

典藏機構設置電子閱覽區 向公眾提供館藏著作之研究

陳曉慧*、黃雯琦**

目 錄

壹、問題之提出：我國的現況	(二)須不抵觸契約條款
貳、歐盟法規與政策	(三)館藏從屬性
一、歐盟資訊社會著作權指令第5 條第3項第n款	(四)僅得在該館空間內自有特別設 置的電子閱覽區提供
二、各國之轉換	(五)用於研究或私人學習目的
三、歐盟內部之檢討	(六)補償金
參、德國著作權法第52b條	(七)附加權限——數位化重製
一、條文內容與立法目的	三、司法案例
二、構成要件	(一)案例事實
(一)公開使用、且非直接或間接謀 求經濟或者營利目的之圖書 館、博物館和檔案館	(二)爭點分析
	(三)最高法院之發展
	四、德國法務部修法諮詢建議

DOI : 10.3966/102398202014090138001

* 臺灣科技大學科技管理所副教授，德國慕尼黑大學法學博士。

** 臺灣科技大學科技管理所碩士。

投稿日期：一〇二年一月三日；接受刊登日期：一〇二年四月十八日

責任校對：黃甯

(一)贊成擴張適用範圍	七、權利人意願優先原則？
(二)反對擴張適用範圍	八、補償金
肆、德國經驗之整體評估	伍、我國導入之評估——代結論
一、立法目的	一、導入德國實務作法之合理使用分析
二、適用權利	(一)著作利用的性質及目的
三、適用機構	(二)被利用著作的性質
四、適用著作	(三)所利用的質與量
(一)典藏機構有持續使用的權利	(四)利用結果對市場的影響
(二)電腦程式之排除適用	(五)綜合判斷
(三)已公開著作	二、較德國更進一步的解決方案
五、館藏從屬性	(一)立法建議
六、類比式利用之替代	(二)合理使用分析
(一)區域限制與接續使用限制	(三)科技保護措施保護規定之修訂
(二)全文檢索限制	

摘 要

國內典藏機構能否在館內以電腦等設備，提供館藏著作之數位化成果供公眾瀏覽，依據主管機關之解釋，以該著作之數位重製符合著作權法第48條第1項第2款保存必要時，才得依第65條第2項主張合理使用。惟二〇〇一年歐盟資訊社會著作權指令第5條第3項第n款，則無此限制。

本文從歐盟指令出發，探討德國經驗，發現德國非以保存角度，係以典藏機構教育推廣與國民媒體能力、數位競爭力的角度出發，以平衡權利人與利用人的利益。研究發現，我國如導入限制條件較多的德國作法，即使不給付補償金，亦不違合理使用。且為因應數位科技發展，本文並提出館藏數位化成果由館內擴及館外線上利用之建議。

關鍵字：數位化、著作權、現場電子閱覽區、合理使用、圖書館、博物館、檔案館、線上閱讀、數位典藏

壹、問題之提出：我國的現況

歐洲議會（European Parliament）及歐洲理事會（European Council）於二〇〇一年五月二十二日通過「資訊社會之著作權及其相關權利調和化指令」（以下稱「指令」、歐盟資訊社會著作權指令或歐盟指令）¹，第5條第3項第n款允許公共圖書館、博物館、檔案館、教育機構在現場設置專用終端機，提供著作，歐盟各國將指令轉化為內國法，行之有年。但我國著作權法並沒有類似的規定，因此國內主要的圖書館、博物館、檔案館與許多大學（以下合稱「典藏機構」）經過十年以上的國家數位典藏科技計畫推動²，對於仍受著作權保護之著作，能否在館內電腦、終端機、閱覽器上提供其數位化成果以供公眾瀏覽，即有疑義。

主管機關認為圖書館、博物館、檔案館之重製，若符合著作權法第48條第1項第2款保存必要之重製，可以依據同法第65條第2項從事上述行為；然若不符合第48條第1項第2款保存必要之重製，則「不論是否限制在館內電腦閱覽或設置帳號控管使用人數，仍應獲得著作財產權人之同意或授權始得為之。……如未取得著作財產權人之同意或授權，即屬侵害著作財產權之行為。」³

¹ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

² 國科會自2002年起迄今（2012）進行數位典藏國家型科技計畫，邀集中研院、國史館、故宮博物院、自然科學博物館、臺灣大學、國家圖書館、國家電影資料館、檔案管理局等許多典藏機構，精選該機構最具代表性的文化資產進行數位化工作，因此累積許多重要的文化、學術研究數位資產，請參見計畫網站，<http://teldap.tw>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

³ 經濟部智慧財產局2011年3月28日電子郵件1000328函釋：一、依照著作權法（下稱「本法」）之規定，著作財產權的保護期間係存續於著作人終身加死亡後50年或著作公開發表後50年。故文教機構館藏的著作，其著作財產權期

惟我國著作權法第48條第1項第2款的範圍，多有爭議，參酌主

間如已經屆滿者，文教機構可以在不影響著作人格權的情形下進行數位化重製、上網提供公眾閱覽，並不會涉及侵害著作權的問題。二、惟如館藏著作之著作尚在財產權保護期間，文教機構欲將其館藏進行數位化，涉及「重製」他人著作之行爲，除有本法第48條第2款基於「保存資料之必要」者，得主張合理使用外，應取得著作財產權人之授權或同意，而所謂「保存資料之必要」，係指館藏著作已毀損或遺失或客觀上有毀損、遺失之虞，且無法在市場上以合理管道取得相同或適當版本之重製物者，始屬之。三、如文教機構將數位化重製之內容，置於網路供公眾閱覽，復涉及「公開傳輸」之行爲。如文教機構將符合上述本法第48條第2款爲保存目的之數位化重製內容，在館內以未附重製功能之電腦終端機或其他閱覽器，公開傳輸予讀者閱覽，該公開傳輸行爲可依本法第65條第2項主張合理使用。至非屬上述本法第48條第2款爲保存目的之數位化重製內容，不論是否限制在館內電腦閱覽或設置帳號控管使用人數，仍應獲得著作財產權人之同意或授權始得爲之。四、上述「重製」或「公開傳輸」之行爲，除符合合理使用之情形外，如未取得著作財產權人之同意或授權，即屬侵害著作財產權之行爲。至所滋生之法律責任應由大學圖書館或館員負責1節，應視實際個案情形而定，惟依本法第101條第1項規定，因執行業務不法侵害他人權利時，除處罰行爲人外，對該法人（大學）亦科以罰金。另目前尚無圖書館侵權類似案例可提供，尙祈見諒。五、此外，來函所稱「書目」資訊如係指著作的名稱、著作人等資料，由於非屬「著作」，將之數位化後上網，不會有侵害著作權的問題。至於圖書館等文教機構之行爲是否符合歐盟資訊社會著作權與相關權利指令，非屬本局職掌之法規，本局未便就該指令之適用表示意見，尙請諒察。

另經濟部智慧財產局(98)智著字第09800014860號函釋，說明三：「另貴館所詢問題二，擬將『基於保存資料之目的』而數位化之重製物置於館內網域查檢利用，但限制使用者只能於館內瀏覽、列印紙本；有關置於館內網域供讀者瀏覽者，涉及『公開傳輸』之行爲，本法第48條雖無規定，惟圖書館提供讀者於館內以未附重製功能之電腦終端機或其他閱覽器閱覽，利用人無法利用此類行爲將館藏著作另行重製爲電子檔或將該檔案另行傳輸者，對著作權人權益之影響有限，可依本法第65條第2項之規定主張合理使用，又參酌國外立法例（例如美國著作權法第108條(b)之(2)及同條(c)之(2)；澳洲著作權法第51A條(3A)及(3B)之規定），應限制利用人於館內利用時，未將館藏著作另行重製爲電子檔或無法將該檔案另行傳輸者爲限。」

管機關見解：「……所謂『保存資料之必要』，係指館藏著作已毀損或遺失或客觀上有毀損、遺失之虞，且無法在市場上以合理管道取得相同或適當版本之重製物者，始屬之。」⁴所稱「客觀上有毀損、遺失之虞」，固然給予相當的詮釋空間，似乎可符合圖書館、博物館與檔案館實務運作之所需，例如其應從事預防性保存（preventive conservation），除了環境溫度、溼度、防蟲、防火等之外，轉換形式與重製也是必要的，在入藏時、修復時都必須照相記載當時現況，以確保日後修復可有所本⁵。但又附加「無法在市場上以合理管道取得相同或適當版本之重製物者」之條件，使典藏機構僅得對絕版著作、未公開著作執行「保存資料之必要」的重製。

在著作權法第48條第1項第2款適用範圍狹隘的情況下，典藏機構需取得權利人之同意，方得在館內提供其館藏數位化版本。但實務上常見的困難包含：權利人難以查找，例如著作上所標示之姓名，究竟是筆名、別名或真名難以辨識；或繼承人全部或一部不明。又或權利人雖可查知，但其權利來自於繼承，並無意關心先人著作之利用，多數繼承人間也常彼此意見相左。又有權利人為出版社，其是否取得數位利用之權利，並不明確，對於已不具市場價值之絕版著作，也無意支出釐清權利之成本。

是故，圖書館、博物館、檔案館或教育機構，欲在館內提供公眾使用館藏之數位化版本，依據我國主管機關之見解，實屬困難重重。德國在二〇〇八年轉化指令第5條第3項第n款為著作權法第52b

⁴ 同前註，經濟部智慧財產局2011年3月28日電子郵件1000328函釋。

⁵ ICOM, Code of Ethics for Museums, Art. 2.2; 余敦平、滕肇心，試述台灣地區博物館典藏庫典藏管理的回顧與前瞻，中華民國博物館學會博物館簡訊，45期，頁6-9，2008年9月，<http://www.cam.org.tw/download/45%B4%C1%C2%B2%B0T.pdf>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

條之後，已達成與權利人間之權利補償金協議，同時發生了歐盟境內第一個訴訟案件，德國最高法院並於二〇一二年九月將該案送交歐洲法院解釋。因此，本文擬從歐盟資訊社會著作權指令出發，探討德國的實踐經驗，來瞭解將數位化館藏在館內提供公眾使用，可能面臨的問題與挑戰，並在最後以我國導入的可能性與展望，作為結論。

貳、歐盟法規與政策

一、歐盟資訊社會著作權指令第5條第3項第n款

歐盟「資訊社會之著作權及其相關權利調和化指令」第5條第3項n款規定：「基於研究或私人學習目的，透過設置於公眾可近用之公共圖書館、教育機構、博物館或檔案機構區域內之專用終端機（dedicated terminal），以向公眾之個別成員傳輸或提供館藏中，不受買賣或授權條款限制之著作與其他標的」⁶。其前身為一九九六年奧地利著作權法第56b條⁷。

本指令目的之一在調和各會員國對於數位著作的處理方式，使著作權與相關權利的立法能夠因應科技和資訊社會之發展，保護書本、電影、音樂等作者的經濟利益。分別於第2條、第3條和第4條規定著作與其他保護標的之權利人享有重製權（Reproduction

⁶ 其原文為：Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases: ... (n) use by communication or making available, for the purpose of research or private study, to individual members of the public by dedicated terminals on the premises of establishments referred to in paragraph 2(c) of works and other subject-matter not subject to purchase or licensing terms which are contained in their collections;

⁷ *Walter*, in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, 2001, Info-RL Rn. 135.

right)、向公眾傳播與向公眾提供權(Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter)以及散布權(Distribution right)。第5條第3項第n款是向公眾傳播與向公眾提供權之限制或例外。此外,與典藏機構有關之權利限制或例外,尚包括對重製權所制定之第5條第2項第c款:「公眾可近用之公共圖書館、教育機構、博物館或檔案機構,非為直接或間接經濟或商業利益而為之特定重製」。

第5條第3項第n款在轉換上還需注意同條第5項規定,即僅在不與著作或其他標的之正常使用衝突,且不至於不合理地損害權利人合法利益的特定特殊情形,方得適用(三步測試, Three-step-test)。由於對公眾提供著作時,必須重製著作,依據指令前言第40點,對非營利性的公共圖書館或類似機構,可制定重製權的特別例外與限制,但線上傳送受保護的著作或其他標的,則不屬之。

於著作受科技措施保護時,由於第5條第3項第n款,並非第6條第4項所條列舉之例外與限制,得在欠缺當事人之協議的情況,由會員國採取適當的措施,強制權利人提供受益者必要的工具以近用著作⁸。因此對於受科技措施保護之著作,受益之典藏機構除與著作權人達成協議之外,不得從事第5條第3項第n款之提供行為。

二、各國之轉換

會員國可自行決定是否將指令第5條第3項第n款,轉換為內國法。檢視歐盟各國轉換第5條第3項第n款的情況⁹,有較多的國家選

⁸ 該條條列之款項為: Article 5(2)(a), (2)(c), (2)(d), (2)(e), (3)(a), (3)(b) or (3)(e).

⁹ 關於各國最新的立法情況,本文除參考下文資料,也依據網站資料更新。Guido Westkamp, Study on the implementation and effect in member states' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Part II - The implementation of directive

擇以附加更多條件的方式進行轉換。

奧地利¹⁰、英國、斯洛維尼亞、愛爾蘭、希臘、捷克、賽普勒斯、羅馬尼亞、瑞典、斯洛伐克等10個成員國並未將此條納入內國法中。

義大利（第71ter條）、葡萄牙（第75條第2項第o款，第4項與第5項）、比利時（Article 22, § 1er, 9°）、荷蘭（第15h條）等4國的條文，幾乎與指令之條文相同。

丹麥（第21條第3項）、愛沙尼亞（第20條第4項）、芬蘭（第16a條第2項，第16b條）、匈牙利（第38條第5項）、拉托維亞（第23條第2項至第5項）、立陶宛（第22條）、盧森堡（第10條第14項）、馬爾他（第9條第1項）、挪威（第16條第2項）、波蘭（第28條第1項第3款）、西班牙（第37條第3項），以及德國、法國等13國，則以附加更多限制條件之方式進行轉換，例如限制所適用的機構、目的、以已公開館藏著作為限、給付補償金等。

其中，值得注意的是，指令前言第35點指出，於斟酌相關情況之後，若例外或限制之行為，可能損害權利人利益時，應給予公平的補償。但在17個轉換國家中，僅有拉托維亞、西班牙與德國，規定支付補償金。

2001/29/EC in the member states (2007), available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study-annex_en.pdf (last visited: 2013.07.10).

¹⁰ 奧地利著作權法第56b條，雖為指令第5條第3項第n款的前身，但是本質上仍有不同，僅適用於公共機構之圖像或聲音的載體上的著作，得為公開口述、上演、上映，且每次不得使用超過該機構著作二冊，且須支付補償金，但僅得由集體管理團體主張。因此，本文仍將奧地利列為未轉換指令的國家。

三、歐盟內部之檢討

二〇〇八年歐盟執委會成立Europeana（歐洲線上圖書館、博物館與檔案館）。目的在創造歐洲與文化與科學遺產的櫥窗，得在線上為全人類使用，也有助於旅遊、教學等領域的經濟創新¹¹。至二〇一二年十月底止，已有來自34個國家，超過2,000所歐盟各會員國的文化機構加入該平臺，並蒐集圖書、影片與繪畫等數位檔案逾2億筆¹²。

由於指令前言第40點之限制，第5條第3項第n款無法滿足將著作線上傳輸給遠距最終使用者的需求¹³，不能達成Europeana線上近用的目標。因此，學者主張應該擴張適用於線上持有該博物館研究證件的使用者，登入時則以密碼加以保護¹⁴。但出版商也自行發展線上近用功能，則究竟既有的例外與限制，是否應維持，或由典藏機構與出版商協商授權計畫，更能增進著作近用，歐盟執委會於二〇〇八年《知識經濟時代的著作權綠皮書》對此議題，廣泛徵求

¹¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Europeana – next steps, COM (2009) 440 final., available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0440:FIN:EN:PDF> (last visited: 2013.07.10).

