

# 國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

網路資訊儲存服務提供者著作權侵權免責事由之  
探討-以美國 **Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.**案  
為中心

The Exemption of Copyright Infringement Liability for Internet  
Information Storage Service Providers

– Focusing on **Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.**

研究生：李維峻

指導教授：王敏銓 教授

中華民國一零一年七月

網路資訊儲存服務提供者著作權侵權免責事由之探討

-以美國 Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.案為中心

The Exemption of Copyright Infringement Liability for Internet  
Information Storage Service Providers

– Focusing on Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.

研究生：李維峻

Student：Wei-chun, Lee

指導教授：王敏銓博士

Advisor：Min-Chiuan Wang

國立交通大學  
科技法律研究所  
碩士論文

A Thesis  
Submitted to Department of Management  
Institute of Technology Law  
National Chiao Tung University  
in partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of  
Master  
in  
Technology Law

July 2012

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一零一年七月

網路資訊儲存服務提供者著作權侵權免責事由之探討- 以美國  
Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.案為中心

學生：李維峻

指導教授：王敏銓

國立交通大學科技法律研究所碩士班

摘 要

在這個網路快速發展與言論自由高漲之時代，科技言論工具逐漸興起，成為這個世代溝通的工具，全球第一大的 YouTube 平台即為適例。而當最大的網路資訊儲存服務提供者遇上媒體巨擘，一場訴訟外到訴訟內的法律攻防戰就此展開，美國的 Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.一案正是因此而生的判決，此一判決在美國甚至全世界受到矚目。本文將以此判決為中心，探討網路資訊儲存服務提供者之著作權侵權免責事由，且在各章節之中皆會緊扣此一中心案例。

為使網路資訊儲存服務提供者及著作權人能在著作權間接侵害案件中得各自評估實際風險，本文提出一著作權間接侵權之抗辯圖作為探討的主軸，先從合理使用部分探討，整理美國學說與我國實務見解後歸納出「科技合理使用」之可能性；再從著作權法安全港條款著力，以美國與我國比較法之觀點切入，研擬我國著作權法上安全港條款之適用觀點，並論述安全港條款與間接侵權相關規定之關係。

最後，以美國就安全港條款判決之實證研究作結，檢驗本文前述所提出之著作權間接侵權之抗辯圖，進而瞭解整個安全港條款目前適用之事實面，並回到 Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.一案以帶出本文之結論。

The Exemption of Copyright Infringement Liability for Internet  
Information Storage Service Providers  
– Focusing on Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc.

Student : Wei-chun, Lee

Advisors : Min-Chiuan Wang

Institute of Technology Law  
National Chiao Tung University

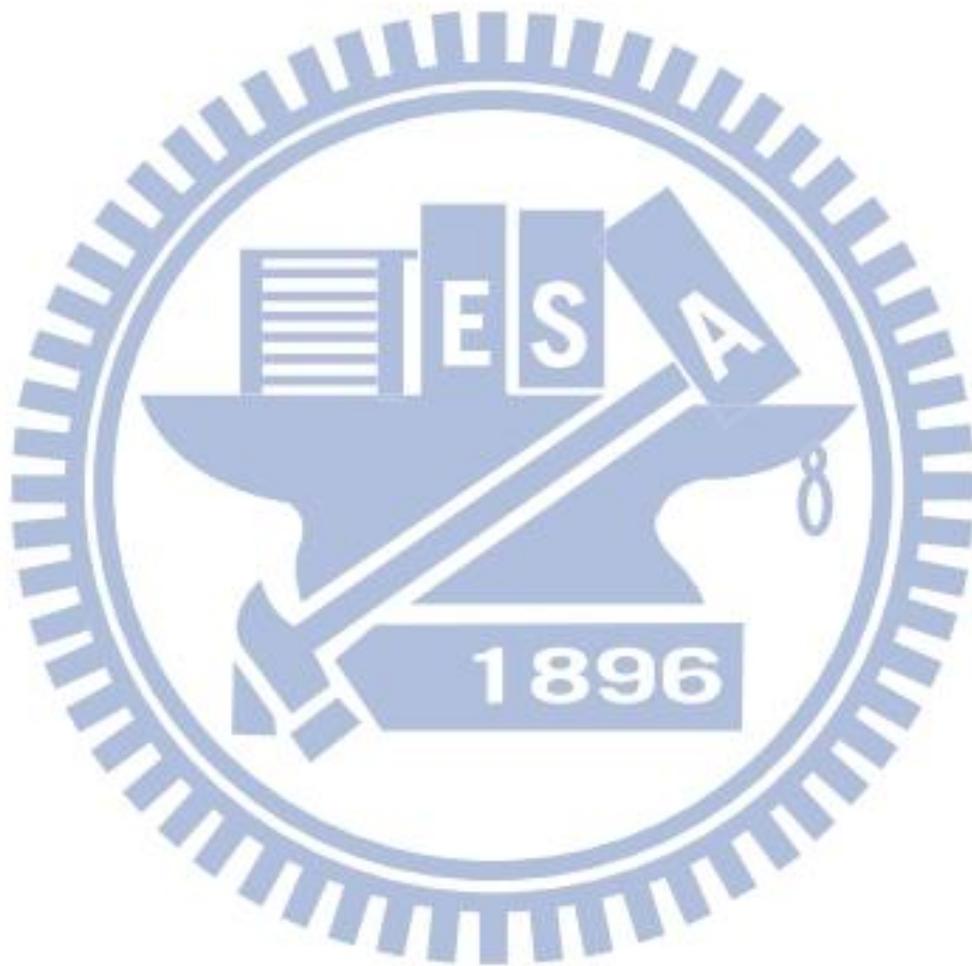
ABSTRACT

In the times of network highly developing and freedom of speech rising, the speech technology sprung up gradually and became the tool of communicate in this generation, such as platform of YouTube is the great example. When the biggest Internet Information Storage Service Provider encounters the media monster, a war from business to lawsuit is rising. In fact, Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc. which gets everyone’s attentions in America as well as the world is due to above circumstance. This essay will focus on Viacom Int’l, Inc. v. YouTube, Inc. and study the exemption revision on copyright liability limitation for Internet Information Storage Service Provider. The discussions of each chapter will be based on this case.

For Internet Service Providers and copyright owners to estimate the actual risk in secondary infringement lawsuit, this essay provider a flowchart of affirmative defenses to be the weight-bearing point. First, focusing on fair use and sorting out the theory of America and court practice of our country to infer the possibility of technology fair use. Second, this thesis focuses on the safe harbor provision at comparative point of view to analyze the application of safe harbor provision in our copyright law, and expounds the relation between safe harbor provision and secondary infringement.

Lastly, according to an empirical study on cases of American safe harbor provision, this thesis inspects the above flowchart of affirmative defenses. Furthermore, having acknowledged the real application of safe

harbor provision, this theis goes back to Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.  
for conclusion.



# 誌謝

這一天天空很藍，在研究所的旅程終於還是走到了這一步，跟當初預期的並無太大差別，在蔚藍的天空下寫下我的論文謝辭。這一刻，心中實著百感交集，一切辛勞皆結晶在這本論文中，研究所的每一堂課、每一次學習，都是完成這本論文的必經階段，而遇到的每一個師長、朋友、同學更是最難以忘卻的，謝謝這段時間所有幫助過我的人，我都滿懷感激；碩士畢業可以說是我學習旅程的一個中繼站，這段時間以來，將自己毫無保留的投入學術研究之中，這本論文的完成除了是我三年來的思考結晶，更是對自己學生生涯暫時告別的交代，期能不愧恩師的教導與家人、朋友的支持。

這本論文的完成，最應該感謝的莫過於我的指導教授**王敏銓老師**，從研二開始修習老師的著作權法專題，以及網路法專題，在老師不斷不吝提點，並與老師研習、討論下，奠基了這本論文的紮實基礎。老師總是在百忙之中抽出時間和我討論問題，並提供我許多珍貴的參考資料，在我迷網時指出我的思考方向，這一切的一切對於我論文的完成有相當大的幫助。老師對研究的高度熱忱和嚴謹治學的態度，以及越來越有趣的上課風格，還有容許不同思考的雅量，開放性的刺激並鼓勵我更深入的思考，令我收穫良多。而除了學術的指導外，老師推薦我擔當交大科法所法律服務，更令我提早面對到各式各樣社會的現實面，對於我現在的法律生涯幫助甚大。我想，能夠當老師的指導學生，我真的覺得非常幸運，心裡滿滿的都是感謝。在未來的人生路上，我將繼續以老師作為榜樣，能夠開放思考，嚴謹處事。

另外要感謝慷慨答應擔任我的口試委員的**章忠信老師**以及**林利芝老師**，謝謝兩位老師在百忙之中抽空審閱我的論文，又在口試時不吝提出許多寶貴的建議，讓我的論文有改進並成長的空間；兩位老師給予我許多鼓勵，同時接受學生對於網路科技開放性的思考，更是激發我繼續學習的動力，蒙兩位老師費辭指教，心中滿是感激。

回顧研究所三年的學習旅程，最感謝的還是教導我的老師們：**劉尚志老**

師在專利上的教導，讓我對智慧財產權有了透徹的瞭解，老師幽默風趣但又深度兼具的講授方式，我想會是我一輩子在言詞表達精進上追求的目標；當然也忘不了，在擔任碩二擔任畢業典禮總召時，劉老師對我的多所關懷與鼓勵，那是我辛苦辦活動中最好的回報。另外**林志潔老師、陳鈺雄老師、王立達老師、倪貴榮老師、林建中老師**，在生活上諸多照顧，學術上也總是不忘提攜，尤其志潔老師的熱忱也是我當初來到科法所的原因，而每每在陳老師研究室的懇談皆使我的未來規劃更加完善，在此致上最誠摯的謝意，另外我更忘不了建中老師在畢業典禮時，從背後嚇我且笑著說恭喜，我想那不僅僅是對於學生的送別，更是一種真正祝福朋友的表情。其次，也要感謝學長姐們的幫助，尤其是**偉棟**學長總是嘻嘻哈哈的陪我度過間熬的日子，因為有學長，讓我的論文煎熬日子不至於那麼苦悶。

此外要感謝和我一路努力過來的好夥伴們：**瑋庭**在我剛開始的研究生涯帶給我很多歡笑與趣味，在之後舉辦活動時也給我很多的幫助，很多時候我們是相依為命、甘苦與共；**佩綺**就向老媽子一樣叮嚀我的一切，身為朋友他也總是不吝付出他的關心，雖然很多時候他才是最需要被關心的那一個，我想太多的回憶裡都有你的影子無法細數；相約每晚、成為男子漢計劃的**昆軒**，謝謝你總是為傾聽我的生活點滴，在我需要幫助的時候伸出援手並鼓勵我，無數個夜晚與閒聊現在想起來都是那麼的真切；和我同門的**又華、萱茹**是一起想辦法搞懂老師、一起學習、一起討論問題和報告，還有一起鼓勵、閒聊不可或缺的好戰友，跟你們在一起總是那麼的舒坦；**宗穎、書瑋**雖然在研究所的後期跟你們相處的時間不多，但跟你們相處的時光我都很快樂而且珍惜，希望你們兩個帥哥可以完成你們所告訴我的夢想，加油！；**于柔、婷婷、湘怡、靜雅**你們機智的頭腦與勤奮的工作態度是我學習的榜樣，一起排練活動、偶而閒聊的當下，有的是滿溢的溫暖與快樂；還有**敦威、旻書、秉志、芳儀**，和你們一起共度的喝酒閒聊時光總是開心，不論是辦研討會、聚餐聊天還是出去玩，謝謝你們豐富了我研究所的求學生涯。謝謝**樗寧**時常給我很多學習的資訊與意見的交流，謝謝**翊展、政雄**對我工作上的不吝幫助，謝謝**詠真**總是願意跟老學長用大大的笑容開心聊天，還有謝謝 98 級的同學們總是默默捎來的關心。

回憶太多太多，除了特別提到的，我想其實每一個在我研究所生涯的人，在

這裡萍水相逢絕對是奇妙的緣分，曾經的那些交集亦是我想念且感謝的對象。此外，還要感謝我的老朋友們：柏函、思勻、雅婷、榮庭、譯文、萃華、靚嘉、資元、陳婷婷、政義、梓靖、楊晟、晉唯等人，以及新朋友律訓夥伴們，尤其是維中、星磊、筠護、顏榕、宗翰、敦偉、鈺雯等人，雖然不能常常見面，但你們的關心一直都在，這是最溫暖的力量，總是帶給我無限歡樂，希望可以當一輩子的好朋友。

最後也是最重要的感謝，獻給我的家人們，親愛的爸爸**李啟泰**，媽媽**徐台英**，謝謝你們總是無怨無悔的支持我每一個決定，包括我亦然決然到新竹交大科法所求學研究的決定，你們完全的信任和體諒，是我堅持每一步的力量。在求學、國考和論文寫作期間，一直很忙碌的我回家時間總是很少，雖然不在身邊，但你們的所說的每一句叮嚀每一次關心卻如影隨行長伴左右，對於未來茫然的時候，你們總是使我堅定的那個關鍵，那些鼓勵和肯定，幫助我成長，你們永遠是我身後最大的靠山，也是催促我前進的原動力，對你們的感謝難以言盡，只能銘記於心，並在這本論文中感謝你們。衷心希望碩士學業與這本論文的完成，能夠讓你們為我而驕傲。當然，還有親愛的**婉婷**，謝謝妳在論文寫作這段日子以來一直鼓勵消退我的不安與包容我的焦慮，並和我一起努力，這段日子留下來的不僅同甘更有共苦，留下來的不是這本論文而是那過程，生命的旅程因為有你而更加深刻與豐富，未來的路我們繼續攜手並進，幸福會在一路上如影隨形。

最後的最後，我想對自己說聲謝謝，你的努力和堅持，讓我深深為你感到驕傲，這段旅程沒有終點，這本論文只是一個序章，請讓我繼續以你為傲。

2012.09.30 李維峻  
於台北

## 目錄

圖表目錄.....	XII
縮語表.....	XIII
一、 前言.....	1
二、 研究目的與方法.....	3
2.1 研究目的.....	3
2.2 研究方法.....	6
三、 現行之網路環境.....	7
3.1 發源.....	7
3.2 內部架構.....	9
3.3 網路效應.....	10
3.4 網路資訊儲存服務提供者.....	11
3.4.1 定義.....	11
3.4.2 崛起.....	12
四、 本文中心案例－美國聯邦紐約南區地方法院 <i>Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc</i> 案.....	14
4.1 事實.....	14
4.2 原告、被告意見.....	15
4.2.1 指控與辯駁.....	16
4.2.2 <i>Viacom</i> 之證據與說明.....	17
4.2.3 <i>YouTube</i> 之證據與說明.....	19
4.3 法院見解.....	21
4.3.1 知悉的標準.....	22
4.3.2 「快速」取下.....	23
4.3.3 未取得利益.....	23
4.3.4 其他爭點.....	23
4.4 聯邦上訴第二巡迴法院見解.....	25
4.4.1 實際知悉與紅旗警示之程度.....	25
4.4.2 即決判決.....	27
4.4.3 刻意視而不見 (willful blindness).....	28
4.4.4 控制與利益條款：§512(c)(1)(B).....	28
4.4.5 「由於」(By Reason of) 他人儲存.....	30
4.4.6 其他爭點.....	31
五、 網路使用者之直接責任對於網路資訊儲存服務提供者之影響.....	32
5.1 著作權法的合理使用.....	32
5.1.1 性質.....	32

5.1.1.1 法律性質 .....	32
5.1.1.2 本文意見 .....	33
5.1.2 過去 .....	34
5.1.2.1 Folsom v. Marsh .....	34
5.1.2.2 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. .....	35
5.1.3 現在 .....	37
5.1.4 發展 .....	38
5.2 合理使用與著作權侵權責任之關係 .....	40
5.2.1 直接侵權責任 .....	40
5.2.2 間接侵權責任 .....	41
5.3 合理使用之天秤傾斜 .....	42
5.3.1 允許的文化 .....	42
5.3.2 新興科技市場的傳統化 .....	43
5.3.3 交易成本以外的思考 .....	43
5.3.4 解決：科技下的層升關係 .....	45
5.4 我國裁判實務之觀察 .....	46
5.4.1 臺灣臺中地方法院 94 年訴字第 1865 號刑事判決 .....	46
5.4.2 臺灣高等法院臺南分院 96 年度上易字第 486 號刑事判決 .....	47
5.4.3 臺灣臺中地方法院 96 年度聲判字第 60 號刑事裁定 .....	50
5.4.4 最高法院 97 年台非字第 32 號刑事判決 .....	51
5.4.5 小結 .....	52
5.5 新型態的科技合理使用 .....	55
5.5.1 肯定說法： .....	56
5.5.2 否定說法： .....	56
5.5.3 折衷說法： .....	56
5.5.3.1 基礎一：美國憲法第一修正案 .....	57
5.5.3.2 基礎二：美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款 .....	58
5.5.3.3 基礎三：經濟面向的正當化基礎 .....	58
5.5.3.4 科技合理使用（Technology Fair Use） .....	60
5.5.4 科技合理使用於我國的基礎 .....	63
5.5.5 本文中心個案涵攝：Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc ...	64
六、網路資訊儲存服務提供者之間接責任 .....	67
6.1 著作權法安全港之規定-針對美國著作權法§512(c)以及我國著作權法 第 99 條之 7 條 .....	67
6.1.1 美國之規定 .....	68

6.1.1.1	新世代的數位千禧年著作權法案 .....	68
6.1.1.2	安全港條款之目的 .....	69
6.1.1.3	美國網路資訊儲存服務提供者之安全港條款 .....	70
6.1.1.3.1	前提適格 .....	70
6.1.1.3.2	安全港條件 .....	73
6.1.2	我國之規定 .....	76
6.1.3	比較及修法芻議 .....	76
6.1.3.1	三振條款 .....	77
6.1.3.2	通用辨識技術 .....	77
6.1.3.3	知悉侵權與否之判斷 .....	78
6.2	紅旗警示 .....	79
6.2.1	區分基準 .....	80
6.2.2	Corbis Corp. v. Amazon.com .....	81
6.2.3	Perfect 10 v. CC.Bill .....	81
6.2.4	UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks .....	82
6.2.5	本文中心個案涵攝：Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc ...	83
6.3	安全港與間接侵權之關聯 .....	84
6.3.1	間接侵權概念 .....	84
6.3.2	輔助侵權 .....	85
6.3.3	代理侵權 .....	88
6.3.4	誘引侵權責任 .....	90
6.3.5	我國法之比較 .....	93
6.3.5.1	共同侵權責任 .....	93
6.3.5.2	引誘侵權責任 .....	96
6.3.5.3	雇用人責任 .....	97
6.3.6	我國法間接責任下之安全港之運用 .....	98
七、	過濾機制的問題 .....	101
1.1	代碼 .....	101
7.1.1	概念 .....	101
7.1.2	東西岸代碼 .....	102
7.1.3	代碼即是法律 .....	103
7.2	零容忍政策 .....	104
7.3	未倒的最後一根稻草—Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc .....	105
7.4	YouTube 的過濾機制 .....	106
7.4.1	過去 .....	106
7.4.2	現在 .....	108
7.4.2.1	YouTube Audio ID & Video ID .....	108

7.4.2.2 Megaupload 事件 .....	108
7.4.2.3 美國 SOPA 法案 (Stop Online Piracy Act) .....	110
7.4.2.4 本文意見 .....	112
7.4.3 未來的疑慮：網路自由之存亡 .....	114
7.4.3.1 網路中立與網路自由 .....	114
7.4.3.2 最後一道防線 .....	115
八、實證研究 .....	117
8.1 美國安全港判決分析 .....	117
8.1.1 搜尋工具與方法 .....	117
8.1.1.1 工具 .....	117
8.1.1.2 方法 .....	117
8.1.1.3 限制 .....	118
8.1.2 整體觀察 .....	119
8.2 量化研究 .....	119
8.2.1 聯邦法院勝敗與即決判決 (Summary Judgment) 統計 .....	119
8.2.2 解釋分析 .....	122
8.3 小結 .....	125
九、本文結論 .....	126
9.1 寒蟬效應的避免 .....	126
9.2 我們所希冀的未來 .....	127
參考文獻 .....	130

## 圖表目錄

圖表 1 YouTube 網站上影音被移除之顯示說明.....	3
圖表 2 ISP「著作權間接侵權責任」之假設性訴訟攻防上紅黃綠燈圖 ...	4
圖表 3 安全港中實際知悉、紅旗警示、輔助侵權責任三者主觀上之互動 圓餅圖 .....	86
圖表 4 YouTube 網站上影音被移除之顯示說明.....	109
圖表 5 有關§512(c)訴訟勝敗與即決判決統計表 .....	121
圖表 6 網路資訊儲存服務提供者著作權侵權案件即決判決比例圓餅圖 .....	121
圖表 7 網路資訊儲存服務提供者著作權侵權案件勝訴比例圓餅圖 .....	122
圖表 8 ISP「間接侵權責任」之假設性訴訟攻防上紅黃綠燈圖 .....	125



## 縮語表

縮 寫	全 稱	意 義
§	Paragraph	條
A.R.P.A.	Advanced Research Projects Agency	先進研究計畫署
DMCA	The Digital Millennium Copyright Act of 1998	數位千禧年著作權法案
EEF	Electronic Frontier Foundation	美國電子前線基金會
ISP	Internet service provider	網路服務提供者
IT	information technology	資訊科技
VCRs	video cassette recorders	錄放影機科技
MPAA	Motion Picture Association of America	美國電影協會
PIPA	Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011	保護知識產權法案
RIAA	Recording Industry Association of America	美國唱片業協會
SOPA	Stop Online Piracy Act	禁止網路盜版法案
UGC	user-generated content	網路使用者提供內容
UMG	Universal Music Group	環球唱片
WIPO	World Intellectual Property Organization	世界智慧財產權組織

## 一、前言

1998 年美國制定了針對數位時代之著作權相關規定，此即為我們所熟知的數位千禧年著作權法案（DMCA）<sup>1</sup>。而在十三年後的今天，網路的發展與當初法條制訂之時的情形已有所不同，全民網路時代的來臨與新興網路科技不斷的發展，使美國數位千禧年著作權法案似乎如同過時的舊法一般，造成這幾年來在學界及法院中之討論與疑問不斷的形成，這些疑問促使我們去反思美國數位千禧年著作權法案之中的著作權相關規定。

美國數位千禧年著作權法案中有兩個部分是比較重要的，第一個部份是針對反規避條款之規定，此規定總體來說是在擴大著作權人之權利；第二部分則是有關網路服務提供者（Internet service provider, ISP）安全港之規定，此部分目的則在減小網路供應商之責任，反言之即是某程度在限縮著作權人之權利<sup>2</sup>。其中安全港之規定，在去年與今年有關 Viacom 公司的兩個聯邦案件判決中被討論，不只造成新聞媒體的報導與網路自由運動者之討論<sup>3</sup>，更與學術環境中關於安全港相關的論辯相互輝映<sup>4</sup>。是以，本文欲就美國數位千禧年著作權法案中網路資訊儲存服務提供者安全港之規定作探討，依循甫經地院判決之美國聯邦法院 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之脈絡，建構出所謂的紅旗警示（red flag test）應有之標準，並進一步再細究其與間接侵權之關係，其後並提出一個合理的判斷基準，使之得以作為我國著作權法有關網路資訊儲存服務提供者（ISP 四種類型之其中一種。如 YouTube）安全港規定之判斷上建議。最後回到 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之中，提出本文對此案判決理由及結果之看法。

另外，就著作權之使用而言，一個全然密閉的著作權制度是讓人難以忍受的，所以各國著作權法有志一同的運用「合理使用」去做為制度下的喘息空間（breathing

---

<sup>1</sup> Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

<sup>2</sup> Edward Lee, *Decoding The DMCA Safe Harbors*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 233, 233 (2009).

<sup>3</sup> See Google's YouTube wins Viacom copyright case, BBC NEWS BUSINESS, available at : <http://www.bbc.co.uk/news/10399610> (last visited Jan. 10, 2011). See also Fred von Lohmann, Viacom Makes Its Case Against Yesterday's YouTube, Electronic Frontier Foundation, available at : <http://www.eff.org/deeplinks/2010/03/viacom-makes-its-case-against-yesterdays-youtube> (last visited Jan. 20, 2011).

<sup>4</sup> See Tim Wu, Does YouTube Really Have Legal Problems, Slate, Oct. 26, 2006, <http://www.slate.com/id/2152264/> (last visited Jan. 20, 2011). Tim Wu教授於本文中特別指出安全港條款是WEB2.0時代的大憲章。

room) <sup>5</sup>。現今，喘息空間隨著科技、網路的蓬勃發展有了轉變，在新的平台上喘息空間開始變得模糊，雖然在新平台上使用者需要多一點的空氣，但著作權人則仍舊需要持續的利益，合法與違法的界線就在這兩者間拉鋸，這逐漸模糊的界限震動了著作權人的敏感神經，是以，著作權人與著作權團體藉由立法的遊說、司法的訴訟，試圖在網路空間中繼續捍衛著他們所謂與生俱來的專有權利。本文將探究此一脈絡的發展，並提出在科技言論工具下，未來雙方就合理使用部分應有之方向與對策。

再者，網路使得此網路空間中的交易成本幾乎趨近於零，在這個交易成本急速遞減的時候，似乎可能會重塑我們的著作權架構<sup>6</sup>，我們是否還需要捍衛著法律那麼一絲絲的喘息空間？還是應該讓市場去規制整個制度的運行？這是本文所欲討論的重點之一。並且，合理使用過度的抽象性與不確定性，使得整個合理使用似乎就像個潘朵拉的盒子，只有法律人士才能了解其中的秘辛，在科技與網路的雙重加持下，甚至可能連法院也無法得出一個著作權與使用權間平衡的方式，如此下去甚至會妨礙到言論工具（speech technology）的發展<sup>7</sup>，因此，本文欲提出在科技發展下新型態的合理使用類型，以讓這個已經歪斜的著作權天秤得以平衡，並希冀我們現有的文化不會被「許可的文化<sup>8</sup>」所取代。

---

<sup>5</sup> ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *INTELLECTUAL PROPERTY: THE LAW OF COPYRIGHTS, PATENTS AND TRADEMARKS* 212 (2003).

<sup>6</sup> William W. Fisher III, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659 (1988).

<sup>7</sup> Edward Lee, *Technological Fair Use*, 83 S. CAL. L. REV. 797, 797 (2010). 本文認為，言論工具（speech technology）依據我國釋字 509 號大法官解釋之見解，應係指一種俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮之科技下工具，如 YouTube、Facebook 即為適例。

<sup>8</sup> LAWRENCE LESSIG, *CODE VERSION 2.0* 192 (2006).

## 二、 研究目的與方法

### 2.1 研究目的

一直以來，我們總是會在瀏覽 YouTube 網站的時候，看到如 ”The Video contains content from XXX, who has blocked it on copyright grounds.” 此類之文字（如下圖一），這些年來，隨著控訴網路資訊儲存服務提供者之案件增多下，這種情況屢見不鮮。本文認為，在法律層面上，此種事情是合法的無疑；但是在人民一般的法感情上，這種情形對於網路使用者會造成許多的不便，就公共利益而言更可能有所損失。此一 ”Something happened legally but not naturally”<sup>9</sup> 之情形，正是本文研究的動機。



圖表 1 YouTube 網站上影音被移除之顯示說明<sup>10</sup>

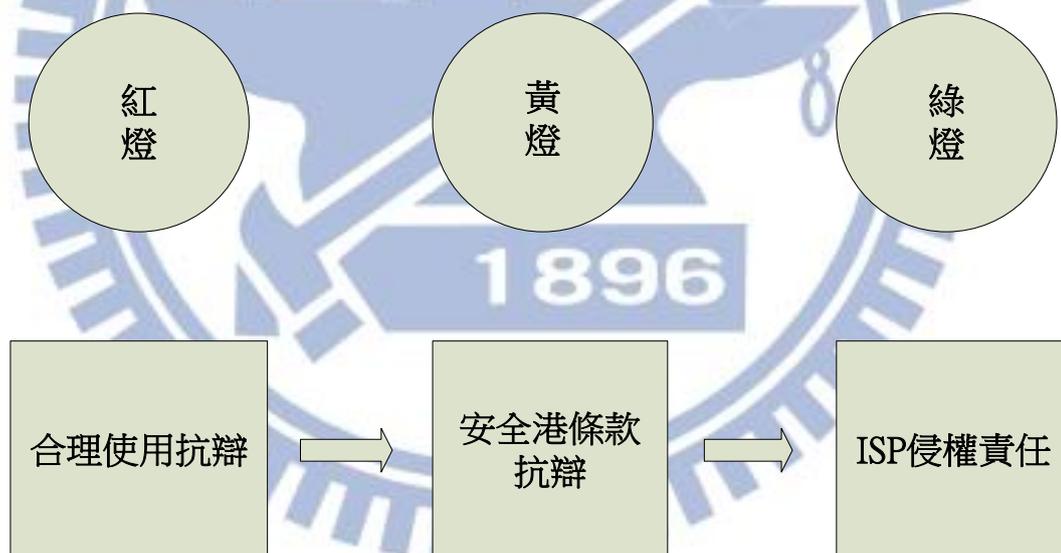
基上所述，本文之研究目的是在站在網路資訊儲存服務提供者之角度，希冀

<sup>9</sup> See A YouTube Takedown Raises Questions Over Media Influence, The New York Times, available at: <http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2011/12/16/a-youtube-takedown-raises-questions-over-media-influence/> (last visited Dec. 30, 2011). 環球唱片取下 Megaupload 網站上之 Mega song 一曲，引起媒體的廣泛報導以及評論者的討論，因此本文認為這種取下之動作雖然是合於法律的接續發生，即合於著作權法之通知取下機制所為之合法動作，但有許多人們認為它仍是爭議性的，正因為如此的爭議性，所以媒體才會去大幅度的報導相關事件。

<sup>10</sup> See Universal Censors Megaupload Song, Gets Branded a “Rogue Label”, available at: <http://torrentfreak.com/universal-censors-megaupload-song-gets-branded-a-rogue-label-111210/> (last visited Mar. 20, 2012).

從美國聯邦法院的 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中出發，瞭解 YouTube 此種執網路資訊儲存服務提供者牛耳之業者所可能遭遇到的問題、原被告之攻防以及美國聯邦法院之見解。接續，再從網路資訊儲存服務提供者訴訟上之抗辯為立足點，分別、前後從直接侵權責任以及間接侵權責任去探究，細譯出在不同抗辯之時有無成立之可能以及成立的範圍，如此所得出之結論，即俾便網路資訊儲存服務提供者在遭致著作權訴訟中能有一個清晰之防禦策略、架構；另一方面，不僅是幫助網路資訊儲存服務提供者、網路使用者此一方，亦幫助著作權人或著作權團體得以藉由此一防禦策略，瞭解到訴訟攻擊的重心所在，以節省雙方之勞力、時間、費用，並在網路資訊儲存服務提供者是真正侵權之情況下，始行提出訴訟或主張權利，避免濫訴或濫用權利，而影響網路資訊儲存服務提供者之運作，或甚至產生網路自由疑慮等相關問題。

本文認為，網路資訊儲存服務提供者如於訴訟上必然會遇到一些抗辯提出之問題，本文將之整理成一圖形以表達（如下圖二）整個流程以及抗辯效力之強弱：



圖表 2 ISP「著作權間接侵權責任」之假設性訴訟攻防上紅黃綠燈圖

於訴訟上，在網路資訊儲存服務提供者防禦或者著作權人攻擊之時，類似於教唆犯以及正犯之檢討，第一個檢討的必然是從最接近損害所發生的人、事、物上開始<sup>11</sup>，網路資訊儲存服務提供者會先主張其網站使用者根本沒有侵權（在顯然

<sup>11</sup> 林山田，刑法通論（下冊），頁 90-93（2008）。

為合理使用，或著作權人難以舉證網站使用者侵權之情形下），其當然無須負責；而著作權人亦會先主張並舉證網站上使用者構成侵權，網路資訊儲存服務提供者基於間接侵權責任亦難辭其咎。因此，本文認為應當從網路資訊儲存服務提供者之使用者（user）之直接侵權責任論起，探討是否成立合理使用此一最主要之著作權侵權抗辯，如個別使用者不成立侵權，網路資訊儲存服務提供者當不會構成間接侵權責任。而此一合理使用抗辯不論在我國或是美國皆有許多案例中被主張，主張成功者亦不在少數，是以本文認為合理使用此一抗辯就著作權人之訴訟上攻擊而言，是一強而有力之「紅燈」，得以有效阻擋住侵權之成立。

再來則接續探究網路資訊儲存服務提供者之間接侵權責任，此部分抗辯主要是係指美國著作權法§512(c)條以及我國著作權法第 99 條之 7 之民事免責事由（亦俗稱著作權安全港條款<sup>12</sup>），因為這部分在我國實務甚至美國實務上皆甚少被討論，美國聯邦法院就此之訴訟較少<sup>13</sup>，台灣智財法院目前亦無任何一個援用此條文的案例<sup>14</sup>。正因為此種少被實務討論之原因，安全港條款有其不確定之特性，造成似乎沒有其條文本身所彰顯的免責效力，復加其條文中並未如合理使用一般有四個基準有得以裁量的寬廣空間，相對而言，最終判斷是否得免責依法條規定是較

<sup>12</sup> 周伯翰，網路服務提供者免責條件之分析與檢討，法學新論，第 25 期，頁 24（2010）。

<sup>13</sup> 在過去DMCA制訂後的10年間，法院就安全港條款僅做出少於25個判決，其中一些判決對於安全港條款甚至沒有做出最終的決定。See Lee, *supra* note 2, at 259-60. 其中僅有三個聯邦巡迴法院，即第四、第七及第九共三個法院，做出八個認為網路服務提供者關於於DMCA安全港之判決。See CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544, 552 (4th Cir. 2004); ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc., 239 F.3d 619, 622 (4th Cir. 2001); In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003); Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146, 1175 (9th Cir. 2007); Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, 488 F.3d 1102, 1109 (9th Cir. 2007); Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am., Inc., 391 F.3d 1000, 1003 (9th Cir. 2004); Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1076 (9th Cir. 2004); A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1025 (9th Cir. 2001). 其中亦僅有六個不同的聯邦地方法院，認定15個網路服務提供者關於DMCA安全港條款之判決，且並非全部皆判決得以DMCA安全港抗辯。See UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., No. CV 07-5744 AHM (AJWx), 2008 WL 5423841, at 5 (C.D. Cal. Dec. 29, 2008); Arista Records LLC v. Usenet.com, Inc., No. 07 Civ. 8822(HB), 2008 WL 4974823, at 4 (S.D.N.Y. Nov. 24, 2008); Lenz v. Universal Music Corp., No. C 07-3783 JF (RS), 2008 WL 4790669, at 2 (N.D. Cal. Oct. 28, 2008); Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 586 F. Supp. 2d 1132, 1142 (N.D. Cal. 2008); Doe v. Geller, 533 F. Supp. 2d 996, 1001 (N.D. Cal. 2008); Tur v. YouTube, Inc., No. CV 06-4436 FMC AJWX, 2007 WL 1893635, at 2 (C.D. Cal. June 20, 2007); Parker v. Google, Inc., 422 F. Supp. 2d 492, 498 (E.D. Pa. 2006); Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106, 1123 (D. Nev. 2006); Dudnikov v. MGA Entm't, Inc., 410 F. Supp. 2d 1010, 1012 (D. Colo. 2005); Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090, 1098 (W.D. Wash. 2004); Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195, 1204-05 (N.D. Cal. 2004); Hendrickson v. Amazon.com, Inc., 298 F. Supp. 2d 914, 916 (C.D. Cal. 2003); Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc., No. 00 CIV. 4660(SHS), 2002 WL 1997918, at \*8 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2002); Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1174 (C.D. Cal. 2002); Hendrickson v. eBay, Inc., 165 F. Supp. 2d 1082, 1088 (C.D. Cal. 2001).

