

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

網路服務業者之侵權責任——以著作權侵權為中心



Liability of Internet Service Provider—A Focus on Copyright
Infringement

研 究 生：張淑美

指 導 教 授：蔡蕙芳 博士

共同指導教授：劉尚志 博士

中 華 民 國 九 十 五 年 十 一 月

網路服務業者之侵權責任—以著作權侵權為中心
Liability of Internet Service Provider—A Focus on Copyright
Infringement

研 究 生：張淑美 Student：Shu-Mei Chang
指 導 教 授：蔡蕙芳 博士 Advisor：Dr. Hui-Fang Tsai
共同指導教授：劉尚志 博士 Co-advisor：Dr. Shang-Jyh Liu

國 立 交 通 大 學
科 技 法 律 研 究 所
碩 士 論 文



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

November 2006

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中 華 民 國 九 十 五 年 十 一 月

網路服務業者的侵權責任——以著作權侵權為中心

研究生：張淑美

指導教授：蔡蕙芳 博士

共同指導教授：劉尚志 博士

國立交通大學科技法律研究所

摘要

當網路使用者利用網路服務業者所提供的網路服務侵害他人權益時，網路服務業者是否應負責一直是個爭議的問題，由於網路服務業者本身並未從事侵權行為，要求其負責應有正當性，美國法是以侵權代位責任及參與侵權責任來規範，美國國會並於1998年通過數位千禧年著作權法案（DMCA）以規定安全港條款的方式提供網路服務業者配合阻止著作權侵權行為的誘因。此外，P2P相關判決如美國的Grokster案及國內的Kuro案、ezPeer案皆引發諸多討論，而Sony案之「實質非侵權用途」原則及Grokster案的誘導原則究該如何解釋適用亦無定論。本文的目的即在於釐清網路服務業者的相關責任，以做為我國將來立法之參考。

首先，本文將針對常見的各種網路服務介紹並進行類型化分析，以了解各類網路服務的特性；其次，將探究在網路服務業者未從事侵權行為的情形下可能須負擔何種責任及其正當性；接下來再深入探討美國相關案例及DMCA中的安全港條款，最後則回歸到我國法，比較我國法與美國法關於間接侵權責任的規定，並以訪談的方式了解國內業者面對網路著作權侵權的處理方式，再針對立法委員所提相關著作權法修正草案進行評析。

關鍵字：網路服務業者、侵權代位責任、參與侵權責任、P2P、數位千禧年著作權法案

Liability of Internet Service Provider—A Focus on Copyright Infringement

Student : Shu-Mei Chang

Advisor : Dr. Hui-Fang Tsai

Co-advisor : Dr. Shang-Jyh Liu

Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

Abstract

It has been a controversial issue whether Internet Service Providers (ISPs) should be liable for their subscribers' copyright infringement. Because ISPs don't directly commit copyright infringement, there must be justification to impose liability on them. In American law, ISPs may be liable for their subscribers' infringement based on vicarious liability and contributory liability, and the Congress passed DMCA to encourage ISPs to cooperate with content providers to stop copyright infringement by enacting several safe harbors. Besides, the judgments about the liability of providing peer to peer file sharing network service, like Grokster, Kuro and ezPeer give rise to a lot of discussion, and the explanation of Sony doctrine and Grokster's inducement theory also leave unresolved. The purpose of this thesis is to make clear the ISP's liability for the subscribers' copyright infringement, and to provide some reference for Taiwan to enact law.

This thesis begins with introducing some common Internet services and tries to classify them according to their characteristics. Then the basis and justification of ISP's liability are explored. Next, this thesis analyzes the U.S. ISP liability cases and discusses the DMCA. In the last part, this thesis reviews Taiwan tort law, Kuro case and ezPeer case. In addition, a survey through interviews was carried out to find out the current reaction of Taiwan ISPs facing the subscribers' copyright infringement. Finally, two drafts of the amendment to Taiwan copyright law are reviewed.

Keyword: Internet Service Provider, vicarious liability, contributory liability, P2P, DMCA

誌 謝

本篇論文的完成，首先要特別感謝我的指導教授蔡蕙芳老師，在研究方向、論文架構及論點釐清上都十分細心地指導。並感謝劉尚志所長、羅明通老師在百忙中抽空擔任口試委員，除了針對論文中的論點提出許多寶貴的意見外，亦期許我在論文寫作上能更精進，老師們嚴謹的治學態度，令我受益良多。

在科法所的三年期間，對我而言是個大豐收，不僅取得碩士學位，還考上律師，可愛的小女兒也在這期間出生，這都要感謝所上老師及同學們的幫忙。特別感謝王明禮老師的提攜照顧，並引見業界的人士協助我完成論文中的訪談研究。感謝三元學長，以其豐富的學識及實務經驗，為我解答法律學習上的問題。感謝貼心的頌瑾及珮綾，在我懷孕期間對我的關心與陪伴。

最後，謹將此論文獻給我最深愛的的家人，特別是我親愛的老公，因為你們的扶持與照顧，讓我得以擁有平安快樂且無慮的生活，更因為你們的支持與鼓勵，讓我勇於挑戰自我，達成生命中各階段的目標。



張淑美 2006 年 秋
謹誌於新竹交通大學

目 錄	
中文摘要.....	I
英文摘要.....	II
誌謝.....	III
目錄.....	IV
第 1 章 緒論.....	1
1.1 研究動機與目的.....	1
1.2 研究範圍之界定.....	2
1.3 論文架構與研究方法.....	3
第 2 章 網路服務業者的意義.....	4
2.1 網路接取提供者 (INTERNET ACCESS PROVIDER).....	4
2.1.1 骨幹業者.....	4
2.1.2 連線服務業者.....	5
2.2 網路平台提供者 (INTERNET PLATFORM PROVIDER).....	5
2.2.1 BBS 站.....	5
2.2.2 FTP 站.....	6
2.2.3 部落格 (Blog).....	7
2.2.4 網路論壇 (Usenet).....	7
2.2.5 電子郵件 (E-mail).....	8
2.2.6 搜尋引擎 (Search Engine).....	9
2.2.7 代理伺服器 (Proxy Server).....	10
2.2.8 P2P 檔案傳輸服務.....	12
2.2.9 MSN Messenger.....	14
2.3 網路內容提供者 (INTERNET CONTENT PROVIDER).....	14
2.4 依侵權資料儲存位置類型化分析.....	15
2.4.1 侵權資料僅係暫時存在，非大眾得以存取.....	15
2.4.2 侵權資料係儲存於網路服務業者的系統或設備中.....	16
2.4.3 侵權資料從未存在於網路服務業者的系統或設備中.....	17
2.4.3.1 業者提供侵權資料所在的指引.....	17
2.4.3.2 業者提供便利侵權資料取得的工具.....	17
第 3 章 網路服務業者的責任層次.....	19
3.1 直接責任.....	19
3.2 間接責任.....	19
3.2.1 第二層責任.....	19
3.2.1.1 與行為人的關係.....	20
3.2.1.2 與行為的關係.....	23

3.2.2	第三層責任.....	25
3.3	案例討論.....	29
第 4 章	網路服務業者著作權侵權責任－美國法為例.....	32
4.1	美國案例法.....	32
4.1.1	重製設備的製造者、散布者.....	32
4.1.1.1	Sony案.....	32
4.1.2	連線服務業者、網路論壇伺服器.....	33
4.1.2.1	Netcom案.....	33
4.1.3	P2P 檔案傳輸服務業者.....	38
4.1.3.1	Napster案.....	38
4.1.3.2	Aimster.....	41
4.1.3.3	Grokster案.....	44
4.1.3.4	小結.....	53
4.1.4	搜尋引擎業者.....	59
4.1.4.1	Perfect 10 v. Google.....	59
4.2	「網路著作權侵權責任限制法」之介紹與分析.....	61
4.2.1	暫時性數位化網路傳輸 (Transitory Digital Network Communications).....	62
4.2.2	系統快取 (System Caching).....	63
4.2.3	依使用者指示存放於系統或網路的資訊 (Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users).....	64
4.2.4	資訊搜尋工具 (Information Location Tools).....	67
4.2.5	其他規定.....	68
4.2.6	分析與討論.....	68
4.3	小結.....	71
第 5 章	我國對網路服務業者著作權侵權責任之規範.....	73
5.1	網路服務業者責任之相關立法.....	73
5.1.1	電信法.....	73
5.1.2	著作權法.....	73
5.1.3	民法.....	74
5.1.3.1	民法第一百八十五條共同侵權行為.....	74
5.1.3.2	民法第一百八十八條僱用人責任.....	75
5.1.3.3	民法第一百九十一條之三危險工作或活動責任.....	76
5.1.4	消費者保護法.....	77
5.2	網路服務業者責任之相關案件探討.....	79
5.2.1	ezPeer案.....	79
5.2.2	Kuro案.....	82
5.2.3	雅虎聊天室誹謗案.....	83

5.3	網路服務業者對於用戶侵害著作權之處理現況調查.....	84
5.3.1	防止著作權侵害的措施.....	85
5.3.2	對於著作權人要求阻止侵權行為的配合.....	86
5.3.3	對著作權法修正草案的看法.....	88
5.3.3.1	網路服務提供者責任限制草案.....	88
5.3.3.2	P2P服務業者責任草案.....	90
5.3.4	小結.....	91
5.4	美國網路服務業者責任型態於我國落實之可行性分析.....	91
5.4.1	侵權代位責任與我國侵權行為法之比較.....	92
5.4.2	參與侵權責任與我國侵權行為法之比較.....	93
5.4.3	參考DMCA立法之可行性.....	93
5.5	網路服務業者著作權侵權責任之相關立法草案.....	95
5.5.1	P2P服務業者責任草案.....	95
5.5.1.1	增訂第八十七條第七款.....	96
5.5.1.2	增訂第九十七條之一.....	98
5.5.1.3	小結.....	100
5.5.2	網路服務提供者責任限制草案.....	100
5.5.2.1	草案第八十八條.....	101
5.5.2.2	第六章之一.....	102
5.5.2.3	小結.....	104
5.5.3	P2P檔案傳輸服務是否得以免責?.....	106
第 6 章	結論與建議.....	107
6.1	結論.....	107
6.2	立法建議.....	109
	參考文獻.....	111
	附錄一：美國著作權法第 512 條.....	117
	附錄二：著作權法修正草案.....	127
	附錄三：訪談綱要.....	135

第 1 章 緒論

1.1 研究動機與目的

隨著網路頻寬的加大、資訊儲存技術的進步與網路使用界面的簡易化，網路普及率不斷攀升，網路在生活中已不可或缺，各家業者亦不斷推出各種多元化的網路服務以滿足網路使用者的需求。網路服務業者除了扮演資訊提供者的角色外，在web 2.0¹的時代中，更是提供各式工具、平台讓網路使用者參與成爲資訊的主導者，因此，在網路中傳輸的資訊，不再是由網路業者獨霸，取而代之的，是由全世界各地的網路使用者分享，而使得網路世界更加豐富多元。然而，網路上傳輸的資訊常包含毀謗言論、受著作權保護的著作、色情圖片等侵害他人權益的內容，而網路的無遠弗屆及網路服務業者所提供的工具、平台更加深損害的發生。當權利人受損時，當然可以要求侵權行爲人負賠償責任，此與實體世界並無不同。但網路世界的匿名性使得追查不易，而在P2P著作權侵權的案件中，要對實際從事上傳下載的網路使用者一一起訴又有其困難性，因此權利人轉而將矛頭指向網路服務業者，要求配合阻止侵權行爲或爲網路使用者的行爲負責。

當網路使用者利用網路服務業者所提供的服務來侵害著作權時，究竟是否該使網路服務業者負責或要求網路服務業者配合阻止該侵權行爲，學者間有不同意見。贊成的學者認爲，著作權侵權可說是網路服務業者經營網路業務所不可避免的風險，基於企業責任的原則，網路服務業者必須將此風險內化爲企業的成本，藉此可促使其主動偵測網路上的侵權行爲，提供著作權人補償，再將此風險轉嫁到網路社群中。² 相反地，有許多學者認爲網路服務業者不須負責，其主要的理由在於，提供網路服務本身並不一定涉及侵權，決定要利用網路服務來從事侵權行爲的是用戶本身，應該由用戶自行負責，而非網路服務業者。此外，加諸網路服務業者如此責任將會使其不去探究

¹ web 2.0 的介紹，請參本文 2.3。

² Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833, 1836 (2000).

用戶是否真的侵權就一律移除其內容，將會損及言論自由的保護。³ 另外，在網路使用者利用網路服務業者提供的服務來侵害著作權——例如在部落格張貼受著作權保護的文章——而著作權人要求網路服務業者移除時，網路服務業者即面臨兩難的局面。如果拒絕移除該侵權內容，著作權人可能對其起訴；但如果移除或停止服務了，也可能因違反與用戶間的契約而被用戶起訴，如此的局面實不利網路服務的發展，因此有必要探討網路服務業者的責任，使其有規範可循。

在美國相關的案件頗多⁴，美國國會在 1998 年即制定DMCA法案，以規定安全港條款的方式提供網路服務業者誘因促使其配合阻止著作權侵權來免責，但爭議並未因而停止，P2P檔案傳輸服務的出現使得相關爭議再受討論並開啓了一連串的訴訟。反觀我國，現行法中並無特別針對此議題加以規定，ezPeer案與Kuro案相近的事實卻有南轅北轍的判決引起諸多討論，立法委員也提出修正草案希望藉由立法平息爭議。在此背景下，本文即希望透過將網路服務類型化並討論美國案例法與實定法來釐清網路服務業者的責任，再針對我國著作權法修正草案加以評析。

1.2 研究範圍之界定

本文主要的研究對象是網路服務業者於其用戶侵害他人權利時應負的間接民事侵權責任，而刑事責任僅於討論 Kuro 案及 ezPeer 案稍有觸及。在「網路服務業者」的定義上，本文採廣義定義，即所有提供網路服務之業者皆屬之，並以類型化的方式加以介紹分析。在比較法部分，本文主要針對美國的案例法與實定法進行討論，而未介紹其他國家之法律。另外，網路服務業者之用戶可能觸及的民事侵權責任有許多類型，例如誹謗、色情、詐欺、著作權侵權等，本文於針對網路服務業者進行類型化分析及

³ *Id.* at 1836.

⁴ 例如 1993 年的Playboy案，Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)、1994 年的Sega案，Sega Enterprise v. MAPHIA, 857 F.Supp. 679 (N.D.Cal. 1994)及 1995 年的Netcom案，Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F.Supp. 1361, 1371 (N.D.Cal.1995)。

討論侵權責任基礎時並未加以區分，但於探討美國案例法、實定法及我國法時，則以著作權侵權責任為中心，以具體化相關議題的討論。

1.3 論文架構與研究方法

本論文共分爲六章，第一章提出網路服務業者責任的爭議所在；第二章則介紹各類網路服務業者，並以「侵權資料儲存位置」來針對各類的網路服務進行類型化分析；第三章則探討網路服務業者的責任層次，以了解當網路服務業者在本身未從事侵權行為之情形下可能須負何種責任及其規範正當性；在第四章則以著作權侵權為中心，探討美國的案例與實定法；第五章則針對我國的現行法、相關案例進行討論，並訪談國內主要網路服務業者及著作權人團體以了解實務上網路服務業者與著作權人團體的配合情形，再針對立法委員所提之著作權法修正草案評析；最後於第六章提出結論及立法建議。

在研究方法上，主要包括文獻分析、案例分析及實證研究。文獻分析部分參考國內外學者文章、網路資料；案例分析則討論美國與我國的相關案例；實證研究部分則是與網路服務業者及著作權人團體進行個別訪談。

第 2 章 網路服務業者的意義

網路服務業者，顧名思義，即為提供網路服務的業者。而網路服務包羅萬象，一般可區分為兩階段服務：第一階段係使網路使用者得以連接上網的服務；第二階段則是當網路使用者連接上網後對其提供的各項服務，而這個階段的服務又可分為內容服務及平台服務。因此，網路服務業者可大致區分為網路接取提供者（Internet Access Provider）、網路平台提供者（Internet Platform Provider）及網路內容提供者（Internet Content Provider）三類。⁵

2.1 網路接取提供者（Internet Access Provider）

網路接取提供者（Internet Access Provider，簡稱 IAP），簡單地說，就是讓網路使用者得以連接上網路的業者。依照是否實際鋪設線路，又可分為骨幹業者與連線服務業者，茲分述如下。

2.1.1 骨幹業者

骨幹業者係指鋪設實體骨幹線路、架設電信機線設備的業者，也就是電信法中的第一類電信業者⁶，中華電信、固網業者皆屬之。



⁵ 在電腦網路內容分級處理辦法中亦將網路服務區分為此三類，該法第二條第二款定義「電腦網路服務提供者」為「網際網路接取提供者、網際網路平臺提供者及網際網路內容提供者」；第三款定義「網際網路接取提供者」為「以專線、撥接等方式提供網際網路連線服務之業者」；第四款定義「網際網路平臺提供者」為「在網際網路上提供硬體之儲存空間、或利用網際網路建置網站提供資訊發佈及網頁連結服務功能者」；第五款定義「網際網路內容提供者」為「實際提供網際網路網頁資訊內容者」。

⁶ 電信法中係以是否擁有電信機線設備為標準區分為第一類電信業者及第二類電信業者。擁有電信機線設備者為第一類電信業者。電信法第十一條：「電信事業分為第一類電信事業及第二類電信事業（第一項）。第一類電信事業指設置電信機線設備，提供電信服務之事業（第二項）。前項電信機線設備指連接發信端與受信端之網路傳輸設備、與網路傳輸設備形成一體而設置之交換設備、以及二者之附屬設備（第三項）。第二類電信事業指第一類電信事業以外之電信事業（第四項）。」

2.1.2 連線服務業者

連線服務業者係指能讓網路用戶連上網路的業者，一般所稱的 ISP (Internet Service Provider) 指的就是這類業者，像中華電信的 Hinet、資策會的 Seednet 皆屬之。由於連線服務業者本身並未擁有實體線路及電信機線設備，因此必須向骨幹業者租用，再對網路用戶提供連線上網的服務。連線服務業者所提供的連線服務包括撥接連線 (dialup) 及寬頻連線兩類。撥接連線係指網路用戶利用數據機及電話與連線服務業者連線，再連上網路，速度較慢，通常只有 56 Kbit/s 或更少，而且在連線時不能同時打電話。至於寬頻連線則是應用新一代數位連線技術讓用戶端能取得更多的頻寬，實現更為豐富的網路應用。現在較為流行的寬頻連線方式包括 ADSL 及 Cable modem 兩種。

連線服務業者除了提供連線上網的服務外，通常還會提供各類的網路服務，例如網際網路撥接帳號、網域名稱 (Domain name) 申請、專線帳號、電子郵件 (E-mail) 帳號、虛擬主機、網頁設計與維護等服務。由於網路服務業者的責任取決於其所提供的服務內容，連線服務業者雖同時提供連線上網服務及其他服務，然其責任卻不可一概而論，必須細究其在個案中所提供的服務內容為何而定。因此在本文中，稱連線服務業者係專門針對連線上網的服務而言，並不及於其他服務。

2.2 網路平台提供者 (Internet Platform Provider)

網路平台提供者 (Internet Platform Provider, 簡稱 IPP) 係指架設平台讓網路使用者得以在此平台上從事各種網路活動之業者。平台提供者所提供的可能是儲存空間，讓使用者放置個人資料，亦可能是資訊傳播的管道、網路使用者間溝通的媒介等服務，十分多元化，以下將介紹目前常見的各類網路服務，並界定相關的網路服務業者。

2.2.1 BBS 站

電子布告欄 (Bulletin Board System, 簡稱BBS)，係指一個允許使用者在其上交換訊息、文章、電腦程式、影像等其他資訊，而具有布告欄性質的電腦服務系統，使用

者可以藉由上傳 (upload) 或下載 (download) 的方式來進行資訊交流。⁷ 從前的BBS使用者大多使用數據機及專用連線軟體，透過電話線而上站，現今則大都透過網際網路連上BBS站。BBS站最主要的功能在於資訊的交流，布告欄可作為企業組織或政府機關對外宣傳的管道；而針對不同的主題，BBS站內亦設置許多的討論區 (亦稱為「看版」)，使用者可在其上閱讀並發表文章以交換意見。此外，BBS站尚有電子郵件服務、檔案交流、聊天室及線上遊戲等功能。

在 BBS 站的管理方面，通常有兩個階層的管理者。最上階層的管理者，即為「站長」，負責整個 BBS 站系統的維護運作與管理；而各個討論區亦設有「版主」，其職責為協助站長進行討論區的管理，包括維持討論區的秩序、刪除攻擊性、不雅或灌水的文章，並編輯精華區等。

2.2.2 FTP 站

檔案傳輸協定 (File Transfer Protocol, 簡稱FTP)，是TCP/IP網路上廣泛用於檔案傳輸的通訊協定，在檔案傳輸的過程中牽涉到兩部電腦，一部為伺服器端，另一部則為用戶端，用戶端的電腦可利用檔案傳輸軟體連上伺服器以進行檔案的操作，包括將伺服器的檔案下載到自己的電腦，或將自己電腦裡的檔案上傳到伺服器等。⁸ FTP站指的就是伺服器。

FTP 站的站長即為管理者，負責 FTP 站的架設與維護、站內檔案的分類整理，以及使用者 (即用戶端電腦) 的存取權限設定。FTP 站在使用者的控管上可分為兩類，一為匿名 FTP 站 (anonymous FTP)，使用者不需輸入帳號密碼，即可登入 FTP 站來檢視檔案目錄或下載檔案，也就是說，任何人都可以來存取 FTP 站內的檔案，通常用於共享軟體 (shareware) 或免費軟體 (freeware) 的提供，也是早期企業提供硬體驅動程式或更新程式的管道；由於使用者是以匿名方式登入，FTP 站長通常無法得知使

⁷ 趙之敏，電腦網路上電子布告欄與網路論壇之著作權問題研究，東吳大學法研所碩士論文，頁 14 (1996)，轉引自蔡偉逸，網路服務業者之著作權侵害責任，東吳大學法律學系碩士論文，頁 13 (2002)。

⁸ 參-Wikipedia, *File Transfer Protocol*, at <http://en.wikipedia.org/wiki/File_Transfer_Protocol> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

用者的身份，對於使用者也無多大的控制能力，但因為這類 FTP 站通常僅提供檔案的下載，而不包括檔案的上傳，因此也較不易出現使用者上傳非法檔案的情形。而在另一類的 FTP 站，使用者就必須輸入帳號密碼，才可以進行檔案的操作與存取，常用於使用者彼此間檔案的交流。此類站長的權力就大很多，不僅要管理使用者的帳號，還可決定各個使用者的權限，例如某些使用者只可下載不可上傳、某些使用者則可自由上傳與下載等。此外，站長亦可即時監控使用者的連線情形，及使用者現在所進行的動作。

在資料流部分，不論是站長一開始提供下載的檔案，或是使用者上傳的檔案，都是儲存在架設 FTP 站的電腦中，因此 FTP 站站長即擁有檔案增刪的權利，而檔案儲存在電腦中的久暫，亦是由站長決定。

2.2.3 部落格 (Blog)

近年來網路部落格 (Weblog, 通稱 Blog) 可說是蔚為風潮，許多入口網站、新聞網站紛紛推出部落格服務⁹，不論是政治人物、藝人或學生們，都相繼擁有自己的部落格，而部落格的內容從新聞、文學、體育、娛樂到個人日記、遊記等，可說是包羅萬象。部落格可說是專屬的個人化網頁，使用者只要向提供此服務的網路服務業者申請 (付費/免費)，再利用網站所提供的編輯工具，即可輕輕鬆鬆地架設個人的網頁，免除過去須自行以程式語言編寫網頁的麻煩。部落格使用者所發表的文章或上傳的圖片、檔案皆儲存在網路服務業者的電腦中，但部落格的內容概由使用者編輯，業者並不干預，依契約也不得干預，然而大部分業者皆會在使用條款中要求使用者不得上傳非法檔案或發表不當的言論。

2.2.4 網路論壇 (Usenet)

網路論壇是一種供網路使用者公開討論、交換心得的服務系統，可說是一個巨大的佈告欄或 BBS 站，使用者可依自己的興趣加入不同的討論區 (newsgroup, 亦稱新

⁹ 例如 Yahoo! 奇摩部落格 (<http://tw.blog.yahoo.com/>)、中時部落格 (<http://blog.chinatimes.com/>)、無名小站 (<http://www.wretch.cc/>) 等。

聞群組)來閱覽或發表文章,但與 BBS 不同的是,所有的討論區都是開放的,使用者並不須經註冊、登入的程序,也不像 mailing list (郵件討論群組)的服務必須加入會員。

網路論壇中各個討論區的內容,是透過許許多多新聞伺服器(News Server,亦稱 Usenet Server)的通力合作才得以傳遞到全世界的。當使用者發表文章時,一開始只會儲存在其所連結的新聞伺服器中,隨著新聞伺服器間彼此溝通交換,使用者的文章就可以傳遞到網路論壇上的所有新聞伺服器而得以讓所有的使用者讀取,文章的保留期間約為兩星期左右。

網路論壇本身雖然沒有一個統一的中央管理機構,但其上的討論區依文章是否須經審查仍可分為有主持人的討論區(moderated newsgroup)及沒有主持人的討論區(unmoderated newsgroup)兩類。在有主持人的討論區中,使用者發表的文章會先送到主持人手中,由其審查是否符合該討論區的規則,如果符合,再由主持人送到網路論壇中,而主持人通常是在申請開關新的討論區時指定的;然而大部分的討論區還是屬於沒有主持人的討論區,使用者所發表的文章不須經過審查即可送出,不出幾天,就可傳遍全世界。¹⁰

就網路論壇這項網路服務,所謂的網路服務業者指的是架設新聞伺服器的業者。大部分的連線服務業者除了提供網路連線服務外,亦會架設新聞伺服器供其用戶加入網路論壇。此外,許多學校亦會架設新聞伺服器讓學校師生得以加入網路論壇,或作為師生們交換意見的媒介,例如交通大學、中央大學皆有架設。

2.2.5 電子郵件(E-mail)

電子郵件(E-mail)服務可說是現代人生活中不可或缺的一項網路服務了!透過電子郵件,可以使得在地球兩端的親友在不到幾分鐘的時間就可以接收到彼此的訊

¹⁰ 參Wikipedia, *Usenet*, at <<http://en.wikipedia.org/wiki/Usenet>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

息。除了一般的文字外，音樂、圖片等各種格式的檔案都可以透過電子郵件來傳送，可說是十分便利。

電子郵件服務主要是靠郵件伺服器（mail server）來完成郵件的寄出與接收。負責寄出郵件的伺服器稱為寄件伺服器，使用者的電腦將郵件傳送到寄件伺服器、寄件伺服器透過其他郵件伺服器來轉寄郵件，皆是透過 SMTP（Simple Mail Transfer Protocol）這個通訊協定來完成，因而寄件伺服器又通稱為 SMTP 伺服器；而負責接收郵件的伺服器稱為收件伺服器，其所採用的通訊協定為 POP（Post Office Protocol），當使用者電腦從收件伺服器取回他人寄來的郵件時，就是透過這個通訊協定，因此收件伺服器又稱 POP 伺服器。

在使用者將電子郵件傳送到寄件伺服器後，寄件伺服器通常會複製一份電子郵件的備份，再將其傳送到目的地的郵件伺服器。當郵件到達收件伺服器而使用者尚未取回時，郵件是一直儲存在收件伺服器的。而當使用者取回郵件時，使用者亦可設定在收件伺服器中保留一份郵件的備份。換言之，在電子郵件傳遞的過程中，郵件伺服器可能一直存有電子郵件的備份。

除了使用用戶端軟體外，使用者亦可使用 webmail（web-based email，即網頁界面的電子郵件服務）¹¹，與用戶端軟體不同的是，使用者必須連到提供 webmail 服務的業者所架設的網頁才可使用 webmail 服務，且不論是寄出郵件的備份或收到的郵件都是儲存在業者的伺服器當中，而不會自動傳回使用者的電腦。此種電子郵件服務的好處在於，使用者不論身處何地，皆可連上網路服務業者的網站來收發信件。

2.2.6 搜尋引擎（Search Engine）

搜尋引擎廣義地來說是指所有可在電腦系統中幫忙找到所需資訊的程式，搜尋的對象可能是網路上的資訊，可能是公司內部的資料庫，也可能是個人電腦內的文件檔案，但如果未特別言明，通常是指在網際網路上搜尋資訊的網路搜尋引擎，例如 Google

¹¹ 例如 Yahoo! 奇摩信箱、MSN Hotmail 信箱皆為 webmail。

就是目前最大的網路搜尋引擎，使用者只要輸入關鍵字（keyword），Google 就會列出網際網路上所有相關的網頁供使用者點選連結。

網路搜尋引擎運作的方式主要有三個階段：網頁資料抓取（web crawling）、製作索引（indexing）及執行搜尋（searching）。在「網頁資料抓取」這個階段，一個自動執行的程式「網頁資料抓取機器人（web crawler）」會定期擷取網路上所有的網頁資料，接下來這些擷取來的網頁資料會被分析製作成索引並儲存在索引資料庫中，最後當使用者查詢（通常是輸入關鍵字）時，搜尋引擎就會到索引資料庫中查詢，並列出最符合查詢條件的網頁連結。¹² 除了列出原始網頁的連結外，Google還提供頁庫存檔（cached）的服務，也就是Google將之前擷取下來的網頁內容存放在自己的伺服器中，當使用者查詢時，如果遇到原始網頁沒辦法連結，便可連結到Google的伺服器查看之前擷取的網頁內容。頁庫存檔的服務可以解決網頁無法連結的問題，對使用者而言是相當便利的服務，但因為其所提供的網頁內容是之前所擷取，可能會因為未更新而成為過時的資訊。

2.2.7 代理伺服器（Proxy Server）

許多網路使用者或許都有這樣的經驗：要瀏覽某一個網頁，可能是因為這個網站太熱門很多人連結，也或許是這個網站遠在國外，因而總得花上一段時間才能傳回該網頁的內容，這個網站也可能因為太多人瀏覽而發生當機的情形。代理伺服器即是為了解決這個問題，其運作模式為，在網路使用者設定好代理伺服器後，每當網路使用者欲存取某網頁時，這個要求資料的訊號會先傳到代理伺服器，代理伺服器就會先到自己的快取（cache）中去找看看有沒有網路使用者想要的網頁，如果有，就直接傳回給使用者，如果沒有，就會代理使用者到原始的遠端網站去取得網頁資料，一方面傳回給使用者，一方面將該網頁存在快取中，讓以後的使用者得以快速存取。

¹² 參Wikipedia, *Search engine*, at <http://en.wikipedia.org/wiki/Search_engine#How_search_engines_work> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

代理伺服器的優點在於可降低原始網站的頻寬需求、減少網頁的回應時間、並且可避免網路壅塞；然而其亦有幾項缺點：首先，代理伺服器快取中的網頁資料可能不是最新的，因而使用者無法取得最新的資料，也使得原始網站經營者無法保有其更新的權利；其次，原始網站經營者無法確知到底有多少人曾經存取其網頁，因而無法有正確的點選（hit）統計值來評估廣告上的效益。¹³

代理伺服器的運作，通常是由管理者安裝設定相關軟體來達成，而代理使用者去存取網頁、將其回傳給使用者並存入快取的動作，主要是依使用者的請求（request），再利用相關軟體自動完成，因此，並非由代理伺服器的管理者來決定要將哪些資料存回快取中。此外，對於回傳的網頁資料，有些代理伺服器僅是原原本本的回傳並儲存，但有些則因某些目的或因素，會將網頁資料加以過濾或轉換成新的格式，例如學校可能利用過濾軟體來阻絕色情網頁的資料及病毒，而某些服務業者可能利用軟體將網頁格式轉換成適於PDA或手機瀏覽的格式。¹⁴

代理伺服器的功能既是為減少網路壅塞以節省使用者存取網頁的時間，其存在快取中的資料自然不會在短時間內移除。但由於快取的空間並非無限大，通常都是依照快取內資料新舊、大小及使用者存取的頻率來決定該移除哪些資訊，一般是採兩種規則來決定：最少被用到的（Least Frequently Used）及最久沒被用到的（Least Recently Used）。¹⁵

如前所述，代理伺服器會將使用者所欲存取的網頁資料存在自己的快取中，很明顯就是一個重製的行為，而當其他使用者再去存取相同網頁時，代理伺服器將快取中的資料回傳給使用者，則涉及公開傳輸。此外，在代理伺服器會將網頁資料轉換或過濾的情形下，則可能涉及改作。如果這些資料都是受著作權保護，而代理伺服器重製、散佈及改作的行為都可能會違反著作權人的專有權利。

¹³ The Digital Millennium Copyright Act of 1998: U.S. Copyright Office Summary, 10 (1998).

