

## 從我國 ezPeer/KURO 二著作權案判決——談 P2P 網站提供會員重製與傳輸之法律責任

陳家駿

台灣資訊智慧財產權協會副理事長、執業律師

今(95)年3月17日聯合報報載，AVpeer飛樂網被十家唱片公司控告其P2P網站違反著作權，求償十億元，其實這二年來，智慧財產權最值得注意的訴訟，非ezPeer與KURO二件著作權案例莫屬！三年前台灣多家知名唱片公司，聯手控訴我國二家最具規模之P2P網站業者---全球數碼與飛行網提供會員重製與公開傳輸他人有著作權檔案，構成著作權侵害，經檢察官提起公訴後，分別由地方法院作出第一審判決，只不過全球數碼的ezPeer被士林地院判無罪(92年度訴字第728號)，而飛行網的KURO卻被台北地院依常業犯判處有罪(92年度訴字第2146號)，因這二個網站在技術架構或運作模式上均頗類似，判決結果卻天差地別，引起很大爭議，而之所以如此，即在於其技術上顛覆傳統之侵權模式，導致法律上產生極端不同之評價，再加上網站使用者也被判有罪，引起社會極大關切，以下茲就ezPeer與KURO兩案作比較剖析。

### 法院所認定之 P2P 技術與 ezPeer/KURO 網站運作方式

P2P(Peer-To-Peer)是一項網路上分享傳輸檔案的技術，KURO案台北地院認為P2P架構為：「點對點分散式網路架構，係一種在兩台以上電腦間，彼此直接分享對方電腦資源的網路傳輸型態，欲利用飛行網交換MP3檔案者，可下載KURO客戶端軟體註冊為會員，繳費後執行客戶端軟體，連結上飛行網網站網頁伺服器及驗證伺服器主機，驗證主機會查驗會員身分及有無繳費，通過驗證方能登入轉址主機，轉址主機則指派一檔名索引伺服器與會員連線（檔名索引伺服器，又稱檔名資料暫存主機），此時客戶端軟體即將會員電腦內MP3格式之錄音檔案，自動設定為分享資

料夾，並將其內所有檔案之演唱者名稱、歌曲名稱、專輯名稱、存放路徑、傳輸埠號、檔案大小、及經由ADSL所配賦之網路節點IP位址、連線速度等資訊，自動上傳至飛行網之檔名索引伺服器予以紀錄，以建立集中檔名管理之資料庫，供所有連線之其他會員輸入演唱者名稱、歌曲名稱及專輯等關鍵詞句之方式，即可快速自前述資料庫中搜尋MP3音樂檔案，該分享夾內之檔案即處於可供其他會員下載之狀態。

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

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

## 網友使用P2P機制於重製與公開傳輸間之關聯

從P2P平台機制看，在網友使用P2P業者提供的軟體，進行搜尋而發現其所要下載的檔案時，透過該軟體得以從其他會員電腦中將該檔案下載，這在法律上構成重製；其次，會員之所以可以搜尋並下載該檔案，相對的當然是有其他會員同儕，當初就已經先透過P2P的軟體機制，將其想要供他人分享之檔案，置於資料分享夾當中，而這種在網路上提供給他人上傳的行為，則構成公開傳輸。在會員網友間彼此傳送時，重製與公開傳輸可以單獨也可以合併，亦即如網友只下載其他人的分享檔案，而自己不提供上傳，就只構成重製；但如下載他人檔案後又將他所下載的歌曲提供上傳，此時就同時觸犯重製與公開傳輸權(直接提供MP3檔案上傳)。

## P2P網站業者在刑法上重製與傳輸之構成要件該當性判斷

從P2P架構可知，所有重製與公開傳輸實際之「物理」動作，均由使用者所為，P2P業者是否實行犯罪構成要件即產生爭議，故ezPeer案之法官認為「從構成要件看，被告未從事擅自重製或公開傳輸他人著作之構成要件行為。不論在自然行為或社會事實的觀察上，被告己手並無重製或公開傳輸他人之著作，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，直接評價該當於重製公開傳輸構成要件之實施，非無斟酌餘地。」

惟以上地院觀點似值商榷，蓋刑法上之構成要件該當，從未以自然行為或「己手」為限，固然重製與公開傳輸之「物理動作」均係使用者所為，但下載傳輸因故中斷時，使用者之行為即中止，而由ezPeer進場---其主機設計提供續傳功能，此時屬ezPeer自己親身參與重製及公開傳輸行為，這點ezPeer案地院認定即有疏漏！因如認為ezPeer並非實際之行為者故構成要件不該當，顯然忽略刑法上以積極作為支配促使不法構成要件行為實現，構成要件仍屬該當，無侷限於狹義構成要件框框內之必要。且從社會事實觀察，會

