

P2P 網站經營者與其會員成立 共同正犯之可能性 ——ezPeer 與 Kuro 案之分析與檢討

蔡蕙芳*

摘要

近來最重要的著作權法判決就是 Kuro 案。在此判決中，P2P 網站經營者與檔案下載會員被論以擅自重製罪之共同正犯。Kuro 判決的重要性不僅在於它討論了檔案下載者的責任，也因為此項判決與較早前宣判的 ezPeer 判決在 P2P 網站經營者責任上之意見有所不同。毫無疑問，法院間的不同意見必然會引起爭論。本文主要研究的問題是 P2P 網站經營者是否應被論以擅自重製罪之共同正犯。為了研究上便利，暫時假定下載會員成立擅自重製罪。

本文首先討論刑法第 28 條之「共同實行」犯罪之行爲的意義，試圖提供共同正犯責任的基本認識以作為之後即將進行案例討論的基礎。除了傳統以來的犯意聯絡與行爲分擔要件，本文進一步補充了自己共同犯罪意思、相互利用意思、犯罪構成要件行爲實行上的重要性。接下來分別檢討此二案中關於網站經營者與其會員成立共同正犯的意見。本文特別指出 Kuro 法院並無法證明 Kuro 網站經營者與下載會員間有犯意聯絡。針對本文所要研究問

* 中興大學財經法律學系副教授。

題，本文所做的結論是，P2P 網站經營者僅認識到會員可能進行擅自重製，還不足以成立共同正犯責任。

關鍵字：點對點服務、點對點網站經營者、共同實行、共同實行犯罪者、共同正犯責任、擅自重製

Cite as: 3 Tech. L. Rev. 45 (2006)

Should P2P Website Operator Be Responsible for the Crime of P2P Downloader under Joint Criminal Enterprise Liability Doctrine? — A Comment on ezPeer and Kuro

Hui-Fang Tsai*

Abstract

Recently, the most important criminal copyright case is Kuro, in which the Kuro operators and a downloader were found guilty as co-perpetrators in the commission of the unauthorized reproduction offense. The Kuro court's decision is important not only because it discusses the issue of the liability of peer-to-peer (P2P) downloader but because it is different from the ezPeer decision concerning the liability of P2P website operators. Unquestionably, the split between the ezPeer and Kuro cases has generated many debates. The focus of inquiry in the article is whether P2P website operators shall be punished as a co-perpetrator in a joint criminal enterprise directed to commit the unauthorized reproduction offense. For purposes of simplicity and clarity it is assumed here that a P2P downloader commits the unauthorized reproduction offense.

This article begins with a discussion of the meaning of "Co-perpetration" within Article 28 of the Taiwan Penal Code, providing an understanding of joint criminal enterprise liability as a background for the following case discussions. In addition to the two requirements, including agreement to reach a common goal

by coordinated co-operation and joint control over the criminal conduct, this article further proposes the following requirements for criminal enterprise liability: (1) the intent to commit with the other perpetrators; (2) the intent to make use of the other perpetrators' commission of an offense; (3) material contribution to the execution of criminal conduct.

Next, this article reviews the opinions of the ezPeer and Kuro cases in determining the criminal joint liability of P2P website operators. It then argues that the Kuro court fails to prove, beyond a reasonable doubt, an agreement between the Kuro operators and a downloader. It concludes that the mere fact that the P2P operators provide P2P services with knowledge of unauthorized reproduction no longer will suffice to generate criminal enterprise liability.

Keywords: P2P services, P2P website operator, co-perpetration, co-perpetrator, joint criminal enterprise liability, unauthorized reproduction

1. 前言

點對點傳輸技術（peer-to-peer, P2P）可說是現今最受爭議的技術。P2P 網站是指經營可供人進行點對點傳輸軟體服務的網站。網站方面提供點對點傳輸的軟體與檔案索引、連線等相關服務，而有意使用這項服務之人必須加入會員，依據契約條款（大多數必須付費）才能使用。點對點傳輸技術大致上可分成集中式與分散式兩種技術架構，網站採用不同型態技術，其服務內容即有差異¹。點對點傳輸技術不同於以往主從式網路架構，不管是集中式或是分散式架構，重製行為（下載）均僅發生在會員與會員之間。採用集中式架構的網站雖不直接提供檔案供人下載，但在整個重製活動中扮演重要的角色。隨著網路使用的日漸普及，此種網站的商業經營活動引起各界重視，也引發一連串的著作權侵權訴訟。分別在士林地方法院與台北地方法院被起訴與審判的 ezPeer 與 Kuro 網站經營者²正是屬於提供集中式點對點服務的網站經營者。

審理 Kuro 網站案的台北地方法院³（以下簡稱為「Kuro 法院」或「Kuro 判決」）認為 Kuro 網站經營者提供 P2P 服務行為與其會員所實行的擅自重製行為成立著作權法第 91 條擅自重製罪之共同正犯。但審理 ezPeer 網站案的士林地方法院⁴（以下簡稱「ezPeer 判決」或「ezPeer 法院」）卻不認為 ezPeer 網站的經營者與其下載會員間成立共同正犯。兩案判決的時

¹ 有關 P2P 技術與其運用介紹，以及由此衍生的法律問題，參見羅明通，著作權法論（II），頁 298-389（2005）。

² 我國刑法並不承認法人具有犯罪能力，刑事責任探討的對象即在網站經營者。

³ 台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號裁判，司法院法學資料檢索系統：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>

⁴ 士林地方法院 92 年度訴字第 728 號裁判，司法院法學資料檢索系統：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。在此案中，士林地檢署對於二位使用者予以緩起訴處分，僅就 ezPeer 網站經營者起訴。

空相近，判決主要依據都是刑法第 28 條共同正犯規定，被起訴的事實也類似，然而卻有不同的判決結果。引起社會熱烈的討論也不難想像。

在前述的事實背景下，本文的主要目的即在討論 P2P 網站經營者提供服務的行為與其會員所實行的擅自重製行為⁵是否為刑法第 28 條所指的「共同實行」擅自重製罪之構成要件行為，以致於網站經營者即使沒有實行擅自重製行為，也要對會員所實行的重製行為承擔共同正犯責任？

為了討論上便利，必須暫時設定的前提是 P2P 網站會員使用網站服務下載檔案行為成立擅自重製罪⁶。本文首先介紹目前學說與實務上所認為成立共同正犯所需具備之犯意聯絡與行為分擔要件，並補充本文認為成立共同正犯責任還須滿足的三個要件，最後運用共同正犯要件的討論來分析與檢討 ezPeer 與 Kuro 兩個判決。

2. 共同正犯之基本概念

刑法第 28 條針對共同正犯為如下定義：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」⁷。刑法第 28 條規定透露了立法者的想法，亦即，立法

⁵ 著作權法第 91 條第 1 項：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新台幣七十五萬元以下罰金。」由此可知，本案所涉及的犯罪構成要件行為是擅自重製行為。在點對點系統中，即使沒有進行擅自重製行為，但當會員進入系統時，就開啟自己的檔案夾，此時亦涉及擅自公開傳輸罪。但擅自公開傳輸罪不在本文討論範圍內。此外，會員與會員間是否成立擅自重製罪或公開傳輸罪之共同正犯也暫將略過，不予討論。

