

圓桌論壇——暫時性重製 座談會紀錄

智慧財產權月刊與世新大學法學院合辦

整理紀錄：張容綺、陳淑芬

時間：2002/12/24 10：00—12：00am

地點：世新大學法學院舍我樓十二樓會議室

主持人：鄭中人教授

與談人：陳淑美組長（智慧局著作權組組長）

蔡明誠教授（台大法律系教授）

承立平博士（中華經濟研究院副研究員/顧問）

李宏志先生（SOSA消費者電子商務理事長）

吳定亞法官（台北地方法院法官）

討論題綱：

- 一、重製在著作權法的作用與目的
- 二、網路上利用著作之型態
- 三、暫時性重製與網路上著作交易之交易成本
- 四、暫時性重製與著作權法上重製權之關係
- 五、暫時性重製如被禁止時對個人生活與社會產業經濟活動的影響

主持人：

（來賓介紹略）各位小姐先生早！暫時性重製是全球性的問題，是電腦事業發展以後對著作權的衝擊。一九七〇年代美國就發現這個問題，真正引起關切的是在網際網路的時代，因為content的擁有者想要藉由控制暫時性重



製來收取每一分錢，換句話說，暫時性重製也要付費，在這種情況下，以美國為主的幾個產業大國就到世界各地進行遊說，其他國家也就比較被動地因應這個問題。最近的台美著作權諮商會議，暫時性重製也成為一個主要的課題，最後的結論似乎我們也要接受暫時性重製成為著作權法上的重製，但是有合理使用的配套措施，這樣的機制我個人認為將會對產業產生深遠的影響。

著作權法發展到現在也有兩三百年，科技的進步出現暫時性重製，那麼著作權法上重製的概念是不是要跟著有所延伸？我首先這必須從重製在著作權法的作用以及目的去探討。第二個，網路上利用著作之型態如果能加以類型化、抽象化，就能夠更清楚暫時性重製在網路應用上的重要性。第三，經濟學對法律最重要的影響就是法律經濟分析，當賦予一個權利的同時，如果執行權利的成本遠遠大於給予權利所產生的效益，那麼可能就有害於原本權利存在之目的，所以我們要討論暫時性重製的交易成本。Coase認為假使交易沒有成本，權利能夠自由轉讓，資源就能形成最有效率的分配，權利的歸屬就變得沒有那麼重要，反過來講，因為現實的社會中，交易是有成本的，所以權利的歸屬就變得很重要。因此決定要賦予暫時性重製一個排他權的時候，這個原始權利的歸屬應該在誰身上？是原來的著作權人、使用大眾、還是其他的第三者？交易成本的考量應該是critical factor。第四，暫時性重製是原來著作權法上重製的概念呢？還是衍生的權利？最後，討論暫時性重製權如果給予原來的著作權人，對於個人生活與社會產業經濟活動的影響。

今天很高興能夠邀請大家來，現在請自由發表意見。

一、重製在著作權法的作用與目的

吳法官定亞：

著作權是對創作者思想表達的一種保護，唯有透過重製，創作者的思想才能跟著傳達出去，所以我認為重製應該是著作權法最根本的問題。

蔡教授明誠：

從歷史的角度來看，重製一開始是有形的再現，後來隨著科技的進步，由平面、廣播電視及唱片到數位媒體，即數位化，所以我們會發現重製的概念有從寬發展的趨勢。先不管是不是從寬，我們目前的著作權法第二條還是限於有形的重複製作，如果我們從嚴解釋的話，數位化的產品是不是重製，就會引起一些爭議，而且有些學說還會討論到重製是不是還需要固著。我們今天之所以討論這個題目，是因為重製還分成永久跟暫時，永久重製的話基本上會長期固著，這沒有太大爭議，暫時的話，則只有短暫的停留，跟傳統的重製概念有所不同，那我們要不要承認這個類型？會引起爭議的關鍵也在這裡。

加上資訊化的發展，我們要不要把有形無形、直接間接，甚至有人講一部全部的概念包括在著作權法裡面？所以，就第一個題目來講，我們知道有歷史的因素在裡面，另外還有社會面的考慮，重製物已經不侷限於傳統的紙本形式，現在已經有電子書，或是其他數位化的儲存。因應社會的發展，我們當然應該對重製的概念有所擴充，但是為什麼暫時性重製會引起這麼大的爭議，因為這樣一來我們在網路上隨意瀏覽資訊，都會發生重製的問題，假如我們把它解釋成無形的話，反而不應該去強調重製的概念，而是像美國的public display公開展示或是public transmission公開傳輸的概念，這些概念跟重製的無形再現概念有沒有一樣？所以在討論重製概念的擴張的時候，也要把一些類似的概念釐清，否則無限制地擴張就會導致把原本不應該納進來的也給包含進去。這也是最近在跟美國人談判後，有人問我的看法，一開始個人採比較反對的立場，正因為許多相關的概念還沒有釐清，我們現在找到一個依靠，想要照歐盟的方式來訂，但是注意美國跟歐洲是屬於文化輸出的國家，我們則是偏向文化消費的國家，著作權的定位似有時需要有不同的考慮，雖然著作權也有國際性，但是我們是否需要跑那麼快？我舉個例子，香港跟新加坡也有重製擴張的趨勢，但是像日本，她的腳步也沒有那麼快，所以對於暫時性重製是不是馬上就要列入我們著作權法上重製的概念，我個人還會有一些擔心。所以重製在著作權法上的意義相當重大，暫時性重製我們究竟要怎麼定位？我想今天這個座談會相當有意義，我先把爭議講出來，待



