

P2P 之傳輸技術、產業價值 暨美台相關判決評析

羅明通*

摘要

科技之進步，使網際網路使用之技術面臨激烈之變革，傳統之主從式之網路使用架構已逐漸被 P2P (peer-to-peer) 之對等分散式網路架構取代。此種「去中心化」之架構在技術上既互有差異，而各國法院判決之論據亦各有千秋，亟待比較研究。

本文爰就美國聯邦上訴法院及最高法院就 Napster、Aimster 及 Grokster 案所作判決予以分析評估；而我國士林地方法院在 ezPeer 案所作之無罪判決自刑法特有之客觀歸責理論出發，歸結 ezPeer 網站平台之建制並未製造「刑法所不容許之風險」；再自共犯之構成要件著手，解析網站負責人並非基於侵害他人著作權之意圖而設立 ezPeer 機制，與實際侵權之會員間缺乏共同之行為決意，不該當於共同正犯；又將 ezPeer 網站負責人之幫助行為定性為「中性幫助」，認定該負責人對於正犯之行為並不知悉，缺乏幫助故意而判決網路經營者免責。惟台北地方法院就 Kuro 案所作之判決則認定網站負責人與利用者間具有共同犯意聯絡及行為分擔而判決有罪。

茲美台各法院間之判決結果迥異，揆其理由，或因於刑事責任之構成要件及歸責理論與民事侵權責任即有本質不同，或因 P2P 傳輸方法之技術差異，或因適用 Sony 案所建立之實質非侵權使用原則時解釋歧異所致。本

* 英國利物浦大學法學博士，交通大學科技法律研究所兼任副教授，台英國際商務法律事務所主持律師。

文爰以引介評析，期有助於問題之釐清，並供未來界定 P2P 軟體業者民、刑事責任之參考。

關鍵字：實質非侵權使用原則、主要物流原則、科技中立、分散式、集中式、刑法所不容許之風險、中性幫助

Cite as: 3 Tech. L. Rev. 1 (2006)

P2P Transmission Technologies, Industrial Values and A Comparative Review of Relevant Judgments in the United States of America and Taiwan

Ming-Tung Lo*

Abstract

The advancement of modern technology has brought about radical changes in Internet utilization techniques. The conventional Internet utilization model, based upon a server-client framework, has been gradually substituted by the peer-to-peer (P2P) framework. The recognition of such a decentralized framework will inevitably involve different transmission techniques. Moreover, judgments rendered by courts in different jurisdictions tend to differ, and therefore call for further methodological analyses and comparisons. This article proposes to review specific judgments, addressing specific cases, such as the Napster Case, the Aimster Case, and the Grokster Case, handed down by the U.S. Courts of Appeal and the U.S. Supreme Court.

In Taiwan, the Shih-Lin District Court granted an acquittal in the ezPeer Case based on the theory of “Objective Imputation of Criminal Liability.” The ezPeer judgment deduced that the construction of the ezPeer platform of the website at issue did not constitute an “intolerable risk in the Criminal Law,” and furthermore, that the owner of the ezPeer website had not established the P2P

mechanism with the intent of infringing others' copyrights. No finding of a communication of criminal intent with the actual copyright infringer (i.e., the user or the registered member of ezPeer) could be established under the doctrine of joint principal offenders. The ezPeer judgment further defined the assistance offered by the website owner to be "neutral" in essence and thus found that the owner had no knowledge of the act carried out by the user and, consequently, could not be said to have had any intent to assist. On the other hand, the guilty judgment arrived at by the Taipei District Court in the Kuro Case was based upon the affirmative findings of a communication of criminal intent and on the partaking of offences between the website owner and its users.

Such disparity in these judgments may be explained by the substantial differences in civil and criminal laws, the technological differences in the methods of transmission involved in the different cases, and the interpretative differences in applying the doctrine of substantial noninfringing uses. It is, therefore, the intention of this article to summarize and review these cases and their respective judgments in order to clarify the issues outlined above to serve as a reference for assigning civil and/or criminal liabilities in future cases involving P2P.

Keywords: substantial noninfringing uses doctrine, P2P, ezPeer, Kuro, Napster, Aimster, Grokster, staple article of commerce doctrine

1. 前言

P2P 網路技術日新月異，由集中式演進至分散式，由於網路傳輸採取「去中心化」(decentralized)之架構，對智慧財產之保護造成強烈之衝擊。析言之，由於資訊壓縮技術及傳輸技術之進步，配合網路頻寬之改善，使音樂著作及視聽著作在網友間互為傳輸量大且難以控制。歐美日韓各國法院即分別在過去數年處理 P2P 網站經營者與著作財產權人之糾紛。在國內，IFPI (財團法人國際唱片業交流基金會) 所屬會員公司亦開始對 ezPeer 及 Kuro 網路業者展開法律追訴行動，經提起公訴後¹，台灣士林地方法院先於 2005 年 6 月 30 日判決網站之負責人無罪²，台北地方法院則於同年 9 月 9 日判決飛行網負責人有罪³。而美國之聯邦地方法院、上訴法院及最高法院亦分別就有關 P2P 之 Napster⁴、Aimster⁵及 Grokster⁶案為判決，而判決結果在各級法院間亦迥然有別。本文先就 P2P 之傳輸技術及科技產業價值予以引介，再就美國與台灣相關案件為評析，期有助於問題之釐清，並供未來界定 P2P 網路業者民、刑事責任之參考。

¹ 台灣台北地方法院檢察署 92 年度偵字第 16389 號、92 年度偵字第 21865 號起訴書、台灣士林地方法院檢察署 91 年度偵字第 10786 號、92 年度偵字第 4559 號起訴書。

² 台灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

³ 台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

⁴ *A & M Recording Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D.Cal. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

⁵ *In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F. Supp. 2d 634 (N.D.Ill. 2002), *aff'd*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

⁶ *MGM v. Grokster*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D.Cal. 2003), *aff'd*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004), *cert granted*, 543 U.S. 1032 (2004), *vacated*, 125 S.Ct. 2764 (2005), *remanded to*, 419 F.3d 1005 (9th Cir. Aug. 15, 2005).

2. P2P之技術特徵——集中式及分散式之比較

2.1 P2P 架構技術概說

向來網路之利用及管理大多是採用主從式架構，即伺服器端（server）與使用者端（client）之關係；使用者端（用戶端）經由瀏覽器之協助向伺服器端要求提供服務，例如資料之搜尋及下載等。伺服器端則經由各種協定與瀏覽器互動。要言之，主從關係架構係一種集中管理以伺服器為中心之系統，提供各類資訊內容、電子郵件及資訊搜尋等服務。一旦網站之伺服器故障，整個主從系統即行癱瘓。

P2P 則是一種分散儲存資源之去中心化網路架構。每一個網路使用者可以兼具使用者端及伺服器端之特性，使用者間之地位是對等的而非主從關係，使用者電腦間是直接交通及上傳下載，並無中心電腦網站資料庫以儲存資訊內容。使用者只要下載相同之 P2P 軟體並啟動使用，該軟體即會自動執行搜尋之功能，而與同時在線上之其他使用者電腦互為連結，並互為傳輸資訊。

是以 P2P 架構與主從式架構之區別主要在於資源存放位置之不同。主從式對於資源採集中儲存，故有中心伺服器之存在，扮演對終端使用者傳輸及重製之任務。至於 P2P 架構之網路則將資源分散儲存，並未以網站伺服器執行資源存放功能，每一部使用者電腦均是獨立的而自足的，兼具資訊儲存、供給、搜尋、資料處理及上傳或下載之功能。P2P 架構主要可分為兩種技術形式，即集中式與分散式⁷。

⁷ 嚴格而言，無論集中式或分散式，檔案之傳輸及重製均分散於各利用者之間進行，故在英文之討論文章，均將 P2P 軟體通稱為分散式（distributed）之檔案分享（file sharing）軟體。中文部分翻譯不一，有區分為混合折衷與分散式，有區分為集中式與分散式者。我國士林地方法院於 92 年度訴字第 728 號判決書中將前開區分描述為集中式與分散式，稱：「以上二類係以使用者檔案搜尋是否經由主機協助來區分，姑且將前者稱為『集中式』、後者稱為『分散式』，以利本案討論。」（引自士林

2.1.1 集中式之 P2P 架構技術特徵——資源雖分散儲存，但設置檔案索引伺服器協助利用者搜尋

集中式架構雖採用 P2P 之分散式檔案共享設計，但為爭取搜尋效率，仍將檔案索引集中存於中央伺服器，故司法實務上稱為集中式。惟傳統主從式架構器存放各類資訊內容，但集中式之伺服器目的及功能僅在提供檔案名稱或索引之管理，並非作為檔案內容本身之儲存處所。至於伺服器上之檔案名稱亦主要是來自各使用者之電腦所提供，線上使用者自網站伺服器取得存有該相關檔案之 IP 位址後，即自行與儲存該資料之 IP 位址連結，此後之傳輸與重製均與該中心伺服器無關。此種設計之優點在於節省資料搜尋之時間。

2.1.2 分散式之 P2P 架構技術特徵——無檔案索引資料庫之設置，利用者自行以其電腦執行搜尋功能

所謂分散式架構，乃指在此種資源共享架構中，不僅未有任何電腦執行資源儲存，亦未有任何電腦執行資源名稱或索引之集中管理工作。其與集中式架構不同之處，在於使用者電腦間係完全平行對等，未設置任何特別之中控索引管理階層。例如，Gnutella 或 Freenet 軟體即是由下載該軟體之個人電腦使用者自行向其他使用者搜尋相關之檔案，在該類架構下並未有目錄管理中心之伺服器存在。

2.1.3 集中式架構與分散式架構之比較

要言之，真正分散而非集中管理之 P2P 架構並未設置另一階層之伺服器，所有之搜尋、傳輸及重製均發動及完成於使用者之間。而在集中式架

地方法院判決書第 8 頁) 此項區分將檔名集中管理之軟體自分散式之系統剔除，自技術觀點言，雖與實情不符，但為方便閱讀，本文於此從之。但台北地方法院判決則明確指出，所有 P2P 均屬「點對點(或同儕對同儕)分散式網路架構」，惟於判決中為描述方便，仍依檔案索引伺服器之有無，區分為集中式或分散式。(判決書第 8 頁)

構，則是兼具資源分散儲存與索引集中式之組織。稱分散式，係因資源之儲存、搜尋、傳輸及重製發生於各使用者間；稱集中式，係因在此架構下，就搜尋部分，仍具有中心伺服器以管理並為使用者搜尋檔名及提供其他使用者之網路位址。兩者比較，真正之分散式缺乏中心伺服器代為搜尋檔案及提供網址，搜尋要求訊息之傳輸係經由鄰近使用者之連線電腦傳送至其他連線電腦，每一使用者之電腦本身即具備有搜尋引擎之功能。