⁶ 會員所從事下載行為是否成立擅自重製罪取決於不同事實情況（是否為合理使用、個人使用）與擅自重製罪犯罪構成要件內涵，不可一概而論，必須以相當篇幅來處理這個議題。為了順利進行本文討論，必須暫時做此一假設前提。

⁷ 2005 年刑法修正前之刑法第 28 條規定：「二人以上共同實施犯罪之行為，皆為正犯。」依據司法院 31 年院字第 2404 號解釋，實務見解向來區別「實行」與「實施」，後者含意較廣。本次刑法修正將「實施」修改為「實行」的理由是避免將「陰謀共同正犯」與「預備共同正犯」列入本條的處罰範圍，並特別強調無礙於現行實務處罰「共謀共同正犯」立場。換句話說，此次修正並非有意改變目前學說與

者認為，二人以上共同實行犯罪構成要件行為，也應當視為正犯，畢竟二人以上共同實行與一人單獨實行犯罪構成要件行為樣態的情形有所不同，屬於例外型態，才以刑法第 28 條來特別立法。但關鍵的「共同實行」概念應如何解釋？

「共同」一詞指涉的事實應是有關連的數人犯罪。此種犯罪的特點並非是數人中之某個行為人的突出地位，而是數人彼此間的對等關係。此處所稱的對等關係是指，各行為人之間並無上下隸屬或控制關係，更無作為他人工具的情形⁸。因此，在定義共同正犯之時，已經排除幕後者之間接正犯或教唆犯、幫助犯。

歷來實務上均主張成立共同正犯必須具備「犯意聯絡」（或意思聯絡）、「行為分擔」兩項要件。例如，最高法院 18 年上字第 673 號判例明示：「刑法上之共同正犯，以有意思之聯絡，行為之分擔為要件，本案上訴人於他人之犯罪，既無聯絡之意思，又無分擔實施之行為，即不得以共犯論。」由此可知，凡是二人間先有犯意聯絡，進而分擔犯罪構成要件行為的實行，就是「共同實行」犯罪之行為。茲於下就犯意聯絡與行為分擔之概念為進一步說明。

2.1 犯意聯絡

犯意聯絡的前提是數人均有犯罪的故意。正如最高法院 18 年上字第 119 號判例要旨所指出的：「共同謀殺，必須共同謀殺者均有殺人意思，若他方初無殺意，係由一方首先起意，囑令他方殺害者，即應負教唆殺人之

實務上關於共同正犯的立場。本文認為，既然立法上已經明示，共同正犯是正犯，而依據通說，正犯就是實行犯罪構成要件行為之人，本次刑法修正將「實施」犯罪改為「實行」更能凸顯共同正犯是正犯的立場。又有學者指出，此次刑法修正將「實施」改為「實行」後，必須著手於犯罪行為之實行，始有共同正犯成立。參見陳子平，「正犯與共犯」，二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析，頁 169（2005）。

⁸ 參見柯耀程，刑法總論釋義——修正法篇（上），頁 371（2005）。

責。」由此可知，刑法上共同正犯概念所指涉的基本生活事實應是，數個均有意犯某罪或某些罪的行為人結合。某個行為人有了犯意以及與他人合作的犯罪需求後，接下來要進行的工作就是找尋合作對象。此過程應即是「犯意聯絡」一詞⁹所指涉的對象。

在討論我國刑法是否成立過失共同正犯時，最高法院 27 年附字第 934 號判例亦曾表示：「刑法第 28 條之共同正犯，以實施犯罪行為者有共同故意為必要，若二人以上共犯過失罪，縱應就其過失行為共同負責，並無適用該條之餘地。」¹⁰此號判例出現了「共同故意」一詞。對共同故意的概念，最高法院 30 年上字第 2132 號判例有進一步說明：「共同正犯，必須有意思之聯絡，如實施犯罪時，一方意在殺人，一方意在傷害，即不能以其同時在場而令實施傷害者，亦負共同殺人責任。」由此可知，共同故意是指數人皆有故意，而故意的內容必須一致。

犯意聯絡也是共同正犯所應負「部分行為之全體責任」¹¹的基礎。最高法院 92 年度台上字第 1799 號判決要旨對此有清楚說明：「……立場對立之各行為人，如各有其目的，而各依其目的分別實施犯罪行為，致彼此間無所謂犯意聯絡者，各行為人固僅應就其實施之行為，分別負責。然立場對立之各個行為人間，若有共同之目的，並為達成此一共同目的，而基於彼此間共同犯意之聯絡，推由其中一部分人實施犯罪行為者，則仍屬共同正犯，應就彼此犯意聯絡範圍內之全部犯罪結果共負責任。」

⁹ 學者林山田教授對「犯意聯絡」一詞用詞不當，曾有過檢討意見，因而建議採用「共同的行為決意」，參見林山田，刑法通論（下），頁 67（2005）。至於實例上使用與「犯意聯絡」相替代的名詞，計有：「合謀」、「共同謀議」、「共同犯罪之意思」、「合同意思」、「共同的行為決意」、「共同行為之決意」等。

¹⁰ 採相同立場者，如最高法院 44 年台上字第 242 號判例：「刑法第二十八條之共同正犯，以二人以上實施犯罪行為，有共同故意為要件，若二人以上同有過失行為，縱於其行為皆應負責，亦無適用該條之餘地。」

¹¹ 「部分行為全體責任」一詞，參見郭君勳，案例刑法總論，頁 429（1997）。但多數見解稱之為「一部行為，全部責任」。

綜合以上所述，數人介入了某犯罪行為之實行時，是否符合刑法第 28 條共同正犯定義之「共同實行犯罪之行為」，其前提應在於數人是否已有共同犯某罪或某些罪的犯意聯絡或共同謀議，否則，數人只是互不相涉的同時犯，僅各自就自己所實行的行為負責。正因為共同正犯必須是依據共同犯某罪或某些罪之意思聯絡才能組成，並在此前提下共同實行。所有成員有意犯的罪名應該是相同，因此，全體均應被論以該罪之正犯¹²。

2.2 行為分擔

被廣泛使用的「行為分擔」的概念曾引起許多討論。此概念是否代表著，數人都必須實行犯罪構成要件行為，才能成立共同正犯？「行為分擔」一詞應由來於共同正犯犯罪型態的特質。

尋求與他人合作應是人們從事集體活動的根本動力。此原則也可用於數人共同實行犯罪行為的情形。從行為人思考內容來分析，單獨行動較為隱密，不容易被發現。況且，他可以獨享利益。相較之下，集體行動風險較高。共同正犯概念下的行為人，為什麼捨棄單獨行動的安全行為模式？在他的盤算中，必定是基於犯罪需求。可能是體認到技術不足，或資源、經費有限，而無法藉由一己之力完成。一旦參與人數較多，所負責的行為得以分散而減輕壓力，相互掩護與支援也會降低犯罪物理上的困難度。再者，個人對犯罪的恐懼與壓力也會因為可依賴同伴的存在而減低，亦能增強犯罪心理的強度。此均足以提升犯罪的成功率。

行為人在理性思考後，放棄自己單獨行動，選擇與他人合作時，主要的著眼點就在集合個別力量，各自發揮長處，眾人齊心協力完成犯罪行為之實行。因此，數人共同犯罪型態上必然會體現出分工合作的特質。數人間的分工必須依賴之前所提及的犯意聯絡。犯意聯絡其實就是數人針對犯罪實行

