

# 本文章已註冊DOI數位物件識別碼

- ▶ 論數位暫時性重製於著作權法之法律評價—兼以重製權的新詮釋評我國相關立法

Study on Legal Evaluation of Digital Temporary Reproduction under Copyright Law-Commenting on Current Related Legislation in Accordance with New Interpretation of Reproduction Right

doi:10.6416/SLR.200804.0031

東吳法律學報, 19(4), 2008

Soochow Law Review, 19(4), 2008

作者/Author: 沈宗倫(Chung-Lun Shen)

頁數/Page: 31-73

出版日期/Publication Date: 2008/04

引用本篇文獻時，請提供DOI資訊，並透過DOI永久網址取得最正確的書目資訊。

To cite this Article, please include the DOI name in your reference data.

請使用本篇文獻DOI永久網址進行連結:

To link to this Article:

<http://dx.doi.org/10.6416/SLR.200804.0031>



*DOI Enhanced*

DOI是數位物件識別碼 (Digital Object Identifier, DOI) 的簡稱，是這篇文章在網路上的唯一識別碼，用於永久連結及引用該篇文章。

若想得知更多DOI使用資訊，

請參考 <http://doi.airiti.com>

For more information,

Please see: <http://doi.airiti.com>

請往下捲動至下一頁，開始閱讀本篇文獻

PLEASE SCROLL DOWN FOR ARTICLE



論數位暫時性重製於著作權法之法律評價  
—兼以重製權的新詮釋評我國相關立

1

# 論數位暫時性重製於著作權法之法律評價 —兼以重製權的新詮釋評我國相關立法

沈宗倫\*

## 目 次

- 壹、問題之提出—著作權法下數位暫時性重製議題的時代背景
- 貳、從國際公約觀點檢視數位暫時性重製是否該當為著作權法下之重製？
  - 一、伯恩公約(Berne Convention)第九條第一項
  - 二、世界智慧財產權組織著作權條約(WIPO Copyright Treaty)第七條草案之提出與刪除
  - 三、國際公約立場之總結及檢討
- 參、從美國法觀點檢視數位暫時性重製是否該當為著作權法下之重製？
  - 一、美國 1995 年白皮書(White Paper)
  - 二、美國 1996 年世界智慧財產權組織外交會議之立場
  - 三、美國判決之發展
  - 四、美國法立場之總結及檢討
- 肆、從歐盟法觀點檢視暫時性重製是否該當為著作權法下之重製？
  - 一、歐體 1995 年綠皮書(Green Paper)
  - 二、歐盟 1996 年世界智慧財產權組織外交會議之立場
  - 三、歐體相關指令(Directives)分析
  - 四、歐盟法立場之總結及檢討
- 伍、從著作權法的本旨論暫時性重製之法律評價
- 陸、檢討並評論我國著作權法第二十二條之相關規定

\* 作者為美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士(S.J.D.)，現職為國立中正大學財經法律學系專任助理教授。本篇文章承蒙三位匿名審稿委員惠賜寶貴意見，作者已依建議在可能的範圍內將修改意見反映於文內，對於委員們對本文的厚愛及針砭，特此誌謝。此外，西元 2008 年正值先父沈公仙逝四周年，謹以本文之刊登表達對老人家無限追思之意。

- 一、我國立法模式仿照歐盟法可能之缺失
- 二、將電腦程式排除適用純屬對歐盟法之誤解
- 三、類型分類上之質疑
- 四、將「合法」列為適用要件之不宜
- 柒、未來修法或解釋適用的建議：代結論
  - 一、修法之建議
    - (一)立法結構宜採本文除外模式
    - (二)刪除「電腦程式」之除外規定
    - (三)第二十二條第四項例示之再調整
    - (四)自「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」等文句刪除「合法」二字
  - 二、修法前解釋適用之建議
    - (一)數位暫時性重製的舉證責任方面
    - (二)緩解「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」中「合法」文義所產生不當的效果方面
    - (三)解決「電腦程式」之暫時性重製議題

投稿日：96年3月1日

接受刊登日：97年3月27日

校對：蕭昭星

## 摘要

重製權之相關議題向來為著作權法研究或實務上關注之焦點。就重製權範圍之界定而言，傳統重製行為係基於重製者之「重製目的」所作成，因此在重製權之解釋上較無爭議，但隨著數位科技時代的來臨，許多重製行為之發生並非出於重製者之「重製目的」，乃是使用或操作科技工具或媒體所不可避免之結果，該重製行為附屬於科技工具或媒體之運用，其目的乃協助達成科技工具或媒體所設計之功能，再者，該重製行為所生之重製內容，較之傳統之重製行為，科技工具或媒體之使用者不易接觸此類重製內容，亦即內容欠缺實質性，使用者不易令之以其他固著之方式散佈予他人。此外，科技工具或媒體之使用所生之重製內容因

專為技術之目的存在，在品質上未必能符合一般人對重製物之期待。基於以上之理由，此類使用科技工具或媒體所生之重製（通稱為數位暫時性重製），在法律評價是否定然涵括於著作權法重製權之範圍亦便有進一步探討之餘地。雖然學界或實務界之多數的見解認為數位暫時性重製構成著作權法之重製，但本文仍由著作權法之立法本旨及其基本價值出發而對此議題加以詳細剖析及論證，以釐清此議題可能產生之誤解及爭議。

我國著作權法為杜絕數位暫時性重製議題可能產生之爭議，特參考歐體 2001 著作權指令，修正第三條及第二十二條。但在繼受歐盟法之時，不僅引進入歐盟法本身之缺失，亦同時基於對於歐盟法之誤解而生規範不周延之現象。本文有鑑於此，於檢討評論我國現行法潛在之缺失外，並提出未來修法之建議，及修法前法律解釋之方針，盼能對學術界或實務界於此議題之因應上有所裨益。

**關鍵字：**重製權、數位暫時性重製、伯恩公約、三段式測試、著作權條約、歐體 2001 著作權指令、隨機存取記憶體、快速存取

## 壹、問題之提出

### —著作權法下數位暫時性重製議題的時代背景

重製權之保護一直是著作權法之最重要議題之一，其主要的理由在於著作之重製將使得相同或近似的著作內容透過重製物進入市場，令原先欲向著作權人授權利用著作或購買著作重製物之消費者或使用人，轉而有機會交易前述經非法重製之著作重製物，進而產生市場之替代效果，嚴重影響著作權人對於其著作正常的運用(Normal Exploitation)，甚至危及其在法律上之合法利益(Legitimate Interests)。但就著作權法下重製權之範圍而言，法律上之「重製」並不同於技術上之「重製」。一般而言，技術上之「重製」有著較廣的解釋範圍，泛指所有的複製，然而在著作權法下之「重製」則須透過法律的評價將符合特定條件的複製予以限定，而在法價值賦予及抉擇上，主要是圍繞在著作權人及著作使用者間相關法益為取舍。在傳統的著作利用環境下，著作權法下重製之認定尚不成問題，因為重製之結果大多為重製者有意使其發生，亦即重製者以重製之目的所為之重製行為，只要重製者之重製行為符合著作權法要求之條件，重製者在法律上之可歸責性應無可懷疑。隨著網際網路的盛行及相關科技工具或媒體的使用，此種以重製之目的所為之重製行為在某

## 4 東吳法律學報第十九卷第四期

種程度上仍持續存在，但另產生了新類型的重製型態，該類重製之結果常是使用科技工具或媒體所產生，乃達到某種科技功能之目的，並非為以重製之目的所為之重製，再者，其重製內容不同於傳統之重製內容，不易為他人依通常方法所利用，是否能進入市場威脅著作權人之現有或潛在市場，已有相當之疑問，且無論就其重製品質或份量而言，本於非重製之目的，似無必然導出有必然替代著作權人合法重製物之可能。由於此類新型態重製與傳統重製於性質上大異其趣，加之其乃附屬於科技的應用上，一般學界或實務界概稱之為暫時性重製(Temporary Reproduction)或間接重製(Indirect Reproduction)<sup>1</sup>。本文從之，將此類新型態重製名為「數位暫時性重製」。

究竟在法律評價上是否要賦予數位暫時性重製特別的考量？此一問題非從著作權法下平衡著作權人與著作使用者雙方衝突利益之基本法理檢視之，無以為功。若答案為否定，則著作權法重製權的解釋範圍即包括數位暫時性重製；若答案是肯定時，特定之數位暫時性重製有可能將被排除於重製權之範圍外，但此特別的法律評價如何透過建立一個法解釋之判斷標準而實現，即數位暫時性重製要符合何種要件始能不受著作權法重製權之限制？另外，若要將特定之數位暫時性重製排除於重製權之範圍，何種立法模式較妥適？換言之，究應直接將符合要件之數位暫時性重製認定為非著作權法之重製權範圍內？或先將之包含於重製權範圍，再設定例外，使成為重製權之限制？以上所陳之問題及利益衡量，實為本文思考之起點及研究之動機。

雖然為杜絕爭議，我國著作權法於民國九十二年參考歐盟法（歐體 2001 年著作權指令）<sup>2</sup>透過修訂第三條第五款（重製之定義）及增訂第二十二條第三項及第四項，試圖以立

1 此類關於運用電腦或網路科技所生之重製，主要的類型有二，其一為於隨機存取記憶體(Random Access Memory, RAM)內之重製，另一為利用快速存取(Caching)技術所生之重製。前者常見於三種情況，第一是在於電腦應用程式的使用上，就現今的電腦科技而言，為使電腦主機之中央處理器(CPU)能夠迅速且有效率地讀取程式內容及執行指令，當一啟動應用程式時，應用程式的內容將會直接載入隨機存取記憶體內，供中央處理器讀取；第二是在網路串流傳輸(Streaming Transmission)上，當傳送的內容被切割成數個封包(Packet)在線上傳輸時，各封包在經過中途所經之伺服器(Server)及最終端的電腦主機時均會在隨機存取記憶體產生重製的現象，此種重製的存在乃是配合封包傳輸的需要而設計；第三是當利用電腦主機連接網路瀏覽(Browsing)網站(Websites)上所刊登之內容，通常在瀏覽器讀取網站所刊登之內容時，資料會直接進入電腦主機之隨機存取記憶體內，一旦有必要再瀏覽相同內容之網頁時，瀏覽器便無須再重新至該網頁讀取資料，而直接自電腦主機隨機存取記憶體讀取，節省資料處理時間，此種重製亦可稱為客戶端之快速存取(Client Caching)。後者所稱之「快速存取」，是指網路服務提供者(Internet Service Provider)或入口網站業者(Portal)為緩解網路擁塞的情形，並減低經營成本(避免須提供更高的頻寬以因應網路擁塞)，所採行的網路技術。通常網路瀏覽者一旦透過業者之代理伺服器(Proxy Server)進入特定網頁或讀取資料，該網頁內容便會自動載於業者之代理伺服器，若其他網路瀏覽者欲進入相同網頁或讀取相同資料時，即可直接自代理伺服器讀取，免卻再次進入相同網頁所可能導致之時間耗費及不便。

法解決數位暫時性重製的議題，但在承繼歐盟法精緻的利益權衡思考下，同時也反映了歐盟法本身在此議題上立法之缺失，且亦存在我國法參考歐盟法時對歐盟法之誤解。為使我國著作權法未來適用於數位暫時性重製的議題上，在著作權法之法理方面能具有正當及充分的論理基礎，凡此缺失及誤解實有指正及釐清之必要，此為本文之研究動機之其二。

承上，本文之研究目的須由三大主軸所建構的研究內容以達成。第一部分（本文第二章、第三章及第四章），本文將觀察及檢討國際公約、美國法及歐盟法對於數位暫時性重製在著作權法下之評價，及各該立法或司法判決對於此議題所採之立場及未來發展。第二部分（本文第五章），本文從著作權法立法之本旨及基本價值探討何種數位暫時性重製應賦予特別之法律評價，使之排除於重製權之範圍外。第三部分（本文第六章及第七章），本文基於第五章所論證之法理，評論我國法於數位暫時性重製議題繼受歐盟法之缺失，及釐清我國立法上對於歐盟法之誤解。最後，本文給予我國著作權法就數位暫時性重製議題未來修法之建議，以及修法前解釋適用上之參考方向，盼能有助於著作權法之法價值之釐清，與實務上爭議問題之解決。

## 貳、從國際公約觀點檢視數位暫時性重製是否該嘗為著作權法下之重製？

### 一、伯恩公約(Berne Convention)第九條第一項

伯恩公約(Berne Convention)<sup>3</sup>乃國際著作權法的最重要的法源，因此在探討數位暫時性重製的議題，無可避免的要回歸伯恩公約予以檢視。根據伯恩公約第九條第一項之規定，著作人享有對於其著作任何形式(in any manner or form)重製的專屬權。由表面的文義解析之，伯恩公約下之重製權範圍似應包括永久性重製(Permanent Reproduction)以及暫時性重製(Temporary Reproduction)<sup>4</sup>。再進一步延伸析之，伴隨數位科技時代所生之數

2 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, OJL 167/10 of 22/6/2001 [hereinafter *the EC Copyright Directive*].

3 全名為“Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works”，制定於西元 1886 年，歷經多次更正(Revision)，目前最新的版本為西元 1971 年在法國巴黎所訂定的版本(the Paris Act)，此一版本於西元 1979 年 7 月 24 日完成修訂(Amendment)。目前會員國(Members)有 163 國。至於伯恩公約的制定與發展，參見 PAUL GOLDSTSEIN, INTERNATIONAL COPYRIGHT—PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE 19-27(2001)。

4 Article 9(1) of the Berne Convention: Authors of literary and artistic works protected by this Convention

位暫時性重製，包括隨機存取記憶體內之重製以及快速存取所生之重製，亦應在著作權法之重製權範圍內<sup>5</sup>。但從伯恩公約重製權條款的立法解釋而言，當時各國在訂定重製權相關規定時，客觀上極有可能並未測知未來數位科技時代的來臨，因此若單憑伯恩公約的文義解釋即擴張重製權的範圍以包括隨機存取記憶體內之重製以及快速存取所生之重製，顯有違背當時訂定伯恩公約時客觀立法意旨之虞，難具正當化之理由。

## 二、世界智慧財產權組織著作權條約(WIPO Copyright Treaty)第七條草案之提出與刪除

隨著數位科技時代的來臨，網際網路的使用不僅帶動了高速的資訊流通與交換，另一方面因為著作的使用發生質變，著作使用者往往能利用網路科技便利及無界線之特性，輕易且有效率地重製及傳輸高品質著作重製物給多數人，構成對著作保護的重大威脅。世界智慧財產權組織(World Intellectual Property Organization, WIPO)<sup>6</sup>有鑒於此，最初的立場是以頒布指南(Guideline)方式指導各會員國以現行著作權法為基準來因應數位科技時代對著作權保護的衝擊<sup>7</sup>。後來發現單憑著作權法的解釋實不敷科技進展的需求，再加之世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)下之「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, the TRIPS Agreement)並未對著作權的網際網路議題特別立法規範，此一國際公約上的漏洞，促使世界智慧財產權組織於1996年12月召開會員國外交會議(Diplomatic Conference)以議決「專家委員會」(Committees of Experts)所起草的「著作權條約」(the WIPO Copyright Treaty)以及「表演與錄音物條約」(the WIPO Performances and Phonograms Treaty)<sup>8</sup>。

---

shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form.

