

網路服務提供者民事免責事由 之要件分析*

李治安**

摘 要

我國於2009年修訂著作權法，增訂第六章之一「網路服務提供者之免責事由」，其立法目的主要是為網路服務提供者提供與著作權人合作打擊侵權之誘因，並透過避風港制度之設計，降低網路服務提供者因為其使用者之著作權侵害行為，而被訴之法律風險。該等避風港之規範對於國內網路產業產生重大影響，然而，國內實務界對於避風港適用要件之認識仍然相當有限，由於美國著作權法是我國當時增訂避風港規範之主要參考對象，因此，本文以比較法為方法，考察美國法之相關規範與司法實務之同時，亦探討我國避風港要件在適用與解釋上之可能疑義與問題解決取向。

網路服務提供者避風港之設計涉及高度技術性與複雜性，本文僅選擇過去十餘年美國適用經驗中爭議較大者之主觀與客觀要件析

* 投稿日：2013年10月29日；接受刊登日：2014年5月2日。〔責任校對：江奕穎〕。
本文初稿在2012年12月29日發表於中央研究院法律學研究所舉辦的「2012國際比較下『我國著作權法問題之總檢討』學術研討會」，作者感謝會中王偉霖教授、李素華教授、張瑞星教授、本書主編劉孔中教授及匿名審查委員的寶貴意見，讓本文更臻完整流暢，亦感謝研究助理政治大學科技管理與智慧財產研究所黃柏諺同學協助文字校對及格式修改。當然文中所有錯誤與疏漏係作者的個人責任，自不待言。

** 香港中文大學法律學院助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/40118041.pdf>。



述之，本文除了表達對於我國避風港規範解釋與適用之立場與態度外，亦立於使用者程序保障之地位，提出部分對未來修法之建議。

關鍵詞：網路服務提供者、避風港、安全港、免責、知情、通知—
移除、間接侵權責任。

目 次

壹、前言	三、控制侵害活動之權利與能力
貳、責任避風港規範概述	(一) 美國法制觀察
一、免責之主體及要件	(二) 我國法制探討
二、「通知—移除」相關程序	四、「通知—移除」程序
三、三振條款	(一) 侵害通知之對象
參、責任避風港之主觀要件	(二) 侵害通知之內容
一、實際知情	(三) 網路服務提供者受通知後應採取之行為
二、視為知情	伍、結語
肆、責任避風港之客觀要件	
一、對於資訊內容之被動與不干涉立場	
二、未直接自侵權行為獲有財產上利益	

壹、前言

2013 年 8 月 3 日，由公民 1985 聯盟發起的「凱道萬人送仲丘！」活動號召了約 25 萬民眾在凱達格蘭大道，對於陸軍下士洪仲丘在軍中受虐致死的事件表達嚴正抗議，這個公民運動除了在規模上引發各界關注外，抗議活動中震撼人心的主題曲「你敢有聽着咱的歌」亦是表達公民訴求、凝聚群眾向心力、甚至維繫活動後續的重要力量，這首歌是由吳易澄醫師改編自「悲慘世界」中的「Do You Hear the People Sing?」，並邀集多位知名的詩人、台語文專家及聲樂家共同創作完成¹，在網路上快速流傳，引發許多討論、同情與共鳴，但是，抗議活動結束約兩週後，部分提供該歌曲檔案播放的網站均收到華納唱片公司發函，指稱該歌曲侵害他人著作權，要求將歌曲立即「下架」²，此舉亦在網路上引發激烈討論，探討著作權人「下架」要求的正當性。事實上，這個新聞事件中的「下架」訴求在著作權法中的法律依據即為著作權法第六章之一第 90 條之 6 第 3 款的「通知—移除」程序，該等規範制定已超過五年，但是司法及網路產業實務對於相關條文之適用要件仍常有疑惑，此為本文之撰寫緣起。

1 生活中心，6 聲樂家 2 天趕製《你敢有聽着咱的歌》噴淚，ETtoday 生活新聞，2013 年 8 月 4 日，<http://www.ettoday.net/news/20130804/250805.htm#ixzz2cH4dkOfa>（最後瀏覽日：2014 年 5 月 18 日）。

2 鍾禎祥，華納警告《你敢有聽着咱的歌》侵權 智財局：未必喔！，ETtoday 政治新聞，2013 年 8 月 16 日，<http://www.ettoday.net/news/20130816/257952.htm#ixzz2cH7njFRg>（最後瀏覽日：2014 年 6 月 5 日）；陳彥廷、林曉雲、林詩萍、蔡彰盛、張鈺冷，你敢有聽著咱唱歌侵權？華納發函警告 基金會已將音樂檔下架，自由時報，2013 年 8 月 17 日，<https://tw.news.yahoo.com/%E4%BD%A0%E6%95%A2%E6%9C%89%E8%81%BD%E8%91%97%E5%92%B1%E5%94%B1%E6%AD%8C%E4%BE%B5%E6%AC%8A-%E8%8F%AF%E7%B4%8D%E7%99%BC%E5%87%BD%E8%AD%A6%E5%91%8A-%E5%9F%BA%E9%87%91%E6%9C%83%E5%B7%B2%E5%B0%87%E9%9F%B3%E6%A8%82%E6%AA%94%E4%B8%8B%E6%9E%B6-221044783.html>（最後瀏覽日：2014 年 5 月 18 日）。

立法院於 2009 年 4 月 21 日三讀通過「著作權法部分修正草案」，並於同年 5 月 13 日由總統公布施行，該次修法重點，在於免除網路服務提供者（Internet Service Provider, ISP）於著作權侵權案件之民事責任。由於多數網路著作權之侵權行為，係利用網路服務提供者所提供之服務而達成，所以過去國際間許多相關訴訟均將網路服務提供者列為被告。本次修法之目的，即在引進「責任避風港」原則³，降低網路服務提供者之被訴風險，以健全網路產業之發展。

我國著作權法中責任避風港之立法目的，與立法時參考之主要對象與美國 1998 年通過的數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act，以下簡稱 DMCA）第二部分（Title II）之「網路著作權侵害責任限制法」（Online Copyright Infringement Liability Limitation Act）（以下簡稱「DMCA 責任限制法」）相同，都是為了明確化網路服務提供者在第三人著作侵害案件中之責任歸屬，並規範在何等情形下，網路服務提供者得主張不負著作權侵害之民事責任⁴。既然立法目的在於明確化網路服務提供者之法律責任及免責事由，則系爭避風港之適用要件自應清楚明確，俾利網路服務提供者評估其經營模式之法律風險，並終局的健全網路產業之發展。

我國著作權法責任避風港規範方才施行，目前仍未有法院判決適用，然而，在可預見之未來，避風港規範各項要件之解釋及適用自應有一明確之標準，供法界實務及相關業者遵循，方符最初立法

3 我國立法總說明中稱之為「責任避風港」，亦有論者將 safe harbor 譯為「安全港」，參見馮震宇，部落格也會侵害著作權？——網路服務提供者責任限制規範下的部落格責任，萬國法律，153 期，頁 14-26（2007 年）。事實上「責任避風港」與「安全港」應為相同概念，只是中文翻譯不同，本文統一採取我國立法總說明之用語「責任避風港」指涉此一概念。

4 參見行政院，著作權法部分條文修正草案總說明，2009 年 5 月 13 日；美國立法原由說明可參見 144 Cong. Rec. 9234 (1998); S. Rep. No. 105-190, at 8 (1998)。

意旨。目前國內學說及實務就責任避風港條文規範之解釋，有相當之空間及可能性，本文以我國立法主要參考之美國 DMCA 責任限制法為比較法觀察對象，分析該國實務及理論上，就責任避風港適用要件中討論較多的網路服務提供者之主觀要件（對於侵害行為知情與否）及客觀要件（對於所傳輸或儲存資訊之被動地位、未直接自侵權行為獲有財產上利益、控制侵害活動之權利與能力及「通知—移除」程序）析述，探討該等要件在適用上的認定標準及可能爭議，以供未來國內學術、司法判決及未來修法探討參考。

貳、責任避風港規範概述

我國著作權法中責任避風港之規範主要包括免責之主體及要件、「通知—移除」相關程序以及所謂的三振條款，以下分別述之。

一、免責之主體及要件

得主張免除著作權侵權責任者，係著作權法第 3 條第 19 款之網路服務提供者，依該款規定，「網路服務提供者，指提供下列服務者：（一）連線服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。（二）快速存取服務提供者：應使用者之要求傳輸資訊後，透過所控制或營運之系統或網路，將該資訊為中介及暫時儲存，以供其後要求傳輸該資訊之使用者加速進入該資訊之服務者。（三）資訊儲存服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者。（四）搜尋服務提供者：提供使用者有關網路資訊之索引、參考或連結之搜尋或連結之服務者」。

第一類網路服務提供者，亦即連線服務提供者之免責事由規定在著作權法第 90 條之 5，若「有下列情形者，連線服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、所傳輸資訊，係由使用者所發動或請求。二、資訊傳輸、發送、連結或儲存，係經由自動化技術予以執行，且連線服務提供者未就傳輸之資訊為任何篩選或修改」；第二類快速存取服務提供者之免責事由，則規定在同法第 90 條之 6：「有下列情形者，快速存取服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、未改變存取之資訊。二、於資訊提供者就該自動存取之原始資訊為修改、刪除或阻斷時，透過自動化技術為相同之處理。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」；依第 90 條之 7，第三類資訊儲存服務提供者「對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、對使用者涉有侵權行為不知情。二、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」；最後，第四類搜尋服務提供者之免責事由則規定在第 90 條之 8：「有下列情形者，搜尋服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、對所搜尋或連結之資訊涉有侵權不知情。二、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」。

