

# 音樂網站侵權責任之發展與影響

## ：比較美國台灣著作權法體系

楊智傑

真理大學財經法律系助理教授

台灣大學國家發展所法學博士

### 摘要：

到底在網路上下載音樂、上傳音樂、或許朋友分享音樂，有無違法？這是個持續發展中的議題。個人在網路上下載音樂，可能構成了著作權法上的重製；而「主從式架構」的音樂網站提供音樂下載，也可能構成了著作權法上的公開傳輸。但是，分散式 P2P 交換軟體提供一個平台，讓使用者在上面自行進行音樂分享，則該 P2P 軟體的提供者，究竟有無違法，則尚有爭議。

對於這個問題，美國最高法院一直到 2005 年的 Grokster 案才作出判決；而台灣的法院則到 2006 年左右，才針對 Kuro 和 ezPeer 做出一審判決，判決結果卻截然不同；到二審時兩案卻和解，留下未解爭議。

本文想要透過對相關判決的研究，比較出其不同點，進而找出為何會有這樣的不同點。簡單地說，這可能是因為兩國著作權法體系的不同，才導致兩國案例與法制發展有所不同。

在比較完法制與案例之不同後。本文更想進一步探討，若我們現在只有兩種選擇：有責任或無責任，那麼從經濟分析角度，到底該不該認定檔案交換軟體有違法？本文發現，若只有這兩種選擇，應該傾向認定 P2P 音樂交換軟體違法。

但倘若認定 P2P 音樂交換軟體違法，法律上對網路環境給予夠多的保護，唱片公司就真的願意進入網路市場嗎？則是令人質疑的。本文也將簡單預測在相關法制判決確定後，未來網路音樂市場的發展。

**關鍵字：**音樂網站、ISP、P2P 交換軟體、Kuro 案、ezPeer 案、Grokster 案、監督人責任、輔助責任、著作權

<b>壹、前言</b> .....	<b>3</b>
<b>貳、個人重製與音樂網站公開傳輸</b> .....	<b>3</b>
一、個人重製 MP3 有無違法？.....	4
(一) 美國法.....	4
(二) 台灣法.....	4
二、音樂網站有無違法？.....	6
(一) 美國法.....	6
(二) 台灣法.....	6
<b>參、音樂交換軟體有無違法</b> .....	<b>7</b>
一、音樂交換軟體架構.....	7
(一) 混合式 P2P 架構.....	7
(二) 分散式 P2P 架構.....	8
二、美國法與相關案例.....	9
(一) Sony 案.....	9
(二) Napster 案.....	9
(三) Grokster 案.....	10
(四) 輔助責任與監督人責任.....	11
三、台灣法與相關案例.....	12
(一) P2P 網站可能違法情形.....	12
(二) Kuro 相關判決.....	13
(三) ezPeer 判決.....	15
<b>肆、美國、台灣 P2P 網站判決比較分析</b> .....	<b>17</b>
一、美國判決和台灣判決的切入點不同.....	17
二、共同正犯或幫助犯、教唆犯、煽惑犯.....	18
三、台灣著作權法體系觀點.....	19
四、民事賠償責任與刑事責任.....	20
五、2007 年著作權法 87 條修正杜絕爭議.....	21
<b>伍、經濟分析</b> .....	<b>21</b>
一、朋友間分享是否構成合理使用.....	22
二、P2P 網站是否需承擔法律責任.....	24
<b>陸、網路音樂市場的發展</b> .....	<b>26</b>
一、法院慢慢回應或財產權擴張.....	26
二、合法線上音樂網站的發展.....	27
(一) 美國市場.....	27
(二) 台灣市場.....	28

## 壹、前言

到底在網路上下載音樂、上傳音樂、或許朋友分享音樂，有無違法？這是個持續發展中的議題。個人在網路上下載音樂，可能構成了著作權法上的重製；而「主從式架構」的音樂網站提供音樂下載，也可能構成了著作權法上的公開傳輸。但是，分散式 P2P 交換軟體提供一個平台，讓使用者在上面自行進行音樂分享，則該 P2P 軟體的提供者，究竟有無違法，則尚有爭議。

對於這個問題，美國最高法院一直到 2005 年的 Grokster 案才作出判決；而台灣的法院則到 2006 年左右，才針對 Kuro 和 ezPeer 做出一審判決，判決結果卻截然不同；到二審時兩案卻和解，留下未解爭議。對於此一發展，後來 2007 年台灣著作權法進行修正，引入了幫助侵權的規定，似乎解決了這項爭議。

本文就想要研究探討相關的美國法制與案例的發展，以及台灣法制與案例的發展。更重要的是，本文想要透過對相關判決的研究，比較出其不同點，進而找出為何會有這樣的相同點。簡單地說，這可能是因為兩國著作權法體系的不同，才導致兩國案例與法制發展有所不同。

在比較完法制與案例之不同後。本文更想進一步探討，若我們現在只有兩種選擇：有責任或無責任，那麼從經濟分析角度，到底該不該認定檔案交換軟體有違法？本文發現，若只有這兩種選擇，應該傾向認定 P2P 音樂交換軟體違法。

但倘若認定 P2P 音樂交換軟體違法，法律上對網路環境給予夠多的保護，唱片公司就真的願意進入網路市場嗎？則是令人質疑的。本文也將簡單預測在相關法制判決確定後，未來網路音樂市場的發展。

## 貳、個人重製與音樂網站公開傳輸

以下依序介紹美國判決、台灣判決的一些發展。此部分先簡單介紹較無爭議的部分，就是個人重製到底有沒有違法？以及提供音樂直接讓使用者下載的主從式網站，有無違法？

## 一、個人重製 MP3 有無違法？

### (一) 美國法

原則上，個人下載音樂，已經構成了美國法上的盜版行為。美國的「反電子竊盜法」可用來對付個人 P2P 的盜版行為。不過該法有所限制，必須是在 180 天內侵害市值達到 1000 美元的著作權，才會受到處罰，且有刑事責任。不過該法廢除了原本「限於營利目的」的條件，意即「個人非營利目的」的盜版，也會受到處罰。

但是，其有無美國法上「合理使用」(fair use) 的空間的？例如，將已有的個人 CD 轉成 MP3 檔存在電腦裡，算不算是合理使用的範圍呢？<sup>1</sup>美國的 MP3.com 案<sup>2</sup>，為這個問題提供了某些線索。MP3.com 這家公司曾經採用一種商業模式，其將許多 CD 轉成 MP3 放到自己的伺服器裡，並設計一套軟體 My.MP3，當個人使用者上網時，可以拿出自己已經購買的 CD，放到電腦中，此時該軟體可以辨識出該人擁有這唱 CD，就可以讓該人從 MP3.com 的網站上下載這張 CD 上的 MP3。這樣的好處是個人不必自己花時間將自己手上的 CD 轉成 MP3，而可以直接從 MP3.com 這個網站上下載。可是美國法院並沒有去討論個人這樣子的行為算不算是合理使用，卻直接認定 MP3.com 將 CD 轉成 MP3 的行為不構成合理使用，而判決其敗訴<sup>3</sup>。

另外，環球唱片公司也曾經對 MP3.com 提出告訴，因為 MP3.com 把 1972 年以前環球唱片公司的類比音樂轉換為數位音樂放到網路上供人下載。美國 1972 年以前並不保護音樂著作，所以該索引發些許討論<sup>4</sup>。不過後來該案和解。

### (二) 台灣法

#### 1. 侵害重製權和公開傳輸權

就個人在網路上下載或上傳 MP3 的行為上，究竟有無違法？一般認為，如果是個人將音樂 CD 整張專輯進行下載或上傳，應該都不能構成合理使用，而會侵

---

<sup>1</sup> 蔡明誠認為在台灣，這種行為應該算是合理使用。請見蔡明誠，從成大 MP3 事件論著作權之侵害及限制問題，台灣本土法學第 23 期，頁 58，2001 年 6 月。

<sup>2</sup> 92 F. Supp. 2d 349 (2000).

<sup>3</sup> 參考自 Lawrence Lessig, *The Future of Ideas* 127-129, 192-194(Vintage books, 1999).

<sup>4</sup> Alexander G. Comis, *NOTE: Copyright Killed the Internet Star: The Record Industry's Battle to Stop Copyright Infringement Online: A Case Note on UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc. and the Creation of a Derivation work by the Digitization of Pre-1972 Sound Recordings*, 31 Sw. U. L. Rev. 753(2002).