舉一社區為例說明集中式與分散式不同之所在。如社區置有管理委員會，保管有各戶人家所有之圖書名稱索引。社區居民欲借某本書籍時，向委員會查詢，知道某戶人家存有該書，即自行前往商借，此是為集中式。如委員會未保有圖書索引，任何居民欲借圖書時，須分別向左右鄰居洽借，如該左右鄰居未有該書，再代向其左右鄰居再借，如此之搜尋成網狀發展，如獲得存有該書者之地址，即回報與原需求者得知，由其彼此間互為聯繫及傳送該書，或逕行代為借得後回寄予原需求者，此即為分散式。

3. P2P 傳輸之商業經營模式

P2P 採資源分散儲存之網路技術，具有安全且簡單之特質，市場上基於此種特質，產生多種營利或非營利之利用模式。此類利用模式之利用者在連上網路並執行相關之軟體之後，可在世界任何網路所及之處所，與在線上之其他網路使用者共享網路資源，故其應用領域之擴充充滿各種想像空間。

3.1 分散運算 (distributed computing)

分散運算乃是指企業將大量及複雜之計算工作，經由 P2P 網路技術，交由線上其他使用者之電腦代為執行，並將結果回報彙整而言。前揭之工作如集中由某一大型伺服器運算，將耗費大量資源，而企業員工或一般電腦使用者之 CPU 所使用之運算能量有限，故可互為協助。此種分散運算主要使用在天文、物理、IC 設計或其他高科技需要高速運算之領域。金融領域亦是非常適合分散運算之場合。例如銀行可將複雜之衍生性金融商品之處理工

作交由閒置之員工電腦代為執行。如果某一電腦節點離線或已非閒置，則系統會自動轉由其他電腦執行。

3.2 協同管理或知識管理 (collaboration / knowledge Management)

所謂協同管理或知識管理乃是指利用 P2P 之技術，發展標準化之軟體，使網路上之企業各節點之商業資訊在線上能即時檢查並交換利用。例如，跨國性之企業可使用此種系統將原本各自獨立之營業據點轉為完全相連之系統，各個營業點累積之知識可迅速交換，而企業之管理亦更有效率且節省成本。

3.3 分散儲存 (content distribution)

雖然頻寬增加使得資訊傳輸更為便捷，但資料之儲存始終是企業之負擔。在主從架構下之伺服器必須不斷擴充記憶裝置，但在 P2P 之網路技術下，企業可利用員工或其他線上使用者之電腦閒置之記憶裝置代為儲存相關之資料，如該電腦節點需要使用該部分之記憶容量時，系統將自動轉移至其他電腦之記憶體。

3.4 分散搜尋 (distributed search)

由於網路上之資訊日趨龐大，P2P 分散式搜尋引擎乃有逐漸取代以往以單一之搜尋引擎之趨勢，畢竟，網路上數以百萬之個人電腦所加總之搜尋能力遠勝一台超級電腦。

3.5 分散式檔案交換 (distributed file sharing / trading)

這是 P2P 最為普遍之利用方式。在集中式之 P2P 網路架構，使用者將檔案目錄上傳至網站主機供其他使用者掃描搜尋，再由使用者間之電腦直接連線傳輸及重製。至於分散式之 P2P 系統則無資料索引管理中心伺服器之設立，使用者電腦間直接互相搜尋、傳輸及重製，網站之經營者則按對於使

用者使用之量、期間收費或賺取廣告費用，網站管理者並不負責檔案名稱之管理。

4. 美國聯邦司法實務上有關 P2P 業者 Napster、Aimster 及 Grokster 案之判決

4.1 Napster 案之判決要旨

Napster 案係美國聯邦法院首度就有關 P2P 之軟體之第一個案例，技術上屬於較早期的點對點軟體技術，聯邦地方法院及上訴法院均判決 Napster 公司敗訴。茲分述其判決要旨如下：

4.1.1 有關 P2P 之技術特徵及其與法律評價相關連部分

在技術上，Napster 公司所使用之 MusicShare 軟體在其中央伺服器設有檔案名稱之資料庫，提供搜尋索引（search index）功能，使用者一旦註冊上線，該軟體即在使用者電腦硬碟中建立使用者圖書館（user library），該圖書館中所存之 MP3 格式檔案名稱並同時上傳至中央伺服器，供其他會員搜尋其網址後直接連線下載利用，此係典型之集中式。

此種技術特徵已具體影響法院之判決結果。第九巡迴上訴法院在駁回 Napster 之上訴案時，明確指出：如果僅僅因為系統之結構允許有著作權之檔案交換，該電腦系統之操作者不能即因此負擔輔助侵害之責任，但假若系統之操作者明明知侵害著作權之「檔案名稱」已存在於軟體系統之伺服器內，而仍未予濾除，應認係明知或有理由知悉利用者之重製及散布行為而應負侵權責任⁸。再者，因為採集中式，軟體之散布者即有能力發現被侵害之著作樂曲名稱，且有權力終止利用者下載此檔案或予以移除，就此亦難卸侵權責任。

⁸ *Napster*, 239 F.3d at 1021.

4.1.2 有關輔助侵害 (contributory infringement) 責任部分

依美國侵權行為法相關之案例，輔助侵害之成立必須符合兩個要件：(1)侵害者知悉或有理由知悉 (know or have reason to know) 第三者有直接侵害行為；(2)侵害者對於第三者之直接侵害者有實質助力 (material contribution)。聯邦地方法院認為：Napster 公司事實上既知悉在其系統上已有特定涉及侵權之樂曲名稱訊息，該公司本能採用過濾方式以阻止他人自網路下載，竟怠於移除該樂曲名稱，自合於輔助侵害之知悉及實質助力之要件。上訴法院同意其見解⁹。

4.1.3 有關代位侵害 (vicarious infringement) 責任部分

代位侵害之概念源自僱傭關係，但在著作權法，縱無僱傭關係，倘如有權力或有能力監督第三者之侵權行為，而同時對該第三者之侵權行為有直接之經濟利益 (direct financial interest)，則對於該第三者之行為應負侵害著作權之代位侵害責任。

聯邦地方法院認為：原告已證明被告藉由其服務受有直接之經濟利益。其經濟利益源自於對網路使用者吸引力，上其網站者愈多，其獲取之廣告費就愈多。至於監督部分，聯邦地方法院亦認被告有權力及能力 (right and ability) 監督網站使用者之行為，而竟怠於防止非法複製品之交換，則自應負代位侵害責任。上訴法院同意此見解¹⁰。

4.2 Aimster 案之判決要旨

Aimster 案是一個較特殊之案件，聯邦地方法院及第七巡迴上訴法院對於系爭軟體究係採集中式或分散式並未予調查認定，而逕自其營運模式認定 Aimster 公司應輔助侵害之責任，茲分述其要旨如下：

⁹ *Id.* at 1021-22.

¹⁰ *Id.* at 1022.

4.2.1 有關 P2P 之有關 P2P 之技術特徵及其與法律評價相關連部分

Aimster 軟體經由包含在 Aimster 軟體中密碼技術之使用，將使用者之身分、交換之檔案或其他通訊內容均密碼化。兩造對於 Aimster 系統是否建立一個單一的、中央化的檔名索引資料庫在訴訟中一直是激烈辯論之重點。聯邦地方法院以缺乏足夠證據而未予判斷，其裁判書聲稱：無論被告等是否維持一個中央檔名資料庫索引，均無礙於其裁判書理由之形成¹¹。上訴法院贊同之。是以在 Aimster 案中，究 Aimster 案所採用者為集中式或分散式，並未影響法院之評價¹²。

4.2.2 有關輔助侵害責任及代位侵害責任部分

聯邦地方法院法官判決被告應負輔助侵害責任，第七巡迴上訴法院同意之。法官認為被告等已知或應已知 Aimster 系統使用者已構成直接侵權，其理由在於原告已多次以存證信函通知 Aimster 系統大量非法下載具有著作財產權之音樂著作¹³，且 Aimster 系統之「監視指導」(Guardian Tutorial)功能設計正在教導指引使用者如何侵害他人之音樂著作。再者，不僅網站上

¹¹ *Aimster*, 252 F. Supp.2d at 641 (“we find that there is insufficient evidence to resolve this conflict. However, our decision today can be and is based upon considerations independent of this evidentiary in sufficiency. In other words, the reasoning in this opinion would hold regardless of whether or not Aimster maintains a central database of files available for transfer.”).

¹² 本文作者認為 Aimster 公司所採用之技術應屬集中式，僅係將檔名索引伺服器之檔案名稱密碼化而已。本案形式上法官雖以營運方式判決，認分散式或集中式與判決之爭點無關，但實質而言，果該系統能證明係採分散式，則判決結果是否相同，仍有想像空間。

¹³ 判決書內引用他案 *Fonovisa, Inc. v. Cheery Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 261 (9th Cir. 1996) (“no question” that plaintiff adequately alleged the element of knowledge in contributory copyright infringement claim where the sheriff has sent letters notifying the defendant that infringing materials were being sold at defendant’s swap meet).

之聊天室及電子佈告欄 (bulletin board) 供使用者公開地討論侵權之方法，被告更設置 Aimster Club 列出他人有著作財產權之當下最熱門四十首歌 (Aimster top 40)，供使用者利用 Aimster 系統下載。基此，法官認為被告等具有實際侵害行為之認識 (actual knowledge of the infringing activity)¹⁴。至於被告雖辯稱所有之通訊均以密碼處理，被告實缺乏實際之侵權認知云云，法官則認為：密碼化之設計雖使得被告對於使用者間對於特定著作之特定傳輸或下載無具體之認知，但法官認為構成輔助侵權之要件並不須行為人對於侵害之內容 (context) 有特別之認知 (specificity of knowledge)。因此，地方法院法官認為被告密碼化之設計乃是一種奸詐 (disingenuous) 之行為¹⁵，上訴法院之法官亦認為被告密碼化之設計實係一種故意盲目，而「故意之盲目即是一種認識」¹⁶。

至於代位侵害責任部分，地方法院法官認為被告應成立代位侵害責任，但上訴法院則認為本案之情形與代位侵害之要件不符而未予援用。

4.3 Grokster 案之判決要旨

Grokster 案係有關明確採用分散式點對點傳輸架構之第一案例，聯邦地方法院及第九巡迴上訴法院均判決原告敗訴，但聯邦最高法院則廢棄原判決並發回聯邦上訴法院重新審理，茲分述其判決要旨如下：

4.3.1 有關 P2P 之技術特徵及其與法律評價相關連部分

聯邦法院調查結果認為 Grokster 公司所提供之軟體不同於 Napster 公司。Grokster 既未操控超節點，亦未建立檔案名稱資料庫，當 Grokster 軟體之使用者搜尋及交換檔案時，他們並未從 Grokster 所控制之電腦中經過或傳輸任何資訊。至於 StreamCast 公司部分，聯邦地方法院亦認為，該公司

¹⁴ *Aimster*, 252 F. Supp. 2d at 650.

