

用戶著作權侵權之網路服務業者責任*

蔡蕙芳**

摘 要

網路服務業者的責任可說是網路上最具爭議的問題。本文的目的在於從一般性原則上討論用戶涉及著作權侵權時，網路服務業者是否可能成立民事侵權與刑事犯罪責任。個案的深入討論並不在本文範圍內。本文首先介紹美國侵權法上網路服務業者責任，內容包括法院判決、學說見解與國會立法。其次，本文將從刑法理論來分析用戶成立直接正犯之同時，網路服務業者可能構成共同正犯、正犯後正犯或共犯。此外，也將分別檢討正犯與共犯之成立要件。最後，本文將檢討我國法上相關法律如何適用以解決網路服務業者責任，並提出增訂網路服務業者責任規定之建議。

關鍵字：直接侵權責任、參與侵權責任、侵權代位責任、正犯、共犯、不作為犯

* 本文為國科會專題補助研究計畫（NSC 93-2414-H-005-002）之部分成果。在此感謝兩位匿名審查委員對本文之批評與建議。

** 中興大學財經法律學系副教授，台灣大學法律研究所博士；hftsai@nchu.edu.tw。
投稿日：2004 年 8 月 2 日；採用日：2004 年 9 月 1 日

Cite as: 1 Tech. L. Rev. 295 (2004)

Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement

Hui-Fang Tsai

Abstract

The liability of internet service provider (ISP) is perhaps the most controversial legal issue to emerge from cyberspace. The purpose of this paper is to explore the general principles as to whether there should be civil and criminal liability for ISP concerning subscriber copyright infringement. An in-depth treatment of case study is beyond the scope of this paper. The first section provides an overview of the doctrine of ISP copyright infringement liability in America, followed by the introduction of judicial decisions, opinions of scholars and new legislation. Focusing on criminal liability that could be imposed upon ISP for copyright infringement initiated by subscribers, the second section seeks to illustrate the observation that the individuals who post copyright infringement materials act as principals in the first degree, and ISP would qualify as an accomplice, principal in the second degree, or accessory to the crimes. Furthermore, this section discusses in turn the qualifications for the perpetrators and accomplices. Finally, the third section reviews the current Taiwan tort and criminal law and its application to ISP and concludes that the Taiwan copyright law should make specific provision for ISP liability.

Keywords: direct liability, contributory liability, vicarious liability, accomplice, perpetrators, omissions

1. 前言

1.1 研究動機與目的

近代以來，智慧財產權制度之興起引發了知識應該有價還是共享的爭論。這是一個涉及多方利益、內容廣泛的政策議題。現實是，世界各國都已經以法律保護智慧財產權，並且也展現了將刑法擴張至部分智慧財產權保護領域的趨勢。本文並不探討政策問題，而是從現實出發，研究隨著網路時代而衍生的網路服務業者¹責任。由於現實上意義與學理研究價值，網路服務業者責任問題吸引許多人關心與研究。在談論網路服務業者責任時，一般都以「第三人責任」稱之。顧名思義，第三人責任就是已經排除網路服務業者自己從事侵權與犯罪行為而應就自己行為負擔責任的情況。電腦與網路普及後，網路上流通的資訊不免出現違法內容，如著作權侵權、妨害名譽、猥褻等資料，隨之引發網路服務業者民事侵權責任與刑事犯罪責任之討論。當資料散布涉及網路環境時，焦點通常會集中在網路服務業者上。從一些國外所發生案件可看出，當發生侵權案件時，網路服務業者常常會被一併與其用戶（使用者）列為共同被告。此凸顯出權利救濟程序上之現實考量。由於網路使用者可以匿名方式使用網路，而且網路上的資料及網站本身都可以在短時間之內出現與消失，實際上實行侵權或犯罪行為之人並不容易確定，反倒是，網路服務業者容易為被害人所辨識。再者，即使是被害人已知道誰是侵權人時，也會基於損害賠償考量而以提供服務的網路服務業者為對象請求賠償。不可否認，網路服務業者之經濟能力遠比個人網路使用者強，以他們為被告較易獲得賠償。此外，以網路服務業者為被告也是著眼於暫時性權利救

¹ 本文所指的網路服務業者（Internet service provider），包括網路上提供連線、資料傳輸、資料儲存、平台服務等各式服務的經營者，也包括電子佈告欄經營者（bulletin board operators）。但不包括內容服務的業者，因為本文所研究問題是網路服務業者本身不涉及違法內容製造或篩選之責任問題。

濟之假扣押或假執行程序，唯有網路服務業者介入才得以阻止侵權行為之繼續。除了前述訴訟上的現實考量，網路服務業者在違法資訊的傳播上也具有重要地位。就張貼與發布違法資訊者而言，必須請求某網路業者的伺服器儲存違法資料。而在網路的傳輸過程中，它也負責提供傳遞資訊的網路線路並保持其暢通且提供接觸資訊管道。網路服務業者藉由網路上各種服務而在網路資訊互動過程中，扮演著橋樑的重要角色。

從前述可知，如何釐清相關事實與合理分配網路服務業者責任可說是網路上最重要的問題之一。經濟部曾於 2000 年 8 月提出之「著作權法部分條文修正草案」之第 87 條之 2 曾針對網路服務業者規定免責要件，但尚未正式立法。就我國法律現狀而言，規範網路服務業者責任的相關法律規定不多。消費者保護法第 23 條中有關媒體經營者與不實廣告刊登者連帶負賠償責任之規定，可說是唯一有關網路服務業者責任之明文。試想，如果有受到侵害的著作權人依據民法第 185 條共同侵權與著作權法第 88 條第 1 項後段，或主張類推適用民法第 188 條僱用人責任之規定，或直接以民法第 184 條與著作權法第 88 條第 1 項前段規定而主張網路服務業者本身應負損害賠償責任時，法院應如何判決？再者，就刑事案件而言，雖然已有一些網路服務業者責任之刑事判決²，但似乎欠缺與民事侵權責任比較觀點之研究。以上之考量即為本文研究網路服務業者責任問題初始動機，至於研究目的則是試圖經由研究而勾勒出較為清楚的網路服務業者責任架構，以作為將來法院判決與立法院立法之參考。

² 舉例而言，台北地方法院曾於 1999 年 12 月就色情網站「浮聲豔影」案，將網路服務業者以違反刑法第 235 條與兒童及少年性交易防制條例第 28 條之幫助犯判處五個月有期徒刑與二年緩刑。主要判決理由是網路服務業者坦承其明知「浮聲豔影」網站租用虛擬主機及頻寬目的在設立色情網站，而仍提供其服務並收取登記費、出租費、年費等。

1.2 研究範圍

本文研究問題是網路服務業者之著作權侵權民事責任與刑事責任（包括正犯與共犯責任），不過必須先提出的前提問題是，在責任理論的設計上應該是通盤性的建構網路服務業者對他人侵權或犯罪所應負的責任理論，還是針對不同類型的違法行為而設計不同的責任內容？有些學者在討論問題時，並不先區分違法行為類型而是就不同類型網路服務之責任為原則性論述³。至於目前世界各國的有關網路服務業者責任的立法方式有所不同⁴。以美國為例，若是涉及誹謗侵權，傳統法院依據普通法將責任區分為發布者（publisher）與傳播者（distributor），後國會針對網路服務業者的責任通過「通訊內容端正法」（Communications Decency Act, CDA）⁵。就目前而言，非涉及著作權侵權之網路服務業者責任可適用此法。至於著作權侵權，向來的運作方式是由法院依據普通法上侵權原則來決定。1998年數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act）屬於針對網路服務業者責任之明文立法。至於美國以外另一立法趨勢是以歐盟之下的各國。1997年德國通過，並在2001年修正之「電信服務使用法」（Telemediengesetz, TMG）

³ See David J. Loundy, *E-Law 4: Computer Information Systems Law and System Operator Liability*, 21 SEATTLE U. L. REV. 1075 (1998); David J. Loundy, *E-Law 2.0: Computer Information Systems Law and System Operator Liability Revisited*, E-LAW, Sept. 1994, at <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v1n3/loundy13.html>> (last visited Sept. 6, 2004) (on file with TLR).

⁴ 各國網路服務業者責任之立法介紹，See WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), WORKSHOP ON SERVICE PROVIDER LIABILITY: ONLINE SERVICE PROVIDER LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT, OSP/LIA/1 Rev. 1 (1999), at <http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia1.pdf> (last visited Sept. 6, 2004) (on file with TLR)。

⁵ 此規定被收錄於美國聯邦法典第47編第230條（47 U.S.C. § 230）。其中第230條第(c)項第(1)款被稱為「善良撒馬利亞人條款」（Good Samaritan Provision）就是針對網路服務業者所設之免責規定。

與 1998 年歐盟之電子商務指令 (E-Commerce Directive) 內所規定之網路服務業者的責任則是就所有違法型態為統一規定。本文主要研究範圍是以美國法為主，但在討論刑事責任時，也會參考德國立法與學說、實務見解。

本文主要是以網路服務業者所涉及之著作權侵權與刑事責任為研究對象。美國文獻上之討論主要以民事侵權責任為主，有關刑事責任討論則較少，不過，依據向來實務運作，民事著作權侵權上的抗辯可適用於刑事訴訟，而且著作權法上犯罪構成要件，原則上援用民事侵權要件。除非已符合侵權之要件，否則不構成犯罪⁶。此外，要構成著作權侵權犯罪，還要證明「犯罪故意」(criminal intent)，亦即，意圖商業上利益 (commercial advantage) 或個人財產上利益 (private financial gain) 而故意 (willful) 侵權；或者，一定期間內重製與散布著作之數量與金額達到法律規定的門檻⁷。由於美國網路服務業者的民事侵權責任原理可適用於刑事案件，因此，本文將焦點集中在美國侵權責任理論，不再特別針對美國著作權侵權犯罪詳加介紹。之後，本文將從侵權責任與刑事責任之比較觀點，分析刑法正犯與共犯理論。在此部分討論中，主要以德國與我國正犯與共犯理論為主，省略美國刑法上正犯與共犯理論。選擇在一定程度上犧牲體系完整性的原因是繼受德國刑法之我國已有完整的刑法理論體系。就實際問題的解決而言，介紹美國刑法理論之實益不似民事侵權責任般大。此也反映了我國法制在智慧財產權方面受美國影響，而刑法上卻是繼受德國刑法理論的實況。另一原因是我國刑法與美國刑法屬於不同體系，累積較少文獻，龐大內容無法在一篇文章中介紹與說明，必須留待將來以專文介紹。最後，本文將依據研究成果，就我國法之適用問題進行一般性討論。至於如何將原則適用於個案與具體個案的研究，受篇幅所限，將來再以專文討論。

⁶ See Katherine Barr, Melissa Beiting & Amy Grzesinski, *Intellectual Property Crimes*, 40 AM. CRIM. L. REV. 771, 790-97 (2003).

⁷ See 17 U.S.C. § 506 (a) (2000).

2. 美國侵權法上網路服務業者責任

2.1 相關理論簡介

美國著作權法第 501 條有關著作權之侵害是以直接侵權（direct infringement）為規範對象。在著作權問題上，直接侵權人就是在未獲同意或授權下，發動重製或散布他人著作行為之人。依據向來見解，著作權法上直接侵權是採不要求故意或過失歸責事由之嚴格責任。換言之，不以行為人主觀上已知或可得而知侵權事實而作為承擔侵權責任之前提。如果適用前述原則於網路服務業者責任可能產生的結果是，一旦系統內出現著作權侵權資料時，即使網路服務業者對此無所知悉，也要承擔侵權責任。

侵權責任也可以因間接參與侵權而成立。此即一般所稱的「間接責任」（indirect liability）或第三人責任（third party liability）。從第三人責任一詞可以明白，只有當直接責任存在時，才有可能成立第三人責任⁸。易言之，此種責任是為他人直接侵權行為而負責，沒有直接侵權行為，就無法構成侵權責任。由實務判決發展出間接責任，包括「參與侵權責任」（contributory liability）⁹與侵權代位責任（vicarious liability）¹⁰理論，以補

⁸ Melville B. Nimmer & David Nimmer, 3 Nimmer on Copyright § 12.04[A][3][a] at 12-91 (2002).