犯公開傳輸權或重製權。於此須釐清，公開傳輸或重製權的差異。個人若將檔案放到網站上供人下載，或將音樂放置自己電腦中的分享區供人下載，或者直接寄送給很多人，都會侵犯公開傳輸權。而個人若是至他人電腦或網站上下載檔案，則會侵犯重製權<sup>5</sup>。士林地方法院 92 年訴字第 728 號判決（ezPeer 案一審判決）就持這樣的見解，認為使用者侵犯重製權和公開傳輸權。

## 2. 是否構成合理使用

在 90 年 4 月 1 日發生成大 MP3 事件後，國內對於私人重製是否構成合理使用，相關討論很多<sup>6</sup>。有認為其行為或可符合著作權法第五十一條「供個人或家庭為非營利之目的，在合理之範圍內，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。」，也有認為其不符合「非營利」「非供公眾使用之機器」「超出合理使用範圍」等概念而不算合理使用<sup>7</sup>。而其中一個有趣的爭點集中在：「以公開發表之著作」是否限於「合法之著作」？<sup>8</sup>

該案後來以和解收場，不過以事後成大學長及其家長的公開道歉聲明<sup>9</sup>來看，其的確是觸犯了著作權法。一般皆認為個人未經授權即重製音樂 MP3，即違反了著作權法第 22 條和第 91 條的重製權侵犯。

由於成大 MP3 爭議後，全國人民都可能成為犯罪，故著作權法於 92 年 7 月 1 日時開始，曾一度修正列出明確標準，亦即採取個人非意圖營利時，重製量在「五份以內」「三萬以下」，即不用受到著作權法第 91 條的處罰。不過這個規定一出來，反而造成民眾肆無忌憚地繼續下載，且認為只要在三萬元以內，就不會觸法。結果，美國對此並不滿意，因而繼續對台灣施壓，故在 2004 年 8 月立法院開臨時會審查國會減半修憲案時，突然通過著作權法修正案，廢除「意圖營利」與「非意圖營利」的區別，把「五份以內」「三萬以下」的文字刪除，而改為「在合理使用」範圍內，不受處罰。這樣的規定似乎是正本清源，回歸著作權法第 65 條合理使用的審查。但究竟哪些態樣屬於合理使用？

有學者認為十人以內的分享，應該可以用著作權法第 65 條，算是合理使用。不過，透過 P2P 分享軟體進行檔案分享，提供檔案分享的人，由於分享的對象不會限制，絕對超過十人，應該不能滿足合理使用條件，而構成侵害公開傳輸權。至於下載的人，是否構成重製，由於著作權法第 51 條所謂的「非供公眾使用之

<sup>5</sup>馮震宇，P2P 的挑戰與未來：從 Grokster 案看 P2P 立法的爭議，月旦財經法雜誌第 1 期，頁 7-8，2005 年 6 月。

<sup>6</sup>例如，請參考「成大學生宿舍搜索事件法律問題之探討」，台灣本土法學雜誌第 23 期，頁 53 以下，2001 年 6 月。

<sup>7</sup>蔡明誠，從成大 MP3 事件論著作權之侵害及限制問題，台灣本土法學第 23 期，頁 55-56，2001 年 6 月；謝銘洋，成大 MP3 事件相關著作權法問題探討，月旦法學第 73 期，頁 80-84，2001 年 6 月；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，月旦法學雜誌第 94 期，頁 224-225，2003 年 3 月。

<sup>8</sup>蔡明誠認為已公開發表之著作，解釋上應限於合法授權之著作，同上，頁 58-59。謝銘洋則認為不限於合法授權之著作，同上，頁 83。

<sup>9</sup><http://www.ifpi.org.tw/apology.htm>。

機器」，透過網路下載，其應該算是「公眾使用的機器」。故不管是提供分享或下載的人，都已經侵害著作權。

此外，就算不符合第 51 條，還可以用 65 條。台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號判決（Kuro 案一審判決）認為，會員所使用的 MP3 歌曲檔案雖然是個人使用，但下載的目的是為了供個人娛樂，節省購買正版 CD 的費用，顯然會減少原告光碟的銷售量，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。

## 二、音樂網站有無違法？

除了個人盜版外，目前網路上還有一些網站，直接提供他人下載盜版音樂或提供交流平台。倘若是直接提供檔案下載的網站，本身就已經侵犯著作權。但是若僅提供交流平台，本身並沒有提供檔案下載，此時其究竟有無法律責任，尚有爭議。

我們一般稱這種直接讓人下載音樂檔案的網站，稱為「主從式架構」的音樂網站。其乃指伺服器（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<sup>10</sup>。

這種主從式架構，根據法院實務之見解，會構成直接侵權。

### （一）美國法

在美國法判決上，*RIAA v. MP3* 案<sup>11</sup>是典型的主從式架構案例。MP3.com 在未得到授權的情況下，就把數萬張 CD 轉成 MP3 置於自己的網站上，若會員能夠用自己購買的 CD 經過「Beam-it」軟體認證後，則可以在任何電腦上線上收聽自己所擁有的 CD 音樂。該案所爭執的是，會員使用必須自己先購買了原版 CD，才能在線上收聽，這樣是否構成合理使用？但美國聯邦法院判決認為，被告其辯稱的「變形性的空間轉換」，並沒有對原始著作有新美學、新的洞察力及理解，服務雖屬創新，但與合使用所稱之「變形」不合。此種行為乃係「未經授權將他人之著作重製並在另一媒介物中再傳輸之另一種說法」，故而構成直接侵權<sup>12</sup>。

### （二）台灣法

而台灣方面，未合法授權即提供音樂供人下載的網站，已經有判決認為其違

---

<sup>10</sup> 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，月旦法學雜誌第 94 期，頁 213，2003 年 3 月。

<sup>11</sup> *RIAA v. MP3.com*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5761 (S.D.N.Y. 2000)轉引自羅明通，前揭文，頁 217。

<sup>12</sup> 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，月旦法學雜誌第 94 期，頁 217，2003 年 3 月。

法。具代表性者為「天馬音樂網站」案<sup>13</sup>。

## 參、音樂交換軟體有無違法

從以上簡介可以知道，主從式的音樂網站直接提供音樂供使用者下載，是違法的。但是，倘若音樂網站不直接提供音樂供使用者下載，而是提供一個平台，讓使用者們自己在該平台上進行音樂交換。此時，雖然直接交換音樂的使用者是違法的，但提供該平台的人，是否就真的違法，則是有爭議的。而這個爭議，還需依照音樂交換平台不同的屬性，而可能有不同的認定。以下先簡單介紹音樂交互軟體的架構，在進而依序探討美國案例的發展與台灣案例的發展。

### 一、音樂交換軟體架構

P2P 則是一種分散儲存資訊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<sup>14</sup>。

P2P 的架構又可以進而分為兩類，而這兩種架構可能有不同的法律責任：

#### (一) 混合式 P2P 架構

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

<sup>13</sup>臺北地方法院 92 年度易字第 1261 號。

<sup>14</sup>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，月旦法學雜誌第 94 期，頁 213，2003 年 3 月；馮震宇，P2P 的挑戰與未來：從 Grokster 案看 P2P 立法的爭議，月旦財經法雜誌第 1 期，頁 4-5，2005 年 6 月。

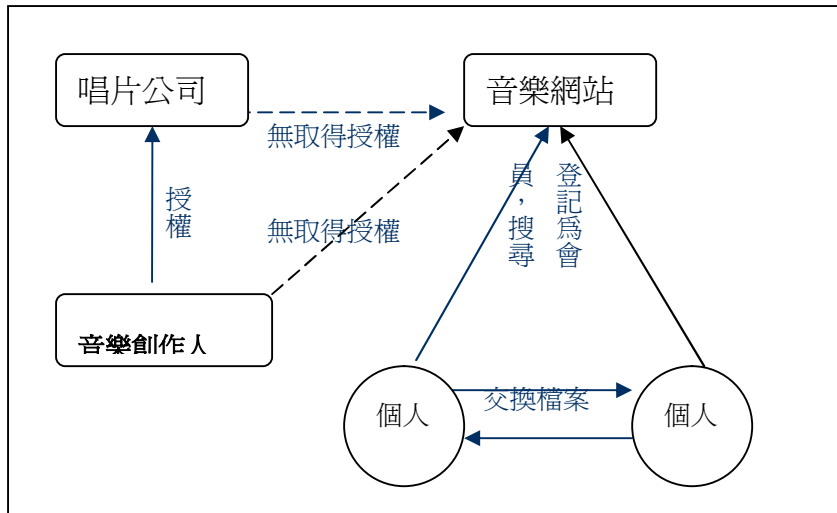
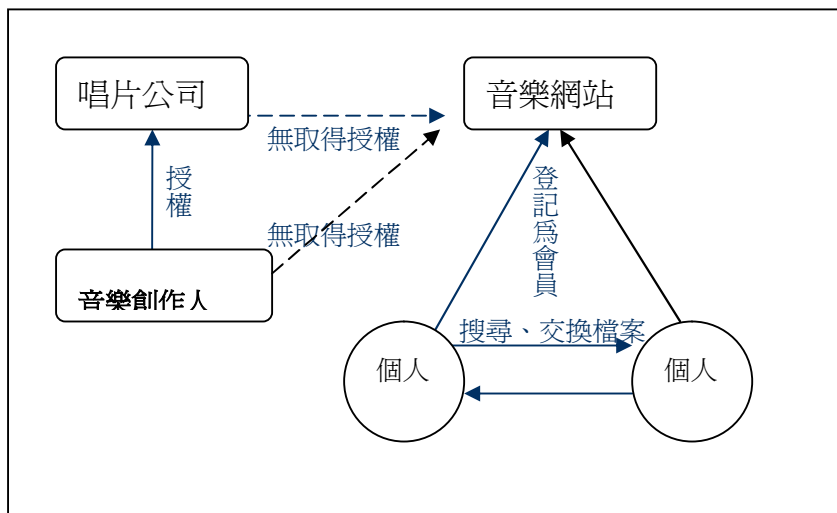


圖 1：混合式 P2P 架構

來源：作者自製

## (二) 分散式 P2P 架構

分散式架構又有人稱為「無階式架構」<sup>15</sup>。係未設置伺服器來執行檔案名稱或索引之管理，使用者係自行向其他使用者搜尋相關檔案，所有之搜尋及傳輸均發動及完成於使用者之間。分散式架構的收費方式，有的是收取廣告費，有得則是對會員收取使用該軟體服務的費用<sup>16</sup>。