¹² Europeana, Facts & Figures, available at <http://pro.europeana.eu/web/guest/about/facts-figures> (last visited: 2012.12.25).

¹³ Commission of the European Communities, Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy, COM (2008) 466/3, 9-10.

¹⁴ Milagros del Corral. Spain Digital libraries and copyright : towards balanced legal certainty in Europe. (non-exclusive license), 6th Communia Workshop: Memory Institutions and the Public Domain, Barcelona, Spain, 1 (2009), available at http://www.communia-project.eu/communiafiles/ws06_pol_DelCorral.pdf (last visited: 2013.07.10).

意見¹⁵。

歐盟境內114家圖書館、博物館、檔案館之回覆，特別強調其與商業出版公司不同。他們扮演著長期保存與管理文化資產的獨特角色，超越了商業利益。於線上對公眾提供其館藏，特別是商業上已不提供的著作，為其公共利益責任的一部分，因此，不能僅以實體現場的近用為限¹⁶。而協商機制交易負擔過重，因為出版商並沒有數位權利，若欲個別釐清權利，成本又太高。其次，館藏內容中有許多是未出版的書信、日記與商業檔案等，也不可能透過與出版商之協商機制解決¹⁷。最後，歐洲的大學通常必須簽署上百份與不同出版商的契約，以取得數位研究內容，細究每份契約關於近用、列印、儲存、重製等不同限制，形成繁重的程序，若有一個中央組織，可負責授予廣泛的線上權利，較符合其期待¹⁸。

出版商與集體管理團體則認為，圖書館固應繼續其核心服務，但線上提供著作，並不等同於讓使用者自由近用，或有權利免付費使用受保護著作。他們贊成採取授權或契約體制，因為若使圖書館、檔案館、教育機構更容易提供線上服務，將形成不公平競爭，會影響出版商對新商業模式的投資。而且他們也擔憂，即使依據指令第5條第3項第n款，僅在機構現場提供線上服務，能否有效防止

¹⁵ Commission of the European Communities, Green Paper: Copyright in the Knowledge Economy, COM (2008) 466/3, 12. 其他與圖書館等機構重製範圍有關的問題，因與本文關係較不密切，茲不討論，包含：關於格式轉換、重製份數與圖書館全部館藏的掃描等問題，有無必要明文規定於有關圖書館等機構之例外的範圍內？圖書館為使其館藏著作的內容可用於網路檢索所進行的著作掃描重製是否超出現行著作權的例外範圍，有無必要以法律明文訂之？

¹⁶ *Id.* at 4-5.

¹⁷ *Id.* at 4.

¹⁸ *Id.* at 7.

數位洩漏（digital leakage）也是問題¹⁹。

依據上述意見調查，歐盟執委會將下一步（Next step）設定在，推動簡單且符合成本效益的權利釐清機制，包含檢視各種解決方案，例如集體管理，並輔以延伸性管理，讓權利管理人可以在合理檢索的基礎下，代理不屬於集體管理團體的著作人進行授權。在此基礎上，再進一步討論是否要新增法定例外²⁰。

在這個行動邏輯中，蘊含了歐盟國家長久以來對集體權利管理制度的信賴，因此將問題侷限於處理集體管理制度不足之處，試圖透過協商機制，或者為延伸管理非會員權利建立法律基礎來解決。而非優先考慮新增法定例外，以滿足圖書館等機構線上提供著作之需求。然而對於集體管理制度運作尚非良善的會員國，此種制度的推動，仍面臨實務上的困難²¹。

參、德國著作權法第52b條

為了更進一步瞭解指令第5條第3項第n款運作上的實際情況，以下分別說明德國轉化本規定的條文內容、立法目的、構成要件、訴訟案件與德國法務部的修法諮詢建議。

¹⁹ *Id.* at 5.

²⁰ *Id.* at 5.

²¹ Maja Bogataj Jančič, 提及斯洛維尼雅的向公眾提供權，因為立法錯誤，對所有著作與所有著作人均規定要集體管理，並且其組織運作有不透明、無效率、經常與使用者發生爭議等問題，作者質疑在不修改法律的情況下，能否有效處理數位圖書館的近用問題。Maja Bogataj Jančič, Mandatory collective management for making available in Slovenian Copyright Act - A mistake or an opportunity?, 6th Communia Workshop: Memory Institutions and Public Domain, Barcelona, Spain (2009), available at http://www.communia-project.eu/communiafiles/ws06_s_Bogataj.pdf (latest visited: 2013.07.10).

一、條文內容與立法目的

德國分別於二〇〇三年及二〇〇八年兩度修改著作權法，以因應數位環境變遷以及轉換歐盟資訊社會著作權指令。指令第5條第3項第n款係於第二次修訂時，轉換為新增的第52b條，條文規定是：「在無其他約定下，允許向公眾開放、且非直接或間接謀求經濟或者營利目的之圖書館、博物館和檔案館，在該館空間中，所設立且用於研究或私人學習目的之電子閱覽區，公開提供館藏中已公開之著作。但電子閱覽區對同一著作，可同時提供之數量，不得超過館藏數量。此公開提供行為須支付適當補償金，但該補償金請求只能透過著作權集體管理團體行使²²。」

依據聯邦政府的立法理由，第52b條之立法意旨是轉換指令第5條第3項第n款的著作權限制，使公共圖書館、博物館，或非營利檔案館的收藏，在其為此所設置的電子閱讀區，得以與類比形式相同的方式利用之，以實踐上述機構的教育功能，並為促進國民媒體能力（Medienkompetenz）邁出一步²³。

所稱國民媒體能力，係德國在一九九八年終身教育的架構下所

²² 其原文為：Zulässig ist, veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. Es dürfen grundsätzlich nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Einrichtung umfasst. Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

²³ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks 16/1828, S. 26.

提出的概念，指能運用媒體，在媒體的世界中可以正確自處，對媒體內容可以取得、處理，並且可介入媒體程序之形成²⁴。終身學習與媒體能力，被認為是文化發展與職業生涯成就的重要樞紐²⁵。此處所稱的媒體不以電腦為限，及於一切資訊科技。

二、構成要件

本文將第52b條解析成七項要件，以下依據學者見解、立法資料，以及聯邦與16個邦政府和語文著作、圖像藝術著作集體管理團體（VG Wort、VG Bild-Kunst）所締結之補償金協議內容（下稱「補償金協議」）²⁶，分別說明之：

(一) 公開使用、且非直接或間接謀求經濟或者營利目的之圖書館、博物館和檔案館

僅有公開使用、且非直接或間接謀求經濟或者營利目的之圖書館、博物館和檔案館，可適用此例外。所稱「公開使用」（*öffentlich zugänglich*），是否相當於公開傳播權、公開口述權等「公開」的概念，學者見解雖有不同²⁷，但基本上均肯認該機構應

²⁴ Schlußbericht der Enquete-Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft - Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, BT-Drucks 13/11004, S. 68.

²⁵ *Id.*

²⁶ Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52b UrhG. Verfügbar unter http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/2012-01-30_Gesamtvertrag_Bibliothekstantieme_52b.pdf (Stand: 2013.07.10). VG Wort 全稱為 Verwertungsgesellschaft Wort, VG Bild-Kunst 全稱為 Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst。

²⁷ 有學者認為此處公眾之定義應與著作權法第15條第3項之定義相符（*Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., 2008, § 52b Rn. 3-5; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2009, § 52b Rn. 9），也有學者認為此處之

對所有的人開放。是故，公司圖書館、監獄圖書館等，僅對特定身分人士（如公司員工、受刑人等）開放的圖書館，即不屬之。但學者們認同聯邦政府與聯邦上議院立法意見，學校圖書館如果對學校的師生全體均開放時，即符合公開使用的要件²⁸。

非以營利為目的之機構，亦可能要求使用人支付手續費，但此費用僅以填補圖書館等機構營運所需者為限²⁹。

（二）須不抵觸契約條款

若契約條款有相反之約定，即不得主張本規定。但契約條款（*vertragliche Regelungen*）是否以權利人單方之要約為已足，在學界有不同的看法。

肯定見解認為，指令第5條第3項第n款之德文本為「買賣與授權條款」（*Regelung über Verkauf und Lizenzen*），但依據英文本與法文本（*purchase or licensing terms*），可解為「契約要約」即已足³⁰。

其次，著作權法第53a條第1項末句³¹，對於以其他電子方式重

公眾並非第15條第3項所定義之公眾，此處所稱之公眾應指未特定之所有人，*Spindler*, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, S. 13.

²⁸ Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nummer 9, BT-Drucks 16/1828, S. 48.

²⁹ *Reschke*, Die verfassungs- und dreistufentestkonforme Auslegung der Schranken des Urheberrechts – zugleich eine Überprüfung von § 52b UrhG, 2010, S. 156.

³⁰ *Berger*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, GRUR 2007, S. 754; *Langhoff/Oberndörfer/Jani*, Ein Überblick über die Änderungen des Urheberrechts nach der zweiten und dritten Lesung im Bundestag, ZUM 2007, S. 597; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 12.

³¹ 條文原文為：Die Vervielfältigung und Übermittlung in sonstiger elektronischer Form ist ferner nur dann zulässig, wenn der Zugang zu den Beiträgen oder kleinen

製並傳送期刊文章或少部分的著作給公眾中成員，使其在所選擇使用之地點與時間為非公開使用，係以有「適當條件的契約約定」為前提（*mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen*），通常解釋為「契約要約」。此為私人重製使用，對著作人經濟利益的影響，比第52b條小。依對權利影響越大，優惠範圍應越小或越嚴格認定的法理，第52b條優惠範圍不應大於第53a條第1項，以維持法律體系一致性，是故，權利人應得以「契約要約」即可排除第52b條之適用³²。

第三，若使典藏機構僅需對著作人提出之要約予以否決，即可主張第52b條，將使著作人立於不平等之締約地位，降低出版社推出數位著作相關創新服務之誘因，不利整體數位著作發展進度³³。

反對見解，則認為應遵守法條與立法理由「契約條款」之用語³⁴。且若權利人以單方契約要約，即可排除本條之適用，則典藏機構可提供之著作範圍與授權金均不確定，將影響其投資設置電子閱覽區的意願，第52b條的立法目的即無法達成³⁵。

對此議題之見解紛爭，後來引發德國首件與本條相關的訴訟，請續詳後述第參、三、(二)、1.節。

Teilen eines Werkes den Mitgliedern der Öffentlichkeit nicht offensichtlich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl mittels einer vertraglichen Vereinbarung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht wird.

³² *Schöwerling*, Anmerkung zu LG Frankfurt am Main, Urteil vom 13. Mai 2009-2-06 O 172/09, ZUM 2009, S. 665-666.

³³ AaO., S. 666.

³⁴ *Hoeren*, Der Zweite Korb – Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz, MMR 2007, S. 615; *Spindler*, aaO. (Fn. 27); *Spindler*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S.105; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 27.

³⁵ *Reschke*, aaO. (Fn. 29), S. 158.

(三)館藏從屬性

館藏從屬性有二層意義，即一方面所提供的著作需為館藏中已公開之著作；二方面電子閱覽區可同時提供之數位著作數量，基本上，不得超過該著作館藏本的數量，因此又稱為「雙重館藏從屬性」(Doppelte Bestandsakzessorietät)³⁶。

1. 館藏中已公開之著作

電子閱覽區可提供之著作，需為典藏機構所持有之館藏。至於經由採購、捐贈或其他方式取得，並非所問。即使沒有所有權，但享有持續使用之權利，亦屬館藏。唯藉館際合作或館藏交換，僅短暫在此機構被使用之著作，則不屬之³⁷。

依德國著作權法第2條³⁸規定之著作範圍，除可提供語文著作外，也可提供音樂著作、美術著作、電影著作與不成文著作等。亦即電子閱覽區可以提供視聽多媒體著作。

惟電腦程式雖被視為語文著作，但依據德國著作權法第69a條第4項規定，僅在著作權法未另訂定法規下，得準用語文著作之規定。而第52b條所涉及之公開傳播權與重製權，分別於第69c條第4項與第69c條第1項第1點對電腦程式設有特別規定，且均欠缺如第52b條之限制，因此，有學者認為電腦程式不應於電子閱覽區提供³⁹。

³⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) BT-Drucks 16/5939, S. 31.

³⁷ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 29-31.

³⁸ 德國著作權法第2條第1項：受保護的文學、科學、藝術著作，尤其指：(1)語言著作，如語文著作、演講和電腦程式；(2)音樂著作；(3)包括舞蹈、藝術著作在內的無聲著作；(4)包括建築藝術、實用藝術著作及其草圖在內的美術著作；(5)包括以類似攝影方式製作之著作在內的攝影著作；(6)包括以類似拍攝電影方式製作之著作在內的電影著作；(7)科學、技術種類的各類表現，如繪圖、設計圖、地圖、草圖、表格和立體表現。

³⁹ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 4-5; *Grosskopf*, 3. Kapitel

若著作被科技保護措施所保護，第95b條表列若干權利限制，使權利人對受益人負有提供必要工具以利其必要使用之義務，但第52b條不在其中。從而，典藏機構不得於電子閱覽區提供此類著作。而第95b條未將第52b條納入，係因指令第6條第4項亦未將第5條第3項第n款列入封閉表單⁴⁰。

不受著作權保護之資料庫，資料庫製作人權利之限制規定在第87c條，也不得準用或類推適用第52b條。

又得提供之著作需已公開（*veröffentlicht*），所稱「已公開」之定義應符合著作權法第6條第1項之規定，指經著作權人許可後，向公眾公開之著作⁴¹。未公開之著作僅得在取得著作人或其繼承人同意首次公開之後（第12條公開發表權），才能依據第52b條在電子閱覽區對公眾提供⁴²。

2. 對同一著作，可同時提供之數量，基本上不得超過館藏數量

立法者建議於學術機構或大學使用需求尖峰時間，電子閱覽區提供之數位館藏可超過館藏數量，每一館藏著作至多可於四個電子閱覽區位置上同時提供⁴³。惟典藏機構亦應根據館藏著作之使用量與使用頻率，衡量採購數量，如某著作在尖峰期使用量會倍增，則應增購該著作，避免造成由一館藏本變成同時數本提供瀏覽的倍增效果（*Multiplikationseffekt*），影響機構之正常採購行為，損害權

Grundlagen und Systematik des Urheberrechts, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2011, Rn. 818.

⁴⁰ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 39; 並請參見本文前揭第8頁。

⁴¹ *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 6; *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., 2010, § 31 Rn. 101.

⁴² *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 6.

⁴³ *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) BT-Drucks 16/5939*, S. 44.

