

網路侵權新型態之因應策略及措施之研究

期末報告

期末審查修訂版

委託單位：經濟部智慧財產局

研究單位：財團法人資訊工業策進會科技法律中心

中華民國九十三年十一月

目錄

資策會科技法律中心

第一章 緒論	9
第一節 研究緣起	9
第二節 研究範圍與研究內容	10
第一項 瞭解分析各類網路侵權之態樣及趨勢	10
第二項 分析評估各類網路侵權態樣問題	11
第三項 分析各侵權態樣及犯罪方法，針對立法、有效查緝(司法面) 及大眾教育等面向提出合理因應策略及具體措施之建議。	12
第三節 研究方法與研究架構	12
第一項 研究方法	12
第二項 研究架構	13
第二章 前言—新科技與新商業模式對著作權之挑戰	15
第三章 網路侵權可能新型態-網路新科技及新商業模式引發之著作權爭 議	21
第一節 網路傳輸著作之相關議題	21

第一項 電子郵件(E-mail)	21
第二項 上載及下載(Uploading and Downloading).....	22
第三項 快取 (Catching).....	22
第二節 網頁連結之相關議題.....	23
第一項 網頁超連結 (Hyperlinks)	23
第二項 視窗連結 (Framing).....	24
第三項 網站內容集成 (Content Aggregation/Bots)	24
第四項 網站跳出式(Pop-up)廣告.....	25
第三節 數位內容傳播相關議題.....	26
第一項 MP3 音樂檔案下載.....	26
第二項 網路線上廣播 (Webcasting).....	28
第三項 網路互動電視 (Interactive TV , ITV)	30
第四項 未經授權利用他人線上資料庫.....	31
第五項 行動娛樂服務.....	33
第四節 網路平台之相關議題.....	35

第一項 P2P 檔案分享	35
第二項 ISP 業者侵權責任限制規範	38
第五節 網路侵權查緝之相關議題	39
第四章 國外網路侵權態樣及因應之策略分析	42
第一節 網頁連結相關議題	42
第一項 網站內容集成	42
第二項 網站跳出式 (Pop-up) 廣告	65
第二節 數位內容傳播相關議題	77
第一項 MP3 音樂下載	77
第二項 網路線上廣播 (Webcasting)	80
第三項 未經授權利用他人線上資料庫	86
第四項 行動娛樂服務之相關議題	103
第一目 音樂著作權人與發行公司	103
第三節 網路平台相關議題	106

第一項 P2P 檔案分享與 ISP 責任.....	106
第五章 網路新科技及新商業模式在我國可能引發之著作權爭議.....	160
第一節 網頁連結所引發之著作權問題.....	160
第一項、網頁超連結(Hyperlink).....	160
第二項、視窗連結(Framing).....	162
第三項、網站內容集成(Aggregation).....	165
第四項、網站跳出式廣告(Pop-up).....	166
第二節 數位內容傳播所引發之著作權問題.....	167
第一項 檔案或音樂下載.....	167
第二項 網路廣播與互動電視.....	170
第三項 選編未達原創性之資料庫.....	173
第四項 數位內容提供的綜合問題.....	173
第三節 網路平台所引發之著作權問題.....	175
第一項 網路拍賣.....	175

第二項	P2P 檔案分享	176
第四節	網路侵權之查緝問題.....	180
第一項	網路侵權查緝面臨之實務問題.....	180
第二項	執法機關.....	182
第六章	因應新型態網路侵權之策略與措施建議.....	185
第一節	法規面之因應策略.....	185
第一項	相關著作權法律概念之釐清與適用.....	185
第二項	合理使用	185
第三項	科技保護措施.....	186
第四項	未達原創性資料庫之保護.....	186
第五項	輔助侵害與代理侵害制度之引進.....	187
第六項	拍賣網站之管理.....	187
第七項	ISP 業者責任之界定	188
第二節	執行面之因應策略與措施.....	189

第一項	組織.....	189
第二項	人力.....	189
第三項	設備資源.....	190
第四項	專業技能.....	191
第五項	對政府機關的建議.....	191
第三節	大眾教育面之因應策略與措施.....	192

第一章 緒論

第一節 研究緣起

網際網路時代的來臨，已帶動全球資訊革命的腳步，近年來政府積極推動「挑戰 2008: 國家發展重點計畫」，其中有關網路之建設，計畫於 2008 年達到「600 萬寬頻到府」的目標，實現數位台灣的願景。而依據經濟部技術處委託資策會電子商務研究所 FIND（簡稱資策會 ACI-FIND），所進行之「我國網際網路用戶數調查」顯示，截至 2003 年 12 月底止，我國經常上網人口達 883 萬人，網際網路連網應用普及率為 39%，寬頻用戶數達 289 萬戶，並且我國目前連網主機已達 392 萬部，排名全球第 10 名，亞洲第 3 名，可知我國網際網路之建設甚具規模，網際網路之應用也十分蓬勃。

由於網際網路的用途廣泛，使用人口成長快速，且傳播快速，遂成為新興且快速的流通管道，也因此近年成為一個新型態的犯罪工具與犯罪場所，各類網路侵權案件乃隨之層出不窮，軟體、電影、唱片業者的產品著作權經由網路被傳輸、下載等而受到嚴重的侵害，導致

經營困難，進而影響創作著作之意願，若不研究如何因應，整體社會將因創作減少而受到影響。

為配合政府推動保護智慧財產權的政策方向，有必要針對當前各種類型的網路侵權型態做詳盡的分析和趨勢研判，並針對著作權人得採行的法律保護措施進行研究，進而研擬如何防範網路侵權的因應策略，以奠定我國網際網路環境持續穩定發展的基石。

第二節 研究範圍與研究內容

第一項 瞭解分析各類網路侵權之態樣及趨勢

為能擬定有效防範網路侵權措施，首先必須具體瞭解國內外目前存在之網路侵權態樣，並分析未來發展趨勢。我國目前常見之網路侵權爭議，都是在國外產生類似爭議後，才在國內產生，以目前國內 P2P 檔案分享爭執，其實在網路技術發展先驅之美國，幾年前就已發生類似新科技及新商業模式且產生著作權爭議，甚至已有法院確定判決，其中最有名之第一個法律爭訟，當推備受矚目之 Napster 一案¹。而該

¹ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

案早在 2001 年即做成判決，我國則是在去年(2003 年)在國內才有類似法律爭訟。因此要研究網路侵權新型態，自應瞭解網路新科技或新商業模式發展較快之國家(尤其是美國為主)之技術發展及相關著作權爭執之動態及趨勢，如此方能提出較為先期之因應策略。因此本研究有相當篇幅著重在美國之網路新科技及新商業模式所引發之著作權爭執，以及其因應策略(不論是司法面或立法面)，俾作為他山之石。另外，目前以國內常見之網路侵權態樣而言，依據內政部警政署刑事警察局針對國內網路犯罪現況分析顯示，較常見的有於網路上張貼傳輸未經授權之文字著作、圖片或多媒體；於網路上販賣內含作業系統、程式、圖型、MP3、電影 VCD 或音樂 CD 等盜版光碟，在在嚴重影響權利人之權益，因此本研究亦予以探討。

第二項 分析評估各類網路侵權態樣問題

隨著各類網路侵權態樣的產生，勢必產生各樣法律問題值得持續深入探討，例如特定或不特定使用者間傳輸各類檔案所涉及之著作重製與傳輸的問題；各項網頁聯結技術(例如網頁超聯結及視窗聯結等)所涉及之著作權問題；複製他人資料庫作為自身網站資料所涉及之著作權問題等，在在需要將網路侵權態樣所涉及之法律問題一一釐清，方足以作為制定有效防範及查緝網路侵權之基石。本研究乃針對該等

問題逐一分析。

第三項 分析各侵權態樣及犯罪方法，針對立法、有效查緝(司法面)及大眾教育等面向提出合理因應策略及具體措施之建議。

本研究以網路侵權態樣分析及所涉及著作權問題之研究為基礎，進一步分析我國現行法律規範是否有不足之處，並就是否需有修法或作出法令解釋、檢調單位如何配合查緝以及是否應加強大眾對網路侵權法律問題之教育等建議制定相關因應措施並研擬措施，以落實政府防範及杜絕網路侵權之決心。

第三節 研究方法與研究架構

第一項 研究方法

一、文獻分析法 (Literature Review)

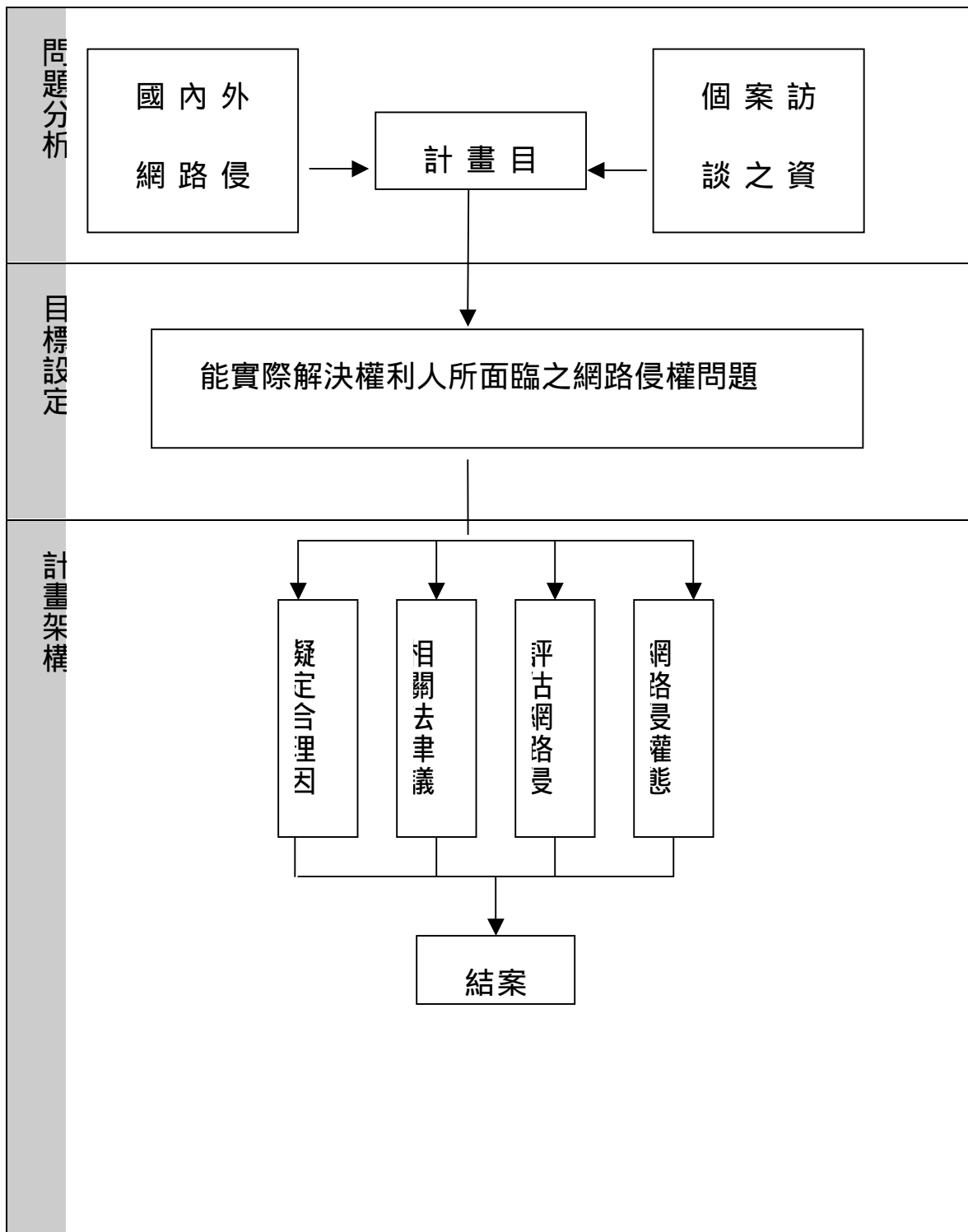
文獻分析法主要是將國內外有關網路侵權態樣及其所涉及著作權問題等相關主題之期刊論文、學術會議報告、研討會資料、專書及統計報告等蒐集並彙整分析。

二、個案訪談法 (case study)

個案訪談法是研究實務問題的主要方法之一，本計劃訪談負責查緝侵權之司法單位，及（或）影片、唱片等各類權利人團體，並於訪談結束後做出書面整理。經由整理之後，歸納出目前國內網路侵權之現況及未來發展方向，納入報告以作為擬定具體防範措施之參考依據。

第二項 研究架構

本計畫執行之實施策略係先依據計畫目標，進行國內外相關資料蒐集，並經由個案訪談之資料整理分析結果，完成各類網路侵權問題分析及相對應策略之擬定，整體研究過程圖示如下



第二章 前言—新科技與新商業模式對著作權之挑戰

揆諸著作權法之發展史，著作權之發展與新科技之發展息息相關，著作權觀念之產生，即源自於當時之新科技—印刷術之發展，此發展軌跡乃中外皆然，以中國歷史觀之，在印刷術出現之前，並無著作權之觀念，此從成語「洛陽紙貴」之典故即可看出端倪，「洛陽紙貴」係在形容一本書或一篇文章寫得很好，而其典故為西晉時代（宋朝之前），有位著名的文學家—左思，花了多年時間，針對三國時代魏、蜀、吳首都的山川形勢與風土人情，搜集並詳閱相關資料，訪問耆老，最後撰寫完成—「三都賦」之文章。由於內容豐富，文筆優美，「三都賦」因而名滿當時之京城—洛陽，當時洛陽城內之文人們，都想一睹為快，不過由於當時印刷術尚未發明，大家只能以買紙抄寫方式傳誦，結果洛陽城的紙居然供不應求，此後「洛陽紙貴」因此成為形容一個人的文章或書籍受歡迎之成語。從左思「三都賦」之例子可看出，由於當時印刷術之新科技尚未發明，書籍或文章並無大量及快速重製之可能，單純靠抄寫方式重製，並無法產生經濟效益，因此在本質上以保護著作人經濟利益為重之著作權觀念自無從附麗。類似著作權之觀念是在印刷術發明後，才在部分歷史典籍中發現蛛絲馬跡，印刷術在中國最早是出現在唐朝，唐武后長安四年至玄宗天寶十年之間（西

元 704 年至 751 年)，當時之漢譯「無垢淨光大陀羅尼經咒」被證實為世界上最早之印刷品²。官方所做禁止盜版之著作權告示在中國也是出現的很早，後周顯德元年（西元 954 年），官方即對九經五代監本有「猶禁擅鐫」（按：禁止擅自印製之意）之禁令，宋代也有類似禁令，例如南京時期刻印「東都事略」一書，目錄後有長方牌記云：「眉山程舍人宅刊行，以申上司，不許覆版」³。從此歷史來看，著作權觀念確實是在印刷術發明後才產生的，究其原因，乃因印刷術使得書籍之大量且迅速重製成為可能，經濟利益也因而產生，如此才發展出著作權觀念。

從西洋之著作權發展史觀之，著作權法之發展也是為了回應新科技所產生之挑戰而生，例如西洋之著作權觀念也是源自印刷術之應用，全世界最早的一部著作權成文法典是英國於 1710 年頒布的安妮法案（Anne Act），不過該法案的緣起乃因為活版印刷於 1476 年由 William Caxton 引進英國，由於該新科技之引進，使得大規模重製書籍首次成為可能，為防止著作之大量散布動搖皇室在宗教及政治之地位，皇室於 1534 年頒布命令，規定未經核准不得出版，以控制所謂的「危險的

² 見蕭雄淋：著作權法論（增訂二版），第 10 頁。

³ 同前註，第 11 頁。

工藝」，復於 1557 年賦予出版者公司（Stationers' Company，係由印刷者及書籍出版者所組成之團體）獨占之權利，最後發展出真正保護到作者之成文著作權法案，亦即安妮法案⁴。綜言之，中外著作權的起源，確是源自新科技—印刷術之發明。

不僅著作權法之起源與新科技之發展息息相關，在著作權之發展軌跡中，只要有新的重製器材發明，著作權觀念就必須面對挑戰而有所回應，尤其是從二十世紀後期至今，重製之技術及器材之發展相當快速，傳統之著作權法也備受挑戰，從美國最高法院於 1984 年審理終結之 SONY 案（Sony Corp. v. Universal City Studio, Inc.）⁵即可看出新科技之發展對著作權之挑戰，以及司法體系如何將傳統著作權法適用時新科技或新商業模式，該案之事實大要為：

Sony 製造銷售錄影機（採 Betamax 規格標準），Universal City Studio（以下簡稱 Universal）擁有部分在電視上播送之電視節目之著作權，部分大眾使用該 Sony 錄影機錄下 Universal 之節目以及其他節目，Universal 乃對 Sony 提出侵害著作權之告訴，主張 Sony 應負輔助侵害（Contributory Infringement）⁶之責任，雙方爭執之焦點為 Sony 銷售該錄

⁴ 見 Craig Joyce, William Patry, Marshall Leaffer and Peter Jaszi: Copyright Law (Section Edition), 第 5 頁至第 6 頁； William F. Patry: Latman's The Copyright Law (Sixth Edition), 第 2 頁至第 4 頁。

⁵ Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)。

⁶ 所謂輔助侵害，係指明知他人侵害行為，而引誘、造成他人侵害或對他人侵害明顯有所貢獻，即

影機給大眾，而大眾未經授權重製 Universal 之節目有無侵害著作權法所賦予 Universal 之任何權利⁷。

美國最高法院認為以錄影機重製節目，主要是為個人非營利目的，換言之，Sony 錄影機主要為供非侵害之用途（substantial noninfringing uses），且 Universal 主張被侵權之節目本來就是免費提供大眾收視，而大眾先將節目預錄下來，等到其他方便的時間再看是所謂的時間轉移（time-shifting），因此大眾之錄影行為係屬合理使用，不構成侵害，既然大眾之重製行為不構成侵害，則 Sony 被主張輔助侵害（Contributory Infringement）自然不會構成，蓋構成輔助侵害之前提為須有主侵害（又稱直接侵權）存在⁸。

網際網路（Internet）之興起更對傳統著作權法產生重大之挑戰，因為 Internet，不僅容易大量重製著作，而且散布迅速且面向廣，Internet 散布著作之速度及全面性為以往任何散布方式所不能及。雖然不論在實體世界或網路之虛擬環境中皆會遭遇著作權侵害問題，不過網路之特性使盜版品之散布更加容易且成本更低，網路之散布可以立即且馬上傳送給數以億計的對象，亦即要是透過 Internet 侵害著作權，則著作權

會被認定有輔助侵害。我國法制目前尚無輔助侵害之規定。

⁷ 詳見 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984)。

⁸ 同註 5。

人所受之損害將是以往所無法想像。從 1980 年代末期開始，由於電腦之處理器處理速度之增加，以及網路頻寬之擴增，消費者自網路下載數位化音樂產品變為可能，也因為此等新科技之發展，促使尋找音樂檔案及進行交換之新商業模式因運而生。以往之盜版係由個人或公司製造盜版品然後銷售給一般大眾，目前常見之網路侵權爭議，業者通常只提供工具給網路使用者，讓使用者重製未經授權之重製物，而該等業者則從網路廣告或其他服務賺取利潤。此種網路新科技及新商業模式究竟有無構成著作權侵害，在世界上主要國家，尤其是美國造成相當大之爭議。由此可看出目前網路新科技及新商業模式發展對著作權法之挑戰自是前所未見。正因為如此，甚多學者專家對傳統著作權法適用到網路之新科技及新商業模式所引發之著作權爭議有所質疑⁹，也因此部分世界上主要國家之司法及立法機關，尤其是網際網路之起源國—美國為解決網路侵權問題，已逐漸建立判例或進行立法之行為，有關先進國家之相關判例及立法行動，詳見下述。

從上述說明，可以看出從古至今，著作權之發展與新科技及新商業模式之發展息息相關，由於新科技及新商業模式之發展對傳統著作權法產生挑戰，為因應新的挑戰，各國通常會透過司法解釋或立法予以因

⁹ Ian C. Ballon: E-commerce and Internet Law, published by Glasser LegalWork(2003 Supplement), 第 8-10 頁。

應，因而使著作權法產生新的理論或新的規定。

本研究特就網路新科技及新商業模式可能產生之著作權侵害進行研究，並提出因應策略以供主管機關參考。

第三章 網路侵權可能新型態-網路新科技及新商業模式引發之著作權爭議

如同得以重製著作之新科技一樣，網路新科技及新商業模式可能產生著作權問題，因此本章先介紹可能涉及著作權之網路新科技及新商業模式，其中有些網路科技雖然出現已久，不過由於晚近國際及我國著作權法修正後，有以新著作權法規範重新予以檢視之價值。以下將就各種可能引發著作權爭議之網路新科技及新商業模式予以介紹，並就其可能涉及之著作權爭議予以分析。

第一節 網路傳輸著作之相關議題

第一項 電子郵件(E-mail)

網路上之電子郵件係目前網路使用者最基本之溝通工具，其在網路上流通之數量已難以計數，基本上電子郵件可用來傳送他人享有著作權之著作給他人，如此在寄件人的寄件備份檔案中仍留有該電子郵件之重製物，同時收件人的主機上也產生一份新的重製物。由於寄送郵件可能有重製或暫時性重製(在 RAM)他人著作，另外也可能涉及公開傳

輸他人著作，因此雖然不見得一定會被主張權利，即使被主張也可能可主張合理使用，不過嚴格而言，仍有著作權爭議問題。

第二項 上載及下載(Uploading and Downloading)

與實體世界之出版書籍、歌曲或電影一樣，若營運網頁之人，擬在網頁上使用及提供他人之著作，以供他人閱覽、收聽或下載，則應取得著作權人同意，因為網路上之上載及下載可能涉及重製、改作、公開傳輸他人著作等著作權問題。

第三項 快取 (Catching)

快取(catching)係指電腦在運作時，因資訊傳輸或運作所需，會在電腦之快取記憶體上暫時複製數位資料並儲存。快取通常發生在網路伺服器(server)上（亦稱代理主機快取，proxy caching），當網路服務提供者儲存熱門網站以供使用者快速連至該等網站，或一家公司為網路安全理由使用代理主機（proxy server）作為防火牆之一部分時會利用快取功能¹⁰，如此即會產生快取記憶體暫時性重製與儲存他人網站之內容。此外電腦使用者在使用網路瀏覽功能(browsing)時，硬碟規劃出之硬碟

¹⁰ Ian C. Ballon, IP and Internet Litigation: Law and Developing Trends (收錄於 Practising Law Institute: Eighth Annual Internet Law Institute), 第 88 頁。

快取區(Disk Cache)，會在使用者進入他人網頁後，因系統設定自動將網頁資料儲存於硬碟的快取區¹¹。由於快取會暫時性重製他人網站上之著作，因此可能產生著作權爭議。

第二節 網頁聯結之相關議題

第一項 網頁超聯結 (Hyperlinks)

「網路超聯結」係透過在自己網頁之 HTML 碼加入他人網頁之位址 URL，讓網頁使用者在特定之 icon 或文字（例如 www.iii.org.tw）點選後，自動聯結到他人網頁。由於網頁使用者透過超聯結會在其螢幕記憶體中暫時儲存所聯結網頁之內容，因此可能有著作權侵害之爭議。不過設計及提供超聯結之原網頁在網頁上超聯結(hyperlink)其他網頁並未有任何重製之行為，若要說有侵害，則可能只有在網頁使用者之暫時性重製被認為有侵害時，提供超聯結之網頁才有輔助侵害或代理侵害(vicarious infringement)¹²之可能。

¹¹ 見資策會科技法律中心受內政部委託研究之「著作權面對高科技發展之因應配合(第二年)報告」，第 11 頁。

¹² 所謂代理侵害，被告有權及能力監督侵害行為，且因為侵害行為而得到明顯及直接之財務利益。我國法制尚無代理侵害之規定。

第二項 視窗聯結 (Framing)

Framing 係指一種功能，當與特定瀏覽器一起使用時，讓網頁之使用者得以在不曾自動離開原瀏覽網頁之情況下，直接閱覽所聯結網頁之內容，此種聯結由於在所聯結網頁顯示時，原瀏覽網頁之位址 URL 仍然顯示於螢幕之頂端，因此容易引起使用者誤認所聯結網頁之內容係原瀏覽網頁之一部分¹³。就技術上而言，視窗聯結網頁技術會將享有著作權之他人網頁內容下載至本機的伺服器(Server)上，因此可能產生重製與公開傳輸他人著作之爭議。

第三項 網站內容集成 (Content Aggregation/Bots)

網站內容集成係指將他人網站之資料庫內容複製至自己網站供人搜尋或自己使用。美國即有因為內容集成產生著作權爭議之案例，Bidder's Edge 公司在其網站提供一種功能，讓使用者可以跨越不同拍賣網站搜尋並投標購買其想要購買之商品，而不必分別到不同拍賣網站去投標，其所涵蓋之拍賣網站包括 eBay，Bidder's Edge 每天近用(access) eBay 達 100,000 次，大概複製 eBay 網站之資料庫達 1.10%，eBay 因

¹³ Ian C. Ballon, IP and Internet Litigation: Law and Developing Trends (收錄於 Practising Law Institute: Eighth Annual Internet Law Institute), 第 89 頁。

此告該公司侵害著作權¹⁴。

第四項 網站跳出式(Pop-up)廣告

Pop-up 廣告係指在使用者使用電腦時(通常為上網時)，自動跳出佔據螢幕空間的廣告視窗。此種動作係由 Pop-up 軟體(其為所謂間諜程式 spyware 之一種)所操作，而通常該等軟體係使用者無意間下載而來。

此種軟體會監看使用者聯結何種網站，然後於使用者聯結網站時跳出廣告視窗。例如，當使用者在瀏覽旅行社網站時，便跳出航空公司的廣告。通常，當使用者不欲閱覽該 Pop-up 廣告時，僅須將其視窗關閉即可。但有若干 Pop-up 廣告在使用者關閉其視窗時，會再接再連跳出更多 Pop-up 廣告視窗。隨著 Pop-up 廣告的日益增多，美國之網站所有人則訴諸法律設法阻止 Pop-up 廣告，侵害著作權也是網站所有人主張之一，其論點為 Pop-up 廣告改變網頁的外觀(按：若依我國著作權法可能有侵害同一性保持權之問題)，不過是否成立仍有爭議。

如上所述，Pop-up 軟體為間諜程式之一種，而所謂間諜程式，為一種後門程式，此種程式通常會以佯裝的方式，誘導讓使用者在不知情的

¹⁴ EBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc., 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000)

情形下，將程式安裝於使用者的作業環境中，其目的可能為任何不希望使用者知道之程式行為，例如蒐集或監視使用者的上網行為、竊取使用者的機密資料等。間諜程式可略分為非惡意與惡意兩種，所謂非惡意間諜程式（Adware），其目的係為瞭解並蒐集消費者使用行為、不定期跳出廣告、更改網頁瀏覽器之首頁、安裝使用者不想要的搜尋工具列或在瀏覽器中加入書籤等。所謂惡意間諜程式，係指安裝遠端監控性電腦程式修改電腦設定，未經使用者同意蒐集電腦操作的行為資訊，並將所蒐集之資訊回傳，或佔用 CPU 運算及記憶體資源、拖垮系統效能、竊取使用者帳號密碼與金融帳戶資料等¹⁵。

