

論我國著作權網路服務提供者 責任規範之發展與實踐^{*}

姚信安^{**}

摘要

網路服務提供者於著作權法領域當中所扮演之角色，素為近年來各界所關注之重大議題。2005年以降，以美國最高法院 *MGM v. Grokster* 案之判決為里程碑，世界各地發生一連串關於網路服務提供者責任之立法，我國亦不例外。除了2007年參考 *Grokster* 案判決之結果，於著作權法第87條、第93條及第97條之1新增有關「引誘侵權責任」之規定外；復於2009年引進美國「網路著作權侵權責任限制法案」（Online Copyright Infringement Liability Limitation Act），新增著作權法第六章之一，為網路服務提供者設立一侵權責任之避風港（safe harbor）。本文欲透過近五年間，實務上所形成之指標性判決，包含 *ezPeer*、*Kuro*、*Kupeer* 以及 *Foxy* 等案，分就民、刑二法之角度出發，觀察我國著作權網路服務提供者責任相關規範之演進與發展，檢視實

* 衷心感謝匿名審查委員惠予細心審閱與指教。

** 國立中正大學財經法律學系助理教授；美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士。

投稿日：2011年7月30日；採用日：2011年9月30日

務對於立法之應用與實踐情形，並且藉以檢討立法之適宜性，進而提出個人之意見與建議。

關鍵詞：網路服務提供者、Grokster、ezPeer、Kuro、Kupeer、Foxy、
引誘侵權、民事免責事由

Cite as: 8 TECH. L. REV., Dec. 2011, at 167.

Present and Past of the Rules of Online Service Provider's Copyright Liability in Taiwan

Hsin-An Yao^{*}

Abstract

Copyright issues of online service providers (OSP) have long been critical to all circles in recent years. On the model of the U.S. Supreme Court's case – *MGM v. Grokster*, there had been a succession of legislative enactments on OSPs' copyright liability in many countries around the world since 2005, and Taiwan was no exception. By consulting the decision of *Grokster*, the Taiwanese Legislative Yuan added the provisions of "inducement liability" in 2007. Two years later, the Legislative Yuan again imported the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act (OCILLA) from the U.S. to establish a safe harbor for OSPs in the newly-added Chapter 6-1 of the Taiwanese Copyright Act. This article is an attempt to observe the development and practice of the rules of OSPs copyright liability in Taiwan, to examine the application of those rules in legal practice, to analyze the reasonableness of the past legislations, and to further bring forth suggestions

^{*} Assistant Professor, Department of Financial and Economic Law, National Chung Cheng University; Doctor of Juridical Science, Maurer School of Law, Indiana University Bloomington, U.S.A.

through the introduction and discussion of the key cases in Taiwan in the recent five years, including ezPeer, Kuro, Kupeer, and Foxy.

Keywords: Online Service Provider, Grokster, ezPeer, Kuro, Kupeer, Foxy, Inducement Liability, Online Copyright Infringement Limitation

1. 前言

近十年來，隨著網路科技之急遽進化，數位資訊交換之速度與數量，以及隨著科技發展而生之著作權侵權活動，皆已非人力所能一一掌控。緣此，著作財產權人已無能力針對直接侵權人為個別之查察與訴追；取而代之的，是轉而針對提供廣大網路使用者服務平臺、裝置或其他技術之網路服務提供者（online service provider, OSP），藉著訴訟方式追究網路服務提供者之責任，或促其停止提供行為，或逼迫其退出網路市場，或要求其配合網路服務提供者之保護措施，進而遂行其從源頭阻斷著作權侵權活動之目的。前述現象並非僅僅發生於單一國家，早在數年前已然蔚為國際潮流，而美國則是其中的先驅者¹。我國法院亦曾於此時期做出 *ezPeer* 以及 *Kuro* 二件當時為東亞關於網路服務提供者責任議題帶來不小影響之判決。

2005 年美國聯邦最高法院（Supreme Court of the United States）就網路服務提供者涉及用戶侵權之責任爭議，於 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*（以下簡稱「*Grokster*」）案作成決定，並於其中建立了著作權誘導侵權責任法則（Inducement Rule）後，世界各國先後針對網路服務提供者責任制度，做出探討、評估與反省²。我國亦不落人後，於 2007 年率先在著作權法中完成關於引誘侵權責任之立法後，復於 2009 年建立了著作權法有關網路服務提供者民事免責事由之完整規範。此二度之立法行動，尤以 2007 年之修法大大地改變了實務於訴訟上處理網路服務提供者責任之方向與態度，2010 年作成之 *Foxy* 案以及 *Kupeer* 案判決，即為其中之代表。短短數年

¹ See, e.g., *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *Netherlands Sup. Ct.*, 23 May 2002, No. C 2002/186 m.nt (Kazaa/Stemra) (Neth.); *Tōkyō Kōtō Saibansho [High Ct.]* 2005, Heisei 16 (Ne) no. 446, *Nippon Columbia Co., Ltd., et al. v. Yugen Kaisha Nippon MMO* (Japan); *Supreme Court [S. Ct.]*, 2005Da11626, 2007 (S Kor).

² See, e.g., *Seagull Haiyan Song, ISP Liability Under the Copyright Law Regime in China*, 4 CHINA PATS. & TRADEMARKS 61, 61-66 (2010).

之間，我國著作權法有關網路服務提供者責任之相關制度發生了大幅度之變動，此間歷史背景之演進，以及對於實務之影響，具有相當高之研究價值。

本文首先將以 2007 年著作權法修法前，我國對於網路服務提供者責任既有之法律手段出發，透過當時最重要之指標性判決——ezPeer 與 Kuro 二案當中，法官對於點對點檔案傳輸服務提供者之態度，來觀察並且發掘舊時既有之民事暨刑事法規於面對相關問題時，究竟存有何種法律上之難處與盲點。其次，本文將介紹啟發我國著作權法 2007 年修正之美國 *Grokster* 案。經由 *Grokster* 案最高法院法官之角度，以瞭解我國著作權引誘侵權法則所依憑之誘導侵權責任法則，其規範目的、內容以及要件。緊接著，本文亦將詳細介紹我國 2007 年與 2009 年所修正之著作權法內容，憑藉要件之分析解構，以及美國 2009 年網路著作權侵權責任限制法案之引介，進一步瞭解引誘侵權責任以及網路服務提供者民事免責事由二立法舉措，於我國著作權民、刑事領域當中所扮演之角色。2010 年之 *Foxy* 案與 *Kupeer* 案，為我國著作權法經過二次重大修正後，所作成與網路服務提供者責任有關之判決，本文接著將以此二案為例，來探討我國實務於面對網路服務提供者責任相關問題時，其態度上之轉變，以及對於立法之應用與實踐情形。最後，除了新法所解決之問題以外，本文將同時揭露修法所帶來之新疑慮，進而提出作者個人對於我國網路服務提供者責任相關制度之淺見與建議。

2. 我國既有之手段

著作權法有關網路服務提供者對於其用戶侵害他人著作權所負擔之責任，係近十年左右之新興議題。從美國 *A&M v. Napster*³ 以及 *In re Aimster*⁴ 兩案可知，身處美國本土之網路服務提供者與著作權人雙方，早在 1990 年代末期至千禧年初期，即於法庭之上如火如荼地展開著作權間接侵權責任之攻防戰。反觀當時我國立法、實務以及學術各界，卻少有針對類似議題做出討

³ See generally *Aimster*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

⁴ See generally *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

論，直至 2005 年中，方於 ezPeer 以及 Kuro 二案做出相關之刑事判決。從 ezPeer 與 Kuro 二案之判決內容可知，我國對於網路服務業者涉及網路使用者侵權之第三人責任問題，未若美國採用所謂「間接侵權責任」之觀念處理，仍舊以傳統直接責任制度為相關案件認事用法之準則。緣我國民、刑事二法受到德、日以及其他國家法制上之薰陶，經由長時間之淬煉所形成，對於第三人之民、刑事責任問題，早自成一套完整之系統。是以針對網路服務提供者第三人責任之議題，尤其民事責任部分，有學者主張回歸民法有關共同侵權責任規定以處理之，無須再引進當時美國習慣法（common law）⁵之間接侵權責任制度而得到解決⁶。以下本文即就我國於著作權法修正前，當面臨網路服務提供者第三人責任之問題時，於民、刑事二領域所可能運用之規範，以及實務之反應，分述如下。

2.1 刑事既有之手段

當著作權受到侵害時，我國著作權人多選擇以刑事訴訟為主要之爭端解決途徑，於網路服務提供者涉及其用戶侵權之第三人責任亦為如此。關於網路服務提供者刑事上之第三人責任，ezPeer 案之公訴意旨以及判決意見曾針對網路服務提供者⁷，尤其點對點檔案傳輸服務方面，於刑法上可能遭遇之罪責，有著全面且完善之分析與討論。茲參考 ezPeer 案判決意見所述，就各種刑法上關於網路服務提供者責任問題所可能涉及之犯罪型態，分別介紹如下。

2.1.1 重製或公開傳輸罪之正犯

網路服務提供者涉案時，在我國首先可能被認定成立著作權法第 91 條

⁵ 或譯為「普通法」。

⁶ 參見賴文智，「我國網路服務提供者責任限制立法所涉相關議題簡介」，律師雜誌，第 347 期，頁 18（2008）。

⁷ 參見臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3195 號刑事判決，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>。以下所有引用之我國法院裁判書來源均相同。

重製罪以及同法第 92 條公開傳輸罪之正犯。所謂正犯，係以可歸責於自己之行爲，實現客觀不法構成要件者，行爲人對於犯罪事實居於支配之地位⁸。欲使網路服務提供者成立刑法中之正犯，必須爲犯罪行爲當中有他人參與之犯罪類型，依此前提，則涉及網路服務提供者責任之正犯類型，略有行爲人間接利用他人作爲其行爲之工具，而實現不法構成要件之間接正犯，以及行爲人直接以自己之行爲，與他人共同實現不法構成要件之共同正犯二類⁹。

2.1.1.1 間接正犯

所謂間接正犯，係行爲人爲遂行其犯罪之目的，間接利用他人作爲其犯罪行爲之工具，以實現不法構成要件者¹⁰。然而，幕後之行爲人必須對於幕前實際實行犯罪不法構成要件之被利用者存有意思支配¹¹。

觀諸目前網路現實狀況，網路使用者通常基於自己犯罪之意思，利用網路服務提供者所提供之軟體或平臺，非法下載或分享著作，並因此侵害他人之著作財產權者。少見網路服務提供者支配其服務使用者之意思活動，以使用者爲工具，藉由使用者之行爲遂行其侵害特定人著作財產權之情形。目前我國關於網路服務提供者責任之案件，僅 Foxy 案當中，爲了強調本案被告與用戶間之關係，認爲被告將所提供之 Foxy 軟體於功能上預設爲強制分享，以不知情之用戶爲工具，透過用戶使用軟體之行爲，實現其上傳數位內容檔案供其他用戶下載之目的，而認定被告爲著作權法第 92 條擅自公開傳輸罪之間接正犯¹²。

2.1.1.2 共同正犯

我國刑法正犯理論當中，與網路服務提供者責任問題最具關連者，當爲

⁸ 此為以通說犯罪支配理論爲前提，所爲正犯之定義。參見林山田，刑法通論（下），頁 42（2008）。

⁹ 同前註，頁 28。

¹⁰ 林山田，前揭註 8，頁 52。

¹¹ 林山田，前揭註 8，頁 54。

¹² 參見臺灣板橋地方法院 98 年度重易字第 4 號刑事判決、智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 52 號刑事判決。

共同正犯。所謂共同正犯，我國於刑法第 28 條明文：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」解釋上，係指二以上之行為人，以共同行為之決意，共同實現不法構成要件者，屬數行為人間之分工協力行為，各個行為人皆對犯罪處於功能上之支配地位，皆為正犯。依據實務與學說上之見解¹³，認為共同正犯除行為人必須為二以上之數外，行為人之間皆須具備主觀之共同行為決意（或謂犯意聯絡）以及客觀之共同行為實現（或謂行為分擔）¹⁴。

現實網路服務之運作情形，以點對點檔案傳輸服務為例，網路服務之提供者對於網路使用者提供可傳輸他人著作之軟體或服務平臺，並於其服務平臺或其他媒體上，刊載鼓勵網路使用者利用其服務分享下載他人著作之廣告，設若其使用者確實因此而重製傳輸他人未授權之著作，而干犯著作權重製或公開傳輸之罪時，則網路服務提供者之行為，極容易被認定為對於其使用者侵害他人著作權之行為有所認識或預見，縱非直接故意，仍可能具備與其服務使用者共同違犯重製罪或公開傳輸罪之間接故意。且網路服務提供者所提供之軟體或服務平臺，係其使用者於實行違犯重製罪或公開傳輸罪之行為時所不可或缺者，依據犯罪支配理論中之功能支配理論¹⁵，網路服務提供者之提供行為，於整個犯罪行為當中，扮演了不可或缺之角色，則網路服務提供者之行為，當與其使用者之行為互相補充，互為協力，而成立共同正犯。

2.1.2 重製或公開傳輸罪之共犯

我國處理網路服務提供者著作權責任之另一可能手段，係使網路服務提供者成為違犯重製罪以及公開傳輸罪之共犯。稱共犯者，謂因加功於他人之

¹³ 實務上普遍認為，共同正犯必須具備行為分擔以及犯意聯絡之二成立要件。例如，最高法院 28 年度上字第 3242 號刑事判例、最高法院 34 年度上字第 862 號刑事判例。

