

著作權侵權 與其刑事責任

刑法保護之迷思與反思

蔡蕙芳



新學林

著作權侵權與其刑事責任—
刑法保護之迷思與反思

蔡蕙芳 著

新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

著作權侵權與其刑事責任／蔡蕙芳著．-- 一版
．-- 臺北市：新學林，2008. 02
面；公分

ISBN 978 - 986 - 6729 - 16 - 4 (平裝)

1. 著作權法 2. 侵權行為 3. 刑法 4. 論述
分析

588.34

97000607

著作權侵權與其刑事責任—刑法保護之迷思與反思

作 者：蔡蕙芳

出版者：新學林出版股份有限公司

地 址：台北市大安區和平東路2段339號9樓

電 話：(02) 27001808

傳 真：(02) 27059080

網 址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 總編輯：田金益

責任編輯：林靜妙 版權部：林靜妙

製程管理：浩瀚

出版日期：2008年2月 一版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元每本加收郵資50元

定 價：630 元

ISBN 978 - 986 - 6729 - 16 - 4

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市大安區和平東路2段339號9樓

團購專線：(02) 27001808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：gotobuy@sharing.com.tw

序 言

科技發展使得著作權法在最近百年來遭遇到了重大挑戰。在面對此全新挑戰時，社會似乎普遍存在著刑法保護的迷思。經常可見的論述是損害賠償不足以嚇阻著作權侵權行為，威力強大的刑罰是必要的選擇。這些觀點值得進一步省思。儘管世界各國著作權法內大多都已有刑罰規定，但執行上卻產生了不少疑慮。只從字面觀察，諸如，擅自重製罪、擅自公開傳輸罪等著作權法內之犯罪構成要件之規定比較起其他法領域之規定，顯得較簡單、明確而容易滿足，讓人有了直覺上的親近性，而忽略了刑法嚴酷的本質。不能否認的，比較容易被證明犯罪成立要件的對象就可能成為執法對象。但這些對象是否就是最應該接受制裁，或最具犯罪預防效果的對象，頗值得懷疑。這也不禁讓人感到憂心，是否原先要解決的問題仍未解決，反而產生新的問題？

著作權法與刑法本是差異性頗大，各自獨立發展的兩個法領域。著作權法幾乎關係著每個人日常生活之資訊與休閒活動，但刑法似乎只會與隱身在黑暗角落之重大惡極之徒有所關連。當刑法要介入人民日常生活時，從社會所需與得社會認可的觀點來思考相關問題，尤為重要。如果著作權侵權行為所造成的有害結果並非是不能以損害賠償救濟途徑來彌補的傷害，在損害賠償制度還沒有被證明無效前，以刑罰來執行著作權保護政策似乎欠缺必要性。況且，市場機制或損害賠償等救濟途徑無效時，也不必然可以動用刑罰。刑罰之執行幾乎無可避免

II 著作權侵權與其刑事責任

伴隨太多幾近毀滅性傷害與基礎價值的扭曲，社會注定要犧牲一些值得珍惜的價值與利益。因此，除非已是社會共識下之公益侵害性極其顯著，非處以刑罰不可的重大惡行，而且動用刑罰確實為社會帶來較多利，才能說服大眾去接受刑罰可能伴隨的惡。缺乏前述刑事立法正當性的法律不易為人民信任與接納，也難以期待人民從內心主動產生守法的自我要求。在從事此類被立法者譴責的行為時不但不會感到良心不安，也不會受到社會或同儕的憎惡與責難。即使受到刑罰威脅，也無法產生足夠強烈的壓制動機，只會想盡各種辦法避免被處罰。此時，似乎只能仰賴願意以說服為優先價值的執法者來解決立法者所造成的問題。