網站跳出式廣告通常屬非惡意間諜程式。

第三節 數位內容傳播相關議題

第一項 MP3 音樂檔案下載

MP3（MPEG-1 Audio Layer 3）是一種音樂檔案壓縮格式，使音樂檔案以 10:1 比例予以壓縮，並保持與原來 CD 幾乎一樣的品質。一首 3 分鐘的音樂檔案透過寬頻網路，從網際網路上下載只要幾秒鐘。MP3

¹⁵ Run PC 雜誌，2004 年 8 月號，第 162-163 頁。

音樂複製，隨著電腦數位燒錄(Burning)技術的發展，成為被普遍使用的音樂複製方法。簡而言之，MP3 複製係指將自己買來的 CD 音樂經由燒錄技術轉錄成 MP3 音樂格式。但在實際的情形，因燒錄技術的發達，可能一個人買一片 CD，可多人轉錄成 MP3；更進一步，可一人轉錄成 MP3 之後，再透過網路散布予多人。由於將 CD 之音樂轉成 MP3 檔案，涉及重製，將 MP3 音樂檔案上載至網站或從網站上下載亦皆涉及重製。MP3 網站之爭議最有名的是 2000 年於美國發生之 UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc.一案¹⁶。MP3.com 公司將出版 CD 中之歌曲轉換成 MP3 格式之檔案後，將該等 MP3 音樂檔案儲存於其網站之主機上供人下載。

MP3 之下載經美國法院於審理 MP3.com 案後確定需取得著作權授權後，開始有業者努力建立線上音樂付費下載商業模式，最為人所稱道者為 Apple 電腦公司建立之 iTunes 合法音樂下載商業模式，iTune 係於 2003 年 4 月開始營運，採單曲零售方式，下載價格為每首 0.99 美元，使用者可下載後燒錄成 CD，或轉拷至其他 Apple 電腦，使用者也可下載至 Apple 電腦公司製造之數位音樂播放器 iPod，不過音樂檔案受「只

¹⁶ UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc. , 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y.2000)

進不出」之限制。至 2004 年 3 月中旬止，由 iTunes 下載之音樂已達 5,000 萬首以上¹⁷，此種新商業模式營運相當成功，吸引其他業者陸續投入，其中還包括因為 P2P 檔案分享引發著作權訴訟之 Napster 也於 2003 年 10 月推出 Napster 2.0 改採付費下載模式經營¹⁸。由此發展可看出釐清線上音樂之著作權問題可能產生新的商業模式，若此，新科技及新商業模式與著作權之互動則屬良性循環。此種互動模式應是在因應新科技及新商業模式引發之著作權爭議時所應追求之目標。另外，目前音樂檔案壓縮之格式除 MP3 外，尚有 AAC 及 WMA，MP3 為一般通用之格式，而 AAC 與 WMA 則分別為 Apple 及微軟所支持¹⁹。

第二項 網路線上廣播 (Webcasting)

網路線上廣播(Webcasting)則是近年來發展逐漸成熟的網路應用方式。網路線上廣播基本上是採用網路串流(streaming)的技術，透過串流技術，伺服器網站可將聲音或視訊透過網際網路即時播放。在過去網際網路使用者多使用撥接上網時，因頻寬不夠，故影音的傳送有較多困難。但隨著 ADSL 上網的普及，寬頻使得影音傳播的應用更為普及。

¹⁷ 見財團法人資訊工業策進會市場情報中心洪春暉著，由 Apple iTunes 之成功看線上音樂經營模式的轉變（2004 年 4 月 28 日出版），第 4 頁至第 5 頁。

¹⁸ 同前註，第 5 頁。

¹⁹ 見財團法人資訊工業策進會市場情報中心陳佳賢，我國行動商務市場發展現況與展望(2003/3/1)，第 2 頁。

網路線上廣播即是運用此種技術，將原來透過無線電波(Radio)傳送之聲音與視訊，將其內容數位化之後，將廣播頻道轉而透過網際網路來播送。此種播送管道的改變，對媒體生態造成很大的衝擊。最主要的因素在於，傳統無線電波的廣播，因其電波傳送的範圍有限，故只能侷限於在某一特定地區播送。但廣播頻道到轉至網際網路之後，透過網際網路，廣播可傳送至全世界每一個地方。

由於網路線上廣播之跨國界傳播，可能產生之著作權爭議，尤其是音樂著作著作權人授權廣播電台公開播送其音樂著作都有授權地域之限制，蓋原來廣播型態通常有區域性，因為廣播主管機關核發之廣播電台執照有地區性廣播電台，也有全國性廣播電台，因此通常廣播電台取得音樂著作之公開播送權，有區域限制。而網路線上廣播之傳播因不受限於原來廣播機關被核准之廣播區域，如此是否需取得著作權人更大範圍之公開播送授權值得探討。

此外目前美國正為網路線上廣播所產生錄音著作著作權爭議，進行爭辯，因為 1995 年以前依據美國著作權法第 114 條，錄音著作著作權人

並無公開表演權(public performance right)²⁰。不過當數位聲音服務開始提供之後，例如數位有線廣播藉數位設備傳送錄音著作，錄音著作之公開表演在 1990 年代也因此產生明顯之商業利益。所以美國之 1995 年錄音著作之數位表演權法特就著作權法 114 條予以修正，賦予錄音著作著作權人數位聲音傳送之公開表演權，不過針對非互動式且符合特定條件之數位傳播，規定並不需取得錄音著作著作權人同意。目前美國之錄音著作仲介團體與網路線上廣播業者，對網路線上廣播業者在節目中播送錄音著作是否需取得著作權授權有不同意見，雖然美國著作權局認為業者應取得授權²¹，不過目前雙方在國會仍繼續爭論中。

第三項 網路互動電視 (Interactive TV , ITV)

網路互動電視係透過網際網路，將電視節目提供給使用者，目前國內 Hinet 所營運之隨選視訊 (Multimedia On Demand , MOD) 即是網路互動電視之一種型態，經營網路互動電視所提供內容大多數是著作權保護之標的，因此若未取得授權自有引發著作權侵害之可能性。另外若在網路上提供的是含有廣告之電視節目，美國曾發生過一個案例為網路互動電視之經營者提供一種功能，讓使用者能在將電視節目錄下

²⁰ 美國著作權法之公開表演權包括我國著作權法所規定之公開播送權。

²¹ Bruce P. Keller and Jeffrey , Copyright Law: A Practitioner's Guide (Nov. 2003 , Copyright 2003 by

來的時候，選擇將節目原有之廣告部分跳過而不必錄下來，並可讓使用者使用其網路互動電視之網路傳送給其他人，該等電視節目之著作權人因此告網路互動電視經營者侵害著作權，應負輔助侵害（contributory infringement）及代理侵害（vicarious infringement）²²之責任。

第四項 未經授權利用他人線上資料庫

在現今資訊爆炸的社會中，如何在浩瀚資訊中迅速而完整地汲取所需的資訊已經成為重要的議題。一個建置良好的資料庫正能發揮快速而完整地搜尋資料的效果，可以讓資料庫的利用人節省搜尋資料的人力、財力與時間成本，得以基於自資料庫中取得之資料、將節省下的搜尋成本專心投注於進一步的文化創作、技術創新、其他有益於整體社會發展、或提升國家競爭力的事項上。資料庫建立人支付成本建置資料庫供人利用、再從資料庫之利用人獲取利用對價（權利金）以回收其投資之成本，利用人愈多、資料庫建立人的投資報酬就愈高；而利用人所省下來的資料搜尋成本則一部份用來支付利用資料庫的對

Practising Law Institute), §14:2.8。

²² Paramount Pictures Corp. v. ReplayTV, Inc. (C.D.C. October 2001)

價，剩餘的部份即可用以從事創作、創新或其他事項。²³

從經濟利益的角度來看，資料庫可以說是兼具商業價值與社會實用性兩項特性的產品，一個建置良好的資料庫通常需要很大的建置費用的投資，建置完成後之資料庫其經濟價值可能非常高；就未來資訊化社會的生活而言，資料庫更是我們賴以處理生活所需各項龐大資訊的重要工具。²⁴

近年來由於儲存媒體的進步與電子式資料庫的出現，使得資料庫儲存之資料量可以達到幾無限制的程度，再輔以電腦程式做為資料搜尋工具，更使得資料庫如虎添翼，具備迅速處理大量資料的能力。然而由於電子式資料庫是以數位化的方式儲存資料，數位資料之特性即為重製容易、快速、且重製物與原件之內容及品質均相同，因此可能被侵害的機率遠較傳統儲存媒體為高，在網際網路傳輸無遠弗屆的環境下，對數位資料庫的侵害可能性更是雪上加霜，而由於搜尋技術(search engine and data mining)之快速發展，線上電子資料庫並不一定需要特

²³ 參閱智慧財產局網站研究報告，《資料庫之保護》，
<http://www.tipo.gov.tw/dataserve/dataserve/public/sub10/881002.htm>

²⁴ 參閱前揭報告

別之編排，因此可能無法達著作權法所要求：「編輯著作之選擇編排需具原創性」，但是電子資料庫之建置需投入相當龐大之人力、物力，若無法得到法律保護，勢必造成無人願意建置，如此對社會並無益處。因此線上資料庫的保護問題，乃成為成為重要在網路環境下保護著作權值得注意之議題。²⁵

第五項 行動娛樂服務

行動娛樂服務為行動商務之一種，而所謂行動商務，係指使用者藉由行動終端設備，透過無線通訊網路進行商品、服務或資訊交易的行為。行動娛樂服務以鈴聲、圖形、遊戲之下載應用最為熱門²⁶。

目前手機之響鈴已不再限於手機出廠前通常已設定之鈴聲，目前較為受歡迎則為手機和弦鈴聲(Ringtone)，其主要種類有將音樂著作以電子方式予以演奏後收錄，或直接將目前流行歌曲之錄音作為鈴聲。

和弦鈴聲及圖形之下載方式通常有：使用者直接利用行動電話下載；

²⁵ 同前註

²⁶ 見財團法人資訊工業策進會市場情報中心陳佳賢，我國行動商務市場發展現況與展望(2003/3/1)，第1頁。

使用者在行動電話公司之網站訂購後，再由行動電話業者透過其行動電話網路系統將和弦鈴聲或圖形下載至訂購者之手機；或使用者先行下載至 PC，再利用連接線將手機與 PC 連接後，將圖形或鈴聲下載至手機。因為和弦鈴聲通常是由受著作權保護之音樂著作改作而來，而圖形亦為著作權保護之標的之一，因此其下載若未經授權則可能引發著作權爭議。

行動娛樂服務市場越來越龐大，依據財團法人資訊工業策進會市場情報中心統計，我國行動娛樂市場規模在 2002 年為新台幣 7 千萬元，2003 年約達 1.74 億元²⁷。而據統計，美國之市場總值，單單和弦鈴聲下載之市場 2003 年為 30 億美元，預估 2007 年將達 50 億美元²⁸，由於利益不小，美國之著作權仲介團體乃積極為其會員爭取權利，有關和弦鈴聲涉及之著作權包括以電子方式將音樂著作變成音樂鈴聲應屬改作，此點在美國爭議較少，目前爭議較大者為使用者於下載和弦鈴聲後，若在公開場所接到來電，致和弦鈴聲使公眾得以聽聞，此時是否構成公開演出之問題？若構成，則提供下載之業者，除需取得改作或重製之授權外，亦須取得公開演出之授權，此問題在美國目前是行動電話業

²⁷ 同前註，第 2 頁。

²⁸ Stuart D. Levi, *New Technologies and New Law—The Evolution of the Internet*, 第 34 頁，收錄

者與著作權仲介團體爭論不休之問題。

第四節 網路平台之相關議題

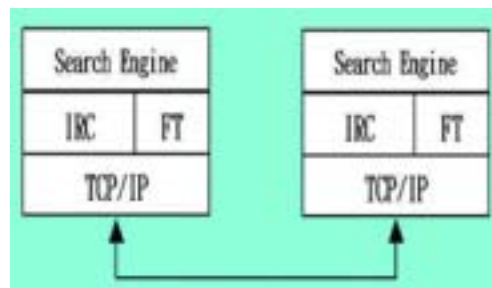
第一項 P2P 檔案分享

P2P 檔案分享係透過服務網站作為中介，由使用者從另一使用者的電腦硬碟中下載音樂或影片檔案。從技術而言，P2P 的運作模式約可分為「混合式」與「分散式」兩種。著名之美國 Napster 案之 Napster 所採運作模式是典型的「混合式」P2P 運作模式。業者因提供「混合式」的 P2P 軟體，於 Napster 案中被法院認定係違反著作權法，最後關閉網站。之後廠商捲土重來，提供新的「分散式」P2P。於 Kazza 案，美國聯邦地方法院審理的第一回合中，廠商獲得勝訴。

在技術層面上，Napster 所採用的「點對點網路架構」(Peer-to-Peer Computing)軟體，屬於「混合式」的系統架構，使用者個人電腦透過中介的網路連線服務，連接到伺服電腦群組其中的一台之後，將分享檔案之索引 (Index) 「上架」至伺服電腦裡以建立資料庫，供其他所有使用者索引查詢。網站本身的中心伺服群組管理並組織所有使用者的

檔案搜尋索引 (Index)以及網路位址(IP Address)兩種資料庫²⁹；因為此一技術上的差異，法院認定 Napster 的網站提供的服務型態具有集中管理的資料庫系統，得以將未經授權的著作檔案進行組織管理，若於明知的情形下仍將該侵權檔案加以散布而未能監督防止，在沒有其他免責事由時，應負輔助侵害及代理侵害著作權之責任。

混合式 P2P-Napster 的架構

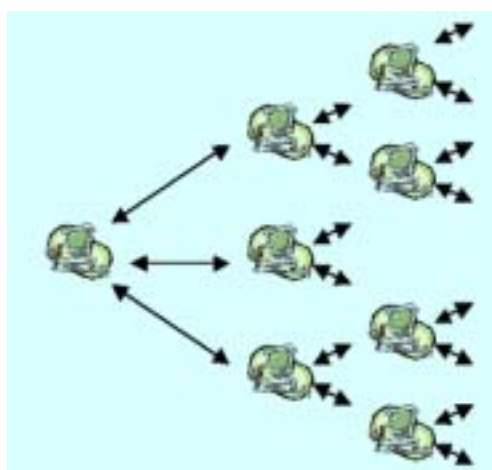


至於「分散型」的 P2P 系統架構，捨棄集中管理的技術模式，所採取的技術能讓使用者交換分享音樂檔案，更能將影像、軟體、文件等種種檔案進行分享交換。這種「分散型」的 P2P 系統架構，類似電話連線網路而由各節點提供轉接服務，使用者在登入網路後得以知悉網路上有多少其他線上使用者，而能連結鄰近的使用者，藉由其中的一位再連結至下一位，依此類推而擴展至整個網路。在此架構下，當使用者欲搜尋某一個檔案時，透過所有鄰近之使用者將此訊息詢問傳遞出

²⁹ 前者提供檔案快速指認的功能，而後者提供使用者間相互認知 (Recognition)的機制，使用者藉

去,當中任何一個使用者接收此一訊息時,就會繼續傳遞下去,如果任何接收此一訊息的使用者擁有該檔案,則會反向地將此訊息傳地回去,讓最初發出訊息的使用者判斷是否願意交換分享檔案。最重要的是,其與 Napster 所採的「混合式」模式並不相同,此一系統運作時並沒有集中管理的目錄索引資料庫或伺服器,是完全分散的模式。

分散式 P2P 技術的基本運作



P2P 下載,出現了使用者下載(通稱「小 P」)與中介網站(通稱「大 P」)是否侵害著作權的問題。更進一步,也衍生出 ISP 業者是否亦應共同負責的討論。

第二項 ISP 業者侵權責任限制規範

作為網路資訊媒介 (Intermediary) 之網際網路服務提供者 (Internet Service Provider, ISP), 當其所提供的服務或使用者之利用行為涉及不法或有爭議時, 由於確認行為人身份之困難, 而網際網路服務提供者目標顯著與財力雄厚, 往往容易產生網際網路服務提供者是否應對使用者不法行為負責之爭議。實務上可見網際網路服務提供者屢屢被要求需負擔此一不法行為在民事法上共同侵權行為人責任, 或者在刑法上構成共犯或幫助犯的責任, 網際網路服務提供者可謂不勝其擾, 並已造成經營上之法律風險。而為確保民眾使用網際網路獲取資訊與自由表達言論之權利, 並兼顧促進電子商務的發展, 各國政府多已積極針對網際網路服務提供者的責任問題, 加以釐清與規定, 試圖建構一明確的網際網路服務提供者責任規範。³⁰

網際網路服務提供者, 依其所提供之服務項目與內容, 一般可區分為以下三種服務類型: 1. 網路連線服務提供者 (Internet Access Provider, IAP); 2. 網路平台服務提供者 (Internet Platform Provider, IPP); 3. 網路內容提供者 (Internet Content Provider, ICP)。然因網路服務市場競

³⁰ 參閱資策會科技法律中心,《網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究》期末報告,民 92 年,頁 1

爭激烈，大部分的網際網路服務提供者並不單純經營一項業務，可能兼有提供連線、應用系統或各類資訊內容服務，例如前述之 IAP，除提供網路撥接/ADSL/專線上網服務外，並於入口網站提供影音、旅遊、證券行情等資訊內容，以及電子郵件、網頁搜尋等應用服務功能，可認為是結合 IAP、IPP 與 ICP 類型於一身之網際網路服務提供者。³¹

網際網路服務提供者對網路侵權行為應負之責任，可區分為網路服務業者自己行為不法侵權責任，以及其使用者不法侵權行為之責任。由於網路服務業者自己行為不法時，成為違法行為之主體，可依一般侵權行為責任加以解決，較無爭議。茲有爭議者係網路服務業者是否須為其使用者不法侵權行為負責問題，此亦為各國立法欲加以規範之爭議。³²

第五節 網路侵權查緝之相關議題

於網路上販賣盜版軟體、音樂(俗稱「大補帖」)，目前在我國為常見的

³¹ 前揭報告，頁 3

網路侵權型態。目前主要的犯罪態樣包括：

- 1.透過人頭帳戶進行交易；
- 2.向國外購買侵權商品(以美國及大陸居多)；
- 3.行為人直接入侵外國公司網站抓下合法軟體燒成光碟販售；
- 4.利用網咖或旅館作為交易中介站；
- 5.在拍賣網站販賣侵權物；

此種侵權的特色是，行為人以大專相關科系之學生居多，透過自己架設網站或在拍賣網站販售侵權商品，買受人可以透過用 e-mail 方式回覆訂購，或僅留下買方資料，由賣方主動聯繫之方式（讓警方無從查出 IP 位址）。³³

此外，尚有 DM 夾報模式。通常是由夾報集團所為，刊登各式盜版光碟商品，並留下聯絡電話供買方打電話訂購。³⁴

³² 前揭報告，頁 4

³³ 目前，高雄縣警察已有一套偵測軟體可以進行反偵查行動，即便行為人不斷更換 IP address，仍可查出行為人所在。但此種偵查方式十分耗時，需要 1-2 個月才能查出具體事證。

³⁴ 但由於目前違反著作權法之偵查並未賦予警察機關有申請監聽票之權限，因此執行搜索行動時常力有未逮。但也由於此種侵權模式常屬於組織形犯罪，因此可以透過偵查組織集團之名義申請搜索票以及監聽（通訊保障及監察法 §5(15)。違反著作權法並不在可申請監聽之範圍內）。因此，除

在拍賣網站販賣侵權物，檢調單位最感困擾者，為網路平台業者通常都抗辯業者只提供平台，對使用者透過平台在網路上的任何作為都表示不知情，檢調單位希望能有法令能讓網路平台業者負起某種「過濾」的責任，以使網路平台業者更加謹慎。

了去函法務部建議修法之外，在修法之前，希望可透過「比照」電信法 §8 有關「妨礙社會公共秩序及善良風俗」之規定，對於侵害著作權之 DM 中所提供之電話號碼，以行政命令要求電信公司予以斷訊停止使用。（請參閱台灣高等法務檢察署「保護智慧財產權查緝專案會報」第十六次會議提案）。

第四章 國外網路侵權態樣及因應之策略分析

如上所述，網路新科技及新商業模式常引發著作權爭議，網路技術之先驅—美國，由於其網路新科技或新商業模式之發展比其他國家要早，因此也較早面對相關著作權爭議，為解決該等爭議，美國通常透過法院判例做出解釋，或者透過推動立法，希望藉此解決網路侵權問題，由於美國在這方面走得相當快，可說是因應網路侵權策略之帶領者，因此本章主要介紹美國相關判例及立法，俾作提出因應新型態之網路侵權策略之重要參考。歐盟與日本方面就網路侵權之新議題發展較美國稍後，雖有若干討論，但不若美國方面的資料豐富。

第一節 網頁聯結相關議題

第一項 網站內容集成

第一目 相關案例

壹、eBay Inc. v. Bidder's Edge, Inc.³⁵

一、案例事實

³⁵ 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000).

本案原告 eBay 網路拍賣網站提供其使用者相互間買賣物品的平台, eBay 目前全球有超過 700 萬的註冊使用者,該網站平均每天有超過 40 萬項的產品在進行交易。被告 BE 公司主要是一個拍賣集成網站,該網站提供線上拍賣使用者種類繁多的拍賣項目,特色是省去逐項個別搜尋的麻煩,直到 2000 年 3 月為止, BE 網站的網頁有超過 500 萬項的拍賣產品,另外 BE 同時提供其使用者其他附加的拍賣相關資訊與服務,而這些資訊及服務包括對其他像 eBay 等拍賣網站的連結,在 1998 年時, eBay 曾允許 BE 提供其網站部分商品的資訊。然而 eBay 與 BE 的主要爭端出現在 BE 用來搜尋 eBay 資料庫的方法上,因為 eBay 希望 BE 只要引領其使用者進入 eBay 的系統搜尋即可;在 1999 年的八到九月間,eBay 以電話要求 BE 停止將 eBay 的拍賣列表顯示在 BE 自己的網頁上;1999 年的 11 月 9 日,eBay 發出信函告知 BE 並再度要求 BE 停止其未經授權的行為,停止進入 eBay 的網站,並警告 BE 的行為已構成美國法律上的「擅自進入」(trespass)。eBay 企圖封鎖 BE 使其無法進入 eBay 網站;在 1999 年的 11 月底,eBay 共封鎖了 169 個 eBay 認為是 BE 用來侵入其系統的 IP 位址。

在雙方持續交涉未果後,因此,eBay 根據以下九項理由向法院請求防止 BE 侵入其電腦系統的禁制令,包括:擅自進入(trespass),不真實的廣告(false advertising),商標混淆(trademark dilution),電腦的欺騙及濫

用行為，不正當競爭，侵吞(misappropriation)，對 eBay 預期利益之妨礙與不當得利;然而，eBay 並未獨立或選擇請求限制被告使用 eBay 網站資料的禁制令。

二、本案爭點

eBay 網路拍賣網站控告另一拍賣集成網站「擅自進入」(trespass)，其爭點在於：第一、被告的行為可能造成對原告「無法彌補的損害」(irreparable harm)?第二、原告主張被告「擅自進入」是否成立?

三、兩造主張

本案原告宣稱 BE 平均每天進入 eBay 網站達 100,000 次以上,而 eBay 宣稱上述 BE 的行為約為 eBay 每天被要求提供資訊總件數的 1.53% ,同時在 1999 年 10 月至 11 月期間，從 eBay 網站的資料庫重製並傳送的内容約佔 eBay 資料庫的 1.10% ,BE 則反駁自己的行為不到 eBay 每天被要求提供資訊總件數的 1.11% ,從 eBay 網站的資料庫重製並傳送的内容也不到 eBay 資料庫的 0.70%。

另一方面，原告 eBay 宣稱從 1999 年 6 月至 2000 年 3 月間共十個月期間,因 BE 的行為而損失美金 10 萬多元，原告要求 BE 負起該損失的損

害賠償責任。

四、判決

本案法院判決發出禁制令禁止被告 Bidder's Edge 公司、公司負責人、代理人、雇員、職員、律師等被告相關人，在未經授權的情況下運用任何程式、自動裝置、瀏覽器或其他類似儀器進入原告拍賣資料庫的任何部分。不過本案法院所發出的禁制令並未包括禁止被告 BE 運用上述方式利用 eBay 網站的內容，承審法院否定原告 eBay 關於控告 BE 商標侵害、商標混淆等請求。

五、分析

為了滿足發出禁制令的要件，法院認為原告的請求必須證明「除了對「無法彌補的損害」之可能性與價值的勝算，或是將要出現之嚴重問題的價值……」³⁶；前述的「嚴重問題」是指原告的請求必須具有勝訴的合理機會“fair chance of success on the merits”；一般而言，所謂損害平衡(“balance of harm”)的考量應優先於分析勝算之可能性，因為除非法院估定該案的損害平衡為何，否則法院無從得知原告是否具能強有力而實質證明其勝算的可能性。

A. 損害平衡 (Balance of Harm)

eBay 舉出四項如果法院未能發出禁制令而可能遭受之「無法彌補」的損害, (1) 由於 BE 運作自動裝置而造成電腦系統容量的損失; (2) 因為 BE 網站令人迷惑的內容而損及 eBay 的商譽; (3) 造成 eBay 的商標遭到稀釋; (4) BE 的不當得利。不過法院則認為 eBay 似乎無法清楚的對上述主張提出證明,舉例來說,法院認為即使被告不能以自動裝置進入 eBay 的電腦系統,仍可藉由歪曲 eBay 拍賣資料庫的內容或濫用 eBay 商標的方式打擊其商譽。

另一方面,根據原告訴狀內容可以看出原告聲稱若法院准許被告 BE 繼續進入 eBay 的網站,將無疑鼓勵這種頻繁而無紀律行為,肯定導致 eBay 的系統無可彌補的損害。對於這種說法,由於沒有證據顯示 eBay 未加篩選進入其系統者,進一步言之,實際證據顯示 eBay 是小心而謹慎的篩選這種資料集成網站的數量,比如他要求這些網站必須遵守其註明的規定,而該證據也清楚顯示出 eBay 確實有採取方法限制這些資料集成網站的進入行為。準此以觀,這些證據是否能確實證明前述資料集成網站進入 eBay 網站的行為,似乎在本案為承審法官當作是否造

³⁶ 該依據主要來自 *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1517 (9th Cir.1992)

成對原告產生無可彌補損害之威脅的佐證資料。

不過因為在對許可規定的認知上產生不小的差距，Bay 與 BE 產生了一連串的交流，eBay 最後更企圖封鎖 BE 使其無法進入 eBay 網站，雙方相互攻防以至法庭訴訟的過程中，事實上，很難看出 eBay 主要關注的是被告 BE 這種擅自進入的行為所可能導致的威脅，原告並舉證說明若被告 BE 被准許持續這種未經准許的行為將可能產生的一切損失；另外，eBay 也曾再三尋求司法途徑之外的解決爭端方式，然而，被告 BE 仍繼續不斷地阻撓 eBay 保護其資產的預防動作，上述的行為也讓本案承審法官確信原告之所以延遲採取法律行動似乎是情有可原的。

在著作權侵害的部分，本案承審法官也指出，一但原告可以強有力地證明其遭受侵害之價值，則被告任何因為持續侵害他人而得到的禁制令，即使被告因而可能遭受損失都不為法律所保護，承審法官並舉出美國第九巡迴法庭的說法，駁回被告關於其可能因禁制令而遭受損害的請求。

綜上所述，針對此一爭點，可以看出本案承審法官審理的標準在於原告 eBay 至少能舉證其電腦系統因被告行為所導致的任何「無法彌補的損害」，而被告 BE 無法對於該損害建立任何對原告有利的平衡方式。

B. 證立的可能性

除上述請求之外，eBay 也根據下列八項法律理論請求前述九項關於被告行為的禁制令：(1) 擅自進入他人資產；(2) Lanham Act 定義下的不實廣告³⁷；(3) 商標混淆；(4) 違反「電腦詐欺及濫用法」(Computer Fraud and Abuse Act)；(5) 不正當競爭；(6) 侵吞；(7) 阻礙預期利益；(8) 不當得利。針對上述的請求內容，本案承審法官認為 eBay 證立了支持其請求防範他人擅自進入的禁制令之可能性，而 BE 則以公共利益、著作權優先承買等理由作為抗辯。

1. 擅自進入(Trespass)

依據美國判例對「擅自進入」(Trespass to chattels) 的定義，大多是指他人故意阻礙個人對其資產的佔有，這樣的阻礙可能造成侵害³⁸，本案被告發出電子信號而自原告電腦系統接收資料的行為，承審法官認為這種接觸行為確實可能構成「擅自進入」行為的要件，不過原告需證立：(1) 被告是故意而未經授權去妨礙原告所有的電腦系統及利益；(2) 被告這種未經授權的利用可能造成對原告的損害。依據上述要件，本案法院認定原告舉出的事證確實強有力的證立其請求「擅自進入」禁

³⁷ 15 U.S.C. § 1125(a)

³⁸ 如 Thrifty-Tel v. Bezenek, 46 Cal.App.4th 1559, 1566, 54 Cal.Rptr.2d 468 (1996)一案。

制令的可能價值。

2. 被告未經授權的阻礙 (Unauthorized Interference)

雖然被告承認自己確實是未經授權而故意的連結原告電腦系統，但 BE 也抗辯他根本不是擅自進入，因為 eBay 的網站本來就開放給公眾所使用，不過本案承審法院並未採納這樣的意見，他們認為 eBay 的伺服器是個人資產，且是附條件地供公眾使用，eBay 事實上並未允許 BE 以自動裝置程式等形式連結。

另一方面，雖然 eBay 無法清楚顯示被告對其電腦的實際阻礙為何，但承審法官認為能否實際顯示並不重要，重要的是被告這種行為如果干涉他人利用其資產，就可以足夠證立構成「擅自進入」，值得注意的是，雖然法院承認不能以精確的標準衡度對所有物的「干涉」，但被告的行為確實是利用了原告的電腦系統。準此，法院認為 eBay 已經證立了本項要件，被告 BE 確實是故意而未經授權利用 eBay 的電腦系統而妨礙了原告對其所擁有資產的利益。

3. 對 eBay 電腦系統的損害

所謂的「擅自進入者」依據美國判例的解釋³⁹，他必須是縮減了他人個人資產的狀態、品質、或價值，是以本案原告 eBay 必須證明被告 BE 的行為確實減損了 eBay 電腦系統的品質與價值，本案承審法官檢視原告所提出的證據，如 BE 的行為至少消耗了原告電腦系統伺服器的部分容量，雖然在比例上的計算存在著爭議，不過 BE 也承認他們每天傳送 80,000 到 100,000 個命令至原告的系統中。

另外，BE 宣稱他們這些搜尋的動作在原告系統中其實所佔容量微不足道，不至於損害原告電腦系統的狀態及價值，但法官所持的看法是，eBay 電腦系統的伺服器是其個人資產，BE 的行為也確實使用了這項「個人資產」，並且是為了個人用途剝奪了原告部分使用自己資產的能力，法律並不允許任何人未經允許擅自使用他人資產，萬一被告的訴求成立，則其他的資料集成網站也將肆無忌憚的連結至 eBay 網站，而 eBay 的電腦系統將可能因此遭到損害。基於上述的看法，本案承審法官之所以肯認原告證立本項要件的理由是原告能證明遭受侵害的可能性以及如果不能禁止被告行為將導致何種嚴重後果。

4.著作權之「先佔」(Copyright Preemption)

³⁹ *CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions*, 962 F.Supp. 1015 (S.D.Ohio 1997).