¹⁴ 參見林山田，前揭註 8，頁 76-82。

¹⁵ 林山田，前揭註 8，頁 45-46。

犯罪，因而為刑法可罰之行爲者，分爲誘發他人實行犯罪行爲之教唆犯，以及協助他人遂行犯罪行爲之幫助犯。

2.1.2.1 教唆犯

刑法第 29 條第一項規定：「教唆他人使之實行犯罪行爲者，爲教唆犯。」教唆犯，指喚起本無犯罪意思之被教唆人之犯罪決意，並進一步促使被教唆人實施犯罪行爲之謂。一般認爲，教唆犯爲具有從屬性之共犯型態，必須以被教唆人故意之犯罪行爲¹⁶存在爲前提。是以，除了必須教唆人有誘使他人起意而爲犯罪行爲之教唆行爲，以及教唆之故意外，被教唆人必須有故意從事犯罪行爲之事實發生，教唆犯方得以成立¹⁷。

假設網路服務提供者之營運模式，係故意使特定或可得特定之網路使用者爲重製或公開傳輸他人未經授權之著作之行爲，藉由廣告、文宣或其他方法以喚起該使用者爲侵權行爲之決意，並且進一步實現犯罪行爲者，則該網路服務提供者，即可能因其用戶之正犯行爲，而論以著作權重製或公開傳輸之教唆犯。

2.1.2.2 幫助犯

關於幫助犯，我國刑法第 30 條有明文：「幫助他人實行犯罪行爲者，爲幫助犯。」是以提供助力予具有實行犯罪行爲故意之人，並因此促成其實行犯罪之不法構成要件者，爲共犯中之幫助犯。與教唆犯相同者，須以被幫助人有犯罪行爲發生爲幫助犯成立之前提要求。此外，幫助人本身於主觀上必須具備有幫助之故意，此故意具二層次，亦即幫助人必須有幫助被幫助人爲犯罪行爲之故意外，必須幫助人更進一步具有使被幫助人實現犯罪行爲之故意，始足當之。最後，幫助人於客觀上必須實質地對於被幫助人之犯罪行爲有所協助，促使被幫助人因其助力，而實現或易於實現犯罪之不法構成

¹⁶ 有學者認爲，縱使刑法第 29 條第一項文義上僅規定「犯罪行爲」，然解釋上應包含「刑事違法行爲」，特此敘明。林山田，前揭註 8，頁 107。

¹⁷ 林山田，前揭註 8，頁 107。

要件¹⁸。

網路服務提供者成立幫助犯之情形，必須網路服務提供者故意提供網路使用者精神上或物質上之助力，例如網路平臺業者明知自己平臺上多數用戶皆利用自己所提供之點對點檔案傳輸軟體來下載未經授權之著作，仍舊繼續於自己之平臺上，向用戶提供可傳輸音樂以及影片等檔案之點對點網路傳輸軟體下載服務。設若平臺之用戶果真有利利用該提供者所提供之軟體，非法下載音樂或電影公司所擁有著作權之音樂或影片檔案之事實發生，則該平臺業者即可能成立重製或公開傳輸罪之幫助犯。

2.2 民事既有之手段

本文既然討論網路服務提供者涉及用戶侵權之第三人責任，所著重者為網路服務提供者與其用戶之關連性。是以，未涉及他人參與之直接侵權責任制度，不在討論之列。著作權法有關網路服務提供者之民事第三人侵權責任，規定於第 88 條第一項後段，謂：「數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。」內容相當簡短，應依同法第 1 條後段之規定，於著作權法未詳實規定之情形下，回頭適用民法債編關於侵權行為之規範。

與著作權法第 88 條相呼應，民法侵權責任制度當中，網路服務業者因其使用者之侵權所可能成立之侵權責任，應為民法第 185 條關於特殊侵權行為責任當中之共同侵權行為責任之規定。學說上，將民法第 185 條區分為四種類型，計有共同加害行為責任、共同危險行為責任、造意人責任以及幫助人責任¹⁹。茲分別介紹如下：

2.2.1 共同加害行為責任

根據民法第 185 條第一項前段之規定，共同加害行為係數人共同不法侵害他人權利之行為。由此可推知，共同加害行為責任之主體，必須為二以上

¹⁸ 林山田，前揭註 8，頁 130-136。

¹⁹ 學者間於學說上所為之分類雖有些許不同，惟皆不脫此四類型。參見姚志明，侵權行為法，頁 83（2006）；王澤鑑，侵權行為法，頁 439（2010）。

之數人。且客觀要件部分，首先，必須各個加害人對於他人之權利有加害之行爲，亦即行爲之分擔；再者，他人之權利必須受到侵害²⁰；最後，加害人之加害之行爲與他人權利受到侵害之事實之間，必須有因果關係，亦即被害人（該他人）必須證明其權利受到侵害爲共同加害人之加害行爲所致者²¹。至於主觀部分，各加害人必須對於侵權之行爲與結果有故意或過失，此爲當然之理。

欲使網路服務提供者與其用戶成立著作權法上重製權以及公開傳輸權之共同加害行爲責任，除了二者於主觀上各自有侵權之故意或過失外，客觀上對於他人之著作權有加害之分擔行爲發生，並導致著作權侵害之結果，而各個行爲必須對於所造成同一著作權之損害，爲條件或原因之行爲。是以，假若某網路服務提供者（以甲代稱）以侵害某人（以乙代稱）著作財產權之故意，提供其同樣有侵害乙著作財產權之用戶（以丙代稱）重製或傳輸影音檔案之裝置，丙亦確實利用甲所提供之裝置重製或公開傳輸未經乙授權之音樂著作，此情形，甲之提供行爲對於乙著作權之損害屬於條件上之分擔行爲，當可討論甲與丙之共同加害行爲責任。

2.2.2 共同危險行爲責任

民法第 185 條第一項後段學說上稱爲共同危險行爲責任，依民法之規定內容可知，其最大之特徵在於數加害人當中，不知何者造成被害人權利之損害。與共同加害行爲責任一般，必須數加害人之間各自在主觀上有侵害他人權利之故意或過失，且在客觀上具備加害之行爲分擔，並且確實造成被害人同一權利受損。加害行爲與權利受到侵害二者之間，同樣必須具有因果關

²⁰ 此處，學說見解不一致，有學者主張無須拘泥於民法第 185 條第一項前段規定之「權利」，縱使爲純粹財產上之「利益」，亦屬於本條規範之標的，故稱侵害他人「權益」；另有學者認爲，此處限於「權利」，以與民法第 184 條第一項後段所保護之「利益」有別。本文所探討者，爲著作權受侵害之議題，謹以「權利」爲度進行討論。參見姚志明，同前註，頁 85；王澤鑑，同前註，頁 446。

²¹ 王澤鑑，前揭註 19，頁 446、452。

係，惟此處之因果關係係無法確定孰原因行為直接導致權利侵害結果之選擇性因果關係²²。共同危險行為責任制度於網路服務提供者之於其客戶侵權行為所生責任之議題，較無發揮之空間，蓋一般情形之下，網路服務提供者之提供或唆使行為，為被害人權利受到侵害之條件行為，然往往非直接導致被害人權利受損之行為。

2.2.3 造意人責任

民法上之造意人責任又稱為「造意人之擬制共同侵權行為責任」，與幫助人共同規定於民法第 185 條第二項：「造意人及幫助人，視為共同行為人。」謂之擬制共同侵權行為責任，蓋因造意人所為之造意行為非基於自己直接侵害他人權利之故意，而其行為亦非直接導致被害人權利受損害之原因，非侵權行為法中典型之侵權行為型態，惟造意人之造意行為促使原無侵權意思之人興起侵權之意思，間接導致被害人之權利受損，其惡性以及所造成之結果不亞於直接侵權行為所導致者。緣上述理由，民法遂將造意人擬制而為共同行為人，使其負與共同行為人相同之侵權行為責任²³。

我國民法對於造意人責任之規定點到為止，未針對要件部分有進一步之規範，惟學說上普遍認為民法造意人責任與刑法教唆犯相當，於要件方面，得參考刑法關於教唆犯之規定²⁴。據此，則造意人責任首應以對他人之權利造成實害為前提。其次，造意人客觀上必須具備間接加害行為，亦即造意人必須誘使被造意人興起侵害他人權利之決意，並進一步實行侵害他人權利之行為。在此須特別強調者，一如刑法對於教唆犯之要求，造意人之造意行為對象必須為特定或可得特定之人²⁵。主觀要件方面，造意人應有侵權造意之故意。最後，造意人之造意行為與被造意人實際上侵害他人權利之結果之

²² 參見姚志明，前揭註 19，頁 92-93。

²³ 姚志明，前揭註 19，頁 95。

²⁴ 參見王澤鑑，前揭註 19，頁 456；姚志明，前揭註 19，頁 100。

²⁵ 參見林山田，前揭註 8，頁 107；姚志明，前揭註 19，頁 98。

間，必須存在相當因果關係²⁶。

設若網路服務提供者積極地以廣告或其他方法引誘或唆使其特定或可得特定之網路使用者，因此使得原本無侵權意思之網路使用者決意以重製或公開傳輸之方法侵害他人之著作權，進而造成他人著作權之實害時，應認為該網路服務提供者必須負擔民法上造意人之責任。

2.2.4 幫助人責任

幫助人責任與造意人責任共同規定於民法第 185 條第二項，另有人以「幫助人之擬制共同侵權行為責任」稱之。與造意人責任同，幫助人非以自己直接侵害他人權利之意思²⁷，提供原本即具有侵權意圖之被幫助人精神或物質上之助力，使其因此易為侵害他人權利之行為，以致他人權利實際上受到損害。要件上，與共同加害行為或共同危險行為必須以加害人自己侵害他人權利之故意，因自己之行為導致他人權利受到損害之情形有異。既然幫助行為係間接加害行為，原非共同侵權行為責任概念所涵蓋，而由法律擬制使幫助人負擔共同侵權行為責任。

有關幫助人責任要件之認定上，緣民法本身僅第 185 條第二項略有明文，欲循文義辨明要件，恐有困難。惟學說與實務上普遍肯認幫助人責任制度與刑法之幫助犯得互為對照，是以幫助人責任之要件，有刑法幫助犯之相關規範與標準可資補充。既然幫助人責任納入民法第 185 條共同侵權行為責任之規範當中，縱係擬制者，幫助人之責任若無被幫助人之直接侵權行為責任可資依附，則無從存在。故，被幫助人實際造成他人權利損害所負擔之直接侵權行為責任，其存在係成立幫助人責任之前提要求²⁸。幫助人本身方面，在客觀上必須提供被幫助人易為侵權行為之助力，亦即間接加害行為，在主觀上必須具有為幫助之意思。最後，幫助人之間接加害行為與被幫助人

²⁶ 姚志明，前揭註 19，頁 95-98。

²⁷ 姚志明，前揭註 19，頁 99。

²⁸ 姚志明，前揭註 19，頁 100。

所造成他人權利之損害二者之間，必須存在相當因果關係²⁹。

假設網路服務之使用者（以甲代稱）欲下載未經他人（以乙代稱）授權之影音著作，適逢網路服務提供者（以丙代稱）以使甲違法下載乙影音著作之故意，提供具有批量下載影音檔案之軟體裝置予甲，甲亦確實利用丙所提供之軟體下載乙之著作，因而侵害乙對於其著作之重製權與公開傳輸權。依此事實，本例之網路服務提供者丙，即可能因為其用戶甲之侵權行為，而須負擔民法上之幫助人責任。

2.3 實務之反應

2005年6月29日，也就是美國最高法院針對 *Grokster* 案做出有關點對點檔案傳輸服務提供者間接侵權責任之著作權重大指標判決後二日³⁰，我國士林地方法院亦完成 *ezPeer* 案第一審之決定，認為 *ezPeer* 網路平臺業者無須對於提供檔案交換平臺與軟體而造成其使用者侵害音樂公司著作權之行為負責，遂為諭知 *ezPeer* 負責人無罪之判決³¹。三個月後，臺灣臺北地方法院亦針對飛行網股份有限公司（以下簡稱「飛行網公司」），被控侵權案做出判決³²，惟該法院之決定與 *ezPeer* 案之結果大相逕庭，成為全世界第一件網路點對點檔案傳輸服務業者必須對於其服務與軟體之提供行為負擔刑事責任之判決³³。*ezPeer* 與 *Kuro* 二案皆曾經數年纏訟後，由三審最高法院發交智慧財產法院更審³⁴，並先後於 2009 年 7 月以及 2010 年 7 月形成二審更審判決³⁵，惟各自之理由與結論皆與一審判決無甚衝突。分別介紹如下：

²⁹ 姚志明，前揭註 19，頁 100-101。

³⁰ *See generally* *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005).

³¹ 參見臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號刑事判決。

³² 參見臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 2146 號刑事判決。

³³ *See* Tim Culpan, *Jail for Taiwan P2P Execs*, BILLBOARD, Sept. 24, 2005, at 15, 15.

