

經濟部智慧財產局委託研究專案

網路著作權最新發展趨勢分析

研究報告

計畫主持人：陳家駿律師

協同主持人：馮震宇教授

計畫顧問：吳毅成教授

受託單位

陳家駿律師事務所

台北市民生東路三段 131 號環球商業大樓 5 樓 501 室

Tel: 886-2-2717-2778 Fax: 886-2-2717-7429

中華民國九十九年一月四日

摘要

隨著網路資源共享風氣盛行，新的網路服務出現連帶導致智財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要課題；而隨著科技的進步，新的網路應用展現出不同以往的使用者型態，對於如P2P、網路串流技術(streaming)、部落格(Weblog)、ISP、搜尋引擎(search engine)、科技保護措施(Anti-circumvention of Technological Measures)、Web2.0等科技的迅速發展，衝擊著既有著作權規範；國際網路著作權之保護趨勢，實為我國著作權相關規範與實踐之重要借鏡。

本研究針對目前網路科技利用型態之問題，包括P2P科技（含第3代P2P、eMule、eDonkey/BT bit torrent）之發展、搜尋引擎(search engine)如Google及部落格(blog)等網路科技議題，瞭解網路科技利用方式著作權保護最新發展趨勢；並研析美國科保措施著作權法制規範內涵，包括其所涉及之著作權法相關問題及實務發展。

其次，本研究著重針對美國網路著作權最新發展趨勢之判決實務，如新型態的BT技術應用產生更多複雜的網路著作權侵權案件，且自美聯邦最高法院 MGM v. Grokster & StreamCast (Morpheus) 名案之後，Post Grokster 案例亦值得探討，如 Columbia Pictures Industries v. Valence Media、Columbia Pictures Industries v. Gary Fung、Columbia Pictures Industries v. Ben Fysh、分析美國著名 Viacom v. YouTube/Google; IO Group v. Veoh Networks; Perfect 10 Inc. v. Google、Universal Music Group v. MySpace Google Book Search 等美國司法案例，及科技保護措施之 Chamberlain Group v. Skylink Tech、Ticketmaster v. RMG Technologies、MDY Industries v. Blizzard Entertainment 等重要國外相關司法實務案例，藉以瞭解其著作權法網路新科技發展趨勢之利用。

再者，本研究也針對我國第3代P2P、BT、及部落格(blog)等重要網路著作權實務之案件；同時，也對我國音樂與電影線上服務等著作權司法實務案例進行研究，以瞭解我國現行著作權法是否已足以規範網路新科技之利用。

最後，釐清我國網路科技新利用方式著作權之保護，對我國是否須提修法建議條文，或對我國著作權於網路科技相關問題與實務司法運作進行檢討，俾供主管機關與各界參考。

目錄

第一章 緒論	9
第一節、研究動機與目的	9
壹、與P2P有關司法案例的發展.....	9
貳、與科技保護措施有關司法案例的發展.....	11
第二節、研究計畫目標及內容	12
第二章 網路著作權最新發展趨勢分析研究之問題關聯	13
第一節、部落格與影音分享網站之著作權問題	13
第二節、搜尋引擎之著作權問題	13
第三節、Google 搜尋引擎新聞著作權爭議	15
第四節、科技保護措施之著作權問題	15
第三章 美國科技保護措施案例與豁免條款之分析研究	18
第一節、美國著作物科技保護措施規避禁止條款之新發展與檢討	18
壹、前言.....	18
貳、歷次美國所公佈之科技保護措施例外規定.....	19
參、蘋果 iPhone 所帶來之解碼服務爭議.....	24
肆、對國會圖書館豁免清單的檢討-以蘋果 iPhone 爭議為例.....	25
一、蘋果 iPhone 解碼所引發的爭議.....	25
二、科技保護措施例外規定的判斷原則.....	26
三、蘋果 iPhone 與 Bluwiki.....	31
四、結論.....	33
第二節、關於科技保護措施晚近重要之美國案例	34
壹、Chamberlain Group, Inc v. Skylink Technologies, Inc.....	34
貳、Ticketmaster L. L. C v. RMG Technologies, Inc.	38
參、MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc.....	40
第四章 美國網路著作權最新發展趨勢之實務研究	44
第一節、關於 P2P 點對點系統的美國司法案例	44

壹、Columbia Pictures Industries, Inc., Disney Enterprises, Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Warner Bros. Entertainment, Inc. v. Ben Fysh.	44
第二節、關於 BitTorrent, eDonkey 或 Trackers 的美國司法案例	48
壹、Columbia Pictures Industries, Inc. v. Gary Fung.....	48
一、案例事實..	48
二、本案爭點..	49
1. 伺服器檔案記錄數據(log data)具相關性.....	49
2. 伺服器檔案記錄數據構成電子儲存資訊並可被發現狀態.	49
3. 要求保留及提供伺服器登入資料數據並不同於要求創造新數據.....	50
4. 要求保留伺服器記錄數據之命令是適當的.....	50
5. 要求提供伺服器記錄數據之命令是適當的.....	52
6. 證據性制裁.....	52
第三節、關於下載種子搜尋引擎的網站的美國司法案例	54
壹、Columbia Pictures Inc. v. Valence Media.....	54
一、案例事實.....	54
二、爭點解析.....	54
1. 聯邦民訴法第 34 條之範圍.....	54
2. 法官命令探求事實發現之權力.....	56
3. 有關憲法第五修正案的爭議.....	57
4. 美國聯邦憲法第一修正案的爭議.....	58
5. 國際法的影響 (Impact of International Law)	59
6. 被告對伺服器記錄數據之控制途徑.....	60
第四節、關於圖片搜尋引擎之美國司法案例	61
壹、Perfect 10, Inc. v. Google Inc.	61
一、事實摘要.....	61
二、問題討論.....	62
1. Google 搜尋縮圖的功能是否直接侵害 Perfect 10 著作權 (特別是 Perfect 10 縮圖之公開傳輸權).....	62
2. Google 搜尋縮圖是否符合合理使用? 特別是 Google 搜尋到原圖後對該著作轉化為縮圖加以利用, 是否足以構成合理使用.	63
3. Google 訊框及在線連結是否間接侵害 Perfect 10 的著作	

權？特別是輔助侵權責任是否成立.	66
第五節、關於 Google Book Search 圖書搜尋之美國司法案例	69
壹、Book Search 爭議案相關背景事實.....	69
貳、美國法院對轉化效果的見解.....	70
參、Google 圖書搜尋爭議案和解的過程.....	71
肆、Google 圖書搜尋爭議案和解協議的最新發展.....	73
第六節、關於 DMCA 安全港 Safe-Harbor 系統之美國司法案例	76
壹、IO Group v. Veoh Networks, Inc.....	76
一、涉案之當事人 IO v. Veoh.....	76
二、被控訴之侵權.....	76
三、Veoh 的網站管理政策.....	77
四、上傳影片內容至 veoh.com.....	77
五、法律的分析.....	78
1. 本案是否符合 DMCA 512(c)安全港之要件.....	80
2. 關於快速移除或中斷服務.....	83
3. 結論.....	84
第七節、關於網站下載音樂及影片的美國司法案例	85
壹、Universal Music Group v. MySpace Inc.....	85
第八節、關於網站上傳影片串流播放的美國司法案例	88
壹、Viacom v. YouTube.....	88
一、關於 YouTube 網站之簡介.....	88
二、關於 Viacom International 集團.....	88
三、關於 Viacom v. YouTube 法律訴訟.....	88
四、Viacom 起訴 YouTube 著作權侵權之六項訴因.....	89
五、本案最重要爭點集中在 DMCA 安全港條款及合理使用 原則.	93
六、YouTube 訴訟案最近發展.....	95
第五章 我國網路著作權最新發展趨勢實務問題之判決研究	97
第一節、我國音樂與電影相關網站著作權訴訟案	97
第二節、琉璃仙境網站與 rm (Realplayer) 音樂檔格式重製案	98
壹、琉璃仙境網頁超連結侵權犯罪事實.....	98
貳、被告管轄權程序抗辯部分.....	98

參、高等法院著作權實體部分判決	99
一、被告抗辯祇是網頁內超連結至大陸網站	99
二、高等法院認為將歌曲壓縮成 rm 格式音樂檔案之方式另外儲存均屬重製	99
三、高院認被告具犯意聯絡且有提供檔案之分工行為	100
四、高院認定被告實際重製歌曲音樂檔案至 4ting 主機內	100
五、高院認為存放非法重製檔案之主機放置於大陸地區以介紹評論為目的提供 rm 格式音樂檔案供人試聽非屬合理使用	101
六、高院駁回被告入口網站連結、非以營利為目的、網站有加警語等抗辯	102
七、高院認被告將 rm 音樂檔間接暫存於 4ting 主機內（非被告自己下載，係透過下載者之下載而間接產生音樂檔在 4ting 主機內）符合著作權法之重製	103
肆、琉璃仙境網頁超連結侵權案之評析	104

第三節、線上音樂網站 KKBOX 音樂著作侵權案 107

壹、檢察官起訴認定之犯罪事實	107
貳、原審台北地院認被告無違反著作權法故意	107
參、高院檢察官上訴意旨重點概要	108
肆、智慧財產法院之判決	109
一、關於錄音著作是否及於音樂著作之爭議	109
二、授權契約並未明白將授權限於錄音著作不及於音樂著作	110
三、簽立授權契約當時市場上實體音樂授權取得錄音授權可能一併取得詞曲授權	111
四、錄音著作授權同意退還被告已支付之詞曲著作授權費用	112
五、被告對其網站之歌曲於事前以簽約付費取得授權，對事後發生爭議歌曲亦盡力查明確認重新取得授權	113
六、被告於告訴後雖未立即下架，然主觀上以為依簽約授權可一併取得詞曲授權	115
七、智慧財產法院對高院檢察官上訴之反駁	116
八、被告支付授權金包含詞曲之音樂著作在內，契約明訂授權範圍與授權金對價相符	116
九、有關特定錄音及音樂著作之授權契約簽訂及歌曲上下架行為均非被告接洽執行	117
十、退還被告之權利金係計算至簽約時點，被告始確知並無詞曲部分之繼續授權	119
伍、KKBOX 線上音樂網站侵權案之評析	119

第四節、音樂網站 ezPeer + 音樂著作侵權案	122
第五節、KURO P2P 案高等法院及最高法院相關判決	123
壹、KURO 網站侵權案之犯罪事實——Peer to Peer 檔案分享技術.	123
一、被告提供軟體及網路搜尋下載服務使眾多未經之同意或授權 公開傳輸、重製之會員藉此大量交換傳輸下載重製.....	124
二、被告藉彰化洗歌站重製 CD 歌曲並上傳至飛行網電腦內.	125
貳、KURO 侵權案被告之抗辯.....	125
一、被告抗辯 KURO 軟體為中性之科技，會員得合理使用交換音 樂檔案.....	125
二、被告抗辯利用 P2P 引發之法律問題乃科技進展快速造成法 律規範不足，不宜以刑責相繩.....	126
參、KURO 網站平台侵權案高等法院之判決.....	126
一、點對點(或同儕對同儕)分散式網路架構之種類.....	126
二、證人對 KURO 之 P2P 系統架構之觀測.....	127
三、KURO 系統運作方式係屬集中式 P2P 架構.....	128
四、KURO 使用者會員犯罪事實之認定.....	129
五、KURO 使用者會員不構成著作之合理使用.....	129
六、舊法關於重製份數與侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物 市價之計算.....	130
七、KURO 使用者會員構成公開傳輸他人著作.....	131
八、高院駁回使用者會員欠缺不法意識並不構成犯罪之抗辯.	131
九、刑法「明知」或「預見」主觀上之犯意與共同正犯.....	132
十、高院認為被告明知提供之軟體及平台服務可供會員違法公開 傳輸、下載重製之，係與會員間分工合作完成.....	132
十一、KURO 系統與會員間有意識、意願交互作用下，共同公開 傳輸、重製屬共同正犯.....	134
十二、被告有指示星紀公司或譜訊公司業務營運之權.....	135
十三、被告指示星紀及譜訊人員購原版 CD 重製轉檔為 MP3 格式 後，儲存於固定之資料夾，再以 FTP 軟體自動上傳被告之 網路平台.....	136
十四、扣案電腦內清單所列會員 ID 與使用者名稱相同，會員下 載檔案與 ISP 租用 IP 網段位址明細相符.....	137
十五、清單上所列會員係被告所安排之假會員，用以提供 MP3 檔案予會員下載.....	139
十六、維護「彰化洗歌站」、購買新片建檔、將 CD 轉檔為 MP3 格 式、並作備份及上傳 KUROFTP 站台、將 KURO 音樂圖書館 資料庫與洗歌站整合.....	140

十七、被告有犯罪故意而與其會員違法公開傳輸、重製音樂 MP3 檔案，有犯意聯絡行為分擔為共同正犯·····	141
十八、刑法上常業犯性質上屬多數行為之集合犯與本案關聯	141
十九、被告等上訴應予駁回但原判決撤銷改判仍有罪·····	142
肆、KURO 網站平台侵權案最高法院之判決·····	143
伍、KURO P2P 網站著作權侵權案之評析·····	145
第六節、ezPeerP2P 案最高法院與智財法院判決·····	147
壹、原審認定被告起訴之犯罪事實·····	147
貳、最高法院刑事判決·····	149
一、P2P 平台業者之犯意聯絡、行為分擔或誘使/幫助行為···	149
二、被告知悉個別會員所下載之檔案·····	150
三、被告就其使用者客戶端電腦查詢及下載檔案有監控機制	150
四、P 點制模式下被告對會員下載多少數量及大小檔案知悉甚詳·····	151
五、被告電子商務之經營模式與手段·····	151
六、會員傳輸無著作權檔案形同集體非法重製共同分配贓款	153
七、依經驗法則會員按月付費係為下載未經授權最新音樂電影·····	154
八、被告與交換非法檔案會員彼此間，有無犯意聯絡及行為分擔·····	154
九、被告提供伺服器供社群電腦相互搜尋檔案應評價為完成犯罪行為之協力或構成要件行為之分擔·····	155
十、移花接木或斷線續傳殊足認定被告及重製、傳輸 MP3 檔案會員間形成共犯結構·····	155
十一、將被告犯罪行為之責任悉諉於其設計之電腦軟硬體之不當·····	156
十二、原判決未能理解 P2P 傳輸檔案之原理及數位版權基金與侵害著作權犯意之認定·····	157
參、ezPeer 案智慧財產法院刑事判決·····	158
一、智慧財產法院對 ezPeer 共同正犯認定應審認之要件·····	158
二、特定會員利用被告之 ezPeer 網站平台及軟體而侵害告訴人著作權之行為·····	159
三、被告並不因會員等 6 人利用其所設置之 ezPeer 網路平台及軟體非法下載告訴人之 MP3 錄音著作，而與之成立著作權法上非法重製罪之共同正犯·····	161
(一)媒介中立原則之適用對象·····	161

(二)媒介中立原則之界限·····	162
(三)被告所經營之網路架構採取 P2P 檔案分享模式·····	163
(四)判斷被告與特定會員有無犯意聯絡之關鍵·····	164
(五)ezPeer 之檔案搜尋模式·····	164
(六)被告設立 ezPeer 網站平台之意圖·····	169
(七)控管及過濾機制·····	171
(八)被告廣告、寄送排行榜電郵予客戶、P 點回饋制·····	175
(九)數位版權基金·····	175
肆、ezPeer P2P 網站著作權侵權案之評析·····	176
第七節、GOGOBOX 網站著作侵權集合·····	178
壹、桃園地院 GOGOBOX 網站著作侵權集合·····	178
貳、新竹地院 GOGOBOX 網站著作侵權集合·····	179
參、GOGOBOX 網站著作侵權集合犯接續犯之評析·····	179
第八節、eREAD 網站電子書著作侵權·····	181
壹、本件之犯罪事實·····	181
貳、臺北地方法院之見解·····	182
參、刑事訴訟審判採不告不理、告訴或撤回不可分原則·····	183
肆、智慧財產法院刑事判決·····	184
伍、eREAD 網站電子書著作侵權案之評析·····	186
第九節、FOXY 網站著作侵權案·····	188
壹、FOXY 檢察官起訴之犯罪事實·····	188
貳、檢察官起訴認定之法律依據·····	192
參、FOXY 網站著作侵權案之評析·····	192
第十節、任天堂 WII 遊戲主機規避防盜拷措施侵權案·····	195
壹、WII 遊戲主機規避防盜拷措施侵權犯罪事實·····	195
貳、板橋地方法院之認定·····	195
參、任天堂 WII 遊戲主機案之行政解釋與評析·····	196
第六章、我國網路著作權最新發展趨勢之檢討·····	199
第一節、我國目前著作權法已足規範網路科技最新發展趨勢利用·····	199
第二節、對網路著作權最新發展趨勢應有之省思·····	199
第三節、結語·····	201

網路著作權最新發展趨勢分析研究

第一章 緒論

第一節、研究動機與目的

21 世紀以來，網路資源共享風氣盛行，eDonkey、eMule、BT 等網路服務的出現，連帶的導致層出不窮的智慧財產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；然而，隨著科技的進步，新型態的網路應用展現出不同以往的使用者型態，對於如網路串流技術(streaming)、部落格(Weblog)以及無遠弗屆的網路新型態網路服務，在在均衍生出了網路著作權保護措施的相關問題。從第一、二代點對點 P2P (peer to peer)、第三代 P2P eMule、eDonkey/BT (bit torrent)，到部落格(blog)、ISP、搜尋引擎(search engine)、科技保護措施 (Anti-circumvention of Technological Measures)、開放原始碼(open source)自由軟體授權、創意共用 CC 授權(creative commons)、Web2.0 等，網路科技的迅速發展，網路應用型態變遷，衝擊著既有著作權規範；網路著作權之保護措施既當與時俱進，對於國際間面臨網路資訊傳遞衍生之著作權議題探討與案例分析，實為我國著作權相關規範與實踐之重要借鏡。

壹、與P2P有關司法案例的發展

國內外與 P2P 網站音樂侵權有關司法案例甚多，一代接一代架構不同的 P2P 軟體如 Napster, Kazaa, Morpheus, Grokster, eDonkey, eMule, BitTorrent, AppleJuice 等不斷出籠，導致全球已產生如美國 A&M/RIAA v. Napster.com 案¹、Aimster v. John Deep 案²、MGM/Arista v. Grokster & StreamCast (Morpheus) 案³、荷蘭 Buma/Stemra v. KaZaA 案⁴、澳洲 Universal Music Australia v. Sharman License

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 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).

³ 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); 545 U.S. 913 (2005), 125 S. Ct. 2764 (2005)

⁴ KaZaA v. Buma/Stemra, No. KG 01/2264 OdC rev'd, (Amsterdam Ct. of Appeal 28 Mar. 2002), appeal filed, C 2002/186 (Netherlands Sup. Ct., 23 May 2002).

Holdings (KaZaa)⁵、日本 RIAJ v. MMO 案⁶、韓國 RIAK v. Soribada.com 等案⁷，這些案例底定後樹立網路著作權遊戲規則。新一代 P2P 軟體的不斷出現，更有效率功能也更強。但這也不可避免的步上與數位內容權利人的衝突之路，雖然美國錄音公會 RIAA 在美國與其他國家展開積極的法律行動，並控告了 Kazaa, Morpheus, Grokster 等 P2P 軟體的業者，但是在 MGM v. Grokster 一案中面臨到重大的挑戰，最後雖然勝訴，但是仍無法防止 P2P 侵權的發展；而台灣關於 P2P 的音樂著作侵權案件則包括著名的 ezPeer/KURO 案⁸。

自美國聯邦最高法院 MGM v. Grokster & StreamCast (Morpheus) 名案之後，法院又陸續判了 Monotype Imaging v. Bitstream⁹、Arista Records v. Flea World¹⁰ 等案件，而 Post Grokster 尚有 Atlantic Recording Corp. v. XM Satellite Radio¹¹、Arista Records v. Lime Wire¹²、Universal Music Group v. Grouper Networks、Universal Music Group v. Bolt Inc.、Universal Music Group v. MySpace Inc. 等眾多案例，值得探討¹³。

其實，一日千里的科技發展撞擊著作權從未停過，P2P 侵權案例還正打得不可開交，前述 BT (bit torrent) 技術因早已席捲電影之網路下載，BT 之運作，第一個 user 作成種子 torrent (一種識別資訊)，別人須拿到種子才能下載，種子可透過 email 或 BBS 網路論壇取得(或在 Google 抓)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。由於一部電影使用 BT 傳輸可完整下載，所以很多人做網路分享。BT 的特性是下載同時也支援別人下載，會構成公開傳輸行為。事實上，國內關於 BT 的著作權相關案件所在多有，包括台灣論

⁵ Universal Music Australia Pty Ltd v Shaman License Holdings Ltd FCA 1242 (5 September 2005).

⁶ 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)

⁷ Asia Media Inc. et al. v. Yang et al., No. 2002KAHAP77 (Suwon District Court, Seongnam Branch, First Civil Dep't, 9 July 2002)

⁸ ezPeer 及 KURO 案雖然都早已與告訴人達成和解，然該二案件均非告訴乃論，故刑事訴訟程序部分仍然照常進行，目前 KURO 案在高等法院已判決維持地院之原判，亦即維持被告有罪之認定，臺北地院 92 年度訴字第 2146 號，臺灣高等法院 94 年度矚上訴字第 5 號刑事判決；而 ezPeer 案，高等法院也一樣維持地院被告無罪之原判，士林地院 92 年度訴字第 728 號，臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3195 號刑事判決，該二案件均已上訴至最高法院，目前最高法院已二案發交智慧財產法院，詳參本報告第五章第五、六節。

⁹ 376 F.Supp.2d 877, Civ. No. 03 C 4349 (N.D. Ill., July 12, 2005)

¹⁰ Arista Records v. Flea World, 356 F. Supp. 2d 411

¹¹ Atlantic Recording Corp. v. XM Satellite Radio, Inc., 2007 US Dist. LEXIS 4290, 81 USPQ2d (BNA) 1407 (SDNY 2007).

¹² 認為侵犯五種權利 Inducement of Copyright Infringement, Contributory Copyright Infringement, Vicarious Copyright Infringement, Common Law Copyright Infringement of Pre-1972 Recordings and Unfair Competition as to Pre-1972 Recordings, 參 Andrew Raff: Labels v. LimeWire <http://www.ipatblog.org/2006/08/09/labels-v-limewi.html>, last visited Dec. 29, 2008

¹³ UMG Recordings Inc. v. Bolt Inc., No. 06-06577, and UMG Recordings Inc. v. Grouper Networks, No. 06-06561 (C.D. Calif.). The following month, Universal Music sued MySpace.com over similar claims. UMG Recordings Inc. v. MySpace Inc., No. 06-07361 (C.D. Calif.).

壇網、E 酷網、摩尼網論壇網、捷克論壇、遊戲規則網路免費資源論壇網站等案。

然而，隨著各種 BT 網路服務的創新，BT 技術的使用型態亦逐漸變化，如結合 BT 與 Streaming 技術的網路電視服務等；新型態的 BT 技術應用將會產生更多複雜的網路著作權侵權案件，許多人用 torrent site 進行 file sharing 衍生網站侵權，如 TorrentSpy、IsoHunt、TorrentBox 等即有多件被告案例；RIAA & GEMA v. RapidShare案¹⁴；其他如 eDonkey 與 Usenet NZB 等亦有 Columbia Pictures Industries v. Valence Media¹⁵、Columbia Pictures Industries v. Gary Fung¹⁶、Columbia Pictures Industries v. Ben Fysh¹⁷、Columbia Pictures Industries v. Joseph Morganelli¹⁸ 等案例；就此，對國外相關案例與法院見解的更新趨勢，值得深入研究探討。

貳、與科技保護措施有關司法案例的發展

聯邦上訴法院里程碑案例-----Chamberlain Group, Inc., v. Skylink Tech. Inc.

本案原、被告皆為遙控電動車庫捲門鑰匙業者，原告 Chamberlain 於其設計之遙控捲門中，加入一項保護裝置，透過其遙控系統中的滾動碼(rolling code)保護裝置，始能開啓該遙控捲門。被告 Skylink 亦設計一款萬用遙控捲門鑰匙，規避了原告系統中滾動碼(rolling code)保護裝置，可以開啓原告設計之遙控捲門。就此，Chamberlain Group 控告 Skylink 之設計規避其遙控捲門鑰匙與接收器間之辨識程序，而可直接操作遙控捲門之馬達，業已違反 DMCA 第 1201 條第(a)項第 2 款之反規避條款。惟於地方法院駁回原告所提起之簡式判決，其主要理由有二：1.原告車庫捲門系統之軟體是否具有著作權仍具爭議；2.消費者在產品售後限制解除之後，有權決定如何利用不同之方法或遙控器來使用其所購買之產品。就此，地方法院認定被告並未違反 DMCA 相關規定¹⁹。

嗣原告提起上訴，聯邦巡迴法院亦判決原告敗訴；上訴法院認為：當著作權人主張相對人規避保護措施之行爲已違反 DMCA 之規定時，應證明其行爲人之規避控制接觸科技措施之行爲與著作權侵害間必須存有合理之關聯；而本案原告 Chamberlain 未能證明第三人接觸該著作之行爲未經授權，亦無法建立該

¹⁴ GEMA obtains injunctions against data exchange services, <http://www.heise.de/english/newsticker/news/83948>, last visited Dec. 29, 2008

¹⁵ Columbia Pictures Industries v. Valence Media(C.D. Cal.) Case 2:06-cv-01093-FMC-JC Document 409 Filed 05/05/2008 <http://blog.wired.com/27bstroke6/files/mpaaruling.pdf>, last visited Dec. 29, 2008

¹⁶.. Columbia Pictures Industries v. Gary Fung(C.D. Cal.)Case 2:06-cv-05578-SVW-JC Document 344 Filed 04/21/2008

¹⁷ 2007 U.S. Dist. LEXIS 11234; 348 Copy. L. Rep. (CCH) 29338. February 16, 2007,

¹⁸ Biinews, LLC, and does 1-8 No. 3:06-CV-338-R

¹⁹ <http://www.digestiblelaw.com/copyright/blogQ.aspx?entry=2976>

<http://www.eff.org/cases/chamberlain-group-inc-v-skylink-technologies-inc> , last visited Dec. 29, 2008

接觸行為與著作權侵害間之關係，聯邦巡迴法院因此駁回 Chamberlain 之上訴。

2008年8月4日，在 *CoxCom, Inc. v. Chaffee* 案中²⁰，原告 CoxCom 控訴被告 Chaffee 侵犯原告 digital cable filter 違反關於 Digital Millennium Copyright Act ("DMCA") 17 U.S.C. § 1201 科技保護措施之規定，聯邦上訴法院判原告簡易判決勝訴。可想而知，隨著科技的進步，科技保護措施的技術複雜化，規避保護措施的方法也日益精進，故國內外相關案例與實務見解乃本研究探討的重點之一。

第二節、研究計畫目標及內容

針對國內、外有關網路著作權的訴訟案例，進行歸納性的分析研究，藉此了解著作權最新發展趨勢，以就實務上可能發生之著作權爭議預為因應，並為我國著作權法制之重要立法參考。本研究報告擬處理各項議題，研究關於目前網路科技利用型態，包括 P2P 科技（含第 3 代 P2P、eMule、eDonkey/BT bit torrent）之發展、搜尋引擎(search engine)如 Google 及部落格(blog)等網路科技議題對著作權之最新發展，及其與著作權法之關聯，以瞭解網路科技利用方式著作權保護最新趨勢。瞭解美國科技保護措施(Anti-circumvention of Technological Measures)對著作權法制之規範內涵，包括科技保護措施所涉及之著作權法相關問題；並研析國際間對於科技保護措施執行上之理論及實務發展。

針對P2P科技（含第3代P2P、eMule、eDonkey/BT）、搜尋引擎如Google及部落格(blog)等網路著作權最近之案件予以分析，並研究美國著名之 *Viacom v. YouTube/Google*; *IO Group v. Veoh Networks*; *RIAA & GEMA v. RapidShare*; *Perfect 10 v. Amazon.com*; *Perfect 10 Inc. v. Google*、科技保護措施等重要國外相關司法實務案例擇要研究，藉以瞭解其著作權法規範網路新科技之利用。

此外，研究我國第3代P2P、BT、搜尋引擎及部落格(blog)等重要之案件，持續追蹤我國著名之P2P平台業者ezPeer和KURO二案，在最高法院之刑事判決發展；同時，也對我國近年因應網路發展之修法，對網路科技利用方式所受之保護是否足夠加以實務分析。藉研究我國司法實務案例，以瞭解我國現行著作權法是否已足以規範網路新科技之利用。最後由本研究釐清我國網路科技新利用方式著作權之保護，對我國是否須提修法建議條文，或對我國著作權法及相關法規與實務運作，提出具體建議，俾供主管機關與各界參考。

²⁰ *CoxCom, Inc. v. Chaffee*, 536 F.3d 101 (Aug. 4, 2008)

第二章 網路著作權最新發展趨勢分析研究問題關聯

第一節、部落格與影音分享網站之著作權問題

隨著網路的普及和網路技術指令的簡化，部落格(blog)成爲大眾化的網路工具。部落格除了可透過網路提供瀏覽、上傳下載、及時更新、轉寄、追蹤、檢索等功能外，亦可以使用內嵌式視訊、音樂、廣告或網路電台等附加功能；事實上，非營利性部落格，也無法避免侵害著作權的可能。部落格所涉之法律議題十分廣泛，諸如：部落格創作之各種著作的歸屬與利用、由部落格以外之使用者所創作著作的歸屬與利用、部落格內容侵害他人著作權時部落客的責任--侵害之著作係由部落客所自行提供或侵害之著作係由其他利用人所提供、部落格內容侵害他人著作權時服務提供者責任、部落客引用其他人的著作有無合理使用的適用、以超連結方式連結到他人網頁是否侵害著作權等。

關於影音分享網站的著作權侵權案件，始於美國新聞記者兼直昇機飛行員羅伯特爾 (Robert Tur) 於 2006 年 7 月控告近來迅速竄紅的影片分享網站 YouTube 侵害著作權，Tur 指稱 YouTube 網站鼓勵用戶拷貝受保護的影片資料，此已違反 2005 年美國最高法院的判決 (MGM v. Grokster)，該判決認爲 P2P 軟體業者若蓄意鼓勵或誘使客戶從事線上盜版行爲，即可能構成著作權侵害，羅伯特爾聲稱他所拍攝 1992 年洛杉磯暴動事件及 1994 年高速公路上追捕辛普森直昇機空拍報導影片，未經同意就被上傳並在 YouTube 網站上廣爲流傳。

此外，Viacom International Inc. 與 Paramount Pictures Corp 等公司控訴 YouTube, Inc., YouTube LLC and Google, Inc. 著作權侵害是網路最受矚目之案件，2007 年 3 月美國媒體企業巨頭 Viacom 主張 YouTube 網站播放大量 Viacom 擁有著作權之影音片段，侵犯該公司的著作權，遂向紐約地方法院提起侵權訴訟，並且求償 10 億美元。Viacom 主張 YouTube 係屬「重大且惡意之侵權行爲」，約 160,000 個未經 Viacom 授權的影音片段被上傳到 YouTube 網站播放，造成 Viacom 約 15 億美元的損失²¹，惟本案目前仍在審理當中，法院見解如何？殊值研究。惟 Viacom 案正打得不可開交，類似之北加州地院 IO Group v. Veoh Networks 案²²2008 年 8 月卻判被告 Veoh 未侵權，其對 Viacom 勢有若干衝擊！前開案例僅僅爲網路普及之下冰山的一角，隨著人類對於其使用率增加，網路相關著作權的新興議題繼續浮現，未來國內外相關案例仍待研究。

第二節、搜尋引擎之著作權問題

搜尋引擎(Search Engine)通常係針對網站登錄、網頁全文及影像圖檔等資料搜尋，做成 index 放在資料庫供搜尋(如 Google 搜尋引擎「頁庫存檔」)，網站登錄資料一般只是網站將其提供內容，以簡述或標題方式登錄在入口網站，本身無創作性，並非著作權保護客體，縱有原創性，但係是由原網站將內容編排成的搜尋資料，提供外界搜尋，原則上不會侵害著作權。至於網頁全文或影像圖檔，搜尋引擎為頻寬限制，會將搜尋資料下載至主機內，將其分門別類做成目錄。但未經他人同意，即將其網頁內容存放於搜尋引擎主機資料庫內，是否侵害他人著作？依著作權法，將他人網頁內容一部或全部存放於引擎主機資料庫內，是一複製行為，但應檢視是否屬 system cache 之合理使用。

依搜尋機制看，搜尋引擎如並非直接以其搜尋到之資料內容本身來作為營利目的之使用，依著作權法第六十五條二項一款規定，似可主張合理使用。就二款規定著作之性質，是指創作的程度、目的、與取得方法等觀之，來判斷著作權應保護程度，基於網路上網頁內容，原本即要讓網友知道有此網站，並進入觀看，本屬資訊流通概念，故其利用目的及性質，係為方便網友更快速有效進入該站。因此，將該網頁內容暫存於主機內，分析並做成目錄以便讓人搜尋，似並不違反網站原意。且暫存時原網站內之廣告、重要圖鍵並未受影響，網友點選連結後會直接連到原網站，對原網站的利益無影響，利用質量也是個人所圈選某網站的部分內容，可依著作權第六十五條二項三、四款規定主張合理使用。

Google 目前已提供圖形檢索，有關圖形檢索問題可參美國聯邦上訴巡迴法院 -- Kelly v. Arriba Soft Corp.案²³。就 Google 而言，可能會面臨其圖形檢索是否符合合理使用的挑戰。若 Google 提供小圖片時亦如 Kelly 案中的 Arriba 公司所為，而且也指引使用者直接瀏覽他人網站上所提供的原始圖檔時，其亦可能落入 Kelly 案中 Arriba 所面臨著作權問題，Google 透過網路快照(snapshot)功能將其他網站中的網頁資料保存在其資料庫中供使用者利用，其已經構成重製，但是否符合合理使用要件，亦生著作權問題。

前揭案例法院見解的形成，僅僅解決部分網路搜尋引擎所衍生的著作權議題；相關新興案例，如 Parker v. YAHOO! Inc. & Microsoft，原告 Gordon Parker 之 29 Reasons Not to Be a Nice Guy and Why Hotties Choose Losers 著作，被 YAHOO 重製儲存 cache 內並展示供人閱覽，另如 Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.、Amazon.com²⁴等案，均仍有待研究。

²¹ March 13, 2007 — 12:11 PM PDT — by Pete Cashmore

²² IO Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc. Doc. 79 Case 5: 2006-cv-03926-HRL (N.D. Cal. Aug. 27, 2008)

²³ Kelly v. Arriba Soft Corporation (280 F.3d 934 (CA9 2002) withdrawn, re-filed at 336 F.3d 811(CA9 2003))

²⁴ 508 F.3d 1146,9th Cir.2007, F.3d __,2007WL1428632 (9th Cir.May 16,2007, Amended December 3, 2007. 15442.

第三節、Google 搜尋引擎新聞著作權爭議

Google 一直是搜尋引擎網站龍頭，嗣又將觸角伸向多語文的新聞服務；然網路新聞服務使得近年 Google 涉及許多新聞著作的訴訟案例。Google 新聞是剪輯相關新聞頭條標題和片段，要看完整內容，必須透過 Google 連結到原該新聞來源網站，Google 辯稱係用演算法則，搜尋出每天受歡迎新聞，再以連結該新聞及圖片方式，以若干特定議題來蒐集整理這些報導供網友搜尋使用，這種以 Internet mining 來編輯方式引起相當爭議。Google 認為其仍本搜尋引擎精神，作新聞連結蒐集而已，關於圖片部分，Google 認為之前 Arriba 及 Perfect 10 等法律案例已指出，網路出版商可連結到 thumbnail images，認為應符合理使用原則。

2005 年 3 月，法國著名之媒體法新社（Agence France Presse）新聞機構，就認為 Google 沒有經其允許或授權，竟然在其新聞網站上使用法新社相關的新聞標題、圖片與新聞內容，而法新社這些相關之新聞，都必須是收費的。但「Google 新聞」卻在沒有授權的情況下，蒐集這些圖片和內容，在網站上供 Google 的用戶來免費瀏覽，因此認為構成著作權之侵權，法新社要求 Google 將其數以千計的照片及報導取下，並且控告 Google 賠償 1750 萬美金。

同時，美聯社（Associated Press）也有類似對 Google 主張著作權侵犯的爭議，但雙方已簽署授權協議和解。另外，比利時媒體機構 Copiepresse 也認為 Google 的搜尋方式構成侵權，而且 Google 還以此銷售廣告賺取利益，依照比利時當地法院的判決，Google 在比利時敗訴，Google 必須要將該等新聞自 Google 網站上移除，並應主動在其全球版的新聞頁面作同樣移除。

問題是 Google 在搜尋這些新聞時，如只用單純搜尋再連結到原來網站，此為傳統網路搜尋引擎運作方式，較不會有爭議，但它似乎想稍往外擴張，除關鍵字外，將新聞的標題、圖片及若干內容予以表示，這時可能就跨過傳統搜尋定位，而進入到著作權法內涵之領域，當然就會引起眾多訴訟。單純搜尋引擎固可主張合理使用，但從以上幾個 Google 面臨的新聞使用侵權爭議中可知，若欲逾雷池一步，馬上會觸碰到著作權的禁忌，而要主張合理使用的空間究竟有多大，這種網路新型態的搜尋方式又再度挑戰著作權法可以承受的底線。

對於網路新聞服務而言，上開案例僅僅是個開始，國內外法院實務如何面對網路新聞如 Google 等所衍生的議題與因之而生的案例仍有待研究。

第四節、科技保護措施之著作權問題

保護措施可是一種設備、一組器材，或是在機器上加裝的某個零件、一種鎖碼的技術、或是一組序號或一個密碼，甚至可能是一種特殊保護方法，如數位信封(digital envelopes)、時間炸彈(time-bombs)、加密裝置(encryption devices)、數位浮水印(digital watermarks)等。科技保護措施所運用系統有不同名稱如：信託系統 (trusted systems)、鎖住裝置 (lock-out systems)、權利管理系統 (rights management systems)、著作權管理系統 (copyright management systems)、數位權利管理系統 (DRM : Digital Rights Management)。

針對著作物科技保護措施之規避禁止條款(Prohibition on Circumvention of Technological Measures)，美國國會通過相關的豁免措施；該豁免措施已於 2006 年 11 月 27 日正式生效，將於 2009 年 10 月 27 日失效。對此，美國數位千禧年著作權法案(DMCA)中共包含六項豁免措施。

The first exemption

Audiovisual works included in the educational library of a college or university's film or media studies department, when circumvention is accomplished for the purpose of making compilations of portions of those works for educational use in the classroom by media studies or film professors.²⁵。

The second exemption

Computer programs and video games distributed in formats that have become obsolete and that require the original media or hardware as a condition of access, when circumvention is accomplished for the purpose of preservation or archival reproduction of published digital works by a library or archive. A format shall be considered obsolete if the machine or system necessary to render perceptible a work stored in that format is no longer manufactured or is no longer reasonably available in the commercial marketplace.²⁶。

The third exemption

Computer programs protected by dongles that prevent access due to malfunction or

²⁵ Allowing film professors to break the CSS copyright protection technology found in most DVDs to create compilations for use in the classroom. Although Hollywood studios opposed this exemption, arguing that professors could use alternatives such as videotapes and non-copy-protected versions, Billington stated that these alternatives did not meet the pedagogical needs of the professors. Jason H. Tokoro, Samuelson Law Technology & Public Policy Clinic - Boalt Hall, November 23, 2006
<http://www.chillingeffects.org/anticircumvention/weather.cgi?WeatherID=572>, last visited Dec. 28, 2008

²⁶ Dealing with computer obsolescence, and allows copy controls to be circumvented for computer software and video games that require machines that are no longer available. This exemption was granted for the third time, and is limited to the “preservation or archival reproduction of published digital works by a library or archive.” Tokoro, Samuelson Law Technology & Public Policy Clinic - Boalt Hall, November 23, 2006

damage and which are obsolete. A dongle shall be considered obsolete if it is no longer manufactured or if a replacement or repair is no longer reasonably available in the commercial marketplace.²⁷ ◦

The fourth exemption

Literary works distributed in ebook format when all existing ebook editions of the work (including digital text editions made available by authorized entities) contain access controls that prevent the enabling either of the book's read-aloud function or of screen readers that render the text into a specialized format.²⁸ ◦

The fifth exemption

Computer programs in the form of firmware that enable wireless telephone handsets to connect to a wireless telephone communication network, when circumvention is accomplished for the sole purpose of lawfully connecting to a wireless telephone communication network.²⁹ ◦

The sixth exemption

Sound recordings, and audiovisual works associated with those sound recordings, distributed in compact disc format and protected by technological protection measures that control access to lawfully purchased works and create or exploit security flaws or vulnerabilities that compromise the security of personal computers, when circumvention is accomplished solely for the purpose of good faith testing, investigating, or correcting such security flaws or vulnerabilities.³⁰ ◦

該豁免措施係美國歷來針對科技保護措施發布之豁免條款，對美國產業界將會產生何種影響？相關趨勢分析殊值探究；此外，該豁免條款即將於 2009 年 10 月屆滿，未來相關規範之變化及其如何影響法院實務，是值得研究之方向。

²⁷ Computer programs that are protected by dongles – small computer attachments – can be circumvented if the dongles prevent access due to malfunction or damage and are obsolete.

²⁸ The Copyright Office authorized the circumvention of access controls for eBooks to enable blind users to use them with read-aloud software or screen readers.

²⁹ Cell phone users are authorized to break software locks on their phones to enable their use with competing carriers. The Copyright Office determined that “consumers aren't able to enjoy full legal use of their handsets because of software locks.” Billington stated that there is at least one ongoing lawsuit based on recycled cell phones, with the plaintiff's claim being that the DMCA makes it illegal to circumvent copy-protection measures without a specific exemption from the Copyright Office. Under this new set of exemptions, it would appear that the claim would fail. Tokoro, Samuelson Law Technology & Public Policy Clinic

³⁰ Allowing researchers to test copy-protected CDs in an effort to find and correct security flaws and vulnerabilities. This exemption was based largely on Sony BMG Music Entertainment's use of a copy-protection system that increased the vulnerability of consumers' computers to hacking. Tokoro, Samuelson Law Technology & Public Policy Clinic

第三章 美國科技保護措施案例與豁免條款分析研究

第一節、美國著作物科技保護措施規避禁止條款之新發展與檢討

壹、前言

為因應網路世界對著作權之衝擊，並解決巴黎公約無法有效因應數位化的問題，世界智慧財產權組織（WIPO）於 1996 年通過「世界智慧財產權組織著作權條約（WIPO Copyright Treaty, WCT）及「世界智慧財產權組織表演及錄音物條約（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）。其中科技保護措施（technology measures, 又稱反規避條款 anti-circumvention）就是主要修正重點之一。為此，WCT 與 WPPT 分別要求締約各方應提供適當之法律保障及有效之法律救濟規定，以防止他人規避權利人為保護其創作而設置的有效科技措施，這也是科技保護措施之濫觴。

為履行 WCT 及 WPPT 之義務，美國在 1998 年通過數位千禧年著作權法案(The Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)。而在該法第 1201 條中，美國不但根據 WIPO 條約之要求禁止規避科技保護措施之設備或服務³¹，還增加了 WIPO 所無的禁止規避接觸控制（access control）之科技措施³²。由於接觸控制影響較大，因此 DMCA 還特別規定於法案通過後二年方始生效，也就是延至 2000 年 10 月 28 日才生效。

另外，由於禁止規避接觸控制之規定係 WIPO 條約所無，而且會對著作利用人利用著作時課以相當的限制，因此國會也特別增加行政調控的措施，也就是要求國會圖書館館長應於該條規定生效後，以及其後的每三年期滿前，於徵詢著作權局(United States Copyright Office)局長的意見後，應針對不適用禁止規避接觸控制條款的特定著作類型(Particular class of works)加以公告，並向國會就該等豁免接觸控制條款著作類型的執行情形做出評估報告³³。

根據此例外規定，雖然有 DMCA 第 1201 條的限制，但使用人仍可規避或破解著作權人所設下的接觸控制機制，進而運用該受科技保護措施保護之著作內容，進行教學、資訊保存以及格式轉換等「非侵害性使用」(non-infringing uses)。

³¹ 17 U.S.C. § 1201(a)(2) & 17 U.S.C. § 1201(b).

³² 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A).

³³ 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(C). 依此規定，國會圖書館館長在發佈公告之前，必須徵詢國會圖書館著作權註冊局局長(Register of Copyrights)的意見，而著作權註冊局局長在提出意見前，也要與美國商業部底下的傳播與資訊部的助理部長(the Assistant Secretary for Communications and Information of the Department of Commerce)交換意見。

不過，由於該項豁免程序是以三年為基期(triennial basis)，每三年必須重新進行審查程序(de novo process)，因此在三年期間屆滿後，若無人就該類例外著作提出延續的要求並獲得著作權局同意，該例外著作類型即會自動從豁免名單中消失³⁴。

貳、歷次美國所公佈之科技保護措施例外規定

根據 DMCA 的規定，國會圖書館在 2000 年 10 月 27 日首次發布二種豁免科技保護措施的例外類型，亦即：(1)以過濾軟體所排除的網站清單(Compilations consisting of lists of websites blocked by filtering software applications)；(2)以接觸控制機制所保護著作，因該機制故障、損害或技術被淘汰以致無法提供使用者接觸該等著作³⁵。

於 2003 年 10 月 28 日，國會圖書館館長再次公告四種例外的著作類型，包括：(1)以商業過濾軟體防止他人接觸網址、網站或網站部分內容的網站清單。(2)以硬體鎖(dongles)保護的電腦程式著作，而該硬體鎖因故障或損壞或技術已被淘汰。(3)電腦程式著作或遊戲軟體所支援的格式或媒介已經淘汰，但卻必須以原有媒介或軟體才能接觸該等著作。(4)以電子書格式散布的文學著作，卻利用接觸控制技術阻止朗讀功能，以致妨礙盲人利用。

而國會圖書館第三次公告的豁免類型，則是在 2006 年 11 月 27 日公告。此次一共公告了六種豁免的類型³⁶。其中有三種類型與第二次公告的(2)至(4)相同，但是亦增加了三種新的類型，亦即：(1)大學影視學院教學圖書館擷取部分視聽著作內容以作為授課教師教學使用。(2)供無線手機連線到無線電話通訊網路韌體(firmware)的電腦程式著作，其目的係專為合法連線到無線電話通訊網路³⁷。(6)以光碟格式散布之錄音著作及附有錄音著作的視聽著作，若其合法版本所附的存取控制科技保護措施會損及個人電腦安全性，而其規避係專為偵錯或改正該設計錯誤的善意行為。

³⁴ 有關著作權局審查該豁免類型的相關資訊，請參見美國著作權局 Rulemaking on Exemptions from Prohibition on Circumvention of Technological Measures that Control Access to Copyrighted Works, <http://www.copyright.gov/1201/> (visited Oct. 15, 2009).

³⁵ Literary works, including computer programs and databases, protected by access control mechanisms that fail to permit access because of malfunction, damage or obsolescence.

³⁶ 請參 Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 71 FR 68472, 68480 (Nov. 27, 2006), <http://www.copyright.gov/fedreg/2006/71fr68472.html>. (last visit on October 11th, 2009)。

³⁷ 此種例外規定是避免業者以手機綁電話業務的不合理綁樁行為，使消費者在綁約期滿之後得以選擇其他電話業者。

在 2006 年公告中，其中最值得注意的一項例外類型，就是供無線手機連線到無線電話通訊網路韌體(firmware)的電腦程式著作，其目的係專為合法連線到無線電話通訊網路者³⁸。」這是因為近年來無線通訊技術的進步與相關通訊產業的發達，使得手機不再侷限於傳統單純撥打電話的功能，而可以將無線平台、娛樂以及辦公的功能集於一身，特別是所謂的智慧型手機（smart phone）更是如此³⁹。但手機業者為了產品銷售，往往和電信業者合作，以綁約的方式由電信業者提供低價的手機，然要求消費者應在一定期間內僅使用該公司的電信服務⁴⁰。

為了打破此等綁約期間屆滿後消費者仍無法自由選擇電信業者的問題，因此美國國會圖書館 2006 年所提出的豁免清單中就將專為合法連線到無線電話通訊網路之目的，而迴避無線電話通訊網路韌體(firmware)的電腦程式著作加入豁免清單。但是由於蘋果電腦對於提供此等服務的業者提出違反 DMCA 的控訴，而使得 2009 年第四次豁免清單有關此豁免類型是否能繼續存在產生爭議，也吸引各方的注意。

在此爭議下，美國國會圖書館館長在 2008 年的 12 月 29 號發佈 2009 年至 2012 年度應被豁免的著作種類建議草案⁴¹。根據國會圖書館館長的此份建議草案，下列的各項著作類型將被豁免：

（一）第 1 項：以電子書格式散布的文學著作(literary work)，而現有版本的所有電子書(包括授權權利單位已授權的數位電子書版本)，都以接觸控制技術防止其產生朗讀功能，或防止該文本以其他特殊格式在螢幕閱讀機上被接觸⁴²。

³⁸ Supra note 34

³⁹ 根據市調機構 Gartner 的統計，全球智慧型手機的銷售量在 2009 年會增加 29%而達到 1.8 億隻。而在美國，根據市調機構 IDC 的統計，智慧型手機的銷售量也從 2006 年前半年的 5.1%快速增加到 2009 年前半年的 23%。請參見 Wall Street Journal, Phone Makers Scramble to Stand Out, Motorola, Palm Pin Hopes on New Models; Taiwan's HTC Jumps Into Ad Fray, Oct. 28, 2009, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703697004574498071226608980.html> (visited on Oct. 28, 2009).

⁴⁰ 例如根據 Kaufman Bros 產業分析師 Shaw Wu 的估算，蘋果 iPhone 的製造成本為 200 美元，但是蘋果銷售給電信業者的平均銷售價格為 611 美元，而電信業者則透過綁約以 99 或 199 美元銷售，而一旦消費者購買此種電信業者補貼的 iPhone，縱使綁約期滿，由於鎖碼的關係，也無法順利的轉到其他電信業者。不只蘋果電腦，其他業者也是相同。例如黑梅機，其製造成本約為 150 美元，銷售給電信業者的平均銷售價格為 345 美元，至於 Palm 的 Pre 手機，製造成本與 iPhone 類似，但是平均銷售價格則為 455 美元，而電信業者綁約價則為 149.99 美元。同前註。

⁴¹ Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Library of Congress, Copyright Office, Fed. Reg. 79,425 (Dec. 29, 2008), available at: <http://www.copyright.gov/fedreg/2008/73fr79425.pdf>. (last visit on October 11th, 2009). 須注意者，此提案僅屬建議，國會圖書館也接受各方利益團體的建議與批評，其受理申請的截止日至 2009 年 2 月 2 號，最後的豁免清單預定在 2009 年 10 月 28 號發佈。

⁴² 此一例外是由美國盲人協會(The American Foundation for the Blind)從 2003 年第二次豁免清單時就已致力推動的成果，其目的在使盲人可以利用電子書的發音功能，方便地透過電腦螢幕，將文字檔轉換為聲音，以接觸資訊。由於很多電子書都是以權利管理資訊的技術，作為禁止規避「接觸控制」之科技保護措施，使得盲人無法將文字檔的發音功能，轉換於相關的電腦上收聽，而本次

(二) 第 2 項: 提供受數位權利管理(digital right management)機制保護的串流影像(streaming video)的訂購服務業者, 如其只提供限定的播放平台而有效的達成接觸控制之目的, 使影像必須透過特殊的操作系統才能播放, 和(或)必須要有特殊的硬體設備始能播放購買的內容者⁴³。

(三) 第 3 項: 受到反接觸控制措施(anti-access measures)所保護的動畫影片, 例如必須透過某種特定播放平台始能接觸該動畫影片者⁴⁴。

(四) 第 4A 項: 被大學院校的教職員使用在面對面教學的商業用 DVD 影片, 不問其教學的學科或主題為何; 同時也包含提供幼稚園到中學十二年級的教學使用目的者⁴⁵。

(五) 第 4B 項: 評鑑合格的學院或大學講師將影視著作加以編撰成短片, 以供面對面教學目的使用者⁴⁶。

(六) 第 4C 項: 表現或與當今社會議題相關的影視著作, 被用在教導如何去使用、分析、評價以及在不同媒體平台傳遞訊息者⁴⁷。

(七) 第 4D 項: 在經過講師同意使用在課堂作業的前提下, 而有運用第 4C 項所述的情況者⁴⁸。

(八) 第 4E 項: 學院或大學圖書館的影視著作, 被媒體研究或電影學院的教授基於編撰而使用在課堂上的教學為目的, 而規避該類著作的接獲控制者⁴⁹。

(九) 第 4F 項: 就學院或大學圖書館的影視著作, 由媒體研究或電影學院的學生基於編撰而使用在課堂作業為目的, 而規避該類著作的接獲控制者⁵⁰。

(十) 第 4G 項: 就學院或大學圖書館的影視著作, 由教授基於編撰而使用在課堂上的教學為目的, 而規避該類著作的接獲控制者。

由美國盲人協會再度建議允許作例外規定。

⁴³ Proponent: Megan Camey.

⁴⁴ Proponent: Mark Rizik.

⁴⁵ Proponent: Gary Handman, Media Resources Center, UC Berkeley.

⁴⁶ Proponent: Kevin L. Smith, Duke University.

⁴⁷ Proponent: Renee Hobbs.

⁴⁸ Proponent: Renee Hobbs.

⁴⁹ Proponent: Peter DeCherney, University of Pennsylvania

⁵⁰ Proponent: Peter DeCherney, University of Pennsylvania

(十一) 第 4F 項: 被大學院校的教職員使用在面對面教學的所有視聽著作, 不問其教學的學科, 主題以及合法取得的來源為何⁵¹。

(十二) 第 5A 項: 使合法取得的應用軟體可以在無線電話上使用的電腦程式, 而該程式規避接觸控制的唯一目的乃在於確保應用軟體在無線電話上的相容性⁵²。

(十三) 第 5B 項: 運用在在無線手持通訊裝置的電腦程式, 而該程式規避接觸控制的唯一目的乃在於確保無線電話可以與其他無線電網絡業者相連結者⁵³。

(十四) 第 5C 項: 可使無線電話可以與無線通訊業者相連結的韌體或軟體電腦程式, 而該程式規避接觸控制的唯一目的乃在於確保無線電話可以合法與其他無線通訊業者相連結者⁵⁴。

(十五) 第 5D 項: 可使無線電話可以與無線電話網絡業者相連結的韌體或軟體電腦程式, 而該程式規避接觸控制的唯一目的乃在於確保無線電話可以合法與其他無線電話網絡業者相連結者, 其是否有商業動機則在所不問⁵⁵。

(十六) 第 6 項: 藉由硬體鎖(dongles)保護, 以防止被任意接觸的電腦程式著作, 而該硬體鎖因故障或損壞或軟體不相容, 或其型號已過於老舊而必須藉由舊系統或舊硬體始能接觸者⁵⁶。

(十七) 第 7 項: 供電腦程式著作解析與分析之目的者⁵⁷。

(十八) 第 8A 項: 在個人電腦上可接觸且獲科技保護措施所保護的文學、錄音及影視著作。其在合法版本所附的控制接觸的科技保護措施中, 可能損及個人電腦的安全性, 而其規避係專為測試、偵錯或改正該項安全性漏洞或缺點的善意行為者⁵⁸。

⁵¹ Proponent: Gail Fedak.

⁵² Proponents: Fred von Lohmann and Jennifer S. Granick, Electronic Frontier Foundation.

⁵³ Proponent: MetroPCS Communications, Inc.

⁵⁴ Proponent: Paul Posner, Youghioghny Communications, Inc. D B A Pocket Communications, Inc.

⁵⁵ Proponent: Jonathan Newman, Wireless Alliance, LLC.

⁵⁶ Proponent: Joseph V. Montoro, Jr.

⁵⁷ Proponent: Gary Handman, Media Resources Center, UC Berkeley.

⁵⁸ Proponent: Alex Halderman, University of Michigan.

(十九) 第 8B 項: 在個人電腦上可接觸且獲科技保護措施所保護的遊戲軟體著作。其在合法版本所附的控制接觸的科技保護措施中,可能損及個人電腦的安全性,而其規避係專為測試、偵錯或改正該項安全性漏洞或缺點的善意行為者⁵⁹

(二十) 第 9A 項: 透過數位電視免費傳輸給任何人的影視著作,其上標註有 broadcast flag 標記(一種數位傳播的著作權保護規格)以預防、限制和禁止接收者每次接觸該著作後選擇再次傳輸,或以不同的裝置再加以接觸該著作物者⁶⁰。

(二十一) 第 9B 項: 存在於實體媒介(physical medium)的影視著作,例如藍光光碟 (Blu-ray discs),而其被註明為降頻端 (down-conversion)或解析度降階端 (down-resolutioning),例如包裝上面有「影像抑制標記」(Image Constraint Token; ICT)。而該著作透過錄放裝置的影音輸出埠傳輸給其他使用者時,其品質因此而受影響者。(透過其視覺解析度,暫存解析度以及顏色失真度加以衡量)。

(二十二) 第 10A 項: 透過商業配銷管道,在線上音樂商店或媒體商店所合法購買的受科技保護措施保護的數位型式錄音,影視和電腦程式著作。而其科技保護措施功能是透過具認證功能的伺服器所維持。一旦因網路商店功能停擺或其他理由而導致該認證用伺服器停止運作者⁶¹。

(二十三) 第 10B 項: 透過商業配銷管道,在線上音樂商店或媒體商店所合法購買的受科技保護措施保護的數位型式錄音,影視和電腦程式著作,而其科技保護措施功能是透過具認證功能的伺服器所維持,而技術或研究人員係為了研究和記錄該認證用伺服器如何執行科技保護措施功能者⁶²。

(二十四) 第 11A 項: 在 DVD 光碟上所發行的影視著作,而進行規避接觸控制的唯一目的乃在於非侵權的非商業剪輯使用者⁶³。

(二十五) 第 11B 項: 就那些受到內容混合加密鎖碼系統(Content Scramble System; CSS)技術所保護的動畫電影和其他影視著作 DVD,且此類著作是一般社會大眾無法透過商業途徑加以取得。當記錄片製片人因身為製片協會會員、正從事製片拍攝、或因社會教育機構的製片課程,而必須接觸某部特別的記錄片始能

⁵⁹ Proponent: Alex Halderman, University of Michigan.

⁶⁰ Proponent: Matt Perkins.

⁶¹ Proponent: Christopher Soghoian, Berkman Center for Internet & Society

⁶² Proponent: Christopher Soghoian, Berkman Center for Internet & Society

⁶³ Proponents: Fred von Lohmann and Jennifer S. Granick, Electronic Frontier Foundation.

進行大量內容的製作，而其所接觸的內容係屬公共財產，或其使用會符合案例法和著作權法第 107 條的合理使用者⁶⁴。

參、蘋果 iPhone 所帶來之解碼服務爭議

在所有有關智慧型手機軟體的爭議中，最具代表性的未過於蘋果電腦旗下的 iPhone。由於蘋果電腦在銷售 iPhone 時，是採取與一家電信業者獨家合作的銷售模式，配合此種模式，蘋果則以綁約的方式用限制性銷售契約來銷售。例如在美國是與 AT&T 進行獨家銷售的模式，在我國則是與中華電信獨家合作。也因此電信業者往往會要求蘋果所銷售的手機要鎖碼，使得消費者無法使用別家電信業者的服務。但是由於蘋果並未在各國廣泛的銷售，在消費者有實際需求的情況下，市面上就出現了許多幫消費者解碼(unlocking an iPhone)的相關服務。雖然 2006 年公告將專為合法連線到無線電話通訊網路的軟體電腦程式著作予以豁免，但是相關爭議並未因此而平息，反而因蘋果接連推出的 iPhone 3G 機種受到歡迎而越演越烈。

由於蘋果電腦向來的策略，就是採行封閉式的智慧財產權策略，不開放其智慧財產權，以獨占其所開發出來的使用者介面(interface)與應用軟體，例如 iPhone 介面上的滑動功能圖像(icon)就是一個最佳的例證。為了保有其獨特性與產品穩定性，蘋果在 iPhone 出廠時即設下與第三方應用軟體(third-party application)不相容的限制，此即為一種典型的科技保護措施(technological protection measure)。

雖然有此限制，但是由於許多使用者喜愛以 iPhone 凸顯個人風格，市場上也因此替消費者破解和更改 iPhone 內建軟體的服務，俗稱為「越獄」(jailbreak; 以下以 jailbreak 稱之)的服務也應蘊而生⁶⁵。蘋果因此認為 jailbreak 的行為不但違反了 DMCA 第 1201 條的反規避條款，也同時會使得 iPhone 的穩定性受到影響⁶⁶，因此蘋果於 2008 年底向美國著作權局提交了一項聲明，主張經過 jailbreak 後的 iPhone 操作系統(operating system)侵害了其著作權⁶⁷，希望在 2009 年的豁免清單中將專為合法連線到無線電話通訊網路而變更軟體的類型予以刪除。但是電子前鋒基金會(Electronic Frontier Foundation; 以下簡稱 EFF⁶⁸)則針對

⁶⁴ Proponents: Kartemquin Educational Films, Inc. and the International Documentary Association.

⁶⁵ 目前在網路上已有許多免費教學，指導消費者應如何進行 iPhone 軟體的破解，甚至有多國語言教學版本。JENNA WORTHAM, The Great Break-In, The New York Times, May 13, 2009 Wednesday, Correction Appended, Late Edition - Final, Section B; Column 0; Business/Financial Desk; Pg. 1.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ 電子前鋒基金會(Electronic Frontier Foundation; EFF)為一個線上非營利組織，其創立的宗旨在於促進網路空間的言論自由，同時也是反對 DMCA 法案最大機構之一。其官方網頁介紹請參照：<http://www.eff.org/about>. (last visit on October 11th, 2009)

jailbreak 行爲提出應繼續維持豁免該等行爲的請求⁶⁹，以免除那些運用 jailbreak 技術而將第三方軟體載入 iPhone 操作系統相關服務的法律責任⁷⁰。

肆、對國會圖書館豁免清單的檢討-以蘋果 iPhone 爭議為例

由於手機的加值軟體運用服務在未來勢必將成爲主流，而 iPhone 的爭議也對第四次的豁免清單造成直接的影響，並吸引各方的注意。以下即就 jailbreak 行爲在 DMCA 架構下所導致的問題加以分析，並將針對美國關於科技保護措施的新趨勢加以探討。

一、蘋果 iPhone 解碼所引發的爭議

根據資料顯示，截至 2009 年 4 月底止，蘋果電腦旗下的 iPhone 與 iPod Touch 音樂播放器全球總銷售數量高達 3,700 萬台⁷¹，而與其互動的第三方應用軟體更是不勝枚舉。在一份訪談的資料中顯示，在運用 jailbreak 的技術中，光是兩個分別能使 iPhone 數位像機功能轉變成錄影功能的免費應用程式 Cycorder 和收費 1 美元即可將個人照片置放到 iPhone 聯絡人通訊錄的應用程式 Cyntact，從公開以來已有 230 萬人下載⁷²，且其數目尙在增加當中，可見其受歡迎的程度。由此可見，iPhone 背後所隱藏的使用者網絡動能之鉅大，如果說此類非官方的第三方應用軟體被美國法院宣告違反 DMCA 第 1201 條的反規避條款，其結果將使數以千萬計的消費者權利受到影響，而整個 iPhone 手機應用軟體市場亦將被 iPhone 所壟斷。

在美國國會圖書館館長此次所發佈的特殊著作種類建議豁免清單中，第 5A 項即是由 EFF 提出，以解決因 jailbreak 行爲所引發的爭議⁷³。惟在此同時，蘋果電腦也就該清單在 2009 年 2 月提出其建議跟批評⁷⁴。蘋果電腦認爲建議清單的第 5A 項將會破壞其在 iPhone 中受著作權保護的電腦程式與數位內容，最終將導致其著作權受到侵害、對 iPhone 造成不穩定，以及契約義務的違反⁷⁵。此外蘋果

⁶⁹ Proposition 5A provides: ‘ ‘Computer programs that enable wireless telephone handsets to execute lawfully obtained software applications, where circumvention is accomplished for the sole purpose of enabling interoperability of such applications with computer programs on the telephone handset.’ ’ Proponents: Fred von Lohmann and Jennifer S. Granick, Electronic Frontier Foundation.

⁷⁰ Greg Keizer, Apple: iPhone Jailbreak Hack Violates the Law, MacWorld UK, Feb. 16, 2009, available at <http://www.macworld.co.uk/mac/news/index.cfm?newsid=24989>. (last visit on October 11th, 2009)

⁷¹ Supra note 34.

⁷² *Id.*

⁷³ Supra note 37.

⁷⁴ Responsive Comment of Apple Inc. In Opposition to Proposed Exemption 5A and 11A (Class #1), In the matter of Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, Docket Number 2008-8, available at <http://www.copyright.gov/1201/2008/responses/apple-inc-31.pdf>. [Hereinafter “Apple Response”]

⁷⁵ *Id.* at 2. 其原文爲: this exemption will destroy the “[t]echnological protection of Apple’ s key

公司還主張 EFF 在提交第 5A 項時，並沒有充分證明如不通過此項豁免的建議⁷⁶，非侵權的相關使用將會因此而受到 DMCA 的禁止。

在 iPhone 的 jailbreak 行為爭議中，其主要的關鍵在於該等行為是否有非侵權的使用問題。在 iPhone 架構下，涉及著作權爭議的主要問題在於操作系統 (operating system) 以及開機程式 (bootloader) 等韌體 (兩者以下均以韌體稱之)⁷⁷。而控制存取 iPhone 內部韌體的科技保護措施，則是被置於受安全機制保護的唯讀記憶體中，其中包括認證 (validate) 韌體與硬用軟體的密碼金鑰 (cryptographic keys) 等等⁷⁸。也因此蘋果電腦主張，透過對韌體的修改，將會導致其具有著作權的韌體以及相關的衍生著作受到侵害，也規避了蘋果電腦對 iPhone 所設計的科技保護措施。

蘋果電腦主張的基礎在於，由第三方所製作之韌體雖與官方版本幾近相同，但卻是未經蘋果電腦同意所為之修改⁷⁹。蘋果也同時主張，使用者的 iPhone 一旦透過 jailbreak 行為而修改，其將可以使用被原版韌體排除的盜版軟體⁸⁰。但是最關鍵的問題，就在於 jailbreak 行為是否有非侵權的使用，這也是國會圖書館館長是否同意豁免建議清單的主要因素之一。由於 DMCA 第 1201 條第(a)項的重點在於是否會因為限制 jailbreak 會使消費者受到不當的影響 (adversely effected)，因此蘋果主要的論點也就著重在限制 jailbreak 將只會影響那些原本就會侵害其著作權的行為，故沒有不當影響的問題。

二、科技保護措施例外規定的判斷原則

有關 2009 年第四次豁免建議清單中相關的提議，如第 5A 與 11A 項是否會被接受，結果原定於 2009 年 10 月 28 日公告，但是由於著作權局局長並未於 2009

copyrighted computer programs in the iPhone...and copyrighted content owned by Apple that plays on the iPhone, resulting in copyright infringement, potential damage to the device and other potential harmful physical effects, adverse effects on the functioning of the device, and breach of contract.”

⁷⁶ 根據聯邦公報，國會圖書館著作權註冊局局長要求提案者 (proponent) 應負舉證之責，請參見：Fed. Reg. 58,073, at 75 (Oct. 6, 2008)，available at <http://www.copyright.gov/fedreg/2008/73fr58073.pdf>. (last visit on October 11th, 2009)

⁷⁷ Bootloader 是在操作系統開機之前所執行的一段小程序。透過這個程序，iPhone 可以初始化其硬體設備，建立內部所需空間的對照參數，進而創造出一個最適合 iPhone 軟硬體運作的環境。更詳細的介紹請參見 Apple Response, supra note 68, at 7-10.

⁷⁸ *Id.* at 8.

⁷⁹ *Id.* at 11.

⁸⁰ *Id.* (“[J]ailbreaking would involve the creation, distribution, and copying of unauthorized modified versions of the [firmwares], and it would facilitate and encourage the making, distribution, and use of infringing copies of copyrighted material such as games and applications, owned by both Apple and third parties, that run only on jailbroken phones. The proposed exemption therefore does not satisfy the fundamental prerequisite of the statute that it aid “noninfringing uses” of copyrighted works and should be rejected.”).

年 10 月 27 日前向國會圖書館提出相關的建議，並建議將最後決定日期延後數週，經國會圖書館館長同意後，決定暫緩公告，待著作權局局長根據 DMCA 之要求提出建議後再行決定公告日期⁸¹。而在結果揭曉前，不妨可以回顧 DMCA 當初的立法理由，或可提供關於此議題的重新思考的方向。

DMCA 科技保護措施之立法，由於國會在相容性(interoperability)技術的議題上，採取了較傳統智慧財產權法更為廣泛的立法方式，賦予著作權人更為廣泛的權利，也因此受到了民間很大的壓力。另一方面，由於美國聯邦第九巡迴上訴法院在 DMCA 制定前六年，剛在 *Sega Enters. v. Accolade, Inc* 一案中⁸²，認定以遊戲機中介程式進行還原工程(reverse engineering)而獲得不受著作權保護的觀念 (idea)，係一種「合理使用」(fair use)⁸³，等於准許業者得採行規避科技保護措施的行為以獲取所欲取得的資訊。在以上因素的參雜之下，美國國會也因此在此 DMCA 的第 1201 條第(f)項，制定了以相容性為主要目的而使用還原工程的例外規定⁸⁴，以兼顧來自民間與實務界的壓力⁸⁵。

由此看來，既然 DMCA 的立法目的至為明顯，身為被授權的國會圖書館長在決定最終豁免清單時，勢必會就「相容性」與「合理使用」兩點加以考慮，否則即屬違反法定授權原則。由於 jailbreak 的出發點本身就是第三方應用軟體與 iPhone 本身相容性的考量，因此，EFF 此次在豁免清單的第 5A 項之提議重點若能透過合理使用之分析，即可獲得可能的答案。

(一) 合理使用的要件

根據美國判例法與著作權法第 107 條之規定，若要被認定為合理使用，必須要符合以下的要件⁸⁶：

⁸¹ 請參見 Federal Register, Vol. 74, No. 206, Tuesday, October 27, 2009, 55139.

⁸² See *Sega Enters. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1527-28 (9th Cir. 1992)

⁸³ Id. at 1527.

⁸⁴ 17 U.S.C. § 1201(f) provides:

(f) Reverse Engineering.

(1) Notwithstanding the provisions of subsection (a)(1)(A), a person who has lawfully obtained the right to use a copy of a computer program may circumvent a technological measure that effectively controls access to a particular portion of that program for the sole purpose of identifying and analyzing those elements of the program that are necessary to achieve interoperability of an independently created computer program with other programs, and that have not previously been readily available to the person engaging in the circumvention, to the extent any such acts of identification and analysis do not constitute infringement under this title.

⁸⁵ 除了以第 1201 條第(f)項限縮 DMCA 可及的範圍之外，美國國會也就加密研究(encryption research)和安全性測試(security test)做出了例外規定。See 17 U.S.C. § 1201(d)-(j); 另一個美國國會欲限縮 DMCA 效力的條文，則為前述所提及授權國會圖書館館長每三年公佈一次的豁免清單。See 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(B)-(C).

⁸⁶ (1)利用之目的及性質(the Purpose and Character of the Use); (2)著作之性質(the nature of the copyrighted work); (3)所利用之質量及其在整個著作所占之比例(the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole); (4)利用結果對著作潛在市場與現在價值之

(1) 利用之目的及性質

由於 iPhone 本身的性質主要係供消費者個人使用，也因此，不論第三方應用軟體開發商使用了多大比例的官方版軟體做為開發工具，只要其主要目的為非供商業目的之使用，均屬在合理的範圍限度內。除此之外，在蘋果電腦此次針對建議豁免清單中所提出的回應當中也明白指出，市面上有絕大多數的第三方應用軟體均為免費提供⁸⁷，也因此，在蘋果電腦無法充分舉證證明第三方應用軟體開發商有販售而獲利的情形時，國會圖書館館長可能會傾向做出合理使用的認定。

再者，jailbreak 的賣點之一，乃在於幫助使用者得以隨心所欲去決定其 iPhone 的內容以凸顯其個性，這也包括了以合法方式取得第三方應用軟體(不論付費或免費授權)，諸如前述提及可使 iPhone 轉身一變成爲錄影機的 Cycorder 軟體或是其他之應用軟體。蘋果電腦在此則主張，透過 jailbreak 將此類應用軟體納入 iPhone 的架構中，將會危及 iPhone 正常使用的穩定性⁸⁸。但這也正好給 jailbreak 提供了一個最好的反駁理由，因為使用者更可以主張，其穩定性與否乃係其自由之決定，而且蘋果也不會爲此負任何責任。也正因爲消費者想要 iPhone 能發揮正常使用的功能，所以消費者若能自由決定其所欲載入的軟體以使 iPhone 能正常運作，這可能更符合消費者購買 iPhone 的目的。

(2) 著作之性質

要了解著作物本質(在此爲第三方應用程式)與電腦操作系統(在此則爲 iPhone 操作系統)的關係，就有必要去了解以往法院在這方面的見解。在 *Lexmark v. Static Control Components* 一案當中，法院面臨著是否應該認可 Lexmark 所製作以限制消費者存取其控制印表機墨水夾的科技保護措施程式，是否應受到著作權的保障的問題⁸⁹。美國聯邦第六巡迴上訴法院在此認爲，既然消費者在操作該程式時，並無法看到、聽到或與著作物產生任何的互動，也因此由第三方廠商所製作以規避 Lexmark 的科技保護措施的電腦晶片(chips)，即便其係將 Lexmark 的科技保護措施程式納入其晶片組，亦不違反著作權⁹⁰。

雖然 Lexmark 在抗辯中主張，Lexmark 所設計的程式目的即爲控制存取，且該程式也已經向著作權局註冊；此外，被告亦承認其所設計的程序跟 Lexmark 完全相同並有重製的事實⁹¹，唯該院認爲，真正限制接觸控制的，並不是程式的認證程序本身，而是消費者購買的行爲，而一旦消費者購買了 Lexmark 的產品，

影響(the effect of the use upon the potential market for, or value of, the copyrighted work); 17 U.S.C. § 107.