根據美國著作權法的規定，(1)在州法律下所聲稱的權利等同於其他受著作權法保障的權利；(2)涉及違反美國著作權法 17 U.S.C. §§ 102、103 的規定⁴⁰。從上述的論點來看，要能不同於著作權法中的權利，該州法律就必須有特別理由足以改變該行為的本質而使其在品質上不同於著作權侵害的請求。以此觀之，eBay 所宣稱之 BE 未經「授權」而使用其電腦系統，該權利由於可以排除他人使用自己的個人資產因而並不同於著作權法所保護的權利，也因此可以構成使其「擅自進入」的請求在本質上可以不同於著作權侵害請求的特別理由。

5. 公共利益(Public Interest)

傳統上美國法院用以決定是否發出禁制令的考量標準為該禁制令是否符合公眾利益。就這一點的考量而言，在網路上的使用一直頗有爭議，如本案 eBay 認為其個人智慧財產應受尊重，而 BE 則反駁過度的限制其實阻礙了資訊的流通，雖然網際網路的使用及成長不至於因為此案而停滯或受嚴重影響，本案承審法院還是承認在資訊的傳播交換及保留創作利益的誘因上求得平衡，才能真正促進公眾利益的極大化。本案被告 BE 特別宣稱如果通過發出禁制令等於是贊成 eBay 損害公眾利

⁴⁰ *Kodadek v. MTV Networks, Inc.*, 152 F.3d 1209, 1212 (9th Cir.1998)

益，其理由是 eBay 致力於違反聯邦反托拉斯法的反競爭行為。

關於被告的陳述理由，美國第九巡迴法院在發出禁制令的爭議上曾經作出法律見解⁴¹，他們認為只要原告能舉證證明其價值的勝算，地方法院並無責任去考量任何反托拉斯的反訴；就本案的整體而言，雖然打擊競爭對手的壟斷行為在商標權侵害案件是應該被考量的正當攻防理由，但是並不適用本案，因為這並不同「擅自進入」的攻防理由。綜上所述，本案承審法官認為這裡涉及的公眾利益不至於影響禁制令的發出。

貳、Register.com, Inc. v. Verio, Inc.⁴²

一、案例事實

本案為網域名稱(domain name)註冊者控告網路上之服務提供者涉及違約、擅自進入以及違反 Lanham 法案的規定。

原告 Register 是美國 50 家提供註冊網域名稱並在「全球資訊網」(www) 發布服務的公司之一，而因為遭法院發出禁制令的被告 Verio 則主要販賣各種網址設計、操作等服務，值得注意的是，Verio 與原告 Register

⁴¹ 此見解可參考 *Triad Sys. Corp. v. Southeastern Exp. Co.*, 64 F.3d 1330, 1336 n. 13 (9th Cir.1995)。

⁴² 356 F. 3d 393 (2d Cir. 2004).

的業務有商業上的競爭關係。被告為了取得新註冊的網址而設計自動軟體程式或裝置，進入 Register 等不同註冊公司的資料庫中以取得這些網址資料，然後運用這些資料而以電子郵件、電話銷售或寄送群組郵件等方式推銷自己的服務；因此，Register 開始收到顧客們的抱怨，並且得知 Verio 的「擅自進入」行為而要求 Verio 立刻停止類似的郵件寄送販賣行為及運用 WHOIS (網際網路程式,能夠讓使用者去查詢其它人的資料庫)進入其資料庫，在未獲得正面回應的情況下，Register 於 2000 年 8 月正式向法院提出控訴。

經地方法院審理之後，被告 Verio, Inc. (以下簡稱"Verio") 不服地方法院判決因而提起上訴，其遭地方法院禁止的行為包括:(1) 利用原告 Register 商標；(2) Verio 以代理人身分或其他方式所為之行為的服務未取得 Register 的背書 批准;(3)以自動裝置軟體如 WHOIS 進入 Register 的電腦；(4)使用 Register 資料庫中的他人資料，並且加以利用而在網路上寄送電子郵件、電話銷售、向大眾寄送群組郵件(direct mail)等方式推銷其服務；因而向美國第二巡迴法院提起上訴。

二、爭點

(一)Verio 是否可根據 ICANN 協議內容對抗 Register 對其行為所加的限制？

(二)Verio 對 Register 的合約條款是否同意？

(三) 無法彌補的損害(Irreparable harm)為何？

(四)是否構成「擅自進入」(Trespass to chattels)之法定要件？

(五) 被告是否違反 Lanham 法案？

三、判決

經審理過後，美國第二巡迴法院判定被告侵害原告的商標權，同時違反電腦詐欺及濫用法(Computer Fraud and Abuse Act),其理由如下：

- (一)被告若欲使用網域名稱註冊者的網域名稱註冊資料就必須受其規定的限制;
- (二)原告證立被告利用自動裝置的利用行為構成「擅自進入」;
- (三)法官認為被告誤導他人的商業行為應被禁止。

四、分析

本案的判決結果為美國第二巡迴法院判定被告侵害原告的商標權，同時違反電腦詐欺及濫用法(Computer Fraud and Abuse Act),而在整份判決書中，承審法官針對被告提出上訴的內容逐次分析，其審理及推論過程有下列幾點值得加以探究：

(一)Verio 是否可根據 ICANN 協議內容對抗 Register 對其行為所加的限制？

從整個地方法院的判決可以得知，被告在上訴時已經承認這些在市場上的販售行為確實違反了原告對於使用 WHOIS 所加的限制，然而 Verio 的主要上訴理由在於 Register 並未獲得授權去禁止他人使用 WHOIS 並從事市場販售行為，因為 ICANN 協議禁止 Register 強加任何的期限或狀況限制在 WHOIS 資料的使用上。

在審視 ICANN 的相關文件及雙方陳述之後，承審法官認為 Verio 要根據 ICANN 協議作為對抗理由必須是依靠其應得權利去實施 Register 對 ICANN 的承諾內容而成為第三受益者，為此 Verio 必須證明該協議是為了他的利益，但很顯然的是 Verio 在這一點似乎並不成立，因為就 ICANN 協議內容觀之，該協議明顯而有意地排除任何想要根據這項協議而進行法庭爭訟的任何人。準此，根據上述理由，本案承審法官認為並無明顯證據顯示 Register 的行為是不道德的，何況地方法院也未發現相關可能的證據。

(二)Verio 對 Register 的合約條款是否同意？

本案原告 Register 依法獲得授權可限制他人進入其資料庫並進行利用，不過 Verio 則認為並無明顯證據顯示在本案所發生的情況下收到原告強加於被告的禁制通知是合法的。不過針對本項爭點，Verio 如果要作以上宣稱，其前提應該是偶爾而不甚頻繁的進入 Register 電腦，因為如果是偶一為之的情況，原告強加於他人的限制並不十分合理，但 Verio 幾乎是每天重複進入原告的資料庫並取得資料，因而導致原告發出合約中註明的禁制通知。

另一方面，Verio 另一個反駁不受 Register 合約條款限制的理由為 Register 拒絕他們，Verio 也提出 Ticketmaster 一案的審理原則作為上訴理由的佐證⁴³，該案審理法院拒絕原告針對其網頁之日常使用者發出禁制令的請求，因為這些日常使用者沒有按下「我同意」就進入原告的網頁，不過本案承審法官則認為 *Ticketmaster* 一案並不足以支持本案被告的上訴理由，因為 *Ticketmaster* 案的承審法院並未針對 *Ticketmaster* 的合約請求作出決定性的判決，只是對於發出禁制令的價值存疑而已，本案承審法官更強調對於 *Ticketmaster* 案的相反意見，不過承審法官也同意網路上的合約常以要求點選「我同意」(I agree)方可進入，而這種陳述在很多情況下是必要的合約資訊，但特別值得注

⁴³ *Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*, No. CV99-7654, 2000 WL 1887522 (C.D.Cal. Aug.10, 2000).

意的是不是每一種情況都是如此。事實上，尤其是網路電子商務蓬勃發展的現代，許多合約的基本原則也都隨之改變，因此，每一項條款的資訊都必須確切掌握。本案的承審法官認為地方法院在審理時，已經考量過原告 Register 的合約請求，被告的上訴理由自然無法證立。

(三) 無法彌補的損害(Irreparable harm)為何?

針對原告遭受損害的部分，承審法官認為地方法院所發出的禁制令是適當的，因為要完整計算出可以完全彌補因為被告行為所導致的損害之金錢賠償數目確實十分困難；誠然，要精確估算出原告與其顧客間因為被告行為而導致的金錢損失其實不大可能，不過承審本案的地方法院及第二巡迴法庭都肯認被告的行為確實導致原告的商譽、善意、商業機會受到損害。

(四)是否構成「擅自進入」(Trespass to chattels)之法定要件?

本項上訴理由要成立的前提是被告並未構成「擅自進入」(*Trespass to chattels*)的法定要件，然而被告確實未經許可或授權而進入原告電腦伺服器之中，並且未經授權取得資料庫中的資料進行利用。另外，被告 Verio 運用自動裝置程式進入原告資料庫的行為，事實上佔據了部分

原告的電腦系統，如果放任 Verio 繼續進入 Register 電腦的資料庫，承審法官認為這極有可能 (highly probable)造成其他類似的服務提供者也都可以任意進入 Register 的資料庫並取得資料，該電腦系統可能因負載過重而當機(crash),雖然這是假定，但也無法提出有效證據認定這種可能無從發生。

(五) 被告是否違反 Lanham 法案?

關於 Register 根據 Lanham 法案請求商標權侵害及不公平競爭的部分，一審法院禁止 Verio 使用 Register 的商標，並且禁止被告進行一切可能讓不知情第三人誤以為 Verio 與 Register 具有商業上聯合關係的各項行為，不過 Verio 則宣稱上述的禁制令內容基礎並不符合 Lanham 法案的要求，本案承審法院則駁回被告的主張，承審法官認為該禁制令的立基在於有足夠明確的證據顯示許多註冊網址者相信被告的電話行銷行為與 Register 是密切相關，而這將使得 Register 在顧客心目中失去信用或減損其商譽而受到損害，被告行為確實違反 Lanham 法案，一審法院發出禁制令的內容為上訴法庭所肯認。

參、Storm Impact, Inc. v. Software of the Month Club⁴⁴

一、案例事實

本案主要涉及以集成市面上新「共享軟體」(shareware)介紹給消費者的方式，並收取一定費用，該行為是否構成著作權侵害、不公平競爭以及是否誤解或濫用 Lanham 法案的定義，另外還包括探討被告行為是否構成美國伊利諾州法律所規定的「欺詐貿易行為」。

原告 Storm 是在美國伊利諾州的一個社團法人，他們製作軟體及共享軟體，並享有著作權，1994 年 9 月，Storm 開始販售最新的 MacSki "v.1.5." 電腦軟體，並在網路上提供免費的共享軟體供玩家試玩，不過必須註冊成為 Storm 的使用者才能完全使用該軟體，該公司所販售的 TaskMaker 與 MacSki 兩種軟體的試用版共享軟體都有詳細的授權聲明，在法律部分的聲明包括禁止商業性散佈方式，根據該聲明所述，STORM 禁止使用者在任何情況下將該共享軟體以燒錄機拷貝使用。被告 SOMC 的服務是將市面上最新的共享軟體集成後提供給註冊使用者，每個月繳納 39.95 美元就可成為註冊會員，另外，只要會員每個月繳納 24.95 美元就可獲得集成這些軟體的 CD 光碟。SOMC 目前擁有 60,000 名會員。

⁴⁴ 13 F. Supp. 2d 782 (N.D. Ill. 1998).

Storm 則並不認同 SOMC 的上述行為，因為該行為使得可能有意願購買該軟體的顧客降低意願、傷害 STORM 名聲並造成顧客得到的是錯誤的科技訊息，因為 Storm 認為免費的共享軟體是良好的科技傳播，他們並不希望被告的行為影響到顧客對該科技的使用意願，因而向法院對被告提出控訴。

二、本案爭點

被告 SOMC 原則上並不否認其利用行為違反了美國著作權法第 106 條的規定而侵害原告的著作權，不過被告同時以「合理使用」作為抗辯。

三、判決理由

經過審理後，本案法院判決被告行為非「合理使用」並且違反著作權人之授權聲明，構成對原告著作權的侵害，其理由如下：(1) 被告的使用行為非「合理使用」；(2)就「共享軟體」的所有權人之原本意圖觀之，並不同意被告在網路上對其軟體的使用行為。(3)原告因其所受損害可獲賠償美金 20,000 元。

四、分析

共享軟體(Shareware)並不是一般的電腦軟體，它是由一些規模比較小的公司或是業餘的玩家所開發的軟體，為了增加使用者的數量，藉著先使用後付費的方法，將其軟體放在網路上供使用者自由下載，使用者可以先行試用，再進一步決定是否購買，當然，這種軟體通常會有某些限制，例如：使用時間的限制或功能上的限制等等⁴⁵，本案焦點在於被告這種將他人免費的共享軟體集成並燒錄成光碟販售的行為究竟在法律上應如何判定，是否涉及違反著作權法。

關於本案被告遭原告控告侵害其著作權的部分，被告提出「合理使用」以為抗辯，本案承審法官根據美國著作權法及判例的「合理使用」判斷法則⁴⁶，逐一檢視被告的所有抗辯。這四項標準包括(1)使用之目的及性質，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的。(2)著作之性質。(3)就該著作整體衡量，被使用部份之質與量。(4)其使用對該著作之潛在市場或價值之影響。綜合上述四項判斷準據，美國著作權法第一零七條的規定在於有關網路科技，與著作權保護的考量，主要以「著作的使用為營利性 (profit) 或非營利性 (non-profit) 的目的」、「著作的性質」、「被使用部分的質與量」，以及「對該著作

⁴⁵ 美國政府對「共享軟體」的定義是「某些用來分發以測試與檢查的電腦軟體，常見的情況是當使用者確定該軟體在使用上安全無虞才會付款給著作權人。」 37 C.F.R. § 201.26。簡言之，共享軟體就是提供使用者使用與測試的機會，藉以決定是否購買。

⁴⁶參見 *Campbell* , 510 U.S. at 577 , 114 S.Ct. 1164 一案及美國著作權法 17 U.S.C. § 107。

物潛在市場的影響」等四項因素來決定，本案承審法官並引用 Campbell 一案作為說明依據。

1. 使用之目的及性質，包括該使用是否為商業性質或為非營利教育之目的

就 Campbell 一案的判決內容而言，最高法院認為有營利事實並沒有關係，最重要的在於新的著作物是否有「轉化」(Transformation)的過程，只要有轉化，就不會構成侵犯，也可以構成「合理使用」的條件。不過此後美國法院的判決是否從此都會以著作物是否有轉化的形式來作判斷？重新賦於作品新生命就是「合理使用」？其實均有待日後進一步的闡明，不過作為判斷是否合乎「合理使用」的依據，該案大法官認為如此才不會限制文化的使用與發展。就本案觀之，承審法官也提到了「轉化」的概念，因為被告 SOMC 以此抗辯。然而，假設被告 SOMC 提供其顧客的共享軟體是遊戲的新圖像，或可符合「合理使用」的「轉化」概念，因為已經與原作差距甚大，不過，本案法官則在審理過後發現，被告 SOMC 是以燒錄的方式拷貝 Storm 的軟體，並不是「轉化」該遊戲共享軟體，因此不屬於合理使用。

如果不是「轉化」，那麼就必須探討「營利」與否的問題。由於美國目前似乎已經逐漸將重心從「目的究為商業性或非營利性」的標準轉

向以「對該著作潛在市場的影響」為標準的傾向，而不再單純以「營利性與否」來決定是否為合理使用，這一點與我國仍不盡相同，因為要明確劃分「營利」與否確實有其困難，本案承審法官亦採相同的論點；事實上，SOMC 主打的號召是可以預先測試並讓其註冊會員知道本月最新、最好的軟體是什麼而無需負擔全部的軟體費用，雖然這些原告的共享軟體並未標價，但承審法官認為這並不代表被告使用他人著作物營利就因此無需負擔任何費用，就這一點而言也並不符合「合理使用」。

2. 著作之性質

本案原告 Storm 的共享電腦軟體是具原創性、創造性的著作物，這一點較無爭議。

3. 就該著作整體衡量，被使用部份之質與量

就本項標準而言，法院必須檢視該被利用著作物的品質與價值，而所謂的質與量是就前述第一項標準看該拷貝是否缺乏「轉化」或自己的特徵，已經與原著作物產生讓顧客可以清楚辨別的差異。

4. 其使用對該著作之潛在市場或價值之影響

本項標準在實際適用時，必須考量該著作衍生物對原作市場的損害或可能減損的價值，被告 SOMC 宣稱他們的行為不但不會造成負面影響，甚至有利於原告與社會大眾，而原告則表示 SOMC 這種燒錄 CD 光碟並寄送的行為會製造可能顧客的負面看法，而且妨礙原告精心策劃設計之對遊戲光碟的傳布計劃；針對此一標準所引發的爭端，承審法官認為必須先瞭解共享軟體的市場機制，由於共享軟體的創作者之所以免費傳播的原因是為了打開產品在顧客心目中的知名度，在軟體上所加的一些限制正是為了避免讓顧客加以販售貨大量傳播拷貝光碟。

本案承審法官認為被告 SOMC 的行為可能讓顧客為了玩 Storm 的軟體而付了更多費用，並使其對遊戲產生不良的觀感，並且影響了原告的傳布計劃，法院因此認為這一點對原告較有利，SOMC 這種對 Storm 產品的利用可能對 Storm 的軟體市場造成敵對性影響。

綜上所述，在檢視四項適用標準後，法院認為原告共享軟體 TaskMaker 與 MacSki's 確實預先註明了有效而可實施的使用及散佈權限聲明，被告的違反並不能主張合理使用，承審法官認為被告違反聲明而加以散布確實對原告的共享軟體是不利的，因而判定被告集成他人共享軟體並製成光碟牟利並不符合「合理使用」而違反著作權法。

第二項 網站跳出式 (Pop-up) 廣告

第一目 Pop-up 廣告的基本特性

網站 Pop-up 廣告是目前逐漸受注意的網路智慧財產權議題。其特徵是當使用者進入某一網頁時，該 Pop-up 網頁便會在未經網頁所有權人與使用人的同意下，自動跳現出來。Pop-up 廣告是由特定的軟體所操作，此種軟體會在使用者不知情的情況下，追蹤使用者的線上使用，然後在其認為適當的廣告時機跳現出來。使用者經常不易避開 Pop-up 廣告，因通常一個 Pop-up 廣告會帶出另外一連串的 Pop-up 廣告。

對欲廣告的廠商而言，Pop-up 廣告有其吸引力。因傳統網頁上的方塊廣告(Banner advertisement) 經常不被使用者完全注意到，而 Pop-up 廣告因開出新的視窗，使用者有比較高的可能性注意及閱讀到其廣告內容。此外，Pop-up 廣告的所費的成本非常低廉。提供 Pop-up 廣告服務的公司主張，其提供此種服務是讓使用者有更多的選擇，但對原網站的經營者而言，則認為 Pop-up 廣告是對原網站與使用者的一種騷擾與不當競爭。

就 Pop-up 廣告可能牽涉到的法律議題，有少數討論到著作權侵害問題。但主要美國聯邦法院之判決是在處理商標侵害與不當競爭的問題。有關著作權的討論並未見明確的立論基礎，贊成有著作權侵害者主張因使用者進入網頁時，Pop-up 視窗跳出，涉及改變網頁之外觀或侵害展示權；反對有著作權侵害者則主張並沒有論證可支持侵權的主張。有關商標與不當競爭的討論，亦有正反雙方意見，贊成有侵害商標者主張 Pop-up 廣告侵入其他廠商的產品線，並使使用者對產品與品牌造成混淆；反對有侵害商標者則主張 Pop-up 廣告並沒有任何「使用」他人商標的行為。

第二目 相關案例

壹、1-800 CONTACTS, INC. v. WHENU.COM⁴⁷

一、背景

1-800 CONTACTS, INC. 擁有“1-800 CONTACTS”的商標及網站，該公司在 2002 年控告其商業競爭對手軟體公司 WHENU.COM and Vision Direct, Inc.，要求法院禁止該公司傳送網路小廣告(pop-up Internet

⁴⁷ No. 02 Civ. 8043(DAB).

advertisements)給瀏覽 1-800 CONTACTS, INC.網站的電腦使用者,並控告 WHENU.COM and Vision Direct, Inc.侵害其著作權 商標專用權與違反不公平競爭法(unfair competition laws)。

二、爭點

由於網路科技的日新月異與使用型態的多元化發展,法律在適用上確實有其困難,是以法院、原告、被告三者亦就必須針對這些網路侵權的新型態及營運方式作出合理合法的回應;本案中的網路小廣告(pop-up advertisement)正是涉及了著作權、商標權、不公平競爭的網路侵權行為,更值得注意的是,這種運用行為是透過下載軟體而伴隨發生,牽涉到科技技術的利用,在判斷其是否違法的過程亦須更為小心而明確。

(1) 著作權爭議

A. 展示權(Display Right), 17 U.S.C.(按:及美國著作權法) § 106(1)—承審法官認為沒有相關的文件或證據顯示使用者在瀏覽 1-800 Contacts (已獲有著作權)的網站時,因為開啟其他視窗遮蓋(obscure)1-800

Contacts 的網頁而可能超過他們的權限,這包括因為使用 SaveNow program 而同樣產生遮蔽效果的網路小廣告 (pop-up Internet advertisements) , 原告要控告被告侵害其展示權的立基似乎較為薄弱。

B. 重製權(Derivative Works Right) , 17 U.S.C. § 106(2)—原告所提之所以不符合侵害「重製權」要件的原因是, 被告並未創作「衍生著作物」(derivative work) , 被告的小廣告並不是固著於原告的網頁視窗之上, 它可能遮蔽或掩蓋原告網頁的部分視窗, 但不是「改變」原告的網頁, 因此, 這種行為並未符合著作權法上以修訂(recast)、轉換(transform)或改作(adapt)等形式製成「衍生著作」的要件。

(2) 商標權侵害

在商標權侵害的判斷上, 本案承審法官主要依 15 U.S.C. § 1125(a)(1) , 認定原告在商標權的侵害上有責任舉證:

A. 該著名商標的所有權人被 Lanham Act 法案授權保護其商標

a. 商標使用 "Use" under the Lanham—被告實際上有無將此商標作營利性的運用, 並造成混淆誤認。

b. 商標之混淆誤認 Confusion Under the Lanham Act--承審法官舉出美

國第九巡迴法院在 *Brookfield Communications, Inc.*, 174 F.3d at 1061 n. 23.一案中的看法加以說明。

B. 被告對此商標的利用可能造成消費大眾的混淆誤認

被告的網路小廣告會讓瀏覽該網站的人認為這是經過原告同意的行為，從而認定二者具某種程度的關聯性。

(3)商標混淆之虞(Likelihood of Confusion)

A. 著名商標的強度(the strength of Plaintiff's Mark)--此要件決定於(1)商品固有的特色；及(2) 商品在市場上的特殊程度。

B. 原告與被告商標的相似度(the similarity between the plaintiff's and defendant's marks)—承審法院認為原告與被告的商標十分近似，且有引起消費大眾混淆誤認的可能性。

C. 二者提供的服務是否相近(proximity of the parties' services)

D. (the likelihood that one party will "bridge the gap" into the other's product line)—當二者在市場上競爭相同的商品與服務時,消費大眾會認為原告與被告有所關聯。

E. 二者的商標確實存在著混淆誤認狀況(the existence of actual confusion between the marks)—SaveNow 軟體的使用者確實可能相信

whenU 的 pop-up advertisements 與原告的網站是有關聯性的，因為顧客在使用該軟體連結上 1800-Contacts 時，這種小廣告會立即伴隨出現。

F. 被告善意使用商標 (the good faith of the Defendant in using the mark)

--被告 WhenU.com 熟知原告的商標卻仍以軟體特性直接利用之,從而增加自己的競爭優勢，因此與此原則有所違反。

G. 被告服務的品質(the quality of the Defendant's services)—被告商品

品質可能造成的影響如：(1)若被告產品品質低劣則極有可能因此損害原告的著名商標，在認為二者有所關聯的情形之下，消費者會以為之前或之後的產品都出自相同低劣的原料；(2) 若二者品質相當則可能造成消費者的混淆誤認。

H. 消費者的困擾(the sophistication of the consumers)—過去原告產品的

忠實消費者只要點進原告公司的網站即可找到需要的產品，不必花費多餘的精力或執行成本，但現在網路小廣告可能讓這些顧客產生混淆或誤認。

三、判決

pop-up advertisements 為網路侵權型態中，涉及技術層面的一種侵權形式，是否涉及侵害著作權、商標權、不公平競爭實有待學界與實務界

作更進一步的闡述與解釋；根據上述理由，本案承審法官作出原告部分勝訴、部分不成立的判決。被告遭禁止的理由如下：1.運用 SaveNow 軟體將自己的小廣告含括在 1-800 Contacts 的網站，造成消費者對原告商標的混淆誤認。2.當網站使用者利用搜尋引擎輸入原告的商標而連結原告網頁時，被告的產品廣告亦伴隨原告商標出現，因為提供相同的產品而讓消費者誤認二者有所關聯。原告在網域名稱之商標權侵害上勝訴，被告必須在三十天以內取消已註冊的 www.1800Contacts.com 之網域名稱(domain name);另一方面，原告在著作權侵害上的請求則遭到駁回。

貳、U-HAUL International Inc. v. WhenU.com, Inc. ⁴⁸

一、背景

由於網路商業行為的多元化及普及化，運用網路作為廣告已經成為非常普遍而廣泛的營運模式，於此同時，相關的侵權行為及爭議也就伴隨著科技的不斷發展而發生；本案正是網站跳出式廣告(pop-up advertisements)的侵權爭議案件，原告 U-HAUL INTERNATIONAL, INC. 為著作權與商標權所有人，被告 WHENU.COM, INC., et al.則為網站跳

⁴⁸ 279 F. Supp. 2d 723 (E.D. Va. 2003).