5 參見 Allen N. Dixon & Martin F. Hansen, *The Berne Convention Enters the Digital Age*, E.I.P.R. 1996, 18(11), 609。

6 目前共有 184 個會員國(Member States)，我國因礙於現今政治情勢並未有機會加入。

7 參見 Mihály Ficsor, *Towards a Global Solution: The Digital Agenda of the Berne Protocol and the New Instrument*, in THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT 112-113 (P. Berner Hugenholtz ed., 1996) (hereinafter Ficsor, *Towards a Global Solution*) ; See Mihály Ficsor, *Copyright for the Digital Era: The WIPO "Internet" Treaties*, 21 COLUM.-VLA J.L. & Arts 197, 197-198 (1997) (hereinafter Ficsor, *Copyright for the Digital Era*)。

8 參見 Ficsor, *Copyright for the Digital Era*, supra note 7, at 199; WIPO, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works*

其中，數位暫時性重製議題安排在著作權條約第七條<sup>9</sup>，該條第一項重申並確認伯恩公約第九條第一項將永久性重製及暫時性重製列入重製權範圍的立場<sup>10</sup>。第二項則賦予各締約國(Contracting Parties)自由決定是否以立法根據伯恩公約第九條第二項所規定之「三段式測試」將專以輔助感知著作物為目的，或具瞬間或附屬特質之合法暫時性重製，排除於重製權之外<sup>11</sup>。關於此一草案，各會員國立場紛呈，全面支持第七條草案的立場乃以美國、歐盟及大部分的歐盟成員國(Member States)為主，因為草案內容頗能符合美國及歐盟在數位科技時代的著作權政策<sup>12</sup>。亦有採反對第七條草案者，認為草案內容過度強調重製權包括暫時性重製，其中一部分國家基於第七條的訂定使得著作權法在解釋上失卻其因應科技時代的彈性，故建議刪除<sup>13</sup>。另一部分國家採有條件接受的立場，其理由在於第七條草案本身文義上不明確或立法模式不當，須經修正始為允當<sup>14</sup>。世界智慧財產權組織專家

---

*to be Considered by the Diplomatic Conference, WIPO Document CRNR/DC/4, at 2-4 (August 1996) (hereinafter WIPO, Basic Proposal), available at [http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/pdf/4dc\\_e.pdf](http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/pdf/4dc_e.pdf) (last visited April 5, 2008)。*

- 9 Proposed Article 7 of the WIPO Copyright Treaty:(1) The exclusive right accorded to authors of literary and artistic works in Article 9(1) of the Berne Convention of authorizing the reproduction of their works shall include direct and indirect reproduction of their works, whether permanent or temporary, in any manner or form.(2) Subject to the provisions of Article 9(2) of the Berne Convention, it shall be a matter for legislation in Contracting Parties to limit the right of reproduction in cases where a temporary reproduction has the sole purpose of making the work perceptible or where the reproduction is of a transient or incidental nature, provided that such reproduction takes place in the course of use of the work that is authorized by the author or permitted by law.
- 10 參見 WIPO, *Basic Proposal*, *supra* note 8, at 28, 30(note 7.01 & 7.12)。
- 11 Article 9(2) of the Berne Convention states: It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.由上可得知，伯恩公約授權會員國透過立法以三段式測試(Three-Step Test)認定重製權之例外，亦即重製權之例外必須符合三個條件，第一、該例外僅能存在於特定之個案，第二、該例外不得與著作權人正常運用著作(a normal exploitation of the work)相衝突，第三、該例外不得合理地損害著作權人在法律上之合法利益(the legitimate interests)。至於伯恩公約三段式測試對各國著作權法之影響及啟示，請參見 MARTIN SENFTLEBEN, *COPYRIGHT, LIMITATION AND THE THREE-STEP TEST—AN ANALYSIS OF THE THREE-STEP TEST IN INTERNATIONAL COPYRIGHT AND EC COPYRIGHT LAW* (2004)。
- 12 參見 Thomas C. Vinje, *The New WIPO Copyright Treaty: A Happy Result in Geneva*, E.I.P.R. 1997, 19(5), 231。
- 13 反對者以加拿大(Canada)為首，同前註參見。
- 14 例如，以挪威(Norway)為首的北歐國家(Nordic States)與荷蘭(the Netherlands)聯名提出第 7 條建議草案，



委員會鑑於各國對數位暫時性重製的議題無法達成共識，曾試圖提出第七條第二次版草案，但由於其內容與第一版並無重大突破，特別對於特定暫時性重製是否除外於重製權範圍，無進一步的修正成果，因此原本反對第一版草案的國家並未因第二版草案的提出而改變其初衷<sup>15</sup>。

最後，在無法協調各國在數位暫時性重製的議題上的爭議，第七條草案終究難逃被刪除的命運<sup>16</sup>。但在刪除後，美國代表於會內重提出協議聲明書(Agreed Statement)以表明其對於數位暫時性重製的立場，並嘗試以迂迴的手段將協議聲明書付諸表決以取代原第七條草案<sup>17</sup>。美國代表所提出協議聲明書內容共有三句<sup>18</sup>，第一句確認伯恩公約第九條關於重製權的規定無疑義地適用於數位科技環境下，各國對於此段的內容採無異議的通過(Unanimous Consensus)；第二句揭示著作以數位化的方式儲存於電子媒體上構成伯恩公約第九條下之「重製」，因為文義範圍過於廣泛，似有將任何形式的暫時性重製都涵攝於重製權的範圍內，故僅以多數決通過(Majority Resolution)。第三句陳述運用電腦上傳(Uploading)及下載(Downloading)著作之行為該當伯恩公約第九條下之「重製」，雖然就解釋重製權而言，此乃當然之理，但意外地竟被各國所否決。因此，美國代表所提出協議宣示書僅以原提議第一段與第二段的内容定案，成為「著作權條約」的附帶補充文件<sup>19</sup>，其效力如何頗

---

草案擬刪除第7條第2項，並將原第2項之內容移至第1項，文義上表明數位暫時性重製不屬於著作權法下之重製。

The amended Article 7 of the WIPO Copyright Treaty proposed by Norway states: Temporary reproduction made for the sole purpose of making a work perceptible, or which are of a purely transient or incidental character as part of a technical process, does not as such constitute a reproduction within the meaning of Article 9(1) of the Berne Convention. 參見 WIPO, *Amendment to Article 7 of Draft Treaty N° 1 and to Articles 7 and 14 of Draft Treaty N° 2*, WIPO Document CRNR/DC/22 (December 1996), available at <http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/distrib/22dc.htm> (last visited April 5, 2008)。另外，澳洲(Australia)、南非(South Africa)、部分非洲國家及部分中南美洲國家則認為第7條第2項文義上不明確而提出修改建議案。參見 WIPO Document CNRN/DC53, CNRN/DC12, CNRN/DC56 and CNRN/DC73。

15 參見 Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 VA. J. INT'L L. 369, 389-90 (1997)。另外，關於新提的第7條草案，參見 WIPO, *Partly Consolidated Text of Treaty N°1*, WIPO Document CRNR/DC/55 (December 1996), available at <http://www.wipo.int/documents/en/diplconf/distrib/pdf/55dc.pdf> (last visited April 5, 2008)。

16 參見 Samuelson, *supra* note 15, at 390。

17 *Id.*

18 *Id.* at 390-91.

19 Agree Statements Concerning Article 1(4) of the WIPO Copyright Treaty:

The Reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted

有國際法上的爭議<sup>20</sup>，但其內容的不明確更使在「著作權條約」業已落幕的數位暫時性重製議題又重新在國際間燃起「戰火」<sup>21</sup>。

### 三、國際公約立場之總結及檢討

其實，雖然世界智慧財產權組織的「著作權條約」第七條終因各國無法達成共識而被刪除，但第七條草案在著作權法發展上具有重大的象徵意義。第七條草案不僅賦予伯恩公約在數位科技時代的新生命，使其主導百年以來國際著作權法的地位能獲得確保，另一方面第七條草案亦從伯恩公約第九條第二項重製權除外的法理上將觸角延伸至數位暫時性重製的議題，衡量未來科技工具或媒體的使用與著作權保護間之密切關係，針對數位暫時性重製是否該當於著作權法重製權範圍內，創立二大判斷原則，第一，數位暫時性重製的目的若僅為達成科技工具或媒體的使用（專以輔助感知著作物為目的），不應在重製權的範圍內。第二、暫時性重製本身若無實質的可利用性（具瞬間或附屬特質之暫時性重製），因其不會對著作權人目前市場及潛在市場產生威脅，不應構成著作權法下之重製。此二原則影響到日後各國對數位暫時性重製議題的立法及思維，筆者亦深受其啟發而著手於本文的研究。

當然，不可否認的，第七條草案本身亦有其缺失存在，其第二項雖揭示將特定暫時性重製排除於重製權外之判斷原則，但畢竟其為任意規定(Optional Requirement)，各國得依該原則立法，亦得將任何型態的暫時性重製均涵攝於重製權的範圍內。如此一來，對於國際間著作權法和諧化的發展(Harmonization)便產生一定程度的阻礙，畢竟重製權傳統以來乃著作權法下最重要的著作財產權之一。此外，握有經濟優勢的已開發國家(Developed

---

there under, full apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention.

20 美國智慧財產權學者 Ginsburg 教授曾為文指出，就維也納條約法公約(the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969))第 31(2)(a)條的規定，若要以協定(Agreement)方式解釋條約(Treaty)之內容，應獲得全體締約國一致的同意，因此根據世界智慧財產權組織內規(多數決)所通過的協議聲明在重製權的解釋上在國際法的觀點得否拘束所有成員國而有法效，不無疑問。參見 Jane C. Ginsburg, *Achieving Balance in International Copyright Law*, 26 COLUM. J.L. & ARTS 201, 206-207 (2003) (Professor Ginsburg states “According to article 31(2)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, an agreed statement is not part of the ‘context’ in which a treaty should be interpreted, unless ‘all the parties’ have agreed to it.”)。

21 從協議聲明的第二段及被刪除的第三段言之，數位暫時性重製在解釋上是否必然包括於重製權的範圍內，頗值懷疑。參見 Samuelson, *supra* note 15, at 392。

Countries)亦可能為保護其在開發中(Developing Countries)或未開發(Less-Developed Countries)國家的著作權人利益，透過雙邊貿易談判(Bilateral Trade Negotiations)迫使這些國家修法將各種型態的暫時性重製包括在重製權範圍內，以達擴張著作權法下重製權之目的。原來第七條草案第二項的美意，將會成為貿易談判的犧牲品。雖然第七條草案業已在國際間「難產」，但這並不代表國際間各國有足夠的空間來處理數位暫時性重製議題，依筆者之見，以貿易談判來達到擴充重製權範圍的現象仍會繼續發生。未來只有在國際公約訂定和諧化的相關強制規定，才是解決國際間數位暫時性重製議題的良策。

## 參、從美國法觀點檢視數位暫時性重製是否該當為 著作權法下之重製？

### 一、美國 1995 年白皮書(White Paper)

美國在西元 1993 年起為了建立及推廣「國家資訊基礎建設」(National Information Infrastructure, NII)，由當時的柯林頓政府(the Clinton Administration)成立「資訊基礎建設工作群」(the Information Infrastructure Task Force, IITF)，其中「資訊政策委員會」之「智慧財產權工作小組」(the Working Group of Intellectual Property Rights of the Information Policy Committee)負責檢視及提議修訂當時智慧財產權法以因應數位電子資訊時代的來臨。繼 1994 年該工作小組所提的初步工作報告「綠皮書(the Green Paper)」後<sup>22</sup>，在經過一系列的公聽會(Public Hearings)接受民眾及專家學者的檢驗後，終於在 1995 年 9 月提出正式的報告書，一般稱之為「白皮書(the White Paper)」<sup>23</sup>。

美國 1995 年白皮書對於現行著作權法在數位電子資訊時代的詮釋及修訂建議上，關於重製權(the Reproduction Right)<sup>24</sup>，特別提及網路線上之著作內容載入電腦之記憶體，無論該記憶體為電腦硬碟(Disk)、攜帶式軟碟(Diskette)、唯讀記憶體(Read-Only Memory)、

22 參見 Information Infrastructure Task Force, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: A Preliminary Draft of The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (July 1994)。

23 參見 Information Infrastructure Task Force, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights* (September 1995) (hereinafter *IITF Report*)。

24 美國 1995 年白皮書對於著作權法重製權在數位科技時代的解釋深受西元 1978 年“CONTU Report”的影響。關於“CONTU Report”，請參見 National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyright Works* (1978)。

隨機存取記憶體(RAM)或其他載體，只要儲存時間非短暫，均可能構成著作權法下重製權之侵害<sup>25</sup>。由此而論，使用科技工具或媒體於隨機存取記憶體內所生之暫時性重製，在工作小組的觀點，仍該當於著作權法之重製權範圍內。另外，在美國 1995 年白皮書中亦表明，數位化之檔案自電腦主機上傳至系統伺服器(Server)之行為，可能構成著作權法之重製<sup>26</sup>。從此立場而擴張解釋，似網路服務提供者(Internet Service Provider)的快速存取(Caching)行為所生之暫時性重製亦可能該當為著作權法之重製。

綜上而述，美國行政機關對於數位科技時代使用科技工具或媒體，及提供網路服務時所生之數位暫時性重製，在著作權法之解釋上，並不賦予特別的法律評價，使其與一般的重製等同視之，由此，未來隨科技發展而生之新型態暫時性重製於相同的立場下，勢必亦將被涵攝於重製權之範圍內。其實，就此類數位暫時性重製而言，其產生的原因及目的未必與傳統的重製一致，美國 1995 年白皮書未深究其是否對著作權人之利益產生衝擊，以及其存在是否有助於數位時代科技之運用及資訊之自由流通，進而決定是否賦予該類重製與傳統重製在法律上不同的評價，實為政策建議上之一大缺失。

## 二、美國 1996 年世界智慧財產權組織外交會議之立場

前已述及，在 1996 年世界智慧財產權組織外交會議，關於暫時性重製的議題，美國代表基本上支持專家委員會所起草的著作權條約第七條。就筆者本身的理解，美國代表之所以支持此一條文，倒不是美國行政機關已修正了美國 1995 年白皮書的立場，轉而關注特定之數位暫時性重製是否要排除於著作權法重製權之範圍外，真正的原因似在於第七條第二項關於特定暫時性重製排除於重製權範圍外之規定，乃一任意規定，此給予美國有較彈性的空間依循其美國 1995 年白皮書的一貫政策。此立場由當著作權條約第七條草案被刪除時美國代表所提之協議聲明書(Agreed Statement)之內容便可證明。

## 三、美國判決之發展

美國法判決在暫時性重製議題上的發展，基本上與美國數位時代著作政策是一致的，亦即傾向將因使用科技工具或媒體所生之暫時性重製解釋為著作權法所規範之重製。雖然近年來判決皆與隨機存取記憶體內重製的爭議有關，並未提及快速存取所生之暫時性重製，但由美國法判決對重製權寬鬆的解釋觀之，快速存取所生之暫時性重製應屬著作權法

