



從我國訴訟實務觀點評 P2P 網路 科技利用型態之著作權侵權議題

陳家駿*

前言

因網路點對點 P2P(peer to peer)技術的不斷發展，致娛樂影音產品在網路上快速蔓延，彈指之間即可信手拈來，連帶的導致著作權侵權訴訟案例不斷發生，形成科技法律領域值得研究之重大課題。關於 P2P 網路利用新型態技術，第一代(混合式架構以 Napster 為代表)及第二代(分散式架構以 Gnutella 及 KaZaA 為代表)，已分別衍生出美國 A&M v. Napster.com 案¹、荷蘭 Buma/Stemra v. KaZaA 案²、美國 Aimster v. John Deep 案³、日本 RIAJ v. MMO 案⁴、日本 Isamu Kaneko (Winny)案⁵、韓

收稿日：96 年 6 月 4 日

* 本文作者為執業律師、台灣資訊智慧財產權協會副理事長。

¹ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), affirming A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

² KaZaA v. Buma/Stemra, No. KG 01/2264 OdC (Amsterdam Ct. of Justice, 29 Nov. 2001), rev'd, No. 1370/01 (Amsterdam Ct. of Appeal, 28 Mar. 2002), appeal filed, No. C 2002/186 (Netherlands Sup. Ct., 23 May 2002).
http://www.solv.nl/rechtspraak_docs/KaZaA%20v.%20Buma%20Stemra%20-%20Court%20of%20Appeals%2028%20March%202002.pdf)

³ In re Aimster Copyright Litig., 252 F. Supp. 2d 634 (N.D. Ill. 2002), aff'd, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), cert. denied, 540 U.S. 1107 (2004); In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), cert. denied, 540 U.S. 1107 (2004).

⁴ Nippon Columbia Co., Ltd., et al. v. Yugen Kaisha Nippon MMO, 2002 (Wa) Case No. 4249 (Tokyo Dist. Ct., 29th Civil Div., interlocutory judgement 29 Jan. 2003)

⁵ 本案是散佈一個 P2P 分享軟體的程式，而非經營檔案交換的平台業者，參 <http://en.wikipedia.org/wiki/Winny>；另參林家瑩，著作權數位產業市場授權之研究，智慧財產權月刊，95 期，95 年 11 月。



國 RIAK v. Soribada.com 案⁶、美國 MGM/Arista v. Grokster & StreamCast (Morpheus) 案⁷、澳洲 Universal Music Australia v. Sharman License Holdings (KaZaA)⁸等不勝枚舉之著作權侵權案例⁹。其中荷蘭 KaZaA 案與美國 Grokster 案，均分別打到荷蘭最高法院及美國聯邦最高法院，其重要性不言而喻。

惟一日千里的網路科技發展撞擊著作權從未停過，第一及第二代 P2P 侵權案例還未偃旗息鼓，而其後推陳出新的 P2P 第三代準分散式架構(以 eMule 與 BitTorrent 為代表)服務，即目前網路上最流行 eMule 與 BitTorrent(以下簡稱 BT)共享傳輸軟體，更將網路侵權訴訟帶到前所未見之領域。

過去雖然網路著作權相關訴訟不少，隨著技術創新雖也衍生出不少關於著作權侵犯型態之新議題，但大體而言，均不脫傳統著作權概念得予以處理或解決；但自科技演進至點對點(P2P)檔案傳輸技術後，對網路著作權的爭議產生革命性的影響與變化。P2P 這種技術與過去必須將檔案儲存在 server 或各式媒介上大相逕庭，P2P 第一個訴訟案例 Napster 固為一里程碑，但 Napster 之後，透過更分散式的架構，已經將傳統著

⁶ Asia Media Inc. et al. v. Yang et al., No. 2002KAHAP77 (Suwon District Court, Seongnam Branch, First Civil Dep't, 9 July 2002)

⁷ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), aff'd, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf, 545 U.S. 913 (2005), 125 S. Ct. 2764 (2005)

⁸ Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd (includes summary) [2005] FCA 1242 (5 September 2005); <http://www.apcstart.com/KaZaAGate/pdf/dump/judgements/KaZaA%20final%20Judgement.pdf>

⁹ 其他如 PAM, S.P.A. v. United States, slip. op. 2003-48 (Ct. Int'l Trade May 8, 2003); Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc., 38 F.3d 477 (9th Cir. 1994); Timken v. United States, 240 F. Supp. 1228 (Ct. Int'l Trade 2003); United States v. Moghadam, 175 F.3d 1269 (11th Cir. 1999); Hopson v. Kreps 622 F.2d 1375 (9th Cir. 1980); China Steel Corp. v. United States, 264 F. Stipp. 2d 1339 (Ct. Int'l Trade 2003); 另參 <http://cyber.law.harvard.edu/property00/MP3/main.html#napster>; <http://www.bu.edu/law/scitech/volume7/BlackowiczUpdate.pdf>。



作權法所要規範的對象，愈來愈掙脫出其固有範圍。簡言之，科技的演進已益發地顛覆傳統著作權侵權類型與模式，此種網路技術新型態的應用，對是否構成著作權侵權，相當程度的創造了模糊的空間，也因此從各國著作權訴訟實務發展可知，自 P2P 之後，出現法律上乍看模稜兩可的案例產生。

而 P2P 侵害著作權案例，亦發生在我國兩家 P2P 平台業者---全球數碼(ezPeer)和飛行網音樂(KURO)，著作權利人對其提出刑事控訴(及附帶民事與假處分)，並分別由士林地院¹⁰與台北地院¹¹作出刑事判決，前者被告獲判無罪而後者卻有罪，二案中受不利判決者，均已上訴至台灣高等法院。惟經過三年多纏訟，ezPeer 已於 2006 年 5 月，與各大相關唱片公司達成和解¹²獲得授權；Kuro 飛行網針對線上音樂之交換傳輸構成著作權侵權，也已於 2006 年 9 月達成和解，從此 ezPeer 與 Kuro 均轉型為經過合法授權之音樂交換平台¹³，惟二案件目前高院仍在審理中(因刑事部份未撤)；另據 3/17/2006 聯合報，台灣 AVpeer 飛樂網被唱片公司控告其 P2P 網站違反著作權；而電影錄影著作保護基金會(MPA: Motion Picture Association)已向刑事局檢舉台灣論壇網，提供 BT 軟體供網友下載，目前由士林地檢偵辦中¹⁴，另尚有「捷克論壇」與「遊戲規則網路免費資源論壇」等 BT 網站侵權案，故利用 BT 在網路上下載或交換他人著作，是否及如何侵害著作權亟待研究。

以下即從訴訟實務觀點，介紹我國相關 P2P 著作權案件。

¹⁰ 士林地院 92 年度訴字第 728 號 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>

¹¹ 臺北地院 92 年度訴字第 2146 號 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>

¹² <http://www.ettoday.com/2006/06/29/37-1960141.htm>

¹³ 以上詳參中國時報 2006 年 9 月 15 日 E4 版。

¹⁴ 據 2005 年 12 月 27 日中國時報第 18 版報導。



ezPeer/KURO 案 P2P 網站提供會員重製與傳輸之著作權法律責任

台灣十多家知名唱片公司，聯手控訴我國二家最具規模之 P2P 網站業者——全球數碼與飛行網網站提供會員重製與公開傳輸他人有檔案著作權，構成著作權之侵害，經檢察官分別提起公訴後，分別由地方法院作出第一審判決，只不過全球數碼的 ezPeer 被士林地院判無罪，而飛行網的 KURO 卻被台北地院依常業犯判處有罪，因 ezPeer 與 KURO 無論在技術架構或運作模式上均頗類似，判決結果卻天差地別，當初起訴時即引起很大爭議，嗣不同法院作出不同判決，更沸沸揚揚，這兩個案件之如此富爭議性，即在於其技術上顛覆了傳統之盜版侵權模式，導致法律上產生極端不同之判決，再加上網站使用者也被判有罪，引起社會極大關切，殊值吾人探討，以下茲就 ezPeer 與 KURO 兩案作比較性剖析。

地院所認定之 P2P 技術與 ezPeer/KURO 網站運作方式

P2P(Peer-To-Peer)是一項網路上分享傳輸檔案的技術，但業者在應用時略有差異，KURO 案台北地方法院認為其 P2P 架構為：「點對點分散式網路架構，係一種在兩台以上電腦間，彼此直接分享對方電腦資源的網路傳輸型態，凡欲利用飛行網網站交換 MP3 檔案者，可下載 KURO 客戶端軟體註冊為會員，繳費後執行 KURO 客戶端軟體，連結上飛行網網站之網頁伺服器及驗證伺服器主機，驗證主機會查驗會員身分及有無繳費，通過驗證方能登入轉址主機，轉址主機則指派一檔名索引伺服器與會員連線（檔名索引伺服器，又稱檔名資料暫存主機），此時 KURO 客戶端軟體即將會員電腦內 MP3 格式之錄音檔案，自動設定為分享資料夾，並將其內所有檔案之演唱者名稱、歌曲名稱、專輯名稱、存放路徑、傳輸埠號、檔案大小、及經由 ADSL 寬頻線路所配賦之網路節點 IP 位址、連線速度等資訊，自動上傳至飛行網之檔名索引伺服器予以紀錄，以建立集中檔名管理之資料庫，供所有連線之其他會員以輸入演唱者名稱、歌曲名稱及專輯等關鍵詞句之方式，即可快速自前述資料庫中搜尋 MP3 音樂檔案，該分享夾內之檔案即處於得供其他會員下載之狀