³⁴ 參見最高法院 98 年度台上字第 1132 號刑事判決、最高法院 98 年度台上字第 6177 號刑事判決。

³⁵ 參見智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 16 號刑事判決、智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 48 號刑事判決。

2.3.1 ezPeer 案

滾石國際音樂股份有限公司等十三家音樂公司（以下簡稱「音樂公司」）於 2003 年發現被告全球數碼科技股份有限公司（以下簡稱「全球數碼公司」；另負責人亦為本案被告）經營名為 ezPeer 之網路平臺，藉此提供其註冊為會員且已繳納服務費之用戶同樣名為 ezPeer 之點對點檔案傳輸軟體與相關服務，使註冊會員得利用 ezPeer 網站服務以及軟體以交換音樂著作之 MP3 檔案。案經音樂公司查證被告及其用戶實際上對於音樂公司著作財產權之危害情形後，認為被告直接或間接地侵害音樂公司對於其錄音著作之重製權以及公開傳輸權，遂提出告訴，並由臺灣士林地方法院檢察署檢察官提起公訴在案³⁶。

本案公訴人與法院對被告可能發生之犯罪型態，包括未經音樂公司授權而重製以及公開傳輸等公司錄音著作之直接正犯、間接正犯、共同正犯以及共犯之情形，曾為詳細之討論，惟本文所聚焦者為網路服務提供者對於用戶侵害他人著作權所負之責任，未涉及用戶侵權之單獨直接正犯以及用戶僅擔任網路服務提供者工具之間接正犯部分，非本文探討範圍。

無論共同正犯或共犯（包含教唆犯與幫助犯），皆以特定或可得特定之網路使用者侵害他人之著作財產權為前提要件。本案一審法院認定系爭之 ezPeer 特定用戶（以下簡稱「系爭用戶」）確實有侵害音樂公司著作財產權之行爲發生，系爭用戶透過 ezPeer 軟體非法下載音樂公司錄音著作檔案之行爲，該當於著作權法第 91 條之重製罪；惟系爭用戶縱有公開傳輸音樂公司著作之行爲，因著作權法對於公開傳輸權之保護始於 2003 年 7 月 9 日，僅部分系爭用戶之傳輸行爲發生於該日期之後，是故僅以該部分成立公開傳輸罪，合先敘明³⁷。

關於共同正犯，客觀要件部分，法院同意公訴人之意見，認為被告所提供之 ezPeer 網路平臺以及軟體，雖被告非實現狹義不法構成要件者，然的確

³⁶ 參見前揭註 31。

³⁷ 前揭註 31。

為系爭用戶犯罪行為之重要媒介，欠缺被告行為之參與，系爭用戶無從為重製與公開傳輸之行為。惟主觀要件方面，一審法院認為本案事實不足以證明被告有使音樂公司之著作權受到侵害之故意而提供服務³⁸，且 ezPeer 之主機或伺服器雖然能夠因自動操作而取得之會員傳輸活動與檔案列表，難以藉之遽認被告具有犯罪之故意，亦難據以主張被告與系爭用戶之間，因心理上之接觸而有犯意聯絡。故，被告不因其提供之行為，而與系爭用戶成立重製或公開傳輸罪之共同正犯³⁹。

本案於共犯部分，僅針對被告是否成立幫助犯有所爭議。幫助犯成立，以正犯之存在為前提，此部分本案法院已證實系爭用戶確實有侵害音樂公司著作權之情形發生。雖然客觀上被告所提供之服務與軟體的確成為系爭用戶侵權上之助力，且被告於音樂公司通知用戶侵權之情事後，未採取適當之侵權過濾措施，但法院認為被告無過濾侵權之義務，非刑法第 15 條關於不純正不作為犯之規制對象，且被告主觀上不知或僅知其所提供之服務可能被用來侵害他人之著作權，亦無使系爭用戶進一步實行不法構成要件之故意。既然被告無幫助故意，當不應使其成立幫助犯⁴⁰。

綜合以上意見，本案第一審法院認定被告不成立重製以及公開傳輸罪之共同正犯與幫助犯。雖一審判決後，本案 13 家音樂公司皆與被告達成和解，並具狀撤回告訴，惟本案當時以 2006 年 7 月 1 日方行廢止之常業犯起訴，屬非告訴乃論，是以公訴人仍提起上訴。臺灣高等法院於 2008 年 1 月 23 日形成二審之判決，仍舊承襲本案一審判決之意見，被告於各項上訴罪名皆獲判

³⁸ 前揭註 31（法院認為，首先，可透過 ezPeer 軟體尋得之檔案，非僅限於 MP3 音樂檔案，尚包含其他格式之檔案，且公訴人亦未對其主張 ezPeer 軟體係以使其用戶交換未經授權之 MP3 音樂檔案為目的之說法為舉證。再者，被告以廣告與電子郵件提供音樂排行榜，以及利用點數回饋機制鼓勵用戶下載等情事，僅為商業經營上慣習之促銷手法。凡此種種，皆無法據以認定被告因此即有侵害他人著作權之意圖）。

³⁹ 前揭註 31。

⁴⁰ 前揭註 31。

無罪⁴¹。檢察官不服二審法院判決提起上訴，最高法院認為高等法院對於被告全球數碼公司之負責人獲判無罪之事實判斷部分確有疑義，遂發交智慧財產法院更審⁴²。智慧財產法院復於 2009 年 7 月 23 日作成判決，肯認高等法院對於本案證據不足以認定被告違犯重製以及公開傳輸罪之主張，認為該法院所為被告無罪之諭知並無違誤，再次駁回檢察官之上訴⁴³。檢察官仍不服智慧財產法院二審更審判決，二度提起上訴。最高法院同意上訴檢察官主張更審法院對於本案部分事實之認定，仍有理由不備以及調查未盡之情狀，再度撤銷更審判決，發回智慧財產法院更審⁴⁴，目前仍在智慧財產法院審理當中，有待後續之觀察。至少截至目前為止，本案各級法院之態度似乎較傾向於最初一審法院之意見，亦即被告不成立重製與公開傳輸之共同正犯以及幫助犯。

2.3.2 Kuro 案

飛行網公司於 1999 年設立後，開始經營 Kuro 網站，並且提供已繳納會費之用戶可傳輸並交換數位檔案之 Kuro 集中式點對點檔案傳輸軟體，用戶得透過 Kuro 網站尋得欲下載之音樂檔案後，利用 Kuro 軟體下載之。告訴人滾石國際音樂股份有限公司等十家知名音樂公司（以下簡稱「音樂公司」）發現 Kuro 網站之用戶陳女曾使用 Kuro 軟體搜尋並下載近千件由本案音樂公司享有著作財產權，且未經各公司授權之錄音著作 MP3 檔案。又，飛行網公司為了增加網路使用者使用其服務之誘因，遂僱人佯裝 Kuro 會員，上傳大量未經授權之音樂檔案供其他會員下載。根據以上事實，音樂公司遂提出告訴，由臺灣臺北地方法院檢察署起訴主張飛行網公司實際僱用之員工以及

⁴¹ 參見臺灣高等法院 94 年度上訴字第 3195 號刑事判決。

⁴² 參見最高法院 98 年度台上字第 1132 號刑事判決。

⁴³ 參見智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 16 號刑事判決（本案法院僅再次針對被告是否與系爭用戶成立共同正犯部分做出詳細之分析討論，結論與最高法院之意見雷同；於是否成立幫助犯方面，智慧財產法院認為不在起訴事實之列，未進一步審究）。

⁴⁴ 參見最高法院 99 年度台上字第 4697 號刑事判決。

Kuro 平臺之會員陳女，與飛行網公司及其負責人共同侵害音樂公司之著作財產權⁴⁵。

關於飛行網公司因其會員陳女實行侵害他人著作財產權之行爲部分。首先，臺北地方法院依據本案事實認定陳女確實有利用 Kuro 軟體侵害音樂公司錄音著作之重製權與公開傳輸權。其次，Kuro 之會員如欲利用 Kuro 軟體進行搜尋與下載，其身分必須經過 Kuro 網路平臺主機之驗證，且平臺主機尚具有連線續傳之功能，是以飛行網公司提供軟體以及平臺服務之行爲，應係陳女等會員非法重製或傳輸錄音著作之行爲分擔。臺北地方法院亦認爲，上述用戶造成音樂公司著作財產權上之損害，以及飛行網公司提供服務之行爲，二者之間具備相當因果關係⁴⁶。

於主觀歸責之部分，其一，飛行網公司所發布之廣告內容充斥著引誘網路使用者利用 Kuro 服務以及軟體非法重製與傳輸他人之著作；其二，飛行網公司負責人怠於採取過濾非法檔案之措施。根據上述二事實，臺北地方法院認定飛行網公司負責人一干人等，應有侵害音樂公司重製與公開傳輸權之犯罪故意，並與其用戶陳女具有犯意上之聯絡。綜上事實，臺北地方法院判定飛行網公司負責人等三人與其用戶陳女爲共同正犯⁴⁷。

本案二審法院於 2008 年之判決中，與一審法院持相同見解⁴⁸。被告飛行網公司負責人陳某等三人不服二審法院之判決，主張二審法院對於職權調查事項職責未盡，且訴訟程序亦有瑕疵，因而提起上訴。最高法院認爲上訴確有理由，遂撤銷原判決關於上訴人三人之部分，發交智慧財產法院更審⁴⁹。智慧財產法院於 2010 年 7 月 5 日形成二審更審判決，雖本案法院做出撤銷原判決之決定，然於判決意見當中可知，法院僅就刑度部分有所調整，針對被告等三人與其用戶陳女成立共同正犯之事實認定部分，其見解仍與最高法院

45 參見前揭註 32。

46 前揭註 32。

47 前揭註 32。

48 參見臺灣高等法院 94 年度曠上訴字第 5 號刑事判決。

49 參見最高法院 98 年度台上字第 6177 號刑事判決。

二審判決之意見無二致⁵⁰。

2.4 法律所面臨之挑戰

比較 ezPeer 案與 Kuro 案之判決可發現，二者共通之處在於皆審酌成立重製或公開傳輸共同正犯之可能性，且於客觀上，法院認為若無二被告所提供之網路平臺與軟體，則用戶無法完成侵害他人著作權之行爲，故被告皆對於侵害他人著作權與用戶有行爲之分擔。然而，二者最大之不同處在於法院對被告是否主觀上具侵權之故意，以及是否與其用戶有犯意聯絡部分，做出截然相反之判斷。Kuro 案之一、二審法院皆認為透過被告廣告之積極作爲，以及被告收到音樂公司侵權通知後，怠於爲過濾侵權活動之消極不作爲可證，Kuro 案之被告於主觀上，不但具有侵害音樂公司著作權之故意，且與其用戶具有犯意之聯絡。相反的，ezPeer 乙案雖亦有廣告促銷以及怠於過濾之類似情形，法院卻認為無法據以認定被告即因此基於侵害他人著作權之目的以提供其服務，亦無法證明被告與其用戶具有共同犯罪之意思。二案之判決結果看似矛盾，事實上彼此之間衝突不大，認事用法上各有其邏輯與道理。

首先，縱然 ezPeer 案與 Kuro 案之被告皆曾爲了招攬會員，而於網路上刊登廣告促銷其服務。惟藉由被證事實以及廣告之實質內容觀察，二案被告對於可能侵害他人著作權之主觀認知，其外顯之程度與有不同。ezPeer 案之被告於網站上所使用之標語或詞句，比如廣告或電子郵件中提及「當漏到手軟」、「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，買就送 MP3 三個月無限下載優惠專案」，抑或是音樂「哈燒榜」等之設計⁵¹，確實傳達了所提供之點對點軟體能夠大量下載影音檔案之特性，然而，字裡行間未見任何鼓勵侵害特定著作之描述，法院亦認為廣告等語句僅爲促銷被告軟體或服務，係一般商業之促銷手段，欲透過廣告或網路平臺上類似之詞

⁵⁰ 參見智慧財產法院 98 年度刑智上更(一)字第 48 號刑事判決。

⁵¹ 前揭註 31。

句，恐難遽認被告有侵害著作權之意圖，遑論與其用戶因此有心理上之接觸。相反的，Kuro 案當中所使用之廣告用語，比如「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」、「超過百萬首國語、西洋、日韓最新 MP3、歌詞，統統抓到」⁵²，不但提及被告所提供軟體之下載功能，且有促其用戶下載特定歌手所唱，未經授權之錄音著作，被告侵害他人著作權之犯意相對特定而且明顯。

其次，雖 ezPeer 案法院認為分辨被告所提供點對點檔案傳輸軟體之架構屬於集中式或分散式者，實益不大。惟，目前各界普遍認為分散式檔案傳輸技術發展後，不但使得檔案傳輸之質與量皆有長足之進步，且裝置或服務之提供者不再以備有且經營檔案傳輸活動之中間伺服器為必要，此為與必須具備中央伺服器之集中式檔案傳輸系統之關鍵差異所在⁵³。ezPeer 案被告所提供之檔案傳輸軟體，經由法院透過多方之檢驗後，認定其架構屬於「分散式」。既屬於分散式架構，ezPeer 之主機縱可透過會員驗證機制自動確認用戶身分，但用戶之搜索或下載活動僅發生於用戶「節點」之間，無須亦未曾透過 ezPeer 之主機而完成，被告難以得知用戶之使用情形，遑論對於特定用戶之特定行為能夠一一清楚得知，欲使被告於無中間伺服器之情況下，採用過濾機制控管侵權活動，技術上較難實現。反之，Kuro 案所系爭之檔案傳輸

⁵² 前揭註 32。

⁵³ 參見馮震宇，「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 3-6（2005）；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 6-10（2006）。See Andrew J. Lee, Notes & Briefs, *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. & In re Aimster Litigation: A Study of Secondary Copyright Liability in the Peer-to-Peer Context*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 485, 489-92 (2005); Vangie Beal, *All About Peer-to-Peer (P2P) Networks*, WEBOPEDIA, http://www.webopedia.com/DidYouKnow/Internet/2005/peer_to_peer.asp (last visited Oct. 20, 2010). See also Chia-Heng Seetoo, *Can Peer-to-Peer Internet Broadcast Technology Give Fans Another Chance? Peer-to-Peer Streaming Technology and Its Impact*, 2007 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 369, 372-73 (2007).