25 參見 *IITF Report*, *supra* note 23, at 65-66。

26 *Id.*



下之重製。

美國法關於暫時性重製的判決，乃以第九巡迴法院的 *MAI System Corp.* 案為同類訴訟的經典，該案為美國法院首次正面遭遇隨機存取記憶體重製議題<sup>27</sup>。本案原告 *MAI Systems Corp.* 為電腦製造商，並發展適用其電腦之電腦軟體<sup>28</sup>。被告 *Peak Computer, Inc.* 為電腦維修商，因幫原告的電腦客戶檢測及維修電腦，而每當執行工作時勢必啟動原告所研發且附於電腦主機內的電腦軟體，又啟動軟體時進而轉載入電腦的隨機存取記憶體，因此原告向聯邦地方院提起著作權侵害之訴，主張被告未經授權使用其研發之電腦軟體所產生隨機存取記憶體內之重製，構成著作權法下重製權之侵害<sup>29</sup>。聯邦地方法院支持原告的立場，准其所提簡易判決(*Summary Judgment*)以及永久禁制令(*Permanent Injunction*)的動議<sup>30</sup>。被告不服上訴至聯邦第九巡迴法院，並向法院抗辯，使用電腦程式所生隨機存取記憶體內之重製並不符合美國著作權法關於重製之「附著」(*Fixation*)規定<sup>31</sup>，因為隨機存取記憶體重製常因電腦關機而消失，不具恆常的使用性<sup>32</sup>。但第九巡迴法院認為，暫時性的

27 參見 *MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993) (hereinafter *MAI System Corp.*)。在 *MAI System Corp.* 前之聯邦法院判決，主要是針對美國著作權法第 117 條（與我國著作權法第五十九條相似）或電腦唯讀記憶體(*Read-Only Memory, ROM*)之相關議題，縱使有提及「電腦程式載入電腦記憶體」之情形，但未明確指出是否為隨機存取記憶體，參見 *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*, 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988); *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp.*, 714 F.2d 1240 (3rd Cir. 1983); *Williams Elecs., Inc. v. Arctic Int'l, Inc.*, 685 F.2d 870 (3rd Cir., 1982)。

28 參見 *MAI System Corp.*, *supra* note 27, at 513。

29 *Id.* at 513-14。

30 *Id.* at 515。

31 基本上，雖然在著作之構成要件上，以比較法的觀點而論，各國對於著作之保護是否需具附著性(*Fixation*)或有歧異存在（大陸法系多無此項要求，但美國法卻以之為著作之構成要件），但各國在著作權法下重製的構成要件上，對於「附著性」的要求並無不同。美國法於著作權法第 101 條（名詞定義）雖未直接對「重製之附著性」下定義，但綜觀第 101 條對於「重製物」(*Copies*)與「著作之附著」之定義，可知「重製之附著性」之內涵。美國著作權法第 101 條關於「重製物」之定義如下：“Copies” are material objects, other than phonorecords, in which a work is fixed by any method now known or later developed, and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. The term “copies” includes the material object, other than a phonorecord, in which the work is first fixed. 「著作之附著」之定義：

A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission.

32 參見 *MAI System Corp.*, *supra* note 27, at 518。

附著亦屬著作權法下的重製，只要當電腦程式使用者執行程式時，程式內的資料被暫時記錄於隨機存取記憶體內，即構成暫時性的附著，因此隨機存取記憶體重製實具有暫時性附著的屬性，應為著作權法下的重製<sup>33</sup>。第九巡迴法院於暫時性重製的議題上遂駁回被告之上訴<sup>34</sup>。

在美國法之暫時性重製議題上，聯邦第九巡迴上訴法院的 *MAI System Corp.* 案雖未上訴至聯邦最高法院<sup>35</sup>，但因其建立了隨機存取記憶體內之重製在美國著作權法下之法律評價，即隨機存取記憶體內之重製符合美國著作權法關於重製之附著性要求，因而隨機存取記憶體重製應屬重製權的範圍內。該判決影響其後同級或次級法院於暫時性重製議題的判決立場頗鉅，堪稱為美國法在暫時性重製議題上的發展里程碑<sup>36</sup>，不過，判決中並未詳細分析隨機存取記憶體重製符合著作權法下重製之「附著性」之理由，其於法律論理上有所欠缺。所幸，*MAI System Corp.*案後之法院判決於援用 *MAI System Corp.*案在隨機存取記憶體重製議題所建立的原則時，多給予論理上的補充，除確認美國著作權法關於重製之「附著」並不限於永久的附著外，更提出判斷「附著」的標準。<sup>37</sup>根據 *MAI System Corp.*案後之法院判決，美國著作權法關於重製之「附著」不應著重於重製內容存在的久暫，而應在於重製物得否藉由工具或媒體的協助為人類所感知，縱使隨機存取記憶體重製於電腦關機時會隨之逸失，但在關機前其仍然可能透過電腦為大眾所感知，故隨機存取記憶體重製應符合著作權法下重製的「附著性」，屬於重製權的規制範圍內<sup>38</sup>。近來，美國

33 *Id.* at 518-19。

34 本案之爭點不限於著作權法之暫時性重製議題，其餘議題在上訴的結果上未必與暫時性重製議題相同，本文於此特別說明。

35 該案被告（上訴人）曾試圖將本案上訴最高法院(Supreme Court)，但未獲得最高法院之上訴許可(Writ of Certiorari)。參見 *MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 510 U.S. 1033 (1994)。

36 因為 *MAI System Corp.* 案的結果嚴重影響電腦維修從業組織(Independent Service Organizations)的權益，亦即電腦主機及軟體開發者動輒以隨機存取記憶體內之重製為由，向電腦維修從業組織主張著作權之侵害，致使擠壓了電腦維修從業組織之商業生存空間，於在電腦維修從業組織向美國國會的大力遊說下，西元 1998 年國會通過美國著作權法第 117 條之修正案，增訂第 c 項，使電腦維修從業組織於電腦維修工作過程中不致因隨機存取記憶體內之重製而構成著作權之侵權。但此一修法僅解決了電腦維修時之數位暫時性重製的問題，至於其他使用電腦或網路科技所生之暫時性重製並不在解釋的範圍內。雖然美國國會曾一度企圖透過修正著作權法第 117 條以概括解決數位暫時性重製議題，但終告失敗，關於提案之內容及發展，請參見 Jonathan Band & Jeny Marcinko, *A New Perspective on Temporary Copies: The Fourth Circuit's Opinion in COSTAR v. LOOPNET*, 2005 STAN TECH. L. REV. 2 (2005)。

37 更有聯邦地方法院將使用電腦主機透過網路瀏覽資料，在隨機存取記憶體內之重製亦解釋為著作權法下之重製。請參見 *Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc.*, 75 F. Supp. 2d 1290 (D. Utah 1999)。

判決又從另一個角度詮釋重製的「附著性」，認為「附著性」的成立須限於自身使用工具或媒體所產生的結果，若提供他人工具或媒體而自身僅立於導管(Conduit)地位，因對他人使用工具或媒體所產生的結果無干涉的餘地，縱然他人使用工具或媒體所產生的結果具有「重製」的外形，在法律評價上應認為不符合著作權法下重製的「附著性」，而不構成重製<sup>39</sup>。因此擔任網路服務提供者(Internet Service Provider, ISP)，並不因其所服務的客戶間資料的傳輸在其伺服器(Server)所產生之隨機存取記憶體重製而負擔侵權責任<sup>40</sup>，畢竟此類隨機存取記憶體重製並不符合美國著作權法下重製的「附著性」。

#### 四、美國法立場之總結及檢討

綜前所述，美國法受行政機關的科技政策影響，向來傾向支持使用科技工具或媒體所

38 參見 *Advanced Computer Servs. of Mich., Inc. v. MAI Sys. Corp.*, 845 F. Supp. 356, 363 (E.D. Va. 1994) ; *Triad Sys. Corp. v. Southeastern Express Co.*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 5390, at \*16-\*17 (N.D. Cal. March 18, 1994), *aff'd*, 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995), *cert. denied*, 516 U.S. 1145 (1996)。

39 *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 373 F.3d 544, 550-51 (4th Cir. 2004): And the term “copies” refers to “material objects …in which a work *is fixed*.” 17 U.S.C. §101 (“Definitions”) (emphasis added). A work is “fixed” in a medium when it is embodied in a copy “sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of *more than transitory duration*.” *Id.* (emphasis added). When an electronic infrastructure is designed and managed as a *conduit* of information and data that connects users over the Internet, the owner and manager of the conduit hardly “copies” the information and data in the sense that it fixes a copy in its system of *more than transitory duration*. Even if the information and data are “downloaded” onto the owner’s RAM or other component as part of the transmission function, that downloading is a temporary, automatic response to the user’s request, and the entire system functions solely to transmit the user’s data to the Internet. Under such an arrangement, the ISP provides a system that automatically transmits users’ material but is itself totally indifferent to the material’s content. In this way, it functions as does a traditional telephone company when it transmits the contents of its users’ conversations. While temporary electronic copies may be made in this transmission process, they would appear not to be “fixed” in the sense that they are “of more than transitory duration,” and the ISP therefore would not be a “copier” to make it directly liable under the Copyright Act. With additional facts, of course, an ISP could become indirectly liable.

至於暫時性重製與科技保護措施（美國著作權法第 1201 條及我國著作權法第 80 條之 2）間之關聯，請參見 *Storage Tech. Corp. v. Custom Hardware Eng’g. & Consulting, Inc.*, 421 F.3d 1307 (Fed. Cir. 2005)，該案就科技保護措施相關規定之解釋頗具啟發性。

40 此所謂之侵權乃美國著作權法上之「直接侵權」(Direct Infringement)，非「輔助侵權」(Contributory Infringement)及替代侵權(Vicarious Infringement)等「次位侵權」(Secondary Infringement)。至於該情形得否主張美國著作權法第 512 條第 b 項(System Caching)之責任豁免則為另一問題。

生之暫時性重製該當於著作權法重製權所規範之重製。從相關的判決析之，法院對於暫時性重製為何在重製權範圍並未明顯透過論證提出其法價值權衡的理由，僅圍繞著暫時性重製的「附著性」為說理的中心，當原被告雙方在爭辯暫時性重製是否具「附著性」而該當著作權法下之重製時，法院至多就「附著性」本身予以擴大解釋，釐清「附著性」本身的內涵，使暫時性重製歸於重製權的範圍，但並未揭示「附著性」在美國著作權法於重製的判斷上所隱含的法律價值，及若將數位暫時性重製排除於重製權的範圍外將對該價值有何一定之衝擊。其實，就筆者觀察及研究心得，美國著作權法上重製之「附著性」之要求應在於考量重製本身對於著作權人合法利益及其對著作正常運用之衝擊，亦即認為重製必須具備得由他人使用之可能性始有法律上之規範意義，因此美國法以「附著性」為中心以評價有礙於著作權人合法利益及其對著作正常運用之技術上複製，使其歸攝於著作權法之重製範圍內。由此觀之，使用科技工具或媒體所生之暫時性重製，特別是隨機存取記憶體之重製，因其有強烈的技術功能目的，使用者無法依一般通常的用法使用此類重製內容，甚至將其輸入市場供其他人利用。縱使可以透過某種技術而利用之，因隨機存取記憶體本身的容量有限，得否充分或完整地達成利用目的，仍值得懷疑，更無庸論及隨機存取記憶體之重製是否能滿足大眾對一般重製物所能具品質及功能之期待。就筆者之觀點，使用科技工具或媒體所生之暫時性重製應不具備美國著作權法重製之「附著性」要件，惜哉，美國判決似未就「附著性」要件背後的價值意涵予以充分討論，故而就文義的擴張解釋導出不盡合理的結論，實為其在此一議題發展上之缺憾。

另外，縱使向來美國判決肯認使用科技工具或媒體所生之暫時性重製因其具「附著性」故為著作權法下之重製，但近期的相關判決卻令人意外地限縮「附著性」的認定，認為提供工具或媒體供他人使用而產生暫時性重製不構成著作權法下之重製，其理由在於提供者本身未介入影響重製活動，因此於提供者之伺服器所生之暫時性重製不具「附著性」。其實，就筆者之見解，提供工具或媒體者可以透過著作權侵害構成要件之解釋，以確定責任之歸屬，無須以美國法上重製之「附著性」為論理的依據，因為「附著性」乃是重製的內在本質，並不會因提供者本身未介入影響重製活動而有所不同，由此觀之，此種解釋並不妥適，實有混淆著作權法下重製之法律意涵之虞。



## 肆、從歐盟法觀點檢視暫時性重製是否該當為 著作權法下之重製？

### 一、歐體 1995 年綠皮書(Green Paper)

在面臨數位電子資訊時代的來臨，除了美國在科技及智慧財產權政策方面以 1995 年白皮書提供未來政策發展及修法的建議外，無獨有偶的，歐盟(the European Union)亦有相類似的作法。歐盟鑑於智慧財產權之保護乃建立一個歐洲資訊及多媒體社會至關重要的因素，特別是著作權的保護，因此在歐體執委會(Commission of the European Community)的努力下，於 1995 年 7 月制定「資訊社會著作權與相關權利綠皮書」<sup>41</sup>，該綠皮書乃本諸著作權人與關係人間法益之平衡，以歐體和諧化(The Harmonization at Community Level)為方針，在保全歐體共同市場的健全功能下，並顧及歐體之文化面向(Cultural Dimension)，給予著作權法未來解釋及修訂之建議<sup>42</sup>。

關於數位電子資訊時代之暫時性重製議題，在歐體 1995 年綠皮書上並未直接觸及，但其揭示數位化的著作因於數位電子環境下易於複製，故應受到著作權法下重製權之保護<sup>43</sup>。而在 1996 年歐體執委會所提出之「資訊社會著作權與相關權利綠皮書之後續補述」中<sup>44</sup>，即明確表示暫時性的重製應屬於著作權法之重製，但其不同於美國 1995 年白皮書之處，在於其強調在歐盟層次的立法應依循伯恩公約(the Berne Convention)的原則，建立重製權之限制或例外<sup>45</sup>。此一重製權限制或例外之建立無庸置疑地會反映到數位電子資訊時代之暫時性重製議題上，亦即使用科技工具或媒體，或提供網路服務所生之數位暫時性

41 參見 Commission of the European Communities, *Green Paper on Copyright and Related Rights for the Information Society*, COM(95) 382 final (July 19, 1995), reprinted in 43 J. COPYRIGHT SOC'Y U. S.A. 50 (1995) (hereinafter *EC Green Paper*)。

42 參見 Stephen Fraser, *The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure*, 15 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 759, 783-84 (1997); *id.* at 54。

43 參見 *EC Green Paper*, *supra* note 41, at 93; Paul Vandoren, *Copyright and Related Rights in the Information Society*, in THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT 161 (P. Bernet Hugenholtz ed., 1996)。

44 參見 Commission of the European Communities, *Follow-up to Green Paper on Copyright and Related Rights for the Information Society*, COM(96) 586 final (Nov. 20, 1996). (hereinafter *EC Follow-up Green Paper*)。

