

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並  
提供他人免費檔案交換軟體以便其在網  
際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



# 以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並 提供他人免費檔案交換軟體以便其在網 際網路中傳輸他人著作之行為的評價

鄧迺騰\*

### 摘要

當網路使用者已普遍的運用檔案交換軟體，來進行數位化音樂與電影的檔案交換時，此時應當如何對網路服務業者（Internet Service Provider）其提供該等交換檔案軟體之行為在著作權法上加以評價，正確的在網路著作權侵害案件中，定義「幫助侵害行為」便是一件重要的議題。本文以此議題在美國近年來重要的三件判決(MP3.com、Napster、Grokster)，分析其中當事人之主張與法院的判決理由、並連同我國新修正之著作權法，來探討該行為應當在新著作權法上應有如何之評價。

### Abstract

Since most Internet users utilize file-sharing software to exchange digitalized copyright-protected works through Internet, it is important to define and evaluate the service offered by Internet Service Providers in our copyright law system. This article intends to introduce 3 leading U.S. cases(MP3.com、Napster、Grokster) therefore we can take advantage of these U.S. courts opinions in analyzing the same behavior happening in our country. Meanwhile this article also take latest revised Taiwan Copyright

---

\*本文作者-浩瀚數位股份有限公司 資深管理師

# 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價



law into consideration so that we can check whether that would reach its feasibility and efficacy.

## 關鍵字

檔案交換軟體、P2P 點對點傳輸行為、著作權侵害、幫助行為、網際網路業者

## Keyword

MP3、Napster、Grokster、Kuro、eDonkey、Emule、P2P、copyright infringement、file-sharing software、Internet Service Provider

## 壹、研究動機：

### 一、概念解釋與問題緣起

隨著「檔案壓縮技術」以及「資料傳輸速度」之提昇，使得「影像檔案」、「聲音檔案」之傳送成為可能，而所謂「檔案壓縮技術」中，就「純聲音檔」的部分而言，目前最被廣為使用者是一種稱作 MP3<sup>1</sup>的技術。其理論是將數位化方式儲存之檔案內容再加以壓縮，在檔案壓縮之後便刪除人類聽覺範圍以外所不能察覺的高頻與低頻部分，所用以減少其在載體中所佔之空間的一種檔案壓縮技術。而對於「影像檔」的部分而言，就是「wav (Window media player)」以及「Realplayer」技術。

在現今的寬頻傳輸環境下，對於以前述技術之方式壓縮後來傳輸「音樂」、「影像」檔案所需要的傳輸時間已大幅縮短，因此提升網路使

<sup>1</sup> MP3 即 (Moving Picture Experts Groups-1 Audio Layer-3) 是一種由電腦以數位化方式儲存並播放聲音之格式，該格式是由 Moving Picture Experts Groups 動態影像團體，一個獨立的工業技術機構在 1987 年制定的第三版檔案壓縮標準，該機構目前針對第二版之技術「MPEG-2」係以「佳能 (Canon)」、「富士通 (Fujitsu)」、「日立 (Hitachi)」以及美商奇異 (GE) 等 16 家科技公司所聯合組成，而制定目前現行通用之數位音樂格式，並針對其各自擁有的相關專利以聯合授權 (patent pool) 之方式統一授權。相關資訊可查詢 [Http://www.mpegla.com](http://www.mpegla.com)。



用者使用網路時，可用以交換彼此所擁有的檔案的動機，而由於網路使用者之間，可以藉著分享各種被著作權法保護的影音資料，故改變了消費者原有的消費方式，所以在消費者減少了對原本著作物的消費支出而以無償、不支付對價之方式取得該等著作之重製物，而造成了原有著作物的著作財產權人龐大的利益損失後，我們就必須重新思考著作權法是否能夠解決前述問題，而這個問題的重點，就在於應當如何界定網路服務提供者（亦即 Internet Service Provider”檔案交換軟體”之提供者以及”檔案交換網站架設者”）其在網路上所提供的服務的行為，是否屬於對真正侵權人的「幫助行為」？亦即能否從源頭來認定其行為是屬於「幫助侵害著作權的違法行為」，因而得以遏阻真正造成最嚴重的侵害著作權的行為。

### 二、研究方法與研究範圍

本文之研究方法是從美國音樂著作、影像著作之著作權人對於網際網路業者及使用者對其著作造成的侵害所提起之三件重要訴訟，從系爭事實來分析「ISP 網路服務提供者」所牽涉到之法律問題，以比較法之方式來檢討我國目前之著作權法在面對相同之問題時，應該為如何之處理。而其中主要的研究範圍，是以”網路使用者”之行為已經成立「直接侵害他人著作權」為前提，把討論的範圍限縮在「網路服務之內容」、「網站架構」、「檔案交換軟體之特性」等這些網路服務業者所提供之服務，是否構成我國刑法上「幫助犯的幫助行為」，而暫不深究「正犯」也就是真正侵權人是否得以主張「合理使用的部分」。

貳、從美國三件主要網路著作權侵害案件，就當事人之抗辯與法院判決來觀察其對「使用網路的主要行為」在著作權法上之評價：

# 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價



## 一、UMG v. MP3.COM<sup>2</sup>案：

### (一) 就事實的部分

- 1、MP3.COM 網站之結構與運作方式：MP3.COM 網站係自行先行出資購買數萬張 CD 並建立 MP3 檔案格式之資料庫。
- 2、本案原告主張被告網站所具有主要二項功能侵害著作權人受到美國著作權法保護的著作權。其系爭之第一項功能是「立即聆聽服務 Instant Listening<sup>3</sup>」，該服務方式乃是使用者從 CD 零售網站購買 CD 時，MP3.COM 透過網路連線方式，使購買者能夠進入 MP3.COM 之資料庫，在其收到自行先前在其他網站所購買的實體 CD 唱片之前，就能夠透過網路可以先行聆聽所購買的唱片的內容。

其提供之第二項功能是「廣播服務 Beam-it」<sup>4</sup>其服務就是讓網路使用者在證明自己係擁有原版唱片人後，能夠隨時透過該網站聽取該網站所提供 MP3 格式之相同音樂。

### (二) 原告起訴主張被告侵害其著作權之理由

原告主張該網站事先以受著作權保護之音樂著作，在未經授權的情況下，該建製 MP3 格式之資料庫的重製行為係侵害其著作權<sup>5</sup>。

---

<sup>2</sup> 本判決是美國南紐約地方法院在 2000 年 6 月對 UMG 等 11 間唱片公司為原告對 mp3.com 網站提起之著作權侵害訴訟之判決。UMG, SONY, WARNER, ARISTA, ATLANTIC, BMG, RCA, CAPITOL, ELEKTRA, INTERSCOPE, SIRE v. MP3.COM, INC., Defendant. 00 Civ. 472 (JSR) September 6, 2000 92 F. Supp. 2d 349, \*; 2000 U.S. Dist. LEXIS 5761, 以下簡稱 UMG v. MP3.COM。

