

經濟部智慧財產局委託研究專案

**網路科技利用新型態
之著作權法相關問題研究**

計畫主持人：陳家駿

協同主持人：徐玉蘭、馮震宇

受託單位

陳家駿律師事務所

台北市南京東路三段 248 號 11 樓之 3

中華民國九十五年十二月二十九日

網路科技利用新型態之

著作權法相關問題研究

研究報告

第一章、研究動機與目的

隨著全球電子商務的發展，實體世界(real world)中各式各樣商業模式，都陸續地被搬到網路虛擬世界(cyberspace)，但其並非只是橫向移植而已，而是更精確的掌握了網路技術之核心優勢，網拍的盛行固然是最佳典範，但更值得關切的是娛樂影音產品在網路上快速蔓延發展，這一方面當然是因電影及音樂永遠為人類的最愛，無人能夠抗拒，另一方面則因影音數位技術之發展，及網路點對點 P2P(Peer to Peer)軟體大量流通，彈指之間即可信手拈來。網路科技新型態之應用日新月異，幾乎每天都會推陳出新，產生更新的發展及利用。

第一節、網路電子商務最近發展趨勢

全世界最大的線上零售商亞馬遜 Amazon.com，率先和多家好萊塢電視頻道商，簽下電影與電視節目數位下載合約，聯合推出數位影像之下載服務「Amazon Unbox」，大力開發並爭取相關市場之商機¹。另蘋果電腦 iTunes 宣布他們將正式推出網路下載的電影服務，亦即旗下之線上音樂網站 iTunes 將提供電影下載，可在電腦或數位音樂播放器 iPod 上播放，此舉能讓 iTunes 變為數位影音之網上娛樂商店，甚至 2007 年蘋果電腦將推出 iTv，可把已下載電影或電腦儲存的數位影音資料，傳輸至電視播放觀賞²。

¹ 詳參蘋果日報 2006 年 9 月 9 日 B10 版。

² 詳參蘋果日報 2006 年 9 月 14 日 A26 版。

而全球最大的網路搜尋引擎 Google，也宣布將推出圖書搜尋（Book Search）之功能，可讓讀者免費下載列印沒有著作權之經典英文名著。但在台灣提供付費電子書下載網站較少，僅有出版者推出之電子書，因此論者以為 Google 的作法具劃時代意義，將相當程度改變人們過去傳統的閱讀方式³。

其次，網友間最重視的傳輸檔案方面，P2P、BT/eDonkey、eMule 等皆掀起突破性的創新，讓人們在網路上對檔案的交換傳輸及分享，達到前所未見的方便與快捷；而 streaming、blog、webcasting 等議題，也不斷相繼出爐。網路科技的發展更令人振奮的是，它不僅是在電子商務領域上有相當突破，更重要的是它在網路虛擬空間中，對個人及不同之社群及群組，大量演繹出許多新的型態，對人類社會生活產生無遠弗屆的影響及變化。

Web2.0、Wiki、digg、bookmark、tag、map 等應用型態也風起雲湧，特別是個人媒體在網路上的蓬勃發展最引人注目，這可以從下列的趨勢看出，第一代網路個人媒體透過 BBS/論壇讓網友之間作緊密的聚合；到了第二代網路個人媒體，透過電子報、個人網站及個人新聞台等比較疏離、分散的方式提供媒介；而到了第三代的網路個人媒體，則是藉由部落格、相簿服務、社交書籤、影音串流以及地圖等等，透過既分散又聚合的方式，藉部落格居間提供分享，這時就由個人媒體之網路服務擬聚社群，形成共生關係⁴，彼此交錯發展促成網路科技應用新的生活領域實現，創造出莫大的網路樂趣和生機。以下茲特別就現在網路上最蓬勃發展的部落格作一說明。

第二節、部落格發展與著作權之關聯

就新興的 Web2.0 利用模式中⁵，發展最迅速且影響最廣泛的，可能就是

³ 詳參蘋果日報 2006 年 8 月 31 日 A12 版。

⁴ 請參羅悅全，網路共享創新新興應用發展及社群經營，資策會科法中心 95 年 10 月 5 日 OSS 及網路共享創新應用法治研討會講義內容。

⁵ 請參第七章第一節壹，網路 Web2.0 對著作權衝擊。

「部落格 (Blog)」了。⁶「Blog」一字的由來，最早出現在 1997 年，當時一位名為 Jorn Barger 的部落格先驅⁷首先用 Weblog（意指網友在網站上留下個人的日記 personal online journal，中文稱為網路日誌或網誌）來描述那些有評論和連結，而且持續更新其內容的個人網站。⁸而到 1999 年，Peter Merholz 將 Weblog 拆成兩個字 we blog，也使得 Blog 一詞隨之出現。⁹時至今日，部落格的形態也出現很大的改變，從原本以文字為主的內容，逐漸出現以照片（英文稱之為 photoblogs）或是影片等視聽著作（英文稱為 vlogs）為主的部落格。

部落格受到主流媒體的重視，最大的觸媒，就是 911 事件美國世貿大樓遭恐怖襲擊，部落格一舉成為重要信息和災難親身體驗的重要來源。¹⁰從此，部落格正式步入主流社會的視野，使得美國主流媒體 Washington Post 與 CNN 都先後指出部落格進入了主流社會 (Blogging Goes to Mainstream)。¹¹嗣後，部落格在每一個重大事件中都沒有缺席，例如在美國入侵伊拉克¹²與卡崔納颶風肆虐紐奧良等重大事件中均發揮其影響

⁶ Blog 一詞，除了翻成「部落格」、「網誌」，在大陸則稱之為「博客」。而參與部落格活動的網友，則稱為「Blogger」，中文大多翻成「部落客」、「網客」。隨著部落格的影響日趨廣泛，部落格的商業利用模式也逐漸出現，目前最常為一般業者討論的就是部落格行銷 (Blogging Marketing)，請參見李欣岳，席捲企業的新勢力！Blog Inc.，2005 年 7 月 e 天下雜誌，<http://www.techvantage.com.tw/content/055/055082.asp> (last visited on September 25, 2006)；胡文豐，部落格 新行銷公關模式，2006 年 3 月 7 日，<http://www.cnfi.org.tw/kmportal/front/bin/ptdetail.phtml?Part=magazine9503-432-4> (last visited on September 25, 2006)。

⁷ 其網站名為 Robotwisdom.com。

⁸ 部落格更新的方式眾多，可能是以文字不斷發表文章，也可能只是以超連結方式連結到其他部落格或是網站之內容。每一個更新（稱為 post）都會以永久連結（permalink）的方式儲存起來以便日後搜尋檢索。

⁹ 不過，目前 Blog 與 Weblog 兩個名詞都有人用，韋氏大辭典更將 Blog 定義為 Weblog 的縮寫，目前在美國使用 Weblog 的仍不在少數。至於 Blog 的發展歷史，請參見 Rebecca Blood, Weblogs: A History and Perspective, http://www.rebeccablood.net/essays/weblog_history.html (last visited September 28, 2006)。

¹⁰ 這也使得一種新的部落格-戰爭部落格 (WarBlog) 因此繁榮起來。不過，在此之前，Blog 已經在新聞方面引領風騷。例如以報導名人政客傳言聞名的 Drudge Report 就首先在 1998 年 1 月 18 日，發布了克林頓總統與白宮助理李文斯基發生性醜聞。也因為 Drudge Report 的影響，法新社將 Drudge Report 這個部落格版主 Matt Drudge 列為 20 世紀最具推動力和影響力的十大人物之一。而 Matt Drudge 所有的武器，就只有他自己的一個部落格網站 (<http://www.drudgereport.com>)。

¹¹ 華盛頓郵報最早在 2002 年 12 月 20 日就出現 Blogging Goes to Mainstream 的報導，<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A16809-2002Dec20.html> (last visited September 28, 2006)；CNN 則是在 2003 年 3 月 10 日以相同的標題加以報導，<http://www.cnn.com/2003/TECH/internet/03/10/bloggers.ap/index.html> last visited September 28, 2006。

¹² 2003 年英美聯軍入侵伊拉克，但對英美官方說詞最具殺傷力的，就是身處伊拉克首都巴格達眾多部落格所發出的現場新聞，就徹底顛覆了美國官方所操縱的媒體形象，其中一位伊拉克青年部落格站長帕克斯 (Salam Pax)，除了獲得英國衛報 (The Guardian) 聘為正式記者外，其網路日誌更出版成實體書。請參見史倩玲，解讀 Blog 全球旋風！數位時代雙週刊，

力，使得部落格成為繼 E-mail、BBS、ICQ (IM) 之後，網路上最新的一種溝通工具。

部落格除了在新聞、資訊、專業與娛樂領域展露鋒芒外，政治界也積極的擁抱部落格，這是因為部落格正是與選民互動的絕佳管道，可以直接的接觸到選民，更是表達政治理念與宣傳自我的最好幫手。因此不論國內外，為了掌握選民，候選人在參選後都積極的建構自己的部落格。¹³

更重要的，就是部落格也逐漸從最初個人抒發心情與感言的網誌形態開始商業化。最著名的案例，就是在美國東部時間 2003 年 2 月 15 日晚上 7:41，矽谷著名的 IT 專欄作家，也是著名的 IT 部落客(Blogger) 之一 Dan Gillmor 在他的個人部落格網站率先發布了第一條部落格商業化的消息，那就是全球最大搜索引擎公司 Google，併購全球最大的部落格託管服務網站 blogger 的母公司 Pyra Labs 這家提供免費部落格空間的 blogger.com 公司，這個樹立了部落格商業化運用的里程碑。隨後英語世界中影響力最大的新聞集團 (News Group) 也在 2005 年以 5.8 億美元的價格併購了以部落格模式發展的交友網站 MySpace.com；而 Google 更在 2006 年 10 月 9 日以 16.5 億美元併購 YouTube.com，掀起 Web2.0 的另一波高潮¹⁴。

而從 2004 年開始，部落格這個名詞就開始不斷地出現在各大媒體中，例如知名的韋氏大辭典 (Merriam-Webster Dictionary) 就將 Blog 選為 2004 年的年度之字 (Word of The Year)¹⁵。而部落格的風潮，也從歐美延燒至台灣，已經儼然成為網路上最火紅的新興利用形態之一。

http://www2.bnnext.com.tw/mag/2005_06_15/2005_06_15_3338.html (last visited September 21, 2006)。

¹³ 目前國內外藝人在網路上成立部落格，已成為整體行銷與凝聚歌迷影迷向心力的重要一環。至於各種政治職位之候選人也不遑多讓，目前候選人設立部落格的模式已經從美國吹到台灣。

¹⁴ 併購之後，YouTube 仍將獨立運作，保留其成功的品牌與社群運行。同時，YouTube 與 Google 兩家公司亦宣布和 CBS、新力博德曼音樂、環球音樂集團、華納音樂集團等結盟，允許 YouTube 及 Google 影音內容使用者免費收看其音樂錄影帶與其他媒體內容，廣告內容將與影音內容網站及內容著作權擁有者共同分享。請參見 Tom Krazit, Google Makes Vidio Play with YouTube Buy, October 9, 2006, http://news.zdnet.com/2100-9595_22-6124094.html?tag=nle589。

¹⁵ 'Blog' picked as word of the year, BBC NEWS, Dec. 1, 2004, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4059291.stm> (last visited on August 10, 2006)。韋氏大辭典將 Blog 定義為：BLOG noun [short for Weblog] (1999): a Web site that contains an online personal journal with reflections, comments, and often hyperlinks provided by the writer。

目前，不只是許多私人機構設置有 Blog 的服務，就連美國的一些政府機構與大學（例如哈佛大學與 Stanford 大學等）都提供師生 Blog 的服務¹⁶。

但是在部落格迅速發展的情況下，由於部落格大量應用各種的著作類型，特別是文字、圖形、聲音、影像等著作，並利用超連結(hyperlinks)、永久連結(permalinks)¹⁷或 RSS¹⁸等技術與其他部落格或是網站連結，再加上許多的內容都是由部落格利用人所共同參與完成（例如維基百科 Wikipedia）或提供（如 YouTube.com 網站中的短片或 MySpace.com 中的照片、文字等）的著作，究竟著作權之規範內容是否足以因應部落格的發展，部落格若涉及著作權時應如何處理，也對著作權帶來一些新的挑戰。

第三節、網路點對點 P2P 技術對智慧財產權案例之衝擊

然從另一方面言，因網路點對點 P2P(peer to peer)技術的不斷發展，也連帶的導致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，而其後推陳出新的 eDonkey, eMule, BT 等服務的出現，更將網路侵權訴訟帶到前所未見之領域；其他如網路串流技術(streaming)、部落格(Weblog)以及無遠弗屆的網路廣播(webcasting)等，在在均為網路科技利用新型態所衍生出新的著作權法相關問題。從智慧財產權訴訟案例角度看，過去雖然網路著作權相關司法訴訟不少，隨著技術創新雖也衍生出不少關於著作權侵犯型態之議題，但大體而

¹⁶ 例如哈佛法學院的 Weblogs at Harvard Law School, <http://blogs.law.harvard.edu/>; Berkman Blog, <http://cyber.law.harvard.edu/home/home?func=viewRSS&wid=10>; Blog @ Harvard, 以及 Stanford 大學的 Social Science Data and Software (SSDS) Blog, <http://www.stanford.edu/group/ssds/weblog/>; Rantum Scoot: A Collaborative Blog on Writing and Research, <http://www.stanford.edu/group/howiwrite/blog/>; Global Project Blog, http://crgp.stanford.edu/news/global_projects_blog.html。

¹⁷ Permalinks 乃是 permanent links 的縮寫，指單篇內容在部落格裡的永久連結位置。為了吸引更多的網路流量，許多的新聞網站目前也已經採取此種模式，不再變更其連結的位址 (URLs)，以免一旦變更，就會使該文章無法再被人利用。

¹⁸ RSS (Really Simple Syndication) 技術可以讓使用者將喜好網站的連結加到自己的網站後，電腦就會隨時抓對方更新的 RSS 檔，其功能就像即時更新一般，不必連到對方網站，就得知喜好網站的最新文章資訊，達成交換網誌或共同出版的目的。至於「文章迴響」(Comment) 功能，則可使讀者可以在每一篇文章之後發表自己的感想，等於是在電子佈告欄 (BBS) 中討論文章，使網路使用者可以不需要公開電子郵件信箱或私人資訊就能發表意見。

言，均不脫傳統著作權概念得予以處理或解決；但自科技演進至點對點 (P2P: peer to peer) 檔案傳輸技術後，對網路著作權的爭議產生革命性的影響與變化。

P2P 這種技術與過去必須將檔案儲存在 server 或各式媒介上大相逕庭，Napster 的案例固可說是一個里程碑，但 Napster 之後，透過更分散式的架構，已經將傳統著作權法所要規範的對象，愈來愈掙脫出其固有範圍，換言之，科技的演進已益發地顛覆傳統著作權侵權類型與模式，此種網路技術新型態的應用，對是否構成著作權侵權，相當程度的創造了模糊的空間，也因此從各國著作權訴訟實務發展可知，自 P2P 之後，出現大量法律上乍看下模稜兩可的案例產生。

國際上早期網路著作權侵權案例已甚多¹⁹，至 P2P 後網站著作權侵權案例即層出不窮。舉其犖犖大者，如美國 A&M v. Napster.com 案²⁰、荷蘭 Buma/Stemra v. KaZaA 案²¹、美國 Aimster v. John Deep 案²²、日本 RIAJ v. MMO 案²³、韓國 RIAK v. Soribada.com 案²⁴、美國 MGM/Arista v. Grokster & StreamCast (Morpheus) 案²⁵、澳洲 Universal Music Australia v. Sharman License Holdings (KaZaA)²⁶ 等不勝枚舉²⁷，其

¹⁹ 如 Frank Music Corp. v. CompuServe, Inc. No. 93 Civ. 8153 (S.D.N.Y. filed Nov. 29, 1993; Dec. 19, 1995)、Industry Association of America, Inc. v. Diamond Multimedia System, Inc. 180 F.3d 1072 (9th Cir. 99)、UMG Recordings, Inc., v. MP3.com 92 F. Supp. 2d 349 S.D.Y.Y. July 31, 2000、A&M Records v. Napster, Inc. N. D. Calif. No. C99-5183、Metallica v. Napster, Inc.。

²⁰ 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)。

²¹ KaZaA v. Buma/Stemra, No. KG 01/2264 OdC (Amsterdam Ct. of Justice, 29 Nov. 2001), rev'd, No. 1370/01 (Amsterdam Ct. of Appeal, 28 Mar. 2002), appeal filed, No. C 2002/186 (Netherlands Sup. Ct., 23 May 2002).

http://www.solv.nl/rechtspraak_docs/KaZaA%20v.%20Buma%20Stemra%20-%20Court%20of%20Appeals%2028%20March%202002.pdf)。

²² 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)。

²³ 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)。

²⁴ Asia Media Inc. et al. v. Yang et al., No. 2002KAHAP77 (Suwon District Court, Seongnam Branch, First Civil Dep't, 9 July 2002)。

²⁵ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), aff'd, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf, 545 U.S. 913 (2005), 125 S. Ct. 2764 (2005)。

²⁶ Universal Music Australia Pty Ltd v Sharman License Holdings Ltd (includes summary) [2005] FCA

中荷蘭 KaZaA 案與美國 Grokster 案，均分別打到荷蘭最高法院及美國聯邦最高法院²⁸，這些結合網路科技與著作權的判決，對人類物質文明發展(使用者角度---多使用)和鼓勵技術創新(創作者角度---限制用)，這二個長久以來糾葛不清兩極對立之價值觀念，有極其重大的衝擊與深遠影響，也形成科技法律領域值得研究之重要課題！

至於在我國，P2P 侵害著作權案例，亦發生在台灣兩家 P2P 平台業者----全球數碼(ezPeer)和飛行網音樂(KURO)，著作權利人對其提出刑事控訴(及附帶民事與假處分)，並已分別由士林地院²⁹與台北地院³⁰作出刑事判決，特別的是，ezPeer 與 KURO 無論在技術架構或運作模式上均頗類似，但前者被告獲判無罪而後者卻有罪，二案中受不利判決者，均已上訴至台灣高等法院。惟經過 3 年多纏訟，ezPeer 已於 2006 年 5 月，與各大相關唱片公司(如環球、華納、EMI、Sony 及國內之滾石、福茂、豐華及上華等公司)達成和解³¹，獲上述公司之授權；Kuro 飛行網針對線上音樂之交換傳輸構成著作權侵權，也已於 2006 年 9 月達成和解，從此 ezPeer 與 Kuro 均轉型為經過合法授權之音樂交換平台³²。此類 P2P 爭議案³³，是我國十多年來橫跨智慧財產權與刑法領域，重要之科技法律案例，值得關切。

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，BT (bit torrent)技術因早已席捲電影之網路下載，user 作成種子 torrent(一種識別資訊)，讓別人拿到種子下載，該種子可透

1242 (5 September 2005);

<http://www.apcstart.com/KaZaAagate/pdf/dump/judgements/KaZaA%20final%20Judgement.pdf>。

²⁷ 其他如 PAM, S.P.A. v. United States, slip. op. 2003-48 (Ct. Int'l Trade May 8, 2003); Parfums Givenchy, Inc. v. Drug Emporium, Inc., 38 F.3d 477 (9th Cir. 1994); Timken v. United States, 240 F. Supp. 1228 (Ct. Int'l Trade 2003); United States v. Moghadam, 175 F.3d 1269 (11th Cir. 1999); Hopson v. Kreps 622 F.2d 1375 (9th Cir. 1980); China Steel Corp. v. United States, 264 F. Stipp. 2d 1339 (Ct. Int'l Trade 2003); 另參 <http://cyber.law.harvard.edu/property00/MP3/main.html#napster> ;

<http://www.bu.edu/law/scitech/volume7/BlackowiczUpdate.pdf> last visited on Oct. 25, 2006。

²⁸ MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (2005)。

²⁹ 士林地院 92 年度訴字第 728 號 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

³⁰ 臺北地院 92 年度訴字第 2146 號 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

³¹ <http://www.ettoday.com/2006/06/29/37-1960141.htm>。

³² 以上詳參中國時報 2006 年 9 月 15 日 E4 版。

³³ 據 3/172006 聯合報，台灣 AVpeer 飛樂網被唱片公司控告其 P2P 網站違反著作權，求償十億元。

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。由於使用 BT 傳輸可完整下載一整部電影，所以很多人做網路分享。其特性為下載同時也支援別人下載，會構成公開傳輸行為。

依智慧局見解，如民眾利用 BT 軟體，使用者任意自網路下載圖檔或影片等著作，因該軟體之特性在於下載的同時可支援別人下載，故任何下載（即重製行為）動作可同時構成傳輸（即公開傳輸行為），雖然此種傳輸動作並非民眾所能控制，且每個人實際上可能只傳輸著作之一部分，惟此種以多數人共同完成之公開傳輸行為，仍屬一個共同公開傳輸他人著作之行為，如權利人依法告訴，該多數人均有共同負擔法律責任之可能性。³⁴

根據智慧局見解，BT 傳輸雖不是以架設網站供人大量下載之侵害方式，惟此等網路上之重製與公開傳輸行為，成立合理使用之空間相當有限，仍會造成侵害著作權人重製權及公開傳輸權。有人甚至以為「BT 是多數人傳所以不構成侵權使用 BT 不違法」，但電影及錄影著作保護基金會 (MPA: Motion Picture Association) 已向刑事局檢舉台灣論壇網，提供 BT 軟體供網友下載，目前由士林地檢偵辦中³⁵，故利用 BT 在網路上下載或交換他人著作，是否及如何侵害著作權亟待研究。

另，目前部落格(Weblog, Blog)極為流行，據報載，台北縣一名少年在香港某音樂分享網站中，發現偶像 F. I. R. 飛兒樂團尚未發行的新歌，即將其下載然後上傳到自己的部落格，嗣卻遭著作權人之唱片公司向他提出刑事控訴，該少年因為是屬於未成年人，所以是移送少年法庭，但針對個人使用者之網友，上網搜尋到某些歌曲，將其下載後置於其個人之部落格內，並以視聽新歌等之標題開放給其他網友分享，這個時候如前述分析，該部落格版主已經構成重製及公開傳輸之著作權的違反，目前

³⁴ 請參見智慧局「利用 BT、Emule 等 P2P（點對點）傳輸軟體下載及上傳他人著作法律效果之說明」，http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_book/copyright_book_47.asp。

³⁵ 據 2005 年 12 月 27 日中國時報第 18 版報導。

網友可以直接透過 KKBOX、Kuro、ezPeer、Yahoo！奇摩等網站以付費的方式合法下載音樂，其目的就是可讓網友彼此之間交換傳輸這些音樂檔案，讓大家可以聆聽，但必須是在透過這些經著作權人授權之交換平台來進行，因此如把歌移到自己的部落格內，當然就會引發其它著作權的問題³⁶。

此外，針對商用軟體過去夾著著作權壟斷所引發的爭議，開放原始碼（Open Source）讓人們在網路上更容易以「侏儒踩著巨人的肩膀可看到更遠」的方式開發軟體，更實現了「網路接龍」，將人類軟體創作的智慧得以綿綿不絕快速往前推進，而與此精神相通的創用 CC（Creative Commons），更突破既有的著作權限制，展現出網路上人們對著作權之開放，以創造調和社會公共利益、促進國家文化發展（著作權法之基本精神）的一項重大突破的新興應用，這些 Open Source 及創用 CC，在著作權上也引發若干值得討論的議題³⁷。至於 Web2.0、Wiki、Digg、Bookmark、Tag、Map，是否也有一些著作權相關之爭議或話題，目前仍在發展中，凡此皆值得網路科技業界及智慧財產權法律界投予關注，並適時的進行研究，以因應未來隨時可能引發之著作權爭議。

綜上所述，新興科技的發展，將不斷衍生各類著作權法律爭議，誠如美國最高法院 Grokster 案中所述，此類案件所呈現的，是以著作權保護來支持創作，還是藉限縮著作權侵權責任來促進技術創新，這二者之間價值衝突的緊張關係，恐將循環不絕永久對立，此等新興利用型態打破了著作權傳統利用之藩籬與限制，如 P2P、BT 建立的同儕分享，使每個使用者也成為供應者；Bit Torrent 更進一步提供多點對多點，以種子檔案方式將檔案分段，藉 BT 將不同片段分別下載至不同使用者之電腦，

³⁶ 以上詳參蘋果日報 2006 年 8 月 3 日 A6 版。

³⁷ 關於開放原始碼（Open Source）、CC 創意共用（Creative Commons）、等與網路科技利用型態有關連或衍生之著作權問題，原非本研究報告之範圍，且委託單位智慧財產局針對開放原始碼，已另訂專案委託它機構研究。此外，據中國時報 95 年 8 月 29 日 E4 版報載，微軟公司的數位權利管理（DRM）授權保護機制也被破解；另，挪威駭客顛覆數位影音市場，破解 iPod 音樂壟斷技術，可以讓 iTunes 下載音樂在 iPod 以外的裝置來播放，並打算出售該技術來牟利，蘋果公司表示將採法律行動，參蘋果日報 95 年 10 月 26 日 A19 版及經濟日報 95 年 10 月 26 日 A8 版，此在網路上亦可能產生相關之著作權議題，係涉及科技保護措施之部分（我國著作權法稱反仿冒措施），請參智慧局 93 年 11 月委託陳家駿律師事務所進行之「著作權科技保護措施之研究」。

再予組合之傳輸，更複雜化 P2P 引起之問題；streaming 串流技術的出現開創了以數位方式傳輸，而影像聲音之網路廣播，超越了傳統之廣播電台及電視台受限於頻率及地域的限制，形成無國界局面。網路上的部落格成為一種以作者為中心的傳播媒介，更突破傳統出版及大眾媒體模式，效果驚人。

此等科技下的新產物，衝擊、挑戰著作權法，衍生新的議題，其利用形態是否落入現行著作權法之範圍，該當何種權利下之利用？應否取得授權？可否主張合理使用？在數位利用狀況下，應否調整著作權法？何種情形構成侵權？凡此皆為應進行探討之內涵及議題，本研究名稱為網路科技利用新型態之著作權法相關問題研究，一般而言，由於網路科技發展日新月異，通常一、二年以上即可能不被視為新型態或新利用，然而本研究係關於網路科技與著作權相關議題，當法律介入之後，涉及相關之問題會有法律規範、或是在適用或解釋上仍待形成共識之需要，所以，所謂網路新型態之著作權法議題，自非可與自然科學之生命週期較短之網路科技同日而語。希望藉著本計畫對網路科技利用新型態之著作權法相關研究，釐清著作權法概念與其於網路法制之建構，並提出著作權法具體建議，以供主管機關未來之參考。

第二章、網路科技利用新型態關於點對點(P2P)第一及第二代應用之著作權問題

第一節、網路技術發展與P2P的演進

由於網路技術的快速發展以及新的商業模式不斷出現，使得網路利用模式也與時俱進。因為新形態網路科技利用模式的出現，產生許多新興的著作權法相關問題，如P2P, blog, Webcasting等新興模式究竟有無侵害著作權？應否加以規範？即成為各國關切的焦點，而相關的案例，更提供未來解決此等著作權爭議的基礎。因此以下謹先就P2P第一及第二代網路技術之相關發展加以介紹³⁸，再就相關案例予以討論。

壹、P2P 型態之演進——從主從式架構至 P2P 架構

網際網路於發展之初，乃是以功能強大之伺服器 (server) 作為中心來發展，稱之為主從式架構 (Server/Client)。³⁹在此一架構下，各式各樣的資源，包括文字、圖片、音樂、電影資訊等都先存放在伺服器上。當一般網路使用者要傳輸資料時，則須先利用其個人電腦端 (client) 透過網路連結到伺服器，再透過伺服器來進行檢索、下載、上傳資料或請求運算。⁴⁰時至今日，主從式架構仍是網際網路電子商業服務的主流，諸如 Yahoo、Google 等就是代表。⁴¹

在傳輸模式上，由於主從式架構乃以伺服器做為中心，用戶端必須先連結至伺服器，才能透過伺服器與其他用戶端相連結。換言之，用戶端間並無法直接建立連結來直接傳輸資訊。因此在主從式架構下，用戶端彼

³⁸ 另請對照第三章第一節 P2P 第一至第三代綜合比較。

³⁹ 網路上最流行的傳輸格式，如 http 與 FTP 都是採取此種方式。有關的討論，廖建智，分散式資源分享與推薦，國立交通大學資訊科學研究所碩士論文，頁 10 (2000)。

⁴⁰ 蕭秉國，後 Napster 時代 Peer-to-Peer 軟體對網路著作權的影響，<http://www.apipa.org.tw/Article/Article-ViewADA.asp?intADAArticleID=149&strSortTarget=adaCreateDate> (visited December 20, 2004)。

⁴¹ 羅明通，P2P 資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價——兼論折衷式與無階式 (NO-TIER) P2P 之技術差異，月旦法學雜誌 94 期，頁 213 (2003 年 3 月)。

此傳輸資料時，所傳輸的資料會先儲存或經過伺服器電腦，而後才送到所欲傳送的用戶端對象。2000 年美國錄音工業協會(Recording Industry Association of America, RIAA)控告 MP3.COM 公司將 CD 轉換為 MP3 檔案儲存在伺服器內，提供他人使用，即係此種主從式架構⁴²。也因為此一集中式的架構，故一旦伺服器離線或故障，其所屬的網路社群將停擺而無法運作，用戶端間亦不能彼此傳輸資料⁴³。

相反的，P2P 架構乃是相對於傳統主從式架構而言，其與主從式架構有顯著差異，所表現的是去中心化的思考模式。在 P2P 結構中，每一台電腦都可同時扮演伺服器以及用戶端的角色⁴⁴，因此，並沒有一中央伺服器來扮演網路的中心，只要使用者的電腦安裝了相同系統的 P2P 軟體，一旦其上線並開啟該軟體，該軟體即會自動執行搜尋的功能，而與同在線上之其他使用者連為網路，並可互傳資訊。然而，並非所有的 P2P 架構皆具有相同的結構，以現今所出現的 P2P 軟體，隨著去中心化程度的不同，可大致區分成下列三個世代：

一、第一代：混合式 P2P 架構(半集中式架構)——以 Napster 為代表

混合式架構即所謂半集中式架構 (Half Centralized System)，⁴⁵ 乃是該架構中有一集中的伺服器來組織、管理及檢索所有使用者的檔案索引資料。亦即使用者個人電腦透過網路連結到伺服器後，會將可供分享檔案之目錄索引 (Index) 上傳至伺服器，伺服器並藉此建立索引的資料庫，以提供其他所有使用者的檢索查詢。⁴⁶ 由於上傳伺服器的資訊僅是可供分享檔案的目錄索引資料，並不包含分享檔案本身，因此分享之檔案仍只儲存在使用者個人電腦裡。

採用此架構的優點，在於一方面能提供電腦點對點的傳輸，但另一方面

⁴² RIAA V. MP3.com, 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y.2000)。

⁴³ 廖建智，前揭文，頁 10-11；羅明通，前揭文，頁 213。

⁴⁴ 廖建智，前揭文，頁 12-13。

⁴⁵ 黃昱彰，一種可傳遞重用性多媒體物件之 P2P 平台，義守大學資訊工程研究所碩士論文，頁 11 (2005)。另學者羅明通將之稱為「折衷式 P2P 架構」，參見羅明通，前揭文，頁 213。

⁴⁶ 廖建智，前揭文，頁 12-13。

兼具傳統主從式架構中檢索搜尋效率高的優點。惟其缺點，則在於若中央伺服器離線或故障時，整個社群網路的搜尋檢索功能將完全停擺，網路上的使用者將不再能夠進行檔案的傳輸。⁴⁷ 轟動一時的 Napster 即採此一架構。

當使用者輸入查詢字串時，伺服器將比對其自身的資料庫索引，一旦發現與查詢字串相符，伺服器將回傳關於該檔案的資料，包括檔案名稱以及儲存該檔案電腦的 IP 位址，發出查詢的電腦接收到 Napster 伺服器回傳之檔案清單訊息後，即可脫離 Napster 伺服器，而選定對象自行與提供者電腦直接連結以進行資料傳輸。整個檔案內容的傳輸過程，伺服器完全沒有參與⁴⁸，伺服器裡也沒有儲存檔案內容。採用此架構的優點，乃一方面能提供電腦點對點的傳輸，有效轉嫁頻寬負荷給其使用者。另一方面又能夠保有傳統主從式架構中檢索搜尋效率高的優點。惟其缺點，乃當中央伺服器離線或故障時，整個社群網路的搜尋檢索功能將完全停擺，網路上的使用者將不再能夠進行檔案的傳輸⁴⁹。

二、第二代：分散式 P2P 架構——以 Gnutella 及 KaZaA 為代表

由於 Napster 在法律上的挫敗⁵⁰，因此新一代的 P2P 軟體乃以「去中心化」(decentralize) 的分散式架構來規避可能的法律風險。此種分散式的 P2P 系統架構類似電話連線網路的型態，其將網路上的每一台電腦當作是提供轉接服務的一個節點 (node)⁵¹。而此架構與 Napster 所採的「混合式」之主要不同處在於，就在於此種系統運作時並沒有集中管理的目錄索引資料庫或伺服器。亦即，在第二代的架構下，整個邏輯網路皆由點 (Peer) 所組成，每點除了作為接收端之外，亦會建立本地端可分享資源的索引表，提供其他點為搜尋⁵²。此種架構以 Gnutella 及 KaZaA 為代表，惟兩者又有些許之不同。

⁴⁷ 同前註。

⁴⁸ 廖建智，前揭文，頁 12-15。

⁴⁹ 同前註。

⁵⁰ 詳後述第二節 Napster 案部分之說明。

⁵¹ 廖建智，前揭文，頁 12-13。

⁵² 賴俊廷，P2P 軟體對網路影響之研究，國立交通大學資訊工程學系碩士論文，頁 10 (2005)。

(一) Gnutella 架構

分散式架構的優點，在於由於沒有集中的檔案搜尋檢索伺服器，因此不會產生中央伺服器故障則整個社群網路無法進行檢索傳輸的情形。然而，由於其檢索乃是一個節點接著一個節點來進行，再加上每個節點的電腦效能不一，因此搜尋速度較混合式慢。此外，查詢資訊的依序擴散，亦容易造成網路阻塞。Gnutella 網路技術即是採此一架構⁵³。Gnutella 乃是一開放(open)的網路技術，Grokster 案⁵⁴的被告之一—StreamCast—所自行開發的軟體—Morpheus 即是以 Gnutella 技術為基礎。又 Gnutella 不僅能傳送 MP3 檔案，尚能傳送其他多種類型的檔案，不像 Napster 只能傳送 MP3 檔案。

在最初的 Gnutella 協定中，係使用稱為「洪流」(Flooding)之搜尋方式，來進行檔案的搜尋。在 Gnutella 架構中，每個節點都不知道其他節點擁有那些資源。當某個節點要尋找某一特定資料時，此節點會把這個查詢要求傳發送給它的相鄰節點，如果相鄰節點含有這個資源，就傳回一個命中資訊。然而，如果它相鄰的節點都沒有命中被查詢檔案，則相鄰節點就會進一步把搜尋要求轉發給自己的相鄰節點。由於這種方式訊息就像洪水在網路中各個節點流動一樣，所以稱為「洪流」(Flooding)，亦有稱為「盲目搜索」(Blind Search)⁵⁵。

然而，Gnutella 所採用的搜尋方式，最大的缺點在於控制訊息被大量地發送，因而消耗了大量的網路頻寬，很快造成網路擁塞甚至網路的不穩定⁵⁶。因此有了進一步的改良出現。

(二) KaZaA 架構

如前所述，由於採行分散式架構具有搜尋效率較差的缺失，因此，遂出

⁵³ 同前註。

⁵⁴ 詳後述第七節 Grokster 案部分之說明。

⁵⁵ 賴俊廷，前揭註，頁 18。

⁵⁶ 廖建智，前揭文，頁 12-13。賴俊廷，前揭註，頁 18。

現了一種雖然是分散式，但卻具有自我組織的 P2P 軟體—KaZaA，得以改善搜尋速度慢、下載失敗率高，搜尋準確率不足等缺失，其同樣可以傳輸各種類型的檔案。與 Napster、Gnutella 相較，KaZaA 乃屬較晚推出的分享軟體。其特點在於 KaZaA 針對 Gnutella 作了進一步的改進，其所使用的 FastTrack 網路技術⁵⁷會區分超級節點 (SuperNode)⁵⁸及一般節點 (Ordinary Node)，凡是網路中的某台電腦其頻寬較大、運算速度較快，就可能被自動選為超級節點，來作為處理搜尋要求的中心，不過使用者並無法知道自己本身是屬於超級節點還是一般節點⁵⁹。

一旦超級節點與一般節點被劃分出來，超級節點間乃建立起類似 Gnutella 的網路架構，而一般節點則只連接上一個或少數幾個超級節點，並把自己的資源列表 (Resource List) 發送給超級節點。因此，檔案搜索大致上僅在超級節點間傳遞⁶⁰。如此一來，整個架構的傳輸速度便獲得大幅的提升。而 Grokster 案的被告之一 Grokster，即是採用 KaZaA 軟體。

一般的節點連上網路後，便將自己的檔案索引上傳給最近的超級節點；又一般節點欲進行搜索時，亦只要向超級節點發出搜尋的要求，因此搜尋可以較分散式的 Gnutella 快完成。又超級節點之選擇，KaZaA 乃採用「分散的自我組織網路」(Distributed Self-organizing Network) 技術⁶¹，亦即超級節點並非預先指定的特定電腦，而是一旦網路中某台電腦其頻寬、運算速度合乎所設定的要求時，其就可被自動選為超級節點。故超級節點的出現與消失，都是由整個網路視當時情形自動調整。

三、第三代：分散式雜湊表搜尋技術(準分散式)----以 eMule 與 BitTorrent 為代表

⁵⁷ FastTrack network technology 乃由 Niklas Zennstrom 以及 Janus Friis 所開發，這兩位開發者同時提供 KaZaA BV 平台。

⁵⁸ 廖建智，前揭文，頁 20-22；羅明通，前揭文，頁 219。

⁵⁹ 賴俊廷，前揭文，頁 16-17。

⁶⁰ 黃昱彰，前揭文，頁 9。

⁶¹ 同前註。

在第三代 P2P 架構中，主要改變在搜尋技術中加入了分散式雜湊表 (Distributed Hash Table) 概念，加快了檔案搜尋的速度，所謂分散式雜湊表概念，即利用雜湊概念來定位用戶端及資料的邏輯位置。在此架構下，用戶端利用 IP、Port 等網路屬性作為其特徵值，而資料通常以資料的檔案名稱、大小、類型等作為特徵值，再藉由這些特徵值經由 Hash Function 計算出用戶及資料的編號⁶²。

進行搜尋時，節點會計算要搜尋資料的資料編號，並藉由資料編號之仲介資料 (Metadata) 計算出用戶編號，然後從所有鄰居中找出最接近該用戶端編號的一個，接著才送出查詢封包。此一搜尋方法基本上解決了搜尋洪流之問題，同時可以做到廣域搜尋 (Global Search)⁶³。eDonkey 以及 eMule 乃此一架構之代表。

此新一代的 P2P 共享傳輸軟體，以 eMule 與 BitTorrent(以下簡稱 BT) 最為流行。關於 eMule 及 BT 的架構，詳參第三章第一節。

貳、與第一、二代 P2P 有關司法案例的發展

於 Napster 案結束後，與 Napster 架構不同的新一代 P2P 軟體如 KaZaA, Morpheus, Grokster, eDonkey, eMule, BitTorrent, AppleJuice 等紛紛出現。這些新一代 P2P 軟體的出現，比 Napster 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⁶⁴，雖然美國錄音工業協會 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⁶⁵，但是在 MGM

⁶² 賴俊廷，前揭註，頁 13。

⁶³ 同前註。

⁶⁴ 例如周星馳的電影功夫遭到網友利用 Bit Torrent 大量散布，香港海關在 2005 年 1 月 15 日偵破「BT」網路盜版，逮捕一名罪犯，號稱是全球首宗偵破網路非法分享的個案。請參 BT 下載電影猖獗 港破獲全球首宗，<http://yam.udn.com/yamnews/daily/2462705.shtml>, last visited on Oct. 25, 2006。

⁶⁵ 請參見 Wired Magazine, The Race to Kill KaZaA, February 2003, <http://www.wired.com/wired/archive/11.02/KaZaA.html>, last visited on Oct. 25, 2006。該文敘述在 2001 年 10 月 2 日音樂著作權人對 KaZaA 及其創辦人 Niklas Zennström 展開法律行動。這次行動雖然成功的關閉了在阿姆斯特丹的 KaZaA.com，但是 KaZaA 不但沒有消失，反而在一年多後成長為擁有六千萬用戶的 P2P 系統，而且 KaZaA 更採取規避的措施，將伺服器設在丹麥、將原始碼的權利移轉給位在英國外海的一家名為 Blastoise 的公司，並將原始碼藏到 Estonia、至於控制權則移轉到在 Vanuatu 註冊的一家名為 Shaman Networks 的一人公司，網域名稱則登記在一家澳洲公司 LEF

v. Grokster 一案中面臨到重大的挑戰，最後在最高法院雖然勝訴，以下即分別就第一、二代 P2P 有關司法案例加以敘述。

第二節、美國 A&M v. Napster.com 案

壹、加州地方法院判決之要點

Napster 係混合式 P2P，功能及運作機制係採集中式伺服器類型分享檔案，由 Shawn Fanning 架設於加州之 Napster Inc. 在 1999 年 9 月上網，軟體系統為 MusicShare 軟體分享系統程式，讓全球使用人免費下載歌曲。透過 Napster.com 伺服器端之 MusicShare 軟體運作後，自動與連結上 Napster 網站之使用人的電腦硬碟串聯，彼此間直接交換侵權 MP3 音樂。Napster 在七個月內吸引了超過 4,400 萬名會員，在該網站交換之歌曲上億。RIAA(美國錄音工業協會)代理 A&M Records Inc. 等公司於 1999 年 12 月 7 日向加州北區地方法院(Northern District Court of California)聲請初級禁制令(primary injunction)，主張 Napster 為著作權之幫助及代理侵害(contributory and vicarious infringement)之侵權者，要求 Napster 將其歌曲目錄上屬於其會員的歌曲全數刪除。

2000 年 7 月 26 日聯邦地方法院 Marilyn Hall Patel 法官發出初級禁制令(primary injunction)⁶⁶，禁止 Napster「從事或幫助他人在未經著作權人明確允許的情況下重製、上傳、下載、傳輸或散布受到聯邦或州法律保護的原告有著作權的音樂著作和錄音著作」(原告應提供 500 萬美元之擔保金)，命令 Napster 必須於美西時間 7 月 28 日凌晨零時起停止交換原告受保護之音樂，此無異叫 Napster 關閉。Napster 緊急上訴，要求暫緩執行此禁制令。上訴法院作成裁定，暫緩執行由地院所下的關

Interactive 名下，並由該公司向 Zennström 授權取得 FastTrack 技術。雖然 RIAA 在洛杉磯對 Morpheus, Grokster 成功的提起訴訟，但是卻無法將資料合法送達給 Sharman Networks 的負責人 Nikki Hemming，最後在幾經波折之後，Nikki Hemming 同意出面才使得該案得以進行下去。

⁶⁶ A&M Records, Inc V. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D.Cal. 2000), 見於 <http://www.riaa.com/news/filings/napster/asp>, last visited on Oct. 25, 2006。

閉服務禁制令。

貳、巡迴上訴法院判決之要點

2001年2月12日聯邦第九巡迴上訴法院(9th Circuit Court)裁定，Napster提供未經授權音樂免費交換服務是侵權行為，認為Napster的使用人涉及著作權之直接侵害，而Napster以其實際行動鼓勵並幫助侵權行為，須對著作權侵權行為負責。第九巡迴上訴法院基於「著作權輔助侵害」與「著作權代理侵害」兩項原則，維持地院原判Napster之侵害責任，僅就地院禁制令範圍稍加修正，要求原告將其享有著作權之著作及檔案通知Napster，Napster有依其通知終止用戶接觸(access)侵權內容之義務。

第九巡迴上訴法院判決之要點，分述如下：

一、Napster的用戶從事有著作權著作之大量重製及散布，構成直接侵權⁶⁷：

原告提出著作權證明，及「在Napster上可得到的檔案中多至87%可能是有著作權的，70%以上可能是原告享有著作權或管理的著作」之必要釋明。

二、法院不同意Napster爭執其用戶是合理使用，未侵害原告之著作權⁶⁸：

(一)、Napster抗辯並提出用戶的三個可以合理使用之情況，即試聽(Sampling)，空間轉換(space-shifting)，及得到著作權人許可(permissive distribution)。

⁶⁷ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), p. 9-10 affirming A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000). <http://www.riaa.com/news/filings/napster/asp>, last visited on Oct. 25, 2006。

⁶⁸ 同前註, pp.11-18。

(二)、法院依美國著作權法第 107 條所列之四個要素認定 Napster 用戶不是合理使用：

1. 使用的目的和特性

這個要素關注的是新著作是僅僅取代原著作的客體，還是增加了一個進一步之目的或不同的特性，下載 MP3 檔案並不改變原有的著作。當一件原作只是在一種不同的媒介物中被重新傳輸(retransmit)時，法院不願承認那是合理使用。

「目的和特性」要素要求判定被指控的侵犯性使用是商業性的還是非商業性的。商業性使用不需要證明有直接之經濟收益。相反地，對有著作權的著作重覆的及濫用性的(exploitative)重製，即使重製物不供出售，也可能構成商業性使用。地方法院判定 Napster 用戶對有著作權的資訊從事商業性的使用，其主要根據為(1)「發送檔案的提供者將該檔案散布給匿名的請求者時，不能說是從事個人使用」，及(2)「Napster 用戶免費得到他們在正常情況下應花錢去購買之物」。

2. 使用的性質

具有原創性質的著作比那些比較基於事實的著作「更接近法律意欲給予著作權保護的核心」。原告有著作權的音樂著作和錄音著作在性質上是原創性的，合理使用之主張不易成立。

3. 使用的部分

Napster 用戶從事有著作權著作的「大批的重製」，因為檔案傳輸必然「涉及重製完整的著作」。

4. 使用對市場的影響

「合理使用，若要妥適運用，必須是以他人進行的重製，對於被重製著作之市場可銷性沒有實質地損害為限」。「這第四個要素的重要性不僅會根據受損害的數量而改變，亦會根據其他要素的相對力度而有所不同。」Napster 至少在兩個方面損害了原告的市場：它減少了光碟在大學生中

的銷售量以及它對原告進入數位音樂下載市場築起障礙。即使 Napster 爭辯其行為可以增加原告 CD 之銷量，法院仍認縱有此可能，亦不會使合理使用之分析有利於 Napster，因未授權的使用而使得著作物的銷售增加，不能剝奪著作權人合法之權利。

(三)、法院認定試聽和空間轉換的使用，不是合理使用⁶⁹：

1. 試聽非屬合理使用

Napster 爭辯它的用戶下載 MP3 檔案是為了從錄音著作中「試聽」以決定是否購買錄音產品。然而，即使是經授權的暫時下載個別歌曲用於試聽的目的，這在性質上也是商業性的。免費的促銷性下載著作是受到唱片公司高度控制的，唱片公司提供的免費試聽著作是30秒至60秒的樣品，或者是整首歌曲但被以軟體限制在一定時間後消失，亦即僅在下載者的電腦上短時間存在。地方法院認為試聽是商業目的及性質，及試聽性用戶下載的音樂越多，他們最終購買光碟錄音產品的可能性越小；以及即使光碟市場沒有受到損害，Napster 也對數位下載市場的發展的確有不利影響，試聽非屬合理使用，此一認定並無錯誤。

2. 空間轉換(space-shifting)

Napster 認為空間轉換也是一種合理使用，在 Napster 用戶下載 MP3 音樂檔案以便聆聽他已經擁有之光碟音樂之時，就發生了空間轉換。Napster 援引 Recording Industry Association of America 對 Diamond Multimedia Sys., Inc. 案，180 F.3d 1072, 1079 (第九巡迴上訴法院，1999年) (「Rio [一種可攜式MP3播放器] 只是製作拷貝，以使那些已經在用戶的硬碟上的檔案變為可攜式的，或稱空間轉換 …。這種重製是一種典型的非商業性個人使用。」，及 Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. 案，464 U.S., 417, 1980)。錄放影機所有人錄下一個電視節目供以後觀賞，屬「時間轉換」，是一種合理使用)。Diamond案和Sony案都不適用本案，因這些案子中的轉

⁶⁹ 同前註, pp. 20-25。

換方法並不同時涉及向一般公眾傳播有著作權的資訊；且有著作權的資料之時間轉換或空間轉換僅使其被原使用人接觸。但是，一旦用戶在 Napster 系統上列出他已擁有的音樂產品，以便他人從另一個地點接觸這個音樂，這支歌曲就會變成千百萬其他個人可以得到的歌曲，而不是原來的光碟所有人的，不符合Diamond和Sony案所界定的合理使用。

3. 得許可之使用：

Napster提出的最後一種合理使用主張是獨立的或者已有名氣的歌唱家允許其進行重製。因為原告未請求禁止 Napster 系統的此種使用及任何其他非侵權性使用，法院不須處理。

三、法院認定Napster成立輔助侵害(contributory infringement)，應負共同侵權責任⁷⁰：在知道他人之侵權活動的情況下，誘使、引起或實質上促成他人侵權的人，可被視為是一個輔助侵害者⁷¹。

(一) 知情

輔助侵權要求次侵權人(secondary infringer)對直接侵權「知情或可得而知」。地方法院認定Napster實際知情的理由是：

- (1) 由 Napster 共同創始人 Sean Parker 所撰之一文件提到「需要對用戶的真實姓名和IP 位址保持不知情，因他們在交換盜版音樂」；
- (2) RIAA 通知了 Napster 12,000 多個侵權檔案，其中有些現在仍可取得。地方法院認定Napster積極知情的理由是：
 - (a) Napster 的經營者有錄音行業的經驗；
 - (b) 他們在其他情況下極力主張智慧財產權；
 - (c) Napster 經營者從這個系統下載過有著作權的歌曲；以及

⁷⁰ 同前註 ,pp. 27-33。

⁷¹ Napster 輔助侵害責任 --- 美國第九巡迴上訴法院，維持地院判定 Napster 須負著作權侵害責任，認為 Napster 提供服務應負「輔助侵害」(Contributory Infringement)之責：未經授權而利用他人著作的行為仍屬違法，任何提供、促成這些違法行為發生的服務、程式、設計或設備，構成「輔助侵害」。合議庭認定 Napster 意圖鼓勵並協助使用者侵害唱片公司的著作權(引誘或鼓勵直接侵害)，並對這種侵權行為有實質幫助。

(d) 他們用「列出侵權檔案的螢幕畫面」宣傳過這個網站。

地院認定Napster對其用戶交換有著作權音樂有實際和積極的知情。雖Napster抗辯其不能區分侵權與非侵權檔案，因此不知道直接侵權的存在，但法院駁斥其抗辯，認為法律不要求對於「具體的侵權行為」知情。

Napster主張依Sony案意見，其不負幫助侵害責任，但第九巡迴法院認為Napster對直接侵權的實際的、具體的知情，使它從Sony一案的意見只能得到有限的幫助。處理Sony一案的法院就被告Sony公司在製造並出售既可作侵權性使用，又可作實質非侵權性使用的設備(錄放影機)時，拒絕承認其在出售此一設備時對其顧客使用此一設備作未經授權之重製事實有積極的知情(採用專利法中一種經修正的「主要商品」學說)。

第九巡迴法院稱法院不會僅僅因「點對點」檔案共享技術可能被用來侵犯原告的著作權，就歸咎Napster有必要程度的知情。法院表示其不同意地方法院所作「Napster未能證明其系統具有顯著的商業上非侵權性使用之可能」的推論，因為此乃不適當的加重了現在侵權性使用的比重，而相對忽視了現在及將來的非侵權性使用。但是，不管Napster的侵權性使用與非侵權性使用的對比數目比例，這裡的證據記錄支持地方法院作出的結論，即Napster實際上知道使用它的系統可以得到具體的侵權資訊，及它能夠阻止侵權資訊的提供者接觸該系統，並且它未去排除這種資訊。

(二) 實質重要的幫助

Napster對於侵權活動給予實質重要的幫助，如果沒有被告提供的支持服務，Napster用戶就不能像被告所述的那樣容易的找到並下載其想要的音樂。Napster為直接侵權提供了「場所和設施」。實質上促成了直接侵權。Napster既然對於其用戶之侵權行為知情並給予實質重要的幫助，成立輔助侵害，應負共同侵權之責任。

四、法院認定Napster成立代理侵害(vicarious infringement)⁷²，有代理侵權責任⁷³：

代理侵權(vicarious infringement)責任乃僱主或本人為受僱人或代理人的侵權行為負責制度 (respondeat superior)「產物」。在著作權法的規定中，代理侵權責任超出雇主/受僱人關係的範圍，尚可包括被告「有監督侵權活動的權利和能力，並且還與這種活動有直接的經濟利益」的情況。

(一) 經濟利益：

當侵權資訊對於顧客「扮演了」一種“有吸引力的東西”，它就存在了經濟利益。有充分的證據支持地方法院認定的 Napster 將來的收入直接依賴於「用戶數量增加」的結論。隨著「可獲得的音樂品質的提高和數量的增加，會有更多的用戶向 Napster 系統註冊。」，地方法院判定 Napster 透過它系統上的受保護的著作在經濟上獲得利益，這一裁決沒有錯誤。

(二) 監督：

Napster 向法院提出關於「對被著作權人控訴之用戶的封鎖方法已予改進」，等於承認被告能夠，而且有時的確監督它的服務。基於任何理由，得以阻止侵權者進入一特定環境的能力，是能監督及能力的證據。原告證明 Napster 保留對於進入它的系統進行控制的權利。Napster 有一種明確的權利保留政策，它在自己的網站上宣稱，它明確保留「自主決定拒絕服務和終止帳戶的權利，包括但不限於如果Napster 認為用戶的行為違反了應適用的法律…… 或不不論有無原因，依 Napster 自己決

⁷² Napster 代理侵害責任 --- 第九巡迴上訴法院維持地院判定 Napster 須直接負著作權侵害之責，認為即使沒有僱傭關係，如行為人對他人的侵害行為有權且有能力監督，而從該侵害行為當中直接獲有經濟利益的話，依法應負「代理侵害」(Vicarious Infringement)的責任。Napster 對其使用者的侵權行為，確有能力監督，而不願去阻止或限制直接侵害，直接獲經濟利益，因此應負「代理侵害」責任。

⁷³ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), pp. 33-38, affirming A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000). <http://www.riaa.com/news/filings/napster/asp>, last visited on Oct. 25, 2006。

定的任何理由。」若要避免代理責任，必須充分行使所保留的監督權利。為了利潤的緣故，對能被偵測到的侵權行為視而無睹足會導致責任。

Napster 確實具有從其搜尋索引中列出侵權資訊所在位置的能力，及終止用戶使用該系統的權利。因此檔案名稱索引(index server)是在 Napster 有能力監督的「場所」內。Napster 有監督自己系統的權利和能力，但未行使此權利來防止有著作權資訊的交換。加上 Napster 顯示出它從侵權檔案在其系統持續不斷可供應性獲得經濟利益，這導致了代理責任的產生。

五、巡迴法院不同意 Napster 抗辯《家庭錄音法案》與《數位千禧年著作權法案》使其免責⁷⁴：

(一) Napster 主張它的用戶從事的 MP3 檔案交換活動係受《家庭錄音法案》(1992 年) 17 U. S. C. 第 1008 條保護免受侵權責任的那種「非商業性使用」，Napster 不能對無侵權責任的用戶交換著作權錄音製品負有從屬的責任，法院拒絕了 Napster 的抗辯，宣稱《家庭錄音法案》與本件控訴「無關」，因為：(1) 原告沒有根據《家庭錄音法案》提出請求；以及 (2) 《家庭錄音法案》不包括將 MP3 檔案下載到電腦硬碟。因為「根據該法案關於數位錄音裝置定義的明顯含義，電腦（以及它們的硬碟）不屬於數位錄音裝置，因為它們的『主要目的』不是製作數位錄音重製品。」

(二) Napster 聲稱《數位千禧年著作權法案》17 U. S. C. 第 512 條中對「網際網路服務提供者」(Internet Service Provider, 簡稱 ISP) 給予的免受著作侵權控告的「安全港」(safe harbor) 保護，對其法定責任予以限制。地方法院認為 Napster 未能說服法院 512(d) 一節護庇輔助侵權者，但巡迴法院認為國會關於該法案之報告，肯定第 512 條(a)至(d)小節中限制責任，保護符合條件的網際網路服務提供者 (ISP)，使之免於直接、代理的和輔助侵

⁷⁴ 同前註 ,pp. 38-42。

權的所有經濟侵權責任；其並不同意當然排除第 512 條不適用於 Napster 潛在的輔助和代理侵權責任，而是此問題將在審判時得到更加充分的闡述。

在這個申請禁制令階段，原告已就這個法規提出重要的問題，包括：(1) Napster 是否係按 17 U.S.C. 第 512 條(d) 定義的網際網路服務提供者；(2) 著作權人是否必須要向服務提供者發出關於侵權活動的「正式」通知以便讓它可以對自己系統上的侵權活動知情或發覺。以及 (3) Napster 是否符合 § 512(i)，該項規定要求服務提供者及時制訂一項詳細的尊重著作權政策。此外，原告還證明在受害的平衡上對他們有利。如果沒有法院初級禁制令，由於 Napster 用戶，以及受到宣傳吸引而來的新用戶爭先恐後的在審判之前極盡所能的獲取免費音樂，侵害的歌曲必會迅速增加，上開統計數字(至少每秒 10,000 個檔案)會迅速增長。

六、巡迴法院不同意 Napster 指責地院不恰當地拒絕關於拋棄、默示許可授權及著作權濫用、言論自由的抗辯⁷⁵：

(一) 拋棄

Napster 爭辯說，地方法院錯誤的斷定原告故意為顧客提供用來重製並在網際網路上傳輸 MP3 檔案而設計的技術，因而拋棄所有對創作和傳輸 MP3 檔案專有權利之所有法律權利。然而，只有當著作權人有交出他著作權利的意圖時才發生對著作權的拋棄。地方法院不相信「唱片公司創造了正在吞食他們的智慧財產權的怪物」。巡迴法院認為在加快 MP3 檔案的散布時，原告只不過為他們的商業性下載企業尋找合夥人，並為他們計劃在網際網路上出售的檔案研製音樂播放器而已，並無拋棄著作權之意思。

(二) 默示授權

⁷⁵ 同前註 ,pp. 42-48。

Napster 還爭辯說，原告透過鼓勵網際網路上的 MP3 檔案交換賦與 Napster 默示授權。然，並無證據支持這個抗辯，反而是 RIAA 給了被告明示通知，反對透過 Napster 系統提供其成員有著作權之音樂。

(三) 權利濫用

Napster 聲稱線上傳輸不在著作權獨占之範圍內。按照 Napster 的看法，原告已彼此勾結「用他們的著作權把他們的控制擴展到線上傳輸。」巡迴法院認為濫用權利之抗辯是為了防止著作權人利用他們有限的獨佔以槓桿方式控制獨佔權以外的領域。這裡沒有證據證明原告尋求控制他們的獨佔權以外的領域。原告只是尋求控制他們的著作之重製和散布，此乃著作權人的專有權。這些專有權，在廣泛的限制之內，可以藉著拒絕授權而抑制一個繁衍市場的發展，或者藉著著作權人認為可以接受的條件而授權。至於有著作權之著作以另一種媒介物形式—MP3 格式而非光碟—被傳輸這一點，對法院的分析沒有影響。

(四) 言論自由

Napster 爭辯說目前的禁制令違反《第一修正案》，它堅持兩項不同的言論自由權：(1) 它有出版一個「目錄」的權利（這裡是指搜尋索引）以及 (2) 它的用戶交換資訊的權利，禁制令過於廣泛且超過必要。法院認為《著作權法》平衡了《第一修正案》對著作權人權利的關注。因為 Napster 用戶不是合理的使用者，禁制令並不違反《第一修正案》。

七、巡迴法院認為地院針對 Napster 參與侵權行為的初步禁制令不僅理由正當且是必要的，但該禁制令範圍需要修正⁷⁶：

巡迴法院重申僅在下述情況下 Napster 可能被加諸潛在的輔助侵害責任：(1) 收到關於有著作權之音樂和錄音著作的具體侵權檔案的合理通知；(2) 知道或應知道這種檔案在 Napster 系統上可以得到；以及 (3) 未能採取行動來阻止著作的散布。當 Napster 未能積極使用它的能力

⁷⁶ 同前註 ,pp. 46-47。

在其系統上巡邏並防止他人接觸列在其搜尋索引中潛在的侵權檔案，它可能負有代理侵權責任。Napster 既有使用搜索功能識別侵權音樂錄製品的能力，也有禁止用戶參與傳輸侵權檔案的權利。

地院的初級禁制令將確保系統上不發生「重製、下載、上傳、傳輸，或散布」原告著作的全部責任加在 Napster 身上，巡迴法院認為檔案是用戶命名的，且 Napster 目前的系統並不允許其接觸用戶的 MP3 檔案。所以，原告應負責通知 Napster，原告享有著作權之著作及檔案，包括那些在 Napster 系統上可以獲得的著作，然後 Napster 有責任中止用戶接觸侵權的內容。Napster 也負有在自己系統可容許之限度內監督系統的責任。

八、Napster 抗辯地院決定五百萬美元之擔保金係錯誤，以及地院應採用一種強制的權利金支付結構來取代禁制令，巡迴法院拒絕同意⁷⁷：

(一) 擔保金

Napster 主張 500 萬美元的擔保金是不夠的，因為公司的價值在 15 億至 20 億美元之間。地方法院考慮了 Napster 的價值和任何禁制令可能對 Napster 系統產生的有害影響的兩方面的證據，巡迴法院不認為 Patel 法官在確定擔保金時濫用了其裁量權。

(二) 權利金

Napster 主張「如禁制令造成公眾很大的傷害，法院可……在這種特殊情況下判定損害賠償金額或一種持續性的權利金來取代禁制令。」，巡迴法院不同意 Napster 所說禁制令會引起「很大的公眾傷害」說法，也不會單單因 Napster 要求將早已確立的著作權法原則運用到一種新技術上，就找到任何「特殊情況」。再者，法院對任何在此情況下應以強制權利金為合宜之建議，採狹義解釋，因為國會已經將強制性權利金之運用限制在特定的情況，並無一種情況在這裡出現。

⁷⁷ 同前註 ,pp. 49-51。

著作權對於侵權人已規定了各種的制裁，例如第502條（禁制令）、第504條（損害賠償金）；以及第506條（刑事處罰）；這些法定制裁呈現了因侵犯著作權引起的問題之充足的立法解決方案，因此無須再考量強制權利金。巡迴法院更明白表示「課予一個強制性權利金支付計劃會給Napster從此案中「輕鬆脫身」的機會。如果加諸了這種權利金，Napster會逃避今後對於禁制令的違反、著作權損害法定賠償金及因繼續侵權可能有的刑事處罰。強制權利金結構也會給予Napster難得的機會選擇繼續營運並支付權利金或者關閉網站。另一方面，受到不法對待的各當事人會被強迫與一家從非法使用智慧財產權中獲利的公司作生意。原告會失去控制其智慧財產權的權力：他們不能作出一個不授權給Napster使用他們財產的商業決定，而如果他們計劃要和Napster作生意，強制性權利金會廢掉著作權人就任何合約安排的條件進行談判的能力。」

九、上訴巡迴法院的結論、影響及其後續：

部分維持，部分撤銷並發回原審法院更審，並指示地方法院，在本上訴之前作成的初步禁制令應繼續暫緩執行，直到地方法院依本意見書的要求完成修正。儘管初步禁制令需要修改，原告已實質的且主要的在上訴中勝訴。

此判決使2001年2月Napster網站光顧人數從每日平均20.3萬人次暴增到50萬人次。使用者三日內大量湧進Napster和數家相同類型網站，僅Napster 80部伺服器中的一部，就有1.1萬人交換了近220萬首歌曲。Napster在2001年3月2日宣佈將過濾系統上100多萬個可能侵權之檔案。2001年3月5日地方法院重新對Napster下達禁制令，要求該網站在拿到唱片公司歌曲清單的3日內，將所有有著作權音樂檔案名稱自網站上移除。Napster獲悉法院禁制令內容後表示會遵守命令，盡量在限期內移除有著作權之作品。

但Napster嗣後又向第九巡迴法院提出聲請，希望重新考慮，第九巡迴法院於6月25日拒絕重新考慮，2001年7月3日清晨，Napster關閉了網

站。2002年11月Roxio公司收購Napster，Napster朝合法網站轉型。2003年10月9日，Napster發表新軟體的測試版，新軟體將對每首歌曲收取0.99美元費用、每張專輯收費9.95美元、或者是包月訂費9.95美元。10月29日Napster提供商店銷售預付卡，第一週已售出30萬首歌曲。2004年1月，Napster宣布目前每週平均銷售的計次費下載歌曲達30萬次。2004年中調查，蘋果電腦iTune市占率56%，Napster市占率為12%⁷⁸。