45 *Id.* at 11-12。

重製，在符合特定的條件下，法律將對之賦予特別評價，使之脫免於重製權之規制。

## 二、歐盟 1996 年世界智慧財產權組織外交會議之立場

由於歐盟對於處理暫時性重製的議題所採取的方法見諸於歐體 1995 年綠皮書及後續補充，在 1996 年世界智慧財產權組織外交會議，關於數位暫時性重製的議題，歐盟代表傾向支持專家委員會所起草的著作權條約第七條。其支持理由與美國代表大不相同，因為第七條第一項將暫時性重製包括於重製權之範圍內，以及第二項對於特定之數位暫時性重製賦予自重製權範圍內排除之效力，與歐盟對於著作權法下重製權之法律價值衡量，頗為一致。

## 三、歐體相關指令(Directives)分析

就歐盟法而言，歐體指令實乃扮演著和諧化(Harmonize)各成員國立法以維繫共同經濟市場運作功能及達到特殊政策目的之上位立法角色。雖然單從使用科技工具或媒體，或提供網路服務所生之暫時性重製議題而論，似乎僅單純屬於各國著作權法對於重製權範圍所賦予的價值判斷。但若由電子網路傳輸無國界的特色觀之，實則不然。以操作電腦（啟動及使用電腦應用程式）可能產生之隨機存取記憶體內之重製為例，若由一歐盟成員國（英國）之個人將一受著作權法保護的數位歌曲利用個人電腦連結網際網路傳輸至另一成員國（葡萄牙）之某一個人電腦內，途經其他成員國荷蘭、德國、法國及西班牙的伺服器(Server)，由現今網路傳輸技術觀之，荷蘭、德國、法國及西班牙的伺服器隨機存取記憶體內均會自動產生前述數位歌曲的全部或一部的暫時性重製。進而言之，若歐盟各國立法對於數位暫時性重製之法律評價並無共識而各行其道，則勢必影響歐盟內共同市場資訊或服務之自由流通，故數位時代之暫時性重製議題並非單純的各成員國著作權法解釋適用問題，實攸關歐盟整體資訊或服務自由流通之政策遂行。

在歐體 2001 年著作權指令制定前，歐盟法雖未直接觸及數位暫時性重製之議題，但隱約地得以看出歐盟法意識到未來科技工具或媒體之使用與重製權間在著作權法上將有一定程度之連結及相關。在 1991 年歐體電腦程式法律保護指令上<sup>46</sup>，除揭示利用電腦程式(包括上傳、下載、顯示、傳輸或儲存)所生之暫時性重製歸屬於著作權法下重製權之範圍內<sup>47</sup>，

46 參見 Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJL 122/42 of 17/5/1991 [hereinafter *the EC Computer Programs Directive*]。

47 Article 4(a) of *the EC Computer Programs Directive*: Subject to the provisions of Articles 5 and 6, the exclusive rights of the rightholder within the meaning of Article 2, shall include the right to do

並在該指令第五條第一項，特別規定經合法電腦程式著作重製物所有人，根據其特定之目的(包括電腦程式除錯)，對於使用電腦程式的必要行為，除授權契約(Licensing Contract)另有約定外，無需得到原電腦程式著作權人之授權<sup>48</sup>。另外，1991年歐體電子資料庫法律保護指令亦有相同旨趣的規定<sup>49</sup>。由此可知，在透過電腦使用電腦程式或電子資料庫的過程中於隨機存取記憶體內所生之重製，就該二指令應可解釋為重製權之例外，至於是否得將此一例外解釋適用於其他網路活動中，則存有疑慮<sup>50</sup>。

直至歐體2001年著作權指令始直接且全面性地考量在數位電子資訊時代之暫時性重製議題。其本於歐體1995年綠皮書對於重製權例外之強調，除了肯認數位暫時性重製乃歸屬於著作權法下重製權之控制範圍內<sup>51</sup>，同時特別對於數位電子資訊時代可能產生數位暫時性重製的場合予以規定，包括透過中間媒介所為之網路電子傳輸(“[A] transmission in a network between third parties by an intermediary”)，以及合法地使用著作(“[A] lawful use of a work or other subject-matter to be made”)。雖然從文義上觀之，似乎只有此二場合可能產生數位暫時性重製，實則不然，因此二場合之規范文義並不明確，故對未來隨科技發展所可能產生之新型態數位暫時性重製，仍存在有相當之解釋空間。再者，歐體2001年著作權指令依循著世界智慧財產權組織之著作權條約原第七條之草案，建構數位暫時性重製豁免於重製權範圍之條件。不過，從文義觀之，歐體2001年著作權指令似乎限縮了原本世界智慧財產權組織在著作權條約所設定之豁免範圍。依據世界智慧財產權組織之著作權條約原第七條之草案，專以輔助感知著作物為目的，「或」具瞬間或附屬特質之合

---

or to authorize:(a) the permanent or temporary reproduction of a computer program by any means and in any form, in part or in whole. Insofar as loading, displaying, running, transmission or storage of the computer program necessitate such reproduction, such acts shall be subject to authorization by the rightholder;”

48 Article 5(1) of the *EC Computer Programs Directive*, supra note 46: In the absence of specific contractual provisions, the acts referred to in Article 4(a) and (b) shall not require authorization by the rightholder where they are necessary for the use of the computer program by the lawful acquirer in accordance with its intended purpose, including for error correction.”

49 參見 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJL 77/20 of 27/3/1996 (hereinafter the EC Database Directive), Articles 5 (1) & 6(1)。

50 參見 P. Bernet Hugenholtz, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT 88 (P. Bernet Hugenholtz ed., 1996)。

51 Article 2(1) of the *EC Copyright Directive*, supra note 2: “Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part...”

法暫時性重製，排除於重製權之外，但歐體 2001 年著作權指令卻嚴格地要求，數位暫時性重製要豁免於重製權之規範，必須具備四個要件。第一、數位暫時性重製必須具備瞬間性(Transient)或附帶性(Incidental)；第二、數位暫時性重製必須為科技應用過程中不可分離且重要的一部分；第三、數位暫時性重製必須專為透過中間媒介而網路電子傳輸或使用合法著作之目的所生；第四、數位暫時性重製必須不具獨立之經濟重要性<sup>52</sup>。雖然如此，因網路瀏覽(Browsing)而生之隨機存取記憶體重製<sup>53</sup>，以及網路代理伺服器快速存取(Proxy Caching)所生之暫時性重製均被有意地豁免於重製權之範圍內<sup>54</sup>。

#### 四、歐盟法立場之總結及檢討

歐盟法對於數位暫時性重製議題的基本態度從早期的 1991 年歐體電腦程式法律保護指令已有脈絡可尋，直到歐體 1995 年綠皮書的頒布，與歐體 2001 年著作權指令的制定，已經周全地考量未來科技工具或媒體之使用所可能產生新型態之重製。歐盟法在此一議題上的立法結構上，除尊循伯恩公約之基本立場，即暫時性重製在法律上之評價上應包括於著作權法之重製權範圍內，另一方面亦採用伯恩公約之「三段式測試」為數位暫時性重製建

52 Article 5(1) of the *EC Copyright Directive*, *supra* note 2: Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.”

53 但解釋上，其他科技或工具之使用所產生之隨機存取記憶體內之重製，例如：透過電子郵件(E-mail)或線上串流技術(On-line Streaming)傳輸於隨機存取記憶體內之重製，均應包括於重製免責的範圍內。參見 Thomas C. Vinje, *Should We Begin Digging Copyright's Grave*, *E.I.P.R.* 2000, 22(12), 553。

54 Recital (33) of the *EC Copyright Directive*, *supra* note 2: The exclusive right of reproduction should be subject to an exception to allow certain acts of temporary reproduction, which are transient or incidental reproductions, forming an integral and essential part of a technological process and carried out for the sole purpose of enabling either efficient transmission in a network between third parties by an intermediary, or a lawful use of a work or other subject-matter to be made. The acts of reproduction concerned should have no separate economic value on their own. To the extent that they meet these conditions, this exception should include acts which enable browsing as well as acts of caching to take place, including those which enable transmission systems to function efficiently, provided that the intermediary does not modify the information and does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information. A use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law.

立合理的限制<sup>55</sup>。但比較國際智慧財產權組織著作權條約原所提之第七條草案，雖然該草案亦宣稱本於伯恩公約的法原則而建立，但顯然歐盟法對適用於數位暫時性重製的重製權限制有較嚴格的界定。究竟歐盟法或國際智慧財產權組織著作權條約原所提之第七條草案較符合伯恩公約解釋重製權範圍之基本價值與精神，實值得進一步探究。

### 伍、從著作權法的本旨論暫時性重製之法律評價

如前所述，本文所探討之數位暫時性重製（包括隨機存取記憶體的重製及快速存取所生之暫時性重製）乃數位化科技時代來臨所衍生的議題，且其為傳統著作權法立法當時所未曾慮及者。因此，在著作權法上給予數位暫時性重製法律評價時，參酌數位科技發展對著作權本身的衝擊，勢所難免。

在解決此類數位科技時代所生之著作權議題方面，包括數位暫時性重製，增訂新規範對於現行的爭議或未來潛在的爭議給予正面的規制，為普遍認同的方式，但對於新法的定位，及其與傳統著作權法間的聯繫關係，則大有歧見存在。一派的立場基於數位科技對著作權人之衝擊，而傾向支持著作權人之專屬權限應朝「接觸權」(the Right to Access)或「使用權」(the Right to Use)方面擴張（立法或解釋），以緩和數位科技時代著作使用者低成本及高效率的非法重製及傳輸，並鞏固著作權人在數位時代對「資訊」本身的控管權利<sup>56</sup>。根據該派的見解，進一步言之，為因應數位科技時代而保全著作權人之應有權益，

55 Article 5(5) of the *EC Copyright Directive*, *supra* note 2: The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.

56 美國 1995 白皮書及歐盟 1995 綠皮書均為適例，一方面擴大著作權範圍之解釋以因應數位科技時代的來臨，另一方面對著作權之保護採「前置化」的觀念，即認為法律上著作權之保護應包括著作權人所設定防止接觸(Access Control)或防止盜拷(Copy Control)之科技措施(Technological Measures)，任何人未經同意規避(Circumventing)此一措施，或非法交易(Trafficking)規避此一措施之相關工具，將違反著作權法，此一規定無形中不僅創設了傳統著作權法所無之「接觸權」或「使用權」，且前述科技措施無須符合著作權法下著作之保護要件(以保護表達(Expression)為中心，以及原創性(Originality))，由此推之，一般著作權法之相關限制(例如：合理使用原則(Fair Use Doctrine))似亦無法加諸其上，因此造就一種特殊的「準著作財產權」，無論由立法之體例及目的均值得檢討。前提及美國 1995 白皮書與歐盟 1995 綠皮書之「擴張權利範圍」及「權利保護前置化」之立場亦於國際公約上獲得確認，世界智慧財產權組織(WIPO)之著作權條約(The Copyright Treaty)第 8 條便為因應數位科技時代的來臨而創設了「公開傳輸權」(Right of Communication to the Public)（美國法並非直接繼受，而是以既有的散布權及公開演出權解釋而得，歐盟法規定於歐體 2001 著作權指令第 3 條，我國則於著作權法第 26 條之 1）；另外，世界智慧財

傳統的「著作合理使用」(Fair Use)應限縮使用<sup>57</sup>，並且「第一次銷售原則」(the First Sale Doctrine)不宜適用網路的「傳輸」活動上<sup>58</sup>。同時，該派從捍衛著作「接觸權」與「使用權」的角度，採取「媒體中性」(Media Neutrality)概念去解釋著作權之保護，認為運用數位科技媒體或工具所導致著作權侵害的判斷，應回歸著作權法侵權的要件來認定，縱然著作權之侵害係基於數位科技媒體或工具所不可避免之結果，亦不宜對此科技之運用，給予特別的法律價值判斷，至於是否運用法律上所規定之「著作財產權限制」去調和「媒體中性」概念所生之不公平現象，則為另一問題，與此命題並不相干<sup>59</sup>。

在前述擴大解釋傳統著作權法而朝向保護著作「接觸權」或「使用權」的立場，數位暫時性重製似乎很難脫免著作權法關於重製權之規範，亦即縱使立法上未將數位暫時性重製認定為重製權範圍內，在法律評價及解釋下，數位暫時性重製亦該當為著作權法下之「重製」。雖然在此評價下可能創造出傳統著作權法所無的「瀏覽」或「閱讀」權<sup>60</sup>，但在保護著作「接觸權」或「使用權」的原則下，似無不合之處。

相對於前述擴大著作權的論理，另一派立場，除體認傳統著作權法須作適當的修正或解釋以面對數位科技時代所產生的衝擊，但另一方面，同時固守傳統著作權法所建立起著作權人與著作使用者之間的利益平衡<sup>61</sup>。著作「接觸權」或「使用權」的發展開創了傳統

---

產權組織之著作權條約第 11 條規定科技保護措施（美國著作法第 1201 條，歐體 2001 著作權指令第 6 條及我國著作權法第 80 條之 2 均有類似之規定）。

57 參見 *IITF Report*, *supra* note 23, at 82。

58 *Id.* at 92。

59 參見 Deborah Tussey, *Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies*, 12 J. INTELL. PROP. L. 427 (2005)。

60 因為一旦於網路上瀏覽資料，資料將自動載入電腦主機之隨機存取記憶體中，若隨機存取記憶體內之重製構成著作權法下之重製，則縱使瀏覽者無以重製為目的之重製行為（只是瀏覽或閱讀網頁上之資料），但礙於現行科技之必然，其瀏覽或閱讀行為仍需授權，此與傳統上圖書館得自由閱讀具著作權保護書籍之景況，實不可以同日而語，難道科技進展反而使著作之合法使用益形困難？此間的落差有待檢討及反省。請參見 James Boyle, *Intellectual Property Policy Online: A Young Person's Guide*, 10 HARV. J.L. & TECH. 47, 68 (1996); Jessica Litman, *the Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29, 30-33, 43 (1994)。

61 此派仍有二支不同的觀點，第一種觀點認為傳統著作權法之著作權範圍之解釋要注入新的思維以取代傳統之法價值，便於與數位科技時代接軌。例如：美國著名的著作權法學者 Litman 教授就認為在數位科技時代下，傳統之重製權已漸漸失卻其重要性，與其藉由擴大解釋重製權範圍而達成禁止大眾未經同意接觸(Access)著作之目的，倒不如於著作權範圍之解釋上著重於著作權人之著作是否被他人未經同意而為商業之利用(Commercial Exploitation)；另外，Ginsburg 教授則認為著作權法有關作者(Author)之相關權利於數位科技時代有重新再建之必要。相關見解，請參見 Jessica Litman, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19, 40-42 (1996); Pamela Samuelson, *Toward a "New Deal" for*

著作權法所未曾賦予的權限，數位科技時代的非法重製及傳輸盛行似不足正當化此一顛覆傳統法價值的解釋，顯然傳統著作權法下的利益平衡已趨崩解<sup>62</sup>。若更進一步限縮「著作合理使用」的適用，利益偏離的現象定會益形劇烈。因此在賦予暫時性重製之法律評價，不應採取「媒體中性」的概念，應仔細推敲，若將使用科技媒體及工作所形成技術上的「暫時性重製」該當於著作權法下之「重製」時，是否有危及著作使用者「接觸」(Access)著作的可能性，特別是非著作權法所保護的資訊或因保護期間屆至而著作財產權消滅之著作<sup>63</sup>？答案若為肯定，則應傾向將「數位暫時性重製」解釋為非著作權法所規範之「重製」。