¹⁴ 參Wikipedia, *Proxy server*, at <http://en.wikipedia.org/wiki/Proxy_server> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

¹⁵ *Id.*

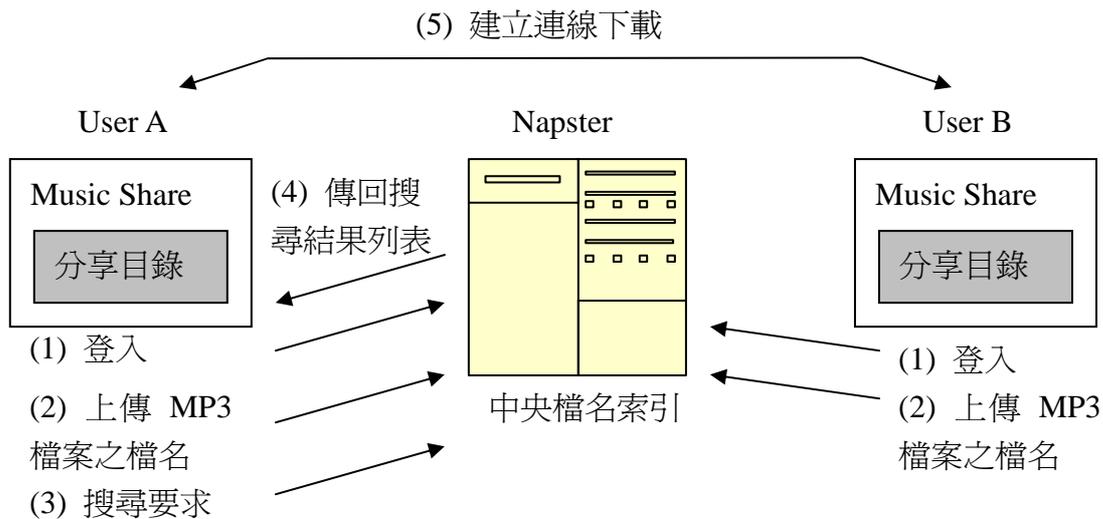
2.2.8 P2P 檔案傳輸服務

P2P (peer to peer) 在近幾年成爲一個十分熱門的詞，而隨著國內外的P2P檔案傳輸服務業者相繼被起訴或控告，P2P檔案傳輸服務在著作權相關的議題更引起熱烈的討論。與傳統的主從式架構係指伺服器端與使用者端的關係不同，P2P架構是一種分散儲存資源的去中心化網路架構。每一個網路使用者可以兼具使用者端及伺服器端之特性，使用者間之地位是對等的而非主從關係，使用者電腦間是直接交通及上傳下載，並無中心電腦網站資料庫以儲存資訊內容。使用者只要下載相同之P2P軟體並啓動使用，該軟體即會自動執行搜尋之功能而與同時在線上之其他使用者電腦互爲連結，並互爲傳輸資訊。¹⁶ 隨著網路頻寬的增加及壓縮技術的進步，P2P軟體在網路使用者間形成一個巨大的檔案共享社群，特別是針對熱門的音樂、影音檔案，而這些檔案多是享有著作權的著作，因而有侵害著作權的疑慮。

P2P 檔案傳輸服務業者提供服務的方式不一，有的除了提供 P2P 軟體下載外，亦架設中央伺服器提供使用者電腦中分享檔案的檔名供查詢，以方便使用者間互爲傳輸；有的業者則不提供分享檔案的檔名，僅僅提供 P2P 軟體下載，再藉由廣告收益獲利。

由於 P2P 檔案傳輸服務業者提供服務的方式不同，P2P 軟體的運作方式亦有所不同。以有提供中央檔名索引的 Napster 系統爲例，使用者要下載並安裝 Napster 所提供的 P2P 軟體 MusicShare，並設定一個分享目錄，取名爲 user library，在使用者登入 Napster 的網站後，MusicShare 便會自動將分享目錄裡的音樂檔案的檔名上傳到 Napster 的伺服器，Napster 再將這些檔名整理成搜尋索引 (search index)。當使用者 A 想要某一首歌時，就可利用 MusicShare 的搜尋工具到 Napster 的索引中查詢，如果發現使用者 B 的 user library 中有這首歌，使用者 A 就可直接與使用者 B 連線以傳輸這首歌的檔案。Napster 系統的運作方式可以下圖表示：

¹⁶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，3卷，1期，頁6(2006)。



另外，在沒有提供中央檔名索引的P2P檔案傳輸服務方面，使用者下載並安裝P2P軟體後，並不須上傳分享檔案的檔名，而是自行向其他安裝有相同軟體的使用者電腦搜尋想要的檔案，如果找到了，再直接與該電腦連線並傳輸相關檔案，P2P軟體如Gnutella及Freenet皆是採取此種運作方式。但由於搜尋要求的訊息會先送到臨近使用者之連線電腦，再由臨近使用者之連線電腦傳送到其他的連線電腦，因此無法預先判斷要多久的時間才可將搜尋要求的訊息傳到所有的連線電腦，尤其是當其他連線電腦的頻寬太小或運算速度太差時，將影響傳送及搜尋的效率。¹⁷ 因此，有另一類的P2P軟體，如荷蘭的KaZaA及美國的Grokster所提供的P2P軟體，雖然同樣是沒有中央檔名索引的伺服器，但利用超節點（supernode）的方式來加快檔案搜尋的速度。所謂的超節點，是指頻寬較大、運算速度較快的電腦，經軟體自行選擇而成為檔案搜尋的處理中心，使用者的搜尋訊息會自動傳送到附近的超節點，再由超節點執行搜尋及轉送到其他超節點，經由此超節點網路的形成，加速搜尋的執行。¹⁸

¹⁷ 羅明通，「P2P資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價——兼論折衷式與無階式（NO-TIER）P2P之技術差異」，*月旦法學雜誌*，94期，頁213（2003）。

¹⁸ 同前註，頁219。

2.2.9 MSN Messenger

MSN Messenger 是微軟公司所研發的一個用戶端即時訊息 (instant messaging) 軟體，在現下的電腦用戶間十分流行，其提供的功能除了可與朋友以文字互傳訊息外，還可開啓語音、視訊功能聊天，也可傳輸檔案、玩線上遊戲等，而在新版的 Windows Live Messenger 中，還加上檔案分享目錄的功能，允許與朋友間共享某個分享目錄內的檔案，可取代一次只能分享一個檔案的檔案傳輸功能。

在使用 MSN Messenger 前，使用者必須先申請一個帳號，稱為 .NET Passport (在新版的 Windows Live Messenger 已改為 Windows Live ID)，有了這個帳號，使用者除了可使用 MSN Messenger 外，亦可使用微軟所提供的許多網路服務，例如我的部落格 (MSN Spaces)、網路電子郵件 (Hotmail) 等¹⁹，微軟即為提供這些多元網路服務的網路服務業者。

2.3 網路內容提供者 (Internet Content Provider)

網路內容提供者 (Internet Content Provider，簡稱 ICP) 係指實際生產內容並透過網路提供給使用者的業者，新聞業者架設網站提供電子報²⁰ 就是最典型的網路內容提供者。就此類網路服務業者而言，由於係自行提供內容，因此當該內容侵害他人權益時，網路服務業者就是侵害他人權益的行為人，可能要為其所提供的內容負擔責任。

儘管網路內容提供者在過去扮演網路主導角色，但隨著 web 2.0 的時代來臨，情況已大不相同，網路業者將從內容主導和提供者，轉變為平台提供者或是服務整合者的角色，而未來網路的主導權將完全由網友掌控。²¹ 所謂的 web 2.0 並沒有一個統一的定義，有人認為 web 2.0 時代，網路最常見的行為模式不是下載，而是大量上傳、分享

¹⁹ 有關微軟所提供的網路服務可參考其網頁 <http://www.msn.com.tw/>。

²⁰ 如中時電子報 <http://news.chinatimes.com/mainpage.htm>、聯合新聞網 <http://udn.com/NEWS/main.html>。

²¹ 參何英煒，「網路業者變平台提供者」，工商時報，

<<http://times.hinet.net/news/20060505/infotech/768a9d91b79a.htm>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

及連結²²，亦有人將web 2.0 定義為「用戶參與，聯繫，共享，以形成規模經濟的過程」²³，使用者不再只是被動的資訊接收者，更成為主動的資訊創造者，而如此的改變都要拜網路普及、儲存成本降低及資訊發布界面簡易化²⁴之賜。在web2.0 的時代，網路上將充滿使用者所創造的資訊內容，同時亦可能有許多侵害他人權益的資訊在網路上流傳，網路服務業者是否該因此負責，必須審慎評估，否則將使網路服務業者動輒得咎。

2.4 依侵權資料儲存位置類型化分析

在探討網路服務業者就其用戶利用其網路服務從事侵權行為時是否應負責任時，網路服務業者是否知情，及網路服務業者有無控制能力是決定的重要因素，而探究這兩個因素的一項指標就在於用戶所張貼或傳輸的侵權資料是否儲存在網路服務業者的系統中。如果用戶的侵權資料儲存在網路服務業者的系統中，網路服務業者知情的可能性就比較高，且將該侵權資料移除以阻止侵權行為繼續的控制能力也比較強；反之，網路服務業者就比較難以得知用戶的侵權行為，且較不易阻止侵權行為的繼續。因此，針對前述各類的網路服務，可依用戶侵權資料儲存位置來加以類型化，茲分析如下。

2.4.1 侵權資料僅係暫時存在，非大眾得以存取

在骨幹業者與連線服務業者所提供的服務中，由於該網路服務的內容只是提供一個傳輸的管道，傳輸的資料係暫時存在於網路服務業者的系統或設備中，待傳輸完畢即行刪除，且非該資料的接收者以外的一般大眾得以存取，正因為這樣的特性，較不會產生散布的效果，即使該資料的內容侵害他人的權利，對於被受害人的影響較小。以誹謗他人的文章為例，用戶利用連線服務業者所提供的連線服務來傳輸誹謗他人的

²²何英燁，前揭註 21。

²³黃芳宇，「中國網際網路大預言（七）Web 2.0 經濟體」，at <<http://www.digitalwall.com/scripts/display.asp?UID=331>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

²⁴部落格服務提供簡易的界面讓網路使用者得以輕易地發表文章、分享照片，使得資訊發布變得更容易。

文章，該文章在傳輸的過程中僅係暫時存在於連線服務業者的系統中，且非一般大眾可接觸或下載，不會有散布的效果，因此該連線服務對於因該文章而受侵害者而言，影響較小。因此，在論究這類網路服務業者的責任時，應從嚴認定。

2.4.2 侵權資料係儲存於網路服務業者的系統或設備中

在這一類的網路服務中，業者所提供的通常是一個空間供用戶上傳檔案、張貼圖片或發表文章，因此用戶所上傳的資料係儲存在網路服務業者的系統或設備中，且存在的時間較長，有些服務甚至提供用戶對該空間有完全的控制權力，因而除非用戶自行移除該空間內的資料，否則這些資料會永久存放於業者的系統或設備中。BBS 站、FTP 站、網路論壇及部落格都是屬於這類服務。在這類服務中，許多用戶所上傳的資料都是開放可供大眾閱覽或下載的，若用戶將會侵害他人權益的資料放到這些空間中供大眾閱覽或下載，則對於被侵害者而言，將有較大的影響。例如用戶在自己的部落格張貼他人擁有著作權的圖片供其他網友觀賞或下載，則該圖片即會因此散布到全世界，對該圖片的著作權人而言，嚴重影響其權利與利益，而隨著該圖片存在的時間愈久，影響可能愈大。易言之，此類的網路服務如被用於侵權行為時，將造成較大的侵權結果。

從網路服務業者阻止侵權行為的角度來看，因為侵權資料係儲存於網路服務業者的系統或設備中，網路服務業者有能力將侵權資料移除，或使其無法被大眾存取，因此網路服務業者即有能力阻止侵權行為的繼續，如果仍捨此而不為，可能較容易被認為有幫助侵權的嫌疑而應對此負責。因此，在這類型的網路服務中，當業者面臨用戶將侵權資料置放於其系統或設備時，就會產生是否有義務將該侵權資料移除的爭議，而在討論移除義務時，除了必須考慮到業者與用戶間的契約關係是否允許業者擅自移除用戶的資料外，還必須考慮到移除的行為是否侵害了用戶的言論自由，以避免過度侵害用戶的基本權利。

2.4.3 侵權資料從未存在於網路服務業者的系統或設備中

在某些網路服務中，侵權資料從未存在於網路服務業者的系統或設備中，但這些網路服務卻可能使得網路使用者更輕易地從事侵權行為，又可分為兩類，分述如下。

2.4.3.1 業者提供侵權資料所在的指引

在這類的網路服務中，業者所提供的僅是侵權資料所在的指引，而在用戶利用該網路服務以從事侵權行為時，用戶所上傳或下載的侵權資料並不會經由網路服務業者的系統或設備，搜尋引擎、有中央檔名索引的 P2P 檔案傳輸服務皆屬此種型態的網路服務。由於用戶並未置放侵權資料於此類網路服務業者的系統或設備中，因此不生移除用戶資料的問題。取而代之的，是移除該指引的問題。以搜尋引擎服務為例，業者利用自動化程式擷取網路上所有的網頁並進行分析、製作索引並提供網路用戶查詢。由於自動化程式於擷取網頁時無法判斷該網頁是否有侵害他人權利的資料，因而含有侵權資料的網頁也會被擷取並作成索引供網路用戶查詢。如此一來，網路用戶即可透過搜尋引擎所提供的連結前往含有侵權資料的網頁，於此過程中，搜尋引擎所提供的連結即成為侵權資料散布的重要媒介，因此當業者得知其所提供的連結可能導致侵權資料散布時，是否有移除該連結的義務，即為值得討論的問題，惟此時與前一類「侵權資料係儲存於網路服務業者的系統或設備中」的網路服務所不同的是，並不會有侵害用戶言論自由的疑慮，因為所要移除的連結或指引係由業者自行產生，而非用戶所放置的。

2.4.3.2 業者提供便利侵權資料取得的工具

在這類的網路服務中，業者所提供的是可使網路用戶更輕易取得侵權資料的工具，無中央檔名索引的 P2P 檔案傳輸服務就是最典型的例子，業者提供網路用戶 P2P 軟體，網路用戶即可利用此 P2P 軟體形成一個龐大的分享社群，互相傳輸受著作權保護的音樂、電影著作，造成著作權人的權益受損。而在討論提供此類網路服務的業者應負的責任時，最引發討論的爭點在於通常業者所提供的工具除了可便利網路用戶取得侵權資料外，尚有許多合法的用途，因而究竟在什麼情形下才可以認定網路服務業者必須因提供工具促使網路用戶易於侵權而負責。在著作權侵權的案件中，從 Sony

案的「實質非侵權用途原則」到 **Grokster** 案的「誘導理論」，都在處理這個議題，而從一連串的 **P2P** 相關案件中，更可看出在討論網路服務業者的責任時，其經營模式將是一個關鍵因素，本文將於第四章再詳細討論。



第 3 章 網路服務業者的責任層次

網路服務業者在提供網路服務的過程中，可能因為自己的行為或用戶的行為而侵害他人的權利。網路服務業者可能要承擔的責任可分為直接責任與間接責任，其中直接責任為第一層責任，而間接責任則可依與直接侵權者的關係遠近而區分為第二層責任（secondary liability）與第三層責任（tertiary liability），茲分述如下。

3.1 直接責任

網路服務業者在提供服務時，如果因為自己的行為侵害他人的權利或造成他人的損失，在符合侵權行為要件的情形下，必須負直接侵權責任。例如FTP站的管理者將非法軟體放在FTP站供不特定人下載，則可能侵害著作權人的公開傳輸權而應負直接侵權責任。在搜尋引擎Google所提供的「影像搜尋（Image Search）」服務中，Google因複製成人網站Perfect 10 的圖片並製成縮圖以供使用者搜尋而被Perfect 10 控告直接侵害其著作權。²⁵



3.2 間接責任

3.2.1 第二層責任

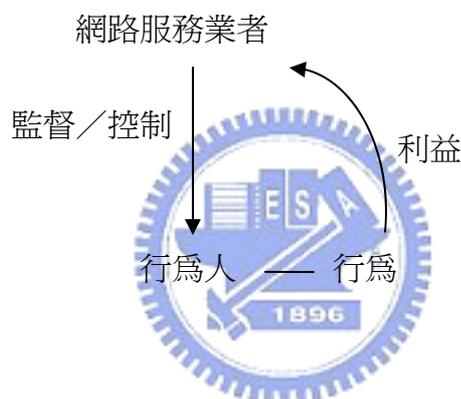
網路服務業者的間接責任係指網路服務業者本身並未從事侵權行為，但卻因他人的侵權行為而須承擔責任的責任型態，通常是由於網路服務業者的用戶利用其所提供的網路服務來從事侵權行為，因而使網路服務業者必須負責。由於網路服務業者本身並未從事侵權行為，要求其為他人的行為負責，必須網路服務業者與該他人或與該他

²⁵ Perfect 10 v. Google, 416 F.Supp.2d 828 (C.D. Cal. 2006)。參章忠信，「Google被判定不得作特定縮圖 (thumbnail) 鏈結」，at <<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=158>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。Perfect 10 除了主張Google直接侵害其著作權外，亦同時因Google在網頁上提供其他非法網站的連結而主張Google應負參與侵權責任與侵權代位責任，此部分將於第四章討論。

人的侵權行為間有一定的關係，才不致於過度擴張其責任。因此，在論及網路服務業者的間接責任時，可以分為「與行為人的關係」及「與行為的關係」這兩方面來看。

3.2.1.1 與行為人的關係

在「與行為人的關係」方面，網路服務業者之所以要為他人的行為負責，必須是因為與該他人有一定的關係，特別是在網路服務業者有能力監督他人的情形下，因疏於監督他人使得他人為侵權行為，使網路服務業者負責才有意義。然而，如果僅因網路服務業者有監督他人的能力即使其負責未免過苛，因為有監督他人的能力不代表有監督的義務，因此還必須限縮在其有因該侵權行為獲有利益始可課與責任。其間的關係可以下圖表示：



在美國的侵權行為法中，侵權代位責任（vicarious liability）²⁶即是著重在間接侵權者與直接侵權者之間的關係。侵權代位責任是一種為他人的行為負責的責任型態，其最常見的類型是基於歸責於上（respondeat superior）原則²⁷，在此原則之下，僱主對於其僱員於職務範圍內的侵權行為必須一同負責²⁸，而且既然僱主是為僱員的行為而非為其自身行為負責，則即使僱主本身無過失，亦不影響責任的成立，因此屬於嚴格責任（strict liability）²⁹。然而，在一般原則係講求個人必須為其行為亦僅為其行為

²⁶學者蔡蕙芳將vicarious liability一詞譯為「侵權代位責任」，本文從之。參蔡蕙芳，「用戶著作權侵權之網路服務業者責任」，科技法學評論，1卷，2期，頁301，註10（2004）。

²⁷學者王澤鑑將respondeat superior譯為「歸責於上」，參王澤鑑，「特殊侵權行為（四）——僱用人侵權責任（上）」，台灣本土法學雜誌，64期，頁59（2004）。

²⁸ DAN B. DOBBS., THE LAW OF TORTS 905 (2000).

²⁹ *Id.* at 906.

負責，而侵權代位責任卻要求必須要為他人的行為負責，其正當化的理由實有探究的必要。有學者認為，在僱主與僱員的情形中，僱員通常沒有能力賠償其侵權行為所帶來的損害，因此侵權訴訟並無法對其產生嚇阻作用；相對地，僱主的經濟能力較為雄厚而有能力支付賠償金，因此要僱主負責較能促使其對僱員進行監督以避免侵權行為的發生。³⁰

此外，亦有學者從企業責任的角度來分析其正當性。對於某些必然會產生而不值得避免的損害，企業可藉由保險制度及提高產品售價來將風險分散，使受損的個人免於承擔過大的損害，因此應使企業即僱主來負責。另一方面，基於公平正義，亦應使企業負責。由於企業活動不可避免地都會伴隨著某種危險，即使企業僱主本身並無過失，亦應使其為此種可預見的危險負責。此種危險即所謂企業典型風險（*characteristic risks of an enterprise*），亦包括可預見的僱員過失。例如客運業者根據統計資料必能預期其司機有可能不小心發生車禍而造成他人的損害，即使業者已盡監督之責，仍必須為其司機的過失負起責任，以符公平正義。³¹

在現今的判決中，法院多以風險分配（*risk allocation*）的概念來解釋侵權代位責任的正當性。當個人從事某種事業來獲取利益，而該事業自然會伴隨某些可預期的損害發生，這時候就應該由這個想要從中獲取利益的人來承擔這個可預期的損害，而將這個損害視為從事該事業的成本之一。因為相較於讓其他無辜的人來承擔這個損害，使獲取利益的人來承擔是比較公平而且也較符合正義的。此外，從事該事業的人比其他人更能有效地防止損害發生，而加諸其責任更使其有誘因而防止不必要的損害發生。³²

在與著作權侵權相關案例中，法院在 1963 年的 *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.* 案³³ 的判決中表示，「當有權利及能力去監督受著作權保護的資料的利用，且

³⁰ *Id.* at 908.

³¹ *Id.* at 908-09.

³² *Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314, 1325 (D. Mass. 1994).

³³ 316 F.2d 304 (2d Cir.1963).

從此利用中獲有明顯及直接財產上利益時——即使對於著作權的獨占性遭破壞一事並不實際知情——由該利用的受益人來承擔責任最能達到著作權法的目的（“When the right and ability to supervise coalesce with an obvious and direct financial interest in the exploitation of copyrighted materials—even in the absence of actual knowledge that the copyright monopoly is being impaired—the purposes of copyright law may be best effectuated by the imposition of liability upon the beneficiary of that exploitation.”）³⁴，因而發展出侵權代位責任的兩個要件：監督（supervision）——對於他人的行為有權利及能力控制（the right and ability to supervise）、利益（benefit）——從他人的行為獲有直接財產上利益（direct financial benefit）。³⁵

在監督要件上，法院傾向於評估實際上的控制能力，而非僅是理論上的控制能力，也就是說，縱使理論上被告有能力控制監督，但實際上可行性很低或可能造成過分負擔的情形下，法院傾向認定不符合有控制能力的要件³⁶。因此，在判斷上，可行性及是否造成過分負擔亦為考量重點。此外，網路服務業者與直接侵權者間是否有契約約定直接侵權者應遵守著作權規範、網路服務業者是否可逕行終止服務³⁷、及是否曾實際因用戶侵權而終止服務等因素亦會影響到網路服務業者是否有控制之權利及能力的判斷。

而在利益要件上，法院區分兩類案件。第一種類型為出租人案件（landlord case），由於出租人自承租人處收取的是固定的租金，承租人如何使用該房屋與出租人的收益並無關聯，而且在房屋出租後對於房屋已無實質控制監督的權利，因而就算承租人將該房屋用於著作權侵權之用，如開設販賣盜版唱片的店面，出租人亦不用因此負責。

³⁴ *Shapiro, Bernstein*, 316 F.2d at 307.

³⁵ 侵權代位責任係為他人的侵權行為負責，以他人的直接侵權行為存在為前提。因此他人的直接侵權行為存在為侵權代位責任的首要要件。

³⁶ 2 PAUL GOLDSTEIN, COPYRIGHT § 6.2.2, at 6:22, 6:25 (2d ed. 2003).

³⁷ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1023 (9th Cir. 2001) (“[A]bility to block infringers' access to a particular environment for any reason whatsoever is evidence of the right and ability to supervise”).

而另一種類型的案件統稱為舞廳案件（dance hall cases），在此類案件中，對於樂團未經授權在舞廳內演出受著作權保護歌曲的行為，舞廳的經營人必須負責。主要的原因在於其行為滿足侵權代位責任的兩個要件。首先，舞廳經營人當然有權控制樂團並防止樂團從事侵權行為；其次，舞廳的收入是從入場費而來，而樂團演唱受著作權保護歌曲會吸引更多的人支付入場費來享受音樂，舞廳經營人即因樂團的行為獲有直接財產上利益。³⁸ 在法院後來的判決中，即類比系爭案件是較接近於出租人案件或舞廳案件，以決定被告是否從侵權行為中獲有直接利益。

3.2.1.2 與行為的關係

在「與行為的關係」方面，網路服務業者雖然沒有自己為侵權行為，對於直接侵權者亦無控制或監督的能力，但若得知他人要從事侵權行為卻仍提供助力，如未對其課與責任則無法有效扼阻侵權行為的發生。網路服務業者與侵權行為的關係可以下圖表示：



在美國侵權行為法中的參與侵權責任（contributory liability）³⁹即是著重在間接侵權者與侵權行為之間的關係，而不論對於直接侵權者是否有控制或監督的能力。在美國著作權法中，雖然賦與著作權人許多專有權利，並規定侵害這些專有權利者皆為侵權者而需負責，但並未對於幫助、引誘他人侵害這些專有權利者有所規範，規範第三人行為的參與侵權責任則是援引自一般法律原則而由案例法發展而來。此原則主要的

³⁸ Yen, *supra* note 2, at 1844.

³⁹ 學者蔡蕙芳將contributory liability一詞譯為「參與侵權責任」，本文從之。參蔡蕙芳，前揭註 26，頁 301，註 9。

目的是為了使著作權人得以從源頭——也就是幫助、引誘的人——阻止侵權行為，而不用對廣大的直接侵權者一一追訴。⁴⁰

現代運用於著作權法案件的參與侵權責任原則是源自於 *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.* 案⁴¹，本案判決中，法官認為：「在對侵權活動知情的情形下，引誘、造成或實質參與他人的侵權行為者，可被認定為參與侵權者(”one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a 'contributory' infringer.”)」⁴²。由此原則可看出要成立參與侵權責任必須同時具備兩個要件：知情 (knowledge) 及參與 (participation)。⁴³

在知情要件上，包括實際知情 (actual knowledge) 與推定知情 (constructive knowledge)⁴⁴。在參與要件上，通常有兩種方式的參與，一為人力的貢獻，一為侵權所需之設備或內容的提供。如被告以人力的貢獻方式參與，在許多案件中會被推定被告對於侵權行為是知情的；相反的，如以提供設備或內容的方式參與，由於沒有被告個人行為的介入，通常會認為被告對於侵權行為沒有實際知情。在網路服務業者責任的案件中，網路服務業者的參與通常是以設備 (如連線設備、網頁空間) 的提供為主，因此較難因此而推定網路服務業者對於其用戶的侵權行為有實際知情，這也是為何在討論其是否須負參與侵權責任時，討論重點經常集中於「知情」要件的原因。此外，這類型參與案件相較於人力提供的案件而言，較難處理，主要是因為設備的提供本身

⁴⁰ John M. Moye, *How Sony Survived: Peer-To-Peer Software, Grokster, and Contributory Copyright Liability in the Twenty-First Century*, 84 N.C. L. REV. 646, 652 (2006).

⁴¹ 443 F.2d 1159 (2d Cir. 1971).

⁴² *Gershwin Publ'g Corp.*, 443 F.2d at 1162.

⁴³ 參與侵權責任係為他人的侵權行為負責，以他人的直接侵權行為存在為前提。因此他人的直接侵權行為存在為參與侵權責任的首要要件。

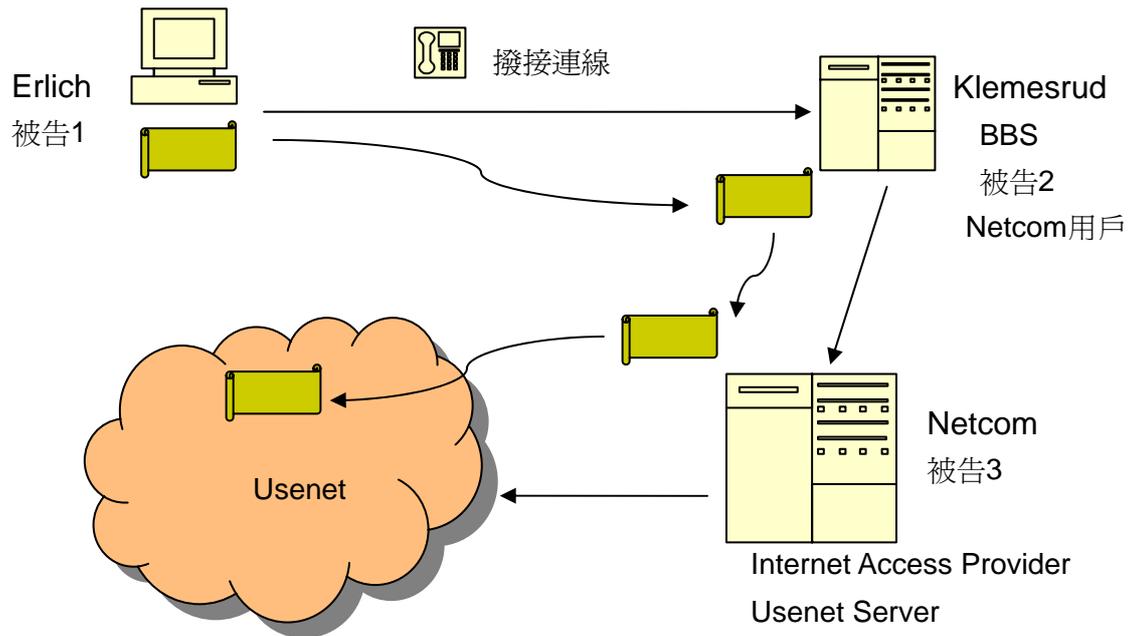
⁴⁴ 雖然缺乏實際知情，但得知某些事實足以促使合理 (reasonable) 的人去調查 (inquire) 是否有侵權行為發生 (although the defendant lacked actual knowledge of the infringement, he knew of facts that would have prompted a reasonable person to inquire into whether an infringement was occurring.)，也就是有理由得知、可得而知 (have reason to know)，即為推定知情，參 2 GOLDSTEIN, *supra* note 36, § 6.1, at 6:6。

並不一定絕對涉及侵權，也就是當設備本身除了可作為侵權之用，亦有其他合法用途時，如允許著作權人禁止設備提供者繼續提供設備，相當於允許著作權人干預設備的價格及市場，特別是在被告所提供的是高科技產品的情形下，更容易因而影響到科技的發展與進步。在此類型的著作權侵權案件中，被告經常援引Sony案的「實質非侵權用途原則」來作為抗辯，此原則將於第四章討論。

3.2.2 第三層責任

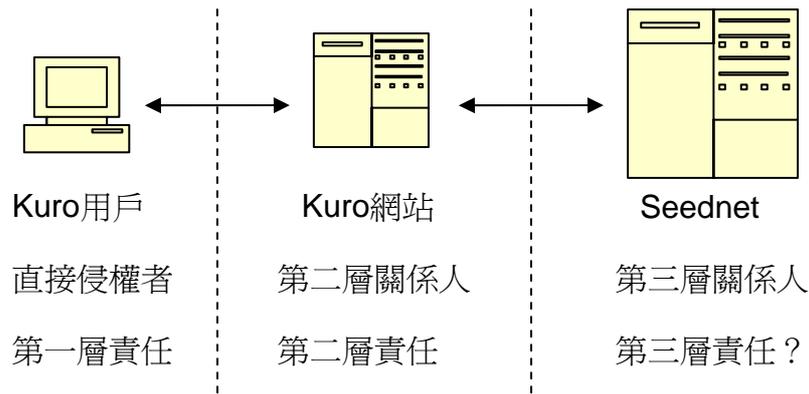
前一節的討論都是針對網路服務業者與直接侵權者間有直接關係的情形，因而網路服務業者的責任可被歸類為「第二層責任」。然而，在某些情形，網路服務業者與直接侵權者間並沒有直接關係，反而是與因該直接侵權者的行為而須負第二層責任之人有關係，因而間接促使或幫助直接侵權者遂行其侵權行為，此時該網路服務業者是否必須負責，以及使其負責的要件為何，皆有疑慮。為方便討論，與直接侵權者或其侵權行為有直接關係者稱為「第二層關係人」，而與直接侵權者或其侵權行為無直接關係者，卻與「第二層關係人」有直接關係者稱為「第三層關係人」。舉例來說，在美國的Netcom的案件⁴⁵中，被告Dennis Erlich利用撥接連上另一被告Thomas Klemesrud所主持的BBS站，並在BBS站上的一個Usenet新聞群組張貼原告擁有著作權的文章且加以批評；而Thomas Klemesrud所主持的BBS站則是經由另一被告網路連線業者 Netcom公司連上網路。其間的關係可以下圖表示：

⁴⁵ Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F.Supp. 1361, 1371 (N.D.Cal.1995)。詳細判決請參本文 4.1.2.1。



在此關係中，Erlich未經授權即張貼受著作權保護之文章，是屬直接侵權者，應負直接責任，即第一層責任。網路服務業者Klemesrud主持BBS站，提供服務使Erlich得以張貼系爭文章，與Erlich有直接關係，為第二層關係人，可能要負第二層責任。而Netcom是一個網路連線業者，提供連線服務使Klemesrud的BBS站得以連上網路，與Klemesrud有連線服務的契約關係，但與直接侵權者Erlich卻沒有直接關係，為第三層關係人，即便如此，Erlich的文章卻也因Netcom的連線服務而得以散布到Usenet使全世界的網路使用者皆可閱覽。此時，Netcom是否必須因Erlich的侵權行為負第三層責任，則有疑問。類似的關係亦出現在台灣的Kuro案中。Kuro是提供P2P檔案傳輸服務的網路服務業者，其用戶下載安裝Kuro所提供的P2P軟體即可登入Kuro網站與其他用戶交換音樂著作，而Kuro的主機則是由另一個網路服務業者Seednet來代管，其間的關係亦可由下圖表示⁴⁶：

⁴⁶ 在舉Kuro案為例來說明第三層責任時，也應包括Kuro的投資者、為Kuro代收用戶費用者，本文僅以為Kuro代管主機之網路服務業者Seednet為例加以說明。



在這個關係圖中，Kuro 的用戶係自己從事音樂檔案上傳下載的行為，要負直接責任，即第一層責任；Kuro 提供 P2P 檔案傳輸服務，與用戶間有直接關係，為第二層關係人，雖未自己為上傳下載的行為，仍可能要負第二層責任；至於為 Kuro 代管主機的 Seednet，與 Kuro 用戶間無直接關係，但與 Kuro 間有主機代管服務的契約關係，為第三層關係人，在某種程度上似可認為因 Seednet 提供 Kuro 主機代管的服務，使得 Kuro 的網站得以順利地運作，進而促使用戶得以順利地利用 Kuro 網站來與其他用戶傳輸音樂檔案而造成侵害著作權的結果，亦即主機代管業務與著作權人受損害間有條件因果關係，然而主機代管業務係正當的網路業務，亦無法律禁止此類業務，即使與著作權人受損害間有因果關係，仍屬法所容許的風險，而不具有客觀歸責性。因此，是否該使 Seednet 負責，則有討論的空間。

在討論第三層責任時，有學者嘗試從解釋美國著作權法的條文文義來尋求第三層責任的依據⁴⁷，該學者認為，美國著作權法第 106 條賦與著作權人多項專有權利（exclusive rights）⁴⁸，同時亦賦與著作權人授權他人去實施各該項專有權利的專有權利，此「授權專有權（exclusive right of authorization）」可做為第二層責任的依據。此外，美國著作權法第 501(a)條規定著作權人得對「任何」侵害專有權利的行為提起訴訟，並未區分係侵害何種專有權利，相當於將實施專有權利的侵害行為（violating “to do” right）與授權他人實施專有權利的侵害行為（violating “to authorize” right）等同視

⁴⁷ Benjamin H. Glatstein, *Tertiary Copyright Liability*, 71 U. CHI. L. REV. 1605, 1615 (2004).

⁴⁸ 17 U.S.C. § 106(1)-(6).

之。因此，授與他人「授權之權利」的也是侵權，以此類推，即可推出第三層、第四層…的責任層次。

此外，該學者亦從預防侵權的經濟分析角度來看，認為應由高成本效益（*cost-effective*）的一方來監督或預防侵權行為的發生，因此課與該一方責任可促使其採取行動來預防侵權，而由位於第三層關係的一方來監督或預防是高成本效益的。⁴⁹ 另外，使第三層關係人負責可避免集體行動問題（*collective action problem*）。以P2P檔案傳輸服務為例，使用者所下載之音樂著作之著作權通常分屬多位著作權人，如其中一著作權人對該使用者起訴，可能會因為使用者財力不足無法賠償，使得該著作權人因此訴訟獲得的利益（*private benefit*）不一定大於其付出之成本（*private cost*），但此訴訟在某種程度上可有效嚇阻其他使用者繼續非法下載的行為，則其他著作權人可因此訴訟而獲利，整體而言，社會也能因而獲利（*public benefit*）而形成公共財（*public good*）。然而，公共財有搭便車問題（*free riding*），即著作權人皆希望透過其他著作權人起訴而獲利，最後的結果就是大家都不願起訴，因而也就沒有公共財的產生。對第二層關係人起訴也有可能產生此問題，因為第二層關係人可能是剛起步或無力賠償的公司，對其起訴的利得為負（*negative value suit*），但對於第三層關係人如投資者起訴的利得為正（*positive value suit*），因此如使第三層關係人應負責，會鼓勵著作權人提起訴訟，而產生公共財。⁵⁰

然而，就美國著作權法條文的文義來看，該學者的推論是有問題的。著作權人所擁有的專有權利除了第 106 條揭示的 6 種權利外，還有授權他人實施這 6 種權利的權利，但卻沒有授權他人授權的權利。因此，不能僅因第 501(a)條未區分侵害何種專有權利，即認為授權他人授權的也是侵權。另外，就預防侵權的成本來看，雖謂如果沒有第三層關係人來幫助第二層關係人，則直接侵權者就難以遂行其侵權行為，因而課與第三層關係人責任可有效預防侵權行為。但第三層關係人與直接侵權者並無直接關係，監督或預防的成本不一定會比較低。而且一旦承認第三層關係人應負責任，對社

⁴⁹ Glatstein, *supra* note 47, at 1617.

⁵⁰ *Id.* at 1619-20.