員利用ezPeer網站從事重製傳輸，會員唯一的行為只是按鍵，網站如提供並參與犯罪構成要件從啟動至完成之所有關鍵積極作為，即一切使構成要件該當之必要條件均由被告完成，構成要件仍屬該當。

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

## 會員使用者重製與傳輸之犯罪故意判斷

被告中之使用者屬於一般消費者，係付費向業者購買檔案交換服務，因此有人認為消費者可能欠缺不法意識，但KURO案法官認為：「所謂不法意識，乃指行為人認識其行為違反規範或社會規範而與社會共同生活秩序維持之要求相抵觸之意。一般言，只須行為人於行為時有此認識即為已足，不以行為人確實認識其行為違反某刑罰法規或其行為具有可罰性為必要。任何人不得擅自重製有著作權之著作，此乃一般國民及社會大眾普遍認知，使用者自不得諉為不知，且其違法重製曲數高達九百七十首，主觀上更不可能相信其行為係合法，而無不法之意識，至於重製份數在法律上如何計算，此乃法律解釋問題，與有無不法意識無涉。刑法第十六條前段規定：不得因不知法律而免除刑事責任，是使用者所為其無不法意識之辯解，亦不足取。著作權法第九十一條第二項將未取得著作權人之同意，非意圖營利而擅自以重製方法侵害他人著作財產權之行為明文列為處罰之對象，且其處罰之重點在於重製之行為。至於重製所利用之工具為何，是否係利用P2P軟體，則無限制，因此本件就

被告使用者以P2P軟體下載之行爲自無法律規範不足，不能以刑罰罪責相繩之問題。」

## P2P網站業者之犯罪故意 v. 科技中立

當一新興科技衍生法律爭議，被告皆會以科技中立作爲抗辯，但P2P本身爲中性，並非當然違法，端視行爲人如何運用，絕非謂採用某一科技而導致侵害著作權時，可藉科技中立取得豁免，仍應視被告主觀之犯意而定。KURO案法官即認爲：「被告所提供KURO軟體固爲一中性之科技，該科技本身並無合法與否問題，端視行爲人如何運用之。惟當科技之提供者明知其所提供予他人使用之科技，可能被用以作爲犯罪之工具，侵害法律所保護之法益，但其爲追求自己之商業利益，竟以該科技具有此一功能爲主要訴求而推銷之，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爲犯罪工具，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爲犯罪工具之本意。自可認其具不確定之犯罪故意，而不得於事後再以該科技仍可供其他合法用途使用，不知行爲人會以之作爲犯罪工具爲由，推諉其不知情。」

□針對網站業者主觀犯意，KURO案法官認爲：「依刑法第十三條以認識爲犯意之基礎，無認識即無犯意之可言，但不論其爲明知或預見，皆爲故意犯主觀上之認識，只是認識之程度強弱有別，行爲人有此認識進而有「使其發生」或「任其發生」之意，則形成犯意，前者爲確定、直接故意，後者爲不確定、間接故意。是以被告既明知其提供軟體及平台服務可供會員作爲違法下載之工具，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。惟其爲招攬大量會員加入賺取會費，竟在其網站及Yahoo等流行音樂網等網站上，不斷刊登「KURO五十萬樂迷的俱樂部，每個月只要99元，就能享受MP3無限下載」、「五十萬首最新MP3，無限下載」、「MP3流行排行，一次抓完」、「超過百萬首國語、西洋、日韓最新MP3、歌詞，通通抓到」等內容之廣告。以其軟體及平台服務可供大量下載有著作權之流行音樂MP3檔案爲主要訴求，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爲違法下載重製工具之本意。」

反之，ezPeer案判決卻認爲即使公開傳輸有著作權之檔案，也可能主張合理使用，因網站業者知悉特定使用者進行傳輸，其法律上無義務去判斷傳輸的檔案是否違法，難認被告就使用ezPeer機制從事犯罪有任何認識。然此種觀點似值商榷，蓋網路上讓人下載流行歌曲構成公開傳輸(因已把歌置於供不特定人聽的一狀態或環境)，針對公開傳輸流行歌曲要主張合理使用，在法律上有其困難，因浩瀚網海中廣大不特定的多數人可聽到該歌曲，公開傳輸給他人的人數太多，依著作權法第六十五條利用結果對著作潛在市場與現在價值影響顯然過鉅(即市場替代效果)，違論標榜提供「無限下載、無限傳輸」之網站機制，其龐大之歌曲數量恐難以通過第六十五條之檢驗，故要主張公開傳輸的合理使用有相當困難。