出式廣告(pop-up advertising scheme)的製作公司,原告控告該公司的網站跳出式廣告在使用者連結上原告公司網站時亦伴隨出現,從而侵害了原告的著作權與商標權,並且造成了不公平競爭。

二、爭點

(1)是否該當「商標侵權」與「不公平競爭」的構成要件

在網站跳出式廣告(pop-up advertisements)是否構成商標侵權及不公平競爭的判斷過程中,由於這種侵權型態並無明確的法律可供依循,因此在適用上必須以既有的智慧財產權相關法律作基準;是以在「商標侵權」的判斷上,本案承審法官認為原告必須舉證證明以下要件方能證立被告該當商標侵權與不公平競爭的構成要件:(1)原告確實持有這個商標;(2)被告使用這個商標;(3)被告是為了「商業目的」使用這個商標;(4)被告使用這個商標是讓自己的產品或服務與販售有所關聯、提供販售、分配(distribution)、或是供作廣告之用;(5)被告使用這個商標的形式可能讓消費者發生混淆或誤認的情況。

根據上述要件在通盤的綜合考量之後,本案法院認為原告無法有效證明被告的網站跳出式廣告以「獨立視窗」(separate window)的形式出現

在原告的網頁上是一種對於原告商標的「營利性」使用，亦即這種利用形式並不是運用原告的著名商標增強自己的廣告力度，而是在原告視窗之外的另一個具「獨立性」「商業競爭性」的廣告，並非依附於原告的商標作「商業性」的利用，是以法院並不認為原告的主張合理。

(2)WhenU 是否為「營利性使用」

事實上，從整個判決過程來看，由於主要是根據 15 U.S.C. § 1114 與 15 U.S.C. § 1125(a)來主張商標侵權及不公平競爭，原告最重要的就是證明被告對其商標作了「營利性」的使用，亦即被告的跳出式廣告 (pop-up advertisements)是否使用原告的商標而有營利行為？本案承審法院在這個要件的處理上，說明 WhenU 的跳出式廣告 (pop-up advertisements)不構成「營利性」使用的理由在於：

- A. U-Haul 的主張來自假設 WhenU 的 pop-up ads 是在 U-Haul 網頁的結構之中。
- B. 所謂的「利用」並不僅是與該著名商標同時出現在消費者的視覺所及之處。
- C. 依據 Lanham Act 的定義, WhenU's 將 U-Haul 的 URL 與 U-Haul 的商標合併放在 SaveNow 軟體之中，並不構成所謂的「利用」，因

為事實上 WhenU 並未販賣 U-Haul 的 URL 給任何顧客，而且 WhenU 只是將這商標作「純粹機械性」的「連結」功能性利用(pure machine-linking function)，並非廣告或推銷 U-Haul 的網址或商標，是以 WhenU's 將 U-Haul 的 URL 與 U-Haul 合併放到 SaveNow 軟體中並不是商標的使用。

D. WhenU pop-up 廣告設計並不妨礙顧客瀏覽 U-Haul 的網站，因為 SaveNow 軟體並不影響 U-Haul 的伺服器 (computer servers) 或電腦系統；另外，SaveNow program 是讓使用者自行選擇是否下載的軟體，使用者在決定下載時是出自自由意志的決定。

(3) U-haul 無法證明 WhenU 違犯 Lanham Act 的規定而「營利性」使用 U-Haul 的著名商標

從承審法官的說明作一分析，U-haul 之所以無法證明 WhenU 違犯 Lanham Act 的規定而「營利性」使用 U-Haul 的著名商標其原因在於 (1)WhenU 的 pop-up 視窗是獨立而與 U-Haul 的網站有所區別；(2)WhenU 並未透過將 U-Haul 的 URL 或 U-Haul 置入 SaveNow 軟體目錄的方式去廣告或推銷 U-Haul 的著名商標；(3)SaveNow 軟體並未以任何利用 U-Haul 商標的方式妨礙或阻止網頁瀏覽者進入 U-Haul 的

網頁。

(4)是否造成「商標稀釋」(trademark dilution)

所謂的「商標稀釋」(trademark dilution)是因為被告對於原告註冊在前、成名在前的商標加以「營利性」使用，從而造成了社會大眾對於原告商標的混淆誤認與對其產品品質的質疑，以致原告的利益遭到侵害；根據本案承審法官的判決理由，其構成要件在於：(1)原告的商標為著名商標；(2)被告 WhenU 為了商業目的而對原告的商標作了營利性的使用；(3)被告 WhenU 是在原告 U-Haul's 的商標著名之後才加以利用；(4)由於被告 WhenU's 利用了原告 U-Haul 的著名商標，從而稀釋了原告商標的品質與特色。

就上述要件作一檢視及考量，由於本案原告 U-Haul 不能根據 Lanham Act 的定義舉證證明 WhenU 「營利性」利用其著名商標，是以 WhenU 並未對原告的著名商標產生「商標稀釋」(trademark dilution)的效果，無損原告商標與產品的商業利益。

(5)著作權侵害與著作權輔助侵害

一般而言，若欲構成著作權侵害，原告必須證明：(1)原告確實擁有該著作權的所有權；(2)該著作物必須具有原創性。

對於本案的網站跳出式廣告(pop-up advertisements)來說，被告的 SaveNow 軟體並未以任何方式「改變」、「改造」U-Haul's 的網頁；另一方面，WhenU 也沒有透過 SaveNow 軟體去展示 U-Haul 的網頁。事實上，視窗准許使用者在開啟的同時可以進行多樣化的運用，而不同的視窗是重疊的，WhenU 的廣告實際上僅是電腦使用者螢幕上的一個視窗，雖然這廣告可能變更或增加使用者電腦的展示內容，但這樣的變更並未影響原告的網站展示，不構成著作權的侵害。綜合以上理由，承審法官認為 WhenU 並未透過 pop-up ad 的形式創造衍生著作(derivative works)，自然並不構成著作權侵害與著作權輔助侵害。

三、判決

綜觀本案的判決過程與科技的發展狀況，承審法官的判準依據在於「營利性」使用的有無，從而作出以下判決：(一) Pop-up ad 並未對於原告的著名商標構成「營利性」使用(use in commerce)，亦因此未構成商標侵權、不公平競爭與商標稀釋。(二) Pop-up ad 並未妨礙原告展示其著作物的權利。(三) 被告並未將原告著作改作成衍生著作。原告的請求遭到法院駁回。

網站跳出式廣告(pop-up advertisements)是網路交易行為日趨熱絡的今日所必然產生的廣告模式，而各種提供消費者及網路使用者下載的搜尋引擎或軟體也不斷更新、增加,這些提供軟體讓使用者免費下載的製作公司常以附加網路廣告的方式，讓消費者使用該軟體時瀏覽到該公司的網路廣告視窗，這是一種商業廣告的新趨勢，也是商業競爭之下的新廣告型態；是以本案的原告必須針對被告有無「營利性」使用上作出舉證，否則法院沒有理由也沒有必要對於二者的正常商業競爭行為作出任何裁判。

第二節 數位內容傳播相關議題

第一項 MP3 音樂下載

壹、美國相關案例--COUNTRY ROAD MUSIC v. MP3.COM, INC.⁴⁹

一、本案事實

本案事實相當單純而明確，即被告為一網站經營者，其將他人之音樂著作製成 MP3 格式音樂檔案，放置在其網站伺服器上，供其會員下載。音樂著作權人主張被告侵害著作權。

⁴⁹ Country Road Music , Inc. v. MP3.com , Inc. , S.D.N.Y.2003 , 279 F.Supp.2d 325.

二、爭點

本案有諸項程序上的爭點。與著作權有關之實體爭點主要有二：

1. 網站獲得音樂著作權人表演(Performance, 按：若依照我國著作權法，應指公開演出)之授權，是否得據此主張其將音樂轉成 MP3 格式置於網站上係屬於授權範圍之內？

2. 如被告構成侵權，係每轉製一首 MP3 即構成一次著作侵權，或每轉製一張 CD 之音樂構成一次著作侵權？

三、法院判決及其理由

法院認為，被告構成故意侵權。法院認為表演與重製(Reproduction)係著作權法中明確且無疑義的兩種不同權利。表演之授權，如其名稱所示的，僅授權被授權人得以表演該音樂著作，而不包括任何形式之重製在內。

法院認為，被告每轉製一張 CD 的內容，構成一次著作權侵害，即使每一張 CD 內包含了多首音樂。

貳、歐洲國家就「權利耗盡」的討論

歐洲國家就 MP3 檔案下載，則有關於著作權「權利耗盡」問題的討論。

⁵⁰ 所謂權利耗盡原則係指一件著作的權利人當其第一次將其著作出售予買受人之後，權利人便失去對該著作之控制與散佈的權利。而歐洲國家學者之所以會就 MP3 檔案下載提出討論，是因歐盟指委會明白表示「權利耗盡」原則僅適用於有形著作，對於數位化之著作則並不適用。因此，在數位著作之情形，權利耗盡原則究竟能適用到何種程度則不明確。

就目前學者相關之討論，如數位化之著作是以廣播(Broadcast)的方式傳播，則使用者僅於線上收聽或觀看著作內容，並未有任何複製著作內容的動作，因此應無權利耗盡的問題。至於使用人付費下載並取得數位著作檔案之情形，則有所疑問。學者一般認為，如使用人下載後再重製販售予他人，應是侵害權利人之權利。但如使用人僅保留一份備份，但可能在不同電腦上由不同使用者使用，此種情形的法律評價，則有待歐盟主管機關進一步釐清。

⁵⁰ 請參閱 Eric T. Tjin, Exhaustion and Online Delivery of Digital Works, European Intellectual Property Review, 2003

第二項 網路線上廣播 (Webcasting)

第一目 美國法典第十七篇(17 U.S.C.)第 114 條規定

1995 年，美國國會通過了「錄音著作數位表演權利法」(Digital Performance Right in Sound Recordings Act, DPRSRA)。本法賦予錄音著作之著作權所有人在特定數位設備上播送錄音之專屬權利。惟其權利受到若干限制。其中，對於非付費收聽(non-subscription)的受傳播者，得豁免(exemption)；而對於不得豁免，但非互動性(non-interactive)之受傳播者，則規定了強制授權。

在制定上述 DPRSRA 時，國會試圖平衡音樂工業、傳統音樂錄音的使用者，以及試圖透過新科技來傳輸音樂的使用者的利益。國會通過本法，係在使音樂錄音之著作權所有人有能力控制其產品透過數位傳輸所做的下游銷售狀況，同時也不阻礙新科技的創新與使用，並且不增加電視或廣播業者額外的負擔。此一立法，並無意改變唱片公司與廣播電視業者長期建立起來的關係。

在 DPRSRA 立法之時，網際網路的音樂傳輸並非國會注意的焦點。因

此，當國會在當時立法賦予某些非嵌入性服務的提供者取得強制授權的權利，並未考慮到音樂的廣播會透過網際網路來進行。隨著網際網路廣播的盛行，國會重新檢視了此一問題。後來修正了 17 U.S.C. 114，明確認定對於未被豁免之數位音樂傳播服務(如網路線上廣播，Webcasting)的數位錄音播放權，並規定強制授權，以界定唱片公司與網路廣播業者之間的法律關係。

第二目 著作權人與廣播業者間之爭議

然就 17 U.S.C. 114 之適用，在著作權人(主要為唱片公司)與網路廣播業者之間，引起了爭議。網路廣播業者認為，其網路廣播之行為，因屬於豁免的範圍。在 DPRSRA 中對於廣播(Broadcast)作了如下的定義：

「廣播傳輸係指經由聯邦傳播委員會(Federal Communications Commission, FCC)核准，透過在地表上(terrestrial)廣播站傳輸的傳播型態。」國會已清楚規定，經 FCC 核准之廣播電台或電視台，在為其區域傳播服務(local service area)的目的下，得以製作一份暫時性(ephemeral)的複製(豁免)，即使是數位格式亦可。

著作權人方面主張，廣播業者當其以串流技術在網際網路上做廣播

時，不得做前述暫時性複製，因其傳播之範圍超過區域傳播。而廣播業者方面則主張其有權製作暫時性複製，因對網際網路上的傳播而言，「區域傳播」即指全球傳播而言。美國著作權局則認為將無線廣播訊號改由網際網路方式傳播，不符合豁免的規定。亦即製作暫時性複製為法所不許。⁵¹

本法立法的作用表現在兩個層次：(1) 確保音樂藝術家與音樂公司在新科技的使用之時，其創作仍能受到保護。(2) 在數位廣播服務逐漸發展的趨勢下，為著作權利人與廣播公司間複雜的權利義務關係，釐出一套公平且有效的授權機制。⁵²

第三目 相關案例

Webcaster Alliance, Inc. , v. Recording Industry Association of America⁵³

一、背景

如同過去傳統的收音機一般，網站利用網路播放廣播節目已逐漸普及

⁵¹ 有關本法立法及相關爭議之背景，請參閱 Alexander Lindey & Michael Landau , *Lindey on Entertainment , Publishing and the Arts* , 5 Lindey on Entertainment , Publ. & the Arts Appendix A15

⁵² 請參閱前揭文

⁵³ No. C 03-3948 WHA

而為社會大眾所接受，事實上，原告網站的成員們亦須根據 the Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA)，而在有法源依據的情況下合法取得播放音樂著作物的許可(license);本案原告認為 RIAA 以過高基準的收費標準(high benchmark)作為授權的依據，從而認定這種具排他性的許可方式造成了不公平競爭與著作權的濫用。

二、爭點

(1) 法律標準

從本案的審理過程觀之，承審法院綜合考量原告各種實質上的抗議理由與被告的答辯，認為原告的主張不能滿足其所根據之法律規定的要件，且無從證實其推論成立，本案無法成立。

(2) FILED RATE DOCTRINE.

由於原告的訴求是針對被告違反「反托拉斯法」，造成市場的壟斷、不公平競爭與訂定了過高的計費標準。是以法院將焦點放到被告的陳情書，針對被告的申訴，審視被告是否滿足原告所主張之「欺騙」社會大眾的要件，此「欺騙」所造成的損害則是來自於原告認為不合理的計費標準。不過，法院在調查後發現，該收費標準是由美國國會所

訂定，且因為著作權人的著作權是絕對的、法律授權的權利，原告對於已經獲得著作權的音樂唱片無權加以任意使用，本案被告可據此對抗原告的主張。

(3) 不公平競爭

在是否造成不公平競爭的問題討論上，法院經調查後發現，本案被告在「webcasting」的計費標準是相應於聯邦反托拉斯行動與官方法定行動，請求國會與相關單位所訂定。而原告所訴求的「不公平競爭」也是立基於相同的反托拉斯主張，二者都是為了防止不公平競爭所作出的回應，在實際上並沒有任何衝突，承審法院也肯認了這樣的見解。

(4) 著作權濫用(copyright misuse)

本案承審法院認為，原告主張被告「著作權濫用」的前提是被告觸犯「反托拉斯」的法律或是 webcasting 的授權發給限制過於苛刻。在綜合考量現實環境與法律文義之後，本案承審法官認為，第一、原告不能因為抱怨計費標準就聲稱被告違犯了反托拉斯的法律；第二、沒有證據顯示在原告成員及被告之間在授權的發給上有過於限制的情況，而原告之所以有此主張更可能是因為被告拒絕發給授權。誠然，在考

量著作權濫用的各項要件時，必須綜合各項因素及實際狀況，並不是僅在法條文義上作探討，如此在雙方利益及公益的衡平上方能具有說服力。

三、分析

在「使用者付費」的大前提之下，任何未經著作權人授權而播放著作權影音產物的行為都將可能違反著作權法；誠然，網際網路的普及確實使得電影、音樂、電視節目、廣播節目可以以數位化形式傳送到大眾的電腦上，並且對之作出任何形式的處理，而「webcasting」的播放形式正是這種數位傳送的一種形式，提供這種影音服務的網站並無理由不付費就可使用著作權人的影音產物；其次，在訂定收費標準的同時，社會大眾必須關注網站、影音業者及相關機關的互動，從而制定公平的收費標準，本案法院在判決時主要考量該計費標準的訂定過程及社會狀況，從而判決原告在不公平競爭及著作權濫用的請求上敗訴。

第四目 歐洲國家對網路線上廣播的討論

歐洲國家對網路線上廣播的討論基本上並未超過美國的討論。⁵⁴ 歐洲學者關心的焦點在於，隨著科技的進步，各種媒體已產生了匯流的趨勢，在此種媒體匯流的架構下，有什麼新的議題是值得注意的。

歐洲學者就網路線上廣播法律問題最主要的討論，便在於授權的問題。首先，對廣播電視產業最明顯的影響是頻道。在無線電波傳訊時代，因頻率有限，故只能容納有限的廣播電視頻道。當廣播電視轉由網路傳播之後，沒有了頻率的限制，廣播電視台與頻道也就沒有了限制。其次，傳統無線電波的廣播電視，因其電波傳送的範圍有限，故只能侷限於在某一特定地區播送。但廣播電視頻道到轉至網際網路之後，透過網際網路其廣播便可傳遞至全世界每一個地方。於此新趨勢下，授權的方式與內容是否有調整的必要。尤其，過去著作人仲介團體的運作均有國界性，如何調整是歐洲學者認值得關心的問題。

第三項 未經授權利用他人線上資料庫

第一目 關於資料庫保護之爭議

⁵⁴ 有關歐洲國家就網路線上廣播法律問題的討論，請參閱：Antonio Capobianco, *Licensing of Music Rights: Media Convergence, Technological Developments and EC Competition Law*, *European Intellectual Property Review*, 2004；與 Alex Morrison & Lorna E. Gillies, *Securing Webcast Content in the European Union: Copyright, Technical Protection and Problems of Jurisdiction on the Internet*,

著作權法對選擇編排具有原創性之資料庫，以編輯著作保護之。目前因線上資料庫之建置通常需耗費相當大之人力及資本，但由於線上資料庫不一定在選擇及編排具有原創性，若此則無法受著作權保護，無法享受保護，則建置之意願就不高，如此對社會發展並不利。因此各國開始思考是否予以保護。對於未達原創性之資料庫應予以何種保護，在學界與實務界一直有爭論。對於資料庫法律保護的模式，主要有兩種：一種是對資料庫特別立法，提供特殊的權利加以保護；另一種則是認為不提供資料庫特殊之權利，僅綜合適用現有之各項法律規定即可。

壹、應特別立法賦予特殊權利之主張⁵⁵

主張應對資料庫提供特殊權利保護之主張，其主要立論為：

1. 資料庫極為重要

資料庫不僅是一國科學、教育、文化發展的重要基礎，亦為資訊建設的重要環結。如果不能給予資料庫適當的保護，將會削弱資料庫投資與建置的意願。

European Intellectual Property Review, 2002。

55

2. 以現行法的適用對資料庫保護不足

包括：(1)以著作權法保護，對於選擇編排未達原創性之資料庫，無法受到保護。即便著作權法能對資料庫供某些保護，其保護也是極為微弱的。(2)以競爭法保護，資料庫製作的競爭行為不易界定，亦無保護期間，而且無法像智慧財產權能進行授權。(3)以契約法保護，契約效力無法及於第三人。(4)以營業秘密法保護，對於提供公眾使用之資料庫，無法主張營業秘密。(5)以商標或專利保護，受其保護要件之限制，資料庫不易完全符合其要件。

貳、反對應特別立法賦予特殊權利之主張⁵⁶

相反地，反對應特別立法賦予特殊權利的主張則認為：

1. 從利益平衡考量

(1)過度保護資料庫，可能造成資料來源的壟斷。(2)保護期間之規定如未規定妥適，權利人可藉由不斷更新資料庫內容而取得近乎永久的保護。(3)許多資料因其性質之故，可能只有一個資料來源(例如台灣東部地層活動與地震記錄資料)，於此情形，提供保護不但無法增加競爭，

可能反而減弱其更新資料的意願。

2. 從實證上觀察

美國對於資料庫的保護因長期有爭議，故遲未立法。但即使如此，美國之資料庫仍蓬勃發展。日本的資料庫在過去十年間也增長了一倍。因此，立法賦予資料庫特殊權利保護並不當然有助促進資料庫的發展。

3. 綜合適用現行法律已足以提供資料庫適當的保護

包括：(1)以競爭法保護雖僅能提供消極的保護而非積極的權利，但對於資料庫建置者的競爭對手採取侵害性競爭時，應已可提供相當的保護。(2)著作權法雖未保護不具原創性的著作，但很多國家對於著作權保護的原創性要求並不高，多數資料庫其實均可以符合。(3)透過契約法與科技保護措施，以可在實質上對資料庫提供相當之保護。

第二目 美國國會 H. R. 3261 草案

美國國會在重要資料庫建置者，如法律資料庫之 Westlaw 及 Lexis 之遊說下，已有法案在審議中，亦即 H.R. 3261 法案，茲將該草案介紹如下：

壹、主要名詞的定義

在資料庫保護的議題之上，必須先對相關名詞有所掌握及了解，從而針對此一網路的侵權新型態作出分析。以下所列舉的均是美國國會 H. R. 3261 草案中所詳列的名詞解釋：

(1) 編輯著作(COLLECTIVE WORK)- 所謂的 collective work 是指像期刊、文選、百科全書等把一些個別而獨立完成的著作聚集成一個群體。

(2)貿易(COMMERCE)- 所謂的 commerce 是指所有經由國會正式立法管制的貿易行為。

(3) 集合著作(COMPILATION)- 所謂的 compilation 是指收集已經存在的材料或資料,從而經由挑選、調和、安排的方式將作者的原始成果聚合成一個整體;而 compilation 包括 collective works。

(4) 涵蓋實體 (COVERED ENTITY)) - 所謂的 covered entity 是指如下的法律實體—

- (A) 從事提供電信服務的電信業者;
- (B) 從事提供網路通路服務工作之人;
- (C) 從事提供網路資訊定址工具工作之人。
- (D) 從事類似路由(routing)、存取、集合、格式化或翻譯等等屬於與他人交流，而沒有加以選擇或改變交流內容(或結合以上工作)的工作，除了因違反 section 3 ，刪節特定的交流內容或原始資料供他人作營利性使用,從而加以選擇或改變其傳達內容的行為。

(5) 資料庫(DATABASE)-

(A) 一般而言-所謂 database 是指為了提供人們一個可以查找資料的特定來源，而將這些個別的資訊集合在某一特定地點，亦即把個別獨立的大量資訊聚合、製造成一個集合體⁵⁷。

(B) 例外—前述的資料庫並不包括:

(i) 著作，除了編輯或集合。

(ii) 收集主要執行位址、路由、轉址、傳輸、存儲數位線上傳播或連結數位傳播通路等功能的資訊，除了適用本款規定之包括或構成非由其

本身作基礎的線上位址名稱資訊之收集。

(iii) 收集並維持執行供應多樣化頻道收音機或電視節目功能的資訊。

(iv) 由法定的域名註冊單位所負責之對註冊域名資訊的集聚、組織及維持，並供應域名註冊者接觸該資料，該法定單位採取適當的步驟保證這些資訊的誠實及正確，並且提供對這些經整理過後資料的資訊一個即時反應的、無限制的、完全可被查找的公共管道。

(C) DISCRETE SECTIONS- 這是指若一資料庫為另一資料庫的一部份仍為本法所定義的資料庫。

貳、禁止行為⁵⁷

於使用他人資料庫時，在其所許可的範圍內，必須負相關法律責任且須遵守規定，不能違犯其所禁止的行為，以下就美國國會 H. R. 3261 草案中針對保護資料庫之「禁止行為」作一分析。

(a) 法律責任- 該法規定任何人實質上營利性地使用其他人所創造、集合或維持的資料庫中的資料，而明知這種營利性使用行為並未獲得

⁵⁷此一對 database 的定義主要是根據 subparagraph (B)項的規定。

⁵⁸請參閱本法 SEC. 3. PROHIBITION AGAINST MISAPPROPRIATION OF DATABASES.的規定

資料庫所有權人(包括其利益的繼受人)的授權或許可， 假設在資料庫的許可範圍內行為時，出現以下行為，應依 section 7 負責提出救濟方法。

- (1) 透過金錢或時間上的真實支出而創造、集合、維持資料庫。
- (2) 未獲授權而持續作營利性的使用，從而加損害於該資料庫、產品或提供進入多種資料庫的服務。
- (3) 因為這些未付費使用的結果,造成原告減少製造產品及服務的動機或其存在與產品品質可能受到實質上的威脅。

(b) 侵害- 所謂 'inflicts an injury' 是指在同一市場以相同機能而時間持續的資料庫予以取代，或造成來源、銷售額、許可、廣告或其他收入的瓦解與混亂⁵⁹。

(c) TIME SENSITIVE-在研判未授權之持續性營利使用他人資料庫時，法院應就該行業各種關係密切的因素及來龍去脈,考量該資料庫資訊在時間上的價值。

⁵⁹該解釋主要根據本法 (a)項的立法意圖。

參、准許行為⁶⁰

在某些情況之下，使用它人資料庫找尋資料是合法、合理使用的，亦即法所准許而不須課以罰責。法院在判斷時須參酌下列規範的例示行為，美國國會 H. R. 3261 草案將這些「准許行為」規定在 SEC. 3.之中。

(a) 獨立地產生或收集資訊- 本法不限制任何人從其他人所創造、收集、維持的資料庫中獨立地收集資訊，並且作為商業性的使用。

(b) 藉由非商業性質的教育、科學、或學術研究方式作營利性的使用— 將資料庫的重要部分藉由非商業性質的教育、科學、或學術研究方式作營利性的使用，包括為了非商業性的教育、科學及研究目的，而在相關單位或機關範圍內予以使用的雇員或代理人，不可受到 section 3 的禁止，法院認為在這種情況之下，對於資料庫的資訊作營利性使用是合乎情理的；另一方面，法院由於考慮到此一慣常行為是為了非商業性質的教育、科學、學術研究或其他因素而對資料庫有所聯結，這種行為是合理恰當的。

(c) 超連結(HYPERLINKING)- 本法不限制網路上的超連結或提供資料庫之參考及指示(包括如索引中所參考或指示的內容)。

(d) 新聞報導(NEWS REPORTING)- 本法不限制任何人以播報新聞為主要目的而蒐集、散播、評論新聞及體育消息作營利之用，除非該資訊具持續性且已被其他新聞播放實體所集聚，而這種對資訊作營利性使用並致力於直接競爭的意圖是其始終一致的模式。

另外，本法草案有例外之規定⁶¹，某些方面的資料庫原意就是公開給社會大眾所瀏覽，並不加以限制而成為資料庫保護範圍的例外，該法案規定政府資料及電腦程式資料庫為例外。

(a) 政府資料

(1) 一般而言，除了如該法 paragraph (2)所述，本法的保護範圍並不延伸至政府公開的資料庫。

(A) 由聯邦、州、地區之政府單位或其雇員及代理人等有關當局雇用者所製作、集合、組織、維持的資料庫。

(B) 製作、集合、組織、維持資料庫為根據聯邦成文法或條例所必須。

(2) 例外-此部分不排除保護本法規範下如 paragraph (1)描述的臨時在該雇用或代理機構之外活動的雇員或代理人所製作、集合、組織、維

⁶⁰ 請參閱本法 SEC 4. PERMITTED ACTS

持的資料庫，或由聯邦、州、本地的教育當局，或致力於教育、研究、學術成就等過程之雇員或代理人。

(b) 電腦程式 COMPUTER PROGRAMS-

(1) PROTECTION NOT EXTENDED- 根據 paragraph (2), section 3 所給予的保護不能延伸至包括用來大量製造、生產、運轉或維持電腦程式的資料庫,或供電腦程式運作的任何必要因素。

合併的資料庫 INCORPORATED DATABASES-這是另一種根據 section 3 受到保護的資料庫，不能分開加以保護的原因是它屬於電腦程式，仍在本法所定義之資訊功能集合的範圍。

肆、民事救濟⁶²

如前所述，一旦資料庫內容遭人不當侵害或使用而造成損害，可向法院尋求爭端的獲致解決與所受損害的賠償，該法案在民事救濟的程序上也作了相關規定的訂定，詳列了賠償、命令、扣押等救濟方式，茲分述如下：

⁶¹ 本法在 SEC. 5.部分規定了此規範下何種行為是例外的。

一、(a)項規定的是民事救濟程序-

(1) 救濟的開始- 因他人違反 section 3 而受侵害之任何人可向美國提起民事訴訟。違反州政府相關法律的行為可由任何具司法審判權的法院解決爭端。

(2) 救濟開始之通知與上訴-根據本條規定，任何人因遭受侵害而提起民事救濟或具狀要求最終裁判時，必須依照 subsection (j)(1) 的規範，送達民事救濟開始之通知並向聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission) 與專利商標局 (Patent and Trademark Office) 提起上訴。

二、(b)項則規定法院的暫時性與永久性命令-任何具有司法審判權的法院在本條文的規定之下，具有權力發出暫時性與永久性的命令。法院會根據公正的法律原則去認定什麼是合理的，並因此保護或約制違反 section 3 的行為;美國各地的法院可用這種命令禁止該違法行為人繼續違法行為，以及因為 proceedings in contempt 而被禁止。或由任何具司法審判權的美國地區法院用其他方式加以禁止。

⁶² SEC. 7. CIVIL REMEDIES.