<sup>14</sup> 法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後點閱時間：2012年1月10日）。

為固定而黑白分明，故本文認為，安全港條款此一抗辯就著作權人之訴訟上攻擊而言，僅是一難以比美合理使用抗辯之「黃燈」。

然而，合理使用的紅燈也許並沒有想像中的有效可以阻擋著作權人的攻擊；安全港條款的黃燈亦並未如想像中的一般弱不禁風而難以阻擋著作權人攻擊。本文第五章將針對合理使用於網路資訊儲存服務提供者之新科技平台討論；另在第八章觀察美國聯邦法院近兩年來之案例，以挖掘安全港條款之更多可能，俾便網路資訊儲存服務提供者未來訴訟策略之研擬。

## 2.2 研究方法

就本文的研究方法，是從本文之中心案例美國聯邦地方法院 *Viacom Int’ l, Inc. v. YouTube, Inc* 案出發，再從兩個脈絡去進行，第一個脈絡即是從美國的比較法的方面著力，研究美國安全港條款以及我國著作權法所規定之安全港條款（針對網路資訊儲存服務提供者）之異同，然後提出若干建議。另外，就相關美國文獻整理以及探討，細繹出在新的科技市場、新的網路平台下，合理使用是否有另外一種嶄新的可能性。

第二個脈絡，即是從實務案例中去尋找答案，以實證研究之方法，分別分析美國聯邦法院近兩年來論及 17 U.S.C §512(c)（即針對網路資訊儲存服務提供者之安全港條款）之勝敗比例與相關數據如即決判決（即所謂 *summary judgment*）之比例；並亦評估衡量我國法院實務中，是否存有對新興科技平台或網路言論工具下之合理使用新觀點。以此研究方法之所欲，就前者而言，是為了解網路資訊儲存服務提供者在現行美國聯邦法院下抗辯成立之情形，以便本文前揭所示之我國網路資訊儲存服務提供者訴訟策略流程之參考；就後者部分，則是為檢驗我國實務在未來是否有可能如相關文獻討論的部分一致，得以得出一個合理使用的契機或不同的判斷取向，這部分亦可為我國網路資訊儲存服務提供者訴訟策略流程之參考。

### 三、現行之網路環境

#### 3.1 發源

網路發展是美國與蘇聯冷戰競爭下的產物，這個產物一開始並沒有多遠大的計畫，最後卻重塑了現代文化。簡言之，網路革命之爆炸帶動了個人的電子經濟，並使政治或各類團體的資訊傳播到全世界，這些傾洩而出的資訊打破了文化還有地域的藩籬。

於第二次世界大戰時，美國對於軍事武力及穩定發展國家競爭力的研發不遺餘力，譬如大量運用雷達、遠端操控、密碼化（藉由密碼機取代傳統密碼手冊）等當時的新科技，該等努力更加強化了網路作為在戰爭時期的一個武器以及其重要性。在二戰日本投降（西元 1945）之後，武器的競爭短暫中止，直到蘇聯試爆了他的第一個新核子武器後（西元 1949），美國才開始重新投入發展他們的新武器，在此同時，一些研究者開始關注一個劃時代全新機器，也就是所謂的「電腦」<sup>15</sup>。

在 1957 年 10 月 4 號，蘇聯的第一個人造衛星（sputnik）升空，並結合了蘇聯洲際飛彈的佈署，此時飛彈可從蘇聯內陸直接攻擊美國本土，此一危機景象敲響了當時美國艾森豪政府的警鈴，從此後的每一晚，誰擁有領先科技與科學的競賽重複上演（Cold War，冷戰時代）<sup>16</sup>。

為了回應蘇聯的人造衛星，美國艾森豪政府希望成立一個沒有包袱的聯邦機構—即是 Advanced Research Projects Agency (A.R.P.A.)，此一機構掌控全國的科技管理與政策方向，藉由太空與武力競賽的不斷刺激，A.R.P.A. 實際上確保了美國軍事與科技上領先的地位。仍然存在的問題是，蘇聯可以用核子武器直接攻擊美國的指揮總部，但美國卻沒有辦法反擊核子武器，核子武器威脅的殘酷現實迫使美國必須改善他們的國家通訊系統，因為現有的集中化通訊系統（指令到達目的地之前皆須通過中心點），會使得蘇聯的攻擊目標過於明顯，只需要摧毀中心點便可一舉殲滅。在對手可能會先行攻擊之風險下，美國藉由它的網路（networks）必須

---

<sup>15</sup> JOSEPH B. FAZIO, INTERNET LAW AND PRACTICE § 1:2 (2010).

<sup>16</sup> *Id.* at § 1:3.

建構一套自動路由（reroute）的通訊系統，如此始能迅速反擊。在此目標下，網路（networks）的工程變得更困難，因為指令必須在第一次受攻擊後的支離破碎網路中，仍然能夠傳遞<sup>17</sup>。

基於上述，蘭德（The Rand）公司在西元 1964 年提出了解決之道。在科學家 Paul Baran 的帶領下發表了一連串「分散式通訊網路的介紹」之出版品。這種分散式通訊網路，不需要中央集權控制資訊流，只需透過錯誤嘗試的路由原則（heuristic routing doctrines）即可在嚴重被破壞的基礎建設中仍能傳訊。即可謂，以全新的地區性路由控制（local control）代替過往的中央路由主控系統。實踐上，為了反擊蘇聯的潛在性攻擊，科學家 Paul Baran 在西元 1965 年受命為空軍建造實驗的分散式網路，但此行動並未激起政府的熱心協助與重視，計畫不久便宣告停擺。但不可諱言的，Paul Baran 的網路設計成為了傳統通訊到現在網際網路之間的重要銜接<sup>18</sup>。

不需透過中央系統即可使不同的電腦系統可以互相溝通，此一「分散式」的網路概念如前所述，最早是由科學家 Paul Baran 所提出的。資料被切割成一個個封包去作傳送，其中是藉由各個獨立的交換器所完成封包傳遞。這些網路中的獨立交換器是連結的重要點，它不需要埋設在每個網路之下，此外，除了獨立的交換器，更重要的是每一個交換終端點在此架構下都是平等且重要的，就算其中幾個終端被破壞，整個網路仍然可以運作的完整如初。另外附加的好處就是，可以使網路更加延長。總而言之，資訊路由（Rerouting data）之發展使得網路更加完整，即不再需要超越網路以外的備份或者其他替代機器<sup>19</sup>。

在西元 1983 年，上述 ARPANET(Advanced Research Projects Agency, A.R.P.A.) 的網路分成兩塊各自為政，其一為 MILNET（MILitary Network）即延續原先之軍事防備用途，另一新的架構則是延續原名稱之 APRANET，這部分則處理、提供學術研究以及非軍事等使用目的<sup>20</sup>。嗣後在西元 1986 年，美國國家科學基金會 (National Science Foundation, NSF)成立了一個大型的網路架構，此一網路並使用由

---

<sup>17</sup> *Id.* at § 1:4.

<sup>18</sup> *Id.* at § 1:5.

<sup>19</sup> *Id.* at § 1:9.

<sup>20</sup> 劉博中，YouTube 影音分享網站上著作權責任之研究--以美國法為中心，輔仁大學財經法律學系碩士論文，頁 5（2007）。

Robert Kahn 及 Vinton Cerf 所研究出來的嶄新 TCP/IP 架構，這個 TCP/IP 架構網路在後來幾年便慢慢的取代掉 ARPANET<sup>21</sup>。

誠如現今我們所見，網路就在上開分散式的概念下，慢慢蓬勃的發展起來，直至今日，這就是我們現今所看見的分散的、去中心化的以及奠基於 TCP/IP 之網路，一個分享、共享以及每一個使用者皆是主體的網路，本文中心案例美國聯邦地院 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 的被告 YouTube 的概念與架構，即是上述網路分散概念的最佳代表，其中每一個使用者都是不可或缺的創造者與主體。

### 3.2 內部架構

現行之網路環境是建構在不須透過中央系統卻可以互相溝通的概念上，「分散式」或所謂「去中心化」是網路架構上最重要的部分<sup>22</sup>，資料在網路中被切割成一個一個封包去做傳送，不需透過中心的處理或中心的監控，經由不同的路由器而尋找出傳送到目的終端的最佳途徑，並在終端的部分重組並且呈現。此種去中心化的概念，也是有美國論者提出「網路中立性」為著作權安全港前提的堅強理由之一<sup>23</sup>，其認為網路服務業者之所以可以藉由安全港免責，即是因網路本來就是一個自由的空間，網路自由以及中立性的雙重特性加乘下，在網路世界中介的網路服務業者作為一個中介處理中心，是很難去控管網路資訊流的，正因為如此，國會才必須創造一個合適的著作權法安全港條款，讓網路服務業者不至因其網路使用者之直接侵權行為，而必須負起廣泛的間接侵害著作權責任。

正因為這種去中心化的架構，網路世界是難以管制的，尤其對於智慧財產權此種無體財產權之管制，在網路中更是難以實現，是以才有如同美國數位千禧年著作權法案之規定，來加強數位化網路時代的著作權保護。除此之外，直接對於網路「代碼」（程式碼）的管制更是近年來之風潮<sup>24</sup>，它可以更直接更有力的去加強或單純鞏固著作權人在網路空間的權利。然而或許有人會問，為什麼要特別去保護著作權人在網路空間的權利，因為基本上，網路的去中心化正是削弱著作

---

<sup>21</sup> FAZIO, *supra* note 15, at § 1:12.

<sup>22</sup> *Id.* at § 1:9.

<sup>23</sup> See Rob Frieden, *Internet Packet Sniffing and its Impact on the Network Neutrality Debate and the Balance of Power between Intellectual Property Creators and Consumers*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 633, 653 (2008).

<sup>24</sup> LESSIG, *supra* note 8, at 79-80.

權人權利、增加使用者快速複製、使用的最佳環境。換言之，如同美國電子前線基金會（Electronic Frontier Foundation, EEF）發起人 John Perry Barlow 的「網路空間獨立宣言」所揭示的話語一般：「工業世界的政府，你們這群令人討厭的鐵血巨人們。我來自網路空間，一個思想的新國家。我代表未來，要求落伍的你們必須遠離我們，我們不歡迎你們，在我們聚集的地方你們不再享有主權<sup>25</sup>。」設計上不需要也不歡迎國家主權的滲入，從上述的話語一言道盡，而在此之中，散佈與複製作品的快速化造成著作權人與國家的疑慮。無論如何，網路空間中的使用者不論是合法的或是違法的使用著作物，網路空間的架構本質上總是讓著作權利益團體擔心的。但至少到現在，這個基本架構仍然沒有改變，著作權人與著作權團體的擔心仍然持續<sup>26</sup>。

另外，值得一提的是，本文認為上述 John Perry Barlow 的「網路空間獨立宣言」有其基於網路架構發展之一定道理，但試想一個倘若過於自由之網路空間，此中完全失去法律之介入，則可能會產生很大的問題，此問題不僅是上開所述之著作權人或著作權團體權益之喪失，更可能的是，網路使用者之使用著作物或資料的權利，因為沒有法律管制伴隨而來的就是亦同樣沒有法律救濟。例如在著作權法安全港條款之管制中，美國之 17 U.S.C. §512(g) 明文規定被取下（take down）上傳資訊之網站使用者，得以申訴以放回（put back）他們當初所上傳之資料，但實際上鮮少使用者知道此一條款之存在<sup>27</sup>。在有著作權法安全港條款介入以讓使用者伸張權利之情形下，實然面上網路使用者皆有困難於維護自身權益，更不消說於網路架構中倘若沒有法律管制，可能最低限度的網路使用者權力伸張亦會不復存在。因此本文認為，網路之管制其實並非絕對百害無一利，而是形同一支雙面刃一般，需要我們好好去思考取捨之間的利弊得失。

### 3.3 網路效應

---

<sup>25</sup> *Id.* at 3.

<sup>26</sup> 正是因為網路基本結構沒有改變，所以如中國的管制才會如此的大張旗鼓，藉由特殊的機制與軟體去過濾政府所擔心的事情發生。See Kristen Farrell, *Corporate Complicity in the Chinese Censorship Regime: When Freedom Of Expression and Profitability Collide*, 11 No. 7 J. INTERNET L. 112-13 (2008).

<sup>27</sup> See Jennifer M. Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 679-80 (2006).

網路效應（network effects）是指，使用者消費某一財貨所獲得的利益，會隨其他消費同一財貨之人增加而增加。這便是基於網路快速、方便傳播與連結之特性而發展出的群聚現象，譬如現今網路中流行之 FACEBOOK 社群網站，在越多人使用之下，個人與群體會得到更多使用此社群網站之價值，而使用者獲得使用效應之良好回饋之後，便會再介紹更多的使用者近來，在此良性的循環下，即會一步一步加大整個社群網站對於個別使用者之價值<sup>28</sup>。

此種網路效應，不僅聚焦於某種網路軟體或是網站之上，在適當的使用與傳播下，亦可能會激起一般非網路空間消費者之好奇心，進而產生一種網路效應之「外延效應」。在此外延效應之情況下，網路效應不只在網路世界中，更在真實世界中發揮效果，最典型之例子即是：著作權人將其著作權物免費分享內容於網路，可能會增加非免費內容的價值。美國知名專欄作家 Peter Wayner 在他所寫之「開放原始碼」一書絕版後，開放各界得藉由創用 CC 授權下載免費之網路電子版本，漸漸的，在此一「免費」財貨所形成之網路效應下，外延效應亦隨之形成，Peter Wayner 發現隨著線上下載電子書次數之增加，此書於一般二手書店之價格也隨之攀升<sup>29</sup>。

基於上述這種外延到實體世界之網路效果，我們更可以發現，在網路世界下所提供之「免費」財貨或是著作權物，相較於須「授權或付費」之著作權物，會在網路以及實體世界中皆造成更大的迴響與普及性。此種道理不難理解，譬如電影公司放上自己正在如火如荼宣傳之電影精彩片段到 YouTube 上，讓網路使用者免費觀看之行銷策略，相較於放在電影公司自己設置之網頁讓民眾付費才能下載且不授權轉貼到 YouTube 之方法，前者在網路世界中會造成更大的點閱率與迴響，並且在真實世界中亦往往能賣出比預估值更佳的票房。

### 3.4 網路資訊儲存服務提供者

#### 3.4.1 定義

網路服務提供者依照我國著作權法之規定，共可分為四種類型。著作權法第 3

---

<sup>28</sup> 呂佩芳、楊智傑，「釋放部分著作權」之法律經濟分析，智慧財產權月刊，第 81 期，頁 107（2005）。

<sup>29</sup> Lawrence Lessig，劉靜怡譯，誰綁架了文化創意－打造知識共享的自由文化，頁 347（2008）。

條第 1 項第 19 款<sup>30</sup>，就此規定如下：「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。」

本文主要探討的部分，誠如本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 之被告 YouTube 一般，是集中在網路資訊儲存服務提供者之討論，此種類型之網路服務提供者，其最明顯之要求即是「所控制或營運」、「應使用者要求」以及「資訊儲存服務」三個要件，第一個要件即是表示此一空間或網站是網路服務提供者可以控制的；第二個要件則是此一資訊儲存之動作（即所謂上傳之動作）是網路使用者所指示、制動的，即可謂網路服務提供者是處於一被動之地位；最後第三個要件則是簡單說明要提供的是一種服務，一種資訊儲存的服務，當然此種服務之提供不論有無對價關係於其中，皆算是這裡所指之服務。然而，必須注意的是，因為電子商務的多元化發展下，網路服務提供者之複合式經營越發興盛，例如中華電信不僅提供連線上網，亦提供部落格（如 Xuite）之服務，如此即兼為「連線服務提供者」與「資訊儲存服務提供者」<sup>31</sup>。但上開事實並不會影響本文之討論，畢竟雖提供之網路服務提供者主體相同，但不同服務間之技術區塊是可以區隔的，法律責任的探討上亦是區分討論的，本文所探究的，僅針對網路資訊儲存服務提供此塊去作分析。

### 3.4.2 崛起

以本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 而言，被告 YouTube 之崛起幾乎是拜影音串流技術之賜，所謂的影音串流技術具有即時性，而不需將全

---

<sup>30</sup> 此為我國立法上仿效外國立法例，於 2009 年 4 月時制定「網路服務提供者之免責事由時」一併增訂之定義部分。

<sup>31</sup> 盧怡伶，網路服務提供者之著作權侵害責任，國立成功大學法律研究所碩士論文，頁 17（2010）。

數檔案下載至個人端電腦始可觀看或使用檔案，此種技術特徵使得在網路頻寬較大或較為迅速之處，串流技術擁有其發展上的便利性以及傳播上的快速性，而得形成主流。此外，串流技術亦須經過編碼此一手段，編碼即是將原本之媒體藉由此程序形成可支援串流之媒體格式，再經由網際網路將串流媒體傳至個人使用端，再由客戶端藉由解碼程序以便播放<sup>32</sup>。目前 YouTube 所使用之編碼為 Sorenson Spark 與 Adobe Flash 10，用此編碼程序將用戶所上傳之影片轉檔並儲存於網路空間上。

實則，YouTube 近來如此快速之崛起，除了其本身網站之宣傳、帶動力量外，亦與其 Flash plug-in 之技術有關，此技術僅要求低頻寬之傳輸需求，是以不論網路傳輸之快慢，某一使用者可以方便內嵌(plug-in)其喜愛之影片至部落格或網站(如 FaceBook)，而其他使用者看到喜愛之影片出現在部落格以及網站之時，亦會連結至 YouTube 上欣賞該影片，此種魚幫水、水幫魚之情形，正是本文於本章前面所討論之網路效應(network effects)之最佳展現。綜上，逐漸的這些網路影音技術的發展，造就了各個網路資訊儲存服務提供者的壯大，而此壯大伴隨而來的則是可能發生的數不盡的法律爭議與風險，此一爭議與風險尤其集中在著作權法上這一塊上。從而，著作權人或著作權團體勢必擔心自己的權益受損，或者在不久的將來擔心起來，僅僅擔心是不夠的，最終免不了必須要與網站業者協商，惟協商難成之下接踵而至的則是侵權的告訴，在此不斷多方不停溝通、檢討與摸索之事態下，最終在西元 2007 年即產生了本文下章接續所要介紹之中心案例美國聯邦地院之 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案。

---

<sup>32</sup> 陳家駿、徐玉蘭、馮震宇等，網路科技利用新型態之著作權相關問題研究，經濟部智慧財產局，頁 133 (2006)。

## 四、 本文中心案例－美國聯邦紐約南區地方法院 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 案

### 4.1 事實

*Viacom International* 公司（以下簡稱 *Viacom*）是美國知名的傳播公司，致力於娛樂頻道之服務開展與提供，其集團旗下有包括 *MTV* 頻道、*VH1*、*Comedy Central* 頻道以及 *Nickolodeon* 兒童國際頻道等<sup>33</sup>。另一方，*YouTube* 公司則為全世界著名的網路服務業者，以提供免費之網路影音平台服務著稱，其創立於 2005 年，並於 2006 年被 *Google Inc.* 公司收購，成為 *Google* 的子公司<sup>34</sup>，而現階段 *YouTube* 是全世界最大的免費網路影音平台，就此點而言，它無疑是 *Google* 公司的金雞母<sup>35</sup>。據統計，*YouTube* 每天估計有一億四千六百萬人在線觀賞，這個瀏覽量比現今任何一家媒體的網站所有瀏覽數量都多<sup>36</sup>。

早在 2007 年之前，*Viacom* 即發現了 *YouTube* 可能是他商業進步路上的最大敵人，*Viacom* 陸續在 *YouTube* 上發現了許多 *Viacom* 所擁有著作權的片段，其中包括科拜爾報告（*The Colbert Report*）以及每日秀（*The Daily Show*）皆持續在 *YouTube* 最多人觀賞的排行榜上出現<sup>37</sup>。在 2006 年間 *Viacom* 以及 *YouTube* 曾一度近乎達成協議<sup>38</sup>，協議內容為 *YouTube* 可以在其網站上讓使用者上傳 *Viacom* 擁有版權之著作物，但 *YouTube* 必須分享其廣告收益予 *Viacom*，但此協議最後仍然破局，因為 *YouTube* 拒絕答應 *Viacom* 所開出之近十億元之支付金額保證<sup>39</sup>

<sup>33</sup> 章忠信，線上音樂與影片之著作權問題，頁 111（2008）。

<sup>34</sup> Jason C. Breen, *YouTube or YouLose: Can YouTube Survive a Copyright Infringement Lawsuit?*, 16 TEX. INTELL. PROP. L.J. 151, 152 (2007).

<sup>35</sup> Complaint for Declaratory and Injunctive Relief and Damages PP2, 20, *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, No. 1:07-cv-02103 (LLS), 2007 WL 775611 (S.D.N.Y. Mar. 13, 2007).

<sup>36</sup> Leena Rao, *ComScore: Facebook Passes Yahoo to Become the Second Largest Video Site in the U.S.*, *TechCrunch*, available at: <http://techcrunch.com/2010/09/30/-comscore-facebook-passes-yahoo-to-become-the-second-largest-video-site-in-the-u-s/> (last visited Oct. 27, 2010).

<sup>37</sup> Eugene C. Kim, *YouTube: Testing the Safe Harbors of Digital Copyright Law*, 17 S. CAL. INTERDISC. L. J. 139, 143 (2007).

<sup>38</sup> Amir Hassanabadi, *Viacom v. YouTube--All Eyes Blind: The Limits Of The DMCA In a Web 2.0 World*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 405, 421 (2011).

<sup>39</sup> Kim, *supra* note 37, at 143.

2007 年初，Viacom 發現許多其擁有著作權之 SpongeBob（海綿寶寶）視聽著作許多片段被剪輯後上傳至 YouTube，Viacom 公司一開始先依照美國著作權法第 512 條之規定發出通知信（notice），YouTube 亦配合迅速的於接到通知的隔一工作天（next business day）即取下非法之已上傳檔案<sup>40</sup>，但慢慢的 Viacom 開始發現這種依循法規之做法於事無補，因為一旦 YouTube 刪除那些被指涉侵權之片段，過幾天即會換一個名目再上傳至 YouTube 平台，並且相關視聽著作數量眾多難以一一確認上傳者，種種因素考量下，Viacom 遂要求 YouTube 與其進行 SpongeBob 相關之授權，或不為授權則 YouTube 須設置過濾程式來停止非法之上傳行為。然而，最後談判破裂，YouTube 拒絕上開兩項請求。

鑑於上述協商之破局，Viacom 公司聯合 Comedy Partners、Country Music Television, Inc.、Paramount Picture Corporation 以及 Black Entertainment Television LLC 等握有廣大影音著作的著作權之公司，於 2007 年 3 月 13 號向紐約州南區地方法院（S.D.N.Y.）控告 YouTube 公司以及其母公司 Google Inc.<sup>41</sup>。Viacom 公司聲稱，約有十五萬個屬於其著作權之非法片段（clips）被上傳至 YouTube 網站上，且約有十五億人瀏覽過這些非法片段，此皆肇因於 YouTube 沒有採行有效率且必要之過濾機制，致使 Viacom 公司獲得大量損失，並將監控的責任不合理的移轉到了著作權人身上，Viacom 公司認為這是一個「不可爭的事實」（indisputable fact），換言之，上述這些眾多的侵權非法片段以及眾多的瀏覽人數，是一個既存的客觀事實，如調取 YouTube 的流量資料以及主機存取資料即可證明，YouTube 根本難以推翻上開侵權事實<sup>42</sup>；另一方面，YouTube 公司不只知悉侵權且更歡迎違法活動，其不區分檔案內容是否違法而從中獲得大量廣告利益。在 Viacom 的大量損失與 YouTube 的大量收益之下，最終在此訴訟中 Viacom 向 YouTube 請求十億美元之損害賠償。

## 4.2 原告、被告意見

---

<sup>40</sup> Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 718 F.Supp.2d 514, 522 (S.D.N.Y.2010).

<sup>41</sup> Miguel Helft & Geraldine Fabrikant, Viacom Sues Google over Video Clips on Its Sharing Website, N.Y. Times, Mar. 14, 2007, at C1.

<sup>42</sup> Memorandum of Law in Support of Viacom's Motion for Partial Summary Judgment and Inapplicability of the Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Defense at 1, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

#### 4.2.1 指控與辯駁

被告 YouTube 就原告 Viacom 之控訴提出反駁，YouTube 認為其落入美國數位千禧年著作權法案中§512(c)之安全港（Safe Harbor）條款之保護範圍，應受網路服務提供者免責事由之保護，而可對抗所有的直接與間接侵權之控訴，包括被指控誘引侵權（inducement of infringement）、輔助侵權（contributory infringement）之部分，皆因為著作權人之通知缺少足夠資訊，故落入安全港條款而免責。退步言，縱使其未完全遵循安全港條款之規定，亦係完全符合該條款背後之立法原意，質言之，美國國會為了 YouTube 此種新興的、全球化的網路資訊儲存服務提供者之保護，始制定安全港條款於美國著作權法之中，以使 YouTube 之價值得以發揮。Viacom 所為之種種指控，根本是違背上列美國數位千禧年著作權法案安全港條款背後之立法原意<sup>43</sup>。

YouTube 試著去解釋美國著作權法中安全港之規定，安全港的核心就是「通知取下」（notice-and-takedown）機制，而不是給予網路資訊儲存服務提供者主動調查之義務。更因為上傳片段之複雜性以及該上傳動作背後因素之多樣性，移除的舉證負擔應該維持在著作權人處，而不應轉嫁於網路資訊儲存服務提供者身上，換言之，網路資訊儲存服務提供者當然無法負擔辨識片段是否違法之責任，他們無法去猜測某一個被上傳至該網站的片段，究竟是合法或違法。因此，YouTube 無須負擔詢問或是調查之責任，很簡單的理由，即是因為美國著作權法§512(c)中之知悉標準並沒有如此去要求，YouTube 唯一要做的，就是針對著作權人所提供之通知，去快速的行使取下之動作，這才是符合§512(c)之立法文義以及目的，YouTube 僅須這麼做，實際上它也確實做到了<sup>44</sup>。

正因為 YouTube 認為他們完全符合安全港之規定、精神、立法目的：他們未實際知悉特定侵權活動、依照通知規定快速取下、設置登記符合數位千禧年著作權法案之窗口、擁有適當的重複侵權政策以及符合「標準科技措施」（standard technical measures）。因此，YouTube 在本案中聲請即決判決（summary judgment），希冀法官直接判決 YouTube 免責而勝訴，即適用美國著作權法§512(c)之規定而阻

---

<sup>43</sup> Memorandum of Law in Support of Defendants' Motion for Summary Judgment at 2-3, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

<sup>44</sup> Defendant's Opposition to Plaintiff's Motions for Partial Summary Judgment at 35-39, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

卻所有 Viacom 控訴之責任。

YouTube 除了主要針對安全港做出反駁外，YouTube 亦針對合理使用 (fair use)、欠缺故意 (innocent intent)、著作權濫用 (copyright misuse)、不潔之手 (unclean hands)、實質非侵權用途 (substantial noninfringing use，此源自於美國 Sony 一案之概念) 等抗辯作為訴訟手段<sup>45</sup>，並且嚴正主張 “Viacom 此舉是在威脅成千上萬的使用者，不能再去交換資訊、新聞、娛樂、政治及藝術的表達<sup>46</sup>”

原告 Viacom 公司則認為，原告沒有落入安全港的保護，並且必須對原告之著作權受侵害部分負「直接侵權責任」以及「間接侵權責任」— 輔助侵權與代理侵權，並且 YouTube 至少有構成輔助侵權責任，因為對於其網站上廣泛之侵權活動有其一般性知悉 (general knowledge) 且惡意的未去處理之<sup>47</sup>。基本上，上述 Viacom 對 YouTube 之控訴，大約可列為三項主要理由：(1) YouTube 有實際知悉並且符合「紅旗警示」(察覺有侵權活動明顯之事實或情況) 之情形，但卻無「迅速的」(expeditiously) 阻止侵權持續發生。(2) YouTube 有直接從侵權活動獲得經濟上利益，且 YouTube 有權利與能力去控制此等活動。(3) YouTube 之侵權責任非單純因為「受使用者指示的儲存」(storage at the direction of a user)<sup>48</sup>。Viacom 並就上述部分之指控，以 YouTube 未落入美國著作權法著作權法§512(c) 之安全港條款，聲請即決判決。

#### 4.2.2 Viacom 之證據與說明

就 YouTube 一般性知悉之部分，Viacom 主要依據 YouTube 網站上之侵權影音檔案之預估廣泛性作為主要攻擊點，Viacom 提出了一封 2005 年 9 月之電子郵件，於其中 YouTube 之創辦人 Steven Chen 與 Jawed Karim 討論移除網站上侵害著作權之影音所可能造成之影響，他們預估如果全數移除那些明顯侵權 (obviously infringement) 之上傳資料，則 YouTube 一天之網站流量將會從 100,000 瀏覽人次，

---

<sup>45</sup> Kevin C. Hormann, *The Death of the DMCA? How Viacom v. YouTube May Define The Future of Digital Content*, 46 HOUS. L. REV. 1345, 1358 (2009).

<sup>46</sup> Defendants' Answer to First Amended Complaint and Demand for Jury Trial at 10, Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., No. 1:07-cv-02103 (LLS), 2008 WL 2260018 (S.D.N.Y. May 23, 2008).

<sup>47</sup> Daniel S. Schechter and Colin B. Vandell, *Viacom v. YouTube: Safe Harbor Protection for Online Service Providers*, Latham & Watkins Client alert, available at: [http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub3638\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub3638_1.pdf) (lasted visited Feb. 9, 2010).

<sup>48</sup> 此段主張是原告 Viacom 表明 YouTube 須負直接侵權責任，或者說此侵權責任不在 512(c) 免責的範圍內。

降低為 20,000 瀏覽人次，甚至更少，這種不利結果是 YouTube 所擔心的。準此，從上述討論中，Viacom 認為至少被告 YouTube 自己預估其網站上約已有百分之八十的瀏覽人數觀看 YouTube 之目的，不為什麼正當的目的，而是為了瀏覽侵害著作權的那些存於 YouTube 上之影音資料<sup>49</sup>。

YouTube同時提出兩個即時訊息，顯示YouTube的經營者確實知悉該網站中之大部分上傳之影音資料，皆是來自於受著作權保護的資料（copyrighted material）或至少有一部分是源自於著作權保護的資料。其中一封訊息是2006年2月YouTube創辦人Steven Chen與產品經理Maryrose Dunton之對話，Maryrose Dunton發現並報告Steven Chen，YouTube所有最受歡迎、最多討論、我的最愛以及最高評價的名單中，至少超過七成皆是來自於受著作權保護之資料；另一封訊息則是在同年3月間，其中講到幾乎七成五到八成的YouTube上之影音資料，皆源自於受著作權保護的資料<sup>50</sup>。綜上，Viacom認為YouTube網站上廣泛且無所不在之侵權活動（pervasive infringement）將會豎立起紅旗警示，這代表著YouTube清楚、實際知悉其網站上之侵權活動，縱然未有清楚知悉，至少YouTube有察覺存在侵權活動明顯之事實或情況（awareness of facts or circumstances from which infringing activity is apparent）<sup>51</sup>。

Viacom並指控陳稱YouTube的員工甚至是負責人皆瞭解有特定侵權片段放置於網站上，但在此認之下，仍然將該侵權片段分享給其他朋友。譬如，某些員工分享給其朋友，包括那些來自於Viacom所有之片段如The Daily Show、The Colbert Report以及South Park等，據瞭解，YouTube之創始人Jawed Karim更分享至少七個侵權影片給友人<sup>52</sup>。

Viacom更認為YouTube對侵權活動刻意視而不見（willful blindness），曾經

---

<sup>49</sup> Decl. of Hohengarten P233 [Viacom, 718 F. Supp. 2d 514] (referencing Ex. 215, JK00007416, at JK00007416).

<sup>50</sup> Decl. of Hohengarten P205-07 [Viacom, 718 F. Supp. 2d 514] (referencing Ex. 193, GOO001-00507535, at GOO001-00507539).

<sup>51</sup> Opening Brief for Plaintiffs-Appellants at 24-25, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 10-3270).

<sup>52</sup> Viacom's Reply to Defs.' Counterstatement to Viacom's Statement of Undisputed Facts in Support of Its Mot. for Partial Summary Judgment at 80, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103), 陳述如下：“In an August 24, 2006 email to other YouTube employees, YouTube systems administrator Paul Blair provided a link to a Daily Show clip on YouTube.... In an October 13, 2006 email to other Google employees, Google Video Product Manager Hunter Walk provided a link to a Colbert Report clip on YouTube.... In a March 9, 2007 email to YouTube employees, a Google employee provided a link to a “Funny south park” video on YouTube.... In a March 23, 2007 email to other Google employees, a Google employee provided a link to a Daily Show clip on YouTube.”

YouTube啟動了一個標籤（flag）的機制，此機制讓著作權人可以標籤在其認為是有著作權保護之作品上。然而一段時間後，YouTube放棄了該機制，YouTube解釋說因為有許多未侵權之影音，皆被標籤上而成為未授權之影音，所以才不得不停止該機制<sup>53</sup>。Viacom不這麼認為，其訴諸於創始人Steven Chen與Jawed Karim之間的某封電子郵件，指出YouTube關掉該機制是因為害怕該標籤被視為§512(c)之通知（notice）而無法事後以§512(c)安全港條款免去責任。觀諸上開信件，YouTube的作法完全是在對於紅旗警示之規避，明顯係一種對於廣泛侵權的視而不見<sup>54</sup>。

除此之外，Viacom更圍繞著YouTube的影音辨識技術、政策攻擊，在2007年前YouTube根本就有能力透過實施商業上可行的指紋過濾技術（fingerprint filtering technology）去禁止網站上的侵權活動，惜並未為之。尤有甚者，YouTube在2007年開始採用其Content ID System的過濾機制之後，此一過濾機制基本上僅針對他們就此技術有相互利益供給之夥伴，Viacom當然不是此夥伴之一，因此想當然爾Viacom的著作權沒有得到Content ID System的多少保護，在此著作權保護之劣勢下，早從2007年2月起Viacom即不斷要求YouTube處理<sup>55</sup>，但未見成效，直至2008年5月Viacom始收到一些好處，換言之，於YouTube網站上的Viacom所有之侵權影片慢慢減少，就為何YouTube會採取過濾Viacom著作權行動事，也是直到2008年的訴訟上進度會議（status conference），Viacom才知道YouTube現階段到底要如何處理相關侵權影片<sup>56</sup>。

#### 4.2.3 YouTube 之證據與說明

YouTube 藉由兩方面去打擊與反駁 Viacom 之前述證據。首先，第一個方向就

---

<sup>53</sup> Defendant's Opposition to Plaintiff's Motions for Partial Summary Judgment at 19, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

<sup>54</sup> Viacom's Reply to Defendants' Counterstatement to Viacom's Statement of Undisputed Facts in Support of Its Motion for Partial Summary Judgment, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103), 有以下陳述: "On September 23, 2005, YouTube cofounder Chad Hurley emailed YouTube cofounders Steve Chen and Jawed Karim, stating: 'can we remove the flagging link for 'copyrighted' today? we are starting to see complaints for this and basically if we don't remove them we could be held liable for being served a notice. it's actually better if we don't have the link there at all because then the copyright holder is responsible for serving us notice of the material and not the users. anyways, it would be good if we could remove this asap.'"

<sup>55</sup> 要求 YouTube 以 Content ID System 處理，是在 YouTube 與 Viacom 兩家公司商談授權事宜破裂之後。

<sup>56</sup> Memorandum of Law in Support of Viacom's Motion for Partial Summary Judgment and Inapplicability of the Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Defense at 2, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

是去挑戰每一個 Viacom 所指控 YouTube 「知悉」侵權行為存在之證據。開宗明義的，YouTube 指出就判斷到底有多少上傳影片是侵權一事，實現上是不可能的，因為他們根本沒有辦法從任何地方知悉某一個上傳的影片是不是有經過著作權人的授權。接續著，其更說明並舉出證據反駁 Viacom，就 Viacom 本身之態度而言，Viacom 自己的上傳政策總是搖擺不定而令人困惑的，這讓 YouTube 身為一個網路資訊儲存服務提供者感到無所適從，此處困惑 YouTube 之政策包括 Viacom 宣傳性的上傳 (promotional uploads)、隱藏式的宣傳活動 (stealth-marketing campaigns)、矛盾的遠離政策 (contradictory leave-up policies)<sup>57</sup>。根據上述 Viacom 自身的政策，Viacom 不曾停止利用 YouTube 去廣泛的宣傳其所擁有著作權之影片片段，這樣的宣傳甚至在本案訴訟進行中仍然持續著，因為經由著作權人私下同意或默許之侵權片段或為宣傳所合法上傳之影片甚多，憑藉此點，YouTube 認為根本就不會有「侵權活動明顯之事實或情況」存在，換言之，YouTube 根本不會構成著作權法 §512(c)(1)(A)(ii) 規定中所謂「紅旗警示」之情形。另外，YouTube 嚴正的澄清，Viacom 之上述行為反而讓原本已經難以判斷是否侵權之情形更加困難，第一，有許多被 Viacom 合法授權的影像或音樂片段在 YouTube 流竄；第二，那些時常被上傳至 YouTube 之影像或音樂片段，其上傳之依據與形式皆是不透明的。在此種情形下，YouTube 根本無所依循而得據以判斷<sup>58</sup>。

YouTube 的第二個方向，則是提出證據證明 Viacom 曾經私下透過申請的假帳號，去上傳一連串自己所擁有著作權之片段，基本上此即為所謂隱藏式的宣傳活動 (stealth-marketing campaigns) 中一連串行動之重點。許多精明的網路使用者，他們不喜歡那些著作權人特別是電影公司或電視影集版權人所上傳之檔案，他們認為，如果去點閱、觀看這些合法上傳，則如同在幫著作權人做免費宣傳一般。為此，Viacom 藉由假帳號或代理人或控制下之第三人 (或雇員) 去上傳那些他們欲宣傳之影片片段，試圖讓上傳影片與著作權人之行為脫鉤 (其中這些帳號看起來與 Viacom 一點關聯也沒有，譬如 MysticalGirl8、Demansr、tesderiw、GossipGirl40、Snackboard 以及 Keithhn 等帳號)，以隱藏住著作權人的宣傳意圖。最終結果如預期一般，這樣的方式果然奏效，如此便讓那些上傳的影片看起來像是粉絲創作的或

---

<sup>57</sup> Memorandum of Law in Support of Defendants' Motion for Summary Judgment at 48, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

<sup>58</sup> *Id.* at 38.