P2P業者與使用者針對重製有無主張合理使用之空間，美國在Napster、Aimster、Grokster等案例中，法院均認爲網友在該等案件中，均不構成合理使用，而我國目前涉及P2P被訴之使用者，也有經法院起訴或判刑者。KURO案法官認爲：「被告使用者下載歌曲MP3檔案固係個人之非營利使用，惟其下載目的乃係供個人娛樂，並因此節省應支出購買正版CD費用，顯非爲非營利之教育目的，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，下載數量又多達九百七十首，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，自不構成著作之合理使用。」

針對士院認爲難認被告就使用ezPeer從事犯罪有任何認識，亦值探討！按網站業者主觀犯意不論爲「使其發生」或「任其發生」，其既明知提供軟體及平台服務可供會員作爲違法下載之工具，且一般消費者不可能事先各別向著作權人取得合法重製之權利，惟如其爲招攬大量會員加入賺取會費，在網站上積極公開鼓動會員「用力分享、無限下載、T口ㄝ爆、瘋狂下載、當漏到手軟，提供P點制與會員分享利潤」等；又製作風雲榜提供免費使用優惠給前一萬名會

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

## P2P網站業者與使用者成立共同正犯之判斷

基於業者網站運作架構及其與會員間之互動，業者與會員可構成共同正犯，KURO案法官認為：「刑法之共同正犯指二人以上以共同犯罪之意思，而共同實施犯罪行為，故共同實施犯罪行為之人在合同意思範圍內，不論係同時實施犯罪行為，或各自分擔犯罪行為之一部，均係相互利用他人之行為以達犯罪目的，應對於全部發生之結果，共同負其刑責。亦即共同正犯間，非僅就其自己實施之行為負責，並在犯意聯絡之範圍內，對於他共同正犯所實施之行為，應共同負責。就KURO案而言，會員在未取得著作權人同意或授權下，利用軟體違法下載有著作權之MP3檔案，為眾所週知之事。

KURO如無意以該軟體供會員違法重製，至少在技術方面應有能力過濾檔案名稱與檔案內容相同且由告訴人等享有著作權之檔案，以減少會員違法大量下載有著作權檔案之情形發生，惟其捨此不為放任會員無限下載，益見其對於會員會發生違法下載之行為顯可預見，並不違背其本意，且與會員間係在有意識、有意願地交互作用下，有共同重製之決意或犯意聯絡。從而，當KURO同意使用者加入會員，容許會員連線登入使用其所提供自動運作之機制任意下載有著作權之檔案時，即可謂係其與會員間犯意聯絡形成之時點，至於會員何時實際使用其軟體違法下載重製檔案，下載之檔案內容及數量為何，因均在其所容許之範圍內，不違反其讓會員得隨時無限下載之本意，並非其所關切，自不影響其與會員間有共同重製犯意之成立。是就被告使用者之違法下載行為而言，KURO既可預見會員使用者可能會利用其提供之

KURO軟體及服務，違法下載重製他人享有著作權之檔案，惟仍不違背其本意，提供該軟體供其使用，容許使用者可利用該軟體及服務違法下載，且其使用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認為係與被告飛行網公司相互分工，始能完成，而客觀上亦係由該網站業者與使用者共同完成整個搜尋及下載重製之行為，則KURO與使用者間顯具犯意聯絡及行為分擔，核屬共同正犯。」

但ezPeer案士林地院則認為，無論積極提供ezPeer軟體予使用者傳輸檔案之作爲，或從消極未控管過濾檔案等不作爲的角度來看，都無從認定網站業者被告與實際從事侵權的使用者成立共犯關係。惟此論點法理上殆值商榷，按共同正犯係二人以上以共同犯罪意思，彼此分工協力共同實施犯罪行為，故共同實施者在合同意思範圍內，不論係同時實施、或各自分擔犯罪行為之一部，均係相互利用他人之行為，以達犯罪目的，對於全部所發生之結果，即應共同負其刑責。共同正犯間非僅就其自己實施之行為負責，在犯意聯絡之範圍內，對其他共同正犯所實施之行為亦應共同負責。更何況共同行為實施，依大法官一〇九號解釋，不以行為人實施構成要件行為爲必要，即如構成要件以外行為之共同參與，亦可構成共同正犯。