技術，被定性為「集中式」架構，Kuro 之用戶除了透過 Kuro 之中央伺服器驗證會員身分外，其用戶搜尋或下載檔案之行爲，皆須透過中央伺服器完成任務，技術上，Kuro 案被告的確對於用戶之侵權行爲，較有監視、掌控以及過濾之能力。

綜合以上討論可察知，涉及網路新興科技（特別是點對點檔案傳輸技術）之案件當中，我國共同正犯等既有之法規範於適用上遭受到挑戰，ezPeer 案即為乙例。以刑法共同正犯之規定以觀，雖客觀要件部分易證明被告之行爲係其用戶加害行爲所不可或缺之分擔行爲；殊不知證明被告具備侵害他人之故意，並且尋得被告與其用戶之間存在著犯意聯絡，方為舉證困難之所在。尤其是 ezPeer 案當中，被告所提供之網路服務與裝置，其本質上屬於分散式架構，於認定主觀之故意時，困難度本高；復被告本身若刻意隱藏侵害他人著作權之真意，欲成功證明其為故意，可能性相對較低。比如 ezPeer 案被告雖發布促銷廣告，然根據其廣告之文義，難見其有促使他人未經授權而下載特定著作之故意。而在犯意聯絡部分，縱然被告曾積極以鼓勵用戶侵權之文字為促銷其服務之手段，又縱使被告刻意怠忽行使監控或過濾其主機或網路平臺上所發生之著作權侵害行爲，若無法證實被告與用戶之間存在著意思上之聯絡，亦即雙方有共同犯罪之認識，且進一步欲互相利用對方行爲完成犯罪目的之心理上接觸，則被告仍然無法成立共同正犯。又比如 Kuro 案當中，法院雖然主張被告因為刊載廣告以及怠於設立過濾侵權檔案之機制，與其會員於意思交互作用下具有犯意聯絡，惟法院並未就此詳實交代分析推理之過程與理由，逕認被告與系爭用戶成立重製或公開傳輸之共同正犯，使犯意聯絡要件成為本案最大爭議點之所在。因此有學者主張，Kuro 案法院既然無法充分闡明以現有證據認定被告與系爭用戶有犯意聯絡之理由，則被告與系爭用戶之間應不能成立共同正犯⁵⁴，此說不無道理。

⁵⁴ 參見蔡蕙芳，著作權侵權與其刑事責任：刑法保護之迷思與反思，頁 326-328（2008）。

3. 我國修法之緣起：美國 *Grokster* 案

3.1 *Grokster* 案之背景

早在 1990 年代，美國即率先遭遇網路科技興起對於既有著作權法律秩序所帶來的巨大衝擊。短短二十多年之間，網路科技以迅雷不及掩耳之速繁盛發展，從 Web 2.0 概念之應用⁵⁵，到 Google、Youtube、Facebook、點對點檔案傳輸技術以及其他網路新科技或平臺之問世，儼然一場發生於網路世界之工業大革命，使得好不容易漸趨穩定之著作權法秩序再次受到撼動⁵⁶。尤其是源於美國之點對點網路檔案傳輸技術，於 1990 年代後期 Napster 軟體開始受到廣大網路使用者之利用後，大大地改變了網路資訊傳播的模式與習慣。因著點對點檔案傳輸技術，網路使用者得以在相當短的時間內完成檔案搜尋，並由其他網路使用者處交換鉅量的數位檔案⁵⁷。2000 年左右所發展之分散式點對點檔案傳輸技術，更進一步使得網路使用者不再需要透過網路服

⁵⁵ See Tim O'Reilly, *What Is Web2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, O'REILLY MEDIA (Sept. 30, 2005), <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html> (last visited June 29, 2011) (O'Reilly 與 MediaLive International 的論壇使 Web2.0 之觀念誕生。根據 O'Reilly 之理論，Web2.0 之概念，簡單地說，並非網路世界一全新版本的技術，而是一種網路現象與觀念，讓網路不但是單向提供資訊或服務之場域，更係用戶得以主動參與互動之平臺)。See also William S. Coats & Jeremiah J. Burke, *From Star Wars to Second Life: User Generated Content and Copyright Law in the Entertainment Industry*, in 14TH ANNUAL INSTITUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 15, 19 (PLI Patents, Copyrights, Trademark and Literary Prop. Course, Handbook Series 947, 2008).

⁵⁶ See Barry M. Leiner et al., *A Brief History of the Internet*, INTERNET SOC'Y, <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml> (last visited June 29, 2011). See also Symposium, *Panel II: The Death or Rebirth of the Copyright?*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1095, 1121 (2008).

⁵⁷ See Kelly M. Maxwell, *Software Doesn't Infringe, Users Do? A Critical Look at MGM v. Grokster and the Recommendation of Appropriate P2P Copyright Infringement Standards*, 13 COMMLAW CONSPECTUS 335, 335 (2005). See also Joshua P. Binder, *The Future of Streaming Technology After Grokster*, L.A. LAW., Dec. 2005, at 13, 13.

務提供者之中央伺服器，即得直接於二以上之網路使用者之間完成檔案搜尋以及重製傳輸之檔案交換行爲，顛覆了傳統關於檔案交換必然經過網路平臺主機或中央伺服器之概念⁵⁸。

如此發展，使得美國過去用以處理裝置或服務提供者著作權間接侵權責任（indirect copyright liability）之習慣法法則——輔助侵權責任（contributory liability）⁵⁹以及代位侵權責任（vicarious liability）⁶⁰之判斷標準，於處理涉及點對點檔案傳輸等網路新興科技之爭議問題時，發生適用上之歧異，無法有效於案件當中受到運用。緣分散式點對點檔案傳輸軟體之使用者不再經由提供者之伺服器，即可進行檔案交換活動，提供者因此對於利用其所提供之系統所爲之檔案交換活動，僅具有幾近於零之掌控能力⁶¹。以美國聯邦第七巡迴上訴法院（Seventh Circuit Court of Appeals）於 *In re Aimster*（以下簡稱「*Aimster*」）案⁶²以及美國聯邦第九巡迴法院（Ninth Circuit Court of

⁵⁸ See Beal, *supra* note 53. See also Lee, *supra* note 53, at 491; Seetoo, *supra* note 53, at 372-73.

⁵⁹ See *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971) (“[A] person who has promoted or induced the infringing acts of the performer has been held jointly and severally liable as a ‘vicarious’ infringer, even though he has no actual knowledge that copyright monopoly is being impaired.”). 法院認為「人若在對於侵權活動知情之情形下，引誘（induce）、引發（cause）、或是實質上協助（materially contribute）他人之侵權行爲，會被認為是輔助侵權人」，依此定義，輔助侵權責任之要件有二：一為輔助侵權人必須對直接侵權活動有一定程度之認識（knowledge），另一為輔助侵權人必須對直接侵權行爲有實質上之助力（material contribution）。

⁶⁰ *Id.* (“[O]ne may be vicariously liable if he has the right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities.”) 依本案法院定義，被告「若對於侵權活動有監督管理之權能（right and ability to supervise），並且在該活動有直接的經濟利益（direct financial interest），應負代位侵權責任」，故成立代位侵權必須符合以下條件。首先，代位侵權人必須有權限與能力監督管轄他人之直接侵權活動，再者，代位侵權人必須從他人直接侵權活動當中獲取經濟上之利益。

⁶¹ See Maxwell, *supra* note 57, at 339.

⁶² See generally *Aimster*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

Appeals) 於 *Grokster* 案⁶³二審所作成之判決為例，二法院於輔助侵權責任中對於「認識」此一主觀要件之認定標準即產生明顯衝突。比如第七巡迴法院於 *Aimster* 案中擴張認識之範圍，將有意盲目 (willful blindness) 包含於認識之概念當中，因此認為被告主觀上對於直接侵權活動具備推定認識 (constructive knowledge)⁶⁴；而此認定較寬鬆之標準，並未受到 *Grokster* 案之採用。尤其是 *Grokster* 案之二審當中，因為被告提供其使用者之軟體所採用者為分散式點對點檔案傳輸技術，無中央伺服器得以經手或掌控其使用者之檔案交換活動，於輔助侵權「認識」之要件部分發生斷點，雖被告對於其系統當中發生侵權活動之可能性應有所預見，然而，基於其系統之特性，難謂被告有能力對各個特定之侵權活動具有實際認識 (actual knowledge)⁶⁵。是以，如同前述我國實務上之判決一般，當時的美國法院對於主觀要件之判斷標準不一致，亦成為不同案件當中判決結果發生嚴重落差之重要原因⁶⁶。

3.2 *Grokster* 案所建立之「誘導侵權責任法則」 (Inducement Rule)

2005 年中旬，美國聯邦最高法院於 *Grokster* 案做出第三審判決，該判決之主要任務，即在於重整當時對於網路新興科技所造成間接侵權責任制度標準紊亂之現象。最高法院於本案當中並未延續以既有輔助侵權責任及代位侵權責任二制判斷被告是否侵權之傳統，反而借重當時美國專利法所明文規定

⁶³ See generally *Grokster*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004).

⁶⁴ *Aimster*, 334 F.3d at 650. 所謂有意盲目 (willful blindness；亦有譯為故意不知，或有／惡意視而不見) 係被告刻意地不使自己對於所提供服務或系統上之侵權活動有所認識，常常發生在被告雖有能力監控侵權活動，卻選擇不去監控，而使自己落於不知之狀態當中。參見鄭莞瓊，「淺析 Tiffany v. eBay 案與網路服務提供者商標侵權責任爭議」，科技法律透析，第 21 卷第 7 期，頁 8 (2009)。

⁶⁵ See *Grokster*, 380 F.3d at 1164.

⁶⁶ 以前揭 *Aimster* 與 *Grokster* 二審之判決結果為例，美國第七巡迴法院認定 *Aimster* 案被告應為其使用者之侵權行為負擔輔助侵權責任；反之，第九巡迴法院則認為 *Grokster* 案之被告無須負擔輔助侵權責任。

之「誘導侵權責任法則」以為斷⁶⁷。誘導侵權責任法則之引進，被定性為對於輔助侵權責任制度之補充，透過此法律借用之行爲，前述有關輔助侵權責任制度之闕漏得獲填補⁶⁸。最高法院賦予誘導侵權責任法則之定義為：「若散布一件裝置，伴隨著超越對於第三人行爲單純的認識，而以明確的表現方法或採行其他確切的步驟去促進侵權，來顯示其推廣該裝置侵害著作權功能之目的，無論該裝置是否被使用於合法用途上，必須對第三人侵權的結果行爲負其責任⁶⁹」，基於以上定義，誘導侵權責任法則之要件應有三：1.誘導侵權人客觀上須有散布或提供裝置之行爲；2.誘導侵權人於主觀方面須有引誘裝置使用者對他人之著作權造成實害之意圖；3.裝置使用者必須有對他人著作權造成實害之結果發生⁷⁰。

⁶⁷ See 35 U.S.C. § 271(b) (Supp. IV 2010). See also Mark A. Lemley, *Inducing Patent Infringement*, 39 U.C. DAVIS L. REV. 225, 226 (2005); see also David G. Wille & Ryan S. Loveless, *Inducing Patent Infringement and Joint Infringement*, UNIV. OF TEX. AT AUSTIN SCH. OF LAW, http://www.utcle.org/eLibrary/preview.php?asset_file_id=8995 (last visited June 29, 2011).

⁶⁸ 由 *Grokster* 案之後針對相類議題所形成之判決，即可得知誘導侵權責任屬於輔助侵權責任制度底下之分支法則。See *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1170 (9th Cir. 2007). See also *Perfect 10, Inc. v. VISA Int'l Serv., Ass'n*, 494 F.3d 788, 794-802 (9th Cir. 2007); Ryan M. Rodenberg et al., *Perfect 10 v. VISA, Mastercard, et al.: A Full Frontal Assault on Copyright Enforcement in Digital Media or a Slippery Slope Diverted?*, 8 CHI.-KENT J. INTELL. PROP. 85, 89-90 (2008); *Arista Records, Inc. v. Flea World, Inc.*, No. 03-2670 (JBS), 2006 WL 842883, at *17 (D.N.J., Mar. 31, 2006); *Monotype Imaging, Inc. v. Bitstream Inc.*, 376 F. Supp. 2d 877, 883-84 (N.D. Ill. 2005).

⁶⁹ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 936-37 (2005) (“one who distributes a device with the object of promoting its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, going beyond mere distribution with knowledge of third-party action, is liable for the resulting acts of infringement by third parties using the device regardless of the device’s lawful uses”).

⁷⁰ See William Sloan Coats et al., *Pre-and Post-Grokster Copyright Infringement Liability for Secondary and Tertiary Parties*, in 12TH ANNUAL INSTITUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 323, 342 (PLI Patents, Copyrights, Trademark and Literary Prop. Course, Handbook Series 877, 2006).

其中，對於主觀要件部分，最高法院提供了三項由客觀之角度具體判斷誘導侵權人具備誘導他人侵權意圖之間接證據（*circumstantial evidence*）⁷¹：1. 誘導侵權人積極以廣告或其他類似方法（如信件或公司內部文件），以明示或暗示之形式，誘使使用者實行侵害他人著作權之行爲；2. 誘導侵權人有能力，卻故意不採取合理措施以過濾利用其服務或軟體所爲之著作權侵權活動；3. 誘導侵權人基於其商業模式，間接地因侵權活動而獲有經濟上之利益（提供他人廣告空間所得之收益）⁷²。

3.3 *Grokster* 案之突破

美國最高法院意圖利用 *Grokster* 案所建立誘導侵權責任法則，畢其功於一役地化解早先實務上對於傳統間接侵權責任制度於要件上所發生之爭議與矛盾⁷³。某種層面上而言，誘導侵權責任法則的確解決了傳統輔助侵權責任制度所遭遇之問題，因爲誘導侵權責任法則不再深究網路服務提供者對於直接侵權活動主觀上是否有認識，有何程度之認識；而將焦點放在提供者自身不法之意圖以及不適當的表現方法上⁷⁴。也因此，*Grokster* 案提供著作財產權人另一個途徑來排除他人對其權利之干涉與侵害，因此有效地捍衛其著作上所擁有之權利⁷⁵。

⁷¹ 或稱環境證據，係從案件當中之各樣被證事實，配合個案情形，綜合判斷以間接證實所指控者為真。應以案件之個別情形，個別判斷之，非通案的、固定的要件。See BLACK'S LAW DICTIONARY 250 (2d ed. 2001).