¹⁵ *Id.* at 651.

¹⁶ *Aimster*, 334 F. Supp. 3d at 650 (“Willful blindness is knowledge”).

之軟體係由 Gnutella 而來，乃是一種真正之點對點網路（true peer to peer network），更具去中心化（more decentralization）之特性，並未建立或操控任何目錄索引搜尋功能。

綜觀本案地方法官之判決，清楚地指明 Grokster 案之被告公司軟體與 Napster 案之技術差異，其差異即在於集中式之檔案索引架構與分散式之點對點架構之不同。在法律意義上，基於此種差異，本案地方法院法官與 Sony 案¹⁷之法官相同，均認為不能因科學技術可被使用於侵害著作權即令技術之提供者負侵權責任，法官甚至將分散式點對點軟體之性質視為與 Sony 案之錄影機案例相同，認為實質上既可作為非侵權使用，即不構成侵權責任。上訴法院亦採相同之見解。

4.3.2 聯邦地方法院及第九巡迴上訴法院判決 Grokster 勝訴之理由

基於以上之技術分析，聯邦地方法院因此總結稱：訴訟資料顯示被告 Grokster 及 StreamCast 公司均已努力避免協助使用者利用該軟體不法重製及散布他人著作，被告等對於使用者所提供之技術協助及其他附帶（incidental）服務尚非「實質重大」（material）。被告散布軟體及提供後續升級支援服務雖然屬實，亦與輔助侵權之認定不相關連。揆其性質，被告等之行爲與出售家用錄影機或影印機之公司本質上並無不同，錄影機及影印機均能被使用且過去已被使用作為侵害著作權之工具。本件輔助侵權責任並未能僅基於點對點檔案分享技術可被使用於侵害原告之著作權而成立，本件因被告對於直接侵權行爲者並未為主動及實質上促成（active and substantial contribution），故被告等均並不構成輔助侵權責任。上訴法院維持其見解。

¹⁷ Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

4.3.3 聯邦最高法院廢棄原判決發回聯邦地方法院重審之理由

美國最高法院針對前開第九巡迴上訴法院有關 *Grokster* 之判決，於 2004 年 12 月 10 日頒布移審令 (writ of certiorari)，就該案予以審查及辯論¹⁸，並於 2005 年 6 月 27 日作成判決，廢棄原判決並發回¹⁹。該案現由第九巡迴上訴法院重新審理中²⁰。聯邦最高法院所有大法官均一致同意 P2P 軟體之散布者應對於軟體使用者負輔助侵權及代位侵權之間接侵權責任²¹。

最高法院認為：任何散布軟體工具之業者，如已超越單純散布之程度，由其行為已顯示散布該軟體係以侵害他人著作權為目的，倘對於他人利用其軟體侵害他人著作權有認識，則縱然該軟體可利用為合法之用途，該散布軟體者仍應為第三人利用其軟體侵害他人著作權之行為負責。最高法院主要論述如下：

(1) 軟體散布者蓄意誘導、鼓勵他人從事直接之侵權，並藉該直接侵權獲取利益，同時復拒絕運用其權利停止或限制此直接之侵權行為，則該軟體散布者應對該直接侵權行為負間接侵權責任。

(2) 第九巡迴上訴法院誤以為：只要產品實質上能作為合法用途，縱然證據已顯示該產品之實質目的 (actual purpose) 係在促成侵權，除非產品之散布者於第三人為特定侵權行為知情，且未採取行動予以制止外，該散布者不必為該第三人之行為負責。但上訴法院實已錯誤解讀 *Sony* 案之「實質非侵權使用原則」；*Sony* 案並未移除侵權行為理論中之間接侵權責任。

(3) *Sony* 案無意忽視蓄意促成侵權之證據；*Sony* 案亦無意排除源自普通法以過錯為基礎 (fault-based) 之責任理論。只要證據顯示產品之特性或散

¹⁸ Certiorari granted by *MGM v. Grokster*, 543 U.S. 1032 (2004).

¹⁹ *Vacated and Remanded* by *MGM v. Grokster*, 125 S.Ct. 2764 (2005).

²⁰ *MGM v. Grokster*, 410 F.3d 1005 (9th Cir. Aug 15, 2005).

²¹ 本件判決書由大法官 Souter 執筆，大法官 Breyer 及 Ginsburg 分別另提出協同意見書。

布產品者知悉該產品可能作為侵權用途，而散布者亦以其陳述或以其行為促進第三人之侵權行為，則 Sony 案所揭示之「主要物流原則」(the staple article of commerce doctrine)並未能排除產品散布者在此情況下之侵權責任。依普通法原則，任何著作權或專利權之被告不僅藉由廣告預期侵權之發生，且侵權果真由廣告促成，則該被告必須為該侵權負責。只要有證據顯示軟體之散布者已採取積極之步驟(active steps)鼓勵侵權，例如以廣告表明侵權之方法或在軟體中指示如何從事侵權之方法等，則此等積極之意圖已顯示此產品被使用於侵權目的，同時克服了在 Sony 案中所稱只要販售之商品能供合法之用途，即不負間接侵權責任之實質非侵權使用原則，而應負間接侵權責任。

(4)本案之證據顯示，被告非法之目的係無可置疑的(The unlawful objective is unmistakable)²²。第一，每一被告均顯示致力於滿足市場上著作權侵權之需求而成為知名之業者，且彼等所經營之市場範圍涵蓋過去的 Napster 公司之使用者；第二，被告公司均未企圖開發任何過濾工具或其他過濾機制削減利用其軟體之侵權行為。第九巡迴上訴法院認為被告並無獨立義務監看使用者之行為，故怠於研發此工具與侵權責任之判斷無關。當然，如缺乏故意之證據，單憑被告未開發過濾工具尚不能認定被告應負輔助侵權責任。但本案證據顯示被告公司係故意幫助使用者進行侵害著作權之行為，基於此種故意證據之存在，法院即得認定被告因怠於開發過濾工具而應負輔助侵權責任；第三，被告藉由出售廣告空間獲取收益，亦藉由將廣告送至使用該軟體之電腦螢幕獲取利益。紀錄顯示，軟體使用者愈多，則有愈多之廣告送出，從而有愈多之廣告收入，被告經營企業之商業手段導致軟體之大量使用，而此使用係以侵權為主要內容，是以被告之獲利係源自於使用者之侵權行為。

²² *Grokster*, 125 S.Ct. at 2782.

5. 我國司法實務上有關 P2P 業者 ezPeer 及 Kuro 案之判決

5.1 台灣士林地方法院於 ezPeer 案之判決要旨

前開地方法院檢察署提起公訴之二案分別繫屬不同法院審理。2005 年 6 月 30 日，台灣士林地方法院以 92 年度訴字第 728 號先行判決網站之經營者無罪，茲分別按該判決所列爭點摘其要旨如下：

5.1.1 有關 P2P 之技術差異與法律評價之關連部分

按 P2P 之網路架構有集中式或分散式兩大類，法院對此為詳盡之技術分析後，認定：本件並無證據顯示起訴前 ezPeer 網路平台 P2P 之架構採取集中式；至於起訴後使用之技術則經鑑定結果為未集中管理檔案名稱之分散式；法院並稱區別 P2P 系統檔案搜尋模式為「集中式」或「分散式」於刑法評價上並無實益。

5.1.2 有關是否構成單獨正犯部分

判決指出：ezPeer 負責人設置網路平台之作為及未採取有效過濾防堵會員利用該網路平台傳輸下載他人享有著作權 MP3 檔案之不作為，依結果犯之客觀歸責理論以觀，就法律規範層面而言，被告開發 ezPeer 軟體、設置網路平台供會員傳輸下載檔案之行為，既可作為合於著作權法之使用，尚難認已製造了一個「刑法所不容許」之風險，難認被告對不法之結果應予歸責，自不構成著作權法上非法重製及公開傳輸罪之單獨正犯。

5.1.3 有關是否構成間接正犯部分

判決認為：間接正犯係指行為人利用他人作為犯罪的行為工具，而該他人完全受被告之操控，全無意思決定與意思活動之自由而言。本件第三人利用該軟體之行為全憑自由意志，顯與間接正犯之構成要件不符。

5.1.4 有關會員下載 MP3 音樂檔是否應負刑事責任部分

判決認定：會員透過資訊通信網傳送或被搜尋的數位著作物等情報再轉換為數位型態，並儲存在電子紀錄媒體之行爲，該當於著作權法之重製及公開傳輸；其行爲結果並已生市場替代效應，應非合理使用，應構成著作權法之非法重製及公開傳輸罪。

5.1.5 有關會員與網站經營者是否構成共同正犯部分

判決認為：本件無從確認 ezPeer 負責人之網站平台係基於侵害他人著作權之意圖而設立，也無從確認該網站平台只使用於著作權侵害的用途上或以此爲主要用途；且該負責人對於各會員爲特定之侵害著作權行爲，未有心理之接觸，且欠缺認識，並未明知且有意使其發生。該負責人既與會員間欠缺共同的行爲決意，自與共同正犯之要件不符。

5.1.6 有關是否構成作為之幫助犯部分

判決認為：ezPeer 網站負責人所爲係屬中性幫助行爲，並無證據足資證明負責人知悉各該會員所傳輸之檔案內容，並能以之判斷各該會員是否正欲或所欲從事之違反著作權法犯罪，自無從被評價爲作為之幫助犯。

5.1.7 有關是否構成不純正不作為犯之幫助犯部分

判決認為：ezPeer 網站負責人依公司法成立被告全球數碼公司，設立 ezPeer 網站機制，提供消費者網路線上 P2P 服務，本爲法之所許，目前亦無任何法規規範 P2P 業者必須逐一檢視自己營運系統上是否有具體的著作權侵害行爲並加以控制，該負責人不曾爲任何客觀義務之違反，應無從認定此行爲乃「危險前行爲」，其既不因此而負保證人地位，縱未設立字串過濾告訴人享有著作權之 MP3 檔案，亦無由構成著作權法上重製及公開傳輸罪之不純正不作為犯。

