

第六章 三項判斷法則

在看完美國相關案例與德國學說後，接下來本文就我國目前已為的兩個 P2P 網路傳輸服務業者的第一審判決與本文主題有關部分為介紹，目的是為了解目前我國法院實務的見解，與在我國 P2P 網路傳輸服務業之運作情形。接著本文會試著轉化美國相關案例所提出的原則與德國學說，適用於我國的案例，並觀查這的結果是否可以接受。

6.1 我國的案例

6.1.1 ezPeer 案²²⁴

1. 判決大意

被告 ezPeer 為 P2P 網路傳輸服務業者，所使用的 P2P 網路程式架構從證據看來似乎是資訊目錄集中式系統，蓋在審判前的測試中，其主機有相當的控制能力，而且關機後其他使用被告 ezPeer 程式的電腦便不能執行該程式²²⁵。然而，在審判中後來再測試時，當關閉中央主機時，其 P2P 網路依然可以運作不受影響²²⁶，此依證據看到又像是目錄資訊部分集中於超級節點式的架構²²⁷。當然也可能如同被告 ezPeer 所述，自始便是目錄資訊部分集中於超級節點式的架構²²⁸，只是看起來像目錄資訊集中式的架構²²⁹。

一審地方法院對於控方所認被告 ezPeer 成立直接正犯、間接正犯、共同正犯、幫助犯與教唆犯之論罪如下：

(1) 直接正犯

認為被告 ezPeer 負責人的行為並不構成著作權法下重製罪的正犯。一審法院

²²⁴ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決。

²²⁵ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 9。然而鑑定證人引據之資料事實，法院認為尚不足以採認定被告 ezPeer 負責人所經營之網站平台為目錄資訊集中式之架構。詳見 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 9-14。

²²⁶ 這有可能是利用線上升級的方式，將原來的 P2P 網路傳輸程式架構予以修改，而是否如此，可以設法取得原來的程式與後來的程式，予以測試了解，甚至使用還原工程，反編釋的方式解譯原始碼是否為目錄資訊集中式或完全分散式或部分集中於超級節點式。

²²⁷ 詳見 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 14-15。

²²⁸ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 5。

²²⁹ 蓋被告 ezPeer 的程式有一個使用者登入驗證的程式，原來關閉中央主機時，是有可能因為登入程式無法運作而使整個 P2P 網路因為使用者無法登入而停擺，所以被告 ezPeer 的主張並非不可能。關於驗證主機的詳細功能，詳見 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 2。惟台灣士林地方法院認為是否為集中式或分散式與本案被告所被訴的罪行的刑法上之構成要件之判斷無關，並不具討論之價值。詳見 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 16。

認為因為事實上被告ezPeer的負責人並沒有任何實際之重製行為，故不成立重製罪之正犯²³⁰。另外，被告ezPeer的負責人提供ezPeer程式之行為亦不能論以重製罪之正犯，蓋依條件理論，提供該ezPeer程式之行為確實與其會員所為之重製行為有因果關係²³¹，然並不具備客觀歸責，因為提供ezPeer程式的行為是社會上為經濟生活正常營運所應承受的風險，在沒有特別立法規範時，提供P2P網路傳輸服務屬憲法所保障營業自由的範圍內，再加上ezPeer程式非專為侵害他人權利所設計，在無其他事證下，應認為散佈ezPeer程式提供P2P網路傳輸服務並未創造法所不容許之風險，自不具客觀可歸責性²³²。

(2) 間接正犯

被告ezPeer負責人的行為亦不構成重製罪的間接正犯。一審判決理由略謂：被告ezPeer負責人不可能控制會員之意志使之為被告ezPeer負責人之犯罪工具²³³，第三人是否要使用ezPeer之機制、何時、何地使用都是第三人之自由意志，自不可能成立間接正犯²³⁴。

(3) 共同正犯

被告ezPeer負責人的行為不構成共同正犯。法院認定告訴人²³⁵擁有音樂著作、錄音著作及表演著作等權利，而第三人將告訴人之著作物以MP3格式儲存在電腦上或透過ezPeer程式及網路重製於個人電腦的行為亦該當著作權法上重製之定義²³⁶，且無法主張合理使用，該當著作權法第91條擅自重製他人著作罪²³⁷；而在92年7月9日著作權法修法後利用ezPeer程式在網路上傳輸享有著作權之MP3錄音檔案該當著作權法上公開傳輸之定義²³⁸，且亦無法主張合理用，該當著作權法第92條第2項非意圖營利而公開傳輸他人著作罪²³⁹。惟被告ezPeer所提供之數位檔案交換平台，在證據上尚不足證明是基於侵害他人著作權之意圖而架設的，雖然被告ezPeer負責人有可能成立民事之過失侵權責任，惟被告ezPeer程式有合法使用之用途包括無著作權檔案之傳輸或有著作權檔案之合理使用等，故尚不能因提供被告ezPeer程式而認為被告ezPeer負責人有犯罪之主觀意圖。且一審法院並認為被告ezPeer負責人並無與會員間有犯意上之聯絡，即被告ezPeer之負

²³⁰ 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁18。

²³¹ 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁18。

²³² 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁18-20。

²³³ 但本文認為間接正犯不一定要控制他人之意志，亦可利用他人有意識或無意識之行為。

²³⁴ 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁20-21。

²³⁵ 即滾石唱片等公司，詳見92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，附表。

²³⁶ 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁24-25。

²³⁷ 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁26。

²³⁸ 92年7月9日前著作權法只規定公開播送，而公開播送是否包含公開傳輸，台灣士林地方法院在ezPeer案中的見解是不包括。詳見92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁27。

²³⁹ 92年度訴字第728號，台灣士林地方法院刑事判決，頁28。

責人並不知道某特定會員的侵權行為或預見其發生，並無所謂的「共同行為決意」²⁴⁰，故亦不成立共同正犯²⁴¹。

(4)幫助犯

被告ezPeer負責人的行為不構成幫助犯。幫助犯的構成要件除了主觀犯意及幫助行為外，尚有一項較有爭議的是幫助行為與主行為之行為結果間是否需有因果關係，已於前述，而在本案中，就判決之內容而言，本案法官似採不需因果關係的見解²⁴²。而幫助犯，可分為作為幫助與不作為幫助來討論。其中作為幫助，承辦法院認為依據中性幫助之理論，就目前之證據尚不足論被告ezPeer負責人主觀上有基於侵害他人著作權之意圖而提供ezPeer機制，而客觀上ezPeer機制亦無法證明係專為法律上之不法目的所設立，且被告ezPeer負責人之幫助行為有其獨立之目的屬中性之幫助並非刑法規定之幫助行為，故不成立幫助犯²⁴³。就不作為幫助而言：1. 被告ezPeer之機制不能稱為危險前行為，不負保證人地位也沒有設立字串過濾機制之義務²⁴⁴。2. 不能類推居間契約，因為在會員之間為事實行為並無本約存在，沒有類推基礎，所以亦沒有保證人義務²⁴⁵。3. ezPeer之機制本身不會直接導致侵害他人著作權之結果並非危險源²⁴⁶。最後，就算有保證人義務，設立字串過濾系統未必是保證人的作為義務，而其在網站上為必要之警告也未必未盡保證人之作為義務，且字串過濾系統事實上也沒有防止侵權結果不發生的必然性，即以現存技術不能認為被告ezPeer負責人對於侵權結果之發生能防止而不防止²⁴⁷。故被告ezPeer負責人無作為之義務亦無作為之可能，不成立不作為幫助犯²⁴⁸。