⁹ Contributory infringement 或 contributory liability 一詞，在中文文獻中曾出現過的翻譯共有：「輔助侵權」、「幫助侵權」、「共同侵權」。雖然我國民法第 185 條已有「共同侵權」之概念，但從美國文獻上關於 contributory infringement 一詞的定義可知，以故意為要件，僅可部分對應於我國民法第 185 條共同侵權行為。因此，本文使用「參與侵權」，既稱「參與」應以故意為前提。

¹⁰ Vicarious infringement 或 vicarious liability 一詞，曾被不同文獻翻譯成「替代責任」或「代理責任」，本文翻譯成「侵權代位責任」。理由是「代理」一詞通常用於法律行為之代理，「代位責任」又較「替代責任」為普遍。再者，本文使用「侵權代位責任」而非「代位侵權責任」是在強調承擔此種責任之人並非代替別人從事侵權行為，本身並未從事侵權行為，只是責任歸屬上，必須由此人代位承擔，因此是一種因侵權而產生的代位責任。

直接侵權適用上之侷限性。

儘管參與侵權責任的概念並沒有規定在美國著作權法上¹¹，並不是屬於制定法上規則（statutory rule），而只是法院在思考何種情形下，讓某人為另一人的行為負責是公平的問題。因此，在著作權法上仍有適用。根據過去法院對參與責任所為之定義為：「在知道侵權行為下，引誘、導致或對他人侵權行為實質上貢獻」¹²。進一步分析可知，法院所列舉出的「引誘」（induce）、「導致」（cause），以及屬於概括性條款性質之「實質貢獻」（materially contribute），可以「參與」（participation）一詞來涵蓋。因此，也有法院以「實質上參與」（substantial participation）取代。歸納而言，要構成美國著作權法參與侵權責任，必須符合以下二個要件：(1)有實際直接侵權行為存在，並且參與侵權人知情。(2)對侵權行為的發生構成實質性貢獻。包括：提供幫助、引誘、唆使、鼓勵或誘導直接侵權行為發生。參與侵權責任是基於與侵權行為之關係，而不必然與直接侵權人有所關聯，因此，有可能僅因為直接侵權行為提供服務或設備而成立¹³。

即使無法成立直接侵權責任與參與侵權責任，也有可能因侵權代位責任而需承擔侵權責任。依據過去美國法院所表示的見解¹⁴，侵權代位責任的兩個必須同時具備的要件：(1)承擔侵權代位責任之人對他人直接侵權行為具有控制監督的權利與能力。(2)從他人直接侵權行為直接獲得財產上利

¹¹ 相對照下，美國專利法上已有參與侵權責任明文，See 35 U.S.C. § 271(c)。

¹² 普遍被引用來定義侵權代位責任之原文為：「one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another」，see *Gershwin Publishing v. Columbia Artists Management*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971)。

¹³ INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE (IITF), INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 111 (Sept. 1995), at <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>> (last visited Sept. 6, 2004) (on file with TLR).

¹⁴ *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F.2d 304, 306 (C.A.N.Y. 1963).

益。簡單而言，侵權代位責任之二要素為控制（control）與利益（benefit）。侵權法上之侵權代位責任下，本人即使沒有實際從事侵權行為，但卻可能要負損害賠償責任。至於知情並非侵權代位責任的要件。亦即，不知情不會免除侵權責任，只是會影響原告所得進行救濟程序¹⁵。換言之，侵權代位責任之人對直接侵權行為即使沒有故意或過失，亦應對他人侵權行為負責。就此而言，侵權代位責任也屬於嚴格責任型態¹⁶。傳統侵權代位責任主要適用僱傭關係，內涵以傳統雇主責任為核心，後來被運用於著作權法上網路服務業者責任。不過，如何適用傳統原則仍是有待研究的問題。其中所涉及的主要問題是，僱用人侵權責任是以僱傭契約為基礎，作為所謂「上位者」（*respondeat superior*）¹⁷，僱用人對受僱人之選任與監督有一定權限，而且也確實從受僱人執行業務行為中獲得利益。但當此原則適用於網路服務業者之著作權法代位責任時，面臨問題便是網路服務業者是否如僱用人般處於「上位者」地位而有權利與能力對用戶侵權行為進行監督與控制。而且，是否從用戶侵權活動中直接獲利，也是極有爭議問題¹⁸。

為了更清楚呈現實務如何適用傳統侵權理論，本文將介紹數則判決以瞭解網路服務業者對終端用戶承擔著作權侵權責任的理論：直接侵權責任、參與侵權責任、侵權代位責任。不過，必須說明者為，本文焦點集中在網路服務業者責任相關問題上，至於相關案件所涉及之其他著作權法上問題，如

¹⁵ 3 Nimmer et al., *supra* note 8, § 12.04[A][1] at 12-70.

¹⁶ 需注意者為，有學者區別嚴格責任與代位責任。嚴格責任必須具備行為要件，只是對行為不需要有主觀要件。至於代位責任，不需具備行為要件，而純粹就他人的行為負責。換言之，代位責任下，行為主體與負責的主體是不同的人。See JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 125, n.3 (1995)。

¹⁷ 史尚寬先生將 *respondeat superior* 翻譯成「歸責於上」。參照史尚寬，《債法總論》，頁 180（1983）。

¹⁸ 在此一提，本文所探討問題是，網路服務業者對用戶著作權侵權行為是否負責。若涉及網路服務業者之受僱人因執行業務而從事著作權侵權行為，網路服務業者依據傳統侵權代位責任而負責是比較沒有爭議的問題。

網路環境下何種行為構成散布權與公開展示權之侵害與合理使用等問題，並不在本文討論範圍內。本文將介紹的一系列判決可用 Netcom 案作為分水嶺，之前的判決主要集中在電子佈告欄經營者責任，而 Netcom 案是法院將先前討論電子佈告欄經營者責任的理論用於網路服務業者。

2.2 早期法院見解

2.2.1 1984 年 Sony 案

1984 年美國聯邦最高法院 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. 案的判決雖然不是與網路服務業者侵權問題有關，但涉及提供服務或設備能否成立參與侵權責任之討論。1976 年原告為 Universal City Studios（簡稱 Universal）以 Sony Corp. of America（簡稱 Sony）為被告向聯邦地方法院起訴，請求法院依據參與侵權責任判決。第一審敗訴後，Universal 上訴至聯邦巡迴上訴。第二審是 Sony 敗訴，因此，由該公司上訴至美國聯邦最高法院¹⁹。第一審原告 Universal 主要的理由是一旦消費者為調整觀賞時段目的所進行未獲授權錄製時，製造與散布錄音機便對此有所參與。依據法院向來見解，在知情下提供販賣或散布侵權資料所需工具屬於對他人侵權行為提供「實質上幫助」。不過，本案在適用上產生困難。亦即提供侵權工具之人與直接侵權人沒有直接聯繫，然而透過廣告鼓勵直接侵權人，是否應負參與侵權責任？最後聯邦最高法院認為，僅僅是販賣產品本身並不會構成侵權，只要產品被廣泛使用於合法、不可被反對的目的，亦即，「商業上實質的非侵權用途」（commercially substantial noninfringing use）。因此，原告敗訴²⁰。

¹⁹ 關於此案爭訟過程之詳細介紹，請參見 Paul Goldstein 著，葉茂林譯，《捍衛著作權——從印刷術到數位時代之著作權法》，頁 244-70（2000）。

²⁰ Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 435 (1984).

2.2.2 1993 年 Playboy 案

在 1993 年 *Playboy Enterprise, Inc. v. Frena* 案中，法院針對線上侵權行為，主張網路服務業者可能構成直接侵權。此判決是美國法院針對網路服務業者是否應對第三人侵權負責之第一個案例。本案中被告 *Frena* 為經營電子佈告欄之網路服務業者。該站的會員可透過連線造訪該站，並瀏覽存放於該站之各種照片。此外，會員也可自由上傳資料到該站，或從該站下載資料。產生爭議的由來是有一位該站的會員透過網路在該站進行未獲授權重製原告花花公子雜誌照片行為。原告花花公子雜誌起訴主張 *Frena* 允許其用戶非法重製受著作權保護的照片，*Frena* 則以對用戶之侵權行為毫不知情為由抗辯。儘管被告以不知情為抗辯事由，最後本案法院仍主張，知情與否不影響侵權責任，而被告使他人接觸電子佈告欄的行為等同於「散布」與「公開展示」侵權照片行為，侵害原告依據著作權法所專有之散布權與公開展示權，因此，判令被告負侵權行為損害賠償責任²¹。

2.2.3 1994 年 Sega 案

在前面介紹的 *Sony* 案中，法院表示，如果產品可以被用於商業上實質的非侵權用途，產品製造者就無須負責。但在本案後，當思考網路服務業者責任時，普遍被認為仍未解決的問題是，如果網路服務業者所提供的服務本身可被使用於「實質的非侵權用途」，例如，所散布者為新聞報導、得到授權之著作，或網路服務是便利成員間溝通，是否網路業者構成參與侵權？此問題可在 1994 年 *Sega Enterprise v. MAPHIA* 案²²找到一些答案。在本案中，被告是名為 *MAPHIA* 的電子佈告欄，該佈告欄所提供的服務被使用來

²¹ 本案爭點之詳細討論，*See Niva Elkin-Koren, Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: Case Against Copyright Liability of Bulletin Boards Operators*, 13 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 345, 351-371 (1995)。

²² *Sega Enterprise v. MAPHIA*, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).

交換 Sega 公司享有著作權之電腦遊戲軟體。被告曾積極對外廣告在此佈告欄內可以得到遊戲軟體，而且販賣專為複製軟體所特別設計的設備。因此，原告以被告成立直接侵權責任與參與侵權責任，請求法院對被告頒布暫時性禁制令（preliminary injunction）。關於直接侵權責任，本案法院認為被告的行為有助於複製進行，事實上已經在未得著作權人 Sega 公司同意散布 Sega 公司遊戲軟體，因而必須就此承擔直接侵權責任。至於參與侵權責任，本案法院表示，即使理論上網路服務可以是非侵權使用的用途，仍有可能構成參與侵權責任。在本案中，電子佈告欄唯一的實質使用就是用來複製遊戲軟體，可由此些表面證據判斷，被告可能在知情下對複製遊戲軟體行為提供設備、指導並鼓勵，可能成立參與侵權責任。最後，同意原告所請求之對被告頒布暫時性禁制令²³。

有評論者指出，由於被告所經營電子佈告欄幾乎完全用在促成受著作權保護軟體移轉，可能是導致本案法院不採用 Sony 案見解的理由。此外，法院不遵守 Sony 案見解的原因也在於，一旦錄影機被賣出後，Sony 公司幾乎已放棄所有控制，但電子佈告欄管理者不同，在侵權發生期間仍保有控制，因此符合參與侵權中所要求之實質性貢獻要件²⁴。

2.3 1995 年 Netcom 案

1995 年 RTC v. Netcom 一案（簡稱 Netcom 案）²⁵是經常被引用來討論網路服務業者責任的案例。本案的重要性在於，之前法院所為判決大多屬於電子佈告欄經營者責任，本案則是直接針對網際網路時代下網路連線服務業

²³ *Id.* at 687-90.

²⁴ John Carmichael, *In Support of the White Paper: Why Online Service Providers Should not Receive Immunity from Traditional Notions of Vicarious and Contributory Liability for Copyright Infringement*, 16 LOY. L.A. ENT. L.J. 759, 786 (1996).

²⁵ Religious Technology Center v. Netcom OnLine Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

者責任討論。另外，本案中被告共有三人，三人在著作權侵權事件中分別扮演不同角色，本案法院也詳細論述上述三種著作權侵權責任。茲簡要敘述本案的事實如下：原告 Religious Technology Center (RTC) 與 Bridge Publications, Inc. 擁有山基達教會 (the Church of Scientology) 創辦人 L. Ron Hubbard 著作的著作權。山基達教會前牧師 Dennis Erlich 在電子佈告欄對該教會與教會所使用教材有所批評，並涉及未獲同意下張貼一些 Hubbard 未公開的文章摘要。原告曾告知侵權事實並請求電子佈告欄負責人 Tom Klemesrud、提供電子佈告欄網路服務之 Netcom OnLine Communication Services, Inc. (簡稱 Netcom 公司) 停止給予 Erlich 服務，以便阻止繼續張貼侵權資料。接獲此項請求後，Klemesrud 要求原告提出更確切證據，Netcom 公司則是在沒有檢查下拒絕要求。最後原告以 Klemesrud 與 Netcom 公司為被告，依據直接侵權、參與侵權責任與侵權代位責任，聲請加州北區聯邦地方法院對兩被告頒布暫時性禁制令。被告 Netcom 公司則請求法院就不構成侵權而給予簡易判決 (summary judgment)。另一被告 Klemesrud 則聲請法院基於審前雙方之訴答為判決 (judgment on the pleadings)。由於法院認為 Netcom 公司有可能因為對侵權之事知情，而必須承擔參與侵權責任，故拒絕給予不構成侵權之簡易判決。是否知情一事需要進一步以訴訟程序審理。另一被告 Klemesrud 審前判決之聲請，法院雖然也認為被告 Klemesrud 與 Netcom 公司情形類似，有可能承擔參與侵權責任，而如果能證明從張貼侵權資料上取得直接財產上利益，也能成立侵權代位責任，不過因證據不足，同意原告再就主張為補充。此外，本案法院也駁回原告暫時性禁制令之請求，本案法院認為只要能證明該被告 Netcom 公司已知侵權之事或對此事可得而知，就可能成立參與侵權責任。不過由於原告所提出的證據不足以證明 Netcom 公司已知 Erlich 侵權之事而且無合理使用抗辯之適用，或對此事可得而知，本案法院拒絕了原告聲請的暫時性禁制令。最後，本案沒有進入正式訴訟程序，而於庭外和解。茲於下以要點分析方式介紹本案法院在審前雙方訴答判決中有關 Netcom 公司是否應負直接侵權責任、參與侵