⁸⁷ See Apple Response, *supra* note 68, at 12.

⁸⁸ *Id.* at 8-12.

⁸⁹ 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004).

⁹⁰ *Id.* at 547-48.

⁹¹ *Id.* at 530-31.

就可以直接存取繫爭的技術保護程式。換言之，法院認為，既然 Lexmark 並沒有就其技術保護程式建立任何的安全機制以限制存取，即無規避的事實會產生⁹²。就此而言，如將 iPhone 的韌體對照成 Lexmark 的印表機技術保護程式，由於證據顯示要更改 iPhone 韌體本身並不須要花費太大功夫，只要按照網路的教學即可⁹³，由此可見蘋果電腦本身亦未對其韌體建立任何的安全機制以限制存取，因此根據法院在 Lexmark 一案見解，消費者以 jailbreak 方式來修改 iPhone 的韌體，進而增加其所欲利用的應用程式，似亦無違反 1201 條科技保護措施之情事。

此外，法院還進一步認為，用來鎖碼的電腦程式本質上屬於功能性概念 (functional ideas)，而非表達性概念 (expressive idea)，故著作權的保障受到限制。而如果將該類程式破解並使其可以在主裝置上運作，例如電腦、遊戲機、印表機以及汽車等等，在合併理論 (merger doctrine) 與場景理論 (scènes à faire) 的支持下⁹⁴，應視為係為達成相容性目的所必要，而被排除在著作權保護範圍外⁹⁵。而如果對照 iPhone 內建的韌體，其本身的功能即為限制 iPhone 只可以跟蘋果電腦所認可的第三方應用程式進行同步 (sync)，其本身即跟 Lexmark 一案中用來鎖碼的技術保護程式相類似，也因此，在 Lexmark 一案的見解之下，iPhone 韌體的著作權保障亦應受到限制。

美國著名的著作權學者 Jane Ginsburg 就此則認為，在接觸控制是獲取一項著作物的前提範圍下，如果對非侵權使用也進行反規避條款的限制，那麼將會導致著作權人的權利過度擴張，而犧牲掉其他可以促進創新研發的非侵權使用⁹⁶。而這也正是 iPhone 目前所面臨的問題，因為其韌體雖然能夠防止盜版軟體在

⁹² Id. at 546-47.

The court ruled that:

“it is not Lexmark’s authentication sequence that “controls access” to the Printer Engine Program. *It is the purchase of a Lexmark printer that allows “access” to the program.* Anyone who buys a Lexmark printer may read the literal code of the Printer Engine Program directly from the printer memory, with or without the benefit of the authentication sequence, and the data from the program may be translated into readable source code after which copies may be freely distributed. No security device, in other words, protects access to the Printer Engine Program Code and no security device accordingly must be circumvented to obtain access to that program code. (*Emphasis added*)

⁹³ See supra note 34.

⁹⁴ 關於融合理論與場景理論更深入的探討，請參見：朱美虹，科技保護措施與對著作權保護之影響——以 Lexmark v. Static Control 為例，available at: <http://www.copyrightnote.org/cmote/bbs.php?board=35&act=read&id=43>. (visit on October 12, 2009)

⁹⁵ Id. at 536. The court ruled that:

To “unlock” and permit operation of the primary device (i.e., the computer, the game console, the printer, the car), the component must contain either a certain code sequence or be able to respond appropriately to an authentication process. To the extent compatibility requires that a particular code sequence be included in the component device to permit its use, the merger and scènes à faire doctrines generally preclude the code sequence from obtaining copyright

⁹⁶ Jane Ginsburg, The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the US Copyright Act, PUBLIC LAW AND LEGAL THEORY WORKING PAPER GROUP, at 6 (Feb. 1, 2007), available at: <http://ssrn.com/abstract=960724>. (visit on

iPhone 上使用，但卻也同時限制合法取得的非侵權第三方軟體，在此條件下，自然有認定 jailbreak 相關的行為係屬合理使用的可能。

(3) 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

在 jailbreak 的過程中，程式設計者往往不須要大幅更改 iPhone 韌體⁹⁷，再加上程式設計者往往希望盡可能使 iPhone 能正常運作，也因此導致蘋果電腦的官方韌體會被大量的運用。表面上，jailbreak 的行為看似不符合合理使用的要件，但法院在判斷此要件時往往會連同潛在市場或對著作物價值的影響一同考量。例如美國最高法院早在 1977 年的 *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting* 一案中即表達此見解⁹⁸。在該案中，原告 Zacchini 的人體炮彈表演被地方電視台播出後，使得觀眾至現場觀看原告表演的意願降低，對原告表演所具有的經濟利益產生了潛在威脅。然而，在 iPhone 的爭議當中，卻沒有經濟利益受威脅的情形存在。

(4) 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

蘋果電腦在其就 EFF 所提交的第 5A 項回應中表示，jailbreak 的相關行為將會導致其必須就相關的安全性與操作性問題加以防範，進而增加其支援解決此類問題的成本，最終使其韌體的價值減少⁹⁹。然而，在 EFF 所提交的建議豁免清單中對第 5A 項的評論則是主張，蘋果電腦的韌體乃是採取免費下載的性質，也因此並沒有獨立的經濟價值可言¹⁰⁰。最後，蘋果電腦主張，iPhone 操作系統的品質跟市場上消費者對其產品的需求，兩者是一體兩面，密不可分，也因此，如果允許 jailbreak 的相關行為，將會導致其經濟利益受損¹⁰¹。

整體觀之，蘋果電腦最強而有力的主張乃在於，使用者在 iPhone 上使用第三方應用軟體時可能會導致運作上的問題。然而，iPhone 在剛上市的最大賣點之一，即為此全方位的劃時代革命性電子平台將可以提供程式設計者一個優良的軟體開發環境¹⁰²，這也因而使得其主張不攻自破。至於即便使用者在使用第三方

October 12, 2009)

⁹⁷ See supra note 34.

⁹⁸ 433 U.S. 562 (1977).

⁹⁹ See Apple Response, supra note 68, at 18. (“[j]ailbreaking the bootloader and the OS clearly diminishes the value of those copyrighted works directly by giving rise to a host of problems in the safety, security and operation of the iPhone, and by substantially increasing Apple’s costs to support the software”).

¹⁰⁰ Comments of the Electronic Frontier Foundation, In the Matter of Exemption to Prohibition of Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technology, Docket No. RM 2008-08 at 9, available at <http://www.copyright.gov/1201/2008/responses/electronic-frontier-foundation-50.pdf> (visit on October 12, 2009)

¹⁰¹ See Apple Response, supra note 68, at 18.

¹⁰² Id. at 3-5. (“[i]Phone, a product hailed as revolutionary, unprecedented, and more advanced than any other mobile or “smart” phone then in the marketplace.6 The iPhone presented a breakthrough phone to consumers with a fully functional web browser, desktop-class email, industry-first visual voicemail, iPod music functionality, a built-in accelerometer (*particularly useful for iPhone applications developers*)”)

應用軟體導致 iPhone 發生問題時，使用者也可以很容易使用 iPhone 內建重新格式化(reformat)的功能，輕易地回復到原廠設定。準此而言，蘋果電腦就很難主張其著作物的價值受到影響。

(二) 小結

在經過以上的分析之後，可以發現蘋果電腦在合理使用上的反對論述將難以成立，而使得此次的建議豁免清單，國會圖書館館長將很有可能採用合理使用的論述而將 EFF 第 5A 項的提案納入。而也有將 jailbreak 行為合法化，才能免除市面上幾千萬的 iPhone 使用者將來可能面對 DMCA 第 1201 條第(a)項制裁可能。

三、蘋果 iPhone 與 Bluwiki

與 jailbreak 相關的另一議題，則是軟體的開放原始碼(open source software)爭議。過去曾針對網站與部落客提出法律行動，以保護自身產品細節的蘋果電腦，這一次則被 Bluwiki 的經營者 OdioWorks 與 EFF 向美國加州北區聯邦地方法院 (U.S. District Court for the Northern District of California) 提出控告。該案件起因是 2008 年 11 月 Bluwiki.com 網站上一群使用者，針對如何讓自己的 iPod 音樂播放器與 iPhone 能夠與蘋果電腦 iTunes 以外的軟體，例如知名的 Winamp 或開放原始碼軟體 Songbird 一起搭配使用¹⁰³，而其主要討論內容則是針對如何修改蘋果電腦 iTunes 音樂播放軟體中的 DB File 程式，以規避 iTunes 的科技保護措施¹⁰⁴。

在發現此情況後，蘋果電腦的律師立即發出律師函 (cease and desist order) 要求 Bluwiki.com 將相關討論串移除，同時亦表示該專案已經違反 DMCA 第 1201 條第(a)項的反規避條款。而 OdioWorks 在訴訟的考量下，也被迫將該網頁自其伺服器(server)移除¹⁰⁵。事後，為維護 Bluwiki 的言論自由權，OdioWorks 與 EFF 共同控告蘋果電腦，其認為，在 Bluwiki 上的相關討論是還原工程軟體，而非破解複製保護，並要求透過法院判決澄清事實。也因此，此項訴訟可說是將測試 DMCA 第 1201 條第(a)項反規避條款的底線。

以下將就該案所涉及的議題加以討論分析：

(一) DMCA 效力所及的範圍不包括言論自由權

(Emphasis added)

¹⁰³ See EFF Press Release, *OdioWorks v. Apple*, available at: <http://www.eff.org/cases/odioworks-v-apple> (visit on October 12, 2009)

¹⁰⁴ See Fred von Lohmann, *Apple Confuses Speech with a DMCA Violation*, available at: <http://www.eff.org/deeplinks/2008/11/apple-confuses-speech-dmca-violation> (visit on October 12, 2009)

¹⁰⁵ See *supra* note 34. 另外關於 Bluwiki 網站發佈移除相關討論內容的公告，請參見：<http://bluwiki.com/go/Ipodhash/Takedown> (visit on October 12, 2009)

如就 DMCA 第 1201 條第(a)項第 2 到 3 款的規定觀之，可以看出蘋果電腦之主張實際上是沒有任何根據的。根據該條規定，任何人均不得製造、進口、提供給公眾或運送任何技術、產品、服務、器材、原件或部分零件以供以規避科技保護措施為主要目的之使用¹⁰⁶。而在本案中，在 Bluwiki 網頁上所存在的討論，只不過是文字敘述，甚至屬於尚未完成的討論階段¹⁰⁷。因此有論者認為，若蘋果電腦認為 DMCA 第 1201 條第(a)項的效力可及於此類言論自由權的行使，那麼蘋果電腦很可能錯估美國最高法院向來在憲法增修條文第一條的堅持¹⁰⁸。

(二) 蘋果電腦並非 iTunes DB File 的著作權人

就本案係爭的 iTunes DB File 而言，事實證明，蘋果電腦並沒有其著作權。因為 DB File 的產生主要決定於每位使用者要在其 iPod 音樂播放器或 iPhone 上播放何種音樂或電影¹⁰⁹。換言之，每位消費者選擇影音檔播放的同時，其本身就是 DB File 的著作權人，而著作權人自然有完整的權利對其著作物進行修改，這當然也包括了進行反規避程式的設計。

(三) 規避接觸控制的科技保護措施並不存在

本案中的 iTunes DB File 本身並沒有接觸控制，其理由在於任何的應用程式均可對其辨識後再進行讀取，而蘋果電腦在此只不過是以迂迴設計的機制去防止使用者再對 DB File 進行重覆讀寫的動作。也因此，DB File 並不符合 DMCA 第 1201 條第(a)項關於「有效接觸控制」(effective access control)的定義¹¹⁰。而由於 DMCA 本身並不會禁止他人對不具接觸控制性質的科技保護措施加以規避，也因此蘋果電腦在此的主張自然欠缺依據。

(四) 蘋果電腦忽略了 DMCA 中關於還原工程的例外規定

在 DMCA 的第 1201 條第(f)項當中，規定了以為達成與其他獨立創作的應用程式相容性為主要目的，而可對電腦程式進行非營利式的還原工程的例外規定¹¹¹。在本案當中，使用者所討論的內容乃在促進其所有的 iPod 音樂播放器與 iPhone 可以與其他獨立創作的應用程式相容，如 Winamp 和 Songbird 等。也因

¹⁰⁶ 17 U.S.C. § 1201(a) (2) provides:

(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that—

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

¹⁰⁷ See supra note 37.

¹⁰⁸ See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

¹⁰⁹ See supra note 37.

¹¹⁰ 17 U.S.C. § 1201(a) (1) (A) provides:

(1)(A) No person shall circumvent a technological measure that *effectively controls access to a work protected under this title*. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2 – year period beginning on the date of the enactment of this chapter. . . . (*Emphasis added*)

¹¹¹ See supra note 53.

此，Bluwiki 的相關討論很明顯的落在該條項規定的例外範圍當中，這也使得蘋果電腦在本案中的主張更為薄弱。

(五) 侵權關聯性要件(infringement nexus requirement)並不存在

在美國聯邦法院的 Chamberlain Group v. Skylink Techs.¹¹²以及 Storage Technology Corp. v. Custom Hardware Engineering & Consulting, Inc.¹¹³兩個案件中均認為，如果欠缺潛在侵權要件的關聯性，那麼就沒有違反 DMCA 第 1201 條的可能。而在本案當中，使用者透過還原工程解析 iTunes DB File 的目的並不在加以重製而獲利，而僅僅是為求其所購買的產品能與其他應用程式相容。也因此，似無侵權關聯性的要件存在。

(六) 小結

有關於蘋果主張 Bluwiki 違反 1201 條之反規避條款的主張，由於有其本質上的缺失，因此在各方反對與不看好的情況下，蘋果電腦在 2009 年 7 月 8 號正式撤銷其告訴而告終止¹¹⁴，而 Bluwiki 的相關內容亦得以再度被放置在其網頁上¹¹⁵。而 EFF 跟 Sam Odio (Bluwiki 與 OdioWorks 的幕後負責人) 就此都表示欣慰。惟 EFF 仍對這樣無意義且違反網路自由創作精神的作法，居然可以維持長達七個月之久表示遺憾；Sam Odio 則表示，該案若是繼續拖延，將對於那些經營非營利性質的 wiki 社群產生莫大的傷害。目前看來，在 EFF 的推動下，類似 Bluwiki 社群的相關內容，很有可能將會在不久後列入 DMCA 授權國會圖書館館長所發佈的豁免清單底下。

四、結論

DMCA 自 1998 實施至今，產生了許多問題。在 EFF 發表的一篇名為「DMCA 實施後十年所未預期的後果」報告中，道盡了這十多年來由 DMCA 所產生的法律問題。這些問題包括了箝制言論自由與扼殺科技研究、妨害合理使用、阻礙競爭與創新研發以及妨礙電腦入侵法案(Computer Intrusion Act)的行使¹¹⁶。也因此，DMCA 嚴然已經成為各公共領域避之唯恐不及的危害，而這十多年的經驗也顯示，DMCA 也確實造就了美國國會立法之初未預見的問題。隨著著作權發展的

¹¹² 381 F.3d 1178 (Fed. Cir. 2004)

¹¹³ 421 F.3d 1307 (Fed. Cir. 2005)(the court ruled that circumvention of code controlling access to data library maintenance software held not to violate § 1201 because access does not “facilitate copyright infringement”)

¹¹⁴ For Apple’ s withdrawal letter, available at: <http://www.eff.org/files/July%208%20Apple%20letter.PDF> (visit on October 12, 2009)

¹¹⁵ See Fred von Lohmann, Apple Backs Down On Bluwiki Threats, available at: <http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/apple-backs-down-blu> (visit on October 12, 2009)

¹¹⁶ See EFF, Unintended Consequences: Ten Years under the DMCA, available at: <http://www.eff.org/wp/unintended-consequences-ten-years-under-dmca> (last visit on October 12th, 2009)

日新月異，已經有越來越多的數位著作以科技保護措施加以保護，而這也可以從豁免清單的內容逐年成長可以得知。可以預見的，美國國會若繼續維持反規避條款的規定，將會有越來越多的爭議會因反規避條款而起。

第二節、關於科技保護措施晚近重要之美國案例

隨著美國制訂數位千禧年著作權法案(Digital Millennium Copyright Act，DMCA)後，第一件違反反規避條款之刑事案件 United States v. Elcom Ltd.之後，美國法院對於科技保護措施相關議題之見解逐步形成，包括：有關內容控制之類型 RealNetworks v. Streambox；對相容性之控制 DVD 解碼軟體 DeCSS 之訴訟案；Universal City Studios v. Corley；Universal City Studios v. Shawn C Reimerdes；對商品或服務的控制 Sony Computer Entertainment America v. Game Masters；Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.；對消費者的控制 Sony v. AiboPet 等案件，嗣這些案件塵埃落定後，又有新案不斷出現值得探討，其中又以 The Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.、Ticketmaster L.L.C v. RMG Technologies, Inc.、MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc.等案為代表。

壹、The Chamberlain Group, Inc v. Skylink Technologies, Inc.

一、案件事實及二造攻防

本案的技術是關於開啓車庫門鎖之裝置(Garage Door Openers簡稱GDO)，通常其有一個手拿式的訊號發送器及一個裝在車庫門上的接收裝置，接收信號的裝置需經過軟體處理程序，並啓動馬達開啓或關閉車庫的門。當一個顧客購買GDO的系統，廠商會提供一個發送器及一個開關裝置，不過如果顧客想要換一個發送器，則必須到其售後市場購買。在售後的市場中有一種”萬能發送器”(universal transmitters)，顧客可以將其設定以便和GDO系統互通。

本文中，原告與被告乃是「萬能發送器」的主要競爭者。本案的主要爭議，乃在於Chamberlain的“Security+”系統與Skylink的Model 39萬用發送器。Chamberlain的系統有一個受著作權保護的滾動碼(rolling code)電腦程式，可以不斷的改變其發送信號以便開啓車庫。相反的，Skylink的Model 39發送器雖並未納入滾動碼，但卻允許客戶得以透過其Model 39操作Security+的開啓。

Chamberlain認為Skylink的萬用發送器使Security+變得不安全，因為它可以讓未經授權的用戶迴避其滾動碼內建的安全機制。因此Chamberlain控告Skylink製造

及銷售能夠運用在其“Security+”的GDO裝置違反千禧年著作權法案第1201條規避科技保護措施之規定，並進而向地方法院提起要求簡易(即決)判決(Summary Judgment)。Skylink 反駁主張Chamberlain並沒有明確的限制顧客一定要買其所提供的發送器，故Chamberlain的顧客認為其可以利用Chamberlain的GDO裝置和該裝置所內涵的其他受著作權法保護之軟體。此外，DMCA並沒有保護Chamberlain開啓車庫的裝置，縱使該GDO受到保護，但Skylink仍有DMCA安全港條款的保護。經審理後，地方法院審理後判決被告Skylink勝訴，Chamberlain不服提起上訴後，上訴法院仍維持地方法院之判決。

在本案中，Chamberlain 並沒有控告Skylink 侵害其著作權，或是應負輔助侵權責任，反而主張因為其GDO的遙控器跟轉換器所使用的電腦程式都受到著作權的保護，且滾動碼是一種科技保護措施可以作為接觸控制(access control)之用，因此Skylink規避其滾動碼的行為違反§ 1201(a)(2)¹¹⁷。因此本案爭議的重點在於Skylink是否有違反DMCA規定之規避技術保護措施¹¹⁸。

法院發現，Skylink的Model 39的萬用發射器所傳輸的兩位元信號係透過兩個組件傳輸。第一個組件是Chamberlain 的固定組件(fixed component)，其作用是用來確定發送器，第二個組件則是模擬Chamberlain 滾動碼的效果。由於Skylink的Model 39並沒有像Chamberlain的產品一樣利用到類似Chamberlain的滾動碼科技，故並未違反1201(a)(2)之限制。

不過Chamberlain 主張，滾動碼電腦程式是受到科技保護措施之保護，因為該電腦程式運作時具有兩個功能，一是去驗證滾動碼，其次則是當滾動碼被驗證後，傳送指示給GDO中的微處理器，使GDO馬達活動起來以便開啓車庫門。Chamberlain認為，Skylink設計或製造Model 39的主要目的，就是為了要規避

¹¹⁷ [I]t is nevertheless noteworthy that Chamberlain *has not* alleged either that Skylink infringed its copyright or that Skylink is liable for contributory copyright infringement. What Chamberlain *has* alleged is that because its opener and transmitter both incorporate computer programs “protected by copyright” and because rolling codes are a “technological measure” that “controls access” to those programs, Skylink is prima facie liable for violating § 1201(a)(2). (*CHAMBERLAIN v. Skylink*, 381 F.3d.1178, 1185)

¹¹⁸ Digital Millennium Copyright Act (DMCA) is not limited to Internet. 17 U.S.C.A. § 1201(a)(2) § 1201 Circumvention of copyright protection systems

(a) Violations regarding circumvention of technological measures.

(1) (A) No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title....

(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that-

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title.

Chamberlain的滾動碼技術，使其裝置可以有效控制接觸Chamberlain擁有著作權保護的電腦程式，故違反第1201條(a)(2)(A)的規定。

其次，Chamberlain還主張，Model 39除了規避Chamberlain的滾動碼技術，且其裝置可以有效控制接觸Chamberlain擁有著作權保護的電腦程式之外，只有有限的商業目的或用途（has only limited commercially significant purpose or use），故亦違反1201(a)(2)(B)。第三，Chamberlain進而主張Skylink行銷Model 39的目的，是爲了用以規避Chamberlain的滾動碼技術，其裝置可以有效控制接觸Chamberlain擁有著作權保護得電腦程式，故違反1201(a)(2)(C)。

相反的，Skylink 則提出抗辯，主張第一，Model 39發送器具有許多無關於規避科技保護措施的其他功能。其次，Chamberlain無法證明GDO裝置中包含的電腦程式受著作權保護的電腦程式。第三，顧客使用Model 39發送器啓動 Security+ GDOs 是經Chamberlain 的同意。第四，Skylink 沒有違反DMCA，因爲其受第1201條(f)項之安全港條款的保護。第五，Chamberlain滾動碼電腦程式不能保護一個有著作權保護的電腦程式，但是可以保護一個沒有著作權保護的程序。

雖然Skylink提出五點反駁意見，但是主要的爭點，還是Skylink所主張的第三點抗辯，也就是消費者使用其Model 39發送器係獲得Chamberlain授權及同意。針對Skylink提出Chamberlain有授權給客戶使用Model 39之抗辯，Chamberlain反駁指出，Skylink應該對其主張負擔舉證責任，此外，Chamberlain亦主張其並沒有給客戶明確的授權准許其可以利用一般的訊號發射器以接觸其滾動碼的開啓裝置。Skylink 並未就此加以爭執，但主張若無明確的限制，則客戶應有自由比較的權利，例如對其所購買的消費產品，應涵蓋該產品的全部權利，包括那些受著作權法保護的程式。

二、地方法院及上訴法院見解

對於這個問題，地院明確的指出，規避科技保護措施係指在沒有得到著作權人授權的情形下，去解密一個已加密的工作，或去避免、規避、移除、停用或損害一個技術保護措施。但是法院亦指出，一個購買Chamberlain GDO裝置的顧客，不但擁有該裝置的權利，也有權利去使用該GDO裝置去接觸他自己的車庫。由於在購買時，Chamberlain並沒有對其客戶的使用有明確的限制規定，因此顧客縱使要使用Skylink的Model 39，必須先把程式灌進GDO。Skylink指出顧客的這種動作，就是授權Model 39與GDO互通。

地方法院同意Skylink的主張，發現Chamberlain並沒有在銷售時特別對此加以限制，故係隱含了授權的意思。地院更進一步的指出，消費者有自由選擇其是否

放棄該產品所擔保的利益，並有權去依其所選擇的方式加以利用的權利¹¹⁹。地方法院特別指出，若根據Chamberlain對DMCA的解讀，不只是Skylink會違反第1201條(a)(2)的規定，就連其自己的客戶若使用Model 39時，也會違反第1201條(a)(2)的規定。基於此等理由，地院拒絕同意採用Chamberlain之廣義解釋，以免因此帶來嚴重影響¹²⁰。

上訴法院同意地方法院的見解，認為Chamberlain的許多指控曲解了DMCA的意義¹²¹，該院表示，DMCA不可能讓Chamberlain收回著作權法已經給予消費者的基本權利，也就是客戶有利用他們所購買的Chamberlain嵌入軟體的權利¹²²。因此Chamberlain不能指控著作權侵害，也不能解釋Model 39發送器所提供的接觸會侵害其著作權法保護的權利。

上訴法院更進一步的表示，DMCA並沒有為著作權人創造新的財產權，也沒有剝奪著作權法長期以來已經給予公眾的權利¹²³。雖然DMCA創造出關於規避科技保護措施的新責任，但是著作權人若想要尋求DMCA第1201條的保護，不但要注意著作權法允許權利人保留授權之權利，也必須要證明規避行為及使用該財產權之用途有合理的關係。著作權人必須證明該規避的設備造成了著作權的侵害，或其是一個被禁止的規避措施¹²⁴。因此上訴法院判決表示，地方法院正確的指出Chamberlain的請求跟Skylink被控侵權的裝置、以及未授權使用其有著作權保護的軟體之間並沒有連結，這個連結是構成DMCA相當重要的訴因。故明確的判決地院判決Skylink勝訴是合理的¹²⁵。

¹¹⁹ The District Court rejected the alleged implications of Chamberlain's warranties even more strongly, noting that consumers are always free to forego the benefits of a product's warranty and to use consumer products in any way that they choose. (*CHAMBERLAIN v. Skylink*, 381 F.3d.1178, 1187)

¹²⁰ The District Court declined to adopt a construction with such dire implications. *Chamberlain I*, 292 F.Supp.2d at 1039-40.

¹²¹ *Chamberlain v. Skylink*, 381 F.3d.1178, 1198.

¹²² The DMCA cannot allow Chamberlain to retract the most fundamental right that the Copyright Act grants consumers: the right to use the copy of Chamberlain's embedded software that they purchased. *CHAMBERLAIN v. Skylink*, 381 F.3d.1178, 1203.

¹²³ The DMCA does not create a new property right for copyright owners. Nor, for that matter, does it divest the public of the property rights that the Copyright Act has long granted to the public. (*CHAMBERLAIN v. Skylink*, 381 F.3d.1178, 1204)

¹²⁴ The anticircumvention and anti-trafficking provisions of the DMCA create new grounds of liability. A copyright owner seeking to impose liability on an accused circumventor must demonstrate a reasonable relationship between the circumvention at issue and a use relating to a property right for which the Copyright Act permits the copyright owner to withhold authorization-as well as notice that authorization was withheld. A copyright owner seeking to impose liability on an accused trafficker must demonstrate that the trafficker's device enables either copyright infringement or a prohibited circumvention. *CHAMBERLAIN v. Skylink*, 381 F.3d.1178, 1204

¹²⁵ Here, the District Court correctly ruled that Chamberlain pled no connection between unauthorized use of its copyrighted software and Skylink's accused transmitter. This connection is critical to sustaining a cause of action under the DMCA. We therefore affirm the District Court's summary judgment in favor of Skylink.

貳、Ticketmaster L.L.C v. RMG Technologies, Inc.¹²⁶

一、案件事實

2007年4月，網路售票公司Ticketmaster向另一個以販售熱門音樂會或球賽門票聞名的網路公司RMG提起告訴，主張RMG所撰寫的程式刻意規避Ticketmaster網站上一道名為CAPTCHA的科技保護措施。Ticketmaster之CAPTCHA主要功能，就在於消費者透過網路訂票時，會要求消費者輸入其所看到的扭曲字母或數字，以防止惡意人士以外掛程式的方法癱瘓其伺服器，同時亦可確保網路訂票的公平與安全性¹²⁷。由於RMG向來以販售熱門音樂會或球賽門票聞名，其為確保有足夠的票源，遂以自行設計的軟體來規避Ticketmaster設下的CAPTCHA機制，故有辦法得以大量訂票，再進而將該等門票轉賣給消費者獲利。

由於Ticketmaster在消費者登入其訂票系統時，均會顯示其網站的使用條款，例如使用本網站僅限個人行為，嚴盡商業行為、禁止使用自動化設備一次大量訂票、每位消費者每三秒鐘內以登入一次為限、以及限制每位消費者所能訂購的票數¹²⁸，但是RMG使用之軟體卻違反了Ticketmaster的這項使用條款規定。因此Ticketmaster對RMG提起控訴，主張其違反DMCA第1201條的反規避條款，並違反著作權法、電腦詐欺及濫用法(Computer Fraud and Abuse Act; CFAA)、契約法，以及加州的電腦犯罪法¹²⁹等法律規範。

二、加州聯邦法院見解

加州聯邦地方法院在核准Ticketmaster所提出的暫時禁制令(preliminary injunction)聲請中認為，RMG在本案中可能違反DMCA第1201條、著作權法以及契約法，但不違反CFAA¹³⁰。其主要的理由在於，依造CFAA的規定，Ticketmaster必須要就此舉證其在一年內有遭受5,000塊美金以上的損害，而DMCA就此卻無任何的要求¹³¹，這也是為何Ticketmaster能夠成功主張DMCA之違反，但卻無法在主張RMG違反CFAA規定勝利的原因。這個現象某種程度也提供原告另外一個可安全主張侵權的管道，因為一旦其無法滿足CFAA等電腦入侵法案(Computer

¹²⁶ TICKETMASTER L.L.C v. RMG TECHNOLOGIES, INC., No. CV 07-2534 ABC (JWJx), 2007 U.S. Dist. LEXIS 78427 (C.D. CAL. 2007).

¹²⁷ Id. at 2.

¹²⁸ Id. at 3.

¹²⁹ Id. at 8.

¹³⁰ Id. at 46.

¹³¹ Id. at 36. The court ruled that "[b]ecause [ticketmaster] has not quantified its harm as required by the statute or even attempted to show what portion of the harm is attributable to [RMG], the Court cannot find that [ticketmaster] has affirmatively shown that its harm caused by [RMG] exceeds the \$ 5,000 minimum. Thus, the CFAA claim does not provide a basis for a preliminary injunction."

Intrusion Act)對損害賠償的舉證責任，還可以另行以違反DMCA來主張，這也導致論者對DMCA侵犯電腦入侵法案立法目的的批評。

該院就本案的事實發現: (1) Ticketmaster對 ticketmaster.com這個網站及其特別的部份具有著作權; (2) Ticketmaster運用了諸如CAPTCHA的技術保護措施阻擋了他人運用自動化設備去接觸其售票網頁; (3) RMG的第三方客戶也因此可以在未經Ticketmaster授權的情況下去接觸Ticketmaster的售票網站; (4) RMG客戶的接觸行為侵犯了Ticketmaster的著作權，因其已超越網頁使用授權條款的權限; 以及 (6) RMG客戶之所以能夠進行接觸主要是因為RMG設計電腦程式的幫助。

而RMG雖然在其針對違反DMCA的抗辯中表示，CAPTCHA本身並不是一道系統或程式，而只是供消費者辨別用的簡單圖像。此外，CAPTCHA設置的主要目的在於規範票務銷售，而非用來保護著作物的存取控制技術¹³²。但法院並沒有支持RMG的主張¹³³，並判決RMG敗訴。首先，法院認為DMCA雖沒有就技術保護措施加以明確定義，但其關鍵在於§1201(a)(3)(A)以及§1201(b)(1)中對「有效控制」(effectively control access)一件著作物或著作權人在著作物上的權利的定義。在本案中，當消費者在Ticketmaster的網站上訂票時，CAPTCHA系統就會隨機要求其鍵入扭曲的字母或數字，而一般的自動化設備並沒有辦法加以解碼而自動輸入以達成此目的。故該院因此認定，CAPTCHA在此可以有效控制消費者重覆大量存取Ticketmaster的網頁，故屬於科技保護措施的一種¹³⁴，也因此RMG主張CAPTCHA僅是一套系統或程式即不可採，因為不論如何，Ticketmaster的證據已足以證明CAPTCHA是一道可以有效限制接觸控制的技術保護措施。

回顧DMCA當初立法的目的，主要是在保護著作權人，而不是網路上的售票業者，該院見解也因此會造成DMCA有過度擴張之虞，再加上本案被告RMG最終並沒有再向法院提起上訴，也因此為DMCA科技保護措施所未預期的立法目的爭議再添一樁。¹³⁵

參、MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc.¹³⁶

¹³² Id. at 31. ("[RMG]'s only unique arguments as to the DMCA claim are that CAPTCHA is not a system or a program, but is simply an image [], and that CAPTCHA is designed to regulate ticket sales, not to regulate access to a copyrighted work")

¹³³ See id.

¹³⁴ Id. at 32-34.

¹³⁵ RMG的總裁 Cipriano Garibay 就本案的結果嘲諷的表示，在未來，RMG 會放棄其先前的做法，而以每小時 2 美元的薪資委外由印度的勞工在 Ticketmaster 的訂票系統上鍵入其所顯示的扭曲字母或數字，來達到「規避」的效果。See RANDALL STROSS, "Hannah Montana Tickets on Sale! Oops, They' re Gone", N.T. Times, Dec. 16, 2007, available at: <http://www.nytimes.com/2007/12/16/business/16digi.html> (visit on October 13, 2009)

¹³⁶ MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. No. CV-06-2555-PHX-DGC, 2008 U.S. Dist.

一、案情摘要

Blizzard為一知名的網路線上遊戲開發商，市場上知名的星海爭霸(StarCraft)，魔獸世界(War of Warcraft)以及暗黑破壞神(Diablo)等等的線上角色扮演遊戲均為其旗下名作。在本案當中，MDY自行為魔獸世界開發了一款應用程式bot，使玩家縱使離開電腦，其所選擇的遊戲角色仍可自行在遊戲中繼續活動，免去玩家打怪升級之苦。MDY進而將其所開發的bot程式商品化，並命名為Glider在市場上販售。Glider一上市即獲得玩家高度歡迎，並在短期間內締造十二萬套的驚人銷售佳績。但是也因為過於成功，導致Blizzard對MDY提出違反科技保護措施的侵害訴訟¹³⁷。

在安全機制方面，Blizzard在其遊戲當中設置了名為Warden的監控軟體，就著作權法而言，Warden就是一個典型的科技保護措施。其並在該軟體中分別植入名為”scan.dll”和”resident”兩個程式碼，一旦該軟體發現玩家企圖以外掛非官方軟體登入遊戲時，就會拒絕玩家以使用者帳號登入遊戲伺服器或是中斷玩家的連線¹³⁸。Blizzard主張，scan.dll與resident兩個程式碼，在玩家進行遊戲時可以有效防止玩家將諸如Glider等外掛軟體寫入其科技保護措施，也因此符合DMCA第1201條第(a)項所指稱的「有效接觸控制¹³⁹」(effective access control)，而Glider軟體則規避Warden監控軟體所植入的程式碼，也因此Blizzard主張MDY的行為違反該條項之規定，並侵害其著作權¹⁴⁰。

二 亞利桑那州聯邦法院見解

在2008年7月，受理案件的亞利桑那州聯邦地方法院就DMCA的相關主張，雖在其所屬的第九巡迴上訴法院中沒有找到相關的見解，但卻在聯邦第六巡迴上訴法院於Lexmark Int'l, Inc. v. Static Control Components, Inc.¹⁴¹一案中的見解找到

LEXIS 53988 (D. Ariz., July 14, 2008)

¹³⁷ See Dan Goodin, “Blizzard awarded \$6m in WoW bot case - Glider crash and bum”, October 1st, 2008, available at: http://www.reghardware.co.uk/2008/10/01/world_of_warcraft_bot_ruling/ (last visit on October 12th, 2009)

¹³⁸ See *Blizzard*, at 34. (“[O]ne component, known as “scan.dll,” scans the user’s computer for unauthorized programs such as Glider before the user logs onto the WoW servers to play the game. If Glider or similar programs are detected, scan.dll denies the user access to the game servers. The second component, referred to as the “resident” component of Warden, runs periodically while a user plays WoW. If the resident software detects the use of Glider or a similar program, Blizzard revokes access to the game.”)

¹³⁹ *Id.* at 35.

¹⁴⁰ 17 U.S.C. § 1201(a) (1) (A) provides:

(1)(A) No person shall circumvent a technological measure that *effectively controls access to a work protected under this title*. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2 – year period beginning on the date of the enactment of this chapter. . . . (*Emphasis added*)

¹⁴¹ 387 F.3d 522, 547 (6th Cir. 2004).

了依據，而否定了Blizzard就DMCA的相關主張。在Lexmark一案中，第六巡迴上訴法院認為，真正限制接觸控制的，並不是印表機程式的認證程序本身，而是消費者購買的行為，而一旦消費者購買了Lexmark的產品，就可以直接存取繫爭的技術保護程式。換言之，法院認為，既然Lexmark並沒有就其技術保護程式建立任何的安全機制以限制存取，規避的事實即不會發生，也因此認為Lexmark關於DMCA的該項主張不存在¹⁴²。同樣的，本案的法院認為，消費者在購買Blizzard的遊戲軟體並將其載入電腦中時，消費者即有合法的權利在其硬碟、隨身存取裝置以及其它媒體上去接觸scan.dll與resident兩個程式碼。而也因為這兩個程式碼並未有效的控制接觸(effectively control access)消費者所購買的遊戲軟體，規避的事實即無從發生，故DMCA的§1201(a)在此即無法適用。

Blizzard另外亦援引前述加州聯邦地方法院在TICKETMASTER L.L.C v. RMG TECHNOLOGIES, INC.¹⁴³一案中的見解加以抗辯，但不被本案承審法院所採。承審本案的亞立桑那州聯邦地方法院認為，在TICKETMASTER一案中，繫爭的CAPTCHA程式可以有效的控制消費者在破解CAPTCHA程式之前，大量重覆接觸ticketmaster.com的網站，故屬於DMCA第1201條所稱的科技保護措施；相反的，在本案當中，消費者一旦購買Blizzard的軟體後，即可瀏覽和重製scan.dll與resident兩個程式碼，並不需要額外加以破解，故沒有DMCA第1201條的問題¹⁴⁴。最後法院就兩造提出的簡易判決(summary judgment)聲請加以答覆。其認為，因Blizzard無法以充分的事實證明scan.dll與resident兩個程式碼屬於科技保護措施，而MDY則是無法在口頭答辯時以充分事證說服法院本案無DMCA第1201條的適用，故均駁回兩造之聲請¹⁴⁵。

值得特別注意的是，雖然該院在初始時駁回Blizzard的違反DMCA之主張，但是在該院於2009年1月作出的最後決定中，卻改而支持Blizzard的主張¹⁴⁶。該院認為，消費者在購買Blizzard的遊戲之後，即可以對該遊戲的某些「動態非文字要素」(dynamic non-literal elements)加以接觸並重製，MDY對此亦不爭執¹⁴⁷，而

¹⁴² See *Blizzard*, at 36. What the court cited from *Lexmark* provides:

It is not Lexmark's authentication sequence that "controls access" to the Printer Engine Program.[] It is the purchase of a Lexmark printer that allows "access" to the program. Anyone who buys a Lexmark printer may read the literal code of the Printer Engine Program directly from the printer memory, with or without the benefit of the authentication sequence, and the data from the program may be transferrable into readable source code after which copies may be freely distributed. No security device, in other words, protects access [] to the Printer Engine Program code and no security device accordingly must be circumvented to obtain access to the program code.

¹⁴³ See *TICKETMASTER*, supra note 126.

¹⁴⁴ See *Blizzard*, supra note 136, at 38-39.

¹⁴⁵ *Id.* at 39.

¹⁴⁶ *MDY Indus., LLC v. Blizzard Entm't, Inc.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 98989, at 19-20 (D. Ariz., Jan 28, 2009)

¹⁴⁷ *Id.* at 19, n.2.

此類重製也符合美國著作權法第106條對重製的定義¹⁴⁸。法院認為，Blizzard在遊戲中所設下的Warden監控軟體，可以防止玩家在購買遊戲之後進行重製的行為，也因此屬於科技保護措施的一種，而MDY所研發的軟體Glider則可對其加以規避，促使重製的行為更加容易，也因此有DMCA第1201條的適用。

在此前提下，該院更引用了聯邦第三巡迴法院在Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc.的六段論法則(six-part test)¹⁴⁹，其認為¹⁵⁰：(1) Blizzard在魔獸爭霸的遊戲中，就相關的「動態非文字要素」擁有著作權；(2) 而此類「動態非文字要素」受到Warden監控軟體的保護，但卻被Glider所規避；(3) Glider使得第三人得以接觸魔獸爭霸遊戲中的「動態非文字要素」；(4) Blizzard並沒有授權此接觸行為；(5) 一旦玩家接觸遊戲中的「動態非文字要素」，其即可加以重製；以及(6) MDY研發製造Glider的主要目的乃在於規避Warden監控軟體，而Glider亦就在此才具有商業上的價值，且MDY亦以Glider可以規避Warden監控軟體後進行遊戲為其行銷宣傳的賣點。在符合六段論法則的前提下，該院最後認為MDY在此違反了DMCA第1201條的反規避條款，並核準了對Glider軟體的永久禁制令¹⁵¹。

Blizzard另外主張MDY惡意破壞Blizzard與玩家間的契約關係(tortious interference with contract)¹⁵²。由於Blizzard所販售的魔獸世界是授權的遊戲軟體，並且在玩家開始遊戲及登入伺服器之前，均會固定在螢幕上顯示「終端使用者授權條款」(End User License Agreement; EULA)與「使用授權條款」(Terms of Use Agreement; TOU)，此類條款在玩家購買遊戲後仍使其權利受到限制，同時並要求玩家必須同意後始能進行遊戲。此種以契約綁著作權而加以限制的協議條款，其背後代表的主要意義，除了限制著作權法上的權利耗盡原則之外，一旦玩家違反此等契約條款，將會負擔750美元到15萬美元不等的侵害著作權法定賠償數額¹⁵³。該院就此主張最後認為，由於Blizzard與其消費者之間確實有契約存在，而MDY就契約存在的事實亦有所認知，同時也預見到其所研發的Glider軟體將會破壞此種契約關係，最後導致Blizzard受有損害。由於MDY就此均不爭執，也因此，

¹⁴⁸ 17 U.S.C. § 106(1)-(3).

¹⁴⁹ 381 F.3d 1178, 1203 (Fed. Cir. 2004). The six-part test provides that:

A plaintiff alleging a violation of § 1201(a)(2) must prove: (1) ownership of a valid copyright on a work, (2) effectively controlled by a technological measure, which has been circumvented, (3) that third parties can now access (4) without authorization, in a manner that (5) infringes or facilitates infringing a right protected by the Copyright Act, because of a product that (6) the defendant either (i) designed or produced primarily for circumvention; (ii) made available despite only limited commercial significance other than circumvention; or (iii) marketed for use in circumvention of the controlling technological measure.

¹⁵⁰ See *Blizzard (2)*, supra note 146, at 19-20.

¹⁵¹ Id. at 42.

¹⁵² Id. at 43.

¹⁵³ See *Blizzard (1)*, supra note 136, at 11, n.4.; see also, Corynne McSherry, “You Bought It, But You Don’t Own It” (July 15th, 2008), <http://www.eff.org/deeplinks/2008/07/you-bought-it-you-dont-own-it>. (visit on October 12, 2009)

該院最後贊成Blizzard在惡意破壞契約關係上的主張¹⁵⁴。

就此部分而言，有論者認為法院係將違反契約與侵害著作權的責任混為一談¹⁵⁵，因為若是此種見解得以維持，則將直接影響到所有的消費者。蓋廠商對於其所販售或提供的任何軟體，均可以用授權條款來限制其完整使用的權利，這等同於架空美國著作權法中第109條與117條對著作權專屬性權利的限制¹⁵⁶。由於全案仍在上訴當中，因此只有等待聯邦第九巡迴上訴法院就此爭議加以進一步釐清¹⁵⁷，才能保障所有電腦軟體使用者的利益。

¹⁵⁴ Id. at 43-44. (“[T]o establish tortious interference, Blizzard must show that (1) a valid contractual relationship exists between Blizzard and its customers, (2) MDY knows of the relationship, (3) MDY has intentionally and improperly interfered in the relationship and caused a breach or termination of the relationship, and (4) Blizzard has been damaged as a result.”) (Internal quotation omitted)

¹⁵⁵ Corynne McSherry, *supra* note 132; Fred von Lohmann, You Bought It, You Own It: MDY v. Blizzard Appealed (Sep. 25th, 2009), <http://www.eff.org/deeplinks/2009/09/you-bought-it-you-own-it-mdy-v-blizzard-appealed> (last visit on October 23rd, 2009)

¹⁵⁶ 17 U.S.C. §§ 107(Limitations on exclusive rights: Fair use), 117 (Limitations on exclusive rights: Computer programs)

¹⁵⁷ MDY’ s appeal brief, available at: <http://www.eff.org/files/MDY's%20Opening%20Brief.pdf>. (last visit on October 23rd, 2009)

第四章 美國網路著作權最新發展趨勢之實務研究

第一節、關於P2P系統的美國司法案例

壹、 Columbia Pictures Industries, Inc., Disney Enterprises, Inc., Twentieth Century Fox Film Corporation, Warner Bros. Entertainment, Inc. v. Ben Fysh

P2P系統或許已是當今世界用來傳輸檔案最常見的工具之一。使用者可以藉由P2P系統透過網際網路上傳或下載在他們電腦裡的檔案，最常見的用途，就是用來與其他使用者分享影片、電影、MP3歌曲等數位檔案，也廣泛的在線上遊戲中使用。本案即為美國P2P領域中一著名的判決。被告Fysh在英國設立網站，雖然該網站內並沒有實際提供任何未獲授權的侵權著作物，但是被告卻提供了P2P工具，讓網站的使用者可以分享其電腦裡的檔案，並從別的使用者電腦中下載檔案。該網頁並提供搜尋軟體的功能，讓使用者更便利於上傳或下載檔案。

於本案中，Columbia Pictures 等電影業者控告被告 Fysh 提供網友電視節目與電影下載，故在美國密西根州聯邦地方法院對居住於英國的 Ben Fysh 提出控訴，由於 Fysh 並未出庭，因此本案係以一造辯論程序(缺席判決—default judgment)進行。不過在審理過程中，法院發現了管轄權的疑義，亦即法院對本案是否具有審判權，以及密西根地方法院是否為適當的管轄法院¹⁵⁸。因此本案最重要的爭點，就在於密西根地方法院對本案之位於英國之境外被告 Fysh 是否具有審判權及管轄權？能否對不出庭的 Fysh 以一造辯論的方式進行審理判決？對於此爭點，法院經過審酌後，認為其有對被告一造辯論判決之審判權¹⁵⁹。並根據原告之主張判定被告之侵權責任。

就一造辯論的規定而言，美國聯邦訴訟法（Federal Rule of Civil Procedure, FRCP）第55(b)明文規定得採行一造辯論的要件及限制。根據該條規定，除非有監護人、代理人或類似的機構代理，否則不能對於未成年人或無行為能力人做出一造辯論判決¹⁶⁰。但該條並未進一步針對何時能對於當事人下一造辯論判決做出

¹⁵⁸為此法院要求原告針對 Federal Rule of Civil Procedure 12(h)提出本案審判權的聯繫因素，以及依 28 U.S.C. § 1404(a)是否有其他更適當的管轄法院做出說明。原告即時對法院的命令做出說明，並且主張密西根地院是最適地管轄法院。

¹⁵⁹原告係根據第六巡迴上訴法院之判例 *Antoine v. Atlas Turner, Inc.*, 66 F.3d 105, 110-11 (6th Cir. 1995)主張管轄權。

¹⁶⁰ *Federal Rule of Civil Procedure 55(b)* governs the entry of default judgment. *Rule 55(b)(2)* provides in pertinent part that judgment by default, when the amount is not for a sum certain, may be entered as follows:

(2) By the Court. In all other cases the party entitled to a judgment by default shall apply to the court

規範。但是從判例法可得知，法院在考量是否一造辯論判決時，還應注意以「健全的司法裁量權」(sound judicial discretion)為之¹⁶¹。此外，根據28 U.S.C. § 1338之規定，該條賦予地方法院審理關於聯邦著作權法民事案件的權力，因此法院有權審理原告根據聯邦著作權法17 U.S.C. §501所提起之本案，密西根地方法院對於本案具有審判權，應無疑問。較有疑義者，乃該地方法院對於位於英國之境外被告Fysh是否具有管轄權？

就此問題，美國法院於判斷對於境外被告是否有屬人管轄權時，必須考量2個要件：(一)是否符合所在州的「長臂法規」¹⁶² (long arm statute)；(二)是否符合美國聯邦憲法第十四修正案的「正當程序」(due process)原則。而本案被告是在密西根州法長臂條款所及範圍且符合聯邦憲法正當程序的規範，故本案法院進一步強調其對於被告擁有「特別屬人管轄權」¹⁶³。

第六巡迴法院曾在Mach. Co. v. Mohasco Indus., Inc.案中提出三階段測試基準 (three-part test) 以衡量屬人管轄權的適當性：(1) 被告必須目的性的使其在法庭地有行為的權限或使結果發生在法庭地；(2) 所生之後果是基於被告在法庭地之行為所導致；(3) 被告之行為或由被告所導致之後果必須與法庭地有足夠的聯繫，以此判斷對被告的管轄權是否合理¹⁶⁴。此外，第六巡迴上訴法院在Bird v. Parsons一案中亦特別針對網站之管轄權問題有明確的判決。根據該判決，「如果一個網頁運作顯示該網頁是特意的與法庭地的居民**互動**，則可以該當Mohasco三基準裡的第一要素」¹⁶⁵。

therefor; but no judgment by default shall be entered against an infant or incompetent person unless represented in the action by a general guardian, committee, conservator, or other such representative who has appeared [*3] therein . . .

¹⁶¹ Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Mary Kay Kane, 10A Federal Practice & Procedure § 2685 (3rd ed. 1998).

¹⁶² 所謂「長臂法規」(Long-arm statute)，指的就是法院在某些條件下對於非居住在法庭轄區內被告行使管轄權，美國各州對於境外被告所訂定的管轄法規，各州雖然大同小異，細部仍有寬嚴之別。

¹⁶³ "The defendant must be amenable to suit under the forum state's long-arm statute and the due process requirements of the Constitution must be met." *Id.* (citation removed). Under Michigan's Long-arm statute, *Mich. Comp. Law §600.705*, this question becomes one as Michigan's Long-arm statute "extends to the limits imposed by federal constitutional requirements." *Mich. Coal. of Radioactive Material Users, Inc. v. Griepentrog*, 954 F.2d 1174, 1176 (6th Cir. 1992).

¹⁶⁴ 該三階段測試的原文如下：(1) the defendant must purposefully avail himself of the privilege of acting in the forum state or causing a consequence in the forum state; (2) the cause of action must arise from the defendant's activities there; and (3) the acts of the defendant or consequences caused by the defendant must have a substantial enough connection with the forum state to make the exercise of jurisdiction over the defendant reasonable. *S. Mach. Co. v. Mohasco Indus., Inc.*, 401 F.2d 374, 381 (6th Cir. 1968).

¹⁶⁵ "The operation of an Internet website can constitute the purposeful availment of the privilege of acting in a forum state under the first *Mohasco* factor 'if the website is interactive to a degree that reveals specifically intended interaction with the residents of the state.'" *Bird v. Parsons*, 289 F.3d 865, 874 (6th Cir. 2002) (quoting *Neogen Corp. v. Neo Gen Screening, Inc.*, 282 F.3d 883,890 (6th Cir. 2002)).

在本案中，被告利用其網站和使用者的互動獲利——包括使用者得以在該網站使用註冊帳號，以下載未獲授權的電影或電視節目等各種檔案，被告的網頁也提供使用者任意上載檔案的渠道。此外，被告的網頁所租用的伺服器位置就設在密西根州，該州的居民也下載了該網頁所提供的電影或電視節目等非法檔案。被告的網頁運作可謂是特意的與密西根州的居民互動，因此法院擁有對於被告的屬人管轄權¹⁶⁶。最後，法院經審酌該州的長臂條款、美國聯邦憲法第十四修正案的正當程序原則以及Mohasco三基準，認為其有對被告施加一造辯論判決之審判權及管轄權之權力。

本案另外一個爭議重點，則在於原告請求被告應對每件侵害著作賠償二萬美金是否適當的問題。原告指控被告利用該網頁非法的重製及散佈電影、電視節目等著作物，故原告主張被告應負起故意侵權之責，並請求依照美國著作權法17 U.S.C. § 504法定賠償額的規定，請求每件著作物兩萬美元，合計八件著作物即16萬美元之賠償¹⁶⁷。

雖然原告所要求的法定賠償額遠高於美國著作權法所訂定之法定最低賠償金額（statutory damages），亦即每件750元美金，然法院發現，被告利用該網頁提供使用者下載違法電影及電視節目的管道，並讓使用者可以在網路上貼上他們自己的連結，被告並轉載該網頁的連結給不特定第三人，使侵權行為持續並擴大。甚且，被告為維護其網站，積極地刪除在該網頁上具有攻擊性及色情的張貼或連結，這更證明了被告是故意侵權，因為這表示其有能力或技術去控制、刪除這些雜亂的連結，但被告卻刻意保留那些侵害著作權的連結供公眾下載。由於法院發現被告係透過網站誘引、協助或導致未經授權的重製與散布受著作權保護的著作，構成故意侵害原告的著作權，因此原告請求根據美國著作權法第504條的規定，請求判令給付每件二萬美元的賠償金額，並且希望可以藉此案件對其他同類型的網站收殺雞儆猴之效果¹⁶⁸。

另外，對於原告所提出的禁制令請求，法院亦准許永久禁制令的核發，禁止

¹⁶⁶ In the present case, Defendant operated and profited from a website that was 'interactive.' Defendant's website required users to download indexed hash files which corresponded to copyrighted movies or television programs. (Am. Compl. PP 23-26.) Defendant's [*6] website also allowed users to post their own hashes on his website and allowed users to acquire login names to accomplish this. (*Id.* PP 23-25.) Moreover, the server which hosted Defendant's website, and which he leased, is physically located in this District and Michigan residents did download copyrighted movies or television programs. Therefore, where Defendant's website was interactive to such a degree that it is clear he specifically intended interaction with Michigan residents, the Court holds it has limited personal jurisdiction over Defendant.

¹⁶⁷ 17 U.S.C. § 504(a)(2)-(c)。根據該條，法院得在每件侵害物 750 美元至三萬美元之間酌定賠償金額。

¹⁶⁸ Therefore, the Court finds statutory damages in the amount of \$ 20,000.00 per infringement proper under the statute and circumstances, and hopes that such an award will deter and discourage others from operating like websites. *See Coleman v. Payne*, 698 F. Supp. 704, 707(W.D. Mich. 1988).

被告及其代理人、員工、管理人員、律師、繼承人、夥伴人等利用其網站、eDonkey 網路或其他任何方式從事、幫助或教唆未經授權的重製、下載、上傳、散佈原告著作物等行爲¹⁶⁹。

本案之重要性乃在於美國法院准許對於境外被告（Ben Fysh）以一造辯論的方式進行，並認定被告係故意侵害原告的著作權，因而判令被告應賠償每件著作物以2萬美元計算之法定損害賠償，共計16萬美元之賠償金，亦准許對被告核發永久禁制令之要求。

而Fysh案也是美國司法史上頭一遭對境外提供P2P服務的網站或網站操作者，主張美國專屬個人管轄權的個案。從本案中，我們可以發現法院在認定是否與法庭地有足夠的聯繫，以符合美國聯邦憲法要求的正當程序時，該網站的操作與法庭地法居民是否具有足夠的「互動性」乃為一重要判斷基準，本判決更顯現了美國法院對於境外管轄權所及範圍之立場係採取寬泛的認定，以加強對於著作權之保護，殊值世界各國持續關注。

¹⁶⁹ The Court finds it is proper to issue a permanent injunction prohibiting Defendant and his respective agents, servants, employees, officers, attorneys, successors, licensees, partners, and assigns, and all persons acting in concert with him, from:

(1) aiding, encouraging, enabling, inducing, causing, materially contributing to, or otherwise facilitating the unauthorized reproduction, downloading, uploading, and/or distribution of copies of Plaintiffs' copyrighted works, whether using Defendant's website or by any other means; and (2) downloading, uploading, and/or otherwise reproducing or distributing Plaintiffs' copyrighted works, whether using eDonkey network or by any other means.

第二節、關於BitTorrent, eDonkey或Trackers之美國司法案例

壹、Columbia Pictures Industries, Inc. v. Gary Fung¹⁷⁰

一、案例事實

被告經營了四個網站 (Isohunt, Torrentbox, Podtropolis, and Ed2k-it) 及兩個追縱裝置 (trackers) (一個連到 TorrentBox, 一個連到 Podtropolis), 以下合稱 Fung websites。Fung websites 提供「種子」檔 (dot-torrent files) 或其相關連結給使用者。這些種子或連結並不包括實際之複製檔案 (如電影) 的全長內容, 而是包括 BitTorrent 或 eDonkey 的用戶個人電腦上的數據以存取系爭內容。

種子檔通常包括數台被認為是「追縱裝置」(trackers) 電腦的 IP 位址。一個追縱裝置會藉由提供使用者「端點 (peers)」的 IP 位置, 以引導使用者的電腦找尋這些端點, 而這些點會有全部或一部的特定內容的檔案。這些追縱裝置會接收到點對點傳輸實際檔案的報告, 以及使用者電腦下載完畢時的確認訊息¹⁷¹。如果被告網站的使用者點選了種子或連結, 網站伺服器會收到使用者的要求, 包括使用者的 IP 位址及其要求種子檔及連結的名稱。這些數據會短暫通過 RAM (隨機存取記憶體) 並且寫入被告硬碟的暫存檔。藉由此種特性, 這些數據在正常情況下會持續不斷地寫入、消除¹⁷²。

2006 年 10 月 30 日, 原告正式發出書面的警告信給被告的律師, 提醒其有義務保留關於該訴訟發現程序 (discovery procedure) 中所有可能會被發現的證據。該信件明確地指出「一旦一方合理地參與一個訴訟, 它必須暫緩其日常的文件保存 (retention) 或銷毀, 並且進行「訴訟保全 (litigation hold)」以確保相關文件的保存 ("[o]nce a party reasonably anticipates a litigation, it must suspend its routine document retention / destruction policy and put in place a 'litigation hold' to ensure the

¹⁷⁰ United States District Court for the Central District of California, Decided: June 8, 2007

¹⁷¹ A typical dot-torrent file contains the IP addresses of one or more computers known as "trackers." (Horowitz I Decl. P6). A "tracker" directs a user's computer where to find peers who have all or part of a particular content file by providing the user's computer with the IP addresses of those peers' computers. (Horowitz III Decl. P 3). The tracker receives reports during the peer-to-peer transfer of the actual content items and receives confirmation from the user's computer once the download has been completed. (Horowitz III Decl. P 3).

¹⁷² If a user of defendants' websites clicks on a "download torrent" or hash-link, the web server receives the user request, including the user's IP address and the name of the requested dot-torrent file or hash-link. (Horowitz I Decl. P 11). Such data passes fleetingly through the random access memory and is written to temporary files on defendants' hard disks in the transient disk space. 8 (Fung I Decl. P 3; Fung II Decl. P 4). By virtue of being written to temporary files [*11] on defendants' transient disk space, such data is deleted continually and overwritten in the ordinary course of business. (Fung I Decl. P 3; Fung II Decl. P 4).

preservation of relevant documents.")。該信件進一步特定地指出保留電子檔的需求，以避免相關文件遭到銷毀或刪除。另外，該信件明確地要求即使你的客戶自動設定其系統把它們自動刪掉，也必須記錄使用者的活動。

二、本案爭點

1. 伺服器登入檔案記錄數據(log data)具相關性

根據聯邦民事訴訟法第 26(b)(1)，雙方可以公平地對與訴訟有關事件進行發現程序的請求，因為這與雙方之攻擊防禦攸關。¹⁷³原告主張伺服器登入檔案記錄數據與多項請求及防禦有關，包括被告網站的使用者是否已經直接侵害了原告的著作、Fung websites 是否達到侵害著作權的程度。對於原告的主張，法院最後同意原告的主張。由於本案是基於「代理侵權」(vicarious infringement)、「輔助侵權」(contributory infringement)、以及「引誘侵權」(inducement infringement)的理論。對於這樣的請求，其前提要件是主要侵權行為必須成立¹⁷⁴。關於「伺服器登入檔案記錄數據與 Fung websites 的使用者是否係主要侵權人間有相關性」這一點，可能沒有重大爭議，且此數據可能是使快速進行訴訟的關鍵，因此法院判決同意。

2. 伺服器登入檔案記錄數據組成了電子儲存資訊，並且處於可被發現的狀態 (The Server Log Data Constitutes Electronically Stored Information and Is Discoverable)

聯邦民事訴訟法第 34 條(a) (以下簡稱第 34 條)規定了對文件或電子儲存資訊的發現程序規定，包括儲存在任何能夠獲得資訊的媒介中的文字、繪畫、圖片、圖表、照片、錄音、影像及其他數據或數據編輯。諮詢委員會(The Advisory Committee)進一步闡釋該條：「...一種廣泛並包涵任何以電子檔儲存之資訊形式」，且「預計會盡可能地廣泛涵蓋所有目前所有的電子資訊形式，並有足夠的彈性來包涵未來的改變及發展」¹⁷⁵。被告爭執該伺服器登入檔案記錄數據並沒有組成電子儲存資訊，且在聯邦民事訴訟法 34 條(a)下並不是處於可發現狀態，因為該數據並沒有被以電子形式儲存在其網站或任何可能以有形的形式取得、測試或修改數據的媒體上。更明確地說，被告爭辯既然這些數據是暫時的，並且需要

¹⁷³ Pursuant to Rule 26(b)(1) of the Federal Rules of Civil Procedure, parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party. Fed. R. Civ. P. 26(b)(1).

¹⁷⁴ Primary infringement is a necessary predicate to such claims. Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701, 2007 WL 1428632, at *15 (9th Cir. 2007) (citing A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1013 n.2 (9th Cir. 2001)).

¹⁷⁵ "Rule 34(a) applies to information that is fixed in a tangible form and to information that is stored in a medium from which it can be retrieved and examined." Advisory Comm. Notes to the 2006 Amendment of Rule 34. The Advisory Committee Notes further indicate that Rule 34(a)(1) "is expansive and includes any type of information that is stored electronically," and that it "is intended to be broad enough to cover all current types of computer-based information, and flexible enough to encompass future changes and development." Id.

安裝設備來儲存，就不是電子儲存資訊。

不過原告主張，由於該登入檔案數據是可以被記錄並寫在被告伺服器的硬碟上，因此仍屬可發現的電子儲存資料。其理由如下：第一，關於所保留的數據均係儲存在一個來自被告提供的媒體上，並可以被取得或測試，因此它組成電子儲存資訊，並於被告持有、保管及控制中。第二，關於剩下的伺服器登入檔案記錄數據，則是以暫存方式儲存於 Fung websites 的硬碟上。雖然雙方對電子資料數據是否通過 RAM 後被寫在暫存檔，是否構成聯邦民訴法第 34 條所稱「電子儲存資訊」並不一致，但第九巡迴法院則認為數據無論是否儲存在 RAM（時間比硬碟裡的暫存檔更短暫），都是電子式儲存資訊的一種形式¹⁷⁶。

3. 要求保護及提出這些伺服器登入資料數據並不同於要求創造新數據
(Requiring the Preservation and Production of the Server Log Data Is Not Tantamount to Requiring the Creation of New Data)

第 34 條只要求一方提出既存文件¹⁷⁷。被告爭執由於其網站從未記錄或儲存伺服器登入資料記錄數據，故主張要求被告去保留這些數據形同要求他們為了提出而去創造一個記錄。原告則爭執這些資料已經存在，因為已經被寫入、複製並且儲存在被告伺服器的硬碟裡，因此就現存數據而言，毫無疑問的這些資料目前存在並且不需要創造任何新資料就可以提交；就伺服器登入資料記錄檔而言，法院也認為這些數據是存在的，而且暫時地儲存在被告的硬碟裡。所以被告不需要創造新的資訊來提交¹⁷⁸。

4. 要求保留伺服器登入資料數據是適當的 (An Order Requiring the Preservation of the Server Log Data Is Appropriate)

原告請求法院准許核發被告應保存伺服器登入資料記錄數據之命令，原告主張被告有義務去保存這些伺服器記錄數據，並且可以用最少的費用及努力即可儲存及複製這些數據至外部硬碟，並不會施加任何負擔或成本於被告。被告則拒絕原告的請求，其所主張的主要理由就是這些伺服器記錄數據並無任何保留的義務，且此種保存義務是不合理的負擔。原告主張記錄、儲存及複製伺服器記錄數據只是一件簡單的小事 (trivial matter)，而且被告僅係複製數據至儲存媒體，例如 DVD 或外部硬碟。原告主張附加外部硬碟到伺服器可能只會對該系統產生極小的額外需求，不可能影響系統的表現。原告進一步主張，根據被告提出的統計，

¹⁷⁶ Although the parties have presented no authority which deals with whether data that passes through RAM and is written only to temporary files in transient space constitutes "electronically stored information" under Rule 34, defendants do rely upon a case in which the Ninth Circuit addressed whether data in RAM -- a medium more transient than temporary files on a hard drive -- is electronically stored information in another context.

¹⁷⁷ Rule 34 only requires a party to produce documents that are already in existence.

¹⁷⁸ the court concludes, as suggested by its analysis above, that such data exists and is, at a minimum, temporarily stored on defendants' hard drives.

1TB 的硬碟的成本大約是 500 美金，便能夠輕易方便儲存一個月份的伺服器記錄。被告則根據美國憲法第一次修正案及聯邦法去主張其網站使用者之隱私權。

不過法院則並不認為被告的主張是有說服力的，尤其是該命令指示被告在伺服器登入資料記錄數據提交前，得先遮蔽使用者的 IP 位址，故法院認為使用者之利益能被充分保護¹⁷⁹。又被告爭執原告的請求應該被駁回，因為儲存通訊法（Stored Communications Act）禁止披露伺服器登入資料記錄數據（即通訊內容），但將通信內容(1)披露給該通訊中，預期的接受方及其代理人；或(2)經該通訊預期接受方之合法同意者，不在此限¹⁸⁰。

這些除外事項，反映了傳送電子通訊訊息之一方對於上述訊息之接受方是否會保守秘密並無合理期待。因此，當預期接受訊息之一方是訴訟之當事人，接受方之隱私有潛在的爭議。對於此爭點，法院判決認為原告的需求比被告的隱私利益（即伺服器記錄數據）更重。因此，當被告有能力去同意披露伺服器記錄數據，該儲存通訊法就沒有依據去隱蔽這些在被告持有、保管並控制之數據¹⁸¹。最後，關於國際法之爭議，被告進一步主張對於既存網站伺服器的改變，都必須遵守加拿大法，因被告是加拿大居民，該公司也在加拿大，而且伺服器也在加拿大。法院並不因為這些說法而減輕被告保存及提交伺服器記錄數據之義務。

對於被告的主張，法院並不接受，並提出下列見解：第一，加拿大法律在 IP 位址的適用並不明確，更不用說是其他的伺服器登入資料記錄數據了，因此欲依據外國法之一方必須負舉證責任；第二，即使加拿大的法律可以被適用，並且禁止被告提交系爭資料，也不因此剝奪美國法院基於管轄權而發出的命令¹⁸²。

¹⁷⁹ Defendants also raise issues concerning the privacy of their website users based upon the First Amendment and a federal statute. [*28] 16 (Plaintiffs' Motion at 47-55; Defendants' Supp. Memo at 2-4). Although the court discusses each such issue below, the court does not find defendants' arguments to be persuasive, particularly in light of the fact that this order directs defendants to mask users' IP addresses before the Server Log Data is produced. The court finds that defendants' asserted interest in maintaining the privacy of the users of their websites can be adequately protected by the protective order already entered in this action and the masking of the users' IP addresses. See *A. Farber & Partners, Inc. v. Garber* ("Farber"), 234 F.R.D. 186, 191 (C.D. Cal. 2006).

¹⁸⁰ Title 18, United States Code, Section 2702, generally prohibits a person or entity providing an electronic communication service to the public from knowingly divulging the contents of a communication while in electronic storage. 18 U.S.C. § 2702(a). Specifically excepted from this prohibition are disclosures [*31] of the contents of communications (1) to an intended recipient of such communication or an agent thereof; or (2) with the lawful consent of an intended recipient of such communication. 18 U.S.C. §§ 2702(b)(1), 2702(b)(3).

¹⁸¹ The court concludes that defendants' privacy interest in the Server Log Data is outweighed by plaintiffs' need for such data. Consequently, as defendants have the ability to consent to the disclosure of the Server Log Data, the Stored Communications Act does not provide a basis to withhold such data which is clearly within defendants' possession, custody and control.

¹⁸² It is well settled that foreign blocking statutes [*35] do not deprive an American court of the power to order a party subject to its jurisdiction to produce evidence even though the act of production may violate that statute. *Richmark Corp. v. Timber Falling Consultants*, 959 F.2d 1468, 1474 (9th Cir. 1992)

法院亦指出，在考慮是否適用外國法來核發命令時，應考慮幾項要素，包括該資訊在本訴訟之重要性、該請求之明確程度、是否該資訊來自於美國、有無替代方法保全該證據、不遵守是否會侵害美國重要利益及遵守是否會侵害資訊所在的國家、提交之一方困難的程度及是否這些困難是自願的¹⁸³。而在本案，法院已經考慮這些因素，但因為考量到缺乏其他替代方法去取得這些登入資料記錄檔案，因此還是准許原告的請求。

5.要求提交伺服器記錄數據之命令是適當的（An Order Requiring the Production of the Server Log Data Is Appropriate）

根據 Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C)，下列情況下法院可以限制電子資料的發現：1、該發現是多餘的，或可從其他更便利的來源取得。2、請求發現之一方有充足的機會去獲得資訊。3、該負擔或費用逾可能的利益，必須考量該案需求、爭議數量、當事人資源、該爭議對訴訟勝負之重要性、該發現對解決爭議之重要性¹⁸⁴。據此，法院認為：1、被告無法證明伺服器記錄數據因過度的負擔及成本致不合理取得。2、原告證明了之所以要發現該數據之充分理由。3、該發現應該不是多餘的或可自其他便利來源取得的。4、原告沒有其他獲得該數據之機會。5、考量該案需求、爭議數量、當事人資源、該爭議對訴訟勝負之重要性、該發現對解決爭議之重要性，該負擔或成本並沒有逾可能獲得之利益¹⁸⁵。

6.證據性制裁（Evidentiary Sanctions）

¹⁸³ In considering whether to excuse noncompliance with discovery orders based on foreign statutory bars, as opposed to issuance of an order directing the preservation or production of evidence which is the issue here, courts are to balance the relevant factors in issue. These factors include the importance of the information requested in the litigation, the degree of specificity of the request, whether the information originated in the United States, the availability of alternative means of securing the information, the extent to which noncompliance would undermine important interests of the United States or compliance would undermine important interests of the state where the information is located, and the degree of hardship on the producing party and whether such hardship is self-imposed. *Richmark Corp.*, 959 F.2d at 1475-77.

¹⁸⁴ A court may limit discovery of electronic materials under Fed. R. Civ. P. 26(b)(2)(C) if: (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or is obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity by discovery in the action to obtain the information sought; or (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, taking into account the needs of the case, the amount in controversy, the parties' resources, the importance of the issues at stake in the litigation, and the importance of the proposed discovery in resolving the issues.