美國 DMCA 責任限制法第 512 條 (a) 項至 (d) 項關於免責主體及要件之規定，與我國著作權法 90 條之 5 至 90 條之 8 之規定幾乎相同，但是美國 DMCA 責任限制法第 512 條第 (f) 項另設有高等教育機構主張免責之要件。由於在訴訟程序中，均由原告先對網路服務提供者提出著作權侵害之主張，後者才會依責任避風港之

規範主張免責抗辯，美國學說、實務均認為由於系爭免責聲明係屬抗辯事由，因此免責之要件應由被告（即網路服務提供者）負舉證責任⁵，此在我國法亦應作相同解釋。

二、「通知—移除」相關程序

依著作權法第 90 條之 10 規定，網路服務提供者在兩種情況下，移除涉嫌侵權之資訊，對使用者毋須負責，其一為快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者依該條第 1 款規定，於符合同法第 90 條之 6 至 90 條之 8 時，移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊；其二為依第 90 條之 10 第 2 款規定，網路服務提供者於「知悉使用者所為涉有侵權情事後，善意移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」。

在網路服務提供移除系爭資訊或內容後，著作權法第 90 條之 9 有針對資訊儲存服務提供者之後續處理程序作相關規範，該條第 1 項規定「資訊儲存服務提供者應將第九十條之七第三款處理情形，依其與使用者約定之聯絡方式或使用者留存之聯絡資訊，轉送該涉有侵權之使用者」；若使用者認為無侵權情事，則依同條第 2 項，「得檢具回復通知文件，要求資訊儲存服務提供者回復其被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊」；此時，依第 3 項規定，「資訊儲存服務提供者於接獲前項之回復通知後，應立即將回復通知文件轉送著作權人或製版權人」；當著作權人或製版權人接獲第 3 項之通知後，則須決定是否對該使用者提起著作權侵害訴訟，依第 4 項規定，「著作權人或製版權人於接獲資訊儲存服務提供者前項通知之次日起十個工作日內，向資訊儲存服務提供者提出已對該使用者訴訟之證明者，資訊儲存服務提供者不負回復之義務」；否則，依同條第 5 項，「著作權人或製版權人未依前項規定提出訴訟

5 Edward Lee, *Decoding the DMCA Safe Harbors*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 233, 244 (2009).

之證明，資訊儲存服務提供者至遲應於轉送回復通知之次日起十四個工作日內，回復被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。但無法回復者，應事先告知使用者，或提供其他適當方式供使用者回復」。

三、三振條款

依著作權法第 90 條之 4 第 1 項之規定，網路服務提供者如欲依前述第 90 條之 5 至第 90 條之 8 之規定主張責任免除，則須符合下列規定：「一、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有多次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務。三、公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。四、執行第三項之通用辨識或保護技術措施」；其中較值得注意的是該項第 2 款之「三振條款」⁶，亦即欲進入責任避風港之網路服務提供者，須在告知使用者三次侵權情事後，即終止全部或部分服務。

6 國內文獻多將該款稱為「三振條款」，參見孫式文，隱喻與數位文化——由傳播與價值批判的角度省思，新聞學研究，108 期，頁 141-181（2011 年）；章忠信，二〇〇九年新修正著作權法簡析——網路服務提供者之責任限制，月旦法學雜誌，173 期，頁 5-24（2009 年）；葉志良，著作權法三振條款制度對著作權平衡保護的影響，資訊社會研究，22 期，頁 79-114（2012 年）。然而，亦有學者指出我國通稱的「三振條款」（著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款）係源自法國法制，但兩者的規範方式與法律效果迥異，在我國網路服務提供者若未遵守「三振條款」，其效果只是該服務提供者不能進入避風港主張免責，但是法國著作權法則將「三振條款」定為對侵害人之從刑及網路服務提供者之法律義務，參見陳思廷，法國著作權網路侵權三振法制之解析，智慧財產權月刊，161 期，頁 32-48（2012 年）。

參、責任避風港之主觀要件

就著作權法第 90 條之 7 之資訊存取服務提供者及第 90 條之 8 的搜尋服務提供者之免責規定而言，依據立法理由之說明，該二條文係參考美國 DMCA 責任限制法第 512 條之 (c) 項及 (d) 項而來，均強調欲進入責任避風港之網路服務提供者須「對使用者涉有侵權行為不知情」。依據 DMCA 責任限制法之規定，網路服務提供者若對侵害行為「知情」，則應立即移除侵害內容或阻斷他人對侵害內容之接觸⁷，我國著作權法第 90 條之 10 第 2 款亦有相同規範，以此作為四種法定網路服務提供者共同的免責要件。

該等知情要件係責任避風港規範中最重要之主觀要件，而此主觀要件在網路服務提供者規範之比較法上，其實有許多相似規範可資對照，舉例而言，2000 年制定的歐盟的電子商務指令規定，網路服務提供者對於其使用者之侵權行為，如果欠缺事實上的認知時，則無須擔負法律責任⁸。該指令強調對侵權行為知情之要件，其實亦與一些會員國之既存法律相符，舉例而言，德國 1997 年的多媒體法 (Multimedia Act 1997) 規範，網路中介者對於第三人上傳至其網站上之侵權內容，只有確切知悉，而且技術上有合理可能防止其散布時，方須負法律責任⁹。瑞典 1998 年制定的電子佈告欄責任法 (Act on Responsibility for Electronic Bulletin Boards) 亦規範，網路服務提供者應只對明顯侵權及可期待其發現之網路內容負擔法律責任¹⁰。本文以下就美國立法及司法實務上發展出的「實際

7 17 U.S.C. § 512(c)(1)(A)(iii) (2010).

8 See Council Directive 2000/31, art. 13, 2000 O.J. (L 178) 13 (EC); see also *id.* art. 14, at 13.

9 Kamiel J. Koelman, *Online Intermediary Liability*, in COPYRIGHT AND ELECTRONIC COMMERCE 7, 26 (P. Bernt Hugenholtz ed., 2000).

10 *Id.* at 25.

知情」(actual knowledge)¹¹與「視為知情」(constructive knowledge)探討網路服務提供者進入避風港之主觀要件，並對照我國規範分析相關議題。

一、實際知情

著作權法第 90 條之 7 及第 90 條之 8 的「知情」要件與第 90 條之 10 的「知悉」要件在實際案件中之判斷並非易事，就此與我國規範類似的美國法在司法實踐中，已發展出許多具參考價值之論述。依據美國 DMCA 責任限制法之規定，所謂知情包括「實際知情」¹²與「視為知情」¹³兩種類型。美國實務上最常用來證明網路服務提供者「實際知情」的證據即為權利人曾經依據 DMCA 責任限制法之規範，通知網路服務提供者系爭侵害行為存在之事實¹⁴，而能導致「實際知情」的通知須有相當高的特定性，權利人須具體指出侵害行為之位置及其被侵害之著作權，才能使得網路服務提供者「實際知情」¹⁵，此觀諸我國法制現狀亦應有相同之解釋，經濟部智慧財產局依著作權法 90 條之 12 制定的「網路服務提供者民事免責事由實施辦法」(以下簡稱「實施辦法」)第 3 條就權利人通知之內容有具體規範，若權利人通知不符該條要件，則依據同辦法第 4 條之規定，網路服務提供者得通知補正，權利人或其代理人應於接到補正通知之次日起五個工作日內補正，否則視為未提出通知，

11 17 U.S.C. §512 (c)(1)(A)(i).

12 17 U.S.C. §512 (c)(1)(A)(i).

13 17 U.S.C. §512 (c)(1)(A)(ii).

14 See, e.g., Dan L. Burk, *Toward an Epistemology of ISP Secondary Liability*, 24 PHIL. & TECH. 437, 437, 442 (2011); Brian Leary, *Note: Safe Harbor Startups: Liability Rulemaking Under DMCA*, 87 N.Y.U. L. REV. 1135, 1147 (2012).

15 See, e.g., *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514, 523 (S.D.N.Y. 2010), *aff'd in part, vacated in part, rev'd in part*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012); *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.*, 665 F. Supp. 2d 1099, 1108 (C.D. Cal. 2009); *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1108 (W.D. Wash. 2004); Lydia Pallas Loren, *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously*, 46 WAKE FOREST L. REV. 745, 755-56 (2011).