(5)教唆犯

被告ezPeer負責人的行為不構成教唆犯。就一般廣告行為而言，該廣告乃針對不特定大眾，並不該當教唆犯要件所要求必須針對特定或可得特定之人或一群

²⁴⁰ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 28-33。

²⁴¹ 這裡的論述，與美國法下第 9 巡迴法院對 Sony doctrine 的解釋非常相似，美國第 9 巡迴法院認為銷售散佈有實質上非侵權用途的產品或原件必須要能證明有確切的主觀犯意方能論罪，而我國 ezPeer 案之承辦法院亦表示，因為被告 ezPeer 所提供的 P2P 網路傳輸服務有侵權和非侵權的用途，所以不能光光以提供該服務就認被告有主觀犯意。而相對於德國的學說可以認為是主觀理論下的解釋，認為中性的幫助行為必須證明提供服務者在確知或主行為有明顯犯罪可能而為提供服務者所高度懷疑下仍提供服務，而所提供的服務與犯罪間又有關連性，方可成立幫助犯。

²⁴² 詳見 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 34。判決中，就幫助犯的構成要件只寫到幫助犯意及幫助行為，並無幫助行為與主行為的行為結果間要有因果關係的論述。

²⁴³ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 34-36。

²⁴⁴ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 38。

²⁴⁵ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 39。

²⁴⁶ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 39。

²⁴⁷ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 40-42。

²⁴⁸ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 42。

人為教唆；就電子信件的廣告而言，其相對人雖然可得特定，惟其內容亦只是行銷其被告ezPeer程式，尚難認定有教唆他人為犯罪之意思。另外主行為人也不認為其係受被告教唆而為犯罪之行為²⁴⁹。

2. 適用之原則與討論

在ezPeer案中，承審法官主要以德國中性幫助理論的主觀理論來論述提供ezPeer機制的行為是否為幫助行為²⁵⁰。惟亦可以見到Grokster案第九上訴巡迴法院之影子²⁵¹。相較於傳統的判決，ezPeer案承審法院對法律適用之論述實屬詳盡。法院認為基於刑法的特性²⁵²，在相關規定並非「清楚不疑」的情況下，解釋上應作嚴格的解釋，故最後得到被告ezPeer負責人無罪之判決。然而這並不代表ezPeer負責人提供ezPeer機制讓其會員從事交換數位檔案(特別是有著作權保護的數位檔案)的行為在民法上非侵權行為，在行政法上不必規範²⁵³，只是以刑法為工具，將嚴重剝奪人民的基本權利，並不合適，即便其中可能夾帶著龐大的經濟利益。

ezPeer案承審法院在討論不作為幫助犯之成立可能性時，說明P2P網路傳輸服務業者並無保證人義務，而P2P程式非危險源，提供P2P程式之行為亦非危險前行為，且無預防可能性。其中預防可能性，本文認為如有監督控制的可能性就有預防的可能性，蓋雖然採目錄資訊集中式的P2P網路傳輸服務業者，就算設立字串過濾系統也未必可以完全防止侵權行為的發生，但另一方面而言，可以得出，P2P網路傳輸服務業者是可以設立字串過濾系統而發現一部分的網路侵害著作權之行為，故就這部分的侵權行為而言，P2P網路服務業者是有知道的可能性，而知道後，因為其為目錄資訊集中式的P2P網路傳輸服務，所以最壞也可以關閉主機中斷整個P2P網路以防止該所發現的侵權行為繼續發生，當然事實上只要中斷對該侵權使用者之請求即可，故亦有作為的可能性，所以在有保證人地位的前提下，未必沒有討論的空間²⁵⁴。

²⁴⁹ 詳見 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 43-46

²⁵⁰ 然而參考德國中性幫助理論，主觀理論似乎不是以中性幫助行為非幫助行為而論不構成幫助犯。

²⁵¹ 蓋德國的中性幫助理論下的主觀理論本來就與美國法下第 9 巡迴法院對 Sony doctrine 的解釋相似。

²⁵² 應指刑法的最後手段性、有疑唯利被告、不得類推適用…等。

²⁵³ 92 年度訴字第 728 號，台灣士林地方法院刑事判決，頁 45。

²⁵⁴ 然而整個論述上，會有一定的不直接性，本文大致的想法是，首先機器(或者說法人)的認知不等於法人負責人(即被告)的認知，所以ezPeer機制即便設置篩選過濾機制，也不能說其負責人對於特定的違法下載行為有認知僅是可得而知，相反的就沒有設置篩選過濾機制，因而有設置該機制的可能性，所以ezPeer的負責人即被告依然是可得而知，所以想要讓其入罪的方法，關鍵不在有無字串過濾機制，而是證明其他特定違法下載行為有認知，或是往未必故意的方向論證。而就往未必故意的方向論證而言，如果著作權人除了提供統計上過半違法下載行發生並提供某特定行為人高度犯罪的可能性時，則ezPeer的負責人對於侵權行為的發生，就有未必故意的認知，那ezPeer負責人(在有保證人地位的前提下)此時如果採用目錄資訊集中式的P2P架構，則有防止的作為可能性，其作為的可能性最基本的就是設置篩選過濾機制，一發現有違法的下載行為就可以停止對該Peer點的服務，雖然無法完全防止，但對於高度侵權可能的使用者即有防止之功能，如ezPeer的負責人不作為，則有不作幫助犯之成立可能。這邊另外要注意的，本文這裡之所以說成立的可能性是因為尚要論其幫助行為與主行為是否有犯罪關連性，如無犯罪關連性，仍無法成立幫助犯，而這正是德國中性幫助行為理論的重點精髓。關於有無犯罪關連性，有學者主張因為其為收費網站，會員付費入會所欲享受的服務，很難說不是為了利有其機制與服務快速的取得流行音樂，所以

因此在本案中，如認為被告ezPeer的P2P網路程式的架構是目錄資訊集中式的，則P2P網路服務業者可能對於在其P2P網路上的侵權行為有監督控制的可能性而有預防的可能性，所以判斷其架構，在美國法下會有關代位責任的成立可能，在我國法下會涉及不作為幫助犯的構成要件，故討論是否為目錄資訊集中式或完美分散式或超級節點式的架構並非完全無實益。但另一點要說明的，如果是目錄資訊集中式的架構，是可以肯定該P2P網路傳輸服務業者對於其P2P網路有相當的監督控制能力，惟在完全分散式的架構的情況下確未必完全沒有監督控制能力²⁵⁵，所以事實上真正的關鍵是在能不能為監督控制，而且架構只是輔助的判斷方法。

6.1.2 Kuro案²⁵⁶

1. 判決大意

被告Kuro公司負責人為P2P網路傳輸服務業者，其係收取利用Kuro提供之P2P網路傳輸程式交換數位檔案會員的會費以營利。在功能上Kuro提供之P2P網路傳輸程式可以驗證使用者是否為註冊繳費的會員，對於未註冊繳費的使用者，可限制其使用Kuro軟體交換數位檔案²⁵⁷。在P2P網路架構上，本文就證據上之陳述認為Kuro的P2P網路程式在審判時是設計成完全分散式或目錄資訊集中於超級節點式的²⁵⁸，但法院由證據及專家證人證言認定本案之P2P網路程式的架構是目錄資訊集中式的²⁵⁹，並且在後續的判斷上，採用專家證人之證詞認為可以設置字串過濾程式，有大量減少侵權行為發生的可能性²⁶⁰。

另外，在Kuro的廣告中似有教唆他人利用其Kuro提供之P2P網路傳輸程式的P2P網路為著作權侵權之行為，或著至少有堅定(幫助的一種)行為人在P2P網路上為侵權行為之意圖之疑，如其廣告詞：「S.H.E.新歌抓了沒」、「複雜又緩慢的下載？快

似有論證其間有犯罪關連性的空間，詳見蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作爲幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁83。

²⁵⁵ 例如如果就線上升級的功能，就有更改架構或加入字串過濾機制的機會與可能，而目錄資訊完全分散式或超級節點式的架構要加上字串過濾機制並禁止特定檔案傳輸，並非完全不可能。

²⁵⁶ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決。

²⁵⁷ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁2-3。

²⁵⁸ 雖然一開始專家證人在審判前受IFPI之委託進行測試時，阻隔檔名索引伺服器時，整個P2P網路會癱瘓，然後來審判中，阻隔檔名索引伺服器時，搜尋的請求會向其他用戶端發出，故就此時點應可認定該P2P網路屬目錄資訊完全分散式或超級節點式無誤。詳見92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁8。