¹² 雖論以相同罪名，但不代表所科處之刑必須同一，仍須斟酌行為人個別情形，在量刑時，分別科以適度之刑。參見郭君勳，同前揭註 11，頁 426；林東茂，刑法綜覽，頁 202（2003）。

上所為的共同謀議。此共同謀議除了包含共同犯某罪或某些罪之相互確認外，最重要的是有關犯罪實行上的共同謀議。換言之，在實行犯罪之前必須先有犯罪計畫。犯罪計畫的功能在於基於分工原理，協調與分配共同謀議者各自應負責的工作範圍，並以各自行為彼此配合與補充。

最明確的分工方式是針對犯罪構成要件行為做分配，讓每個共同謀議者都承擔一部分犯罪構成要件行為之實行。在此種情形下，由於全體共同謀議者均已實行犯罪構成要件行為，滿足成立共同正犯的要件。但引起爭論的是，在工作分配下，有些共同謀議者所負責的行為不是實行犯罪構成要件行為，而只是與犯罪構成要件行為之實行有促進關係的行為。有些是犯罪實行前階段的行為，例如，策劃犯罪與傳遞訊息（如擔任信差）。有些則屬於犯罪實行階段之積極性促進犯罪構成要件行為進行或消極性排除進行上可能障礙的行為，例如，在犯罪現場外指揮犯罪進行、擔任把風或監視被害人家屬¹³等。在此種情形下，全體共同謀議者可以成立共同正犯嗎？

針對此一問題，在釋字第 109 號解釋之前，實務見解分成肯定說與否定說。由於本號解釋採否定說的爭議，導致了過去實例曾採的肯定說不再被援用。

判例見解中採肯定說者，可以最高法院 21 年上字第 2022 號判例、22 年上字第 1713 號判例為代表¹⁴。其基本論理如下：刑法上之共同正犯規定是採客觀主義，以全體共同實施構成犯罪事實之行為為成立要件，如果共同正犯相互間僅實施一部分行為，也必須這部分的行為是屬於構成犯罪事實之

¹³ 例如，在擄人勒贖案中，沒有涉入擄人或勒贖，只是監視被害人家屬，參照最高法院 78 年度台上字第 5323 號裁判要旨：「李○生為朋分贖金，事前同意，並於許○山、游○根擄走顏○矜後，應主謀者鄭○慶之電話通知，依計到顏宅臥底，協助鄭○慶監視顏○煌、邱○昭夫婦動態，以便因應，顯係以自己犯罪之意思，而分擔實施犯罪行為之一部，應屬共同正犯。」

¹⁴ 此二則判例因為與釋字第 109 號解釋相違背，已經最高法院 91 年度第 10 次刑事庭會議決議不再援用。

內容，如此的解釋始符合分擔實施的意義。例如，在正犯實施強盜之際，在外把風，而未分擔強暴、脅迫及劫取財物之行爲，爲其排除障礙，以使得容易實施。或者，殺人之際，僅在場把望，予以便利，並未直接干預殺害行爲，不能認爲分擔殺人之一部工作，只是於他人實施犯罪中爲直接重要幫助，不能依共同正犯之規定處斷。

否定說可以司法院的三號解釋爲代表。首先是司法院院字第 1905 號解釋：「事前同謀，事後得贓，推由他人實施」，又司法院院字第 2030 號解釋之一：「事前同謀，而自任把風，皆不失爲共同正犯。」以及，司法院院字第 2202 號解釋前段：「所謂警察巡長與竊盜串通，窩藏贓物，並代爲兜銷，應成立竊盜共犯，如係以自己犯罪之意思，並參與其實施，則屬竊盜共同正犯。」

釋字第 109 號解釋明示採用否定說的主張，其主要內容如下：「共同正犯，……，其成立不以全體均行參與實施犯罪構成要件之行爲爲要件；參與犯罪構成要件之行爲者，固爲共同正犯；以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行爲，或以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行爲者，亦均應認爲共同正犯，使之對於全部行爲所發生之結果，負其責任。」基於前述理由，釋字第 109 號解釋對前述三號解釋表示肯定與贊同的立場。

由釋字第 109 號解釋可知，「以自己共同犯罪之意思」「參與」「犯罪構成要件行爲以外之行爲」，或「以自己共同犯罪之意思」「事前同謀，而由其中一部分人實行犯罪之行爲」，均可成立共同正犯。而且，在此種共同正犯型態中，在犯罪行爲的實行上，至少要有一部分共同謀議者實行犯罪構成要件行爲。歸納而言，本號解釋所承認的共同正犯類型計有：參與犯罪構成要件以外行爲之共同正犯、共謀（同謀）共同正犯、實行犯罪構成要件行爲之「實行共同正犯」¹⁵或「實施共同正犯」¹⁶。

¹⁵ 有學者使用「實行共同正犯」一詞來指稱在犯罪實行的現場參與構成要件行爲之實

就實際情形而言，每個人有不同的才能，有人善於思考與規劃，有人行動敏捷適宜擔任行動工作。在理性原則上，數個共同謀議者達成共識的犯罪計畫應該是最有效率的人力資源配置。在有些情形下，所有共同謀議者親自到犯罪現場實行犯罪構成要件行為，未必是最有效率的方式。判決文內經常出現的「二人謀議犯罪而推由一人實施」的描述¹⁷，應是此現象的具體表現。本文認為釋字第 109 號解釋在共同正犯上的立場已符合共同正犯的特質，只是還需要補充一些要件（本文將於稍後說明之）。雖有學者對共謀共同正犯表示質疑¹⁸，但實務上對此問題的見解已趨於一致。

3. 共同正犯概念的進一步討論

綜合以上所介紹實務見解與學說上的相關討論，對共同正犯概念得出以下的輪廓：數人間因為共同目的（亦即，相同目的）而形成不可分的犯罪共同體¹⁹。由於都具有相同犯罪目的，數人遂以分工型態，合而為一、相互利用其他共同正犯行為的方式來實行犯罪構成要件行為。在分工前提下所實行的行為，不能被視為單獨的個別行為，而是必須被當成整體行為的一部分。因此，不能單獨只在犯罪的實行階段就個別成員實際所負責的行為來清算他的責任，而必須就其他共同正犯的行為負責。

行者，參見柯耀程，前揭註 8，頁 372、頁 374-375。

¹⁶ 司法院大法官會議釋字第 109 號解釋公布後，實務也出現「實施共同正犯」與「共謀或同謀共同正犯」等名詞的使用。例如，最高法院 79 年度台上字第 5024 號裁判要旨：「按共同正犯有同謀共同正犯與實施共同正犯之別。原判決事實欄認定上訴人等基於共同殺人犯意，理由內並謂上訴人等有犯意聯絡及行為分擔云云，但林○慧究係分擔何項殺人行為，事實及理由均未記載，其係同謀共同正犯，抑為實施共同正犯，殊欠明確，遽論以共同正犯，自有未合。」