本文對於暫時性重製的議題基本上支持後一立場，但有別於後立場的說理在於後立場由傳統著作權法所建立的利益平衡出發，本文乃從著作權法的基本價值及立法宗旨開展，討論此一議題。

雖然數位科技時代使得「傳統之著作使用」發生質變，著作使用者利用數位科技媒體或工具高品質、高效率及低成本的重製與傳輸，似已剝奪了傳統上著作權人專屬「管理」及「運用」著作的優勢，因而「著作權人」與「著作使用者」間的分野亦日益模糊<sup>64</sup>，或許著作權人之利益須特別進一步考究，但筆者認為支撐著作權法本身的基本價值並不會隨時代的變遷及數位科技的發展而有所變動，否則著作權法的立法正當性將會產生動搖而面

---

*Copyright in the Information Age*, 100 MICH. L. REV. 1488, 1495-1496 (2002); Jane C. Ginsburg, *Copyright Use and Excuse on the Internet*, 24 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1 (2000); Jane C. Ginsburg, *Copyright and Intermediate Users' Rights*, 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 67 (1999); Jane C. Ginsburg, *Authors and Users in Copyright*, 45 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1 (1997); Jane C. Ginsburg, *Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, and Copyright in Cyberspace*, 95 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1466 (1995)。第二種觀點則是由傳統著作權法的思維作延伸，透過解釋將新科技議題攝入，以因應數位科技時代的來臨，相關見解請參見 Fred H. Cate, *The Technological Transformation of Copyright Law*, 81 Iowa L. Rev. 1395 (1996); Fred H. Cate, *Law in Cyberspace*, 39 HOW. L.J. 565 (1996); Mark A. Lemley, *Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet*, 22 U. DAYTON L. REV. 547 (1997); Joseph P. Liu, *Owning Digital Copies: Copyright Law and the Incidents of Copy Ownership*, 42 WM. & MARY L. REV. 1245 (2001); R. Anthony Reese, *The Public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to the Controversy RAM "Copies"*, 2001 U. ILL. L. REV. 83 (2001)。

62 參見 Cate, *The Technological Transformation of Copyright Law*, *supra* note 61, at 1437; Cate, *Law in Cyberspace*, *supra* note 61, at 773-77; Lemley, *supra* note 61, at 549。

63 非著作權法保護之資訊包括構想(Ideas)及事實(Fact)等，參見我國著作權法第 10 條之 1。另外罹於保護時效的著作，因著作財產權已消滅，進入公共領域(Public Domain)，任何人均得自由利用之，參見我國著作權法第 43 條。

64 參見 Marshall Leaffer, *Protecting Author's Rights in a Digital Age*, 27 U. TOL. L. REV. 1, 6-7 (1995)。

臨挑戰。而此基本價值的上位概念是反映在著作權法的立法宗旨上。我國著作權法第一條便明白揭示著作權法的立法宗旨，著作權法之制定是「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展」，解釋上著作權法的最終目的在於藉由折衝著作權人與社會公益間利益衝突而促成國家文化發展，因此「保障著作人著作權益」僅為達到「國家文化發展」之必要手段，非著作權法之終極目的<sup>65</sup>，當著作權人之權益保護危及「國家文化發展」，勢必須向「社會公益」作適當的讓步。而「國家文化發展」目標之達成，除依賴新的「原始著作」不斷開展外，尚須憑藉「原始著作」無礙的流通及利用所形成的「第二次創作」，因此著作權法立法宗旨所代表的基本價值便隱含著二個不變的法理。第一個法理是反映在「著作合理使用」的概念上<sup>66</sup>，即當著作之利用在不影響著作權人對著作之正常運用且不過份危及著作權人的合理權益時，縱無著作權人之授權，本身並不構成著作權之侵權，以鼓勵利用「原始著作」來發展「第二次創作」。另一個法理在於當著作之利用在不違反著作權法保護著作人權益之規定下，乃是達到非侵權目的(Non-Infringement)所不得不然的過程時，該利用縱無著作權人之授權，亦為著作權法所須容忍的行為，避免著作權法受到扭曲而影響到「國家文化發展」的目標<sup>67</sup>。此法理亦可進一步延伸而論，當著作權法所保護之著作與著作權法所不保護之標的混合而成一整體之資訊組合時，因二標的分

65 參見謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，著作權法解讀，2005年2版，3-4頁。

66 著作之合理使用在現今各國著作權法體系上扮演著作財產權限制的角色，雖然在立法內容未必會出現「合理使用」(Fair Use or Fair Dealing)此一名詞，此由伯恩公約第9條第2項(三段式測試)，世界智慧財產權組織著作權條約第10條，世界貿易組織之與貿易有關之智慧財產權協定第13條，歐體2001著作權指令第5條第5項，美國著作權法第107條，以及我國著作權法第65條(合理使用原則)可得知。至於著作之合理使用在本質究為衡平上之抗辯，當著作權侵害時得以主張違法阻卻，或在解釋上，著作權法上合理使用根本不在著作財產權之權利範圍內，學說上有進一步論究之餘地，但在實務操作上似無區分之實益。

67 關於此一概念，筆者由美國著作權法之判決所啟發。在美國聯邦最高法院的判決 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417 (1984)中，揭示錄影機製造商製造及散布可供家庭錄製電視節目的錄影機並不構成著作權之輔助侵權(Contributory Infringement)，因家庭錄製之行為構成合理使用(Fair Use)，亦即錄影機製造商散布無專為侵權目的(Non-infringement)所製造的錄影機，不致危及著作權人的權益，尚不構成著作權之侵害。進一步析之，可得知美國聯邦最高法院之立場似在調合科技發展與著作權保護間之衝突，因為錄影機的開發乃視聽科技發展所必經之途，因為一般人常因工作或家庭因素無法配合電視節目的時間安排來欣賞節目，錄影機恰好可以讓無法如期觀賞特定節目之人有機會透過節目錄製，擇其空閒時間再由影帶播放來觀賞特定節目，此所謂「時間轉換」(Time Shifting)功能。再者，雖不可諱言，有心人亦可透過錄影機的功能從事非法重製著作之情事，但畢竟錄影機原本設計乃為「時間轉換」之科技目的，非專為「非法重製」為目的，若逕以錄影機具「非法重製」之可能而認其製造商侵害著作權，一方面未能確定是否錄影機之散布定然衝擊著作權人之權益，另一方面則恐有過分打壓科技之進展，因此難具說服力。



離不可能，致欲「接觸」(Access)及「使用」(Use)著作權不保護之標的必須同時利用著作時，該利用無需著作權人之授權<sup>68</sup>。

承上所論，著作權法背後存在的基本價值並不因時代的變遷與科技的發達而有所動搖，因此在解釋著作權法下「重製權」的權利範圍時，亦即檢討數位暫時性重製是否該當於重製權的涵攝範圍內，必須嚴格地遵循著作權法的基本價值而開展。由著作權法之上位基本價值所衍生的第一個法理而論，著作權法所規範之重製權解釋上應限於重製內容具有「使用可能性」的場合，此所謂「使用可能性」乃指著作重製者能依照物的通常用法使用重製內容，或者能將該重製內容依通常散布的方法使之進入市場與合法的重製物競爭。試想經非法重製行為所生之重製內容若無「使用可能性」，著作權人的市場優勢及利益將無被替代的機會，因而無礙於著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益，重製權似無法律上的正當理由規制此類重製行為，否則有不當擴張著作權法著作權人專屬權利之嫌。故當數位暫時性重製所產生的重製內容無「使用可能性」，或非透過高成本的特殊用法始有「使用可能性」時，應盡量將數位暫時性重製解釋為非於著作權法之重製權範圍內。

由著作權法之上位基本價值所衍生的第二個法理而觀之，若著作未經授權之重製並未抵觸著作權法規範目的，亦即專為「非著作侵權使用」的目的(Non-infringing)，而且「未經授權之重製」係為達到「非著作侵權使用」目的之唯一或少數的方法時，且經「未經授權之重製」達到的不致令重製者承受過多的成本負擔時，此「未經授權之重製」不應受著作權法之「非法」評價及歸責。畢竟「未經授權之重製」並非重製者之目的而是其達成「非著作侵權使用」之手段，不影響著作權人對著作之正常運用及其合法權益，若著作權

68 傳統美國著作權法有所謂的「合併原則」(The Merger Doctrine)，即當某種構想(Idea)只能被一種或少數限定的表達(Expression)所呈現，則該表達在法律的評價即為前述構想所吸收，失卻著作權法上保護之資格，因在此種場合下的表達已淪為思想概念的功能性所駕馭，若仍受保護則有保護著作權法原所除外的「構想」之嫌。關於美國法之「合併原則」，請參見 *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1880); *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675 (1st Cir. 1976)。此一原則及其延伸的概念近年來已運用到電腦程式著作之議題上。參見 *Lotus Development Corp. v. Borland Computer Int'l*, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995), *aff'd by an equally divided Court*, 516 U.S. 233 (1996); *Assoc. Int'l, Inc. v. Altai, Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992)。亦有學者，鑑於著作權之保護因數位科技時代來臨而將權利範圍擴張至接觸權(Access)，主張「類推適用」該原則至數位資料之接觸上，即當接觸非著作權法保護之資料，不可避免地必須同時接觸受著作權保護的著作時，應解釋為不構成著作權之侵害，參見 *Cate, The Technological Transformation of Copyright Law*, *supra* note 61, at 1446-47。關於前述原則之發展，就筆者之體會，當科技之工具或媒體之發明或使用為科技時代必然之結果時，只要科技之工具或媒體發明或使用不以侵害著作權為主要目的，縱使該發明或使用具有侵害著作權之可能性，應在特定情況下將該發明或使用解釋為不構成侵害著作權。

法過度強調「未經授權之重製」，而忽略了此「未經授權之重製」所欲達成之目的，不僅使得著作權法成為國家文化發展之障礙，也將令著作權法結構僵化而無法與時俱進，更值得注意的是，如此一來無形中更創造了著作權法基本價值遭受扭曲的風險，亦即著作權人動輒可利用著作權來保護自身在「非著作侵權使用」目的下的市場競爭利益<sup>69</sup>，將著作權的權利範圍不當地擴張至非著作權法所保護的標的上。故當未經授權的數位暫時性重製係為達到「非著作侵權使用」目的之唯一或少數的方法時，且經「未經授權之重製」達到目的始不致令重製者承受過多的成本負擔時，應盡量將數位暫時性重製解釋為非於著作權法之重製權範圍內。

在釐清著作權法所隱含之基本價值，並依此基本價值所延伸的法理重新詮釋著作權法之重製權後，茲逐一檢討數位科技時代典型的暫時性重製（隨機存取記憶體內的重製及快速存取所生之暫時性重製），以確認其在著作權法理上是否該當於著作權法所規範之重製，藉以觀察並預測未來新型數位暫時性重製在法律評價上可能之定位。

首先就隨機存取記憶體內的重製而言，該類重製乃現今數位科技為提高使用效率，應用於電腦程式使用(Application)、個人網路瀏覽(Browsing)及線上傳輸(Transmission)之當然結果。其主要的特色表現在重製是以「封閉」的方式形成，亦即隨機存取記憶體內的重製欠缺對外聯絡(Communication)的可能性，其角色充其量只是提供科技工具或媒體運作時所必要之消耗(Consumption or Usage)<sup>70</sup>。申言之，一般使用者(即透過使用科技工具或媒體而致使隨機存取記憶體內產生重製之人)依通常的使用程序並無進一步利用該重製內容之可能，亦無法將之散布或傳輸以進入市場。再者，隨機存取記憶體內所生之重製具有揮發性(Volatile)，隨個人電腦關機而告消解，又同時具有排擠性(Substitution)，因記憶體容量有限，一旦容量耗盡，將會釋放原存於記憶體內的重製內容，以配合科技工具或媒體的繼續使用，此二特性亦增加使用者再利用隨機存取記憶體內重製內容之困難度。基於前述隨機存取記憶體內重製之特性，顯然其並不足威脅著作權人於現有或潛在市場的利益。依著作權法上位價值所引伸的法理，重製權解釋上應限於重製物具有「使用可能性」，而就前論證所得之結論，隨機存取記憶體內所生之重製本身並無「使用可能性」，不應被評價為

69 *MAI System Corp.*案便曾被質疑乃原告藉暫時性重製的議題以打擊與其在電腦維修上競爭的電腦維修業者，但此點卻未在法庭所提出。值得一提的是，電腦維修業者於另一案中對於前案同一原告提出反托拉斯法(Antitrust Law)之訴訟，其主要的理由為電腦軟體之授權與電腦硬體設備之維修產生搭售(Tying)之情形而有獨占電腦硬體設備維修市場之嫌，違反美國反托斯法之雪門法(the Sherman Act)第1條及第2條，請參見 *Advanced Computer Servs. v. MAI Sys. Corp.*, 845 F. Supp. 356, 367-70 (E.D. Va. 1994).