權責任與侵權代位責任之討論。

2.3.1 Netcom 直接侵權責任

就審前訴訟主張而論，法院均需就被告三人分別是否為直接侵權人而審查。本案法院認為被告 Netcom 公司提供連線傳輸服務的行為不足以構成著作權法上的直接侵權。並且，身為 Netcom 公司用戶之電子佈告欄負責人 Klemesrud 也未從事直接侵權行為，而是 Netcom 的用戶的顧客 Erlich 從事直接侵權行為。

就本案事實分析，被告 Erlich 必須先用數據機連接上 Klemesrud 的電腦，才能在這部電腦上張貼並儲存資料。Klemesrud 的電腦會自動傳送 Erlich 所張貼資料到 Netcom 的電腦，之後在網路上流通這份資料。換言之，被告 Erlich 因為有權利在 Klemesrud 的電子佈告欄張貼資料，然後 Klemesrud 經由與 Netcom 公司契約，透過 Netcom 公司而將資料置於網路上供人取用。就前述事實判斷，在某一觀點下，直接侵權嚴格責任似乎是有合理。當使用者上傳資料到網站某個頁面時，是藉由指示網路服務業者的電腦去複製與儲存資料備份。之後，每一次有人開始瀏覽此頁面資料時，網路服務業者的電腦都會自動複製一份資料，並經由網路傳送到瀏覽方之電腦。以上所述之活動都有可能被認為已經侵害著作權人所享有美國法典第 17 編第 106 條重製權（reproduction right）、公開展示權（display right）或散布權（distribution right）。本案法院儘管承認客觀上確實有複製資料行為，但仍拒絕網路服務業者與電子佈告欄負責承擔直接侵權嚴格責任，理由是，他們並沒有藉自己行為而從事侵權²⁶。為了說明，本案法院也以先前 MAI v. Peak Computer 案作為比較。在 MAI 一案中，電腦工程師為了檢查電腦錯誤，而下載了受著作權保護之系統軟體到電腦內暫時性記憶體，因此有了複製行為。但本案與 MAI 案之差別在 Netcom 公司本身並未啟動複製，反而

²⁶ *Id.* at 1178.

是電腦爲了系統運作而自動複製暫時性備份。此項複製並沒有人的行爲介入。因此，本案法院指出：「儘管直接侵權是以嚴格責任爲基礎，但仍需要『意志』（volition）與『因果關係』（causation）要素。」

雖然本判決沒有對「意志」一詞深入說明，但可從以下兩方面說明：首先，直接侵權之嚴格責任並非指完全不知情，因爲依據傳統著作權侵權之嚴格責任，行爲人仍須就所從事的行爲有所認識，只是不需要對行爲所可能產生的損害結果有所認識。在 Netcom 公司在接獲原告通知前，完全不知道原告所指稱的侵權事實，因此，對自己系統內有侵權資料一事完全不知情。其次，即使在接獲通知後，也很難認定被告有意去從事侵權行爲，因爲 Netcom 公司是提供大眾網路服務公司，接受服務的絕大多數用戶都是合法使用，很難說有意去從事侵權。

2.3.2 Netcom 參與侵權責任

在 Netcom 一案，原告除了提出直接侵權主張外，還主張被告 Netcom 公司的行爲應構成參與侵權。本案法院表示，被告 Netcom 公司並不因爲成立直接侵權，就可以免除責任，他可能還以參與侵權人地位（contributory infringer）負責。不過，本案法院拒絕原告所請求適用參與侵權責任主張。茲於下介紹法院關於參與侵權責任要件之見解：

(1) 知情

爲成立參與侵權責任，原告必須證明參與侵權行爲人對侵權事實已實際知情（actual knowledge）或者對有關情況認識，以致於可得而知侵權事實之推定知情（constructive knowledge）。此項知情要件是參與侵權責任與下文即將討論侵權代位責任之區別所在。至於侵權代位責任所強調之由侵權行爲中獲得財產上利益並非參與侵權責任要件。

在本案中，適用參與侵權責任關鍵之處在於被告 Netcom 公司對另一被告 Erlich 的直接侵權行爲是否已知情或有理由可得而知。原告首先主張曾經通知 Netcom 公司 Erlich 正在張貼侵權資料。事實上，在 Erlich 完成張貼侵

權資料前，Netcom 公司已經接獲通知。因此，原告主張，至少在接獲原告所發出信函通知後，Netcom 公司對侵權之事已有所知悉。儘管知情，但卻沒有移除侵權資料，或是沒有阻止電子佈告欄用戶繼續接觸資料。反而是以一旦攔阻 Erlich 使用，也會連帶影響到該電子佈告欄之其他使用者為理由，拒絕原告停止服務的請求。

被告提出幾項抗辯。首先，Netcom 公司表示，當最初與電子佈告欄經營者簽訂契約當時，並不知道該電子佈告欄用戶有意從事侵權。Netcom 公司並引用了之前法院所確立規則：除非房東在訂立契約之時就已經知道房客要從事侵權行為，否則房東不必為發生在其房屋內之侵權行為負責。此外，Netcom 公司表示，在張貼之前，並不知道用戶侵權，而且在張貼之前也沒有能力能夠篩選出侵權資料。最後，Netcom 公司強調的重點是，在原告沒有提供足夠文件來證明可能是侵權下，該公司所擁有的認識不足以去確定是否用戶登記是有效，以及是否為合理使用。

對以上兩方的主張，本案法院表示，如果一個電子佈告欄管理者因為可能合理使用或沒有足夠文件證明可能是侵權等理由，而不能合理的驗證侵權指控，那麼可以認定他欠缺參與侵權責任所需具備知情要件，而不需要對允許侵權資料在系統內散布一事承擔參與侵權責任。不過，在本案中，如果 Erlich 使用資料內附有著作權標記（copyright notice），去驗證是否侵權之事並不會太難。因此，不贊同 Netcom 公司之難以驗證是否為侵權之主張²⁷。另外，本案法院也同意，由於有可能涉及有爭議的合理使用主張，也許 Netcom 公司並不知情。因 Netcom 公司承認，在接獲通知後，該公司完全沒有查看張貼的資料，也承認，如果該公司接獲通知時有看通知，與其內關於著作權之陳述，可能就會啟動調查程序以查明是否有侵權事實。基於以上考量，最後法院表示，在接獲來自原告的通知後，Netcom 公司是否知道了或可得而知 Erlich 的直接侵權行為是需要進行審判的問題，因此無法同意

²⁷ *Id.* at 1374.

Netcom 公司所請求之簡易判決²⁸。

(2)實質上參與

在另一個要件「實質上參與」(substantial participation)要件上，Netcom 案法院表示，在知道已有直接與主要的侵權行為人後，仍引誘、造成或實質上參與，才能令他承擔參與侵權責任。此項參與必須是實質的。為了說明 Netcom 公司是否已有實質參與問題，法院認為本家中提供網路服務行為與電台必須為侵權廣播內容負責相類似，而不是與因為出租而提供場所讓他人進行以物易物交易，而無須為侵權負責之行為相類似。在本案中，提供服務以讓他人張貼，包括侵權資料與非侵權資料，進一步散布到全世界的其他網路論壇，此類行為超出過去法院所公認出租房屋給侵權人之出租人不承擔參與侵權責任之規則。依據法院前例所建立之規則，出租場地給私酒業者從事交易活動並非屬「實質上參與」。Netcom 案法院認為，不像房屋或土地出租人一樣，當房屋出租時便失去房屋控制權，事實上 Netcom 公司允許侵權資料繼續存在於該公司電腦系統內，並促成散布到全世界的其他的網路論壇，並沒有失去如何使用該系統的控制權。換言之，本案法院認為 Netcom 公司沒有及時移除侵權資料，對侵權之事具備實質參與。最後，本案法院表示，如果 Netcom 公司採取簡單措施就可以防止對原告著作權所成損害繼續發生，而且 Netcom 公司在知情下，繼續幫助完成散布侵權著作，此時讓他承擔參與侵權責任是公平的²⁹。

2.3.3 Netcom 侵權代位責任

本案原告也主張 Netcom 公司應承擔侵權代位責任。在承認 Erlich 所張貼資料中確實構成著作權侵權，Netcom 案法院開始從 Netcom 公司是否有權利與能力監督 Erlich 的侵權行為，以及，它是否從 Erlich 的侵權行為而獲得財產上利益進行討論。

²⁸ *Id.* at 1374-75.

²⁹ *Id.* at 1375.

(1)權利與能力

在控制、監督的權利與能力要件上，本案法院基本上同意，掃描訊息藉以篩選涉及侵權的資料，可能是非常重的負擔。但原告方面之專家證人指出，稍微修改程式就足以讓 Netcom 公司辨識出訊息來自某個特定人，或包含特定字詞。原告並提出證據說明 Netcom 公司過去以來便針對使用者行為進行監督，包括針對張貼商業廣告、與主題不相干資訊或猥褻資訊的會員從事停權的程序。根據資料顯示，至少已經有一個停權個案。因此，Netcom 公司也許可能具備監督侵權行為的能力。被告則主張，由於系統內相當大的資料量與傳輸速度，無法在張貼資訊之前審查資訊內容。對此爭點，本案法院認為，原告所提資料充足到可以認定，原告所主張 Netcom 公司有權利與能力控制使用者行為，特別是 Erlich 行為等事實達到必須進行訴訟調查的事實問題。換言之，本案法院沒有針對 Netcom 是否有權利與能力控制用戶行為之問題提出判斷，而是認為這是有爭論問題，還需要進一步進行訴訟程序調查。

(2)直接的財產上利益

至於侵權代位責任的第二個要件，原告主張 Netcom 公司已從不取締侵權行為上取得直接財產上利益。要認定此項主張必須參考過去的判決。依據向來侵權法上建立的理論，涉及舞廳經營案例（dance hall cases），例如，俱樂部、音樂廳或其他僱用表演者表演音樂的其他場所，如果涉及未獲著作權人同意而演奏受著作權保護著作，舞廳經營者就必須承擔著作權侵權代位責任。至於出租人則不必為發生在出租場所內承租人之侵權行為負侵權代位責任。兩類案例區別在於侵權代位責任之控制與利益兩項要件上。舞廳所有者能夠控制演奏侵權空間，藉由此項控制阻止侵權行為發生。再者，經由提供入場者享受侵權音樂而得到入場費。他的收入取決於所播放音樂，具備直接財產上利益。相較之下，出租人對出租場所所具備之控制遠不如於舞廳經營者。儘管可藉由租賃契約禁止侵權活動、允許出租人檢查權利或處罰違約行為，但仍缺乏足夠控制。探外，出租人之月付租金固定，並非直接從承租

人活動取得財產上利益³⁰。

本案法院斟酌了前段所述過去法院之見解，最後認為 Netcom 公司並未直接取得財產上利益。本案法院還具體引用了 *Fonovisa v. Cherry Auction* 案。Fonovisa 案涉及經營以物交物交易之電子佈告欄經營者，在使用者涉及從事仿冒物品交易時，是否要負侵權代位責任的問題。Fonovisa 案法院主張如果只是收取固定費用並未構成直接取得財產上利益要件。本案法院將 Fonovisa 案判決理由適用於網路服務業者與其會員間關係，因此表示，沒有證據顯示 Netcom 公司因為侵權行為而讓網路服務增值，或者因為侵權存在而吸引新的用戶。最後，法院判決由於不具備直接財產上利益，Netcom 公司不承擔侵權代位責任³¹。

2.4 Netcom 案的意義與爭論

在 Netcom 案前已有一些論文討論電子佈告欄經營者責任，本案後陸續也有相關判決產生，Netcom 案中所表示的直接侵權責任與侵權代位責任不適用於網路服務業者見解受到實務與各界討論，贊成與反對意見均有。Netcom 案可說具有指標性意義。茲於下就本案前與本案後相關討論說明之。

2.4.1 直接侵權責任

首先，Netcom 案明示了直接侵權於網路服務業者不適用。有評論者指出，法院如此判決是基於公共政策與合理性考量³²。因為 Netcom 公司本身只是提供與運作一個可以讓討論區內資訊散布的系統，並無引起重製行為，只是被他人使用來複製資料。如果令其負責，所有 Internet 上的伺服器都會

³⁰ See Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833, 1844-45 (2000).

³¹ *Id.* at 1376-77.

³² WIPO, *supra* note 4, at 12.