¹⁷ 最高法院 73 年度台上字第 3246 號裁判要旨：「……若二人謀議犯罪而推由一人實施者，雖有犯意聯絡，行為分擔而應以共同正犯論，但並非結夥犯。」

¹⁸ 參見蔡墩銘，中國刑法精義，頁 235-237（1986）。

¹⁹ 「犯罪共同體」一詞參見林山田，前揭註 9，頁 64。

由於共同正犯的責任型態具有「部分行為之全體責任」的性質，本文認為還必須在主觀與客觀兩方面補充共同正犯概念。首先，共同正犯主觀上必須具有「為自己共同犯罪意思」。其次，依據目前通說，共同正犯必須對其他共同正犯所實行的犯罪行為負責，因此，必須共同正犯對他人所實行的行為（自己沒有實行的行為），主觀上具備利用意思，如此才能課以共同正犯的責任。最後，由於共同正犯的性質是正犯，必須考慮到行為人客觀上在犯罪構成要件行為實行上是否具有重要性。符合前述兩個要件才能成立共同正犯。茲於下說明此三項要件。

3.1 自己共同犯罪意思

釋字第 109 號解釋除了澄清了幾種共同正犯類型，另一個重點是提出了共同正犯必須具備「自己共同犯罪之意思」要件。由「自己共同犯罪之意思」與最高法院 25 年上字第 2253 號判例之「自己犯罪之意思」與「幫助他人犯罪之意思」²⁰在文字使用上之區別，可瞭解本號解釋文使用「自己共同犯罪意思」一詞的用意。一方面被使用來說明共同正犯在歸類上屬於正犯，並非共犯，因此，共同正犯必須滿足「自己犯罪意思」之主觀要件，以便與幫助犯之「幫助他人犯罪意思」相區別。另一方面也被使用來表示，共同正犯必須具有與其他共同正犯「共同犯罪之意思」之主觀要件，以便與單獨正犯之僅是為「自己犯罪意思」相區別。

數個本有意犯罪的行為人，必須與其他人進行犯罪之共同謀議，才能形成「自己共同犯罪意思」。在共同謀議過程中，共同謀議者把自己有意犯罪的意思，傳達給其他共同謀議者，其他共同謀議者也將自己有意犯罪的意

²⁰ 最高法院 25 年上字第 2253 號判例：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。」

思傳達出來。最後，參與謀議的各方意見統合為一致方向的共同犯罪意思，並依此共同謀議而為犯罪構成要件的實行行為。若沒有這個共同謀議過程，只是單方的對他人行為有所知悉，不能認為已有「自己共同犯罪意思」。

再者，前文曾指出，共同正犯來自於犯罪分工的需求。基於犯罪之共同謀議，每個人都有各自應完成的行為。每個人的工作是整體的一個部分。就行為意義而言，部分行為無法獨立存在，只有在與整體發生關連下才有意義。反過來說，沒有集合各部分行為，整體行為也無法被完成。由於這樣的特質，共同謀議者藉由自己所負責部分的行為來追求自己利益，也追求團體利益。由於個人利益與團體利益是相一致的，無法分割，追求團體利益之同時自己利益也可以確保。此即「自己共同犯罪意思」。也因此，共同正犯的責任無法分割來清算，共同謀議者不是只對自己所實行的行為負責而已，也要對其他共同謀議者的行為承擔責任。

3.2 各共同正犯間相互利用意思

依據目前學說與實務見解，沒有實行犯罪構成要件行為的共同謀議者與從事犯罪構成要件以外行為的共同謀議者也可成立共同正犯。換言之，傳統上共同正犯之「行為分擔」要件不必在最後的犯罪構成要件行為之實行階段。由此衍生的重要問題是，共同謀議者對其他共同謀議者所實行的犯罪構成要件行為或非犯罪構成要件行為，應具備何種主觀要件？此一問題可以下列說明之：

甲、乙、丙均有犯強盜罪的犯意，經由共同謀議形成共同犯強盜罪的共同故意。在共同擬定的犯罪計畫中，三人為如下分工：甲實行強制被害人行為，乙實行自被害人處取財物行為，在甲、乙實行時，丙在外把風。之後，三人也照這個計畫順利實行了強盜行為。在此案中，只有甲、乙分擔了犯罪構成要件行為之實行。甲、乙、丙各自對自己所沒有從事的行為必須具備何種主觀要件，才能說他是共同正犯，而令他對其他人的行為負責？

共同正犯成立的基礎是共同謀議者在犯罪實行上相互利用意思，因

此，對自己所沒有實行，而是由其他共同謀議者所實行的犯罪構成要件行為，必須有利用的意思。而其他共同正犯對自己所實行行為也必須有利用意思。此即相互利用意思的由來。學說上以「有意識、有意願地交互作用」²¹來說明。

相互利用意思是建立在認識的前提上。共同正犯對他人所實行的行為，必須有所認識，直接故意（確定故意）或間接故意（未必故意、不確定故意）均可。我國實務似乎也是採取相同的看法，例如，最高法院 82 年度台上字第 5141 號判決要旨：「共同正犯之所以應對其他共同正犯所實施之行為負其全部責任者，以就其行為有犯意之聯絡為限；若他犯所實施之行為，為其所不及知或難予預見者，自未可概以共同正犯論。」從前引判決要旨可知，對其他共同正犯所實行的行為必須有所認識或預見。不過，還必須補充說明的是，單純認識不等於具有相互利用的意思。

相互利用意思就是「相互需要」下「利用」的意思。其他共同正犯基於分工計畫所為的行為是自己為了達成團體自己犯罪目的所需要的行為，因此，利用的意思並不是把別人行為當成與自己無關，而是當成自己的行為，出於為自己利益而利用。接下來的問題是，如何證明行為人具有相互利用意思？行為人在犯罪之共同謀議過程中，對整體犯罪計畫表示贊同時，應可被認為已對其他共同正犯的行為表現出利用的意思。除了事前同意計畫之外，事後參與犯罪所得分配的事實，也可以使用來證明有利用他人所實行行為的意思。

3.3 犯罪構成要件行為實行上的重要性

本文主張成立共同正犯必須滿足之客觀要件是在犯罪構成要件實行上具有重要性。此項見解是來自德國學者 Roxin 所發展的犯罪支配理論。犯罪支配理論是關於正犯內涵的一種理論。依據此理論，所謂正犯是指，在實行

²¹ 參見林山田，前揭註 9，頁 66。

犯罪行為過程中具有支配地位的關鍵或核心人物。談到對犯罪行為的支配，基本必須做出一些介入才有可能。最直接的方法是以自己一人的行為，直接介入去控制支配，但也可以透過支配他人意思方式，甚至經由與其他人分工合作來支配。前述第一種犯罪支配型態是直接正犯所具有，被稱為「行為支配」(Handlungsherrschaft)。第二種支配型態是間接正犯的「意思支配」(Willensherrschaft)。最後一種支配型態就是共同正犯的「功能支配」(funktionelle Tatherrschaft)²²。

功能支配理論的主要內容是強調，共同正犯的支配型態不同於單人行動之單獨犯支配型態，而是共同支配型態。每一個共同正犯與其他共同正犯以共同的犯罪計畫為基礎，各自透過自己所為的部分行為來共同支配整個犯罪構成要件行為。此外，依據功能支配理論，犯罪構成要件行為的共同支配，雖然不以親自到場實行犯罪構成要件行為為必要，但至少必須是對犯罪構成要件行為之實行具有重要性²³。換言之，共同正犯所為的行為不必然都必須與犯罪構成要件行為之實行直接有關。但他所缺乏的直接關係要靠他在犯罪構成要件行為實行上之重要地位來彌補。

舉例而言，僅從事犯罪策劃與指揮，而沒有實行犯罪構成要件行為，其重要性不亞於實際上執行者。因為零散數人的行為如果沒有經過策劃與指揮，數人只是一盤散沙，不僅不能成事，還可能誤事。犯罪策劃與指揮的良善與否關係共同犯罪是否能成功。因此，可認為此類行為在犯罪構成要件行為實行上具有重要性。

再者，是否具有重要性，必須是由事前觀點²⁴，也就是，依據共同謀議中之犯罪計畫內容²⁵來判斷，唯有當與犯罪構成要件行為無直接關係的行為的重要性與親自實行犯罪構成要件行為的重要性等量齊觀，才能認為已符

²² 參見林山田，前揭註9，頁31-35。

²³ Roxin in: LK, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn. 154; Roxin, AT/2, 2003, 25/211.