<sup>3</sup> 請參 UMG v. MP3.COM 判決，其原文敘述為「a subscriber must purchase the CD from one of defendant's cooperating online retailers (the "Instant Listening Service")」

<sup>4</sup> 請參 UMG v. MP3.COM，其原文敘述為「a subscriber to MP3.com must "prove" that he already owns the CD version of the recording by inserting his copy of the commercial CD into his computer CD-Rom drive for a few seconds (the "Beam-it Service")」

<sup>5</sup> 請參 UMG v. MP3.COM 判決，其原文敘述為「...without authorization, copied their recordings onto its computer servers...」



### (三) 被告主要的法律上抗辯

被告 MP3.COM 網站主張，透過該網站聆聽系爭受侵害著作之網路使用者，已經先行經過消費市場支付對價。亦即網路使用者所聽取者，係屬於自己已經擁有的 CD 唱片內容，該網站有預先建制一項識別功能<sup>6</sup>，在該網站經過檢視使用者係合法 CD 擁有者且其唱片內的含有合法唱片的識別碼後，方傳送該 CD 唱片之 MP3 格式之檔案予該網路使用者，使其可以在線上聆聽。因此被告網站主張其行為係「空間轉移 ("space shift")」的合理使用「fair use」，因此該重製行為不應被評價為侵害著作權。

### (四) 法院針對該「合理使用之抗辯」部分的判決理由

被告網站所據以提供服務之基礎，在於其係未經原著作權人之許可，而將原著作以 MP3 格式方式重製於其資料庫，該重製動作屬於商業行為且未經授權。此外該行為無法符合美國著作權法評量合理使用的四項標準<sup>7</sup>，因此法院便認為該網站之重製行為係違法的重製行為，而無法以「合理使用的抗辯」來主張免責。

<sup>6</sup> 請參 UMG v. MP3.COM 判決，其原文敘述為「a subscriber to MP3.com must either "prove" that he already owns the CD version of the recording...or must purchase...」

<sup>7</sup> 美國著作權法第 107 條，其標題為「對排他權的限制-合理使用」其係提供一項可主張「合理使用」的四項例示標準，其內容包含但是並不限於(1)利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。(2)著作之性質。(3)、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。(4)、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。其原文為「Section 107 of the Copyright Act provides a non-exhaustive list of fair use factors. These factors include:  
(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;  
(2) the nature of the copyrighted work;  
(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and  
(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.」我國係將此判斷標準規範於著作權法第六十五條第二項 1 到 4 款

# 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在實際網路中傳輸他人著作之行為的評價



## 二、A & M et al. V. NAPSTER 案<sup>8</sup>

### (一)事實部分

本案 Napster 網站其網站結構與運作方式係參考前述 UMG v. MP3.COM 案法院駁回被告「合理使用抗辯」的判決理由，並以此規避前案被告 MP3.COM 網站被判決敗訴之商業方法，因而修改成「只建構封閉式的中央伺服器，並只提供一個「檔案交換介面」( browser interface )」之方式來經營，亦即該 Napster 網站之網路使用者只從該網站下載、安裝免費的 Napster 檔案分享軟體 ( file-sharing software )，網路使用者係在自己的電腦硬碟中，自行建立欲透過該網站和其他網路使用者分享的資料夾 ( hotlist-tool function )，並將該資料夾中之目錄上傳至 Napster 網站的伺服器端而在網頁會顯示為一個使用者目錄 ( user library directories )<sup>9</sup>而該網站運作方式是由該網站提供經註冊後之網路使用者各自上傳之資料夾目錄，並提供網路使用者在目錄區搜尋後的搜尋結果即請求搜尋方所在位置的 IP、擁有該被搜尋資料之被請求方 IP 位置。由於網路使用者向該網站註冊後，係基於該搜尋結果自行建立與被請求方之間的連線而傳輸資料，而並未向該網站下載受美國著作權保護之各式著作權客體，所有的檔案傳輸分享係在各自連上該網站之網路使用者

<sup>8</sup> 本判決是北加州地方法院 2000 年 8 月針對 19 間 美國主要唱片公司為原告對 NAPSTER 網站因其「輔助侵害著作權」之行為而申請「初期禁制令」訴訟所為之判決 A & M、GEFFEN、INTERSCOPE、SONY、MCA、ATLANTIC、ISLAND、MOTOWN、CAPITOL、LA FACE、BMG、RCA、UNIVERSAL、ELEKTRA、ARISTA、SIRE、POLYGRAM、VIRGIN、WARNER Plaintiff(s), v. NAPSTER, JERRY LEIBER, individually、MIKE STOLLER, v. NAPSTER, INC., Defendant(s). 114 F. Supp. 2d 896; 2000 U.S. Dist. LEXIS 11862, August 10, 2000, Decided 以下稱“A & M et al. v. NAPSTER”。

<sup>9</sup> 請參 A & M et al. v. NAPSTER 判決「事實部分」中第 c 部分關於被告網站技術模式之敘述。

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



之間進行，因此稱為「點對點傳送方式 (peer-to-peer)」<sup>10</sup>。

### (二)當事人法律上之抗辯

- 1、原告部分：本案原告起訴主張，該網站明知網路使用者本無獲得著作人之授權來「散佈」、「下載」著作物；該網站之行為仍屬「便利他人散佈、下載」原告受著作權法保護之著作物之行為，係該當「輔助他人侵害著作權之行為 (contributory copyright infringement)」。
- 2、被告網站部分就其所提供之服務行為而言：其認為，客觀上傳輸該等受保護之著作權檔案是在網路使用者之間進行，該網站並未提供該等著作物之數位化後之重製物，故該網站係屬「單純的網路服務提供者 (ISP-Internet Service Provider)」。

### (三)加州北區地方法院針對被告網站之抗辯所做出的判決理由：

本案審理法院針對被告網站所提出之「單純的網路服務提供者 ISP」抗辯，向美國政府請求就該等抗辯所涉及之法條，做出性質上屬於行政單位「判斷餘地」之解釋<sup>11</sup>。該報告書中對此部分的敘述是，依照美國

<sup>10</sup> 請參 A & M et al. v. NAPSTER 判決「事實部分」中第 B 部分關於被告網站商業模式之敘述「...locating servers with MP3 files" by providing a peer-to-peer file-sharing system that allows Napster account holders to conduct relatively sophisticated searches for music files」。此翻譯名稱係參照注解(1)羅明通教授同篇文章第 212 頁之定義。

<sup>11</sup> “Brief for the United States as Amicus Curiae/On Appeal from the United State District Court for the Northern District of California-Nos.00-16401&00-16403”此報告書是美國政府於受本案法院委託後所做出之行政解釋。該報告書之性質依照行政法理，性質上應為專屬行政機關於三權分立原則下，對於具有專業性、技術性之事項所為之「判斷餘地事項」之意見，法院於具體訴訟時對於該等事項必須尊重行政機關之意見。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價

著作權法第 1008 條<sup>12</sup>之規定內容為「製造、進口或散佈數位錄音設備、數位錄音媒介（載體）、類比錄音設備、類比錄音媒介（載體）；或消費者基於非商業目的使用該設備或媒介製作音樂錄製品、或類比音樂錄製品，得以免於侵權訴訟」。