因網路使用者的侵權行為而擔負法律責任，此項結論顯然並不合理。此外，法院也認為電子佈告欄只是儲存與傳遞資料由客戶所提供資料，不應該被認為是造成侵權資料被散布或展示的人。事實上，在本案之前，1993 年法院在 *playboy* 公司告 *Frena* 案見解中，所主張電子佈告欄負責人承擔直接侵權責任已引起許多批評。有評論者指出，就電子佈告欄運作典型的情況而言，當電子佈告欄經營者提供服務時並未有意促進侵權活動，而且通常也不知道是否已發生侵權行為。如果沒有直接涉及上傳與下載侵權檔案行為，以直接侵權責任來討論是不適當的。*Frena* 案法院為了讓被告承擔直接侵權責任而過度擴張公開展示權與散布權之內涵。僅是提供大眾得以使用電子佈告欄的行為本身並沒有侵害著作人所享有的公開展示權或公開散布權。只有從事上傳與下載侵權檔案行為才會構成著作權侵權。使用者上傳與下載侵權檔案行為才是造成著作權被侵害的主要原因，而不是提供電子佈告欄。電子佈告欄只是侵權者所使用的工具³³。

緊接在 *Netcom* 案後，1996 年法院開始審理前引 1994 年 *Sega* 案簡易判決與終局性禁制令（summary judgment/permanent injunction）時，本案法院改變了 1994 年當時法院認為電子佈告欄應承擔直接侵權責任立場，反而引用 *Netcom* 法院判決理由而主張，雖然被告所提供的電子佈告欄服務讓用戶得以上傳與下載遊戲軟體，但被告本身並沒有任何上傳與下載遊戲軟體的行為，張貼遊戲軟體另有其人。由於被告構成直接侵權的前提是「直接造成」（directly cause），因此，不成立直接侵權責任。此外法院也強調，如果讓網路服務業者承擔直接侵權責任，將會使無數的人承擔侵權責任，而他們的行為充其量也只是設立與運作一個網路運作所必要的電腦系統而已³⁴。逐漸地，*Netcom* 法院關於網路服務業者不構成直接侵權的主張已成為實務界之共識。

³³ M. David Dobbins, Note, *Computer Bulletin Board Operator Liability for User's Infringing Acts*, 94 MICH. L. REV. 217, 222-23 (1995).

³⁴ *Sega Enterprise v. MAPHIA*, 948 F. Supp. 679, 932 (N.D. Cal. 1996).

2.4.2 參與侵權責任

Netcom 案法院所採網路服務業者應可成立參與侵權責任與該案發生前有些學者處理相類似網路服務責任的見解不同，但也與一些見解一致。在本案前，討論電子佈告欄經營者（或管理者）責任時，有學者主張應該適用 Sony 案法院所主張「商業上實質的非侵權用途」，畢竟電子佈告欄提供的資料儲存與複製服務只是伴隨電子佈告欄運作之服務，它同時可以被用於非侵權用途，例如，用戶發表自己意見或轉寄已獲得授權之資料等³⁵。另一方面，也有意見指出，讓電子佈告欄經營者負責的原因在使用者的行為，因此，採用第三人責任的責任型態來規範電子佈告欄較適當。而在屬於第三責任中又以參與侵權責任較為適當，因為他們所提供的服務對直接侵權行為的實行是實質性貢獻。如果沒有電子佈告欄，利用電子佈告欄違法複製、散布侵權資料就不會發生。再者，參與侵權責任是以實際上知情與可得而知為責任要件，只要可得而知就可以滿足知情要件，比較能合理解決侵權相關當事人利益，並與過去法院見解相一致³⁶。從 Netcom 判決可知，前述對立爭論中，Netcom 案法院的判決偏向支持應成立參與侵權責任之見解。

Netcom 案後，便有意見指出，當網路服務業者知悉侵權行為並參與其中時才承擔侵權責任，對網路服務業者較為有利。對強調網路發展之論者而言，較容易接受。但 Netcom 法院所主張之參與侵權責任也仍待討論。從本案可以瞭解到，即使著作權人已經通知侵權事實，網路服務業者仍可主張他無法驗證侵權主張是否為真，而以對侵權事實沒有足夠認識為由不構成參與侵權。可見，要讓網路服務業者負責是多困難的一件事³⁷。Netcom 案法院對網路服務業者對用戶所從事侵權行為提供網路服務成立參與侵權責任是採

³⁵ Niva Elkin-Koren, *supra* note 21, at 373-75.

³⁶ Dobbins, *supra* note 33, at 236-41.

³⁷ Mark C. Morrill & Sarah E. Eaton, *Protecting Copyrights On-Line: Copyright Liability for On-Line Service Providers*, 8 NO. 4 J. PROPRIETARY RTS. 2 (1996).

取非常謹慎立場。法院僅開啓些微的勝訴可能性，唯有當原告能清楚證明 Erlich 確實從事侵權行爲，並且排除合理使用等抗辯可能性，Netcom 公司才可能構成參與侵權責任。此外，經過調查後，調查結果顯示有「可能爲非侵權的主張」（colorable claim of noninfringement）時，網路服務業者便無須擔憂要承擔參與侵權責任，因爲知情要件並不存在³⁸。但另一方面從法院不同意 Netcom 公司所提的簡易判決聲請似乎也顯示了本案法院對自己的立場不夠堅持，因爲如果貫徹法院法律見解，一旦可能爲非侵權時，即無法建立責任，而在本案中，Erlich 是心生不滿的前教會成員，對教會與教會所使用教材有所批評，很容易說明有可能是合理使用。如果法院貫徹有可能不是侵權行爲，即可不負責原則，應該逕行簡易判決。此外，法院僅以如果在認定是否侵權尚有困難，而讓網路服務業者負責是不公平，但卻沒有提供足夠理由爲對此網路服務業者較有利標準來作爲判決基礎。著作權人會覺得如此仁慈標準會使網路服務業者變得不負責任。畢竟，當網路服務業者只有在著作權人所提證據非常充分而能認定爲侵權時，才會開始調查，並在符合著作權人控訴下才對用戶停權。而在可能爲非侵權時什麼事都不做，冒著這些可能是非侵權主張，可能在後來訴訟中被法院認定爲不成立之風險。即使著作權人最後贏得訴訟，卻已造成著作權人損失，而此種損失是原本網路服務業者可以阻止發生³⁹。

從上述可知，一旦當法院或立法者決定採取參與侵權責任後，所面臨的問題是，網路服務業者所具備的知情程度爲何？不同於法院所提出的標準「可能爲非侵權」則不負責，另一種可能被著作權人接受的標準是「可能爲侵權」即負責標準。在此標準下，一旦著作權人所提資料足以說服一個具備通常理智人去查看是否有侵權即可，即使屬「可能爲非侵權」時，網路服務業者仍需進行調查，否則將會被認爲知情。這一標準會促使網路服務業者積

³⁸ Yen, *supra* note 30, at 1876-77.

³⁹ *Id.*

極的監控系統內資料，並把可能是侵權的資料刪除⁴⁰。以上兩個標準已涉及著作權保障與言論自由衝突之選擇。如果採用 Netcom 案法院之標準，網路服務業者可能會犯錯而讓確實是侵權資料留在系統內。如果適用「可能為侵權」標準，則有利於著作權人，這意味著網路服務業者可能會犯錯而錯將並沒有構成侵權，屬於言論自由保護的資料留在系統內。兩者衝突時，如何解決，可能必須再詳加討論。

2.4.3 侵權代位責任

傳統上侵權法上被用來討論參與侵權與侵權代位責任的例子是出租人對承租人侵權責任。通說主張侵權代位責任不適用於出租人。因此，在較早時期，學者討論電子佈告欄問題時，便已主張電子佈告欄管理者「出租網路空間」（lease cyberspace），與傳統上房屋或土地出租人一樣，不能充分控制承租人行為，不應就發生在房屋或土地內之侵權行為負責⁴¹。但也有學者認為就技術分析，電子佈告欄經營者能夠藉由終止使用帳號、刪除張貼的資料、改變使用者密碼或設定檔案或程式的存取權限等手段來控制用戶行為，並且，由於是電子佈告欄內資料吸引用戶，可認為電子佈告欄經營者從使用費用中取得財產上利益，地位較類似於傳統侵權法上之舞廳經營者，故應承擔侵權代位責任⁴²。另外也有評論指出，由於網路服務業者可以藉由與用戶訂立之契約而對用戶行為進行監督與控制。依據契約，網路服務業者有停止用戶使用帳戶的權利。至於侵權代位責任之另一要件也可成立，因為為了使用侵權資料，用戶的數量會增加，從此便可取得財產上利益。儘管從原用戶處只得到固定的收入，但卻可以從被吸引來的新增加用戶身上得到額外的

⁴⁰ *Id.* at 1878-80.

⁴¹ Kelly Tickle, *The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board for the Copyright Infringement Occurring on their Bulletin Board*, 80 IOWA L. REV. 391, 415-18 (1995).

⁴² R. Carter Kirkwood, *When Should Computer Owners be Liable for Copyright Infringement by Users?*, 64 U. CHI. L. REV. 709, 729-32 (1997).

收入⁴³。

雖然網路服務業者不應該承擔侵權代位責任的主張已被 *Netcom* 案法院所採，此立場似乎與 1995 年美國政府公布 *NII* 智慧財產權報告白皮書所主張贊同網路服務業者承擔侵權代位責任的基本立場有所不同。首先，爲了反駁網路服務業者所主張網路資訊流量大無法審查而應免責或達到責任門檻之主張，白皮書舉出許多在現行制度下應負嚴格責任的情況，例如，相片沖印業者、書店、錄音帶店、報攤、電腦軟體零售商等。這些業者與網路服務業者處的情況相類似，基本上都無法審查所有內容，但如果內容所涉及侵權，這些業者要如同資訊散布者一樣要承擔嚴格責任。此外，網路服務業者實際上有權利控制內容，既然因爲提供服務而獲利，就應當負擔由此而產生的風險⁴⁴。從白皮書之內容分析，基本上行政部門是贊成對網路服務業者課以嚴格責任作爲基礎的直接侵權責任與侵權代位責任。雖然 *Netcom* 案不主張網路服務業者應負侵權代位責任，不過，該判決所引用的 *Fonovisa* 案後來遭到上級審廢棄。因此，在現行侵權法下，仍有可能認爲網路服務業者地位類似於舞廳經營者而成立侵權代位責任⁴⁵。顯然，經過許多討論後，網路服務業者責任仍是個充滿爭議問題，因此，國會有必要以立法來解決目前侵權法適用上爭議。

2.5 數位千禧年著作權法之規定

2.5.1 內容介紹

美國國會針對網路服務業者的特別立法即屬數位千禧年著作權法第二章名爲〈線上著作權侵權責任限制法〉（*Online Copyright Infringement*

⁴³ Mary Ann Shulman, *Internet Copyright Infringement Liability: Is An Online Access Provider More Like a Landlord or a Dance Hall Operator*, 27 GOLDEN GATE U.L. REV. 555, 592, 594-95 (1997).

⁴⁴ See IITF, *supra* note 13, at 116-17.

⁴⁵ 3 Nimer et al., *supra* note, § 12B.01[A][1] at 12B-10 (2002).

Liability Limitation Act))，後成為美國法典第 17 編第 512 條⁴⁶。本法之意義在於，因為先前實務見解分歧，網路服務業者應負何種責任處在不確定狀態，國會藉由實際立法行動來清楚界定網路服務業者責任。從本法用語之「限制」可知，本法立法目的在避免因使用者實行侵權行為而承擔過重責任。

本法主要有兩項特色：第一項特色是分別就網路服務業者所提供之不同服務型態，規定免責⁴⁷之要件。此項立法架構隱然可見於前文曾提及美國 NII 智慧財產權報告白皮書⁴⁸。在白皮書內，智慧財產權工作小組認為，不加區分而一律減輕或免除不同類型網路服務業者責任的時機尚未到來。網路服務多樣化，無法適用單一的責任原則來解決問題。有些網路服務業者讓其用戶上傳資料，事實上地位就是電子出版商，應與傳統書商一樣，承擔嚴格

⁴⁶ 數位化千禧年著作權法主要的立法目的在處理網路環境下著作權問題，不限於網路服務業者責任，還包括規避著作權保護科技措施之責任與例外規定等。關於本法其他內容的介紹，參章忠信，〈美國 1998 年數位化千禧年著作權法案簡介〉，《萬國法律》，107 期，頁 25 (1999)，*available at* <<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0010.doc>> (last visited Sept. 7, 2004) (on file with TLR)；以及章忠信，〈網路服務業者 (Internet service provider) 之著作權侵害責任〉，《萬國法律》，97 期，頁 39 (1998)，*available at* <<http://www.copyrightnote.org/paper/pa0008.doc>> (last visited Sept. 7, 2004) (on file with TLR)。

⁴⁷ 此處所指的免責，不是完全不負責任，只是有限度責任，亦即，不負財產上損害賠償責任與法院只能有限度的頒布暫時性禁制令。依據原來著作權法規定，即使是「無辜的侵權者」，也要承擔著作權侵權責任，亦即，金錢的損害賠償 (monetary relief) 與暫時性禁制令。必須注意的是如果遵守本法所規定義務，網路服務業者得以免責是指無須負金錢損害賠償責任，而且法院僅能針對不同網路服務業者在限定情況下發布暫時性禁制令。舉例而言，對依指示儲存資料或自動化程序下重製資料的網路服務業者，法院能發布終止上傳資料用戶帳戶與阻絕大眾接觸資料使用的暫時性禁制令。相對照下，法院對僅是消極傳送資料的網路服務業者只能發布終止用戶使用的暫時性禁制令，而只有在儲存資料主機位在美國之外的情況下，才能發布阻絕大眾接觸資料的暫時性禁制令。See 17 U.S.C. § 512(c)(1), § 512(j) (2000)。

⁴⁸ IITF, *supra* note 12, at 122-23.