態。因此，當會員電腦連上飛行網網站後，飛行網藉由 KURO 軟體即知正處於連線狀態之所有飛行網會員個人電腦中特定磁碟機資料夾內已儲存可供傳輸、下載之 MP3 格式音樂檔案，以及錄音檔案之存取路徑及特定 IP 位址。待會員輸入歌名、歌手名等關鍵字搜尋，飛行網所管理之檔名索引伺服器，即提供可分享此一檔案之各已連線會員電腦中之 MP3 格式音樂檔案名稱、會員暱稱、檔案大小、連線速度之資訊畫面予會員，會員即得點選特定會員，下達下載歌曲之指令，檔名索引伺服器即建立欲下載之會員與被請求下載之該特定會員之網路節點 IP 之 TCP/IP 連線，由會員間完成下載行為。飛行網之軟體（含伺服器端及客戶端）及各伺服器主機乃構成一個整體之服務，管理、操控會員付費才得使用其服務，否則即拒絕服務¹⁵。」

ezPeer 案士林地方法院判決則認為其 P2P 架構為：「全球數碼公司以 P2P 檔案分享軟體(包括主機伺服器 Server 端軟體、Client 軟體)及網站主機經營網站，以提供使用者交換(傳輸及下載)檔案。P2P 系統係指網路使用者各自在電腦內儲存檔案，使用者之間互相分享資料，使用者的各自電腦兼任中央伺服器角色，亦即既是 client 端又是 server 端，不必透過傳統之中央伺服器，使用者之間直接分享資訊，是以資訊的使用者(client)與提供資訊的伺服器(server)連線構成。全球數碼公司 P2P 之營運模式，係在網路上提供軟體供使用者免費下載，下載後並非即能啟動該軟體，須進而註冊為會員及設定分享目錄，付費使用客戶端軟體，嗣後始可上網搜尋及下載檔案，使用者搜尋前需先登入主機系統，經驗證確認使用者帳號密碼，方得輸入欲下載 MP3 音樂檔關鍵字(如歌名、歌手等)，連線上其他使用者分享資料夾內之檔案進行搜尋，如欲下載檔案，則須經驗證使用者是否付費，經確認後，使用者與所欲下載檔案之對象直接進行 P2P 下載¹⁶。」

¹⁵ 參註 10。

¹⁶ 參註 9。



網友使用 P2P 平台機制於重製與公開傳輸間之關聯

從 P2P 平台機制上看，在網友使用 P2P 業者提供的軟體，進行搜尋而發現其所要下載的檔案時，透過該軟體得以從其他會員的電腦中，將該檔案下載，這在法律上構成重製；其次，會員之所以可以搜尋並下載該檔案，相對的當然是有其他會員同儕，當初就已經先透過 P2P 的軟體機制，將其想要供他人分享之檔案，置於資料分享夾當中，而這種在網路上提供給他人上傳的行為（making available），則構成公開傳輸。

在會員網友間彼此傳送時，重製與公開傳輸可以單獨也可以合併，亦即如果網友只想去下載其他人的分享檔案，而自己不提供上傳，那他就只構成重製；可是如在下載他人檔案後又將他所下載的歌曲提供上傳，此時就同時觸犯了重製與公開傳輸權¹⁷（直接提供 MP3 檔案上傳）。

P2P 網站業者在刑法上重製與傳輸之構成要件該當性判斷

從上述 P2P 架構可知，所有重製與公開傳輸實際之「物理」動作，均係由使用者所為（實際上只是按鍵 click 而已），P2P 網站業者是否實行犯罪構成要件即產生爭議，故 ezPeer 案之法官認為「從構成要件看，被告未從事擅自重製或公開傳輸他人著作之構成要件行為。不論在自然行為或社會事實的觀察上，被告已手並無重製或公開傳輸他人著作之行為，重製或公開傳輸 MP3 檔案者係利用被告所提供之網路平台之會員，實現狹義不法構成要件者係會員並非被告，從而，其設置網路平台供會員使用，在法律上是否可逕將被告提供設施或未過濾檔案之行為，直接評價為該當於重製、公開傳輸構成要件之實施，非無斟酌餘地。」

以上 ezPeer 案士林地院觀點似值商榷，蓋刑法上之構成要件該當，

¹⁷ 我國著作權法 92 年 7 月增訂「公開傳輸」---Right of Public Transmission 之態樣，條文中所稱「向公眾提供 making available」，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態為已足（立法理由）。故在網頁或網站上單純提供檔案供人下載，即可能侵害。我國法係參考 WIPO --- WCT 8, WPPT 10 & 14；美國依散佈權及著作權輔助/代理侵害；歐盟於指令第 2 & 3 條規定；日本於著作權法第 23 條規定；澳洲著作權法第 1、105、151 條規定。



從未以自然行為或「己手」為限，固然重製與公開傳輸之「物理動作」，均係使用者所為，惟如因此即認為 ezPeer 並非扣板機者故構成要件不該當，顯然忽略刑法上一項基本理論----以積極作為支配使不法構成要件行為實現，構成要件仍屬該當¹⁸，無侷限於狹義構成要件框框內之必要。且從社會事實觀察，會員利用 ezPeer 網站從事重製傳輸，會員唯一的行為只是按鍵，網站如提供並參與犯罪構成要件從啟動至完成之所有關鍵行為(積極作為)，即一切使構成要件該當之必要條件係由被告完成，構成要件仍屬該當。遑論如因下載傳輸因故中斷時，使用者之行為即中止，ezPeer 進場---依其主機設計提供續傳功能，此時屬 ezPeer 自己親身參與重製及公開傳輸行為，這點 ezPeer 案地院即顯有疏漏。

反之，KURO 案之法官則認為：「被告提供檔案交換平台服務，即 KURO 軟體、驗證主機、網頁主機、檔名索引伺服器等，係一整體之服務，會員如不連上其主機通過驗證，則無法單憑 KURO 軟體搜尋交換。且其設置之 KURO 檔名索引伺服器會為會員建立檔案之集中目錄，當會員欲從其他會員下載檔案時，於主機正常運作之情形下，該主機會為其提供對方之 IP 位址、路徑、並建立連線，使會員得以迅速搜尋下載。且在下載傳輸中斷時，提供續傳功能，自中斷處為其另覓其他會員之 IP 使之連線繼續，被告提供上開軟體及服務予會員，對於會員發生違法下載行為此一結果，不僅有因果關係，且係以作為之方式積極促使不法重製此一構成要件行為之實現，與會員間係分工合作完成下載行為。」

會員使用者重製與傳輸之犯罪故意判斷

被告中之使用者屬於一般消費者，係付費向 P2P 業者換取檔案交換

¹⁸ 依學者黃榮堅見解，刑法上對於犯罪參與之評價，只有一種態樣，就是正犯。從刑法之目的看，對於不法之利益侵害的實現，只要有其因果關係，那麼不管用什麼手段來使此一不法利益侵害實現，都不重要。只要行為人的行為能夠支配不法構成要件的實現，其行為即該當不法構成要件，就是犯罪結構所要求之不法行為，亦即只要行為人在實現構成要件關係上有足夠的支配因素作基礎，就是一種道道地地的不法行為。參黃榮堅著「共犯與身分」一文，刊於刑事思潮之奔騰~韓忠謨教授紀念論文集頁 226、209；另參黃榮堅著「基礎刑法學(下)」一書第 263 頁、320、340 頁。



服務，因此有人認為消費者可能欠缺不法意識，但 KURO 案法官則認為：「所謂不法意識，乃指行為人認識其行為違反規範或社會規範而與社會共同生活秩序維持之要求相抵觸之意。一般言，只須行為人於行為時有此認識即為已足，不以行為人確實認識其行為違反某刑罰法規或其行為具有可罰性為必要。任何人不得擅自重製有著作權之著作，此乃一般國民及社會大眾普遍認知，使用者自不得諉為不知，且其違法重製曲數高達九百七十首，主觀上更不可能相信其行為係合法，而無不法之意識，至於重製份數在法律上如何計算，此乃法律解釋問題，與有無不法意識無涉。刑法第十六條前段規定：不得因不知法律而免除刑事責任，是使用者所為其無不法意識之辯解，亦不足取。著作權法第九十一條第二項將未取得著作權人之同意，非意圖營利而擅自以重製方法侵害他人著作財產權之行為明文列為處罰之對象，且其處罰之重點在於重製之行為。至於重製所利用之工具為何，是否係利用 P2P 軟體，則無限制，因此本件就被告使用者以 P2P 軟體下載之行為自無法律規範不足，不能以刑罰罪責相繩之問題。」

P2P 網站業者之犯罪故意及可否主張合理使用 v. 科技中立

當某一新興科技衍生爭議，在許多科技著作權案件中，被告皆會以科技中立作為抗辯，按 P2P 本身為中性，並非本質當然違法(per se illegal)，端視行為人如何運用，但此絕非謂採用某一科技而導致侵害著作權時，可藉科技中立取得豁免，而仍應視被告主觀之犯意而定。KURO 案法官即認為：「被告所提供 KURO 軟體固為一中性之科技，該科技之本身並無合法與否問題，端視行為人如何運用之。惟當科技之提供者明知其所提供予他人使用之科技可能被用以作為犯罪之工具，侵害法律所保護之法益，但其為追求自己之商業利益，竟以該科技具有此一功能為主要訴求而推銷之，誘使他人付費使用或購買，則其對於將來確實發生使用者利用該科技作為犯罪工具，造成法益被侵害之結果及因果歷程，自然係其事先可預見，且不違背其以該科技供使用者作為犯罪工具之本意。自可認其具不確定之犯罪故意，而不得於事後再以該科技仍可供其



他合法用途使用，不知行為人會以之作為犯罪工具為由，推諉其不知情。」

針對網站業者主觀犯意，KURO 案法官認為：「依刑法第十三條以認識為犯意之基礎，無認識即無犯意之可言，但不論其為明知或預見，皆為故意犯主觀上之認識，只是認識之程度強弱有別，行為人有此認識進而有「使其發生」或「任其發生」之意，則形成犯意，前者為確定、直接故意，後者為不確定、間接故意。是以被告既明知其提供軟體及平台服務可供會員作為違法下載之工具，且一般消費者不可能事先各別向著作權人取得合法重製之權利。惟其為招攬大量會員加入賺取會費，竟在其網站及 Yahoo 等流行音樂網等網站上，不斷刊登「KURO 五十萬樂迷的俱樂部，每個月只要 99 元，就能享受 MP3 無限下載」、「五十萬首最新 MP3，無限下載」、「MP3 流行排行，一次抓完」、「超過百萬首國語、西洋、日韓最新 MP3、歌詞，通通抓到」等內容之廣告。以其軟體及平台服務可供大量下載有著作權之流行音樂 MP3 檔案為主要訴求，誘使不特定人加入，鼓勵其利用 KURO 軟體大量下載告訴人等享有著作權之流行歌曲。則其對於眾多未經著作權人之同意或授權重製之會員，將利用其提供之軟體及平台服務違法大量交換下載重製著作權人之著作此一結果，顯可預見，而不違背其供會員以該軟體作為違法下載重製工具之本意。」