¹⁸⁵ Based on the discussion, analysis, and findings above, the court further finds: (1) defendants have failed to demonstrate that the Server Log Data is not reasonably accessible because of undue burden or cost; (2) plaintiffs have shown good cause to order discovery of such data; (3) the discovery sought is not unreasonably cumulative or duplicative or obtainable from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (4) plaintiffs [*38] have not otherwise had the opportunity to obtain the data sought; and (5) the burden and expense of the proposed discovery does not outweigh its likely benefit, taking into account the needs of the case, the amount in controversy, the parties' resources, the importance of the issues at stake in the litigation, and the importance of the proposed discovery in resolving the issues.

原告還請求對被告加以證據性制裁，指稱被告故意不儲存並且惡意毀損伺服器記錄數據¹⁸⁶。依照聯邦民事訴訟法第 37(f)，若無特殊情況，一方按電子資訊系統通常善意操作而致使電子存儲的資訊丟失，法院不能認為該當事人違反了證據開示原則而加以懲罰。諮詢委員會對 2006 年修正的 37 條的注釋特別提到“誠信操作”，也就是要求一方當事人修改或中止部分慣常行為來確保自己負有保留義務的資訊不會被毀棄¹⁸⁷。

此外，當事人亦有義務保留其知道或者應當知道的、與本案相關的、有正當理由相信可能在證據開示環節中作為證據展示、而且/或者待處理請求中所指向的物件¹⁸⁸。由此，「一旦一方當事人有正當理由認為將會捲入訴訟，該當事人必須中止其對檔案的慣常操作（如：保存 retention 或毀棄），而應該將相關檔置於『訴訟保全』的狀態來確保其完好」¹⁸⁹。而其一般的原則，就是訴訟保全將不會適用於無法接觸的電子儲存資訊，例如備份磁帶等，因為這些備份裝置會根據公司已有的政策，不斷的循環備份¹⁹⁰。

綜上所述，即使沒有（1）對先前行為的預先控制，或（2）違反保護令，被告也有義務保留僅是臨時儲存在被告硬碟暫存空間裡的伺服器記錄數據。然而，法庭認為，被告之所以未保留伺服器登入資料記錄數據是基於合理信賴，而認為保留僅存儲在其硬碟暫存檔案中的資料並非其法定義務。因此，法庭認定，對被告毀棄證據的行為加以證據性懲罰是不恰當的¹⁹¹。根據上述，法院依法認定並判決指出：(1)系爭登入資料是有相關性的，並在原告要求的範圍之內；(2)該資料構成「電子儲存資訊」且為被告所持有、保護及控制；(3)被告並未證明「保存及提出這些資訊是過度的負擔」；(4)被告必須以標示那些用於存取被告網站的電腦的 IP 位址之方式來保留這些資訊；(5)對被告施以證據制裁是不適當的。

¹⁸⁶ Plaintiffs' Motion also requests evidentiary sanctions against defendants in light of defendants' alleged wilful failure to preserve, and intentional spoliation of, the Server Log Data. (Plaintiffs' Motion at 34-37).

¹⁸⁷ Pursuant to Fed. R. Civ. P. 37(f), absent exceptional circumstances, a court may not impose sanctions under the discovery rules based on a party's failure to provide electronically stored information lost as a result of the routine, good faith operation of an electronic information system. Fed. R. Civ. P. 37(a). A "good faith" operation may require a party to modify or suspend certain features of that routine operation to prevent the loss of information, if that information is subject to a preservation obligation. Advisory Comm. Notes to the 2006 Amendment to Rule 37.

¹⁸⁸ *Wm. T. Thompson Co. v. General Nutrition Corp.*, 593 F. Supp. 1443, 1455 (C.D. Cal. 1984)

¹⁸⁹ Therefore, "[o]nce a party reasonably anticipates litigation, it must suspend its routine document retention/destruction policy and put in place a 'litigation hold' to ensure the preservation of relevant documents." *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 F.R.D. 212, 218 (S.D.N.Y. 2003). d.

¹⁹⁰ As a general rule, the litigation hold does not apply to inaccessible electronically stored information, such as back-up tapes, which may continue to be recycled on the schedule set forth in the company's policy.

¹⁹¹ As noted above, although this court now finds that defendants have an obligation to preserve the Server Log Data that is only temporarily stored on defendants' hard drives in transient space, in the absence of (1) prior controlling precedent directly on point; and (2) a violation of a preservation order, this court finds that defendants' [*40] failure to retain the Server Log Data was based on a good faith belief that preservation of such data stored only in temporary files on their hard drives was not legally required. Consequently, the court finds that evidentiary sanctions against defendants for spoliation of evidence are not appropriate

第三節、關於下載種子搜尋引擎網站之美國司法案例

壹、Columbia Pictures Industries, Inc. v. Valence Media¹⁹²

一、案例事實

原告是一間電影工作室，擁有許多電影及電視的著作權、排他重製權及散布權。被告經營一個提供使用者定位並下載種子檔搜尋引擎的網站。使用種子檔加上獨立的電腦軟體 BitTorrent，使用者便可參與一個 P2P 網絡，進而複製、散布使用者搜尋到的檔案。被告的網站依此宣稱允許網路使用者去定位及下載、觀賞、儲存及散布未經原告授權之電影、電視節目。為此，原告於 2006 年對被告提起侵害著作權訴訟，並於 2007 年 3 月 29 日獲得法院核發之事實發現命令（以下簡稱「0329 命令」），但被告則請求法院重新審查、考量原命令，特別是：(1) 同意原告得請求被告保存並提交伺服器記錄數據以及證據制裁，以及(2) 拒絕被告對於律師費用成本之請求，提出質疑。

二、爭點解析

1. 聯邦民訴法第 34 條之範圍（The Scope of Federal Rule of Civil Procedure 34）

被告請求重審的核心，在於「記錄在 RAM 裡的資訊算不算是民訴法第 34 條所稱之『電子儲存資訊』」¹⁹³？被告及 amici（法院之友）探求「儲存」的定義，認為該資訊被儲存不僅僅是為了儲存而已，而是為了日後的取回（for later retrieval）。他們認為「電子儲存資訊」不能包括保留在 RAM 裡的資訊，因為儲存的期間可能只有 6 小時，實在太短暫了。

不過，法院審理後認為「儲存」的解釋並無法單純以法規的文字來看，立法者之附註（accompanying commentary）或第九巡迴法院的判例均認為電子儲存資訊包括了 RAM。法院認為儲存在 RAM 的數據，雖然很短暫，但仍是電子儲存資訊¹⁹⁴，其理由如下：

第一，如同 amici 說明的，根據網站 Merriam-Webster 大學字典（Merriam-Webster Collegiate Dictionary）所述，儲存意指「保留、累積、放置或留置在一處」（強

¹⁹² United States District Court for the Central District of California, decided, August 24, 2007

¹⁹³ 該問題的原文為：is the information held in a computer's random access memory (RAM) "electronically stored information" under Federal Rule of Civil Procedure 34?

¹⁹⁴ The Court finds this interpretation of "stored" unsupported by the text of the Rule, the accompanying commentary of its drafters, or Ninth Circuit precedent involving RAM. The Court holds that data stored in RAM, however temporarily, is electronically stored information subject to discovery under the circumstances of the instant case.

調“add”)¹⁹⁵。因此法院認為，毫無疑問地，RAM 是一個電腦記憶體，而且資訊保留在 RAM 裡以供之後的使用（軟體使用或寫入硬碟）或處分（因關機而消失或被覆寫）¹⁹⁶。依照蘭登書屋辭典（Random House Dictionary）對儲存的定義：「電腦放置、保留數據於記憶體單元上」，也進一步推翻了被告認為 RAM 不儲存數據之主張。在這些定義之下，資訊甚至不需要被接連著存取或使用，只要在 RAM 上放置資料就足以構成「電子儲存資訊」了¹⁹⁷。此外，記憶體本身就被定義為一個儲存單元，並且因為相對於硬碟有較快的速度，傳統上本來就被用做電腦主要的儲存媒體。

第二，根據 2006 年聯邦民事訴訟規則第 34 條修正案諮詢委員會之附註，明確規定電子儲存的資訊可以授權當事人去發現，也顯示「儲存」的定義被廣泛解讀以涵蓋所有現有及未來的電子儲存媒介¹⁹⁸。最後，被告及其法庭之友爭執 RAM 裡的數據太過短暫，以致於無法滿足 34 條的儲存需求。不過，法院認為該主張早已被第九巡迴法院於 *Mai Systems Corp. v. Peak Computer, Inc* 一案中排除（foreclosed）¹⁹⁹。

因為為了決定原告是否能贏得著作權侵權訴訟之請求，法院在 *Mai Systems Corp.* 一案中面臨了一個問題，就是 RAM 的程序是否「固定一個有形的媒體形式」（fixed in a tangible medium of expression）？該形式在法規的適用上，被定義為「夠永久、穩定以使其可以被察覺、重製或於一定期間或短暫持續期間內傳播」（sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration）。

儘管著作權法明確要求媒體儲存資訊須達到永久的程度，並且比「短暫持續的期間更久」（more than transitory duration），但第九巡迴上訴法院認為一個電腦軟體被複製進 RAM 就足以符合法規的條件，並且足以讓法院核發永久禁制令。按照第 9 巡迴法院的理由，RAM 是一個有形的媒體，存續期間久得足以允許重製，因此法院認為被告和其法庭之友爭執 RAM 保存數據短暫以致於無法儲存以供日

¹⁹⁵ [A]ccording to the Merriam-Webster Collegiate Dictionary, to store means "to lay away, to accumulate or to place or leave in a location (as a warehouse, library, or computer memory) for preservation or later use or disposal." Merriam-Webster's Collegiate Dictionary (Frederick C. Mish et al. eds., 10th ed. 1993)

¹⁹⁶ It is undisputed that RAM is computer memory and that information held in RAM is held there for later use by the computer (e.g., to be used in tasks performed by software or written to a hard drive, flash drive, DVD, or other more permanent medium) or disposal (e.g., to be erased when the computer is turned off or when the data is overwritten with new information as part of the regular computing process).

¹⁹⁷ "13. Computers. to put or retain (data) in a memory unit." Random House dictionary of the English Language (Stuart B. Flexner et al. eds., 2d ed.

1987). Under this definition, the information need not even be subsequently accessed or used; simply placing the data in the RAM module is sufficient for it to constitute electronically stored information.

¹⁹⁸ [T]he Notes of the Advisory Committee to the 2006 Amendments to Rule 34, which amended the Rule to make explicit that it authorized discovery of information stored electronically, 2 indicate that the definition was intended to be read expansively to include all current and future electronic storage mediums

¹⁹⁹ *Mai Systems Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993).

後的存取及檢索，不具法律上之意義。被告因此沒有證明法院的法律結論（即數據保存在被告所控制的電腦裡的 RAM，是在 34 條所提到「處於可被發現狀態」之範圍內），是違法的²⁰⁰。此外，對於法庭之友主張該裁決對於企業及個人之記錄保存義務具有潛在重大影響，法院亦指出該裁決並不強加額外的負擔於任何網站經營者或訴外第三人。

2.法官命令探求事實發現之權力（The Magistrate Judge's Authority to Order the Requested Discovery）

爲了對抗法院 0329 命令，被告提出了一些有創造性的法律上挑戰，第一就是初級法官（Magistrate Judge）逾越其權限核發了一項禁制令及處理了本案的最終議題。Federal Magistrates Act 規定初級法官「除了禁制令以外，可以聽取、決定任何審判前事項」，此外還有七項列舉的排他事由。第 9 巡迴法院認爲這些排他事由並未窮盡，法院必須「視該事由之影響，決定是否被適當地界定爲一方決定性（dispositive）或非決定性之攻防」。如果是一個終局的命令、決定性之攻防，那麼就不在法律所允許之範圍內²⁰¹。

法院認爲原告是請求被告保存並提交伺服器記錄數據以做爲證據制裁，既不是禁制令也沒有相同的功能，且 0329 命令同意該請求並不終局決定任何被告之請求或防禦。該命令是一個普通的事實發現命令，其目的在於解決相關性、負擔及事實發現的適當範圍之爭議，這的確在初級法官之權限及專業知識範圍內。

此外，法院亦認爲初級法院本可要求文件之提交而且（雖然其他法院將命令解釋爲保存證據而如同禁制令），第九巡迴法院認爲雙方有責任不能隨便處分他們知道具有相關性之證據。而在 Idaho Potato Comm'n v. G&T Terminal Packaging, Inc., 425 F.3d 708, 720 (9th Cir. 2005); Pueblo of Laguna v. United States, 60 Fed. Cl. 133, 138 (2004)兩案中，法院理由認爲文件保存命令不是禁制令，只是個命令，要求辯識證人或提交已公開文件。又，本案法院認爲，相對於被告的論點，0329

²⁰⁰ In light of the Ninth Circuit's holding that RAM is a tangible medium, sufficiently permanent to permit reproduction, amici and Defendants' argument that RAM holds data for such a short duration that it is not stored subject to later access and retrieval simply has no merit. Defendants have therefore failed to establish that the Magistrate Judge's legal conclusion that data held in the RAM of computers under Defendants' control is within the scope of discoverable information under Federal Rule of Civil Procedure 34 was contrary to law.

²⁰¹ The Federal Magistrates Act provides that a magistrate judge may "hear and determine any pretrial matter pending before the court, except a motion for injunctive relief," and seven other enumerated motions. 28 U.S.C. §636(b)(1)(A). The Ninth Circuit has held that the list of excluded motions is not exhaustive, and courts must "look to the effect of the motion, in order to determine whether it is properly characterized as dispositive or non-dispositive of a claim or defense of a party." United States v. Rivera-Guerrero, 377 F.3d 1064, 1068 (9th Cir. 2004). If it is a final order, dispositive of a claim or defense, it is outside of the magistrate's statutorily granted jurisdiction. Id. at 1069.

命令並不終局決定任何被告潛在的「第一次修正案賦予之權利或其他防禦」²⁰²。

3. 有關憲法第五次修正案（The Fifth Amendment）的爭議

被告主張提交其伺服器記錄數據違反儲存通訊法（Stored Communications Act）、竊聽法（Wiretap Act）及電子記錄器法（Pen Register Statute）。儲存通訊法禁止非法存取儲存的通訊，亦即(1)未經授權，經由提供電子通訊服務故意存取一項設備，或(2)故意越權存取該項設備。²⁰³。然而，被告並未被命令去存取該第三方之設備以獲得儲存通訊。

甚者，被告是該伺服器記錄資訊預期之接受方。當使用者存取被告網站並且請求種子資訊，他們自願提供其 IP 位址及包含其請求之資訊給被告。該資訊會在被告的伺服器裡的 RAM 中接受並處理。被告存取被告在伺服器中由其控制之資訊，並沒有構成未經授權存取「提供電子通訊服務之設備」或「存取以電子儲存在此系統之電子通訊」。提交伺服器記錄數據因此沒有違反儲存通訊法²⁰⁴。

在 ECPA 之下，一項電子通訊不是根據竊聽法，因為被截聽而遭到控訴；就是根據儲存通訊法，因為在電子儲存設備中被取得而遭到控訴。二者不可能同時成立²⁰⁵。所以第九巡迴法院認為截聽儲存在電子儲存設備中之電子通訊並不能適用竊聽法²⁰⁶，凡儲存在電子儲存設備裡的就用儲存通訊法，除此之外才用竊聽法，即便僅儲存極短時間或幾秒鐘²⁰⁷。如前所述，伺服器記錄數據存在於電子儲

²⁰² Moreover, contrary to Defendants' contentions, the May 29 Order does not dispose of any of Defendants' potential First Amendment or other defenses to Plaintiffs' claim for copyright infringement. The May 29 Order addresses only Defendants' arguments in opposition to the requested discovery, not whether the First Amendment or the Electronic Communications Privacy Act (ECPA) might factor into a final, permanent injunction prohibiting Defendants from engaging in any form of copyright infringement. That the creation of a [**15] server log might be a predicate step in fashioning effective hypothetical final relief does not alter the fact that such final disposition of any of the parties' claims or defenses remains a future event. As the May 29 Order is not dispositive of any claims or defenses, it was within the Magistrate Judge's jurisdiction and the Court overrules Defendants' objection.

²⁰³ The SCA prohibits unlawful access to stored communications, which is defined as either "(1) intentionally access[ing] without authorization a facility through which an electronic communication service is provided; or (2) intentionally exceed[ing] an authorization to access that facility; and thereby obtain[ing] ... authorized access to a wire or electronic communication while it is in electronic storage in such system"

²⁰⁴ Defendants' access to Defendants' information on servers under Defendants' control does not constitute unauthorized access to a "facility through which an electronic communication service is provided" or "to a wire or electronic communication while it is in electronic storage in such system." Production of the Server Log Data would therefore not violate the SCA.

²⁰⁵ Under the ECPA, an electronic communication may either be intercepted and actionable under the Wiretap Act or acquired while in electronic storage and actionable under the SCA, but not both. *Konop v. Hawaiian Airlines Inc.*, 302 F.3d 868, 877 (9th Cir.2002).

²⁰⁶ The Ninth Circuit has held that the Wiretap Act applies only to "acquisition contemporaneous with transmission," and that "Congress did not intend for 'intercept' to apply to electronic communications when those communications are in 'electronic storage.'"

²⁰⁷ Communications are in "electronic storage" under the SCA, and outside the scope of the Wiretap Act, even where the storage is transitory and lasts for only a few seconds.

存設備。竊聽法因此不能適用²⁰⁸。

電子記錄器法同樣不能適用在該發現命令上。被告主張在電子記錄器法之下，法院不行批准提交伺服器記錄數據，因為伺服器記錄數據包涵了通訊的「內容」，例如種子檔的特性。的確，如同被告所述，電子記錄器、捕捉及追蹤設備不能記錄任何通訊的內容。但由於 0329 命令要求通訊內容之提交，被告尚未被命令去裝設電子記錄器或捕捉及追蹤設備。因此，初級法官裁判要求提交伺服器記錄數據並不違反儲存通訊法、竊聽法或電子記錄器法²⁰⁹。

即使被告認為原告可以經營「蜜罐」，而且參與了 BT 的「蜂群」，從而獲得各個侵害著作權人之 IP 位址，但這些證據不能幫助他們證明「獲得伺服器記錄數據之合理的替代方案」²¹⁰。雖然原告可能有其他方式去發現侵權人的 IP 位址，為了在訴訟中勝訴，原告將需要去證明被告以某種方式為其他人的直接侵權負責²¹¹。伺服器記錄數據將顯示個人存取被告網站並請求、下載種子檔，而該種子檔可以用來獲得原告著作（未經許可）。這個連結可以證明被告須為侵害著作權負責（根據輔助侵權（contributory infringement）、代理侵權（vicarious infringement）及引誘（inducement）等理論）。因此，初級法官認定「欠缺獲得伺服器記錄數據之合理替代方案」，並非明顯錯誤或違法²¹²。

4. 美國聯邦憲法第一次修正案（The First Amendment）的爭議

被告反對初級法官駁回其依照憲法第一次修正案所賦予之權利所提出的主張，因為原告沒有說明伺服器記錄數據之需求，而且初級法官沒有進行適當的平衡測試²¹³。但本案法院認為已經討論了為什麼初級法官認定原告需要伺服器記錄

²⁰⁸ As discussed above, the Server Log Data exists [**19] in electronic storage. The Wiretap Act is therefore inapplicable and does not pose any barrier to Defendants' compliance with the May 29 Order.

²⁰⁹ Because the May 29 Order requires the production of the contents of communications, Defendants have not been ordered to install a pen register or trap and trace device, and the Pen Register Statute does not bar the ordered discovery. Accordingly, the Magistrate Judge's decision that production of the Server Log Data would not violate the SCA, the Wiretap Act, or the Pen Register Statute was not contrary to law.

²¹⁰ Even if Defendants were able to show, as they allege, that Plaintiffs operate "honeypots" and participate in BitTorrent "swarms," thereby acquiring the IP addresses of individual copyright infringers, such evidence would not help them to demonstrate that "reasonable alternative means to obtain" the Server Log Data were available.

²¹¹ Although Plaintiffs may have other means of discovering the IP addresses of individual direct infringers, in order to prevail in this action, Plaintiffs will need to establish that Defendants were in some way responsible for the direct infringement of others.

²¹² The Server Log Data will show that individuals access Defendants' website and request and download dot-torrent files, which can be used to obtain Plaintiffs' copyrighted works without permission. This link in the causal chain is essential to proving Defendants' responsibility for copyright infringement under theories of contributory infringement, vicarious infringement, and inducement. Accordingly, the Magistrate Judge's finding of a "lack of a reasonable alternative means to obtain" the Server Log Data [**23] was not clearly erroneous or contrary to law.

²¹³ Defendants argue that the Magistrate Judge's rejection of Defendants' First Amendment objections to the requested discovery was contrary to law because Plaintiffs failed to demonstrate a need for the Server Log

數據並非明顯錯誤或違法。本案法院也同意初級法官「保存及披露伺服器記錄數據並非侵害或實質侵害」、「尤其事實上這些數據並未識別使用者，而且使用者的 IP 位址也被下令遮蔽」。

在本案中，原告僅須證明匿名的個人存取了被告的網站並要求種子檔。原告並不要求其姓名或其他身分識別資訊，0329 命令保證這些識別資料將不會被披露²¹⁴。此外，相對於第一修正案高度地保護結社自由及政治言論自由，被告的使用者之隱私利益是受限制的。

在 *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1028 (9th Cir. 2001) 一案中，法院理由認為第一修正案並不保護 P2P 檔案分享網路之使用²¹⁵。且即使使用者從事合法的檔案分享，他們也不期待隱私權的保護，因為他們散布他們的識別資訊給每一個使用 BT 的「蜂群」²¹⁶。如果個別的用户允許其他使用者經由 P2P 分享檔案、從自己電腦下載檔案，並向全世界開放自己的電腦，就很難解釋他對於隱私有任何期待²¹⁷。同樣地，因為使用者開放地披露其 IP 位址，法院不贊同被告所說「保存使用者的 IP 位址，將會抑制其言論自由」。所以，本法院贊同初級法官適當地衡量了被告之抗辯，並且認為其裁判並未違法²¹⁸。

5. 國際法的影響 (Impact of International Law)

被告堅稱初級法官錯誤地駁回其關於應適用荷蘭法之主張，因為被告架設伺服器於荷蘭，該法禁止美國法院在訴訟中為請求發現命令。本案法院認為：第一，初級法官適當地認定被告沒有舉證證明荷蘭法禁止保存伺服器記錄數據或提交轉譯、匿名版本的系爭數據給原告²¹⁹。第二，如最高法院所述，外國法並不剝奪

Data and because the Magistrate Judge failed to perform a proper balancing test.

²¹⁴ In the instant case, Plaintiffs have sought data that would demonstrate that anonymous individuals accessed Defendants' website and requested dot-torrent files. Plaintiffs are not requesting the names or other identifying information, as the plaintiff sought in *Adolph Coors Co.*, and the May 29 Order ensures that such identifying information will not be disclosed.

²¹⁵ [T]he First Amendment does not protect use of a peer-to-peer file sharing network that constitutes copyright infringement

²¹⁶ Even if the users are engaged in legal file sharing, they have little to no expectation of privacy because they are broadcasting their identifying information to everyone in the BitTorrent "swarm"

²¹⁷ [I]f an individual subscriber opens his computer to permit others, through peer-to-peer file-sharing, to download materials from that computer, it is hard to understand just what privacy expectation he or she has after essentially opening the computer to the world."

²¹⁸ Similarly, because users openly disclose their IP addresses as part of the BitTorrent file transfer process, the Court is not persuaded by Defendants' argument that the retention of the IP addresses of users who obtain dot-torrent files from Defendants' website will "chill" their speech. Accordingly, the Court is satisfied that the Magistrate Judge properly weighed Defendants' First Amendment concerns against the need for the requested discovery, and that her resolution of the matter was not contrary to law

²¹⁹ Defendants insist that the Magistrate Judge erred in rejecting their argument that the law of the Netherlands, where Defendants have placed their servers, prohibits the courts of the United States from ordering the requested discovery in this action. First, the Magistrate Judge properly found that Defendants had failed to meet their burden in establishing that Netherlands law would prohibit retention of the Server

美國法院依其管轄權發給一方命令之權²²⁰。

6. 被告對伺服器記錄數據之控制途徑 (Defendants' Control of the Routing of Server Log Data)

被告最後的抗辯是一個隱秘的爭執，初級法官認定「被告有能力去控制伺服器記錄數據如何安排程序」，被告認為這是明顯的錯誤，因為並沒有足夠的根據。為了支持這個論點，被告提出了「Panther」，為被告服務之第三方，最近開始使用 Panther 以避免其請求被被告伺服器的 RAM 接收到，這樣一來就不會有記錄留下。然而，當被告的代表證實了在初級法官證據聽證會期間，被告「如果被導引到爭議中的伺服器記錄數據，可能脫離並繼續該目前已由 Panther 執行之功能」。

初級法院認為被告安排伺服器記錄數據到他那兒或經由 multiple rounds of supplemental briefing 也好，都不過是「經營方式的改變 (the change in the method of operation)」²²¹。當這些記錄反映被告有能力藉由其自有伺服器重新安排伺服器記錄數據的路徑，本法院認為初級法官認定被告對伺服器記錄數據之路徑的控制並無明顯錯誤²²²。

Log Data or production of an encrypted, anonymous version of that data to Plaintiffs.

²²⁰ Second, as the Supreme Court has stated, "[i]t is well settled that [foreign] statutes do not deprive an American court of the power to order a party subject to its jurisdiction to produce evidence even though the act of production may violate that statute."

²²¹ Moreover, the Magistrate Judge's decision with respect to Defendants' ability to route the Server Log Data to themselves or through Panther at will was also based on "the change in the method of operation"

²²² As the record reflects that Defendants have the ability to reroute the Server Log Data through their own servers, should it prove impracticable for Defendants to acquire the information from Panther, the Court finds that the Magistrate Judge's finding that Defendants' control the routing of the Server Log Data was not clearly erroneous.

第四節、關於圖片搜尋引擎之美國司法案例

壹、Perfect 10, Inc. v. Google Inc

一、事實摘要

本案原告 Perfect 10 係一家以發行成人雜誌與經營“Perfect10.com”網站為業的網路業者，其營收除每本 7.99 美元的成人雜誌月刊外，主要來自於接受網路會員訂購之網路版的成人網頁服務²²³。自 2005 年初起，Perfect 10 還開始授權英國 Fonestarz Media Limited 公司，對全世界銷售其「縮圖」(thumbnail)以供作手機下載使用，在英國平均每個月銷售約 6000 張圖片。

除了英國 Fonestarz Media Limited 公司以外，該公司並未授權其他第三人或網站使用其具著作權的圖片。被告 Google 公司則是經營搜尋引擎，並提供圖片檢索、縮圖搜尋、訊框(frame)及文中連結(In-line linking)等功能，其獲利來源包括關鍵字檢索的 AdWords、AdSense 等藉由流量及點擊率計算的網路廣告收入。

其中，圖片搜尋服務(image search service)是 Google 網站眾多功能之一。而使用者在使用該功能時，Google 會將圖片轉換成縮圖(thumbnail)，再經由連結技術，使網路使用者能透過 Google 檢索搜尋到縮圖，進而連結到圖片所在之網頁。而網路上有許多 Perfect 10 圖檔是出現在第三人非法轉貼的成人圖片網頁，網友也可因此透過 Google 的服務連結到這些非法網頁進行瀏覽或下載。由於 GOOGLE 在搜尋結果的頁面上透過 AdSense 與 AdWords 收取廣告費用，因此原告主張 Google 搜尋系統的縮圖系統，有助非法網頁的傳播，構成侵害著作權。

為此，Perfect 10 自 2001 年起即陸續發函 Google，告知其所提供的前述縮圖檢索功能侵害 Perfect 10 擁有著作權的縮圖和原圖，但 Google 並未因此而改變其經營模式，因此 Perfect 10 乃在 2004 年 10 月於加州聯邦地方法院對 Google 提起訴訟；隨後，Perfect 10 在 2005 年 7 月又向加州聯邦地方法院申請核發臨時禁制令(preliminary injunction order)。

聯邦地方法院於初步審理後，在 2006 年 2 月 21 日做出部分核准、部分駁回之判決²²⁴。雙方對此均表不服，並皆向聯邦第九巡迴上訴法院提起上訴，上訴法院則在 2007 年 5 月 8 日對本案做出判決²²⁵，嗣後又在 2007 年 12 月 3 日做出補充

²²³ 網站訂閱會員每個月 25.50 美金，可至網站上會員獨享區觀賞。

²²⁴ 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006)

²²⁵ 487 F.3d 701 (CA 9, 2007).

判決²²⁶，認為有可能成立輔助侵害責任，應進一步查明事實，撤銷地方法院部份判決以及原核准之初步禁制令，並發回地方法院重為事實調查，至於其餘判決部份仍維持地方法院決定。²²⁷

二、問題討論

(一)、Google 搜尋縮圖的功能是否直接侵害 Perfect 10 的著作權？(特別是 Perfect 10 縮圖之公開傳輸權)

所謂的縮圖連結是搜尋引擎（例如 Google 等）將網路上搜尋來的圖片，轉換成縮圖，再透過搜尋結果的排列，使網路使用者能於搜尋到縮圖後，藉由縮圖了解其圖片的概略內容，並進一步點選該縮圖以連結至原始圖片的網頁，以便進行瀏覽或下載。Google 於本文中引用在 2003 年第九巡迴上訴法院於 Kelly v. Arriba Soft Corp²²⁸一案的見解，認為其並未侵害 Perfect 10 的著作權。於 Kelly 案中，第九巡迴上訴法院認為縮圖連結是網路檢索與傳輸所必要，而縮圖之目的在使網友透過縮圖找到原始圖片，且縮圖本身因為畫素太低，並不具經濟意義，故對圖片的著作權所有人利益並無侵害，符合美國著作權法上之合理使用的規定。

然而在本案中，聯邦地方法院最初認為本案事實與 Kelly v. Arriba 不同，最主要的原因是在 Kelly 一案中，縮圖並沒有商業價值。但是在本案中，Google 卻將縮圖運用在商業活動，並透過搜尋結果的頁面顯示來收取廣告費用，且使用者可以將內容下載至手機，故其縮圖連結應予禁止，惟法院並未要求 Google 負侵害著作權責任。對於地方法院的判決，雖經 Google 上訴至第九巡迴上訴法院，但該院仍引用該院於 Kelly v. Arriba 一案的見解，認為縮圖連結是網路檢索合理使用的必要範圍，應予容許，否則網路搜尋的功能將受到壓縮。

對於公開傳輸應如何認定，美國司法界有下列兩種標準，第一為伺服器標準 (Server Test)，將「公開傳輸」定義為物理上將零與一之訊號透過網路傳送給使用者的行為；另一為整合標準 (Incorporation Test)，也就是單純以是否將著作內容納入網頁而可因而獲益之行為，認定為構成公開傳輸。在認定 Google 以訊框 (frame) 連結的方式提供縮圖有無違反著作權時，原告 Perfect 10 主張結合測試標準 (incorporation test)，亦即 Perfect 10 的圖片被 Google 利用而成為 Google 網站的一部份時，即構成侵權。但被告 Google 則主張以伺服器測試 (server test) 為標準，亦即以是否以自己的伺服器傳輸存取原始圖片為判斷標準。

²²⁶ 508 F.3d 1146 (CA9, 2007)

²²⁷ "We conclude that Perfect 10 is unlikely to be able to overcome Google's fair use defense and, accordingly, we vacate the preliminary injunction regarding Google's use of thumbnail images."

²²⁸ 280 F.3d 934 (CA9 2002), withdrawn & re-filed at 336 F.3d 811(CA9 2003).

本案地方法院和巡迴法院皆採取伺服器標準，以避免因採結合標準所可能產生的寒蟬效應，而危害到網路最基本的連結功能。由於 Google 方面只是透過連結，將他人網站上內容以訊框連結的方式呈現，並沒有在自己伺服器中，重製他人網站上的內容。因此第九巡迴上訴法院採用伺服器測試標準，認為 Google 並未侵害 Perfect 10 的著作權，故撤銷地方法院所核准之臨時禁制令。

此種見解不但可符合網路世界的傳輸過程，也可以提供法院或行為人一個較客觀的判斷基準，並可防免減輕侵權者責任或變相鼓勵侵權行為。依照此標準，法院認為 Google 在利用縮圖確有公開傳輸的行為，蓋 Google 本身在搜尋引擎上儲存了 Perfect 10 的縮圖，以作為提供使用者搜尋之用，因而直接侵害了 Perfect 10 對於縮圖的公開傳輸權利。然在原尺寸圖像，利用訊框和在線連結 (inline linking) 的使用方式，因為訊框內容之提供者為第三人之網頁，且係由使用者直接透過其瀏覽器之網頁直接從原始網頁下載，Google 本身並未存取原著作或傳輸之，故法院認為 Google 此種單純提供縮圖連結之行為並不構成公開傳輸的侵害。

第九巡迴上訴法院也特別就採用伺服器標準的理由提出說明，認為採用此種判斷原則最符合著作權法條文文義。蓋所謂公開傳輸和公開散佈的對象，實際上是針對原著作的重製物為之，因此必須要有重製物存在的情況下，才能進一步對之加以傳輸或散布。由於本案 Google 僅存有縮圖的重製物，而對於原尺寸圖片，則僅以 HTML 的方式提供使用者利用該原始圖片的路徑，並未直接提供原圖片以供使用者下載，故至多只可能構成間接侵權的責任。惟依上述伺服器標準推論，Google 在縮圖部份則構成對 Perfect 10 公開傳輸權的直接侵害，同時在主觀上也具有公開傳輸的認知與意圖，因此侵權責任成立。

(二)、Google 搜尋縮圖是否符合合理使用？特別是 Google 搜尋到原圖後對該著作轉化為縮圖加以利用，是否足以構成合理使用？

美國的著作權法在第 107 條中規定審酌合理使用是否成立的四項判斷標準，包括(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。對於未公開之著作亦同²²⁹。

然而，本案地方法院和巡迴法院對應如何應用第 107 條合理使用的四項判斷標準則有不同的見解。第九巡迴法院認為，在適用合理使用的四項判斷標準時，應求彈性，不應單獨適用。因此法院應考量這四項判斷標準因素，並依據著作權的立法目的，也就是增進科學進步與有益的文化創作，並綜合評估其結果，此外，

²²⁹ 487 F.3d 701; 508 F.3d 1146.

在 Sony 案中也提出了公眾福祉的目的²³⁰。

1. 利用之目的與性質

法院考量利用之目的及性質，包括是否具有營利性或者是非營利之教育目的。而在 Campbell 一案後，本項判斷標準問題的重心，已經轉為新著作是否具有轉化(transformative)、以及轉化的程度為何。²³¹

本案巡迴上訴法院認為，Google 的縮圖使用具有高度轉化的性質。雖然影像原始的創造意義，是爲了娛樂、美學、或者資訊提供功能，但搜索引擎轉化了影像，始之成爲一種使用者的資訊指引。就像諷刺作品實足以主張轉化價值，因其「提供了群眾的利益，藉著減損原著作的光芒，並且經過一種過程，創造了一種新的形式」。同樣的，搜尋引擎提供了群眾利益，藉著採用原著作而成爲一種新的形式，亦即，電子式的參考工具。事實上，搜索引擎透過提供原著作的全新形式的使用，可能比諷刺作品具有轉化的特性。同樣的，第九巡迴上訴法院在 Kelly 案中，也認為 Arriba 的縮圖使用具有轉化，因爲 Arriba 的縮圖使用具有不同的功能，較之著作權人 Kelly 將照片作爲藝術上的表達，Arriba 的縮圖使用方式反而增進了網路上資訊取得的意義²³²。

惟地方法院認為，本案和 Kelly 案不同在於，部分利用 AdSense 的網站經營者侵害了 Perfect 10 的權利，又因爲 Google 的縮圖搜尋引擎引導使用者至其網站，使 Google 得以直接獲利。此外，法院也認為 AdSense 增加了 Google 在 Perfect 10 圖片使用上的商業性質。

另一方面，地方法院也認為 Google 的縮圖利用方式與 Kelly 案中的 Arriba 的利用方式相比，呈現較少的轉化，例如地方法院認為手機用戶可直接下載並儲存 Google 影像搜尋的縮圖在其手機上。因此法院認為 Google 所提供的縮圖，將造成使用者傾向選擇下載免費影像至其手機，而不去購買 Perfect 10 的小尺寸影像。地方法院特別指出，Google 的 AdSense 服務貢獻 Google 總營收 630,000,000 美元或者 46% 的總收入，而 Google 的此種利用結果亦因此可能取代了 Perfect 10 所提供的手機下載市場。然而，地方法院並未特別指出任何供作手機利用的下載路徑，亦未說明此商業本質是否重要²³³？以及其與轉化和公共利益間之價值衡量的問題。

²³⁰ 487 F.3d 701; 508 F.3d 1146.

²³¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994)。在 *Cambell* 一案當中，美國聯邦最高法院認為轉化是指新著作不僅「取代」了原著作，且具有進一步目的或者不同的特徵以增加新的意涵，同時轉化了原著作而形成新的表達、意義或者訊息。反之，如果著作只是取代了原著作的使用，將難以成爲合理使用。

²³² 487 F.3d 701; 508 F.3d 1146.

於上訴後，第九巡迴法院特別著重在 Google 的利用是否具有顯著的轉化本質，故強調於判斷四項合理使用的認定標準時，必須留心著作權法的立法目的，以及 Google 搜尋引擎對於提升著作權保護目的和公眾利益的程度。該院還特別引用聯邦最高法院在 Sony 案中所揭櫫的態度，也就是在新的環境條件下，彈性認定合理使用的重要性，以及聯邦最高法院在 Campbell 案中的原則，亦即「一項新的著作物，其轉化越多，其餘判斷因素的重要性就越下降。」

2. 著作之性質

第二個判斷標準著作之性質乃係指被利用著作之性質，本案攝影著作具有創作性本質並無太大的爭議，因為著作權法不會因拍攝內容之不同而異其保護。不過本項因素之重點在於對未公開著作的特別保護。法院指出，按第一次公開權是指作者控制其表達第一次對公眾公開的權利。此種權利包含了「不論何時何地及以何形式第一次對外公開作品的選擇權」，因此著作權人將因為透過任何形式媒體公開著作而耗盡其著作此種一次性的權利。

於本案中，Perfect 10 在網路上提供未公開發表的攝影著作給付費訂閱者觀賞，惟一旦將其公開，Perfect 10 也將不再擁有對此等未公開著作的進一步保護。因此本案 Perfect 10 的作品具有原創性固無疑問，但因早經公開，所以法院認為本項因素僅略為有利於 Perfect 10 的立場。

3. 所利用之質量及其在整個著作所占之比例

由於 Google 縮圖搜索的特殊性，因此對於本項因素的衡量乃與一般案件不同。於本案中，第九巡迴上訴法院採取和 Kelly 案相同的見解，認為在 Kelly 案中，Arriba 公司因為建置搜索引擎的目的而使用著作權人攝影著作的全部是合理的，因為 Arriba 必須將攝影著作的全部加以重製，如此方能使利用人得以辨別圖片，並且決定如何找尋進一步的影像資訊或其網頁位置。如果 Arriba 只重製該圖片的一部分，將會使得辨別工作變得困難，並減少圖形搜索引擎的可利用性。因此在本案中，法院認為這項因素並沒有偏向任何一方。

4. 利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響

在 Kelly 案中，巡迴法院認為縮圖的利用並未傷害攝影者原始圖片的市場，其原因在於縮圖並非原始高解析度圖片的替代品，也因為其低解析度，因此也並未傷害攝影者銷售或授權其攝影著作之能力。同樣的，法院也認為，Google 在本案中的縮圖使用亦沒有傷害原始圖片市場的可能。Perfect 10 主張具有傷害其潛在市場的可能性，然因市場取代性並不明確下，潛在市場傷害更無法輕易推知，再加上法院認為 Google 的縮圖使用具有高度轉化的性質，因此並未採納 Perfect 10 的主張。

²³³ 487 F.3d 701; 508 F.3d 1146.

不過本案和 Kelly 案最大的不同，在於對縮圖市場的影響與認定。地方法院認為 Google 的縮圖使用可能傷害 Perfect 10 手機下載潛在市場。其理由在於，網路使用者若能免費從 Google 上取得 Perfect 10 的縮圖，將較沒有付費下載的意願，再加上 Google 縮圖具有相當高的易取得性，此種結果將會傷害 Perfect 10 的手機下載市場，故准許 Perfect 10 的臨時禁制令的請求。惟巡迴法院認為，地方法院並未發現 Google 的使用者下載縮圖以供手機使用的事實，因此對於 Perfect 10 的潛在市場傷害仍僅係一種假設，故認為這項因素未對任何當事人有利。

由於在 Kell 案中，縮圖並沒有商業價值，但是 Google 在本案中有卻有廣告收入，故本案之重點在於決定新著作至何程度才具有「轉化」的性(Transformative)? 對於此問題，第九巡迴上訴法院認為，仍是以高度的轉換利用且具極高的價值(highly transformative and of great value)，方符合合理使用原則，這是考量網路對現代社會所做出貢獻。

因地方法院認為合理使用判斷標準中的第一、第二與第四點都對 Perfect 10 較有利、因此法院認為 Google 利用 Perfect 10 擁有著作權的全尺寸照片創作出來的縮圖、以及事後將該等縮圖根據搜尋結果顯現出來，並無法符合合理使用的要求。²³⁴法院也特別指出，雖然有龐大的公共利益要求認為對於搜尋引擎不應達成此種結論，法院也不願做出妨礙網際技術進步的判決，但是相關司法判決先例則不允許法院排出此等合理使用分析的結果而另為判決。²³⁵但是第九巡迴上訴法院則對此有不同的見解，因此將地方法院所核准的臨時禁制令撤銷，並發回原法院再為審理。

(三)、Google 訊框及在線連結是否間接侵害 Perfect 10 的著作權？特別是輔助侵權責任是否成立？

著作權法的間接侵權行為責任係由法官造法所形成²³⁶。然而在主張此等間接

²³⁴ The first, second, and fourth fair use factors weigh slightly in favor of P10. The third weighs in neither party' s favor. Accordingly, the Court concludes that Google' s creation of thumbnails of P10' s copyrighted full-size images, and the subsequent display of those thumbnails as Google Image Search results, likely do not fall within the fair use exception.

²³⁵ The Court reaches this conclusion despite the enormous public benefit that search engines such as Google provide. Although the Court is reluctant to issue a ruling that might impede the advance of internet technology, and although it is appropriate for courts to consider the immense value to the public of such technologies, existing judicial precedents do not allow such considerations to trump a reasoned analysis of the four fair use factors.

²³⁶所謂著作權法的間接侵權責任，包括輔助侵權責任(contributory liability)、代理責任(vicarious liability)，和誘引責任(Inducement liability)，後者是美國聯邦最高法院於 2005 年於 MGM v.Grokster 案中始確定。

侵權責任的前提，在於第三人的直接侵權行為必須成立²³⁷。本案之重點在於第三人對於 Perfect 10 擁有著作權的圖片進行重製、公開傳輸和公開散佈之行為，Google 對此並未爭執²³⁸，因此本案之主要爭點乃在於輔助侵害和代理侵害：

1. 輔助侵害

原告欲主張 Google 構成著作權的輔助侵害，輔助侵害的第一個要件牽涉到行為人該侵權行為有所認識，第二則是被告對於該侵權行為有實質之參與，諸如：引誘、唆使或幫助侵權行為。然就實務的發展而言，則逐漸發展出擬制知情。就本案而言，地方法院認為 Google 並未採取任何動作來鼓勵使用者瀏覽侵權網頁，也與侵權網頁無任何金錢上往來，且該等網站早在 Google 開發相關技術前即已存在，縱使 Google 影像搜尋關閉後仍會繼續存在（"[infringing] websites existed long before Google Image Search was developed and would continue to exist were Google Image Search shut down"）。但巡迴法院認為 Google 若能避免侵權發生的能力，仍有構成輔助侵害的可能。

而於本案中，Google 只要接到原告的著作權違法通知，即迅速將非法內容自搜尋引擎中刪除。因此雖然 Google 對侵害著作之圖片出現在其系統一事，有所認知，但對於第二個要件。特別是在 Google 在本案實際參與的行為，地方法院和巡迴法院有不同見解。地方法院認為 Google 並未採取任何實質推廣的動作來鼓勵使用者瀏覽侵權網頁，也與侵權網頁無任何金錢上往來。但巡迴法院認為 Google 若能避免侵權發生的能力，仍有構成輔助侵害的可能。巡迴法院認為，由於 Google 擁有侵害排除的能力，相較於著作權人維護其自身權利的能力而言，Google 能夠採取簡單的侵害防制作為卻未採取，仍有構成輔助侵害之可能。但對此可能則存在事實問題，仍有待進一步調查，亦即，Google 是否擁有合理可行的方法，阻止使用者取得侵權圖像。

2. 代理侵害

代理侵權亦是由美國判例法所形成的特殊間接侵權責任，其成立要件有二，一是被告有權利及能力控制侵權行為人的行為；二是被告直接因該侵權行為而獲得財產上的利益²³⁹。早期代理侵權責任主要的案例類型乃是諸如餐廳業者邀請樂

²³⁷ See *Napster*, 329 F.3d at 1013 n.2 ("Secondary liability for copyright infringement does not exist in the absence of direct infringement by a third party.")

²³⁸ 法院也在本案討論了兩種第三人直接侵權行為成立的可能性。第一種在於第三人將 Perfect 10 的圖片擅自儲存於電腦的硬碟中，但由於 Perfect10 無法對此加以證明，因而並不成立；另一可能，則在於使用者連結後搜尋引擎後所自動儲存的 cache 頁面，但是本案法院皆認為這是一種類似於合理使用的結果。487 F.3d 701; 508 F.3d 1146.

²³⁹ 請參見聯邦最高法院之判例 *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).該院明文指出，"We hold that one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties."

團或來賓現場演奏，須為樂團或來賓之演出支付音樂授權費用，乃是一獨立的侵害著作權責任。網際網路興起後，許多對網路服務提供者的訴訟，也是以代理侵權責任為訴訟重心。因此美國千禧年著作權法案（DMCA）有關網路服務提供者（ISP）責任限制的規定，相當程度是為使 ISP 免於因使用者侵害他人著作權，而產生代理侵權責任的考量。²⁴⁰

本案主要的爭點在於 Google 對於侵權網站的控制能力。地方法院和巡迴上訴法院一致認為，Google 並不具備對侵權網站控制的能力，也因此無須進一步討論是否因為侵權行為而得到財產利益的問題。法院的理由在於，Google 和第三人所提供的網頁間並不存在任何形式的契約，賦予 Google 此種管制的權力，即使第三人與 AdSense 的契約中，終止合作關係的權利並非給予 Google 此種管制侵權的權力。此外，相較於 Napster 案，Napster 經營封閉性的系統，以提供上傳與下載的服務，所有使用者皆須註冊，而且 Napster 有能力終止使用者帳號並拒絕其使用 Napster 的系統。然而在本案中 Google 並不具有如此的技術與能力，無法對於第三侵權網站享有控制的能力，再加上 Perfect 10 並未積極的通知 GOOGLE 移除違法網頁。因此法院認為，如果要求 GOOGLE 單方面負起代理侵害責任，將使搜尋引擎負擔過重，反而有礙網路的發展。

²⁴⁰ Id.

第五節、關於 Google Book Search 圖書搜尋之美國司法案例

壹、Book Search 爭議案相關背景事實

網路搜尋引擎龍頭 Google 在取得搜尋服務霸主地位之後，在 2004 年開始進行另一項史無前例的計畫，就是將各大學圖書館之館藏書籍加以電子化。此計畫被命名為「Google 電子圖書館計畫」(Google Book Library Project)，除了與世界上知名的大學圖書館合作，例如美國的密西根大學、哈佛大學、史丹福大學與英國的牛津大學，並將運用 Google 原有的搜尋引擎架構，讓線上使用者透過 Google 圖書搜尋(Google Book Search)在線上閱覽市面上在版或絕版的書籍²⁴¹。

從文獻保存的角度觀之，由於此計畫可以將所有絕版或在版中的稀有書籍和報章雜誌加以電子化，因此不但可以打破知識傳遞的藩籬，更可以加速各國文化全球散佈的最終目的。然而，Google 在進行書籍電子化的過程中，並未區分書籍是否仍具有著作權，也因此最終引起許多作者與出版商的抗議，相關的著作權侵權訴訟也隨之而生。第一個訴訟案件是在 2005 年 9 月由美國作者協會(the Author's Guild)在美國紐約南區聯邦地方法院(Southern District of New York)所提起的大量著作權集體侵權訴訟²⁴²，其中也包括了其對 Google 與美國密西根大學合作協議的質疑²⁴³。第二個訴訟案件則是在一個月後由美國出版協會(Association of American Publisher)的會員，包括 McGraw-Hill、Pearson Education、Penguin、Simon & Schuster 以及 John Wiley & Sons 所提起的著作權集體侵權訴訟²⁴⁴。

在這兩案當中，Google 承認其將書籍電子化的行為固屬事實，但屬於美國著作權法合理使用(Fair Use)的範疇²⁴⁵。而 Google 合理使用的主張是否能夠成立的很重要的一個因素，則是其將書籍電子化的過程是否具有轉化(transformative)的效果。

²⁴¹ 關於 Google 圖書搜尋更詳細的資訊，請參照 Google Books 官方網頁。Available at: <http://books.google.com/intl/zh-TW/googlebooks/agreement/index.html#1> (Last visit on 2009/11/22)

²⁴² See Complaint of Author's Guild, Author's Guild v. Google, Inc., No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. Sept. 20, 2005), available at <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/google/aggoog92005cmp.pdf> (Last visit on 2009/11/22)

²⁴³ *Id.* 密西根大學圖書館的總藏書量為七百萬冊，此亦為該案訴之聲明特別提及的主要原因。

²⁴⁴ See Complaint of McGraw Hill Co., McGraw Hill Co. v. Google, Inc., No. 05 CV 8881 (S.D.N.Y. Oct. 19, 2005), available at <http://f11.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/google/mcgggoog101905cmp.pdf> (Last visit on 2009/11/22)

²⁴⁵ See Donna Bogatin, Google Safe Harbor Nice Way to Do Business? ZDNET, Oct. 27, 2006, available at <http://blogs.zdnet.com/micro-markets/index.php?p=597> (Google CEO Eric Schmidt said: "We believe that the library work we're doing . . . is absolutely permitted by fair use.") (Last visit on 2009/11/22)

貳、美國法院對轉化效果的見解

美國最高法院在 *Campbell v. Acuff Rose Music, Inc* 一案中²⁴⁶，首創轉化的理論，並就著作物是否有轉化效果而屬著作權法上的合理使用有詳盡的解釋。該院認為，含有對他人著作物加以評論的原創著作，本質上係屬於合理使用的核心²⁴⁷，應該受到著作權法的保護。而 Google 在此兩案中的合理使用論述，主要是依賴聯邦第九巡迴上訴法院在 *Kelly v. Arriba Soft Corp.* 一案中的見解²⁴⁸。

在 *Kelly* 一案中，該院認為被告在網路搜尋引擎結果頁當中所重製的縮圖 (thumbnail)，其功能本質上係供索引(index)之用，與原始圖片的功能完全不相同²⁴⁹。而在之後的 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.* 一案當中²⁵⁰，聯邦第九巡迴上訴法院更再度重申此原則，並認為 Google 重製並使用縮圖的行為具有高度轉化的效果²⁵¹。也因此 Google 在此次的圖書搜尋爭議案中即主張，其所重製而供線上圖書搜尋的圖書電子檔，其功能本質上與原創書籍並不相同，具有轉化的效果，故應可受到合理使用的保護。

然而，在 *Campbell*^{ll} 一案當中，最高法院乃著眼於對他人著作物加以評論的「原創」著作。也因此有論者認為，在上述的 *Kelly* 與 *Perfect 10* 兩案當中，聯邦第九巡迴上訴法院誤解最高法院在 *Campbell* 一案中對轉化定義的詮釋，誤以為只要使用的目的不同，即使未含有對他人著作物加以評論的原創要素，仍可以具有轉化的效果²⁵²。除此之外，即使受理 Google 圖書搜尋爭議案的美國紐約南區聯邦地方法院及其上級聯邦第二巡迴上訴法院願意採用 *Kelly* 與 *Perfect 10* 兩案中所持的見解，仍可能會進一步加以區別。其理由在於，*Kelly* 與 *Perfect 10* 兩案中，被告所重製的微縮圖片資料來源本身並不涉及侵權，也已被放置在網路

²⁴⁶ *Campbell v. Acuff Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

²⁴⁷ *Id.*, at 515-16. (“[t]he goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine’s guarantee of breathing space within the confines of copyright, and the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use.”) (internal citation omitted)

²⁴⁸ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

²⁴⁹ *Id.*, at 818 (“[A]lthough [defendant] made exact replications of [plaintiff’s] images, the thumbnails were much smaller, lower-resolution images that served an entirely different function than [plaintiff’s] original images.”)

²⁵⁰ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, No. 06-55405, 2007 U.S. App. LEXIS 11420.

²⁵¹ *Id.*, at 37. (the court stated that “Google’s use of thumbnails is highly transformative.”)

²⁵² Williams, Matt, Recent Second Circuit Opinions Indicate that Google’s Library Project is Not Transformative (2007). *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, Vol. 25, 303, 306, 2007, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1420116> (Last visit on 2009/11/22). 更詳細的討論，可參見 Jane C. Ginsburg, Copyright Use and Excuse on the Internet, 24 *COLUM.-VLA J.L. & ARTS* 1, 17 (2000) (“[T]here is nothing ‘transformative’ about taking an image, and reproducing it in full as is.”) 以及 WILLIAM F. PATRY, PATRY ON COPYRIGHT § 10:21 (2007) (“[F]air use exists to further new insights, not new, unauthorized repackaging of an old work.”).

上多時而可隨意取得，但在 Google 圖書搜尋爭議案中，其書籍來源在 Google 進行電子化的過程之前，並無法任意在網路上取得²⁵³。

而近來在聯邦第二巡迴上訴法院的兩件判決，也就是 *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*²⁵⁴ 以及 *Blanch v. Koons*²⁵⁵ 中，則包含了可能對 Google 圖書搜尋爭議案較為不利的見解。在 *Bill Graham Archives* 一案中，被告出版商將著作權人的海報以及音樂會入場券依年代排列成圖表，並佐以文字敘述集結成書。在 *Blanch* 一案中，被告則是將著作權人所有的圖片微縮，再以數以千計的微縮圖案創造出一幅拼貼畫作，形成遠看具有馬賽克效果，但近看卻是由千百張微縮圖案所組成的著作物。

在此兩案中，第二巡迴上訴法院除了對轉化的定義予以仔細詮釋之外，並認為兩種不同的使用，原則上可以被認定具有轉化的效果。其中在 *Bill Graham Archives* 案中，第二巡迴上訴法院更是直接引用了 *Kelly* 一案中的見解²⁵⁶。就兩案的案件事實觀之，被告均未經過著作權人的允許，即直接使用其著作物創作出含有評論的原創著作，而法院也就此認為，唯有創作出含有評論的原創著作，才能符合最高法院在 *Campbell* 一案中對轉化的定義²⁵⁷。由於在 Google 圖書搜尋案爭議中，Google 將書籍電子化的過程並沒有創作出含有評論的原創著作，也因此就目前 Google 實務的運作上而言，Google 如欲堅持尋求司法途徑，第二巡迴上訴法院的見解將不利於 Google 的主張²⁵⁸。

參、Google 圖書搜尋爭議案和解的過程

Google 與其他作者和出版商首先在 2008 年的 10 月達成了初步的和解協議²⁵⁹。而紐約南區聯邦地方法院就此也要求，所有利害關係人必須要在 2009 年 9 月 4 日之前向和解管理人 (Settlement Administrator) 表達是否退出 (opt-out) 該著作權集體訴訟的意願²⁶⁰，不願意退出者，將可繼續保有對 Google 進行侵權

²⁵³ Williams, Matt, n.17, at 306.

²⁵⁴ *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006).

²⁵⁵ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

²⁵⁶ *Bill Graham Archives*, at 611.

²⁵⁷ *Blanch*, at 253. (the court stated that “[defendant] is, by his own undisputed description, using [plaintiff’s] image as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media. His stated objective is thus not to repackage [plaintiff’s] “Silk Sandals,” but to employ it in the creation of new information...”); *Bill Graham Archives*, at 611 (the court stated that “in sum, because [defendant’s] use of the disputed images is transformative both when accompanied by referencing commentary and when standing alone.”)

²⁵⁸ 關於 *Bill Graham Archives* 與 *Blanch* 兩案件更詳細的分析，請參照 Williams, Matt, *Recent Second Circuit Opinions Indicate that Google’s Library Project is Not Transformative* (2007)

²⁵⁹ Proposed Settlement, *Authors Guild v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136 (S.D.N.Y. Oct. 28, 2008) [hereinafter Original Google Settlement]. Available at: <http://www.googlebooksettlement.com/> (Last visit on 2009/11/22)

²⁶⁰ 所有利害關係人必須在期限內到 <http://www.googlebooksettlement.com> 向和解管理人表達其和

訴訟的權利。該協議的主要內容則是就文化保存的公益觀點和作者與出版商的私益觀點去進行折衝。在公益上，Google 將願意提供更多公眾可以接觸電子圖書的管道；在私益上，Google 則表示將提供作者與出版商繼續創作的誘因，並使其可在著作物被電子化之後獲得一定的權利金²⁶¹。在此初步的協議當中，Google 取得了以下的授權²⁶²：1. 繼續進行書籍的電子化作業；2. 將電子書的資料庫出售給各出版機構；3. 將接觸個人網路電子書的權限出售；4. 可以在電子書上的插頁中出售廣告；5. 以及其它使用。Google 在此協議當中也同意將建立圖書權利註冊制度(Book Rights Registry)，以建立一個相關權利人的聯繫資料庫，以及搜集權利人就權利行使以及支付權利金的相關要求²⁶³。而在此協議當中，Google 願意支付電子書使用收益的 63%給著作權人做為權利金²⁶⁴。

此初步和解協議雖然在某種程度上已將公益納入考量，但在其全文當中，卻未對市場競爭的效果多加著墨，舉凡其未來的定價機制是否公平以及是否提供其他競爭對手公平競爭的管道等等，亦付之闕如。雖然 Google 的發言人極力主張整份協議的架構完全是以促進競爭的角度去加以設計²⁶⁵。但由於 Google 在網路搜尋引擎的霸主地位，為了避免 Google 運用其市場力量將電子書市場加以壟斷，亦有論者即強烈主張美國司法部(USDOJ)和聯邦貿易委員會(Federal Trade Committee; FTC)應積極介入此一和解協議，以去除可能違反反壟斷法的疑慮²⁶⁶，而果不其然，美國司法部在 2009 年的 9 月 18 號即以急件發文給紐約南區聯邦地方法院表示其將正式介入並調查該和解協議案的內容，一方面建議該院承審法官 Judge Chin 不要接受該初步的和解協議之外，另一方面也鼓勵當事人應繼續進行更妥善的協商，並提出了司法部數項更改內容的建議²⁶⁷。這些建議包括了對開

解意願和相關的要求。

²⁶¹ Id.

²⁶² 關於初步協議的摘要，請參照：<http://www.legalliteracies.org/connectedlaw/?q=node/21>. (Last visit on 2009/11/22)

Under the terms of the settlement, Google is authorized to carry out the following:

- (1) to continue to digitize books and inserts;
- (2) to sell to institutions subscriptions to an electronic Books database;
- (3) to sell online access to individual Books;
- (4) to sell advertising on pages from Books, and
- (5) to make other uses, all as further described under 'Access Uses; in Question s9(F)(1).

²⁶³ Id.

²⁶⁴ Id.

²⁶⁵ Juan Carlos Perez, Google Pushes Back in Tussle Over Book Search Settlement - Sources confirm the DOJ is asking questions about Google's settlement agreement with authors and publishers, IDG News Service, 04/29/2009, available at: <http://www.networkworld.com/news/2009/042909-google-pushes-back-in-tussle.html> (Last visit on 2009/11/22)

²⁶⁶ See Suarez, Christopher A., Proactive FTC/DOJ Intervention in the Google Book Search Settlement: Defending Our Public Values, Protecting Competition (May 25, 2009). New York Law School Law Review, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1409824> (Last visit on 2009/11/22) 作者在文中即就水平定價(horizontal price fixing)、掠奪性定價(predatory pricing)、聯合行為(collective action)、搭售(tying)以及市場進入障礙(barrier to entry)等五點進行反壟法的分析。

²⁶⁷ JUSTICE DEPARTMENT SUBMITS VIEWS ON PROPOSED GOOGLE BOOK SEARCH SETTLEMENT - Department Encourages the Parties to Continue Their Ongoing Discussions to

放式未來授權條款的限制、消除集體訴訟中利害關係人彼此間的衝突、提供給尚未確認的作者的保護、著重國外作者與出版商的保障、消除作者與出版商間的聯合定價機制(joint pricing)以及提供給 Google 的市場競爭者去進行圖書電子化作業的對等管道²⁶⁸。

美國司法部隨後也公布了一份完整的反壟斷法分析報告²⁶⁹，該報告主要提出了兩個可能違反反壟斷法的疑慮：首先，此初步的和解協議可能會導致作者與出版商之間的聯合行爲(collective action)在將來限制價格競爭，其次則是其它的數位內容提供者將會因此被排除在數位圖書產品以及其它衍生服務的銷售市場²⁷⁰。在詳細的建議內容方面，美國司法部則是建議所有的利害關係人應就其水平協議(horizontal agreement)中相關的銷售條款加以修改²⁷¹，這包括了聯合協議中的大規模銷售條款²⁷²、零售價格競爭的限制條款²⁷³、孤兒著作(orphan works)的銷售條款²⁷⁴。另外也就該協議可能造成數位內容傳播潛在市場的排他效果加以分析，並建議雙方應就此問題加以修正和解協議²⁷⁵。最後，該報告也肯定並認同 Google 願意提供更多公眾可以接觸電子圖書管道的做法²⁷⁶，也表達美國司法部希望未來 Google 能以開放式的電子書標準格式來達到 Google 圖書搜尋服務所欲達成文化推廣的最終目的²⁷⁷。

肆、Google 圖書搜尋爭議案和解協議的最新發展

在美國司法部提出相關的反壟斷分析報告後，Google 與相關作者代表與出版商隨即就其司法部的建議進行和解協議的修改，並在 2009 年 11 月 13 日向法

Address Class Action, Copyright and Antitrust Concerns in the Proposed Settlement (Released on 09/18/2009), available at: http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/250181.pdf (Last visit on 2009/11/22)

²⁶⁸ Id.

the Department proposed that the parties consider a number of changes..., including: imposing limitations on the most open-ended provisions for future licensing, eliminating potential conflicts among class members, providing additional protections for unknown rights holders, addressing the concerns of foreign authors and publishers, eliminating the joint-pricing mechanisms among publishers and authors, and, whatever the settlement's ultimate scope, providing some mechanism by which Google's competitors can gain comparable access.)

²⁶⁹ STATEMENT OF INTEREST OF THE UNITED STATES OF AMERICA REGARDING PROPOSED CLASS SETTLEMENT, Case 1:05-cv-08136-DC (Filed 09/18/2009), available at: <http://www.justice.gov/atr/cases/f250100/250180.pdf> (Last visit on 2009/11/22)

²⁷⁰ Id. at 16.

²⁷¹ Id. at 17. (Horizontal Agreements Among Authors and Publishers as to Terms of Sale)

²⁷² Id. at 19. (Collective Agreement on Wholesale Terms)

²⁷³ Id. at 21. (Restriction on Retail Price Competition)

²⁷⁴ Id. at 22. (Terms of Sale for Orphan Works)

²⁷⁵ Id. at 23-26. (Potential Foreclosure of Competition in Digital Distribution)

²⁷⁶ Id. at 26. 惟須注意者，美國司法部在此亦立有但書，只要 Google 在 5 年的期限內無法有效落實此承諾時，Google 就必須另外尋找替代性服務廠商完成此承諾。

²⁷⁷ Id.

院提出修正後的和解協議²⁷⁸，並同時請求法院核准修正內容²⁷⁹。此外，Google 也向法院請求核准補充通知(supplemental notice)。此通知一旦通過，將於 12 月 2009 寄出²⁸⁰。

在此份修正版本的和解協議中，主要包括了以下幾點重要更動²⁸¹：

1. 重新對圖書(books)的定義加以限縮，使得集體訴訟的參加人減少；
2. 將圖書的定義限縮在市場上可以購得的範圍內(commercial available)，凡是在此範圍之外的圖書，Google 就不會將其納入電子化作業流程；
3. 在所建立的圖書權利註冊委員會中，至少會有一位來自加拿大、英國和澳洲的權利人代表，以保障這三個國家的相關權利人；
4. 掌握美國境外的權利人；
5. 讓權利人有權決定是否採用和解協議中的爭端解決機制；
6. 替尚未確認作者的圖書和相關插頁(insert)，選定獨立代表以保障其權利；
7. 替尚未確認作者的圖書和相關插頁成立一未主張基金(unclaimed fund)，除了運用該基金以支付尋找作者的相關支出外，亦會將該圖書或插頁的相關收益存入該基金；
8. Google 將加快尋找真實作者的腳步，並將運用 Google 旗下的網頁加以輔助；
9. 增列額外的收益計算模式，這包括了隨選計費(print on demand; POD)、下載付費(file download)以及消費者訂購(consumer subscription)三種模式；
10. 就市場上可以購得的圖書，提供不同的收益分享方式；
11. Google 在支付著作物收益的 63%給權利人的前提下，可以自行決定就圖書購買清單上的電子書給予消費者折扣；
12. Google 將遵守權利耗盡原則，允許消費者在購買閱讀的權利之後，將該權利移轉給第三人；
13. 非歧視條款(non-discrimination clause)，又稱最惠國待遇條款(the Most Favored Nation clause)將在修正版本的協議中被移除；
14. 建立一道可以趨近於自由競爭市場的訂價機制，並保證一本電子書的價格不會因為其他電子價格的波動而改變；
15. 允許權利人可以自由更改或刪除修正版協議中原本的收益計算模式；

²⁷⁸ The Revised Google Books Settlement Agreement, available at: https://8564700917349138647-a-pressatgoogle-com-s-sites.googlegroups.com/a/pressatgoogle.com/googlebookssettlement/revised-settlement/SettlementModificationsOverview.pdf?attachauth=ANoY7cpQFS2fvLLDLHYeqOINKK4KRdIxu_qoUzekJngCo2O-xv8KTa20CTgLQAgQF5kpgP3vmIH_HYxsQoe9Dhy8fU6oL7BAx0J22PKqpbGwBpF0e7oQAxNrHzoKmfRWbcE1h1mxflxRNvxeQFZ3yBGODqaS0P0r6Uf4EuG5qBvJViyYjz0ioSGy_sEzyry_sFqpDJILV5ybmaFcXu6cHRgibM0IHhIOwu9E3wMxayakRKIBOh0M_LzeBRhfEWvIYAmTcRfyU5FOnvM90IGPhTlzGhN26Sxww%3D%3D&attredirects=0 (Last visit on 2009/11/22)

²⁷⁹ 請參照<http://www.googlebooksettlement.com/> (Last visit on 2009/11/22)

²⁸⁰ Id.

²⁸¹ 關於新舊版本的和解協議內容比較，請參照 Supplemental Notice To Authors, Publishers And Other Book Rightsholders About The Google Book Settlement, available at: http://www.googlebooksettlement.com/r/view_summary_notice (Last visit on 2009/11/22)

16. 允許權利人可以將其著作物再利用創意共享模式(Creative Common Licensing)授權給他人;
17. 在各大公共圖書館，增加公眾接觸電子書的管道;
18. 將兒童圖畫書自插頁的定義範圍內刪除，但仍包含其它圖書著作(pictorial work);
19. 排除納入音樂用的樂譜(music notation)及音樂教學著作;
20. 權利人由原本的五年改成在十年的有效期限內，都得以主張使用費(usage fees)以及收錄費用(inclusion fees)

也由於此等變更，紐約南區聯邦地方法院在 2009 年 11 月 19 日正式核准修正版本的初步和解協議²⁸²，而相關的補充通知(supplemental notice)也將在今年 12 月中旬寄送給相關權利人²⁸³，也將使得此延宕多時的 Google Book 爭議暫時告一段落。

²⁸² 請參見:http://www.googlebooksettlement.com/r/view_summary_notice (Last visit on 2009/11/22)

²⁸³ Id.

第六節、關於 DMCA 安全港 Safe-Harbor 系統之美國司法案例

壹、IO Group v. Veoh Networks, Inc.²⁸⁴

一、涉案之當事人 IO v. Veoh

美國關於網路著作權的案例，近年來許多都是集中在關於數位千禧年著作權法（DMCA）中，與安全港（safe harbor）有關的議題之相關案件，本案原告 IO Group 起訴要求法院認定被告 Veoh Networks 公司著作權侵權責任，要求法院以簡易判決的方式（summary judgment）來判定侵權。原告 IO 經營製作並銷售與成人娛樂節目有關的產品 Tipan Media 網路平台（包括視聽著作），其擁有相當多具著作權的影片；被告 Veoh Networks 是一個所謂自行訂購(self described)之網路電視網頻道（Internet Television Network），提供軟體和網頁，可以讓使用者提供視訊節目內容在網路上分享，其範圍很廣包括應徵工作、家庭聚會到渴望企求作者之拍攝影片等極為廣泛，因為該網站從 2006 年 2 月開始經營，所以其使用者已經上傳並且分享數十萬的影片，Veoh 陳述已收到關於著作權侵權的通知，僅佔其所有節目的 7% 以下。

除使用者上傳內容之外，使用者還可從 Veoh 的其他伙伴，例如 CBS、US Magazine 等網路頻道進入觀賞影片，Veoh 本身也在其系統上製作並上傳相當比例之影片，而且在有些情況下，Veoh 的合作伙伴也會將視訊的影片傳到 Veoh 的網站，然後再由 Veoh 的職員代這些合作伙伴上傳該等檔案，實際上並沒有人指控 Veoh 的職員傳送或上傳那些有侵犯著作權之內容的影片到 veoh.com 上，而被指控有著作權問題的內容，都是由 Veoh 的使用者所傳送。一旦這些影片上傳到 Veoh 的系統，其職員就會加以選擇並安排放置在 Veoh 的網頁中，稱之為 Featured Videos，Veoh 並提供廣告的機會，且參與若干由 Google 所贊助之相關廣告活動，此外 Veoh 還製作了所謂 Premium Content 節目，可以讓上傳內容的使用者來選擇就其所觀看的內容節目加以收費，然後 Veoh 也可分得一部份費用，但是 Veoh 並未向觀賞其節目之使用者收費，也沒有向會員收取任何訂購觀賞之費用²⁸⁵。

二、被控訴之侵權

在 2006 年 6 月 1 日到 22 日之間，原告 IO 發現其具有著作權之影片，若干段落被上傳到 veoh.com 供人觀賞，但未經其授權或同意，這些被宣稱侵權的影片檔案，有幾個雖然沒有超過 1 分鐘的長度，其中有一些甚至還短於 6 秒鐘，但

²⁸⁴ IO Group v. Veoh Networks, Inc. Doc. 79 Case 5: 2006-cv-03926-HRL (N.D. Cal. Aug. 27, 2008)

²⁸⁵ IO Group v. Veoh Networks, Inc. Case 5:06-cv-03926-HRL Document 117 Filed 08/27/2008, at pp. 2~3

是有一些影片的檔案卻超過 20 分鐘，IO 主張有一些特殊影片是一系列 6 秒鐘段落（這些是每一部長達 20 分鐘影片的段落，而其中最長的段落有 40 分鐘之久），但這些影片段落（clips）沒有附上著作權通知，且由註有 Titan Media 商標的網站來放映該長度數分鐘的段落。本案依證據開示(discovery)，IO 並沒有告訴 Veoh 其著作權係被侵害，Veoh 第一次收到侵權通知，是在 IO 於 2006 年 6 月 23 日直接提起訴訟之時，而湊巧的是，Veoh 老早就已經決定將不再允許成人節目在其 veoh.com 上播放，直到本案繫屬時，Veoh 網站上所有關於成人內容之節目，當然也包括被宣稱侵犯 IO 之著作權節目，都已經被終止²⁸⁶。

三、Veoh 的網站管理政策

法院發現 Veoh 已經建立其網站使用條款及政策，並張貼在網站上，當使用者上傳影片內容到 veoh.com 時，必須先向 Veoh 註冊，並服從遵守 Veoh 的管理政策。Veoh 並提醒使用者在上傳程序中的作法，當使用者開始上傳一個影片的時候，Veoh 的系統會呈現一段訊息，提醒使用者不可以上傳有他人著作權的、色情的、猥褻的、暴力的等等相關內容之影片，而違反 Veoh 的相關政策，且 Veoh 主張其已對消費者提出實質上相似的警告。此外，Veoh 還指定一個著作權的代理人（Copyright Agent），專門來接收宣稱違反著作權的相關通知，提供關於如何並且在何處去傳送這些宣稱侵權的相關資訊。

當 Veoh 收到通知某個使用者已經上傳有侵害著作權的影片內容時，Veoh 會給予第一次的警告，然後該使用者的帳戶就會被中斷，而該使用者所提供的所有影片內容就會被移除（除非該內容同時也被另外一個並沒有遭中斷的使用者所提供，而且也非 DMCA 通知之標的）；且該使用者的電子郵件帳戶也會被封鎖，並阻止該郵件地址再經由另外一個管道被開立新的帳戶，此外 Veoh 也有能力去移除進入該使用者硬碟的能力，Veoh 並就每一個影片檔案採取了一種所謂「數位指紋的措施」（digital finger print），好讓 Veoh 有能力可以去中斷那些進入相同內容檔案的管道，並且防止其他類似的檔案影片被上傳到那些使用者²⁸⁷。

四、上傳影片內容至 veoh.com

使用者傳送之影片/flash file 及 screen caps ---- 如前所述，使用者必須向 Veoh 註冊後，才能夠上傳影片內容至 Veoh 的網站，在這個註冊的程序中，使用者必須提供其名稱、電子郵件帳戶及密碼，當使用者上傳影片檔案到 Veoh 的系統時，他們必須提供該影片之名稱及相關之描述，並輸入一個關鍵字或標籤（tags），並描述該影片範疇之的性質，最後還必須要選擇關於影片之分級（rating），然後

²⁸⁶ Id. at 3.