上傳的。更進一步的，Viacom控制下之第三人（或雇員）會將原本清楚的、原版的影片盜版化（rough up），譬如加上如電影院側錄或母帶一般之時間序列，或者在影片上面加上一些內嵌字體，譬如「由剪片室中洩露之鏡頭」（footage from the cutting room floor, so users feel they have found something unique）等語，以讓影片看起來像是違法的<sup>59</sup>。甚至，連一些名人譬如說演員Andy Samberg也配合刻意的去洩漏一些影片片段到YouTube上<sup>60</sup>。

正是因為上述Viacom這些複雜化且擺盪不定之政策，YouTube就辨認有關Viacom之所有上傳至網站之片段是否為侵權一事，非常難以達到。YouTube之證據在在證明Viacom每幾天就更改他自己的對於YouTube之版權政策，甚至在同一天裡面Viacom也會更改他的政策。YouTube更提出了強而有力的打擊點，即是縱使與本件訴訟提起有關之「科拜爾報告」以及「每日秀」兩熱門影片，Viacom亦同意此兩影片之上傳，正因為兩個節目之主角Jon Stewart 與 Stephen Colbert皆相信YouTube之曝光率對於他們跟觀眾的親密度來說，是非常重要的<sup>61</sup>。

除了上述擺盪不定且違背通知取下機制之政策，更令YouTube不解的是，Viacom於訴訟中撤回控訴之部分片段。因為事實上這些原本在起訴狀中被Viacom載明並宣稱為違法，但又在嗣後撤回控訴之片段，根本就是Viacom或其代理人或雇員所上傳至YouTube網站的<sup>62</sup>。

綜上所述，Viacom之搖擺不定之上傳政策，以及可能連Viacom自己都很難區別係合法或違法上傳之事實上窘境，對於Viacom主張YouTube知悉該侵權活動來說，絕對是最大的致命傷，相反的，卻是YouTube最強的反駁證據與理由<sup>63</sup>。

### 4.3 法院見解

法官 Louis L. Stanton 駁斥了原告 Viacom 大多數之控訴，並且同意了被告 YouTube 之即決判決聲請，即認定 YouTube 適用於美國著作權法中安全港條款

---

<sup>59</sup> *Id.* at 40.

<sup>60</sup> Decl. of Rubin P226 [Viacom, 718 F. Supp. 2d 514] (referencing Ex. 25, VIA01987927 at VIA01987927).

<sup>61</sup> *Supra* note 56.

<sup>62</sup> Defendant's Opposition to Plaintiffs' Motions for Partial Summary Judgment at 5-6, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

<sup>63</sup> *Id.* at 6.

§512(c)之規定，而得以免去一切 Viacom 所指控之直接、間接侵權責任。是以，法院共約 15 頁左右之判決理由中，主要即是針對美國著作權法中安全港條款§512(c)之規定去作解釋，並且涵攝到本案事實之中。

#### 4.3.1 知悉的標準

本案的爭點集中在網路資訊儲存服務提供者對於知悉的標準（即§512(c)(1)(A)(i)與(ii)的標準），究竟僅需要「一般的、概括的知悉」侵權即可，抑或需要對於侵權的個別、特定、可辨認部分有「實際或推定的知悉」。就此問題，法院認為§512(c)(1)(A)(ii)之紅旗警示構成上有「主觀」以及「客觀」兩面向，主觀上要求即是網路資訊儲存服務提供者本身知悉侵權活動發生的事實與環境；客觀上則是以一個合理的第三者在相同或類似條件、環境下，其是否同樣會知悉侵權活動之發生來看。此外，法院認為，僅有表面之一般性知悉並不足以構成侵權，此點與著作權是保護個別作品而非概括的圖書館或資料庫相呼應<sup>64</sup>。

法院並運用 Tiffany 一案之取徑<sup>65</sup>，並且如同法院在 CC.Bill LLC, UMG Records, Inc. v. Veoh Networks, Inc. 以及 Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc. 兩個指標案件之論調，認為所謂的廣泛知悉著作權侵害是「無所不在」(ubiquitous)一事，不會使身為網路資訊儲存服務提供者之 ISP 業者背負侵權責任<sup>66</sup>。

在舉證責任上，原則上法院強調著作權人之通知並不能做為證據去證明網路資訊儲存服務提供者業者是否知悉，且 Perfect 10 一案中第九巡迴上訴法院已經指明「知悉」之舉證責任應在著作權人身上，拒絕將實質之舉證負擔從著作權人倒置到網路服務提供者身上 (we decline to shift a substantial burden from the copyright owner to the provider)<sup>67</sup>。另外，法院認為本案與 Grokster 案並不相同<sup>68</sup>，本案被

---

<sup>64</sup> Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 718 F.Supp.2d 514, 521 (S.D.N.Y.2010). 解釋上著作權是保護個別之著作物而非整個圖書資料庫，因此相對應的，如欲使網路資訊儲存服務提供者負著作權之間接侵權責任，在主觀要件上即必須有知悉個別的著作物被侵害之情形，而非僅廣泛知道圖書資料庫中的某些資料有在網站上違法使用之虞。

<sup>65</sup> Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93, 107 (2d Cir. April 1, 2010). 事實上，本案是屬於商標權之案子，故實際上並無關於著作權之安全港條款，惟商標權有其自身的安全港規定於藍能法 (Lanham Act) §32(2)，兩者有其一定之相似性，故法院始為援引。

<sup>66</sup> Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 718 F.Supp.2d 514, 524 (S.D.N.Y.2010).

<sup>67</sup> See Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, 448 F.3d 1102, 1113 (9th cir.2007); See also Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 718 F.Supp.2d 514, 521-22 (S.D.N.Y.2010).

<sup>68</sup> Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

告 YouTube 非單獨的僅提供侵權的位置與加速侵權之產生，無法認定如同 *Grokster* 有輔助侵權責任<sup>69</sup>。

除此之外，法院多次指明法條並無課予網路資訊儲存服務提供者任何監控（*monitor*）、尋找（*seek out*）之義務，因為 YouTube 不會被期待自行判斷使用者所上傳之影片是否在著作權保護中或是為公共財（*public domain*）、是否授權（*licensing*）、是否為合理使用（*fair use*）等情，此外 YouTube 亦不需對潛在侵權做出歧視判斷（*discriminating judgments*），一切皆應該基於著作權人之通知，再作出快速取下之動作<sup>70</sup>。

最後，就適用後的結果上考量而言，法院認為知悉之標準必須不會成為網路工具發展的不利因素，始符合美國著作權法法條之目的：即促進更快更方便的使用者近用網路權利，以及網路服務的多樣性與網路品質之擴展性等目的<sup>71</sup>。

#### 4.3.2 「快速」取下

法院認為快速（*expeditiously*）並無一個絕對之標準，必須個案去取決，而本案例中 YouTube 確實是在接到通知的隔一工作天去取下，應是符合法條之規定。上述快速反應之要求同時證明了現行之機制是足以保障著作權人的，不需要去課予網路服務提供者一些與美國著作權法法條有所衝突之監控義務<sup>72</sup>。

#### 4.3.3 未取得利益

法院認為判斷上應以通常情形與個案事實基礎為基準，舉例而言，合法收取的連線時間之費用，並不會使網路資訊儲存服務提供者因此無法免除責任，除非是網路資訊儲存服務提供者服務的主要價值即在於提供侵權的管道<sup>73</sup>。

#### 4.3.4 其他爭點

就 *Viacom* 主張被告之行為不構成「儲存」（*storage*）之部分，法院認為原告

---

<sup>69</sup> 法院藉由 2006 年 *Viacom* 律師的一封電子郵件之內容，認為 *Viacom* 自己也無法提出本案與 *Grokster* 案相同之解釋。See *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 525 (S.D.N.Y.2010).

<sup>70</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 521-22 (S.D.N.Y.2010).

<sup>71</sup> See *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 517 (S.D.N.Y.2010); See also Senate Committee on the Judiciary Report, S. Rep. No. 105-190, at 8 (1998).

<sup>72</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 519 (S.D.N.Y.2010).

<sup>73</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 519 (S.D.N.Y.2010).

Viacom 主張過於狹窄，應遵循 UMG 一案中較廣之儲存定義<sup>74</sup>，畢竟美國著作權法之目的是為了增加網路之效率以及服務之多樣性與品質，且較廣之定義並未超出法條文義之外緣。

針對§512(c)(1)(B)之部分，法院認為網路資訊儲存服務提供者在有權、有能去「控制」之前，必須要先「知悉」。當紅旗警示發生之時，始去探討網路資訊儲存服務提供者是否符合條文之「控制」，接下來才會再去討論是否由侵權活動直接取得利益之要件<sup>75</sup>。

針對安全港§512(c)之前提要件，即§512(i)(1)(A)之重複侵權者終止服務之政策，法院援引 *Corbis Corp. v. Amazon.com* 一案之見解，認為「重複侵權」並未明確定義，因此應該較寬鬆的去解釋、認定此一詞彙，並且立法者之初衷應是使用者多次侵權後才會喪失近用網路服務之權利<sup>76</sup>。更何況 YouTube 不僅採取了三次侵權（three strikes）即終止服務之政策，更另採取了嚴格的一次違反（one strike）即終止服務之政策，即當該使用者受單一通知認定有複數影片侵權，或者使用者被通知侵權後又在兩小時內再次被通知侵權之時，便終止該使用者服務。上開終止服務政策當符合§512(i)(1)(A)之規定無疑<sup>77</sup>。

再者，就檢查內容之系統（claim your content system）而言，YouTube 使用 Audible Magic 此套自動辨識並刪除侵權影片之軟體，但仍需要著作權人提供相關侵權之影片片段以供比對辨認，在此之下著作權人亦得人工指控侵權片段<sup>78</sup>，受著

---

<sup>74</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 526 (S.D.N.Y.2010); *See also* UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 620 F.Supp.2d 1081, 1089 (C.D.Cal.2008).

<sup>75</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 527 (S.D.N.Y.2010).

<sup>76</sup> *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F.Supp.2d 1090, 1100-01 (W.D.Wash.2004). 此寬鬆之標準延續到 UMG 案中，法院贊同 Veoh 的使用者兩次侵權後才終止服務之政策（即便第一次是多重侵權）。*Id.* at 1118.

<sup>77</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 527 (S.D.N.Y.2010).

<sup>78</sup> 在著作權人以人工指控之時，YouTube 認為合理之著作權人通知必須包括：「

- A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed;
- Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site;
- Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material;
- Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact you, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail;
- A statement that you have a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not

作權人指控後 YouTube 即會刪除受指控之部分。上述情形法院認為符合著作權法§ 512(i)(1)(A)之規定，不影響 YouTube 安全港之免責<sup>79</sup>。

最後，原告認為 YouTube 僅就通知中之特定片段 (clips) 移除，卻未一併就同一著作權之其他片段移除，是有不當。然而法院認為§512(c)(3)(A)(ii)中多重受侵害之代表清單 (representative list) 應該與§512(c)(3)(A)(iii)一起觀察比對<sup>80</sup>，即必須要求在移除時，網路資訊儲存服務提供者之判斷資訊是合理且足夠的，否則會使網路服務提供者陷入須為事實調查之困境 (基本上，事實調查因保護個人隱私之需求，是為同法§512(m)所禁止)<sup>81</sup>。

#### 4.4 聯邦上訴第二巡迴法院見解

地院判決之後，Viacom不符即提出上訴，於2012年4月5日美國聯邦上訴第二巡迴法院判決部分維持、部分撤銷、部分推翻地院見解後發回地院之判決 (Affirmed in part, vacated in part, reversed in part, and remanded)<sup>82</sup>，詳細的判決理由如下。

##### 4.4.1 實際知悉與紅旗警示之程度<sup>83</sup>

就實際知悉與紅旗警示之程度此點，第二巡迴法院是支持地院之見解，即實

---

authorized by the copyright owner, its agent, or the law; and

• A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that you are authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.」  
See Terms of Service, YOUTUBE, available at: <http://www.youtube.com/t/terms> (lasted visited June 9, 2010).

<sup>79</sup> 法院並援引 Perfect 10 案子，認為在通知人對於其是否有權代表著作權人，以及該通知侵權之作品未為授權二事，不願受偽證罪制裁之情形下，ISP 沒有必要做潛在的侵入性程序，換言之，ISP 不需實行太過侵入性之過濾程式。See *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 527 (S.D.N.Y.2010).

<sup>80</sup> 17 U.S.C 512(c)(3)(A)(i)&(ii)- (3) Elements of notification. - (A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following: (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site. (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.

<sup>81</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc.*, 718 F.Supp.2d 514, 528 (S.D.N.Y.2010).

<sup>82</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 41-42 (2nd Cir. 2012).

<sup>83</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 30-32 (2nd Cir. 2012).

際知悉與紅旗警示之程度必須是至「特定」(specific)、「可辨認」(identifiable)之侵權程度。

首先，法院認為快速取下之免責條件是會影響到知悉的條件的，因為僅有對於特定、可辨認的侵權知悉，始有辦法為取下之動作；且反面來說，如果就知悉此點不需到達特定、可辨認侵權之程度，則網路服務提供者只有對於侵權活動之一般性知悉下，則僅須負擔商業上合理之步驟去消除該侵權即可<sup>84</sup>，如此會與安全港要件中的「快速」要件無法調和。

Viacom 於上訴中強調紅旗警示之部分，認為國會並未限制知悉須至特定侵權之程度，並且如需至此特定之程度，則紅旗警示與實際知悉兩者即無所區別，地院之解釋方式會造成紅旗警示於安全港中形同多餘之條款。總言之，Viacom 認為紅旗警示相較於實際知悉，不需對於侵權活動的知悉程度上與實際知悉一般具體。

對於 Viacom 之意見，法院認為是對實際知悉與紅旗警示兩者關係之錯誤解釋，地院之意見並不會使得紅旗警示成為多餘條款，正確而言，實際知悉是指「主觀之確信」，紅旗警示則是集中於「客觀合理標準」上去討論；換言之，所謂具體、可辨認之程度，在實際知悉是指對於特定侵權內容之主觀上確知，在紅旗警示是指查覺「一般第三人客觀上可以查覺有明顯特定侵權」之情況，因此，兩者各自於安全港中有其定位，而程度上皆是以特定、可辨認侵權為標準。

第二巡迴法院另指出，在有限的判例法 (case law) 中，近來第九巡迴法院在 *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC* 一案中<sup>85</sup>，表明安全港應採較為寬鬆的標準，即對於知悉、紅旗警示較採狹義的解釋，在知悉程度上必須對於特定侵權有所知悉。第九巡迴法院強調，在網路資訊儲存服務提供者沒有到達對於特定侵權知悉的程度前，我們不應該把判斷某內容是否侵權之責任給予網路資訊儲存服務提供者。甚至 *Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC* 與 *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* 兩案亦採相同之見解<sup>86</sup>。

基上所述，就知悉及紅旗警示之程度，第二巡迴法院維持地院之意見，即應

---

<sup>84</sup> 就此法院之意思應係指，網路資訊儲存服務提供者毋須立即快速取下侵權內容。

<sup>85</sup> *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022 (9th Cir.2011).

<sup>86</sup> *Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC*, 821 F.Supp.2d 627, 635 (S.D.N.Y. Oct. 25, 2011); *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 665 F.Supp.2d 1099, 1108 (C.D.Cal.2009).

以是否知悉有特定、可辨認之侵權活動為基準。

#### 4.4.2 即決判決<sup>87</sup>

接續上述之知悉程度討論，第二巡迴法院接著認為應該撤銷地院准予被告 YouTube 之即決判決。理由是依據現有之資料，合理之陪審員會認定 YouTube 有知悉或至少有紅旗警示的情形，因此，地院准予 YouTube 的即決判決聲請是不適當的。

Viacom 在地院提出了各式 YouTube 自己內部評估網站上侵權比例甚高的證據，但此證據還不足以認定 YouTube 對特定、可辨認的侵權有所知悉。然而，Viacom 實有提出可以證明 YouTube 對特定、可辨認的侵權有所知悉之資料，於 2007 年 2 月 7 日 YouTube 的高層 Patrick Walker 寄予內部同事信件，要求以足球等關鍵字搜尋網站上之影片，如有明顯對於 Premier League 侵權之影片，則應盡速移除之（實際上 YouTube 最終並沒有移除）。就此，第二巡迴法院認為 YouTube 應對於特定、可辨認之侵權有所知悉。

除上述信件，YouTube 之創始人 Jawed Karim 於 2006 年 3 月報告中指出，目前有名的節目如 Family Guy、South Park 等皆得在 YouTube 上觀看，但 YouTube 不需要去監控，只需要快速取下某些公然違反著作權法或易遭致批評的影片即可，他並提到，就此更完整的調查是需要的。從上開報告而言，一個合理的陪審員會認為 YouTube 是知悉 Viacom 的特定影片被侵權之情況，且實際上，YouTube 一直都沒有取下那些有明顯侵權之影片，直到內部有更完整的調查與分析始取下。

另外的證據，即 2005 年 7 月 4 日 YouTube 的另一位創始人 Crad Hurley 寄信給另兩位創始人，標題上寫明「budlight commercials」，信中講到我們必須拒絕這些東西（影片）。然而，Steve Chen 回信寫道可以繼續將此放在網站上，Karim 也認為可已將該些影片重新放回網站上。甚至，在 2005 年 8 月 9 日，Hurley 再次寄信給另兩位經營者，要求謹慎處理網站上有關 CNN 之著作物，但再次得到 Chen 之回應為：繼續留下影片，等到收到警告信我們再取下它。

基於上述之 YouTube 自身的內部郵件資料，第二巡迴法院認為合理之陪審員

---

<sup>87</sup> Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 32-34 (2nd Cir. 2012).

會認定 YouTube 有知悉或至少有紅旗警示之情形，且雖然這些郵件資料皆附在一審即決判決之附件中，但仍不知道在信中所提及的哪些片段是本案的被控侵權片段 (clips-in-suit)，故撤銷地方法院之即決判決，並發回地院調查 YouTube 是否對於本案之被控侵權片段有所知悉或有紅旗警示之情形。

#### 4.4.3 刻意視而不見 (willful blindness)<sup>88</sup>

就 YouTube 有所知悉此點，Viacom 於上訴中亦主張已有明顯證據證明 YouTube 刻意視而不見於特定的侵權活動，依此理由，可證實地院准予 YouTube 之即決判決聲請是為錯誤。是以，第二巡迴法院著力於討論「刻意視而不見原則」於安全港之適用可能。

「刻意視而不見原則」係指對於爭議點有很高的機率有所知悉，卻有意識的迴避去確認該爭議點。而在 *Tiffany Inc. v. eBay Inc.* 一案中第二巡迴法院有論及此一原則，解釋上及操作上相當於「知悉」<sup>89</sup>，並非什麼新穎之概念。

而數位千禧年著作權法案中並未提到此原則，所以在決定是否要適用此原則到美國著作權法之時，必須視法條是否就此原則之概念有直接闡明 (speak directly)。而美國著作權法法條中與「刻意視而不見原則」最有關的即為 § 512(m)(1)，此條款中闡述網路服務提供者不須積極監控其系統，某程度而言，§ 512(m)(1) 是矛盾於「刻意視而不見原則」的，因為刻意視而不見原則可以被定義前提為：有積極去監控系統的義務。但是縱然有所矛盾，第二巡迴法院認為 § 512(m) 仍非直接闡明「刻意視而不見原則」，僅是對於該原則之限制，而非直接可排除該原則之適用。在某些特定被訴情境，「刻意視而不見原則」仍能夠適用於安全港條款中。

基上，地方法院僅說明了 § 512(m) 所揭示之無積極蒐尋義務一事，卻未闡明與「刻意視而不見原則」之關係，故就此發回地方法院去調查 YouTube 是否有努力的去避免知悉侵權而得適用「刻意視而不見原則」。

#### 4.4.4 控制與利益條款：§ 512(c)(1)(B)<sup>90</sup>

<sup>88</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 34-35 (2nd Cir. 2012).

<sup>89</sup> *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay, Inc.*, 600 F.3d 93, 110 n. 16 (2d Cir. 2010).

<sup>90</sup> *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 36-38 (2nd Cir. 2012).

除了主觀上知悉的條件外，§512(c)(1)(B)亦設定兩個條件，即未從侵權活動中取得財產上利益、有權利與能力控制侵權活動。而本案中，地方法院認為此兩條件（即所謂的「控制與利益條款」）必須知悉特定之侵權，第二巡迴法院認為這是錯誤的見解，理由詳如下述。

首先，YouTube 於上訴中之見解與地院見解一致，近來第九巡迴法院於 *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC* 一案中，亦認為網路服務提供者如果沒有實際知悉特定侵權，則很難去實施其權利與能力去控制侵權活動<sup>91</sup>。但在本案例中，第二巡迴法院認為此種解釋架構，是把§512(c)(1)(A)之知悉的要求，重複擺在§512(c)(1)(B)中去判斷，如此之解釋方式會造成文字上、條款上多餘及重複的問題。是以，第二巡迴法院不採此見解。

另一方面，Viacom 引用代理侵權責任，而基於判例法，構成此責任並不需知悉侵權，而僅需有權利與能力監控以及有直接明顯之經濟上受益即可。且依據國會之 House Report，§512(c)(1)(B)中「有權利與能力控制」之文字規定，某程度是引用自代理侵權之第二要件<sup>92</sup>，此外，此款當初即是為了保存現行的直接侵權與間接侵權之判例法。因此，國會是刻意的參考判例法中代理侵權之意義，而在代理侵權之解釋下，網路資訊儲存服務提供者擁有阻擋（block）之能力，即可作為有權利與能力控制之證明。然而，本案例中第二巡迴法院亦不贊同此見解，因為§512(c)本身之通知取下機制，本即推定網路資訊儲存服務提供者是有能力去阻擋侵權的，如按照 Viacom 的說法，則§512(c)(1)(A)(iii)以及§512(c)(1)(C)設定中有能力阻擋侵權的前提，就反成為了§512(c)(1)(B)之安全港解除條件。另外，國會假設有將§512(c)(1)(B)與代理侵權一併解釋，立法當初可以用更直接之方式制訂，但顯可見的國會並沒有。

在不認同任何一方之說法下，第二巡迴法院認為，控制條款應該要遠離對特定侵權知悉之要求，且亦遠離代理侵權之解釋。有權利與能力去控制應是指：比得移除或阻擋侵權之要求再更多一點的控制。且就實務現況，目前僅有 *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.* 一案認定網路資訊儲存服務提供者因為有設置給予使用者指令細節之監控軟

---

<sup>91</sup> *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC*, 667 F.3d 1022, 1041 (9th Cir.2011).

<sup>92</sup> H.R.Rep. No. 105-551(I), at 26 (1998).

體，而認定有權利與能力控制<sup>93</sup>；同樣的，Grokster 的誘引侵權責任<sup>94</sup>，當符合其責任要件時，亦可能達到有權利與能力控制之程度。綜上，第二巡迴法院推翻（reverse）地院之見解，並且發回地院做更多的事實調查，調查原告所提出之證據是否足以使一合理之陪審團認定 YouTube 有權利與能力控制侵權活動，並且認定由該侵權活動中取得財產上利益。

#### 4.4.5 「由於」（By Reason of）他人儲存<sup>95</sup>

§512(c)中規定網路資訊儲存服務提供者得以免責，必須該違法內容是「由於」（By Reason of）使用者指示下儲存。本案中，地院判定 YouTube 各項活動是符合「由於」使用者指示下儲存之定義，而得適用安全港規定。而第二巡迴法院就 YouTube 軟體中轉碼（transcoding）的功能、重複播放（playback）之功能及關聯影片（related videos）之功能，同意地院之意見。但就軟體功能中第三人集體授權（third-party syndication）之部分認為必須發回地院重為事實調查。

首先，在第二巡迴法院判決中，法院認為數位千禧年著作權法案 Title II 中根本沒有限定免責之網路服務提供者只能是儲存資料的情況，對於網路服務提供者之定義，在§512(k)(1)(B)是採取較為寬廣之解釋，因此，§512(k)本即非僅涵蓋電子儲存的部分。

就 YouTube 之功能而言，第一個轉碼的功能是為讓使用者上傳之影片可觀看；第二個重複播放之功能是将影片複製至觀賞者瀏覽器之快取中，以便觀賞者播畢影片後，能再快速重複播放該影片。上述這兩種功能皆是在促進（facilitate）取用 YouTube 中使用者上傳之影片，仍是在使用者指示下儲存所發生。因此，地院之判斷並無問題，且從結果性考量，如果排除此兩種自動功能的保護，將會使安全港的精神架空。

另就第三項關聯影片功能，功能內容是提供縮圖呈現相關聯的影片予觀看者，Viacom 認為這不是促進取用影片，而是實質上構成內容的宣傳，故此種功能並不符合「由於」使用者指示下儲存之要件。Viacom 並引用「反詐騙和反腐敗組

---

<sup>93</sup> Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F.Supp.2d 1146 (C.D.Cal.2002).

<sup>94</sup> Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764, 162 L.Ed.2d 781 (2005).

<sup>95</sup> Viacom Int'l Inc. v. You-tube, Inc., 676 F.3d 19, 38-40 (2nd Cir. 2012).

織法案」(RICO Act, or Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act<sup>96</sup>)及克萊頓法案 (Clayton Act<sup>97</sup>)，認為「由於」係指在侵權與使用者儲存之間有「最近因果」(proximate causation)。然而，第二巡迴法院認為，縱使 Viacom 的最近因果理論正確，關聯侵權影片與使用者儲存間，仍有足夠之因果關係存在，因為該功能 YouTube 並沒有介入，而係完全以電腦程式依據上傳影片內容判斷的結果，此項功能應該受到安全港的保護。

最後，就第四項軟體功能「向第三人集體授權」部分，第二巡迴法院認為是雙方拉鋸的關鍵點。約在 2007 年 3 月 YouTube 為了行動通訊設備，將某些影片轉檔並且授權給 Verizon Wireless 等公司，Viacom 認為此並非受使用者指示下儲存之行為，但因為上開授權交易中似未涵蓋被訴侵權片段 (claps-in-suit)，故在一審後階段並未繼續爭執。法院認為就此功能部分容有疑義，且此授權交易是否涵蓋被訴侵權片段亦待調查，故就此部分發回地院。

#### 4.4.6 其他爭點<sup>98</sup>

第二巡迴法院認為，§512(i)的重複侵權中止服務政策並須要與§512(m)一起觀之，§512(m)中規定安全港的保護不能建立在網路資訊儲存服務提供者監控或積極尋找侵權之下，除非所為之監控是符合(i)款之標準科技措施。綜觀上開兩法條，如果拒絕標準科技措施會使得 YouTube 有侵權之虞，但此案中 Viacom 並未爭執或證明 YouTube 之 Content ID 辨識系統是標準科技措施。所以 Content ID 辨識系統僅是 YouTube 的私有辨識系統，YouTube 縱然僅允許友好的公司（當然不包括 Viacom）增加 Content ID 辨識系統的內容，並不會使 YouTube 背負任何侵權責任。

另第二巡迴法院判決發回之後，就 YouTube 是否有權利與能力控制侵權活動、是否有受控侵權片段被大量授權予第三人兩點，交由地院決定是否須再做額外的證據開示 (discovery)。但就 YouTube 是否知悉特定侵權、YouTube 是否有刻意視而不見特定侵權此兩點，則目前訴訟中資料已經足以判斷。

---

<sup>96</sup> 18 U.S.C. §§ 1961–68.

<sup>97</sup> 15 U.S.C. §§ 12 et seq.

<sup>98</sup> Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 40-41 (2nd Cir. 2012).

## 五、 網路使用者之直接責任對於網路資訊儲存服務提供者之 影響

### 5.1 著作權法的合理使用

#### 5.1.1 性質

##### 5.1.1.1 法律性質

關於合理使用的法律性質，基本上約略有三種說法<sup>99</sup>，其一為權利限制說，認為合理使用是對著作權人權利的限制，避免阻礙知識之散佈與利用<sup>100</sup>；第二種說法是侵權阻卻說，即先假定合理使用為不法侵權行為，但因具阻卻違法性或欠缺實質違法性，最後不予處罰<sup>101</sup>；第三則是使用者權利說，即不僅將合理使用視為消極性的防禦侵權事由，而是在立法者賦予作者此種無體財產權之時，考量到其權利應有的侷限性，進而同時賦予一般社會大眾（甚至是商業行為）使用他人著作之權利<sup>102</sup>。

權利限制說與侵權阻卻說的想法，基本上是以著作權法為保護作者即著作權人之角度去思考，去審視他人侵害著作權之行為是否可以免責；相反的，使用者權利說則是從使用者之角度去看整個合理使用之過程。論者認為：「為從註釋法學的立場思考，權利限制說與侵權阻卻說，都容易理解，因為著作權法所規範的都是著作權的內容，而合理使用是對該內容的限制，當然也是阻卻違法的要件。就法律效果而言，區別上面三種說法其實並沒有多大意義，因為只要成立了合理使用，則使用者的使用行為就不會被認定是侵權，相對而言，作者的著作權受到了限制，而使用者的使用得到了相當程度的保障。不過，如果從著作權法的政策目

<sup>99</sup> 吳尚昆，著作權法的合理使用與個人使用，書苑季刊第 49 期，2001 年 7 月。

<sup>100</sup> 我國合理使用條款主要依據為著作權法第 65 條，係位於著作權法第三章第四節第四款「著作財產權之限制」，並且著作權法第 66 條規定，合理使用對著作人格權不生影響。就其條文之安排與前後文解釋，應可視為一種對於著作權人權利之限制。

<sup>101</sup> 吳嘉生，智慧財產法通論，一品文化，2009 年 7 月，59 頁。

<sup>102</sup> “Fair use may be defined as a privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to owner by the copyright” See HORACE G. BALL, THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY 260 (1944).

的來看，也許會有更深層的認知，就著作財產權而言，法規賦予著作人一定的財產上專屬權，並不是因為那些權利是「天賦人權」，而是因為法律希望藉著給予著作人獎勵，使社會上的著作質量增加，促進國家文化發展，從此可理解，著作權人僅享有著作權法上所規範的權利，至於著作權法未規範者，均屬社會大眾所共享。申言之，從著作權法的最終目的（促進文化發展）觀察，如果著作權人的權利受到了法定限制（如：合理使用條款），應該可以理解為立法者將該被限制部分交給了社會大眾享用，即剝奪著作人權而賦予使用者權，因此合理使用可以被認為是著作權法建構使用者權的依據。<sup>103</sup>」

#### 5.1.1.2 本文意見

本文基本上同意上述論者之說法，並認為更可從一般財產權（非無體財產權）之相關規定去推論出相同之結論。一般財產權係指如我國民法所規制之財產權，如動產所有權與不動產所有權即是，而依據法律，縱連一般人民認為有絕對排他權利之土地所有權皆得以因為公益、其他經濟利用因素而退讓與他人使用，譬如立法者在民法中所規定袋地通行權即為一適例<sup>104</sup>。換言之，土地之排他權力並非可無限上綱的，必須要容忍其鄰地行使袋地通行權以通過土地，僅必須給予該被穿越之土地所有權人相當之補償。相應的，無體財產權如專利權、著作權、商標權，是一立法者規制或創制出來的權利，而沒有實際的物體可茲呈現以公示其主權。在此情形下，著作權與一般財產權相比較，著作權就其性質應亦得因公益或其他充分利用之經濟上因素而讓第三人自行使用之，這種不待無體財產權人同意即得使用的權利，正是合理使用。此外如上所述，相較於土地所有權，著作權並無實體可茲公示其權利之範圍，復加著作權原本之目的即在促進文化發展<sup>105</sup>，衡諸上述兩項不同於土地所有權之處，應認為合理使用他人著作之時，不需如袋地通行權通過他人土地時一般，必須支付所謂的「償金」<sup>106</sup>。

<sup>103</sup> 同前註 99。

<sup>104</sup> 請參見民法第 787 條之規定如下：「土地因與公路無適宜之聯絡，致不能為通常使用時，除因土地所有人之任意行為所生者外，土地所有人得通行周圍地以至公路。前項情形，有通行權人應於通行必要之範圍內，擇其周圍地損害最少之處所及方法為之；對於通行地因此所受之損害，並應支付償金。第七百七十九條第四項規定，於前項情形準用之。」

<sup>105</sup> 請參見著作權法第 1 條：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」

<sup>106</sup> 對於徵收補償金之概念，本文之概念源自於我國論者區分「個人使用」與「合理使用」兩類型，認為個人使用並未如合理使用確保公共利益、促進社會整體發展，故個人使用應構成侵

縱上，本文認為，如同袋地通行權是民法上建構土地通行權之依據，著作權法合理使用應為相同解釋，認為合理使用係著作權法建構使用者權利之依據，故本文肯定前開第三說即「使用者權利說」之見解。

### 5.1.2 過去

美國著作權法§107 所規定的合理使用，基本上是源自於 *Folsom v. Marsh* 一案<sup>107</sup>，在本案中美國的 *Joseph Story* 大法官提出了現行合理使用基準的雛形<sup>108</sup>，著作物「正當」使用的基準如下：「端視使用本身的本質與目的，被使用資料的量與價值，以及是否會造成排擠原著作之銷售、減少原著作之利潤或取代原著作之目的<sup>109</sup>。」這項基準之精神幾乎完全兌現在後來的美國著作權法§107 條文中，而 *Folsom v. Marsh* 一案亦成為日後合理使用的濫觴<sup>110</sup>。

#### 5.1.2.1 *Folsom v. Marsh*<sup>111</sup>

此案追溯到早期 19 世紀，而並非美國聯邦最高法院所做出之判決，判決此案的為著名的 *Story* 大法官。原告是一名傳記記者名為 *Folsom*，其專有發行華盛頓總統的傳記資料的權利，共發行了 12 卷的書，其中含有多封華盛頓總統與他人的往來書信。被告則是發行了冒充的華盛頓總統的自傳，其中約有 388 頁逐字的去複製原告所撰寫的自傳作品，甚至插入了一些華盛頓總統的信件與文件，最終法官認定被告之上開行為構成著作權侵害。然而，法官在判決中交代，其提出在某些情形縱使是複製、抄襲他人之作品，亦是正當的使用（*justifiable use*），衡量的基準有：「選用（*selection*）<sup>112</sup>的目的與性質」此即為現在著作權法 107 條的第一基準；「被使用資料的量與價值」，則為現在著作權法第 107 條的第三基準；「對原著

---

權。但如直接對個人使用追究責任，恐將侵入個人私生活領域，故比較適合之方式為法定授權或徵收補償金。就本文之論點而言，民法之袋地通行權之部分即類似於個人使用，而得以支付償金方式彌補。請參見蔡蕙芳，數位時代個人使用之刑罰問題－兼評台北地方法院 92 年度 2146 判決，政大法學評論，98 期，頁 232-305（2007）。

<sup>107</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (C.C.D.Mass.1841).

<sup>108</sup> ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *supra* note 5, at 213.

<sup>109</sup> 原文如下：「look to the nature and objects of the selection made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work.」See *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (C.C.D.Mass.1841).

<sup>110</sup> 黃怡騰，著作權法上合理使用原則之研究，政治大學法律研究所，頁 209（1996）。

<sup>111</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 348 (No. 4901) (C.C.D. Mass. 1841).

<sup>112</sup> 當時仍無合理使用一詞的出現，僅有初步的合理使用的概念形成。*Story* 法官在此案中所運用的是英國的 *fair abridgment* 的概念，此為一為評論他人著作而使用之概念，而其中引用他人之著作是以「選用」（*selection*）一詞來表達。

作影響的程度，如是否造成排擠原著作銷售、是否減少原著作利潤、是否取代原著作」，則正好是現在著作權法第 107 條的第四基準。

綜上所述，即可得知本案 Story 大法官之論點皆被採納至美國著作權法第 107 條中的三個基準中，至於 107 條中的第二基準「原著作之性質」(nature of the copyrighted work)，亦應是源自於本案例中 Story 大法官所提到的「被使用資料的價值」(value of the materials used) 一詞<sup>113</sup>，並且在判斷「是否造成排擠原著作銷售、是否減少原著作利潤、是否取代原著作」之時本來就應該要先去探究一下原著作之性質。因此，Story 大法官在本案中的論述與美國著作權法 107 條的四個基準皆有其關聯性存在無疑。

#### 5.1.2.2 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.

有論者認為 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.<sup>114</sup>一案是為合理使用之母，其中判決對於 VCRs 的實質非侵權用途之論述，即是一種允許的合理使用<sup>115</sup>。本案之被告 Sony 公司為製造並販賣 Betamax 家用錄放影機的公司，該家用錄放影機具有「時間轉移」(time-shifting) 之功能，即得將電視節目錄置下來而嗣後再行撥放。原告則為擁有部分在公共頻道播放之電視節目之著作權人，除 Universal City Studios 公司外，原告亦包含 Walt Disney Productions 公司，雖然實際為「時間轉移」複製功能者為個別之使用人，但原告並不想對任何以 Betamax 錄製節目之使用人求償，其鎖定之目標為販售此 Betamax 機器之 Sony 公司，認為 Sony 應該負擔輔助侵權責任。

法院認為原告雖然宣稱 Sony 之無限制販售 Betamax 之行為，將對其著作權的商業價值造成損害，但是原告卻並未證明消費者這種「時間轉移」之錄製行為，在現在、甚或是未來可能損害被上訴人之著作權的商業價值。法院更認為，非商業性的且於家庭內的使用 Betamax 錄製公共頻道播放之電視節目，雖然未經著作權人同意下而使用，但卻是構成合理使用之行為，是以沒有著作權侵害之問題。

---

<sup>113</sup> 謝國廉，著作合理使用之判斷基準－評最高法院與高等法院紫微斗數案之判決，月旦法學雜誌，第 182 期，頁 214 (2010)。

<sup>114</sup> See Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984). 另請參見林利芝，Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc. (下)，台灣本土法學，第 101 期，頁 282-290 (2007)。

<sup>115</sup> See Edward Lee, *supra* note 7, at 798. See also Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

再者，法院認為消費者錄製節目之行為，實際上是擴大了整個電視收視族群，是有利於公眾利益，與美國憲法增修條文第一條中為保障言論自由，允許一般民眾透過公共頻道收受訊息之精神相符。甚者，法院認為即使消費者將原告享有著作權之節目，從頭到尾錄製下來以便事後觀賞，此種錄製全部著作之行為，仍然屬於合理使用，因為消費者之完全錄製之行為，同樣的沒有減損原告所擁有之視聽著作的潛在市場。

就製造 Betamax 之廠商 Sony 而言，應係以間接侵權來審視其責任，法院闡明 Sony 並未直接參與消費者之錄製行為或與消費者有任何的進一步接觸；實際上，雖然 Sony 有很高機率是知道某些消費者會使用 Betamax 作為錄製影音著作之工具之情形，而應得推定 Sony 就直接侵權行為有所知悉，但基本上，法院認為 Sony 僅是販售一種「同時具有合法與非法用途」之產品，就此種產品或工具被使用於非法用途時，該產品或工具之販售者並不須為使用者的直接侵權責任負責<sup>116</sup>。

法院強調消費者使用 Betamax 進行「時間轉移」之錄影擴大了電視觀眾群，許多的電視節目之製作人非常樂意看到消費者繼續於家中使用 Betamax，因為使用者越多，實際上他們的客群、收視人口便更加擴大。再者，就是否核准原告之禁制令聲請而言，法院闡述「使用」並非僅係單單違法的使用，縱使將消費者未經同意錄製版權電視節目之行為認定是侵權，但實則消費者仍有利用 Betamax 錄製無著作權節目之行為，或是錄製有著作權但著作權人同意任何人錄製的節目。綜上，倘若核發原告之禁制令，則不啻將剝奪消費者以 Betamax 為不侵權錄製之權利，是以認定不應允許原告所聲請之禁制令<sup>117</sup>。

法院並引述了 Stewart 大法官之見解，認為著作權法賦予著作權人有限的權利，如同美國憲法賦予著作權人有限的排他權期間一般，皆係為了平衡著作權人利益與公共利益之目的。雖然創造需要鼓勵而給予回報，這個回報即是著作權法制定之創作後立即之排他效應，然而必須注意的是，此種鼓勵之最終目的仍然是

---

<sup>116</sup> 本文贊同法院之見解，譬如商家在販售任何一項商品時，不論是打字機、錄音機、照相機或影印機等，皆會對於購買該商品而事後從事違法行為之消費者有一定程度的貢獻。惟，如果據此因為買賣該所謂之「兇器」，而商家必須一併負擔消費者之直接侵權行為責任，則不僅會造成輔助侵權責任範圍的不當擴大，亦會使法院在審判之時形成困難，甚至會使商業活動受阻與停擺，試問哪一個商家會有辦法承擔風險，此種賣給侵權者商品後必須背負法律責任而令人難以承受的風險。

<sup>117</sup> Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 427 (1984).

