

# P2P網站經營者在刑法共犯及民事共同侵權行為之構成要件差異分析

蔡蕙芳

中興大學財經法律學系副教授

# 報告大綱

- ❖ P2P網站經營者與網站使用者的關係
- ❖ 複數著作權侵權行為人責任類型之概述-我國法
- ❖ 著作權侵權複數行為人責任類型之概述-美國法
- ❖ 共同侵權責任之類型與要件分析
- ❖ 共犯責任（廣義）之類型與要件分析
- ❖ **Kuro**案中共同正犯判決要旨之分析與檢討

# P2P網站經營者與網站使用者的關係

- ❖ 網站使用者使用P2P網站所提供的系統與他人交換享有著作權之檔案（主要為音樂檔案），應以何種責任型態論處此數個行為人？
- ❖ 例：ezPeer網站提供ezPeer軟體，供使用者交換MP3檔案，並收取一定對價（士林地方法院92年度728號）。
- ❖ 例：Kuro網站提供Kuro軟體，供不特定之使用者交換MP3檔案，並收取一定對價（台北地方法院 92年度2146號）。

# 著作權侵權複數行為人責任類型之概述-我國法

## (一) 共同侵權責任

共同侵權責任（著作權法第**88**條第**1**項、民法第**185**條）。

## (二) 共犯之刑事責任

1. 共同正犯責任（著作權法第**91**條以下、刑法第**28**條）

2. 正犯與教唆犯或幫助犯之共犯責任（著作權法第**91**條以下、刑法第**29**條、第**30**條）

# 著作權侵權複數行為人責任類型之概述-美國法

## (一) 侵權責任

1. 直接侵權 ( **direct liability** ) 與參與侵權責任 ( **contributory liability** )
2. 直接侵權 ( **direct liability** ) 與侵權代位責任 ( **vicarious liability** )

## (二) 刑事責任

1. 共謀犯罪責任 ( **conspiracy liability** )
2. 正犯與共犯責任 ( **complicity liability** )

# 著作權法第88條第1項、民法第185條

- ❖ 著作權法第88條第1項：「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。」
- ❖ 民法第185條第1項：「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。」。
- ❖ 同條第2項：「造意人及幫助人，視為共同行為人。」

# 共同侵權責任之類型

## 一、狹義的共同侵權行為

1. 主觀（意思聯絡）共同加害行為（民法第185條第1項前段）。
2. 客觀行為關連共同加害行為（民法第185條第1項前段）。

## 二、共同危險行為：不知誰為加害人之準共同侵權行為（民法第185條第1項後段）。

## 三、主行為人與造意人或幫助人的共同侵權行為（民法第185條第2項）。

# 共同侵權責任要件（一）

複數行為人之責任類型與要件	客觀不法構成要件	主觀不法構成要件	責任的說明
主觀（意思聯絡）共同加害行為	基於共同加害之意思聯絡，在加害行為上互相利用、彼此支持的行為分擔	故意，亦即，數行為人對加害行為具備故意之意思聯絡。	就所發生損害，全部侵權人負連帶責任。
客觀行為關連共同加害行為	數行為之實行在同一損害上造成 <u>數個同時存在的因果關係</u> （共同原因）	數個獨立行為人之個別故意（不具備意思聯絡）或個別過失。	損害不可分，全部侵權人負連帶責任。若損害可分，不負連帶損害賠償責任。
共同危險行為	數行為之實行在同一損害上只造成 <u>一個因果關係</u> （非共同原因）	數個獨立行為人之個別故意（不具備意思聯絡）或個別過失。	擇一的因果關係：兩個原因中只能有一個。就所發生損害，全部侵權人負連帶責任。