5.1.8 有關是否成立教唆犯部分

判決認為：網站廣告係針對不特定大眾而為之，而寄發電子郵件雖可認係針對特定對象而為之，然核其寄發之廣告或電子郵件之內容，均不外告知大眾或會員可以利用 ezPeer 軟體搜尋或傳輸文字、遊戲或歌曲等各種檔案，並以種種行銷手法刺激消費者之消費慾望，均與教唆犯要件不符。

5.1.9 結論部分——法律漏洞說

判決總結稱：ezPeer 負責人之行為應係著作權法之刑罰上漏洞，而此漏洞顯然為實體世界法律規則規範對象與網路科技所形成之生活型態有所落差所造成，應該嚴格解釋，且不得以任何類推或擴張解釋之方法補充；至於其他國家認定侵權之案件係屬民事案件，其責任認定之要件本與刑事案件有所不同，且相關民事案件中之被告均為法人，法人在民事上對於侵權行為之認知，與自然人在刑事案件中對於犯罪行為之認知，亦不能等量齊觀。

5.2 台灣台北地方法院於 Kuro 案之判決要旨

在美國聯邦最高法院判決後不久，台北地方法院亦於 2005 年 9 月 9 日以 92 年度訴字第 2146 號判決飛行網公司之業務執行者應構成重製罪之常業犯，分別科處有期徒刑 2 年或 3 年，茲分別按該判決所列爭點摘其要旨如下：

5.2.1 有關 P2P 之技術特徵及其與法律評價相關連部分

在台北地方法院檢察署提起公訴時（92 年度偵字第 16389、21865 號），檢察官認定 Kuro 之系統屬於設有檔名索引伺服器之軟體，被告等於審判中對設有檔名索引伺服器一節亦不爭執。判決書指出，會員連結主機並經驗證後，轉址主機則指派一台檔名索引伺服器與會員連線，並將會員之分享資料夾中之 MP3 格式之歌曲檔案自動上傳至飛行網之檔名索引伺服器予以記錄，以建立集中檔名管理之資料庫，供其他會員下載利用，審理中並經

鑑定人出庭作證稱用戶端係向檔名索引伺服器搜尋，且必須保持與檔名索引伺服器連線才能搜尋等語。

至於此種集中式之技術架構是否對於認定網路業務之執行者應負重製權侵害之共同正犯責任部分，法院顯然認為此種提供檔名索引伺服器之行為係基於關鍵性之地位，判決書中稱：「惟如會員實際從事下載行為時，因被告……所提供檔案交換平台服務，即……檔名索引伺服器等，乃係一整體性之服務，……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……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。」²³；判決又稱，網路經營者「應有能力過濾檔案名稱與檔案內容相同且由告訴人等享有著作權之檔案……與會員間……有共同重製之決意或犯意聯絡。」²⁴由上揭之判決文字觀之，顯然法院係基於網路軟體係採用集中式之故，而認定公司業務之執行者與會員間具有行為分擔之關係，且亦有共同之犯罪決意或犯意聯絡，是以 P2P 之技術在本案顯然對法官之心證及共犯要件之認定產生關鍵性之影響。

5.2.2 有關 P2P 之網站經營者具有不確定故意且不能以科技中立為理由免除責任部分

判決指出，科技之提供者明知其科技可能作為犯罪工具，為追求商業利益，竟對外以該科技具有此一功能為主要訴求推銷之，誘使他人付費使用或購買，則其對於他人利用此工具為犯罪之結果及因果歷程，自然係其事先可預見，且不違背其本意而具有不確定之犯罪故意。本件飛行網公司業務之執行者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

²³ 台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號判決書第 14 至 15 頁。司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

²⁴ 同前揭註 23，頁 16-17。

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人員，將利用該軟體及服務非法重製之結果，顯可預見，而不違背其供會員以該軟體及服務作為違法下載重製工具之本意，即與不確定故意之要件該當²⁵。

5.2.3 有關網站經營者與會員間之犯意聯絡及行為分擔部分

判決指出，飛行網公司業務之執行者在技術上有能力過濾檔案名稱與檔案內容相同且由告訴人等享有著作權之檔案，惟竟捨此不為，提供軟體及服務，以作為之方式積極促使不法重製此一構成要件之實現，放任會員無限下載，且會員在使用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認為係由該網站經營者與公司相互分工，故網站之經營者係與會員在有意識，有意願地交互作用，彼此間有共同重製之決意或犯意聯絡及行為分擔²⁶。

5.2.4 有關會員合理使用範圍之認定部分

判決書中指出，會員所使用之 MP3 歌曲檔案固係供個人之非營利使用，惟其下載之目的仍係供個人娛樂，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，而可認為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，顯然會減少告訴光碟之銷售量，影響著作人之創作意願及其對數位音樂下載市場之拓展，應不構成合理使用。

5.2.5 有關網站之經營者自市面大量購買 CD 轉檔為 MP3 格式供會員下載部分

判決書之事實欄指出，飛行網公司之業務執行者自市面購買大量 CD 轉檔為 MP3 格式，上傳至飛行網公司之電腦內，至 2001 年 10 月止，已重製 31,380 首「錄音著作」²⁷；又於 2002 年 2 月間，僱用知情之王洪連為星紀

²⁵ 同前揭註 23，頁 14、頁 15-16。

²⁶ 同前揭註 23，頁 15、頁 17。

²⁷ 同前揭註 23，頁 5。此處判決書稱為「錄音著作」可能係筆誤，一片 CD 可能有包含音

公司之名義負責人，由陳惠貞實際經營，將購得之 CD 內之錄音著作轉檔為 MP3 格式後，輾轉傳輸予飛行網公司所自行申請使用之假會員，藉以供其他會員下載該檔案²⁸。飛行網公司業務之執行者就此亦應與王洪連、陳惠貞及其他受僱人負共同正犯之責任。

6. P2P 網站經營者（或軟體散布者）法律責任之比較分析

6.1 美台法院判斷書風格及法理闡述各有千秋

比較美台各案之判決內容，吾人可以發現美台法院間對於案件事實之描述無分軒輊，但美國法院之判決較著重法理之闡述，對法律要件解釋演繹較為詳盡，涵攝過程之分析亦著力較深，此或因台美間法律制度使然。一般而言，除了事實清楚之簡易判決（summary judgment），其事實之認定及法理之論述均由法官為之之外，進入聽證審判之案件，其有關事實之認定屬陪審團之職權，而有關法律之適用則係法官之工作，故適用法律時有關案例之引用及法理之闡釋乃成為法官之主要工作。

雖然如此，吾人仍驚訝於士林地方法院 92 年訴字第 728 號判決之風格。該判決自刑法特有之客觀歸責理論出發，歸結 ezPeer 網站平台之建制並未製造「刑法所不容許之風險」；再自共犯之構成要件著手，解析網站負責人並非基於侵害他人著作權之意圖而設立 ezPeer 機制，與實際侵權之會員間缺乏共同之行爲決意，不該當於共同正犯；又將 ezPeer 網站負責人之

樂著作、文字著作、編輯著作，而不限於錄音著作，而其中音樂著作之財產價值通常更甚於錄音著作。

²⁸ 判決書之事實欄提出於 2001 年 10 月前飛行網公司之業務執行者自行非法轉拷 CD 內之錄音著作為 MP3 後上傳至飛行網公司之電腦內（判決書第 5 頁），惟此項將著作存放於公司內網站伺服器之事實，不知何故，在理由欄論述時未予提及（見 92 年度訴字第 2146 號判決書第 26 頁）。

幫助行為定性為「中性幫助」，認定該負責人對於正犯之行為並不知悉，缺乏幫助故意而判決網路經營者免責，最後並仿 Sony 案之最高法院之見解²⁹，以法律漏洞說作為總結，其論述遍及刑法各重要領域，與美國聯邦法院之判決相較，其法理論之精緻較之美國法院之判決不遑多讓，甚且尤有過之，堪稱少見之傑作。

6.2 美台法院間各案件基礎事實有異，甚難參照或比附援引

比較美台各判決，結論固有不同，但各判決之基礎事實亦有歧異。美國之 Napster 案係採集中式，Aimster 案之法院雖未就技術部分為判斷，但技術上研判亦應為集中式，Grokster 案則為分散式。在我國，ezPeer 案在偵查中之技術無法判斷，在審理中經鑑定結果，其技術則為分散式。至於 Kuro 案，不論偵查或審理中，在技術上均採集中式則為各方所不爭。尤有甚者，Kuro 案中之被告更未經授權大量重製 CD 之音樂放置於人頭帳戶俾便會員能連線下載利用。茲各案之判決事實既有不同，於檢視刑事構成要件時即有差異，逕為互為援引參酌顯有困難。

再者，就軟體提供者所提供之服務而論，各案件所認定之事實亦均有差異。在 Grokster 案，聯邦上訴巡迴法院認定 Grokster 公司之軟體系統並未要求會員利用軟體前必須註冊，亦未要求會員登入該公司網站；法院甚至調查認定關閉 StreamCast 網站後，並未能防止會員間交換檔案，因此被告

²⁹ Sony, 464 U.S. at 481 (“The Judiciary’s reluctance to expand the protections afforded by the copyright without explicit legislative guidance is a recurring theme. ...Congress has the constitutional authority and the institutional ability to accommodate fully the raised permutations of competing interests that are inevitably implicated by such new technology. ...In a case like this, in which Congress has not plainly marked our course, we must be circumspect in construing the scope of the rights created by a legislative enactment which never calculated such a calculus of interest.”).

等並無能力終止會員接觸軟體交換功能³⁰，是以被告等所提供之整體服務（integrated service）與國內之案件亦有差異。

6.3 集中式或分散式之網路技術之差異在民事及刑事責任評價上具有相當之意義

按 P2P 之傳輸技術依網路經營者之中央伺服器是否設有檔名索引伺服器而區分為集中式與分散式，已如前述。在 Napster 案，聯邦地方法院及上訴法院以該網站設有中央檔案索引伺服器，知悉或有理由知悉使用者之直接侵權行為，且其對於使用者有監督能力為理由，認該網站應負輔助侵害及代位侵害之責任。至於 Aimster 案則法院對於技術上究為集中式或為分散式並未為調查，而僅以營運模式判斷該網站散布軟體已構成著作權之侵害。在 Grokster 案之聯邦地方法院及上訴法院之判決中，技術之區別顯已影響法官對於輔助侵害及代位侵害之法律責任，法院認為網站伺服器並未建立或操控任何目錄資料庫，網站所提供之技術協助並非實質重大，與輔助侵害之要件尚屬有間。至於代位侵害部分，則因網站無管理索引之中央伺服器，對於使用者之侵權行為自無監督能力，甚且關閉網站後，會員間仍能互為傳送檔案，故亦不能令其負代位責任。但美國聯邦最高法院在 Grokster 案之態度則與 Aimster 案之法官相同，不考慮網站之伺服器是否設有檔名索引伺服器等技術性特徵，而逕以營運模式，例如廣告及其他整體服務等，作為侵權判斷之依據。

據上分析，美國聯邦法院各級法對於技術特徵是否為影響判決結果之爭點似無一致之見解。惟美國聯邦最高法院既明顯表示應以營運模式為判斷基準，雖該案發回上訴法院重審而未確定，但其法律見解勢將高度影響未來上訴法院之判決結果，未來司法實務上確認分散式之網站經營者應負侵權責任應可預期。亦即，有關民事侵權責任之認定上，重在經營方式之判斷，是

³⁰ *Grokster*, 380 F.3d at 1165.