三、該法案(c)項規定了「金錢損害賠償」—

(1) 實際損害及可期待利益—當違反 section 3 的民事救濟根據上述規定而正式成立，原告受到的實際損害，可由計算被告因該違法行為而得之可期待利益得到，這不是單純的電子計算，而是法院必須在估定可期待利益時，要求原告只須證明被告的總收入而被告須證明所有成本的要素或減少提出的請求。

(2) 附帶賠償-本法另外規定，法院在考量過下列因素後，會進入不超過兩倍賠償金之附帶賠償的審判:

(A) 當原告已通知被告其所聲稱的違法行為,但被告仍持續違反 section 3 的規定而侵害其權利。

(B) 被告恣意、固執的表現。

(C) 被告過去有侵吞他人資料庫的歷史。

(D) 被告支付賠償金的能力。

(E) 原告所聲稱的違法行為對原告財務有嚴重的影響。

(F) 任何被告矯正其侵吞行為的誠實表現。

(G) 這種對賠償金的估價對於未來的違法行為可以產生嚇阻作用。

四、該法案(d)項規定的是「扣押」(IMPOUNDMENT)-當上述賠償請求(包括尋求禁止該違法行為的方法)在訴訟過程中懸而未決時,法院會命令這些將資料庫內容作營利性使用的複製品或其企圖可能違反 section 3 作營利性使用的錄音帶、磁片、磁盤或其他可能用以複製的物件,在法院視為合理的期限內予以扣押。

另一方面,法院可能在終局裁判令其矯正、改善或銷毀這些將資料庫內容作營利性使用的複製品或企圖違反 section 3 作營利性使用的錄音帶、磁片、磁盤及其他可能用以複製的物件。

五、(e)項則是民事救濟上的訴訟成本及律師費- 根據本條規定,法院會謹慎考量課以合理的訴訟成本及律師費用;另一方面,若法院判決該違法行為成立或其防禦內容欺詐不實,則應令其負擔訴訟成本及律師費用。

第三目 歐盟資料庫保護指令

歐洲執行委員會(European Commission)於一九九二年提出針對資料庫保護調和歐盟內各國法律之議案,並於一九九六年三月十一日通過資料庫法律保護指令(Directive 96/9/EC of the European Parliament and

of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases)⁶³ ,
會員國需於一九九八年一月一日之前執行此指令。

壹、資料庫定義

本指令所謂的資料庫，指一個涵蓋獨立著作、資料或其他經過有系統、有條理之方法編排之資料，而得以經由電子或其他方式使用的集合。

本指令是保護任何形式的資料庫，但不包括建立或執行資料庫所必須的電腦程式。執行上以不危及下列相關法律為原則⁶⁴：

- 1 . 對電腦程式的法律保護規定。
- 2 . 租賃權、借貸及其於智慧財產權中與著作權相關的規範。
- 3 . 其他關於著作權保護之規定與相關權利。

貳、權利內容

於著作權保障的範圍內，資料庫的著作人，擁有排他的權利而得執

⁶³ 原文請參閱附錄 E-1

⁶⁴ EU Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases Article 2.

行或授權如下行為⁶⁵：

- (1) 用任何方法及形式，暫時或永久的重製資料庫之一部或全部。
- (2) 翻譯、改寫、編排與其他變更。
- (3) 對於資料庫任何形式之公開散布。但資料庫之一版本於一區域由權利所有人，或其他經由他同意之人，第一次銷售後，權利人對於該版本在該區域之再銷售，即喪失控制的權利。
- (4) 任何公然的傳達、展示或演出。
- (5) 任何因為翻譯、改寫、編排或是其他變更所衍生出對公眾的重製、散布、傳達、展示或演出。

參、權利的限制

任何資料庫的合法使用者，在上述權利範圍內，為一般且符合接觸該資料庫內容需要之利用，無需經過資料庫著作人之授權。若該合法使用者，只被授權利用資料庫之一部份，則本毋須授權的規範，亦僅及於該合法使用的範圍。

⁶⁵ EU Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases Article 5 (「restricted of acts」 which are similar to the exclusive rights of the copyright owner)

然而，會員國若認為有需要，可以對上述權利提供如下限制，但以免傷害權利持有人合法的利益，及不與一般對資料庫之利用相衝突為限：

- (1) 對於非電子形式之資料庫，針對私人目的所為的重製。
- (2) 教學或科學研究之講解為唯一目的之使用，只要明確指出出處，並證明沒有商業目的之存在即可合法利用。
- (3) 行政或司法程序上，為公眾安全目的所為之利用。
- (4) 其他傳統上對著作權的限制。

肆、合法使用者的權利與義務⁶⁶

- (1) 資料庫的製作人，若已將該資料庫公開提出，不能禁止合法使用者，在經過利用之質與量的評估後，在任何目的下，對於資料庫非主要部分的摘錄或再利用。
- (2) 已公開之資料庫之合法使用者，不能為任何與對該資料庫之一般使用方式相衝突之行為，或不合理的傷害該資料庫製作人合法的利益。
- (3) 已公開之資料庫之合法使用者，不能以任何方式對資料庫內所含作

品與主題之著作權，及其他相關權利之持有人造成損害。

第四項 行動娛樂服務之相關議題

第一目 音樂著作權人與發行公司

音樂係由一位或多位作曲/作詞人所創作。美國 1976 年著作權法(The Copyright Act of 1976)以法律規定將音樂之著作權賦予音樂的創作人。只要創作人創作出音樂，即自動取得該音樂之著作權。如果音樂是由兩位以上創作人所共同創作，則其成為著作權的共同權利人。著作權權利人對於該著作，擁有所有使該著作，以任何形式之媒介，使他人感知、複製或傳播之權利，包括藉由各種設備的傳播在內。

音樂發行公司必須取得音樂著作權人的書面授權。美國著作權法要求任何專屬著作權權利之移轉，必須經由書面契約，並由權利所有人或權利所有人之代理人簽名。在美國實務上，音樂著作權人與發行公司會簽訂「個別音樂契約」(Separate Song(s) Agreement)。此種契約為書面契約，由音樂著作權人與發行傳播公司簽訂，在合約中，音樂著作

⁶⁶ EU Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases Article 8

權人將一首或多首音樂的個別著作權(copyright in one or more separate songs)專屬移轉予發行公司。同時，基於此著作權而生之所有權利，包括該著作權在全球各地之期限、延長或更新等。手機和弦鈴聲(Ringtone)的下載，基本上即是電信公司經由行動通訊設備，透過音樂發行公司(Publisher)的授權，將音樂著作權人的音樂著作，傳播給手機使用人的一套機制。

第二目 行動娛樂服務之法律議題

音樂發行公司透過各種發行的機制，包括收取權利金的方式，取得其利潤。因為新傳播管道的出現，音樂發行公司的收益方式也相對地增加。其中，手機和弦鈴聲的下載，便是其中的一項新傳播方式。

手機鈴聲的下載非常簡便，使用者僅需連線至和弦鈴聲供應商的網站，付費購買某一首歌曲，然後下載作為和弦鈴聲。目前在美國已有許多網站專供手機和弦鈴聲的下載。而手機大廠如 Nokia、Motorola、Samsung ... 等，亦擁有自己的手機鈴聲下載網站。手機和弦鈴聲的種類繁多，流行、搖滾、爵士、古典、電影原聲...等均有。手機和弦鈴聲的供應商(Provider)以每一次下載極少數的價錢(通常下載一首音樂

約一至二美元)「出售」和弦鈴聲給手機使用者。

手機和弦鈴聲供應商必須確保其提供和弦鈴聲供人下載，沒有法律上的問題。其中包括重製與傳輸的問題。因手機和弦鈴聲的下載，牽涉到將音樂複製至其網路伺服器上，同時亦牽涉將該音樂傳輸給手機使用者。

通常，音樂發行公司與和弦鈴聲供應商之間的合約，包含下列要項：⁶⁷

1.期間：通常為一年

2.授權：和弦鈴聲供應商取得非專屬將其音樂上載至其伺服器上之權利。通常為將音樂製成 Midi 或其他數位格式的音樂檔，放在伺服器上，將其轉成和弦鈴聲，然後將其以串流的方式傳輸予其收手機用戶。手機用戶使用和弦鈴聲，只能用於鈴聲單一目的使用，同時每次鈴響時間不能超過 30 秒。

3.費用：一次付清之上載費用。手機和弦鈴聲供應商每上載一種音樂至其伺服器，便須支付一次費用。

⁶⁷ 請參閱 Practising Law Institute, Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series, PLI Order Number G0-01KD, *Music Publishing*, 2004

4.權利金：包括 (1)使用者每下載和弦鈴聲一次，便收取一定比例的權利金。(2)就手機鈴聲供應商的總收益，收取一定比例的權利金。

5.領域：例如只能使用於美國國內。

6.姓名及肖像：如來電顯示音樂作曲家或表演者的姓名或肖像。

音樂著作權人與手機和絃鈴聲廠商間，對下載授權部分已無爭執，但手機使用者將和弦鈴聲下載至手機後，若使用者在公眾場合接到來電，則音樂和弦鈴聲響起，此時因該音樂使公眾得以聽聞，音樂著作權仲介團體因而主張其會員音樂著作已被公開表演（perform publicly，按：我國著作權法相對應之權利為公開演出權），所以其要求手機和弦鈴聲廠商除應取得重製（下載）之授權外，尚須取得公開表演之授權。目前雙方對此尚有爭議，其發展值得觀察。

第三節 網路平台相關議題

第一項 P2P 檔案分享與 ISP 責任

第一目 美國數位千禧年著作權法(DMCA)

美國於西元 1998 年 10 月 28 日經總統批准通過數位千禧年著作權法

(Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA) 該法第二章 (Title II) 針對網際網路服務提供者責任訂定明確的規範，避免網際網路服務提供者由於對所可能承擔之法律責任不明，致對發展網際網路之應用卻步不前，而造成對整個社會不利之影響。

DMCA 區分網際網路服務提供者的服務類型，並就不同之類型規定不同的適用要件，以確認網際網路服務提供者是否適用安全港 (Safe Harbor)⁶⁸ 庇護範圍。網際網路服務提供者一旦符合法定之個別服務類型的適用要件，即稱為進入安全港的庇護範圍，即可免除直接侵權、代理侵權 (Vicarious Infringement) 與輔助侵權 (Contributory Infringement)⁶⁹ 的財產上損害賠償 (monetary damages) 責任⁷⁰，且在符合特定條件下，網際網路服務提供者還可免除禁制令 (injunctive relief) 的適用。不過應強調者，即使網際網路服務提供者無法適用安全港庇護之規定，網際網路服務提供者於訴訟上仍可主張著作權法上規定之不構成侵害之抗辯，例如合理使用，包括詼諧地改編他人著作 (parody，此在美國著作權法屬合理使用態樣之一) 等。

⁶⁸ 所謂安全港係指服務提供者在符合服務提供者類型之要件後，即像進入安全港範圍內，而受到庇護，不須負擔任和侵權責任。

⁶⁹ 代理侵害與輔助侵害依美國法制，係屬間接侵害 (Indirect Infringement) 或次侵害 (Secondary Infringement)，我國著作權法尚無類似規定。

⁷⁰ 17 U.S.C. §512(k)(2)

網路服務提供者若欲適用 DMCA 之免責條款，首先應符合服務提供者之定義，且符合適用要件後，即可依據 DMCA 之責任限制條款，確定網際網路服務提供者是否可免除其侵權責任。為適用免責條款，網際網路服務提供者需符合下列二要件：(1)其需採取或合理實施政策，以在適當之條件下終止反覆侵權之服務使用者的帳戶；(2)其需適用且不干擾標準技術方法⁷¹。

以下就不同之網際網路服務提供者之服務提供者定義及免責應符合之要件予以說明：

壹、暫時性傳輸管道（Transitory Communications）免責

主張適用此免責規定之服務提供者，須為「在使用者所指定之點與點間，或在使用者所指定之資料間，提供數位線上溝通之傳送、路由、或連線且未對所傳送或接收之資料內容予以變動之法人」。另需符合下列要件：

⁷¹ The Digital Millennium Copyright Act of 1998 , U.S. Copyright Office Summary(December 1998) , page 9

- 1.資料的傳輸係由服務提供者以外之自然人所啟動；
- 2.傳輸、路由、連線提供、或重製係由自動化技術程序所執行，服務提供者並未對資料進行篩選；
- 3.服務提供者不得決定資料之接收人；
- 4.任何中間之重製物通常不得讓特定接收者之外的其他人接觸該筆資料，且該重製物不得保存超過合理時間；
- 5.資料內容在傳輸過程不得修正。⁷²

就立法歷史與文義解釋，此類網路服務提供者屬被動通路(passive conduit)功能，例如：電子郵件信箱服務提供者、單純網路連線。由於此類型的服務提供者對於使用者的侵權行為並無控制權，依據美國著作權法文義，服務提供者對於使用者的侵權行為並無須擔負間接侵權責任⁷³。

貳、系統快取免責

⁷² 同前註，page 10。

⁷³ Lucy H. Holmes, Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service Providers' Liability for Third-party Content and Copyright Infringement, 7 Roger Williams U.L. Rev. 215, 234. (2001)

主張適用此免責規定之網際網路服務提供者，須為「提供線上服務或網路通路之提供者，或者提供該等服務之設備的營運者」⁷⁴。此項免責規定，係針對服務提供者依據使用者指示，將服務提供者以外之人在線上提供之資料傳送給使用者之過程中，而保存資料重製物一定時間之實務，提供免責規定。此種保存資料重製物一段時間之目的係為使其他使用者有使用相同資料之需要時，服務提供者不必從原來之來源將該資料再抓出來，而直接將所保存之資料傳送給其他使用者，如此可減少佔用頻寬及節省等待資料之時間。

欲主張此免責，並需符合下列要件：

- 1.不得修改所保存資料之內容；
- 2.服務提供者應依據一般可接受之資料傳送協定之工業標準，以更新資料—從資料之原來來源抓取資料以替代所保存之資料；
- 3.服務提供者不得干擾將點閱資訊回傳給提供資料者之技術，當該技術符合特定要求時；
- 4.服務提供者應依照資料提供者所定條件(例如密碼保護 password protection)，限制使用者接觸該等資料；

⁷⁴ The Digital Millennium Copyright Act of 1998 , U.S. Copyright Office Summary(December 1998) , page 9

5.若有任何資料係未經著作權人同意而被放在網路上，服務提供者一經通知原來網站之資料已經移除或阻擋，或者被令應予移除或阻擋，則服務提供者應立即將該資料移除或阻擋⁷⁵；

參、應使用者指示將資料儲存於系統或網路之免責

主張適用此項免責規定之服務提供者，須為「提供線上服務或網路通路之提供者，或者提供該等服務之設備的營運者」，此免責規定，係針對應使用者指示，將侵害著作權之資料儲存於服務提供者之網站或其他資訊儲存系統，予以免責。

欲主張此免責，並需符合下列要件：

- 1.服務提供者未達知悉侵權活動之標準(requisite level of knowledge)，
【按：所謂未達知悉侵權活動之標準，係指服務提供者未明知或可得而知侵權活動，或於知悉後立即將資料取下或阻擋，如此皆可符合未達知悉侵權行為之標準】；
- 2.若服務提供者有權利及能力控制侵權活動，其並未從該侵權活動直接獲得財務上利益；

⁷⁵ 同前註，Page 11。

3.一經通知有侵權，服務提供者應立即將該資料取下或阻擋接觸管道⁷⁶

(按：此項即所謂通知及取下程序，Notice and Take Down)。

4.依據通知及取下程序，著作權人應以書面方式(written communication)

向服務提供者的指定代理人發出通知書，且該通知書內容應實質

(substantially)符合下列規定：

(1)著作權利人的實體或電子簽章。

(2)敘明被指控為侵害著作權之資訊(若單一網站上具有數個侵害著作權資料，通知書應表列之)。

(3)敘明應移除或應被阻斷連結的侵害著作權資料或侵害著作權活動之主旨，使得服務提供者得以迅速地找到該筆資料。

(4)提供充足資訊使服務提供者得以聯繫投訴人，諸如：住址、電話或電子郵件等。

(5)一份陳述，表明投訴人善意相信該通知書所指侵害著作權資料均未獲著作權利人、其代理人或法律的授權。

(6)一份宣誓書，表明通知書內容係屬正確，且投訴人已獲被侵害資料

⁷⁶ 同前註，Page 11-12。

之專屬權利人的授權⁷⁷。

若通知書已符合上述第 2、3、4 項，而服務提供者卻不立即嘗試與通知人接觸，則該不完全之通知，仍可作為評估服務提供者是否已達知悉侵權行為之依據⁷⁸。

服務提供者因信任該通知書之陳述，誤而移除或阻檔被主張侵權之資料或活動的存取，服務提供者原則上毋庸負擔任何責任⁷⁹。不過 DMCA 提供使用者藉反通知 (counter notification) 就通知及取下程序，得有因應之機會。為適用免責規定，服務提供者因獲著作權人或經著作權人授權之人所為的通知，而移除或阻檔該資料的存取後，服務提供者應將該通知轉知使用者，於使用者為反通知時再轉知著作權人。如此，不論該筆資料是否被確認為侵害著作權，網路服務業者對於該移除或阻檔資料接取的行為不須負擔責任。著作權人接獲反通知時，應於 10 至 14 個工作天內向法院提起侵害著作權之訴。未提起者，服務提供者

⁷⁷ 見資策會科技法律研究中心前揭書註 (3 0) , 第 22 頁。

⁷⁸ 同前註。

⁷⁹ 17 U.S.C. §512 (g)(1).

應於 10 個工作天內回復原先移除或阻擋接取的資料⁸⁰。

肆、資訊定址工具（Information Location Tool）之免責

主張適用此項免責規定之服務提供者，須為「提供線上服務或網路通路之提供者，或者提供該等服務之設備的營運者」，此免責規定，與超連結，資訊搜尋引擎及其他類似工具有關。係針對使用資訊搜尋工具將使用者連結到包含侵權資料之網站之行為予以免責。

欲主張此免責，並需符合下列要件：

- 1.服務提供者未達知悉該資料侵害著作權之標準【按：所謂未達知悉侵權之標準，係指服務提供者未明知或可得而知侵權，或於知悉後立即將資料取下或阻擋，如此皆可符合未達知悉侵權之標準】；
- 2.服務提供者有權利及能力控制侵權活動時，服務提供者並未自該侵權活動直接獲得經濟利益；
- 3.服務提供者一經通知，立即將該資料取下或阻擋接觸管道⁸¹。

⁸⁰ The Digital Millennium Copyright Act of 1998， U.S. Copyright Office Summary(December 1998)， Page 12.

⁸¹ 同前註，Page 13。

提供資訊定址服務的網路服務提供者，並無法於網頁瀏覽時即輕易地判別出該網站內容是否侵害他人著作權，因此本類型服務提供者亦適用「通知其取下程序」，藉由著作權利人對自己權利的主動主張，服務提供者再與以配合⁸²。

第二目 P2P 下載相關案例

壹、A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.⁸³

一、背景

由於 Napster 不服地方法院判決，因此向美國聯邦第九巡迴上訴法院提起上訴，在檢視雙方當事人所提文件資料後，上訴法院做出對地方法院部分維持、部分駁回的決定。上訴法院基本上肯認地方法院之見解，認為「Napster 確實利用數位科技設計並操作可傳輸及儲存音樂錄音物之系統」。另外，「在 Napster 系統上有免費數位下載服務的情況下，肯定會令著作權人試圖提供付費服務的努力受到傷害」，判定 Napster 需為其所提供之服務負起著作權輔助侵害之責。至於著作權代理侵害的指控，上訴法院認定 Napster 對其使用者的侵權行為，係有能力加以

⁸²見行政院經濟建設委員會委託資策會科技法律研究中心研究，網際網路服務提供者法律責任及相關法制之研究（92年12月），第23頁。

⁸³ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

監督，且直接獲得經濟利益，故亦必須負起著作權代理侵害之責任。

此外，就其所提供之服務型態，也無法適用於一九九八年所訂立數位千禧年著作權法案(Digital Millennium Copyright Act)中之有關 ISP 業者的免責規定。

二、爭點

(一) 直接侵害之要件

在著作權侵害的要件上，承審法官認為原告必須提出滿足以下兩項要件的證據：

1. 必須提出所擁有權利被實質侵害的證據

必須證明此侵害至少違犯了一項該著作權人獲法律授予的專有權 17 U.S.C. § 106。--該承審法院同意原告所提出的證據，認為 Napster 的使用者至少侵害了著作權人的重製權與傳輸權等兩種專有權。

(二) 合理使用

法院依據 17 U.S.C. § 107 所載明的四個要件來考量是否構成「合理使用」(按：而我國著作權法第六十五條也是利用這四項判準依據來判斷

該重製有無「合理使用」):

1.利用的目的及性質(purpose and character)—這項標準主要以為「營利性」或「非營利性」作為判斷標準。

2.著作的性質(the nature of the copyrighted work)—本案承審法官認為原告的音樂著作物在本質上是具「原創性」的。

3.所利用之質量及其在整個著作所佔之比例。

4.利用結果對於著作物潛在市場及現在價值之影響(the effect of the use upon the potential market for the work or the value of the work)—這項標準主要考量的是，被告在「非營利性使用」方面不但必須舉證證明該特定使用不致對著作權人產生侵害，還必須證明其在傳輸後不會對該著作物的潛在市場產生敵對性的影響。

(三)確認之利用(Identified Uses)

試聽樣本(Sampling)—承審法官認為這種數位音樂不只是試聽樣本，因為免費數位下載的使用方式確實可能對於傳統的音樂唱片購買市場產生重大衝擊，並且剝奪了著作權人發展替代性市場(identified alternative markets)的權利。

(四)空間轉移(Space-Shifting)—顯而易見的是當使用者從 Napster 的系統下載拷貝音樂之後，音樂就成了數以萬計的人可以利用的產物，而不單單只是原始唱片所有人可以加以利用，這與 SONY 一案並不相同。

(五)輔助侵害之要件

1.明知侵害行為的發生

所謂明知侵害行為，係指被告須於從事輔助侵害行為時明知該輔助行為係侵害著作權，並具有能力中止該侵害行為卻不中止；承審法院認為著作權人必須舉證證明遭到侵害。

2.對於著作權的侵害行為提供實質的幫助

由於 Napster 所使用的 Peer-to-Peer 軟體，對使用者直接侵害著作權的行為提供了「場所及設備」(site and facilities)，而具備了提供實質的幫助的要件，故須負擔著作權輔助侵害的責任。

(六)著作權代理侵害之要件

1.經由侵害行為獲得經濟上之利益(Financial Benefit)

2.有權利及能力監督侵害行為(Supervision)—本案法院認為 Napster 實際上具有權利及能力去監視自己的系統，但卻疏於防範使用者的非法下載行為，從而造成著作權侵害的發生，因此必須負擔相關責任。

三、判決

由於地方法院所為之禁制令要求 Napster 必須確保其系統內沒有任何重製、下載、上載、傳輸或散布為原告著作的情形，上訴法院認為範圍太廣，而應修正為：Napster 只有在明知特定侵權檔案為有著作權之音樂著作之錄音物，以及明知或可得而知該檔案存於 Napster 的系統而未能有效防止其散布時，始須承擔輔助侵害責任；而當 Napster 未能有效利用其能力來監督避免侵權檔案存在其索引目錄上時，亦需負代理侵害的責任。對此地方法院已於 2001 年三月五日做出回應，修正對 Napster 禁制令的範圍。不過，針對地方法院重新裁定的禁制令內容，當事人雙方仍互相指控對方未加以遵守，導致爭議不斷，而無法就著作物授權的機制就進一步的協商，於是在 2001 年七月三日清晨，Napster 關閉了所有歌曲交換下載的功能。

貳、In re Aimster Copyright Litigation⁸⁴

一、案例事實

Aimster（亦稱“Madster”）網站讓使用者免費下載軟體，並以分享音樂檔案為例提供線上教學，以教導使用者如何利用該軟體進行檔案交換。Aimster 之軟體及網站可以讓使用者指定他們願意分享給其他人之檔案，也可以讓使用者指定他們希望從別人電腦下載之檔案。如此，Aimster 軟體及網站在使用者間媒合他們希望下載及重製之檔案。Aimster 之軟體將使用者與使用者之間的溝通予以加密。使用者間交換之檔案不會經由 Aimster 之主機，因此 Aimster 不是著作權之直接侵害人。原告主張 Aimster 有輔助侵害及代理侵害。本案之原告包含美國大多數音樂之著作權人。在地方法院，法院因為認為原告所訴輔助侵害相當可能成立，且原告可能遭受無法彌補之損害，因此同意原告所申請之禁制令，結果 Aimster 在訴訟審理階段破產。

二、本案爭點

1. 若無證據顯示系爭軟體真有顯著非侵權之利用（actual substantial noninfringing uses），則用以透過電腦網路交換有著作權之檔案的軟體

⁸⁴ 334 F. 3d 643, 67 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1233 (7th Cir. June 30, 2003)

提供者，是否構成輔助侵害？

2.若軟體提供者提供加密功能，避免提供者在其軟體被用來交換有著作權之檔案時，知悉交換之事實，如此是否可讓軟體提供者不須負侵權責任？

三、判決理由

最高法院曾於 Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.⁸⁵表示產品製造商所製造之產品若有顯著之非侵權使用(substantial noninfringing use)，則不至於因其產品有部分使用可能造成侵害，而須承擔輔助侵害之責任。本案雖然 Aimster 表示其系統有非侵權使用之可能，不過卻無法證明其系統實際上被用以作任何非侵權之使用。法院並注意到 Aimster 之軟體使用線上教學係以音樂檔案交換為其唯一之檔案分享例子，且所分享係有著作權之音樂著作，因此認為其有邀請侵權之事實。此外，不像 Sony 一案中所爭執錄影機之製造商，Aimster 持續維持與使用者之關係，如此其應可防止或至少限制使用者之侵權行為。所以，Aimster 被判定有輔助侵害。

Aimster 之軟體有加密功能，因此 Aimster 辯解該功能使其無法確知特

定之著作權侵權行為。法院不同意 Aimster 辯解說因為有該功能所以不構成輔助侵害，法院認為服務提供者不會因為使用加密功能，藉以讓自己對所提供服務之非法使用無從得知，而主張免責。

至於 Aimster 所主張其適用 DMCA 之網路服務提供者免責條款乙節，法院認為 Aimster 符合網路服務提供者之定義，不過法官不認為 Aimster 可停在安全港（Safe Harbor），法官認為安全港之共通要求為，網路服務提供者應就被合理要求阻止反覆侵權，有所作為，不過 Aimster 不只未作任何事以讓反覆侵權者不要侵權，更糟糕的是鼓勵使用者侵權。因此法院判定 Aimster 不得主張安全港之免責規定。

四、分析

最高法院於 Sony 案中，認為單純解釋性知悉（constructive knowledge）侵權行為，不會構成輔助侵權。Aimster 案與 Napster 之唯一差別是 Aimster 有加密功能，Aimster 主張由於其軟體有加密功能，如此其無從得知侵權行為，所以並不構成輔助侵權。不過法院認為惡意盲目仍構成著作權法之知悉，因為可得而知也構成知悉，法官也舉判例說明，知悉與有懷疑可能卻故意不想知道，即使心理狀態不一樣，也可能是

⁸⁵ 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574, 220 U.S.P.Q. (BNA) 665 (1984).