第三節、荷蘭 Buma/Stemra v. KaZaA案

著作權人管理團體布馬協會 (the association VERENIGING BUMA) 及史特拉基金會 (the foundation STICING STEMRA) 及 (以下合稱 Buma/Stemra)，在與 KaZaA 公司 (KaZaA B. V.) 談判授權失敗後，對 KaZaA 提出簡易訴訟。阿姆斯特丹地方法院於 2001 年 11 月 29 日判決⁷⁹，認定 KaZaA 藉著給予其使用人侵權之機會而違反著作權法，KaZaA 知道其軟體導致大規模之侵權行為，P2P 傳輸是其系統設計之一部分，此系統是一技術整體。

地方法院命令 KaZaA 於 14 天內阻止 Buma/Stemra 享有著作權之音樂著作之侵害，逾期罰款每日荷幣 100,000 元，最高罰款 2,000,000 元。KaZaA 不服提出上訴。阿姆斯特丹上訴法院於 2002 年 3 月 28 日判決⁸⁰，廢棄地方法院判決，主要係根據 Huizer 教授發表的專家意見報告 (參本章第一節貳、P2P 架構、三、準分散式自我組織 P2P 架構 (以 KaZaA 為代表))，上訴法院之判決意見，大致如下⁸¹：

1. KaZaA 軟體本身即可運作的很好，無須 KaZaA 網站的任何協助，網站本身的服務，對於檔案交換並非必要。在地方法院判決後，KaZaA 關閉其網站，對其軟體之使用人並無任何影響。

⁷⁸ IFPI 各國網路 P.top 案例介紹。

⁷⁹ No. KG-01/2264 Odc (Amsterdam Ct. of Justice, 29 Nov. 2001)。

⁸⁰ No. 1370101 (Amsterdam Ct. of Appeal, 28, Mar., 2002)。

⁸¹ 參 KaZaA 提出圖恩特大學教授 Prof. Dr. R. E. Huizer 之專家意見報告，見於 http://www.solv.nl/rechtspraak_docs/KaZaA%20v.%20Buma%20Stemra%20-%20Court%20of%20Appeals%2028%20March%202002.pdf, last visited on Oct. 25, 2006。

2. 以現有之技術而言，KaZaA 無法分辨那些檔案有著作權，那些沒有，故 KaZaA 軟體程式不可能阻止侵權檔案的非法交換。
3. 若要停止某些檔案的交換，KaZaA 必須設計一個新的軟體程式，要求使用人安裝新版本，但其無法強制使用人更新。
4. KaZaA 軟體可有其他的使用方式，應認其軟體合法。
5. 美國加州中區地方法院已判決分散式 P2P 業者 Grokster 不須為使用人之侵權行為負責。

判決以 KaZaA 無法分辨何者為侵權檔案，其罔顧以「特徵值」比對（成本較高）已可達到將近百分之百之效果，以「檔名」方式過濾，成本較低，亦可過濾絕大多數侵權檔案（如 Napster 案所指示者）。又設計新的軟體強制登入之會員更新，或至少不再提供舊版軟體，對 KaZaA 而言，毫無困難。至於 KaZaA 軟體可有其他合法用途，完全不影響其侵權的意圖。荷蘭上訴法院以 KaZaA 為分散式架構，認定 KaZaA 無責，影響了 Grokster 案地方法院之判決；Grokster 案巡迴法院之判決，又影響了 KaZaA 案最高法院之判決。

Buma/Stemra 不服上訴，荷蘭最高法院駁回定讞⁸²。

第四節、美國 In re Aimster Copyright Litig. 案

在 Napster 案之後，美國第七巡迴上訴法院對另一家點對點平台 Aimster 作出判決。Aimster 基本上是類似 Napster 之混合式 P2P。原告是 EMI、Sony 等音樂著作權人，向伊利諾州北區地方法院控告被告 John Deep 的 Aimster 網路服務，對原告著作權成立輔助侵害及代理侵害。地方法院核准了初級禁制令⁸³，該禁制令具有將 Aimster 網站服務予以關站的效果，一直到本案訴訟實質審理得到最後的解決為止。被告提出上訴。第

⁸² No. C 2002/186 (Netherlands Sup. Ct., 23 May 2002)

⁸³ In Re Aimster Copyright Litig. 252 F. Supp. 2d 634 (N.D. Ill. 2002)。

七巡迴上訴法院維持原判⁸⁴，但其理由與Napster案不盡相同。

壹、Aimster網站運作

欲使用Aimster基礎服務來交換檔案，必須從Aimster的網站下載專屬的免費軟體，並輸入使用者名稱、進行在其系統內的註冊，並且擁有一項密碼。之後，他可以指定其他的註冊者作為其「好友」(buddy)，如果使用者不想特別指定一個或一個以上的好友，則所有Aimster內的使用者，都可以是他的好友，也就是說他可以從所有這些人來傳送或接收檔案或訊息。關於建立檔案目錄及搜尋之方式，Aimster與Napster極為類似。Aimster伺服器主管控制該網站，並將從使用者處獲得的各項資訊，加以蒐集和組織，提供搜尋檔案之服務，但他們自己不會去就交換的檔案進行複製，複製是在用戶電腦中進行。伺服器指示軟體的使用者如何使用該軟體，來進行電腦檔案的交換⁸⁵。Aimster與Napster不同在於⁸⁶：

1. Aimster收費，Napster不收費：

Aimster俱樂部是一由John Deep所擁有的相關網路服務，其可使Aimster軟體的使用者，透過每月付費美金4.95元會費來下載Aimster用戶可以分享的所有音樂。Aimster俱樂部的清單上只列出40首目前在會員中最流行的有著作權之歌曲。

2. Aimster不收廣告，其唯一財源是直接取自會員的會費，與Napster不向會員收費，只賣廣告不同。

3. Aimster提供加密軟體：會員間之信件、查詢、發送，均會加密，接收者再以同一軟體解密。

貳、輔助侵害的侵權責任

第七巡迴法院也是從輔助侵害的侵權責任開始探討。其特別提到「基於著作權人針對個別的眾多侵權者提出許多訴訟，在實務上有其實際的困

⁸⁴ 334 F. 3d 643 (7th Cir 2003). Cert. denied, 540 U.S. 1107。

⁸⁵ 同前註，pp.3-4。

⁸⁶ 同前註，pp.14-15, 51。

難。訴追這些眾多個別的消費者，不但是耗費時日，而且是想拿一個湯匙來解決一個海洋的問題。」，在這種認知之下，法律允許著作權人對於一項侵權提供設施協助者，可直接對其加以訴訟，這在法律實質上是一項幫助犯或教唆犯⁸⁷。

原告主張Sony案件並不適用於本案，因為一旦Sony將錄放影機（商品）賣掉之後，就沒有辦法去防止錄放影機的侵權使用，服務的提供者不同於一般產品的銷售者，前者與他的客戶存有一種繼續性的關係，因此，有能力去防止或至少去限制其客戶去侵犯著作權，第七巡迴法院同意此一觀點，亦即服務提供者有能力去防止他的客戶去從事侵權，這項因素是可以被考量來決定是否該服務提供者構成輔助侵害⁸⁸。

原告爭執本案所需的檢測，僅在於服務提供者（被告）是否知道它可以被用來侵犯著作權之用，第七巡迴法院則不贊同，其謂「如一項服務所提供之設施，可幫助侵權及作非侵權之使用，正如同AOL（American on Line）的即時訊息服務，當侵權使用的偵測及防止會形成高度的負擔，則依原告所爭論的規則，可能會產生將該服務平台關站的結果，或者它會被著作權人所併吞，因為該服務提供者可能會發現，要去評估對於著作權人潛在的損害責任是不可能的，且會面臨被禁止的危險。原告所作的爭論如果被接受的話，則事實上會對於AOL的即時訊息服務可能產生危險…。這不只是一項警示，更矛盾的，因為AOL的子公司（AOL Time Warner），例如華納兄弟唱片，以及大西洋唱片公司，在本案中都是列名於原告中，而且音樂聊天室都是由AOL即時訊息服務所提供的一項。」

法院再舉Sony案說明。「Betamax是被用來作為侵權以及非侵權目的之使用（前面分析Betamax三個使用目的「時間轉換」是合理使用，不構成侵權，建立收藏品（library building），跳過廣告（skipping commercials）則非合理使用，判定為侵權）——即使大多數人認知Betamax使用者中，百分之二十五都是作為快轉跳越廣告的使用者，然

⁸⁷ 同前註，p. 2。

⁸⁸ 同前註，pp. 7-8。

而Sony仍被判並非構成輔助侵害。法院不願意讓著作權人為遏止新科技而產生之侵權行為，卻以犧牲非侵權消費者使用該科技的利益作為代價，所以第七巡迴上訴法院並不同意第九巡迴上訴法院在Napster案中所稱「對於特定侵權使用的實際知悉，是被視為提供輔助侵害幫助措施的足夠條件」⁸⁹。

參、著作權法的故意盲目看不見

Aimster爭論因為最高法院在Sony案中，認為僅有侵權使用推定的知悉（constructive knowledge），不足以構成輔助侵害，而且Aimster的服務中，加密的特點防止了Deep去知悉到底哪些歌曲被使用者在其系統內進行複製，因此他缺少輔助性侵害構成責任所需要的「知悉」，第七巡迴法院拒絕此一答辯。法院特別表示「在著作權法裡，故意的盲目看不見（willful blindness），是構成知悉的，……因為基本上在法律中是如此……，當然Deep也不能因為使用了加密軟體，就抗辯說他自己不知道，他在本案中當然是要被強烈的質疑：他的服務的使用者，甚至可能是所有他的服務的使用者，都是著作權侵害者。」。法院認為，一個服務提供者，成立輔助侵權，並不會因為使用了加密措施，來將他自己隱密於實際知悉該服務被用作不法目的，就可以獲得法律責任的豁免。⁹⁰

肆、關於實質非侵害的使用與DMCA責任之限制條款

Aimster又抗辯，為了開脫輔助侵害責任，其只須證明其檔案分享系統也可以用在非侵權使用方面，而實際上它確實可能如此。第七巡迴法院認為這是極端的說法，並不可採。對於原告主張以單單知悉侵權使用，就將一個設施提供者標示為輔助侵害者，及對Aimster主張以一種非侵權使用就得完全豁免責任，法院認為上述兩極化之意見均不可採⁹¹。

第七巡迴法院維持地院初級禁制令，理由是Aimster並不能證明其服務

⁸⁹ 同前註，pp. 8-9。

⁹⁰ 同前註，pp. 11-12。

⁹¹ 同前註，pp. 14。

的確具有實質非侵害的使用，遑論有任何關於如此使用的證據。而且從現實中Aimster使用者，也無從證明該使用者主要使用這個系統的目的，是在將沒有著作權的檔案傳給其親友；或是確認擁有相似利益的使用者分享其資訊，更沒有證明有任何一個沒有網路管理者的企業，使用Aimster去交換如同Deep所說的商業資料記錄。Aimster也未能證明如要去消滅或實質降低侵權的使用，對他會產生極不成比例的成本付出，對於加密的提供，可以增加服務的重要價值或節省重大成本。Aimster把自己的雙眼矇蔽，而企圖想要藉此能適用在Sony案件判決中的結果⁹²。

關於代理侵害，第七巡迴法院懷疑代理侵權責任的原則會延伸到多廣。藉著消除加密的裝置，並且監督該系統的使用，Aimster應該可以限制侵權的數量。如果不能這樣作，是否會使他成為一項代理侵害？像駝鳥主義般的去拒絕發現該系統是被用來作侵害著作權使用，只不過是另外一項證明他是輔助侵害者的證據。

Aimster抗辯其適用《數位千禧年著作權法案》中第512條線上著作權侵害責任之限制條款一節，法院指出上述避風港條款(safe harbor)的基本要件，在於服務提供者必須在被合理的要求之下，去作一切的事情來防止使用者使用其服務進行侵權，Aimster卻根本未作任何去打消使用者重複侵害原告著作權之事，Aimster反而鼓勵他們去侵權，並向這些使用者展示如何可輕易的使用Aimster系統來這麼作，甚至還教他的使用者，如何將有著作權的歌曲，透過加密來進行非法傳輸。因此Aimster根本沒有作任何行為去防止侵權的發生，不能主張免責。⁹³

對Aimster因為禁制令所遭受的損害，必須被拿來和原告忍受本項初級禁制令被否決後，所產生的損害作比較，如果初級禁制令沒有被准許，唱片公司的損害是不可回復的。因此，法官核准禁制令是適當的⁹⁴。第

⁹² 同前註 ,pp. 17-18。

⁹³ 同前註 ,pp. 20, 21 and 39。

⁹⁴ 同前註 ,p. 22。

七巡迴法院之判決，被最高法院維持⁹⁵。

第五節、日本 RIAJ v. MMO案 (File Rogue)

日本 Yugen Kaisha Nippon MMO 公司設置以 File Rogue 為名的網站，提供 P2P 軟體 (Napster 混合式)，其中央伺服器設於加拿大，擔任搜尋檔案的工作，網站未向使用者收費，只收廣告。日本音樂著作權人協會 (RIAJ) 及 19 家唱片製作公司於 2001 年 11 月在東京地方法院對 MMO 有限公司 (MMO Japan, Ltd.) 聲請假處分，於 2002 年 2 月 28 日起訴，請求被告停止向其使用人傳輸 MP3 檔案並賠償損害⁹⁶。

東京地院於 2002 年 4 月 9 日作出假處分，命令 MMO「不得向利用該服務的使用者提供關於其伺服器內所儲存之 MP3 檔案的檔名等相關信息內容 (即歌名及表演人名，以任何方式表示之兩種資料之「檔案資訊」)，並不得提供檔案傳輸之服務」，於 2002 年 4 月 16 日 MMO 即停止提供服務。2003 年 1 月 29 日東京地院另對本案訴訟之兩個中間爭點，即(1) MMO 有無侵害著作權，及(2)原告有無理由請求 MMO 賠償，作成肯定之中間判決。

壹、MMO 有無侵害著作權

關於(1) MMO 有無侵害著作權，法院認定軟體使用者侵害著作權中之重製權及公開傳輸權，至於網路服務提供者(MMO)，法官參考最高法院昭和 63 年(1988 年)卡拉 OK 吧、卡拉 OK 包廂判決，將 MMO 評價為傳輸可能化(making available，即我國之「對公眾提供」)及公開傳輸行為之主體。卡拉 OK 店的判決以為客人係經卡拉 OK 店店員的勸誘而至店內選曲，在其管理下唱歌，另一方面店主也以客人上門唱歌為營業策略、醞釀氣氛招徠客人，增加營利。因此，自著作權法規範之觀點，客人唱歌

⁹⁵ cert. denied, 540 U.S. 1107/2004。

⁹⁶ Nippon Columbia Co., Ltd. et al. v Yugen Kaisha Nippon MMO, 2002 (wa) case No. 4249 (Tokyo Dist. Ct., 29th Civil Div., interlocutory judgment, 29 Jan. 2003)。

可視同經營者在唱歌。本件援引上述判決意旨，從下列三方面判定被告 MMO 侵權⁹⁷：

一、MMO 的行為內容、性質

本件服務所涉及之 MP3 檔案中，百分之 96.7 是市面上販售光碟之重製物。MMO 雖設有規約，禁止侵害著作權電子檔案交換，但未對利用者之身份加以確認，又未採取其他足以防止侵害著作權之措施，MMO 於提供本件服務之始，即充分預料會發生上述違法侵權之情形，被告之行為含有提供服務使 MP3 檔案傳輸之性質。

二、MMO 對利用者傳輸可能化狀態之管理、支配程度

使用者利用 MMO 中央伺服器搜尋所要的檔案，並不須知悉傳輸者之 IP 位址及埠號。大部分利用者是在此種便利搜尋者搜尋及接收訊息環境下，參考 MMO 網站上利用方法之說明，而使用本件服務。利用者可謂係在 MMO 管理下進行電子檔案傳輸可能化之行為（儲存 MP3 檔案於個人電腦內共有檔案夾並與 MMO 伺服器連線）及公開傳輸之行為（於本服務中傳輸 MP3 檔案）。

三、自 MMO 行為受利益之狀態

MMO 預計將來向使用者收費，因此，為使服務利用者能取得更多音樂資訊的曲目數量，必須有更多檔案可供傳輸。網站的利用者越多，MMO 即可從網站所刊登的廣告獲得更多的收入。MMO 已登錄的使用者有 42,000 人，同一時間上網者有 340 人，檔案數目有 80,000 筆，MMO 是為自己營業上的利益而使利用者進行傳輸，其本身就是侵權行為人。

貳、原告有無理由請求 MMO 賠償

⁹⁷ 陳秀峰著「P2P 方式交換音樂檔案與著作權之侵害—以日本 File Rogue 事件為例」一文，刊於司法周刊 93 年 5 月 27 日第 1186 期及 93 年 6 月 3 日第 1187 期。

關於(2)原告有無理由請求MMO賠償，法院認為MMO在開始營運後，應可認知到本件服務會造成侵害他人音樂著作物之傳輸可能化權及公開傳輸權的後果，MMO有採取適當且有效措施防止之義務，卻在未採任何防範措施之情形下，即貿然提供本件服務，終於肇致對原告傳輸可能化權及公開傳輸權之侵害。就此點，MMO及其負責人Michihito Matsuda有過失而成立侵權行為，應負損害賠償責任，原告有理由向MMO請求損害賠償。

2003年12月17日東京地方法院又再作出終局判決，判准MMO賠償原告RIAJ 3,000萬日圓，其他原告則按每一檔案之月使用費2,000日圓賠償。東京地院之判決，經被告上訴後，已經東京高等法院駁回確定。

參、日本MMO案之評論

MMO案之判決與Napster的判決結果相同，就混合式P2P架構而言，二者皆有管理和監督網站之權利及能力，是無庸置疑的。但亦有其不同之處，Napster被認定是故意的輔助侵權者，但MMO案判決中似乎沒有提到MMO有鼓勵使用人侵權之故意意圖，只就其對使用人之侵權行為有所預見，卻未採取必要過濾措施，判定其有過失責任。因為本研究對相關事實及日本民法關於故意、過失責任之分際，尚非明瞭，此部分不宜妄加評論。此外，本案認為MMO本身就是對公眾提供權及公開傳輸權侵害之行為主體，似是以昭和年間卡拉OK店之判決意旨，將使用人之行為，視為MMO之行為，或者將MMO與使用人評價為共同行為人，但是使用人是故意侵權，MMO卻被認為是過失侵權，理論似有齟齬⁹⁸。

⁹⁸ 關於平台業者的責任固然是重點，但針對刑事責任方面，在日本P2P的案件，還有一著名的Winy案，Winy是一個P2P的檔案分享程式，某層面被認為是採取Freenet的精神，然而Freenet是由Java執行，但Winy則由Windows C++ application執行，依日本電腦著作權協會統計，Winy有二十五萬用戶，在日本曾是相當熱門的檔案交換程式，係由東京大學研究所電腦工程師Isamu Kaneko寫成，2003年11月28日，有二個Winy的使用者被京都的警察局逮捕，被控訴透過Winy非法分享有著作權之檔案，且其承認侵犯著作權；Isamu Kaneko隨即也在家裡被搜扣，而其軟體程式也被警方扣押。2004年5月10日Isamu Kaneko就被以侵害著作權之嫌疑，遭到京都警察局高科技犯罪工作小組逮捕，Isamu Kaneko被逮捕的事情在網路上喧騰一時，網友們認為這是一不當的逮捕，甚至還在網路上發起募捐活動為Isamu Kaneko辯護之用。2004年6月1日Isamu Kaneko遭到釋放，同年9月京都地方法院開始審理Isamu Kaneko的著作權侵犯案，最後Isamu Kaneko

學者陳秀峰就 MMO 案件直接採用卡拉 OK 案件判決，擬制 MMO 就是向公眾提供及公開傳輸之行為主體一節，不予認同，其謂：「卡拉 OK 店判決與本件判決之事實狀況不完全一樣，卡拉 OK 店事件中之歌唱行為是發生在卡拉 OK 裝置設立者的店舖裡，設立者在時間上及空間上對該歌唱行為可被認係有直接管理、支配性。相對地，本事件中 MMO 伺服器與利用者間不過是藉著網路連結，就 MP3 檔案之交換，在時間上及空間上無直接管理、支配性⁹⁹。」然而，網路服務業者提供檔案交換服務，雖不似卡拉 OK 實體場所之服務，但該網站對其服務具實質之管理力及支配力者，其對使用人侵害著作權之行為應盡之防止義務，與實體場所應無不同。至於將使用人之行為視為 MMO 之行為，必須 MMO 與使用人有共同侵權之意思聯絡，但使用人是故意侵權，MMO 卻被認為是過失侵權，立論上似有未洽。

第六節、韓國 RIAK v. Soribada.com 案¹⁰⁰

壹、韓國 Soribada 案梗概

Soribada 是一個介於 Napster 與 Gnutella 中間架構的 P2P 平台，中央伺服器只作會員身份驗證，不提供檔名索引搜尋，會員由 Soribada 提供之其他會員 IP 位址進行查詢。著作權人新村音樂株式會社等唱片公司（皆為韓國唱片協會 Recording Industry Association of Korea, RIAK 之會員）對 Soribada 負責人楊正煥、楊日煥兄弟提起刑事訴訟及民事假處分請求。民事假處分案件（2002KA 合 284 號）水源地方法院城南分院 2002 年 7 月 9 日准許假處分，被告不服，2003 年 2 月 14 日城南分院駁回異議，被告再上訴首爾高等法院。首爾地方法院刑事庭 2003

被法院判決構成著作權侵害之幫助犯，而非著作權侵權之正犯。本案因只是一個分享軟體的模式，而非經營檔案交換的平台業者，以上參 <http://en.wikipedia.org/wiki/Winny>。基本上，提供一個可以非法去重製傳輸他人著作之軟體，如具有侵權之犯罪主觀意識，當然也可能構成幫助之犯罪。另參林家瑩，著作權數位產業市場授權之研究，智慧財產權月刊，95 期，95 年 11 月。

⁹⁹ 同前註。

¹⁰⁰ 判決原文為韓文，全球數碼股份有限公司就首爾高等法院刑事判決翻譯呈送士林地院，華納音樂公司等告訴人就首爾高等法院民事判決翻譯呈送士林地院。關於本節以下案情介紹，係參考上開譯文為之。

年 5 月 15 日判決公訴不受理 (2001 godan 8336 號)，因檢察官起訴未具體指明 Soribada 之犯罪事實，檢察官上訴後，補充起訴事實，首爾高等法院方從實體判決。

首爾高等法院刑事庭於 2005 年 1 月 12 日判決 (2003 no 4296 號) 被告無罪，但同日首爾高等法院民事庭卻判決被告成立故意侵權 (2003 NA 21140 號)，修正第一審假處分之範圍，仍禁止 Soribada 利用其軟體及伺服器幫助使用者交換 (下載) 債權人所列之歌曲。另關於損害賠償訴訟，水源地方法院城南分院判決被告應賠償原告 19,603,040 韓元 (約 1.7 萬美元)。同一事實，民事、刑事判決卻出現兩極化之法律評價，實值深討。為免陳述冗長，特以表格整理、比對首爾高等法院之民、刑事判決，並予評論¹⁰¹。

貳、韓國 Soribada 案刑事與民事判決之比對及評論

序號	案件 爭點	Soribada 案刑事判決	Soribada 案民事判決	評 論
1	運作方式	1. 免費提供 Soribada 軟體。 2. 會員須註冊輸入 ID 及密碼供 Soribada 驗證。 3. 會員登入 Soribada 伺服器主機，客戶端軟體將相互連線必要資訊送到 Soribada 伺服器主機，主機自動送出其保管之 5000 人上網使用者的連線資訊給會員，並把會員密碼及 IP Address 等資訊，作成使用者目錄管理。 3-4. 會員利用伺服器主機提供之 IP 位址向 5000 位會員搜尋，有此檔案之會員回報，螢幕列出搜尋結果清單，即可點選下載。 4-5. Soribada 屬 Napster 與 Gnutella 之中間型態。		
2	會員是否侵害重製權	使用者未經唱片著作權人同意，將 MP3 檔案下載並儲存至自己電腦，侵害重製權。		
3	關於會員之重製是否合理使用	1. 會員自由登入只要把 MP3 放在共享資料夾，連接 Soribada 伺服器後，即可讓 5000 人以上之其他不特定多數會員下載檔案，下載後馬上可供他人下載分享，不限自己欣賞。 2. 眾多會員之間，除了共享檔案目的以外，並無任何連帶關係，不得視為個人、家庭或類似限定範圍內之合理使用。 3. 既非個人合理使用，不必再判決是否以營利為目的。		

¹⁰¹ 關於 Soribada 案，請參全正玫，韓國與台灣 P2P 相關著作權案例比較研究，台灣大學碩士論文，2005 年 6 月。

序號	案件 爭點	Soribada 案刑事判決	Soribada 案民事判決	評 論
4	會員是否侵害散布權	因散布行為限於散布著作之有形物，在網路上之散布是無形的，故不侵害散布權		
5	會員是否侵害公開傳輸權	會員有公開傳輸之行為，但行為時錄音著作尚未被賦與公開傳輸權，故不成立侵害。		我國 92 年 7 月 9 日著作權法第 26 條之 1 賦與錄音著作專有公開傳輸權，與韓國不同。
6	Soribada 與會員間之關係	<ol style="list-style-type: none"> 1. Soribada 軟體合約條款有警告文，告知會員要遵守著作權。 2. 會員不需透過中央伺服器，即可交換檔案。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Soribada 提供伺服器，無此，會員不能獨立進行檔案共享。 2. 當 Soribada 發現會員侵害行為，有權限制使用。 3. Soribada 提供其他功能讓會員更容易侵害著作權，如選擇速度最快者下載。 4. Soribada 從廣告中獲得利益。 5. Soribada 已知會員的共享行為會侵害著作權，然而有意使它容易進行，成立幫助行為。 6. 警告文不影響 Soribada 的幫助責任。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 刑事判決中承認 Soribada 不是 Gnutella 純粹分散式的平台，會員必須連上 Soribada 的伺服器，由伺服器提供 5000 名會員 IP 位址，會員才能搜尋，此與 Gnutella 會員完全不需連上網站即可搜尋，並不相同。雖然 Soribada 中央伺服器未直接提供搜尋之檔名，但不能說會員不需透過中央伺服器就可交換檔案。
7	P2P 軟體尚能供其他合法用途之抗辯	<ol style="list-style-type: none"> 1. Soribada 之服務，雖然有百分之七十以上侵害著作權，但其並非只能用於著作權侵害之用途，尚有其他合法之用途，故不能認為 Soribada 業者開發軟體之主要目的在侵害著作權。 2. 只根據目前 Soribada 系統使用狀況，不能斷定 MP3 檔案不法流通是其服務之核心用途或唯一用途，其使用於非侵害用途之可能性相當高。 	<p>雖然 Soribada 服務有百分之三十合法檔案讓會員共享，但業者既知使用有侵害著作權之行為，仍不能免除違法幫助之責任。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 藉 Soribada 所交換之檔案百分之七十以上均係非法，Soribada 亦明知此事，刑事法院卻認非法交換檔案不是 Soribada 服務的核心用途，理由自相矛盾。 2. Soribada 刑事判決昧於現階段嚴重侵權之事實，而以日後軟體可能有合法使用，判決無罪，尚非妥適。 3. Soribada 刑事判決此段明顯受荷蘭 KaZaA 案及美國 Grokster 案地方及巡迴法院誤解 Sony 案件之判決意見影響。相對而言，Soribada 民事判決意見貼近美國最高法院意見。

序號	案件 爭點	Soribada 案刑事判決	Soribada 案民事判決	評論
8	P2P 業者是否知悉會員侵害著作權之行為	<ol style="list-style-type: none"> 1. 被告當初並非以幫助著作權侵害為目的而開發 Soribada。 2. 因非侵權之 MP3 檔案亦透過 Soribada 系統共享，故被告難以得知透過其系統所交換之檔案，有那些是未經授權之檔案。 3. 被害者與被告面談時，告知 Soribada 已違反著作權法，請其改善或中斷服務，但未具體指明被害者之何一歌曲被侵害；又被害者提出透過 Soribada 服務搜尋到的侵權畫面及提給檢官官侵權歌曲目錄，均不能認被害者對著作權侵害行為直接、具體的通知被告，故被告並不知情。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Soribada 成立前，國外已發生過 Napster 等其他 P2P 侵權之案例。 2. 被告為製作管理目錄，每天均如同會員一樣，連上 Soribada 以檢查服務之經營狀態，其實已經知道會員之著作權侵害行為。 3. 登入時透過 ID 之辨識，可以限制會員之侵害行為。 4. 正因 Soribada 明知會員交換非法 MP3 檔案，預期能得到龐大利益，才先免費提供伺服器，誘使大眾使用，以圖未來能賺取大量利潤。 5. 依 Soribada 之經驗可充分確知會員分享之檔案大部分會侵害著作權。 6. Soribada 網頁雖有警告文，或其服務中尚有合法檔案分享，均不影響其幫助責任。 7. Soribada 有能力過濾色情檔案及影像檔案，但對於著作權之侵害，除了警告文外，未作任何努力，不能免除幫助違法責任。 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 刑事判決忽視 Soribada 藉會員侵權行為牟利之事實及所造成之結果，單以被告開發 Soribada 軟體非以幫助侵權為目的，判決無罪，尚非妥適。 2. Soribada 會員所交換者百分之 70 是侵權檔案，由歌名及歌手名，即知是流行歌曲之侵權檔案，並非不能分辨。 3. 被害人是否直接通知 Soribada 侵權歌曲，並非認定知情之唯一因素。當被害人指控特定侵權檔案在 Soribada 交換之事實，並有民事假處分要求禁止其服務，Soribada 在訴訟過程中已明確知悉那些侵權檔案在交換，刑事判決忽略 Soribada 知情之證據，對於「知悉」採取極為嚴格之標準，偏離經驗法則。
9	P2P 業者對使用者之侵害是否為不作為犯	<ol style="list-style-type: none"> 1. 成立不作為犯必須有法律並未賦予義務防止非法重製。 2. 線上服務提供者從著作權人收到具體的特定侵害內容的通知，而知道侵權之事實時，發生防止著作權侵害之條理上之義務。Soribada 若未對其相關會員切斷他們的連線服務或封鎖其 ID 等適當的防止措施，則可追究 Soribada 違反著作權法之不作為犯 	<ol style="list-style-type: none"> 1. 法院認為會員需透過 Soribada 伺服器連接才能進行下載檔案侵害著作權，故 Soribada 之服務引起了會員之侵害關係。 2. 須對伺服器禁用，才能有效排除侵權行為，Soribada 有義務、有責任中斷其伺服器之提供。 3. 被告除了警告文外，未採取任何阻止會員違法下載之行為，不得主張著作權法上的網路服務提供者(ISP)的免除責 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Soribada 之主機與軟體乃係侵害著作權過程中可或缺之必要條件，其以積極之幫助行為，造成侵權之結果，應屬著作權侵害之義務犯，當然有義務排除或防止法益繼續被侵害之狀態。Soribada 案從不作為犯判決，乃係本末倒置。 2. 即使認為 Soribada 原先沒有作為之義務，但於知悉會員侵權

序號	案件 爭點	Soribada 案刑事判決	Soribada 案民事判決	評 論
		3. 責任。因著作權人並未具體指明那些是侵權檔案，不能認為是具體、直接通知 Soribada 著作權之侵害(參序號 8 之 3 之意見)。所以，Soribada 既不具體知悉侵害事實，乃無法定作為義務防止，不成立不作為犯。	4. 任。如 Soribada 服務繼續，將會造成著作權人無法恢復之顯著損失。Soribada 有作為義務。	後(參 8 之 3 之評論)亦產生防止侵害之義務，Soribada 卻不作為，可以成立不作為犯。

Soribada 刑事案件檢察官不服，提起第三審上訴。Soribada 在 2005 年 11 月 10 日自動關閉。

第七節、美國 MGM/Arista v. Grokster & StreamCast (Morpheus) 案

壹、Grokster 案加州中區地方法院判決¹⁰²

RIAA 和 MPA (美國電影協會，米高梅影業公司 Metro - Goldwyn - Mayer Studios Inc. 等為其會員) 於 2001 年控告提供點對點軟體 Morpheus 之 StreamCast Networks 及提供 KaZaA 軟體之 Grokster 這兩個提供檔案分享服務的網站，請求損害賠償及發出侵害排除之禁制令。

加州中區地方法院 (Central District Court of California) 法官史蒂芬威爾森 (Stephen V. Wilson) 2003 年 4 月 26 日判決援引 1984 年新力公司錄影機案，裁定 Stream Cast 和 Grokster 未侵權，兩公司並不須為使用其軟體下載音樂檔案之第三者負侵權責任，駁回要求關閉此二業者網站的請求。地方法院認為被告運作基礎，不同於 Napster，沒有集中管理，是完全分散式的，業者的網站僅是供廣告用或提供相關技術支援服務，且無任何目錄索引資料庫或伺服器；軟體也可有其他合法

¹⁰² 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal, 2003), <http://www.jonathanmitchell.info/uploads/Grokster.pdf>, last visited on Oct. 25, 2006.

的用途；基本上和製造錄影機的廠商並無不同，廠商不需要為消費者如何使用產品負責。

貳、美國第九巡迴上訴法院判決維持原判¹⁰³

一、Sony 案與主要商品理論

巡迴法院探討被告有無輔助侵害之「知悉」要件前，先解讀 Sony 一 Betamax 案件所建立之原則。認為錄影機的銷售本身，不當然就產生著作權之輔助侵害，即使被告知悉這個機器是可以被用來作為侵權之用。Sony 案最高法院從專利法的規範，刻劃出「主要商品理論」的原則（staple article of commerce）。因為 Sony 的 Betamax 錄影機是能夠作所謂商業上有意義的非侵權使用，所以，就侵權行為縱有推定之知悉（知悉機器可以作為侵權使用）（constructive knowledge），尚不足以認定其輔助侵權責任，因為它在一般的情形，也可以被用來作為非侵權之用途。依此原則，如果被告顯見該產品是所謂的「實質上有能力的」，或是「商業上有意義的非侵權使用」，足可否定著作權輔助侵權之主張¹⁰⁴。

基此解讀，巡迴法院分析輔助侵權所要求的知悉要件，應到如何之層次（推定的知悉或合理的、具體的知悉），其謂如果系爭的產品不具有實質或商業上有意義的非侵權使用，那麼著作權人只需要證明被告在侵權上是有推定之知悉（constructive knowledge）。然而，如果系爭的產品，是屬於能有實質上或商業上有意義的非侵權使用，那麼著作權人就必須證明，被告就特定之侵權檔案有合理之知悉（reasonable knowledge），而未能立於該知悉之上去防範侵權的發生¹⁰⁵。

針對被告軟體可作非侵權使用此一事實。巡迴法院認為兩造之間並無爭

¹⁰³ 380 F. 3d 1154 (9th Cir. 2004), <http://www.jonathanmitchell.info/uploads/Grokster.pdf>, last visited on Oct. 25, 2006。

¹⁰⁴ 同前註, p.14。

¹⁰⁵ 同前註, p.15, 第九巡迴法院以 P2P 軟體是否有實質非侵權使用，決定原告不同之舉證責任，被最高法院指出係對 Sony 案件解讀錯誤，參後述。

執。被告提出得到他人授權（如 WILCO 樂團及數以千計的其他音樂團體），將其著作透過軟體及網路散布的許多事證，及被告是使用該軟體來散布眾多公共所有的文學、電影著作這些事實，只要被告之軟體能作實質非侵權使用，Sony 案的原則即應適用，巡迴法院並且駁斥著作權人爭執大多數軟體使用是作為著作權侵權之用途，是誤解了 Napster 地院判決中所詮釋之 Sony 標準。

既然被告已證明，他們的產品是能夠作實質非侵權使用的用途，而且這樣的使用具有商業上的生存能力。因此，被告不需要為「推定之知悉」負侵權之責，而是著作權人應該證明被告對於特定侵權具有「合理、具體的知悉」，來滿足所謂知悉要件的法律門檻¹⁰⁶。接著，巡迴法院審酌原告是否滿足較高之知悉舉證標準時，強調被告知悉侵權行為之時間點是很重要的。著作權人被要求建立被告在他們輔助侵害的時候，對於侵權行為有特定的（具體的）知悉，而又未能對該訊息採取行動。原告就侵權行為的通知與此無關（亦即原告之通知不能作為特定知悉之證明）。被告的軟體設計非常的重要，被告不像 Napster 有中央伺服器控管可供上傳、下載的檔案目錄，他們沒有中央伺服器，對於使用人正在進行之侵權行為，沒有特定的知悉¹⁰⁷。

二、就實質輔助方面，巡迴法院認為被告與 Napster 不同

Napster 的侵權是透過一由 Napster 設計操控之整合服務（integrated service），Napster 提供了網站及設施（site and facilities）來直接侵害，且有能力監視及控制其網站去阻止侵權。但被告並未提供網站及設施幫助侵害，所有侵權的檔案和訊息都不在被告電腦之內。被告並未提供接觸（access），也不提供檔案儲存及目錄的維護，而是軟體使用

¹⁰⁶ 同前註., p.16-17, Napster 案地院認為在 Napster 交換之檔案，有 87% 是侵權檔案，Napster 不能證明其具有顯著之非侵權使用之可能。Napster 案巡迴法院判決雖不強調 Napster 現在侵權使用與非侵權使用之比例，但是 Napster 案並未忽略 Napster 對用戶直接侵權實際知情之證據，所以它說 Napster 從 Sony 案得不到什麼幫助。Grokster 案巡迴法院則顯然忽視此等證據（參後述），甚至錯用 Napster 對 Sony 案詮釋之標準。

¹⁰⁷ 同前註., p.17-18, 美國最高法院不認為被告知悉侵權行為之時間及軟體設計有什麼重要性。反之，其強調的是幫助侵權之目的與認識。

者藉由網路接觸其他使用者。原告不能證明被告以何種方式作實質輔助，所以被告並不成立輔助侵害¹⁰⁸。

三、著作權之代理侵害的三個要件

至於著作權之代理侵害的三個要件，(1)有直接侵權者；(2)對被告有直接財務上之利益（如收會費或廣告）；(3)有權利及能力監督該侵權者，前兩個要件，雙方沒有爭執，第三個要件，法院認為並不是主要爭點，法院指出被告與 Napster 不同，Napster 網站本身就是侵權的處所，因此 Napster 有義務行使其具有之權利和能力去警戒侵權，且 Napster 保留阻止侵權者接觸之權利。Napster 之中央伺服器檔名索引及強制登錄（註冊及登入）制度，使 Napster 知道使用人身份及所交換之音樂，並能控制、移除侵權檔案之交換及禁止使用人使用其軟體及服務。但 Grokster 及 Stream Cast 之架構與 Napster 不同。被告提供其網站流通之軟體，卻完全超乎其控制，Grokster 的網站是使用 KaZaA 建立的 FastTrack 科技，顯然非 Grokster 所能控制，Grokster 也不能修改 KaZaA 軟體或關閉超級節點。

Stream Cast 的網站是 Gnutella，其公開原始碼（open source）的性質，也使之不受任何企業實體的控制，或阻止任何人不去使用 Gnutella 的網站。他們也沒有操控一個 Napster 的中央集中檔案索引，也無證據顯示被告有能力在登入點阻絕個別使用者的接觸或終止其使用之能力，且欠缺一個強制使用者更新軟體的機制，或嘗試封鎖 IP 位址，各種用來支持代理侵害責任的監督及監視關係，在本案中是完全欠缺的。這是因為 Grokster 及 StreamCast 是比較真正分散的 P2P 檔案分享網站。法院認定被告不成立侵權，並指現有之著作權輔助侵害及代理侵害之判例，不應擴張延伸其範圍，去滿足著作權人之立即經濟目標，而改變一般之著作權法則¹⁰⁹。

¹⁰⁸ 同前註，p.19。

¹⁰⁹ 同前註，pp.21-24，第九巡迴法院認為被告是否有權利及能力監督侵權者，乃無關緊要，但最高法院卻認為這是增加其非法目的及故意幫助的證據。法院認為 Grokster 及 Stream Cast 之設計欠

末了，法院發表其對創新科技與法律界線的看法。法官說「我們居住在一個瞬息萬變的科技環境，而法院總是會被要求去調適網路創新潮流下，適應問題而帶出的惡質訴訟。新科技的引入，總是會對舊市場產生分裂瓦解的作用，並且特別是對那些透過長久以來所建立之散布管道下的著作權人作品，然而，新科技不管是一 player piano、一影印機、一錄音機、一錄影機，或是一個人電腦，或是一個卡拉 OK 的機器，或是一個 MP3 的播放機，歷史顯示時間及市場力量總是會在眾多利益之間取得平衡。

所以，為了確定特定市場濫用目的之下的責任理論問題，法院應該要很謹慎的來執行審理工作，而不需要去考量他們目前不論有何等明顯的規模。的確，最高法院已經告誡我們將這些事項留給國會來決定。在 Sony - Betamax 案件中，針對將著作權法應用在新科技上，國會所扮演的角色這件事上面，法院講的非常清楚，就如同最高法院在那個案子中所述，憲法第一條的方向是國會應該有權力來促進科技的進步，以及有用技藝的進步。在這裡，當憲法允許之下究竟國會選擇如何去立法規範，必須完全還原到國會的權限¹¹⁰。」

MGM 對第九巡迴法院判決上訴後，美國著作權局提出支持著作權人之意見書，兩造亦各有支持者以法庭之友 (Amici Curiae) 名義提出意見書，供最高法院參酌。Grokster 的支持者力陳本案基本上攸關科技政策，非關檔案分享或著作權之侵害，Sony 案之安全港原則仍應適用。MGM 的支持者主張 Sony 案向科技創新之一方傾斜，國會近年之修法，皆已不再考慮一個產品是否具有合法用途與非法用途之問題，Sony 案之安全港原則不應再援用，以免繼續威脅著作權¹¹¹。

參、美國最高法院 Grokster 案判決 -- MGM Studios, Inc. v. Grokster,

缺監督用戶之關係及強制更新軟體之機制，即認其並無侵權，卻忽略其侵權之意圖及作為之義務。

¹¹⁰ 同前註，pp.25-26。

¹¹¹ 宋皇志著「從 MGM Studios, Inc. V. Grokster, Ltd.案看 P2P 業者之侵權責任」一文，刊於科技法學評論 2 卷，頁 264 至 265。

Ltd. 545 U.S. 913 (2005)¹¹²

美國最高法院於 2005 年 6 月 27 日判決以九比〇之票數無異議廢棄 Grokster 案巡迴法院判決。最高法院指出第九巡迴法院錯誤解讀 Sony 案，Sony 案從來沒有取代間接責任之理論，其判決主文謂「任何人散布某裝置 (device 例如本案之 P2P 軟體) 的目的，就是為了鼓勵促使侵害著作權，藉其明確表示或採取積極之步驟以助成侵權，此時即已超越知悉第三人行為之單純散布，而應對第三人使用該裝置所因此導致侵害著作權之行為負責，而不論此裝置是否有合法之用途。」

最高法院在本件判決中先說明在證據開示過程中，相關之證據確立之事實，包括¹¹³：

一、最高法院在證據過程中相關之證據確立事實：

1. 被告沒有使用中央伺服器去攔截要求搜尋的內容，也非軟體使用者傳輸檔案 (本身) 的媒介。雖然 Grokster 及 StreamCast 並不知道何時有特定的檔案被重製，但依原告 MGM 委託統計學者進行一項系統性的搜尋，其研究顯示出可用 FastTrack 系統下載的檔案中，約有 90% 是有著作權的著作。即使無法充分指出哪一個檔案實際被使用者下載，或運用軟體去重製未受保護的資料有多頻繁，但 MGM 的證據使法院有理由相信大多數的使用者下載的行為都是侵權的，因為有超過 1 億個系爭軟體被下載，每個月有超過數十億個檔案透過 FastTrack 及 Gnutella 傳輸網路被分享，著作權可能之侵害範圍十分驚人。MGM 通知被告公司，有超過 800 萬筆有著作權的檔案可透過被告之軟體取得。

2. Grokster 及 StreamCast 承認大多數的下載侵權，也不爭執他們知

¹¹² 545 U. S. 913 (2005), 125 S. Ct. 2764 (2005), http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf ; <http://www.copyright.gov/docs/mgm/StatesAG.pdf>; last visited on Oct. 25, 2006。

¹¹³ 以下引用之判決譯文，係由華納音樂公司等告訴飛行網股份有限公司侵害著作權刑事案件中告訴代理人之一邵瓊慧律師主譯，並由本報告主持人徐玉蘭律師、陳家駿律師參與協助完成。

道使用者使用軟體最主要的是用來下載有著作權的檔案。有時被告公司直接知悉使用者之侵權行為，當使用者寄電子郵件給被告詢問，如何播放其所下載的有著作權的電影時，公司也會回覆並加以指示。

3. Grokster 及 StreamCast 並非只是侵害使用資訊之被動的接受者。記錄上有相當的證據顯示，從 Grokster 及 StreamCast 開始散布免費軟體起，都有清楚告知使用者，其目的就是可用以下載有著作權的作品，並採取積極的步驟去鼓勵侵害。Grokster 及 StreamCast 的促銷文宣表明特定、暢銷有著作權之歌曲，皆可透過其軟體取得。
4. 從惡名昭彰的檔案分享服務者 Napster，被著作權人控告其輔助侵害著作權後，兩位被告皆極力促銷自己成為 Napster 的接班人。StreamCast 開放一個與 Napster 程式相容之 OpenNap 軟體給 Napster 的使用者，以吸收 Napster 的使用者，利用 OpenNap 網路去散布 Morpheus 軟體並鼓勵使用者採用；廣告文宣表明其能吸引 Napster 使用者，於促銷 StreamCast 軟體的廣告寫著「取代 Napster 的第一選擇」，「當 Napster 的燈熄滅時，使用者要往何處去？」。StreamCast 還曾計畫要誇耀其軟體的非法功能；當它開始 OpenNap 網路時，其技術長曾聲稱：「目標就是要惹上法律麻煩並且被告，這是上新聞最好的方法。」。Grokster 開始自己的 OpenNap 系統 Swaptor 時，在其網址上置入了數位密碼，使電腦使用者在使用網路搜尋引擎時，只要是尋找 Napster 或 free filesharing 的就會直接連到 Grokster 網站，而在此可以下載 Grokster 軟體。而 Grokster 的名字很明顯是從 Napster 衍生來的。
5. 由 Grokster 及 StreamCast 所使用的營運模式可確認他們的主要目標就是在使用軟體以下載有著作權之作品。Grokster 及 StreamCast 不從使用者身上賺取利潤，使用者可免費取得軟體。兩間公司都從賣廣告來賺錢；將廣告導向其使用者。一旦使用者越多，廣告機會也就越值錢。

6. 沒有證據顯示任一間公司曾盡力從使用者下載檔案中去過濾有著作權的資料或阻斷分享有著作權的檔案。雖然 Grokster 在收到著作權人的警告通知後似乎有寄電子郵件警告使用者有關侵害的內容等，但其從未阻擋任何人繼續利用其軟體分享有著作權的檔案。StreamCast 不但拒絕其他公司提供幫助去監控侵害行為，反而封鎖他們認為欲監視其網路的網路通訊協定位址。

二、最高法院言及著作權與科技創新間之衝突平衡，及間接責任之必要性，並闡釋 Sony 案判決原則，指出第九巡迴法院錯誤解讀 Sony 案，忽視本案被告侵害的意圖：

1. 最高法院稱本案中呈現的正是藉由著作權保護以支持創意追求，以及藉由限制侵害著作權的責任以促進傳輸技術創新，此兩者之間的價值平衡的緊張關係。尤其是主張著作權資料的數位散布威脅到著作權人的程度前所未有，因為每一份重製都跟原本一模一樣，而重製又是如此容易。有許多人（尤其是年輕人）使用檔案分享軟體來下載有著作權的著作。這類軟體如此廣泛的應用將直接引起大眾討論著作權的政策，而使用像 Grokster 及 Napster 的軟體去輕易的下載歌曲及電影，正是在養成對著作權保護的輕蔑¹¹⁴。

儘管有相反的考量，但有鑒於使用 Grokster 及 StreamCast 軟體作侵權下載天天都在發生，在本案中要課與間接責任的論點仍是相當有力。當一個廣泛分享的服務或產品被用來製造侵權時，要對付所有直接侵害者，以有效保護著作權利乃不可能，唯一可行的方法，就是用輔助侵害或代理侵害的理論，去課與重製裝置的散布者間接責任。輔助侵害者是故意的引誘或鼓勵直接侵害；代理侵害者則是從直接侵害中獲利而不願去行使權利以阻止或限制直接侵害。雖然著作權法並未明白說出任何人需對他人的侵害行為負責，但從普通

¹¹⁴ 545 U. S. 913 (2005), p.11.

法原則中可以導出此間接責任的學說，此亦為法所確立¹¹⁵。

2. 最高法院檢視輔助侵權之判例 Sony 案件，該案表明了一項主張，即一個商業產品的散布會引起侵權的間接責任。該案中，著作權人控告 Sony，也就是錄放影機(VCR)的製造商，認為 Sony 應為 VCR 擁有者錄製有著作權的節目時侵害著作權的行為負輔助侵權責任。證據顯示 VCR 的主要功能為時間轉移 (time shifting)，即錄製節目等到較有空的時間再看，該功能被法院認為屬合理使用而非侵害。此外，沒有證據顯示 Sony 想要引起著作權的侵害或採取行為以從此非法錄製中獲利。基於這些事實，唯一可想像得到的責任基礎是因散布產品而負輔助責任的理論。因為 VCR 具有商業上明顯非侵害的用途，因此法院認為 Sony 不需負責。

這個理論反映了專利法傳統上認定的「主要商品理論」，即散布有專利權的裝置中的一個零件，並未侵害專利權，只要該零件可以適當用在其他用途¹¹⁶。這個理論解決了販賣有合法及非法用途零件而有的模稜兩可的行為，並且將責任限制在更為明顯的過失上，而非僅是知道某人的產品將被濫用¹¹⁷。

最高法院同意 MGM 認為上訴法院錯誤適用 Sony 案，它限制間接責任已超越原來適用的情形。Sony 案禁止以推定或歸咎侵權的意圖即認單純的散布或設計一個實際上有合法用途的產品，會構成間接責任。第九巡迴法院錯誤的解讀 Sony 案之限制，認為只要產品有實質上合法的用途時，其製造人絕不須為第三人的侵權使用行為而負輔助侵權的責任；更將此原則擴大解釋為：即使證據顯示在設計或製造產品之外的實際目的就是在引起侵權使用，除非散布者在

¹¹⁵ 同前註 ,pp.12-13。

¹¹⁶ 美國專利法 271 條 (c) Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial non-infringing use, shall be liable as a contributory infringer.35 US Code 271。

¹¹⁷ 545 U. S. 913 (2005), p.14。

「對輔助之特定侵權行為之時點有具體的認知 (specific knowledge)，並在知情後拒絕為任何行為，才有責任」。因第九巡迴法院錯誤解讀 Sony 案，以致認為被告沒有中央伺服器使其對特定之非法使用知情，因而並無輔助侵權責任。但 Sony 案並未取代間接責任之理論，第九巡迴法院給予被告有利之判決是錯誤的。¹¹⁸

3. 最高法院回到對侵權意圖的認定：

Sony 案的原則限制以所散布的產品之功能或用途來歸責其法律上侵權的意圖。Sony 案並未要求法院忽視有關意圖的證據，如果確實有此證據存在，該案也未排除從普通法上衍生的過失責任法則。因此，當證據已超越產品的功能 (characteristics)，或知悉該產品可能作為侵權使用，顯示其陳述及行為都在直接促成侵權，則 Sony 案的主要商品理論將無法用以排除責任。非法目的直接證據的典型案例是引誘他人為侵權的犯罪行為，或用廣告「慫恿或說服他人」去侵權。若有「採取積極的步驟去鼓勵直接侵害的證據，例如廣告侵權的使用或指導如何從事侵權使用，顯示產品是用來侵權的積極意圖，此一侵權行為的鼓勵，即克服了法律不願就單純販賣具有某些合法用途商業產品之人課予責任的障礙。最高法院認為若散布裝置的目的就是促使其侵害著作權，顯示其明白的意思或採取積極步驟以支持侵權，則必須要對第三人侵權的行為負責。引誘原則 (inducement rule) 必須以故意的 (purposeful) 及該受非難的 (culpable) 明示意思及行為，作為歸責的前提，因此並不會危及合法的商業交易或打擊有合法成果的創新¹¹⁹。

三、最高法院以被告促使使用者直接侵害目的認定被告有輔助侵權責任

(一) 被告非法的目的 (意圖)：¹²⁰

¹¹⁸ 同前註 ,pp.16-17。

¹¹⁹ 同前註 ,pp 17-20。

¹²⁰ 同前註 ,pp 21-22。

MGM 必須證明 StreamCast 及 Grokster 有傳遞引誘的訊息給軟體使用者。MGM 於本案已充分顯示該項訊息（如爭取 Napster 客戶的種種作法及取而代之之意圖）。在本案中，簡易判決的紀錄中有充分的證據顯示 Grokster 及 StreamCast 有藉其軟體使用於非法用途以造成侵害著作權的目的，使其有別於 Sony 案中的製造商及散布者。意圖的證據有三項特徵特別明顯：

第一，每一家公司都顯示出其本身旨在滿足一個要求侵害著作權需求的已知來源，亦即包括之前的 Napster 使用者之市場。Grokster 及 StreamCast 努力去提供服務給前 Napster 的使用者（他們因 Napster 受禁制令限制而被剝奪重製及散布絕大多數侵權檔案的機制），此是主要的侵害意圖。

第二，由 MGM 證明任一被告皆未想要發展在使用其軟體時的過濾工具或減低侵害行為的裝置，更顯增其非法目的的證據。第九巡迴法院認為此乃無關緊要，因為被告缺乏監看其使用者的獨立義務，但我們卻認為這些證據強調了他們故意幫助其使用者侵權的意圖。

第三，對於非法目的的直接證據有進一步的補充。StreamCast 及 Grokster 從賣廣告的空間賺錢，然後將廣告導向其軟體使用者的電腦上。一旦其軟體更廣泛的被使用，更多廣告寄出，會產生更大的廣告利益。既然軟體使用的程度決定了散布者的收益，該企業的商業取向將朝向高用量之侵權使用。被告的非法目的無庸置疑。

（二）使用者直接侵害的證據¹²¹：

除了侵權的意圖及散布適於侵權使用的裝置外，引誘理論當然會要求裝置——亦即本案的軟體——的接收者實際侵權的證據。已有證據顯示此種大規模侵害。

¹²¹ 同前註，p 23。

四、Grokster 案最高法院判決之結論：

末了，最高法院宣示，本案明顯與 Sony 案不同，適用該案而判決 StreamCast 及 Grokster 勝訴是錯誤的。Sony 所處理的責任主張是單純基於散布一個有合法及非法用途的產品，且知悉到有些人會將之使用於非法用途。該案認為產品實質上合法使用的功能可以限制「過失」的歸責及因他人非法使用所隨之而來的間接責任，並藉此兼顧了著作權保護及創新之間的平衡。

MGM 在本案提出的證據明顯的指出不同的責任基礎，即散布一個有數種用途的產品。在本案，散布者的言詞及行為已超過散布行為本身，而顯示了要造成第三人侵害著作權的行為並因此而從中獲利。如果引誘侵權的責任最終成立，則將不再是推定或歸因於過失的歸責基礎，而是可從顯示其目的的言詞及行為去推論出明顯的非法目的（故意）。發回重審時，MGM 對簡易判決重新考慮之請求應依本判決之意見為之¹²²。

五、對美國上述 P2P 判決之評論：

回顧前述幾件判決，Napster 很清楚的描述了有中央伺服器搜尋索引架構之 P2P 軟體及平台，輔助侵權責任及代理侵權責任，及其無法適用 Sony 案作所建立之合理使用（time-shifting）原則及責任限制原則（主要商品理論），Napster 被要求採取能力所及之過濾措施。Aimster 案也提到 Sony 案，明白的否決了被告援引 Sony 案件之庇護。Aimster 甚至不能證明其軟體有實際作為非侵權使用之事實。Aimster 軟體在從事搜尋及傳送搜尋結果時，故意將訊息加密，以製造 John Deep 不知到底那些歌曲被使用者在其系統內進行複製之事實，此種「故意盲目」仍構成知悉，Aimster 知道其使用者都是著作權的侵害者，但其並未作任何事情去防止侵權的發生，成立輔助侵害。Napster 及 Aimster 都探討輔助侵害的知悉及幫助要件，也正確地拒絕了 Sony 案件適用於此等具有輔助侵權意圖的被告。

¹²² 同前註，pp 23-24。

Napster 被告之後，Grokster 及 StreamCast 雖然都想接收 Napster 之會員大作生意，但是為迴避 Napster 案所建立的明確責任原則，不採混合式 P2P 架構，改採更為去中心化之軟體 (Morpheus、KaZaA)，以技巧地閃避法律責任。StreamCast 及 Grokster 在加州中區地方法院及第九巡迴法院的答辯策略為：

1. 強調他們與 Napster 不同，因為他們沒有中央伺服器作檔案索引，所以他們「不知」使用人「何時」交換「何一」檔案，對於具體的侵權行為沒有知悉，所以不適用 Napster 案意見（巧妙切割「推定的知悉」與「具體的知悉」）。
2. 把自己比喻為像 Sony 或 XEROX 的機器製造商，扛著創新科技的大旗，主張只要軟體有實質非侵權之用途，搭配其「不知」具體侵權行為，就可適用 Sony 案件的豁免原則。
3. 使用者不須 Grokster 或 StreamCast 網站的協助，即可使用軟體互相交換檔案，其無法控制散布出去之軟體的使用，或停止其使用，且無管制之義務。

對照 Napster 案，Grokster 確實已作好充分的防護措施，既要享受使用者侵權帶來的利益，又可避開法律責任。Aimster 簡單的用加密意圖脫責，Grokster 則是以縝密的設計，排除一切表面上控制之因素，在散布軟體之後不作任何控制，並且強調其完全沒有監督及控制的義務。整體而言，Grokster 規避的技巧升級，但侵害的本質絲毫未變。Grokster 用新架構及更嚴格的知情責任要件去說服法院，第一、二審都成功了。下級法院墜入了 Grokster 切割「推定的知悉」與「具體的知悉」之陷阱，以使 Grokster 能自喻如 Sony 一般只有「推定的知悉」（知道有人可能非法使用），但無「具體的知悉」（不知使用人何時交換何一檔案），藉此套用 Sony 案豁免責任，下級法院因而對 Grokster 引誘他人侵權的言詞及行為予以輕忽。

最高法院對自己判例作了清楚的闡釋，並直接指出巡迴法院錯誤解讀

Sony 案件，Sony 案件並沒有改變任何傳統的輔助侵權或引誘理論之原則，也沒有要法院去忽視促成侵害的意圖。Sony 案是因為 Sony 沒有鼓勵、引誘侵權之意圖，或從這個侵權行為中獲利，且其具有實質非侵權之用途，因而限制其間接責任，以確立著作權保護及科技創新利益間的平衡。最高法院在本案回歸到從侵害的意圖來認定責任，從 Grokster 開始散布軟體時，聲明其目的即在使利用人使用軟體下載有著作權之著作，又從其廣告、促銷及內部文件，認定 Grokster 對其軟體主要是用來下載有著作權的檔案清楚知悉，且以明確之意思表示或採取積極步驟而促成侵權，就應該為第三人之侵權行為負責。最高法院提綱挈領點出侵權意圖才是關鍵，其他不是重點。

最高法院顯然不理會 Grokster 等關於技術及架構的答辯（諸如被告去中心化的網路系統無法顯示哪一個檔案被複製及何時被複製、是否能夠算出哪個檔案被使用者下載、下載的次數、於會員實際下載時是否知悉），因其與「侵權意圖」的認定無關。最高法院甚至完全不區分「推定的知悉」與「具體的知悉」，而以被告清楚「知悉」其軟體主是用來下載有著作權的檔案，即為已足（不要求具體知悉）。最高法院也不認為 Sony 案的主要商品理論，必須量化非侵權使用的比例，或達到一定比例即異其對「知悉」舉證之標準。

第九巡迴法院認為被告是否有權利及能力監督該侵權者，無關緊要，因為被告缺乏監看其使用者的獨立義務（即使有能力監督，亦無須監督），最高法院卻認為被告從不發展在使用其軟體時的過濾工具或減低侵害行為裝置，凸顯了被告幫助其使用者侵權的意圖，因為過濾違背其營利之目的。最高法院完全不考慮 Grokster 及 StreamCast 不須修改軟體及並無強制更新軟體機制的答辯。最高法院著眼於侵權之意圖，一旦成立輔助侵權，法律就應給予被害人救濟，輔助侵權者必須（有義務）排除侵權檔案的交換，被告必須盡最大力量採取過濾措施（如 Napster 案所指示者）。修改軟體及強制使用人更新具有過濾功能之軟體，均是被告能力所及且所費不多的簡單技術，被告當然不能故意規避此一過濾機

制，使其免費。

第九巡迴法院及最高法院皆提到保護著作權以支持創意追求，以及限制侵害著作權的責任以促進技術創新，二者間的平衡問題。法院不願意看到為了保護著作權而扼殺新科技，也不願意新科技的運用輕蔑著作權。著作權法正是管理這種取捨。第九巡迴法院以歷史顯示，時間及市場力量總是會在眾多利益之間取得平衡，而將本件留給國會立法處理。最高法院則以被告有引誘侵權之故意，以故意及應受非難之明示言詞及行為，認定責任，並不會打擊創新，Grokster 的危言聳聽，不足為訓。本件判決對既有之輔助侵權理論及 Sony 判例適用範圍之闡釋，充分顯示當新科技侵入著作權領域時，在國會總是來不及介入之前，以既有的法律及判例審慎劃出界線，確立保護之原則及範圍，更是重要。

司法機關面對新科技，是不能期待「時間」自然解決的，如不能妥善適用現行法律，動輒退縮將之推給立法機關，必須付出慘痛代價，通常使著作權人承受此一苦果。Napster 案確立後，Napster 關站，蘋果電腦的 iTunes 數位音樂才能造成風潮。在最高法院宣示 Grokster 案之法律意見後，P2P 平台就不能再以技術及架構規避法律責任。從美國的案例及發展觀察，司法意見清楚劃出界線，確實關係產業之發展及走向甚鉅。

第八節、澳洲 Universal Music Australia v. Sharman License Holdings (KaZaA)¹²³

2005 年 9 月 5 日，針對澳洲唱片業控訴全球知名的 P2P 服務業者 KaZaA 侵害著作權一案，澳洲聯邦法院 Murray Wilcox 法官做出有利於唱片公司(Universal, EMI, Sony BMG, Warner and Festival Mushroom)的裁決，他雖未判 file-sharing 業者 KaZaA 應 shut down，但判 KaZaA 須對每天發生在其服務網路上，數以百萬計之著作權侵權行為負責！澳洲法庭裁決 P2P 軟體讓用戶得以侵犯音樂著作權，KaZaA 係授意使用人去

¹²³ Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd., [2005] FCA 1242。

侵害原告唱片公司的錄音著作權¹²⁴。法官命令 KaZaA 必須盡其所能修改軟體程式，以降低受著作權保護的音樂被分享交換侵害。同時，被告須賠償原告唱片公司 90% 的唱片銷售損失。至於確實賠償數額，將再開庭決定。

唱片公司認為，KaZaA 被用來大規模侵犯著作權。唱片公司還起訴美國的 Altnet、Wilcox 還判定 Sharman Networks、LEF Interactive、Sharman 執行長、Altnet 暨 Brilliant 老闆必須支付唱片公司 90% 的法律費用。但 Wilcox 也駁回了唱片公司的部分主張，例如 KaZaA 社群違犯澳洲的《商業常規法案》，共謀參與盜版行為，KaZaA 經理人也參與侵權活動。

Wilcox 法官指出，如果軟體發展商能夠滿足下面二個條件之一，KaZaA 網路就仍然可以運行。第一，當前版本的軟體中需要包含有「非選擇性的關鍵字過濾技術」，並向現有的用戶施加最大壓力使他們升級到包含有這種技術的新版軟體；第二，Altnet 名為 TopSearch 的搜尋軟體只侷限於提供不侵犯著作權的作品。

唱片公司起訴稱，Sharman 和 Altnet 共謀吸引大量的用戶利用 KaZaA 侵犯音樂著作權，並利用在 KaZaA 軟體中發布的廣告獲取經濟利益。Sharman 辯稱它無法過濾與 KaZaA 軟體中的著作權音樂。Sharman 的律師在辯護中說，Sharman 從來都沒有認可著作權侵害行為。據 Sharman 表示，KaZaA 會向用戶發出有關著作權的通知，P2P 網路的分散性使得對用戶的控制和監管幾乎是不可能的。Sharman 律師辯稱 KaZaA 軟體不過是一個 tape recorder 或 photocopier，KaZaA 無法控制其網站上侵權者的侵害行為。

