

第四章 美國法下相關案例的歸納

4.1 背景知識—美國法下的輔助侵權與代位責任

4.1.1 輔助侵權(contributory infringement)

1. 輔助侵權行為的定義

輔助侵權行為(contributory infringement)雖然沒有官方的定義，但一個比較為大家所接受的定義為：一個對於他人之侵權行為有認知的人，誘使、引起或實質幫助該侵權行為者，為輔助侵權¹⁰⁷。

2. 輔助侵權行為的要件

(1)直接侵權行為存在

必須有直接侵權行為存在，也就是事實上要有一個真正發生的他人的侵權行為存在¹⁰⁸。所以，所謂的侵權行為存在，精確的說應該是刑事的犯罪行為存在或是民事有責的侵權行為存在而言。

(2)認知要件

為輔助侵權之行為人必須對於直接侵權行為有認識(knowledge)。這裡是討論知的問題，並不包含欲的問題，所以並不需要有使侵權行為發生之欲意，只要明知侵權行為的發生即可。另外有合理的可能預見侵權行為的發生，亦屬認知要件的該當¹⁰⁹。

(3)幫助行為

¹⁰⁷ 其原文為“one who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another.”詳見Gershwin Publishing Corp. V. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, 1162, 170 U.S.P.Q. (BNA) 182, 184-185 (2d Cir. 1971)

¹⁰⁸ 這個觀念很類似我國幫助犯從屬性的問題。

¹⁰⁹ 然而在我國法下，預見侵權行為的可能發生，不一定能構成幫助犯，因為只是預見侵權行為的可能發生，除了達到未必故意的程度，一般而言只有過失，而幫助犯是不處罰過失的，因為除非該企業所提供之商品或服務只能為侵權用途，否則任何商業活動都多少有風險包含在內，光是預見侵權行為的可能發生，並不能算是對侵權行為有認識，必須是對於正在進行的侵權行為明確認識，才能該當我國法下幫助犯的主觀構成要件。而這時，就可以發現，對於P2P網路傳輸技術所採用的模式就與是否對侵權行為可得而知甚至明確的認知有很大的關係，詳細的討論請見後文。

為輔助侵權之行為人對直接侵權必須有實質的(material)幫助行為，包含教唆或誘導等行為，所謂的實質的幫助行為是指對於侵權行為必須有實質上的助益，而使侵權行為因此易於發生¹¹⁰。

3. 輔助侵權與我國法的對應

美國法下的輔助侵權行為在我國法下相對應之法律約有：民事上可能為民法185共同侵權行為，刑事上的教唆或幫助犯，但我國刑事上的幫助犯限於明知，不包括可得而知，因為可得而知在刑事上應屬過失的範疇，然而我國教唆或幫助犯並不處罰過失，就這點而言，在我國要論 P2P 網站經營者的刑事幫助或教唆犯的責任，實有證明故意的障礙存在，當然可以由其他的地方輔以證明有故意或未必故意，但要直接從 P2P 網路的架構說網站經營者有幫助或教唆的故意，則對事實的認知可能有誤解。

4.1.2 代位責任(vicarious liability)¹¹¹

1. 代位責任之要件

(1) 監督控制權



這個要件以實際上是否存有監督控制的能力為準，故即使契約上否認有監督控制權，法院亦會為調查，看實際上是否有監督控制能力¹¹²。

(2) 因侵權行為受有利益

¹¹⁰ 另外必需區分，該行為是否是為侵權行為而為之幫助行為，或者該行為有其本身的目的，並非幫助行為，如果該行為有其本身的目的，則不能算是侵權行為的幫助行為，比如賣刀的商人會用廣告宣傳他的刀有多好有多利，但他人買了刀後，結果跑去殺人，不能說該廣告宣傳有教唆或引誘幫助的性質而論以輔助侵權責任，蓋賣刀商人對於刀子的廣告宣傳為其本身的商業行為，有其固有的意義，除非廣告宣傳中明顯教唆引誘他人買刀去殺人，否則就只能算是一般的商業行為，不能論以輔助侵權責任。對於這方面的討論，可以參考下章對德國法的討論，會有更清楚的認識。

¹¹¹ 美國法下的代位責任事實上並非本文重點，但在了解下面將要介紹的案例會有需要，所以本文亦就必要部分介紹之。

¹¹² 不過如果契約約定賣方有監督控制權，但事實上沒有，則亦很可能會該當本要件，舉個例子，甲乙雙方訂定應用程式的買賣契約，甲為賣方，乙為買方，甲方在契約中明定，甲方可為程式之修改更新權利，乙方應予配合，可是事實上，該程式是否要昇級，全控制在乙方，甲方即使提供昇級的程式，乙方也可以不要照單全收，所以事實上甲方對乙方並沒有監督控制的能力，但因為契約上做如此的約定，所以如果有發生要檢視甲方是否成立代位責任的時後，則甲方有監督控制權這個要件，法院在判斷上是很有可能該當的。也就是因為會發生上述的狀況，所以可以發現有律師建議，在類似的應用程式買賣契約，不要讓自己有契約上監督控制的權利，因為這樣的描述，只會增加自己的義務，卻不會實際上真的有監督控制的能力，如果賣方想要對程式有監督控制的能力，所應做的是在當初設計時，就有強迫昇級的功能，讓程式本身實現這個要求，而非靠契約約定。

這裡所說的受有利益必須是有相當程度與侵權行為有直接或間接的關係，最常看到的例子是租屋與舞廳的例子，房屋主人將房屋出租，不論房客在房間裡從事什麼侵權或犯罪活動，因為房屋主人的獲利是從租屋這件事上，與在其房屋中的行為無關，所以並不能論有代位責任的發生；相反的，舞廳主人，提供場地讓樂隊表演，並以門票為收入，如果樂隊表演侵害著作權的曲子，因而進入舞廳的人增多，則舞廳主人確實因侵權行為而受有利益，且此利益與侵權行為有一定的關係存在，所以舞廳主人該當因侵權行為受有利益的要件。這兩個例子雖然外觀上都是在場所內為侵權行為，而場所主人利用場所獲取利益，但不同點在，房屋主人所獲取的利益與侵權行為並無直接關連性，不論在屋內有無侵權行為都不會影響房屋主人的租金收入，但舞廳主人則不同，他是因為在舞廳內有人為侵權行為而吸引他人入場，因而增加收入，所以收入與侵權行為間有一定的關連性，故可該當代位責任中因侵權行為而獲有利益的要件¹¹³。

2. 代位責任與我國法的對應

美國法下的代位責任在我國法下相對應之法律在民事上可能為民法 188 條僱傭人責任，或類推適用民法 188 條僱傭人責任，前者的例子為受僱人為侵權行為，而僱傭人因此獲有利益；而後者，也就是類推適用民法 188 條僱傭人責任則是因為侵權行為人可能與因侵權行受有利益之人間並無僱傭關係，但有類似的關係存在，可能是買賣或服務契約關係，因為沒有直接適用的可能，民事上也找不到其他的責任可以成立，所以有學者建議類推適用民法 188 條僱傭人責任¹¹⁴。另外在刑事上則有可能該當正犯後正犯，但限於明知有侵權行為，並非如同美國法之代位責任為無過失責任，所以代任責任可以算是在論 P2P 網路侵權責任時，我國法與美國法最大的不同點。