為了推動文學等藝術在社會上的流通與廣布，並藉由經濟誘因讓整體社會得到更多的創作與活力。本案遭遇到之情形，是一個新的科技產品之產生，產品所帶來之轉變將造成著作權法是否得擴張適用到此新科技上時，規定變得含糊不清，法院在此時能做的不是以法院力量去造法，而是應依據著作權法的基本目的去加以闡釋<sup>118</sup>。

又美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款規定：「美國國會為促進科學進步與實用技藝之發展，有權授予著作人與發明人在有限期間內，享有對其著作與發明的專屬權利。」是以，促進科學進步與實用技藝之發展，是國會當時制定著作權法時的最終目的。當時制定法律之時，國會之議員如何看待 Betamax 機器，事實上現在法院根本無從得知，因為當時根本並無 Betamax 此種高科技產品，然而至少法院瞭解到，美國國會向來經常檢視其他創新科技之發展，並依此數度增修著作權法以達到平衡大眾近用之公共利益與著作權人之私人利益。法院最終認為，在國會未修法或表達意見之前，法院就此基於上述著作權法之目的，應認定 Betamax 錄放影機實質上有非侵權使用之用途，不構成輔助侵權責任<sup>119</sup>。上述法院之「實質非侵權用途」之論理，即為現在美國學界時常稱呼之「Sony 安全港」(Sony safe harbor)<sup>120</sup>。

### 5.1.3 現在

合理使用的現在，美國法院多依循著著作權法第 107 條所列之四個基準去作判斷。美國聯邦最高法院至今一共有三個案子針對合理使用之四個基準去做解釋與判斷，但這三個案子不僅沒有清楚的指引共同的判斷模式，更呈現了互相矛盾的判斷模式<sup>121</sup>。

在目前我國的合理使用判斷方面，基本上法院亦是參照我國著作權法第 65 條第 2 項之四個判斷基準，此四個判斷基準幾乎是全盤接受美國之法條中之文句<sup>122</sup>。翻譯法條固然容易，但如其後法院之判斷是全然照本宣科或者無法理解合理使用

<sup>118</sup> Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 431-32 (1984).

<sup>119</sup> Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 456 (1984).

<sup>120</sup> See Tonja Jacobi, *Innovative copyright*, 109 MICH. L. REV. 1011, 1018 (2011); See also Dotan Oliar, *The Copyright-Innovation Trade-Off: Property Rules, Liability Rules, and Intentional Infliction of Harm*, 64 STAN. L. REV. 951, 960-61 (2012).

<sup>121</sup> ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *supra* note 5, at 217.

<sup>122</sup> 謝國廉，前揭註 113，頁 208。

之立法精神，將會使整個創意文化市場被拖垮。如最高法院 97 年度 2488 號刑事判決之中，似錯誤解釋了第一基準單純為是否商業性利用，而忽略了美國 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案中所揭示的「轉化性使用目的」(transformative use)<sup>123</sup>，如果忽略了此轉化性使用之目的，等於是無法提供足夠之喘息空間予使用者，甚至於違反了立法之精神與目的<sup>124</sup>。

綜上言之，無論在美國或我國，基本上現今並沒有一套合理判斷四個基準之模式，這種不確定性與難以預測的本質，容易造成法官的困擾與人民之不信任，如美國法官曾經抱怨：「合理使用條款過於彈性之規定，是藐視了定義的重要<sup>125</sup>」，另外我國學者亦認為著作權法第 65 條過多之主觀判斷與不確定性，且未指出如何判斷四項基準及如何權重、加總<sup>126</sup>。本文認為就如同我國刑事訴訟法第 158 之 4 條之證據衡平基準一般<sup>127</sup>，就法院而言很有可能是先以法感情得出結論之後再去套用四基準的藉口，相對的對人民而言則是難以預測的結果<sup>128</sup>，然而嚴重的是，因為合理使用直接涉及被告之「積極抗辯」而會影響到勝負之關鍵，相較於刑事訴訟法第 158 之 4 條是否採納證據於本案而言，將會造成更傷害人民訴訟權益之結果，除此之外，更可能會扼殺了整個創意產業文化。

#### 5.1.4 發展

因為網路資料的傳輸快速與剪貼方便等性質，造成許多的合理使用案例與現今之「網路言論科技」產生關聯，簡而言之，便是「合理使用」與「科技」產生了互動<sup>129</sup>。

美國多位學者如 Paul Goldstein 與 Mark Lemley 教授都提出了在科技互動下合理使用的發展與轉變<sup>130</sup>。這種發展與轉變是應該被重視的，在這個每個人都幾乎

<sup>123</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

<sup>124</sup> 謝國廉，前揭註 113，頁 221。

<sup>125</sup> *Time, Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y.1968).

<sup>126</sup> 劉孔中，智慧財產權法制之關鍵革新，頁 10 (2007)。

<sup>127</sup> 請參見刑事訴訟法第 158 之 4 條規定如下：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」

<sup>128</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，頁 517-518 (2006)。

<sup>129</sup> See Danny O'Brien, Disabled Must Be Given Equal Digital Rights, *Irish Times*, May 22, 2009, available at: <http://www.irishtimes.com/newspaper/finance/2009/0522/1224247099810.html>. (last visited May. 28, 2012).

<sup>130</sup> Paul Goldstein, *Fair Use in Context*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 433, 439 (2008). ; Mark A. Lemley

逃不了網路或科技效應的時代，如同美國 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案中提出了「戲謔」(parody)合理使用之類型<sup>131</sup>，我們也許該思考一種新的合理使用類型，所謂的「科技」的合理使用類型<sup>132</sup>。

本文上面介紹的 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 一案，即是合理使用與科技產生互動的一個適例，在新科技的出現衝擊之下，著作權人的權利範圍受到新的挑戰。此時所謂的 *Sony* 案所論述的「實質非侵權用途」，除了法院所述的「消費者仍可以利用 *Betamax* 錄製非有著作權之節目，或是錄製有著作權但著作權人同意任何人錄製之節目」外，基本上個人運用 *Sony* 的錄放影機為合理使用之行為，亦係構成實質非侵權用途的一部，並且是占上開非侵權用途中很大的一部分<sup>133</sup>。

而上述 *Sony* 一案所造成的效應，就如同擲一重石到平靜如水之市場中，濺起市場中的陣陣漣漪，也使著作權人的權利範圍受到一定的限制而不至於搭上新興科技發展的順風車，即不會因為新的科技工具出現而獲得額外的授權金或巨額賠償金。這個影響從統計以及歷史資料中可以看的出來，在 1999 年的時候，也就是 *Sony* 案判決 15 年後，美國百分之 88.6 的家庭皆擁有 VCRs 技術（從 *Betamax* 發展而來）<sup>134</sup>，這個數字代表了三個市場的發展：第一是 VCRs 技術帶動了整個美國民眾與家庭在家中收看的習慣，這在我們現在看起來稀鬆平常，在那時候卻是不小的一個轉變，VCRs 的銷售成長百分比超越了彩色電視的銷售百分比<sup>135</sup>，這是 VCRs 市場的擴大化；第二，VCRs 市場亦帶動了出租以及出售影帶的市場，諷刺的是，這個出租出售的市場，甚至成為了電影業的最大收入來源，一舉超越電影院票房的收入，到後期 DVD 的營收甚至是電影院收入的兩倍<sup>136</sup>，換言之，電影業者用他們一開始視為敵人的 *Betamax* 技術<sup>137</sup>，擴展了他們更大的市場；第三個市

---

& R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345, 1410-25 (2004).

<sup>131</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). 採取此「戲謔」因素之論點，主要是源自於 Leval 法官之見解。See Pierre N. Leval, *Commentary, Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1111-16 (1990).

<sup>132</sup> Edward Lee, *supra* note 7, at 799.

<sup>133</sup> *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 447-56 (1984).

<sup>134</sup> 從 *Sony* 案判決後之 8 年內，即 1976 到 1984 年間，美國家庭擁有 VCRs 之數量，從總數 47 萬台躍升到 5 百萬台。See Paul Goldstein, *supra* note 130, at 439.

<sup>135</sup> See ELEC. MARKET DATA BOOK 16-17 (Elec. Indus. Ass'n 1990) [hereinafter 1990 Data Book].

<sup>136</sup> Fred von Lohmann, *Fair Use as Innovation Policy*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 829, 840-41 (2008).

<sup>137</sup> See JESSICA LITMAN, *THE STORY OF SONY V. UNIVERSAL STUDIOS: MARY POPPINS MEETS THE*

場則是因為 VCRs 技術所帶動的攝錄影機的市場，根據統計在 VCRs 技術穩固後，這些攝錄影機的銷售量在幾年內迅速翻倍。

Sony 案保留了 VCRs 的一線生機，而 VCRs 創造了上述的三大市場的發展，這三大市場的發展從 1981 年到 2006 年共有 3432 億美元的市值，可想見的是倘若當初 Sony 案是就侵權之方向為判決，即 Betamax 構成輔助侵權並且核准禁制令，則上開所謂 3432 億美元的三大市場即不復存在。實則本文認為，市場的消失也許只是鵝毛之輕，重的其實是我們每一個消費個體無法享受科技言論工具帶來的便捷與發展，是以對於新的科技言論工具是否合理使用或免責的判定，會比一般的工具是否成立合理使用來的更加重要，繫屬著美國甚至是整個世界的經濟。本文認為一個判決所造成的後續效應是非常廣泛的，尤其在新的科技言論工具的產生之時，法院在作判決之時更應該要小心後續所造成的效應，是否會讓整個科技言論工具的市場受損，最終損傷的會是消費者的權利與公共利益。

## 5.2 合理使用與著作權侵權責任之關係

### 5.2.1 直接侵權責任

著作權之合理使用美國規定在著作權法第 107 條<sup>138</sup>，而我國則規定在著作權法第 65 條<sup>139</sup>，基本上，我國之條文之第一項與第二項幾乎是完全繼受美國法而來，

---

BOSTON STRANGLER, IN INTELLECTUAL PROPERTY STORIES 358, 365 (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds., 2006).

<sup>138</sup> 17 U.S.C. §107. - Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include— (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

<sup>139</sup> 我國著作權法第 65 條規定如下：「著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害。著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。著作權人團體與利用人團體就著作之合理使用範圍達成協議者，得為前項判斷之參考。前項協議過程中，得諮詢著作權專責機關之意見。」

且四個合理使用的衡量基準（factors）幾乎相同<sup>140</sup>。雖兩條文之中皆未明確指出是針對「直接侵權」之免責條款，惟以美國法及我國法之整體脈絡觀察，即得發現其集中於個人直接使用的考量，故其是針對直接侵權所規制的免責條款無疑。除民事之直接侵權免責外，另一方面，在我國時常「以刑逼民」處理著作權侵害的架構下，亦會處理到刑事責任的部分，而在實務上一般多認為合理使用不論在在民事或刑事責任的架構下皆為阻卻違法事由<sup>141</sup>。

### 5.2.2 間接侵權責任

美國著作權法並無直接規定間接侵權責任（第三人侵權責任），而是由普通法（common law）去補充此種直接侵權人以外之第三人（在網路法之領域中即是網路服務提供者）間接侵權責任<sup>142</sup>。其共有三種類型，分別由三個不同的案子萌芽，且逐漸發展、演繹出判斷基準：（1）代位責任（vicarious liability）是由 *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.* 一案中發展而來<sup>143</sup>，其主要之要件為該第三人有監督控制直接侵權人之能力，且該第三人因該直接侵權而受有利益。（2）輔助侵權（contributory liability）責任則是由 *Gershwin Publ'g Co. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.* 一案所奠基<sup>144</sup>，其要件為二，分別是明知或可得而知直接侵權活動，以及對於該活動有實質貢獻。（3）故意誘引侵權（intentional inducement）則是近來由 *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* 一案所發展出來之原則<sup>145</sup>，其要件為第三人明確之表達促進侵權或有其他促進侵權之積極行為。

而必須注意的是，上述三種間接侵權責任都必須以「直接侵權成立」為要件，美國的 *MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.* 一案中即明確指出：「除侵權之意圖，以及散佈可供侵權使用之設備或軟體外，誘引侵權理論當以系爭設備或軟體之受領者確實以之從事侵權行為為前提」<sup>146</sup>。

<sup>140</sup> 謝國廉，前揭註 113，頁 208。

<sup>141</sup> 蕭雄淋，著作權之侵害與救濟，頁 26（1979）。羅明通，著作權法論 II，頁 150-154（2009）。惟操作上羅明通教授認為實務多會不待當事人抗辯，即自行考量合理使用，故偏向非為阻卻違法事由，而是阻卻構成要件。

<sup>142</sup> Alfred C. Yen, *Third Party Copyright Liability After Grokster*, 91 MINN. L. REV. 184, 193 (2006).

<sup>143</sup> 316 F.2d 304, 308 (2d Cir. 1963).

<sup>144</sup> 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

<sup>145</sup> 545 U.S. 913, 941 (2005).

<sup>146</sup> *MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 916 (2005).

正因為須以直接侵權成立為前提要件，故合理使用對於間接侵權也有著「間接的影響」，畢竟如直接侵權人（網路用戶）因合理使用而不須負直接侵害著作權之責任，則第三人（網路服務提供者）亦不需負責始為符合公平法理，如此限制第三人責任亦不至於對第三人之合法活動產生寒蟬效應（chilling effect）<sup>147</sup>。除此之外，合理使用亦與 Sony 安全港有關<sup>148</sup>，此由 Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.<sup>149</sup> 一案中所發展出來的原則，提供了科技研發者避免受到間接侵權壓制的管道，得在判斷輔助侵權責任之時因無故意而免責；而合理使用即是某種新科技擁有的「實質非侵權用途」（substantial non-infringing uses）中的一種重要非侵權用途，故使用該工具下的個人合理使用，是有幫助於實質非侵權用途之認定無疑<sup>150</sup>。

## 5.3 合理使用之天秤傾斜

### 5.3.1 允許的文化

在作者協會與美國出版者協會共同對 Google 提起訴訟的案子中，Google 最終尋求的解決方案是如此的：付出上百萬美元給著作權人以及著作權人團體<sup>151</sup>；另一方面，網路書商 Amazon 則因為著作權人的施壓下，撤下了所有在 Kindle 上的語音同步功能（text-to-speech），除非有經過該書的著作權人的允許<sup>152</sup>。

從上述兩個例子中我們可以看出，使用者的合理使用權利，在著作權人如洪水猛獸的洪流中，被漠視而被晾在一旁，如果要為了使用者的權利而面對龐大訴訟費用的著作權侵權訴訟，付出相較於訴訟費用較小的和解金額，或者直接撤掉易招致訴訟的新興科技可能是現階段營運的唯一策略。此種營運模式與所造成的使用侷限成就了一種「允許的文化」，我們不禁要問，如果連兩家 Fortune 雜誌皆

---

<sup>147</sup> Alfred C. Yen, *A first Amendment Perspective on The Construction of Third-party Copyright Liability*, 50 B.C. L. REV. 1481, 1500 (2009).

<sup>148</sup> 可參考 5.1.2.2 章節中對於 Sony 安全港之解釋，一言以蔽之，即第三人所製造之商品除有侵害著作權之用途外，亦有其他實質非侵害著作權之用途。

<sup>149</sup> 464 U.S. 417 (1984).

<sup>150</sup> Lee, *supra* note 7, at 834.

<sup>151</sup> See Amended Settlement Agreement, Authors Guild, Inc. v. Google Inc., No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Nov. 13, 2009), available at: [http://www.googlebooksettlement.com/t/view\\_settlement\\_agreement](http://www.googlebooksettlement.com/t/view_settlement_agreement).

<sup>152</sup> See Posting of Brad Stone to N.Y. Times Bits, (Feb. 27, 2009, 18:51 EST), available at: <http://bits.blogs.nytimes.com/2009/02/27/amazon-backs-off-text-to-speech-feature-in-kindle/>.

評比為全球前五百大的企業皆如此，其他的公司還會有膽主張合理使用嗎<sup>153</sup>？

### 5.3.2 新興科技市場的傳統化

在判斷合理使用的第四項基準—「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」時，美國最高法院認為此種潛在市場或衍生著作市場的判斷，必須限於「一般、傳統、合理可能」之潛在市場<sup>154</sup>。這種判斷方式基本上是一種模糊的定義，本來隨著時間的演進會有不同的市場被列入為著作權人的潛在市場。另外，美國的 Nimmer 教授亦曾經提出「功能方法」(functional approach) 來判斷被告的新興產品是否會落入原告的潛在市場<sup>155</sup>。但是，無論採取上述何種脈絡，最後都將變成對使用者或網路、新興產業不幸之詛咒：新興之市場因為著作權人的訴訟而傳統市場化。換言之，著作權人將其權利觸角延伸到此新興產品、新科技上之最快方法，就是向這個新興產品的製造人提出侵權訴訟，倘若勝訴則此新興產品市場即會成為著作權人之傳統市場之一。以後在判斷合理使用之時，此一新興市場即納入合理使用第四項基準之判斷下，成為「一般、傳統、合理可能」之市場，如此將會造成合理使用之範圍縮小。

如同上段 Amazon 例子所述，雖然其語音同步功能是提供給弱視者更多的選購便利，與其網路上所列之每本書的原始功能並不相同，但最終 Amazon 還是向著作權人低頭了。但撤除了該項產品功能，是否亦同時撤掉了著作權法促進知識進步的目的<sup>156</sup>。慢慢的，網路、科技產業所發展原本應該非著作權人的傳統潛在市場的部分，因為訴訟的勞力、費用與時間的壓迫下，放棄了主張有利於自己的合理使用條款，轉而向著作權人妥協。犧牲了新科技下消費者的權利，凍結了那些還未投入開發新科技的資金。

### 5.3.3 交易成本以外的思考

美國教授 Wendy J. Gordon 以交易成本 (transaction cost) 為出發點，提出分析

---

<sup>153</sup> Lee, *supra* note 7, at 803.

<sup>154</sup> Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 592 (1994).

<sup>155</sup> NIMMER, COPYRIGHT, § 13.03[B] (2002). Nimmer 教授認為，如果被控侵害著作權產品的功能與原著作權的功能不同時，則被控侵權之產品則傾向不會影響到原著作權之市場價值與潛在市場。

<sup>156</sup> 美國之著作權憲法依據是在美國憲法第1條第8項第8款，其原文為：“The Congress shall have Power...To promote the progress of science and useful arts, by securing, for limited times, to authors and inventors, the exclusive right to their respective writing and discovery.”

認為合理使用僅應在三種情況：(1) 交易成本過高而市場失靈 (market failure) 時 (2) 公眾利益明顯 (3) 不會對創作動機產生減損<sup>157</sup>。這時候我們必須去思考寇斯定理 (Coase Theorem)：「在交易成本為零之時，法律制度如何安排不重要，市場自然會帶領我們走向最適的結果<sup>158</sup>」，如果以寇斯定理為本，在現今網路發達的時代，交易成本幾乎為零的時刻，我們是否還必須死守著法律規制的合理使用？或者說，我們是否必須縮減合理使用的空間？因為或許可以這麼說，在交易成本為零的空間，「授權」應當是比「合理使用」更加的令著作權人與使用人雙方皆得到最大利益，我們在此之中不需要「法律」，我們只需要交易雙方的「合意」即可。

上述問題忽略了一個重點，即合理使用不只是「市場」的考量，更蘊含了「言論自由」的價值，合理使用不是經濟理論上的指引，而是憲法言論自由的守衛者，我們永遠不會用市場決定言論自由，同理，我們也不應該用市場決定合理使用<sup>159</sup>。

再者，縱使交易成本為零，「公共利益」之收取上仍然有其問題存在。上述關於網路中交易成本趨近於零後，雙方利益之最大化之論述，實則忽略了不屬於買賣雙方任一方的公共利益。首先要問的是，為何該公共利益不屬於買方與賣方，這是因為私人在買賣、授權之時，買賣或授權雙方僅會就「自身」的利益去評估成本與支出，以決定是否要為此次的授權或買賣，在此一時刻，雙方根本不會去感受到所謂公共利益的價值存在，更具體一點來說，買賣雙方沒有人會在此次的買賣中「收取」到該公共利益之價值<sup>160</sup>。接下來要問的是，那如果我們試著把公共利益擺到授權交易方程式的其中一方，則應該可以得出一個雙方合意，即是市場仍然是可以決定的而無須法律之結論？回答是否定的，誠如上述，買賣雙方縱使在該次交易的方程式中「考慮」到了該公共利益，該方程式亦不會有一交易結果出來，因為雙方皆無法「收取」該公共利益。如上所述，縱使交易成本趨近於零且將公共利益放到交易中的一方去計算，亦不會產生我們所期待的結果—即該作品或著作被利用。因此，我們仍然需要「合理使用」此法律制度的存在。

另外一個層面，美國教授 Lessig 提出在網路中或是科技產品之使用中，受管

---

<sup>157</sup> See Wendy J. Gordon, *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600, 1614 (1982).

<sup>158</sup> Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，前揭註 29，頁 11。

<sup>159</sup> Lee, *supra* note 7, at 830.

<sup>160</sup> SCHECHTER & JOHN R. Thomas, *supra* note 5, at 212.

制者基本上會受到四個面向的管制與交互影響：「法律」、「道德規範」、「市場」與「科技」<sup>161</sup>。舉例而言，YouTube 平台不斷的被著作權人透過訴訟要求其加裝辨別過濾機制（科技），現在科技不僅可能影響了市場（言論科技廠商的退縮），更使合理使用本身的言論自由（法律）考量受到影響，言論自由很可能受到更強烈的壓迫。是以，我們應該不只思考市場，我們應該思考憲法的價值，思考憲法價值在科技下可能受到的壓迫。

#### 5.3.4 解決：科技下的層升關係

美國法院曾經提到戲謔（parody）與諷刺（satire）合理使用的層升關係，基本上對於諷刺原著本身之戲謔作品給予較寬的合理使用空間；而那種拿原著去諷刺他人作品的諷刺作品則給予較一般的合理使用空間<sup>162</sup>。

針對戲謔作品之合理使用，在美國 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案中，法院強調轉化性或稱生產性使用（transformative use）之重要，並認為其是該種使用構成合理使用而不侵權的主要依據。在本案中，原告擁有當時一首名為「Oh Pretty Woman」的暢銷歌曲的著作權，被告則是一名為 2 Live Crew 的饒舌團體，在未得到原告之同意下，被告創作了一首戲謔原告歌曲的饒舌歌曲，該饒舌歌曲的名稱即為「Pretty Woman」，饒舌歌曲中除了主要歌詞與原曲有所不同外，大部分的曲調及許多文字皆完全複製原曲。原告因此提出了著作權侵權之告訴，被告在訴訟中即刻以合理使用作為抗辯，美國聯邦最高法院最後判決在此種戲謔之情況，合理使用是得以適用的，縱然許多曲調與文字是被完整複製。法院甚至提到，當轉化性使用的目的構成之時，其他的合理使用判斷基準即應該減少其判斷之質量，並且縱然該饒舌歌曲之目的上有商業性的成分，法院亦沒有對此多加以判斷，換言之，合理使用四基準中的第一基準「利用之目的及性質」，其商業性利用與否之考量，在利用的事實是轉化性或生產性使用下，商業性的判斷亦不再重要<sup>163</sup>。

瞭解到戲謔作品之合理使用之特別性判斷基準後，本文認為，在科技下（technology）的合理使用亦應該給予如同戲謔作品般較寬的合理使用空間，如同戲謔作品給予大眾去思考作品好壞、發現真理的價值，在科技下，合理使用的提

---

<sup>161</sup> LESSIG, *supra* note 8, at 123.

<sup>162</sup> CRAIG JOYCE ET AL., *COPYRIGHT LAW* 852 (6th ed. 2003).

<sup>163</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 579 (1994).

高亦會給予使用者更高的價值，如促進有益於公眾之言論科技（speech technology）的發展，就此部分的討論本文將在 5.5 之部分詳述。

## 5.4 我國裁判實務之觀察

### 5.4.1 臺灣臺中地方法院 94 年訴字第 1865 號刑事判決

本案主要之事實為被告公司未經告訴人日商史克威爾·艾尼克斯股份有限公司之同意與授權，即擅自將告訴人所擁有著作權之遊戲光碟中之電子虛擬地圖畫面，另行以單色描繪，及將日文使用說明書中之角色介紹部分，翻譯成中文。嗣後被告並將上述之地圖予人物介紹編撰成冊而發行「雷霆任務 4 故事完全攻略本」。公訴檢察官認為被告廖國雄涉犯著作權法第 92 條罪嫌，被告公司應依同法第 101 條第 1 項規定科以罰金<sup>164</sup>。

法院援引本案鑑定意見之看法，認為被告改寫告訴人日文說明書人物介紹之部分，構成合理使用。其中特別著重於著作權法合理使用的第四基準「利用結果對著作潛市場與現在價值之影響」之判斷下，認為被告改寫並發行中文攻略本，對於告訴人即著作權人之電玩光碟並無競爭關係，不僅不會使著作權人之電玩遊戲市場受到影響，反而會增加著作權人之電玩銷量<sup>165</sup>。此外，就電子虛擬地圖之

<sup>164</sup> 「公訴意旨係以：被告疾風之狼文化事業有限公司（下稱疾風之狼公司）以出版電玩遊戲攻略書為業，而被告廖國雄則是該公司實際負責人。被告廖國雄明知『FRONT MISSION 4』遊戲光碟（下稱系爭遊戲光碟）及使用說明書，係告訴人日商史克威爾·艾尼克斯股份有限公司於民國九十二年十一月二十七日發行，依著作權法第四條享有著作財產權之電腦程式及語文著作，竟未經告訴人之同意或授權，於九十二年十二月底，擅自將系爭遊戲光碟中之電子虛擬地圖畫面，另行以單色描繪，及將日文使用說明書中之角色介紹部分，翻譯成中文，使用在被告疾風之狼公司所出版之「雷霆任務 4 故事完全攻略本」（下稱系爭攻略本）乙書中，作為解說附圖及介紹遊戲角色人物之用，並以每本新台幣二百五十元之價格，販售給不特定之遊戲玩家，以改作方法侵害告訴人之著作財產權，而認被告廖國雄涉犯著作權法第九十二條罪嫌，被告疾風之狼公司應依同法第一百零一條第一項規定科以罰金。」

<sup>165</sup> 「(四)被告系爭攻略本角色介紹之文字部分，係改作告訴人日文說明書人物介紹部分，前已述及。然改作他人著作，縱未獲得著作財產權人之同意，如其行為符合合理使用原則，則利用行為仍為合法，並不構成著作財產權之侵害。鑑定意見認被告就角色介紹之改作行為係屬合理使用，而不構成著作財產權之侵害，理由如下：……2.又依著作權法第六十五條第二項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條之規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二著作之性質。三所利用之質量及在整個著作所占之比例。四利用結果對著作潛市場與現在價值之影響」。該條文係逐字照抄美國著作權法第一百零七條之合理使用原則而成。……6.末者，需討論被告利用行為對於告訴人著作市場或價值之影響，按著作權法第六十五條第二項第四款規定之考慮因素，為

部分，法院亦依據上開鑑定意見於自由心證之判斷下認定為合理使用。

法院在判決理由未更提到鑑定人所提到之「濫用著作權」(copyright misuse)之問題，並闡述此係從「專利權濫用」(patent misuse)理論衍伸而來。雖此為一傍論性質，然法院似認為在個案中，基於公共利益之保護，應得基於「衡平正義」之觀念劃定出非屬於著作權人專有之權利範圍<sup>166</sup>。

#### 5.4.2 臺灣高等法院臺南分院 96 年度上易字第 486 號刑事判決

本案事實為被告 KTV 將告訴人即著作權人享有著作財產權之 15 首歌曲，在未經告訴人同意之下，擅自將該歌曲轉檔為數位電子檔案，並存放在隨選視訊系統 (VOD, Vedio on demand) 之中，檢方因此以著作權法第 91 條與 92 條起訴被告<sup>167</sup>。

---

「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」(the effect of the use upon the potential market or value of the copyrighted work)。被告出版之系爭攻略本，其目的在使得玩家能更瞭解操作系爭光碟遊戲之技巧 (例如：戰術方針等)，從而在遊戲中能夠戰勝虛擬對手，獲得較高之積分或贏過其他競賽對手。故客觀言之，其改作告訴人角色介紹之部分，對告訴人電玩遊戲現在之價值不僅沒有影響，甚至可能增加該電玩遊戲之銷路。況被告於九十三年十一月九日接受檢察官偵訊時，曾指出其攻略手冊係在九十二年十二月底出版，「當時在台灣並無有關該遊戲的書發行」(見他卷第 7 頁)，告訴人對此亦未加以否認。被告所出版之系爭攻略本，其目標市場乃是想獲得高積分或贏過電腦虛擬對手的玩家，此與告訴人所發行之系爭遊戲光碟之間，並無直接或間接競爭關係，而反有協助告訴人增加市場銷量的效果。7.綜合前述討論，就本案之整體情狀 (total circumstances of the case) 觀之，因被告之利用行為占告訴人著作之比例甚低且質量不高，復以其利用行為對於告訴人著作之現在價值或潛在市場並無任何影響，故雖其行為係基於商業目的，且告訴人著作為商業著作，但仍應認被告之利用係屬美國聯邦最高法院在 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案判決所提出之「轉換形式之利用」(transformative use)，構成所謂之「有生產力之使用」(productive use)，而非完全重製他人著作、自己並無創作之「無生產力之使用」(unproductive use)。是故，被告利用行為屬合理使用，故不構成著作財產權之侵害。」

<sup>166</sup> 「(五)以上有鑑定人葉茂林教授具結後所出具之鑑定報告書一份在卷可憑 (見本院卷(二)第 50-57 頁)。此外，鑑定人更建請本院審酌的衡量未來遇類似之案件時，如法院做成被告侵權之認定，是否有可能反造成著作權人「濫用著作權」(copyright misuse)之可能？按著作權濫用的理論，主要是由「專利權濫用」(patent misuse)理論衍伸而來；根據美國第四聯邦上訴巡迴法院在 1990 年審理 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* 乙案的見解，著作權法「禁止著作權人在違反公共政策的情形下，濫用其著作權，而取得未由著作權法保護的專屬權利或某一程度的獨占權」。根據該法院的見解，即便著作權人之行為尚未達到違反「反拖拉斯法」的地步，仍有可能構成著作權之濫用，蓋因該理論乃是基於「衡平正義」的觀念。」

<sup>167</sup> 「公訴意旨略以：被告朱亞泰係址設嘉義市東區大雅路二段三八三號「歌琳頓視聽歌唱 KTV」(下稱歌琳頓 KTV)之負責人，明知「贏」、「無情巷」、「手下留情」、「胭脂人生」、「風飛沙」、「乎我醉」、「世間」、「舊情也綿綿」、「情願」、「愛到坎站」、「傷心車站」、「真心話」、「手中情」、「苦酒」、「盼仔假兄弟」等十五首歌曲 (下稱系爭十五首歌曲，起訴書贅載「潮」、「良心」二首，業據告訴人及公訴檢察官更正)，均係告訴人美華影音科技股份有限公司 (以下簡稱美華影音公司)享有著作財產權之音樂著作或視聽著作，非經美華影音公司同意

首先法院認定被告 KTV 業者僅有取得 VHS 影帶播放之授權，而並未取得就 VOD 播放之授權，是以，必須要討論被告重製以 VOD 撥放該音樂著作與影音著作之行為，是否構成著作權侵權<sup>168</sup>。

因為侵權事實較不法雜，重製、公開演出、公開上映之部分應係構成侵權無疑。然法院把判決之論述著力於合理使用之部分。法院首先點出著作權刑事責任與合理使用之關係，其說明因為無體財產權監督（POLICE）成本升高，以及數位化複製成本降低之情形，故著作權法希冀以刑事責任嚇阻著作權侵權，然而，著作權法之目的在於整體之文明進展與社會公益，故著作權人之權利仍然需要一定之限制，此即為「合理使用」<sup>169</sup>。

---

或授權，不得重製，亦不得公開演出或公開上映，竟於不詳時、地擅自將上開音樂著作或視聽著作重製為數位電子檔，並且存放在隨選視訊系統（下稱VOD系統，Video on Demand，即隨機選曲播放系統）內，再基於概括之犯意，而自不詳時間起，在「歌琳頓KTV」內，使用VOD系統，供不特定之顧客在包廂之公共場所內點選上開歌曲，公開上映或公開演出前述音樂著作或視聽著作。嗣於民國九十四年九月二十日晚上十時二十分許，為警方會同告訴人在「歌琳頓KTV」搜索查獲，扣得VOD系統一組（內含硬碟二十八塊）、不斷電系統二台（責付被告保管）、VHS錄放機一台、燒錄器一台、重製之CD三片、點歌簿二本、選台器一台等物品，因認被告涉犯著作權法第九十一條第一項之擅自以重製方法侵害他人著作財產權、第九十二條之擅自以公開演出、公開上映方法侵害他人之著作財產權等罪嫌。」

<sup>168</sup> 「經查：（一）、KTV業者所使用之VOD系統係一電腦系統，內存有歌曲影像電子檔案，當VOD系統收到聯結該系統之使用者點選歌曲時之訊號時，VOD系統即自動播放該電子檔案與使用者收視，此觀經濟部智慧財產局九十四年四月二十九日智著字第○九四○○○二三八三○○、九四○○○二三八三一號函，九十四年六月二十九日智著字第○九四○○○四八○○○號函等釋之甚明（見原審D卷第二十四頁、第一百二十六頁、第一百三十頁）。……被告就系爭十五首歌曲之音樂著作或視聽著作是否取得以VOD系統播放之授權，經查：……案卷內所存證據亦無一可證明被告購買錄影帶時授權契約當事人曾將VOD系統因素參酌在內，則被告取得該七首歌曲之授權範圍，僅能從錄影帶本身判斷，但經本院勘驗結果，該七首錄影帶上並無任何與VOD系統授權有關之記載，應認被告就該七首歌曲之VOD系統授權存有不明確之情形。按「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」著作權法第三十七條第一項定有明文……（三）、綜此，被告就系爭十五首歌曲並未取得自錄影帶轉錄至VOD系統並且使用VOD系統播放之授權，洵堪認定。」

<sup>169</sup> 「五、被告取得在所經營KTV使用錄影帶公開演出或上映系爭十五首歌曲音樂著作或視聽著作之授權，惟其卻未經權利人授權將系爭十五首歌曲錄影帶內容重製成電子檔案並儲存在VOD系統內，嗣後並使用VOD系統公開演出或上映前述歌曲。惟此重製、公開演出及公開上映，是否構成著作權法上所稱「合理使用」，經查：（一）、按著作之合理使用，不構成著作財產權之侵害，著作權法第六十五條第一項定有明文。著作係人類表達意思之創作，具有文化傳承及提昇文明之功能，法律賦與著作人著作權利之保障，期能以壟斷性私權架構提供創作誘因及防止他人剽竊，進而鼓勵創作。而著作權利雖多附著有體物，但本質上卻無實體，分類上因之稱為無體財產權，其與有體財產權最大之不同，在於使用著作權之過程並不會發生「權利耗損」，他人之利用不妨礙己身權利之存在及另為利用之可能（使用車輛，會發生折舊，所有權隨之耗損，又車輛為某人占有支配情形下，他人同時間之利用即會受到妨礙，但著作權可同時授權多人於同一時間利用），但著作權既不以實體物之存在為前提，其權利之實行即與有體財產權通常以占有物品作為