同樣程度的錯(to know, and to want not to know because one suspects, may be, if not the same state of mind, the same degree of fault)。

參、Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd⁸⁶

一、背景

RIAA 和其他著名的電影公司例如哥倫比亞電影公司、華納電影公司等原告，於二〇〇一年十月向加州中區地方法院以「侵害著作權」、「輔助及代理侵害著作權」為由，控告包括 kazza、GROKSTER、Streamcast 等三家公司侵害著作權，被告則抗辯其僅提供軟體供使用者使用，對該軟體並無任何控制，從而不須負擔著作權侵害之責。法院在 2003 年四月二十六日作出中間判決(summary judgement)，駁回原告的請求，認為被告無須承擔輔助及代理侵害著作權之責。判決結果由被告勝訴。

二、爭點

(一)管轄權的爭議

就管轄權而言，經營提供分散式 Peer-to-Peer 軟體的網站業者，為逃避

⁸⁶ MGM Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 269 F. Supp. 2d 1211 (C.D. Cal. 2003)

美國著作權法侵害著作權之法律責任，常將公司設立登記美國境外的其他國家，而其公司的營運亦於美國境外進行。例如 Kazza 網站就是由一家稱為「Sharman Networks」的公司所擁有，該公司是依照萬那杜共和國(位於大洋洲的一個小島)的法律所設立登記，而公司實際的商業行為則是在澳洲進行。故當著作權人代表向其提起訴訟時，Kazza 抗辯洛杉磯之聯邦地方法院並無管轄權因而不得加以審理，因為公司的設立地及總部均不在美國境內，而與加州的居民並無實質的接觸。

法院咸認此一爭議應依照美國聯邦憲法第五修正案之正當程序條款(due process)，以及加州「長臂法」(long-arm statute)的規範加以裁判。根據正當程序條款之要求，非居民之被告與審判地之間必須存在一定程度的「接觸」，亦即必須具有所謂之「最低接觸」(minimum contacts)，法院之審理才不會違反第五修正案之正當程序條款之要求。至於加州「長臂法」的規範，係要求非加州的自然人或法人在該州境內進行了某些活動，達到了一定的接觸程度，即可認為此人的行為已符合該州對人管轄權的長臂法要求，從而設在該州的法院(包括聯邦法院)即可對此人享有司法管轄權。

承審法官依據這二項法律規範，認為由於 Kazza 所提供的軟體被使用者下載高達一千三百萬次，在此情形若否定 Kazza 與加州居民間不具

重大接觸並無說服力。此外，許多被交換分享的音樂或電影著作是屬於加州的公司所擁有，故 Kazza 的商業活動已符合了加州長臂法之要件，當然可對其行使管轄權。由此一案例可以推知，美國法院似乎認為針對日後廠商在美國境外架設 Peer-to-Peer 網站，而將軟體提供予美國居民使用並藉以交換分享非法的娛樂性著作物之行為，美國法院應享有管轄權。由於此種見解並未受到批評，故後續的案例亦將會繼續支持此一見解。

(二)強制執行上的困難

有關強制執行的部分，廠商所採取的策略其實十分簡單，就是將涉訟公司所擁有的財產移轉分散至國外。即便著作權人取得勝訴判決，法院要能有效地查封扣押廠商的國內財產是十分困難的。

舉例而言，假如法院判決廠商應關閉特定的侵權網站或是阻擋其連結，由於廠商都將重要的主機系統架設在國外，因此在執行上亦是困難重重。如此一來，倘若美國的法法院認為 Kazza 網站違反著作權法，但是 Kazza 的網站架設在 B 國的境內，因而美國的法法院必須透過與 B 國政府合作，透過 B 國法院的判決承認美國的判決有效後始得以執行，但是當 B 國法院認為 Kazza 網站並不違反 B 國的著作權法時，此

一方式即無法實行。

(三)輔助及代理侵害著作權

法院於判決中表示，關於輔助侵害著作權的部分，原告需證明被告符合二個要件；一、明知侵害行為的發生。二、對於著作權的侵害提供實質的幫助。

1.明知侵害行為的發生

對於第一個要件，法院援引一九八四年新力公司錄影帶案的判決理由，認為被告所提供的 Fastrack 軟體雖可被用來從事著作權侵害行為，但這並不表示被告就須負起著作權輔助侵害的責任。換句話說，被告不會因為該 Peer-to-Peer 檔案分享軟體可被用來侵害原告的著作權，或是因為知悉該軟體得以被用來從事著作權侵害行為，就必須承擔著作權輔助侵害的責任，這就如同製造錄影機和影印機的廠商一樣，並不會因為機器可被用來侵害著作權，或是知悉其得以被用來從事著作權侵害行為，就必須承擔著作權輔助侵害的責任。

法院進一步引述 Napster 的判決說明，所謂明知侵害行為，係指被告須於從事輔助侵害行為時明知該輔助行為係侵害著作權，並具有能力中

止該侵害行為卻不中止。然而，被告使用軟體的系統架構不同於 Napster，並無獨立且集中管理的目錄索引資料庫或伺服器，縱使被告知道許多使用者利用其所提供的軟體從事著作權之侵害，但是被告並無能力中止該侵害行為，故不符合明知的要件。

2.對於著作權的侵害行為提供實質的幫助

第二個要件，即被告須對著作權侵害行為提供實質的幫助（material contribute）。法院同樣引述聯邦第九巡迴上訴法院對 Napster 案件的判決理由，認為由於 Napster 所使用的 Peer-to-Peer 軟體，對使用者直接侵害著作權的行為提供了「場所及設備」（site and facilities），而具備了提供實質的幫助的要件，故須負擔著作權代理侵害的責任。相對地，被告所使用的軟體並無對使用者直接侵害著作權的行為提供了「場所及設備」，被告之一的 Streamcast 公司所提供的連結服務，甚至是架構在一個完全屬於 Peer-to-peer 的自由軟體平台之上，稱為 Gnutella Network，它的功能要比其他被告使用的 Fasttrack 軟體更為「去中心化」（decentralization），使用者是藉由其他已上線的使用者連上網路，其最初的連結係透過網路上已公開的路徑加以自動執行的，Streamcast 公司並無操控這些路徑，亦無提供任何報酬予公開路徑的使用者。

因此，法院認為使用者從事的各種行為，包括連上獨立的網路、選擇其所要分享的檔案、傳送和接收搜尋名單及下載檔案的行為，均無被告實質幫助行為的涉入。法院調查發現，假使被告關閉該網站或是中止其所有電腦的運作，使用者仍得以使用該軟體而不會受到影響。相對地，Napster 的網站提供了所有使用者電腦檔案的索引目錄，而且每一個搜尋的的訊息皆會經由 Napster 的主機電腦，倘若 Napster 關閉了網站，使用者將無法再使用分享交換音樂檔案的功能。基於此一理由，聯邦第九巡迴上訴法院認為 Napster 所使用的 Peer-to-Peer 軟體，對使用者直接侵害著作權的行為提供了「場所及設備」(site and facilities)，構成提供實質的幫助的要件；換言之，由於本案被告所提供軟體的功能與 Napsetr 完全不同，故不構成提供實質的幫助的要件。

(二)著作權代理侵害

針對著作權代理侵害的部分，法院認為原告須證明被告同時符合兩項要件；一、經由侵害行為獲得經濟上之利益；二、有權利及能力監督侵害行為。

1. 經由侵害行為獲得經濟上之利益

對於第一項要件，被告確實因為使用者之侵害行為獲有經濟上之利

益，蓋其所提供軟體之功能得讓使用者分享交換音樂檔案或其他著作物，藉以吸引(draw)更多的使用者下載使用被告的軟體，使得被告累積了上千萬的用戶數，雖然使用者並不須付費購買該被告提供的軟體，不過被告透過網站的廣告收入可獲取龐大的經濟利益。例如，被告之一的 Streamcast 公司在二〇〇一年的網站廣告收入就高達一千八百萬美元。被告對此一部份亦不爭執。故法院認為被告之行為符合經由侵害行為獲得經濟上之利益的要件。

2.有權利及能力監督侵害行為

至於第二個要件，法院調查後發現，本案中被告的經營模式與 Napster 顯有區隔，Napster 所控管的網站可以透過目錄索引資料庫，監控線上所有交換分享的音樂檔案。除此之外，所有使用者必須先向 Napster 的網站註冊，取得合法註冊的資格後才得以連結進入檔案交換的系統。不但如此，Napster 有權對違反公司政策及相關法律的使用者終止其註冊資格，而事實上 Napster 亦時常動用此一權利。在此一情形之下，法院引述了聯邦第九巡迴上訴法院針對 Napster 案件的判決內容，認為 Napster 不問任何理由而得禁止侵權者接觸某特定網站的能力，就是擁有監督的權利和能力的證據，亦即 Napster 擁有管理維護其網路系統，

並於其搜尋目錄中找出侵權資料，以及終止使用者接觸其系統等等權利與能力，卻怠於行使以避免受法律保護的著作物被交換，故須承擔著作權代理侵害之責。

相反地，本案中被告所提供軟體進而讓使用者相互串連的網路，完全不在被告的控制範圍內，如前所述，被告之一的 Grokster 所提供的軟體甚至是自由軟體，明顯地不會受到任何個人或公司的控制。故法院認為，由於並無證據顯示被告擁有權利及能力來監督控制侵害行為，故被告不須負擔著作權代理侵害之責。

三、判決

根據上述理由，法院最後駁回了影音產業等原告的請求，判決被告不須負擔輔助及代理侵害著作權之責。廠商的 Peer-to-Peer 軟體確實對著作權人造成經濟利益上的嚴重打擊，但目前著作權人似乎無法引用現行法律以及法院相關判決先例來保護權益，誠如本案承審法官 Wilson 於判決書中所言：「對於被告有可能故意運用商業技巧來規避輔助及代理侵害著作權之責，並不當利用商業工具來獲取經濟上利益，法院並非視而不見。不過，法院不能認為被告因為沒有採取相關措施，來降低該軟體被用來從事侵權行為的機會，就認為被告有罪。亦即，如

法院認為被告應採取相關措施，此一部份應由立法機構加以立法。」 Wilson 更明確地指出：「原告(著作權人)雖可透過訴訟尋求法律救濟；然而，原告卻請求法院擴張適用現行著作權法的保護範圍。」由此可知，本於三權分立的憲政原理，法院並不能逾越立法者的授權，而必須審慎地依照現行法律加以裁判。

四、結論

觀察美國法院對 Napster 與本案的判決可以發現，僅僅兩年的時間，法院就因為技術上的差異，對用網路下載方式侵害著作權的行為做出截然不同的判決結果，廠商與著作權人之間的戰爭似乎還要繼續下去。其實造成此一結果的主要原因，應係著作權法的本質使然，美國法院在一九八四年新力公司錄影帶案中即謂：「從一開始，著作權之發展即係為因應科技之重要變革。」西元一七〇九年英國首創世界第一部著作權法「安妮法案」，就是因為印刷術之興起而使著作權之保護變得必要才予以制定的。綜觀著作權法制的發展，確實是因為新興科技迅速發展，著作權法制須隨之不斷的擴充保護範圍，增訂保護標的，始能因應科技革新對著作權人權益產生之衝擊。

肆、荷蘭 Kazaa 案與日本 MMO 案

P2P 的案例，另有荷蘭 Kazaa 案與日本 MMO 案。惟二案基本上均未超過美國案例的基本架構。

就 Kazaa 案而言，Kazaa 是一個不收費的 P2P 中介網站，其主機的運作方式，並無驗證主機，且不須註冊及登入。Kazaa 提供的服務為：(1)提供新的 Kazaa 軟體版本；(2)提供超級節點表單；(3)網路安全措施。Kazaa 為分散式之 P2P 架構，於其架構下，網站（主機）對檔案交換並非必要或關鍵重要角色，使用人不須與網站維持聯繫。如關閉網站，會員只要有軟體仍可交換檔案，不受影響。其無註冊及登入、驗證，無法阻止他人利用其軟體及超級節點，未提供 Access，亦無法強制更新軟體。地方法院認為侵權，上訴法院認為不侵權，最高法院維持上訴法院決定

就 MMO 案而言，其亦為不收費 P2P 中介網站。其運作方式與 Napster 相似，有驗證主機，且為了利用集中式索引，必須註冊。其所提供之服務包括：(1)提供新的軟體版本；(2)提供集中檔名索引；(3)驗證會員身份。其有集中式檔名索引，而網站（主機）對檔案交換則扮演了必要或關鍵重要角色。其有整體服務，包括軟體、註冊、驗證、集中式

檔名管理等，其並有權利及能力終止使用者帳戶、修改軟體、強制升級。日本地方法願院及上訴法院均認為構成侵權。

第三目 ISP 業者責任相關案例

壹、ALS Scan, Inc v. Remarq Communities, Inc.⁸⁷

本案主要是因製造並販售著作物之著作權人控訴網路 ISP 業者違反 DMCA 且涉及不公平競爭，而爭議則在於提供使用者觀看未授權著作物之路徑的 ISP 業者是否需負侵害他人著作權的直接或間接責任，以及依法所發之通知若有瑕疵又該如何認定等問題。一審法院認定原告所發出的通知並未符合 DMCA 之規定而有瑕疵，遂駁回原告之訴；然上訴法院卻認定只要大致符合該形式規定即可，該通知既已到達，則被告自應遵其要求，這種解釋引起美國法界諸多爭議與討論。

一、背景

原告 ALS Scan 為一製造、行銷成人圖片之視聽著作物製作公司，以透過網路展示圖片的方式供付費使用者觀賞，從而販售成人影片光碟及

⁸⁷ ALS Scan, Inc. v. Remarq Communities, Inc., 239F.3d 619. (4th Cir. 2001)。

錄影帶，該公司依法擁有該成人圖片及影帶的著作權。被告 RemarQ Communities 則為一般所謂的線上網路服務提供者(ISP)，提供在其網站上註冊登錄之付費使用者各項網路服務，RemarQ 網站所提供的網路新聞群組(newsgroup)在議題及內容上多樣而廣泛，估計約超過三萬個以上(該網站有將近 24000 個新聞群組訂戶)。因伺服器具有空間上的限制，RemarQ 會在訂戶上傳群組相關資料的 8 至 10 天後刪除該筆資料，該 ISP 業者本身並不監督、管制或檢查這些群組的內容，但可以過濾、篩檢色情圖片並分級供會員觀看。

本案原告發現 RemarQ 的新聞群組中有二群組名稱中包含 ALS，且此二群組中亦含有大量著作權歸屬於 ALS 公司的圖片，因此 ALS 公司認為 RemarQ 提供使用者侵害其著作權的路徑，西元 1999 年 8 月 2 日，ALS 公司向 RemarQ 發出一封信件予以通知，內容概略如下：「以下兩個新聞群組：“alt.als”、“alt.binaries.pictures.erotica.als”侵害本公司之著作權及商標權...您的主機提供非法張貼資料的快取(caching) 以及上述資料的非法傳輸。您應於接獲此通知的 24 小時內停止上述二新聞群組的快取(caching)。...AOL、Erol's、Mindspring 以及其他網路服務提供者皆已終止上述新聞群組的快取(caching)。」RemarQ 則表示不會遵從 ALS Scan 的信件指示，並要求 ALS Scan 公司應具體指出新聞群組

內的個別侵權事證，RemarQ 才會進行刪除該侵權資料的動作。由於無法達成共識，ALS Scan 公司控告 RemarQ 違反 DMCA 並涉及不公平競爭(unfair competition)。

經審理過後，一審的地方法院認為 RemarQ 不因提供新聞群組的快取(caching)而直接侵害該著作物的著作權，且由於 ALS Scan 未依照 DMCA，17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)規定之要件發出符合其要件的通知(notification)，RemarQ 無須負起輔助侵權(contributory infringement)的法律責任，地方法院駁回原告之訴，原告遂提起上訴。

二、本案爭點

(一)網路服務提供者(ISP)提供新聞群組的快取(caching)是否構成著作物的直接侵權？

(二)當網路服務提供者(ISP)收到著作權利人的通知並不「完全」時，是否符合 DMCA 對網路服務提供者的「安全港」(safe harbor)規定而可免責？

三、兩造主張

(一)原告 ALS Scan 主張:

被告直接侵害其著作權。理由在於(1)原告確為該著作物之著作權人;(2) RemarQ 准許其會員進入的新聞群組內容包含未經原告授權之著作物。ALS Scan 認為原審之地方法院對於通知(notification)的形式要件認定過苛，法院不能因為著作權利人未符合 DMCA 對該通知(notification)形式要件而認定網路服務提供者可因此免除著作侵權責任。

(二)被告 RemarQ 主張:

RemarQ 僅「消極」(passive)提供會員管道進入新聞群組瀏覽內容，並無以人為干涉的方式(human intervention)對原告著作物的著作權進行直接侵害。

就系爭個案而言,ALS Scan 未依照 DMCA 法條規定發出符合形式要件的通知(notification)，RemarQ 可依據 DMCA 而符合安全港(safe harbor)規定並免除侵權責任。

四、判決理由

上訴法院承審法官肯認 RemarQ 係 DMCA 所稱之服務提供者，對此二者並無太大爭議，不過欲適格於 DMCA 第 512 條(c)項「應使用者指示

之資訊存取於系統或網路」的服務提供者，被告須證明其已符合本項第 1 款的三個要件。其中的第三個要件正是本案的爭執點：「服務提供者應於其指定代理人接獲依本項第三款所為的通知時，迅速移除或阻斷被控為侵權之資料或活動的存取。」

地方法院的承審法官認為 ALS Scan 發出的通知有瑕疵，缺乏被侵權著作物列表、該通知也無法足以使被告得以找出被侵權物的位址並阻斷連結。但是上訴法院卻提出不同見解，認為該通知僅需大致符合 DMCA 的法條規定即可，不以完全符合為必要；而且通知僅需合理地使得服務提供者得以找到被侵權物的位址。

因此，當發出通知者的通知內容已相當於可使服務提供者輕易辨認的被侵權著作物的列表，該通知大致上就可以符合法條對通知的形式要求，本案中 ALS Scan 發出的通知內容涵括：兩個主要用以刊登原告著作物的網站、宣稱上述網站圖片幾乎享有著作權、向被告提及參考網站供被告查看原告的模特兒圖片以及相關著作權資訊。此外，被告連結的新聞群組上的圖片具有姓名或著作權標誌足供被告辨識其為原告之著作物。因此，該通知已大致符合法條規定，通知亦合理地使得服務提供者可以找到被侵權著作物的位址，不因未能完全符合規定就失去其法律效力。

五、分析

在 ALS 乙案判決確定後,美國學界及實務界對於本案上訴法院放寬「通知及取下程序」的通知形式要件,貶多於褒⁸⁸,因而在本案之後的相關爭訟案件,對於通知的形式要件似乎又限縮了本案上訴法院對於該形式要件所說明的範圍。舉例來說,同年九月間的 Hendrickson v. eBay, Inc.乙案⁸⁹,雙方同樣肯認 eBay 係 DMCA 所定義的服務提供者,但亦針對原告發出的通知是否符合形式要件有所爭議,該案的承審法院認為原告僅告知 eBay 其拍賣網站上有 Manson 的盜版光碟買賣,該通知不但未以書面宣稱其受著作權利人授權,也沒有提供辨識盜版物的方法,因此該通知並不相當於可使服務提供者輕易辨認的被侵權物之列表;因為上述理由,該通知未能符合法條對於發出通知的形式要求。

2001 年的 Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.乙案⁹⁰也發生類似的爭議,不同於前述二案,此案對於被告 Cybernet 是否適格於 DMCA 所定義的服務提供者,雙方無法取得共識,不過審理法院仍假定被告為服務提供者並繼續推論其是否符合通知及取下程序的形式要件。本案

⁸⁸ See e.g., Laura Rybka, ALS SCAN, Inc. v. Remarq Communities, Inc: Notice and ISPS' Liability for Third Party Copyright Infringement, 11 DePaul-LCA J. Art & Ent. L. 479. (2001)

⁸⁹ Hendrickson v. eBay, Inc. et al, 165 F.Supp.2d 1082 (N.D. Cal. 2001)

⁹⁰ Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc. et al., 213 F. Supp. 2d 2116 (C.D. Cal. 2002);

中被告 Cybernet 另行設定一套通知的形式規定，要求通知者應明確地指出每一個受侵害權利的著作物的位址所在，而非如同 DMCA 法條所明定的僅列出具代表性者即可。就 Cybernet 所自行訂定的通知形式要求而言，如果通知形式僅符合法條規定而不符合 Cybernet 的要求，Cybernet 並無與通知人合作的意願。除此之外，Cybernet 關於交互通知的要求也不同於 DMCA 的法條規定，Cybernet 移除被控侵權的著作物後，善意的侵害人與故意(knowing)的侵害人均仍可重新在被告網站進行登錄，然而依照 DMCA 的法條意旨，故意的侵害人應該不可以再於其網站進行登錄的動作；以此觀之，Cybernet 的種種規定無異是將著作權保護的責任完全加諸於著作權利人，這與 DMCA 建立著作權利人與服務提供者合作模式的立法意圖似乎是相悖的。

事實上，從 DMCA 的立法意圖來看，其通知及取下程序主要用以平衡、調和著作權利人與網路服務提供者的責任，確保著作權人也可合理主張在網路上同樣享有著作權，網路服務提供者也可因使用者不當的著作物使用行為而免除擔負侵權責任。準此，DMCA 免除對侵權活動不知悉、無辜的服務提供者的侵權責任，不過一旦服務提供者已經注意到使用者不當的著作物使用行為，責任隨即移轉至服務提供者，服務提供者必須迅速地阻斷不當資訊的連結，是以法條規定著作權利人應妥善通知服務提供者，使其知悉使用者侵權活動的進行，不然實不應

加重服務提供者的責任。

綜上所述，DMCA 規定的通知形式要件在於，通知人須以書面陳明獲得著作權利人之授權而為通知，著作權利人的通知列表並不須要詳細列明各侵權物的位址所在，但須使服務提供者可輕易辨認；另一方面，服務提供者不可擅自增加法條所未規範的要件或恣意加重著作權利人的負擔。

貳、Harlan Ellison v. Stephan Robertson et al⁹¹

一、背景

本案原告 Harlan Ellison 為科幻小說作家，其擁有著作權的小說在沒有得到同意或許可的情況下遭到複製，並在網路上流傳；西元 2000 年的 3、4 月間，被告 Stephen Robertson 將原告 Harlan Ellison 的小說作品以掃描方式數位化後，透過地區性網際網路服務提供者 Tehama Country Online(TCO) 上傳並置於 Remarq Communities 提供的“alt.binaries.e-book”新聞群組中，Ellison 的作品因此藉由該新聞群組上載至世界各地的伺服器，而 AOL 也因此保留 Ellison 的作品長達 14 天。2000 年 4 月 17 日，Ellison 得知上述情況後，踐行 DMCA 的通知

程序，通知 TCO 與 AOL 上述侵權事件的發生情形，TCO 有所回應，AOL 則否。Ellison 遂於 2000 年 4 月 24 日提起訴訟。

二、爭點

(1)著作權直接侵權與二次侵權要件是否成立？

(2)DMCA 責任限制條款是否適用本案？由於 AOL 將新聞群組訊息保留於伺服器上長達 14 天，是否仍構成 DMCA 條文中的重製資料置於系統或網路上未超過特定接收者接觸資料所必須的傳輸、路由及連線提供的合理時間？

三、兩造主張

(一) 對於使用者的限制

根據 DMCA 的規定，兩造均認為 AOL 並未規避技術標準措施，AOL 提出其服務條款證明確已合理實施著作權保護政策，根據服務條款內容，AOL 的會員須同意在未經授權的情況下不得複製任何具有智慧財產權的內容，且 AOL 也宣稱會員的不當複製行為將造成服務的終止。