反之，ezPeer 案判決卻認為即使公開傳輸有著作權之檔案，也可能主張合理使用，因網站業者知悉特定使用者進行傳輸，其法律上無義務去判斷傳輸的檔案是否違法，難認被告就使用 ezPeer 機制從事犯罪有任何認識。然 ezPeer 案地院此觀點似值商榷，蓋網路上讓人下載流行歌曲構成公開傳輸(因已把歌置於供不特定人聽的一狀態或環境)，針對公開傳輸流行歌曲要主張合理使用，在法律上有其困難，因浩瀚網海中廣大不特定的多數人可聽到該歌曲，公開傳輸給他人的人數太多，依著作權法第六十五條利用結果對著作潛在市場與現在價值影響顯然過鉅(即市



場替代效果)，遑論標榜提供「無限下載、無限傳輸」之網站機制，其龐大之歌曲數量恐難以通過第六十五條之檢驗¹⁹，故要主張公開傳輸的合理使用有相當困難。

P2P 業者與使用者針對重製有無主張合理使用之空間，美國的案例在 Napster、Aimster、Grokster 等案件中，法院均認為網友在該等案件事實中，均不構成合理使用，而我國目前涉及 P2P 被訴之使用者，也有經法院起訴或判刑者²⁰。KURO 案法官認為：「查被告使用者下載歌曲之 MP3 檔案固係供個人之非營利使用，惟其下載之目的乃係供個人娛樂，並因此節省其應支出之購買正版 CD 費用，顯非為非營利之教育目的，而可認係具有商業性之娛樂目的，且其係整首歌曲下載，並非擷取片段，下載之數量又多達九百七十首，其如此大量下載之結果顯然會減少告訴人光碟之銷售量，影響著作權人之創作意願及其對數位音樂下載市場之拓展，參酌上開規定，自不構成著作之合理使用。」

針對士林地院認為難認被告就使用 ezPeer 從事犯罪有任何認識，實值斟酌，蓋參照 KURO 案判決意旨，網站業者主觀犯意不論為「使其發生」或「任其發生」，其既明知提供軟體及平台服務可供會員作為違法下載之工具，且一般消費者不可能事先各別向著作權人取得合法重製之權利，惟如 ezPeer 為招攬大量會員加入賺取會費，在網站上公開鼓動會員「用力分享、無限下載、丁口廿爆、瘋狂下載、當漏到手軟，提供

¹⁹ 著作權法第六十五條：「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。」

²⁰ 使用者被判有罪，臺灣首宗 P2P 使用人犯公開傳輸案，台北鍾姓青年因使用 ezPeer 網站下載、重製，並提供其他 ezPeer 會員下載、上傳及交換，經被害人向板橋地院告訴後，檢察官認定被告違反著作權法，但因考量其年輕且屬初犯，在取得告訴人同意給自新機會情況下，予以緩起訴處分。被告承認未經授權之檔案交換屬侵權違法行為，並同意於檢察官認定其侵犯著作權、作出緩起訴處分後七天內登報道歉。被告承諾停止其 ezPeer 的會員資格，並保證不再從事任何格式之檔案交換行為。



P 點制與會員分享利潤」等；又如製作風雲榜提供免費使用優惠給前一萬名會員；定期寄發電子報並於廣告中登出最新下載排行榜、哈燒榜、新片快遞、點歌本子、推薦 IN 碟等最新音樂與影片資訊；以其平台服務可供大量下載有著作權之檔案為主要訴求，誘使不特定人加入，鼓勵其利用軟體大量下載，則其對於眾多未經著作權人之授權重製之會員，將利用其提供之軟體及平台服務違法大量交換下載重製著作權人之著作此一結果，顯可預見，而不違背其供會員以該軟體作為違法下載重製工具之本意，故難謂就使用被告機制從事犯罪無所認識。

依美國 Grokster 案最高法院判決，如採取積極行動去鼓勵直接侵害，例如以廣告擴散侵害用途或指示如何從事侵害使用，顯示其係用來侵權的意圖確切，不論產品販賣是否有商業上之合法用途，就足以對認定其責任。如蓄意以明示意思及行為引誘他人，藉由廣告或促銷等訊息傳播挑起他人侵權，被告非法目的明確，準此，吾人以該標準衡諸 ezPeer 案，其答案不言而喻。

P2P 網站業者與使用者成立共同正犯之判斷

基於網站業者運作架構及其與會員間之互動，業者與會員亦可構成共同正犯，KURO 案法官即認為：「刑法之共同正犯指二人以上以共同犯罪之意思，而共同實施犯罪行為，故共同實施犯罪行為之人在合同意思範圍內，不論係同時實施犯罪行為，或各自分擔犯罪行為之一部，均係相互利用他人之行為以達犯罪目的，應對於全部發生之結果，共同負其刑責。亦即共同正犯間，非僅就其自己實施之行為負責，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實施之行為，應共同負責。就 KURO 案而言，會員在未取得著作權人同意或授權下，利用軟體違法下載有著作權之 MP3 檔案，為眾所週知之事。會員利用 KURO 軟體下載重製 MP3 檔案時，因重製行為係發生於會員與會員間，不透過飛行網公司設置之主機，在會員尚未選擇執行下載之功能實際下載檔案時，亦即未發生檔案被重製之實害結果前，被告單純提供軟體及平台服務之行為，固無從成立重製罪之單獨正犯。」



惟 KURO 案法官進而認為：「KURO 如無意以該軟體供會員違法重製，至少在技術方面應有能力過濾檔案名稱與檔案內容相同且由告訴人等享有著作權之檔案，以減少會員違法大量下載有著作權檔案之情形發生，惟其捨此不為放任會員無限下載，益見其對於會員會發生違法下載之行為顯可預見，並不違背其本意，且與會員間係在有意識、有意願地交互作用下，有共同重製之決意或犯意聯絡。從而，當 KURO 同意使用者加入會員，容許會員連線登入使用其所提供自動運作之機制任意下載有著作權之檔案時，即可謂係其與會員間犯意聯絡形成之時點，至於會員何時實際使用其軟體違法下載重製檔案，下載之檔案內容及數量為何，因均在其所容許之範圍內，不違反其讓會員得隨時無限下載之本意，並非其所關切，自不影響其與會員間有共同重製犯意之成立。是就被告使用者之違法下載行為而言，KURO 既可預見會員使用者可能會利用其提供之 KURO 軟體及服務，違法下載重製他人享有著作權之檔案，惟仍不違背其本意，提供該軟體供其使用，容許使用者可利用該軟體及服務違法下載，且其使用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認為係與被告飛行網公司相互分工，始能完成，而客觀上亦係由該網站業者與使用者共同完成整個搜尋及下載重製之行為，則 KURO 與使用者間顯具犯意聯絡及行為分擔，核屬共同正犯。」

但 ezPeer 案士林地院則認為，無論積極提供 ezPeer 軟體予使用者傳輸檔案之作為，或從消極未控管過濾檔案等不作為的角度來看，都無從認定網站業者被告與實際從事侵權的使用者成立共犯關係。惟此論點法理上殆值商榷，按共同正犯係二人以上以共同犯罪意思，彼此分工協力共同實施犯罪行為，故共同實施者在合同意思範圍內，不論係同時實施、或各自分擔犯罪行為之一部，均係相互利用他人之行為，以達犯罪目的，即應對於全部所發生之結果，共同負其刑責。亦即共同正犯間，非僅就其自己實施之行為負責，在犯意聯絡之範圍內，對其他共同正犯所實施之行為亦應共同負責。更何況共同行為實施，依大法官一零九號解釋，不以行為人實施構成要件行為為必要，即如構成要件以外行為之共同參與，亦構成共同正犯。



本案告訴人即主張，基於業者運作架構及其與會員間之互動，與會員間可構成共同正犯，係因會員利用業者系統從事重製及公開傳輸，其唯一的行為只是 click，一切使構成要件該當之必要條件都由網站業者完成，缺乏其參與即無從進行侵害重製及公開傳輸之行為；而在犯意上，其與會員具共同犯意之聯絡，形成犯罪共同體；且主觀上具共同行為決意，彼此對犯罪計劃可得認識及彼此間有意願的交互作用下，成立一致犯意，故業者與使用者即成立共同正犯。

再者，自功能性支配理論言，被告在整體機制中居指揮之角色，聯繫互不認識之會員進行侵權行為，會員不能離開網站機制去交換檔案，被告與其會員乃係分工合作，共同實施犯罪行為，彼此互為補充而具有功能性支配以完成犯罪，故被告以網站功能性之支配，與會員共同實施犯罪行為，彼此互為補充而具功能性支配以完成犯罪²¹。告訴人即主張本案共同正犯的功能性犯罪支配在於：在實行階段，對實現構成要件提供不可或缺的條件，互相分工共同作用，而非行為人對過程中的主觀認知。依功能性支配角度觀之，業者網站提供服務而與其會員共同協力交換、公開傳輸非法行為，即構成著作權法重製及公開傳輸罪之共同正犯。會員在未取得著作權人同意或授權下，利用軟體違法下載有著作權之檔案，會員下載重製時，因重製行為係發生於會員與會員間，當會員選擇執行下載功能實際下載檔案時，即發生檔案被重製之實害結果，業者提供軟體及平台服務之行為，即與會員成立重製罪之共同正犯。

況網站業者整體機制居指揮聯絡地位與會員屬共謀，網站業者主

²¹ 多數人出於共同犯罪意思，彼此分工協力，共同實施犯罪行為，彼此互為補充而完成犯罪的共同正犯，屬功能的犯罪支配…兩個以上的行為人中，雖有行為人在客觀形式上並無實行構成要件該當行為的實行，但經由符合犯罪目的之角色分配，而對犯罪之完成有所貢獻，且就整個犯罪計劃之實施而言，係屬不可或缺的分工作分配，例如計劃、督導或考核犯罪之實行，並負責主持分贓，或在犯罪現場負責通風報信之人等，亦屬功能的犯罪支配，而屬於一種共同正犯。…上述這種共同正犯雖在客觀上，並未參與構成要件該當行為的實行，而與幫助犯具有相同的行為表徵，可是在主觀上，卻因具有共同行為的決意，而在共同行為決意下的角色分工，故屬功能的犯罪支配；相對地，幫助犯與其所幫助的正犯之間並無共同的行為決意，就其對於整個犯罪過程的貢獻，亦無功能的犯罪支配，故與共同正犯應可分界清楚。參林山田著「刑法通論（下）」，第 56、57 頁。



