

網路時代之新型態侵權責任

— 著作權法第 87 條第 1 項第 7 款引誘侵權責任 —

蔡蕙芳

中興大學財經法律學系副教授

潘宜伶

中興大學財經法律學系學生

摘要

立法院於 2007 年 6 月 14 日通過著作權法第 87 條第 1 項第 7 款引誘侵權責任規定來規範網路服務業者散佈電腦軟體或相關技術的行為。此為因應網路時代所發展新的侵權責任型態。本文首先分析著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定引誘侵權之要件與責任型態。其次，本文探討著作權法第 87 條第 2 項規定的性質，嘗試從「立法解釋」與「法律上事實之推定」兩個觀點來探討何種觀點最能顧及著作權人與網路服務業者兩方利益。最後，本文也將討論著作權人提起引誘侵權訴訟時，如何證明著作權法第 87 條第 2 項之事實。

關鍵字：引誘侵權責任、參與侵權責任、侵權代位責任、法律上事實推定

- 一、前言
- 二、著作權法第 87 條第 1 項第 7 款引誘侵權要件與責任型態分析
 - 〈一〉成立引誘侵權之要件
 - 〈二〉引誘侵權之責任型態
- 三、著作權法第 87 條第 2 項規定
 - 〈一〉立法解釋及其舉證責任
 - 1. 立法解釋
 - 2. 舉證責任
 - 〈二〉法律上事實推定及其舉證責任
 - 1. 法律上事實推定
 - 2. 舉證責任
 - 〈三〉小結
- 四、著作權法第 87 條第 2 項事實之證明
- 五、結論

一、前言

網路時代的來臨，著作權人之著作從展現於紙本到網際網路，使之更具傳播性及便利性而可節省成本，相對的亦因網路的特性導致非法重製及非法公開傳輸的著作權侵害日益嚴重，尤其新型態之 P2P 網路傳輸科技的產生，從美國 Napster 案、Grokster 案到我國的 Kuro 及 Ezpeer 案，網路服務業者的責任如何認定即產生極大的爭議。為解決此問題，立法院於 2007 年 6 月 14 日通過著作權法第 87 條第 1 項第 7 款規定：「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」，「視為著作權人之侵害」。此外，著作權法第 87 條第 2 項規定：「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」，「為具備著作權法第八十七條第一項第七款之意圖。」從立法內容來看，此項侵權責任型態應是參考美國聯邦最高法院在 Grokster 案所發展來解決點對點網路服務業者責任的引誘侵權責任理論 (inducement theory)。因此，我國著作權法新增的侵權責任可稱為「引誘侵權責任」。

本文首先分析著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定引誘侵權之要件與責任型態。其次，本文將探討著作權法第 87 條第 2 項規定的性質究應理解為「立法解釋」，抑或是「法律上事實之推定」，此兩種觀點對網路服務業者的責任、著作權人之權利保護及訴訟的進行所產生的差異及如何找尋兼顧著作權人與網路服務業者利益解決方式。

二、著作權法第 87 條第 1 項第 7 款侵權要件與責任型態分析

(一) 成立引誘侵權之要件

著作權法第 87 條第 1 項第 7 款規定：「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，視為著作權人之侵害」，此「著作權之侵害」應屬民事侵權責任之範疇。

本條規範對象為網路服務業者。依一般侵權行為之要件須符合民法第 184 條第 1 項前段「因故意或過失不法侵害他人之權利者」之規定，其客觀要件必須具備不法的加害行為、侵害他人之權利及致生他人損害且必須具有因果關係外，還必須具備故意或過失¹。著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之客觀要件為網路服務業者之提供行為，此行為必須是「未經著作財產權人同意或授權，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」，然不同於一般侵權要件的是，尚須網路服務業者因該提供行為而「受有利益」，且不需證明該提供行為與個人用戶之侵權行為具因果關係。

更有別於一般侵權行為的過失結果責任，基於提供電腦程式或相關技術行為

屬科技中性行為，增訂了特別的主觀侵權要件：「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」，以此「不法意圖」作為限制網路服務業者責任，使之具有責任界限，「不法意圖」的認定便為成立此侵權責任之重要判斷要素。此外，著作權法第 87 條第 2 項增訂「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。」