否設有檔名索引伺服器將無意義。

台北及士林地方法院檢察署均對 P2P 網站負責人以共同正犯提起公诉，兩起訴書均明確區分是否設有檔名索引伺服器與沒有設此類伺服器之網站之區別，而其起訴之基礎基本上乃係假定兩家 P2P 業者所採用之技術均以集中式為前提，認為設有管理檔名伺服器之經營者應與會員負共同正犯責任，其論述似隱含：如未設有此項伺服器，則網站負責人應不負著作權之侵權責任。

台北地方法院之 Kuro 案中，被告對於該公司所採用之 P2P 軟體係採集中式並不爭執，法院認為該軟體系統既係採用集中式，技術上有能力過濾其檔案名稱及內容，減少侵犯他人著作權為由，認網站之經營者與會員間有犯意之聯絡及行為分擔之論據因而認定成立共同正犯。

令人不解的是檢察官在起訴前並未對網站之技術模式資料為搜索扣押以保全證據並鑑定，致士林地方法院於審理 ezPeer 案時，兩造就系統是否集中式或分散式展開激烈之爭辯。法院為詳盡之技術分析後，認定並無證據顯示起訴前 ezPeer 網路平台 P2P 之架構採取集中式，至於起訴後使用之技術則經鑑定結果為未集中管理檔案名稱之分散式。法院雖稱區別 P2P 系統檔案搜尋模式為「集中式」或「分散式」於刑法評價上並無實益。惟本文認為，倘若果係如此，則法院何必花鉅大之資源為調查鑑定；又如果鑑定結果，該網站係採集中式，則法院在判斷網站之經營者與軟體使用者間是否有行為之分工或犯意之聯絡上，甚或有關網站之經營者是否已創造一個刑法所不容許之風險之爭點時，是否能得出同一之結果均有疑義。

6.4 實質非侵權使用原則援用成敗在美台判決中仍扮演決定性角色

所謂實質非侵權使用（Substantial Noninfringing Uses）原則係美國聯邦最高法院於 Sony 案所建立，該原則源自於美國專利法上之主要物流原則

(The Staple Article of Commerce Doctrine)³¹。美國聯邦最高法院認為，法院在考慮是否成立輔助侵權責任時，不應輕易允許專利權人將其專利之獨占範圍擴張至經特別許可專利之範圍外。一種商業物品使用之結果雖會造成專利權之侵害，但除非該物品沒有任何其他商業之價值，否則法院不應允許專利權人控制該商業物品之散布。換言之，物品如有侵害專利權以外之商業價值，專利權人即不得主張該商業物品之散布構成專利權侵害之輔助侵權。據此，聯邦最高法院在 Sony 案結論稱：「主要物流原則要求在滿足著作權人合法有效，而非僅象徵性之法律獨占保護需求，與保障其他人自由從事實質上與著作權之保護無關之商業領域之權利活動間求取均衡。因此，重製設備之銷售，假如該產品能廣泛地使用於合法且無異議目的之使用，應不會構成輔助侵權。事實上，此原則僅僅要求能夠實質上從事非侵權之使用即可。因此，問題在於是否 Betamax 能為具有商業意義之非侵權之用途。」³²我國通稱所謂科技中立原則應即指此而言。

如同本文以上所分析，P2P 之電腦軟體有多種產業價值，要不能因為該類軟體單純可能被使用於侵害著作權即禁止其使用³³。問題之關鍵在於：於判斷 P2P 軟體提供者或網站經營者是否構成侵權時，是否（及至何種程

³¹ Title 35 U.S.C. § 271.

³² *Sony*, 464 U.S. at 440-42 (“The staple article of commerce doctrine must strike a balance between a copyright holder’s legitimate demand for effective—not merely symbolic—protection of the statutory monopoly, and the rights of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce. Accordingly, the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses. The question is thus whether the Betamax is capable of commercially significant noninfringing uses.”). 此原則又稱為：「The Betamax Defense」。

³³ 縱在 *Napster* 案之法官亦承認單純之 P2P 軟體技術之提供不能構成輔助侵權。See *Napster*, 239 F.3d at 1020-21 (“Contributory infringement does not lie merely because peer-to-peer file-sharing technology may be used to infringe plaintiffs’ copyright.”).

度)應附加考量何種因素而已。換言之, P2P 軟體能具有合法用途並無異論, 但在何種條件下, 始有實質非侵權使用原則之適用而免除民事或刑事之侵權責任?

在 Napster 案, 美國聯邦地方法院判決 Napster 敗訴之理由之一即在於, 被告未能舉證證明其軟體系統能為商業上具有意義之非侵權目的之使用³⁴。在此判決中, 法院僅因舉證責任之爭議而未適用實質非侵權使用原則。但上訴法院則認為倘係系統之結構單純允許檔案交換並不會構成侵權, 本件係因為 Napster 明知侵權之資料 (infringing material) (即檔名) 已存在於軟體系統之伺服器內, 應即認已符合輔助侵害責任所要求之明知或有理由知悉之要件。是以在上訴審中, 被告是否盡舉證責任並非重點, 法院拒絕適用 Sony 案所稱之實質非侵權使用, 乃因被告軟體已提供檔名索引之服務, 至於是否有其他合法使用之空間並非重點³⁵。

至於 Aimster 案, 有關 Sony 案所建立之實質非侵權使用之判斷侵權基準, 聯邦法官稱本案與該案不同而不予援用。法官之理由有三。第一, 法官認為, 在 Sony 案判決, 因為時間移轉 (time shifting) 是一種合理使用, 故製造商不必擔負輔助侵權責任, 但在本案, 並無任何證據顯示 Aimster 實際上被使用為非侵權之目的, 亦無證據顯示 Aimster 之使用者對於此系統之主要利用 (primary use) 目的在於移轉未受著作權法保護之檔案。第二, Sony 案之「主要物流原則」係適用於具有複製功能機器之販售, 假若該機器可被廣泛使用於合法且無異議之目的, 則不構成輔助侵權。在該 Sony 案中之法官且注意到: 當侵權行為發生時, 直接侵害者與輔助侵害者間必須有進行中之關係 (an ongoing relationship)。但在本案例中, 法官認為 Aimster 與 Sony 案中之 Betamax 不同, Betamax 係獨立之產品, 先出售後再由消費者使用, 而 Aimster 則並非獨立分離的產品, 故無該主要物流法則之適用。第三, 並

³⁴ *Napster*, 114 F. Supp. 2d at 916-18.

³⁵ *Napster*, 239 F.3d at 1021.

無證據顯示 Sony 案所建立之原則，可保護未經授權而廣泛散布作為侵權目的之物品之行爲。Sony 案之使用者係家用且非對於公眾爲之的，而原來之廣播內容即不對觀賞者收費。但在本案之 Aimster 之使用者，則無關私人或家用，亦無關時間移轉。Aimster 系統使得每一位使用者變成一不限數量之全球性之散布者，其使用之方式亦無法限縮於家用或私人利用。第四，Sony 之法官引用地方法院法官之認定，認爲 Sony 之機器並未影響或鼓勵非法之複製，但在本案，法官認定被告並非無辜之設備提供者，顯與 Sony 案之情形有別³⁶。第七巡迴上訴法院同意地方法院有關被告未能證明其軟體有實質非侵權使用之情形，因而應負輔助侵權責任之理由³⁷。

在 Grokster 案，聯邦地方法院及上訴法院之法官採取與 Sony 案之法官相同之見解，認爲不能因科學技術可被使用於侵害著作權即令技術之提供者負侵權責任。地方法院之法官將分散式點對點軟體之性質視爲與 Sony 案之錄影機案例相同，認爲被告散布軟體及提供後續升級支援服務雖然屬實，惟揆其性質，被告等之行爲與出售家用錄影機或影印機之公司本質上並無不同，錄影機及影印機均能被使用且過去已被使用作為侵害著作權之工具，但仍允許其販售，是以輔助侵權責任並未能僅基於點對點檔案分享技術可被使用於侵害原告之著作權而成立。聯邦上訴法院法官亦強調 Sony 案之原則在衡量被告是否明知使用者是否直接侵害時居於關鍵性之地位，認爲假若產品本身不能作實質上或商業意義之非侵權使用，則著作權人只須證明被告具有「推定之侵害認識」（constructive knowledge of the infringement）即可，但假若此產品能爲實質上合法或具有商業意義之利用，則著作權人必須證明被告對於「特定被侵害之檔案」（specific infringing files）有合理之認知（reasonable knowledge），同時基於此認知而已怠於防止侵權³⁸。

³⁶ *Aimster*, 252 F. Supp. 2d at 652-54.

³⁷ *Aimster*, 334 F.3d at 653.

³⁸ *Grokster*, 380 F.3d at 1161.