因此網路使用者是否合於該條文後段規定，即其行為是否是基於非商業目的，而使用該等設備不應被評價為「直接侵害著作權」？這部分是「合理使用與否」的問題，我們暫不深究。而判斷 Napster 網站是否符合美國著作權法 1008 條前段之「製造、進口或散佈數位錄音設備、數位錄音媒介（載體）、類比錄音設備、類比錄音媒介（載體）」？以及被告網站是否符合美國著作權法第 512(a)條<sup>13</sup>之單純「網路服務提供者（ISP-Internet Service Provider）」而認為其是單純提供等設備，所以也不需要負擔「間接侵權之責任」？該報告書便是行政單位針對此爭議問題<sup>14</sup>做出行政解釋。

<sup>12</sup> 美國著作權法第 1008 條之規定「製造、進口或散佈數位錄音設備、數位錄音媒介（載體）、類比錄音設備、類比錄音媒介（載體）；或消費者基於非商業目的使用該設備或媒介製作音樂錄製品、或類比音樂錄製品，得以免於侵權訴訟」此條文之增訂係美國國會在累積了諸多判決先例之後，為因應新科技之出現，於 1992 年訂定了家用錄音法（Audio Home Recording Act），其中定有關於應用新科技而侵害著作權之行為規範，亦即其劃分出合法行為與違法行為之界限，此後該法之主要內容，即關於「侵害著作權之免責規定」明文化在一般著作權之法典中而成為美國著作權法新法第 1008 條。

<sup>13</sup> 依美國著作權法 512(a)有關「網路服務提供者（ISP-Internet Service Provider）」所控制、或操作的系統傳輸、發送、或提供連接過程時，如果有暫時性的重製著作物的動作，只要符合下列要件即可免於被控侵害著作權之責：

- (1) 著作物之傳輸是由他人進行而非網路服務提供者 ISP。
- (2) 傳輸發送連接或貯存等程序都是利用自動化技術來進行，而非經過網路服務提供者 ISP 篩選。
- (3) 網路服務提供者 ISP 無從選擇被要求傳輸的檔案內容。
- (4) 進行暫時性重製的動作時，網路服務提供者 ISP 並未做備份的動作，經重製後的著作物通過系統的時間，係屬合理的暫留期間。
- (5) 透過系統傳輸的重製後的著作物的內容並未修改。

因此 Napster 網站便是主張網路使用者之瀏覽器係經由該網站提供，整個 MP3 檔案傳輸過程中，瀏覽器行程系統的一部份，故 Napster 網站是一個合法的網路服務提供者 ISP。

<http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html> last visit in 2003/5/26

<sup>14</sup> 請參照注解 14 的報告書中第 4 頁「Statement of Issues」。



以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



本案的法官參酌該報告書的意見，認為 Napster 的抗辯不成立，因為家用電腦主要用途並非提供錄音之用，硬碟中的資料也包含其他應用程式和資料庫，而不屬於單純的音樂相關設備，既然電腦不是家用錄音法上的錄音設備，則無從藉由適用該條文，來主張直接網路使用者重製錄音著作係適法行為，並進而主張自己不需負擔間接侵權責任。

換句話說關於這個抗辯法院認為 Napster 網站不屬於美國著作權法第 512(a)所述之「單純的網路服務提供者」，Napster 網站是將 MP3 檔案分享者之 IP 位置傳遞給在網際網路上的請求分享檔案者，其請求者與被請求者之連接，透過網際網路進行檔案交換與傳輸，而並非只單純透過 Napster 系統，亦即 Napster 的瀏覽器部分不算是傳輸系統的一部份<sup>15</sup>。

### 三、METRO-GOLDWYN-MAYER et al., v. GROKSTER、Streamcast、Kazaa<sup>16</sup>

#### (一) 網站架構與檔案交換軟體之性質

##### 1. 就本訴被告 Kazaa System 而言：

其與前二案共同者，是其亦免費提供網路使用者欲使用之“檔案交換軟體”，而被告 Kazaa System 公司其自行設計之 Kazaa Media Desktop”檔案交換軟體之原始版最初亦授權另外二個被告 Grokster 網站與 Streamcast 網站使用。該網站設立之初，這三個網站均自身來架設供網路使用者交換檔案之網站，並由自己來負

<sup>15</sup> 於注解 14 的報告書中第 6 頁以下的 Summary of Argument 部分，有關於本案之爭議問題的判斷標準與結果，本案審理法院便本於該結論做出被告就該抗辯的判決理由。

<sup>16</sup> METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC., et al., Plaintiffs, v. GROKSTER, LTD., et al., Defendants. JERRY LEIBER, et al., Plaintiffs, v. CONSUMER EMPOWERMENT BV a/k/a FASTTRACK, et al., Defendants UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA 243 F. Supp. 2d 1073; 2003 U.S. Dist. January 8, 2003 Decided (以下簡稱 MGM V. GROKSTER 之本訴判決) COUNTERCLAIMS 259 F. Supp. 2d 1029; 2003 U.S. Dist April 25, 2003, Decided(以下簡稱 MGM V. GROKSTER 之反訴判決)。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價



責網站之中央伺服器之硬體維護，就因此在軟體之特性在概念上就如同前案 Napster 之系統，對一般使用人而言，其能夠在該網站提供的平台上搜尋並交換檔案，只是此軟體不僅能夠交換 MP3 之聲音檔，其亦能交換影像檔(video files)，應用軟體(software applications)，電子書(e-books)等類型之檔案。

2. 就本訴被告 Grokster 而言：

被告 Grokster 公司最初雖是經由前案另一被告 Kazaa 公司授權使用 K.M.D 軟體，來作為其網站上之檔案交換之工具，但是其本身並沒有該 K.M.D 軟體之原始碼 (source code)，因此無法變更該軟體的使用功能(亦即其無法對網路使用者如何來使用該軟體有支配力)。而在該軟體改版之後與 Napster 網站不同者，是 Grokster 網站並沒有提供一個像 Napster 網站一樣的「網路使用者欲交換檔案的集合目錄」給網路使用者；甚者就「實際發生檔案交換之處所而言，其不僅並未實際發生在該網站中，而是在不同的、隨機變動的、由網路使用者隨意指定的代理伺服器(本判決以 supernode 名之)」中進行，因此網路使用者並非經由 Grokster 網站，來獲得任何的檔案資料或有利於交換檔案之訊息，亦即 Grokster 網站並無法介入大部分的代理伺服器之間的活動，而相反的 Napster 網站是可以介入伺服器的活動<sup>17</sup>。

3. 就本訴被告 StreamCast 的網站結構與軟體功能而言：

被告 StreamCast 的網站最初雖也是經由另一被告 Kazaa 公司授權使用 K.M.D 軟體，來作為其網站上之檔案交換之工具，但是被告 Streamcast 於被起訴之後，立即停止使用「Kazaa Media Desktop」，而另外使用一種免費的、開放原始碼之公共軟體組織 Gnutella network 所開發的新檔案交換軟體「Morpheus」，來讓網