導、聯繫行為人，居於對整體犯罪機制指揮、聯絡之地位，與個別會員間，已遠遠超過默示合致之意思聯絡，屬於明示共謀。個別會員固可成立重製及公開傳輸罪之單獨正犯，然在下載與被下載之會員間，彼此互不認識，必須經網站業者開啟雙方連結下載路徑，違犯各該罪名業者及下載/被下載檔案會員間係出於默示認同之行為決意，對整體犯罪計畫實施有認識及意願，而發揮積極交互作用。尤其共同正犯依實務見解，共同正犯間除明示的共謀外，亦可係默示認同他行為人之意思；共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙共同正犯之成立²²。

關於刑法可容許風險與網站業者過濾義務之判斷

士林地院判決認為 ezPeer 的機制並未製造刑法所不容許的風險，目前也無任何法令規範 P2P 業者必須針對「自己營運系統上是否有具體的侵權行為」，逐一檢視並過濾，而從不作為角度，網站業者對著作權法益侵害結果不具有保證人之地位，自無防止其發生的義務。以上士林地院判決之觀點亟待商榷，因 ezPeer 前行行為已產生防止義務，蓋使用者安裝完 ezPeer 程式後執行時，會先出現會員註冊畫面，在該畫面中有一軟體設定選項，其中一項目為「分享資料夾」。使用者可將該分享資料夾的路徑，定為自己電腦中存放 MP3(或其他想和網友分享的檔案)的資料夾路徑，如此就可將該指定資料夾內，所有的檔案分享給其他使用者，此成為使用者觸犯公開傳輸權之地雷。

質言之，網站業者如將資料分享夾自動設定為公開傳輸，亦即提供給會員下載軟體時，就已是將資料分享夾自動設定成可公開傳輸之狀態，迫使一般使用者易於接受(著作權法公開傳輸立法理由載：條文中所稱向公眾提供，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態---making available 為已足)，如會員不要提供傳輸，還必須另外作一個動作將資料夾內的檔案移除不提供分享，

²² 參最高法院 73 台上字 2369 號、73 台上字 1886 號判例



換言之，被告自始設定為自動公開傳輸、提供整體機制供會員作為侵權之設施的前行行為，已製造出法律所不容許任意侵犯著作權的風險，負有防止發生破壞著作權法益結果之義務，此種前行為法律上產生刑法 15 條 2 項之防止義務。

其次，從經營角度言，業者對侵權危險源負監督管理之責，業者經營網站既以交換 MP3 為主要業務，基於法律保護目的，即有義務控制其風險，須隨時監督控管其會員檔案傳輸之適法性，業者未控制、避免或降低其風險而仍容任犯罪實現，即應歸責；再從危險源監督角度觀，如業者有監督會員之能力，亦有藉驗證主機及修改軟體方式有效過濾侵權檔案，又知悉絕大多數檔案係非法，且其曾被通知違法事實要求濾除侵權檔案，故業者對會員資料夾內檔案之合法與否應予監督。犯罪行為之因果流程既為業者所開啟、支配、操控，該資料夾又係業者為檔案交換而設定，即其得以實力控制軟體及主機於管控中，業者對該危險源即負監督管理之責。

至於士林地院認為，目前沒有任何法令規範 P2P 業者，必須對「自己營運系統上是否有具體的侵權行為」，逐一檢視並過濾，吾人僅舉 KTV 即知不然，按目前沒有任何法令規範 KTV 業者，必須對營運系統是否有侵權行為檢視過濾，但 KTV 業者仍應避免自己系統侵害他人著作權。士林地院判決認為台灣立法者迄今未規範任何網路業者的過濾義務，因此縱有非法使用的正犯存在，被告也不成立幫助犯，此種論點殊值商榷。因法律有無規範業者過濾義務，與業者是否侵權本無關聯，重點仍應回歸至業者所提供機制，是否造成著作權侵害之實質違法，至於業者有能力過濾，只不過是在補強業者任其發生、間接故意之犯罪意識而已。

惟可注意者，被告對其網站會員之侵權，主要係緣於其故意將資料分享夾，自動設定為可公開傳輸，再提供予會員(這種設計當然是引誘使用者較易接受，此與 default 將其自動設定為非公開傳輸，如會員要提供傳輸，再積極作一個動作將資料夾內的檔案提供分享，大相逕庭)。



在此種機制發軔下，被告即有義務與能力阻止侵權發生，是被告有控制能力卻拒絕過濾侵權檔案，已製造高度侵害著作權之風險及實害，此從刑法規範言已具客觀可歸責，無待任何法律來規範業者之過濾義務。

從比較法言，美國亦無規範 P2P 業者過濾義務，但依 Grokster 案最高法院判決，被告所以不法，是因當會員使用其軟體進行檔案交換時，並未想要嘗試發展過濾工具，或是其它機制來阻擋或甚至降低侵權行為的發生，Grokster 案原審判決認為，因被告沒有獨立的義務去監督會員檔案的交換，故接受被告沒有能力去發展這樣的軟體工具之抗辯，美最高法院認為有誤，因原審巡迴上訴法院顯然忽略被告幫助使用者侵害的意圖²³，以此判決看 ezPeer 案，茲值借鏡。

P2P 業者主機系統有無檔名索引伺服器與使用者成立犯罪關係之判斷

ezPeer 與 KURO 兩案在技術上，有一項重要之差異，即權利人主張但 ezPeer 始終否認其具檔名索引伺服器(index server)，而 KURO 雖不否認具檔名索引伺服器但強調其功能之限制。ezPeer 士林地院判決認為不論被告主機系統是否有「檔名索引伺服器」，也不論其是否透過所謂「客戶端軟體回報之 Peerlist 檔」可得而知使用者搜尋下載之檔案名稱，此等「電腦軟硬體之認知」，無從逕轉換為被告「自然人的認知」（ezPeer 架構為集中式或分散式，刑法評價上並非關鍵）。

士林地院之論點，如從機械論角度觀似無誤，然如從社會觀念或法律角度則不然，蓋電腦軟硬體之所以可認知(即操作)，當然是經自然人設計創造使得軟硬體可以認知(正如同程式碼本身是電腦的認知，但卻是由自然人的認知寫成，二者乃一體兩面)，亦即已經自然人之主觀意欲評價轉換成具體科技設施供人使用，簡單講，ezPeer 架構是被告為達特定目的有意創造出產物，因此硬將電腦軟硬體認知從「自然人認知」切割開來謂二者無關，似欠周延。應進而探究被告透過電腦軟硬體認知

²³ 美國最高法院 Grokster 案判決 545 U.S. 913 (2005)。



所設計出機制，在運作模式是否侵害著作權之關連。

其次，士林地院判決認為 ezPeer 架構為集中式或分散式，刑法評價上並非關鍵，此點是正確的，以美國 Grokster & StreamCast (Morpheus) 案地方法院判決為例，地院法官從技術角度切入²⁴，認為就運作基礎言，Morpheus 不同於 Napster²⁵，且提供的服務也不同，Morpheus 運作時沒有集中管理，是完全分散式，被告網站僅是供廣告用或提供相關技術支援服務，且無任何目錄索引資料庫或伺服器，所以搜尋檔案的速度較混合式慢，傳輸時亦會因網路流量受影響，認被告不須為使用其軟體下載音樂檔案之第三者負侵權責任。

Grokster 案到了上訴巡迴法院，法官花了更多功夫分析技術，認為 Napster 的侵權是透過設計操控之整合服務，有能力監視及控制其網站，侵權的處所就是 Napster 網站本身，有義務去警戒侵權。但 Grokster 被告提供網站流通之軟體超乎其控制，Grokster 的網站非 Grokster 所能控制，Stream Cast 的網站是 Gnutella，其公開的性質，也不受任何企業的控制，因此無法顯示被告有能力監視及控制侵權行為。Napster 之中央檔名索引伺服器及強制登錄制度，使 Napster 知道使用人身份及所交換音樂，並能控制、移除侵權檔案之交換及禁止使用人使用其軟體及服

²⁴ RIAA 和 MPA 於 2001 年控告提供點對點軟體 Morpheus 的 StreamCast Networks 及 Grokster 這兩個提供檔案分享服務的網站，要求法院將其關閉。美洛杉磯地院法官 2003 年 4 月判決援引 1984 年新力公司錄影機案，裁定 Stream Cast 和 Grokster 未侵權；
<http://www.jonathanmitchell.info/uploads/Grokster.pdf>。

²⁵ Napster 功能及運作機制採集中式伺服器分享檔案，透過伺服器端軟體運作後，自動連結上 Napster 網站之使用者的電腦，彼此間直接交換侵權 MP3 音樂。加州聯邦法院法官裁決 Napster 必須停止讓網友交換有著作權音樂，判 Napster 輔助侵害責任。Napster 上訴，聯邦第九巡迴上訴法院裁定，Napster 提供未經授權音樂交換服務是侵權行為，認為 Napster 的使用人涉及重製侵害，而 Napster 以實際行動鼓勵並幫助侵權行為，須對侵權行為負責。上訴法庭基於「著作權輔助侵害」(Contributory Infringement)(任何提供促成這些違法行為發生的服務、程式、設計或設備，構成輔助侵害，Napster 意圖鼓勵並協助使用者侵害著作權---引誘或鼓勵直接侵害，並對侵權行為有實質幫助)與「著作權代理侵害」(Vicarious Infringement)(Napster 對其使用者的侵權行為，確實有能力監督，而不願去阻止或限制直接侵害，直接獲經濟利益)兩項原則，維持地院原判 Napster 輔助侵害責任，另參法務部第七期檢察官網路音樂下載傳輸與 P-To-P 案例介紹研討會資料。