4.2 從 Sony 案到 Grokster 案—Sony 原則

4.2.1 名詞的界定

在 Sony 案後，對於 Sony 案所提出的原則有許多代表相同或類似意義的名詞出現，很容易造成混淆，如實質非侵權用途(Substantial noninfringing uses)、商業上重要非侵權用途(commercial significant noninfringing uses)、科技是中性的(Technological neutral)、Sony 原則(Sony doctrine)、Sony 安全港(Sony safe harbor)、Sony 防禦(Sony defence)、科

¹¹³ 關於代任責任的詳細內容，詳見 Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co., 316 F.2d 304, 306 (C. A. N. Y. 1963)

¹¹⁴ 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，頁 328(2004)

技中立原則、科技中性原則...等。其中應釐清者如下：

1. 科技是中性的(Technological neutral)

這個詞在文章上的意義應指「科技是中性的」，本文認為這應是個定律，而非有例外的原則，蓋所有的科技都是一種科學的結果，不論是物理或化學或核能反應的結果，只有使用的人因其使用的目的而有善惡之分，科技本身是不帶善惡的，所以科技是中性的，這應是個定律。

2. 科技中性原則

數位簽章法在立法理由中提到「科技中性原則」，這和上面所說的「科技是中性的」意義並不相同，其意指法律在立法的過程原則上對於科技應秉持中立的立場，不應特別幫助促進某一種科技，亦不應特別去抵制某種科技，所以在該法當中，對於數位簽章的加密方法，並沒有在立法中特別規定一定要用那種加密技術，只要符合一定的要求，即可符合其加密安全等級的要求。所以該法立法理由所稱「科技中性原則」，事實上是指法律對科技應秉持中立之立場。本文認為這樣的文字安排，讓人有和上述的「科技是中性的」的意思混淆的情形，其所欲保持中性的是法律對科技的態度，不是指科技要保持中性，所以「科技中性原則」的用字，有需要再推敲。

3. Sony 原則

最後，主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)、實質非侵權用途(Substantial noninfringing uses)、商業上重要非侵權用途(commercial significant noninfringing uses)、Sony 原則(Sony doctrine)、Sony 安全港(Sony safe harbor)、Sony 防禦(Sony defence)、「科技中立原則」等名詞應指同一件事，即上述 Sony 案中 Sony 公司就販售 Betamax 錄影機(VTR)是否成立輔助侵權責任所提出之主張：一產品或原件如果有實質上或商業上重要的非侵權用途，則製造販賣該產品或原件之行為並不構成輔助侵權行為。本文特別提出上述英文之表示方法在英語的文章中都很常出現，而「科技中立原」(注意！非科技中性原則)則只有在我國的文章中看得到，就國際化的角度，本文不建議使用「科技中立原則」這個名詞，因為這是個外來的法律原則，但在英美法中並不是這樣稱呼，而且 Sony 案所討論者是實質非侵權使用與輔助侵權責任間的關係的問題，「科技中立」這個用語會有一定程度的混淆，會和「科技是中性的」或是「科技中立原則」混淆，且其字面的意義也比較接近「科技是中性的」的意思，無法直指問題的核心。至於本文認為比較好的中文術語，我國法院在 ezPeer 案中，所提出德國法下的「幫助中性」原則，大致上的意義很接近英美法的 Sony 案中所提出的原則，但就字面上，比「科技中立原則」實更可直指

問題的核心。

4.2.2 Sony 案的簡介

Sony 公司開發了一個錄影機，並為銷售散佈行為。這個錄影機的功能就是錄下正在播放的電視節目，然而這樣的一個機器設備在使用時會侵害了節目製作人的著作權，即未經著作權人之同意重製他人之著作物，於是有兩家電視節目公司 Universal Studios, Inc.及 Walt Disney Productions 對 Sony 提出了告訴，要求禁止 Sony 銷售散佈該機器。

由於 Sony 公司本身並未參與重製的行為，他與使用者唯一的接觸是在販賣當時，之後便無任何的 control 監督與教唆幫助的可能。且在接觸時尚未有任何的重製行為發生，所以並沒有發現 Sony 公司直接侵權的行為存在。而在間接侵權責任方面，由於在廣告上，也沒有任何證據證明有教唆或幫助使用者為侵權行為之情形，所以在廣告方面沒有輔助(contributory)侵權責任成立之可能。在代位(vicarious)責任方面，其要件為因侵權行為獲有商業上利益，對於侵權者有監督的權力(right)與能力(ability)，但本案中如同上述，Sony 公司在侵權行為發生時並無監督控制的權力亦無能力，所以也無由產生代任(vicarious)責任。最後的可能就是 Sony 公司賣錄影機的行為是否可能成立輔助(contributory)侵權責任，也就是錄影機幫助了使用者為侵權之行為，而 Sony 製造並販賣此錄影機，所以 Sony 是否需要為此行為負責。

關於是否成立輔助(contributory)侵權責任，初審法院與最高法院都引專利法¹¹⁵之規定，提出了主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)也就是後來在我國一些論文文章中稱為的「科技中立原則」。法院對該原則的陳述是：如果一個原件或產品可以在實質上(substantial)也就是商業上有重要意義的(commercially significant)非侵權使用方法，則對該原件或產品之製造、販售散佈便不構成輔助侵權，反之，如果該原件或產品唯一的用途就是拿來製造侵害他人專利的產品，則光是製造販售散佈的行為，便是一種輔助侵權行為。

而在本案中 Sony 提出了私人的非營利的家用的時間移轉(time-shifting)為商業上有重要意義的(commercially significant)非侵權使用，故單就製造、販售錄影機的行為並不成立輔助侵權責任。且 Sony 錄影機的使用者在事實上亦多半是私人的非營利的家用的時間移轉(time-shifting)，所以法院同意 Sony 的主張，並補充陳述在兩方面的非侵權使用：

1. 授權的時間移轉

時間轉移(time-shifting)，其大意是指行為人因為當下無法看電視節目，所以用

¹¹⁵ 35 U.S.C. §271(c)

錄影機把節目錄下來，等到有時間時，再放來看，所以稱為時間轉移。有些電視節目如運動，宗教、教育等節目，其著作權人並不反對時間移轉，而且有統計上的證據證明，運動方面的節目占整個使用的 7.3%，所以就授權的時間移轉而言，應可謂有實質上的非侵權使用用途。

2. 未授權的時間轉移

對於未授權的時間轉移因為有可能是合理使用，所以要考慮合理使用的四項因素¹¹⁶以決定是否有實質上的非侵權使用用途：

(1) 使用之目的與性質

所謂的使用之目的與性質是指對於著作權所保護的著作物之使用，其目的是商業營利性質或者是非商業無營利的性質，如果是商業性質，則法院會傾向使用者應取得著作權人的授權，不能主張合理使用；反之，則比較有機會主張合理使用。在本案中，Sony的錄影機的使用目的是家用而非商業，所以就使用的目的與性質這點來討論是有利於主張合理使用的¹¹⁷。

(2) 使用的量

這項因素是討論對於受著作權保護的作品是完全的重製還是只是部分的重製，如果是完全的重製則不利於合理使用的主張，如果只是部分的重製則有利於合理使用的主張，而就本案而言，一般消費者使用 Sony 的錄影機去錄電影節目大多是全部的重製，所以不利於主張合理使用。