²⁴ Roxin, AT/2, 2003, 25/212.

²⁵ Roxin in: LK, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn. 154.

合重要性的標準。傳遞訊息、把風等行爲與犯罪構成要件行爲的實行沒有直接關係，但如果從事前觀點來論，這些工作都是犯罪計畫不可或缺的一部分，缺少任何一個部分，整個犯罪行爲就無法被順利實行，即使事後來看這些行爲與犯罪構成要件行爲之實行沒有因果關係，也不能否定其重要性。

舉例而言，在其他共同正犯實行強盜行爲時擔任把風行爲，此類行爲是爲了在實行犯罪構成要件行爲時排除障礙，利於犯罪構成要件行爲之實行或對此具有促進作用。而在個案情況下，在犯罪構成要件行爲實行完畢後才發現，行爲當時根本就沒有障礙，因此，把風行爲事實上對犯罪構成要件行爲的實行沒有發揮功能。

按照常例，數人從事犯罪計畫時，都會預設多種可能會發生的情況而進行工作分配，雖然事後發現，所預設的情況沒有發生，然而，在行爲前，若缺少那一部分的規劃，犯罪構成要件行爲可能就不會進入實行階段。參與犯罪計畫之共同謀議者並不會因爲事後發現某些分工下的行爲與犯罪構成要件行爲的實行沒有因果關係，而否定此行爲人的作爲犯罪共同體成員之地位。

前文曾說明成立共同正犯必須滿足的要件之一是對他人（共同謀議者）所實行行爲具有利用意思。在此點上，與間接正犯之利用他人（工具人）的行爲應是相同。但與間接正犯不同處在於參與共同謀議之人必須在構成要件實行上具有重要性，才能成立共同正犯。再者，既然要求共同正犯必須在犯罪構成要件行爲實行上發揮重要的功能，行爲人所實行的行爲若是微不足道的部分²⁶，屬於支援與補充性質的幫助行爲，即使曾參與犯罪之共同謀議，也無法論以共同正犯，只能成立幫助犯。反而言之，如果行爲人所爲的行爲在犯罪構成要件行爲的實行已發揮重要作用，即使行爲人主觀上是出

²⁶ 我國已有文章引述 Roxin 見解，來說明如果所分擔部分不具有重要性（例如，其他共同正犯實行犯罪時，只是端水供其他成員解渴），不能成立共同正犯，只能成立幫助犯。參見陳志輝，「共謀共同正犯與共同正犯之參與行爲——評最高法院九十二年台上字第二八二四號判決」，月旦法學雜誌，第 114 期，頁 45（2004）。

於幫助故意，還是可以成立共同正犯。

我國實務雖然未曾明示功能支配理論，但最高法院 28 年上字第 3110 號判例所宣示的「……在合同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的者」，以及司法院釋字第 109 號所表達的「……在共同意思範圍內，各自分擔犯罪行為之一部，相互利用他人之行為，以達其犯罪之目的」，顯然與功能支配理論的基本立場相一致。因此，應可以參考前述功能支配理論來說明成立共同正犯所必須具備的客觀要件：從事前觀點判斷行為人是否在犯罪構成要件行為實行上具有重要性。

4. P2P 網站經營者共同正犯責任之探討

經過了對目前共同正犯學說與實務見解之分析與整理，以及本文對共同正犯成立要件的補充，對共同正犯之要件為如下說明：數個行為人間必須具備犯意聯絡與行為分擔之要件。檢驗數人是否為共同正犯的審查步驟，首先是，數人均有意犯某罪或某些罪。接下來，此數人間針對犯此些罪的犯意聯絡或共同謀議，然後依據共同的犯罪分工計畫以實際行動將彼此的共同謀議付诸實行。至於行為人本身也必須具備以下三個要件：其一為，「自己共同犯罪意思」。其二為，對其他行為人所為行為具有利用意思。其三為，行為人的行為在犯罪構成要件行為實行上具有重要性。接下來將以此作為評論前引兩號判決。在進行評論之前，將先介紹判決內容。

4.1 ezPeer 法院的見解

ezPeer 法院對網站經營者與會員成立擅自重製罪共同正犯的問題有深入討論。ezPeer 法院首先指出，必須至少有一人實行擅自重製行為，網站經營者才能論以擅自重製罪之共同正犯。此為現今學說與司法實務長期以來所承認的要件。接下來 ezPeer 法院詳細說明 ezPeer 網站經營者與實行擅自重製行為之會員間已有犯意聯絡的兩個可能性。

第一個成立犯意聯絡的可能性是網站經營者設置與經營網站的目的是

爲了侵害他人著作權而提供服務。在此種情形下，由於網站經營者已經對外表明自己有意從事擅自重製行爲，網路使用者對此有認識而仍決定加入成爲會員，此足以證明兩方對犯擅自重製罪已有犯意聯絡。基於這樣背景，ezPeer 法院表示，「首先應先確認被告吳○達提供 ezPeer 網站平台是否就是基於侵害他人著作權之意圖而設立，苟此答案爲肯定，則被告吳○達對於告訴人著作權之重製權及公開傳輸權之受侵害，當然預見其發生，且其發生不違背其本意，上開會員利用其所提供之軟體機制，即使被告吳○達並不確知會員以該機制所侵害之著作權法益歸屬及種類，仍可認被告吳○達具有間接故意（甚至於直接故意），而與會員有犯意聯絡，成立共同正犯。」針對此提問，ezPeer 法院的認定是：「既然無法證明被告吳○達基於侵害他人著作權之意圖而設立網站平台，也無從確認採取 P2P 傳輸方式的 ezPeer 機制只使用於著作權侵害的用途上或以此爲主要用途。」因此，排除第一種成立共同正犯的可能性。