會兒等數位專家發表意見之後，我再來看看要不要補充。

陳組長淑美：

我先就中美著作權諮商的進度作一個報告，其實暫時性重製不是最近才提出來，過去兩三年美方就已經提出來了，修正草案最近才完成，草案出來，美方對我們提出二十七點意見，其中有一些文意不清的地方，跟她們說明一下就可以，還有一些是對於著作權的保護標準美方有一些期待，例如著作財產權期間要不要從現行法的終身加五十年延長到終身加七十年，這個還不是國際標準，這是屬於美國這個國家的個別期待，另外還有一些國際標準，她覺得我們還沒有即時反映，這個國際標準指的是一九九六年世界智慧財產權組織所通過的WCT和WPPT兩個新的國際公約。我們局裡已經針對這二十七點意見，依三個不同層次重新整理，在十二月十三日（2002）把最新的草案交給美方，各位要了解這個過程不是黑箱作業，在送交美方之前，我們有經過內部會議的會商、請學者專家來協助、拜會立法委員取得原則性的同意，在時間非常有限的情況下，我們盡量將程序作到最周延，希望在明年（2003）的元月跟美方就新的草案做進一步的諮商，之後經過行政院送到立法院審議，最後完成修法。

接下來談到暫時性重製的法律性質，依智慧局2002年11月2日所發布的新聞稿指出，我們同意要把暫時性重製納入著作權法所規定的重製，但參照著作權法第六十五條之規定作合理使用的配套措施。其實在民國八十七年，當時的內政部著作權委員會，針對暫時性重製已經有充分的討論，大部分的學者專家都已經肯認網際網路或電腦上的暫時性重製是著作權法中的重製，基本上是有共識的。只是在這個情況下，應該要怎樣去處理相關的利用情況？根據最新的著作權法修正草案，第一個層次，我們承認暫時性重製是著作權法第三條第一項第五款所謂的重製，接下來我們在第二十二條增訂第三項、第四項，規範屬於過渡性、中繼性、附帶性、技術性、不具經濟意義的暫時性重製不享有重製權，有兩種情況，第一種是網路上中繼性的傳輸過程中所發生的，第二種是合法使用著作，這兩種根本不給重製權，接著第四項

又補充，剛才兩種情形包括了網路的瀏覽、快取或其他為了加強傳輸效率的過程中電腦或機械技術上必然產生的現象。沒有通過第二十二條的第一道關卡，就進入六十五條合理使用的關卡，都通不過，就可能侵權了。這是一個新的發展資訊，我先提出來跟各位報告，待會兒針對相關問題，我再來發表意見。

承博士立平：

從經濟的觀點來看權利，先看是合法還是非法的問題，合法的話就是政府賦予的權利，違法的話，就是法律將權利界定給所有權人，侵害權利的行為都構成違法。除了「當然違法」之外，在權利交易的許多型態之中，還有政府界定了但是並不清楚，像剛才陳組長講的語意不清的情形，或是權利雖然界定了，但是在交易行為發生的時候，過程中或許是涉及技術性或非經濟性的因素，權利的界定及歸屬可能出現不同的解釋，這個不同的解釋，就是屬於合理使用的範圍。誠如陳組長剛剛講的，政府為了與WCT及WPPT的國際標準接軌，已經開始在重製權的認定以及重製權的賦予上去下工夫，以重製權來講，如果排除過渡性、中繼性、附帶性、技術性、不具經濟意義的情形，事實上就是從擁有著作權的權利人身上，藉由重製權的重新認定把它排除掉。那麼什麼樣的重製行為應該排除在原著作權人所擁有的重製權之外？重製權事實上可以給兩種人，一個是給原著作權的擁有者，另一個是排除在原著作權人之外，因此任何其他原著作權人之外的第三人都可以重製，這邊可以重製的範圍就界定在中繼性、過渡性、附帶性跟不具經濟性的行為。

舉例而言，我今天來，若我從網路上重製滿多資料的以便參考，我認為我是暫時性重製，但是假若我已經把它印出來了，那怎麼辦呢？這就涉及到著作權法六十五條的認定問題。我還沒有使用，不過已經過目了，那麼在電腦上過目跟我列印下來過目，有什麼差別？對我來說在紙張上使用效益比較高，因為在電腦上使用對我的眼睛傷害比較大，但是我看電影一定是在螢幕上看，不會抓下來在紙張上慢慢欣賞，在CACHE或RAM上去觀賞它好像是不違法，可是事實上我已經享受到聲光效果了，所以這些事實上都還有一些