利人利益⁴⁴。

由於法條用語也強調乃「基本上」(grundsätzlich)不得超過館藏數量，因此臨時性、異常的尖峰用量，例外地允許依據需要，同時提供較館藏量更多數位化著作供公眾使用，並非不可⁴⁵。

對於已絕版著作，學說認為不適用館藏從屬性之限制⁴⁶。因為館藏從屬性規定，是為了避免圖書館以較低廉的方式取得代替物，損害出版社的利益。但圖書館已無法再從出版社取得已絕版著作，從而亦無適用館藏從屬性之必要⁴⁷。

(四) 僅得在該館空間內，自在特別設置的電子閱覽區提供

1. 僅得在該館空間內 (ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung)

電子閱覽區可否普設於機構所屬之分支單位，例如各中心、系所或分館，多數學者認為應取決於該空間是否由該機構享有房屋權 (Hausrecht)，且由該機構專屬使用⁴⁸。房屋權是由不動產之所有權或占有 (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB)，所衍生之允許或不允許何

⁴⁴ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 33 f.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 9

⁴⁵ *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rn. 102; *Grosskopf*, 3. Kapitel Grundlagen und Systematik des Urheberrechts, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, Rn. 816; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 33-34.

⁴⁶ *Hoeren*, aaO. (Fn. 34), S. 617; *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 35; *Grosskopf*, 3. Kapitel Grundlagen und Systematik des Urheberrechts, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, Rn. 816.

⁴⁷ 唯此時 *Jani* 認為，應如前述立法者之建議，以同時提供 4 份為上限。*Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 35.

⁴⁸ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 15.

人進入該處所的權利⁴⁹。因此，同一所大學的各系所圖書館（*Fakultätsbibliotheken*），如各自有權決定他人之進出，即不能以大學圖書館一言蔽之，而應認為屬於不同的機構（*Einrichtungen*）⁵⁰。反之，如數個空間，均由同一人享有房屋權，則未必須將電子閱覽區設置於書籍所在的同一棟建築，也可以是周圍的建築或分支機構⁵¹。

本要件亦排除從機構外部所為之線上連結使用⁵²。不論是透過網際網路，或者在公眾網路上透過加密及防火牆等功能，創造如同私人網路一般的虛擬私有網路（*VPN*）⁵³，均不得為之⁵⁴。

2. 自有特別設置的電子閱覽區（*an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen*）

指令第5條第3項第n款僅規定須使用「專用終端機」（*by dedicated terminals*），第52b條規定自有特別設置的電子閱覽區，增加了「自有」（*eigens*）之要件，係強調使用者不能以自己的電子設備使用電子閱覽區⁵⁵。

⁴⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2006, Az. V ZR 134/05, Rn. 7.

⁵⁰ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 15; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 5. 但也有反對見解認為，分館、分支機構，即符合本要件，無庸判斷房屋權之歸屬。如 *Grosskopf*, 3. Kapitel Grundlagen und Systematik des Urheberrechts, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, Rn. 821.

⁵¹ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 10. Aufl., 2008, § 52b Rn. 7.

⁵² Amtl. Begr. BT-Drucks 16/1828, S. 26.

⁵³ Virtual Private Network (VPN)，請參見臺大校園虛擬私有網路原理說明，<http://ccnet.ntu.edu.tw/vpn/explain.html>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

⁵⁴ *Grosskopf*, 3. Kapitel Grundlagen und Systematik des Urheberrechts, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, Rn. 821; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 5.

⁵⁵ *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 14.

「特別設置」(dafür eingerichteten)則指僅得作為第52b條所允許之使用，不得作為其他用途，其意義包含：

(1)不得提供網際網路，也不能連接該機構內部網路(Intranet)⁵⁶。但這並不排除機構將館藏著作數位化之後，儲存於內部網路，並利用內部網路提供著作到各電子閱覽區⁵⁷。此外，數位著作需要透過目錄方能使用，因此提供機構的線上目錄(Online Public Access Catalog, OPAC)，也被認為符合第52b條之規定⁵⁸。

(2)不得提供重製功能，特別是不能列印或儲存在資料載體⁵⁹。因為，列印與載體儲存都可在空間外使用，使空間限制失去意義⁶⁰。且允許載體儲存，也會使館藏從屬性避免館藏倍增之目的，無法達成⁶¹。

補償金協議第2條第4項也規定⁶²，機構需對電子閱覽區施以合理措施，防止使用者由電子閱覽區取得類比或數位重製本(包括以列印、電子郵件寄送或數位儲存裝置等方式)。

⁵⁶ Loewenheim, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4, Aufl., 2010, § 52b Rn. 8; Dreier, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 10.

⁵⁷ Dustmann, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, § 52b Rn. 7.

⁵⁸ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 14. 但也有學者認為提供機構的線上館藏目錄(OPAC)，無傷大雅(unschädlich)，見Dreier, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 10. 此見解似乎意味著，OPAC之提供，並非第52b條的構成要件該當行為，只是因為沒什麼影響，而應該被允許。

⁵⁹ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 10; Loewenheim, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 52b Rn. 11.

⁶⁰ Dreier, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 10.

⁶¹ Loewenheim, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 52b Rn. 11.

⁶² Rahmenvertrag zur Vergütung von Ansprüchen nach § 52b UrhG. Verfügbar unter http://www.bibliotheksverband.de/fileadmin/user_upload/DBV/vereinbarungen/2012-01-30_Gesamtvertrag_Bibliothekstantieme_52b.pdf (Stand: 2012.12.25).

惟第53條第1項允許使用者為自己使用之重製，則使用者可否另據該條請求提供重製功能？多數學者認為第53條並未將第52b條之著作列為可重製的對象，因此不能先依第52b條在電子閱覽區使用著作，然後再依據第53條第1項主張機構所提供的不是該條項所稱之「明顯違法製作的原稿」（Vorlage），而為自己使用之重製（例如：以USB儲存）⁶³。同樣，在學術領域中，也不能先依第52b條在電子閱覽區使用著作，再依第53條第2項主張為學術研究而重製，之後再依第52a條在大學為教學與研究目的而公開提供⁶⁴。鑑於，第52b條沒有如第53條第4項之再利用限制，有可能交付他人使用，且第52b條是著作權之限制，不應做出可能侵害著作人的權利的擴張解釋，以免違反三步測試，因此應禁止串連適用權利限制之規定（Schrankenette）⁶⁵。

反對意見則認為，第52b條並未限制數位館藏著作的使用方式與範圍，應允許使用者依第53條之使用⁶⁶。惟如再考量立法理由稱「以使用類比形式之相同方式使用之」，則立法原意應係指使用者得以目前使用類比著作的相同方式使用該數位館藏，而目前可對實體館藏為類比重製，但不可數位重製，則電子閱覽區亦僅得類比重製，不得數位重製⁶⁷。

(3)不得從事數位資訊處理。因立法理由提及，以與類比形式相同的方式利用之，故有學者認為不得在電子閱覽區從事數位資訊處

⁶³ Loewenheim, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 52b Rn. 11.

⁶⁴ Berger, aaO. (Fn. 30), S. 756.

⁶⁵ Loewenheim, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, § 52b Rn. 11.

⁶⁶ Schöwerling, aaO. (Fn. 32), S. 667; Berger, aaO. (Fn. 30), S. 756; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 26; Steinbeck, Kopieren an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, NJW 2010, S. 2854-2855.

⁶⁷ Steinbeck, aaO., S. 2854-2855.

理，應如傳統的微縮膠卷閱覽座位（Mikrofilm-Lesegerät），只能提供圖檔（grafische Dateien），而不允許全文檢索（Volltextrecherche）⁶⁸。

3. 提供（Zugänglichmachung）

第52b條允許之行為係在電子閱覽區提供著作（zugänglich zu machen），但未明文規定為「公開提供」（öffentliche Zugänglichmachung）。學者依據立法理由認為本條係為轉換歐盟指令第5條第3項第n款，故屬於著作權法第19a條公開提供權（Recht der öffentlichen Zugänglichmachung）之限制⁶⁹。該權利是使公眾中的成員，得以自己選擇的地點與時間，使用著作。因此，使用者必須有最低程度的選擇自由，例如時間上有數小時的選擇可能性，地點上可以透過內部網路，在機構內的不同地點選擇閱覽座位⁷⁰。若僅得在同一區域中的不同座位選擇，應不屬於第19a條規範的行為，惟仍構成不成文利用權，同受第52b條之限制⁷¹。由此可知，所稱電子閱覽區未必侷限於同一個區域。

又本利用方式，須將著作預先準備好以供互動式取用，至於是否確實有人取用，則非所問。且本條是規範「電子閱覽區」，因此須以數位科技提供。

⁶⁸ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 18.

⁶⁹ Begr. BT-Drucks 16/1816, S. 26; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 16.

⁷⁰ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 16.

⁷¹ Begr. BT-Drucks 16/1816, S. 26; Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 16.

(五) 用於研究或私人學習目的

第52b條僅限使用者用於研究或私人學習之目的（zur Forschung und für private Studien）。所謂「研究」（Forschung）乃指學術研究而言。若與著作權第53條第2項第1款為自己學術需要可製作一些著作重製物（zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch）相比較，「學術需要」可包括研究、發表、教育等等情況，而研究僅為學術需要的一種情況，範圍較為狹隘⁷²。

「私人學習」（private Studien）則指自然人獲取知識之行為，此行為並不限於獲取學術知識，包括考試準備、技能訓練，或個人進修等皆在此範圍內。但在電子閱覽區進行教學活動⁷³，或以展覽方式播放視聽著作⁷⁴等，則被認為超出私人學習的範圍。

(六) 補償金

機構須支付適當補償金，但補償金請求權只能由著作權集體管理團體行使。

補償金協議第3條約定，依據個別著作印刷本的淨售價46.5%，計算報酬。授權統一由語文著作集體管理團體（VG Wort）代為收取之後，再分配給圖像藝術著作集體管理團體（VG Bild-Kunst）。各機構應於每年一月三十一日、七月三十一日前，須將該半年度電子閱覽區首次使用的著作，以電子方式通知語文著作集體管理團體（VG Wort），作為計算補償金之依據（第4條）⁷⁵。

⁷² Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 23.

⁷³ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 24.

⁷⁴ Jani, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 4-5.

⁷⁵ 如締約方皆無異議，該協議將於期滿後自動延展1年。

因此，補償金之計算並非以使用量為依據，而是以電子閱覽區公開提供著作印刷本的市場價來計算。這樣的作法，有助於減少統計使用量、蒐集個人閱覽資料等行政負擔與侵害隱私權爭議。

(七)附加權限——數位化重製

第52b條並無與數位化重製相關的規定，但如禁止典藏機構將實體館藏數位化，並儲存在伺服器中，即無從達成於電子閱覽區近用著作之目的，因此數位化重製為實施第52b條的必要程序，學者均肯認應有此「附加權限」(Annex-Befugnis)⁷⁶。

補償金協議第2條第3項也約定，為了在電子閱覽區公開提供所必要之數位重製館藏著作印刷本的權利，為本協議的授權範圍所及。但不得將重製物再轉讓或交付其他機構。

該協議第8條另約定，未來應再協商，能否由第三方重製之後，交由不同的機構使用；以及能否儲存在一個中央主機，由各機構依需要連線提供。此等作法可避免重製成本與儲存管理成本的重複投資，但該第三人對多數圖書館等機構之提供行為，顯然已經超出了第52b條以個別圖書館、博物館與檔案館為對象之限制，而有與權利人協商之必要。

三、司法案例

二〇〇八年一月第52b條施行之後，有許多大學圖書館開始將其館藏數位化，以PDF格式、不可檢索的方式，於館內電子閱覽區提供，但陸續收到出版社的警告信。二〇〇九年三月書商聯盟(Börsenverein)發布新聞欲控告烏茲堡大學圖書館(Universitätsbibliothek Würzburg)。四月正式發生第一件訴訟：Eugen Ulmer出

⁷⁶ Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 52b Rn. 14.

版社（下稱「出版社」）控告達姆市科技大學暨州立圖書館（Universitätsbibliothek Technische Universität Darmstadt，下稱「圖書館」）⁷⁷。本案爭點在於第52b條規定之「契約條款」應解釋為契約或要約，是否有數位化重製附加權限，以及使用者能否列印與使用USB存取。以下先說明案例事實，再為爭點分析。

（一）案例事實

二〇〇九年一月圖書館將一本由出版社出版的館藏著作，每章節皆以PDF格式儲存後（下稱「資料檔」），於二月載入電子閱覽區之資料庫。每一資料檔皆以圖檔方式呈現，使用者無法修改，並僅能在圖書館內設置的電子閱覽區使用，且同時可被使用之數量，不超過該著作現存印刷版本的數量。使用者可閱讀、列印，或藉由USB重製該著作攜出圖書館。進出該館並不需受任何管制，使用電子閱覽區，亦不須登錄個人帳號或密碼。圖書館於閱覽區公告使用者，基於法律規定，該數位書籍僅能於圖書館內被提供，且不論是重製或散布，皆被禁止⁷⁸。

出版社主張，第52b條僅在圖書館未獲任何著作使用之授權要約時方適用。但其已於二〇〇九年一月二十九日，向圖書館提出書面授權要約，在抵觸授權要約的情況下，圖書館不得依第52b條將其所出版之著作於電子閱覽區公開提供給使用者，此行為係侵害著作權法第17條散布權（Verbreitungsrecht），與第19a條之公開提供權（Recht der öffentlichen Zugänglichmachung）。再者，圖書館將其出版著作數位化，並讓使用者可列印或數位存取該著作，已然侵

⁷⁷ 關於第52b條之爭議案件歷史，請見圖書館聯盟網站，<http://www.bibliotheksverband.de/dbv/themen/rechtsstreit-52b-uhrg.html#c2320>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

⁷⁸ LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, S. 330.

害著作權法第16條之重製權（*Vervielfältigungsrecht*）。圖書館則表示，其已於三月拒絕要約，因該要約缺乏使用權利金計算基礎、不符合教材自由原則⁷⁹，並經第三方（*das Hessische Bibliotheks-Informationssystem, HeBIS*，黑森邦圖書館資訊系統聯盟的協調小組）確認。法蘭克福地方法院判決出版社僅在禁止圖書館提供數位存取功能之部分勝訴，其餘皆敗訴。出版社不服，上訴至法蘭克福高等法院，高等法院改判出版社可禁止列印與數位存取等行為，其他則維持地方法院判決。全案目前已上訴至最高法院。

（二）爭點分析

1. 契約條款之解釋

第52b條規定，無其他契約條款（*vertragliche Regelung*）時，方可適用本條。惟所稱契約條款，是指經雙方同意之契約條款，或僅以要約（*Vertragangebot*）為已足？法蘭克福地院與高院對此爭點，均採取相同見解，認為僅由單方之要約，無法排除第52b條之適用，需以雙方合意之契約約定為必要⁸⁰。

法院首先從第52b條之文義、立法理由與法律體系進行分析。依法條文義解釋，雙方合意之契約條款，與出版社所主張之僅需由一方提出之契約要約，屬契約形成的不同階段，而法條解釋當以用

⁷⁹ 教材自由（*Lehrmittelfreiheit*），是德國1848年開始的理念，認為不受父母經濟條件的影響，社會有責任廣泛地提供教、學用品，以改善教育平等與機會平等。因此，教科書與練習簿在德國許多邦均由政府免費提供。在數位時代中，則發展成對教育資源開放授權之呼籲。Leonhard Dobusch, *Digitale Lehrmittelfreiheit – mehr als digitale Schulbücher*. Verfügbar unter <http://lehrmittelfreiheit.d-64.org/wp-content/uploads/2012/05/White-Paper-Digitale-Lehrmittelfreiheit-D64.pdf> (Stand: 2013.07.10).

⁸⁰ OLG Frankfurt a.M., NJW 2010, S. 2891; LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, S. 331.