由前文關於引誘侵權責任要件之分析可知，單純的提供公眾傳輸或重製他人著作之電腦程式或其他技術並不會成立引誘侵權責任，必須是提供技術行為之外，還採取廣告或積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用電腦程式或其他技術來侵害著作財產權之行為，因此已大不同於一般侵權行為之要件，而稱之為「網路時代之新型態侵權責任」。

（二）引誘侵權之責任型態

依著作權法第 87 條第 1 項第 7 款及同條第 2 項規定，網路服務業者若未經著作權人同意或授權，而以廣告或其他積極措施，教唆、誘使、煽惑、說服公眾利用其提供之技術侵權，即視為著作權之侵權，本法之構成要件是「義務違反」的侵權行為結構，亦即是行為責任，並非傳統侵權的結果責任之行為人應對其所造成的侵權結果承擔損害賠償責任。侵權之歸責型態可分成故意或過失，由於本類型侵權要件內以特定「不法意圖」為前提，因此，性質上屬於故意侵權型態。

在美國侵權法上，法院用來處理網路服務業者與其用戶（會員）行為之關係是採用參與侵權責任（contributory infringement liability）與侵權代位責任（vicarious infringement liability）。參與侵權責任是指在知情下對用戶造成他人損害的直接侵權行為作出貢獻，因此，要為自己的作出貢獻行為負責，其要件在於「知情」與「實質上參與」²；侵權代位責任是基於社會生活分工合作與風險分配地位的責任，網路服務業者由於從用戶造成他人損害的直接侵權行為取得「利益」，並且能「控制」此直接侵權行為，不以對用戶侵權行為具故意或過失為前提，即應對用戶的直接侵權行為負責。此種責任型態屬於嚴格責任³。

除此之外，尚有引誘侵權責任之探究，在 Grokster 案中，美國聯邦最高法院表示，凡意圖鼓勵他人使用工具來侵害著作權而散佈工具者，必須為此產生的第三人侵權行為負責⁴。此即引誘侵權責任，用來規範網路服務業者以積極的行動來促進侵權活動之產生。此種引誘侵權要件在於「不法意圖」。與上述參與侵權責任及代位侵權責任皆屬「間接責任」類型。

觀看我國新增訂著作權法第 87 條第 1 項第 7 款及同法第 2 項，其構成要件中包括「受有利益」及特定主觀要素「不法意圖」，以及於立法理由說明中提及意圖之補充解釋是源於 Grokster 案之參考⁵，因而得知，我國關於網路服務業者乃採「侵權代位責任」及「引誘侵權責任」之混合之故意侵權型態。

三、著作權法第 87 條第 2 項規定

若欲使網路服務業者依據新修正著作權法第 87 條第 1 項第 7 款負起引誘侵權責任，除了它已經從事提供電腦程式或其他技術行為外，尚須判斷網路服務業者具有「不法意圖」，惟意圖是存在於人類思想，判斷不易，為了避免「不法意圖」之認定困難，立法者在著作權法第 87 條第 2 項為「不法意圖」作出補充規定，即「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」，「為具備著作權法第八十七條第一項第七款之意圖」⁶。本文就該條文結構、立法理由及著作權人之權利與網路服務業者之責任相權衡下，認為有兩種理解方式：第一種立場是「立法解釋」；第二種則是證據上規定，也就是「法律事實推定」的規定。分就二者之法條結構、立法目的及其舉證責任來探討對著作權人權利主張與網路服務業者責任之調和。

〈一〉立法解釋及其舉證責任

1. 立法解釋

著作權法第 87 條第 1 項第 7 款立法理由中提及「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。又意圖係行為人內心主觀之狀態，難以判斷，有必要加以補充解釋」⁷，且依著作權法第 87 條第 2 項的條文結構乃「前項第七款之行為人，採取廣告或其他措施，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」，此種條文結構屬於不完全法條中的「註解類型」⁸。

所謂註解型乃是就法條中的用語在另一條加以說明，此種說明係以立法為之，又稱為「立法解釋」。依其類型可分為「說明性法條」與「限制性法條」，就說明性法條如民法第 68 條規定「非主物之成分，常助主物之效用，而同屬一人者，『為』從物」，此乃就係對從物作說明，若符合上述三個構成要件即成立從物；而限制性法條則如民法第 2 條規定「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者『為限』」，乃是就習慣的範圍作限制⁹。然著作權法第 87 條第 2 項依其法條結構乃「…，『為』具備該款之意圖」，乃同於民法第 68 條對從物作說明之架構，即說明當行為人符合以「採取廣告或其他措施，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」的構成要件時，即具意圖，因此從文義解釋看來確實是屬於「說明性法條」¹⁰，它是種立法解釋，亦是有權解釋。