模糊地帶，我覺得透過紙本傳播的文學作品比較容易分得出來，但是影音藝術的數位內容可能還是問題重重，所以有些專家從一種極端的觀點來看，認為所有的暫時性重製都不算重製。

所以，很多侵權行為的認定都還處於一種灰色不明的地帶，如何去界定它，可能可以從經濟的觀點來看，但是經濟的觀點還是會面臨到一些困難，因為所有的重製都有目的，要不就是為了獲利，要不就是為了效用，例如我在網路上看到一篇著作，我覺得終身受用，雖然沒有列印出來，但是可能事實上我已經有重製行為了，因為我重複地在網路上瀏覽它，可是網頁只能紀錄有多少人使用過該篇文章，卻沒辦法特定是誰使用過，即使技術上可以特定是誰使用，那麼著作權人是否有權利向特定人收取費用？從另一個角度來看，如果不是透過ISP、PROXY，該著作就沒辦法這麼迅速地傳播到這麼多人手上，而且原本著作權人創作的目的就是希望有越多的人能夠看到他的作品。先不談著作權，我們談著作本身是否可交易，如果可交易，那我們就要去界定Who are the transactors？如果可以界定交易人，那我們再來讓交易雙方去協商誰要付費、付多少，至於中間的ISP、PROXY Server也有貢獻，因為他們提供設備有服務成本，講一個具體的例子，微軟被盜版很多，但是如果沒有盜版，微軟能夠賣出去的正版的數量可能不會太多，因為盜版者可能對於正版者形成正面的經濟效用，但是這些經濟利益卻無法判斷。我想我先拋出這些經濟上的思考，等一下再繼續討論。

李理事長宏志：

著作權人跟智慧財產權法之間的關係好像小明星對於媒體又愛又恨的情節，小明星希望媒體能幫助他成名，但是卻又不希望媒體講他的誹聞。我今天來這邊，個人有一個基本立論：已開發國家利用其優勢地位去壓迫開發中或落後國家，這個問題絕不是少見，我們看過南北半球城市及鄉村間的頃軋。像延長著作財產權期間的那個問題，在美國本土已經引起憲法層次的討論，但是美方還是要求其他國家要接受這樣的條件。暫時性重製也是一樣的問題，網路上因為文字、音樂、藝術美國是絕對優勢的國家，因此美國要對

世界各國採取無限上網的智慧財產權的主張。所以如果我們是為了加入國際組織，所謂中美雙邊貿易協定，然後就勉強接受這件事情，那就不恰當了。

有一家公司叫做AKAMAI，在全世界各地都設她的機房，將當地最熱門網站的網頁資料都儲存在她的機房中，所以當台灣的人上yahoo的網站，不需透過Hinet再經過海底電纜到美國yahoo的總部去抓網頁資料，直接到AKAMAI的機房去抓CACHE在裡面的資料就可以了，這樣可以節省頻寬，但是也導致許多ISP生存上發生困難，因此AKAMAI也提供相對優渥的回饋給ISP業者，假如路徑有經過ISP，就把一部份的收入分給ISP。所以如果我們又接受暫存視同重製的概念，那真的是沒有上限了，保護著作權人的同時也要顧及國家的發展以及社會的進步，我要提出來的是說，像CACHE這樣的概念是被很多ISP業者所接受的，如果你是高雄的Hinet用戶，中華電信不會要求你一定要連到台北的主機，她一定是做一個CACHE的暫存資料讓你抓取，這還是技術層次比較高的，這個法一執行下去一定會對一般大眾造成很大的困擾。像現在唱片業為了防止盜版，她們現在要做一個限制，讓你一塊CD在台灣買，不能在美國的CD Player上播放，妳說是不是很荒唐？另外唱片公司還在做一件事，就是將唱片加密，即使你買的是正版的CD，也不能備份，我覺得這樣的限制並不是人類的福氣。文化的進步跟著作權人的權益應該是一個平衡的問題，而不是無線上網地保護著作權人，否則智慧財產權只會讓許多人無法站在巨人的肩膀上追求進步。關於暫存視同重製，CACHE是每天都在發生的，美國的堅持是殺雞取卵，為搶奪利益分配，如果連暫存都不允許的話，那麼暫時性重製的立法只會讓實際情況更加窒礙難行，讓檢察官為利益團體疲於奔命。

主持人：

關於重製在著作權法的作用與目的，第一主要在於散布，第二著作單位以客觀來計算，第三著作物的價值除了以權利金來計算之外，還會以出版物的頁數來計算，所以一定要有重製物，否則無法散佈。剛才承教授也提到要界定具體的交易物，過去是以紙本的方式讓消費者購買並持有，後來radio跟



TV開始的電子時代，是透過station進行無形的散布，消費者只能看，現在的網際網路讓這兩者型態兼有。The nature of the copyright的作者Ray Patterson從Sony v.s. Universal 這個案子，提到消費者可以make a copy on the air，平時就得以重複觀賞，也就是表達和儲存的媒體結合、無法剝離；現在網際網路的情形，著作也是數位、儲存也是數位，變成很難去認定a copy of work，那麼規範重製的目的在著作權法上就成為難題。