本案法官 Wilcox 與美國聯邦最高法院在 MGM Studios v. Grokster, 125 S. Ct. 2764 (2005) 一案中所採的見解相同，都認為提供檔案分享的

¹²⁴ 請參

<http://www.ifpi.org.tw/0909KURO/%E5%9C%8B%E9%9A%9BP2P%E4%BE%B5%E6%AC%8A%E6%A1%88%E4%BE%8B.doc>。

服務，可能構成著作權的輔助侵害（contributory copyright infringement）。Wilcox 認為，被告因散布 KaZaA 之行為，KaZaA 網站的確造成"it would be to encourage visitors to think it 'cool' to defy the record companies by ignoring copyright constraints"之效果而構成著作權侵害¹²⁵。

壹、Sharman 案的摘要

本案自 2004 年 2 月繫屬於法院，著作權人提起多項主張，但只有著作權侵害一項獲得確認。其中有 6 名被告對 98 個錄音著作構成侵害。

一、澳洲對次要（或從屬）侵權責任（Secondary Liability）之態度

1. 澳洲著作權法係明文禁止從屬侵害（in Section 101(1) of the Copyright Act of 1968）
2. 澳洲 2000 年數位議程修正案（Australia's Copyright Amendment (Digital Agenda) of 2000）¹²⁶中，就此禁止訂有三項考量因素：
 - (a) 該權利主體防止從事相關行為的權力範圍；
 - (b) 該權利主體與實際從事相關行為之人間任何關係的本質；
 - (c) 該權利主體是否採取任何合理之步驟以防止或避免該行為之發生，包括其是否遵守任何相關產業的業務準則。
3. 本案法院另外強調一項未成文的考量因素，即「該權利主體是否知情」。
4. 另外，本案法院澄清，書面或正式的許可或批准，並非構成此種侵權之要件；因此，縱屬不作為或漠視，仍有可能構成此種侵權。

¹²⁵ 以上詳參 CNET 新聞專區：Steven Deare，6/9/2005，<http://taiwan.cnet.com/news/ce/0,2000062982,20101224,00.htm>；鉅亨網記者查淑妝 2005-09-06 10:45 蕃薯藤-新聞-IFPI TAIWAN：澳洲法院判決 KAZAA 侵權成立須賠償 90% 唱片銷售損失。本段內容部分參考「數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究 期末報告」，委託單位：經濟部智慧財產局，執行單位：益思科技法律事務所，91 年 11 月 28 日。

二、本案判決

1. 按澳洲向來處理此種案件之原則，Wilcox 法官認為，依 2000 年施行的 Section 112E，Sharman 無須僅因提供侵權的設備，即負有侵權之責。
2. 然而，Wilcox 認為，Section 112E 並非豁免一切此種侵權之規定。有其他證據顯示，Sharman 仍須負責。
3. Wilcox 指出，相較於 KaZaA 在其網站以及對軟體使用者的授權協定中，載有「禁止侵害著作權」之警告，Sharman 從未致力限制其用戶對著作權構成之侵害，而 Sharman 是有能力以上述方式來限制侵權的。另外，判決中對於以「過濾分享檔案其檔名之關鍵字」的可行性，以及使用「黃金檔 (“gold files”，指共同被告 Altnet 所提供的數位權利管理保護檔，digital rights management (DRM) protected files)」的可能性，都著墨甚多。如果 Sharman 在檔案搜尋的結果，將受有著作權保障的著作都更換為這些黃金檔，則用戶的下載將不致違法、或受有數位權利管理及保護、抑或只能僅能搜尋到樣本的檔案。因此，Wilcox 法官認為，Sharman 是有能力防止或減少侵害的，然而，Sharman 卻沒有這麼做。
4. 另一方面，因為 Sharman 倚賴廣告為其收入的來源，因此可理解地，檔案共享的增加，是其所樂見的。因此，Wilcox 法官認為 Sharman 對於其用戶侵害著作權的事實，是知情的。然而 Wilcox 也指出，這點並不直接構成著作權的侵害。

三、救濟(Remedy)

1. 基於上述判決，Wilcox 法官認為，Sharman 因容許 KaZaA 用戶複製錄音著作及傳遞，並使之更加容易，因此構成著作權的侵害。
2. 同時，Wilcox 法官認為，應該讓相關被告有機會修改 KaZaA 的系統，以兼顧著作權的保障以及其他用戶的言論通訊自由。關鍵字

過濾及黃金檔過濾可能就是解決方案之一。因此，本案判決令兩造得在一定期間內簽立協定，排除侵權的資料，俾使該已被確認具有防範侵權的系統，得以繼續運作下去。

第九節、台灣士林地院 ezPeer 著作權重製與公開傳輸案

壹、ezPeer 著作權刑案梗概

國外 P2P 造成之風潮，國內嗅覺靈敏的業者不遑多讓，紛紛仿效。只是國外 P2P 網站除了 Amister 案之 John Deep 外皆未直接向會員或使用者收費，國內最大的兩家 P2P 業者全球數碼科技股份有限公司 (ezPeer)，及飛行網股份有限公司 (Kuro)，則是直接向使用者收費，且當初明白拒絕向著作權人取得授權，堅稱彼等只是平台，個別會員之侵權行為與彼等完全無關，反而向立法院遊說引進「著作權補償金制度」¹²⁷。占國內唱片銷售量 80% 以上的唱片公司 (華納、滾石、上華、福茂、科藝百代、新力哥倫比亞、博德曼、豐華、環球、艾迴、魔岩、華研)，對 ezPeer 及 Kuro 提出侵害著作權之刑事告訴，民事假處分及刑事附帶民事訴訟¹²⁸，請求禁止交換侵權檔案及賠償。台灣士林地方法院檢察署及台灣台北地方法院檢察署分別起訴 ezPeer 及 Kuro，但刑事法院審理結果，ezPeer 無罪，Kuro 有罪，在國內造成極大的震撼。吾人所關心的不僅僅是判決的結果，更是它的推理及影響，以及因這兩個案件所暴露出來司法機關處理新科技的態度，在此檢討並提出建言。

貳、ezPeer 網站之營運

全球數碼科技股份有限公司 (下稱數碼公司或 ezPeer) 負責人以一個不知設在何處，名為 Eastern Sky Ltd (下稱 Eastern) 的海外公司成立

¹²⁷ 參陳家駿著，對網路 P2P 業者著作權補償金制度提議之意見，智慧財產局智慧財產權月刊，2004 年 4 月。

¹²⁸ 在第一審判決之後，ezPeer 與 Kuro 分別於 95 年 5 月及 9 月與唱片公司達成和解，賠償損害及取得授權，轉型為合法音樂網站，IFPI 乃撤回假處分及刑事附帶民事訴訟。

www.ezPeer.com之網站（其網域名稱註冊於數碼公司之 sirium.com 網站下，營業地址、電話與數碼公司同），該網站實際業務皆由數碼公司執行。數碼公司自 89 年 10 月起，以點對點檔案分享軟體（下稱 ezPeer 軟體，包括 ezPeer 主機伺服器端軟體與客戶端軟體）及網站主機，經營 ezPeer 網站，以提供申請註冊之會員交換（含傳輸及下載）MP3 格式之錄音檔案、視聽檔案為主要業務。

數碼公司自 90 年 10 月起，開始向使用者收取服務費，凡欲利用數碼公司之 ezPeer 網站交換 MP3 檔案者，均可免費下載 ezPeer 軟體，註冊成為會員，但須透過管道付款，以取得 P 點（P 點為 ezPeer 虛擬之貨幣單位，1P 點等於新台幣 1 元），每下載 1MB 即扣 1P 點（1P 元），或月繳新台幣（下同）100 元即可無限下載（吃到飽）所有連線會員分享夾內之 MP3 錄音及視聽、色情檔案。數碼公司收入之 P 元，按數碼公司、上傳方（即提供檔案之會員）、網路服務提供者（即 Seednet）各分得百分之卅、卅、廿，其餘百分之廿名義上作為「數位版權催生基金」，但從未支付權利人分文，全部由數碼公司取用。ezPeer 號稱有會員 100 萬人，實際使用者約 20 萬人。

為了收費，ezPeer 必須對會員身份及是否繳費予以驗證，通過驗證才提供服務，其控制力比 Napster 更強（Napster 不收費，對會員真實身分不予查證）。數碼公司經營期間，除與上傳會員分帳 P 元，以鼓勵會員盡量上傳歌曲、影片，增加可交換之檔案外，另以各式廣告贈送 P 元或延長使用期限之方式，鼓勵會員用力分享檔案，因而有會員陳 XX 等人，經由數碼公司之網站下載侵權檔案，再任由其他會員自渠等之電腦中下載，會員陳 XX 等因而可與 ezPeer 朋分 P 元。

參、唱片公司著作權人對 ezPeer 提出刑事告訴

財團法人國際唱片業交流基金會（IFPI）於 91 年 3 月 8 日代表其會員華納公司等通知數碼公司陳奕迅等人演唱之「反正是我」等 35 首歌曲，被 ezPeer 會員非法重製、公開傳輸，請其停止會員交換之行為，對違

法之會員依其使用規範終止服務。於 91 年 3 月 25 日 ezPeer 回覆已停止交換，但事實上並非如此。IFPI 91 年 4 月 22 日再列出會員公司所有之歌手名及發行品牌名稱，請其停止會員下載、傳輸上開錄音著作之行為。數碼公司接函後僅於網頁上以「ezPeer 重要公告」之方式，請會員「配合」尊重他人智慧財產權，未曾採取其他有效之方法阻止侵權檔案之交換¹²⁹。

91 年 7 月華納公司等錄音著作權人對數碼公司及負責人提出侵害著作權刑事告訴¹³⁰，指其與會員陳 XX 等人係侵犯著作權之共同正犯，乃著作權法第 91 條意圖營利擅自重製罪之常業犯（當時著作權法尚未增訂公開傳輸權）。告訴人聲請至數碼公司搜索或勘驗，並願提供網路技術及法律專家協助，士林地檢署不准。一般而言，檢察官對於會員之非法下載，願意聲請搜索票¹³¹，因為法律責任清楚、明確，但對於提供交換服務營利之數碼公司及負責人，因 P2P 係新型態之網路科技應用，無例可循，故對搜索、查扣等強制處分至為猶豫。因本案未搜索查扣任何被告實際運作模式及內容之直接證據，致使公訴人及告訴人日後在法院審理時之舉證陷入苦戰。

肆、ezPeer 案檢察官之偵辦

檢察官偵查中，告訴人提出被告技術長 Jones Lin 發表之「P2P 的技術架構」一文（2002 年 3、4 月發表，作者承認 ezPeer 是 Napster 式的混合架構，有中央伺服器，提供檔名索引及搜尋）、Envisional 公司對 ezPeer 所作之技術報告、交通大學林教授、吳先生所作之「MP3 檔案共享服務之技術分析」及林教授以 Sniffer Pro 軟體紀錄 ezPeer 處理驗證、搜尋、下載、回報、記帳流程之畫面，證明 ezPeer 係混合式 P2P，對於會員交換之檔案知情並有能力控管、過濾侵權檔案；告訴人並提出

¹²⁹ 以上係參考華納公司等之告訴狀內容。以下兩造偵查及審判中之攻防及舉證資料，均由 IFPI 提供。

¹³⁰ 士林地檢署 91 年度偵字第 10786 號。

¹³¹ 諸如陳 XX、周 XX、鍾 XX、黃 XX、陳 XX 等 ezPeer 或 Kuro 之會員，皆因搜索而查獲起訴。

Napster 案判決、ezPeer 會員陳 XX、周 XX、顏 XX 之起訴書¹³²、各被侵害歌曲在 ezPeer 網站被交換之畫面、ezPeer 網站上各種教導會員使用軟體下載侵權檔案及促銷，鼓勵下載之資訊。

伍、ezPeer 案被告之答辯重點

ezPeer 被告辯稱其中央伺服器只作收費及會員身份之驗證，伺服器內沒有 MP3 檔案內容或檔案資料庫（索引），其本身並無重製、傳輸之行為，也無從分辨會員傳輸的檔案是否侵害著作權，其乃像 Yahoo 之搜尋引擎，或像 Sony 之錄放影機製造商，依技術中立原則，不應為他人非法使用之行為負責；ezPeer 對於會員的侵權行為並不知悉，其在使用規範中要求會員不得有侵害著作權之行為，若有，應由會員自行負責；公開傳輸權亦有合理使用空間，會員若無刑責，被告亦不成立犯罪。

ezPeer 提出荷蘭 KaZaA 案地院判決、ezPeer 自己製作之實機展示環境簡報、羅明通著「MP3 數位音樂檔案之重製、傳輸與合理使用之界線——從主從架構至 Peer-To-Peer 分散式檔案共享架構之觀察」及「P2P 資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價——兼論折衷式與無階式 P2P 之技術差異」二篇文章¹³³、中華工商研究院出具之報告書¹³⁴、Grokster 案中區加州地方法院判決，著作權法第 51 條之 1 條正草案（欲以著作

¹³² 陳 XX 92 年 7 月被士林地檢署以 91 年度偵字第 5186 號案件起訴。周 XX 於 92 年 5 月 26 日被台北地檢署以 92 年度偵字第 12243 號案件起訴。周 XX 自 90 年 10 月起架設天馬音樂網，將其自 ezPeer、Kuro 下載之錄音著作放在其天馬音樂網內，公開提供予不特定人免費下載。顏 XX 於 91 年 12 月 31 日被高雄地檢署以 90 年度偵字第 21062 號案件起訴。

¹³³ 被告援引羅明通所著之「MP3 數位音 2 檔案之重製、傳輸與合理使用之介限——從主從架構至 PEER-TO-PEER 分散式檔案共享架構之觀察」，謂「有的軟體例如 Gnutella 則不需中心伺服器之協調，…乃是屬於一種無階式(no-tier)之傳輸模式，例如 Gnutella、Aimster、Freenet 均屬之，國內由全球數碼科技公司所提供之 ezPeer 軟體亦應屬此類。」，主張其係分散式架構。然而羅明通教授並非技術專家，亦未曾至 ezPeer 實際檢測其主機運作狀況，恐係依照 ezPeer 說法自述而未經查證之說明。其次，Aimster 應是 Napster 混合式架構，羅明通教授似有誤解。被告依該文之見解，主張其既係分散式架構平台，即無責任。然而羅明通教授從架構觀察，著重的強調 P2P 架構不同，責任即不同，其援引 Napster 與 KaZaA 案上訴法院之判決對比，得出上述結論，惟其結論完全從技術觀察，忽略被告侵權之意圖及其在會員侵權行為中所扮演之關鍵不可或缺角色，由 Grokster 案最高法院判決意見檢驗此種依架構區分責任之理論，應非可取。與羅明通採取相同見解的，有陳榮林著「點對點傳輸之著作權侵害問題——以美國法為中心」（國立交通大學科技法律研究所碩士論文）（2003 年 6 月）及李婉萍、鄭苑瓊著「數位內容分享之商業模式與政策規範——以 Peer-to-Peer 音樂分享為例」一文，刊於萬國法律(No.133)2004 年 2 月，頁 96。

¹³⁴ 中華工商研究院是受 ezPeer 委託出具報告，證明 ezPeer 20 餘台伺服器中之一台(Peer 15)內沒有檔案名稱及檔案內容。

權補償金制度取代授權)。簡而言之，被告否認是 Napster 架構，遵循 KaZaA 案上訴法院及 Grokster 案地方法院判決所指引之無責方向答辯。

陸、ezPeer 案士林地檢署起訴理由

士林地檢署於 92 年 12 月 4 日以 92 年 7 月 9 日修正之著作權法第 91 條第 1 項、第 92 條第 1 項（意圖營利重製及公開傳輸罪）之常業犯起訴負責人，數碼公司則依同法第 101 條第 1 項被起訴¹³⁵。檢察官駁斥被告之答辯如下：

一、被告扮關鍵角色，應評價為犯罪構成要件之決定性行為，核屬正犯

以告訴人提供之證據，認定 ezPeer 並非分散式之 P2P 架構，乃是 Napster 的混合式架構，由中央伺服器作驗證、建立檔名資料庫及搜尋。中華工商研究院之報告並不可信。如阻絕會員與 ezPeer 伺服器之 IP Address 時，會員無法使用 ezPeer 軟體，搜尋功能亦無法顯示任何結果，益徵會員若欲正常使用 ezPeer 軟體，恆需仰賴數碼公司設置之檔名索引伺服器連線，若排除前揭伺服器，會員彼此間根本無法傳輸、下載檔案；而被告公司亦藉會員間非法重製、公開傳輸告訴人等享有著作權之著作，營運獲致暴利。

ezPeer 網頁內容甚至提供最新 MP3 中文歌曲（下載）排行榜、最新院線電影下載排行等分類索引，使會員得透過瀏覽網頁方式，快速知悉最新上市顯然有著作權之著作，直接點選下載，被告主觀上不僅可預見，並容認此侵害結果之發生而有直接故意，且於侵害告訴人等著作財產權之整體犯罪過程中，其行為亦屬不可或缺之關鍵重要角色，應評價為犯罪構成要件之決定性行為，核屬正犯無疑。¹³⁶

二、被告提供檔案索引伺服器，向使用者收費機制，明確知悉會員身分

¹³⁵ 士林地檢署 91 年度偵字 10786 號、92 年度偵字第 4559 號起訴書。

¹³⁶ 同前註，頁 11 至 12。

並上網當時 IP 位址

KaZaA 軟體並無集中式之伺服器擔任檔案索引供使用者利用，使用者搜尋、下載 MP3 檔案亦無須連上 KaZaA 網站，與被告之科技原理迥然不同（此係因被告收費，必須驗證）。被告辯稱未涉入使用者間之違法行為，並已再三警告會員不得利用其開發之軟體侵害他人著作權，及法院應採用「技術中立原則」等詞，與其網頁廣告鼓勵下載最新流行音樂及電影相較，在在彰顯被告答辯與實際不符¹³⁷。

被告所提供之「檔案共享服務」，除需要在使用者端安裝特定的軟體即 ezPeer 軟體，透過此軟體來連結被告所管控之檔名索引伺服器連線，始能正常運作，且本件被告所提供之「ezPeer 檔案共享平臺」，對於檔案提供者並檔案查詢者，因存在向使用者收取費用並貼補檔案提供者（分給 P 元）之機制，當然明確地知悉雙方之會員身分並上網當時之 IP 位址，此與一般「搜尋引擎」無須安裝特定軟體（只要有瀏覽器即可），對使用者不作登錄、不收費，有重大差異。

三、被告對會員下載檔案內容大小，其軟體設計認知掌握也證明被告有保存紀錄

會員下載 ezPeer 軟體繳費後，可執行該軟體。會員連結 ezPeer 網站所管理之伺服器，主機先驗證該人是否為已付費之會員，經准許登入後，除將會員個人電腦內特定資料夾（「共享資料夾」）內之 MP3 格式之錄音、視聽檔案之名稱、存放路徑、IP 位置、傳輸埠號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」資料庫中予以記錄，並由該檔名索引伺服器提供其他以相同手段登入同一連線伺服器群之相同型態資訊，供其他連線會員以輸入關鍵字搜尋前述動態更新資料庫之方式，進行點選欲下載 MP3 格式之錄音、視聽檔案，每下載一個檔案完成欲結束使用時，該軟體即會連線至被告公司控管之伺服器回報該會員下載歌曲之位元數大小，以便對公開傳輸 MP3 格式檔案之會員及下載

¹³⁷ 同前註，頁 12 至 13。

該檔案之會員雙方進行交互計算（結帳）以增減 P 點，由此顯見被告對於會員下載檔案之內容、位元數大小，在軟體設計時已充分認知並掌握，否則無法計費；排行榜也證明被告公司有保存下載紀錄，方能完成排行計次¹³⁸。

四、會員非合理使用，被告對會員有犯意之實質加工積極倡導屬共同正犯

已起訴之被告會員陳 XX、周 XX 下載、重製盜版錄音著作份數已達五百餘首，按查獲時合法著作重製物市價，顯超越新台幣三萬元，斷非合理使用。又被告在會員提供 MP3 格式非法傳輸之犯罪行為中，除扮演關鍵之角色，更進一步給予一定比例(30%)之回饋鼓勵會員，鼓勵會員密集侵害他人之著作財產權，其對於會員群體間有犯意之實質加工並積極倡導，屬共同正犯¹³⁹。

綜上，檢察官起訴書清楚明確地論及 ezPeer 意圖營利，鼓勵會員利用 ezPeer 整體服務交換侵權檔案，ezPeer 表面上雖以定型化之規範要求會員不得侵權，只是掩耳盜鈴之舉，從其實際之鼓勵、幫助、誘使會員大量交換最新流行歌曲及電影之行為，其共同犯罪之意思甚明。

士林地檢署起訴後，美商迪士尼企業股份有限公司等電影著作權人於 93 年 1 月 19 日亦對數碼公司及負責人提出告訴¹⁴⁰，刑事警察局 93 年 4 月 30 日另移送負責人違反兒童及少年性交易防治條例（ezPeer 網站有散布色情電影、圖片）¹⁴¹，兩案均併入 IFPI 告訴案件審理。

柒、ezPeer 案士林地院之準備及審理程序

士林地檢署 92 年 12 月起訴後，士林地院至 93 年 9 月才開第一次準備

¹³⁸ 同前註，頁 14 至 15。

¹³⁹ 同前註，頁 15 至 16。

¹⁴⁰ 台北地檢署 93 年度他字第 909 號、93 年度偵字第 4121 號。

¹⁴¹ 士林地檢署 93 年度偵字第 4429 號。

程序。在準備程序中，受命法官要求公訴人及被告說明 ezPeer 運作架構，並且就證據能力及聲請調查證據表示意見。審理時，法院指示公訴人應從 1. ezPeer 之整體運作方式；2. ezPeer 是否（共同）正犯；3. ezPeer 是否間接正犯；4. ezPeer 是否構成消極之不作為犯；5. ezPeer 是否教唆犯、幫助犯；6. ezPeer 可歸責之原因，六大方面論述。

捌、兩造提出之攻防依據

在士林地院之準備程序及審理程序中，告訴人另提出林教授、吳先生所著之「國內音樂交換平台業者過濾侵權曲目可行性之分析」一文¹⁴²、士林地院 92 年度民執雅字第 1533 號執行命令¹⁴³、交通大學蔡教授接受士林地院民事執行處委託所作之鑑定報告¹⁴⁴、台灣高等法院 93 年度抗字第 1310 號裁定¹⁴⁵、各國 P2P 平台架構及責任比對表、ezPeer 運作流程圖、ezPeer 網頁英文簡介¹⁴⁶、智慧財產局「有關不宜增訂著作權法第 51 條之 1 建立『著作權補償金制度』之說明」¹⁴⁷、Aimster 案判決、MMO 案判決、Grokster 案第九巡迴法院判決、韓國漢城高等法院 Soribada

¹⁴² 林教授該文肯定 ezPeer 有驗證主機及集中檔名索引伺服器，可在其檔名索引伺服器內放入一份「侵權曲目清單」，於分享、查詢及下載任何一個階段，予以濾除。

¹⁴³ 告訴人對 ezPeer 提出假處分聲請，禁止被告交換附件所列之 105 首流行歌曲，士林地院於 92 年 12 月 4 日發出假處分執行命令，命 ezPeer 過濾該 105 首歌曲。但 ezPeer 謊稱其無法過濾，致執行毫無效果。

¹⁴⁴ 士林地院民事執行處為確定 ezPeer 有能力過濾侵權檔案，委請蔡文能及莊裕澤兩位教授出具鑑定意見。蔡文能教授於 93 年 12 月 16 日報告中指出 ezPeer 可以過濾侵權檔案並提出具體作法，莊裕澤教授亦肯定之。士林地院民事執行處法官據此報告，於 93 年 12 月 28 日第二次發出執行命令。

¹⁴⁵ 此為飛行網股份有限公司不服台灣台北地方法院 92 年度智裁全字第 20 號假處分裁定，提出抗告。台灣高等法院仍維持假處分裁定，僅就執行方法略作變更。

¹⁴⁶ ezPeer 網頁英文簡介內容為：「About us : Eastern Sky Ltd. was established in May 2000 with an ambition to become the largest Chinese multimedia-sharing community based on the successful peer-to-peer model pioneered by Napster... Eastern opened a new chapter in bringing Napster-like services to the Chinese-Speaking world with the launch of ezPeer in October last year.」表明其是類似 Napster 型態的 P2P 網站。

¹⁴⁷ 智慧財產局反對 ezPeer 與 Kuro 提案修法之「著作權補償金制度」，詳於後述。智慧財產局發布「有關不宜增訂著作權法第 51 條之 1 建立著作權補償金制度之說明」，反對 Kuro 與 ezPeer 所提著作權法第 51 條之 1 之「著作權補償金制度」草案。該草案係 Kuro 與 ezPeer 欲引進類似德國對錄音機、錄影機、空白媒介物課徵補償金之制度，以取代著作權人之授權。智慧財產局反對之理由有五：1. 授權利用原則不宜輕易推翻。2. 合理使用規定已兼顧利用人權益。3. 補償金制度係補償著作權人於合理使用之損失，但不能取代授權利用原則。4. 授權利用仍為網路業者利用著作之唯一途徑。5. 網路業者之提案等於揚棄著作權法制。另持同樣見解者有陳家駿，請參陳家駿著：「對網路 P2P 業者著作權補償金制度提議之意見」一文，刊於智慧財產月刊第 64 期(93 年 4 月)，另章忠信亦認以補償金作為擬制授權的對價，絕對是一項錯誤的思考，參章忠信著「引進著作權法補償金制度之是與非」一文，可見於 <http://www.copyrightnote.org>, last visited on Oct. 25, 2006。

民事判決、Soribada 高等法院刑事及民事判決比對表及評論(內容同於前述 Soribada 案之說明)、各國 P2P 平台架構及責任比對表、ezPeer 會員鍾 XX、黃 XX 之起訴書、陳 XX、周 XX、顏 XX 之判決書、侵權歌曲在 ezPeer 網站被交換之搜證畫面及公證畫面等證據，法院依檢察官之聲請傳喚林教授、蔡教授、高先生(刑事警察局偵九隊之電腦專家)、ezPeer 之吳姓工程師)，了解 ezPeer 之運作方式。

被告方面則提出 KaZaA 案上訴法院及最高法院判決、韓國漢城高等法院 Soribada 刑事判決、Grokster 案第九巡迴法院判決、台大資訊管理學系莊教授之鑑定報告¹⁴⁸、ezPeer 與其他 P2P 軟體及搜尋引擎比較表、及一些報章雜誌之文章、剪報，法院依被告聲請傳喚莊教授。本案雙方攻防極為激烈，94 年 6 月 6 日最後一次審理，從早上九時開庭到晚上九時結束，雙方當庭均以 Power Point 展示說明，應是開了科技司法先例。

玖、ezPeer 案士林地院判決結果

在 ezPeer 宣判日前二日，美國最高法院判決撤銷第九巡迴法院 Grokster 案之判決，告訴人緊急補呈最新判決譯文供法院參考，但顯然於事無補，士林地院於 94 年 6 月 30 日判決數碼公司及負責人均無罪。判決結果一出，IFPI、Müst、MPA 等著作權人團體卻極端錯愕、震驚，宣稱這是台灣唱片界最黑暗的一天，著作權人堅信 ezPeer 有罪，要上訴到底，同時向使用 ezPeer 進行非法交換音樂檔案的使用者宣戰¹⁴⁹。台北地檢署開始擔心尚在台北地院審理之 Kuro 案是否會受到 ezPeer 判決之影響。音樂著作權人黃立成(麻吉)發表了一首「報應」的歌發抒不滿¹⁵⁰，大歎「音樂快斷氣了都沒人要管 Kooro、EZP 很爽 大家都慘」。

¹⁴⁸ 莊教授係 ezPeer 推薦給士林地院民事執行處之鑑定人，亦肯定 ezPeer 有能力過濾侵權檔案。

¹⁴⁹ 94 年 7 月 1 日中國時報、聯合報、自由時報、民生報、經濟日報、工商時報、蘋果日報等均大幅報導 ezPeer 判決及各方意見。

¹⁵⁰ 黃立成這首「報應」歌詞為：

「口白：為我們台灣的音樂默哀，這首歌獻給謀殺台灣音樂的

著作權法第 51 條之 1 和所有的幫兇

邱議瑩 秦慧珠 劉文雄 蔡煌瑯 王幸男

張學舜 杜文卿 許榮淑跟另外 37 個立委

還有判兇手無罪的王梅英法官。

有兩個沒種的兄弟、一個叫 kooro 一個叫 EZP

智慧財產局發表行政機關尊重法院判決之意見，但提醒使用人勿錯誤解讀此判決¹⁵¹。音樂及錄音、電影著作權人陷入空前未有之司法挫敗，而國內第一家合法音樂網站「艾比茲」(iMusic)也因不敵 ezPeer 及 Kuro 非法網站之競爭，在劣幣驅逐良幣下悄然於 94 年 6 月停業¹⁵²；不僅實體正版唱片銷售額節節敗退¹⁵³，網路音樂銷售更因非法 P2P 網站會員之無限下載而蒙受無法估計之損失。ezPeer 的無罪判決對唱片產業無異雪上加霜。

拾、士林地院 EzPeer 案判決之檢討

本件是我國首宗 P2P 網路音樂著作權案件之判決，可說是最近 10 年內最重要之科技法律案例，有其一定影響力。本案判決洋洋灑灑寫了 47 頁，不可謂不用心，但是其中刑法及著作權法的法律見解及認定事實之證據取捨，在在有許多值得商榷之處。本案判決檢察官已提起上訴，目

表面上正常 暗地到處偷東西 偷了台灣最國際的玩意
現在混到當大哥覺得了不起 敢光明正大的買廣告騙你
一百萬人不知道買到賊東西 還覺得價錢賣的真是便宜
付錢的人不知不覺就當了共犯 每次都偷一個人叫鄭老闆
鄭老闆公司倒閉沒錢週轉 鄭老闆員工失業沒錢吃飯
誰還要繳稅養那些沒有用的官 我看不到誰在保護智慧財產
音樂快斷氣了都沒人要管 kooro E2P 很爽 大家都慘
你最好小心 你可能死於非命 相信這個世界有報應
不要以為你永遠都可以逃得掉 報應會到 只是來的時間晚或早
音樂快斷氣了誰該負責任 kooroE2P 報應一定會發生……………」

其中因為提到 Kuro、ezPeer「他們一定收買立委才敢這麼屌，沒法律就幫他們創一條」，激怒被點名提出著作權法第 51 條之 1 修法草案之立法委員，立法委員提出誹謗之告訴，台北地檢署原對黃立成作出不起訴處分，後又起訴，現在台北地院審理中。本案涉及言論自由之爭議。

¹⁵¹ 智慧財產局於 94 年 7 月 1 日在其網站公布「智慧財產局對 ezPeer 判決之說明」一文，謂：「按有關網路上提供及運用 P2P 蒐尋軟體，公開傳輸及重製著作之著作權問題，行政部門認為應掌握「科技中立」原則。就軟體之開發、提供者而言，並不因研發與提供而當然產生法律責任，須視具體個案當事人究如何運用此等科技而定，如軟體業者藉其提供軟體之行爲獲得利益，對利用人之侵害知情，有控制權利及能力，仍有被認定爲侵害，應負法律責任之可能性（按此與智慧局 92 年 6 月 5 日智著字第 0920004696-0 號函所表示之意見相同）。另就使用者而言，因網際網路無遠弗屆，網路上公開傳輸與重製他人著作成立「合理使用」之空間相當有限，成立侵權之可能性極高（按此與智慧局 92 年 7 月 29 日智著字第 0921600565-0 號函意見相同）。

¹⁵² 艾比茲是年代集團旗下之音樂網站，93 年 4 月風光開台，15 家唱片公司力挺，累積 50 萬首歌曲，目標 20 萬會員。一年下來會員人數只有 4 萬人，付費的僅 2 千多人，與 ezPeer 及 Kuro 百萬會員相比，少得可憐。合法網站要支付大筆權利金，投入成本過高，利潤太低，沒有生存空間，艾比茲不堪長期虧損而停業，與唱片公司解約及退費給會員。

¹⁵³ IFPI 祕書長 2005 年 4 月 1 日之「台灣唱片業近年的發展」一文，提到 2004 年實體唱片之銷售量已降到 1997 年之 36%。國外合法音樂網站下載，2004 年呈現四倍成長，超過 230 家，音樂曲目的提供較 2003 年成長兩倍，已達到 100 萬首歌曲，超過兩億首單曲付費歌曲被下載，較 2003 年成長 10 倍以上，消費者願意購買線上音樂的意願大幅提高，但是台灣還看不到這個榮景。

前在台灣高等法院審理中¹⁵⁴。茲就士林地院之第 728 號判決，提出討論如后。

一、本案 ezPeer 網站運作方式

(一) 士林地院就技術方面之認定

士林地院判決認為：全球數碼公司以 P2P 檔案分享軟體(包括主機伺服器 server 端、客戶 client 端軟體)及網站主機，經營 ezPeer 網站，以提供使用者交換(傳輸及下載)檔案。所謂 P2P 系統，係指網路使用者各自在電腦內儲存檔案，使用者之間互相分享資料，使用者的各自電腦兼任中央伺服器角色，亦即既是 client 端又是 server 端，不必透過傳統之中央伺服器，使用者之間直接分享資訊。網路是以資訊的使用者(client)與提供資訊的伺服器(server)連線構成，早期網路是主從式架構，但隨網路 P2P 系統崛起，相互分享資訊的電腦間沒有存在主導的角色，很難評價哪台是伺服器哪台是使用者電腦，也沒有特定伺服器主導包含檔案交換之資料傳送行為。

網路上 P2P 搜尋方式大致分二類，一類是為個人使用者間相互連線而介入的中央伺服器型態(姑以「集中式」稱之)，一類是擁有類似性能的電腦使用者間相互連線，不透過中央伺服器，使用者相互間自行交換檔案的型態(姑以「分散式」稱之)。全球數碼公司 P2P 之營運模式，係在網路上提供 ezPeer 軟體供使用者免費下載，下載後並非即能啟動該軟體，須進而註冊為會員及設定分享目錄，付費使用 ezPeer 客戶端軟體，嗣後始可上網搜尋及下載檔案。使用者搜尋前需先登入主機系統，經驗證確認使用者帳號密碼，方得輸入欲下載 MP3 音樂檔案關鍵字(如歌名、歌手等)，連上其他使用者分享資料夾內之檔案進行搜尋，如欲

¹⁵⁴ 台灣高等法院 94 年度上訴字第 3195 號。

下載檔案，則須經驗證使用者是否付費；經確認後，使用者與所欲下載檔案之對象直接進行 P2P 下載，不經過被告公司所提供之主機¹⁵⁵。

(二) ezPeer 網站的檔案搜尋模式，採「集中式」或「分散式」判斷

公訴人主張被告於起訴前是集中式，起訴後於 93 年 4、5 月以後變更為分散式，被告則稱其始終都是分散式（但被告或稱其是 Gnutella 純粹分散式，又說其是 KaZaA 的超級節點式，或說是智能非結構化方式，莫衷一是）。林教授到庭作證，說明其在起訴前偵測紀錄之畫面證明當時是集中式，但被告質疑林教授之畫面非完整、連續之紀錄。被告說服了法院，法院因而否定林教授畫面之證明力，甚至完全否認其證言。

(三) 士林地院對集中式及分散式之認定

區別 P2P 系統檔案搜尋模式為「集中式」或「分散式」於刑法評價上有無實益：本判決接著表示：被告及數碼公司於起訴前提供 ezPeer 之網路平台予會員以營利之行為，當時 P2P 架構下搜尋檔案模式固無從確認，然公訴人既指陳被告及數碼公司於起訴後所經營之 ezPeer 網路平台，P2P 架構下搜尋檔案模式亦採分散式，並主張採此分散式搜尋檔案模式，將搜尋分為「被告驗證主機提供會員 IP 位址」及「其他客戶端提供檔名」兩階段行之，與集中式搜尋模式下，搜尋全部由集中檔名索引主機搜尋，功能及效果完全相同，在法律上之評價亦無二致。

易言之，被告提供會員使用 ezPeer 網站平台搜尋檔案之模式，兩造主張雖有不同，但此爭點之討論，對公訴人所稱「被告所提供之網站平台與會員互動之整體運作行為（包括廣告、促銷活動等周邊服務行為）構成著作權法上之犯罪」這個命題真偽之判斷上，其實並不具有價值。本案被告之「行為」是否該當於著作權法第 91 條、第 92 條擅自以重製、公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪之探討，評價之對象應係被告上開 ezPeer 之營運模式，而非被告所提供之 ezPeer 網站平台搜尋檔案

¹⁵⁵ 第 728 號判決理由第貳段第一中段。

之方式，此在本案並非重要爭點¹⁵⁶。法院表明 ezPeer 架構為集中式或分散式，刑法評價上並非關鍵，應從整體營運模式評價，此點是屬正確。

因本來技術就是人開發出來的，開發者希望以如何之技術手段達成營運目的，或以那種技術規避可能之法律責任，都是可以藉設計而完成。科技可以把男人變成女人，則把集中式變為分散式又有何難。比如說美國 Aimster 案的被告，把使用者搜尋、下載之指令予以加密，使它「技術上」不知道使用者在作什麼，但就著法律評價而言，它是利用技術「故意盲目」，製造其不知侵權的假象，仍被判定為知情（故意盲目就是知情的證據）。

Napster 案法官認為 Napster 創造了一個怪獸，Napster 就必須管制這隻怪獸，沒有不能管制的道理。Grokster 案的被告，一直把法院拉進技術的泥沼裡，強調其 P2P 技術方法及搜尋方式與 Napster 不同，網站沒有控制的權利，也無監督之義務，以致從地院及巡迴法院愈陷愈深，不能自拔。直至最高法院廢棄下級法院完全陷入技術泥沼之機械式認定，改以提綱挈領、執簡御繁之方式，回歸輔助侵害傳統理論，集中關注於 Grokster 之運作模式，而不管平台是集中式或分散式，認為 Grokster 散布軟體予第三人，知悉第三人使用其軟體而侵權，而明確表示或以自己之行動促成侵權，即具有侵害著作權之意圖，應為第三人之違法行為負責¹⁵⁷。法院在處理新科技案件時，應勿迷失於技術之叢林中，而致模糊法律之評價。

在本案審理過程中，告訴人及林教授、蔡教授、高先生一再強調 P2P 搜尋方式或架構為何，不是問題，不應以架構區分責任之有無，應視 ezPeer 對於所提供之軟體及對會員之利用行為，有無管理及控制之權利及能力，有無主導、鼓勵、促使會員之侵權而採取積極步驟以促成其侵權並

¹⁵⁶ 第 728 號判決理由第貳段第三中段。如果集中式或分散式不是重點，以法院後面所述判決理由，即使 ezPeer 是集中式，也不會有責任，此與法院在第一中段承認集中式平台對會員之交換非法檔案，通說認有責任之說法互相矛盾。

¹⁵⁷ 陳家駿著「從網路電子交易評我國首宗 P2P 著作權重製與傳輸之 ezPeer 案判決」一文，刊於月旦法學第 130 期，2006 年 3 月出版（以下簡稱陳家駿文），頁 54、55。

從中獲利，來判定責任，而非如羅明通教授建議之以集中式或分散式之機械式二分法(即有無 index sever)劃分責任之有無。智慧財產局及學者章忠信對 P2P 業者責任亦持相同之看法¹⁵⁸，士林地院予以採取，堪稱妥適。惟士林地院雖認為 P2P 是集中或分散式並非重點，但其後述之判決理由，卻仍在片斷之技術層面打轉，未真正從管理系統、與使用者之關係、關於使用說明等方面細究 ezPeer 整體機制及運作，至為可惜。

二、被告本身是否違犯非法重製及公開傳輸罪之單獨正犯

(一) 從構成要件審查

士林地院認為被告未從事著作權法「擅自重製或公開傳輸他人著作罪」之構成要件行為。不論在自然行為或社會事實的觀察上，被告己手並無任何「重製」或「公開傳輸」他人著作之行為，重製或公開傳輸 MP3 檔案者，係利用被告所提供之網路平台之會員，實現狹義不法構成要件者係會員，並非被告。從而，其設置網路平台供會員使用，在法律上是否可逕將被告提供設施或未過濾檔案之行為，直接評價為該當於重製、公開傳輸構成要件之實施，非無斟酌餘地¹⁵⁹。

以上士林地院觀點似值商榷，蓋刑法上之構成要件該當，從未以自然行為或「己手」為限，從 ezPeer 架構可知，固然重製與公開傳輸之「物理動作」，均係使用者所為，但如因此即認為 ezPeer 並非扣板機者，故構成要件不該當，顯然忽略刑法上一個最基本的理論——以積極作為支配，使不法構成要件行為實現，構成要件仍屬該當。

次從社會事實觀察，會員利用 ezPeer 網站從事重製及公開傳輸，會員唯一的行為只是「按鍵」而已，乃被告提供並參與犯罪構成要件從啟動至完成之所有關鍵行為（積極作為），即一切使構成要件該當之必要條件都由被告完成，缺乏其參與，即無從進行侵害重製及公開傳輸之行

¹⁵⁸ 智慧財產局 92 年 7 月 29 日智著字第 0921600565-0 號函意見及章忠信著「提供檔案分享軟體的行為是否構成著作權侵害」一文，可見於<http://www.copyrightnote.org>, last visited on Oct. 25, 2006

¹⁵⁹ 參第 728 號判決第參大段第一中段第(二)小段。

為，法院所謂被告僅單純提供設施之行為，無法直接評價為該當於構成要件之實施，即有待商榷¹⁶⁰。

依學者黃榮堅見解，刑法上對於犯罪參與之評價，只有一種態樣，就是正犯，且是單獨正犯。從刑法之目的看，對於不法之利益侵害的實現，只要有其因果關係，那麼不管用什麼手段來使此一不法利益侵害實現，都不重要¹⁶¹。只要行為人的行為能夠支配不法構成要件的實現，其行為即該當不法構成要件，就是犯罪結構所要求之不法行為，亦即只要行為人在實現構成要件關係上有足夠的支配因素作基礎，就是一種道道地地的不法行為¹⁶²。

士林地院對於構成要件該當之狹隘看法與現行刑法之理論及實務見解不符，完全忽略被告在會員之犯罪構成要件實現時之優勢支配地位。

（二）從客觀歸責理論審查：

士林地院認為現行法律未禁止或限制被告提供 ezPeer 機制，亦未將其列為犯罪行為，立法者且未對其行為禁止或為限制——例如設立檢驗、攔阻會員傳輸某些特定(違法)檔案之義務，ezPeer 提供使用者傳輸的內容，當然包括合法檔案，即使有傳輸未經授權的內容，仍有合理使用空間，本身並非犯罪工具，從客觀歸責理論，其並未製造法律所不容許的風險，不能將使用者利用 ezPeer 機制犯罪之不法結果，歸責予被告¹⁶³。關於此，法院的見解亦有問題，申論如下。

1. 法院首先論到因果關係，謂依條件理論（認為造成具體結果所有不可想像其不存在的每個條件，皆為發生結果之原因，有因果關係）認定，被告吳 XX 開發軟體、設置網路平台供會員傳輸下載檔案，在發生會

¹⁶⁰ 陳家駿文，頁 52、53。

¹⁶¹ 參黃榮堅著「共犯與身分」一文，刊於刑事思潮之奔騰~韓忠謨教授紀念論文集頁 226、209。

¹⁶² 參黃榮堅著「基礎刑法學(下)」一書第 263 頁、320、340 頁。

¹⁶³ 參第 728 號判決第參大段第一中段第(三)小段。

員非法傳輸下載檔案而違反著作權法第 91 條、第 92 條之時，其行為與結果之間自具有因果關係。此部分意見，應屬正確。

2. 其次，法院審查歸責要件，探討被告之上述行為是否對著作權法第 91 條、第 92 條所要保護的著作財產權，製造了法規範所不容許的風險。法院的判斷邏輯，非常簡單：因為「現行法—無論是著作權法或其他法律，均無任何法律規範禁止、限制開發 ezPeer 軟體，或是禁止提供 ezPeer 軟體上市給大眾使用」，所以，ezPeer 並沒有製造法律所不容許的風險。上開判決理由，充分暴露出法院因新型態 P2P 之出現，不知如何適用既有刑法理論之窘態。蓋以：

(1) 客觀歸責理論，目的在於確認被告之行為非屬於狹義之構成要件行為後，其行為是否可以歸責的問題。法院依(1) 行為人製造了法所不容許的風險，(2) 該風險在具體結果中實現，(3) 且該結果存於構成要件之效力範圍中，則行為人的行為將被評價為已實現了客觀構成要件而可被歸責。法院上述判斷順序，邏輯上並無錯誤。有問題的是法院對風險的認知與判斷，及以此為前提的後續論述。

(2) 法院在判斷被告有無製造不可容許的風險時，以現代工業設施（如煉油廠、核電廠）或藥品，其設置或生產本身，均會對社會生活產生若干風險。因此立法者權衡重大社會利益與產品風險，訂立安全標準，容許某程度的風險存在，若因此產生意外事故，乃立法者所容許的風險，尚不能對不法結果歸責；反之，設置或生產行為已經違背安全標準時，因此導致不法結果，這時，應認為已有規範所不容許的風險。士林地院以「法律」規定的標準作為判斷風險的唯一根據，既然法律沒有禁止 ezPeer 軟體及機制，它就是合法的，社會就應該容許它所造成的風險，此一觀念恐怕與通說理解的標準有相當大的差距；以實體法是否有所規定作為判斷風險是否為法所不許之依據，在許多情況會造成循環論證的結果。

告訴人強調著作權人未發行 MP3 格式之錄音及視聽著作，因此以整個社會現狀，亦即整體網路音樂的通路判斷，合法的 MP3 檔案究屬少數，被告提供交換服務中所進行的檔案有很高的機率來源不法，不為法律社會所認可¹⁶⁴。士林地院僅以立法者未訂定 ezPeer 機制之風險標準，判定其無責任，恐違客觀歸責理論及社會經驗事實。

- (3) 刑法的目的，在確保法益不受侵害，立法者把法益侵害的各種標準，類型化(抽象化)到刑法分則或特別刑法或附屬刑法裡，作為一個法益侵害的標準。以刑法第 271 條殺人罪為例，法律只說「殺人者，…」，它不會、也無法、更不必把所有殺人的手段、工具鉅細靡遺的臚列在法條內，比如說「拿刀刺入心臟」、「以槍扣扳機打太陽穴」、「過馬路時，明知有車高速駛來，卻向盲人詐稱無來車，快過」，致該車撞及盲人致死者」、「推人墜入深淵者」。司法者應藉著立法者規範的事實特徵，藉著涵攝的過程，將之適用於具體個案¹⁶⁵。

著作權法(特別刑法)對擅自重製及公開傳輸予以處罰，不管任何行業、任何人，不得從事任何形態之擅自重製與公開傳輸行為，著作權法通常不須對某一種商業型態或商業機制予以禁止；提供 P2P 機制不會被列為犯罪行為，正如開設 KTV 不會被列為犯罪行為一樣，但法律仍禁止其服務涉入非法重製或公開上映、公開演出、公開傳輸行為。蓋著作權法所禁止者，係針對非法重製及傳輸行為之規範，而非禁止或限制提供何種機制，士林地院對法律規範之客體有所誤解¹⁶⁶。

- (4) 由前述的國外判決分析可知，Napster 案及 Grokster 案巡迴法院、Soribada 案都提出非法檔案占 P2P 平台網站交換之檔案比例

¹⁶⁴ 鄧迺騰亦認此一事實足以認定被告容忍網站會員侵害著作財產權人之重製行為，具有故意。參其著「以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行爲的評價」一文，刊於智慧財產權月刊，67 期(93 年 7 月)，頁 122 至 123。

¹⁶⁵ 參台北地檢署檢察官李傳侯在 Kuro 案件之補充理由書。

¹⁶⁶ 陳家駿文，頁 53。

(87%、90%、70%)，Napster 案認為如此高的侵權比例，製造了法不容許之風險，成立輔助侵害。Grokster 案巡迴法院及 Soribada 刑案卻認為 P2P 軟體現在或將來仍可有合法用途，不成立輔助侵權。Grokster 案最高法院判決則根本跳開比例之困擾，並不在非法與合法之檔案比例上著力，完全著眼於有被告知悉有相當數量的侵權檔案在 P2P 網站交換，業者予以鼓勵、促成此等侵權行為，即應對使用人之侵權行為負責，不論其 P2P 軟體是否有合法之用途。¹⁶⁷ 本來，侵權者應就其侵權行為負責，當然不得以其有多少合法行為來阻卻其違法行為之責任。正如小偷被抓到，不能以家裡百分之九十的東西都是買來的，就不必為偷來的百分之十的東西負竊盜刑責。

Grokster 案巡迴法院錯誤解讀 Sony 案之「實質非侵權使用」原則，以之適用於 P2P 平台，Soribada 案刑事判決照抄，士林法院亦馬首是瞻。由士林地院判決理由分析，其確實受 Soribada 刑事判決影響最深，可能因為 Soribada 案是國外唯一的 P2P 業者刑事案件。美國最高法院揚棄了以非法用途之比例固非判斷責任之標準，但有相當高之非法用途比例，當然使 P2P 平台之不正當性增強。

本案告訴人雖未能提出精確之統計數據證明非法檔案在 ezPeer 交換之比例，但告訴人是國內唱片及電影片之主流業者，最新發行之錄音專輯、電影透過廣告促銷及散布，在市場上已是一般人公知之事實，無庸舉證。被告之網頁上各種廣告都是在宣傳告訴人最新之專輯及影片，要網友趕快抓來下載，其排行榜全是最新流行之著作，風雲榜之交換數量更是驚人¹⁶⁸，公訴人於辯論時，均逐一展示予法院。法官承辦本案，不論是看告訴人搜證之畫面或親自上一次

¹⁶⁷ 美國大法官 Ginsberg 於 Grokster 案所提之協同意見書中表示，即使以系爭軟體所交換之檔案，絕大部分並未侵害著作權，惟當下載數量非常龐大時，亦非可當然認其具有實質非侵權用途而予免責。更何況系爭軟體多數用於侵權用途，被告從中取得高額利益，被告之證據不足以證明系爭軟體有實質合法用途。

¹⁶⁸ 以告訴人提出被告網站公布的風雲榜廿天被下載量，第五百名為 76,618MB，第一千名為 56,278MB，第五千名為 22,564MB，第一萬名為 13,629MB，以各排名最低數量計算，前一萬名被下載量至少有 230,849,000MB(76,618 X 500 + 56,278 X 500 + 22,564 X 4,000 + 13,629 X 5,000 = 230,849,000)，相當於四千六百十六萬九千八百首歌，平均一天就有二百三十萬八千四百九十首歌被下載。

ezPeer 網站流覽其網頁，即可得知此一之事實，故此應是公知及法院職務上所已知之事實，依刑事訴訟法第 157 條、158 條之規定，無庸舉證。

- (5) 士林地院又以「ezPeer 軟體可搜尋之對象並不限音樂，…，除 MP3 音樂檔案外，亦可搜尋或傳輸文字檔、圖片檔、影片檔等檔案格式，屬於公共財或公共領域之歌曲等，亦均以 MP3 格式在網路上流傳，而此也可藉由 ezPeer 軟體搜尋下載，可知透過 ezPeer 軟體下載之 MP3 格式之檔案亦有合法者。…況且，就傳輸他人享有著作權之檔案而言，不論傳輸、下載均有合理使用空間，不能僅以會員有傳輸他人享有著作權檔案之行為，即認侵害他人著作財產權，即認 ezPeer 應負刑事責任」。

上開意見，很明顯是受到 KaZaA 案、Grokster 案巡迴法院判決及 Soribada 案刑事判決之「合法用途」說影響。ezPeer 固然可以交換非 MP3 之文字檔（如聊天室），但 ezPeer 絕非以聊天、搜尋文字資料或福音歌曲吸引會員，會員上 ezPeer 網站乃是為了取得其他網站無法快速、大量提供之 MP3 歌曲、電影。雖然有福音歌曲及無著作權之歌曲在網站流通，究竟是少量非主流之作品。告訴人已表明著作權人沒有發行 MP3 格式之產品，網站上的 MP3 歌曲及電影皆未得到授權。法院由上述事實應可合理判斷絕大部分的檔案交換皆係非法，但法院對於其職務上已明知之事實，仍以告訴人未能證明檔案非法比例，卻以被告亦未能證明之合法比例，認其軟體既有合法用途，因而對於其他會員非法交換之行為，不必負責，在證據取捨及認定上，難謂妥適¹⁶⁹。

¹⁶⁹ 士林地檢署在上訴書中指責士林地院判決謂：「所謂之正版唱片，既無以 MP3 檔案格式在網路上發行、銷售，則會員透過 ezPeer 網站，以 MP3 格式達到「傳輸」、「下載」目的之歌曲，顯然均屬侵害他人著作權之物，於此前提下，告訴人遭侵害著作權之物究竟有多少數量？比例為何？或 ezPeer 是否交換 MP3 音樂檔案為「主要業務」？根本已非重點。原審斤斤計較於「主要業務、告訴人歌曲之市佔率，亦有未當。」，乃屬的論。

(6) 士林地院認為會員可有合理使用空間，所以 ezPeer 有合法用途，被告無侵害意圖的論點，更是獨樹一格。迄今為止，國外尚無一個判決認為會員是合理使用，因為在網路上向不相識、不知名之數十萬人以至數百萬人，透過平台媒合而公開傳輸下載檔案，絕非合理使用（參 Napster 案、Soribada 案、Grokster 案判決理由）。況且，被告係利用所有會員之交換行為營業牟利，不論個別會員是否成立合理使用之抗辯事由，被告應無成立合理使用之餘地¹⁷⁰。士林地院以會員可能有合理使用空間，推斷被告無侵權故意，確有可議。

(7) 士林地院並認為 92 年 7 月 9 日修正之著作權法第 91 條第 2 項，及第 92 條第 2 項（於 93 年 9 月 1 日修正廢止）關於非意圖營利及公開傳輸他人著作罪之規定，以重製、公開傳輸數量及侵害金額達一定額度為要件（5 份或 3 萬元），仍須視個案判斷，而指被告可能因會員不構成犯罪，亦無責任。然而，如果是吃到飽的無限下載，以人性之貪婪，誰會只下載五首歌呢？就算有這麼規矩的會員，究竟有幾位呢？是否只要有一個會員可能不構成犯罪，被告對於其他會員的大量犯罪行為，即無責任？公訴人既以常業犯起訴被告，法院應從其是否以侵害著作權為營業論述，而非以其有多少未經證實可能的合法用途，豁免其責任。

三、被告是否與會員成立著作權法上非法重製、公開傳輸罪之共同正犯：

士林地院認為無證據認被告係基於侵權之意圖設立網站，或被告就會員從事之特定犯罪有任何認識或心理接觸，也無從確認採取 P2P 的傳輸機制，只使用於侵權用途，或以此為主要用途，關於 ezPeer 利用人是否絕大多數為非法使用，迄無任何可信的實證數據可憑，是以無論從被告積極的提供 ezPeer 軟體予使用者傳輸檔案之作為，或從消極的未控管過濾檔案等不作為的角度來看，都無從認定被告與實際從事侵權的使用

¹⁷⁰ 此係告訴人之主張。

者成立共犯關係¹⁷¹。以下茲逐一檢討士林地院觀點：

(一) 按共同正犯指二人以上，以共同犯罪之意思，彼此分工協力，共同實施犯罪行為，故共同實施者在合同意思範圍內，不論係同時實施、或各自分擔犯罪行為之一部，均係相互利用他人之行為，以達犯罪目的，即應對於全部所發生之結果，共同負其刑責。亦即共同正犯間，非僅就其自己實施之行為負責，在犯意聯絡之範圍內，對於其他共同正犯所實施之行為，亦應共同負責。更何況共同行為實施，依大法官釋字 109 號解釋，不以行為人實施構成要件行為為必要，即如構成要件以外行為之共同參與，亦可構成共同正犯，這些理論均足堪為本案之參考。

從功能性支配理論言，被告在整體機制中居於指揮角色，聯繫互不認識之會員進行侵權行為，會員不能離開其網站機制去交換檔案，被告與其會員乃係分工合作，共同實施犯罪行為，彼此互為補充而具有功能性支配以完成犯罪¹⁷²。共同正犯的功能性犯罪支配在於：在實行階段，對實現構成要件提供不可或缺的條件，重要的是互相分工的共同作用，而不是行為人對於過程的主觀想法。就本案而言，會員在未取得著作權人同意或授權下，利用 ezPeer 軟體違法下載有著作權之 MP3 檔案，會員下載重製時，因重製行為係發生於會員與會員間，當會員選擇執行下載功能實際下載檔案時，即發生檔案被重製之實害結果，業者提供軟體及平台服務之行為，即與會員成立重製罪之共同正犯¹⁷³。

矧業者如無意以該軟體供會員違法重製，在技術方面有能力過濾檔案名稱，以減少會員違法大量下載有著作權檔案之情形發生，惟其不此之圖，放任會員無限下載，益見其對會員會發生違法下載之行為顯可預見，並不違背其本意，且與會員間係在有意識、

¹⁷¹ 第 728 號判決第參段第二中段第(三)小段。

¹⁷² 林山田著「刑法通論(下)」，八版，頁 56、67。

¹⁷³ 台北地院 92 年度訴字第 2146 號判決。

有意願交互作用下，具共同重製之決意或犯意聯絡（Grokster 案最高法院認為不去過濾，就是侵權意圖之證據）。從而，當業者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機制任意下載有著作權之檔案時，即可謂係其與會員間犯意聯絡形成之時點，至於會員何時實際使用其提供之軟體違法下載重製檔案，下載之檔案內容及數量為何，因均在其所容許之範圍內，不違反其讓會員隨時無限下載之本意，自不影響其與會員共同重製犯意之成立¹⁷⁴。

是就本案會員之違法下載行為而言，被告既可預見其會員會利用其提供之軟體及服務違法下載重製他人享有著作權之檔案，惟仍不違背其本意，提供該軟體供其使用，容許會員可利用該軟體及服務違法下載，且其使用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認為係與業者相互分工始能完成，而客觀上亦係由業者與會員共同完成，則業者與會員間顯然具犯意聯絡及行為分擔，應屬共同正犯¹⁷⁵。

- (二) 士林地院認為被告沒有侵權的意圖，完全不探究被告有否以招徠會員侵權作為營業訴求，僅以廣告係「促銷行為」一語帶過，其認知與一般大眾之認知及經驗法則容有落差。任何人進入 ezPeer 網站，怵目所及者如皆為當下最新之院線電影及甫推出之最流行新歌，充斥著無數可供交換之盜版電影及音樂檔案，都是盜版。業者以此主打並向消費者慫恿促銷，誘使網友月繳百元可以吃到飽無限下載，目標當然是最受歡迎卻未經合法授權之電影及音樂，這是客觀週知之社會生活事實，屬公眾週知之事，無庸舉證。

關於被告具有與會員共同侵權之犯意聯絡，公訴人及告訴人已舉出許多證據，諸如 ezPeer 明示拒絕與著作權人洽談授權，亦知會員未得權利人授權；ezPeer 的分帳回饋機制（提供檔案者，可從

¹⁷⁴ 以上係本案告訴人之主張。

¹⁷⁵ 參台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號 Kuro 刑事案件判決理由。

ezPeer 分得 P 元；會員愈多，ezPeer 獲利越多；會員侵權愈多，ezPeer 獎勵愈多；ezPeer 指示會員侵權並主持分贓工作，二者唇齒相依，共存共榮)；會員由其牽線，開啟雙方連結下載路徑，會員與 ezPeer 間基於共同之認識及意願而發揮積極的交互作用；ezPeer 提供哈燒榜(把最新最熱門的歌曲、電影作成哈燒榜)、MP3 排行榜 (MP3 歌曲下載排行榜)、點歌本子、新片快遞、推薦 in 碟 (最新專輯推薦及介紹)(以上均是不必以關鍵字搜尋，即得於網頁直接點選下載)，而被告在廣告中更公開鼓勵會員「用力分享」、「無限下載」，「丁口世暴」、「瘋狂下載」、「當漏 (down load) 到手軟」。

被告乃以其積極之行為主導、誘使、鼓勵、促成會員之侵權，會員省點小錢，ezPeer 從會員之侵權行為賺了大錢，互有犯意聯絡。士林地院雖然完全承認被告上開言行及事實，但卻謂「然此商業促銷手段，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 網站平台是否基於侵害著作權之意圖不能混為一談」。然而，被告明知所促銷者是侵權檔案，希望會員大量利用其軟體的目的，絕非交換福音詩歌(沒有一首福音詩歌上過排行榜，被告也不是清高的傳道者)，被告教唆或煽惑他人犯罪的廣告，為何與被告的共同侵權意圖無關，令人不解，難道其促銷之真意，不在於傳輸及下載最新流行之著作嗎？美國最高法院強調廣告就是「引誘侵權」的最佳證據，士林地院卻說此與侵權意圖無關。士林地院的態度，似乎只有當被告承認有侵權意圖時，才能認定其不法。

- (三) 法院更進一步以被告已於網站上刊登「使用者規範」、「著作權規範」等公告，明訂使用者不得利用 ezPeer 軟體侵害他人之著作財產權，告訴人實施假處分後，被告已在網站上公告勿交換假處分歌曲，所以被告亦無意圖侵害他人著作權。檢察官在起訴書中已將「使用者規範」諷為掩耳盜鈴之舉，法院卻拿此作為被告沒有侵權意圖之證據。被告言行不一，其在明知會員非法交換檔案

情況下，拒不採取過濾措施，毫不尊重著作權，在接到假處分執行命令後，仍欺騙法院謂其無法過濾，拖延一年後，仍以技術規避，不作徹底之過濾。被告之「著作權規範」公告會員「應尊重」著作權，只是故意盲目之鴛鴦作法而已，以之作為無侵權意圖之脫罪手法，士林地院以 ezPeer 有規範及公告，即認定其無侵權意圖，恐係察其言而未觀其行所造成之偏差。

- (四) 士林地院認為不論被告主機系統是否有「檔名索引伺服器」，也不論其主機是否透過所謂「客戶端軟體回報之 Peerlist 檔」可得而知使用者搜尋下載之檔案名稱，此等「電腦軟硬體的認知」，無從逕轉換為被告「自然人的認知」，且被告不可能 24 小時在線上監控使用者之使用情形，逕認被告知悉各該會員特定檔案傳輸之行為，而與之成立共同正犯¹⁷⁶。

以上士林地院論點，如純從機械論角度觀之，似無可議，然如從社會觀念或法律角度觀察則不然，蓋電腦軟硬體之所以能夠認知(即操作)，當然是經自然人設計創造使得軟硬體可以認知(正如同程式碼本身是電腦的認知，但卻是由自然人的認知寫成，二者乃一體兩面)，亦即已經自然人之主觀意欲評價轉換成具體科技設施供人使用。簡言之，ezPeer 架構不是天上掉下來的，而是被告這個自然人為達特定目的有意創造出來的產物。因此硬將「電腦軟硬體認知」從「自然人認知」切割開來，謂二者無關，似欠周延¹⁷⁷。若依此理論推衍，即使 Napster 之混合式有中央索引伺服器之平台，也不會有責任，因為電腦軟硬體之認知不等同於 Shawn Fanning 的認知，Napster 不必過濾侵權檔案。這種論調，實難讓人接受。

從風險的製造與控制的觀點視之，本應由開啟風險之人進行合理的管控，否則即為將自身所製造的風險轉嫁給他人(即告訴人)

¹⁷⁶ 參第 728 號判決第參段第二中段第(三)小段。

¹⁷⁷ 陳家駿文，頁 54。

而任令法益侵害之不合理結果蔓延。被告以電腦主機犯罪，當然也能以電腦主機控制犯罪，不必。被告不必晝夜不眠不休在線上監控，士林地院理由有欠允當，顯而易見。

(五) 士林地院謂即使傳輸他人有著作權之檔案，也可能主張合理使用，並舉政府機關名義公開發表之著作，載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事論述，皆可在合理範圍內公開傳輸¹⁷⁸。然查政府著作、時事論述，與商用流行歌曲在性質上大異其趣，蓋網路上讓人下載流行歌曲構成公開傳輸(因已把歌置於供不特定人聆聽的狀態或環境)，針對公開傳輸流行歌曲要主張合理使用，在法律上有其困難，因浩瀚網海中廣大不特定的多數人可聽到該歌曲，公開傳輸的對象太多，依著作權法第 65 條判斷，利用結果對著作潛在市場與現在價值影響顯然過鉅(即市場替代效果)，遑論標榜提供「無限下載、傳輸」之網站機制，其龐大之歌曲數量恐難通過第 65 條之檢驗，故要主張公開傳輸的合理使用確有相當困難¹⁷⁹。