<sup>15</sup> 羅明通，同上，頁 214。

<sup>16</sup> 同上，頁 214。



## 圖 2：分散式 P2P 架構

來源：作者自製

甚至還有將分散式架構細分為「準分散式、自我組織 P2P 架構」和「完全分散、多對多 P2P 架構」<sup>17</sup>。

## 二、美國法與相關案例

### (一) Sony 案

關於美國法的部分，必須先從 *Sony v. Universal City Studios*<sup>18</sup> 案簡單介紹，因為後續網路音樂盜版案件的判決，都會還繞討論 Sony 案所發展出來的標準。Sony 案乃是，電影公司控告製造錄影機的 Sony，構成著作權的「監督人責任」(Vicarious Liability)<sup>19</sup> 和「輔助責任」(contributory liability)<sup>20</sup>。所謂「監督人責任」，有點類似我國民法 188 條的「雇用人責任」，乃指雇用人有辦法監督、控制行為人的行為，故要為其侵權行為負責。而「輔助責任」，則包含所謂教唆、幫助行為，類似我國民法第 185 條第 2 項的「造意人及幫助人，視為共同行為人」。但美國最高法院在 Sony 案中認為 Sony 不構成監督人責任，因為其認為 Sony 公司賣出 Batamax 錄影機後，就不可能監督控制使用者的行為。而其也認為 Sony 不構成輔助責任，因為該機器除了可以被作為「侵權用途」之外，也有「實質上非侵權用途」(substantial non-infringing use)<sup>21</sup>，而 Sony 並不能明確知道使用者是在為「侵權用途」還是「非侵權用途」。

### (二) Napster 案

至於真正網路 P2P 盜版軟體的判決，則是從 *Napster* 案開始。*Napster* 屬於

<sup>17</sup>馮震宇，P2P 的挑戰與未來：從 Grokster 案看 P2P 立法的爭議，月旦財經法雜誌第 1 期，頁 5-6，2005 年 6 月。

<sup>18</sup> *Sony v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

<sup>19</sup> 國內一般翻譯為「代理責任」，近來有人開始採用「代位責任」一語，或許應該稱為「代理人責任」較妥，但筆者考察其本意，認為翻譯為「監督人責任」更為貼近其本意。使用「代位責任」此語者，出自蔡蕙芳，用戶著作權侵權之網路服務業者責任，科技法學評論第 1 卷第 2 期，頁 295-344，2004 年 10 月。

<sup>20</sup> 關於美國著作權法上輔助侵權責任與代理侵權責任的發展，請參考 Alfred C. Yen, *Third Party Copyright After Grokster*, Boston College Law School Faculty Papers, available on <http://lsr.nelco.org/be/bclsfp/papers/133>.

<sup>21</sup> 464 U.S. at 442.

P2P 混合式架構。其引發了美國 2000 年的 *A & M Records v. Napster*<sup>22</sup> 案。美國聯邦第九巡迴區法院認為，混合式 P2P 網路音樂交換平台網站本身雖然沒有進行音樂盜版，但其卻幫助消費者進行音樂盜版，使用者本身構成直接侵權，而網站則構成「輔助責任」和「監督人責任」，而遭到關站的命運<sup>23</sup>。在「輔助責任」部分，其認為 Napster 網站係在「知情」的情況下參與，對於使用者交換有著作權之音樂已知且助長該行為。因為「充分認知」，且「實際參與」，所以確立 Napster 應負輔助侵權責任。在「監督人責任」部分，其認為 Napster 偶爾會管理其服務，保留系統控制特定使用者登入的權利。Napster 有能力監督其系統所可能之侵權行為，但僅僅將此權利用於檢查檔案是否為 MP3 格式，以及其因提供服務，而有財務上之利益，認為構成「監督人責任」<sup>24</sup>。

後來第七巡迴法院審理的 *Aimster* 案<sup>25</sup> 雖未正式下達判決，不過法院在下達禁制令時，也是以輔助侵權為由，後來 Aimster 未等到訴訟結束即倒閉。

但是這兩個案子都沒有打到最高法院。

### (三) Grokster 案

後來在 *MGM v. Grokster* 案<sup>26</sup> 中，涉及「分散式架構」是否違法的問題，而且最後上訴到最高法院。被告是三家公司，包括 Kazaa、Morpheus、Grokster。在初審中三家公司勝訴，法院認為其無法控制使用者的盜版行為，也無從監督，當使用者想要分享為授權的檔案給朋友時，Grokster 無法介入阻止。所以不構成輔助侵權和代理侵權<sup>27</sup>。後來第九巡迴上訴法院認為，被告唯有在明知直接侵權行為且對此侵權行為有實質之貢獻時，才必須負擔參與侵權之責任。法院亦認定由於被告無權也從未監控軟體之使用情形，被告也無監管侵權行為之義務，因此在監督人責任的檢視下，被告亦不負侵權行為責任<sup>28</sup>。後來該案又上訴到最高法院，最高法院於 2005 年於 6 月 27 日作出判決，認為其構成輔助侵權責任<sup>29</sup>。

根據國內學者分析，最高法院是以下列三項理由為判決：1. 被告宣稱其網路上有許多音樂檔案可供交換與分享，試圖攻佔前 Napster 之市場。2. 被告有能

<sup>22</sup> *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)，中文方面對於 Napster 的興起與運作的詳細介紹，可參考蔡文英譯，「媒體新勢力」，商智文化，2001 年 12 月。

<sup>23</sup> 相關中文介紹，可參考范曉玲，網路音樂「同儕共享」與「合理使用」--從 Napster 案談起，月旦法學第 78 期，頁 210-213，2001 年 11 月。馮建宇，從 MP3 法律爭議論網路著作權保護之未來，月旦法學第 74 期，115-139。劉尚志、陳佳齡，「網際網路與電子商務法律策略」，頁 79-106，元照，2000 年。

<sup>24</sup> 詳細介紹，可參考馮震宇，P2P 的挑戰與未來：從 Grokster 案看 P2P 立法的爭議，月旦財經法雜誌第 1 期，頁 9-12，2005 年 6 月。

<sup>25</sup> *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

<sup>26</sup> *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913(2005).

<sup>27</sup> 相關中文介紹，可參考鄧迺騰，以比較法之角度看 ISP 業者架設網站並提供他人免費檔案交換軟體以便其在網際網路中傳輸他人著作之行為的評價，智慧財產權月刊第 69 期，頁 115-121。

<sup>28</sup> 相關介紹，可參考馮震宇，P2P 的挑戰與未來：從 Grokster 案看 P2P 立法的爭議，月旦財經法雜誌第 1 期，頁 13-16，2005 年 6 月。

<sup>29</sup> *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913(2005).

力，但證據顯示其未曾加裝過濾工具以防堵網路上侵害著作權之行為。3. 被告藉由販賣廣告版面而營利，使用者越多時，其廣告版面也會越有價值。基於上述三點，最高法院認為被告以廣告積極地「鼓勵」「引起」(induce)使用者將其軟體使用於著作權之侵害，足以證明被告有侵權之意圖。因此，被告必須為製告及散布其軟體負責的原因，並不是該點對點傳輸軟體本身的性質，而是被告以該軟體經營業務之手段。故法院所禁止的並不是點對點傳輸軟體本身，而是被告的行為<sup>30</sup>。在本案中，最高法院修正了 *Sony* 案的輔助侵權的認定標準，亦即，不再是看該軟體是否有「實質的非侵權用途」，而以是否有「引起」盜版的行為存在。

#### (四) 輔助責任與監督人責任

對於「輔助責任」部分，目前美國最高法院採取的態度，乃是要要求第三人必須「很明確地知道」使用者在進行侵權，第三者必須明知使用者在進行侵權，才會構成責任。故，其採取的比較是一種「過失責任」(fault-based liability)。相對於此，「監督人責任」，則是強調第三者對使用人的「控制、監督、避免」的能力，比較接近「嚴格責任」(strict liability)<sup>31</sup>。而 *Grokster* 案最後採取的「故意引起」判準，比較接近過失責任的認定<sup>32</sup>。

綜合言之，若從輔助責任的角度來看，其實法院的態度就是要確定，第三者提供者是否明知使用者是使用該設備或軟體進行侵權。如果第三者不那麼確定，例如在 *Sony* 案中，由於有些人是做合法用途，*Sony* 並無法確定其使用者的真正用途，故 *Sony* 就無責任。但如果第三者很確定使用者會利用這些軟體進行侵權，那麼還提供這些軟體，就可能會有責任。甚至，如果第三者明知這些軟體會被用在侵權用途上，還鼓勵、促使使用者利用這些軟體來侵權，那麼更應該負起「輔助責任」。至於該軟體設備本身是否能夠被用來盜版，則不重要<sup>33</sup>。

筆者參考美國上述三種不同類型的軟體，並比較台灣目前有的網站，整理其法律責任如下：

表 1：音樂網站法律責任比較

類型	說明	美國代表	美國法下的法律責任
主從式架構	直接供人下載或線上收聽的音樂網站	MP3.com	直接侵權

<sup>30</sup> 宋皇志，從 *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 案看 P2P 業者之侵權責任，交大科技法學評論 2 卷 2 期，頁 241，2005 年。

<sup>31</sup> Alfred C Yen, *Third Party Copyright After Grokster*, at 24-26, Boston College Law School Faculty Papers, available on <http://lsr.nellco.org/be/bclsfp/papers/133>.

<sup>32</sup> Id. at 32-33.

<sup>33</sup> Id., at 32-33.