字為依歸。立法者在立法理由中也是使用契約一詞⁸¹。就法律體系而言，立法者對第52b條與第53a條使用「契約條款」(vertragliche Regelungen)與「契約約定」(vertragliche Vereinbarung)不同用語，意謂著立法者在不同之例外，為不同之規定，並未誤用⁸²。

接著，法院分析歐盟指令的用語、立法理由與三步測試。高院綜合指令第5條第3項第n款德文、英文與法文譯本之用語，認為不應解為契約要約。且指令之解釋尚需符合其立法理由，依據理由第45點規定，例外與限制在各國法律許可範圍內，不能抵觸確保權利人合理平衡的契約關係。顯示已經存在的契約關係，方具有優先性。雖然有人擔心圖書館會以拒絕締結契約來達到適用第52b條之目的，但如僅以契約要約為已足，則第52b條之適用必須取決於要約之合理性，此通常尚須經法院判斷，此種法律上不確定性，將導致圖書館不再主張第52b條。又指令理由第52點，針對私人使用重製，明文鼓勵以自由意願措施來達成例外或限制之目的，也無法導出僅依尚未締結的契約條款，可優先於第52b條的結論。再從指令理由第40點第1句指出會員國可以為利益非營利性的機構，例如公共使用的圖書館、檔案館等，制定例外或限制，且於第5句要求會員國支持有利於這些機構與他們散布文化目的之特別契約或授權，均是以圖書館等機構的利益與任務為優先，同樣不能導出尚未締結之契約條款優先於第52b條之結論⁸³。

依據指令第5條第5項三步測試，圖書館等機構僅購買一本，卻提供使用者無限使用，將影響著作正常利用，但因為館藏從屬性之限制而可避免。且本案涉及之德國專業書籍市場，因大學生經濟能

⁸¹ OLG Frankfurt a.M., NJW 2010, S. 2891.

⁸² LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, S. 331.

⁸³ OLG Frankfurt a.M., NJW 2010, S. 2891.

力有限，購買的情況並不多見，因此市場受到損害的疑慮也不成立。是故，以館藏從屬性與僅得作為研究或私人學習使用等雙重條件，已足保障權利人合法利益，將第52b條解釋為圖書館沒有義務接受契約要約，並不違反三步測試，也不違反德國基本法的比例原則⁸⁴。

2. 機構數位化重製權限

地院和高院皆認為由於第52b條之立法意旨，在於將館藏中實體著作，以數位方式提供公眾研究或學習使用，是故，數位化重製該著作，為必要之過程，應允許之。否則，若圖書館不得數位化重製，不得作成資料庫，第52b條將淪為空談⁸⁵。

3. 使用者之使用範圍

地院認為圖書館可提供使用者列印功能，此為第52b條的「附加權限」(Annexkompetenz)，但僅限於列印成紙本，不得以USB接頭重製著作。因為立法者明確指出，為研究或私人學習目的所衍生之使用，電子閱覽區提供使用者與類比利用相當的使用方式。著作權法第53條本即允許為私人使用或其他自用目的，將較長的參考資料節錄標示或影印後，攜帶至其他地方研究，而列印與影印為同性質之重製行為，故亦應准許⁸⁶。但數位媒介存取並攜出館外，則違反第52b條數位著作僅得在電子閱覽區內使用的規定⁸⁷。

高院反對上述見解，認為第53條允許私人重製之受益人為使用者，而第52b條規範對象則為圖書館、博物館、檔案館等機構。使用者得依第53條合法重製，但機構不能行使第53條。其次，第52b

⁸⁴ OLG Frankfurt a.M., NJW 2010, S. 2892.

⁸⁵ OLG Frankfurt a.M., NJW 2010, S. 2892; LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, S. 331.

⁸⁶ LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, S. 332.

⁸⁷ LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, S. 332.

條與指令第5條第3項第n款僅規定得在機構的空間內設置電子閱覽區，並未規定提供重製可能性。第三，不論是數位重製或列印重製，都超出法條「閱讀」（*Lesezugriff*）的概念。至於立法理由稱公共圖書館、博物館、非營利檔案館的使用者，在自有專設的電子閱讀座位上，得和類比形式一樣利用館藏，主要是強調此等機構的教育任務，以及增進國民的媒體能力，並無法導出超出閱讀範圍以外，得以類比方式列印之結論。地院判決中所舉使用者利用長文件完成工作的需求，可另外依第53條影印圖書館的館藏印刷本來達成。且學說上一致認為UBS接頭存取會造成權利人的損害，權利限制規定亦應嚴格解釋，故數位重製、類比列印等接續性使用均應禁止⁸⁸。

地院允許使用者列印，但不可數位重製的見解，在學界有不同的看法⁸⁹。反對者認為，不可數位重製與第53條第1項不區分重製方式的意旨不符。再者，地院以數位重製物可被攜出使用而排除數位重製，但列印之紙本重製物亦可被攜出，此判決理由顯失依據⁹⁰。高院判決以「閱讀」概念禁止一切使用行為的理由，也被批評過於牽強，因為第52b條可提供之館藏著作，並未限定著作種類，也包含非以閱讀方式使用的音樂、影片⁹¹。

(三)最高法院之發展

最高法院受理本案上訴之後，於二〇一二年九月表示，由於第52b條之電子閱覽區乃為執行歐盟資訊社會著作權指令第5條第3項

⁸⁸ OLG Frankfurt a.M., NJW 2010, S. 2893.

⁸⁹ Jani in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 52b Rn. 26; *Reschke*, aaO. (Fn. 29), S. 175-177.

⁹⁰ *Steinbeck*, aaO. (Fn. 66), S. 2854.

⁹¹ *Steinbeck*, aaO.

第n款之規定，故電子閱覽區之權利範圍亦應由歐洲法院解釋之。因此最高法院先中止對於本案之審理，並將相關爭議提交歐洲法院審理。最高法院提出之爭議包括⁹²：是否著作權人向圖書館提出合理的授權條款時，即可排除本條之適用？圖書館是否有權將「以在電子閱覽區提供公眾使用為目的」之著作進行數位化？以及電子閱覽區之著作是否允許被全部或部分列印、數位存取？

四、德國法務部修法諮詢建議

即使有上述爭議發生，德國法務部於二〇〇九年進行第三次資訊社會著作權法案修正時，以問卷徵詢各界關於本條之建議時，仍非以限縮本條，而是擴張本條適用的範圍出發，其問題包含：是否有必要允許所有的教育機構設置電子閱覽區？以及放寬限制對經濟影響為何？以下分別說明贊成與反對的見解。

(一)贊成擴張適用範疇

德國聯邦律師公會、德國馬普研究所與德國圖書館聯盟，均認為依指令第5條第3項第n款之規定，應將教育機構納入其中。而教育機構之定義，可依德國著作權法第52a條，包括學校、高等學校、非營利性培訓或進修機構及職業訓練機構，只要合理補償金制度存在，則其等皆可符合三步測試⁹³。但商業利益會因此被特別減

⁹² Pressestelle des Bundesgerichtshofs, Bundesgerichtshof legt EuGH Fragen zur Zulässigkeit elektronischer Leseplätze in Bibliotheken vor, 2012. Verfügbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2012&Sort=3&nr=61634&pos=0&anz=154> (Stand: 2013.07.10).

⁹³ Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zur Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts, S. 7-8. Verfügbar unter <http://www.iuwis.de/node/182> (Stand: 2013.07.10);

損的團體，如教科書出版社等，若確認其受損害程度難以被合理補償，可另於法規中將其排除於權利限制範圍外，以保護之⁹⁴。

現行第52b條不允許由外部線上使用數位著作，馬普研究所認為會阻礙學術研究。德國學生會（Deutschen Studentenwerks）也認為如此會妨礙兒童與身障者對於電子閱覽區之使用與學習⁹⁵。

對超過二年未再版之著作，德國圖書館聯盟主張，應放寬或廢除館藏從屬限制。因為多數著作並非在著作權保護期間內，而是僅在出版後的前幾年才有商業價值。當著作已無商業利用價值時，也無館藏從屬性限制之必要⁹⁶。

(二) 反對擴張著作權

德國記者聯盟反對擴張適用於教育機構，其理由在於私人教育機構，如私立學校、營利進修機構、工會（Gewerkschaften）、教堂等，通常非對一般公眾開放，因此無法達到促進公眾媒體能力的立法目的，也無法增進公眾利益。再者，適用於教育機構可能阻礙

Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, Stellungnahme des Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009, Verfügbar unter <http://www.iuwis.de/node/182> (Stand: 2013.07.10).

⁹⁴ Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, aaO.

⁹⁵ Deutschen Studentenwerks, Stellungnahme des Deutschen Studentenwerks (DSW) zu den vom Bundesministerium der Justiz mit Datum vom 19. Februar 2009 versandten Prüfbitten zur Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts. Verfügbar unter <http://www.iuwis.de/node/182> (Stand: 2013.07.10).

⁹⁶ Deutscher Bibliotheksverband e.V., Stellungnahme des Deutschen Bibliotheksverbandes e.V. (dbv) zur Anfrage des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2009: Urheberrecht „Dritter Korb“. Verfügbar unter <http://www.iuwis.de/node/182> (Stand: 2013.07.10).

著作之正常使用，進而損害著作人行使權利可得之經濟收益，違反三步測試之第二步測試⁹⁷。

德國書商聯盟指出，圖書館目前並無能力於執行第52b條時保障數位著作不被非法使用，且出版社亦無法查核圖書館是否確實執行館藏從屬性限制，因此不應再放寬其規定。如果所有大學人員皆可在其辦公室連線取得電子閱覽區著作，也會大幅降低出版社電子書平臺與校園授權的採購量。且電子閱覽區之設置並無益於增進公眾媒體能力，若使用數位出版之加值服務，對於促進民眾媒體能力之效果遠勝於使用圖書館提供之數位重製著作。另外，該聯盟認為，圖書館欲進行數位重製，須以著作權人未提供數位版本為前提⁹⁸。

肆、德國經驗之整體評估

綜觀德國學界、補償金協議、司法判決與修法諮詢建議可知，對第52b條的要件解釋，以及未來是否應擴張利用範圍，比如納入教育機構、允許外部線上利用等，權利人與受益機構彼此間，仍有許多待解決的問題。且二〇〇八年迄今，圖書館、博物館、檔案館所使用的科技快速進步，德國模式究應何去何去，以下分別從立法目的、適用權利、適用機構、適用著作、館藏從屬性、類比式利用

⁹⁷ Deutscher Journalisten Verband, Stellungnahme des Deutschen Journalisten-Verbandes e. V. zum Fragebogen „Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts“. Verfügbar unter <http://www.iuwis.de/node/182> (Stand: 2013.07.10).

⁹⁸ Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts - Stellungnahme zu den Fragen des Bundesministeriums der Justiz vom 13. Februar 2009, Verfügbar unter <http://www.iuwis.de/node/182> (Stand: 2013.07.10).

之替代、權利人意願優先原則與補償金等八個構面，進行整體評估討論。

一、立法目的

德國著作權法第52b條的立法理由，明示是為了實踐圖書館、博物館與檔案館之教育功能與促進國民媒體能力。二〇〇一年歐盟指令第5條第3項第n款的理由則未明示，從指令理由第40點第5句，鼓勵各國支持有利於典藏機構散布文化目的之特別契約或授權，間接推知應係肯認典藏機構之散布文化目的。

從國際博物館理事會（ICOM）⁹⁹對博物館之定義可知¹⁰⁰，博物館係以教育、研究、娛樂為目的，從事人類與環境遺產之取得、保存、研究、交流與展示等行為。同樣地，圖書館協會國際聯盟（IFLA）也以可近用性、保護、保存文化遺產為其目標¹⁰¹。國際檔案理事會（ICA）則致力於文件的有效管理，以及世界檔案遺產的保護與利用¹⁰²。是故，上述機構可認為是人類文化記憶機構，傳承不同世代、世紀間的文字、圖像與儀式，以建構人類的歷史、

⁹⁹ The International Council of Museums (ICOM) is the only international organisation representing museums and museum professionals. Available at <http://icom.museum/the-organisation/> (last visited: 2013.07.10).

¹⁰⁰ 博物館是對公眾公開的非營利、永久性的社會服務與發展組織，為了教育、研究與娛樂的目的，而取得、保存、研究、交流與展示實體與非實體的人類與環境的遺產，資料來源：<http://icom.museum/the-vision/museum-definition/>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

¹⁰¹ Art. 2.2.1 of IFLA Statutes, available at <http://www.ifla.org/files/assets/hq/ifla-statutes-en.pdf> (last visited: 2013.07.10). IFLA全稱為International Federation of Library Associations。

¹⁰² 國際檔案理事會（International Council on Archives, ICA），中文網站首頁：<http://www.ica.org/6469/bienvenue/.html>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

自我與世界圖像，負有保存、研究、教育、娛樂等多項功能¹⁰³。歐盟指令或德國立法者所強調之文化散布與教育的功能，係以其對外與公眾之關係出發。

而典藏機構傳承文化知識給公眾的方式，因數位科技不斷發展，變化劇烈。德國法所轉換的歐盟指令，制定於二〇〇一年，當時典藏機構正積極擬定各種標準，將各類文物數位化，公眾則可透過電腦，擷取機構所置放的資料¹⁰⁴。此時，單純地是由機構對使用者提供資訊，且受限於電腦所在地點的限制。

因此，二〇〇一年歐盟指令第5條第3項第n款以及德國著作權法第52b條之規定，透過控制瀏覽地點與設備必須是「館內專用終端機」，或者「館內自有特別設置的電子閱覽區」，已經達成使完成數位化的館藏，得在館內近用，提供公眾學習的時代目標。法條用語「終端機」(terminals)或「電子閱覽區」，概念上也不以電腦為限，保留了未來科技發展的空間。

迄今，科技更大幅度地改變了圖書館、博物館與檔案館與公眾的關係¹⁰⁵。由於無線通訊技術的發展，使用者可以利用手機、平板電腦等行動載具，透過掃瞄智慧物件，例如行動條碼(QR code)、無線攝頻識別(RFID)、近距離無線通訊(NFC)，或者透過下載Apps雲端應用程式，突破電腦設置地點的限制，而無

¹⁰³ Dreier/Euler/Fischer/van Raay, Museen, Bibliotheken und Archive in der Europäischen Union-Plädoyer für die Schaffung des notwendigen urheberrechtlichen Freiraums, ZUM 2012, S. 273.