(六) 其次，士林地院認為 ezPeer 於法律上無義務去判斷傳輸檔案是否違法，難認被告就使用 ezPeer 從事犯罪所有認識乙節，值得商榷。按被告所提供軟體固為一中性之科技，該科技之本身並無合法與否問題，端視行為人如何運用。惟當科技之提供者如明知其所提供予他人使用之科技，可能被用以作為犯罪之工具，侵害法律所保護之法益，但其為追求自己之商業利益，竟以該科技具有此一功能為主要訴求而推銷之，誘使他人付費使用或購買，則其對於將來確實發生使用者利用該科技作為犯罪工具，造成法益被侵害之結果及因果歷程，自然係其事先可預見，且不違背其以該科技供使用者作為犯罪工具之本意，自可認其具不確定之犯罪故意，而不得於事後再以該科技仍可供其他合法用途使用，不知

¹⁷⁸ 第 728 號判決第參段第二中段第(三)小段。

¹⁷⁹ 智慧財產局 92 年 7 月 29 日智著字第 0921600565-0 號函。

行為人會以之作為犯罪工具為由，推諉其不知情¹⁸⁰。

(七) 針對士院認為難認被告就使用 ezPeer 從事犯罪有任何認識，亦值探討。按被告主觀犯意，依刑法 13 條，以認識為犯意之基礎，無認識即無犯意之可言，但不論其為「明知」或「預見」，皆為故意犯主觀之認識，只是認識程度強弱有別，行為人有此認識進而有「使其發生」或「任其發生」之意，則形成犯意，前者為確定、直接故意，後者為不確定、間接故意。被告以其平台服務可供大量下載有著作權之檔案為主要訴求，誘使不特定人加入，鼓勵其利用軟體大量下載有著作權歌曲，則其對眾多未經著作權人之授權重製之會員，將利用其提供軟體及平台服務違法大量交換下載重製著作權人之著作此一結果，顯可預見！而不違背其供會員以該軟體作為違法下載重製工具之本意，故難謂就使用被告機制從事犯罪無所認識¹⁸¹。

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

四、被告是否成立侵害著作權之不作為犯：

士林地院認為 ezPeer 的機制並沒有製造刑法所不容許的風險，目前也沒有任何法令規範 P2P 業者必須針對「自己營運系統上是否有具體的侵權行為」，逐一檢視並過濾，從不作為角度，被告對著作財產權法益侵害結果，不具有保證人之地位，自無無防止其發生的義務，其縱未設立字串，建制過濾機制，亦不成立不作為犯。被告提供的 ezPeer 機制，

¹⁸⁰ 台北地院 92 年度訴字第 2146 號判決理由。

¹⁸¹ 台北地院 92 年度訴字第 2146 號判決理由。

無非提供該軟體之使用者交換檔案，使用者傳輸侵權檔案，是使用者的行為肇致，ezPeer 機制本身並無導致告訴人著作權受侵害之可能，尚難認其為危險源。然查：

- (一) 法院始終把使用人的交換行為，排斥在 ezPeer 機制之外，是本案判決錯誤的重要癥結。ezPeer 軟體及機制，並非與使用人獨立分割，各自存在互不相干，而是相互作用，才能產生效果。
- (二) 士林地院對於因危險源的妨害義務而構成之保證人地位，仍以危險前行為必須具備導致結果發生的迫切危險及違反保護他人法益的規範義務之違反為前提。然而現今德國見解對於危險前行為之成立，已不再要求是違反義務的前行為，甚至對於法益侵害結果緊密而迫切之危險的要件，也不再堅持¹⁸²。如基於新理論，士林地院判決論述的基礎即失其根據。
- (三) 就場所之存在本身而言，並非危險源，然而如果一定場所具有支配與監督義務之管理者，該等管理者也具有社會上之特別責任義務，並具有保證人地位，例如旅館主人對於旅店中設施安全的維護義務。本案的被告所架設經營的網站本身雖非危險源，然而如前所述，在被告所提供之服務機制當中，交換傳輸非法 MP3 檔案之情形並非罕見而具有實現侵害他人著作權之高風險性，因此被告對於其提供之場所空間所造成侵害之可能負有監督與管理之義務¹⁸³。

¹⁸² 許玉秀著「保證人地位的法理基礎」一文，刑法的問題與對策，頁 100。

¹⁸³ 陳家駿文，頁 57 指出：「使用者安裝完 ezPeer 程式後執行時，會先出現會員註冊畫面，在該畫面中有軟體設定選項，其中一項為「分享資料夾」。被告爲了要使會員儘量分享非法檔案，將「分享資料夾」選項自動設定為「分享」，此已使會員分享夾內的檔案處於隨時可公開傳輸之狀態(依著作權法第 26 條之 1 立法理由所載：向公眾提供，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行爲爲必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態—making available 爲已足)，會員在被設定爲可自動公開傳輸之情況下，如不要提供傳輸，必須另外作一個動作——將資料夾內的檔案移除不提供分享。換言之，被告因自己的前行爲，包括自始設定爲自動公開傳輸、提供整體機制供會員作爲侵權之設施，已製造出法律所不容許任意侵犯著作權的風險，負有防止發生破壞著作權法益結果之監督義務，此種危險前行爲，法律上產生刑法第 15 條 2 項之防止義務。」

換言之，被告之網站在進行各項非法檔案下載的開啟與連結主從端的執行動作時，被告負有監督與管理過濾的義務，俾使音樂檔案之非法重製及公開傳輸結果得以避免，從而被告對於其經營網站之業務負有過濾、避免未經授權之音樂檔案交換傳輸之保證人地位，如被告有違反上開義務之不作為即具有可歸責性。另外，從著作權法第 84 條規定之著作權人排除侵害或防止侵害的權利觀察，此亦是被告違反保護他人法益規範之義務違反性根據。

(四) 再者，從經營角度言，業者對侵權危險源負監督管理之責，業者經營網站既以交換 MP3 檔案為主要業務，基於法律保護目的，即有義務控制其風險，須隨時監督控管其會員檔案傳輸之適法性。業者未控制、避免或降低其風險而仍容任犯罪實現，即應歸責。再從危險源監督角度觀，如業者有監督會員之能力，亦有藉驗證主機及修改軟體方式有效過濾侵權檔案，又知悉絕大多數檔案係屬非法，且其曾被通知違法事實要求濾除侵權檔案，故業者對會員資料夾內檔案之合法與否應予監督。犯罪行為之因果流程既為業者所開啟、支配、操控，該資料夾之「分享」設定又係業者為檔案交換而設計，業者對該危險源即負監督管理之責¹⁸⁴。

(五) 業者既可依據會員繳費與否，開啟或關閉會員登入或下載之權限，此一技術理當於會員下載侵權檔案時可相同適用，擋掉侵權檔案，甚至可於會員下載時強迫其斷線(正如其對重覆登入者強迫先登入者斷線一樣，杜絕有人以一個帳號交多人使用，使 ezPeer 收不到錢)，以避免其會員侵害他人之著作權法益。蔡教授也證明被告確實有能力以檔名字串過濾掉百分之九十以上之侵權檔案。被告既有防止侵權結果發生之能力，卻不作為，容認侵權結果發生，應可成立不作為犯。

¹⁸⁴ 陳家駿文，頁 57、58。

但法院卻以縱認 ezPeer 有保證人地位，其也未必有過濾之能力，其在網站貼出公告，要求會員不再傳輸被假處分之歌曲，亦符法律期待云云¹⁸⁵，乃是錯誤判斷不作為犯之防果可能性，及忽略防止法益侵害結果之實效性所致。就不作為犯之防果可能性而言，應以事實上依行為人之能力、經驗、知識或工具綜合判斷之。蔡教授已證明以檔名字串過濾侵權檔案，技術上可行、有效。被告不採取字串過濾，非技術不能，而是主觀心態抗拒。因為，這是攸關它的生存及獲利，與其藉會員非法下載營利之基本宗旨違背，若是過濾所有侵權檔案，ezPeer 就必像 Napster 一樣關站，或者只能交換福音歌曲了，這是 ezPeer 萬萬不願見到的結果。

就防果的實效性而言，不作為犯之成立，以行為人不為期待應為之行為為其要件之一，而所謂「應為之行為」意指盡可能迅速確實地防止法益侵害結果發生之行為而言，因此緩慢而杯水車薪的法益救助行為仍應認為非屬於法律所期待之行為¹⁸⁶。從這樣的觀點來審視本案被告於其所經營網站上使用的諸項公告，或重申尊重他人智慧財產權之呼籲行為，是否得認為已屬於「法規规范要求或期待之行為」，其答案不言可喻。在以防止法益侵害結果或法益救助的義務觀點視之，行為所產生之實效性是不可或缺的，而實效性的意義就在於對於法益侵害結果的避免可能性高低（這同時要求了法益救助的即時性），此可由吾人生活中一般的經驗法則作為判斷的標準。

¹⁸⁵ 法院的理由是「由於告訴人享有著作權之音樂著作，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，實難想像被告吳 XX 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。」。這個理由似太過牽強。告訴人被 ezPeer 會員交換的歌曲，確實不止千萬凡幾，但告訴人在告訴狀中已明白指出每首歌名及演唱者，被告能以認識及過濾，何難之有？告訴人在律師函中也指明旗下歌手名字及品牌名稱，被告不必管歌名，只要設定該歌手及該品牌之歌曲皆排除交換，無須被告想像是那些歌曲。Napster 法院判令 Napster 依原告交付之歌曲清單過濾，未曾「想像」Napster 該如何過濾。台北地院法官蔡惠如亦對士林地院僅因現行法無明文規範 P2P 對侵權檔案之過濾義務，即謂被告無作為之義務，及以 ezPeer 網頁之廣告、排行榜，被告是否完全無法認知使用者所傳輸之檔案侵權，予以質疑；對於士林地院僅因檔名方法過濾存有若干漏洞，即謂被告無法過濾篩選使用者所交換之檔案，無須防堵，質疑其認定是否過於寬貸，甚值參考。參蔡惠如著「P2P 檔案分享之著作權爭議—以媒介中立原則為中心」一文，刊於月旦法學雜誌(No.135) 2006 年 8 月，頁 82 至 83。

¹⁸⁶ 林山田，刑法通論（下），八版，頁 222。

準此，一個負有作為義務之人倘其所採取之救助行為無法保證對於法益侵害之結果有高度的避免可能性，則依我們日常所認知的經驗，將不會認為這樣的行為是有效的防果行為，亦即這樣的救助行為難以被評價為已為法秩序之誠命規範所期待，從而我們亦不會說這樣的行為人已經盡了作為義務。以此原則判斷本案被告的公告行為，公告既然毫無約束力，會員也未必瀏覽公告，假處分的歌曲仍可輕易的搜尋及下載，被告防果行為的實效性並無積極有力的證明。甚至從被告毫不收斂地去建構「點歌本子」等鼓勵其會員下載未合法授權檔案的宣傳行為觀之，此等宣傳行為當然使其公告行為所可能避免他人著作權法益侵害結果的可能性大打折扣。被告於網站上所作公告行為，難以被評價為具有實效性而符合法律規範所期待¹⁸⁷，應可成立不作為犯。

(六) 至於士林地院認為，目前沒有任何法令規範 P2P 業者，必須對「自己營運系統上是否有具體的侵權行為」，逐一檢視並過濾，吾人僅舉 KTV 即知，目前也無任何法令規範 KTV 業者，必須對營運系統是否有侵權行為檢視過濾，但業者自己仍應避免侵害他人著作權。

五、被告是否會員侵害著作權之幫助犯：

(一) 告訴人主張以 ezPeer 機制，即使法院認為其未親自實施構成要件之重製或公開傳輸行為，亦無共同犯意聯絡，而非共同正犯，惟其提供搜尋功能，亦參與構成要件以外，對會員侵權行為實質且重要不可或缺之幫助行為。如被告之最新 MP3 排行榜、哈燒榜、點歌本及新歌快遞、推薦 in 碟服務，提供最新流行之歌曲及電影資訊，具體指示其會員簡化搜尋過程（不必透過 P2P 搜尋，直接由網頁點入，ezPeer 的網頁主機直接提供）、便利下載，並提供哈燒友設定，促成會員可不透過搜尋而直接以特定會員之資料

¹⁸⁷ 本段係徵詢政治大學法律研究所研究生洪敏超先生之見解。另澳洲 KaZaA 案判決認為 KaZaA(Sharman License Holdings Ltd.)雖然在網頁警告使用者不得交換有著作權檔案之公告，但 KaZaA 明知大多使用者利用 KaZaA 從事侵權檔案之交換，該警告並無降低使用者侵害著作權意願之實際功效，亦可參考。(FCA 1242. Sept. 5, 2005)。

夾內容為全部之下載，此等資訊及工具之提供或技術性指導均屬於客觀的幫助行為。就精神方面之助力而言，被告之廣告宣傳當中諸如「當漏到手軟」之文字，及風雲榜中「少得可憐，未擠進排名，再加把勁！」、「繼續保持↑」等等，以及設定「回饋制度」，亦有明確的幫助犯意。告訴人主張此一幫助行為被正犯所吸收。

(二) 法院承認被告上開行為固然對於會員違反著作權法犯罪提供助力，惟如前面共同正犯之論述，仍以現存證據，並無法證明被告基於侵害他人著作權之意圖而提供 ezPeer 服務機制，也無從確認採取 P2P 傳輸方式的 ezPeer 機制只使用於著作權侵害的用途上或以此為主要用途，或被告知悉各該會員所傳輸之檔案，並能以之判斷各該會員是否正欲或所欲從事之違犯著作權法犯罪，從上揭說明可知，被告吳 XX 既不知道特定會員如何利用其提供 ezPeer 軟體犯罪，或者僅知道有可能被用來犯罪，自無從被評價為幫助犯。被告提供之 ezPeer 軟體既有多種用途而非專供會員違法侵害他人著作權從事犯罪為目的，是本案在此涉及之爭點乃「中性行為」(neutrale Verhaltensweisen) 幫助之問題。

(三) 這裡法院再度陷入 ezPeer 非專供侵權用途及科技中立之迷思，而將 ezPeer 單純化為「中性工具」。法院舉例，販賣斧頭予行為人，行為人持以殺妻。販賣斧頭只是中性工具，不會成立幫助殺人。但這是因通常我們可以期待(信賴)，買斧頭是要砍樹劈材，而不是殺人。但是，如果有兩個人在五金行前打架，一個人被打得頭破血流，跑進來跟老闆說：「你賣我一把斧頭，等會我再算帳給你」，這時老闆拿斧頭給他，老闆有權信賴他買斧頭是要去砍樹嗎？此時他根本無權信賴¹⁸⁸。ezPeer 用廣告鼓動、誘使會員下載最新的著作，並且幫助會員快速下載，他有權利主張其係置身事外之中性工具嗎？

¹⁸⁸ 此為台北地檢署檢察官方伯勳在 Kuro 案件辯論時所主張者。

- (四) 科技不帶色彩，正如俗諺稱：「水能載舟，亦能覆舟」，因此，從客觀面言之，所謂的「中性幫助行為」，在判斷行為人之行為是否成立幫助犯這一點而言，根本無法提供任何助力。況且，在刑法的評價上，除了行為人主觀上的犯罪計劃外，所有的行為都可說是中性的行為，所有的工具也都是中性的工具。因此，縱設提供之科技有中性特質，也不表示其構成「中性幫助行為」，利用該科技的業者，主觀的犯意及整體的行為，才是判斷責任之關鍵。
- (五) 法院因為忽視被告幫助侵權的意圖（主觀犯意），乃作出錯誤的判斷。如依法院自己所言德國對於「中性幫助行為」之實務見解「如果正犯的行為客觀上顯示正犯就是要從事犯罪的行為，而提供助力者也知悉時，提供助力的行為才能評價為刑法規定之幫助行為」，來檢視我國刑法「知悉」之要件，從未必故意而言，以行為人對於法益侵害認識的可能性，認為有實現可能的概然性或者對於構成要件的實現完全不在乎的態度作為認定之標準，則行為人主觀的認識程度以抽象認識（預見）法益侵害的可能性為已足，而該當於故意，自然非以具體「知悉」特定法益對象的侵害結果與因果流程為其必要。以本案而言，關鍵點不是行為人（本案被告）對於正犯（個別會員）的下載行為如何完成犯罪或是否犯罪的可能性，而是行為人具體的指示、提供正犯完成犯罪所必須的一切工具之客觀上幫助行為，足徵證明行為人的幫助故意。拘泥於 ezPeer 不知正犯具體之犯罪時間、客體等細節，而否認其幫助之故意，確非合宜。
- (六) 士林地院另認為台灣立法者迄未規範任何網路業者的過濾義務，因此縱有非法使用的正犯存在，被告也不成立幫助犯。此論點有誤誤如同前述。因法律有無規範業者過濾義務，與業者是否侵權，本無邏輯上之因果關聯，重點仍應回歸至業者提供之機制，是否造成著作權侵害之實質違法。從比較法言，美國亦無規範 P2P 業者過濾義務，但依 Grokster 案最高法院判決，被告所以不法，

是因當會員使用其軟體進行檔案交換時，並未想要嘗試發展過濾工具或是其它機制，來阻擋或甚至降低侵權的發生，Grokster 案巡迴法院原審判決認為，因被告沒有獨立的義務去監督會員檔案的交換，故接受被告沒有能力去發展此種軟體工具之抗辯，最高法院認為有誤，因巡迴顯然忽略被告幫助使用者侵害的意圖，以 Grokster 案判決看 ezPeer 案茲值借鏡¹⁸⁹。

六、被告是否會員侵害著作權之教唆犯：

(一) 告訴人主張被告是侵犯著作權的正犯，且與會員是共同正犯。正犯與從犯的區別，在於對構成要件的實現有支配力的是正犯，對構成要件的實現只有因果歸責，而沒有達到支配力的，是幫助犯或教唆犯。本案若非被告提供軟體及交換 MP3 檔案機制，根本不可能達到下載著作之目的，被告的支配力是無庸置疑的，應屬正犯。就算法院看法不同，不認為 ezPeer 是共同正犯，至少逃不過幫助或教唆之犯罪。

被告除了有第(五)段第 1 小段所述各種幫助行為以外，告訴人並舉出被告之網頁及廣告電子郵件中以「當漏到手軟」、「賺 P 元之不二法門」、「鬼月禁忌多，不如在家下載 MP3、電影、小遊戲吧!」、「限時優惠，買 500 贈送二個月 MP3、電影無限下載!」、「只要您是 ADSL 用戶，買就用 MP3 三個月無限下載優惠專案!」等聳動言詞教唆會員「用力分享」、「無限下載」，風雲榜（參註 61）更獎勵被下載量最高之前一萬名會員可以免費使用 20 天至 60 天，證明被告教唆他人利用 ezPeer 機制下載有著作權著作之犯意及行為。被告之會員均受被告廣告所教唆而自願加入為會員，進而從事非法 MP3 之交換傳輸與下載。告訴人主張此一教唆行為被正犯所吸收。

(二) 士林地院承認上開廣告、網頁內容均屬真實，但法院認為網站廣

¹⁸⁹ 陳家駿文，頁 59。

告係針對不特定大眾而為之，不論其內容如何，原難認符合教唆之定義。法院這種見解值得商榷，蓋網站廣告不僅針對不特定之大眾宣傳，亦向一百萬會員為之，會員人數雖多，但各個會員均屬特定之人，絕非不符教唆之定義。退一步言，即使只針對不特定人廣告，亦會有刑法第 153 條煽惑他人犯罪之問題，應非無責。

(三) 其次，法院認為寄發電子郵件雖可認係針對特定對象，然核其內容，只是行銷手法刺激消費者之消費慾望；搜尋或傳輸檔案未必為犯罪行為，故被告之廣告與教唆犯要件尚屬有間。法院似有以偏蓋全，以極少會員可能無責之例外，正當化絕大部分侵權行為，甚值疵議。

(四) 末了，法院以被判刑之五名會員是否因被告之行為而誘發犯罪之意思，或因而利用 ezPeer 軟體而為犯罪行為，尚無證據證明，故被告不成立教唆犯。士林地院無視利用 ezPeer 而被判刑確定之會員均已實施犯罪，堅持會員未必因被告教唆而犯罪，理由之牽強，令人懷疑其早已得出無罪之結論。在各個會員刑案中，已有會員供承是看到 ezPeer 廣告而加入為會員，加入會員的目的當然不是為聊天或把 ezPeer 當作像雅虎那樣的入口網站搜尋文字圖檔，而是要按 ezPeer 網頁之最新訊息去下載最新流行的歌曲及電影。法院之判斷與社會事實及大眾之認知，存有相當的落差，事實上，全部的判決皆呈現這種落差¹⁹⁰。

七、士林地院認為被告之行為為現行著作權法所不罰，其在判決末了第肆大段，亦作出類似 Grokster 案巡迴法院判決之結論，分述如下：

¹⁹⁰ 士林地檢署在上訴理由書中稱：「試問：在訴訟策略上，若將使用該網站之陳 XX 等會員，與被告一同被訴，則所有遭訴之會員均將因有傳輸、下載未經授權之檔案而成為違反著作權法之犯罪行為人，依照會員陳 XX 等之前例，該等會員亦應均遭有罪之宣告，則提供此一網站之被告，是否仍得全身而退而不構成犯罪？如此，對使用該網站而身陷刑罰之會員情何以堪？對想要釜底抽薪而僅針對被告，不欲擴大打擊面及於其他會員之告訴人又情何以堪？被告只是以一種較新手法之犯罪，並獲得巨額利益，竟可獲得原審如此寬厚之對待，亦屬異數，更足徵原審就本案之認定不符法理、常情及告訴人、遭訴會員之法律感情。」，嚴厲批評本件判決與社會事實的落差。

- (一) 法院謂：「被告的行為模式打破既有法制對侵權的定義，是著作權法的制度儼然出現漏洞，此漏洞為法律規範對象與網路科技所形成之生活型態有所落差造成，此種落差所造成漏洞，無法以解釋的方法予以填補。」

士林地院承認 ezPeer 提供機制讓會員使用後，產生嚴重之侵權後果，確有所不當，才會說著作權法制度儼然出現漏洞。惟現行法既有著作權法制對侵害重製權、公開傳輸權已規範明確，現行刑法之正犯、共同正犯、從犯理論，已可充分涵攝被告的行為模式，似無漏洞可言。按著作權法規範如同其他一般法律，係以抽象文字解決具體個案，此與刑法禁止以類推或擴張解釋方法填補漏洞無涉。如斷案期待打開六法全書，有清楚之 P2P 條文待以備用，那現實生活中層出不窮的事物，法律必將漏洞百出，依此機械化概念法學論，完全無法規範¹⁹¹。

- (二) 士林地院謂：「刑法乃國家對人民基本權利最嚴重剝奪，故以刑法作為國家追求特定社會目的工具時，必然是最後一種不得已的選擇，此為刑罰最後手段之特性。在此理念下，刑法保護的法益，必須是人類意識所共同接受「清楚不疑」的法益概念，當社會對某種利益有嚴重認同差異時，不應是被當作刑法保護的對象。而法律保護著作權利益範圍、及民事賠償或以刑罰手段保護，完全取決於特定時空社會的需求，此種需求的衡平顯然與財富的分配緊緊相扣」。

士林地院判決之刑法最後手段性命題，原則上吾人並不反對，然而在刑法或特別刑法已有刑罰規定時，既已經立法者宣示刑罰政策，司法者即無自由再去判斷該一特別刑罰不符最後手段性而拒絕適用法律，否則即是角色混淆，誤以為自己是立法者。若謂刑法必須是最後一種不得已的選擇，以此標準檢視我國目前刑法及

¹⁹¹ 陳家駿文，頁 61、72。

特別刑法法制，即知未必符合，例如企業內部使用(未經授權複製侵權)電腦軟體之刑案，此類有罪判決甚多(姑不論判的輕或重)，如以最後手段性以觀，似均有未達，惟此乃現行法律規定使然，屬於立法層次之問題，司法者無由置喙¹⁹²。

(三) 法院謂：「現台灣社會對著作權概念不成熟，尤其是甫修法的暫時性重製，公開傳輸更是曖昧難明，像此種距「清楚不疑」還有相當距離之利益，原則應由主導財富分配的市場運作來釐清，或透過私法衡平損益。」

1. 按現今台灣對著作權概念非不成熟，因我國就著作權的保護，從 20 年前美國以 301 國際貿易保護條款壓力施加台灣，多年來台灣在著作權保護的概念，雖然比不上歐美，但在亞洲諸國中已堪稱進步。尤其重製權是從清朝宣統 2 年之大清著作權律即有之著作權基本權利，已經根深蒂固。因此，論斷台灣社會對著作權概念不成熟，似有待斟酌。

至於著作權法中新增之「暫時性重製」，在本案中毫未碰觸。而公開傳輸權部分，是我國依 1996 年世界智慧財產權組織 (WIPO) 之世界著作權條約 (WCT) 及世界表演人及錄音物製作人條約 (WPPT) 國際條約規定制訂成國內法，其間經多年研究，智慧財產局才於 2003 年增訂。

實質上公開傳輸於我國法制並非新品，因在舊法時針對網路上傳輸，是以舊法第 87 條明知為侵害著作權之物而散布或意圖散布而陳列之規定來處理¹⁹³，因此過去針對網路散布之侵權，從未陷入法律空窗期，只不過依循 WIPO 條約將其正名為公開傳輸而已。況修法後，智慧財產局在公開傳輸方面宣導不遺餘力 (因此條為 92 年

¹⁹² 陳家駿文，頁 62。

¹⁹³ 台灣高等法院 92 年度上易字第 3314 號刑事判決。另學者羅明通亦持此一意見，參羅明通著「P2P 資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價」一文，刊於月旦法學雜誌(No.94) 2003 年 3 月，頁 221、222。

修訂最重要的主題)，其相關條文內容文字清楚旨意明析，非所謂曖昧難明、離「清楚不疑」還有相當距離之立法條文。被告經營網站，其對公開傳輸的理解，應比法院更為清楚不疑。

2. 細繹本篇判決，法官對著作權刑罰似有排斥，並流露著作權侵犯除罪化之意識。不管法官喜不喜歡著作權之侵害用刑罰來處罰，著作權都是法律明文宣示要以刑法保障的合法「權利」，而非法官所質疑「究竟是否應該視為一種利益？利益的範圍有多大？」的曖昧不明「利益」。按現行著作權法性質上屬特別刑法，在司法實踐中毫無疑義，法官不能拒絕適用法律。至於有論者主張著作權侵害全面除罪化，但這幾年來在立法院修法時從未得到認同¹⁹⁴，除罪化是理想，不是現實。

3. 吾人從司法角度移到立法層次，如軟體公司使用到另一電腦公司的程式涉及刑事，此如發生於歐美僅屬民事損害賠償，而不會以刑法伺候，這時如進入立法層次探討，將著作權刑罰限縮在少數特定嚴重的侵權（如地下工廠之盜版及經濟上具相當商業規模之惡意侵權），誰曰不宜！然立法與司法涇渭分明，似不宜將主觀確信之立法意志投射到司法個案上¹⁹⁵。

（四）法院謂：「解決新發生社會衝突，立法者可透過行政法規範導正，甚至必要時可立法以刑法規範，此為立法者形成之空間，非法院所能置喙。未有明文規定前，司法應嚴守罪刑法定原則絕對界線，此種漏洞不得以任何類推或擴張解釋方法補充，甚至應嚴格解釋，此為法治國家所不得不然。」

1. 士林地院此種見解似實值商榷，蓋新發生社會問題之衝突，如可

¹⁹⁴ 90年11月12日之著作權法將第87條第1款「以侵害著作人名譽之方法利用其著作」之侵權態樣及罰責全部刪除。92年7月9日之著作權法將侵害著作人格權之刑罰廢止，對於非營利侵害著作財產權，在一定份數或金額下，亦不予處罰（著作權法第91條、第91條之1、第92條、第93條之1第2項），但是，93年9月1日修法時，恢復著作人格權之刑罰及第87條第1款之條文及刑罰，並廢止非意圖營利之除罪規定，由此可看出立法政策趨向。

¹⁹⁵ 陳家駿文，頁62。

依現行法律處理解決，當然不應推給立法者透過行政法規範導正，更何況著作權侵害本質上須由司法解決，衡諸世界各國著作權法制莫不如此，未聞那一先進國家透過行政法規範來導正侵權，這是民主法治國家三權分立基本原則，禁止行政恣意干預人民身體及財產自由。比較特殊的是中國大陸法制，係採取司法與行政雙軌制處理，這是因中國仍難脫警察國家作法及盜版侵權太過嚴重，因此才在法院審理之外，另闢行政快速處理之蹊徑，俾解決其現實需要，是以行政法導正說難曰合宜。

2. 至於士林地院認必要時可立法以刑法規範，此為立法者形成空間，非法院所能置喙云云，立論固非有誤，然針對特別針對 P2P 之爭議，本文首揭各國案例均尚無 P2P 之立法，但各國法院皆未推給立法。立法者於立法時既已明確規定著作權法第 91 條、第 92 條之非法重製及公開傳輸罪，且藉客觀可歸責理論檢驗被告是否實施了犯罪構成要件之行為，完全符合罪刑法定原則。如果被告的行為可完全涵攝到構成要件之內，當然不應誤解論罪會逾越罪刑法定原則。

(五) 法院謂：「公訴人提出外國 P2P 業者經法院認定為侵權之判決，然該等案件均屬民事侵權案件，主要目的就是在確認財富分配的法則，認定侵權成立與否之要件，與我國刑事案件認定犯罪與否並不相同（被告是否負民責非本案所得審究）。外國案件被告均為法人，而非其負責人，法人在民事上對侵權認知，與自然人在刑案對犯罪認知不能等量齊觀，援引外國判決為本案被告有罪推論並不洽當。」

士林地院認為民事侵權不等於刑事犯罪，民案認定要件與刑案認定犯罪不同，此點固極正確，但二者間到底有何不同，則未進而說明。實際上，民、刑事差別最大者，厥在刑法不罰過失，至於故意方面，不論是確定(直接)故意，抑或不確定(間接)故意，民、刑事之認定

殆無差別。準此，外國 P2P 業者經法院認定為侵權之民事案例，特別是美國 Grokster 案最高法院判決，針對 P2P 業者運作模式專注於其是否為鼓勵/促使(encouraging/promoting) 第三人侵害著作權(犯意)，採積極步驟以助成/促成會員侵權(行為)來判斷責任，此他山之石即得供本刑案之攻錯。

法院如僅從抽象之目的論不同——即民案主要目的在確認財富分配法則，推論出認定標準不同，卻忽略民、刑法認定上可能存在之一致性，難謂妥當。總之，刑事責任之認定依前述犯罪要件分析即足，這也凸顯所謂外國案件被告均為法人，與自然人對犯罪認知不能等量齊觀之不必要的對比¹⁹⁶。本案法院的責任，在於判定被告到底有無利用中性科技侵犯著作權或幫助、教唆他人侵害著作權，而不在於衡量科技本身之價值，亦不在於去區別民事與刑事訴訟之差異¹⁹⁷。

拾壹、小結：P2P 業者在刑法上須負責之關鍵

一、在全世界眾多的 P2P 平台業者中，除了我國的 ezPeer 及 Kuro 外，幾乎都是靠網站的廣告收入，而不敢自己做莊直接向使用者收費¹⁹⁸。固然，92 年著作權法第 91 條及 92 條於構成要件中區別意圖營利與非意圖營利，而有論究收費與否對責任成立之差別（93 年 9 月 1 日著作權法已廢止此一區別）。

有論者甚至以為平台業者收費與否即為侵權是否成立之關鍵所在。然而是否直接收費，係關乎意圖營利之之要件，(Napster 及 Grokster 案被告未向使用人直接收費，法院仍認使用人越多，為平台業者帶來的廣告收入也越多，仍是意圖營利)，惟不論依現行法或舊法，本研究認為從法律邏輯言，收不收費本身，不應立即導出是否違反著作權法之結論，但向使用者收費，基於對價服務義務，

¹⁹⁶ 陳家駿文，頁 63、64。

¹⁹⁷ 章忠信著「法院判定 ezPeer 無罪」一文<http://www.copyrightnote.org>, last visited on Nov. 3, 2006。

¹⁹⁸ 前述 In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), cert. denied, 540 U.S. 1107 (2004) John Deep 向會員收取美金 4.95 元之費用，訴訟後，未幾即宣告破產關站。

勢必使得平台業者在運作及管理模式上，與使用者產生極其密切之關聯(比較純粹分散式 P2P 平台如 KaZaA、Gnutella 網站與使用者在下載軟體後幾乎不必有任何關係即明)，此密切關聯，牽動刑法上之可歸責要件，才導出可能違反著作權法之結論。

ezPeer 因為收費，所以管理上必須有相當之掌控，此種掌控所形成密切之關聯包括：提供軟體版本、註冊(會員登錄)、收費、有驗證主機驗證會員身分及有無繳費、藉 index server 或 peerlist 提供搜尋、傳輸/監控/傳輸中斷輔助、平台主機須與提供給會員之客戶端軟體溝通、因知悉身份能以操控下載(沒付費就拒絕下載)、對於會員之侵權行為可得知悉、有能力終止使用者帳戶、提供各類排行榜、點歌本子幫助使用者搜尋、下載、以大量廣告鼓勵用戶下載侵權，並且有能力進行過濾，修改客戶端軟體加入侵權歌曲之過濾功能，藉驗證主機於驗證時強制會員更新軟體版本，令會員使用有過濾功能之新軟體，以禁止侵權檔案之交換，達到管控目的。

且最重要的是，如關閉該網站，會員即無法連上網站，不能進行搜尋及下載檔案，使用者搜尋、下載前後都需與主機伺服器連繫；在會員之交換服務中，被告居操盤者角色，主導全局，全程操控。簡言之，ezPeer 係提供一侵權之整體機制(integrated service)，最後萬事俱備由使用者 click 即完成侵權行為。故被告係直接參與之共同正犯，刑法上才須負責¹⁹⁹。

二、本案是國內第一件 P2P 案例，法界及業界均對本案寄予高度關切。由本案的發展，觀察司法面對網路科技新形態之利用所產生著作權問題，所抱持的態度及觀念，可為日後科技衝擊著作權類似案件之借鏡：

(一) 我國司法制度對於科技案件欠缺事實發現機制

¹⁹⁹ 陳家駿文，頁 64、65。

在搜集犯罪證據上，被害人要從外部去了解被告內部之運作方式，有其限制，我國欠缺美國 discovery 程序，民事證據保全亦相當嚴格（民事法官如探知聲請人係為取得犯罪之證據，多會想盡辦法駁回聲請，要聲請人循刑事搜索取證），告訴人當然只能藉檢察官的偵查及搜索，取得更積極的被告犯罪證據。電腦及網路犯罪對大部分檢察官、法官都是陌生的領域，無知導致恐懼，使其憚於採取必要之搜索措施，對於兩造的攻防，難予分辨真偽，訴訟時間因而拉長。這正是新科技案件在司法程序中普遍面臨之困境。而法院因為不了解新科技的技術及利用現況，對於雙方當事人所提出鑑定證人證言之證明力，易於發生取捨失衡之狀況，影響事實的發現。

（二）科技中立與中性幫助觀念之誤解

被告「科技中立」論調發生相當大的混淆效果，要法院絕對不能成為扼殺科技進步之殺手，以致法院忽略探究被告侵害著作權的故意。事實上被告所謂的「科技中立」或法院所謂的「中性幫助」，傾向「科技無罪，懷璧其罪」的觀念，但是問題不在科技本身，而在於製造或散布該利用科技之人的主觀意欲及客觀行為²⁰⁰。

（三）法院對科技案件有心理障礙

法院對新利用形態所產生的著作權問題，態度極為猶豫，因此在法律適用上，傾向採取保守、狹隘的刑罰觀念，無法跳脫機械式法學的框架，乃將問題推給立法。此種心理障礙有待克服，也有待上級法院導正。

第十節、台灣臺北地院 Kuro 著作權重製與公開傳輸案

²⁰⁰ 台北地院法官蔡惠如著「P2P 檔案分享之著作權爭議—以媒介中立原則為中心」一文，刊於月旦法學雜誌(No.135)2006年8月，頁62至85，該文中指出「媒介中立原則」使著作權法不偏好某一特定媒介或科技，亦可於新科技發展時，彈性塑造著作權法以適用新科技，無須不斷修法。從 Sony 案到 Grokster 案，美國法院是以消費者使用習慣為政策考量基礎（the consumer-practice based policy）。當大部分使用者，以非侵權目的使用新科技時，法院乃以合理使用理論肯定新科技之合法性（如 Sony 案），當法院認定絕大多數使用者將新科技作為未經授權之重製工具時，即不使業者免責（如 Grokster 案、Aimster 案），劃出媒介中立原則（實質非侵權使用理論）與引誘侵權理論之界線，Grokster 案再度回復以提供新科技業者主觀意圖及行為態樣來判斷責任。

壹、Kuro 網站之營運

飛行網公司自 89 年 7 月開始，以名為 Kuro 之音樂檔案分享軟體供使用者下載 MP3 格式音樂，自 90 年 7 月開始全面向會員收費，月繳新台幣 99 元，即可成為會員(或一次付 500 元使用六個月)，會員必須下載 Kuro 軟體並繳費登入，經過驗證主機查驗身分及付費後，於「歌手」或「歌名」欄內輸入想要尋找檔案之關鍵字，Kuro 程式及檔名索引主機即為會員搜尋該檔案，將可提供下載該檔案之電腦主機及其網址列出清單，使用者即得自由點選下載(重製，download)，並得利用其內建燒錄程式，將之下載燒錄成光碟利用。飛行網宣稱有 50 萬名會員，惟其只作音樂 MP3 檔案的交換，不像 ezPeer 還有大量的視聽著作流通。

國內十一家主流唱片公司委託 IFPI 於 92 年 1 月 30 日及 2 月 10 日發函通知飛行網公司，請其從網站資料庫中過濾、清除如該函附件許慧欣「孤單芭蕾」等 35 首歌曲之錄音著作，通知全體會員停止非法交換、下載之行為，對未得授權下載之會員停止服務，並告知該函附件所示歌手演唱之所有錄音著作，各唱片公司皆未授權他人於網路重製，請飛行網公司一併由資料庫移除，停止交換。飛行網公司於 92 年 2 月 21 日回函，覆稱其本身並未有重製任何錄音著作之行為，實無侵害著作權，又 Kuro 軟體或其作業系統並無刪除或管理使用者電腦儲存的電子檔案之功能，拒絕所請。IFPI 於 92 年 3 月又發現飛行網公司在其營業場所，以三台主機存放大量擅自重製之錄音檔案，偽裝成一般會員，提供非法檔案供會員下載，證實飛行網本身亦有重製及公開傳輸之行為。

繼 ezPeer 之後，滾石等 11 家唱片公司於 92 年 8 月對飛行網股份有限公司及負責人陳氏父子(以下簡稱 Kuro 或被告)提出侵害著作權告訴。同案列為被告的還有 Kuro 的會員陳 XX²⁰¹。陳 XX 係警方於 92 年 7 月在台北市查獲的 Kuro 會員，其自 Kuro 其他會員下載未經授權之錄音著作 1,485 首，其中有 970 首屬於告訴人之著作。告訴人認為 Kuro 與會員有

²⁰¹ 此係 Kuro 案與 ezPeer 案不同之處，ezPeer 案的會員是先被起訴判刑，未與 ezPeer 併列為被告。ezPeer 的會員亦是 Kuro 的會員。

犯意聯絡及行為分擔，與會員為侵害著作權之共同正犯，且是常業犯。

貳、Kuro 案被告之答辯重點

偵查中 Kuro 提出其架構說明，承認使用人必須與 Kuro 網站連線才能享受其服務，Kuro 有驗證主機及檔名索引主機，提供檔名搜尋及會員連線，由會員自行下載，Kuro 對檔案之內容無法辨別；此與告訴人提出林教授所作「探討 Kuro (飛行網) 之 MP3 檔案共享運作機制」報告及投影片，Envisional 公司製作之「Kuro 技術分析及監測」報告相符。Kuro 的答辯，大致有：

- 一、Kuro 是一種類似一般入口網站具搜尋功能之搜尋引擎，只不過 Kuro 軟體所搜尋者為歌曲。
- 二、搜尋及檔案分享之動作均由網友在其自己電腦中完成，被告只提供他人使用 Kuro 軟體而收取使用費。
- 三、飛行網的會員均得在著作權法所規定之合理使用範圍內合法使用 Kuro 軟體，會員如有違法，應自負其責。
- 四、Kuro 軟體僅為中性工具，與燒錄機、影印機²⁰²性質並無不同。
- 五、告訴人故意利用本件刑事訴訟程序惡意打擊商業競爭者。
- 六、本案問題應以立法解決，被告已提出著作權補償金草案²⁰³。

被告陳 XX 則辯稱著作權法 91 條 2 項及 92 條 2 項非意圖營利之重製及公開傳輸，數量不及五份或金額不足三萬元即無刑責，陳 XX 並無每首重製五份，雖下載 1,060 首，以一首收費 20 元，尚不足三萬元，不應受罰²⁰⁴。

²⁰² 錄影機或燒錄機之製造商，於商品出售後，對於買受人之利用行為完全不知，亦無法控制。但被告對於其會員之重製、傳輸行為，事前提供搜尋，事中提供續傳，事後回報，會員不能離開被告網站而利用 Kuro 軟體，會員之一切行為均在 Kuro 掌控之中，被告當然不是機器製造商。

²⁰³ 因 Kuro 與 ezPeer 的運作模式、架構相同，答辯內容近似，告訴人對 Kuro 答辯之反駁及引證也大致相仿；所以，以下僅就 Kuro 與 ezPeer 不同之處說明，以免重覆。

²⁰⁴ 經濟部智慧財產局 92 年 9 月 16 日智著字第 0921600748-0 號函就 92 年 7 月 9 日新修正著作權法條文適用之相關問題解釋令，已經詳為釋示第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項之「五件」、「五份」，所重製或傳輸者，如非有體物，以著作件數為計算基礎，依著作件數決定行為人侵害之份數，不問被侵害之著作是否為同一著作。因為在網路世界，就同一著作重製五份並無意義，如有五件不

參、Kuro 案地檢署之偵辦

Kuro 在被告訴後，於 92 年 8 月將所有的檔名索引主機全部移到中國大陸，以避免被搜索查扣不利之證據。92 年 11 月 20 日彰化警方在彰化市自強南路破獲一家盜版光碟之工廠（譜訊公司）時（下稱彰化案），發現其係飛行網在中部的「洗歌中心」，亦即飛行網在彰化以負責人之內弟王 XX 為人頭，先後成立星紀公司、譜訊公司，自 91 年起每月出資 80 萬元，由職員陳 XX 主持，僱用四、五名受僱人，將職員陳 XX 購買之正版光碟（每月至少 300 片至 500 片，推算至少有 4 萬首歌），轉檔為 MP3 格式（即重製），上傳至 Kuro 在北京之 FTP 網站及 Kuro 之台北網站，並以受僱人假作會員，將盜版之 MP3 錄音檔案，放入受僱人之電腦中，作為非法檔案的種子，開放給所有會員分享，加速侵權檔案之擴散²⁰⁵。現場查扣 25 台電腦（電腦中有 1,549 個侵權檔案）及 12 台燒錄機、13 台顯示器、正版 CD 668 片、盜版光碟 20 片（大補帖）、34 名假會員之帳戶名單。

肆、Kuro 案台北地檢署起訴理由

台北地檢署偵查終結，於 92 年 12 月 1 日將 Kuro 及被告會員陳 XX 提起公訴，其內容與 ezPeer 的起訴書內容極為相似（ezPeer 是 92 年 12 月 4 日起訴）。台北地檢署以：Kuro 坦承會員必須使用 Kuro 軟體，連結至被告之檔名索引伺服器，方可搜尋、下載；會員下載中斷時，軟體可使會員再連上其他檔名索引伺服器，重新搜尋及建立連線，接續傳送剩餘檔案；及 Kuro 有「下載排行榜」等快速索引，方便會員快速搜尋、下載；足認 Kuro 並非單純提供服務軟體，而係在會員非法重製、下載告訴人等享有著作權之錄音著作過程中，顯然可預見並確有導引、管理及接續著作財產權侵害之行為牽涉其中，藉此向眾多會員收取服務費用以牟利。

同之著作，每件各重製一份，即合乎「五份」之門檻。

²⁰⁵ P2P 平台為了快速、大量增加可交換的檔案數目，以吸引會員加入交換行列，通常必會採取與 Kuro 相同的作法，只是 Kuro 被查到「洗歌」及假會員的證據，使其無法推卸本身實施擅自重製及公開傳輸之責任，而 ezPeer 未被查到類似的證據，而得否認有此行為。

Kuro 主觀上不僅可預見此侵害結果之發生而具有直接故意外，且於侵害告訴人著作財產權之整體犯罪過程中，其行為亦屬不可或缺之關鍵重要角色，應評價為犯罪構成要件之決定性行為，曷屬正犯，殆無疑義。被告陳 XX 部分，台北地檢署則以盜版詞曲份數已達 970 首，遠逾五份，侵害著作總額按查獲時合法著作重製物市價亦逾三萬元之刑事處罰門檻，斷非合理使用範疇甚明，而係嚴重侵害告訴人之著作財產權²⁰⁶。

伍、Kuro 案台北地院之準備及審理程序

本案起訴後，台北地院 93 年 4 月 9 日開始準備程序，Kuro 的答辯與偵查中大致相同，只是就技術方面主張「檔案搜尋未必透過檔名索引伺服器，被告無從確實得知會員有無以及是否下載那些檔案」，被告聲請勘驗 Kuro 之運作，並指彰化案是告訴人捕風捉影及警方搞出的烏龍案件。公訴人聲請傳喚林教授及葉 XX²⁰⁷及彰化案之受僱職員陳 XX 等人，並聲請勘驗 Kuro 軟體之使用方式及過程，以證明 Kuro 軟體在使用過程中之角色及支配情形，及向數位聯合電信（Seednet）調閱飛行網租用 IP 網段及變動情形²⁰⁸。

公訴人對被告陳氏兄弟部分求刑有期徒刑七年、併科罰 300 萬元，負責人部分求刑有期徒刑四年、併科罰金 300 萬元，飛行網公司依其上櫃呈報之收入，請求科處罰金新台幣五億元，被告會員陳 XX 部分求刑有期徒刑四個月，緩刑三年。公訴人以常業犯的最高刑度求刑，飛行網公司罰金部分引用著作權法第 96 條之 2，於所得利益之範圍內酌量加重，應屬違反著作權法刑事案件中最重之求刑。

²⁰⁶ 彰化職員陳 XX 案爆發後，告訴人向彰化地檢署追加飛行網、陳氏兄弟為共同被告，但因卷證仍在彰化地檢署，台北地檢署在起訴書中乃未提及此一部分犯罪事實。彰化地檢署於 93 年 9 月 25 日以 92 年度偵字第 9073 號、93 年度偵字第 5841 號、5842 號將職員陳 XX、吳 XX、張 XX、王 XX、王 XX、王 XX 提起公訴，將負責人部分移送台北地院併辦，陳氏兄弟部分則由台北地檢署移請台北地院併辦。

²⁰⁷ 葉是 Kuro 會員，因認罪協商被福建金門地檢署於 94 年 3 月 22 日以 93 年度偵字第 336 號、337 號予以緩起訴處分。

²⁰⁸ Seednet 回函證實飛行網支付租金，以大呂黃鐘名義申請部分網段，委託星紀公司代管，作為檔名索引伺服器，34 名假會員之電腦 IP 位址，及職員陳 XX 等受僱人之電腦所連上之 FTP 站台位址，均落在飛行網租用之 Seednet 網段內。

陸、Kuro 案台北地院之判決結果

台北地院於 94 年 9 月 9 日宣判，處被告負責人有期徒刑二年，被告陳氏兄弟各處有期徒刑三年，均併科罰金新台幣三百萬元，飛行網亦科罰金新台幣三百萬元。被告會員陳 XX 有期徒刑四月，緩刑三年。判決一出，各方反應不一²⁰⁹。茲分述判決要點如下：

一、Kuro 是集中式 P2P：

法院先說明 P2P 技術，將架構分為集中式（有檔名索引伺服器者）及分散式（無檔名索引伺服器者）。其次敘述 Kuro 機制之運作為下載 Kuro 軟體、註冊、付費、驗證後轉址至檔名索引伺服器，Kuro 軟體將會員電腦內之 MP3 格式錄音檔案自動設定為分享資料夾，並將檔名（歌名、歌手名、專輯名）、檔案大小、路徑等上傳至 Kuro 之檔名索引伺服器，建立檔名資料庫，供所有連線之其他會員以輸入演唱者、歌曲及專輯名稱等關鍵詞句之方式，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，Kuro 屬於第一種集中式之 P2P。台北地院採信證人林教授關於 Kuro 架構之證言，但士林地院卻不採林教授關於 ezPeer 架構之證言，致結果迥異。

二、被告會員陳 XX 侵害著作權，非合理使用，已逾刑罰門檻：

法院次論會員陳 XX 利用飛行網公司提供之 Kuro 軟體下載 MP3 檔案，其行為核屬著作權法第 3 條第 5 款所規範之重製行為及第 26 條之 1 之公開傳輸行為，並無疑義。會員陳 XX 下載如附表一所示歌曲之 MP3 檔案

²⁰⁹ IFPI 發表「為台灣司法喝采」、「全台灣音樂人要記得這一天」感言，判決雖然來得晚，但感到珍惜，結果符合國際潮流。Kuro 對此結果感到意外與遺憾，表示一定上訴到底，Kuro 還會繼續營業，服務消費者。飛行網在網站上進行連署，督促立法院立即修法通過維護網路使用權自由。本案被告陳 XX 的律師表示陳 XX 是世界上第一個被判刑的 P2P 會員（按此非事實，國外 Soribada 之使用人及 ezPeer 的使用人陳 XX、Kuro 的使用人周 XX 都先於陳 XX 被判刑）。會員或網友的反應較為兩極化，有的網友認為 Kuro 被判有罪是「活該」，因為 Kuro 遊走在法律邊緣，還向網友收費，在電視上大作廣告，太囂張就要自己承擔苦果。有的網友不覺意外，認為 Kuro 遲早會出事，會員被判有罪，只是以後下載比較麻煩，要小心一點。有的網友認為這是唱片公司與 Kuro 的商業戰爭，不應讓炮火殃及使用付費的閱聽大眾。也有網友大罵唱片公司，認判決令會員人人自危。公訴人則認科處飛行網的罰金與其所獲非法利益不成比例，將要對此部分上訴。請參 94 年 9 月 10 日及 11 日之聯合報、中國時報、中時晚報、工商日報、經濟日報之報導。

固係供個人之非營利使用，惟其下載之目的乃係供個人娛樂，並因此節省其應支出之購買正版 CD 費用，顯非為非營利之教育目的，而可認係具有商業性之娛樂目的，且其係整首歌曲下載，並非擷取片段，下載之數量又多達 970 首，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，自不構成著作權法第 51 條、第 65 條之合理使用。

會員陳 XX 下載及傳輸之著作數量達 970 首，已超過五份，如以目前市售流行音樂 CD 價格約 350 元，歌曲數為十首，如係將同一張專輯之所有歌曲均下載計算，下載 970 首即相當於 97 張專輯，則重製物之市售價格為 33,950 元，即已超過前述標準，更何況目前國內音樂 CD，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，而會員陳 XX 所下載如附表一所示之歌曲，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更遠超過三萬元²¹⁰，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。

又針對會員陳 XX 辯稱其對智慧財產局就非營利侵害著作權之「五份」或「五件」之解釋，並不清楚，故欠缺不法意識。法院駁斥謂「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牴觸之意。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²¹¹，被告會員陳 XX 自不得諉為不知，且其違法重製曲數高達 970 首，主觀上更不可能相信其行為係合法，而無不法之意識。至於重製之份數在法律上如何計算，此乃法律解釋之問題，與有無不法意識無涉²¹²。再者，刑法第 16 條前段規定：不得因不

²¹⁰ 此係採取告訴人之計算方法，以市場實體商品價格計算，因為當時並無合法授權 P2P 價格可供參考。

²¹¹ 台北地院此一意見與士林地院所謂著作權是曖昧不明之法益，實有天壤之別。

²¹² 台北地院此一意見與士林地院迥然不同。士林地院採認 ezPeer 之答辯認為 92 年 7 月 9 日修正之著作權法第 91 條第 2 項、第 92 條第 2 項之「五份」之適用標準在實務上仍不無爭議，因此行為人如主觀上認為上開法文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五份，但就單一個別之著作物均不超過五份之重製及公開傳

知法律而免除刑事責任，是被告會員陳 XX 所為其無不法意識之辯解，亦不足取。

三、Kuro 有侵犯著作權之故意，與會員為共同正犯：

(一) 地院對於 Kuro 之主觀犯意的認定

台北地院謂「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。」

台北地院未受士林地院判決把科技中立與犯罪故意混淆之影響，傾向於採取 Grokster 案的法律意見，從本案事實探討 Kuro 之犯意層次，其曰：「刑法第 13 條以認識為犯意之基礎，無認識即無犯意之可言，但不論其為「明知」或「預見」，皆為故意犯主觀上之認識，只是認識之程度強弱有別，行為人有此認識進而有「使其發生」或「任其發生」之意，則形成犯意，前者為確定故意、直接故意，後者為不確定故意、間接故意。」，台北地院於本件未從確定的故意論述，直接切入不確定的故意，吾人無法從判決理由中窺知其想法，推測可能是因為以確定故意判決，證據較為嚴格，乃以可預見犯罪發生而不違背其本意之不確定故意立論，反正對於犯罪故意之成立，二者並無差別。

(二) Kuro 提供整體服務機制，與會員分工合作完成下載行為：

輸，仍應認其欠缺不法意識，無由構成犯罪。從刑法理論而言，台北地院之觀點應屬正確。

台北地院次謂：「Kuro 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²¹³，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…，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…，被告負責人、被告陳氏兄弟提供上開軟體及服務予會員，對於會員發生違法下載行為此一結果，不僅有因果關係，且係以作為之方式積極促使不法重製此一構成要件行為之實現，與會員間乃係分工合作完成下載行為。」，台北地院從 Kuro 整體機制，論其在會員交換檔案時所扮演角色，指出其與會員分工合作之積極行為，是屬於行為之分擔，應屬正確。

（三）Kuro 與會員之重製犯行，有犯意之聯絡：

台北地院再論犯意聯絡，謂：「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。」。

法院接著謂：「是以被告負責人、被告陳氏兄弟既明知其提供之上開軟體及平台服務可供會員作為違法下載之工具，且一般消費者不可能事先各別向著作權人取得合法重製之權利，惟其為招攬大量會員加入，賺取會費，竟在其網站及 Yahoo、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」、「五十萬首最新 MP3，無限下載」、「MP3 流行排行榜，一次

²¹³ 針對此，「假設現今關閉 Kuro 網站，則會員是否仍可進行 MP3 之檔案交換而不受影響」，判定其支配能力，參鄧迺騰著「以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價」一文，智慧財產權月刊 67 期(2004 年 7 月)，頁 122。

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、5566、五月天等哈燒流行專輯」等類似內容之廣告²¹⁴，以其軟體及平台服務可供大量下載有著作權之流行音樂 MP3 檔案為主要訴求，誘使不特定人加入，鼓勵其利用 Kuro 軟體大量下載告訴人等享有著作權之流行歌曲，則其對於眾多未經著作權人之同意或授權重製之會員，將利用其提供之軟體及平台服務違法大量交換下載重製著作權人之著作此一結果，顯可預見，而不違背其供會員以該軟體作為違法下載重製工具之本意。」。

（四）Kuro 有能力過濾侵權檔案卻放任不為，與會員有共同之犯意聯絡：

台北地院以鑑定人林教授肯定 Kuro 有能力過濾侵權檔案，及 Kuro 技術長黃 XX，於 93 年 11 月 26 日台北地院民事執行處法官執行假處分禁止交換如附表所示之歌曲時，承認可以過濾字串讓會員不能搜尋侵權檔案，足認在技術方面 Kuro 應有能力過濾侵權檔案，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，放任會員無限下載，益見其對於會員會發生違法下載之行為顯可預見，並不違背其本意，且與會員間係在有意識、有意願地交互作用下，有共同重製之決意或犯意聯絡²¹⁵。

²¹⁴ 除了判決所提到的廣告內容外，被告於各大入口網站及下載軟體專區密集刊登廣告，針對一般慣常使用網路之不特定多數人以「MP3 天堂」、「最強 MP3 搜尋雷達」、「最新 MP3 火速下載」、「New！新登場」、「下載、播放、燒錄，一氣呵成，輕鬆燒錄自己的精選輯」、「MP3 抓到爽」等用語引誘消費者點選，連結至被告網站下載侵害著作權之非法 MP3。甚至直接將最新發片，在市場上十分熱門之歌手及曲名加以明顯標示，如「新！蕭亞軒 MP3！！」、「全下載：S.H.E 新歌」、「孫燕姿」、「Energy」、「李心潔」、「江美琪」（均是告訴人歌手），便利不特定人直接點選下載。飛行網並製作華語 MP3 排行榜（標出歌名、下載次數、依序排名）、新片可直接由網頁點選下載。除在網頁上刊登廣告外，被告進一步以散發電子郵件之方式直接進入一般個人之電子信箱，以聳動之標題，配合多種優惠，定期公佈熱門下載之排行榜或新發行專輯資料如吳佩慈、蔡依林、張震嶽、周杰倫之新專輯或即將發行之專輯及點選路徑，提供使用者下載。被告更耗費鉅資在全台各地租用戶外大型看板，刊登「Kuro 音樂實在太多了」廣告，在電視的廣告則是「最好常常上 Kuro」、「Kuro 是上帝」、「什麼ㄋㄚ出新歌，Kuro 都知道！」、「上 Kuro！哇！停不住」、「聽到下輩子也聽不完」。Kuro 在其網站且自翊「敢於與眾不同！」。此等廣告毫不掩飾其侵害著作權之故意，由此判斷，Kuro 不僅是可預見會員侵權，而是明知且利用會員侵權達其非法營利目的之直接故意。

²¹⁵ 台北地院就 Kuro 有過濾能力而不採取必要措施阻絕侵權檔案，並放任會員無限下載侵權檔

(五) 共同犯意及行為成立之時點：

Kuro 抗辯其不知何一會員於何時下載何一檔案，因而其與會員毫無犯意之聯絡，台北地院謂：「當被告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下載有著作權之檔案時，即可謂係其與會員間犯意聯絡形成之時點，至於會員何時實際使用其提供之軟體違法下載重製檔案，下載之檔案內容及數量為何，因均在其所容許之範圍內，不違反其讓會員得隨時無限下載之本意，自不影響其與會員間有共同重製犯意之成立。是就本案被告會員陳 XX 之違法下載行為而言，被告既可預見身為其會員之被告陳 XX，可能會利用其提供之 Kuro 軟體及服務違法下載重製他人享有著作權之檔案，惟仍不違背其本意，提供該軟體供被告會員陳 XX 使用，容許陳 XX 可利用該軟體及服務違法下載，且被告陳 XX 用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認為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被告陳 XX 共同完成整個搜尋及下載重製之行為，則被告公司負責人、陳氏兄弟與被告會員陳 XX 間顯然具有犯意聯絡及行為分擔，核屬共同正犯²¹⁶。」

四、Kuro 與其彰化案受僱職員陳 XX 等人亦為重製罪之共同正犯：

- (一) 台北地院認為彰化案警方之搜索合法，扣得之證據有證據能力。
- (二) 台北地院認為受僱職員陳 XX 等在彰化案之供述及證詞，得作為本案之證據。
- (三) 台北地院以彰化案扣得之證物及受僱職員陳 XX 等人在彰化案之供述，認定飛行網確實在彰化成立星紀及譜訊公司，在大陸北京成立大呂黃鐘公司，作飛行網之彰化分公司及北京分公司。飛行網出資，指派受僱職員陳 XX 作飛行網之商品部經理，商品部工

案，乃與會員有侵權之共同犯意聯絡一節，與美國 Grokster 案最高法院認為被告未想要發展在使用其軟體時的過濾工具或減低侵害行為的裝置，強調被告故意幫助其使用者的意圖，二者意見同。²¹⁶ 台北地院上述意見亦係告訴人之主張，但為士林地院所不採。事實上，會員何時重製、重製何一檔案，被告之檔名索引伺服器均於當時知悉，並非無知。即使是沒有檔名索引伺服器之分散式 P2P 平台，對於會員特定之重製或公開傳輸行為之時間點雖不知悉，但此只是支配的細節而已。

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（台北、彰化各一份）及上傳台北及北京之 Kuro FTP 站台、將 Kuro 音樂圖書館資料庫與洗歌站整合。商品部自 95 年 5 月至 10 月開始大量購入市面銷售之 CD，以 Musicmatch 軟體轉檔為 MP3 格式，六個月內即轉檔重製約 31,380 首錄音著作，之後再由星紀公司及譜訊公司承接原商品部之業務。所有被 MP3 格式化之錄音檔案，均上傳至飛行網之網站內，以快速擴充可供交換之 MP3 檔案。此部分因證據確鑿，被告無力招架²¹⁷。法院因而認定 Kuro 與其受僱之職員陳 XX 等人就彰化洗歌中心之擅自重製告訴人錄音著作之犯行，有犯意之聯絡及行為之分擔，為共同正犯。

五、Kuro 被告論罪科刑：

（一）飛行網及被告負責人、被告陳氏兄弟部分：

台北地院以被告等經營 Kuro 網站長達數年，召募之會員人數眾多，所獲利益甚豐，期間並不斷大量違法重製 MP3 檔案提供其他會員下載，足認被告等係反覆從事以同種類行為，以重製方法侵害他人之著作權為職業並恃以維生，均係犯修正後著作權法第 94 條第 1 項擅自以重製方法侵害他人之著作財產權為常業罪，與被告會員陳 XX 及受僱職員陳 XX 等為共同正犯。

被告飾詞矯飾毫無悔意、及其等三人為牟個人私利無視告訴人所享有之著作權及公眾利益之犯罪動機、利用網路下載方式之新興科技之犯罪手段、所獲得之利益匪少、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、且被告負責人、被告均未能與告訴人達成民事和解，因而量處如主文所示之刑罰，被告飛行網公

²¹⁷ 有無在偵查階段搜索，確實對被告之定罪影響甚大，Kuro 案因為有彰化案證據之補強，使台北地院較容易得到被告與會員共同犯罪之心證。ezPeer 案如果有搜索，結果可能不同。

司依著作權法第 101 條第 1 項規定，亦處以同法第 94 條第 1 項之罰金。

(二) 被告會員陳 XX 部分：

被告會員陳 XX 行為時所犯修正前著作權法第 91 條第 2 項，修正後，則改依著作權法第 91 條之規定處罰，為連續犯及想像競合犯，判刑 4 月，併予宣告緩刑。法院重判 Kuro，而對會員法外施仁，應屬妥適。

柒、台北地院的判決並非毫無瑕疵：

一、台北地院竟完全未論及公開傳輸權之侵犯

判決中只提到侵害重製權，而未論及公開傳輸權²¹⁸（檢察官起訴書已論及公開傳輸之事實，但漏未列出著作權法第 92 條之條文，在審理中公訴人已經補列。）。我國參考世界智慧財產權組織之「世界著作權條約」WCT 第 8 條，及「世界表演人及錄音物製作人條約」WPPT 第 10 條、第 14 條規定，於 92 年 7 月增訂著作權法第 26 條之 1「公開傳輸」(Right of Public Transmission)之新權利，條文中所稱「向公眾提供」(making available)，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態為已足。

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

²¹⁸ 本案除了重製外，因 P2P 平台機制提供網友公開傳輸，所以公開傳輸才是重要關鍵，但台北地院只論及重製，對公開傳輸隻字未提，此誠屬遺憾！參陳家駿著，從臺北地院 KURO 案判決談 P2P 網站著作權爭議，全國律師，2005 年 12 月。

在會員網友之間彼此傳送時，重製與公開傳輸可以單獨也可以合併，亦即如果網友只想去下載其他人的分享檔案，而自己不提供上傳，那他就只構成重製；可是如在下載他人檔案後又將他所下載的歌曲提供上傳，此時他就同時觸犯了重製權與公開傳輸權。因為 Kuro 把會員資料分享夾內之檔案，均設定為「分享」，如未更改設定，則會員資料夾之檔案均處於「向公眾提供」之狀態，即構成侵害著作權人的公開傳輸權²¹⁹。台北地院就檢察官已起訴之公開傳輸事實漏未審判，應屬違法。

二、台北地院對於侵權歌曲之認定部分之瑕疵

台北地院判決的另一個瑕疵是台北地檢署另行移送併辦部分，公訴人指 Kuro 復有提供附表編號第 1 至第 122 首非法錄音檔案之交換服務，致任何會員皆可藉 Kuro 軟體及網站主機之服務公開傳輸及下載該歌曲。附表三之歌曲或係告訴人假處分之歌曲，或係 93 年 7 月滾石、豐華等公司最新發行之錄音專輯內之歌曲，被告亦提供會員作非法之傳輸及下載，上開併辦部分與起訴部分有裁判上一罪關係。