⁷² See Coats et al., *supra* note 70, at 342.

⁷³ See John M. Moye, Comment, *How Sony Survived: Peer-to-Peer Software, Grokster, and Contributory Copyright Liability in the Twenty-First Century*, 84 N.C. L. REV. 646, 648 (2006).

⁷⁴ See *Grokster*, 545 U.S. 937.

⁷⁵ See Lynda J. Oswald, *International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement*, 45 AM. BUS. L.J. 247, 250 (2008).

3.4 誘導侵權責任法則潛在之疑慮

雖說 *Grokster* 案為美國著作權法制開創新局，然而，以 Alfred Yen 教授為首之學者們亦對於誘導侵權責任法則之運用，提出質疑與警告。學者主張，誘導侵權責任法則之要件上，尤其有關主觀要件「意圖」（intent）之部分，必須採取嚴格之解釋，才不會破壞了侵權行為有關過失責任之原始精神，而造成著作財產權人濫訴，且使得實際上不以侵權為其營業目的之網路服務提供者，背負侵害他人著作財產權之罪名⁷⁶。對於誘導侵權人之意圖，認為應回歸到侵權行為法（Torts）當中，人身侵害（battery）有關於「意圖」最根本之原理原則以為權衡標準。是以，意圖之認定得以二方面而為觀察：1.行為人之行為明顯表達侵害他人之目的，或 2.行為人對於其行為會招致他人之權利發生損害之結果此一事實，具有實質明確之認知，而非僅僅只是預見有侵害他人權利之可能⁷⁷。假若行為人具備上述內心狀態之一，則應可認定行為人有誘導侵權之意圖。

除了誘導侵權責任之外，著作財產權人當得主張古典定義下之輔助侵權責任法則，遂有學者認為，當著作財產權人提起訴訟時，應會就難度較高之古典輔助侵權法則，配合門檻較低之誘導侵權責任法則同時於一訴訟當中主張，以確保自己維權之路立於不敗之地。學者進一步預言，假若未來之判決對於誘導之認定採取寬鬆之標準與態度，尤其意圖之部分僅須證明行為人預見其行為將可能發生侵權之結果，而不要求必須對於結果之發生達到實質上確信之程度，將造成智慧財產權人濫訴，並使得各種服務提供者極為容易被認定必須對其誘導之行為負擔誘導侵權之責任⁷⁸。

⁷⁶ See Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability After Grokster*, 91 MINN. L. REV. 184, 231 (2006).

⁷⁷ See *id.* at 232-33.

⁷⁸ See *id.* at 231.

4. 我國修法後之轉變

2007 年以降，我國著作權法發生了二度之修正，2007 年第一次修法，增加了著作權法民事上所謂引誘侵權責任規範，以及刑事之引誘侵權罪。2009 年第二次修法，則新增著作權法一系列關於網路服務提供者之民事免責事由。以下將分別探討著作權二度修法之內容，以及對於嗣後實務上形成之 Foxy 與 Kupeer 案判決所扮演之角色暨所造成之影響。

4.1 著作權法 2007 年修正——民、刑事之新手段

受到美國最高法院 *Grokster* 案之啟發，2007 年中旬，我國參考該案所建立之誘導侵權責任法則，於著作權法增訂第 87 條第一項第七款以及第二項，透過擬制侵權之體例，增加了對於網路軟體或技術提供者之民事引誘侵權責任制度。同次立法亦於著作權法第 93 條第四款新增對應於引誘侵權責任規定之刑事引誘侵權罪。換言之，除了既有之民法以及刑法手段外，我國透過引誘侵權之立法，賦予著作財產權人於涉及網路服務提供者責任之爭議時，另一捍衛其著作財產權之民、刑事救濟手段。

4.1.1 民事引誘侵權行為責任

於民事引誘侵權責任規定部分，首先，著作權法第 87 條第一項第七款明文規定引誘侵權行為之定義與要件，謂：「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。」由本款規定可知，引誘侵權行為之客觀要件有以下之要求：1.引誘侵權人必須對公眾，亦即對不特定或可得特定之多數人有提供電腦程式或其他技術之行為；2.引誘侵權人所提供之電腦程式或技術必須以可公開傳輸或重製著作為其功能上之要求；3.引誘侵權人之提供行為須非經由著作財產權人之同意或授權；4.必須引誘侵權人因提供行為而受有利益⁷⁹。綜觀上述各要件可察

⁷⁹ 對於受有利益之要件，係基於提供行為而受有利益，或因為被引誘之軟體或技術使

知，既然引誘侵權責任所非難者為引誘侵權人之提供行為，則客觀上不以被引誘之人對於他人之著作財產權造成實害為必要條件⁸⁰，無導致實害發生之要求，是以本文稱之「引誘」侵權責任，以資與美國之「誘導」侵權責任名稱上有所區分。

主觀要件部分，該款要求引誘侵權人必須於提供軟體或技術時，具有誘使不特定或可得特定之公眾，利用引誘侵權人所提供之軟體或技術，透過網路上公開傳輸或重製他人著作之方法侵害他人著作財產權之不法意圖。至於歸責事由方面，依據修正理由得知，引誘侵權人必須有故意或過失，亦即引誘侵權之民事責任部分，立法者將之定性為過失責任⁸¹。

對於主觀要件中所謂「意圖」，因涉及引誘侵權人內心狀態，若無具體客觀之判斷標準可循，則難為判斷，故 2007 年修法復於著作權法第 87 條第二項補充規定所謂「意圖」之判斷標準，該條明文規定：「前項第七款之行為人，採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術侵害著作財產權者，為具備該款之意圖。」本項以較為客觀且具體之判斷標準，明文補充引誘侵權有關「意圖」之規定。由本項可知，首先，引誘侵權人必須具備教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用引誘侵權人所提供之軟體或技術，侵害他人著作財產權之目的。再者，此目的應透過廣告或其他能夠積極促使公眾侵權之措施，比如信件、e-mail 或者客服人員於網路平臺 FAQ (frequently asked questions) 之回答，具體地表現於外。應注意者，學者認為判斷本項之「意圖」是否具備，必須由法院根據個案事實從嚴

用者於嗣後所發生之侵權行為所獲取之利益，曾有爭議。然，一般認為，由該次立法之修正理由可知，引誘侵權行為責任所非難的是引誘侵權人之提供行為，不以對於他人之著作財產權發生實害為要求，故，所受利益應當解釋為係由提供行為所獲致者。參見著作權法第 87 條修正理由第三項第一款。

⁸⁰ 參見著作權法第 87 條修正理由第三項第一款（謂「本款對於技術之提供者賦予法律責任，故本條非難之行為為『提供行為』」）。

⁸¹ 參見著作權法第 87 條修正理由第五項（謂「故意者，須負擔民事及刑事責任；過失者，須負擔民事賠償責任」）。

以認定之⁸²，目的應在避免智慧財產權人透過對於意圖要件較為寬鬆之解釋，而使得本法容易入網路服務提供者於罪，尤其是未具有使人侵權意圖之提供者，不應該僅就客觀之事實做寬大之認定，而忽略了本項之出發點係補充提供者內心主觀之狀態。

4.1.2 刑事引誘侵權罪

著作權法本次修正，於網路服務提供者刑事責任部分，新增第 93 條第四款之引誘侵權罪，其內容為：「有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金：……四、違反第八十七條第一項第七款規定者。」根據本款之規定，引誘侵權罪之內容以及要件，應回歸著作權法第 87 條第一項第七款引誘侵權行為責任之文義以觀。依據著作權法第 87 條第一項第七款之規定，與引誘侵權行為責任同，引誘侵權罪之要件略可分為，其一，客觀不法構成要件部分：1.引誘侵權人須有提供行為；2.提供行為未經著作財產權人同意；3.引誘侵權人於提供行為受有利益；其二，主觀不法構成要件部分：1.引誘侵權人須具備實現客觀不法構成要件之故意；2.引誘侵權人須符合著作權法第 87 條第二項法定之不法意圖⁸³。

吾人或得將引誘侵權罪與著作權法第 91 條重製罪或同法第 92 條公開傳輸罪之教唆犯或幫助犯比較，惟教唆或幫助犯必須與被教唆或被幫助人成立共犯，而引誘侵權人為直接正犯；又教唆或幫助犯應以特定之人為對象，但引誘侵權罪之對象為不特定或可得特定之多數人，亦即公眾，二者差別頗大。若論與引誘侵權罪類似之制度，有謂刑法第 153 條煽惑犯罪或違抗法令罪者，雖不法構成要件上確實相當近似，然而，煽惑犯罪或違抗法令罪規定於刑法分則當中妨害秩序罪章，目的在於維持社會之和平秩序，與引誘侵權罪在於保障個人智慧財產權之宗旨不一致⁸⁴。是以，引誘侵權罪實為獨立於

⁸² 參見羅明通，著作權法論（II），頁 540（2009）。

⁸³ 參見林山田，刑法通論（上），頁 278-282（2008）。

⁸⁴ 參見蔡蕙芳，前揭註 54，頁 279；章忠信，立法院提案修法遏止網路檔案分享軟體之提供，著作權筆記網站：<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=>

既有法律手段以外，著作權法針對網路服務提供者責任所新創之法律手段，與既有規範並不相衝突⁸⁵。

4.1.3 修法之疑慮

本次立法令人憂心之所在，係引誘侵權責任規範雖標榜承襲美國 *Grokster* 案所建立之誘導侵權責任法則而來⁸⁶，然而，要件上多有不同。其中最關鍵之差異點在於，美國誘導侵權責任必須以裝置或服務之使用者對於他人之著作財產權發生實害之結果⁸⁷為前提；而我國引誘侵權責任（或引誘侵權罪）所非難者為引誘侵權人之提供行為，對於是否發生他人著作財產權實際受到損害之結果，不在考量之列。既然不以對於他人之著作財產權產生實害為其前提，則成立引誘侵權責任之門檻較之於誘導侵權責任，可謂大幅度地降低，增加網路服務提供者被訴之可能性，恐有造成著作財產權人濫權之疑慮⁸⁸。

4.2 著作權法 2009 年修正——網路服務提供者民事免責事由

近年來，網際網路上資訊交流越發方便快捷，網路服務提供者遭遇訴訟之風險越發增加。考量到假使讓網路服務提供者因其用戶侵權所須負擔之責任無限上崗，將對網路科技之發展造成阻礙，我國著作權法遂於 2009 年參考各國立法，尤以美國數位千禧年著作權法案（Digital Millennium Copyright

read&id=161（最後點閱時間：2011 年 6 月 29 日）。

⁸⁵ 參見著作權法第 87 條修正理由第三項第一款（「至技術提供者對於使用者之後續著作權侵害行為，在民事上是否成立『共同不法侵害』、『造意』或『幫助』；刑事上是否另成立『共犯』、『教唆犯』或『幫助犯』，另行判斷」）。

⁸⁶ 參見著作權法第 87 條修正理由第四項（「本條參考美國最高法院 *Grokster* 案判決」）。

⁸⁷ See Coats et al., *supra* note 70, at 342.

⁸⁸ 參見姚信安，「從美國法角度探討我國著作權民事間接侵權責任相類制度」，中正財經法學，第 2 期，頁 193（2011）。

Act, DMCA) 當中之網路著作權侵權責任限制法案 (Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, OCILLA)⁸⁹ 為主, 新增了第六章之一關於網路服務提供者之免責事由, 旨在提供網路服務提供者一「責任避風港」, 使網路服務提供者於特定條件之下, 得以不負擔民事上之損害賠償責任, 並且藉由「通知—取下」(notice-and-take-down) 程序, 提供網路服務提供者以及著作財產權人之間互利合作, 共同維護著作權之機會⁹⁰。

此次修法所增加之內容大致涵蓋: 1. 網路服務提供者之定義; 2. 網路服務提供者適用民事免責事由之共通要件; 3. 對於各類型網路服務提供者個別之免責要求; 以及 4. 關於「通知—取下」程序之規定等四大主要部分。以下僅就與本文所探討主題有關之內容說明之。

有關網路服務提供者之定義, 規定於著作權法第 3 條第一項第十九款, 該款將網路服務提供者直接以列舉之方式定義為四大類, 分別為連線服務、快速存取服務、資訊儲存服務以及搜尋服務之提供者。亦即著作權法當中若提到網路服務提供者, 僅指著作權法所列舉之四種服務提供者。此係與美國 OCILLA 最大之不同點, 蓋美國著作權法當中涉及網路之「服務提供者」(service provider) 一詞, 係採取較為開放之定義⁹¹, 僅僅於適用 OCILLA 免責條款之規定時, 將對象限定為連線服務 (service of transitory digital network

⁸⁹ See generally 17 U.S.C. § 512 (Supp. IV 2010).