# 共同侵權責任要件（二）

複數行為人之責任類型與要件	客觀不法構成要件	主觀不法構成要件（參考刑法與美國法上參與侵權責任之要件）	責任的說明
造意人→主行為人	1.主行為人已為侵權行為。2.促使主行為人使生為侵權行為決意之教唆行為。	1. 雙重教唆故意：引起主行為人決意侵權之故意、教唆侵權行為實行既遂之故意。2. 過失教唆？	對主行為人造成的損害，主行為人與造意人負連帶損害賠償責任。
幫助人→主行為人	1.主行為人已為侵權行為。2.提供足使主行為人易於為侵權行為之助力。	1.雙重幫助故意：幫助主行為人故意、幫助侵權行為實行既遂之故意。2. 過失幫助？	對主行為人所造成損害，主行為人與幫助人負連帶損害賠償責任。

# 檔案交換服務業者與使用者成立的共同侵權責任型態的探討

## 一、可能成立的共同侵權責任型態

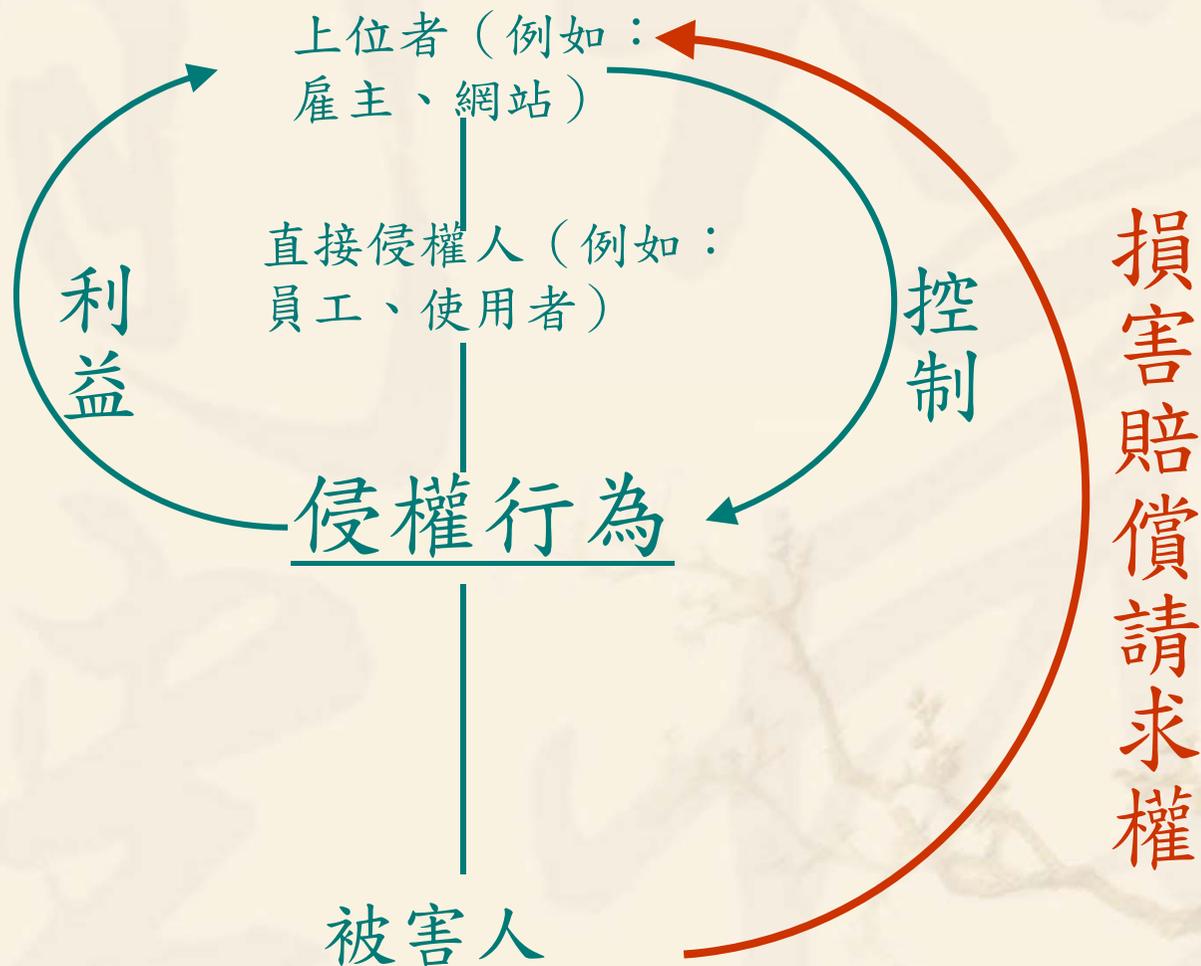
1.主觀（意思聯絡）共同加害行為。2.客觀行為  
關連共同加害行為。3.造意人與幫助人的共同侵權  
行為。其中又以2.最容易證明（只要有同時存在的  
因果關係即可）。