<sup>17</sup> 請參 MGM V. GROKSTER 在反訴判決中事實部份以及 DISCUSSION-a. 部分對 Grokster 公司其網站以及軟體之分析。

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



路使用者用以在其網路上交換各式影音檔案。

Morpheus 軟體的特性是其不僅可以和原先 Streamcast 網站的使用人交換檔案，也可以同時和這個開放原始碼組織之連線使用者進行檔案交換。該公司雖然擁有原始版 Morpheus 軟體的原始碼，而對其功能得加以支配，但是該軟體為一開放原始碼之軟體，在網路上提供任何人下載，並均得加以改寫，因此無法計數的改版後的新 Morpheus 軟體便為任何人所得利用，至此 StreamCast 便對之後的利用新版 Morpheus 軟體進行檔案交換的活動便無法支配，即便其關閉網站亦無法阻止網路使用者之檔案交換行為，因此其架設之網站與提供之軟體無法被評價為幫助侵害著作權之行為<sup>18</sup>。

### (二) 程序部分<sup>19</sup>

本件訴訟一共分為二個階段，本訴之事實背景是原告米高梅電影公司等錄影著作之著作權人，分別對 3 家網際網路服務公司其所架設之網站，並所提供網路使用人用以在網路上交換原告等受著作權保護之著作之「免費檔案交換軟體」違反美國著作權法 17U.S.C.501 而向美國加州中區地方法院聲請簡易判決 (summary judgment)，法院因此二件案件原告相同，且具有將來在本案訴訟中相同之法律爭議，為求「事實發現」的便利故合併審理。

但是本訴被告 StreamCast 網站與 Grokster 網站為恐簡易判決的事實調查對其在之後的本案判決不利，故對本訴原告亦提出反訴 (COUNTERCLAIMS)，而本訴之另一被告 Kazaa BV 網站 (其後改組為 Sharman Networks 網站) 則未加入此一反訴程序。

<sup>18</sup> 請參 MGM V. GROKSTER 在反訴判決中 DISCUSSION - b.部分對 StreamCast 網站以及軟體之分析。

<sup>19</sup> 請參 MGM V. GROKSTER 本訴判決中 II. FACTUAL/PROCEDURAL BACKGROUND 以及反訴判決 II. FACTUAL/PROCEDURAL BACKGROUND。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價



而就當事人之部分，被告是 Grokster 網站、Streamcast 網站、Kazaa BV 網站（這個網站在原告起訴後，便立即為該公司之主要股東轉投資之美國境外公司 Sharman Networks 收購，並將該公司主要資產與該被訴之網站硬體設備之所有權為移轉）

### （三）當事人之主張與抗辯

本訴之程序可分為二部分，其中主要欲探討者<sup>20</sup>是法院就這三個網站所提供之服務，是否構成美國著作權法上「輔助侵權」之行為。本案法院認為本訴之被告必須符合「輔助侵權之法定要件」才能夠為真正網路使用者之直接侵權行為人之行為負責。而對於該等輔助侵權要件之判斷，法院認為被告必須符合（1）對於直接為為侵權行為之行為人的行為主觀上具有「認識」並故意為幫助行為；（2）對於該等行為其客觀上對直接為為侵權行為之行為人的行為有「引誘」、「物質上之幫助」且與侵害結果具有「因果關係」。等二項要求。換句話說就客觀行為的部分，本訴的原告必須要去證明（1）本訴被告「積極的去幫助」未經授權的受著作權法保護之著作物的「散布」；（2）本訴被告網站對該等散布行為，提供「散佈之方法」、「供散佈之設備」這些供判斷的標準與判斷的結果對三個被告而言與前段所述之 Napster 案並無不同。但是與 Napster 案審理的法官在對於前述對主觀要件的「原告舉證責任」的認定標準上，本案法官採取更為嚴格的認定。

就 Kazaa 網站而言，只是單純的來去宣稱被告所研發的軟體可以用來侵害原告之著作權的這種聲明，是不足以作為立論的基礎。因此原告除了針對被告 Grokster 網站與 Streamcast 網站提出與 Napster 案之原告相同的主張之外，另外為符合就本案法官對前述主觀要件的嚴格認定標準，原告指出就被告之一的 Kazaa 網站「當被告一獲知原告對其起訴，

<sup>20</sup> 另外一部分是關於本案法院有無一般管轄權(personal jurisdiction) 事物管轄權(subject matter jurisdiction) 並且本案受理法院是否對當事人而言為一個「不便利之法庭」(forum non conveniens)，本案審理法官認為其有管轄權，而駁回被告關於管轄之抗辯。

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



被告便將其主要資產移轉，這就構成被告對其自身公司就該網站所提供之服務與軟體，已經有鼓勵、幫助他人為侵權行為的主觀上的認識<sup>21</sup>，也就是說被告為主要資產之移轉行為，就等於對「他人違法之幫助行為具有認識」<sup>21</sup>。

但是就被告 Grokster 網站與 Streamcast 網站而言，雖然 Grokster 網站和 StreamCast Networks 網站其個別的檔案交換軟體「FastTrack」、「Morpheus」之功能在概念上和 Napster 案的軟體相同，但是反訴原告等抗辯其檔案交換軟體仍有不同於 Napster 案被告的檔案交換軟體之特性，而必須先在簡易程序當中作出不同的在著作權法上的評價，以便將來在本案訴訟程序中作為事實審理之依據。

因此其主張對於法官在本訴中對於成立輔助侵權責任的要件的判斷不服，而提起反訴抗辯認為「明知」的判斷，必須考量「被告是否有動機及能力去認識直接侵權行為的存在」因此必須就其軟體的功能與網站架構等在主觀要件及客觀要件的判斷上，需與 Napster 案作不同的評價。

(1) 就客觀的幫助行為而言，在 Napster 案中，被告輔助侵權責任的成立是在於：「如果該網站沒有對檔案交換平台以及檔案清單 (sharing-file list) 提供一個整合服務」則網路使用者無法進行檔案交換，因此便無直接侵害他人著作權的可能性。因此前案原告是否能以 Napster 案作為本案審理依據的關鍵就在於：「如果反訴原告 Grokster、Streamcast 關閉了其網站後，網路使用人是否仍然能夠進行檔案之交換？」如果這個答案是肯定的，那麼在客觀上的幫助行為的認定上，被告的檔案交換軟體以及網路平台便與直接侵權人的侵害行為不具有因果關係，而沒有成立輔助侵權的可能。

(2) 就主觀要件而言，本訴原告必須和 Napster 案之原告一樣，舉

<sup>21</sup> 請參 MGM V. GROKSTER 本訴判決在 2. Contributory Infringement 的部分中，法官所作之說明。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價