「不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據」，換言之，若權利人之通知不符「實施辦法」之要件，即可能因為通知內容之特定性不足，而無法使網路服務提供者對系爭侵害行為「實際知情」。

然而，依據我國著作權法制，前述「實施辦法」第 3 條關於通知特定性的形式要件規定可能會引發若干法律問題。設想若權利人發現在特定影音平台上有使用者從事著作權侵害行為，並通知網路服務提供者，但通知內容卻不符合「實施辦法」第 3 條之形式要件，未註明該條第 1 項第 6 款所要求之「如有不實致他人受損害者，權利人願負法律責任」聲明，此時依「實施辦法」第 4 條第 5 項之規定，該通知「不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據」，網路服務提供者仍能主張不知悉而免除民事責任，但是此時該服務提供者主觀上已知悉其使用者利用系爭影音平台從事特定著作權侵害行為，雖然該服務提供者之民事責任被免除，但侵害權利人公開傳輸權之刑事責任卻仍然有可能成立，如依此論述，將發生網路服務提供者民事責任被免除，但卻仍應擔負刑事責任之尷尬處境。

針對此問題，我國有司法實務工作者主張於主觀要件層次排除網路服務提供者的刑事責任，由於網路服務提供者並未接到符合「實施辦法」第 3 條的通知，因此該服務提供者之行為（或不行為）應被認定為欠缺故意或不法意識¹⁶，此等主張或許言之成理，也可為我國實務可能發生之法律問題提出解套之計，但實際上該服務提供者很可能因為權利人的瑕疵通知，而早已對侵害事實之存在了然於胸，在一般情況與法理下，並不容易以欠缺故意為由為其避免刑事責任。就此，本文以為，由著作權制度設計之觀點而言，正

¹⁶ 參見經濟部智慧財產局，101 年度第 3 次智慧財產實務案例評析座談會議紀錄（蔡惠如發言），2012 年 7 月 11 日，<http://www.tipo.gov.tw/dl.asp?fileName=f19e71fd-b328-4ada-bd9c-ba538cc0f12d.docx>。

本清源之道應為：第一：法院認定著作權侵害民、刑事責任時，應區分處理，蓋成立民、刑事責任所需之法院心證程度及舉證程度均不相同，一行為成立著作權侵害之民事責任時，未必也能成立刑事責任；第二：現行著作權法第六章之一的免責範圍應擴張涵蓋刑事責任，按美國 DMCA 責任限制法雖只免除民事責任，但該國著作權侵害之刑事責任極為有限，一般而言網路服務提供者並不會因為使用者之行為而負擔刑事責任，但我國幾乎所有著作權侵害之行為均會涉及刑事責任，因此在避風港的免責設計上自應包涵刑事責任。

二、視為知情

「視為知情」則是指基於事實及相關情況之判斷，網路服務提供者可清楚意識到著作權侵害行為之明顯存在¹⁷，即視為其就系爭侵害行為知情，美國實務上現多以所謂的「紅旗標準」(red-flag test) 認定，該標準主要係法院參考 DMCA 責任限制法之立法說明¹⁸所發展而成，倘若侵害活動之存在與鮮明的紅色旗幟飄揚般明顯時，則法院應認定網路服務提供者就侵害活動之存在知情¹⁹。

有學者指出，若「紅旗標準」設定過低，則網路服務提供者將難以進入責任避風港，如此動輒得咎，將不符原本為服務提供者提供侵權風險確定性之立法意旨²⁰。因此，數個法院判決均曾明確指出：在「視為知情」的情況中，須有相當明顯的證據可推論服務提供者就侵害活動之存在應可得知，方符合所謂的「紅旗標準」，如果只是對於廣泛的盜版現象有一般性的認知 (general knowledge,

17 17 U.S.C. §512 (c)(1)(A)(ii).

18 S. Rep. 105-190, at 44.

19 Lee, *supra* note 5, at 251-52. 關於國內文獻對「紅旗標準」之介紹，可參見林利芝，責任避風港適用之研究——以學術網路為例，台灣法學雜誌，165 期，頁 11-42 (2010 年)。

20 Lee, *supra* note 5, at 253.

general awareness) 時，尚無法達到「紅旗標準」²¹。

相反的，網路服務提供者若對明顯的侵害活動視若無睹或故意眼盲時，即不得主張進入避風港，阻卻其著作權侵害責任。美國參議院於 DMCA 的立法報告中曾舉例說明認定明顯侵害之紅旗標準，若網路服務提供者能從使用者的資訊標題或網址中看到諸如盜版 (pirate) 或非法重製品 (bootleg) 等用語，表彰使用者之非法使用目的，則可謂系爭侵害行為明顯存在，依一般情況服務提供者應該知情²²。

美國近年來所累積的司法判決嚴格控制了「紅旗標準」的高度，在 *Perfect 10 v. CCBill LLC* 一案中，原告本欲援引前述參議院之立法報告，主張被告所登記的網域名稱 *illegal.net* 及 *stolencebritypics.com* 含有與「非法」及「偷竊」相關用語，指涉明顯的著作權侵害行為，已達到「紅旗標準」²³，但第九巡迴上訴法院卻未採納原告系爭主張，法院認為系爭網域名稱用語僅為商品銷售之口號，並無明顯呈現著作權侵害之事實，而 DMCA 本身並未要求網路服務提供者判斷使用者上傳照片是否非法²⁴。在 *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.* 一案中，地方法院亦指出，「紅旗標準」之明顯侵害之標準係指：即使只是「短暫且不經意的一瞥」(a brief and casual viewing)，仍能明顯察覺出侵害活動之存在²⁵，若僅是服務提供者意識到系爭產品恐有相當爭議，仍不足以達到紅旗標準，必須是服務提供者對於使用者銷售行為之明顯侵權本質，已有幾近確定的可能性可得知，但卻仍視若無睹，方可達到所謂的「紅

21 See, e.g., *YouTube*, 676 F.3d at 26; *YouTube*, 718 F. Supp. 2d at 523; *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022, 1036-37 (9th Cir. 2011).

22 S. Rep. No. 105-190, at 48-49 (1998); H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 57-58 (1998).

23 *Perfect 10 v. CCBill LLC*, 488 F.3d 1102, 1114 (9th Cir. 2007).

24 *Id.*

25 *Corbis Corp.*, 351 F. Supp. 2d at 1107-08.

旗標準」²⁶。

美國近年來部分提供點對點（peer-to-peer，以下簡稱 p2p）檔案交換的業者亦試圖主張其符合責任避風港之要件而應免除著作權侵害之責任，但多數法院均以渠等就使用者之著作權侵害行為主觀知情為由而駁斥系爭主張。在 *Aimster* 一案中，被告設計的 p2p 檔案交換系統將使用者所交換之檔案均加密處理，並主張由於檔案均已加密，因此其無從得知在系統中交換之檔案涉及侵權²⁷，但第七巡迴上訴法院卻不採納該項主張，並指出被告不能以技術架構之設計，避免知情並進而規避著作權輔助侵權之法律責任，蓋故意眼盲（willful blindness）仍可構成知情之要件²⁸；在 *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung* 一案中，被告 Fung 所經營的網站提供 BitTorrent 軟體供使用者作 p2p 檔案交換，加州地方法院認為被告誘使使用者從事著作權侵害行為具備惡意（bad faith），因此無法進入避風港主張免責²⁹。

就此對照我國著作權法之規範，目前多以第 87 條第 1 項第 7 款「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

26 *Id.* at 1108. 關於系爭判決適用「紅旗標準」之分析，可參見 R. Anthony Reese, *The Relationship Between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 427, 436 (2009).

27 *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643, 650 (7th Cir. 2003).

28 *Id.*

29 *Columbia Pictures Indus. v. Fung*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 97576 (C.D. Cal. June 8, 2007). 本案所涉及的另一個法律概念問題為：美國最高法院於 2005 年 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc., v. Grokster, Ltd.* 一案中所建立的誘引侵權（inducement rule）與責任避風港規範之主觀要件是否絕對相斥，亦即構成誘引侵權之服務提供者是否絕對具主觀惡意而無法主張進入責任避風港，本案法院認為答案為肯定，因為誘引侵權和避風港中主觀不知情在概念本質上相衝突，但學者 R. Anthony Reese 有不同見解，其認為誘引原則仍在發展初期，不應妄下斷論，*see* R. Anthony Reese, *The Relationship Between the ISP Safe Harbor and Liability for Inducement*, 2011 STAN. TECH. L. REV. 8, ¶¶ 9-20 (2011)。

著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者」作為課與 p2p 軟體或技術提供者法律責任之依據，若網路服務提供者符合該款主觀要件之供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害他人著作財產權之意圖，自無法滿足第 90 條之 7 及第 90 條之 8 中「對使用者涉有侵權行為不知情」之要件而主張免責³⁰，換言之，就主觀要件而言，符合著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之要件者，自無法再依據同法第 90 條之 7 及第 90 條之 8 之規定主張免責。

肆、責任避風港之客觀要件

關於網路服務提供者進入避風港之客觀要件，本文以下選擇在美國實務上爭議較大的網路服務提供者之被動地位、是否直接自使用者之侵權行為獲財產上利益、控制侵害活動之權利與能力及「通知－移除」程序析述。

一、對於資訊內容之被動與不干涉立場

著作權法第 90 條之 5 及第 90 條之 6 關於連線服務提供者及快速存取服務提供者免責之規範均強調須該等業者使用「自動化技術」，未直接介入修改或刪除使用者資訊之內容，立法理由在於：網路服務提供者，一般就資訊傳輸須維持一被動且中立的地位，若服務提供者例行性的直接介入資訊之內容作修改或刪除，則自難對系爭內容所涉及之著作權侵害情事主張免責³¹。同法第 90 條之 7 及第 90 條之 8 關於資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者的免責要件則均包括對於「使用者涉有侵權行為」及「所搜尋或連結及之

30 參見智慧財產法院 98 年度刑智上更（一）字第 16 號刑事判決。

31 參見沈宗倫，對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，頁 257-298（2010 年）。

資訊涉有侵權不知情」，「不知情」雖然是認定網路服務提供者免責與否的主觀要件，但通常客觀上亦表示網路服務提供者對於使用者儲存、搜尋或連結之資訊採取被動立場，未主動介入資訊內容之審查或監督，主觀上才會對該等涉有侵權之資訊「不知情」。

由目前實然面觀之，連線服務提供者本來就是只對用戶被動單純的提供連線服務，因此法律政策上對其不僅難以要求其就使用者的著作權侵權行為負責，亦難要求其對其他類型的侵權行為負責，舉例而言，電話公司無須就其使用者利用其服務所從事之誹謗或其他犯罪行為負責³²，因為其對使用者如何使用電話及電話線路之行為完全不具控制力，同樣的，連線服務提供者也無法控制或選擇使用者所傳遞之資訊內容³³。DMCA 責任限制法並非美國第一個限制網路服務提供者責任的立法，其實早在 1996 年美國即制定「通信端正法（The Communications Decency Act）」，其中第 230 條規定 ISP 無須對使用者的非法言論負責³⁴。該規範之立論基礎，亦是考慮到連線服務提供者之被動與中立立場。通信端正法部分關於猥褻及色情言論的管制方式，雖然於 1997 年被美國聯邦最高法院宣布違憲，但是該法中第 230 條維持網路服務提供者的被動、中立立場的精神，卻影響了許多法院判決中，關於網路服務提供者就使用者

32 *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-line Commc'n Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1368-69, 1370 n. 12, 1374 (N.D. Cal. 1995).