²⁸⁷ Id. at 4~5.

使用者就可以上傳該影片到 Veoh 系統。當 Veoh 系統收到這樣一個影片之傳送後，其電腦首先會確定該影片在事實上是一個擁有相容之「code」，或者是壓縮形式之影片檔案，如果該傳達之內容是一個可相容的影片檔案，那麼 Veoh 的系統就會自動從當中擷取若干 metadata（例如檔案的形式及長度），給他一個獨特的影片 ID 號碼，並將使用者輸入之上述資訊加以製成索引，再將該等資訊儲存於 Veoh 的資料庫中，然後使用者就可以針對名稱描述或其性質在資料庫中進行搜尋，這樣即可找到他們所想要看的影片，而該資料庫也因此可以自動的將影片檔案等作成索引目錄，例如是否是最最近的，或者是最受歡迎的，最常被討論的等等不同的等級分類。上傳程序當中，當 Veoh 從使用者收到一個影片檔案時，Veoh 的系統就會自動將該使用者傳送的内容轉換成 flash 格式，並可自動的從每一個檔案中擷取若干靜止影像(still images)，使用者以各種不同形式傳送影片檔案²⁸⁸。

五、法律的分析

本案首先要確定的，就是被告 Veoh 可否主張 DMCA 中安全港條款，來決定原告的主張可否核准其簡易判決的申請，也就是說，本案 Veoh 是否夠格主張安全港之保護條款，針對這個部分，當然就要回歸美國 DMCA 法之相關規定，DMCA 實際上是針對網路服務提供者以及著作權人彼此合作來偵測並處理網站著作權侵害的誘因，也就是讓 ISP 以及著作權人之間達成一項平衡，因此 DMCA 法制之重點，就在於讓 ISP 業者關於其暴露在網路著作權的危險中，可取得比較大的確定性來避免侵權責任，以進行其合法的商業活動，針對本案 Veoh 首先當然要符合安全港的四大領域範疇中才屬適格。

安全港條款雖然限制了 ISP 的責任，但是其並沒有要影響到針對各項直接侵權、代理侵權或輔助侵權等最終責任之認定問題，也就是說，DMCA 的立法原意，某個程度是要保護合格的 ISP 業者，不受著作權侵權責任包括直接侵害、代理侵害以及輔助侵害之金錢賠償，而僅留下可讓著作權人主張有限度之禁制令(injunctive relief)救濟，當然，安全港條款也不是唯一的抗辯！因為，任何其他可以在侵權責任中所主張抗辯，都沒有受到排除或剝奪。美國法院基於此，來判定 Veoh 是否屬於安全港條款²⁸⁹。

首先，針對 Veoh 是否屬於 DMCA 法定四大領域之 ISP 業者較無爭議，因為符合 DMCA ISP 業者必須要採取相關政策，並執行或處理在某些情況下對於那些被宣稱侵權者的作法，也就是說，ISP 有義務提供而且不能干擾由著作權人所使用之標準技術措施（standard technical measures），以發現或確定可能的侵權來保護其著作權產品。本案原告 IO 並未爭執 Veoh 是一 DMCA 的 ISP，也未爭執

²⁸⁸ Id. at 5~9.

²⁸⁹ Id. at 10~9.

Veoh 有採取並通知那些重複侵權使用者帳號之政策；而 Veoh 也提供且沒有干擾去保護有著作權著作之標準技術條款，但 IO 主張 Veoh 未以合理的態度執行其重複侵權政策(repeat infringer policy)，是一個可裁判的問題(triable issue)，DMCA 法律本身並未明示所謂合理執行(reasonably implemented)所指為何。

然而儘管如此，第九巡迴上訴法院曾經指出 ISP 如果有一項可執行的通知系統，可用來處理關於 DMCA 抱怨侵權通知的處理程序，而且也沒有積極的防止著作權人去蒐集所需要的資訊，來對 ISP 進行相關的通知時，這時候 ISP 就已經有執行政策(implements policy)，並且 DMCA 法也可能容許 ISP 來執行各種可能的程序，只要在適當的情況下，該 ISP 針對被宣稱反覆侵權的使用者，能夠去終止他的服務，該執行就是合理的(implementation is reasonable)，而本案法官認為依據 Veoh 所提供之證據，Veoh 的確是已經採取了一項可執行的通知系統，以及處理著作權侵權通知的處理程序。

Veoh 主張，自從其網站開張以來，就已經終止了 1096 個被反覆宣稱著作權侵害的使用者，然而，原告 IO 卻沒有針對此點提出任何相反的證據，而從檔案中法院也沒有發現，Veoh 有所謂積極防止著作權人蒐集其所需資訊來發出侵權通知的事情，儘管如此，IO 還是主張 Veoh 的執行政策是失敗的，因為 Veoh 沒有防止那些重複侵害者在 Veoh 上繼續再度以匿名出現(under a pseudonym)，並擁有一個不同的電子郵件；甚至很明顯的，有一度 Veoh 想要嘗試在允許使用者上傳影片檔案到 veoh.com 之前，藉著傳送一項確認的電子郵件訊息，來確認使用者的電子郵件；然而 Veoh 抗辯，這樣子的作法是要中斷一項所謂傾向於錯誤的程序(an error-prone process)。IO 同意 Veoh 並沒有義務去發現重複侵權者之所在，但爭執如果一個虛偽的使用者，在事實上用了一個新的帳戶出現時，Veoh 就不能再說其有能力去發現，IO 指出他們就能夠獲得一個新的 Veoh 帳戶而去使用，透過 Yahoo 的訂閱來取得一項新的 Veoh 帳戶，IO 主張實質上 Veoh 根本就不能合理的去追蹤重複的侵權者，並且 Veoh 的所謂重複侵權者執行政策，根本就不是一項等同 DMCA 規範的政策。

但法院對此不表同意，認為當 ISP 在適當的時候能終止使用者服務，ISP 就已經是合理的執行了重複侵權者政策，況 DMCA 並沒有規定 ISP 何時是構成所謂適當，因此只要能夠中斷重複侵權使用者的服務時就可以構成，而且該 ISP 也不需要去積極的監督管理關於其使用者重複侵權的證據，因為 DMCA512(c)規定，如果 ISP 不知道侵權，就不需負金錢賠償責任，而且如果當 ISP 實際知悉相關的事實或情況，認為這個侵權活動是明顯的，或者是已經收到符合 512(c)3 的侵權通知時，而快速的去進行移除或中斷服務，就可以不負責任²⁹⁰。

²⁹⁰ Id. at 12~14.

再者，一個假設性的可能是，當一個不肖的使用者，可能會以一個不同的使用者名稱和身份再度出現，關於 Veoh 的執行政策，這並不會產生一個實質上的議題，就好像原告主張 Amazon 未能執行重複侵權政策，明顯未能防止一個先前的侵權者，在銷售平台中以另外一個不同的名稱再度出現。針對 DMCA 所要求的合理政策，法院認為重複侵權者以一個不同的使用者名稱及身份再度出現，單單這樣的事實本身並未創設了一合法的問題——那就是亞馬遜執行終止政策的程序問題，在該案原告並沒有證明 Amazon 故意去允許重複侵權的人來建立一個新的帳戶，原告更未能建立 Veoh 以有效而合理的方法來拒絕重複侵權者的出現，是由 Amazon 的執行政策所引起。

在本案中，IO 未能舉證，事實上重複侵權者在虛偽的建立了一項新的帳戶，Veoh 有故意的來阻止他發生，因此並沒有任何的證據來顯示，有所謂重複侵權者必須被封鎖這樣的事實，而至於之所以能開立第二個帳戶，並不會產生關於 Veoh 執行政策合理性的問題。IO 又根據 Napster 案主張，如果要滿足第 512 條(i)的規定，Veoh 必須要以真正名稱或網路的 IP 位址來追蹤使用者，但是比較不同的是，本案法院認為是否 Napster 合理的執行其重複侵權政策，就原告所呈現的證據，Napster 並沒有能力去封鎖 IP 位址，這裡產生了一個可裁判的議題，但的確對某些使用者是有如此進行。

同時，本案 IO 也未證明，追蹤或證明使用者真實的身份，或將其 IP 位址封鎖，是一個更有效合理執行的方法，雖 IP 位址可確認一特別的使用者連接到網路上的信息，但他們並不能在使用者之間加以區隔，誰能分享同一部電腦，此點並無實質上的爭議，何況 512(i)並未要求 ISP 以一種特殊方法來追蹤使用者，或是積極的監督使用者，查核是否有任何重複侵權的證據。相對的，所謂的執行政策，只要當 ISP 可能知悉侵權時竟未能去反應之時，這個政策才會是不合理的，而本案證據顯示 Veoh 有一項可操作的分析系統，即具有 DMCA 可供抱怨的處理程序，且並未積極去防止著作權人蒐集發出通知所必須的資訊，這時當然就符合合理執行的條件，因此原告認為被告因沒有進行追蹤侵權者，因此不符合安全港的要件，但是，Veoh 的確是有追蹤內容而得以確認侵權情形，並且永久的加以封鎖該內容，以致讓任何使用者都沒有辦法上傳，因此法院認為 Veoh 所呈現的證據已經滿足了關於能夠應用安全港 DMCA 的合格要件之最低門檻²⁹¹。

1. 本案是否符合 DMCA 512(c)安全港之要件

DMCA 512(c)將 ISP 責任限定在針對著作權的侵害，係由使用者的指示將資料儲存在 ISP 系統或網路中，而該系統或網路是由 ISP 所經營或控管，基於此，一個 ISP 要符合 512(i)的門檻條件，以致於能適用安全港的規定，必須是：

A 1. 這些可能的侵權資料或活動——是在系統或網路上產生侵權，ISP 並沒有

²⁹¹ Id. at 15~16.

事實上的知悉，在系統或網路上所呈現的這些資料是侵權的。

2.在欠缺實際知悉之下，並不知道這些事實或情況——而這些侵權的活動是非常明顯的。

3.一旦知悉或認知這些事會快速的採取行動將該等資訊移除或中斷服務。

B.並沒有從侵權的活動當中獲得財務上的直接利益，而且 ISP 是有權力及能力來控制該等活動。

C.一旦獲得宣稱著作權侵害的通知時，能夠快速的予以回應，將該侵害的資料予以移除中斷服務。

實際上，ISP 在 512(c)之下是可以符合安全港要件的，只要 1.他不知悉這個侵權，2.他有快速的採取行動或中斷服務，當符合上述的主觀要件時（亦即有實質的知悉、或知道該事實或情況、或收到 DMCA 的抱怨通知）即可，根據原告，Veoh 並不符合 512(c)的安全港要件，因為(a)侵權的資料並沒有依使用者的指示儲存在 Veoh 的系統，(b)Veoh 知悉該侵權的活動，(c)Veoh 有權力及能力來控管侵權活動，並且可以藉此獲得一項財務利益，針對以上的要件法院分析如下：

使用者的指示，如上所述依照 512(c)的規定，所謂侵害的著作權資訊，是必須由使用者的指示之下予以儲存者（17U.S.C.§512(c)(1)），立法原意是此種儲存例如包括對使用者提供一個伺服的網頁空間、聊天室或其他的論壇，提供一個伺服空間，而在其中可以依使用者的指示將資訊予以貼上（post），原告主張在網站刊行程序中，flash 檔案以及 screen caps 的建構，在 Veoh 的系統中並非在使用者的指示之下，而是 Veoh 自己的行爲，也就是原告主張，當他們上傳 video 到 Veoh 的系統時，使用者本身並沒有去建構或主張本身擁有 flash 及 still-image 檔案。原告 IO 進而主張，Veoh 可能製作他們自己的 video 在其網頁上供他人取得，而使用者從來沒有指示或指導 Veoh 來建立這些檔案，因此 IO 爭執說 512(c)並不是用來保護這些檔案的建立，因 Veoh 只是把他當作是一散佈的方法（例如透過內容索引方式及將其組織成一個名單），所以並非所謂儲存（not just storage）²⁹²。

被告則否認，認為使用一個第三者的軟體，他的系統就能從使用者傳送的内容產生 flash 及 still-image 檔案，儘管如此，Veoh 主張上傳者傳送 video 檔案時，這些檔案都完全是由使用者決定取捨，在自動編碼程序（automated encoding process）下所產生的結果，因此，Veoh 認為其符合 512(c)的安全港條款，由於這些 flash 和 still-image 檔案，是有用來助於傳送内容到 Veoh 的網站，所以 Veoh 主張其符合 512(c)的安全港。

很清楚的，本案的爭議是究竟 Veoh 是否符合 512(c)的安全港？——因為這可以助於連接使用者傳送内容到其網站的這項自動功能（因為這件事而得主張

²⁹² Id. at 17~18

Veoh 是不是符合安全港條款)，針對此點，本案的法官認為 Veoh 是可以構成安全港條款，因為 DMCA 法律之下，並沒有規定符合安全港條款的 ISP 必須限制所謂的儲存資料 (storing material)，就 DMCA 的定義而言，即使是最狹義者，都只是關於落入 512(a)ISP 者，必須是指一個提供網路傳達繞送或連結供數位網路上之傳送主體——是介藉於使用者所特別指示之傳送點之間，能夠去傳送這些使用者所選擇的資料，而不會去修改這些材料的內容，故在傳送或接受時不會去修正或改變這些資料的內容即屬之，反之，關於資料的修改，並未被限制必須在包含於服務提供者更廣泛的定義之下，反而指的是服務提供者，是一個線上服務或網路連接的提供者，或者是一個設備的操作者。

更何況，依照過去的案例法，並不能認為僅僅因為 Veoh 擁有一個由使用者傳送內容的自動處理程序，就排除被認定為一個安全港，本案 Veoh 只不過是建構了一個系統，使軟體可以自動處理這些使用者所傳送的內容，然後再將其以易於傳送給使用者的格式或方法將其改換角色，Veoh 本身並沒有主動去參與或監督這些上傳的檔案，而且在上傳結束前，Veoh 也沒有預先去觀察或選擇這些檔案，相對的，這些 video file 完全是在 Veoh 使用者的取捨之下，透過這個自動程序來上傳，因此本案法院認為，Veoh 並不因為這些自動檔案建立的格式，會讓他喪失安全港的身份²⁹³。

侵權活動的實質認知 (actual knowledge) ---

本案沒有爭執，原告 IO 在訴訟之前並沒有發侵權警告通知給 Veoh，因此，毫無疑問的，記錄上顯示 Veoh 就宣稱的侵權活動欠缺實際上的知悉。

明顯的侵權活動²⁹⁴-----

儘管如此，IO 主張 Veoh 就侵權活動的一些徵兆是有所知悉的，因為在所謂的 Red Flags 測試之下，如果當 ISP 知道事實或某些情況，使該等侵權活動是明顯的，而 ISP 卻不能夠採取行動來處理這些侵權的資料時，他就會喪失安全港的資格，而在決定是否 ISP 有此種知悉時，問題不在於基於所有的情況之下，一個人可以有的合理推論，相反的，問題在於是否這個 ISP 在他可得知悉的模糊因素之下，而仍然進行或從事該行為 (in the face of detent factory of which it was aware)，換言之，明顯的，知悉所要求的證據是 ISP 故意把眼睛閉起來，而無視於明顯侵權的 Red Flags。

因為 IO 抗辯在本案中明顯的侵權行為有好幾個所謂的 Red Flags，其認為在著作權法 205(c)之下，關於就其作品所有權已經提供了一個建構性的知悉 (constructive knowledge)，此外，原告主張本案所涉及的著作，都是專業所創作

²⁹³ Id. at 18~20.

²⁹⁴ Id, at 21.

出，而且上面都已經含 IO 商標，這是非常明確的，因此，無論如何，IO 認為在 18U.S.C.§2257(f)(4)規定之下，欠缺標示就是一個 Red Flags，因此這些上傳的使用者很明顯的都知道沒有權限來上傳侵權的內容。

然本案法官認為，所有經過 Veoh 使用者上傳的這些被宣稱侵權的影片檔案，沒有一個標示有 IO 著作權，雖其中的作品的確含有原告的商標，但沒有證據顯示可推論 Veoh 知悉但仍然故意予以忽略而去行爲，同時法院也沒有辦法被說服，這些所謂專業創設出來的傳送內容性質構成所謂侵權的 Red Flags，而足以歸咎於 Veoh 有達到認知或知悉 (knowledge or awareness) 這個層次的要件²⁹⁵。

2. 關於快速移除或中斷服務

即使假設 Veoh 有足夠的認知或知悉這些侵權的活動，只要 Veoh 能夠快速的就這些資料移除或中斷服務，其仍然沒有喪失安全港的保護資格，本案 Veoh 在其收到著作權侵權的通知之前，已經獨立的自行將所有成人內容的資料從網站移除；另外證據也顯示，Veoh 主張當其收到 DMCA 著作權侵害之通知時，就作出回應而且在同一天將可能侵權之內容移除，針對 DMCA 的通知回應，Veoh 主張其已快速的就網站上的內容予以調查，因為 Veoh 指出他的網站有一個 Flag It，這可以讓使用者將某些內容送到 Veoh 的過程中，讓 Veoh 藉著這個 Flag It 注意到相關的事項，來就一連續的情形作一選擇（例如一些沒有分級的內容、色情的資訊或猥褻的內容等等）。

因此，原告爭執 Veoh 是故意的假裝看不見這些可能的侵權活動，因為 Veoh 有所謂 Flag It 這樣的設施，因此針對侵權難以脫逃其有主觀的認知，但是本案法院認為，這個 Flag It 的特性，本身是包含了一個通知，而可以明顯的顯示在 Flag It 的對話盒 dialog box 上面，以引導著作權人連結來傳送著作權侵害的通知給 Veoh，基於此，沒有證據可以顯示並建構 Veoh 是有所認知而故意的去予以忽略該項侵權行動，更沒有辦法證明，在 Veoh 獲得相關資訊或知悉該侵權活動時，其未能快速的以行動去移除或中斷侵權資料的服務²⁹⁶。

ISP 有權力及能力來控管侵權活動，的確會喪失其 512(c)安全港保護資格，如果(a)其有權力及能力來控制這個侵權活動，(b)其因為侵權活動而可以直接的獲得一項財務上的直接利益，也就是在上述兩項因素合起來的情況之下，安全港的資格就會喪失，這個要件是由普通法(common law)中代理侵害(Vicarious Infringement)的原則所產生，也就是在著作權代理侵害的條件之下，必須是有經濟上的利益即需負擔 common law 上的代理侵害責任，在本案即使假定 Veoh 從

²⁹⁵ Id. at 21~22.

²⁹⁶ Id, at 23.

所宣稱的侵權活動中，直接獲得了一項經濟上的利益，本案的法院仍然認為被告並沒有所謂的權力及能力來控管這些侵權活動，因為依據美國最高法院 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 的知名案例中²⁹⁷，如法律上有權力去阻止或限制一項直接侵權而竟拒絕，且藉由該他人從直接侵害當中獲得利益時，即需負代理侵害之責，因此，在 *Grokster* 案之下，被告必須要就直接侵權者執行一項控管——當他有法律上的權力可去阻止或限制該直接侵權時，而且他必須是有實際上的能力來執行才合乎要件。原告認為被告是有權利及能力來控管，並符合此要件，原因是 *Veoh* 已建構而且實施相關政策來阻止使用者不得在其網站上進行非法活動，亦即 *Veoh* 的政策禁止使用者：(a)違反任何其他人的智慧財產權、(b)進行不請自來的(unsolicited offers)傳送廣告或垃圾郵件等、(c)模仿 impersonating 他人、(d)針對資料來源予以不實陳述、(e)騷擾濫用誹謗威脅或詐欺其他人、(f)連結到受保護區域的密碼、(g)以蜘蛛網爬行搜索資料(spidering material)，因此原告 *IO* 強調被告的確有執行其權利去監管其系統²⁹⁸。

然而法院認為，512(c)的立法文字顯示，並非是要 *Veoh* 有這個權利及能力來控管他的系統，而是他是否有權利及能力來控管這個侵權的活動，因此在這種事實及情況的顯示之下，本案法院因此駁回原告的主張。法院認為，512(c)(e)的文字規定，並沒有要求 *ISP* 去控管他自己的系統或網路，相反的，是要將安全港適用於可以被 *ISP* 所控管或操作的系統或網路上所儲存的資訊而言，因此安全港只有在對於那些有權利及能力去控管侵權活動的情況時，才會喪失安全港的保護資格！此外，本案法院也認為，所謂的有權利及能力去控管侵權活動，並不能被簡單的解讀為是一個 *ISP* 去封鎖或者是移除一個連線，而連線是貼在網站上的資料（或儲存在他的系統當中）。

3. 結論

網路是可以透過 *ISP* 所產生許多新的方法讓人們來彼此聯繫，本案法院體會到這些新的機會，同時也會在網路世界中對於著作權掀起挑戰，因此本案的判決，在此處所顯示的是在特定的連結之下所呈現的結果，但並非有意想要將安全港的範圍予以擴增，儘管如此，法院並不認為 *DMCA* 的法律，是意圖用來使 *Veoh* 負擔著作權侵害警察監督的義務；反之，本案的爭點是，究竟 *Veoh* 是否採取適當的措施，來處理其網站上可能產生的著作權侵權，而 *Veoh* 既然有強而有力的 *DMCA* 政策，可以採取步驟來限制在其網站上著作權侵害的活動，因此簡言之，*Veoh* 已經符合了在建構其有安全港的符合標準，因此其並無構成著作權侵害²⁹⁹。

²⁹⁷ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., et al. v. Grokster, Ltd., et al.*, 545 U.S. 913 (2005)

²⁹⁸ *IO Group v. Veoh Networks, Inc.* Case 5:06-cv-03926-HRL Document 117 Filed 08/27/2008, at 24.

²⁹⁹ *Id.*, at 31.

第七節、關於MySpace網站下載影音著作之美國司法案例

壹、Universal Music Group v. MySpace Inc.

原告環球唱片及其所屬集團（UMG Recordings, etc.，Universal Music's Corp.），起訴被告 MySpace 侵犯其著作權，環球唱片認為被告 MySpace 是世界上最大而且最知名的社群網站（social networking），其基礎是所謂的使用者群聚內容（User-generated Content），然而，MySpace 其中的許多內容，並非所謂之使用者產生，反之，其係使用者竊取（user-stolen）他人智慧財產權的內容，而且 MySpace 在這個竊取行動中是一個有意願的合夥人，在本件侵權事件中，沒有一項智慧財產權是安全的——沒有原告的影像、歌曲，這些都是在 MySpace 網站上可以透過串流(streaming)以及下載(downloading)來公開取得，更遑論其中有很多唱片根本還沒有在市場公開！MySpace 依據美國著作權法之下，有知悉其該負責事項的義務，而 MySpace 也承認在其網站有所謂的使用者條款之張貼，也就是如果沒有得到著作權人准許使用其內容的同意，那麼 MySpace 就不應該容許該網站提供陳列音樂或影片以及音樂串流之服務。

MySpace 因此要求任何人張貼關於音樂作品及影片之相關內容時，都必須要同意授予 MySpace 一項免付權利金及全球性之授權，以讓 MySpace 可以去再授權而使用、修改、公開演出、公開陳列、複製以及散佈該等內容，MySpace 認為這項專屬授權是重要的，因為如果不如此，MySpace 網站就沒有辦法提供服務，譬如說如果不能去修改會員的內容，那 MySpace 當然就沒有辦法以數位的方式壓縮音樂檔案，並將其格式化來提供使用者聆聽。

儘管 MySpace 坦承在法律禁止之下，如未得到著作權人的同意，不能提供音樂及影片的服務，因此 MySpace 當然就知悉而且是故意的經營其事業，而此必須墊基於 MySpace 從使用者所獲得的授權，因此 MySpace 當然知悉其使用者是否是真實的著作權所有人，而且 MySpace 也清楚的知悉原告的著作權是在這些數以千計的唱片、音樂組合以及音樂影片當中，而這些內容都是未經原告同意，充斥並張貼於 MySpace 網站中庇護匿藏 MySpace 這些不肖會員，去張貼這些 bootleg 的影片以及盜版的音樂唱片給 MySpace，完全不合法的！MySpace 完全漠視上述其制定之使用條款內所謂必須要取得著作權人同意方得使用之規範。

此外，MySpace 不只是從其會員想要取得實際上根本沒有存在的授權，MySpace 甚至知悉並且還故意的進行以下事項：

1. 去鼓勵（encourage）、協助（facilitate）並且參與（participate），上述未經授權的重製、修改、散佈以及公開演出這些由原告 UMG 擁有著作權之影片，

例如 MySpace 之伺服器提供其會員一項可以上傳盜版音樂影片拷貝之工具，或藉著這些上傳影片的再格式化(reformatting)，在 MySpace 的 media player 供人觀賞，或是藉著 MySpace 伺服器中供他人直接拷貝盜版音樂影片，以及藉著提供可以讓閱覽者來散播那些盜版音樂影片的拷貝給 MySpace 的使用者及其朋友。

2. 鼓勵或並協助就 UMG 擁有著作權之音樂影片，進行非法的拷貝及盜版 MP3 之散佈——透過 MySpace 作假的藝人人物簡介作為 MySpace 當中的服務。
3. MySpace 是有意識的建置並維護 MySpace 網站，成為網路世界中最著名而且有價值的網路地位，這些卻是透過猖獗盛行的著作權侵害來取得，這些他們不惜以大力促成、誘使及歡迎大眾侵權作為公開宣佈努力的一部份，來追上並趕過例如 YouTube.com 的侵權行為。MySpace 和 News 的行為，在法律上構成原告著作權的侵權行為而必須負責，同時還構成促進幫助 (facilitating)、並且誘使 (inducing) MySpace 使用者對於原告著作權的侵害。

本案原告 UMG 唱片公司，是依據德拉瓦州組織設立成立之公司，主要辦公室設於加州之洛杉磯郡，從事 UMG 製作音樂唱片行銷之售出業務，UMG 是一個在美國唱片業中的主要製作者之一。UMG 擁有數以千計的唱片著作權，在世界各地都享有之名度並廣受歡迎。UMG 是前述數以千計唱片的著作所有人，或是擁有著作權之專屬權的所有人，而這些唱片 UMG 都已經獲得或是已經申請著作權的註冊證明，因此 UMG 有專屬權限，包括但不限於重製、製作視聽衍生著作權利、或是對於公眾散佈的權利，演出該等以及藉著數位視聽傳送方式，對於公眾演出的權利。

被告 MySpace 也是在德拉瓦州組織成立之公司，而且主要辦公場所也設於加州之洛杉磯郡之公司，MySpace 為可以讓在網路上建立獨特個人化的檔案資料之社群網站，MySpace.com 已經擁有每個月五千萬的造訪者，並且註冊的會員已達五十萬人，作為其服務不可缺少的一部份，MySpace 允許、鼓勵、協助並且引誘會員，每天在其網站上就數以千計以上擁有著作權歌曲及唱片影片進行上傳，而且是在 MySpace 伺服器上由 MySpace 所擁有並受其控制，而且 MySpace 讓其會員有能力並提供網路大眾來以免費的方式來 access 這些侵權的音樂內容，甚且 MySpace 還在其網站上提供廣告，並透過前述的侵權來獲取鉅額的商業利益。

對於那些不論是由個人或公司或相關機構等，和被告有關的這些個人或公司，他們的姓名及相關身份，原告均不知悉，但他們都是對於被告的行為必須負責之成員，並且都是本案之共同被告，藉 MySpace.com 的 URL 在 internet 經營網站，MySpace 允許任何 14 歲以上的人以會員登記註冊方式，可免費登記註冊而進入使用網站服務，其會員因此可藉上傳影片或視聽著作到 MySpace 的網站，然後在被告所擁有伺服器中複製，因此是由被告並控制，而這些數以千計的視聽

著作，都含有著作權標示權利字樣，藉著使用這些拷貝的製作，被告就可以藉此製作未經授權的視聽著作，並散佈以及公開演出該等音樂影片以及含有這些著作權的視聽著作，當會員要進入這些網站上的音樂著作時，MySpace 還會陳列相關的廣告，而這些廣告又特別是針對相關歌曲、音樂影片以及藝人網頁之內容來量身定作者，而這些廣告 2006 年 8 月 7 日 News 宣稱他就已經從 Google 取得一個合作合約合夥人（targeted advertising），藉此 News 可以從 Google 獲得 9 億美金的對價收入。

- a. 針對 MySpace 的服務，被告重製（而且是永久的複製）、音樂以及視聽著作（即歌曲及影片），含有數以千計原告享有著作權的歌曲，在 MySpace 所擁有經營及控管的伺服器內。
- b. 將那些由 MySpace 使用者上傳的視聽著作再格式化（reformat），以便於協助那些音樂產品得以進行拷貝及散佈給更多使用者分享。
- c. 散佈並公開演出，使用者上傳到伺服器之歌曲及影片。
- d. 提供使用者來閱覽這些視聽著作非法拷貝——藉著 click 所謂 Add to My Profile, Safe to My Favorites、Bulletin This 或者是 Blog This。
- e. 鼓勵使用者藉著「Send This URL to Your Friends」、「Add This Video Code to Your Profile」、藉此來鼓勵使用者瀏覽這些視聽著作的非法拷貝。
- f. 提供使用者以有吸引力的功能設置來瀏覽原告視聽著作之非法拷貝，例如可以讓其具有分享的功能，以及將其張貼到其他網站的功能，而這些都是去瀏覽原告合法著作時所沒有辦法取得或利用到的。
- g. 意圖從其使用者獲得一項所謂全球性之免權利金的授權來使用、修改、公開演出、公開陳列、複製以及散佈這些上傳到 MySpace 伺服器的音樂或視聽著作的內容。

在 MySpace 使用條款中，明白承認「如沒有得到授權，myspace.com 就不能提供這些服務，例如沒有這個權限來修改 Member Content、myspace.com，就不能以數位方式壓縮這些會員傳送或格式化的音樂檔案，而且沒有權限去公開演出 Member Content，myspace.com 就不能容許其使用者來聽那些會員所 post 的音樂。

參考案例 Corbis Corporation vs. Arnold Moving Company, LLC

這個案子在 2007 年 8 月 1 日提出，原告將數位影像（digital images）授權給出版商、廣告商、設計代理商（design agencies）、電影製作者（filmmakers）及其他有原創力之專業從事人員。原告 Corbis 主張 Web Tamers Web Promotion 就被告 Sterling International 的網站進行再設計（redesign），而在進行再設計的過程中，被告或其代理商將原告 Corbis 的 images 下載，並將其上傳至被告的網站，而沒有得到原告的授權，也沒有給付任何的權利金。

第八節、關於網站串流播放上傳影片的美國司法案例

壹、Viacom v. YouTube

一、關於YouTube網站

YouTube 是一個網路上可以讓使用者自己上傳影片，並且可以觀看他人上傳影片的一知名網站，這些网友上传的影片不超過 100MB 的容量，長度不可超過 10 分鐘，格式只能用 avi 或 mpg，這些技術上的限制使得 YouTube 可以執行一項自動化的程序，俾使大量影片能有效率的在該網站上每天被上傳觀賞，將 YouTube 的網頁設定為檔案上傳介面時，使用者可上傳其在自己硬碟裡面的任何性質多變的影片，並且在很短時間後，從 YouTube 一個很小的內嵌式 flash player，就可觀賞這些串流化後的內容，故廣受大量網友的歡迎，導致 YouTube 成爲一個極其轟動的網站，後來遂被美國搜尋引擎龍頭 Google 以天價購併³⁰⁰。

二、關於 Viacom International 集團

Viacom 是一個媒體的企業集團(conglomerate)，擁有諸多媒體資產，例如 Comedy Central, Black Entertainment Network, Country Television Music, Logo, MTV, Nickelodean, Spike, Noggin 及 VH1 等，透過 Sumner Redstone 加持，Viacom 市值已經超過了美金 280 億，而在這些媒體資產中，SpongeBob SquarePants 可能是在 Viacom 集團中最具標竿性的，因此，在所有 Viacom 已受著作權註冊之視聽著作中，都必須要被賦予 SpongeBob 之標示。

三、關於 Viacom v. YouTube 法律訴訟

在 2006 年 11 月，眾所周知 YouTube 被 Google 以 16 億 6 千 5 百萬美金買下，而爲了降低因爲网友上传他人有著作權的視聽著作所造成的侵權問題，YouTube 積極尋求眾多自己具有著作權內容之供應者，例如 CBS、BBC、Sony Music Group、Universal Music Group、華納音樂集團、MBA 等等，在 2007 年初 Viacom 發現有很多 SpongeBob 影迷，上傳了很多剪輯影片(clips)及連續劇中的一集到 YouTube 網站，由於這些影迷數量眾多且不確定，Viacom 認爲須謹慎的從事將 SpongeBob 授權予 YouTube 之談判，這樣的授權會讓 Viacom 帶來良好營業收入，同時可避免去追蹤並起訴其客戶，然而這項磋商談判破裂，2007 年 3 月中時，Viacom International 就聯合 Comedy Partners, Country Television Music, Paramount Picture Corporation 及 Black Entertainment Television, LLC 等大公司（以下統稱

³⁰⁰ Viacom v. YouTube, Copyright Casebook,
<http://www.benedict.com/digital/intemet/youtube/youtube.aspx>

“Viacom”),發動了控告 YouTube Inc., YouTube LLC 及 Google Inc. 等(以下統稱 “YouTube”) 著作權侵權的法律訴訟³⁰¹, 索賠 10 億元美金, 創下美國案例中的天價控訴賠償數字, 此案可謂美國近年來最轟動之網路著作權侵權案例³⁰²。

基於 Viacom 主張其在財務上的損失, 也就是網路媒體公司因為 Google、YouTube 的分支機構, 造成鉅額損害, 有論者以為當數十萬人在 YouTube 網站上觀看一個十幾二十秒鐘有關於貓味的影片, 似乎不可能在經濟上造成如此鉅額之損害, 然而, Viacom 卻不這麼認為, 而 Viacom 則檢具理由反駁之, 因為其主張十六萬個 clips, 例如從喜劇的片段摘取已經在 YouTube 上未經 Viacom 的允許而被觀看了百萬次以上, 而且雖然 YouTube 雖然沒有在 clips 上穿插任何廣告, 但他的確在搜尋的結果旁邊置入文字廣告, 而讓 Google 藉此大賺其錢, Viacom 當然因此要控訴 Google 侵權³⁰³。

對 YouTube 被提出之侵權訴訟之批評, Viacom 回應認為 Viacom 是威脅想要讓網路上數億網民可以合法交換資訊、消息、娛樂節目、政治以及藝術上表達意見自由的戕害, 因為 Google 被指控的網站就是在提供這些 video sharing 的網路重要平台, Viacom 在提出訴訟時, 就宣稱他們已經在 YouTube 的網站上發現了至少十五萬個剪輯影片(clips), 侵犯了 Viacom 的著作權, 而要求 YouTube 取下 (take down), Viacom 指責 YouTube 經營一個網站自己卻不監督其中內容是否侵權, 而一味的依賴著作權利人在發生侵權內容被傳送時, 再來通知他們, 如此消極的經營網站而無視於侵權內容的猖獗, 再將監督的負擔課予在權利人的身上, 當然是極不公平的作法³⁰⁴。

四、Viacom 起訴 YouTube 著作權侵權之六項訴因

Viacom 起訴狀控訴 YouTube 六項著作權侵權, 其中三種是直接侵權, 另外三項是間接侵權。

關於著作權直接侵權之控訴(Direct Infringement Claims)

第一項：公開演出之著作權直接侵權(Direct Infringement – Public Performance)

³⁰¹ Viacom International, Inc., et al v. YouTube, Inc., et al.

³⁰² Copyright Casebook, Id.

³⁰³ Paul Kedrosky, The real issue is a consumer rebellion, not intellectual property, <http://www.opinionjournal.com/editorial/feature.html?id=110009788>

³⁰⁴ Eric Bangeman, Google cites Safe Harbor, fair use in Viacom v. YouTube defense, <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2007/05/google-cites-safe-harbor-fair-use-in-viacom-v-youtube-defense.ars>

在美國法之下，當一個著作是在公共場合、或者是在有一定相當數量的人們於家庭正常社交範圍之外聚集時加以演出，就會被認為是公開演出，而如果他是被多次的傳輸到多點（即許多個地方），例如像網站上用串流方式呈現視聽著作時，這時也會被認定是一項公開演出，因此 Viacom 控訴 YouTube 對 SpongeBob 的影片構成了公開演出的侵害³⁰⁵。

有論者認為，在 *Field v. Google* 案例中³⁰⁶，法院認為使用者在滑鼠上點選快取連結（cached link），這個動作並不會構成著作權的直接侵害，因為在其執行的過程中，Google 這邊並沒有出於意志的行為(volitional act)，本案也是相同情形，因為使用者在超連結上的點選，使得 SpongeBob 的影片可透過串流供人瀏覽，因此沒有公開演出的直接侵權，而法院在 *ALS Scan v. Remarq* 乙案中，關於直接侵權責任，通常是藉由透過他人所引發之技術過程，廣泛自動的行為而被認定³⁰⁷。

第二項：公開展示之著作權直接侵權(Direct Infringement – Pubic Display)

Viacom 控訴 YouTube，因回應網友在 YouTube 上搜尋影片的結果，促使 SpongeBob 檔案經那些侵權影片之顯示而構成公開展示，YouTube 對上傳到其網站上之影片，採取了一項使得影像得以定格畫面(still image)方式傳送到一拇指甲(thumbnail image)之設計，並係以一種超連結來使用。其結果，任何在 YouTube 上搜尋影片的使用者，都能夠閱覽到一系列影像，而且可以相當容易的找出這些符合他們搜尋需求的影片。與上述公開演出控訴不同的是，YouTube 並不像上述 *Field v. Google* 這個案中具有自動離開(automatic out)之功能，因為上述 thumbnail 的產生，並不是由網友來要求或引導指示的。YouTube 是從所有影片檔案中，去擷取影像加以傳送並重製在其資料庫當中，藉此才可在網友搜尋時，予以回應而得傳送，因此即使有 thumbnail 的產生程序並 post 上去，實在是自動化的結果，都是 YouTube 所實際產生並傳送該 thumbnail，而不是由這些使用者來引導³⁰⁸。

由於其看來似乎具有直接侵權，YouTube 必須仰賴合理使用(fair use)的抗辯，此在著名之 *Kelly v. Arriba Soft* 案例中³⁰⁹，就可很容易的從該案例得到抗辯的理由，因為在 *Kelly* 案中，透過視覺搜尋引擎，在網站中搜尋影像，並將影像傳送到 thumbnail，再將其重製入資料庫中藉此再傳送給網友，以回應他們的搜尋需求，這時即有合理使用的空間，因為在 *Kelly* 案中，這些 thumbnail 的產生，不論是在呈現內容方面（reduced resolution）還是在使用方面(辨識及超連結的方

³⁰⁵ Copyright Casebook, Id.

³⁰⁶ *Field v. Google, Inc.*, 412 F. Supp 2d. 1106 (D. Nev. 2006)

³⁰⁷ Copyright Casebook, Id.

³⁰⁸ Id.

³⁰⁹ *Kelly v. Arriba*, 336 F3d 811 (9C 2003)

法，不同於沈思冥想的客體)，都被認定具足夠之轉化作用 (transformation) (因為根據最高法院案例，轉化作用是 107 條合理使用四項判斷中，決定是否合理使用的最重要因素)。與此相同的，YouTube 也是轉化了這些呈現內容(從 motion video 到 reduced resolution 之定格影像)，以及使用方面(以辨識及超連結方式，不同於移動影像之片段)³¹⁰。

在裡倒是有一個可能的困擾，也就是在另外一項著名的著作權 Perfect 10 控訴 Google 侵權案中，法院認為，如果這個 thumbnail 是和既有市場中此類影像互相競爭時，這項合理使用的抗辯就會受挫，在 Perfect 10 案中，該網站係為一色情網站，係將其網站中裸體女人影像之 thumbnail 授權予手機電話的公司，因此，在 Google 影像搜尋引擎執行時，就有一項類似於 Arriba Soft 案中之視覺搜尋引擎，將該等影像傳送到 thumbnail，該案件法院不認為是構成合理使用中的轉化作用 (transformative)，然而，YouTube 卻沒有任何 Perfect 10 所碰到的問題，首先，Viacom 可能很難顯示出一項從 SpongeBob 隨機顯現片段 (random slices) 捕捉(screen captures)之第二市場(secondary market)。其次，在權衡第一使用測試的 Relative Amount 時，Google 使用了百分之百的影像，然而，YouTube 只使用了萬分之一的視聽著作³¹¹。

第三項：重製之著作權直接侵權(Direct Copyright Infringement – Reproduction)

Viacom 控訴 YouTube 是未經授權重製 SpongeBob 影片至其資料庫中，Viacom 的指控在於，即使這些檔案係經由使用者上傳---藉由轉換經上傳之檔案，從固有的格式(native format)到 Flash，透過這樣的置入程序，所以 YouTube 構成了重製這些上傳檔案的侵權行為。如果這個說法是比較接近於 Arriba Soft 的案例事實，那麼 Google 就需要一個合理使用的抗辯，然而，本案卻是比較接近 Field 案，因此與所謂的直接侵權無關，在 Arriba Soft 案中具有所謂的轉化作用，而本案 YouTube 因為有從 high-rez 的影片到 low-rez 的 thumbnail and avi 到 fly，然而，從傳統的著作權分析中，Arriba 案中傳送的影片，在法律上可能被判定是衍生著作，然而，直接的將影片檔案轉碼(transcoding)可能未必如此，因此，本案是比較接近 Field 案，而且在操作過程中，Google 方並沒有出於意志的行為，所以應該就沒有直接侵權。至於直接侵權，責任是被第三人所發動之透過一技術程序之自動化行為所認定，RemarQ 並沒有去監控管制或監看經過訂購會員之 post 在 newsgroup 內容上的文章³¹²。

關於著作權間接侵權控訴方面(Indirect Infringement Claims)

³¹⁰ Id.

³¹¹ Id.

³¹² Id.

第四項：著作權引誘侵權(Inducement of Copyright Infringement)

本案 Viacom 也同時嘗試尋求美國最高法院 Grokster 案中所確認之次級間接侵權 (secondary indirect infringement)，Viacom 主張因為使用者上傳 SpongeBob 到 YouTube 的網站，而 SpongeBob 因此被公開的演出並展示，因此有所謂的使用者直接侵權，而 YouTube 構成次級侵權。而 YouTube 被指控誘使使用者進行如下的行為：YouTube 鼓勵並引誘藉由清楚表達 (clear expression) 以及其他的積極步驟，上傳 SpongeBob 內容。YouTube 被指控知悉 SpongeBob 是有著作權的，而且可以在 Nick.com 中取得，而且 YouTube 知悉網友使用 YouTube 來重製演出並展示 SpongeBob，Viacom 因此控訴 YouTube 因為知悉這兩件事，而有所謂的意圖去鼓勵並誘使使用者來侵犯 SpongeBob 的著作權³¹³。

爲了要能成功通過著作權侵權使用的測試，Viacom 必須要證明 YouTube 比起 Sony 案更接近 Grokster，Sony 是知悉 VCR 會在侵權的目的上被使用，而在技術上並沒有去作任何防止 Sony 的設備，去執行侵權目的之動作，這和 Grokster 是相同的，然而 Grokster 法院判決的觀點是，有百分之九十以上的侵權著作，透過該系統呈現，並且他也被顯示出是一個新型態的 Napster，也就是說除了去積極的促使著作權侵權產生之外，沒有其他重要能獨立存在的目的，而從 Grokster 的案例中可知，上述百分之九十這樣子的比例，在間接侵權的案例當中，似乎是一個可能的參考指標，然而，在 YouTube 當中與此幅度不同，不論是在其系統中所謂侵權資料的數量，或者是在網站顯示出的情形，皆不達此³¹⁴。

第五項：著作權輔助侵權 (Contributory Copyright Infringement)

針對輔助侵權之控訴，如果要勝訴，Viacom 必須證明下列二事：

1. YouTube 是知悉而且有理由可知在其 Server 上顯示之侵權活動。
2. YouTube 在對侵權行為有實質上之輔助。

在 *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc* 案中³¹⁵，Cherry Auction 被認為構成輔助侵權，是因為其知悉侵權的證據被建立，而且在拍賣操作者及當事人間，因為緊密的財務及執行形成的互動關係，而被認為有實質的輔助才構成。而在 *Ellison* 案中³¹⁶，AOL 因為被控訴輔助侵害，而主張 DMCA 安全港之抗辯，然而因為其通知取下 (notice & take down) 程序的執行瑕疵，而喪失了安全港抗辯餘地，而導致因為相同的理由而在次級侵害中敗訴---因為這種有瑕疵的執行，在知悉這項事

³¹³ Id.

³¹⁴ Id.

³¹⁵ *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996)

³¹⁶ *Harlan Ellison v. Stephen Robertson et al.*, 357 F.3d 1072(9th Cir. 2004)

實的測試當中被肯定，然而，YouTube 並沒有類似像 Ellison 的類似問題，因為 Viacom 所主張通知取下程序中的證據，在 Google 案當中都已經被討論³¹⁷。

第六項：著作權代理侵害(Vicarious Copyright Infringement)

1. Viacom 控訴，使用者是直接上傳到 YouTube 網站中而構成直接侵害，而因此 SpongeBob 被公開的演出並展示。
2. YouTube 有權利及能力來監督使用者，並且應該要預防他們去侵犯 SpongeBob 的權利。
3. YouTube 選擇性的執行著作權限制，爲了某些商業上的合作伙伴，但是對其他合作伙伴卻沒有如此作。
4. YouTube 的確從廣泛侵犯 SpongeBob 的行爲中取得巨大的利益，因爲 SpongeBob 對於 YouTube 來講的確是一個很吸引使用者的內容，也就是說 YouTube 上面有越多的使用者 YouTube 就能夠在網站上產生越多的廣告收入。而在上述 fonovisa (即著作權著名之舞廳案例---Dance hall cence)，有下列情形時，會構成使用者直接侵權下之代理侵害：1.經營者可以控制其侵權場所。2.經營者的確是從觀眾當中取得直接的財務利益。

就控制觀點而言，Viacom 將指出 YouTube 的確是有能力來過濾 SpongeBob，並且 feature，但是卻和合作伙伴 xxx 當中 with all；而從 SpongeBob 的 draw 中，有獲取財務上面的利益，這是比起 dance hall 案例更 speculative，因爲其中欠缺侵權的歌曲，也就沒有付費給任何客戶，因此，則上述 fonovisa 有不同³¹⁸。

DMCA 安全港條款

和上述欠缺侵權之三項指控更值得深入討論的，但可能是假設性之討論，因爲 YouTube 可以藉由主張其已經依 DMCA 中安全港條款 (Safe Harbors) 之行爲呈現，而作爲其行爲中得以豁免之抗辯，而本案可能就不在此抗辯，也就是說---究竟誰有監控 YouTube，經使用者上傳 SpongeBob 的監控或監督義務，究竟是 YouTube 還是 Viacom，Viacom 當然主張 YouTube 身爲網站經營者，必須有監督的義務，但究竟監督的細節需到什麼程度，依 DMCA YouTube 在法律上既已藉由通知取下程序予以豁免，則舉證責任當然必須在 Viacom，總之，本案究竟 DMCA 中安全港之豁免主張舉證責任的分配，將來也是訴訟可能決定勝敗方之關鍵因素之一³¹⁹。

五、本案中法律上最重要的爭點集中在 DMCA 安全港條款及合理使用原則

³¹⁷ Copyright Casebook, Id.

³¹⁸ Id.

本文中 Google 雖然提出了數項答辯，然而，法律上最重要的，還是集中在兩項著作權在網路中的的基本爭執：一是 DMCA 安全港條款（Safe Harbors），以及合理使用原則（fair use），而在 DMCA 安全港的法律規範之下，一個網站的經營者，如果在其網站中出現由網友所 post 上去的侵權之內容，只要在權利人通知後能夠將其取下，他就不需要負則，在此案中，Google 就不斷的主張他們一旦被受到通知，就會立即執行通知後取下之動作，有時候甚至還不去調查到底這些內容是否是合法³²⁰。

因此 Google 當然認為他們已善盡 DMCA 的職責。然而 Viacom 卻反駁這樣的作法根本不夠，論者有認為本文中 YouTube 的經營方式實際上是在測試到底 DMCA 法中的底線何在，Google 反駁 Viacom 要求他們的其實已超過 DMCA 的法律規定，如果法官准許的話，那當然是過度延伸到一個非 DMCA 容許的範圍，因為 DMCA 並未要求網站平台經營者，必須要主動的去監控有潛在可能侵權之內容，因此 Viacom 想要請求法院擴大法律的規範，本案的重點就在於過去沒有類似的例子讓法官來決定，網路世界中提供娛樂性質的法律界線所在³²¹。

本文中被告原來是想要發展出一個以內容為特點之網站系統，而又嘗試想要部署一可以盡量讓有著作權之節目不在 YouTube 上呈現而造成侵權，其原來的立意雖善，但是網友們的確會將他人有著作權的內容 PO 到網上而造成侵權，Google 也不斷的檢討甚至也已提出了一項反制的系統，嘗試想要去區隔並確認被上傳過來有著作權的內容，然後可以將其移除，但是卻尚未能讓權利人加以使用，Google 辯稱其不但已經按法律的條文規定，而盡到了安全港條款的義務，而且其已作到了超過法律要求的水準，但問題是如果被告要在本文中獲得勝訴，YouTube 必須要能夠說服法官，該網站的經營模式（business model），並不是建構在侵權的本質上！而且必須要能夠打動法官，原告 Viacom 所要求並詮釋之 DMCA，根本就是超過法律的範圍及當時立法的意圖。

針對此，Viacom 當然反駁 Google 的說法，因為 Viacom 認為 YouTube 的網站防止侵權作法，完全不符合 DMCA 安全港的基本規範，因為 YouTube 根本知悉（當然也包括可得而知）在其網站上侵權的內容，其甚至還藉此取得財務利益，因此，該公司原來的任務是想要組成一個世界網站資訊平台，但在另外一方面又宣稱他們沒有辦法發現其所氾濫之著作權侵權內容，此種互相矛盾之主張根本是不可思議，然而，Google 還是堅稱，他們並不是沒有不去採取一些像網路世界中許多重要的數位公司所已採取與權利人充分合作積極排除侵權的執行作法³²²。

³¹⁹ Id.

³²⁰ Eric Bangeman, Id.

³²¹ Id.

³²² Id.

六、YouTube 訴訟案最近發展

從 2007 年 Viacom 控告 YouTube，迄今最近的發展是法院的審理步驟似乎拖的較長，然而卻已經有許多律師或學者不斷針對此網路的訴訟大戲發表相關的評論，贊成或反對的兩邊各有大量的支持法律見解，但站在 YouTube 案件的訴訟近程發展中，有一項發展是訴訟程序中的調查事實的證據開示釋程序（Discovery），因為在美國訴訟法之下，雙方當事人都有權利要求對方就本案有關的相關事實，可以去請求對方提出所有相關的文件或資料，此與我國的民事訴訟法原告負絕對的舉證責任大相逕庭³²³。

因為 Viacom 針對 YouTube 網站上的大量侵權內容，他特地聘請了一家位於矽谷的律師事務所 Bay TSP 來進行反仿冒的偵測工作，去偵察並找出那些未經授權的著作內容，並且請其處理要求 YouTube 將其移除的工作，這樣的一個程序，在訴訟程序上，YouTube 當然就會引發可以將手伸進 Bay TSP 所擁有的相關偵測資訊，作法是 YouTube 發動一項在美國訴訟中很平常的第三人（即 Bay TSP）證據傳訊送達程序（Third-Party Subpoena），要求 Bay TSP 提出下列的證據文件：

- 1.提出所有和 YouTube 有關之文件及聯絡訊息，包括 Bay TSP 本身以及其顧客使用或監看 YouTube，甚至是比較 YouTube 以及其他網路服務者，回應的相關比較等所有文件及聯繫資訊。
- 2.關於 Bay TSP 以及 Viacom 之間所有的關係包含與 Viacom 所主張其擁有著作權之文件，以及其在紐約訴訟等等相關資訊之所有文件及聯繫資訊。
- 3.關於 Bay TSP 監看及確認過程，與其性質、以及其針對偵測之訓練、監看之訓練、以及其有效性，或者是關於確認網站上被宣稱侵權節目的欠缺作法等相關之所有文件及聯繫資訊³²⁴。

相對應的 Bay TSP 在攻防上當然不想隨意的提供這些資訊，然而在訴訟法上證據開釋的要求，他可能還是必須要揭露相關之證據，因此可想而知的是 Viacom 的律師當然會集中火力盡量降低提出證據的資訊，以免該等證據可以被 Google 的律師從中挑出可能不利於 Viacom 的說法及證據。2009 年初，本案的法官裁決基本上核准 YouTube 證據開釋的要求，因為法院認為上述這些證據開釋的相關文件，與本案的確有所關連，因為這些資料與原告主張他們必須為了監看網站付出極端高昂的成本以及負擔、而且可以顯示 Bay TSP 在發出 DMCA 通知取程序中，是否有所錯誤，而使得原告主張 YouTube 針對侵權內容具有建構式知悉（constructive knowledge）削弱，再者，可以針對原告主張，YouTube 妨礙著作

³²³ Ben Sheffner, Viacom v. YouTube: Viacom's anti-piracy agent BayTSP must produce boatloads of document ,<http://copyrightsandcampaigns.blogspot.com/2009/01/viacom-v-youtube-viacoms-anti-piracy.html>

³²⁴ Id.

權內容的權利人，想要去符合 DMCA 法規要求所作的努力等以上事情來解析是否針對原被告所述予以贊成或駁斥³²⁵。

這裡比較重要的是，法院不但要求 Bay TSP 提出 Viacom 以及其相關合作單位的重要文件，而且 Bay TSP 幫其他的客戶例如 HBO、Universal、Fox 等相關知名機構所進行並產生的文件也都必須要提出，而該 HBO 等機構，當然不是本訴訟中的當事人，此舉無疑是法院可能想要就 Bay TSP 操作過程中，與承包其他單位執行工作之內涵加以比較，當然這些資訊都是所謂的機密資訊，因此法院可能會用所謂保護令的方式對於可以觀看者加以限制（美國一般所謂的 protective order 一般是只針對律師能觀看相關的文件而當事人則不能予以過目），而由於究竟不曉得有多少的文件 Bay TSP 會實際的提出，但一般被要求方的律師儘管在法律上有提出之義務，然而在訴訟程序上，還是可以去針對若干文件像法官爭取因為具有某些法律的緣由下，可以嘗試拒絕提出，如果雙方不同意時最後才由法院裁決，但其範圍可能仍是有限，因為在美國證據開釋的訴訟程序上，揭露資訊是基本原則，可以預見的，這個部分的資訊當然是非常眾多，看起來 Viacom 這個訴訟可能還要在拖上相當長的一段時間³²⁶。

³²⁵ Id.

³²⁶ Id.

第五章 我國網路著作權最新發展趨勢實務問題之判決研究

第一節、我國音樂與電影相關網站著作權訴訟案

為促進電子商務，國內業者紛紛推出線上音樂服務，提供使用者線上收聽或下載，而提供線上音樂固取得著作權人授權，惟業者進入音樂市場洽談授權後，往往發現國內音樂著作權仲介團體運作機制遠落後於其他國家，並非所有著作權人均經由仲介團體授權，導致我國詞曲音樂著作取得授權困難。在歐美，線上音樂業者僅需與少數幾家仲介團體(RIAA, ASCAP, BMI, SESAC 等)簽訂授權，即可確保取得相關授權；反觀國內，目前並無單一仲介團體可供洽談全面之授權，尤其線上音樂業者無從取得詞曲著作權人之完整資訊，導致業者常在未經通知情況下，迭遭自稱為著作權人以突襲方式直接提起刑事告訴。音樂著作授權項目計有詞曲之重製、公開傳輸，以單一歌曲為例，取得錄音著作授權後，須取得四種權利才可完成音樂著作授權，錄音著作授權人不提供相關音樂著作權利人名單，即便可查詢詞曲著作人，但該著作人可能以代理、授權、專屬授權方式，將權利分別交不同人行使，客觀上無任何方式知悉應向何人取得授權。

第二節、琉璃仙境網站與 rm (Realplayer) 音樂檔格式重製案³²⁷

壹、琉璃仙境網頁超連結侵權犯罪事實

本案檢察官起訴認為，被告明知告訴人等唱片公司享有著作財產權之錄音著作或音樂著作，非經擁有著作財產權公司之同意或授權，不得擅自重製、公開傳輸或散布，且可預見其將歌曲檔案置於網路空間上供人下載，將使眾多未經著作權人之同意或授權重製之人，得藉以非法重製上開錄音及音樂著作，而侵害著作財產權人之著作財產權。詎被告仍基於重製、公開傳輸上開歌曲、散布其非法壓縮重製歌曲之重製物之概括犯意，及與擅自透過網路重製下載歌曲網友之概括犯意聯絡，自民國 92 年 6 月起，在臺北縣住處使用不知情之人向中華電信股份有限公司所申請寬頻數據帳號連上網際網路，並承租虛擬主機架設「琉璃仙境」網站（網址：<http://www.okrm.idv.tw>），於 94 年 4 月間改以 ewtyr 帳號向雅虎國際資訊股份有限公司經營之「YAHOO! 奇摩」網站申請個人網頁空間 <http://home.kimo.com.tw/ewtyr> 作為上開「琉璃仙境」網站首頁實際存放位置，及以 buty159 帳號向上開「YAHOO! 奇摩」網站申請個人網頁空間 <http://home.kimo.com.tw/buty159> 作為專輯介紹網頁網址。

被告另透過網路搜尋取得告訴人歌曲，未經著作財產權人同意或授權重製、散布及公開傳輸之錄音著作或音樂著作共計 14,168 首之音樂檔案後，連續將上開檔案以壓縮方式重製成 rm (Realplayer) 格式之音樂檔，再儲存其於 94 年 1 月向邁林國際多媒體股份有限公司所租賃，放置於大陸上海地區之實體主機硬碟空間內（網址：<http://cn.4ting.net>，下稱 4ting 主機），進而依歌手名稱、專輯名稱、歌曲名稱、音樂類型等類別建立網頁內容供網友試聽及下載，並撰寫超連結程式，使不特定網友自「琉璃仙境」首頁上點選「音樂：請按此進入音樂天堂。入口 1、入口 2、入口 3」後，即因網頁超連結作用連線至其上開 4ting 主機硬碟空間內，而得免費試聽及下載其所重製告訴人之音樂歌曲檔案，被告即以此方式擅自連續重製（重製於 4ting 主機部分）、與網友共同重製（網友自該 4ting 主機下載部分）、公開傳輸（供網友線上試聽部分）上開音樂或錄音著作，及散布侵害上開著作財產權之重製物。被告並藉由此免費提供試聽及歌曲檔案下載之模式使「琉璃仙境」網站之到訪人次大增，因而向飛行網股份有限公司（即 kuro 網站）招攬刊登廣告而每月賺取新臺幣約五萬元之廣告費牟利。

貳、被告管轄權程序抗辯部分

³²⁷ 臺灣高等法院 96 年度上易字第 740 號刑事判決

被告辯護人辯稱：本案係經由被告所設之琉璃仙境網站可連結到設於大陸之 4.ting.net 去下載歌曲，而琉璃仙境網站並無重製告訴人的歌曲，則本案是否有管轄權即有疑問云云。但法院認為案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄，刑事訴訟法第 5 條第 1 項定有明文。管轄之有無，法院應依職權調查之。又所謂犯罪地，參照刑法第 4 條之規定，應包括行為地與結果地兩者而言。而犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪，刑法第 4 條定有明文。本案之重製物係置於大陸地區之 4.ting.net 網站，而我國網友經琉璃仙境網站連結到 4.ting.net 網站，而下載置於 4.ting.net 網頁內之重製歌曲，則我國網友能聽到設於 4.ting.net 之重製之歌曲，當係在我國境內始有可能聽到上開歌曲，則各該下載歌曲之人，犯罪之結果地，當在我國台灣各地，自毋庸置疑。揆諸刑法第 4 條之規定，本案被告之犯罪結果地既在台灣地區，我國當有管轄權。

參、高等法院著作權實體部分判決

一、被告抗辯祇是網頁內超連結至大陸網站

被告固坦承有申請上開網頁空間架設「琉璃仙境」網站刊載之音樂歌曲，並以超連結方式，使不特定網友點選後，可連結至其所承租放置於大陸上海地區之上開 4ting 主機硬碟空間內，進而未經授權，使不特定網友可線上試聽及下載上開歌曲之 rm 格式檔案，且藉此招攬網頁廣告牟利等事實，惟矢口否認有違反著作權法之犯行，辯稱：其本身並未實際轉檔重製上開音樂歌曲檔案至 4ting 主機內，僅係於該主機所架設之網頁內超連結至大陸地區其他具有上開音樂歌曲 rm 檔案之網站；又被告僅係基於供人試聽及介紹評論之性質而提供品質不佳之 rm 檔案，與原歌曲並無取代性，而此種方式在大陸地區係屬合理使用之範圍，並不能認為係侵害著作財產權；另網友下載歌曲係渠等自行決定之行為，並非被告公開傳輸上開歌曲，此外，被告亦無違法之犯意云云。

二、高等法院認為將歌曲壓縮成 rm 格式音樂檔案之方式另外儲存均屬重製

本案被侵害歌曲，分別係各該公司享有著作財產權之錄音著作或音樂著作；被告利用網頁空間架設「琉璃仙境」網站刊載音樂歌曲，並以超連結方式使不特定網友點選後可連結至其所承租之 4ting 主機內，進而未經授權，使不特定網友可線上試聽及下載上開歌曲之 rm 格式檔案，且藉此招攬廣告牟利，每月約可賺取五萬元等事實。本案所涉之歌曲或樂曲，性質上屬於音樂著作及以此為內容之錄音著作，而 rm 格式之音樂檔案雖屬破壞性壓縮（或稱有損壓縮）音樂格式，且為求檔案較小便於儲存、傳輸，使得壓縮後之音質較常見之 MP3（MPEG Layer 3）壓縮格式音樂檔案為差，然依一般人之使用經驗，仍能清楚分辨主要之音樂

旋律、節奏及歌手歌聲，顯與原音樂或錄音著作具有實質同一性，是若將原歌曲或樂曲以壓縮成 rm 格式音樂檔案之方式另外儲存，及將已壓縮成 rm 格式之音樂檔案再行複製，自均仍屬著作權法第 3 條第 1 項第 5 款之重製行為，當無疑義。

三、高院認被告具犯意聯絡且有提供檔案之分工行為

本件被告在其網站上提供上開歌曲音樂檔案供人線上聆聽，即係將上開歌曲透過網路公開傳輸至各該使用者電腦上播放，被告對此流程自知之甚詳，否則不會在上開網站提供此項功能，是其於各該使用者點選該項功能時，所為即屬公開傳輸上開音樂著作或錄音著作之行為，此不因被告係因使用者點選而被動傳輸，或係因使用者進入該網頁被告即預設主動傳輸播放音樂而有差異，是被告辯稱其並未公開傳輸云云，當非可採。又其提供上開音樂檔案供不特定之人下載，除已屬散布之行為外，自知下載者會在其使用之電腦內再複製一份該音樂檔案，而仍提供檔案供人下載，顯然其與各該下載者就此部分之重製行為，亦具有犯意聯絡，且有提供檔案之分工行為甚明。

四、高院認定被告實際重製歌曲音樂檔案至 4ting 主機內

被告網站內所提供之歌曲，透過電腦在瀏覽器下按滑鼠右鍵點選內容選項以檢視各該歌曲檔案之內容後，可知檔案存放位置均在 4ting 主機內，並非再連結至其他網站或主機等事實，業據證人證述甚詳，證人於原審審理中更進一步證稱，若上開檔案內容之網址係虛擬網址，則僅會顯示網站主要網址，不會有後續之子目錄，是以被告網站內所存放之歌曲檔案，確實係存放於該 4ting 主機硬碟空間內，而非虛擬網址或是轉址。

按被告為熟習電腦知識之人，對於證人關於檢視檔案實際存放位置之技術部分所述，原則上亦未表爭執，僅辯稱其係將各該檔案轉連結之網址儲存成筆記本檔案後存放在 4ting 主機內，實際上還是會透過該筆記本檔案再連結至大陸地區其他網站云云。姑不論證人當庭表示從未聽聞此種技術，就實際運用層面而言，一般在撰寫網頁時直接輸入超連結之網址即可，若將超連結網址先編輯成筆記本檔案，在撰寫網頁時再連結至該筆記本檔案，非但多花一層功夫，更因此多了許多筆記本檔案而占用硬碟空間，是被告上開之舉對於網站管理者或網頁編輯者而言，實屬多此一舉，有害無益甚明。再者，在超連結至其他網站之情形下，因其他網站並非原網站所能控制，故在其他網站更動原先檔案存放位置時，常有連結失效之情形，必須修改原先超連結之位置，此時若超連結網址編寫在原先之頁面，則直接修改即可，並無不便可言。

反之，若如被告所述係存放在筆記本檔案中，則必須先開啓該筆記本檔案，才能修改儲存；且在同一網頁上有多筆超連結網址需同時修改之情形下，若依正常撰寫方式，僅需於同一網頁上直接修改即可，若依被告所稱之方式，需開啓多個筆記本檔案，還需注意有無弄錯檔案致輸入非對應網址之情形（例如 A 歌對應 A 網址，B 歌對應 B 網址，在同一頁面編輯時，因歌名仍在頁面上可供對照，所以不易弄錯，若以被告所稱之方式，在修改筆記本檔案時，其內僅有網址而無歌名，同時修改 A 歌、B 歌時，可能會造成 A 歌對應到 B 歌檔案所在網址之情形，必須謹慎注意），顯然較為不便且易出錯，是被告稱其此舉較為容易修改管理網頁，實令人難以採信。

再者，被告若僅係於網站中介紹歌曲後再超連結至其他網站，則所需之網頁空間不大，藉由其原先承租容量為 100MB 之虛擬主機，及向「YAHOO! 奇摩」網站所申請之免費網路空間即已足夠，詎其竟又以每年達八萬元之費用再承租上開容量達 120GB 之 4ting 主機，亦可徵其目的當在於以該主機作為實際存放歌曲檔案之處，至為灼然。綜上所述，被告有將上開音樂檔案壓縮重製成 rm 格式檔案後儲存於 4ting 主機之行爲，堪以認定。而其既係未經同意或授權，即擅自重製上開歌曲檔案，是其儲存於 4ting 主機內之音樂檔案，顯均屬侵害他人著作財產權之重製物，而被告猶提供上開檔案供不特定瀏覽網頁之網友下載，其有散布侵害他人著作財產權重製物之行爲，亦堪認定。

五、高院認為存放非法重製檔案之主機放置於大陸地區以介紹評論為目的提供 rm 格式音樂檔案供人試聽非屬合理使用

本案被告存放非法重製檔案之 4ting 主機放置於大陸地區，被告雖主張依大陸地區著作權法之規定，以介紹、評論為目的提供 rm 格式音樂檔案供人試聽係屬合理使用云云，然高院認為：被告除將音樂檔案存放於上開 4ting 主機外，「琉璃仙境」的入口網頁所在主機位於臺灣地區、歌曲、專輯介紹網頁所在主機主要亦位在臺灣地區，被告亦係在臺灣之住處透過網際網路為本案所有犯行，該網站所訴求之對象為臺灣地區之網友，所招攬之廣告更係以臺灣地區為市場之廠商，是就本件被告整體行為流程觀之，其犯罪之部分行為地、結果地均位在臺灣地區，僅係其中一部分行為透過放置在大陸地區之主機完成而已，自仍應遵守我國法律，不能以未違反大陸地區法律為由而得認不須遵守我國法律。

就合理使用而言，被告雖稱其係為介紹評論歌曲，而供網友下載試聽以作為購買參考云云，然細觀被告所稱之介紹評論，無非係類似唱片公司之行銷宣傳用語，不見有何關於個人試聽感想之介紹或評論，而其所謂之試聽，更係整張專輯、整首歌完完整整地供人線上聆聽及下載，與一般在網路上歌曲試聽係以部分歌曲，且多有試聽長度之限制不同（如僅能試聽歌曲前一分鐘等），此種大規模將

歌手專輯全部翻拷重製於網路上模式，顯然已逾越合理使用之範圍甚明。且就較不在乎音質之聽眾而言，若能透過被告之「琉璃仙境」網站隨時免費線上聆聽，或下載後在自己電腦中隨時聆聽上開音樂檔案，除非甚為鍾愛之曲目或歌手，自己無再購買正版音樂之需求，亦已造成告訴人公司合理利潤之嚴重損失，是被告辯稱上開 rm 格式之音樂檔案與正版歌曲不具取代性，僅供試聽將不會造成告訴人公司損失云云，當非足採。

又被告一再辯稱在大陸地區以 rm 格式檔案供人下載試聽部分，高院認不論此舉在大陸地區是否合法，均不影響被告違反我國著作權法規定之認定，再者，依中華人民共和國著作權法第 22 條第 2 款之規定，亦須係為介紹、評論某一作品或說明某一問題，在作品中適當引用他人已經發表的作品，方屬合法，此規定與我國著作權法第 52 條關於合理使用之規定雷同，而被告所為已經逾越此種合理使用之範圍，業如前述，自難認其所為亦符合大陸上開著作權法第 22 條第 2 款之規定。此外，被告雖稱透過網路搜尋軟體在網路上即可查知大陸地區有許多提供 rm 格式音樂檔案下載之網站，然按大陸目前對於仿冒品、盜版品之查緝仍與先進國家有些差距，此為眾所皆知之事實，是大陸地區有許多網站可提供 rm 格式音樂檔案下載，並不盡然表示此舉為合法，亦不能排除上開網站確實已獲得唱片公司合法授權之可能性。

另被告雖提出網站之核准字號，惟此部分僅能證明該網站係經大陸政府核准設立，至於網頁內所刊登內容是否合法亦不能以此證明，要屬當然。具體言之，以 rm 格式壓縮重製音樂檔案，雖音質較差，然仍具有同一性，此舉顯屬重製行為，自應獲得著作財產權人之同意或授權方得為之，細觀大陸地區著作權法，並無與此不同之規定，被告竟而空言在大陸地區以 rm 格式壓縮重製音樂檔案供人下載試聽係屬合法，卻始終未能提出大陸地區相關法令規章、報章雜誌報導甚至學者論文以為憑據，徒以大陸地區現存許多上開模式之網站作為情況證據，卻忽略上開網站可能已獲授權，或均屬違法之情形，是其此部分所辯自非足採。

被告承租 4ting 主機每年支出八萬元，所費不貲，法院詢問既已有琉璃仙境網站，為何還要架大陸地區網站？被告答因為大陸對架設 4.ting.net 是允許的。當初是大陸可以允許網友在購買歌曲前，可以試聽，所以才在那邊架設，因為大陸允許這樣的方式云云。顯見被告行為時已明知此舉於臺灣地區係屬違法，竟不思停止犯行，反而透過在大陸地區設置主機之方式來規避查緝，其主觀上具有非法重製、公開傳輸及散布非法侵害他人著作財產權重製物之犯意，亦甚灼然。

六、高院駁回被告入口網站連結、非以營利為目的、網站有加警語等抗辯

被告辯稱其所設置之琉璃仙境網站僅係入口網站，該網站並無非法之重製歌曲或錄音著作，4.ting.net 網站始有重製之歌曲，然 Yahoo 或 Google 網站亦均可連結到 4.ting.net 網站去下載歌曲，Yahoo 或 Google 之設置人豈亦違犯著作權？再 4.ting.net 網站於大陸並非不法云云。但法院調查證人結證，被告於大陸地區承租之主機即放置重製歌曲之實質檔案；再佐以被告以年費 8 萬元向邁林國際多媒體股份有限公司承租記憶體 1 G B、硬碟 120 G B 之主機，置於中國大陸上海，該主機固定之 I P 為 61.172.255.47，該主機所有資料為被告所有。且證人於偵查中亦結證，於 93 年 12 月查出網站設在台灣之後，被告才移至大陸。