¹⁰⁴ 美國博物館協會制定數位典藏之藝術與建築索引典，標準化博物館用語，且掃描、攝影技術在90年代更為進步，可在不傷害原物的情況下，進行數位化、製成多媒體。陳秀華，全方位數位博物館創新科技應用，載：全方位數位博物館建置，頁91-92，2012年7月。

¹⁰⁵ 關於2010年以後的博物館創新應用科技趨勢分析，請參見陳秀華，同前註，頁93-117。

所不在地獲取資訊¹⁰⁶。使用者也不再僅是單方面接受來自機構的資訊，透過社群媒體，他們可以為典藏內容增補資料，與朋友分享，加速典藏機構蒐集與散布資料¹⁰⁷。擴增實境、體感運算等技術，也讓使用者不再只是單純、客觀地觀看藏品，而能融入場景，產生運動、震動等互動式感官體驗¹⁰⁸。數位化也持續進行，更多的典藏機構在線上提供古籍¹⁰⁹。搜尋引擎也更加聰明，能夠依據語意，結構性地排列零散的知識，免除使用者逐一檢索資料的時

¹⁰⁶ 教育部「文史脈流行動導覽服務平台建置計畫」，結合老照片、撰述、GPS定位系統，讓使用者拿著手機，走在街頭，就可以獲得該景點的解說與歷史變化圖像。該系統提供個人導覽路線規劃，同時可以在結束後，分享照片與心得，請見<http://deh.csie.ncku.edu.tw/deh/dehp/index.html>，最後瀏覽日：2013年7月10日。類似的博物館程式導覽，也包含澳洲Powerhouse Museum的App“Layar Reality Browser”，陳秀華，同註104，頁111。QR Code全稱為Quick Response Code；RFID全稱為Radio Frequency Identification；NFC全稱為Near Field Communication。

¹⁰⁷ 美國國會圖書館將所收藏之1910年代棒球新聞照片與1920-1930年代的勞工活動照片，挑選約3,000張，公開於flickr相片平台，供民眾回覆補充文物資料，加速補齊影像資訊描述，部分觀眾也由此瞭解家族歷史。陳秀華，同註104，頁106。

我國數位典藏計畫臺灣棒球維基館（<http://twbsball.dils.tku.edu.tw/wiki/index.php/臺灣棒球維基館>），也是以公開新聞資料，利用Wiki開放協作平臺，徵求民眾共同參與撰寫的方式，創造臺灣棒球歷史教育紀錄。

¹⁰⁸ 故宮利用體感運算，使民眾在觀賞南宋馬麟的「靜聽松風圖」時，於感應區煽風，圖中的松針就會隨之搖曳，得以感受畫中人物靜心傾聽風聲的感動。陳秀華，同註104，頁113。

¹⁰⁹ 數位典藏計畫之「網上書上網」，<http://ebook.teldap.tw/index.jsp>，將過往社會大眾難以觸及的「臺番圖說」、「天工開物」等書數位化，採用EPUB格式製成電子書，提供民眾下載，可於各種平臺閱讀，未來也可添加讀者感想、意見等資訊，史語所數位知識總體經營計畫科普網站，http://dahcr.ihp.sinica.edu.tw/dahcr_edu/reading_detail.php?sn=4，最後瀏覽日：2013年7月10日。

間，並且透過紀錄使用者的行為，提供個人化建議¹¹⁰。簡而言之，現今的圖書館、檔案館與博物館已經進入無所不在、行動式、互動式、社群化又個人化的學習時代。

目前看來，行動載具如手機、平板電腦、電子書閱覽機，或者擴增實境與體感運算之影像辨識偵測人體姿勢變化的設備，仍可涵攝於歐盟指令所稱「終端機」，或德國法所稱「電子閱覽區」語意概念內。但對於使用者在館內任意走動式的隨時學習需求，即使學者指出可在館內不同地點設置電子閱覽區，仍難滿足。更進一步，若想無所不在地對使用者提供服務，允許使用者利用社群程式擴散與補充資料，則明顯跨越了法條所訂「館內」的限制。因此，呼籲開放線上使用，成為德國、歐盟各圖書館、博物館、檔案館、學者、學生等利益團體的主要訴求。

但為何有必要為典藏機構以現代科技與公眾分享知識，建立法律基礎呢？理由即在德國立法者所強調的國民媒體能力培養。依據圖書館協會國際聯盟（IFLA）二〇一二年《媒體與資訊使用能力建議》指出，聯合國「經濟社會文化權利國際公約」（International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights）以教育、參與文化生活、享受科學進步及其應用等公民文化權為基本人權¹¹¹。使用圖書館、博物館等文化場所，就是公民文化權之體現。且由於數位化、全球化的時代趨勢，國家賦予公民對媒體、資訊系統運作、操控的能力，才能使公民具有競爭力，讓個人或社會面對科技、社會經濟發展的轉變具有適應力，因此媒體與資訊素養

¹¹⁰ Google於2012年5月公開之語意搜尋功能Knowledge Graph，可以針對關鍵字如“Van Gogh”，在一般排序搜尋頁面的右方，另外依據Van Gogh的生平、創作、相關人與博物館等分類整理搜尋結果。陳秀華，同註104，頁115。

¹¹¹ Article 13 and Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

是現今社會的基本權利¹¹²。

是故，典藏機構提供民眾以現代資訊科技近用知識內容的機會，有助於增進民眾對資訊媒體的接受度與利用能力，可擴張社會包容度，縮小數位落差，落實公民文化權之基本人權，法律有必要為此公共利益建立著作權之限制規定。

二、適用權利

指令第5條第3項係對公開傳播與提供（*by communication or making available*）之限制，德國著作權法第52b條則被解釋為是對公眾提供權（第19a條）之限制，僅及於指令中提供（*making available*）的部分，而不及於傳播（*communication*）。但德國學者也認為如涉及其他不涵攝於第19a條之利用行為時，可以類推適用第52b條。因此，本文認為對第52b條涵攝範圍較佳的解釋，應是不將「對公眾提供」限制解釋為第19a條之對公眾提供權，較能預留未來科技發展空間。

此外，對公眾提供權以重製權為前提，而指令理由第40點，也允許對非營利之圖書館、檔案館等機構，附加重製權之限制，因此，德國學者、法院均肯認，第52b條應包含對重製權之限制，此點實值贊同。

三、適用機構

德國著作權法第52b條並未如歐盟指令第5條第3項第n款，明文將教育機構納入適用範圍。但若以促進公民媒體能力的立法目的觀

¹¹² IFLA, *Media and Information Literacy Recommendations* (2011), available at <http://www.ifla.org/files/information-literacy/publications/media-info-lit-recommend-en.pdf> (last visited: 2013.07.10).

察，應將教育機構納入適用。因為不只是學校教育，甚至包含終身教育，均對達成此立法目的扮演重要角色，許多圖書館事實上設置於大學校園¹¹³。圖書館協會國際聯盟（IFLA）也指出，為了不是只讓少數人，而是使每個人、社會與國家整體均得於全球環境之下共享利益，學校圖書館、終身教育機構的設備，均應符合現今的科技、經濟與社會挑戰。因此，應支持教育、圖書館等人員對媒體與資訊能力與終身學習的專業發展，並將媒體與資訊能力教育納入終身教育課程中¹¹⁴。馬普研究所也強調，只有教育機構能提供越來越好的教育，方得使德國的教育與研究機構，在知識與資訊社會中，具有競爭力，以及創意與創新的空間¹¹⁵。

從而，本文認為德國學者主張參考德國著作權法第52a條，將第52b條適用範圍擴及學校、高等學校、非營利性培訓或進修機構及職業訓練機構，包含一般教育與終身教育機構，實屬適當。

至於認為商業加值服務，更能有效促進公民媒體能力，以之否定第52b條擴張適用於教育機構的見解，則是忽略了在公民媒體能力的培育過程中，一般教育機構乃至終身教育機構，應享有足以面對現今科技、經濟與社會挑戰的基本設備，而電子閱覽區即屬此種基礎設施。商業加值服務固然可能更有助於學習，但必須植基在數位落差已經弭平的基礎上，再依據個別的能力，繼續發展加值服務。

當然，教育用書的權利人，無疑是第52b條開放適用於教育機構時，受到主要影響的利益團體。馬普研究所指出，如果能夠證明

¹¹³ *Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, aaO. (Fn. 103), S. 280.

¹¹⁴ 同註112。

¹¹⁵ *Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht*, aaO. (Fn. 93).

其商業利益會因此被特別減損之團體，且受損害程度難以被合理補償，得特別排除範圍之外。此一見解，亦值贊同。參照德國著作權法第52a條雖然允許為了授課與研究得公開提供著作之部分，或報紙期刊的一些文章，但若屬專為授課所作的著作，則仍必須取得權利人的同意（同條第2項第1句）。立法者認為此一排除規定，乃是為了保護教育用書的出版社不至於失去其主要的市場¹¹⁶。同樣的理由在第52b條是否應排除教育用書之適用時，亦應考量，以符合三步測試原則之第二步測試，即不與權利人之市場產生競爭效果，構成正常利用之衝突。

四、適用著作

(一)典藏機構之持續使用之權利

館藏發展從早期以紙張形式或非紙張形式的影片、幻燈片、聲音與影像紀錄等資料，逐漸演變為電子形式的資料，例如軟體、光碟、資料庫、電子期刊、多媒體等。對於前者，典藏機構多享有所有權，但是對於電子形式著作，則通常僅享有使用權¹¹⁷。因此，在解釋德國第52b條時，以享有持續使用的權利，而非所有權為依歸，符合典藏機構徵集電子形式館藏的現況，可值贊同。

(二)電腦程式之排除適用

德國學者認為第52b條不適用於電腦程式著作、受科技保護措施保護之著作與不受著作權保護之資料庫，因為規範其權利與限制

¹¹⁶ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 52a Rn. 17.*

¹¹⁷ 許麗娟，網際網路對圖書館館藏發展影響之探討，大學圖書館，1卷3期，頁35-55，1997年7月，http://www.lib.ntu.edu.tw/Publication/univj/uj1-3/uj3_4.html，最後瀏覽日：2013年7月10日。

之特別規定第69a條、第69c條、第95b條與第87c條，均欠缺準用第52b條之規定，且由於屬於著作權法之特別規定，亦不得類推適用第52b條。

然歐盟指令第5條第3項為與公開傳播權有關之例外規定，固然由於資料庫保護指令¹¹⁸已明文規定關於公開傳播與線上傳輸權之例外，而不適用於資料庫。但公開傳播權並未明訂於電腦程式保護指令¹¹⁹中，因此，電腦程式著作與公開傳播權相關之例外，仍應以本指令為依歸¹²⁰。是故，德國立法者未能併同在電腦程式相關之規定中新增如第52b條之例外，應係轉換過程之疏失。

電腦程式與一般著作之差異在於，如果是工具程式，非用於看與聽，而是用來完成工作，例如使用試算表程式完成試算。另外，遊戲軟體常須使用不同的輸入介面，如搖桿。從而，在電子閱覽區提供電腦程式著作時，應隨著作型態的轉變，而提供不同的終端設備。德國法採用「電子閱覽區」用語，無法滿足「閱覽」以外的需求，應以指令所使用之「終端機」，較為妥適。且使用者所完成之著作或工作與遊戲成果，權利應歸屬於使用者，典藏機構應提供存取可能性，例如在終端機上雖無可下載的設備，但使用者得向館員存取該資料。

¹¹⁸ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OFFICIAL JOURNAL L 077, 20-28 (1996).

¹¹⁹ Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OFFICIAL JOURNAL L 122, 42-46 (1991); Directive 91/250/EEC has been repealed and replaced by Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs, OFFICIAL JOURNAL L 111, 16-22 (2009).

¹²⁰ *Walter*, in: *Walter*, Europäisches Urheberrecht, Info-RL Rn. 91. 本文作者對於歐盟各著作權相關之指令，就權利限制規定不一致與不明確，呼籲應進行調和化。

(三) 已公開著作

第52b條規定得提供之著作需為已公開著作（*veröffentlichte Werke*），且學說上解釋「已公開」，係依據同法第6條第1項，即經由權利人同意使公眾得使用。此為歐盟指令第5條3項第n款所未規定之要件。

典藏機構徵集有價值的私人收藏，或某些機構之研究成果¹²¹，其中多有未經公開的著作。德國圖書館聯盟認為，在所有大型的文化機構中，未公開著作常常具有重要的價值，例如圖書館所蒐集的信件、傳記、紀錄照片、建築圖、口述歷史、訪問等等，公眾有重大利益需要在線上使用這些資料¹²²。

自然人為私人需要之目的，或自然人與法人為自己之使用，如研究使用、建立自己的檔案，得依德國著作權法第53條規定，重製未公開著作（第1項至第3項）。但不包含未公開的樂譜、教科書與資料庫著作，也不可完整重製一本書或期刊（第3項至第7項）。公共圖書館可以接受上述使用者的委託，為其搜尋、重製著作，並將重製物寄送給他們¹²³。

雖然，前述法蘭克福高等法院認為，第53條規範的對象是使用者，第52b條規範的對象是典藏機構，二者並不相同，但其係針對

¹²¹ 朱碧靜、宋瓊玲，贈書業務之探討，國立中央大學圖書館通訊，40期，頁2-3，2005年6月，<http://www.lib.ncu.edu.tw/book/n40/40-2a.pdf>，最後瀏覽日：2014年9月3日。

¹²² Der Deutsche Bibliotheksverband e.V., Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke (KOM[2011] 289 endg.), Verfügbar unter http://www.iuwis.de/sites/default/files/dbv_Stellungnahme_verwaiste_Werke_2011_09_08.pdf (Stand: 2013.07.10).

¹²³ *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, § 53 Rn. 10; BGH, GRUR 1999, S. 709 - Kopienversanddienst.

電子閱覽區之使用者，於瀏覽後得否重製，進行討論。該判決並未否定未公開著作對促進研究與個人學習之價值。從而，不論是否允許瀏覽後重製之接續使用，使用者既然得依據第53條委託圖書館代為檢索，開放使用者在圖書館現場直接近用檢索未公開著作，顯然更能達成研究與私人學習之目標，也可直接培養使用者之資訊媒體能力。且歐盟指令第5條第3項第n款也未將館藏分為已公開或未公開。因此，第52b條增加已公開著作之要件，並非必要。其他歐盟國家之轉換實務，亦僅丹麥、法國有此限制。是故，刪除第52b條「已公開」之要件，應為歐盟指令所允許。

五、館藏從屬性

第52b條規定可同時提供之數位著作數量，基本上不可以超過該著作的館藏數量。此館藏從屬性之限制，為歐盟指令所無，亦未見於其他歐盟國家的立法。

德國立法者主要是從保護出版社的利益出發，避免典藏機構改變採購行為，僅取得少量的著作，數位化之後，在許多電子閱覽區上提供。但也保留典藏機構得於例外狀況，例如尖峰時段，放寬館藏從屬性之限制，以四份為數量上限。

由於是以不改變典藏機構採購行為的角度出發，因此，對於絕版著作，即超過二年出版商均未再版之著作，德國圖書館聯盟與學者，均主張放寬或廢除館藏從屬性限制¹²⁴。然而，絕版或因市場所迫，或因著作性質使然，例如期刊雜誌過期了即不再版，但也可能是權利人的自由選擇¹²⁵。另，未出版著作，包含博物館與檔案

¹²⁴ 詳見本文第參、二、(三)、2；第參、四、(一)。

¹²⁵ MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.05[A][2][b] (2013).

館典藏的畫作、研討會論文集、私人書信等，雖亦無保護出版商之必要，卻同樣地，也有尊重著作人不出版意願的需求¹²⁶。是故，為了保護絕版著作再版市場，或未出版著作之未來出版市場，不會因為典藏機構大量提供電子閱覽而喪失，館藏從屬性要件不宜廢除。為兼顧典藏機構事實上無法於市場上採購補充絕版或未出版著作，且使多數人同時瀏覽這些典藏品的數位影像，亦能避免典藏品因經常借閱而受損，延長典藏壽命，並幫助典藏機構使用者之研究與學習，適用德國立法者前述對尖峰例外狀況提出以四份為上限的建議，雖為任意選擇，但對於絕版或未出版著作之數位閱覽區使用，仍不失為平衡權利人保護與典藏機構需求的解決方案。

此外，市場上仍可購得的著作，本文亦建議適度鬆綁館藏從屬性限制。因為從美國圖書館的運作實務可知¹²⁷，由於社會、科技、經濟的變遷，已有越來越多的書店結束營業，民眾反而較常使用圖書館，對出版商而言，圖書館成為另外一個展示點（Showroom）；且圖書館的重度使用者，通常也是經常購書的人；典藏機構可提供讀者完整的出版商書目，以增加讀者的購買，或推薦典藏機構購買，也可以在典藏機構目錄旁設置購買的超連結。當銷售量因典藏機構之廣告連結而增加一定數量時，開放館藏從屬限制，增加公眾可瀏覽的數量，對公共利益與出版商利益，均有助益。

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ American Library Association (ALA), *EBook Business Models for Public Libraries*, 5 (2012), available at http://americanlibrariesmagazine.org/sites/default/files/EbookBusinessModelsPublicLibs_ALA.pdf. (last visited: 2013.07.10).