33 *See, e.g., Annemarie Bridy, Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement*, 89 OR. L. REV. 81, 120 (2010).

34 47 U.S.C. § 230(c) (2000) (“No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.”). 當然通訊端正法第 230 條與 DMCA 中的避風港規範仍有差異：首先，DMCA 只限制網路服務提供者的民事責任，但原告仍可聲請法院就服務提供者的行為作出禁制令；其次，DMCA 只針對法律明定的四類服務提供者；第三，欲進入 DMCA 避風港的服務提供者尚須建立、公告並執行一套完整的「通知—移除」程序，並採取著作權保護措施。*See Mark A. Lemley, Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 101, 104 (2007).

之侵權行為應否負責的論證分析³⁵。回到網路服務提供者對使用者著作權侵害行為所應負擔的法律責任，美國曾有網路服務提供者主張，其在資訊傳遞的過程中係擔任公共載具（common carrier）的角色，對於使用者之著作權侵害行為，僅被動提供傳輸線路，因此應可進入避風港免除責任³⁶，但法院不但未採納該項主張，甚至判決該被告應負直接侵權責任，其原因為被告不僅在廣告中暗示透過其服務，使用者可下載免費音樂，而且積極干涉使用者透過其線路上傳或下載之內容³⁷。

就資訊儲存服務提供者對儲存內容之被動立場而言，值得我國參考的是在美國 *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* 案中，原告主張：被告提供給使用者之平台將一般影音檔轉變為 Flash 格式，且被告為了檔案管理上的方便，將使用者原始檔案分割為許多小檔案，因此無法符合條文中關於「自動化技術」之客觀要件，故不符合責任避風港之免責要件³⁸。然而，法院拒絕採納原告主張，理由為被告充其量只改變了檔案的格式，而並未改變檔案的內容，因此仍符合責任避風港條文中對於儲存資訊採取被動干涉立場之要求³⁹。

35 See, e.g., *Universal Commc'n Sys., Inc. v. Lycos, Inc.*, 478 F.3d 413 (1st Cir. 2007); *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); *Doe v. MySpace, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 843 (W.D. Tex. 2007); *Chi Lawyers' Comm. for Civil Rights Under the Law, Inc. v. Craigslist, Inc.*, 461 F. Supp. 2d 681 (N.D. Ill. 2006); *Delfino v. Agilent Techs., Inc.*, 145 Cal. App. 4th 790, 804-08 (2006); *Faegre & Benson, LLP, v. Purdy*, 367 F. Supp. 2d 1238 (D. Minn. 2005); *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998); *Barrett v. Rosenthal*, 146 P.3d 510 (Cal. 2006) (invasion of privacy); *Gentry v. eBay, Inc.*, 121 Cal. Rptr. 2d 703 (Cal. App. 4th Dist. 2002); *Doe v. Am. Online, Inc.*, 783 So. 2d 1010 (Fla. 2001); *Schneider v. Amazon.com, Inc.*, 31 P.3d 37 (Wash. App. Div. 1 2001).

36 *Arista Records LLC v. Usenet.com, Inc.*, 633 F. Supp. 2d 124, 130-31 (S.D.N.Y. 2009).

37 *Id.* at 148.

38 *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 620 F. Supp. 2d 1081, at 1081, 1087 (C.D. Cal. 2008).

39 *Id.* at 1091.

二、未直接自侵權行為獲有財產上利益

著作權法第 90 條之 7 及第 90 條之 8 關於資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者之免責要件中均有「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」之要件（參見著作權法第 90 條之 7 第 2 款及第 90 條之 8 第 2 款）⁴⁰，具體言之，若網路服務提供者與使用者之侵權行為間，具有相當經濟上之關聯，但未直接自系爭侵權行為獲有利益，則應仍符合第 90 條之 7 第 2 款及第 90 條之 8 第 2 款之規範，而得以適用避風港之規範限制其責任。

上述著作權法第 90 條之 7 及第 90 條之 8 關於資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者之免責要件其實是參考自美國 DMCA 責任限制法第 512 條 (c) 項及 (d) 項而來，該二項亦有網路服務提供者「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」(does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity) 之要件，值得注意的是，該要件與間接侵權中的代理侵權 (vicarious infringement)⁴¹ 之概念並不相同，依據普通法發展所建立的原則，成立代位侵權之行為人須對侵害行為「具有財產上利益」(have a financial interest)，此概念範圍較責任避風港中之「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」為廣，責任避風港所規範者具有更直接明顯之因果關係，且財產利益須已具體實現⁴²，但代位侵權概念下之「具有財產上利益」不一定是直接獲有財產上利益，僅代表兩者間具有相當之經濟關聯性，學者 Edward Lee 曾舉例說明兩者之差異：股東持有公司股票，則可謂股東對系爭公司具有財產上利

40 我國學者對該要件在立法上是否具必要性有不同看法，參見王怡蘋，著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，月旦法學雜誌，173 期，頁 25-41（2009 年）；林利芝，影音網站著作權侵害與過濾機制衍生爭議之研究，東吳法律學報，23 卷 4 期，頁 89-124（2012 年）。

41 我國學者亦有譯為「代位侵權」，參見姚信安，從美國法角度探討我國著作權民事間接侵權責任相類制度，中正財經法學，2 期，頁 139-201（2011 年）。

42 Lee, *supra* note 5, at 246.

益，但若僅是持有股票，而未獲得分派股息紅利等利益，則該股東並未直接獲有財產上利益⁴³。

目前美國司法實務關於代位侵權「財產利益」之認定標準多參考第九巡迴上訴法院關於 *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.* 一案之判決，而該判決認為只要被告自侵權使用者收有費用，即可謂受有財產上利益，而符合了代位侵權之要件⁴⁴；其後第九巡迴上訴法院又在知名的 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 一案中指出，由於使用者的侵權行為為被告 Napster 網站帶來顯著的流量，增加該網站的廣告收益，因此 Napster 獲有財產利益而符合代位侵權之要件⁴⁵。

此處有疑問者，係在解釋網路服務提供者免責規範時，若使用者的侵害行為一樣為網路服務提供者帶來相當流量，因而增加網站之廣告收益時，則是否符合我國著作權法第 90 條之 7 及第 90 條之 8「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」之要件？如果這裡採取與代位侵權「財產利益」相同之認定標準，則網路服務提供者將無法免責，就此問題，包括第九巡迴上訴法院在內的多數美國法院在適用該國著作權法第 512 條 (c) 項及 (d) 項時，均指出 DMCA 責任限制法的用語、歷史及目的均與代位侵權不同，因此縱使使用者的侵權行為能為系爭網站帶來網路流量及廣告收益，也不可謂系爭網路服務提供者「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」，過去普通法代位侵權所建立關於「財產利益」之認定標準，在此並無適用餘地⁴⁶。誠如學者 R. Anthony Reese 所指出，*Fonovisa* 案中關於代位侵權的財產利益標準，其涵蓋的範圍實較責

43 *Id.* at 241.

44 *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 262-63 (9th Cir. 1996).

45 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1023 (9th Cir. 2001).

46 *See, e.g., Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC*, 821 F. Supp. 2d 627, 645 (S.D.N.Y. 2011); *Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d, at 1043-45.

任避風港規範第 512 條 (c) 項及 (d) 項中「獲有財產上利益」來的廣，後者在文義上的解釋要求較嚴格的因果關係，因此範圍也較窄⁴⁷。

在責任避風港規範中強調網路服務提供者自使用者侵權行為獲有財產上利益之直接性、明顯性與具體性其實亦具有相當之政策意涵，蓋若使用者之著作權侵害行為可直接使網路服務提供者獲有財產上利益，則通常網路服務提供者對於系爭侵害行為明顯知情，且有意藉由他人之不法行為獲利，此時，排除系爭服務提供者進入責任避風港即具政策上之正當性與衡平性⁴⁸。因此，本文以為，就著作權法第 90 條之 7 第 2 款及第 90 條之 8 第 2 款之規定而言，要排除資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者進入責任避風港，須嚴格認定系爭網路服務提供者「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」，若系爭網路服務提供者僅對侵權行為具相當之財產利益或經濟關聯，但未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益，則尚難排除其進入責任避風港。此觀諸著作權法第 90 條之 7 之立法理由說明，亦可明瞭：「第二款所稱『未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益』，係指網路服務提供者之獲益與使用者之侵權行為間不具有相當因果關係。例如，在網拍之情形，雖對使用者收取費用，該等費用之收取係使用者使用其服務之對價，不論使用者係從事販買合法或非法商品，均一律收取者，尚難認其係『直接』自侵權行為獲有財產上利益」⁴⁹。

然而，前揭立法理由說明中所舉的另一例子卻恐生疑義，其謂「又例如網路服務提供者之廣告收益，如其提供之所有服務中，侵

47 Reese, *supra* note 26, 440-41.

48 Lee, *supra* note 5, at 246.

49 美國眾議院關於 DMCA 責任限制法亦有類似的立法說明，其指出若侵權者與非侵權者對網路服務提供者提出相同類型的付款時，網路服務提供者即未「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」。See H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 54 (1998).