務。但 Grokster 及 Stream Cast 之架構與 Napster 不同，Grokster 不能修改 Kazaa 軟體，也沒有操控一個像 Napster 般的中央化集中式檔案索引，Grokster 是靠可變動的「超級節點」(super nodes) 進行檔案的傳輸，故而維持原判²⁶。

最後至美國最高法院，大法官全體一致無異議廢棄下級法院之判決，最高法院捨棄下級法院完全陷入技術泥沼之機械式認定，改以提綱挈領執簡御繁方式，集中關注於 Grokster 之運作模式，而不管平台是集中式或分散式(原判認 Grokster 無目錄索引資料庫或伺服器)，認為 Grokster 散布軟體予第三人，知悉第三人使用其軟體而侵權，而明確表示或以自己之行動促成侵權，即具有侵害著作權之意圖，應為第三人之違法行為負責。Grokster 案最高法院判決主文謂：「任何人散布某裝置(device)的目的，若是為了鼓勵促使侵害著作權，藉其明確表示或採取積極之步驟以助成侵權，此時即已超越知悉第三人行為之單純散布(亦即已非單純知悉第三人之行為所作之散布，而是進一步有鼓勵助成行為之散布)，而應對第三人使用該裝置所因此導致侵害著作權之行為負

²⁶ 上訴法院法官不厭其詳分析-----一節點就是網路的一終端，亦即使用者的電腦，「超級節點」從無數其他節點累積資訊增強功能，每個節點利用 Kazaa 軟體自動選擇其超級節點。一利用人的節點，可能今天是超級節點明天卻不是，完全視資源的需要及網站之可利用性而變動。當使用人啟動軟體，使用者電腦找到一超級節點以接近網路，找尋超級節點的過程經常改變。Grokster 預設一系列的 root super nodes，引導使用人接上各超級節點，Grokster 對超級節點無控制。一旦使用人連上網站，其詢問及結果回報是在超級節點之間進行，此與 Napster 不同，Napster 是利用操控超級節點，在所有利用人間傳遞查詢及回報結果；但 Grokster 的使用人搜尋及轉載檔案，並未經 Grokster 傳送訊息或藉助 Grokster 掌控任何電腦。Stream Cast 使用其 Morpheus 軟體，利用 Gnutella P2P 平台，Gnutella 是純粹的 P2P 網站，比 Kazaa 更凸顯「去中心化」特徵，另參法務部第七期檢察官網路音樂下載傳輸與 P-To-P 案例介紹研討會資料。



責，而不論此裝置是否有合法之用途²⁷。」

我國法院除了探討 ezPeer 之技術架構，更需專注於其運作模式，是否為了鼓勵/促使(encouraging/promoting) 第三人侵害著作權，是否採積極步驟以助成/促成會員侵權，答案即呼之欲出。

P2P 平台業者在刑法上須負責之關鍵

在全世界眾多的 P2P 平台提供業者中，除了我國的 ezPeer 與 KURO 外，幾乎都是靠網站的廣告收入，而不敢自己做莊直接向使用者收費(In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), cert. denied, 540 U.S. 1107 (2004)案，Aimster 向會員收美金 4.95 元之註冊費僅可聽 top 40 首歌，但此顯觸犯網站經營之大不諱，未幾即被迫宣告破產關站)，蓋向使用者收費，等於越過雷池一步跨過違犯著作權法之界線！固然，舊法第 91 及 92 條於構成要件中區別意圖營利與非意圖營利(舊法規定非意圖營利而其所侵害之著作超過五件，或權利人所受損害超過新臺幣三萬元者處二以下有期徒刑，現行法已將此修正)，而有探究收費與否對責任成立之差別。

有論者甚至以為平台業者收費與否即為侵權是否成立之關鍵所在，然不論依現行法或舊法，從法律邏輯言，收不收費本身，不應立即導出是否違法之結論，但向使用者收費，基於對價服務義務，勢必使得平台業者在運作及管理模式上，與使用者產生密切之關聯(比較純粹分散式 P2P 平台如 Gnutella，網站與使用者在下載軟體後不必有任何關係

²⁷ 美國最高法院 Grokster 案判決 545 U.S. 913 (2005)，依 SONY 案(Sony Corp. v. Universal Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984); Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417, 104 S.Ct. 774 (1984))，散布一商業產品會構成第二層侵權責任(secondary liability)，最高法院認為巡迴法院錯誤解讀 SONY 案，巡迴法院認為當產品具實質非侵權的用途(substantial non-infringing use)時，即使實際上顯示其目的是在侵害，散布者也不須為第三者之侵害行為負輔助侵害責任，最高法院則認為 SONY 案並未忽視促成侵害的意圖，也未排除普通法上衍生的責任法則，當產品的本質就是作侵害之用，且以行為表明是在促成侵權，則仍應負責。
http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf;
<http://www.copyright.gov/docs/mgm/StatesAG.pdf>.



即明)，此密切之關聯，牽動刑法上之可歸責要件，才導出違反著作權法之結論。

P2P 業者因為收費所以管理上必須有相當之掌控，此種掌控所形成密切之關聯包括：提供軟體版本、註冊(會員登錄)、收費、有驗證主機驗證會員身分及有無繳費、藉 index server 或 peerlist 查詢搜尋、提供傳輸/監控/傳輸中斷輔助、有能力修改軟體原始碼、平台主機須與提供給會員之客戶端軟體溝通、因知悉身份才能操控下載(沒付費就拒絕下載)，對於會員之侵權行為可得知悉、有能力終止使用者帳戶、可強制使用者升級(即強制會員更新軟體)、有阻止侵權者 access 能力、提供各類排行榜、以大量廣告鼓勵用戶下載侵權。

況業者如有能力過濾，能於其提供給會員之客戶端軟體，對侵權歌曲有過濾功能，藉驗證主機於驗證時強制會員更新被告軟體版本，令其使用過濾功能之新軟體，以禁止侵權檔案之交換，有能力以有效過濾機制達管控目的。且如關閉該網站會員即無法連上網站，不能進行搜尋及下載檔案、有管控能力，使用者搜尋、下載前後都需與主機伺服器連繫，在會員之交換服務中，居操盤者角色，主導全局全程操控²⁸。簡言之，

²⁸ ezPeer/KURO 對於犯罪實現全程操控之支配力包括：

1. 被告提供之 ezPeer/KURO 服務作業系統，包含伺服器端軟體、客戶端軟體、驗證主機、網頁主機、索引伺服器主機等，環環相扣，缺一不可。客戶端軟體不能脫離伺服器端軟體獨立運作。會員必須經過身份及收費驗證，此係 ezPeer/KURO 與其他不收費之平台最大之差異。因為要收費，其操控性格最強。
2. 若關閉被告之網站或其驗證主機，會員即無法登入被告之系統，亦不能搜尋或從驗證主機取得檔案下載連結之 IP 位址(ezPeer 主機提供會員 IP 表列 Peerlist·KURO 提供當檔名索引伺服器主機)，故會員僅憑該客戶端軟體，乃完全無法發動任何搜尋及下載之功能(此與 KaZaA、Grokster 迥然不同)。
3. 被告之主機對客戶端維持絕對之操控力，在會員與 ezPeer/KURO 維持連線之狀態下，主機可隨時終止或開啟使用者進行檔案下載傳輸之權限。
4. 於會員下載中斷時 ezPeer/KURO 為其接續傳輸，完成下載(移花接木功能)，此乃係被告支配不法構成要件實現之行為。
5. 為增加交換，ezPeer/KURO 將會員電腦檔案自動設定為分享，下載之檔案亦設定為放在分享夾；會員如不想分享，須重新設定或移除檔案(第二次登入才生效)，此乃 ezPeer/KURO 支配、促成會員交換非法檔案之手段。
6. 被告網站設有「線上客服」諮詢之服務，即時與會員進行溝通與互動，教導會員如何利用其網站，其網頁並且提供各種最新有著作權之歌曲及電影資訊，讓會員可以直接點選。



P2P 業者係提供一侵權之整體機制(integrated service)，最後萬事具備由使用者 click 即完成侵權行為，故被告係直接參與之共同正犯，刑法上才須負責！

利用 BitTorrent 及 eMule 網路科技傳輸檔案之著作權爭議

BT/eMule 軟體傳輸特性

BT (bittorrent)技術早已席捲網路之電影下載，eMule/BT 和傳統的 P2P 軟體最大的差異，在於傳統 P2P user 將自己電腦當成 server，提供他人直接從自己電腦下載供分享的檔案。此時若同時有許多人下載，就會因頻寬限制使速度變緩慢。但 eMule 或 BT 軟體採分散式設計，其先將檔案分割為片段，然後讓使用者從不同電腦下載相關片段，於下載完畢時，由軟體組合成一完整檔案。由於此等軟體的設計特點，是使每個使用者在利用此軟體下載他人著作的同時，又同時支援他人下載檔案，係多點對多點傳輸效果，形成「下載的人越多，速度越快」的網路特色²⁹。

一個完整檔案之持有者欲分享其檔案時，先利用 BT 用戶端軟體，透過 BitTorrent Tracker，製作出該檔案之索引檔 (metainfo file)，即副檔名為 .torrent 之檔案，此文件檔係一種識別資訊，稱為種子(seed)，再

7. 會員縱因未繳月費而無法藉由被告之系統下載他人之檔案，然而只要其已登入被告之系統，其電腦資料夾之特定檔案仍隨時處於可被其他會員進行下載與傳輸之狀態，而仍可作為被告開放予其他會員進行下載之檔案來源。

簡言之，ezPeer/KURO 機制的四個觀念，合起來就是整個機制彼此依存相關，即第一，事前要驗證，第二，事上要提供檔名索引伺服器 index server 或客戶端 IP 列表 (Peerlist)；第三，事後會作監控下載；第四，最後的目的就是伺服器主機可透過事前、事中、事後的操控達到確實收費的目的。