²⁵⁹ 法院的論證是認爲一般的用戶端並不會去阻隔檔名索引伺服器，所以就通常的情況而言，都會經過檔名索引伺服器，進而認定此P2P網路爲集中式的網路。詳見92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁8-9。惟本文認爲，之所以要設計成目錄資訊集中於各超級節點式的架構主要的原因之一就是希望在中央主機無法正常運作時，會有其他的主機起而代之讓整個P2P網路繼續運作，所以因爲阻隔中央主機而使請求向其他用戶端發出，正是超級節點式架構的主要特徵，故似不宜以此推論Kuro所提供之P2P網路架構爲集中式的。

²⁶⁰ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁13。

上Kuro，抓蕭亞軒、梁靜茹、阿杜、5566、五月天等哈燒流行專輯」²⁶¹ …等。另外Kuro負責人命其員工所成立實質上的子公司或分部門，該子公司或分部門稱洗歌站，主要工作是將市面上新的流行歌曲買入，然後進行檔案的轉換，將CD上的音軌轉成MP3格式後放置於洗歌站的個人電腦上，假裝是Kuro會員一直在線上供其它會員下載流行歌曲²⁶²。

本案例中尚有同案被告即Kuro的會員陳○○(以下稱主行為人)。該主行為人利用Kuro的P2P網路所為之下載行為，Kuro案承辦法院認為並不合於修法前著作權法91條第二項之例外，蓋其重製之總份數或總金額都超過修法前著作權法91條第二項例外之範圍內²⁶³。另外Kuro案承辦法院認為主行為人對其違反著作權法之行為屬明知並有意使其發生，即便主行為人不了解著作權法，Kuro案承辦法院認為依刑法第16條前段之規定，亦不能因為不知法律而主張免責²⁶⁴，故該當修法前著作權法第91條第2項所規定非意圖營利而以重製之方法侵害他人之著作財產權罪之正犯²⁶⁵。

Kuro案承辦法院認為Kuro負責人所提供之P2P網路傳輸程式及相關的服務對於主行為人之行為有分工之合作。蓋就其廣告中²⁶⁶，被告Kuro負責人以該P2P網路傳輸科技可以侵害他人著作權之不法用途為主要訴求，誘使他人付費使用該P2P網路傳輸機制，因而可得知Kuro負責人對於會員之侵權行為顯可預見，且不違背其本意²⁶⁷。且其Kuro提供之P2P網路傳輸程式對於有著作權之歌曲也有過濾之可能，但Kuro負責人放任不為，足見有犯意²⁶⁸，且「與會員間系有意識、有意願地交互作用下，有共同犯重製罪之決意或犯意聯絡」²⁶⁹，故為共同正犯。

就證據方面，對於Kuro子公司即洗歌站之搜索，Kuro案承辦法院認為系屬合法尚未撤銷，所以搜索所得之證據並不排除²⁷⁰。另外洗歌站之共同被告雖為共同正

²⁶¹ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁12-13。

²⁶² 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁16-21。

²⁶³ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁10。

²⁶⁴ 然而本文認為，主行為人想主張的可能是刑法第16條後段，蓋其可能主觀上認為已繳了會費，應屬有權下載，而未違反著作權法或者其行為屬合理使用而不違法，因而欠缺不法意識而阻卻罪責，詳見蔡蕙芳，〈P2P網站經營者之作為幫助犯責任與中性業務行為理論之適用〉，《東吳法律學報》，第18卷第1期，頁61，頁82。

²⁶⁵ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁11。另外同頁中該判決亦論到，侵害著作權的行為可以是利用任何工具為之，本案例中主行為人利用P2P網路傳輸機制，並不影響違反著作權法之結果，就主行為人之行為自無所謂法律規範不足的問題。

²⁶⁶ 似乎可以看到美國最高法院對Grokster案的影子

²⁶⁷ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁11-12。

²⁶⁸ 似乎可以看到美國第7巡迴法院Aimster案的影子，在Aimster案中，美國第7巡迴法院提出willful blindness原則，說明以積極的行為使自己陷於沒有監督控制的能力可反面論證被告有主觀犯意，而本案，台灣台北地方法院則以對於有著作權之歌曲有過濾的可能而放任不為，而反面論證被告有主觀犯意。

²⁶⁹ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁14。

²⁷⁰ 92年度訴字第2146號，台灣台北地方法院刑事判決，頁15。其間涉及與目的不符之搜索所得之證據的證據能力，與證據能力撤銷前，有爭議之證據可否使用為判決之依據等問題，惟非本論文之討論範圍，故不討論之。

犯，惟於「偵查中業經檢察官令其以證人之地位作陳述，並命其具結」，故有證據能力²⁷¹。而Kuro和該洗歌站之子公司依證據有實質的主從關係，應為實質之子公司²⁷²。該假造之會員依證據應為供其它會員下載非法著作物之用，並非測試之用。故Kuro公司之負責人與其子公司之員工為非法重製罪之共同正犯²⁷³。

基於以上之論述，Kuro案承辦法院判決Kuro之負責人與員工以侵害他人著作權為業，為常業犯。Kuro之負責人與主行為人陳○○共同連續以重製之法侵害他人著作權為連續犯²⁷⁴。

2. 適用之原則與討論

本判決基本上沒有討論到幫助犯的問題。就論證 Kuro 之負責人有主觀上侵權故意之惡意意圖，可以看到類似美國法下 Aimster 案的一些原則，即必須防範的成本是不能承受的，否則即便有實質非侵權使用，如對於侵權行為未於防範，Sony 的法則還是沒有適用的餘地。並且更以未防範而證明 P2P 網路傳輸服務業者有主觀犯意。故法院認為 Kuro 負責人之行為已足可認為有共犯之意圖，且另涉有直接侵權行為，故論以共同正犯。

本文認為，Kuro 案承審法院之所以如此裁判，主要的原因應是被告 Kuro 負責人在散佈 Kuro 的程式，提供 P2P 網路傳輸服務外，其他後續的服務、廣告、洗歌站…等其他行為，已明顯可以判斷出被告 Kuro 負責人主觀上對於會員將利用其 P2P 網路傳輸服務違法下載的行為有認識，且進而幫助使其便利為違法之行為，甚至法院認為該主觀上的認知可以提升至共同正犯的共同行為決議，所以和其會員間論以非法重製罪之共同正犯。

6.2 我國現行法下 P2P 網站經營者幫助犯責任之最佳解釋

6.2.1 他山之石如何為鑑

1. 美國法的 Sony doctrine

美國法畢竟與我國法體系不同，所以 Sony doctrine，要適用在我國法必須做一定的解釋與轉化。Sony doctrine，在美國法是適用在輔助侵權的民事案子中，輔助侵權在台灣民法上約略等於民法 185 條的共同侵權行為，在證據足夠證明法人之負

²⁷¹ 92 年度訴字第 2146 號，台灣台北地方法院刑事判決，頁 15。

²⁷² 92 年度訴字第 2146 號，台灣台北地方法院刑事判決，頁 16。

²⁷³ 92 年度訴字第 2146 號，台灣台北地方法院刑事判決，頁 20。

²⁷⁴ 92 年度訴字第 2146 號，台灣台北地方法院刑事判決，頁 22-23。

責人有故意或未必故意的情況下，尚可相對於我國刑法上之幫助犯或教唆犯。輔助侵權的要件為：1. 直接侵權行為的存在、2. 知道該直接侵權之行為，包括明知與可得而知²⁷⁵、3. 實質上的貢獻如引誘或幫助已如前述。其中Sony doctrine在第9巡迴法院的解釋下所防禦的正是第二個要件即主觀要件，也就是販賣或散佈有實質非侵權用途或商業上重要的非侵權用途的科技產品或服務，行為人主觀上並不知道買受人是否會利用該產品或服務為侵權之行為，即使大部分的使用者是為侵權的用途，美國法院也認為以禁令禁止所有可能的合法用途是太過嚴格而且沒有前例²⁷⁶。如果適用在我國法，依美國第9巡迴法院的解釋，則Sony doctrine所阻卻的便是相對的要件—幫助故意，也就是在販賣或散佈有實質非侵權用途或商業上重要非侵權用途的科技時，即便預知可能會有侵權的使用情形，但因為是日常的商業活動故不能論以幫助之未必故意更遑論幫助故意。也就是即便一個產品有過半的可能是為侵權的用途，而販賣或散佈的人也知道這樣的一個情況，但基於經營合法之日常商業活動之本身目的，尚不能論P2P網路傳輸服務業者有幫助之未必故意。