出被告實際卻有對該等情事認識之證據。而反訴原告舉出 Sony V. Universal 案為例，錄影機的製造者，對於錄影機同時可作為「合法的使用」與「違法的使用」的認識，不可以將之擬制等同於對「直接為侵害他人著作權的行為」具有「相同的認知」。在本案亦為如此，被告之檔案交換軟體也可同時交換「受著作權保護之檔案」或者屬於「不受著作權保護之檔案」，因此對於「輔助侵權的主觀上的認識」必須限於「實質的認識」而不能以「擬制的默示」來加以規範，而這個論點是自 Sony 案、Napster 案以來法院所認可者，前案原告亦不爭執這一論點。就前述要件涵攝到本案事實來看，前案原告如果要援引 Napster 案的原則來作為立論依據，則其必須證明被告 Grokster 網站與 Streamcast 網站（1）有刻意忽視、隱藏為直接侵害他人著作權的網路使用者的「真正姓名」、「IP 來源」（2）該檔案交換平台直接呈現相當數量之受著作權法保護而未經著作權人授權而重製之檔案。反訴原告進而主張，原告只證明「有相當數量的檔案經由該網站來交換，原告亦已對該網站之網路使用者為相當次數之主張著作權侵害的通知，因此逕為主張被告網站對他人侵害著作權之行為具有認識」的這種主張是不足以成立的。

因此如果一個網站「無法認識在該網站內有違法的檔案交換行為」，同時對於「在網路上的檔案交換行為亦無禁止的能力」，則此時便無法該當「輔助侵權的主觀上的認識」，而此時著作權人有無對網路使用者發出「侵害著作權之警示通知」和前述的判斷便無直接關聯<sup>22</sup>。

<sup>22</sup> 請參 MGM V. GROKSTER 反訴判決，在 B. Contributory Infringement 段中，1. Knowledge of Infringing Activity 以及 2. Material Contribution to the Infringing Activity of Another 之分析。



## （四）法院判決結果

本案法官在第二個階段參酌反訴原告就前述「軟體功能」及「網站架構」之聲明後，對於反訴原告這二個真正的「點對點交換軟體」（peer-to-peer file-sharing software）其與本訴原告所據以主張之 Napster 案有截然不同的主觀與客觀之特性，因此本案法官在反訴程序中肯認反訴原告主張，認為本次程序無法適用 Napster 案的判斷原則。

## 參、MP3.COM 案、NAPSTER 案、Grokster 案中的被告 網站之抗辯在我國著作權法上之評價：

### 一、就學理而言：

在依我國相對應之著作權法以及刑法之規定來觀察前，我們也必須如同美國法院的判決一樣，區分「網路使用者」之行為以及「架設網站人」之行為來分別觀察。就我國刑法理論而言，「網路使用者」刑事上是屬於「正犯」，而「架設網站之人」在刑事程序上屬於「從犯（幫助犯）」，而現今的討論是本於正犯已經成立犯罪的前提下，就「幫助犯之幫助行為是否成立」來研究。

我們以國內現今最大的音樂檔案交換網站 Kuro<sup>23</sup>為例，其檔案交換平台亦顯示「網路使用者欲交換檔案之名稱」；其亦提供「以 MP3 檔案壓縮方式違法重製後的檔案所在位置 檔案預定傳輸時間 檔案之大小」等資訊，來便利網路使用者據以完成檔案之搜尋與下載，因此就該網站之架構上是屬於 Napster 網站。而對於其是否可以主張（1）其客觀上「無法監督」與「支配網路使用者之違法檔案交換行為」（2）其主觀上亦對他人違法交換檔案之行為「無從認識」且不具「幫助故意」？而

<sup>23</sup> 此為台灣飛行電子商務股份有限公司所研發之 MP3 檔案分享軟體，其網站功能與美國之 Napster 網站類似，只提供免費檔案分享軟體之下載，網站伺服器只顯示使用者介面並只有計算搜尋結果之功能，而不直接進行著作物之重製。軟體之取得在 <http://www.music.com.tw/>；使用者介面的顯示可見於 <http://www.kuro.com.tw>。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價



在當網路使用者於無法通過「合理使用之檢驗」之阻卻違法事由時，來依照我國刑法第三十條第一項之規定認定 Kuro 網站所提供之服務係為「幫助行為」而成立幫助犯？

在「客觀要件」的判斷上，此時可參酌 Grokster 案的反訴程序中，該法官所提出一個明確的客觀判斷標準可供為參考，亦即「假設現今關閉 Kuro 網站，則廣大的網路使用者是否仍可以繼續進行 MP3 檔案之交換而不受影響？」，就以目前該網站之架構而言，由於所有的 Kuro 網站的會員仍然必須先登入該網站，並且經由該網站所提供之「搜尋目錄」以便得知所欲搜尋的客體的 IP 位置，因此一旦關閉該 Kuro 網站，立即將使所有 Kuro 的使用者無法再進行檔案之交換<sup>24</sup>因此晚見以為該網站對於侵害他人著作權之行為客觀上具有「防止其發生」之支配能力；而就該網站主觀上其是否可以主張「該網站已先對網路使用者公告著作權警示而無從認識渠等有可能進行違法重製檔案之傳輸而不具“幫助故意”」？

晚見以為，「主觀要件」的判斷必須回到 Kuro 網站所提供軟體之特性，亦即該網站之運作基本上仍以 MP3 格式之檔案作為交換之客體，而在我國已經有經過著作權人正式授權之合法音樂著作之 MP3 檔案交換平台後<sup>25</sup>，基本上其他據以再為交換之平台所提供之檔案來源均為違法<sup>26</sup>，此時 Kuro 網站對於「容認該網站會員侵害著作財產權人之重製

<sup>24</sup> 例如近日經過一審判決敗訴之天馬音樂網站就是一個和 Kuro 網站一樣性質的網站，該網站在被強制關閉之後，便無法再為違法 MP3 檔案之交換，關於該判決之分析詳見本文後段之我國實務判決部分。

<sup>25</sup> 唱片業大團結 第一家合法音樂下載平台成立，隸屬年代集團的艾比茲公司，十二月將推出全台第一個合法音樂下載的數位音樂平台「iMUSIC.com.tw」，由十四家唱片公司提供超過五十萬首歌曲。（中央社記者吳素柔 2003 年 11 月 10 日報導）

<sup>26</sup> 此種看法在 Kuro 網站於 2003/11/28 為台灣台北地方法院檢察署檢察官起訴時所採用，詳於後段實務見解之部份說明。



以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



行為已經具有不確定的故意（未必故意）」<sup>27</sup>。

二、就實務見解部分而言：

1、法院的立場：

- (1) 我國法院目前就 ISP 業者的行為已有第一個一審確定判決出現，在本判決出現前最符合本文前提事實原為臺灣臺北地方法院刑事簡易判決九十一年度簡字第一三八號判決<sup>28</sup>。該地方法院判決就「網路使用者從網路下載他人上載分享第三人著作之行為」，其係認為是「違法之重製」。但其並未就「架設網站並提供比對以及搜尋結果」之網站架設人的行為做出著作權法上的評價。
- (2) 該前述判決做成後，台灣台北地方法院於九十二年度易字第一二六一號針對第一代 MP3 網路音樂交換網站做出關於「ISP 業者」其提供軟體並經重製後之音樂在網路上供不特定人下載在著作權法上之評價，該審理法官係認為該網站提供之 MP3 音樂係非取得合法重製物，且被告將搜尋所得之非法重製物再予重製以及上網供人下載之事實當非屬合理使用該著作物之