⁹⁰ 參見歷年著作權法修正總說明及條文對照表, 經濟部智慧財產局網站: http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=375&KeyWord= (最後點閱時間: 2011 年 11 月 16 日)。

⁹¹ See 17 U.S.C. § 512(k)(1). 從本款可知, 雖然美國著作權法與臺灣著作權法對於服務提供者一詞所下之定義與界限略有不同, 惟透過觀察(A)、(B)二子款可知, 美國著作權法稱服務提供者, 包含了傳統之連線服務提供者以及其他所有可能之網路服務提供者, 甚至連相關設備之操作者亦屬之, 較之臺灣著作權法對於網路服務提供者直接採用四分法之定義方式, 相對開放。E.g., *id.* § 512(k)(1)(B) (“[T]he term ‘service provider’ means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).”).

communications)⁹²、快速存取服務 (service of system caching)⁹³、資訊儲存服務 (service of online storage at the direction of users)⁹⁴ 以及搜尋服務 (service of information location tools)⁹⁵ 等四類特定之提供者而已。

然而，無論網路服務提供者定義如何，上述美、臺有關於網路服務提供者之避風港，所適用之對象皆限於特定四類服務提供者。早在我國未制定免責事由相關規定時，此種將適用避風港條款之對象一分為四之立法體例，早已為美國學界長久以來所詬病。蓋 OCILLA 所起草之時間為 1998 年，美國國會於起草法案之際，所劃分之四類服務提供者確實能夠包含所有可能之網路服務類型⁹⁶。然而，美國國會卻沒有預想到短短十年之內，會出現如用戶生成內容 (user-generated content, UGC)、線上影音播放平臺 (video hosting technology)、點對點檔案傳輸技術 (peer-to-peer technology, P2P)、線上社群平臺 (social network)、多元搜尋引擎 (multi-functional search engine) 等等新興之科技⁹⁷。隨著新興科技與服務在網路上如雨後春筍般快速地開花結果，美國學界認為，OCILLA 所適用之可能性將越來越低⁹⁸。對於此種現象，我國學者亦曾於 2009 年著作權法修正後立即提出質疑⁹⁹，此種列舉式之立法模式是否為我國立法機關於修法當時所始料未及者，抑或是立法機關刻

⁹² 17 U.S.C. § 512(a); see MARSHALL LEAFFER, UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW 435 (4th ed. 2005).

⁹³ 17 U.S.C. § 512(b); see LEAFFER, *id.* at 435-36.

⁹⁴ 17 U.S.C. § 512(c); see LEAFFER, *supra* note 92, at 436.

⁹⁵ 17 U.S.C. § 512(d); see LEAFFER, *supra* note 92, at 436.

⁹⁶ See Mike Scott, *Safe Harbors Under the Digital Millennium Copyright Act*, 9 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 99, 99 (2006). See also Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 101, 113 (2007).

⁹⁷ See *Aimster*, 334 F.3d 655. See also Scott, *id.* at 101.

⁹⁸ See Scott, *supra* note 96, at 113.

⁹⁹ 參見章忠信，「二〇〇九年新修正著作權法簡析——網路服務提供者之責任限制」，月旦法學雜誌，第 173 期，頁 9 (2009)。

意限縮適用類型，容或有爭議之空間¹⁰⁰。

本次立法之另一盲點，在於著作權法第六章之一規定於第六章著作權侵害之民事救濟專章之後，並將其章名定為「網路服務提供者之民事免責事由」，依其文義，似已將網路服務提供者責任之避風港明文限定於民事責任之部分。美國當初制定 OCILLA 之時，的確係針對民事責任所設計，蓋美國慣常處理著作權侵害時，大多加諸加害人以民事責任。然而，我國於處理著作權侵害時，所採用者為民、刑事責任並行之雙軌制度，且特以刑事責任為主要之紛爭解決手段，為何我國制定網路服務提供者免責事由，僅僅免除民事責任，而未就更具迫切需求之刑事責任為規範¹⁰¹？觀智慧財產權局之說明，謂：「因 ISP 於移除或取下侵權資料後，ISP 即無『故意』侵權之意圖，自亦無刑事責任可言。此為法理之當然，遂未予明文¹⁰²。」言之有理，惟尚有不足。蓋此說法無法適用著作權法第 90 條之 5 不具有「通知—取下」程序規定之連線服務提供者部分¹⁰³，且是否網路服務提供者移除或取下侵權資料，即等同於網路服務提供者無故意侵權之意圖，其結論似乎稍嫌武斷。有認為著作權法第六章之一之免責事由，解釋上應及於刑事責任部分¹⁰⁴，然現行法目前規定係針對民事部分，是否得以將民事相關之規定，直接類推適用於刑事責任部分，容有疑義。

又，本次修正於著作權法第 90 條之 5 至之 8 當中加諸四大類網路服務提供者個別之免責要求，其中於第 90 條之 6 至之 8 各條第三款當中規定，針

¹⁰⁰ 查智慧財產局於修正草案當中對於立法目的之說明，曾提及民事免責事由所適用之對象限定四類型提供者之理由，惟語焉不詳，仍難以推知立法當時之真意。參見羅明通，前揭註 82，頁 482。

¹⁰¹ 參見章忠信，前揭註 99，頁 21。

¹⁰² 智慧財產權小題庫，中國文化大學智慧財產權專區網站：<http://ipr.pccu.edu.tw/no%20copy-C.htm>（最後點閱時間：2011 年 6 月 29 日）。

¹⁰³ 參見章忠信，前揭註 99，頁 10。

¹⁰⁴ 參見章忠信，台灣 ISP 責任立法的幾項思考，著作權筆記網站：<http://www.copy-rightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=203>（最後點閱時間：2011 年 6 月 29 日）。

對快速存取、資訊儲存以及搜尋服務提供者，於著作權人或製版權人通知侵權狀況後，若立即移除或防堵他人進入侵權內容或資訊者，得以免負民事賠償責任。復特別就資訊儲存服務提供者，進一步於同法第 90 條之 9 規範了「通知—取下」之細節事項。由前述條文內容可以發現，「通知—取下」程序發動必須以服務使用者侵害著作權之行為為前提；假設一服務提供者僅提供可用於侵權之程式或技術，而未經發現有任何使用者透過其所提供之程式或技術所為之侵權活動，則無由動用「通知—取下」程序，亦無由免除提供者之任何責任。回顧 2007 年著作權所修正之引誘侵權責任規定，一如前述，著作權法第 87 條第一項第七款所非難者為程式或相關技術提供者之提供行為，不以著作權實害之發生為前提，故縱使未有著作權侵權之事實，著作財產權人仍得依法啓動訴訟程序，縱使提供者無誘發侵權之故意，於訴前仍無法經由「通知—取下」之管道得到保障而免其責任。因引誘侵權責任之立法早於本次避風港條款之修正，究竟係立法者刻意使網路服務提供者民事免責條款不適用於引誘侵權之情形，抑或是立法之遺漏，緣立法理由及相關文獻未曾述及，遂不得而知。

觀美國 OCILLA 立法之初衷，在使網路服務提供者不會因為其使用者利用其服務或裝置侵害他人之著作權而動輒得咎，活在時時受到直接或間接侵權指控之陰影下，導致科技發展因此受到侷限而停滯不前之窘境¹⁰⁵。是以 OCILLA 之任務在於給予願意配合法律規定善意之網路服務提供者一個避風港，除連線服務提供者外，若其他類型之提供者遵守「通知—取下」程序移除使用者侵權之內容，不但可免除直接侵權責任，亦可免除包含輔助侵權、代位侵權以及誘導侵權等以實害為前提之間接侵權責任¹⁰⁶。從此一角度觀之，我國著作權法 2009 年之修正雖以 OCILLA 為主要參考依據，卻未盡符合 OCILLA 避風港條款之立法精神，使得受到誘導侵權指控之網路服務提供者反而因為沒有著作權實害的發生，而無法得到網路服務提供者民事免責條

¹⁰⁵ See Lemley, *supra* note 96, at 101-02.

¹⁰⁶ See Lemley, *supra* note 96, at 114.

款之庇護，必須透過冗長且昂貴的訴訟程序來捍衛自己的權利，甚為可惜。

4.3 實務對立法之反應

2007 年著作權修正後，我國實務上曾經探討網路服務提供者涉及著作權引誘侵權行為責任爭議之案件，計有於 2010 同年先後作成判決之 Foxy 以及 Kupeer 二案。茲分別介紹如下：

4.3.1 Foxy 案

被告景昌資訊科技有限公司（以下簡稱「景昌公司」）之負責人李某（以下簡稱「被告」）於 2006 年 7 月起，由已死亡之威信誠科技股份有限公司負責人楊某（以下簡稱「楊某」）提供資金，開設名為 Foxy 之網站平臺，並提供同名之 Foxy 分散式點對點檔案傳輸軟體，讓不特定之網路使用者下載使用。案經多家音樂公司與製片公司（以下簡稱「告訴人」）聯合蒐證，以及警方之搜索行動查獲，證明 Foxy 之特定用戶（包含邱某等四人，以下簡稱「系爭用戶」）確實曾經重製並受強制上傳分享多件告訴人所擁有著作財產權之著作檔案（四人皆受檢察官緩起訴處分）。告訴人因此提出告訴，由臺灣板橋地方法院檢察署檢察官起訴在案¹⁰⁷。

被告與楊某所提供之 Foxy 點對點檔案傳輸軟體，雖依其性質屬於分散式架構，然於設計時卻將 Foxy 軟體預先設定為使用者安裝後，會於使用者不知情之情況下，自動將使用者曾經下載至電腦之檔案，自動上傳至網路上供 Foxy 之其他使用者下載使用，且此為 Foxy 軟體預設之強制性設定（以下簡稱「強制分享設定」），Foxy 之使用者無法自由決定是否上傳分享所擁有之檔案，此為本案之前提事實，合先敘明¹⁰⁸。

板橋地方法院就本案事實分為違犯著作權法第 92 條公開傳輸罪之共同正犯以及同法第 93 條第四款引誘侵權罪兩方面討論之。公開傳輸罪¹⁰⁹共同

¹⁰⁷ 參見臺灣板橋地方法院 98 年度重易字第 4 號刑事判決。

¹⁰⁸ 同前註。

¹⁰⁹ 既稱公開傳輸，根據著作權法第 3 條第一項第十款：「公開傳輸：指以有線電、無

正犯之部分，首先，客觀要件方面，被告與楊某對於 Foxy 網站之經營，以及 Foxy 軟體之提供，按本案事實可知二者之間具有行為之分擔。主觀要件方面，透過被告與楊某二人明知供網路使用者下載之 Foxy 軟體功能上已遭強制分享設定，不但未積極採用有效之授權確認篩選機制，反而仍於 Foxy 網站等地提供他人下載使用，導致 Foxy 之不特定使用者因此在無意間上載，也就是公開傳輸未經授權之著作檔案，進而透過此一商業經營模式獲取廣告利益。顯見被告與楊某對於 Foxy 使用者侵害他人之公開傳輸權，有間接故意，且二者之間明顯對此結果具有共同行為之決意，亦即犯意聯絡。綜上所述，一審法院認定被告與楊某成立公開傳輸罪之共同正犯¹¹⁰。

至於被告與系爭用戶之間的關係，因用戶不知檔案上載行為之發生，一審法院認為，被告利用系爭用戶為工具，使其於不知情之情況下公開傳輸未經授權之檔案，應令被告因此成立間接正犯¹¹¹。亦即被告預見包含系爭用戶等不特定之 Foxy 使用者將會透過 Foxy 軟體傳輸、分享並且下載未經授權之著作檔案，遂利用使用者之下載行為，透過 Foxy 強制分享設定功能，以使用者為工具，遂行其公開傳輸罪之不法構成要件。

引誘侵權罪之部分，首先，客觀要件方面，承上所述，被告與楊某二人於未經著作財產權人之同意或授權之情況下，所提供網路使用者之 Foxy 軟體以及 Foxy 網路平臺，確實具有公開傳輸或重製著作之功能。而 Foxy 軟體以及平臺服務之提供，亦確實使得網站瀏覽人數增加，進而獲得廣告之收益。主觀要件部分，被告與楊某於 Foxy 網站或其他網頁上所刊登之宣傳廣告，比如「華人第一多媒體搜尋娛樂平臺」、「分享，讓世界更有趣」、「使用 Foxy 軟體、輸入關鍵字，就能輕鬆得到想要的檔案，不需到各大論

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。」可知，公開傳輸罪所聚焦者，為系爭用戶之上載行為。

¹¹⁰ 前揭註 107。

¹¹¹ 參見林山田，前揭註 8，頁 62。

壇辛苦求檔」、「所以無論是歌檔、影片或是文件應用檔等，只要有人願意分享檔案，我們都可以使用相關的軟體搜尋下載」等標語或詞句，據一審法院之意見，係輕看檔案是否經合法授權之表現，應屬於著作權法第 87 條第二項以廣告誘使不特定之網路使用者利用 Foxy 之軟體或服務侵害他人著作財產權之情形，應認為被告與楊某具有引誘侵權之主觀不法意圖。故，被告與楊某應共同成立著作權法第 93 條第四款引誘侵權之罪¹¹²。

一審法院最終認定本案被告違犯著作權法第 92 條之公開傳輸罪，暨同法第 93 條第四款之引誘侵權罪，並且根據刑法第 55 條從一重公開傳輸罪處斷，判處有期徒刑一年六個月，而景昌公司亦依據著作權法第 101 條第一項科以罰金¹¹³。雙方當事人皆不服一審判決，提起上訴。智慧財產法院於 2010 年 11 月作成二審判決，法院認為一審認事用法無誤，僅將被告之刑度調整為緩刑五年¹¹⁴。