但聯邦最高法院則採取相反之看法，認為聯邦上訴法院錯誤地適用 Sony 案所建立之實質非侵權原則，認為 Sony 案並無意忽視蓄意促成侵權之證據，而 Sony 案亦無意排除源自普通法以過錯為基礎 (fault-based) 之責任理論。只要證據顯示產品之特性或散布產品者知悉該產品可能作為侵權用途，而散布者亦以其陳述或以其行為促進第三人之侵權行為，則 Sony 案所揭示之「主要物流原則」(The staple article of commerce doctrine) 並未能排除產品散布者在此情況下之侵權責任。

國內台灣士林地方法院於 ezPeer 案之判決雖未引用美國 Sony 案之實質非侵權原則，惟通觀其判決，反覆指陳「ezPeer 軟體所可搜尋之對象並不限於音樂，其他如網站、影像、圖片及文章等等，均可搜尋，以檔案格式而言，亦不限於 MP3 音樂檔案，舉凡文字檔、圖片檔及影片檔等檔案格式，均為對象」³⁹，又稱被告提供 ezPeer 之機制既非只能使用於著作權侵害一途，其間仍有合理使用之空間及合法檔案之交換，顯見被告非基於侵害他人著作權之意圖而提供該機制，並進而推論被告對於各該會員特定之侵害著作權行為並非明知且有意使其發生而難以成立共同正犯⁴⁰。此段文字之內涵實即屬實質非侵權原則或稱科技中立之要旨所在。惟台北地方法院於審理 Kuro 案時，則稱：當科技之提供者明知其科技可能作為犯罪工具，為追求商業利益，竟對外以該科技具有此一功能為主要訴求推銷之，誘使他人付費使用或購買，則其對於他人利用此工具為犯罪之結果及因果歷程，自然係其事先可預見，且不違背其本意而具有不確定之犯罪故意⁴¹。

綜上可知，不論在美國或台灣，兩造於攻防之際，如何說服法院適用 Sony 案所建立之實質非侵權原則乃成為關鍵所在。一派認為只有被告能證

³⁹ 台灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號判決書第 30 頁第 3 段以下，司法院法院資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

⁴⁰ 同前揭註 39，頁 32-33。

⁴¹ 台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號判決書第 14 頁。司法院法院資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

明該軟體實質上可使用於合法之商業用途，則不構成侵權；另一派見解則認為如軟體之散布係以侵害他人著作財產權為主要目的，則雖然該軟體能使用於合法之用途，亦無礙於侵權責任之成立。此兩種不同之思考模式究如何適用，在未來美台之民事案件之審理及我國高等法院之刑事案件之審理時，將成為關鍵之爭點之一。

6.5 有關民事責任之認定，美國司法實務上勢將統一採取聯邦最高法院；我國司法實務上，亦幾承認集中式及分散式均應構成民事侵權；惟美台侵權行為構成要件不同，分散式之軟體提供者能否構成共同侵權或造意、幫助，非無商榷之空間

有關集中式軟體之供應者或散布者之民事責任，自美國聯邦法院之 *Napster* 案以後，已成定論而無挑戰之空間。至於分散式之軟體，在美國之聯邦地方法院、上訴法院與最高法院間之見解不同，*Grokster* 案雖係廢棄發回第九巡迴上訴法院重審而未確定，但最高法院之意見清楚而有力，對上訴法院應形成強大之影響力，其結果定於一尊而認為民事上應構成侵權責任應不意外。

在我國，有關 P2P 軟體之散布者或網站之經營者應否負民事侵權責任一節，迄目前並未有任何判決案例。其間雖然存在有關假處分之裁定部分，我國假處分裁定之取得並未設有類似美國民事訴訟法所要求要有一定之勝訴可能之要件⁴²，故無從以聲請人取得准許假執行之執行裁定，即推論司法實務對 P2P 軟體散布相關之爭議，已表示任何特定見解。

台北地方法院在 *Kuro* 案認定網站之負責人有罪之判決，當然已可確認

⁴² See *Napster*, 239 F.3d at 1013 (“Preliminary injunctive relief is available to a party who demonstrates either: (1) a combination of probable success on the merits and the possibility of irreparable harm; or (2) that serious questions are raised and the balance of hardships tips in its favor.”).

該判決意旨認定網站負責人構成違反著作權法之民事侵權責任，是以在集中式之 P2P 軟體，其網站經營者之民事責任依該判決之意旨幾可認定。至於在分散式 P2P 軟體之情形，因刑事案件判決無罪，故亦無從推論刑事庭法官對網站經營者民事責任之態度，惟前揭士林地方法院之判決於宣示被告無罪時亦承認：「以民事責任之立場而論，容或可以把電腦軟硬體的認知等同於認被告全球數碼公司之認知」⁴³，該刑事判決之意旨似隱約指明網站之經營者應負民事侵權責任。

國際著作權公約目前尚未及對著作權侵害之間接侵權責任明文表示意見，但綜觀局勢，承認著作權之侵權責任幾已無可避免。例如，日本及韓國均分別對於 P2P 網站負責人判決構成民事侵權⁴⁴。在我國民法體系上，傳統上並無所謂輔助侵害之間接侵權概念⁴⁵，而代位責任之適用亦嚴格限於僱用人與受僱人間之關係，是以輔助侵權之概念涵攝於我國民法時，僅能就民法第 185 條第 1 項及第 2 項之規定為考量而已。本文見解以為，民事共同侵權之責任本不以具有共同行為人間具有意思之聯絡為必要，甚至過失亦可構成共同侵權⁴⁶。是以在集中式 P2P 網站，其經營者既有提供檔名索引之搜尋服務，已構成行為之分工而具有行為之關連性，屬民法第 185 條第 1 項之共同侵權行為人，至少亦可認為該經營者對於會員之重製行為予以助力，促成會

⁴³ 同前揭註 39，頁 33，第 2 行以下。

⁴⁴ 日本東京高等裁判所於 2005 年 3 月 31 日對 Nippon Columbia, Co., Ltd., et al. v. Yugen Kaishia Nippon MMO 案作成判決，維持東京地方裁判所之判決，確認 P2P 之音樂交換網站構成著作權之侵害；韓國水原地方法院於 2002 年 7 月 9 日於 Asia Media, Inc., et al. v. Yang, et al. 案判決被告 Soribaba 之 P2P 網站構成侵權。引自學者孫遠釗於致作者及智慧財產局陳淑美組長之電子郵件（2005 年 8 月 23 日）。

⁴⁵ 美國著作權法上之輔助侵害（contributory infringement）責任係經由案例形成之普通法上概念，乃指對於他人之侵權行為引誘（inducing）、促成（causing）或為實質重大之貢獻（materially contributing）而言，與中文「輔助」之意義實不該當。

⁴⁶ 司法院 66 年例變字第 1 號（司法院 66 年 6 月 1 日 66 院台參字第 0578 號令變更最高法院 55 年台上字第 1798 號判例）、最高法院 67 年台上字第 1737 號判例參照。

員侵權行為之實施，而應構成同條第 2 項之幫助人⁴⁷。

雖然如此，在分散式之情形，能否構成第 185 條第 1 項之共同侵權行為人或同條第 2 項之造意或幫助人則有疑義。按在美國侵權行為法，如同美國最高法院所指出，以廣告鼓勵不特定之公眾為侵權行為，只要認定是故意引誘，該刊登廣告者即應負間接侵權行為責任⁴⁸，但在我國民法第 185 條第 1 項及第 2 項之情形，能否如此解釋則尚有疑義。

按民法第 185 條第 1 項之共同侵權行為，固不需行為人間主觀上有意思聯絡，且此數人不以親自實施加害為必要，利用他人之行為亦屬之，但此數人均須應具備侵權行為之要件始能成立⁴⁹。在分散式之情形，其搜尋、重製及傳輸均與網站之經營者無涉，網站之經營者並未參與侵權行為，亦未利用他人達成其侵權之目的，其本身似未具備侵權行為之要件，縱如前揭士林地方法院之判決所示，以民事責任之立場而論，容或可以把電腦軟硬體的認知等同於認為係網站經營者之認知，但單純此項認知能否即推論網站經營者即係有構成要件行為之分工或利用他人犯罪之意思，而即構成第 1 項之共同侵權行為，仍有待商榷。

再者，就第 2 項之造意人及幫助人而言，此項造意或幫助之內涵，通說上咸認「其意義相當於刑法上之教唆及幫助」⁵⁰，果爾，則依刑法之基本理論，教唆犯及幫助犯均必須對特定人或得以特定之人為之，且教唆及幫助之犯罪行為亦必須特定或可具體化之犯罪事實。如果只是誘發他人從事完全

⁴⁷ 最高法院 57 年台上字第 2375 號判決參照。

⁴⁸ Kalem Co. v. Harper Brothers., 222 U.S. 55, 62-63 (1911) (At common law, a copyright or patent defendant who “not only expected but invoked infringing use by advertisement” was liable for infringement.).

⁴⁹ 王澤鑑，「特殊之侵權行為(二)——同侵權行為(上)」，台灣本土法學雜誌，第 59 期，頁 64 (2004)。

⁵⁰ 同前揭註 49，頁 72。但有關主觀之認知部分，德國民法係將教唆及幫助人列為故意犯，惟我國司法院例變字第 1 號採行為關連說，將民法第 185 條第 1 項之共同侵權行為解釋為包含共同過失在內。

概括的、未充分具體化之犯罪，則不符特定性之要求⁵¹。換言之，教唆或幫助者固不需要認識將違犯之犯罪事實細節，但至少應對個別化之具體事實有所認識。準此而論，分散式之網站負責人僅提供軟體，但對於利用軟體之會員何時重製、傳輸或對何種著作重製、傳輸均無認識，能否即謂有教唆或幫助，亦非無討論之空間。我國智慧財產局即鑑於美國侵權行為法上之間接侵權責任體系與我國民法尚屬有間，因之準備在草擬中之「數位內容產業發展條例」中以立法方式引入美國法上之代理侵權責任、引誘侵權責任及加工侵權責任，並明定所稱之引誘係「故意」對於「不特定之一般人」而言，而不限於對特定人為之⁵²。

6.6 民事與刑事責任構成要件不同，其結論可能各異；而刑事責任之認定，更應嚴格遵守罪刑法定主義；在分散式，不僅沒有行為之分工且與會員間缺乏心理之接觸及為共同為犯罪行為之決意

按民事侵權責任之構成要件與刑事責任之構成要件不同。在民事責任，故意與過失均可構成侵權，而著作權法上刑事責任之成立，則以行為人具有故意為必要。再者，共同侵權之成立，依司法實務之見解，過失亦可共同侵權，是以共同侵權行為人間，不必具有意思聯絡或共同為侵權行為之決意，亦不必有心理之接觸，此與刑事法上共犯之成立要件完全不同。如以民事案之判決援引以為刑事案判決之基礎，則差之毫釐，失之千里。是以無論

⁵¹ 林山田，刑法通論（下），頁 95、109（2005）。

⁵² 參見智慧財產局 2005 年 8 月 5 日有關數位內容產業發展條例之諮詢會議資料。智慧局擬明定：「故意引誘他人侵害著作財產權者，為第 3 項之造意人。」又規定：「第 5 項所稱之引誘，指教唆、煽惑、說服或其他相類似之行為；所稱之故意，如一般人對於上述之引誘行為，基於引誘之人可獲得之資訊，包括其營業是否依賴被引誘者的侵害行為，可判斷引誘之人有引誘侵害之意圖者，即屬之。」揆其意旨，引誘係以故意為要件，且係對於不特定人為之，其立法意圖即在於擴充目前民法第 185 條第 2 項造意及幫助人之內涵，以補目前體制內救濟之不足，並與美國接軌。