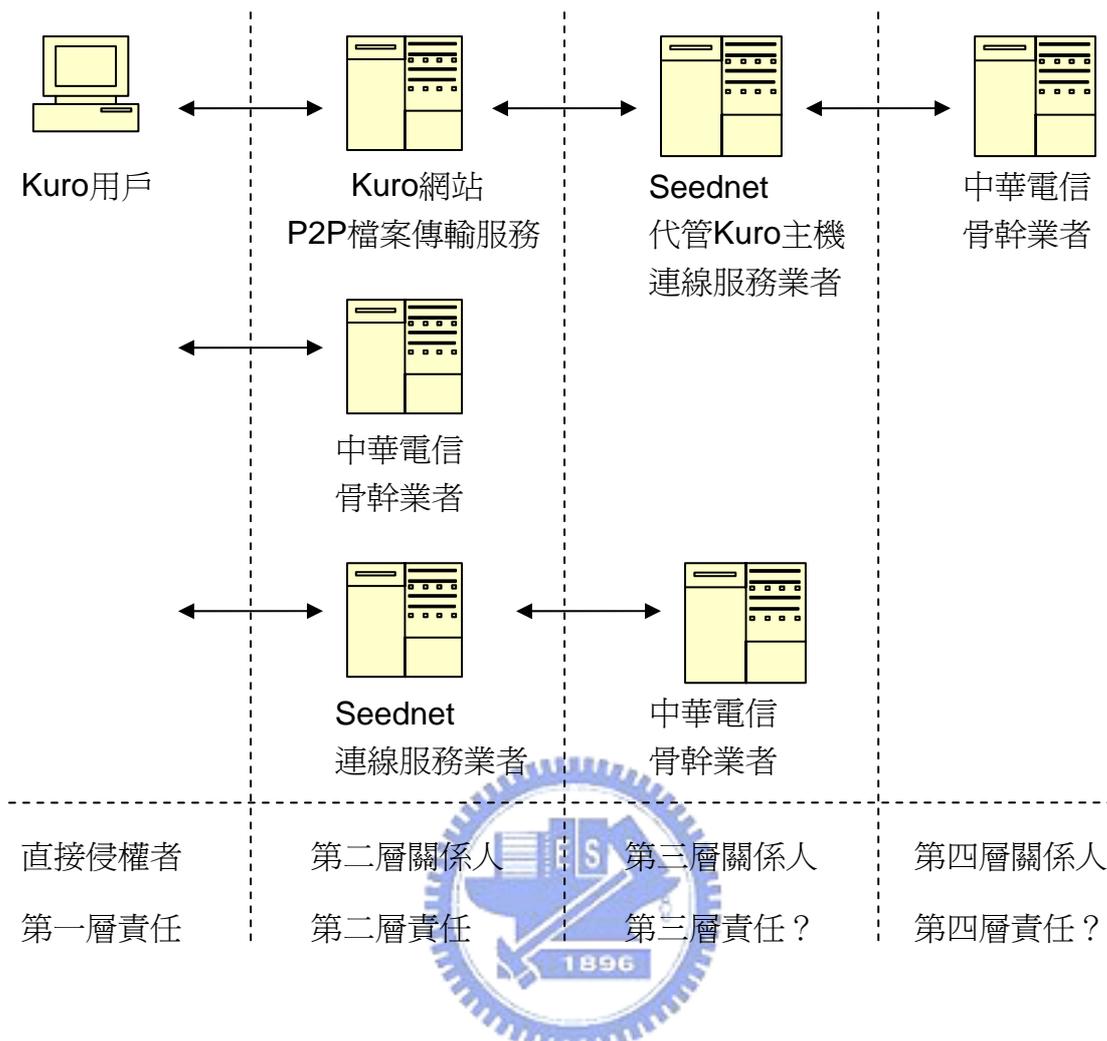
會正常商業活動皆會有很大的影響，例如對Seednet而言，其在決定是否提供Kuro主機代管服務時必須仔細評估Kuro的運作模式及其使用者是否可能從事侵權行為，而對投資公司而言，在投資前必須先監督或詳細觀察其投資標的，將提高相關交易成本，並增加投資的風險而降低投資意願，科技公司在沒有資金的情形下即可能無法進行創新科技的佈局與研發，如此一來則會影響到科技的創新與進步，對社會造成的損失不可謂不大。再者，該學者就公共財部分的分析僅有在第三層關係人為財力雄厚之投資者的情形下適用，並不適用於所有的情形。再由美國相關的案例來看，法院傾向於不承認第三層責任的概念，反而仍舊依照第二層責任的概念——即參與侵權責任與侵權代位責任——來檢驗被告是否應負責⁵¹。換句話說，即使被告與直接侵權者之間或與該侵權行為之間並無直接關係，只要是符合參與侵權責任或侵權代位責任的要件，就必須負責。在前述的Netcom案中，Netcom雖與直接侵權者Erlich間無直接關係，法院仍是依照參與侵權責任與侵權代位責任的要件來檢驗。因此，被告與直接侵權者之間或與該侵權行為之間究屬第幾層關係並不重要，重要的是有沒有符合參與侵權責任或侵權代位責任的要件。



3.3 案例討論

針對網路服務業者的責任層次，前幾節已有討論，本節擬針對 Kuro 案中所涉及的網路服務業者之責任做案例討論。在 Kuro 用戶利用 P2P 軟體進行音樂檔案傳輸的過程中，除了涉及 Kuro 網站及 Seednet 兩方外，還有涉及其他類型的網路服務業者，茲以下圖列出整個過程中所涉及各方的關係圖及其可能要負的責任層次。

⁵¹ William Sloan Coats, Mark R. Weinstein & Erik R. Zimmerman, *Pre- and Post-Grokster Copyright Infringement Liability for Secondary and Tertiary Parties*, 842 PLI/PAT 221, 247-51 (2005).



在此關係圖中，Kuro 用戶加入 Kuro 網站成為會員並接受 Kuro 網站提供的 P2P 檔案傳輸服務，因此 Kuro 用戶與 Kuro 網站間有網路服務提供與使用的關係。而在 Kuro 用戶登入 Kuro 網站使用其服務前，必須仰賴連線服務業者所提供的連線服務來連上網路，因而 Kuro 用戶與連線服務業者 Seednet 間亦有連線服務的契約關係。此外，Kuro 用戶的電腦欲透過 Seednet 連上網路必須先連上 Seednet 的機房，而從 Kuro 用戶的家中到 Seednet 機房則必須經過骨幹業者中華電信所鋪設的線路，因此 Kuro 用戶與中華電信間亦有線路提供的契約關係。綜上所述，與 Kuro 用戶有直接關係的第二層關係人包括 Kuro 網站、Seednet 及中華電信。雖然這三個網路服務業者皆屬第二層關係人，但因所提供的服務、在整個侵權行為過程的角色皆不同，因此其責任可能也不盡相同。在第二章曾討論過，網路服務業者可依侵權資料是否儲存於其系統或設備而可分為三類，Kuro 網站除提供 P2P 軟體供網路用戶使用來與其他用戶互傳音樂檔案，

亦架設中央檔名伺服器以便利使用者查詢所要的音樂檔案，但網站本身並未保有該音樂檔案，屬於「侵權資料從未存在於網路服務業者的系統或設備中」的「業者提供侵權資料所在的指引」類，會涉及是否有移除指引義務的問題，也就是說，爭點在於 Kuro 網站是否有義務依著作權人所提供的音樂檔案名稱來過濾掉擁有該音樂檔案之其他使用者電腦的網路位址，以避免使用者取得該音樂檔案；Seednet 提供 Kuro 用戶連線服務，是為連線服務業者，而中華電信則為骨幹業者，兩者皆屬於「侵權資料僅係暫時存在，非大眾得以存取」類，由於僅是提供一傳輸管道，且因侵權資料只是暫時存在，而無散布效果，對於著作權人影響較小，因此不應使其負擔過大的責任。

至於在第三層關係人方面，則包括為 Kuro 網站代管主機的 Seednet，又由於 Seednet 除了幫 Kuro 網站代管主機外，亦使其連上網路，此時 Seednet 的角色是連線服務業者，在實體線路上係租用骨幹業者中華電信的線路，故 Seednet 與中華電信間亦有線路租用的契約關係。因此，中華電信與 Kuro 用戶間的關係又多加一層，可說是第四層關係人。

由以上的關係圖分析可看出，Seednet 與中華電信在整個侵權行為過程中可同時身兼不同層次的關係人，也就是說，網路服務業者究屬第幾層關係人，必須視其所提供的服務內容、所扮演的角色而有所分別，不可一概而論。

第 4 章 網路服務業者著作權侵權責任－美國法為例

4.1 美國案例法

4.1.1 重製設備的製造者、散布者

4.1.1.1 Sony案⁵²

Sony案的被告雖非網路服務業者，但因最高法院在本案中首次將間接侵權責任運用到著作權侵權領域，且於判決中揭示「實質非侵權用途」原則，試圖解決科技的發展與著作權人權益維護間所產生的衝突，因而特別值得討論。原告Universal Studios及Walt Disney Production於1976起訴控告Sony公司，主張其所製造銷售的錄放影機允許消費者在未獲授權下錄製原告享有著作權的電視節目，因而應負直接侵權責任與間接侵權責任。在處理間接侵權責任之參與侵權責任的議題上，法院援引專利法中的「一般商品原則（staple article of commerce doctrine）」⁵³，指出如果重製設備廣泛地被使用於合法與不可被非難的目的（widely used for legitimate, unobjectionable purposes）時，也就是能被用於實質非侵權用途者（be capable of substantial noninfringing uses），則販售該產品的行為就不構成參與侵權行為。⁵⁴ 法院認為，一般商品原則旨在使著作權人的法定獨占權利獲得有效而非象徵性的保護，同時亦顧及其他人從事與著作權無關的

⁵² Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 420 (1984).

⁵³ 35 U.S.C. § 271(c)。依據該條規定，行為人提供或販售有實質非侵權用途的一般商品時，即使該物品可用於侵害專利權，仍不構成參與侵權責任。一般商品原則係指，散布專利產品的元件者，如果該元件可用於其他非侵害專利用途，則該散布者不違反專利法。此原則的訂立是為了避免僅因專利產品的元件可被用來侵害他人的專利，就推定散布者有意侵害他人之專利權，因為該元件尚有其他合法用途。但如果某元件只可用於專利產品的製造而無其他用途，即可推定散布該元件者有意侵害他人之專利。參MGM v. Grokster, 125 S.Ct. 2764, 2777 (2005)。

⁵⁴ Sony Corp. of America, 464 U.S. at 442 (“[T]he sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it need merely be capable of substantial noninfringing uses”).

商業行爲⁵⁵。易言之，法院援引一般商品原則，即是要避免擴張著作權人的獨占利益到著作權以外的一般商品，如果系爭產品有實質非侵權用途，就應顧及到非侵權使用者享受新科技的利益。⁵⁶

在判斷 Sony 的錄放影機是否有實質非侵權用途方面，由於 Sony 的錄放影機允許消費者將電視節目錄下來以便將來有空的時候觀賞，這種基於私人家庭使用目的的時間轉換行爲（time-shifting）是許多電視節目製作人所同意的；至於未獲授權的時間轉換行爲方面，法院認定是私人且非商業性的，應屬合理使用而未侵害著作權。因此，法院認定 Sony 的錄放影機有實質非侵權用途，基於前述的一般商品原則，Sony 無須因販售錄放影機而負參與侵權責任。

4.1.2 連線服務業者、網路論壇伺服器

4.1.2.1 Netcom案⁵⁷

本案原告爲Religious Technology Center (“RTC”) 及 Bridge Publications, Inc. (“BPI”)，其擁有Church of Scientology創辦人L. Ron Hubbard著作的著作權，而本案的被告共三人，其中Dennis Erlich利用撥接連上另一被告Thomas Klemesrud所主持的BBS站，並在一個專門討論Scientology的新聞群組alt.religion.scientology (“a.r.s.”)上張貼L. Ron Hubbard的文章且加以批評；而Thomas Klemesrud所主持的BBS站則是經由另一被告，即連線服務業者 Netcom公司來連上網路。⁵⁸

Erlich所張貼的文章傳遞過程如下：Erlich利用撥接連上Klemesrud的BBS站，並將文章發表於新聞群組alt.religion.scientology上，此文章會自動儲存在Klemesrud的電腦中，之後Erlich的文章又會從Klemesrud的電腦中自動複製傳送到Netcom的電腦中並轉

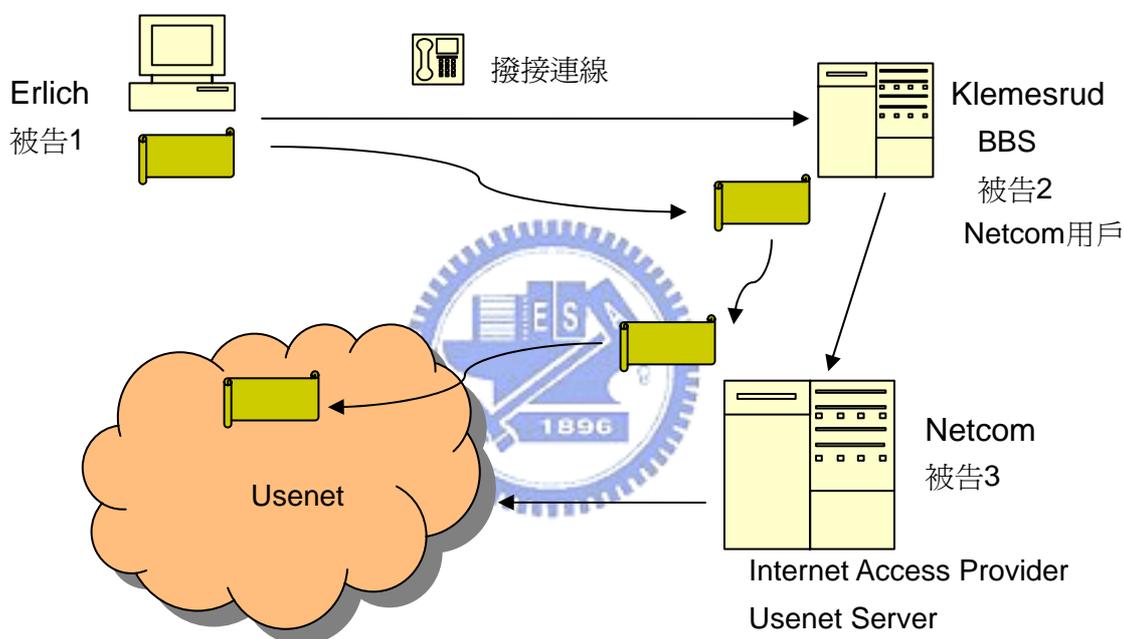
⁵⁵ *Sony Corp. of America*, 464 U.S. at 442 (“The staple article of commerce doctrine must strike a balance between a copyright holder's legitimate demand for effective--not merely symbolic--protection of the statutory monopoly, and the rights of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce”).

⁵⁶ Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. Of America V. Universal City Studios, Inc. In The Age of Napster*, 37 CREIGHTON L. REV. 859, 877 (2004).

⁵⁷ *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F.Supp. 1361, 1371 (N.D.Cal.1995).

⁵⁸ *Religious Tech. Ctr.*, 907 F.Supp. at 1365-66.

送到Usenet上。爲了傳送的便利及Usenet使用者的便利，新聞群組的文章會分別在Klemesrud的電腦及Netcom的電腦中儲存3天及11天之久，在這段期間，Netcom的使用者及其他臨近的新聞伺服器（Usenet Server）就可從Netcom的電腦中存取或下載新聞群組內的文章，而經由各新聞伺服器的不斷轉送，該文章即可於數小時內傳送到世界各地。Netcom在此過程中不僅提供連線服務使Klemesrud的BBS站連上網路，同時也扮演著新聞伺服器的角色。⁵⁹ 本案被告之間的關係及該侵權文章的傳遞過程可以下圖表示：



本案原告主張 Erlich 張貼 L. Ron Hubbard 著作的行爲侵犯其著作權，在無法阻止 Erlich 繼續張貼下，原告轉而要求 Klemesrud 及 Netcom 停止 Erlich 的連線服務。Klemesrud 表示如要停止 Erlich 的服務，原告必須證明其擁有有效的著作權，但原告卻以其要求不合理而拒絕提供。同樣地，Netcom 亦拒絕原告的要求，並表示 Netcom 如果要將 Erlich 排除於網路外，勢必要停止對 Klemesrud 的連線服務，這將造成所有

⁵⁹ *Religious Tech. Ctr.*, 907 F.Supp. at 1367-68.

Klemesrud 之 BBS 站的使用者被排除於網路外。因此，原告即以此三人為被告提起著作權侵權的訴訟。

在法院的審理中，主要針對三種著作權侵權責任類型——直接侵權責任、輔助侵權責任、侵權代位責任——作討論，本節僅針對 Netcom 的部分討論如下。

4.1.2.1.1 直接侵權責任

法院首先表示，從之前的MAI案⁶⁰可得知，將原告的文章暫存於電腦的RAM中的確構成「重製」，但Netcom並未採取任何積極的行為來複製原告的著作，而僅是架設及維護將使用者的訊息自動暫存並轉送到Usenet的系統，其間並無人為的介入。因此，即使在系統運作過程中，原告的著作確實被暫存到Netcom的電腦中，但並不代表Netcom造成複製的結果。也就是說，著作權侵權雖不要求被告明知或可得而知，但對於侵權結果仍須有意志的介入及因果關係，而這些要素在本案情形是不存在的。此外，如按照原告的理论，將會使得所有參與轉信作業的新聞伺服器都要承擔直接侵權責任，但其實這些新聞伺服器所做的事不過是系統的架設與維護，而這又是使得Usenet的訊息得以傳遞到世界各地所必須的。⁶¹

另外在公開散布權方面，原告雖未主張被告侵害其公開散布權，但法院仍針對此部分表示見解。法院認為，不能僅因為 Netcom 的電腦中存有原告的著作且可被其用戶存取，就斷定其侵害公開散布權，特別是 Netcom 系統的運作都是自動且無區別的。

4.1.2.1.2 參與侵權責任

要成立參與侵權責任，必須同時符合以下兩個要件：對侵權行為知情（with knowledge of the infringing activity）及對他人之侵權行為引誘、造成、或有實質助益（induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another），分述如下。

在知情要件部分，原告主張 Netcom 至少在接到原告的通知後已經知道 Erlich 的侵權行為，但 Netcom 反駁主張：(1) 在 Netcom 出租其設備與 Klemesrud 時並不知道

⁶⁰ MAI Systems Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511, 518 (9th Cir.1993).

⁶¹ *Religious Tech. Ctr.*, 907 F.Supp. at 1368-70.

Erlich 準備為侵權行為；(2) 在 Erlich 為侵權行為前 Netcom 亦無法得知；(3) 在侵權的文章發表前無法過濾掉該文章；(4) Netcom 對於 Erlich 之侵權行為的了解過於曖昧不清，因為 Netcom 沒辦法斷定原告的著作權登記是否有效，以及 Erlich 的行為是否符合合理使用。

Netcom 援引前例中出租人不應為承租人的侵權行為負參與侵權責任(除非在出租前就已經知道承租人欲將其房屋做為侵權之用)之見解，表示在出租其設備與 Klemesrud 時不知 Erlich 將侵權，故亦應免於參與侵權責任。但法院認為，與房屋出租人不同，Netcom 在本案的角色不僅只是出租空間與 Klemesrud，也是個連線服務業者 (access provider)，對於其系統的使用有一定的控制權，因而知情的時間點不是在 Netcom 與 Klemesrud 簽約時，而應後退到提供服務允許 Erlich 侵權的時點。而在 Netcom 提供服務允許 Erlich 的文章儲存於其系統的期間內(即從 Erlich 的文章傳送到 Netcom 的電腦之後的 11 天內)，在未接獲原告通知前，Netcom 的確不知情，但問題是，Netcom 在接獲原告通知表示 Erlich 的侵權行為後，是否仍可抗辯其不知情即有疑問。

針對 Netcom 抗辯因為其沒辦法斷定原告的著作權登記是否有效，以及 Erlich 之行為是否符合合理使用，因而其對於 Erlich 之侵權行為的了解過於曖昧不清而不構成知情方面，法院認為，雖然單從著作權人的侵權通知並不能導出 Netcom 一定知情，但 Netcom 認為通知中必須說明 Erlich 的侵權是毫無疑問的主張也是不可採的。也就是說，如果原告的通知中雖未證明其著作權之有效性，但有表明其著作的版權聲明，則 Netcom 就難以抗辯其不知情。然而法院亦表示，一旦有人提出似是而非的合理使用抗辯時，要 BBS 的管理者來判斷是否為合理使用似乎過於強人所難，因而在有人提出合理使用抗辯，或著作中沒有版權聲明、或著作權人沒有提出文件佐證可能有侵權行為而使得 BBS 管理者無法判斷的情形下，則可合理認定 BBS 管理者不知情。

由於 Netcom 在接獲原告的通知後 Erlich 的文章還儲存在 Netcom 的電腦中，則 Netcom 是否知情即影響其參與侵權責任的成立。由於 Netcom 是否知情為事實上的爭點，因此法院駁回 Netcom 的簡易判決申請。

另外，在實質參與要件部分，法院認為，Netcom 身為連線服務業者，與房屋出租人不同，其對於網路服務的提供仍有一定的控制能力。也就是說，Netcom 仍有能力刪除 Erlich 的文章以減低對著作權人的傷害，然其未加以刪除而使得其他用戶或新聞伺服器得以繼續存取，即相當於實質幫助 Erlich 侵害原告的公開散布權。

4.1.2.1.3 侵權代位責任

要成立侵權代位責任，必須同時符合兩個要件：(1) 對於直接侵權者的行為有控制的權利及能力 (has the right and ability to control the infringer's acts)；(2) 從侵權行為受有直接的財產上利益 (receives a direct financial benefit from the infringement)。茲分述如下。

在控制的權利與能力部分，Netcom 表示由於資料流量龐大及更新速度十分快，Netcom 不可能一一檢視所有發表的訊息內容，也就是 Netcom 並沒有能力去控制並加以阻止其用戶發表侵權文章。然而原告卻表示根據 Netcom 與其用戶的使用條款，Netcom 仍保有停止對用戶服務的權利，且證據亦顯示，Netcom 在過去亦曾對於發表商業、猥褻及離題言論的用戶暫停其帳號，因而法院認為關於 Netcom 是否有控制侵權行為的權利與能力部分，仍有待事實的調查。

而在被告是否從直接侵權者的侵權行為受有直接財產上利益部分，法院援引出租人案件與舞廳案件的區別來加以判斷。從房屋出租的前例來看，如果出租人所得到的僅是固定的租金，而沒有依照承租人的獲利抽成，則即使承租人將房屋作為侵權行為之用，出租人亦沒有從而獲有直接財產利益。本案的情形亦同，Netcom 提供網路連線服務僅獲有固定的月租費，並沒有因為 Erlich 發表侵權文章而受有其他利益。雖然原告主張，Netcom 若採行拒絕對於其用戶或其他侵權者採取反制措施的政策，將會吸引更多有意為侵權行為的用戶加入，故 Netcom 獲有直接財產上利益。惟原告並未提出可信的證據，因而不獲法院採信。

綜上所述，雖然在「控制的權利與能力」要件上仍有待事實調查，但法院認為 Netcom 並未獲有直接財產上利益，因而法院駁回 Netcom 須負侵權代位責任的主張，而准許 Netcom 的簡易判決。

4.1.3 P2P 檔案傳輸服務業者

4.1.3.1 Napster 案⁶²

被告Napster經營P2P檔案傳輸服務網站，提供MusicShare軟體供使用者下載安裝以便與其他安裝相同軟體的使用者傳輸音樂檔案，同時亦設有中央檔名伺服器，以利於使用者在登入網站後可查詢其他使用者電腦中的音樂檔案，加速音樂檔案的取得。⁶³由於Napster網站所提供的服務吸引許多網路使用者在未經著作權人授權下大量傳輸音樂檔案，嚴重影響唱片業者的權益，美國唱片公司協會（Recording Industry Association of America，簡稱RIAA）遂於1999年起訴控告Napster，主張Napster應為網路使用者的侵權行為負參與侵權責任與侵權代位責任。

地方法院首先駁回Napster關於其使用者之行為係合理使用的抗辯。法院認為，Napster網站所提供的服務讓使用者原原本本地複製音樂檔案，並未有任何轉化（transformation），且使用者開放其電腦內的音樂檔案供其他使用者下載，已非個人使用，此外，使用者從其他使用者電腦下載音樂檔案後就不必再花錢買CD，已相當於商業利用（commercial use）；而在第二個判斷因素——著作物的性質——部分，法院認為系爭音樂著作屬高度創作，為著作權保護之核心，不利於合理使用之主張；在第三個判斷因素——使用著作的質與量——上，使用者通常是整首歌下載，亦不利於合理使用之主張；最後，在使用著作對著作權人的商業影響的判斷因素上，原告主張Napster的服務會降低大學生購買CD的量，且會提高原告進入數位音樂下載市場的門檻，因而會對原告的市場造成損害，法官採信其主張，認為Napster網站使用者的行為非合理使用，構成著作權侵權。⁶⁴

⁶² A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp.2d 896 (N.D.Cal 2000) [hereinafter *Napster I*], *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) [hereinafter *Napster II*].

⁶³ Napster網站的運作方式請參本文 2.2.8。

⁶⁴ *Napster I*, 114 F.Supp.2d at 912-15.

4.1.3.1.1 參與侵權責任

在參與侵權責任部分，由於Napster主張其所提供之服務有實質非侵權用途而援引Sony原則作為抗辯，第九巡迴上訴法院先反駁地方法院認為Napster的服務無實質非侵權用途的看法，但表示因證據顯示Napster對於使用者的侵權行為有實際知情⁶⁵，故Sony原則的適用受到限制。本院援引Netcom的見解認為，要認定系統管理員符合知情要件，著作權人必須提供必要的文件來說明侵權行為的存在；而當該文件已提供，但系統管理員仍未將侵權資料移除以阻止侵權資料繼續散布時，系統管理員就必須負擔參與侵權責任。本案中，Napster已接獲RIAA的通知說明其系統上有超過 12000 個侵權檔案，因而法院認定Napster實際知情。

至於實質參與要件上，法院認為如果沒有 Napster 系統，使用者無法如此輕易地找到並下載他們想要的音樂檔案，因此認定 Napster 實質參與使用者的直接侵權行為。

綜上所述，Napster 成立參與侵權責任。

4.1.3.1.2 侵權代位責任

在直接財產上利益要件部分，證據顯示 Napster 將來的收益將直接仰賴其使用人數 (userbase) 的增加，而系統上眾多的侵權檔案則會吸引更多的使用者加入。因此法院認為原告建立了 Napster 從直接侵權行為獲有直接財產上利益的可能性。

而在控制能力方面，由於 Napster 在其網站上明示其擁有拒絕服務或終止使用者帳號的權限，且使用者電腦中所擁有的侵權檔案名稱會上傳到 Napster 的系統，而 Napster 在其系統中亦建有音樂檔案的檔名索引，故 Napster 有能力找到侵權檔案，有權利阻止使用者去存取使用其系統，因此法院認為 Napster 有權利及能力監督其系統。

綜上所述，Napster 成立侵權代位責任。

⁶⁵ Napster實際知情的證據包括：(1) 在一份由Napster共同創辦人Sean Parker所簽署的文件中提到了忽略使用者的真實姓名及其IP位址的必要性，「因為他們在交換非法音樂檔案」；(2) RIAA已通知Napster其系統上有超過 12000 個侵權檔案，但現在仍有部分檔案留存在系統上。另外推定知情的證據包括：(1) Napster的執行長本身有從事唱片業的經驗；(2) 在其他場合他們也曾主張過智慧財產權；(3) Napster的執行長也曾經從系統中下載過有著作權的歌曲；(4) 在他們宣傳本系統的畫面上出現有侵權檔案。

4.1.3.1.3 DMCA部分⁶⁶

針對原告提出的訴訟，被告主張其屬於 DMCA 安全港條款中§512(a)的網路服務提供者，並符合§512(a)中的要件而得以免責，請求法院做出簡易判決。法院認為，依據§512(a)的文義來看，該安全港條款所規定得以免責的對象是「透過由其控制或運作之系統或網路來傳輸、路徑選擇或提供連線」的網路服務提供者，而從立法相關文件可知，該免責對象指的是僅被動提供「通道 (conduit)」的網路服務提供者。然而在本案中，Napster 並非被動地提供使用者傳輸 mp3 的通道，而是提供資訊搜尋工具 (information location tool) 讓使用者得以快速取得其他使用者的網路位址，再藉由國際網路 (Internet) 而非 Napster 系統來建立連線並傳輸 mp3 檔案。因此，Napster 並非 §512(a)所規定的免責對象，不得援引該條項來主張免責，法院駁回其簡易判決的聲請；另外，雖然 Napster 所提供之資訊搜尋工具服務較類似於§512(d)，但因 Napster 並未根據§512(d)為主張，故法院並未審酌。

在主張依§512(a)免責失敗後，Napster轉而在後來地院審理原告的暫時禁制令時，即主張其符合§512(d)之要件而應免責。地院雖未直接審酌Napster是否為§512(d)所規範之免責對象，但卻認為，從證據中顯示Napster對於使用者的侵權行為明知或可得而知，並不符合§512(d)(1)(A)及§512(d)(1)(B)的要件，而否決Napster依據§512(d)免責的可能性。⁶⁷

至於在上訴審部分，法官首先強調，Napster 可能成立參與侵權責任與侵權代位責任本身並不排斥 DMCA 免責條款的適用，但認為應由審判程序來處理這項爭議。而被告亦針對原告的免責主張提出幾項重要的問題，包括(1) Napster 是否為§512(d)定義下的網路服務提供者；(2) 著作權人是否必須提供正式的侵權通知使 Napster 知悉或察覺

⁶⁶ A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., No. 99-05183, 2000 WL 573136 (N.D.Cal. May 12, 2000)。關於 DMCA的相關規定，請參本文 4.2。

⁶⁷ *Napster I*, 114 F.Supp.2d at 919 n.24。§ 512(d)(1)(A)要求對於侵權行為不可實際知情；§ 512(d)(1)(B)要求對於侵權行為不可推定知情。

到系統上的侵權行爲；(3) Napster 是否符合§512(i)中所規定服務提供者必須及時建立詳細的著作權遵循政策的要求。

4.1.3.1.4 小結

在衡量核准暫時禁制令可能對 Napster 造成的傷害及駁回暫時禁制令可能造成更多人透過 Napster 大量上傳或下載未經授權的音樂檔案後，地院核准了暫時禁制令，要求 Napster 未經權利人明示同意，不得從事、便利他人重製、下載、上傳、傳輸或散布原告所擁有為聯邦法及州法所保護之音樂及錄音著作。然上訴法院認為，Napster 雖然有管理其系統的權利及能力，但受限於系統架構，只會檢查檔案格式是否為正確的 mp3 格式，而不會去讀取檔案的內容，也就是 Napster 無法去檢查檔案內容與檔案名稱所顯示的是否一致。而地方法院所發出的禁制令係要求 Napster 確保在其系統中不會有原告的著作被複製、下載、上傳、傳輸及散布，相當於要求 Napster 去過濾所有原告擁有著作權的音樂檔案，如此的負擔過重，因而將本案發回地方法院並要求更改禁制令的內容，使 Napster 只有在原告提供其擁有著作權的音樂檔案名稱後才有義務過濾這些檔案使其使用者無法接觸。

4.1.3.2 Aimster⁶⁸

Aimster是被告John Deep所經營的P2P檔案傳輸服務網站，網站使用者利用此服務來分享音樂著作，著作權人遂起訴主張John Deep及其公司應負參與侵權責任及侵權代位責任。與Napster服務相同，Aimster除了提供免費的P2P軟體供使用者下載安裝外，亦經營網站，第一次使用Aimster服務的使用者必須在網站上註冊成為會員始可使用該服務。Aimster亦提供付費的「Club Aimster」服務，提供使用者快速下載最熱門的前40首流行音樂檔案。與Napster服務不同的是，Aimster提供加解密服務，讓使用者可

⁶⁸ *In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F.Supp.2d 634, 642 (N.D. Ill. 2002), *aff'd*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

將檔案加密再行傳輸。此外，Aimster系統是架構在AOL即時訊息（AOL Instant Messenger）服務⁶⁹上，使用者必須登入AOL才能使用Aimster的服務。

4.1.3.2.1 參與侵權責任

在知情要件上，地方法院認為，從RIAA寄給被告的通知、網站上提供的使用指導是以分享有著作權的音樂檔案為範例、Club Amister列出最熱門的前40首流行音樂檔案及使用者在聊天室所討論的皆是與分享有著作權音樂檔案相關的內容等證據，再再顯示出被告對於使用者的侵權行為是實際知情的，即使不認為被告實際知情，上述證據至少證明被告推定知情，即符合知情要件。而針對被告主張其系統所提供的加密服務使其無法探知使用者間所傳輸的檔案為何，地方法院認為該加密服務雖使被告無法得知特定使用者傳輸特定音樂檔案，但參與侵權責任並不要求如此具體的知情。⁷⁰ 第七巡迴上訴法院則認為，故意裝盲就是知情（Willful blindness is knowledge），就如同刻意避免親自從事毒品交易的販毒者無法佯裝對販毒一事不知情一樣，在被告強烈懷疑其系統會被用來侵害著作權的情形下，使用加密服務並不能阻止被告知情，亦即提供加密服務並不能排除服務提供者對侵權行為實際知情的可能性。⁷¹ 在實質參與要件上，由於被告提供了個別使用者互連所需的軟體與服務，因而亦符合該要件。

另外，被告主張其服務有實質非侵權用途而適用 Sony 原則，地方法院則提出五點理由加以反駁：(1) Sony 案中，系爭產品主要的用途是非侵權用途——時間移轉，但本案中系爭服務主要的用途卻是侵害著作權；(2) Sony 案只適用於散布一般商品（staple article of commerce），但本案所提供的是服務，與使用者間有持續的關係存在，並不相同；(3) Sony 案中的錄放影機是用於私下、家庭用途，而非如本案中 Aimster 被用來未經授權廣泛散布有著作權的檔案，Sony 原則並未擴張保護該等散布行為；(4) 前例指出如果系爭產品是特別製造來侵權的，就沒有 Sony 原則的適用，即使該產品

⁶⁹ AOL Instant Messenger是AOL-Time Warner所推出的即時傳訊服務，亦架構在點對點網路上，使用者除了互傳訊息外，亦可利用該服務互相傳輸檔案。Aimster服務就是在AOL Instant Messenger的點對點檔案傳輸功能外加上檔案搜尋功能及加密功能。

⁷⁰ *Aimster*, 252 F.Supp.2d at 650-51.

⁷¹ *Aimster*, 334 F.3d at 650-51.

有實質非侵權用途亦同；(5) Sony 案中被告並沒有影響或鼓勵非法重製。基於這五點理由，法院認為本案不適用 Sony 原則。

第七巡迴上訴法院則針對Sony原則的適用加以補充。上訴法院首先討論Sony原則的適用對象。原告主張，Sony原則僅適用於散布產品，而不適用於提供服務（Service），因為提供服務與販售產品不同，服務提供者與使用者間仍有持續的關係，有能力藉由監控服務的使用情形及停止提供服務來阻止或限制使用者的侵權行為。上訴法院雖贊同服務提供者有能力阻止其使用者侵權是判斷是否應負參與侵權責任的一個因素，但並不是一個決定性因素。因為服務亦可同時有合法與非法用途，如要求此類服務提供者去偵測並阻止侵權行為對服務提供者而言負擔過重，亦可能造成服務因而被迫停止，有違Sony案試圖在著作權人利益與科技創新間取得平衡的用意。易言之，上訴法院認為，Sony原則並不是只適用於產品，當服務本身同時有合法及非法用途時，亦有Sony原則的適用。在確定Sony原則可適用於產品及服務後，上訴法院接下來討論什麼情形才能通過「實質非侵權用途」標準。針對被告主張其服務「可」用於非侵權用途即可適用Sony原則來免責的看法，上訴法院並不贊同，並表示，如果服務或產品可被用於非侵權用途（即使該服務或產品主要是用來侵權）即可免責，那將會造成非Sony案所想像的極端結果——未考慮事實上該服務或產品只被用於侵權對社會造成的影響。易言之，上訴法院認為除了產品或服務有使用於非侵權用途的潛能外，亦應衡量實際上非侵權使用及侵權使用間的比例。本案中Aimster服務雖然有用於非侵權用途的可能性，例如傳輸不受著作權保護的著作，但從原告所提的證據可知Aimster服務皆被用於侵害著作權，而Aimster亦未能證明該服務曾被用於非侵權用途，更別說非侵權用途的使用頻率有多高。基此，Aimster服務並未通過「實質非侵權用途」標準。此外，基於保障非侵權者享受新科技的權益，上訴法院認為第九巡迴上訴法院在Napster案中認為只要對特定侵權行為有實際知情就應負參與侵權責任的看法是錯誤的。⁷²

⁷² *Aimster*, 334 F.3d at 649.

