創意無限，表達亦應無限，無論數位取樣是因為祖先崇拜、對原作者的推崇，或批評揶揄，寬容地對待取樣者，是尊重表現自由的一種形式，也是對文化的一種尊重，而文化的綿延發展正是著作權存在的價值，即使是以最大利潤為考量的業者，亦應對此種價值予以尊重與包容。

## 參考文獻

### 一、中文

#### (一)專書

1. 陳宜君譯，希瓦·維迪亞那桑原著（Siva Vaidhyanathan），著作權保護了誰？（Copyrights and Copywrongs），商周，2003年。
2. 蔡惠如，著作權之未來展望——論合理使用之價值創新，初版，元照，2007年。
3. 蕭雄淋，著作權法論，第4版，五南，2007年。
4. 賴文智，數位著作權法，第2版，益思科技，2007年。
5. 謝銘洋等合著，著作權法解讀，元照，2005年。
6. 羅明通，著作權法論，第6版I，2005年。
7. 羅明通，著作權法論，第6版II，2005年。

#### (二)其他

- ◎蔡明誠主持，數位時代之著作權侵權對產業衝擊之研究，台灣大學科際整合法律學研究所受經濟部智慧財產局委託研究計畫，2005年。

### 二、英文

1. Baran, Madeleine, Copyright and Music: A History Told in MP3s, <http://www.illegal-art.org/audio/historic.html>.
2. Baroni, Michael L., *A Pirate's Palette: The Dilemmas of Digital Sound Sampling and a Proposed Compulsory License Solution*, 11 U. MIAMI ENT. & SPORTS L. REV. 65 (1993).
3. Bergman, Bryan, *Into the Grey: The Unclear Laws of Digital Sampling*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 619 (2005).
4. Blessing, David S., *Note: Who Speaks Latin Anymore? Translation de Minimis Use for Application to Music Copyright Infringement and Sampling*, 45 WM. & MARY L. REV. 2399 (2004).
5. Castillo, Tara E., *Conflicting Beats: Proposing the Adoption of an Addi-*

- tional Obligation within the WTO TRIPS Agreement Under Article 14 to Recognize Digital Sampling and Digital Sampling Infringement*, 7 TEX. REV. ENT. & SPORTS L. 31 (2006).
6. Durbin, William Y., *Recognizing the Grey: Toward a New View of the Law Governing Digital Music Sampling Informed by the First Amendment*, 15 WM. & MARY BILL RTS. J. 1021 (2007).
  7. de la Torre, Carlos Ruiz, *Digital Music Sampling and Copyright Law: Can the Interests of Copyright Owners and Sampling Artists be Reconciled?*, 7 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 401 (2005).
  8. Duhl, Gregory M., *Old Lyrics, Knock-Off Videos, and Copycat Comic Books: The Fourth Fair Use Factor in U.S. Copyright Law*, 54 SYRACUSE L. REV. 665 (2004).
  9. Falstrom, Carl A., *Note, Thou Shalt Not Steal: Grand Upright Music Ltd. v. Warner Bros. Records, Inc. and the Future of Digital Sound Sampling in Popular Music*, 45 HASTINGS L.J. 359 (1994).
  10. Garnett, Matthew S., *The Downhill Battle to Copyright Sonic Ideas in Bridgeport Music*, 7 VAND. J. ENT. L. & PRAC. 509 (2005).
  11. Hahn, Melissa, *Note: Digital Sampling and Copyright and Copyright Policy—A Bittersweet Symphony? Accessing the Continued Legality of Music Sampling in the United Kingdom, the Netherlands, and the United States*, 34 GA. J. INT'L & COMP. L. 713 (2006).
  12. Johnson, A. Dean, *Comment, Music Copyrights: The Need for an Appropriate Fair Use Analysis in Digital Sampling Infringement Suits*, 21 FLA. ST. U. L. REV. 135 (1993).
  13. Korn, Alan, *Renaming that Tune: Aural Collage, Parody and Fair Use*, 22 GOLDEN GATE U. L. REV. 321 (1992).
  14. Latham, Susan J., *Newton v. Diamond: Measuring the Legitimacy of Unauthorized Compositional Sampling – A Clue Illuminated and Obscured*, 26 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 119 (2003).
  15. Madison, Michael J., *A Pattern-Oriented Approach to Fair Use*, 45 WM. & MARY L. REV. 1525 (2004).
  16. Mueller, Jennifer R. R., *Note: All Mixed Up: Bridgeport Music v. Dimen-*