P2P 網站之經營者之民事責任是否成立，於考慮其經營者刑事責任之際，必須嚴格遵守憲法上之罪刑法定原則，拋開他國民事責任之判決結果，而獨立就犯罪之構成要件為判斷，不可違反逾越立法機關所賦予之權利而擅自擴張解釋。

台北地方法院於 92 年訴字第 2146 號有關 Kuro 案之判決以被告設有集中管理之檔名為由，認為有行為之分工及犯意之聯絡。就行為之分工而言，固甚妥適，但就共同之犯罪決意或心理之接觸而論，判決書逕行為此論斷，說理尚非清楚。惟按網站之經營者既係採檔名集中管理機制，會員與該檔名索引伺服器連結並進行檔名搜尋，而網站提供此種服務供其非法重製下載時，網站經營者與會員間，在該時刻即已可認有心理之接觸而具有共同之犯罪決意，此際網站之經營者雖不知會員之真實身分，但該會員既可特定，其搜尋待非法重製之檔名之行為亦可特定，自不影響刑事法上共同犯罪決意必須以特定人及特定行為為對象之要求。

惟台北地方法院在前揭 Kuro 案之判決中，於論述科技中立不足為被告免責之理由時，卻導出販賣或促銷該科技者即具有與利用該科技為犯罪行為者相同之不確定之法律故意，此種論理之邏輯尚欠嚴謹，有過度跳躍之虞。毋庸置疑，網站之經營者於提供軟體及廣告時就該行為具有行為之故意，但不等同於對於會員之重製權侵權具有不確定故意。法院認定網站之經營者有著作權侵權之故意，理應自網站之經營者參與共同謀議或參與分工時之行為著手，例如，於特定人執行該軟體向伺服器請求協助搜尋具有該檔案內容之網址時，予以提供協助，不僅是具有行為之分工、共同犯罪之決意，且可謂對該特定人之特定行為具有分工之犯罪之故意。在美國聯邦法院之見解亦然，美國聯邦第九巡迴上訴法院之法官即同意地方法院法官之見解，宣稱：「地方法院已經發現當使用者交換具有著作權之檔案時，Napster 對此有實際且可推定之知情。」⁵³足見美國法院亦認在集中式之檔案交換軟體，軟體

⁵³ *Napster*, 239 F.3d at 1020 (“The District Court found that Napster has both actual and

之散布者因為設有中央伺服器提供檔名搜尋，故對於使用者交換之特定行為有具體之認識。是以科技中立之辯解雖不足為免責之基礎，但亦未必能直接導出網站之經營者係明知其會員侵權，而與之有共同犯罪之不確定故意，而應自其協助之行為分析網站經營者之心理活動，方屬正理。

在士林地方法院 92 年度訴字第 728 號有關 ezPeer 之判決之情形則與台北地院 Kuro 案判決有異。按在 Kuro 案，網站之軟體係採用集中式而設有檔名索引伺服器協助會員搜尋，但在 ezPeer 案，法院經調查後認定起訴前網站軟體採何種技術無法判斷，但起訴後採用分散式則可確定。準此，網站之經營者既未以檔名索引伺服器協助會員搜尋，則如何具備共同正犯所需之行為分工之要件？再者，網站之經營者既不知何人於何時下載具有著作財產權之檔案，則如何與侵權之會員間有共同之犯罪行為決意或心理之接觸⁵⁴？

至於是否可能構成刑法上教唆犯或幫助犯之要件一節，如前所述，教唆犯之成立必須對特定之人（或得特定之人）及特定之罪為教唆始能構成，在分散式之情形，網站之經營者如何得知特定之人並對於特定之著作之侵害進行教唆？至於幫助犯之成立，固不以幫助犯與正犯間有心理之接觸為必要，但幫助犯必須對正犯之身分特定或可得特定，且其對特定人幫助行為必須基於刑法上不法之目的始得構成。在分散式之網路架構，網站之經營者既未提供檔名之搜尋服務，如何得知特定之正犯將進行特定不法行為？又縱然幫助者明知特定之會員將進行下載之行為，但除非幫助者明知其所下載之行為係屬犯罪，該幫助行為亦不構成犯罪。原審判決即引用德國學者見解將 ezPeer 之經營者定性為中性幫助⁵⁵，其判決之法理論述確屬擲地有聲。

再者，有關商業促銷方法是否即可構成刑事責任一節，美國聯邦最高

constructive knowledge ant its users exchanged copyrighted music.”).

⁵⁴ 有關共同正犯之犯意聯絡、共同之行為決意及心理接觸之討論，林山田，前揭註 51，頁 65 以下。

⁵⁵ 台灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號判決書第 36 頁。司法院法院資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

法院在 *Grokster* 案固然認為被告以廣告鼓勵不特定公眾非法下載音樂著作，自應負侵權責任，並稱網站經營者非法之目的係無可置疑云云，惟我國之民法體系並未明採間接侵權制度，是否該當於民法第 185 條第 2 項之造意或幫助亦有疑義，是以在美國案例法體系上有判例可資遵循並不同於在我國之援用並無窒礙難行之處。況在刑事責任上，更涉及罪刑法定之問題，以廣告促銷並非謂登廣告者即與受影響之公眾間之犯意聯絡、行為之分擔、心理之接觸或共同之犯罪決意。舉例言之，以廣告行銷專破解某著作之防盜拷措施之軟體，廣告中並明白列舉可藉此複製特定著作之種類或數量，其廣告之對象係針對公眾，經由市場體系行銷之對象亦係不特定人，如有人購買該軟體用以破解該著作之防盜拷措施，並進而重製該著作，在 2004 年 9 月 3 日新著作權法修正生效前，此種行為在著作權法上並無處罰之規定，在當時係屬刑罰漏洞。直到現行著作權法修正時，始在著作權法第 3 條第 1 項第 18 款增訂防盜拷措施之定義，並在同法第 80 條之 2 第 1 項及第 2 項規定防盜拷措施之保護，至此，有關規避接觸控制及規避利用控制之準備行為方屬刑罪科處之對象⁵⁶。準此，單純以廣告之刊登即推論應負著作權侵害之責任，而無視並審究共犯要件是否該當，其論理邏輯尚有瑕疵。*ezPeer* 案之判決採取法律漏洞說而判決無罪誠令人贊同。

最後，再檢視士林地方法院認定網站經營者無罪之理由。法院顯係以「提供 *ezPeer* 網站平台是否就是基於侵害他人著作權之意圖而設立」為是否具有犯意聯絡而成立共同正犯之爭點⁵⁷。此觀念之源起及進而形成爭點之經過令人好奇。我國刑法固有理論及實務上就共同正犯之構成均未以是否基於侵害他人權利之意圖為判斷基準，而僅純就共犯間是否有心理之接觸、是否有犯意之聯絡及行為之分擔為審究。析言之，網站之經營者縱係基於侵害他人著作權之意圖而設立，但其既採分散式，何人於何時下載何檔案即無具

⁵⁶ 參見拙著，著作權法論(二)，頁 485 以下 (2005)。

⁵⁷ 同前揭註 56，頁 30。

體之認知，則如何單純以刊登廣告即論定刊登廣告者與受廣告影響而採取行動者間，具有犯意聯絡及行為分擔。士林地方法院列此為爭點，如僅係作為判斷被告設網站提供軟體時，對於其軟體主要供為非法侵害他人著作權具有犯罪直接或間接故意固尚妥適，但如進而因為具有此犯罪故意即可推論可成立共同正犯，則邏輯之正確與否似值得商榷，而此項命題之爭點如為高等法院將來審理時所接受，則可能因此爭點之法律或事實見解不同而構成翻案之原因。

7. 軟體利用者（會員或網友）之責任比較分析

7.1 軟體之利用者以 P2P 軟體未經授權，自其他會員電腦下載及上傳有著作財產權之檔案，依美國及我國著作權法，均認為係構成著作權法上之重製及公開傳輸（在美國為散布）之行為

按凡以數位之形式，將資訊儲存（saving）於媒介物之行為，其著作內容既係有形而可藉由機器感知，該行為即符合著作「重製」之要件。職是，將電影、多媒體、圖畫、錄音、照片等著作存入硬碟、軟碟、磁帶、快取記憶體（cache）、ROM（唯讀記憶體）、唯讀光碟（CD-ROM）、可寫一次讀多次光碟（WORM；CD-R）、可多次讀寫光碟（MO；CD-RW）、影音光碟（VCD）、數位光碟（DVD）、相片光碟（Photo CD）等均屬重製。又檔案在網路傳輸並下載時，通常必須存於使用者電腦硬碟、軟碟，無論使用壓縮技術與否，當然構成重製。台灣高等法院 85 年度上訴字第 4501 號判決即稱：「以電子形式儲存之著作由網路下載（download），使其內容再現於另一不同之儲存媒介，自應認為構成重製。」前揭士林地方法院⁵⁸及台北地方法院判決對於重製之定義亦作同一之認定。所應考慮者僅在於是否構成

⁵⁸ 同前揭註 56，頁 24。

合理使用而得以主張阻卻違法而已。

7.2 軟體之利用者以自有之合法著作重製物自行重製為數位檔案僅係屬空間移轉，無論在美國或我國著作權法，均應認係合理使用，但如以該檔案供其他會員以 P2P 軟體下載使用，則係另一問題

美國聯邦最高法院在 *Sony* 案確立了「時間轉換」⁵⁹為合理使用之觀念，為科技之利用與著作人權利之平衡奠定基本原則。在 *Diamond* 案⁶⁰，聯邦地方法院及上訴法院亦提出「空間移轉」以為呼應，使科技設備之應用更上層樓。是以，消費者如係基於自己需要而就合法取得之 CD 為轉錄，具備同一性，可主張空間移轉之合理使用；如係為自己收視之用而將電視節目以錄影機錄下，以便空閒時觀賞，可主張時間移轉之合理使用，均不構成著作權之侵害。在我國，著作之空間移轉及時間移轉亦可引用著作權法第 51 條之規定成立合理使用（但著作權法第 59 條對於電腦程式之備用存檔另有限制）。如重製之機器不合於第 51 條所稱「非供公眾使用之機器」規定，則

⁵⁹ *Sony*, 464 U.S. at 449-50 (“time-shifting for private home use must be characterized as noncommercial nonprofit activity.”). 又就我國著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所稱之非營利行為，在前揭台北地方法院之判決中稱：「顯非為非營利之教育目的」（92 年度訴字第 2146 號判決書第 12 頁），揆其意旨，似認所謂非營利行為需限於教育目的，然此種見解值得商榷，美國國會在訂立其著作權法第 107 條時，並無意將非營利行為限縮在教育目的。See *Sony*, 464 U.S. at 448 note 32 (“This amendment is not intended to be interpreted as any sort of non-for-profit limitation on educational uses of copyrighted works.”).