綜上所述，地方法院判決被告應負參與侵權責任，並准許原告暫時禁制令的要求。第七巡迴上訴法院維持原判決。

4.1.3.2.2 侵權代位責任

在控制的權利與能力要件部分，地方法院表示，在被告的服務條款中有規定 Aimster 會移除 (take down) 侵權資料，且會終止經常侵害著作權者的服務，即可看出被告對於使用者的侵權行為有控制的權利與能力；又由於 Club Aimster 是付費服務，因而被告從使用者的侵權行為獲有直接財產上利益。被告成立侵權代位責任。

4.1.3.3 Grokster案⁷³

本案被告為Grokster及StreamCast公司，因提供P2P軟體予網路使用者，使得網路使用者利用該軟體大量傳輸有著作權的音樂、電影檔案，而被著作權人提起訴訟要求法院下令禁止繼續提供P2P軟體協助網路使用者侵害原告著作權。Grokster公司的軟體係採用Niklas Zennström及Janus Friis二人所共同研發之點對點網路分享技術FastTrack，該技術並不仰賴中央檔名伺服器來搜尋檔案，而係利用超節點 (supernode) 來加快使用者電腦間檔案搜尋的速度⁷⁴；StreamCast公司的軟體原本亦採用FastTrack網路技術，嗣後則自行利用開放軟體Gnutella技術研發Morpheus軟體，與FastTrack技術相同亦無中央檔名伺服器，但並未使用超節點技術，檔案的搜尋完全倚賴使用者電腦間互傳搜尋要求的訊息，屬於完全去中心化 (decentralized) 技術。Grokster及StreamCast公司將其P2P軟體置於其網站上供使用者下載，在使用者下載安裝後，不須經由註冊成為網站會員，亦不須登入網站，即可利用該軟體所提供的各種工具搜尋其他安裝相同軟體的使用者電腦中設定為分享的檔案目錄，如找到想要的檔案，即可直接與該使用者電腦建立連線並傳輸檔案。

原告主張 Grokster 及 StreamCast 公司應負參與侵權責任及侵權代位責任，此兩項責任成立的前提是軟體使用者成立直接侵權責任，對此被告並無爭執。

⁷³ MGM v. Grokster, 259 F.Supp.2d 1029 (C.D.Cal. 2003) [hereinafter *Grokster I*], *aff'd*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004) [hereinafter *Grokster II*], *vacated and remanded by* 125 S.Ct. 2764 (2005) [hereinafter *Grokster III*].

⁷⁴ 超節點的運作方式請參本文 2.2.8。

4.1.3.3.1 聯邦地方法院

(1) 參與侵權責任

在知情要件部分，從證據顯示，被告清楚地了解到其提供的軟體被使用者用於侵害著作權的行為，然而被告指出只有在他們對特定的侵權行為實際知情且有能力加以阻止時才須負參與侵權責任，法院接受此看法，因而問題點在於當被告接獲原告通知使用者的侵權行為時，被告對於使用者的侵權行為是否實質參與，而能加以阻止。⁷⁵ 在討論實質參與要件部分，法院特別指出Napster案之所以被認定對於使用者的行為有實質參與，在於Napster所提供的是一個整合性的服務（integrated service），包括網路平台及工具（site and facilities），一旦Napster網站關閉，其所提供的檔案分享服務亦隨同消失，使用者亦無法再找到並傳輸檔案。因此法院認為，要判定被告是否有實質參與，必須視其在提供P2P軟體之外，是否有其他主動的行為以便利使用者的侵權行為，或是否能採取措施來阻止該侵權行為。⁷⁶

在 Grokster 部分，法院調查結果認為 Grokster 公司所提供之軟體不同於 Napster 係利用單一超節點（single “supernode”），即 Napster 網站本身，而是透過系統自動選出的多個超節點來協助使用者搜尋檔案，Grokster 公司並未對超節點加以控制，亦未建立中央檔名索引，當使用者搜尋、傳輸檔案時，沒有任何資料會經過 Grokster 所控制的電腦。而在 StreamCast 部分，Morpheus 軟體並未使用超節點技術，因而檔案的搜尋與傳輸完全發生在使用者電腦間，與 StreamCast 無關。由 Grokster 與 Morpheus 軟體的運作可知，Grokster 與 StreamCast 除了提供軟體外，並未如 Napster 有便利檔案交換的行為，也就是說，即使被告停止提供軟體並關閉所有他們得以控制的電腦，使用者仍可利用原已取得的軟體繼續分享檔案。同時，法院亦認為，技術支援（technical assistance）或其他附隨服務（incidental services）並不算是實質（material），因此認定被告對於使用者的侵權行為沒有實質參與。

⁷⁵ *Grokster I*, 259 F.Supp.2d at 1037-38.

⁷⁶ *Grokster I*, 259 F.Supp.2d at 1039.

最後，法院認為被告散布軟體的行為與 Sony 案中被告散布錄放影機的行為相同，P2P 軟體與錄放影機同樣都可用來從事合法及非法的行為，兩案的被告對於其產品可能被用來從事非法行為皆有認知，也都有提供技術支援，但不能僅因 P2P 檔案分享技術可被用來侵害原告的著作權即認為被告應負參與侵權責任（liability for contributory infringement does not lie “merely because peer-to-peer file-sharing technology may be used to infringe plaintiffs' copyrights.”）。綜上所述，被告不成立參與侵權責任。

(2) 侵權代位責任

在直接財產上利益要件部分，依據 Napster 案判決，當侵權資料的存在成為吸引顧客的因素時，就有直接財產上利益（[f]inancial benefit exists where the availability of infringing material ‘acts as a “draw” for customers.’）。本案被告的經營模式是藉由在所提供的軟體中顯示廣告來獲利，愈多人下載軟體，被告可收取愈多廣告費，而由於透過該軟體可免費取得音樂、電影檔案，吸引許多人下載該軟體。因此，被告的確從使用者的侵權行為獲有直接財產上利益。在控制的權利及能力要件上，法院認為本案被告不似 Napster 建有中央檔名伺服器而得以監督使用者並有權終止使用者帳號，且因被告沒有能力去控制侵權行為，因而沒有義務去修改軟體來過濾有著作權的檔案。綜上所述，被告不成立侵權代位責任。

4.1.3.3.2 第九巡迴上訴法院

美國聯邦第九巡迴上訴法院於 2004 年 8 月裁決維持地方法院的決定。在針對 Sony 原則的解釋上，上訴法院表示，如被告的軟體沒有實質非侵權用途，則原告只須證明被告有推定知情（constructive knowledge）即可；如被告的軟體「可」用於實質或商業上重要非侵權用途，則原告須證明被告對特定侵權行為有合理的知情卻未阻止該侵權行為的發生，始可要求被告負責。⁷⁷ 雖然原告一再主張被告的軟體大部分被用於侵

⁷⁷ *Grokster II*, 380 F.3d at 1161 (“ If the product at issue is not capable of substantial or commercially significant noninfringing uses, then the copyright owner need only show that the defendant had constructive knowledge of the infringement. On the other hand, if the product at issue is capable of substantial or commercially significant noninfringing uses, then the copyright owner must demonstrate that the defendant

害著作權，但因Sony原則只要求「可 (capable of)」用於實質非侵權用途，而證據顯示被告的軟體的確可用於實質非侵權用途，因此Sony原則於本案仍有適用。⁷⁸ 此外，如地方法院判決所言，知情的時點很重要，必須是在被告對於侵權行為有實質參與時知情卻未阻止該侵權行為始可認為符合參與侵權的知情要件，但在本案被告接獲原告通知時，被告對於使用者的侵權行為已無實質參與而無法阻止使用者的侵權行為了。至於在侵權代位責任之監督的權利與能力 (the right and ability to supervise) 要件部分，上訴法院贊同地方法院的見解，而就原告主張被告有能力修改軟體使其無法用來分享有著作權的檔案即代表被告對於侵權行為有監督的權利與能力，上訴法院表示原告將「監督的權利與能力」與「當被告被判定須負侵權代位責任時加諸於被告修改軟體的義務」混淆了，或許被告有可能更新他人電腦中的軟體，但這跟被告是否須負責無關。

79

4.1.3.3.3 最高法院判決

本案經原告提起上訴，美國最高法院於 2004 年 12 月 10 日受理，並於 2005 年 6 月 27 日作成判決。法院首先指出本案爭點在於「一個可同時用於合法及非法用途的產品的散布者在什麼情形下必須因該產品使用者的著作權侵權行為負責」，而針對此爭點，法院認為「當散布者在散布產品時，由其明白的表示或其他促使侵權的積極行動可看出其有促使該產品用於侵害著作權的目的時，該散布者就該因第三人的侵權行為負責 (“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, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.”)」。

had reasonable knowledge of specific infringing files and failed to act on that knowledge to prevent infringement”).

⁷⁸ *Grokster II*, 380 F.3d at 1161-62。判決文中的註解 9 特別提到本院與第七巡迴上訴法院對Sony案的解讀有所不同。第七巡迴上訴法院認為要適用Sony原則除了被告的產品必須「可」用於非侵權用途，尚須評估「產物被用於非侵權用途的可能性 (how "probable" the noninfringing uses of a product are)」。本院不打算採取此種狹隘的解讀。

⁷⁹ *Grokster II*, 380 F.3d at 1166.

本案雙方爭執的重點皆在如何解讀於 Sony 原則中的「可用於商業實質非侵權用途 (“capable of commercially significant noninfringing uses.”)」。原告認為被告的軟體主要係用來侵害著作權，只有 10% 是用於其他合法用途，並非「實質 (substantial)」，因而認為應將 Sony 原則解釋為只要產品「主要 (principally)」是用於侵權行為，即不具「實質非侵權用途」。然而最高法院的多數意見並未針對此議題加以解釋，而改以著重「意圖」的誘導理論為討論主軸。

法院認為，第九巡迴上訴法院錯誤解讀 Sony 原則。Sony 原則是禁止僅因行為人製造或散布有實質非侵權用途的產品（事實上行為人知道該產品被用於侵權）即推定行為人有造成侵權結果的意圖而應負間接侵權責任。但上訴法院卻將 Sony 原則過度解讀為，除非散布者對侵權行為有實質參與且知情卻怠於阻止，否則當產品有實質非侵權用途時就不用負間接侵權責任，卻沒有考慮到散布者造成侵權的意圖已由證據明白地顯示出來。⁸⁰ Sony 原則僅限制從產品的特性或使用方式來推定「具有可歸責性的意圖 (culpable intent)」，但未要求法院忽略有關意圖的證據，也不排除從普通法所衍生出來的過失責任 (fault-based liability)。也就是說，從證據中除了可看出散布者知道其散布的產品可能被用於侵權外，如果尚顯示散布者有促進侵權的言論或行動，那 Sony 原則就不能排除散布者可能要負的責任。⁸¹

法院進一步指出，行為人誘導他人侵權的行為可成為非法目的 (unlawful purpose) 的直接證據，而以廣告宣傳產品的侵權用途、指導如何將產品用來侵權等行為更可顯示出行為人有希望該產品被用來侵權的積極意圖。在專利法中已將此誘導侵權理論 (the rule on inducement of infringement) 成文化，基於與 Sony 案中援引專利法中一般商品原則相同的理由，在著作權法案件援引誘導理論是很合理的，因而法院認為，「當散布者在散布產品時，由其明示或其他促使侵權的積極行動可看出其有促使該產品用於侵害著作權的目的時，該散布者就該因第三人的侵權行為負責。」同樣也，為了避免侵害一般的商業行為並鼓勵科技發展，單純知道產品可用於或實際上用於侵權用途

⁸⁰ *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2778.

⁸¹ *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2779.

並不能使散布者負責，而附隨於產品散布的行為本身，如技術支援或產品升級，也不能成為責任的基礎。換言之，只有在散布者出現有目的性的、具有可歸責性的意思表示及行為（purposeful, culpable expression and conduct）時，才可使其負責。⁸²

因此，接下來要討論的就是，原告是否提出足夠的證據來證明被告具有將其P2P軟體用於侵害著作權的非法目的。除了被告透過廣告或電子郵件對外發出訊息表示其軟體可用來傳輸有著作權之檔案外，尚有三項間接證據得以顯示被告的非法目的是無庸置疑的：首先，在Napster網站關閉後，被告藉由設計與Napster相容的軟體或寄發廣告給Napster用戶的方式，試圖接收Napster的用戶，以滿足這些著作權侵權的需求；其次，被告不願研發過濾工具或以其他機制來阻止軟體使用者侵害著作權。雖然第九巡迴上訴法院認為被告並沒有義務去監控使用者的行為，但由此證據亦可看出被告有意便利使用者的侵權行為；最後，被告係透過發送廣告到軟體使用者的電腦畫面來獲利，愈多廣告送出可收取的利益愈高，而透過軟體可取得有著作權的檔案又吸引更多使用者安裝軟體，因而可間接認為被告有促使該軟體用來侵害著作權的意圖。雖然法院表示單憑此項證據不能認定被告有非法目的，但仍可做為其他直接證據的補充。⁸³

最後，法院再次區分本案與 Sony 案的不同。Sony 案所處理的是單純散布有合法及非法用途之產品的責任問題，而為了在著作權人利益與科技創新上取得平衡，該案法官認為產品有實質非侵權用途的特性可排除過失的推定及間接責任。然而本案的責任基礎並不同。本案被告的行為不僅僅是單純散布有合法及非法用途之產品，被告其他的言論或行為更顯示出有利用他人的侵權行為來獲利的目的。如果被告被判定須負責，並不是因為被推定有過失，而是因為從其言論與行為顯示出其有非法目的。

法院表示上訴法院允許被告的簡易判決是錯的，因而廢棄上訴法院的判決並發回重審。

⁸² *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2779-80.

⁸³ *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2780-82.

4.1.3.3.4 討論—誘導理論

最高法院雖已對本案作出判決並廢棄上訴法院的判決、發回重審，但仍留下許多未解的疑點，特別是對於 Sony 原則及誘導理論的解讀，以下先針對誘導理論加以討論，Sony 原則留待後面章節討論。

最高法院提出誘導理論，並認定本案被告的行為構成誘導，而得以推定被告有欲使其軟體用於侵害著作權的意圖，但什麼樣的行為會構成誘導呢？又此誘導理論與其他間接侵權責任的關係又是如何？這兩個問題都值得探討，依序討論如下。

(1) 誘導理論與其他間接侵權責任的關係

依據最高法院對誘導理論的定義，行為人本身雖未從事侵權行為，卻也必須為他人的侵權行為負責，似乎也是一種間接侵權責任，那究竟誘導理論是參與侵權責任及侵權代位責任以外的第三種間接侵權責任類型，抑或僅是參與侵權責任的特別類型？

第一種看法認為誘導理論是獨立於參與侵權責任及侵權代位責任的一種間接侵權責任，亦即間接侵權責任也可基於誘導理論而成立，因此間接侵權責任的理論基礎包括參與侵權責任、侵權代位責任及誘導侵權理論三種，Sony原則並不會排除誘導理論的成立。持此看法的學者認為，雖然在判決中法院指出誘導是參與侵權責任的一個要件，但從專利法引進誘導理論時，法院特別提到是基於與Sony案引進參與侵權責任理論相同的理由，而專利法中的參與侵權責任理論與誘導理論是彼此獨立的⁸⁴，因而可認為法院有意在著作權的領域中另外創造一個新的誘導理論；此外，法院試圖清楚地說明誘導的要件，似乎是在闡述一個著作權法中從未曾定義過的理論。因此，或可認為法院有意於參與侵權責任外另創一間接責任理論。⁸⁵ 在這樣的看法下，原告可能會以誘導理論取代傳統的參與侵權責任理論，因為判決中法院明白表示Sony原則在被告有不法意圖的情形下並不適用，也就是如果證據顯示被告有不法意圖，則不能主張

⁸⁴ 在專利法中誘導理論規定於 35 U.S.C. § 271(b)，而參與侵權責任則規定於 35 U.S.C. § 271(c)。

⁸⁵ Coats et al., *supra* note 51, at 242-43.

Sony原則來免責。因此，如果原告握有被告不法意圖的證據時，會傾向主張誘導理論而非參與侵權責任理論。⁸⁶

第二種看法則認為誘導理論僅是參與侵權責任的一種類型，特別將「目的 (purpose)」或「意圖 (intent)」列入考量。持此看法的學者從參與侵權責任與 Sony 原則的發展來探討：傳統上參與侵權責任是「故意實質參與直接侵權行為 (knowingly making a material contribution to a direct infringement)」，而 Sony 原則則被視為是例外，但此例外的學說基礎卻不是很清楚。在 Napster 與 Grokster 案，第九巡迴上訴法院將 Sony 原則併入參與侵權責任的「知情」要件，也就是將 Sony 原則解釋為「不能僅因散布可用於實質非侵權用途的產品就認為散布者知道該產品被用於侵權，但如果散布者在其有能力阻止侵權時實際得知 (actual knowledge) 特定的侵權行為，卻怠於阻止，則要負責。」

到了Grokster案的最高法院判決，Souter大法官給了參與侵權責任一個新的定義：「有意誘導或鼓勵直接侵權者負參與侵權責任 (One infringes contributorily by intentionally inducing or encouraging direct infringement)」，也就是將原本的「知情 (knowledge)」要件改為「意圖 (intent)」，而認為不能僅因為散布可用於實質非侵權用途的產品就認為散布者有意使該產品被用於侵權，即使事實上散布者知道該產品被用於侵權。法院重新詮釋參與侵權責任，著重在於促使他人侵權的「意圖」。就最高法院對參與侵權責任的重新定義來看，與專利法不同的是，誘導理論並不是一個獨立於參與侵權責任的訴因，而是參與侵權責任特別針對科技提供者的一個類型。此外，誘導理論也不是Sony原則的例外。相反地，Sony原則是誘導責任 (inducement liability) 的限制，也就是說，不可僅因散布一個可同時用於侵權及實質非侵權用途的科技，就認為散布者有促使侵權的意圖，而應該從「明白的表示或其他促使侵權的積極行動 (clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement)」來推定意圖的存在。⁸⁷

⁸⁶ Coats et al., *supra* note 51, at 244.

⁸⁷ Jonathan Band, *So What Does Inducement Mean?* 22 NO. 11 COMPUTER & INTERNET LAW. 1, 1-2 (2005).

(2) 什麼行爲構成誘導？

最高法院所提出的誘導理論包含三個要件：產品的散布、有鼓勵第三人使用該產品來侵害著作權的意圖、第三人侵害著作權。⁸⁸ 第一、三要件從相關事實即可得出，但如何判斷產品的散布者有鼓勵第三人使用該產品來侵害著作權的意圖，也就是哪些行爲會被認爲構成誘導，而得以推定被告有該不法意圖，即值得探討。在最高法院的判決中提到，單純散布並不足以使散布者負責，即使散布者知道其產品有侵權的可能或實際上已用於侵權亦同。同樣的，附隨於產品散布的通常行爲，如提供技術支援或產品更新，也不足以使散布者負責。而典型的誘導行爲則包括宣傳產品的侵權用途或指示如何將產品用於侵權用途。除了對外發出的訊息，公司內部的訊息也可能顯示出被告有意鼓勵或引誘他人侵權，例如在StreamCast內部的文件經常提到Napster。又有三個間接證據亦可證明被告的不法意圖，包括Grokster公司的名稱是來自於Napster，可知其有意接收Napster的用戶；被告未開發過濾軟體來減少侵權活動；被告從侵權行爲中獲利。但法院亦提及，不能僅因這些間接證據就認爲被告有不法意圖。此外，法院認爲誘導侵權責任不可基於推定的過失，而必須是基於由行爲及言論即可明顯表現出來的不法目的，也就是說，必須確定顯示出不法目的（*unequivocal indication of unlawful purpose*）」始可認定爲誘導行爲。因此，針對何種行爲始構成誘導行爲，得以整理成以下幾點⁸⁹：

- ◆ 原告必須指出被告散布科技，且基於促使該科技用於侵害著作權的目的。
- ◆ 該目的必須經由明白的表示或其他促使侵權的積極行爲顯現出來。而這些表示或積極行爲不能僅是侵權意圖的暗示，而必須能夠明確地顯示出不法目的。
- ◆ 單純散布並不足以使散布者負責，即使散布者知道其產品有侵權的可能或實際上已用於侵權。同樣的，附隨於產品散布的通常行爲，如提供技術支援或產品更新，也不足以使散布者負責。

⁸⁸ Coats et al., *supra* note 51, at 240.

⁸⁹ Band, *supra* note 87, at 4.

- ◆ 不法目的的典型證據包括宣傳產品的侵權用途或指示如何將產品用於侵權用途。而即使這些訊息並未真正傳達給潛在的使用者，仍可顯示出被告的不法目的。
- ◆ 其他的證據包括：
 - ◆ 以滿足已知的侵權需求來源為目的
 - ◆ 未採取積極措施來阻止侵權，但在沒有其他證據的情形下，此證據不足以構成責任。
 - ◆ 在以廣告導向的商業模式中，利潤因侵權使用增加而增加。但此證據亦不能單獨用以推定不法目的。
- ◆ 誘導理論不應用於連累合法的商業交易或阻擋合法的創新科技。
- ◆ 誘導理論也不應用來禁止合理使用，因為只有在被告有特定促使侵權的意圖時才可使其負責。

4.1.3.4 小結

4.1.3.4.1 Napster、Aimster、Grokster 三案的比較

項目	Napster	Aimster	Grokster
中央檔名索引	有	未認定	沒有
網站登入	有	有	沒有
加密服務	沒有	有	沒有
獲利方式	未收費	Club Aimster 有收費	廣告
實質非侵權用途	有	第七巡迴上訴法院認為有實質非侵權用途的可能性，但無證據顯示曾被用於非侵權用途。	有
參與侵權責任	成立	成立	成立
知情	✓	✓	有誘導侵權的意圖
實質參與	✓	✓	
Sony 原則的適用	被告實際	因無證據顯示曾被用於非侵權	不適用

		知情，仍須負責	用途，故無法免責	
侵權代位責任		成立	成立	不成立
	控制的權利與能力	✓	✓	×
	直接財產上利益	✓	✓	✓

從上述三個 P2P 檔案傳輸服務案件的發展，約可整理出以下幾個重點：

(1) 無中央檔名索引不代表不用負責→經營模式最重要

在Napster案判決出來後，學者普遍認為Napster之所以要負責，主要是因為有架設中央檔名索引，因此學者特別針對P2P檔案傳輸架構進行類型化分析，並將之分類為「集中式P2P架構」——設置檔案索引伺服器——與「分散式P2P架構」——無檔案索引資料庫之設置⁹⁰，企圖以技術觀點藉由類型化分析來釐清何種架構須負責，何種架構不須負責，一般認為在架構上有中央檔名索引的服務業者須負責，而沒有中央檔名索引的就不用負責。在實際案件中，被告是否設有中央檔名索引亦為原被告兩造爭執的重點⁹¹。然而，在Aimster案中，雖然原被告對此事實認定有爭執，但聯邦地方法院卻以證據不足而未予認定，並認為本案判決的形成與被告是否設有中央檔名索引伺服器無關。⁹² 而到了Grokster案，證據顯示Grokster與StreamCast所提供的僅是P2P軟體，不僅未架設中央檔名索引伺服器，使用者亦毋須登入被告的網站即可使用系爭軟體，但最高法院仍認為Grokster與StreamCast因具有使系爭軟體被用於侵權的意圖而應該負責。因此，從這些案件的發展來看，是否設有中央檔名索引伺服器雖然仍是判斷被告是否知情與是否有控制侵權行為的權利與能力的一個重要因素⁹³，但不代表沒有設

⁹⁰ 羅明通，前揭註 16，頁 7。

⁹¹ *Aimster*, 252 F.Supp.2d at 641-42 n6.

⁹² *Aimster*, 252 F.Supp.2d at 641-42 n6.

⁹³ *Grokster I*, 259 F.Supp.2d at 1044.

置中央檔名索引伺服器就不用負責，而應該以其經營模式（business model）——如獲利方式、是否以廣告促使使用者侵權等——為主要的考量⁹⁴。

(2) Sony 原則的適用有歧異

Sony 原則於 1984 年由最高法院提出，雖經過 20 年的案例發展，但該原則在適用上仍舊有很多爭議，特別是在 P2P 檔案傳輸服務的案件中，從前述案件即可看出，不論從 Sony 原則是否適用、Sony 原則的解釋到如何適用都產生許多歧見，實有必要加以釐清。下一節即針對 Sony 原則的適用加以討論。

4.1.3.4.2 Sony 原則的適用

在討論 Sony 原則時，可分為以下三個層次來討論：(1) 是否適用？(2) 何謂「可用於商業實質非侵權用途 (capable of commercially significant noninfringing uses)」？(3) 如果符合「可用於商業實質非侵權用途」標準，是否即可排除參與侵權責任？以下分別討論。

(1) 是否適用？

依 Sony 判決來看，Sony 原則是適用於散布「一般商品 (staple article of commerce)」的情形，那在被告除了散布產品外亦提供其他服務或有其他行為（如以廣告鼓勵使用其產品來侵害著作權）的情形下是否適用呢？有學者提出有三種可能的適用方式。第一種方式：如果被告除了提供一般商品外，還有提供其他服務（例如架設中央檔名索引伺服器供使用者查詢）或有其他行為，則 Sony 原則就不適用。如採這種適用方式，當一般商品有實質非侵權用途時，將會忽略其他非侵權使用者的利益，而此利益正是 Sony 案法官判決之重要因素。第二種方式：Sony 原則並非只適用於提供產品，亦適用於提供產品及服務，此即 Amister 案中第七巡迴上訴法院所採的見解。然而此種適用方式會造成的結果是，當產品有實質非侵權用途時，即使被告有誘使侵權的其他行為（如利用廣告），亦可全部免責，如此結果並沒有正當性，況且在一般商品原則所由來的專利法中亦區分「主動引誘 (active inducement)」及單純提供產品，可知 Sony 原則不應

⁹⁴ *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2774。另參蔡惠如，「P2P 檔案分享之著作權爭議——以媒介中立原則為中心」，月旦法學雜誌，135 期，頁 78-79（2006）。

適用於提供產品以外的其他服務或行爲。第三種方式：Sony原則僅適用於與提供產品有關的參與侵權責任判斷，而對於被告的其他行爲的責任判斷則不適用。如此適用方式與方式一相同，會造成「即使產品可用於實質非侵權用途，業者仍需負責」的結果，但不同的是，法院不能禁止被告繼續製造或銷售該產品，因而不會犧牲其他非侵權者享受新科技的權益。⁹⁵ 以上三種適用方式應以第三種較爲可採，因其能符合Sony案判決所著重的公共利益考量，同時亦不會造成不公的結果。

另外，在 *Grokster* 案中，最高法院的多數意見並未針對 Sony 原則中的「可用於商業實質非侵權用途」加以解釋，主要是因爲 Sony 原則係禁止僅因散布可用於實質非侵權用途的產品就推定散布者有意使該產品被用於侵權，但在該案中已有直接證據可證明被告有使其軟體被用於侵害著作權的意圖，不必再藉由推定的方式來顯示其意圖，因而 Sony 原則並不適用。換言之，在被告的非法目的（unlawful purpose）已經十分明顯的案件中亦無 Sony 原則的適用。

(2) 何謂「可用於商業實質非侵權用途（capable of commercially significant noninfringing uses）」？

如前所述，在 *Grokster* 案中，因不適用 Sony 原則，因此最高法院的多數意見並未解釋究竟系爭軟體的非侵權使用比例是否符合 Sony 原則的「可用於商業實質非侵權用途」標準。僅管如此，Ginsburg 大法官及 Breyer 大法官在該案的協同意見書中皆有針對此議題加以討論。

Ginsburg大法官認爲被告的軟體並不適用Sony原則，因爲就目前的情形來說，該軟體絕大多數都是用於侵權（overwhelmingly used to infringe），就算用於合法用途的量很大，但相較於所有經由P2P傳輸的檔案而言仍舊很小；而被告所提出該軟體可用於非侵權用途的證據只是傳聞（anecdotal），不夠嚴謹，不足以使人相信在未來有非侵權用途的可能性。⁹⁶ 然而，Breyer大法官卻持相反的意見。Breyer大法官認爲，第九巡迴上訴法院對Sony原則的解讀是正確的，因爲Sony原則的文字的確是「可（capable

⁹⁵ Feder, *supra* note 56, at 888-92.

⁹⁶ *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2785-86 (Ginsburg, J., concurring).

of) 用於商業實質非侵權用途」，而沒有去討論究竟怎樣的才算是實質。本案證據顯示約有 10% 是非侵權用途，與 Sony 案中錄放影機用於時間轉換 (time-shifting) 的比例相近，所以本案情形通過 Sony 原則的標準。另外，既然 Sony 原則使用的文字是「capable of」，那就應該包括未來潛在的非侵權用途，從本案的證據來看，系爭軟體確實有實質的潛在非侵權用途。⁹⁷ 雖然兩位大法官的看法分歧，但皆顯示出至少必須被告的軟體絕大多數都是用於侵權 (overwhelmingly used to infringe) 始可要求被告負責，比原告所主張的「主要是用於侵權 (principally for infringement) 即須負責」的主張還要嚴格，如此解讀才能確保 Sony 案中所揭示之保障大眾享受新科技權利的精神。

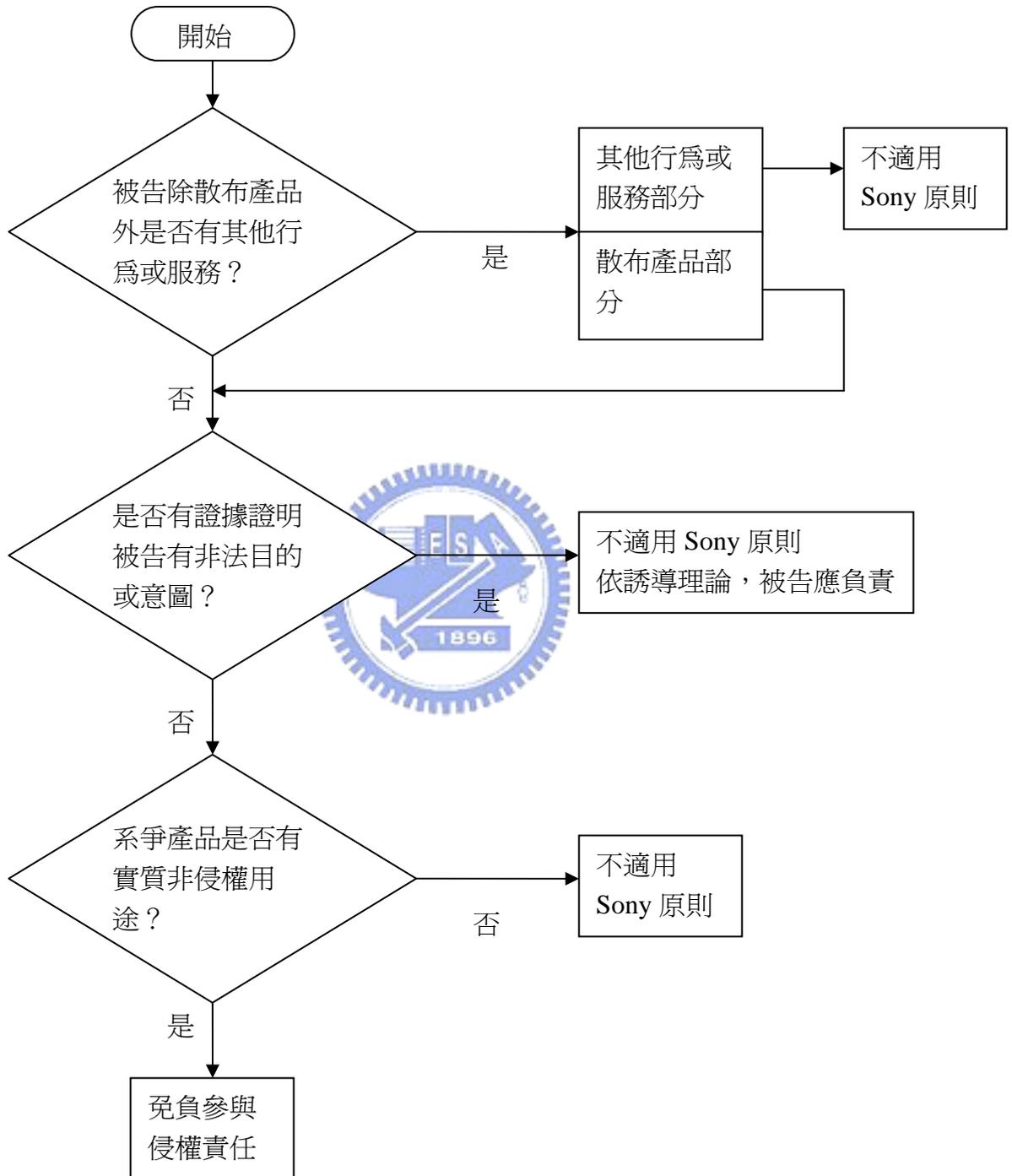
(3) 如果符合「可用於商業實質非侵權用途」標準，是否即可排除參與侵權責任？

在 Napster 案中，第九巡迴上訴法院將 Sony 原則解釋為，如被告的軟體沒有實質非侵權用途，則原告只須證明被告有推定知情 (constructive knowledge) 即可；如被告的軟體「可」用於實質或商業上重要非侵權用途，則原告須證明被告對特定侵權行為有合理的知情卻未阻止該侵權行為的發生，始可要求被告負責。也就是將實質非侵權用途與參與侵權責任的「知情」要件做連結——如果有實質非侵權用途，則「知情」的標準提高為「實際知情」。但在 Sony 原則中並沒有這樣的含意，第七巡迴上訴法院在 Aimster 案的判決中即指出第九巡迴上訴法院如此解釋是錯的，因為即使被告對於侵權行為實際知情，亦應顧及非侵權者使用新科技的權益，因此應將 Sony 原則解釋為「只要有實質非侵權用途，就無參與侵權責任」，與是否知情無關。然而，最高法院在 Grokster 案的判決中明白表示，Sony 原則只是限制從產品的特性或使用方式來推定「具有可歸責性的意圖」，但未要求法院忽略有關意圖的證據，也不排除從普通法所衍生出來的過失責任。也就是說，從證據中除了可看出散布者知道其散布的產品可能被用於侵權外，如果尚顯示散布者有促進侵權的言論或行動，那 Sony 原則就不能排除散布者可能要負的責任。因此，如認為誘導理論只是參與侵權責任的一種特別類型，

⁹⁷ *Grokster III*, 125 S.Ct. at 2787-90 (Breyer, J., concurring).