P2P 混合式架構	提供搜尋平台的交換軟體	Napster	輔助責任、監督人責任
P2P 分散式架構	純粹交換軟體，不提供搜尋平台，也不監督	Kazaa、Morpheus、Grokster	美國最高法院判決構成輔助責任

來源：筆者自製

### 三、台灣法與相關案例

至於台灣的 Kuro 和 EzPeer 兩大網路音樂交換平台網站，到底有沒有違反著作權法呢？

#### (一) P2P 網站可能違法情形

由於我國的著作權法乃是刑法規定，而非像美國一樣是民事責任，故在討論相關問題時，可能無法套用美國法的觀點。美國法上的「輔助侵權」，我國有相應的民法 185 條第 2 項，「監督人責任」則有相應的民法 188 條。但是在我國則必須用刑法上的角度來探討。亦即，得用刑法上的幫助犯或教唆犯等規定<sup>34</sup>。國內就曾經有案例討論，留言版經營者對於使用者的侵害著作權的行為，是否構成幫助犯？而法官則以留言版經營者非明知或可得而知，而無法刪除這些留言，故不構成幫助犯<sup>35</sup>。

有若干學者進行分析，認為我國雖沒有美國的代理侵權和輔助侵權的規定，但是卻有兩種論點，認為 Kuro 這種 P2P 混合式架構網站需負刑事責任。

一種論點是套用刑法規定，因為著作權法重製罪乃有刑事責任，故可將 Kuro 的行為當做消費者違反著作法第 91 條的幫助犯或教唆犯。

就幫助犯部分。羅明通認為，應該區分混合式和分散式。就 P2P 混合式來說，類似 Napster 之網站管理者或經營者雖未直接從事重製及傳輸，惟依釋字第一零九號解釋：「以自己共同犯罪之意思，參與實施構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部份人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。」因為網站管理者或經營者以營利為目的，提供軟體、檔案索引資料庫、協助搜尋資料並告知資料存放者之網址，該網站之管理者或經營者在我國似應與使用者同負著作權法第 91 條之共同正犯之責，或至少亦構成幫助犯<sup>36</sup>。

至於 P2P 分散式架構，羅明通認為，分散式軟體管理者無從知道使用者之身

<sup>34</sup> 國內似乎都沒有從這個角度切入，但可參考某些碩士論文，例如，莊心潔，「PeerTo-Peer 多媒體傳輸科技著作權問題之研究」，頁 144，東吳大學法研所碩士論文，2001 年 7 月。

<sup>35</sup> 台北地方法院 89 年訴字 1052 號、高等法院 90 年訴字第 1653 號。

<sup>36</sup> 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，月旦法學雜誌第 94 期，頁 220，2003 年 3 月。

分，亦無從獲悉網友間互傳之音樂或影響檔案之名稱及內容，自難認其有控制或監督之能力。雖然網站可能為其提供之服務收費，但系藉由軟體之提供及按使用者之下載檔案之數量或使用期間而收費，並不涉及檔名及內容之檢察。此種分散式之軟體係科技進步之產物，充分彰顯網際網路之精神，勢將對資訊之傳播產生重大且實質之影響，雖有眾多之使用者濫用該工具而傳輸非法複製之檔案，但軟體本身應係中性而未具原罪，而依軟體設計之機制，網站之管理者既然對於使用者互傳之資訊未能控制並進而過濾，應不能要求擔負民事及刑事責任，否則將阻礙社會之文化及科學之進步，且有侵犯憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」基本權利之虞<sup>37</sup>。

另一種論點則是，將 P2P 網站當做使用者的共同正犯。例如，Kuro 本案的一審判決，就認為其和使用者構成共同正犯。

## (二) Kuro 相關判決

Kuro 由於名氣較大，會員較多，故相關判決也較多。以下整理四個 Kuro 相關判決。Kuro 本身到底有無侵權，是最重要的問題，但在該案判決之前，周邊還先發生了三個案件。

### 1. 滾石控告 Kuro 侵害其唱片封面著作權案<sup>38</sup>

滾石控告 Kuro 在其網站上未經授權即放上滾石唱片的封面縮小樣圖。滾石認為這樣算是侵害其唱片封面的重製權與公開傳輸權。但法院判決 Kuro 飛行網勝訴。主要理由在於，Kuro 本身也有經營合法唱片買賣，故在網站上置放唱片封面算是對其合法業務的推銷，屬於合理使用的範疇。

但本案仍有下述問題：雖然 Kuro 本身有進行合法唱片買賣，但是將唱片封面放在其網站上的作用，是為了導引消費者進行合法唱片買賣嗎？事實上 IFPI 也基於同樣的理由曾經提起上訴。理由如下：「1. IFPI 所屬唱片公司並無與飛行網有任何經銷合約，亦無透過飛行網以網路販賣正版 CD。2. 飛行網將唱片專輯封面置於其網站，是變相偷渡為其所經營之侵權 P2P 平台(Kuro)宣傳，真實目的並非販賣正版 CD。」<sup>39</sup>不過後來上訴仍然敗訴。

### 2. Kuro 控告中華電信停止代收會員費案<sup>40</sup>

中華電信原本與 Kuro 簽約替 Kuro 代收會員費，但是當音樂著作權人協會 IFPI 開始控告 Kuro 後，中華電信認為 Kuro 的業務有違法可能，故決定片面解除契約，不再幫 Kuro 代收會員費。故引發 Kuro 控告中華電信毀約。但最後法官判決中華電信勝訴。主要理由為：Kuro 的行為的確可能違法，中華電信基於情

<sup>37</sup>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，月旦法學雜誌第 94 期，頁 220-221，2003 年 3 月。

<sup>38</sup>臺北地方法院刑事判決 92 年度易字第 1969 號。

<sup>39</sup>【IFPI 新聞稿】93.04.23，<http://www.ifpi.org.tw/P2P/IFPI的公開聲明-美術著作.htm>。

<sup>40</sup>臺北地方法院民事判決 92 年度重訴字第 1257 號。

事變更，有權解除契約。

但本案仍有下述問題：雖然 Kuro 可能違法，但實際上還未被判決違法，中華電信真的可以因此解約嗎？

### 3. Kuro 認為 IFPI 散佈警告信函違反公平交易法而申請定暫時狀態假處分<sup>41</sup>

在 Kuro 還未被判決有罪確定前，IFPI（財團法人國際唱片交流基金會）就散發各式書函，意圖影響 Kuro 之市場營業行為及公司信譽。Kuro 認為其各項發函行為及相關不公平競爭違反公平交易法，而聲請定暫時狀態假處分。其中，IFPI 所發佈信函的對象，就包括前述第二案取消替 Kuro 收費服務的中華電信公司。Kuro 在聲請理由中特別提到，外國法院目前對相關案情的判決並不確定，有法院認為此種行為乃新興科技，為著作權法所未規範，應交由立法機關定奪，且立法院正在審查「著作權補償金制度」之引進與否，故在相關爭議未確定前，IFPI 不該任意散發打擊言論。其指出，根據公平交易委員會制定「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函處理原則」第三點及第四點規定，事業於發警告函之前，應先取得第一審法院之判決或取得有權機構之鑑定報告，並應於警告函內敘明其著作權、商標權或專利權之明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使受信者得據以為合理判斷。但 IFPI 並未得到第一審法院判決，就發佈上述信函。

但法院認為公平會的處理原則不得拘束法官，其又認為唱片公司與音樂網站並非處於「競爭關係」，且法院傾向認為 Kuro 的確可能違法，故認定 IFPI 無違反公平交易法。且法院認為 Kuro 並無受損，無定暫時狀態假處分之必要。

但本案仍有下述問題：Kuro 因 IFPI 的發函，使中華電信已經片面終止合約，算是無受損嗎？為何公平會的處理原則，法官居然會不適用？而且大法官在釋字五四八號解釋中<sup>42</sup>，已經認為公平會的處理原則是合憲的，下級法院法官居然又可以說法官不受處理原則之拘束？！

### 4. Kuro 本案一審判決

台北地方法院則於 2005 年 9 月 14 日作出 92 年度訴字第 2146 號判決，判決 Kuro 相關負責人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，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。

就本案 P2P 使用者之違法下載行為而言，Kuro 既可預見身為其會員之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，提供該軟體供陳佳惠使用，容許使用者可利用該軟體及服務

<sup>41</sup> 臺北地方法院民事判決 93 年度智財權字第 15 號。

<sup>42</sup> 該號解釋之分析，可參考黃俊杰，智慧財產權之保護與限制，月旦財經法雜誌第 1 期，頁 137-153，2005 年 6 月。

違法下載，且使用者使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 與使用者間顯然具有犯意聯絡及行為分擔，合屬共同正犯<sup>43</sup>。

但本案仍有下述問題：共同正犯認定的範圍是否過大？為何不用幫助犯來思考？此外，陳家駿還批評，認為法院只指出會員構成重製，故 Kuro 為重製的共同正犯。但是並未指出會員也侵犯了公開傳輸權<sup>44</sup>。

本案後來在第二審時，以和解收場。

### (三) ezPeer 判決

士林地方法院於 2005 年 6 月 30 日作出 92 年度訴字 728 號，對 ezPeer 案作出一審裁判。該案乃是刑事判決。法官認為 ezPeer 究竟是分散式架構還是混合式架構並不重要。重點在於本案乃刑事責任，既然刑事上有所謂的「罪刑法定主義」，在相關法律未明確規定係爭行為是否違法前，法院不適合對這個爭議問題作出決定，而應該留待立法院作出政策選擇。

由於該判決判 ezPeer 合法，就有學者對之強烈批評。陳家駿作為原告律師，堪為代表之一。陳家駿對此判決中，認為分散式或集中式架構並非關鍵點，認為與美國判準一致，頗為贊同<sup>45</sup>。但就其他部分，則提出嚴厲批評。

士林地方法院認為沒有證據可證明 ezPeer 意圖侵權而設立網站，且也無從確認採取 P2P 的傳輸機制只限於侵權用途。但陳家駿認為這與一般人民的觀感有落差，實際上進入該網站觸目所及者皆為當下最新之院線電影及輔推出之最流行新歌，業者亦以此主打並向消費者慫恿促銷，誘使網友月繳百元。而且會員除了進行非法重製電影及音樂外，並無其他主要用途<sup>46</sup>。

士林地方法院有提到說，會員利用 ezPeer 軟體不一定都是在傳輸非法檔案，或許可以構成合理使用，而 ezPeer 網站並沒有義務去監督會員到底是傳送哪種檔案。但陳家駿認為，以該交易平台的運作來看，其主要就是在鼓勵交換非法軟體<sup>47</sup>。

陳家駿認為應該學習美國 Grokster 案的標準，看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。而 ezPeer 都符合上述條件<sup>48</sup>。