<sup>27</sup> 惟此乃就 Kuro 網站等與 MP3.com 網站與尚未被合法唱片業者收購前之 Napster 網站具有相同架構之網站而言所得之結論，惟目前對現今大學生更為普遍的檔案交換方式 eMule、eDonkey 等真正的 peer-to-peer 軟體而言，或者是 Kuro 即將進行的軟體升級後所採用之類似 eMule、eDonkey 模式的軟體後，便無法以此種方式來適用著作權法的規定，此將在他段再為詳述。

<sup>28</sup> 依照該判決之內容可知，法官係認為「犯罪人持有空白光碟片」以及「擁有燒錄機」係供預備犯罪之用，因此加以宣告沒收，判決全文請參考司法院網站所公佈之「臺灣臺北地方法院刑事簡易判決九十一年度簡字第一三八號判決」。因此就目前台灣使用電腦人數之密集，以及空白光碟片之產量為世界第一，且燒錄機更是唾手可得的情況下，如何劃分犯罪行為之「預備階段」、「著手實行階段」等之界線，以及「實施搜索的門檻」與「起訴的必要性」等等都將會是另一個重要的課題。

# 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價



情形甚明，而認為被告犯行堪予認定<sup>29</sup>。本判決係針對與美國 MP3.COM 網站相同系統之第一代 MP3 網站所做之第一個我國相關案件之判決，而對於第二代網站目前有二個網站業經檢查機關起訴而尚未判決，此可再為追蹤我國法院是否對此一問題有一確定一致之判斷標準。

## 2、就行政機關對 ISP 業者之立場<sup>30</sup>而言：

使用 Kuro 平台交換 MP3 音樂，除了有前述「下載」重製之情形外，尚包括使用 Kuro 將儲存在電腦中他人享有著作權的著作檔案，提供其他網友下載之「對公眾提供」行為，此係新著作權法所定之「公開傳輸權」之行為，依著作權法規定，除合於合理使用之情形外，仍須取得著作權人的同意或授權，始得為之。因此行政機關只針對重製行為並傳輸行為做出意見，反面推論則仍不認為 Kuro 網路交換平台業者須負擔幫助犯之責任。

## 3、就檢察機關起訴 ISP 業者-Kuro、EZpeer 網站之意見而言

<sup>31</sup>：

前段所舉之國內 Kuro 網站，於民國 92 年 11 月為台北地檢署以與實際進行違法重製他人合法著作物之行為人，並列為「侵害他人著作財產權之共同正犯」起訴，其中檢察官認為就被告 Kuro 網站的部分，其所使用之「點對點連結 (Peer to Peer)」檔案傳輸技術，並非係無集中管理機制之「分散式點對點連結」檔案傳輸技術，而係屬「混合式點對

<sup>29</sup> 請參酌台灣台北地方法院九十二年度易字第一二六一號判決全文中判決理由之第一段司法院裁判書查詢系統 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm> (last visited in 2004/3/21)

<sup>30</sup> 經濟部智慧財產局著作權組於中華民國 92 年 07 月 29 日作出行政函釋「智著字第 0921600565-0」針對「使用 Kuro 平台交換 MP3」是否違反著作權法一案，做出說明。全文請參照 <http://www.ifpi.org.tw/P2P/IP0%20letter%202973.htm>(2003/10/7)

<sup>31</sup> 請參閱 2003/11/28 臺灣臺北地方法院檢察署檢察官起訴書「九十二年度偵字第二一八六五號」起訴書全文。

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在國際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



點連結」檔案傳輸技術<sup>32</sup>，其運作模式係由行為人登入到 ISP 業者之伺服器後，將所欲分享 MP3 格式音樂檔案之演唱者、歌曲、專輯名稱，存放路徑、傳輸埠號、檔案大小及 IP 位址等資訊上傳至該網站所設置集中管理資料庫之「檔名索引伺服器」以建立檔名索引資料庫，供其他所有已連線並經驗證之 Kuro 會員輸入關鍵字詞方式查詢，此一檔名索引伺服器之資料庫則扮演整個重製、下載過程之關鍵媒介角色，告知各 Kuro 會員何處，即另一 Kuro 線上會員之磁碟機特定資料夾中存在搜獲之 MP3 格式音樂檔案，當某一會員確定要從其他會員處重製該 MP3 格式音樂檔案時，兩者之電腦即透過被告 Kuro 公司之「檔名索引伺服器」建立直接 TCP/IP 連線（包括網路卡號碼實體位址、相互連接埠號、同步化訊號、時間標記等），並進行 MP3 格式音樂檔案之傳輸，非有被告飛行網公司之檔名索引伺服器之協助及助成，被告陳佳惠及被告飛行網公司之會員無由知悉其他飛行網會員個人電腦中，所儲存之 MP3 格式音樂檔案名稱、存取路徑及 IP 位址，另被告網站網頁甚至提供下載排行等分類索引，方便會員得以知悉最新上市顯然有著作權之音樂著作物，供上網會員鍵入關鍵字至「檔名索引伺服器」搜尋並下載他連線會員電腦內 MP3 格式之音樂檔案，進一步為會員與他會員已上網電腦間節點建立連線，再實施非法重製、傳輸本件告訴人等享有著作財產權之眾多音樂詞曲著作物，因此檢察官認為被告網站之負責人主觀上不僅可預見此侵害結果之發生而具有直接故意外，且於侵害告訴人等著作財產權之整體犯罪過程中，其行為亦屬不可或缺之關鍵重要角色，應評價為犯罪構成要件之決定性行為，係屬正犯殆無疑義。

### 三、就法制而言：

面對 ISP 業者者便利網路使用者在網路間交換受著作權法保護著作

<sup>32</sup> 關於這個見解，也為台灣士林地方法院檢察署檢察官，針對國內另外一個主要 MP3 交換平台「EZpeer」就同樣犯罪事實中所採認，詳細起訴書全文，請參閱 2003/12/4「臺灣士林地方法院檢察署檢察官起訴書九十一年度偵字第一七八六號」。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

的之「傳輸行為」而言：基於前述之討論，由於網路使用行為的樣態具有多樣性，既有條文的解釋範圍無法涵蓋傳輸行為<sup>33</sup>，因此本次修法一方面修改「公開播送」之定義，另外再增定「公開傳輸權」以期能維護著作人之權利。其規定內容如下

「公開播送：指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」

34

「十、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。」<sup>35</sup>

依本次之立法說明，本款後段所指之情形，只要是達於「處在可得傳輸或接收之狀態為已足，而不以實際有傳輸或接收之行為為必要」的程度便該當於公開傳輸之行為，因此就以我國 K u r o 網站架構之 I S P 業者，其提供「以 MP3 檔案壓縮方式違法重製後的檔案目錄」於供不特定之多數人得以見聞的狀態，不以網路使用人有實際下載或上傳的行為，其行為已獨立該當本款之樣態，而將違反著作人依新修正之著作權法第二十六條之一就「公開傳輸權」之專有權限。不過如同前述，這個結論是特別對 Kuro 網站而言，而對 eMule、eDonkey 等真正的 peer-to-peer 軟體而言，晚見仍不認為會在該等法條涵攝範圍之內。