則當產品或服務有實質非侵權用途時，仍須考慮是否有直接證據證明散布者的非法意圖，如果沒有，則散布者不須負參與侵權責任；反之，散布者仍須負參與侵權責任。

基於以上討論，茲以下圖說明 Sony 原則的適用步驟：



4.1.4 搜尋引擎業者

4.1.4.1 Perfect 10 v. Google⁹⁸

本案原告Perfect 10 公司（以下簡稱P10），發行每冊 7.99 美元的成人雜誌月刊，同時在網路上以每月 25.5 美元接受網路會員訂購網路版即時成人網頁。此外，P10 公司也將成人圖片，以網路縮小版販售給手機使用者下載於手機螢幕。本案被告Google 提供網路搜尋引擎服務，其影像搜尋（Image Search）服務將原來的圖畫或照片，轉換成如指甲般的縮圖（thumbnail），再透過鏈結技術，使得網路使用者透過網路搜尋到縮圖，進而鏈結至圖畫或照片所在之網頁，進行瀏覽或下載。由於網路上有很多網頁非法轉貼P10 的成人圖片，而Google的影像搜尋服務使得網友可以連結到這些非法網頁，因此Perfect 10 對Google起訴，主張Google製作縮圖直接侵害其著作權⁹⁹，並主張Google必須為這些非法網頁及其使用者的侵權行為負擔參與侵權責任與侵權代位責任。以下僅就參與侵權責任與侵權代位責任說明法院的見解。¹⁰⁰

4.1.4.1.1 參與侵權責任

在知情要件部分，Google主張其服務有實質非侵權用途，因而援引Sony案主張不可僅因其服務可被用於侵權行為即認為Google有推定知情。P10 則基於以下三點理由主張Google對於特定的侵權行為實際知情¹⁰¹：(1) P10 多次寄出侵權通知給Google；(2) 系爭侵權的圖片上都有P10 的版權聲明（copyright notice），如“P10 Fall 1999”；(3) Google有監視非法網站之內容。

針對原告提出的三點理由，法院認為即使系爭侵權的圖片上都有 P10 的版權聲明，但不代表 Google 就一定知道該圖片是否為該第三人網站所製造、是否有取得授權、或是否有侵害著作權。且就算 Google 有監視非法網站的內容，亦無法得知是否有

⁹⁸ 416 F.Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

⁹⁹ 參章忠信，前揭註 25。

¹⁰⁰ 本案中，Google亦抗辯主張其服務符合DMCA 安全港條款而得以免責，法院則表示既然Google依參與侵權責任與侵權代位責任皆不必負責，自不用再去檢驗是否符合DMCA 安全港條款。

¹⁰¹ 法院採用Napster對Sony案的解釋，也就是當被告對侵權行為有實際知情時，即使其產品有實質非侵權用途，亦應負參與侵權之責。

侵權情事。至於 P10 寄給 Google 的通知並不夠詳盡，Google 無法確知非法網站的網址。因此法院認為 Google 對於侵權行為並未實際知情。故 Google 無推定知情，亦無實際知情。

而在實質參與要件上，P10 主張 Google 對於非法網站的侵權行為有實質參與，主要是基於兩點理由：(1) Google 提供非法網站觀眾，例如提供鏈結讓使用者找到該非法網站；(2) 透過 AdSense¹⁰² 服務或以增加使用者量的方式來提供非法網站收益。法院認為 P10 的主張主要是依賴 Napster II 的判決，因而特別列表說明本案與 Napster 案的不同，例如若無 Napster 的存在，其使用者即無法與其他使用者傳輸音樂檔案，但沒有 Google 的服務，非法網站依舊存在不受影響；Napster 服務幫助使用者到其他使用者的私人硬碟中傳輸檔案，但非法網站本可供大眾存取，與 Google 無關。針對 P10 主張 Google 為非法網站召來觀眾並提供廣告部分，法院認為 P10 混淆了搜尋技術與主動鼓勵促進侵權。也就是，法院認為 Google 並未積極地鼓勵使用者去參觀非法網頁，也沒有鼓勵非法網站在其網頁上置放侵權資料。至於 P10 的第二點主張，法院認為 P10 沒有提供證據證明 Google 的 AdSense 服務有提供非法網站利益，且非法網站在 AdSense 服務出現前就已存在，因而其存在並非仰賴 AdSense 服務。

綜上所述，法院認為 Google 對於非法網站的侵權行為並未實質參與。Google 不須負參與侵權責任。

4.1.4.1.2 侵權代位責任

在直接財產上利益要件上，雖然 P10 與 Google 皆未提出直接財產上利益的證據，但從 Google 的運作模式或可認為 Google 從非法網站的侵權行為中獲有直接財產上利益：不可否認的，至少有一部分的使用者因為知道透過 Google 的圖片搜尋服務可找到免費的非法圖片因而上 Google 的網站；而 Google 確實也因有更多的使用者而受益（例

¹⁰² AdSense 是 Google 針對網站所推出的一個廣告媒合系統。如果某網站加入 Google 的 AdSense 系統，則 Google 會依據該網站的內容自動篩選出相關的廣告並置放於該網站的網頁上，可免除網站管理者自行去拉廣告的麻煩。而在廣告收益方面，該網站的收益會取決於廣告顯示及被點選的次數，Google 則會從中抽成。

如廣告收益、品牌彰顯、市場影響力等都取決於使用者人數的多寡)。而根據 Napster II 的判決，因 Napster 將來的收益取決於使用者人數，而侵權資料的存在是吸引使用者的一大因素，Napster 確實從侵權行為中獲有直接財產上利益。本案的情形相似，因而法院認為本要件成立。

至於在控制能力方面，法院認為網路環境是開放的，即使 Google 將非法網站的鏈結從其系統索引中移除，並不能使該網站無法被存取，而 Google 也沒有權利及能力去決定非法網站是否繼續提供侵權圖片。此外，Google 也沒有能力去比對網站中的圖片是否與其他有著作權的圖片相同或決定該圖片是否侵害他人的著作權。

綜上所述，雖然 Google 有自非法網站的侵權行為獲有直接財產上利益，但因不具有控制之權利及能力，因而不須負侵權代位責任。

4.2 「網路著作權侵權責任限制法」之介紹與分析

美國國會於 1998 年通過數位千禧年著作權法(The Digital Millennium Copyright Act of 1998)，其中 Title II 的「網路著作權侵權責任限制法(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act)」即為處理網路服務提供者在其用戶著作權侵權時所應負擔何種責任的問題，旨在平衡著作權人及網路服務提供者的利益¹⁰³。該法案增訂美國著作權法第 512 條¹⁰⁴，主要針對不同類型的網路服務提供者提供不同的安全港(safe harbor)條款，亦即屬於法案中所列之網路服務提供者在其用戶有著作權侵權之虞時，只要符合條款中所列要件，即可免除所有的金錢賠償，而在禁制令的負擔上亦有所限制，因而本法案的通過，相當於提供了網路服務提供者一個得以遵循來免責的規範。本法案主要針對四種類型的網路服務提供者制定四種安全港條款，各自的要求要件不盡相同，以下將分別介紹：

¹⁰³ 為了討論方便，本文以下將逕以「DMCA」代表「網路著作權侵權責任限制法」。

¹⁰⁴ 美國著作權法第 512 條之條文請參附錄一。

4.2.1 暫時性數位化網路傳輸 (Transitory Digital Network Communications)

這類的網路服務提供者指的是，在不變更傳輸資料內容的情形下，將使用者所指定的資料在使用者所指定的點之間傳輸、路徑選擇 (routing)¹⁰⁵或提供連線的業者¹⁰⁶，在同時符合以下五個要件¹⁰⁷的情形下，不會因為透過由其控制或運作之系統或網路來傳輸、路徑選擇或提供連線，或於此過程中對資料所為的中介暫時儲存而須負擔著作權侵權責任：

- (1) 資料的傳輸是由網路服務提供者以外之人發動或指示者；
- (2) 資料的傳輸、路徑選擇 (routing)、提供連線或儲存皆是經由自動化技術過程完成，而未經網路服務提供者篩選；
- (3) 除了自動回應其他人的請求外，網路服務提供者並未選擇資料的接收者；
- (4) 在暫時儲存的過程中，網路服務提供者所重製的資料不會以可被特定接收者以外的任何人存取的方式被置於系統或網路中，而且該重製的資料存放於系統或網路的時間也不會超過對特定接收者傳輸、路徑選擇 (routing)、提供連線所需的合理時間；
- (5) 經由系統或網路所傳輸的資料內容未經變更。

由上述的五個要件可知，本項安全港條款所欲針對的係僅提供連線服務，讓使用者得以連接上網路來傳送或接收資訊，但對於使用者傳送或接收的資訊並不進行變更或監視的網路服務業者而言，易言之，就是相當於僅是提供一個被動式通道 (passive

¹⁰⁵ Routing簡單地說是指將資料由來源網路 (Network) 安排行程路徑，送往目的地網路的動作。參 <http://tw.dictionary.yahoo.com/search?ei=UTF-8&p=routing>。詳細技術說明請參陳思永，「IP Routing」，at <http://www.study-area.org/network/network_ip_routing.htm>(last visited Oct. 19, 2006) (on file with author)。

¹⁰⁶ 17 U.S.C. § 512(k)(1)(A).

¹⁰⁷ 17 U.S.C. § 512(a)(1)-(a)(5)

conduit) 的業者，Netcom案中的Netcom公司即為一例。由於這類網路服務業者僅是被動地提供連線傳輸服務，所有資料傳輸、複製過程皆是自動完成而無人為因素介入，且這類服務又是架構網路世界所必須，因而使其得以免責確有必要。此外，依法院在 *Ellison v. Robertson* 案¹⁰⁸ 的見解，網路論壇服務中的新聞伺服器 (Usenet Server) 亦落於此項免責範圍內。

4.2.2 系統快取 (System Caching)¹⁰⁹

本項免責條款所針對的是網路服務業者之中介或暫時的儲存行為，也就是網路服務業者以外之人置於網路上的資料，如果係經由自動化技術過程而中介或暫時儲存於網路服務業者的系統或網路中，且係為了供之後的使用者存取時，則網路服務業者在同時符合下列要件時，可以免責：

- (1) 保留在系統中的資料於傳送給之後的使用者時未經變更；
- (2) 網路服務業者必須遵守業界所普遍接受的標準資料通訊協定來進行資料的更新；
- (3) 不得干預將資料置於網路之人在符合一定規定所使用來回報資訊的技術；
- (4) 如果將資料置於網路之人設有存取該資料的條件——如是否有付費、密碼是否正確等——時，網路服務業者也必須要依據這些條件限制其使用者存取該資料；
- (5) 任何未經著作權人授權而置於網路上的資料，在網路服務業者接到通知該資料已從原始網站被刪除、禁止存取或被命令刪除、禁止存取後，即應立即將保留於其系統或網路之該資料刪除或禁止存取。

系統快取服務的存在目的主要是為了避免網路壅塞，並節省網路資源，雖可能涉及著作的重製與散布而侵害著作權人的利益，但仍有學者認為應可構成默示授權或合

¹⁰⁸ 357 F.3d 1072 (9th Cir.2004).

¹⁰⁹ 17 U.S.C. § 512(b).

理使用¹¹⁰，因此本不應使提供該服務之網路服務業者負侵權責任；然因系統快取仍有剝奪原始網站經營者更新權利及回報資訊的缺點，必須對其加以規範，因而本項免責條款即設定上述五種條件，來平衡原始網站經營者的利益與系統快取服務所帶來的公益，值得肯定。在本文第二章介紹的代理伺服器即為此處之系統快取服務而得以免責。另外，在一個內華達州作家Field控告搜尋引擎Google侵害其著作權的案子中，法院亦認為Google的頁庫存檔服務落入此免責條款的範圍，因而不必負擔著作權侵權的損害賠償責任。¹¹¹

此外，值得注意的是，如網路服務業者保留在系統或網路的資料係未經著作權人授權的資料時，並不是一經著作權人通知有侵權事宜即應馬上移除該資料，而是要等到原始網站已經移除或被法院下命令移除時才必須移除，這主要是因為如果原始網站不移除，就算網路服務業者移除了，當有使用者再去存取該網站時，系統又會自動將該網站的資料備份在快取中¹¹²，因此必須等到原始網站移除或被命令移除，始可課予網路服務業者移除的義務，以避免造成過份負擔。

4.2.3 依使用者指示存放於系統或網路的資訊 (Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users) ¹¹³

在網路服務業者所提供的服務中，經常包括提供免費空間給使用者放置資料或發表演論，例如提供部落格服務讓使用者發表文章、上傳檔案或分享照片，這些資訊都是由使用者自行主動放置於網路服務業者的系統與網路中，而使用者所放置的資訊亦經常涉及侵害他人著作權的爭議，因此針對此種情形，實有必要規範網路服務業者的責任限制。本項免責條款所針對的即為此類的網路服務業者，在同時符合下列條件時，得以免責：

¹¹⁰ 羅明通，著作權法論，頁 390 (2000)，轉引自蔡偉逸，網路服務業者之著作權侵害責任，東吳大學法律學系碩士論文，頁 30 (2002)。

¹¹¹ Blake A. Field v. Google, 412 F.Supp.2d 1106 (D. Nev., 2006).

¹¹² 2 GOLDSTEIN, *supra* note 36, § 6.3.1, at 6:33.

¹¹³ 17 U.S.C. § 512(c).

- (1) 網路服務業者對於該資料係侵權不知情，且未察覺侵權活動明顯的事實，或於得知或察覺時立即移除該侵權資料；
- (2) 在有權利及能力控制侵權行為的情形下，並未直接自侵權行為獲有財產上利益；而且
- (3) 在接獲依法律規定的侵權通知後，立即移除或阻斷他人接觸該侵權資料。此即「通知及取下（notice and take down）」程序。

此外，為了使相關著作權人得以通知網路服務業者侵權事宜，網路服務業者必須指定一代理人受理著作權人的侵權通知，並提報美國著作權局，由著作權局編列代理人名冊對外公佈。

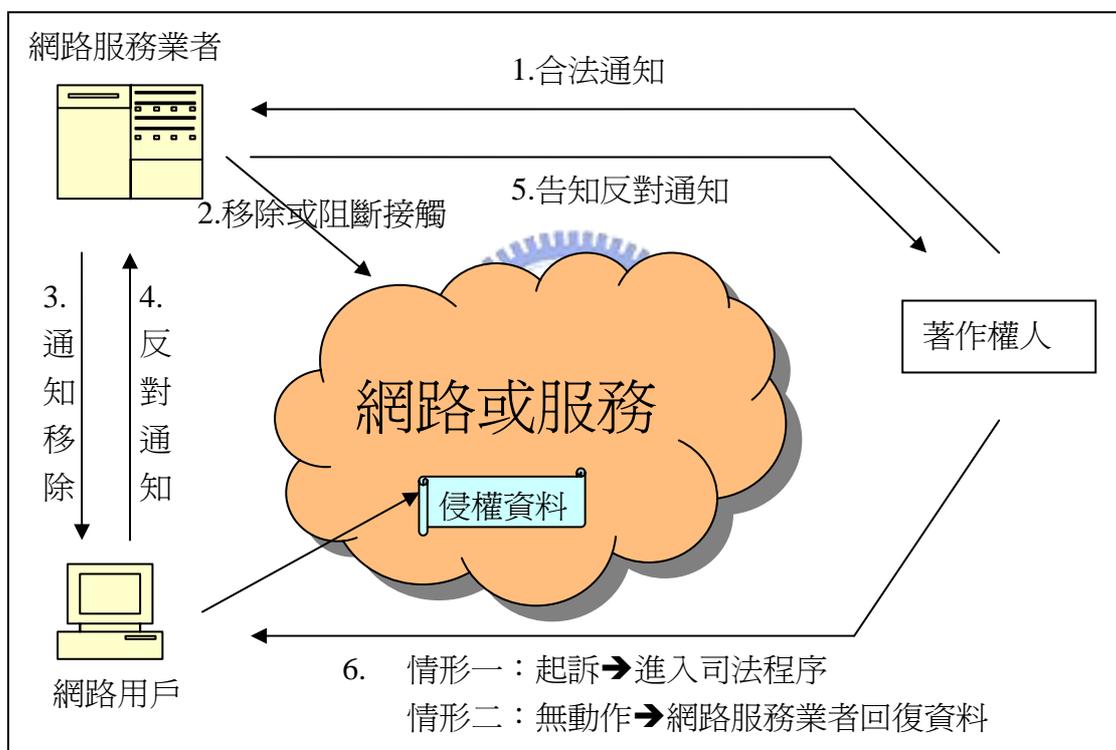
在實際的案例中，經常發生的情形是，著作權人僅簡略地通知網路服務業者其用戶有侵害其著作權的資料或行為存在，網路服務業者在接到類似的通知時，往往無法斷定是否真有侵權事宜而產生困擾，進而使雙方鬧上法院，如Netcom的案例事實即為一例。因此，在本項免責條款中就特別規定著作權人所為之通知必須符合一定要式，並包含可茲網路服務業者找出侵權資料的訊息¹¹⁴。如果著作權人所為的通知不符合，則該通知不能被用來認定網路服務業者對其用戶的侵權行為已知情或察覺。一旦網路服務業者接獲合法的通知，並立即移除或阻斷接觸該侵權資料，則可免於金錢賠償，同時亦可免於擅自移除侵權資料所可能面對的責任，例如與用戶間的服務契約責任。¹¹⁵

然而，上述的規定似乎都只考慮到著作權人及網路服務業者的利益，而忽略了網路用戶的權益。為了避免著作權人的通知可能會有錯誤或造假的情形並給予網路用戶一個平反的機會，法案中特別規定網路用戶得以提出「反對通知（counter notification）」以促使網路服務業者回復其被移除或阻斷接觸的資料。在網路服務業者接獲著作權人的合法通知後，除了立即移除或阻斷接觸用戶的資料外，並應立即通知用戶其資料已

¹¹⁴ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A).

¹¹⁵ 17 U.S.C. § 512(g)(1).

被移除或阻斷接觸，此時如果該用戶依法¹¹⁶提出反對通知表明其被移除或阻斷接觸的資料並未侵害著作權，則網路服務業者應立即告知著作權人其用戶已提出反對通知，且其將於十日後回復用戶的資料。若該著作權人未表示已對該用戶起訴，則網路服務業者在接獲用戶的反對通知後十日到十四日間就應回復用戶的資料。上述程序即所謂「反對通知及回復（counter-notice and put back）」程序¹¹⁷。茲以下圖說明「通知及取下（notice and take down）」程序及「反對通知及回復（counter-notice and put back）」程序：



上述程序的確是十分繁複，但究其原因，主要是為平衡著作權人、網路服務業者及用戶間的利益衝突。就著作權人言，既然著作權法賦與其多項專有權利（exclusive right），自應允許其有效地、而非僅只是象徵性地實行其權利¹¹⁸，因而在難以追訴直接

¹¹⁶ 17 U.S.C. § 512(g)(3).

¹¹⁷ 章忠信，「美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介」，at <www.copyrightnote.org/paper/pa0010.doc> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

¹¹⁸ *Sony Corp. of America*, 464 U.S. at 442 (“The staple article of commerce doctrine must strike a balance between a copyright holder’s legitimate demand for effective—not merely symbolic—protection of the statutory monopoly, and the rights of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce”).

侵權者的情形下，應使網路服務業者在某些情形下負責；而就網路服務業者而言，要求其對於用戶置放於其系統或網路的資料一一過濾判斷是否侵害著作權著實不易，特別是資料量的龐大及侵權判斷的不確定性更使得監督過濾的工作不可行，因此課與著作權人詳盡且本於誠實（good faith）的通知義務，以幫助網路服務業者得以輕易地找出可能侵權的資料並將其移除或阻斷接觸，又為避免網路服務業者可能得面對與用戶間違反提供服務契約的責任，法案也規定在符合一定條件下得以免責；而在另一方面，為維護用戶本身的權益，另課與網路服務業者將著作權人的侵權通知轉告用戶，使用戶得以提出抗辯的義務，並且在著作權人怠於對用戶起訴主張權利的情形下，要求網路服務業者回復用戶被移除的資料。由以上的說明不難看出，這整個繁複的程序是一個妥協的結果，但確實也為網路服務業者提供了一個得以遵循的規範。惟此程序仍有可能對於用戶的言論自由造成侵害，因而有加以修正的必要，詳後述。

4.2.4 資訊搜尋工具（Information Location Tools）¹¹⁹

本項係針對提供資訊搜尋工具的網路服務業者所制定之免責條款，也就是對於提供目錄、索引、超鏈結（hyperlink）等資訊讓使用者得以連結到含有侵害著作權資料的位置的網路服務業者，在同時符合下列條件時，得以免責：

- (1) 網路服務業者對於該資料係侵權不知情，且未察覺侵權活動明顯的事實，或於得知或察覺時立即移除該連結資料；
- (2) 在有權利及能力控制侵權行為的情形下，並未直接自侵權行為獲有財產上利益；而且
- (3) 在接獲依法律規定的侵權通知後，立即移除或阻斷他人接觸該侵權資料。

網路上的搜尋引擎所提供的超連結服務應可落入此項免責條款。如前所述，在 *Perfect 10 v. Google* 案¹²⁰ 中，針對 Google 提供非法網站的鏈結部分，法院認為 Google 並

¹¹⁹ 17 U.S.C. § 512(d).

¹²⁰ 416 F.Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

不須為該非法網站未經授權張貼Perfect 10 擁有著作權的圖片而負參與侵權責任與侵權代位責任。也就是在傳統間接侵權行為理論下搜尋引擎可不必負責，而針對此類網路服務規定免責條款除了提供網路服務業者保護網路著作權的誘因外，更可避免透過司法途徑解決爭端所造成的資源耗費，仍有其正面意義。

4.2.5 其他規定

除了上述針對提供不同服務的網路服務業者設有不同的免責要件外，還有兩個共通的要件需要網路服務業者配合，才可援引各該安全港條款：首先，網路服務業者必須採行對於經常侵害著作權的用戶停止提供其服務的政策並通知其用戶¹²¹；其次，網路服務業者必須採用並不得干預經業界協商而由著作權人採用以保護其著作的標準科技措施¹²²。

4.2.6 分析與討論

DMCA的安全港條款使得符合條件的網路服務業者免於承擔傳統著作權法中的直接侵權責任、侵權代位責任及參與侵權責任。然而，這並不代表不符合條件的網路服務業者就一定得承擔傳統的侵權責任，仍需視其行為是否符合傳統侵權責任的要件以為認定¹²³。因而衍生出DMCA的安全港條款相較於傳統侵權責任而言，究有何實益的問題，到底DMCA僅是將傳統侵權責任的要件成文化，亦或自成另一體系，即值得探究。

在直接侵權責任部分，從前述案例法的研究可知，當用戶使用網路服務業者所提供之服務侵害著作權時，網路服務業者免負直接侵權責任，已成共識，因此 DMCA 在這部分並無實益。而在侵權代位責任部分，「依使用者指示存放於系統或網路的資訊」及「資訊搜尋工具」類型的安全港條款中皆有一要件為「在有權利及能力控制侵權行

¹²¹ 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

¹²² 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B).

¹²³ 17 U.S.C. § 512(l)。本條規定即使網路服務業者不符合本章中的責任限制條件，亦不影響其依本法或其他法律得以主張未侵權的抗辯。也就是縱使不符合本章中規定的四種安全港條款，網路服務業者仍得主張如合理使用的抗辯來免於侵權責任。

為的情形下，並未直接自侵權行為獲有財產上利益」，但在符合該要件下，依傳統的侵權代位責任判斷，網路服務業者本來就不用負責，則 DMCA 自然也沒有實益了。

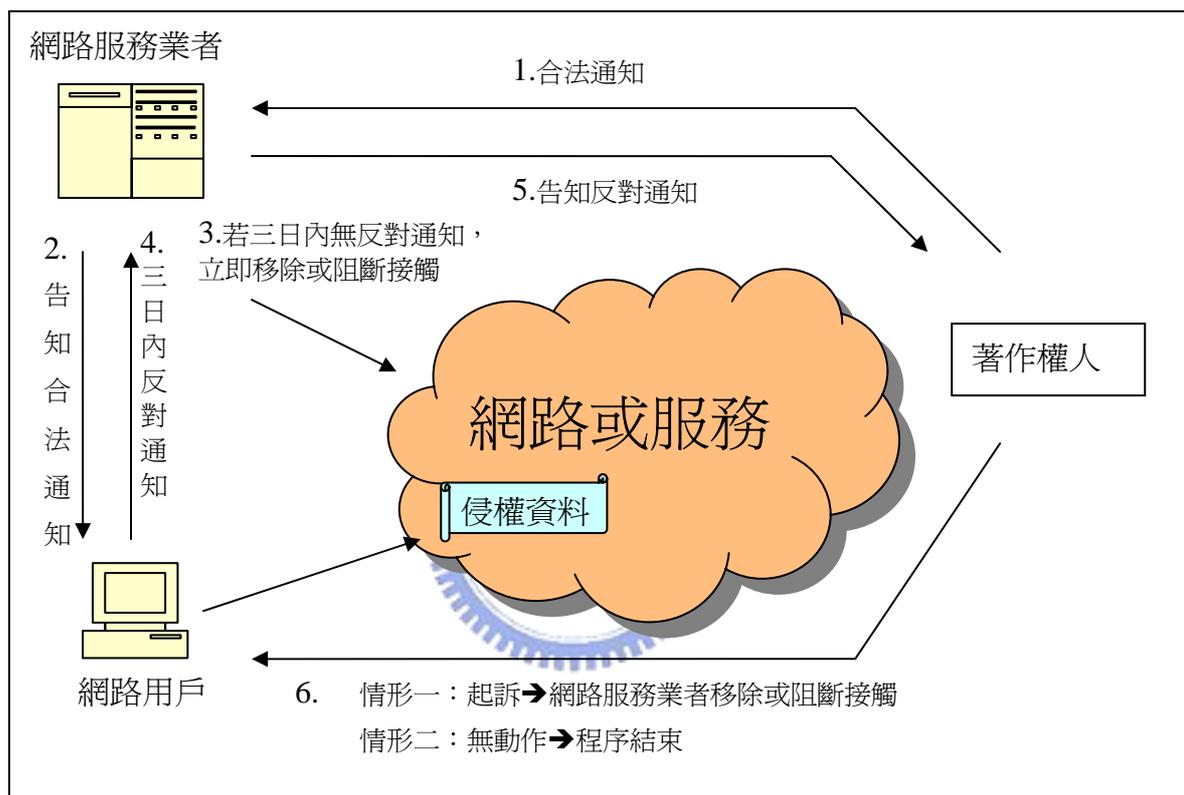
另外，在參與侵權責任部分，DMCA的實益則較為明顯。主要的原因在於，參與侵權責任中，被告是否符合「知情」要件的判斷不易，而在被告沒有實際知情（actual knowledge）的情形下，法院對於在何種情形始構成推定知情（constructive knowledge）的標準並不明確¹²⁴，而從前述案例法研究亦可看出，各法院對於Sony案「實質非侵權用途」標準的闡釋亦不盡相同，更增加了判決結果的不確定性。而DMCA正好可解決這個問題。DMCA除了規定在網路服務業者實際知情時必須立即移除侵權資料外，在「察覺侵權活動明顯的事實」或「接獲依法律規定的侵權通知後」亦須立即移除侵權資料，相當於認定「察覺侵權活動明顯的事實」即可推定網路服務業者知情，而在接獲依法律規定的侵權通知後相當於已實際知情。因而使網路服務業者認知到一旦其接獲依法律規定的侵權通知後，只要立即移除侵權資料即可免責，相當於提供了一個得以遵循且較為明確的標準。

DMCA的通過，對於著作權人及網路服務業者而言，可說是達到雙贏的局面：著作權人可藉由提出合法的通知阻絕侵權資料的繼續散布以維護其權利，而網路服務業者可同時避免著作權侵權責任及與其用戶間的契約責任。然而，對網路用戶而言，縱使DMCA有提供反對通知及回復侵權資料的管道，但仍不免造成言論自由的侵害。主要的原因在於，DMCA的規定並未要求網路服務業者於接獲通知後進行用戶是否侵權的查證工作，會促使網路服務業者為避免提起訴訟的不確定性而在接到侵權通知後不論其用戶侵權的可能性多大，都直接移除其用戶的資料。如前所述，在大部分符合DMCA安全港的情形下，依據直接侵權責任、侵權代位責任、及參與侵權責任法則，網路服務業者本可不用負責。但因法院在上述侵權法則的運用上並不明確，網路服務業者多不願依上述侵權法則打訴訟，而寧可移除用戶資料以符合安全港條款來免於侵權責任。如此的結果只是促使網路服務業者在避免自身責任及保護其用戶言論自由間

¹²⁴ Yen, *supra* note 2, at 1885。Netcom案的爭點即在於當Netcom接獲著作權人的侵權通知，究竟可否認為其已符合參與侵權責任的「知情」要件。

選擇避免自身責任而犧牲其用戶的言論自由；因此，DMCA相當於賦予著作權人在未經法院聽證的情形下即取得要求用戶移除資料的初步禁制令的權利，對於用戶的言論自由造成很大的侵害。¹²⁵

為避免用戶的言論自由受到過度的侵害，並簡化程序，本文認為可將「通知及取下程序」及「反對通知及回復程序」略作修正，如下圖所示：



上圖主要的修正在於當網路服務業者接獲著作權人的合法通知後，並不立即將侵權資料移除或阻斷接觸，但仍應立即告知網路用戶著作權人已為合法通知之情事，同時亦應告知其若未於三日內提出反對通知，則會立即將其置於網路服務業者之系統的侵權資料移除或阻斷接觸。如果網路用戶於三日內為合法的反對通知，則網路服務業者須立即告知著作權人用戶已為反對通知之情事，再由著作權人決定將採取何種行為。如果著作權人對網路用戶起訴，則網路服務業者就應立即將網路用戶的侵權資料移除或阻斷接觸，但若著作權人怠於主張自己的權利，則整個程序即行結束，網路服

¹²⁵ Yen, *supra* note 2, at 1887.

務業者不須做任何行爲。此程序的修正主要有兩點好處：首先，可有效保障網路用戶的言論自由，不會僅因著作權人單方面的通知即使用戶的資料被移除或阻斷接觸。再者，對網路服務業者而言，可簡化程序，不須先將侵權資料移除或阻斷接觸，之後再因網路用戶反對通知而回復，況且在許多用戶明顯侵權的情形下，當網路服務業者通知用戶其已收到著作權人的通知時，用戶通常會心虛並配合自行移除其侵權資料，即使用戶未自行移除，因用戶不會爲反對通知，所以網路服務業者亦應於三日後移除用戶的侵權資料，仍可保護著作權人的權益。

4.3 小結

綜合以上案例分析與 DMCA 相關規定，可整理出以下幾點：

1、在網路服務業者未從事侵權行爲的情形下，免負直接侵權責任

在Netcom案中，法院明白表示Netcom的系統雖因電腦自動過程造成複製結果，但因無人爲之介入，且爲網路運作所必須，因此Netcom不用負直接侵權責任。此看法亦已成爲共識，因而在後來的案件中，原告的主張則以參與侵權責任及侵權代位責任爲主。另外，此結果亦於 1998 年於DMCA中成文化，並延伸到間接侵權責任部分，使連線服務業者與新聞伺服器因符合DMCA §512(a)之免責條款而不用爲網路使用者的侵權行爲負責。¹²⁶

2、網路搜尋引擎不須爲非法網站之著作權侵權行爲負責

在 Google 案中，法院認定 Google 免負參與侵權責任與侵權代位責任，因此並未審酌 Google 的服務是否符合 DMCA 安全港條款。惟網路搜尋引擎服務亦應符合 DMCA §512(d)而得以免責。

3、P2P 檔案傳輸服務業者皆被判應負間接侵權責任

在採中央檔名索引架構的 Napster 敗訴後，各網路服務業者即嘗試以其他架構或技術來迴避法律責任，以加密方式來佯裝對侵權行爲不知情的 Aimster 及改以廣告方式獲利的 Grokster 皆是。即便如此，Aimster 及 Grokster 仍被認定須負間接侵權責任。

¹²⁶ Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1081 (9th Cir.2004).

雖然法院的判決基礎從傳統的參與侵權責任及侵權代位責任到改以誘導理論著重業者的意圖來認定業者須負責，但都不難看出法院希望阻止此種大規模的網路侵權行為及藉由網路使用者侵害著作權以獲利的現象。

4、P2P 檔案傳輸服務似無法援引 DMCA 安全港條款來免責。

就採中央檔名索引架構的P2P服務業者而言，因其提供檔名索引及侵權檔案所在電腦之位址，讓使用者得以連結到該電腦並進行檔案傳輸，或可認為此運作方式較接近於§512(d)之「資訊搜尋工具」，但就是因為其系統中保有檔名索引，較易被認定為已「察覺侵權活動明顯的事實」而無法援引該安全港條款來免責。至於僅提供P2P軟體之業者，有學者認為此類業者並未提供「網路服務或網路連結」¹²⁷，本非DMCA所針對之網路服務提供者，因而不得援引DMCA。¹²⁸ 即使採取廣義的「網路服務」認為透過網路提供P2P軟體亦為網路服務，仍因不屬於DMCA的四類網路服務而無法援引DMCA來免責。



¹²⁷ 17 U.S.C. § 512(k)(1)(B).

¹²⁸ Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345, 1389-70 (2004).