剛有提到ALKMINE，這牽涉到網路上利用著作的型態，過去分成個人的使用，這是被允許的，另外是營利的使用，是不可以的，美國一位著作權學者Litman，她寫的digital copyright裡面就提到，不要區分是不是有copy，區分為個人使用或營利使用就可以了。還有，我也贊成承教授所說的沒有具體的交易模式，談重製都沒有意義。

二、網路上利用著作之型態

吳法官定亞：

暫時性重製除了RAM、CACHE、SERVER、PROXY之外，還有串流技術，即網路上即時影音，我想這應該是規範暫時性重製最主要要保護的東西。

另外，因為智財局的見解對於我們實務的影響相當大，剛才聽到陳組長對於草案的說明，我想就我的理解提出幾點來就教於各位：草案的內容幾乎跟歐盟2001資訊社會著作權及相關權利協調指令是一樣的，那麼重製的定義是不是要跟歐盟一樣？這涉及到法條邏輯解釋的問題。

第二個，剛才提到我國對於暫時性重製的立法第一個是先排除重製權，法條的用語是shall be exempted，在我國的法條用「排除」適當還是說「非本法第二條所謂的重製」？我是覺得法條的用語有些奇怪。最重要是說，將來立法是先排除重製權再考慮合理使用，其實合理使用本身就是一個很抽象的概念，現在法院對於合理使用的適用已經是一大困難，未來我們還要去認

定是不是著作權法所規範的暫時性重製，太多不確定法律概念，對於我們實務的衝擊會很大。如果是排除重製權，就刑法的觀點來看，就是阻卻構成要件，後面再用一個合理使用來阻卻違法，這樣雙重的立法方式比較適當，還是只要用合理使用來阻卻違法的單一立法方式比較適當？

另外可以做一點補充，之前我在網路上搜尋資料，我們的暫時性重製好像不限於網路，其他記憶體庫存、主動置換檔、讀取光碟軟碟等電腦週邊設備等等應該都包括在內。其實我還有一些實務心得想要跟各位分享，依據新修正的著作權法第三十七條第五項，專屬授權的被授權人權利在本法修正前不適用之，這個問題已經在很多著作權法的案件中被提出來，也就是在九十年十月之前，專屬被授權人是不是就不享有三十七條第一項至第五項的權利，所以我認為法條的用語盡量精細，才可以避免實務上的困擾。除了立法，關於智財局的行政見解也很重要，有一個在我們加入WTO之前所碰到的問題，就是可不可以引用中美著作權保護協定來保護日本人的著作？智財局的函釋主張適用，原本法院有主張否定的見解，相關資料可以參考九十年台灣高等行政法院法律座談會，但是否定的見解被最高法院九十一年台非字101號判決推翻掉了，所以將來暫時性重製立法之後，智財局這邊一定會相應做出許多函釋，這些函釋是不是真的能夠維護到國民的權益或其實你是在保護外國人，這很重要，否則最高法院可能就直接引智財局的函釋作為其見解。所以將來暫時性重製如果真的要立法，第一個法條一定要明確，第二個相關的函釋是不是拘束到法官的問題，當然我們實務上說不拘束，但是一旦最高法院直接引用，下級法院的法官面臨考績的壓力，內心就會開始掙扎。這是我的幾點意見，謝謝！

陳組長淑美：

回應吳法官的問題：第一，我們會比照歐盟的立法例，在第三條第一項第五款將暫時性重製的定義納進去。第二，二十二條不是用排除兩個字，而是在第三項規定：前兩項規定於特定情況不適用。當然二十二條權利排除和六十五條合理使用，二者之間很難區分，身為主管機關我們已經開始著手進



行草擬相關的解釋函令，這是我們能夠做的。再來，暫時性重製確實不限於網路上的問題，具體的數位化產品一樣有暫時性重製的問題。還有，行政機關的解釋函令是可以受到司法機關的檢驗的，如果你們認為我們的解釋函令有所不妥，我們還是會尊重司法機關的意見。

雖然剛剛主持人指示要按照討論題綱來發表意見，但是承繼剛剛的討論，我想我要抒發一下個人的意見，因為長期以來辦理中美諮商會議的經驗，我感覺常常會有一種反著作權的聲浪出現，我國著作權法第一條所揭示的立法目的，係為保障著作人著作權益、調和社會公共利益以及促進國家文化發展，看起來又要保障公益又要保障私益，我常常跟學生講，當你身為一個律師、一個法官、一個有權力做決策的人的時候，你要怎麼去平衡？美國著作權法明白規定要保護公益，因為私權的賦予只是一種誘因、一種手段，身為主管機關當我們在做相關問題的決策時，即使有中美諮商的壓力存在，但是我們心理始終想的都是公益的維護與促進。另外對於中美諮商會議的態度，我想要有一些理性思維，例如終身加五十年的保護期間，為什麼現在要終身加七十年，立論基礎何在？終身加五十年是享受三代的概念，著作人本身加子孫，隨著醫療技術的進步，現代人比較長壽，所以從終身加三十年到終身加五十年，然後現在有終身加七十年的國際趨勢出現，但是還不是國際組織共同承認的標準，我講這個是說，當美國人提出某個要求的時候，並不是沒有依據的。