台北地院以本件卷內並無證據證明已有會員藉由被告所提供之 Kuro 軟體及網站主機下載重製如附表三所示之歌曲，而實施構成要件之重製行為，是被告單純提供 Kuro 軟體及網站主機之行為，尚與構成要件重製之行為不該當，而不構成犯罪，與本案無裁判上一罪之關係，不予併案審理。惟附表三之 122 首歌曲，告訴人皆已於告訴時提出可在 Kuro 網站搜尋及下載之畫面，並將下載之內容製作光碟，呈作證物。

告訴人既可在 Kuro 網站搜尋及下載歌曲，至少已有會員成立擅自公開傳輸罪，況該 122 首歌皆是當時最流行歌曲，依經驗法則，如此流行之歌曲歷經數月，不可能從未被會員下載一次，告訴人且提出 Kuro 排行榜證明系爭歌曲有部分上榜，在一週內下載次數高達一萬餘次。其實，以 Kuro 50 萬會員每日交換歌曲之數量驚人，持續數年罄竹難書，絕不

²¹⁹ 陳家駿著「從臺北地院 Kuro 案刑事判決談 P2P 網站著作權爭議」一文，刊於全國律師 94 年 12 月，頁 30 至 31。

止於被告會員陳 XX 案件被抓到的 970 首及彰化案受僱人電腦內 1,549 首歌曲而已。法院認為沒有證據證明被告會員有下載重製該 122 首歌曲之行為，似仍囿於司法扣押之證據，未能由常業犯之角度及合理之社會經驗判斷，略有所憾。

捌、Kuro 案判決之檢討

上述 ezPeer 案件之檢討外，針對 P2P 平台機制，茲補充評論如下：

一、P2P 是網路科技之新形態利用，與傳統侵害著作權案件，在手法及運作上確有不同，比如 P2P 平台設立機制招徠會員，會員的按鍵行為，觸動構成要件事實，會員逃不掉責任，P2P 平台利用會員賺錢卻設計各種規避措施保護自己；會員眾多，被害人甚至無法認識侵害者究係何人；具體的犯罪時間、地點、數量亦無法掌握，也不可能一一追究每個會員（平台或 ISP 不會提供使用人名單）；論情節，正犯之會員情節較輕，提供設施之平台情節較重。當 P2P 業者披上科技的大衣，似乎掩蓋了其本質；但是脫掉這層科技大衣，抽絲剝繭後其所呈現的行為與犯意，其實與傳統的犯罪並無不同，刑法理論也無捉襟見肘之處。從台北地院判決對應士林地院判決即可明瞭。

二、台北地院並沒有花太多精力在 Kuro 之搜尋方式或架構的分析及探討上，它強調了整體機制，既然 Kuro 提供了這種機制，用什麼手法完成，其實影響不太。重點在被告模仿了 Napster 的侵權機制，知道並且刻意利用會員之加入，藉提供會員搜尋、下載收取費用，被告不肯過濾侵權檔案，因為這與它設立的目的抵觸。Kuro 與會員共生互利，唇齒相依，共同的犯意聯絡不難認定。吾人不必借用美國的輔助侵害概念，也可處理 Kuro 的民刑事責任。因民法第 185 條第 2 項規定「造意人及幫助人，視為共同行為人」，刑法第 28 條及大法官釋字第 109 號解釋，可把有共同犯意但只實行構成要件以外幫助行為之人，納入共同正犯處理。台北地院對 Kuro 明確的論以共同正犯，應值肯定。

三、ezPeer 及 Kuro 之地院判決皆言以整體機制評價 P2P 平台，雖其對犯意及證據取捨作出完全不同之結論，但可以確定的是法院日後應該不致於以「集中式」或「分散式」之技術觀點判定責任，而應以整體觀察其運作及目的，綜合評價²²⁰。

後記：Kuro 雖已於 2006 年 9 月與權利人唱片公司達成和解，但因檢察官起訴及台北地院判決均認 Kuro 構成著作權侵權之常業犯，非屬告訴乃論，本案目前仍在台灣高等法院審理中²²¹，故即使和解法院仍必須作成判決。

²²⁰ 林發立著「在抉擇的十字路口—從 Napster 到 Grokster，從 ezPeer 到 Kuro」一文，刊於萬國法律(No.153)，2005 年 10 月，頁 32。

²²¹ 94 年度上訴字第 94 年矚上訴字第 5 號。

第三章、網路科技利用新型態關於 P2P 第三代 eMule 與 BT (BitTorrent) 應用之著作權問題

第一節、BT 之架構及傳輸運作特性其與 P2P 的區別

BitTorrent(BT)於 2001 年由 Bram Cohen 在美國矽谷北部的柏克萊發明，被稱為是第三代的 P2P²²²，Cohen 在 2002 年發表 BitTorrent 之後，由於其具有下載者愈多，下載速度愈快的特性，使得 BitTorrent 短短幾年已成為網路上最受歡迎的 P2P 工具。依研究公司 Big Champagne 統計，全球有將近七千萬的 BitTorrent 使用者；且依照 Cache Logic 對網路頻寬使用所做的調查，BitTorrent 大約占了全球網路流量的百分之三十到四十之間²²³。

壹、BitTorrent 之原始架構

Bit Torrent 之原始架構，基本上乃類似第一代之「半集中式」架構，須透過索引伺服器（在 BitTorrent 架構中稱為 Tracker），才能進行上傳或下載之活動。然而，BitTorrent 與第一代半集中式架構最大的不同，在於其伺服器乃屬分散式架構。換言之，任何人只要有意願以及足夠資源，便能依據相關協議架設 Tracker。通常，BitTorrent 相關論壇網站之架設者，幾乎也都有屬於自己的 Tracker，讓論壇的使用者能夠利用 Tracker 製作種子（seed），一方面在網站上公布種子（seed）。

Bit Torrent 架構下之檔案分享流程，先簡化成一對一的情況予以說明：

1. 首先，一個完整檔案之持有者欲分享其檔案時，其先利用 BitTorrent 用戶端軟體，製作出該檔案之索引檔（metainfo file），亦即副檔名為 .torrent 之檔案，並將之在網站上公布。而索引檔案

²²² <http://dailynews.muzi.com/ll/chinese/1344968.shtml>。

²²³ 參見 Ellen Lee, Founder of BitTorrent unlocks the secrets of online file sharing. He figured out how to break up video into small pieces that can quickly be sent over the Net, San Francisco Chronicle (Sunday, August 6, 2006), available at: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2006/08/06/BUG6OKAUQ71.DTL>。

之內容，包括特定 tracker 之位址 (URL)、原始檔案的各項資訊，以及每個檔案片段 (block) 以 SHA1 函數運算的雜湊結果²²⁴。此時，提供原始檔案之節點乃稱之為「種子」(seed)。

2. 而在網站上發現該索引檔而欲加以下載者，則啟動 BitTorrent 用戶端軟體並點選該索引檔。用戶端軟體在讀取索引檔之後，首先會確認檔案之完整性，確認後便會與索引檔所指定的 tracker 相連接，並向 Tracker 詢問檔案提供者之位址²²⁵。
3. Tracker 接獲詢問後，便會回應原始檔案提供者之位址。取得提供者位址後，下載者便會直接與檔案提供者 (即種子) 相連接，而開始分享檔案²²⁶。

對 BitTorrent 基本的檔案分享流程有所認識後，以下便進一步說明一般情況下，Bit Torrent 之運作：

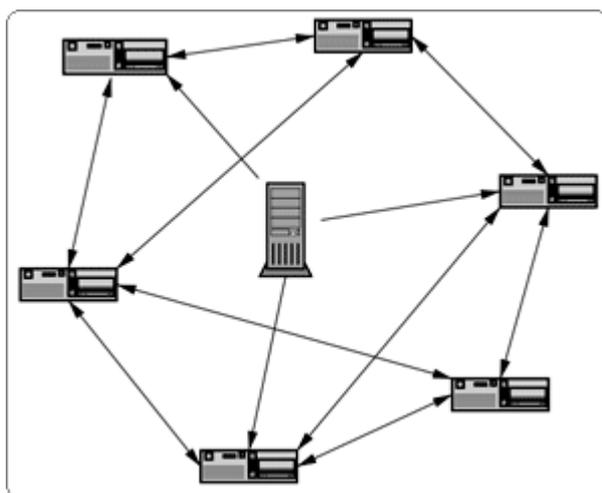
1. 首先，當一個特定檔案之種子出現後，通常會有複數之下載者。此時，這些下載者乃稱為同儕 (peers)，並與種子構成一個群落 (swarm)。
2. 由於 BitTorrent 在分享檔案時，係將檔案虛擬分割成小單位之片段 (block) 來傳輸。透過 Tracker 對 swarm 內 peers 的管理，首先，peer 會先自種子取得部分片段。
3. 當後續 peer 進入 swarm 後，其可從 Tracker 取得可供下載之所有提供者之位址，此時包括種子以及取得部分片段之 peer，而後與之相連結。
4. 一旦取得連結，peer 跟 peer 之間，依據 .torrent 索引檔，彼此會告知對方自己已擁有之片段，而後相互分享彼此欠缺之片段。最終，每個 peer 將從不同來源取得所有的片段，而後組成一個完整的檔案。

²²⁴ 參見陳宜凡、游象甫、曾黎明、白淳元，應用於 Bit Torrent 之通透快取機制，available at: <http://dspace.lib.fcu.edu.tw:8080/dspace/bitstream/2377/905/1/NIA1-NI122005.pdf#search=%22tracker%20BitTorrent%22> (visited Sep. 30, 2006)。

²²⁵ 參見陳宜凡、游象甫、曾黎明、白淳元，前揭文。

²²⁶ 同前註。

換言之，在 BitTorrent 架構下，下載者並非從單一來源（例如種子）取得檔案，而是從多數來源分別取得檔案之片段，而後加以組合。此外，在下載之同時，下載者同時扮演上傳者之角色。此一架構，使得下載的人愈多，所能夠提供傳輸的頻寬也愈多，而大幅提昇傳輸之速度。BitTorrent 架構可由下圖表示。



BitTorrent 示意圖。來源：BitTorrent org.

貳、BitTorrent 之改良架構

2005 年，Cohen 發表新一代之 Bit Torrent。在新版本中，Bit Torrent 乃加入了 DHT 網路技術，此時，因為用戶端軟體會在網路中尋找下載同一檔案之其他用戶，並與之連結溝通。因此，用戶無需連上 Tracker 就可以執行下載任務。²²⁷

此一改良之 Bit Torrent 架構，由於毋須索引伺服器之介入，且具有 DHT 技術，因此較接近於前述第三代之 P2P 軟體。然而，新版本之 Bit Torrent 仍不普遍，目前仍以透過 Tracker 運作之架構為主流。

參、eMule 與 BitTorrent 之傳輸運作特性

²²⁷ 參見 <http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>。

eMule 與 BT 和傳統 P2P 軟體最大差異，在於傳統 P2P 使用者是將自己電腦當作伺服器，以提供他人直接從其電腦下載其所提供他人分享的檔案。因此，若同時有多人下載，就會因提供者頻寬限制使下載速度變慢。但 eMule 或 BT 軟體則不同，其先將檔案分割為許多片段，然後讓使用者從不同電腦下載相關片段，下載完畢則由該軟體組合成一完整檔案。軟體設計特點是採分散性設計，如有愈多人下載同一檔案，因為可提供其他使用者下載的來源增加，反而使該檔案可供下載的速度變快，使每個使用者在利用軟體下載他人著作同時，又同時提供檔案供他人下載，係多點對多點傳輸效果，形成「下載的人愈多，速度愈快」的網路特色²²⁸。此一特性，使 eMule 與 BT 軟體推出以來 成為網路上資料交換相當受歡迎的工具，其中又以 BT 後來居上。

至於BT運作的原理與eMule有所差異，就eMule而言，是以整個檔案為核心，透過檢索方式以了解是否有相關檔案；BT則是以檔案資訊為核心，提供檔案者將欲分享的檔案，透過軟體(如BitTorrent Tracker)製作一個.torrent 文件檔(稱為「種子(seed)」)，再將此種子檔案放到BT，讓人透過email、BBS、網路論壇(或在Google抓)或以其他方式取得。BT的使用者要下載檔案時，只要下載.torrent 檔案後點選torrent，BT 軟體會自動連結至.torrent 文件檔所指示BT 服務器確認檔案資訊，並自動將其中info_hash 檔與BT 服務器相同的info_hash 檔比對，進行檔案傳輸安排的安排²²⁹。因其會解析.torrent文件，以連接追蹤伺服器(Tracker Server)，追蹤伺服器將提供該使用者其他使用者(包括作種者)的IP，該使用者再依此連接其他使用者，並根據.torrent文件告知對方自己已擁有的檔案片段，然後互補不足。

肆、eMule/BT與其他P2P之比較

BT 與其他 P2P 軟體之間，有二點不同²³⁰：第一，BT 本身並未提供檔名

²²⁸ 參 94 年 5 月 24 日智慧局所召開防制利用 P2P 傳輸軟體侵害著作權會議，依該次會議記錄中連穎科技公司李信穎總經理就 eMule/eDonkey/BT 傳輸軟體運作技術之說明及與會之討論整理。

²²⁹ 同前註。

²³⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/BitTorrent>。

搜尋的功能。使用者必須透過其他方式（如網路搜尋引擎），才能找到.torrent 文件。第二，BT 並未試圖隱藏最初作種的主機（希望分享檔案者，必須在特定主機建立 Tracker 信息，並以散布挾帶該 Tracker 伺服器位址的.torrent 文件為之）。但由於將 Tracker 信息所在的伺服器，放在一個著作權人無法付諸法律行動的地方，並非難事，因此 BT 在這點與其他通訊協定相較，某個程度上是較受責難的。BitTorrent 除了在分享架構上與其他 P2P 軟體有所差異，在商業上的運作模式亦有所不同。以下即簡單比較 Bit Torrent 與其他 P2P 軟體之差異。

一、Bit Torrent v. Napster

Napster 乃第一代之 PP 檔案分享技術，並開創了網路利用的新型態。然而，Napster 利用其集中式檢索伺服器，從事廣告刊登之營運模式，也帶來了一連串的法律挑戰。最後，隨著 RIAA 於 1999 年 12 月 6 日向北區加州聯邦地方法院對 Napster 正式提出侵害著作權的控訴，在法院核准 RIAA 的暫時禁制令 (injunction) 後，Napster 被迫在 2001 年 7 月 3 日清晨關閉其所有歌曲交換下載的功能，使得 Napster 走入歷史。²³¹

如前所述，BitTorrent 與 Napster 最大的不同，乃檢索伺服器並非單一集中，而是由各自分散獨立之 Tracker 所組成。或許可以說，各自的 Tracker 在其網路中乃扮演以往 Napster 所扮之角色。因此各自的 Tracker 網路業者，其實也面臨與 Napster 相似之法律挑戰。

二、BitTorrent v. Gnutella and KaZaA

2003 年 1 月 9 日美國 Grokster 一案²³²中，被告所使用的 P2P 軟體

²³¹ Napster 現已經重新出發，轉變成付費的音樂下載網站。除了每首 99 美分的下載模式外，Napster 並推出每月 9.95 美元無限利用（包括收聽與最多儲存在三台 PC 中）的商業模式，請參見 What is Napster, http://www.napster.com/what_is_napster.html (last visited Sep. 30, 2006)。

²³² 2003 年 1 月 9 日，以 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. (MGM) 為代表的製片與唱片業者，及以 Jerry Leiber 等為代表人的詞曲創作人分別向中區加州聯邦地方法院提起訴訟，控告 Grokster, Ltd.、StreamCast Network, Inc.、以及 KaZaA 構成美國著作權法 501 條以下之侵害著作權的輔助侵權責任以及代理侵權責任。本案經美國聯邦最高法院做成不利被告判決。參 125 S. Ct. 686 (2004)。

技術，乃分別為屬於分散式架構的 Gnutella 以及 KaZaA。BitTorrent 與其差異之處，除了基本架構外，還有所謂的經營模式。

Grokster 一案之被告所採行之商業模式，乃被告將軟體中嵌入廣告之功能，而對外經營廣告業務。當軟體之使用者啟動被告的軟體時，開啟的視窗便會彈出被告所經營之廣告。值得注意，乃廣告係直接從廣告主的伺服器「直接傳送」到使用者的電腦，其廣告傳遞並未透過被告的伺服器。

反之，BitTorrent 的發明者 Bram Cohen，乃以 BitTorrent Open Source License 之條件²³³開放 BitTorrent 之原始碼，故而在市面上有眾多版本在 BitTorrent 用戶端軟體中。惟目前並未看到 BitTorrent 用戶端軟體具有上開類似的廣告機制。一般而言，通常是經營 BitTorrent 論壇網站之業者，在其自身網站上經營廣告業務。

BitTorrent 的發明者 Cohen 在 2004 年成立 BitTorrent Inc.，並在自己的網站²³⁴上經營合法之上傳及下載事業。其在 2006 年並與華納公司簽訂合作協議，計畫提供付費下載電視影集以及電影影片之服務。²³⁵

第二節、eMule 與 BT 傳輸侵權案件

eMule 與 BT 傳輸檔案中，除音樂外，電影一直是 eMule 與 BT 傳輸主流對象，一部電影使用 BT 傳輸可完整下載，導致很多人迷於網路分享電影，BT 所傳送者一是真正的檔案，一是種子，真的檔案通常放在上傳者電腦中。傳輸過程中 BT 會被迫強制分享，下載時會同時分享出去。未下載完也可分享，這是因當初 BT 被切割多份，每份下載回來就屬完成下載，可被分享出去。

壹、EliteTorrents.org 網站 BT 侵權案件

²³³ Available at: <http://www.bittorrent.com/license.html> (last visited Sep. 30, 2006)。

²³⁴ <http://www.bittorrent.com/>。

²³⁵ 參見 Ellen Lee，前揭文。

關於 eMule/BT 傳輸軟體之著作權案例，美國聯邦調查局 FBI 以及 Immigration and Customs Enforcement (ICE) Homeland Security 網路犯罪組等單位，2005 年 5 月針對一家 EliteTorrents.org 網站，發出十張搜索票進行搜索以刑事執行令 criminal enforcement action 強制其關閉²³⁶；該 EliteTorrents 網站吸引超過 133,000 會員，幫助促成在數量上超過 17,800 筆有關的電影和軟體非法侵權，而其供網友非法下載的次數，亦達二百多萬次以上，除了十張搜索票之外，聯邦調查局還將其主要提供檔案交換的伺服器予以控管，上述美國司法機關的行動，很明顯的是要將該網站關閉，以最有效之雷霆掃蕩 (crackdown) 手法，遏止這些網路上的非法侵權行為，將網路上 BitTorrent 的侵權完全以實體世界之竊盜行為等價其觀並大力打擊，由聯邦執法單位針對 P2P 相關著作權侵權者，Operation D-Elite 及 EliteTorrents 網站行政人員和著作權內容之 "first providers" 供應者等予以取締²³⁷。

貳、香港「古惑天皇」BT 案

香港海關從 2004 年底派員鎖定網路盜版傳送行為，於 2005 年偵破 BT 網路盜版周星馳主演「功夫」影片，香港政府號稱是全球首宗偵破的網路非法分享案，2005 年 10 月香港法院判決散布 BT 種子的三名被告違反香港版權條例，應負刑事責任。

依據 BT 傳輸的原理，其所傳輸的標的並不是一個完整的檔案，而是構成這些檔案的位元。尤其特殊的是，影音或文獻的片段，仍然可以辨明其內容；然而以 BT 傳輸的檔案片段，則非如此，若非蒐集趨近完整，該檔案是無法開啟或執行的。若作種者當初並沒有將檔案完整地傳輸出去，而一個無法播放的檔案、或一個只能斷斷續續播幾分鐘的影片，是否達到了侵害著作權的程度，將是一個值得討論的問題。

²³⁶ Department of Justice, First Criminal Enforcement Against BitTorrent Network Users, <http://www.crime-research.org/news/27.05.2005/1263/>。

²³⁷ First Criminal Enforcement Against BitTorrent Network Users, <http://www.crime-research.org/news/27.05.2005/1263/>。

其次，作種者縱構成著作的重製、散布或公開傳輸，但如何鎖定並證明某人為作種者，涉及舉證問題。在香港「古惑天皇」案中，2004年11月初，香港法院甫判處陳乃明，以時下流行的變態軟體 BitTorrent 在網路上分享電影檔案，被判刑三個月，成為全球首宗 B T 侵犯著作權案件。據海關的新聞發布和媒體的報導等資料顯示，當時可能是以以下證據加以起訴²³⁸：

- 一、以「古惑天皇」為網名，在新聞組上發布.torrent 檔；
- 二、在侵權影片中加入個人的圖示（漫畫主角的模型圖像），並在其家中找到該模型；
- 三、在新聞組的帖裡找到的 IP 位置、在 BT 程式裡顯示的 IP 位址與其本人電腦一樣；
- 四、在其家中搜出該三套影片的 VCD 影碟，及四百支正版或盜版影碟。

然而，證明發布.torrent 之人確為作種者，而非他人轉貼，在我國法下可能較不具意義，蓋我國著作權法第 3 條規定有重製或公開傳輸之態樣，因此縱使轉貼.torrent 者主張：「.torrent 檔本身只是一個連繫 Seeder 和 Peer 的渠道，且轉貼.torrent 者不見得提供檔案或下載之」，亦難解免其重製或傳輸之嫌。也因此，香港案例中有關證據之問題，在當地雖有諸如以 IP 認定行為人等相關爭議，但我國似乎較無討論實益。

第三節、BT 傳輸軟體於我國實務上衍生之著作權問題

上面已探討了關於 P2P 在台灣及國外若干的實務案例，接下來針對 eMule 以及 BT 之傳輸軟體，在實務上所衍生出來的著作權問題，即利用 BT 在網路上下載或交換他人著作，如何侵害著作權進行研究。

財團法人電影及錄影著作保護基金會(MPA)，於 2005 年九月底向刑事局偵九隊檢舉，指知名軟體網站「台灣論壇網」(<http://www.twbbs.net.tw/>)內，架設「電影世界」及「BT 下載站」，提供 BT 軟體收集「種子」，讓網友無限下載，供會員上傳及下載，線上收看

²³⁸ <http://www.freepen.org/eassys/01/2005-06-13.php>。

盜版而來的最新院線電影檔案，全案目前由士林地檢署偵辦中²³⁹。檢警查扣網站，將網路管理員帶回偵訊，嫌犯將犯行推給大陸網管，警方找出其供下載的種子檔案，嫌犯推稱是下載來未砍掉的檔案，警方認其已涉及重製及公開傳輸的非法侵權行為，目前正由士林地檢署偵辦中²⁴⁰。

該案係台灣論壇網提供 BT 軟體讓網友下載，所衍生出的糾紛，但要一提的是，台灣論壇網和上述 P2P 平台經營業者 Kuro 或 EzPeer 在經營及操作面可能有相當差異，以下就 BT 傳輸軟體各相關當事人方提出分析。

壹、使用人方面著作權責任

一、第一位 BT 傳輸者著作權責任

首先當然是 user 的部分，這裡馬上會牽涉到的就是第一個將種子擺到網路上的人 (first seed provider)，基本上，要在網路上提供他人共享 (即在網路上公開傳輸提供他人)，這位始作俑者就必須透過機器的輔助，將其想要傳輸出去的電影或音樂，複製在他的電腦中，所以這第一位種子提供者，他會面對複製及公開傳輸著作權法之違反問題。

這位始作俑者他手上當然必須要先拿到一部電影或音樂，針對這個來源，姑不論其係正版與否，因為重點在他必須將 BT 的種子散布出去，因此外觀上已構成網路公開傳輸，但是他之所以可提供公開傳輸，當然他必須先在他的電腦裡面，有這部電影或音樂，要作到這個地步，當然就牽涉到重製的動作。著作權法第 3 條第 1 項第 5 款規定，重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。

所以這位 first provider 基本上構成重製，但構成重製，是否立即構成著作權法之違反，又必須面臨合理使用之檢驗！問題是重製一整部電

²³⁹ 請參 2005 年 12 月 27 日中國時報第 18 版報導。

²⁴⁰ 全球第二例 我首宗 BT 侵權案 分享電影檔案台灣論壇遭法辦，中時電子報，陳佳鑫，Posted in 網路資訊 by ciffel on the 12 18, 2005 <http://ciffel.kourge.net/blog/>。

影，可否主張合理使用？著作權法第 51 條規定，供個人或家庭為非營利之目的，在合理範圍內，得利用圖書館及非供公眾使用之機器重製已公開發表之著作。由於 51 條並未抹殺全部重製的空間（例如一整首歌或一整篇文章），所以重製一整部電影似仍有機會構成合理使用；但如果是重製數十部電影，則合理範圍之建構相對言有其困難。

其次，此位 first provider 將電影或音樂檔案透過 BT 之傳輸軟體，置於 Cyberspace 中供網友可公開傳輸該電影或音樂，這始作俑者會涉及著作權法中公開傳輸之違反，著作權法第 3 條第 1 項第 10 款規定，公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。依立法理由說明，此處向公眾提供，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態為已足，是將電影或音樂檔案擺在網路上可得讓人以 BT 軟體來抓取即已構成公開傳輸，因其已放在供不特定人來看或聽的一個狀態或環境(making available)。

接下來，當然也必須探討 BT 公開傳輸有無合理使用之空間，因為對該首歌或電影如未取得授權就擺在網路上供他人使用，理論上有侵犯別人著作權的問題，這時可否主張合理使用？當然要回歸著作權法第 65 條界定之四項原則，基本上擷取有限之量，較易抗辯屬合理範圍，但針對 BT 公開傳輸的部分，要主張合理使用在法律上似有所困難，因放在網路供人分享，讓不特定的人下載觀賞聆聽，浩瀚網海中有廣大不特定的多數人可以去聽到或看到該首歌曲或電影，這時可得公開傳輸的量相對言太大，依利用結果對著作潛在市場與現在價值影響過鉅(即市場替代效果)，要主張公開傳輸的合理使用，理論上即可能有相當困難。

二、後繼之 BT 傳輸者著作權責任

這裡的後繼傳輸者指的是，他已經透過 BT 的軟體將他人享有著作權的電影或音樂，抓到自己的電腦中，這個地方必須特別強調的是，BT 軟體

雖然也是 P2P 的一種應用，但他的特點就是在某一網路使用者下載該電影或音樂檔案的同時，他也必須被迫提供給他人分享或下載。

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

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

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

但對於矢口否認或實際上真的不清楚 BT 傳輸軟體之 user 而言，在個案中就必須要透過其它的證據，來建構其明知或可得而知（即所謂的未必故意或間接故意），例如，此時電影或唱片之權利人可能會主張，在使用者下載的過程當中，電腦螢幕上同時會顯示下載及上傳，例如 20kb/s 的速度進行，因此，很明顯的除了下載的字眼之外，上傳同時也在螢幕

上清楚的顯現無疑，因此後繼的使用者很難諉為不知，不過，這個部分仍必須由實際之個案予以認定，如果證據可以支持，後繼之使用者即會構成一行為同時觸犯了著作權重製與公開傳輸之違反。

貳、BT 論壇提供者著作權責任

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

一、專以提供 BT 之論壇或網站型態

首先要看的是，在網路上有一些論壇或網站，提供 BT 來供他人下載音樂及電影，通常這種論壇或網站，其內容全部或是大部分都是這種鼓勵或引誘他人侵權性質的平台²⁴¹。

²⁴¹ 我國保護智慧財產權大隊，最近就曾掃蕩一些非法 BT 電影音樂下載的網站或論壇，但以下這二個網站，是否屬於所謂專以提供 BT 之論壇或網站型態，尚待司法進一步認定。保智大隊第三中隊高雄分隊於 95 年 8 月中旬接獲檢舉「捷克論壇」(<http://www.jkforum.net/index.php>)，非法提供目前約二百多部當紅未上映及院線電影供上萬會員下載觀賞，為保護著作財產權並宣示政府打擊不法決心，大隊高雄分隊、刑事警察局偵八隊及金門縣警察局刑事警察隊員警於 95 年 9 月 15 日至金門縣，持金門地方法院搜索票至金門縣民宅，當場查獲黃姓犯嫌乙名，並當場查扣供犯罪所用之電腦主機伺服器相關事證。黃嫌係 74 年次大專學生，成立國內人氣指數漸擴展中之「捷克論壇」，每日最高同時上線人數曾高達上千餘人，該網站成立一年，現已有 9 萬 3 千多名會員，該論壇網站專提供當紅院線電影，如「神鬼奇航 2」、「怪怪屋」、「達文西密碼」、「一公升的眼淚電影版」等供不特定網友前往下載觀賞，侵權市值達二億九千萬元以上，全案依違反著作權法第 91、92 條移送板橋地檢署偵辦；參<http://vbb.twftp.org/showthread.php?t=9758>；<http://www.tnews.com.tw/07/PoliceFJIcon1.asp?number=7852>。另外還有遊戲規則網路免費資源論壇網站，保智大隊第三中隊高雄分隊於 95 年 9 月中旬接獲檢舉「遊戲規則網路免費資源論壇」網站(<http://gamerule.no-ip.com/bbsindex.asp>)，經上網(遊戲規則網路免費資源論壇)追查發現該網站為以 BT(Bit Torrent)種子交流程式收攬會員，提供會員下載、交流各式非合法授權之音樂、院線電影、程式軟體、遊戲軟體等侵權物品，會員人數眾多，侵權事實嚴重，案情重大，該大隊即指揮高雄分隊展開偵查。該論壇非法提供約一百多部當紅未上映及院線電影供上萬會員下載觀賞，高雄分隊員警於 10 月 4 日，持高雄地院搜索票至高雄市民宅，查獲洪姓犯嫌，並於現場查扣電腦主機及不法侵權事證。洪嫌為 59 年次電腦工程師，經營模式是以提供平台鼓勵會員主動進站發布文章或分享資源，總發表帖子數約 58 萬 3 千多篇，每日平均發帖量約 2 千篇，每日最高同時上線人數高達上千餘人，且該網站成立 4 年之久，現已有 4 萬多名會員，該論壇網站專提供當紅院線電影，供不特定網友前往下載觀賞，侵權市值達五千萬元以上，全案依違反著作權法第 92 條移送高雄地檢署偵辦。智慧局提供保護智慧財產權警察大隊、刑事警察局新聞參考資料，

二、非專以提供 BT 之一般論壇或網站型態

就一般而言，論壇是提供網友各類資訊，並提供網友發表意見之園地，將信息在網路上以電子佈告方式傳送，亦即各個論壇可按照使用者不同的偏好並設計不同的主題和佈告欄，供網友直接即時的在論壇內提供看法，並進行即時的互動。至於目前在訴訟繫屬中的台灣論壇網案件，當案發時，該網站係如何的呈現目前已不可知，但吾人如以現在台灣論壇網為例²⁴²，可以看出它提供了論壇家族、精華文章、知識文獻、議論紛紛、熱門討論及網站合作等等數個大項，然後再輔以發燒話題、個人秘書、風雲人物、創造文章……等多項可讓網友點擊進去觀看的各項資訊與內容。

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

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

http://www.tipo.gov.tw/eng/press/ne20060915_2.asp, last visited 10/26 2006,

<http://tnews.cc/07/newscon1.asp?number=7927> last visited on 11/17, 2006。

²⁴² <http://www.twtalk.com/>。

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

由以上可知，專以提供 BT 侵權之論壇型態，依 KURO 及美國 Grokster 案認定原則，若論壇內完全以侵權為目的，經營模式是以提供平台鼓勵會員主動進站發布 BT 分享資源，充斥各種 BT 種子以供人交流非法下載傳輸有著作權影音產品，其觸犯著作權而應負責，較無疑義，此處不擬討論此種較 low-end 型態；但一般提供 BT 之論壇，縱使提供了種子，但在它的經營層面上，可能與前述 Kuro 案件中之平台業者在運作及經營上有若干之差異，因為以 Kuro 案而言，在其網站中它提供了各式各樣鼓勵、促銷公開傳輸，讓網友享有各式各樣優惠方案、資訊提供等等²⁴³，如果一般論壇沒有提供這些相關的鼓勵機制或優惠方案，而單純只是種子的提供，這個時候其法律責任在實務上極可能與上述 Kuro 等案件無法立即等價齊觀，針對這個部分，可以民刑事二方面來觀察及瞭解。

(一) 非專以提供 BT 之一般論壇或網站刑事方面責任

理論上論壇的經營者，對於網友在其版面上可以放置的資訊或訊息，理論上與一般純粹的 IAP 不一樣，基本上他都可以看的到、而且知道，可以管理，但是針對這個種子而言，縱使論壇經營者知道它是一部電影檔案的種子，這時法律上是否就賦予該論壇經營者有去監督或禁止其流通之義務，這個部分與上述 Kuro 案最大的不同在於，在 Kuro 所提供的 P2P 平台機制當中，所有網友都可在 Kuro 所提供軟體及網站上達到下載或傳輸的目的。

²⁴³ 詳參第九節台灣臺北地院 KURO 著作權重製與公開傳輸案陸、Kuro 案台北地院之判決結果。

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

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

因此，在這種情況下，就會牽涉到論壇需不需要為提供這些種子或軟體的人，在法律上負監督或移除的義務？而縱使有此義務，是否他就會變成是必須負擔刑事責任？吾人可以再以 Kuro 案作為參考例子，論壇所扮演的角色，Kuro 在這個地方將大異其趣，因為 Kuro 的網站提供了一「整體犯罪服務機制」²⁴⁴，而一般論壇可能則不然，此時如立即要認定論壇應負侵犯著作權之刑事責任，恐怕無法立即得到一個肯定的答案，除非在個案當中，針對論壇經營者所提供之一切訊息，以及其明白表達之方式，有類似 Kuro 案或 Grokster 案，那些比較積極明顯的鼓勵/促使/幫助(encouraging/promoting/facilitating)等行為事實，例如採取廣告或其他積極措施，讓網友利用其論壇或其提供設施侵害他人著作財產權者，否則也很難據以速斷，論壇經營者當然應負刑事責任。

²⁴⁴ 向消費者收費之 P2P 業者，管理上須有相當掌控，該種控制會形成密切之關聯，例如提供軟體、註冊登錄、驗證會員身分及有無繳費、藉 index server 搜尋查詢、提供傳輸中斷輔助、可修改軟體碼、平台主機須與提供會員之客戶端軟體溝通、因知悉身份能操控下載(沒付費就拒絕下載)，對會員侵權行為可得知悉、有能力終止使用者帳戶、可強制會員更新軟體阻止侵權(access)、提供各類排行榜、以大量廣告鼓勵用戶下載侵權。

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

(二) 非專以提供 BT 之一般論壇或網站民事方面責任

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

換言之，論壇經營者在其網站內由網友提供的 BT 種子，論壇經營者本身，在法律上究竟有無注意義務，基本上這個部分可能有爭議，因如果是 ISP 中的接續服務(access)提供者 (IAP)，它只提供連線接續上網相關之服務，就內容較無監督管理的必要或可能²⁴⁵；但網路論壇經營者，性質上比較接近平台 (platform) 或內容 (content) 服務提供者 (即一般所謂之 IPP 或 ICP)，因此針對有 BT 種子出現而導致他人侵犯著作權結果，論壇經營者較 IAP 相對而言有注意的可能性。

²⁴⁵ 請參電信法第 8 條：「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。以提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容為營業者，電信事業得停止其使用。」

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

第四章、網路科技利用新型態關於串流 (Streaming) 及部落格 (Blog) 之著作權問題

第一節、串流 Streaming 與著作權

壹、串流 Streaming 技術²⁴⁶

隨著網路傳輸技術的發展，網路的應用已不再侷限於文字或圖片的傳輸，結合聲音、影像的互動式多媒體網路是人類追求的必然趨勢。自1995年RealNetworks.com 推出RealAudio 1.0以來，大量的多媒體資訊藉由稱為串流技術的新傳輸科技在Internet 中迅速擴張。

串流是一種具有即時(Real-time)特性的多媒體傳輸技術，相較於傳統存放在網際網路上的多媒體資訊必須全部下載到本機端(Local Host)後才可開始播放的方法，串流技術讓客戶端只需預先下載極小一部份資料即可開始播放，大量節省了使用者在下載時的等待時間；再者串流技術的另一特色是並不將多媒體資料實際拷貝一份存放在本機端，而是利用客戶端緩衝記憶體(Buffer)的概念，使資料不經實體儲存而直接由緩衝記憶體讀取播放後丟棄，可節省本機端磁碟儲存空間。

串流媒體是建構在網際網路上的應用，首先由媒體擷取裝置取得數位化的媒體資訊，經編碼過程產生可支援串流的媒體格式，再經由串流伺服器透過網際網路將串流媒體傳送到客戶端，客戶端經過解碼程序後即可播放。

正因為串流技術的這些特質，使得其在網際網路上的利用極為廣闊，舉凡線上教學、視訊會議(Video Conference)、線上廣告、隨選視訊(VOD)、即時線上轉播以及網路電台(Net Radio)等各種網路多媒體應用都可運用串流技術來達成。

²⁴⁶ 關於本段串流技術，引用自涂國祥、林盈達，只要串流不要等待，網路通訊126期，2002年1月；涂國祥 林盈達，多媒體串流應用：產品比較與實例分析 <http://speed.cis.nctu.edu.tw/~vdlin/miscpub/streaming.pdf>; last visited on Oct. 28, 2006。

然而，串流媒體仍然面臨著一些急需解決的問題。首先是流暢度 (Smoothly) 的問題，由於網際網路的特性使然，網路傳輸延遲的時間並不是固定的，以致客戶端每秒所能接收的資料量並不固定。然而多媒體資料的播放必須保證在一定的傳輸速度否則就會產生畫面延遲或不連續的問題，而多媒體播放的平順與否是多媒體內容最重要的關鍵；再者是網路頻寬使用公平性的問題，最新的串流技術多使用 UDP/IP 為傳輸協定。UDP 因為沒有擁塞控制的機制，所以相較於 TCP 有較好的頻寬佔有能力。但大量的 UDP 封包產生必將導致對 TCP 封包的排擠，從而影響到網際網路目前現存的大部份以 TCP 為基礎的資料傳輸，因此尋求一個能夠讓 TCP 與 UDP 共榮共存的方法實是當務之急；當然，尋找一種具高品質及低資料傳輸速度的視訊壓縮/解壓縮方法(CODEC)一直是多媒體領域的重要課題；另外伴隨著串流媒體應用而來的其他問題，例如隨選視訊及線上音樂的計費機制、智慧財產權的保護等都是還需要更進一步研究的課題。

貳、串流與著作權固著之構成要件

首先，串流與著作權的關聯是，通常透過串流去聆聽歌曲或觀賞影像等檔案，一般使用之接收者只能單純去聽或看，實際上其並未將該音樂或影像儲存（重製）於其電腦內，換言之，該音樂或影像只不過是供聆賞者閱聽而已，其後使用者之電腦並不會儲存該檔案，這個情形與上述的 P2P 在網友之間的確會構成重製之情況略有差異（即下載者可以將他人電腦裡的音樂或檔案複製儲存在電腦內），因此時就沒有所謂的儲存，如依美國法檢視，必須符合所謂「固著」之構成要件（fixation，亦即著作必須附著在一個有形之媒介，暫時性重製仍屬固著）²⁴⁷，而透過串

²⁴⁷ US CODE: Title 17 Copyright,101. In order for a work to be protectable, it must be fixed in a tangible medium of expression. A work is considered fixed when it is stored on some medium in which it can be perceived, reproduced, or otherwise communicated. For example, a song is considered fixed when it is written down on paper. The paper is the medium on which the song can be perceived, reproduced and communicated. It is not necessary that the medium be such that a human can perceive the work, as long as the work can be perceived by a machine. Thus, the song is also fixed the moment the author records it onto a cassette tape. Similarly, a computer program is fixed when stored on a computer hard drive. In fact, courts have even held that a computer program is fixed when it exists in the RAM of a computer. This is true even though this "fixation" is temporary, and will disappear once power is removed from the computer. 詳參

流可以去聆聽或觀賞，實際上它還是有下載的動作，屬於暫時性重製，只不過是沒有儲存在一有形的媒介上而已。

參、舊法對網站以明知為侵害著作權之物而散布處理

在我國著作權法系統下，附著雖並非要件，所以理論上有下載的動作，即可能構成重製，只不過對網友而言，當其聆聽或觀賞完畢後，聲音及影像即消失或結束(除非再 click)，此時網友是否構成暫時性的重製，是一值得探討的問題(詳下段所述)，惟就網站而言，過去著作權法尚未訂有公開傳輸之規定前，司法實務上，一般在網路上提供他人下載檔案時，在舊法通常都會搭配著作權舊法第 87 條明知為侵害著作權或製版權之物而散布，換言之，除了下載者進行重製之外，對於提供他人下載之人，理論上是以舊法 87 條第 2 款來處理²⁴⁸，至於 92 年增訂公開傳輸權之後，提供傳輸的人當然可能構成公開傳輸權之違反。

肆、對網友點選聆賞是否所謂著作權法之重製

串流技術的應用與傳統著作權重製的概念，殊值討論，串流因為不能在客戶端儲存，而且一般在網路技術上也不將其稱為下載，所以它在著作權法的意義上，可予檢視其是否所謂暫時性的重製。著作權法第 22 條規定：「著作人除本法另有規定外，專有重製其著作之權利。……前二項規定，於專為網路合法中繼性傳輸，或合法使用著作，屬技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製，不適用之。但電腦程式不在此限。前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象²⁴⁹。」以上關於我國著作權法第 22 條暫時性

<http://www.bitlaw.com/copyright/obtaining.html#fixation>。

²⁴⁸ 參台北地院刑事 92 年度易字第 1261 號判決，按修正前著作權法第 87 條第 1 項第 2 款：「有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：明知為侵害著作權或製版權之物而散布或意圖散布而陳列或持有或意圖營利而交付者」。惟有論者以為我國著作權法不論修正前或修正後，散布皆指有體物而言，而不應適用於網路上之非有體之數位著作。

²⁴⁹ 其立法理由謂有關「暫時性重製」權利排除之情形，說明如下：(一) 配合本法於第 3 條第 1 項第 5 款明確定義「暫時性重製」為「重製」，參照歐盟 2001 年著作權指令第 5 條第 1 項，就應特別排除而不屬於重製權範圍之暫時性重製情形，於第三項明定。(二) 第三項第一款所稱之「屬

之重製，串流之情形似可適用於網路瀏覽，因此，理論上它只要屬於前述著作權法第 22 條第 3 項的規定，即為中間或暫時之重製，不適用第一項專有重製其著作之權利，故對網友單純點選聆賞非屬著作權法之重製。

第二節、部落格之發展與相關著作權議題

壹、部落格的發展趨勢與現況探討

就網路與電子商務的發展趨勢觀察，每一不同階段都有新的技術與創新的產品出現。例如在網路開始普及之際，網路瀏覽器(Browser)(如 Mosaic, Netscape 以及 IE)的出現，不但使得瀏覽網頁成為舉手之勞，亦造成網路使用人口快速的增加。其後，隨著網路使用的成長與商業化的發展，電子商務平台(E-Commerce platform)開始在 1998-1999 年出現，並形成 dot.com 熱潮。而在網路泡沫之後，2001 年則開展出由 Google 領軍的搜尋引擎世紀，讓網路使用者能容易尋找到所需之資訊。

每一階段的發展都引領出新的機會與市場領袖，例如瀏覽器的 Netscape，電子商務平台的 eBay.com, Amazon.com，以及搜尋引擎的 Google。這些市場領袖不但在技術上有所創新，也成為各階段市場獲利的主流。時至今日，隨著網路走入家庭與個人，新的網路應用更是前仆後繼不斷出現，其中最重要的就是廣大網路使用人所共同參與的 Web2.0 模式，其具體的代表包括部落格、維基百科以及網路個人化廣播新媒介（podcasting）的應用。但最成功且影響最大的，可能就是部落格了。

部落格之所以可以快速的發展，有很多的原因，最主要的原因可能就是

技術操作過程中必要之過渡性、附帶性而不具獨立經濟意義之暫時性重製」，雖合於第 3 條第 1 項第 5 款重製之定義，但因其係電腦或機械基於自身之功能所產生者，無行為人行為之涉入，並非合理使用，參考歐盟 2001 年著作權指令第 5 條第 1 項規定，排除於重製權之外。(三) 由於數位化之技術，各類著作均得被重製於數位化媒介物，而此等媒介物之讀取，往往發生暫時性重製，第 3 項第 2 款爰原則規定合法使用著作之情形，排除不賦予重製權。惟合法使用電腦程式著作過程中所為之暫時性重製，參考歐盟 1991 年電腦程式指令第 5 條第 1 項規定係屬合理使用，故該項暫時性重製仍屬重製權之範圍，爰於同款增訂但書排除之。

寬頻普及，配合硬體的效能的提升(例如 Intel 雙核心晶片等)以及各種針對部落格所提供的軟體與服務(例如 RSS, Trackback 等)，使得部落客彼此間資訊傳遞、分享、討論的速度與規模快速增加，也進而導致部落格與利用部落格之人口快速增加。

而部落格界 (blogger, 又稱部落客, 大陸稱博客圈) 發展的情況，可以從部落格搜尋引擎公司 Technorati²⁵⁰所作的研究略知一二。根據 Technorati 的研究，全球平均以每一秒鐘增加一個部落格的速度成長 (等於一天增加 7 萬 5,000 個部落格)。至於最關鍵的內容，根據該研究，全球部落格以一個小時增加五萬筆資料 (也就是一天 120 萬筆資料) 的速度快速擴充內容，這也使得部落格以每六個月成長一倍的速度快速高速成長。更特別的，就是經過三個月後仍持續更新的部落格比率從 2006 年 1 月的 50.5% 增加到 2006 年 4 月的 55%，因此該公司目前追蹤的部落格數目增加到 3,530 萬個。這種快速的發展，也使得部落客在 2006 年 4 月的規模較 2003 年 3 月成長達 60 倍之多²⁵¹。

另外，美國 iResearch 市調公司之調查結果亦顯示類似的快速成長趨勢。該調查發現，全球部落格之規模已經從 2002 年的 216 萬個增加到 2004 年的 1,030 萬個，年成長率高於 100%。iResearch 預測，2005 年全球部落格規模將達 2355 萬個，2006 年全球部落格規模將達 5225 萬個，2007 年全球規模將達 11589 萬個²⁵²。

由於部落格驚人的成長速度與龐大潛力，也使得部落格成為目前網路應用中發展最快速的領域之一，甚至迫使企業必須開始改變遊戲規則。因此美國財星雜誌 (Fortune) 特別將部落格列為 2005 年度十大趨勢之首。微軟董事長比爾·蓋茲更指出，部落格是繼 e-mail、BBS、即時訊息 (IM,

²⁵⁰ Technorati 堪稱「部落客界的 Google」，該網站專門提供部落格相關的內容查詢，有 80 萬個用戶，為目前最大的部落格搜尋公司。為與 Technorati 競爭 Google 亦推出 Google Blog Search 的服務 <http://blogsearch.google.com/>。

²⁵¹ 請參見 Dave Sifry, State of the Blogosphere, April 2006 Part 1: On Blogosphere Growth, April 17, 2006, <http://www.technorati.com/weblog/2006/04/96.html> (last visited on September 5, 2006)。

²⁵² 2005 全球博客發展狀況，iResearch, 2005 年 8 月 16 日, http://www.iresearch.com.cn/html/online_community/detail_chart_id_20310.html (last visited September 20, 2006)。

如 MSN Messenger) 之後，第四個改變世界的網路殺手級應用²⁵³。

另外，部落格在中國也發展迅速。根據 iSearch 在「2005 年中國博客市場研究報告」研究，中國的部落格已經由 2003 年的 20 萬個增長到 2004 年的 100 萬，增長比率為 400%，預計 2005 年中國部落格將達 600 萬，2006 年將達 1520 萬，2007 年達 2860 萬個部落格，預計 2005 到 2007 年複合增長率在 200% 以上。至於部落格讀者數量，該研究估計為部落格的 1.25 倍，因此其推算 2004 年部落格讀者數量達 125 萬，比 2003 年增長 400%²⁵⁴。

另外一個有趣的數據則是部落客的年齡層。據美國研究機構 Perseus Development Corporation 在 2004 年 3 月的調查顯示，美國 90% 部落格是由年齡在 30 歲以下的網友創建。而其分配，39.6% 的部落格是由 20 歲—29 歲的網友創建，51.5% 的部落格是由 13 歲—19 歲的網友創建，至於年齡大於 30 歲的網有所創建的部落格，則不到美國部落格總數的 8%²⁵⁵。

貳、部落格的特色

一般而言，大多數成功經營的部落格，多由分享個人的心情故事、抒發個人見解與觀點開始，逐漸演化成專業知識、專業領域社群，並進而結合評論或專欄的專業化角度來運作；而透過部落格與部落格之間的連結，更串連成綿密的部落格網路。因此部落格可說是一種網路形式的個人或團體傳播平台，具有相當的個性化特質。另一方面，由於使用簡便且不需具備高深的電腦技術，再加上可即時發表創作，故具有頻繁更新的特色。

²⁵³ 請參見李欣岳，席捲企業的新勢力！Blog Inc., e 天下，2005 年 7 月，<http://www.techvantage.com.tw/content/055/055082.asp> (last visited on August 30, 2006)。

²⁵⁴ 請參見 iResearch, 2005 年全球博客發展情況，http://www.iresearch.com.cn/html/online_community/detail_chart_id_20310.html (last visited September 20, 2006)。

²⁵⁵ 請參見 iResearch, 美國 Blogger 年齡構成情況，2005 年 08 月 15 日，http://www.iresearch.com.cn/html/online_community/detail_chart_id_20311.html (last visited September 20, 2006)。

因此若就部落格的特色而言，由於部落格是以「網路社群」的型態呈現，若與其他網路媒體，如 BBS、網路討論區比較起來，部落格具有以下特性：

一、頻繁的更新

根據 Blogger.com 母公司 Pyra 實驗室創始人 Evan Williams，部落格最重要的特色就是頻繁更新 (frequency)、簡潔明瞭 (brevity) 和個性化 (personality)，²⁵⁶ 其中又頻繁更新最為重要，因此部落格也成為一種以每週 7 天，每天 24 小時不斷運轉的言論網站。另外，由於一般部落格的首頁不斷更新，且部落格使用永久連結(permalinks)，以便利他人引用，也因為如此，部落格的影响力有可能超越傳統媒體，因此經濟學人在 2006 年 4 月 20 日的報導中特別以新媒體(New Media)作專題來報導此等現象。

二、個性化與互動分享

由於部落格係從個人之網誌演變而言，因此部落格的經營，也是部落客思考、記錄及分享的過程，帶有相當濃厚的個人主義觀點。部落客透過網路上書寫的心情筆記、個人觀點與見解；在其長期經營之下，逐漸與部落格參與者產生互動，並成為凝聚向心力最佳的方式之一。

三、內容簡潔、與讀者互動強

和一般的商業網站或個人網頁比較起來，部落格之內容由於大量利用超連結與使用標題(title)，因此內容往往比較簡潔。另一方面，其網頁設計也強調與讀者的互動，因此新增的張貼 (posts, entry, 大陸稱為帖子) 均按發表時間順序排列，且以最新發表者放在最上面的方式出現，凸顯出其與傳統媒體的不同。更特別的，就是為了強化與讀者的互動，往往都有讀者回應、評論或評分的设计。

四、形成小眾市場

²⁵⁶ 請參見 WhatIsAWeblog, <http://199.17.178.148/~morgan/cgi-bin/blogsAndWiki.pl?WhatIsAWeblog>。

部落格上個人所表現之自由、分享的特性，往往會聚集許多相同理念、志同道合的網友。形成了在行銷上所謂的小眾市場。再加上利用 RSS/XML 串連，讓其他部落格中的標題可以出現自己的部落格中，也可以將更新的内容標題，送到一個集中的地方。或是利用文章迴響的機制，更進一步的強化小眾市場的向心力。

五、部落客與參與者間的界線模糊

部落格另外的一個重要特色，就是部落客與其參與者間的互動密切，部落客與其參與者間往往能針對不同論點進行討論與互動，跳脫了傳統作者與讀者間單向訊息傳遞的模式，這也使得部落客也可能是其他部落格的參與者，而參與討論的網友也可能是其他部落客，此亦使內容的創作人與參與者的界限因而模糊，創造了一個分享與興趣的共同空間。

六、成為重要資訊來源與個人行銷的管道

隨著部落格的快速發展，許多有獨特新聞觀點的部落格小站，往往因其特殊內容（例如前述之 911 事件與伊拉克戰爭之報導），或獨到的討論話題，漸成為主流媒體的重要資訊來源，這也使得部落格成為學術單位或政治團體針對小眾市場、次文化族群嘗試使用的行銷工具。發展至今，經營部落格已經成為許多專業領域工作者，如工程師、醫學、法律、媒體、學者等分享資訊，並打造自己專業領域知名度的重要手段。隨著部落格逐漸成為專業領域知識傳播的重要管道，部落客在該領域之影響力也將逐漸上升。

參、台灣部落格之發展與現況

相較於國外部落格之發展，台灣部落格的發展並不算晚，最早出現的部落格形態網站可追溯至 1990 年代中期，例如 1996 年出現的「PChome ePaper 電子報」、1997 年的「智邦電子報」等都是台灣元老級的部落格。許多早期的部落格大多都由非營利機構和個人為推廣或宣導其理念所設立的網站。而台灣部落格發展之高潮，則是出現在 2000 年創刊，並

以華文市場第一家網路原生報為定位的明日報網站。當時明日報就師法國外部落格之服務，推出「明日報 MyPaper 個人新聞台」打響個人部落格的新應用²⁵⁷。

不過至此以後，部落格在台灣的發展就有所停滯，一直到 2002 年十月底左右，由藝立協社群所帶起「正體中文 blog 資訊中心」才開始以半實驗性的方式推廣部落格；2003 年「台灣應遞媒與部落格實驗」和「台灣部落格-天線部落實驗網路」相繼出現，²⁵⁸並擴展到台灣的學術、傳播、文化界、甚至政治圈。其中又以學術界最為積極擁抱這個新的網路應用，最有名的就是交大的無名小站、台大的批踢踢、以及師大的化育萬物等 BBS 站台，先後把 BBS 服務結合部落格，進而開創出一番新局²⁵⁹。另外也出現了「麥諾地部落格」與「部落格鄉村」這兩個提供部落格服務的入口網站。雖然此種發展無法和美國或是大陸的規模相比，但是也已經有長足的進步。

除學術界的投入外，企業界也積極的參與部落格。例如「新浪網」推出部落格服務，²⁶⁰網友可免費使用留言、日誌、發表、個人化版型、文章分類、圖片上傳等功能，未來新浪部落格將提供付費服務等進階功能。此外，微軟 MSN 在推出的 Windows Live messenger 版中就內建部落格服務：Windows Live Space，結合 MSN 通訊錄與 MSN Passport 功能，可以直接將部落格設定成公開給所有人、通訊錄好友，或是指定通訊錄

²⁵⁷ 雖然明日報已經結束，但是這個「個人新聞台」卻被保留下來，並納入 PC home online 繼續營運。PChome 個人新聞台, <http://mypaper.pchome.com.tw/>。

²⁵⁸ 台灣部落格, <http://www.twblog.net/>。

²⁵⁹ 「無名小站」是一個廣受網友歡迎的部落格網站，成立於 1999 年，原本是交大資工系所架設的一個實驗性質的非營利網站。該網站結合 BBS 並提供網路相簿的功能，慢慢發展為具有日誌、討論區、布告欄的部落格服務網站。由於使用者眾，致使原有頻寬及硬體資源不敷使用，無名小站 2005 年 3 月份正式商業化，成立「無名小站股份有限公司」(<http://www.wretch.cc/album>，<http://www.wretch.cc/blog>)，初期資本額新台幣二千萬元，2006 年 7 月份以盈餘轉增資，增資為三千二百八十萬元。其商業模式為，提供網路空間讓網友上傳相片、寫日誌及交朋友，目前擁有二百八十萬的活躍會員。主要營收為使用者付費及網路廣告等，是全球流量排名第三十二的網站。目前該站內有超過八千萬張的照片和三百萬篇文章，每日平均搜尋次數十萬次，因此也吸引企業界的興趣，例如在部落格上就傳出 Yahoo! 奇摩有意收購無名小站，併購金額高達新臺幣七億元左右。請參見中時電子報，無名小站一年創造 7 億身價，2006 年 9 月 15 日，<http://news.chinatimes.com/Chinatimes/newslist/newslist-content/0,3546,120501+122006091500400,00.html>；搜狐 IT，傳雅虎奇摩 1.75 億元收購臺灣“無名小站”，2006 年 9 月 15 日，<http://it.sohu.com/20060915/n245362409.shtml>(visited September 27, 2006)。

²⁶⁰ 新浪部落, <http://blog.sina.com.tw/>。

內的特定網友²⁶¹。

至於已經出售給 WebTV 的蕃薯藤，則將部落格視為新聞服務的一環。不同的是，蕃薯藤並不提供架設部落格服務，而是提供各部落格最新標題的整合和曝光機會，網友必須先架設自己的部落格，再以蕃薯藤會員帳號、密碼，進入新聞部落管理區，登錄部落格。登錄完成後，蕃薯藤系統會根據其設定，每天自動偵測並抓取更新的標題²⁶²。

除此之外，中時電子報也在 2006 年 3 月底推出首家以專業新聞媒體為訴求，並號召媒體、專業人士主持的部落格平台。²⁶³ 至於搜尋引擎業者，也將搜尋資料的觸角擴大到部落格。例如「Scupio 酷比」搜尋網，²⁶⁴ 就整合了二十幾個國內網友最常使用的部落格內容，提供全文檢索的服務。

一、台灣部落格網站類型

至於部落格的類型，一般可分為三種類型。最常見的是網路日誌型的部落格，主要在於將日常生活及心情與他人分享；第二種是針對主題發展的部落格，例如政治、多媒體、以及其他專業主題；第三種則是媒體部落格 (Media Blog)。不過由於台灣的部落格發展尚處於初步階段，因此台灣相關網站可以分為下列類型。

(一) 入口網站型部落格

這種類型的網站，主要以傳統的入口網站為主，包括雅虎奇摩、網路家庭 (PCHome)、MSN (MSN Space)、蕃薯藤²⁶⁵、中華電信 (Hinet) 及 Google²⁶⁶ 等。

²⁶¹ MSN Space, <http://spaces.msn.com/>。MSN Space 除了有撰寫網誌、自訂分享空間、相簿分享相片、建立音樂清單等功能外，更提供了行動電話或電子郵件發表的功能。

²⁶² 蕃薯藤部落格, <http://news.yam.com/blog/>。

²⁶³ 中時電子報, <http://blog.chinatimes.com/ctblog/index.htm>。

²⁶⁴ Scupio 酷比搜尋網, <http://www.scupio.com/>。

²⁶⁵ 蕃薯藤已在 2006 年 8 月正式併入 WebTV 網站，WebTV 同時擁有另一名為天空部落部落格服務。

²⁶⁶ 透過 Google 的部落格服務，可以加入 Google 廣告服務，Google 會以程式統計其流量並評估連結對廣告主的收益，再撥款進該部落客之帳號。

（二）媒體部落格

目前這種類型的部落格服務，主要是由傳統的新聞媒體所提供，例如聯合報系的UDN²⁶⁷；蘋果日報則採線上加入會員方式，收到確認信函即可使用。其他媒體部落格則採審核制度，例如中時電子報與東森新聞網²⁶⁸。

（三）專業部落格平台

這種平台類型的網站最有名的就是無名小站，也是目前所有部落格中功能最強的網站。其功能包括可直接將自己經營的部落格進行印製出版為實體書籍，亦可結合不同的廣告主將版型以該廣告主的產品包裝呈現。一般會員相簿使用為50MB銀卡VIP相簿空間為1000MB；金卡VIP相簿空間為5000MB²⁶⁹。至於天空部落則提供每位會員日記、網誌、相簿、留言板四項服務，並擁有無限大免費空間²⁷⁰。

肆、部落格的未來發展趨勢

隨著部落格快速成長與使用者大幅的增加，部落格不但受到主流媒體與投資者的注意，也更進一步發展出更新的應用及商業模式，這些新的發展趨勢，不但有助於吸引更多的使用者，也突顯出未來可能的法律問題。

一、影音化

俗語說眼見為真，畫面勝過千言萬語，而且畫面也比文字吸引網友，特別是頻寬問題解決後，下載影片已不再是一種遙不可及的奢想，這也使得單純文字或是靜態的照片為主的第一代部落格已經不足以吸引使用者，而第二代以影音為主體的部落格商業模式立即吸引眾人的注意，其中最成功的代表，可能就是YouTube這個以免費提供無限影片空間讓網友上傳影片的網站²⁷¹。由於YouTube的成功，也吸引其他類似部落格網

²⁶⁷ UDN係以社群方式經營／簡稱為網路城邦。加入會員後，亦可使用其他UDN其他頻道的功能。

²⁶⁸ 中時電子報由內部人員評選部落格開台人選，依不同社會身份開台。至於東森新聞網申請時須先投稿一篇以供審核；並設制部落小工負責管理結合東森新聞網ettoday不同頻道屬性。

²⁶⁹ 詳細不同等級會員可使用功能比較請見http://www.wretch.cc/blog/vipblog&article_id=1776837。

²⁷⁰ 至於國外常見的部落格平台網站包括Diarist.net, Diaryland, LiveJournal, Diaryx, blog-city, weblogger等，也都是極為熱門的部落格平台。

²⁷¹ YouTube網站<http://www.youtube.com>的訴求主題就是廣播你自己(Broadcast Yourself)。目前該網

站的興起，例如 Google 就推出 Google Video。

但成功的並不僅限於這種提供影音的網站，許多網友也因為透過影音而一舉成名。如韓國網友獲得國內藝人范逸臣的編譜，重奏卡農電子吉他版本，點閱率超越六十幾萬次，使其成為網路達人。又如 YouTube 所出現的 lonelygirl15，雖被證實為一種行銷手法，但是也使該影片的女主角一炮而紅。這種巨大的影響力，使得許多網友得以透過 blog 介面實現其夢想。

二、結合不同功能提供更廣泛服務

為了使網友能夠停留的更久，許多網站紛紛採取以空間換取時間的方式，例如提供部落格免費的空間使部落客能夠提供更多的文字、相片、或其他影音內容；也有許多網站紛紛打破原有的藩籬，提供各種功能給網友使用，以便留住網友不至於離開其網站到其他的網站。最好的例子，就是結合交友及 MP3 功能的 MySpace.com。嚴格而言，MySpace 已經不只是單純發表意見的部落格，因為它結合數位音樂、交友、傳簡訊等功能，使它成為一個虛擬社交平台。根據研究機構 comScore Media Metrix 的數字，每個月有高達 1,400 萬人次造訪 MySpace，其中主要是 16~34 歲的年輕族群。未來該網站還計畫設立電子商務部門，讓 MySpace 上的獨立音樂人可藉此銷售音樂和提供下載來電鈴聲產品²⁷²。

三、打造部落格界的入口網站

由於部落格發展迅速，各種不同主題的部落格散居在茫茫的網海中，使

站每天閱覽的人次高達一億次，每天還有 6.5 萬件的影片上載。請參見 Michael Arrington, YouTube's Magic Number - \$1.5 Billion, September 21, 2006, <http://www.techcrunch.com/2006/09/21/youtubes-magic-number-15-billion/> (last visited on September 28, 2006)。

²⁷² MySpace.com 已經被澳洲 News Group 以 5.8 億美元併購。而根據 eMarketer 資料顯示，2006 年 7 月美國交友網站在用戶規模方面差距明顯。MySpace 在 2006 年 7 月覆蓋的網友數達到 5450 萬，在品牌知名度穩居榜首；排名第二、第三位的是 FaceBook.com 和 Classmates.com，其網友覆蓋數分別為 1440 萬和 1400 萬，與 MySpace 相差很大。請參見 iResearch, 2006 年 7 月 MySpace 獨佔美國交友網站鰲頭，2006 年 9 月 22 日，http://www.iresearchgroup.cn/html/online_community/detail_views_id_35616.html (last visited September 25, 2006)。

得讀者不易找到自己想要的資訊。為此，部落格專屬的搜尋引擎已經出現，但是更特殊的，就是已經有人開始師法網路剛開始商業化時的入口網站模式，打造部落格專屬的入口網站。最佳的例子，就是 Weblogs Inc. 這家公司與其所經營的入口網站²⁷³。這個入口網站將各種部落格彙整並加以分類，使網友可迅速地找到想看的內容。目前已有 80 個部落格進駐，分為 9 大類(消費者、科技、無線上網、電玩遊戲、媒體與娛樂、商業、生活科學、個人、事件)，並預期在 2 年內增加到 500 個部落格。其中規模最大的是專門討論新科技商品的 Engadget²⁷⁴。另外專門討論汽車的 Autoblog 以及討論電視影劇的 TVsquad，也已進駐 Weblogs Inc.。

四、發揮 web2.0 的特色賦予網友更大的力量

由於 Web2.0 給予消費者更多的權力，使得消費者能夠以群策群力的方式發揮更大的力量，這也預告著傳統網路商業模式即將面臨巨大的轉變。為了迎接 Web2.0 時代由使用者主導時代的到來，各個入口網站都開始作巨大的改變，讓消費者能夠更進一步的參與，例如推出讓用戶登記使用的個人 Blog 網站(例如 Yahoo!360、Google 的 Blogger.com、Xanga、MSN Spaces)。甚至還有業者推出虛擬的網路社區，讓網友自行規畫設計其社區內容，更可以購買「土地」建築自己的商店、甚至社區、並進行商業活動。²⁷⁵這也使得傳統的網站與媒體可能會面臨以部落格為主的挑戰。

伍、部落格可能面臨之著作權法問題

由於部落格基本上透過網路提供瀏覽、上傳及下載、及時更新、轉寄、追蹤、檢索等功能，基本上其與一般的網路利用並無太大的差異，因此一般人利用網路所可能面臨的著作權問題，在部落格也不能避免，縱使

²⁷³ Weblogs Inc.成立於 2004 年 1 月，其獲利主要來自網路廣告，網址為<http://www.weblogsinc.com>。

²⁷⁴ 其網址為<http://www.engadget.com>。由於該部落格完全站在消費者的角度來看 3C 新產品，不帶商業宣傳色彩，並搭配產品圖片，吸引大批對科技產品有興趣的網友閱讀並加入討論，瀏覽率高達 400 萬。

²⁷⁵ 最有名的例子，就是 Second Life 這家公司所經營的 secondlife.com 的網站。2006 年 9 月號的 Popular Science 還特別以專文介紹該網站 Your Second Life is Ready, September 2006, <http://www.popsci.com/popsci/technology/7ba1af8f3812d010vgnvcm1000004eebcddrerd.html>。

部落格多屬非營利的性質，也無法避免侵害著作權的可能。²⁷⁶事實上，根據本研究檢索，發現在 2002 年對部落格主張侵害著作權的案件只有一件，2003 年增加到 14 件，2004 年成長到 24 件，2005 年激增到 126 件，可見此等問題的嚴重性²⁷⁷。不過，部落格也有其特殊的性質與功能，因此亦不可避免的會面臨一些著作權法問題，例如從 YouTube 等影音部落格下載觀賞影片²⁷⁸，而前述我國最熱心的部落格之一台大批踢踢（PTT）亦產生著作權侵害之問題²⁷⁹，以下即分別說明。

一、由部落客所創作的各種著作之歸屬與利用

部落格乃係新興的 Web2.0 趨勢的代表應用之一，而 Web2.0 之特色，就是在強調使用者的參與，也就是由使用者去創造內容，與網路應用初期強調由網站建置人去創造內容的商業模式截然不同。也因為如此，大部分的部落格之內容都是由部落客所創造，並由部落客利用 RSS 技術，將更新的內容提供給與其連結的其他部落格或是訂戶。至於提供部落客留駐歇腳的平台由於僅係平台性質，因此對於由部落客所創作的各種內容（包括文字、照片、影片、錄音等）相關著作權之歸屬，則有討論價值。

依我國著作權法規定，若無特別約定（如根據著作權法第 11 條第 1 項

²⁷⁶ Sheila Ann Manuel Coggins, 4 Basic Questions About Copyright and Weblogs, <http://weblogs.about.com/od/issuesanddiscussions/a/copyrightblogs.htm> (last visited on September 26, 2006).