另外在美國最高法院之見解下，對於其他非日常商業上活動的行為，則必須以原來幫助犯的理论論斷，例如教導如何下載未授權之著作物之說明，就不能算是日常商業上的活動，而行為人對於看到該說明的人如明知或高度可能其會從事該犯罪行為，則可以論以幫助犯。

美國第7巡迴法院則認為 Sony doctrine 應是指平衡測試法，且如果從事一個商業行為，該行為可能會幫助他人為侵權行為的情況下，事業主應在非過分負擔的情況下盡力去防止侵權行為的發生，如果沒有這樣做反而讓自己陷於無監督控制的能力即 willful blindness，就可論有主觀的犯意。在此解釋下，Sony doctrine 是一種權衡，權衡著作權人的不利益與事業主或大眾因此服務或產品可得的利益，轉化在我國法中，應可認為這樣的解釋是先承認提供該產品或服務的行為屬幫助犯之不法構成要件該當，只是提供商品或服務之人，其行為可能屬正當之業務行為，而無違法性，如在違法性的階段來權衡雙方的利益與不利益，判斷行為人的行為是否可以阻卻違法。而 willful blindness 原則則是認為只要行為人有此惡意，即可認為其行為有違法性，無須再為違法性之權衡而該當幫助犯。

最後，美國學者所提出安全港的理论，認為只要一產品或服務有實質上非侵權的用途，就不能論提供該產品或服務之人要負輔助侵權之責，而這樣的解釋，在我國法下，應是指行為人提供有實質上非侵權用途的產品或服務的行為非屬幫助行為，故客觀構成要件不該當，不必再論主觀構成要件是否該當而不構成刑法上之幫助犯。

²⁷⁵ 我國法下的用語就是故意和過失均可。

²⁷⁶ Paul, Goldstein, COPYRIGHT (2d ed. 2003). p.726

2. 德國法下的中性業務理論：

德國刑法的體系架構與我國雷同，其中性業務理論在適用於我國法時，尚不必做太多的轉化，但相同的爭點依然會在我國出現，即主觀理論、客觀理論的主張。蓋我國幫助犯是採「肇因理論」還是「促進理論」依然可爭。在訴訟上的策略當然是皆主張之，故依德國學說，P2P 網路傳輸服務業者可主張的抗辯計有：

(1)非幫助行為

中性業務行為是社會上日常的經濟活動，不能認為其為刑法上之幫助行為，否則日常的社會經濟活動便無從進行，所以中性業務行為非幫助行為，客觀不法構成要件不該當。

(2)無客觀歸責

提供P2P網路傳輸服務與主行為人之行為為結果間雖有條件理論下的因果關係，但無客觀歸責，客觀構成要件不該當²⁷⁷，其中可主張無客觀歸責的理由有三：

① 未創法所不容許之風險

業務上正當行為。提供 P2P 網路傳輸服務乃業務上正當行為，屬法所容許風險，未創造法所不容許的風險而無客觀歸責。

② 信賴保護原則

P2P 網路傳輸服務雖有違法的使用用途，但也有合法的使用用途，依信賴保護原則，業者可以相信使用者不會利用該 P2P 網路傳輸服務為違法之行為，故其提供 P2P 網路傳輸服務的行為屬法所容許之風險因而無客觀歸責。

③ 回溯禁止原則

P2P 網路傳輸業者提供其服務有其營利之自我目的，依回溯禁止原則，應阻絕中性業務行為與他人犯罪的關係而不能認為不法結果存在於構成要件效力範圍之內，故無客觀歸責。

(3)無主觀犯意

P2P 網路傳輸業者主觀上並無幫助故意其理由有二：

²⁷⁷ 這樣的主張，其理論基礎當然是採肇因理論，即幫助行為必須與主行為之行為結果有因果關係。

① 無幫助故意

P2P 網路傳輸業者主觀上有其日常商業活動之自主目的，對於其提供 P2P 網路傳輸服務之行為完全沒有促進他人犯罪之目的，故即便在 P2P 網路傳輸業者確知他人已有犯罪之決意的情況下，因為 P2P 網路傳輸服務不必依賴正犯的犯罪行為有其本身的自我意義，與犯罪行為間無犯罪關連性，自不能論有幫助故意而主觀不法構成要件不該當。

② 信賴保護原則

在 P2P 網路傳輸業者懷疑他人有犯罪之決意的情況下，依信賴保護原則，其可相信他人不會故意為犯罪行為，因此更不能論其提供 P2P 網路傳輸服務有幫助之故意。

(3) 無違法性

提供 P2P 網路傳輸服務之行為屬社會正當業務行為，可阻卻違法性因而不成立犯罪。



6.2.2 對於各種學說實務的討論

1. 處理客觀不法構成要件的學說

在客觀不法構成要件著手的學說實務，如美國學者對 Sony doctrine 作安全港的解釋方法，或德國學說中中性業務行為的客觀理論。這些理論不論行為人的主觀意識為何，均認為提供有實質上非侵權用途的產品或服務即中性業務行為並非幫助行為，即不得論客觀不法構成要件該當。而這樣的見解適用上雖然很方便，但很可能出現外表是中性業務行為而實質上用以為犯罪行為然而卻無法處以刑罰的法律漏洞。所以本文認為，欲光以客觀上的業務中性行為就認定非犯罪行為，這樣的解釋在法律對於各個業務行為的中性範圍予以盡可能詳細規定的情況下，自是可行，雖然有些各家自掃門前雪的冷漠感，但不失為責任分明的好方法，然而現在社會科技成長速度驚人，法律永遠趕不上新興事業的出現，何況有那麼多出現已久的事業仍規範不明，欲以客觀上中性的業務行為就認定非犯罪行為，仍有很大的距離，在目前法律無法配合的情況下，會過分侵害到他人合法的權利，故本文不贊同採用之。

2. 處理違法性的學說

在違法性的階段權衡兩造與社會大眾的利益以決定是否為正當業務行為而可阻卻違法性的處理方法。在這種解釋下，何謂正當業務行為可以以立法定之，如立法不及，亦可以判決累積之，所以在習慣法官造法的英美法下，自是合適，本文亦認為這不失為一個好的處理方法。然而在我國法下比較適合民事損害賠償案件的處理，而不適合用來討論刑事幫助犯的成立與否，理由如下：

(1) 缺乏安定性與可預見性

這樣的處理方法在大陸法系下與刑法的基本理論相違背。因為這樣的一個權衡方法有失法的安定性與可預見性。且在法官權衡結果出來前，行為人無法預見其行為是否合法，如此一來可能會造成科技業的寒蟬效應，因為刑罰的一種嚴重侵犯人民基本權利手段，與民事損害賠償有很大的不同，新興事業在這種不確定的情況下如果只需損害賠償，也許行為人仍敢為之，但以刑罰處之，則行為人便裹足不前。

(2) 全面權衡不易

法官對於是否屬業務正當行為是以權衡雙方與社會大眾利益的方式為之，這種權衡利益的方法，事實上要納入所有人的利益是很困難的，通常只能依兩造的主張加上法官的知識範圍內為權衡，所以比較適合用於民事只權衡著作權人的損失與科技業者的獲利判斷其中性業務行為是否為業務上正當行為，並依此計算應對著作權人賠償的金額。