(3) 對市場的影響

對市場的影響，是指使用者就其侵害著作權結果是否會影響著作權人的市場價值，影響有多嚴重等，如果會影響著作權人的市場價值且越嚴重者，越不利主張合理使用。本件一般消費者使用Sony錄影機為著作物重製的行為因為使用的目的是家用非商業的，所以推定不影響市場，如原告認為會影響市場則由原告負舉證責，又因為兩個節目製作人沒有提出對現有或未來市場影響的證據，所以有利於主張合理使用¹¹⁸。

¹¹⁶ 其中第二個因素，著作物的本質在Sony案中法院並沒有討論，這個因素是指該受著作權保護的著作物是創作或是非創作，其中所謂非創作者，例如資料庫，電話簿資料等收集已存在的資料去編排而成的著作物而言，因為這類的著作物由作者本身所為的創作成分較少，所以他人在利用此類著作物時，比較能主張是合理使用。就本案而言，而本文認為因為著作物的內容主要是創作(fiction)而非事實(factual)的收集，所以不利於主張合理使用。

¹¹⁷ 但使用的性質是重製而非再造，所以不利於主張合理使用。這點法院沒有討論。

¹¹⁸ 不過一年後確實產生了市場的影響，不過為時已晚，最高法院的判決已下。但這點也說明四個因素中

綜合上述的討論，美國最高法院認為本文中一般消費者使用Sony的錄影機是可以成立合理使用的¹¹⁹，其中即便是未授權的私人非營利的家用時間轉移也是有實質非侵權的使用可能，因為有實質非侵權的使用用途，所以Sony製造販賣錄影機並非純為侵害著作權，依主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)，不能說Sony製造販賣錄影機的行為是輔助侵權行為，故Sony之行為不屬侵權行為。

4.2.3 Sony 案提出的原則

1. 在 Sony 案中提出的概念

本文欲探討的是美國 Sony 案 下所提出的 Sony 原則(Sony doctrine)，即一產品或原件如果有實質上或商業上重要的非侵權用途，則單單製造販賣該產品或原件之行為並不構成輔助侵權行為。在 Sony 案，法院認為 Sony 公司並不因為其顧客以侵犯重製權的方法使用其產品 Betamax 錄音機(VTR)而論 Sony 要負著作權的輔助侵權責任(即 contributory copyright infringement)，主要的理由是因為 Sony 的產品 Betamax 錄影機有實質上非侵權用途(substantial noninfringing uses)，其中最重要的就是時間轉移(time-shifting)。



2. Sony 原則的法源依據

Sony案中法院說道：「即如果某項科技產品有實質上非侵權之用途，則光是製造、販賣或散佈的行為，尚不構成輔助侵權之責任。」¹²⁰，其法源依據如下：

1. 美國憲法的依據

(1) 著作權及專利條款(Copyright and Patent Clause)

美國憲法明定，政府應鼓勵發明，且以授予一定時間的專用權為方法鼓勵之

法院因為認為一、四因素利於合理使用的主張，而認為合利使用，但事實上第一個因素有一半是傾向不合理，而第四個因素後來是可以證明會影響市場的即不利於主張合理使用的，也就是四個因素中有三點五個是傾向不合理使用，所以其實是很有可能為非合理使用之認定，則本案的實質上非侵權使用是不是還可以維持也是有疑問的，不過即便Sony不能主張合理使用，在Sony案所確認的Staple article of commerce doctrine並不受影響。

¹¹⁹ Sony案的法院似乎對「對市場的影響」這個要素特別著重。

¹²⁰ 原文為”Secondary liability cannot rest on the mere manufacture, sale, or distribution of a technology that is capable of substantial noninfringing uses.”，詳見Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442 (1984).

¹²¹。然而節目創作人的著作物固應保護，但是科技產業的發明亦值得重視，當兩種權利有衝突時，自應有所權衡，不得偏廢一方。而Sony法院認為一個科技如果有實質非侵權的用途時，則不應因為使用者果用於侵權用途而即課予科技產品或服務的製造提供者輔助侵權責任。並認為這是一個兼顧雙方利益的權衡方法。

(2) 第 1 修正案(First Amendment)

。美國憲法第一修正案宣誓著要保護那些使言論得以容易散佈的科技¹²²。言論自由是民主國家重要的根基，而保護利於散佈言論的科技就是保護言論自由的一種表現，此屬於公眾接近使用言論的自由¹²³。

2. 從專利法來了解 Sony 原則

Sony 案中所提的實質非侵權使用之判斷標準，當初就是從美國專利法第 271(c)中所類推得出的，故探討 Sony 案的原則，從歷史解釋的面向來看自不能跳過對美國專利法第 271(c)的解讀。

美國專利法 271(c)即有名的主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)，即一個原件或商品如果其非專用於侵害專利權即有其他實質上或商業上重要的非侵權用途，則製造、販售或散佈該商品或原件即不得課予輔助侵權之責任。該原則是對專利權人對其專利的獨占權與公眾對於使用與專利無關的商品或服務的權利的一個立法者所認可的平衡。在Sony案美國最高法院所稱的：「這個原則需要對專利所有人的專有權與公眾使用非專利物品的利益的一個小心的平衡。」¹²⁴而類推到著作權時，則為對著作權人對其著作物的獨占權所為的有效而非形式的保護與他人自由地從事實質上非相關的商業行為的權利的一個平衡¹²⁵。

在原來的專利案件中，對於主要、日常商品原則(staple article of commerce

¹²¹ 其原文為“grants of exclusive rights to the inventors of such inventions”，在Sony案中，亦曾引此條文詳見 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 441 (1984).

¹²² 其原文為“protecting the development of technologies that facilitate the dissemination of speech”詳細的討論見Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 148 (2005)

¹²³ P2P網路傳輸科技即屬利於散佈言論的一種科技，自應保護之，且有時科技的發明本身亦是一種言論自由的表現，蓋如P2P網路傳輸程式的撰寫本身就是程式設計師其思想言論的表達。故基於對言論自由之保護，對於P2P網路傳輸科技自不應禁止之，反而應當鼓勵之。

¹²⁴ 其原文為“The doctrine requires a careful balancing of the patent holder’s monopoly right and the public’s interest in continued access to the unpatented article.”，詳見Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 441-42(1984).