業者與會員間可構成共同正犯，係因會員利用業者系統從事重製及公開傳輸，會員唯一的行為只是click，一切使構成要件該當之必要條件都由網站業者啓動，缺乏業者參與即無從進行侵害行為；在犯意上業者與會員具「使其發生」或「任其發生」犯意共同聯絡，形成犯罪共同體，彼此對犯罪可得認識在彼此間有意願的交互作用下，成立共同行為一致犯意，故屬共同正犯；而自功能性支配理論言，網站業者提供支配全盤機制，會員物理實施犯罪行為，彼此互爲補充而由業者以功能性支配完成整個犯罪，明顯由業者在實行階段對實現構成要件主動提供並促成，互相分工共同作用，故業者與會員係共同協力非法行為，構成重製及公開傳輸罪之共同正犯。會員利用軟體違法下載有著作權之檔案，因重製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。

按依實務見解，共同正犯間除明示共謀外，亦可

默示認同他行為人之意思；共同正犯之意思聯絡，不限於事前有所協議，其於行為當時基於相互之認識，以共同犯罪之意思參與者，亦無礙共同正犯之成立(參最高法院73台上字2369號、73台上字1886號判例)。故網站業者居指揮聯絡地位與會員依「使其發生」或「任其發生」共謀，主導聯繫物理行為之會員，業者對整體犯罪機制具決定性地位，與個別會員間已成立明示共謀，至少亦屬默示合致。個別會員片面言固成立單獨正犯，然因下載與被下載會員間彼此不認識，必須賴業者開啓並連繫雙方連結路徑以觸犯下載傳輸罪，業者及會員間係出於明示或默示認同之決意，是對整體犯罪實施有認識及意願，發揮積極交互作用而構成共同正犯。

## 關於刑法可容許風險與網站業者過濾義務之判斷

士林地院判決認為ezPeer的機制並未製造刑法所不容許的風險，目前也無任何法令規範P2P業者必須針對「自己營運系統上是否有具體的侵權行為」，逐一檢視並過濾，而從不作為角度，網站業者對著作權法益侵害結果不具有保證人之地位，自無防止其發生的義務。以上士林地院之觀點亟待商榷，因業者確實創造了具防止義務之前行行為，質言之，業者如將資料分享夾自動設定為公開傳輸，亦即在提供給會員下載軟體時，就已將資料分享夾「自動設定」成可公開傳輸之狀態，促使一般使用者立即接受(著作權法公開傳輸立法理由載：條文中所稱向公眾提供，不以利用人有實際上之傳輸或接收之行為為必要，只要處於可得傳輸或接收之狀態---making available為已足)，如會員不要提供傳輸，還須另作一個動作將資料夾內的檔案移除為不提供分享，故業者自始設定為自動公開傳輸、提供整體機制供會員作為侵權之設施的前行行為，已製造出法律所不容許任意侵犯著作權的風險，負有防止發生侵害著作權法益結果之義務，此種前行為法律上即產生刑法15條2項之防止義務。

其次，業者經營網站既以交換檔案為主要業務，其對侵權危險源即負監督管理之責，有義務控制侵害風險，自著作權角度言，須監督控管其會員檔案傳輸之適法性，業者未控制、避免其風險而仍「使犯罪發

生」或「容任犯罪實現」，即應歸責；況業者有監督會員之能力，亦可藉驗證主機或及修改軟體來過濾侵權檔案，故業者對危險源即業者提供會員機制應予監督。總之，犯罪行為之因果流程既為業者所開啓、支配、操控，該資料夾又係業者為檔案交換而設定，即其得以管控軟體及主機，業者對危險源自當負監督管理之責。