⁹¹ Harlan Ellison v. Stephen Robertson et al , 189 F. Supp.2d 1051. (C.D. Cal. 2002)。

不過，原告提出 AOL 使用者的證詞，指出 AOL 並未對任何重複侵權者終止服務，甚至並未明確究竟侵權幾次才算構成重複侵權。

(二)該網站的新聞群組服務是否侵權

事實上，原告對 AOL 的控訴，主要基於 AOL 將新聞群組訊息保留於其伺服器長達 14 天，並提供他人接取，從而侵害其著作權。

針對原告說法，AOL 則主張其新聞群組訊息以位元儲存，屬於中介的 (intermediate) 性質，因此 AOL 扮演的是新聞群組上載者與新聞群組訂戶間之中介角色，因此應適格於 DMCA 責任限制條款的類型一，亦即所謂的「暫時性」數位化傳輸，並未造成侵害。

四、判決理由

首先，本案的承審法官就 DMCA 的立法歷史觀之，認為 DMCA 第 512 條第 i 項本意不在於要求服務提供者確實終止重複侵權使用者的服務，甚或調查各種可能的侵權行為。本項立意是在於告知重複使用者，其不尊重著作權的使用行為將可能導致無法再使用該網站或網際網路的服務。因此，承審法官認為 AOL 在實際上已經合理實施著作權保護政策，因而適格於 DMCA 所定義的服務提供者。

其次，本案審理法官認為系爭法條中「中介」(intermediate)或「暫時儲存(transient storage)」用語意義模糊不清，因此有必要探究立法當時的國會委員會報告內容並作一檢視，該報告內容指出資料的傳輸與儲存如果是透過自動科技程序且無差別性，方能符合本項定義；以此觀之，該報告似乎認為新聞群組訊息的中介者亦為 DMCA a 項的定義範疇之內。另一方面，由於 DMCA 主要是法典化 Netcom 乙案而來，而 Netcom 乙案系爭服務提供者儲存新聞群組資料為 11 天，本案審理法官認為 11 天與 14 天的儲存期間差異不大，因此認為 AOL 符合 a 項所定義的服務提供者。

在其他免責要件的部分，法院則認定 a 項第 2 款指的是網路服務提供者對於選擇特定上載的資訊或阻斷其不認同的資訊，而被告 AOL 僅選擇其會員可接收哪些新聞群組，並未對個別新聞群組的內容加以審查，因此符合本法所指的「傳輸、路由、連線的提供、或儲存係透過自動化科技程序執行，服務提供者並未對資料進行篩選」之條文內容。另外，承審法官認為由於使用者僅有透過 AOL 新聞群組伺服器方可接取其選取的新聞群組資料，是以並不代表 AOL 選擇資料接收人。

五、分析

(一)免責要件

就本案觀之，服務提供者若欲引用 DMCA 的 a 項予以免責，其要件可歸納如下：

- 1.非由服務提供者指示資料傳輸。
- 2.透過自動化科技程序執行傳輸。
- 3.服務提供者並未選擇資料接收人。
- 4.傳輸資料未經修正。
- 5.以及系統或網路的中介、短暫儲存過程中，服務提供者並未重製系爭資料使得特定接收者之外的其他人皆可於通常方法下接觸該筆資料，或者重製資料不得置於系統或網路之上，超過特定接收者接觸資料之合理必須的時間。

(二)合理必要期間的判斷

過去如 Napster 案對於 a 項的適用爭議在於資料傳輸是否「透過 (through)」服務提供者的系統或網路，但此案則以重製資料置於系統或網路上的時間是否超過必要合理時間作為主要的判斷依據。依本案見解，14 天仍屬合理必要期間，不過值得討論的是，承審法官在推理及

說理上似乎未能周詳，因為若以 Netcom 一案已肯認 11 天仍在合理時間範疇作為判斷理由，14 天與 11 天僅有三天之差，並不算是過長，則依此邏輯推論 17 天、20 天、23 天...，甚至長達一年的 365 天都可謂合理必要期間，所謂的合理必要之判準似乎過於模糊而武斷，因此，究竟合理必要期間的判準及內涵為何，似乎有待未來相關案件的承審法官作進一步的闡明與詮釋。

參、Perfect 10 v. Cybernet Ventures, Inc. et al⁹²

一、背景

本案原告 Perfect 10 主要業務在於發行成人雜誌並將雜誌內容上傳至網站供人瀏覽。被告則是 Cybernet(經營網路上使用者年齡驗證服務的網站，成人驗證 Adult Check)，以及其他侵害原告 Perfect 10 之著作權、商標權或涉及不公平競爭行為的相關網站或公司。

被告的服務內容則是使用者在付費給 Cybernet 後便可觀賞「成人驗證家庭」(Adult Check family)所收錄的各相關網站內容，Cybernet 宣傳其員工將嚴格檢查內容以確保使用者可獲得優質的娛樂經驗；另外，Cybernet 會將所得的盈餘分配給成人驗證家庭收錄的各相關網站。

本案所以引起爭端是因為成人驗證家庭所收錄的各相關網站中，部分網站內容含有 Perfect10 擁有著作權的圖片，因而對於 Perfect10 的著作權造成侵害；另一方面，有些網站則含有 Perfect 10 的商標，宣稱其與 Perfect 10 有關係、往來，或謊稱網站內容已獲 Perfect 10 授權 等。準此，原告認為 Cybernet 對於上述的問題與狀況均已知悉，卻未加以禁止，反而予以鼓勵，因此向法院控訴被告侵害其著作權、商標權及名譽，並且涉及不公平競爭，而向法院請求發出初步禁制令。

二、爭點

以本案的發生背景觀之，所涉及的爭點頗多，不但包括侵害著作權的相關爭議、商標淡化及濫用，甚至於不公平競爭行為的涵蓋。因此，本案在網路侵權新型態的討論議題上，主要可以針對 DMCA 安全港條款中著作權保護政策的合理實施，以及該法 d 項責任限制要件的適用等方面來分析兩造的主張、承審法官的判決理由與觀點、網路著作權之侵權行為的潛在因素。

三、兩造主張

⁹² 本案摘要參酌資策會科法中心，前揭報告，頁 36-38

被告 Cybernet 主張他們對於原告所指控的侵權網站以及該網站的管理者只能「合理」的採取行動，至於原告要求服務提供者應終止每一重複侵權者的服務，是將不可能的義務加之於服務提供者(ISP)所承擔，然而服務提供者(ISP)其實並無足夠能力承擔這種責任且完全執行終止。

原告 Perfect 10 在訴訟中舉出諸多例子，指出自此訴訟繫屬後，Cybernet 根本上是漠視其網站的明顯侵權行為，而未採取任何有效的管理措施。

四、判決理由

首先，兩造在 Cybernet 是否為網路服務提供者(ISP)的問題上即出現分歧，但法院基於 DMCA 之立法者廣泛定義服務提供者的立法意旨，假定 Cybernet 屬於法定的網路服務提供者，並繼續進行其他關於法條爭議的說明。

承審法官對於 DMCA 的立法沿革作一檢視，事實上，服務提供者並不需要主動監督可能的侵權行為，對於單一行為者單次「無心」的侵害著作權行為，服務提供者亦無須特別對其採取行動。服務提供者僅須於「適當」的情況下，「合理」實施其著作權保護政策，並介入而終止侵權者的活動。上述「適當的情況」依照承審法官的說明主要包括：

服務提供者被提供足夠的證據使之知悉特定使用者的重複侵權行為，特別是惡意或商業用途的侵權行為。

就現實狀況而言，綜合比較法條(i)項的著作權保護政策的實施與第(c)項的通知及取下程序，前者重點在阻斷重複侵權使用者的行為，後者則在於侵權物的移除。本案被告 Cybernet 僅阻斷各網站上的侵權物之連結，一旦網站經營者宣稱已經移除該侵權物之後，Cybernet 就隨即回復該經營者在成人驗證網家庭的登錄，因此，對於那些重複張貼侵權物的網站並未進一步斷絕其網站連結，Cybernet 並不能證明其對重複實施侵權行為者已經做出合理實施著作權保護政策的行為。

其次，Cybernet 的主要收益來自於成人驗證網站的新註冊者，而上述使用者則大多來自原告所宣稱的侵權網站，只要侵權網站能吸引愈多的使用者，Cybernet 便可得到越多的獲益，依常理及現實情況加以推斷，承審法官認為 Cybernet 大多的經濟收益確實直接來自該網站的侵權行為；以此觀之，承審法官認定由於 Cybernet 無法證明未從網站的侵權活動直接獲取經濟利益，因此 Cybernet 並不適格於 DMCA 的安全港條款⁹³，仍須負起相關責任。

⁹³即通知及取下程序。

五、分析

從本案的論理經過可以得知，若欲評估什麼情況構成阻斷重複侵權者之「適當(appropriate)」情況，必須就服務提供者對使用者侵權行為的知悉程度、現行科技發展狀況、以及保護使用者隱私等面向考量。準此，所謂的「適當」狀況並非一靜止不動的概念，而是與時推移而逐步演進。事實上，美國早期的法院認為 DMCA 關於合理實施著作權政策的規範立意並非要求服務提供者確實終止重複侵權使用者之服務，或調查各種可能的侵權行為，他們認為法條的立意在於使重複使用者明瞭，不尊重著作權的行徑將可能存在無法再使用網際網路的風險。因此，大部分案例關於合理實施著作權保護政策的著眼點，都在於服務提供者於知悉使用者的重複侵權行為後應立即阻斷重複侵權者的服務。

如今，著眼點已經轉移聚焦於更上位的概念，亦即服務提供者知悉明目張膽的使用者的重複侵權行為即構成終止重複侵權者服務的適當情況。服務提供者若未能在適當情況下終止重複侵權者的服務，就構成未合理實施著作權保護政策的侵害行為。以此觀之，由於 DMCA 立意不在於加諸服務提供者的監督負擔，所謂「適當」狀況概念的與時推

進，似乎成了服務提供者的後門要件，事實上則是加重服務提供者的負擔。

美國另外有學者以為，既然 DMCA 已經要求服務提供者於接獲通知後即刻移除被連結的侵權物，那麼，又有何必要加重服務提供者負擔，要求他在適當的情況下，立即終止重複侵權者的服務？誠如本案審理法官的說理過程所提及，DMCA 第 c 項的通知著重於「物」，第 i 項的著作權保護政策則著重於「人」。立法者有意區分善意的侵權者與蓄意的侵權者，對於那些善意的侵權者，適用 c 項的侵權物之移除；對於蓄意的侵權者則適用 i 項的侵權者之服務終止。從而運用這樣的區別來平衡著作權人與使用者的權利義務。畢竟，網際網路的特性使得侵權者可以輕易的轉換身份或群組，使用者因此可以繼續不斷地對著作權人為侵害著作權之行為，服務提供者若僅移除侵權物其實並不足以達到保護著作權的立法目的。

肆、RIAA v. Verizon⁹⁴

⁹⁴ Recording Indus. Ass'n of Am., Inc. v. Verizon Internet Servs., Inc., 351 F.3d 1229, 69 U.S.P.Q.2d (BNA) 1075 (D.C., Cir. Dec. 19, 2003)

一、背景

面對廠商在強制執行方面所採取的法律策略，著作權人代表也採取了反制的措施，於該案的審判過程中，根據數位千禧年著作權法案中「網路著作權侵害責任限制法案」(The On-Line Copyright Liability Limitation Act)第 512 條之規定，要求 ISP 業者停止提供對特定網站的網路連結服務，並交出連結該網站下載著作檔案的用戶資料。在本案中，法院即根據此一規定，發出傳票要求 ISP 業者 Verizon 公司交出透過 Kazza 網站交換分享侵權音樂著作檔案的用戶資料，對此 Verizon 公司表示該公司只是被動提供一管道(conduit)給用戶傳輸資料，而非屬於真正侵害著作權的網站伺服器，同時更向法院質疑該條規定的合憲性。另外代表 Verizon 公司所提出的「法庭之友」意見書中(Amicus Curiae brief)亦表示，該 512 條之規定侵犯了使用者於網路上享有匿名性的權利。然而，法院並不採納 Verizon 公司的意見，認為該規定賦予著作權人得向法院聲請傳票的權利，對所有 ISP 業者均可適用，當然也包括 Verizon 公司。

其次，本案的主要爭點在於 DMCA 的立法意圖與 RIAA 對於 Verizon 發出傳票的依據及效力所及為何，雖然傳票的權力是來自於 DMCA 512(h)，本案的主要爭點則是對於 DMCA 512 條(h)項有關傳票規定在

法條適用上出現爭議，此爭議必須透過掌握 DMCA 512(h)的文意真義，從整個 DMCA 的立法架構及立法意圖著手，且此傳票必須能符合 DMCA 512(h)的構成要件，該強制執行方可有效執行。因為 DMCA 512 條(h)項的規定僅適用於受侵害的著作權資料被儲存在「服務提供者」的電腦系統中，如此一來 DMCA 512 條提供了「服務提供者」所謂的「safe harbors」，這是指在某些情況下，只要符合該法案的條件就可以合理限縮他們在著作權侵害上應負的責任，亦即如被告所聲稱的只是提供連結服務而未將侵害內容存儲於 VERIZON 所經營或控制的系統中，理應不受傳票規定的限制。

二、爭點

(一) 「服務提供者」的法定意義

ISP 是因應科技時代而產生的獨特「媒體」，就法律層面觀之，ISP 的責任是否可以類比傳統媒體的責任確實值得探究。美國雖然於一九九六年通過「通訊端正法」，對 ISP 的若干責任予以特別規制，然而，由於立法用語的不明確，國會為 ISP 的責任留下一個很不確定的狀態，是以法院判決的解釋扮演著舉足輕重的角色；而近來通過的「DMCA」法案則為 ISP 的法定責任作出了較為明確的解釋，本案主要的爭議是

被告究竟是否屬於「DMCA」512 條 a 項所謂的「被動通路」(passive conduit)而不能擴張適用「DMCA」512.(h)項？廣義而言，根據「DMCA」的第(k)條(1)項(B)款，承審法院認為本案被告應適用「DMCA」512.(h)部分，因為事實上 Verizon 確實提供了著作權侵害人網路連結，512 條規定的所有服務者包含(a)項的服務提供者。

(二) 現有的法律架構

就整個「DMCA」的立法架構來看，承審法官認為 512 的(h)項不應只限定於適用(c)項關於「服務提供者」的規定；事實上，(c)項(3)款的規定是規定著作權人發出傳票的過程與要件。

另一方面，DMCA 授權著作權人發出傳票的規定是獨立規定一項，而與 (c)項、甚至於(a)項、(b)項與(d)項是分離的，我們可以確定美國國會制定此法的意圖正在於致力防止這種立即、快速而廣泛的新侵權型態，為了可以立即而有效的反應與制止，DMCA 從(a)項到(d)項都應該解釋是包含在(h)項的範圍之中，只要「服務提供者」違反四項規定中的任何一項，就應該適用(h)項的傳票規定。

舉例來說，如果 peer-to-peer 使用者透過「自己的」電腦網路作出實質的交換行為，而不是使用「服務提供者」的電腦系統，這種行為就可

能適用(a)項的規定，而不是(c)項。就本案來看，承審法院無法從法條文義或立法架構看出 DMCA 只限定於保護部分的網路著作權物，在沒有更新的法令或解釋出現之前，為了配合網路侵權的特性及保護著作權的目的，目前關於傳票的規定應包括所有的服務提供者。

(三)「DMCA」的立法目的與立法沿革

從 DMCA 的立法過程來看，美國國會制定此法的目的是企圖在網路「服務提供者」的責任與著作權的保護上作一平衡，這種顯而易見的立法意圖正可用來說明 (h) 項的傳票規定應包含 (a) 項甚至於 (c)項的「服務提供者」，立法者無意只保護有限部分的網路著作權物。

承審法官並舉出美國第四巡迴法院的見解，認為：「...DMCA 除了致力於防止網路著作權侵害之外，同時給予「服務提供者」一種「免疫力」來對應在系統的科技運作過程中發生的「消極」、「自動」等侵害著作權的動作而要負的責任。」根據此一見解，一旦發生濫用系統或侵害著作權行為時，服務提供者固然因此得到保護也就有責任認證並處理這些使用者在使用系統時所發生的問題。而此一同時，著作權人可以放棄對這些侵害著作權使用者的法律追訴權，而以認證或其他付費形式加以解決。以此觀之，「P2P」以「分散式」的方式快速而廣

泛的散播開來，法律的保護力度有限，著作權人必須針對這種網路時代的科技發展作出更有效的對應，從而防止大量的盜拷行為。

(四)被告以"John Doe"一案說明「服務提供者」可以免責

本案被告提出"John Doe"一案的法院見解，認為「服務提供者」可能須為由第三人所提供之資訊負責的行為提供聯邦的免責。於 John Doe 案中，被告 ISP 業者「Zeran」合法的被視為係一個「出版者」，並且明確的受 CDA§230 之免責的保護；換言之，Zeran 合法的可被視為係一個「出版者」，並且明確的受 CDA§230 之免責的保護。

事實上，從 John Doe 一案的判決與法院見解觀之，美國國會一方面鼓勵 ISP 自我規制系統資訊，但一方面又為了避免 ISP 於過濾資訊時引致責任，因此賦予其免責的規範。然而，若將其詮釋為完全的免責，則 ISP 反會怠於過濾資訊，從而無法達成國會鼓勵 ISP 自我規制的目的。更甚者，恐會使 ISP 成為犯罪者的夥伴，這不會是美國國會制定任何相關法律所欲達成的結果。

(五)「DMCA」與美國憲法

針對 DMCA 合憲性的探討，美國憲法第一修正案很明顯並不保護著作

權的侵害行為⁹⁵，而美國最高法院也在 *Eldred v. Ashcroft* 一案中說明著作鄰近權(that the proximity of the Copyright Clause)與美國憲法第一修正案言論自由原則是共存的。

以本案為例，原告 RIAA 表示著作權人並未授權給「服務提供者」作此使用，而且這些著作權物透過被告的 peer-to-peer 軟體讓難以估計的使用者免費下載，這些都證明了原告的著作權遭到侵害，而這種侵害是十分明顯且不受言論自由原則的保護；美國第九巡迴法院也兩次宣判類似的網路著作權侵害者敗訴而強制其必須結束服務⁹⁶。

事實上，網路與網頁為資訊的流通提供了空前、快速、立即的傳播途徑，也正因如此，著作權的保護受到了前的全新挑戰。從這些判決結果與法律見解來看，美國實務界與美國國會並不認為 DMCA 有任何為限的疑慮，因為在保護著作權的出發點上，DMCA 是在網路侵權行為日趨嚴重的當前社會，作出著作權人與服務提供者之間的利益恆平。

⁹⁵ *Harper & Row, Publs., Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 555-60, 105 S.Ct. 2218, 85 L.Ed.2d 588 (1985); *Zacchini v. Scripps-Howard*, 433 U.S. 562, 574-78, 97 S.Ct. 2849, 53 L.Ed.2d 965 (1977)

⁹⁶參閱 *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 284 F.3d 1091 (9th Cir.2002); *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1028 (9th Cir.2001)

三、判決

根據上述理由，本案承審法院肯認 DMCA.512 條(h)項適用於所有的「服務提供者」，包括被告 Verizon 與其他適用(a)項的服務提供者。因此，法院准許原告 RIAA 可以對被告發出傳票，被告 Verizon 必須遵從該傳票的規定。

從本案法官整個說理過程觀之，雖然法院只是准許發出傳票要求 Verizon 公司交出利用 Kazza 網站而侵害著作權的用戶資料，而非認為 Verizon 公司的行為違反了著作權法，但是 Verizon 公司批評法院的決定將會傷害其與用戶之間的友好關係，而造成商業經營的不良影響。誠然，由於廠商利用不斷更新的科技技術所採取的法律策略實為成文法典所不及，著作權人實有賴於外國政府與 ISP 業者的積極合作，方能達成其保護網路著作權的目標。

四、結論

自從美國聯邦上訴法院就 Napster 案件做出判決後，廠商為能在法院的判決基礎下規避著作權侵害的責任，以謀取網路下載音樂著作的龐大商業利益，不但透過技術上的更新，改採分散式的 Peer-to-Peer 軟體之系統架構，藉以規避著作權法實體法的侵害責任。另外，針對網路具

有無國界和不受單一國家法律規範的特色，其亦採取傳統的法律策略，而欲從審判與執行程序上迴避法律責任，實際的做法包括從法院管轄權和強制執行的層面來進行。而此類針對網路特性而為脫免責任所採用的法律策略，雖然其所衍生的爭議並非法院從未遇見過的，但的確讓著作權法與科技發展間的衝突增添更多複雜的不確定性。

由於近來國內亦有類似 Napster 的網站經營音樂下載的服務，同樣遭受唱片業者的控告，不論後續發展如何，美國的相關案例值得我們借鏡，特別是從本案可以得到一個非常重要的結論，那就是面對後 Napster 時代廠商不斷研發出新的技術，著作權人在尋求既有的法律保護上實有其侷限性。其實，若欲真正解決此一問題，不應以法律手段作為唯一解決途徑，而應考量如何謀求科技之發展、影音業者之著作權與消費者之合理使用空間三方面的平衡點，透過政府相關部門的協助，建立完善的線上付費機制，促使網路資訊技術的進步能讓三方利益均霑，而不再只是引發無窮的法律爭議。

第四目 審議中之有關 P2P 新立法趨勢—美國國會 S2560 法案

目前美國參議院正在審查 S2560 法案，主要是想解決 P2P 問題，其緣由為美國法院在 Grokster 一案中，採取與之前判例不同之見解，造成

爭議，著作權人為解決爭議，保障著作權益，並看到 Grokter 案之法官在判決書中表示，「對於被告有可能故意運用商業技巧來規避輔助及代理侵害著作權之責，並不當利用商業工具來獲取經濟上利益，法院並非視而不見。不過，法院不能認為被告因為沒有採取相關措施，來降低該軟體被用來從事侵權行為的機會，就認為被告有罪。亦即認為被告應採取相關措施，此一部份應由立法機構加以立法。」，為徹底解決 P2P 爭議，美國國會議員乃提出制訂新法案之草案，並在 2004 年 7 月 22 日在參議院舉辦聽證會，茲將草案內容說明如下：

第五章 網路新科技及新商業模式在我國可能引發之著作權爭議

在介紹過網路侵權的新態樣，與國外法制就這些新態樣的回應之後，接下來謹就網路侵權的新態樣放到國內，來檢視我國目前著作權法在處理這些網路侵權型態時的法律評價，以及這些議題在我國目前實務上遇到的情況。

第一節 網頁聯結所引發之著作權問題

第一項、網頁超聯結(Hyperlink)

網路超聯結(Hyperlink)所可能涉及的著作權問題，主要為「重製」的問題。著作權法第三條規定：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。」依據此定義，重製有幾個要件：⁹⁷(1)重製係指將著作之同一內容附著於有體物；(2)以條文所定各種方法重複製作，不以有形為要件。

⁹⁷ 羅明通，《著作權法論》，第五版，2004年，頁407-413

另著作權法第二十二條第一項則規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」第三項規定：「前二項規定，於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意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」第四項則規定：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」

分析網頁超連結的情形，網頁超連結是在網頁語言程式中下一個指令，當使用者點選超連結時，原有網頁會完全跳開，然後進入所指示的被連結網頁中。在此一過程中，電腦並未有如著作權法第三條所言，有以條文所列各種方法重複製作被連結網頁的內容。因此，在著作權法的評價上，網頁超連結本身並不侵害著作權法第二十二條第一項著作權人之重製權。

另外，有關我國目前在網頁連結的實務運作問題，本研究訪談了 Yahoo 入口網站。目前 Yahoo 在網頁連結的問題上，並沒有遇到著作權的紛爭。網路搜尋引擎在搜尋之後，會有超連結(Hyperlink)的動作。搜尋引擎的超連結會牽涉到深度連結(Deeplink)的問題，即跳過網站首頁直接

聯結到網站內部頁面。此種深度聯結在國外引起了一些爭議，但 Yahoo 在實際上並未接獲任何侵權的指控。事實上，從商業的角度來看，被搜尋引擎聯結，實際上是增加網站或網頁的點擊率，對網站來說是有正面效益的，這可能是為何沒有網站對 Yahoo 主張侵權。除如上述，超聯結並無重製問題，且從搜尋引擎網站提供社會接觸資訊之角度，本研究認為此種聯結屬於合理使用的範圍。

第二項、視窗聯結(Framing)

視窗聯結主要牽涉的問題為「重製」。著作權法第三條規定：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。」依據此定義，重製有幾個要件：(1)重製係指將著作之同一內容附著於有體物；(2)以條文所定各種方法重複製作，不以有形為要件。

另著作權法第二十二條第一項則規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」第三項規定：「前二項規定，於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意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」第四項則規定：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時

性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」

分析視窗聯結的情形，在視窗聯結的情況，原有網頁的部份仍會以外框的形式留存在螢幕畫面上，而被聯結網頁則會以訊框的形式同時呈現在螢幕畫面上。在技術上，要以訊框呈現被聯結網頁的內容，必須先將被聯結網頁的內容複製一份在本機電腦之中。據此，此複製構成了著作權法第三條所規定的「重複製作」。

值得討論的是，此重複製作是否符合著作權法第二十二條第三項之：

「前二項規定，於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意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」，與第四項之：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象」？從著作權法的評價上來看，此種重製屬過渡性、附帶性應無疑問，但是否不具「獨立經濟意義」，則恐不無疑問。原則上，著作權屬於著作人，他人要利用著作內容，應取得著作權人的授權，將他人

網頁內容以訊框方式呈現於自己網頁中，似應認具有獨立之經濟意義。

如果視窗聯結，在我國著作權法的評價上構成重製，那此種重製是否構成合理使用？著作權法第六十五條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。」，而著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的；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；四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

分析一般網站的視窗聯結的情形，於大多數視窗聯結的網站，均帶有商業及營利之性質，因此從「營利」此一性質而言，是否能主張合理使用，恐不無疑問。即使該網站本身不營利，以視窗分割聯結放入他人網頁，其利用結果極可能對被聯結網站的潛在市場與現有價值造成影響。因此，此種視窗聯結應不符合合理使用之要件。

此外，視窗聯結亦會牽涉到不公平競爭與消費者保護的議題。如是否為公平交易法中的「造成混淆」或「虛偽不實」？是否為消費者保護

法中之「違反商品標示之規定」？均有進一步討論的空間。

第三項、網站內容集成(Aggregation)

有關內容集成實務運作上之問題，曾訪談 Yahoo 入口網站，就內容集成(Aggregation)的部份，經瞭解國內有關內容集成，目前仍以搜尋(Search)技術為主。查詢引擎對搜集到的資料僅做某種分類，原則上不涉及重製。即使有部份涉及重製，亦應屬於合理使用的範圍。

從著作權法的評價上來看，如果網站集成(如 Yahoo 所提供的新聞搜尋服務)只是透過搜尋技術，將結果做某種排列與超連結，如前所述，應不構成任何著作權的侵害。問題在於，如果在此一過程中，搜尋網站有將被搜尋網頁做某一部份的重製，是否構成合理使用。

再分析合理使用的要件：著作權法第六十五條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的；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；四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

從利用之性質而言，搜尋網站本身固為營利性質，然分析其在內容集成所做的利用，僅在於對內容做某種提示，對所利用內容在質量及其在整個著作所占之比例相當低。更重要的是，搜尋網站透過集成使用者聯結到相關內容，通常不但不會對被聯結網站造成潛在市場或現有價值負面之影響，甚至可能反而有正面提升其點擊率的作用。因此，綜合而言，內容集成主張合理使用，似有相當之說服力。