## 二、較不可能成立的共同侵權責任型態

共同危險行為：因為軟體提供與複製行為在著作權受  
損害上均成立因果關係，並非屬於不能確定因果關  
係之擇一因果關係類型。

三、討論問題：侵權代位責任（vicarious liability）  
成立的可能性。可類推適用民法第188條？

# 美國法上之侵權代位責任



# 著作權法第91條以下、刑法第28條、 刑法第29條、第30條

- ❖ 著作權法第91條第1項：「擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。」
- ❖ 刑法第28條：「二人以上共同實行犯罪之行為者，皆為正犯。」
- ❖ 刑法第29條第1項：「教唆他人使之實行犯罪行為者，為教唆犯。」
- ❖ 第30條第1項前段：「幫助他人實行犯罪行為者，為幫助犯。」

# 檔案交換服務業者之正犯責任

- ❖ 二十五年上二二五三號判例：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。」

依據目前學說上通說之犯罪支配理論，應該是主客觀折衷。以自己犯罪意思而支配整個犯罪過程（不一定要親自實行構成要件行為）。支配犯罪過程又可分成間接正犯與共同正犯。檔案交換服務業者雖然沒有從事積極的重製行，但要論以擅自重製罪之正犯，第一個可能性是論以不作為之正犯。另一個可能的途徑是經由共同正犯而成立正犯，或者自己作為間接正犯。