法院接續從著作權法合理使用之四項基準一個個檢討。第一基準「依利用之目的及性質」之部分，法院認為在此種 VOD 系統始開始運用，且告訴人還沒有提供 VOD 系統授權之時，被告將歌曲複製到 VOD 系統上之行為，僅係為節省人力、成本並避免老舊科技之束縛，縱為商業目的，亦應係出於善意之目的無疑<sup>170</sup>。另就第二基準「著作之性質」而言，法院認為伴唱帶之內容並無獨利聆聽欣賞之性質，且因是在公眾之 KTV 場合被動播放，其使用著作頻率及監督著作成本皆較低<sup>171</sup>。

再者，就第三基準「所利用之質量及其在整個著作所占之比例」，法院認為因是整首伴唱帶複製，故利用比例極高，但法院特別點出其並非出於「競爭目的」

---

實行手段，頗有不同。他人得隨時隨地以重製方法利用著作權利，則著作權之實行係以監督 (POLICE) 他人利用為其內容，權利人監督成本係隨著利用環境而有不同，欲對越私密使用予以監督，所需花費成本就越高。隨著科技進展，尤其重製方法邁入數位化及普及化之後，重製之品質不僅極為接近或者等同於原件，重製之成本降為甚低或微不足道，人人又容易取得重製設備及技術，重製地點可位在私人領域，具有隱密性格，倘未能增加重製之成本而令重製者慎重考慮重製之代價，在監督之難度及成本增加之同時，著作權之保障極有可能流於形式，故課予重製者一定刑罰制裁，令其不敢貿然侵害他人權利，此乃侵害著作權課予刑事責任之理論基礎。惟人類意思之表達，並非純粹個人心智活動之產物，人類文明之進展，乃不斷累積之過程，本於人類不斷累積之知識始有爾後個人創造發明可言，國家賦與個人壟斷性權利，乃因鼓勵及促進整體文明進展，倘權利制度運作結果，權利人固可得到豐厚利益，卻扼殺或壓抑整體文明進步，不啻與國家創設著作權制度本意大相違背，故著作權法第一條前段規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」明白揭櫫此項立法原理。從而，為求取社會最大的利益，在賦與著作權人壟斷性私權的同時，必須在合理範圍內免除侵權責任，給予社會大眾使用著作之機會，此即著作權法上所稱之「合理使用」原則。」

<sup>170</sup> 「(二)、依利用之目的及性質：在考慮著作利用之目的及性質之事項，所應審視者，乃是利用者從著作上所得獲得的價值是否可觀；是否出於有利於社會大眾之善意或主要為利用者私人之商業利益；是否利用者的利用係出於不給付通常對價為目的。經查：被告在所經營 K T V 使用 V O D 系統重製及播放系爭十五首歌曲，固帶營運 K T V 之商業目的及營利性質，自不待言。惟查：被告就系爭十五首歌曲已循合法管道 (即購置版權帶、與告訴人簽約) 取得商業使用之授權，被告在告訴人沒有提供 V O D 系統授權之時刻，應認就系爭十五首歌曲已盡其可能支付通常對價。.....據此而言，面對 V H S 錄影帶播放系統遭到淘汰趨勢，告訴人未能因應市場及客戶需求適時提供銷售價格與 V H S 「差不多」之 V O D 系統授權契約，強使願意簽訂 V O D 系統授權合約且已支付通常對價之被告必須持續容忍老舊科技所帶來之不便結果，被告在此客觀環境下所採取者，僅為節省播放人力成本，而未同時帶來可觀營運及收入之方式，要難謂非出於善意。」

<sup>171</sup> 「(三)、著作之性質：系爭十五首歌曲之音樂著作或視聽著作係屬流行音樂，依常人理解之流行音樂製作過程，通常係詞曲創作者作詞作曲後，唱片公司企畫歌手演唱歌曲灌錄唱片並予發行銷售，代理商取得授權後授權及提供伴唱帶與 K T V 業者供消費者點唱播放，伴唱帶內容為伴奏音樂、歌詞字幕及畫面。而營業用伴唱帶內容主要係做 K T V 消費者歌唱時之伴奏及提示，消費者通常係藉由歌手演唱造勢得知歌曲發行，再至 K T V 點選歌唱。就內容而言，伴唱帶內容與唱片不同之處在於，後者尚含有歌手表演著作供人聆聽欣賞，而為僅具伴唱功用之前者所無，亦即，伴唱帶係伴隨消費者歌唱而生，並不具有可供獨立聆聽欣賞之內容。此外，營業用伴唱帶乃消費者點唱始有被動播放之可能，尚非主動持續利用；播放地點多為公眾得隨時出入之 K T V 包廂，非在私密地點利用，使用頻率及監督成本亦有所不同。」

為利用，且不具生產性<sup>172</sup>。最後，就第四基準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」，法院認為以告訴人之計價方式，不會造成告訴人權利金減少獲利之情形，市場地位亦無影響，亦無須因為 VOD 之出現而向詞曲創作人支付其他費用。法院特別強調，如一新興科技之誕生，在市場本身並未有因此出現任何變化之情況下，即讓著作權人以訴訟向使用人索償權利金或賠償，不啻使著作權人搭新興科技之順風車（free ride），此應非事理之平，並且會阻礙 VOD 系統此一「中性科技」之發展<sup>173</sup>。綜上所述，法院認定被告之行為構成合理使用<sup>174</sup>。

#### 5.4.3 臺灣臺中地方法院 96 年度聲判字第 60 號刑事裁定

本案亦同上一判決，是為 KTV 業者自行重製授權之 VHS 伴唱帶內容至 VOD 系統使用之問題。本案法院特別點出，被告 KTV 業者本有獲得授權重製之權利，並不因為著作重製物之載具不同、被告內部經營流程之改善，即認定被告之上開行為構成侵害著作權。換言之，法院認為被告之行為本不構成侵權，縱使構成侵

---

<sup>172</sup> 「(四)、所利用之質量及其在整個著作所占之比例：被告係使用 VOD 系統「重製」並公開演出或上映系爭十五首歌曲之音樂著作或視聽著作，其間復未見到被告自行創作之心血，利用原作比例極高。惟此之利用，並非出於競爭目的而加入新元素，例如，出於銷售伴唱帶之目的，重新演奏歌曲或採用不同畫面製作伴唱帶銷售，非具生產性。」

<sup>173</sup> 「(五)、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響：、被告與告訴人間之授權權利金計價模式，係以被告所營 KTV 包廂數量作為核算權利金之最重要基準，此換算標準乃由告訴人片面決定，例如每十個包廂須購一套錄影帶，二十個包廂須購二套錄影帶，被告並不能為二十個包廂購置一套錄影帶……告訴人既以被告所營 KTV 包廂數量（即營業規模）作為授權契約權利金之計價標準，被告甚至無法與告訴人磋商所欲購買套數，應認無論被告使用 VOD 系統與否，因不涉及包廂數量之增減，不影響計價標準，告訴人不因而減少權利金之獲益，被告與告訴人間之市場地位並無任何變化。……本院無從自價格中推論告訴人因簽訂 VOD 系統條款所必須額外給付之金額。本件既然無法證明告訴人因 VOD 系統之新興載體出現必須支付上游權利人之額外權利金，告訴人當然不因 VOD 系統出現而有額外投資之需求。……VOD 系統之科技發展使得播放成本有所降低，但此並未變更告訴人向來從被告獲取權利金之計價模式，告訴人且未因為 VOD 系統出現而必須支付額外金錢與上游權利人，若准許告訴人得因被告使用 VOD 系統而索取額外金錢，告訴人未花費任何勞力及金錢投資下，卻可藉此坐享其成、平白獲益，不啻搭乘科技進步之順風車（FREE RIDE）。再者，責令被告之 KTV 業者支出使用 VOD 系統之額外權利金，KTV 業者勢必將此部分成本轉嫁與消費者，最後必須吸收此部分成本者，反係消費大眾。在此人為刻意操控扭曲下，中性科技發展未如預期般帶來便利與降低成本，應非事理之平。」

<sup>174</sup> 「(六)、綜合上述觀察及說明，本院認為，被告雖出於商業目的及營利性質使用告訴人享有著作財產權之系爭十五首歌曲之著作，使用內容又係使用全部著作，然而，在系爭十五首歌曲著作之性質及供作非生產性使用仍有斟酌餘地之下，考慮告訴人漠視科技發展趨勢迫使被告接受不便；VOD 系統使用與否並不影響告訴人現有獲利模式；告訴人未曾因 VOD 系統出現而須對於創作者或上游權利人支付額外費用或另行支付監督成本；被告使用 VOD 系統之獲利僅止於節省播放人力，尚非可觀；禁止中性科技，將使消費者蒙受不利等等特別時空環境，認為被告使用 VOD 系統播放系爭十五首歌曲，構成著作權法上所稱「合理使用」，而無侵害著作財產權。」

權，法院認為亦係為合理使用<sup>175</sup>。

此外，法院更提到被告之行為並不構成刑事責任中之「期待可能性」。在裁判當時全國最高行政官署即經濟部智慧財產局於九十五年三月九日邀集全國相關專家學者舉行九十五年第二次著作權審議及調解會議亦為達成一致見解，則此一將 VHS 伴唱帶內容至 VOD 系統使用之行為，本不應期待 KTV 業者究上開行為是否違法一事，有所認知或理解。綜上所述，法院裁定駁回告訴人即著作權人之交付審判聲請<sup>176</sup>。

#### 5.4.4 最高法院 97 年台非字第 32 號刑事判決

本案亦為 KTV 業者自行重製授權之 VHS 伴唱帶內容至 VOD 系統使用之問題，被告 KTV 業者獲致判決勝訴後，檢方將案件非常上訴至最高法院，並提出九十四年六月十日《視聽歌唱業者 VOD 所涉及著作權法律問題座談會》會議上已確認上游音樂及錄音著作財產權人確有提供 VOD 數位授權，及此等轉錄對上游權利人之授權市場確會造成變動或影響，原審卻忽略主管機關解釋等非常上訴理由<sup>177</sup>。

---

<sup>175</sup> 「自著作財產權所保障之內涵而言：著作人專有重製其著作之權利，此著作權法第二十二條第一項定有明文，由此可知，著作財產權所保障者，係著作物重製之權利，尚未擴張至保障著作財產權人，得以指定購買製作重製物之人，將其著作放置於特定之載具。查 K T V 業者利用上揭音樂著作之方式，係於每次使用該著作時，各別將之重製，並由各該點播廂房之擴音器顯示之，此種重製方式，K T V 業者已經由購入營業專用歌曲伴唱帶、伴唱機，而取得以此種方式重製音樂著作之權利。至於 K T V 業者於營業上採行何種點播系統，係屬著作重製物之載具之問題，亦屬 K T V 業者經營流程上之改良，其利用該著作之重製方式（即於顧客點播時重製而經由擴音器顯示），既未逾越原購入重製物契約之本旨，縱購買者嗣後將著作重製物，存放於與原購入型態不同之載具，並不違反依上述法律規定保護著作財產權之本旨，尚非得課以侵害著作權之刑事罪責。」

<sup>176</sup> 「(3)自期待可能性而言：就歌曲之音樂著作自合法之 K T V 伴唱帶、伴唱機轉存於 VOD 系統之行為，是否屬著作權法所稱合理使用一節，該管之全國最高行政官署即經濟部智慧財產局於九十五年三月九日邀集全國相關專家學者舉行九十五年第二次著作權審議及調解會議，就此問題並未達成一致之見解，而僅作成「由智慧財產局委託專家研究」之決議（按交付審判聲請狀中內載該次會議中朱應翔委員之發言內容，係其個人見解，既未達成共識，自難以其所述見解作為論罪之標準，附此敘明）。由此可知，法律學術界、實務界及最高行政主管官署均不易確認此行為之性質，顯不應期待非屬法律專業人員之 K T V 業者，對此行為有精確之認知，準此，復參以國家刑事懲罰權之行使應自我謙抑之原則，自不應對 K T V 業者之上揭行為，課以刑事罪責。」

<sup>177</sup> 「非常上訴理由稱：...（略）...惟經濟部智慧財產局於九十四年六月二十九日以智著字第 09400048000 號函釋：『本局九十四年四月二十九日智著字第 09400023830 號及第 09400023831 號等二函所作成《KTV 業者將 VHS 伴唱帶轉錄成電子檔供 VOD 使用，似有主張合理使用之空間》之解釋乃是基於《上游音樂、錄音著作財產權人未提供 VOD 數位式授權》、《轉錄之結果對著作潛在市場與現在價值未造成變動或影響》等前提所作成，惟九十四年六月十日《視聽歌唱業者 VOD 所涉及著作權法律問題座談會》會議上已確認上游音樂及錄音著作財產權人確有提供 VOD 數位授

最高法院認為原判決中之合理使用四項基準判斷上皆非無可採<sup>178</sup>；且認為非常上訴亦指所指之主管機關意見之變動，原判決忽略一事，並非可採，要因原判決中所提到之函釋，僅係說明 VHS 技術之淘汰事實，而非原判決認定合理使用之依據。再者，法院判斷個案中是否構成合理使用，本得訴諸著作權法之設計目的及理念，充分考量及權衡各方現時及將來利益<sup>179</sup>。

最高法院並特別強調就第四基準「利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響」而言，告訴人即著作權人未因此新科技 VOD 系統之誕生，而有任何之額外支出，如認其得以搭此科技順風車而獲利，應非符合公平正義。另外，如使 KTV 業者必須支付額外權利金，則最終此一多出來的成本將會轉嫁到消費者承擔，原本中性科技應該有的便利性不復存在<sup>180</sup>。最高法院認為原判決之合理使用判斷並無違誤。

#### 5.4.5 小結

權，及此等轉錄對上游權利人之授權市場確會造成變動或影響，故該二解釋函所依據前提事項之正確性已獲釐清，則該二解釋函須予更張』（見偵查卷第一三〇頁）。換言之，KTV 業者將 VHS 伴唱帶轉錄成電子檔供 VOD 使用之行為，應無主張合理使用之空間，乃原審竟忽略主管機關經濟部智慧財產局之解釋，亦未說明不予採納之理由，逕行為被告使用 VOD 系統播放系爭十五首歌曲係『合理使用』之認定，顯有判決不備理由及適用法則不當之違背法令。」

<sup>178</sup> 「本院按：本件原確定判決關於被告就系爭十五首歌曲轉錄至 VOD 系統並使用 VOD 系統播放之行為，查係綜合以下理由，認定被告使用 VOD 系統播放系爭十五首歌曲，構成著作權法上所稱「合理使用」，而無侵害著作財產權。其理由為：(一)、為求取社會最大的利益，在賦與著作權人壟斷性私權的同時，必須在合理範圍內免除侵權責任，給予社會大眾使用著作之機會，此即著作權法上所稱之「合理使用」原則。法院判斷個案中是否在合理使用之情形，應本諸著作權法之設計目的及理念，充分考量及權衡各方現時及將來利益」

<sup>179</sup> 「而非常上訴意旨所指，經濟部智慧財產局九十四年四月二十九日智著字第 09400023830 號函釋內容，原審僅作為認定「近年來 VHS 錄放影機之生產及維修，錄影帶製作成本，較之數位化產品，均處於劣勢，有遭到淘汰之趨勢」事實之依據而已，並非作為認定被告合理使用之準據。況關於「VHS 錄影帶播放系統遭到淘汰趨勢」之事實，業經證人郭威伯在原審證述屬實，此則經濟部智慧財產局函釋，更難認原判決係憑以認定本件著作物合理使用之準據。」

<sup>180</sup> 「(五)、從告訴人既以被告所營 KTV 包廂數量（即營業規模）作為授權契約權利金之計價標準，被告甚至無法與告訴人磋商所欲購買套數，應認無論被告使用 VOD 系統與否，因不涉及包廂數量之增減，不影響計價標準，告訴人不因而減少權利金之獲益，被告與告訴人間之市場地位並無任何變化。本件既然無法證明告訴人因 VOD 系統之新興載體出現必須支付上游權利人之額外權利金，告訴人當然不因 VOD 系統出現而有額外投資之需求。告訴人且未因為 VOD 系統出現而必須支付額外金錢與上游權利人，若准許告訴人得因被告使用 VOD 系統而索取額外金錢，告訴人未花費任何勞力及金錢投資下，卻可藉此坐享其成、平白獲益，不啻搭乘科技進步之順風車(FREE RIDE)。再者，責令被告之 KTV 業者支出使用 VOD 系統之額外權利金，KTV 業者勢必將此部分成本轉嫁與消費者，最後必須吸收此部分成本者，反係消費大眾。在此人為刻意操控扭曲下，中性科技發展未如預期般帶來便利與降低成本，應非事理之平等情以觀，本件被告利用 VOD 系統之結果，對著作潛在市場與現在價值之影響，非尚可觀。」

首先，從臺灣臺中地方法院 94 年訴字第 1865 號刑事判決中即可得知，法院對於合理使用第四基準之判斷，已然考慮了對於原著作有利之影響。此一觀念可援用至網路上的科技言論工具之合理使用，亦即不僅考量對於原著作不良之影響，亦同時酌量對於原著作之有利或促銷效果部分。此外，本審中法院在最後強調了「濫用著作權」(copyright misuse) 此一概念，就此本文認為，在網路之科技言論工具上，公益以及整個言論工具之受益是明顯的，且基於衡平之考量下，似符合美國聯邦第四巡迴上訴法院在 1990 年審理 *LasercombAmerica, Inc. v. Reynolds* 乙案的見解，著作權法「禁止著作權人在違反公共政策的情形下，濫用其著作權，而取得未由著作權法保護的專屬權利或某一程度的獨占權」之說明，換言之，本文認同濫用著作權亦可為科技言論工具所保障之公益、言論自由與著作權衝突之時的重要考量點，即著作權人不能將權利無限上綱到任何之新興科技或言論工具，例如 YouTube。必須進一步說明的是，本文是贊同臺灣臺中地方法院 94 年訴字第 1865 號刑事判決中葉茂林教授之鑑定意見後段關於「濫用著作權」說明，及法院認為在判斷「新興科技與言論工具之合理使用」之時，因為著作權人搭順風車後成本轉嫁於消費者等公益問題，必須將「濫用著作權」一併考量之論述，但並非由「濫用著作權」取代合理使用的四項判斷基準。此亦符合最高法院 97 年台非字第 32 號刑事判決所述：法院判斷個案中是否構成合理使用，本得訴諸著作權法之設計目的及理念，充分考量及權衡各方現時及將來利益。

再來，細究臺灣高等法院臺南分院 96 年度上易字第 486 號刑事判決，本文認為，此判決的精華在於對新興科技下合理使用之判斷，一開始其提到數位化普及化重製成本降低、重製品質升高所造成的監督困難問題，故而課予侵權者一定刑事制裁，然而其話鋒一轉，強調著作權賦予之目的，在於促進整體文明進步而非增加個人之利益，並以此作為判斷合理使用與否之大原則。接續，就合理使用原則之四基準判斷，第一基準提出新的 VOD 系統科技不會讓使用者產生豐厚收益，加上舊的 VHS 系統瀕臨淘汰，且著作權人早已知悉而有默示同意之虞，認定被告是出於善意目的。第二基準則認為影音伴唱帶不若一般歌曲般有可單獨聆聽欣賞之內容，致使其著作之性質仍有斟酌餘地，且監督成本與使用頻率較低，而似乎認定較偏向於合理使用一方。第三基準部分則基於雖然直接全數引用 KTV 之 15 首歌，雖並非出於競爭目的，但亦非生產性使用，故法院似認定亦不偏向任何一方。第四基準則認為無論被告使用 VOD 系統與否，因不涉及包廂數量之增減，不

影響計價標準，告訴人不因而減少權利金之獲益，被告與告訴人間之市場地位並無任何變化，並且既然無法證明 KTV 業者因 VOD 系統之新興載體出現必須支付上游權利人額外權利金，使用人當然不因 VOD 系統出現而有額外投資之需求。最重要的是，法院強調著作權人不可搭乘新興科技的順風車 (free ride)，即不可任意擴張其無體財產權利至任何新出現之科技，且假設讓其搭乘順風車，則使用者之成本必當轉嫁到消費者身上，如此一來中性科技發展未如預期般帶來便利與降低成本，應非事理之平。本文認為，細譯法院之文字，可以看出法院就第四基準之判定上，似乎拒絕著作權人將新興市場傳統市場化。綜合上述，對於中性新興科技之出現，法院給予更多的合理使用免責空間，此即有點類似於美國 Sony 安全港保護 VCRs 此一中性科技之立場。

臺灣臺中地方法院 96 年度聲判字第 60 號刑事裁定則揭示將購買之重製物，存放至不同的新興科技載具，並不會構成侵權。這就如同本文下述一貫之見解，YouTube 上獲得授權或合理使用之使用者，將其授權或合理使用之著作重製物上傳至 YouTube 此一播放載具，得主張合理使用而不構成侵權；且重點是 YouTube 網站也看不出個別影片其背後究竟是否經授權或是合理使用。此裁定另提到，自期待可能性出發，既然連經濟部智慧財產局於九十五年三月九日邀集全國相關專家學者舉行九十五年第二次著作權審議及調解會議，皆無法就 KTV 伴唱帶轉至 VOD 一事，得出一致見解，則當難以期待非專家之個人得以瞭解到此一行為是否為侵害著作權。是以，在我國著作權法仍有刑事責任下，假設專家皆難以認定上傳或使用著作物於新興的科技工具之行為是否侵權，則「無期待可能性」應是新興的科技工具如 YouTube 與其使用者得以主張免責之一重要原因。

最後，就最高法院 97 年台非字第 32 號刑事判決再次闡釋合理使用原則之目的與精神，即求取社會最大的利益，在賦與著作權人壟斷性私權的同時，必須在合理範圍內免除侵權責任，給予社會大眾使用著作之機會。並且再次同臺灣高等法院臺南分院 96 年度上易字第 486 號刑事判決之見解，認為如認定新興中性科技無法構成合理使用，則不啻使著作權人得以搭乘新科技之順風車，而獲致利益，換言之，在著作權人對於新興中性科技之開發並無任何貢獻，卻主張其非合理使用而侵權欲求取賠償或授權金之時，我們似乎應該保護的是最終的消費端即消費者群，以及消費者用此一新興中性科技發表言論之權利，這涉及到科技產業之未來以及公益，更可能涉及憲法之基本權利如言論自由等。

綜上，本文瞭解到了實務近來對於合理使用於新興中性科技之可能，雖仍是建基在合理使用之原有四項基準而判斷，但法院之實體論述似在無形中已給予中性的科技更多的合理使用空間。既然如此，如是為一新興的中性科技，且是為一言論工具，而為一科技言論工具（speech technology）之情形下，譬如 YouTube 之情形，在判斷合理使用之時是否得以建置一套不一樣的基準判斷呢？而建置一套新的基準判斷其法理何在？本文將在下一節討論之。

## 5.5 新型態的科技合理使用

首先，本文對於科技下的合理使用的討論，是暫先預設合理使用是憲法上必要，即一般性合理使用本身是合憲的作為本章節的討論前提下，再去探究科技性合理使用適用的可能。然而，實務上，一般性的合理使用是否本身是憲法上的必要，或者說是否係合憲性的，美國聯邦法院沒有直接去處理過這個議題，但法院總是嚴謹的去操作一般性合理使用，讓使用者有其喘息之空間，如同合理使用是著作權法領域甚或是憲法領域之守衛者一般<sup>181</sup>；美國學界中，論者亦不乏有認為著作權法中的一般性合理使用是調和著作權法與憲法第一修正案（First Amendment）必要要素之論點<sup>182</sup>，或者是認定合理使用是有其憲法上的高度（constitutional dimensions）<sup>183</sup>，或擁有憲法上的地位（constitutional status）<sup>184</sup>。是以，就美國著作權法第107條與我國著作權法第65條之一般性合理使用，本文先與概略敘明其合憲性上之高度可能，但因此並非本文討論之重點，故不予細究。

誠如本文前幾章節所述，現行的合理使用條款仍然像個大謎團，在網路世界之中更充滿著強烈的不確定性，這種不確定性帶來了一種高度保守的氛圍，在做每一個上傳、複製、分享甚至是創作之前，我們也許都要打電話給我們的律師詢問著作權侵權事宜<sup>185</sup>；網路平台或者網路言論科技之公司如 YouTube、MYSPACE、FACEBOOK 也都必須在使用者做上述行為之時思慮再三，考慮是否形成所謂的紅

---

<sup>181</sup> See Brian K. Landsberg, *Safeguarding Constitutional Rights: The Uses and Limits of Prophylactic Rules*, 66 TENN. L. REV. 925 (1999).

<sup>182</sup> See Jonathan Band, *Google and Fair Use*, 3 J. BUS. & TECH. L. 1, 6 (2008).

<sup>183</sup> See Stanley F. Birch, *Brace Memorial Lecture, Copyright Fair Use: A Constitutional Imperative*, 54 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 139, 141, 165 (2007).

<sup>184</sup> See Stephen M. McJohn, *Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause, and the Constitutionalization of Fair Use*, 10 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 95, 128- 33 (2003).

<sup>185</sup> Lawrence Lessig, 劉靜怡譯，前揭註 29，頁 252。

旗警示、是否必須移除。對於這些網路言論科技公司，一個更敏感的問題就是：言論科技產業是否應該主動管制？或者成為著作權產業的網路警察？

無疑的，在這個科技與合理使用互動的脈絡之下，我們都知道合理使用的條文增修或者法院判斷，或者整個著作權法的規定，是跟不上科技的迅速發展。是以，在還沒有立法與司法權的強烈介入之下，新科技下的著作物使用（如早期的自動鋼琴、錄影機、有線電視、影印機、網路）是否會算入著作權人之排他權範圍，便會產生爭議：

#### 5.5.1 肯定說法：

科技發展日新月異，避免著作權人之創作動機因新科技的不斷發明而受損，並且為避免影響著作權人本身之市場，應該將新科技下的著作物使用全部算入著作權人之排他權範圍<sup>186</sup>。

#### 5.5.2 否定說法：

原本對於土地所有權之範圍是涵蓋「上至天空、下盡地心」，但隨著飛機的發明，我們必須讓飛機從上空飛過而非讓飛機消失；著作權的範圍也一樣，我們必須讓（有利於公眾的）新科技劃過著作權的上空而不該讓新科技無法發展。職是之故，新科技下著作權使用不應算入著作權人之排他權範圍<sup>187</sup>。

#### 5.5.3 折衷說法：

美國 Edward Lee 教授認為，上述那種全有或全無之處理方法，並不能平衡著作權人與大眾使用者之利益，應該採取一種折衷的方法—「科技合理使用」（*technological fair use*）。就如同戲謔性言論因為公眾利益之需求而特別去勾勒出其較具體的四個基準（以法條所規定之四個基準為基礎，惟較易被認定合理使用，尤其在轉化性使用目的下，其他基準的考量比重明顯降低許多），科技上的使用亦應該去建構出較具體且寬鬆的四個基準，使得科技上的合理使用有其獨特性。

---

<sup>186</sup> PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX*, 188-89, 199-200 (2003).

<sup>187</sup> See Jane C. Ginsburg, *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, 101 COLUM. L. REV. 1613, 1616 (2001). 其中提到美國近來許多判決是朝向允許新科技使用著作物。本文提出之否定說法即係將此實務方向強調並且具體化成一種說法，但實際上並非所有判決皆採此方向。

其從美國之憲法第一修正案以及憲法第 1 條第 8 項第 8 款為依據，認為科技合理使用相較於一般之合理使用有雙倍的憲法責任，因為科技所涉及到的言論工具（speech technology）的關係，科技合理使用會比一般的合理使用僅涉及「言論自由」與「促進科學進步」多出了「出版自由」與「促進工藝進步」的憲法責任，在較之一般性的合理使用有兩倍的憲法責任下，我們應該給予科技合理使用更多的空間，以及不同於一般合理使用的對待<sup>188</sup>。

#### 5.5.3.1 基礎一：美國憲法第一修正案

不同於一般性的合理使用，就美國憲法第一修正案（First Amendment）而言，支撐科技合理使用之必要性的，即是「出版自由」（freedom of press）。著作權法源自於 1710 年安妮法（Statute of Anne），該法拋棄了舊有英國印刷法案（Printing Act）控制印刷出版之自由之錯誤<sup>189</sup>，這正是出版自由之展現；隨後，美國擬訂的著作權法條款即是學習上開安妮法，但做得更好的是，美國國會把出版自由放入憲法的基本人權中保護<sup>190</sup>。然而，出版自由在著作權人挾著作權保護大旗的控訴下，新興科技言論工具所展現之出版自由，很容易遭到打壓而無法以合理使用反駁。是以如同安妮法拋棄舊有英國印刷法案、Sony 案給予錄放影機此一新興科技之安全港，新的科技言論工具應當基於「出版自由」而擁有較為獨特的科技合理使用權利，當初之著作權法起草者就是希冀以合理使用作為限制，限制國會、著作權人以著作權條款作為管制發言科技或言論工具的利器<sup>191</sup>。

另外，就同樣受憲法第一修正案之保護之「言論自由」（freedom of speech），科技合理使用亦有其不同於一般合理使用之處。著作權如同美國聯邦最高法院所述，是為一自由表達之引擎（the engine of free express）<sup>192</sup>，但單單僅靠著作權無法保護言論自由於不墜，故我們才需要一般性的合理使用來潤滑該引擎。而科技

---

<sup>188</sup> Edward Lee, *supra* note 7, at 812-21.

<sup>189</sup> See Edward Lee, *Freedom of the Press 2.0*, 42 GA. L. REV. 309, 327-28 (2008) [hereinafter Lee, *Freedom of the Press 2.0*]. See also Edward Lee, *Guns and Speech Technologies: How the Right to Bear Arms Affects Copyright Regulations of Speech Technologies*, 17 WM. & MARY BILL RTS. J. 1037, 1045-64 (2009) [hereinafter Lee, *Guns and Speech Technologies*].

<sup>190</sup> L. Ray Patterson & Craig Joyce, *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 EMORY L.J. 909, 942-43 (2003).

<sup>191</sup> See Lee, *Freedom of the Press 2.0*, *supra* note 189, at 318-51. See also Lee, *Guns and Speech Technologies*, *supra* note 172, at 1045-64.

<sup>192</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 558 (1985).

下的合理使用潤滑的方式更不同於一般的合理使用，因為它可以形成更好的第一修正案之利益，簡言之，它可以影響使更多人去使用，如同搜尋引擎的壯大，並且產生新的言論活動，例如 VCRs 的發展。再者，在影響「言論自由」的延續時間上，科技合理使用的言論創作與散佈時間不一定在使用的當時，其使用後之迴響才是整個言論創作與散佈的延續與燦爛結果<sup>193</sup>。

#### 5.5.3.2 基礎二：美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款

美國智慧財產權的歷史研究者認為，美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款中之「科學進步」(progress of science) 是指學習或知識，偏向著作權的保護目的；而其中的「實用技藝」(useful arts) 則是保護科技或創新，主要是制定於專利法之規定<sup>194</sup>。

誠如我們所見，一般合理使用條文即美國著作權法§107 條中之舉例類型皆與學習或知識有關，然而，科技合理使用則因為涉及新興科技言論工具的發展，故不僅促進學習與知識，更同時促進科技或創新，並且科技的使用更會使得原先舊有的促進學習與知識之功能更加擴散<sup>195</sup>，譬如搜尋引擎、YouTube 皆為適例之新興科技。

此外，避免擁有實用性的著作以專利權的姿態阻擋新興科技發展，是以美國著作權法中規制§102(b)去阻擋，阻擋著作權人過度擴張自己的權利<sup>196</sup>。並且 Sony 安全港、著作權濫用原則<sup>197</sup>亦是作為一個著作權人濫用權利之阻擋。在這裡，上開所謂的「科技合理使用」亦是作為一個全新的阻擋。

#### 5.5.3.3 基礎三：經濟面向的正當化基礎

從經濟面向來看，新科技言論工具的研發者在發展初期的階段，根本還無法準確評估該新言論工具所能帶來的價值，因為新的科技、新的市場本來即難以預

---

<sup>193</sup> Edward Lee, *supra* note 7, at 817-18.

<sup>194</sup> Karl B. Lutz, *Patents and Science: A Clarification of the Patent Clause of the U.S. Constitution*, 18 GEO. WASH. L. REV. 50, 54 (1949).

<sup>195</sup> Edward Lee, *supra* note 7, at 820.

<sup>196</sup> See *Hutchins v. Zoll Med. Corp.*, 492 F.3d 1377, 1383 (Fed. Cir. 2007). See also *Pivot Point Int'l, Inc. v. Charlene Prods., Inc.*, 372 F.3d 913, 920-21 (7th Cir. 2004)

<sup>197</sup> 在著作權濫用理論下，濫用著作權之著作權人起訴他人侵權時，是應當被法院拒絕的，換言之，類似於我國之駁回起訴。美國就此有相關之著作權濫用理論之討論。See Kathryn Judge, *Rethinking Copyright Misuse*, 57 STAN. L. REV. 901, 924-41 (2004).

測<sup>198</sup>，為解決這種難以預測的不確定性，政策的制定者必須以去集中化（decentralized）的途徑，使各類型的新興科技得以有其各自的喘息空間（breathing room）<sup>199</sup>。上述去集中化的概念，實源自於美國Yochai Benkler教授之討論，其提出資訊過度集中在少數人手上的問題：氏認為，一旦讓資訊過度集中在少數人手上，雖然是集中在私人（財團）而非政府手上，依然會阻礙社會進行討論思辨以達到多元之目的。言論自由是工具性的，他認為要透過言論自由促進尋求真相、發見真理的唯一方法，就是交由言論市場決定<sup>200</sup>。然而，當言論工具過度集中在少數人手上時，相應的言論市場也會過度集中，促進真相、尋找真理之目的將因此喪失。氏並詳細論述去集中化之概念，得出的結論是一個去集中化的市場會比集中（centralized）的市場更能促進資訊溝通。原因是集中化市場擁有兩種危險<sup>201</sup>：第一，會使資訊的傳播變少，尤其是政治性言論。第二，其將會使資訊市場中之傳播者地位階層化，呈現相同於真實商務市場地位之面貌，即控制在少數人手中。另外，集中化的言論市場，也會影響個人自主性的發展，個人所看到的是資訊市場上篩選過的資訊，當然無從據以作出充分的選擇<sup>202</sup>。

美國 Tim Wu 教授曾謂：「最危險的、廣泛的著作權權利類型，就是著作權人集中其階層式之力量到產品上<sup>203</sup>。」一語道盡新科技言論工具的研發者所處之兩難情形，在著作權人集中式的控制各種工具之時，新的工具可能無法順利上市，而只能受限於舊有的工具以及舊有的網路，此種情形常見於一些新興的網路科技公司，因為他們市場上的弱勢使它們時常遭致訴訟<sup>204</sup>。

另外，有趣的是，著作權團體通常並非新科技言論工具之研發者，所以當文化的傳播形式（通常是音樂、電影）因為新言論工具的出現而改變的時候<sup>205</sup>，著作權團體就會想要掌握此一新興科技。但通常這些著作權團體在最一開始卻是堅

---

<sup>198</sup> CLAYTON M. CHRISTENSEN, *THE INNOVATOR'S DILEMMA* 150-51 (rev. ed. 2003).

<sup>199</sup> See Timothy Wu, *Copyright's Communications Policy*, 103 MICH. L. REV. 278, 281 (2004).

<sup>200</sup> Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N. Y. U. L. REV. 354 (1999).

<sup>201</sup> *Id.* at 381-84.

<sup>202</sup> *Id.* at 388-90.

<sup>203</sup> Tim Wu, *Intellectual Property, Innovation, and Decentralized Decisions*, 92 VA. L. REV. 123, 126 (2006).

<sup>204</sup> 譬如新興的MP3.com公司在被訴後，即宣告破產。See Michael J. Gerhardt, Review Essay, *The First Amendment's Biggest Threat*, 89 MINN. L. REV. 1798, 1833 (2005).

<sup>205</sup> WILLIAM PATRY, *MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS* 40-41 (2009).

決反對開發新科技的<sup>206</sup>，因為它們常常低估了新科技所帶來的價值與力量。美國 Mark Lemley 與 R. Anthony Reese 教授解釋道：「其新活動與新市場隨之而來的效應，常常是超越該新科技現在所能帶來的價值的<sup>207</sup>。」YouTube 一案就是一個適例，在著作權人未提起訴訟前，其實他們是希望 YouTube 加裝新的過濾機制，而不是直接想盡辦法讓它關站<sup>208</sup>，畢竟著作權團體也心知肚明：YouTube 的存在對於他們是有利大於不利的。

所以我們知道，著作權人與科技言論工具研發者，常常是站在敵對之位置的。在合理使用是如此難以擁有一個標準的現在<sup>209</sup>，為了讓新興科技言論工具不至於受到著作權人之控訴干擾，法院也需要給予一個明確的標準，一個科技合理使用的新標準。

綜上，為避免發展言論工具之公司受到訴訟之壓迫而形成研發者的兩難（innovator's dilemma）<sup>210</sup>或造成經濟所仰賴的 IT（information technology）產業的沒落。我們不應該過於獨厚著作權人而讓合理使用在科技使用下難以成立，反而應該更細緻化判斷之基準，使言論工具研發者得以有明確性之準則以資遵循；給予更多的空間，使得社會得以獲致最大之利益<sup>211</sup>。

#### 5.5.3.4 科技合理使用（Technology Fair Use）

美國 Edward Lee 教授所提出的細緻化基準如下<sup>212</sup>：

首先，其提出「創立-操作-輸出之光譜」（Creation-Operation-Output Spectrum），區分不同的階段給予不同的科技合理使用空間與考量。創立使用，是指單純的運用含有著作權的作品去創立一新科技，在此部分多是單純的功能性使用，譬如 SEGA 案中去作還原以複製 SEGA 機台的受著作權保護之程式，以去創造一個新

---

<sup>206</sup> *Id.* at 20-30.

<sup>207</sup> Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *supra* note 130, at 1387.