<sup>33</sup> 本次修法前對於本文所討論的二個主要行為大多以「公開播送」來認定，惟就「公開」二字的其含有對不特定多數人得以共聞共見之含意，是否包含特定人間的檔案傳輸交換行為，學者多有爭論，因此為求明確一方面修改「公開播送」之定義並且另一方面再增定「公開傳輸權」。

<sup>34</sup> 請參照經濟部智慧財產局所公佈之立法院三讀通過新修正著作權法條文第三條第七款

<sup>35</sup> 同前注公告之新修正著作權法條文第三條第十款。

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



### 肆、目前新修正的著作權法能否解決「軟體工業持續發展所造成之相同危害」

#### 一、就檔案分享軟體工業之最新發展而言：

由於美國軟體程式設計師仍然針對 Napster 案之判決不斷的修改「商業模式」以及「技術模式」。如同本文所述國內與 Napster 網站相同功能之網站目前是 Kuro 網站以及 Ezpeer 網站，其提供之軟體與在美國被訴之 Napster 軟體一樣，係具有相同之搜尋功能並且與 Napster 網站相同亦提供所欲搜尋之 MP3 檔案標題內容並該資料擁有人之 IP 位置。

在 Napster 案判決之後，美國軟體工程師為規避 Napster 案法院判決被告網站被判決敗訴之理由，而繼續開發多種新軟體，以規避著作權法之規範，而其效果就在前段所述的 Gorkster 案中可見一般，亦即：

- (1) Gnutella 資源分享軟體系列：其雖係基於網路資源與搜尋之目的所寫成，但是其不提供一個中央伺服器，因此第一部份先規避了 MP3.COM 一案被告敗訴的判決理由，而其第二個欲規避者，即是 Napster 一案被告敗訴之理由，亦即本軟體之原始程式碼 (source code) 係公開於網路上，初版 Gnutella 軟體之設計者公佈所有將來欲升級、除蟲 (de-bug) 等所有相關之資訊，網路上每一個人均得自由下載本軟體，並可為配合自身硬體環境之需要而重新改寫原程式，所有的檔案搜尋結果之提供、分享、傳輸等行為，全部在使用者二端出現、完成，因此網路上每一個使用者都有可能是本軟體之作者，亦即兼有使用者與作者之身分，因此無所謂之軟體提供者也就是說，除非原著作之著作權人能夠攔截網際網路間傳輸之檔案內容，否則將無所謂的「輔助侵權人」存在。其後基於此種不需再架構中央伺服器之建制、搜尋資料結果係直接出現在網路使用者所提供之 IE

# 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價



瀏覽器上，此一「去中心化之網路資源架構( de-centralized )<sup>36</sup>」為該種類型軟體發展之主要方向，而或有相同種類之新版本( new version )，或者是最新的軟體如 eDonkey、Emule 等相繼出現。

## 二、著作權法無法規範新軟體出現後所造成之相同侵害著作權之情形：

eDonkey、Emule 此二種軟體之特點是其除了提供所有多媒體檔案<sup>37</sup>之搜尋與交換，在下載檔案的同時，亦同時使第三人取得其來源位置，亦同時可以在使用者自己的電腦上預覽檔案，而針對 MP3.COM 一案、Napster 一案關於伺服器功能不合於美國著作權法的部分，其在功能上的改進特徵就是是允許「遠端存取」其功能並對之予以管理，Web 伺服器能以 eMule 主機目前的 IP 被任何的瀏覽器開啟其內部，連線到這個 Web 伺服器必須先將 IP 位置及相配合的連接埠輸入在瀏覽器當中，使得這個位置看起來即向是一般的 Web 網址。因此建立使用者建立伺服器之預設值時，只是用來存取網路資源並且使其他的網路使用者知道資源提供者之位置，因此網路使用者是同時兼具使用者端以及伺服器端之角色，網路使用者是下載相同之資源分享軟體後，於自身的電腦一開啟及自動執行搜尋功能，並同時與其他在線上之使用者之電腦相連線，彼此之間自行連結而脫離該伺服器<sup>38</sup>。

關於本文中所提到美國之案例中法院對於 ISP 網路服務的提供者對

<sup>36</sup> 此種不提供中央伺服器之網際網路資源分享方式是和 MP3.COM 一案之被告網站提供之「主從式架構」相區別，故稱為「去中心化」，而 Napster 網站係以實質上不提供侵害著作權內容之下載，而改以形式上只提供有重製物存在之網路使用者的檔案名稱以及 IP 位置故學者有將 Napster 網站分類為「折衷對等分散式之檔案共享架構」。羅明通教授 前揭文 第 220 頁。

<sup>37</sup> 其可支援之檔案有\*.avi/\*.mpg/\*.mpeg/\*.divx/\*.zip/\*.rar/\*.ace 等類型之檔案。

<sup>38</sup> 關於該軟體功能之敘述請參照<http://www.edonkey2000.com/>中之使用者教學說明的部分。

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



於著作權警示義務、網站內容含有具有侵害他人著作權內容的指示，而係與網路直接侵權使用者同被評價為「間接侵權之行為」等法院據以認為被告無法主張「合理使用」原則的理由，對在之後的 Grokster 案中，一方面已經沒有網站之存在；二來前案判例的判斷原則已無法在本案中規範該軟體因而已無法適用，而到了 eDonkey、Emule 等軟體出現後，這種情形更加的明顯，在使用這種軟體進行檔案交換時，由於不再出現「著作物名稱」，因此一般網站的伺服器只能檢測網路使用者傳輸檔案的量的多寡<sup>39</sup>，而無法監控所傳輸之檔案是否含有侵害他人著作權之內容。此時無論美國加州地方法院亦或是第九巡迴上訴法院據以認定被告網站侵權之理由，至此均為軟體工程師所超越；另外就算有直接侵權人為偵查機關所告發起訴，因為用以侵權之工具係為一「開放原始碼軟體」，則仍無從查緝「間接侵權人」或者是「幫助犯」之存在。

### 伍、結論-從法律面來解決？從科技技術層面解決？還是從市場面來著手？

因此對於「藉由網際網路的侵害著作權」這項議題，重點應非從修改著作權法，來增加著作權人專有權限之範圍，我國實務過去是將「公開播放」權作最大範圍之解釋，而現在新著作權法通過後是以增定「公開傳輸權」來過度的保護著作權人的利益。蓋科技進步之力量係永遠超越法律制定之速度，尤其在軟體已進化到 eMule0.22 版的今天，當著作權法仍然無法解決這個問題時，更不應該回過頭來在“刑罰”以及“刑事