最後我要講對於著作權法的態度。前幾天我看到一個報導說，西班牙人每天都在逛街、唱歌、喝酒，但是她們國家依然屹立不搖，因為她們有很強的觀光產業在支撐，那我們要以什麼立國呢？要以農立國或以科技立國我都不反對，但是你的政策要很明確。如果各位有印象的話，1992、1993那個時候，美國剛好碰到經濟蕭條，我剛好在D.C.唸書，那裡的人們非常地愁苦，幾年下來，美國的國際競爭力還是維持得住，因為她的智慧財產權夠強，而且她也不餘遺力地在國際上維護她的智慧財產權。各位要知道，我們並不是一個單純智慧財產權供需面單純處於「需要」的國家，我們也有相當的「供應」，中國大陸現在侵害我們的智慧財產權非常嚴重，同樣的角度，身為負

責的主管機關，一定要運用智慧財產權、為我們的產業創造最大的利益，我們的立國政策在哪裡，這是值得思考的。另外，我再跟各位報告，著作權的保護趨勢在國際上只會越來越多，以前保護重製權，後來保護公開傳播、公開上映權，現在針對網路有所謂公開傳輸權、科技保護措施的保護、電子訊息的保護，這些通通都要納入保護，在國際上可謂沛然莫之能禦，所以建議要有比較正面的態度。

主持人：

對照一下網路上暫時性重製的態樣，配合承博士講的 feasible to transact，應該只有SERVER跟PROXY才有可能被利用來營利，ALKMINE應該是屬於PROXY的利用方式，這個要規範它的話，是要用法律還是用合約？可以再加以討論。也就是給原著作權人重製的排他權，或是讓他們用合約的方式去分配利益，不曉得蔡教授的看法怎麼樣？

蔡教授明誠：

歐盟的規定是明文把瀏覽及CACHE的重製明文排除在暫時性重製的侵害類型之外，所以就像主持人所講的，SERVER跟PROXY這兩個類型確實比較容易引起爭議。不過我在想一個問題，SERVER、PROXY本身就是重製放在那邊等人來存取，它本身就是重製，沒有所謂暫時不暫時，所以關鍵可能不在於是否營利，而是從遠端抓取資料的過程中是否涉及重製或公開傳輸甚至是互動的問題，拿有線電視台來做比喻，我現在從遠端去抓衛星的資訊放到我的電視台，準備翻成中文來放映，然後再播送出去。所以要思考的是說，到SERVER或PROXY去抓資料，是否衍生出另外一個重製罪或只是公開播送的問題，我為什麼會想這個問題，因為我國的重製罪比較重，公開播送的罪比較輕，所以這兩個概念的區別是有意義的。

也曾有人在問我說，假如暫時性重製很多行為都已經排除在外，那麼美國人為什麼一直要我們加進去？此似不易得到其完全解答，有的話可能是中間涉及營業利益，營利的中繼行為如果有收到錢，我就要再跟你分享一些利



益，但是美國人是不是真的可以達到她們的目的呢？假如盡量朝無形的公開再現解釋，就不見得可以符合重製的定義。就此個人認為SERVER跟PROXY本身就是一個重製物在那邊，我一次就可以抓取好幾十個檔，因此假如提供服務的話，不應該區別營利或非營利，一般來講，如果是營利的話，主張合理使用的認定比較嚴，但是從美國晚近的判決發展來看，營利還是可以主張合理使用，因此營利或非營利應該不是關鍵點，而是回到第一個層次的思考，去SERVER或PROXY抓資料，算不算重製還是公開傳輸或其他概念，所以個人主張暫時性重製不加進來也沒有關係，可以透過學說或判例的發展去解釋，雖然法律沒有規定，法官好像不大敢用。假如暫時性重製加進來，第二個要考慮我們究竟要採取exemption排除在外，還是fair use合理使用？我個人的看法，目前著作權法兩者都有，不過歐陸法的概念是比較不去碰合理使用的概念，她是用limitation，但是我們現在受到美國法的影響，又要exemption又要fair use。合理使用的話，就變成法官的裁量權，法律完全沒有置喙餘地，假如當作exemption排除在外，剛剛陳組長講得很好，第一階段在二十二條就要排除，在構成要件上就不當作侵害了。所以暫時性重製還是可以當作重製，然後在重製的概念之中再加以限縮，限縮完之後，第三階段還是可以用合理使用，由法官來作適當裁量。我覺得將來實務上應該可以依這三個階段來操作，這是我的想法，提供給各位作參考。

主持人：

蔡教授提到到SERVER或PROXY去抓資料，究竟是屬於reproduction或transmission或interact，好像還沒有談到暫時性重製？

蔡教授明誠：

去SERVER或PROXY抓取資料如果符合公開傳輸的行為，那我們還要去談重製嗎？因為它變成一個當然的行為了。反而，前面資料的建置可能有暫時性重製的問題，假如真的有營利，理論上SERVER跟PROXY就應該跟前面提供資料給她的人來談，但是真的區分營利或非營利，我們又會有一個