其中，法院認為 ezPeer 並沒有製造「刑法所不容許的風險」，目前也沒有任

<sup>43</sup>臺北地方法院 92 年度訴字第 2146 號。

<sup>44</sup>陳家駿，從臺北地院 KURO 案刑事判決談 P2P 網站著作權爭議，全國律師第 9 第 12 期，頁 32，2005 年 12 月。

<sup>45</sup>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，月旦法學第 130 期，頁 54-55，2006 年 3 月。

<sup>46</sup>同上，頁 53。

<sup>47</sup>同上，頁 56。

<sup>48</sup>同上，頁 55-56。

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，從不做為角度，被告對著作人財產權法益侵害結果，不具有保證人之地位，自無防止其發生的義務。但陳家駿認為，業者對侵權危險援應負監督管理之責，業者經營網站既以交換 MP3 為主要業務，基於法律保護目的，計有義務控制其風險，需隨時監督控管其會員檔案傳輸之適法性，業者為控制、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。業者對侵權行為有能力阻止其發生，現實上有防止結果發生之可能性，技術上可濾除侵權檔案不許交換<sup>49</sup>。

而就 ezPeer 是否為共犯部分，陳家駿認為，就犯罪行為上，ezPeer 不能算是單純的第三人，而已經算是共同正犯。因為刑法上的構成要件是否該當，從未以自然行為或「己手」為限。雖然重製與公開傳輸之「物理動作」，均係使用者所為，但傳輸因故中斷時，使用者行為退出，ezPeer 進場，此時屬 ezPeer 自己親身參與重製及公開傳輸行為。士林地方法院忽略刑法上一項罪基本的理論：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<sup>50</sup>。

陳家駿認為，會員利用業者系統從事重製及公開傳輸，其唯一的行為只是「按鍵」，一切使構成要件該當之必要條件都由業者完成，缺乏其參與即無從進行侵害重製及公開傳輸之行為；而在犯意上，其與會員具共同犯意之聯絡，形成犯罪共同體；且主觀上具備共同行為決意，彼此對犯罪計畫可得認識及彼此間有意願的交互作用下，成立一致犯意，故業者與使用者及成立共同正犯<sup>51</sup>。

再者，以功能性支配理論而言，業者具以功能性支配完成犯罪，與會員共同實施犯罪行為，彼此互為補充而具有功能性支配已完成犯罪。共同正犯的功能性犯罪支配在於：在實施階段，對實踐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<sup>52</sup>。

至於犯罪聯絡的時點是，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間。至於會員何時實際使用其提供之軟體違法下載重製檔案，下載之檔之內容及數量為何，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益，並非其所關切，自不影響其與會員間共同重製犯意之成立<sup>53</sup>。

不過，本案上訴到第二審時，也以和解收場。

---

<sup>49</sup> 同上，頁 57-58。

<sup>50</sup> 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，月旦法學第 130 期，頁 52-53，2006 年 3 月。

<sup>51</sup> 同上，頁 60。

<sup>52</sup> 同上，頁 60。

<sup>53</sup> 同上，頁 61。



表 2：台灣音樂網站法律責任比較

類型	說明	台灣代表	台灣法院判決
主從式架構	直接供人下載或線上收聽的音樂網站	天馬音樂網	直接侵權
P2P 混合式架構	提供搜尋平台的交換軟體	Kuro	共同正犯
P2P 分散式架構	純粹交換軟體，不提供搜尋平台，也不監督	ezPeer？	無罪

來源：作者自製

## 肆、美國、台灣 P2P 網站判決比較分析

介紹完上述美國判決和台灣判決的發展後，以下筆者將比較台灣著作法和美國著作法的不同，以說明台灣 Kuro 案的一審判決，似乎不太正確。不過，筆者並非要全面地從台灣實體法，來論述 Kuro 的民事、刑事責任。而僅是就現有的刑事判決，分析其論證上的盲點。而這樣的差異點，也就是造成 2007 年台灣著作權法再度修正的原因。

### 一、美國判決和台灣判決的切入點不同

比較美國和台灣的判決，可以整理出幾個特點。

美國部分，因為著作權法只有民事責任，但由於其著作權法中，除了 ISP 業者的責任外，沒有明文規定第三者的責任，故判決文的分析，強調的是由普通法上發展而來的第三人責任，亦即「輔助責任」和「監督人責任」的討論。

台灣部分，台灣的著作權法屬於刑事責任，故判決文著重於刑事上的「共同正犯」的討論。而也正因為其乃刑事責任，故士林地方法院才會採用「罪刑法定原則」而判決其無罪。

不過比較兩者的差異，美國的法院討論的是第三者的責任，包括「幫助、教唆、或類似雇用人責任」，我國法院卻不去討論幫助犯<sup>54</sup>、教唆犯，反而都在討論是否構成共同正犯。這是其中一個很大的差異。筆者猜測，這或許是因為法院討

<sup>54</sup> 我國刑法學者有從幫助犯角度，探討網路服務提供者之刑責的，請參考黃惠婷，幫助犯之幫助行為：間探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學第 5 期，頁 23-39，2000 年 7 月。該文認為一般的網路服務提供者沒有保證人義務，所以不負不作為之幫助犯責任。若從該文觀點出發，音樂檔案分享軟體或許應該負有保證人義務，所以應該負有不作為之幫助犯責任。

論會受到檢察官起訴書和告訴人律師訴訟主張牽引所致。

不過，士林地方法院 ezPeer 判決中，有自己論述到幫助犯與教唆犯的問題，但這並非檢察官起訴書的主張，而是法官自己討論到，但其結論是仍不構成幫助犯和教唆犯。

表 3：台灣、美國相關法律比較<sup>55</sup>

	美國	台灣	
責任類型	民事責任	民事相對應條文	刑事相對應條文
法院判決基準	輔助責任	民法 185	刑法幫助犯、教唆犯
	監督人責任	民法 188	

來源：筆者自製

## 二、共同正犯或幫助犯、教唆犯、煽惑犯

筆者認為，Kuro 一審判決認為 P2P 業者和使用者構成共同正犯的說理不妥。因為其認為 P2P 業者和使用者有「犯意聯絡」，且有「共同參與犯罪行為」，這樣實在是過度擴張所為的犯意聯絡的幅度<sup>56</sup>。實際上 P2P 業者並不可能與會員有這麼廣泛的犯意聯絡，而且其實並沒有共同參與犯罪行為，因為其一旦設計好軟體，會員使用時，軟體是自動執行，P2P 業者並沒有真的在共同犯意下共同執行重製或公開傳輸。

筆者認為，比較妥當的方式，應該是去判斷，這種 P2P 網站是否構成幫助犯或教唆犯<sup>57</sup>。甚至，章忠信還提到刑法 153 條煽惑犯的問題<sup>58</sup>。

在士林地方法院 ezPeer 的判決中，就有討論到是否構成幫助犯和教唆犯的問題。其認為 P2P 業者的行為是「中性幫助」行為，無證據證明負責人知悉會員所傳輸之檔案內容，並能以知判斷各該會員是否正欲或所欲從事之違反著作權法犯罪，故不能算是「作為之幫助犯」。至於不作為之幫助犯部分，其認為 P2P 業者並沒有違反法律義務，不構成保證人地位，故不會構成「不作為之幫助犯」<sup>59</sup>。在教唆犯部分，法院判決認為，網站的廣告係對不特定大眾為之，且其內容乃是告知大眾可以利用 ezPeer 軟體搜尋或傳輸文字、遊戲或歌曲等各種檔案，並以

<sup>55</sup> 關於美國輔助責任和監督人責任與我國幫助犯、教唆犯的比較，可參考蔡蕙芳，用戶著作權侵權之網路服務業者責任，科技法學評論第 1 卷第 2 期，頁 323-330，2004 年 10 月。

<sup>56</sup> 蔡蕙芳對此有詳細批評，請參考蔡蕙芳，P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性，科技法學評論第 3 卷第 1 期，頁 45-73，2006 年 4 月。

<sup>57</sup> 羅明通也採相同看法，請參見羅明通，P2P 之傳輸技術、產業價值暨美台相關判決評析，科技法學評論第 3 卷第 1 期，頁 1-44，2006 年 4 月。

<sup>58</sup> 章忠信，立法院提案修法遏止網路檔案分享軟體之提供，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=161>。

<sup>59</sup> 之所以不構成「不作為幫助犯」的論點，可參考黃惠婷，幫助犯之幫助行為：兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學第 5 期，頁 23-39，2000 年 7 月。

種種行銷手法刺激消費者之消費慾望，與教唆犯要件不符。

而羅明通則認為，應該區分「混合式 P2P」和「分散式 P2P」。若是混合式，他認為應該都構成幫助犯和教唆犯；但若是分散式，則都不構成<sup>60</sup>。

士林地方法院提到之所以不構成教唆犯，是因為沒有對特定的人為之，而是對大眾為之，章忠信就提到這或許可以構成刑法 153 條煽惑犯。筆者認為也頗有道理。

### 三、台灣著作權法體系觀點

但若參考著作權法的體系，採用體系解釋的觀點，可能就不適合再採用幫助犯、教唆犯、乃至煽惑犯等論述。

我國著作權法中，本來對於某些幫助侵權的一些行為，就有特別的條文加以規定。例如著作權法第 91 條之 1，販賣違法重製物的人，也要受到處罰。而第 87 條，就是所謂的「視為侵害著作權」，其並不是「直接侵害著作權」，但由於其很可能會幫助侵害，故被「視為侵害」。例如第二款規定的「明知為侵害製版權之物而散佈或意圖散佈而公開陳列或持有者。」第三款規定：「輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者」等規定。這些條文都是我國「輔助侵權」的明文規定。

此外，原本智財權提案修改著作權法時，一度想要在著作權法中，對於 ISP 業者的法律責任作出明確規定，而預計列於 87 條之 2，不過後來該條並未提出。從該條原本想要置入的體系位置，也可看出該條乃是討論 ISP 是否構成幫助犯的情況。甚至，近來行政院正在研擬提出「數位內容產業發展條例」，也打算設置 ISP 業者的法律責任，其雖然因是否要設於著作權法中而產生爭議<sup>61</sup>，但可見這也是對著作權輔助侵權的一個明文規定。