(3) 類推適用的需求

我國刑法為求法安定性與可預見性是不容許類推適用的，然而民法卻可以，民法第一條更是開宗明義的要求無法律無習慣時要依法理為判斷。所以更適合以權衡的方式累積判決形成判例與習慣來規範何謂業務正當行為，何者是侵權行為。

3. 依行為人主觀情狀處理的學說

在外觀為中性業務行為的前提下，以行為人的主觀來判斷是否該當刑事的幫助犯²⁷⁸。本文贊同之，理由如下：

(1) 符合刑法的基本原則

²⁷⁸即美國法下第9巡迴法院對Sony doctrine的解釋方法和德國法下中性業務行為的主觀理論。

這樣的解釋方法，比較符合刑法的可預見性即罪刑法定主義，與最後手段性的原則。蓋如何才能不該當不法構成要件，在解釋上相當明確，行為人有預見的可能性；而處罰的範圍不會過大，不會影響到日常社會的經濟生活，對於真正有惡性的行為方予刑法之處罰，符合刑法的最後手段性。

(2)符合刑法主客觀混合理論

其討論的方法在客觀上要求為中性業務行為，主觀上要求有自我之目的不可有犯罪關連性或促進犯罪之意圖，如此符合刑法在構成要件上要求主客觀均要判斷的混合理論。

(3)現階最好的平衡

在相關法律體系未完備及法律無法趕上科技變化的本質下，以此解釋方法能僅守刑法的最後手段性，不會影響日常的商業行為，且對於故意為侵權行為之人亦能繩之以法，可以認為是現階段最好的平衡。

6.2.3 三項判斷法則

本文綜合美國第9原巡迴法院的觀點與德國中性業務行為主觀說理論，基於我國的刑法體系，提出三項判斷法則，以處理製造、販賣或散佈新興科技或服務是否幫助他人犯罪之疑即是否該當刑事幫助犯的問題：

1. 三項的分法

所謂的「三項」判斷，是將製造、販賣或散佈新興科技或服務的整個商業行為分成三個部分來判斷是否成立刑事幫助犯的法則，分別是第一次的製造、販賣或散佈新興科技或服務、後續與該新興科技或服務相關的繼續性的服務或售後服務行為與其他相關行為。

2. 第一次的銷售行為

首先討論第一個部分，即第一次的製造、販賣或散佈新興科技或服務的行為，其中這裡的第一次是指和顧客第一次的接觸。其處理的程序分主客觀討論。

(1)客觀要件之處理

客觀上須符合中性業務行為。即所製造、販賣或散佈的新興科技或服務必須

有實質上或商業上重要非侵權的用途。其中所謂的實質上或商業上重要非指過半的合法使用²⁷⁹，只要業者能提出非侵權的合法用途，且屬現在或將來²⁸⁰實質可能或商業上有市場的用途即可，如原告或公訴代理人認為根本不可能，則本文主張須由原告或公訴代理人負舉證責任²⁸¹。

(2) 主觀要件之處理

在主觀上，則要視行為人是否「確知」他人將利用其所提供之新興科技或服務為犯罪行為或是僅是「懷疑」他人可能將利用其所提供之新興科技或服務為犯罪行為分別討論²⁸²。

① 確知的情況

如果行為人確知他人將利用其所提供之新興科技或服務為犯罪行為而仍提供該新興科技或服務，則視行為人提供新興科技或服務之行為與主行為之行為結果是否有犯罪關連性，如果有，則為幫助犯，如果沒有非幫助犯。

② 懷疑的情況

如果行為人只是懷疑他人將利用其提供之新興科技或服務為犯罪行為，則根據中性業務行為之理論，行為人可依信賴原則主張並未創造法所不容許的風險或依回溯禁止原則而主張其提供新興科技或服務之行為有其自我的目的與促進犯罪行為之實現無關，切斷因果關係無客觀歸責。但如果該他人有明顯的犯罪傾向，而行為人仍提供新興科技或服務，那就回到犯罪關連性的討論，如果有，則為幫助犯，如果沒有非幫助犯。

²⁷⁹ 即使該新興科技或服務之使用者有過半之人用於合法之用途。

²⁸⁰ 本文認為所謂「將來」的使用情形必須是現在的實質上或商業上重要之非侵權用途不明時才有考慮的價值，因為如果現在所能發現的用途都是非法侵權的，則就算被告如何有想像力，可以想到未來潛在的合法實質或商業上重要之非侵權用途，就現時而言，被告仍知道該新興科技或服務只會被用來犯罪，而客觀上又提供之，自該當刑事之幫助犯。然而如果在被告所提出現在實質或商業上重要非侵權用途的主張並不能明顯的判斷，如目前的使用情形百分之九十以上都會被用於侵權的用途上，只有少數不到百分之十或更少百分之五用於合法的用途時，將來的合法實質或商業上重要之非侵權用途的主張就很重要，因為這種未來潛力的新興科技或服務正是處理中性業務行為所要處理的核心問題與核心價值，亦即有這種未來潛力的新興科技或服務雖然目前的合法使用之情形不到百分之十或五，但因為著眼於其發展性，仍應保護之，至於絕大部分的非法侵權使用情形則必須由立法者或行政機關定立相關的規定限制或減少之，而不應簡單的只用刑事幫助犯之罪名就扼殺整個新興科技或服務。

²⁸¹ 基於刑法不自證己罪之原則，原告或公訴代理人自然對於構成要件負舉證責任，蓋該新興科技或服務如果只能用於侵權之用途，則依本文所提的三項判斷法則，行為人知道其提供的新興科技或服務只能用於侵權用途，又仍提供之，自該當刑事之幫助犯無疑。所以證明被告所提出之用途非實質可能或商業上可能，是從另一部分證明被告之行為該當刑事之不法構成要件，自應由原告或公訴代理人自負舉證責任。

²⁸² 這裡的討論分類是採德國主觀理論的分類方法。

2. 後續的服務行為

在判斷完第一次的售銷行為後，其次要檢視的第二個部分是該業者有沒有後續與該新興科技或服務相關的繼續性的服務或售後服務行為並對該服務有無監督控制能力。所謂有後續的服務，包括科技業者續為提供的服務，或者使用者利用既有的服務。所謂的有監督控制能力，就字面的解釋應包含監督的能力與控制的能力，如果對於正在發生的侵權行為有認識了解的能力，則應屬有監督的能力，至於有控制的能力，只要科技業者有辦法使侵權行為停止應可認為有控制的能力。分析這個的用意在於判斷不作為幫助犯的問題時，有一個要件是作為的可能，即有使侵權行為不發生的能力，這應是指控制的能力，所以在這方面只要討論控制的能力即可，至於監督的能力可以作為判斷對於特定侵權有沒有主觀認知的一個依據，當然機器或法人有監督的能力與法人之負責人是否真係有認知實屬不同，惟只有當機器或法人有監督的能力，法人之負責人方有認知的可能。如果沒有後續的服務或沒有後續的控制能力，則對於法人負責人的責任如同 Sony 案，就討論到製造、販賣或散佈其科技產品或服務為止，如果有後續的服務且有控制的能力，那對後續發生的侵權行為就要討論是否有成立作為或不作為幫助責任的可能。在這裡，本文將之分為科技業者後續提供之服務有提高風險與沒有提高風險兩種情況討論。

(1) 有提高風之情況

科技業者後續提供之服務有提高風險即達到使侵權行為發生更容易之情況時，要討論科技業者對後續侵權行為有沒有確切的認知²⁸³，如果有確切的認知又提供該科技幫助之，則視是否有犯罪關連性，如果有，則為幫助犯，如果沒有，則非幫助犯²⁸⁴。如果對於違法行為沒有確切的認知，僅是懷疑他人將利用其提供之商品或服務為犯罪之行為，根據中性業務之理論，科技業者可依信賴原則主張並未創造法所不容許的風險或依回溯禁止原則主張其行為有其目我之目的非為幫助犯罪之目的，無客觀歸責，故無因為關係不成立幫助犯之罪。但如果該他人有明顯犯罪傾向，則提供該科技因通常都會有犯罪關連性，所以仍為刑法上之幫助行為，可論以幫助犯。