²⁹ 參陳宜凡、游象甫、曾黎明、白淳元，應用於 Bit Torrent 之通透快取機制，<http://dspace.lib.fcu.edu.tw:8080/dspace/bitstream/2377/1148/1/ce07ncs002006000037.pdf>, visited Nov. 17, 2006；另參 94 年 5 月 24 日智慧局所召開防制利用 P2P 傳輸軟體侵害著作權會議，該次會議紀錄連穎科技公司李信穎總經理就 eMule/eDonkey/BT 傳輸軟體運作技術之說明及與會之討論。



將此種子檔案以電子郵件、網路論壇或其他方式發布(亦可在 Google 上抓)。讓別人拿到種子將種子放到 BT 下載，傳輸過程中 BT 會被迫強制分享，愈多人參與傳輸速度愈快³⁰。由於用 BT 傳輸可完整下載一整部電影，所以很多人做網路分享。其特性為下載同時也支援別人下載，會構成公開傳輸行為。

依智慧局見解，如民眾利用 BT 軟體，使用者任意自網路下載圖檔或影片等著作，因該軟體之特性在於下載的同時可支援別人下載，故任何下載（即重製行為）動作可同時構成傳輸（即公開傳輸行為），雖然此種傳輸動作並非民眾所能控制，且每個人實際上可能只傳輸著作之一部分，惟此種以多數人共同完成之公開傳輸行為，仍屬一個共同公開傳輸他人著作之行為，如權利人依法告訴，該多數人均有共同負擔法律責任之可能性。BT 傳輸雖不是以架設網站供人大量下載之侵害方式，惟此等網路上之重製與公開傳輸行為，成立合理使用之空間相當有限，仍會造成侵害著作權人重製權及公開傳輸權³¹。

「捷克論壇」與「遊戲規則網路免費資源論壇」遭搜扣

我國保護智慧財產權大隊曾掃蕩涉嫌非法提供 BT 軟體下載電影音樂的網站或論壇，保智大隊第三中隊於 95 年 8 月中旬接獲檢舉「捷克論壇」(<http://www.jkforum.net/index.php>)，非法提供約二百多部當紅未上映及院線電影供上萬會員下載觀賞，保智大隊高雄分隊、刑事警察局偵八隊及金門縣警察局刑事警察隊員警於 95 年 9 月 15 日至金門縣，持金門地方法院搜索票至金門縣民宅，當場查獲黃姓犯嫌乙名，並查扣供

³⁰ 同前註

³¹ 請參見智慧局「利用 BT、Emule 等 P2P（點對點）傳輸軟體下載及上傳他人著作法律效果之說明」，http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book_47.asp。



犯罪所用之電腦主機伺服器等相關事證³²。

另，保智大隊三中隊高雄分隊於 95 年 9 月中旬接獲檢舉「遊戲規則網路免費資源論壇」網站(<http://gamerule.no-ip.com/bbsindex.asp>)，上網追查發現該網站為以 BT 種子交流程式收攬會員，提供會員下載、交流各式非法授權之音樂、院線電影、程式軟體、遊戲軟體等侵權物品，會員人數眾多，該論壇網站專提供當紅院線電影，供不特定網友前往下載觀賞，侵權事實嚴重案情重大，高雄分隊員警於 10 月 4 日持搜索票至高雄市民宅，查獲洪姓犯嫌，並於現場查扣電腦主機及不法侵權事證³³。

以上二案皆依違反著作權法第 91、92 條移送板橋及高雄地檢署偵辦。

台灣論壇網 BT 侵權案

上述「捷克論壇」與「遊戲規則網路免費資源論壇」，並非我國司法查扣之始作俑者，台灣第一件 BT 侵權案，係財團法人電影及錄影著作保護基金會(MPA)，於 2005 年九月底向刑事局偵九隊檢舉，指知名軟體網站「台灣論壇網」(<http://www.twbbs.net.tw/>)內，架設「電影世界」及「BT 下載站」，提供 BT 軟體收集「種子」，讓網友無限下載，供會員上傳及下載，線上收看盜版而來的最新院線電影檔案，全案目前

³² 黃嫌係 74 年次大專學生，成立國內人氣指數漸擴展中之「捷克論壇」，每日最高同時上線人數曾高達上仟餘人，該網站成立一年，現已有 9 萬 3 千多名會員，該論壇網站專提供當紅院線電影，如「神鬼奇航 2」、「怪怪屋」、「達文西密碼」、「一公升的眼淚電影版」等供不特定網友前往下載觀賞，侵權市值達二億九千萬元以上，參 <http://vbb.twftp.org/showthread.php?t=9758>;
<http://www.tnews.com.tw/07/PoliceFJIcon1.asp?number=7852>。

³³ 該論壇非法提供約一百多部當紅未上映及院線電影供上萬會員下載觀賞，洪嫌為 59 年次電腦工程師，經營模式是以提供平台鼓勵會員主動進站發布文章或分享資源，總發表帖子數約 58 萬 3 千多篇，每日平均發帖量約 2 千篇，每日最高同時上線人數高達上仟餘人，且該網站成立 4 年之久，現已有 4 萬多名會員，智慧局提供保護智慧財產權警察大隊、刑事警察局新聞參考資料，http://www.tipo.gov.tw/eng/press/ne20060915_2.asp, last visited 10/26 2006，參 <http://tnews.cc/07/newscon1.asp?number=7927> last visited 10/26 2006。



由士林地檢署偵辦中³⁴。檢警查扣網站，將網路管理員帶回偵訊，嫌犯將犯行推給大陸網管，警方找出其供下載的種子檔案，嫌犯推稱是下載來未砍掉的檔案，警方認其已涉及重製及公開傳輸的非法侵權行為，目前仍由士林地檢署偵辦中³⁵。

美國 EliteTorrents.org 網站 BT 侵權案件

其實，關於 eMule/BT 傳輸軟體之著作權案例，以雷厲風行法律行動大肆掃蕩者，首推美國聯邦調查局 FBI 以及 Immigration and Customs Enforcement (ICE) Homeland Security 網路犯罪組等單位，於 2005 年 5 月針對一家 EliteTorrents.org 網站，發出十張搜索票進行搜索以刑事執行令 criminal enforcement action 強制其關閉³⁶；該 EliteTorrents 網站吸引超過 133,000 會員，幫助促成在數量上超過 17,800 筆有關的電影和軟體非法侵權，而其供網友非法下載的次數，亦達二百多萬次以上，除了十張搜索票之外，聯邦調查局還將其主要提供檔案交換的伺服器予以控管，上述美國司法機關的行動，很明顯的是要將該網站關閉，以最有效之雷霆掃蕩 (crackdown) 手法，遏止這些網路上的非法侵權行為，將網路上 BT 的侵權完全以實體世界之竊盜行為等價其觀並大力打擊，由聯邦執法單位針對 P2P 相關著作權侵權者，Operation D-Elite 及 Elite Torrents 網站行政人員和著作權內容之 "first providers" 供應者等予以取締³⁷。

全球首宗 BT 傳輸之香港「古惑天皇」案

而全世界第一件 BT 軟體之著作權案例，首推香港「古惑天皇」案，

³⁴ 請參 2005 年 12 月 27 日中國時報第 18 版報導。

³⁵ 全球第二例 我首宗 BT 侵權案 分享電影檔案台灣論壇遭法辦，中時電子報，陳佳鑫，Posted in 網路資訊 by ciffel on the 12 18, 2005 <http://ciffel.kourge.net/blog/>

³⁶ Department of Justice, First Criminal Enforcement Against BitTorrent Network Users, <http://www.crime-research.org/news/27.05.2005/1263/>

³⁷ First Criminal Enforcement Against BitTorrent Network Users, <http://www.crime-research.org/news/27.05.2005/1263/>。



香港海關從 2004 年底派員鎖定網路盜版傳送行為，於 2005 年偵破 BT 網路盜版周星馳主演「功夫」影片，香港政府號稱是全球首宗偵破的網路非法分享案，BT「古惑天皇」陳乃明被控以 BT 點對點(P2P)方式，利用 BT 技術，上載 3 齣侵權電影《夜魔俠》、《選美俏臥底》和《宇宙深慌》，供網友下載，在網上分發侵權電影檔案罪名成立³⁸，2005 年 10 月香港法院判決散布 BT 種子的三名被告違反香港版權條例，應負刑事責任。香港法院甫判處陳乃明，以時下流行的變態軟體 BitTorrent 在網路上分享電影檔案，被判刑三個月，成為全球首宗 B T 侵犯著作權案件³⁹。

BT 傳輸軟體於我國實務上衍生之著作權問題

針對 eMule 以及 BT 之傳輸軟體，在實務上所衍生出來的著作權問題，即利用 BT 在網路上下載或交換他人著作，使用者如何構成著作權之侵害；其次，論壇提供 BT 軟體讓網友下載，是否應負著作權侵害責任，尤其如論壇和平台經營業者 Kuro 在經營操作面存有相當差異時，法律上如何評價？以下就 BT 傳輸軟體各相關當事人可能之著作權侵害責任提出分析。

³⁸ 屯門裁判法院法官麥健濤判刑時指出，被告陳乃明做種子分發的行為等同出售翻版電影。這首宗 BT 侵權案，需判阻嚇性刑罰，判他每項侵犯版權罪名入獄 3 個月，同期執行。法例規定，觸犯《版權條例》第 528 章 118 條，一經定罪，最高刑罰為入獄 4 年，及每份侵犯版權複製品罰款 5 萬元。
http://www.898.com.hk/news_vw.asp?epgID=1261, last visited on Nov. 17, 2007。

³⁹ 陳乃明去年底被判監三個月後，2005 年 9 月 26 日向法院上訴，法官押後宣判，以網名「古惑天皇」的陳乃明 2005 年被控 3 項違反《版權條例》罪名，同年十一月被判監三個月，但他一直獲准保釋，向法院上訴，法官押後宣判。陳乃明上訴的原因有兩個論點，第一是控罪中所謂未獲授權的複印品(copy)應該指實物，例如紙和文件，但他提供的是數碼資料，不能視作侵權版本；第二點是他把檔案放在網上供他人下載，並非發布，他只是把它放上網，角色是被動，人家是主動下載，他只是授權他人下載而非發布。律政司指出，條例立法原意已經包括網上侵權，法官押後宣判，<http://www.web4share.com/archiver/?tid-139731.html>, last visited on Nov. 17, 2007。另外，陳乃明較早前否認 3 項有關《版權條例》的控罪，7 月 26 日被加控另外 3 項「不誠實意圖而取用電腦」的交替控罪。請參
http://www.898.com.hk/news_vw.asp?epgID=1199, last visited on Nov. 17, 2006。