而且被告向邁林公司承租置放於大陸上海之主機係在 94 年 1 月底，則證人所證，重製之歌曲先放在台灣地區，後轉在大陸上海之主機內，亦可見被告係看到在台灣上重製有著作權之歌曲係違法，始將容納違法重製之歌曲之網站，在大陸另設 4.ting.net 供不特定人下載，而 4.ting.net 既係被告所設，然縱 Yahoo 或 Google 亦可連結到 4.ting.net，惟該二個網站之設置人難認知情被告違法重製歌曲置於 4.ting.net 內，則當亦無辯護人所辯 Yahoo 或 Google 網站之設置人亦有違犯著作權法之可言。被告又辯稱其所收之廣告費只充琉璃仙境網站之成本，非以營利為目的，被告顯係利用不特定之多數網友上琉璃仙境網站瀏覽，甚至連結至 4.ting.net 網站下載非法重製之歌曲，向商家收取廣告費。若被告非以營利為目的，當無必要干冒違犯著作權法，而設置 4.ting.net 網站讓網友聆聽或下載歌曲，所辯收取廣告費用僅係維護網站之成本云云，亦非可取。

被告再辯：琉璃仙境網站亦有加警語，讓網友試聽歌曲，決定是否購買，並請網友購買正版之光碟，未有侵害著作權云云。然被告重製於 4.ting.net 網站內之歌曲均係整片光碟重製，如艾迴股份有限公司享有著作權之徐若瑄、蔡依林、S H E、孫燕姿等歌手之每張專輯所有歌曲均全部重製於被告之 4.ting.net 網站內，其他的歌手之專輯，如張學友、Energy、戴佩妮等，僅缺 1 條或 2 條歌曲未重製於 4.ting.net 網站外，亦幾乎全部重製。試問若到販賣真品各歌手專輯之光碟店，欲購買各該光碟，各商店之營業人員，亦不受理整片光碟均試聽完才決定是否購買之要求，則被告雖於網頁標明試聽，應係道德勸說，各該上網之網友仍可就被被告重製於 4.ting.net 內之各歌手專輯歌曲下載聆聽或全部另行再重製，尚無法阻卻被告無違犯著作權法之故意。

七、高院認被告將 rm 音樂檔間接暫存於 4ting 主機內（非被告自己下載，係透過下載者之下載而間接產生音樂檔在 4ting 主機內）符合著作權法之重製

被告聲請其所寫之程式檔案內容（用記事本儲存檔名 xxx.php）送請資策會或台灣大學資訊系鑑定，是否可超連結到 4.ting.net 以外之大陸其他網站云云。惟高院認為，被告向邁林公司承租之置於上海之主機，合約終止日係 95 年

1月31日，且本案既已案發被告當不致再續約，則邁林公司對於主機內被告所設置之資料，依該合約之規定，在合約期間，邁林公司始不應任意使用或刪改，而今雙方合約既已期滿終止，邁林公司當無留存4.ting.net內資料之必要，則該資料是否存在，即有疑問？再本案之事證已明，從而被告請求送鑑定其所寫之程式檔案內容（用記事本儲存檔名xxx.php後即可執行）云云，並無必要。

縱使被告果真以前述技術於4ting主機內將轉連結之網址儲存成筆記本檔案後存放，於網站維護時，只要連上該大陸網站http://www.xxx.com/xxx.php後，輸入歌曲代號、實際歌曲網址、即可變更，然既是以轉連結之方式作連結，則當下載者透過琉璃仙境網站超連結至4ting網站後，再經轉連結方式於其他大陸網站中下載到音樂，將必經過4ting網站先於儲存該rm音樂檔之暫存檔案後，下載者始可能再從4ting網站內將該暫存之rm音樂檔下載至下載者的硬碟內，亦即透過被告所說之技術提供試聽時，被告之4ting主機內，必定存有該rm音樂檔之暫存檔案。

按依我國著作權法所謂重製，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，則被告雖僅將rm音樂檔間接暫時存於4ting主機內（非被告自己下載，係透過下載者之下載而間接產生音樂檔在4ting主機內），仍符合著作權法有關重製之規定。被告既使用該技術讓下載者便於將各rm音樂檔為下載，而不用實際上再超連結至其他大陸網站，由該大陸網站之網頁頁面為下載行為，當應係明知該rm音樂檔須先從其他大陸網站中暫存至4ting主機內，下載者才能再由4ting主機內下載到該rm音樂檔，則不論一開始被告4ting主機內究有無重製之音樂檔，只要有下載者透過4ting主機轉連結方式下載音樂時，該4ting主機內必已產生重製之音樂檔案，而被告並不用實際自己將rm音樂檔儲存於4ting主機內，4ting主機內也會因該方式產生rm音樂檔之存在。則檔案內容之網址不僅會顯示網站主要網址，亦會有後續之子目錄甚明，因此被告所為當係屬於重製行為之分工，被告連續明知係侵害著作財產權之重製物而散布犯行堪以認定。

肆、琉璃仙境網頁超連結侵權案之評析

關於琉璃仙境案值得我們關切的是，長久以來在網路著作權的領域中，一般都認為超連結基本上是不違法的，因為只是一個路徑的指引，原則上本身並未牽涉著作權的內容；但，在若干特殊的情形，有人若刻意建構一網站，而在其內提供無數關於侵權電影或音樂之超連結指引，此時針對行為人在實務上或可依個案之實際事實狀況，考慮以侵害著作權之幫助犯來處理，因此，單純的超連結，不代表必然指涉違法。在本案中從判決的事實可看出，被告雖然號稱是以所謂超連結的方式連結網頁，但實際上則已經脫離了這個領域。

本案被告架設琉璃仙境網站，再從網路搜尋取得一萬四千多首他人有著作權歌曲，然後用壓縮方式重製成 rm 格式之音樂檔，再儲存於主機硬碟內，然後按照歌手名稱、專輯名稱、歌曲名稱、音樂類型等類別建立網頁內容供網友試聽及下載，再撰寫超連結的程式讓網友至其首頁中點選，再透過網頁超連結功能，連接到主機硬碟內，來進行免費的所謂試聽及下載，導致點閱的人數增加，再賺取因而產生的廣告費，被告首先辯稱由於連接到的對象是在大陸，而其琉璃仙境網站內並未重製，因此抗辯管轄權之問題，但法院認為依侵權行為理論，犯罪行為地和結果地有一充足構成要件即得管轄，本案網友既然可以透過琉璃仙境網站再連結到大陸之主機或網站，最後可以在台灣的電腦上進行聆聽或重製，當然具有管轄權，此點並不意外。

至於被告抗辯透過網頁再超連結到大陸網站，此與前述一般的超連結是否有所不同而構成違法？其實這個問題有很多網友都會提及，本案看起來被告是處心積慮用兩階段的方式刻意作防火強來區隔，首先是在台灣製作一網頁，網頁內當然沒有違法的相關著作內容，但網頁內卻可讓網友按上述提到的專輯歌曲名稱等資訊，讓網友超連結至儲存於大陸的主機內進行音樂的下載，被告透過這種方式巧妙辯稱只不過是作一個超連結，而網站內之所以有這些音樂資訊，則用試聽或評論介紹云云等藉口來辯護，並認為如此呈現並不會去取代原來歌曲，甚至認為這在大陸上是屬於合理使用範圍而不構成侵權。

然而，本案地院及高院均認為，網友連接到大陸主機後，之所以可聽到並下載這些歌曲，與一般時下所謂單純超連結不同，因本案被告其實是將受保護之錄音著作，以 rm 格式之音樂檔予以儲存傳輸，是被告的確有將歌曲壓縮成 rm 格式之檔案予以儲存複製，因此構成著作權法之重製，依此觀之，高院認定的被告犯罪事實，並不是一般單純所謂的連結而已，本案如被告只是單純用超連結的方式連接到大陸之網站，而自己並沒有進行任何所謂 rm 格式音樂檔案之壓縮或儲存（即無重製），可能情況將改觀！因此，針對一般網友常常問到單純超連結至境外具有侵權內容之網站時，尚非本案之處理類型，本件被告其實還是侵犯了著作權法最基本之重製犯行，才會被認定為有罪。

本案比較值得關切的是，高院如何認定被告有重製之行為？由於台灣法院不可能自行或委託鑑定專家赴大陸實際勘查，因此，針對被告犯行之拿捏，在刑事訴訟程序之下，饒值探討，細繹高院的判決，法院的認定是以電腦操作作為判斷的基礎，高院透過證人很巧妙的運用電腦技術來認定被告之行為，是具有著作權之重製，而是被告有將上開音樂檔案壓縮重製成 rm 格式檔案後儲存於 4ting 主機之行為。

再者，針對被告認為提供 rm 格式檔案構成介紹評論目的之合理使用，高院亦予以駁斥，蓋從整個被告的入口網頁、所在主機、網頁內介紹內容、訴求對象及招攬廣告廠商等等，高院完全是觀察被告整體網站操作模式之行爲架構，認定被告之侵權，來評價被告之意圖，因爲不論是介紹或評論甚至視聽，都不需要用被告這種將他人整張專輯整首歌曲完全呈現在網路上，這與一般網路上真正的試聽大異其趣，而是大規模的全部翻拷重製，故認為超越了合理使用範圍，高院在此並位未詳細申論著作權法第 65 條的構成要件來認定殊屬可惜，因網路上的使用到底在何種情況下可以構成合理，一直都是所有網路相關著作權案件之核心，因此，但判決理由內如多所申述，特別是針對市場替代價值等因素加以分析，論理上可更精緻細膩。

本件另外一個值得關切的議題是，前所談被告將音樂錄音檔案儲存於主機內，但實際上這並非被告自己來下載儲存，而是透過下載者之下載來間接產生儲存在電腦主機內，這時是否可以視爲是被告自己所下載？關於這點，一直是我國網路司法案件中迭有爭議之部分，例如 ezPeer 與 Kuro 等相關 P2P 之案件（詳參本研究後述章節），重製及公開傳輸並非平台經營者本身所爲，而是假手網路使用者，由此可知網路著作權的核心爭議之一，是在於技術或平台的提供者藉網友之操作，所產生的侵權行爲結果應否視爲提供者本身之犯行。

針對此點，高院的判決著墨不多，僅認定被告既提供該技術，讓網友下載該等 rm 音樂檔，被告就應明知這些檔案必須從大陸網站中暫存至主機內，所以被告必須自己將該等音樂檔予以儲存，也就是說系爭主機內透過被告之操作方式，會直接產生 rm 音樂檔的存在，由檔案內容網誌會顯示網頁之主要網址以及後續之子目錄，來認定本案被告當然是與網友間就重製行爲有所謂的分工，基此，透過被告讓下載者在其使用之電腦內之重製，認爲被告與網友間具有犯意聯絡及行爲分工而構成共同正犯。

高院這個部分的論定，其判決的理由明顯薄弱，因爲他人的行爲如何視爲是自己的行爲，中間法律認定的基礎，不論是在 ezPeer 認爲不構成共同正犯或是在 Kuro 案認爲是共同正犯，該兩案的判決理由都依照犯罪事實之連接而推演出法律結論，本案則沒有這麼詳細，因爲究竟網站經營者和網友是否屬於共同正犯，一直以來都是網路著作權的爭議核心，所以這個部分本案高院的理由值得加強。

第三節、線上音樂網站 KKBOX 音樂著作侵權案

壹、檢察官起訴認定之犯罪事實

被告等分別係被告願境網訊股份有限公司負責人、總經理，渠等二人均明知告訴人享有著作財產權之音樂著作，未經告訴人之同意或授權，不得重製上開音樂著作物成爲 DRM（Digital Rights Management，數位版權管理系統一種加密機制，使該音樂檔案，僅能於特定於加密者指定之電腦軟體離線收聽，而無法移至其他設備播放）格式之音樂多媒體檔案；亦明知願境公司於民國 88 年 9 月成立後，設立之 KK Box 網站（網址 <http://www.kkbox.com.tw>），係提供不特定人，以免費或以每月新臺幣 149 元或 6 個月 894 元代價，在該網站註冊成爲試用或正式會員後，即可下載該網站提供之 KKBox 軟體（用戶端軟體），並經該會員在其使用之個人電腦安裝該 KKBox 軟體後，執行該軟體並輸入其會員帳號及密碼，利用該軟體連結 KKBox 網站，即可提供會員瀏覽該網站提供以 DRM 格式之音樂多媒體檔案目錄，並提供會員點選。

經 KKBox 網站之會員點選上開檔案目錄中之特定音樂多媒體檔案後，KKBox 軟體即依該會員之需求，提供隨點即聽（即線上播放，試用會員僅於註冊時起 24 小時內，可使用此一功能）或透過網際網路公開傳輸（即下載）並重製至該會員指定之電腦硬碟內（KKBox 網站，同意會員得分別下載至會員指定之三台電腦內），使該會員得於會員存續期間內之任何時間、地點，利用上開 KKBox 軟體離線收聽其在 KKBox 網站所下載之 DRM 格式之音樂多媒體檔案。被告二人竟共同基於侵害上開著作財產權犯意聯絡，於不詳時地，指示願境公司不知情之員工，將告訴人之音樂著作，擅自重製爲 DRM 格式之音樂多媒體檔案，並自 93 年 1 月間起，陸續置放在 KKBox 網站內，供其會員以上述之方式瀏覽該檔案目錄，並可透過 KKBox 軟體隨點即聽或下載至其電腦內離線收聽。嗣告訴人於 95 年 7 月間，利用 KKBox 軟體連接至 KKBox 網站，得知 KKBox 網站未經其同意或授權，提供其享有著作權之系爭音樂著作目錄及檔案，供該網站會員瀏覽及隨點即聽或公開傳輸至該會員所有之個人電腦硬碟內供該網站會員離線收聽，因認被告二人所爲，均係違反著作權法。

貳、原審台北地院認被告無違反著作權法故意

臺北地方法院 96 年度訴字第 679 號刑事判決檢察官提起公訴（95 年度偵字第 23610 號）

公訴人認被告願境公司、被告等二人，就告訴人享有「詞」文字著作之「紅色的信帖」、「你最近是怎麼回事」2首歌曲，有上開違反著作權法犯行，無非以告訴人指述其與上揚有聲出版有限公司所簽之「著作利用同意書」、告訴人與上格·華星唱片之協議書、被告公司網站線上播放網頁、證人祝○○之證詞等為主要論據。訊據被告均承稱確實未經告訴人之直接授權而將告訴人歌曲在被告願境公司所經營之KKBox網站上架供不特定之人點選，惟均否認有違反著作權法犯行，辯稱系爭二首歌曲，願境公司有分別自上揚國際股份有限公司、環球國際唱片股份有限公司處取得授權，因願境公司當初是國內第一家有合法付費取得授權之數位音樂網站經營者，當時是很新的產業，願境公司認為取得錄音著作就是一併取得詞曲著作（音樂著作），所以只有和唱片公司簽約取得授權，而且在當時數位音樂的經營者是否須就錄音著作、詞曲著作分別取得授權亦有爭議，願境公司不是故意不和詞曲著作人談授權，所以才未個別取得告訴人該二首歌的詞授權，沒有違反著作權法的故意。

參、高院檢察官上訴意旨重點概要

本案證人上揚國際公司之法務趙○○審理時業已清楚陳述：「當初合約書授權是寫錄音著作，詞曲的授權是不在這份合約的範圍」等語，且於回答辯護人詢問此一授權合約為什麼記載「包括但不限於音樂著作」之問題時亦稱：「當初談的就是錄音著作，願境公司說這是制式的合約」，足徵被告願境公司於與上揚國際公司締結授權合約時即已得知並未取得本案「紅色的信帖」歌詞之音樂著作一節甚明，且此項陳述與被告甲○○於在被告公司法務人員林○○陪同下接受檢察官訊問時亦自陳：「（你們取得的授權範圍是否僅限於錄音著作？）是。」亦相符，益徵被告願境公司及被告等於與上揚國際公司簽立授權合約之時即知悉並未取得本案音樂著作之授權甚明，迺原審置此等不利於被告等三人之陳述不論，亦未明不採信之理由，已有判決不備理由之違誤。

況查，證人趙○○於簽約時亦明白表示授權之範圍不及於本案音樂著作，而就本案願境公司所發退費函文一事，證人趙○○亦證稱：「簽約之前願境表示，如果找不到詞曲著作的授權，會先把詞曲著作的款項先撥給上揚」，亦顯見被告公司確然明知其所為之線上播放音樂著作之行為確有未取得著作權人授權而有侵害著作權之事實存在，惟希冀透過制式合約規範之要求，以規避外界對於侵權行為論究之危險甚明，此觀證人林○○於審理時證稱：其知悉錄音著作與音樂著作不同，亦曾向上級祝○○反映在合約中是否應清楚分開標示「RECORDING 含 PUBLISHING 或不含 PUBLISHING，然均未獲指示」等語，在在足徵被告公司確然明白本案確有侵權之事實甚明。原審置證人此項陳述不論，亦未表明不採信之理由，亦有判決不備之不當。

另查，依證人即被告公司產品部人員王○之證述：「我知道與告訴人有這樣的官司」等情以觀，本案侵權之爭議，顯然於告訴人提出告訴，被告公司到警局製作警詢筆錄之時即已知悉，且此項知悉之事實，亦有證人林○○之警詢及偵查筆錄為憑，是至遲被告公司於 95 年 9 月 19 日之時即已知悉其未獲授權之事實，此觀證人林○○於接受警詢時表示將清查授權文件後，其所提供之文件即無隻字提及上揚國際公司，且就「你最近是怎麼回事」部分，亦表明：「你最近是怎麼回事，就是 2004 年 6 月左右，由環球唱片提供上架的，．．．，後續環球唱片跟 KKBOX 續約時，則告知不再代替 KKBOX 清理相關權利」，可知被告公司於與環球公司續約之時，被告願境公司就本案之音樂著作部分即應自行承擔取得授權之責甚明，而被告等人迄今亦未能提供相關「自行清理相關權利」之授權證明文件，益徵被告等人自始即明知其有侵害告訴人歌詞之音樂著作等犯行甚明。

未查，本案就「你最近是怎麼回事」部分，環球公司既已如上述於 95 年間表明被告願境公司等人應自行清理相關權利，佐以原審復認定證人張○○明白證稱：「94 年開始唱片公司與版權公司這部分沒有談攏，96 年仍然無法達成協議，所以要求願境公司自行處理詞曲的部分」等情以觀，是至遲自 96 年間起，被告願境公司等人顯已明知並未自環球唱片公司處取得此部分詞之音樂著作授權甚明，則證人張○○於審理時所稱：願境公司有支付詞曲著作之授權金云云，非但與其本人上開證述矛盾，而難援為對被告有利之認定，亦顯與事實不符。

綜上，被告等人自始既已明知其僅取得本案歌曲之錄音著作授權，且自 95 年間即無法再以環球公司之授權合約援為本案授權之依據，竟仍於得知告訴人提起告訴後，仍持續侵害本案歌詞之音樂著作，供不特定人點選播放，迄 97 年 9 月間，其犯行自甚明確，原審未察上情，仍稱被告等人「主觀上認為依合約有包含音樂著作授權」云云，自有不當。

肆、智慧財產法院之認定判決³²⁸

一、關於錄音著作是否及於音樂著作之爭議

告訴人主張其係「紅色的信帖」、「你最近是怎麼回事」等 2 首歌曲之「詞」著作人，而被告願境公司就該 2 首歌曲係分別與上揚國際公司、環球國際唱片公司簽約取得授權，並未取得告訴人之直接授權，即將系爭歌曲在所經營之 KKBox 網站上架，供不特定之人點選等事實，均為被告所承認，復有願境公司與上揚國際公司、環球國際唱片公司之合約、願境公司網站線上含有 2 首歌曲之

³²⁸ 智慧財產法院 98 年度刑智上訴字第 36 號刑事判決

播放網頁等件可佐。被告等雖辯稱只要自唱片公司取得「錄音著作」的著作權，毋庸再取得詞曲著作授權，即可上架云云。

然查：著作權法第 5 條將「音樂著作」、「錄音著作」分別規定在該條第 2 款、第 8 款項下，是依著作權法之文義解釋，「音樂著作」、「錄音著作」係不同內容著作財產權之概念，而通常情形，一首歌曲的歌詞、作曲著作人與錄音著作人非必然相同，且通常並不相同（最高法院 97 年度台上字第 944 號刑事判決參照），被告所辯取得「錄音著作」之歌曲即可上架網站，即可一併取得「音樂著作」，毋庸再取得詞曲著作授權云云，即有誤會，故歌曲著作之「音樂著作」、「錄音著作」係分屬不同內容之著作財產權概念，應經分別授權。再上揚國際公司、環球國際唱片公司均係「唱片公司」，就所有歌曲所擁有之權利僅係「錄音著作」，被告主張就系爭歌曲有與上開二公司簽約取得授權，應僅限於該二唱片公司所擁有之「錄音著作」部分，自不待言。惟願境公司與上揚國際公司、環球國際唱片公司所簽立授權契約書所使用之文字以觀，並未將合約授權內容僅限於「錄音著作」且不及於「音樂著作」一點為明白之區分。

二、授權契約並未明白將授權限於錄音著作不及於音樂著作

依願境公司與上揚國際公司於 94 年 11 月所簽立之「錄音著作授權契約」，該契約第 2 條 (2.1) 關於「授權標的」約定之文字為：「甲方同意將其所享有或代理之所有錄音著作以及與該錄音著作有直接關係之唱片包裝盒上或盒內一切著作及其他用於行銷宣傳之相關著作（包括但不限於音樂著作、攝影著作、美術著作、語文著作或圖形著作等）（以下合稱包裝宣傳著作，與本約錄音著作合稱本約授權標的）之使用權利，依本契約第 3 條授權範圍及方式，非專屬授權予乙方。如日後甲方發行或代理其他錄音著作時，該錄音著作以及與該錄音著作有直接關係之包裝宣傳著作，應自動追加為本約授權標的。甲方需配合乙方需求以書面提供本約錄音著作之歌單及本約授權標的之清單，供乙方建檔管理使用。」。

依被告所述，願境公司與環球國際唱片公司係在 94 年 10 月簽立第一份之歌曲授權契約，且係英文版本(有中文譯本)。被告於審理時辯稱：英文契約第 2 頁第 3 欄關於「PUBLISHING」之條款，就是音樂著作的授權等語。而證人即負責環球國際唱片公司與願境公司簽約事務之該公司數位部門總監張○○於原審審理時，亦證稱：該頁合約第三欄所規範的『PUBLISHING』，是指詞曲版權的授權等語。自上說明可知，雖然上揚國際公司、環球國際唱片公司等二公司係唱片公司，應僅能就歌曲之「錄音著作」為授權，但該二公司與願境公司所簽立關於本件二首歌曲之著作權授權合約，於契約文字上均有提及「音樂著作」之授權，則被告等所辯伊主觀上認為依合約有包含「音樂著作」的授權一節，尚非全然無稽。

三、簽立授權契約當時市場上實體音樂授權取得錄音授權可能一併取得詞曲授權

又願境公司與環球國際唱片公司所簽本件授權契約之文字有包含詞曲音樂著作的授權，而因本案之發生，願境公司與環球國際唱片公司於 96 年 10 月又再簽立備忘錄 1 份，雙方約定「1.雙方同意願境公司應該負責取得、支付並管理所有環球錄音著作內含詞曲著作的費用支付，在本服務於本合約所規定之地區及合約期間中，包括公開表演、公開傳輸及其他相關的授權。」、「2.環球同意退還部分的預付款項，金額為 21 萬 4735 元。」。

可知，因本案授權爭議，環球國際唱片公司有退還向願境公司所收取關於原授權歌曲之詞曲著作授權費用。又關於該簽約及退費之過程，證人張○○證稱：「（環球公司有無自 93 年開始與願境公司簽訂備忘錄，並且把陳明真所演唱的『你最近是怎麼回事』授權在 KKBOX 上架？）有。」、「（願境公司有無依約支付錄音著作及詞曲著作的授權金？）有。」、「（英文合約所規範的『PUBLISHING』，是指什麼範圍的授權？）詞曲版權。」、「（所以願境與環球最初所簽立的授權合約，是包含詞曲的授權？）對。」、「（環球與願境簽約有包含詞曲的授權，環球為什麼認為環球自己有歌曲的授權？）因為一開始環球認為數位音樂的授權是跟實體 CD 的授權是一樣，因為在實體 CD 的部分是唱片把 CD 賣了以後，再與詞曲公司結算詞曲的費用，所以我們在數位授權的時候一開始也以為可以先授權再去和詞曲公司結算詞曲的授權，但後來唱片公司與詞曲公司談判破裂。」、「（你的詞曲公司與唱片公司談判破裂可以再說清楚？）詞曲公司、唱片公司有自己的團體，這個談判是由團體來進行，後來兩邊的團體就這個部分的談判破裂，所以要分開處理，所以詞曲著作與錄音著作要分開處理。」、「（實體 CD 也要分開處理嗎？）實體 CD 沒有，數位有。」、「（會就數位進行談判跟本案有關嗎？）不是，就是後來詞曲公司不接受唱片公司所提的這樣的拆帳模式。」、「（合約原本是把詞曲音樂著作都授權，為什麼會另在 96 年 10 月又簽 1 份備忘錄，要求願境公司就詞曲權利自行向權利人結算？）這是很新的行業，一開始環球公司就認為，我們要做數位的授權時，就像實體的 CD 一樣，要由唱片公司向版權公司作結算，後來 94 年開始唱片公司與版權公司這部分沒有談攏，所以 96 年仍然無法達成協議，所以要求願境公司自行處理詞曲的部分，把之前環球有向願境所收的詞曲的授權費用就還給願境了。」。

自證人張○○之證言，可知願境公司與環球唱片公司於 94 年 10 月間簽立本件授權契約時，於當時市場上，實體音樂之授權係取得錄音授權者即可一併取得詞曲授權，惟數位音樂之授權是否如實體音樂授權，只要自唱片公司取得錄音授權時即一併取得詞曲授權，而由唱片公司另行與詞曲著作人團體結算授權金額，確有爭議，願境公司與環球唱片公司關於本件授權契約之簽立，於主觀上均認為

願境公司不必再另行取得詞曲著作人之授權，則被告辯稱：自唱片公司取得錄音授權時即可一併取得詞曲授權，毋須另行再與詞曲著作人談授權一節，並非無稽。

四、錄音著作授權同意退還被告已支付之詞曲著作授權費用

又願境公司與上揚國際公司所簽授權契約之文字雖明白約定係「錄音著作」，惟於同條款括弧註記事項又約定「包括但不限於音樂著作」，是依文字觀之，該契約似包括詞曲音樂著作的授權。且因本案之發生，上揚公司於 98 年 1 月復發文予願境公司，表示「本公司所授權貴公司之錄音著作中，『紅色的信帖』之詞、曲音樂著作部分，經查本公司並非管理權利人，是就該部分原自貴公司所收取之授權金應屬溢收款項，理當退還。」。可知，因本案授權爭議，上揚公司事後有同意退還願境公司所支付關於「紅色的信帖」歌曲之詞曲著作授權費用。

該簽約及退費之過程，依證人即上揚國際公司企宣部經理趙○○於原審時證稱：「（『紅色的信帖』歌曲，是在簽約當時就直接授權給願境公司來使用錄音著作嗎？）一開始談定的時候就授權錄音著作的部分。」、「（合約期間上揚國際公司有無收到願境公司通知就『紅色的信帖』詞曲著作部分有授權瑕疵？）當初合約書授權是寫錄音著作，詞曲的授權是不在這份合約的範圍。去年後因為本案的關係，願境好像有來公司反應。．．．款項我們應該只能收錄音著作的部分，因為我們沒有詞曲的部分，就把詞曲的款項退還給願境公司。」、「（上揚國際公司為什麼在 94 年 11 月的授權契約第 2 條授權標的有記載，『包括但不限於音樂著作』都連同錄音著作授予願境公司？）當初談的就是錄音著作，願境公司說這是制式的合約，但我們所認知就是只有錄音著作，第 2 條第 3 行括弧裡面的文字等這些細項，就沒有特別去研究，但上揚的認知就是只有錄音著作。

這份合約是由我代表上揚國際公司去簽的沒錯，但契約的文件先前主管都有確認。」、「（簽約前及簽約當場，有沒有具體提到詞曲著作的授權問題？）我有講，簽約前我有對林先生說，只有錄音著作，沒有包含詞曲的部分，簽約並不是當場面對面簽，雙方是用郵寄的，是願境寄給我們用印，用印之後再由上揚國際公司寄給願境的。」、「（依你所述本件在簽約前就已經確認只有錄音著作，沒有詞曲著作，為何在 98 年 1 月上揚還要發通知函給願境，表示願意退還詞曲著作的授權費用？）因為簽約之前願境有表示，如果找不到詞曲著作的授權，會先把詞曲著作的款項先撥給上揚，後來收到願境的報表，上揚也沒有仔細去區分有沒有包含詞曲著作的款項，我們收到報表就知道有點歌的部分，以為願境都有處理好，做了好幾年也都沒有什麼問題，收到報表也沒有特別討論有無包括詞曲的部分，後來願境來跟上揚國際公司說本案雙方再討論，依照願境公司的希望發函退款。」、「（你退款的總共有幾首歌？）只有對『紅色的信帖』這首歌做退款，因為願境說只有這首歌有問題，後來又簽新的合約，願境說要把詞曲著作的

授權費用全部抽掉，確認只是做單純的錄音著作授權，不包含詞曲著作的授權，最新的合約是這樣。」、「（一般業界所講的『音樂著作』，是不是就是詞曲著作？）因為上揚自製的產品比較少，我們是做進口比較多，以我們公司自己來說，我們公司在講的『音樂著作』，就是指錄音著作，如果是詞曲的部分，就是直接講詞曲。如果是本土的流行音樂，講『音樂著作』的時候應該是指詞曲。」。

由此可知，雖然證人趙○○證稱其主觀上係認為本件簽約僅限於「錄音著作」，且簽約前其有口頭上告知願境公司之承辦人員，惟依合約文字記載，該合約有明白約定「包括音樂著作」，且依證人趙○○所證其雖沒有仔細看該條款之文字，但文字內容事前均有送主管確認，再參以前之說明，簽約當時之 94 年間，數位音樂之授權是否可比照實體音樂授權，只要自唱片公司取得錄音授權時即一併取得詞曲授權一事，確有爭議，則被告所辯稱：願境公司主觀上以為依契約條款之文字約定，其自上揚國際公司取得錄音授權即同時可取得詞曲授權一節，亦非全然無憑。況依證人趙○○所證，願境公司於簽約之前亦有表示，事後若詞曲授權有爭議，上揚國際公司要退還相關費用，所以上揚國際公司在 98 年 1 月才會發文同意願境公司就有爭議之「紅色的信帖」歌曲為退費；益證願境公司就所付給上揚國際公司歌曲的授權費用，其主觀是認為包含「錄音著作」及「詞曲著作」，則被告等辯稱以為自上揚國際公司已經取得「紅色的信帖」歌曲的「詞曲著作」授權，沒有侵犯告訴人著作的故意一節，尚屬可信。

檢察官雖又指稱上揚公司主觀上係以為原授權契約本即限於「錄音著作」的授權，係事後因本案之故，基於被告願境公司之要求始勉強同意發文退費，並不能為被告等有利認定云云。惟對照證人趙○○於原審所為證言內容觀之，尚難認上揚公司係非出於真正意願同意退費，且依證人趙○○證稱：上揚公司於正式發文前有將該函文給律師看過確認後才發出來，顯然上揚公司係經過慎重考慮始發文同意退費；再參前之說明，本件授權契約文字確有提及「包括音樂著作」，依簽約當時之時空背景，數位音樂業者與唱片業者簽約是否可一併取得「錄音著作」及「音樂著作」之授權，未有定論，願境公司於本案爭議發生後要求上揚國際公司就原授權「紅色的信帖」歌曲的「詞曲著作」費用退還，非全無法律上之理由，上揚公司亦據此同意願境公司之退費請求，有事實上之依據，應非係為配合願境公司於本案中脫免刑責之目的而已，檢察官所指尚有誤會。

五、被告對其網站之歌曲於事前以簽約付費取得授權，對事後發生爭議歌曲亦盡力查明確認重新取得授權

被告願境公司於 93 年起開始以網站方式經營數位音樂，雖非國內第一家，惟以向著作財產權人付費取得合法授權，再向使用者收取費用後供渠等點選歌曲之經營方式，被告願境公司所經營之「KKBox 網站」確屬國內先驅，而關於被告

願境公司內部作業流程及控管程序，證人即願境公司產品部協理王○於原審審理時證稱：「（願境公司關於取得錄音及音樂著作授權，以及歌曲上架 KKBOX 的事情，有無規定作業流程請說明？）所有與唱片公司的合作，都要取得唱片公司的授權，經過授權之後，唱片公司會給我們資料庫的連結或 CD 給公司做轉檔，作為產品上架之用。版權部會通知我們已經取得授權，我們才會開始進行建檔的工作，建檔之後消費者才能在服務上聽到這些歌曲。」、「（唱片公司是否曾經把不屬於自己管理的歌曲授權給 KKBOX ？）有。」、「（遇到這種狀況的時候願境公司如何處理？）如果是在結算報表的時候，唱片公司發現有不是他們授權的歌曲會通知我們，我們會修改報表並把歌曲下架，如果我們上架的歌曲中，有權利人特別通知我們是屬於他們的歌曲未取得他們的授權，我們認為有授權疑慮的時候，就先下架，並釐清版權所屬，再決定是否重新上架。」

另證人即願境公司法務人員林○○證稱：「（唱片公司是否曾經把不屬於自己管理的歌曲，或是過了權利人授權給唱片公司期限的歌曲，再授權給願境公司？）有。曾經有一首歌有兩個代理商，我們只向一個代理商取得授權，另一個代理商就發函。還有一些詞曲作者說，與願境公司簽約的授權公司沒有權利授權給我們，這種情形我覺得還蠻多的，我已經有收到二十封以上的存證信函向我們表示授權有問題。」、「（願境公司有無規定發生這種狀況要如何處理？）如果是接到電話或收到存證信函就先將歌曲下架，然後跟告知的人討論到底是什麼問題。」、「（到願境公司從事法務的工作，你有無先研究歌曲的部分有分為錄音著作及音樂著作，你瞭解嗎？）我有去看書，我知道著作權法有這樣分，但實務上的運作我不是很清楚。」、「（從你進入願境公司工作開始，你們全部版權部門的人員在談版權的時候，有沒有把錄音著作及音樂著作版權的取得分開處理？）沒有。我進公司的時候沒有，因為這個產業太新了，我們認為跟 CD 一樣，有錄音著作就有音樂著作，只要公司取得權利人交付的實體 CD 或是音樂檔我們就有權利，進入公司 1 個月以後，我的版權部主管祝○○有跟我提唱片公司的團體與詞曲版權的團體在吵，說要把帳分開，原因是因為詞曲版權公司對於唱片公司如何分帳有意見，當時我們公司剛好也有一、兩個約到期，我也有問過祝○○，合約上要寫『RECORDING 含 PUBLISHING』或不含『PUBLISHING』，但祝○○也沒有給我明確的指示，比較大的詞曲版權公司我們就分開簽，避免爭議。」。

自上述二證人王○、林○○之證言，可知，被告願境公司對於在其網站上架之歌曲均竭盡所能於事前以簽約付費方式取得授權，對於事後有發生授權爭議之歌曲，亦盡力查明確認，重新取得授權，被告願境公司以此永續經營之正派態度營業，實與一般為謀取暴利任意剽竊他人著作權之盜版業者有間；且本案系爭二首歌曲均屬舊歌，於當時非膾炙人口之當紅曲目，多年後亦為多數人所不知，點播率不高，乃當然之事，被告願境公司在此情況下，猶獨就該二首歌曲故意不取得告訴人之「詞」著作授權，觸法上架，殊難想像，再參以被告願境公司網站上

有上百萬首之歌曲，縱有少數歌曲之授權有瑕疵，若一律令負刑事責任，對業者難免過苛。被告等辯稱：依當時情況，伊以為取得「錄音著作」授權即可，無須再取得「音樂著作」授權，無違反著作權法的故意等語，尚與事實相符可以採信。

六、被告於告訴後雖未立即下架，然主觀上以為依簽約授權可一併取得詞曲授權

證人林○○於95年11月在士林地檢署作證時曾證稱系爭「紅色的信帖」、「你最近是怎麼回事」2首歌曲在被警察通知時已經下架云云。惟依上揚國際公司98年1月對願境公司所發退費函文檢附關於「紅色的信帖」歌曲之「點播次數與權利試算表」所載，「紅色的信帖」歌曲自94年12月起至97年9月止，點播次數共730次，上揚國際公司應退還願境公司之「詞曲音樂著作」費用為9元；換言之，願境公司至97年9月仍未將該首歌自其經營之網站上下架，公訴人執此以為願境公司經告訴人於95年8月提出刑事告訴後，即已明知該歌曲之詞著作未經合法授權，仍繼續使用至97年9月止，至少於95年8月以後至97年9月下架時止，係基於侵害他人著作權之故意而為云云。

關於此點，證人林○○復證稱：「（你在偵查中到士林地檢署作證時說，本案在警察通知你們的時候，願境公司已經將『你最近是怎麼回事』『紅色的信帖』這兩首歌曲下架，你這樣的資訊是怎麼得來的？）告訴人是沒有發存證信函也沒有打電話告知我們，我知道這件事情是警察告訴我，我才知道有告訴人這件事情，將歌曲下架是我當時的主管祝○○告訴我的。」、「（95年11月28日作完證之後，公司內部有無就『你最近是怎麼回事』『紅色的信帖』下架做清查？）應該有。」、「（換言之在95年11月28日之後願境公司內部已經知道『你最近是怎麼回事』『紅色的信帖』這兩首詞曲著作的播放是有可能違反著作權法的？）我們並不認為我們有違反著作權法，因為都是合法簽約拿到音檔上架。」。可知，證人林○○於上開偵查中所證系爭2首歌曲已經下架一節，雖非事實，然證人林○○僅係願境公司職員，其未經確實查證而於偵查庭訊時為上開非事實之陳述，應無偽證罪之故意，其所為上開證言亦無任何拘束力或意義。而願境公司於告訴人提起告訴後雖未立即下架，然如前述，願境公司與上揚公司簽約，其主觀上以為依該簽約授權可一併取得「詞曲授權」，並非全無理由，在該授權仍有爭議之情形下，難認被告等人有侵犯他人著作權之故意，已如上述，則告訴人以其係「紅色的信帖」歌曲的詞著作人提起本案告訴後，願境公司在自認為未有違法的情形下未立即將該歌曲下架，尚難以此認為被告等人有犯罪之故意。

綜上所述，被告願境公司就系爭歌曲部分雖僅有與唱片業者簽約取得「錄音著作」授權，惟因被告願境公司係國內以電腦網站方式經營數位音樂之先驅者，且於94年間，數位音樂之經營者是否自唱片業者取得「錄音著作」授權即可，而毋須再另行與音樂著作人協商取得詞曲著作之授權，尚未有定論，被告願境公

司就系爭歌曲分別與上揚國際公司、環球國際唱片公司簽約取得「錄音著作」授權，且於契約中亦約定包含「音樂著作」授權，被告願境公司因而未再自告訴人取得系爭 2 歌曲之「詞」文字著作授權即將該兩首歌曲上架，尙難以此即認被告等就系爭歌曲部分於主觀上有何侵犯告訴人著作權之犯罪犯意，被告等未有何違反著作權法犯行，自亦難以此而令被告願境公司負同法之罰金刑責。

七、智慧財產法院對高院檢察官上訴之反駁

經查證人雖證稱：「當初合約書授權是寫錄音著作，詞曲的授權是不在這份合約的範圍」，然其另證稱：「（一般業界所講的『音樂著作』，是不是就是詞曲著作？）因為上揚自製的產品比較少，我們是做進口比較多，以我們公司自己來說，我們公司在講的『音樂著作』，就是指錄音著作，如果是詞曲的部分，就是直接講詞曲。如果是本土的流行音樂，講『音樂著作』的時候應該是指詞曲」等語，是以證人趙○○雖證稱上揚國際公司與願境公司所簽訂之授權合約僅限於「錄音著作」，而未及於「音樂著作」，然證人又證稱公司所認知之「音樂著作」就是指「錄音著作」，惟查，願境公司與上揚國際公司所簽立之「錄音著作授權契約」第 2 條（2.1）就「授權標的」已明訂為：「甲方（即上揚國際公司）同意將其所享有或代理之所有錄音著作以及與該錄音著作有直接關係之唱片包裝盒上或盒內一切著作及其他用於行銷宣傳之相關著作（包括但不限於音樂著作、攝影著作、美術著作、語文著作或圖形著作等）之使用權利，依本契約第 3 條授權範圍及方式，非專屬授權予乙方。」，倘謂願境公司與上揚國際公司締約之際，雙方均認知契約內容所指之「音樂著作」即為「錄音著作」，則雙方何須於同一份契約之同一條款中為使用不同之詞彙界定同一授權標的？

證人趙○○雖稱：「當初談的就是錄音著作，願境公司說這是制式的合約」，然其亦證稱：「這份合約是由我代表上揚公司去簽的沒錯，但契約的文件先前主管都有確認。」、「簽約時，你是不是有詢問過願境公司的簽約人員，就授權標的的部分可否做調整，但被拒絕？我看到第二條確實有寫明是錄音著作，細項的部分我沒有注意，在當場並沒有就授權標的要求做調整。」，則契約文字既已明確約定「錄音著作」及「音樂著作」均在非專屬授權之範圍內，願境公司與上揚公司於簽約前復經雙方主管確認契約內容，上揚公司始終均未就授權標的要求限於「錄音著作」而未及於其他著作，自應回歸契約之解釋，而探求當事人於立約當時之真意，考量當事人締結授權契約所欲達成之目的、授權範圍與授權金之對價平衡及授權事項之預期可能性等因素，而就契約條款之文字賦予明確之解釋。

八、被告支付授權金包含詞曲之音樂著作在內，契約明訂授權範圍與授權金對價相符

查願境公司與上揚國際公司簽訂上開契約目的，在於建立合法之數位音樂交易平台，此由願境公司自 93 年起即陸續與歡樂資源國際股份有限公司、弦茵國際娛樂有限公司、歌萊美捌捌陸陸股份有限公司、歌林天龍音樂事業股份有限公司、貴族唱片股份有限公司、光美文化事業有限公司、財團法人中華音樂著作權仲介協會、社團法人台灣音樂著作權人聯合總會等錄音著作或音樂著作財產權人簽訂授權契約可證，而錄音著作之重製或公開傳輸必然涉及其所包含之詞曲等音樂著作之使用，倘謂雙方締約僅限於「錄音著作」而未及於詞曲之「音樂著作」，則契約之目的顯然無法達成，況於本件詞曲授權爭議產生後，上揚公司已於 98 年 1 月 6 日發文同意將「紅色的信帖」詞曲音樂著作之授權金退還予願境公司，亦足證願境公司依上開契約支付予上揚國際公司之授權金係包含詞曲之音樂著作在內，是以契約明訂之授權範圍與授權金對價即互核相符，則被告等所辯渠等並無侵害「紅色的信帖」音樂著作之故意，即屬有據，尚不得僅憑證人趙○○事後就契約條款之單方解釋，而為不利於被告等之認定。

至證人趙○○另證稱簽約之前願境有表示，如果找不到詞曲著作的授權，會先把詞曲著作的款項先撥給上揚公司乙節，惟查，上揚公司係錄音著作之著作財產權人，其必先取得音樂著作財產權人之授權，始得重製音樂著作，而錄音著作之利用必然伴隨詞曲音樂著作之利用，已如前述，而一個錄音著作於實際交易上通常包含數個音樂著作，是以將音樂著作之授權費用支付予錄音著作財產權人，再由錄音著作財產權人分配予音樂著作財產權人，始得降低授權之交易成本，並創造著作權人與使用人互利之商業交易模式，願境公司縱可預見上揚公司於兩造締約時所授權之錄音著作，該公司於斯時未必享有或代理全部詞曲音樂著作之權利，然因當時就數位音樂著作之授權是否係循傳統音樂 CD 或 DVD 交由實體唱片行銷售之模式，而不須另行取得音樂著作權人之授權，確有爭議，且願境公司主觀上本即欲支付授權金予該不特定人詞曲音樂著作財產權人，且不欲發生著作權侵害行為，始將授權金先撥付給上揚公司，縱因實際上告訴人僅同意以遠高於市場合理價格之 420 萬元授權系爭兩首音樂著作予願境公司，因而雙方未能達成授權之協議，然此僅係被告等應否返還其所受利益予告訴人或賠償其所受損害之民事糾紛，尚難謂被告等於締約之初有何侵害著作權之直接或間接故意。

九、有關特定錄音及音樂著作之授權契約簽訂及歌曲上下架行為均非被告接洽執行

證人即願境公司內容開發部及新事業開發總監祝○○於警訊時證稱：「（願境公司在取得歌曲之『詞、曲、錄音』授權至將相關『詞、曲、錄音』載入伺服器供會員傳輸試聽、下載的程序為何？分別由何人負責相關業務或執行？）我們會在公司內部由版權部門，發出公司內部文件，然後告知已正式取得授權之唱片公司，然後請相關產品及技術人員上架，並開啓授權，設立授權公司專屬帳號以

便結算版稅。業務決行的部分，我負責先前與唱片公司授權、版稅溝通工作取得共識後，再由法務進行簽約工作，管理部門確認合約簽署完成後方開啓授權，交由技術、產品部門人員後，由職員或工讀生上架」等語，而證人即願境公司產品部協理王○於警訊時證稱：「（KKBOX 電子音樂平台伺服器內中歌曲『詞、曲、錄音』的檔案或相關資料載入由何人負責？）我本人。（在載入前必須由何人授權？）祝小姐談完授權後會以電子郵件通知本部門做產品上架的動作。」，其復於原審證稱：「（願境公司關於取得錄音及音樂著作授權，以及歌曲上架 KKBOX 的事情，有無規定作業流程，請說明？）有。所有與唱片公司的合作，都要取得唱片公司的授權，經過授權之後，唱片公司會給我們資料庫的連結或 CD 給公司做轉檔，作為產品上架之用。版權部會通知我們已經取得授權，我們才會開始進行建檔的工作，建檔之後消費者才能在服務上聽到這些歌曲。（被告二人關於上述作業流程的執行有無參與？）沒有。（你的部門在執行歌曲上架或下架的時候，是否會向他們報告或取得同意？）不會。（那是依照何種標準來決定歌曲的上架或下架？）也是依照版權部的通知。」等語，而證人即環球公司總監張碧蘭於原審亦證稱：「上架歌曲細節部分是由他們（即願境）公司的承辦人員來談，不是由被告等來談」等語，證人趙○○亦證稱：「（你代表上揚公司與願境公司簽約時，願境公司是由何人與你簽約？）跟願境公司的一位林先生，已經離職。」

綜觀上開證人之證詞，有關願境公司就特定錄音及音樂著作之授權契約簽訂及歌曲上下架 KKBOX 音樂網站等行爲，均非由被告等接洽執行，證人林○○於審理時雖證稱：其知悉錄音著作與音樂著作不同，亦曾向上級祝○○反應在合約中是否應清楚分開標示 RECORDING 含 PUBLISHING 或不含 PUBLISHING，然均未獲指示，然此部分既非由被告等決策，尚難憑此認被告等有侵害著作權之故意。此外，依願境公司與各該著作財產權人之授權契約可知，願境公司所經營之 KKBOX 音樂網站歌曲數量甚爲龐大，則被告等既未實際參與契約條款內容之議訂及執行，被告於偵訊中陳稱：「我們取得授權範圍僅限於錄音著作」，復明顯悖於前揭契約文字內容，自不得僅以被告與事實不相符之自白，而爲被告等有罪之佐證。

再查，告訴人係於 95 年 7 月、8 月、12 月先後就音樂著作提出侵害告訴，嗣由被告願境公司之法務人員林○○於 95 年 9 月 19 日製作警訊筆錄，是以被告等至遲於 95 年 9 月 19 日即已知悉系爭音樂著作有授權與否之爭議，且有關「紅色的信帖」之詞曲迄 97 年 8 月止仍可供 KKBOX 點播乙節，亦有被告等所提出之點播次數與權利金試算表可參，然查，證人王○於原審證稱：「（『紅色的信帖』、『你最近是怎麼回事』這兩首歌，願境公司有無通知你因爲有授權疑慮要準備下架？）我個人沒有印象這兩首歌，但我知道與告訴人有這樣的官司，但照我們的流程應該是有下架。（爲什麼願境公司受到警方或偵查通知到場說明之後，願境公司依然播放『你最近是怎麼回事』、『紅色的信帖』，直到 97 年 8 月都沒將它下架呢？）因爲我們每一天都有上下架的歌曲，我推論可能是作業上的疏失而忘

記下架等語，且證人林○○於 95 年 11 月 28 日偵訊中即證稱：「（目前你們網站上是否還有這兩首歌？）我們被查獲，警察通知我們時，我們就已經下架了。」，是以被告等既未實際執行歌曲下架 KKBOX 音樂網站之行爲，而依願境公司相關部門之作業流程本應將涉及侵權爭議之歌曲下架，且所屬部門之員工復告知歌曲業已下架之訊息，縱然就「紅色的信帖」之詞曲部分與事實不符，亦僅屬過失，而難認被告等有何侵害著作權之故意。

十、退還被告之權利金係計算至簽約時點，被告始確知並無詞曲部分之繼續授權

未查，依被告所呈「你最近是怎麼回事」之點播紀錄，該詞曲自 95 年 10 月起即未再提供點播，堪認證人林○○於 95 年 11 月 28 日偵訊證稱警察通知願境公司時即已下架等情爲實在。而被告願境公司於與環球公司係於 94 年 10 月 1 日簽訂「Digital Music Service Deal Memo」，依證人張○○於原審之證詞，「你最近是怎麼回事」確係環球公司依上開備忘錄授權願境公司在 KKBOX 上架，且上開備忘錄係包括詞曲的授權，嗣雙方雖於 96 年 10 月 31 日簽訂備忘錄，約定願境公司應自行負責取得、支付及管理環球公司錄音著作中之音樂著作及語文著作之授權金，環球公司並應於簽訂備忘錄後 15 日將先前收取有關上述音樂著作及語文著作之授權 214,735 元退還予願境公司，是以被告等人自 96 年 10 月 31 日起應已知悉並未自環球公司取得音樂著作之授權，然斯時被告等既已將「你最近是怎麼回事」自 KKBOX 音樂網站下架，自無侵害著作權之情事。

至於證人張○○於原審證稱：「願境公司有支付詞曲著作授權金」，復證稱：「96 年仍然無法達成協議，所以要求願境公司自行處理詞曲的部分」等語，前者係指 96 年 10 月 31 日簽訂備忘錄前，願境公司確有依 94 年之備忘錄支付詞曲授權金，後者則係指 96 年 10 月 31 日後，即由願境公司自行向各該詞曲音樂著作財產權人支付授權金，前後並無矛盾。抑且，依證人張○○之證詞，環球公司依 96 年備忘錄應退還願境公司之 214735 元係計算至簽約時點，是以被告等應係於 96 年 10 月 31 日始確知環球公司並未就詞曲部分繼續授權，上訴意旨稱 95 年間即無法再以環球公司之授權合約援爲本案授權依據，尙有誤會。

綜上，原審諭知被告無罪之判決，經核尙無違誤，檢察官上訴意旨仍執前詞，指稱被告等有違反著作權法之罪嫌云云，指摘原判決不當，核無理由，應予駁回。

伍、KKBOX 線上音樂網站侵權案之評析

針對音樂網站提供網友聽歌，一般合法經營者都會盡量去取得音樂著作的授權，但詞曲音樂著作相對而言因作者太分散，不像錄音著作之唱片公司具有一定的經濟規模而得以清楚的確認，導致音樂網站經營者不時會將少數沒有授權之音

樂提供網友聆聽，誤觸侵權之法網，從實際案例中可知，純粹是侵權之音樂網站固不論矣，大多涉案的例子，都是音樂網站雖取得大部分詞曲授權，可是仍然會有漏網之魚而被少數詞曲作者(或其受讓人)提出詞曲音樂著作之刑事控訴，這部分案例眾多，從商務經營及實際操作上，一般人會覺得這些網站都是合法經營者，但由於前述的因素，而無法百分之百的取得授權，但基於消費者的需求，才會有若干少數未經授權的歌曲上線，在社會感覺似乎情有可原，但從法律上看，只要是未經授權而具侵權故意（當然包括所謂容許發生之間接故意或未必故意），當然就要加以追究，因此，法院在處理此種案件類型時，通常都會針對個案事實深入瞭解，再進行符合理法之適當判決（這當然也是因為詞曲著作之仲介團體在性質上因為和錄音著作本質上不同所產生的結果）。

本案智慧財產法院針對檢察官的起訴，仍然維持台北地院原來無罪之判決，由於類似案件侵權的犯罪事實不像 P2P、ezPeer 或 KURO 具高度的爭議性，這部分案件在構成要件上比較沒有爭議，因所有的歌曲（含錄音及音樂著作）都是網站經營者所直接負責，因此類似案例法律上的爭執點，幾完全集中在究竟被告是否有所謂侵犯著作權之故意，本案 KKBOX 可以說是具代表性，因為智財法院分別從被告與前手的之合約究竟錄音是否及於音樂著作而加以分析，該授權合約之文字及實際內容的確有不一致而產生困擾，而這種困擾當然也提供了被告足以答辯的空間，一般法律人（包括法官）總認為合約內容應是清楚明白而可被準確適用，然現實社會中，就算透過律師或企業法務人員的參與，合約不論在文字或內容上，經常都還是有所矛盾，這時的解釋就變得非常重要，因為會牽涉到是否構成犯罪，而法官如何揭開這些表裡不一致的面紗，從這模擬的空間中來探究被告的犯意，即構成核心的問題。

本件智財法院認定被告與前手的授權契約，因文字上不一，並未明白限於錄音著作而不及於音樂著作，此其一；而本案被告當初與前手簽訂授權合約之當時音樂市場上的行情，取得錄音授權的確是可以同時取得詞曲授權，這部分法院透過證人及相關合約的內容得以確定，換言之，如果實際音樂市場的慣例，從一開始就很清楚的將錄音著作與詞曲著作分開操作涇渭分明，被告大概也沒有答辯的空間，但是就因為當時實際上有合併處理實例，才造成法官在證人證詞之後得此心證，錄音著作授權與詞曲著作授權分道揚鑣，產生市場上利用人之困擾而導致無法取得授權，這是本案被告抗辯成功的重要因素之一，從本案判決中法院不厭其煩的將所有證人證詞反覆推敲即得觀其結論產生緣由。

而最重要的是，如果是在一般的案件可能還不是這麼容易達到無罪之結果，而在本件中被告相對容易抗辯的是，當初被告與前手簽訂授權合約時，被告就曾經支付過詞曲授權之費用，嗣後因為未能順利取得詞曲著作之授權，前手才將此筆費用予以退還被告，這個事實很明顯的可以作為被告並沒有刑事侵權本意，前

手才將此筆費用予以退還被告，這個事實很明顯的可作為被告自始就沒有要侵犯他人詞曲著作權人之意圖，在一般案例中如沒有這項事實，恐難得到無罪之判決。

最後，網站經營取得授權的模式非常重要，在審理中智財法院對被告網站在一般程序中是如何於事前簽約取得授權，事後發生爭議時該網站是如何查證再取得授權等，予以詳細的查明，而認定被告網站經營的模式有其嚴謹度而非一般著作權犯罪網站可比擬，而認定對於少數幾首歌曲沒有取得授權的瑕疵，至多是有過失（智財法院甚至未提及此），而沒有所謂犯罪故意，若一律令其負刑事責任，則有所過苛，針對智慧財產法院的此種看法，吾人深表同意。

蓋實際商業社會之操作中，類似正派經營的音樂網站，被控侵權的案件數量不少，很多都是因為若干歌之詞曲創作授權取得不易，而被控刑事侵權，在這種情況下，只要網站能夠交代其取得授權之流程，而該案為何未能取得，此時法官就應要有勇氣瞭解真相後予以無罪之認定，特別是，實務上發生過詞曲作者著作權人，輾轉將其著作財產權轉讓他人後，該他人在未經事前告知即以刑事控訴網站，此類案件類型所在多有，因客觀上看網站的確沒有取得授權，然而被告是否究竟知道著作權人是屬何人？此與犯罪是否故意實值得推敲！似不應武斷的為肯定之推論！尤其很多音樂網站，透過詞曲音樂著作之音樂團體操作或授權，一直以為其取得的歌曲，是前述這些作者所有，而該作者又是仲介團體中之一員，當然就會誤以為他們播的這些詞曲已經涵蓋在授權內，這時如武斷認為客觀上被告網站既未取得授權，法律上則必有所犯罪故事，殊有未恰！總之，本案在網路技術上並無值得討論之處，完全是集中在被告犯罪故意，該無罪之判決相信可以對很多類似案件有所啓示。

第四節、音樂網站 ezPeer+ 音樂著作侵權案

壹、台北地方法院檢察署 96 年偵字第 8799 號不起訴處分書

告訴意旨略以：被告張○○係被告上華國際企業股份有限公司負責人，被告吳○○係被告達霖數位股份有限公司負責人，明知「你最近是怎麼回事」之歌詞著作，係由告訴人陳○○享有在臺重製、散布及發行權之文字著作，未經告訴人之同意，被告張○○意圖銷售及散布，擅自重製該歌詞著作於發行之 CD 光碟並陳列販售；被告吳○○意圖散布及銷售，擅自重製該歌詞著作於○○公司所經營之「ezPeer+」網站而供不特定人得以瀏覽及下載。

訊據被告吳○○、張○○固坦承使用「你最近是怎麼回事」歌詞於被告達霖公司所經營之「ezPeer+」網站上供消費者瀏覽、查看之服務，及被告上華公司所發行之陳明真背心專輯之事實，惟堅決否認違反著作權法，被告張○○辯稱：民國 80 年 4 月告訴人與上格·華星唱片企業股份有限公司簽立協議書，授權上格·華星公司有權使用系爭歌詞，後來上格公司被華星公司合併，華星公司將所擁有之錄音母帶及錄音著作權、商標權均轉讓予被告上華公司，被告上華公司所發行之陳明真背心專輯與華星公司於 80 年 12 月間首次發行之「背心」專輯相同。

被告吳○○辯以：達霖公司係與環球國際唱片公司簽約而取得被告上華公司之版權，而系爭歌詞為被告上華公司所發行等語。經查，質之證人到庭證稱：上格·華星公司與告訴人曾簽立協議書而取得系爭著作之授權及代理，被告上華公司後來出售予寶麗金唱片，寶麗金唱片復與環球公司合併，環球公司有權利使用系爭著作權，被告等基於公司之轉讓及合併，前手公司對告訴人著作之財產權，應由受讓公司繼承，則被告主觀上自無違反著作權法之故意而重製該歌詞。

關於告訴人指稱 80 年間之授權時效已過部分，另依臺北市音樂著作權代理人協會到庭證稱：業界的慣例是第一次灌錄付權利金，如灌製成著作物是可以永久使用，協議書上兩年時效係指歌詞之經紀期間，並非著作權期間；查系爭被告上華公司所發行之陳明真背心專輯與華星唱片於 80 年 12 月間所發行之陳明真背心專輯之封面僅有發行公司名稱有異，其餘皆屬相同，有上開二次發行之專輯封面在卷可稽，堪認與告訴人授權之歌詞為同一版本著作，依 80 年之授權協議書及上開專家證人之證詞，被告仍享有同一版本著作之重製權。又被告吳○○及達霖公司與環球公司簽署授權備忘錄而取得並使用系爭著作之情，是被告吳○○、張○○等所辨，尚非無據，應堪採信。未按公司負責人或從業人員既無犯罪，則公司法人之刑責亦失所附麗，均不成立犯罪。

第五節、KURO P2P 案最高法院及高等法院相關判決

國內著名之第二大 P2P 網站平台著作權侵權訴訟案，從一開始就有不同之走向與結論，ezPeer 案在第一審士林地院判決網站平台經營之被告無罪，上訴高等法院後仍維持原判之無罪，再上訴至最高法院後，最高法院認為無罪之認定尚有疑義，迺發交智慧財產法院，嗣智慧財產法院仍駁回檢察官之上訴，維持原來地院之無罪之判決(詳參下一節)；反之，KURO 案在第一審台北地院判決網站平台經營之被告有罪，上訴高等法院後維持有罪之判決³²⁹(但屬撤銷原判改判)，被告上訴最高法院後迄在最高法院審理中，茲就 KURO 案高等法院認定予以介紹並探討。

壹、KURO 網站侵權案之犯罪事實----Peer to Peer 檔案分享技術

被告辛於民國 88 年 8 月設立飛行網股份有限公司，擔任飛行網公司之董事長，其子戊、己分別擔任飛行網公司之執行長及總經理，三人均實際參與執行飛行網公司之業務。飛行網公司自 89 年 7 月起，以名為 KURO 之點對點檔案分享軟體(下稱 KURO 軟體)及網站主機，開始經營 KURO 網站(網址為 <http://www.KURO.com.tw/> 及 <http://www.music.com.tw/>，二網域名稱均指向同一網路 IP 位址即 203.73.94.131)，以提供使用者免費交換(傳輸及重製)MP3 格式之錄音檔案為主要業務。嗣自 90 年 7 月起，飛行網公司開始全面收費，凡欲利用飛行網公司網站交換 MP3 檔案者，均可傳輸下載 KURO 客戶端軟體，註冊為會員，月繳新台幣 99 元或 6 個月繳 500 元後，即可開始執行前述之 KURO 客戶端軟體，連結上飛行網網站所管理之網頁伺服器及驗證伺服器主機，驗證主機查驗會員身分及有無繳費，通過驗證方能登入轉址(負載平衡)主機，轉址主機則指派一台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之 MP3 格式之錄音檔案自動設定為分享資料夾(預設值為 C 磁碟機，標題為「KURO」資料夾之「MY MUSIC」子資料夾)，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(即 port number)、檔案大小及經由中華電信提供之 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，快速自前述資料庫中搜尋 MP3 音樂檔案，分享夾內之檔案即處於得供其他會員傳輸下載之狀態。

因此，當每名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

³²⁹臺灣高等法院 94 年度囑上訴字第 5 號刑事判決

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，飛行網所管理之前述「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（通常一般使用者會傾向選擇能提供較大傳輸速率頻寬之 T3、T1 等），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（此即為「點對點連結即 Peer to Peer 檔案分享技術」），由會員間完成上傳、下載之傳輸及重製之行爲。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。

一、被告提供軟體及網路搜尋下載服務使眾多未經之同意或授權公開傳輸、重製之會員藉此大量交換傳輸下載重製

被告辛、戊、己明知滾石國際音樂股份有限公司等公司享有著作財產權之錄音著作或音樂著作，未經其同意或授權，不得非法公開傳輸及重製，且可預見其提供上開軟體及網路搜尋下載服務予會員，將使眾多未經著作權人之同意或授權公開傳輸、重製之會員，得藉此大量交換傳輸下載重製著作權人之錄音或音樂著作，而侵害著作權人之著作財產權，亦不違背其本意。詎其爲大量招攬會員，自 90 年 7 月起收取會費以獲取鉅額利潤，竟未經取得著作權人之授權，於 Yahoo、PChome、3cc 流行音樂網等網站上，刊登以「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」、「S.H.E.的新歌你抓了沒？」、「複雜又緩慢的下載？快上 KURO 抓蕭亞軒、梁靜茹、5566、五月天等哈燒流行轉輯」等內容之廣告，吸引不特定人加入會員，供眾多未獲著作權人授權傳輸及重製之會員，得利用上開方式傳輸及下載重製著作權人之錄音或音樂著作。於 92 年 3 月初，丁向飛行網公司申請註冊會員，帳號爲「JOJOKI MO」，自飛行網網站下載 KURO 軟體，安裝在其僱主之營業處所、用以紀錄進銷存貨物之個人電腦主機內。

飛行網公司收取丁半年 500 元會費後，即准丁登入。丁明知系爭錄音或音樂著作，乃係著作權人所享有著作財產權之物，未經著作權人之同意或授權，不得非法重製，竟基於非意圖營利而以公開傳輸、重製之方法侵害上開著作權人之著作權之概括犯意，而與辛、戊、己等人共同基於犯意之聯絡，自 92 年 3 月起至同年 7 月，連續在其上班處所以該處之電腦主機與電腦週邊設備，使用不知情之人向網路服務提供業者（即 ISP）「中華電信數據通信分公司」所申請之 ADSL 寬頻數據帳號，利用飛行網公司所提供之伺服器及 KURO 軟體之媒介，透過網路非法公開傳輸並下載重製不知名之多名飛行網會員電腦中分享夾內所儲存歌曲之 MP3 檔案共有 970 個至其所使用之前揭電腦，而侵害著作權人之著作權。

二、被告藉彰化洗歌站重製 CD 歌曲並上傳至飛行網電腦內

被告辛、戊、己為求快速擴充可供交換之 MP3 檔案以招來會員，竟共同基於以非法公開傳輸、重製之方法侵害他人著作財產權為常業之犯意聯絡，自 90 年 5 月起僱用知情並有常業犯意聯絡之庚擔任彰化飛行網商品部經理，維護其所成立之「彰化洗歌站」，而未經著作財產權人之同意或授權，由庚與商品部工作人員大量購入市面所銷售之 CD，再以 music match 軟體轉檔為 MP3 格式，重製 CD 音樂光碟之歌曲，並上傳至飛行網公司之電腦內，至 90 年 10 月止，約已非法重製 3 萬 1380 首錄音著作，藉以供飛行網公司之會員下載重製。嗣於 91 年 2 月間，辛、戊、己又在台中市成立星紀科技有限公司，推由辛出面，以每月 3000 元之代價僱用知情之王○○為星紀公司之名義負責人，實際業務交由庚經營，以接續商品部之轉檔工作。

並由庚僱用與之具有犯意聯絡之丙、張○○、乙及不知情之甲，繼續將專輯 CD 內之錄音著作轉換重製為 MP3 格式後，再以 FTP 軟體（FTP Voyager）自動上傳至飛行網在北京及台北之多台 FTP 網站讀取後，輾轉傳輸予飛行網公司所自行申請使用之假會員，並在星紀公司電腦放置中 KURO 軟體，藉以供飛行網公司之會員傳輸下載其所非法重製之 MP3 檔案，繼於 92 年 4 月間，辛、戊、己結束星紀公司之營業，旋於同年 5 月指示庚成立譜訊科技有限公司，由王○○擔任名義負責人，庚○○負責實際經營，並繼續僱用丙、張○○、乙繼續非法公開傳輸、重製錄音著作，上傳輾轉傳輸供飛行網會員下載。

貳、KURO 侵權案被告之抗辯

一、被告抗辯 KURO 軟體為中性之科技，會員得合理使用交換音樂檔案

被告辛、戊、己固坦承其分別為飛行網公司之董事長、執行長及總經理，飛行網公司係以經營 KURO 網站，提供會員傳輸及下載 MP3 格式之錄音檔案為主要業務，使用者如註冊為會員並付費，即可利用軟體連上網站搜尋及下載其他已連線會員電腦中之 MP3 檔案，但均矢口否認有何違法重製告訴人所享有著作權之音樂或錄音著作，辯稱其提供之 KURO 軟體為中性之科技，會員得利用該軟體上傳或下載無著作權之檔案、著作權存續期間屆滿等可供公眾使用之檔案及取得合法授權之檔案，亦可本於著作權法所保障之合理使用交換音樂檔案。

飛行網公司僅提供該軟體，會員係自行決定利用該軟體進行合法或非法之使用，於該軟體運作架構下，身分驗證主機僅在檢驗使用者是否為已繳費之會員，不能介入會員後續之搜尋及下載，檔名資料暫存主機則未重製或存有任何檔案，

僅將會員端所存之檔案，依會員自行設計之名稱，將該「名稱」暫存於主機，該主機之功能，僅用於輔助會員加快搜尋之速度會員，不當然須藉由該主機搜尋檔案，縱經由該主機搜尋，會員係搜尋檔案名稱，伊無法得知檔案內容，當然無法判斷是否為告訴人享有著作權之著作，因而無法就下載之檔案內容判斷會員是合法或非法使用，並進一步於下載時控制或阻止會員下載，是縱有部分會員為非法使用，伊與違法之會員間並無犯意聯絡及行為分擔，不成立共犯。

二、被告抗辯利用 P2P 引發之法律問題乃科技進展快速所造成法律規範不足，不宜以刑責相繩

被告抗辯其所提供軟體之行為如有爭議，應為市場機制重新分配商業利益問題，最多為民事糾紛，不應隨意動用刑罰此一侵害人權之最後手段，迫使被告終結其科技工作，並忽視其他大眾利用新興科技及利用著作之權利。且星紀與譜訊公司之股東與被告飛行網公司不同，未提供資金成立該二公司，該二公司係為被告飛行網公司提供正版 CD 線上購物實體物流，其未要求其將唱片轉檔為 MP3 並上傳至北京，亦無藉由假會員提供非法 MP3 供其他會員下載之情事云云；被告丁亦不否認其有註冊付費加入被告飛行網公司之會員，利用被告飛行網提供之 KURO 軟體及網站，以上開方式下載歌曲中之 889 首 MP3 至其僱主之電腦，惟矢口否認有何違反著作權法之犯行。

被告認為下載 MP3 檔案係供己為非營利目的之使用，且下載之結果不影響著作之潛在市場及現在價值，應在合理使用之範圍。縱不構成合理使用，因修正前著作權法第 91 條第 2 項所規定之 5 份或 3 萬元，應以單一各別之著作物為其計算基準，故下載之數量及總市價並未逾上開標準。況且，司法實務對於 5 份或 3 萬元之標準既見解歧異，其主觀上相信其行為並未違法，欠缺不法意識，自不構成犯罪。又利用 P2P 軟體所引發之法律問題，乃科技進展快速所造成之法律規範不足，不宜驟然以刑責相繩云云。

參、KURO 網站平台侵權案高院之判決

一、點對點（或同儕對同儕）分散式網路架構之種類

高等法院認為所謂 Peer-To-Peer-Computing 「點對點（或同儕對同儕）分散式網路架構」，係一種在兩台以上之電腦間，彼此直接分享對方電腦資源的網路傳輸型態，有別於傳統之網路使用者一定要連結上某網站的伺服器才可以下載取得檔案之主從式架構作業模式，亦即每一個網路使用者可以兼具使用者端及伺服器之特性，使用者間之地位係對等而非主從關係。在 P2P 發展之過程中，產生兩種略為不同之架構。

第一種架構（下稱集中式 P2P 架構）係雖採用 P2P 之分散式檔案共享設計，但為爭取搜尋效率，仍設有伺服器提供檔案資訊之索引，以提高搜尋效率，亦即使用者個人電腦透過中介之網路連線服務，連接至伺服器，將分享之檔案索引上傳至伺服器以建立資料庫，供其他使用者索引查詢。伺服器本身不儲存檔案內容，僅扮演媒介之角色，告知使用者何處有其所欲下載之檔案，檔案內容之傳輸仍係發生於使用者與使用者間。

第二種架構（下稱分散式 P2P 架構）係未設置伺服器來執行檔案名稱或索引之管理，使用者係自行向其他使用者搜尋相關檔案，所有之搜尋及傳輸均發動及完成於使用者之間。由於集中式 P2P 架構下之網站並非僅是一個資訊的被動傳輸管道，而是提供蒐集之索引資訊並告知使用者有關存放相關資料之其他使用者之網址，雖網站本身未為重製及傳輸，P2P 檔案分享系統其檔案資料之儲存係存於各使用者個人電腦內，並未儲存於中央伺服器內，檔案資料之傳輸亦不透由中央伺服器，係由各使用者間連線下載而傳輸，而此二檔案傳輸方式差別，在於是否由中央伺服器提供各使用者檔案索引查詢之媒介（即所謂「索引伺服器」，又稱「檔名資料暫存主機」）而已，致使網站管理者就使用者傳輸之檔案內容，有控制、監督及過濾之功能。

二、證人對 KURO 之 P2P 系統架構之觀測

本件被告辛、戊、己經營之 KURO 網站設有身分驗證主機用以先確認用戶是否註冊並繳費，如未經過驗證，則無法使用系統功能。另設有檔名索引伺服器，KURO 客戶端軟體會將會員電腦內之 MP3 格式之錄音檔案自動設定為分享資料夾（預設值為 C 磁碟機，標題為「KURO」資料夾之「My Music」子資料夾），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（即 port number）、檔案大小及經由中華電信提供之 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，快速自前述資料庫中搜尋 MP3 音樂檔案所在之會員 IP 位址，至於下載則仍是由用戶端直接向用戶端下載。

被告辛、戊、己雖辯稱會員搜尋時並不當然會透過檔名索引伺服器，惟證人先後於 92 年 8 月間及 93 年 6 月間受委託對 KURO 網站之營運架構作觀察與研究之交大資料系教授於原審證稱：其在上述時間以 Sniffer Pro 軟體觀測，觀測到 KURO 系統具有驗證主機、網頁伺服器、檔名索引伺服器、負載平衡主機，驗證是 KURO 運作的必要條件，沒有經過驗證，無法使用系統功能，驗證的目的是在進行付費會員的身份確認。集中檔名索引伺服器知道每個使用者有哪些檔案，