2. 舉證責任

採取「立法解釋」的立場，則在訴訟進行之舉證責任應歸屬於原告〈著作權人〉。關於舉證責任的分配依學者的通說採特別要件說，其內涵為「主張權利存在之當事人，就權利發生事實負有舉證責任。主張權利不存在之人，就權利障礙事實、權利消滅事實、或權利排除事實負有舉證責任」¹¹，著作權人乃主張其享有著作權之權利，因此必須就該法律效果之要件事實加以證明，為此原告必須

提出直接證明要件事實之主要證據、或能證明對要件事實產生推定之間接事實之間接證據，即著作權人所負本證責任，須所主張之事實之真實性達於高度之明瞭，法官認其真實時，使舉證成功¹²，而被告〈網路服務業者〉對於該事實上的推定，僅須負反證責任而動搖原告之證據或主張之事實即可，蓋其非屬著作權人之本證責任¹³。

著作權法第 87 條第 2 項規定為「採取廣告或其他措施，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」，著作權人僅須證明網路服務業者已經從事符合此要件之特定行為，即是具備著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之「不法意圖」，不須再去證明此主觀「不法意圖」之存在，蓋法律已用立法解釋將上述特定行為取代主觀意圖作為主要事實之一部，因此著作權人舉證的主要事實即是著作權法第 87 條第 2 項規定之特定行為，而被告亦僅能就此特定行為作反證，而不能提出自己不具備著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」之證明。如此一來，網路服務業者能舉反證的範圍變小，對其相當不利，網路服務業者因此承擔更高的風險，而不敢從事廣告行為或其他措施來推廣其網路服務，恐有寒蟬效應的產生。

〈二〉法律上事實推定

1. 法律上事實推定

由著作權法第 87 條第 1 項第 7 款立法理由（二）提及的「補充解釋」及其法條結構之文義解釋，確實可認為著作權法第 87 條第 2 項是「立法解釋」，惟觀看立法理由四中指出是參考 Grokster 案中最高法院判決所言：「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」，其中的「as shown」應是證據上的規定，即凡以明示的意思表示或採取其他措施促進侵權積極行動，則可認定是意圖鼓勵他人侵權¹⁴，從依另一個角度來審視著作權法第 87 條第 2 項應可理解為「推定」之規定。

所謂「推定」乃對某事之存在或不存在，因無顯明之證據，故參照周圍情事，或已知事理，以推論之者是也¹⁵，即是依通常情形因一些情事的發生往往會導致該構成要件事實，基於避免原告舉證責任困難，因此於此些情事發生時先推定具備該事實，嗣後可提反證推翻之。

「推定」可分為「事實上推定」與「法律上推定」，後者就直接有關於舉證責任者而言，尚可分為「法律上事實推定」及「法律上權利推定」。所謂事實上推定是指法官利用已經被證明之事實〈間接事實〉為基礎，以經驗法則加以推認一定事實〈待證事實〉之事，又稱為「裁判上之推定」¹⁶，即民事訴訟法第 282 條所定「法院得依已明瞭之事實，推定應證事實之真偽」；法律上事實之推定則是指就某法規所定某法律效果之要件事實 c 〈可為歸責要件、因果關係等要件事實〉，在另一法規訂立 d 事實，d 事實乃 c 事實之前提要件，當證明 d 存在，則推定 c 事實存在¹⁷，如民法第 944 條第 2 項規定「經證明前後兩時為占有者，『推

定』前後兩時之間，繼續占有」，若能舉相反事實則可推翻之；最後關於「法律上權利推定」，指法律就某權利或法律關係現在是否存在加以推認之謂，法律上權利推定並非證據之法則，蓋證據所證明之對象是事實而非權利存否¹⁸，如民法第 943 條規定「占有人於占有物上行使之權利，推定其適法有此權利」，占有人只要證明占有狀態存在，即可推定其有所有權，而不須在證明該權利要件事實存在。