70 參見 P. Bernt Hugenholtz, *Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying*, E.I.P.R. 2000, 22 (10), 485-86。

著作權法所規範之重製。縱使，隨機存取記憶體所生之重製被評價為著作權法所規範之重製，但由於該類重製所欲達成之目的乃在於科技工具或媒體有效率的使用，非「著作侵權使用」目的，而就現今科技進程而言，隨機存取記憶體內所生之重製為有效運用科技工具或媒體所必經之途，其重製行為被非「著作侵權使用」目的所吸收，依著作權法理，在法律上不應評價為「重製」<sup>71</sup>。

另一個數位暫時性重製議題（快速存取）則較具爭議性<sup>72</sup>。爭議性主要來自快速存取所生之暫時性重製與隨機存取記憶體內之重製相歧之特質。一方面快速存取（無論是伺服器快取或客戶端快取）其所產生的重製現象乃是屬於「開放式」的重製，即網路瀏覽者、電腦使用者，甚至伺服器經營者，都有機會透過伺服器或個人電腦的暫存檔接觸(Access)該重製內容，並可能將之為進一步的利用（永久重製、網路傳輸或利用其他對外聯絡的方法對外散布而使之進入市場）。另一方面，就現今網路科技的運用而言，隨機存取記憶的應用較快速存取技術的設置具有較高的必然性與不可避免性，以及較低的替代性，畢竟改善網路擁塞的方法並不限於採取快速存取的技術，且特別是伺服器快速存取，通常利用快速存取的技術所產生高效率的網路連結以吸引網路瀏覽者透過特定網站來進行網路瀏覽，實含有特定的營利意涵，並非僅為技術上之考量，其於技術必然性上較不具說服力。此外，相對於隨機存取記憶體重製之「揮發性」，無論是電腦使用者或伺服器經營者，對快速存取下的重製的留存久暫均有其控制能力，與其說其屬於「自然」的暫時性重製，不如說其為「人為」的暫時性重製，其與科技工具或媒體的不可分性便有弱化的現象。

另外，快速存取所生之重製是否該當於著作權法所規範之重製，仍須透過著作權法的上位基本價值所衍生的法理檢驗之。前已述及，快速存取所生之重製是屬於「開放式」的重製，有別於隨機存取記憶體內之重製，故其具有較高的「使用可能性」，亦即伺服器經營者、電腦主機所有者或網路瀏覽者有比在隨機存取記憶體內重製之情形較高的機會利用

71 學者陳錦全教授與筆者立場相仿，雖然立論之理由及論證基礎不盡相同，請比較陳錦全，論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題（下）—從 MAI v. Peak 案談起—兼論對網路環境的影響，智慧財產權，第 15 期，2000 年，120-128 頁。亦請參見陳錦全，論暫時性重製，私立輔仁大學法律學研究所博士論文，2005 年；陳錦全，論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題（上）—從 MAI v. Peak 案談起—兼論對網路環境的影響，智慧財產權，第 13 期，2000 年；陳錦全，論 RAM 中暫時性儲存之著作權問題（中）—從 MAI v. Peak 案談起—兼論對網路環境的影響，智慧財產權，第 14 期，2000 年。

72 此類暫時性重製多數學者較不認同其得脫免於著作權法下重製權之範圍，請參見 I. Trotter Hardy, *Copyright Owners' Rights and Users' Privileges on the Internet: Computer RAM "Copies": A Hit or a Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns*, 22 DAYTON L. REV. 423 (1997); P. Bernet Hugenoltz, *DIPPER Legal Report—Copyright Aspects of Caching*, at 21-23 (1999), available at <http://www.ivir.nl/publications/hugenoltz/PBH-DIPPER.doc> (last visited April 5, 2008)。

快速存取所生之重製，或傳輸、散布給大眾。由此推知，似有強大的正當化理由將快速存取所生之重製涵攝於著作權法所規範之重製，但畢竟重製內容之「使用可能性」尚須回歸判斷是否重製內容之使用將影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益，始有其法律上之評價意義，又現今快速存取技術的設計常隨使用者或經營者的需求不同而有其差異，其所產生重製內容之內涵及品質未必對著作權人之合法重製物有取代的效果，縱然重製內容有其「使用可能性」，未必影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益。基於快速存取技術並不純然以重製為主要目的，有其特殊的功能目的，筆者認為在判斷快速存取所生之重製是否該當於著作權法所規範之重製時，在解釋重製內容之「使用可能性」上，應特別考慮此類重製是否能替代原合法重製物而影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益。在此論理下，未經同意之快速存取重製是否構成重製權之侵害，並不能一概而論。

但從另一個角度言之，快速存取之重製目的在於提高電腦及網路使用的效率，並解決網路擁塞的問題，即使有其商業利益之考量，終究非以達成「著作權法之侵權目的」，且以現今科技現況而論，快速存取雖並非是唯一解決網路使用效率的方法，但為少數方法中較具經濟及實用考量的方法，縱然快速存取之重製具有「使用可能性」，可能該當為著作權法之「重製」，由於快速存取之目的在於非著作侵權之目的，其原本可能構成侵權之重製，為非著作侵權之目的所吸收，在解釋上，此類重製不致影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益，應不在著作權法之重製權的範圍內。

因此，由快速存取之重製而論，雖重製人或第三人有可能使用其重製內容之可能，此基於快取功能性之重製內容礙於伺服器主機的儲存空間及內容呈現技術，能否在市場上確然產生對原著作之替代效果，而使該重製內容具「使用可能性」，尚有討論的空間，但快速存取本身在現今網路科技運作的效率及使用經濟上具有重要的地位，快速存取執行所生之重製與其科技目的密不可分，快速存取之重製具有非著作侵權之目的，至為明顯，且前述之科技目的若採取快速存取以外之替代方案為之，就現今網路科技而言，似乎令網路經營者承擔過重的營運成本。基於以上論述，依筆者之見解，原則上重製內容於著作權法之法律評價上似不應與隨機存取記憶體內的重製有所區別，而宜認為其非立於著作權法重製權之範圍內，當然，若快速存取之重製對於原著作產生顯著的替代效果，縱該重製係基於「非著作侵權之目的」，其在法律評價上是否在於著作權法之重製權的範圍內，尚須衡量該重製於「非著作侵權之目的」所帶來的公共利益，與該重製替代原著作對於著作財產權人所生之負面效果，作一最終之判斷。

## 陸、檢討並評論我國著作權法第二十二條之相關規定

據本文前章由著作權法之基本價值以討論數位暫時性重製所得之結論，只要暫時性重製本身欠缺一般使用下的可利用性，或其產生乃出自科技上必然且非著作侵權之目的，均應排除於著作權法重製權之規制範圍外。此一結論實乃奠基於伯恩公約解釋重製權範圍之「三段測試法」，亦即在不影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益下，就特定數位暫時性重製所給予的特別法律評價。由此觀之，就數位暫時性重製議題而言，國際智慧財產權組織著作權條約原所提之第七條草案較能符合伯恩公約解釋重製權範圍之基本價值與精神，歐盟法透過設定較嚴格的要件已經限縮了數位暫時性重製排除於重製權外之可能<sup>73</sup>，亦同時增加在解釋及評價「伺服器快速存取」所生之暫時性重製時之困難及矛盾<sup>74</sup>。不可否認，我國在暫時性重製議題之相關立法乃參酌歐體 2001 年著作權指令之體例<sup>75</sup>，因此必然承繼歐盟法偏離伯恩公約精神之面相。不過，依筆者之見解，雖從我國著作權法相關立法之表面文義上似難使其扭轉而回歸伯恩公約之價值判斷，但得透過法解釋為之，即當數位暫時性重製本身欠缺一般使用下的可利用性，「或」其產生乃出自一科技

73 參見本文第 17-19 頁關於歐體相關指令之分析，及其註解。

74 歐體 2001 著作權指令既然在解釋上包括代理伺服器快速存取(Proxy Caching)，但由代理伺服器快速存取所生之暫時性重製之性質觀之，該暫時性重製似無法符合歐體 2001 著作權指令第 5 條第 1 項所列舉之要件以排除於重製權範圍外，若針對世界智慧財產權組織著作權條約原起草之第 7 條第 2 項而論，在解釋上或有可能不受重製權之規制，關於此點，請參見本文第 26-27 頁關於快速存取所生之暫時性重製之法理論證。

75 我國於民國 92 年修正著作權法第 3 條第 5 款有關重製之定義，使其包括暫時性重製，並修正第 22 條，增訂第 3 項及第 4 項將特定之數位暫時性重製排除於重製權之範圍外。民國 93 年再度修正第 22 條第 3 項及第 4 項，將「專為網路中繼性傳輸」改為「專為網路合法中繼性傳輸」，並把「使用合法著作」改為「合法使用著作」。關於修正之評析，請參見章忠信，著作權法逐條釋義，2007 年，72-74 頁；章忠信，九十二年新修正著作權法簡析，月旦法學雜誌，第 103 期，2003 年，106-107 頁；章忠信，九十三年修正著作權法之析疑，萬國法律，第 139 期，2005 年，94 頁。亦請參見羅明通，著作權法(I)，2005 年 6 版，455-462 頁。其實，我國著作權法在此議題上會採取歐盟法的立法模式而不考慮美國法發展方向，是可以理解的，因為無論在美國著作權法或其判決均未明確建立暫時性重製的例外，對於著作權法於著作權人與著作使用者間所維持的利益平衡上會產生模糊的灰色地帶。但這不代表美國法於此議題上不必要作為我國法參考及借鏡，一方面未來於聯邦判例法在此議題的進展仍值得觀察，另一方面，若未來科技實務產生新型態的暫時性重製，而無法就著作權法第 22 條第 3 及 4 項之解釋而定位為暫時性重製之例外，但確有令其為暫時性重製之例外之實益時，美國著作權法第 107 條所揭示的「合理使用原則」，及其長期累積的判決詮釋，便可作為我國著作權法第 65 條解釋「合理使用」的參考，以將此類新型態暫時性重製解釋為「合理使用」，不構成重製權之侵害行為。

上必然且非著作侵權之目的時，應儘量將之解釋為符合我國著作權法第二十二條第三項之要件，以排除重製權之規制。以下，本文就我國著作權法第二十二條第三項及第四項規定予以檢討並評論<sup>76</sup>。

## 一、我國立法模式仿照歐盟法可能之缺失

在數位暫時性重製議題上，歐盟法的優點在於一方面承襲伯恩公約的原則，將著作權法所規範的重製包括暫時性重製，另一方面為了使著作權的保護不致造成科技發展的阻礙，特地在本文外設立例外，令隨機存取記憶體內的重製及快速存取所生重製排除在重製權的範圍外。但依筆者見解，此種建議的立法模式（以本文揭示著作權法重製包括暫時性重製，但以例外的條文將特定數位暫時性重製除外）有其缺失存在，此一缺失將隨我國參考歐盟立法以修訂著作權法第二十二條而移植到我國著作權法體系內。歐盟法的缺失反映在暫時性重製的舉證責任上。依照歐盟法或我國著作權法第二十二條之規定，科技工具或媒體的經營者或使用人須證明其所致使之數位暫時性重製符合「專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟價值」之要件，否則經營或使用科技工具或媒體所生之暫時性重製依條文解釋即有構成著作權法下重製權侵害之風險。就此舉證責任，雖對具有數位科技專業職能的網路服務提供者尚不構成威脅，但對一般科技工具或媒體的使用者將是個沈重的負擔。隨未來數位科技發展，可以預期的，數位暫時性重製的產生絕不限於隨機存取記憶體內之重製，隨機存取記憶體內之重製議題業經實務上的反覆討論，及立法確認其為著作權法下重製權之例外，或許隨機存取記憶體內之重製對於一般使用者而言，舉證責任似不會是一個重要的衝擊，但未來因科技發展而形成的新型數位暫時性重製，縱其具有類似隨機存取記憶體內重製的特性，在引發

76 由於就筆者目前所蒐集的資料而言，我國現今司法實務數位暫時性重製的相關案例較之美國相形不足，故以下之檢討及評論僅限於法制面及法理面，並無適當的判決案例以資印證，特此說明。筆者會繼續觀察未來我國司法實務在此議題上之發展。特別一提，就筆者所蒐集的相關案例而言，在暫時性重製的議題上，或觀念有誤，或並未深切提及該議題之核心。例如，其中一案例，有營利業者將未經授權之錄音著作或美術著作上傳(uploading)至其伺服器上，以供付費使用者瀏覽或試聽，此涉及我國著作權法之重製行為（第 22 條）及公開傳輸行為（第 26 條之 1）。未料，該營利業者（被告）竟以付費使用者於瀏覽或試聽其伺服器所載之著作物時於個人電腦所生之「暫時性重製」，為我國著作權法第 22 條第 3 項為抗辯。此抗辯顯有誤解，真正適格的抗辯者應為付費使用者，而非該營利業者。法院最後雖不接受此抗辯，認為該暫時性重製非著作權人所合法授權，且具有獨立經濟意義（因被告向使用者收費），但顯然法院亦未釐清主張第 22 條第 3 項之適格主體，有待檢討，或許筆者應另撰專文評論之。前述案例，請參見臺灣高等法院 96 年度上易字第 1165 號刑事判決，法源法律網，<http://db.lawbank.com.tw>。

實務上重視並論辯之前，如何能期待無網路科技相關專業知識的一般使用者能證明該新型的數位暫時性重製符合著作權法第二十二條第二項的除外規定，由此觀之，歐盟法的立法模式無異架空一般使用者得主張著作權法數位暫時性重製除外規定的權利，同時亦動搖了數位著作權法透過排除使用科技所必然且對著作權人無重大危害之重製於重製權範圍外而建立之法益均衡。

## 二、將電腦程式排除適用純屬對歐盟法之誤解

根據我國著作權法第二十二條第三項但書，電腦程式著作並不適用暫時性重製的除外規定，亦即使用電腦程式著作所產生之必要且不具獨立經濟意義之暫時性重製（例如：啟動電腦應用程式所生之隨機存取記憶體內之重製），仍為著作權法下重製權之保護範圍內。因為電腦程式的使用乃數位科技時代重要且不可或缺的一環，其理由殊難理解<sup>77</sup>。探究該條但書的立法理由<sup>78</sup>，因歐體 1991 年電腦程式法律保護指令第五條第一款已將此類情形規定為重製權的限制，加之我國著作權法第二十二條第三項是參考歐體 2001 年著作權指令之立法例而修訂，故我國著作權法以但書的方式將電腦程式著作排除適用。依筆者之觀察，我國著作權法第二十二條第三項的修訂，顯然誤解了歐盟法體系的安排，致使在移植特定歐盟法的同時忽略了併同參考其他相關立法，進而令適用上無法周全。首先要闡明的是，歐體 1991 年電腦程式法律保護指令及歐體 2001 年著作權指令二者就其所規範的標的而併行存在，相互間不衝突，而歐盟各國俱應按指令所要求的內容，反映到各國立法上，因此歐盟各國在處理電腦程式應用所生之暫時性重製議題，國內法將依照歐體 1991 年電腦程式法律保護指令的規定立法為之，而處理電腦程式應用以外之暫時性重製議題，則按歐體 2001 年著作權指令立法為之，由此可知，關於處理暫時性重製議題，在歐體 1991 年電腦程式法律保護指令與歐體 2001 年著作權指令的和諧指導下，歐盟各國在法律適用上頗為周全。反觀我國著作權法對於暫時性重製的立法似乎未細察歐體 1991 年電腦程式法律保護指令及歐體 2001 年著作權指令間相互補充的關係，在參考歐體 2001 年著作權指令第五條第一項的體例以增訂著作權法第二十二條第三項時，以電腦程式使用所生之暫時性重製非歐體 2001 年著作權指令第五條第一項之規範內容為由，藉但書排除電腦程式著作之適用，而在歐體 1991 年電腦程式法律保護指令相關規定又未移植至我國著作權法之情形

77 藍弘仁律師亦有此質疑。請參見藍弘仁，我國著作權法於關於「暫時性重製」修正對於電腦程式著作影響之評析，月旦法學雜誌，第 105 期，2004 年，116 頁。

78 參見九十二年著作權法新舊條文對照及說明，載於 [http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright\\_news/920710/](http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_news/920710/) 九十二年著作權法新舊條文對照及說明.doc（最近瀏覽日民國九十七年四月五日）。

下<sup>79</sup>，我國著作權法在處理數位暫時性重製的議題上便產生不必要的漏洞，即電腦程式使用所生之暫時性重製於著作權法至今尚無明文之規定。此一情形之發生決非歐盟法當初在處理數位暫時性重製議題之本意，而是我國法在立法時對於歐盟法之誤解。雖然依據我國著作權法第六十五條，前述關於電腦程式著作之數位暫時性重製在一定之情形下仍得被解釋為合理使用而不構成重製權之侵害，但依筆者之見解，在第二十二條第三項下直接處理電腦程式著作之數位暫時性重製議題，較之第六十五條有較高的確定性，且較能凸顯電腦程式著作之數位暫時性重製之科技功能特性。