六、類比式利用之替代

德國立法者提及，得以與類比形式相同的方式利用著作。但究竟是指僅得以不超過類比利用方式的方法利用之，或是至少應提供與類比形式相當之利用方式，從德國學說與司法判決觀察，較傾向於第一種見解，即電子閱覽區屬於類比式利用的替代方案，超過類比式利用以外的利用方式，並非所許。以下分為區域限制、接續使用限制與全文檢索限制加以檢討。

(一)區域限制與接續使用限制

德國學者認為第52b條僅適用於典藏機構得行使房屋權之空間，不僅無法進行館際交換，即使是分館也可能被排除。且由此也導出虛擬空間之限制，即除了為檢索書籍所必要之線上目錄（OPAC），電子閱覽區亦不得與機構之內部網路或網際網路連線。

針對接續使用，則不論法蘭克福高等法院判或補償金協議，均表明不得為類比式列印、不得儲存在資料載體、不得以電子郵件寄送、不得將數位重製本轉讓或提供給其他機構。使用者依據第53條為自己使用或為學術研究，須如往昔，重製館藏的實體版本，即禁止第52b與第53條之串連適用（Schrankenette）。

上述二類限制，德國學說引用的理論基礎和館藏從屬性相同，主要是為了避免館藏不當外流而產生數量倍增的效果（Multiplikationseffekt）。惟現今典藏機構採用之數位權利管理科技保護措施，已常見可限制一本著作同時使用的人次，也可只允許線上瀏覽，禁止下載、列印等離線使用，以免使用者保有重製物為其他接續使用¹²⁸。出版商擔憂典藏機構沒有此種數位權利管理的能力，

¹²⁸ 例如，常用博碩士電子論文ProQuest資料庫之供應商Ebrary可提供圖書館主機

但若法律以此種能力之具備，作為典藏機構主張權利限制條款之要件，即可促使典藏機構投資採購市場上的數位權利管理技術或服務。法律無須全面禁止館際交換或網路連結，並要求讀者親自出現在典藏機構，於專用終端機上使用。因為此等限制均與避免館藏本倍增無必然關係，僅是藉由增加使用者交通往返成本，形成交易上的摩擦，降低使用者之意願，不僅與資訊科技本質相違，也影響典藏機構的服務品質¹²⁹。特別可能造成對身障者與兒童之不便利，加深該使用族群之數位落差。

從而，本文認為，法律規定與其將典藏機構之投資，導入現場專用終端設備之採購、管理，實不如在限制一本著作同時閱讀人次，以及禁止交付第三人使用的前提下，將該投資採購導向電子化權利管理技術或服務，以利於此類技術或代管服務之發展，並可避免上述對公眾不利益的情況發生。

(二) 全文檢索限制

全文檢索以完整重製著作為前提。依據歐盟指令理由第40點，國家得為非營利公共圖書館或檔案館等機構，制定重製權的例外與限制規定，但是不得與著作之線上傳送（on-line delivery）有關。

代管服務，就具有單一使用者限制之電子書（Single-User eBooks），使圖書館每次僅得將所購入的每份重製物，提供給一位使用者，請見Ebrary Products Addendum (version 2011-01) to ProQuest Terms and Conditions, available at <http://www.minitex.umn.edu/Electronic/Ebrary/Addendum.pdf> (last visited: 2013.07.10).

又如，圖書館常提供之EBSCO電子書，可限制其內容僅得線上瀏覽，若要離線使用，則必須設定個人帳號，並且安裝特殊的程式Adobe Digital Editions 1.7.1 或更高的版本，以進行管理，請見Depaul大學圖書館對EBSCO電子書所作之使用說明，<http://library.depaul.edu/Find/resourceList.aspx?s=89>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

¹²⁹ American Library Association (ALA), *supra note* 127, at 2.

如此一來，僅以單機離線的方式設置電子閱覽區時，才得利用重製權之例外規定，提供全文檢索功能。若欲以內部網路方式設置，則依據該前言第40點，國家僅得在不構成不平衡的情況，為利益該機構與達成其散布之目標，以推動特別契約或授權的方式為之。

上述不利於線上利用的限制，已經在歐盟內部與德國引起檢討的聲浪。事實上，現代的搜尋引擎技術，已可透過語意檢索，有效分類資料，節省查閱時間。在每次呈現搜尋結果時，可僅顯示數行的內容以為提示，或者使用縮小圖。因此，若欲便利使用者之利用，並保護權利人的利益，法律可將搜尋引擎所呈現的內容數量或畫質，限制於必要範圍，實無庸禁止透過網路的方式提供全文檢索服務¹³⁰。附帶一提，搜尋引擎並可紀錄使用者檢索行為，提供個人化建議，由於並無利用著作之行為，應無以著作權法禁止之必要，但涉及個人資料保護的部分，必須符合資料保護法之規定，以取得個人同意為必要。

七、權利人意願優先原則？

由於設置電子閱覽區，為權利之限制，在解釋適用時，是否須優先考量權利人意願？德國在二項議題上，對此點有不同處理方式與評價，其一為應依雙方契約，而非僅依據權利人要約，而得排除第52b條適用；其二是機構不得破解破壞權利人之科技保護措施。

對於應依雙方契約或權利人之要約以排除第52b條適用之爭議，德國聯邦最高法院現已送請歐洲法院解釋。本文認同德國法蘭

¹³⁰ 美國法院亦認同，Google搜尋引擎以縮小圖與超連結到第三人網站的方式，呈現著作，屬於合理使用，不構成著作權侵害。Perfect, 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F.Supp.2d 828 (C.D. Cal. 2006), aff'd in part, rev'd in part sub nom. Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007).

克福地院與高院以雙方合意之契約為必要的見解，使典藏機構得透過拒絕權利人單方之要約而適用第52b條，處於較佳的締約地位。因為只要典藏機構仍受制於一本著作同時使用人數的限制，一旦需求量增加，即必須增加採購，其採購模式不改變，就不至於影響權利人的利益。此時，並有助於促使權利人提供更具有彈性的條件，例如當典藏機構之採購量達一定數量時，得增加同時得使用的人數，則可同時增進權利人、典藏機構與公共利益。反之，若允許權利人以單方要約即排除第52b條之適用，則法律並未提供權利人以較具彈性條件授權的誘因，且如同德國法院指出，由於典藏機構無法預先判斷可使用的著作範圍，尚須等待法院對要約內容合理性之判決結果，將妨礙電子閱覽區設置的意願。

權利人控制著作利用的意願，可利用科技保護措施來實現。如果權利人拒絕對典藏機構提供規避或破解措施，歐盟指令與德國法均並未將該機構現場利用館藏之例外與限制，列入強制權利人提供之表單中。但為了推動Europeana及各國類似的文化遺產線上展示平臺，對於在網際網路上提供館藏目錄、詮釋資料、展覽的目錄（包含已經結束之展覽）之利用，歐盟許多典藏機構建議應重視其保存與管理文化資產之角色，德國學者則建議納入排除科技保護措施的範圍¹³¹。本文認同此觀點，因為Europeana線上目錄利用方式，係屬特定具體事件，在非營利、僅提供較低解析度圖像的前提下，使用者如有商業授權需求，仍須洽權利人，因此，並不至於與權利人的市場利益產生競爭，不會侵害其正常利用與合理利益，係符合三步測試。經訪談德國博物館主要授權商bpk，亦表示其與Europeana以及德國教育研究網站prometheus係屬合作、而非競爭關係¹³²。

¹³¹ 參見本文第貳、三節，*Dreier/Euler/Fischer/van Raay*, aaO. (Fn. 103), S. 280.

¹³² “bpk”係「普魯士文化財產圖像館藏」（Bildarchiv Preussischer Kulturbesitz）

八、補償金

德國僅有約1%的書被出版商電子化，且主要是新出版的暢銷書。電子版與印刷版書籍的售價，依法均以出版商所定的價格為準，經銷商不能任意定價。定價策略上，電子版通常低於印刷精裝版20%，但與印刷平裝版（Taschenbuchformat）同價。例如Spiegel出版之暢銷小說精裝版與電子版同時上市，電子版約比印刷版便宜3歐元，降幅為16.5%，約為18.58歐元。平裝版之印刷版為9.65歐元，電子版僅便宜46歐分，約少4.8%¹³³。

德國美術著作與語文著作之權利人團體與政府協商，典藏機構應依個別著作印刷本的淨售價46.5%給付補償金。依據上例，平裝本10歐元以下或精裝版20歐元以下之書價，須分別支付補償金約5歐元與10歐元。此外，典藏機構尚須支出統計與申報使用資料、數

之簡稱，是普魯士文化財產基金會的服務中心，隸屬於柏林邦圖書館的一部分，代理全德國四大主要博物館群，與全球五大博物館在德國、奧地利、瑞士之授權。bpk也負責將普魯士文化財產基金會所擁有的圖像，提供給歐盟Europeana，以及德國教育研究網站prometheus（<http://prometheus-bildarchiv.de>）。bpk認為與該等網站之合作，不會影響其利益，因為所提供圖像品質較商業利用為低，公眾可獲得初步訊息，於Europeana可依據創用CC條款、或prometheus之授權條件利用，但有商業需求時，仍須超連結至bpk取得授權，bpk代理負責人Stehr女士及負責數位化的Nobert Ludwig先生，由本文作者撰擬訪談問題，謝銘洋、林麗真、劉靜怡、吳麗琪當面採訪，訪談地點於Märkisches Ufer 16-18, 10179 Berlin，訪談時間為2011年7月15日。

¹³³ Caroline Winter, *The Story Behind Germany's Scant E-Book Sales*, Bloomberg Businessweek (2012), available at <http://www.businessweek.com/articles/2012-04-19/the-story-behind-germanys-scant-ebook-sales> (last visited: 2013.07.10); Christina Müller/Stefan Werner Spiegel, *E-Books in Deutschland - Der Beginn einer neuen Gutenberg-Ära?*, 2010, S. 21-22. Verfügbar unter <http://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/e-books-in-deutschland-der-beginn-einer-neuen-gutenberg-aera.jhtml> (Stand: 2013.07.10).

位化著作，以及資料庫、科技保護措施與終端使用設備之購置、維護等成本。由於電子書通常附加有書商提供的數位權利管理措施，典藏機構直接於市場上採購，未必比主張第52b條更不利。換言之，當市場上已有著作之電子版本時，補償金墊高了典藏機構執行第52b條的成本，使其沒有足夠的誘因，先購入印刷版著作、再自行數位化、設置電子閱覽區對公眾提供。

惟需注意，在歐盟17個轉換指令第5條第3項第n款的國家中，僅有拉托維亞、西班牙與德國，規定須支付補償金。可見其餘的國家並不認為在指令所制定的限制條件之下，還須支付補償金，始能符合三步測試。而德國的作法，使典藏機構需支付趨近市場價格的執行成本，是否反而造成德國典藏機構執行第52b條的障礙，此部份可另進行歐盟各國比較研究，加以瞭解¹³⁴。

伍、我國導入之評估——代結論

總結德國經驗可知，促進圖書館、博物館、檔案館等機構發揮教育與文化散布的功能，培育國民的資訊素養與能力，是設置電子閱覽區所欲達成的公共利益。從而，我國主管機關從著作權法第48條第1項第2款出發，僅侷限於保存的角度，未能正視典藏機構數位化其館藏並公開對公眾提供，對教育與文化散布之重要性，使我國國民數位能力之培育環境，以及教育研究機構的創新能力與空間，

¹³⁴ 德國語文著作集體管理團體VG Wort於2011年12月19日與政府簽署補償金協議，公告費率，此協議回溯自2008年1月1日起適用。圖書館可參與本協議，但多數仍在觀望歐洲法院對前述第參、三節案件的判決結果，因此只有零星個案參與，2012年VG Wort僅收入補償金2萬歐元，2013年為13萬歐元。VG Wort, Geschäftsbericht 2013. Verfügbar unter http://www.vgwort.de/fileadmin/pdf/geschaeftsberichte/Geschaeftsbericht_2013.pdf (Stand: 2014.09.03).

相對於歐盟國家，處於不利的落後狀態。

德國學說上，對於其著作權法第52b條要件有許多爭議。實務上則採取較嚴格的作法，許多大學圖書館依據本條提供其數位化館藏，在館內以特別設置之電子閱覽區，對公眾以圖檔、不可檢索的方式提供其數位化的館藏，滿足私人學習與研究之目的。除了電腦程式、受科技保护措施保護之著作之外，書籍、音樂、視聽著作等各類型著作，只要是已公開，且該機構享有持續使用權利，均可被提供。惟同時可使用之人數，不得超過館藏數量（館藏從屬性）。且不允許類比式列印、不得儲存在資料載體、不得以電子郵件寄送、也不得轉讓或提供給其他機構。並需支付補償金，但僅能由權利人團體主張。若雙方有相反之協議，即不得主張上述限制。

相對於歐盟指令第5條第3項第n款，上述德國實務作法附加了許多額外的限制，包含需為已公開著作、排除電腦程式、館藏從屬性、以不可檢索的圖檔格式提供。同時也是歐盟17國轉化本指令條款中少數需要支付補償金的國家。

德國實務作法，雖然嚴格，但至少回應了長久以來圖書館、博物館與檔案館等機構進行圖書、文物數位化的努力，使這些數位化成果，可以在館內完整地呈現給公眾，作為私人學習與研究之用。反之，依據我國主管機關的見解，我國十多年來典藏機關數位典藏的成果，在未個別取得權利人授權之前，幾乎難以提供給公眾使用。

因此，本文認為，至少應先評估是否可讓各機構之數位典藏成果，依據德國實務作法之條件，向公眾提供，以使我國國民在文化資產之數位近用環境，不至於落後德國國民。但不僅是德國實務作法、甚至歐盟指令第5條第3項第n款與德國著作權法第52b條，均是依據二〇〇一年的技術環境所設定，已難符合最新數位科技的發展，而有修訂之必要，因此，本文以下除討論德國實務作法之導入

外，將併探討可更進一步開放的作法。

一、導入德國實務作法之合理使用分析

上述德國實務作法，轉換於我國時，即為我國對公眾開放的博物館、檔案館、圖書館，可以數位化其館藏，並在館內以特別設置之電子閱覽區，對公眾以圖檔、不可檢索的方式提供瀏覽，以滿足私人學習與研究之目的。提供方式為公開傳輸。所提供的著作類型，可包含書籍、音樂、視聽著作等各類型著作，只要是已公開，且該機構享有持續使用權利者，均屬之。但電腦程式、受科技措施保護之著作不在此限。且同時可使用之人數，不得超過館藏數量（館藏從屬性）。不允許類比式列印、不得儲存在資料載體、不得以電子郵件寄送、也不得轉讓或提供給其他機構。並需支付補償金，但僅能由權利人團體主張。若雙方有相反之協議，即不得主張上述限制。