本文認為著作權法第 87 條第 2 項的立法目的應是要處理如何去證明主觀要素的「不法意圖」，以某些前提事實存在時，推定具備此「不法意圖」，即當行為人具備以「採取廣告或其他措施，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」的前提事實〈間接事實〉，則可推定其具有著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」〈主要事實〉，但網路服務業者可以舉相反事實證明自己並無意圖，而推翻之，此乃與擬制所不同，因此屬於上述三種推定類型中的「法律上事實推定」。

2. 舉證責任

若採取「法律上事實推定」的立場，則會造成法定舉證責任轉換之效果，所謂「法定舉證責任轉換」乃指某一要件依舉證責任分配一般原則應由某造當事人負舉證責任，但立法者於立法時預為價值選擇〈基於誠信原則、危險領域、證據接近等原理〉而以立法明文，以「但書」之法條結構方式或明文規定「舉證責任歸屬」或以某要件事實「推定」之立法形式而將舉證責任轉換由他造當事人負之者，¹⁹而著作權法第 87 條第 2 項即是以某要件事實「推定」之立法形式而將舉證責任轉換由他造當事人負之者的類型。

因此，若有生法律上事實推定者，此時舉證責任會因法律上事實之推定而生減輕或轉換之效果，依民事訴訟法第 281 條規定「法律上推定之事實無反證者，毋庸舉證」²⁰，蓋在法律明文規定某一待證事實〈此指「不法意圖」〉為法律上事實之推定時，對造當事人必須提出證據推翻法律所推定之待證事實，否則法院當然得據該事時為判決之基礎。²¹

對於原告著作權人而言，僅須針對前提事實〈即網路服務業者採取廣告或其他措施，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〉舉證，就推定事實〈即著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」〉已轉換到網路服務業者身上，其必須就推定事實舉本證責任，即舉出其不具意圖之相反事實，或者對著作權人舉證的前提事實為反證，否則即有意圖存在。

在此必須說明的是，作為原告之著作權人不論在採取「立法解釋」或「法律上事實之推定」立場，皆必須就著作權法第 87 條第 2 項所規定的特定行為舉證，惟採「立法解釋」下，著作權法第 87 條第 2 項所規定的特定行為已成為主要事實之一部。反之，若採「法律上事實之推定」立場，著作權法第 87 條第 2 項所規定的特定行為僅是為間接事實。就其二者的差別在於，必須具備好幾個間接事實才可導出直接事實，但對間接事實的舉證而言，其對法官心證度的達成較容易，因此對著作權人的舉證責任而言，亦為減輕。除此之外，就推定事實〈即著

作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」而言，主觀意圖的舉證本屬困難，且依據與證據方法的遠近更應使網路服務業者提出證據，因此將該舉證責任轉換給網路服務業者，著作權人無須花費過多的時間、勞力、金錢來證明網路服務業者具有著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」，對其程序利益具有莫大的保障。

在採「立法解釋」下，著作權人僅須證明網路服務業者以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，法院即可直接認定其具備著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」，惟若網路服務業者要主張並無此「不法意圖」，但卻僅能就上述特定行為作出反證。反之，在採「法律上事實推定」觀點下，舉證責任轉換之效果使原本負擔舉證責任之網路服務業者為推翻法律上之事實推定，必須證明推定事實（即意圖）不存在之相反事實負提出證據之本證責任²²。

就二者看來，似乎不管採「立法解釋」或「法律上事實推定」對網路服務業者皆是不利。但在採「立法解釋」下，網路服務業者提反證的內容僅能是有無以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之行為，若無，則直接認定網路服務業者具有著作權法第 87 條第 1 項第 7 款規定之「不法意圖」。惟在採「法律上事實推定」下，網路服務業者尚可針對著作權法第 87 條第 1 項第 7 款規定之「不法意圖」作出相反事實之證據，其可抗辯的範圍變大，毋寧對網路服務業者屬有利益。

〈三〉小結

依據著作權法第 87 條第 2 項規定之文義以觀，它應是針對著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定「不法意圖」之立法解釋，但從另一個思考的觀點中發現採取法律上事實推定的立場較能兼顧著作權人與網路服務業者的利益。在採取法律上事實推定立場下，著作權人之舉證責任亦屬減輕，雖不比依立法解釋僅證明網路服務業者從事著作權法第 87 條第 2 項所規定特定行為即可認為其具備著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定之「不法意圖」有利，但法律不應僅是考量著作權人一方的權利，在科技發達的網路時代中，亦應站在網路服務業者的角度下思考，採法律上事實推定對網路服務業者而言，雖加重其主觀意圖的舉證責任，但卻使其舉證事實之範圍擴大，亦對其屬有利。著作權法應兼顧著作權人與網路服務業者的利益，因此，本文建議將來修法時可將著作權法第 87 條第 2 項修改為「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，『推定』具備該款之意圖。」