²⁷⁷ 此係根據 EFF 與哈佛大學、史坦福大學、加大柏克萊等學術機構共同合作的 Chilling Effects Clearinhouse 計畫之資料檢索而得。有關該計畫可參<http://www.chillingeffects.org> 網站內之相關說明。

²⁷⁸ YouTube 英文的原意是「你的電視機」，YouTube 用戶平均每日影片點閱率一天超過一億次，每天有 6.5 萬新的影片上傳到 YouTube 網站上，美國網路市調機構 Hitwise 預估，YouTube 在線上影片下載高達六成，YouTube 曾令人詬病的是，部分影片遊走侵權邊緣，過去所以未引起大規模官司，主要是因「YouTube 當時根本沒錢」，美國研究機構 Forrester 表示，如 YouTube 版權問題沒解決，Google 買 YouTube 將惹上一堆官司。就是因 YouTube 會員所交流的影音檔案，日後可能讓合作者吃上侵權官司，包括 Yahoo、Microsoft、梅鐸新聞集團，都曾爭取與 YouTube 合併，但因擔心影片侵權問題，打退堂鼓。最後 Google 在 2006 年 10 月 9 日以 16.5 億美元併購 YouTube.com，Google 與 YouTube 結合，讓網路的溝通，「從文字演進到影音串流」。為降低與唱片業的緊張關係，YouTube 日前已與華納音樂合作，安裝自動偵測盜版音樂軟體，與 Google 合併案宣布後幾個小時內，全球音樂與製片公司，馬上改變對 YouTube 態度，環球、新力 BMG、CBS 都宣布將音樂影片授權給 YouTube，換取廣告播出。原本揚言 YouTube 將賠上百萬美元賠償的環球創片執行長，更一改態度表示，YouTube 將為提供愛樂者與唱片公司優質的平台。參中國時報 2006 年 10 月 11 日 B2。

²⁷⁹ 其人氣指數最高的前三名看版 Share 板，網友在其內分享音樂、電影、動畫等檔案，但有網友利用縮短網址網站（如<http://orz.tw>）將上傳檔案的下載網址縮短，再把縮短網址隱藏在發表文章中；或利用 BBS 顏色碼將下載網址改成黑色，須將整頁複製貼到 Word 文件上，才能取得網址，運用此種技巧，Share 板已成為學生侵害著作權的聖地，參蘋果日報 2006 年 11 月 5 日 A22 版。

之規定，直接約定以特定人為著作人或是著作財產權人），則於著作完成時享有著作權（著作權法第 10 條），換言之，著作人於完成其著作後，即依法享有著作人格權（包括姓名表示權、公開發表權及同一性保持權），以及著作財產權（包括重製、散布、改作、公開傳輸權等權能），任何人未經授權原則即不得加以利用。

由於平台業者（如 Yahoo! 無名小站等）與部落客一般並無直接的約定（通常都是透過使用規定或服務條款（terms of use）等定型化契約之規定加以規範，此等網站並非部落客的雇用人或是聘用人，因此就著作權法而言，即應適用著作權法第 10 條之規定，以部落客為其所創作內容之著作權人，而非平台業者。

有疑義者，則是若平台業者透過定型化契約與部落客就其著作財產權之歸屬或利用作特別約定時，此等約定是否有效，²⁸⁰ 以及部落格參與者將其創作張貼到部落格，其著作權的歸屬等問題。²⁸¹ 由於平台業者擔心若將使用者所上傳之內容均約定為其著作權可能會因此導致著作權的爭議（例如會因此而被控侵害他人著作權），因此目前絕大多數的業者都是約定著作權由創作人所有，但是其可取得著作人之授權自由利用該等著作之權利。

如國內最大的無名小站就規定，只要在其「公開使用區域」發表之著作

²⁸⁰ 對於是否可以透過定型化契約決定著作權歸屬的問題，我國著作權法並無明確的規定，僅在著作權法第 11 條與第 12 條有依其契約的規定。由於其並未區別是定型化契約或是個別約定之契約，因此似應涵蓋定型化契約。

²⁸¹ 對於著作人將著作交由第三人公開或刊登的著作權利用問題，著作權法雖於第 41 條有所規定，亦即「著作財產權人投稿於新聞紙、雜誌或授權公開播送著作，除另有約定外，推定僅授與刊載或公開播送一次之權利，對著作財產權人之其他權利不生影響」，但是其規範的範圍似無法包括部落格在內的一些新興的網路利用模式。這是因為第 41 條所准許的「公開播送」，根據著作權法第 3 條的定義，乃係指「基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」從此等規定觀之，很明顯的，就是第 41 條並未涵蓋屬於網路利用的「公開傳輸」（也就是以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容，著作權法第 3 條第 1 項第 10 款）之利用模式，也因為如此，亦可能產生平台業者若規定所有部落格之內容均屬平台業者所有時，此等規範內容是否有效的疑義。惟若就舉輕以明重的法理而言，若未有特別規定，投稿於新聞紙、雜誌或授權公開播送均僅以刊載一次為限，則公開傳輸亦應採類似的原則，若未有特別約定，則使用者所創作之著作權仍應屬創作人所有，而非歸屬於平台業者。

均授權無名小站得以「全球性、無償及非獨家」的方式作全球之利用。

²⁸² 至於雅虎奇摩服務條款亦規定，「任何資料一經您上載、傳送、輸入或提供予 Yahoo! 奇摩時，視為您已允許 Yahoo! 奇摩可以基於公益或私益之目的，無條件使用、修改、重製、公開播送、改作、散布、發行、公開發表該等資料，並得將前述權利轉授權他人，您對此絕無異議。您應保證 Yahoo! 奇摩使用、修改、重製、公開播送、改作、散布、發行、公開發表、轉授權該等資料，不致侵害任何第三人智慧財產權，否則應對 Yahoo! 奇摩負損害賠償責任（包括但不限於訴訟及律師費用等）。」²⁸³

值得注意的，提供部落客平台的業者雖並不直接主張相關內容的著作權，但由於其取得廣泛的利用權利，因此平台業者仍可直接或間接的利用此等著作，部落客若接受此等使用條款，除非能證明違反消費者保護法或民法有關定型化契約之規定，否則部落客似無法對平台業者另行主張權利。²⁸⁴

至於部落客，雖然可對其創作之內容取得著作權，但其將著作置於部落格中供特定或不特定的第三人瀏覽，此時，若其有針對第三人之使用以使用規則加以約定，則第三人即應依其使用規則的規定來利用。若部落客並無類似約定，此時可否認為由於其已將著作置於部落格中，因此可

²⁸² 請參見無名小站使用規定，捌、在無名小站張貼的公開信息<http://www.wretch.cc/etc/rules.php> (last visited on October 2, 2006)。其相關規定內容如下：

在本服務條款中，「本服務公開使用區域」係指一般公眾可以使用的區域。

您同意無償授權本站，得因推廣或行銷本站服務或相關活動之目的，重製或編輯使用者所上傳或刊載於本公司網站之著作及????(此????為該網站之錯誤、非本文引用錯誤，故繼續保留)或資料，並得使用於相關行銷媒體。

您同意已就您於本服務公開使用區域及本服務其他任何公開使用區域張貼之「照片、圖形或影音資料」，授予本站全球性、無償及非獨家的使用權，本站可以為展示、散布及推廣張貼前述內容之特定服務目的，將前述內容複製、修改、改寫、改編、公開傳輸或出版。在您將前述內容放入本服務期間，使用權持續有效；若您將前述內容自本服務中刪除，則使用權於刪除時終止，惟您刪除前無名小站已為之使用將不受影響。

您同意已就您於本服務其他公開使用區域張貼的「其他內容」，授予本站無償、永久有效、不可撤銷、非獨家及可完全再授權之權利，在全球使用、複製、修改、改寫、改編、發行、翻譯、公開傳輸、創造衍生性著作，及將前述內容（部分或全部）加以散布、表演、展示，並放入利用任何現在已知和未來開發出之形式、媒體和科技之其他著作物當中。

²⁸³ 請參見 Yahoo! 奇摩服務條款第 18 條 您對 Yahoo! 奇摩之授權，<http://tw.yahoo.com/info/utos.html> (last visited on October 3, 2006)。

²⁸⁴ 至於此等約定是否有效，是否有違反消費者保護法第 11 條（平等互惠原則）第 12 條（顯失公平之情形）以及民法第 247 條之 1（定型化契約）的規定，則屬另一問題，不在本文探討的範圍之內。

推論部落客係以默示授權(implied license)方式授權他人利用，以我國著作權第 37 條規定，似難驟下肯定答案；但此時第三人仍可就其內容以合理使用方式加以利用，但應尊重部落客的著作權，不得逾越合理使用的範圍。

若要避免可能的爭議，部落客可以考慮採用「創意公用 (Creative Commons, 簡稱 CC) 授權條款」的方式，²⁸⁵ 在部落格的主頁 (如使用規則) 或在評論頁上標明其採用創意公用條款，明確告知網友所張貼的任何評論或意見，均同意以 CC 的方式授權他人利用。

二、由部落客以外之使用者所創作著作之歸屬與利用

部落格最大的特色之一，就是透過參與的精神，讓使用者能夠參與，因此絕大部份的部落格都准許使用者能夠表達其意見。其表達意見的方法，在文字方面，除了評論之外，還可以投票或是評分，或是以其他的方式讓使用者更積極的參與，例如提供影片、照片、或是相關資料的超連結資料等。例如韓國的 Oh My 網路報就准許使用者直接投稿，其工作人員只做版面的編輯。²⁸⁶ 又如 Wikipedia 則是所有的內容都由網友創作，並可由其他的網友來修改。也因為如此，若是內容係由部落客以外的其他使用人所創作時，部落客或是其他人是否可以引用或為其他的利用，其著作權之歸屬與利用亦可能引發爭議。

對於最單純的模式，也就是參與者將其創作上傳到部落格中 (例如將自己拍攝的影片上傳到 YouTube 或是 Google Video 等網站)，或是網友在部落格中針對某一篇文章或是某一個訊息提供其個人的意見時，由於其係在部落格公開提供其創作或表達意見，因此有認為其既可明確認識到所提供的著作或意見可以為他人所知悉或利用，但仍願意在部落格中提

²⁸⁵ 這項授權條款下，作者可以選定不同條件，供人運用其作品，包括：(1) 祇要在註明作者姓名之條件下，就可以任意重製、散布、公開展示、公開演出該著作或其衍生著作；(2) 在非作為商業性的條件下，就可以任意重製、散布、公開展示、公開演出該著作或其衍生著作；(3) 可以任意重製、散布、公開展示、公開演出該著作，但不得改作；(4) 在與原著作作相同授權的條件下，可以任意改作該著作。

²⁸⁶ 請參見 Oh MyNews 網站，<http://www.ohmynews.com/>。

供或為表達，因此除非該網站有特別規定（例如 Google Video 下載部分需要付費）或是有使用規則之約定，似可認為係以默示同意（implied consent）的方式准許他人利用，因此縱使其著作權仍屬於該參與者，但他人仍可以利用。針對此，同前述，依我國著作權第 37 條規定，難驟下肯定答案；但第三人仍可就參與者內容以合理使用方式利用，但不得逾合理使用範圍。

比較有爭議的，則是該著作並非由單一的參與者所創作，而是集眾人之力所完成（例如維基百科），此時則應視其著作是否可分。若其創作之部分係可分（例如單一之照片），則仍可由創作人取得著作權；相反的，若其創作係不可分時（例如許多參與者共同創作與修改維基百科的個別詞彙之解釋或說明），則應視其創作的情形而定。若無約定，則可根據著作權法有關共同著作之規定處理。²⁸⁷另外的一個問題，就是個別參與者所提供的資料並非著作權法所保護之標的（例如事實性資料、網路連結等），或是將受著作權保護之標的與不受著作權保護之標的的整理，但是經過部落客之整合後，呈現出整體的頁面，此時該整體頁面的著作權（compilation）似應由該部落客擁有，至於受著作權保護的內容則仍由各別的权利人所擁有，最好的例子就是一些整合 MP3 資源的部落格網站。²⁸⁸

三、部落格內容侵害他人著作權時部落客的責任

就部落格中所有的內容而言，不論是文字，或是相片，或是音樂，甚至是影片，都是著作權所保護的標的。若部落格中出現未經他人同意或授權的著作物（例如照片、文字、影片等等），即有可能出現違反著作權法的問題。而部落格可能出現侵害他人著作權的情形，可以區分為部落

²⁸⁷ 例如在著作人格權方面，可以根據著作權法第 19 條之規定處理，亦即「共同著作之著作人格權，非經著作人全體同意，不得行使之。各著作人無正當理由者，不得拒絕同意。」至於著作財產權，則可依第 40 條第 1 項的規定處理，亦即「共同著作各著作人之應有部分，依共同著作人間之約定定之；無約定者，依各著作人參與創作之程度定之。各著作人參與創作之程度不明時，推定為均等。」

²⁸⁸ 這種類型的網站稱為 MP3 integrator，最有名的就是 The Hype Machine，<http://www.hype.non-standard.net>，這個網站主要是探討 MP3 相關的資訊，並提供相關的連結。

客本身的侵權行為與其他拜訪該部落格之網友的侵權行為兩大類。

(一) 侵害之著作係由部落客所自行提供

首先，若侵害他人著作權的內容係部落客自行提供並置於該部落格所在的伺服器中，不論其係哪種類型的著作，除非其他人同意，或是屬於著作權法所規範的合理使用規定，否則基本上該部落客應對其行為負責，殆無疑義²⁸⁹。而其行為，不只是可能會構成重製，亦可能構成其他侵害著作權之行為，例如違反公開傳輸權等。相反的，若是部落客只是提供連結，依美國案例法，此時該部落客雖不至於有直接侵害的問題，²⁹⁰但仍可能會有輔助侵害或代理侵害的情事；在我國依 Kuro 案例原則，則視其部落格內容與運作，看其有無犯意決定是否侵權。

(二) 侵害之著作係由其他利用人所提供

比較有爭議的，可能是侵害著作權之內容係他人所提供，部落客是否仍應負侵害著作權之責任的問題。隨著部落格的逐漸受到重視，有關侵害指控的情事也越來越多。最好的例子，就是目前暴紅的部落格模式 YouTube.com 與 MySpace.com 的例子，其等雖然獲得相當的成功，但是也引發不少侵害著作權的爭議。例如 Universal Studio 在 2006 年 9 月對 YouTube 與 MySpace.com 提出侵害著作權的指控，指稱這兩個網站使其遭受數以千萬美元計算的損失。²⁹¹除了 Universal Studio 之外，其他著作權人也對 Web2.0 網站的侵害著作權行為採取行動²⁹²。當然，若

²⁸⁹ 值得注意的，就是縱使部落客之行為符合「合理使用」的要件，而不構成著作財產權之侵害，但是仍應尊重著作人之著作人格權。

²⁹⁰ 請參見 In re Napster, Inc. Copyright Litigation, 377 F. Supp 2d 796, 802 (N.D. Cal. 2005)。在該案中，法院明確的表示單純的提供索引(indexing)，並無法構成直接侵害。Infringement cannot be based on “the mere fact that the names of the copyrighted musical compositions and sound recordings appeared in Napster’s index of available files (emphasis added), at 803。”

²⁹¹ 請參見 Donna Bogatin, YouTube, MySpace at risk: UMG seeks millions of dollars from ‘copyright infringers,’ Digital Micro-Markets Blogs, September 14, 2006, <http://blogs.zdnet.com/micro-markets/?p=442> (last visited September 25, 2006)。其他的案件例如 Robert Tur v. YouTube, Inc, No. 2:06-cv-04436 (C.D. Cal., filed July 14, 2006)。目前傳出網路搜尋龍頭 Google 有意以 16 億美元（約合新台幣 530 億元），收購 YouTube。交易達成，將大大提升 Google 在影像服務市場上的競爭力。經濟日報，16 億美元 Google 擬買 YouTube，2006 年 10 月 8 日，<http://udn.com/NEWS/INFOTECH/INF3/3550088.shtml>。

²⁹² 例如美國新聞記者兼直昇機飛行員 Robert Tur 於 2006 年 7 月 14 日控告 YouTube 侵害著作權，

有網友在部落格上載或轉送侵害他人著作權的著作物時，部落格甚至是提供服務的服務提供者有無責任，也是一個值得探討的問題。

四、部落格內容侵害他人著作權時服務提供者的責任

由於部落格的類型眾多，部分部落格係採平台模式運作，若是部落格之內容侵害他人的著作權（例如前述的 MP3 整合形態之部落格），則該部落格是否能夠主張其係服務提供者而免除其責任。當然，提供部落格平台服務的服務提供者能否主張免責，都是很關鍵的問題²⁹³。

（一）服務提供者之責任類型

就美國法而言，學說與實務上對服務提供者對其使用者之著作權侵權行為所應負擔之責任可以區分為下列三種類型²⁹⁴：

1. 直接侵害責任(Direct Infringement)

著作權法的直接侵害責任類似於侵權行為之無過失責任，欲成功主張一個著作權之直接侵權行為，權利人需證明：(1)確實擁有系爭著作之著作權；(2)系爭標的係複製的；(3)該複製行為係著作權法所規定之侵權行為。並不以意圖(intent)或認知(knowledge)為責任成立之要件。

Tur 指稱 YouTube 網站鼓勵用戶重製受到著作權保護的影片資料上傳，此舉違反了 2005 年美國最高法院在 MGM v. Grokster 的判決，該判決明確的指出 P2P 業者若鼓勵或誘使客戶從事線上盜版行為，即可能構成著作權侵害。Tur 聲稱，他所拍攝的 1992 年洛杉磯暴動事件以及 1994 年高速公路上追捕辛普森的直昇機空拍報導影片，未經他的同意就被上傳並在 YouTube 網站上廣為流傳。Tur 並指出 YouTube 網站從他的作品上傳與下載的行為獲利，並侵害了他的著作權，因此提出了 15 萬美元賠償要求並要求網站不得再使用他的影片資料。YouTube 則表示，自知悉有侵害之嫌後，該網站就已經將侵害的影片撤下，並主張該網站的行為完全符合「1998 年數位千禧年著作權法案」(Digital Millennium Copyright Act of 1998) 有關網站經營者免則之規定。請參見 <http://stlc.iii.org.tw/tlnews/95/net9507.htm#n5> (last visited on September 25, 2006)。

²⁹³ 一個值得注意的發展，就是聯邦第四巡迴上訴法院在 2004 年於 CoStar Group Inc. v. LoopNet Inc., 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004) 一案中首先就不符合第 512 條安全港要求的網站業者，是否仍應對其使用人所上傳之侵害著作權資料負責做出判決。該法院表示，只要網站經營者係被動且善意 (passively and innocently)，縱使用者在其網站上張貼侵害著作權之資料，亦不負責著作權之責任。

²⁹⁴ 參見 4 Melville Nimmer & David Nimmer, NIMMER ON COPYRIGHT § 13.01 (2005); Christopher S. Ruhland, The Uncertain State Of Copyright Infringement Liability For Internet Service Providers, UCLA J. Law & Tech., <http://www.lawtechjournal.com/practiceguide/articles/ruhland.php> (last visited on August 25, 2006)。

2. 輔助侵害 (Contributory Infringement)

指於明知為侵權行為而引誘、致使或實質輔助他人之侵害行為。輔助侵害之成立是基於輔助侵害人與侵權行為之關連性，而非必然基於其與直接侵權人間關連。

3. 代理侵害 (Vicarious Infringement)

指某人對他人之侵權行為有監督之權利與能力，而該監督之權利與能力與著作之利用有明顯而直接之財物上利益，故即使該有權監督之人並非明知他人有侵權行為發生，仍須為該侵權行為負責。代理侵害的成立是基於其與直接侵權人之關連性，而不需必然與侵權行為有關。

(二) 美國對服務提供者免責之規定

對於服務提供者之使用者利用其服務而於網路上侵害著作權時，服務提供者本身在何種情況下才能免責，美國國會曾先後提出「1997年網路著作權責任限制法案」(The On-Line Copyright Limitation Act of 1997)²⁹⁵、「1998年網路著作權責任限制法案」(On-Line Copyright Liability Limitation Act)²⁹⁶、以及「數位著作權釐清及科技教育法案」(Digital Copyright Clarification and Technology Education Act of 1997)²⁹⁷等三項法案，規定有關服務提供者所經營之特定傳輸行為或提供接觸網路資訊之服務，得成為侵害著作權之阻卻違法行為，避免其因使用者之著作權侵害行為而擔負過重責任。

不過此等法案最後均納入「數位千禧年著作權法案」(DMCA)²⁹⁸，並成

²⁹⁵ HR 2180, as introduced on July 17, 1997.

²⁹⁶ HR 3209, as introduced on Feb. 12, 1998.

²⁹⁷ S.1146, as introduced on September 3, 1997.

²⁹⁸ DMCA 之內容分為下列五項法案：第一案：世界智慧財產權組織條約執行法案(WIPO TREATIES IMPLEMENTATION)；第二案：線上著作權侵害責任限制法案(ONLINE SERVICE PROVIDER LIABILITY)；第三案：電腦維修競爭確保法案(COMPUTER MAINTENANCE OR REPAIR COPYRIGHT EXEMPTION)；第四案：綜合規定法案(MISCELLANEOUS PROVISIONS)；第五案：船舶設計保護法案(PROTECTION OF CERTAIN ORIGINAL DESIGNS)。DMCA 除履行「世界智慧財產權組織」所通過之「世界智慧財產權組織著作權條約」與「世界智慧財產權組織表演與錄音物條約」之規定外，尚包括如下重點：1、網路服務業者責任之限制。2、允許維修過程中對於電腦程式之暫時性重製。3、釐清美國著作權局對相關政策之職權。4、延伸數位化廣播對暫時

為 DMCA 中的「網路著作權侵害責任限制法案」。而其中最關鍵的規定，就是增訂第 512 條，為服務提供者業者之侵害限制責任提供明確的規範，使其在符合一定之條件下，可不必對其使用者之侵害著作權行為擔負責任，並針對非營利之教育機構的線上利用著作權行為，限制其責任。

根據第 512 條，服務提供者業者欲適用著作權侵害限制責任，需為 DMCA 所列之四種態樣之一，凡符合相關限制責任規定者，不必負擔著作權侵害責任，但是縱使不符合各該限制責任之規定，也不必然就須承擔著作權侵害責任，權利人仍須就其侵害事實舉證，被訴之服務提供者業者仍得依其他規定(如合理使用原則)為抗辯而免責²⁹⁹。

而就 DMCA 第 512 條所增訂之四種著作權侵害限制責任中，³⁰⁰除了第二種類型，也就是系統自動存取(System Caching)³⁰¹與部落格較無關係外，其他三種類型都可能成為部落客或是服務提供者免責的重要依據。

1. 暫時性數位化網路傳輸(Transitory Digital Network Communication)

在暫時性數位化傳輸之運作下，服務提供者業者僅係應使用者之要求，做為點對點之間數位化傳輸之管道，其所適用之範圍包括：

- (1) 收發電子郵件；
- (2) 接收網站上之資訊；
- (3) 使用者在網路聊天室或電子佈告欄上張貼文章；

性重製之例外。5、要求美國著作權局向國會提出有關透過數位化科技促進遠距教學之建議。6、延伸現有對於圖書館與檔案機構之例外規定。7、延伸錄音著作之法定授權至數位化傳輸。8、引進有關集體談判協議下電影著作權利轉讓契約之相關推定。9、船舶設計之著作保護。參見章忠信，「美國 1998 年數位化千禧年著作權法案簡介」，萬國法律，1999 年 10 月，頁 26。

²⁹⁹ 參見章忠信，「美國 1998 年數位化千禧年著作權法案簡介」，頁 30-31。

³⁰⁰ 參見 Jennifer E. Markiewicz, Seeking Shelter From the MP3 Storm: How Far Does the Digital Millennium Copyright Act Online Service Provider Liability Limitation Reach?, 頁 436-439。

³⁰¹ 所謂的系統自動存取功能，就是指當某使用者透過服務提供者連接至遠端網站上讀取資料後，電腦自動將該資料儲存於其所經過的伺服器上，當再有其他使用者欲讀取相同之資料時，即可由先前存有該資料的電腦或伺服器來傳送，而不必再次連結至該遠端網站，以便提供使用者快速便捷的服務。服務提供者業者對此種以隨後之選取為目的之自動化中介或暫時性儲存行為，若未對該資訊加以修改，並定期予以更新，且未干預該資訊建置者之資訊回報技術，並在經該資訊之著作權人通知原始網站上之資訊係未經授權之使用而已被移除時，服務提供者業者即刻將之移除者，即得免除侵權責任。

(4) 一般之網路操作下，自動地進行中介或暫時性之重製。

2. 依使用人要求將資訊存放於系統或網路(Information Residing On Systems or Networks at the Direction of Users)

使用人於服務提供者所提供之系統或網路，可能會將侵害著作權資訊置於系統或網路上，欲主張本項限制責任時，服務提供者須符合下列條件：

- (1) 不知或不瞭解該項資料或使用該資料之行為會侵害著作權，或在知悉後立即移除該資料；
- (2) 當服務提供者業者有能力且有權控制侵權行為時，並未自該侵權行為直接獲取經濟上利益；
- (3) 當服務提供者接獲依據法律所定之侵權通知後，立即移除該資料。

3. 由資訊搜尋工具連結至侵權資料(Linking to Infringing Material Via Information Location Tools)

服務提供者業者透過網路鏈結(Hyperlink)、網路指引(Online Directories)或搜尋引擎(Search Engines)等工具，導引使用者連結至含有侵害著作權內容之網站時，若服務提供者符合下列條件，亦可就該侵權事實主張限制責任：

- (1) 不知或不瞭解該項資料係侵害著作權；
- (2) 當服務提供者業者有能力且有權控制侵權行為時，並未自該侵權行為直接獲取經濟上利益；
- (3) 當服務提供者接獲依據法律所定之侵害權利通知後，立即移除該資料。

不過，對於這個攸關服務提供者與部落客責任的問題，由於我國著作權法並未如同 DMCA 一樣，對服務提供者的免責事由有所規定，因此提供侵害著作權之部落客或服務提供者，即有可能會面臨著作權侵害的指控。此種情形可從 KURO 與 EzPeer 等案件得知（有關此請參見本研究第

二章此等案件之討論)。

(三) 部落客是否可以視為服務提供者

就美國法而言，對於第三人所提供侵害著作權之內容，DMCA 特別在 512 條訂定有安全港 (safe harbor) 的免責規定，使符合一定條件之服務提供者 (Service Provider) 能免除侵害著作權的責任。不過，DMCA 並不是直接規定服務提供者若不移除侵害他人著作權的內容就應該負責，而是鼓勵服務提供者能夠將侵害著作權的內容移除，因此若服務提供者於接獲著作權人的通知後並未移除該等侵害內容時，等於是讓著作權人有提出侵害著作權訴訟的理由。

值得注意的，就是部落客是否能夠符合 DMCA 第 512 條安全港的規定。對於此問題，美國著作權法由於對服務提供者 (SP) 採行比較寬鬆的定義³⁰²，因此只要根據使用人所選擇之資料，提供數位線上通訊服務，且在傳送或接收時不變更該資料內容的實體 (entity)，都可以成為第 512 條所稱的服務提供者。因此，根據此定義，部落格或經營部落格的部落客亦可能成為美國著作權法第 512 條所稱的服務提供者，只要部落客根據該條之規定，(1) 向美國著作權局登記指定一個接受通知的代理人 (agent)，³⁰³(2) 根據第 512 條之規定訂定避免其訂戶或是帳戶擁有人 (subscribers and account holders) 重複為侵害著作權行為之政策³⁰⁴，以及 (3) 能迅速回應 (respond expeditiously)³⁰⁵ 著作權人所為

³⁰² 請參見 17 U.S.C. 512 (k)(1)(A) 之定義。根據其定義，該條所稱的服務提供者 (service provider) 係指對使用人所指定的二個或二點以上連結點間，根據使用人所選擇之資料，提供數位線上通訊服務，包括傳輸、導向、或連結服務的實體，且在傳送或接收時不變更該資料的內容 (As used in subsection (a), the term "service provider" means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.)。

³⁰³ 17 U.S.C. 512 (c) (2) Designated agent. The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:

(A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.

(B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate.

³⁰⁴ 17 U.S.C. 512(i) Conditions for eligibility. (1) Accommodation of technology. The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider—

(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service

之侵害通知 (notification of claimed infringement)³⁰⁶ 即可。

值得注意的，就是一旦服務提供者根據著作權人之通知而以善意 (good faith) 將涉嫌侵害的著作物移除或是使其無法執行³⁰⁷ 後，服務提供者即不須對第三人的侵害行為負責。但是第 512 條為了避免濫用此等通知機制，因此特別規定的反通知 (counter notification) 的規定，也就是說若部落客或是被指控侵害著作權之人對服務提供者之通知提出反通知時，除非通知人在接到反通知後十天內提起訴訟，否則服務提供者即不得將該被控侵害的內容移除或切斷其連結，若是移除或切斷連結時，亦應予以回復³⁰⁸。倘若其內容被錯誤的移除或是切斷連結，則被指控者還可以根據第 512 條(f)項之規定向服務提供者請求賠償³⁰⁹。

provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers; and (B) accommodates and does not interfere with standard technical measures。

³⁰⁵ 有關此迅速回應的要求，出現在第三種(使用人要求存取於系統或網路)與第四種(經由資訊搜尋工具連結至侵權題材)的免責類型中，包括 17 U.S.C. 512 (c)(1)(C) (upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.)以及 17 U.S.C. 512 (d) (3)([U]pon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link)。

³⁰⁶ 有關侵害通知應備要件，請參見 17 U.S.C. 512(c)(3)(A)之規定。其應備事項包括：

1. 通知人之姓名、地址、以及實際簽名或電子簽章(512(c)(3)(A)(i))。
2. 確認侵害著作權之標的與其在網路上所在的位址(512(c)(3)(A)(ii-iii))。若服務提供者是搜尋引擎等資訊尋找工具 (information location tool)，則應提供侵害標的之連結或是參考資料 (512(d)(3))。
3. 提供其擁有著作權的充分資訊 (512(c)(3)(A)(iv))。
4. 著作權人的聲明書 (512(c)(3)(A)(v))。
5. 表明其陳述均屬正確無誤的聲明書，並陳述通知人已獲得著作權人採行此等行動 (512(c)(3)(A)(vi))。

³⁰⁷ 請參見 17 U.S.C. 512(g) Replacement of removed or disabled material and limitation on other liability. 之規定。

³⁰⁸ 請參見 17 U.S.C. 512(g)(2) [U]pon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days。

³⁰⁹ 17 U.S.C. 512(f) Misrepresentations。

Any person who knowingly materially misrepresents under this section — that material or activity is infringing, or

that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as

五、部落客引用其他人的著作有無合理使用的適用

就部落格的內涵觀察之，雖然諸多的內容都是由部落客所自行創作，但是不可避免的，就是其可能會利用到他人各種類型的著作，包括因用他人的文字著作，或是利用他人之圖形、攝影、音樂、美術等等著作。此時，由於部落客也係利用人，因此雖然部落格存在於網路上，但是部落客仍可以根據著作權法的規定，對其利用的著作主張合理使用。

就美國法而言，美國著作權法第 107 條就特別針對合理使用有明確的規範，³¹⁰但是影響合理使用最直接的，卻是美國聯邦最高法院的判決。其中最重要的，就是美國聯邦最高法院在審理 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*³¹¹ 案時所提出的「轉化」(transformation) 理論。根據該理論，最高法院明確的指出，於分析合理使用之第一個要件時，係決定「該新著作是否僅為取代其所利用之原著作，或為進一步之目的或不同之特色而增添了新的東西，或以新的表達，新的意涵，或訊息改造了原著作。亦即，”該新著作是否經過轉化，且轉化至何種程度”³¹²」。因此該院也特別宣示：「雖然”轉化”之要素並非成立合理使用之當然要件³¹³」，但「新著作”轉化”之程度越高，則其他要件之重要性就越低，例如可能不利於成立合理使用之商業性質³¹⁴。」而在本案判決之後，美

the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it。

³¹⁰ 第 107 條 排他權之限制：合理使用 不論第 106 條及第 106A 條如何規定，著作權著作之合理使用，包括重製為重製物或錄製物或該條所定之其他使用方法，為評論、講評、新聞報導、教學(包括為課堂使用之多數重製物)、學術或研究之目的者，非屬著作權之侵害。於特定個案決定著作之使用是否為合理使用，其考量之因素應包括—

- (1) 利用行為之目的與性質，包括該利用是否為商業性質或為非營利教育之目的。
- (2) 被利用著作之性質。
- (3) 所利用部分相對於著作之整體，在數量上與重要性上之比例。
- (4) 其使用對該有著作權著作之潛在市場或價值之影響。

³¹¹ See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, *supra* note 25, 510 U.S. 569。

³¹² “The central purpose of the investigation is to see, in Judge Story’s words, whether the new work merely ‘supersedes the object’ 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 ask, in other words, whether and to what extent the new work is’ transformative.’ ” *supra* note 25, 510 U.S. 569, 579.

³¹³ “Although such transformative use is not absolutely necessary for a finding of fair use,” *Id.*(citing *Sony*)。

³¹⁴ “the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weight against a finding of fair use.” *Id.*

國法院在審理時，均採行轉化的判斷標準，使得第 107 條有關合理使用的第一個判斷標準（利用行為之目的與性質）在實際適用上有了嶄新的變化³¹⁵。

而在我國，著作權法亦有類似美國第 107 條的合理使用規定。最明顯的，就是著作權法第 65 條第一項明確規定「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害」，這也使得合理使用可以作為阻卻違法之事由。

雖然我國著作權法有關合理使用的規定涵蓋第 44 條至第 63 條所列出的各種不同的規範，但是部落格所得利用的合理使用規定，則可能無法涵蓋全部的合理使用規範，最有可能成為部落格無侵害主張的，包括第 51 條非營利的重製³¹⁶、第 52 條為報導、評論、教學、研究或其他正當目的³¹⁷、第 61 條有關時事問題論述之轉載³¹⁸、第 62 條有關政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述等等。

縱使不能符合這些特別條款的規定、若符合同法 65 條 2 項「其他合理使用」之規定，也就是依「利用之目的及性質」、「著作之性質」、「所利用之質量及其在整個著作所占的比例」，以及「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」等標準，若合於第 44 至第 63 條規定或其他合理使用之情形亦可主張合理使用³¹⁹。但就台灣法院審理合理使用的案件觀

³¹⁵ 有關美國合理使用的詳細介紹，請參見胡心蘭，對科技發展對合理使用與著作財產權限制的影響，中原大學財經法律研究所碩士論文，90 年 7 月。

³¹⁶ 部落客是否可以主張第 51 條之「個人或家庭之非營利使用」的規定而主張合理使用，可能仍須視個案而定。最主要的原因、在於第 51 條必須要符合利用「非供公眾使用之機器」為重製行為之要件。雖然部落格有可能有重製的情事，但是許多的部落格都是利用超連結的方式，直接連接到其他網站相關內容的永久連結（permalink），因此並無重製可言，因此第 51 條不見得可以當然適用。

³¹⁷ 為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。

³¹⁸ 揭載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送，或於網路上公開傳輸。但經註明不許轉載、公開播送或公開傳輸者，不在此限。

³¹⁹ 著作之利用是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：

- 一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。
- 二、著作之性質。
- 三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。
- 四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。

察，由於並未採行上述美國最高法院所創造出的轉化理論之應用，因此在判斷時，法院多仍根據第 65 條第 2 項所列的四點判斷標準加以判斷。

當然，除主張合理使用之外，若是內容的提供者係採「創意公用 (Creative Commons, 簡稱 CC) 的授權條款」時，由於著作權人開放供公眾利用其創作，此時利用創意公用的授權條款將可能比主張合理使用更為實際。

六、直接以超連結的方式連結到其他人網頁是否侵害著作權

網路之所以能夠普及，最主要的一個功能就是可以利用超連結的方式網網相連，讓使用者可以方便的遨遊於廣闊的網海之中。但是利用超連結的方式也可能引發著作權的爭議，其中最受到矚目的一個案件，就是 Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.³²⁰。在該案中，Ticketmaster 控告其競爭者 Tickets.com 直接連結到其網站內部的特定活動網頁，並利用軟體收集其網頁中的資料，故主張 Tickets.com 侵害其著作權。法院在該案中特別將與超連結有關的著作權爭議區分為三個主要的問題，分別是第一，Tickets.com 利用軟體蒐集 Ticketmaster 的網頁資料並暫時性的留存 (momentary resting) 在其電腦中是否構成侵害著作權；第二，則為 Ticketmaster 主張 Tickets.com 重製並利用 Ticketmaster 的網址 URL (Uniform Resources Locator)，因此 URL 及其所含的資訊是否為著作權保護的標的；第三，則是 Tickets.com 所採用的深度連結 (deep link) 是否構成未經授權公開展示 Ticketmaster 活動網頁的情事。

對於這三個重要的著作權問題，法院在審理後認為不論是 Ticketmaster 網頁中有關娛樂活動的資訊 (例如演唱會的時間、地點、票價等)，或

³²⁰ 該案法院兩度做出判決，第一次是在 2000 年 (2000 U.S. Dist. Lexis 4553 (C.D. Ca., March 27, 2000)，第二次是在 2003 年 (2003 U.S. Dist. LEXIS 6483 (C.D. Ca., March 6, 2003))。一般文章均是探討 2000 年之判決，但是該判決法院已經明白的表示其並非公開的意見 (published opinion)，且只是針對原告所提出的暫時禁制令之請求 (Preliminary Injunction Motion) 而作的中間判決，其效力有限。法院最後在 2003 年所作的判決方為最終的決定。

是 URLs 的資訊，都是屬於不受著作權法所保護的事實資料，並不受著作權法保護，因此駁回 Ticketmaster 侵害著作權的主張。

首先，就暫時性留存（也就是我國著作權法所稱的暫時性重製）的問題，法院認為其目的在於萃取不受著作權法所保護的公開資訊，而且從公共利益的角度而言，並無理由禁止 Tickets.com 去蒐集任何人都可以利用的公開資訊，因此其利用網路蜘蛛軟體（spider）到 Ticketmaster 的網頁去蒐集並從中擷取相關活動資訊的行為並無不當³²¹。

其次，法院也駁回 Ticketmaster 有關 URL 亦可受著作權法保護的主張。法院認為，URL 只是一個網路上的地址，任何人都能利用，就如同現實世界中的街道門牌一樣，其主要的目的在於使利用人能夠順利的找到該網頁，因此法院特別舉美國聯邦最高法院在 *Feist Publications v. Rural Tel. Co.*³²² 的見解，認為 URL 不論基於其功能性或是原創性的考量，都無法成為著作權法所保護的標的³²³。

最後，對於深度連結是否會導致未經授權的公開展示（public display）的問題，雖然美國聯邦第九巡迴上訴法院在 *Kelly v. Arriba Soft Corp.*³²⁴ 一案中，承認以訊框（framing）的方式連結到原告受著作權法所保護之照片侵害原告的公開展示權，但是法院卻認為 Tickets.com 在連結 Ticketmaster 的活動網頁時都已經告知使用者其將會連結到其他網站，且未以訊框的方式呈現。縱使 Tickets.com 係以另外一個小視窗的方式呈現，但是其所連結之內容係不受著作權法保護的事實，因此並無導致未經授權的公開展示之問題。

³²¹ 法院特別舉出 *Sony Computer Entm't, Inc. v. Connectix Corp.*, 203 F3d 596 (9th Cir, 2000) 與 *Sega Enters. v. Accolade, Inc.*, 977 F2d 1510 (9th Cir, 1992) 這兩件案件說明可以暫時性重製受著作權法所保護的著作以便取得不受著作權法所保護的資訊。

³²² 499 U.S. 340, 113 L. Ed. 2d 358 at 369, 111 S. Ct. 1282. (1991)。

³²³ 法院明確的表示，There appear to be no cases holding the URLs to be subject to copyright. On principle, they should not be。

³²⁴ 280 F3d 934 (9th Cir. 2002)。

由於 Ticketmaster 案中法院明確表示，只要不是用訊框方式超連結，並不會當然有侵害著作權的疑慮，再加上目前部落格多半是以「永久連結」(permalinks)的方式連結到其他網站或部落格，並不見得是以訊框的方式呈現，因此部落格要發生類似 Kelly v. Ariba 的情況應該有限。更重要的，就是許多網站或部落格之所以採用永久連結，而不採過去的暫時性連結，這中間似乎可解釋為其願意讓他人連接，而理論上可朝其有默示授權的意思准許他人利用來解釋，但這部分必須再進一步研究，並視有無外國案例予以支持而定，因此部落客以超連結方式透過 RSS 的功能提供與其他部落格或網友互動的環境，在我國法之規範下，暫無侵害著作權之疑義，不過這部分仍待個案事實而定。

七、小結

隨著 Web2.0 的逐漸受到重視，身為 Web2.0 代表應用模式之部落格，也越發受到各方面的重視。但由於網路與實體世界相同，均受到法律的規範，因此部落格自然無法免俗，也不可避免的會遭遇到各種的著作權問題。

也因為如此，部落格亦與其他網路利用相同，不可避免的會遭遇到一些基本的著作權議題，例如侵害、合理使用等。但是對於部落格而言，由於其技術架構與傳統的網站不同，因此部落格也可能面臨與一般網站不同的問題。例如部落格已廣泛採用 RSS 架構，而許多業者亦配合部落格的發展，改採永久連結(permalinks)的模式，使部落格在連結時，不至於因為網頁搬移等因素，而使連結中斷。

隨著部落格逐漸從非營利性質走向商業化利用，未來部落格可能面臨的著作權挑戰將會更多也更嚴峻。而就台灣目前情況而言，由於目前著作權法之規定可完全應用到部落格的環境中，因此就目前台灣著作權法規定而言，似尚無任何因為部落格或是其他 Web2.0 應用而修改著作權法之需要。可能的問題，則在於是否要將部落客認定為服務提供者，以及是否應制定類似美國著作權法第 512 條的限制服務提供者責任之規定，

這樣才能進一步的促進部落格未來在台灣的發展。

第三節、部落格(Blog)與著作權之公開傳輸

部落格的提供者要讓別人分享某歌曲，必須先將該首歌以檔案格式轉換的方式，放置在自己的網路日誌內，此時牽涉到著作權法之重製；其次，擺在部落格內的音樂，既可供不特定網友聆賞，這時該部落格提供者因為把歌在網路上公開給大家，也構成公開傳輸，依立法說明，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態為已足，故擺在網路上讓人聽即已構成公開傳輸，因為已經把這首歌放在供不特定人來聽的一個狀態或環境(making available)。因此，該首歌如未取得授權就擺在部落格供他人聆聽，理論上就有侵犯別人著作權的問題。

此時是否侵犯公開傳輸？可否主張合理使用？因在部落格上供人分享，浩瀚網海中有廣大不特定的多數人可以去聽到該首歌，這時潛在公開傳輸的量相對言太大，如唱片公司出張專輯，其中主打歌廣受歡迎，如部落客把歌放在日誌內，現實上廣大網友就不需花錢去買 CD，而只要進入該部落格聽即可（當然，如是串流要聽的話，因無法重製，就必須不厭其煩的上該部落格去聽），依前述利用結果對著作潛在市場與現在價值影響過鉅（即市場替代效果），要主張公開傳輸的合理使用，理論上似有相當困難。

第四節、我國部落格實務案例

茲就我國司法案例針對部落格播放音樂是否侵權，臚列實務案例如下：

壹、心電感應音樂小站案³²⁵

一、「心電感應音樂小站」案件事實

³²⁵ 臺灣臺北地方法院 95 年度易字第 1403 號刑事判決。

陳 XX 明知滾石國際音樂股份有限公司等擁有著作財產權之錄音著作，未經同意或授權，不得擅自重製或公開傳輸；竟基於擅自以重製後公開傳輸之方法侵害他人著作財產權之概括犯意，自民國 94 年 8 月起至 95 年 4 月止，在住處以其不知情之父所申請中華電信數據通訊公司之 IP 及已有之電腦網路設備，連結上網架設「心電感應音樂小站」（網址 <http://www.wretch.cc/blog/blossomy>），並自大陸網站取得之錄音著作共 496 首檔案後，多次重製並儲存該等錄音著作檔案在上開網站之磁碟空間內，並多次在上開網站公開傳輸該等錄音著作，以供不特定人試聽（起訴書載為「下載」），而侵害上開公司之著作財產權。嗣於 95 年 4 月為警方在上址執行搜索查獲，並扣得電腦主機 1 台。

二、「心電感應音樂小站」案件判決理由

上揭連續重製及公開傳輸等事實，業據被告供認不諱，足認被告自白與事實相符。告訴人之指訴、財團法人國際唱片業交流基金會之代理人於警詢、偵查中及本院準備程序時證述：被告未經告訴人授權，擅自架設心電感應音樂小站，重製錄音著作共 496 首，上傳於網站供人試聽等語。國際唱片業交流基金會提出之鑑識報告書、非法試聽侵權市值估價表、侵害錄音著作清冊、所發行錄音著作照片及封面、營利事業登記證影本、網站瀏覽人次之畫面、網站網頁列印資料、ADSL 非固定型 IP 用戶資料查詢回覆單、心電感應音樂小站登入資料、扣案電腦主機、搜索及扣押筆錄、扣押物品目錄表。本件事證明確，被告犯行堪以認定，應予依法論科。

查被告行為後，刑法業經立法院通過修正，並自 95 年 7 月 1 日生效，牽連犯部分，新法刪除刑法第 55 條後段關於牽連犯之規定，而將原犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪應從一重論斷之情，修正為原犯一罪與其方法或結果之行為犯他罪間應分論併罰；連續犯部分，新法刪除第 56 條關於連續犯之規定，將連續數行為而犯同一之罪名者以一罪論之情

修正為連續數行為應分論併罰；核被告所為，係犯著作權法第 91 條第 1 項擅自重製罪、同法第 92 條擅自公開傳輸罪。

被告先後多次重製及公開傳輸之行為，均時間緊接，所犯之罪名以及基本犯罪構成要件均相同，顯係基於概括犯意反覆為之，均為連續犯，各應依修正前刑法第 56 條之規定，以一罪論，並加重其刑。被告所犯二罪間，有方法結果之牽連關係，為牽連犯，應依修正前刑法第 55 條之規定，從一情節較重之著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪處斷（因被告公開傳輸其所非法重製之錄音著作，以使其他網友得以免費試聽該等錄音著作，此情節所侵害告訴人之錄音著作財產權之程度自較被告僅自行重製為重）。

爰審酌被告未尊重智慧財產權，所重製及公開傳輸之錄音著作高達 496 首、犯罪所生之危險及損害、但犯後始終坦承犯行之態度，及其犯罪動機目的、犯罪手段等一切情狀，量處如主文所示之刑，並依修正前刑法第 41 條第 1 項前段規定諭知易科罰金之折算標準³²⁶。

貳、健康活力宅急便案

一、「健康活力宅急便」部落格案件事實³²⁷

被告明知來源不明之網站內所提供他人收聽下載歌曲，係唱片公司享有著作財產權之錄音著作，竟未經該等唱片公司同意，擅自於民國 94 年 12 月起，於住處以電腦上網連線至其向奇摩雅虎網站申請之「健康活力宅急便」部落格內（網址：

<http://tw.blog.yahoo.com/jw!YcGMStaBGBaPxSDSJE>

³²⁶ 判決另指出：又著作權法於 95 年 5 月 30 日公布修正自 95 年 7 月 1 日起施行，修正前著作權法第 98 條前段規定：「犯第 91 條至第 96 條之 1 之罪，供犯罪所用或因犯罪所得之物，得沒收之。」，為配合同法第 94 條之刪除，爰調整相關條次之文字，修正為：「犯第 91 條至第 93 條、第 96 條之 1 之罪，供犯罪所用或因犯罪所得之物，得沒收之。」，經比較修正前後規定之結果，本件不論依修正前或修正後著作權法第 98 條之規定，均得依該規定沒收，修正後之法律並非較有利於被告，自均適用行為時即修正前著作權法第 98 條規定，詳前註。

³²⁷ 臺灣基隆地方法院 95 年度基簡字第 718 號刑事簡易判決。

Ptskffw--/article?mid=708)，將上開來源不明網站之網址，接續張貼在其中「音樂欣賞」之資料夾內，供登入上開部落格之不特定之人，得以在該資料夾內點選超連結至上開不明網站之方式，收聽下載歌曲，而侵害上開唱片公司公開傳輸之著作財產權。嗣警方據報於 95 年 4 月持搜索票搜索查獲，並扣得所有供犯罪用之電腦主機一台，而查獲上情。

二、「健康活力宅急便」部落格案件判決理由

核被告所為，係犯著作權法第 92 條之擅自以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權罪。被告多次以同一公開傳輸之方式侵害他人著作財產權，時間密接、地點相同，顯係基於同一犯意為之，為接續犯。被告以一行為侵害唱片公司之著作財產權，為同種想像競合犯，應以一罪論。爰審酌被告以損害他人智慧財產權為手段，並違反國際上普遍強調保護智慧財產權，以期發揚人類精神創作之潮流，所造成之危害非微，所為顯示其未能尊重著作權人智慧財產之偏差觀念，且損害著作財產權人之正常營收，對交易秩序之公平與公正有不良之影響，應予非難，惟兼衡被告之素行尚佳，暨其犯罪動機、目的及犯後坦承犯行，已知悔悟之犯後態度等一切情狀，量處主文之刑，並諭知易科罰金之折算標準，以資懲儆。

參、強摘的果實不甜、強求的愛情不美案

一、「強摘的果實不甜、強求的愛情不美」網站案件事實³²⁸

張 XX 明知「刺激 2006」等歌曲，均為著作財產權人「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，現仍在著作財產權存續期間內，未經著作財產權人之同意或授權，不得擅自重製及公開傳輸上開音樂著作，詎張 XX 基於重製歌曲之音樂著作後上傳供不特定人下載之概括犯意，自民國 94 年 6 月起，至 95 年 1 月止，在住處以其所有

³²⁸ 臺灣臺中地方法院 95 年度易字第 800 號刑事協商判決。

之電腦主機一台，連線至網際網路之不詳網站，連續下載重製歌曲於其電腦硬碟內，而侵害著作財產權人之著作財產權。

復自 94 年 6 月初起至 95 年 2 月止，將所下載重製之侵害著作財產權歌曲，放置在其向中華電信數據通信公司申請網域空間而架設之「強摘的果實不甜、強求的愛情不美」網站（網址：

<http://www.wretch.cd/blog/love0710>），供不特定之人依歌曲目錄瀏覽點選而公開傳輸侵害著作財產權之歌曲，並提供超連結之方式使不特定之人，得以連結至其他網站上下載及收聽歌曲，以此方式連續侵害著作財產權人之著作財產權。嗣於 95 年 2 月，為內政部警政署在前開地點查獲，並扣得張 XX 所有供其重製及公開傳輸所用之電腦主機一台。

二、「強摘的果實不甜、強求的愛情不美」網站案件判決理由

本件經檢察官與被告於審判外達成協商之合意且被告已認罪，其合意內容為：被告願受科刑範圍為有期徒刑三月，緩刑三年之宣告。經查，上開協商合意並無刑訴法第 455 條之 4 第 1 項所列情形，檢察官聲請改依協商程序而為判決，爰不經言詞辯論於協商合意範圍內為協商判決（應適用著作權法法條：著作權法第 91 條第 1 項、第 92 條、第 98 條）。

肆、「竹林聽兩部落格」案件事實及判決理由³²⁹

洪 XX 明知如附表所示之「S. H. E—I. O. I. O」、「五月天—世界第一等」、「五佰—白鴿」等五四四首歌曲，為華研、滾石、新力等唱片公司享有著作財產權之音樂著作物，未經前開擁有著作財產權公司之同意或授權，不得擅自重製及公開傳輸。詎渠基於概括犯意，自民國 95 年 1 月底起，向雅虎奇摩申請網頁空間，在住處以其個人電腦及週邊設備及向網路服務業者租用 ADSL 寬頻數據帳號、密碼，架設網站「竹林聽兩部落格」（網址：<http://tw.myblog.yahoo.com/jw!L0c>

³²⁹ 臺灣臺南地方法院 95 年度簡字第 1579 號刑事簡易判決。

VBt.KAA.VqtWVF3o-)，在該網站內依照語言、歌曲名稱等類別建立歌曲網頁內容，並就各該歌曲網頁內容建立超連結至音樂連結網址，使不特定人自「竹林聽雨部落格」網站點選歌曲名稱後，即得因網頁超連結等作用而免費下載、收聽音樂，擅自公開傳輸如附表所示音樂歌曲共五四四首，而侵害他人之著作財產權。嗣於95年3月，經警至上開住處搜索查獲，並扣得電腦主機一臺。

上開犯罪事實，有下列事證足資證明：(一)證人即告訴代理人於警詢、偵查中之指訴；(二)竹林聽雨部落格網頁資料、雅虎奇摩部落格帳號xpxp80使用IP資料、中華電信ADSL申請資料各一份、扣案電腦主機一台、現場照片六幀；(三)被告於警詢及偵查中之自白。依刑事訴訟法第499條第1項前段、第450條第1項，著作權法第92條、98條、刑法第11條前段、56條、55條、41條第1項前段、74條第1款以簡易判決處刑。

第五章、網路科技利用新型態關於網拍、虛擬遊戲 (Virtual Game)、搜尋引擎 (Search Engine) 之著作權問題

按關於網路拍賣、虛擬遊戲(Virtual Game)、搜尋引擎(Search Engine)等之相關科技應用，以現今而言，基本上並非所謂網路科技利用之新型態，但網拍、虛擬遊戲及搜尋引擎近來仍衍生一些著作權問題，故於此一併討論³³⁰。

第一節、虛擬寶物與拍賣網站

網拍盛行，因此許多有著作權的商品也被拿出來拍賣，特別是在數位內容產品方面引發很大的爭議，美國軟體業者特別盯住 eBay。業者在 virtual game 提供虛擬寶物，網友於拍賣網站交易，寶物本身美術著作權可否合理使用？虛擬寶物之所有權（使用權）可否交易？可否適用第一次銷售原則？軟體業者可否要求拍賣網站下架？

基本上，在網路的虛擬線上遊戲中，經常可見到廠商在遊戲中提供虛擬寶物³³¹，以上這些網友們在玩 game 時的虛擬寶物，其皆由遊戲廠商所設計出來，讓網友可很容易的辨識，在著作權的領域裡，它可能會比較接近美術著作，有鑑於著作權法中，只要有相當程度的原創性，即可構成受保護之著作標的，因此這些虛擬寶物，從外觀上看許多都可能具有美術著作權，當然這個可能必須要依個案的事實來認定，不過針對此點，吾人可先假設虛擬寶物享有著作權時之問題如何處理。

首先，網友將其在線上遊戲中取得之戰利品，即虛擬寶物擺在拍賣網站上拍賣，如只是列出其寶物之名稱，此時暫不牽涉到著作權的問題，但

³³⁰ 另按網拍、虛擬遊戲及搜尋引擎有關之著作權問題，原非本研究報告之範圍，不屬智慧財產局與本研究執行單位間合約中之研究對象，本章內容純屬本研究執行單位供委託機關參考之用。

³³¹ 例如天堂中+10 暗黑鋼爪、暗黑雙刀以及火焰之影，各被玩家喊價到二十萬元，究極光裂術魔法書等；天堂二中的吟遊詩人帽、小天使之翼、巴拉卡斯項鍊及安塔瑞斯耳環等、仙境傳說的雷神之錘、雷神腰帶以及太陽神頭盔、魔獸世界的矮人牧師、楓之谷的真·楓葉之弓/旗/頭盔、冒險家披風。

如果是在拍賣網站附上該寶物之圖樣（亦即有貼圖），此時網友這種將美術著作擺在拍賣網站的行為，是否構成著作權之侵害？

這個問題可以臺灣高等法院刑事判決 93 年上易字第 927 號案例為例，該案例是有廠商因為以在網路上販賣 CD 的目的，未經授權即將 CD 封面包裝上的美術或攝影著作，擺在網頁上，此時司法實務的見解認為，只要廠商的確有在販賣 CD 的事實時，是可以主張合理使用；被告於審理時提出進貨及銷售 CD 之證明，有進貨發票及銷貨單影本可稽，足證被告確有從事販賣告訴人發行正版錄音著作業務，故被告未獲告訴人授權重製攝影及美術著作，於網頁上重製攝影及美術著作，可屬合理使用。本於同一法理，網友在拍賣虛擬寶物時，雖然該寶物是虛擬的存在，與前述之實體的 CD 唱片不同，但該案例之法理，卻可作同樣的適用，亦即只要網友是真的在販賣該虛擬寶物，而將寶物的圖樣貼在網頁上，這個時候衡諸著作權法第 65 條的規定，的確有主張合理使用的空間。

其次，網友如果在網路上拍賣這些虛擬寶物，是否有著作權侵犯之問題？簡言之，如有人認為，這些虛擬寶物本身其實都是所謂的電磁記錄，因此不論是寶物本身或者是表彰它外觀的美術著作，如該寶物內含之電磁記錄是以軟體程式碼的情況呈現，原則上它就是有著作權的電腦程式(包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作)，因此這個時候寶物抽象存在的本身，是比照著作權給予電腦程式之保護，反之，如不是軟體程式碼，此時單純的電磁記錄即非著作權可受保護之標的（此可對照著作權法第 5 條第 1 項各款著作內容例示，即受保護之十種標的³³²。

至於該寶物在外觀上，還是有可能是美術著作的呈現，則此時會涉及的著作權問題是，網友甲將該寶物轉賣網友乙時，其究竟有無侵犯該美術著作之著作權？關於這個問題，一般皆會認為寶物即使有美術著作權，該美術著作權原則上應歸屬於虛擬遊戲的提供者，但問題是網友在販賣

³³² http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_law/copyright_law_1_11.asp。

虛擬寶物的時候，並不是在銷售該寶物外觀的美術著作，就好像讀者甲買了一套金庸的小說，然後將其轉賣給讀者乙，他所轉賣的只不過是書本的所有權（即使用權或看的權利，外加紙張的所有權），而非金庸語文著作的著作權。

同理，此時網友甲所轉賣的寶物，只不過是轉賣其虛擬遊戲內的寶物使用權而已。同時，從法律的解釋上，網友甲之所以能夠取得該寶物，實際上是因其依照與虛擬遊戲的提供者間，玩遊戲的規則（可看成是一種契約的約定），於戰勝情況時所取得的獎勵，這時是由網路遊戲的提供者主動將該寶物的權利/使用權讓予網友甲，此時必須注意的是，這種權利/使用權的授予，並非著作權法上的授權觀念，換言之，並非線上遊戲的提供者，授予一項著作財產權的權限³³³，所以網友甲再轉給網友乙時，此時不生任何所謂著作權法第 37 條再授權之禁止問題，法律上的觀念完全是屬於民法使用權的轉讓。

因此，網站上對於寶物拍賣從事交易的網友，不當然產生著作權侵害的問題，軟體業者不得任意要求下架，但必須提出的是，此並非適用所謂第一次銷售原則的理論，因基本上依我國著作權法第 59-1 及 60 條，即相關第一次銷售原則之理論³³⁴，目前僅適用於著作原件或合法著作重製物等有體物之存在，即將具有著作權保護之標的附著於有形媒介上，對該有形媒介本身所採行之權利耗盡原則，至於抽象存在的虛擬寶物本身，因不需附著於任何有形媒介上，故並無所謂第一次銷售原則或權利耗盡理論之適用。

第二節、CD 轉化為 MP3 格式與著作權之備份存檔

消費者買了一片 CD，但消費者將其轉為 MP3 後，又透過網拍將原來的

³³³ 例如重製、出租等等著作權法第 22 至 29 條以下之著作財產權限。

³³⁴ 士林地方法院 90 年度簡上字第 56 號判決：立法原意係在使著作財產權人所有之散布權與重製物所有人之所有權間之權益獲得平衡，而明文規定一旦著作財產權人將著作原件或其重製物之所有權讓與他人，不論有償或無償，該著作財產權人受著作權法所保護之出租權即已耗盡而歸重製物所有人享有，該著作財產權人不得再主張其出租權，即學理上所謂「第一次銷售原則」、「權利耗盡原則」。

CD 賣掉，此時消費者已經有了該 CD 的 MP3，但其還可以將該 CD 透過網拍標售，是否造成著作權人權益的侵害？

基本上，消費者買了 CD 將其轉換為 MP3 格式，在這個過程當中，消費者就已經進行了著作權法所謂的重製的動作，因為轉化為 MP3 格式之後，還是可以呈現該 CD 的內容，依照著作權法第 3 條 1 項 5 款，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，因此轉化為 MP3 構成重製。其次，針對將購買一份合法著作之重製物，例如本例中的 CD，可否因為怕將來該片 CD 毀損或滅失，而 copy 一份作為備份？這個問題在我國著作權法上並未規定，因為備份這件事，依照著作權法第 59 條的規定，只提到合法電腦程式著作重製物之所有人，得因為備用存檔的需要，來重製該程式，這是我國著作權法對於備用存檔唯一的規定，而其僅適用在電腦程式，而不及於其它的著作；但雖未特別明文規定，是否就完全無重製 CD 空間呢？

此亦未必，因為著作權法還有第 65 條，針對合理使用者利用之目的及性質來衡量，例如使用者如的確是為了因為某些原因，怕毀損或滅失來作備份(back-up copy)，而且真的只是備而不用（所謂備而不用，就是備用存檔不能和原來的共同使用），此時其利用結果對著作潛在市場及現在價值，因為不構成損及著作財產權人的權益，理論上不是不可行，但本例中該消費者竟將實體的 CD 在網拍標售賣出，這時的目的就不是備而不用了，也就是說，該 CD 賣出去基本上是可以合法的，但著作權的觀念上，此時該消費者手中的這份 MP3 音樂，基本上就不是備用存檔的目的，因此理論上他當然不能再加以使用，否則會造成著作權人的侵害而可能構成侵權。

第三節、網路拍賣影音光碟與著作財產權之散布

關於在網路上拍賣影音光碟與著作權法之關連，主管機關智慧財產局於該局之網頁上「網路拍賣影音等光碟法律效果之說明」，提出下列三種

情形，向民眾宣導勿觸犯著作權³³⁵，其宣導內容為：「網路拍賣是熱門、新興的商業交易模式，民眾有時於網路上拍賣音樂或視聽光碟片等影音光碟，卻成為權利人追索之對象，才發現可能已觸法---

民眾於網路上拍賣影音光碟，最主要有三種情況：

1. 將買來之合法影音光碟提出於網路再予販賣；
2. 將自實體世界(零售店夜市)買來盜版影音光碟於網路再予販售；
3. 將自網路買來盜版影音光碟於網路再予販售

上述行為就著作權法而言，主要涉及第 28 條之 1 第 1 項：「著作人除本法另有規定外，專有以移轉所有權之方式，散布其著作之權利」之規定，此即著作人之「散布權」，從利用人角度而言，不僅不可做盜版品，也不可賣盜版品，賣盜版品者會構成侵害散布權。此外，為平衡「散布權」與物權，著作權法第 59 條之 1 規定「散布權耗盡原則」，凡在中華民國管轄區域內取得「合法重製物」所有權之人，得販售該合法重製物，屬於著作之合理使用，不構成著作權之侵害。

故就上述 3 種情形中第 1 種情形，如將買來之合法影音光碟再予販售，是行使物權的正當行為，不違反著作權法；而就上述第 2、3 種情形時，因所販售者均為盜版之光碟，自不能主張「散布權耗盡原則」，屬侵害著作權人之「散布權」。民眾應注意網拍影音光碟之合法性，注意所拍賣影音光碟片是合法重製物抑或是盜版品，以免違法。」

上述智慧局意見認為，第一種情形，是行使物權的正當行為，本報告認為，著作權固然是準物權之一種，但購買合法之影音光碟，並未購得任何著作財產權本身，實質上僅購得該著作財產權內容之使用權限，以及儲存媒介之物體本身(非著作財產權)所有權，因此第一種情形，其合法之源由並非所謂行使物權之正當行為，而係權利耗盡原則之適用結果。

其次應注意者，依我國著作權法第 28 條之 1 規定，著作人專有以移轉

³³⁵ 請參 <http://www.tipo.gov.tw/service/news/ShowNewsContent.asp?postnum=9312&from=news>。

所有權之方式，散布其著作之權利；惟依第 59 條之 1，在我國管轄區域內取得著作原件或其合法重製物所有權之人，得以移轉所有權方式散布之，故權利耗盡原則僅適用於國內，反之，如在國外取得合法重製物，即不得以移轉所有權之方式散布，此我國採「國內權利耗盡原則」說。

據網路報導，某大學生到國外遊玩，帶回數片正版 DVD，然後在網路上販售，但當面交之際被帶往警察局並被控侵犯著作權法，遭某家擁有代理權的國內公司控告此學生，公司要求索賠和解。學生表示是第一次上網網拍，遭到控告後也緊急取消與回收 DVD，並交檢方當成證物，但代理公司卻以「網路評價」為證據，意圖控告其係「常業犯」，經向向檢察官陳情，刑事上才獲判不起訴處分³³⁶。按著作權法第 87 條第 4 款規定，未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者，視為侵害著作權，此即所謂的「真品平行輸入」。因此，從國外帶回台灣相同數片正版 DVD 販售，可能會侵害著作權人的散布權，而應負民刑事責任；此與在國內買來之合法影音光碟，再在國內提出於網路予以販賣不同，不屬於「權利耗盡原則」適用範圍，為避免民眾誤解，上述智慧局之宣導文字宜修改之。

另，針對此問題，本報告認為類似此真品平行輸入的法律問題，在網拍上可能不斷會發生，不過從法律層次言，必須要提醒網友注意的是，在類似的案件中，必須要注意到底上述所謂擁有代理權的公司，其法律地位為何？也就是說，根據我國著作權法規定，原則上只有著作權人本人、以及專屬之被授權人，才有獨立提出訴訟的權限，此時必須注意該擁有代理權的公司究竟是不是專屬的被授權人，亦即著作權人是否曾將著作財產權的專屬權限，例如重製、改作、出租、散布及各項公開上映演出傳輸等等權限作授權，至於所謂代理公司，一般可能是指發行權之授予公司，但就法而言該發行權是否屬於所謂之散布權，必須先釐清，

³³⁶ 網拍陷阱 律師：國內智財法不健全 網拍族要自助，記者羅暉智專題報導 2006/10/06 14:34；網拍陷阱／易侵犯發行權 學生網拍族小心挨告，記者羅暉智專題報導 2006/10/06 14:34；網拍陷阱／真品平行輸入 販賣未經授權也違法，記者羅暉智專題報導 2006/10/06 14:33
<http://www.ettoday.com/pda/more/pda-339-16.htm> last visited on 10/21,2006。

最重要的是他必須要有專屬的被授權人地位，才有資格提出告訴，當然網友也必須注意，不論國內真品平行輸入的法規在情理上長久被質疑，但在現行法下，還是要注意不要針對同一產品攜帶多份，以免滋生困擾。

至於智慧局上述第二、三種情形，牽涉到的法律問題係，非合法重製物之所有權人（即盜版品），是否仍有權利耗盡原則之適用，依據著作權法第 59 條之 1 的規定，因其並非合法重製，故無法適用權利耗盡原則，故不得主張合理使用。

第四節、搜尋引擎之著作權問題

壹、搜尋引擎基本著作權問題

利用搜尋引擎建置在管理者之伺服器上，以搜尋已經設定之資料源，將他網站內之標題及內文儲存於管理者伺服器內，提供他人是否可能侵犯該網站之著作權？

Search Engine 通常針對網站登錄、網頁全文、電子布告欄文章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」），然後做成 index，放在管理者系統下的資料庫供搜尋。關於網站登錄資料，一般言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，並不是著作權保護的客體，就算有原創性，但因為是由原網站將網站內容編排成的搜尋資料，提供外界搜尋（屬默示授權），原則上並不會涉及侵害著作權的問題。

至於網頁全文搜索或是搜尋影像圖檔，一般搜尋引擎為克服網路頻寬的限制，會將搜尋資料下載至主機內，將其分門別類做成目錄。但這些資料並未經他網站同意，即將其網頁內容之一部或全部存放於搜尋引擎主機的資料庫內，是否構成侵害他人著作？從著作權法第 3 條規定來看，將他人網頁內容之一部或全部存放於搜尋引擎主機的資料庫內，雖是一種重製行為無疑，但應檢視這種重製是否屬於合理使用的行為態樣。

依搜尋機制看，如前提是提供搜尋資料之用，並未對外提供營利性服務，依著作權法第 65 條第 2 項第 1 款規定，並非直接以該搜尋到之資料作為營利目的之使用，應可主張合理使用。就第二款規定著作之性質，從創作的程度、目的、與取得方法等觀之，來判斷著作權應保護的程度，基於網路上的網頁內容，原本就是要讓網友知道有這個網站，並進入觀賞內容，也就是資訊流通的概念，故其利用之目的及性質，係為方便網友更快速有效進入該站。

因此，將網站內容暫時存於主機，分析並做成目錄，以便讓他人搜尋，並非係以閱覽網站目的外之使用，並不違反網站原意。且暫存內容是將原網站內容複製，原網站內之廣告、重要圖鍵 icon 並未受影響，網友點選超連結後，還是會連結到原網站，對原網站的利益完全不受影響，利用的質量也是個人所點選某網站的部分內容資訊，可依著作權法第六十五條第二項第三、四款「判斷利用質量在整個著作所占比例」及「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」之規定，主張合理使用。因此，將網站內容暫時重製作上述搜尋之用，似可主張合理使用，不過，仍應依個案事實而定，以下茲舉例明之。

貳、搜尋引擎案例法之檢視

一、Google 頁庫存檔案 Blake Field v. Google Inc.