責任。如果只是提供線路與通道，如傳統電話業者，可能可以視為傳送者，有理由可以免責。相類似，如果網路服務業者在不知情下傳送加密資料，也應免責。

在相同脈絡下，美國法典第 17 編第 512 條第(a)、(b)、(c)、(d)項即分別針對網路服務業者可能涉及的四種不同情況：過渡性數位化網路傳輸（transitory digital network communication）、系統快取服務（system caching）、依使用者指示提供儲存空間服務（information residing on a system or network at the direction of users）、提供資訊位址工具服務（information location tools），設計不同內容的免責要件。本次立法的另一個特色是設計著作權人與網路服務業者相互合作的機制。當發生侵權行為時，著作權人可以啟動本法所設計的權利主張通知。如果網路服務業符合本法所規定免責要件並遵守本法所定程序，例如，設立著作權人權利主張申訴機制；指定代理人負責處理侵權事由；當接獲權利主張通知即應移除之義務（notice and take down）；反通知程序（counter notification）而讓被錯誤移除的資料回復；提供明確著作權保護政策，並告知用戶或帳號所有者，終止對侵權累犯者之服務；網路服務業者之系統必須提供符合標準的技術措施，使著作權人可以據以確認或保護其著作等⁴⁹，本法提供他們一個類似安全港的免責機制，以作為促使他們移除侵權之誘因。必須注意的是，本法只是試圖提供網路服務業者保護著作權之誘因，一旦符合本法所規定程序，即可進入「安全港」主張免責。即使沒有遵守本法規定程序本身也不會立即成立侵權。不符合本法規定之網路服務業者仍必須被證明侵權，並且也可援引傳統著作權法上所得主張之抗辯。

依據內容分析，美國法典第 17 編第 512 條第(a)、(b)項是有關直接侵權嚴格責任的規定⁵⁰，試圖在網路業者所建議之明知標準與著作權人所倡議之

⁴⁹ 17 U.S.C. § 512(g), § 512 (2000).

⁵⁰ Lucy H. Holmes, *Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service*

嚴格責任間取得平衡。詳而言之，依據過去一些實務見解，直接侵權之成立是採嚴格責任，那些僅是消極提供傳輸服務不必然知悉自動化系統內所為複製與過渡性資料儲存。但即使網路服務業者對所複製或暫時性儲存的資料內容不知情，都可能要承擔直接侵權責任。但依據第 512 條第(a)項提供線上傳輸與連線服務之網路服務業者，在傳輸、發送或提供網路連線過程所為複製與過渡性儲存資料動作之免責規定。免責要件共有五項：(1)傳送、發送（路由）、連線或儲存等程序都是利用自動化程序技術來進行。(2)對於傳輸內容不能有製造、選擇或修改行為。(3)系統因應其他請求者所做的自動回應，網路服務業者不能選擇資訊接收者。(4)將所傳送資料暫存（自動複製）時，並未做備份動作。(5)系統內的資料備份存留時間不能超過傳輸、發送或提供連線時所需合理的時間，或者不能達到足以讓接收者以外他人進行存取之時間。在符合以上所述情形下，網路服務業者並未主動傳輸侵權資料，並無法控制他人資料內容而言，只是單純提供管道供網路使用者傳輸資料，與原著作權法上已規定免責的被動性管道（passive conduit）有相似性，故以立法明定予以免責。

此外，依據第 512 條第(b)項規定，網路服務業者之電腦系統，為便利網路使用者瀏覽遠端網站資料、避免重複存取相同資料而浪費網路頻寬，以及降低網頁伺服器負荷，在代理－快取伺服器（Proxy-Cache Server）上對原網站網頁資料進行自動性儲存時，如果該資料內容涉及著作權侵權，網路服務業者符合以下情況，可免除責任：(1)沒有對儲存資料內容從事修改；(2)依據業界所建立之技術標準定期更新這些資料；(3)並未干預用戶資料被送回原始網站所使用技術；(4)原資料持有人對資料存取沒有設限（例如，加密）；(5)接獲著作權人提出之侵權事實通知，網路服務業者必須迅速移除被指稱為侵權的資料或阻絕他人接觸到此資料等。

依據美國法典第 17 編第 512 條第(c)項規定，依據使用者指示提供資料寄存（儲存）服務的網路服務業者，同時具備以下所述三項要件，對他人所為著作權侵權行為無須負責。首先是主觀要件，亦即，網路服務業者對可能侵權行為沒有「實際知情」（actual knowledge）與「推定知情」（constructive knowledge）。實際知情是指，網路服務業者確實知道系統內存在侵權資料（例如，未獲同意，且非合理使用下使用他人資料），或在系統內發生的侵權行為（例如，從事盜版交易）。另外，從情況或事實足以推知網路服務業者系統中可能出現侵權行為，而網路服務業者知悉此種情況或事實。此種情形被稱為「推定知情」。因此，如果希望免除侵權責任必須對他人侵權之事實並不知情，而且對足以推知網路業者系統中可能出現侵權的情況或事實也不知悉。其次，假如提供儲存資料服務的網路服務業者有權利與能力去控制最初的侵權行為，若希望免責，必須沒有從侵權行為獲得直接財產上利益。最後，網路服務業者一旦對侵權事實知情或接獲著作權人提出之侵權事實通知，或已被法院命令刪除或阻絕他人接觸資料時，網路服務業者必須迅速移除侵權資料或阻絕他人接觸到此資料。

相類似，依據美國法典第 17 編第 512 條第(d)項，前述依指示儲存資料之網路服務業者免責規定也適用於提供資訊位址指示工具之網路服務業者。全球資訊網上常見的搜尋引擎服務機制由於提供網站或網頁超連結功能，故可適用此免責規定。因此，網路服務業者對網路使用者經由它所提供的連結到內有侵權資料的網站之事必須不知情，而且對足以認定知情的相關事實情況也不知悉，才能免責。在接獲通知時，也要立即移除。此外，不能自他有權利與能力控制之侵權活動中獲得利益。此項立法背後理由應是，通常搜尋引擎的功能是將網路上資料分門別類，提供所有網頁與其上的連結。此項連結毫無差別，並未進行挑選或篩選。因此本法所規定免責與依指示儲存資料之主機服務業者相似。

2.5.2 評論

基本上，國會在立法時謹慎地避免與向來法院關於網路服務業者責任之見解相違背。有些學者認為第 512 條第(c)項有關責任的規定接近於著作權侵權理論上之參與責任與侵權代位責任⁵¹。一方面，網路服務業者必須是不知情或不知悉可得推知侵權之相關事實。另一方面，假如網路業者有權利與能力控制直接侵權者活動，必須不能直接從侵權活動中受有財產上利益，才能主張免責。這項要件正是對應著作權侵權理論上之代位責任。由前述說明可知，此立法是結合參與侵權責任與侵權代位責任。因此本法意義在於提供明文規定，畢竟歷來法院在網路服務業者所為判決的累積數量不夠多，還無法證明判決結論是否獲得普遍接受。另一個原因也是各界對責任問題仍有爭議。姑且擱置各界在責任型態上之爭議，本法關於提供或不提供安全港不同要件的細節規定相當繁瑣，無法達到國會當初希望藉由此法明確化網路服務業者責任之立法原意⁵²。再者，本法的功能仍是有限。很清楚的，本法所設立的「安全港」程序只能解決部分個案。當著作權人沒有依據規定提出所需的權利主張，或者，網路服務業者在接獲通知後，並沒有遵照本法所規定程序終止用戶使用帳戶或移除相關資料阻絕他人接觸，問題仍須回到原點，亦即，必須依據過去以來各法院所建立的責任理論來解決，而原來所存在的爭議又浮現。

3. 網路服務業者之刑事責任

3.1 民事侵權責任與刑事犯罪責任之比較

在進入網路服務業者刑事責任討論之前，本文將先從理論上就前文所介紹侵權責任與刑法上正犯責任與共犯責任相比較。之後，才是詳細針對網

⁵¹ Yen, *supra* note 30, at 1882.

⁵² See 3 NIMMER, *supra* note 3, § 12B.01[C][4] at 12B-26.

路服務業者在何種條件下可能構成正犯或共犯的問題進行討論。在此必先說明，在論述上雖然將民事侵權責任與刑事犯罪責任並列，但不代表本文認為兩種責任之條件是一致的，也無意暗示民事責任之認定可以取代刑事責任之認定。從法律發展史觀察，刑事犯罪責任是從民事侵權責任所分離出來，即使在後來刑事犯罪責任發展出獨特面貌，但有關責任概念的源頭應可以是共有。本文試圖探索著作權法上侵權責任之內容，並以此作為與刑事責任對話的基礎。以網路服務業者責任為研究主題，也不代表本文鼓吹讓網路服務業者承擔民事侵權或刑事犯罪責任。前述的一系列美國法院判決中，都存在著合理使用議題的爭論，由於不在本文探討範圍內，本文略過未提。在涉及著作權侵權個案的討論上，責任必須限於合理範圍，除了強調資訊共有原則，避免知識壟斷，也必須顧及到刑罰的嚴酷性而堅持刑法嚴格適用之基本原則。這些社會的基礎價值，不管用什麼角度來看，都是很明確的道理。

3.1.1 直接侵權責任、侵權代位責任與正犯責任之比較

前文曾介紹過美國著作權法上以嚴格責任為前提之直接侵權責任。美國有些法院依據直接侵權嚴格責任來判決網路服務業者應負著作權侵權責任。直接侵權責任所強調之網路服務業者單獨、直接負責之立場，類似於將網路服務業者視為刑法上正犯。亦即，網路服務業者自身以正犯地位受處罰。依據向來見解，嚴格責任不需證明對侵權之事有故意或過失之歸責事由，若從刑法觀點來評釋嚴格責任，這類責任型態已違背刑法嚴格遵守罪責原則的立場⁵³。

另外，從美國法院判決的解讀可知，著作權法上侵權代位責任理論強調對侵權行為有控制權利與能力，而且又從中獲利時，必須就直接侵權行為承擔侵權代位責任。此令人聯想到傳統刑法上正犯與共犯區別理論中之主觀理論。主觀理論便是主張依據行為意向或利益觀點來認定正犯，亦即，假若

⁵³ 刑法上罪責原則即我國刑法第 12 條第 1 項所規定「行為非出於故意或過失，不罰」。

行為人將他人行為視為自己行為，並希望取得犯罪行為所造成的利益。而依據事後之客觀判斷，犯罪實行後確實是由行為人享受犯罪結果所帶來的利益，此時可以將行為人視為正犯⁵⁴。至於犯罪支配理論則是吸納主觀理論與客觀理論，而認為正犯是行為人認識到自己在犯罪過程中具有完成犯罪之優勢支配力，可以依其意願阻止或加速犯罪之進行，而在客觀上對犯罪過程進行支配⁵⁵。有趣的問題是，侵權代位責任之利益與控制內涵，與刑法上正犯主觀理論或犯罪支配理論有何異同？首先，侵權代位責任是間接責任與第三人責任，但正犯責任是直接責任。這是最大不同。其次，要建立刑法上正犯責任必須行為人對他人（被利用者）的侵權犯罪行為有認識，才能認定有利用獲利或支配的故意。至於美國著作權法上侵權代位責任不要求對侵權行為有所認識。從此可知，著作權法上侵權代位責任理論與前述刑法上正犯與共犯區別之主觀理論或犯罪支配理論並不相同。不過，由此可知，不管民事侵權責任或刑事犯罪責任，當人們思考應負責任之主體時，總是會將利益或支配因素納入思考。當然，侵權代位責任與刑法觀點之自我負責原則相違背，這是很清楚的。

不過，值得一提，在前文所介紹之數位千禧年法中，由於國會在傳統侵權代位責任中又加入參與侵權責任之知情主觀要件，似乎可以看到民事侵權責任與刑事犯罪責任有相互接近的發展趨勢。在該法設計下，如果提供資料儲存空間的網路服務業者對侵權事實不知情，也沒有直接從中獲得利益，並且遵守法定程序，則免除侵權責任。從免責要件反推，國會立場似乎是只要知情，並從他人侵權行為直接得利，就可能負責。這樣的發展趨勢所代表意義是，或許民事侵權責任與刑事犯罪責任之要件或有不同，但結果可能會趨於一致。換言之，兩種責任同時成立或同時不成立。