### 三、類型分類上之質疑

我國著作權法第二十二條第三項參照歐盟法體例將適於主張暫時性重製除外規定的型態限於二類，一類為「網路合法中繼性傳輸」，另一類為「合法使用著作」。因為得主張排除重製權規範的暫時性重製，本身為操作科技工具或媒體之必然產生之結果，性質上又不具獨立經濟意義，並不會對著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的權益有所不當的影響，是故前述類型的區分僅在使科技工具或媒體之經營者或使用者就其所生之暫時性重製樣態能有所了解而便於主張其豁免重製權侵權，特別是對於未來隨科技進展而可能形成的新型態的暫時性重製。此一區分依筆者之見解在法律上並無實質的重大意義存在。但為避免未來第二十二條第三項解釋適用上的困難，檢討其分類及內涵仍有其實益。由於我國著作權法第二十二條第三項乃移植歐體 2001 年著作權指令第五條第一項的體例而成，故還原探究歐盟法對暫時性重製的分類有其必要。歐體 2001 年著作權指令第五條第一項將適於主張重製權例外的暫時性重製分為“a transmission in a network between third parties by an intermediary”以及“a lawful use”，前者在我國著作權法第二十二條第三項即為「網路合法中繼性傳輸」<sup>80</sup>，後者則為「合法使用著作」。由“a transmission in a network between third parties by an intermediary”本身的文義觀之，此類型著重於以中間人為媒介的網路傳輸所生之暫時性重製，因此解釋上伺服器快速存取所生之暫時性重

79 立法理由僅以「惟合法使用電腦程式著作過程中所為之暫時性重製，參考歐盟一九九一年電腦程式指令第五條第一項規定係屬合理使用，故該項暫時性重製仍屬重製權之範圍，爰於同款增訂但書排除之。」說明其排除電腦程式著作之理由，並未提及為何歐盟一九九一年電腦程式指令（歐體 1991 電腦程式法律保護指令）認其為合理使用，我國法即定然肯認其為合理使用？以及在我國法下要如何處理此類暫時性重製？

80 於此須特別說明的歐體指令所提及的“a transmission in a network between third parties by an intermediary”，真正的字義為「網路中繼性傳輸」，並未如我國著作權法第 22 條第項所稱「網路合法中繼性傳輸」，由此點觀之，我國著作權法雖參考歐盟法的體例，但並未完全繼受歐盟法。



製，以及網路封包傳輸中因跨越數個伺服器而在各個伺服器所留存的隨機存取記憶體重製，均屬之，由此，我國著作權法第二十二條第三項關於「網路合法中繼性傳輸」所生之暫時性重製亦應作相同之解釋。至於個人透過電腦主機的使用上網瀏覽所生隨機存取記憶體內之重製，解釋上宜屬於「合法使用著作」所生之暫時性重製。故我國著作權法第二十二條第四項便不無重新檢討之餘地。

#### 四、將「合法」列為適用要件之不宜

依據我國著作權法第二十二條第三項，必須是「合法」的「網路中繼性傳輸」或「合法」的「使用著作」所產生之暫時性重製，才能舉證重製權之除外。換言之，從目前科技工具或媒體的發展言之，只有在瀏覽、傳輸或應用「合法」的著作的條件下，所產生隨機存取記憶體內之重製及伺服器快速存取重製始有可能在著作權法下的重製權規範外<sup>81</sup>。但此一「合法」要件在解決暫時性重製議題上是否有其必要，值得進一步探討。既然著作權法第二十二條第三項已明定得自重製權排除之暫時性重製本身須具備的要件，包括重製的必然性（「專屬網路合法性中繼性傳輸或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附屬性」）及重製的無害性（「不具獨立經濟意義」），重製的必然性即揭示了重製的發生乃專為達到科技使用的特定目的，具「非著作侵權使用」的本質。另外，重製的無害性亦呈現出其重製內容並無「使用可能性」。綜合以上二特性，可明確得知，符合該二特性的暫時性重製實質上並不會影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益，因此「網路中繼性傳輸」或「使用著作」上是否「合法」已非處理暫時性重製議題所必要考慮之點。再者，若堅持「合法網路中繼性傳輸」或「合法使用著作」所生的暫時性重製始不構成重製權之侵害，在某些情形之下可能加深了著作財產權各專屬權利間種類的混淆性及功能重疊性<sup>82</sup>，因為將「合法」要件加諸於特定暫時性重製上以排除重製權的規

81 「合法使用著作」之意涵應指在合法授權的範圍內或符合「合理使用原則」下使用合法著作。未經授權重製之非法著作很難想像有「合法使用」的空間。

82 著作權法之著作財產權於數位科技時代常有功能重疊的現象(Overlapping)（但非必然），以我國著作權法第26條之1所明定之「公開傳輸權」為例，其性質在某些層面上可能隱含了傳統的重製權（第22條）、散布權（第28條之1）及相關公開傳達之權利（第25、26及27條）。功能重疊的現象經常衍生出二個潛在的問題，一為如何區辨各著作財產權之權利範圍之分際，另一是著作權授權之權利金(Royalty)如何分配至各著作財產權上方不致有過度補償之現象，功能重疊的現象愈複雜，此二問題所涉及之交易成本(Transaction Cost)愈高。若數位暫時性重製僅限於「合法」的數位暫時性重製始得主張重製權之例外，則將會使得著作財產權功能重疊的現象更加劇烈。此點可從三方面說明之，第一，對於非法使用著作，或非法之網路傳輸，著作權人本可利用著作權法所規定之重製權（追究非法著作之原重製者）或公開傳輸

範，在某種程度上等同於要求藉暫時性重製議題的處理以達到其他著作財產權本身應達到的目的，甚至無形中創造了原著作權法所未規定之權利。最後，一般而言，網路的瀏覽者或伺服器的經營者在透過電腦主機或伺服器執行瀏覽或快速存取的功能時，以目前的著作權管理制度而言，根本無從辨別其所瀏覽或快速存取的內容是否經合法授權，如果僅以所瀏覽或快速存取的內容是否合法來斷定暫時性重製是否於重製權範圍內，無異將法律評價繫於射倖的事實行為上，實無法律上的正當性。

## 柒、未來修法或解釋違卹的建議：代結論

### 一、修法之建議

#### (一) 立法結構宜採本文除外模式

承前所述，我國著作權法第二十二條關於暫時性重製的議題參考歐盟法例之立法結構，將未來隨科技演變而可能產生的新型態暫時性重製之舉證責任加諸於科技的使用者上，對於不具科技專業的使用者而言，無異是架空其主張暫時性重製免責的權利，使得立法設計上平衡利益考量的美意蒙上一層陰影。依筆者之見解，我國將來修訂著作權法時不妨參照荷蘭及北歐於 1996 年世界財產權組織外交會議所提議的立法模式<sup>83</sup>，將符合第二十二條第三項條件的暫時性重製，直接從重製權的範圍除外，亦即此類暫時性重製不構成著作權法重製權之侵害。因此若著作權人欲主張特定暫時性重製屬於著作權法之重製權範圍內時，須自行證明其所主張的特定暫時性重製不具著作權法第二十二條第三項所揭示之要件。此一立法結構將暫時性重製的舉證責任轉置給對科技專業較為熟識的著作權人，在法益的考量上自比現行法採取歐盟法例較為周全。

#### (二) 刪除「電腦程式」之除外規定

我國著作權法第二十二條第三項將電腦程式著作除外適用，就筆者前述之分析，乃出

---

權（追究非法著作之散布者）而保障其法益，實無必要另行追究暫時性重製以求得救濟。第二，承前，著作權人既無必要追究暫時性重製以求得救濟，就權利金而言，重製權及公開傳輸權授權之權利金即保障其權益，若就未經同意所生之「非法暫時性重製」加收事前權利金，或求得事後之損害賠償，似有過度補償之嫌。第三，「非法暫時性重製」之規定創造了傳統著作權法所未有的權利，因為在此規定下，縱使某人侵害著作權人之重製權或公開傳輸權，著作權人亦無須僅向非法重製者或非法散布者追究，亦可向非法著作之使用人或非法傳輸之接收人請求損害賠償。關於著作財產權於數位科技時代之功能重疊現象與可能解決之道，請參見 Lemley, *supra* note 61, at 578-82。

<sup>83</sup> 參見 WIPO, *Amendment to Article 7 of Draft Treaty N°1 and to Articles 7 and 14 of Draft Treaty N°2*, *supra* note 14。

於對歐盟法結構的忽略或誤解。其彌補之道可透過修法將此除外文句刪除，令電腦程式使用者對於使用過程中所生的暫時性重製，能有主張著作權法第二十二條第三項的機會，否則我國法對於暫時性重製議題的處理上將會有嚴重的漏洞產生。

### （三）第二十二條第四項例示之再調整

未來立法為使第二十二條第三項所示之暫時性重製能明確例示，避免誤解，便於當事人主張，應將第四項的內容重新改寫，並依「網路中繼性傳輸」或「使用著作」二類情形給予適當的例示。「網路中繼性傳輸」所生的暫時性重製應以中間人為媒介的網路傳輸所生之暫時性重製為中心，因此伺服器快速存取所生之暫時性重製，以及網路封包傳輸中因跨越數個伺服器而在各個伺服器所留存的隨機存取記憶體重製，均在其列。網路瀏覽所生隨機存取記憶體內之重製應出自「使用著作」，而非「網路中繼性傳輸」。

### （四）自「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」等文句刪除「合法」二字

綜前之論述，基於「網路中繼性傳輸」或「使用著作」上是否「合法」非處理暫時性重製議題所必要考慮之點，再者，將此「合法」因素加入暫時性重製議題之考量以決定得否主張我國著作權法第二十二條第三項重製免責之權利，似有超越該議題本身欲達目的之嫌，最後，通常伺服器經營者或網路瀏覽者於從事網路活動時未必能於初始即探知所暫存或瀏覽之內容是否已受著作權人之授權，立法上並無正當的立場將第二十二條第三項所揭示之合法暫時性重製限於「合法網路中繼性傳輸」或「合法使用著作」所產生者。因此，筆者建議於未來修法時可將「合法」二字分別由第二十二條第三項所示之「合法網路中繼性傳輸」或「合法使用著作」文句移除，以回歸暫時性重製議題應有的利益及價值衡量。不過，由第二十二條第三項所示之「合法網路中繼性傳輸」，其中「合法」二字乃我國順應美方的建議所增列者<sup>84</sup>，且「合法使用著作」中之「合法」源自歐盟法之規定<sup>85</sup>，我國欲不顧國際現勢及壓力而強行自行修訂，頗為不易，依筆者之見解，不妨透過解釋，以限縮「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」二文句在暫時性重製議題上所可能產生之不合理現象，作為另一替代之方案，或屬可行。至於如何透過法律解釋以緩解法條文義表面所隱含的不合理現象，下節將會詳細論述。

84 參見章忠信，九十三年修正著作權法之析疑，同註75，頁94。

85 參見註52。我國著作權法之「合法使用著作」乃源自於歐盟著作權指令第5條第1項所謂之“Lawful Use”，在解釋上“Lawful Use”包括在合法授權的範圍內或符合特定「合理使用」下使用合法著作。至於在數位暫時性重製的議題上，歐盟法將重製權之特定限制建立於“Lawful Use”上，而我國著作權法第22條第3項予以承繼置入，對“Lawful Use”之必要性，筆者抱持懷疑態度，理由請參見本文第32-33頁之論析。

## 二、修法前解釋適用之建議

### （一）數位暫時性重製的舉證責任方面

在著作權法第二十二條仿照歐盟法而形成立法結構下，前已述及，第三項的舉證責任在於科技工具或媒體的使用者，而非著作權人。依傳統民事訴訟法的法理，關於權利障礙的舉證應由主張權利障礙的當事人<sup>86</sup>，而在著作權法第二十二條第三項即為著作權法重製權之權利障礙抗辯，由此解釋，科技工具或媒體的使用者在訴訟程序上亦該當為著作權法第二十二條第三項的舉證負擔者。但近來民事訴訟法的發展，在舉證責任的分配上已不再完全受實體法所拘束，在民事訴訟法上常斟酌訴訟當事人的利益及能力以決定舉證責任之分配，我國民事訴訟法第二百七十七條但書即是明證<sup>87</sup>。鑑於科技工具或媒體的使用者本身舉證未來新型暫時性重製的困難性，未來法院依民事訴訟法第二百七十七條但書將著作權法第二十二條第三項舉證責任轉置於著作權人，並非無可能。

### （二）緩解「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」中「合法」文義所產生不當的效果方面

#### 1. 擴張解釋「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」中「合法」文義

若修法前或礙於國際現勢無法刪除「合法網路中繼性傳輸」及「合法使用著作」之「合法」二字以解決文義衍生之不必要且不合理的效果，依筆者之見解，不妨可透過法律解釋將「合法」二字予以擴張，超脫傳統著作權法認定「合法」的窠臼，以達處理暫時性重製的規範目的。就著作權法而言，「合法」的觀念繫於著作的利用是否經著作權人之同意，或縱未經著作權人同意，著作之利用合於「合理使用」的條件。但在處理暫時性重製的議題上，筆者認為「合法」的解釋上似應傾向以網路瀏覽者或伺服器經營者本身的「非侵權目的」為斷，只要網路瀏覽者或伺服器經營者本身並無干涉所瀏覽或暫存資料的可能，且未積極參與可能的著作侵權活動，即使所瀏覽或暫存資料乃非法重製物，亦應解釋為著作權法第二十二條第三項所謂之「合法網路中繼性傳輸」或「合法使用著作」，方符合第二十二條第三項本身的規範意旨，否則得於豁免重製權的數位暫時性重製將會被不合理的限縮。

#### 2. 妥善運用著作權法第六十五條合理使用原則

縱使在著作權法第二十二條第三項所謂之「合法網路中繼性傳輸」或「合法使用著

86 參見王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2005年，404頁。

87 我國民事訴訟法第277條：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定或依其情形顯失公平者，不在此限。」

作」僵化的文義限制下，部分數位的暫時性重製可能因「合法」的字句所拘束，無法擺脫重製權的規範，但基於先前所論述，只要暫時性重製之產生，其重製內容不具「進一步利用的可能性」，且該重製內容產生非基於「侵權的目的」，當不致影響著作權人本身對著作本身的正常運用及其合理的法益，因此較易依據著作權法第六十五條主張著作之合理使用而豁免重製權之侵害<sup>88</sup>。但著作權法第六十五條合理使用原則亦有其潛在的缺陷存在，該條文的法律效果繫於個案的判斷，即不同法官在解釋合理使用原則時可能斟酌的要點不同而有不同的結論<sup>89</sup>。筆者認為此不確定的法效常為合理使用原則的適用上增添幾分負面的效果。

### （三）解決「電腦程式」之暫時性重製議題

#### 1. 嘗試利用默示授權理論或目的讓與理論

英美法的「默示授權理論」(Implied Licensing)以及德國法的「目的讓與理論」(Zweckuebertragungstheorie)雖基本法理不盡相同，但在著作利用範圍的決定上有著彈性的補充解釋功能，特別是當某些著作利用內容雖未由授權契約當事人明示，但是該內容為授權之著作利用所不可或缺者，排除在授權之外將失卻著作利用之經濟意義，或授權之目的難以達成，此時原未明定之著作利用在法律的解釋上應隱含在授權契約內<sup>90</sup>。我國著作權法第二十二條第三項雖將電腦程式著作除外，但透過「默示授權理論」或「目的讓與理論」在我國法上之解釋，似可認為因隨機存取記憶體內之重製就現今科技而言乃執行電腦程式所必需之過程，因此當使用者合法取得電腦程式時，就授權契約的解釋而言，隨機存取記憶體