經由上述的討論，可看出著作權法第 87 條第 2 項規定所採立場不同所造成的差異性。惟舉證責任分配後，原告就前提事實即「以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」負有舉證責任，如何去證明該間接事實，將由下一個部分探討。

四、著作權法第 87 條第 2 項事實之證明

不管對著作權法第 87 條第 2 項採取「立法解釋」或「法律上事實推定」，當著作權人提起引誘侵權訴訟時，都必須舉證證明網路服務業者「以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」？但實際上如何證明？茲於下參考美國聯邦最高法院在 Grokster 案所表示見解而為進一步之說明。

首先，網路服務業者必須以廣告或其他積極措施，明確對外訴求其所提供軟體或其他技術可供侵權使用²³。以廣告或其他積極措施，包括言語與行動，而能明確表示網路服務業者意圖引誘、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。如果網路服務業者對外訴求的言語與行動所發出訊息是模糊、曖昧不明，則無法證明成立侵權行為。

以下兩則我國法院判決中之部分事實，可作為判斷是否以廣告或其他積極措施，對外明確訴求其所提供軟體或其他技術可供侵權使用之參考。ezPeer 案一審判決指出以下事實：「ezPeer 網站推出所謂之 P 點制或所謂之回饋機制，鼓勵會員下載並提供檔案上傳，可獲得網路上虛擬的 P 元或延長使用期間之利益。」²⁴就點對點系統而言，使用此系統的成員愈多，可以搜尋的檔案來源愈豐富，愈能吸引新的用戶，ezPeer 網站推出回饋機制應屬商業上行銷手段，但尚未達以積極手段明確對外訴求其所提供軟體或其他技術可供侵權使用。

如果網路服務業者運用廣告來行銷，必須檢驗所使用的語言，看是否明確對外訴求侵權使用，例如，Kuro 案一審判決指出以下事實：「Kuro 網站負責人在其網站及 Yahoo、PChome、3cc 流行音樂網等網站上，不斷刊登以『Kuro 五十萬樂迷的俱樂部，每個月只要九十九元，就能享 MP3 無限下載』、『五十萬首最新 MP3，無限下載』、『MP3 流行排行，一次抓完』、『超過百萬首國語、西洋、日韓最新 MP3、歌詞，通通抓到』、『S.H.E. 的新歌你抓了沒？』、『複雜又緩慢的下載？快上 Kuro，抓蕭亞軒、梁靜茹、阿杜、5566、五月天等哈燒流行轉輯』。」²⁵從 Kuro 網站對外做出廣告內容來看，有些廣告詞內訴求流行歌曲的下載，流行歌曲幾乎是未授權的歌曲，應可判斷 Kuro 網站已經明確對外訴求其所提供軟體或其他技術可供侵權使用。

此外，在判斷網路服務業者提供軟體或技術是否意圖引誘侵權，必須先確定以下事實：網路服務業者知道或應該知道自己所提供軟體或其他技術將會或已經被使用來侵害著作權而仍提供此類軟體或其他技術。雖然網路服務業者本身沒有直接從事侵害著作權行為，但他卻是出於供公眾透過網路侵害著作權之意圖而提供軟體或其他技術。此種侵權行為的不法內涵在意圖造成軟體或技術的侵權使用。因此，在解釋上，成立此種侵權行為的前提是，網路服務業者知道或應該知道自己所提供軟體或其他技術將會或已經被使用來侵害著作權而仍提供此類軟體或技術。

再者，美國聯邦最高法院在 *Grokster* 案表示，如果沒有積極舉動來表示意圖引誘侵權，網路服務業者僅是提供附隨服務或現有產品或服務技術升級與改進是不足證明網路服務業者意圖引誘侵權²⁶。據此以論，網路服務業者提供附隨服務，例如，教導用戶如何使用軟體來下載檔案，或提升軟體或技術的層級是不足以證明意圖教唆、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。