使用人方面著作權責任

第一位 BT 傳輸者著作權責任

首先當然是 user 的部分，這裡馬上會牽涉到的就是第一個將種子擺到網路上的人（first seed provider），基本上，要在網路上提供他人共享（即在網路上公開傳輸提供他人），這位始作俑者就必須透過機器的輔助，將其想要傳輸出去的電影或音樂，複製在他的電腦中，然後再將 BT 的種子散佈出去，此又構成網路公開傳輸，但是他之所以可提供公開傳輸，當然他必須先在他的電腦裡面，有這部電影或音樂，要作到這個地步，當然就牽涉到重製的動作。著作權法第三條第一項第五款規定，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。

所以這位 first provider 基本上構成重製，但構成重製，是否立即構成著作權法之違反，又必須面臨合理使用之檢驗！問題是重製一整部電影，可否主張合理使用？著作權法第五十一條規定，供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。由於五十一條並未抹殺全部重製的空間（例如一整首歌或一整篇文章），所以重製一整部電影似仍可能有機會構成合理使用；但如果是重製數十部電影，則合理範圍之建構相對言有其困難。

其次，此位 first provider 將電影或音樂檔案透過 BT 之傳輸軟體，置於 Cyberspace 中供網友可公開傳輸該電影或音樂，這始作俑者會涉及著作權法中公開傳輸之違反，著作權法第三條第一項第十款規定，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。依立法理由說明，此處向公眾提供，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態為已足，是將電影或音樂檔案擺在網路上可得讓人以 BT 軟體來抓取即已構成公開傳輸，因其已放在供不特定人來看或聽的一個狀態或環境 (making available)。



接下來，當然也必須探討 BT 公開傳輸有無合理使用之空間，因為對歌曲或電影如未取得授權就擺在網路上供他人使用，理論上有侵犯別人著作權的問題，這時可否主張合理使用？當然要回歸著作權法第六十五條界定之四項原則，基本上擷取有限之量，較易抗辯屬合理範圍，但針對 BT 公開傳輸的部分，要主張合理使用在法律上似有所困難，因放在網路供人分享，讓不特定的人下載觀賞聆聽，浩瀚網海中有廣大不特定的多數人可以去聽到或看到歌曲或電影，這時可得公開傳輸的量相對言太大，依利用結果對著作潛在市場與現在價值影響過鉅(即市場替代效果)，要主張公開傳輸的合理使用，理論上即有相當困難，不過仍待司法實際個案來認定。

後繼之 BT 傳輸者著作權責任

這裡的後繼傳輸者指的是，他已經透過 BT 的軟體將他人享有著作權的電影或音樂，抓到自己的電腦中，這個地方必須特別強調的是，BT 軟體雖然也是 P2P 的一種應用，但他的特點就是在某一網路使用者下載該電影或音樂檔案的同時，他也必須被迫提供給他人分享或下載。

基本上，在該後繼之網路使用者，進行重製或下載動作時，由於 BT 軟體預設之功能，這個網友同時就提供了公開傳輸，因為如上所述，BT 傳輸軟體係多點對多點傳輸效果，其設計特點是每個使用者在利用軟體下載他人著作同時，又同時提供檔案供他人下載，這裡從法律的角度而言，會牽涉到說他是否知情，因為網友在實務的案件中，對於後繼傳輸的網友而言，是否可以抗辯他對於 BT 軟體的設計並無所認知？

此吾人可比較 P2P 相關 EzPeer 及 Kuro 案件中，網友也曾作出不知悉抗辯，其在使用 P2P 軟體時，該軟體本身就提供了可直接傳輸的功能（而如果不要提供他人傳輸，還必須另外作一個移除的動作，以避免該檔案資料夾內的歌曲，會被 P2P 軟體自動的功能提供公開傳輸的效果），但從 Kuro 台北地方法院的判決來看，法院認為在 P2P 軟體操作的過程當中，使用者是可以有機會知道其是否要將下載後的檔案再提供給他人。



換言之，使用者的確可依不同的指示來決定他是否要提供傳輸，而且，在安裝 P2P 軟體的過程中，也的確有機會讓使用者決定是否傳輸；但在 BT 傳輸軟體的過程中，就和上述 Kuro 的 P2P 軟體有所差異，因此此時使用者的責任，就必須要著重在他對於 BT 這種下載時同時支援傳輸的功能有無認知，而這個部分的确是與 Kuro 案件在軟體安裝的機制當中，明顯的可以讓使用者可以作一個選擇有所不同，因此在司法實務的個案中，如果後繼使用者坦承瞭解此種 BT 傳輸之功能，當然比較沒有問題。

但對於矢口否認或實際上真的不清楚 BT 傳輸軟體之 user 而言，在個案中就必須要透過其它的證據，來建構其明知或可得而知（即所謂的未必故意或間接故意），例如，此時電影或唱片之權利人可能會主張，在使用者下載的過程當中，電腦螢幕上同時會顯示下載及上傳，例如 20kb/s 的速度進行，因此，很明顯的除了下載的字眼之外，上傳同時也在螢幕上清楚的顯現無疑，因此後繼的使用者很難諉為不知，不過，這個部分仍必須由實際之個案予以認定，如果證據可以支持，後繼之使用者即會構成一行為同時觸犯了著作權重製與公開傳輸之違反。

BT 論壇提供者著作權責任

由前述可知，不論是第一個種子提供者或後繼之使用者，都可能將 BT 種子上傳到論壇提供一個指引，讓其他網路使用者知道如何到該提供者的電腦內抓取檔案，因此這時論壇到底扮演什麼樣的角色？在法律上面又具有什麼樣的責任？就此點言，欲取締 BT 論壇，馬上面臨的法律問題就是，論壇本身的性質為何？它的經營型態以及提供他人造成侵權之可能的法律可歸責性為何等等？

專以提供 BT 之論壇或網站型態

首先要看的是，在網路上有一些論壇或網站，提供 BT 來供他人下載音樂及電影，通常這種論壇或網站，其內容全部或是大部分都是這種鼓勵或引誘他人侵權性質的平台。



非專以提供 BT 之一般論壇或網站型態

就一般而言，論壇是提供網友各類資訊，並提供網友發表意見之園地，將信息在網路上以電子佈告方式傳送，亦即各個論壇可按照使用者不同的偏好並設計不同的主題和佈告欄，供網友直接即時的在論壇內提供看法，並進行即時的互動。至於目前在台灣訴訟目前繫屬中的台灣論壇網案件，當案發時，該網站係如何的呈現目前已不可知，但吾人如以現在台灣論壇網為例⁴⁰，可以看出它提供了論壇家族、精華文章、知識文獻、議論紛紛、熱門討論及網站合作等等數個大項，然後再輔以發燒話題、個人秘書、風雲人物、創造文章……等多項可讓網友點擊進去觀看的各項資訊與內容。

此時，吾人假設縱使有網友將某電影之 BT 種子放在其中一欄供網友點選，基本上這種網站的性質，與我國法院所判 KURO 案的性質，可能大異其趣！由於當初網站實際呈現的狀況目前地檢署正偵辦中，吾人無法知其梗概，但如從一般觀念而言，法律上要判斷的是，這個網站本身究竟有無在網站內藉某種明確的表達，或是採取某些積極的步驟，來促成 BT 的侵權，甚至有無用相當的鼓勵促使 BT 的侵權，譬如說透過網站內的廣告，或是其它鼓動網友去下載 BT 種子達到著作權侵權的情形。

簡言之，KURO 之所以會被法院認定有罪，就在其網站內採積極的措施或鼓勵廣告等行為所導致；反之，如網站內只單純的提供 BT 種子的連結下載，而網站內沒有所謂的積極措施或鼓勵廣告行為等，或其它具有誘因性獎勵性質的措施或行為，只是單純將 BT 種子以陽春的方式放在那提供使用，此時依前述台北地院 KURO 案以及美國最高法院 Grokster 案判決的精神，認定其具有侵權之行為，即有其困難。不過這個只是一般的原則，仍必須依個案案件事實作進一步的分析，由於目前台灣論壇網案件尚未經起訴，故尚難論斷其該具體個案之違法與否。

⁴⁰ <http://www.twtalk.com/>。



因此，架設論壇之經營者，實際上與上述經營 P2P 平台業者如 Kuro 等型態業者，不論是在性質上及經營層面言，可能有相當之差異，很多論壇本身就不是商業化的經營，而最常看到論壇內提供 BT 軟體的種子，可能是置於論壇內各版面之下(如電影版)，讓網路使用者很快知道它是某部電影的種子，讓網友下載該種子後，循線達到按圖索驥，找到提供該電影音樂檔案之其它網友，這部分當然要由實際個案的論壇來觀察。

基本上，專以提供 BT 侵權之論壇型態，依我國 KURO 及美國 Grokster 案認定原則，若論壇內完全以侵權為目的，經營模式是以提供平台鼓勵會員主動進站發布 BT 分享資源，充斥各種 BT 種子以供人交流非法下載傳輸有著作權影音產品，其觸犯著作權而應負責，較無疑義，此處不擬討論此種較 low-end 型態；但一般提供 BT 之論壇，縱使提供了種子，但在它的經營層面上，可能與 Kuro 案件中之平台業者在運作及經營上有若干之差異，因為以 Kuro 案而言，在其網站中它提供了各式各樣鼓勵、促銷公開傳輸，讓網友享有各式各樣優惠方案、資訊提供等等⁴¹，如果一般論壇沒有提供這些相關的鼓勵機制或優惠方案，而單純只是種子的提供，這個時候其法律責任在實務上極可能與上述 Kuro 等案件無法立即等價齊觀，針對這個部分，可以民刑事二方面來觀察及瞭解。

非專以提供 BT 之一般論壇或網站刑事方面責任

論壇的經營者，對於網友在其版面上放置的資訊或訊息，理論上與一般純粹的 IAP 不一樣，基本上他都可以看到、且知道，且可以管理，但是針對這個種子而言，縱使論壇經營者知道它是一部電影檔案的種子，這時法律上是否就賦予該論壇經營者有去監督或禁止其流通之義務，這個部分與上述 Kuro 案最大的不同在於，在 Kuro 所提供的 P2P