哪些使用者搜尋了哪些檔案，以及哪些使用者下載了哪些檔案，因為在下載完成百分之百時，用戶端會回報給檔名索引伺服器，且會員搜尋及下載時，用戶端必須保持與檔名索引伺服器連線才能搜尋，也必須保持與其他用戶端之連線才能下載，如果連線中斷，就不能搜尋、下載。

又下載過程中，如用戶端登出系統即無法下載。嗣一個月又有對 KURO 之運作情形作觀察，當時情形系統運作上有些許的更動，在登入後可看到 203 開頭的機器是檔名索引伺服器，另外看到其他 61、218、220 開頭的主機是其他的用戶端。其觀察搜尋時是向哪些主機搜尋，發現搜尋是向檔名索引伺服器搜尋，結果也是由它回報，而不是向其他用戶端主機，為了確認此事，將其他的用戶端主機阻擋，並不會影響搜尋的過程及結果，如阻擋檔名索引伺服器，其觀察結果發現必須重新登入驗證，連線狀況不穩定（畫面空白或連線失敗），經此重新登入後，才能開始對其他用戶端主機進行搜尋，這樣的搜尋過程變慢，搜尋的結果也會不一樣，事實上，使用者並不會去阻擋檔名索引伺服器主機，正常狀況下所有查詢都是向檔名索引伺服器主機，只有在刻意去阻擋時才會向其他的用戶端查詢。故會員下載軟體，無法不經過 KURO 伺服器主機，而由二個會員直接聯絡傳檔，因為用戶端軟體要先進行登入、驗證，也需要依靠檔名索引伺服器找到彼此。

三、KURO 系統運作方式係屬集中式 P2P 架構

雖然證人觀測之上述結果與被告辯護人於原審審理時，當庭操作 KURO 軟體勘驗在啟動防火牆，阻絕與所有檔名索引伺服器之連線，只留下身分驗證主機之情形下，用戶端仍可與兩台會員之電腦連線進行搜尋之結果有所不同，惟被告之辯護人勘驗之時點與證人觀測之時間點不同，而 KURO 網站系統之設計及運作方式係在被告飛行網之掌控下而可不斷變更，則辯護人於原審審理時當庭勘驗所得出之結果，僅能證明此一時點被告飛行網公司系統主機之運作情形，高院認為尙難以此即否認證人所為觀測結果之正確性。

是以由證人所為之證詞及於上開時日當庭勘驗之結果可知，縱認 KURO 系統之運作方式嗣已變更如阻絕檔名索引伺服器，會員可不透過檔名索引伺服器而改向其他會員搜尋之情形，惟因在檔名索引伺服器仍正常開啓運作且不以防火牆阻絕用戶端與檔名索引伺服器之連線時，用戶端仍係與檔名索引伺服器連線且透過該伺服器進行搜尋，此原審於當庭勘驗無誤，且一般會員使用 KURO 系統時，自不可能自行封鎖其電腦與檔名索引伺服器之連線，是被告辛、戊、己所辯會員不當然會透過其所設置之檔名索引伺服器搜尋，應僅發生在非正常之使用情形，如檔名索引伺服器已關閉或無法正常運作，或刻意阻隔其與用戶端之連線時始可能發生，於正常運作之情形下，會員仍會透過檔名索引伺服器搜尋，且會員下載軟體，也需要依靠檔名索引伺服器找到其他會員，會員間方可直接聯絡傳檔。從而，

就被告飛行網公司仍有置檔名索引伺服器供會員迅速搜尋檔案此一角度而言，其 KURO 系統運作方式係屬前述之第一種方式即集中式之 P2P 架構。

四、KURO 使用者會員犯罪事實之認定

會員使用者被告丁未取得歌曲著作權人之同意或授權，自 92 年 3 月起，至同年 7 月 16 日止，連續在上班處所以電腦主機與電腦週邊設備，使用向中華電信數據通信所申請之 ADSL 寬頻數據帳號，利用飛行網所提供之伺服器及 KURO 軟體之媒介，透過網路傳輸下載重製不知名之多名飛行網會員電腦中分享夾內所儲存歌曲之 MP3 檔案共有 970 首至其所使用之電腦，被告丁就其使用第三人所有之公司電腦加入 KURO 網站下載音樂 MP3 檔案，並將下載所得之 MP3 檔案儲存至電腦硬碟名為 MYMusic 之資料夾中。再歌曲之 MP3 檔案既均係利用被告丁所申請之帳號密碼登入 KURO 網站下載而來，而該帳號及密碼係由被告丁所親自使用，非他人所得任意利用帳號下載。

至證人子雖證稱：伊和丁是在五分埔賣衣服之最真女主角之工作場合認識，店內的電腦是公司的，該電腦全公司的人均使用過，有看過丁用來上飛行網，其他人也從 KURO 網站下載歌曲來聽，伊有上過該網站之聊天室，但沒有下載歌曲，公司每個同事都有下載歌曲，店長對伊等上網聊天都不會管，至於那些同事，下載了那些歌曲，有無加入該網站或繳費等情伊均不知，伊及其他人上 KURO 網站時均不用再輸入帳號密碼，因已設定自動連線云云，然證人子所稱之公司電腦，係利用被告丁所申請之帳號密碼登入 KURO 網站，以供下載重製 MP3 歌曲電腦檔案，被告丁個人申請並繳費之帳號密碼，竟免費供全公司同事共同使用，且該公司主管對所有員工利用上班時間，公開以辦公室電腦網路資源上網下載 MP3 歌曲檔案，供為私人娛樂使用，亦未加聞問，顯與常情不符，況證人子雖稱公司其他同事均有下載重製歌曲之情，惟並未能確實指證究係何人所為，且語多迴避，是其所證究否屬實要非無疑，自難採為有利被告丁之認定。

再依被告丁使用下載重製 MP3 歌曲電腦檔案列印資料所示，其係分別於 92 年 6 月 6 日及同年 9 月 9 日，先後二次利用飛行網所提供之伺服器及 KURO 軟體，下載重製該首歌曲檔案，並置於電腦中分享夾內，被告丁既有二次重製著作物之行爲，自應予以分別計算，是被告丁辯稱歌曲有重覆計算之情云云亦屬無據。是被告丁所辯：海豚灣戀人電視原聲帶此首歌曲重覆計算，伊僅有下載其中之 889 首，其餘 80 首非伊所載云云，均難採信。從而被告丁利用 KURO 軟體傳輸下載重製歌曲之 MP3 檔案之事實，洵可認定。

五、KURO 使用者會員不構成著作之合理使用

依 92 年 7 月修正之著作權法條第 3 條第 1 項第 5 款，重製之定義解釋上，指透過資訊通信網傳送或被搜尋的數位著作物等情報再轉換為數位型態，並儲存在電子紀錄媒體（磁片及磁碟機）等行為，此種行為於新舊法皆屬於重製。網路使用者從唱片或 CD 抽取音源後，以 MP3 型式的檔案儲存在媒體，或將網路上搜尋的 MP3 檔案下載並儲存在自己電腦之磁碟機裡面的行為，或將依此儲存的 MP3 檔案在儲存再 CD 上，皆屬把音源固定在有形物上，亦係將以電子形式儲存之著作，使其內容再現於於另一不同之儲存媒介，符合重製「錄音著作」之定義。

高等法院認為被告丁利用被告飛行網公司提供之 KURO 軟體下載重製音樂 MP3 檔案，其行為屬著作權法第 3 條第 5 款所規範之重製行為，而被告丁下載歌曲之 MP3 檔案雖係供個人之非營利使用，惟其下載之目的係供個人娛樂，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 970 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，自不構成著作之合理使用。

六、舊法關於重製份數與侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價之計算

被告丁最後一次下載之時間為 93 年 7 月 16 日，按其最後一次行為時之著作權法即 92 年 7 月 9 日修正公布，同年 11 月 11 日生效之著作權法第 91 條第 2 項規定：「非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，重製份數超過 5 份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新台幣 3 萬元者，處 3 年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣 75 萬元以下罰金。」，該條文規定「重製份數超過 5 份」之計算標準，為依被侵害之件數為計算基礎，不問①被侵害著作之權利人是否同一人②被侵害著作是否同一著作或同一著作類別③依查獲後最後認定犯罪事實之件數為準，此有經濟部智慧財產局 92 年 9 月 16 日智著字第 0921600748-0 號函附該局 92 年 9 月 5 日以經智字第 09204611120 號令解釋明確在案。

是被告丁非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，重製件數達 970 首，其重製著作物份數已超過 5 份無疑。又依 92 年 7 月修正公布之著作權法第 91 條第 2 項之非意圖營利侵害著作財產權罪，就侵害總額之計算，係以其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算，超過新台幣 3 萬元，即有該條規定之適用，而查獲當時市售流行音樂 CD 之價格及其內含歌曲數，雖略有差異，然依查獲當時市售流行音樂 CD 價格，以告訴人提出部分專輯於 92 年間網站銷售價格為據，約為每首歌價格約為 16.9 元至 62.6 元左右，平均約每首歌曲之平均單價約為 32.75 元（ $589.6/18=32.75$ 元），下載 970 首歌曲，則重製物之市售價格約為 3 萬 1772 元，亦已超過前述標準。

至告訴人所提部分專輯資料，因係查獲後之 93 年間之資料，自無從執為審認被告丁於查獲當時獲利之基準，更何況於本案查獲當時在國內欲取得合法流行音樂之著作重製物，除購買音樂 CD 之外別無他途，且不論消費者是否僅喜歡其中之一首或全部，均係花整張專輯之價格購買，而本件被告丁所下載之歌曲，明顯均非就整張專輯全部一併下載，則其所侵害合法著作重製物之市價，按查獲時獲得合法著作重製物市價計算更遠超過 3 萬元，是其辯稱其重製之份數及金額均未逾上開規定，不構成犯罪云云，並非可採。

至被告丁另辯以其所下載歌曲中，市面上每首下載單價最高不超過 25 元，以被告下載歌曲之數量計算，亦未超過 3 萬元云云，並提出網站廣告資料或電子報導資料為據，然觀諸被告丁所提報導或網站標榜可供音樂下載等資訊，僅是新聞報導或網站之廣告，是否確係合法尚非無疑，縱屬合法亦係本件案發後，因應時代變遷致使取得流行音樂之途徑有所變異，顯無從作為認定計算被告丁於「查獲時」獲得合法著作重製物市價之標準，亦難遽為有利於被告之認定。

七、KURO 使用者會員構成公開傳輸他人著作

92 年 7 月著作權法修正公布時，於該法第 92 條增訂非法公開傳輸他人著作罪，藉以釐清公開播送、公開傳輸二者之樣態。是就立法解釋而言，顯然立法者之本意，舊法中公開播送之範疇並不包括公開傳輸。是被告丁利用 KURO 軟體將告訴人享有著作權之 MP3 錄音檔案重製下載放置於資料夾供其他會員存取之行為，固然符合現行著作權法對於「公開傳輸」之定義，但著作權法對於公開傳輸權之保護既然自 92 年 7 月 9 日修正，而於同年月 11 日生效，則被告丁自 92 年 7 月 11 日零時起之上開行為，始有受上開著作權法有關公開傳輸規定評價之餘地，被告丁透過 KURO 網站從其他使用者下載重製 MP3 音樂檔案，並將所下載之檔案儲存在自己電腦內我的共享資料夾，繼續連線使其他不特定多數使用者得以傳輸自己電腦內之 MP3 音樂檔案再予下載重製雖非意圖營利，依其電腦主機共享資料夾內所存放告訴人等享有著作權之 MP3 音樂檔案顯然超過 5 件，侵害合法著作重製物之市價亦已超過 3 萬元，自應認被告丁行為成立 92 年 7 月 9 日修正後著作權法第 92 條第 2 項非意圖營利而公開傳輸他人著作之罪。

八、高院駁回使用者會員欠缺不法意識並不構成犯罪之抗辯

被告丁另辯稱：其主觀上相信其所為之行為，並未違法，或在合理使用之範圍內，應屬欠缺不法意識，並不構成犯罪云云，然所謂「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。一般而言，只須行為人於行為之際有此認識即為已足，不以行為人確實認識

其行為違反某一刑罰法規或其行為具有可罰性為必要。而任何人不得擅自重製他人有著作權之著作，此乃一般國民及社會大眾普遍均有之認知，被告丁自不得諉為不知，且被告丁雖係付費使用 KURO 軟體下載音樂 MP3 檔案，然以其供稱係以半年付費 500 元方式加入會員，即可無限下載當紅或新發行之流行音樂，以被告丁違法公開傳輸下載重製歌曲數高達 970 首以觀，已超出一般人之使用狀態，其主觀上應有超出一般人之使用狀態之認識，難謂無不法意識。

至於重製之份數在法律上如何計算，乃法律解釋之問題，與有無不法意識無涉，況刑法第 16 條前段亦規定：不得因不知法律而免除刑事責任，是被告丁所為其無不法意識之辯解，亦不足取。另上開著作權法第 91 條第 2 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及同法第 92 條第 2 項非意圖營利而擅自以公開傳輸之方法侵害他人著作財產權之行為已明文列為處罰之對象，且其處罰之重點在於重製及公開傳輸之行為，至於重製、公開傳輸所利用之工具為何，是否係利用 P2P 軟體，則無限制，因此就被告丁以 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。

九、刑法「明知」或「預見」主觀上之犯意與共同正犯

按刑法第 13 條第 1 項明定：行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者為故意。同條第 2 項明定：行為人對於犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，以故意論。蓋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，前者為確定故意、直接故意，後者為不確定故意、間接故意。又修正前刑法第 28 條所謂之共同正犯者，指二人以上，以共同犯罪之意思，而共同實施犯罪之行為。故共同實施犯罪行為之人，在合同意思之範圍內，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，以達其犯罪之目的，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其責任，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實施之行為，自應共同負責。

十、高院認為被告明知提供之軟體及平台服務可供會員違法公開傳輸、下載重製之，係與會員間分工合作完成

被告飛行網公司所提供 KURO 軟體固為一中性之科技，該科技之本身並無合法與否之問題，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，竟對外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，依上開說明，自可認其具有不確定之犯罪故意，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。

就本案而言，會員固得利用被告飛行網公司提供之 KURO 軟體傳輸或下載無著作權之檔案、著作權存續期間屆滿等而可供公眾使用之檔案及取得合法授權之檔案，於此情形下會員之傳輸、重製行為即屬合法，提供軟體供會員傳輸、下載之被告飛行網公司自無違反著作權法可言，惟會員亦可在未取得著作權人之同意或授權下，利用上開軟體違法公開傳輸、下載重製有著作權之 MP3 檔案，尤其是流行音樂，此亦為眾所週知之事。會員利用 KURO 軟體公開傳輸、下載重製 MP3 檔案時，因公開傳輸及重製行為均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傳輸、上傳或下載檔案時，亦即未發生著作物被非法公開傳輸、重製之實害結果前，被告辛、戊、己單純提供軟體及平台服務之行為固無從成立公開傳輸或重製罪之單獨正犯。

惟如會員實際從事非法公開傳輸、重製之行為時，因被告辛、戊、己所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，乃係一整體之服務，會員如不連上其主機通過驗證，則無法單憑 KURO 軟體搜尋交換檔案，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上傳或下載公開傳輸、重製檔案時，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，此為被告所自承，被告辛、戊、己提供上開軟體及服務予會員，對於會員發生違法公開傳輸下載重製行為此一結果，不僅有因果關係，且係以作為之方式積極促使不法公開傳輸、下載重製此一構成要件行為之實現，與會員間乃係分工合作完成公開傳輸、下載重製之行為。

是以被告既明知其提供之上開軟體及平台服務可供會員作為違法公開傳輸、下載重製之工具，且一般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、PChome、3cc 流行音樂網等網站上，不斷刊登以「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」、「50 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」、「S.H.E.的新歌你抓了沒？」、「複雜又緩慢的下載？快上 KURO，抓蕭亞軒、梁靜茹、阿杜、五月天等哈燒流行轉輯」等類似內容之廣告，以其軟體及平台服務可供大量公開傳輸、下載重製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 軟體大量公開傳輸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傳輸、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公開傳輸、重製工具之本意。

十一、KURO 系統與會員間有意識、意願交互作用下，共同公開傳輸、重製屬共同正犯

參酌證人於原審證稱：我觀察 KURO 系統，分析過濾檔案的可能性，亦即何時可以過濾，在哪裡過濾，如何過濾這三件事，結論是過濾的時機有四個地方，分別是用戶端送出搜尋要求給檔名索引伺服器時，第二個可能時機是，檔名索引伺服器回傳搜尋結果給用戶端時，第三個時機是，用戶端向其他用戶送出下載要求時，第四個時機時，其他用戶回傳下載之檔案時，過濾的位置可以在用戶端程式或檔名索引伺服器程式修改，如果在下載要求與下載時過濾，則過濾功能要加在用戶端程式，如果是在搜尋要求時或搜尋回覆時過濾，則可在用戶端程式或伺服器程式修改，比較簡單的過濾方式是在搜尋要求時由檔名索引伺服器作過濾，但這不是唯一方式，過濾如何進行，是比對使用者輸入歌名或歌手的字串，與所欲過濾之歌手、歌名列表字串作比對。檔名索引伺服器裡的檔案名稱是檔案一開始製作完成後用的名稱，通常用戶不會去更改，也不需要去更改或設定就可分享，如用戶端刻意去更改，而且改成與內容不符的名稱，就會造成查詢錯誤，這種情況雖然不能完全排除，但極少發生，如此才能讓用戶分享到所欲分享的檔案。

檔案名稱是檔案原始產生者所給的，例如將 CD 轉成 MP3 檔案的人會給檔案命名，而不是個別使用者每次去命名等語，且被告飛行網公司之技術長於 93 年 11 月原審執行處法官執行假處分禁止交換歌曲時，表示可以過濾字串讓會員不能搜尋，但效果不是百分之百等語，是以被告辛、戊、己如無意以該軟體供會員違法公開傳輸、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，惟其仍捨此不為，放任會員無限公開傳輸、下載重製，益見其對於會員會發生違法公開傳輸、重製之行爲顯可預見，並不違背其本意，且與會員間係在有意識、有意願交互作用下，有共同公開傳輸、重製之決意或犯意聯絡。

從而，當被告辛、戊、己同意使用者加入會員，容許會員連線登入使用其所提供之自動運作之機制任意傳輸、下載重製有著作權之檔案時，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提供之軟體違法公開傳輸、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。

是就本案被告丁之違法公開傳輸、下載重製之行爲而言，被告辛、戊、己既可預見其會員之被告丁可能會利用其提供之 KURO 軟體及服務違法下載公開傳訊、重製他人享有著作權之檔案，惟仍不違背其本意，提供該軟體供丁使用，容許丁可利用該軟體及服務違法下載，且丁使用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認爲其係與被告飛行網公司相互分工，始能完成，而客觀上亦係由該公司與丁共同完成整個傳輸搜尋及下載重製之行爲，則被告辛、戊、己與丁間顯然具有犯意聯絡及行爲分擔，核屬共同正犯。

十二、被告有指示星紀公司或譜訊公司業務營運之權

查星紀公司於 90 年 12 月設立，92 年 6 月解散，譜訊公司則於 92 年 5 月 21 日設立，登記負責人均爲王○○，而星紀公司係譜訊公司之舊公司，王○○係被告辛○○於 91 年 2 月間以每月 3 千元代價僱傭擔任該二公司之名義負責人，實際業務均由庚負責，業據證人王○○於警訊及偵查中證述明確，另證人庚亦於偵查中結證稱其係 91 年 3、4 月間經飛行網戊○○介紹到星紀公司上班，其是最先到公司上班，嗣後丙、張○○、乙、甲等四人陸續才到星紀公司上班，而由其負責統籌分配之工作，其復於 92 年 4、5 月到譜訊公司工作，王○○沒到公司上班過，辛○○爲飛行網公司，與戊是父子關係，其間飛行網公司每月均會給付 80 萬元爲工資費用等語，復於另案彰化地方法院審理中證稱：星紀與譜訊公司的老闆是辛，而被告飛行網公司自 91 年 9 月至 92 年 11 月每月均有固定匯入 80 萬元至台中商業銀行彰化分行星紀科技股份有限公司王○○帳戶及第一商業銀行彰化分行譜訊公司籌備處帳戶之事實。

復參以證人庚於另案彰化地方法院審理中亦自承之前確於飛行網公司擔任商品部經理乙職，負責將 CD 歌曲轉檔到電腦上，建置音樂圖書館工作，且員警於譜訊公司查獲之庚名片，亦明確記載「飛行電子商務股份有限公司」商品部經理庚，被告飛行網公司自 89 年 2 月至 91 年 9 月均有支付庚薪水，被告飛行網公司原名飛行商務股份有限公司，原設於彰化，91 年 3 月間始更名爲飛行網公司等情，故由庚於 91 年 3、4 月間經戊介紹到星紀公司上班後，飛行網公司仍繼續支付其薪資，星紀公司及譜訊公司亦係被告辛僱用王○○爲名義負責人所設立，實際業務均由庚負責等情，足見庚一直以來均係受僱飛行網公司，而受被告辛等人指示至先後至星紀公司、譜訊公司負責管理一切業務無疑。

再由 92 年 4 月庚曾以電子郵件向被告戊請示星紀公司搬家地點，並言及希望戊乾脆把彰化星紀公司解散，這二天同事也覺得日子似乎不單純了，從購買 CD 的流程到叫他們在家放 KURO 又要搬家等等的風聲鶴唳，我自己想想也真是爲難大家；被告戊則回覆庚「改變是痛苦的…彰化員工的辛苦是一定的…P2P 將大

獲全勝」等語，另 92 年 4 月 28 日庚向被告已請示取消星紀公司後之新公司名稱，被告已指示為「譜訊有限公司」，且證人庚亦於於另案彰化地院審理中證稱：是辛說將星紀改名，工作內容都一樣，與我在譜訊擔任的工作內容並無不同，星紀與譜訊公司的老闆是辛等語，堪認星紀公司及譜訊公司應係辛、戊、己所成立，而庚係受戊、己之指示行事，星紀公司業務由譜訊公司承接，否則星紀公司是否要解散，解散後新成立之公司取名，何以均須請示戊及己。

從而，被告辛一再辯稱並未實際參與飛行網公司之經營云云，顯屬卸責之詞。至證人庚所稱委託書係譜訊公司跟飛行網公司合作的工作，有音樂、圖書、產品簡介、歌詞等建置，簽約是伊代表與飛行網簽約乙節，觀諸該數位內容研發合約，立約人為星紀公司及飛行網公司，已與共犯庚所稱有不符，且被告辛既有指示星紀公司業務營運之權，則渠等為使外觀上一切合法，二家公司簽訂形式上之研發合約，亦與常情不相違背，仍難遽此否認星紀公司或譜訊公司係受被告辛指示營運之事實，而為有利於被告之認定。

十三、被告指示星紀及譜訊人員購原版 CD 重製轉檔為 MP3 格式後，儲存於固定之資料夾，再以 FTP 軟體自動上傳被告之網路平台

又庚僱傭丙、乙等人，先後於星紀公司及譜訊公司工作，該二家公司之實際營運工作均由庚負責統籌，丙負責網頁編排、視覺等設計，乙等二人，則負責產品資料之建檔，針對所有 CD 介紹之建檔工作，並應飛行網公司之要求，設立 IP 建立 MP3 音樂檔及 CD 基本資料，供中國大陸北京飛行電子商務股份有限公司下載，丙等人嗣即經庚指示將庚由彰化市、台中市各唱片行購得之原版專輯 CD 重製轉換為 MP3 格式後，儲存於固定之資料夾，透由飛行網提供之網路平台，再以 FTP 軟體 (FTP Voyager) 自動上傳至飛行網在北京及台北之多台 FTP 網站讀取，用畢之原版專輯 CD，再以較低之價格透由飛行網網站轉賣予其他會員。

況且扣案之電腦內確均安裝有 MP3 轉檔軟體 music match，而扣案之電腦經另案彰化地院於 94 年 11 月勘驗結果，其中均有上百個以上之 MP3 檔案，電腦內有可轉檔重製 MP3 檔案功能之 MUSIC MATCH 軟體及錄歌進度表，並配備有 DVD 及燒錄機，電腦有 FTP 之傳檔程式，站台內有 KURO 及北京之站址，復經東海大學軟體工程與技術中心鑑定電腦結果，除其中一台電腦可直接啓動作業系統方式進行鑑定外，其餘電腦均發生系統遭損毀或以密碼鎖定等無法直接啓動之情形，而改採以拆除硬碟，掛載至特別準備之鑑定主機之方式，以鑑定其原有之系統(含 FTP 軟體)與硬碟內之檔案內容，其中七部電腦內因部分硬碟毀損，無論於 KURO 分享夾內，或非 KURO 分享夾內，已查無任何 MP3 歌曲檔案，另其中四部電腦內，於 KURO 分享夾內並無留存任何檔案，惟於非 KURO 分享夾內則有 577 個 MP3 歌曲

檔案，而三部電腦內於 KURO 分享夾內 MP3 歌曲檔案合計 329 個檔案，並於非 KURO 分享夾內亦共計有 2342 個 MP3 歌曲檔案。

再由扣案電腦內均有安裝 FTP 傳檔程式 FTP Voyager，電腦內之 FTP 資訊夾內存有 MP3 檔案等情，參以鑑定證人於原審中所證：KURO 網站下載時，會預設存到某一分享夾，如果將下載檔案放到軟體設定之分享夾就是要公開分享，強制分享指任何連到 KURO 的人都可以向我的主機下載，不能拒絕，除非移開分享夾，強制分享是指已經經過會員自行放進分享夾的檔案，證人證陳：下載檔案時雖不能選擇不存在預設之目錄資料夾中，存在該目錄裡的音樂會被他人下載，但把資料移開就不會被他人下載等語，可見東海大學軟體工程與技術中心主任鑑定電腦結果，其中放置於 KURO 分享夾之 329 個 MP3 歌曲檔案，應係欲供其他 KURO 會員傳輸下載重製之檔案，至放置於非 KURO 分享夾之檔案共 2013 個，總計有 2342 個 MP3 歌曲檔案，其中部分 MP3 歌曲檔案，與放置於 KURO 分享夾之 MP3 歌曲檔案相同，應係由該分享夾所移存，可認定該轉製之 MP3 歌曲檔案已供 KURO 會員分享傳輸下載重製，因此有侵害著作權之事實。

此外，庚、張○○、乙、丙等人所使用之電腦主機內為警查得其等擅自轉製供 KURO 其他會員分享重製公司享有著作財產權歌曲之 MP3 錄音檔案 143 個，含重覆於非 KURO 分享夾部分總計 621 個，而依扣案庚使用之電腦畫面顯示其藉 FTP 傳檔程式可以將轉檔之 MP3 格式錄音檔案傳送至被告台北及北京等 17 個 FTP 站台；乙使用之電腦畫面顯示其藉 FTP 傳檔程式傳送 MP3 格式錄音檔案給 IP 位址為 192.168.1.19 及 203.73.25.68 之兩台 FTP 站台；丙使用之電腦畫面顯示可藉 FTP 傳檔程式傳送檔之 MP3 格式錄音檔案至 KURO（IP 位址為 203.73.94.131）及 icon、北京等 FTP 站台，益徵證人庚等人陳述，均非虛言。

至被告辛、戊、己雖辯稱並未要求其等將唱片轉檔為 MP3 並上傳至北京云云，惟證人庚於警訊時證稱：是飛行網公司要求譜訊公司設立 IP，建立 MP3 音樂檔案格式及 CD 基本資料，供中國大陸北京飛行電子商務股份有限公司下載等語，於偵查中並證稱警訊之內容實在，飛行網會提供一平台供渠等使用，MP3 的資料會在北京，是飛行網跟北京的關係，而北京部分有時會要求渠等傳送到北京等語，復於另案彰化地方法院審理中證陳：把 CD 轉成 MP3 是飛行網授意這樣做的，證人張○○亦於偵查中證稱：原先的 CD 轉作 MP3 部分大陸北京可以自行抓取。這是庚告知這是飛行網要求，所以要將 CD 片轉製作為 MP3 供大陸北京抓取等語，足認庚、丙、乙等人乃係應被告飛行網公司之要求將 CD 轉檔為 MP3 格式後，再以 FTP 軟體（FTP Voyager）自動上傳至飛行網在北京及台北之 FTP 網站。

十四、扣案電腦內清單所列會員 ID 與使用者名稱相同，會員下載檔案與 ISP 租用 IP 網段位址明細相符

又告訴人於 91 年 6 月自行搜證時曾利用 KURO 軟體從會員名稱爲 outlook、CATmimi、video50 者下載 MP3 檔案，IP 位址分別爲 61.13.107.216、61.13.107.220、61.13.107.215，復於 92 年 3 月間自 visio100、freebsd9、500mb 三名會員下載檔案，該三名會員之 IP 分別爲 203.73.25.68、203.73.25.74、203.73.25.77，該電腦畫面可參，經核 outlook、CATmimi、video50 該三會員之 ID 及 IP 與在扣案庚電腦內所儲存 91 年度 34 名會員清單內（清單內所載之 34 名會員 IP 位於 61.13.107.201~61.13.107.234）所載之會員資料相同，另扣案庚電腦內所儲存 92 年度 34 名會員清單所列會員 ID 與前揭 91 年度之 34 名會員清單所列之 ID 除其中 4 個 IP 未設定使用者名稱外，其餘全數相同，至於 IP 則改位於 203.73.25.68~203.73.25.101。

經檢察官向數位聯合電信股份有限公司函查被告 KURO 公司租用 IP 網段明細，該公司函覆：203.73.25.64~203.73.25.127 IP 網段係核發給北京大呂黃鐘股份有限公司，飛行網公司向數位聯合公司租用 IP 網段明細，自 89 年 9 月 1 日迄今，「使用 IP 203.73.94.128~203.73.94.191」及「使用 IP 203.73.94.192~203.73.94.255」，且該 203.73.25.64~203.73.25.127 之 IP 網段係以北京大呂黃鐘公司名義申請，費用全由飛行網以支票支付，其申請書上所記載之維護人員爲「庚」、「甲」，亦有該公司函堪認 203.73.25.64~203.73.25.127 之 IP 網段應係被告飛行網公司以北京大呂黃鐘股份有限公司名義申請，實際使用人係被告飛行網公司。

是由 visio100、freebsd9、500mb 三名會員之 IP 位址完全落在上述 203.73.25.64~203.73.25.127 由被告飛行網公司所付費使用之網段，而庚之電腦中存有 34 名會員之 IP 位址，亦均在上開網段，扣案庚及乙電腦可連上 IP 位址（203.73.25.75）及（203.73.25.68）之 FTP 站台，此二站台均落在在上開網段，且乙所連上之（203.73.25.68）FTP 站台與會員 visio100 之 IP 位址相同，丙電腦可連上 IP 位址 203.73.94.136 之 FTP 站台落在被告飛行網公司所租用之網段，參以證人庚明確證稱係被告飛行網公司要求其將上開轉檔之 MP3 檔案上傳，而非北京大呂黃鐘公司，復於另案彰化地院審理中供承：電腦內 34 名會員資料，係飛行網開給我進入 KURO 網站使用的，34 個我均使用過，音樂圖書館檔案資料會平均丟到這 34 個 IP 位址，用 FTP 方式上傳，傳到飛行網開給我的這 34 個 IP 等語及告訴人可使用 KURO 軟體由位於上開網站段上之會員 IP 下載 MP3 檔案等情，足證庚電腦中存有之會員名單係被告所申請使用之假會員，庚等人將 CD 轉檔爲 MP3 格式後，再以 FTP 軟體（FTPVoyager）自動上傳至飛行網在北京及台北之多台 FTP 網站讀取後，輾轉傳輸予飛行網所使用之假會員，藉以提供飛行網之其他會員予以傳輸、下載重製。

十五、清單上所列會員係被告所安排之假會員，用以提供 MP3 檔案予會員下載

被告辛、戊、己雖辯稱 203.73.25.64~203.73.25.127IP 網段係北京大呂黃鐘公司為建置台灣歌曲與歌手等相關資料，以推展台灣音樂於大陸之音樂市場所租用，委託星紀公司擔任電腦主機維護人員，同時被告飛行網公司亦委由庚進行台灣歌曲、歌手等音樂資料介紹之蒐集與建立，由遠端登入並傳送該音樂於台北該網段上之電腦主機，以供推展台灣音樂於大陸音樂市場，因被告飛行網公司與大呂黃鐘公司間有合作關係，對該公司有應付帳款，因大陸有外匯管制，該公司為求便利委請被告飛行網公司代為墊付承租上開網段之費用，再由被告飛行網公司於應付大呂黃鐘公司之帳款中扣除云云。

惟依證人庚於另案彰化地院審理時證稱：星紀與北京大呂黃鐘公司有主機託管合約，他們有機器要放在台中，請我們幫他代管，但簽約後，後續並沒有做等語，且被告飛行網公司提出其與大呂黃鐘公司合作協議之規定，大呂黃鐘係代理飛行網公司在大陸地區行銷 KURO 軟體，並將其中之百分之 50 之客戶端軟件服務費支付給飛行網，是依上開協議應係大呂黃鐘公司對被告飛行網公司有應付帳款，而非飛行網應支付款項予大呂黃鐘公司，飛行網公司自無代墊之必要，況如僅係對大陸市場推展之用，何以告訴人能卻自上開網段中下載檔案，亦有違常理，是被告辛、戊、己所為上開網段係大呂黃鐘公司自行租用對大陸音樂市場作為推廣台灣音樂之用，飛行網公司僅係為大呂黃鐘公司代墊再以應付帳款扣抵之說詞，自難以採信。

另被告辛、戊、己再辯以上開清單內所列之資料實為主機名稱欄位及會員 ID 欄位，係其委託星紀公司進行資料建檔工作時，遠端登入於該公司電腦主機所使用之主機名稱及其使用者代碼，係其員工內部使用，並未對外公開，非假會員；visiol100、freebsd9、500mb 並非被告飛行網公司所屬之會員，另上開丁電腦內清單所列之 Outlook、video50、CATmimi 並非會員，上開會員名稱係被告飛行網公司於點對點交換服務系統發展之初期，為測式 KURO 軟體能否穿透設置有防火牆之網路，而暫時之測試名稱，即利用清單內之若干電腦主機與該主機上所建立之使用者，通知位於防火牆內之會員主動與防火牆外之會員溝通並建立連線，藉以穿透設有防火牆之網路而遂行會員間之電腦相互連結，故於彼此連線時，即可能發生 KURO 軟體畫面顯示係清單上若干電腦主機內之使用者代碼，並無藉由假會員提供非法 MP3 下載之情事云云。

惟清單已清楚載明「IP」、「主機名稱」、「會員 ID」、「歌曲分類」四欄，被告稱「會員 ID」係指「使用者代碼」，顯與上開記載不符，且清單上所列之歌曲分類欄，又將各會員分別分類在新片區、華語男歌手、華語女歌手、西洋男歌手、西洋女歌手、民俗音樂、電影、爵士藍調、古典、東洋區，如被告等

所辯其中所列會員 ID 為 Ethernet、Windows98、SPEED168 三人均係實際存在之會員，與被告飛行網公司無關一節屬實，何以其等會特別將之作歌曲分類而列於新片區中。再者，告訴人確曾由會員 ID 為 Outlook、video50、CATmimi 之三名會員下載歌曲，是被告辛、戊、己所辯上情，尚難憑採，堪認清單上所列會員應係被告飛行網公司在各類之歌曲分區中所安排之假會員，用以提供該類之 MP3 檔案予會員下載。

十六、維護「彰化洗歌站」、購買新片建檔、將 CD 轉檔為 MP3 格式、並作備份及上傳 KUROFTP 站台、將 KURO 音樂圖書館資料庫與洗歌站整合

據證人庚於另案彰化地院審理中證稱：伊於 89 年開始任飛行網，擔任商品部經理，當時工作內容為線上購物、音樂圖書館的建置，彰化飛行網商品部 90 年 5、6 月份月報，即為伊工作內容，買新片建檔、MP3 錄製、備份、轉檔，直至去星紀公司任職，丙、張○○是與伊一起從飛行網過去的，乙是後來來星紀應徵的，伊在星紀擔任經理，負責全部業務，星紀公司會接受飛行網當時在彰化的一些設備，星紀公司亦有作轉檔 MP3 的工作，由伊與張○○及乙做轉檔工作，之後在譜訊公司亦同，每月轉檔數量與在飛行網公司時一樣，星紀公司經營是與飛行網的合作關係，音樂圖書館建置、線上購物物流，與伊在飛行網所作一模一樣，嗣伊在譜訊擔任的工作內容亦無不同，該月報關於 MP3 新增數量等記錄為伊所做，電腦內將 CD 轉製成 MP3 檔案之進度表是伊要給飛行網台北總公司的資料，音樂圖書館內有 CD 封面、歌曲曲門介紹、歌手介紹、排行榜更新，每週單元推薦新片及歌手資料介紹，利用 FTP 傳輸軟體上傳至台北是指飛行網、北京也是飛行網，台北及北京的網段是飛行網給伊的，叫伊將音樂圖書館建好的資料，平均分配到給伊的這些網段中。

「彰化洗歌站」之名，係當時 CD 轉成 MP3 的檔案都是固定放在伊所使用的一台電腦裡，伊等稱這台電腦為彰化洗歌站，就是扣案電腦其中一台，且電腦內存有彰化飛行網商品部 90 年 5 月份至 10 月份月報及新片建置時間表之記載亦可知：庚係飛行網商品部經理，商品部工作內容為：彰化洗歌站之維護、新片購買建檔、將 CD 轉檔為 MP3 格式、並作備份及上傳台北及北京之 KUROFTP 站台、將 KURO 音樂圖書館資料庫與洗歌站整合。商品部 90 年 5 月至 10 月建檔新專輯 CD 平均每月 1605 首，另完成華語女歌手完整版 11950 首及西洋歌曲 9800 首，於 6 個月內即重製約 3 萬 1380 首錄音著作，由此足見飛行網彰化商品部所負責之工作內容與之後被告辛、戊、己所成立星紀公司及譜訊公司之主要業務相同，參以譜訊公司電話機上有標示被告飛行網台北總公司，彰化公司之電話及傳真號碼，且電腦設備、傳真機、螢幕等仍分別貼有保管單位為財務部、商品部、科技部，並標有 music.com.tw（該網址為被告飛行網公司所有）等字條，堪認星紀公司及譜訊公司確係承接原被告飛行網公司商品部之業務，被告飛行網公司至遲

自 90 年 5 月起即開始大量購入市面銷售之 CD，再以 music match 軟體轉檔為 MP3 格式，上傳飛行網之網站中內，以快速擴充可供交換之 MP3 檔案，以供其他會員傳輸、下載重製，從而，被告辛等人指示庚等人以前揭方式，非法重製並以公開傳輸之方式侵害歌曲 MP3 著作財產權。

至被告等人雖辯稱：依告訴人所提之扣案電腦畫面所示，其中乙使用之電腦 FTP 軟體二站台前次連線之時間為 92 年 2 月 10 日及 92 年 3 月 26 日，丙使用之扣案電腦 FTP 軟體 KURO、北京等站台前次連線之時間各為 92 年 10 月 16 日、92 年 11 月 20 日至 icon 站台及電腦則均顯示從未連線，顯見扣案電腦安裝之 FTP 軟體或未曾使用或早已停用云云，然星紀及譜訊公司轉檔而得之 MP3 歌曲音樂檔，主要由庚按飛行網提供之網段，利用 FTP 軟體分別上傳配置到台北及北京之飛行網網站中，已如前述，是被告等人以乙、丙及扣案電腦中或顯示利用 FTP 軟體上傳資料係距查獲前數月前所為，或根本未連線，辯稱扣案電腦之 FTP 軟體早已停用或從未使用云云，尚難採為有利於被告之認定。

十七、被告有犯罪故意而與其會員違法公開傳輸、重製音樂 MP3 檔案，有犯意聯絡行為分擔為共同正犯

綜上所述，被告辛、戊、己基於營利牟利以之為常業之犯意，提供 KURO 軟體及平台服務供被告丁違法公開傳輸、下載重製 MP3 檔案，與被告丁（基於非營利之犯意）間有非法公開傳輸、重製之犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。又被告辛、戊、己為擴充可供會員交換之 MP3 檔案，僱請王○○擔任名義負責人，指示庚經營星紀公司及譜訊公司，僱用丙、張○○、乙擅自將專輯 CD 內之錄音著作轉換重製為 MP3 格式後，再以 FTP 軟體自動上傳公開傳輸至飛行網在北京及台北之多台 FTP 網站讀取後，輾轉傳輸予飛行網公司所自行申請使用之假會員，並在該二公司之電腦中放置 KURO 軟體，藉以供飛行網公司之會員非法公開傳輸下載其所非法重製之 MP3 檔案，被告辛、戊、己顯有違法公開傳輸、重製之犯罪故意，而與庚、王○○、丙、張○○、乙等人所犯非法公開傳輸、重製音樂 MP3 檔案之犯行，有犯意聯絡、行為分擔亦為共同正犯。是被告等前揭所辯無非係卸責之詞，不足採信。

十八、刑法上常業犯性質上屬多數行為之集合犯與本案關聯

按刑法上所謂常業犯，係指反覆以同種類行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於其犯罪所得之多寡，事後仍否保有該犯罪所得，是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，則非所問（參照最高法院 85 年度台上字第 510 號、80 年度台上字第 445 號判決意旨）。查被告辛、戊、己經營 KURO 網站長達數年，招募之會員人數眾多，所獲利益甚豐，期間利用該網站平台及軟體服務，以供被告丁下載

重製 MP3 音樂檔案，並指示庚等人不斷大量違法重製 MP3 檔案，上傳至飛行網公司網站，或虛設會員帳號內，以供 KURO 會員下載重製，且於 92 年 7 月 11 日起，以 KURO 網站平台及軟體服務，供未經著作權人授權或同意之被告丁及其他會員非法公開傳輸告訴人等之著作物，而侵害告訴人等之著作財產權，足認被告辛、戊、己係反覆從事以同種類行為即以非法公開傳輸、重製方法侵害他人之著作權為職業，並恃以維生，自屬常業犯。

被告辛、戊、己以常業犯意，而以公開傳輸、重製之方法，侵害告訴人等歌曲著作權之犯行，分別與被告丁（基於非意圖營利之犯意）間；與庚、王○○、張馨元、乙、丙間，各有犯意聯絡及行為分擔，應成立共同正犯。被告丁先後多次以非法重製、公開傳輸之方法而侵害他人著作財產權之行為，時間緊接，方法相同，所犯係犯罪構成要件相同之罪名，為連續犯，應依刑法第 56 條規定論以一罪，並加重其刑。另被告丁以一公開傳輸、重製行為侵害系爭各著作權人之著作財產權，為想像競合犯，應從一重處斷。

又被告丁所犯上開二罪間，係以一行為觸犯數罪名，依刑法第 55 條之規定，應從一重之著作權法第 91 條第 2 項連續非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權罪；至被告辛、己、戊所犯著作權法第 94 條第 1 項、第 2 項之常業犯罪，性質上屬多數行為之集合犯，法律上擬制為一罪，學理上可稱之為實質上一罪，其反覆從事之多數行為相互間，並不發生連續犯或想像競合犯之問題，僅從一情節較重之著作權法第 94 條第 1 項以犯第 91 條第 1 項之罪為常業罪處斷。又檢察官雖未就被告等人所為犯罪事實三部分與侵害音樂著作權人之音樂著作部分，及亞律公司著作財產權受侵害之犯行部分暨被告等人所涉非法公開傳輸之犯行部分起訴，惟因此部分與起訴書所述被告辛、戊、己及丁所犯之罪部分，有實質上一罪或想像競合犯之裁判上關係。

十九、被告等上訴應予駁回但原判決撤銷改判仍有罪

被告等人上訴意旨，仍執陳詞否認犯行，雖均無理由，檢察官上訴意旨所稱被告飛行網公司犯罪所得利益遠逾法定罰金上限，應依刑法第 58 條規定酌加，原審僅判處被告飛行網公司罰金刑 300 萬元，顯然過輕亦無可採，但檢察官上訴意旨另認被告等行為亦構成公開傳輸罪，指摘原判決就此部分漏未審酌，則為有理由。原判決既有前揭可議之處，應將原判決撤銷改判。審酌被告辛、戊、己三人為牟個人私利，無視告訴人等所享有之著作權及公眾利益，利用網路非法公開傳輸、下載重製方式之新興科技之犯罪，所獲利益匪少，對於各該告訴人造成之長期損害非輕，且本件犯行對於智慧財產權所生之深遠不良影響，並導致減低合法創作意願、更嚴重損害我國保護合法著作權之國際形象。

被告三人犯後均未能坦承犯行，參酌被告辛於本件犯罪分工之程度顯較被告戊、己為輕，且年事已高，被告戊、己係本件之主犯，被告辛、戊、己已與部分告訴人達成民事和解，並於和解後停止會員線上音樂下載服務，且與告訴人唱片公司等著作權人達成授權之協議，致力於著作財產權之保護；另審酌飛行網公司之代表人、受僱人犯罪情狀，及被告丁僅係貪圖一時便利及節省花費，而犯行尚屬輕微，亦同與告訴人等達成民事和解，暨被告等之智識程度、犯罪動機、目的、手段及犯後態度等一切情狀，將原判決撤銷，分別判被告辛、戊、己共同以意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業，辛處有期徒刑壹年，併科罰金新台幣壹佰伍拾萬元。戊己各處有期徒刑壹年陸月，均併科罰金新台幣壹佰伍拾萬元。飛行網股份有限公司法人之代表人、受僱人因執行業務，犯擅自以重製之方法侵害他人著作財產權為常業之罪，罰金新台幣壹佰伍拾萬元。丁共同連續非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑參月，緩刑參年。

肆、KURO 網站平台侵權案最高法院之判決

以上高等法院之判決，嗣經最高法院將其廢棄，發交智慧財產法院³³⁰。以下為最高法院發回理由，最高法院認為：

1. 為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，政府制定著作權法一種予以規範，觀諸該法第一條規定甚明。隨著新科技之發展，侵害著作權之方式亦不斷翻新，如何將抽象法文，妥當適用於具體個案，自當把握其立法精神，刑事案件，並受罪刑法定主義之支配。近年來電腦科技發達，出現所謂 P2P（即 Peer-To-Peer，點對點，或同儕對同儕）之分散式網路架構，透過網路平台業者提供之技術、服務，其會員間可以直接下載與上傳他人享有著作財產權之文字、影音著作，卻有別於傳統之由網站業者設置中央伺服器以收錄下載再上傳他人上揭著作之直接參與重製方式。

針對提供是類服務為號召，而藉口收取手續、網路維修費，以獲取利益，卻直接媒合會員間重製、公開傳輸，致使著作財產權人平白損失其權利金之收取，著作權法於九十七年七月十一日修正，增定第八十七條第一項第七款：「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者」，視為侵害著作權之一種行為態樣；第二項並明定：「前項第七款之行為人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。」修法理由更載明係參照美國最高法院就（具有指標性意義之）Grokster 案之判例意旨。復配合增定同法第九

³³⁰最高法院九十八年度台上字第六一七七號刑事判決

十三條第四款，將此種間接侵害著作財產權之網站業者，課以較諸同法第九十一條至第九十二條之直接重製、公開傳輸犯罪態樣為輕之刑罰。

於該增修之刑罰規定，固有刑法第一條罪刑法定主義之適用，但上揭著作權法第八十七條第二項，既係美國最高法院本諸相同於我國著作權法第一條之立法精神，提示法院實務上判斷網路著作權侵害案件所應審酌之因素，即屬我國立法者予以明文化之結果，不生法律不溯及既往之問題，於此情形，倘網站業者之主要目的，在於從中獲得私利，而有積極之廣告等作為，提供足以使會員間非法重製、公開傳輸之電腦程式或技術等服務，參與程度已匪淺，自該當於刑法第十三條第一項之直接、確定故意，並非同條第二項之間接、不確定故意。原判決事實既認定上訴人三人經營之 P2P 式網站所提供之電腦軟體及網路搜尋下載服務，可使眾多侵害他人著作財產權之會員，藉其設施、服務，大量彼此交換、傳輸、下載、重製他人享有著作財產權之音樂，竟為獲得鉅額利益，刊登上揭「五十萬首最新 MP3，無限下載」等多則廣告，吸收廣泛大眾為其會員，當屬基於直接、確定之故意而作為；乃其復認定為「可預見其提供上開軟體及網路搜尋下載服務予會員，將使眾多未經著作權人之同意或授權公開傳輸、重製之會員，得藉此大量交換傳輸下載重製著作權人之錄音或音樂著作……而侵害著作權人之著作財產權，亦不違背其本意」，則屬間接、不確定之故意；理由內亦先說明直接、確定故意（符合行為後著作權法增定之上揭第八十七條第二項情形）之所憑事證，再說明係出於間接、不確定之故意，顯有判決理由矛盾及適用法則不當之違誤。

2. 其次，證人必須依其親身經歷之過往事實而為陳述，具有不可替代性，為法院發現真實之重要證據方法，是刑事訴訟法第一百七十六條之一規定：「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」但基於人情考量，同法第一百八十一條規定：「證人恐因陳述致自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」學理上稱為拒絕證言權，然非可恣意主張，尤於其在調查中已有供述之情形為然，亦不得概括拒絕一切證言，而祇能針對與其利害相反之特定問題拒絕陳述，第一百八十三條第一項規定：「證人拒絕證言者，應將拒絕之原因釋明之。但於第一百八十一條情形，得命具結以代釋明。」第二項規定：「拒絕證言之許可或駁回，偵查中由檢察官命令之，審判中由審判長或受命法官裁定之。」以兼顧真實發現及不自證己罪原則，並確保被告之反對詰問權。原審以證人等三人均經合法傳喚未到庭，嗣具狀表示拒絕證言，乃不再傳、拘進行人證之調查程序，然既未命其釋明原因，又未命以具結代替釋明，且未裁定准否，卻逕行採用其等在警詢、偵查及其等另案審理中所為不利於上訴人三人之供述，作為認定上訴人三人犯罪之證據，無異剝奪上訴人三人之訴訟防禦權，所踐行之訴訟程序難認合法。

3. 再者，審理事實之法院，對於案卷內與認定事實、適用法律、罪名成立與否，或於公平正義之維護，或對被告之利益有重大關係之一切證據，客觀上認為應行調查，又非不易調查或不能調查，倘未予調查而逕行判決者，當有刑事訴訟法第三百七十九條第十款所定之應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。原判決事實認定其附表一之錄音著作發行權人為「科藝百代（股）公司、亞律音樂（股）公司」，然理由內記載：「其中附表一部分之歌曲，由告訴人提出之專輯影本雖未見有告訴人聲明著作權之記載，然告訴人科藝百代公司確於九十二年一月十七日製作發行前開專輯之歌曲無疑，……而亞律公司於九十一年十二月十二日雖亦有發行出品相同歌手演唱之前開歌曲專輯，……此僅得認定前開歌曲之著作財產權事後曾有轉移或再授權予他人之情」，似認此部分著作財產權有移轉或再授權之情形，則所受侵害之著作財產權人究係何者，非無查明認定必要，原審未遑調查，遽行判決，尚嫌證據調查職責未盡。

4. 末者，刑罰之量定，在於顯現分配之正義，刑法第五十七條首段規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準」，第十款明定「犯罪後之態度」，即為上揭所應審酌之事項，此於告訴乃論之罪之案件，既特別重視告訴人之意見，雖和解係在第一審辯論終結之後，無從撤回其告訴（刑事訴訟法第二百三十八條第一項），仍應就此犯罪後之態度列為量刑斟酌之重要因素，始符罪責相當原則。上訴人三人於提起第三審上訴後，已與告訴人成立民事和解，有陳報狀、撤回告訴狀等可稽，原審未及斟酌，案經發回應併審酌。以上，最高法院認具有撤銷發交更審之原因。

伍、KURO P2P 網站著作權侵權案之評析

本案高等法院雖然維持了被告有罪之判決，但仍是將原判決改判，從以上法院的分析可看出，在 KURO 侵權案件當中，其實最關鍵的部分，並不是在於 KURO 網站本身 P2P 的運作下，平台業者從技術的安排、經營的方式，來論就其提供網友從事非法下載及傳輸所應負擔的法律責任角色問題，因為這個部分從 ezPeer 案可以看出，在本質上的確是有值得爭議的地方，但 KURO 案基於彰化洗歌站，分別有所謂星紀與譜訊公司，該二家公司依照人證及物證所認定之事實，可明顯看出 KURO 網站除了他自己的網站操作之外，講穿了就是另再透過彰化這二家公司將歌曲轉檔下載由 KURO 公司之外的第三人公司（但都是在被告飛行網公司的指揮監督指使之下），來進行洗歌的動作。

也就是說，被告僱人將該等歌曲先自己重製，然後傳到各網站，在經由網站 P2P 的運作提供給不特定的網友，而因為有這二家彰化公司從中協助之事實，而被認定被告等係屬於操作全盤規劃之犯罪者，換言之，除 KURO 本身的 P2P 運作外，警方當初從彰化查到被告指示之該二家公司的所有犯罪行為事實，發現被

告係通盤指揮負責，所以才奠定 KURO 案被告之重製及公開傳輸罪責。因此值得吾人深究的是，假設警方在本案中並沒有發現彰化洗歌站的操作，而比較類似於像 ezPeer 之狀況時，可否單純以 KURO 網站上技術操作與網友間之互動而仍構成犯罪，殊值探討。

質言之，如欠缺彰化洗歌的強有力證據支持，KURO 案件能否構成侵權，其判斷的重點仍在於網站平台業者和網友之間共同正犯是否成立之法律基礎，這雖然是個假設的問題，但是對於仍在審理中的 ezPeer 案以及將來在網路技術發展之下，如有任何新興技術被運用在著作權侵權，且假設如修正後之 87 條第一項第七款之所謂 P2P 條款無法適用時，此極具爭議性之法律議題仍有探討之必要，針對此部分，吾人如果從 KURO 案台北地院的判決中可以明顯看出，明知而任其發生，似乎仍有成立之空間。

尤其從技術認知上，KURO 案與 ezPeer 案最大不同是，在證據認定方面，由於 KURO 自始至終均未否認其 P2P 檔案交換係基於該網站之檔名索引伺服器來操控，亦即 KURO 與 ezPeer 案之不同是，ezPeer 案告訴人雖然認為 ezPeer 具有檔名索引(中央集中管理檔名資訊)之功能，但隨後承認 ezPeer 已經取消該檔名索引伺服器；但 KURO 案自始至終均有檔名索引部分，因此，即使是欠缺彰化洗歌站之二家公司操作，基於檔名索引伺服器的存在，可以讓 KURO 網站平台經營者對於相關網友所下載傳輸之內容均可有所掌握及認知，這部分當然可能導致被告就網友之非法下載及傳輸之侵權行為有一定程度主觀上之認知，即有所謂之使其發生或任其發生的故意認定，這個是和 ezPeer 案完全不同者。

至於最高法院發交理由，簡言之，係認為高院判決一方面以被告刊登多則廣告，吸收廣泛大眾為其會員，當屬基於直接、確定之故意而作為；另一方面又以被告可預見其提供軟體及網路搜尋下載服務予會員，將使眾多未經授權公開傳輸重製之會員，藉此大量交換著作權人之錄音或音樂著作而侵權，亦不違背其本意，屬間接、不確定之故意；且亦未斟酌被告和解之因素，二者互相矛盾而發交智財法院。基本上，最高法院所論邏輯上固無可議，二者的確應一致，即同屬間接故意，或同屬直接故意(其實應論以間接故意)，但以此區區理由發交，再度作實最高法院為發回法院之稱謂，也有耗費司法資源之嫌。

第六節、ezPeerP2P 案最高法院與智財法院判決

依前所述，國內著名之第二大 P2P 網站平台著作權侵權訴訟案中，KURO 案目前仍在最高法院審理中，而 ezPeer 案在第一審士林地院判決網站平台經營之被告無罪，上訴高等法院後仍維持原判之無罪，再上訴至最高法院後，最高法院認為無罪之認定尚有判決不被備法令之疑義，迺發交智慧財產法院，嗣智慧財產法院仍駁回檢察官之上訴，維持原來地院之無罪之判決，茲就 ezPeer 案最高法院與智慧財產法院之認定予以介紹並探討。

壹、原審認定被告起訴之犯罪事實

被告為全球數碼科技股份有限公司之負責人，實際負責全球數碼公司之業務。該公司自民國九十年初起經營 ezPeer 網站（網址：<http://www.ez-peer.com.tw>），以 P2P 檔案分享軟體（包括 ezPeer 主機伺服器 Server 端軟體、Client 客戶端軟體）及網站主機，以提供使用者交換（傳輸及下載）檔案，九十年初至九十年十月間網友可免費自該公司所管理的伺服器，下載 ezPeer 之點對點聯結，讓使用者可以直接存取網際網路上其他電腦中檔之一種分散式資料共享。但自同年十月起採收費制，會員可先下載 ezPeer 上開軟體，但必需付費購買 P 點或付月費新台幣一百元，使用者在交換檔案時必需使用 P 點或付月費之事實；以及原判決對於公訴人所指利用被告設置之 ezPeer 網站平台非法傳輸下載告訴人享有著作權之 MP3 錄音檔案之會員。這些利用被告設置之 ezPeer 網站平台非法傳輸下載告訴人享有著作權之 MP3 錄音檔案之特定會員，該當著作權法擅自重製、公開傳輸他人著作罪。

被告與顏○○等人均明知「周華健忘憂草」等五百餘首音樂詞曲著作物，均係告訴人滾石國際音樂股份有限公司等公司享有著作財產權之音樂著作物，未經前揭公司之同意或授權，不得擅自以任何形式方式予以重製或予以公開傳輸，竟出於侵害上開公司著作財產權之概括犯意，未經前揭公司之同意或授權，允由顏○○等人分別於民國 90 年初、91 年初間某日起，在彼等住處上網，連結至全球數碼公司所經營之網站，透過玉山銀行所辦理之「電子現金」（Ecoin）、中華電信行動電話 839 小額付款、信用卡付款、Seednet 小額付款或遠傳電信手機線上直接付費，或利用自動櫃員機 ATM 轉帳、7-11 便利商店代收方式付費取得 P 點（P 點為 ezPeer 使用之虛擬單位，為會員儲值予全球數碼公司 ezPeer 軟體使用及伺服器下載他人檔案之計量單位，P 點制計費方式按「成功下載」檔案的大小計費，其中新臺幣 1 元可以購得 P 點 1 點，下載檔案 1MB《百萬位元組 megabyte》需扣除 1P 點，檔案小於 0.1MB，以 0.1P 點計算；若超過 20MB，以 20P 點計算。

會員亦得以上揭方式以按月支付壹佰元取得無限制下載檔案權限），至全球數碼公司所管理之伺服器下載名稱爲「ezPeer」之「點對點連結（即Peer to Peer，P2P，爲一種可以讓使用者直接存取網際網路上其他電腦中檔案之一種「分散式資料共享《Distributed File Sharing》」模式）檔案分享應用軟體電腦程式，旋安裝該程式於顏○○等人處，利用該處之個人電腦與電腦週邊設備，及彼等向網路服務提供業者（即ISP）所申請之ADSL（指非對稱數位式用戶線路《Asymmetric Digital Subscriber Line》，係一種附掛在傳統電話線之高頻部分來提供高速網際網路上網服務的技術，其最重要之特色在於上傳及下載資料之傳輸頻寬並不一致）寬頻數據帳號。

執行前述之「ezPeer」電腦程式點對點檔案分享應用軟體，連結上全球數碼公司網站所管理之伺服器主機，該主機需先驗證顏○○等人是否確爲全球數碼公司之會員，經准許登入後，除將顏○○等人電腦內特定資料夾（預設值爲C磁碟機標題爲「ezPeer1.x」資料夾之「share」子資料夾）內之MP3（即ISO/MPEG Audio Layer3，MPEG-1 影音標準中之第三階層聲音壓縮標準，爲一種將聲音檔案數位壓縮之聲音壓縮標準，可減少數位聲音檔案之容量，一般而言，在網際網路傳輸之MP3 檔案之取樣率大多爲44.1KHz）格式之音樂檔案，包括「演唱者 artist 名稱、歌曲 song 名稱、專輯 album 名稱」，存放路徑、檔案大小、經由網路服務提供業者提供之ADSL 寬頻線路所配賦上網時之網路節點 IP 位址（爲Internet Protocol address 之縮寫，係一種以32bits 之二進位制數字以識別連接到網際網路不同電腦間之表示方法，目的在使透過封包來傳輸資訊得正確識別資料輸出來源電腦及目的電腦位置。IP 位址以3 個小數點隔開四個位元組的十進位值，如211.21.9.4 即屬之）、傳輸埠號（即 port number，預設值通常爲6688）等資訊上傳至全球數碼公司所設置集中管理資料庫之「檔名索引伺服器」（按全球數碼公司所架設之集中式檔名伺服器 server 數量並非僅只1 台，經查共約18 台主機分佈於205.158.63.x 及203.73.24.x 兩網段）資料庫中予以記錄，以供各連線其他會員得以輸入演唱者名稱、歌曲名稱及專輯等關鍵詞句之方式，快速自前述資料庫中搜尋所欲下載之MP3 音樂檔案，並以此相同運作原理方法得知正處於連線狀態全球數碼公司之其他會員個人電腦中，特定磁碟機資料夾（c:\ezpeer\share）已儲存供傳輸下載之MP3 格式音樂檔案，以及音樂檔案之存取路徑及特定IP 位址。

會員顏○○等人再以滑鼠點選由全球數碼公司所管理之前述「檔名索引伺服器主機」所提供檔案分享應用軟體畫面所顯示之各已連線會員電腦中之MP3 格式音樂檔案名稱與存取路徑，並挑選提供MP3 檔案之特定節點IP 位址所得提供之傳輸頻寬（通常一般使用者會傾向選擇能提供較大傳輸速率頻寬之T3、T1 等），經由網路服務提供業者提供之ADSL 寬頻線路所配賦之網路節點（IP），經前揭「檔名索引伺服器主機」所提供其他連線會員電腦內之MP3 檔案目錄予以點選

後，該「檔名索引伺服器主機」旋即將顏○○等人欲自他連線會員傳輸下載之 MP3 格式音樂檔案位元數大小予以加總，再驗證顏○○等人之帳號是否擁有足夠之 P 點足供下載之需，若 P 點點數足夠（或為月付制會員），即助成顏○○等與該不特定連線會員之網路節點 IP 兩者間，相互建立直接之 TCP/IP 連線（此即為「點對點連結即 Peer to Peer 檔案分享技術」）。

嗣顏○○即未經音樂著作權人即告訴人之同意，經全球數碼公司所提供伺服器並 ezPeer 軟體之媒介，非法以網路傳輸下載之方式重製不特定全球數碼公司會員個人電腦主機，儲存在名稱同為「ezPeer1.x」資料夾「share」之子資料夾之各個 MP3 音樂格式檔案，惟必定為音樂著作權人等所不允許或未經授權公開傳輸、並經由網際網路傳輸再次非法重製於顏○○等個人電腦之 MP3 音樂格式檔案，全球數碼公司即自顏○○於自他連線會員之電腦下載 MP3 音樂格式檔案後，由前揭伺服器發出訊息通知驗證主機，並自顏○○等之會員帳戶內，以自他連線會員之電腦下載檔案 1MB 扣除 P 點 1 點，檔案小於 0.1MB 則時以 0.1P 點計算；若自他連線會員之電腦處下載之位元數超過 20MB，則扣除 20P 點計算之方式減除會員之 P 點，實際即係自非法重製之連線會員處收取金錢對價（若連線會員將自己之 MP3 音樂格式檔案以相同手段公開傳輸予其他連線會員，亦得以每 1MB 增加 0.3P 點與全球數碼公司朋分 P 點）。

被告以此方式經營全球數碼公司獲致鉅額利潤，並以此方式與未經音樂著作權人即告訴人同意之會員處，相互間朋分自下載他會員檔案之連線會員處所收取之金錢對價（P 點），迄 92 年 12 月初仍繼續侵害前揭著作權人之公開傳輸權，而經營獲利，顯見其以此方式侵權牟利為常業，賴以維生。嗣警方查獲顏○○等並在彼等所使用之電腦硬碟內，查獲顏○○等人以上述點對點傳輸方式，擅自非法以下載方式重製之盜版 MP3 格式音樂詞曲著作物數百首。

貳、ezPeer 案最高法院刑事判決³³¹

最高等法認為本件原高院判決維持第一審以被告被訴涉犯（修正前）著作權法第九十四條第一項、第九十一條第一項、第九十二條擅自以重製、公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權為常業罪，犯罪尚屬不能證明，諭知無罪之判決，駁回檢察官第二審之上訴，最高法院將其撤銷發交智慧財產法院。

一、P2P 之平台業者之犯意聯絡、行為分擔、或誘使/幫助之行為

最高法院認為，對於 P2P 實際之使用者，就 Peer to Peer 檔案分享之交換軟體，雖屬中性之當代網路科技，但仍存在有侵害他人著作財產權之危險，其利用該等

³³¹ ezPeer 案最高法院九十八年度台上字第一一三二號刑事判決

交換軟體進而違法侵害他人之著作財產權之行爲人，應依著作權法等相關規定歸責，固無疑義。至於提供、服務該等交換軟體之行爲人，即 P2P 之平台業者，是否應同負著作權法相關罪責，最高法院見解認爲，除應審認 ezPeer 網站平台會員等人利用被告所提供或服務之該等交換軟體，進而違法侵害他人之著作財產權之行爲及結果，其與被告提供、服務該等交換軟體之行爲間，有無相當之因果關係外，仍應審認被告提供、服務該等交換軟體，與利用該等交換軟體而違法侵害他人著作財產權之 ezPeer 網站平台會員等人間，就違法侵害他人之著作財產權之行爲，有無犯意之聯絡、行爲之分擔、或誘使、或幫助之行爲而論。

因長久以來，依刑法向來之實務見解，以自己共同犯罪之意思，參與實行犯罪構成要件以外之行爲，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行爲者，均爲共同正犯（司法院釋字第一〇九號解釋）。而共同正犯之意思聯絡，並不限於事前有所謀議，即僅於行爲當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，且其表示之方法，亦不以明示通謀爲必要，即相互間有默示之合致，亦無不可（最高法院七十三年台上字第二三六四號判例意旨參照）。

二、被告知悉個別會員所下載之檔案

雖然一般人僅需加入被告公司之會員（不需付費即能加入會員，並自行設定特定帳號、密碼之方式即可），即能登入被告公司所經營維護之 ezPeer 網站，並以該公司所提供之已登入會員驗證伺服器之分享資料夾內之檔案爲範圍搜尋檔案，但若欲自被告公司之他會員電腦內下載檔案時，則必須成爲付費會員，而被告公司在收費模式上，採行月費制及與新台幣匯率等值之 P 點制。在月費制之模式下，會員需其所使用之帳號在登入（會員）驗證伺服器時，其帳號屬於有效付費期間內，才能通過驗證伺服器之查核；若爲 P 點制之會員，除必須該會員之帳號內仍有 P 點（元）外，尚須按照其所下載檔案之大小，以每下載 1MB 扣除 1P 點之方式支付費用，就下載檔案完竣，欲登出被告公司網站時，會員電腦內即會出現「對帳單」圖檔，其上詳載下載檔案之檔名（歌曲名稱），檔案大小，扣除 P 點之數目（個別檔案以扣除 20P 點爲其上限）等資訊。顯見被告當然知悉個別會員所下載之檔案爲何，否則對帳單上何以詳載下載檔案之歌曲名稱，亦無從依下載之檔案大小計算「按下載利用之數量收取服務費」，高院原判決就此部分之證據未予採認，復未說明何以不採之理由，其判決未載理由，至爲明顯。

三、被告就其使用者客戶端電腦查詢及下載檔案有監控機制

按被告係提供使用者下載 P2P 軟體安裝後，始有加入特定社群之可能，若無檔案名稱（搜尋）服務，則無從自社群中查詢他特定電腦有何客戶端需要下載之檔案，苟能將軟體提供與使用該 P2P 軟體後查詢檔案之行爲予以切割，即無從

發生被告公司「或按下載利用之數量」收取服務費之情形。蓋下載利用數量收取之服務費，表示客戶端電腦在查詢並下載檔案時，被告公司必定有監控機制，猶如使用電話必定需與電信公司之系統保持聯繫俾依通信時間計算通話費用，足見原判決以被告「完全不提供檔案名稱服務，僅提供 P2P 軟體供使用者下載，網站則以廣告費或按月或按下載利用之數量收取之服務費」之認定，有違經驗法則。

四、在 P 點制之模式下被告對會員究已下載多少數量及大小檔案知悉甚詳

被告網站之使用者雖在被告網站無償加入會員取得帳號密碼，執行 ezPeer 軟體後，即得利用該軟體搜尋機制搜尋檔案，但若未付費加入月費制或 P 點制會員，則亦無法下載檔案，足見被告公司必須先審查該會員之帳號是否屬於有效付費之帳號，其使用之手段即為電腦過濾，本案中稱之為「會員驗證伺服器」（未必是僅一台電腦，可能因為會員數眾多，一台電腦不堪資料及頻寬負荷而使用多台協力為之），在月費制之模式下，僅能在該會員登入會員驗證伺服器時予以審查，本件參酌鑑定證人之證言，應足認縱該會員在連線中會員繳費之日數到期，該軟體亦不會強制會員登出（事實上軟體亦得加入強制到期會員登出之功能，例如諸多付費之線上遊戲）。

被告網站在 P 點制之模式下，除必須以會員驗證伺服器查核該會員得否下載檔案外，在會員欲中止 ezPeer 程式之執行，軟體必須將該會員該次已經下載之檔案予以彙整製表，供該會員知悉業經扣除若干 P 點。而被告公司對於會員月費制及 P 點制兩者最大之差異，在於其對於月費制之會員下載何種檔案，在軟體設計伊始，能有機會監控但是可以不為任何監控，因為會員僅有付費義務，被告公司在付費有效期間內，必須提供搜尋機制及下載機制供會員使用，至會員下載（或稱會員間交換）何種形式檔案，非被告公司所需關心之事項；但在 P 點制之情況則相異，因為被告公司有提供對帳單，所以被告公司必定有一台電腦統計特定會員下載多少數量、及檔案大小之資料，俾利加總彙整扣除 P 點（甚至製作分配 0.3P 點予提供檔案供他會員下載之會員分配表），此時，被告公司對於該會員究竟已經下載多少數量及大小之檔案絕對知之甚詳，不能諉為毫不知情，此亦足以證明被告公司對於會員之下載檔案行為必須全程監控，原判決對對帳單等證據置之不論，顯有判決未依證據法則、判決不載理由及違背經驗法則之違法。

五、被告電子商務之經營模式與手段

被告網站既採收費制，其與會員間因為付費、驗證、扣點等事項恆需建立相當緊密之聯繫關係，彼此間建立之金流（如小額付費機制）、資料流（如扣點制）等等，屬於電子商務之一環；被告為使使用者願意成為付費會員，在商業經營模式上必須採行下列手段：

被告網站以排行榜鼓勵使用者

被告網站盡可能鼓勵使用者執行 ezPeer 程式，所以會有 ez 風雲榜即下載排行榜列有被下載檔案即 MB 數量之會員排名），對於被下載檔案數量大小會員予以排名，對於數量大的會員甚至給予贈送一定時間免予繳費之優惠，以此手段盡力鼓勵會員連線上網執行 ezPeer 程式後供他人搜尋下載，並阻止會員不要中止該程式之執行，如此會員間得搜尋之範圍方能擴大，進而增加欲搜尋檔案會員尋獲其所需檔案之機會。

被告網站刊載廣告及透過電子郵件通知

被告網站由於免付費 P2P 軟體可以與被告公司之 ezPeer 程式競爭，故被告公司必須明白告訴會員加入該公司之會員與使用其他 P2P 軟體之差異，其手段即為廣告之刊載及透過電子郵件通知會員：按一九八二年 CD 產品始問世，在此之前根本無數位音樂產品出現，所以亦無可能有 MP3 格式之商業音樂產品存在，雖然數位音樂產品未必均有著作權存乎其上，但商業錄音之數位音樂產品，依眾所周知之經驗法則判斷，原則上均屬有著作權保護之檔案，商業錄音之權利人如本件案件之告訴人等，因囿於非實體如 CD、DVD、MD 為載具之數位音樂格式產品一旦發行，則消費者直接以網路輾轉傳輸散佈，其音樂銷售之利基必定產生巨大衝擊，所以在防止盜拷措施科技未臻成熟之際，遲遲不願加入無實體載具之數位音樂發行市場，甚至絕大多數因商業錄音公司均不願意發行 MP3 格式之錄音著作，亦無同意購買實體 CD 之消費者，擁有將轉換成 MP3 格式後，在網路上透過各種途徑傳輸之授權，原因不難理解，亦為眾所周知事實；而被告所發行之廣告畫面為例，例如張學友、黃立行、光良、阿杜、黃品源等人所演唱之商業數位錄音著作，彼等所屬之唱片公司，在本案犯罪行為產生當時，即未曾發行 MP3 格式之錄音產品，首次存在的 MP3 錄音著作幾乎均為購買 CD 唱片後予以轉換格式而產生，依經驗法則，此種數位錄音著作 MP3，不論有無因合理使用之理由阻卻違法而得轉換格式予以重製，均絕對不具有告訴人授權公開傳輸之可能。