4.3.2 Kupeer 案

被告廖某（以下簡稱「被告」）為全球多媒體企業社（以下簡稱「企業社」）之負責人，經營名為「Kupeer」之網站，提供該網站之使用者下載化名 Mark 之男子所研發，名為「Honey 音樂愛情版」之分散式點對點檔案傳輸程式（以下簡稱「系爭程式」）。Kupeer 網站之使用者，可利用系爭程式搜尋並且線上欣賞其他系爭程式使用者所分享之影片與歌曲。國內外多家著名音樂以及電影公司（以下簡稱「告訴人」）察覺網路使用者利用系爭程式公開傳輸未經告訴人授權之影、音著作檔案，遂委託民間團體蒐證後，向法務部調查局提出告訴，最後移由臺灣臺中地方法院檢察署檢察官起訴¹¹⁵。

本案法院分就被告是否成立著作權法第 92 條公開傳輸罪之共同正犯，以及同法第 93 條第四款引誘侵權罪，分別討論之。首先，於公開傳輸罪方

¹¹² 參見前揭註 107。

¹¹³ 前揭註 107。

¹¹⁴ 參見智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 52 號刑事判決。

¹¹⁵ 參見臺灣臺中地方法院 97 年度易字第 3238 號刑事判決。

面，客觀要件部分，法院認為被告、Mark 以及不特定多數之系爭程式使用者之間具有分工之行爲分擔。由 Mark 提供系爭程式予被告，被告將系爭程式置於 Kupeer 網站可連結到之空間供不特定多數使用者下載，而由該使用者於安裝系爭程式後，將未經告訴人授權之視聽、錄音著作檔案透過系爭程式分享予其他使用者。三者之間雖以系爭程式不特定之使用者著手實行公開傳輸罪之不法構成要件，其他二人雖非實行構成要件之行爲，仍屬於角色分配中之分工行爲。主觀要件部分，法院認為三方對於擅自以公開傳輸之方法侵害告訴人著作財產權有共同犯罪之故意，並有共同遂行公開傳輸罪之默示意思合致，因而具備「集合性犯意聯絡」。因此被告應與 Mark 以及系爭程式使用者成立著作權法第 92 條公開傳輸罪之共同正犯¹¹⁶。

再者，於引誘侵權方面，客觀要件部分，被告確實經由自己所經營之 Kupeer 網站，未經告訴人同意或授權，而提供不特定之網路使用者下載可具有公開傳輸或重製功能之系爭程式。被告亦因提供系爭程式之行爲，而間接獲得廣告收益。主觀要件部分，被告亦有於 Kupeer 網站上以廣告文宣形式，比如「多人擁有急速下載」、「內建影片+音樂播放器讓您看片聽歌不間斷」、「音樂無料」、「無料下載」等短句或標語，積極唆使不特定之系爭程式使用者，以公開傳輸之方式侵害告訴人之著作財產權。是以，法院認為被告之行爲該當著作權法第 87 條第一項第七款以及第二項有關引誘侵權行爲之構成要件，而成立同法第 93 條第四款之引誘侵權罪¹¹⁷。

法院最終認定被告以一集合行爲侵害數告訴人之法益，爲想像競合犯，而從一重依據著作權法第 92 條公開傳輸罪之共同正犯處斷¹¹⁸。被告不服一審法院之判決，提起上訴，經二審智慧財產法院審理後，認為一審判決於認

116 同前註。

117 前揭註 115。

118 前揭註 115。

事用法及刑度上均無違誤，遂維持一審判決，逕行援引一審判決書所載內容¹¹⁹。

4.4 新法已解決之問題

本文曾提到，於 2007 年著作權修法前，實務上處理網路服務提供者涉及用戶侵權之責任議題，於刑事責任部分，其手段一如 ezPeer 以及 Kuro 二案所採行者，以重製或公開傳輸罪之共同正犯為主。藉由對該二案之檢驗，大可發現舉證之困難點在於主觀要件之認定。民事責任部分，雖然沒有機會於 ezPeer 與 Kuro 二案中一窺究竟，透過前述美國 *Grokster* 案判決以前之經驗，可得知民事侵權責任亦發生類似之問題。此一認事用法之困境，恐造成著作財產權人無法藉由訴訟途徑，使其受損之權利得到合理之救濟。

2007 年修法新設誘導侵權責任制度後，上述難題立即得到解套。當美國最高法院於 2005 年作成 *Grokster* 案之時，Souter 大法官技巧性地迴避了關於解釋既有輔助侵權責任以及代位侵權責任二制度判斷標準之機會，選擇引進專利法有關於誘導侵權之法則，為解決網路服務提供者責任爭議另闢蹊徑，而美國長久以來，因著輔助侵權責任以及代位侵權責任二制所產生之爭執，亦確確實實靠著誘導侵權責任法則之運用，而能跳脫難題取得結論¹²⁰。我國亦於 2007 年修法時，做了類似之立法動作，於著作權法第 87 條第一項第七款當中，設立所謂引誘侵權責任規定，並於同法第 93 條形成刑事之「引誘侵權罪」。緣引誘侵權無須考量到與網路使用者主觀上之互動，不碰觸對使用者行為「故意」或「認識」之判斷。藉由本文對 Foxy 以及 Kupeer 案判決之討論後發現，縱使二案最終因主觀要件不充足而無法成立共同正犯，著作財產權人仍然可能，而且更容易利用引誘侵權規定之主張，使自己之著作權獲致救濟。

¹¹⁹ 參見智慧財產法院 99 年度刑智上易字第 59 號刑事判決。

¹²⁰ See Christine Pope, *Unfinished Business: Are Today's P2P Networks Liable for Copyright Infringement?*, 2005 DUKE L. & TECH. REV. 22, 25 (2005); see also *Grokster*, 545 U.S. 935.

4.5 新法尚存之疑問

雖說新法之採行，為我國著作財產權人打開另一訴訟之途徑，亦因此解決了著作財產權人無法憑藉既有制度，對網路服務提供者主張自己權利之窘境。然而，2007 年以及 2009 年兩度關於網路服務提供者議題之著作權法修正，所引發之疑問以及副作用，亦不在少數。

4.5.1 主觀要素認定之疑慮仍在

新法之突破，僅僅係藉由引誘侵權責任制度之引進，而使得著作財產權人得以在不考慮侵權實害是否發生，亦無須考慮引誘侵權人與直接侵權人之間主觀意思連繫之狀態下，以另一訴訟上之名義與途徑發動訴訟程序。故，本文前半段透過 ezPeer 以及 Kuro 二案所發現，既有制度因為新興科技之操作結構以及運營方法對於共同正犯主觀要件認定上所造成之難題，仍受擱置而未為處理。

本文後續所舉二案當中，Foxy 案較其他案件特殊之處在於服務使用者對於受到強制上載之情形為不知情，自無法如其他典型案件一般，因被告與使用者間有犯意聯絡而以共同正犯相繩，僅能認定被告利用其不特定之使用者以違犯擅自公開傳輸罪，而為間接正犯，並未針對共同正犯之主觀要件部分做更進一步之討論。法院雖認定被告與同為提供者之楊某間就擅自公開傳輸以及引誘侵權二罪皆成立共同正犯，因與服務提供者以及使用者之間的關係無涉，非本文所欲探討之焦點。另，Kupeer 案當中雖認定被告、Mark 以及不特定服務使用者三方之間成立擅自公開傳輸罪之共同正犯，惟主觀犯意聯絡要件部分僅提及包含被告與 Mark 之服務提供者知悉其所提供之程式受不特定使用者用於擅自公開傳輸著作之用途，並未進一步說明被告與不特定用戶之間是否存在共同犯罪之「知」，亦未闡明二者之間是否具有相互利用以實現犯罪目的之「欲」，卻逕認被告等三方有犯意聯絡，亦即共同行為之決意。本文認為，一如本文前段對於 Kuro 案判決所提出之質疑，法院對於犯意聯絡之判斷理由似乎未盡充足，對於共同正犯主觀要件認定標準之疑慮

尚存。

4.5.2 著作財產權人權利濫用之危險

承前所述，早在我國著作權法尚未完成修正以前，美國以及我國即對引誘侵權責任要件標準之拿捏，提出預言與警告，認為引誘侵權責任主觀構成要件中對於「意圖」之認定，應當從嚴要求之¹²¹，否則恐怕因為智慧財產權人採取較寬大之解釋方法，而造成著作財產權人濫訴，藉由訴訟逼迫網路服務提供者和解，以獲取不合理利益；或使得原本不具侵權故意之服務提供者，因此招致包含訴訟成本等不合理之損失。

由 Foxy 案以及 Kupeer 案之被證事實可以發現，首先，二案被告於其宣傳廣告當中所採用之詞句，比如「使用 Foxy 軟體、輸入關鍵字，就能輕鬆得到想要的檔案，不需到各大論壇辛苦求檔」或「內建影片+音樂播放器讓您看片聽歌不間斷」¹²²，其內容上，並未如 Kuro 案被告運用於廣告之詞句一般，除了說明服務或軟體之功能外，尚且明顯有促使網路使用者對於特定之對象以及著作為侵害行為之意，比如「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」¹²³，反倒較類似於 ezPeer 案被告宣傳廣告所採用者，比如「當漏到手軟」、「鬼月禁忌多，不如在家下載 MP3、電影、小遊戲吧！」¹²⁴。

雖說 Foxy 案法院就此曾主張，經由廣告用語「分享到」、「輕鬆得到想要的檔案」等，可推知被告無視於檔案是否經過授權，進一步推論被告有誘使公眾下載程式侵害他人權利之不法意圖¹²⁵，其邏輯似乎顯得跳躍。既然著作權法第 87 條第二項對於意圖之判斷，必須是廣告或其他積極措施，有

¹²¹ See Yen, *supra* note 76, at 231. 參見羅明通，前揭註 82，頁 540。

¹²² 參見臺灣板橋地方法院 98 年度重易字第 4 號刑事判決、臺灣臺中地方法院 97 年度易字第 3238 號刑事判決。

¹²³ 參見前揭註 32。

¹²⁴ 參見前揭註 31。

¹²⁵ 參見前揭註 107。

「教唆」、「誘使」、「煽惑」、「說服」公眾為侵害行為者，ezPeer 案法院曾主張：「究竟是否有會員因被告甲○○之『教唆』而誘發犯罪之意思，則亦應依證據而認定之，非得逕以臆測而入人於罪¹²⁶。」其主張不無道理。本文認為，就引誘侵權意圖之認定，必須嚴格地回歸到民、刑法對於各個要件，比如「教唆」、「誘使」、「煽惑」、「說服」之定義與解釋。否則僅僅依憑經驗而為臆測，恐怕造成他人容易入人於罪之印象，導致智慧財產權人因此濫權提告之疑慮。

另外，目前我國對於引誘侵權責任制度於著作權法第 87 條第一項第七款所非難者係程式或其他技術提供者之提供行為，文義上並未以發生侵害著作財產權之結果為要件，造成我國對於引誘侵權責任成立之要求如前述較美國最高法院所建立之誘導侵權責任為寬鬆。如此立法，同樣地將造成容易入人於罪之質疑，由 Foxy 及 Kupeer 二案之判決皆使得被告負擔引誘侵權責任之推理過程，即可見一斑。

4.5.3 實害之要件不影響引誘侵權責任之成立

美國誘導侵權責任法則係承襲其習慣法關於間接侵權責任制度之精神，對於課予第三人責任之時，所重視者為第三人與被害人間之連結關係，而直接加害人造成被害人損害之加害行為以及結果，即為此處之連結。故，美國誘導侵權責任以直接侵權人侵害他人著作財產權之行為，以及實際造成他人著作財產權損害之結果，為責任成立之前提。

透過 Foxy 與 Kupeer 二案之事實可知，告訴人，亦即音樂公司或電影製片公司於蒐證之當時，其實有能力掌握自己受到侵害之特定著作項目，且通常亦能藉著自己搜尋或者檢警追查，得知侵害著作之特定使用者身分。雖說立法本得於考量國家政策以及法律體系後，選擇符合我國國情，具有獨特性之法律設計，惟既然引進外國法例，當考量他國於建立該法原則之當下，其目的以及背景為何。

¹²⁶ 前揭註 31。

因此，雖然我國引誘侵權責任之成立，不以造成他人著作財產權之損害為前提，觀諸 Foxy 與 Kupeer 二案之事實，一般情形下，著作財產權人因引誘侵權人之提供行為，而受到著作財產權損害之可能性本為高，則對於引誘侵權責任加以發生實害結果之要求，應不至於影響引誘侵權原本於個案當中成立之可能性。

4.5.4 民事免責事由無法發揮作用

經由以上關於著作權法網路服務提供者民事免責事由之介紹，本文認為，於可能成立引誘侵權責任之情形，民事免責事由無適用之空間。首先，既稱為民事免責事由而規定於著作權法第六章之一，其適用上是否及於刑事責任，雖有爭論之空間，惟依照著作權法之文義，似無適用於刑事責任之可能，故 Foxy 與 Kupeer 二案提起告訴之前，縱使被告遵行民事免責事由關於「通知－取下」以及其他法定要求，亦無法使被告因此免除刑事責任之追究。

退一步言，一如學者之解釋而使民事免責事由用於刑事責任¹²⁷，然而，我國著作權法將所謂「網路服務提供者」明文限定為四種法定類型，於 Foxy 與 Kupeer 二案之被告為點對點檔案傳輸軟體之提供者，是否能夠涵蓋於法定網路服務提供者之類型當中，而得以主張免責事由，尚有疑義。

最後，退一萬步言，縱使點對點檔案傳輸軟體之提供者為著作權法所稱之網路服務提供者，然引誘侵權並未以網路服務提供者所提供程式或服務之使用者有侵害他人著作財產權之事實為其成立之要件，既然無侵權行為之發生，則無民事免責事由關於「通知－取下」流程之適用，實際上也就無民事免責事由適用之可能。