甚至 2006 年 4 月立委謝國梁又提出另一個修正案，乃是想將 P2P 交換軟體認定為違法的修正案。其預計列於著作權法 87 條第 7 項：「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，對公眾提供可供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。並於同條文增訂第 2 項，明訂「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。」從這個修法草案的體系來看，再度證明著作權法會將獨立的幫助行為規定下來。

甚至，於 2005 年引進防盜拷措施條文，規定在著作權法第 80 條之 2 條。根據該條，任何人不得破解、破壞防盜拷措施，也不得散播之。破解防盜拷措施的行為，本身並沒有直接侵害著作權，但是卻很有可能輔助侵害著作權。因此，美

<sup>60</sup>羅明通，P2P 之傳輸技術、產業價值暨美台相關判決評析，科技法學評論第 3 卷第 1 期，頁 30-37，2006 年 4 月。

<sup>61</sup>該法介紹及討論，請參考章忠信，「數位內容產業發展條例」有關著作權規範之檢討，科技法學評論第 3 卷第 1 期，頁 133-162，2006 年 4 月。

國就有學者早在千禧年著作權法還未通過前，就鼓吹應該增定反規避條款，將其當做是一種「輔助侵權」<sup>62</sup>。相比之下，我國是否因為有 91 條之 1、87 條和 80 條之 2 等輔助侵權等規定，就不應該另外創設輔助侵權規定？

就監督人責任部分，我國刑法沒有相類似的規定，民法 188 條有規定雇用人責任，但是著作權法第 101 條也有這樣的規定：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第九十一條至第九十六條之一之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科各該條之罰金。」這是我們監督人責任的明文規定<sup>63</sup>。

美國在千禧年著作權法增定 ISP 的責任以及反規避條款，增加了這些輔助行為，但並非在其他情況就不能夠有輔助責任的出現；由於美國法院可以依普通法傳統，套用輔助責任和監督人責任。但是台灣著作權由於是刑法規定，且在著作權法中已將某些幫助行為、監督人責任有明文規定。若從體系解釋的觀點，既然嚴重的「輔助責任」和「監督人責任」，已經規定在著作權法中，則在這些明文規定的條文之外，是否還可以再用「幫助犯、教唆犯」等討論？甚至去用「共同正犯」的討論方式？值得我們深省。

#### 四、民事賠償責任與刑事責任

上段已述及，我國著作權法有刑事責任，而根據筆者觀察著作權法刑事責任的體系觀點，認為不該套用刑法總則幫助犯、教唆犯等規定。因為著作權法若要以刑事責任處罰這些幫助行為，應該會明白規定出來。

但就民事責任上，美國法是採用輔助責任和監督人責任來課予 Grokster 等 P2P 網站民事責任。若對照到台灣民法的規定，其實輔助責任，可以套用民法第 185 的共同侵權行為；而監督人責任，台灣民法比較類似的條文，是民法第 188 條法定代理人責任。不過，實際上著作權法 101 條，對這類相關人員，已經課予刑事責任。若對照來看，台灣民法欠缺一個一般性的監督人責任。

所以，若要用民事責任來對付 Kuro 等 P2P 網站，應該是援用著作權法第 88 條請求民事損害賠償，而搭配民法第 185 條，認為 Kuro 構成輔助侵權，一樣要負賠償責任。

為何美國人會用民事責任作為訴訟策略？而台灣卻都以刑事責任作為訴訟策略呢？

一、美國著作權法並無刑事責任。反之，台灣著作權法受到美國壓力，反倒有刑事責任。

二、在美國的民事責任，由於賠償金認定較高，還可以在訴訟過程中，就先下達強制令，故民事訴訟仍然有夠高的威嚇效果。台灣的民事訴訟，雖然也可以

<sup>62</sup> Trotter Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, 1996 U. Chi. Legal F. 217, 250-251 (1996).

<sup>63</sup> 此點乃是蔡蕙芳指出的，請參考蔡蕙芳，用戶著作權侵權之網路服務業者責任，科技法學評論第 1 卷第 2 期，頁 337，2004 年 10 月。

下達假處分，Kuro 案進行中也曾經有過假處分的爭議，但後來並沒有成功。表示台灣的假處分運用，不如美國來的有效。

三、相對地，台灣既然有刑事責任可以用，威嚇效果更高，原告當然傾向採用刑事責任。而且若要用民事責任，在損害賠償的認定上，原告必須舉證證明損害，這一點會造成不小的負擔。故原告方面當然傾向用刑事責任作為訴訟策略。

四、若對照美國判決和台灣判決，由於美國是民事責任，故法官某程度上，可以援用普通法的原則，對不同的事實做不同的適用，故法官裁量權較大。但若是台灣判決，既然圍繞在刑事責任上，則對照到前段分析，筆者認為，仍然應該固守罪刑法定主義，不可隨意發展。

## 五、2007 年著作權法 87 條修正杜絕爭議

2007 年 6 月，立法院修正著作權法第 87 條，對像 Kuro 這類網站，雖然沒有直接侵權，但把它納入幫助侵權的範圍，明文規定其違法：「七、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。」「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。」雖然 Kuro 和 EZpeer 這種網站本身沒有侵權行為，但是一種類似「幫助侵權」的行為，由於我國著作權法有刑事責任（兩年以下有期徒刑、五十萬以下罰金），為了杜絕爭議，所以乾脆立法寫清楚，這樣的幫助行為也是違法的。從這樣的修法動作也可以回過來推論，之前 Kuro 案一審法院的判決應該是錯誤的，而 ezPeer 案一審法院才是正確的。

## 伍、經濟分析

以上分析完美國與台灣相關判決的發展後，可知，就法律面，到底 Kuro 有無違法，是有爭議的。而以下筆者則轉換方向，不從實體法角度切入，而從經濟分析的角度，論述到底從經濟效益上，到底該不該讓 Kuro 等 P2P 軟體免責？筆者認為，若從經濟分析來看，若一定要選擇「有責任」或「無責任」，「有責任」應該比較有助於網路的發展。但這仍然只是在現行法體制下，作「有責任」或「無責任」的選擇。其實有可能會有其他折衷的選擇，例如法定授權、補償金等方式，本文暫不予討論。

## 一、朋友間分享是否構成合理使用

Wendy J. Gordon 對於是否構成合理使用，提出一個三階段的判斷標準<sup>64</sup>：

1. 合理使用的存在，從經濟分析的觀點來看，可能是因為交易成本過高，而實際交易的價值相對於交易成本反而不高，故允許合理使用，免除交易的累贅。亦即，當「交易成本」大於「使用利潤」時，若一定要交易才能使用，則交易根本不會發生。故當交易成本過高或其他市場失靈情況發生時，較可允許構成合理使用<sup>65</sup>。例如，在家裡用影印機、錄音機複製歌曲的人，如果禁止其複製，其可能就不會使用，因為複製的行為對其來說利潤不大，也用不著為了這點小利而去市場進行交易。故此時就是交易成本大於使用的利潤，故著作權法才會將「家裡」「私人使用」的用語做為合理使用的參考標準<sup>66</sup>。

另外，當有社會外部性時，獲利者並非使用人，此時使用人無法回收那些社會外部性利潤，故無法向權利人繳交足夠的授權金。此時法院也該給予合理使用。例如，老師為了教學而進行複製，其社會利益很大，可以讓學生學到更多東西，但是因為老師的薪水不能夠反映出這些社會利益，而老師薪水也不足以去取得這些授權，故此時就允許合理使用<sup>67</sup>。

或者，如果是對著作權人的作品進行批評，著作權人通常也不願意授權，此時雖然批評的利潤可能會大於一般索取的成本，但著作權人可能根本不願意授權<sup>68</sup>。

2. 如果使用的價值高過於著作權人本來會索取的價值，那麼通常也會傾向允許合理使用。例如為了教育的目的進行使用，此時使用者的社會外部性較高，其價值可能會高於著作權人索取的價值。或者換句話說，當著作權人的損失不大時，法院也比較願意判定其構成合理使用<sup>69</sup>。

3. 當使用者使用會造成「實質上的損害」時，就不能夠判斷其構成合理使用<sup>70</sup>。

這三階段的判準，在新複製科技出現時，究竟該如何操作呢？Wendy J. Gordon 教授以圖書館影印機和家庭用錄影機為例作為討論對象。在美國的 *Williams & Wilkins* 案中，醫療機構和政府圖書館，讓使用者利用圖書館中的

---

<sup>64</sup> Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Colum L. Rev. 1600 (1982).國內已有文獻對這篇重要論文做詳細介紹，請參考蔡岳勳、胡心蘭，從法律與經濟學的角度分析美國著作權法之科技保護措施及合理使用原則，中原財經法學第 14 期，頁 157 以下，2005 年 6 月。

<sup>65</sup> Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Colum L. Rev. 1600, 1614-1615 (1982).

<sup>66</sup> Id., at 1629.

<sup>67</sup> Id., at 1630-1632.

<sup>68</sup> Id., at 1633.

<sup>69</sup> Id., at 1615-1616.

<sup>70</sup> Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors*, 82 Colum L. Rev. 1600, 1620 (1982).