本書匯集了過去幾年間所發表過關於著作權侵權行為之刑事責任之一系列論文。著作權法內存在許多與著作權侵權行為相關的犯罪構成要件，本書主要的工作即是將刑法理論運用於這些犯罪構成要件。這也正是刑法第一一條所規定：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」之要求。除了體系性之學理探討外，本書也將實務發展納入研究範圍。在著作權侵權刑事案件方面，主要是以士林與台北地方法院關於 ezPeer 與 Kuro 案第一審判決內所表示的意見為研究對象。本書所收錄的有些論文發表時間較早，因此在最近補了最新資料。有些論文發表時遺漏了一些參考文獻，也利用這個機會補充。至於原先論文在發表時存在文字上與概念上錯誤問題，也試圖在出版此書時，一併修正。此外，為了本書的完整性，也稍微修改當初發表的論文題目。或許，將刑法上已經發展完備的基本理論運用於著作權侵權問題之討論過程並無任何創見之展現，但踐行這

個看似平淡與沈悶的過程可以讓我們觀察謹慎保守、結構穩定的刑法是否能在這個千變萬化的社會中順利運作與發揮功能。當然，作為一個以刑法為主要研究與教學領域的我來說，也期許自己可以提供一些從刑法看著作權法的觀點，增進本屬獨立發展的兩個法領域間之雙向交流。

在準備本書出版之時，獲知林山田教授過世的消息。幾乎所有刑法學習者都受到林老師著作之啟蒙。我更幸運而能在台大法研究所受到他的嚴格教導。在此向林老師獻上誠摯的敬意與表達無限的懷念。在刑法研究上，應特別感謝我的博士論文指導老師黃榮堅教授。從他那裡我學習了思考問題的方法與勇於探索新領域的精神。結合著作權法與刑法兩方面研究的構想是就讀台大法研究所時選修蔡明誠教授智慧財產權法專題研究時所受到之啟發。另外，在研究著作權法問題之初，交大科技法律研究所劉尚志教授與羅明通律師的鼓勵是推動我前進的力量。在此，對他們和煦勉人的精神致上最深謝意。我也要特別藉此機會感謝許多我所不認識的學者與實務人士。他們在論文與判決中對相關問題貢獻的智慧，讓我有思考的起點與依靠的觀點，而得以順利完成本書之寫作。中興大學提供了我溫暖的研究與教學環境，讓我擁有發揮所長與貢獻社會的人生舞台。逢甲大學提供我渴望已久的第一份教職，將我帶回到祖父母的故鄉，我的人生因此有了新的起點。此外，在科技法律問題研究上我得益於交通大學科技法律研究所之教學與研究資源甚多。在此一併致上衷心的感謝。

關於本書出版，相當感謝新學林出版公司田金益總編輯、林靜妙主編以及其他工作人員之支持與協助。在此亦對中興大學科法所傅俊中同學，以及中興大學財經法律學系許戎豪、潘

IV 著作權侵權與其刑事責任

宜伶、蔡宜均、韓志璵、徐維佑等同學在蒐集研究資料、提供修改意見、校稿與封面設計方面之幫助表示謝意。

在求學與任教這一路上，受到許多人的關懷與照顧。有些朋友在我遭遇挫折幾乎失去自信之時以智慧與耐心安頓我焦慮與不安的情緒，並與我分享生活中的感動與人生的夢想。無法在此一一表達謝意。以謙卑之心持續努力應該就是感謝大家的最好方法吧。父母勤奮的工作態度與堅忍不拔的精神自小即深深烙印在我的心裡。因此，我也要感激我的父母給我的教誨與毫無保留的支持。

儘管試圖讓各論文在相關問題點之分析上呈現完整觀點與推理過程，並在不同問題或事實的連接點或轉折點交代清楚，但受限於個人能力，只能呈現部分觀點、問題與事實的面貌。不可避免，本書中之一些內容會有些模糊、不確定、不一致與不完整，甚至是錯的，希望讀者見諒並予以指正，以便在未來予以修正。

蔡 蕙 芳

20080115

導 讀

本書主要討論的主題是著作權侵權行為之刑事責任。著作權侵權行為所以會產生刑事責任是因為立法者將某些型態的著作權侵權行為賦予刑罰效果，這些著作權侵權行為因此成為犯罪。被指控從事此類著作權侵權行為之人也成了犯罪人。因此，深入瞭解相關問題的始點應自著作權法內之犯罪構成要件開始。〈著作權法第九一條擅自重製罪之刑法架構分析〉一文主要的討論對象是著作權法內最基本的擅自重製罪之構成要件。希望此研究之初步成果可以作為理解著作權法內諸如擅自公開傳輸罪等其他刑罰規定的參考。著作權法第九一條擅自重製罪雖然不是刑法分則各條所規定之犯罪構成要件，但仍應適用刑法總則上各規定。實務上在處理涉及著作權侵權行為之刑事案件時，除了對合理使用是阻卻構成要件該當性之事由，還是阻卻違法事由之問題有較多討論之外，似乎還沒有對其他刑法總則上的議題有較多的關注。本文討論主要是以德國著作權法與刑法上相關文獻為討論基礎，分析本罪構成要件之內涵與討論傳統刑法總則各規定適用於本罪所衍生的問題。