(2) 未提高風險之情況

科技業者後續之服務沒有達到使侵權行為發生更容易，即未提高風險之情況，使用者只是利用即有的服務時，但因為科技業者有讓侵權行為停止的能力即

²⁸³ 注意，企業即法人的認知或機器的認知不等於法人負責人的認知，而可得而知卻未知只是過失，幫助犯並不處罰過失。

²⁸⁴ 在P2P網路傳輸服務之情況下，通常知客戶有利用其服務為違法之行為而仍提供其P2P網路傳輸服務者，因為該P2P網路傳輸服務除了用以為違法之行為外，已沒有其他的目的，所以很難主張P2P網路服務業者提供其P2P網路傳輸服務之行為與主行為人之違法行為沒有犯罪關連性。

控制能力，故要討論有沒有不作為幫助之可能。當然主觀要件上該科技業者須確知犯罪行為或是有高度懷疑行為人有明顯犯罪傾向，且原已存在之科技產品或服務與行為人之犯罪行為結果有犯罪關連性。另外在討論不作為幫助的要件中特別應說明的是科技業者的不作為與主行為人的行為結果要有因果關係與客觀歸責。還有因為科技業者確知或高度懷疑行為人可能犯罪而仍不防止之，故不能主張信賴保護原則、未創造法所不容許的風險或回溯禁止原則。同時因為是確知或高度懷疑他人會犯罪，而不作為幫助，不能主張沒有違法性。所以在判斷是否成立不作為幫助犯時，事實上唯一的爭點就是有沒有保證人義務，其他要件基本上都屬該當，至於保證人義務則需視各科技業而可能有不同的判斷與規定。

4. 其他相關行為

最後除了科技業者所提供的產品或服務之行為外，尚要判斷第三個部分，即是否有其他教唆或幫助，更甚者直接的犯罪之行為。如果有，則直接就其行為所成立之罪論處。惟特別應提出的，其他行為如廣告行為，如果只是中性地去推廣其科技產品或服務，尚不能算是教唆或幫助之行為。

5. 對三項判斷法則的討論

上述的三項判斷法，在處理原則上分成兩大類，第一大類就是中性業務行為如製造、販賣或散佈科技產品或服務之行為或後續的繼續性的服務行為等，對於這類的行為是否成立幫助犯則依中性業務行為的相關理論²⁸⁵判斷之。而第二大類就是其他的非典型或日常的業務行為，如廣告行為，這類的行為則依原來刑法關於幫助或教唆的相關理論判斷之。而本文之所以特別把第一類的行為分成兩個部分，即第一次的製造、販賣或散佈行為與後續的服務行為主要的目的就是要把行為切分清楚，因為這類的新興科技服務不同傳統的犯罪行為，在科技自動化的過程中整個商業行為到底有幾個行為常常難以理解，故本文在能力範圍內，初步地分為第一次的製造、販賣或散佈行為與後續的服務行為希望如此能盡量將責任畫分清楚，讓科技業者的行為有所遵行，讓法律適用時更加精確。

6.2.4 細論 P2P 網站經營者之刑事幫助犯責任

在了解本文提出之三項判斷法則後，在目前我國刑法的規定下，本文以上述的三項判斷法則試著去討論 P2P 網站經營者的刑事幫助犯責任，以作為適用三項判斷法則之例子。

1. 第一次銷售行為部分

²⁸⁵ 如美國法下的 Sony doctrine 或德國法下的中性業務行為理論等。

首先就製造、散佈或販賣P2P網路傳輸科技之行為討論。因為P2P網路傳輸科技有實質上非侵權的用途，如散佈無著作權之的著作物，有授權之著作物，或私人文件之傳遞等，故客觀上製造、散佈或販賣P2P網路傳輸科技之行為屬中性業務行為。若要論行為人之幫助犯責任，則要視行為人是否確知他人將利用其P2P網路傳輸科技為違法之行為，當不能推定行為人有幫助故意。如果P2P網站經營者確知其客戶將利用其商品或服務為違法之行為的情況下，例如著作權人的通知P2P網站經營者，或P2P網站經營者的文件表現出確實知悉特定人將利用P2P網路傳輸科技犯罪²⁸⁶，因為在P2P網路傳輸業者知悉的情況下，扣除主行為人利用P2P網路傳輸科技犯罪的目的外，P2P網路傳輸業者提其商品給主行為人的行為已無其他價值，故通常可認為其間有犯罪關連性，P2P網路服務業者應可成立重製罪幫助犯。如果只是懷疑他人將利用P2P網路傳輸科技為違法之行為，根據中性業務行為之相關理論，行為人依信賴原則得主張並未創造法所不容許的風險或依回溯禁止原則主張有其自我之目的非為幫助犯罪之目的而無客觀歸責，切斷因果關係，並不成立刑事之幫助犯。但如果該他人有明顯罪傾向²⁸⁷會利用P2P網路傳輸科技為違法之行為，則提供該科技行為在此情況下可認為有犯罪之關連性屬刑法上的幫助行為，而可論以幫助犯。

2. 後續的服務行為部分

以上是就P2P網路傳輸業者製造、販賣或散佈P2P網路傳輸科技行為討論其責任。業者所提供的P2P網路傳輸科技如果是採目錄資訊完全分散式，且沒有登入或其他類似的功能而完全無任何控制的能力，因為除了前述的製造、販賣或散佈P2P網路傳輸科技行為外便無任何可能參與或幫助犯罪的行為，則P2P網路服務業者的責任便討論完畢²⁸⁸。但就被告ezPeer及Kuro這兩個案例而言，因為有登入驗證的功

²⁸⁶ Kuro案的相關事實應屬此類的情形，蓋Kuro公司的相關服務的資料中顯示其有促使其客戶為未經許可重製有著作權保護著作物之行為，特別是其廣告更明顯顯露其意圖，如「S.H.E的新歌抓了沒」等，實已達直接教唆他人為違法行為的狀況，所以雖然客觀上提供P2P網路傳輸科技為中性之業務，然主觀上應可論Kuro負責人已確知或高度懷疑他人即新加入的會員將為違法行為，故其仍提供P2P網路傳輸科技之行為，自該當刑事幫助犯。相反的ezPeer負責人的相關行為就比較中性，沒有明顯的證據可以證明其主觀上對於將發生的違法行為有認知，或在懷疑的情況下對於主行為人明顯的犯罪意圖有認知，所以就訴訟上的證據而言，自不足論ezPeer負責人提供P2P網路傳輸科技的行為構成刑事的幫助犯。

²⁸⁷ ezPeer或Kuro的會員算不算有明顯的犯罪傾向，在討論業者第一次提供P2P網路傳輸科技給其會員的行為下，因為會員是繳費入會的，所以可以想像快速容易地下載有著作權保護的著作物是其主要的目的，當然這在訴訟上還是須要去證明，尚不能說是眾所周知。在此主觀認知下，ezPeer或Kuro提供其會員P2P網路傳輸科技的行為實已在合法與違法的邊緣上了，然而Kuro公司還大膽地在其廣告或相關的服務上揭露其對此的認知，自是很容易被判定對於新加入的會員將為違法之行為有認知，或是知道其新加入的會員有明顯的犯罪傾向，而被認為該當刑事幫助犯。相反的ezPeer相關的行為較為中性，用語也較為保守，在其網業上還貼有敬告會員誤用其P2P網路傳輸服務會違法行為之警告標語，所以可以將其合法與違法的邊緣上向合法的一方拉回，而被認為只是為中性的業務行為，主觀上沒有違法的認知，而不能論以刑事之幫助犯。

²⁸⁸ 就像Sony案中，Sony公司對於其販賣、散佈的錄影機沒有任何後續的控制能力，所以後續使用者為侵權行為時，法院並不討論當時Sony公司是否何輔助侵權之責，而只有討論其販賣、散佈該錄影機的行為