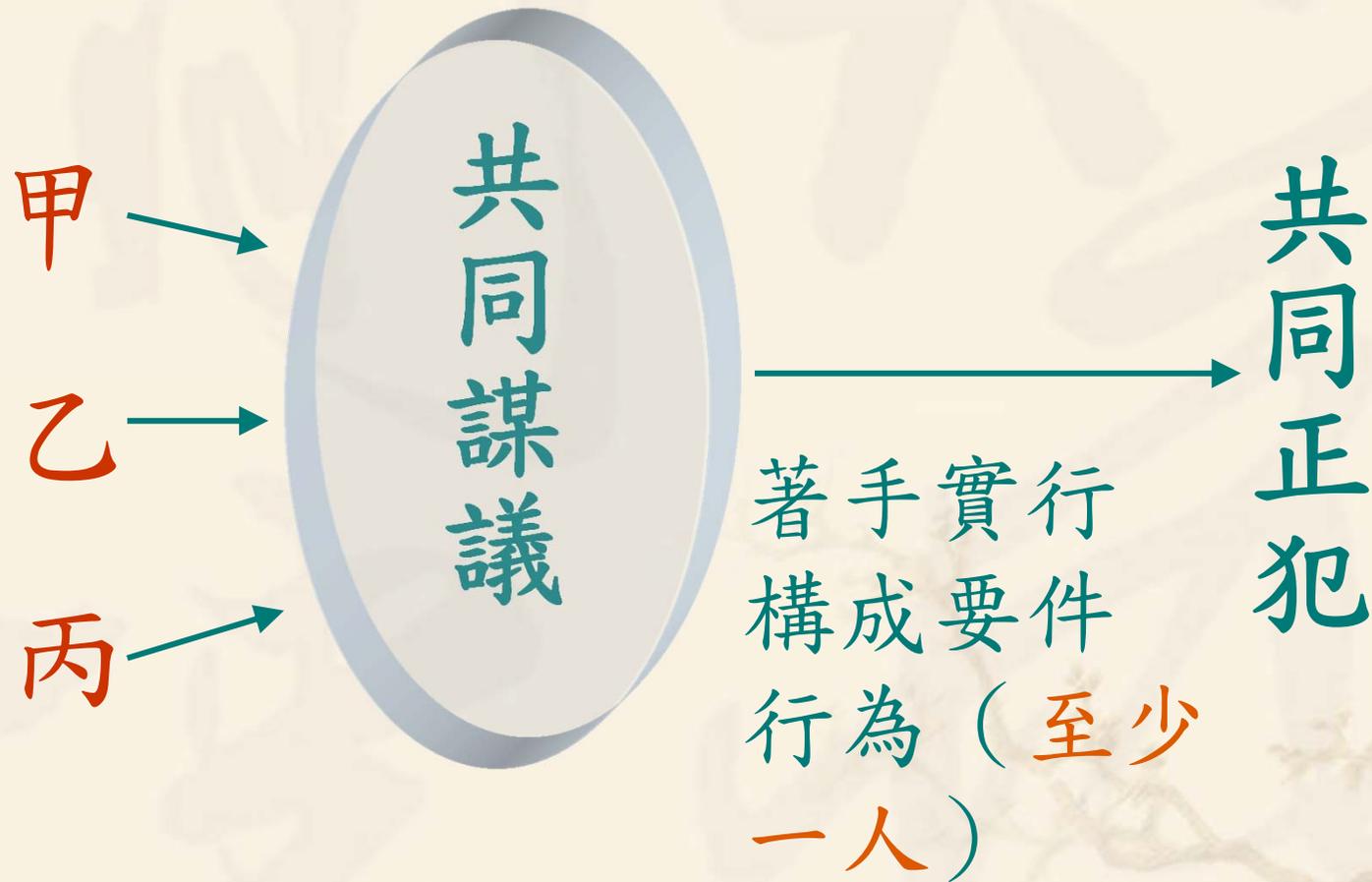
# 共同正犯責任之要件

複數行為人之責任類型與要件	客觀不法構成要件	主觀不法構成要件	責任之說明
共同正犯	<ol style="list-style-type: none"><li>1.兩人以上間達成協議去犯罪。</li><li>2.行為分擔：相互分工與利用，至少要有一人實行構成要件行為。</li></ol>	<ol style="list-style-type: none"><li>1.自己犯罪的意思。</li><li>2.犯意聯絡：相互同意將共同謀議付諸實現。</li></ol>	對所有共同正犯的行為結果負全部責任。