權活動所占之比率甚微時，亦難認該廣告收益係屬『直接』自使用者侵權行為所獲之財產上利益；反之，若其提供之所有服務中，侵權活動所占之比率甚高時，該廣告收益即可能構成『直接』自使用者侵權行為獲有財產上利益」，本文以為，該等立法理由說明可能會對未來實務認定因果關係之標準有造成誤導之可能性，蓋法律上所認知之相當因果關係，係一嚴格的事實認定過程，與侵權活動所帶來之財產上利益所佔服務提供者整體收益之比例未必相同，事實上有可能存在：侵權行為所帶來之財產上利益所占服務提供者整體收益之比例甚低，但兩者間卻存在明顯直接因果關係之情況，若發生此等情況，則依據法條文義解釋及立法理由之其他部份說明，仍可認定網路服務提供者「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」。

上述對立法理由說明之批評亦可於網路產業之現況獲得明證，包括亞馬遜（Amazon）、谷歌（Google）、Flickr、eBay 及 YouTube 等多數美國知名網路服務提供者之獲利模式都符合所謂的長尾（long tail）效應⁵⁰，亦即服務提供者提供的商品或服務種類樣式繁多，而大部分的獲利其實是來自銷售成千上萬不同種類的產品或服務所累積的利潤，若個別觀察單一的产品或服務所帶來的利潤，則通常僅佔網路服務提供者整體利潤的九牛一毛，但長尾獲利模式即是指服務提供者能利用網際網路的力量，將各種微不足道的小額利潤累積形成巨大的商業利益⁵¹。由網路產業所風行的長尾效應回過頭來看上述立法理由說明中，以侵權活動所帶來之財產上利益所占服務提供者整體收益之比例，來認定相當因果關係之論述，即可發現其謬誤所在，蓋今日多數網路服務提供者均提供多樣的產品、服務選擇，薄利多銷概念之貫徹更甚以往，若以特定侵權行為或活動

50 CHRIS ANDERSON, THE LONG TAIL: WHY THE FUTURE OF BUSINESS IS SELLING LESS OF MORE 55-70, 108, 116-23, 201-03 (2006).

51 *Id.* at 132-46.

所帶來財產上利益比例過低為理由，否定侵害行為與損害結果之因果關係，則不啻有鼓勵侵害、忽視產業特色及以偏概全之嫌；準此，未來法院在適用著作權法第 90 條之 7 第 2 款及第 90 條之 8 第 2 款時，實應就因果關係嚴格認定，而勿受前揭立法理由說明誤導。

三、控制侵害活動之權利與能力

依據著作權法第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 立法理由之說明，該二條文係參考美國 DMCA 責任限制法第 512 條之 (c) 項及 (d) 項而來。值得注意的是，DMCA 該二項之規定係受到美國法院過去之代位侵權認定標準影響⁵²，而代位侵權的認定須考慮被告就第三人之侵權行為是否有能力及權利監控，理論上網路服務提供者對於其使用者所涉及之侵權行為監控能力越強，則越應該要使其擔負相關法律責任⁵³。因此，在 DMCA 第 512 條之 (c) 項及 (d) 項規定中，除了有前述網路服務提供者「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」之要件外，還有一個要件是須網路服務提供者在「有權利及能力控制侵害活動」⁵⁴之前提下。然而，對照我國著作權法第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 卻未將「有權利及能力控制侵害活動」列為網路服務提供者免責之要件，此等差異是否會造成免責與否或免責範圍之不同？我國法是否應仿美國法增列該要件？法院在依著作權法第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 判斷網路服務提供者免責與否時，是否應考慮系爭網路服務提供者是否「有權利及能力控制侵害活動」？均是我國法院在適用責任避風港規範時所

52 Joshua A.T. Fairfield, *The God Paradox*, 89 B.U. L. REV. 1017, 1032 (2009).

53 *Id.* at 1033.

54 DMCA 第 512 條之 (c) 項及 (d) 項的規定其實是：「在服務提供者有權利及能力控制侵害活動的情形中，系爭服務提供者未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」(“A service provider shall not be liable ... if the service provider does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity”).

應思考的問題，本文以下先介紹美國法制，再探討我國法對該要件應如何處理。

(一) 美國法制觀察

美國多數法院在適用 DMCA 責任限制法第 512 條之 (c) 項及 (d) 項規定時，對於「有權利及能力控制侵害活動」均採取相當嚴格的標準，系爭網路服務提供者須能實際控制侵害活動，才有可能被排除在避風港外而無法主張免責，如果該服務提供者只是有能力嚇阻侵害活動，則並不會構成間接責任，更無須討論免責的問題。在 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com* 一案中，第九巡迴上訴法院指出，如 Google 之搜尋服務提供者，雖然可因為其他網站從事著作權侵害活動而隨時終止雙方的合約，但這並非等同於 Google 有權利及能力控制系爭侵害活動，且縱使 Google 終止該合約，也無法停止前述網站之侵害活動⁵⁵，因此 Google 無需負擔著作權侵害之間接責任。

美國多數法院亦認為：不能僅因網路服務提供者有能力移除使用者所儲存之內容或中止提供服務，即謂系爭服務提供者「有權利及能力控制侵害活動」⁵⁶，否則實質上所有的網路服務提供者都將符合「有權利及能力控制侵害活動」之要件。再以 Google 所提供的搜尋服務為例，其固然有能力移除特定的搜尋結果，但這不代表 Google 在任何時刻都有能力找出並判斷搜尋結果中的侵權資訊⁵⁷，對於多數網路服務提供者而言，其存在的價值即為透過創新的自動化技術，流暢的處理數以萬計的數位資訊流，但該等業者在技術上

⁵⁵ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com*, 487 F.3d 701, 725-30 (9th Cir. 2007).

⁵⁶ See, e.g., *MP3tunes, LLC*, 821 F. Supp. 2d at 645; *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F. Supp. 2d 1132, 1150-54 (N.D. Cal. 2008); *Corbis Corp.*, 351 F. Supp. 2d at 1110; *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1098 (C.D. Cal. 2004); *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 164 F. Supp. 2d 688, 704 (D. Md. 2001); *Hendrickson v. eBay*, 165 F. Supp. 2d 1082, 1093 (C.D. Cal. 2001).

⁵⁷ See, e.g., *Perfect 10, Inc.*, 487 F.3d, at 731; Lemley, *supra* note 34, at 101-02.

及法律上並無能力就每一筆資訊的違法性實質判斷並控制之⁵⁸。

再以具體個案 *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.* 為例，後者主張其已依 DMCA 之規定踐行「通知－移除」(Notice And Take-Down) 程序，因此得豁免侵權責任⁵⁹，但 YouTube 每次移除侵權內容後，使用者卻又重新上傳侵權內容⁶⁰，但原告 Viacom 則主張，由 YouTube 與使用者之使用約款 (Term of Use)⁶¹及技術⁶²而言，YouTube 對其使用者之侵權行為應有監控能力，因此不得主張責任免除⁶³。在本案中第二巡迴上訴法院指出：網路服務提供者對於使用者所從事之活動須有實質影響力，方可謂「有權利及能力控制侵害活動」⁶⁴。

此外，在 *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* 一案中，法院針對提供類似 YouTube 影音分享服務的 Veoh 公司亦指出，雖然該公司擁有平台上所有影音檔案的索引 (index)，而且能移除平台上的影片，但是因為該公司無法監控個別影片是否侵權，因此並不符合「有權利及能力控制侵害活動」之要件⁶⁵。

58 *Id.* at 110.

59 Defendants' Answer to First Amended Complaint and Demand for Jury Trial, at 10, *Viacom Int'l Inc. v. Youtube, Inc.*, 540 F. Supp. 2d 461 (No. 1:07-cv-02103), 2008 WL 2260018.

60 See OUT-LAW.com, *Viacom's YouTube Lawsuit Could Test Limits of DMCA*, THE REGISTER (Mar. 14, 2007), http://www.theregister.co.uk/2007/03/14/viacom_youtube_lawsuit_dmca.

61 YouTube 的使用約款中規定：「YouTube 有單方改變該約款之權利」、「YouTube 有權利監督網站上發生之活動」、「YouTube 保留移除任網站上任何影片檔案之權利」、「使用者授權 YouTube 使用、重製、散布、改作、展示、表演該影片」。See *YouTube*, 540 F. Supp. 2d, at 15.

62 此處美國唱片協會 (Recording Industry Association of America, Inc., RIAA) 主張，YouTube 在技術上既然能過濾掉色情影片，則亦應可過濾掉侵害著作權之影片。See *YouTube*, 540 F. Supp. 2d at 18-19.

63 First Amended Complaint for Declaratory and Injunctive Relief and Damages and Demand for Jury Trial at 5, 19-28; *YouTube*, 676 F.3d at 36-38.

64 *YouTube*, 676 F.3d at 38.

65 *Io Group, Inc.*, 586 F. Supp. 2d at 1150-53.