第 5 章 我國對網路服務業者著作權侵權責任之規範

5.1 網路服務業者責任之相關立法

5.1.1 電信法

電信法第八條第一項規定：「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。」由於骨幹業者與連線服務業者皆為電信法所規範的電信業者，因此均適用上開規定，也就是說使用者使用骨幹業者與連線服務業者所提供之服務，其於網路上傳送的資料內容及其發生之效果或影響，均應由使用者自行負責，因此如果使用者傳送侵害著作權的資料，則應自負侵權責任，此規定相當於是骨幹業者與連線服務業者的免責條款。由於電信為國家基礎建設，如要求提供電信服務的業者皆須為其使用者所傳送的內容負責，將使電信業者動輒得咎，阻礙國家電信發展，因而規定此免責條款，而這樣的規定亦與前述骨幹業者與連線服務業者於依侵權資料儲存位置類型化分析中係屬「侵權資料僅係暫時存在，非大眾得以存取」類型¹²⁹，因而認定其責任應較嚴格的論點相呼應。

5.1.2 著作權法

著作權法第八十八條第一項規定：「因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。」本項後段係規範共同侵害著作權行為，為民法第一百八十五條第一項前段共同侵權行為之特別規定。網路服務業者是否與其使用者構成共同侵害著作權行為，取決於「共同」的概念，而本項中「共同」概念的解釋與民法相同，詳見下述。

¹²⁹ 參本文 2.4。

5.1.3 民法

5.1.3.1 民法第一百八十五條共同侵權行為

民法第一百八十五條規定：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任；不能知其中孰為加害人者，亦同（第一項）。造意人及幫助人，視為共同行為人（第二項）。」本條第一項前段依司法院 66 年例變字第 1 號見解，可分為兩種類型——「主觀（意思聯絡）共同加害行為」及「客觀行為關連共同加害行為」。¹³⁰

主觀共同加害行為係指加害人有意思聯絡而為加害行為，但不以親自實施加害行為為必要，苟有意思利用他人行為為自己行為者，亦屬行為人¹³¹。就網路服務業者與使用者之間的關係而言，網路服務業者應未有利用使用者之行為為自己行為的意思，實難以認定有侵害著作權的意思聯絡；而客觀行為關連共同加害行為係指「數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即所謂行為關連共同，亦足成立共同侵權行為。」¹³²實務上並認為所謂共同侵權行為，須共同行為人皆已具備侵權行為之要件始能成立¹³³。網路服務業者提供網路服務與著作權人權利受侵害間雖有因果關係（例如P2P業者如未提供P2P軟體予其會員，會員即無法如此便利地從其他會員處下載音樂、電影檔案，因此P2P業者提供P2P軟體的行為與著作權人權利受侵害間有因果關係），但提供網路服務之行為並未違法，且網路服務業者在客觀上並未從事著作的重製或公開傳輸等侵害著作權的行為，因此亦不能與使用者成立客觀行為關連共同加害行為。綜上所述，網路服務業者之行為不能與使用者之行為成立民法第一百八十五條第一項之共同侵權行為。

¹³⁰ 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 64（2004）。

¹³¹ 邱聰智，新訂民法債編通則（上），頁 193（2003）。

¹³² 王澤鑑，前揭註 130，頁 67。

¹³³ 最高法院 22 年上字第 3437 號判例：「依民法第一百八十五條第一項之規定，共同侵權行為人固連帶負損害賠償責任，惟同條項前段所謂共同侵權行為，須共同行為人皆已具備侵權行為之要件始能成立，若其中一人無故意過失，則其人非侵權行為人，不負與其他具備侵權行為要件之人連帶賠償損害之責任。」

至於第一百八十五條第二項部分，所謂造意人者係指教唆他人使生為侵權行為決意之人；幫助人者，指予他人以助力，使他人易於為侵權行為之人，其助力包括物質及精神在內，而通說認為造意及幫助均須出於故意。¹³⁴ 就一般的IAP來講，其僅提供使用者連線上網的服務，並無教唆使用者侵害著作權之情事，非造意人，但IAP提供設備、服務讓使用者易於侵害著作權，在客觀上似成立幫助行為，惟其主觀上應無幫助故意，因此亦非幫助人。就P2P業者而言，其若以廣告吸引使用者下載P2P軟體進而從事侵權行為，則可認為是以廣告的方式使本無加害意思的使用者為侵害著作權的行為，在客觀上成立造意行為，在主觀上或許不是明知其廣告的行為會使使用者生侵權決意而有意使其發生，但至少對於此事預見其發生而其發生並不違背其本意，而有未必故意；另外其提供P2P軟體讓使用者易於上傳下載著作物，亦成立幫助行為，在主觀上至少亦有幫助的「未必故意」，因此可認為此類P2P業者為使用者侵害著作權的造意人及幫助人，視為共同行為人。

就第一百八十五條第一項後段的共同危險行為部分，因共同危險行為規定係為緩和被害人舉證的困難，在網路服務業者的情形，可能的加害人——即使用者——業已確定，應無該項之適用。

5.1.3.2 民法第一百八十八條僱用人責任

美國侵權代位責任源自於僱用人責任，但其適用上已不限於有僱用關係，惟我國民法第一百八十八條第一項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。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。」仍須有僱用人與受僱人的關係存在始有適用。由於網路服務使用者非網路服務業者的受僱人（例如在P2P檔案傳輸服務中，使用P2P服務的會員與提供服務的業者間通常沒有僱用關係），因而網路服務業者不必依上開規定負責。

¹³⁴ 王澤鑑，前揭註130，頁71。惟學說上有承認過失幫助與過失造意（教唆）。

5.1.3.3 民法第一百九十一條之三危險工作或活動責任

民法第一百九十一條之三規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」本條規定是否適用於網路服務業者在於其所從事的工作——提供網路服務——是否有生損害於他人之危險。在本條立法理由中所例示的危險工作或活動包括「工廠排放廢水或廢氣、筒裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火」，都是屬於危及生命身體方面易造成重大損害的危險，提供網路服務所可能造成的著作權侵害危險似乎不屬其中。

有一則關於BBS站管理者的判決即否定了原告依本條規定求償的主張：本案被告為國立中正大學，其設置有校園BBS站，有網友在BBS站上辱罵原告，侵害原告名譽，因而原告主張被告係從事足以生損害於他人名譽的危險活動，應依本條規定負損害賠償責任。法院的判決則是認為：「本諸推定過失責任之立法例，本條所稱『危險』於範圍上應有所限制，僅及『特別危險』、『異常危險』、『高度危險』或『不合理危險』，否則將使任何持有或經營危險源者動輒得咎，影響社會活動之發展與進步。本件被告架設網路硬體設備、建立校內網路體系之行爲乃屬『社會通常行爲』，難謂有生『特別危險』、『異常危險』、『高度危險』或『不合理危險』之情事，要件既無法合致，原告依民法第一百九十一條之三訴請損害賠償自無理由。」¹³⁵

此外，工作或活動的經營是否屬於「危險的經營」，不僅取決於危險源是否創造出損害發生的蓋然性，更應視該危險是否造成不尋常重大的損害而定。¹³⁶ 網路服務業者提供網路服務，對於造成著作權侵害雖有很高的蓋然性，但著作權侵害似乎不算是「不尋常重大的損害」。因此，應認為網路服務業者所從事的工作非民法第一百九十一條之三的危險工作，而無該條之適用。

¹³⁵ 台灣台北地方法院 93 年度國字第 16 號判決。

¹³⁶ 林誠二，民法債編總論（上），頁 58（2000），轉引自蔡偉逸，前揭註 7，頁 131（2002）。

5.1.4 消費者保護法

網路服務業者經營事業、提供網路服務，係屬企業經營者，依美國侵權代位責任背後的企業責任概念來看，企業經營者對於企業經營過程中無可避免產生的損害應負無過失責任，而在我國關於企業無過失責任的法規又以消費者保護法（以下簡稱消保法）最受重視，因此以下即分析網路服務業者在面對其用戶侵害著作權時是否有消保法的適用。

消保法第七條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性（第一項）。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法（第二項）。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任（第三項）。」

在責任主體部分，消保法的規範對象為從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，網路服務業者提供網路服務，應屬於提供服務之企業經營者，但如提供網路服務者非企業經營者（如自行架設小型 BBS 站供班級同學意見交流用者），則無此條之適用。

在被害人部分，消保法規定必須限於「消費者或第三人」，始可要求企業經營者負責。網路服務業者提供服務，而使用者利用該服務來侵害著作權，依同法第二條第一款對「消費者」的定義——「指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」——來看，消費者係使用網路服務的使用者，但被害人則為著作權受侵害的著作權人。既然著作權人不是消費者，那是否可認為是「第三人」？學者認為，實務上認為「第三人」係指製造者可預見因商品不具安全性而受侵害之人¹³⁷，並不限於與製造者有契約關係之人。在企業經營者提供服務的情形，應係指服務提供者可預見因服務不具安全性而受侵害之人，在網路服務業者提供服務時，應可預見其提供的網路服務可能會

¹³⁷ 王澤鑑，「特殊侵權行為（十）——無過失侵權責任（下）」，台灣本土法學雜誌，77 期，頁 67（2005）。

使得著作權侵害變得容易且使著作權人所受的損害更大，因此似可認為著作權人是網路服務業者可預見因網路服務不具安全性而受侵害之人。

在歸責的要件上，消保法係採無過失責任¹³⁸，不以企業經營者有過失為要，但必須服務不具「可合理期待之安全性」始可要求企業經營者負賠償責任。網路服務業者提供的網路服務使得著作權侵害變得容易，對著作權人造成財產安全上的危險，但是否即意謂該網路服務不具「可合理期待之安全性」，則須視網路服務業者是否有能力過濾網路上的著作權侵權資料而定，如果要求網路服務業者過濾網路上的著作權侵權資料係屬客觀上不可期待或在技術上不可能，則應認為該網路服務已具有「可合理期待之安全性」而不可要求業者負責。由於使用者下載或公開傳輸受著作權保護著作之行為是否已獲授權或有合理使用的空間皆須個案判斷，就目前的技術而言，並無法以程式自動判斷使用者傳輸或下載的某檔案資料是否侵害著作權，自然也就無法過濾，因此就大型的網路服務業者而言，應認為其所提供的網路服務具有「可合理期待之安全性」而不須負責。

在P2P檔案傳輸服務的情形下，如P2P業者提供檔名索引服務，當著作權人提供其所擁有著作權之歌曲或電影之名稱而要求P2P業者刪除這些檔名索引時，由於僅是字串比對，為技術上可行，如P2P業者仍不願配合，則可認為其服務不具「可合理期待之安全性」而應負責；但如P2P業者僅提供軟體而未提供檔名索引服務，在軟體散布後與使用者間沒有接觸亦無法控制軟體的使用，要求其阻止使用者下載有著作權的檔案並不可行¹³⁹，應認其服務已具「可合理期待之安全性」而不用負責。儘管如此，不論P2P業者是否提供檔名索引服務，如果著作權人係要求P2P業者過濾所有有著作權的檔案，以目前技術而言並不可能，因為程式無法判斷所傳輸的檔案是否為有著作權的

¹³⁸ 消保法雖採無過失責任，但於第七條第三項但書規定：「但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」是為無過失責任的衡平化，就此學者有所批評，同前註，頁 63-64。

¹³⁹ 在開發P2P軟體時，可設計成會自動比對著作權人預先提供的檔名以過濾這些檔案，但新的著作不斷被創作出來，當初散布出去的軟體並不會比對這些後來才出現的檔名，或許P2P業者可提供更新程式給使用者以更新比對的檔名，但是否更新取決於使用者本身，業者無權要求使用者更新。因此在P2P業者僅提供軟體而未提供檔名索引服務的情形下，要求其阻止使用者下載某些有著作權的檔案並不可行。

著作，因此不可因P2P業者未過濾所有有著作權的檔案而認為其服務不具「可合理期待之安全性」。

此外，關於商品責任，除了消保法外，民法第一百九十一條之一亦規定「商品製造人責任」，該條規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限（第一項）。前項所稱商品製造人，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者，視為商品製造人（第二項）。商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺（第三項）。商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任（第四項）。」與消保法第七條不同的是，本條文的規範對象僅有「商品」的製造人，而不及於「服務」的提供者，因此對於網路服務業者應不適用。惟就僅提供P2P軟體而不提供中央檔名索引服務的業者而言，軟體程式是否為「商品」則尚有爭論¹⁴⁰。

5.2 網路服務業者責任之相關案件探討

國內關於網路服務業者責任的相關案件並不多，在著作權方面的案件，最著名的就是關於 P2P 網站業者責任的刑事案件 Kuro 及 ezPeer，兩案事實相近，卻有截然不同的判決結果，引發諸多討論；另外，在民事案件上，94 年有一則關於誹謗方面的案件，雖非著作權侵權，但由於是否成立誹謗及著作權侵權都涉及個案判斷，且都會因散布而造成更大損害，因此誹謗案件在網路服務業者著作權侵權責任的探討上，亦有參考價值，以下將分別介紹。

5.2.1 ezPeer 案¹⁴¹

本案被告全球數碼科技股份有限公司經營 ezPeer 網站提供 P2P 檔案傳輸服務，使用者得下載安裝 ezPeer 軟體進而與其他使用者交換分享音樂檔案。檢察官提起公訴，

¹⁴⁰ 王澤鑑，前揭註 137，頁 64-65。

¹⁴¹ 台灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號裁判。

主張被告之行爲應與其會員成立共同正犯，若認其行爲不構成共同正犯，亦應論以會員重製、公開傳輸犯行之教唆犯、幫助犯。士林地方法院的判決內容及要旨如下：

1. 有關網路架構係屬集中式或分散式部分，法院對此爲詳盡之技術分析後，認定：本件並無證據顯示起訴前ezPeer網路平台P2P之架構採取集中式；至於起訴後使用之技術則經鑑定結果爲未集中管理檔案名稱之分散式；法院並稱區別P2P系統檔案搜尋模式爲「集中式」或「分散式」於刑法評價上並無實益，評價的對象應係ezPeer的營運模式，而非ezPeer網站平台搜尋檔案之方式。¹⁴²
2. 有關是否構成單獨正犯部分，判決指出：ezPeer負責人設置網路平台之作爲及未採取有效過濾防堵會員利用該網路平台傳輸下載他人享有著作權MP3 檔案之不作爲，依結果犯之客觀歸責理論以觀，就法律規範層面而言，被告開發ezPeer軟體、設置網路平台供會員傳輸下載檔案之行爲，既可作爲合於著作權法之使用，尙難認已製造了一個「刑法所不容許」之風險，難認被告對不法之結果應予歸責，自不構成著作權法上非法重製及公開傳輸罪之單獨正犯。¹⁴³
3. 有關是否構成間接正犯部分，判決認爲：間接正犯係指行爲人利用他人作爲犯罪的行爲工具，而該他人完全受被告之操控，全無意思決定與意思活動之自由而言。本件第三人利用該軟體之行爲全憑自由意志，顯與間接正犯之構成要件不符。¹⁴⁴
4. 有關會員下載MP3 音樂檔是否構成侵權部分，判決認爲：會員透過資訊通信網傳送或被搜尋的數位著作物等情報再轉換爲數位型態，並儲存在電子紀錄媒體之行爲，該當於著作權法之重製及公開傳輸；其行爲結果並已生市場替代效應，應非合理使用，應構成著作權法之非法重製及公開傳輸罪。¹⁴⁵
5. 有關是否與會員構成共同正犯部分，判決認爲：本件無從確認ezPeer負責人之網站平台係基於侵害他人著作權之意圖而設立，也無從確認該網站平台只使用於著作權

¹⁴² 羅明通，著作權法論II，六版，頁 338（2005）。

¹⁴³ 羅明通，前揭註 142，頁 350。

¹⁴⁴ 羅明通，前揭註 142，頁 354。

¹⁴⁵ 羅明通，前揭註 142，頁 355。

侵害的用途上或以此為主要用途；且該負責人對於各會員為特定之侵害著作權行為，未有心理接觸，且欠缺認識，並未明知且有意使其發生。該負責人既與會員間欠缺共同的行為決意，自與共同正犯之要件不符。¹⁴⁶

6. 有關是否構成作為之幫助犯部分，判決認為：ezPeer網站負責人所為係屬中性幫助行為，並無證據足資證明負責人知悉各該會員所傳輸之檔案內容，並能以之判斷各該會員是否正欲或所欲從事之違反著作權法犯罪，自無從被評價為作為之幫助犯。

147

7. 有關是否構成不純正不作為犯之幫助犯部分，判決認為：ezPeer網站負責人依公司法成立被告全球數碼公司，設立ezPeer網站機制，提供消費者網路線上P2P服務，本為法之所許，目前亦無任何法規規範P2P業者必須逐一檢視自己營運系統上是否有具體的著作權侵害行為並加以控制，該負責人不曾為任何客觀義務之違反，應無從認為此行為乃「危險前行為」，其既不因此而負保證人地位，縱未設立字串過濾告訴人享有著作權之MP3檔案，亦無由構成著作權法上重製及公開傳輸罪之不純正不作為犯。¹⁴⁸

8. 有關教唆犯部分，判決認為：網站廣告係針對不特定大眾而為之，而寄發電子郵件雖可認係針對特定對象而為之，然核其寄發之廣告或電子郵件之內容，均不外告知大眾或會員可以利用ezPeer軟體搜尋或傳輸文字、遊戲或歌曲等各種檔案，並以種種行銷手法刺激消費者之消費慾望，均與教唆犯要件不符。¹⁴⁹

9. 結論部分，判決總結稱：ezPeer負責人之行為應係著作權法之刑罰上漏洞，而此漏洞顯然為實體世界法律規則規範對象與網路科技所形成之生活形態有所落差所造成，應該嚴格解釋，且不得以任何類推或擴張解釋之方法補充；至於其他國家認定侵權案件係屬民事案件，其責任認定之要件本與刑事案件有所不同，且相關民事案

¹⁴⁶ 羅明通，前揭註 142，頁 363。

¹⁴⁷ 羅明通，前揭註 142，頁 368。

¹⁴⁸ 羅明通，前揭註 142，頁 372。

¹⁴⁹ 羅明通，前揭註 142，頁 379。

件中之被告均為法人，法人在民事上對於侵權行為之認知，與自然人在刑事案件中對於犯罪行為之認知，亦不能等量齊觀。¹⁵⁰

5.2.2 Kuro案¹⁵¹

被告飛行網公司，架設名為 Kuro 的網站並提供 P2P 檔案分享軟體供使用者下載，使用者註冊、付費成為會員，登入網站後即可使用檔案分享服務。除此之外，被告為求快速擴充可供交換之 MP3 檔案以招來會員，亦僱用工作人員大量購入市面上銷售之 CD，將其中歌曲轉換成 MP3 檔案並上傳至飛行網公司之電腦內，再註冊成為假會員，以提供電腦內的 MP3 檔案供其他會員下載。針對 Kuro 網站經營者部分，法院僅就是否成立共同正犯部分加以討論，判決要旨如下：

1. Kuro 系統運作方式為設有檔名索引伺服器之集中式 P2P 架構。
2. 會員下載 MP3 檔案具有商業性之娛樂目的，且係整首歌曲下載，顯然會減少著作權人光碟之銷售量，自不構成著作之合理使用。因而會員下載之行為應構成著作權法之非法重製罪。
3. 被告就一般不特定會員與本案被告會員所從事之擅自重製行為具備間接故意：「... 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與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。」
4. 被告與會員間有共同重製之決意或犯意聯絡：被告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

¹⁵⁰ 羅明通，前揭註 142，頁 382。

¹⁵¹ 台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號裁判。

交互作用下，有共同重製之決意或犯意聯絡。

5. 被告與會員間有共同犯重製罪的行為分擔：被告提供軟體及服務予會員，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。
6. 結論認為被告與會員間顯然具有犯意聯絡及行為分擔，核屬共同正犯。

對於台北地方法院於此案的判決，學者有不同意見。有學者指出，「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為將彼此的共同謀議付諸實行。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。」¹⁵² 網站經營者預見其所提供的軟體與服務會被用來下載受著作權法保護的檔案卻仍率意而行，雖然可顯示出網站經營者就其會員下載受著作權法保護檔案的行為具備間接故意，然而，其經營模式並不足以證明網站經營者與會員間有相互利用的意思，也就是說，被告提供軟體、服務及刊登廣告等行為所追求的是招收更多的會員以獲取會員使用服務的費用，但並非以重製為目的，亦未利用會員的重製行為來遂行其重製的目的。因此，被告應不成立擅自重製罪之共同正犯。¹⁵³

5.2.3 雅虎聊天室誹謗案¹⁵⁴

本案原告為徐永康整型外科診所之負責人，被告係提供網路資訊平台之公司，並設有雅虎奇摩聊天室，訴外人孫依倫長期於上開聊天室張貼損害原告名譽之文字，大量公開散佈詆誣原告名譽之事項，原告多次向被告申訴要求移除該損害其名譽之內容卻未獲即時處理，造成其名譽受損，更使原告所開設之徐永康整型外科診所生意遭受

¹⁵² 蔡蕙芳，「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」，科技法學評論，3卷，1期，頁62（2006）。

¹⁵³ 同前註，頁71-72。

¹⁵⁴ 台灣台北地方法院94年度訴字第4817號。

損失，因此依民法第一百八十四條第一項前段、第一百九十五條第一項規定，請求被告負侵權行為損害賠償責任。

法院首先指出本件爭點在於「被告是否應就他人利用其網路資訊平台散佈侵害他人名譽之言論負損害賠償責任」。法院審理認為，原告名譽所以受損，其主要原因乃訴外人孫依倫散佈侵害原告名譽之文字所致，充其量，被告之行為僅係提供孫依倫散佈侵害原告名譽文字之空間，與原告名譽遭受侵害之間並無直接因果關係，此猶如利用電線桿或公佈欄張貼侵害他人名譽之文字，侵權行為人乃該張貼者，非電線桿或公佈欄設置者，被侵害人不能因電線桿或公佈欄設置者未及時清除上開文字，或於接獲通知後未能及時清除張貼其上之文宣，即認為電線桿或公佈欄提供者應負損害賠償責任。法院亦指出網際網路服務平台提供者與一般平面媒體或電子媒體在管理結構及能力上有其顯著差異性，主要在於平面媒體或電子媒體就廣告文宣之刊登或播出，具有事前審核、刪改、或准否之權力，是倘平面媒體或電子媒體於審核他人製作之文宣後決定刊登或播出，對於因此侵害他人權利之結果，無法推諉卸責。惟網際網路服務平台業者對於使用服務者所轉載之文字內容欠缺事前審核之機制，現實上以目前能力、技術亦無法達到事前篩選之功效，若謂網際網路服務業者須對於所有使用者之行為連帶負損害賠償責任，不惟科予網路服務業者過重責任，且將阻礙網際網路之發展，其結果將造成網際網路服務之限縮，反將不利於最終消費者。再者，有關網路服務提供者（ISP）對於利用其服務之行為人所作所為，究竟應負何種責任，固然仍有討論空間，惟就所謂侵權行為與損害結果間之因果關係以觀，以目前法制規定，仍不能逸出直接因果關係範疇而作延伸解釋，在目前法制未有進一步規範之前，以本件被告此一網路服務平台提供者之身分及其所提供之服務內容，與原告所受之損害間，仍難認為有直接因果關係。因此駁回原告的主張。

5.3 網路服務業者對於用戶侵害著作權之處理現況調查

為了解國內各大網路服務業者對於使用者利用其服務侵害著作權的處理現況、以及對於立法委員所提著作權法修正草案之看法，本文與國內各大網路服務業者進行訪

談，希冀在文獻探討與案例分析外，以實證的方法了解業界對於相關爭議的態度，以作為將來立法的參考。

本文的訪談對象包括數位聯合電信股份有限公司(Seednet)¹⁵⁵、中華電信Hinet¹⁵⁶、Yahoo!奇摩網站¹⁵⁷、台灣微軟¹⁵⁸，另外亦與著作權人團體財團法人國際唱片業交流基金會(IFPI)進行訪談¹⁵⁹，以了解其對於立法委員所提相關草案之看法。針對網路服務業者的訪談，主要分為三個部分：(1) 防止著作權侵害的措施；(2) 對於著作權人要求阻止侵權行為的配合；(3) 對著作權法修正草案的看法。而與著作權人團體的訪談則主要針對著作權法修正草案¹⁶⁰。以下分別說明訪談的內容。

5.3.1 防止著作權侵害的措施

此部分問題主要是要了解網路服務業者建置其網路服務系統時，是否有採取任何防止著作權侵害的措施。分述如下。

1、是否有能力在事前預防用戶侵害著作權？

各家業者一致表示不可能事先預防，除了因用戶人數眾多，無法一一過濾外，在技術上亦無法判斷用戶所上傳下載的資料是否侵害著作權。特別是侵害著作權與否沒辦法從外觀看出來，因為是否有授權是著作權人與用戶之間的行為，業者無從得知，

¹⁵⁵ Seednet在本文對網路服務業者的定義上，身兼網路接取提供者(IAP)中的連線服務業者及網路平台提供者(IPP)。其所提供的服務主要是連線服務，包括寬頻上網及撥接上網，除此之外，還提供網站代管、網址申請、Wagaly Talk網路電話及網上碟等加值服務，其中網上碟服務包含網路硬碟、電子郵件、公開下載區及公開相簿區等服務，可讓使用者置放個人資料或與他人分享。其公司網址為：<http://www.seed.net.tw/>。訪談日期為2006年7月5日。

¹⁵⁶ Hinet與Seednet相同，主要業務為提供連線服務，另亦有搜尋引擎、部落格、信箱等多項加值服務，其公司網址為：<http://www.hinet.net/>。訪談日期為2006年7月20日。

¹⁵⁷ Yahoo!奇摩是國內知名入口網站，其所提供的服務十分多元化，包括搜尋引擎、線上拍賣、信箱、部落格、線上音樂(音樂通)、即時通訊及交友等服務。其網址為：<http://tw.yahoo.com/>。訪談日期為2006年7月11日。

¹⁵⁸ 微軟所推出的MSN系列網路服務包括信箱(Hotmail)、部落格(Spaces)、即時通訊(Messenger)等服務，其網址為：<http://tw.msn.com/>。訪談日期為2006年7月11日。

¹⁵⁹ 訪談日期為2006年7月20日。

¹⁶⁰ 訪談問題請參附錄二。

即使業者即時得知用戶所上傳下載的資料是流行歌曲 MP3 檔案，也不能確定用戶是否已取得授權，因此在事前是不可能預防用戶侵害著作權行為的發生。

2、網路服務業者得知用戶著作權侵權的管道

接受訪談的業者主要是透過著作權人通知來得知用戶利用其服務侵害著作權，微軟MSN、Yahoo!奇摩網站在其網站上都有設計檢舉界面供網友檢舉某用戶的不當行為¹⁶¹，因此網友檢舉亦為其得知用戶侵權的管道之一。至於業者是否會主動去查看是否有用戶利用其服務侵害著作權，所有的業者皆表示不會主動查看，原因就如前述，主要是因用戶人數眾多及著作權侵權判斷不易。¹⁶²

5.3.2 對於著作權人要求阻止侵權行為的配合

1、是否有著作權人出面要求移除某些用戶所張貼的資料？

受訪的業者皆有遇過著作權人出面要求移除某些用戶資料的情形，在 Hinet 方面，最主要是接獲 IFPI 通知要求移除，亦有其他個別的著作權人要求；微軟方面，相關的案件很少，因為 MSN 是美國的微軟所提供的全球性服務，如有相關的通知或檢舉皆直接送到美國微軟，較少透過台灣微軟；Seednet 方面，案件量也不多，因為 Seednet 所提供的服務以連線服務為主，連線服務沒有移除用戶資料的問題，而其所提供的網上碟服務大部分都是放用戶自己的東西，比較不會有複製別人的東西再上傳到網上碟的情形；至於 Yahoo!奇摩則以圖片類的案件較多。

2、著作權人要求移除侵權資料時，是否要求其提出著作權權利證明文件？

¹⁶¹ 在MSN Spaces（現更新為Windows Live Spaces）服務中，若發現某個Spaces內有不當內容，如虐童影像、侵害版權、裸露等內容，可利用「回報濫用」網頁來檢舉，該網頁位址為 http://support.live.com/eform.aspx?productKey=wspacesabuse&page=wlsupport_home_options_form_byemail&ct=eformts。而Yahoo!奇摩於其網站上也有類似檢舉系統，其網址為 <http://help.yahoo.com/help/tw/abuse/>，部落格的檢舉說明請參 <http://tw.help.yahoo.com/blog/impeach/impeach-04.html>。

¹⁶² 雖然在著作權侵權方面各家業者皆未主動查看，但就色情圖片方面，微軟會透過程式去查看，如發現是色情圖片，即行移除；另外Yahoo!奇摩則是靠人力去查看，一經發現，也是立即刪除。

在 Hinet 方面，接獲著作權人通知後會先確認其權利，如果是 IFPI 等著作權人團體因彼此間一直有針對著作權侵權問題合作，較沒有權利證明的問題；如果是知名網站，則會要求檢附網頁的畫面，一經比對就可以知道是否有侵權情事；至於個人方面，Hinet 表示其僅單純提供管道，對於傳輸的內容不做管理，亦不介入私人的糾紛，無法確認誰是權利人，因而會請該個人直接透過檢調來處理。在 Seednet 方面，由於 Seednet 的作法並不直接移除用戶資料，而僅是轉達著作權人的通知，對於用戶影響不大，因此並未要求權利證明。Yahoo!奇摩亦會要求權利證明。至於微軟方面，並不直接處理相關案件，而是由美國微軟統一處理，因此一切程序都是依照 DMCA 來進行。

3、著作權人要求移除侵權資料時，是否通知用戶？

業者皆表示會通知用戶。

4、是否移除用戶疑似侵權的資料？如果移除是否被用戶抗議或提起違約訴訟？

在 Hinet 方面，並不會移除用戶疑似侵權的資料，而是取消連結使他人無法存取，因為事後可能要做為證據。目前沒有遇過用戶來抗議的情形。有遇過著作權人要求對使用 P2P 軟體下載音樂檔案的用戶「斷線」，但 Hinet 會解釋說網路是家庭使用，一旦斷線將影響全家人權益，除非有立法，否則不能斷線。在 Seednet 方面，Seednet 表示其網上碟服務只是租給用戶一個空間而已，用戶置放其上的內容 Seednet 並不知情。當用戶的空間有散布侵權資料而被發現時，不會主動移除用戶的資料，而僅是轉告用戶請用戶停止其侵權行為或自行移除，否則 Seednet 有權移除或停止服務。在大部分的情形下，用戶會因心虛而收斂。但如果用戶沒有移除，Seednet 表示其沒有義務一直去看用戶有沒有移除，Seednet 只是配合轉通知就夠了，如果政府訂立政策要求網路服務業者配合做什麼事，Seednet 當然會配合，但目前為止政府並沒有立法。此外，Seednet 與 Hinet 相同，亦曾接獲著作權人要求對用戶斷線，Seednet 亦表示不會斷線，因為斷線影響太大了，且電信法規提供電信服務的業者不可隨便斷線。在 Yahoo!奇摩方面，只要符合形式要件就會配合著作權人移除用戶資料，目前並沒有用戶抗議，但如果用戶有意見，則要求用戶與著作權人自己去解決，Yahoo!奇摩並不介入，目前亦未發

生用戶要求回復其資料的情形。微軟 MSN 方面，美國微軟按照 DMCA 的程序來進行，亦會配合移除用戶疑似侵權的資料。

5、若著作權人要求提供用戶個人資料，是否配合？

各業者皆表示，除非著作權人透過司法程序來要求提供用戶個人資料，否則不會配合提供，以保護用戶的隱私權。

6、配合著作權人阻止侵權行為對業者的影響

業者皆表示配合著作權人的要求來移除用戶疑似侵權資料會增加其營運成本，主要是在人力成本方面，因為必須安排人員來處理著作權人的來函、確認來函者是否真有權利、回函目前處理的情形等。此外，還需通知用戶業者的處理情形，亦需耗費許多人力成本。惟各業者仍表示，此為企業所必須承擔的社會責任，因此皆願意配合。

5.3.3 對著作權法修正草案的看法¹⁶³

5.3.3.1 網路服務提供者責任限制草案

1、是否應立法規範？

我國目前並無法律規範網路服務業者在面對用戶利用其服務侵害著作權時應否負責及應採取何種措施，即便如此，網路服務業者與著作權人團體仍有針對相關問題進行討論，由五十餘家第二類電信業者，包括中華電信、三家固網、主要連線服務業者（如 Hinet、Seednet、Sonet、Giga、APOL、TTN 等）及主要入口網站（如 Yahoo、Pchome、MSN 等）共同籌組的台灣網際網路協會於去年即持續與國內主要著作權團體，如臺灣商業軟體聯盟（BSA）、美國電影協會（MPAA）及 IFPI 等討論，希望能共同建立網路著作權保護秩序，而針對用戶利用網路服務業者的服務侵害著作權時業者該採取何配合措施的議題，著作權團體希望業者能遵照 DMCA 中的通知及取下程序（notice and take down），對此業者並不反對，但業者認為應有明確立法。微軟 MSN 方面認為，因美國 MSN 本來就有遵循 DMCA，因此是否要仿照 DMCA 立法，對其影

¹⁶³ 對於著作權法修正草案的介紹與評析，請參本文 5.5。為本文方便討論起見，稱 95 年 1 月提出之著作權法修正草案為「P2P 服務業者責任草案」，稱 95 年 4 月提出之著作權法修正草案為「網路服務提供者責任限制草案」，草案內容請參「附錄——著作權法修正草案」。

響並不大。儘管如此，MSN 仍認為有立法會比較好，特別是現今消費者意識高漲，雖然 MSN 維護著作權的政策都有在合約、網站上明白宣示，但用戶仍可能在其資料被移除時覺得權益受損，因此有立法的話可提供一個得以遵循的標準及清楚的遊戲規則，對業者會有比較大的幫助。同樣地，Seednet 表示其願意盡社會義務，配合著作權人移除疑似侵權的資料，但因移除疑似侵權的資料會防礙其他人——即用戶——的權利，所以一定要有法律依據，而不是由著作權人與網路服務業者達成共識就好了。至於 Hinet 則表示，其目前與著作權人團體的配合還不錯，因此對於 Hinet 來說，有沒有立法差別不大，但如果要立法就要立得清楚，不可以有模糊空間。

2、對草案內容的看法

Hinet 方面認為，草案不足以保護消費者的權利，因為只要著作權人來函網路服務業者即須移除消費者的資料，並不要求網路服務業者進行查證的工作。目前 Hinet 並不擔心這樣的問題，因為 Hinet 會去查證，查證屬實才會移除連結，但草案並不要求查證，容易引起消費糾紛。另外，草案要求權利人檢附證明，如果是大型著作權人團體，因與 Hinet 間有持續合作，較無權利證明的問題，但如果著作權人是個人，究應檢附何種證明則有疑問。網路服務業者沒有公權力，也不能判斷該證明是否屬實，會產生困擾。草案只針對著作權的面向思考，但未顧及與電信法、消保法之間的關係，應該要開公聽會，邀請消保會等單位來討論，集思廣義，才能事先設想到各種問題，以便討論、解決。在 Seednet 方面表示，草案要求網路服務業者「停止服務」相當於要求網路服務業者「斷線」，如此規定是否合適？且謝國樑委員的草案版本是立委版而不是行政院版，並非行政院的措施，未經過大眾討論，無法凝聚共識。因此應該經由行政院提出法案的程序，才能有大眾、學者的意見討論，來形成政策。另外，在程序上的問題部分，草案將證明之提供、停止或回復重製或公開傳輸著作或製版服務之要求、指定人員之公告及其他應遵行事項之辦法，全部交由主管機關以行政命令規定，Seednet 認為並不妥當，因為整個程序，例如通知的方法、通知書的內容等事項對於網路服務業者而言會影響其服務品質及營運成本，對其權益影響頗大，應以法律定之，授權給主管機關來制定並不適宜。

在著作權團體方面，受訪的 IFPI 認為美國 DMCA 所列的四類免責條款並不夠。就著作權人來說，在面對著作權侵權行為時，最重要的是「防止」與「清除」侵權行為，至於網路服務業者應負何責任，則非其最關切的議題。換言之，著作權人重視的是促使著作權侵權行為盡快「清除」的規定，而免責條款的規定則可達到盡快「清除」的目的。免責條款可提供網路服務業者配合的誘因——只要配合即可免責，著作權人只要發出通知，業者配合，即可「清除」侵權的狀況。但 DMCA 僅針對四類網路服務規定免責條款，如不在這些類型的服務就沒有免責條款可援用，此時，網路服務業者即使配合著作權人的要求也不一定能夠免責，因而沒有足夠的誘因促使網路服務業者配合「清除」侵權行為，著作權人就必須採取訴訟的方式（如主張參與侵權責任、侵權代位責任）才能達到清除侵權的目的，然而採取訴訟方式費時費力，將使著作權人承擔過多的義務。因為就著作權人來說，能盡快清除侵權是最重要的目的，如果能夠用發通知就能達到目的最好。但未被四類免責條款涵蓋的網路服務，著作權人就必須以訴訟的方式解決，成本很高，會造成有權利的人比侵害他人權利的人承擔較多義務的不公平現象。因此，DMCA 僅針對四類網路服務規定免責條款不足以達到著作權人清除侵權行為的目的。此外，DMCA 制定時，P2P 檔案傳輸服務及其他許多網路服務尚未出現，因而 DMCA 並不能解決所有數位環境的問題，所以如果台灣要引進 DMCA 的規定，應針對現有或未來可能出現的網路服務思考如何創造使網路服務業者配合的誘因，以補充 DMCA 的不足。

5.3.3.2 P2P 服務業者責任草案

由於受訪的網路服務業者並未提供 P2P 檔案傳輸服務，因此就「P2P 服務業者責任草案」的部分，僅與 IFPI 進行訪談。針對是否有必要針對如 ezPeer 或 Kuro 等類型的經營模式加以立法規範，IFPI 指出雖然 ezPeer 判決中法官認為著作權法對於類似 P2P 檔案傳輸服務這樣的經營模式未有規範是著作權法之刑罰上漏洞，容後由立法委員經由修法來填補，但 IFPI 並不認為有法律漏洞，相反地，就如其於兩案所主張，其認為 ezPeer 與 Kuro 之行為根本就是共同正犯。儘管如此，IFPI 對於草案仍樂觀其成，因為至少明確立法後法院就不能如士林地院一般判 ezpeer 無罪了。此外，對於草案第

八十七條第七款限於「受有利益者」始被視為侵害著作權，IFPI 表示，此限制並不代表未受有利益者就沒有罪。站在 IFPI 的立場，當然希望將這個限制移除，但就算沒有移除，只要是未經授權且不符合合理使用，就是侵害著作權而應受刑罰處罰。也就是重點不在是否有利益，而是所提供的軟體或技術促使他人犯罪，是否構成犯罪，則應視提供軟體或技術者的經營模式、主觀意識如何來決定。

5.3.4 小結

從與網路服務業者的訪談中，對於業者在處理著作權侵權的現況上，大致可歸納出以下幾點：

1、網路服務業者與著作權人團體已有合作

受訪的各網路服務業者與著作權人團體 IFPI 有針對相關問題進行討論，並有持續合作，而其合作的模式是當著作權人團體發現有著作權侵權事宜時，即通知網路服務業者，再由網路服務業者處理，處理的方式包括轉告用戶、逕行移除或阻斷侵權資料的接觸。由此可看出，在實務運作上，已參考美國 DMCA 的「通知及取下程序」，藉由網路服務業者與著作權人團體的合作一同解決網路著作權侵權的問題。