<sup>208</sup> Brian Stelter, Now Playing on YouTube: Clips with Ads on the Side, N.Y. Times, Aug. 16, 2008, at C1. 實際上有許多著作權人為了獲取利益或宣傳效果，會隱密的允許一些未授權的作品上傳到 YouTube 上。See Edward Lee, *Warming Up to User-Generated Content*, 2008 U. ILL. L. REV. 1459, 1543-44 (2008).

<sup>209</sup> See Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207, 209 (1996).

<sup>210</sup> CHRISTENSEN, *supra* note 198, at 61-63.

<sup>211</sup> Lee, *supra* note 7, at 823-32.

<sup>212</sup> *Id.* at 835-55.

的應用程式可以去適用 SEGA 的機器<sup>213</sup>，這就是創立使用；而操作使用，在光譜上則是較偏向創立使用這端，是新科技創立後的內部功能性使用，通常操作使用是看不出來的，譬如在 VCRs 的運作中，你很難去單純的操作使用，因為它是在機器內去複製資料以傳送，接下來通常都會伴隨著輸出使用；最後，輸出使用的部分，則是在創立使用的相反端的光譜上，通常為了傳播的技術皆會牽涉到此輸出使用的部分，但在科技合理使用下，仍然給予輸出使用一定之合理使用空間，但相較於光譜的另外一端的創立、操作使用而言，此空間相對而言較為狹隘。

在某些案例中，會同時牽涉到創立、操作以及輸出使用，這時候必須逐一分析三個不同階段，並賦予適當的使用的喘息空間在每一個階段。分析的基準沿襲著作權法一般性合理使用的四個基準為之，並加上科技合理使用的整體考量，以及每個階段各自的考量點，輪廓大致上如下：

(1) 基準一（利用之目的及性質）：考慮新的、價值附加的目的，並且考慮潛在的公眾利益是否能夠被接收，另外在「創立-操作-輸出之光譜」<sup>214</sup>下，考量使用是否超越原著作的目的，最後則是減輕考慮商業性使用的權重，尤其是在免費提供於使用者的情況。

(2) 基準二（原著作之性質）：減少對事實型著作與虛構性著作的區分，在言論工具創新與使用的轉化目的下，我們不能僅針對事實性著作才能為合理使用<sup>215</sup>。

(3) 基準三（所利用之質量及其在整個著作所占之比例）：與第一個基準綜合觀察，在「創立-操作-輸出之光譜」下，創立與操作功能之科技言論平台則給予較大的取用質、量（可能是逐字或全部）<sup>216</sup>。

---

<sup>213</sup> *Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1514-18 (9th Cir. 1992).

<sup>214</sup> 在創立-操作-輸出之光譜下，Edward Lee 教授認為應給予創造與操作平台較多的空間（偏向合理使用），惟輸出的平台並非不給予空間，而是給予較少的空間，如美國 Kelly 案給予其整的 Google 搜尋引擎的建立以及操作資料庫時的全圖複製給予較大的合理使用空間，但輸出的部分則給予較少的（小尺寸）合理使用空間。See Lee, *supra* note 7, at 845-46.

<sup>215</sup> 譬如我們無法說用 VCR 錄製事實性節目（實境秀）是合理使用，錄製其他虛構性節目（影集）則不是合理使用。

<sup>216</sup> 基本上，基準三取用原著作質量之部分，通常會與基準一的目的一同判斷，譬如在美國 Camp bell 案中強調，戲謔性作品（parody）需要取用原著作較多的量以讓公眾認識，如諷刺需要亦可取用核心部分，一般稱此基準為「conjure up test」。See SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *supra* note 5, at 226.

(4) 基準四（對著作潛在市場與現在價值之影響）<sup>217</sup>：首先，亦須延續「創立-操作-輸出之光譜」的脈絡，創立與操作功能平台給予較不易認定為取代（supersede）原著作目的或傷害原著作之市場價值；相反的，輸出功能平台則較易被認定取代原著作目的或傷害原著作之市場價值。再者，我國與美國之法條在基準四的文字上，皆未限制僅能考量「不良之影響」，是以科技言論工具對於原著作市場「有益之影響」亦應被考慮<sup>218</sup>。最後，相較一般合理使用考量比較特別的部分，即應考慮如果傾向非合理使用後，「反向性」的對於科技言論工具市場之影響，這部分與第一基準之公共利益考量有關<sup>219</sup>。

基於考量到網路自由的特性，即本質上的加乘與擴散效果，以及時代快速變遷下為因應新社會之需求<sup>220</sup>，我們必須考量的，並不單單是財產權受害的個人間之利益，而是整個社會脈絡下傳統權利和新媒體兩者間的問題，這部分鼓勵應該取代阻擾<sup>221</sup>。由於上述之特殊性，於科技以及網路之合理使用上，本文基本上贊同上述科技合理使用的結論，但在第三以及第四基準部分認為必須做出部分調整，詳如下述：

第三基準的部分，如同 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* 一案給予戲謔性作品第一基準較大的考量，而減少其他基準的酌量份量；在科技合理使用中亦同，第三基準亦應當被給予較大的空間，尤其考量到如 5.4.2 章節中我國實務中所闡述的「非競爭目的」，在「創立-操作-輸出之光譜」之部分，應該亦給予「輸出」光譜一端較大的取用質量。

另外，第四基準的部分，誠如本文於 3.3 部分所述，網路有其外延之效應，這

---

<sup>217</sup> 在美國，基準四一直都是四個合理判斷基準中最重要之基準，美國 Barton Beebe 教授發現在第四基準不傾向合理使用，141 件案件中有 140 件判決非合理使用；在第四基準傾向合理使用時，116 件案件中有 110 件判決為合理使用。See Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005*, 156 U.P.A. L. REV. 549, 617 (2008). 另外，就台灣部分之合理使用實證研究，則呈現第一基準、第三基準為關鍵因素之不同樣貌。參見蔡惠如，著作權之未來展望—論合理使用之價值與創新，頁 263-264 (2007)。

<sup>218</sup> 科技與網路對原著作權物是一種補充的性質 (complementary)，實際上以科技或網路使用原著作權物，常常在市場與經濟上反而有利於原著作權物。See von Lohmann, *supra* note 136, at 841. 亦可參見 Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，前揭註 29，頁 347。

<sup>219</sup> 本文認為，合理使用本即為一公益與私益權衡下的產物，故權衡之時，亦須考量新興的言論科技市場對公益所帶來的貢獻，故在此第四基準下反向考量對科技言論工具市場之影響是有其依據與必要。相關之權衡討論，請參見蔡惠如，前揭註 217，頁 276-277。

<sup>220</sup> 賴文智、王文君，數位著作權法，頁 208-212 (2007)。

<sup>221</sup> Paul Goldstein 著，蔡茂林譯，捍衛著作權：從印刷術到數位時代之著作權法，頁 212 (2000)。至於事後是否得以取得合理的補償，則是另外一個問題。

部分應該被考量到科技言論工具上對於原著作市場「有益之影響」中。這種網路效應外延到真實世界的效應，通常需要一些統計或實證數字以茲證明，但這在合理使用之抗辯判斷中有其困難，因為通常在短時間內很難去舉證，並且很多時候該外延效應是在多年後才看得出來的或得以證明的。是以，本文認為或許可以在訴訟中就此一要件，倒置舉證責任，亦即法院必須先推定具有其外延效應，並且推定對原著作是有益之影響，再藉由法院之調查以及原告之舉證去推翻此一假定。如此，始符合科技合理使用除了四種憲法基礎：言論自由、出版自由、促進科學進步以及促進實用技藝外，特別在網路領域中亦有網路架構、網路效應此等有利於合理使用之基石。

#### 5.5.4 科技合理使用於我國的基礎

誠如 5.5.3 中所述，科技合理使用之憲法依據在於言論自由、出版自由、促進科學進步以及促進實用技藝。如欲在我國建置同樣科技合理使用之標準，以在法院判斷之時，或涉訟前之協商討論中予以參考，則必須先行找尋科技合理使用在我國之依據，並且此依據之高度也應當必須為憲法之層級或高度，因此我們要問的是：在我國憲法中是否亦有相應之科技合理使用依據？

我國憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」又憲法第 165 條與 166 條分別規定：「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」上述憲法之規定，涵蓋了科技合理使用之憲法依據在於言論自由、出版自由、促進科學進步以及類似於促進實用技藝之「獎勵科學之發明與創造」。雖然憲法第 165 以及 166 條並非基本權利條款，而僅為基本國策，但基本國策為指示我國立法與行政之目標，亦即所謂之「方針條款」，雖尚不至發生直接要求國家立即實現該基本國策內容之強度，但只要客觀環境許可，立法者必須制定相關之法律以為保護<sup>222</sup>。

是以，科技合理使用可以在我國憲法中尋求其根據應屬無疑。而此一結論在我國既有文獻中亦可見其蹤影：論者有認智財權除了具有財產權之性質外，其主要亦是為了體現鼓勵科學與文化進步之目的，並且其認為在智財權與言論自由產

---

<sup>222</sup> 法治斌、董保城，憲法新論，頁 371，2003 年 9 月。

生衝突時，應以言論自由去嚴格審查之<sup>223</sup>。亦有認為，憲法第165及166條之規定，與專利法第1條立法目的：「為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展，特制訂本法。」文字略有相似之處，而165及166條位於憲法基本國策第五節教育文化之中，亦與著作權法第1條立法目的：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制訂本法。」不謀而合。因此，當認為憲法第165及166條乃為專利法與著作權法之憲法依據條款<sup>224</sup>。綜合以上論述，可以得出類同於美國憲法第1條第8項第8款之規定，加上憲法第11條言論自由與出版自由之規定，是得在我國憲法中建構出科技合理使用之依據。

#### 5.5.5 本文中心個案涵攝：Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc

此案中 YouTube 因其影音平台上有許多使用者上傳受 Viacom 著作權保護之影片，故遭 Viacom 控訴間接侵權<sup>225</sup>，訴訟進行中 YouTube 以「安全港」作為免責之主要訴求，而法院亦認為 YouTube 落入「安全港」的保護範圍中而得具體免責，並判決 YouTube 勝訴。惟本文認為與此一案例中，亦得以上述「科技合理使用」之脈絡主張免責，在此科技合理使用的運用下，最後會產生如同 Sony 一案中錄放影機科技（VCRs）全然免責之效果<sup>226</sup>。

就科技合理使用的第一基準而言，YouTube 在「創立-操作-輸出之光譜」下，並沒有「創立」之問題，因為 YouTube 之影音內容皆是由個別使用者自行上傳，此即所謂「網路使用者提供內容」（user-generated content, UGC）之概念，亦即此種網路資訊是由使用者生產出來的，而網路服務業者僅是「被動的」去做儲存<sup>227</sup>，因此本案關鍵應在於「操作與輸出」的使用<sup>228</sup>。

<sup>223</sup> 王明禮，著作權存續期間的憲法界限：試評Eldred v. Ashcroft，中研院歐美研究「美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三」學術研討會，註108，2004年12月10日。

<sup>224</sup> 楊智傑，智慧財產權的憲法基礎：兼論智財權與言論自由的衝突，財產暨經濟法第16期，頁21-22，2008年12月；李筱苹，著作權與言論自由保障的界限，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁120-121（2002）。

<sup>225</sup> 關於Viacom與YouTube一案的詳細討論。See Hormann, *supra* note 45, at 1345.

<sup>226</sup> SONY 一案在對合理使用與新科技產品融合的貢獻上，也許可以稱作「科技合理使用之母」。See Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

<sup>227</sup> Steven Hetcher, *User-generated Content and The Future of Copyright: Part one—Investiture of Ownership*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 863,871-73 (2008).

<sup>228</sup> 以網站使用者之角度，則應當有創立使用（creation use）的問題，因為使用者將影片上載至 YouTube 而創立了此科技言論工具（若無此上傳動作則 YouTube 僅是空盪盪毫無內容之網站頁面）。但網站用者就創立使用之部分，因為光譜上給予較大之喘息空間，不僅應構成一般之合理使用，亦絕對應當構成科技合理使用無疑。

YouTube 當初的研發目的是讓網路使用者能夠線上觀看影片，並且能夠評論<sup>229</sup>、創造、發表影片，使網路上其他使用者觀看個別網路使用者之喜好，這是一種前所未見的、全然價值創新的平台，使得網路使用者近用資訊內容的公共利益能夠確實被接收。譬如我們可以透過 YouTube，先觀賞一部電影的預告片之後，產生對此電影的初步評價，再決定是否要花錢去電影院觀看此電影的完整內容。正同時也表明了 YouTube 更重要的特徵，亦即 YouTube 是一個免費的平台，我們應該要減少它的商業性考量，基本上使用者放上影片至 YouTube 本就是非營利使用。

在「操作」方面，YouTube 必須要把使用者上傳之檔案轉成 Flash 之格式<sup>230</sup>；「輸出」方面，YouTube 則是以較小規格且不能讓使用者下載之串流方法呈現在影片使用者面前。具體而論，第一基準，「操作」方面在光譜的運作上是偏向可以主張合理使用並無疑問；而在「輸出」方面，本文認為當使用者所上傳的僅為片段（clips）視聽著作時，應偏向得以主張合理使用；而當使用者所上傳的是整部完整的視聽著作時，在考慮機械性轉化（低度轉化）之概念<sup>231</sup>，以及使用者無法下載使用與檔案格式較小之特點，以及並非為從事競爭之善意目的之下，本文認為仍應偏向肯定合理使用。

就基準二與基準三之部分，首先不再去區分事實性（新聞影片）與虛構性（Music Video 影片）著作，即將第二基準在科技合理使用中考慮的分量減至最輕。接著在基準三的面向，對於「操作使用」之部分給予較大的空間，故偏向得以主張合理使用；「輸出使用」的部分，則考慮諷刺評論的可能性得以有較大取用空間，以及使用者無法下載使用與檔案格式較小之特點<sup>232</sup>，以及並非為從事競爭之善意目的之下，本文認為仍能偏向肯定合理使用。

最後基準四的部分，「操作使用」之部分給予較大的空間而應偏向合理使用，「輸出使用」之部分則較易被認定取代原著作目的或傷害原著作之市場價值無

---

<sup>229</sup> 基本上 YouTube 每一個上傳的影片的所在網頁下方，皆會有評論（comment）的功能。

<sup>230</sup> Lee, *supra* note 2, at 266.

<sup>231</sup> See *Princeton University Press v. Michigan Document Services*, 99 F.3d 1381, 1389 (6th Cir.1996).

<sup>232</sup> 此部分與 Napster 不同的是，YouTube 上的影片無法下載且非原著一般之品質，與 Mp3 得以下載至個人電腦中甚至隨身聽中、音質穩定有所不同。相反的，則是較相似於 Kelly 案之縮圖呈現。See *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 815 (9th Cir. 2003).

疑，惟同時考量對於原著作市場的「良性影響」<sup>233</sup>，以及如不同意合理使用將對YouTube此一科技市場、公眾利益的「反向影響」之下，應認為無論是片段或完整影片皆應給予偏向合理使用之評價才是。

職是之故，綜觀上開科技合理使用四基準的判斷後，即可得出YouTube的操作功能與輸出功能之部分皆能主張合理使用的結果。雖然在Netcom案之後<sup>234</sup>，美國實務多認為網路服務提供者不需負直接侵權責任，之後亦被後續判決所沿用而幾乎成為實務定論<sup>235</sup>，但仍不能排除未來網路資訊儲存服務提供者被控訴直接侵權之危險。惟經上述分析，在直接侵權之告訴下，其亦得主張合理使用此一積極抗辯而免責；另外，在間接侵權之告訴下，因為網站使用者即直接侵權人，亦得循上述基準主張科技合理使用，而合理使用亦為實質非侵權用途之態樣之一，在眾多得以構成科技合理使用之個別使用者行為累積之下，YouTube應得以認為有實質非侵權用途，據以主張自己落入Sony安全港之保障範圍內，而不負間接侵權責任（即因無主觀故意而免除輔助侵權責任）。最後的結論與美國聯邦紐約南區地方法院之Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc一案結果相同<sup>236</sup>，YouTube得以免責，而能延續並擴大此科技言論工具對於整體社會之助益。

---

<sup>233</sup> 很多時候著作權人之市場損失並非全然是因為新科技的使用所造成，可能是發行量、價格、其他媒體競爭等等之影響，且新科技之使用所帶來的損失不見得比獲得還大。請參見Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，前揭註 29，頁 108-112。

<sup>234</sup> Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

<sup>235</sup> See Sega Enterprises, Ltd. v. Maphia 948 F. Supp. 923 (N.D. Cal. 1996); Marobie-Fl, Inc. v. National Ass'n of Fire and Equipment Distributors, 983 F. Supp. 1167 (N.D. Ill. 1997); See also ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc., 239 F.3d 619 (4th Cir. 2001).

<sup>236</sup> Viacom v. Youtube, 718 F. Supp.2d 514, 514 (S.D.N.Y. 2010).

## 六、 網路資訊儲存服務提供者之間接責任

### 6.1 著作權法安全港之規定-針對美國著作權法§512(c)以及我國著作權法第 99 條之 7 條

對於我國網路服務提供者或本文所欲討論之網路內容平台的相關免責規定，在 2009 年 5 月 13 日以前，即我國著作權法第六章之一「網路服務提供者之免責事由」（即第 90 條之 4 至 90 條之 12 制定以前是付之闕如的。其實，為舒緩實務界及學術界就相關議題之爭議，以及給予網路服務提供者有充分之法律規範能夠遵循以避免著作權侵害，我國智慧財產權局原已在 2001 年參考歐盟於前一年通過之「電子商務指令」（Directive on Electronic Commerce）<sup>237</sup>，提出類似德國於 1997 年就網路服務提供者規制之低密度立法模式規定<sup>238</sup>，惟因當時草案爭議頗多且無立法之急切需要，故暫且將此法案束之高閣而未付通過。最終在美國認為我國網路傳輸管理不足，且擬將我國置入 301 條款之施壓下，我國遂於 2009 年，參考美國數位千禧年著作權法案（The Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA）中第 512 條之規定（俗稱安全港規定），制定了網路服務提供者免責事由之規定。

本文以第 4 章之 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案為核心，故本文針對整個安全港（Safe Harbor）規定中涉及「資訊儲存服務提供者」<sup>239</sup>之部分為探討。大體而言，此種網路服務提供者是在「使用者之指示下」而為之資訊儲存服務，如 YouTube、FACEBOOK、YAHOO 拍賣或部落格等網站，即為此種類型。附帶一提的是，美國在相關學術討論中呼應此種服務提供者之特性，許多學者即提出「網路使用者提供內容」（UGC）之概念，即此種網路資訊是由使用者生產出來的，而網路服務提供者僅是「被動的」去做儲存，但必須注意的是並非所有的網路使用者所上傳之內容皆在此定義中，大多是僅指由業餘使用者上傳之有「創意性」的內容<sup>240</sup>。

<sup>237</sup> 周伯翰，前揭註 12，頁 23。

<sup>238</sup> 章忠信，二零零九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，第 173 期，頁 7-8（2009）。

<sup>239</sup> 同前註，頁 9。

<sup>240</sup> Hetcher, *supra* note 227, at 871-73.

## 6.1.1 美國之規定

### 6.1.1.1 新世代的數位千禧年著作權法案

美國的著作權法保障以任何固著於有形體以表達之創意，法律並提供一些權利使著作權人得為行使，包括製造與散佈其重製物之權利<sup>241</sup>。慢慢的，新的發明以及包含影印機至 VCRs 技術開始挑戰上述之著作權人權利<sup>242</sup>，是以國會不斷的修改著作權法以便跟得上新科技的發展以及時代前進的腳步，尤其是在 1976 年的修法<sup>243</sup>。然而，在接近 20 世紀之時，電腦與網路開始成為每個家庭中的一部分，這個改變大大超乎了國會於 1976 年修法之所預設的與奠基的事實範疇<sup>244</sup>。

1996 年美國微軟公司推出了驚動一時的 Windows 95 處理軟體，風靡於家家戶戶；許多的民眾更透過撥接之方式以個人電腦連結上網路；與此同時，DVD 亦出現在民眾的眼前並開始大量販售。隨著新興科技的出現，相關聯的法律問題亦慢慢浮上檯面，立法者被迫必須開始關注網路、電腦以及個人 DVD 所帶來之挑戰，一種對於原本商業模式與道德之挑戰，尤其是將音樂、電影、電視節目等以此新的技術為數位傳播，皆大大超乎了原本立法者的設想<sup>245</sup>。

基於上述的新數位技術，美國著作權法在 1996 年左右這段期間內，渡過了其存在 300 年來最令各界爭論不休的一段日子<sup>246</sup>。在 1996 年世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）通過了兩個重要的條約<sup>247</sup>，作為國際性的建構、管制數位媒體之依據，即「WIPO 著作權條約」（WIPO Copyright Treaty, WCT），與「WIPO 表演及錄音物條約」（WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）。隔年，WIPO 要求其會員國將上開兩條約以立法的方式規制至會員國之內國法架構中，是以美國國會始於 1998 年制定數位千禧年著作權法案，並

---

<sup>241</sup> 17 U.S.C. §102 (2006).

<sup>242</sup> Hormann, *supra* note 45, at 1349-50.

<sup>243</sup> Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541 (1976) (current version at 17 U.S.C. §102 (2006)).

<sup>244</sup> Pamela Samuelson et al., *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 BERKELEY TECH. L.J. 1, 2 (2010).

<sup>245</sup> Aaron Freedman, *The DMCA: 10 Years of the Good, Bad, and Ugly*, MacUser, available at : [http://www.macuser.com/legal/the\\_dmca\\_10\\_years\\_of\\_the\\_good.php](http://www.macuser.com/legal/the_dmca_10_years_of_the_good.php) (last visited Dec. 15, 2010).

<sup>246</sup> Peter S. Menell, *In Search of Copyright's Lost Ark: Interpreting the Right to Distribute in the Internet Age*, 59 JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE USA 1, 2 (2011).

<sup>247</sup> What is WIPO?, World Intellectual Property Organization, available at : [http://www.wipo.-int/about-wipo/en/what\\_is\\_wipo.html](http://www.wipo.-int/about-wipo/en/what_is_wipo.html) (last visited Dec. 16, 2010).

將之放入舊有的著作權法體系之中。

然而美國國會並非全然按照WCT與WPPT兩條約去制定數位千禧年著作權法案，而是選擇加入一些額外附加之規定：在數位千禧年著作權法案 Title I中加上反規避條款（anti-circumvention），使著作權人無法抗拒保護著作權的科技措施；並在數位千禧年著作權法案 Title II中放入安全港條款（safe harbor provision），以保護網路服務提供者（Online Service Providers， OSPs<sup>248</sup>）得以免責。

#### 6.1.1.2 安全港條款之目的

在安全港條款通過之前，實務界即嚐試以輔助侵權（contributory infringement）以及代理侵權（vicarious infringement）去打擊網路服務提供者之違法，因為網路服務提供者作為一個侵權行為的中介（intermediaries），其具有資金充裕、易於辨識且有潛力作為侵權閘道管制者之特性，很容易讓著作權人將其視為控訴之目標，要求其為網路服務使用者之行為負責，以從中獲取過去侵權行為之賠償以及執行未來的侵權防止措施。美國國會制定數位千禧年著作權法案之安全港條款即是在回應上述實務界的嚐試性作法，實際上，安全港條款的許多部分，皆是直接將當時法院之見解明文化<sup>249</sup>。

在著作物之製造公司（如電影公司、唱片公司）與網路巨擘同時出現的網路時代<sup>250</sup>，這促使國會在制定數位千禧年著作權法案之時必須同時考量到雙方之利益，不僅是網路投資下利益回收之保障問題，著作權人的心血投資亦應當受到保障，在兩相權衡、拉扯之下，最終制訂出來之法律即為現今的著作權法安全港條款。

由於在訂定過程中，美國國會必須聽取兩方的意見，因而瞭解到倘若對於網

---

<sup>248</sup> 在美國的實務以及學說討論中，OSPs（Online Service Providers）以及ISPs（Internet Service Providers）是時常不嚴謹的被作區分，且時常互用的。一個ISP通常是提供個人連結到網路通道，譬如配發給使用者一組IP位置；而一個OSP通常是提供個人連結到網路以後的網路服務，譬如電子郵件信箱之提供。混淆的情形是時常發生的，因為許多網路公司皆是兼及OSPs與ISPs兩者之角色。See Musetta Durkee, *The Truth Can Catch the Lie: The Flawed Understanding of Online Spaces in In RE: Anonymous Online Speakers*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 773, 773 (2011).

<sup>249</sup> See Eugene C. Kim, *supra* note 37, at 153-54.其中提到在Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Comm'n Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1369 n.12 (N.D. Cal. 1995).中即有表示間接侵權必須同時要有實際知悉侵權活動以及有意行為去幫助侵權。

<sup>250</sup> Peter S. Menell, *supra* note 246.

路服務提供者施加過重的責任，很可能會毀掉這個新萌芽的產業<sup>251</sup>，故國會希望提供一個明確的依據，以使網路服務提供者得以具體了解，他們將因為使用者之侵權活動而負擔責任之程度；但另一方面，國會也明瞭數位內容複製以及散播事實上的快速性特點，會使得著作權人拒絕讓他們的作品放到網路中<sup>252</sup>，故必須要有一個對抗廣大盜版之合理保證以茲安撫著作權人。綜合上述正反兩面之考量，最終國會制訂的安全港條款是因應著作權人不願付出過多的的訴訟費用以保護自己著作權之訴求前提下，而提供一個對於著作權人迅速的反應與補償機制<sup>253</sup>。至此，國會所制定的安全港條款，實際上已幾乎完全相反於原先著作權存在的目的；亦即著作權本是希冀限制使用他人的創意表達，但安全港條款卻是鼓勵內容之散布與分享<sup>254</sup>。基上，監控網路上著作權侵權之責任遂落在了著作權人的身上，僅當有必要去移除侵權內容之時，網路服務提供者始需要配合著作權人<sup>255</sup>。總言之，數位千禧年著作權法案安全港條款之最終目的是保障網路服務提供者免於侵權責任的訴究，並同時給予著作權人管道與相應的權利義務，得於網路中行使他們的排他權。

#### 6.1.1.3 美國網路資訊儲存服務提供者之安全港條款

##### 6.1.1.3.1 前提適格

本文是以美國 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案為中心，並如同研究目的所見，是以網路服務提供者中之網路資訊儲存服務提供者為主要討論對象，故本文以下僅就美國著作權法§512(c)之部分以及其前提要件§512(i)之部分討論之。

欲符合美國著作權法§512(c)之安全港免責事由，必須先符合同法§512(i)之前提要件規定，始能進一步適用免責事由。§512(i)之要件如下：(1) 採行在適當情形 (*in appropriate circumstances*) 下對於重複侵權之用戶或帳戶所有人終止服務之服務政策，並且合理施行 (*reasonably implemented*) 與通知其系統與網路之用戶與

---

<sup>251</sup> Peter S. Menell, *Intellectual Property Issues: Assessing the DMCA Safe Harbors: The Good, the Bad, and the Ugly*, Media Institute, *available at*: [http://www.media-institute.org/new\\_site/IPI/2010/090110.php](http://www.media-institute.org/new_site/IPI/2010/090110.php) (last visited Sep. 14, 2010).

<sup>252</sup> S. Rep. No. 105-190, at 8 (1998).

<sup>253</sup> See Hormann, *supra* note 45, at 1369.

<sup>254</sup> *Id.* at 1373.

<sup>255</sup> Brandon Brown, *Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World*, 23 *BERKELEY TECH. L.J.* 437, 438 (2008).

帳戶所有人（2）業者必須順應且不妨礙「標準科技措施」（standard technical measures）<sup>256</sup>。而上述辨識並保護著作物的科技保護措施－「標準科技措施」，必須是基於著作權人與網路服務提供者於開放、公平、自願、多項產業標準程序中所得出之廣泛一致同意而產生，又任何人得於合理、無歧視之情形下取得，並且此措施不會增加網路服務提供者之實質成本或造成其系統及網路之負擔<sup>257</sup>。有論者認為以目前的技術水平來說，對於上傳至 YouTube 之影片仍無法做出有效之保護措施，因此在前開有效之保護措施開發出來前，我們應該可以認定 YouTube 符合順應且不妨礙「標準科技措施」（standard technical measures）之要件<sup>258</sup>。實則，聯邦上訴第二巡迴法院於 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.* 一案中亦認定，YouTube 所採取的 Magic Power 過濾機制是否符合「標準科技措施」，Viacom 根本未為證明，YouTube 使用當時的 Magic Power 過濾機制當然不會有不符 §512(i) 之情形。

就 §512(i) 第 1 項要件中，「適當情形」與「合理施行」此二者是較為令人困惑且有爭議之部分。在美國 *Corbis v. Amazon* 案中，法院認為要符合上述兩要件，必須要有前後兩個階段的檢討：首先必須網路服務提供者有接收、傳達著作權人之侵權異議予使用者的程序，如果符合，再視網路服務提供者是否無視或容認其網站使用者明目張膽之侵權行為<sup>259</sup>。

第一階段而言，必須是網路服務提供者與著作權人間，以及網路服務提供者與使用者間的聯絡管道，皆為溝通順暢而無阻的，如果其中任何一個管道無法有

---

<sup>256</sup> 17 U.S.C §512(i)(1) (2010).

(i) Conditions for Eligibility. -

(1) Accommodation of technology. - The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider -

(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers; and  
(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

<sup>257</sup> 17 U.S.C §512(i)(2) Definition. -

As used in this subsection, the term "standard technical measures" means technical measures that are used by copyright owners to identify or protect copyrighted works and -

(A) have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process;

(B) are available to any person on reasonable and nondiscriminatory terms; and

(C) do not impose substantial costs on service providers or substantial burdens on their systems or networks.

<sup>258</sup> Jason C. Breen, *supra* note 34, at 165.

<sup>259</sup> *Corbis Corp. v. Amazon.com*, 351 F.Supp.2d 1090, 1102 (W.D. Wash., 2004).

效傳達，法院即不會認定符合「合理施行」(reasonably implemented)之規定。譬如 *Ellison v. Robertson* 一案中，America Online，即 AOL，因為更改了原先就個別使用者侵權通知所設定之電子郵件地址，但在實際進行侵權通知時已施行其終止服務政策時，並沒有將通知轉送到新的地址，反而寄送到舊的地址，這使得許多網路使用者皆未接到通知，此種 AOL 本身內部之錯誤，致使法院認定 AOL 不符合「合理施行」之要件<sup>260</sup>。另外，在 *In re: Aimster* 一案中，因為被告 Aimster 採取了加密技術保護通知的資料，造成其自己無法得知侵權行為人係何人，因此亦不符合§512(i)之規定而無法適用安全港條款<sup>261</sup>。

符合「適當情形」與「合理施行」兩要件之第二階段，依 *Corbis v. Amazon* 一案之見解，倘若有明確事證指明網路服務提供者有容認使用者之反覆侵權行為，著作權人則得主張網路服務提供者非符合「適當情形」與「合理施行」兩要件，要無§512(i)與§512(c)之適用可能。

然而，上述 *Corbis v. Amazon* 之要求並非賦予網路服務提供者積極義務去監控其網站，此觀數位千禧年著作權法案安全港條款之國會立法理由自明，其說道：「該項規定並非要求網路服務提供者必須積極調查侵權之可能，或是為監視網站之動作，或是就是否為侵權行為自行做出判斷，目的是為了讓那些反覆侵權者知道其行為所可能帶來的後果<sup>262</sup>。」在 *Perfect 10, Inc. v. Cybernet* 一案中，就§512(i)第一項要求提出較為狹義限縮之概念，認為僅在網路使用者有商業性的、故意的且明目張膽的反覆侵權行為一事，被充分證明網路服務提供者實際知悉，卻仍不終止使用者之帳號連結時，始認定未符合「合理施行」之要件而不適用§512(i)。且法院認為，至少必須收到通知的網路服務提供者能夠單單從觀察使用者行為、言論或是經營管理中，獲得侵權行為正在發生之資訊<sup>263</sup>。

回到本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，此案中僅提到 YouTube 有採取嚴格的一次違反 (one strike) 即終止服務之政策，即當該使用者受單一通知認定有複數影片侵權，或者使用者被通知侵權後又在兩小時內再次

---

<sup>260</sup> *Ellison v. Robertson*, 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004).

<sup>261</sup> *In re: Aimster Copyright Litigation*, 252 F. Supp. 2d 634, 659 (N.D. Ill. 2002).

<sup>262</sup> *See Corbis Corp. v. Amazon.com*, 351 F.Supp.2d 1090, 1101 (W.D. Wash., 2004). *See also* S. REP. 105-190, at 52.

<sup>263</sup> *Perfect 10, Inc. v. Cybernet*, 213 F.Supp.2d 1146, 1177 (C.D.Cal. 2002).

被通知侵權之時，便終止該使用者服務，而此是符合終止服務之服務標準政策之要求<sup>264</sup>。惟本案中對於「合理施行」之標準，並未多做說明；就此，有論者認為就 YouTube 之政策而言，是否符合「合理施行」容有疑義，因為網站申請會員之程序十分簡便，網站亦不會對真實之會員身分做認證，因此網站使用者可以用大量匿名之方式申請大量會員帳號，故縱使將其中一個會員帳號終止，該反覆侵權者仍然可以透過其他匿名帳號而再次侵權，這種程序上之瑕疵，即存在有無法符合「合理施行」之問題<sup>265</sup>。然而，本文認為此案中 YouTube 之政策應當仍符合「合理施行」之要件，因為數位千禧年著作權法案安全港條款之精神本為針對「網路使用者」之重複侵權，而非「實際背後之人」的重複侵權<sup>266</sup>，故雖然有匿名帳號之產生，仍然無礙 YouTube 對於同一「網路使用者」二次侵權即終止服務之合理性，加上 *Corbis Corp. v. Amazon.com* 一案之見解，認為「重複侵權」並未明確定義<sup>267</sup>，而應採取較寬鬆的認定標準，就這點而言，更應認為本文中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中 YouTube 仍符合「合理施行」之標準，而有§512(i)之適格。

#### 6.1.1.3.2 安全港條件

符合上述要件後，網路資訊儲存服務提供者基於其使用者要求下將資訊存取於系統或網路（*Information Residing on Systems or Networks at Direction of Users*）之特性<sup>268</sup>，即得主張§512(c)之免責事由，美國著作權法§512(c)(1)之要件規定如下：（1）並沒有「實際知悉」在其自身系統或網路上之資料或使用該資料之活動為侵權；（2）當欠缺此種「實際知悉」之時，未察覺有侵權活動明顯之事實或情況<sup>269</sup>；

<sup>264</sup> *Viacom v. Youtube*, 718 F.Supp.2d 514, 527 (S.D.N.Y.2010).

<sup>265</sup> 劉博中，前揭註 20，頁 99。

<sup>266</sup> 本文中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，YouTube 即僅終止使用者帳號之使用，法院就此沒有多表示意見，而直接認定符合§512(i)之規定。See Philip Mazoki, *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc. and the failings of the southern district court of new york*, 30 TEMP. J. SCI. TECH. & ENVTL. L. 275, 306 (2011).

<sup>267</sup> 美國 David Nimmer 教授亦提到所謂之重複，並不夠清楚。See David Nimmer, *Repeat Infringers*, 52 J. COPYRIGHT SOC'Y 167 (2005); See also Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *A Quick and Inexpensive System for Resolving Peer-to-Peer Copyright Disputes*, 23 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1 (2005).

<sup>268</sup> 廖文慈，網路服務提供者責任之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，頁113（2002）。

<sup>269</sup> 此即為紅旗警示（red flag）之規定，請詳見下一章節之說明。概略來說，紅旗警示分為主觀與客觀之要件，在判斷網路服務提供者是否知悉紅旗時，即是主觀之要件；但在判斷事實與客觀環境是否構成紅旗之時，換言之判斷侵權活動是否對於合理之第三人為明顯，此即為客觀之要件判斷。See H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 53 (1998).

(3) 當知悉或察覺此種情形，即快速的移除該等資訊或廢止對該等資訊的接觸通道；(4) 在服務提供者有權利與能力去控制此等活動之情形下，並未直接從侵權活動取得財產上利益；(5) 基於符合法定通知要件（規定在同法§512(c)(3)<sup>270</sup>）之主張侵害通知，快速的回應並移除被宣稱為侵權或是為侵權活動之原因的資料，或廢止對上述資訊的接觸通道<sup>271</sup>。

就上述第(1)要件「實際知悉」之部分，由於涉及個人主觀，實際上很難證明，是以法院多會以著作權人符合 17 U.S.C §512(c)(3)(A)規定之通知（notice），認定網路資訊儲存服務提供者有「實際知悉」<sup>272</sup>。Corbis Corp. v. Amazon.com 一案中強調，「實際知悉」必須是明確而非蓋然性的知悉，網路資訊儲存服務提供者必須要證明，特定使用者侵害特定著作權人之著作權，換言之，必須是相當具體的證明，否則難以構成<sup>273</sup>。

另外，就「未察覺有侵權活動明顯之事實或情況」此一部份，多是為法院爭訟案件的攻防點，畢竟「實際知悉」部分在事實與舉證責任上，實為非黑即白而

---

<sup>270</sup> 17 U.S.C §512(c)(3). Elements of notification. -

(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following: (i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed. (ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site. (iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material. (iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted. (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law. (vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

<sup>271</sup> 17 U.S.C §512(c)(1) (2010). -

(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) 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; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

<sup>272</sup> Corbis Corp. v. Amazon.com, 351 F.Supp.2d 1090, 1107 (W.D. Wash., 2004).

<sup>273</sup> *Id.* at 1107-08.