¹²⁵ 其原文為“strike a balance between a copyright holder's legitimate demand for effective--not merely symbolic--protection of the statutory monopoly, and the right of others freely to engage in substantially unrelated areas of commerce.”，詳見Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442 (1984).

doctrine)中何謂有其他商業上實質非侵權的用途的定義範圍是非常廣的¹²⁶，幾乎只要是有用於侵害專利以外的之用途者，都能算是主要、日常商品(staple article of commerce)。而相對的，在著作權侵權類推適用主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)的案件中，特別是在Sony案及第九巡迴法院的相關案件之解釋下，幾乎所有的用途也都可以算是實質上或商業上重要的非侵權用途，然而這樣的解釋是否合宜，確有爭議，有學者便專就此點，主張較限縮的解釋，並論證如此才能有效地保護著作權人的權利，而非形式的保護¹²⁷。

3. Sony 案中其他的討論

另外，Sony案法院除了販賣與散佈之行為外，尚有分析討論Sony公司的其他行為，如廣告行為。Sony公司不少廣告詞在法庭上有所爭執，其中例如「去建立一個圖書館」(to build a library)¹²⁸，美國聯邦最高法院認為沒有證據證明使用者的直接侵權行為是被這些廣告詞所影響（事實上是因為原告未舉證證明）。所以認定這類的廣告行為亦不構成輔助侵權責任¹²⁹。

4.2.4 對 Sony 案的後續的解讀

對 Sony 案後續的解讀約略可以分成三種，若在光譜的最右端放著著作權在光譜的最左端放著科技，簡單的說，靠近光譜最右端的為法律經濟分析學派，依這些學說對 Sony 案的解讀來判斷關於 P2P 網路傳輸服務行為是否合法會比較有利於著作權人，進而認定 P2P 網站經營者要負輔助侵權責任。而靠近光譜最左端的是安全港的解釋方法，這類的解釋非常保護言論自由與科技創新，這一端的學者一般而言都對於著作權的獨占權十分反感，所以解釋的結果對於 P2P 網站經營者比較有利；另外還有一種解釋法，是屬於第九巡迴法院的解釋方法，本文認為他是介於中間偏左的學說，基本上算是比較有利於科技業者，就結論而言，本文認為依其解釋會出現斷案過於粗糙的問題，無法真正地去解決問題，當然這類的學說也有認識到這個問題，他們對此批評的解釋是一直正能解決問題權能者是行政或立法機關，只有該機關就該特定產業為規範方能解決問題，法院只能做到使其井水不犯河水。至於相關的三種解釋方法，詳述如下：

1. 法律經濟分析學派—以第 7 巡迴法院首：Aimster案¹³⁰—社會利益的權衡

(1) 案子的事實簡介

¹²⁶ 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, 889 (2004).

¹²⁷ 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, 889 (2004).

¹²⁸ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 480 F. Supp. 429, 436 (C.D. Cal. 1979).

¹²⁹ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 438 (1984).

¹³⁰ *Ir re: Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003)[hereinafter Aimster II].

Aimster 公司是一個 P2P 網路傳輸服務業者，其服務的項目除了 P2P 網路傳輸外尚有：Aimster 俱樂部(Club Aimster)網站即一個討論以使用 Aimster 軟體為下載行為之相關議題的線上討論區；家教(tutorial)網站，即教導使用者如何使用 Aimster 軟體下載流行歌曲的介紹與 FQA；新散佈前 40 名流行歌曲(top 40 hot new releases)即告訴使用者目前最流行的下載歌曲；另外當然還有中央的 service 負責幫忙作搜尋的工作(所以 Aimster 公司所散佈的 P2P 軟體應屬目錄資訊集中型的 P2P 網路傳輸軟體)。Aimster 公司除了散佈 Aimster 的軟體外尚有後續的行為，如上述 Aimster 俱樂部(Club Aimster)、家教(tutorial)、新散佈前 40 名流行歌曲(top 40 hot new releases)...等，即與使用者有後續的連繫，並非只有散佈軟體的行為。在訴訟中，Aimster 依據 Sony 案主張 Aimster 軟體有實質非侵權用途，其中較重要的計有：(A)分享無著作權作品：Aimster 主張在其 P2P 網路中，有許多作品，如莎士比亞全集等，早已過了著作權的年限，而無著作權的問題，傳輸這類的資料有助於知識文化的散佈，又不侵犯著作權，屬實質重要的非侵權使用，故有 Sony 案原則的適用。(B)結成同興趣的群社：如在 Aimster club 中，有相同興趣者，可以一同討論，相互提昇，並且利用 P2P 網路交換收集，有促進言論的功用，此亦屬實質重要的非侵權用途。(C)傳送商業資料：一些企業可以利用 P2P 網路來傳輸該企業之商業資料，企業可以免去自行架設 Server 主機的相關問題，可以節省成本、人力、和網路資源，而且利用 P2P 網路，員工間可以即時傳送接收資料，快速方便，實屬商業上實質重要的非侵權用途。

(2)平衡測試解釋的提出

法院對 Sony 原則提出的解讀(依法院之用語為)偏向於較有彈性的平衡測試(flexible, balancing test)，即如果一個產品或服務有侵權和非侵權的用途，則是否成立輔助侵權責任就要看非侵權的用途算不算是實質上的用途或商業上重要的用途，而判斷上，第七巡迴法院認為必需實際去計算，到底事實上的使用情形是如何，方能判斷是否為「實質」非侵權用途。並說明在所謂的「實質」(substantial)要求證明非侵權的用途使用的可能性有多大¹³¹。即就算有非侵權的用途，如果該商品根本不可能那樣用或機率上顯然地小，則該用途就不能說是一種「實質」¹³²的用途，並認為被告有舉證之責¹³³。

¹³¹ 其原文為“how probable the noninfringing uses are.”，詳見 Aimster II, 334 F.3d at 653.

¹³² 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, 898 (2004).

¹³³ 本案在美國是民事判決，所以舉證責任可能會由被告來負，如果在我國則要看著作權人所採用的訴訟手段，如果在刑事方面，則依不自證己罪原則，舉證責任，不太可能判由被告來負擔，所以原告或是公訴人，可能就要負責去做一些實證的研究來證明被告所舉出的用途並非實質上的用途，如此一來，這種平衡測試的方法對於被告可能會比較有利些，畢竟，想出一種非侵權的用途會遠比證明這種非侵權的用途是一定的實質性來得容易得多。

(3)對平衡測試解釋的討論

① 贊成說

贊成說認為這個解釋符合公平正義原則，蓋一個侵害他人權利的人於承認有侵權的事實後，主張因有其他實質上非侵權的用途而應予免責時，自應就該其他用途是否實質負舉證之責任¹³⁴，要真正的實質上非侵權使用方能免責，否則任一用途皆認為是實質非侵權之用途反有違公平正義之原則。

在發現Aimster有Aimster俱樂部(Club Aimster)、家教(tutorial)、新散佈前40名流行歌曲(top 40 hot new releases)等服務內容時，法院把證明有實質非侵權用途的舉證責任交給Aimster¹³⁵，這樣是合理的舉證則任分配。因為法院對Aimster的用途可由上述的其他服務得出主要用於侵害著作權的心證，Aimster自應舉證以反轉法院之心證¹³⁶，且Sony案也有類似的處理¹³⁷。

② 反對說

首先，上述的權衡方法只作表面數字的權衡，忘了實質或潛在社會利益的權衡，這樣的作法會造成科技發展的寒蟬效應，蓋大多數的新興科技，對於未來的貢獻常未被了解或預見，而權衡當下的利益則會低估一個新興科技的價值，並較輕易地讓一個新興科技背負輔助侵權之責。

其次，依據Sony法院之見解必須要權衡目前的使用及潛在的非侵權使用，所謂的潛在的非侵權使用是連顧客、製造商自己都無法想像的。就像電影工業無法想像錄影機(video recorder)最後使出租錄影帶(recorder tape)成為該工業第一大的收入來源¹³⁸。所以事實上根本不可能去權衡所有的要素，特別是潛在的要素。

¹³⁴ 這樣的說法，在我國的刑事上很可以轉換為當刑事犯罪的構成要件該當時，當事人主張有阻卻違法事由或阻卻罪責事由時，應負舉證責任，在這樣的一個解釋下，就不會違反不自證己罪的無罪推定原則，可以把舉證責任加諸被告，而且這樣的一個理由，即有(商業上)實質非侵權的用途，在我國法下，似乎恰好屬刑法第22條所規定的業務上正當行為屬阻卻違法事由，德國法亦如此歸類，詳見下文有關德國法的介紹。

¹³⁵ Aimster II, 334 F.3d at 651-52.