疑慮就是沒有一個SERVER或PROXY是非營利的，因為放廣告也是營利，所以只要把營利的概念放進來，隨便一個行為就會動輒得咎，所以我才會贊成不區分營利及非營利。

主持人：

謝謝！假如各位已經清楚的話，那我們進入交易成本的討論。

三、暫時性重製與網路上著作交易之交易成本

承博士立平：

我要呼應一下剛才蔡教授所講的公開傳播的部分。公開傳播是即使沒有重製的動作，也會發生重複使用的情形，或者同時多人使用的現象，網路或是有線電視都是同樣的情形。現在比較先進的圖書館，像是美國國會圖書館，有很多是可以重複回溯淬取的Archive檔，你可以在網路上自由瀏覽，但是這個檔是留在哪裡？留在美國國會圖書館還是我電腦的CACHE裡面？將來可能會發展到把全部的資料都放到SERVER裡面，結果中繼者跟使用者就變得難以區分。再講一個實體的例子，去租的錄影帶絕大部分都不是原版的錄影帶，原版的錄影帶被老闆自己拿來拷貝許多份再租給人家，這絕對有盜版的問題，我們去租片的時候還會登記，這種情況下使用者和中繼者都可以identify，但是有沒有都去抓？沒有，因為執行成本太高了，高到我們也不可能動用全國的警察通通來抓盜版。如果所有的暫時性重製通通規範到重製的概念裡頭，在實務上將非常難以執行，所以在訂定法律的時候，交易成本的考量是非常重要的，當法律訂定完成，但卻沒辦法執行的時候，因為enforcement cost這麼高，就形同沒有法律，那你訂這個法作什麼？如果在執行上非常困難，那我們就相關的因素而談判的基礎就出來了。

李理事長宏志：

我是從產業的角度來看這件事，我有好幾個實例可以顯示，借用科技的發展，可以讓台灣的數位內容產業有非常長足的進步，典型的例子，我們協



會（SOSA電子商務協會）裡面有好幾家公司都在做數位內容產業，包括音樂下載，美國那邊都還沒有定論，但是在台灣卻已經透過中華電信或是教育部的網站，告訴學生說這是非法的不能用，事實上是不是非法，法院根本還沒判，我覺得這會造成產業很大的挫敗。所以法律的訂定一定要顧及到產業的前瞻性，我覺得台灣目前最有優勢、最有衝勁也最有規模的應該是數位內容的產業，法律不應該造成產業的箝制，我只是為產業請命，著作權受到保障是應該的，只是要保障到何種程度的問題。

四、暫時性重製與著作權法上重製權之關係

主持人：

第四個問題剛剛蔡教授作了部分澄清，因為時間的關係，我想我們直接進入第五個問題的討論。

五、暫時性重製如被禁止時對個人生活及社會產業經濟活動的影響

主持人：

以前以copy為單位來收費，現在有了暫時性重製，可能轉換成per view就要收費，典範已經轉移，給per view一個排他權，個人的權益可能就沒有了，對於著作權制度的影響相當龐大，這是我的疑慮。還有，針對暫時性重製要付出多少交易成本？我聽說行政院即將成立兩百個專責警察來負責查緝仿冒，外國人行使她的權利不需要付出分毫，卻要我們的國家付出這麼大的成本，政府得到的可能是不被拒絕貿易往來的機會，這完全是從經濟的觀點來考量。我以前就主張，我們是不是可以建立一個開發中國家的機制，政府一次付費給已開發國家的創作人，然後所有的國民都可以自由使用，不好意思，我講得太多，請各位再多講一點。

吳法官定亞：

經濟學的觀點是一種理性的選擇，當然我們的警察是相當理性的，我發現查緝網路犯罪對於警察的執行勤務來說有一種排擠作用，因為警察只要坐

在辦公室裡面上網就可以找到一些相關犯罪，查到底的成本當然很高，但是做法相對簡單許多，像我們剛剛講的PROXY跟SERVER，警察只要跟伺服器的主人連絡上，馬上就可以調資料，成本固然高，但是效率也很高，但是同時也會排擠掉查察其他犯罪的動機、時間和機會，不曉得經濟學的觀點怎樣看待這樣的問題。