- sion Films and De Minimis Digital Sampling*, 81 INDIANA L.J. 435 (2006).
17. Norek, Josh, *Comment, "You Can't Sing Without the Bling": The Toll of Excessive Sample License Fees on Creativity in Hip-Hop Music and the Need for a Compulsory Sound Recording Sample License System*, 11 UCLA ENT. L. REV. 83 (2004).
18. Ponte, Lucille M., *The Emperor Has No Clothes: How Digital Sampling Infringement Cases Are Exposing Weaknesses in Traditional Copyright Law and the Need for Statutory Reform*, 43 AM. BUS. L.J. 515 (2006).
19. Reilly, Tracy L., *Ebunking the Top Three Myths of Digital Sampling: An Endorsement of the Bridgeport Music Court's Attempt to Afford "Sound" Copyright Protection to Sound Recordings*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 355 (2008).
20. Rothenberg, Rahmiel David, *Sampling: Musical Authorship out of Tune with the Purpose of the Copyright Regime*, 20 ST. THOMAS L. REV. 233 (2008).
21. Sanjek, David, *"Don't Have to D.J. No More": Sampling and the "Autonomous" Creator*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 607 (1992).
22. Self, Henry, *Digital Sampling: A Cultural Perspective*, 9 UCLA ENT. L. REV. 347 (2002).
23. Shannon, Bradley Scott, *Responding to Summary Judgment*, 91 MARQ. L. REV. 815 (2008).
24. Sykes, Jeremy Scott, *Note: Copyright-The De Minimis Defense in Copyright Infringement Actions Involving Music Sampling*, 36 U. MEM. L. REV. 749 (2006).
25. Szymanski, Robert M., *Audio Pasitiche: Digital Sampling, Intermediate Copying, Fair Use*, 3 U.C.L.A. ENT. L. REV. 271 (1996).
26. Webber, Amanda, *Note: Digital Sampling and the Legal Implications of its Use after Bridgeport*, 22 SAINT JOHN'S JOURNAL OF LEGAL COMMENTARY 373 (2007).
27. Woo, Jisuk, *Redefining the "Transformative Use" of Copyrighted Works: Toward a Fair Use Standard in the Digital Environment*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 51 (2004).

# Copyright Issues of Digital Sampling

Yuh-May Lin \*

## Abstract

The Practice of digital sampling is now widespread. Samplers often use the sampled sound recording to produce new music, especially rap songs or hip hop music. Some commentators believe that digital sampling is a developed art with distinct history. Thus, digital sampling can be classified as sound collage in postmodern art. Some argue that digital sampling is nothing else but theft. The increase of digital sampling has forced copyright law to specify whether using small portions of a copyrighted sound recording infringes on the exclusive rights of the owner.

This article explores the legal implications of digital sampling and focuses on the issues whether digital sampling amounts to copyright infringement or constitutes fair use. Related issues such as originality, categories of works and license will be also analyzed. The decisions of US circuit courts will be also introduced, including the de minimis doctrine and bright-line rule. But the moral rights will not be discussed. Finally this article will provide several suggestions for solving the copyright problems of digital sampling.

**Keywords:** Digital Sampling, Copyright, De Minimis Doctrine, Bright-line Rule, Postmodern Art

---

\* Associate Professor of Law at the Department of Financial and Economic Law of National Chung-Hsing University. Dr. Jur., University of Tübingen, Germany.  
Received: August 14, 2008; accepted: November 6, 2008