針對如 YouTube 等提供影音分享平台的網路服務提供者，學者 Mark A. Lemley 亦指出，目前技術上並無可能要求網路服務提供者以過濾軟體完全控制侵害活動，因為由過去經驗可得知，從事著作權侵害的使用者有太多方法規避該等軟體之執行，最後該等軟體之運作不但徒勞無功，反而有時會限制合法使用者之權益⁶⁶。此外，若從政策的角度觀察此問題，則要求網路服務提供者就為數龐大的使用者資訊中，逐筆監控其違法可能性，則不免對該等服務提供者帶來巨額成本⁶⁷，有害於整體網路產業發展，亦與責任避風港原本之規範目的背道而馳。

就美國實務及理論發展之趨勢觀察，DMCA 第 512 條之 (c) 項及 (d) 項中關於網路服務提供者「有權利及能力控制侵害活動」之認定標準其實相當嚴格，須系爭網路服務本身具有相當的適合監控本質方符該要件；否則，縱使網路服務提供者有能力移除內容或中止服務，亦非條文中所謂的「有能力及權利控制侵害活動」。事實上，雖然 DMCA 第 512 條之 (c) 項及 (d) 項並未如同條 (a) 項及 (b) 項設有自動化技術之要件，但現今網路服務提供均係透過軟硬體自動操作達成服務目的，自動化程度愈高的網路服務，系爭服務提供者愈欠缺介入使用者內容傳輸的空間及誘因，此亦代表著系爭服務提供者愈欠缺「控制侵害活動」之能力。也因此，就美國施行 DMCA 責任限制法十餘年的經驗中，鮮少有符合 DMCA 規範的四類網路服務提供者，被法院認定「有能力及權利控制侵害活動」⁶⁸。

除了網路服務的技術架構外，網路服務提供者本身的經營方式也會影響法院對其是否「有權利及能力控制侵害活動」之判斷，在

⁶⁶ Lemley, *supra* note 34, at 111.

⁶⁷ *Id.* at 110-11.

⁶⁸ 換言之，若服務提供者真的「有能力及權利控制侵害活動」，則通常會被認定為並非 DMCA 第 512 條 (a) 項至 (d) 項得主張免責之主體。

Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc. 一案中，由於被告通常會事先篩選客戶上傳的網路內容，甚至積極給予建議，因此法院認為其「有能力及權利控制侵害活動」⁶⁹，但是這種積極介入的經營模式在現今各類網路服務市場中應屬少數。

最後，在討論網路服務提供者是否「有能力及權利控制侵害活動」時，部分權利人會主張系爭網路服務提供者本應有義務監控使用者之行為是否涉及侵權，但是美國 DMCA 責任限制法第 512 條 (m) 項其實已明確指出：責任限制之適用並不可被解釋為網路服務提供者須主動監控使用者行為或尋找涉及侵害的事實⁷⁰，由該法之立法意旨可得知，立法者在政策上希望維持網路服務提供者在資訊傳輸過程中的被動及中立角色⁷¹，如此規範亦符合前述美國法院對於網路服務提供者是否「有能力及權利控制侵害活動」之嚴格標準，符合網路服務自動化之特性，並有助於落實為網路服務提供者創設之免責機制；此外，亦有論者指出，DMCA 責任限制法中的「通知—移除」程序係由權利人發動「通知」程序，因此監控侵權的責任與成本自應由權利人承擔⁷²，要無由網路服務提供者擔負主動監控義務之理。

(二) 我國法制探討

我國著作權法第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 係參考美國法所訂，但我國法上並無類似代位侵權之概念⁷³，在第 90 條之 7 第 2

⁶⁹ *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146, 1181-82 (C.D. Cal. 2002).

⁷⁰ 17 U.S.C. § 512 (m)(1).

⁷¹ Lee, *supra* note 5, at 282.

⁷² Leary, *supra* note 14, at 1159.

⁷³ 相關民事連帶侵權責任由於有個別要件規範（如民法第 185 條至 191 條之 3 及公司法第 23 條第 2 項等），因此亦不易適用於網路服務提供者。關於網路服務提供者於我國法制下負擔間接侵權行為責任之探討，參見李治安，*失衡的承諾：著作權法責任避風港規範之立法政策評析*，*臺大法學論叢*，43 卷 1 期，頁 143-207（2014 年）。

款及第 90 條之 8 第 2 款亦未比照 DMCA 第 512 條之 (c) 項及 (d) 項，將「有能力及權利控制侵害活動」之要件列入規範，因此未來如發生資訊存取服務提供者及搜尋服務提供者符合第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 之免責規定，但該等服務提供者客觀上有能力及權利控制使用者之侵權行為，卻怠於採取積極作為之情況，則是否仍得依據該二條文主張免責，在法律適用上及政策上均係一值得探討之問題。

就上述美國經驗觀照我國著作權法第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 之規範，本文以為，該二條文第 2 款中未如美國在「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」中加入「有能力及權利控制侵害活動」之前提實屬正確，以現階段技術發展實況而言，資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者在技術上本難就使用者之行為監控，此為數位網路服務之本質及相關技術使然⁷⁴，此觀諸美國第九巡迴上訴法院在 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 案中的說明亦可明瞭，該案判決指出，網路服務提供者控制侵害行為的能力，其實受限於系爭服務之系統與技術架構⁷⁵，其後，在前述 *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* 一案判決中，法院亦點出網路服務提供者「控制侵害活動」之能力其實與系爭服務之軟體與系統設計有直接關聯⁷⁶。以現今網路服務提供者須處理大量甚至海量資料之實況而言，網路服務提供者應用高度自動化的軟硬體提供服務已是常態，此亦將使其難「有能力及權利控制侵害活動」。

74 Lemley, *supra* note 34, at 110-11.

75 *A&M Records, Inc.*, 239 F.3d at 1024.

76 *Io Group, Inc.*, 586 F. Supp. 2d at 1150-53. 值得注意的是，有論者認為法院以網路服務的技術架構認定系爭服務提供者是否「有能力及權利控制侵害活動」，將導致網路服務提供者在設計軟硬體架構時採取投機心態，故意架設難以監控的系統與架構，參見 Kuruvilla J. Olasa, *Two Conflicting Approaches to §512(c): Io v. Veoh and UMG v. Veoh*, 25 BERKELEY TECH. L.J. 347, 363 (2010)。但本文以為，自動化技術有助於網路服務提供者大幅提升經營效率、節省營運成本，雖本質上難以監控，但此係技術發展與市場競爭之必然，未必肇因於網路服務提供者避免法律責任之投機心態。

我國著作權法若比照美國條文，加入「有能力及權利控制侵害活動」並嚴格解釋之，則法院最後適用法律的結果亦極有可能將發現，幾無符合免責主體要件之服務提供者會同時有能力控制侵害活動；再者，退步言之，若嚴格解釋「有能力及權利控制侵害活動」之要件，而非僅以服務提供者有能力移除內容或中止服務為判斷基準，則符合要件之服務提供者通常主觀上對於使用者之著作權侵害行為亦可能實際知情或視為知情，如此透過著作權法第 90 條之 7 之及第 90 條之 8 之知情要件即可相當程度限制資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者進入避風港之可能性，在法律適用上實無必要就該等業者是否「有能力及權利控制侵害活動」判斷，徒增困擾。

關於網路服務提供者是否應主動監控使用者的著作權侵害活動，我國法雖未如美國 DMCA 責任限制法第 512 條 (m) 項明確做出否定規範，但由條文內容觀之，各類符合避風港資格的網路服務提供者均須對傳輸內容採取被動與中立的立場，因此解釋上我國法與美國法相同，並未要求進入避風港的網路服務提供者主動監控侵害行為。就我國與美國以外的其他法域而言，歐盟的電子商務指令亦規定，網路服務提供者無須就使用者之侵權活動負擔監控義務⁷⁷，法國及比利時法院都曾依此規定做出對網路服務提供者有利的判決⁷⁸。此外，規範上不要求網路服務提供者審查使用者上傳或儲存之資訊亦有其憲法意涵，在本文前述對 DMCA 責任限制法的影響甚鉅的 *Netcom* 判決中，法院亦指出，若果要求網路服務提供者預先審查使用者之所有言論內容，則可能會造成對網路言論自由有不當影響的寒蟬效應⁷⁹。

77 See Council Directive 2000/31/EC, art. 15, 2000 O.J. (L. 178) 1, 13 (EC).

78 Hannibal Travis, *Opting Out of the Internet in the United States and the European Union: Copyright, Safe Harbors, and International Law*, 84 NOTRE DAME L. REV. 331, 378 (2008).

79 *Religious Tech. Ctr.*, 907 F. Supp. at 1377-78.

關於網路服務提供者對於使用者著作權侵害活動不具主動監控義務之被動角色，學說上並非沒有反對聲音，有論者認為，由於DMCA 責任限制法並未課與網路服務提供者主動監控之義務，因此使得網路服務提供者都怠於發展或投資侵權偵測技術，造成該等技術發展遲緩或不受各類網路服務提供者青睞，進而使得數位環境的侵權日趨嚴重⁸⁰。本文以為，這種論點似是而非，如前所述，網路中立性原則具有保護言論自由的重要憲法價值，不容輕易否定，而主動監控責任的歸屬亦涉及制度設計的成本分配問題，權利人（特別是媒體集團）若想要在數位環境積極行使權利，亦可自行投資發展侵權偵測技術；再者，DMCA 責任限制法與我國責任避風港中均設有「通知—移除」程序，規定由權利人發動「通知」程序，由此等規定可知，立法者已對監控侵害活動的成本分配作出由權利人承擔之價值判斷，權利人如果希望網路服務提供者移除侵權內容，自須主動監控侵權活動；最後，與網路服務提供者相較，權利人其實更有能力也更適合判斷系爭內容的著作權歸屬狀態及構成著作權侵害與否，也因此政策上將主動監控的責任劃歸權利人而非網路服務提供者，其實具有相當程度的正當性。

四、「通知—移除」程序

「通知—移除」程序是著作權法責任避風港之關鍵要件，在實務上迭生爭議，本文以下區分該等程序之通知對象、通知內容以及網路服務提供者收到通知後，應採取的作為，分別探討。

（一）侵害通知之對象

自從美國開始施行上述責任限制法後，法院即開始廣泛引用責任避風港條款作為網路服務提供者的免責事由，舉例而言，在 *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC* 一案中，法院指出，倘若網路服務提

⁸⁰ Leary, *supra* note 14, at 1165-66.