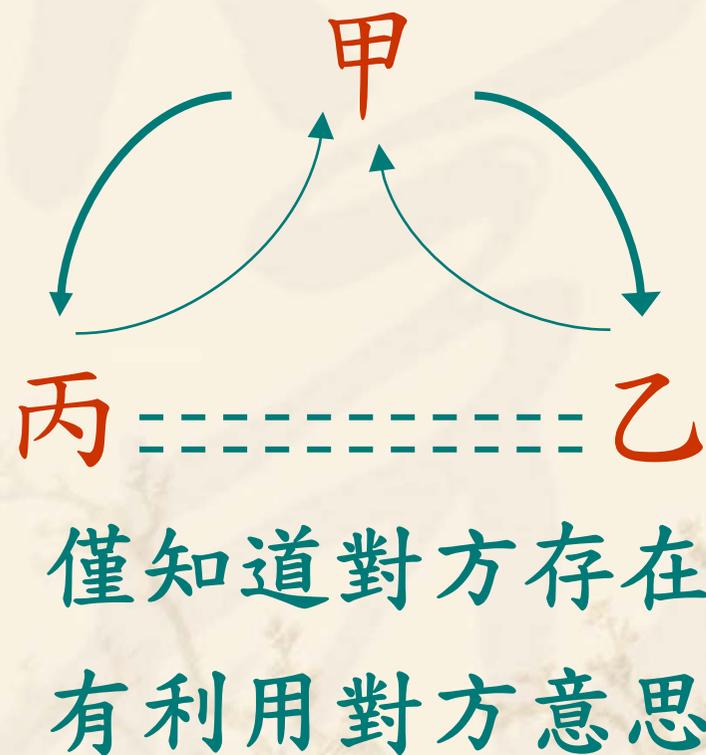
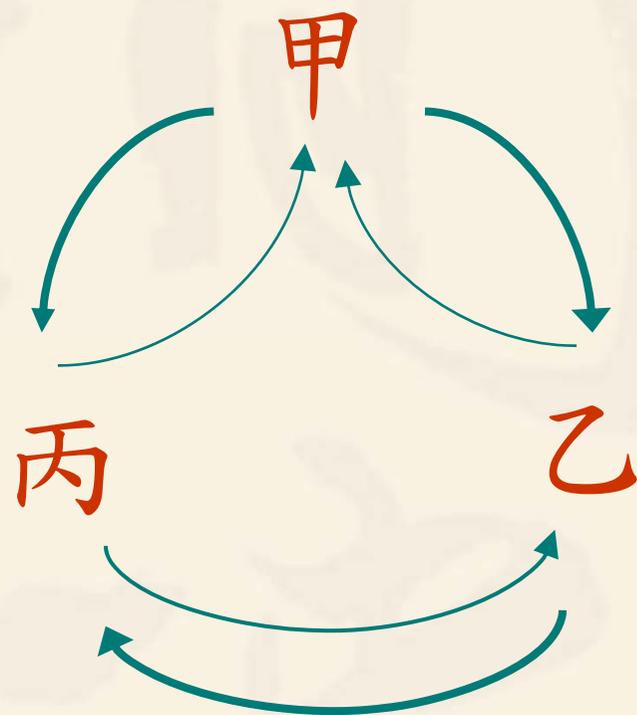
# 共同正犯組成型態

類型：以共同謀議犯擅自重製罪為例	參與共同謀議（出於自己犯罪意思而共同決意犯罪）之人	構成要件行為（重製）	實施非構成要件行為（例：提供軟體、提供檔名索引服務、提供檔案）	共同正犯責任
全部共同謀議者均實行構成要件行為	甲乙丙	甲（30%） 乙（30%） 丙（40%）		甲乙丙均論以正犯，負正犯責任。
僅部分共同謀議者實行構成要件行為	甲乙丙	甲（50%） 乙（50%）	丙	丙以自己共同犯罪之意思，參與犯罪構成要件以外之行為，仍負共同正犯責任（釋字109號）。
僅一個共同謀議者實行構成要件行為	甲乙丙	丙（100%）		甲乙丙以自己共同犯罪之意思，事前同謀，而由其中一部分人丙實行犯罪之行為者，甲乙為同謀共同正犯，負共同正犯責任（釋字109號）

# 共同正犯之成立



# 共同正犯之犯意聯絡（共同謀議）



# 檔案交換服務業者之共犯（狹義共犯） 責任

- ❖ 兩種可能性
- ❖ 一、檔案交換服務業者「教唆」使用者故意實行擅自重製之違法行為，檔案交換服務業者論以擅自重製罪之教唆犯。
- ❖ 二、檔案交換服務業者「幫助」使用者故意實行擅自重製之違法行為，檔案交換服務業者論以擅自重製罪之幫助犯。