蔡教授明誠：

我想智慧局代表國家去談判是很辛苦的，似乎沒有人願意把談判談得不好。雖然大家把焦點都集中在著作財產權保護期間要不要延長、暫時性重製要不要納進來等等，但是我認為談判的重點反而可以擺在意圖營利而侵害他人的重製權要不要採非告訴乃論，或者是侵害程度多少才構成侵害，這反而是我們更加關心的問題。因為著作權是一種私權，我覺得私權應該用私權的手段來保護就可以，所以建構在告訴乃論的基礎上比較好，跟專利一樣，不管是本國人還是外國人來告，都應該負起某程度的蒐證工作，而不應該完全依賴警察或檢察官來負擔這項工作，政府保護智慧財產權的觀念是正確的，但是否要有一批專責的警力來負責這項工作，舉個例子，警察可能到學校附近的影印店看到有人在copy，就把他抓起來，或是單純坐在辦公室裡面上網抓犯罪，而不選擇其他積極的管道去抓犯罪，所以未來智慧財產權的查緝仿冒應該著重在中上游的控制，例如製造盜版光碟或中盤販賣的廠商，而不應該偏重末端消費者的控制，整個社會會比較和諧。或者抓起來之後，不需要一定要抓去關，可以要他賠償，不一定要期待用刑罰來控制，這個可以讓大家一起來思考。這跟暫時性重製也有關係，剛剛提到營利的問題，因為營利跟非營利兩者很難區分，硬要區分的話會出現問題，智慧局有考慮到是不是用TRIPS規定的商業規模，我認為商業規模不能單純用結果來判斷，而是應該以對於行為主體的作用來區分，否則到學校附近的影印店一次印十本原文書，假設以十萬元作區別標準，超過十萬元的話，那就變成犯罪。今天剛好陳組長在這邊，藉此機會提供上述淺見，以供參考。

承博士立平：



今天雖然主要討論的是法律的問題，但是其實有技術層面的問題，也有產業面以及經濟面的問題，法律當然必須要是非黑白清清楚楚，但是法律的規定無法巨細靡遺地規範到所有的問題，所以法律的規定之下，就會有一些灰色地帶讓交易當事人雙方用契約來規範他們的關係，美國是一個相當重視商事法及商事契約的國家，她是以判例的累積來形成她的規範，我們是大陸法系的國家，出發點可能稍有不同，但是在中美諮商的時候也許我們可以用她們的角度來思考，也就是所有法律的執行和一個國家的經濟和國情有很大的關係，因此剛剛提到執行成本的問題，也應該在諮商的過程中一併提出來。

如果立法的目的地不只是保障權利而已，而是在藉由權利的賦予來引發創作的誘因，特別是在著作權是如此。那麼米老鼠今天保護期間過了，你還要求再加二十年，那麼我就要反問美國人，這二十年間你的創造力是不是就減弱了？所以越長時期的保護，競爭力其實是越弱的；越短期的保護，其實市場的競爭力應該是最強的。總結來講，我通常會從法律面、市場面（或產業的角度）、技術面等三個角度來觀察法律跟經濟如何維持一個調和的關係，成本的話包括立法成本、執行成本，技術面則是技術應該保留在哪一個階段，這就牽涉到使用者如何去define跟pricing的問題，這跟網路上資訊瀏覽定價的困難有關係，per view的效用滿足度對每一個人是不同的，我還是認為應該留給市場去決定，當然如果有over view的現象的話，原始的著作權人應該可以向中繼者收取部分的權利金，這可以讓技術面和市場面接合來解決，然後再用法律來支撐。

李理事長宏志：

我還是本於一個立論基礎，我認為這些美方要求的東西都有一些美方的既得利益團體在裡面遊說，每一個國家都是這樣，每一個團體都在爭取最大的利益，這沒有不道德的價值判斷。現在新的科技跟她們沒有一個信任關係，所以必須這樣白紙黑字寫出來，但是新的科技一定會讓她們分到她們應該得的利益。我現在要勾勒一個最理想的狀況，因為我是夢想家媒體，負責

創造dream：希望有一日讓無線寬頻無所不在，notebook可以上網、手機可以上網、哪裡都可以上網，頻寬成本很低，你根本不需要將資料儲存在你的硬碟裡面，隨時可以擷取一篇文章或一段音樂，就解決所謂暫存或不暫存的問題，讓content providers也分配得到利益，business model從一個買斷的模式演變到subscription的模式，不管用多用少只要付一個基本的費用就可以，將來就沒有所謂既得利益團體擔心他們的權益受損，因為他知道他可以收取固定的費用，我希望這樣的環境趕快到來。

陳組長淑美：

從我們日常處理的智慧財產權侵害案件當中，被害人絕對不是只有美國微軟，本土公司例如趨勢科技、影音產業都是受害者，今天國家機制的發動絕對不是為了外國人；第二點，法律有保護，才会有投資、研發，大家看到台灣的商用藝術品有時候很醜，日本、歐洲的東西都很漂亮，因為民國71到73年間，有關美術工藝著作，我們從一個開放的保護態度一百八十度大轉彎以後，商用藝術品不給予保護，我們的美術工藝品的國際競爭力就急速地往下降，這是很可惜的。同樣的，網際網路的問題如果不給予保護，我們的網路上可能只剩下垃圾；第三，侵權的問題，現在所有的著作，包括表演，都可以被數位化放到網路上進行傳輸，所以著作變得非常地脆弱，因此管制措施就必須從非常上游做起，我們也必須跟海關合作，每年經由我們辦公室文件查核機制出口的光碟片，就達兩億片，原則上這是合法的。其他非法出口的盜錄盜版品，尚不在其中。易言之，我們是數位產品之製造、出口大國，因此，如果有侵權時，其規模非常地大。但是我們看到法院的判決往往出乎意料地輕，還有判一年八個月有期徒刑後，再判緩刑四年的例子，因此為了貫徹智慧財產權的保護，執行面必須是一個有效的設計。最後，回應一下蔡教授，原本第七章刑罰商業規模的規定已經刪除，回歸刑法的規定，此外打算小幅地擴大非告訴乃論的範圍。