⁶⁰ *Recording Indus Ass'n of Am. (RIAA) v. Diamond Multimedia System Inc.* 29 F. Supp. 2d 624 (C.D. 1998) ; *Recording Indus Ass'n of Am. (RIAA) v. Diamond Multimedia System Inc.* 180 F. 3d 1072, 1079(9th Cir. 1999) (“Rio [a portable MP3 player] merely makes copies in order to render portable, or “space-shift”, those files that already reside on a user’s hard drive...Such copying is a paradigmatic noncommercial personal use.”).

可引用著作權法第 65 條第 2 項主張合理使用⁶¹。上揭情形，皆限於自用之情形，如將以空間移轉或時間移轉所重製之檔案放進對其他會員公開之資料夾供他人下載，則係另一問題有如下述。

7.3 美國聯邦法院判決所顯示，如使用者於下載檔案時自身無合法重製物，則無論是源自何種網路架構，未經授權即將他人有著作財產權之著作以 P2P 軟體重製及下載，只要因此減省購買費用，均不構成合理使用，應構成重製權及散布權之侵害。我國著作權法亦應作相同之解釋。是以凡未經授權而重製及公開傳輸者，不論有無營利意圖，依現行著作權法，均構成重製權及公開傳輸權之侵害

美國聯邦地方法院認為在 Napster 案中之使用者已侵害重製權及散布權，在我國則是重製權及公開傳輸權之侵害。至於民事與刑事責任之區別，我國自 2004 年修正著作權法後，即放棄以是否意圖營利及重製、傳輸件數或損害額為判斷是否構成刑事責任之標準。前開士林地方法院判決就網站會員下載 MP3 音樂檔是否構成侵權部分，判決中即認定：會員透過資訊通信網傳送或被搜尋的數位著作物等情報再轉換為數位型態，並儲存在電子紀錄媒體之行爲，該當於著作權法之重製及公開傳輸；其行爲結果並已生市場替

⁶¹ 但章忠信先生持不同見解，在 2003 年交通大學科技法律研究所舉辦之全國科技法律研討會中表示：「著作權法允許利用人得就著作重製物進行備份者，僅有合法電腦程式著作重製物之所有人可依第 59 條為之，其他著作則無備份之依據，縱使依第 65 條是否有備份之空間，亦非無疑義。著作重製物是消耗品，應和其他消耗品如衣服鞋子一樣，壞了就要買新的，若擔心所買的原版 CD 刮傷，使用自己的燒錄機燒錄一份備份，以備份的一份來收聽，或為方便利用，存入硬碟，於是買了一份原版可以用一輩子，該項備份之重製顯然會影響該著作銷售之潛在市場，能不能主張合理使用，是有疑問的。只是在實際上，似乎沒有人認為是違法的，也未見有著作財產權人就此主張權利。」

代效應，應非合理使用，應構成著作權法之非法重製及公開傳輸罪⁶²。台北地方法院 Kuro 案之判決中亦揭示：利用 Kuro 軟體之會員之下載數量顯有商業利益，且大量下載之結果，將造成唱片公司光碟之銷售量下降，影響創作人之創作意願，故判決該會員有罪⁶³。準此而論，我國司法實務上，利用 P2P 軟體下載未經授權重製及公開傳輸之著作在民事及刑事責任上構成侵權應無異論。

7.4 依美國聯邦法院判決所顯示，網路利用者未經授權即將他人有著作財產權之著作重製及下載，倘該使用者已有或將有同一版本之 CD，仍屬合理使用而無侵權問題。我國著作權法亦應作同一解釋。是以網路之利用者以 P2P 軟體下載其已有 CD 之同一版本之 MP3 格式檔案，應不構成著作權之侵害

在 MP3.com 案⁶⁴，法院僅就網站經營者論其責任，美國唱片業協會及聯邦法院並無片語論及該案之網路使用者有何侵權責任，揆其原因，似不外係因使用者既擁有或將有合法之 CD，縱下載之音樂檔與所擁有 CD 非屬同一，但仍屬廣義之空間移轉概念之範圍，且其下載係於個人使用，既非轉

⁶² 台灣士林地方法院 92 年訴字第 728 號判決書第 25-26 頁。解釋上，個人自為節省購買音樂 CD 之開支，而自其他會員下載置於 MP3 機器播放自己欣賞，雖非意圖營利，但因係整首下載，已超過合理之範圍，且既目的在節省花費，即屬於著作權法第 65 條第 2 項第 1 款所稱之商業目的而非屬著作權法第 51 條所稱之合理使用，應構成刑事侵權。但士林地方法院判決稱：「著作權之主管機關經濟部智慧財產局之網站對於民眾也以電子郵件表示，為供個人使用而由網路上少量下載檔案的這種重製行為，屬於合理使用範圍。」此段雖引用智慧財產局函，如解讀為一般著作少量下載構成合理使用固屬正確，但不宜過度解讀為下載音樂自用仍屬合理使用，蓋因整首下載已嚴重影響著作財產人之經濟利益，且節省開支，依美國法院判例，即具有商業目的，已超出著作權法第 51 條所稱之「合理範圍」。

⁶³ 台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號判決書第 12 頁。

⁶⁴ UMG Recordings Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000).

售，亦未因而節省其購買之花費，同時亦未影響唱片業者現在或潛在之市場經濟利益，故仍認係合理使用。

我國著作權法學者對於類似 MP3.com 之情形未有討論。依本文作者之見解，消費者所下載之重製物雖與其所持有之合法 CD 非屬同一，但如參考著作權法第 65 條第 2 項各款之情形，其既未因此節省購買之花費，即未具商業之性質。又該行為對於著作權人之潛在市場及現在之價值亦均無不良影響，應認係合於著作權法第 51 條之合理使用之規定。惟倘對於是否合於「非供公眾使用之機器」存有疑義，則可適用同法第 65 條第 2 項所稱「其他合理使用之情形」之規定，而不構成著作權之侵害。是以在以 P2P 軟體下載他人 MP3 格式之音樂之情形，如該使用者本即有該音樂版本之 CD，應可認為不構成著作權之侵害。

7.5 網路利用者藉 P2P 軟體提供合法或非法檔案供無數網友下載，應負民事侵權責任，至於是否應負刑事重製罪及公開傳輸罪之共犯，在證據法則及幫助犯之構成要件上，仍有爭議之空間

美國聯邦法院對於點對點軟體使用者以其公用檔內之檔案供無數之其他使用者下載，應負民事侵權責任歷來均予肯認，我國著作權法上就民事責任，亦應作同一解釋。至於刑事責任則有商榷之餘地。按著作權之刑事責任以故意為必要，網路使用者於下載他人音樂時，可能將該樂曲所儲存之檔案設定為與網友共享之檔案，則該檔案所儲存之樂曲將同時供數以十萬或百萬計之網友下載。該網路使用者將他人著作置於公眾可得接收之狀態時，固已侵害他人之公開傳輸權（向公眾提供即已構成），但倘該網路使用者對於提供其資料夾內之檔案供公眾使用並不知情（下載軟體時自動設定為共享檔資料夾），是否就該部分科以故意之刑責即有爭議。又縱該使用者對於以其共享檔內之樂曲供網友下載，雖係明知或有不確定之故意，但其並不知何人於何時下載之具體內容，是否即該當於重製罪之幫助犯或共同正犯亦顯有討論

之空間。前揭台灣士林地法院之判決即認為共同正犯必須與行為人間具有共同之犯罪決意，至於幫助犯亦以幫助者知悉被幫助之會員所傳輸之檔案，並能以之判斷各該會員是否正欲或所欲從事之違反著作權法犯罪為要件。是以網站之會員以檔案供其他會員下載，是否能構成刑事責任非無爭執之空間。

8. 結論

按 P2P 軟體具有高度之產業價值，此乃無可置疑之事實；又 P2P 軟體縱使用於音樂或視聽著作之交換時，亦涵蓋有合法之著作交換，此亦為多數判決所認定，是以對於網站經營者而言，實質非侵權原則可適用至何種程度，乃是高度爭議之所在。至於 P2P 軟體之利用者應構成民事及刑事之著作權侵害幾無異論。

就民事責任而論，雖幾可確定我國司法實務見解將與美國聯邦最高法院見解相同，認定 P2P 網站之經營者應負著作權之侵害責任，但就比較法之觀點言，美國侵權行為法上之輔助侵權概之內涵是否與我國民法第 185 條第 2 項之造意人及幫助人相同，而得逕行比附援引仍非無疑義。

就刑事責任而論，罪刑法定係憲法之基本原則，而犯意聯絡及行為分擔乃為共同正犯之構成要件；至於教唆犯或幫助犯，雖不以心理之接觸為必要，但對於被教唆者或被幫助者之身分則亦必須特定或可得特定。在集中式之 P2P 軟體，雖有行為之分擔，但就網站之經營者與利用者間如何有心理之接觸、如何有共同之犯罪決意或如何擬制其存在，均有待法理之建構；但無論如何，利用者既上網請求協助搜尋，其身分即可特定或可得特定，至少應可成立幫助犯。

然在分散式之網路結構則有不同。該類軟體之經營者並未設檔案索引伺服器以協助利用者搜尋，則既無重製或公開傳輸行為之分擔，又與利用者間無實際共同犯罪決意或心理接觸之事實，民事上容應承擔共同侵權責任，但與共同正犯及幫助犯之要件則尚屬有間。準此，分散式網站之經營者，提

供軟體並以廣告鼓勵他人非法侵權之行爲，具有違法性或應科以刑法之罪責，但就如同我國對於科技保護措施之規避行爲另設反盜拷條款科以刑責一般，乃屬應如何另行立法予以規範之問題，要不能削足適履，徒以網站之經營者架設 P2P 之動機是否以侵害他人之著作權目的，作為判斷是否構成刑事責任之基準，因而扭曲刑法構成要件該當之嚴格要求力。要之，在分散式之網路架構，士林地方法院之法官稱之為刑法漏洞誠屬正確之論。

參考文獻

中文書籍

林山田，《刑法通論（下）》，自刊，增訂 9 版，台北（2005）。

羅明通，《著作權法論(二)》，台英國際商務法律事務所，6 版，台北（2005）。

中文期刊

王澤鑑，〈特殊之侵權行為(二)——共同侵權行為（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，第 59 期，頁 59-73，2004 年 6 月。