2、對於針對相關問題立法一事，業者持正面態度

受訪的各網路服務業者皆不反對針對相關問題立法規範，且認為要求網路服務業者配合著作權人團體來移除或阻斷疑似侵權資料如有法律依據較為妥適。至於如立法後可能會造成網路服務業者的經營成本提高一事，業者皆認為此為企業所必須承擔的社會責任，因此願意配合。

5.4 美國網路服務業者責任型態於我國落實之可行性分析

我國目前並無法律規範網路服務業者對於用戶利用其所提供的服務侵害著作權時應否負責，然而在網路十分普及的我國，網路著作權侵權相對嚴重，確有必要思考如何藉由立法來減少網路著作權侵權的現象，而課與網路服務業者責任或許是一個可以思考的方向。在美國係以侵權代位責任與參與侵權責任來要求網路服務業者為其用戶

之行爲負責，並透過 DMCA 的免責條款促使網路服務業者採取作爲來阻止著作權侵權行爲以獲取安全港的保障，如此的規範體系是否適用於我國法呢？以下將先進行美國侵權代位責任、參與侵權責任與我國侵權行爲法的比較，再探討引進 DMCA 免責條款的可行性。

5.4.1 侵權代位責任與我國侵權行爲法之比較

侵權代位責任雖源自於僱用人責任，但其適用上已不限於有僱用關係，屬「爲他人行爲而負責」的間接責任，又其責任的成立不以有過失爲必要，係屬無過失責任。至於我國民法第一百八十八條僱用人責任則爲推定過失責任、自己責任，係一種社會安全義務的違反¹⁶⁴。兩者比較如下表所示：

	歸責	責任層次	要件
侵權代位責任	無過失責任	間接責任	不限於有僱用關係
民法第一百八十八條	推定過失責任	自己責任	限於有僱用關係

從此比較表可看出，侵權代位責任與僱用人責任相較，要件明顯寬鬆許多，既不要行爲人有過失、也不限於行爲人與直接侵權人有僱用關係，又是爲他人行爲負責，則應該有正當化理由。在美國現今的判決中，法院多以風險分配（risk allocation）的概念來解釋侵權代位責任的正當性。當個人從事某種事業來獲取利益，而該事業自然會伴隨某些可預期的損害發生，這時候就應該由這個想要從中獲取利益的人來承擔這個可預期的損害，而將這個損害視爲從事該事業的成本之一。因爲相較於讓其他無辜的人來承擔這個損害，使獲取利益的人來承擔是比較公平而且也較符合正義的。此外，從事該事業的人比其他人更能有效地防止損害發生，而加諸其責任更使其有誘因而防止不必要的損害發生。

¹⁶⁴ 王澤鑑，前揭註 27，頁 62-63。

隨著科技進步及損害發生的多樣化，我國在特別法亦增訂許多無過失責任，亦有學者認為應將僱用人責任改為無過失責任，可有效保護被害人以符合公平正義¹⁶⁵。因而侵權代位責任的理論在我國亦非難以接受。惟我國的無過失侵權責任係採列舉主義，均著眼於個別危險而規定於特別法，並未有概括條款，如何加入侵權代位責任在體系上有待討論。

5.4.2 參與侵權責任與我國侵權行為法之比較

參與侵權責任的要件分別為「知情」與「實質參與」，其中「實質參與」與「幫助」的概念相近，因此可將參與侵權責任與民法第一百八十五條第二項比較如下：

要件	主觀	客觀
參與侵權責任	知情（實際知情、推定知情）	「引誘」、「造成」、「實質參與」 他人之侵權行為
民法第一百八十五條第二項	故意	對於他人之侵權行為造意、幫助

在主觀要件上，民法第一百八十五條第二項規定要求造意及幫助均須出於故意，既是故意，則對於他人的侵權行為一定知情；客觀要件上係要求對於他人之侵權行為造意、幫助，概念上相當於參與侵權責任中所謂「引誘」、「造成」、「實質參與」。因此似可認為民法第一百八十五條第二項相當於參與侵權責任。

5.4.3 參考 DMCA 立法之可行性

為了解決網路上著作權侵害的問題，在DMCA中將網路服務分類，並依各類網路服務特性的不同規定不同的免責要件及要求網路服務業者配合的各項程序，在立法技術上可說是十分繁複而不夠簡潔。然而，要在著作權人、網路服務業者及網路用戶的

¹⁶⁵ 王澤鑑，前揭註 27，頁 61。

權益間取得平衡本非易事，透過詳細的程序規定使三方得以遵循亦不失為可行的方法，且已為其他國家所接受¹⁶⁶。

此外，接受訪談的網路服務業者皆表示不反對參考DMCA來立法，並認為其因此可能增加的營運成本係企業所必須承擔的社會責任，且在實務上已有多家業者與著作權人配合採取「通知及取下程序」。因此，本文認為，我國參考DMCA立法確實可行，惟美國DMCA係1998年所制定，已不足以規範許多新型態的網路服務，因此如立法部門或行政部門有意參照DMCA立法，應在DMCA所列的四類網路服務外思考如何針對新型態的網路服務制定免責條款。此外，基於保護使用者言論自由及降低網路服務業

¹⁶⁶中國大陸於2006年5月18日新頒布「資訊網絡傳播權保護條例」，其中第十四條規定：「對提供資訊存儲空間或者提供搜索、鏈結服務的網路服務提供者，權利人認為其服務所涉及的作品、表演、錄音錄影製品，侵犯自己的資訊網絡傳播權或者被刪除、改變了自己的權利管理電子資訊的，可以向該網路服務提供者提交書面通知，要求網路服務提供者刪除該作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與該作品、表演、錄音錄影製品的鏈結。通知書應當包含下列內容：(一)權利人的姓名(名稱)、聯繫方式和地址；(二)要求刪除或者斷開鏈結的侵權作品、表演、錄音錄影製品的名稱和網路地址；(三)構成侵權的初步證明材料。權利人應當對通知書的真實性負責。」第十五條規定：「網路服務提供者接到權利人的通知書後，應當立即刪除涉嫌侵權的作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與涉嫌侵權的作品、表演、錄音錄影製品的鏈結，並同時將通知書轉送提供作品、表演、錄音錄影製品的服務對象；服務對象網路地址不明、無法轉送的，應當將通知書的內容同時在資訊網路上公告。」第十六條規定：「服務對象接到網路服務提供者轉送的通知書後，認為其提供的作品、表演、錄音錄影製品未侵犯他人權利的，可以向網路服務提供者提交書面說明，要求恢復被刪除的作品、表演、錄音錄影製品，或者恢復與被斷開的作品、表演、錄音錄影製品的鏈結。書面說明應當包含下列內容：(一)服務對象的姓名(名稱)、聯繫方式和地址；(二)要求恢復的作品、表演、錄音錄影製品的名稱和網路地址；(三)不構成侵權的初步證明材料。服務對象應當對書面說明的真實性負責。」第十七條規定：「網路服務提供者接到服務對象的書面說明後，應當立即恢復被刪除的作品、表演、錄音錄影製品，或者可以恢復與被斷開的作品、表演、錄音錄影製品的鏈結，同時將服務對象的書面說明轉送權利人。權利人不得再通知網路服務提供者刪除該作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與該作品、表演、錄音錄影製品的鏈結。」即是參考美國DMCA制定了「通知與刪除(Notice and takedown)」程序。參章忠信，「中國大陸信息網絡傳播權保護條例開始實施」，at

<<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=164>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

者營運成本的立場，亦可思考修改DMCA中的「通知及取下程序」及「反通知及回復程序」。¹⁶⁷

5.5 網路服務業者著作權侵權責任之相關立法草案¹⁶⁸

針對網路服務業者就其用戶利用其網路服務侵害著作權之行為是否應負責及該負何責任之問題，由上面章節的討論可知，現行法並未特別規定，然而在網路十分普及的我國，相關爭議普遍存在，實有加以規範的必要，特別是在Kuro案與ezPeer案兩個類似的案件卻出現歧異的判決後，更突顯出法規不足之處。有鑑於此，立法院謝國樑等委員分別於95年1月及95年4月提出兩個著作權法修正草案，希冀藉由立法清楚規範網路服務業者的相關責任。此外，在行政院提出之「數位內容產業發展條例」草案中，智慧財產局原擬於草案中以立法方式引入美國法之間接侵權責任體系¹⁶⁹，惟因無法達成共識，最後草案僅作原則性規定¹⁷⁰，因此本文僅針對立法委員所提二草案加以討論。

5.5.1 P2P服務業者責任草案¹⁷¹

在台北地方法院的ezPeer判決中，法院認定ezPeer提供P2P檔案傳輸服務之行為是法所容許的風險而判決ezPeer無罪，但如此結果卻造成不公的現象——付費的使用者有罪，但收費的網路平台業者卻無罪。就一般的使用者而言，其付費使用業者提供的服務，自然認為其上傳下載之行為係屬合法，就如同到KTV唱歌一般並不會質疑KTV業者是否已取得唱片業者的授權，且通常使用者亦無能力去探究業者是否已取得授權。業者收取費用並藉由大量廣告誘使使用者使用其服務，但卻未提供合法的服務，讓使用者不小心觸法，實不符公平正義。有鑑於此，立法委員遂針對ezPeer及Kuro等類似業者之行為，提出本修正草案加以規範，以確保業者所提供的服務是合法的。在

¹⁶⁷ 參本文 4.2 之相關討論。

¹⁶⁸ 著作權法修正草案內容請參本文附錄一。

¹⁶⁹ 羅明通，前揭註 16，頁 33。

¹⁷⁰ 章忠信，「『數位內容產業發展條例草案』有關著作權規範之檢討」，科技法學評論，3 卷，1 期，頁 159（2006）。

¹⁷¹ 此修正草案已經立法院經濟及能源委員會審議完畢，目前交由黨團進行協商中。

此草案的案由即提到，「針對部分不肖業者，以免費提供電腦下載程式為號召，並藉口收取手續與網路維修費等營利行為，在網路平台上直接媒合下載與上傳著作權人之文字與影音著作，卻不願支付權利金給著作權人，嚴重侵害著作權人之合法權益，及故意陷付費良善下載者於民、刑法之追溯恐懼中。為有效維護著作權人之合法權益與受誤導付費良善下載者之權益，及彌補現行法令之不足，爰修正著作權法部分條文。」¹⁷²

本草案修正重點有二，以下分別討論。

5.5.1.1 增訂第八十七條第七款

本草案增訂第八十七條第七款，將「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益」之行為視為侵害著作權。同時，在同條的第二項規定：「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。」

就第八十七條第七款部分，草案指出該修正之條文係參考美國最高法院Grokster案判決之意旨¹⁷³，但其實不盡相同。在草案說明中指出，本款所處罰的是技術提供者的「提供行為」，從條文本身來看，似不以使用技術者事實上侵害著作權為必要，換言之，只要技術提供者有使公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權之意圖而對公眾提供技術即符合本款之要件，而被視為侵害著作權，技術提供者本身亦不必有重製或公開傳輸之行為。至於當使用者後續真的利用該技術來侵害著作權，技術提供者在民事上是否成立「共同不法侵害」、「造意」或「幫助」；刑事上是否另成立「共同正犯」、「教唆犯」或「幫助犯」，則另行判斷。美國最高法院Grokster案判決中揭示的誘導理論所處罰的行為雖亦為「提供行為」，但仍須以使用者侵害著作權為前

¹⁷² 立法院第6屆第2會期第19次會議議案關係文書，院總字第553號，委員提案第6745號。

¹⁷³ 當散布者在散布該產品時，由其明白的表示或其他促使侵權的積極行動可看出其有促使該產品用於侵害著作權的目的時，該散布者就該因第三人的侵權行為負責。原文為“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, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.”，該案詳細介紹請參本文4.1.3.3。

提，因此不同於誘導理論是為第三人的行為負責，本款是技術提供者為自己的行為負責，在要件上，本款較誘導理論寬鬆。如此立法方式，對著作權人主張權利較為方便，因為不用抓出實際上侵害著作權的使用者，而可逕行對技術提供者起訴要求其負責。然而，在沒有直接侵權行為，亦即未有實害的情形下，就要以民、刑事責任規範技術提供者的行為，是否妥適，則有疑問。與Grokster案的誘導理論相較，Grokster案以直接侵權行為為前提，且是民事責任，但草案第八十七條第七款不以直接侵權行為為前提，卻可課與刑事責任，雖然該款限制處罰對象為「受有利益者」以避免過度擴張處罰的範圍，且我國法制與美國不同，但如此相較仍可看出草案規定有所失衡。

另從我國法制來看，我國刑法第一百五十三條「煽惑他人犯罪或違反法令罪」¹⁷⁴規定以文字、圖畫、演說或他法，公然煽惑他人犯罪，或煽惑他人違背法令或抗拒合法之命令者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金，亦不以他人犯罪或違背法令為前提，但此規定與草案第八十七條第七款所規定之行為的可非難性在程度上仍有明顯的差別。就「煽惑他人犯罪或違反法令罪」而言，在客觀構成要件上必須有煽動或蠱惑的行為，亦即行為人直接將其希望他人犯罪的意思表現出來並影響他人，且較能預期他人會因而犯罪，可非難性較高；反之，本草案第八十七條第七款的客觀構成要件為提供技術或電腦程式之行為，由於技術或電腦程式並非僅可用於侵害著作權，取得此技術或電腦程式之人也不一定會用來侵害著作權，縱使行為人有使他人侵害著作權的意圖，單純藉由此提供行為並無法將此意思表現出來並影響他人，也比較不能預期他人是否真如其所願侵害著作權，可非難性程度較低。因此本文以為，在沒有直接侵權行為發生的情形下即對技術提供者的提供行為論處民、刑事責任，並不適當。

若認為對技術提供者的處罰仍應以有直接侵權行為存在為前提，則第八十七條第七款所列的行為本身是否該當侵害著作權的共同正犯，則有待討論。有學者指出，從擬增訂的第八十七條第七款觀之，關於意圖供公眾以公開傳輸或重製之方法侵害著作財產權，而提供電腦程式或其他技術者，既然對於他人的侵害著作權行為，有「犯意

¹⁷⁴ 我國刑法第一百五十三條規定：「以文字、圖畫、演說或他法，公然為左列行為之一者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金：一 煽惑他人犯罪者。二 煽惑他人違背命令，或抗拒合法之命令者。」

的聯絡」與「行爲的分攤」，原本就可以依第九十一條及第九十二條規定，處以侵害重製權或公開傳輸權之共犯責任，不待作補充規定，將其「視爲侵害著作權」。¹⁷⁵ 然而，即使行爲人意圖供公眾以公開傳輸或重製之方法侵害著作財產權，而提供電腦程式或其他技術，如其並未對外表明自己有意從事侵害著作權行爲，致使網路使用者對此有認識而仍決定使用該電腦程式或技術來侵害著作權，則難以認定其與使用者間有「犯意聯絡」而得成立共同正犯。¹⁷⁶

行爲人意圖使他人侵害著作權而提供電腦程式或技術，並藉由他人侵害著作權來獲取利益，對權益受損的著作權人而言極爲不公，但因其提供電腦程式或技術的行爲本身並未直接侵害著作權，同時又因與侵害著作權的使用者間無犯意聯絡而無法論以共同正犯，因而應特別針對此行爲來加以規範。著作權法第八十七條的「視爲侵害著作權」，是一種在既有侵害著作權行爲規定之外的補充規定，是要針對那些原本不構成侵害著作權的行爲，基於特別的政策考量，必須加以遏止，乃明文將其「視爲侵害著作權」¹⁷⁷，本草案將行爲人的提供行爲「視爲侵害著作權」即是基於特別的政策考量，希望藉以遏止此種不公的行爲。惟草案增訂第九十三條第四款使提供行爲亦受刑事處罰，是否有此必要，則有待商榷。

5.5.1.2 增訂第九十七條之一

本草案增訂第九十七條之一：「事業以公開傳輸之方法，犯第九十一條、第九十二條及第九十三條第四款之罪，經法院判決有罪者，應即停止其行爲；其不停止，且經

¹⁷⁵ 章忠信，「立法院提案修法遏止網路檔案分享軟體之提供」，at

<<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=4&act=read&id=161>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

¹⁷⁶ 在士林法院的ezPeer判決書中有針對ezPeer網站經營者與實行擅自重製行爲的會員間是否有犯意聯絡提出兩種可能性，其中第一種可能性是網站經營者設置與經營網站的目的是為了侵害他人著作權而提供服務，在此情形下，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為會員，此足以證明兩方對犯擅自重製已有犯意聯絡。參蔡蕙芳，前揭註 152，頁 62-63。

¹⁷⁷ 參章忠信，前揭註 175。

主管機關認定侵害情節重大，嚴重影響著作財產權人權益者，主管機關應限期一個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業。」¹⁷⁸

上開規定以行政力量介入主要是著眼於在判決確定前若未阻止技術提供者繼續其提供行爲將會對著作權人造成更大的損害。但何謂「以公開傳輸之方法犯第九十三條第四款之罪」？第九十三條第四款課與違反第八十七條第七款者刑事責任，而第八十七條第七款是處罰提供行爲，那以公開傳輸之方法犯第九十三條第四款之罪是指以公開傳輸之方法提供電腦程式或技術嗎？亦或所提供的電腦程式或技術讓使用者得以公開傳輸之方法侵害著作財產權？如果是指後者，之所以獨厚公開傳輸之方法以行政權介入可能是因為公開傳輸造成的著作權侵害情形是快速且廣泛的，會對著作權人的影響比其他方式還要大，所以才有必要在判決確定前先以行政權介入來阻止損害繼續擴大。

此外，上開草案條文字義不清，條文規定「公開傳輸之方法，犯第九十一條、第九十二條及第九十三條第四款之罪」，然而第九十一條處罰的是「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者」，如何以公開傳輸之方法犯擅自重製罪呢？如此規定實有混淆公開傳輸罪與重製罪之虞。又第九十二條規範的對象為「擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者」，則已有規定以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權，而以公開傳輸之方法再以「公開播送、公開上映、公開演出、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權」則難以想像。因此本文建議第九十七條之一之文字可改為「事業以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權，經法院判決有罪者，應即停止其行爲；其不停止，且經主管機關認定侵害情節重大，嚴重影響著作財產權人權益者，主管機關應限期一個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業。」

¹⁷⁸謝國樑等委員所提之草案版本係增訂第九十七條：「以公開傳輸之方法，犯第九十一條至第九十二條、第九十三條第四款及第九十四條之罪，情節重大嚴重侵害著作財產權人權益，經第一審法院判決有罪，其為事業者，主管機關應限期一個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業。」於立法院經濟及能源委員會審議時，行政部門修正部分文字，並改增列為九十七條之一。

5.5.1.3 小結

綜上所述，本文認為草案擬新增的第八十七條第七款規定不以直接侵權行為存在為前提就處罰「提供行為」並課與刑事責任有所失衡，因此應以直接侵權行為存在為前提。至於在行為人以公開傳輸之方法侵害著作權而經法院判決有罪時以行政力量介入係為避免因網路傳輸之便利而對著作權人造成更大的損失，實有必要。

ezPeer及Kuro相左的判決的確引發許多討論，而立法委員意識到此爭議而欲以立法方式解決，其立意值得肯定。惟ezPeer與Kuro判決皆為第一審判決，且草案所參考的Grokster案亦未有最後結論，即立法以刑事處罰，並不妥當。另一方面，儘管認為P2P業者應為其便利使用者侵害著作權之行為負責，但是否即應以刑罰相繩仍值討論。ezPeer判決的結論似認為著作權侵害不應以刑罰來處罰，而「應由主導財富分配的市場運作來釐清，或透過私法來平衡損益，此外，為了解決新發生的社會衝突，或為了特定發展的目標，容或可以透過行政法的規範予以導正」，同時亦指出國外P2P業者經各該國家法院認定為侵權皆為民事侵權案件，其主要目的就在確認財富分配的法則，且認定侵權成立與否之要件本來就與刑事案件認定犯罪與否之要件並不相同。而從ezPeer及Kuro相繼與IFPI和解並轉型為合法的線上音樂服務業者的事件¹⁷⁹來看，亦可印證透過市場運作——例如以支付補償金來取得授權——才是解決著作權爭議並創造雙贏的趨勢。

5.5.2 網路服務提供者責任限制草案

本修正草案的重點有二：在第八十八條參考美國侵權代位責任、參與侵權責任及誘導理論增訂民事歸責要件；另新增第六章之一「網路服務提供者之責任限制」，專章規範網路服務提供者得以遵循之程序以減輕或免除責任。以下分別討論之。

¹⁷⁹陳曉藍，「Kuro與IFPI和解 P2P龍頭均合法化 數位音樂步入新里程」，東森新聞報，at <<http://www.ettoday.com/2006/09/14/339-1991174.htm>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)；何英煒，「飛行網花 3.5 億與IFPI和解」，工商時報，<<http://news.chinatimes.com/Chinatimes/newslist/newslist-content/0,3546,12050903+122006091500487,00.html>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

5.5.2.1 草案第八十八條

本草案第八十八條第一項參照民法第一百八十五條第一項後段增訂：「不能知其中孰為加害人者，亦同。」此規定就侵權行為中的因果關係採推定的立法技術，以緩和被害人舉證的困難，因此當數人的行為均有侵害著作財產權或製版權之可能性而難以認定因果關係時，著作權人或製版權人即可免負因果關係的舉證責任，而必須由可能的加害者舉證推翻因果關係。

第八十八條第二項亦參照民法第一百八十五條第二項，規定：「造意人及幫助人，視為共同行為人。」並新增第四項使「故意以教唆、誘使、煽惑、說服或其他相類似行為，引誘他人侵害著作財產權或製版權者」為第二項之造意人，新增第五項使「對於侵害著作財產權或製版權之行為有所認識，且給予實質上之幫助者」為第二項之幫助人。第五項之規定係參考美國參與侵權責任理論，在行為人符合「知情」與「參與」要件時使其負責。

此外，草案新增第八十八條第三項使「經營事業之人，因業務之性質，從他人侵害著作財產權或製版權行為中獲得經濟利益，若對該他人之侵害行為有監督或控制之能力者」為共同行為人。就本項規定，似參考美國的侵權代位行為理論，在行為人對於他人的侵害行為有能力控制並從中獲利時，使該行為人負責，但在要件上則限縮於經營事業之人因業務之性質侵害著作財產權或製版權。

上述規定就民事法的體系來看並不妥當。所謂造意人係指教唆他人使生為侵權行為決意之人¹⁸⁰，造意本已包含「教唆」，無須另行規定，且「造意」有其固有內涵，如認為以「誘使」、「煽惑」、「說服」或其他相類似行為，使他人侵害著作財產權或製版權者亦應使其負侵權責任，則可另行增訂，使其負責，不宜將上述行為亦納入造意之內涵而混淆民事法中對於造意的解釋。同理，「幫助人」、「共同行為人」亦有其固有內涵，不宜使第三項、第五項所規定之人亦視為「幫助人」、「共同行為人」，而應另增條文規定。又草案第三、五項參照的美國侵權代位責任與參與侵權責任係屬為他人負責的間接責任，草案將其皆視為「共同行為人」及「幫助人」，是否意謂是自己責任，則

¹⁸⁰ 王澤鑑，前揭註 130，頁 71。

有疑問。又將草案第三項所定之人視為共同行為人，就體系上來看，似乎亦為過失責任，但侵權代位責任是無過失責任，草案對於此點並未加以釐清。此外，美國侵權代位責任與參與侵權責任有其正當性，如欲引進並無不可，但於美國並不限於著作權的案件中，草案卻獨厚著作權的案件規定類似的責任，而未於民法侵權行為法中為概括規定，是否有其特別的理由，未見說明。

5.5.2.2 第六章之一

關於新增的第六章之一，以下幾點討論：

1、 定義有問題

本草案新增第九十條之四規定「本章所稱網路服務提供者，係指經由網路，對他人提供使他人得重製或公開傳輸著作或製版之服務之人。」此定義應是希望將本章的適用範圍及於所有可能被使用者用來重製或公開傳輸著作之服務，包括所有的網路接取提供者（IAP）與網路平台提供者（IPP）。然而就文義上來看，並無法規範到大部分的網路接取提供者，因為在網路接取提供者所提供的服務中並沒有「使他人得重製或公開傳輸著作或製版之服務」，而僅能規範到一般經營者，如 FTP 站經營者。

2、 製版權是否可能透過網路服務來侵害？

著作權法第七十九條第一項規定：「無著作財產權或著作財產權消滅之文字著述或美術著作，經製版人就文字著述整理印刷，或就美術著作原件以影印、印刷或類似方式重製首次發行，並依法登記者，製版人就其版面，專有以影印、印刷或類似方式重製之權利。」旨在保護古籍、古代書畫等文物加以整理之投資利益，並鼓勵善本書之所有人重印善本書供公眾利用。¹⁸¹ 依法條文義，製版權所保護的是形式上的版面，是否可能透過網路來侵害呢？由於電腦科技之進步及大眾閱讀習慣的改變，製版人除了印製紙本發行外，亦可能以電子書的方式於網路上散布，重製電子書的同時，其實亦重製了版面，電腦使用者開啓電子書時呈現在螢幕上的版面與直接閱讀紙本之版面都是經由製版人排版，所以製版權是有可能因數位檔案的重製而被侵害，自然也可能透

¹⁸¹ 羅明通，前揭註 142，頁 145。

過網路來侵害。且基於保護製版人投資利益的意旨，亦不應僅因著作呈現的方式不同而為差別對待。

3、 草案第九十條之五

本條主要規定網路服務提供者的免責要件，第一項規定：「他人利用網路服務提供者提供之服務，重製、公開傳輸著作或製版，侵害著作財產權或製版權，如網路服務提供者自知情起，防止或停止該著作或製版重製或公開傳輸之服務者，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任，得予以減輕或免除。」而在因技術上之困難致無法防止或停止時，第二項則規定，網路服務提供者對於他人侵害著作財產權或製版權之責任，得予以免除。

此規定要求網路服務提供者於知情他人利用其服務侵權時應「防止」或「停止」該服務，就「防止」來講，網路服務提供者要做到什麼程度才符合防止的要求呢？是要求事先過濾網路上所有的資料，亦或對使用者停權使其無法再使用服務呢？如要求事先過濾網路上所有的資料，由於網路上流通的資料量十分龐大，且是否侵害著作權無法以電腦程式自動判斷，因此應可認為係屬技術上不可能；若係要求對使用者停權，雖可完全防止使用者利用其服務侵權，但影響頗大，不宜如此要求。

此外，條文中的「停止該著作或製版重製或公開傳輸之服務」，就骨幹業者及連線服務業者而言，所謂「停止服務」即意謂對使用者「斷線」，使其無法再上網，然而骨幹業者及連線服務業者分屬電信法中的第一類電信業者與第二類電信業者，依電信法第 22 條規定，非依法律，不得拒絕電信之接受與傳遞，除非電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安。著作權侵權應不屬顯有危害國家安全或妨害治安之內容，而著作權法雖為上開條文之「法律」，但是否僅因使用者侵害著作權即使其無法享受網路服務此國家基礎建設，容有疑慮，特別是在家庭上網普及率極高的我國，網路使用對於所有家庭成員極為重要，如因一成員侵害著作權即影響到其他成員之上網權利，實為不當。儘管如此，非謂網路服務提供者無須採取任何行為來阻止使用者繼續其侵權行為，其實可參考美國 DMCA 之做法，課予網路服務提供者移除違法資料的義務，使其於知情後移除違法資料，避免該資料繼續散布而擴大著作權人的損害。

4、草案第九十條之六

本條共有七項，仿照美國 DMCA 法案中的「通知及取下程序」及「反對通知及回復程序」規定了「通知及停止程序」及「反對通知及回復程序」，並授權主管機關制定上開程序的詳細辦法。

第三項規定：「前項被通知停止重製或公開傳輸服務之人，經提出有權重製或公開傳輸著作或製版之證明，得要求網路服務提供者回復重製或公開傳輸該著作或製版之服務。網路服務提供者接獲此項要求後，應立即通知第一項主張權利被侵害之人，並安排回復重製或公開傳輸服務之日期，據以執行。」雖賦予被停止服務之人反對抗辯的機會，但卻未如 DMCA 般明確規定回復服務的期限，如此可能因網路服務提供者遲未回復而造成使用者之權益受損。

第五項規定自網路服務提供者知有侵害情事至接獲第一項停止重製或公開傳輸著作或製版服務要求之期間所發生之損害，不得減輕或免除。如此規定係要求網路服務提供者一旦知情就應採取行動，而不可等到權利人要求才採取行動。然而網路服務提供者何時知情並不易判斷，即使網路服務提供者發現其使用者公開傳輸有著作權的音樂檔案，亦不代表使用者未取得授權或無合理使用空間，除非接獲權利人通知，否則通常難以事先知情。再者，就算網路服務提供者在權利人通知前就已經查覺使用者確實未經授權而上傳音樂檔案，但權利人都怠於主張權利了，實無必要要求網路服務提供者代為主張權利。

最後，第七項授權主管機關就證明之提供、停止或回復重製或公開傳輸著作或製版服務之要求、指定人員之公告及其他應遵行事項制定辦法，為避免母法過於繁複冗長，雖非不可行，但「通知及停止程序」及「反對通知及回復程序」十分複雜，將大幅提高網路服務提供者的經營成本，亦會影響使用者的權益，應於法律中規定並經充份討論為宜。

5.5.2.3 小結

就第八十八條新增的各項條文來看，似非僅以網路服務提供者為規範對象，卻於本草案中一併提出修正，主要的目的即是創設網路服務提供者的歸責要件。在現行法

中並無使網路服務提供者為其用戶的侵權行為負責之規定，既然網路服務提供者不用負責，自無免責規定的必要。然而，網路服務提供者實為促使網路著作權侵權不可或缺的一環，應使其負擔協助避免著作權侵權的社會責任，在本修正草案的案由中即提到：「按網路上各種著作財產權或製版權侵害行為，必須藉由網路服務提供者所提供之服務，始能實施與遂行，故網路服務提供者實居幫助網路侵權關鍵性之角色，於其有過失或故意時，依法自應負相關民、刑事責任。」又參酌美國侵權代位責任、參與侵權責任及 *Grokster* 案中揭示的誘導理論，新增第八十八條的第二、三、四、五項使網路服務提供者於符合要件時負民事侵權責任，同時再新增「網路服務提供者之責任限制」一章規定網路服務提供者的責任限制要件，如此才能提供網路服務提供者協助避免著作權侵權的誘因。因此，在適用上，第八十八條新增的規定是網路服務提供者的責任基礎，而第六章之一只是規定網路服務提供者如何得以減輕或免除其責任，非謂沒有依照所規定的程序處理就一定要負責，必須符合第八十八條的歸責要件且未依第六章之一的程序配合者始可使其負責。

整體來看，本草案試圖規範所有可能造成著作權侵害的網路服務，但在規定上卻不夠細膩。在網路服務提供者的定義上雖然是針對各種可能造成著作權侵害的網路服務，但「通知及停止程序」並不適用於各類型的網路服務，特別是網路接收服務，已如前述，而美國 *DMCA* 的「通知及取下程序」，亦僅適用於「依使用者指示存放於系統或網路的資訊」類型的網路服務提供者，而非適用於各類型網路服務提供者。換言之，本草案未能針對各類型網路服務的特性分別規定，卻試圖以較少的條文來規範各類的網路服務，在適用上與解釋上會產生較多問題。本文以為，立法委員意識到網路著作權侵害問題並藉由立法來解決的用意值得贊同，但此草案的規定確實較為粗糙，雖然美國 *DMCA* 的規定係妥協的結果，且規範內容較為繁複，但卻針對不同的網路服務的特性而制定不同的免責要件，在程序規定上亦為業者提供了明確得以遵循的規範，頗值參考。

5.5.3 P2P 檔案傳輸服務是否得以免責？

綜合以上的討論，針對「P2P 服務業者責任草案」，本文以為，在沒有直接侵權行為發生的情形下即對技術提供者的提供行為論處民、刑事責任，並不妥當，因此應以有直接侵權行為為前提。另外，針對「網路服務提供者責任限制草案」中的「網路服務提供者之責任限制」一章，本文以為可參考 DMCA 的立法，依各類網路服務的特性，個別規定免責要件。

對於 P2P 檔案傳輸服務，尚有一個問題值得討論——是否有可能將 P2P 檔案傳輸服務亦列入免責的類型中？此問題可依 P2P 檔案傳輸服務的類型來討論：

(1) 無中央檔名索引，但有促使他人侵權意圖

以美國 *Grokster* 案為例，法院認為無法依參與侵權責任及侵權代位責任使其負責，但因 *Grokster* 有誘使使用者侵害著作權的主觀上惡意而依誘導理論使其負責。既然 *Grokster* 有意圖促使使用者侵權，則難以想像 *Grokster* 會與著作權人配合阻止著作權的侵害。又此類業者被非難的就是其主觀上的惡性，此與 DMCA 中四類服務業者並無明顯主觀上惡性的情形不同。因此此類 P2P 業者不宜列入免責的類型中。

(2) 有中央檔名索引，有促使他人侵權意圖

此類與第一類相同，皆因業者主觀上的惡性而不應使其免責。

(3) 無中央檔名索引，無促使他人侵權意圖

此類業者不論依參與侵權責任、侵權代位責任或誘導理論皆無須負責，自不必規定免責條款。

(4) 有中央檔名索引，無促使他人侵權意圖

此類業者可能會因為設有中央檔名索引而被論以參與侵權責任或侵權代位責任，然因未具有促使他人侵權意圖，且其所提供的服務除了可用於侵害著作權外，亦可用於其他合法用途，因此，如業者在著作權人通知後願意配合移除檔名索引，應使其亦能因而免責。¹⁸²

¹⁸² 針對此類 P2P 檔案傳輸服務是否應使其免責，學者羅明通有不同意見。

第 6 章 結論與建議

6.1 結論

要解決網路上的著作權侵權問題，除了對於直接從事重製、公開傳輸的廣大網路使用者追訴外，要求網路服務業者參與，與著作權人共同來阻止侵權行為應是最有效率的方法。惟我國現行法中並無課與網路服務業者配合阻止侵權行為的義務，目前實務上的做法是由著作權人團體與各家網路服務業者合作，當著作權人發現有疑似著作權侵權情事即通知網路服務業者，請其移除侵權資料或停止對網路使用者提供服務，但因此事涉及網路使用者的權益，應以法律明確規定為宜。

由於網路服務業者並非實際從事侵權行為之人，要求其為網路使用者之行為負責須有責任基礎，美國間接侵權行為體系中的侵權代位責任及參與侵權責任即為網路服務業者的責任基礎，侵權代位責任係基於企業責任與風險分配的概念，而參與侵權責任則是基於對侵權行為知情卻仍實質參與者應負責的原則，皆有其正當性而值得參考；在建立責任基礎後，如何提供誘因使網路服務業者配合阻止侵權行為更是重要，美國 DMCA 利用規定安全港條款的方式提供網路服務業者配合的誘因即值得參考，對網路服務業者而言，確實建立了一個可遵循的遊戲規則，不至於因為擔心陷於被著作權人或網路使用者追訴的兩難局面而不願提供更好的網路服務，而在著作權人方面，亦得不必透過訴訟程序，只須寄出合法通知即可阻止侵權行為繼續。在立法委員所提出的著作權法修正草案「網路服務提供者責任限制草案」中，即參考此立法模式於第八十八條新增網路服務業者的責任基礎，再新增第六章之一規定責任限制的條件促使網路服務業者配合以減輕或免除責任。但草案對於網路服務提供者的定義不清，且未依各種網路服務的特性規定不同的免責條款，在適用上易生疑義，本文認為應對各種網路服務進行類型化分析以為明確規範。