藉音樂排行榜告知協助相關網頁下載最新流行音樂

被告網站製作各式各樣之音樂排行榜，稱之為哈燒榜，甚至註明排行「有效日期」：此依網頁圖示，幾乎不必解釋即能明確知悉被告公司在鼓勵會員「參考」彼等提供之流行音樂排行榜、香港勁歌金榜、Billboard 單曲、英國金榜單曲、東洋排行榜、古典音樂榜（經樂團或演奏家重新演奏錄音亦屬有著作權之錄音著作物），此服務之目的，在使被告公司之會員，能輕易自相關網頁超連結知悉最新流行音樂，甚至僅需點選歌手「蔡依林」或是歌曲名稱「野蠻遊戲」，ezPeer

軟體即會將蔡依林、野蠻遊戲等關鍵詞複製至 ezPeer 軟體之搜尋欄位，供會員以滑鼠按下執行按鈕後，搜尋其他會員有無查詢之關鍵字詞俾利下載非法重製錄音著作，而上述畫面任何一首歌曲均屬有著作權之商業錄音著作（僅「蔡依林」、「F.I.R.」、「林俊傑」三張新專輯即已經有三十六首錄音著作）。

且其著作權絕大多數均屬告訴人等權利人團體，迄今未聞有何流行排行榜上之商業錄音著作在發行伊始即拋棄著作權，由此畫面可以得出心證，即被告公司藉由此類廣告手段，告知會員新歌名稱及發行新專輯之歌手名稱，甚至提供助力為關鍵字填入搜尋欄位，搜尋非法公開傳輸商業錄音著作 MP3 檔案之其他會員列表（peer list）後點選下載等非法重製之構成要件行為甚為明確，且任何一張專輯亦遠逾當時未修正前著作權法五份之刑事處罰門檻甚為明確，原判決竟以此手段係商業「促銷」手段，目的無非在刺激消費意願，希望會員大量使用其軟體，與被告設置 ezPeer 網站平台是否基於著作權之意圖不能混為一談等由，為對被告有利之認定，且稱未見公訴人舉證以實其說，且於 ezPeer 網站會員等人以 ezPeer 軟體交換檔案總數遠逾起訴門檻即五首獨立錄音著作，業均以違反著作權法罪嫌判決確定在案之情形下，竟認為無由認定教唆範圍逾越合理使用及起訴門檻之限制，顯有判決未載理由、違背經驗法則之違背法令。

六、會員傳輸無著作權檔案形同集體非法重製共同分配贓款

被告網站為謀鼓勵會員連線上網執行 ezPeer 程式後供他人搜尋檔案下載，並阻止會員勿中止該程式之執行，如此會員間得搜尋之範圍方能擴大進而增加欲搜尋檔案會員尋獲其所需檔案之機會，此為 P2P 架構下分享檔案之基本觀念，是被告公司採行 P 點制，將提供檔案他會員傳輸或下載之會員，得自其所遭下載之檔案大小，從下載會員所扣除之 P 點中，抽取十分之三的 P 點充作獎勵，當然屬其經營此商業模式獲利之手段，本係基於營利之動機為之；而提供檔案供他會員下載之人，若該檔案屬於有著作權保護之檔案，必須先有著作權人之授權，或有合理使用之理由，始得重製至自己所使用之電腦硬碟內，若有著作權人之授權得公開傳輸或其已得授權再重製與會員，始能存放在被告公司 ezPeer 軟體預設之分享資料夾（通常預設值在 Windows98 為 c:\ezpeer\share，當然使用者亦可變更分享資料夾），由於分享資料夾在 P2P 架構下，屬於下載檔案之檔案位置，同時屬於上傳檔案之資料夾（如此才叫 P2P），倘未獲著作權人之同意或無合理使用之理由，不論係以光碟、硬碟轉檔成為 MP3 等商業錄音著作電子檔案，或自他會員處非法下載之方式重製在會員自己電腦，皆屬非法重製。

此時，當然不會取得著作權人授權得透過網際網路公開傳輸，而被告公司自提供檔案供他會員下載之會員處，依每遭下載 1MB 檔案抽取 1P 元牟利，再將其十分之三分配予提供檔案供他會員下載之會員，在該會員所傳輸之商業錄音著

作檔案無著作權授權之情況下，無異於剝奪著作權人之公開傳輸權能，形同集體就非法重製商業錄音著作檔案共同分配贓款；在本案中，會員縱無公開傳輸之規範，彼等存放在分享資料夾之檔案，依業經判決確定之會員等多人供述，彼等分享資料夾內之商業錄音 MP3 檔案，即係自不知名之他會員處非法下載重製，則彼等再透過此方式提供予其他會員下載重製，依刑法理論觀之，如同提供盜版書籍與他人至影印機整本影印一般，亦屬於著作權法第九十一條非法重製之共同正犯可以論擬，原判決之認定適用法則顯然有誤。

七、依經驗法則會員按月付費係為下載未經授權之最新錄音檔案或電影

按被告網站所設計提供之 ezPeer 軟體，除在其經營維護之網站上刊登商業廣告收取利潤外，主要之收益，來自於月費制及 P 點制會員所繳納之「會費」；其中，月費制之會員並無下載檔案數量及檔案大小之限制，會員捨免付費之 P2P 軟體不就，寧願使用按月付費之 ezPeer，除上開被告公司之經營模式外，其最重要之目的，即係希望能下載即時（或當月、當週甚至當日）之最新資訊，依經驗法則及參照被告之廣告詞，使用 ezPeer 軟體加入該社群，「不止有 MP3、還有八百萬電影、歌詞、禁播 MV、美女自拍、KTV 熱門排行、手機鈴聲……讓你當漏到手軟……」，若已經下載極大量之資訊後，應無繼續按月付費之需求，會員若非需求最新商業錄音 MP3 檔案或電影外，有何理由讓消費者願意繼續按月繳納會費，此稍具生活經驗之人不假思索即能理解，應屬常情，原判決捨此不採，自係有違經驗法則。原審判決置各項足資認定被告有違反著作權之證據不論，徒以檢察官未能證明在被告公司會員間交換流通之音樂檔案，全屬有著作權保護之錄音著作為理由，判決被告公司無罪，且又未說明不利於被告之證據，何以不足認定被告有違反著作權之犯行，顯有判決不備理由之違法，且未能理解音樂產業之脈絡及市場變遷，其認定事實亦有違經驗法則及論理法則。

八、被告與交換非法檔案會員彼此間，有無犯意聯絡及行為分擔

本件被告公司之會員間非法重製並非法公開傳輸彼等擁有錄音著作之商業錄音 MP3 檔案，被告公司應否對之負共犯責任，仍應回歸刑法對於共犯之基本要求，即被告公司與交換非法檔案會員彼此間，有無犯意聯絡及行為分擔。本件檢察官自起訴伊始，即從未主張被告公司之電腦或伺服器，不論是會員驗證伺服器或是檔名索引機制（或稱檔名索引伺服器，因起訴前後認定集中式、分散式架構而有所變異，並非本案爭執重點），曾經存放過告訴人等享有錄音著作權之歌曲，茲以簡圖描述彼此間關係，由該圖可以知悉，若會員二者間彼此在傳輸、重製非法商業錄音 MP3 檔案，被告公司所扮演之角色，在二會員雙方在傳輸、下載檔案時，被告公司有「提供 ezPeer 軟體（供會員雙方執行該軟體並均連接國際網路）、收費驗證（會員間始能下載並傳輸檔案）、目錄提供（即具有檔案搜

尋機制)、傳輸監控、扣款記帳(在P點制之會員部分,被告公司最末尚須提供對帳扣點之電子資訊即對帳單)」。

九、被告提供伺服器供社群電腦相互搜尋檔案應評價為完成犯罪行為之協力或構成要件行為之分擔

按被告提供 ezPeer 軟體供不特定人下載安裝使用,經過網路連線被告公司所管理之伺服器後,形成一個特定的社群(當然任何一台電腦都可以隨時離線),客戶端輸入欲查詢之檔案名稱,即在被告公司所管理之前揭伺服器(此時被告之書狀稱之為「檔案索引之資訊中心」)內運算比對,倘若伺服器內尋獲客戶端所查詢之檔案,亦只會顯示擁有該檔案之電腦(IP 並該電腦之存放檔案路徑,可能不止一台擁有同一檔案時則為複數電腦)位址,無從顯示「該檔案之其他使用者網址」,此時若該檔案屬於不得非法重製、公開傳輸等有著作權之影音檔案時,被告公司因提供伺服器供該社群內之電腦相互搜尋檔案,即應該評價為完成犯罪行為之協力或構成要件行為之分擔,當然不能稱之為「俾彼等自行聯繫下載」,致認與檔案管理者毫無關連。

由於被告公司所經營之 ezPeer 軟體,就傳輸監控部分,構築特定 P2P 架構平台,並針對加入該平台之會員收費,形成一網路上特殊之社群(group),其對收費會員所負之契約義務,已非一般使用者免費使用 P2P 軟體所得比擬,除上詳述之商業經營策略以吸引更多會員加入該社群外,對於已加入之付費會員,尚須提供比一般使用免費 P2P 軟體更高品質之功能或內容,以避免會員流失,而對於採行 P 點制之會員,尚須考慮防止下載檔案錯誤(提供檔案供其他會員傳輸下載之會員,並不負有俟下載檔案之會員完整下載檔案後始能終止 ezPeer 程式之義務,其隨時可以終止 ezPeer 程式之執行,或是中止網路連線甚至關機),造成扣帳 P 點所產生之消費糾紛;因此,被告公司在設計 ezPeer 程式時,必須致力在到程式介面之友善性(friendly)及下載檔案之有效性,甚至下載檔案之高速性,俾與免費軟體為商業競爭。如此即不難理解下載畫面中,ezPeer 程式設計時,為何要揭示提供檔案會員之連線速度。

十、移花接木或斷線續傳殊足認定被告及重製、傳輸 MP3 檔案會員間形成共犯結構

被告公司為謀會員下載檔案時,接受該會員指令提供檔案下載(本文中即為公開傳輸 MP3)之人,於該商業錄音 MP3 檔案遭下載之際,突然因故中斷網路傳輸,致生下載 MP3 檔案失敗之結果(甚至造成無法扣除 P 點之糾紛或損失),在設計 ezPeer 程式時,即依據檔案比對之原理,將下載之檔案,經過雜湊演算法(Hash Function,常見的演算法有 MD5、SHA1 等,相關檔案比對原理請參考

上開關鍵字透過網際網路搜尋引擎閱讀)的運算,算出該檔案獨一無二,及一定長度如 32byte、160byte 的特徵值(又稱雜湊值),此時 ezPeer 軟體若在公開傳輸檔案突然中斷之際,即會比對下載清單(peer list)上之 MP3 檔案是否有相同之雜湊值,旋另覓其他提供(完全)同一檔案之會員,繼續接力完成該檔案之公開傳輸迄完成爲止,若不爲此設計,則僅檔名同一之 MP3 檔案,極有可能因爲取樣頻率(如 44.1kHz)、位元率(如 196kbps)、聲道數(單聲道或立體聲)不同,自檔案斷線處直接銜接,極可能造成檔案張冠李戴甚至錯誤。

此種完成檔案完整傳輸之機制,在本件訴訟中因爲科技名詞定性不一致,有稱之爲「移花接木」,有稱之爲「斷線續傳」;不論如何,此舉必須在設計開發時,即顧慮到此種情況,而非放任會員間重製、傳輸 MP3 檔案,成功或失敗均不予聞問或管理,反而必須透過 ezPeer 程式,在會員間彼此重製、傳輸 MP3 檔案時予以監控,並隨時提供斷線續傳之協助,此在刑法理論之評價上,殊足認定被告公司及重製、傳輸 MP3 檔案會員間形成一共同犯結構,即透過被告公司所設計之程式,有效的控制會員間重製、傳輸 MP3 檔案,並確保彼等能完全下載無瑕疵並完整可執行之 MP3 檔案,及確保被告公司之收益,渠等彼此間就侵害告訴人商業錄音 MP3 檔案之非法重製、非法公開傳輸各犯罪行爲間,當然有犯意聯絡,亦無疑義。

原判決對前述極重要之犯罪事實主張,未予調查此部分之證據或科技事實,以「……綜上所述,被告甲未設立字串,建制過濾機制之不作為,一則因其對於告訴人著作權法益受侵害之結果不具保證人地位,二則以現行技術而論,無從認其對於結果之發生能防止而不防止,其不作為態樣既與不純正不作為幫助犯之客觀不法構成要件並不相符,已無成立上開會員違反著作權法犯行不純正不作為幫助犯之餘地,從而,被告甲不爲設立字串、建制過濾機制之行爲,主觀上是否有幫助故意,即無庸再論……」,將檔案比對之科技及調查之重點侷限於檔名比對(無法解釋同一檔名不同歌曲,如假檔名之情況),未能調查並查知斷線續傳與檔名根本無關,搜尋機制之檔名過濾亦涉及雜湊值比對,所認定之事實與證據有所不符,且判決認定事實悖於科技事實而顯然錯誤、復不依證據認定共同犯彼此間犯意聯絡,有判決不適用法則及不載理由之違法。

十一、將被告犯罪行爲之責任悉委於其設計之電腦軟硬體之不當

原判決所指「……此等電腦軟硬體經由使用者操作的作業過程,以民事責任之立場而論,容或可以把電腦軟硬體的認知等同於認被告全球數碼公司之認知,但被告甲雖爲該公司之負責人,惟其爲自然人,實際上當然不可能全天二十四小時線上監控,也無從把電腦軟硬體的認知等同被告甲之認知,逕認被告甲知悉各該會員特定傳輸檔案之行爲,進而與之有所犯意連絡而成立共同正犯…」部分,

將被告犯罪行為之責任悉數委於其設計之電腦軟硬體。惟按電腦之所以能運作，繫諸於程式設計師即人的規劃，在本案中，即為被告之犯罪計畫及目的，將犯罪結果歸責於依程式自動執行之電腦，實在無法理解此與被告公司、被告及犯罪之會員間犯意聯絡有何關連，判決理由前後矛盾、亦屬違背法令。

關於 P2P 交換檔案之原理，眾所週知並非公開傳輸或下載檔案之人，其硬碟內設定之分享資料夾內之檔案，必須屬於完整可以執行之檔案，未下載完成之檔案，亦已經開始公開傳輸。由上述 eMule 之畫面顯示，所有檔案均在下載中，且無一檔案完成完整下載，而該使用者上傳（公開傳輸）中之檔案仍有兩筆，自圖檔中亦可以顯示上傳每秒 1.0 (K)、下傳（重製）每秒 9.2 (K)，此足以說明 P2P 社群一旦加入重製行列後，其檔案當然同時可能由其他電腦使用者下載，對該使用者而言，即屬於公開傳輸，此即檢察官起訴被告公司同時與非法重製之會員及非法公開傳輸之會員，分別成立共同正犯之積極證據。

十二、原判決未能理解 P2P 傳輸檔案之原理及數位版權基金與侵害著作權犯意之認定

極為罕見地，最高法院認原判決未能理解 P2P 傳輸檔案之原理，徒以「在 ezPeer 網站所提供之軟體中，固有預設分享資料夾供作檔案下載、分享存放預設位置之設計，然各會員下載後儲存於分享資料夾內之檔案並非不能移存，各會員於下載檔案後，是否儲存於該分享資料夾中供其他會員分享，並非被告所能支配，何來強迫分享之情？檢察官徒以該軟體設計中，有預設分享資料夾之功能，即謂被告有使該分享夾內之檔案處於隨時得被所有在網上之會員下載之強迫分享狀況，而認被告行為，已符合『向公眾提供』之公開傳輸行為云云，亦有誤會」等詞為對被告無罪認定之憑據，復未提出其依據何在，顯有判決不備理由之違法。

又檢察官請求訊問被告，調查被告是否有提撥百分之三十數位版權基金乙節，係為證明被告公司對於會員彼此間下載並公開傳輸之檔案極可能有著作權侵害之認識並共同謀議，否則何勞設立「數位版權基金」？若均為無著作權保護之檔案、音樂、圖片、影片，又何需有此構想？原判決認：「至公訴人請求訊問被告甲，調查被告是否有提撥百分之三十數位版權基金乙節，已據被告甲於第一審中供稱：『（就你所知，ezPeer 是否有檢方所稱之數位版權基金？）沒有。當初有提供數位版權基金的構想，也曾經委託過台北市電子商務協會邀集相關業者與學者討論這個構想是否可行，但是在還沒有任何具體結果之前，IFPI 就對 ezPeer 提出告訴，另外也曾經詢問過相關法律學者專家，他們認為 ezPeer 僅提供軟體服務，並沒有提供任何檔案供使用者下載，所以說沒有所謂的版權問題，提撥數位版權基金的構想，沒有任何法律依據。』等語，且亦無從資為審認被告

即有侵害著作權犯意之認定，是此部分之聲請，亦無再為調查之必要」云云，僅就被告自稱在此構想為成熟付諸實現前即遭告訴，且設立此基金並無法律依據，故從未設置等詞，即任由被告公司矇混。

若將無著作權不需由所謂版權基金賠償或補償之數位化檔案排除之後，就有著作權之數位化檔案部分，告訴人等僅為商業錄音 MP3 檔案之著作權人，遭告訴人等提出刑事追訴，亦僅商業錄音著作 MP3 檔案排除在「數位版權基金」外以訴訟手段解決紛爭，其餘有著作權之電影、文字、圖片難道就不需透過基金予以賠償或補償嗎？P 點分配的比例從來就是業者自訂規則，設立「數位版權基金」又何需劃地自限諉稱無法律依據所以無庸設置？然後悉歸業者收益，而有設置之構想來自於被告於審判中之陳述及其網站對 P 點制收費說明，應屬真實，能否謂因為自始迄今沒有設置，難道不能以此證明被告對於其會員間所下載或傳輸之檔案有侵害著作權等犯罪結果之認識？其判決之邏輯顯然矛盾，亦有應予調查之證據未予調查之違法。

檢察官上訴意旨所指摘各節，尚非全然無據。依上開說明，原審對上訴意旨所指摘不利於被告之證據，或未依職權進一步調查審認，或事實未臻明白未加釐清，致其事實之判斷是否符合證據法則，存有疑義，因與被告之行爲是否該當著作權法等相關罪責之判斷，至有關係，自有再加調查、審認之必要，遽為被告無罪之論斷，難謂適法。故將原高院被告無罪之判決廢棄並發交智慧財產法院審理。

參、ezPeer 案智慧財產法院刑事判決

ezPeer 案經最高法院駁回高院無罪之判決發交智慧財產法院後，智慧財產法院審理仍維持無罪之原判³³²。

一、智慧財產法院對 ezPeer 共同正犯認定應審認之要件

按以自己共同犯罪之意思，參與實行犯罪構成要件以外之行爲，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行爲者，均為共同正犯（司法院釋字第 109 號解釋）。而共同正犯之意思聯絡，並不限於事前有所謀議，即僅於行爲當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，且其表示之方法，亦不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合致，亦無不可（最高法院 73 年臺上字第 2364 號判例參照）。

³³²智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 16 號刑事判決

本件起訴意旨係認被告與顏○○等 6 人共同涉犯 92 年 7 月 9 日修正公布之著作權法第 94 條第 1 項、第 91 條第 1 項、第 92 條之罪嫌，本案審理範圍即以原起訴事實（即顏○○等人利用被告所設置之網路平台傳輸下載 MP3 檔案，若因而構成著作權法上非法重製、公開傳輸之罪名，被告即與之成立共同正犯）為準，則檢察官於原審、前審審理時指稱被告設置網路平台之作爲，及未採取有效過濾防堵會員利用上開網路平台傳輸下載告訴人享有著作權 MP3 檔案之不作爲，無待於會員利用該網路平台爲重製或公開傳輸 MP3 檔案之行爲，而應成立單獨正犯、間接正犯部分，即非智慧財產法院審究之範圍。

被告設置 ezPeer 網站平台，不論在自然行爲或社會事實之觀察上，被告本身未實行任何「重製」或「公開傳輸」他人著作之狹義構成要件行爲，若無他人參與並完成重製及公開傳輸，無從成立著作權法上非法重製、公開傳輸罪。實現狹義不法構成要件者乃會員，並非被告，是以被告設置網路平台供會員使用，縱使確有會員利用該設施傳輸下載告訴人享有錄音著作權之 MP3 檔案，因而侵害告訴人之重製及公開傳輸權，被告單純提供 ezPeer 軟體及網站平台之行爲，在法律上之評價，無法認屬「重製」、「公開傳輸」構成要件之實施。

至被告是否因會員利用其所設置之網路平台傳輸下載告訴人享有著作權之錄音著作（MP3 檔案格式），而與之成立共犯，同負著作權法之相關罪責，所應審認之要件有三（最高法院 98 年度臺上字第 1132 號刑事判決參照）：

1. 特定會員利用 ezPeer 軟體爲非法重製、公開傳輸之行爲，而侵害告訴人之著作財產權，成立著作權法上非法重製、公開傳輸罪。
2. 特定會員利用 ezPeer 軟體而違法侵害告訴人著作財產權之行爲及結果，與被告提供 ezPeer 軟體之行爲間，存有相當之因果關係。
3. 被告與利用 ezPeer 軟體而違法侵害告訴人著作財產權之特定會員間，就違法侵害告訴人之著作財產權之行爲，有犯意之聯絡及行爲之分擔。

二、特定會員利用被告之 ezPeer 網站平台及軟體而侵害告訴人著作權之行爲

檢察官所指特定會員顏○○等 6 人利用 ezPeer 網站平台非法傳輸、下載告訴人之錄音著作部分：顏○○等 6 人所下載之 MP3 檔案來源，係以告訴人之 CD 錄音著作物爲基礎而製作，此爲被告所不否認，是其等在網路上下載 MP3 檔案之行爲，係屬重製錄音著作之行爲，而非同法第 22 條第 3 項、第 4 項所稱之暫時性重製。又顏○○等 6 人係經由被告所提供之 ezPeer 軟體而重製 MP3 檔案，業據顏○○等 6 人各在其等違反著作權法之刑事案件偵訊或審理中供述，且有其等個人電腦 ezPeer 與網站連線資料可證。

有爭議者在於上開特定會員重製 MP3 檔案之行爲是否有主張合理使用之空間？是否符合著作權法刑法上某些特定之免責條款而得而主張免責？有關合理使用之判斷，不宜單取一項判斷基準，應以人類智識文化資產之公共利益爲核心，以利用著作之類型爲判斷標的，綜合判斷著作利用之型態與內容。易言之，於判斷合理使用之際，理應將所有著作利用之相關情狀整體納入考量，且應將該條項所定之四項基準均一併審酌。其中著作權法第 65 條第 2 項第 2、3 款判斷基準亦輔助第 4 款判斷基準之認定，此三項判斷基準係屬客觀因素之衡量。而第 1 款判斷基準則強調利用著作之人之主觀利用目的及利用著作之客觀性質，且有關利用著作性質之判斷，應審究著作權人原始創作目的或是否明示或默示允許他人逕自利用其著作。此外，並應審酌利用結果對於人類智識文化資產之整體影響，以及其他情狀，綜合各判斷基準及主觀因素與客觀因素之衡量。

因顏○○等 6 人之犯罪時間係自 90 年 1 月 17 日起至 92 年 5 月 20 日止，應適用其行爲當時有效施行之著作權法。而顏○○等 6 人在網路上將他人 MP3 檔案格式之錄音著作重製下載至個人電腦之行爲，固使用其個人電腦設備，然尚須經由網際網路之全球資訊網（World Wide Web ,WWW）始得爲 MP3 檔案之搜尋及下載，僅憑個人電腦設備（單機）無以單獨完成，故顏○○等 6 人重製 MP3 檔案所使用之工具並非「利用圖書館及非供公眾使用之機器」，自不符合 90 年 11 月 12 日修正公布之著作權法第 51 條「供個人或家庭爲非營利之目的，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」之規定。

顏○○等 6 人未經原告之同意或授權，利用 ezPeer 軟體而完全重製告訴人享有著作權之錄音著作的 MP3 檔案，僅供自己或交換對象之欣賞娛樂，乃單純重製，而未爲任何生產性或轉化性使用，且該 MP3 檔案以音訊方式經由相關影音軟體及播放設備後予以呈現，與告訴人之錄音著作藉 CD 之播放以表現各該歌曲、音樂之原始目的並無二致，顏○○等 6 人利用告訴人著作之結果，並無任何新生創意，而非另一著作之產生，顯非轉化或生產性之利用告訴人著作之行爲，單純爲告訴人錄音著作本質目的之使用。且告訴人對外發行音樂 CD，一般須支付對價始能取得該著作物，顧及本身實體著作物及數位著作市場，絕無可能同意 P2P 使用者無償爲此類 MP3 音樂檔案之無權使用。

再者，就各單一錄音著作而言，所利用之質量爲百分之百，始能完全滿足下載各該錄音著作之目的，而顏○○等四人重製 MP3 檔案之目的在於將之燒錄爲光碟銷售，具有商業營利目的，陳○○等二人則將重製所得之 MP3 檔案另外儲存至其網路業者申請所得之磁碟空間內，分別在其所架設之「天馬音樂網」、「封塵地下站」供不特定人重製，並非爲個人使用，是以顏○○等 6 人所爲之下載重製行爲，自會降低他人自費購買告訴人之錄音著作物（CD）或向告訴人尋求授權使用該錄音著作之機會，將影響告訴人以其錄音著作收取 CD 買賣價金或授權金

之潛在經濟價值，減少著作權人之經濟收益而大挫其創作意願，難認顏○○等 6 人利用告訴人之錄音著作對於後續創作之人有何鼓勵或貢獻，或有何促進資訊之散布與流通。綜合上情，應認顏等 6 人所能主張之合理使用範圍較為狹小，而應傾向保護告訴人之著作權，以確保告訴人擁有較高昂的創作誘因。

因顏○○等 6 人利用 ezPeer 軟體下載告訴人享有著作權之 MP3 錄音著作的行為，無法成立合理使用，且於顏○○等 6 人行為後，92 年 7 月 9 日始增訂以非意圖營利重製之份數或侵害總額為標準之免責條款，況其所下載之告訴人錄音著作份數均逾 5 份，故顏○○等 6 人之犯行自無此免責條款之適用。是以顏○○等 6 人即該當其行為時之著作權法第 91 條關於擅自重製他人著作之罪。

至公開傳輸部分，著作權法就著作財產權係採列舉主義，限於所列舉之權利，始為著作權保護之對象。而刑事責任之認定應採嚴格解釋之原則，不得任意擴張解釋。是以於公開傳輸權於 92 年 5 月 7 日明文列舉為著作權保護對象之前，未經著作權人之同意或授權所為之公開傳輸著作行為自不受不法之評價，此乃刑法定主義之基本原則。顏○○等 6 人利用 ezPeer 軟體將告訴人之 MP3 錄音著作放置於資料夾供其他 ezPeer 會員存取之行為，縱使符合現行著作權法對於「公開傳輸」之定義，然顏○○等 6 人之犯罪時間係自 90 年 1 月起至 92 年 5 月止，而著作權法對於公開傳輸權之保護係於同年 7 月始有之，則此部分行為即不受修正後著作權法相關公開傳輸規定之規範。綜上，檢察官所指顏○○等 6 人利用被告設置之 ezPeer 網站平台及軟體，以傳輸、下載告訴人享有著作權之 MP3 錄音著作行為，構成擅自重製他人著作之罪，而未成立擅自公開傳輸他人著作之罪。

三、被告並不因顏○○等 6 人利用其所設置之 ezPeer 網路平台及軟體非法下載告訴人之 MP3 錄音著作，而與之成立著作權法上非法重製罪之共同正犯

(一)媒介中立原則之適用對象

本於媒介中立原則，著作權存在於各種現存及未來新興之媒介。實則，媒介中立原則之適用對象，除著作權人外，尚涵括使用者、媒介提供者各個層面，蓋社會大眾經由媒介接觸著作，除一般消費大眾純粹欣賞、享用作者之智識結晶外，潛在之後續作者因此獲得啟發，進而從事創作活動，人類智識文化資產因此更加豐沛。隨著科技之飛躍發展，媒介之功能愈形增強，媒介因此所產生之影響及其範圍日益擴大及深遠，是以媒介與社會大眾能否接觸著作（即資訊）及其接觸層面關係密切。而媒介提供者希冀其所提供之產品或服務廣受使用者歡迎，向使用者收取費用或向廣告業主收取廣告費用而獲取最高利潤，惟使用者可能以其所提供之媒介為侵害著作權之行為，如媒介提供者因此承擔法律責任之風險，將降低研發意願之不利後果。為免箝制科技之創新，即有媒介中立原則之適用餘地。

新興產品或服務問市後，究供使用者何種用途，本於媒介中立原則，不問使用者為合法或非法用途，均非系爭產品或服務提供業者所能過問，亦無從僅因系爭產品或服務可能成為侵害著作權之工具而令產品或服務提供業者為使用者之侵權行為負責，此為媒介中立原則之真諦。新興科技縱為使用者以之為侵害著作權之工具，倘系爭科技客觀上除具侵害用途之外，尚可供作實質非侵權用途者，新興科技提供者即無著作權侵害責任之可言。從科技本身之客觀性質加以判斷，而非利用科技所導致之結果，適時地賦予新興科技提供者自由研發的空間，避免不當擴大著作權之權利範圍而過度箝制科技之未來發展可能性。

網路源自分享、自由近用（free access）之概念，網際網路可謂結合電信通訊平台與數位內容服務提供平台之複合式傳播媒介，其自由、開放之特質促進表達自由與接觸資訊之自由。基於傳播媒介之本質與平台上資訊之分享（資訊之相互流通性，interoperability），網際網路存在各式各樣的資訊，加快資訊之傳遞速度，人類摸索資訊之過程因而縮短，人人均得對社會大眾傳送資訊與知識，得以形塑文化環境，參與創作之過程。因網際網路為一大眾媒介，其所承載之資訊內容攸關公眾利益，而有必要納入公共利益之考量，媒介中立原則即應有其適用。

（二）媒介中立原則之界限

媒介提供者固然提供先進之科技，使著作權人之著作得以於著作交易市場廣為散布流傳，且使社會大眾（含潛在之後續作者與一般消費大眾）容易接觸著作，並得以便利、快速的方式為著作之利用，隨著其產品或服務之高使用率，媒介提供者藉此賺取高額利潤。然於社會大眾善加利用媒介提供者所提供之產品或服務，無庸取得著作權人之授權，即得輕易為著作權之利用，損及著作權人原應獲得之經濟利益，減少其創作意願，人類智識文化資產因而萎縮，產生外部效應。

是以，媒介中立原則固容許新興科技盡情發揮，惟並非毫無限制，在特定情境下，仍有其極限。尤其是現今數位內容產業所面臨之最大困境在於具有高價值之數位著作以幾近零成本之方式於全球重製、傳輸、散布。如何善用網際網路之正面效益而降低其負面效益，在著作權人與媒介提供者之間，其利害衝突隨技術之進展而不斷升高，如何同時避免「侷限創作者」及「限制科技創新者」之實害？

為平衡著作權保護與新興科技發展之衝突，應僅於媒介提供者單純扮演一純粹提供技術之中立角色，亦即僅屬一「提供技術之管道」時，始能援引媒介中立原則而免責。而於符合相關責任要件時，媒介提供者仍不得任意以媒介中立原則推卸其責。媒介中立原則與侵害著作權責任之分野，不但應判斷在客觀上媒介之用途性質，亦重在媒介提供者本身之主觀意圖及行為態樣。

首先判斷媒介之客觀用途可能性，亦即除將之用於侵權用途外，有無其他實質上合法用途，若僅具侵權用途者，即直接進入相關侵權責任之構成要件判斷；若兼具實質合法用途及侵權用途者，則判斷媒介提供者是否本於中立之地位而提供系爭媒介，如是，即有媒介中立原則之適用，使媒介提供者免除侵害著作權之責任，以鼓勵其發揮散布著作、傳達著作內容之功能。若已逾中立地位，進一步介入侵權活動之中，即應考慮侵權責任之相關要件，在客觀行為方面，應注意使用者是否以媒介作為侵害著作權之工具、媒介提供者提供媒介之行為是否與使用者之侵權行為間有因果關係及侵權責任之其他客觀要件，而在主觀要素方面，則應考量媒介提供者是否明知或可得而知使用者侵權行為之存在。

(三)全球數碼公司所經營之 ezPeer 網路架構採取 P2P 檔案分享模式

以 MP3 檔案網路傳輸共享技術為例，集中式架構是利用索引伺服器充當快取來儲存資訊（包括檔名、分享歌曲、IP 位址等資訊），以增快搜尋速度，僅有在資料的檔案傳輸時，始讓使用者雙方進行 P2P 點對點）傳輸，其中央伺服器內雖未儲存任何 MP3 等檔案，但中央伺服器管理使用者電腦內某些檔案目錄，並有搜尋此類檔案之功能，若使用者要求某些資訊時，中央伺服器即提供會員所要求的檔案資訊位置而予以介入，使用者實際下載檔案時並不會經由中央伺服器，而是直接一對一連線至持有該檔案的使用者電腦後再予下載。分散式架構則不利用索引伺服器建立資源目錄，而透過每位使用者端相互詢問搜尋進而為傳輸。

集中式及分散式之 P2P 傳輸方式，已跳脫早期將資料傳輸至中央伺服器後，再供其他使用者下載之主從模式，P2P 檔案分享系統其檔案資料係儲存於各使用者個人電腦內，而非中央伺服器。亦即檔案資料之傳輸不經由中央伺服器，而由各使用者間連線下載而傳輸。至二者檔案傳輸方式之差異，在於是否由中央伺服器提供各使用者檔案索引查詢之媒介（即「索引伺服器」、「檔名資料暫存主機」），致使網站管理者就使用者傳輸之檔案內容，可否知悉、進而控制、監督及過濾之。

被告為全球數碼公司之負責人，實際負責全球數碼公司之業務。該公司自 90 年初迄今經營 ezPeer 網站，於 90 年初至同年 10 月間，網友可免費自該公司所管理之伺服器，下載 ezPeer 之 P2P 檔案分享軟體，此乃一種可供使用者直接存取網際網路上其他電腦內檔案之分散式資料共享。惟自同年 10 月起採收費制，會員可先下載 ezPeer 軟體，但必須付費購買 P 點或支付月費 100 元，使用者於交換檔案時，必須使用 P 點或支付月費之事實，而被告、全球數碼公司以 P2P 檔案分享軟體（包括 ezPeer 主機伺服器 Server 端軟體、客戶 Client 端軟體）及網站主機，經營 ezPeer 網站，提供使用者交換（傳輸及下載）檔案之事

實，是被告、全球數碼公司以提供 P2P 檔案分享軟體方式，經營 ezPeer 網站，供其會員交換（傳輸及下載）檔案，並收取費用之事實，洵可認定。

(四)判斷被告與特定會員有無犯意聯絡之關鍵

犯罪行為之主觀犯意必須與客觀構成要件之事實對稱且同時存在，即行為人之故意（知及欲）必須及於犯罪客觀構成要件之各要素事實。檢察官認被告與顏○○等 6 人共同涉犯著作權法第 94 條、第 91 條第 1 項擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權及 92 條第 1 項擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權等犯行，既均以行為人侵害他人著作財產權為構成要件，則被告主觀上就重製、傳輸他人著作係未經授權，竟予重製、傳輸等法益侵害之事實必須有認知及意欲。

檢察官所指顏○○等 6 人利用被告設置之 ezPeer 網站平台及軟體非法傳輸下載告訴人享有著作權之錄音著作 MP3 檔案之行為，確該當於著作權法擅自重製他人著作罪。被告雖未從事上開罪名之狹義構成犯罪要件，惟所提供之 ezPeer 機制則確係上開會員重要犯罪之工具，則被告是否與上開會員有犯意聯絡，厥為二者是否成立共同正犯之關鍵。由於實施侵害著作權構成要件之「重製」、「公開傳輸」行為之人均為各該個別會員，被告若無共同行為之決意，而依共同行為決意中角色之分配而分擔犯罪行為之實施，以自己之行為參與實施構成要件或構成要件以外之行為，實難認被告有與各該個別會員成立共同正犯之餘地。

被告之主觀要素乃本案成罪與否之實質關鍵，而檔案搜尋系統之類型涉及被告（媒介提供者）能否介入使用者之檔案分享活動及其介入程度之深淺，集中式架構之提供者涉入使用者侵權行為之可能性與深入程度遠較分散式架構為高。再者，從科技操作層面與被告所採用之商業模式，得以判斷被告是否實際參與特定會員之侵權活動之中，被告所提供之 ezPeer 網站服務及軟體如何供使用者搜尋所需檔案，自屬被告經營該網路平台之模式一部分。因此，瞭解 ezPeer 軟體之檔案搜尋方式，有助於被告對使用者侵害著作權行為知情與否之事實認定，而非如原審所稱「ezPeer 機制在 P2P 系統下檔案搜尋模式究係採集中式或分散式，在本案中並非重要爭點」、「提供予會員軟體技術細節之不同」。

(五)ezPeer 之檔案搜尋模式

關於 ezPeer 網站平台之檔案搜尋模式，檢察官認為於起訴前係採集中式，由中央索引伺服器儲存資料，客戶端必須透過中央索引伺服器始能搜尋檔案，於起訴後則改採分散式，由 ezPeer 主機提供 Peer list 供會員搜尋云云。被告則堅稱不論起訴前後，始終採取分散式搜尋模式，其技術層面類似 Gnutellas，以智能非結構化方式與鄰近效能好的 ezPeer 客戶端軟體連線，加入 P2P 網路，

再由連線中的超級節點遞層搜尋，並非如檢察官所稱由中央索引伺服器協助客戶搜尋檔案。

茲有疑義者在於會員搜尋檔案之過程是否經由主機協助？亦即在 P2P 架構下，搜尋檔案之模式究採集中式架構抑或分散式架構？如僅憑外部觀察，尚無從得知其情，通常可透過檢視 ezPeer 伺服器端主機之原始碼，或監測 ezPeer 客戶端軟體封包之流向等方式，以瞭解其實質技術內容。檢察官指被告於起訴前所經營之 ezPeer 網站平台採集中式搜尋檔案模式，主機系統存在所謂「檔名索引伺服器」云云，主要係以鑑定證人林○○（即交大資科系教授）、吳○○（即臺大資科所博士班生）證稱其等透過監測 ezPeer 客戶端軟體封包之流向，確認 ezPeer 檔案搜尋模式為集中式等語，及鑑定證人林○○、吳○○所出具之「MP3 檔案共享服務之技術分析」（鑑定報告為證言之一部分）為主要論據，然查：

1. 林○○、吳○○於偵查中提出「MP3 檔案共享服務之技術分析」，載明使用封包監測軟體（如 SnifferPRO）觀察 MP3 檔案共享軟體的封包，以瞭解其底層技術，並在重要的觀察點作成紀錄存檔，自 MP3 檔案共享軟體啟動至結束，分為五階段，而有 5 份 SnifferPRO 所監視之檔案。
2. 鑑定證人林○○、吳○○於原審中證稱：其等於 92 年 2 月至 4 月間，經林○○規劃、吳○○執行觀察，再由林○○確認觀察結果，共同以封包監測軟體 SnifferPRO 監測 ezPeer 軟體封包，並進行分析，以瞭解 ezPeer 搜尋檔案之技術。其監測方式，係將 ezPeer 軟體的啟動到結束，分成五個階段（登入前、登入後、搜尋、下載、登出）觀察。

之所以分為上開 5 階段之原因在於：①登入前階段，剛啟動 ezPeer 軟體，但尚未進行登入，可以觀察出該軟體所連往的使用者稽核機器為何；②登入後階段，使用者鍵入其使用者名稱及密碼進行登入，可觀察該軟體連結之網頁伺服器及驗證伺服器為何；③搜尋階段，使用者鍵入搜尋字串，可以觀察出到底是哪一台伺服器在處理其搜尋要求；④下載階段，使用者根據回報的搜尋結果進行下載，可以觀察出向誰下載，以及 ezPeer 平台是否有被告知；⑤登出階段，可觀察使用者向誰通知要結束連線。

經過觀測發現，當使用者電腦（IP 位置為 192.168.88.169，名稱為 SFISH）開啓 ezPeer 軟體登入時，使用者會送封包至 IP 位置為 203.73.24.120 之主機，此即為驗證主機，有驗證使用者帳號及付費之功能。登入驗證後，使用者輸入搜尋字串後，使用者電腦即連線至 IP 位置為 203.73.24.112、203.73.24.113 之二台主機，再進行封包分析，可看出 IP 位置為 203.73.24.112 之主機是檔名索引伺服器，處理使用者之查詢，IP 位置為提

供。以上階段，主機也都有相對應之封包回傳給使用者電腦。下載階段，封包量很大，使用者電腦大都是與 203.73.24.113 之主機是網頁伺服器，處理網頁畫面之其他使用者連線。而透過 APNICWHOIS 的系統查詢，得知 203.73.24.64 至 2003.73.24.120 的區段都是同一單位註冊，姓名為 ROBIN，地址就是被告全球數碼公司登記的地址。

3. 以上觀測全球數碼公司 ezPeer 平台技術之方法及結論，經鑑定證人林○○、吳○○到庭結證明確，並提出觀測紀錄光碟（即檢察官所提出之光碟片，分為二檔案：「光碟錄製過程 1」及「檢視觀察資料 2」。第 1 個檔案錄製從使用者電腦啟動 ezPeer 軟體，登入網站，搜尋、下載一直到登出之電腦螢幕畫面。至於操作 ezPeer 軟體同時，用 SnifferPRO 軟體偵測，偵測所得之觀察資料，錄製於第 2 個檔案。）為證，另節錄長期觀測中第 1 階段使用者與驗證主機連線、第 2 階段使用者與網頁伺服器連線、第 3 階段使用者與檔名索引伺服器連線時，以 SnifferPRO 軟體監測封包流向觀測所得畫面為附件。
4. 林○○、吳○○各在網路協定暨演算法之設定、P2P 對等式網路領域內學有專精，累積一定之論文數量發表於知名期刊、雜誌，有助瞭解本案 P2P 架構下檔案搜尋模式之證據，具有專家資格，且依其等之特別知識曾於 92 年 2 月至 4 月間觀察 ezPeer 網站平台檔案搜尋模式，於本案中堪認其等具有鑑定證人之適格。固然如檢察官所言，林○○、吳○○係於 92 年 2、3 月間密集觀察之事實作證，並就技術提供專業知識及判斷意見，惟其等證言不外為證據方法之一種，法院應判斷其證言可採與否，若其證言乃基於充足之事實或資料，並推論自可靠之原則及方法，且能可靠地將前述原則及方法適用於具體個案事實上，自足可採，若無法通過以上之檢驗，自不能僅以證言出自於專家之口，遽而採信之。至所謂充足之事實或資料，當然並非鑑定證人主觀認知之充足是否，乃是著眼於其所提供之事實或資料是否足供其科學同儕檢驗其推論之正確性，並可供檢視其實驗或觀察方法之誤差率。尤其林○○、吳○○係於一段期間內觀測 ezPeer 網站平台之運作流程，涉及資訊技術之專業知識，自應提出完整且連續之觀測原始紀錄資料，以供檢測、驗證，始能建立證言之可信性。
5. 林○○、吳○○雖提出其等所製作之「MP3 檔案共享服務之技術分析」報告之圖一至圖三、及 92 年 3 月 26 日觀測錄影光碟為其證詞之依據。惟查：
 - (1) 報告第 2 頁記載 ezPeer IP 之網段為 205.158.63.x 及 203.73.24.x，然所提出之相關觀測畫面僅有 203.73.24.x 之伺服器，未見 205.158.63.x 之伺服器。又林○○、吳○○陳稱分 5 階段觀察 ezPeer 軟體運作流程，卻僅留存片段的 3 階段且非連續之畫面，且圖一至圖三最右方「Abs. Time」偵測日期）欄位分別顯示為「2003 年 2 月 26 日」、「2003 年 3 月 5 日」、

「2003年3月5日」，是以圖一與圖二、三顯非同次 ezPeer 軟體執行流程所得。再者，圖一至圖三之封包內容顯示區（即每一圖示最下方區域）均出現不可辨識之編碼，顯見當時使用者電腦與 ezPeer 主機之通訊封包業經編碼，此復為鑑定證人林○○所證述，是以二者彼此間之通訊內容無法辨認，自無從檢驗畫面究係使用者執行 ezPeer 軟體何一階段，遑論無法確定究係與何種主機連線。

(2)就觀測錄影光碟中二檔案（分別為「錄製過程1」、「檢視觀察資料2」）所顯示之鑑定證人於92年3月26日從使用者電腦啟動 ezPeer 軟體，登入網站，搜尋、下載、直至登出為止，於操作 ezPeer 軟體同時，使用 SnifferPRO 軟體加以偵測，並將偵測所得之觀察動畫資料以觀：

A、「檢視觀察資料2」中僅留存有使用者電腦發送封包至主機之紀錄，完全沒有主機回應封包給使用者之相對應資料，姑不論執行觀測之吳○○是否僅將 SnifferPRO 軟體設定偵測由使用者電腦發送至 ezPeer 主機的封包，惟此單向觀測記錄並不完整，缺少主機回應封包給使用者之相對應資料以資核對。

B、「錄製過程1」中，執行觀測之吳○○曾數度關閉 Sniffer PRO 軟體，停止總長2分8秒之偵測，尤其是在第3階段即搜尋階段前後，各有19秒、18秒之中斷等情，亦經吳○○於原審經辯護人詰問，並當庭勘驗該觀錄影光碟內容後證述核實在卷。而吳○○以 SnifferPRO 軟體偵測第3階段之時間亦不過18秒，此前後中斷偵測之空檔，若有其他封包傳送予使用者電腦之封包，SnifferPRO 軟體完全偵測不到，而此搜尋階段若有其他 Peer 傳送封包與使用者電腦，則有足以形成檔名等資訊係由其他 Peer 所提供之合理懷疑，進而推翻林○○、吳○○所稱集中式架構之認定。

(3)吳○○雖一再證稱：在我們做整段的 SnifferPRO 觀察時，有發現 ezPeer 主機傳送給使用者電腦的封包，我們在搜尋時，用戶端的機器只有跟這台連線，所以搜尋結果必定來自該 ezPeer 主機裡等語。惟其已自承並未留存該整段觀察之紀錄資料以供核實等語，則其所述 ezPeer 主機亦回應封包予使用者之陳述，既乏證據可佐，顯係推測之詞，亦難遽採。

(4)又由於錄製工具之侷限，無法同步錄製電腦螢幕上顯現 ezPeer 軟體執行，及當時 Sniffer PRO 軟體監測之封包流向之畫面，或可能執行觀測之吳○○為區○○○段，避免錄到太多不相關的封包，故監測、錄影時有必要暫停，以致影響資料的留存，惟觀測錄影光碟時間約4分鐘，與林○○、吳○○所陳對於 ezPeer 網站長達2至3星期之觀察，觀察紀錄時間較之觀察總長時間，比例實在偏低，而記錄觀察次數僅1次，

復無從透過比對檢驗來論證其真實性，以目前所留存之資料而言，確實不足以供其等科學同儕檢驗其推論之正確性。

(5)是縱然林○○、吳○○證稱其等長期觀測 ezPeer 網站，並依據其等觀測，推論 ezPeer 網站平台搜尋檔案之模式係採集中式等情，惟因其等引據之客觀資料事實不完整且有缺漏，僅載入其所謂「可代表結論之畫面」，不足以採為認定被告所經營之 ezPeer 網站平台設有所謂「檔名索引伺服器」之證據。

(6)至檢察官以起訴書附圖一 ezPeer 網頁資料及鑑定證人吳○○之證詞，指稱被告所經營之網站網頁有 MP3 下載排行榜等資訊，進而推論 ezPeer 主機系統存在中央檔名索引伺服器，蓋集中式架構的用戶端軟體會回報下載的資料，以利中央主機統計云云。被告固不否認 ezPeer 網站網頁有所謂「哈燒榜」類似排行榜之資訊，登載各大媒體關於歌曲及電影之排行榜，但否認有所謂之 MP3 排行榜。

A. 細繹檢察官所引用之起訴書附圖一，該網頁畫面上雖確實有所謂「最新 MP3 中文排行榜」字樣資訊，然究非「下載排行榜」，尚無從即可推論臆測該排行榜之排名係 ezPeer 主機系統中存在檔名索引伺服器，依據會員利用 ezPeer 軟體下載檔案回報之資訊製作下載排行榜。

B. 吳○○於審理中所證述，並未明確證稱曾在監測過程中有看過所謂之「下載排行榜」，而僅證稱看過「哈燒榜」，而在哈燒榜上有看過排名及下載次數，惟其並未提出任何觀測記錄以實其說，尤在原審反詰問時，辯護人問：「你如何能知道 ezPeer 有統計被下載歌曲的次數？」證人吳○○答：「我回答是從我的經驗，認為集中式架構由中央主機統計才可行」以觀，吳○○對於哈燒榜有排名及下載次數之記憶，不無因先入為主推斷 ezPeer 網站平台搜尋檔案之模式採取集中式，而指稱哈燒榜有下載排名統計之可能，檢察官以 ezPeer 網站設有「下載排行榜」，而推認該網站設有中央檔名索引伺服器，尚非有據。

檢察官所認被告於起訴前所經營之 ezPeer 網站平台採集中式搜尋檔案模式，主機系統存在所謂「檔名索引伺服器」云云，尚屬不能證明。全球數碼公司起訴後所經營之 P2P 網路平台，其搜尋檔案之方式係採分散式架構，此為檢察官、被告、辯護人所不爭，並經鑑定證人即臺大資管系系主任及交大資工系教授受原審民事執行處委託，分別以觀測原始碼及以封包監測之方式鑑定，均認鑑定當時全球數碼公司主機系統內並無檔名索引伺服器，並經鑑定證人到院結證，復經證人高○○於原審審理時證述明確。

綜上，本案起訴後 ezPeer 網路平台會員檔案搜尋模式係屬分散式架構，而檢察官未能提出確切證據證明於起訴前 ezPeer 會員彼此間檔案搜尋之模式為集中式。

(六)被告設立 ezPeer 網站平台之意圖

要究明被告與會員顏○○等 6 人就上開特定違犯著作權法之犯行有無犯意聯絡，首先應確認被告提供 ezPeer 網站平台是否即基於侵害他人著作權之意圖而設立。如是，則被告對於告訴人著作權中重製權之受侵害，當然預見其發生，且其發生不違背其本意，顏○○等 6 人利用被告所提供之 ezPeer 軟體及網路平台，即使被告並不確知顏○○等 6 人以該機制所侵害之著作權法益歸屬及種類，仍可認被告具有間接故意，甚至有直接故意，而與顏○○等 6 人有犯意聯絡，成立共同正犯。惟倘被告並非以基於侵害他人著作權之意圖而提供 ezPeer 網站平台，則必須檢驗各該會員為特定之侵害著作權行為，是否為被告所明知且有意使其發生，否則殊難想像有與之成立犯意聯絡之空間。

公訴人雖以我國錄音及視聽著作市場鮮有以 MP3 格式公開發行之檔案，而告訴人享有著作財產權之音樂檔案復占我國音樂市場八成以上，從而，網路上所流傳之 MP3 音樂檔案莫不為告訴人享有著作財產權之 CD 錄音著作所重製，而被告所經營網站係竟以交換 MP3 音樂檔案為主要業務等情，推論被告所提供之 ezPeer 機制即以交換未經告訴人授權之 MP3 音樂檔案為目的。然查：

ezPeer 未必以交換 MP3 檔案為主要業務，商業促銷手段不得逕認基於侵權意圖

依 ezPeer 網頁資料以觀，ezPeer 軟體所可搜尋之對象並不限於音樂，其他如網站、影像、圖片及文章等均可為搜尋之對象；以檔案格式而言，亦不限於 MP3 音樂檔案，舉凡文字檔、圖片檔及影片檔等檔案格式均可包含在內。則被告所提供之 ezPeer 機制是否以交換 MP3 音樂檔案為主要業務，不無爭議。至於告訴人享有著作財產權之市場果否占我國音樂市場八成以上？網路通路與實體通路的音樂市場占有率是否相同？均未見檢察官舉證以實其說，則遽認被告提供之 ezPeer 機制即以交換未經告訴人授權之 MP3 音樂檔案為目的，恐嫌率斷。被告確以回饋機制鼓勵會員下載檔案，亦在網站或廣告中推出「哈燒榜」、「點歌本子」、「推薦 in 碟」等設計，將新上市、流行的音樂訊息公告周知，此有告訴人所提出之 ezPeer 網站網頁畫面可稽，然此商業促銷手段，其目的無非在於刺激消費意願，希望會員大量使用 ezPeer 軟體，不得逕認被告設置 ezPeer 網站平台即基於侵害著作權之意圖。

傳輸、下載他人有著作權檔案本即有合理使用空間，ezPeer 機制非只能使用於著作權侵害一途，仍有實質合法之空間

況且，下載、傳輸他人享有著作權之檔案（包括 MP3 音樂檔），本有合理使用空間，不能僅以會員有下載、傳輸他人享有著作權檔案之行為，即認提供 ezPeer 軟體之被告侵害他人著作財產權，而認應負刑事責任。而在本案起訴前 92 年 7 月 9 日修正實施之著作權法第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項關於非意圖營利重製及公開傳輸他人著作罪之規定，並以重製、公開傳輸數量及侵害金額達一定額度為要件，仍須視個案判斷之。尤其本案起訴前 92 年 7 月 9 日修正施行之著作權法第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項對於雖非合理使用，但非基於意圖營利之重製及公開傳輸，以重製、公開傳輸份數（5 份）或侵害總額（30,000 元）之限度，作為免責條款。

有關「5 份」及「30,000 元」之適用標準，實務上仍不無爭議（有認為應依照每單一著作物均有其獨立之著作權，其告訴與否均得由各著作權單獨分別決定，彼此間不受均束之當然法理觀之，應認上開重製、公開傳輸份數是否超過 5 份，或其侵害總額按查獲時獲得合法著作重製物市價計算是否超過 3 萬元，自應依單一個別之著作物為其計算基準；亦有認為不論行為人重製物及公開傳輸著作權之歸屬，應依查獲時行為人重製物或公開傳輸著作之數量總數及總價額計算之），則行為人如主觀上認為關於重製及公開傳輸份數及市價之計算，應依單一個別之著作物為其計算基準，而為數個著作物總量超過 5 份，但就單一個別之著作物均不超過 5 份之重製及公開傳輸，仍應認其欠缺不法意識，無由構成犯罪。

此外，被告所經營 ezPeer 網站上確實刊登「使用者規範」、「著作權規範」等公告，明訂使用者不得利用 ezPeer 軟體侵害他人著作財產權，並為相關著作權說明。而告訴人聲請假執行及其他經告知不得傳輸之特定歌曲，該網站上亦保留於「會員公告」中，告知會員勿傳輸下載上開歌曲，有 ezPeer 網站公告可稽。綜上，ezPeer 機制顯非只能使用於著作權侵害一途，仍有實質合法用途之空間，亦乏積極證據足認被告係基於侵害他人著作權之意圖而提供該機制。

ezPeer 具檔名索引伺服器或回報之 Peer List，不能因此推認被告明確知悉各會員所傳輸之檔案名稱，當然可知悉會員從事之侵權，亦無從與會員成立共同正犯

既然檢察官無法證明被告基於侵害他人著作權之意圖而設立網站平台，亦無從確認採取 P2P 傳輸方式的 ezPeer 機制僅使用於著作權侵害之用途上或以此為主要用途，因此，被告對於各該會員特定之侵害著作權行為，是否為明知且有意使其發生，即為判定被告是否與各該特定會員有犯意聯絡之重點。檢察官以 ezPeer 之主機系統或有檔名索引伺服器，或可透過客戶端軟體回報之 Peer List

檔為據，認被告藉由上開電腦軟硬體機器之運作，明確知悉各該會員所傳輸之檔案名稱，當然可知悉特定會員所從事之著作權犯罪云云。惟查：

不論 ezPeer 之主機系統內是否有所謂檔名索引伺服器，亦不論該主機系統是否透過所謂客戶端軟體回報之 Peer List 檔可得而知悉會員所搜尋下載之檔案名稱，此等電腦軟硬體經由使用者操作的作業過程，以民事責任之立場而論，容或可以把電腦軟硬體的認知等同於認全球數碼公司之認知。然而，被告雖為該公司之負責人，惟其為自然人，實際上當然不可能全天 24 小時線上監控，自無從把電腦軟硬體之認知等同被告之認知，逕認被告知悉各該會員特定傳輸檔案之行爲，進而與之有所犯意連絡而成立共同正犯。

又傳輸他人享有著作權之檔案，非全無合理使用空間，而本案起訴前著作權法於 92 年 5 月 7 日修正第 91 條第 2 項、第 92 條第 1 項關於非意圖營利重製及公開傳輸他人著作罪之規定，復以重製、公開傳輸數量及侵害金額達一定額度為要件，縱令被告知悉某會員特定傳輸某檔案之情形，亦不能執此認定被告知悉其有侵犯著作權之故意。職是，被告既無知悉有侵害著作權之故意，即無所謂「預見構成要件事實之發生」，難謂有何「間接故意」而與特定違反著作權法之會員有犯意連絡，與之成立共同正犯。

共同的行爲決意，係指兩個以上的行爲人出於違犯特定犯罪的故意，彼此聯絡謀議或計畫，而在有認識與有意願地交互作用下，所成立的一致共同的犯意。因此，僅是對於他人的犯罪計畫單方面的同意或支持，尚非屬共同的行爲決意。亦即，共同正犯與幫助犯不同之處，以心理上有所接觸為必要。本案中並無任何證據顯示被告就會員從事之特定犯罪有任何認識，遑論有心理上之接觸？

綜上，被告並不因會員顏○○等 6 人利用其所設置之網路平台傳輸下載告訴人享有著作權之 MP3 檔案，而與會員顏○○等 6 人成立著作權法上非法重製、公開傳輸罪之共同正犯。

(七)控管及過濾機制

全球數碼公司固提供 ezPeer 網站平台，以 ezPeer 軟體及整體網站服務機制，供會員下載傳輸檔案資訊，會員則付費使用該項服務，依全球數碼公司網站網頁之收費說明，其收費標準係以下載檔案之大小計算（1MB=1P 點），足見全球數碼公司因其收費目的，而須藉由驗證機制，驗證會員之身分、檔案流量，以確認會員付費使用該網站所提供之服務，而對會員有一定程度之管理能力。然如前所述，可經由各種技術手段達到相同之結果，於相關 P2P 軟體技術上，設計以僅回報下載封包流量而無關下載封包內容之方式，達到驗證會員已否付費或所

餘 P 點是否足夠之目的，亦屬可行。且所謂對帳單或使用者帳本，依被告於偵查中所提實機展示錄影檔及簡報資料所示，亦可將之設計成即使軟體不與主機連線亦可正確顯示帳本資訊，對帳單或使用者帳本可不存在主機中而存在於使用者個人電腦中，一旦刪除該檔案，即使與主機連線，該帳本資訊亦不復存在。

易言之，於 P2P 軟體設計上，可將對帳單或使用者帳本設計存在個人電腦 account.dat 檔案中而不存於主機。檢察官未思及各種不同技術之存在可能性，並未提出任何證據證明對帳單或使用者帳本確實存在於 ezPeer 主機或伺服器內之事實，逕以 P 點制及對帳單，遽謂「被告藉 ezPeer 網站之主機監控功能即可知悉會員間彼此提供、下載之歌曲、電影檔案名稱，是被告對於會員間彼此提供及下載檔案之內容，係可得而知，洵無庸置疑」，顯不足採。

原則上，會員利用 ezPeer 網路平台及軟體此一中性之科技媒介，本可為合法及違法之用途，完全取決於會員個人之意欲，非可由被告恣意掌控，若非會員之行為呈現明顯的犯罪傾向，或有具體確定之事實而可認定其已存在犯罪使用目的之高度可能性，否則被告自可信賴會員不會故意實行犯罪行為。被告主觀上固可認識其會員係付費使用該項網站服務，以傳輸、分享檔案之事實，惟究與被告知悉各該個別會員使用 ezPeer 軟體及整體網站服務傳輸、下載未經授權之檔案內容，而有侵害告訴人著作權之情事，仍基於為自己犯罪之共同行為意思，而參與其事等情，要屬二事，非可執此遽而推論此即完成犯罪行為之助力或構成犯罪要件行為之分擔，且被告即有與各該個別會員有本於共同行為之犯意聯絡。

證人蔡○○雖於原審亦證稱：ezPeer 對會員有掌控的能力，ezPeer 如果把主機關閉所有的會員就不能用，但 KaZaA、Grokster 關不掉，因為對會員沒有管控的能力。主機在客戶端軟體登入後，才讓客戶端軟體有搜尋的功能，在驗證有繳錢後，才讓客戶端軟體有下載的功能。主機可以讓舊版的客戶端軟體無法使用，新登入者會使同 1 個舊登入者強迫離線，由這幾點可證明 ezPeer 的主機對於客戶端軟體有絕對的掌控能力等語。又證人莊裕澤於原審中證稱：蔡○○講的是對的，是要付費後才能下載，我沒有講不付費可以下載，我只是說驗證過後，沒有下線的時候，即使會費或點數已用完了，還是可下載等語。然此 2 位證人均僅係陳述全球數碼公司可透過收費驗證機制，驗證會員之身分、檔案流量，以資控制會員支付費用使用該網站提供之服務，亦非可率而推認全球數碼公司於起訴後可就會員下載或傳輸之檔案名稱、內容及是否業無經授權等情，均可控管、過濾之不利認定。

鑑定證人林○○雖於原審中證稱：「操控力以集中式較大，分散式最弱，操控力分二方面，一方面是集中的伺服器主機知道誰有那些檔案，另一方面是控制誰可進來搜尋下載，前者是集中式最大，後者要看有沒有登錄驗證過程，如果有就

可以完全控制誰可以登錄進行搜尋及下載。」、「登入後，我的 ezPeer 用戶端程式會上傳告訴 ezPeer 主機我有那些檔案可分享，如果每個用戶端程式都這樣做，ezPeer 的檔名伺服器就可以知道誰有那些檔案可分享，這是他們維持目錄及檔名目錄的機制，當我送出的查詢只要到檔名伺服器就可知道誰有我要查詢的檔案，透過螢幕畫面我可知道有那些人有檔案可分享，在畫面上點選時就可直接連到某個有提供這個檔案的用戶端進行下載，我下載時並不是跟 ezPeer 的主機連線。」、「繳費完會有帳號，才能登入，要先登入，登入時要驗證，接著是查詢，再來是下載，一定要連到登入的畫面，才可搜尋及下載。」、「ezPeer 跟 Napster 都是集中式的，但是 ezPeer 有收費驗證，Napster 沒有，Napster 沒有因為這個服務平台而收費，其營運模式是靠網頁廣告費收入，而不是向用戶收費。證人林○○雖於原審中證稱：「控制力分二方面，一個是知道誰在查詢下載什麼，另一個是控制誰可以登入查詢下載，就前者而言，ezPeer 與 Napster 沒有不同。就後者而言，ezPeer 有控制力，Napster 沒有。」。

惟證人林○○本於 ezPeer 網站於起訴前係採集中式模式，設置檔名伺服器機制，以提供會員檔案之分享，而認定 ezPeer 網站可知悉會員擁有之檔案內容及控制會員可否搜尋下載等操控力。而 ezPeer 網站平台於起訴前係採集中式模式乙節無從證明，已如前述，自難以林○○基此前提所為之證述，遽認 ezPeer 網站平台於起訴前係採集中式模式，且數碼公司可就會員下載或傳輸之檔案名稱、內容等節均可加以控管。

檢察官另以被告寄予會員之排行榜內容，認被告明知或可得而知會員間及下載之具體檔案內容，且其系統架構因能偵知使用者位於特定資料夾（My Share）之檔案，據以統計檔案數，故對違法檔案之傳輸與下載具有過濾控管之能力云云。惟其內容約為「本週熱門排行榜（包括：mp3 新歌排行榜、本週電影排行榜、爆笑影片排行榜）」、「只要到 ezpeer 下，最新 mp3、電影…等，讓你"抓"不完！」、「800 萬 mp3、電影…熱門排行，無限下載！」等，純為鼓勵會員善加利用 ezPeer 軟體下載 MP3、電影等檔案，無法證明被告知悉或 ezPeer 系統架構可偵知會員個人電腦之「下載及分享資料夾」內有何檔案及其內容、或會員彼此間下載傳送之具體檔案內容，自難以持此認定被告對違法檔案之傳輸與下載具有控管能力。

ezPeer 軟體之斷線續傳功能

檢察官認為設計開發 ezPeer 軟體時，即須顧慮到「移花接木」、「斷線續傳」，並非放任會員間重製、傳輸 MP3 檔案，成功或失敗均不予問問或管理，反而必須透過 ezPeer 程式，在會員間彼此重製、傳輸 MP3 檔案時予以監控，並隨時提供斷線續傳之協助，此在刑法理論之評價上，已足認被告之 ezPeer 網站及

重製、傳輸 MP3 檔案會員間形成共犯結構，渠等彼此間就侵害告訴人錄音 MP3 檔案之非法重製、非法公開傳輸各犯罪行為間，當然有犯意聯絡，洵無疑義云云。

然查 ezPeer 軟體依據檔案比對之原理，將下載之檔案，經過雜湊演算法之運算，得出該檔案獨一無二及一定長度之特徵值（又稱雜湊值），如所傳輸之檔案突然中斷時，即會比對下載清單（peer list）上之 MP3 檔案是否有相同之雜湊值，另覓其他提供同一檔案之會員，繼續接力完成該檔案之傳輸迄完成爲止。此即「移花接木」、「斷線續傳」之功能，目的在於下載內容準確性，且此無須其他伺服器之參與，而可分散單個線路上之資料流量，減輕伺服器之負擔。惟此種特徵值、雜湊值之運算，可由伺服器主機，亦可由客戶端之會員個人電腦爲之，非必由 ezPeer 主機介入。檢察官並未提出任何證據證明 ezPeer 主機監控會員間之檔案重製傳輸並隨時提供斷線續傳之協助，不問 ezPeer 網路平台及軟體之實質技術內容，僅以雜湊演算法，遽認被告所設計之程式有效地控制會員間重製傳輸 MP3 檔案等情，即無可採。

被告 ezPeer 網站經營者並無過濾義務

檢察官認被告經營 ezPeer 網站，不需告訴人等之提醒或通知，本應積極將含有流行音樂歌手姓名（包括歌名）之 MP3 檔案、電影之片名列入過濾予以排除，使會員搜尋不能，阻止會員間相互下載傳輸。均足以證明被告所研發之 ezPeer 程式，其主要目的就是在藉由會員間非法重製、公開傳輸侵害告訴人等有著作權商業錄音檔案，藉以牟取暴利之犯意，並恃之爲常業，甚爲明確云云。

惟被告依法成立全球數碼公司，設立 ezPeer 網站機制，提供消費者網路線上 P2P 服務，本爲法之所許，於檢察官所指被告之犯罪期間（90 年間至 92 年間），亦無任何法規規範 P2P 業者必須逐一檢視自己營運系統上是否有具體的著作權侵害行爲並加以控制，易言之，被告設立 ezPeer 網路機制並不曾爲任何客觀義務之違反，即不應要求其對結果之發生負任何防止義務，其縱未設立字串，建置過濾機制，本無何違法或不當之可言。

況由於告訴人享有著作權之著作，何止千萬，相同或類似之演唱者、歌名、專輯名稱，不知凡幾，如未經告訴人予以特定告知，實難想像被告如何認知告訴人「所有」享有著作權之 MP3 檔案，遑論進而設計防堵其會員傳輸上開 MP3 音樂檔案而不至於影響其他 MP3 錄音著作檔案查詢之機制，檢察官並未舉證證明以當時軟體過濾技術發展程度而言，確有具防止告訴人著作權法益受損結果發生之事實可能性。故檢察官主張無待他人提醒或通知，被告本應過濾 MP3 檔案、電影之片名，使會員搜尋不能，阻止會員間相互下載傳輸，進而推認被告有藉由會員之非法重製、傳輸而牟利之犯意云云，顯不足採。

(八)被告所為廣告、寄送排行榜等電子郵件予客戶、P 點回饋制

被告確實在其經營之 ezPeer 網站刊登檢察官所指述之廣告，亦向會員寄發電子報鼓勵下載，此為被告所不否認，並有 ezPeer 網站廣告畫面、電子郵件多件（寄件者：ezPeer@ms16.tw，收件者：小 PP@ezPeer.com）、以傳輸流量大小所為之排行榜、「哈燒榜」、「點歌本子」、「推薦 in 碟」等資訊資料，雖「mp3、電影、遊戲，無限下載」等網站廣告係針對不特定大眾而為之，而電子郵件之傳送，可認係針對特定對象而為之，然 ezPeer 軟體可搜尋各種類型著作及檔案格式，不以告訴人享有著作權之錄音著作或 MP3 音樂檔案為限，亦可下載經著作權人合法授權或不受著作權保護之檔案，會員亦有成立合理使用之機會。

況著作權法針對所實施重製及公開傳輸行為之量與質均設有上限，逾越標準者始可能構成著作權法上重製或公開傳輸犯罪，是以搜尋或傳輸檔案未必皆為犯罪行為。則被告所為之上開網路廣告及電子郵件，並以回饋機制鼓勵會員下載檔案，鼓勵會員多利用 ezPeer 軟體下載「mp3、電影、遊戲」，不外告知大眾或會員可以利用 ezPeer 軟體搜尋或傳輸文字、遊戲或歌曲等各種檔案，並以種種行銷手法刺激消費者之消費慾望，難認被告即明知所媒介傳輸及下載之檔案，係他人享有著作權且未經授權得以傳輸及下載之檔案（MP3、電影、遊戲），且被告於會員行為前即預見其會員彼此間之違法傳輸及下載情形，並有意使其發生。

全球數碼公司提供網路服務收取費用，以電子報、廣告登載「最新 MP3 下載排行榜」、「哈燒榜」等資訊或提出可提高網路服務使用量之優惠方案，以促使更多會員利用該 ezPeer 網站交流檔案，並按檔案流量大小收取使用費用，此亦為商業經營常見之促銷手段，可否執此即認被告有侵害著作權意圖，並非無疑。

(九)數位版權基金

檢察官認被告於 P 點制設立數位版權基金，故被告已明確陳述其對 ezPeer 網站之會員彼此間下載並公開傳輸之檔案涉犯侵害他人著作權之事實已有認識，而非法交換檔案之會員彼此間亦有認識，並達成共同之謀議，否則何須設立數位版權基金云云。檢察官於原審審理時訊問被告是否有提撥 30% 數位版權基金乙節，被告供稱：「（就你所知，ezPeer 是否有檢方所稱之數位版權基金？）沒有。當初有提供數位版權基金的構想，也曾經委託過台北市電子商務協會邀集相關業者與學者討論這個構想是否可行，但是在還沒有任何具體結果之前，IFPI 就對 ezPeer 提出告訴，另外也曾經詢問過相關法律學者專家，他們認為 ezPeer 僅提供軟體服務，並沒有提供任何檔案供使用者下載，所以說沒有所謂的版權問題，提撥數位版權基金的構想，沒有任何法律依據。」。是以依其所述，被告雖

曾有設置數位版權基金之想法，經被告尋求法律諮詢後認提供軟體服務無著作權法問題，而未實際行動，則單純之動機、意念，自無法認定被告即有侵害著作權之犯意，或主觀上有藉由顏○○等 6 人之非法下載重製行為，以侵害告訴人之著作權之犯意。故被告曾有設置數位版權基金之意，不應解讀為被告主觀上即有侵害告訴人著作權之犯意。

綜上所述，檢察官未能提出積極證據證明被告因顏○○等 6 人利用其所設置之網路平台非法下載告訴人之 MP3 錄音著作而與之成立著作權法上非法重製罪之共同正犯。原審因認檢察官所舉證據尚難為被告有罪之認定，而為被告無罪之諭知，尚無違誤，檢察官上訴意旨仍執前詞，指摘原判決不當，請求撤銷改判有罪，為無理由，上訴應予駁回。

肆、ezPeer P2P 網站著作權侵權案之評析

本案雖然經過最高法院發回，但智財法院仍與原地院及高院的認定一致，均判處被告無罪，這中間值得觀察的是，最高法院在廢棄原來高院無罪判決時，詳細針對「P2P 業者之犯意聯絡、行為分擔、被告可能知悉會員之檔案且有監控機制、尤其在 p 點制下，對於傳送之檔案數量及大小知悉、被告之經營模式與手段及其鼓勵下載機制（包括電子廣告、電子郵件通知、排行榜之提供）、平台業者與會員間共同分配不法所得，會員每個月付費的實質需求內涵，被告提供搜尋檔案與犯罪行為之協力完成之評價、與構成要件行為之分擔評價、斷續傳輸時平台業者與會員間之共犯結構、被告平台業者行為責任推諉到設計之電腦軟體之不當、以及就數位版權基金之犯意認定」等等各個層面提出對原高院判決之質疑，但經智財法院的審理，最後仍認定 ezPeer 被告刑事尚不應歸責。