<sup>39</sup> 我國目前就此部分的查緝就是以隨機抽樣之方式，在對取樣對象做相當時間監控後，要求交換平台業者提出如電信總局般的通聯紀錄，取得上傳檔案與下載檔案之行為人 IP 位置、登錄電話裝機地址、代客付費地點等當事人基本資料後，向檢察官聲請搜索票逕為搜索，規模不若成大搜索事件，但是卻是以殺雞儆猴之方式將該保全證據之行動連續在新聞媒體公告於各大媒體，以維護著作權人之權益。請參酌 財團法人國際唱片業交流基金會(英文簡稱 IFPI)民國九十二年七月二十二日於搜索並扣押當事人之電腦硬碟後所發之新聞稿  
<http://www.ifpi.org.tw/P2P/0730news.htm>(2003/10/7)該案已經偵查終結並起訴，並將於近日宣判。



訴追程序”上來解決這個違法重製而侵害著作權人權利的問題。亦即晚見認為重點不是因應科技的高度發展來「降低發動搜索之門檻」與改進「進行搜索之方式」<sup>40</sup>，例如以成大 MP3 事件為例，整體社會之人民是否有因檢察機關搜索成大學生宿舍並進而扣押電腦硬碟作為證據並進而起訴之事件，而減少對國內外著作權人的著作權之侵害？著作權人因該著作所得收益是否有因該事件之發生而有所回升<sup>41</sup>？此時所應該思考的是 1、有無其他行政上之管制措施可行？或者是 2、著作權人可否從市場面來維護其權利？晚見以為，對於以「市場機制」的角度而言，係可終局的解決此一問題。

其中就「科技面」的做法是回歸於一個觀念「解鈴還需繫鈴人」亦即「出於科技，歸於科技」，我們可從二方面來觀察。第一個從科技著手的方面就是從 P2P 網路平台直接對“傳輸檔案類型”做一個管制，亦即“直接禁止”\*.mpe \*.ra \*.wma 等類型檔案的傳輸，來從源頭拒絕有侵害他人著作權嫌疑之聲音檔及影像檔之上傳與下載<sup>42</sup>。另外第二個方面就是參考國外唱片產業面對此一問題的解決方案，就是回歸於產業技術，終局地解決這個嚴重的重製問題。例如（1）EMI 唱片公司自 2004 年元月後發行之 CD 唱片均已明白在唱片做一明顯之警示，即「本最新系列之

<sup>40</sup> 學者有針對在目前之科技水準下應該從新檢討刑事訴訟上強制處分之實施，見 王兆鵬教授「重新定義高科技時代下的搜索」月旦法學雜誌 93 期 2003.2 第 166 頁以下。亦即將得搜索之範圍放大到針對個人電腦使用情形之檢測，此舉就必需重新檢視在「刑事訴訟之搜索扣押中的法律保留原則適用」在面對「個人隱私權的維護」與「著作財產權之維護」二者之衝突上應有如何之平衡點。而此時亦應該考慮「訴訟成本之支出」與「所得實質上能達成維護著作人權利」二者之間的輕重權衡。

<sup>41</sup> 對於這二個問題的回答，我們可由該事件出現後之大量輿論與抗議得知，檢警之做法並未收到遏阻之效，亦即一般民眾雖知其為違法行為，然時至今日卻幾乎仍人人為之，此觀現今國內最大的 mp3 數位音樂交換網站“Kuro”以及數位影像檔案交換平台“eDmule/eDonkey 平均上站人數可見分曉，社會大眾並未因該成大事件而稍減其在網路世界中之檔案交換行為。

<sup>42</sup> 惟對於此種方式，就技術層次而言一旦將該等檔案以 Zip 程式加以壓縮並以密碼封包，則仍可規避交換平台以“原始碼”加以管制的方式，並且隨著“檔案壓縮”亦無從以“量的監控”來做監控。



以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價

## 論述



CD 唱盤不保證在電腦上可供讀取，此一著作權保護之措施所造成消費者之不便不構成「物之瑕疵擔保」；例如（2）直接從「智慧財產權管理系統」（如浮水印），或者是就「防盜拷技術」再加以改良等。

一如面對影印機與錄放影機之出現時所面臨的相同課題一樣，著作權法中一定有其窮盡之時，雖然法律到目前為止尚能發揮作用，惟仍能實質上對著作權之財產做最有效率之保護，以 DVD 技術從問世到現在，不就是經過許多年之後，方出現得以複製 DVD 光碟之技術，其二者相距之期間雖然短於從出現雷射唱片到光碟燒錄機的發明的期間，但相對於法律所提供之保護，其仍是較實質的確保了著作權人的權利，因此從科技面進行努力的方式才是最佳解決「違法重製」這個問題的答案<sup>43</sup>。

另外就「商業市場」的商業經營模式而言，以目前美國主要唱片公司的作法，是自行選擇所欲結合的網路公司，在發行新唱片的同時，唱片公司便自行製作該新著作的 MP3 格式的重製物交由該網站予以同步發行，其價格叫賣品為便宜，同時購買之方式也非像傳統上必須購買整張唱片而改以單曲的方式來在網站上進行「數位音樂」之銷售，以近期的新聞報導為例，前有美國唱片業者一方面與大型網際網路業者如「華納美國線上 American-on-line/Waner」合作推行低價位的線上數位音樂的銷售，我國國內亦於九十二年十二月成立之 iMusic 合法 MP3 檔案交換平台之商業模式，以結合專業技術及媒體娛樂資源作基礎，透過策略性整合外來資源，再配合線上金流及線上版權的管理機制，以虛實結合

<sup>43</sup> 以「防盜拷技術」來說，就目前在我國所公開之專利技術為例，針對光碟片之數位內容加以保護的技術大約出現於民國 82 年至 83 年之間，譬如早期之「防複製光碟及其識別裝置與紀錄裝置（台灣專利公告號 309612）」、「光碟之再生裝置及不法拷貝程式停止方法（台灣專利公告號 310421）」等等，雖然前述技術陸續為消費者所破解，但是反制消費者複製行為之技術亦於二年內陸續出現並取得專利，例如民國 87 年之「用以保護數位化紀錄媒體著作權之方法與裝置（台灣專利公告號 408290）」以及最近民國 90 年由本國著名廠商「威盛電子」公司所研發之「資料儲存保密方法（台灣專利公告號 554268）」等等，正由於「科技技術之保護效力與所需花費之時間遠短於法律制定之時程」，因此筆者方才主張「出於科技，歸於科技」為最佳解決方案。

## 論述

以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價



的電子商務模式，來提供唱片公司一個有效的銷售管道，同時為彼此更大的獲利商機，而以每首下載費用暫定為新台幣六至二十五元的商業模式來試圖遏阻違法 MP3 網站之行為<sup>44</sup>。此時當消費者係經過合法的管道，以相對較低的價格取得合法的數位重製物品，而免於受侵害著作權控訴時，自然便不會冒險的進行非法的上傳與下載他人著作，因此拙見以為如從消費者的消費模式上來著手，其亦能改變這個大量違法重製與傳輸的問題。

---

<sup>44</sup> 請參酌註 2 5 之同篇中央社之報導。