以上作法，在我國涉及著作財產權人之重製權與公開傳輸權，不符合著作權法第44條至第63條明文規定，須另討論同法第65條第2項，審酌一切情狀，尤應注意四個因素，以為判斷之基準，如成立合理使用，始不侵害著作財產權。其中，沒有任一因素具有決定性意義，四個因素皆為評估利用行為能否達到著作權法目的之一部，故需逐一探究上開利用行為與每個因素之關係後，再綜合判斷合理使用是否成立¹³⁵。

¹³⁵ 依據蔡惠如對我國司法判決之實證研究，大多數判決以著作權法第65條第2項為認定合理使用的主要法律依據。而四項因素在判決中，有單獨適用其中之一、合併適用數項或全部四項都適用，特別是在地方法院。比重上，常以第一、第四因素為主，第二次之。此外，也會依據「應審酌一切情狀」之規定，顧及四項基準以外的其他情狀。蔡惠如，著作權之未來展望——論合理使用之價值創新，頁259-262，2007年8月。蘇郁雅之司法判決實證研究也有類似

(一)著作利用的性質及目的

對於著作利用的性質及目的，最高法院指出：「研發之新產品，已就原著作形髓加以改造，賦予原著作新的價值，並有益於社會公共利益或國家文化之發展，應被認定係著作權法所規定之合理使用」，據此可分析為公共利益之正當性，與改造形髓、賦予新價值之轉化性二個部分¹³⁶。

鑑於電子閱覽區以「研究或私人學習」之利用為限，係為促進學術研究優良環境、培養公民媒體能力之公共利益為其立法目的，應認當具有公共利益正當性。

另從改造形髓、賦予新價值之轉化性觀之，將實體著作數位化後，以數位終端機提供其PDF格式之不可全文檢索檔案，係完整重製他人著作，並同樣提供瀏覽閱讀，似難成立轉化性。然而，轉化性使用（transformative use）或稱生產性使用（productive use）之解釋，參考美國的司法實務發展，事實上相當矛盾，Campbell案對

的發現。以第一、四因素為主，且第四因素判斷結果，受到第一因素判決結果影響。第二因素常被輕描淡寫、第三因素則最為容易使用。除了地方法院外，智慧財產法院、高等法院則沒有進行完整四款判斷基準之判斷。蘇郁雅，我國合理使用判斷基準之實證研究分析，智慧財產評論，10卷2期，頁133、217-219，2012年12月。鑑於著作權法第65條第2項各因素，係參考美國著作權法第107條所制定，參考美國最高法院認為四項因素均須被檢視，依據著作權的目的，綜合判斷，且由於第107條僅例示該四項因素，故亦得考慮其他因素。Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 577 (1994)。綜上所述，本文仍採四項要素逐一綜合判斷的方式，進行研究。

¹³⁶ 最高法院96年臺上字第3685號刑事判決，本案乃因被告在其觸控電子辭典中，使用部分新世紀英漢辭典內容，被告主張該行為將原著作內容轉化為數位內容，是為合理使用。然實證研究顯示，轉化性在下級法院並未採用，仍以商業或非商業二分法為主要判斷要素，蘇郁雅，同前註，頁218。美國關於著作利用之目的與性質，其正當性與轉化性，請參見Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1108-10 (1990).

生產性使用認定為合理使用，但在Nation與Abend案卻又對生產性使用否定為合理使用，Sony案甚至認為非生產性使用亦可成立合理使用¹³⁷。依據學者Nimmer的觀察，在二〇〇六年之後，美國法院對於轉化性使用逐漸採取功能性測試（functional test），即探究著作利用的方式，是否產生了不同的功能性目的¹³⁸。以此來解釋Sony案，亦可滿足轉化性，因為其目的係為了轉移時間收看電視節目，而完整重製該節目，亦即被告全然不同功能性的使用，如同保護原告一樣，是著作權的另一個面向的目的¹³⁹。

基此，雖然典藏機構的利用方式並沒有改變著作的本身，但從目的來看，如前所述¹⁴⁰，在公民媒體能力的培育過程中，圖書館、檔案館、博物館等典藏機構應享有足以面對現今科技、經濟與社會挑戰的基本設備，而電子閱覽區即屬此種基礎設施。公民得藉以學習對媒體、資訊系統運作、操控的能力，使個人或社會面對科技、社會經濟發展的轉變具有適應力。市場上商業增值服務固然亦有助於學習，但必須植基在數位落差已經弭平的基礎上，再依據個別的能力，繼續發展增值服務。是故，典藏機構之電子閱覽區利用行為，實為增進民眾對資訊媒體的接受度與利用能力，擴張社會包容度，縮小數位落差，落實公民文化權之基本人權必要手段。於著作閱讀瀏覽功能外，產生了不同的功能（different purpose），該當

¹³⁷ Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984); Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539 (1985); Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990).

我國學者對美國轉化性要件案例的分析，請見張瑞星，從美國法院案例談著作權合理使用的轉化利用測試，科技法律評析，2期，頁155-202，2009年6月。

¹³⁸ NIMMER, NIMMER, *supra* note 125, at § 13.05[B][6].

¹³⁹ NIMMER, NIMMER, *supra* note 125, at § 13.05[D].

¹⁴⁰ 參見本文前揭第肆、一節。

轉化性使用。

(二)被利用著作的性質

具商業利益與創造性，且已公開傳播之著作，可達到著作權豐富社會文化，並啟發公眾思想與鼓勵創作之目的，相較於未公開發表且無公開可能之著作，更值得保護¹⁴¹。德國實務上所提供之著作為「館藏中已公開之著作」，該著作既已為典藏機構所收藏，代表屬於當時社會文化之組成元素；又「已公開之著作」表示著作人已將其創作提供給社會公眾使用，符合著作權法所欲保護著作之性質。另，絕版著作即使是著作公開發表後已經絕版，一旦有需求，也有再版的可能性，其著作權並未衰損¹⁴²。綜上，本因素似較不利於典藏機構。

然須注意，第二因素之有利認定，最終在合理使用判定上，也可能受到第一因素的修訂。例如詼諧使用他人創作歌曲，依據第二因素，創作歌曲應受較多的保護，但詼諧使用不可避免地須重製公眾周知、具表達力的著作，因此，仍應為合理使用之認定¹⁴³。據此，於典藏機構電子閱覽區使用行為，雖依本因素較為不利於典藏機構，但亦應同時考慮，為了使用目的重製館藏之不可避免性。

(三)所利用的質量與量

一般而言，著作中被利用的質量或數量愈大，對著作財產權之負面影響愈大，而電子閱覽區的使用均為百分之百完整著作之利用，因此，本因素也不利於典藏機構。

但本因素須輔助第一因素「利用之目的與質量」與第四因素

¹⁴¹ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 586.

¹⁴² NIMMER, NIMMER, *supra* note 125, at § 13.05[A][2][b][i].

¹⁴³ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 586.

「利用結果對市場影響」共同判斷。本因素與第一因素之關係在於，當利用行為具有正當性，且沒有不利的市場影響，即使百分之百引用被利用著作亦可能被認定為合理使用¹⁴⁴。電子閱覽區之著作被利用數量與質量均達百分之百，但完整提供，顯較零散提供，更能達到文化、教育傳遞之目的。本因素與第四因素的關係在於，對於原著作之數量與質量之高比例利用行為，通常也會對其市場產生負面影響，但仍須就市場影響之因果關係做詳盡分析方可得知，不可一概而論¹⁴⁵。因此，電子閱覽區百分之百的利用行為，是否對市場產生負面影響，須進一步分析如下。

(四) 利用結果對市場的影響

第四個因素係評估利用行為是否造成被利用著作之市場與經濟價值減損，但所謂市場與經濟價值減損之判斷重點，並非僅在於受著作權保護之被利用著作之直接或潛在市場經濟減損程度，而是被告不受限制且廣泛的利用行為是否對於原著作潛在市場產生實質不利影響¹⁴⁶。

但須注意，並非所有著作利用對潛在市場的影響，均應納入本因素考量，如果所引用的內容，並非著作權保護的內容，例如僅引用原告著作中不受著作權保護的事實；或者所從事的行為與著作權權利內容無關，例如被告僅是在著作中對原告著作為輕蔑、不利的

¹⁴⁴ 例如為發現電腦程式中不受著作權保護的概念或功能，而進行還原工程，可完整重製著作。Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992); Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 219 F. Supp. 911 (S.D.N.Y. 1963); 沈宗倫，還原工程與合理使用——以中間重製的適法性為探討核心，載：著作權合理使用規範之現在與未來，頁409-410，2011年9月。

Leval, *supra* note 136, at 1123.

¹⁴⁵ Leval, *id.*

¹⁴⁶ Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 590.

引用¹⁴⁷，即使確因此等行為造成原告著作市場造成負面影響，也無庸對非受著作權保護的內容或行為，加以考慮。

依據台灣數位出版聯盟在二〇一二年五月二十一日至二〇一二年六月五日，針對一個月內曾經閱讀一本以上電子書籍的受測者進行線上問卷調查，超過八成受測者表示不會同時購買同一本書的電子版與紙本版，而且有超過一半的受測者認為電子書籍會減少紙本書籍的閱讀及購買¹⁴⁸。因此，電子書確實有可能取代紙本書之利用。

亦即，如果在典藏機構中，對同一本書已經閱讀數位版本的讀者，將不會再向典藏機構借閱該書的紙本。但是，某讀者因為在典藏機構借閱過某著作的紙本或數位版本，從而不欲再於市場上購買該著作，而對該著作市場產生之負面影響，由於我國並未將「出借」納入著作權法所保護的權利範圍，不應列入考慮，僅須重視典藏機構重製著作內容的行為，對典藏機構採購市場的影響。事實上，即使將之列入考慮，參考前引美國之研究，圖書館不僅未對書籍銷售市場產生影響，反而成為出版商展示書籍的櫥窗¹⁴⁹。

但若允許典藏機構數位重製後，於電子閱覽區無限量對使用者提供，仍然會造成市場取代的效果。從而德國法之館藏從屬性要件，實屬必要。惟典藏機構自行依據館藏數量進行數位重製，免於向權利人購買數位版本，且數位版本之利用，降低了紙本的使用耗損，也可能減少重新購置。因此也須附加其他限制：如限定該數位

¹⁴⁷ 美國最高法院指出，當致命的戲謔，如同嚴酷的影評，毀了原著的市場，也不構成著作權著作權法所稱的損害。Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, at 591-92.

¹⁴⁸ 中華資訊素養學會，2012臺灣數位閱讀行為調查研究，<http://www.cila.org.tw/?p=1448>，最後瀏覽日：2013年7月10日。

¹⁴⁹ 參見本文頁44，同註127。

版本僅得於館內特定座位使用，受到典藏機構開放時間、閱覽區座位使用人數之限制，亦不得類比式列印、不得儲存在資料載體、不得以電子郵件寄送、也不得轉讓或提供給其他機構，從而如果讀者在電子閱覽區使用後，引發館外使用需求時，對於提供外借服務的機構而言，即有必要增加館藏採購。對於不提供外借服務的機構，亦因館內重複使用同一著作之需求增加，有增加採購之必要。或者讀者將自行採購。因此，均不至於影響著作的銷售市場。

(五)綜合判斷

綜上所述，對典藏機構而言，第一與第四因素均有利，第二、三因素較不利。但第二、三因素受到第一、四因素之影響，既然此利用行為，具有正當的公共利益、又不至於影響市場，則綜合判斷四項因素，應認為成立合理使用。

至於德國對典藏機構之電子閱覽區之利用行為，訂有補償機制。係因德國憲法法院之見解，當衡量憲法保障的法益之後，排除著作權使公眾得以近用著作，即已達成公共利益，不應再使依憲法財產權保障之著作權，受到免費提供的不利益，而有必要提供補償金。若不規定補償金，必須有更高的公共利益存在（*das gesteigerte öffentliche Interesse*）¹⁵⁰。但此種以給予著作權限制補償金為原則的立法精神，在我國著作權法並不存在。從第65條第2項的四項因素來看，具有公益目的之著作利用行為，必須在使用著作性質、使用的質量，不造成著作現在或潛在市場取代的前提下，才能成立合理使用。是故，權利人因此行為受有之損失，既未達到市場取代的效果，是否有必要均給予補償，實為各國決策問題。歐盟指令也賦

¹⁵⁰ Melichar, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl., 2010, vor §§ 44a ff., Rn. 7-11.

予各國自由決定的空間，在前言第35點指出，對於權利之例外或限制，權利人獲得利用其著作或保護標的之公平補償，應個案考量。如果權利人所受不利益輕微時，亦沒有給付補償的義務。第36點則提及，對於選擇性的例外或限制，沒有規定補償時，也可以對權利人提供補償。

本文認為，權利人因上開利用行為，所受不利益主要在於典藏機構可能不採購館藏著作的電子版本而自行重製一份提供，但現今多數著作均未提供電子版本，因此尚無不利益可言。而未來權利人欲發展電子版本時，典藏機構亦不能在現場以外提供，權利人僅損失館藏實體本的相當份數，且由於典藏機構數位化後，還受到不得全文檢索、不得下載、轉載等種種功能限制，欠缺一般電子版本的便利性，且使用時還受到親自到場、開放時間、開放座位數等不便利限制，對典藏機構以外的購買市場基本上沒有負面影響，但卻可能引發需求，因此對權利人損失亦屬輕微，可免於補償。

二、較德國更進一步的解決方案

(一)立法建議

惟德國上述現行作法與規定，已難配合典藏機構最新的科技發展，但因典藏機構與權利人間之拉鋸，尚無定論。歐盟執委會希望以與權利人之間的協商，不論是集體管理制度或延伸性管理，作為「下一步」(Next Step)解決方案。但在集體管理制度不完善的國家，此方案難以推動。

事實上，典藏機構與著作權人並非處於對立狀態。從目標觀察，典藏機構肩負著人類文化與環境遺產取得、保存、研究、教

育、娛樂等任務¹⁵¹；著作權的保護依據我國著作權法第1條，也是為了促進國家文化發展。而美國的研究也指出，圖書館的使用者，通常也是著作的主要購買者¹⁵²。因此可謂，典藏機構與著作權人有相同的目標，並服務相同的客群。從前述技術創新的進程亦可發現，典藏機構有越來越多的科技可能性，可無所不在地依個人需求，將著作提供給公眾；權利人也有越來越多與越來越準確的科技保護措施可供選擇¹⁵³。

是故，本文認為，我國主管機關要求典藏機構於電子閱覽區提供數位化館藏前，如非滿足著作權法第48條第1項第2款要件，即須先取得權利人授權，或歐盟在下一步政策中亦以優先建立集體管理團體之延伸管理擬制權利人之授權，均讓法律扮演阻絕未經權利人同意利用的角色，在典藏機構的應用領域，實可逐漸放棄。對於典藏機構公開提供館藏數位化版本，可能造成權利損害之不當流通行為，可讓諸於科技發展來處理。亦即，法律人可從如何以法律促進科技創新的角度出發，讓市場上出現更多可被選擇的技術，則這些有著相同目標與相同客群的利益團體，將會選擇適當的科技，攜手創造出更多的自身的利益與公共福祉。

因此，依據前述對德國模式八個面向的整體評估結果¹⁵⁴，本文建議制定法定著作財產權之限制：對公眾開放之典藏機構，向公眾提供館藏數位化版本的行為，在非營利，且僅供個人學習與研究的前提下，無須將教育機構排除，也無須限制著作種類，應包含德國實務模式中所無的電腦程式著作與未公開著作，且不僅得於館內