至於士林地院認為，目前沒有任何法令規範P2P業者，必須對「自己營運系統上是否有具體的侵權行為」，逐一檢視並過濾，吾人僅舉KTV即知不然，按目前沒有任何法令規範KTV業者，必須對營運系統是否有侵權行為檢視過濾，但KTV業者仍應避免自己系統侵害他人著作權。士林地院判決認為台灣立法者迄今未規範任何網路業者的過濾義務，因此縱有非法使用的正犯存在，被告也不成立幫助犯，此種論點殊值商榷。因法律有無規範業者過濾義務，與業者是否侵權本無關聯，重點仍應回歸至業者所提供機制，是否造成著作權侵害之實質違法，至於業者有能力過濾，只不過是在補強業者任其發生、間接故意之犯罪意識而已。更遑論，業者對其網站會員之侵權，主要係緣於，業者「故意」將資料分享夾自動設定為可公開傳輸，再提供予會員(這種設計當然是引誘使用者較易接受，此與default將其自動設定為非公開傳輸，如會員要提供傳輸，再積極作一個動作將資料夾內的檔案提供分享，大相逕庭)。在此種機制下，被告即有義務與能力阻止侵權發生，是被告有控制能力卻拒絕過濾侵權檔案，已製造高度侵害著作權之風險及實害，此從刑法規範言已具客觀可歸責，無待任何法律來規範業者之過濾義務。

## P2P業者主機系統有無檔名索引伺服器與使用者成立犯罪關係之判斷

ezPeer與KURO兩案在技術上，有一重要差異，即權利人主張(但ezPeer始終否認)其具檔名索引伺服器，而KURO雖不否認索引伺服器但強調其功能之限制。ezPeer士林地院判決認為，不論被告主機系統是否有「檔名索引伺服器」，也不論其是否透過所謂「客戶端軟體回報之Peerlist檔」可得而知使用者搜尋下載之檔案名稱，此等「電腦軟硬體的認知」，無從逕轉

換為被告「自然人的認知」(ezPeer架構為集中式或分散式,刑法評價上並非關鍵)。士林地院之論點純從機械論觀似無誤,然如從社會觀念或法律角度則不然,蓋電腦軟硬體之所以可認知(操作),當然是經自然人設計創造使得軟硬體可以認知(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創造轉換成具體科技設施供人使用,簡言之,ezPeer架構是被告為達特定目的有意創設出之產物,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,而應進予探究被告透過電腦軟硬體認知所設計出機制,在運作模式是否侵害著作權之關連。

其次,士林地院判決認為ezPeer架構為集中式或分散式,刑法評價上並非關鍵,此點是正確的,以美國Grokster & StreamCast (Morpheus)案地方法院判決為例,地院及上訴法院法官從技術角度切入,認為就運作基礎言, Morpheus是完全分散式沒有集中管理,網站僅是供廣告用或提供相關技術支援服務,且無任何目錄索引資料庫或伺服器,所以搜尋檔案的速度較混合式慢,傳輸時亦會因網路流量受影響,認被告不須為使用其軟體下載音樂檔案之第三者負侵權責任,認為被告係以「超級節點」(super nodes)從無數其他節點累積資訊增強功能(節點是網路的一終端,即使用者的電腦),每個節點利用Kazaa軟體自動選擇超級節點,完全視資源的需要及網站可利用性而變動。Grokster預設一系列的超級節點,引導使用者接上各超級節點,Grokster對超級節點無控制。一旦使用者連上網,其詢問及結果回報是在超級節點間進行,此與Napster不同,Napster是利用操控超級節點,在所有利用人間傳遞查詢及回報結果;但Grokster在搜尋及轉載檔案,並未經Grokster傳送訊息或藉助Grokster掌控任何電腦。Stream Cast使用Morpheus軟體,利用Gnutella平台,Gnutella是純粹的P2P網站,比Kazaa更凸顯「去中心化」特徵,法院認為Napster侵權是透過設計操控之整合服務,有能力監視及控制其網站,侵權的處所就是Napster網站本身,有義務去警戒侵權。但Grokster提供網站流通之軟體超乎其控制,網站非Grokster所能控制,因此無法顯示被告有能力監視及控制侵權行為。Napster之中央檔名索引伺服器及強制登錄制度,使Napster知道使用者身份及所交換音樂,並

能控制、移除侵權檔案之交換及禁止使用人使用其軟體及服務。但Grokster及Stream Cast之架構與Napster不同,Grokster不能修改Kazaa軟體,也沒有操控一個像Napster般的中央化集中式檔案索引,而是靠可變動的超級節點傳輸檔案,故並未侵權。