難以爭執之地帶，是以攻防重點當然會放在「未察覺有侵權活動明顯之事實或情況」此一要件上，此即所謂「紅旗警示」(red flag)之要件<sup>274</sup>。紅旗警示部分在數個案件中皆占有重要之地位，亦為本文中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之重點，故本文將於下面 6.2 中單獨提出來而詳細探討之。

再者，針對「服務提供者有權利與能力去控制此等活動之情形」此一要件，就其審查標準之寬嚴存有不同之意見：在 *Hendrickson v. eBay* 一案中即採取較為嚴格限制之見解<sup>275</sup>，其指出從立法理由觀之，數位千禧年著作權法案安全港條款並非用以阻擾網路服務提供者監控其網站，其不會因為監控自己網站之行為即失去安全港條款之庇護<sup>276</sup>。不能僅因為服務提供者得以刪除系統內之資料或就其網站有某種程度之監控行為，即認定為有權利與能力去控制此等活動。相反的，在 *Perfect 10, Inc. v. Cybernet* 一案中則採取較為寬鬆認定之見解<sup>277</sup>，法院認為如果網路服務提供者有過濾之機制、給予使用者建議、禁止同類型網站增加等情形，即符合「服務提供者有權利與能力去控制此等活動之情形」要件，因其有預先管理之能力。回到本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，地院認為 YouTube 必須「知悉」，始會去討論是否符合「服務提供者有權利與能力去控制此等活動之情形」此要件；但第二巡迴法院推翻地院之論點，認為有權利與能力去控制應該與主觀是否知悉脫鉤判斷，並進而認為「服務提供者有權利與能力去控制此等活動之情形」是比得以移除或阻擋侵權著作物再多一點的程度，就此而言，本文認為是偏向上述 *Hendrickson v. eBay* 一案之脫鉤主觀知悉判斷之狹義標準。

末者，就「未直接從侵權活動取得財產上利益」部分，美國 *Costar Group Inc. v. Loopnet, Inc.* 一案中<sup>278</sup>，採取較嚴格之取得財產上利益之基準，法院援引國會之立法理由，認為如果網站上之使用者不論侵權與否，皆支付相同之費用的話，就符合「未直接從侵權活動取得財產上利益」而得適用安全港條款。然而，在另一 *Perfect 10, Inc. v. Cybernet* 一案中<sup>279</sup>，其採取了相對較為寬鬆之判斷基準，亦及較

---

<sup>274</sup> H.R.Rep. No. 105-551, pt. 2, at 57.

<sup>275</sup> *Hendrickson v. eBay*, 165 F.Supp.2d 1082, 1093 (C.D. Cal. 2001).

<sup>276</sup> House Report 105-796, at 73 (Oct. 8, 1998).

<sup>277</sup> *Perfect 10, Inc. v. Cybernet*, 213 F.Supp.2d 1146, 1181 (C.D.Cal. 2002).

<sup>278</sup> *Costar Group Inc. v. Loopnet, Inc.*, 164 F.Supp.2d 688 (D.Md.2001).

<sup>279</sup> *Perfect 10, Inc. v. Cybernet*, 213 F.Supp.2d 1146, 1181 (C.D.Cal. 2002).

容易認定為從侵權活動取得財產上利益，法院認為本案被告 Cybernet 的財產上利益即多來自於違法使用者：其使用者越多，網站通常能夠獲取之利益便會越多。綜上，回到本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，第二巡迴法院就此未做解釋，而地院則闡釋「判斷上應以通常情形與事實基礎為基準，舉例而言，合法收取的連線時間費用並不會使網路服務提供者無法豁免，除非是網路服務提供者服務的主要價值在於提供侵權的管道」。此一判斷似乎較接近 *Costar Group Inc. v. Loopnet, Inc.* 一案中，嚴格之取得財產上利益之基準。本文亦贊同此一基準，較符合數位千禧年著作權法案安全港條款使網路服務提供者減少責任之意涵。又此部分要件與美國代理侵權（vicarious liability）之關係，本文將於 6.3.3 之部分再與詳述。

#### 6.1.2 我國之規定

我國著作權法就此部分規定於第 90 條之 7，其條文要件如下：(1) 對使用者涉有侵權行為不知情。(2) 未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。(3) 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內容或相關資訊。

惟，欲適用上述之免責條款規定，須先符合同法第 90 條之 4 的規定，可分為要件如下：(1) 以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，或轉送著作權人之侵權通知信予使用者，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。(2) 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之約定。(3) 公告接收通知文件之聯繫窗口資訊。(4) 著作權人或製版權人已提供為保護著作權或製版權之通用辨識或保護技術措施，經主管機關核可者，網路服務提供者應配合執行之。

#### 6.1.3 比較及修法芻議

由上述條文要件之分析中可以看出，我國著作權法關於「網路資訊儲存服務提供者」之條文大致相同於美國之規定，其中著作權法第 90 條之 7 之規定與美國 §512(c) 之規定相同；但就前提要件之部分，我國著作權法第 90 條之 4 規定即與美國 §512(i) 之部分有些許差異，其中最主要之差異有三，詳如下述：

#### 6.1.3.1 三振條款

其一在於我國引入類似法國著作權法「三振法案」之概念，要求三次侵權即停止網路服務之要求，惟觀察法國法制的發展，三振法案已遭法國憲法委員會宣告違憲<sup>280</sup>，在此一情形下，就此部份，我國著作權法交由網路服務提供者自行判斷之規定應是有違憲之虞。

#### 6.1.3.2 通用辨識技術

其二在於我國之通用辨識技術是交由智慧財產局核可，而美國之通用辨識技術（即所謂標準科技措施）則是定義為著作權人與服務提供者之廣泛同意下之產品，且不會加諸於服務提供者過多之負擔。就條文文義而言，本文認為我國與美國關於標準科技措施之規定並無衝突，惟就歷史解釋與目的解釋而言，智慧財產局在做核可時須考慮類似美國§512(i)(2)之要求，譬如不得造成 ISP 業者過多之負擔、著作權人與網路服務提供者廣泛共識同意下之技術，始得以較佳的方式在著作權人與網路服務業者之間取得平衡，且在我國智慧財產局修正草案的說明中，亦可確認如符合（1）著作權人已提供保護其著作權之通用辨識或保護技術措施予網路服務提供者，且（2）不致造成網路服務提供者不合理負擔，此時，網路服務提供者始應配合執行。

另針對就通用辨識技術部分，有學者認為通用辨識技術多為著作權人或廠商開發，著作權人利益團體並不會在技術中考量公益甚至是合理使用等問題，如此要強加於網路服務提供者可能會產生有失公允之情形<sup>281</sup>，更可能會造成使用人某

---

<sup>280</sup> 法國憲法委員會認定 HADOPI 法「三振條款」違憲，電子商務法制環境網站：[http://gcis.nat.gov.tw/eclaw/hotnews\\_View.asp?sno=OP%5DOKV&FromASP=hotnews.asp&NewsType=2](http://gcis.nat.gov.tw/eclaw/hotnews_View.asp?sno=OP%5DOKV&FromASP=hotnews.asp&NewsType=2)（最後點閱時間：2011年1月12日）。就此學者章忠信謂：「法國憲法委員會在2009年6月10日宣告，5月13日國會新通過的著作權法案中的三振條款違憲，認為對於侵害著作權之行為人斷線，不可讓行政部門以設置高級官署的作法取代，而應當經過法院程序始為妥適。此一違憲宣告更援引1789年法國的《人權和公民權利宣言》(Declaration of the Rights of Man and of the Citizen)第9條及第11條有關無辜之推定與通訊及表達之自由的保障規定，尤其是在今日人們密切依賴網路表達意見的環境，行政機關任意將使用者斷線，將嚴重侵害上開《人權和公民權利宣言》中民眾的通訊及表達之自由權利。」請參見，章忠信，著作權法網路服務提供者責任限制條款修法論壇，著作權筆記討論園地網站：<http://www.copyrightnote.org/eclqna/clqna.php?op=showcontent&id=9&p=4>（最後點閱時間：2011年12月10日）。

<sup>281</sup> 章忠信，前揭註33，頁22。

部分地喪失近用資訊與發表演論的權利<sup>282</sup>。

此外，關於我國法條「保護措施」與「通用辨識與保護措施」所用文字上之差異，有論者認為前者為網路服務提供者之經營措施，後者則為著作權人開發的科技保護措施<sup>283</sup>。惟本文對此持不同看法：(1) 此兩者形式語言結構上的差異並不會造成實質意義的不同；(2) 此外，就算是科技保護措施亦會經由契約、訴訟進入 ISP 經營措施中；(3) 參照美國法之相關規定，並無此種區別，而統一稱「標準科技措施」(standard technical measures)。是以本文認為，兩者指涉之內涵實為相同。

### 6.1.3.3 知悉侵權與否之判斷

其三，就服務業者主觀的部分，我國法條是以「不知情」為明文，而美國的部分則是以「實際知悉」與「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」為法條文字。我國法條之文字格式上似乎過於簡略，而可能造成個案判斷上的困難，且如果嚴格解釋下，會使 ISP 業者陷入免責範圍過於狹窄的風險，此外亦會使網路服務提供者因為安全港範圍之不確定，無法實際操作進而落入被訴之風險中；尤有甚者，對於欠缺法律風險評估概念之小型網路公司，此一不確定性更可能會反成為使他們不受免責保護之陷阱<sup>284</sup>。為因應上述問題，有論者建議可從著作權子法（網路服務提供者民事免責事由實施辦法）或以函釋制定「不知情」之判斷基準<sup>285</sup>。本文認為此種辦法雖有避免「緩不濟急」之風險，惟著作權是否得免責同時牽涉到刑事部分行為人故意的判斷<sup>286</sup>，若不謹慎處理恐有陷網路服務提供者於罪之可能，故在此部分應直接詳細訂立於著作權本法之中，如此較符合我國大法官所闡

<sup>282</sup> 羅明通，前揭註 141，頁 483。

<sup>283</sup> 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，第 1 期，頁 270（2010）。

<sup>284</sup> See Edward Lee, *Rules and Standards for Cyberspace*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1275, 1314-16 (2002); See also Gideon Parchomovsky & Kevin A. Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483, 1502-03, 1510-11 (2007).

<sup>285</sup> 周伯翰，前揭註 12，頁 42。

<sup>286</sup> 著作權法網路服務提供者 ISP 民事免責事由及相關實施辦法 Q&A，智慧財產權局網站：[http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml\\_Show.aspx?ID=26ffbf77-a849-479d-acf7-a47f06ecdb9f&path=3334](http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml_Show.aspx?ID=26ffbf77-a849-479d-acf7-a47f06ecdb9f&path=3334)（最後點閱時間：2011 年 1 月 10 日）。此處之問題二（Q2）的說明指出，一旦 ISP 進入安全港，則「ISP 即無『故意』侵權之意圖，自亦無刑事責任可言。此為法理之當然，遂未予明文。」認為 ISP 既然符合法定安全港之「不知情」規範，自得排除其有何犯罪的故意，故無成立刑事責任之餘地，可資參考。

述之「層級化法律保留原則」<sup>287</sup>。另外，網路服務提供者往往投入大量資金於此，以建置成符合安全港條款之軟硬體設施，朝令夕改反而會使網路服務提供者無所適從，直接立法制定於母法中，可使網路服務提供者在企業內部避免侵權的流程操控上更為清晰<sup>288</sup>。

## 6.2 紅旗警示

依循上方本文 6.1.3.3 之修法芻議，得以發現我國著作權法第 90 條之 7 中關於「知情」部分之規定，相較於美國法而言，文字用語較為概括、彈性，法院在判斷、解釋此一文字時，就立法之目的性解釋考量，似應如同美國法§512(c)之規定一般，以「實際知悉」與「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」兩者作為我國法條文字「不知情」的界定範圍。換言之，即作一反面之解釋，當實際知悉特定侵權片段、察覺有侵權活動明顯的事實與情形之時，即非「不知情」，要無適用著作權法第 90 條之 7 之規定而免除民事侵權責任之餘地；反之，如不符合上述兩種情況時，則應認定其「不知情」，進而得以適用著作權法第 90 條之 7 之規定，網路資訊儲存服務提供者即得據以免除民事侵權責任。

上面二者僅是建議我國法院之判斷基準，然而實然面與應然面本有所不同，實際上，法院在判斷是否符合「實際知悉特定侵權片段」時並不困難，是否實際知悉基本上是一種舉證責任滿足後非黑即白之判斷，非常容易在雙方一來一往的訴訟攻防與舉證中得出一個確定且正確之心證；但另一方面，「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」則較難在法院之舉證活動中聚焦，被告即網路資訊儲存服務提供者如何證明自己提出之抗辯成立本已有困難，畢竟要證明一件「不存在的事實」在舉證上是相當困難的。而在此種情況下，令被告雪上加霜的是，原告即著作權人或版權人，藉由提出一定數量的該被告網站上之侵權活動與事實，反而可以非常輕易的舉證證明抗辯不成立，如此一來，說服法官相信網路資訊儲存服務提供者對此「有所查覺」一事，即變得簡單的多。

---

<sup>287</sup> 參見司法院大法官第 443 號解釋書，司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>（最後點閱時間：2011 年 1 月 15 號）。

<sup>288</sup> 不同於本文就 DMCA Title II 中的安全港條款不該授權行政機關解釋之推論結果，在美國 DMCA 之 Title I 中對於反規避條款之細部規定，是授權給美國國會圖書館補充，即如同我國之授權行政機關作解釋性行政規則，這樣的做法是確保得以與時俱進。See Digital Millennium Copyright Act of 1998, 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(C) (2000).

綜上，在被告難以舉證，但原告舉證容易之天性使然下，紅旗警示於訴訟中，甚或是兩造於訴訟前之協商階段，皆是相較於「實際知悉」來說更為棘手但卻最為關鍵之點，也正因為如此，所以本文要特別將「紅旗警示」凸顯出來論述，詳如下段所示。

### 6.2.1 區分基準

基本上，就美國法條上兩個知悉類型而論，「實際知悉」(actual knowledge)一般在傳統上解釋較為狹窄而有利於網路服務提供者<sup>289</sup>；而對於「察覺有侵權活動明顯之事實或情況」的部分，即為所謂的「紅旗警示」(red flag)，亦多會盡可能解釋成較狹窄的範圍<sup>290</sup>。

從解釋論上來看紅旗警示，文義上要求不僅是「可能」更必須是「明顯」，亦即必須是「明白、清楚、顯著的」；另外，從立法目的與結構上來看，立法設計之初是為了避免網路服務提供者輕易招致訴訟，且法條結構上明白表示網路服務提供者沒有監控與搜尋之積極義務，並將通知的責任轉嫁到著作權人身上，此外，§512(j)禁制令之要件亦多與網路服務提供者之責任減縮有關。綜上所言，網路服務提供者之紅旗警示應該盡量限縮、狹義去解釋，且應使著作權人負擔較高之舉證責任 (high level of proof)<sup>291</sup>。基本上，近來美國聯邦法院就紅旗警示的態度是有一個明顯的偏向的，法院的態度呈現出一種對於網路資訊儲存服務提供者之尊重 (clear pattern of deference toward the service providers)<sup>292</sup>。網路資訊儲存服務提供者網站上之活動構成紅旗警示的情況越來越少，同時課予網路資訊儲存服務提供者搜尋、調查該等活動義務之情形亦趨緩，此根據論者之表示，其認為實際上紅旗警示就是一個擋在網路資訊儲存服務提供者之搜尋義務前面的「巨大的深紅色旗幟」(an immense crimson banner)<sup>293</sup>，換言之，紅旗警示本身就是一個表明網路資訊儲存服務提供者沒有積極搜尋侵權義務之內部證據，亦即一個法條裡面的內部證據，比任何一切的外部證據，不論是公共利益或者是著作權人排他權的保護，都來的更為強大且有力。

---

<sup>289</sup> Breen, *supra* note 34, at 164.

<sup>290</sup> UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 620 F.Supp2d 1081, 1108 (C.D.Cal.2008).

<sup>291</sup> Lee, *supra* note 2, at 253-56.

<sup>292</sup> Hormann, *supra* note 45, at 1366.

<sup>293</sup> Jane C. Ginsburg, *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, 50 ARIZ. L. REV. 577, 596 (2008).

### 6.2.2 Corbis Corp. v. Amazon.com.

承接上面的論述，法院會在適用安全港條款時給予紅旗警示較為狹義的解釋，首開此先例的即為 *Corbis Corp. v. Amazon.com.* 一案<sup>294</sup>。本案之原告是一些圖片著作之著作權人，其發現其所有之圖片著作在未經其同意下，被上傳至 Amazon.com 網站中，並接續為販賣行為。是以，原告主張 Amazon.com 有直接侵害與間接侵害之代理侵權責任。

在此一案例中，法院最終適用§512(c)安全港條款認為 Amazon.com 免責，因此部分准許被告 Amazon.com 之即決判決 (summary judgment)，在判斷紅旗警示之時，法院認為一般性的知悉 (general awareness) 某種片段很可能會侵權，並不會豎起紅旗而無法免責<sup>295</sup>；相反的，如對於很明顯的具體實例 (specific instances) 侵權行為視而不見，則會滿足紅旗警示之要件，進而無法依安全港條款主張免責。法院於此案中同時表明了其中心思想：網路資訊儲存服務提供者並沒有必要去從事積極性的調查每一個可能侵權的部分，因此並沒有找尋那些可能會使他們必須負責的具體實例 (specific instances) 之舉證責任<sup>296</sup>。

### 6.2.3 Perfect 10 v. CC.Bill

上述紅旗警示較狹義之解釋，亦得從晚於 *Corbis Corp. v. Amazon.com.* 一案三年時間的 *Perfect 10 v. CC.Bill* 一案中獲得相同結果<sup>297</sup>。在此案件中，原告是一成人雜誌出版業者，擁有許多成人圖片之著作權或版權，其控訴被告 CC.Bill 公司提供網站服務讓那些盜版的、未授權的、實際上應該屬於 *Perfect 10* 之成人圖片被任意上傳，供網路大眾瀏覽。是以，原告認為被告所控管之網站如 *stolencelebritypics.com* 與 *illegal.net* 等，皆必然構成「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」，被告之網站當然符合紅旗警示而無法免責。在此案中，美國聯邦第九巡迴法院認為，雖然某些侵害提供色情網站破解密碼之網站其網址取名為「illegal」或「stolen」，但在成人色情資訊的脈絡下，取名如前開網址僅是增加色情之訴求，縱然網站名稱看起來確有侵權之虞，但 CC.Bill 公司仍不會知道其所營網站上之圖片是否侵害著作

<sup>294</sup> *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090, 1108 (W.D. Wash. 2004).

<sup>295</sup> *Id.* at 1109.

<sup>296</sup> See ROBERT P. MERGES, PETER S. MENELL, & MARK A. LEMLEY, *INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE* 680 (5th ed. 2010).

<sup>297</sup> Hassanabadi, *supra* note 38, at 418.

權，故不構成紅旗警示。換言之，法院認為 CC.Bill 公司如果要知道是否該網站中之圖片構成侵權，即必須要進一步去調查以確定個別內容，如此之調查義務並不屬於網路資訊儲存服務提供者所應該對第三人負責的義務<sup>298</sup>。根據數位千禧年著作權法案所規定之「通知取下」(notice-takedown) 機制，立法者明顯的把監督著作權侵權行為之責任 (burden of policing copyright infringement) 轉嫁予著作權人，而非在網路資訊儲存服務提供者身上。此外，Perfect 10 v. CC.Bill 一案中法院更強調數位千禧年著作權法案的安全港條款得以免除網路資訊儲存服務提供者之代理侵權責任 (vicarious infringement)<sup>299</sup>，就此安全港條款是否有免除代理侵權責任之可能，在美國相關論者對此有所討論且尚有爭議，此部分本文將在下一節加以著墨，並陳正反意見以細究之。

#### 6.2.4 UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks

本案中，聯邦地方法院採取了CC.Bill一案之見解，認為身為影音分享公司之被告Veoh Networks符合數位千禧年著作權法案安全港條款之條件，而得以免責。在此案中，就實際知悉之部分，法院認為UMG Recordings所提出之證據根本無法證明Veoh Networks有實際知悉之情形，法院很清楚的表明，僅以網路資訊儲存服務業者之控管、經營網站之事實，並無法推導出該網路資訊儲存服務業者有實際知悉侵權活動存在之情形，因為如果僅以經營 (hosting) 並提供空間給網路使用者上傳資料，就逕認為有實際知悉侵權而負擔責任的話，不啻是讓數位千禧年著作權法案安全港條款中的「通知取下」機制被架空<sup>300</sup>。另外，就紅旗警示之部分，法院認為UMG Recordings沒有達到符合紅旗警示證明之高門檻—由CC.Bill一案所樹立之高門檻，但是基本上法院並沒有為此高門檻作出解釋或者提供適例。UMG Recordings主張Veoh Networks之創立人、雇員皆對於網站上之侵權活動有一般性知悉 (general awareness)，法院認為縱使如此仍不足以排除§512(c)安全港條款之適用，換言之，尚不足以構成紅旗警示之情況，因為在單單一般性知悉 (general awareness) 之情形中如能形成紅旗警示，將會與數位千禧年著作權法案安全港條

---

<sup>298</sup> 許多論者持不同於Perfect 10 v. CC.Bill一案之相反見解，批評此案法院認為明顯侵權之網站名稱仍不代表侵權存在之論點。批評者認為，上開法院之論點明顯與立法目的有所扞格，基本上國會在其時常引用之House Report中提到：文字例如盜版 (pirate)、違法 (bootleg) 或者一些粗俗的字眼呈現於網址上，是明顯的侵權的。See Liliana Chang, *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbors*, 28 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 195, 209 (2010).

<sup>299</sup> Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, 488 F.3d 1102, 1118 (9th Cir. 2007).

<sup>300</sup> UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 665 F. Supp. 2d 1099, 1108-09 (C.D. Cal. 2009).

款之立法目的「促進數位時代電子商務以及通訊之健全發展以及全球性擴展（facilitating the robust development and world-wide expansion of electro -nic commerce and communications ... in the digital age.）」悖離<sup>301</sup>。綜上，不論如何至少我們可以看出紅旗警示在本案中並不是那麼容易達到，法院以狹義之紅旗警示去操作數位千禧年著作權法案安全港條款<sup>302</sup>，誠屬正確。

#### 6.2.5 本文中心個案涵攝：Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc

最後，回到上述 4.之 Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc 一案地院與第二巡迴法院之見解，即得看出法院採取和 Corbis Corp. v. Amazon.com.、Perfect 10 v. CC.Bill 以及 UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks 等案中相同之見解，亦以較狹義之紅旗警示去操作及決定網路資訊儲存服務提供者是否適用安全港條款，這樣的結論是網路資訊儲存服務提供者與廣大的網路使用者所樂見的，因為就算影片名稱、使用者名稱、封面剪輯（screenshot）看似侵權，最後仍然都不會構成「明顯」侵權；且就實際操作層面上，著作權法有關於合理使用之規定，是否合理使用係應由法官判斷而不應由網路資訊儲存服務提供者為之，縱使要求網路資訊儲存服務提供者去判斷是否為合理使用，合理使用的四基準下之不確定性，亦會造成網路資訊儲存服務提供者在判別時窒礙難行。簡言之，YouTube 根本不可能知道個別使用者上傳之影片是否有合理使用或者經過授權，那些使用著作物之背後的內部關係根本沒有辦法呈現在網站上，讓網路資訊儲存服務提供者得以逐一去審查<sup>303</sup>。綜觀而言，安全港在立法目的以及字義上從來沒有僅給予狹義的免責通道<sup>304</sup>，它給予之免責通道是很寬廣的，此不僅符合安全港條款設置之目的「促進數位時代電子商務以及通訊之健全發展以及全球性擴展」；本文更認為，為了給予網路資訊儲存服務提供者更寬廣之空間去操作網站，且避免產生寒蟬效應（在動輒得咎之下，網路服務提供者很可能必須要逐一以人工去檢查上傳內容，或者二話不說的直接移除懷疑之內容，使之得以免責而不至於被著作權人煩擾甚或是提起告訴）

---

<sup>301</sup> UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 665 F. Supp. 2d 1099, 1111 (C.D. Cal. 2009). (citing S. Rep. No. 105-190, at 1-2 (1998)); See H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 21 (1998).

<sup>302</sup> *Id.* at 1110.

<sup>303</sup> Lee, *supra* note 2, at 258-59.

<sup>304</sup> Jonathan Band & Matthew Schruers, *Safe Harbors Against the Liability Hurricane: The Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act*, 20 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 295, 315-16 (2002).

<sup>305</sup>，紅旗警示在實際面的操作上就必須謹慎且解釋上不過於廣義，亦即我們需要的是一個狹義的紅旗警示，此恰是目前美國聯邦法院實務所提供之方向。

## 6.3 安全港與間接侵權之關聯<sup>306</sup>

### 6.3.1 間接侵權概念

間接侵權責任之類型並非直接由美國國會透過制定著作權法而規制出來，而是藉由美國各級法院實務經驗不斷累積所形成之判例法，然而在不同之個案間、甚至是不同的巡迴法院之間，其判斷標準皆略有差異，但是主要之核心概念以及要件並不會偏差太遠。雖然本文在前述章節已經論述過三種間接責任之要件，但為方便於本段中論述，再次簡介美國聯邦法院所創造以及承認之三種間接責任類型如下：(1) 代理侵權責任 (vicarious liability) 源自於僱用人責任 (doctrine of respondent superior)，亦即僱用人需為受僱人之行為負責，於著作權法中則是由 Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.一案中發展而來，其主要之要件為該第三人具有監督控制直接侵權人之能力，且該第三人因該直接侵權而受有利益。(2) 輔助侵權責任 (contributory liability) 是由企業責任 (enterprise liability) 發展而來<sup>307</sup>，逐漸的發展到著作權上則是由 Gershwin Publ'g Co. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.一案所奠基，其要件為二，分別是明知或可得而知直接侵權活動，以及對於該活動有實質貢獻。(3) 故意誘引侵權 (intentional inducement) 則是近來由 Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.一案所發展出來之原則，其要件為第三人明確之表達促進侵權或有其他促進侵權之積極行為。

延續本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案，上述三種間接責任對於本案原告 Viacom 而言，主要指控之內容為代理侵權責任以及輔助侵權責任，因為基本上 Viacom 並無就故意誘引侵權責任作為控訴 YouTube 之主要依據，當然重要的是 YouTube 似乎實際上並無做任何促進侵權之積極行為，故原告

---

<sup>305</sup> Religious Tech. Ctr. v. Netcom Online Comm'n. Serv., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1377-78 (N.D. Cal. 1995).

<sup>306</sup> 本文僅針對兩者之關聯做重點闡述，欲詳細瞭解輔助侵權與代理侵權責任之要件，請參見馮震宇、胡心蘭，從間接侵權責任論著作權法 P2P 責任立法之商榷，月旦法學雜誌，第 151 期，頁 203-218 (2007)。

<sup>307</sup> Cattleya M. Concepcion, *Beyond the Lens of Lenz: Looking to Protect Fair Use During the Safe Harbor Process Under the DMCA*, 18 GEO. MASON L. REV. 219, 222 (2010).

Viacom 在訴訟上很難找到控訴 YouTube 故意誘引侵權之著力點去論述。

然而，在本案中故意誘引侵權責任未被討論，並不代表在其他案件中不會被討論，在未來其他的網路資訊儲存服務提供者，仍有可能被控訴故意誘引侵權責任而成為攻防重點，甚至 YouTube 自己也無法排除在未來就故意誘引侵權責任部分被 Viacom 作為攻擊重心，因此，本文在討論安全港與間接侵權責任之關係時，仍然將故意誘引侵權責任一併討論之。

### 6.3.2 輔助侵權

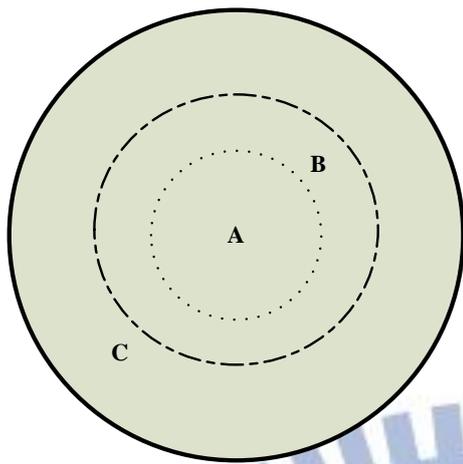
美國 Goldstein 教授認為輔助侵權責任之成立要件上，被告即第三人「僅」須知道直接侵權者之活動，並不須實際知悉進行中的活動確實侵害著作權<sup>308</sup>，如此解釋下之結果即與安全港中實際知悉與紅旗警示之標準顯然寬嚴不同。是以，本文認為，「輔助侵權」（構成侵權責任）與「安全港」（脫免侵權責任）之範圍會因為上述紅旗警示之廣狹而產生不同互動，採取紅旗警示較狹義的解釋時，則會使得成立輔助侵權之 ISP 仍有較大的可能得落入安全港以免責；相反的，紅旗警示如採取較廣義之解釋，則會使得成立輔助侵權之 ISP 落入安全港之可能性減少。因此我們可以得出結論，安全港之紅旗警示條款與「輔助侵權是否最終確定成立責任」之間，是呈現一種對於 ISP 之間接侵權責任成立上「互為消長的關係」。惟有論者持不同見解，認為法院應該以安全港之取徑使輔助侵權責任之知悉標準提高<sup>309</sup>，而使負責與免責兩者判斷結果一致，本文認為亦不失為一處理辦法。

同樣的回到 YouTube 一案之討論中，即可發現法院亦採取較狹義之紅旗警示，是以在 YouTube 於本案中是有可能被認定「可得而知」而構成輔助侵權之情況，卻仍然符合安全港條款而得以免除輔助侵權之責任。

本文認為，就安全港中實際知悉、安全中紅旗警示以及輔助侵權責任三者而言，其「主觀上」之標準約可由下方之圖表三表示：

<sup>308</sup> PAUL GOLDSTEIN, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT §8.1, at 8:9 n.1 (3d ed. 2008).

<sup>309</sup> R. Anthony Reese, *The Relationship Between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 427, 443 (2009).



圖表 3 安全港中實際知悉、紅旗警示、輔助侵權責任三者主觀上之互動圓餅圖

三者間主觀上要求之廣狹關係即如上圖所示，A 之部分是為安全港§512(c)中要求之要件—「實際知悉」，B 之部分是為安全港§512(c)中要求之要件—「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」，C 之部分則是為輔助侵權責任之「明知或可得而知直接侵權活動」。從上述之論述可以知道，當安全港紅旗警示「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」採取廣義定義時，B 之範圍「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」即會越大，這會使得符合 C 部分之輔助侵權責任者，難以據紅旗警示為免責；當安全港紅旗警示「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」採取狹義定義時，B 之範圍「察覺有侵權活動明顯的事實與情形」即會越小，這會使得符合 C 部分之輔助侵權責任者，較容易依據紅旗警示而為免責。

因此從上述原圖之排列來看，即可看出紅旗警示之廣狹範圍，確實會實際影響到輔助侵權責任最後成立與否之判斷。基於網路資訊儲存服務提供者之特性，以及數位千禧年著作權法案安全港「通知取下」機制之立法目的，網路資訊儲存服務提供者對於其使用者上傳特定之侵權片段，並不適合亦不應該負擔太多之責任，尤其是主動之調查義務更不應該使網路資訊儲存服務提供者負擔。是以，如何讓輔助侵權責任之範圍在適用於此種網路使用者上傳的網路空間時，能夠有更大的免責空間、較小之責任構成，是基於網路架構與網路效應下之必然思考方向。

在此方針下，會有三個可能的面向，首先是如上述美國學者所述的，限縮輔助侵權之「明知或可得而知直接侵權活動」的範圍<sup>310</sup>，而使負責與免責兩者判斷

<sup>310</sup> *Id.*

結果一致，然而，如此之作法縱然可以限縮網路資訊儲存服務提供者之負責範圍，但是亦有可能隨之而來的，是相應的紅旗警示之免責範圍亦變得狹小，而使得縮小網路儲存服務提供者責任範圍之原先構想未獲至完全之實現；並且在「明知或可得而知直接侵權活動」的範圍在實務上以及學說上都是偏向於寬認之情形下，單單藉由「明知或可得而知直接侵權活動」的範圍來限縮網路資訊儲存服務提供者之責任實非明智之舉。

第二，或可藉由輔助侵權責任之另一項要件「實質上貢獻」來限制網路資訊儲存服務業者之輔助侵權責任範圍，但基於實務上對此要件向採極為寬鬆之基準，是否得有此要件限制輔助侵權責任範圍之成立容有疑義。且在因果關係之上，實在很難認為網路資訊儲存服務提供者之平台以及技術提供，對於侵權行為之發生沒有「實質上貢獻」或「實質上幫助」，顯而易見的，Napster 一案中法院認為若無被告 Napster 所提供之支援服務，網路使用者將無法如 Napster 所聲稱般容易下載所需要之違法音樂，又在 Grokster 一案中，法院更認為提供場所或設備，即可謂為提供「實質上幫助」。以上在在顯示，以「實質上貢獻」此一要件來操作限縮責任實不可行。

最後，則是藉由擴張「非察覺有侵權活動明顯的事實與情形」，即透過紅旗警示的狹義解釋，來箝制住網路資訊儲存服務提供者輔助侵權責任之無限上綱，此種方法在輔助侵權責任兩要件皆為寬認之情形下，應較能免除網路資訊儲存服務提供者之輔助侵權責任，且對於網路自由化以及符合數位千禧年著作權法案安全港條款之立法精神來說，是最為適宜之作法。更重要的是，此種作法是有 Corbis Corp. v. Amazon.com.、Perfect 10 v. CC.Bill、UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks 以及 Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc 四個案子在背書，而具有實務上的可操作性。

當然，如果能夠最小化網路資訊儲存服務提供者之輔助侵權責任，對於整個網路架構、網路自由化、數位千禧年著作權法案安全港「通知取下」之立法目的而言，是較為符合之解釋方法。基於此，本文認為或許在將紅旗警示狹義解釋之時，亦可輔以將「明知或可得而知直接侵權活動」之部分限縮，此所指非謂輔助侵權責任不論適用到何種侵權領域都可以加以限縮，而是指在網路世界中，基於網路之特性以及安全港對網路資訊儲存服務提供者之保護目的：「促進數位時代

電子商務以及通訊之健全發展以及全球性擴展」，應該就網路服務業者，至少是就本文所探討之網路資訊儲存服務提供者，予以限縮「明知或可得而知直接侵權活動」之解釋範圍，如同採取 *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc* 一案之見解，即必須有「特定知悉」始可成立輔助侵權責任，即可謂必須知悉特定行為人之身分，以及何種特定著作物受侵害<sup>311</sup>。如此一來，在侵權責任「成立」縮小，但「免責」卻相反擴大之情形下，網路資訊儲存服務提供者可以獲致更大的保障，實際上並可加惠於廣大的網路消費者以及公共利益之實現。

### 6.3.3 代理侵權

代理侵權責任之要件如上所述，為該第三人具有監督控制直接侵權人之能力，且該第三人因該直接侵權而受有利益。顯而易見的，此於數位千禧年著作權法案安全港條款之規定中有類似之文字，即「有權利與能力控制侵權活動」，然而此兩者是有多處不同：一為法院判例法，一是法條直接規定；一為侵權責任之成立要件；一則是侵權責任免責之事由。是以，在此兩者文字之相近似程度頗高之情形下，如何運作此兩者之間的關係，或者兩者根本不存在互相影響之關係，即產生了爭議。關鍵在於，著作權法之安全港是否得以免除代理侵權責任，是繫於 §512(c)(1)(B) 之條文解釋，就此略有肯定與否定兩種見解：

(1) 否定見解：§512(c)(1)(B) 法條中之文字雖未使用「代理侵權」之字樣，但使用了 1998 年當時所了解的代理侵權責任之要件<sup>312</sup>，且其文字形式與代理侵權責任類似，而僅有些許不同。是以，理論上，代理侵權與著作權法安全港之範圍應該是一致的；操作上，假設 ISP 構成代理侵權責任，則亦會該當於 §512(c)(1)(B) 而無法依安全港條款而免責。

(2) 肯定見解：安全港法條中之文字是增加代理侵權要件以外之更多要求<sup>313</sup>，並且從文義上來看 §512(c)(1)(B) 與代理侵權之要件並不相同，且從來未有法院

---

<sup>311</sup> *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.* 443 F.2d1159, 1163 (2d Cir. 1971).

<sup>312</sup> Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH L. 101,104 n.23 (2007).

<sup>313</sup> Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833, 1883 (2000).

在判斷代理侵權時用與§512(c)(1)(B)一樣之文字<sup>314</sup>。

就上述之爭議，本文認為應以肯定見解為當，因為從法條之制訂細節以及歷史進程來看，在數位千禧年著作權法案的 Title I 反規避條款中，立法者有直接明定免除代理侵權責任<sup>315</sup>，則沒有必要在數位千禧年著作權法案的 Title II 部分，另用迂迴的方式排除輔助侵權之適用<sup>316</sup>。更重要的是，於美國國會報告中明顯指出了§512(c)得免除代理侵權責任<sup>317</sup>。此外就 ISP 所受經濟上利益之因果要求來說，此部分安全港於「非免責」之結果中就一要素中所要求的是更強的連結，即謂在侵權與經濟上獲利之間必須有「絕對的相關聯性」；但相對的，一般代理侵權責任則不須如此強之因果關係<sup>318</sup>。有論者甚至認為安全港「非免責」下直接來自於侵權者之不當經濟上所得（ill-gotten gains），應類似於不當得利（unjust enrichment）之證明<sup>319</sup>，大致上即為一較為嚴格之證明，是以不論實務與學說皆肯認安全港「非免責」狀況時，必須具有「直接從侵權活動取得經濟上利益」與「網路使用者之直接侵權」間之強烈因果聯繫，單就此點而言即可看出兩者之顯著不同。

是以，本文主張安全港得以免除代理侵權責任，回到 YouTube 一案中之地院之見解，即可得到一致之結論；尤其是第二巡迴上訴法院特別強調，「有權利與能力控制侵權活動」之部分，必須與代理侵權脫鉤判斷，且必須比構成代理侵權之寬鬆認定基準（即僅須得以取下或阻擋侵權片段），更多的控制程度始可符合，「有權利與能力控制侵權活動」，亦可證實肯定見解之正確。YouTube 身為一個網路資訊儲存服務提供者，不可能免費的經營一個網站，它必須要有自己獲利之管道，而 YouTube 因為營運的擴大、瀏覽人數之增加，會有許多其他廠商或個人希望藉由 YouTube 來廣告它的服務或商品，商機應然而生。當然如果在合法影音片段被使用者瀏覽之前，去播放受委託之廣告而收取費用，當然是正當且適法之營運行為，要無任何構成著作權間接侵權責任之可能；然而，YouTube 上之影片可能如同

---

<sup>314</sup> Lee, *supra* note 2, at 241-42. 其指出安全港之文字是用「receive」，而一般侵權原則多用「having」，並且「attributable」字樣不曾用在代理侵權中。

<sup>315</sup> Digital Millennium Copyright Act of 1998, 17 U.S.C. § 1201(c)(2) (2000).