¹⁵¹ 本文前揭第肆、一節。

¹⁵² 同註127。

¹⁵³ 本文前揭第肆、一節。

¹⁵⁴ 本文前揭第肆、一節至八節。

使用，亦可於館外線上使用，並均得提供全文檢索功能。但必須採取雙重限制，即同時可閱覽人數不可超過館藏數量，以及使用者不得保有重製物。對於使用者利用電腦程式產出的工作成果，則應允許使用者自行存取，因其非屬電腦程式之重製物。此外，鑑於無所不在地行動式利用，所生利益損失較高，建議給付權利人適當的補償金。

(二)合理使用分析

在未立法前，依據著作權法第65條第2項所訂四項因素，來評估當我國典藏機構如以上述建議方式提供其館藏著作之數位化版本時，是否構成合理使用，可認為在第三因素所利用的質與量的判斷，與前段採用德國現行實務模式之判斷，並無差異。

第一因素著作利用的性質及目的，則應補充如下：隨著著作應用科技之進展，已達於無所不在境地時，應不再以典藏機構實體設施為限，而應提供線上與行動近用的可能性，否則公民媒體能力之培育目標即屬落空。

第二因素所利用著作之性質，就新增電腦程式著作與未公開著作，分別說明如下。

電腦程式中的工具程式，其用途並非如一般著作，係用以閱聽或娛樂，而是用以完成工作。惟因練習或操作工具程式，恰為研究與私人學習目的之所需，是故不宜以此妨礙合理使用之成立。

未公開著作，基本上不宜成立合理使用，因為需保護著作權人首次公開發表權（*right of first publication*，著作權法第15條）。但傳記、歷史學家或相關出版業者，有使用私人書信、日記從事研究、出版之必要。為此，美國著作權法第107條，在一九九二年明文增訂，如果依據第107條四項判斷因素（如我國著作權法第65條第2項），成立合理使用時，著作尚未出版（*unpublish*）本身，並

不妨礙合理使用之成立¹⁵⁵。準此，典藏機構在電子閱覽區提供未出版的論文集、私人書信或日記，並非當然排除合理使用之適用。由於該著作僅限制提供於研究與個人學習的目的，於非取代著作之市場時，仍得成立合理使用¹⁵⁶。

未公開著作之著作人享有首次公開發表之著作人格權，為便利上述利用，本文建議可立法擴張著作權法第15條第1項第2款，使各類著作之原件成為典藏機構之館藏時，推定已同意公開。但在法律未修訂前，對於著作人已死亡之著作，得依據著作權法第18條但書，認公共典藏機構將館藏數位化為非營利目的，僅提供個人學習與研究之利用行為，不違反該著作人之意思者，不構成侵害。

第四因素利用結果對現在與潛在市場的影響，由於公開出借對著作銷售市場之影響，並非我國著作權法保護之權利範圍，即使因此產生不利的市場影響，亦不應列入考慮¹⁵⁷。僅能由典藏機構重製、線上傳輸著作權內容等權利保護範圍所及的行為，對市場所生的影響，加以評估。在禁止同時可閱覽人數不可超過館藏數量，以及限制使用者不得保有重製物之前提下，即使開放館外線上使用、全文檢索，使用者仍然與限制館內使用一樣，有等待時間的限制，當著作借閱人數多時，為了避免使用者長時間等候，典藏機構也必須增加採購實體或電子版本，以紓解使用需求；或者使用者必須自行購買。因此，對著作市場現有的採購行為並不會有所改變，還可能因為典藏機構具有展示效果，而增加使用者的購買量。

在館藏從屬性與不保有重製物的雙重限制下，典藏機構可將德國實務模式中，投入於現場專用終端設備的成本，轉投入權利管理

¹⁵⁵ H.R. Rep. No. 102-286, 102d Cong., 2d Sess. 4, 9 (1992).

¹⁵⁶ NIMMER, NIMMER, *supra* note 125, at § 13.05[B] [5].

¹⁵⁷ 本文前揭第伍、一、(四)利用結果對市場的影響。

技術或服務之採購。同樣的技術與服務，也可幫助權利人以更具開放性、加值的方式發展其線上市場，例如無等待時間、允許下載、列印，或可轉存其他數位裝置等，增進使用者享受更好服務的福祉。

但由於館外線上使用，不受場地座位數限制，也不受場地開放時間的限制，可能影響權利人提供的雲端服務。對此利益損失，整體雖然仍在研究與私人學習目的，以及館藏從屬性的調控範圍內，但相較於非線上的館內電子閱覽區利用，對權利人利益所生之影響較為顯著，建議應給予補償金填補。

(三)科技保護措施保護規定之修訂

典藏機構為了防止使用者保有重製物，所採行之科技保護措施，常會限制使用者無法採擷其中部分內容從事社群分享，則使用者能否規避、破解或破壞該科技保護措施？依據我國著作權法第3條定義防盜拷措施以著作權人所採取者為限，第80條之2亦同此義，因此，規避或破解、破壞典藏機構所設置之科技保護措施，不受著作權法保護。雖然此規定符合世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO Copyright Treaty, WCT）第11條的最低保護義務，但本文認為實有必要修法，對於權利限制或合理使用之受益人，為了符合其法定義務所使用之科技保護措施，同樣基於著作人利益之保護，禁止規避、破解或破壞之。

使用者若因典藏機構所採用之科技保護措施，而無法擷取內容從事社群分享時，仍非不得藉由轉載超連結或分享書目資料，達到分享目的。如此具有可將流量導回典藏機構或權利人網站的好處，也有助於權利人發展利於社群分享的技術與服務¹⁵⁸。惟在此情況

¹⁵⁸ 例如使用Kindle版的電子書，使用者可將所標示的句子以及所撰寫的註解，分

下，更顯見館藏目錄、詮釋資料、展覽資訊與展覽內容之提供，屬於典藏機構的核心功能，即使是受科技保護措施之著作，也應考慮在非營利使用、不出現全文、限制畫質與附加權利管理資訊等前提下，增訂科技保護措施之例外，使著作之權利人有義務提供典藏機構必要措施，以製作並線上提供目錄、詮釋資料、展覽資訊與展覽內容。

當法律政策出發角度，不再是全面防堵未經權利人同意的利用，就會看見典藏機構不僅對公眾有教育與文化傳承的功能，同時也是權利人連結終端消費者的渠道，創新科技使這個善意循環變成可能，而起點則是將法律天平往鼓勵創新技術的方向略作調整。

享到Facebook與Twitter，也可以在自己的瀏覽器上看到有多少其他讀者也將這個句子劃線。因此，即使是對於不受著作權保護的著作，直接下載免費Kindle版本，也比自行從其他網站下載後轉製成PDF，更容易進行社群分享，並看到分享成果。Amazon, Share What You're Reading, *available at* <http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=200954410> (last visited: 2013.09.01).

參考文獻

一、中 文

1. 朱碧靜、宋瓊玲，贈書業務之探討，國立中央大學圖書館通訊，40期，頁2-7，2005年6月。
Chu, Pi-Ching & Sung, Chiung-Ling, Zeng Shu Ye Wu Zhi Tan Tao, Guo Li Zhong Yang Da Xue Tu Shu Guan Tong Xun, no. 40, pp.2-7, June, 2005.
Chu, Pi-Ching & Sung, Chiung-Ling, An Study of the Affair of Book Donation, The Library Newsletter of National Central University, no. 40, pp.2-7, June, 2005.
2. 余敦平、滕肇心，試述台灣地區博物館典藏庫典藏管理的回顧與前瞻，中華民國博物館學會博物館簡訊，45期，頁6-9，2008年9月。
Yu, Dun-Pin & Teng, Chao-Hsin, Shi Shu Tai Wan Di Qu Bo Wu Guan Dian Cang Ku Dian Cang Guan Li De Hui Gu Yu Qian Zhan, Zhong Hua Min Guo Bo Wu Guan Xue Hui Bo Wu Guan Jian Xun, no. 45, pp. 6-9, Sept., 2008.
Yu, Dun-Pin & Teng, Chao-Hsin, The Review and Foresight of Collection Management of Museums in Taiwan, The Newsletter of the Chinese Association of Museums, ROC, no. 45, pp. 6-9, Sept., 2008.
3. 沈宗倫，還原工程與合理使用——以中間重製的適法性為探討核心，載：著作權合理使用規範之現在與未來，頁381-414，2011年9月。
Shen, Chung-Lun, Hai Yuan Gong Chen Yu He Li Shi Yong—Yi Zhong Jian Zhong Zhi D Shi Fa Xing Wei Tan Tao He Xin, Zai: Zhe Zuo Quan He Li Shi Yong Qui Fan Zhi Xian Zai Yu Wei Lai, pp. 381-414, Sept., 2011.
Shen, Chung-Lun, Reverse Engineering and Fair Use – The Legitimacy of the Middle Reproduction, in The Present and Future of Fair Use in Copyright, pp. 381-414, Sept., 2011.
4. 陳秀華，全方位數位博物館創新科技應用，載：全方位數位博物館建置，頁90-130，2012年7月。
Chen, Hsiu-Hua, Quan Fang Wei Shu Wei Bo Wu Guan Chuang Xin Ke Ji Ying Yong, Zai: Quan Fang Wei Shu Wei Bo Wu Guan Jian Zhi, pp. 90-130, July,

2012.

Chen, Hsiu-Hua, Applications of Innovative Technology for the Multi-faceted Digital Museum, in Constructing a Multi-faceted and Sustainable Digital Museum, pp. 90-130, July, 2012.

5. 許麗娟，網際網路對圖書館館藏發展影響之探討，大學圖書館，1卷3期，頁35-55，1997年7月。

Hsu, Li-Chuan, Wang Ji Wang Lu Dui Tu Shu Guan Guan Cang Fa Zhan Ying Xiang Zhi Tan Tao, Da Xue Tu Shu Guan, vol. 1, no. 3, pp. 35-55, July, 1997.

Hsu, Li-Chuan, The Influences of the Internet on Library Collection Development, University Library Quarterly, vol. 1, no. 3, pp. 35-55, July, 1997.

6. 張瑞星，從美國法院案例談著作權合理使用的轉化利用測試，科技法律評析，2期，頁155-202，2009年6月。

Chang, Ruei-Hsing, Cong Mei Guo Fa Yuan An Li Tan Zhe Zuo Quan H Li Shi Yong De Zhuan Hua Li Yong Ce Shi, Ke Ji Fa Lu Ping Xi, no. 2, pp. 155-202, June, 2009.

Chang, Ruei-Hsing, Comments on Transformative Use Test for Fair Use by Examining U.S. Cases, Science and Technology Law Journal, no. 2, pp. 155-202, June, 2009.

7. 蔡惠如，著作權之未來展望——論合理使用之價值創新，2007年8月。

Tsai, Huei-Ru, Zhe Zuo Quan Zhi Wei Lai Zhan Wang—Lun He Li Shi Yong Zhi Jia Zhi Chuang Xin, Aug., 2007.

Tsai, Huei-Ru, The Future Perspectives of Copyright—Value Innovation on Fair Use, Aug., 2007.

8. 蘇郁雅，我國合理使用判斷基準之實證研究分析，智慧財產評論，10卷2期，頁133-237，2012年12月。

Su, Yu-Ya, Wo Guo He Li Shi Yong Pan Duan Ji Zhun Zhi Shi Zheng Yan Jiu Fen Xi, Zhi Hui Cai Chan Ping Lun, vol. 10, no. 2, pp. 133-237, Dec., 2013.

Su, Yu-Ya, An Empirical Study of Taiwan Courts' Opinions on Fair Use Four-Factor Test, NCCU Intellectual Property Review, vol. 10, no. 2, pp. 133-237, Dec., 2013.

二、外 文

1. *Berger, Christian*, Die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlichen Werken an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken, Museen und Archiven Urheberrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Aspekte des geplanten § 52b UrhG, GRUR 2007, S. 754 ff.
2. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., 2008.
3. *Dreier, Thomas/Euler, Ellen/Fischer, Veronika/van Raay, Anne*, Museen, Bibliotheken und Archive in der Europäische Union-Plädoyer für die Schaffung des notwendigen urheberrechtlichen Freieraums, ZUM 2012, S. 273 ff.
4. *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 10. Aufl., 2008.
5. *Grosskopf*, 3. Kapitel Grundlagen und Systematik des Urheberrechts, in: *Limper/Musiol*, Handbuch des Fachanwalts Urheber- und Medienrecht, 2011.
6. *Hoeren, Thomas*, Der Zweite Korb – Eine Übersicht zu den geplanten Änderungen im Urheberrechtsgesetz, MMR 2007, S. 615 ff.
7. *Jani*, in: *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2009.
8. *Langhoff, Helge/Oberndörfer, Pascal/Jani, Ole*, Ein Überblick über die Änderungen des Urheberrechts nach der zweiten und dritten Lesung im Bundestag, ZUM 2007, S. 593 ff.
9. *Leval, Pierre N.*, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).
10. *Loewenheim*, in: *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., 2010.
11. *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl., 2010.
12. *Melichar*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl., 2010.
13. *NIMMER, MELVILLE B. & NIMMER, DAVID*, NIMMER ON COPYRIGHT (2013).
14. *Reschke, Johannes*, Die verfassungs- und dreistufentestkonforme Auslegung der Schranken des Urheberrechts – zugleich eine Überprüfung von § 52b UrhG, 2010.
15. *Schöwerling, Helena*, Anmerkung zu LG Frankfurt am Main, Urteil vom 13. Mai 2009-2-06 O 172/09, ZUM 2009, S. 665 ff.
16. *Spindler, Gerald*, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S. 105 ff.

17. *Spindler, Gerald*, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, S. 9 ff.
18. *Steinbeck, Anja*, Kopieren an elektronischen Leseplätzen in Bibliotheken. NJW 2010, S. 2852 ff.
19. *Walter*, in: *Waltar*, Europäisches Urheberrecht, 2001.

A Study of On-Spot Use Set by Archival Institutions for Making Their Collections Available to the Public

Hsiao-Hui Chen^{*} Wen-Chi Huang^{**}

Abstract

In Taiwan, archival institutions such as public libraries, museums, archives and many universities have been digitized through the National Digital Archives Project over the past decade. On the question of whether those contents may be made available for the public's browsing on the premises of these institutions, the authority in charge, Taiwan's Intellectual Property Office, interpreted that "fair use" can only be claimed when the reproduction is made out of necessity to preserve the material. By contrast, the European Union Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2001/29/EC) article 5 (3) n contains no such restriction, and allows for such public browsing on the institution's premises.

^{*} Associate Professor, Graduate Institute of Technology Management, National Taiwan University of Science and Technology; Dr. jur., University of Munich, Germany.

^{**} Master of Business Administration (MBA), Graduate Institute of Technology Management, National Taiwan University of Science and Technology.

Received: January 3, 2013; accepted: April 18, 2013

Hence, this paper started out from studying the European Union Directive and its implementation in Germany, and found that accessibility of digital archives data affects nationwide digital ability and digital competitiveness, and such public interests shall be balanced with the right owners' interests. If the German practices wherein more restrictions are applicable are introduced into Taiwan, "fair use" would not be violated even without providing compensation. Moreover, reflecting on the development of technology over the past ten years, this paper suggests that a legal framework spurring technological innovations which allow the fruits of digitization to be shared online with viewers off premise shall be set up. Thus, the archival institutions can act as a bridge between right owners and users.

Keywords: Digitization, Copyright, On-spot use, Fair use, Library, Museum, Archive, Online Reading, Digital Archives