¹³⁶ 這樣的說法，在我國法下，會被認為有實質舉證責任和形式舉證觀念混淆的問題，蓋形式上的舉證責任是法定的舉證義務，致於法院實質上的心證偏向那一造，而另一造因而要負舉證責任以拉回法院的心證，屬實質舉證責任的問題，兩者不應混淆，而在這個議題上所討論的，應是形式舉證責任的問題。

¹³⁷ Richard M. Myrick, *Peer-to-Peer and Substantial Noninfringing use: Giving the Term "Substantial" Some Meaning*, 12 J.INTELL. PROP. L. 539, 562 (2005).亦見 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 442 (1984).

¹³⁸ Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 151 (2005)

再者，只在看得見的數量上作平衡，並無法通盤考慮。平衡測試法要求做法律經濟分析，對於利弊得失予與估計衡量，但法院與兩造在提供數據與見解時，總會有無法全面性考量的問題，畢竟只用訴訟雙方的資料和司法的資源難免掛一漏萬。

最後，要求應因個案而異的見解有違最高法院在 Sony 案一統的見解。最高法院在 Sony 案中表示依專利法主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)類推到著作權法，則只要原件或商品有實質非侵權的用途，單純的販售行為就不能論以輔助侵權則任，其中最高法院因應個案不同所做的權衡是在合理使用的問題，並沒有說在主要、日常商品原則(staple article of commerce doctrine)要因應個案不同而給予權衡。

(4)盡力防止義務的提出

Aimster法院另外又提出：「就算有實質非侵權的用途，除非對於侵權的使用必須防範的成本是不能承受的，否則不去防範或減少侵權的行為發生，則對於 Sony 的原則還是沒有適用的餘地¹³⁹。」

(5)對盡力防止義務的討論

① 贊成說

符合社會的危險分配原則，蓋行為人利用新興科技營運其事業，雖然該科技有非專為侵權之合法使用用途，惟事實上亦確有產生侵權之情事，事業主即利用此營利，自應負責盡其所能減少侵權之情事發生，方符合公平正義之原則。

② 反對說

從來沒有聽過法律要一種科技設計只能用於非侵權之用途，不但不合理，事實上也不可能，比如獵槍不可能設計只會對動物發射的功能，且就算是對人發射也有可能是合法的使用，設計上根本無法窮盡所有的可能，如此地要求事業主是不合理的。

Sony 法院亦從沒如此要求過。事實上當時也有可以防止侵權的裝置，如電

¹³⁹ 其文原為"Even when there are noninfringing uses of an Internet file-sharing service, ...if the infringing uses are substantial then to avoid liability as a contributory infringer the provider of the service must show that it would have been disproportionately costly for him to eliminate or at least reduce substantially the infringing uses."，詳見 *Ir re: Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003) at 653。詳細討論亦可見 Richard M. Myrick, *Peer-to-Peer and Substantial Noninfringing use: Giving the Term "Substantial" Some Meaning*, 12 J. INTEL. PROP. L. 539, 555 (2005)。

視節目的訊號可以加上禁止重製訊息，而Sony公司在他的錄影機上加裝判讀的功能，而讓錄影機只能錄沒有禁止複製的節目，或者就直接把錄影的功能取消，但Sony法院並沒有如此要求。也沒有要求Sony公司證明這樣做會造成無法負荷的負擔。對於這個議題，Sony法院曾這麼說：一種功能是否要禁止，如何衡量其後果，這不是一個法院能夠去處理的問題，蓋處理這樣的問題需要廣納各方的意見並做深入的研究，而這是由代表多數人意見的國會和有專業人員的行政機關才能勝任工作¹⁴⁰。

事實上，Aimster法院也沒有說清楚怎樣才算對業者而言是過分的負擔而不用負責去防止或減輕侵權行為的發生？如何權衡科技的利益與著作權人的損失？¹⁴¹言論自由權、隱私權等如何與防止侵害著作權相權衡？¹⁴²這不是光比侵權和非侵權的比例就可以權衡的，因為就算是侵權的使用大於非侵權的使用也不必能說明對整體社會的損失會大於益利¹⁴³。

(6)故意眼盲(willful blindness)原則的提出

最後，Aimster公司在減少侵權的努力上，法院認為Aimster公司為了符合Sony原則的要求，讓自己對於侵權行為無監督控制能力，使自己眼盲(blind eye)，故得反面證明Aimster之主觀上的侵權意圖¹⁴⁴。所以第7巡迴法院認為積極的使自己陷入無法知道或控制侵權行為的發生，其主觀上就是要規避輔助侵權責任，故可得證行為人有主觀上的惡意。

(7)對故意眼盲(willful blindness)原則的討論

① 贊成說

認為這樣的判決可以促進業者往合法的方向走，不會故意讓自己完全沒

¹⁴⁰ 其原文為"[a] court reviewing the limited claims of specified parties in a particular factual setting cannot and should not undertake the role of a government commission or legislative body exploring and evaluating all the uses and consequences of the videotape recorder."，詳見Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417(1984) at 442.

¹⁴¹ Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 151 (2005)

¹⁴² 這裡，權衡科技帶來的利益與著作權人的損失，也許可以都換算成金錢來比較，但在權衡言論自由權、隱私權與著作權人的權利時，就非常困難了，因為這涉及權利衝突的權衡，本屬憲法上的難題，要考慮大法官釋字 343 解釋權利的階層比較等相關法理學說，並考慮各個權利所影響人民的多寡等，實足以再以一篇論文來研究清楚，所以反對說的質疑不無道理。

¹⁴³ Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 151 (2005)

¹⁴⁴ 其原文為"[o]ne who, knowingly or strongly suspecting that he is involved in shady dealings, takes steps to make sure that he does not acquire full or exact knowledge of the nature and extent of those dealings is held to have criminal intent"，詳見Ir re: Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003)。

有控制能力，而任由侵權行為發生，蓋如果行為人自陷於無監控能力，則可論行為人有輔助侵權的惡意而論以輔助侵權責任，反面觀之如果行為人不能故意使自己對於侵權行為的發生沒有預見及控制的能力，則行為人因為有預見及控制的能力，如任由侵權行為發生而不防止，加上以此科技營利，則會落入英美法下的代位責任，為了避免代位責任，業者便會積極介入以防止侵權行為的發生。故是一個符合公平正義的判決。