供者「有建立一套有效的通知系統、一套處理著作權侵害通知的流程，且並未積極阻止著作權人為發出上述通知所為之資訊蒐集行為」，則該等服務提供者可享有 DMCA 中的責任避風港庇護⁸¹。但如果網路服務提供者故意忽視他人著作權被侵害之事實，則無法享有避風港之責任限制⁸²。

當權利人掌握特定使用者之侵權事實後，應對哪一類型的網路服務提供者作出「通知」？依我國著作權法第六章之一，「通知—移除」程序規範於該法第 90 條之 6 至第 90 條之 8，僅適用快速存取服務提供者、搜尋服務提供者及資訊儲存服務提供者，但其實權利人應通知的對象尚可包括連線服務提供者，因為在第 90 條之 4 第 1 項第 3 款的一般免責要件中，四個類型的網路服務提供者都應「公告接收通知文件之聯繫窗口資訊」；此外，而依同項第 2 款（即所謂的「三振條款」）：「以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務」，該款對於四個類型的網路服務提供者均有適用，而一般網路服務提供者知悉系爭使用者涉有三次侵權，均係由於權利人的通知，因此權利人於知悉侵權情事後，除通知快速存取服務提供者、搜尋服務提供者及資訊儲存服務提供者外，亦得通知連線服務提供者，俾利連線服務提供者執行前述三振條款。

（二）侵害通知之內容

關於著作權人或製版權人依據第 90 條之 6 至第 90 條之 8 向網路服務提供者為使用者涉有侵權行為通知之內涵為何，經濟部智慧財產局於 2009 年 11 月 17 日所訂定之「網路服務提供者民事免責事由實施辦法」第 3 條有詳細規範⁸³，美國法雖無此細節性規定，

81 *Perfect 10, Inc.*, 488 F.3d at 1109.

82 *See, e.g., Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 1076-79 (9th Cir. 2004).

83 網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 3 條：

「本法第九十條之六至第九十條之八所稱通知，應載明下列事項，並由著作權

但法院於 *Hendrickson v. eBay, Inc.* 一案中有所論及，並謂著作權人對網路服務提供者所為之使用者涉及侵權通知，須針對侵害之項目提供具體的細節⁸⁴。

(三) 網路服務提供者受通知後應採取之行為

網路服務提供者在收到權利人關於特定使用者之侵權通知後，應採取何種作為？一般認為主要是移除侵權內容以及將侵權通知轉送使用者，但是是否著作權法所規範的四類網路服務提供者收到來自權利人之侵權通知後，都須採取相同作為，誠有探究必要。

1. 移除侵權內容

(1) 我國著作權法規範

依著作權法第 90 條之 6 第 3 款、第 90 條之 7 第 3 款及第 90 條之 8 第 3 款之規定，快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者應「立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」，此即一般所謂的「通知—移除」程序，而連線服務

人、製版權人、專屬授權之被授權人（以下簡稱權利人），或權利人之代理人簽名或蓋章：一、權利人或其代理人之姓名或名稱、地址及聯絡電話、傳真號碼、電子郵件信箱或其他自動聯繫方式之說明。二、被侵害之著作或製版之名稱。三、請求將涉有侵害著作權或製版權之內容移除或使他人無法進入之聲明。四、足使網路服務提供者知悉該涉有侵權內容之相關資訊及其存取路徑。五、表示權利人係基於善意，相信涉有侵權內容係未經合法授權或違反著作權法之陳述。六、註明如有不實致他人受損害者，權利人願負法律責任。

前項通知，應用書面或經電子簽章之文件，以郵寄、傳真或電子郵件方式為之。但網路服務提供者已提供判別權利人之機制，或與權利人或其代理人另有約定者，從其機制或約定。

以代理人名義提出第一項之通知者，應同時聲明其已受權利人委任，並載明權利人之姓名或名稱。

在同一系統或網路，有多數著作或製版涉有侵權者，權利人或其代理人得以同一通知為之。」

⁸⁴ *Hendrickson*, 165 F. Supp. 2d at 1090-93. 相似的推論亦見於 *Newborn v. Yahoo!, Inc.*, 391 F. Supp. 2d 181, 188-89 (D.D.C. 2005) 中，法院認為原告的通知太過模糊不清，無法該當於 DMCA 上應有的通知。

提供者因為只提供使用者資訊傳輸網路，因此收到通知後，無須「移除」（也無從「移除」）侵權內容（參照著作權法第 90 條之 5）。

（2）美國法制觀察

這個看似黑白分明的法律問題卻曾經在美國成為 DMCA 責任限制法訴訟的爭議焦點，在 *Recording Industry Association of America, Inc. v. Verizon Internet Service, Inc.* 一案中，原告 RIAA 主張被告應於接獲原告通知後，對執行 p2p 軟體交換音樂檔案之使用者，做出斷線或關閉帳號之處分，亦即 DMCA 第 512 條第（c）項關於「通知－移除」之規範對於如被告 Verizon 之連線服務提供者亦應（類推）適用，只是由於連線服務提供者無法如同資訊儲存服務提供者一般，將侵權內容移除，所以如此類推適用的結果，是應對使用者做出「斷線」處置或關閉該用戶之網路服務帳號⁸⁵。

但是 RIAA 此主張不為美國華盛頓上訴巡迴法院所採，因為就責任限制法之條文而言，美國法第 512 條第（b）至（h）項與我國著作權法第 90 條之 6 至第 90 條之 8 相同，僅對其他三種網路服務提供者課與「通知－移除」之義務⁸⁶，雖然法院對原告之立場表達同情，但是亦在判決中指出，如果責任限制法在立法時，國會可預知 p2p 傳輸技術的強大威力，則或許會將應遵循「通知－移除」程序的主體作更大範圍的涵蓋，對連線提供者亦課予「通知－斷線」的義務，但該等決定係屬國會之立法職權，所以法院無法越俎代庖，也因而無法就此依原告的主張判決⁸⁷。在其後的 *In re Charter Communications, Inc.* 一案中，第八巡迴上訴法院亦採取相同的見

⁸⁵ *Recording Industry Ass'n of America, Inc. v. Verizon Internet Services, Inc.*, 351 F.3d 1229, 1235 (D.C. Cir., 2003).

⁸⁶ *Id.* at 1238.

⁸⁷ *Id.*

解⁸⁸。

(3) 小結

我國修正著作權法網路服務提供者免責之相關規定時，p2p 檔案交換技術所引發的著作權侵權行為早已是各界關注的焦點，立法上已經增定第 87 條第 1 項第 7 款及同條第 2 項處理，故我國應無前揭美國法院所述無法預見系爭技術之問題。此外，上述關於連線服務提供者是否得於接到權利人通知後，對於涉及侵權之使用者採取「斷線」處置之爭議在我國法院發生之可能性並不高，由於著作權法第 90 條之 5 關於連線服務提供者免責之規範，並無「通知—斷線」及同法第 90 條之 6 至 90 條之 8 的「通知—移除」程序，因此「通知—斷線」很明顯的並非連線服務提供者進入避風港之要件，準此，法院應會堅守文義與體系解釋，如同美國法院認定，連線服務提供者在接獲侵權通知後，並不須以對使用者「斷線」作為進入避風港之要件。

2. 轉送侵權通知

網路服務提供者收到侵權通知後是否應轉送使用者，於前者進入避風港的程序中亦有探討之必要，本文以下分析我國與美國規範現況後，就規範及實踐的應然面提出建議。

(1) 我國著作權法規範

依著作權法第 90 條之 9，資訊儲存服務提供者於接獲侵權通

⁸⁸ 在該案中，第八巡迴上訴法院亦表示：DMCA 之安全港規範係針對過去與 P2P 大不相同的網路環境，而依據現行法，不同於其他三類網路服務提供者，連線服務提供者並不須採取「通知—移除」或「通知—斷線」之作為以進入避風港。因為，就事實上而言，連線服務提供者僅提供線路，本來就無法對侵害內容採取「移除」動作；而就文義上而言，DMCA 第 512 條第 (g) 項之規定應只適用於其他三類網服務提供者。See *In re Charter Commc'ns, Inc.*, 393 F.3d 771, 777 (8th Cir. 2005).

知後，應將該通知及依第 90 條之 7 第 3 款處理情形，轉送涉有侵權之使用者，該條僅就資訊儲存服務提供者設有該轉送規範，其他三類網路服務提供者則無類似規範，同法第 90 條之 4 第 2 項雖規定：「連線服務提供者於接獲著作權人或製版權人就其使用者所為涉有侵權行為之通知後，將該通知以電子郵件轉送該使用者，視為符合前項第一款規定」，但連線服務提供者亦可能以其他方式符合該條項第 1 款之規定，因此第 90 條之 4 第 2 項並非連線服務提供者進入責任避風港之絕對必要條件。然而，對於權利人來說，如果連線服務提供者能協助轉送，將可以更有效率的方法遏阻侵權，某種程度降低未來的訴訟機率，以及因訴訟所引發的使用者身分被揭露等個人隱私問題⁸⁹。

(2) 美國法制觀察

美國 DMCA 責任限制法中關於網路服務提供者將侵權通知轉送使用者之規範與我國相當，因此除了資訊儲存服務提供者以外的其他三類網路服務提供者，無須為了進入責任避風港而為權利人轉送侵權通知。但是許多權利人都曾表示希望連線服務提供者能協助轉送，甚至主動與連線服務提供者協議，請後者轉送侵權通知給使用者，如 2005 年時，迪士尼 (Disney) 曾與電信公司 Verizon 協議，由 Verizon 轉送迪士尼的侵權通知給使用者，而條件是 Verizon 可取得特定迪士尼節目的播送權⁹⁰，Verizon 亦曾與包括美國唱片協會的其他權利人簽署類似的轉送協議⁹¹；其它電信業者諸如 Comcast 每年都協助權利人轉發一百萬至兩百萬封侵權通知，原因是當 DMCA 規範不明或解釋上有模糊空間時，Comcast 認為協助

⁸⁹ Bridy, *supra* note 33, at 101.