由於侵權資料是否儲存在網路服務業者的電腦中係判斷網路服務業者是否知情及是否有能力控制侵權行為的重要因素，因此可依「侵權資料儲存位置」將網路服務分

為「侵權資料僅係暫時存在，非大眾得以存取」、「侵權資料係儲存於網路服務業者的系統或設備中」及「侵權資料從未存在於網路服務業者的系統或設備中」三類，其中「侵權資料僅係暫時存在，非大眾得以存取」類僅提供被動的通道且對於權利人之影響較小，應課與網路服務業者較少的責任或義務；而「侵權資料係儲存於網路服務業者的系統或設備中」類則可參考美國 DMCA 的「通知及取下程序」與「反對通知與回復程序」，但為避免網路使用者的言論自由受過度侵害，應修改程序，當著作權人為合法通知後並不立即移除侵權資料，如網路使用者未於網路服務業者通知後三日內為反對通知時始行移除；至於在「侵權資料從未存在於網路服務業者的系統或設備中」類型中又以 P2P 檔案傳輸服務引發最多爭議，在立法委員提出的「P2P 服務業者責任草案」中規定「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者」應負民、刑事責任，且不以該技術確實被使用者用來侵害著作權為前提，如此規定並不妥當，本文認為仍應以有直接侵權行為存在為前提始為適當。

ezPeer案與 Kuro案判決的歧異引起許多爭議，雖然ezPeer及Kuro分別與著作權人和解並轉型為合法的線上音樂服務提供者，但P2P檔案傳輸的風潮仍舊存在，廣受網路使用者歡迎的開放原始碼P2P軟體BitTorrent、eMule在許多軟體網站¹⁸³皆可免費下載安裝，但由於此類開放原始碼P2P軟體是由許多網友共同參與研發而來，並不因該軟體之研發或散布而獲利；而提供軟體下載之網站亦僅是單純地提供軟體，未涉及誘使網路使用者從事侵害著作權之行為，皆不應加以非難，惟系爭軟體確實被使用於大量傳輸有著作權的音樂、電影檔案，對於著作權人的影響並不小，但是否就該禁止這些軟體的散布呢？Sony案的「實質非侵權用途」原則就是試圖在這種科技與著作權相衝突的情形中找出平衡點，避免僅因某產品或科技可被用來侵害著作權即要求產品或科技的散布者負責，以保障非侵權者使用新科技的權益及科技的發展。在無法要求此類P2P軟體之研發者或散布者負責的情形下，著作權人面對這些軟體所可能造成的著作

¹⁸³ 例如PChome Online下載網站(<http://toget.pchome.com.tw/>)、軟體王網站(<http://www.softking.com.tw/>)皆可免費下載eMule及BitTorrent軟體。

權侵害又該如何自保呢？除了可直接對使用軟體來侵害著作權的使用者追訴以防堵著作權侵權外，更應正視使用者接收資訊習慣的改變，善用網路科技、推出合法的下載服務及提高商品附加價值¹⁸⁴，更積極地吸引使用者使用合法的服務。

網路服務業者提供的網路服務雖使得侵害著作權變得容易，但網路服務業者與著作權人間並非只能處於敵對的關係，而網路科技的發達亦能幫助著作權人達到行銷的目的。Google併購著名的線上影音服務網站YouTube不被看好，主要的原因在於擔憂YouTube網站中存有使用者未經授權上傳的影片而招致著作權侵權訴訟。但YouTube在宣布併購前即與多家影音業者達成著作權授權的協議，特別的是，在與CBS的協議中，雙方約定在發現使用者未經許可上傳CBS影片到YouTube時，CBS可以決定要YouTube移除，或乾脆就在這些影片旁加入廣告。「沒人力去作所謂的『病毒行銷』？乾脆讓使用者自行把內容準備好，媒體公司只要上廣告就行了。」¹⁸⁵ YouTube與CBS的合作模式正是網路服務業者與著作權人合作共同利用網路科技來達到網路服務業者、著作權人及使用者三贏的最佳範例。



6.2 立法建議

綜上所述，本文提出以下幾點建議，供立法參考。

1、參考美國 DMCA 相關規定，依網路服務之特性制定免責條款，相關程序規定亦應以法律定之。

2、修正「通知及取下程序」及「反對通知及回復程序」，以維護網路使用者之言論自由。

美國 DMCA 相關規定雖值參考，惟其「通知及取下程序」及「反對通知及回復程序」僅因著作權人單方之通知即要求網路服務業者移除或阻斷網路使用者之資料，對於網路使用者言論自由之保護不夠週延，因此本文建議將程序修改如下：當網路服務

¹⁸⁴ 趙震蕙，P2P軟體對著作權之侵害問題研究，交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 108-113（2005）。

¹⁸⁵ 「新聞分析」白癡與搖錢樹之戀？」，聯合新聞網，at<<http://financenews.sina.com/udn/000-000-107-105/901/2006-10-10/1547120633.shtml>>(last visited Oct. 28, 2006) (on file with author)。

業者收到著作權人發出之合法通知表明其系統或網路存有使用者上傳之疑似侵權資料時，必須立即將著作權人之通知轉告使用者，並說明若使用者未於三日內為反對通知，將立即將使用者該疑似侵權資料移除或阻斷接觸。如使用者未於三日內為反對通知，網路服務業者即應立即將使用者該疑似侵權資料移除或阻斷接觸。反之，若使用者於三日內為反對通知，網路服務業者應將使用者之反對通知轉告著作權人，如著作權人對使用者起訴，網路服務業者必須立即將使用者該疑似侵權資料移除或阻斷接觸。若著作權人未對使用者進行追訴，則網路服務業者亦無須採取任何行動。

3、針對「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者」之處罰，應以該技術確實被用於侵害著作權為前提。

本文建議可將「P2P 服務業者責任草案」中擬新增的著作權法第八十七條第七款修正為「未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，致他人侵害著作權，而受有利益者」。此外，擬新增的第九十七條之一可修改為「事業以公開傳輸之方法侵害他人之著作財產權，經法院判決有罪者，應即停止其行為；其不停止，且經主管機關認定侵害情節重大，嚴重影響著作財產權人權益者，主管機關應限期一個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業。」

參考文獻

一、中文參考文獻

(一) 專書

- 1、林誠二，民法債編總論（上）（2000）。
- 2、邱聰智，新訂民法債編通則（上）（2003）。
- 3、羅明通，著作權法論（2000）。
- 4、羅明通，著作權法論II，六版（2005）。

(二) 學位論文

- 1、趙之敏，電腦網路上電子布告欄與網路論壇之著作權問題研究，東吳大學法研所碩士論文（1996）。
- 2、趙雯蕙，P2P 軟體對著作權之侵害問題研究，交通大學科技法律研究所碩士論文（2005）。
- 3、蔡偉逸，網路服務業者之著作權侵害責任，東吳大學法律學系碩士論文（2002）。

(三) 期刊論文

- 1、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 59（2004）。
- 2、_____，「特殊侵權行為（四）——僱用人侵權責任（上）」，台灣本土法學雜誌，64 期，頁 57（2004）。
- 3、_____，「特殊侵權行為（十）——無過失侵權責任（下）」，台灣本土法學雜誌，77 期，頁 55（2005）。
- 4、章忠信，「『數位內容產業發展條例草案』有關著作權規範之檢討」，科技法學評論，3 卷，1 期，頁 133（2006）。

- 5、蔡惠如，「P2P檔案分享之著作權爭議——以媒介中立原則為中心」，月旦法學雜誌，135期，頁62（2006）。
- 6、蔡蕙芳，「用戶著作權侵權之網路服務業者責任」，科技法學評論，1卷，2期，頁295（2004）。
- 7、_____，「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」，科技法學評論，3卷，1期，頁45（2006）。
- 8、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，3卷，1期，頁1（2006）。
- 9、_____，「P2P資源共享架構之傳輸及重製在著作權法上之評價——兼論折衷式與無階式(NO-TIER)P2P之技術差異」，月旦法學雜誌，94期，頁212（2003）。

（四）法院判決

- 1、台灣台北地方法院 93 年度國字第 16 號判決。
- 2、台灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號裁判。
- 3、台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2146 號裁判。
- 4、台灣台北地方法院 94 年度訴字第 4817 號。

（五）網路資料

- 1、何英煒，「網路業者變平台提供者」，工商時報，
<<http://times.hinet.net/news/20060505/infotech/768a9d91b79a.htm>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 2、_____，「飛行網花 3.5 億與IFPI和解」，工商時報，
<<http://news.chinatimes.com/Chinatimes/newslist/newslist-content/0,3546,12050903+122006091500487,00.html>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。

- 3、 陳思永，「IP Routing」， at
<http://www.study-area.org/network/network_ip_routing.htm>(last visited Oct. 19, 2006) (on file with author)。
- 4、 陳曉藍，「Kuro與IFPI和解 P2P龍頭均合法化 數位音樂步入新里程」，東森新聞報， at <<http://www.ettoday.com/2006/09/14/339-1991174.htm>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 5、 章忠信，「Google 被判定不得作特定縮圖(thumbnail)鏈結」， at
<<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=158>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 6、 _____，「美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介」， at
<www.copyrightnote.org/paper/pa0010.doc> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 7、 _____，「中國大陸信息網絡傳播權保護條例開始實施」， at
<<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=164>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 8、 _____，「立法院提案修法遏止網路檔案分享軟體之提供」， at
<<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=4&act=read&id=161>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 9、 黃芳宇，「中國網際網路大預言（七）Web 2.0 經濟體」， at
<<http://www.digitalwall.com/scripts/display.asp?UID=331>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author)。
- 10、 「新聞分析」白癡與搖錢樹之戀？」，聯合新聞網， at<
<http://financenews.sina.com/udn/000-000-107-105/901/2006-10-10/1547120633.shtml>>(last visited Oct. 28, 2006) (on file with author)。

（六）其他

- 1、立法院第6屆第2會期第19次會議議案關係文書，院總字第553號，委員提案第6745號。
- 2、立法院第6屆第3會期第8次會議議案關係文書，院總字第553號，委員提案第6844號。
- 3、立法院公報，院會紀錄，第95卷，第25期。

二、英文參考文獻

(一) 專書

- 1、DOBBS., DAN B., THE LAW OF TORTS 905 (2000).
- 2、2 GOLDSTEIN, PAUL, COPYRIGHT (2d ed. 2003).

(二) 期刊論文

- 1、Band, Jonathan, *So What Does Inducement Mean?* 22 NO. 11 COMPUTER & INTERNET LAW. 1 (2005).
- 2、Coats, William Sloan, Weinstein, Mark R. & Zimmerman, Erik R., *Pre- and Post-Grokster Copyright Infringement Liability for Secondary and Tertiary Parties*, 842 PLI/PAT 221 (2005).
- 3、Feder, Jesse M., *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. Of America V. Universal City Studios, Inc. In The Age of Napster*, 37 CREIGHTON L. REV. 859 (2004).
- 4、Glatstein, Benjamin H., *Tertiary Copyright Liability*, 71 U. CHI. L. REV. 1605 (2004).
- 5、Lemley, Mark A. & Reese, R. Anthony, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345 (2004).
- 6、Moye, John M., *How Sony Survived: Peer-To-Peer Software, Grokster, and Contributory Copyright Liability in the Twenty-First Century*, 84 N.C. L. REV. 646, (2006).

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

(三) 法院判決

- 1、A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F.Supp.2d 896 (N.D.Cal 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).
- 2、A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., No. 99-05183, 2000 WL 573136 (N.D.Cal. May 12, 2000).
- 3、Blake A. Field v. Google, 412 F.Supp.2d 1106 (D. Nev., 2006).
- 4、Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1081 (9th Cir.2004).
- 5、*In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F.Supp.2d 634, 642 (N.D. Ill. 2002), *aff'd*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).
- 6、MGM v. Grokster, 259 F.Supp.2d 1029 (C.D.Cal. 2003), *aff'd*, 380 F.3d 1154 (9th Cir. 2004), *vacated and remanded by* 125 S.Ct. 2764 (2005).
- 7、Perfect 10 v. Google, 416 F.Supp.2d 828 (C.D. Cal. 2006).
- 8、Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314, 1325 (D. Mass. 1994).
- 9、Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F.Supp. 1361, 1371 (N.D.Cal.1995).
- 10、Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304 (2d Cir.1963).
- 11、Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 420 (1984).

(四) 網路資料

- 1、Wikipedia, *File Transfer Protocol*, at
<http://en.wikipedia.org/wiki/File_Transfer_Protocol> (last visited Sep. 25, 2006)
(on file with author).

- 2、Wikipedia, *Usenet*, at <<http://en.wikipedia.org/wiki/Usenet>> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author).
- 3、Wikipedia, *Search engine*, at <http://en.wikipedia.org/wiki/Search_engine#How_search_engines_work> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author).
- 4、Wikipedia, *Proxy server*, at <http://en.wikipedia.org/wiki/Proxy_server> (last visited Sep. 25, 2006) (on file with author).

(五) 其他

- 1、The Digital Millennium Copyright Act of 1998: U.S. Copyright Office Summary (1998).



附錄一：美國著作權法第 512 條

§ 512. Limitations on liability relating to material online

(a) Transitory Digital Network Communications.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if—

- (1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;
- (2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;
- (3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;
- (4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and
- (5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.

(b) System Caching.—

(1) Limitation on liability.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which—

- (A) the material is made available online by a person other than the service provider;
- (B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and
- (C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who,

after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.

(2) Conditions.— The conditions referred to in paragraph (1) are that—

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology—

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the

material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if—

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.

(c) Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users.—

(1) In general.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider—

(A)

(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

(2) Designated agent.— The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information:

(A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent.

(B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate.

The Register of Copyrights shall maintain a current directory of agents available to the public for inspection, including through the Internet, in both electronic and hard copy formats, and may require payment of a fee by service providers to cover the costs of maintaining the directory.

(3) Elements of notification.—

(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

- (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.
- (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.
- (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.
- (iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.
- (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.
- (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(B)

- (i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.
- (ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies

only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).

(d) Information Location Tools.— A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider—

(1)

(A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;

(B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.

(e) Limitation on Liability of Nonprofit Educational Institutions.—

(1) When a public or other nonprofit institution of higher education is a service provider, and when a faculty member or graduate student who is an employee of such institution is performing a teaching or research function, for the purposes of subsections (a) and (b) such faculty member or graduate student shall be considered to be a person other than the institution, and for the purposes of subsections (c) and (d) such faculty member's or graduate student's knowledge or awareness of his or her infringing activities shall not be attributed to the institution, if—

(A) such faculty member's or graduate student's infringing activities do not involve the provision of online access to instructional materials that are or were required or recommended, within the preceding 3-year period, for a course taught at the institution by such faculty member or graduate student;

(B) the institution has not, within the preceding 3-year period, received more than two notifications described in subsection (c)(3) of claimed infringement by such faculty member or graduate student, and such notifications of claimed infringement were not actionable under subsection (f); and

(C) the institution provides to all users of its system or network informational materials that accurately describe, and promote compliance with, the laws of the United States relating to copyright.

(2) For the purposes of this subsection, the limitations on injunctive relief contained in subsections (j)(2) and (j)(3), but not those in (j)(1), shall apply.

(f) Misrepresentations.— Any person who knowingly materially misrepresents under this section—

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

(g) Replacement of Removed or Disabled Material and Limitation on Other Liability.—

(1) No liability for taking down generally.— Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing.

(2) Exception.— Paragraph (1) shall not apply with respect to material residing at the direction of a subscriber of the service provider on a system or network controlled or operated by or for the service provider that is removed, or to which access is disabled by the service provider, pursuant to a notice provided under subsection (c)(1)(C), unless the service provider—

(A) takes reasonable steps promptly to notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material;

(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and

(C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless

its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.

(3) Contents of counter notification.— To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider's designated agent that includes substantially the following:

(A) A physical or electronic signature of the subscriber.

(B) Identification of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled.

(C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.

(D) The subscriber's name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber's address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person.

(4) Limitation on other liability.— A service provider's compliance with paragraph (2) shall not subject the service provider to liability for copyright infringement with respect to the material identified in the notice provided under subsection (c)(1)(C).

(h) Subpoena To Identify Infringer.—

(1) Request.— A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.

(2) Contents of request.— The request may be made by filing with the clerk—

(A) a copy of a notification described in subsection (c)(3)(A);

(B) a proposed subpoena; and

(C) a sworn declaration to the effect that the purpose for which the subpoena is sought is to obtain the identity of an alleged infringer and that such information will only be used for the purpose of protecting rights under this title.

(3) Contents of subpoena.— The subpoena shall authorize and order the service provider receiving the notification and the subpoena to expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner information sufficient to

identify the alleged infringer of the material described in the notification to the extent such information is available to the service provider.

(4) Basis for granting subpoena.— If the notification filed satisfies the provisions of subsection (c)(3)(A), the proposed subpoena is in proper form, and the accompanying declaration is properly executed, the clerk shall expeditiously issue and sign the proposed subpoena and return it to the requester for delivery to the service provider.

(5) Actions of service provider receiving subpoena.— Upon receipt of the issued subpoena, either accompanying or subsequent to the receipt of a notification described in subsection (c)(3)(A), the service provider shall expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner the information required by the subpoena, notwithstanding any other provision of law and regardless of whether the service provider responds to the notification.

(6) Rules applicable to subpoena.— Unless otherwise provided by this section or by applicable rules of the court, the procedure for issuance and delivery of the subpoena, and the remedies for noncompliance with the subpoena, shall be governed to the greatest extent practicable by those provisions of the Federal Rules of Civil Procedure governing the issuance, service, and enforcement of a subpoena duces tecum.

(i) Conditions for Eligibility.—

(1) Accommodation of technology.— The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider—

(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers; and

(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

(2) Definition.— As used in this subsection, the term “standard technical measures” means technical measures that are used by copyright owners to identify or protect copyrighted works and—

(A) have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process;

(B) are available to any person on reasonable and nondiscriminatory terms; and

(C) do not impose substantial costs on service providers or substantial burdens on their systems or networks.

(j) Injunctions.— The following rules shall apply in the case of any application for an injunction under section 502 against a service provider that is not subject to monetary remedies under this section:

(1) Scope of relief.—

(A) With respect to conduct other than that which qualifies for the limitation on remedies set forth in subsection (a), the court may grant injunctive relief with respect to a service provider only in one or more of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to infringing material or activity residing at a particular online site on the provider's system or network.

(ii) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is engaging in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(iii) Such other injunctive relief as the court may consider necessary to prevent or restrain infringement of copyrighted material specified in the order of the court at a particular online location, if such relief is the least burdensome to the service provider among the forms of relief comparably effective for that purpose.

(B) If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is using the provider's service to engage in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States.

(2) Considerations.— The court, in considering the relevant criteria for injunctive relief under applicable law, shall consider—

(A) whether such an injunction, either alone or in combination with other such injunctions issued against the same service provider under this subsection, would significantly burden either the provider or the operation of the provider's system or network;

(B) the magnitude of the harm likely to be suffered by the copyright owner in the digital network environment if steps are not taken to prevent or restrain the infringement;

(C) whether implementation of such an injunction would be technically feasible and effective, and would not interfere with access to noninfringing material at other online locations; and

(D) whether other less burdensome and comparably effective means of preventing or restraining access to the infringing material are available.

(3) Notice and ex parte orders.— Injunctive relief under this subsection shall be available only after notice to the service provider and an opportunity for the service provider to appear are provided, except for orders ensuring the preservation of evidence or other orders having no material adverse effect on the operation of the service provider’s communications network.

(k) Definitions.—

(1) Service provider.—

(A) As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

(B) As used in this section, other than subsection (a), the 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).

(2) Monetary relief.— As used in this section, the term “monetary relief” means damages, costs, attorneys’ fees, and any other form of monetary payment.

(l) Other Defenses Not Affected.— The failure of a service provider’s conduct to qualify for limitation of liability under this section shall not bear adversely upon the consideration of a defense by the service provider that the service provider’s conduct is not infringing under this title or any other defense.

(m) Protection of Privacy.— Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on—

(1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsection (i); or

(2) a service provider gaining access to, removing, or disabling access to material in cases in which such conduct is prohibited by law.

(n) Construction.— Subsections (a), (b), (c), and (d) describe separate and distinct functions for purposes of applying this section. Whether a service provider qualifies for the limitation on liability in any one of those subsections shall be based solely on the criteria in that subsection, and shall not affect a determination of whether that service provider qualifies for the limitations on liability under any other such subsection.

附錄二：著作權法修正草案

P2P服務業者責任草案¹⁸⁶

修正條文	現行條文	說明
<p>第八十七條（視為侵害著作權或製版權）</p> <p>I 有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：</p> <p>一、以侵害著作人名譽之方法利用其著作。</p> <p>二、明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。</p> <p>三、輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。</p> <p>四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。</p> <p>五、以侵害電腦程式著作財產權之重製物作為營業之使用者。</p> <p>六、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。</p> <p><u>七、未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著</u></p>	<p>第八十七條（視為侵害著作權或製版權）</p> <p>I 有下列情形之一者，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權：</p> <p>一、以侵害著作人名譽之方法利用其著作。</p> <p>二、明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者。</p> <p>三、輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物者。</p> <p>四、未經著作財產權人同意而輸入著作原件或其重製物者。</p> <p>五、以侵害電腦程式著作財產權之重製物作為營業之使用者。</p> <p>六、明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權或出租以外之方式散布者，或明知為侵害著作財產權之物，意圖散布而公開陳列或持有者。</p>	<p>一、部分不肖網路平台業者，以免費提供電腦下載程式為號召，並藉口收取手續與網路維修費等營利行為，在網路上直接媒合下載與上傳著作權人之文字與影音著作，卻不願支付權利金給著作權人，嚴重侵害著作權人之合法權益，及故意陷付費良善下載者於民、刑法之追溯恐懼，上述行為至為不當，有必要明確修法來規範不肖平台業者的行為。</p> <p>二、按著作權立法一方面必須保護著作權人，使其有足夠誘因繼續創作，另一方面必須確保科技創新不致因著作權保護而受壓抑，二者必須求其平衡，是以本條第一項增訂第七款，對於未經著作財產權人之授權或同意，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，亦視為侵害</p>

¹⁸⁶ 立法院公報，院會紀錄，第 95 卷，第 25 期，頁 66。

<p>作財產權，對公眾提供可供公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。</p> <p><u>II前項第七款之行爲人，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，爲具備該款之意圖。</u></p>		<p>著作權之行爲。</p> <p>三、本質上是對於技術提供者於符合相關要件時，課與其對技術之使用者之著作財產權侵害行爲負擔法律責任。對於本條增訂第七款及第二項之規定說明如下：</p> <p>(一)、本款對於技術之提供者賦予法律責任，故本條非難之行爲爲「提供行爲」。至於技術提供者對於使用者之後續著作權侵害行爲，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。</p> <p>(二)、技術提供者必須是出於供他人侵害著作財產權之意圖，提供技術，始屬本款所規範之範圍。又意圖係行爲人內心主觀之狀態，難以判斷，有必要加以補充解釋，故規定如行爲人客觀上採取廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑公眾利用該技術侵害著作財產權時，即爲具備「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」之意圖。</p> <p>四、本條參考美國最高法院 Grokster 案判決：”.....one who distributes a device with the object of promoting</p>
---	--	---

		<p>its use to infringe copyright, as shown by clear expression or other affirmative steps taken to foster infringement, is liable for the resulting acts of infringement by third parties.”</p> <p>五、有本款行為者，視為侵害著作權，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。</p>
<p>第九十三條</p> <p>有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金：</p> <p>一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。</p> <p>二、違反第七十條規定者。</p> <p>三、以第八十七條第一款、第三款、第五款或第六款方法之一侵害他人之著作權者。但第九十一條之一第二項及第三項規定情形，不包括在內。</p> <p>四、違反第八十七條第一項第七款規定者。</p>	<p>第九十三條</p> <p>有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金：</p> <p>一、侵害第十五條至第十七條規定之著作人格權者。</p> <p>二、違反第七十條規定者。</p> <p>三、以第八十七條第一款、第三款、第五款或第六款方法之一侵害他人之著作權者。但第九十一條之一第二項及第三項規定情形，不包括在內。</p>	<p>為有效規範不法業者，爰新增訂第四款之處罰規定如有違反第八十七條第一項第七款視為侵害著作權之行為亦應科予刑事處罰，以有效遏止網路侵權行為。</p>
<p>第九十七條之一</p> <p>事業以公開傳輸之方法，犯第九十一條、第</p>		<p><u>委員謝國樑等提案</u>：¹⁸⁷</p> <p>一、本條新增。</p> <p>為有效規範不法，新增訂第</p>

¹⁸⁷ 參前揭註 178。

<p>九十二條及第九十三條第四款之罪，經法院判決有罪者，應即停止其行爲；其不停止，且經主管機關認定侵害情節重大，嚴重影響著作財產權人權益者，主管機關應限期一個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業。</p>		<p>九十七條規定對其因犯罪情節重大，嚴重侵害著作財產權人權益，經第一審法院判決有罪者，主管機關應限期一個月內改正，屆期不改正者，得命令停業，或勒令歇業，以有效規範違法業者，遏止其犯罪行爲之繼續，避免無辜之使用人繼續侵害著作財產權而不自知，並有效保護著作財產權人，維護著作財產權正當之交易秩序，健全著作權市場之發展。</p> <p><u>審查會：</u></p> <p>一、第九十一條之一為實體散布，不會涉及網路；第九十四條常業犯，均不予包括在內。</p> <p>二、被告一經有罪判決後，需積極負起「停止侵權行爲」之義務，故須予以明訂。其不停止侵權行爲，為法定義務之違反，此時由行政部門依本條命令改正、停業或歇業。</p> <p>三、按本條立法意旨在導正業者，使其合法經營，不在刑事處罰，故條文中所稱「經法院判決有罪」，不論何審級之判決，亦不以有罪確定判決為限，縱令尚未確定，只要符合本條要件，均適用之。</p> <p>四、現行法第九十七條條文業經刪除，且本次屬</p>
---	--	---

		部分條文修正，改以增列條序方式訂定。
--	--	--------------------

網路服務提供者責任限制草案¹⁸⁸

修正條文	現行條文	說明
<p>第八十八條</p> <p><u>I因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負損害賠償責任。不能知其中孰為加害人者，亦同。</u></p> <p><u>II造意人及幫助人，視為共同行為人。</u></p> <p><u>III經營事業之人，因業務之性質，從他人侵害著作財產權或製版權行為中獲得經濟利益，若對該他人之侵害行為有監督或控制之能力者，為第一項之共同行為人。</u></p> <p><u>IV故意以教唆、誘使、煽惑、說服或其他相類似行為，引誘他人侵害著作財產權或製版權，為第二項之造意人。</u></p> <p><u>V對於侵害著作財產權或製版權之行為有所認識，且給予實質上之幫助者，為第二項之幫助人。</u></p> <p><u>VI第一項損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：</u></p> <p>一 依民法第二百十六條之規定請求。但被害人</p>	<p>第八十八條</p> <p>I 因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。</p> <p>II 前項損害賠償，被害人得依下列規定擇一請求：</p> <p>一、依民法第二百十六條之規定請求。但被害人不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。</p> <p>二、請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。</p> <p>III 依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害</p>	<p>一、參酌民法第一百八十五條第一項後段，增訂「不能知其中孰為加害人者，亦同。」</p> <p>二、參酌民法第一百八十五條第二項，增訂第二項，明定造意人與幫助人。</p> <p>三、增訂第三項，規定經營事業之人，若有能力監督或控制他人之侵害行為，於符合相關要件下，屬於第一項之行為人，與侵權者連帶負賠償責任。</p> <p>四、增訂第四項，規定故意以教唆、誘使、煽惑、說服或其他相類似行為，引誘他人侵害著作財產權或製版權者，為第二項所定之造意人。</p> <p>五、增訂第五項，規定對於侵害著作財產權或製版權之行為有所認識，並且給予實質上之侵害幫助者，為第二項所定之幫助人。又網路上各種著作財產權侵害行為，必須藉由網路服務提供者所提供之服務，始能實施與遂行，故網路服務提供者實居幫助網路侵權關鍵性之角色，對於所造成之損</p>

¹⁸⁸ 立法院第6屆第3會期第8次會議議案關係文書，院總字第553號，委員提案第6844號。

<p>不能證明其損害時，得以其行使權利依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後行使同一權利所得利益之差額，為其所受損害。</p> <p>二 請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。</p> <p>VII 前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。</p>	<p>行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。</p>	<p>害，於其有過失或故意時，應依本項規定負民事賠償責任，併予敘明。</p> <p>六、現行條文第二項配合項次變更，移列第六項並酌作修正。</p> <p>七、現行條文第三項內容未修正，遞移為第七項。</p>
<p><u>第六章之一 網路服務提供者之責任限制</u></p>		<p>一、<u>新增章名。</u></p> <p>二、為鼓勵網路服務提供者積極建構防止網路侵權之機制，以有效遏止侵權，爰增訂專章加以規範。</p>
<p><u>第九十條之四</u> 本章所稱網路服務提供者，係指經由網路，對他人提供使他人得重製或公開傳輸著作或製版之服務之人。</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、規定網路服務提供者之定義。</p>
<p><u>第九十條之五</u> I他人利用網路服務提供者提供之服務，重製、公開傳輸著作或製版，侵害著作財產權或製版權，如</p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、規定他人利用網路服務提供者提供之服務，從事侵害著作財產權或製版權之行為，網路服務提供</p>

<p>網路服務提供者自知情起，防止或停止該著作或製版重製或公開傳輸之服務者，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任，得予以減輕或免除。</p> <p><u>II網路服務提供者依前項規定防止或停止該著作或製版重製或公開傳輸之服務，但因技術上之困難致無法防止或停止者，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任，得予以免除。</u></p>		<p>者自知情之時起，即採取防止或停止服務之措施，使侵權行為無法繼續時，得減輕或免除網路服務提供者之侵權責任，但因技術上之困難無法防止或停止者，得免除其責任。</p>
<p><u>第九十條之六</u></p> <p><u>I任何人主張自己之著作財產權或製版權因網路服務提供者提供重製或公開傳輸之服務而被侵害者，經提出相關證明，得要求網路服務提供者停止重製或公開傳輸該著作或製版之服務。</u></p> <p><u>II網路服務提供者接獲前項要求後，應立即停止重製或公開傳輸該著作或製版之服務，並將停止服務情事通知重製或公開傳輸該著作或製版之人。</u></p> <p><u>III前項被通知停止重製或公開傳輸服務之人，經提出有權重製或公開傳輸著作或製版之證明，得要求網路服務提供者回復重製或公開傳輸該著作或製版之服務。網路服務提供者接獲此項要求後，應立即通知第一項主</u></p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、第一項規定任何人因網路服務提供者所提供之服務，造成其著作財產權或製版權受到侵害，得檢附相關證明，要求網路服務提供者停止重製或公開傳輸或製版之服務。</p> <p>三、第二項規定網路服務提供者於接獲前項要求，應立即停止其所提供之服務，並將停止之情事通知該被停止服務之使用人。</p> <p>四、第三項規定依據第二項規定被通知停止服務之人，於其提出有重製、公開傳輸之權利之證明時，得要求網路服務提供者回復服務。</p> <p>五、第四項規定網路服務提供者應指派專人負責接收第一項及第三項之要求，並公告週知，以供相關使用人利人之，以免延</p>

<p><u>張權利被侵害之人，並安排回復重製或公開傳輸服務之日期，據以執行。</u></p> <p><u>IV 網路服務提供者應指定人員負責接收第一項及第三項要求，並將該指定人員之相關資訊予以公告。</u></p> <p><u>V 網路服務提供者依前項規定指定人員並公告相關資訊，其依據第二項或第三項規定停止或回復重製或公開傳輸著作或製版之服務，對於他人侵害著作財產權或製版權之責任或重製或公開傳輸之人所受損失之責任，得予以減輕或免除。但自網路服務提供者知有侵害情事至接獲第一項停止重製或公開傳輸著作或製版服務要求之期間所發生之損害，不在此限。</u></p> <p><u>VI 任何人無正當權利，要求網路服務提供者停止或回復重製或公開傳輸著作或製版之服務者，對於所發生之損害，負賠償之責。</u></p> <p><u>VII 第一項至第四項有關證明之提供、停止或回復重製或公開傳輸著作或製版服務之要求、指定人員之公告及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。</u></p>		<p>誤通知時程，導致網路侵權之損害擴大。</p> <p>六、第五項規定網路服務提供者依據第二項或第三項之規定運作，對於他人侵害著作財產權或製版權所應負之損害賠償責任，得予以減輕或免除。但自知有侵害情事至接獲第一項之要求通知期間所生之損害，不在此限。</p> <p>七、第六項規定網路服務提供者因依據第二項或第三項規定運作所生之損害，應由無正當權利而啓動之一方負擔，網路服務提供者不負損害賠償責任。</p> <p>八、第七項規定授權主管機關就證明之提供、停止或回復重製或公開傳輸服務之要求、指定人員之公告及其他應遵行事項之細節規定，訂定相關辦法補充之。</p>
---	--	--

附錄三：訪談綱要

網路服務業者部分

一、防止著作權侵害的措施

- (1) 貴公司是否有能力在事前預防用戶的侵害著作權或在事後阻止用戶繼續其行為？
- (2) 貴公司提供的網路服務中是否有防止著作權侵害的措施？如果有，實際運作情形如何？
- (3) 貴公司得知用戶侵害著作權的管道有哪些？
- (4) 在貴公司得知用戶侵害著作權而著作權人尚未提出抗議時，是否主動阻止用戶的行為？

二、著作權人要求移除用戶疑似侵權資料

- (1) 是否有著作權人出面要求移除某些用戶所張貼的資料？有多少件？
- (2) 貴公司的處理程序為何？
 - ◆ 是否要求提出著作權權利證明文件？
 - ◆ 是否通知用戶？
 - ◆ 是否移除用戶疑似侵權的資料？如果移除是否被用戶抗議或提起違約訴訟？
 - ◆ 若未移除是否有著作權人揚言要告業者？是否有實際涉訟案件？幾件？結果？
 - ◆ 若著作權人要求提供用戶個人資料，是否配合？

三、用戶侵害著作權的行為對貴公司有何影響（用戶人數／系統運作／營運成本）？

四、對於政府立法規範的態度

- (1) 政府對於相關爭議應該立法規範嗎？
- (2) 對於立法院於 4 月提出之著作權法草案的內容有何意見？

五、其他類型的侵害（如色情、誹謗、垃圾郵件等）

- (1) 在用戶利用貴公司提供的服務所為的侵害行為中，以何者最常發生？

- (2) 哪一種侵害行爲最難預防？
- (3) 針對各類的侵害行爲，貴公司的處理方式有何不同？

著作權人團體部分

一、網路用戶利用網路服務業者提供之服務侵害著作權實務面

- (1) 在貴單位發現網路用戶侵害著作權的案件中，用戶所使用的網路服務有哪些？哪一種網路服務對於著作權人的權利影響最大？
- (2) 貴單位如何得知網路用戶侵害著作權？
- (3) 在發現網路用戶利用網路服務業者提供的服務侵害著作權時，貴單位會採取何種措施？
- ◆ 是否通知網路服務業者？以何種方式通知？網路服務業者會要求何種通知方式或證明文件嗎？
 - ◆ 會要求網路服務業者提供哪些協助（移除內容／阻斷網路用戶連線／提供網路用戶個人資料）？網路服務業者的配合情形如何？
 - ◆ 是否對侵權的網路用戶起訴？

二、著作權法修正草案

- (1) 現行著作權法對於著作權人的保護是否不足？
- (2) 對於立法委員所提的兩個著作權法草案有何看法？是否足以保護著作權人？
- (3) 第八十七條第七款限於「受有利益者」，對於未因此獲利的軟體提供者未能加以規範，但現今有些 P2P 軟體，如 EMule、BitTorrent，多屬 Open Source，並未有人因提供此類 P2P 軟體而獲利，而此類軟體又多被網路用戶用來交換音樂、電影檔案及非法軟體，對著作權人的權益影響應不小，請問貴單位對此有何對策？