② 反對說

如依Aimster法院的主張，任何特別設計的功能都有可能在故意眼盲(willful blindness)原則下被控有侵權之惡意¹⁴⁵，因為事實上Aimster被法院指稱陷自己於故意眼盲(willful blindness)是因為Aimster的程式計設了加密的功能。這個加密的功能，雖然讓Aimster不知道正在傳輸的資訊，但可以讓Aimster的P2P網路傳輸重要的機密文件，因為P2P網路和一般網路一樣，所傳輸的內容是有可能被攔截監聽的，所以如果沒有加密的功能，基本上P2P網路的安全性非常的低，只能用來傳輸一般的資料，不能用來傳輸機密文件。所以一個功能是否目的只是自陷於無監督能力，而論以有侵權之意圖，實應為更細部之論證，並不適合以簡單的一個面向的討論，便論以反證有侵權之意圖。

另外，亦有學者認為 Aimster 法院這部分的論述是蛇足，因為下級法院已明確的發現 Aimster 對侵權行為有明確(actual)及推定(constructive)的認知，所以並不需要依此得到主觀惡意之證明。

再者，這個原則也會改寫 Sony 法院所提出的原則。因為 Aimster 程式的加密設計本身也是一種程式產品，而有侵權和非侵權方面的用途，而 Sony 案所提出的原則是一種產品如果有侵權和非侵權的用途，且非侵權的用途是一種商業上或實質上的重要用途，則不能光以侵權用途便論製造販賣散佈該產品要負輔助侵權責任，所以是否可以以加密設計的侵權面觀之而推定有侵權之惡意而要論以責任，本就是 Sony 的原則所要處理的問題。

最後，Sony的原則是對社會利益與言論自由最好的權衡，為了符合這個要求，業者所作的努力沒有什麼好非難的，就像汽車製造商努力要把所生產的車子符合國家所定的安全標準一樣¹⁴⁶。

¹⁴⁵ Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 152 (2005)

¹⁴⁶ 詳見Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 158 (2005)。然而本文認為這樣的一個主張，其實有些似是而非，蓋努力去符合國家所定的安全標準是種盡力控制的努力，而willful

2. Sony安全港¹⁴⁷之解釋方法

所謂 Sony 安全港的解釋方法，大致而言是指在其所明定的行為下，皆不得課予責任，就像在港口內的船隻不受港外風浪的影響，而在關於 Sony 案的 Sony 安全港解釋方法，約可以分為防禦輔助侵權的 Sony 安全港解釋方法和完全免責的 Sony 安全港解釋方法，本文分述如下：

(1) 防禦輔助侵權的 Sony 安全港解釋方法

① 基本理論

事業的服務或商品只要有實質非侵權使用用途，提供、販售、散佈該服務或商品的行為就不能論以輔助侵權責任。

② 支持的理由

I 法院非適合的權衡機關

著作權法是一個複雜的平衡¹⁴⁸。如同Sony法院所述，要作新興科技的發展與著作權侵害之利弊分析與權衡，應是在立法或行政機關，而不是在法院。立法機關才是憲法授權的單位，有較多的意見可以容入考慮，而行政機關有行政資源和專家可以為深入的研究，法院並不合適作這件事。以此推論原Sony案的原則並非要下級法院再去權衡，而是設立一個安全港，凡在安全港內的行為都不犯法，因為該「安全港」本身已是法院所能做到的最好的權衡。

II 美國國會封殺 Induce Act 的立法過程

該法案全名叫 Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004，其主要內容略謂：行為人提供、販售、散佈一商品或服務，該商品或服務所包含的能力，讓一個合理的人可以認為有引誘侵害著作權的意圖者，就可以被訴以輔助侵權。是著作權人團體所提的案子。

blindness原則，並非非難盡力控制的努力而是非難努力讓自己陷於無控制能力的行為，所以是完全不同的兩個情況。

¹⁴⁷ 安全港這個詞應來自美國DMCA法，即Copyright Art 1201(d)-(k)等例外條款。

¹⁴⁸ Brett M. Frischmann *Peer-to-Peer Technology an Infrastructure: an Economic Argument for Retaining Sony's Safe Harbor for Technologies Capable of Substantial Noninfringing Uses*, JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE U.S.A. 329 330 (2005)

然而該法案卻在國會被封殺了，因為到了國會，RIAA(著作權人的利益團體)就不是唯一的游說團體，Computer & Communications Industry Association and the Consumer Electronics Association 等科技業的游說團體所產生的另一股力量於該法案大力反對。

這個例子說明，在權衡所有利益時，著作權人的權利在立法機關並不是唯一的考量，各種的聲音在立法機關都能被表達，科技業者的權益也是很大的游說力量。要權衡雙方的權益實是一項很艱難的工作。所以法院光由訴訟雙方的資料和法官幾個人的知識要權衡新興科技、言論自由與著作權人的利益，幾乎是一件不可能做好的事，有太多潛在的利益與聲音無法被表達更遑論權衡考慮。所以在這個問題上法院並不是一個適合的權衡機關。

(2)完全免責的 Sony 安全港的解釋方法

① 基本理論

只要有實質非侵權使用用途，就不能論以輔助侵權及代位侵權¹⁴⁹。

② 支持的理由

判斷是否成立輔助侵權時，不應採用商業上重要非侵權用途(commercial significant noninfringing uses)的判斷標準，因為該標準未考慮非商業的社會利益¹⁵⁰，如P2P網路傳輸可以作為發表言論的工具，有助於言論自由，然而這項用途無法被認為是商業上的重要用途。

Sony 原則適用於 P2P 網路傳輸服務更優於 VCR，因為 P2P 網路傳輸服務是一種基礎建設，而 VCR 不是。P2P 網路傳輸服務將來所產生的運用範圍遠大於 VCR，且 P2P 網路傳輸服務有更多實質上非侵權的用途，所以更不應被論以輔助侵權責任。

如果其他的行為有侵權責任的發生則禁制令也只能就該行為為禁止處分，不能無限擴大到要求停止 P2P 網路的運作，例如 P2P 網路服務業者的廣告該當輔助侵權行為，則法院之禁止令即只能就該廣告禁止之，尚不得擴大到 P2P 網路傳輸服務本身。

¹⁴⁹ Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 154 (2005)

¹⁵⁰ Brett M. Frischmann *Peer-to-Peer Technology an Infrastructure: an Economic Argument for Retaining Sony's Safe Harbor for Technologies Capable of Substantial Noninfringing Uses*, JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE U.S.A. 329 339 (2005).