主持人：

我想今天從很多層面來談這個問題，李理事長幫我們勾勒出一個藍圖，



本月專題

圓桌智慧財產權論壇重製專題會議錄

資訊存在哪邊不重要，重要的是我們需要的時候，隨時可以存取，從買斷的模式演變到subscription的模式；承博士跟我們分析到執行成本的問題，這是法律人比較少思考到的問題；蔡教授是法學界的泰斗，幫我們從著作權法的角度作了一個完整的架構，即暫時性重製還是屬於重製，有些情況要排除，最後第三個層次還是可能有合理使用的適用，讓法官來自由裁量；吳法官詳細地跟大家說明審理上的現實考量以及實務上運作的困難；陳組長則是從政府操盤人的角色發言，所顧及的層面應該是更全面的。我想透過這樣的腦力激盪，對於本問題應該有不同角度的了解與澄清。

【參考資料一：智慧局新聞稿 2002/11/2】

標題：智慧局澄清「暫時性重製」的法律本質

內容：

台美雙方於十月十一日針對我國著作權法修正草案就美方所提二十七項建議進行諮商後，雙方即已對於包括暫時性重製等十五項議題先行達成共識，其餘部分美方表示須攜回討論後再行答覆我方。案據美方十月二十五日來函表示，對於前述尚未達成共識之議題中，有八項議題同意我方立場，其餘尚未達成共識者，目前計有四項，包括美方要求(一)延長著作財產權保護期間為著作人終身加七十年，(二)立法使海關得本於職權主動查扣侵害著作權之物，(三)及(四)縮短第一百零六條之二及之三所定二年回溯保護之過渡期間等。智慧局指出，台美雙方於十月十一日諮商後，雙方並未進行所謂秘密會議或協商，亦無所謂進一步對美讓步，部分媒體報導並非實情。

關於美方要求著作權法增訂暫時性重製規定，引起各界關切，智慧局指出，在十月十一日的台美著作權諮商會議中，美方希望我方將「暫時性重製」列入規範一節，我方則堅持若要明定，應同時明定合理使用配套條文。此係我方一貫堅持之立場，經極力爭取結果，終獲美方表示同意。

智慧局特別指出，依國際著作權條約的共識，「暫時性重製」在事實上是屬於著作權法所規定的「重製」，但參照著作權法第六十五條第二項所規定的(一)利用之目的及性質，(二)著作之性質，(三)所利用之質量及其在整個著作所占之比例及(四)利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響等合理使用認定標準，事實上保有許多合理使用的空間，因此，暫時性重製並不當然等於違法。例如透過網路瀏覽資訊過程中，在伺服器、RAM或電腦螢幕上的資訊暫存，雖然都構成「重製」，但也都屬於合理使用，從不會被認為是違法。歐盟在二〇〇一年五月間通過的著作權指令第五條規定，網路傳輸過程中必要的「暫時性重製」，都是該條合理使用之範圍，可排除民刑事責任。同時，為個人使用、圖書館中之利用或教學目的等且無直接或間接營利



目的之重製，亦屬於一般合理使用之範疇，並不會構成著作權的侵害。因此，未來我國將參採歐盟立法模式，訂定合理使用範圍。

智慧局特別說明，未來修正方向一定會慎重注意使用者在利用著作時既有之權益，不會增加我國民眾無謂的民刑事責任，尤其會明定合理使用條文，送請立法院充分討論審議，完成全民檢視之法定程序後，才會出現最適切的條文。

【參考資料二：歐盟2001資訊社會著作權及相關權利協調指令】

Article 2

Reproduction right

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:

- (a) for authors, of their works;
- (b) for performers, of fixations of their performances;
- (c) for phonogram producers, of their phonograms;
- (d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films;
- (e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

會員國對於下列各款應賦予專有授權或禁止以任何方式及形式，全部或部分，作直接或間接，暫時或永久重製之權利：

- (a) 著作人就其著作
- (b) 表演人就其表演之固著，
- (c) 錄音物製作人就其錄音物，
- (d) 首次固著之影片之製作人就其影片之原件及重製物，以及
- (e) 廣播機構就其廣播之固著，不問該廣播係以有線或無線傳輸，包括有線或衛星。

Article 5

Exceptions and limitations

1. 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.

第二條所定之暫時性重製行為中，如係屬於短暫而附帶的，並且為技術程序之整體及必要部分而無獨立之經濟意義者，而其唯一的目的是(a) 在網路中藉由中介物傳遞於第三人(b) 合法的使用著作或其他受保護之客體此應被列為第二條所定重製權利之「例外」(shall be exempted)。