由於不能證明網站經營者提供服務是爲了犯擅自重製罪，而排除網站經營者與不特定會員成立共同正犯的可能性之後，ezPeer 法院提出的第二個可能性是，網站經營者與特定的會員已有犯意聯絡。對此，ezPeer 法院表示：「……被告吳○達對於各該會員特定之侵害著作權行爲，是否爲明知且有意使其發生，即爲判定被告吳○達是否與各該特定會員有犯意聯絡之重點。……以民事責任之立場而論，容或可以把電腦軟硬體的認知等同於認被告全球數碼公司之認知，但被告吳○達雖爲該公司之負責人，惟其爲自然人，實際上當然不可能全天 24 小時線上監控，也無從把電腦軟硬體的認知等同被告吳○達之認知，逕認被告吳○達知悉各該會員特定傳輸檔案之行爲，進而與之有所犯意連絡而成立共同正犯。又傳輸他人享有著作權之檔案（包括 MP3 音樂檔），並非全無合理使用空間，而本案起訴前著作權法第 91 條第 2 項、第 92 條第 1 項關於非意圖營利重製及公開傳輸他人著作罪之規定，復以重製、公開傳輸數量及侵害金額達一定額度爲要件，縱令被告吳○達知悉某會員特定傳輸某檔案之情形，亦不能執此認定被告吳○達知悉其

有侵犯著作權之故意，既不能知悉有侵害著作權之故意，即無所謂『預見構成要件事實之發生』，難謂有何『間接故意』」而與特定違反著作權法之會員有犯意連絡，與之成立共同正犯。」

ezPeer 法院又表示，「無論如何，共同的行為決意，乃指兩個以上的行為人出於違犯特定犯罪的故意，彼此聯絡謀議或計畫，而在有認識與有意願地交互作用下，所成立的一致共同的犯意。因此，僅是對於他人的犯罪計畫單方面的同意或支持，尚非屬共同的行為決意。與幫助犯重大不同，以心理上有所接觸為必要。本案中並無任何證據顯示被告吳○達就會員從事之特定犯罪有任何認識，遑論有心理上之接觸？經由以上之檢驗，應認被告吳○達並不因會員利用其所設置之網路平台傳輸下載告訴人享有著作權之 MP3 檔案，而與會員成立著作權法上非法重製、公開傳輸罪之共同正犯。」

據前引判決內容可知，ezPeer 法院認為網站經營者單方的對會員的重製行為僅是認識，並沒有共同的行為決意，因此，不認為網站經營者與個別會員已有犯意聯絡。最後認定 ezPeer 網站經營者與會員不成立擅自重製罪之共同正犯。

4.2 ezPeer 判決的評論

據前文關於共同正犯的討論，判斷網站經營者與個別會員間是否成為擅自重製罪之共同正犯，最先要確定的是，網站經營者與會員是否均有意犯擅自重製罪？其次，雙方基於犯罪需求而進行犯意聯絡或犯罪之共同謀議。接下來，是否有落實共同謀議的犯罪分工計畫。最後才是檢驗雙方是否以此實際行動將此計畫落實？因此，P2P 網站經營者利用設立與經營網站的行為，而與不特定多數人間成立共同犯擅自重製罪的犯意聯絡或共同謀議並非不可能。ezPeer 法院提出兩種成立犯意聯絡的可能性，並深入討論。判決的說理過程與最後的結論都是值得贊同的。本文在此僅作一些補充。

ezPeer 法院所提出來檢驗 ezPeer 網站的第一種可能性應是指網路上的盜版網站與駭客網站。盜版網站設立的目的就是在違法交易未獲授權的檔

案，此網站的經營者被論以擅自重製罪之正犯較無爭議。較受爭議的是駭客網站。本文認為，在 P2P 網站經營者是否成立共同正犯責任問題上，可以藉助美國麻州聯邦地區法院 *United States v. LaMacchia* 案²⁷的事實來思考。

本案的事實大致上是，麻省理工學院的學生 LaMacchia，出於駭客倫理之軟體應自由分享理念，使用學校電腦硬碟空間，架設電子佈告欄，鼓勵網路使用者將商業電腦程式與遊戲軟體上傳到此網站。之後將這些軟體轉存到另一個有加密措施網站，雖提供會員下載檔案的服務，但此項服務並未收費²⁸。由於 LaMacchia 本人設立網站的主要目的是藉由這個網站號召大家一起實現自由分享軟體的理想，此網站設立目的是找尋同伴進行擅自重製行為的性質已被彰顯出來。任何人應是有此認知並贊同此想法，才會選擇加入此網站成為會員。由於網站經營者已經清楚傳達自己有意從事擅自重製行為，又每個加入者藉由上傳檔案的行為也表達了自己有意加入共同完成這一工作的意願。因此，可以認定網站經營者與每個會員，以及會員之間²⁹已有共同犯擅自重製罪的犯意聯絡。

對照來看，駭客所經營的網站與一般商業網站的經營情況有顯著不

²⁷ 871 F. Supp. 535 (D. Mass. 1994).

²⁸ 此案發生在「電子竊盜防制法」(No Electronic Theft Act of 1997)公布施行前，當時的著作權法第 506 條的刑罰規定不及於非意圖取得經濟利益的擅自重製行為，審理本案的法院儘管認為被告 LaMacchia 經營電子佈告欄的行為使他人得以經由此途徑取得盜版軟體，但無法以網站經營者與「不知名」之他人共同謀議犯擅自重製罪之共謀罪來定罪。既然不能依著作權法內之刑罰規定來定罪，只得引用其他相關刑罰規定之共謀罪來論罪。

²⁹ 縱使駭客網站的會員間並不認識，也沒有直接聯絡，但可透過個別會員與網站經營者的聯絡而成立間接聯絡。最高法院 77 年台上字第 2135 號判決要旨已表示間接聯絡亦可成立共同正犯：「共同正犯之意思聯絡，原不以數人間直接發生者為限，即有間接之聯絡者，亦包括在內。如甲分別邀約乙、丙犯罪，雖乙、丙間彼此並無直接之聯絡，亦無礙於其為共同正犯之成立。」必須一提，間接聯絡可符合共同正犯之犯意聯絡要件，但前提是，透過間接聯絡，彼此間對他方行為有認識與利用意思。

同。就被起訴行爲當時 ezPeer 網站經營型態而言，要證明網站經營者與會員間有共同犯擅自重製罪之犯意聯絡並不容易。雖然使用網站服務要經過身分驗證，但接下來的一連串動作，包括，是否進行重製與否、重製檔案的範圍或方式，均取決於會員本身意思，網站經營者與會員間對前述一連串行爲並沒有進一步共同謀議。此外，在本案中，會員實行擅自重製罪之構成要件行爲，ezPeer 網站經營者只是提供軟體與檔名索引服務，並沒有實行擅自重製行爲，因此，還要檢驗網站經營者與對會員間在對方行爲上是否有互相利用意思。會員有意利用網站經營者的行爲是可以被確定，但無法證明網站經營者對會員的重製行爲是否有意利用。

進而言之，網站經營者提供軟體與檔名索引服務，甚至刊登廣告的行爲，是爲了招收更多的會員，以便從會員的登錄與加入會員的行爲上收取費用或廣告利益，但此種利益並不是來自擅自重製行爲本身的直接利益。檔案重製行爲本身的利益是持有與享受檔案，顯然，這不是網站經營者所希望取得的利益。因此，無法認定網站經營者有意利用會員的擅自重製行爲。ezPeer 法院對此已清楚的表示：「……然此商業促銷手段，目的無非在於刺激消費意願，希望會員大量使用其軟體，與被告吳○達設置 ezPeer 網站平台是否基於侵害著作權之意圖不能混爲一談。」