能，所以至少可以關掉登入驗證主機，使整個網路不再運作，或取消某個使用者的登入許可，而使該使用者無法再利用P2P網路，故有一定的控制能力。在此有一定的控制能力的假設下，本文以下繼續討論P2P網路傳輸科技後續運作的幫助犯責任²⁸⁹。

因為在我國，一般而言認為法人並無犯罪能力，必需就法人之負責人來論以刑事責任，且法人之知道不能算是法人負責人知道，即P2P軟體在後續運作時，即便是採目錄資料集中型的架構，軟體有可能知道特定使用者是否欲下載未授權的著作物，但不代表法人之負責人知道。無其他條件下，該負責人最多是可得而知，故只能論以過失幫助，但幫助犯沒有過失責任，所以除非特別告知正在進行的犯罪行為，否則不可能成立幫助犯。

然而，即便告知可能正在進行的犯罪行為，提供P2P網路服務僅為其業務上之正當行為，沒有過濾的機制，還是不知道使用者的請求之欲意，而無法判斷當下那些行為是要禁止的。所以必須證明P2P網路服務業者明知或可高度懷疑某特定使用者利用P2P網路犯罪²⁹⁰。

然如果P2P網路服務業者知道或可高度懷疑特定使用者正在利用其網路為犯罪行為，尚要區分P2P網路服務業者後續的服務有無提高風險而分別論以作為幫助犯或不作為幫助犯：

(1)提高風險的後續服務行為

如P2P網路服務業者後續的服務有提高風險，例如為目錄資訊集中型架構，因為在後續的服務中，其提供集中處理搜尋的請求與整個P2P網路的目錄資訊等服務，有加速違法行為發生的效果，屬提高風險之行為，故要討論P2P網路傳輸科技業者對後續違法行為有沒有確切的認知。如果有確切的認知又提供該提高風

是否為輔助侵權行為。

²⁸⁹ 大多數的P2P網路服務業者對於其P2P網路會有一定的控制能力，而這部分，本文認為反而是比較容易論其責任的地方。因為一開始提供P2P網路傳輸科技的行為，要論其當時P2P網路傳輸業者對主行為人將有犯罪行為有認知是比較困難的，而此時著作權人也無從統計數字或取得特定使用者為違法行為的證據，反而是後來侵權使用的情形慢慢出現了，才能取得初步的證據。而此時如果P2P網路服務業者對於其網路有一定的監督控制能力，則可以運用通知的方法去取得證據證明P2P網路服務業者有幫助犯罪的主觀犯意。

²⁹⁰ 在有後續的服務行為的情況下，會員是否有明顯的犯罪傾向，是一個值得討論的問題，首先就個別的會員而言，除非有特別的證據能證明，如著作權人已鎖定特定的會員，並有證據證明其使用P2P網路多半為違法之情形，且以此通知ezPeer或Kuro，則可能有機會說ezPeer或Kuro知道某特定會員有明顯的犯罪傾向，否則在無其他特別的情況下，並不能確定某特定會員是否犯罪傾。然而其次，就整個網路的使用情形而言，著作權人依其統計約有八成到九成的使用者傳輸受著作權保護的檔案，而這樣的一個現象，實又很難否認整體的使用情形是有明顯的犯罪傾向。當然如同本文前已論述，這樣一個整體的明顯犯罪傾向依中性業務行為的理論，除有法規特別規範外，並不能說業者的行為客觀上並非中性業務行為，亦不能說業者主觀上對於特定行為人的明顯犯罪傾向有認知，所以還是不能論以刑事之幫助犯。

險之服務幫助之，因為通常可論其提供服務之行為與主行為人之行為結果有犯罪關連性，故可成立幫助犯之責任。如果沒有確切的認知，僅是懷疑他人將利用其提供之 P2P 網路服務犯罪且 P2P 網路服務業者並無法確認他人是否有高度犯罪的傾向，根據中性業務之理論，P2P 網路服務業者可主張無客觀歸責性無因果關係不成立幫助犯之責。惟如該他人有明顯犯罪傾向，則提供 P2P 相關科技服務仍為幫助行為且與主行為之行為結果有犯罪關連性，可論以刑事幫助犯。

(2)未提高風險的後續服務行為

如 P2P 網路服務業者後續的服務未提高風險，例如其架構為分散式架構雖然有停止整個網路運作的能力²⁹¹，但對於實際的網路運作情形沒有監督控制的能力，亦即雖然 P2P 網路是其架構出來的系統，可是當 P2P 網路架構出來後，該 P2P 網路是自行運作的，P2P 網路服務業者的主機並不參與下載的行為，所以行為人是利用即存的機制為違法行為，而 P2P 網路服務業者並未增加任何風險，因無額外的作為行為，故不能論以作為之幫助犯，只能討論是否有不作為的幫助犯之成立可能。其判斷如下：

① 構成要件該當結果的發生

一般而言都是發生主侵權行為的行為結果後，方會興起此訴訟，故該當構成要件該當結果的發生。



② 不為期待應為的行為

應為的行為必須是「盡可能」迅速而確實地防止構成要件該當結果發生的行為而言。有兩種可能的方法必需選最有效的。本題的前提就是 P2P 網路服務業者至少有停止整個 P2P 網路的能力，即有辦法使行為人就無法利用其 P2P 網路傳輸程式為侵權之行為。以所以所謂應期待的行為至少是停止侵權行為。如果 P2P 網路服務業者可以強迫其使用者昇級，則更有加入科技保護措施如過濾程式，或認證程式等。

③ 防止結果發生的事實可能性

如果只是加入科技保護措施如過濾程式或認證程式等，可能無法百分百防止結果的發生，甚至一旦有人破解該程式，而將破解方法散佈，則會使得防止結果發生的可能性變為幾乎為零。但是，相反的，在科技保護措施被破解前就有防止結果發生的可能，且就算破解一個科技保護措施不代表業者無法再加入

²⁹¹ 例如有登入驗證的能力，所以可以禁止會員登入而不讓其使用 P2P 網路

其他的科技保護措施，所以並不能說科技保護措施因為將來可能會被破解即說現在完全沒有防止結果發生的事實可能性，所以只要其系統可利用網路升級的方式更新程式就有加入新的科技保護措施的可能而有防止結果發生的可能。另外如果是以登入的功能控制會員使用 P2P 網路傳輸服務，則可以關閉登入主機停止整個 P2P 網路的運作，或拒決特定使用者登入使其無法利用該 P2P 網路，這時亦有防止結果發生的事實可能性。

④ 不作為與結果之間具有因果關係與客觀歸責性

依條件理論，沒有 P2P 網路傳輸服務就沒有違法行為的發生，故顯有因果關係，但客觀歸責就是個難題，因為必須證明經營 P2P 交換資料的行業是法所不容許的風險、風險實現、且在構成要件效力範圍。就法所不容許的風險而言，因為現行法找不到關於 P2P 網路服務業者的規範準則，任何行業也都是有風險的亦是確論，故提供 P2P 網路傳輸服務只是為一般的業務行為，僅創造法所容許的風險。但如果本討論的前提是已知道或高度懷疑使用者將利用 P2P 網路從事犯罪行為，則此不作為已不能說是中性業務行為而為法所容許的風險。另外同時因為此時已確知或高度懷疑行為人將為侵權行為故無法依信賴保護原則主張無客觀歸責。就風險實現而言，這個要件因有違法結果之發生而該當。最後就構成要件效力範圍而言，本要件中特別要討論的是，因為 P2P 本身有其自主之目的與義意，本可依回溯禁止原則，隔絕中性業務行為與他人犯罪的關係，而無客觀歸責。但在本討論之前提下，即 P2P 網路服務業者知道或高度懷疑使用者將利用 P2P 網路從事犯罪行為，則已不能主張回溯禁止原則，故此要件亦該當。