# 刑法上共犯責任（狹義）之要件

複數行為人之責任 類型與要件	客觀不法構成要件	主觀不法構成要件	責任說明
教唆犯→正犯	<p><b>1.正犯行為：</b>正犯已實行故意的違法行為。</p> <p><b>2.教唆行為：</b>促使或招致正犯為犯罪決意之行為。</p>	<p><b>雙重教唆故意：</b>1. 對自己的行為促使正犯為犯罪決意之故意。 2. 對正犯實行犯罪既遂之故意。</p>	<p>教唆犯之處罰，依其所教唆之罪處罰之。超出教唆故意範圍，教唆犯不負責。</p>
幫助犯→正犯	<p><b>1.正犯行為：</b>正犯已實行故意的違法行為。</p> <p><b>2.幫助行為：</b>使正犯易於實行故意的違法行為之行為。</p>	<p><b>雙重幫助故意：</b>1. 對自己的行為幫助正犯實行犯罪之故意。 2. 對幫助正犯實行犯罪既遂之故意。</p>	<p>幫助犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。</p>

# 正犯與教唆犯、正犯與幫助犯



# 共同侵權責任與刑事共犯責任要件之比較

- 一、主觀（意思聯絡）共同加害行為之責任要件與共同正犯之要件相當。
- 二、客觀行為關連共同加害行為之責任要件相當於同時犯（數個故意單獨正犯或數個過失單獨正犯）。
- 三、共同危險行為責任在刑法上以罪疑惟輕之有利於行為人原則解決。在故意情形，由於結果不歸責於行為人，只論以未遂。在過失情形，由於結果不歸責於行為人，不成立犯罪。
- 四、造意人與幫助人之共同侵權行為之責任要件與正犯與教唆犯或幫助犯相當。但注意過失教唆或過失幫助的問題（民法第184條為過失責任）。

# Kuro案中共同正犯判決要旨（一）

- ❖ 「在會員尚未選擇執行下載之功能實際下載檔案時，亦即未發生檔案被重製之實害結果前，被告陳壽騰、陳國華、陳國雄單純提供軟體及平台服務之行為固無從成立重製罪之單獨正犯，惟如會員實際從事下載行為時，因被告陳壽騰、陳國華、陳國雄所提供檔案交換平台服務，即 kuro 軟體、驗證主機、網頁主機、檔名索引伺服器等，乃係一整體之服務，會員如不連上其主機通過驗證，則無法單憑 kuro 軟體搜尋交換檔案，且其設置之 kuro 檔名索引伺服器會為會員建立檔案之集中目錄，- - -，被告陳壽騰、陳國華、陳國雄提供上開軟體及服務予會員，對於會員發生違法下載行為此一結果，不僅有因果關係，且係以作為之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。」

## Kuro案中共同正犯判決要旨（二）

- ❖ 「從而，當被告陳壽騰、陳國華、陳國雄同意使用者加入會員，容許會員連線登入使用其所提供之自動運作之機制任意下載有著作權之檔案時，即可謂係其與會員間犯意聯絡形成之時點，至於會員何時實際使用其提供之軟體違法下載重製檔案，下載之檔案內容及數量為何，因均在其所容許之範圍內，不違反其讓會員得隨時無限下載之本意，並非其所關切，自不影響其與會員間有共同重製犯意之成立。」

## Kuro案中共同正犯判決要旨（三）

- ❖ 「被告陳壽騰、陳國華、陳國雄既明知其提供之上開軟體及平台服務可供會員作為違法下載之工具，且一般消費者不可能事先各別向著作權人取得合法重製之權利，惟其為招攬大量會員加入，賺取會費，竟在其網站及 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，就能享受 MP3 無限下載」---，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及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。」

## Kuro案中共同正犯判決要旨（四）

- ❖ 「是以被告陳壽騰、陳國華、陳國雄如無意以該軟體供會員違法重製，參酌上開二人之證詞，至少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、有意願地交互作用下，有共同重製之決意或犯意聯絡。」