⁵⁴ 林山田，《刑法通論（下）》，頁 50-51（2002）。

⁵⁵ 前揭註 54，頁 54、65。

3.1.2 參與侵權責任與狹義共犯責任之比較

就比較觀點而言，美國侵權法上參與侵權之行爲型態與德國、我國刑法上之狹義共犯⁵⁶之教唆犯與幫助犯概念相類似。在美國參與侵權責任理論中，參與侵權行爲包括“abetting”與“aiding”，若就中文來理解，參與侵權之型態包括「促成」或「導致」與「助成」或「助益」。「促成」與「導致」概念可用來說明刑法上教唆犯之特點。亦即，行爲人（正犯）本無犯意，其犯罪決意是來自於教唆犯之「促成」與「導致」。「助成」或「助益」則是對應於刑法上幫助犯。值得注意的是，美國參與侵權責任將類似於刑法上教唆犯與幫助犯之行爲並列於同一類型下，認爲均屬於參與侵權行爲之一種。我國民法第 185 條第 2 項之共同侵權行爲責任亦將造意與幫助並列。

反觀刑法，刑法學說上雖將教唆犯與幫助犯稱爲「參與犯」，指參與他人犯罪的型態。但在德國與我國刑法中，教唆犯與幫助犯都是由不同刑法條文所規範，而且所負的刑事責任也有所不同。例如，依據我國刑法第 29 條第 2 項教唆犯罪依所教唆之罪處罰。第 30 條第 2 項幫助犯得按正犯之刑減輕之。即使均屬參與犯，在刑法理論上教唆犯與幫助犯必須嚴格區別，主要的標準在於正犯是否已有犯意⁵⁷。依據一般說法，正犯（此處所指爲直接侵權人）本無犯意，但因他人引誘、唆使等行爲而起意，此他人屬於教唆犯。至於明知正犯已有犯意，經由鼓勵或誘導而堅定或強化其犯意，則屬於幫助犯。但不能否認的是，教唆與幫助（精神上）有區別上困難。因爲在日常生活中，通常對行爲所使用之描述，如：某人引誘、刺激、唆使、鼓勵或誘導他人犯罪，未必絕對可被認定爲構成刑法上教唆犯，也有可能屬於幫助犯。儘管面臨概念區分上困難，刑法上堅持區分共犯類型的理由要給予犯罪人公平與符合比例原則的刑罰。因此，就共犯類型之區別，刑法有其必要

⁵⁶ 在本文用法中，狹義共犯是指教唆犯與幫助犯。廣義共犯是共同正犯、教唆犯與幫助犯。共同正犯具有共犯與正犯雙面性質。

⁵⁷ 林山田，前揭註 54，頁 113-14。

性，但就侵權行為而言，可能由於損害賠償強調結果之連帶責任，較無區分犯罪人主觀要件之實益，因此將教唆與幫助並列。

如果前文所介紹，美國法上參與侵權責任強調必須有直接侵權人存在，才有參與侵權可言。由於要求知情（實際知情與推定知情）之主觀要件，可見此種責任型態強調與主侵權行為之實行具有事實上參與關係。參與侵權責任即屬第三人責任（非實行犯罪之第三人）與間接責任。相對照下，刑法上教唆犯與幫助犯也屬於因參與犯罪而成立責任。如，刑法第 29 條第 1 項「教唆他人犯罪」、第 30 條第 1 項之「幫助他人犯罪」中均有「他人」，亦即，以正犯作為參與的對象。此已體現出參與他人犯罪之特質。由於是透過他人（正犯）實行行為間接實現犯罪，也具有第三人責任與間接責任之性質。

最後，值得一提，美國法上參與侵權責任限於對直接侵權行為知情，應可認為仍屬於以故意為責任要件。德國與我國刑法之共犯亦以知悉正犯存在之故意為前提。由於刑法上共犯型態以故意為前提，兩個過失犯在刑法上並不歸類於共犯類型內，而是各就自己的過失行為單獨負責，不產生共犯問題，只是兩個單獨正犯⁵⁸。就責任限於故意型態而言，美國法上參與侵權責任與刑法上共犯類似。反而，依據我國民法學說與實務見解，民法第 185 條第 2 項所稱「造意」與「幫助」之意義雖相當於刑法上教唆與幫助，但與刑法不同者為，兩種行為均不以故意為必要，亦承認過失之教唆與過失之幫助。只有民法第 185 條第 1 項前段狹義共同侵權行為中之具備意思聯絡之共同加害行為，才是屬於故意類型⁵⁹。此外，民法第 185 條第 1 項後段之共同

⁵⁸ 對兩個過失犯是否可以構成共同正犯（共犯），有採肯定說，參陳子平，《共同正犯與共犯論——繼受日本之軌跡及其變遷》，頁 200（2000）。也有學說採否定說，將兩個獨立的過失犯稱為「相互正犯」，參黃常仁，《刑法總論——邏輯分析與體系論證》，頁 194（2001）。

⁵⁹ 史尚寬，前揭註 17，頁 168；王澤鑑，〈特殊侵權行為（二）——共同侵權行為（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，59 期，頁 63、71-72（2004）。

危險行為不以數人彼此知悉為必要，亦將兩個獨立的過失行為人類型包括於共同侵權行為類型內⁶⁰。

3.1.3 侵權代位責任與廣義共犯責任之比較

上文曾指出，美國法院採用傳統侵權代位責任作為解決網路服務業者之責任的一種理論依據。我國民法第 188 條與美國法上侵權代位責任是否相似？首先，美國法上侵權代位責任是由來於雇主責任，而現今侵權代位責任之控制與利益兩項要件也與我國民法第 188 條之立法目的⁶¹有相合之處。其次，雖然前文曾提及，美國法上侵權代位責任是採用嚴格責任，但只是強調就實際實施的直接侵權行為無須有所認識，不代表不能提出類似於我國民法第 188 條第 1 項但書「但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任」之抗辯。如同前文所介紹 Netcom 案法院曾就 Netcom 公司對實際實施的直接侵權行為是否有控制的權利與能力進行討論。如果被告提出不具備控制的權利與能力抗辯而又獲得法院贊同，當然就不成立侵權代位責任。我國民法第 188 條規定僱用人責任則有兩種。第 188 條第 1 項本文就選任與監督執行上採推定過失責任（或稱為中間責任）。亦即，原告（被害人）起訴時，無須證明被告就選任與監督執行有過失。但第 188 條第 1 項但書在允許被告舉證無過失

⁶⁰ 王澤鑑，〈特殊侵權行為（二）——共同侵權行為（下）〉，《台灣本土法學雜誌》，60 期，頁 66 以下（2004）。

⁶¹ 民法第 188 條法條文字使用僱用人、受僱人與執行職務等名詞，標示出屬於僱用人責任之規定。而且，依學說上之見解，民法第 188 條僱用人侵權責任之根據約有四點：(1)報償理論，受其利者任其害。(2)危險理論：為維持社會一般之安全，有促僱用人為深切注意之必要。(3)倫理理論。在政治上，長官就僚屬之行為，自己雖無過失，應負其責。再者，僱用人以他人為其手足，擴張其活動範圍，其受僱人即為自己的替身，以受僱人之過失，視同僱用人之過失，使之負擔損害，亦甚合於倫理上之觀念。(4)損害公平分擔原則。就此分析，與美國著作權侵權代位中之雇主侵權責任之基本想法有所類似。史尚寬，前揭註 17，頁 180。

而免責（例如，選任與監督已盡相當注意）。第 188 條第 2 項為無過失責任（或稱為絕對責任）。依據學者見解，此項無過失責任適合用於大企業之侵權責任⁶²。雖然我國民法第 188 條第 2 項屬於無過失責任，不允許提出選任與監督已盡相當注意之抗辯，但大體而言，民法第 188 條之責任型態類似於美國法上侵權代位責任。

至於我國刑法上是否相類似的責任理論？一般而言，傳統刑法內用來解決第三人責任問題（直接實行犯罪人以外之人）只有共犯理論。依據現行共犯理論來檢視，侵權代位責任應是無法被接受的理論。詳而言之，代位責任就是代負責任與轉嫁責任，指自己並無實施侵權行為，但應就與自己有關係之直接侵權人之侵權行為負責。但此種關係並非犯罪上聯繫，而僅是僱傭關係或後來所發展之控制與利益關係。換言之，侵權代位責任建立在僱傭關係或控制與利益關係之上，而不與事實上發生的侵權行為相聯繫。因此，雇主是否對受僱人的侵權行為知情，或者，侵權代位責任人是否對直接侵權人之侵權行為知情，並非侵權代位責任的必要條件。即使不知道直接侵權行為存在，仍須負侵權損害賠償責任。就承擔責任之人並非實際的實行行為人之觀點而言，共犯（廣義共犯）責任類似於侵權代位責任。舉例而言，共同正犯即使只擔任一部分犯罪行為之實行，但仍就犯罪協議範圍承擔全部責任。教唆犯與幫助犯沒有直接實行犯罪行為，但仍能成立依附在正犯之上的共犯責任。儘管如此，刑法上共犯責任與侵權代位責任最大之區別在於，成立共犯者必須以故意為前提，就自己的行為負責，並非代他人負責。例如，由於共同正犯將其他共同正犯的實行犯罪行為視為自己行為，儘管實行一部分行為，仍需負全部責任，自屬於為自己行為負責。相類似，教唆犯與幫助犯的責任是來自於自己的教唆故意與教唆行為；幫助故意與幫助行為而為自己的參與犯罪之行為負責⁶³。因此，刑法上的共犯責任，並不是代負正犯的責

⁶² 史尚寬，前揭註 17，頁 180、186。

⁶³ 陳子平，前揭註 58，頁 221、335、409。

任，而是就自己的教唆行為或幫助行為承擔罪責。只是共犯是透過教唆或幫助行為而與正犯所實施犯罪行為產生聯繫，並依存於上。因此，責任性質上亦有第三人責任與間接責任之性質，此點已於前文說明過。

3.2 刑法上正犯責任之分析

3.2.1 正犯型態

在傳統刑法正犯與共犯區別理論上，正犯可以是直接實行構成要件行為之人，也可以是透過對他人之支配，假借他人之手而間接實行構成要件之間接正犯。在著作權侵權的案例中，雖然通常是用戶直接從事侵權，網路服務業者並沒有直接的重製或公開傳輸他人著作，但仍有可能論以正犯。歸納而言，與網路服務業者有關之正犯型態可能有以下二種類型。第一種型態是網路服務業者與直接實行侵權之人因為有著作權侵權共同決意與行為實施而構成共同正犯。第二種型態是網路服務業者與直接實行侵權之人成立同時犯，或構成兩個正犯存在之「正犯後正犯」。不管是共同正犯、同時犯或正犯後正犯，網路服務業者都必須符合刑法上正犯之要件。再者，當網路服務業者沒有以積極行為從事侵權時，就可能屬於以不作為型態而成立正犯。換言之，以消極方式直接侵權而成立不純正不作為犯。不過，向來刑法對不作為犯之要件要求嚴格，故並不容易符合所需要件。茲於下說明之。

3.2.2 作為犯與不純正不作為犯

在刑法觀點下，「作為」是主動的創造出足以產生犯罪結果之因果歷程，而「不作為」是被動的利用已經存在的因果關係歷程（大多是來自他人所創造的因果歷程）。「不作為」不但可以成為因果關係中的原因，不作為本身亦是意思決定下的行為，因此，「不作為」與「作為」相同，均屬於刑法上之行為。通常，被動利用已存在的因果關係是無法被譴責的，但有時刑法會要求人們去介入已經存在的因果關係，此即刑法上之「不純正不作為犯」（簡稱「不作為犯」）的由來。就實際狀況而言，網路服務業者可能由

於作為，例如，提供連結或儲存資料空間，而成立著作權侵權犯罪之作為犯，也可能因為被動利用已存在的因果關係之不作为，例如，知道用戶侵權事實後並未移除資料，而構成著作權侵權犯罪之不作为犯。

首先就作為犯來討論，即便網路服務業者確有實施積極作為，並不當然直接產生刑事責任。因為，當涉及著作權侵權的資料是經由第三人應自我負責行為散布時，便產生客觀歸責理論上「回溯禁止」(Regreßverbot)問題。典型的例子是獵人把他的獵槍掛在酒館的衣帽間，而提供了第三人得以使用此武器而故意殺害其他人的機會。被害人死亡不能歸責獵人⁶⁴。就事實而分析，網路服務業者之提供服務行為即使對犯罪有所貢獻，但本屬無害，只是被他人濫用來侵害他人著作權，就客觀歸責理論而言，禁止將第三人故意行為所造成的著作權侵害結果，回溯歸責於之前的服務提供行為，由於不能歸責，提供服務業不必就結果承擔責任。

再就不作為犯討論，要構成刑法上不作为犯必須以保證人義務為要件。就網路侵權之事實情況而論，網路服務業者不涉及保護特定法益之保護保證人義務，反而是監督特定危險源之監督保證人義務⁶⁵。由於網路服務業者對網路使用者並無監督義務，可供討論的保證人義務類型便只有兩種類型。第一種是網路服務業者自己所從事的危險前行為而產生之保證人義務。第二種是針對自己支配領域中危險源而產生之保證人義務。茲於下依序說明此兩種保證人義務。

首先，討論因危險前行為所產生的保證人義務。依據德國通說，除了極少的例外情形，此危險前行為必須是一個違反客觀義務的行為⁶⁶。若因為

⁶⁴ WOLFGANG FRISCH, TATBESTANDSMÄßIGES VERHALTEN UND ZURECHNUNG DES ERFOLGES, 1988, S. 233 f.