網際網路的出現把著作權的保護問題帶到另一個層面。傳統著作權法以營利性商業使用者為處罰對象，個人所為重製等使用著作行為向來被認為不受著作權法所規範，但隨著數位時代來到，科技發展使得個人擁有侵害著作權能力，即使並不以營利為目的，也逐漸被認為可能侵害著作權。Kuro 案第一審判決即對非營利之個人使用者論以擅自重製罪。基於此背景，

VIII 著作權侵權與其刑事責任

〈數位時代個人使用之刑罰問題—兼評台北地方法院九二年度訴字第2146號判決（Kuro 案第一審判決）〉一文即在探討著作權法應如何規範數位時代下個人使用問題，並從此延伸討論以刑罰威脅個人使用並不適當。

在研究著作權侵權行為之刑事責任方面，美國著作權法上之刑罰規定是可供參考的重要文獻。〈美國著作權法上刑事著作權侵權之研究〉一文著重對美國著作權侵權行為之刑事立法進行歷史回顧與現況概述。同時亦介紹美國著作權侵權之要件，以及應受刑罰之刑事著作權侵權行為之要件。對美國刑事著作權侵權之立法與實務進行評論可能是目前力有未逮的工作，期待未來有延續性的研究進展。

在著作權保護上，網路服務業者佔有重要地位。由於個別使用者行為難以追究，大多數訴訟均以網路服務業者為起訴對象。〈用戶著作權侵權之網路服務業者責任〉一文即在介紹美國著作權法上關於網路服務業者之著作權侵權責任的討論。內容包括，間接侵權責任之參與侵權責任、侵權代位責任與數位千禧年法。本文發表時間較早，為使得內容更加完整，又補進了美國較近期發展的 Napster 與 Grokster 案例。至於網路服務業者之著作權侵權刑事責任，本文則從我國刑法觀點，並參酌德國刑法上討論而以較為簡要方式概略討論網路服務業者可能必須承擔的正犯或共犯刑事責任。本文也對侵權責任與刑事責任進行了對照性研究。本文主張刑事責任應以侵權責任之成立為前提，並以侵權責任作為刑事責任的預警系統。本文也建議我國應制定類似美國數位千禧年著作權法網路服務業者限制責任之立法。

對網路服務業者之商業活動進行限制，不僅會影響業者的

營業活動，還牽涉網路使用者的利益。而在各類型網路服務業者中，與使用者關係最密切的無非是提供點對點（P2P）相關服務的網路服務業者。〈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〉一文即依據我國現行刑法上共同正犯之要件來討論網路服務業者中之 P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯的可能性。對判決不成立共同正犯之 ezPeer 案第一審判決與判決成立共同正犯之 Kuro 案之第一審判決內容亦有分析與檢討。在檢討過 P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯的可能性之後，接下來討論的是 P2P 網站經營者之作為幫助犯責任。〈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〉一文首先介紹 ezPeer 案第一審判決所引用之德國刑法上中性業務行為理論。之後將此理論適用於 P2P 網站經營者幫助犯罪責之討論。

緊跟在 ezPeer 與 Kuro 兩則地方法院判決之後，立法院也開始著手著作權法的修正。二〇〇七年七月十一日修正公布著作權法第九三條第四款引誘侵權罪即是試圖以美國聯邦最高法院在 Grokster 案所提出解決 P2P 網路服務業者責任問題的思考為基礎而建立專以 P2P 網路服務業者為刑罰對象的規定。〈P2P 網站經營者之教唆與公然煽惑他人犯罪責任—兼評著作權法第九三條第四款引誘侵權罪之立法〉一文即是在檢視新修正著作權法之引誘侵權罪之內涵，並討論本罪與現行刑法上教唆犯、煽惑他人犯罪等各類型犯罪間概念上之關連與區別。