⑤ 行為人居於保證人地位

行為人居於保證人地位因是整個不作為幫助犯的主要爭點，因為唯有行為人居於保證人地位行為人才有做為的義務，才能要求 P2P 網路服務業者在系統上加入科技保護措施，才有機會說有防止結果發生的可能。保證人之地位有兩種，特定法益的保護義務及危險源的防害義務或監督義務。就特定法益的保護義務而言，目前法律並未特別規定 P2P 網路服務業者有何特定法益的保證義務，而依一般的規定，可以想到的法條有類推民法 567 條之居間人保證義務，惟 ezPeer 案法院認為沒有類推基礎，本文同意之。就危險源的防害義務或監督義務而言，所謂的危險源就是指具有破壞法益的較高危險之人或物²⁹²，如有暴力傾向的經神病人或炸彈。P2P 網路傳輸科技和傳統所謂的危險源不太一樣，本文也不認為 P2P 網路傳輸科技是危險源，畢竟他人利用來犯罪與事物本身的危險性並不相同，實不能因為較可能被利用來犯罪即認為事物本身是危險源。

²⁹² 林山田，《刑法通則(下)》，八版，頁 234

然後P2P網路服務業者是否該當商品製造者²⁹³而負有保證人義務，本文認傳統所認為的商品製造人的保證人義務是指商品製造人對於其商品或服務必需保證其安全無虞，然而對於P2P網路傳輸科技或服務並不是商品本身的有何危險性，而是目前於這網路上流通的資料多數是為著作權法所保護的，而這樣的危險是加入人為的因素後所產生的問題，尚非商品或服務本身的問題，與原來立法所要商品製造人去負的保證人義務範圍並不相同，是否可以說一個商品或服務被多數的使用者使用於違法之用途即可說此商品製造人未盡保證人義務，本文持保留態度²⁹⁴。

⑥ 不作為必須與作為等價

在利用 P2P 網路服務的案例中如果 P2P 網路服務業者有作為的義務，即必須盡可能地防止違法行為的發生，則其放任不為的行為應可視為等價之幫助行為。

3. 其他行為部分

²⁹³ 這裡有相關的法條有民法第 191 條之 1 所謂：「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」，然而會員所為的違法使用並不能算是通常使用，所以似乎無法以此主張P2P網路服務業者的損害賠償義務。另外民法 191 條之 3 謂：「經營一事業或從事其他工作活動之人，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」。這個規定從表面看了似乎也有一些相關的地方，然而詳論之，此規定當初是對於像從事與放射性物質(如核能電場的核廢料)有關的事業，因為該工作或活動本身的性質較於危險有損害他人之可能所規定的責任，然而P2P網路傳輸科技或服務本文並不會因為其通常的使用就發生侵害他人權益的情況，而是使用者自己的行為所致，實不能說該P2P網路傳輸程式或服務是因為通常的使用就可能自然會導致他人損害的工具或方法，所以亦與此法規無關。最後與商品製造人有關的法條還有消費者保護法第 7 條：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通入市場，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。」這裡一樣會有主行為人自己的違法行為不能算該商品或服務不合於合理期待之安全性的爭議，認為無關者會主張例如賣刀子的例子，不能說主行為人拿刀殺人就論刀子不合於合理期待之安全性，該法之規定所欲規範者是如熱水器不可以自己突然燒起來等產品本身的不安全性，P2P網路傳輸科技或服務在沒有行為人故意為違法之使用的情形下是不會自動發生侵權或違法之行為的。而認為有關者則可能主張業者在提供P2P網路傳輸科技時並沒有限定其會員是成年人或是未成年人，成人故意為違法之行為自可以說是其自己的行為，P2P網路服務業者沒有任何責任，然而與未成年人交易時，該產品在設計上就應該去預防未成年人因思慮不周而為違法行為，例如加上科技保護措施。就像賣葯給小孩吃，要好好設計葯弱的大小並提醒家長小心會噎住一樣。又或者是賣給小朋友玩的玩具都要通過安全性測試而有安全標章一樣。所以P2P網路傳輸服務業者既然與未成年人交易，自應注意其可能因而誤觸法網的問題。本文認即便贊同認為主行為人為違法之行為與P2P網路傳輸服務或程式有關的主張，還是會有一個問題，到底合於當時科技或專業水準可合理期待之安全性在P2P網路傳輸的問題上是指什麼，有加上科技保護措施等防止機制就算嗎？還是要加上何種等級的才算？或者只要在網站上發佈警語請使用者注意就可以？在沒有一個法定的標準下，實在是一個不容易判斷的難題。

²⁹⁴ 對於一個常被用來為侵權行為的商品，一般的處理方式都是用特別法規定，例如毒品危害防制條例，槍砲彈藥刀械管制條例等，用一般的普通法要推論到提供一個被商品被濫用是犯罪行為實有很大的鴻溝要去跨越，民事責任方面也許有機會，畢盡類推適用是被允許的，但禁止類推的刑事任責，根本沒有這個空間。

最後，關於其他日常業務以外行為，如教導如何下載檔案、廣告、提供當紅的下載著作物連結點…等。這類個別的行為必須依傳統幫助犯的理论討論。例如 Kuro 案中，因為行為人的廣告詞實已直接涉及教唆或幫助他人為犯罪行為的情況，自可以直接以幫助犯或教唆犯論之，反之 ezPeer 的廣告比較中性，比較像只是在推廣其產品，並沒有直接教唆或幫助他人證據，雖然其廣告詞都可經由解釋而有教唆或幫助他為非法重製的嫌疑，但畢竟解釋就經過人為的轉化，以此要論成立教唆或幫助犯，尚有一定的空間，就像 Sony 案中，Sony 公司的廣告曾鼓勵其客戶去建立自己的影音圖書館，然而沒有直接的教唆或幫助他人犯罪之證據，法院只有保守地判決該行為無罪。

6.3 小結

不論是德國的理论或是美國案例的原則，我們可以發現，對於這個議題的處理方式，其實是有相似之處的，包括新興的科技產品或服務必需是有實質或商業上重要的非侵權用途，如果是只能用於侵害他人權利的產品或服務，則光是提供或散佈該產品或服務的行為就該當幫助犯的責任了，因為在沒有其他的合法用途下，行為人會被推定有幫助侵權的意圖，蓋買受人除了以之為侵權行為外，沒有其他可能，而行為人又知道這樣的一個情況，則依此自可推論行為人有幫助侵權之故意。至於有實質上或商業上重要之非侵權用途的產品或服務，把德國與美國的學說實務轉化運用在我國法，則行為人可以分別在客觀構成要件，因果關係，主觀構成要件，與違法性等地方去主張非幫助侵權的行為，計有(1)在客觀構成要件上主張：中性的業務行為不屬刑法上的幫助行為。(2)因果關係上主張：非法所不容許的風險，可以自賴他人不會用以為侵權行為，有自我之目的不能將結果的發生回溯至該行為而要求行為人負責。(3)主觀上可主張：因為信賴他人不會利用為侵權行為，所以沒有幫助故意，其次該行為有自我的商業目的，故沒有幫助侵權故意更不可能有幫助既遂故意。(4)最後，在違法性上可以主張：屬日常業務行為，無違法生。因而不成立犯罪。而控方訴訟上的重點，可能必需放在行為人主觀的惡意上，就所能提出的訴訟證據中，如使用情況的統計資料，善盡通知義務，對特定侵權行為人侵權行為舉發與告知等，應盡可能的讓法官形成行為人有幫助侵權故意的心證。若不幸要證是行為人有不作為幫助，則關鍵除了主觀惡意外應在因果關係與保證人義務上去突破。另外，由上述的論證，我們了解到了台灣法制上對於新興科技侵權問題處理上的障礙，民事求償上會有證據不易發現的問題，判決的速度也跟不上科技的演變，假處分又難以執行，而有嚇阻效力刑事其實並不適合處理這類的問題，因為這類的問題事實上是民事的問題，要解釋刑法去適用非常地不直接，而要件又難以該當，除非立特別法規定之，但立法是一個更困難，執行所需能量更大的一條路。