其又認為如果沒有積極舉動來表示意圖引誘侵權，網路服務業者單純未改變程式或軟體設計以減少侵權，以及從侵權行為中得到利益，並不足以推論網路服務業者意圖引誘侵權²⁷。據此以論，單純未改變程式或軟體設計以減少侵權只能作為輔助證據來證明網路服務業者的廣告或行銷言語或行動意圖引誘、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。不可否認，藉由廣告引誘使大眾使用其服務的主要目的是獲利，例如，收會費與廣告收益，但獲利本身不能直接作為意圖引誘侵權之證明。

五、結論

經過前文分析可知，著作權法第 87 條第 2 項規定「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」，為具備著作權法第 87 條第 1 項第 7 款「不法意圖」之規定，不管採「立法解釋」觀點或「法律上事實推定」觀點對網路服務業者皆是不利，但就網路服務業者而言，在「立法解釋」觀點下，提反證的內容僅能是有無以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的客觀要件，若無，則直接認定有成立著作權法第 87 條第 1 項第 7 款引誘侵權責任所必須的「不法意圖」。惟依「法律上事實推定」觀點，網路服務業者尚可針對著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之「不法意圖」作出相反事實之證據，其可抗辯的範圍變大，毋寧對網路服務業較為利。

此次著作權法修正在著作權法第 87 條第 1 項第 7 款增設網路服務業者新的責任型態，配合著作權法第 87 條第 2 項規定，確實已經為網路服務業者的提供網路服務行為設立了比較明確的界限。當網路服務業者所研發、設計與對外所提供的軟體或技術特徵是可供點對點搜尋、重製或公開傳輸檔案，應該知道可能被使用來侵權。但僅是提供可能會被用來公眾傳輸或重製他人著作之電腦程式或其他技術而仍提供並不會成立引誘侵權責任。要成立引誘侵權責任，必須是提供電腦程式或其他技術行為之外，還採取廣告或其他積極措施等進一步行為，例如，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行為。

¹王澤鑑，請求權基礎理論體系，台北：三民書局，民國 94 年。

²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，第 1 卷第 2 期，2004，302 頁。

³ 同上，頁 302-303。

⁴ Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764, 2770(2005).

⁵ 著作權法第 87 條第 1 項第 7 款立法理由說明四表示「本條是參考美國最高法院 Grokster 案判決：」…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.」由此可知乃採取引誘侵權責任中的主觀「意圖」。

⁶ 著作權法第 87 條第 1 項第 7 款立法理由(二)表示：「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。又意圖係行為人內心主觀之狀態，難以判斷，有必要加以補充解釋，故規定如行為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，即為具備『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。」

⁷ 同上。

⁸ 鄭玉波，法諺(一)，三民書局，民國 73 年。

⁹ 同上。

¹⁰ 此種不完全法條會與另一被備註的法條相互配合，即著作權法第 87 條第 1 項第 7 款與同法第 2 項是須相互運用的。

¹¹ 駱永家，民事研究法 I，頁 52，三民書局，民國 79 年。

¹² 同上，頁 54。

¹³ 反證動搖原告之證據或主張之事實之方法有二：一是對直接證據提出使法官無法確信之直接反證，如訴訟標的是借貸金錢請求權，主要證據是借貸契約，被告可直接提出為無償贈與之證據；對於原告提出之間接證據證明其不存在即可。反證者，不負舉證責任之當事人為否認對造負有舉證責任之事實而提出之證據也。

¹⁴ 125 S. Ct. at 2770.

¹⁵ 鄭玉波，同註 8。

¹⁶ 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(中)，頁 478，三民書局，民國 95 年 5 月。

¹⁷ 邱聯恭，口述民事訴訟法講義(三)，台大法學福利社，民國 94 年。

¹⁸ 陳榮宗、林慶苗，同註 16，頁 480。

¹⁹ 姜世民，民事證據法實例研習(二)暨判決評釋之舉證責任轉換之種類，新學林出版社，民國 95 年 11 月。

²⁰ 陳榮宗老師認為法條以反證稱之，恐係指相反之證據之意，非指 Rosenberg 在學理上所謂之反證。

²¹ 陳榮宗、林慶苗，同註 16，頁 480。

²² 駱永家，民事研究法 I，頁 57，三民書局，民國 79 年。

²³ 125 S. Ct. at 2770.

²⁴ 參臺灣士林地方法院 92 年度訴字第 728 號刑事判決。

²⁵ 參臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 2146 號刑事判決。

²⁶ 125 S. Ct. 2764, at 2780.

²⁷ Id.