電腦自動化做成的網站與會員間往來紀錄，最多只能證明網站經營者對會員的重製行爲有認識。如前文所述，在共同正犯問題上，行爲人對其他共同謀議者的行爲必須有所認識，並有利用意思。就本案事實而言，ezPeer 網站經營者以契約對會員表示不得進行非法的檔案交易。亦即，如經法院調查所確定的事實：「……每次開啓軟體皆跳出『公告』提醒消費者需在合於著作權規範內使用 ezPeer 軟體」，又 ezPeer 網站上確實刊登「使用者規範」、「著作權規範」等公告明訂使用者不得利用 ezPeer 軟體侵害他人著作財產權。此項證據應可用來證明 ezPeer 網站經營者雖然已有預見，但並不表達有意利用會員所實行的擅自重製行爲。此亦足以證明網站經營者與會員間並無共同犯擅自重製罪之犯罪聯絡。

如果無法從 P2P 網站經營方式來一般性認定網站與不特定多數人間已有犯擅自重製罪的犯意聯絡，在刑事訴訟程序嚴格證明之「已無合理懷疑」（beyond a reasonable doubt）無罪原則下，更難證明 ezPeer 法院所提出來的第二種可能性，也就是，網站經營者與個別使用者有共同犯擅自重製罪的犯意聯絡。眾所皆知，網站運作是利用電腦的自動化程序，即使網站伺服器內所儲存資料可以說明網站與會員間有往來紀錄，但單憑這些資料無法證明網站經營者與個別會員間犯意的相互確認，乃至於相互利用意思。

4.3 Kuro 法院的見解

前文已說明過，犯意聯絡的前提是雙方均有意犯擅自重製罪，並對此進行聯絡，形成雙方共同犯擅自重製罪之共同謀議。因此，Kuro 法院先認定網站經營者對其會員的重製行為具備間接故意（不確定故意或未必故意），並以此為基礎，進而認為 Kuro 網站經營者與個別會員間已有犯擅自重製罪之犯意聯絡或共同謀議。

Kuro 法院花費相當多篇幅來表示，Kuro 網站經營者所從事的提供軟體服務、刊登廣告等行為已足以證明網站經營者對一般不特定會員與本案被告陳○惠所從事的擅自重製行為具備間接故意。首先是針對不特定會員的重製行為具有間接故意的說明：「被告陳○騰、陳○華、陳○雄……在其網站及 Yahoo、PChome、3cc 流行音樂網等網站上，不斷刊登以『Kuro 五十萬樂迷的俱樂部，每個月只要九十九元，就能享受 MP3 無限下載』……等類似內容之廣告……，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 檔案為主要訴求，誘使不特定人加入，鼓勵其利用 Kuro 軟體大量下載告訴人等享有著作權之流行歌曲，則其對於眾多未經著作權人之同意或授權重製之會員，將利用其提供之軟體及平台服務違法大量交換下載重製著作權人之著作此一結果，顯可預見，而不違背其供會員以該軟體作為違法下載重製工具之本意。」接下來，Kuro 法院進一步針對本案被告陳○惠之違法下載行為來討論：「……被告陳○騰、陳○華、陳○雄既可預見身為其會員之

被告陳○惠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○惠使用，容許陳○惠可利用該軟體及服務違法下載」。

此外，Kuro 法院也以網站經營者沒有從事過濾檔名等行為來補充論證之前所提及的間接故意，並以此認定 Kuro 網站經營者與其會員間共同重製之決意或犯意聯絡：「……是以被告陳○騰、陳○華、陳○雄如無意以該軟體供會員違法重製，參酌上開二人之證詞，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，惟其仍捨此不為，放任會員無限下載，益見其對於會員會發生違法下載之行為顯可預見，並不違背其本意，且與會員間係在有意識、有意願地交互作用下，有共同重製之決意或犯意聯絡。從而，當被告陳○騰、陳○華、陳○雄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。」「……且陳○惠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」。

在檢驗完 Kuro 網站經營者與其會員間具備共同犯擅自重製罪之犯意聯絡後，Kuro 法院再討論行為分擔的要件。首先是討論 Kuro 網站經營者的行為：「……被告陳○騰、陳○華、陳○雄提供上開軟體及服務予會員，對於會員發生違法下載行為此一結果，不僅有因果關係，且係以作為之方式積極促使不法重製此一構成要件行為之實現，與會員間乃係分工合作完成下載行為」；其次是討論會員的行為：「且陳○惠使用該軟體及服務下載檔案時，……，而客觀上亦係由該公司與陳○惠共同完成整個搜尋及下載重製之行為」。

總括以上可以得知，Kuro 法院認為 Kuro 網站經營者與其會員間已有犯擅自重製罪之犯意聯絡，而且，Kuro 網站經營者所分擔的行為是提供上開軟體及服務，會員所分擔的行為是使用該軟體及服務下載檔案的擅自重製行為。據此，Kuro 法院作出「被告陳○騰、陳○華、陳○雄與陳○惠間顯然

具有犯意聯絡及行為分擔，核屬共同正犯」的結論。

4.4 Kuro 判決的評論

從判決文整體脈絡來看，Kuro 法院認為很重要的一項事實是會員實際從事下載行為時，Kuro 網站所扮演的角色。會員不能單憑 Kuro 網站提供的軟體來進行檔案交換，必須經過驗證才能進行檔案搜尋，除此之外，Kuro 網站也提供有意下載檔案會員之電腦與供下載檔案電腦的連線途徑，甚至當斷線時，還可以提供續傳功能，自中斷處為其另覓其他會員的電腦使之連線。從事後的觀點來分析前述事實，可能會認定 Kuro 網站提供服務的行為在整個重製過程中是不可或缺的行為分工。然而必須注意的是，如果沒有先滿足共同正犯成立要件之犯意聯絡，就無法說已經具備共同正犯之另一要件之行為分擔或分工合作。而之前所討論的，功能支配理論所主張犯罪構成要件行為實行上重要性之要件也無須被檢驗。此亦為許多學者在闡述共同正犯時所強調的重點，例如：「多數行為人之犯罪實施，雖有互為加工的因果關係，但如欠缺相互間之犯意聯絡者，僅能稱之為『同時犯』，分別為個別之正犯而非共同正犯」；³⁰或者，「不法行為分擔一定包括犯罪的協議行為，否則就不是條文所說的共同犯罪」³¹。

綜合以上所述，網站經營者為會員重製行為承擔共同正犯責任的關鍵重點在於證明網站經營者與會員間有犯意聯絡之事實。Kuro 法院雖然嘗試去證明這一點，但可能是討論篇幅較少的緣故，尚未呈現出足夠的說服力。

ezPeer 判決已勾勒出網站經營者與其會員間成立犯意聯絡的兩種可能性。第一種可能性是，網站經營者所從事的設立網站、刊登廣告，乃至於提供服務的一連串行為是否已經對外表達出有意犯擅自重製罪的心理狀態。接著，會員所進行的申請成為會員、登入、接受驗證、請求網站提供服務（要