影印機，大量影印其所購買的期刊雜誌，因而被告。最高法院最後多數意見判決其符合合理使用<sup>71</sup>。但 Wendy J. Gordon 教授卻認為，若從市場是否失靈來看，如果將其納入著作權保護範圍，因為既然是在機構中影印，計算方式尚屬容易，其實仍然可以發展出授權機制。而且就潛在市場來說，不賦予著作權保護，讓期刊雜誌的出版商損失了不少利益，其損失已經算是「實質的損失」，故應該不能構成合理使用<sup>72</sup>。

在 Sony 案中，美國最高法院認為私人在家裡用家用錄影機錄製節目，算是「time-shifting」，構成合理使用。Wendy J. Gordon 教授寫作該文時，最高法院尚未作出最後判決，其只是批評第九巡迴法院在二審時認為不構成合理使用，所考量的方向並不正確。其認為可以考量一些因素：私人在家使用錄放影機錄製電視節目，倘若禁止要求其向權利人交易，其交易成本過高。且若真要執行，必須監督私人在家中的使用行為，這樣會過度侵犯隱私，且執法和訴訟成本將會高得驚人。很多人建議，透過對複製機器課予補償金的作法，可以作為減低交易成本的一種方式。而法院必須衡量事實，判斷這種收費制度是否可行，因而不給予保護會剝奪了著作權人的利益；還是這種制度並不可行。若交易制度不可行，則法院必須進而考量，對於著作權人來說，並沒有造成「實質的傷害」<sup>73</sup>。

歸納上述說法，真正必須考量的，就是 1. 私人在家錄製節目，對既有市場是否造成損害？以及 2. 就算對既有市場不造成損害，認定其屬合理使用，是否剝奪了著作權人從新市場獲利的可能？

就第 1 點來看，有認為，讓私人可以在家錄製節目，或許可以增加收視戶，對電視台來說或許是好的。不過也未必，因為私人錄製節目後用錄放影機重看時，可以輕易將廣告時段快轉過去，而廣告卻是電視台的主要獲利來源<sup>74</sup>。

其實 Sony 案的問題，若用 Wendy J. Gordon 教授的檢測標準來看，應該對潛在市場的確造成了很大的傷害。所以，從事後角度來看，的確不該認定其符合合理使用。

但有人從「網路效果」理論，認為應該允許新科技構成合理使用，因為讓越多人使用，反而能讓著作權人在其他市場上，回收利潤<sup>75</sup>。例如，允許網路音樂盜版，反而能讓更多人喜歡某個歌手，而願意去演唱會聽他的歌曲。

不過，筆者認為，這種說法可能只會優惠某些歌手，對於那些只想消費一次的人來說，可能並不會讓著作權人有額外的回饋。而對於其他使用者，因為聽說某歌手的歌特別有名形成網路效果，而想去聽，但若網路上都可以免費分享，著作權人如何回收這些網路效果的利潤？

<sup>71</sup> 420 U.S. 376 (1975) (per curiam).

<sup>72</sup> Id., at 1647-1651.

<sup>73</sup> Id. at 1656.

<sup>74</sup> William M. Landes 和 Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* 118 (2003).這一點是 Sony 案原告的主張，參考 Frank Pasquale, *Breaking the Vicious Circularity: Sony's Contribution to the Fair Use Doctrine*, 55 Case W. Res. L. Rev. 777, 788-789 (2005).

<sup>75</sup> Frank Pasquale, *Breaking the Vicious Circularity: Sony's Contribution to the Fair Use Doctrine*, 55 Case W. Res. L. Rev. 777, 802-803(2005). (該文乃是針對 Sony 的錄放影機問題，但其論點可以推廣)

另外，則有人從試聽、與口碑等角度，說明允許多一點的合理使用，反而能夠激發銷售量<sup>76</sup>。不過，筆者認為，允許新科技完全複製，已經不只是視聽或口碑，而是會整個減少需求。

從以上諸多討論來看，網路音樂分享到底有無對著作權人造成損害呢？Lawrence Lessig 教授就綜合上述各種說法，綜合分析網路音樂分享，其結論認為，網路音樂分享對著作權人的損害不大。他將 P2P 的使用者分為四類：

表 4：音樂分享軟體使用者類型與效果

類型	說明	合法性	效果
一	在網路上聽歌，而不願意去唱片行買歌的人。這其中就算沒有 P2P，部分的人也不會去買 CD。	違法	對唱片公司有部分害處
二	作為試聽的人	可能違法	對唱片公司有利
三	雖然著作權還未過期，但由於交易成本過高，市面上已經不販售的歌曲	可能違法	對唱片公司無害，對社會有益
四	著作權已經過期的老歌	合法	對唱片公司無害對社會有益

來源：筆者整理，參考 Lawrence Lessig, Free Culture 68-74 (2004).

在這四類中，只有第一類的部分是有害的，但第二類卻對唱片公司有利，第三、四類對唱片公司無害但對社會有益。Lessig 提到，若從實際的銷售數字與 P2P 的盜版數字來看，只有第一類中少部分的人因為有 P2P 而不去買正版，對唱片公司的整體銷售數字只減少了一點。Lessig 認為沒有必要為了這一點損失而阻礙整個 P2P 技術<sup>77</sup>。

但筆者認為這種說法並不正確。這種分析是在到底網路音樂交換合法性上有疑慮時，故網路音樂交換並沒有完全盛行的情況下，所推估的一些統計數字。假設今天網路分享完全符合合理使用，如果所有人都去使用網路音樂交換而不再購買唱片，此時對唱片公司的效果就完全不同了，屆時唱片公司將完全無法獲利。亦即，其已經構成「實質損害」，不符合第三個條件，而不該被認為是合理使用。

## 二、P2P 網站是否需承擔法律責任

*Sony* 案美國最高法院認為 *Sony* 合法，是因為個別使用的行為已經構成合理

<sup>76</sup> Id., at 806-808.

<sup>77</sup> Lawrence Lessig, Free Culture 68-74 (2004).



使用，故 Sony 公司不另外構成輔助侵權或代理侵權。但從經濟學觀點來看，這個判決卻可能是錯誤的。

之所以要對幫助侵權或教唆侵權的人課予責任，也就是美國法上的第三人責任(third party liability)，其經濟理由很簡單。由於網路盜版的人數太多，要讓著作權人一一對侵權者提起告訴，現實上根本不可能，相較於其所想要避免的損害，訴訟成本和執法成本過高。此時，若賦予第三人責任，讓著作權人直接鎖定第三人，可以在事前用更低成本的方式來防止損害，那麼當然課予第三人責任較好<sup>78</sup>。

例如，在 Sony 案中，最高法院說只要錄放影機有「實質非侵權的用途」就不用負責，有人認為其並未考量到，那些「侵權用途」和「非侵權用途」的比例。而且，其認為錄影機製造商無法控制消費者的行為，故不構成「監督人責任」，但是其卻未考量，其實只要要求製造商修改，取消「快轉」功能，或許就不會影響片商的廣告收益<sup>79</sup>。亦即以較低的成本較能防止很大的損害。

但課予第三人責任時，若太過嚴格，也會有社會損失。因為倘若其責任太過嚴格，會讓這些第三人不敢提供服務，導致原本這些服務也會有一些「合法的」「非侵權的」使用者，也無法使用服務。甚至，會因為課予太嚴格的責任，導致第三人將收費提高，而轉嫁到那些沒有侵權的使用者身上<sup>80</sup>。

不過也有認為，嚴格課予第三人責任，即便未必能夠讓業者成功修改其軟體，但有可能對社會福利來講是好的。由於課予業者法律責任，促使其去研發防盜版的科技，雖然失敗，但是廠商會將這個成本內化為其收費，結果將使整個服務價格提高。此時，這個法律責任就像是一種稅，對社會福利來說看起來不好，因為此時同時降低了侵權用途和非侵權用途。可是，如果侵權用途的損害比非侵權用途的利益來得高，或者侵權的使用者對價格變動較敏感，或者這樣著作權保障程度所增加的創作誘因，比其減少的非侵權用途來得好，這些時候社會福利仍然會增加<sup>81</sup>。

當然，如果廠商可以成功設計出避免侵權用途的設計，那麼課予其責任促使其去這麼做，是有效率的。Randal C. Picker 教授提到，如果可以用不至於過高的成本，去設計另一種機器，而且該機器可以避免「侵權用途」，保留「非侵權用途」，此時就應該課予該機器第三人責任，給予其誘因去修改設計<sup>82</sup>。在 Napster 案中，美國第九巡迴法院就指出，使用 Napster 的人雖然有「非侵權用途」，但 Napster 有能力可以排除那些侵權的檔案流通，卻不處理，故判決其有

---

<sup>78</sup> Douglas Lichtman and William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 Harv. J. L. & Tech. 395, 397 (2002).

<sup>79</sup> Id., at 400-401.

<sup>80</sup> Alfred C. Yen, *Third Party Copyright After Grokster*, at 23, Boston College Law School Faculty Papers, available on <http://lsr.nellco.org/be/bclsfp/papers/133>.

<sup>81</sup> Id., at 405.

<sup>82</sup> Randal C. Picker, *Rewind Sony: The Evolving Product, Phoning Home and the Duty of Ongoing Design*, 55 Case W. Res. L. Rev. 749, 753-754 (2005).