⁶⁵ 關於監督保證人義務概念，參蘇俊雄，《刑法總論II》，頁568-69（1997）；黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，初版一刷，頁250以下（2003）；張麗卿，《刑法總則理論與運用》，頁370-73（2001）。

⁶⁶ 在此必須注意，黃榮堅教授對危險前行為以違反義務為前提之觀點，提出不同意

自己合法行為產生他人犯罪之危險，並不具應去阻止此犯罪行為或防止其結果發生之保證人義務。因此，一個已盡客觀義務之前行為，或具備阻卻違法事由或具備社會相當性或屬可容許風險之合法前行為不會產生保證人義務。在網路上，網路服務業者的活動若屬於依法而運作，並且社會通常運作下提供通訊或儲存資料之連結，並不是違法行為，而是通常下之社會活動。再者，所謂危險前行為必須是已經創造出足以導致構成要件結果發生的相當（或密接）危險。如果一個合法行為僅是創造出可以被他人利用來從事故意犯罪的條件，並不足以構成危險前行為。與客觀歸責理論一樣，在此種情形，應自我負責的他人排除了前行為人保證人義務之成立。舉例而言，將危險性工具借給他人，除非出借危險性工具之人能夠具體預見到犯罪行為，否則依據目前德國通說，出借人並不會對使用此工具來殺人之他人應自我負責之犯罪行為負保證人義務⁶⁷。換句話說，即使沒有阻止第三人使用該工具犯罪，亦不構成不作為犯。在網路上的情形，網路服務業者的網路連線或儲存服務是合法，涉及犯罪的資料並不是直接透過此合法服務行為散布，而是由之後散布者所散布。依據前述之分析，網路服務業者所提供服務是合法，縱使此合法行為創造了危險，亦不負危險前行為之保證人義務。此外，實際上從事資料散布的人是自我應負責的行為人，網路服務業者的保證人義務便不存在⁶⁸。

接下來要討論的是，自己支配下危險源之監督保證人義務。提供網路連線或資料儲存服務的業者，對在其系統內存在涉及著作權侵權資料是否具有監督危險源之保證人義務？換言之，如果沒有進行資料監控或未將涉及著

見，黃榮堅，前揭註 65，頁 262-63 以下。

⁶⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, 10. AUFL., 1995, 271.

⁶⁸ Ulrich Sieber, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen: Neue Herausforderungen des Internet-Teil II* <<http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/ls/sieber/article/STVIPDT/SVI02.HTM#Heading16>> (last visited Sept. 8, 2004) (on file with TLR).

作權侵權資料移除，是否有可能構成著作權侵權犯罪之不作為正犯？若要作此主張必須對危險源有控制能力。與危險源有關之監督保證人義務之基本想法是在社會複雜系統中，必須依賴各支配權人確保自己所支配的空間與其他支配領域之安全。從此導出的根本原則便是對危險源有事實上支配關係。依據德國學說，與前述危險前行為之保證人義務立場類似，危險源之監督保證人義務僅存在於直接從危險源本身所產生的危險，不包括第三人行為所產生危險。此第三人所產生的危險是應由他自己負責的危險源。舉例而言，房屋所有權人讓侮辱他人之標語停留在自己房子上，如果此標語是由第三人所帶來，房屋所有權人不必就沒有移除標語之不作為負責⁶⁹。房屋所有人不負保證人責任之見解是否可適用網路服務業者？有德國學者認為，網路服務業者與房屋所有權人之情形類似，除了少數例外（涉及以不作為方式參與第三人之違法行為），原則上，不必為系統被他人濫用來犯罪承擔危險源之監督保證人義務。但也有德國學者認為，網路服務業者與房屋所有人不同，它是有意識開啓資料交換的機會，因此必須承擔監督保證人義務⁷⁰。針對以上爭論，可能要看實際情形才能決定網路服務業者是否要負責。如果是大型的網路服務業者，雖然網路服務可能會被他人濫用，但基本上它只是針對合法的資料交換提供服務。因此，應該認為可以援用房屋所有人例子，而適用第三人應自我負責原則，排除網路服務業者之保證人義務。但如果是專門提供盜版交易的網站，即使實際上是由第三人進行資料交換，仍應認為設立網站之人應就可被使用來交易盜版之危險源自我負責，畢竟危險是直接從該網站所產生。

綜合以上討論可知，從傳統刑法不作為犯理論所得結論是，原則上，網路服務業者無須就沒有進行資料監督或移除措施而承擔正犯的保證人義務。但德國實務卻曾肯定網路服務業者之保證人義務。在有名的

⁶⁹ STREE, IN: SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 25 Aufl. 1997, § 13 Rn. 44.

⁷⁰ a.a.O.

CompuServe 一案，慕尼黑地方法院肯定網路服務業者之保證人義務⁷¹。雖然此判決被之後的上級法院判決廢棄⁷²，但隨著網路日漸普及，網路服務業者愈形重要。逐漸可以被接受的觀點是，在合理範圍內，網路服務業者應承擔保證人義務。畢竟，網際網路為公眾使用之開放網路，網路服務業者的功能便是提供公眾接近網路上資料的通道，作為重要的資訊傳播媒介。更重要的是，網路特性帶有結構性的高度風險，亦即，行為人可透過網路進行侵權或犯罪之濫用風險。由於網路服務業者參與資料網路的運作，應承擔一定程度通訊上之監督義務。基此監督義務，網路服務業者必須對足以產生構成要件結果之危險從事監督，只是有待討論仍是此項義務之具體內容與界線。特別是，網路上服務類型已呈多樣性，必須有詳細規劃與多方利益之辯論。

縱使肯定網路服務業者具有監督保證人義務，仍必須在個案中具體檢驗不作為犯之其他要件，包括：存在防止結果發生之可能性與能合理期待網路服務業者從事防止結果發生的行為等客觀不法構成要件。比較有爭議者為主觀不法構成要件之不作為故意。此種故意必須包括：認識所有與構成要件有關的要素、認識形成保證人義務之事實狀態。如果缺少這些要件，則不具備「不作為故意」。如果行為人均具備上述認識，只是未認識到由保證人地位導出的保證人義務，則屬於欠缺不法意識，可減免罪責。簡單來說，網路服務業者有能力刪除資料，且對他們而言為合理的期待時，才能說他們具有保證人的地位，而有可能構成不作為犯。主觀上，網路服務業者必須知道侵權事實（足以導出之保證人義務之事實）而決意不採取作為。據以上所述來討論網路上著作權侵權，有些網路服務業者的顧客來源非常廣大，一家業者甚或有上萬名顧客，可能不知道系統內是否有侵權發生。如果不知道侵權事

⁷¹ AG München, Az. 8340 Ds 465 Js 173158/95 Entscheidung vom 28. Mai 1998 <http://www.netlaw.de/urteile/agm_02.htm> (last visited Sept. 8, 2004) (on file with TLR).

⁷² LG München, Az. 20 Ns 465 Js 173158/95 (AG München I) Entscheidung vom 17. November 1999 <http://www.netlaw.de/urteile/lgm_12.htm> (last visited Sept. 8, 2004) (on file with TLR).

由（保證人地位），就可能無法認識到自己有監督保證人之監督義務。因此，要讓網路服務業者承擔不作為罪責也面臨一定困難。而從前文有關美國法院判決之討論也可知，即使著作權人曾告知網路服務業者侵權事實，也很難認定網路服務業者對侵權事實有足夠的認識。

3.3 刑法上共犯責任之分析

3.3.1 共犯型態

如前文所介紹過，除了作為型態，網路服務業者也可能以未避免第三人侵權之不作為正犯受到刑事處罰，另一種不作為成立犯罪之可能性是與第三人侵權行為有關之不作為共犯。詳而言之，即使法益危險之產生是來自他人行為，但當此危險是屬於網路服務業者應負責領域，不作為便屬可歸責。此即，不作為犯違法參與他人行為，例如，透過以明示或默示的方式教唆或幫助他人實行著作權侵權犯罪。依據德國學者見解，設置 FTP 檔案伺服器之網路服務業者，如果伺服器未對何人可以上傳檔案設定權限，或對下載檔案未設定限制，任人自由進行檔案上傳與下載，可被認定是教唆他人散布侵權資料；但如果只是一般性開啓網路閘道，從事網路連線功能並不足以來成立共犯。再者，開設新聞討論群或設全球資訊網上之網站亦不足以來認定構成教唆或幫助他人犯罪，因為設立的目的是便利於溝通與傳遞資料，而且絕大多數情形都是合法使用⁷³。

依據德國於 1997 年通過舊「電信服務使用法」第 5 條⁷⁴是有關網路服務業者在何種情況下應負責與免責的明文規定。此法剛通過時，便有學者嘗

⁷³ a.a.O. (Fußn. 68).

⁷⁴ 德國在 1997 年通過電信服務使用法，可說是最早有網路服務業者責任立法的國家。之後，德國在 2001 年依據歐盟指令將 1997 年電信服務使用法第 5 條，以不同網路服務型態而修正為第 8 條（總則）、第 9 條（資訊傳送服務）、第 10 條（傳送中之系統暫時性儲存）、第 11 條（資訊儲存服務）。本法結構大致上與美國數位千禧年法規定類似。

試將此規定與現行法律規定整合，而視此為新的犯罪型態：「電信服務內容犯」（Teledienstehaltsdelikt），而依據舊法第 5 條第 2 項之規定，網路服務業者就他人所製作的違法內容，只有在明知與技術上可以阻止資料上傳範圍內，才需承擔責任。因此，也將舊法第 5 條第 2 項解釋為共犯規定⁷⁵。另外，依據德國學者見解，如果網路服務業者符合舊法第 5 條之規定，可視為具有社會相當性之業務上正當行為⁷⁶。一旦可以被認為是業務上正當行為，則不會成立不作為共犯。

由以上所述可知，一旦立法者對網路服務業者之負責與免責有明文規定，刑法上犯罪判斷會比較容易進行。事實上，如果用傳統刑法不作為犯理論來解決網路服務業者責任有些困難，畢竟網路上責任問題牽涉許多利益，必須以專門法律來從事縝密規範。

3.3.2 共犯成立要件

依據刑法之共犯理論，不管是教唆犯對於正犯或者幫助犯對於正犯，客觀上對正犯行為除了有所參與或貢獻，如促使犯罪之教唆或提供幫助，還必須具備主觀要件。教唆犯要有構成要件故意與教唆他人犯罪故意。幫助犯是知道他人犯罪，而出於幫助此人犯罪之幫助故意。故意包含「直接故意」與「未必故意」。直接故意是明知並有意使結果發生，應出自確定性認識，而未必故意通常伴隨結果可能發生的懷疑性認識，並容忍結果發生。如果懷疑可能涉及著作權侵權而漠不關心並放任，亦可能具備主觀構成要件之故意。通常，大型入口網路服務業者接獲內容記載翔實、證據充分的侵權通知，但未採取任何措施，也許可認定至少具備「未必故意」。至於設置小型貼圖網站的電子佈告欄經營者，縱容、鼓勵網友張貼猥褻圖片，以賺取國外

⁷⁵ Irini E. Vassilaki, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG—Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Einordnung des § 5 TDG im Strafrechtssystem*, MMR 1998, S. 630 ff.

⁷⁶ ULRICH SIEBER, *DIE RECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT IM INTERNET*, 1999, S. 117.