本案之所以判決無罪的幾個重要關鍵點在於，針對技術事實部分的認定，也就是說 ezPeer 軟體及平台服務的機制，其操作過程中提供者在設計及操作上、甚至是和網友之間的聯繫上，其與可能成立之犯罪事實及構成要件，在智財法院完全加以否定---因為原審所提出之相關技術鑑定專家證人證詞，全部因為在監看程序上之瑕疵而完全被法院否認，也就是說專家證人之證詞在法院審理的過程中，經過被告辯護人之種種質疑，所暴露出觀察中的問題，導致法院心證上覺得該等證人之觀察不足以構成本案之犯罪證據，其證據力完全被推翻。

按著作權相關之刑事案件，在程序上還是要回歸一般刑法之原則來處理，而本件當初告訴人雖一再地請求搜索票，但均被拒絕，不得已之下告訴人只好另行以公證人及學者專家之鑑定意見作為補強，然而學者畢竟不瞭解刑事訴訟採證上之嚴格程序及原則之諸多要求，因此學者在進行觀測時，一旦過程中之細節或紀錄之掌握稍有不嚴謹或不一致之處，皆足以讓被告方全盤皆墨，從此可看出類似科

技網路之著作權案件當中，假如得不到法官搜索票處理而需委託專家證人時，所有觀測之程序、內容及記載過程及結果之紀錄，都必須出以絕對之嚴謹及翔實，因一般學者作的報告，不見得與刑事訴訟中程序要求相符，這是本案帶來的啓示。

其次，本案因為是我國 P2P 第一件案例，因此在觀感上容易造成究竟這樣的一套平台技術，本身是否構成實質上的違法產生爭議，也就是說究竟是法律有所不足，還是刑事追訴可以擴張延伸到一定之程度，此在在撞擊法官心證形成之內在想法，本案可看出不論地院高院或智財法院的法官，都認為這是中立技術科技使然，不可歸責被告，但這裡應注意的是被告侵權方式！當整個網站主打的都是侵權的內容，雖實際上網站有提供網友來點選不具著作權之相關檔案或傳福音等檔案，但實質上數十萬網友以一百元無限下載來使用這個完全未經任何授權之網站時，衡諸社會生活事實之底層，該網站說穿了如只是爲了在以不花本錢盜版的方式牟取暴利，此時如猶昧於這些重要的本質，而認為既然有提供福音或傳輸非著作權之資料，即有合理使用之空間存在，而將該網站在刑事上予以合法化，如此認定可能難讓人折服。本案吾人並非認為 ezPeer 的被告一定要被判有罪，但是法院以網站有可能提供非著作權資訊(從判決中看不出被告提出經著作權人合法授權或不受著作權保護之檔案之舉證)，作為無罪之基礎之一，即可能難令人信服。

第七節、GOGOBOX 網站著作侵權集合犯

壹、桃園地院 GOGOBOX 網站著作侵權集合犯

被告於檢警詢問時就其並未經告訴人○○工作室之同意或授權，且其知悉其他不特定之網友可任意藉其所設置上開「GOGOBOX」網站（<http://gogobox.com.tw/jaren>）之下載連接點，下載告訴人之視聽著作。核被告所為，係犯著作權法第 91 條第 1 項擅自重製罪及同法第 92 條擅自公開傳輸罪。又刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪；學理上所稱「集合犯」之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，例如經營、從事業務、收集、販賣、製造、散佈等行為概念者是，最高法院 95 年度台上字第 1079 號判決可資參照³³³。

是本件被告重製及公開傳輸之行為，應評價認係包括一罪之集合犯，各僅論以一罪。本件被告係基於一個犯罪決意，向 GOGOBOX 網站申請使用之網路硬碟空間（<http://gogobox.com.tw/jaren>），並在 DC P2P 論壇（<http://www.tw-p2p.com./D-C-P2P/index.php>）之「布袋戲原創」上，自 96 年某不詳之日起至 96 年 10 月上旬止，供登入其網站之不特定人得以點選超連結之方式連結至「GOGOBOX」網站，其因架設其網站而多次公開傳輸、重製該等視聽著作之行為，具有不斷反覆實施之特性，均屬集合犯行為，自仍應各論以擅自重製一罪及擅自公開傳輸一罪。

且被告係基於一個犯罪決意，自 96 年之某不詳日起，在上開「GOGOBOX」網站內上傳系爭視聽著作之下載點，使不特定人可自該網站可點選欲觀賞之影片名稱下載點後，即得因網頁超連結作用下載告訴人之影片，則被告所為公開傳輸及重製之行為，著手階段同一，可評價為想像競合犯，應從一情節較重之著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪處斷。又被告以一行為侵害各著作權人之著作財產權，亦為想像競合犯，應從一重處斷。爰審酌被告不尊重他人智慧之結晶，擅自侵害他人智慧財產權，致告訴人財產受損，亦嚴重影響國家之國際視聽及形象，

³³³最高法院九十六年度台上字第一四九四號刑事判決、最高法院九十六年度台非字第一三三號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第四〇二號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第二一九號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第六九號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第二五四號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第四九號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第二八號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第三九〇號刑事判決、最高法院九十七年度台上字第三四五號刑事判決。

惟念及被告並非意圖營利而為前揭犯行，兼衡其犯罪動機、目的、手段、犯後態度等一切情狀，應依以簡易判決判處被告擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權，處有期徒刑參月³³⁴。

貳、新竹地院 GOGOBOX 網站著作侵權集合犯

被告明知系爭著作係告訴人公司享有著作財產權之影音著作，竟基於違反著作權法之犯意，未經該公司同意，擅自於民國 96 年 1 月上旬起，在其新竹市居處，反覆、密接利用其所有之電腦設備連接網際網路，先透過網路將告訴人影音著作下載並重製於其個人電腦內，再重製至其以「a670819」帳號向臺灣「GOGOBOX」網站申請使用之網路硬碟空間（網址：<http://box2.gogobox.com.tw>：8037/app/index.cgi?box_url=a670819），復以「a670819」帳號，在「MCY 論壇」（網址：<http://www.mcy.hk/forum/>）內「資源交流」之 Clubbox 資源〔CB〕子論壇 Clubbox 電影區公布告訴人之影音著作在「GOGOBOX」網站或「艾噹洛學院」網站（網址：<http://p2p101.com/forums/index.php>）之載點，供登入上開論壇之不特定人得以點選超連結至各載點所在之「GOGOBOX」網站或「艾噹洛學院」網站提供之網路硬碟，下載告訴人影音著作，而侵害其公開傳輸權。

核被告所為，係違反著作權法第九十一條第一項擅自以重製方式侵害他人著作財產權及同法第九十二條之擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪。被告所犯上開二罪係以一行為觸犯數罪名，屬想像競合犯，應從情節較重之重製罪處斷；被告接續以擅自重製及公開傳輸之方法侵害他人著作財產權，均係出於同一違反著作權法之犯意，且於密接之時、地實施，均為接續犯³³⁵。

參、GOGOBOX 網站著作侵權集合犯接續犯之評析

除上述司法機關對著作權侵權行為之判決外，趨勢上有愈來愈多以「集合犯」或「接續犯」之認定，對犯罪行為均以包括一罪論，造成侵害著作財產權之人反覆之實施行為與重覆之侵害，均以一罪論，可能產生對著作財產權人法益保護不周全及對我國著作權之保護產生衝擊之疑慮，值得研析。基本上，依最高法院判決，關於連續或反覆施用毒品違反毒品危害防制條例、反覆向多數人交付賄賂違反公職人員選舉罷免法，判決實務上較被認定屬「集合犯」或「接續犯」，該犯罪行為以包括一罪論，但網路上侵權行為似尚未被最高法院認係集合犯（若干著作權案件上不了最高法院），因之所謂法院可能係下級法院！

³³⁴ 臺灣桃園地方法院 97 年度桃簡字第 605 號刑事簡易判決

³³⁵ 新竹地院 96 年度竹簡字第 1076 號刑事簡易判決

惟針對「行為人架設網站而多次重製、公開傳輸他人視聽著作之行為」，或是「網頁上置盜版音樂供人多次下載傳輸」，此種情形由於具有不斷反覆實施之特性，實務上法院傾向均以包括一罪論，然如此一來，經法院以違反下載公開傳輸權之集合犯被法院判刑後，仍不於網路上移除之侵權物，而繼續違法任由他人下載傳輸之不作為該侵權行為亦均以包括一罪論，其損害將持續存在而無法遏止，如概括性地皆以包括一罪論，似有法益保護不周之虞！故在方向上，網路侵害著作權之行為，與前述反覆施用毒品或向多數人交付賄賂，本質上有其差異！按毒品犯罪極易成癮，一旦染上有於短時間內密集施用傾向，因所侵害法益同一，才將其評價為集合犯或接續犯之一罪；而對眾多有投票權人交付賄賂之犯行，於構成要件類型本質上亦具備反覆、延續之行為特徵，持續多次對有投票權人交付賄賂，性質上具集合犯或接續犯之典型或常態。

然而此與間隔時日於網站上放置電影音樂違法供人下載公開傳輸，性質容有差異！蓋網站放置電影音樂，本質上不當然有於短時間內必須密集行為之傾向，且其所侵害之法益亦未必同一，所以如將網路上侵權行為，認係集合犯或接續犯之「包括一罪」，似值檢討！雖實務上已成為主流判決，不過，吾人不妨建請司法機關思考，間隔時日於網頁上放置音樂供人下載之違法公開傳輸，嘗試解讀為依其行為特質，不屬「集合犯」或「接續犯」！如「於移除違法侵權物後，嗣於網頁上又再擺置侵犯他人法益」或「不於網路上移除違法侵權物，係另以不純正不作為犯侵害他人法益」，應予一罪一罰！分予論列！

依最高法院實務，間隔時日於網頁放置音樂之侵權行為：

1. 不具備集合犯已預設其本身係持續實行之複次行為，具反覆、延續之行為特徵，也不具反覆實行為典型常態之特性；不具備集合犯本身蘊涵預定多數同種行為之犯罪型態。
2. 不具備接續犯具時間及空間之緊密關聯之特性、即接續犯數行為係於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，間隔時日於網頁上放置侵權音樂各行為之獨立性強，與傳統接續犯各行為間之獨立性極為薄弱迥異！而在時間差距上，接續犯難以強行分開，在刑法評價上視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價！反之，間隔時日於網頁上放置侵權音樂，時間差距上完全可分，在刑法評價上不需視為係數個舉動之接續施行，當然毋須合為包括之一行為予以評價！
3. 接續犯係指行為人在同一機會而為同一性質之犯罪行為，依一般社會觀念，在時間差距上，難以強行分開，此數行為並無時間之間斷，認係一個行為之持續者而言；間隔時日於網頁上放置侵權音樂不具備此性質，且不至因數罪併罰而使刑罰過重產生不合理之現象。

第八節、eREAD網站電子書著作侵權案

壹、本件之犯罪事實

被告係英屬維京群島商宜銳科技有限公司臺灣分公司、網祿科技股份有限公司之共同代表人，明知告訴人之語文著作之著作財產權分別屬告訴人等著作權人所享有，未經前揭公司之同意或授權，不得擅自重製或公開傳輸，竟基於侵害上開著作財產權之犯意聯絡，於民國九十五年九月指派員工向臺灣網路資訊中心註冊取得 www.isoshu.com.tw 之網域名稱後，被告甲○○即將告訴人之語文著作內容，接續以掃描成電子檔案之方式，非法重製於宜銳公司所有之電腦主機中，以公開傳輸特定格式電磁紀錄檔案（STAReTEK STK Files）之方式，提供搜書網站之使用者安裝宜銳公司之「eREAD」閱讀軟體後，下載告訴人之語文著作。

嗣於九十五年十二月宜銳公司、網祿公司舉辦掌上型電子書閱讀機暨新網路媒體平臺發表會，告訴人等始查悉上情，因認被告甲○○涉犯著作權法第九十一條第一項及第九十二條之罪嫌，被告宜銳公司及網祿公司應依同法第一百零一條第一項科處罰金。公訴暨追加起訴意旨當事人欄雖記載「英屬維京群島商宜銳科技有限公司」，惟據檢察官當庭更正為「英屬維京群島商宜銳科技有限公司臺灣分公司」，另檢察官就被告等人涉侵害本件著作財產權之語文著作部分當庭追加併辦「靠部落格抗癌他和死神拔河」，並更正撤回「4 TEEN 十四歲」、「莎麗要去演馬戲」及「M型社會」等之語文著作。

公訴意旨認被告甲○○、宜銳公司、網祿公司涉犯上開罪嫌，訊據被告等皆否認有何違反著作權法重製與公開傳輸之犯行，辯稱宜銳公司電腦主機中並無重製語文著作，www.isoshu.com 愛搜書網係位於大陸四川成都市之成都閱通互聯信息服務有限公司所經營，與被告等人無關，而 www.isoshu.com.tw 則未有人經營，www.isoshu.com 乃一電子書搜索引擎網站，與 Yahoo! 及 Google 性質相同。

成都宜銳公司只是提供相關搜索引擎技術與閱通公司，未共同經營 www.isoshu.com 網站，且使用者既可利用超文字鏈結方式瀏覽或下載語文著作，宜銳公司實無須再於其公司電腦主機中予以重製，至成都宜銳公司開發之產品，前已授權閱通公司，在其 www.isoshu.com 網站提供使用者使用的是 eREAD 閱讀器，此閱讀器係用以閱讀 STK 規格檔案，而九十五年十二月十三日掌上型電子書閱讀機暨新網路媒體平臺發表會所涉及之產品 STAReBOOK 電子書閱讀器，則為成都宜銳公司新開發之手持移動 STK 閱讀器設備，均與被告等是否涉犯重製與公開傳輸行為無關。

貳、臺北地方法院之見解

按刑事訴訟法第二百六十四條第二項第一款規定檢察官起訴書應記載被告之姓名、年籍等人別資料，旨在界定檢察官請求法院審判之人，故同法第二百六十六條又規定「起訴之效力，不及於檢察官所指被告以外之人」，是必檢察官於起訴書之被告人別欄將其人列為「被告」，並於犯罪事實欄及證據並所犯法條欄對其有所敘述，始能謂為對該人已經起訴；否則，如其人未經起訴書被告人別欄列為被告，縱令犯罪事實欄記載其與其他已列為被告之人共同犯罪，亦不能謂為其人已經檢察官起訴，自非法院審判之對象（最高法院八十九年度臺上字第 073 號判決要旨參照）。本件檢察官起訴暨追加起訴書所載被告為「甲○○」、「宜銳公司」及「網祿公司」，未及其他「與宜銳公司有共犯關係之其他不明之人」或「不特定提供檔案供下載之使用者及大陸方面之公司」，參諸前揭說明，本件被告應僅「甲○○」、「宜銳公司」及「網祿公司」，始為法院審判之對象。

依民間公證人公證書所載，輸入 www.isoshu.com.tw 網址後，固可透過網路搜尋並下載「靠部落格抗癌他和死神拔河」、「百億虧損是過程」及「一堂負債十五億的課」等語文著作，惟其鏈結處卻分別為

「www.cnread.net/bbs/viewFile.asp?BoardID=17&ID=5338」、「www.weimingnanzhuang.com/bbs/viewFile.asp?BoardID=17&ID=5336」及「www.crsky.com.cn/bbs/viewFile.asp?BoardID=17&ID=5352」，而其檔案下載均來自「517book.com」，與 www.isoshu.com.tw 之網址已屬有間，且縱使依告訴代理人於刑事補充告訴理由狀所指稱：「利用 eREAD 軟體所下載之書籍，均係固定自 219.153.20.143 或 60.190.217.234 之 IP 下載（每日均從其中一固定 IP 下載）」云云，然前揭「219.153.20.143」或「60.190.217.234」之 IP 位置使用人，經函詢內政部警政署查證結果，均非本國所核配之網路頻段範圍，來源 IP 均來自大陸地區，顯見上開語文著作之下載來源非來自宜銳公司電腦主機之伺服器中，則被告縱有藉由網站間鏈結方式，使一般使用者得透過網站以進入其他網站之行爲，既未涉及他人著作之利用，自無重製、公開傳輸等侵害著作財產權之犯行，洵堪認定（智慧財產局 92 年 8 月 12 日電子郵件字第 920812D 號參照）。

再按，就目前所謂 Peer-To-Peer-Computing 「點對點（或同儕對同儕）分散式網路架構」言，其係一種在兩臺以上之電腦間，彼此直接分享對方電腦資源的網路傳輸型態，亦即每一個網路使用者可以兼具使用者端及伺服器之特性，使用者間之地位係對等而非主從關係。在 P2P 發展之過程中，產生兩種略為不同之架構，第一種架構係雖採用 P2P 之分散式檔案共享設計，但為爭取搜尋效率，仍設有伺服器提供檔案資訊之索引，以提高搜尋效率，亦即使用者個人電腦透過中介之網路連線服務，連接至伺服器，將分享之檔案索引上傳至伺服器以建立資料庫，供其他使用者索引查詢，伺服器本身不儲存檔案內容，僅扮演媒介之角色，

告知使用者何處有其所欲下載之檔案，檔案內容之傳輸仍係發生於使用者與使用者間；第二種架構則未設置伺服器來執行檔案名稱或索引之管理，使用者係自行向其他使用者搜尋相關檔案，所有之搜尋及傳輸均發動及完成於使用者之間，是前揭「點對點分散式網路架構」，不論第一種架構或第二種架構，均無如傳統主從式架構作業模式之於特定伺服器中儲存（重製）任何檔案，以供使用者下載傳輸，而係使用者彼此間互為使用者端及伺服器。

被告等並無任何重製或公開傳輸他人著作之行爲，已如前述，其間重製或公開傳輸語文著作乃利用被告所提供網路之使用者，亦即，實現狹義不法構成要件者係使用者本身而非被告，故法律上要難逕將被告等提供 www.isoshu.com.tw 網站供使用者下載語文著作，因而侵害告訴人之重製及公開傳輸權之行爲，直接評價為被告須該當於重製及公開傳輸構成要之實施，至為灼然。

綜上，被告等之辯解尚非不可採信，又公訴人所提證據，仍不足以令臺北地院對被告等產生確實違反著作權法之有罪之確信，此外，復查無其他積極證據足證被告等確有公訴暨追加起訴意旨所指之犯行，本件既不能證明被告等犯罪，自應判被告甲○○、英屬維京群島商宜銳科技有限公司臺灣分公司、網祿科技股份有限公司等均無罪³³⁶。

參、刑事訴訟審判採不告不理、告訴或撤回不可分原則

臺灣宜銳公司、網祿公司於 95 年 12 月舉辦掌上型電子書閱讀機暨新網路媒體平台發表會，告訴人等始查悉上情，因認被告甲○○涉犯著作權法第 91 條第 1 項之擅自重製他人之著作財產權罪及第 92 條之擅自公開傳輸他人之著作財產權罪嫌（檢察官前曾以 96 年度偵字第 14367 號追加起訴書起訴被告宜銳公司及網祿公司涉犯著作權法第 101 條第 1 項之罪，此部分業經原審判決無罪，檢察官未就此部分提起上訴，而已判決確定）。

按刑事訴訟之審判，雖採不告不理原則，法院固不得對未經起訴之事實予以審判，但在不妨害事實同一之範圍內，仍非不得自由認定事實，適用法律。換言之，如刑罰權對象之客觀基本社會事實相同，縱起訴事實所述犯罪時、地略有錯誤，或犯罪方法、被害法益不同，或所犯罪名有別，法院仍得予以審判。本件起訴書已記載被告甲○○將告訴人之語文著作內容，接續以掃描成電子檔案之方式，非法重製於臺灣宜銳公司所有之電腦主機中，以公開傳輸特定格式電磁記錄檔案（STAReTEK STK Files）之方式，提供臺灣愛搜書網站之使用者安裝臺灣宜銳公司之「eREAD」閱讀軟體後，下載告訴人之語文著作等事實。

³³⁶臺灣臺北地方法院 96 年度易字第 1749 號刑事判決

嗣於原審審理程序中，經原審法官詢以：「起訴書及追加起訴書所載之犯罪事實，是否表示被告將系爭語文著作非法重製於宜銳公司臺灣分公司之電腦主機中，供不特定人公開下載，或是系爭語文著作係非法重製於除宜銳公司臺灣分公司之外，及於其他於本件被告具有犯意聯絡之成都宜銳公司、或其他不特定人而非法重製於其所有之電腦主機中，再提供其他不特定之網路使用者公開下載系爭語文著作？」，檢察官則當庭陳稱：「基於相牽連案件之關係，公訴人於案件審理中擴張事實，包括具有犯意聯絡之大陸公司及不特定之公眾」，則就檢察官當庭補充之被告甲○○係與真實姓名年籍不詳之大陸人士基於犯意之聯絡，而將告訴人之語文著作內容重製於臺灣宜銳公司、大陸公司及不特定人士所有之電腦主機中供不特定使用者下載之事實，其被害法益及所犯罪名與起訴事實均相同，且其犯罪方法均係以重製、公開傳輸之方式侵害系爭語文著作之著作財產權，其客觀基本社會事實並無不同，審判之對象仍為被告甲○○，法院自應予以審究，是以被告之辯護人辯稱本件審判之事實應限於起訴書所載之犯罪事實，即非有據。

犯罪事實全部為告訴乃論之罪且被害人相同時，若其行為為一個且為一罪時（如接續犯、繼續犯），其告訴或撤回之效力固及於全部。但如係裁判上一罪，由於其在實體法上係數罪，而屬數個訴訟客體，僅因訴訟經濟而予以擬制為一罪，因此被害人本可選擇就該犯罪事實之全部或部分予以訴追，被害人僅就其中一部分為告訴或撤回，其效力應不及於全部（最高法院 97 年度台上字第 2636 號判決要旨參照），查告訴人於原審審理時已當庭就編號四、五之著作撤回告訴，此有審判筆錄可按，茲所應審究者為被告被訴侵害編號一至五著作之犯罪事實是否全部為告訴乃論之罪，被害人是否相同，被告之行為是否出於一犯罪意思，實施數個同種類之行為，時空具有密接性，而僅成立一罪（即接續犯），抑或係一行為侵害數法益觸犯數罪名而為裁判上一罪，抑或其行為係可分而為數罪，告訴人就編號四、五之著作撤回告訴之效力是否及於編號一至三之著作。

肆、智慧財產法院刑事判決³³⁷

查編號四所示之語文著作係日本新潮社公司授權尖○出版股份有限公司翻譯為中文著，並由尖端公司出資聘請劉○○翻譯該著作，雙方並簽訂同意書約定以尖端公司為著作人，且相關之智慧財產權全歸尖端公司所有，嗣尖○公司與告訴人公司合併，並以告訴人公司為存續公司，依公司法第 319 條準用同法第 75 條之規定，因合併而消滅之尖○公司，其權利義務，應由合併後存續之告訴人公司承受，是以如編號四所示之翻譯著作，其著作財產權人即為告訴人公司，該著作為衍生著作屬獨立之著作，依法獨立享有重製權及公開傳輸權。

³³⁷智慧財產法院 97 年度刑智上易字第 5 號刑事判決

次查，該語文著作係日本講談社授權告訴人公司翻譯為中文著作，嗣告訴人即出資聘請劉○○翻譯該著作之一部分，雙方並約定以告訴人為著作人，且相關之智慧財產權全歸告訴人所有，是以翻譯著作其著作財產權人亦為告訴人公司，亦依法獨立享有重製權及公開傳輸權。查語文著作之著作財產權人均為告訴人，是以就被告涉犯擅自以重製及公開傳輸之方式侵害著作財產權之行爲，告訴人依法均享有告訴權，亦即該部分事實之被害人均相同。

另按個人法益中之財產法益係以財產監督權之個數，作為財產法益之個數，若財產係在所有人持有中被害，則應以財產所有者之數，為法益之個數（最高法院 62 年台上字第 407 號判例意旨參照），查本件告訴人主張被告侵害其所有之附表編號一至五之著作財產權，且上開著作財產權均係由其使用收益，亦無從由第三人持有，自係侵害一法益，而未觸犯數罪名。再者，就被告被訴重製及公開傳輸告訴人著作之行爲是否可分而言：

本件依公訴人之證據資料，無法證明被告確有以掃描成電子檔案之方式，將告訴人之著作非法重製於「臺灣宜銳公司」所有之電腦主機中，供不特定人公開傳輸下載，至被告被訴與真實姓名年籍不詳之大陸人士基於犯意之聯絡，而將系爭著作非法重製於大陸公司及不特定人士所有之電腦主機中而供他人公開傳輸下載部分，告訴人之著作確可於 www.isoshu.com 或 www.isoshu.com.tw 網址搜得並下載儲存，且 www.isoshu.com.tw 之網域名稱確為被告之受僱人向臺灣網路資訊中心註冊取得，而 www.isoshu.com 之網域名稱則係由被告擔任代表人之「eREAD Technology Co.Ltd」（即宜銳科技成都有限公司）申請註冊取得。

然查，上述搜尋並得下載著作之網頁資料均載明「技術支援商：宜銳科技有限公司」、「技術支持商：宜銳科技有限公司」、「技術支援商英屬維京群島商宜銳科技有限公司臺灣分公司」，且被告擔任代表人之成都宜銳公司確曾與成都閱通互聯信息服務有限公司簽訂授權合約，約定由成都宜銳公司將其研發產品書籍搜尋引擎及 eRead 閱讀軟件非授權予成都閱通公司之網站 www.isoshu.com 提供給用戶使用，而被告指示劉○○申請註冊 www.isoshu.com.tw 網域名稱之時間亦係在成都宜銳公司與成都閱通公司締約之後，則被告辯稱 www.isoshu.com 係由成都閱通公司所經營，伊亦未經營 www.isoshu.com.tw 網站，該網站係為成都閱通公司所申請用以防止他人搶註之用，即非無據，是以雖得認定被告確有指示第三人申請註冊 www.isoshu.com 或 www.isoshu.com.tw 網域名稱，並將書籍搜尋引擎及 eRead 閱讀軟件技術授權予成都閱通公司使用之行爲，惟依證據尚無從認定被告有何將著作非法重製於大陸地區公司及不特定人士所有之電腦主機中而供他人公開傳輸下載之行爲。

此外，本件起訴之犯罪事實已載明：「甲○○將告訴人之語文著作內容，『接續』以掃描成電子檔案之方式，非法重製於臺灣宜銳公司所有之電腦主機中，以公開傳輸特定格式電磁記錄檔案（STAReTEK STK Files）之方式，提供 www.isoshu.com.tw 網站之使用者安裝宜銳公司之『eREAD』閱讀軟體後，下載系爭語文著作」之事實。按犯第 91 條第 1 項及第 92 條之罪，須告訴乃論，著作權法第 100 條定有明文。又告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前，得撤回其告訴。告訴或請求乃論之罪，未經告訴、請求或其告訴、請求經撤回或已逾告訴期間者，應諭知不受理之判決。本件為告訴乃論之罪，而語文著作遭侵害之被害人均為告訴人，則告訴人於原審審理時當庭雖僅就部分撤回告訴，依告訴客觀不可分之原則，其撤回之效力自應及於全部，是以本件即應為不受理之判決。

伍、eREAD 網站電子書著作侵權案之評析

網路相關著作權的侵權案例中，大部分都集中在電影或音樂方面，本件則是有關書籍之語文著作部分，這類型的訴訟案件較為少見，因為影音的部分比起文字，在網路上更能引起網友興趣，但本案的存在還是顯示出電子書在市場上仍具有一定的地位。本案起源於國內最大的出租書集團所成立之搜書王（isoshu）網站，在未經授權之同意下，將他人具有著作權之書籍製作成電子書，在網路上供人下載閱覽，其操作的方式為，將該等語文著作掃描成電子檔，重製於電腦主機內，透過公開傳輸特定格式之電磁記錄檔案（STAReTEK STK Files）提供給網友們下載，但本案經過檢察官起訴之後，台北地院均判決被告無罪。

比起其他的網站案例，較讓人訝異，因為按理只要未經授權，將他人書籍文字 po 上網，且乏合理使用時，自有侵權的問題，但因為著作權侵害是屬於刑事的部分，是以刑事訴訟中程序細節反而會左右判決的結果，亦即在程序正義上會有先於(超過)實體審理之層次，而導致不同的判決結果，本件台北地院即認為被告的對象在起訴書所認定後，最後認定犯罪有無之事實，必須係該等被告之行為出於被告之實際行為才可歸責，而本件告訴人當初就曉得透過公證人以公證書的方式保留證據，但在公證書鏈結處之網段，顯示下載檔案係來自與被告不同之網址，因此，根據警政署函查及智慧局意見認定，涉案之侵權內容並非來源自被告之電腦主機伺服器，而認定並非被告之所為。

其次，本案之技術部分也是涉及 P2P 之分散式檔案共享技術方面，地院針對其二種不同的架構，解讀為與傳統主從式架構之作業模式不同，欠缺實質在特定 server 中儲存或重製任何檔案而認定被告沒有重製行為（亦即係使用者之行為），因此，判被告沒有重製或公開傳輸他人著作而不需負責。上訴到智慧財產法院之後，智財法院仍然秉持不告不理之原則，將審理集中在經過起訴之事實(包括不妨礙事實同一之範圍)予以認定，而本件由於檢察官當初就起訴的對象有所

特定，嗣後又一相牽連之法律關係予以涵蓋他人，也就是將被告包括台灣公司、大陸公司及不特定相關人士，法院認為被告應該限於當初之被告而不及於他人，因此在主體上有所限縮。

再者，從本案判決中看不出相關使用技術或重製及公開傳輸之相關事實，而是在程序上認定由於告訴人就其中犯罪之一部撤回告訴時，基於告訴客觀不可分之法律規範，在犯罪全部屬於告訴乃論之罪且被害人相同時，認定告訴或撤回之效力都及於全部，本案告訴人在原審時就部分撤回告訴，因此依告訴客觀不可分原則，撤回效力就及於全部，故智財法院基於本件犯罪被告事實之重製及公開傳輸犯行，係屬於實質上之一罪，而諭知不受理判決。由於判決內可看到的資訊不夠充分，只知智財法院基於搜尋下載網頁資料上所載明之對象，的確在大陸上有相關之授權合約，亦即所有相關之經營都是該大陸公司所為，因此認為沒有證據可以顯示在台灣被告有所謂的重製或公開傳輸行為，

由此可以看出，著作權侵權刑事犯罪完全跟著證據走，就算從一般人的感覺或猜測上被告的經營方式與大陸企業間有所關連、甚至可能是由台灣所主導（假設是事實非指本案），但只要沒有證據，即無法加以定罪，本案因為無從得知被告和大陸之間的運作關係，而在技術上也沒有辦法像前述琉璃仙境案可從網路技術及證人之證詞上，去連結台灣與大陸間的操作關係，因此在欠缺證據的支持下，當然就適用「罪疑為輕」（其實應該是罪疑即認定無罪），加上可能告訴人對於部分撤回（判決內並未交代是否因係和解而撤回），才導致程序上予以不受理之方式處理。

第九節、FOXY 網站著作侵權案

壹、FOXY 檢察官起訴之犯罪事實

被告係址設台北縣○○科技公司之負責人，被告為獲取廣告利益，明知「因為我相信」等 411 首歌曲，係華納國際音樂公司等 11 家公司享有著作財產權之錄音著作；亦明知「神鬼奇航 2：加勒比海盜」等 188 部電影，係美商派拉蒙影片公司等 10 家公司享有著作財產權之視聽著作；並明知未經錄音及視聽著作之著作財產權人授權，不得擅自以公開傳輸之方法侵權；被告竟基於擅自以公開傳輸之方法侵害他人著作財產權之犯意，於民國 92 年間委由○○○科技公司負責人指示其員工利用電腦網際網路設備連結上網，自網路下載採用純分散式點對點檔案分享架構(Decentralized Peer-to Peer，使用該電腦程式之各使用者電腦均係節點(Node)，彼此間係直接或透過其他節點間接連結，且各節點均須同時作為檔案 Server 端與 Client 用戶端，而無中央檔案索引伺服器)之電腦程式 Gnutella 0.6 版。

該電腦程式搜尋特定電子檔案之運作架構為：從該網路節點之使用者電腦發出搜尋特定電子檔案之指令，並透過洪泛式請求模式(Query Flooding Model，一種網路資訊傳遞回應方式，網路上 1 個封包 Packet 或訊框 Frame 在此方式下先被傳送給網路上已知其他節點，再由該節點依次傳遞給該節點已知之其他節點傳遞，待搜尋到其中一台與搜尋選項相符之電腦，即可透過 TCP/IP 或 UDP 通訊協定進行點對點間直接連結與傳輸，並將各節點區分為葉節點(Leaf Nodes)與超節點(Ultra Nodes)，各節點連結其他節點之數量有所不同，並透過查詢路由協定(Query Routing Protocol)交換查詢路由表(Query Routing Table)，葉節點會將查詢路由表發送到每個與其相連結之超節點，超節點再將每個相連結之葉節點所傳來之查詢路由表與其本身之查詢路由表合併，並與本身相鄰之節點交換，以增加各節點間連結之成功率與效率)之原始碼，並按被告指示加以部分修改後交付被告。

被告認該電腦程式功能不符所需，再委由位於美國 Macsense Connecivity 公司之工程師利用修改之電腦程式原始碼進一步開發成中文介面之 Foxy 電腦程式，係採用純分散式點對點檔案分享架構，惟被告為達成該電腦程式之使用者均強制上傳分享電子檔案，吸引更多民眾使用該電腦程式，以獲取廣告利益之目的，復要求該工程師將電腦程式運作模式設計為：倘有使用者欲利用 Foxy 程式下載歌曲或電影，則必須先至被告經營之 Foxy 網站（網址為 <http://www.gofoxy.net/tw/index.shtml/>，架設美國，係向 SoftLayer 公司租用，網址已更名為<http://tw.myfoxy.net/>）或我國各大下載網站（例如 PChome 或軟體王 <http://www.softking.com.tw/index.asp>），下載 Foxy 電腦程式之封裝檔（檔名為：Foxy.版本，例 1.9.3.tc.setup.exe）後，點選執行該封裝檔，即開始安裝程序。

安裝過程會先顯示歡迎頁面，之後顯示授權合約，要求使用者同意授權合約內容，使用者勾選同意後，即可選則安裝上開電腦程式之目的資料夾（預設為 C:\ProgramFiles\Foxy），繼而由使用者選擇前開電腦程式之捷徑建立資料夾位置、是否建立快速啟動圖示及桌面圖示，即可依序完成安裝，過程中均為讓使用者自行依自身取得著作財產權人授權之實際授權範圍，決定設定提供上傳電子檔案予他人分享之資料夾範圍，且亦未告知使用者於安裝該電腦程式後，縱然使用者並無勾選分享電腦硬碟或可卸式儲存裝置內之資料夾，亦會將預設路徑為 C:\Program Files\Foxy\Download 及 C:\Program Files\Foxy\Temp 之資料夾（該電腦程式預設使用者下載完成時儲存及下載中暫存之資料夾）提供分享，使其他同一電腦程式之使用者亦可自行將預設資料夾內搜尋並下載電子檔案，致安裝該程式之使用者無法得知程式已預設上傳分享之資料夾，並進而依據自身實際取得著作財產權人授權範圍，決定是否上傳分享特定資料夾內之電子檔案（實際上，被告除要求將該程式資料夾預設為提供上傳分享之資料夾，且不允許使用者取消分享而強制提供上傳分享）。

安裝完成並執行該電腦程式後，使用者之電腦會透過 Foxy 電腦程式以廣播（Broadcast，網路傳遞訊息方式，透過鄰近連接之電腦，接續傳播予網路上連結之所有檔案）網路之方式，告知網路上其他使用 Foxy 程式之電腦及被告委託工程師設置用以提供首次使用 Foxy 程式之電腦，連結至其他使用 Foxy 程式 IP 位址資訊之伺服器（IP 位址為 59.39.0.1~59.39.255.254 及 75.126.0.1~75.126.255.254 間動態決定，分別係由位於大陸之中國電信公司位於美國之 SoftLayer 公司取得配發之 IP 位址，功能係提供前開首次執行 Foxy 電腦程式之電腦約數十個數量不等使用 Foxy 程式之電腦 IP 位址以利進行連結），以利各使用 Foxy 程式之電腦及上開伺服器蒐集得知前開電腦已安裝執行 Foxy 程式之該電腦之 IP 位址，並進而便於建立網路上各使用 Foxy 程式之電腦間之連結。

其運作方式為：首次使用 Foxy 電腦程式之電腦，除以上開廣播方式發送訊息外，並會直接連結至前開伺服器，對該伺服器傳送詢問網路上尚有哪些電腦現亦正在執行 Foxy 電腦程式之要求，待該伺服器接收該要求後，再由該伺服器回應提供上開首次執行 Foxy 電腦程式之電腦約數十個數量不等、使用 Foxy 電腦程式之電腦 IP 位址（係透過設計安裝於前開伺服器之電腦程式，依據一定之規則，例如時常處於連線狀態且頻寬充足者，選取出安裝執行 Foxy 電腦程式而有助連結之數十個數量不等之電腦 IP 位址，該電腦 IP 位址會依實際運作隨時變動而非永久固定），使首次執行 Foxy 程式之電腦得以快速連結至前開亦有安裝執行 Foxy 程式之數十個數量不等之電腦，而該數十個電腦本身亦會將其依 Foxy 程式之設計記載其所取得亦有安裝執行 Foxy 程式之其他數十個數量不等之電腦 IP 位址，再傳送予上開首次執行 Foxy 程式之其他數十個數量不等之電腦 IP 位

址，如係第二次以後之各次連結，該電腦程式會依首次或第二次連結後，依該程式設計取得儲存於 C:\ProgramFiles\Foxy\Conf\Foxy.cfg 之檔案內所記載安裝有 Foxy 程式之電腦 IP 位址相關資訊建立連結，而不再透過前開伺服器取得 IP 位址資訊，以此方式便利該電腦與網路上其他同在執行 Foxy 程式所有節點間建立虛擬連結（並非與網路上之電腦有實質上線路之連結，僅係記錄其他節點之網路位址，其他節點也記錄連結至其他節點之 IP 位址，而構成類似相互間連結之網路連結），以此方式將所有於網路上執行 Foxy 電腦程式之節點，以網狀網路架構（各節點間以直接或間接之方式相互連結，而未全部直接連結）之方式加以連結。

待所有電腦處於連結狀態後，使用者即可在 Foxy 程式上之搜尋欄位，輸入欲下載之音樂或電影或其他電子檔案之名稱（該名稱即為欲下載電子檔案之主檔名），並可利用 Foxy 程式所設計之特殊功能，篩檢欲下載檔案格式為音訊、視訊、文件、圖片等檔案類型，以進一步確認欲搜尋檔案之類型增加正確性，待使用者確認輸入搜尋指令後，此時該使用者電腦會再發出要求特定檔案之訊息，並以廣播方式透過網狀網路上相鄰節點及該節點相鄰之節點，遞次詢問網狀網路上所有節點是否有其欲搜尋之電子檔案，待存有該電子檔案之節點接收使用者所發出之訊息，且該節點之電子檔案已置放於 Foxy 程式預設共享之資料夾內（路徑為 C:\ProgramFiles\Foxy\Downloads 及 C:\ProgramFiles\Foxy\Temp）或使用者手動勾選欲共享之資料夾內，並由該節點傳送回應具有該電子檔案之 IP 位址資訊之訊框或封包予搜尋者之電腦，在直接與使用者節點間相互建立之 TCP/IP 與 UDP 併行之網路通訊協定連線，並將使用者欲取得之電子檔案，透過該連線傳送。

被告為避免 Foxy 程式之使用者只下載電子檔案而不上傳電子檔案，供其他 Foxy 程式之使用者使用，使 Foxy 程式使用者可搜尋取得所需電子檔案之來源減少，影響使用 Foxy 程式之意願進而使使用人數減少，致被告取得之廣告利益亦相應減少，雖明知使用 Foxy 程式之各使用者，可能未經授權下載他人享有著作財產權之電子檔案，縱或經授權下載，亦非該使用者即當然取得再行上傳予網路上使用 Foxy 程式其他不特定使用者之授權（大多數情況權利人不會為此廣泛授權），為使該電腦程式之使用者於下載（Download，此指自使用該電腦程式之其他使用者電腦中取得電子檔案至自己電腦中之行為）電子檔案之同時，均需提供上傳（Upload，在此指將使用該電腦程式之使用者電腦中儲存之電子檔案提供予其他使用者之行為）予其他使用該電腦程式欲下載同一電子檔案之使用者，以增加該電腦程式使用者搜尋取得電子檔案之來源，進而吸引更多民眾使用該程式（目的在利用後述之方式增加被告經營之「Foxy」網站瀏覽人數獲取廣告利益）。

被告雖明知其並未取得著作財產權人之授權，且不論「Foxy」電腦程式之使用者是否取得再行上傳予網路上使用「Foxy」程式其他不特定使用者之授權，仍未於該電腦程式中設計一定之授權確認機制，復將該電腦程式介面中關於上傳電

子檔案之資訊隱藏，並將由使用者同意於下載電子檔案後即時上傳所下載之電子檔案予其他使用者之功能取消，使該電腦程式之使用者無法得知於下載電子檔案後已即時在上傳分享所下載之電子檔案予其他不特定多數使用「Foxy」程式之使用者，亦無法自行依取得授權之實際情況，決定是否同意於下載電子檔案同時或下載完成後，將該電子檔案上傳予其他使用同一程式欲下載其所下載電子檔案之其他不特定多數使用者，而於使用者使用該電腦程式下載電子檔案時或下載完成後，一律處於將下載中或下載完成而存放於上開「Foxy」電腦程式預設、無法由使用者取消上傳分享功能之共享資料夾內（路徑預設 C:\ProgramFiles\Foxy\Downloads 及 C:\ProgramFils\Foxy\Temp）之電子檔案，提供予其他使用該電腦程式欲下載相同電子檔案之不特定多數使用者於各自選定之時間、地點下載。

被告復為使「Foxy」電腦程式之使用者均能連結至被告所經營之「Foxy」網站，以增加該網站之瀏覽人數，藉此提高作為計算廣告利益之基礎即「Foxy」網站留覽人數，以獲取較高額之廣告利益，除於其所經營之「Foxy」網站中及其餘各大下載網站提供「Foxy」電腦程式免費供上網瀏覽之不特定民眾下載外，並將該電腦程式設計唯一經使用者執行該電腦程式，及自動連結至上開「Foxy」網站，再由該網站之計算器程式自動計算瀏覽人數作為廣告利益分配之基礎，藉此方式獲取較高額之廣告利益；被告旋自 95 年 7 月間起，向位於中國大陸之中國電信公司及美國之 SoftLayer 公司租用前述網段之 IP 位址，並架設前開「Foxy」網站及相關提供使用「Foxy」電腦程式 IP 位址連結資訊之伺服器，而開始對外經營上開網站，並提供前開「Foxy」電腦程式供上網瀏覽之不特定公眾下載使用，再不定期依使用者反映意見或工程師測試意見，提供修改更新功能之「Foxy」電腦程式版本，期使搜尋下載電子檔案之速度、正確性、使用介面益臻完善。

同時，並於其所經營之 Foxy 網站刊載內增加麻吉休閒購物網之分頁連結，並搭配販售「So Easy So Foxy」MP3/MP4 隨身聽，鼓勵使用者購買隨身聽儲存利用 Foxy 電腦程式下載取得音樂檔案，再於 Foxy 網站及委託不知情之張○○網頁上刊登「華人第一多媒體搜尋娛樂平台」、「分享，讓世界更有趣」、「搜尋相關的關鍵字，就可成功分享到！.....使用 Foxy 軟體、輸入關鍵字，就能輕鬆找到想要的音樂，不需到各大論壇辛苦求檔」等廣告文宣、藉此多元方式誘使公眾下載使用「Foxy」程式而侵害他人著作財產權，並進而增加使用該電腦程式之使用人數而同時增加 Foxy 網站之瀏覽人數，獲取更多廣告利益；並自 96 年 1 月起，委託不知情之張○○接洽廣告，約定由其支付廣告營收淨利之 20% 予被告，於 96 年 7 月修正著作權法第 87、93 條條文，並增訂第 97 之 1 條文後，另基於意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作侵害著作權，而對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式而獲取利益之犯意，持續經營 Foxy 網站，並提供可供公開傳輸或重製他人著作之 Foxy 電腦程式予不特定之公眾下載使用。

同時委由不知情之張○○持續對外接洽廣告，再獲取廣告營收淨利之 20%，每月廣告營收約為新台幣 200 萬元，被告則可依上開約定獲取約 12 萬元之廣告收益，並致前開錄音著作及視聽著作之著作財產權人分別受有約 16 億 5 千 7 百餘萬元及 41 億 8 千 5 百萬元之損害。嗣為警查獲安裝使用「Foxy」電腦程式，並未經授權分別下載告訴人之錄音著作，且於下載同時上傳分享予其他使用「Foxy」電腦程式下載前開錄音著作之使用者。

貳、檢察官起訴認定之法律依據

被告自 95 年 7 月間起提供 Foxy 電腦程式供不特定人下載使用，並明知使用該電腦程式下載音樂、電影之不特定使用者，於下載之時雖可能取得下載重製之授權，惟通常並未取得可再行提供不特定多數人下載之公開傳輸授權，仍將「Foxy」電腦程式設計為於使用者使用該電腦程式下載之同時即處於其他使用者可隨時搜尋下載，且無法由使用者依授權內容決定是否於下載同時提供上傳之狀態，其主觀上顯有利用不知情之使用者提供不特定之公眾於各自選定之時間、地點下載不知情之使用者所下載而未取得公開傳輸授權之不確定故意甚明，核被告所為，係涉犯違反著作權法第 92 條之以公開傳輸之方法侵害他人著作財產權罪嫌。被告利用不知情之使用者為上開犯行，請論以間接正犯。

被告自 96 年 7 月修正公布著作權法第 87 條 93 條條文，並增訂第 97 條之一條條文後，仍持續經營 Foxy 網站，並提供 Foxy 電腦程式供不特定人下載使用，在藉由如犯罪事實欄所述方式鼓勵不特定人下載使用上開電腦程式並獲取廣告利益，係涉犯違反著作權法第 87 條第 1 項 7 款，而應依同法第 93 條第 4 款論處之意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，而對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式而獲取利益罪嫌。

再被告係公司之代表人，因執行業務犯前開罪嫌，被告公司自應依同法第 101 條第 1 項規定科以罰金。刑法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時寄予特別歸類，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，應僅成立一罪，學理上所稱「集合犯」之職業性、從事業務、收集、販賣、製造、散佈等行為概念者均是（最高法院 95 年度臺上字第 1079 號判決意旨參照），本案被告於上開期間經營○○公司並藉由散佈 Foxy 軟體獲取廣告利益，應認為係基於同一獲利主觀意圖下之延續性單一行為，且於客觀上符合反覆延續之行為觀念，應論以集合犯。

參、FOXY 網站著作侵權案之評析

本案檢察官認為 Foxy 利用網路設備連結上網，自網路下載採用純分散式點對點檔案分享架構，為使該電腦程式之使用者，自使用該電腦程式之其他使用者電腦中取得電子檔案至自己電腦中之行為，下載電子檔案之同時均需提供上傳，將使用該程式之使用者電腦中儲存之電子檔案提供予其他使用者之行為，予其他使用該程式欲下載電子檔案之使用者，以增加該程式使用者搜尋取得電子檔案之來源，進而吸引更多民眾使用該電腦程式，目的在增加被告經營網站瀏覽人數獲取廣告利益。且下載時通常並未取得可再行提供不特定多數人下載之公開傳輸授權，仍將 Foxy 程式設計為於使用者使用該電腦程式下載同時，即處於其他使用者可隨時搜尋下載，且無法由使用者依授權內容決定是否於下載同時提供上傳之狀態，其主觀上顯有利用不知情之使用者提供不特定之公眾於各自選定之時間、地點下載不知情之使用者所下載而未取得公開傳輸授權之不確定故意甚明，核被告所為，係涉犯違反著作權法第 92 條之以公開傳輸之方法侵害他人著作財產權罪嫌。故檢察官認為被告利用不知情之使用者為上開犯行，應論以間接正犯。

本案目前的進度，刻正由地方法院審理中，但鑑於 FOXY 軟體在國內極其有名，而且除了利用該程式提供網友進行下載各類電影音樂之外，甚至還被用來進行其他非法之用途，例如利用該程式進行網路報稅，以及網路上面蒐集他人個人資料等。就著作權侵權的部分而言，本案檢察官雖然已經起訴，但將來地院如何審理，頗值得關切，因為本案係採用純粹分散式的 P2P 檔案分享架構，這當然會使人去比較我國稍早之兩大網路侵權著作案例 ezPeer 和 KURO，其中 KURO 所採用之 P2P 架構模式，該案使被告獲致有罪之判決關鍵在於，被告另外於中部地區所架構之洗歌站，構成複製及傳輸等直接參與侵權之犯罪行為（詳參本章第五節），遑論該網站使用 P2P 的技術還具有檔名索引伺服器（index server）；而 ezPeer 案經過原來地院、高等法院、到目前之智財法院判決（經最高法院發回後），都被認定是無罪來看（詳參本章第六節），採取類似分散式之 P2P，我國法院似乎認為實際扣板機的人並非網站平台業者，真正動的行為人是實際上進行上傳下載公開傳輸之網友，所以如單純想要用網站平台業者所提供之 P2P 運作模式，而要讓被告得到有罪判決，在技術以及法說理上，就必須要有更堅強的法律基礎。

但如果比較 ezPeer 案，本案將來在審理上所面對的問題是，首先，比起 ezPeer 案，FOXY 更是屬於純粹分散式之點對點檔案分享架構，換言之，網友實際傳送之檔案內容，平台業者可以宣稱無所知悉，但本案檢察官之所以將其起訴之重點在於，被告所採取之架構，在主觀認知上，就是將電腦程式設計成讓使用者都必須要強制上傳其分享之電子檔案，而且也不告知使用者在安裝電腦程式後，其路徑也被設定為直接提供分享，亦即，所有網路上的使用者，完全沒有任何選擇的可能性，也不讓使用者得知其已經預設了上傳分享的資料夾，而且比起 ezPeer 更過份的是，它根本不允許使用者取消強制提供上傳分享的設定，檢察官在本案中是想要單單以 FOXY 網站平台技術內容之模式，建構其符合侵權行為構成

要件，但與 ezPeer 不同的是，檢察官此次起訴之法律依據，是用被告平台之網站利用不知情的網友，進行上傳下載及公開傳輸，因此構成刑法上所謂之間接正犯，也就是說，檢察官可能參考過 ezPeer 之案例，而有鑑於當初 ezPeer 是以直接正犯之共同正犯作為起訴依據。

因此，本案檢察官改弦異轍，轉而用間接正犯的方式，但值得討論的是，當初在 ezPeer 案時，除了直接正犯之共同正犯外，告訴人也曾主張平台業者係構成間接正犯，但最後法院駁回此項主張，而從刑法的法理上，間接正犯之重點在於，實際實施構成要件之行爲人，本身完全沒有意識（包含構成要件之主觀故意以及違法性之故意），然而 Foxy 的使用者，在網路上進行上傳下載著作權相關之內容，其實很難諉稱其毫不知情，因此，純從法理上探討，主張間接正犯似乎必須提出更堅強之法理；不過，本案檢察官另以被告違反著作權法第 87 條第 1 項第 7 款（即一般所稱 P2P 條款），認為被告構成提供電腦程式或技術之侵權者（雖然條文認為是視為侵害），法理上可能比較容易認定。如要構成著作權法第 87 條第 1 項第 7 款，從本案檢察官起訴之事實而看，在構成要件該當性的認定部分，似乎比起重製傳輸罪之間接正犯較為容易，因為 87 條 1 項 7 款本身就是正犯，而非間接正犯之概念，殊應注意。

第十節、任天堂 WII 遊戲主機規避防盜拷措施侵權案

壹、WII 遊戲主機規避防盜拷措施侵權犯罪事實

被告係址設臺北縣○○商行之負責人，明知美商美洲任天堂股份有限公司及日商日本任天堂株式會社所製造之 Wii 遊戲主機內，提供有檢查、認證 Wii 遊戲主機所讀取之遊戲光碟是否係美商任天堂及日商任天堂所製造或授權製造之正版遊戲軟體之功能，於遊戲光碟放入 Wii 主機執行之際，須經 Wii 主機比對遊戲光碟上是否含有防盜拷碼（copy prevention code），倘若遊戲光碟不含該防盜拷碼，Wii 遊戲主機即無法讀取遊戲光碟之軟體而無法執行，此為著作權人美商任天堂及日商任天堂所採取禁止或限制他人擅自進入著作之防盜拷措施，未經美商任天堂及日商任天堂公司之合法授權，不得將規避上開防盜拷措施之零件提供公眾使用；且明知「Wii Sports」等遊戲光碟，係著作權人享有著作財產權，非經該等公司同意或授權，不得擅自重製或散布。

詎被告竟與真實姓名年籍不詳綽號「阿慶」之男子，基於散布侵害著作財產權之重製光碟及將規避防盜拷措施之零件提供公眾使用之共同犯意聯絡，自民國 97 年 7 月間起，倘有顧客要購買改裝後之 Wii 主機及盜版之 Wii 遊戲光碟，則由被告將 Wii 主機交由「阿慶」加裝規避防盜拷措施之改機晶片，及向「阿慶」調取顧客所需之 Wii 盜版光碟，而販售內含可規避防盜拷措施晶片功能之零件之 Wii 改裝主機，供不特定之公眾使用以讀取未含防盜拷碼之盜版 Wii 遊戲光碟，及販售盜版之 Wii 遊戲光碟予不特定人，藉以牟利，侵害任天堂之著作財產權。嗣美商任天堂及日商任天堂派員至被告開設商行購得改裝後之 Wii 遊戲主機及盜版之 Wii 遊戲光碟後，向法務部調查局臺北縣調查站提出告訴。

貳、板橋地方法院之認定

被告係犯著作權法第 91 條之 1 第 3 項、第 2 項之散布侵害他人著作財產權之重製光碟罪，及第 80 條之 2 第 2 項之規避防盜拷措施之零件，未經合法授權不得提供公眾使用之規定，應依同法第 96 條之 1 第 2 款規定處斷。被告與真實姓名不詳綽號「阿慶」之間，就犯行有犯意聯絡及行為分擔，均為共同正犯。

按刑事法若干犯罪行為態樣，本質上原具有反覆、延續實行之特徵，立法時既予特別歸類，定為犯罪構成要件之行為要素，則行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪；學理上所稱「集合犯」之職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，例如經營、從

事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者是，最高法院 95 年度台上字第 1079 號判決可資參照。

本件被告所為多次散布重製光碟及將規避防盜拷措施之零件提供公眾使用之行為，應評價認係包括一罪之集合犯，各僅論以一罪。再被告係以一販賣行為同時將內含規避防盜拷措施零件之改裝後 Wii 遊戲主機提供予公眾使用及散布盜版 Wii 遊戲光碟，則被告所犯上開 2 罪，應係以一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，應從一重之散布侵害他人著作財產權之重製光碟罪³³⁸。

參、任天堂 WII 遊戲主機案行政解釋與評析

其實，本案之前另案中，台北地檢署曾函詢智慧局，請其說明軟體廠商所提供之授權碼或啟動序號，並非直接用以啟動軟體功能或減除限制，而需以該序號透過軟體廠商之伺服器加以認證，認證後取得檔案始得解除軟體之限制，該序號是否屬於著作權法第 80 條之 2 所稱之防盜拷措施³³⁹，智慧局則函覆認為³⁴⁰，軟體廠商所提供之授權碼或啟動序號，係用以透過軟體廠商之伺服器認證後取得一檔案，始得解除軟體之限制者，如可認定該序號在性質上屬於著作權法第 3 條第 18 款規定者，即屬防盜拷措施。

依任天堂公司提供資料顯示，Wii 遊戲主機內光碟機控制晶片存有一種功能，係用以辨認使用者所置入於遊戲主機內之光碟，是否為任天堂公司授權製造之遊戲軟體光碟，運作方式為：Wii 遊戲主機光碟機控制晶片上安裝載有韌體，Wii 遊戲軟體則載有防盜拷碼，防盜拷碼係由任天堂公司授權遊戲軟體供應商，在遊戲軟體光碟上預先建置，並有一定格式與內容，代表授權遊戲軟體廠商，如使用者自行以燒錄器重製時，無法將該防盜拷碼連同轉移至重製片上，如使用者以壓片方式大量重製，因無法得知各授權廠商之防盜拷碼，亦無法將防盜拷碼轉入至壓片光碟中。使用者如置入盜版遊戲光碟於 Wii 遊戲主機光碟機時，因遊戲光碟並無防盜拷碼，晶片上之韌體讀取不到防盜拷碼，即不允許使用者執行該盜版遊戲光碟，另該韌體亦會檢查置入遊戲光碟片所含之區碼，與 Wii 遊戲主機所能執行之區碼是否相同，如不相同，亦拒絕使用執行該遊戲光碟。改裝遊戲主機晶片之功能，可對 Wii 遊戲主機光碟機控制晶片發出訊號，使該控制晶片誤以為使用者所置入之遊戲光碟均為含有該防盜拷碼且區碼正確，甚至可改寫 Wii 遊戲主機光碟機控制晶片內之韌體，而不檢查使用者置入之遊戲光碟防盜拷碼，因而使用者可讀取盜版之遊戲軟體光碟。以上關於 Wii 主機改裝晶片破壞原廠主機晶

³³⁸ 臺灣板橋地方法院 98 年度訴字第 2372 號刑事判決

³³⁹ 台北地院檢察署 98 年 1 月 10 日 97 偵字第 12969 號函

³⁴⁰ 98 年 2 月 4 日以智著字第 09800003710 號函

片限制讀取盜版遊戲軟體之功能，而使改裝後之遊戲主機可讀取非正版之遊戲軟體，另產生相關的疑義如下³⁴¹：

(1)著作權法第 3 條第 18 款的定義，該條包括限制使用及限制接觸二種型態，於 Wii 遊戲主機更改晶片適用之情形，該款所謂著作權人是否係指遊戲軟體之著作權人，抑或遊戲主機光碟機控制晶片上韌體之著作權人，抑或二者兼屬之？該款所規範之限制利用與限制接觸二種型態，是否係指禁止或限制他人擅自進入或利用 Wii 遊戲軟體，抑或係指禁止或限制他人擅自進入或利用遊戲主機光碟機控制晶片上之韌體，抑或二者兼屬之？又上款規定，有效禁止或限制他人，擅自進入或利用著作，所指之著作是否包含盜版之遊戲軟體？抑或僅限於正版之遊戲軟體？於 Wii 遊戲主機改裝之情形，防盜拷措施係指何部分？是遊戲主機光碟機控制晶片上所載之韌體，抑或遊戲光碟上之防盜拷碼？所謂防盜拷措施，究係僅只限制利用與限制接觸正版遊戲軟體，抑或包括限制利用與限制接觸重製正版遊戲軟體（即盜版）之設備、器材、技術、零件或其他科技方法？

(2)Wii 遊戲主機光碟機晶片上之韌體，係限制使用者使用該遊戲主機光碟機，讀取盜版之遊戲軟體光碟，僅得讀取整版之遊戲軟體光碟，而改裝主機晶片之結果，將使消費者得使改裝主機光碟機讀取執行正版與盜版遊戲軟體光碟，並未影響遊戲主機光碟機原得讀取正版遊戲軟體之功能，此種情形究係破壞、破解或規避何種防盜拷措施？Wii 遊戲主機此種設計，似乎僅在限制 Wii 遊戲主機（並非著作，僅係硬體），執行正版遊戲軟體，而無法防止他人重製正版遊戲軟體，似乎僅間接限制他人盜版遊戲軟體之意願（如無法使用盜版遊戲軟體，就無盜版之必要），而非直接限制他人接觸或利用原來正版軟體（無論有無改機，皆可讀取使用正版遊戲軟體），此種設計是否仍屬於著作權法所規定之防盜拷措施？

智慧局則認為³⁴²，著作權法 3 條 1 項 18 款所訂之防盜拷措施，係指著作權人所採取（包括由著作權人或其專屬授權之被授權人自身所採取，以及於其同意或認識下由產業所為者，而能夠有效禁止或限制他人進入或利用著作之設備、器材、零件、技術或其他科技方法），該條所保護者為著作權法所應受保護之著作，而保護該著作之防盜拷措施，則需就權利人所採取之方法整體觀之。上述 Wii 遊戲主機內置之光碟機，控制晶片上載有韌體，得以辨識光碟之防盜拷碼及區碼，並進而限制主機執行盜版，或不同區碼之遊戲軟體，有關該等機制是否屬於防盜拷措施，需視 Wii 主機與承載於光碟之應用程式間，是否藉由相互對應作用，達成僅有合法授權光碟，始能為主機所接受之結果，亦即 Wii 主機上之韌體

³⁴¹ 此為台北地檢署嗣後再函詢智慧局之問題

³⁴² 參智慧局 98 年 9 月 2 日智著自第 09800069290 號、智著字第 09800067140 號函

及光碟上之區碼、防盜拷碼，如藉由整體交互作用，得以達成上開目的者，即屬本法所稱之防盜拷措施，因此只要該機制之一部分遭受破解、破壞或規避，實質造成整體機制失去其效果者，應得認定為對該防盜拷機制之破解、破壞或規避行為。至於實際個案中究竟如何，則必須由法院依照個案事實具體認定。

所謂著作權人究係指遊戲軟體之著作權人，抑或遊戲主機光碟機控制晶片上韌體之著作權人，基本上，遊戲軟體或晶片上之韌體，二者皆為受著作權保護之標的，身分上皆屬著作權適格，理論上，防盜拷措施不當然必由著作權人自己所設計或製造，在實務上經常是由著作權人委託其他軟硬體廠商為其設計提供，防盜拷措施不需由著作權人自己所製造或產出，防盜拷措施雖係為遊戲之內容，但遊戲主機光碟機控制晶片上韌體，卻是搭配用來以全盤防護遊戲軟體之使用，二者只要在其間存有一相當的關聯性，透過光碟機控制晶片上韌體確保遊戲軟體之使用即足，智慧局所謂「藉由相互對應作用，達成僅有合法授權光碟，始能為主機所接受之結果，即 Wii 主機上之韌體及光碟上之區碼、防盜拷碼，如藉由整體交互作用，得以達成上開目的者即屬本法所稱之防盜拷措施」，殊屬正確。

又該款所規範之限制利用與限制接觸二種型態，原固係指禁止或限制他人擅自進入或利用 Wii 遊戲軟體，然就是因為遊戲主機光碟機控制晶片上韌體與遊戲軟體之間二者相互對應之作用關係，也當然就涵蓋禁止或限制他人擅自進入或利用遊戲主機光碟機控制晶片上之韌體。至於上款規定，有效禁止或限制他人擅自進入或利用著作，應僅限於正版之遊戲軟體，如其內容是盜版之遊戲軟體，則既非著作權人自無適用之餘地，故所謂防盜拷措施，僅只限制利用與限制接觸正版遊戲軟體，似不包括限制利用與限制接觸盜版遊戲軟體之設備、器材、技術、零件或其他科技方法。甚者，於 Wii 遊戲主機改裝之情形，防盜拷措施所指部分除上述遊戲主機光碟機控制晶片上所載之韌體，只要存在相互對應作用關係，亦可兼及遊戲光碟上之防盜拷碼。

第六章、我國網路著作權最新發展趨勢之檢討

第一節、我國目前著作權法已足以規範網路科技之最新趨勢利用

由於網路科技日新月異，通常一個新的利用型態產生之後，都不斷的會挑戰及現行著作權法是否得以涵蓋適用之疑問，尤其著作權法刑責的部分是屬於特別刑法，所以當現行條文如沒有辦法直接在構成要件該當的判斷上面（姑先不論違法性）予以被適用時，當有疑慮產生，法院就有可能會以罪疑為輕、刑法是最後手段、以及因為是法律漏洞，必須透過修法等等方式，依據罪刑法定主義之大原則及精神判處被告無罪，這其中 ezPeer 就是最明顯的例子。觀察我國目前著作權法，在歷經多次與網路相關之修改之後，雖然不能預言將來所有可能產生的新興模式都可以涵蓋規範，但自從 87 條 1 項 7 款（P2P 條款）制訂之後，似可推論，將來網路科技不論有何新的趨勢或利用，對於具有實質可罰違法性之侵權業者，P2P 條款其實已經可發揮一定功能，因此針對網路科技目前並無修改著作權法之必要。

吾人也可以美國為例，其並無 P2P 相關之立法，而是以其長久發展之案例法之輔助侵權及代理侵權作為法律規範之依據，而我國因已有 P2P 的立法，在立法或修法之相關概念下，當然沒有必要去疊床架屋著制訂輔助侵害或代理侵害之立法，蓋細繹第 87 條 1 項 7 款當初立法之本旨，某一層面已採納輔助侵害或代理侵害之內涵或概念，而且我國之模式是以正犯之方式而非輔助侵害的方式來立法；質言之，87 條 1 項 7 款在立法技術上是一項涵蓋面可能極廣之外放式的立法，因此並無規範面過窄之問題，反而是在適用時必須要注意到如何收斂，並針對具體的個案事實，能有比較精準之適用，以免打擊無辜，阻礙網路科技及商業之運用。

第二節、對網路著作權最新發展趨勢應有之省思

從本報告第四、五章之相關案例以觀，可看出近年來國際上尤其是以著作權案例眾多著稱之美國司法實務發展，自 Grokster 案之後，就第三代 P2P 尤其是 BT 之後，不論是部落格、搜尋引擎等方面，都暫時沒有像 Napster 或 Grokster 這樣的里程碑個案出現，而美國的司法案例，多依其傳統之著作權法及案例法予以規範。反觀我國，自 KURO 及 ezPeer 案之後，引起極大爭議之受眾人矚目案例也不多見，但有幾點是歸納本報告第五章相關案例可以得知的。

首先，基於不斷累積的網路著作權侵權案例的經驗，法院已經意識到，應該更精確地掌握詳細之技術事實，再恰當地適用著作權之法律規範，例如所謂網路超連結，過去一般論者可能會認為超連結不見得違法，但隨著技術的進步，在前述琉璃仙境網站超連結之架構下，法院仍然能依照個案事實認定其構成侵權之犯罪。其次，有鑑於我國著作權相關案例，刑事仍然比民事數量為多，但是在發動著作權刑事之追訴時，吾人也發現，法院尤其是智慧財產法院某一層面會有相當之克制，例如第五章第三節所述之 **KKBOX** 線上音樂網站之侵權案例，法院即會就被告之行爲及案例呈現之客觀事實，予以無罪之認定。

這點誠較能令人同意，按其實比較美國相關之實務狀況，雖然同樣有著作權刑罰的規範，但發動刑罰之對象，幾乎都是屬於具相當經濟規模之低階侵權之犯罪模式，反觀一般企業、公司之間、甚至是互相競爭的網站平台軟體或網路公司之間，全部都是民事侵權賠償的訴訟，但由於法律規範及實際社會生活評價之不同，我國在刑法發動上仍然是有較高的比例，也正是因為如此，智慧財產法院站在第二審刑事關鍵認定上(許多著作權案件都不能上訴到第三審，即使能夠上訴到第三審之著作權案件，在智財法院之第二審仍然是佔有重要之地位)，總之，智慧財產法院將來的案例發展，值得持續的關切及進行案例分析研究。

在現有的著作權相關網路案例中，值得一提的是，正因為我國著作權法有相對廣泛之刑罰規定，因此，值得吾人省思的是，當有一項重要的網路技術捷徑時，如果該技術是導致一項讓眾多網友可以作為侵權工具之使用時，此時應該要如何評價的問題，因為不論我國著作權法，尤其是 **P2P** 條款制訂後，除了在概念法學式的法律構成要件推論之外，更重要的是，是否考慮到該網路工具之提出，對於權利人利益上所造成之衝擊及影響，例如在眾多案件中，被告都不斷的主張其平台技術或電腦程式均可用於合法或合理使用之用途，但究竟在我國著作權法 65 條 1 項 4 款「市場替代價值」之認定上，是否妥當即有疑義。

再者，該網站究竟是否具有相當之轉換性(transformative)，而得主張合理使用，亦值思考！美國最高法院在 **Campbell v. Acuff-Rose Music** 案例中³⁴³，所提出之轉換性之使用，甚值吾人參考，這部分也是我國法院實務案例中較少去觸及之議題。在 **Cambell** 一案中，美國最高法院認為轉化是指新著作不僅「取代」原著作，且具有進一步目的或者不同的特徵賦予增加新的意涵，同時轉化了原著作而形成新的表達、意義或者訊息³⁴⁴。反之，如著作只是取代了原著作的使用，將難以成

³⁴³ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994)

³⁴⁴ The new work merely supersedes the objects of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is transformative. The more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against a finding of fair use

為合理使用；根據最高法院 Cambell 案，轉化作用是 107 條合理使用四項判斷中，決定是否合理使用的最重要因素。

但吾人認為，轉換性之合理使用似應是網路著作法理學上一個重要的議題，尤其是轉換性之合理使用與公共利益間之價值衡量的問題，例如以具愈高度的轉換利用，即具極高的價值(highly transformative and of great value)，就愈能符合合理使用原則，這是網路對現代社會所做出貢獻性考量標準，對將來網路著作權因應發展趨勢產生新案件，或有關鍵性之參考價值。參諸本報告第五章各案例，不難發現我國法院相對而言仍然是太集中注意力於網站技術之內涵，而依其內涵去適用法律規範作該當性之判斷，這種認定絕對是重要而必須的，但不應僅此而已！

然不論網路平台所使用的事實為何，仍必須要兼顧到該網路平台或者是技術內容所應用到的社會生活上的評價，也就是說一個平台的技術內容如何，只是第一關要去考量的，法律解釋者似應作了第一層的認定之後，還必須要提升到該網站本身所經營的模式，對於著作權侵犯而導致其對社會生活的重要影響，尤其是包括對於權利人之侵害範圍，以及利用人利用之容許程度，二者之間的平衡點，作一個恰當的拿捏之法律適用，而不能一昧的只看技術事實內容，然後再套用法律規範即為滿足，因為畢竟美國大法官何姆斯(Holmes)說的極為正確：「法律的生命在於經驗，而不是在於邏輯」。

因此，確定網路案件之事實，在按上可以去規範它的法律條文，這個程序只不過是基本的，執法者必須躍升到該網路的案件對於著作權保護之本體所進行的重要判斷，舉例而言，美國著名之 Grokster 案件，最高法院之所以會比九比零壓倒性的比數認定構成侵害，就在其已經跳脫了單純技術的事實認定及法律條文之套用，而能夠進一步的觀察該網站營運的模式所帶來對於著作權人及利用人之影響所作之判斷，在此，吾人不認為 Grokster 最高法院的案例法官們判決的就是絕對正確，但在方法論上，該案確是一個值得效法的案例，此部分殊值得我國法院作為參考借鏡。

第三節、結語

網路科技的迅速發展，應用型態快速變遷，從第一、二代點對點 P2P (peer to peer)、第三代 P2P eMule、eDonkey/BT (bit torrent)，網路串流技術(streaming)到部落格(blog)、ISP、搜尋引擎(search engine)、科技保護措施(Anti-circumvention of Technological Measures)、開放原始碼(open source)自由軟體授權、創意共用 CC 授權(creative commons)、Web2.0 等，連帶的導出無數智財權的侵害爭議或訴訟案例之發生，在在撞擊既有著作權法律規範與科技二大領域！然而，新興網路應用不論有如何之發展趨勢，對衍生出來之著作權問題，似不應僅從狹隘之網路科

技本身的性質，置入法條構成要件予以機械性演譯適用，除科技之功能與應用型態融入著作權要件外，而更應有較宏觀之角度，分別從其經營模式(business model)、國內外網路業之發展趨勢、對使用者所造成衝擊與福祉之影響、與時俱進之合理使用觀念、網路著作權保護措施、佐以國際間網路資訊傳遞衍生之著作權案例之探討與案例分析，方為我國著作權相關規範與實踐之重要借鏡。

質言之，網路新興科技的不斷進步，或將衍生出衝擊著作權之法律案件，此種結合網路科技與著作權案件所呈現出的，究應以著作權保護來支持創作，用以鼓勵技術創新，亦即從保護創作者角度，不得不去對社會大眾某程度限制其利用；還是應藉限縮著作權之侵權責任，來增進對人類物質文明之發展，亦即從保護使用者角度，鼓勵社會大眾多使用，來調和社會公共利益，以促進國家文化發展；這二個長久以來糾葛不清兩極對立之價值觀念，將循環不斷以訴訟案例呈現，此有其極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！如何發揮智慧作出正確的評價判斷，來引導人類科技生活達最大福祉，殊屬重要！