以上見解，在美國訴訟實務，即曾面臨挑戰，一名作者 Blake Field 在自己網站www.blakeswritings.com。無償提供他人閱覽，Field 不想讓其文字被 Google 快速存取(cached 即頁庫存檔)，Field 承認知悉 "no archive" metatag 可防止 Google 從其網站作快取，但嗣發現網友仍可自 Google cached repository 抓到你著作，Field 因此控 Google 侵犯其著作之重製與散布權。訴狀送達時，Google 將 cached sites 移除，同時向法院聲請不侵權之簡易判決(summary judgment)，法院基於默示授權使用(implied license)、禁反言原則(estoppel，Field 將著作置於網站上，知道 Google 搜尋引擎有自動儲存功能)，及合理使用原則

(fair use)，判 Google 勝訴，認為 Google 的 Cache 屬於合理使用，不構成著作權侵害³³⁷。本案更值得注意的是，衡平利益之比較(comparison of equities)，儼然成為判斷是否構成合理使用 107 條所定四項原則以外之第五個原則³³⁸。

二、圖形搜尋引擎案 Perfect 10 v. Google³³⁹

以上是關於文字部分的搜尋，至於圖檔的搜索，也一直是網友們喜歡使用的工具，提到圖形的搜索引擎，較著名的就是美國 Kelly v. Arriba Soft Corp. 案。³⁴⁰ 繼 Kelly 案之後，近來 Google 又被告侵權，本案例中法院考量 Google 是否藉公開展示、散布或重製侵害原告 Perfect 10 享有 thumbnail 圖像的著作權，本案例中 Google 並未將 Perfect 10 原始大小的圖像加以儲存，法院認為因為該圖像的內涵雖然存在 Google 的伺服器內，但因不是原來同樣大小的尺寸，因此 Google 並非侵犯重製權，可是 Google 卻違反美國著作權法第 106 條，著作權人專屬享有將其具著作權之內容公開展示之排他權利，然而單純以視框(framing) inline linking 至第三人網站，Google 並未散布這些侵權的版本，雖然 Google 的蜘蛛網 (web crawler signals) 沒有從 Perfect 10 的網站，將其內容作成目錄，但這些圖像還是從其它的網站得以顯示，即使沒有以

³³⁷ 另參章忠信，美國法院判定 Google Cache 的儲存著作是合理使用，著作權筆記 <http://www.copyrightnote.org/cmote/bbs.php?board=2&act=read&id=118> visited on Oct. 25, 2006。

³³⁸ Blake Field v. Google Inc., U.S. Dist. Ct. Nevada (Jan. 12, 2006) No. CV - S - 04 - 0413 - RCJ - L JL. Cite as 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev. 2006). <http://counsel.cua.edu/Copyright/cases/cases.cfm> visited on Oct. 25, 2006。

³³⁹ Perfect 10 v. Google Inc., (U.S. Dist. Ct. Central Dist. Calif) Feb. 21, 2006 U.S.D.C., C.D.Cal., Civil Action No. 04-9484. 2. <http://counsel.cua.edu/Copyright/cases/cases.cfm>, visited on Oct. 25, 2006。

³⁴⁰ 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D. Calif., 1999)，該案原告為一攝影家，被告經營圖形搜尋引擎，該搜尋引擎建構一約有二百萬筆小圖片的資料庫，網路使用者可透過被告所提供超連結直接連上所尋找圖形，其中 35 筆是原告拍攝並置於其網站上照片，因此指控被告侵害著作權。被告網站 user 可直接鍵入所欲搜尋字串，經檢索後搜尋引擎會將符合搜尋字串圖檔以小圖片方式呈現 (thumbnails)。使用者若欲觀看搜尋結果特定圖檔，只要在小圖片上點選，該小圖片就會完整的顯現在 user 電腦上，並可顯現該圖檔所在的位址-URL，供 user 直接點選。地院判屬合理使用，但上訴法院判違反公開展示權。美最高法院 Campbell 判例，Campbell v. Acuff-Rose Music, 510 US 569 (1994)，認被告取得原告著作係利用搜尋技術大量廣泛蒐集網路上的各種圖形並將其索引化。雖未獲得同意且其利用具商業性質，但法院於分析 107 條 4 項原則對被告有利，認被告之行為未對原告網站交通量或商業有所減少，對原告潛在市場與現在價值等原告之利益並未予以損害，且就整體言，被告之利用具重要的轉化性質(transformative，詳參第四章第一節伍之五、部落客引用其他人著作有無合理使用的適用)，判被告之重製屬合理使用。但被告透過 inline linking & framing processes 供使用者 clicks on the thumbnails 來呈現原告著作，法院認被告違反公開展示著作權。

metatag 指示蜘蛛網來複製，法院並不認為 Google 展示的這些圖像可構成合理使用，這部分的原因是由於事實上 Google 網頁上有一些圖像展示在廣告上，另一部份則是因為 Perfect 10 爭辯 thumbnail 的圖像具有一定的市場，亦即可被手機 download 及使用，本案中對於 inline linking 是否構成公開展示有相當之討論。

參、搜尋引擎 Google 之相關著作權爭議

一、Google Book Search 計畫³⁴¹

全球最大網路搜尋引擎 Google，預計投入二億美金以 10 年時間，將美國著名大學如哈佛、史丹福、密西根等大學及英國牛津大學等共計一千五百多萬冊的圖書，擬將其掃入電腦，建立全球最大的網上虛擬圖書館，這項被稱為圖書館典藏數位化計畫 (Google Book Search)，目的就是要讓任何人可以上網搜尋到全世界圖書的內容，當然還包括絕版書和珍本書，但 Google 在去年 11 月份開始啟動這項計畫以來，就不斷的面臨著作權侵犯之質疑³⁴²，不論在美國、德國及法國，都有出版商控告其侵害著作權，Google 不得已只好暫停，Google 強調，在這項圖書館典藏數位化的工程裡，針對有著作權的書籍，搜索者僅能瀏覽編輯目錄以及其中幾段編輯摘要，這當然也引發很多著作權的爭執。

美國五大出版商 McGraw-Hill Companies, Pearson Education, Penguin Group (USA), Simon & Schuster and John Wiley & Sons.³⁴³ 等於 2005

³⁴¹ 以下請參

Google：公共書籍免費全文下載 陳智文譯

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20109203,00.htm>

Google 圖書館計畫 三方公開論戰 唐慧文

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20102647,00.htm>

身陷二官司 Google 未如預期恢復圖書掃描

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20102342,00.htm>

美國作家協會控告 Google 侵犯著作權

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20101503,00.htm>

出版商反對 Google 數位圖書館計畫 唐慧文

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20099347,00.htm>

³⁴² Declan McCullagh, Copyright tussles for Google, August 4, 2006,

http://news.com.com/2100-1025_3-6102153.html。

³⁴³ McGraw Hill Companies, Inc., Pearson Education, Inc., Penguin Group (USA) Inc., Simon & Schuster,

年 10 月在紐約聯邦地院聯手控告 Google，因 Google 搜書引擎機制(點選 limited preview 可連結至索引及精華頁)侵犯著作權。另外，德國出版商 WBG (Wissenschaftliche Buchgesellschaft) 因 Google 之 book scanning digitization project(圖書館數位典藏計畫)有侵權之虞向 Google 聲請禁制令，2006 年 6 月德國漢堡法院認 WBG 不可能取得 injunction，導致 WBG 撤回，形同 Google 勝訴。

因 Book Search 著作權爭議過大，目前計畫已暫停，後續發展尚待觀察。

二、Google 搜尋引擎其他著作權爭議案件

網路搜尋業霸主 Google，如只是像過去單純進行網頁搜尋，如上述爭議較小，但基於擴大服務創造商機，其經常會將其觸角向外延伸，上述 Book Search 就是想超越搜尋引擎本身，稍思進而碰觸著作權核心，才衍生糾紛。同樣的，在這 2 年中 Google News 不斷的有類似的爭議發生。

按「Google 新聞」是剪輯相關新聞的頭條標題和片段，要看完整的內容，還是必須透過 Google 的連結到原來該新聞來源之網站，Google 辯稱其係用演算法則，搜尋出每天受歡迎的新聞，再以連結該新聞及圖片的方式，以若干特定議題來蒐集整理這些不同來源的報導，供網友搜尋使用，這種以 Internet mining 來編輯的方式引起相當之爭議，Google 當然認為它仍是本著搜尋引擎的精神，作新聞的連結蒐集而已，關於圖片的部分，Google 認為之前的 Kelly v. Arriba Soft Corp. 及 Perfect 10 v. Google 等法律案例已指出，網路出版商可以連結到小圖 (thumbnail images)，因此認為應該符合著作權法之合理使用原則。³⁴⁴

但問題是 Google 在搜尋這些新聞時，如果只是用單純的搜尋再連結到

Inc. and John Wiley & Sons, Inc. v. Google Inc., U.S. District Court for the Southern District of New York, D.C. No. 05-CV-8881。

³⁴⁴ Google 新聞選用爭議浮上檯面 郭和杰

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20097705,00.htm>;

法新狀告 Google 新聞侵權 陳爽聰整理

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20097503,00.htm>。

原來網站，此為傳統的網路搜尋引擎運作方式，比較不會有爭議，但是它現在似乎想稍往外擴張，除了關鍵字之外，將新聞的標題、圖片以及若干內容予以表示，這時可能就跨過了傳統搜尋的定位，而進入到著作權法內涵之領域，當然就會引起眾多訴訟。

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，「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。³⁴⁵

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³⁴⁶；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³⁴⁷。

由以上可知，單純之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有多大，當然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。

第六章、網路科技利用新型態關於網路廣播

³⁴⁵ 同前註。

³⁴⁶ Google 與美聯社達成授權協議 陳爽聰譯

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20108386,00.htm>

³⁴⁷ Google 拒登比利時法院判決 陳智文譯

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20109810,00.htm>

轉載新聞連結 Google 在比利時敗訴

<http://taiwan.cnet.com/news/software/0,2000064574,20109744,00.htm>

(Webcasting)之著作權問題

第一節、網路廣播之概況

傳統大眾傳播是一單向式的傳播媒體，由媒體單方扮演訊息傳播者的角色，閱聽大眾只能被動的接收訊息，不能與訊息發送者互動。但隨著網路科技的發達，網路本身儼然成為傳播的極佳媒介，利用網路廣播可以不受時空的限制，並且發送者與受信者可有互動之往來，大大改變了已往單向、定時之溝通形態。在網路世界，藉助科技，人人都可成為資訊的提供者(傳播者)與接受者(閱聽者)。

在探討網路廣播之前，可先一提「廣播」。廣播(broadcasting)是指「to transmit (a program) by radio or television」或「something that is heard on the radio or seen on the television」³⁴⁸，故廣播原包括了「聲音」與「聲音+影像」之傳播。我國向來把廣播作狹義使用，廣播電台指單單播送聲音之電台，而播送影像者則以「電視台」稱之³⁴⁹；但本文所稱之網路廣播則包括聲音的廣播與影像(含聲音)的廣播。傳統的廣播是著作權法上所稱的公開播送，即指基於公眾直接收聽或收視目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法；網路廣播在92年7月9日修法後，屬於著作權法之「公開傳輸」，二者相異點在於以網路傳輸，受信者得於各自選定之時間或地點接收訊息(參著作權法第3條第1項第7款及第10款)。

網路廣播(Web casting)係採用資料串流(Streaming)³⁵⁰的技術，透過此一技術，各網路廣播站的伺服器可經網際網路將聲音或視訊傳播出去。

³⁴⁸ 請參 The American Heritage Dictionary 及 Collins Cobuild English-Chinese Language Dictionary 對 broadcasting 所下之定義。

³⁴⁹ 請參「廣播電視法」第2條用辭釋義：稱廣播者，指以無線電或有線電傳播聲音，藉供公眾直接之收聽。稱電視者，指以無線電或有線電傳播聲音、影像，藉供公眾直接之收視與收聽。

³⁵⁰ 串流(Streaming)為一種傳輸資料的方式，將資料以穩定之速率傳送至接收端，接收端可以在沒有完全傳輸完畢之前即可開始處理資料。「串流形式」係指接收傳輸者欲在接收傳輸裝置上即時以連線方式重現著作之目的所為之利用形式，僅以畫面呈現的歌詞、曲譜亦屬之(參賴文智著「數位科技對著作權管理制度之影響」一文，www.is.law.com/OurDocuments/Report-CR0001LA.pdf, last visited on Nov. 3, 2006)。

網路廣播的方法，大致可分為點對點（unicast）和群播（multicast）兩種，前者針對個別的使用者作傳送，後者同時針對多數使用者傳送，故對頻寬的使用較有效率。網路播出形態，亦可分為兩種，一為即時播出（Live 現場），另一種為隨選播出（Audio on-Demand），亦即將節目預錄後存放於網站，聽眾可重覆收聽³⁵¹。

現有的網路廣播電台有兩種型態，第一類為傳統電台在播放節目的同時，直接透過音效壓縮技術，將聲音內容轉為數位檔案，運用網路傳送（Simulcast），或是將已播過的節目用同樣的技術傳送至網路，供網友點選，嚴格說來，這僅是線上播出，不算真正的網路電台，此類網路電台節目經營規劃與運作方式，皆為因應傳統廣播而生；換言之，只是「互補品」，附屬於傳統廣播的另一種傳播媒介，例如，中廣、台北愛樂、飛碟、台北之音、中天網路電視、年代網路電視是。第二類網路廣播電台，專為網路族而設計製作廣播節目，純粹透過網路來傳送、播放，沒有空中頻道的網路虛擬廣播電台網站，例如國外的「Audio Net」、我國的「銀河網路電台」、「I-Channel」³⁵²、Hinet 之隨選視訊（Multimedia On-Demand, MOD）是。

廣播和網路的結合，締造了一個廣播新的里程碑，因著網路環境及壓縮、串流技術之發展，網路廣播的收聽人口正逐漸增加，依美國媒體研究公司 Abitron Company 及 Edison Media Research 兩家公司所共同合作的最新研究顯示 2004 年美國 10 個網路使用者有 4 個收聽網路廣播；2005 年 1 月有 480 萬人聽過網路電台，收聽率也反映在逐漸成長的網路廣告數字中，2002 年網路廣播廣告有 14 億美金，2004 年達到 74 億美金，直追傳統廣播電台的 84 億美金³⁵³。網路廣播正逐漸擴大其身為媒體一員的影響力。

³⁵¹ 蔡清嵐著「網際網路中廣播閱聽眾電台收播研究」一文，載於圖書館學與資訊科學，29(2) (Oct. 2003)，頁 96。銀河網路電台在我國是相當成功的商業網路電台。

³⁵² 同前註。

³⁵³ 陸中明著「校園網路電台節目與網站內容初探」一文，刊於藝術學報第 77 期，(94 年 10 月)，頁 54。

透過網路的方式播送有聲、有影的節目內容，具備了超越時空性、節目型態多元性、整合性、互動性、音樂資訊之易得性、收播資訊之易得性，普及性等特色³⁵⁴，簡述如下：

1. 超越時空性：

網路廣播不受地域限制，其地域就是全世界，網路廣播係以網際網路為媒介，具網際網路無國界、零時差的特性，突破傳統廣播受限於頻道及地域之限制。

2. 節目型態多元性、整合性：

網路廣播可針對特殊族群或社群(如學生、社區)設計符合特殊需要節目³⁵⁵，也可針對一般公眾口味設計。使用人可自行點選喜愛主題，較具多元性。又網路廣播以設置全球資訊網為主，結合文字、圖片、動畫、影像的超文字形式，並可以集合網路資訊、平面媒體、廣播音訊等功能，不侷限於單一媒體形式。

3. 互動性：

此係網路廣播與傳統廣播最大之不同，網路使用者可與網站經營者或其他使用者產生互動。使用者可以自選時間、地點收聽、收視，且可重覆或選取已播出之節目。

4. 音樂資訊之易得性：

網路廣播電台使聽眾得以輕易地自該網站取得音樂資訊、購買管道。

5. 收播資訊之易得性：

傳統廣播電台除非透過收聽率調查，很難了解聽眾需求或相關資料，但網路廣播電台業者，藉助電腦及數位科技，可準確蒐集此等資訊，藉以提供更適合之節目。

6. 普及性：

傳統廣播必須取得執照、繳納年費、投資設備，進入門檻甚高；但

³⁵⁴ 蔡清嵐前揭文及陸中明前揭文頁 58、59。

³⁵⁵ 如清華電台轉播清華大學與交通大學之梅竹賽比賽時況及學校新聞，原住民美雅麥網路電台提供阿美族資訊是。

因網路科技之發達、電腦壓縮、轉檔、傳輸、技術簡化，不論資金、設備網路廣播之成本都較低³⁵⁶。個人在網際網路上成立小而美、具個人色彩之網路電台，非無可能(與網路部落格之格主類似)。

網路廣播雖然有上述優點，但也非無缺點，如僅有 AM 的音質，傳輸易斷訊，上網收聽須付費，收聽習慣要培養、智慧財產權問題³⁵⁷。網路廣播深深倚賴壓縮技術及傳輸頻寬，壓縮技術愈來愈成熟，可以保持壓縮後良好之影音品質。頻寬則會受到上網人數之影響，已往使用撥接上網，現有 ADSL 寬頻，將來科技再進步，應可解決頻寬的問題。依吳芬滿調查國內網路廣播閱聽人之使用習慣顯示³⁵⁸，近 90%的利用人係收聽國內原有空中頻道電台所設置之網路廣播電台，6.38%的利用人收聽國內之網路虛擬電台，3.87%的利用人收聽國外網路廣播電台。由此可見絕大部分網路廣播之節目內容仍是來自傳統之廣播電台，只是改換為網路傳輸方式而已。利用人最常收聽的是音樂性節目³⁵⁹，其次是新聞性節目。收聽時間大多每次低於一個小時，故國內之網路廣播仍有極大開發之空間。除了商業網路電台外，亦有非營利、公益網路電台，如校園電台³⁶⁰、真心之音全球網路電台。

第二節、網路廣播之立法

我國目前只有「廣播電視法」(無線)及「有線電視法」、「衛星電視法」，對於網路廣播尚未單獨立法，所以網路廣播目前並無單一專法規範。網路廣播電台之設立，不須經主管機關核准發給執照，繳納年費，主管機

³⁵⁶ 常勤芬稱網路廣播電台為「窮人的媒體」，因其只需像架設個人網站一般向 ISP 業者租用網路、Domain Name 申請及備置伺服器。成音設備主要為 Mixer、CD Player、麥克風、耳機及錄音或存檔使用之電腦。軟體有錄音軟體、後製軟體、壓縮轉檔軟體、硬碟。系統設備有編碼器、網路專線、Media Server。使用人只須安裝播放軟體，如 Real Player 或 Microsoft 的 Window Media Player、電腦音效卡(請參常勤芬著「台灣網路電台經營管理之研究-以銀河網路電台為例」，碩士論文(2001)，及陸中明前揭文，頁 58。

³⁵⁷ 蔡清嵐前揭文，頁 90。

³⁵⁸ 吳芬滿著「網路廣播電台閱聽人生活型態與收聽行為之研究」一文，國立中山大學傳播管理研究所碩士論文(1999 年)。

³⁵⁹ 我國較知名的網路廣播音樂網站有 K.K.Box、Kiss、Live 365、Yahoo。

³⁶⁰ 目前國內有 12 所大專院校有網路廣播電台，計有世新電台、淡江之聲、銘傳之聲、政大之聲、台藝之聲、華崗電台、輔大之聲、長榮之聲、南科大之聲、Nedio 星際電台(台大)、清華電台、義守之聲，請參陸中明前揭文，頁 60、61。

關對其廣告或節目亦未加以管理，可謂相當自由之媒體。如藉網路廣播散布不法內容或違法行為(如誹謗、侮辱或恐嚇、色情圖片等)，依相關民法、刑法規定處理，廣告、藥品、食品、化粧品、醫療業務，不實廣告等則依食品衛生管理法、化粧品衛生管理條例、公平交易法、消費者保護法等行政法處理，並無特別之處。

我國 93 年 1 月 7 日公布「通訊傳播基本法」，其第 1 條規定「為因應科技匯流，促進通訊傳播健全發展，維護國民權利，保障消費者利益，提升多元文化，特制定本法³⁶¹。」第 2 條規定：「本法用詞定義如下：一、通訊傳播：指以有線、無線、衛星或其他電子傳輸設施傳送聲音、影像、文字或數據者。二、通訊傳播事業：指經營通訊傳播業務者。」³⁶²。由上可知「網路廣播」屬於第 2 條「通訊傳播」之「其他電子傳輸設施」，亦受「通訊傳播基本法」之規範。第 16 條規定「政府應於通訊傳播委員會成立後 2 年內，依本法所揭示原則，修正通訊傳播相關法規。前項法規修正施行前，其與本法規定牴觸者，通訊傳播委員會依本法原則為法律之解釋及適用；其有競合者，亦同。」，故已往之通訊及傳播之法規，依其性質，應依「通訊傳播基本法」相關基本原則（如透明化、合理化、無差別待遇原則）與精神解釋適用，有的可以適用於網路廣播，有的未必合用，應在國家通訊傳播委員會(N.C.C)成立後 2 年內，全面檢討修法。現行廣播電視法、有線電視法關於業者應申請執照、股權強制分散、外國人投資限制、節目管理、廣告管理（如廣告時間及應與節目內容區隔）、收費審議等，以現階段網路廣播之節目內容及影響力無

³⁶¹ 「通訊傳播基本法」第 1 條之立法理由曰：「一、揭示本法之立法目的。二、有關匯流(convergence)之內涵，參考歐盟 1997 年「因應電信、媒體與資訊科技匯流與管制執行之綠皮書」(Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation)之說明，因數位科技之普遍應用，使相同數位內容或服務，得以在不同之載具、系統(平臺)上傳輸；此一科技匯流之現象，可能進一步造成通訊傳播相關產業之整併，以及通訊傳播服務及市場之整合。因此，在規範上實有加以因應之必要。三、為確保於科技匯流環境下通訊傳播市場之健全發展，使國民享受優質創新之服務並保障其權益，提升多元文化，於本法訂定我國通訊傳播政策與法規之基本方針與綱領，並要求落實於通訊傳播相關作用法中。」。

³⁶² 「通訊傳播基本法」第 2 條之立法理由曰：「一、本法之用詞定義。二、藉科技匯流，各類型之通訊傳播產業在技術上已不再侷限於使用原有傳輸設施(載具)，提供現有通訊或傳播業務，例如通訊事業可以提供數位之廣播節目；反之，廣播事業亦得以藉壓縮技術提供剩餘頻寬供電信、資訊服務。因此，並無區分事業性質之必要。三、改變現行法律以傳輸設施作為界定通訊傳播產業之定義，而從其功能加以定義。」。

法與傳統廣播、電視相比，在法無明文下，恐均無法適用。日後立法時，亦不宜貿然比照傳統大眾傳播媒介之法律處理網路廣播³⁶³。

第三節、網路廣播所衍生的著作權法問題

首先是重製權，網路廣播利用串流技術使音樂著作、錄音著作或視聽著作，藉由網路之傳輸呈現給收聽者或收視者，播放完畢就結束。網路廣播業者自製節目時，不論是現場節目或預錄節目，都會涉及重製之問題（現場節目亦會同步錄音或錄影，以供日後供人點選），應得到著作權人之授權或同意。

其次，網路廣播所衍生的著作權法問題，是公開傳輸權。網路廣播業者對使用人藉網路傳達著作內容，在我國是屬於公開傳輸之行為（依著作權法第3條第1項第10款「公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容」）。

在92年7月9日我國修法加入WIPO之WCT及WPPT條約之公開傳輸權之前，有學者認為我國著作權法的「公開播送」已可涵蓋狹義的網路互動傳輸，因為92年7月9日之著作權法第24條之公開播送權包括有線及無線之播送，同法第3條第1項第7款又將公開播送定義為「指基於公眾接收訊息為目的，以有線電或無線電或其他器材，藉聲音或影像向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電或無線電將原播送聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之。」，前揭條文並未將公開播送明確定義為「同一時間」接收相同內容，法之解釋可因時而轉，條文之文義既未限縮解釋之空間，則將公開播送之定義解釋為涵蓋公眾於其自行選定之時間或地點，經由有線或無線之網路傳輸，自無不可。惟公開播送尚無法涵蓋公開傳輸前之「對公眾提供」之前置行為，有待另行立法，故只須在公開播送概念下增訂「對公眾提供」即可，並明定網路上互動

³⁶³ 請參陳家駿著「網路傳播媒體適用現行法律規範之探討」一文，刊於全國律師1997年11月號，頁56至63。

式傳輸原即屬公開播送之範圍，不另增訂公開傳輸權，以免疊床架屋³⁶⁴。

上開見解甚具見地。然而，著作權主管機關基於著作權法定原則，在未經立法討論並明列為新的著作財產權權利之前，主管機關不願以解釋之方法將公開傳輸納入公開播送概念中。智慧財產局認「公開播送」無法涵蓋「公開傳輸」概念，亦有考量我國著作權法有刑罰之規定，囿於罪刑法定主義，對於立法時未能預見之網路新型態利用，寧可抱持較為限縮、保守之看法。所以，後來還是以修法增加第 26 條之 1 之「公開傳輸權」及第 3 條第 1 項第 10 款「公開傳輸」定義，並修改同項第 7 款「公開播送」定義為「指基於公眾直接收聽或收視為目的以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容，…」，使之與「公開傳輸」區隔。因此，在修法後，以網路廣播傳輸著作內容，屬於「公開傳輸」之範疇，亦應得著作權人之授權或同意。

若是傳統之廣播電台，取得公開播送之授權，當其再以網路同步傳送節目時，是否可主張他們只是在原有之有線或無線廣播之外，增加一個既有節目的傳輸管道而已，並沒有作第二次的利用，無須再付費？然而，公開傳輸與公開播送既非相同之權利，本應分別取得授權，即使在舊法時代認為此種公開傳輸可以涵蓋在公開播送之內或屬於公開播送之延長，亦未必可依公開播送之授權，直接從事網路廣播，因為縱然是同一種著作財產權權能，在授權利用的方式上也可以附加不同限制，例如同樣是公開播送，就可以限定在直播衛星、無線電視或有線電視等不同的播送方式而授權。依照著作權法 37 條規定，著作權授權利用的地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定，約定不明的部分推定為未授權；而當初著作權人在和廣播電台洽談公開播送授權時，可能並未將網路廣播考慮在內，而且網路廣播的潛在市場範圍大於傳統廣播，因此在爭議發生時，不論依照著作權法第 37 條規定或契約目的解

³⁶⁴ 參羅明通著：「從 Napster 案論「公開傳播權」建立之必要性－網路上資訊公開傳輸在我國著作權法定性評斷」一文，刊於智慧財產權（90 年 5 月），頁 77、84，鐘明通著「網路電台與公開播送之爭議」一文，刊於通訊雜誌（1999 年 7 月），頁 28、29。

釋理論，從保護著作權人利益的觀點而言，原來為了傳統廣播所簽訂的授權契約，除非特別約定，否則應該不包括網路廣播³⁶⁵。於今在法律已明定公開傳輸權後，授權更應分開處理。

關於網路廣播最新的發展，是聯合國智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization/WIPO）於2006年6月21日在西班牙巴塞隆納召開討論會之「保護廣播機構條約」（Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations）草案。該提案由美國及英國政府，聯合美國之Yahoo及英國之BBC廣播電台等大力推動，希望賦與有線、無線網路廣播業者一項全新的智慧財產權，業者將可對其所傳輸的任何作品，享有50年類似著作權之權利（copyright-like rights），不須履行任何之形式要件即可取得此一專有權利。草案在2004年提出，引起各方撻伐。此一草案係在1961年羅馬公約（International convention for the Protection of Performers, Producers of phonograms and Broadcasting Organization）對無線廣播機構之播音賦與著作鄰接權（Neighbouring Right）之後的另一重要法案，提案的目的是讓羅馬公約之後廣播機構的智慧財產權能符合時代環境，尤其數位訊號之剽竊（Signal Piracy）問題日益增加，必須因應。

此一草案在美國國內引起反對，消費者科技計劃協會（Consumer Project on Technology）董事James Love於2005年9月15日發函給著作權局表示此一條約之權利傷害公眾及著作權人，使著作之再發行較為困難，著作權人必須與廣播業者分享仲介團體收到的權利金，且減少接近知識來源本身有害於從事創意之人，17個網路科技的領導人也反對此一權利，咸認Yahoo等在國內無法說服國會立法，卻由政府以外交手段在WIPO推動國際立法至為不宜，應促請召開國內公聽會³⁶⁶。其他網路業者及消費者團體、非政府組織團體（Non-Governmental Organization, NGO）、法學教授James Boyle、圖書館、科技產業（如Intel、Electronic Frontier Foundation）認為此一條約已超越數位訊號之保護，而是賦

³⁶⁵ 參鐘明通前揭文。

³⁶⁶ http://www.cptech.org/wipo/15sep05_letter_2_usptoloc.html, last visited on Oct. 25, 2006。

與廣播機構一個對「內容」之新權利；如將 WIPO 草案擴張到網路，將使原來無須經過授權散布之作品，或者內容曾獲得「Creative Common」授權可無次數限制的發表，在某些情況可以不付費的作品，一旦經過網路廣播，反而讓中間人（middle man）之廣播機構取得專有之權利；而對於有著作權之作品，利用人則須應付著作權人及廣播機構雙重之權利，此舉無疑是給大財團一項操控媒體內容之新權利，限制民眾接近知識、文化，並把應由創作人掌控的決定權移轉到廣播機構手中。2006 年 5 月 WIPO 同意把網路廣播從條約條文中移除，只當作與保護網路廣播相關的一個非強制性的附件³⁶⁷。但是 9 月 11 日至 13 日 WIPO' s Standing Committee on Copyrights and Related Rights (SCCR) 第 15 次會期，再度被提出討論。WIPO 第 42 次大會決定將在 2007 年於 SCCR 舉辦兩場會議，以便解決該條約草案仍有爭議之規定。如果 2007 年 6 月前會員國可達成充分的合意，將在 2007 年 11 月 19 日在日內瓦舉行之外交會議中作出最後決議。

任何牽涉如此廣大民眾與商業利益之立法，皆應顯示此一權利之急切需要，並應清楚的了解它對公眾、教育、著作權人、線上通訊、網路新科技等產生如何之影響，不宜貿然推動。

我國對傳統廣播機構並未如歐陸國家賦與著作鄰接權，所以網路廣播在我國目前還不會有著作鄰接權的問題。如果將來考慮採取著作鄰接權或 WIPO 新條約的權利保護廣播機構時，網路廣播是否納入，仍宜另行討論。至於 WIPO 能否完成「保護廣播機構條約」協商或修改部分內容，尚須拭目以待。

第四節、網路廣播公開傳輸之授權

86 年 11 月 5 日著作權仲介團體條例公布施行後，四家仲介團體均陸續

³⁶⁷ <http://www.eff.org/IP/WIPO/broadcasting-treaty>、<http://www.out-law.com/page-7025>、<http://secure.eff.org/site/Advocacy?JServSessionIdr004=fsfle204P3.app6a&cmd=display&page=UserAction>、James Boyle “More rights are wrong for webcasters ”, <http://news.ft.com/cms/5/441306be-2eb6-11da-9aed-00000e2511c8.html>, last visited on Oct. 25, 2006。

向無線及有線廣播電台、電視台收費。網路廣播興起後，公開傳輸之授權使用，因為牽涉到眾多權利人，將來可能仍以仲介團體授權為主，個人授權為輔。目前有的仲介團體有管理公開傳輸權，如社團法人中華音樂著作權仲介協會(Müst)，有的團體尚未進行管理，如社團法人中華民國音樂視聽著作仲介協會(AMCO)，也有只管理公開傳輸權中之同步傳輸(simulcast)者(指同步傳輸傳統廣播電台節目者)，如社團法人中華民國錄音著作權人協會(ARCO)。以 Müst 為例，其於 92 年 8 月 30 日總會通過網路電視、影片及網路廣播費率後，送智慧財產局審議委員會審議³⁶⁸。審議委員會予以保留，就網路電視、影片之審查意謂：「一、網路電視、影片(視聽著作)中尚包括音樂著作以外其他著作類別。如果視聽著作之公開利用行為，其中所包含之其他著作，包括音樂、錄音、語文、美術等，都可以出面主張權利，收取費用，則利用人負荷過重。二、請申請人針對國外實務情形(即視聽著作之公開傳輸，其中之音樂著作究有無主張權利之空間)檢送相關資料及參考費率後再審。」。就網路廣播之審查意見謂：「請就技術面再區分為 streaming(串流)、download(下載)、simulcast(同步)等情形之使用報酬率，並檢送相對應之國外參考費率資料後再審。」。

Müst 於 94 年 6 月 18 日再經總會決議修正上述兩個部分，分為串流、下載、同步三種方式計費，分別按前一年度營收 6%、10%、2%計算網路電視及網路廣播之音樂著作使用報酬，但網路電視、電影部分每年不得低於 300,000 元、500,000 元、150,000 元，網路廣播部分每年不得低於 150,000 元、250,000 元、75,000 元，公益、非營利之網路電視、電影與網路廣播則均按全年製播預算的 0.3%計算音樂著作使用報酬，該費率仍在智慧財產局審議之中³⁶⁹。ARCO 則尚未送審同步傳輸之錄音著作使用報酬，可能照公開播送之使用報酬酌減同步傳輸之使用報酬。截至目前為止，只有一家長榮之聲校園網路廣播電台支付公開傳輸之使用報酬予

³⁶⁸ 智慧財產局之著作權審議及調解委員會在 90 年 11 月 12 日著作權法修正廢止第 82 條第 1 項使用報酬費率之審議後，因著作權仲介團體條例未作相應修正，仍依該條例第 4 條第 4 項、第 15 條第 7 項規定，強制仲介團體將費率送審。

³⁶⁹ 請參見 Müst 網站之「使用報酬率或金額」，<http://must.org.tw/must-p25-open1.htm>, last visited on Oct. 25, 2006。

仲介團體，但是像 K. K. Box、Yahoo 則已開始支付公開傳輸之使用報酬予各別之錄音著作權人及音樂著作權人。

著作權的授權問題，非網路廣播業者所單獨面對者，傳統廣播亦有相同之問題，但是網路廣播所面臨的著作權問題可能更為複雜。網路廣播電台既不像傳統廣播電台有一定之進入門檻，亦不受國家通訊傳播委員會之監督，其投資、規模、使用人也可能相當懸殊，若採取每首歌統一之收費標準，可能並不公平。網路廣播業者在授權上可能碰到的問題，有：

一、個別著作權人之授權，有授權成本過高之問題：

前已言之，有的仲介團體並不管理公開傳輸之授權，業者必須向著作權人各別取得授權，此必定增加授權之成本。若市場上尚未形成一定之價格，則在磋商上，勢必費時費力，而且即使欠缺少數著作權人之授權，仍有挨告之風險。

二、仲介團體之授權，有著作管理單純化之限制：

(一) 仲團條例第 10 條第 2 項規定：「著作財產權人不得同時為二個以上辦理相同仲介業務之同類著作仲介團體之會員」，亦即仲介團體必須由單一著作之著作權人組成，不得管理跨類之著作。因此，如欲取得影片之網路廣播授權，必須同時向音樂著作、錄音著作、視聽著作之著作仲介團體徵求授權，累計之結果，可能負荷過重（參智慧財產局對 Müst 費率之保留意見），增加利用人取得授權之成本；智慧財產局目前還未核准任何一家仲介團體之網路廣播費率。

舉例言，美國自動點唱機（jukebox）公開演出，利用人只要向「自動點唱機授權辦公室」（Jukebox License Office，簡稱 JLO）取得授權即可。JLO 是由 ASCAP、BMI 與 SESAC 三個美國公開演出權管理團體所合資成立之機構，專門處理自動點唱機之授權，能迅速有效地授權三個團體

所管理之全部音樂著作，被授權之點唱機外殼須貼上 JLO 授權之證明³⁷⁰。

在網路廣播之授權，亦可構想由數個仲介團體協商內部分帳機制，對外以聯合方式授權，或委託由一個團體代表授權，惟此可能涉及公平交易法之聯合行為，應向公平交易委員會申請許可；另涉及智慧財產局對仲介團體之管理，是否堅持仲介團體只能管理自己會員之著作，不允許仲介團體之間有所合作（智慧財產局目前只允許仲介團體接受國外同類仲介團體之委託代為管理收費）。若要緩和仲介團體單一化的缺點，上述方式似可考量。

（二）仲介團體所訂之費率，可能無法反應著作之市場價格，而且因須經（一）仲介團體總會決議通過及審議委員會審議，緩不濟急。如果將網路廣播比照傳統廣播收費，未必妥適。以國內廣播而言，收聽線上廣播者，可能原來就是收聽 AM/FM 頻道之聽眾，只是轉到線上而已。理論上，網路廣播雖可遍及全世界，但以國內電台而言，還是以本地使用人為主。所以，在費率的核定上，同步傳輸似宜低於公開播送。以 Müst 所訂之費率可以發現其對網路廣播有區分營利與非營利（公益）電台，異其收費標準，營利又分串流、下載、同步收費，各按營收一定之百分比收費，且無單曲付費之選擇，與市場價格可能仍有差距。

第五節、美國網路廣播之現況

美國 1976 年著作權法第 106 條第 4 款原只賦與音樂著作、視聽著作之著作權人有公開演出權（Right of Public Performance）³⁷¹，錄音著

³⁷⁰ 賴文智著「數位科技對著作權管理制度之影響」一文，
www.is.law.com/Ourdocuments/Report-CR0001LA.pdf, last visited on Oct. 25, 2006。

³⁷¹ 美國著作權法第 101 條對演出公開及所下之定義為：「To “perform” a work means to recite, render, play, dance, or act it, either directly or by means of any device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show its images in any sequence or to make the sounds accompanying it audible.」及「To perform or display a work “publicly” means (1)……(2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate place and at the same time or at different times.」，同條對傳輸所下定義為：「To “transmit” a performance or display is to communicate it by any device or process whereby images or sounds are received beyond the place from which they are sent」。由上述定義分析，可知美國的公開演出權包括我國著作權法第 24 條之公開播送權、第 25 條之公開上映權、第

作依第 114 條(a)並沒有公開演出權，因為廣播電台的公開播送替唱片公司作了廣告，誘使消費者去買唱片。所以，廣播電台只須付費給詞曲作者，不必理會錄音著作權人。但數位環境愈臻成熟，打破了原有的平衡關係，公眾極易從廣播電台節目中免費取得數位化音樂，錄音著作之銷售市價因而受到極嚴重之損失。錄音業者眼見數位化商機出現，推動美國國會於 1995 年通過「錄音著作數位演出權法案」(Digital Performance Right in Sound Recordings Act of 1995, Pub. L. No. 104-39, 109 stat 336 “DPRSRA”)，賦與錄音著作權人數位錄音之傳輸演出權(Digital Audio Transmission Performance Right, 17 U.S.C. §106(6))。

依上開法案，不能互動且不收費之傳統廣播電台(non interactive, non subscription broadcast transmission) 其公開演出被豁免責任，不需錄音著作權人之授權(114(d)(1)。互動式(interactive、隨選 on-demand)及訂戶式點選付費(subscription) 的網路廣播電台，於廣播時應獲得錄音著作權人之授權(意定授權)。不能互動(noninteractive)，但訂戶式的網路廣播電台可循「法定授權」(Statutory License) 模式，由網路廣播電台與著作權人協商，協商不成，則由「著作權利金仲裁委員會(Copyright Arbitration Royalty Panel, CARP)」建議費率(114(d)(2), 114(f))。此一立法，無意改變唱片公司與廣播電視業者長期建立之關係，當時網路的音樂傳輸並非國會注意的焦點³⁷²。

1998 年「數位千禧著作權法案」(Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) “DMCA”)，又將法定授權制度延伸至非互動式、非訂戶式(eligible non-subscription)的網路廣播。CARP 所建議之費率，須經美國著作權局之批准，再呈送國會

26 條之公開演出權、第 26 條之 1 之公開傳輸權。

³⁷² 請參章忠信著「網路廣播應付費給錄音著及第作之著作權人」一文，www.copyrightnote.org, last visited on Oct. 25, 2006，及李若凡著「網路線上廣播電視著作權相關議題簡析—以美國法的經驗為例」一文，刊於資訊法務透析(2004 年 10 月)，頁 1 至 15，資策會科技法律中心「網路侵權新形態之因應策略及措施之研究」期末報告，2004 年 11 月，頁 95 至 96。

圖書館館長決定。國會圖書館於 2002 年 6 月 20 日公布（登載於 2002 年 7 月 8 日之 Federal Register），接受著作權局之建議，而不採 CARP 之建議，訂定著作權法第 114 條之網路廣播及第 112 條短暫重製之法定授權費率，主要分為下列項目：1. 網路廣播同時轉播 AM/FM 節目（radio retransmission）每首歌 \$0.07 分。2. 其他網路傳輸（“Internet - only” transmission）\$0.07 分。3. 錄影存檔節目嗣後由網路傳輸達到 2 個附屬頻道 \$0.02 分。4. 其他附屬頻道之傳輸 \$0.07 分。5. 所有其他服務之綜合最低費用，每一授權 \$500 元，均低於 CARP 所建議之費率³⁷³，以後每 2 年調整一次。

然而未參與 CARP 協議之小型網路廣播業者反應，不能接受圖館館長所定以每首歌計算費率，要求以收入之一定百分比計費。2002 年 12 月 4 日美國總統布希簽署「小型網路廣播業者和解法案」（Small Webcaster Settlement Act of 2002, Public Law 107-321 116 Stat. 2780），該法案允許由國會圖書館 2002 年 6 月 20 日命令指定之 Sound Exchange 代表所有的著作權人及表演人，與非營利及小型網路廣播業者洽商著作權法第 114 條之錄音著作公開演出及第 112 條之短暫錄音之法定授權之費率、期間及條件，並延緩業者應付之權利金。同年 12 月 24 日著作權局在 Federal Register 公布 Sound Exchange 與小型網路業者達成之協議內容，凡符合非互動式（eligible）要件之小型網路廣播業者，可以選擇依此協議之費率條件或依國會圖書館 6 月 20 日公布之費率，取得法定授權³⁷⁴。

關於傳統音樂廣播電台透過網路同步播出（傳輸）時，是否屬於§114 條 (d)(1)(A) 應豁免責任之「nonsubscription broadcast transmission」，應否依法定授權付費給錄音著作權人之問題，美國唱片協會（RIAA）申請美國著作權局解釋，著作權局於 2000 年 12 月作出

³⁷³ <http://www.copyright.gov/carp/webcasting-rates-final.html>, last visited on Oct. 25, 2006。不過此一費率仍被網路廣播業者認為太高，業者要求暫緩實施，著作權局予以否決。業者上訴後，被華盛頓特區巡迴法院駁回。

³⁷⁴ <http://www.copyright.gov/carp/webcasting-rates.html>, last visited on Oct. 25, 2006。

解釋³⁷⁵，謂「對於以網路廣播（按即公開傳輸）傳統 AM/FM 廣播節目，應受錄音著作權人數位傳輸公開演出專有權利之限制。傳統廣播業者選擇將其廣播訊號以網路作數位傳輸，也必須受此限制，應取得強制授權（compulsory license）。本局決定：一個經 FCC(Federal Communication Committee) 核可之（傳統）廣播業者，在此情況下，並不能豁免於錄音著作權人之上述權利。著作權法第 114(d)(1)(A) 僅對一個非互動式（non interactive）、非訂戶式的（傳統）廣播電台（non-subscription broadcast transmission）公開演出數位聲音者豁免責任，使之不受錄音著作權人上述專有權利之限制。第 114(j)(3) 定義（傳統）廣播（broadcast transmission）為「一個被 FCC 核可的地面廣播站所作的傳送」，從第 114 條之目的言，broadcast transmission 只包括被 FCC 核可，在核可條件內作空中傳輸（over-the-air transmission 指有空中頻道）之廣播者」。故傳統廣播電台（公開播送）同時作線上播出（公開傳輸），尚應循法定授權模式付費。

網路廣播業者不服，National Association of Broadcasters 及其數名會員對著作權局登記處（Register of Copyrights）之 Marybeth Peters 在賓夕法尼亞東區聯邦地方法院提出訴訟，RIAA 列為被告之參加人（D. C. Civil Action No. 01-cv-00208）。該院在 2001 年 8 月之判決中，支持著作權局之意見，並獲第三巡迴上訴法院於 2003 年 10 月 17 日判決維持（Docket No. 01-3720）。第三巡迴法院謂：「數位錄音傳輸演出權法案」對於廣播電台的例外（豁免）規定，僅是在保障傳統廣播電台，並未想到要保護及於 AM/FM 的網路廣播，使此爭議畫上句點。

我國因為錄音著作權人及音樂著作權人，原來即有公開播送權，傳統廣播電台並無豁免責任之規定，故不會發生美國上述情況。但藉助上述觀念，可以確認網路同步轉播傳統廣播電台之節目，應屬另一種利用型態，必須在公開播送之外，另行取得公開傳輸授權。

³⁷⁵ Docket No. RM 2000-3, Public Performance of Sound Recordings: Definition of a Service, Final Rule, 65 Fed. Reg. 77292 (Dec. 11, 2000) (“Streaming Regulation”)。

第六節、網路廣播的合理使用

現行著作權法於 92 年 7 月修正時，因增訂公開傳輸權，在合理使用部分作了小幅度的修正，加入公開傳輸的合理使用。合理使用的原則本來是由司法實務個案發展而來，對於新賦與之公開傳輸權，主管機關對其合理使用採取較為保留之態度。92 年著作權法所允許網路上之合理使用，包括：

- (1)第 49 條：「以廣播、攝影、錄影、新聞紙、網路或其他方法為時事報導者，在報導之必要範圍內，得利用其報導過程中所接觸著作。」。
- (2)第 50 條：「以中央或地方機關或公法人之名義公開發表之著作，在合理範圍內，得重製、公開播送或公開傳輸。」
- (3)第 52 條：「為報導、評論、教學、研究或其他正當目的之必要，在合理範圍內，得引用已公開發表之著作。」，此一「引用」，有學者認應包括公開傳輸之行為，也有認為難想像公開傳輸之引用行為。
- (4)第 61 條：「揭載於新聞紙、雜誌或網路上有關政治、經濟或社會上時事問題之論述，得由其他新聞紙、雜誌轉載或由廣播或電視公開播送，或於網路上公開傳輸。但經註明不許轉載、公開播送或公開傳輸者，不在此限。」
- (5)第 62 條：「政治或宗教上之公開演說、裁判程序及中央或地方機關之公開陳述，任何人得利用之。但專就特定人之演說或陳述，編輯成編輯著作者，應經著財產權人之同意」，此一「利用」，應包括公開傳輸行為。

以上明文規定之合理使用，均得適用於網路廣播。未有明文規定之利用行為，非無可能成立合理使用。著作權法第 65 條第 2 項規定「著作之利用，是否合於第 44 條至第 63 條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利

用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」在前兩個因素之判斷，網路傳輸與其他方式之利用並無太大不同，第三個因素在網路封包傳送均屬係全部著作，故第四個因素，可能會成為決定性之因素，因為網路的散布具加乘之效果，著作一旦被放在網路上非法傳輸，速度比瘟疫還快，著作權人毫無控制之能力，其散布通常對著作之潛在市場及現在價值有極大不利的影響。所以，在判斷是否合理使用時，宜著重的第四個因素。

以下探討現行著作權法若干合理使用規定，得否類推適用於網路廣播：

一、著作權法第 22 條第 3 項之暫時性重製：

在網路廣播之傳輸過程中，亦會發生技術操作過程中必要之過渡性、附帶性、不具經濟意義之暫時性重製，如網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。此一暫時性重製，雖非規定在著作權法第 44 條至第 63 條之「著作財產權之限制」（合理使用）專款之中，但亦屬對於重製權之限制，係重製權所不保護之重製行為，網路廣播則得予適用（請參第四章第一節貳至肆）。

二、著作權法第 56 條之廣播機構短暫錄音、錄影：

傳統廣播及電視台為公開播送之目的，得以自己之設備錄音或錄影該著作。網路廣播業者為公開傳輸之目的下，亦有錄音、錄影之必要，其性質與傳統廣播、電視為公開播送之短暫錄音、錄影並無不同，似可主張類推適用著作權法第 56 條之短暫重製為合理使用，但其必須符合第 56 條第 1 項但書及第 2 項設定之條件，亦即「其公開傳輸業經著作財產權人之授權或合於本法規定者為限」及「應於錄音或錄影後六個月內銷燬之」。既然公開傳輸本身仍應經著作財產權人之授權，網路廣播業者在未得著作財產權人授權或同意公開傳輸下，即不得作此短暫重製。

三、著作權法第 56 條之 1 社區共同天線轉播無線電視台播送之著作：

有線電視的前身是社區共同天線，以加強偏遠或收視不良地區無線電視

之收視為目的，再次傳送無線電視之節目予收視戶，我國有稱之為「第四台」者。我國著作權法第3條第1項第7款下段規定「由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之」，將有線電視轉播無線電視訊號，界定為二次傳播（Secondary Transmission），但是為加強收視效能，在不改變無線電視節目內容及同時播出之條件下，為合理使用。網路廣播電台若同步轉播無線或有線廣播、電視之節目，不變更其內容時，可否主張第56條之1而豁免責任？比較網路廣播與傳統廣播、電視間，原先無彼此依附之關係，也不像有線電視仍有執照及區域之分，且網路廣播的特色，正在於無地域、無時間限制，應不得類推適用第56條之1主張轉播無須得第一次傳播之無線或有線電視台之同意。

第七節、結語：

網路廣播既是網路與廣播之結合，則網路上通常發生之問題與廣播媒體面臨的狀況，皆會出現在網路廣播。從技術言，頻寬及品質是網路廣播最重要的考量；從媒體角色言，政府應擬定一套通訊傳播政策，以因應數位匯流之網路廣播；從法律言，廣播內容涉及著作權者，乃是日後網路廣播最待解決的問題。網路廣播電台既可全球化、多樣化、社群化，則各網路廣播電台之規模、投資可能有極大之差距，公益性電台（如原住民網路電台）與營利性電台亦有天壤之別，其影響力大則可至全世界，小則只在一個社群，對於如此懸殊之企業或單位，在授權上其實應該有一些不同的作法。

規模大、互動式、訂戶式之網路廣播業者，可以適用市場法則，各別與著作權人或仲介團體洽談意定授權。非互動、非向會員收費之廣播，如網路同步廣播，則可考慮按公開播送費率之一定比例計費。至要否採取法定授權，應審慎衡量。法定授權固然可以減少意定授權之麻煩與費率之爭執，但是對於自由授權之機制，多少會有傷害。我國對費率一向採取審議制度，由審議委員會把關，已較能兼顧利用人之情況，似乎暫無

須專為網路廣播業者另訂一套法定授權制度。而對於規模極小之商業網路廣播電台或公益性之網路廣播電台，亦可仿效美國之「小型網路廣播業者和解法案」，儘力促成和解協商，或給予選擇方案（如依每首歌或每年營收或企劃費用一定百分比計費，以低者為準），以兼顧小型或公益型網路電台之經營。此外，我國將來在立法時，亦應考量特定情況、條件下之豁免規定，如對於不能互動點歌，也未收費之網路廣播業者，或教育目的之校園網路廣播或社區廣播，或公益目的之網路廣播，在其使用著作數量低於一定標準或未達一定規模之下，予以豁免責任³⁷⁶。

授權最大的問題在於權利金之協商。當網路廣播業者無法與著作權人團體達成權利金之共識時，訴訟於焉產生。回顧歷史，這種爭執總是因為新科技的出現而重覆不斷的上演，從電影、電視、錄放影機、有線電視到 P2P 共享、網路廣播，無一可免。但吾人應從歷史學得教訓，儘量縮短衝突期，快速達到和諧期，互蒙其利，法律在此扮演相當重要的角色。

智慧財產局審議委員會 93 年 10 月 14 日 93 年第 4 次會議中決議費率審議之三項原則，第一項為「仲介團體已與具代表性之利用人業者（或公會）達成共識者，為鼓勵仲介團體儘量事先與利用人協商，原則上照案通過。」，但是團體協商之機制迄今尚未建立，況且一旦著作權人團體與利用人團體聯合協商授權，難免會有違反公平交易法之疑慮。美國著作權法規定在國會圖書館決定法定授權費率之前，須先經權利人與利用人之團體協商，在此團體協商之過程中，不適用反托辣斯法（anti-trust）。主管機關若欲促進雙方協商，以順暢費率之審議，及避免因仲介團體不服審議費率而進行冗長之訴願、行政訴訟，或利用人因費率不定而拖延付款之情況，必須先解決公平交易法之問題。藉著團體協商，可以有比較貼近市場價格之費率，並使雙方儘快達成協議，建立良好網路使用習慣，以創造著作權人、利用人及社會大眾三贏之局面。

³⁷⁶ 美國著作權法第 110 條對於無直接或間接商業利益，對使用人不收費，對表演人不付費，使用單一接收器（指電視或收音機）之中小企業，予以豁免公開演出責任。對於網路廣播業者似亦可對特定規模以下之小型業者給予豁免。

第七章、我國現行著作權法對網路科技利用新型態相關法制規範之檢討與建議

第一節、主管機關法制面執行宣導

壹、智慧局應持續並加強對民眾及執法人員網路法律教育訓練與宣導

我國之著作權主管機關智慧財產局，針對網路科技利用型態相關之應用，在法制執行和宣導方面，宜繼續加強，例如第五章第三節所提及之民眾與網路上拍賣影音光碟部分，智慧局目前的網站在宣導時，似未提及網路上真品平行輸入之法律問題，為避免誤導民眾，宜立即修改，以免將來有人指責，依照主管機關之建議，結果反而挨告。

其次，針對公開傳輸部分，依本研究第四章第三節有關部落格在我國產生之司法實務問題，許多網友可能在不知覺中，動輒蒐集四、五百首歌在部落格內供他人分享聆聽，而紛紛被判刑，自本研究於該章節提出之案例以觀，幾乎沒有一個判決提到合理使用的問題，不知是數量過多，或者是被告因為想獲得從輕發落，皆坦承罪狀，因此，針對部落格之合理使用的問題，在我國實務案例中，迄仍乏值得探討之個案，但無論如何主管機關仍應大力就此部分加以宣導。

其實不只部落格，所有在網路上會造成公開傳輸之相關議題，本研究報告都建議智慧局應擴大宣導，此不僅可使網友們避免誤觸法網，另外一方面也應建立民眾對於網路智慧財產權應有之態度與正確之觀念；特別是針對司法實務方面，智慧財產局向來就有和司法機關進行相關之實務問題研究和教育訓練，吾人認為智慧局應廣為收集此類案例，並擴大對司法及檢調相關司法實務與執行人員，在對象與內涵方面進行縱深宣導。

再者，針對網路相關應用新型態之問題，本報告建議著作權主管機關應持續進行研究，此部分吾人以 Web2.0 為例即明，蓋 Web1.0 服務模式中，

從 MP3.com 跳到 Napster 及 P2P，或者是從 Web1.0 的 Akami 跳到 BitTorrent，光這二點之間的科技變化，就已經讓著作權掀起史無前例的眾多案例，而且革命性的衝擊既有傳統的著作權法理；甚至從 Web1.0 的個人網站跳到 Web2.0 部落格的服務模式，又衍生出本研究第四章諸多部落格的著作權議題，因此本研究建議，主管機關應繼續針對 Web2.0 可能衍生的影響及發展，從著作權的角度持續作研究，以下僅針對 Web2.0 作初步之分析。

貳、智慧局應進行網路科技就 Web2.0 與著作權之法律研究

一、網路 Web2.0 發展對著作權之衝擊

所謂的 Web2.0 乃是由 Tim O' Reilly 在 2001 年首先提出，其目的係在凸顯與過去網路利用模式 (O' Reilly 稱為 Web1.0) 的不同。根據 O' Reilly 的說法，Web2.0 與 Web1.0 最大的差異，就是 Web1.0 內容都由網站經營者自行產生並提供網路使用人利用。而 Web 2.0 與 Web1.0 最大的不同，就是內容都是由上網的用戶自行創作，網站經營者不再主動參與，而是透過每位網站使用人的參與，帶動網站流量，進而吸引廣告或開啟收費機制³⁷⁷。至於 O' Reilly 所提出的 Web1.0 與 Web2.0 利用模式的比較，請參見下表。

Web 1.0 的服務模式	Web 2.0 的服務模式
DoubleClick	Google AdSense
Ofoto	Flickr
Akamai	BitTorrent
mp3.com	Napster
線上大英百科全書 (Britannica Online)	維基百科全書 (Wikipedia)

³⁷⁷ 有關 Web2.0 的介紹，請參見 Tim O' Reilly, What is Web2.0 - Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software, September 30, 2005, <http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html> (visited on September 20, 2006)。該文的中文翻譯，請參見「什麼是 Web2.0」，<http://www.enet.com.cn/article/2005/1122/A20051122474593.shtml>。