在著作權人嘗試利用立法與訴訟途徑來保護著作權而仍無法獲得滿意結果之後，開始思考以科技來解決問題。數位權利管理系統即是在此背景下誕生。下個階段的著作權保護問題應該圍繞在保護數位權利管理系統。為了保護數位權利管理系統

不受破壞，包括我國在內的目前世界各國著作權法均設有規避科技保護措施的侵權責任與刑事責任規定。我國著作權法並不以刑罰來處罰破解科技保護措施行為，而是處罰製造、散布相關破解技術、服務之行為。但這項著作權法上政策可能會因刑法第三十六章妨害電腦使用罪章各罪而受到影響。〈數位權利管理系统之保護－著作權法或刑法？〉一文即試圖經由構成要件之解釋來限縮無故入侵電腦罪、無故更動電磁紀錄罪、無故干擾電腦罪與散布犯罪程式罪等各罪處罰範圍，以避免與著作權法上之價值評價相矛盾。

目次

序言	I
導讀	VII

第一部分 基本理論

一、著作權法第九一條擅自重製罪之刑法架構分析	003
二、數位時代個人使用之刑罰問題 ——兼評台北地方法院九十二年訴字第二一四六號判決（Kuro 案第一審判決）	049
三、美國著作權法上刑事著作權侵權之研究	127

第二部分 網路服務業者之責任

四、用戶著作權侵權之網路服務業者責任	183
五、P2P 網站經營者與其會員成立共同正犯之可能性 ——ezPeer 與 Kuro 案第一審判決之分析與檢討	291
六、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	333
七、P2P 網站經營者之教唆與公然煽惑他人犯罪責任 ——兼評著作權法第九三條第四款引誘侵權罪之立法	381

第三部分 著作權法與電腦犯罪

八、數位權利管理系統之保護 ——著作權法或刑法？	411
-----------------------------------	-----

第一部分

基本理論

著作權法第九一條擅自重製 罪之刑法架構分析

目 次

壹、前言

三、違法性之分析

四、有責性之分析

貳、著作權法第九一條擅自
重製罪

參、結論

一、概述

二、構成要件該當性之分
析

摘 要

本文主要在以刑法三階犯罪理論之架構來分析著作權法第九一條擅自重製罪，探討刑法總則篇第一二條到第二四條各規定如何與本罪之適用相結合。這樣的討論方式是源自刑法第一一條：「本法總則於其他法律有刑罰或保安處分之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」之要求。著作權法第九一條歷經多次修法，藉由參考德國著作權法學界關於德國著作權法第一〇六條不受允許之使用著作罪的相關討論，增進對本罪之瞭解。此外，本文也整理我國實務界歷來關於此罪之見解，作為討論本罪之參考。

關鍵詞：擅自重製、個人使用、合理使用、構成要件錯誤、禁止錯誤

An Analysis of the “Unauthorized Reproduction” Offense under Article 91 of the Copyright Act

Abstract

The purpose of this article is to analyze the “unauthorized reproduction” offense provision under Article 91 of the Copyright Act. The problems and court rulings in the application of this offense will also be included.

With reference to German scholar legal doctrine and academic opinions on Article 106 of the German Copyright Act, this article first discusses the objective and subjective elements of the offense. In my opinion, the “personal use doctrine” and “fair use doctrine” exceptions will exclude the unauthorized copying from the objective elements of the “unauthorized reproduction” offense. This article also reviews the self-defense, necessity, consent and superior interest (lesser harm) defenses which function to justify the unlawful infringing act. Moreover, this article explains in which circumstance the factual mistake will negate the subjective side of infringing act and the mistake or ignorance of law will excuse or result in partial responsibility.

Subjecting copyright infringers to criminal sanctions implicates two legal regimes: copyright law and criminal law. As part of the Copyright Act, the criminal provisions should further the general purposes of copyright law. As penal statutes, it must also comport with principles of criminal law.

Keywords: Unauthorized reproduction, Personal use, Fair use, Mistake of fact, Mistake or ignorance of law