88 雖然美國學者 Cate 教授指出於數位電子時代，著作權法之合理使用原則在重製權之侵害上較難以發揮，但筆者認為此見解乃基於一個前提，即重製與暫時性重製於法律評價上不予區分，此一前題在本文的論證下似乎未必能成立。依筆者之見解及本文之論證，在不應屬於重製權範圍內之特定暫時性重製，縱使無法符合我國著作權法第 22 條第 3 及 4 項的解釋而成為重製權之例外，但因其重製內容無使用之可能，且重製目的乃非著作侵權之目的，故而重製內容並未對原著作之現在或潛在市場產生重大威脅，似仍可主張第 65 條的合理使用。關於 Cate 教授的觀察，請參見 Cate, *The Technological Transformation of Copyright Law*, *supra* note 61, at 1423-27。

89 參見 Lemley, *supra* note 61, at 566-67。

90 我國引進德國法的「目的讓與理論」於實務上之實踐，請參見最高法院 86 年度台上字 763 號民事判決，法源法律網，<http://db.lawbank.com.tw>。學者對認為「目的讓與理論」乃德國法之產物，依法理適用於個案時應將「目的讓與」更名為「目的授權」較為妥適，參見羅明通，著作權法（II），2005 年 6 版，64 頁。至於「默示授權理論」尚未見諸於我國司法實務上，但前述最高法院判決中在適用「目的讓與理論」時曾提及「默示授權」，顯然有將「目的讓與理論」與「默示授權理論」等同視之，其間值得再斟酌。關於前述最高法院判決之評釋及對於引進德國法的「目的讓與理論」的反省，請參照蔡明誠，結合著作與契約目的讓與理論—評最高法院 86 年度台上字第 763 號民事判決，資訊法務透析，1997 年 7 月，23-24 頁。

內之重製應在著作權人的默示授權範圍內，或該授權契約之授權目的內，即電腦程式之著作權人在法律上必須容忍此類暫時性重製，不得主張重製權的侵害<sup>91</sup>。

## 2. 彈性解釋著作權法第五十九條

我國著作權法第五十九條從文義上觀之，其並非為處理暫時性重製議題所制定，因該條文是關於合法電腦程式重製物所有人非經同意的重製行為，或許在解釋上有彈性的空間去涵括使用電腦程式所生的隨機存取記憶體內之重製，但必須承認此種解釋的困難度較大，畢竟使用電腦程式所生隨機存取記憶體內之重製較難符合條文所示「備用存檔」之目的<sup>92</sup>。

## 3. 妥善運用著作權法第六十五條合理使用原則

著作權法第六十五條合理使用原則在處理使用電腦程式所生隨機存取記憶體內之重製上，亦扮演著重要的角色，可以適當彌補著作權法第二十二條第三項將電腦程式除外的缺憾。使用電腦程式所生隨機存取記憶體內重製依其性質當可該當著作權法的「著作合理使用」<sup>93</sup>。但如前所述，合理使用原則本身的法效不確定將影響適用上的穩定性。當然，筆者在此之結論可以預見將會引起一定程度之質疑，尤其在非法電腦程式著作重製物之暫時性重製上，亦即非法電腦程式重製物之暫時性重製是否能通過我國著作權法第六十五條之檢驗？其實，就筆者之見解而言，因為如本文前揭論述，電腦（包括個人電腦或伺服器主機）中之隨機存取記憶體具有閉鎖特性及強大功能目的，即隨機存取記憶體之重製內容一方面無法永久存在，常因電腦關機或隨機存取記憶體之容量滿載而揮發消失，另一方面，一般使用者不易就隨機存取記憶體內取得重製內容，縱能取得亦無法確保重製內容乃是完整的內容或具有一定市場的品質，就此而言，隨機存取記憶體內之重製內容對原電腦程式

91 但所取得之電腦程式重製物若為非法軟體時，則將無法適用「目的讓與理論」。

92 我國著作權法第 59 條第 1 項：「合法電腦程式著作重製物之所有人得因配合其所使用機器之需要，修改其程式，或因備用存檔之需要重製其程式。但限於該所有人自行使用。」但所取得之電腦程式重製物若為非法軟體時，當無法適用本條，自不待言。

93 因為一方面電腦程式使用者並未因暫時性重製產生而獲致商業上之利益，而該類暫時性重製乃使用電腦執行應用程式所必須，就我國著作權法第 65 條第 2 項第 1 款而言，重製之目的為非商業目的，有利於主張合理使用；就隨機存取記憶體而言，其容量非無限制，除當電腦關機時重製內容會自動消失外，記憶體容量滿載時，會釋放重製內容重新運作，由此，著作重製內容常因而受限或處與不穩定之狀態，基於此種特質，於我國著作權法第 65 條第 2 項第 3 款，有利於主張合理使用；再者，隨機存取記憶體內之重製內容，乃為電腦使用效率所設計，本身並不具可使用性，即無法依通常之方法使用之或使用所須擔負之成本過高，因此在我國著作權法第 65 條第 2 項第 4 款，亦有利於主張合理使用。唯獨於我國著作權法第 65 條第 2 項第 2 款較不利於合理使用之主張，但綜觀各項因素而論，使用電腦程式所生隨機存取記憶體內重製應為著作權法的「著作合理使用」。

著作不致產生重大之替代效果而利於主張我國著作權法之合理使用，此一效果不因隨機存取記憶體內之重製內容來自於合法或非法電腦程式著作重製物而有所不同。又有另一質疑在於若解釋上令非法電腦程式著作重製物之暫時性重製成為著作權法之合理使用，是否有鼓勵或縱容電腦程式著作之非法重製行為？筆者認為要防止非法電腦程式著作重製物進入市場而得到扼阻電腦程式著作非法重製行為之效果，應由著作財產權人就非法電腦程式著作重製物，依我國著作權法之相關規定，向非法重製者請求法律救濟，方是根本之道，因此將非法電腦程式著作重製物之暫時性重製解釋為著作權法之合理使用，並不會脫免原先非法重製者在我國著作權法之法律責任，並無鼓勵或縱容非法重製電腦程式著作之嫌。

## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### 書籍

- 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，台北，作者出版，2005年。  
 章忠信，著作權法逐條釋義，台北，五南，2007年。  
 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、陳逸南、蔡明誠，著作權法解讀，台北，元照，2005年2版。  
 羅明通，著作權法 (I)&(II)，台北，作者出版，2005年6版。

#### 期刊論文

- 章忠信，九十二年新修正著作權法簡析，月旦法學雜誌，第103期，2003年，103-119頁。  
 章忠信，九十三年修正著作權法之析疑，萬國法律，第139期，2005年，91-103頁。  
 陳錦全，論RAM中暫時性儲存之著作權問題（上）—從MAI v. Peak案談起—兼論對網路環境的影響，智慧財產權，第13期，2000年，100-112頁。  
 陳錦全，論RAM中暫時性儲存之著作權問題（中）—從MAI v. Peak案談起—兼論對網路環境的影響，智慧財產權，第14期，2000年，88-100頁。  
 陳錦全，論RAM中暫時性儲存之著作權問題（下）—從MAI v. Peak案談起—兼論對網路環境的影響，智慧財產權，第15期，2000年，112-128頁。  
 陳錦全，論暫時性重製，私立輔仁大學法律學研究所博士論文，2005年。  
 藍弘仁，我國著作權法於關於「暫時性重製」修正對於電腦程式著作影響之評析，月旦法學雜誌，第105期，2004年，108-119頁。  
 蔡明誠，結合著作與契約目的讓與理論—評最高法院86年度台上字第763號民事判決，資訊法務透析，1997年7月，23-24頁。

### 二、英文文獻

#### 書籍

- GOLDSTSEIN, PAUL, INTERNATIONAL COPYRIGHT—PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE (2001).  
 SENFTLEBEN, MARTIN, COPYRIGHT, LIMITATION AND THE THREE-STEP TEST—AN ANALYSIS OF THE THREE-STEP TEST IN INTERNATIONAL COPYRIGHT AND EC COPYRIGHT LAW (2004).

#### 期刊論文

- Band, Jonathan & Marcinko, Jeny, *A New Perspective on Temporary Copies: The Fourth Circuit's Opinion in COSTAR v. LOOPNET*, 2005 STAN TECH. L. REV. 2 (2005).  
 Boyle, James, *Intellectual Property Policy Online: A Young Person's Guide*, 10 HARV. J.



- L. & TECH. 47 (1996).
- Cate, Fred H., *Law in Cyberspace*, 39 HOW. L. J. 565 (1996).
- Cate, Fred H., *The Technological Transformation of Copyright Law*, 81 IOWA L. REV. 1395 (1996).
- Dixon, Allen N. & Hansen, Martin F., *The Berne Convention Enters the Digital Age*, E. I.P.R. 1996, 18(11), 604-612.
- Ficsor, Mihaly, the Spring 1997 Horace S. Manges Lecture, *Copyright for the Digital Era: The WIPO "Internet" Treaties*, 21 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 197 (1997).
- Ficsor, Mihaly, *Towards a Global Solution: The Digital Agenda of the Berne Protocol and the New Instrument. The Rorschach Test of Digital Transmissions*, in THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT (P. Bernet Hugenholtz ed., 1996).
- Fraser, Stephen, *The Copyright Battle: Emerging International Rules and Roadblocks on the Global Information Infrastructure*, 15 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 759 (1997).
- Ginsburg, Jane C., *Achieving Balance in International Copyright Law*, 26 COLUM. J.L. & ARTS 201 (2003).
- Ginsburg, Jane C., *Copyright Use and Excuse on the Internet*, 24 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1 (2000).
- Ginsburg, Jane C., *Putting Cars on the "Information Superhighway": Authors, Exploiters and Copyright in Cyberspace*, 95 COLUM. L. REV. 1466 (1995).
- Ginsburg, Jane C., *Copyright and Intermediate Users' Rights*, 23 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 67 (1999).
- Ginsburg, Jane C., *Authors and Users in Copyright*, 45 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 1 (1997).
- Hardy, I. Trotter, *Copyright Owners' Rights and Users' Privileges on the Internet: Computer RAM "Copies": A Hit or Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns*, 22 DAYTON L. REV. 423 (1997).
- Hugenholtz, P. Bernt, *Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying*, E.I.P.R. 2000, 22(10), 482-493.
- Hugenholtz, P. Bernt, *DIPPER Legal Report—Copyright Aspects of Caching*, at 21-23 (1999), available at <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/PBH-DIPPER.doc>.
- Hugenholtz, P. Bernt, *Adapting Copyright to the Information Superhighway*, in THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT (P. Bernet Hugenholtz ed., 1996).
- Leaffer, Marshall, *Protecting Author's Rights in a Digital Age*, 27 U. TOL. L. REV. 1 (1995).
- Lemley, Mark A., *Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet*, 22 U. DAYTON L. REV. 547 (1997).
- Litman, Jessica, *Revising Copyright Law for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996).
- Litman, Jessica, *The Exclusive Right to Read*, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 29 (1994).

- Liu, Joseph P., *Owning Digital Copies: Copyright Law and the Incidents of Copy Ownerships*, 42 WM. & MARY L. REV. 1245 (2001).
- Reese, R. Anthony, *The Public Display Right: The Copyright Act's Neglected Solution to the Controversy over RAM "Copies"*, 2001 U. ILL. L. REV. 83 (2001).
- Samuelson, Pamela, *Toward a "New Deal" for Copyright in the Information Age*, 100 MICH. L. REV. 1488 (2002).
- Samuelson, Pamela, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 Va. J. Int'l L. 369 (1997).
- Tussey, Deborah, *Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies*, 12 J. INTELL. PROP. L. 427 (2005).
- Vandoren, Paul, *Copyright and Related Rights in the Information Society*, in *THE FUTURE OF COPYRIGHT IN A DIGITAL ENVIRONMENT* (P. Bernet Hugenholtz ed., 1996).
- Vinje, Thomas C., *Should We Begin Digging Copyright's Grave*, E.I.P.R. 2000, 22(12), 551-562.
- Vinje, Thomas C., *The New WIPO Copyright: A Happy Result in Geneva*, E.I.P.R. 1997, 19(5), 230-236.

## **Study on Legal Evaluation of Digital Temporary Reproduction under Copyright Law — Commenting on Current Related Legislation in Accordance with New Interpretation of Reproduction Right**

Chung-Lun Shen\*

### **Abstract**

The issue about reproduction right has been drawing the attention of scholars and practitioners of copyright law. In terms of the scope of reproduction right, there is no dispute in concluding the traditional reproduction acts are governed by reproduction right because those acts are made according to the purpose of reproduction. Nonetheless, in the era of digitalized technology, many reproduction acts, without the purpose of reproduction, are the necessary and indispensable result of using or operating technological facilities or media. They are incidental to technological facilities or media, and their purpose is to assist in functioning of the technological facilities or media. Moreover, compared with the traditional reproduction acts, the copies resulting from using or operating technological facilities or media are not easy for users of technological facilities or media to access. In other words, the reproduction content lacks of practicability, and the users are incapable of distributing these copies fixed in other media to the public. Finally, the quality of reproduction does not always correspond to the expectation of the public on the grounds that the reproduction resulting from using or operating technological facilities or media exists exclusively for the technological purpose. Based on the reasons mentioned above, it is necessary to further explore whether the reproduction resulting from using or operating technological facilities or media (hereinafter digital temporary reproduction) is within the scope of reproduction right under copyright law. Although the majority opinions under law scholars and practitioners tend to conclude that the digital temporary reproduction constitutes the reproduction under copyright law, this author will be reexamining the same issue according to the legislation gist and basic values under copyright law to clarify the possible misconception and resolve the dispute.

---

\* S.J.D., School of Law, Indiana University-Bloomington; Assistant Professor of Law, Financial and Economic Law Department, National Chung-Cheng University.

論數位暫時性重製於著作權法之法律評價  
—兼以重製權的新詮釋評我國相關立

43

In order to resolve the dispute about digital temporary reproduction under Taiwanese Copyright Act, Articles 3 and 22 under this Act have been amended by referring to EC 2001 Copyright Directive. However, on introducing the legal model of EU Law into Taiwanese legislation, not only are the drawbacks of EC 2001 Copyright Directive reflected in the related provisions under Taiwanese Copyright Act, but the misconception about EC 2001 Copyright Directive is also driving this Act to an inadequate status on the issue of digital temporary reproduction. In view of this situation, besides examining and commenting on the related provisions of the Taiwanese Copyright Act about digital temporary reproduction, this author will be providing the recommendations in the issue of digital temporary reproduction for revision of this Act in the future and the guideline for interpretation of this Act prior to revision to help the law scholars and practitioners resolve this issue.

**Keywords:** Reproduction Right, Digital Temporary Reproduction, the Berne Convention, Three-Step Test, WIPO Copyright Treaty, EC 2001 Copyright Directive, RAM, Caching