個人網站	部落格(blogging)
evite	upcoming.org 和 EVDB
網域名稱搶註 domain name speculation	搜索引擎最佳化 search engine optimization
頁面瀏覽數 page views	每次點選成本 cost per click
螢幕擷取 (screen scraping)	網路服務 (web services)
發布 publishing	參與 participation
內容管理系統 content management systems	維基 wikis
目錄 (分類) directories (taxonomy)	標籤 (分眾分類) tagging (folksonomy)
黏著性 stickiness	聚合性 syndication

二、網路 Web 2.0 之七項特色

原則上 Web2.0 與過去網路應用的發展不同，重點在於客戶端化，據 Tim O'Reilly 在 2005 年文章 What is Web 2.0 Design: Patterns and business models for the next generation of software，認 Web 2.0 有七個特色：

1. 以網路為平台組成類似太陽系的網路系統，延伸至各個邊緣；
2. 借用網路力量來利用參與者的集體智能，增加核心價值；
3. 擁有獨特難以再造的數位資料庫資源；
4. 參與者動態互動而產生連結、查詢，使持續更新服務取得競爭優勢；
5. 簡易、可編性的軟體設計模式、並以保留部份權利的方式，使參與者得以新穎、有效的方式，將現有的元件整合以創造價值；
6. 軟體不限於電腦平台，而是超越單一設備平台；
7. 利用共同參與體系，凝聚網路服務和內容，提供豐富的用戶經驗。

由於 Web 2.0 是從客戶觀點出發，以客戶創造之內容為主，並由客戶主動創造內容，因此互動性、凝聚力都很強，且可提升價值。其具體的體現包括 P2P, Blog, RSS, Podcasting, Wiki 等等，皆屬可關注的發展重點，將來對著作權有一定衝擊。因此，智慧財產局有必要就 Web2.0

與著作權法相關之議題進行先期研究。

此外，有鑑於網路相關科技不斷有著作權之爭議產生，若干相關之網路科技，雖然並非是所謂新型態之利用，但是隨著人們對網路的普遍應用，仍衍生出許多著作權之訴訟，例如搜尋引擎、可移動式的硬碟分享器、內建 server 之手機所引發出來的著作權之爭議或侵權情況、數位權利管理 (DRM) 保護機制，最近國際上也有許多遭到破解之實務案例、另外關於開放原始碼 (Open Source)、CC 創意共用 (Creative Commons) 國內外最近都有許多著作權侵權之訴訟案例，凡此等相關議題，基本上似乎不能將其定位為所謂之網路利用新型態 (因為有些都已經發展多年)，但本研究建議，智慧財產局可於下年度進行上述網路相關科技之著作權實務訴訟案例研究 (此外，本研究前述所有之 BT 相關實務案例，於本專案結束前均尚未有司法實務判決之產生，這個部份也應該持續加以追蹤研究)。

第二節、我國現行著作權法是否已足以規範網路科技之利用新型態

壹、針對網路科技利用新型態我國暫無修改著作權法之急迫必要

除了上述關於法治教育及宣導面外，針對我國現行著作權法是否足以規範網路科技之利用新型態，雖然歷經 P2P 如 KURO 及 ezPeer 和 BitTorrent 等案例在台灣之洗禮，本報告認為目前我國暫無修改著作權法之急迫必要，因為如果著作權法針對每一項科技應用的發展，都要有一項相對應明文的法律規範，則可以預見的是，法律條文永遠沒有辦法跟上網路科技的腳步，因此如想在今天將 P2P 或 BitTorrent 以抽象的文字表達時，它可能會產生立法文字本身太過彈性或不夠精確的缺失，甚至可能會產生不當的擴大射程範圍傷及正派經營之網路科技產業，這是因法律文字無法直接以例如 P2P 或 BitTorrent 等此種文字出現，而必須以立法技巧作出抽象適用之規範，但這時就產生上述之問題。

本研究認為，目前的著作權法或相關刑法之規範，基本上仍應可適用於

虛擬之網路社會，至於 ezPeer 案件所衍生的不確定性，本報告認為只是單一個別法院認知上的偏差（詳參本研究第二章之詳細介紹）；尤其從世界各國著作權法制之修法立法趨勢而言，我國似暫無急著去訂定或修改網路相關科技之著作權的必要；然而，有鑑於上述我國已有立法委員針對 P2P 及網路服務提供者 ISP 提出相關之修法草案建議，因此本研究特針對該草案建議，提出相關之分析與建議，供主管機關參考。

貳、我國網路檔案交換之相關立法草案

我國著作權法為配合數位科技發展及國際公約，已明文增列「公開傳輸權」，在相關法規方面，相對於美國想對 P2P 業者與使用者加以處罰，過去台灣有立法委員與利益團體曾積極推動著作權修法以給與 P2P 免責的規定，並建議根據德國對錄音設備製造商與進口商課予一定費用以彌補唱片業及詞曲音樂著作人損失的補償金制度，在著作權法增訂第 51 條之 1，以解決 P2P 所引發的問題³⁷⁸，但該法案因破壞現行授權制度且不符國際立法最後未經立院通過。

但我國於 95 年 4 月 25 日立法院經濟委員會初審通過「著作權法部分條文修正草案」(立法院議案關係文書院總第 553 號委員提案第 6745 號之 1)，修正著作權法條文第 87 條增訂，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，將處兩年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金，此為對不肖平台業者之處罰規定，因此提供電腦程式或其他技術供網路違法下載之業者，即將受到刑罰。

³⁷⁸ 根據相關利益團體所提出的著作權法第 51 條之 1 草案，原擬採類似強制授權的補償金制度以解決 P2P 的問題。根據該草案：「除已訂定個別授權契約者外，以網路科技提供服務播送音樂或供網路使用人上傳、下載或交換網路音樂檔案之業者，就其服務所利用或與其服務有關之音樂著作或錄音著作，應就其服務收入提撥一定比例之補償金支付予著作財產權人。(第一項)以網路科技提供網路音樂服務之業者，已依前項規定支付補償金者，視為該業者及使用其網路音樂服務之人已取得相關音樂或錄音著作之著作財產權人授權。(第二項)第一項所載補償金之提撥比例或提撥金額、有權收取單位或機構、得參與分配之著作權人或著作財產權人、分配方式、分配金額等，由主管機構定之。(第三項)」

提案立委表示，某些不肖業者利用網路平台提供網友下載未經授權的音樂或電影檔案，並獲取利益，損害著作權人權益甚鉅。提供點對點下載服務的平台業者，例如雅虎奇摩、KKBox 是合法業者，有取得相關著作權；但有些違法業者並未取得著作權就供網友下載檔案，修正條文就是規範這些非法業者。此外，為有效遏止不肖業者的侵權行為，除了刑罰和罰款外，條文草案也增訂，業者經法院判決有罪仍執意提供下載服務並收取費用，主管機關將可限期勒令停業或歇業，遏止業者繼續犯行，也可保護無辜網友侵犯著作權而不自知。

第三節、對我國著作權法之具體建議

壹、我國關於P2P之立法草案

一、謝國樑立委針對 P2P 相關之立法草案

因謝國樑立委針對 P2P 相關立法(立法院議案關係文書院總第 553 號委員提案第 6745 號之 1)，已就「著作權法部分條文修正草案」，提案修正著作權法條文第 87 條增訂第 7 款，即「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」；另增訂第二項，「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。」其後又增訂了草案 97 條之 1 規定：「事業以公開傳輸之方法，犯第 91 條、第 92 條及第 93 條第 4 款之罪，經法院判決有罪者，應即停止其行為；其不停止，且經主管機關認定侵害情節重大，嚴重影響著作財產權人權益者，主管機關應限期 1 個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業。」

看得出此係從間接侵權理論中之輔助侵權(contributory infringement)和引誘侵權(inducing infringement)等相關理論推出，但我國修正草

案係進一步的將其訂為獨立侵權態樣，並非適用所謂之間接侵權理論 (secondary infringement)。其實，關於 P2P 之立法，在技術上有甚為困難之處，係需要高度技巧之立法，謝立委能夠努力認真的提出法案，其問政深值吾人肯定，但內容上仍需要各方多加以投入關切，才能力求立法文字之周延與完備。

本報告前已論及美國之 P2P 侵權案例 Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster 中，最高法院認為不管平台運作模式是集中或分散式，Grokster 散布裝置或軟體予第三人，若是為了鼓勵促使侵害著作權目的，而明確表示或採取積極之步驟，以自己之行動鼓勵、助成或促成侵權，即應為第三人之違法行為負責，而不論此裝置是否有合法之用途；此外，KURO 案我國法院亦認為其已構成著作權侵權之共同正犯，因此由此二例可明確得知，P2P 網站之運作，依其運作之模式，法律上確甚有可能構成直接或間接侵權。

二、對謝國樑立委所提 P2P 相關修正草案之評議

基於此緣故，謝立委之修正法案文字，吾人認為有下列值得商榷之空間：

(一) 針對 P2P 是否還有立法之必要

眾所周知，ezPeer 與 KURO 都已和唱片公司權利人達成和解而全面合法化，從社會觀念而言，透過 KURO 案，相信民眾已認知未經授權擅自將他人具有著作權的音樂，以積極的方式透過平台交換服務會構成侵權，換言之，此種可以無限下載的 P2P 服務型態，其違法性應已有公論，如再有類似之平台出現，其正當性已不容輿論所肯定，因此，如在本條文字上有其難以周延之處，甚至可能因為文字的彈性，將欲規範之射程超越上述值得非難之 P2P 平台，而掃到其它業者或可能之服務型態時，當然就非本條修正之本意，此不得不予以審慎保守的觀點為之。

(二) 謝立委之修正草案條款將 P2P 提供者視為侵害，法理上應再考量

由於謝立委是將提供P2P平台者，置於87條訂為視為侵害，亦即該行為態樣本來並非侵害之行為，而由法律將其擬制成為侵害，其所以如此訂，或者係因欲將提供者就視為侵害，也就是說不論是否有網友實際上進行侵權，獨立的將單純提供此項技術或平台的P2P業者，作為直接處罰之對象，即在立法政策上，直接處罰單純之提供行為，然而依網路上實際的情況看，一旦在網路上提供，相關之著作權侵權必定隨之而至，完全無法在時點上作切割，一旦在網路上making available，侵權結果必如影隨形，但依據前我國及外國之案例所述，此時P2P業者責任上勢必伴隨著侵權之網友而產生，因此具有侵權惡性之P2P平台業者（此處並非指所有P2P），在司法上不論國內外都已經被認為是可構成直接或間接侵權，此時吾人再將其視為擬制之侵權，無疑是走回頭路，法理上似有未洽。

（三）關於謝立委所增訂之第二項意圖之認定值得商榷

謝立委的立法模式是採取二階段，在87條第7款內先就行為來規範，然後在87條第2項構成要件之意圖予以定義，然而其關於意圖認定之文字，係採取以行為之本體及可能產生之結果，倒推回來認定是否具備犯罪之意圖，此種立法文字較為特殊，蓋是否具侵權違法之意圖，全係行為人主觀之認識，一般而言必須以其客觀之行為事實，作不同之評價及審核，此為客觀和主觀之犯罪要件之認定，也就是說，將行為人是否採取廣告或措施，以及是否有教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用某項設施侵權，這都是行為人客觀行為事實，在一般刑法理論似難以某些行為或結果之產生，來認定具有主觀意圖之存在（雖然在犯罪之認定上，客觀行為以及其結果，有相當部分可為主觀要件作為參考依據，但二者究難混為一談），因此，吾人仍建議就這個部分應將意圖和行為分別論列規範，較為妥適。

（四）本條規範對象範圍寬廣之疑問

謝立委明白指出本條款係所謂P2P立法，換句話說是要規範不肖之P2P平台業者，但立法文字上卻用「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」，因此，其範圍顯然將較P2P為廣，也就是說，如果將條文訂為「對公眾提供檔案交換服務之方式或技術」，本質上比較符合P2P，但現在的文字範圍已擴大到提供之程式或技術等，不以P2P為限。

關於此，如果單純訂為檔案交換服務，或許會衍生一些疑慮，因P2P在KURO案構成違法，但在其它網友們無日不可須臾離的MSN、Skype等，也是網路P2P技術之運用，但問題是祇要不涉及公開傳輸或重製他人著作之檔案交換服務，這時應不致打擊面過大！因此提供如MSN、Skype這些服務的國內外正派業者，因並非是為了要侵權而提供該服務(與KURO不同)；且如未採取廣告或以特定表示或其他積極措施，唆使、引誘、鼓勵人去公開傳輸或重製他人之著作(這也與KURO不同)；又，合法業者所取得之利益，如非自提供公開傳輸或重製他人著作，做為其主要收益之來源(這也明顯與KURO不同)，應無侵權疑慮！另外，如不採檔案交換服務之字眼，而單純以所謂電腦程式或其它技術，則打擊面將較廣，許多合法的事業都可能涉及³⁷⁹，恐怕將產生上述超過P2P規範射程之打擊錯誤的可能，立法上不可不慎。

另外有一個問題必須注意的是，關於規範網路上不法的P2P業者，本研究認為，必須特別立法處罰之不法P2P業者，基本上它必須應該是有一個平台模式的規模，亦即具有著作權刑責可罰違法性之對象，必須要有一定規模---至少是一個提供平台的服務業者，這點我們可以從Kuro和EzPeer案看的出來，因此，針對某一個人在欠缺以較具規模之平台服務模式提供他人軟體或技術，進行侵犯重製權及公開傳輸權時，不必動輒以直接正犯來處理，以上謝立委的版本，可適用於隨便一個網友在網路上丟一個程式，然後請大家去進行傳輸即構成，範圍似乎太廣了一點，故本報告建議，以一平台服務業者作為處罰之構成要件，至於上述這種個人網友，依具體情況，按照傳統的刑法之幫助或教唆來處理即可。

³⁷⁹ 如Yahoo!奇摩、MSN Messenger，若干論者認為，此等企業都可能會被此項修正草案波及，請參著作權新規範 P2P 業者當心觸法，經濟日報95年10月23日A9版。

再者，謝立委版本係以受有利益為要件，所謂利益，範圍可能很廣，舉凡經濟利益或非經濟利益都可能在內，而經濟利益當中，不論是廣告或會費的收入皆屬之，而其它相關之直接、間接或反射的受益都可能在內，針對此，本報告認為範圍亦屬過廣，有必要將其侷限於經濟上之利益，以Kuro及EzPeer案可知，會員收費這種直接經濟上的利益，才必須受到規範，否則網路上各種型態，單純只受有利益彈性過大，建議予以限縮。

總之，基本上，本研究報告認為關於P2P已無需立法！但P2P如非立法不可，本報告退而求其次認為必須要有配套措施，也就是說，關於下述ISP責任條款也須一併納入（關於ISP相關之立法建議，詳參下述貳），以免讓業者產生恐慌，同時，本報告將謝立委立法文字建議如下（本報告仍建議不訂立此項法律，以下文字純屬參考用）：

「未經著作財產權人同意或授權，採取廣告或以特定表示、教唆、引誘、鼓勵、促使、煽惑，或其他積極措施，透過網路對公眾提供電腦程式或裝置用於檔案交換服務之技術平台，致公開傳輸或重製他人著作而侵害著作財產權，並直接以此受有經濟上之利益者，構成著作權之侵害。」

貳、我國關於網路服務提供者（ISP）之立法

一、我國關於ISP立法背景簡介

這十多年來，鑑於網路技術之快速發展及應用普及，各式各樣網路服務應運而生，但其中仍以網路服務提供業者（Internet Service Provider：ISP）最受關切，因係網際網路基礎建設之重要且不可或缺之一環，其特性為資訊傳輸之載具，通常不需瞭解他人提供或傳送之傳輸內容；但隨著網路科技之快速演進，網路內容或應用之提供者，如ICP（Internet Content Provider）、IAP（Internet Access Provider）甚至IPP（Internet Platform Provider），均已廣泛地被稱為網路服務提供者。

針對網路服務提供業者在法律上之相關責任，如係電信業者或具媒體角色之業者，固有電信法、消保法、公平法及相關之法律來規範，但就網路上蔓延最迅速傷害最大之相關著作權問題，尤其是針對載具或其它加值之應用服務等網路服務提供者的責任，我國著作權法目前尚無對特別規範，過去著作權主管機關雖曾多次找學者專家，研究於著作權法訂定網路服務提供者之著作權責任，然經多年之討論均未獲共識而無法定案。

嗣行政院於 91 年 5 月通過「加強數位內容產業發展推動方案」，經濟部為落實該推動方案，結合相關部會的資源與力量，成立「數位內容產業推動辦公室」，辦理多次廠商建言會，將數位內容產業列入我國「兩兆雙星」的重點新興產業之一，94 年 6 月更於行政院科技顧問組開會決議通過，將制定「數位內容產業發展條例」作為數位內容產業發展之基本法，為建構國內優質之網路環境，經濟部工業局已擬訂出數位內容產業發展條例草案³⁸⁰，該草案提出訂定 ISP 業者有關數位內容侵害著作權行為之責任限制具體草案規範，俾建立網路共同遵守的遊戲規則。

按電腦網路上相關之服務提供者，在一定條件或情況下，不需就他人之行為或非可歸責其情形，有必要特別於著作權法中，或是電腦技術本身所使然時，法律上在特定情況下予以免責，或給予一定情況之責任豁免，科技最先進的美國於其著作權法第 512 條，就 Limitations On Liability Relating To Material On Line 詳予規定，此即 1998 年之數位千禧著作權法案(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)中，著名之 ISP 業者「避風港條款」(Safe Harbor Clause)。除美國以外，歐盟在西元 2000 年 6 月亦通過電子商務指令(Directive on Electronic Commerce)，亦有處理關於中介服務提供者(Liability of Intermediary Service Provider)的責任限制問題。

³⁸⁰ http://www.tipo.gov.tw/copyright/copyright_acc/copyright_acc_9406.asp。

以上美國及歐盟立法例各有所本，但鑑於美國著作權法第 512 條立法體系較完整，且因近年來我國歷次著作權法之修訂，關於科技網路方面修改，均以美國法系為主要參考依據；況且，前述經濟部工業局所訂定「數位內容產業發展條例」草案中（委託資策會科法中心訂定³⁸¹），有關網路服務提供業者數位內容侵害著作權行為之責任限制規範，亦採美國 DMCA 法制；由於謝國樑立委針對 ISP 已提出「著作權法部分條文修正草案」：增訂第六章之一網路服務提供者之責任限制（立院 6 屆第 3 會期第 8 次會議立法院議案關係文書院總 553 號），本研究報告迺就該提案提出檢討與建議。

二、我國關於 ISP 業者責任限制之立法草案分析

關於我國 ISP 如何立法，首應考量基本架構的問題如下：

（一）我國究竟針對 ISP 業者之責任限制，有無立法之必要

我國 ISP 相關業者，究竟有無立法限制其責任之必要，一直都是具爭議性的題目，主管機關過去的確有立法予以規範之構想，但迄無定案，此處吾人擬探討的是，在現行法制下，ISP 業者究竟是否會構成侵權或共同侵權行為人？在實務上就 IAP 部分，例如 Seednet 和 Hinet，的確有人發函給此類 ISP 業者，針對其 user 之侵權請求中斷接續服務或斷線，但這一類控訴 IAP 業者著作權侵權之司法案例，尚屬少見；另外，就入口網站、搜尋引擎如 Yahoo 奇摩、蕃薯藤 Yam、PChome、MSN、Google 等，從司法院案例檢索，似也較少發現權利人針對此等 ISP 業者提出著作權侵權訴訟。

然而，司法實務上鮮少發生實例，不代表業者無此需求³⁸²，本研究認為，就各相關 ISP 業者，訂定責任限制條款，有定息止紛之效；尤其針對

³⁸¹ 章忠信，數位內容產業發展條例草案有關著作權規範之檢討，<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0038.doc>。

³⁸² 依資策會科技法律中心 95 年 8 月 10 日與 ISP 業者座談會中，業者均認為有立法制訂限制責任之必要。

web2.0 之發展，愈來愈多參與者介入，ISP 也者定義有擴大之趨勢，法律上值得未雨綢繆預先規劃。基本上如 ISP 本身不是發動侵權者，但如沒有 ISP 之服務提供，則網路侵權無法啟動執行，才衍生出 ISP 上究竟要否為其使用者所進行之著作權侵害，將自己陷於需負責任之狀態，現行著作權法雖設有抽象條文，但重點是是否有參考美國 DMCA 法來明文設定安全港之必要，其重要之立法基礎及條件在 ISP 業者本身必須沒有主動權、沒有控制權、且對內容並無過濾機制；而 ISP 業者必須要採取一定的必要措施，例如設置聯絡窗口及代理人等等，以便得以回應主張侵權者而進行阻斷該 ISP user 之侵權³⁸³。

(二) ISP 業者責任限制，在我國係適用於民事或刑事方面

首先針對適用於民、刑事方面之問題，吾人如以美國 DMCA 數位千禧著作權法案為例，該立法模式係採責任限制之基調，其限制責任是在民事方面，因美國著作權法雖也有針對侵犯著作權之刑罰規定，但通常其必須是較具經濟規模之重大侵權事件，大部分著作權之糾紛，在美國仍是以民事處理，所以 DMCA 法主要是關於民事方面的責任限制；至於在我國，由於不像美國重民事輕刑事（這裡指的是適用在案件數量上的比例而言），但我國是民刑事並重，甚至很多人「以刑事逼民事」。

本報告初步認為，依我國目前社會對著作權法認知及適用情況，如欲規範初步似先應以民事為之，換句話說在此將民事及刑事作切割，將來適用上相關之權利人非不得主張刑事之追訴。關於此，本研究報告之所以採民事之原因，即在於依我國國情與社會特殊狀況，蓋刑事之發動通常較具威脅性，為消弭不必要之刑事訴訟發動，及減少著作權刑責帶給企業及民眾的過當壓力，採取類似 DMCA 法的 notice & take down，有事先通知而 ISP 業者又將其取下或移除，就其程序 ISP 業者可建構其並無故意，更何況並非是它本身提供侵權之內容，某程度言當然可認定並無刑事犯罪之故意。

³⁸³ 請參智慧財產局陳淑美主任秘書於 95 年 10 月 19 日台日防制網路侵權研討會之講義。

其次應注意者，所謂 ISP 責任限制之立法，並非是去限制權利人在訴訟上權利，而是在訴訟後關於責任之認定問題，可能衍生一法理上的顧慮是，對於權利人而言，其權利是否因本項立法而遭不利之對待，本研究認為，如針對一個直接侵權的提供者，去限制或免除其責任，法理上當然會產生問題，然而 ISP 業者本身並非所謂的直接侵權者，它的責任是周邊、附帶性的，所以經過此種通知程序，並不是針對直接侵權者的縱放，因此，對權利人並未產生強迫削減權利之效果。

(三) ISP 責任限制條款適用業者範圍及應否採登記程序

吾人如以 DMCA 為例，該立法模式係採取對規範主體 ISP 業者之責任限制，亦即 ISP 業者原本對於他人的侵權行為不需負責，但基於網路服務的提供，以及相關網路技術之演進(尤其是技術層面之掌控管理)，導致業者被捲入究竟應否就其提供服務之 user 所進行著作權侵權行為負責，因為從美國案立法觀點言，在 DMCA 立法前有無數 ISP 業者被控著作權侵害，但基於各該實際侵權者通常為不易追索之對象，導致 ISP 業者因樹大招風而紛紛被訴，為此，DMCA 才針對 ISP 特定業者，在履行一定條件或措施後予以免責，這也是為何被稱為安全港(safe harbor)之由來。

美國的立法架構是，先定義哪些 ISP 可受到責任限制的適用，在程序上它必須經一定的程序，即登記指定代理人、避免其訂戶重複侵權之政策與通知等措施程序，因此，自認為有 ISP 責任限制條款適用的業者，須主動先在美國著作權局作登記掛號的程序，表明它是受這一方面規範的業者，當有權利人對其行一定通告程序並提出相關著作權證明時，它必須依規定將指稱侵權之內容移除(此即 notice & take down)，此時被移除內容之對象，反過來也可提供一定的通知及證明(其可使用及有權限)時，則又可要求 ISP 將該等內容回復(此即 counter notice & pull back)，在其間，ISP 只要機械式的取下/回復，不需扮演司法的角色去

決定是否侵權，而由二造另透過司法去處理。因此這個架構的基本精神，就是 ISP 業者在履行特定條件之後，就沒有著作權侵權責任。

然需探究的是，該制度並非指著作權人如未經通知及移除之程序，即不得向 ISP 業者提出侵權訴訟，換言之，其迺一鬆散之規範，通知移除程序並非提出訴訟的前置程序，訴訟也不會因未履行上述通知程序而不被法院採納，例如在 Aimster 及 Napster 案件中(詳參本研究第二章第二、四節)，被告都有提出其為 DMCA 中 ISP 業者之抗辯，然而依判決內容，原告唱片公司似曾採取通知之程序，但未提及被告是否已登記為 ISP 業者設有代理人制度，因此無論是對於權利人或 ISP 業者，均未立即產生不利之法律效果。

上述寬鬆制度是安全港條款的重點，係以正面表列符合 DMCA 法定義之 ISP 業者履行一定程序時，就可主張不需負責(法律上雖並非防訴抗辯，但已可產生重要之免責結果)！而非負面表列，如 ISP 業者不履行一定程序時之失權效果。亦非在限制著作權利人行使其法律上所被賦與之權利，所以權利人不發移除通知，亦無不得提告之失權效果！因而，如本質上屬 DMCA 法所規範之 ISP 業者，但並未向著作權局登記指定代理人等相關程序，理論上在訴訟時，並不當然喪失「安全港無責」之抗辯權利(關於此點，本報告因並非針對 DMCA 法 ISP 之責任限制進行深入研究，迄未發現美國類似之案例，惟依前述 Napster 及 Amister 等案例，美國法院均未論及此，可能此種登記代理人的制度，不但並非所謂的前置程序，亦無任何公示之效果)。

另外，對於本來就不符 DMCA 法定義之 ISP 業者，卻自行登記為適用安全港條款者，在發生侵權之爭議時，權利人對其提出控訴，該業者也非即可用安全港條款來防禦。換言之，是否屬於 DMCA 法之 ISP 業者，是法院必須要實質認定的問題，何等業者本質上是所謂前述需被定性為安全港者？此為核心問題！因此，我國討論是否要訂 ISP 相關立法時，首先就 ISP 免責條款之規範的對象，必須先加以確定。

準此，我國立法似得比照 DMCA 法，先規範定義何為適用責任限制的 ISP 業者，然後符合資格之業者可選擇：1. 按照一定的 notice & take down 程序履行相關措施，達到免責；2 不選擇履行一定的程序，此時當然就不得作為上述責任限制之抗辯（注意，雖然不得主張 DMCA 法責任限制之抗辯，但並非為 ISP 業者就當然立即應負責，而是必須在按照一般的司法程序，審理 ISP 是否應該負著作權法之侵害責任。簡言之，安全港之抗辯對 ISP 業者的好處在於，只要符合資格的業者於履行一定程序後，可完全主張責任限制的免責對待，對於不符合資格或未履行一定程序之業者，則必須回歸進行一般程序，審理其是否具有著作權之責任），因此關於適用 ISP 責任條款的業者，其範圍是我國立法下最重要的政策考量。

舉例而言，在 web2.0 之下，針對風起雲湧的部落格（本報告第四章第二節）是否也可能得適用安全港抗辯之規範對象，也是一重要的考量因素，因很多部落格，針對他人在該部落格所參與之行為，部落格版主似可視為類似像 ISP 業者，而如必須採取一定的登記措施，才能達到限制責任的規定，則立意雖佳，但更遑論很多部落格，在法感情上可能會讓該等族群因在適用程序上過於繁瑣而怯步（因為要登記並指定代理人等制度），而會讓其有不安的感覺暴露在隨時被訴的擔憂中，因此可能以不採登記程序為宜。本研究認為，對 ISP 業者不需採取所謂之登記程序，完全由法院予以認定，畢竟，本項制度最後還是應回歸司法認定的最終原則，至於美國採取形式登記之制度，似不符合我國目前法制及實際之社會需要。

三、本研究報告對我國 ISP 業者責任限制立法草案之建議

以下針對我國之立法模式，就工業局所訂定「數位內容產業發展條例」草案(以下稱工業局版)、及謝立委版本綜合考量，綜合提出本報告建議版本如下。

(一) 關於網路服務提供者之定義

謝立委版本修正草案即第 90 條之 4：「本章所稱網路服務提供者，係指經由網路，對他人提供使他人得重製或公開傳輸著作或製版之服務之人。」

工業局版建議條文：「本章所稱網路服務提供者，係指下列情形之一：

1. 經由受其控制或操作之系統或網路，供他人傳輸資訊、為傳輸資訊而提供通訊網路之接取聯繫或連線路徑，或於提供上述服務過程中將資訊短暫儲存者。
2. 經由其控制或為其操作之系統或網路上之資訊所為中繼性及暫時性儲存者。
3. 經由其控制或為其操作之系統或網路上之資訊，根據資訊使用者之指示予以儲存者。
4. 網路上提供資料尋找工具，包括名單、索引、參考資料、指標或超連結予使用者。

前項第一款所稱之網路服務提供者，係指為數位網路溝通之目的，將使用者所選擇之資訊，在使用人所指定點與點之間提供傳輸或接取之服務，且未對於所傳送或接收之資訊加以變更者。

第一項第二至第四款之網路服務提供者，係指提供線上服務或網路進入服務者或與之有關設施操作者。

以上關於 ISP 業者定義之版本，係參考美國 DMCA 法之例，本研究報告另提出簡易版供主管機關參考，基本上還是採納 DMCA 法關於 ISP 之定義，但將美國著作權法 512 條 (a) ~ (d) 予以簡化，分成下列四類³⁸⁴。

本報告建議條文：「本章所稱網路服務提供者，係指下列情形之一：

³⁸⁴ 17 U.S.C. 512 (a)~(d), 另請參 Ivan Hoffman, The Notice and Take Down Provisions of the DMCA, <http://www.ivanhoffman.com/dmca.html>, last visited on Oct. 28, 2006。以下關於美國著作權法 512 條規定，參本報告第四章第二節伍之四部落格內容侵害他人著作權時服務提供者的責任本文及註釋。

- (1). 非永久數位網路傳輸業者——係指經由受其控制或操作之系統或網路，供他人傳輸資訊、為傳輸資訊而提供網路之接取聯繫或連線路徑，或於提供上述服務過程中將資訊短暫儲存者。（立法理由強調係針對網路頻寬接取服務之業者，其僅提供資訊傳輸、路徑、或資訊傳送連結等之系統中介業者。）
- (2). 網路系統快速存取業者——係指經由其控制或為其操作之系統或網路，將資訊所為中繼性及暫時性儲存之快速存取 cache³⁸⁵業者。
- (3). 依使用者要求或指示儲存網路資訊之業者——係指經由其控制或為其操作之系統或網路上之資訊，根據資訊使用者之指示予以儲存者（立法理由強調係指如虛擬主機 hosting sites、經營郵寄名單 mailing lists、新聞群組（news groups）等。
- (4). 網路資訊搜尋業者——係指名單、索引、指標、連結、搜尋引擎、參考資料、入口網站或網路相關指引等設施或服務提供者。

前項第一款所稱之網路服務提供者，係指為數位網路溝通之目的，將使用者所選擇之資訊，在使用人所指定點與點之間提供傳輸或接取之服務，且未對於所傳送或接收之資訊加以變更者。

第一項第二至第四款之網路服務提供者，係指提供線上服務或網路進入服務者或與之有關設施操作者。

本報告建議條文理由

按一般所稱之網路服務提供者，係指 Information Service Provider：ISP，但網路內容或應用之提供者，如依 NCC 國家通訊資訊委員會，將

³⁸⁵ 關於快速存取(caching)，我國著作權法第 22 條第 4 項雖已規定：「前項網路合法中繼性傳輸之暫時性重製情形，包括網路瀏覽、快速存取或其他為達成傳輸功能之電腦或機械本身技術上所不可避免之現象。」但著作權法並未明定其意義，因此須參考電腦科技的含意，Cache 是一小但快速的暫存記憶體；目的為了加速內部資料和軟體指令的傳輸；存放著最近用過或最常被使用到的資料和指令，首先，處理器會要求擷取資料或指令，然後到主記憶體中的該位址去讀取，也就是從處理器到 RAM 之間的快取程序，再由 RAM 傳送到 CPU 和快取中，所以下一次到微處理器需要資料或指令時，會先到快取記憶體中尋找，如此會加速尋找資料的速度，請參 <http://www.csie.ntu.edu.tw/~kmchao/bcc03spr/CChap4.ppt#55>。

網路服務提供者分為 IAP、IPP 及 ICP，均被泛稱為網路服務提供者。針對謝立委認為網路服務提供者之版本條文，定義為「經由網路，對他人提供使他人得重製或公開傳輸著作或製版之服務之人」，恐失諸過廣，致使任何於網路上設置網站或於網域空間提供資訊之個人，甚至各別部落格之網友，均將成為網路服務之提供者。此寬廣定義是否妥當，宜再考量。但以上不論是何種服務業者，其提供服務之目的，基本上都並非是為了要對他人提供，或讓他人能夠去進行重製或公開傳輸著作，其文字容易引起誤解，所以有必要加以限縮修訂。

爰依美國 1998 年之數位千禧著作權法案(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)，參考其第 512 條之規定，將網路服務提供者界定為主要四類，各別定其規範。參考美國著作權法第 512 條(a)、(b)、(c)、(d)、(k)等項。至於歐盟電子商務指令，係採取一種垂直性的立法，將網路服務提供者於電子商務中所有的違法行為之責任依其服務類型)，依服務類型分為「連線服務者」(mere conduit)、「儲存服務者」(caching)、及「虛擬主機(hosting)」³⁸⁶。

(二) 關於安全港免責條款

1. 針對非永久數位網路傳輸業者

本報告建議條文：「前條第一項第一款之網路服務提供者，符合下列情形時，對於他人侵害著作權之行為，不負侵權之責：

- (1). 資訊之傳輸係由網路服務提供者以外之人(以下簡稱將資訊提供上網之人)所發起或指示下傳送。
- (2). 資訊之傳輸於網路上之傳送、提供聯繫或路徑，係透過自動技術處理程序，而未經網路服務提供者就資訊予以選擇或特定。
- (3). 網路服務提供者對於資訊接收者並未予以選擇或特定，而係出於他人之要求系統自動回應。

³⁸⁶ 參張懿云、廖文慈：網路服務提供者能否免除商標輔助侵權責任--由 Gucci America, Inc. v. Hall & Associates 案論起 pipa.org.tw/Case/Case-ViewCDA.asp?intCDACaseID=16&strSortTarget=cdaCreateDate)，但歐盟規範不若美國周延。

- (4). 在維護系統或網路中間或暫時儲存過程中，供一般人而非預定接收者接觸、使用時，網路服務提供者並未複製該資料，且該網路服務提供者存放於系統或網路上之資訊，其存放期間不超過該預定接收者傳輸或提供接取所合理需要時間。
- (5). 該資訊內容係經由系統或網路予以傳輸且未曾經過修改或變更。」

本報告建議條文理由

實際上，依電信法第 8 條第 1 項之規定，電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。是網路服務提供者如係受電信法規範之電信業者，僅提供頻寬或接續服務之載具，通常不需瞭解他人傳送之傳輸內容，本不需負責。爰參考美國著作權法第 512 條(a)項，限制例如提供網路頻寬或接取服務之提供者-- common carrier 之著作權責任，即於於一定情況下，對非永久數位網路傳輸業者 Transitory Digital Network Communications，使其不負著作權之侵權責任。

2. 針對網路系統快速存取業者

本報告建議條文即第 90 條之 6:「第 90 條之 4 第一項第二款之網路服務提供者，於符合下列各款及第二項情形時，對於他人侵害著作權之行為，不負侵權之責：

- (1). 該資訊係由將資訊提供上網之人，非由網路服務提供者，提供上網使用。
- (2). 該資訊係由將資訊提供上網之人以外之人透過上開系統或網路，依該他人之指示傳輸予該他人。
- (3). 儲存係透過自動技術程序執行，且該自動技術程序係為使前款之他人得以進入將資訊提供上網之人所提供之資訊。

前項之網路服務提供者尚須符合以下規定：

- (1). 傳輸予後續接收者之資訊內容，並未將先前提供上網之資訊內容

予以變更。

- (2). 遵守業界公認之系統或網路規範，在將資訊提供上網之人之指示下，將資料更新、轉載或補充。
- (3). 網路服務提供者並未干預，有關合法使用廣泛為產業所承認與使用之科技，以取得資訊使用之資料。
- (4). 如將資訊提供上網之人採行進入資訊之條件，例如支付報酬、提供密碼或其他信號，網路服務提供者係完全依據此等條件，且對於符合條件之人始准予進入資訊。
- (5). 如將資訊提供上網之人係未經著作財產權人之同意，於接獲指稱該資訊涉嫌侵害著作財產權之通知後，立即將該資訊移除或使他人無法進入。

前項第五款之通知，著作財產權人應以該資訊在原始網站已被移除或已使他人無法進入，或法院對原始網站已作成該等命令，始得發出，通知亦應記載此等意旨。」

本報告建議條文理由

參考美國著作權法第 512 條(b)項，就電腦網路系統快速存取業者 (System Caching)，於一定情況下，不負著作權之侵權責任。本條所規定電腦網路系統服務提供者僅單純提供使用者接觸、擷取著作內容，包括網路伺服器之自動且暫時性儲存著作之情形，至於一般使用者使用電腦網路接觸著作之重製，則不在本規定範圍，而應視其法律上是否構成合理使用。

3. 針對依使用者要求或指示儲存網路資訊之業者

本報告建議條文第 90 條之 7:「第 90 條之 4 第一項第三款之網路服務提供者，於符合下列情形時，對於他人侵害著作權之行為，不負侵權之責：

- (1). 對於該資訊或使用該資訊之行為係構成侵害並不知情，或因不知

情以致對於侵害情事無所認識，或於知情或認識後，立即將該資訊移除或使他人無法進入。

- (2). 於接獲指稱該資訊涉嫌侵害著作財產權之通知及相關證明後，立即將該資訊移除或使他人無法進入。

網路服務提供者如有能力控制他人侵害著作財產權之行為，以其未自該他人行為直接獲取經濟利益為限，始能適用前項。

網路服務提供者欲適用第一項規定者，應指定專人擔任接受第一項第二款通知之窗口，並將相關訊息，包括該專人之姓名、地址、電話號碼、電子郵件信箱及經著作權主管機關指定之其他資訊，於網路服務提供者網頁明顯位置公布周知。」

本報告建議條文理由

參考美國著作權法第 512 條(c)項之規定，網路服務提供者如係根據資訊使用者之指示予以儲存者(Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users)，於一定情況下不負著作權侵權責任。

4. 針對網路資訊搜尋業者

本報告建議條文即第 90 條之 8:「第 90 條之 4 第一項第四款之網路服務提供者，將使用者指示或連線至含有侵害著作權資訊或行為之網路線上位置，於符合下列情形時，對於他人侵害著作權之行為，不負侵權之責：

- (1). 對於資訊或使用該資訊之行為構成侵害並不知情，或因上述不知情對於侵害情事無所認識，或於知情或認識後，立即將該資訊移除或使他人無法進入。
- (2). 於接獲指稱該資訊涉嫌侵害著作財產權之通知及相關證明後，立即將該資訊移除或使他人無法進入。

前項第 2 款通知應載明指示或連線之資料，及其他足以讓網路服務提供者尋獲該指示或連線之資料。

前條第 2 項及第 3 項規定，對第一項之網路服務提供者準用之。」

本報告建議條文理由

參考美國著作權法第 512 條(d)項，係指電腦網路資訊搜尋業者責任 (Information Location Tools)，網路資訊搜尋之服務提供者，對於經由其建制之目錄、索引或其他類似工具所轉介、鏈結或指示，而提供使用者線上搜尋他人之資料者，就類似如搜尋引擎業者 (Search Engine)、或提供類似功能之入口網站 (Portal) 之服務提供者，於一定情況下不負著作權之侵權責任。

因本報告建議第 90 條之 5 至第 90 條之 8 條已分別規定，謝國樑立委修正草案條文之第 90 條之 5：「他人利用網路服務提供者提供之服務，重製、公開傳輸著作或製版，侵害著作財產權或製版權，如網路服務提供者自知情起，防止或停止該著作或製版重製或公開傳輸之服務者，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任，得予以減輕或免除。網路服務提供者依前項規定防止或停止著作或製版重製或公開傳輸之服務，但因技術上之困難致無法防止或停止者，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任，得予以免除。」即無必要。另，對於因技術上之困難致無法防止或停止者，對他人侵權之責任得予以免除，有再予討論之必要如下。

5. 對網路服務提供者因技術上之困難致無法防止或停止者，對於他人侵權責任得予以免除之處理

謝立委可能為了避免適用範圍過大，特別規定網路服務提供者，因技術上困難致無法防止或停止者，得予免除侵權責任。但問題是何謂技術上困難致無法防止或停止？是一項不確定的法律概念，在立法技巧上，也

許可以將其規定為，因「技術或管理上」困難致無法移除，但這又有不確定的情況存在，以 IAP 網路接取服務提供者而言，在技術或管理上它並不是作不到，而且也並不是有所謂的困難，真正的困難在於 IAP 執行此項措施之高成本、以及在於其是否有此必要、或有無義務去進行防止或提供。

資策會科法中心與 ISP 相關業者於 95 年 8 月 10 日之座談會上，ISP 業者提出從理論上或技術上，都不見得有所謂的困難，在管理上則是因為執行的成本和行政負荷過大，導致這些接續服務的業者不知如何處理，因此如果將法條文字改為管理上之困難致無法移除，則因管理上的困難與管理上之成本與負荷過大，是否等同仍有疑義？因此似仍無法達成規範的目的。退而言之，縱將條文改為管理上成本過高或行政負荷較大，則在實際認定上也易衍生爭議，因此針對這個問題，本研究認為應避免類似不確定概念的法律用語，因此針對 IAP 的部分如何予以規範，是立法上需注意的事項，尤其這又牽涉到我國電信法第 22 條之規定³⁸⁷。

(三) 通知及取下(Notice & Takedown)／反通知及回復(Counter Notice & Pullback)

謝國樑立委修正草案即第 90 條之 6 為：「任何人主張自己之著作財產權或製版權因網路服務提供者提供重製或公開傳輸之服務而被侵害者，經提出相關證明，得要求網路服務提供者停止重製或公開傳輸該著作或製版之服務。

網路服務提供者接獲前項要求後，應立即停止重製或公開傳輸該著作或製版之服務，並將停止服務情事通知重製或公開傳輸該著作或製版之人。

³⁸⁷ 電信事業非依法律，不得拒絕電信之接受及傳遞。但對於電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安者，得拒絕或停止其傳遞。

前項被通知停止重製或公開傳輸服務之人，經提出有權重製或公開傳輸著作或製版之證明，得要求網路服務提供者回復重製或公開傳輸該著作或製版之服務。網路服務提供者接獲此項要求後，應立即通知第一項主張權利被侵害之人，並安排回覆重製或公開傳輸服務之日期，據以執行。

網路服務提供者應指定人員負責接收第一項及第三項要求，並將該指定人員之相關資訊予以公告。

網路服務提供者依前項規定指定人員並公告相關資訊，其依據第二項或第三項規定停止或回復重製或公開傳輸著作或製版之服務，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任或重製或公開傳輸之人所受損失之責任，得予以減輕或免除。但自網路服務提供者知有侵害情事至接獲第一項停止重製或公開傳輸著作或製版服務要求之期間所發生之損害，不在此限。

任何人無正當權利，要求網路服務提供者停止或回復重製或公開傳輸著作或製版服務者，對於所發生之損害，負賠償責任。

第一至第四項有關證明之提供、停止或回復重製或公開傳輸著作或製版服務之要求、指定人員之公告及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

本報告建議條文

本報告建議條文即第 90 條之 9：「著作財產權人主張，網路服務提供者依第 90 條之 6 至第 90 條之 8 因提供重製或公開傳輸之服務而致其權利被侵害者，經提出通知及相關證明，得要求網路服務提供者停止重製或公開傳輸該著作之服務。

網路服務提供者接獲前項通知及相關證明後，應立即停止重製或公開傳

輸該著作之服務，並將停止服務情事通知重製或公開傳輸該著作之人。

前項被通知停止重製或公開傳輸服務之人，經提出有權重製或公開傳輸之相關證明，得要求網路服務提供者回復重製或公開傳輸該著作之服務。網路服務提供者接獲此項要求及相關證明後，應通知第一項主張權利被侵害之人，並安排回覆重製或公開傳輸服務之日期，據以執行。

網路服務提供者應指定人員負責接收第一項及第三項要求，並將該指定人員之相關資訊予以公告。

網路服務提供者依前項規定指定人員並公告相關資訊，其依據第二項或第三項規定停止或回復重製或公開傳輸著作之服務，對於他人侵害著作財產權，不負侵權責任。但自網路服務提供者知有侵害情事至接獲第一項停止重製或公開傳輸著作服務要求之期間所發生之損害，不在此限。

任何人無正當權利，要求網路服務提供者停止或回復重製或公開傳輸著作服務者，對於所發生之損害，負賠償責任。」

（四）提出被侵害通知及相關證明之內涵

參考美著作權法第 512 條(c)項、(2)、(3) 款，本報告建議條文第 90 條之 10：「前條第一項提出被侵害之通知及相關證明，係指著作財產權人對網路服務提供者提出書面函件；除有特別規定外，應記載或提供下列事項：

1. 指明受侵害著作財產權之名稱。
2. 著作財產權人擁有著作財產權之相關證明。
3. 指明涉嫌侵害他人著作財產權、請求移除或使他人無法進入之資訊，及足以使網路服務提供者找到該資訊之相關資料。
4. 足以讓網路服務提供者連繫著作財產權人之資料，例如地址、電話

號碼及電子信箱地址。

5. 表示著作財產權人係基於善意，相信所指稱資訊被使用之方式未經著作權人之授權，或不符法律規定。
6. 表示通知所載內容確實無誤，否則願意承擔法律責任。

著作財產權人所提出之通知及相關證明不符合前項規定者，網路服務提供者應告知並要求補正，逾期未完成補正者，視為未提出通知及相關證明，不得作為判斷第 90 條之 7 第一項第一款及第 90 條之 8 第一項第一款網路服務提供者是否知情之依據。」

(五) 網路服務提供者移除資訊之免責

參考美國著作權法第 512 條(g)項，本報告建議條文第 90 條之 11：「網路服務提供者基於善意，根據他人對侵害之指稱，或從客觀情事判斷侵害已屬明顯，將資訊或利用該資訊之行為予以移除或使他人無法進入，不論該等資訊或行為之終局判斷究否為侵害，網路服務提供者對任何人均不負損害賠償之責任。

資訊係出於網路服務提供者客戶之指示而置於網路，網路服務提供者係依據著作財產權人之通知而將資訊移除或使他人無法進入者，網路服務提供者應符合以下規定，始能適用前項規定：

1. 採取合理步驟立刻告知其客戶，說明已依據他人之通知，將資訊移除或使他人無法進入。
2. 接獲前款客戶之反對聲明，立刻將該反對聲明提供予通知之著作財產權人，並告知將於十個工作天後將資訊回復或使他人得以進入。
3. 在接獲客戶反對聲明之第十一個工作至第十四個工作日期間內，將該資訊回復或使他人得以進入。但通知之著作財產權人告知網路服務提供者，已對該客戶提起禁止或限制從事與該資訊有關侵害行為

之訴訟者，不在此限。

前項客戶之反對聲明，應對網路服務提供者指定專人提出，應記載以下事項，由其簽名或蓋章：

1. 客戶之姓名、地址及電話號碼。
2. 指明被移除或無法進入之資訊，及該資訊被移除或無法進入前之地址。
3. 敘明在承擔法律責任之前提下，基於善意，認為該資訊之被移除或無法進入係出於錯誤或他人之虛偽陳述。
4. 敘明如通知之著作財產權人對其進行訴訟者，其願意依法解決爭議。」

針對移除之通知，ISP 業者移除後，當然就不需負侵害責任，但在接到移除通知之前，知悉其為侵害著作權之情形時，而未依規定移除，則對於移除要求前所生之侵權仍應負責。針對回復而產生的損害，也不需負賠償責任。簡言之，此觀念即 ISP 業者於權利人要求移除而予以移除時，對權利人就不負損害賠償責任，反之，其對於被要求移除者，依照這項著作權法的特別規定，也應無所謂的損害賠償責任。同理，依照被移除之內容提供者提出相關證明，而依 ISP 業者將其內容回復，此時對於著作權人當然也不負損害賠償責任，這是所謂安全港責任限制條款的基本規範重點。

(六) 虛偽陳述之損害賠償責任

參考美國著作權法第 512 條(f)項，本報告建議條文第 90 條之 12：「任何人故意虛偽陳述，稱第 90 條之 5 至第 90 條之 8 條之資訊或利用該資訊之行為為侵害，或稱該等資訊或行為被移除或使他人無法進入係出於錯誤，網路服務提供者根據其虛偽陳述而將該資訊移除或使他人無法進入，或回復或使他人得以進入，導致被指稱侵權之人、著作財產權人或網路服務提供者因而遭受損害者，該虛偽陳述之人應負損害賠償責任。」

(七) ISP 無監視他人是否侵權之義務

參考美國著作權法第 512 條(m)項，本報告建議條文第 90 條之 13:「網路服務提供者對於其所提供之服務，並無監視他人有無侵害著作財產權之資訊或行為之義務。但屬於著作財產權人所採行經公認之技術措施者，不在此限。

網路服務提供者依其他法令對於資訊不得進入、移除或使他人無法進入者，雖有第 90 條之 5 至第 90 條之 8 條規定，仍不得為之。」

第四節、結語

綜上所結，本研究報告針對網路利用新型態所衍生的著作權法相關議題予以分析，雖然若干問題從科技的角度言，並非是所謂技術上的新型態，但是因為涉及相關之著作權問題，許多仍是目前衍生相當爭議或有待釐清者。基本上，針對網路科技不斷創新所產生的問題，我國著作權法沒有必要動輒進行相對應之修改，因為法律永遠遙遙落於科技之後，這種本質將無法改變，因此，應該予以檢視的是，究竟我國著作權法之規範，可否適用到網路新型態之利用，此從網路科技訴訟案例最多的 P2P 可知，法律規範的本身應無所欠缺，重點是怎麼去針對個案事實加以適當的應用。

本章最後建議關於 ISP 相關限制責任之條款，此在政策上有其訂定之必要，但如將我國目前實務上針對 ISP 相關業者之實際訴訟案例，與美國眾多之侵權控訴案件相比，我國實務上似乎暫無急迫立法之必要，惟如業者需要明確之遵從依據，及釐清相關之責任，自可予考量訂定。總之，就整體著作權之內涵而言，目前似乎只有科技這個部分的發展，不斷的會給予著作權法衝擊，但如何從保護著作權及調和社會公共利益並促進國家科技文明之進步，並在二者中盡量找得適當之平衡點，應是著作權應持續研究之恆久之課題。

參考資料：

- Rebecca Blood, Weblogs: A History and Perspective, http://www.rebeccablood.net/essays/weblog_history.html °
- Tom Krazit, Google Makes Vidio Play with YouTube Buy, Oct. 9, 2006, http://news.zdnet.com/2100-9595_22-6124094.html?tag=nl.e589 °
- Weblogs at Harvard Law School, <http://blogs.law.harvard.edu/> °
- Berkman Blog, <http://cyber.law.harvard.edu/home/home?func=viewRSS&wid=10>; Blog @ Harvard, 及 Stanford, Social Science Data and Software (SSDS) Blog, <http://www.stanford.edu/group/ssds/weblog/>; Rantum Scoot: A Collaborative Blog on Writing and Research, <http://www.stanford.edu/group/howiwrite/blog>;
- Global Project Blog, http://crgp.stanford.edu/news/global_projects_blog.html
- <http://cyber.law.harvard.edu/property00/MP3/main.html#napster>;
<http://www.bu.edu/law/scitech/volume7/BlackowiczUpdate.pdf>) °
- Wired Magazine, The Race to Kill KaZaA, February 2003, <http://www.wired.com/wired/archive/11.02/KaZaA.html> °
- Ellen Lee, Founder of BitTorrent unlocks the secrets of online file sharing, San Francisco Chronicle (Sunday, August 6, 2006), available at: <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2006/08/06/BUG60KAUQ71.DTL>
- Dave Sifry, State of the Blogosphere, April 2006 Part 1: On Blogosphere Growth, April 17, 2006, <http://www.technorati.com/weblog/2006/04/96.html> °
- What Is A Weblog, <http://199.17.178.148/~morgan/cgi-bin/blogsAndWiki.pl?WhatIsAWeblog>.
- Michael Arrington, YouTube Magic Number - \$1.5 Billion, September 21, 2006, <http://www.techcrunch.com/2006/09/21/youtubes-magic-number-15-billion>
- Sheila Ann Manuel Coggins, 4 Basic Questions About Copyright and Weblogs, <http://weblogs.about.com/od/issuesanddiscussions/a/copyrightblogs.htm>
- The Hype Machine, <http://www.hype.non-standard.net> °
- Donna Bogatin, YouTube, MySpace at risk: UMG seeks millions of dollars from 'copyright infringers,' Digital Micro-Markets Blogs, September 14, 2006, <http://blogs.zdnet.com/micro-markets/?p=442> °
- Melville Nimmer & David Nimmer, NIMMER ON COPYRIGHT, 13.01 (2005)
- Christopher S. Ruhland, The Uncertain State of Copyright Infringement Liability For Internet Service Providers, UCLA J. Law & Tech., <http://www.lawtechjournal.com/practiceguide/articles/ruhland.php> °
- Jennifer E. Markiewicz, Seeking Shelter From the MP3 Storm: How Far Does the Digital Millennium Copyright Act Online Service Provider Liability Limitation Reach ?

Declan McCullagh, Copyright tussles for Google, August 4, 2006,
http://news.com.com/2100-1025_3-6102153.html

Stephen Shankland, IDC: Linux server sales to hit \$9.1 billion in 2008,
CNET News.com , December 6, 2004 available at
http://news.com.com/2100-1010_3-5479681.html

Government Investigates Wider Use Of Open Source IT Systems Across Public Sector,
http://www.ogc.gov.uk/index.asp?id=1002882&app=press_release.asp&process=full_record&recordid=1000030

European Communities, Paris migration to Open Source: evolution, not revolution, October 13, 2004,
<http://europa.eu.int/idabc/en/document/3382/335>

Tim O' Reilly, What is Web2.0 - Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software, September 30, 2005,
<http://www.oreillynet.com/pub/a/oreilly/tim/news/2005/09/30/what-is-web-20.html>。
<http://www.enet.com.cn/article/2005/1122/A20051122474593.shtml>

CNET : Steven Deare , 6/9/2005 ,
<http://taiwan.cnet.com/news/ce/0,2000062982,20101224,00.htm>。

The American Heritage Dictionary 。

<http://secure.eff.org/site/Advocacy?JServSessionIdr004=fsfile204P3.app6a&cmd=display&page=UserAction>。

James Boyle ” More rights are wrong for webcasters
(<http://news.ft.com/cms/5/441306be-2eb6-11da-9aed-00000e2511c8.html>)” Financial Times, September 26, 2005 。

Docket No. RM 2000-3, Public Performance of Sound Recordings: Definition of a Service, Final Rule, 65 Fed. Reg. 77292 (Dec. 11, 2000)(“Streaming Regulation”) 。

胡文豐，部落格 新行銷公關模式，2006年3月7日，
<http://www.cnfi.org.tw/kmportal/front/bin/ptdetail.phtml?Part=magazine9503-432-4>。

史倩玲，解讀 Blog 全球旋風！數位時代雙週刊，
http://www2.bnext.com.tw/mag/2005_06_15/2005_06_15_3338.html。

陳宜凡、游象甫、曾黎明、白淳元，應用於 Bit Torrent 通透快取機制，
<http://dspace.lib.fcu.edu.tw:8080/dspace/bitstream/2377/905/1/NIA1-NI122005.pdf#search=%22tracker%20BitTorrent%22>.

2005 全球博客發展狀況，iResearch, 2005年8月16日，
http://www.iresearch.com.cn/html/online_community/detail_chart_id_20310.html。

李欣岳，席捲企業的新勢力！Blog Inc.，e天下，2005年7月，
<http://www.techvantage.com.tw/content/055/055082.asp>。

iResearch, 2005 年全球博客發展情況，
http://www.iresearch.com.cn/html/online_community/detail_chart_id_20310.html。

iResearch, 美國 Blogger 年齡構成情況，2005年8月15日，
http://www.iresearch.com.cn/html/online_community/detail_chart_id_20310.html

[11.html](#)。

Müst 之使用報酬率或金額，<http://must.org.tw/must-p25-open1.htm>。

http://www.wretch.cc/blog/vipblog&article_id=1776837。

YouTube 網站<http://www.youtube.com>訴求主題就是廣播你自己(Broadcast Yourself)。

iResearch, 2006 年 7 月 MySpace 獨佔美國交友網站鰲頭, 2006 年 9 月 22 日, http://www.iresearchgroup.cn/html/online_community/detail_views_id_35616.html。

2006 年 9 月號 Popular Science 介紹網站 Your Second Life is Ready, September 2006, <http://www.popsci.com/popsci/technology/7ba1af8f3812d010vgnvcm1000004eebccdrerd.html>。

Chilling Effects Clearinhouse 計畫。<http://www.chillingeffects.org>網站內之相關說明。

張傑誠，網路音樂電台線上發燒，各大網站紛紛進駐，Pchome 電腦報 <http://www.pchome.com.tw/news/880520/19990520-1.2htm>

蔡清嵐，網際網路中廣播閱聽眾電台收播研究，圖書館學與資訊科學，29(2)，2003 年 10 月。

陸中明，校園網路電台節目與網站內容初探，藝術學報第 77 期，94 年 10 月。

2004 年自由軟體全球發展策略高峰會-高品質自由軟體應用典範新聞稿，財團法人資訊工業策進會網路多媒體研究所。

2004 年電子化政府報告書，
<http://www.rdec.gov.tw/public/egov/9408/p19.html> (最後瀏覽日：2006/5/11)

羅悅全，網路共享創新新興應用發展及社群經營，資策會科法中心 95 年 10 月 5 日 OSS 及網路共享創新應用法治研討會講義內容。

王義智，2005 年我國自由軟體之硬體應用調查分析，資策會市場情報中心，2006 年 1 月 12 日出版。

張家維，2005 年我國 FOSS 軟體與服務應用調查分析，資策會市場情報中心，2006 年 2 月 20 日出版。

中日韓簽署開放原始碼合作備忘錄，致力研發新一代軟體，
http://jsp.dfes.tpc.edu.tw/JSPWiki/Wiki.jsp?page=20040406_195409。

蕭秉國，後 Napster 時代 Peer-to-Peer 軟體對網路著作權的影響，
<http://www.apipa.org.tw/Article/Article-ViewADA.asp?intADAArticleID=149&strSortTarget=adaCreateDate> (2003 年 11 月)。

馮震宇，P2P 的挑戰與未來：從 Grokster 案看 P2P 立法的爭議，月旦財經法雜誌，2005 年 6 月。

黃榮堅，共犯與身分，刊於刑事思潮之奔騰~韓忠謨教授紀念論文集。

黃榮堅，基礎刑法學(下)。

林山田，刑法通論(下)，八版。

許玉秀，保證人地位的法理基礎，刑法的問題與對策。

- 羅明通，著作權法論。
- 謝銘洋、馮震宇、陳家駿、蔡明誠、陳逸南合著，著作權法解讀，2005年5月。
- 羅明通，著作權法論，第六版 II，2005年。
- 劉尚志、陳佳麟著，由 Napster 案評析新興科技對網路著作權之衝擊。
- 張懿云、廖文慈，法律與科技的拉鋸戰——Peer-to-Peer 科技該何去何從？
(上)，智權情報網 <http://www.apipa.org.tw>。
- 林發立，在抉擇的十字路口——從 Napster 到 Grokster，從 ezPeer 到 KURO，萬國法律，94年10月。
- 謝銘洋，從 P2P 著作權侵害案件探討財產利益之平衡，智慧財產權研討會，2005年12月31日。
- 章忠信，法院判定 ezPeer 無罪，<http://www.copyrightnote.org>。
- 章忠信，美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介，萬國法律，1999年10月。
- 章忠信，美國最高法院判定網路交換軟體可能應負侵害著作權責任，著作權筆記
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=147>。
- 章忠信，網路廣播應付費給錄音著作之著作權人，
service@copyrightnote.org，92年10月20日。
- 鄧迺騰，以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價，智慧財產權月刊 67 期，2004年7月。
- 台灣法學會研討會，從 Napster 到 Kuro - P2P 科技與著作權法案例評析，2005年11月5日。
- 李婉萍、鄭苑瓊著「數位內容分享之商業模式與政策規範——以 Peer-to-Peer 音樂分享為例」，萬國法律(No. 133)2004年2月。
- 陳秀峰，P2P 方式交換音樂檔案與著作權之侵害——以日本 File Rogue 事件為例，司法周刊，93年5月27日 1186 期及 93年6月3日 1187 期。
- 賴文智，「數位科技對著作權管理制度之影響」，
www.is.law.com/Ourdocuments/Report-CR0001LA.pdf。
- 賴文智，在網路論壇分享種子是否涉及著作權侵害，
<http://tw.myblog.yahoo.com/dickatislaw/article?mid=117&next=116&l=f&id=12>
- 如何在對等式資訊系統下合法且公平的共享及使用數位內容：科技創新和科技創新和版權保護的均衡點，2005年10月。
<http://www.cs.nccu.edu.tw/~jong/pub/p2p-legal-talk.ppt>
- 涂保民，以 Napster 資料交換架構談數位音樂之著作財產權問題，國立交通大學科技法律研討會論文集，2003年11月23日。
- 張睿元，檔案分享軟體業者與娛樂工業的戰爭——談美國聯邦最高法院 Grokster 案判決，ALS Taiwan 編輯室，2005/7/5
http://www.nii.org.tw/arti_content.asp?id=12
- <http://www.ifpi.org.tw/0909KURO/國際P2P侵權案例.doc>；
<http://www.ifpi.org.tw/0630ezPeer/ezPeer大事紀>。
- 資策會科技法律中心，網路侵權新型態之因應策略及措施之研究，期末報告，2004年11月。

- 資策會科技法律中心，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，2003年12月。
- 陳家駿，網路傳播媒體適用現行法律規範之探討，萬國法律，1997年4月。
- 陳家駿，對網路P2P業者著作權補償金制度提議之意見，智慧財產局智慧財產權月刊，2004年4月。
- 陳家駿「從網路電子交易評我國首宗P2P著作權重製與傳輸之ezPeer案判決」，刊於月旦法學第130期，2006年3月出版。
- 陳家駿，從臺北地院KURO案判決談P2P網站著作權爭議，全國律師，2005年12月。
- 查淑妝，IFPI TAIWAN：澳洲法院判決KAZAA侵權成立須賠償90%唱片銷售損失鉅亨網，2005-09-06 10:45 蕃薯藤-新聞。
- 數位科技對著作權授權契約及合理使用範圍之影響之研究期末報告，經濟部智慧財產局委託益思科技法律事務所執行，91年11月28日。
- 羅明通，P2P資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價—兼論折衷式與無階式（NO-TIER）P2P之技術差異，月旦法學雜誌94期（2003年3月）。
- 羅明通，從Napster案論「公開傳播權」建立之必要性—網路上資訊公開傳輸在我國著作權法定性評斷，智慧財產權，90年5月。
- 胡心蘭，對科技發展對合理使用與著作財產權限制的影響，中原大學財經法律研究所碩士論文，90年7月。
- 鐘明通，網路電台與公開播送之爭議，通訊雜誌，1999年7月。
- 李若凡，網路線上廣播電視著作權相關議題簡析—以美國法的經驗為例，刊於資訊法務透析，2004年10月。
- 蔡正揚，我國發展自由軟體之政策、法令及契機，軟體產業通訊第47期，2002年8月。
- 常勤芬，台灣網路電台經營管理之研究—以銀河網路電台為例，碩士論文，2001年。
- 廖建智，分散式資源分享與推薦，交通大學資訊科學研究所碩士論文，2000年。
- 黃昱彰，一種可傳遞重用性多媒體物件之P2P平台，義守大學資訊工程研究所碩士論文，2005年。
- 賴俊廷，P2P軟體對網路影響之研究，國立交通大學資訊工程學系碩士論文，2005年。
- 陳榮林，點對點傳輸之著作權侵害問題—以美國法為中心，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2003年6月。
- 吳芬滿，網路廣播電台閱聽人生活型態與收聽行為之研究，國立中山大學傳播管理研究所碩士論文（1999年）。
- 莊心潔，Peer-to-Peer多媒體傳輸科技著作權問題之研究，東吳大學碩士論文，2001年。
- 全正玟，韓國與台灣P2P相關著作權案例比較研究，台灣大學碩士論文，2005年6月。