⁴¹ 詳參臺北地院 Kuro 案 92 年度訴字第 2146 號判決
<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。



平台機制當中，所有網友都可在 Kuro 所提供軟體及網站上達到下載或傳輸的目的。

換言之，所有的著作權違反行為，都可透過 Kuro 的網站內及其軟體完成，侵犯著作權的場地就是 Kuro 的軟體及網站，這也是為何台北地方法院判 Kuro 有刑事責任的地方；但論壇與 Kuro 不同的地方是，網友在該論壇內拿到了該電影檔案的種子後，並不是在該論壇內就進行電影檔案的傳輸，換句話說他侵犯著作權的場地，並不是在論壇內。

其次，論壇也可能不會像 Kuro 平台提供這麼多的廣告及相關訊息，但論壇裡面也可能提供 BT 軟體，此時問題在於，單純只提供種子或連結，論壇或許不會如美國 Grokster 案或 Kuro 案負較重的法律責任，但論壇當中不但有種子或連結，還提供了下載及傳輸軟體，此時是否就讓論壇的法律責任因此產生或加重，但必須注意的是，這些種子連結或供傳輸的軟體，不見得是論壇本身所直接提供（此時即與 Kuro 係自行提供軟體有所不同），也就是說，不論是種子或連結，還是相關傳輸之軟體，很多都是網友自己貼在論壇上，而且是由不同的網友所各自提供。

因此，在這種情況下，就會牽涉到論壇需不需要為提供這些種子或軟體的人，在法律上負監督或移除的義務？而縱使有此義務，是否他就會變成是必須負擔刑事責任？吾人可以再以 Kuro 案作為參考，論壇所扮演的角色，Kuro 在這個地方將大異其趣，因為 Kuro 的網站提供了一「整體犯罪服務機制」⁴²，而一般論壇可能則不然，此時如立即要認定論壇應負侵犯著作權之刑事責任，恐怕無法立即得到一個肯定的答案，除非在個案當中，針對論壇經營者所提供之一切訊息，以及其明白表達之方式，有類似 Kuro 案或 Grokster 案，那些比較積極明顯的鼓勵/促使

⁴² 向消費者收費之 P2P 業者，管理上須有相當掌控，該種控制會形成密切之關聯，例如提供軟體、註冊登錄、驗證會員身分及有無繳費、藉 index server 搜尋查詢、提供傳輸中斷輔助、可修改軟體碼、平台主機須與提供會員之客戶端軟體溝通、因知悉身份能操控下載(沒付費就拒絕下載)，對會員侵權行為可得知悉、有能力終止使用者帳戶、可強制會員更新軟體、阻止侵權 access、提供各類排行榜、以大量廣告鼓勵用戶下載侵權。



/幫助(encouraging/promoting/facilitating)等行為事實，例如採取廣告或其他積極措施，讓網友利用其論壇或其提供設施侵害他人著作財產權者，否則也很難據以速斷，論壇經營者當然應負刑事責任。

根據上述所討論者，皆為正犯的刑事責任，比照 KURO 或 Grokster 案的原則，在個案事實如難以認定其可構成正犯時，接下去要討論的就是提供種子連結的論壇，是否有所謂幫助犯或教唆犯的問題，此點當然也應由個案事實來認定，當然論壇本身如並沒有所謂教唆、誘使、煽惑等行為，則可能無教唆之問題；至於幫助犯，連結種子單純在論壇內出現，或由他網友提供，並不代表論壇本身就直接有幫助之故意，但如在權利人對該論壇發出警告通知要求移除時，我國目前雖尚無類似於美國 DMCA 著作權法規範，但論壇本身因基於管理者的角色，經通知後如無正當理由而拒絕移除，將來在主觀犯意上，則可能有幫助的問題，總之，這部分都必須按照個案的事實而定，本文僅就基本原則簡析如上。

非專以提供 BT 之一般論壇或網站民事方面責任

通常著作權侵害之民事責任，原則上都是以故意或過失為前提，要建構論壇經營者的故意責任，所面臨的法律問題及困難都與上述刑事的問題相同，也就是說論壇經營者是否有民事侵權的故意，判斷上和前述的原則相似，必須依照經營者之具體行為，在網站上是否有鼓勵、促成 BT 侵權之具體情形來決定，但因為民事責任還有處罰過失，而著作權侵犯之民事責任尚包括過失犯，故就論壇經營者而言，其是否有所謂過失的問題，即成為一個值得探討的法律議題。

換言之，論壇經營者在其網站內由網友提供的 BT 種子，論壇經營者本身，在法律上究竟有無注意義務，基本上這個部分可能有爭議，因如果是 ISP 中的接續服務(access)提供者 (IAP)，它只提供連線接續上網相關之服務，就內容較無監督管理的必要或可能⁴³；但網路論壇經營

⁴³ 請參電信法第八條：「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。以提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容為營業者，電信事業得停止其使用。」



者，性質上比較接近平台（platform）或內容（content）服務提供者（即一般所謂之 IPP 或 ICP），因此針對有 BT 種子出現而導致他人侵犯著作權結果，論壇經營者較 IAP 相對而言有注意的可能性。

關於這部分，雖然法律上並無規範 ICP 或 ITP 有所謂管理監督之責任或義務，但針對 KURO 案判決內涵，網站經營者的確有可能需負一定之注意，更何況實務上如有權利人發警告函要求論壇經營者處理，從發函後經營者自難再諉以不知情或無過失來推託，也就是在接收信函後不作任何處理，其民事上的責任相對言可能較易被建構，不過一切仍須以具體特定之個案事實來作判斷。

追蹤伺服器（Tracker Server）架設者著作權責任

針對追蹤伺服器（Tracker Server），它只是一個網路上的追蹤傳媒，提供網友找到可去下載 BT 的連結，它本身並非如前述論壇網站或平台業者，可以是各網友的電腦伺服器，針對追蹤伺服器架設者本身是否需負著作權之侵權責任，其實在國外前述之 RIAA 以及 MPA 都曾經對 tracker server 提出相關之侵權訴訟⁴⁴，推測其理由，應該是在於除了個別使用 BT 下載軟體非法重製傳輸電影之侵權者外，擬針對 tracker server 也提出控訴其輔助侵害之責任，但依前述 Grokster 案例，美國類似的訴訟針對 tracker server 是否需負輔助侵權，目前仍有爭議，本文迄未檢索到 tracker server 應該負輔助侵權責任之判決，這部分可能有待持續關切研究。

至於在我國 tracker server 的責任，就刑事而言，本文認為其可能涉及之程度將較上述論壇經營者介入之層次為低，除非是有上述所謂之積

⁴⁴ BitTorrent trackers have been frequent targets of raids and shutdowns due to claims of copyright infringement. BitTorrent metfiles do not actually store copyrighted data per se, and thus it is often claimed[citation needed] that BitTorrent trackers, which only store and track the metfiles and usually do not share any potentially copyrighted data, must therefore be legal. Despite this claim, there has been tremendous legal pressure, usually on behalf of the MPAA and RIAA, to shut down numerous BitTorrent trackers. See, BitTorrent, Legal issues, <http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent> last visited on 10/30 2006.



極鼓勵促成或進行廣告等行為，否則欲成立正犯或共同正犯之情形相對為低⁴⁵，不過這部分也必須依個案的事實來認定，我國目前為止尚無 tracker server 被控訴之案件。至於 tracker server 是否會構成低層次之幫助犯，其判斷情形類上述之非專以提供 BT 之一般論壇刑事責任中幫助犯之討論。

BT 所有傳輸都是在使用者端之間進行，伺服器本身並不涉及檔案資料的傳輸，僅涉及提供使用者間的追蹤連結，因此伺服器本身是否違法，尚待商榷。尤有甚者，若將伺服器主機放置於海外，我國法律亦不見得能對其有所效用。目前世界各國政府及刑事單位，皆戮力於查緝 BT 的網站及伺服器，但下載風氣卻從未停息，因為 BT 的「去中心化」，讓業界和執法者無法透過有效方式去打擊⁴⁶。

結語

綜上而言，此類 P2P 爭議案，是橫跨我國著作權與刑法領域，重要之科技法律案例。可以想見的，新興科技或網路的發展，將不斷衍生出各類衝擊著作權之法律案件，誠如美國最高法院 Grokster 案大法官在判決中所述，此類結合網路科技與著作權的案件所呈現的，是要以著作權保護來支持創作，用以鼓勵技術創新(從保護創作者角度---限制利用)；還是藉限縮著作權之侵權責任來促進人類物質文明之發展(從保護使用者角度---鼓勵使用)；這二個長久以來糾葛不清兩極對立之價值觀念，

⁴⁵ 參賴文智，在網路論壇分享種子是否涉及著作權侵害，其認為：「BT 服務器(tracker)並非檔案或下載伺服器，比較像是一個追蹤、確認軟體，BT 種子會指定 BT 服務器進行登記，BT 軟體會向 BT 種子指定的服務器進行連結，並就所有使用相同 BT 種子下載者間進行檔案分段傳輸分配，故單純架設 BT 服務器並未涉及著作重製、公開傳輸或散布等問題。就目前著作權法的規定觀察，因 BT 服務器只是單純接受被指定進行 BT 種子與其他 BT 軟體使用者進行檔案傳輸分配協調事宜，架設 BT 服務器之人無法也不會知悉哪些 BT 種子指定該 BT 服務器提供服務，也不知 BT 種子所指涉的特定檔案是否侵害著作權，故應無著作權侵害的責任。」
<http://tw.myblog.yahoo.com/dickatlaw/article?mid=117&next=116&l=f&fid=12> last visited on 10/30 2006.

⁴⁶ <http://www.freepen.org/eassys/01/2005-06-13.php>



其間衝突與緊張之關係，恐將循環不絕，有極其重大的衝擊與深遠影響，形成科技法律領域亟待解決之重要議題！在爭端進入司法最後一道防線時，僅能有賴法官發揮司法智慧作出與時俱進的判決，來引導人類科技生活達最大福祉！