5. 建議與結論

如同本文標題所示，本文旨在介紹並且探討我國近十年來針對網路服務

¹²⁷ 參見章忠信，前揭註 104。

提供者責任制度，於著作權法上立法之演進以及實務對於此制度之態度與反應。雖然從以上各段之討論可以發現現有制度依然存在著些許盲點，然而，我國對於著作權法之修正，自有其政策及其他方面之考量，理應尊重我國立法機關之立法選擇。本文歸結以上各項討論，於尊重並保留既有制度之前提下，針對著作權法略有以下數項建議，謹供未來修法參考：

首先，對於著作權法第 87 條第一項第七款之內容，本文建議或得修改為：「意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製未經著作財產權人授權之著作，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，致他人因公開傳輸或重製之行爲而著作財產權受有損害者¹²⁸。」將造成他人著作財產權實害之結果，納入引誘侵權責任之要件當中。如此要件之規劃，其一，較符合美國最高法院於 *Grokster* 案當中建立誘導侵權責任法則之目的與本旨。其二，我國引誘侵權責任非但爲民事責任，更常用於刑事責任之負擔，既然較之於本法則之源流國以民事責任相繩，我國所加諸網路服務提供者之責任更加重大，應對主、客觀要件之認定與約束採取更加嚴謹而保守之態度，勿使提供者因其純粹之提供行爲，即負擔民事責任，甚至影響人身權益之刑事責任，增加實害之要件，應可解決此問題。其三，根據目前我國實務上所發生之案例以觀，賦予引誘侵權責任以發生實害結果之要件，亦符合社會現實，不但不影響到引誘侵權責任之適用，更能夠降低著作財產權人濫權興訟之可能性。最後，以具備實害發生之結果爲要件將可在網路服務提供者可能成立引誘侵權之情狀下，使得著作財產權人無法迴避「通知—取下」程序，讓服務提供者得以在進入曠日費時的訴訟前，有機會因爲發現用戶對於他人之侵權行爲，藉著遵守著作權法民事免責事由對於「通知—取下」及其他事項之義務，使自己有機會得到法律多一層之救濟與保障。

再者，本文認爲，網路服務提供者因其用戶行爲所負之責，屬於第三人責任，本係對於無須負責之一方，因法律而加諸其負擔，於要件上應採取較嚴格之認定標準。尤其是引誘侵權責任，雖然我國著作權法於第 87 條第一項

¹²⁸ 參見姚信安，前揭註 88，頁 196。

第七款所非難者，為軟體或技術提供者之提供行為，惟應做相同解釋，對於引誘侵權人之意圖方面，應該更加詳細且小心地審視所發生之事實，對於行為人可能之唆使或相類行為，應當回歸刑法或者民法之原理原則以為審定之標準。故，關於著作權法第 87 條第二項對於意圖之判斷規定，其中所使用之各關鍵詞，比如「廣告」、「積極措施」、「教唆」、「誘使」、「煽惑」、「說服」等，建議得明文準用刑法或其他法律有關該等名詞之定義，抑或透過類推適用之論理解釋，使本條之用語與其他法律當中相類之概念發生連結，以利法院對於法律關係以及責任之釐清。

最後，於網路服務提供者之避風港條款立法部分，曾有學者認為我國於處理網路服務提供者責任爭議時，多選擇以刑事訴訟為先行之主力手段，並進而以之獲致民事賠償，使網路服務提供者負擔民事責任，由此看來，在我國賦予網路服務提供者刑事免責之救濟途徑，反而比民事免責事由來得迫切¹²⁹，本文從其見解。是以，本文建議將現行著作權法第六章之一移至同法第七章之後，並將該章標題改為「網路服務提供者免責事由」，以使得善意之網路服務提供者受到刑事之指控時，有機會於訴前獲致救濟，無須進入刑事訴訟程序來證明自己之清白。此外，建議著作權法第 3 條第一項第十九款對於網路服務提供者之定義能夠採取較寬大且低密度之立法方式，擴張並跳脫目前四分法之體例，使得「網路服務提供者」一詞能夠顧及未來無法預期之網路科技，以期與時俱進。若可能，建議同法第六章之一關於網路服務提供者避風港條款之適用對象亦能同其處理，使得目前及未來如點對點檔案傳輸技術之類的新興科技，亦得以駛入著作權法之避風港，一方面讓網路服務提供者多一層保障，另一方面也能節省訴訟及社會成本，促進網路服務提供者與著作財產權人相互間之合作，化干戈為玉帛，對於社會發展亦有所助益。

¹²⁹ 參見章忠信，前揭註 99，頁 10。

參考文獻

中文書籍

- 王澤鑑，《侵權行爲法》，三民經銷，臺北（2010）。（Wang, Tez-Chien, Tort Law, San Min Publishing, Taipei (2010).）
- 林山田，《刑法通論（上）》，10版，國立臺灣大學法學院圖書部經銷，臺北（2008）。（Lin, Shan-Tian, Criminal Law: General Principles, vol. 1, 10th ed., National Taiwan University College of Law Book Department, Taipei (2008).）
- 林山田，《刑法通論（下）》，10版，國立臺灣大學法學院圖書部經銷，臺北（2008）。（Lin, Shan-Tian, Criminal Law: General Principles, vol. 2, 10th ed., National Taiwan University College of Law Book Department, Taipei (2008).）
- 姚志明，《侵權行爲法》，元照出版，臺北（2006）。（Yao, Chi-Ming, Tort Law, Angle Publishing, Taipei (2006).）
- 蔡蕙芳，《著作權侵權與其刑事責任：刑法保護之迷思與反思》，新學林出版，臺北（2008）。（Tsai, Hui-Fang, Copyright Infringement and Criminal Liability: The Myth and Reflection from Criminal Law Protection, Sharing Publishing, Taipei (2008).）
- 羅明通，《著作權法論（II）》，7版，台英國際商務法律事務所出版，臺北（2009）。（Lo, Ming-Tung, Copyright Law, vol. 2, 7th ed., Tai-In International Business Law Office, Taipei (2009).）

中文期刊

- 姚信安，〈從美國法角度探討我國著作權民事間接侵權責任相類制度〉，《中正財經法學》，第2期，頁139-201，2011年1月。（Yao, Hsin-An, A Review of the Resembling Rules of the Civil Indirect Copyright Liability in Taiwan – From the Aspect of the U.S. Legal System, Chung Cheng Financial & Economic Law Review, no. 2, at 139-201, Jan. 2011.）
- 章忠信，〈二〇〇九年新修正著作權法簡析——網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，第173期，頁5-24，2009年10月。（Chang, Chung-Hsin, A Brief Analysis of the Newly Amended Copyright Act in 2009—On the Limited Liability of ISPs, The Taiwan Law Review, no. 173, at 5-24, Oct. 2009.）

- 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 1-24，2005 年 6 月。（Feng, Jen-Yu, The Challenges and Future of P2P: Legislative Disputes in the Light of *Grokster*, *Financial & Economic Law Review*, no. 1, at 1-24, June 2005.）
- 鄭莞瓊，〈淺析 Tiffany v. eBay 案與網路服務提供者商標侵權責任爭議〉，《科技法律透析》，第 21 卷第 7 期，頁 7-11，2009 年 7 月。（Jeng, Wan-Chiung, An Analysis of the Tiffany v. eBay Case and the Issue of ISP's Trademark Infringement Liability, *Science & Technology Law Review*, vol. 21, no. 7, at 7-11, July 2009.）
- 賴文智，〈我國網路服務提供者責任限制立法所涉相關議題簡介〉，《律師雜誌》，第 347 期，頁 16-27，2008 年 8 月。（Lai, Wen-Chi, Introduction to Issues Related to the Legislation of ISP's Limited Liability in Taiwan, *Taipei Bar Journal*, no. 347, at 16-27, Aug. 2008.）
- 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。（Lo, Ming-Tung, P2P Transmission Technologies, Industrial Values and a Comparative Review of Relevant Judgments in the United States of America and Taiwan, *Technology Law Review*, vol. 3, no. 1, at 1-44, Apr. 2006.）

其他中文參考文獻

- 章忠信，台灣 ISP 責任立法的幾項思考，著作權筆記網站：<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=203>（最後點閱時間：2011 年 6 月 29 日）。（Chang, Chung-Hsin, Reviewing the Legislation of ISP Liability in Taiwan, Copyright Note Website, <http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=203> (last visited June 29, 2011).）
- 章忠信，立法院提案修法遏止網路檔案分享軟體之提供，著作權筆記網站：<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=161>（最後點閱時間：2011 年 6 月 29 日）。（Chang, Chung-Hsin, The Legislative Yuan Proposed a New Act to Stop the Provision of Online File-Sharing Software, Copyright Note Website, <http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=161> (last visited June 29, 2011).）

智慧財產權小題庫，中國文化大學智慧財產權專區網站：<http://ipr.pccu.edu.tw/no%20copy-C.htm>（最後點閱時間：2011年6月29日）。（Quiz on Intellectual Property Rights, Chinese Culture University Intellectual Property Corner Website, <http://ipr.pccu.edu.tw/no%20copy-C.htm> (last visited June 29, 2011).）

歷年著作權法修正總說明及條文對照表，經濟部智慧財產局網站：http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=375&KeyWord=（最後點閱時間：2011年11月16日）。（Archive of Annotations to the Amendments to the Copyright Act, Taiwan Intellectual Property Office Website, http://www.tipo.gov.tw/ch/Download_DownloadPage.aspx?Path=3618&UID=9&ClsID=35&ClsTwoID=83&ClsThreeID=375&KeyWord= (last visited Nov. 16, 2011).）

英文書籍

BLACK'S LAW DICTIONARY (2d ed. 2001).

LEAFFER, MARSHALL, UUNDERSTANDING COPYRIGHT LAW (4th ed. 2005).

英文期刊

Binder, Joshua P., *The Future of Streaming Technology After Grokster*, L.A. LAW., Dec. 2005, at 13.

Culpan, Tim, *Jail for Taiwan P2P Execs*, BILLBOARD, Sept. 24, 2005, at 15.

Lee, Andrew J., Notes & Briefs, *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. & In re Aimster Litigation: A Study of Secondary Copyright Liability in the Peer-to-Peer Context*, 20 BERKELEY TECH. L.J. 485 (2005).

Lemley, Mark A., *Inducing Patent Infringement*, 39 U.C. DAVIS L. REV. 225 (2005).

Lemley, Mark A., *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 101 (2007).

Maxwell, Kelly M., *Software Doesn't Infringe, Users Do? A Critical Look at MGM v. Grokster and the Recommendation of Appropriate P2P Copyright Infringement Standards*, 13 COMMLAW CONSPECTUS 335 (2005).

Moye, John M., Comment, *How Sony Survived: Peer-to-Peer Software, Grokster, and Contributory Copyright Liability in the Twenty-First Century*, 84 N.C. L. REV. 646 (2006).

- Oswald, Lynda J., *International Issues in Secondary Liability for Intellectual Property Rights Infringement*, 45 AM. BUS. L.J. 247 (2008).
- Pope, Christine, *Unfinished Business: Are Today's P2P Networks Liable for Copyright Infringement?*, 2005 DUKE L. & TECH. REV. 22 (2005).
- Rodenberg, Ryan M. et al., *Perfect 10 v. VISA, Mastercard, et al.: A Full Frontal Assault on Copyright Enforcement in Digital Media or a Slippery Slope Diverted?*, 8 CHI.-KENT J. INTEL. PROP. 85 (2008).
- Scott, Mike, *Safe Harbors Under the Digital Millennium Copyright Act*, 9 N.Y.U. J. LEGIS. & PUB. POL'Y 99 (2006).
- Seetoo, Chia-Heng, *Can Peer-to-Peer Internet Broadcast Technology Give Fans Another Chance? Peer-to-Peer Streaming Technology and Its Impact*, 2007 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 369 (2007).
- Song, Seagull Haiyan, *ISP Liability Under the Copyright Law Regime in China*, 4 CHINA PATS. & TRADEMARKS 61 (2010).
- Symposium, *Panel II: The Death or Rebirth of the Copyright?*, 18 FORDHAM INTEL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 1095 (2008).
- Yen, Alfred C., *Third-Party Copyright Liability After Grokster*, 91 MINN. L. REV. 184 (2006).

英文論文集

- Coats, William S. & Jeremiah J. Burke, *From Star Wars to Second Life: User Generated Content and Copyright Law in the Entertainment Industry*, in 14TH ANNUAL INSTITUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 15 (PLI Patents, Copyrights, Trademark and Literary Prop. Course, Handbook Series 947, 2008).
- Coats, William Sloan et al., *Pre-and Post-Grokster Copyright Infringement Liability for Secondary and Tertiary Parties*, in 12TH ANNUAL INSTITUTE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW 323 (PLI Patents, Copyrights, Trademark and Literary Prop. Course, Handbook Series 877, 2006).

其他英文參考文獻

- Beal, Vangie, *All About Peer-to-Peer (P2P) Networks*, WEBOPEDIA, http://www.webopedia.com/DidYouKnow/Internet/2005/peer_to_peer.asp (last visited Oct. 20, 2010).

Leiner, Barry M. et al., *A Brief History of the Internet*, INTERNET SOC'Y, <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml> (last visited June 29, 2011).

O'Reilly, Tim, *What Is Web2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software*, O'REILLY MEDIA (Sept. 30, 2005), <http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html> (last visited June 29, 2011).

Wille, David G. & Ryan S. Loveless, *Inducing Patent Infringement and Joint Infringement*, UNIV. OF TEX. AT AUSTIN SCH. OF LAW, http://www.utcle.org/eLibrary/preview.php?asset_file_id=8995 (last visited June 29, 2011).