3. 判斷認知要件之解釋法—第9巡迴法院

大致上這個論點的學者與安全港解釋法的學者一些基本的觀點是相同的，認為原來Sony案的判決並沒有什麼不妥。而且事實上，在這類的解釋下，更認為Sony案的判決是正中所欲平衡的點¹⁵¹，其說明詳見下述。

(1)在Napster案中提出的原則¹⁵²

① 案例事實與爭執

Napster的案例事實中，Napster公司在其P2P網路上散佈的內容物中有87%是受著作權保護的，而其中又有大約七成是原告所有的¹⁵³，這方面的比例與Sony案中有很大的不同，Sony案中原告所有受著作權保護的內容物不到兩成，而被告Sony又能證明有一定比例的內容物是無著作權或是著作權人同意重製的。就這點而言，對Napster公司是很不利的。

在是否有實質非侵權用途的判斷上，Napster公司認為他有散佈樣本(Sampling)¹⁵⁴，空間轉移(space-shifting)¹⁵⁵，以及有授權的散佈(authorized distribution)¹⁵⁶等實質非侵權使用用途，即使用者利用Napster的P2P網路所下載的檔案可能只是廣告性質的樣本(Sample)，或一整分檔案的部分，所以該檔案對使用者而言實是廣告的性質，使用者如果真的覺得該產品值得購買，便會花錢去把正版整份買下。而空間轉移(space-shifting)是直譯為空間轉移，和之前Sony案時間轉移(time-shifting)意義上相似，為被告用以讓法院聯想類推的用語，蓋時間轉移(time-shifting)是指用Sony的錄影機把電視節目錄下來，等後來有時間看時再行觀看，是一種時間的轉移，而Napster所提出來的空間轉移(space-shifting)是指使用者對於其所購買的CD因為要播放就必需再攜帶CD player並不方便，特別是現在有mp3 player的情況，所以Napster的P2P網路提供使用者可以將其CD的內容轉換成mp3檔後放在P2P網路上，則使用者可以隨時隨地自P2P網路上下載該歌曲並放於自己的mp3 player播放，這樣一來，想聽自己所有CD上的歌曲，就可以不受空間的限制只能在有CD且有CD player時才能播放，而是只要有網路就可以下載其所有CD上之歌曲來播放聆聽，故稱空間轉移(space-shifting)。最後有授權的散佈(authorized distribution)和Sony案相同

¹⁵¹ Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster*, 37 CREIGHTON L. REV. 859 861(2004).

¹⁵² *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 57 U.S.P.Q. (BNA) 1729 (9th Cir. 2001)[hereinafter *Napster II*].

¹⁵³ *Napster II*, 239 F.3d at 1013.

¹⁵⁴ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, 913, 55 U.S.P.Q.2d (BNA) 1780, 1803-04 (N.D. Cal. 2000)[hereinafter *Napster I*].

¹⁵⁵ *Napster II*, 239 F.3d at 1018.

¹⁵⁶ *Napster I*, 114 F. Supp. 2d at 904.

是指經授權的散佈著作物或散佈無著作權保護之著作物。被告Napster認為基於有上述三種實質上(substantial)或商業上重要(commercially significant)之非侵權用途，所以不成立輔助侵權責任。惟地方法院否認之，並認為Napster根本就對侵權行為的發生有事實上的認識(actual knowledge)，所以成立輔助侵權責任，且其所提出的實質上或商業上重要之非侵權用途，就目前的資料而言其所占的比例太低，不能說是實質上或商業上重要的非侵權用途。第9巡迴法院同意地方法院的見解，認為Napster對直接侵權有事實上的認識(actual knowledge)所以根本不適用Sony原則¹⁵⁷，蓋適用Sony原則的大原則是對於有侵權用途亦有實質上或商業上重要之非侵權用途之產品或原件為散佈或銷售時，行為人並不了解買受者後續的使用情形，故可依Sony原則認為行為人並無輔助侵權的認知而不得論以輔助侵權責任。然而第9巡迴法院依據被告Napster所架設的P2P網路(屬目錄資訊集中型¹⁵⁸)認為被告Napster根本就知其P2P網路的使用者正利用其網路為侵權行為，並且在有權利且能力制止侵權行為發生的情況下繼續提供P2P網路服務或者說任由侵權行為在其P2P網路中發生，故被告Napster自應該當輔助侵權責任。但對於Napster所主張各種實質非侵權的用途，法院認為地方法院的見解並不正確，因為第9巡迴法院認為是否有實質非侵權用途不能只看現有，還要看將來的潛在的用途。認為地方法院只注意目前的使用情形，但忽略了P2P網路的能力¹⁵⁹(潛力)。

② 原則的提出

在Napster案中，第9巡迴法院對Sony案的解譯，認為Sony原則對於有事實上的認知(actual knowledge)並不適用，即行為人對於實際發生的侵權行為為明知，有事實上的認知(actual knowledge)的認知要件下，並不適用Sony原則，而成立輔助侵權行為。

③ 反對的意見

然而，依這樣的解釋方法，即如果原告即著作權人不能證明P2P網路服務業者對於現實的侵害有事實上的認知(actual knowledge)，而P2P網路服務業者又能說明其服務有實質上或商業上重要之非侵權用途，則不成立輔助侵權責任。其結果會變相鼓勵業者對在其P2P網路上的侵權行為放棄控制及知道的能力，並在系統的計設上、服務契約的設定上故意讓自己沒有監督控制的權利與

¹⁵⁷ Napster II, 239 F.3d at 1020.

¹⁵⁸ Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster*, 37 CREIGHTON L. REV. 859 864(2004).

¹⁵⁹ 其原文為"[t]he district court improperly confined the use analysis to current uses, ignoring the system's capabilities."，詳見Napster II, 239 F.3d at 1021.

能力¹⁶⁰。

另外，第9巡迴法院要求在衡量實質非侵權使用用途時，不只考慮目前的用途，還要考量將來的潛在的用途，這樣的解釋會把實質非侵權用途的「實質」取出，結果就是只要被告能提出有非侵權的用途就算是「實質」非侵權用途而得適用Sony原則¹⁶¹。

(2)在Grokster案中的發展—對於目錄資訊部分集中於超級節點的P2P網路傳輸服務如何適用Sony原則。

① 9巡迴法院的判決¹⁶²內容簡介

被告Grokster散佈P2P程式予其會員，其會員利用此P2P程式交換有著作權保護或無著作權保護的檔案。被告Grokster的營利來自於廣告，即第三人委托被告Grokster傳送該第三人所指定之內容予被告Grokster之會員。所以被告Grokster屬本文所稱的P2P網路傳輸服務業者。被告Grokster所提供的P2P程式有加密與匿名功能，讓使用者使用上更無後顧之憂，其中所謂的加密是指使用者可以對於傳輸的內容予以加密而使其他人即使攔截下使用者所傳輸的內容，但因為該內容已經加密，故除非破解密碼否則無法直接解讀所攔截訊息之內容意義；而匿名功能，顧名思義，仍指使用者可以將其身份、來源予以隱匿，其他人無法追查使用者的真正身份或傳輸檔案的是那一部電腦。而且Grokster所使用的是目錄資訊部分集中於超級節點的架構，也就是即使Grokster關閉網站，使用者還是可以用該軟體進行下載數位檔案行為，故在程式設計上被告Grokster對於其所散佈的P2P程式及該程式所架構的P2P網路並沒有監督控制的權力與能力。

在判決上，地方與第九巡迴上訴法院都認為Grokster並不需負任何責任。蓋在直接侵權上，因為被告沒有實質的參與為侵權之行為或謀劃，所以沒有直接侵權責任，而代位責任上，因為被告在契約上沒有監督控制的權力，且事實上亦無監督控制的能力，所以也沒有代位責任。至於輔助侵權依Sony原則，法院認為因為P2P網路傳輸服務有商業上實質重要的非侵權使用用途，所以散佈該P2P程式之行為亦無輔助侵權而言。最後，其他的行為包括廣告、技術支援、軟體昇級服務等亦不構成侵權，故被告Grokster的行為並非侵權行為。

¹⁶⁰ 這類的論述通常會把後來發展出來的目錄資訊完全分散型的P2P網路當作是事證，來支持自己論點，說明P2P網路服務業者果然讓自己陷於無監督控制的能力。

¹⁶¹ Richard M. Myrick, *Peer-to-Peer and Substantial Noninfringing use: Giving the Term "Substantial" Some Meaning*, 12 J.INTELL. PROP. L. 539, 561 (2005).