⁹⁰ Nate Anderson, *Verizon to Forward RIAA Warning Letters (But That's All)*, ARS TECHNICA (Nov. 13, 2009, 5:28 AM), <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/11/verizon-to-forward-riaa-warning-letters-but-thats-all.ars>.

⁹¹ *Id.*

轉送有可能更遵守或符合避風港的規範要求⁹²。

美國亦有論者認為，雖然法律未明文規定，但解釋上除了資訊儲存服務提供者以外其他三類網路服務提供者亦應將侵權通知轉送使用者，因為 DMCA 責任限制法第 512 條 (i) 項要求欲進入避風港的網路服務提供者應提出對「重複侵權者」(repeat infringer) 終止服務之政策，該規定對四種法定網路服務提供者均有適用⁹³，基於程序正義之原則解釋該規範，網路服務提供者應該在每次收到侵權通知後均轉送給使用者，未來在對「重複侵權者」終止服務時，才能具有正當性。在極少數連線服務提供者對「重複侵權者」採取終止服務（亦即「斷線」）之個案中，由於終止服務對使用者影響甚鉅，因此雖然法無明文，但是連線服務提供者均強調，其已經一再的將侵害通知轉送使用者，但使用者卻不作回應，依然故我地從事侵權行為，連線服務提供者才會採取「斷線」處置⁹⁴。

(3) 小結

本文以為，依目前我國著作權實定法，資訊儲存服務提供者以外的其他三類法定網路服務提供者不須將侵權通知及處理情形轉送涉有侵權之使用者，即可進入責任避風港，如此規範有欠完整。首先就快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者而言，著作權法第 90 條之 6 第 3 款、第 90 條之 7 第 3 款及第 90

92 See, e.g., Chloe Albanesius, *Comcast, Others Deny 'Three Strikes' Piracy Plan*, PCMag (Mar. 27, 2009, 11:54 AM), <http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2343977,00.asp>; Sarah McBride, *Relationship Status of RIAA and ISPs: It's Complicated*, WALL ST. J. (Mar. 26, 2009, 3:07 PM), <http://blogs.wsj.com/digits/2009/03/26/relationship-status-of-riaa-and-isps-its-complicated/>.

93 17 U.S.C. §512 (i)(1)(A). 該規定類似於我國著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款（即一般所謂「三振條款」），兩者的主要差別是美國法之用語為「屢次侵權者」，至於幾次以上該當於「屢次」，則未明文規範，而我國法則明確訂出「使用者若有三次涉有侵權情事」。

94 See, e.g., Bridy, *supra* note 33, at 102; McBride, *supra* note 92.

條之 8 第 3 款均設有「通知－移除」之程序規範，但卻只於第 90 條之 9 對資訊儲存服務提供者設有將侵權通知及處理情形轉送使用者之規定，對於快速存取服務提供者及搜尋服務提供者卻未設有相當的轉送規定。然而，第 90 條之 9 的規範邏輯對於快速存取服務提供者及搜尋服務提供者其實亦應有適用的空間，此對快速存取服務提供者之使用者尤其重要，因為通常搜尋服務提供者依法移除者並非使用者自主儲存的內容，只是後者搜尋或連結之資訊；但是，快速存取服務提供者移除者，和資訊儲存服務提供者移除者相同，都是使用者自主儲存的內容，因此立法上第 90 條之 9 的主體應至少考慮將快速存取服務提供者納入。

就連線服務提供者而言，雖然其不適用「通知－移除」之程序規範，但由於其實其仍適用同法第 90 條之 4 第 1 項第 2 款的「三振條款」，而適用結果若對使用者作出「終止全部或部分服務」之處置時，對於使用者權益影響不可謂不大，為了在程序上給使用者更完整之保障，並減少訴訟爭議，立法上或可考慮將第 90 條之 4 第 2 項設計為連線服務提供者進入避風港之必要條件，而非如現行法所設計的擇一式開放條件。

伍、結語

我國著作權法於 2009 年增訂第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」後，對於我國網路產業之影響甚鉅，但是國內實務界對於該等規範之認識仍相當有限，本文由比較法之觀點，觀察我國立法當時之主要參考對象美國法，析述進入責任避風港時，常發生爭議之主、客觀要件。

就主觀要件部分，權利人之通知行為通常會導致網路服務提供者對使用者之侵害活動知情，但是依據「網路服務提供者民事免責

事由實施辦法」之規範，通知內容之特定性不足，將阻卻網路服務提供者因「實際知情」而成立民事責任之可能，然而，網路服務提供者卻仍有可能因為該通知而對侵害行為知情，並因而負擔刑事責任，此等不合理現象係因現行法僅免除網路服務提供者之民事責任，而未免除刑事責任所導致，未來修法應將刑事責任一併免除。此外，就美國法曾討論 p2p 業者的「實際知情」問題，由於我國已有著作權法第 87 條第 1 項第 7 款及同條第 2 項之規範，因此較無認定主觀要件之問題。

就客觀要件而言，網路服務提供者對於所傳輸、儲存或搜尋之資訊須維持被動、中立的地位，不應對該等資訊主動監控或介入。就著作權法第 90 條之 7 第 2 款及第 90 條之 8 第 2 款之規定而言，本文以為，要排除資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者進入責任避風港，須嚴格認定系爭網路服務提供者「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」，若系爭網路服務提供者僅對侵權行為具相當之財產利益或經濟關聯，但未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益，則尚難排除其進入責任避風港；而立法理由將侵權行為所帶來收入之「比例」作為探討「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」因果關係之認定標準，與現行網路經營之長尾理論不符，誠有誤導之虞及檢討之必要。

就「通知－移除」程序而言，本文主張，應修改現行規範，將現行著作權法第 90 條之 9 的轉送主體做更細緻的規範，轉送主體不應限於現行法所規範之資訊儲存服務提供者，而應擴及其他三類網路服務提供者；此外，在網路服務提供者執行三振條款時，本文主張網路服務提供者應於三次得知侵權情事時，均轉知系爭使用者，並將之列為進入避風港之客觀要件，以提供更完整的程序保障，此在連線服務提供者終止全部服務時，尤為重要。

參考文獻

1. 中文部分

- 王怡蘋（2009），著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，
月旦法學雜誌，173期，頁25-41。
- 李治安（2014），失衡的承諾：著作權法責任避風港規範之立法政
策評析，臺大法學論叢，43卷1期，頁143-207。
- 沈宗倫（2010），對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任
豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，頁257-298。
- 林利芝（2010），責任避風港適用之研究——以學術網路為例，台
灣法學雜誌，165期，頁11-42。
- （2012），影音網站著作權侵害與過濾機制衍生爭議之研
究，東吳法律學報，23卷4期，頁89-124。
- 姚信安（2011），從美國法角度探討我國著作權民事間接侵權責任
相類制度，中正財經法學，2期，頁139-201。
- 孫式文（2011），隱喻與數位文化——由傳播與價值批判的角度省
思，新聞學研究，108期，頁141-181。
- 章忠信（2009），二〇〇九年新修正著作權法簡析——網路服務提
供者之責任限制，月旦法學雜誌，173期，頁5-24。
- 陳思廷（2012），法國著作權網路侵權三振法制之解析，智慧財產
權月刊，161期，頁32-48。
- 葉志良（2012），著作權法三振條款制度對著作權平衡保護的影
響，資訊社會研究，22期，頁79-114。
- 馮震宇（2007），部落格也會侵害著作權？——網路服務提供者責
任限制規範下的部落格責任，萬國法律，153期，頁14-26。

2. 外文部分

- Anderson, Chris. 2006. *The Long Tail: Why the Future of Business Is Selling Less of More*. New York, NY: Hyperion.
- Bridy, Annemarie. 2010. Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement. *Oregon Law Review* 89:81-132.
- Burk, Dan L. 2011. Toward an Epistemology of ISP Secondary Liability. *Philosophy and Technology* 24:437-454.
- Fairfield, Joshua A.T. 2009. The God Paradox. *Boston University Law Review* 89:1017-1068.
- Koelman, Kamiel J. 2000. Online Intermediary Liability. Pp. 7-57 in *Copyright and Electronic Commerce*, edited by P. Bernt Hugenholtz. Boston, MA: Kluwer Law International.
- Leary, Brian. 2012. Note: Safe Harbor Startups: Liability Rulemaking Under DMCA. *New York University Law Review* 87:1135-1171.
- Lee, Edward. 2009. Decoding the DMCA Safe Harbors. *Columbia Journal of Law and the Arts* 32:233-270.
- Lemley, Mark A. 2007. Rationalizing Internet Safe Harbors. *Journal on Telecommunications and High Technology Law* 6:101-120.
- Loren, Lydia Pallas. 2011. Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously. *Wake Forest Law Review* 46:745-782.
- Olasa, Kuruvilla J. 2010. Two Conflicting Approaches to §512(c): *Io v. Veoh* and *UMG v. Veoh*. *Berkeley Technology Law Journal* 25:347-368.
- Reese, R. Anthony. 2009. The Relationship Between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability. *Columbia Journal of Law and the Arts* 32:427-444.

- . 2011. The Relationship Between the ISP Safe Harbor and Liability for Inducement. *Stanford Technology Law Review* 8:9-17.
- Travis, Hannibal. 2008. Opting Out of the Internet in the United States and the European Union: Copyright, Safe Harbors, and International Law. *Notre Dame Law Review* 84:331-408.