³⁰ 蘇俊雄，刑法總論（II），頁 424-425（1998）。

³¹ 黃榮堅，基礎刑法學（下），頁 338（2004）。

求尋找檔案，系統回應）的一連串行為是否已經對外表達出有意與網站經營者共同犯擅自重製罪的心理狀態。第二種可能性是，當會員登入、接受驗證、請求網站提供服務時，此一連串行為是否已經表達出會員有意犯擅自重製罪的心理狀態。接著，當網站經營者對會員身分進行驗證、允許會員使用時，是否已經表達出有意與會員共同犯擅自重製罪的心理狀態。此外，網站經營者對自己沒有從事，而是由會員所從事的重製行為必須有認識與利用意思。先證明了犯意聯絡，才能說會員所為的重製行為是在犯意聯絡下所實行。

簡化前述要件可知，關鍵的問題是，從網站經營者所從事的設立網站、刊登廣告，乃至於提供索引服務的行為，或者，當網站經營者對會員身分進行驗證、允許會員使用其服務的行為，是否已經滿足以下兩個要件。其一是，網站經營者有意犯擅自重製罪。其二是網站經營者有意利用會員的重製行為來實現自己犯擅自重製罪之目的。就目前網站運作事實情況而言，網站經營者所從事的上述行為本身，尚不足以呈現出前述成立犯意聯絡所需的心理狀態。

此外，Kuro 法院在判決文內多次強調，由積極提供軟體服務、刊登廣告與未設阻擋機制等行為，已足以證明網站經營者就其會員所為的重製行為具備間接故意或未必故意。本文對此論點是贊同。但成立共同正犯必須對其他共同謀議者行為具有利用意思。在這一點上，Kuro 法院似乎也沒有充分闡述。

依據 P2P 網站經營的型態來判斷，網站經營者在最初建置與持續經營該網站時，已預見到自己所提供的服務將會被會員使用來下載受著作權法保護的檔案，但卻睜一隻眼、閉一隻眼。有些資料來源宣稱，九成以上經由網站傳輸或下載的著作是屬於受著作權法保護的著作，而且未經授權。暫且不論此項數字的可信度，目前的實際情況足以證明在檔案進行交換時，合法與不法的比例至少是一半，此即屬實質上重要風險。既然預見到半數以上的會員將會使用其網站服務來下載受著作權法保護的檔案，行為人就必須停下

來。若仍率意而行，對已預見到的結果，至少已是間接故意³²。據前述，可以確定的是，網站經營者就會員下載受著作權法保護檔案的行為顯然具備間接故意。但需要再加以探討的問題是，網站經營者與會員是否對各自所從事的行為有相互利用意思。

Kuro 法院極為重視的事實是，Kuro 網站經營者在各大入口網站刊登廣告，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 檔案為主要訴求。此一經營手法類似於販賣測速器的廣告宣傳。舉例而言，甲以銷售車用雷達警示器為業，並以電子郵件寄送廣告，以「幫你省錢的好幫手、幫你解決罰單困擾、擋掉無數罰單」等作為訴求，如果乙駕駛人看了廣告而向甲購買此裝置，後乙信賴此雷達警示器而放心超速，但卻被照相罰款，販賣者甲是否應對駕駛人乙超速違規行為承擔共同正犯的責任？

沿用前文所提出的檢驗步驟，甲、乙成立共同正犯的前提是，甲藉由廣告與銷售雷達警示器對外表現出有意使購買者從事超速違規的心理狀態，乙向甲購買雷達警示器的行為表現出有意與甲共同從事超速違規的心理狀態。或者，乙藉由購買雷達警示器行為向甲傳達出有意超速違規的心理狀態，甲藉由出賣雷達警示器行為表現出與乙達成共同超速違規的決意。此外，甲對乙所從事超速違規行為，乙對甲出售雷達警示器的行為，具有互相利用的意思。

即使可以證明曾購買雷達警示器的人中，大半是有意違規超速，為避免受罰，才會購買此裝置。又即使可從販賣者對購買者之違規超速有預見，並容忍之間接故意，進而認定販賣者有犯違規超速故意。但他人違規超速並不是販賣雷達警示器的目的，他的目的只在販賣雷達警示器，他並無意利用違規超速。出賣雷達警示器的行為，至多只能說是有意幫助他人違規超速的故意。販賣者所積極希望發生的是購買雷達警示器的行為，接下來的違規超

³² 關於故意概念之說明，參見蔡蕙芳，「故意犯罪(一)——直接故意與間接故意」，台灣本土法學雜誌，第 72 期，頁 166-174 (2005)。

速行為並非他所在意，從違規超速行為本身亦無利可圖。本例中出賣人甲由於對乙的超速違規行為欠缺利用故意，因而不必對乙所實行的違規超速行為承擔共同正犯責任。

藉由以上案例來對照思考問題後即可明白，自目前網站運作模式來看，只能證明網站經營者知道可能有會員使用他的服務來下載檔案，但不足以證明雙方相互利用的意思。因此，Kuro 網站經營者提供 P2P 服務行為與會員所實行的擅自重製行為間，不成立擅自重製罪之共同正犯。

5. 結論

本文介紹與檢討目前學說與實務關於共同正犯的立場，接著討論 ezPeer 與 Kuro 兩則判決。就本文所要討論的 P2P 網站經營者之共同正犯責任而言，本文認為，P2P 網站經營者對個別會員的擅自重製行為雖然有認識，而可被認為具備間接故意，但無法證明網站經營者與個別會員間已有犯意聯絡，以及，網站經營者對個別會員所實行的擅自重製行為具備利用的意思。必須注意的是，在共同正犯責任之要件檢驗上，不能只因網站經營者所提供軟體與搜尋檔案服務是完成重製行為所必須，正好與會員最後作出的擅自重製行為，在客觀上合成一個整體，即認為網站經營者與其會員以分工方式共同實行了擅自重製行為，而成立著作權法第 91 條擅自重製罪之共同正犯。理論上，共同正犯與幫助犯是相鄰的概念，否決了共同正犯關係後的下一個必須討論的問題是，是否可以認定個別會員是擅自重製罪的正犯，網站經營者是幫助犯。由於本文篇幅有限，留待以後再以專文進行較深入探討。

參考文獻

中文書籍

- 林山田，《刑法通論（下）》，自版，增訂9版，台北（2005）。
- 林東茂，《刑法綜覽》，學林文化事業有限公司，2版，台北（2003）。
- 柯耀程，《刑法總論釋義——修正法篇（上）》，元照出版有限公司，初版1刷，台北（2005）。
- 郭君勳，《案例刑法總論》，自版，修訂版第7刷，台北（1997）。
- 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，元照出版有限公司，2版，台北（2004）。
- 蔡墩銘，《中國刑法精義》，漢林出版社，4版，台北（1986）。
- 羅明通，《著作權法論（II）》，台英國際商務法律事務所，6版，台北（2005）。
- 蘇俊雄，《刑法總論（II）》，自版，修正版，台北（1998）。

中文論文

- 陳子平，〈正犯與共犯〉，《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，頁153-194，初版第1刷，台灣刑事法學會，台北（2005）。
- 陳志輝，〈共謀共同正犯與共同正犯之參與行為——評最高法院九十二年度台上字第二八二四號判決〉，《月旦法學雜誌》，第114期，頁30-46，2004年11月。
- 蔡蕙芳，〈故意犯罪(一)——直接故意與間接故意〉，《台灣本土法學雜誌》，第72期，頁166-174，2005年7月。

德文參考文獻

- Roxin in: LK, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn. 154.
- Roxin, AT/2, 2003, 25/211.
- Roxin, AT/2, 2003, 25/212.