¹⁶² *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd.*, 380 F.3d 1154, 72 U.S.P.Q.2d (BNA) 1244 (9th Cir. 2003)[hereinafter Grokster II]

② 第 9 巡迴法院所提出的原則

即以是否有實質非侵權用途決定輔助侵權認知要件的等級¹⁶³，如果有實質或商業上重要的非侵權用途，則不能推定被告對侵權行為有認知(constructive knowledge)，一定要合理的證明被告對特定的侵權行為有認識(actual knowledge)方能成立輔助侵權責任^{164、165}。

4.3 小結

Sony 原則，在上述案子中，皆由被告拿來作防禦之主張。在 Sony 案中，歸納的結論是 Sony 原則原是在美國法下輔助侵權之分析，針對的行為是「販賣、散佈」某一產品，而該產品有實質上或商業上重要的非侵權用途，即該產品雖有可能被用於為侵權行為，但也有實質上非侵權之用途，則此「販賣、散佈」之行為並不成立輔助侵權。其中「實質上」或「商業上重要的」非侵權用途，其數量是多少並未提出，因為法院認為時間轉移(time-shifting)就是一個實質上的非侵權用途，不必再為其他多餘的陳述。另外該案所針對的商品—錄影機，在賣出後，Sony 公司無任何控制的可能。所以只須對販賣的行為為討論。而原告所為的要求是禁止被告為「販賣、散佈」該產品，並非只對於其本身著作物受損之補償要求，法院也說明如果原告只對於其本身著作物受損之補償為要求，則系另一回事，原因是禁制令的影響層面(其他合法的用途)遠大於單獨的損害賠償請求。

另外 Sony 原則從反面觀之，亦說明，一項科技產品或服務有可能在商業上唯一的

¹⁶³ Grokster II, 380 F.3d at 1161

¹⁶⁴ 其原文為 "In Napster II, we construed Sony-Betamax to apply to the knowledge element of contributory copyright infringement. Napster II held that if a defendant could show that its product was capable of substantial or commercially significant noninfringing uses, then constructive knowledge of the infringement could not be imputed. Rather, if substantial non-infringing uses was show, the copyright owner would be required to show that the defendant had reasonable knowledge of specific infringing files."，詳見 Grokster II, 380 F.3d at 1160-61。也就是如果行為人提供人力的助力則可以推定對侵權行為有認知，即適用推定認知(constructive knowledge)，而行為人如果是提供機器設備的助力，則必需要有實際的認知(actual knowledge)或是合理有可能認知才算符合輔助侵權的認知要件。亦見 張淑美，《網路服務業者之侵權責任—以著作權侵權為中心》，交通大學科技法律研究所碩士論文(2006)，頁 24。

¹⁶⁵ 第 9 巡迴法院的判決後來被美國聯邦最高法院發回。該最高法院認為，如果被告有引誘他人侵權之事實，行為人便須承擔間接侵權責任。其中提出兩個原則，其一，在 Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 案中：當一個人故意引誘或鼓勵直接侵權行為的發生，便成立輔助侵權之責；其二，在 Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co. 案中：當一個人不去減少、禁止或限制直接侵權行為的發生，反而從中獲得利益，便成立代位侵權之責。另外就 Sony 原則而言，並非一項產品有實質上非侵權用途就一定可以排除輔助侵權則任，因為還要去判斷，在販賣散佈時是否有故意導致侵權結果的產生，如用廣告宣傳引誘，便可視為故意導致侵權結果的發生而可論以輔助侵權責任。而本案例中被告之廣告是否有引誘侵權之疑尚待調查。故發回更審並就廣告是否有引誘侵權為調查。對於最美國聯邦最高法院 Grokster 案的判決，本文認為還是維持原 Sony 案的見解，只是對於其他行為是否侵權與下級法院見解不同，認為其他行為有可能涉及侵權行為。並重申其他行為適用輔助侵權與代位責任的原則並不因 Sony 原則而變寬。

用途就是侵害他人之權利，則此項科技產品或服務依 Sony 原則可知光光對此科技之販賣散佈等商業行為，就會成立輔助侵權。當然，到底什麼是實質上也就是商業上重要的，這會涉及言論自由、科技發展及著作權人的實質保障等問題，其判斷之標準實有待將來事實的發展、學術研究、行政、立法、判決等去累積與釐清。

在 Aimster 案中，所提出的法律經濟分析觀點，是個不錯的嘗試去判斷何謂「實質上」或「商業上重要的」非侵權用途，但如同反對者所述，其分析的範圍無法全面，沒有考慮到潛在的市場，也因為被告沒有提出目前市場上實質的非侵權使用即為被告有罪之判決。另外，第 7 巡迴上訴法院要求業者於不甚負擔的情況下要加上減少侵權的設計，但何謂不甚負擔也未說明，這樣的要求給了業者無法估計的法律負擔，將造成科技發明的寒蟬效應。

在 Napster 案中，第 9 巡迴法院再將 Sony 原則解釋為輔助侵權認知上的區別判斷法則，一個商業行為，如果是利用有實質非侵權用途的科技，必需要對個別的侵權行為有認識才能論以輔助侵權責任，並不能推定行為人對於侵權行為有認知而提供助力。

在 Grokster 案中，法院對於 Sony 原則，並沒有改變，只是釐清下級法院對 Sony 原則的誤用，並指出，在 Sony 原則下，販賣、散佈行為本身亦需是沒有不法之意圖，而科技產品或服務的提供、販售與散佈行為與教唆或幫助之其他行為如廣告系可分之兩件事，教唆或幫助之其他行為本身就可能獨立成立輔助侵權責任，當然也須證明行為人主觀上有不法之意圖。

本文較贊同第 9 巡迴法院的見解，認為只要有實質非侵權使用，就不能推定行為人對侵權行為有認知，必須證明行為人對於侵權行為有實際的認識才能責以輔助侵權之責，以保護正當的商業活動，並贊同學者 Edward Lee 約以二分法區別是否有 Sony 原則的適用：1. 社會上正當的商業行為如僅僅是設計、販賣或提供一項有實質非侵權用途的科技，則有 Sony 原則的適用。2. 對於其他行為，如廣告，架立網站而使侵權行為易於發生則有間接責任(secondary liability)的適用¹⁶⁶。

故以 P2P 網路傳輸服務業者為例，製造、銷售、散佈 P2P 網路傳輸程式的行為應適用 Sony 原則去討論是否成立輔助侵權責任，而其他行為如廣告、架設網站等還是適用傳統的理論去討論其間接責任(secondary liability)，兩者不可混淆。

¹⁶⁶ 其原文為"[1]For the design and mere sale or supply of a technology capable of substantial noninfringing uses, the Sony doctrine applies. [2]For other conduct, including advertising, instructions of providing a service or the site and facilities for infringement, the traditional standards of secondary liability apply."，詳見 Edward Lee *The Ethics of Innovation: P2P Software Developers and Designing Substantial Noninfringing Uses Under the Sony doctrine*, JOURNAL OF BUSINESS ETHICS 62 149 (2005)