## Kuro案中共同正犯判決要旨（五）

- ❖ 「是就本案被告陳佳惠之違法下載行為而言，被告陳壽騰、陳國華、陳國雄既可預見身為其會員之被告陳佳惠可能會利用其提供之 kuro 軟體及服務違法下載重製他人享有著作權之檔案，惟仍不違背其本意，提供該軟體供陳佳惠使用，容許陳佳惠可利用該軟體及服務違法下載，且陳佳惠使用該軟體及服務下載檔案時，主觀上亦認為其係與被告飛行網公司相互分工，始能完成，而客觀上亦係由該公司與陳佳惠共同完成整個搜尋及下載重製之行為，則被告陳壽騰、陳國華、陳國雄與陳佳惠間顯然具有犯意聯絡及行為分擔，核屬共同正犯。」

# Kuro案中共同正犯判決要旨之分析與 檢討（一）

- 一、按，共同正犯的成立必須先證明有數人間有共同謀議犯罪行為，之後才是檢驗是否已將共同謀議付諸實行。**Kuro**法院的論證次序正好相反，似乎先論網站與使用者有行為分擔，才論犯意聯絡。此外，本案法院所提出證明犯意聯絡的證據不夠充分。
- 二、檔案交換服務業者是否已與使用者共同謀議犯擅自重製罪？**Kuro**法院認為用戶登入進行身份驗證與下載檔案時即與業者成立共同犯罪的犯意聯絡，亦即，每一個登入與下載檔案之人就是有侵權的犯罪故意。這是違反無罪推定原則。事實上，必須嚴格區分以下兩種情況：**交換檔案的故意，還是侵權的故意**。我們可以說，登入與下載者都是要來交換檔案，但尚不以說每一個造訪網站與下載檔案的人都是有意侵權。

# Kuro案中共同正犯判決要旨之分析與 檢討（二）

三、本案法院以業者不斷刊登廣告（如，「五十萬首最新 MP3，無限下載」、「MP3 流行排行，一次抓完」、「S.H.E.的新歌你抓了沒？」等）與技術上有能力過濾檔案，卻放任下載來作為輔助證據來證明與會員間有共同重製之犯意聯絡。但本文認為**僅提供服務本身並不具備為自己利益而犯罪之自己犯罪意思**，無從認定有與使用者共同謀議犯罪。

四、與LaMacchia案之比較。麻省理工學院的學生，可能出於所謂駭客倫理之軟體應自由分享，使用學校電腦硬碟之空間，架設電子布告欄，鼓勵大家將商業電腦程式與遊戲軟體上傳。在此案中，**LaMacchia**號召大家一起實現自由分享軟體的理想，此足以認定每個上傳軟體的行為人有意加入成為此團體，而擁有共同目標。但一般商業網站不具備此種特質。

# Kuro案中共同正犯判決要旨之分析與 檢討（三）

五、任何一項科技發明後（如，印刷術、影印機、錄影機），都可能被使用來侵權，基於科技中立原則，縱使客觀上已創造出可能教唆或幫助他人犯罪的風險，主觀上對此亦應有預見，只要是在法容許的風險內，即不可將使用者所造成的結果歸責於科技創造者或提供者，而令之承擔**教唆犯或幫助犯**之罪責。

比較：提供毒品與提供槍械之案例。

# Kuro案中共同正犯判決要旨之分析與 檢討（四）

- ❖ 六、刑法上法所容許之風險必須整體考量（先重新定義著作權侵權與犯罪之內涵，才能思考風險問題）。又，以諸如「MP3 流行排行，一次抓完」或「S.H.E.的新歌你抓了沒？」等類似內容之廣告宣傳，即使已屬於法不容許的風險，但也難證明每一個登入與下載者是因為這些廣告始決意進行重製行為。又僅重製故意，也不能代表侵權故意。