最後至美國最高法院,無異議廢棄原判決,最高法院捨棄上訴法院完全陷入技術泥沼之機械式認定,改以提綱挈領執簡御繁方式,集中關注於Grokster之運作模式,而不管平台是集中式或分散式(原判認Grokster無目錄索引資料庫或伺服器),認為Grokster散布軟體予第三人,知悉第三人使用其軟體而侵權,而明確表示或以自己之行動促成侵權,即具有侵害著作權之意圖,應為第三人之違法行為負責。Grokster案最高法院判決主文謂:「任何人散布某裝置(device)的目的,若是為了鼓勵促使侵害著作權,藉其明確表示或採取積極之步驟以助成侵權,此時即已超越知悉第三人行為之單純散布(亦即已非單純知悉第三人之行為所作之散布,而是進一步有鼓勵助成行為之散布),而應對第三人使用該裝置所因此導致侵害著作權之行為負責,而不論此裝置是否有合法之用途。」(Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal. 2003), aff'd, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004); 545 U. S. \_\_\_\_ (2005); [http://fairuse.stanford.edu/MGM\\_v\\_Grokster.pdf](http://fairuse.stanford.edu/MGM_v_Grokster.pdf) <http://www.copyright.gov/docs/mgm/StatesAG.pdf>)

換言之,依美國最高法院判決,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,我國法院可不須探討ezPeer之技術架構,只需專注於其運作模式,是否為了鼓勵/促使(encouraging/promoting)第三人侵害著作權,是否採積極步驟以助成/促成會員侵權,答案即呼之欲出。

至於過濾義務,從比較法言,美國亦無規範P2P業者之過濾義務,但依Grokster案最高法院判決,被告所以不法,是因當會員使用其軟體進行檔案交換時,

並未想要嘗試發展過濾工具，或是其它機制來阻擋或甚至降低侵權行為的發生，Grokster案原審判決認為，因被告沒有獨立的義務去監督會員檔案的交換，故接受被告沒有能力去發展這樣的軟體工具之抗辯，美最高法院認為有誤，因原審法院顯然忽略被告幫助使用者侵害的意圖，以此判決看ezPeer案，殊值借鏡。

## P2P業者在刑法上須負責之關鍵——代結語

在全世界眾多的P2P平台提供業者中，除了我國的ezPeer與KURO外，幾乎都是靠網站的廣告收入，而不敢自己做莊直接向使用者收費(惟一例外是In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003), cert. denied, 540 U.S. 1107 (2004))，Aimster向會員收4.95元美金之註冊費僅可聽top 40首歌，但此顯觸犯網站經營之大不諱，未幾即被迫宣告破產關站！固然，我國舊法第91及92條於構成要件中區別意圖營利與非意圖營利(舊法規定非意圖營利而其所侵害之著作超過五件，或權利人所受損害超過新臺幣三萬元者，處二以下有期徒刑，現行法已將此修正)，而有探究收費與否對責任成立之差別，有論者以為平台業者收費與否即為侵權是否成立之關鍵所在，然不論依現行法或舊法，從法律邏輯言，收不收費本身，似無從立即導出是否違法之結論，但向使用者收費，基於對價服務義務，勢必使得平台業者在運作及管理上，與使用者產

生密切關聯(比較純粹分散式P2P平台如Gnutella，網站與使用者在下載軟體後不必有任何關係即明)，此密切之關聯，牽動刑法上之可歸責要件，才導出違反著作權法之結論。

P2P業者因為收費所以管理上必須有相當之掌控，此種掌控所形成密切之關聯包括：提供軟體版本、註冊(會員登錄)、收費、有驗證主機驗證會員身分及有無繳費、藉index server或peerlist查詢搜尋、提供傳輸/監控/傳輸中斷輔助、有能力修改軟體原始碼、平台主機須與提供給會員之客戶端軟體溝通、因知悉身份才能操控下載(沒付費就拒絕下載)，對於會員之侵權行為可得知悉、有能力終止使用者帳戶、可強制使用者升級(即強制會員更新軟體、有阻止侵權者access能力、提供各類排行榜、以大量廣告鼓勵用戶下載侵權檔案。而業者能於其提供給會員之客戶端軟體，藉驗證主機於驗證時強制會員更新被告軟體版本，對侵權歌曲過濾，以禁止侵權檔案之交換，自屬有能力以有效過濾機制達管控目的。且關閉該網站會員即無法連上網站，不能進行搜尋及下載檔案、有管控能力，使用者搜尋、下載前後都需與主機伺服器連繫，在會員之交換服務中，業者顯居操盤者角色，主導全局全程操控。簡言之，P2P業者係提供一侵權之整體機制(integrated service)，最後萬事具備由使用者click即完成侵權行為，故被告係直接參與之共同正犯，刑法上才須負責！