責任<sup>83</sup>。但是同樣是第九巡迴法院，在 *Grokster* 案中，卻認為 *Grokster* 沒有目錄搜尋功能，所以無法排除「侵權用途」，故沒有第三人責任。其中，法院具體提到，要求 *Grokster* 去修改已經存在在各個使用者電腦中的檔案，是不可行的。不過，Randal C. Picker 教授卻認為，這其實並不困難<sup>84</sup>。他認為只要這類分享軟體散播者能夠在散播軟體之後，在使用者上線時，持續地與使用者保持連線，其實要更新程式非常容易。例如我們 Windows 的更新往往根本是在我們連上線就自動執行<sup>85</sup>。故他建議一個標準，來促使分享軟體散播者。他認為，1. 假設設備製造者（包含分享軟體），在製造出該設備後，不會繼續更新，那麼就已製造當時，其「非侵權用途」是否為其主要使用用途，來判斷其是否合法。2. 假設設備製造者，在製造出該設備後，還會有辦法繼續更新，只要減低損害的更新成本小於其造成的損害，那麼就應該課予設備製造者法律責任，促使其更新<sup>86</sup>。

## 陸、網路音樂市場的發展

Kuro 和 ezPeer 案，於 2006 年時，都已和 IFPI 和解。雖然以和解收場，但以和解金來看，都傾向認為 Kuro 和 ezPeer 是有違法的，否則不需要支付那麼高的和解金。和解方向則是欲將 Kuro 和 ezPeer 轉換為合法授權的音樂網站。但如此一來，真的就有助於合法網路音樂的發展嗎？筆者非常懷疑。以下即稍稍討論目前網路音樂發展的狀況。

### 一、法院慢慢回應或財產權擴張

整體而言，本文所討論的內容，可稱之為「現狀模式」。亦即，在著作權法尚未調整的情況下，透過法院慢慢發展，視個案而判斷網路音樂是否違法。這樣是一種好的方式嗎？

Kuro 和 ezPeer 案目前已經和解。但若未來又發生類似案例，最好法律上修改著作權法或電信法，對 ISP 業者規定明確的法律責任，以分類何種 ISP 業者必需負責。不然在責任不明的情況下，對於開發軟體的人來說是有很大的風險存在。例如最近台灣出現的 Fouxxy，就是一種免費的檔案交換軟體，完全沒有「主事者」，對於這種軟體的出現，唱片公司要對誰提出告訴？

除了法院慢慢回應的「現狀模式」外，在美國，利益團體仍然繼續遊說國會增強著作權法的保護力道，可稱之為「財產權擴張模式」。一方面，其透過修法慢慢擴張保護著作權人的權利，而且，也修法將一些「幫助侵權」的行為，納入著作權法的範圍內，甚至考慮加重網路盜版的刑責，允許著作權人私自執法等。

<sup>83</sup> Id., at 755.

<sup>84</sup> Id. at 757.

<sup>85</sup> Id. at 757-761.

<sup>86</sup> Id., at 766-768.

另一方面，而法院也透過判決，慢慢修補這個財產權體制。

而著作權人搭配這樣的法律保護趨勢，也漸漸肯提供合法的線上音樂網站，並且從教育著手，進行更多保護著作權的宣導，讓人民改變對著作權的看法<sup>87</sup>。由於有合法的線上音樂網站，加上教育和宣導，消費者或許慢慢開始習慣到合法的線上音樂網站上消費。但是，採取教育和宣導的策略，效果有限<sup>88</sup>，因為若業者不降低售價，或合法音樂網站的售價過高，還是很難扭轉人民「盜版有理」的心態。其他的網路盜版軟體還是會繼續出現。

在 2006 年以前，到底 P2P 音樂交換軟體是否違法，是交由法院以個案，判決慢慢發展，例如台灣的 Kuro 和 ezPeer 案判決，從一審判決到二審和解，都算是所謂的「現狀模式」。但到了 2007 年修改著作權法，確定 P2P 音樂交換軟體「視為侵害著作權」，呈現了「財產權擴張模式」。

在財產權擴張之後，我們的法律若已給予唱片公司一個完善的網路法律保護環境，唱片公司就真的願意進入這塊市場嗎？則令人質疑。

## 二、合法線上音樂網站的發展

### (一) 美國市場

由於法律保護充足，目前唱片公司好像願意進入網路市場了，而出現了幾個合法的線上音樂網站。美國目前為止的線上音樂發展頗為樂觀，iTune 提供合法的線上音樂下載，一首歌 99 美分，但是限定下載後透過科技保護措施讓消費者只能夠複製五次以內，以確保音樂檔案不過份散佈。而轉型後的 Napster、Rhapsody、Sony Connect 也開始提供繳交月費的線上訂閱服務（只能線上收聽、不能下載），也同時提供單曲下載或專輯下載。最近 Yahoo 則加入戰局，一方面提供月費服務，另一方面也提供單曲下載，而且單曲下載的收費為 0.79 美分<sup>89</sup>。

不過從其定價上來看，似乎完全沒有反映網路低成本的特性。網路與實體唱片行不同之處，在於省去了唱片 CD 和包裝的硬體成本，以及行銷通路相關的行銷成本（例如庫存成本和人力成本）。iTune 一首歌 99 美分的行情，就差不多等於實體唱片售價除以其歌曲數目的價格，卻沒有反映出網路的低成本特性。顯示唱片公司雖然願意進入網路市場，但卻仍然想保有實體唱片行的通路。

美國唱片公司和 iTune 的授權契約，權利金採取售價的 70%，亦即，每一首歌為 99 美分，要繳給唱片公司的權利金就高達 65 美分<sup>90</sup>。這跟唱片公司在實體唱片行的獲利比率來講，實在差距太大。可見唱片公司是多麼想維持傳統唱片

<sup>87</sup> Mousley, Matthew C.(2003), *Peer-to-Peer Combat: The Entertainment Industry's Arsenal on its War on Digital Piracy*, 48 Vill. L. Rev. 667, 686-88(2003).

<sup>88</sup> Id, at 687-88.

<sup>89</sup> 可參考「數位時代」雜誌第 124 期之專題報導，頁 160-174，2006 年 2 月 15 日。

<sup>90</sup> 陳慧鄉，「線上音樂與補償金機制之研究」，頁 38，政治大學會計系碩士論文，2005 年 6 月。

行的市場。

## (二) 台灣市場

在台灣市場方面，由於 P2P 軟體是否違法的爭議一直沒有解決，導致大多數消費者仍然沒有建立合法觀念，多使用未授權的 P2P 軟體，使得合法音樂網站的建立和營運有所困難。

最早的一個合法授權音樂網站 iMusic，是採取讓會員可以付費下載的方式，而一首歌收取台幣 35 元。但是這個收費價格過高，比起唱片行一張專輯除以歌曲數而言，對消費者並沒有特別的吸引力。而 iMusic 向唱片公司繳交的授權金方式，卻是天價。其規定每年要給唱片公司共一億台幣，倘若 iMusic 售價超過一億，則超過部分以營業額七成為授權金。亦即，倘若 iMusic 營業額不到一億，所有營業收入都歸唱片公司，但超過一億部分，則還要繳交七成給唱片公司。陳慧鄉估算，若以 iMusic 第一年行銷費用 2000 萬台幣來看，其至少營業額要到 1.67 億元，是最低的獲利門檻。而以單曲下載收費最高 35 元計算，則需被下載 478 萬首歌。可想而知，這樣的授權條件對這個新興產業來說非常不利，最後 iMusic 在 2005 年 5 月 16 日正式停止營運<sup>91</sup>。

後來成功發展的合法授權音樂網站，則是 KKBox。這個線上音樂網站，其並不提供音樂下載，只提供月費線上訂閱。之所以會採取這種方式，就是因為唱片公司對下載音樂索取的授權金過高，而使得 KKBox 退縮採取線上訂閱的方式。其授權金比例並不清楚，但可知並非採取概括授權，而是計次、計時向 KKBox 收費<sup>92</sup>。

這樣的授權方式與授權費率，顯見台灣的唱片公司還是不敢貿然讓音樂檔案流傳出去。另外，最近由於入口網站 Yahoo 也開始加入戰局，在台灣也推出了自己的音樂網站。Yahoo 結合了月費線上訂閱和單曲下載的方式，收費方式如表 5。

表 5：Yahoo! 奇摩音樂通收費方式

付費方式	離線收聽	線上收聽	單曲下載
付費方式	月付 NT\$149 元，無限制		喜歡才下載，每首歌曲 VIP 會員價：NT\$25~30 元 非會員價：NT\$30~35
在電腦上收聽	指定三台電腦離線收聽	不限電腦，登入帳號，線上收聽	下載到你的硬碟，永久保存
燒錄	不能燒錄	不能燒錄	燒錄成五張光碟，隨你使

<sup>91</sup> 同上，頁 39。

<sup>92</sup> 同上，頁 40-41。

			用
傳輸到隨身聽	不能傳輸	不能傳輸	傳輸到支援微軟版權管理機制的隨身聽*

資料來源：<http://tw.music.yahoo.com/edm/subscribe.html>

Yahoo 的加入，至少讓台灣合法線上音樂網站開始提供下載服務，這是一個好的開始。但從單曲下載的價格來看，會員價 25-30 元之間，差不多就等於一張唱片的售價除以其歌曲數目，並沒有反映出網路的低成本（可以扣除傳統唱片的硬體成本、行銷成本）。可以推測，其與唱片公司的授權金比率應該也是高於下載營業額的六成。也同樣顯示台灣的唱片公司仍想保留原有的唱片行市場。

整體而言，即便法律已經提供唱片公司在網路上充分的保護，但唱片公司又採取很高的授權費率，導致目前合法線上音樂市場的發展，進展緩慢。以目前的收費價格來看，可以發現唱片公司似乎仍想保留既有的傳統唱片通路，而不願意全心進入網路市場。

## 柒、結論

經本文研究發現，有下數三項發現：

一、由於台灣與美國著作權法體系的不同，導致兩國對相關案例的判斷上，有不同的看法。美國的著作權法只有民事責任，所以法院有較大的空間，可以認定 P2P 音樂交換軟體構成了侵權上的輔助責任。但由於台灣的著作權法乃是採刑事責任，則依據罪刑法定主義，若法無明訂，則不可處罰。由於我國著作權法 87 條將許多幫助侵權的行為具體規定出來，顯示倘若未規定，就不可以援用刑法幫助犯的方式來處罰定 P2P 音樂交換軟體。

二、若我們目前只有兩種選擇，就是認定 P2P 音樂交換軟體「有責任」或「無責任」，則採用簡單的經濟分析之後，認為應該認定有責任，才能夠減少執法成本，有效地減少網路盜版問題的發生。

三、就算在法律上提供唱片公司一個安全的網路環境，唱片公司似乎仍想保留既有的傳統唱片通路，而不願意全心進入網路市場。