色情網站的廣告費，則可能被認為具備明知並有意使結果發生之直接故意。

3.4 我國著作權法上犯罪代位責任

從前文有關侵權代位責任與刑法共犯責任之比較可知，在傳統刑法共犯理論架構下似無採用侵權代位責任空間。不過，我國著作權法中所規定附屬刑法，似乎可以見到犯罪代位責任的規定。曾被實務引用起訴網路服務業者之著作權法第 101 條第 1 項⁷⁷是有關法人之刑事處罰規定。該條項規定：「法人之代表人、法人或自然人之代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務，犯第 91 條至第 97 條之罪者，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。」由於法人對其代表人、代理人、受僱人或其他從業人員，因執行業務所從事著作權侵權犯罪行為負刑事責任，此項規定呈現出侵權代位責任之特色，亦即，實際的行為人與承擔責任之人並非屬於同一人，而背後的理論依據應是傳統侵權法中之雇主侵權代位責任⁷⁸。由於是有關法人刑事責任的規定，性質上可將著作權法第 101 條第 1 項定性為刑事犯罪代位責任。

⁷⁷ 2003 年 12 月間台灣台北地方法院檢察署檢察官及台灣士林地方法院檢察署檢察官分別將提供點對點檔案交換平台 Kuro 與 ezPeer 之公司負責人與部分會員，以涉嫌違反著作權法第 91 條第 1 項、第 92 條第 1 項、第 94 條起訴，並請求依第 101 條第 1 項、第 94 條第 1 項規定對公司科以罰金。

⁷⁸ 刑法內引入侵權法上雇主責任之典型即是 1962 年美國法律學會 (American Law Institute) 所編寫模範刑法典 (Model Penal Code, M.P.C.) Section 2.07。關於模範刑法典 Section 2.07 詳細內容介紹，參蔡蕙芳，〈組織體犯罪與組織體罪責——美國刑法上組織體罪責理論的介紹與評析〉，《逢甲人文社會學報》，1 期，頁 338-39 (2000)。

4. 我國法上網路服務業者責任之探討 ——代結論

在以下討論中，本文將先檢討如何適用我國民法侵權行為之相關規定來處理網路服務業者之侵權責任，並以先前所討論美國網路服務業者侵權責任理論來補充與對照。接著，說明前文現行法上刑事責任。

首先，有待討論的問題是，當著作權人受到用戶侵權時，是否可以，依據民法第 184 條直接對網路服務業者起訴？依據本文關於美國著作權法直接侵權責任討論，美國法對網路服務業者無須承擔直接侵權責任已有共識。由於我國民法第 184 條不採嚴格責任而是過失責任，依據民法第 184 條與著作權法第 88 條第 1 項前段起訴時，必須證明網路服務業者行為與損害有相當因果關係與有過失。從目前網路運作實況而言，要證明網路服務業者之過失並不容易。

接下來討論，是否可以依據民法第 188 條對網路服務業者起訴請求損害賠償？由於網路服務業者與其用戶間並非僱傭關係，用戶行為並非屬於受僱人執行職務，因此不能直接依據民法第 188 條起訴，只可能類推適用民法第 188 條。但是，網路服務業者與用戶之關係類似於僱用人與受僱人間關係嗎？研究美國法院判決後，可以瞭解到美國法上侵權代位責任的基礎是僱主責任，並從僱傭關係抽取出的控制與利益之觀點。美國法院強調論點的是，侵權代位責任是否可以被適用於解決網路服務業者責任問題，似乎不是強調類推適用僱主責任於網路服務業者責任之立場。事實上，侵權代位責任來自僱主責任，但由於是上一級層類型，並非只能適用於僱傭關係之侵權行為。侵權代位責任也曾被美國法院用於出租人與承租人關係之案件。有些美國法院用了侵權代位責任來論網路服務業者責任，不必考慮網路服務業者與用戶之關係是否類似於僱用人與受僱人間關係的問題。相對照下，我國民法上並沒有等同於美國侵權法上之代位責任之明文，要讓網路服務業者負責的途徑

只有類推適用民法第 188 條，只是，又回到前述相似性問題上。

比較兩者後可知，受僱人的行為出於僱用人之利益，而用戶行為並非為網路服務業者利益而為。自表面而言，兩者是有所不同。但深一層思考，用戶雖然不是為了網路服務業者利益而從事侵權行為，但在有些案例中，網路服務業者確實藉由系統內侵權行為而吸引新的用戶，並從中獲利。就利益觀點下，網路服務業者與僱用人有相似性，都是從用戶的侵權行為獲利。當然，如果個案是涉及網路服務業者之受僱人因執行業務而從事著作權侵權行為，網路服務業者依據民法第 188 條而負責應是比較沒有爭議的問題。

此外，受到侵害的著作權人也有可能依據民法第 185 條與著作權法第 88 條第 1 項後段共同侵權規定，以用戶與網路服務業者為被告起訴。此時，雖然美國法上參與侵權責任以故意為主要責任型態，而我國民法第 185 條則不限於故意型態，此點有所差別，但就網路服務業者在線上侵權行為上是否已具備實質貢獻問題上，美國法院歷來所發表一系列判決之見解可作為供參考。

前文曾論及，我國著作權法第 101 條第 1 項是有關代位責任之刑事立法，但無法被用於解決網路服務業者是否應就用戶侵權行為負責之第三人責任問題。因為網路上用戶與網路服務業者並不具備著作權法第 101 條第 1 項明文所舉出之代表關係、代理關係與僱傭關係。易言之，著作權法第 101 條第 1 項所承認之犯罪代位責任只是傳統僱用關係之法人犯罪領域。在刑法領域，最重要的基本原則即是刑法第 1 條所揭示的罪刑法定原則，而首要之原則為類推適用禁止。因此，無法類推適用我國著作權法第 101 條第 1 項之規定於網路服務業者與用戶間之關係。

在刑事責任上所關切者為，網路服務業者在何種情形下，可被論以著作權法第 91 條擅自重製罪，或第 92 條公開傳輸著作罪之正犯或教唆犯、幫助犯？在此要先說明的是，我國刑事判例與解釋，向來主張法人原則上無犯罪能力，僅於有特別法明文規定法人之處罰，始例外承認其犯罪能力。由於我國刑法原則上不認為法人可以成為犯罪人，因此，即將所討論的網路服務

業者限於非法人型態之自然人。

在前文所介紹德國刑法學者的討論中可以發現，從傳統刑法上之不作爲犯理論出發來討論網路服務業者責任問題時，如果未有立法明文課以監督與管制義務，在大多數情形下很難認定網路服務業者的行爲符合不作爲犯之要件，因此，無法主張網路服務業者應爲其用戶之犯罪行爲承擔不作爲犯之罪責。就我國現行法分析，電信法第 8 條第 1 項規定：「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。」同條第 2 項規定：「以提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容爲營業者，電信事業得停止其使用。」又同法第 22 條規定：「電信事業非依法律，不得拒絕電信之接受及傳遞。但對於電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安者，得拒絕或停止其傳遞。」由前述規定可知，電信法在提供電信業者免責根據之同時，也提及電信業者對資料可實施的處理措施。只是多屬採權利觀點下的消極措施，例如，電信事業得停止使用、拒絕或停止傳遞之。若要妥善規範網路服務業者責任，必須從義務觀點課以移除或阻絕接觸等積極性管控與監督義務，以換取免責。因此，前引電信法之相關規定顯然非常不完備。

隨著網路技術之日益發展與普及，網路服務業者所提供之服務被濫用於實行侵權行爲與犯罪已屬不可避免。在國際上，網路服務業者責任的問題受到相當程度的重視。各國試圖透過立法來維持網路上各種利益的平衡。就刑法適用而言，確實需要一部類似於美國數位千禧年法之立法。儘管美國數位千禧年是有關民事責任的法律。但其中所設計出免責要件與通知與移除等程序，不但可作爲民事責任的規範，也可被援引來決定刑事責任。詳而言之，如果網路服務業者符合法律所規定免責要件，例如，本身只是作爲消極傳輸管道；或者，履行法律所規定程序，例如，經通知後移除，則可將網路服務業者的行爲視爲刑法第 22 條所規定的業務上正當行爲。由於已經具備法定阻卻違法事由，便可以排除網路服務業者被論以正犯或共犯之可能性。反而言之，假使網路服務業者違反法律所規定之各項義務，將可據以認定提供服務的行爲並非合法行爲，進而構成違反義務的危險前行爲，而令之承擔

保證人義務。因此，本文建議我國將來能參考美國數位千禧年著作權法在著作權法內增修有關網路服務業者責任之專門規定，此將有助於網路服務業者責任釐清。當然，更深層的考量是網路服務業者責任問題涉及網路發展、言論自由與各種個人利益保護，可說是十分重要問題，有待各界多加關注與討論。

參考文獻

中文書籍

- Paul Goldstein 著，葉茂林譯，《捍衛著作權——從印刷術到數位時代之著作權法》，五南圖書出版有限公司（2000）。
- 史尚寬，《債法總論》，自版（1983）。
- 林山田，《刑法通論（下）》，自版（2002）。
- 張麗卿，《刑法總則理論與運用》，神州圖書出版有限公司總經銷（2001）。
- 陳子平，《共同正犯與共犯論——繼受日本之軌跡及其變遷》，五南圖書出版有限公司（2000）。
- 黃常仁，《刑法總論——邏輯分析與體系論證》，自版（2001）。
- 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，元照出版公司（2003）。
- 蘇俊雄，《刑法總論 II》，自版（1997）。

外文書籍

- BAUMANN/WEBER/MITSCH, STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, 10. AUFL., 1995.
- DRESSLER, JOSHUA, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW (1995).
- FRISCH, WOLFGANG, TATBESTANDSMÄßIGES VERHALTEN UND ZURECHNUNG DES ERFOLGES, 1988.
- INFORMATION INFRASTRUCTURE TASK FORCE (IITF), INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATIONAL INFORMATION INFRASTRUCTURE: THE REPORT OF WORKING GROUP ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 19 (1995), at <<http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>> (on file with TLR).

MELVILLE, B. & NIMMER, DAVID, 3 NIMMER ON COPYRIGHT (2002).

SIEBER, ULRICH, DIE RECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT IM INTERNET (1999).

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), WORKSHOP ON SERVICE PROVIDER LIABILITY: ONLINE SERVICE PROVIDER LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT, OSP/LIA/1 REV. 1 (1999), at <http://www.wipo.int/documents/en/meetings/1999/osp/pdf/osp_lia1.pdf> (on file with TLR).

中文論文

王澤鑑，〈特殊侵權行爲（二）——共同侵權行爲（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，59 期，頁 59（2004）。

——，〈特殊侵權行爲（二）——共同侵權行爲（下）〉，《台灣本土法學雜誌》，60 期，頁 65（2004）。

章忠信，〈美國 1998 年數位化千禧年著作權法案簡介〉，《萬國法律》，107 期，頁 25（1999）。

——，〈網路服務業者（Internet service provider）之著作權侵害責任〉，《萬國法律》，97 期，頁 39（1998）。

蔡蕙芳，〈組織體犯罪與組織體罪責——美國刑法上組織體罪責理論的介紹與評析〉，《逢甲人文社會學報》，1 期，頁 338（2000）。

外文論文

Barr, Katherine, Beiting, Melissa & Grzesinski, Amy, *Intellectual Property Crimes*, 40 AM. CRIM. L. REV. 771 (2003).

Carmichael, John, *In Support of the White Paper: Why Online Service Providers Should not Receive Immunity form Traditional Notions of Vicarious and Contributory Liability for Copyright Infringement*, 16 LOY. L.A. ENT. L.J. 759 (1996).

Dobbins, M. David, Note, *Computer Bulletin Board Operator Liability for User's Infringing Acts*, 94 MICH. L. REV. 217 (1995).

Elkin-Koren, Niva, *Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: Case Against Copyright Liability of Bulletin Boards Operators*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 345 (1995).

Holmes, Lucy H., *Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service*

- Providers' Liability for Third Party Content and Copyright Infringement*, 7 ROGER WILLIAMS U.L. REV. 215 (2001).
- Kirkwood, R. Carter, *When Should Computer Owners be Liable for Copyright Infringement by Users?*, 64 U. CHI. L. REV. 709 (1997).
- Loundy, David J., *E-Law 2.0: Computer Information Systems Law and System Operator Liability Revisited*, E-LAW, Sept. 1994, at <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v1n3/loundy13.html>> (on file with TLR).
- Loundy, David J., *E-Law 4: Computer Information Systems Law and System Operator Liability*, 21 SEATTLE UNIV. L.R. 1075 (1998).
- Moohr, Geraldine Szott, *The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm and Criminal Theory*, 83 B.U.L. REV. 731 (2003).
- Morril, Mark C. & Eaton, Sarah E., *Protecting Copyrights On-Line: Copyright Liability for On-Line Service Providers*, 8 NO. 4 J. PROPRIETARY RTS. 2 (1996).
- Shulman, Mary Ann, *Internet Copyright Infringement Liability: Is An Online Access Provider More Like a Landlord or a Dance Hall Operator*, 27 GOLDEN GATE U. L. REV. 555 (1997).
- Tickle, Kelly, *The Vicarious Liability of Electronic Bulletin Board for the Copyright Infringement Occurring on their Bulletin Board*, 80 IOWA L. REV. 391 (1995).
- Vassilaki, Irini E., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG-Eine Untersuchung unter besonderer Beruecksichtigung der Einordnung des § 5 TDG im Strafrechtssystem*, MMR 1998, S. 620 ff.
- Yen, Alfred C., *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833 (2000).

其他

- Sieber, Ulrich, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen: Note Herausforderungen des Internet-Teil II* <<http://www.jura.uni-muenchen.de/einrichtungen/s/sieber/article/STVIPDT/SVI02.HTM#Heading17>>.