第四項、網站跳出式廣告(Pop-up)

網站跳出式廣告在著作權方面的問題較特殊，從重製與公開傳輸來看，網站跳出式廣告應均未構成。值得討論的是網路跳出式廣告是否構成侵害著作人格權之「著作同一性保持權」。著作權法第十七條規定：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」此即著作權同一性保持權。

分析跳出式廣告與著作權同一性保持權，跳出式廣告是在他人網頁上跳出一視窗，以不同於原網頁的內容遮住原網頁的部份內容。此種型式是否構成歪曲、割裂、竄改或其他方法變更內容，不無疑問。從網頁本身的內容而言，原網頁的內容本身並未被修改，但對使用者而言，

原網頁在螢幕上呈現的內容，有部份被跳出式廣告遮住。是否侵權，實不易界定。此外，我國著作權法第十七條著作同一性保持權之侵害，須以「損害其名譽」為要件，跳出式廣告的目的在於商業宣傳，是否構成損害名譽，恐不無爭議。

此外，跳出式廣告亦會牽涉到不公平競爭與消費者保護的議題。如是否為公平交易法中的「造成混淆」或「虛偽不實」？是否為消費者保護法中之「違反商品標示之規定」？均有進一步討論的空間。

目前在我國實務上，並未有就跳出式廣告的著作權紛爭司法案例，經訪談 Yahoo 入口網站，其亦未面臨此問題的紛爭。此一問題在我國實務上，應屬新興的議題。

第二節 數位內容傳播所引發之著作權問題

第一項 檔案或音樂下載

網路檔案或音樂下載，主要牽涉的著作權問題為「重製」與「公開傳輸」。

就「重製」方面，著作權法第三條規定：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。」依據此定義，重製有幾個要件：⁹⁸(1)重製係指將著作之同一內容附著於有體物；(2)以條文所定各種方法重複製作，不以有形為要件。另著作權法第二十二條第一項則規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。」第三項規定：「前二項規定，於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意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式著作，不在此限。」第四項則規定：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」

就「公開傳輸」方面，著作權法第三條規定：「公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」另著作權法第二十六條之一規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利。」

⁹⁸ 羅明通，《著作權法論》，第五版，2004年，頁407-413

分析檔案或音樂的下載，其同時該當重製與公開傳輸的要件。檔案或音樂的下載，是將原來儲存於網站伺服器上的數位檔案，以網路通訊的方式，將其傳達的內容以數位資料的方式傳輸至使用者的電腦，並重製一份於下載者的電腦上。因此，其同時該當重製與公開傳輸應無疑義。

值得討論的是，此種下載是否構成合理使用？再分析合理使用的要件：著作權法第六十五條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的；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；四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

網站經營者提供檔案或音樂供人下載，除本身具有營利性質之外，此種供人下載的利用，所利用之質量及其在整個著作所占之比例極高(可說已達原著作的全部)，且利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

極大。因此應不能主張合理使用。

在實務運作上，有關下載的問題，網路音樂下載的部份，目前主要的網站有兩家(I-Music 與 Hi-Music)，均已取得合法授權⁹⁹。而在影片下載方面，以手機下載影片的情形，因目前手機上網的頻寬仍相當有限，因此此問題尚不嚴重¹⁰⁰。

第二項 網路廣播與互動電視

網路廣播電視與互動廣播電視所牽涉到的著作權問題，主要為「公開傳輸」。著作權法第三條規定：「公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」另著作權法第二十六條之一規定：「著作人除本法另有規定外，專有公開傳輸其著作之權利。」

分析網路廣播電視與互動廣播電視，其該當公開傳輸的要件。網路廣

⁹⁹ 參酌附件之 I F P I 訪談紀錄。

播電視是以串流的技術將影音資料透過網際網路的傳輸，在觀賞者電腦上播放此種情形符合著作權法第三條規定：「以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」

此種網路廣播電視是否構成合理使用？再分析合理使用的要件：著作權法第六十五條規定：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的；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；四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」

就合理使用的要件分析，如網路廣播電視業者為營利性質，且其利用之質量及其在整個著作所達一定之比例，而其利用結果對著作潛在市場與現在價值又造成顯著之影響，則不能主張合理使用。

¹⁰⁰ 參酌附件之M P A訪談紀錄。

就目前國內實務運作，目前在台灣的網站，於網上播放美商八大的影片，不論是 Broadcast 或是 On-Demand，全都沒有得到美商八大的授權，可以說都是侵害了著作權。就此 MPA 希望能先透過公協會與網路業者取得聯繫，討論可以共同接受的解決之道¹⁰¹。另外手機鈴聲部份(Ringtone 或 Ring Back Tone)，目前廠商已逐步取得授權，由於這一部份牽涉每年 10 至 20 億元的市場，因此業者非常關心。

網路廣播電視，因目前發展仍屬於較初期的階段，因此侵權的問題不多。但可以想見，將來技術愈來愈成熟，愈來愈普遍之後，此類的侵權問題可能會增加。

此外，我國著作權法除「公開傳輸」之規定外，另有「公開播送」規定。依我國著作權法的規定，一般的無線及有線廣播電視，屬於公開播送；而網路上的廣播電視，則屬於公開傳輸。此種區分固有其技術上的基礎，然而在今天數位匯流的趨勢下，一般無線與有線廣播電視，其與網路廣播電視在應用的的界線逐漸模糊。對使用者來說，不論其傳播管道是一般無線與有線傳播，或是透過網路傳播，其功能都是廣

¹⁰¹ 參酌附件之 M P A 訪談紀錄。

播電視。因應此種數位匯流的趨勢，著作權法是否要做不同角度的思考，也是值得討論的問題。

第三項 選編未達原創性之資料庫

電子線上資料庫，尤其是未達原創性的資料庫，於我國目前主要的問題就是未提供適當有效的保護。在沒有適當有效保護的情形下，業者沒有誘因投入資料庫的建置，此對於我國發展知識經濟或數位內容產業，均是值得思考的議題。

第四項 數位內容提供的綜合問題

目前入口網站提供的數位內容，都是經過正式簽約授權的。授權的區域範圍視個案而有不同，有的是由總公司取得全球授權，有的則由台灣公司取得台灣地區的授權。在取得授權上，一般文字或圖片的授權較無問題，但音樂的授權因牽涉到權利人與著作權仲介團體，在程序上較為麻煩。目前 Yahoo 並未提供影片觀賞或下載服務，將來如要提供此種服務，亦同樣會先取得授權¹⁰²。

¹⁰² 參酌附件之台灣奇摩訪談紀錄。

目前傳統廣播電台播放音樂，屬於公開播送，授權機制已行之有年，沒有什麼問題。近來廣播逐漸開始透過網路播放，這就屬於公開傳輸的部份。目前網路廣播主要有兩種類型，一種是網路廣播與傳統廣播同時播出，稱為 Simulcasting，另一種是純粹的網路廣播，稱 Webcasting。不論是那一種，在網路上從事廣播，因屬公開傳輸，應另外取得授權。目前從事網路廣播的電台，其授權問題現在正在談。就網路 On-Demand 音樂播放部份，亦屬公開傳輸，亦應另外取得授權。目前各網站下載的授權問題亦正在談¹⁰³。

就提供音樂或影片供人下載的網站而言，有一個著作權法解釋上的問題。在網路上播放音樂或影片，或供人下載，可能同時該當重製與公開傳輸。從文義上來說，此為權利人兩種獨立的權利，將來會不會因一個播放或下載的行為，被重複收取兩次權利金，是業者關心的問題¹⁰⁴。

¹⁰³ 參酌附件之 I F P I 訪談紀錄。

¹⁰⁴ 參酌附件之台灣奇摩訪談紀錄。

第三節 網路平台所引發之著作權問題

第一項 網路拍賣

就拍賣網站上的侵權問題，主要就是透過拍賣網站銷售侵權唱片，包括盜版品與平行輸入品。其次，拍賣網站的另一個問題則是侵權商品的廣告，如 Kuro 在拍賣網站的廣告便經常可見¹⁰⁵。

就拍賣網站銷售侵權商品的問題，經訪談 MPA 與 e-Bay 及 Yahoo 均有簽約，每個月 MPA 會將當期可能會被侵權的影片名單(Infringement Title List)開給 e-Bay 與 Yahoo，如果拍賣網站業者在網站上發現有人在拍賣侵權影片，便將其下架。IFPI 與拍賣網站亦有提供 Infringement Title List，雙方有合作的默契，只要拍賣網站有發現疑似盜版商品在販售，便會將其下架。唯此種合作僅止於雙方之間的互相瞭解，並沒有法律上的強制力¹⁰⁶。

就拍賣網站的管理部份，要登記所有上網拍賣或應買人的個人資料，在技術上有其難以執行之處。拍賣網站上的交易人數實在太多了，要

¹⁰⁵ 參酌附件之 I F P I 訪談紀錄。

¹⁰⁶ 參酌附件之 I F P I、M P A 訪談紀錄。

管制每個交易人的個別資料，確有困難。且從拍賣網站業者的立場來看，會在網站上犯罪的人所留下的個人資料必定是假資料，花了大量成本管制交易人資料，於偵察犯罪時所得到的資料又是假的，在效益上亦有待商榷。目前 Yahoo 的管理方式是從商品監控著手，如有可疑商品便予以下架。如果檢警調單位有任何偵查時的需要，國內拍賣網站通常是樂意配合¹⁰⁷。

經訪談刑事局偵九隊瞭解，拍賣網站並不是一個販賣盜版的大宗，因為拍賣網站業者本身都有相當嚴格的監控與管理，在拍賣網站上交易盜版商品其實很容易被抓到。因此就販賣盜版而言，拍賣網站並不是主要的場所¹⁰⁸。

第二項 P2P 檔案分享

從實務運作來看，P2P 的網路分享，對於音樂與電影製作公司而言，是非常大的傷害。事實上，P2P 已經形成了一個侵權的週邊生態。除了 P2P 之外，還有週邊網站與網咖的問題。例如會有網站本身成為 Kuro 的會員，下載音樂檔案之後，再供其網站會員下載。網咖也是類似，

¹⁰⁷ 參酌附件之台灣奇摩訪談紀錄。

¹⁰⁸ 參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

由網咖本身成為 Kuro 會員，然後下載檔案後再讓網咖的顧客下載。此外，學生透過 TANET 做 P2P 下載，亦佔相當比例。目前就是 Kuro 與 EZPeer 兩個案子在訴訟繫屬中，其中 MPA 只控告 EZPeer，且只告刑事，不告民事，目的就是不希望被大眾誤以為 MPA 是為了要取得高額的賠償金才打官司¹⁰⁹。

P2P 對社會形成了非常負面的影響。首先，其讓民眾錯誤認知，以為只要每個月付 99 元就可以不限次數下載任何音樂，大家不再有尊重智慧財產權的觀念。另外，其亦阻礙了數位音樂的正常發展，目前有幾家合法取得授權的公司，要在網路上經營音樂廣播或提供下載數位音樂服務，但遭遇相當大困難，因為大家都用 P2P，不願付費合法下載授權的數位音樂¹¹⁰，因此還沒發展出向美國 Apple 公司之 i-Tune 讓著作權人及平台業者雙贏之商業模式。IFPI 建議，ISP 業者應負擔一部份的責任，如能仿照美國 DMCA 的立法，應是不錯的做法。

目前偵九隊對於 P2P 的立場，是以保護著作權權利人為前提，認 P2P 網站業者明知有侵權犯罪，因此視為違法。

¹⁰⁹ 參酌附件之 I F P I、M P A 訪談紀錄。

從 MPA 的訪談中，中華電信 ADSL 的用戶，有透過中華電信的網路傳輸或下載影片的情形。MPA 曾多次致函中華電信，希望能就此問題共商解決之道，但尚未能有效解決。站在 MPA 的立場，希望政府能夠協助 MPA 與中華電信或其他 ISP 業者共同解決其用戶利用其 ADSL 侵權傳輸影片的問題¹¹¹。

從入口網站或拍賣平台網站的立場而言，釐清 ISP 業者的責任範圍，對於網站業者的經營策略與風險控管非常重要。ISP 業者的立場並不是要讓 ISP 業者對任何事項都免責，但希望有如美國 DMCA 那樣的立法，把 ISP 業者的義務與責任明確地規定，ISP 業者在履行了這些義務與責任之後就可以免責，如此業者的風險才有辦法控制。

就 P2P 業者所提的強制授權與學生希望的降價，本研究亦做了訪談：

就強制授權的部份，IFPI 認為市場機制是經濟發展的基本原則，契約自由也是法律上的基本原則，在市場上，任何一個參與者均可以自己

¹¹⁰ 參酌附件之 I F P I 訪談紀錄。

¹¹¹ 參酌附件之 M P A 訪談紀錄。

決定我要和什麼對象、以何種方式進行交易。強制授權是根本違背市場經濟的做法，應不適當¹¹²。MPA 的立場並非不能談，但前提是盜版與 P2P 的問題要先能有效控制。否則，一個人買了第一份合法授權的影片，隨即盜版和 P2P 便充斥市面，這對電影公司而言，有實際經營上的困難¹¹³。

就降價部份，就唱片而言有其實際上的困難。首先，唱片是幾百元之內的商品，且彼此間幾乎沒什麼價差，不像電腦軟體，動輒上萬元，且彼此間的價差很大。第二，唱片製作有其一定的成本結構，很多成本不是唱片公司可以掌握的。否則如果唱片實在賣不出去，基於供需原則，唱片公司自然會降價求售。但實際情況是目前唱片的價格實在已經很接近成本了。第三，電腦軟體是學生的必需品，但唱片是多種選擇的娛樂之一，降價的合理性不同。最後，IFPI 強調，目前電影有學生優待票，但學生還是一直下載影片，可見降價並不能真正解決問題。就算唱片價格真的過高，一個重要的觀念是，不能因為我貴就用偷的¹¹⁴。

¹¹² 參酌附件之 I F P I 訪談紀錄。

¹¹³ 參酌附件之 M P A 訪談紀錄。

¹¹⁴ 參酌附件之 I F P I 訪談紀錄。

MPA 就降價問題亦有類似的立場。影片與軟體在性質上有所不同。電腦軟體是學生必需品，是不可或缺的東西，因此從教育普及的立場，可以說要求軟體業者降價。但影片只是娛樂，且只是眾多娛樂的選項之一，學生除觀賞影片之外，還有許多其他娛樂的選擇。而且在實際上，如果以優惠價格將影片出售予學生，實際上必然是全家大小一同觀賞，對經營來說，會面臨困難¹¹⁵。

第四節 網路侵權之查緝問題

第一項 網路侵權查緝面臨之實務問題

盜版的交易，目前仍以夜市交易較多，但透過網路的管道有愈來愈多的趨勢，可能在不久的將來，網路販賣盜版就會超過夜市¹¹⁶。執行機關在偵辦網路侵權與販賣盜版時，實際面臨若干問題：

首先，在實際追查上，透過 e-mail 追查販賣人非常困難。如果能透過郵政總局的合作，對於郵寄包裹，如果有合理懷疑係運送盜版光碟，

¹¹⁵ 參酌附件之M P A訪談紀錄。

¹¹⁶ 參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

便由郵政機關申報(類似洗錢防治申報)，再統一處理，如此，對偵查應有很大幫助¹¹⁷。

其次，電信業務是網路週邊的領域，對偵查機關來說是基本一定要查的。但目前電信登記資料的人頭戶與假資料問題相當嚴重，增加辦案的困難度。偵辦網路侵權與犯罪案件，最大的困難在於找不到真正的行為人。此必須電信單位的配合。例如使用接撥帳號，如行為人使用易付卡，便追查不到人。就電話的申登資料方面，有很多都是假資料，此亦造成偵辦的困難。另也希望電信單位提供使用人資料的期間能縮短，目前是七天，如能縮短至三天以內，對偵查很有幫助。網路侵權或犯罪的行為人都是行家，其使用帳號很快就換¹¹⁸。

第三，從偵辦犯罪與預防犯罪的立場來看，網路平台業者應負起某種「過濾」的責任，而不能只是抗辯業者只提供平台，對使用者透過平台在網路上的任何作為都推託不知情。從民、刑責任來看，法律宜加諸網路平台業者某種型式的責任，而不只是用共同正犯的概念來處理。

¹¹⁷ 參酌附件之調查局訪談紀錄。

¹¹⁸ 同註 1 1 8。

第四、銀行與金流也是網路週邊領域，也是偵查機關基本一定要查的。同樣地，目前金融登記資料亦是人頭戶、假資料的問題非常嚴重，對偵查有很大的影響。從金流系統中其實並不易發現異常，除非達到洗錢的警示線。對帳戶或金流的追查，主要還是在調查的後段，追查幕後犯罪的真正受益人時。人頭戶則是偵查重要的對象¹¹⁹。

最後，組織犯罪的管理是一個問題。從調查局的立場，希望能以組織犯罪來懲處網路侵權犯罪。但法院基於各種考量，並沒有採行。事實上，實際從事網路侵權犯罪的，大多是犯罪組織的基層份子或人頭，犯罪利得大都歸犯罪組織的領導人物所有。如不以組織犯罪將其一併懲處，這些人頭會一犯再犯¹²⁰。刑事局偵九隊則表示，就組織犯罪進行網路犯罪部份，有部份的網路犯罪是組織犯罪，但比例不算高。事實上，從偵查機關的立場而言，有組織的犯罪反而較容易查¹²¹。

第二項 執法機關

從各訪談單位的回應，均認為智慧財產局對於智慧財產權的保護，積極任事，給予業者許多實質上的幫助，不論是侵權的調查、各單位的

¹¹⁹ 參酌附件之調查局、偵九隊訪談紀錄。

¹²⁰ 參酌附件之調查局訪談紀錄。

協調與智慧財產權觀念的推廣，智慧財產局的努力是應該加以肯定的。惟權利人保護機構亦表示目前執法機關，在查緝網路侵權案件的經驗與專業訓練上，仍稍有所不足。

刑事局偵九隊在網路侵權案件的偵查上，給予著作權人團體非常多的支持。但從以往的經驗，偵九隊在偵察網路侵權案件的人力仍有不足。尤其偵九隊的業務範圍很廣，無法將所有人力都投入在網路侵權案件的處理，因此建議偵九隊能擴編。

偵查盜版面臨一個實際的問題，即於網路上販賣盜版光碟的人，都是訂單到了才燒片，平時幾乎沒有庫存。因此每次查獲盜版光碟工廠時，其現場真正的盜版光碟數量都很少。如此，一方面警方辦案的績效不易呈現，被告亦經常主張自己使用。因此建議是否不要以查到的光碟片數量作為辦案的標準¹²²。

就檢察與司法單位的執法而言，依據著作權人過去的經驗，檢察單位對於網路侵權案件，一直有持續的教育訓練，因此對於目前網路侵權

¹²¹參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

的態樣，均較能確切掌握。而司法單位有時則對網路侵權的情況較不瞭解。如法院在審理 Kuro 與 EZPeer 案件時，權利人認對其之保障稍有不足，從提振經濟的觀點而言，權利人無法獲得法律有效的保障，合法業者也就無法生存。

¹²²參酌附件之M P A訪談紀錄。

第六章 因應新型態網路侵權之策略與措施建議

就我國面臨各種網路新型態侵權，本研究則從法規面、司法執行面與大眾教育面三個面向提出建議。

第一節 法規面之因應策略

第一項 相關著作權法律概念之釐清與適用

目前網路侵權相關的主要涉及之著作權是「重製」與「公開傳輸」。

「重製」是著作權傳統的概念，而「公開傳輸」則是因應網際網路的興起而新增的態樣。比對本研究分析的各種侵權態樣，目前著作權法中關於重製與公開傳輸的規定，應已足夠涵蓋。惟在具體態樣中，如視窗聯結等，在適用「重製」與「公開傳輸」的概念上，仍有待主管機關就其具體內涵作進一步的釐清與界定。

第二項 合理使用

根據本研究的訪談，「合理使用」對網路服務業者來說非常重要。網路

上的技術與商業模式日新月異，競爭也非常厲害。業者無法等到主管機關說某一項商業模式沒問題才開始商業運作。對業者來說，如經過合理的評估之後，認為某一種技術或商業模式不違法或符合合理使用，業者便會投入¹²³。因此主管機關在著作權法立法及解釋上，若能使合理使用更為明確，將可使業者有所遵循。

第三項 科技保護措施

此次九十三年九月一日修正公布之著作權法，增訂與國際上所稱科技保護措施同義之防盜拷措施。科技保護措施為軟體或內容業者保護其產品的設計，若對科技保護措施的破解，其散布可能透過網路，也可能透過其他管道。對於科技保護措施本身，此次著作權法修正應已提供相當之保護。

第四項 未達原創性資料庫之保護

如上所述，就未達原創性之資料庫，確有保障之必要，因此本研究建議應立法加以保護。未達原創性資料庫之重要性，已在如本研究前文

¹²³參酌附件之台灣奇摩訪談紀錄。

所提及，而目前著作權法及商標法、專利法等法之規定，對未達原創性資料庫之保護並不完整。因此不論要在著作權法增訂保護規定，或以特別法保護之，建議應予保護。

第五項 輔助侵害與代理侵害制度之引進

據本研究之分析，引進輔助侵害與代理侵害制度，對於我國網路侵權責任歸屬之分配與管理，應有正面之效益。然我國雖有民法第一百八十八條之規定，但整個侵權行為法制基本上仍是建立在「自己行為原則」之上。如引進輔助侵害與代理侵害的觀念，對保障著作權應可更為周延，當然如何與我國現行侵權行為法體系相融合，則有待進一步的研究。

第六項 拍賣網站之管理

根據本研究訪談瞭解，目前國內主要拍賣網站本身均以自律方式進行管理與商品監控機制，且就侵權商品之處理，拍賣網站亦均與權利人

保護機構及檢調單位有密切充份的合作¹²⁴。因此，基於市場機制的理由，本研究認為似不必再另以法令對拍賣網站做特別之規範。而就由拍賣網站管制上網拍賣人與應買人之個人資料乙節，由於網路之匿名特性，即使立法要求業者提供，內容之真確性也有相當程度之疑問。拍賣網站業者表示上網人數龐大執行上確有困難，因此是否以此強制要求拍賣網站，似值斟酌。

第七項 ISP 業者責任之界定

由本研究的訪談中，權利人保護機構、網站經營業者與執法機關均建議應對 ISP 業者之責任有適當之規定¹²⁵。不論是賦予 ISP 業者某些義務，或是讓 ISP 業者免於責任不確定的風險之中，相關責任之釐清與界定應有其必要。本研，究認為仿美國 DMCA 的立法模式，是可以思考的方向。由於立法通常耗費時日，因此除考量立法之可行性外，建議主管機關可先邀請著作權人團體與網路服務業者團體進行溝通，參考 DMCA 之精神，試行訂出平衡雙方權的自律性規約。

¹²⁴ 參酌附件之台灣奇摩訪談紀錄。

¹²⁵ 參酌附件之偵九隊、台灣奇摩 I F P I、M P A 訪談紀錄。

第二節 執行面之因應策略與措施

第一項 組織

就組織部份，目前檢察機關、調查局與刑事局偵九隊均無特別之問題。2003年1月1日保智大隊奉行政院指示成立，隸屬於保安警察第二總隊之下，全天候專責查緝全國各地侵權案件。保智大隊下轄兩個中隊及專案組。其業務執掌包括：(1)全天候受理有關侵害智慧財產權案件之檢舉事項；(2)專責查緝相關侵害智慧財產權犯罪案件；(3)依法執行侵權犯罪之取締、扣押、逮捕等任務；(4)保障智慧財產權人合法權益；與(5)協助執行光碟管理條例等事項。正式成立之後，保智大隊在組織上應無問題。

第二項 人力

現保智大隊編制人力 220 人，目前已晉用約 180 人，人力編制尚稱寬裕。偵辦此類案件，除了人力需充裕外，亦需提供偵察人力夠先進之偵查軟體¹²⁶。就偵九隊目前的職掌與業務而言，人力仍須再加強，尤其是專業技術人力。蓋偵查機關來說，電信、網路、科技都要能跟上犯罪者的水平，但這些專業科技畢竟不是警察的專長。尤其是資訊專業人才，是執法機關非常需要的。如果能委外或是徵用國防役人員，

¹²⁶參酌附件之保智大隊訪談紀錄。

對於偵辦網路犯罪應有很大的幫助¹²⁷。

在調查局的人力方面，人員訓練上問題不大，主要還是人力不足。目前調查局最需要的是補充人力。目前調查局的業務繁多，除了網路侵權與犯罪的業務之外，還有許多其他的業務，人力不夠。尤其是外勤的各調查站，各種業務都要做。如果能有專責的人力，能 24 小時投入，偵辦效果會更好¹²⁸。

第三項 設備資源

網路偵防器材方面，應無技術上的問題。但因電信與網路資訊流量太大，故電信/網路監查只能針對個案，無法全面去做¹²⁹。在設備上，據瞭解目前偵九隊的設備尚可，對於犯罪偵查所需的監控，應可勝任¹³⁰。

¹²⁷ 參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

¹²⁸ 參酌附件之調查局訪談紀錄。

¹²⁹ 參酌附件之調查局訪談紀錄。

¹³⁰ 參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

第四項 專業技能

長期上人才培育上，首重網羅有相關學歷背景之警、官校人員：目前短期做法是利用替代役名額；至於是否考慮與大學相關科系合作，指派優秀學生參予協助，此則有待政策決定，且必須先解決經費及管理上之問題始有可能¹³¹。

第五項 對政府機關的建議

首先、目前政府機關正在精簡人事，但在網路犯罪偵查這個領域卻確實面臨人員不足的問題。如何能在政府行政革新的大架構下，適度填補網路犯罪偵查的人力，值得政府關注¹³²。

其次，網路科技的進步日新月異，網路犯罪的型態亦快速更新，很多時候法律的規定無法完全管制到新的犯罪型態，而立法修法又曠日費時。如何在不違反罪刑法定主義的前提下，透過對法律的適當解釋，

¹³¹參酌附件之保智大隊訪談紀錄。

¹³²參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

能將新型態的網路犯罪繩之以法，是執法機關面臨的問題¹³³。

最後，就網路的犯罪新型態而言，有時法院方面對網路新技術的瞭解較生疏，如能成立專業法庭，透過專職專精之法官之審判，相信對網路犯罪執法會有正面意義。目前司法院已積極研議籌設專業法院。另建議主管機關可協調司法院，共同提供網路新科技及新商業模式引發之侵權問題之相關訓練或研討。

第三節 大眾教育面之因應策略與措施

除了法規面與司法執行面的建議之外，本研究亦建議應從大眾教育面著手。因為從需求面減少對盜版之需求，才是根絕侵權之治本之道。若網路使用者對網路侵權有正確之瞭解，自可減少網路侵權之發生。

除對一般大眾進行智慧財產權宣導外，由於學生為著作物之消費市場

¹³³參酌附件之偵九隊訪談紀錄。

之主要消費者，且若在學生時期未建立正確之智慧財產權觀念，等其畢業進入社會，自將繼續使用盜版，甚至從事盜版。另外，網路使用者以受過教育或正在受教育者為主。不過由於學生確實經濟能力有限，如一方面透過著作權人對學生提供優惠回饋，另一方面再透過教育與宣導培養學生守法的態度與習慣，應是治本的做法。在網路與智慧財產權的領域中，「使用者要負責」是重要的觀念。唯有全民建立這樣的觀念，才能真正根絕網路犯罪。