<sup>316</sup> Lee, *supra* note 2, at 243.

<sup>317</sup> H.R. Rep. No. 105-551, pt. 2, at 53 (1998). –

"Subsection (c) limits liability of qualifying service providers for claims of direct, vicarious and contributory infringement..."

<sup>318</sup> MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT §12B.04 [A][2][b] (2008).

<sup>319</sup> Lee, *supra* note 2, at 246.

Viacom 所述的有一定比例皆為侵權之影片<sup>320</sup>，如由該侵權之影片播放以收取廣告費用，則可能會被認定構成著作權之代理侵權間接責任。

因此，如同本文於輔助侵權責任採取狹義解釋之目的的一樣，在網路世界中，基於網路之特性以及安全港對網路資訊儲存服務提供者之保護目的「促進數位時代電子商務以及通訊之健全發展以及全球性擴展」，應該就網路服務提供者，至少是就本文所探討之網路資訊儲存服務提供者，在§512(c)(1)(B)解讀採取上述肯定說為適當，在肯定說的運用與解釋下，則廣告收入應被認定為並非與侵權片段之上傳有強烈之因果關係或有絕對之關聯性，故當然符合§512(c)(1)(B)之規定，仍可適用數位千禧年著作權法案安全港條款而免除代理侵權責任。

#### 6.3.4 誘引侵權責任

誘引侵權責任 (inducement liability) 始於MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd一案，在Grokster此案之前，間接侵權責任僅有輔助侵權責任以及代理侵權責任得以主張。2005年，MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd一案中美國聯邦最高法院提出了這個全新的第三人間接侵權責任－誘引侵權責任：認為被告以促進侵權使用之目的 (object of promoting its use to infringe copyright)，並藉由明確的表達 (clear expression) 或其他積極措施 (other affirmative steps) 而去散佈其「點對點傳輸」(P2P) 之裝置，應構成間接侵權責任，即必須為利用此裝置之直接侵權行為負責<sup>321</sup>。

除了上述奠基誘引侵權責任之MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd一案外，在本文之中心案例Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc一案之前，針對誘引侵權責任尚有Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung此一同樣關於「點對點傳輸」(P2P) 之案例。本案於2009年在聯邦加州中區地方法院起訴，原告方是一群著作權人，他們針對被告Gary Fung架設、主導數個可以讓使用者運用BitTorrent去作點對點傳輸之網站，而認為Fung構成誘引侵權責任。地院准許了原告之即決判決聲請，而判定其構成誘引侵權責任，因為被告Fung有誘引瀏覽其網站之使用者去作出直接侵害著作權之行為，被告就瀏覽其網站之人連結到存有侵權活動之處有所指引。當然，

---

<sup>320</sup> Decl. of Hohengarten P205-07 [Viacom, 718 F. Supp. 2d 514] (referencing Ex. 193, GOO001-00507535, at GOO001-00507539).

<sup>321</sup> See MGM Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, 936-37 (2005).

正因為准許了原告之即決判決聲請，相反的地院當然拒絕了被告之適用數位千禧年著作權法案安全港條款§512(d)的即決判決聲請<sup>322</sup>。基於上述兩個前案之概念，回到本文中心案例Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc一案，其中Viacom試著要讓YouTube管制上傳影片以及網站經營之行為，與「點對點傳輸」(P2P)之技術相為比較後聯想在一起，進而主張他們應該負著作權侵害之間接侵權責任，然而最後Viacom的企圖仍然宣告失敗，法院認為本案網路使用者上傳之特性，與Grokster案之本質上並不相同<sup>323</sup>，故YouTube最終免於間接侵權責任的承擔。

介紹完上述兩個針對誘引侵權的案例後，本文接下來要處理的是，究竟誘引侵權責任構成後，網路資訊儲存服務提供者是否仍得以適用數位千禧年著作權法案之安全港條款而主張免責？

基本上，在MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd一案中，聯邦最高法院根本沒有提到數位千禧年著作權法案<sup>324</sup>，是以對於網路資訊儲存服務提供者構成誘引侵權責任之時，仍否得以適用安全港條款免責一事，等於是沒有處理。但另一方面，在Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung一案中，法院表示如果第三人構成誘引侵權責任，則很清楚的即不能適用§512之安全港條款而主張免責。法院認為誘引侵權責任與安全港條款有其本質上之內在衝突(inherently contradictory)，誘引侵權責任是基於「積極惡意」(active bad faith)之促進侵權行為所形成之間接侵權責任；安全港條款則是基於「消極善意」(passive good faith)之行為去經營合法之網站<sup>325</sup>，本質上由於其主觀面向之不同，即不可能產生重疊適用之空間。是以，當形成誘引侵權責任之時，數位千禧年著作權法案之安全港條款即不可能適用。

惟本文認為上述Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung一案之看法是有問題的。有論者即提出，首先，如果採取Fung一案之見解，則所有針對網路服務提供者之著作權間接侵權責任的案子，在訴訟中原告皆可以用主張被告構成誘引侵權責任，進而使得被告無法適用安全港條款而茲以抗辯<sup>326</sup>；亦即一旦原告可以證明

---

<sup>322</sup> Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung, No. CV 06-5578 SVW(JCx), 2009 WL 6355911 (C.D. Cal. Dec. 21, 2009). 在本案中，正因為法院准許原告之即決判決而認定構成誘引侵權責任，所以法院沒有再去審酌原告所提出之被告構成輔助侵權責任以及代理侵權責任之控訴。

<sup>323</sup> Viacom v. Youtube, 718 F.Supp.2d 514, 525 (S.D.N.Y.2010).

<sup>324</sup> Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

<sup>325</sup> Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung, No. CV 06-5578 SVW(JCx), 2009 WL 6355911, 18 (C.D. Cal. Dec. 21, 2009).

<sup>326</sup> R. Anthony Reese, *The Relationship Between The ISP Safe Harbors and Liability for Inducement*,

被告即網路資訊儲存服務提供者構成誘引侵權責任，則縱然被告符合數位千禧年著作權法案安全港條款之條文規定，被告仍難以免責。這樣全面限制網路服務提供者主張安全港條款的情況，在法院寬鬆認定誘引侵權責任之成立要件時，將會益發嚴重。

次則，讓我們回到誘引侵權產生之歷史背景來看，基本上誘引侵權責任是源自於1971年之Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.一案中間接侵權責任之經典，即輔助侵權責任（contributory infringement doctrine）<sup>327</sup>，然後在多年後藉由MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd一案奠定出基本的誘引侵權責任原則；換言之，誘引侵權責任可以算是輔助侵權責任之分支或者後裔。而2009年Fung一案之問題點在於，如果誘引侵權責任確實是源於輔助侵權責任，則回到Grokster一案中，其實法院是認為該種應負輔助侵權責任之軟體或裝置（device），並非僅具有侵權用途，它可能同時擁有實質非侵權之使用目的<sup>328</sup>，而有認定無故意之可能。既然如此，推導到其分支的誘引侵權責任，是否真的出於積極惡意（active bad faith）容有疑義，至少很多時候裝置並非僅有侵權用途與目的的，本文以為，在此應該落入Fung一案中所謂「消極善意」的範疇，網路資訊儲存服務提供者得以有適用安全港之資格，進而可以就個案再進一步去探究是否符合數位千禧年著作權法案安全港條款之規定。

再者，誘引侵權責任之成立判斷上，並非當然可以解釋為以主動的惡意行為的存在為其必要條件。畢竟誘引侵權責任發展至今尚未滿十年，以Fung一案之見解斷言其成立要件似仍言之過早<sup>329</sup>。另外，Fung一案中，將被告部分行為斷定為誘引，似乎仍存在爭議的空間；譬如為什麼一個直接侵權人以外之第三人去控管它自己的網站，也會被認定為是惡意之積極行為，這似乎說不太通也不合理<sup>330</sup>。讓我們重新再去思考一下，是否構成誘引之行為，即必定是惡意而無法落入安全港條款中以主張免責？綜上所述，答案應該是否定的，這也是本文所採取之立場。

綜上，誘引侵權責任與數位千禧年著作權法案安全港條款並非二律背反或互

---

2011 STAN. TECH. L. REV. 8, 10 (2011).

<sup>327</sup> Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc., 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

<sup>328</sup> GOLDSTEIN, *supra* note 325, at § 8.1.3, at 8:18.1.

<sup>329</sup> Anthony Reese, *supra* note 326, at 16.

<sup>330</sup> *Id.* at 18.

相衝突之概念，而是如同向來之間接侵權責任，即輔助侵權責任以及代理侵權責任一般，可以在間接責任成立後適用安全港之免責約款，進而免卻其侵權責任，亦即網路資訊儲存服務提供者在構成誘引侵權責任後，仍得依安全港條款§512(c)而主張免除責任。

### 6.3.5 我國法之比較

我國法之著作權保護可區分為著作財產權以及著作人格權，其中著作財產權係指著作權人財產型態上利用之權利，是一種無體財產權，一種專有利用且獨佔而排他之權利<sup>331</sup>。網路資訊儲存服務提供者是否會如上述美國法討論一般，構成侵害上開著作財產權之間接責任？如果有，網路資訊儲存服務提供者之間接侵權責任，是否有得以對應美國上訴三種間接責任之類型，而得茲以比較、分辨其中之異同？在著作權法第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」中，其立法理由即敘明：「通知/取下」(Notice & Takedown) 機制，故為網路服務提供者進入避風港之條件之一，但並非通知後，網路服務提供者不移除即必定負有責任，縱使網路服務提供者接獲著作權人或製版權人之通知，而未依本章規定之程序處理，其責任之有無，仍須依現行民法第 28 條、第 85 條、第 188 條、著作權法第 88 條規定，於實際個案中就其「共同侵權行為」之有無加以判斷，並非當然負有民事賠償責任。是以，本文將於下述以我國民法及著作權法之規定為出發點詳細討論之：

#### 6.3.5.1 共同侵權責任

共同侵權責任分別於我國民法以及著作權法設有規定，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。又數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任，此皆由我國民法第 185 條第 1 項以及著作權法第 88 條第 1 項後段分別訂明。並且論者以為，由於著作權法第 88 條關於共同侵權之規定較為簡略，是以依據著作權法第 1 條所謂本法未規定者，適用其他法律之規定之明文，在著作權侵害之時，民法之第 185 條之規定仍有適用<sup>332</sup>。

然而，民法第 185 條第 1 項之共同侵權責任，不論共同之部分是採我國實務

<sup>331</sup> 羅明通，前揭註 141，頁 96。

<sup>332</sup> 許忠信，著作權侵害之損害賠償責任，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 156 (1994)。

之判斷標準「客觀行為關聯共同理論」，而不需意思聯絡，只需加害行為均為損害之共同原因即可；或是學說上有採之「主觀說」，而認為必須兩者間有侵害之意思聯絡<sup>333</sup>。皆無礙於此一共同侵權行為，複數行為人皆需「分別」、「獨立」構成民法第 184 條之侵權行為責任。是以，在此種共同侵權責任類型顯而易見的，是為複數「直接侵權責任」連帶負責，而非第三人之「間接侵權責任」規定，不會落入輔助侵權責任、代理侵權責任、誘引侵權責任三者任一類型，故本文在這裡略去不討論其與安全港條款是否會有衝突之互動關係。換言之，縱然構成 185 條第 1 項之共同侵權責任，由於此一責任本質上係屬「直接侵權責任」，而非上述之「間接侵權責任」，故網路資訊儲存服務提供者本可依我國著作權法合理使用規定免責，而無須考慮是否得適用安全港條款之爭議。

另外重要的是，民法第 185 條第 2 項規定：「造意人及幫助人，視為共同行為人。」其中造意人係指教唆他人使之為侵權行為之教唆人，必須惹起他人為侵權行為之決意；幫助人則係指給予他人助力，使他人易於為侵權行為之人，又此一助力包括物質以及精神上助力，並可以不作為方式為之，不過限於此幫助人有作為義務之情形。通說並認為，上述造意以及幫助兩種民事侵權類型，可以參考刑法上教唆以犯及幫助犯之要件與以探究<sup>334</sup>。基此，依據共犯從屬性原則，教唆犯及幫助犯必須要依附一個有故意之直接侵權行為<sup>335</sup>，換言之，必須有直接侵權行為人之存在始該當之。此外，尚必須存有前揭所述之造意行為、幫助行為，以及教唆與幫助之「雙重故意」<sup>336</sup>。

承上，在網路服務業者之世界中適用上開規定，並同時比較美國法之規定，即可細譯出造意侵權責任、幫助侵權責任皆略等同於美國法上之「輔助侵權責任」之結論。雖然造意侵權行為責任係一種教唆之行為，而似乎與美國法上之誘引侵權責任之「inducement」之意義類似，但是基於誘引侵權責任必須要有明確表達促進侵權之積極行為，而非單單一般性之促使直接侵權人違法的造意行為，復加著作權法業已規定等同美國之誘引侵權責任於第 87 條第 1 項第 7 款，因此本文認為，我國民法上之造意侵權責任仍較符合美國法上之「輔助侵權責任」，而非「誘引侵

<sup>333</sup> 王澤鑑，侵權行為法，頁 444-446（2009）。

<sup>334</sup> 同前註，頁 456。

<sup>335</sup> 林山田，前揭註 11，頁 105 頁。

<sup>336</sup> 即是包含教唆他人或幫助他人之故意，以即使受教唆或受幫助人之直接侵權行為既遂之故意。

權責任」。

有論者認為，倘若網路服務提供者知悉其網站上有使用者直接侵權之情形，卻不立即去調查或移除該侵權資料，則應認為對該資料之違法重製以及傳輸有幫助行為，成立幫助侵權行為而視為共同侵權行為人<sup>337</sup>。此一說法，本文認為容有討論之空間疑義。在本文上述對於美國法上誘引侵權責任以及安全港之關係討論中，結論係認為基於立法之目的與精神，雙重去限制輔助侵權責任之構成以及限縮安全港紅旗警示之範圍，是對網路資訊儲存服務提供者與網路使用者之最佳解決方案；是以，上述我國論者之見解即會造成網路資訊儲存服務提供者，在現行「通知取下」機制之下，或者在其對網站廣泛侵權存在存有一般知悉下，被認定為對於網站上之侵權行為存在有所知悉，而形成與美國法輔助侵權責任「明知或可得而知」一樣廣大的侵權範圍，這不是本文所樂見的，故應予以限縮為是。

另有論者認為，應以下述三要素作為網路資訊儲存服務提供者移除義務有無之判斷：(1)提供之服務有致生損害之可能；(2)對其服務有事實管理能力；(3)應採取之措施是屬期待可能性之範圍<sup>338</sup>。本文認為這是較為可採之見解，亦符合本文上述就美國法上輔助侵權責任與安全港條款紅旗警示之限縮解釋。

最後，回歸到本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中之法院見解，即網路資訊儲存服務提供者並不負有積極之搜尋義務，在此見解下，有兩個思考方向可以去限縮幫助侵權責任之範圍：第一，認為廣泛之侵權活動散佈於網站上並不會使網路服務提供者符合「明知或可得而知」此一要件，進而去限縮知悉之範圍；第二，則是參考上述論者之第(3)點要素，使得廣泛之侵權活動散佈於網站上之情形，並非網路資訊儲存服務提供者之期待可能性範圍，是以網路資訊儲存服務提供者無須負有移除義務，故其不移除之「不作為」，亦不該當於民法之幫助侵權責任。

除幫助侵權責任外，本文認為造意侵權責任之部分，應然面上須從教唆故意此一面向去作限縮，認為網路資訊儲存服務提供者之教唆故意得以成立之範圍是較小的，如此始能符合立法使網路服務提供者責任限縮之立法目的；實然面上，

---

<sup>337</sup> 黃嘉珍，ISP 網路上之著作權法責任，通訊雜誌，第 44 期，頁 45（1997）。

<sup>338</sup> 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，第 173 期，2009 年 10 月，頁 37。

我們也知道網路服務提供者多半皆只是合法的操作其網站，甚少有構成教唆之造意行為<sup>339</sup>，況且縱使認定有造意行為，亦難以去認定會具有所謂「教唆雙重故意」，因為依據一般生活經驗推估，網路服務提供者多半僅是意在宣傳其網站，而非希冀或瞭解到會有直接侵權行為既遂之情形發生，故主觀上多不具有教唆既遂之故意，而不該當造意侵權責任。

#### 6.3.5.2 引誘侵權責任

著作權法在 2007 年增訂 87 條第 1 項第 7 款之規定：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，除本法另有規定外，視為侵害著作權或製版權；並於同條第 2 項規定：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。

上述法條雖然是否為直接侵權責任或間接侵權責任未具體說明，但在立法理由中則言明是參考美國最高法院 *Grokster* 案判決所制定，故應當認為其為一間接侵權責任之類型，不過從文義上觀之，似非不得有解釋成直接侵權責任之空間。次則，網路資訊儲存服務提供者所提供之服務，譬如 YouTube 所提供之影音片段上傳並分享之服務，是否該當於「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」，非無疑問。種種不明確之定義，無怪乎此條立法後造成論者之議論不斷<sup>340</sup>。

故暫先將網路資訊儲存服務提供者之服務提供認定符合該條文之「其他技術」，以及解釋為間接侵權責任之前提下，本文認為，著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之規制，似乎較接近於美國法上之代理侵權責任；同條第 2 項則較為近似於美國法上之誘引侵權責任。

美國法上代理侵權責任係以該第三人具有監督控制直接侵權人之能力，及該第三人因該直接侵權而受有利益，此兩項要件作為判斷，然而著作權法第 87 條第 1

<sup>339</sup> 蔡蕙芳，著作權侵權與其刑事責任：刑法保護之迷思與反思，頁 254（2008）。

<sup>340</sup> 同前註，頁 256-258。馮震宇、胡心蘭，前揭註 306，頁 212 以下；蕭宏宜，從 DMCA 看 P2P 的法律責任問題，科技法律透析，第 20 卷第 2 期，頁 55 以下（2008）。上述論者皆有志一同之認為，新法之打擊層面過廣，可能會造成抑制網路新技術發展之問題。

項第 7 款僅要求須有「提供技術之行為」，而不須有監督控制直接侵權人之能力，將會使得網路資訊儲存服務提供者在網路資訊根本無法控管之情形下，仍需為此負擔間接侵權責任之窘境，並非本文所樂見的，同時亦逸脫了代理侵權責任應有之範圍。因此，本文認為，著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之規定實過於寬鬆，而不當使網路資訊儲存服務提供者負擔非必要之間接侵權責任，應予以修正。

另一方面，美國法上之誘引侵權責任係以第三人明確表達促進侵權，或有其他促進侵權之積極行為為其要件。然而反觀我國著作權法第 87 條第 2 項之規定，雖然明定有「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」此一類似美國法上誘引侵權責任之要件，惟網路服務提供者除符合上開要件外，仍必須符合同條第 1 項第 7 款「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」之要件使構成侵權，如此便增加了相對於美國誘引侵權責任外之其他要件，亦將誘引侵權責任與代理侵權責任混為一談。然而，站在本文基於立法精神與網路架構而認為應當限縮誘引侵權責任，以及成立誘引侵權責任的同時仍應得以主張數位千禧年著作權法案安全港條款免責之前提下，我國著作權法第 87 條第 2 項之規定，似乎恰巧限縮了網路資訊儲存服務提供者間接侵權責任之成立可能。是以，本文認為雖然著作權法第 87 條第 2 項之規定，非屬誘引侵權責任之典型，惟就其限制網路資訊儲存服務提供者責任之結果而言，至少限縮責任之方向性誠屬正確。

### 6.3.5.3 雇用人責任

如前所述，據著作權法就網路服務業者之民事免責事由一章之立法理由觀察，其中特別點明了民法第 188 條之規定：受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。而就「因執行職務」之認定，實務上多認僅需受雇人之行為與該職務於客觀上足認有關即為已足<sup>341</sup>，換言之，採取的是較為寬認的解釋方式。

然而，究其立法理由所指，應係特別指述網路資訊儲存服務提供者之員工侵權之情形，譬如 YouTube 之員工於執行職務之時，所為之違法（亦即沒有構成合

---

<sup>341</sup> 王澤鑑，侵權行為法（二）特殊侵權行為，頁 126-127（2006）。

理使用或其他阻卻違法事由)之擅自重製、傳輸非擁有著作權影音片段的行為，由於該員工是受 YouTube 支配下進行工作與行為，YouTube 身為其雇主，應當盡相當之注意義務去監督員工執行職務。又還原到最基礎之利益分配，即係「損益同歸」之概念<sup>342</sup>，既然 YouTube 以其員工來擴展他的商業利益範疇，則亦應承擔其員工擴張商業利益時所附帶造成之損害。惟此部分非本文論述之要點，故先行略之。

本文之重點在於，網路使用者、網站上直接侵權者之行為，是否會使網路資訊儲存服務提供者必須要為其負擔間接侵權責任，此種「由外部影響至內部」之間接侵權責任是否為民法第 188 條第 1 項所能涵蓋之概念？如果得以涵蓋，是否即類似於美國法上代理侵權責任之概念？就以上之問題，本文採否定之見解。畢竟我國民法第 188 條第 1 項之雇用人責任，雖不以雇用契約之成立為必要<sup>343</sup>，仍必須以直接侵權行為人為間接侵權行為人服勞務為其態樣，然而在網路服務業者與網路使用者間並不存在這樣的上下從屬關係；查網路使用者於上傳或從事資訊儲存之時，雖會有一頁面顯示相關規章或於網站下方附有相關規章，以要求網路使用者確認或使其知悉該規章之內容，而使兩者間存有成立契約之可能，惟縱然如此，網路使用者之基於其獨立意志使用網路服務之行為，亦難以解釋成，是為網路資訊儲存服務提供者提供勞務。是故，縱使民法 188 條第 1 項雇用人責任之態樣，與美國法之代理侵權責任頗為相似，亦難以套用至網路資訊儲存服務提供者責任之中。

#### 6.3.6 我國法間接責任下之安全港之運用

如前所述，較之美國法上所規制之三種間接侵權態樣，於我國民法以及著作權法中約略可見於：(1)民法第 185 條第 2 項之造意以及幫助侵權責任，略等同於美國法上之輔助侵權責任；(2)著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之「提供技術」之引誘侵權責任，略等同於代理侵權責任；(3)著作權法 87 條第 2 項之「積極促使」之引誘侵權責任，則略等同於誘引侵權責任。我國法上此三種責任態樣，正好對應

<sup>342</sup> 同上註，頁 110-117。

<sup>343</sup> 此可觀最高法院 88 年台上字 2618 號判決：「惟按民法第一百八十八條第一項規定僱用人之連帶賠償責任，係為保護被害人，避免被害人對受僱人請求賠償，有名無實而設。故此之所謂受僱人，並不以事實上有僱傭契約者為限，凡客觀上被他人使用，為之服勞務而受其監督者，均屬受僱人。換言之，依一般社會觀念，若其人確有被他人使用，為之服勞務而受其監督之客觀事實存在，即應認其人為該他人之受僱人。」

於美國三種間接侵權責任之態樣，故美國法上的學術實務分析，恰巧可作為我國法上適用之借鏡。

在比較法之參考上，首先必須要確認的是，上述三種我國法上之間接侵權責任縱使成立，網路資訊儲存服務提供者亦得以適用我國著作權法第 90 之 7 條安全港條款免責事由。其中特別要強調的是，著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之「提供技術」之引誘侵權責任，雖然其構成要件規定有「而受有利益」此一要素，形式上觀之與安全港條款，亦即同法第 90 之 7 條第 2 款中，「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」此一要素似乎相衝突，惟觀諸本文前述對於美國法上代理侵權責任與數位千禧年著作權法案之安全港條款衝突採取否定說之理由與結論，承襲美國法之我國著作權法第 90 之 7 條之規定，自同樣不會因為第 2 款中之「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」之要件，而無法適用於著作權法第 87 條第 1 項第 7 款所規定「提供技術」之引誘侵權責任。換言之，即便網路資訊儲存服務業者構成著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之侵權責任，仍有主張同法第 90 之 7 條之安全港規定而免責之可能。

再者，著作權法第 87 條第 2 項「積極促使」之引誘侵權責任，大略如同美國法上之誘引侵權責任，惟較之美國法卻加諸了一些更多的要件，但無論如何不會有誘引侵權責任是基於「積極惡意」之促進侵權行為所形成之間接侵權責任，而安全港條款則以「消極善意」為要件，進而認此二者無法同時適用之問題。畢竟在我國著作權法 87 條之立法理由中已明示，係參考美國 *Grokster* 一案，而 *Grokster* 一案並未否認 *Sony* 一案中所揭示之源自於美國專利法 §271 (c) 之「主要商品原則」，所建立之「實質非侵害用途理論」<sup>344</sup>，是以，本文認為，著作權法第 87 條第 2 項「積極促使」之引誘侵權責任，與美國法上誘引侵權責任一般，不會有「積極惡意」之問題，仍能適用同法第 90 之 7 條之安全港規定而主張免責無疑。

末者，民法第 185 條第 2 項之造意、幫助侵權責任形同美國法上之輔助侵權責

---

<sup>344</sup> See *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 435 (1984). 其原意在於保留技術的創新及商業活動保留了發展空間，使有實質上非侵害能力商品，不會因其提供者單單僅知悉商品被用於或可能被用於侵害用途，便被推論為有侵害的意圖而須負間接侵權責任。「Conversely, the doctrine absolves the equivocal conduct of selling an item with substantial lawful as well as unlawful uses, and limits liability to instances of more acute fault than the mere understanding that some of one's products will be misused. It leaves breathing room for innovation and a vigorous commerce.」See *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 932-933 (2005).

任，安全港之紅旗警示條款與「輔助侵權是否最終確定成立責任」之間，是呈現一種對於網路服務提供者間接侵權責任成立上「互為消長的關係」，但在我國目前並無紅旗警示規定於著作權法第90之7條之情形下，僅憑藉「不知情」判斷，安全港之範圍在法院判決理由中很有可能被限縮適用，是以為了符合網路服務提供者之民事免責事由專章之制定目的與精神，並迎合網路之基礎架構及鞏固網路使用者之權益，應盡量減縮民法第185條第2項之造意以及幫助侵權責任之範圍，誠如本文上面之討論，網路資訊儲存服務業者並不會因為單單知悉侵權活動而不移除（不作為），即構成民法第185條第2項之造意以及幫助侵權責任。



## 七、過濾機制的問題

### 1.1 代碼

#### 7.1.1 概念

所謂「代碼」(Code)，在原本使用此一單字之資訊領域中，其代表的是一種「程式碼」，程式碼又分成兩種，分別是原始碼 (source code) 以及目的碼 (object code)。原始碼是一種相較於目的碼而言，較能受人類直接了解之程式碼，它是由一連串隱密但又明顯指出動作之字串所構成，譬如 C++、Javascript、HTML 皆為原始碼之一種。然而電腦並無法直接判讀原始碼，因為基本上電腦並無法瞭解英文之文法邏輯，但原始碼卻是由一連串類似英文，但卻又有自己文法的語言所構成。有鑑於電腦僅能理解「開」(on) 與「關」(off)，為了讓電腦可以運作，我們必須藉由一些編譯程序，把原始碼轉化成目的碼，也就是轉變成一連串由 0 或者 1 所構成的數字組合，並於其中以 0 代表「關」而 1 代表「開」<sup>345</sup>。

上述是電腦代碼的基本架構與運作原則，然而在本文所聚焦之網路 (Internet) 部分，是藉由什麼樣的代碼架構與運作？基本上，網路之代碼是藉由一組協定來加以定義的，此統稱為「TCP/IP」，它的標準模型是開放式的互連 (OSI)，且其會有數個網路層，每一層代表了數據在網路應用系統間傳輸時所需要履行的一種功能。一般來說，絕大多數對於 TCP/IP 之描述是 3 到 5 個功能層<sup>346</sup>，但簡化而言，其可以分成 4 個主要功能層，即數據連結層、網路層、傳輸層與應用層。數據連結層、網路層、傳輸層是網路之必要通道，數據連結層負責本地網路之交換，其處理之協議很少；網路層則由 IP 協議所控制，負責在主機間與網路間路由數據，確定傳輸之路徑；傳輸層則是由兩個協議來制定，包含 TCP 以及 UDP<sup>347</sup>，負責協調兩個網路伺服器之間的數據流。應用層是網路之最頂端，其裡面處理的就是一般我們所熟知的各種協議，譬如 FTP (傳送文件)、SMTP (傳送郵件)、HTTP (超

---

<sup>345</sup> SCHECHTER & THOMAS, *supra* note 5, at 43-44.

<sup>346</sup> See CRAIG HUNT, TCP/IP: NETWORK ADMINISTRATION 1-22 (Sebastopol, Calif.: O'Reilly and Associates, 1997); See also PETE LOSHIN, TCP/IP: CLEARLY EXPLAINED 13-17 (Morgan Kaufmann, 4 ed. 2003).

<sup>347</sup> TCP 與 UDP 兩者之區別在於，UDP 沒有可靠性之保障，一般常使用的是 TCP 協議。See LESSIG; *supra* note 8, at 144.

連結)，這都是散佈於世界各個角落中之個人電腦互相溝通之交互規則。有論者形容，這就像一個不斷包裝以及標籤的傳輸過程，從一端電腦依序經由應用層、傳輸層、網路層以及數據連結層，一層一層皆覆蓋上一個虛擬的標籤，並放入一個虛擬的盒子裡面，到了另一端，再一層一層的拆解其包裝，回復到最原始的數據<sup>348</sup>。

### 7.1.2 東西岸代碼

上述是代碼在個人電腦以及網路上應有的意義，然而論者很巧妙的將這個代碼的意義衍生，將代碼區分為「東岸代碼」以及「西岸代碼」。東岸代碼就是美國國會所頒布的一連串的法典，用文字來規制這個世界應該如何運作，這些代碼的產生主要位於美國東海岸的華盛頓特區內，故稱之為「東岸代碼」；西岸代碼則是植入於軟硬體中，使電腦、網路運作之指令，這些代碼的規制方式如本文上述，而此種代碼的創造處多在於美國西海岸的矽谷一帶，所以相對的稱之為「西岸代碼」<sup>349</sup>。西岸代碼與東岸代碼之組成結構是完全不同的，西岸代碼基本上之目的就是終端與終端間的互通有無，其本質上就是無法做中間的規制，然而東岸代碼卻不同，其文字本身本即存在著無數的規制目的。

一開始，這東西兩組代碼是和平共處且自行運作的，但是隨著西岸代碼的商品化，在商業利益的介入之下，東岸代碼開始把其控制手足延伸到西岸代碼之上，這正是網路目前所面臨到的問題<sup>350</sup>，譬如近來 SOPA 法案之提出，便是希冀透過法律來進一步控制網路上之代碼，在網路架構上補充代碼，並將統一之規制結構引入網路之中。

讓我們回顧一下最初始的網路代碼之基礎架構，並反觀現今東岸代碼之價值凌駕並貫徹於西岸代碼之上的情形，然後提出一個疑問，這對於網路資訊儲存服務提供者之免責事由是否會有影響？本文認為答案當然是肯定的。假設今日國會規定網路服務提供者必須要積極的去搜尋或調查網站上之直接侵權行為，始得以數位千禧年著作權法案之安全港條款主張免責，這會使得網路資訊儲存服務提供者，例如 YouTube，必須要設置一個本來網路代碼中並不存在的架構，亦即一個積極性、全面性的調查著作權侵害的代碼程式，否則即難以免責。這正是在加重網

---

<sup>348</sup> *Id.* at 144-145.

<sup>349</sup> *Id.* at 72.

<sup>350</sup> *Id.* at 73.

路資訊儲存服務提供者之責任，而與原本的數位千禧年著作權法案安全港條款之目的、網路之開放式架構完全背道而馳。

### 7.1.3 代碼即是法律

除了透過東岸代碼去影響西岸代碼以外，著作權人團體，或者是意圖管制網路之政府，可以藉由另外一種方式為之，亦即藉由向法院提起訴訟，試圖去影響法院對於法條之解釋，讓東岸代碼透過法院之力量貫徹到西岸代碼之上。此外，更便捷且更有效之方式，也許是網路服務提供者透過許多非訟之方式，與其之眼中釘，特別是針對網路資訊儲存服務提供者，要求其支付巨額之賠償，或者透過強大商業體制施加壓力，而強制要求就其利潤分一杯羹。本文認為，這種做法美其名是「利益共享」，實際上卻是以左手控訴其是剽竊工具之時，又同時伸出右手將此剽竊工具做為自己的搖錢樹。然而有問題的是，這樣的情形一旦向下發展，甚至有可能會使網路上新興科技的發展窒礙難行，同時使言論自由與創新遭受箝制，然而為什麼冒著這樣大的風險，我們卻依然允許著作權人、尤其是著作權團體可以如此地擴張自己的無體財產權利，是一個值得思考的問題。

美國的 Lessig 教授即指出，在網路世界當中，「代碼 (code) 即是法律」，當著作權人所開發或喜愛之代碼一旦替代法律之規制（目前數位千禧年著作權法案之「通知取下」機制），對著作權人而言，限制即可能不復存在，因為代碼不會自己植入不利著作權人之「錯誤」<sup>351</sup>。在此之下，網路資訊儲存服務提供者的安全港條款將顯得毫無無用武之地，使用人的合理使用權利亦會遭受損傷。回到本文之中心案例中，Viacom 指控 YouTube 的過濾機制不夠有效率，並不足以完善保護著作權人，假使法院最後肯認 Viacom 之說法，而給予 YouTube 加強過濾機制之責任，則過濾機制的代碼便會使一切偏向著作權人之利益考量，而沒有合理使用、沒有創造影片的可能，最後將使得我們可能失去整個 YouTube，這個作為言論工具平台的網路閃耀之星。慶幸的是，在 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，法院並沒有採取這種做法，相反的，法院一再強調法條並無課予網路資訊儲存服務提供者監控 (monitor)、尋找 (seek out) 之義務，上傳之影片是否在著作權保護中或是一種公共財 (public domain)、是否授權 (licensing)、是否為合理使用 (fair use)，這不是現在任何植入代碼可以察覺的，如果不去區分而一味的移除「似乎」

---

<sup>351</sup> *Id.* at 185.

有問題的影片，此種「寧可錯殺一百，而不縱放一人」的代碼設計理念踐行下，則 YouTube 將徒留其名而名存實亡，成為著作權人的打手或附庸。同時，在這裡我們也看到了法院對於整個科技以及商業體制的影響，就如同 Sony 一案中對於錄放影機的影響，多數人可能不想要有一個沒有錄放影機以及 YouTube 的社會。

## 7.2 零容忍政策

更有效率的維護著作權人權利的過濾機制，形同架空了數位千禧年著作權法案的安全港條款，這是一種著作權人的「零容忍政策」；而政府受到著作權人團體的遊說下，很有可能傾向採取此種「零容忍政策」。某程度而言，數位千禧年著作權法案就是為了告發網際網路上的著作權侵權行為，但同時為了網路產業之發展，以安全港條款讓網路服務提供者得以生存並創新技術。然而，當被告負擔之訴訟費用越來越高、招致訴訟的可能性提升、著作權人要求更有效率的過濾機制時，這一切可能逸脫了數位千禧年著作權法案安全港條款之規定，而慢慢的走向零容忍之政策。關鍵在於，法院在此時扮演著重要的角色，在 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中法院踩了合理的煞車，減緩了這個走向零容忍的、著作權保護無限上綱的列車向前狂奔的腳步。

倘若植入無所不刪的過濾機制，則等於沒有了安全港的保障，雖有論者認為沒有數位千禧年著作權法案安全港條款下，而形成之網路服務提供者的絕對責任，會讓網路服務提供者反而更迅速的去反應以及阻擋著作權侵害<sup>352</sup>，或者說，將會更積極的去開發更完善的過濾機制，然而這在技術層面上卻是不可行的，因為我們根本無法以軟體取代法官，去判斷所謂的合理使用<sup>353</sup>。固然不可否認的是，在網路空間（cyberspace）中的確存在有部分網路使用者，是刻意的在從事違法的活動，這些情形讓著作權人團體千方百計希望藉由訴訟或是契約，去進行全面性的防堵，然而就像面對我們所立足的真實環境一般，我們當然可以為了殺死一些害蟲而廣泛的噴灑 DDT 藥劑，或許因此我們可以得到肥美的果實，但最後我們終

---

<sup>352</sup> See Douglas Lichtman & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 HARV. J.L. & TECH. 395 (2003); See also Susan Freiwald, *Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation*, 14 HARV. J.L. & TECH. 569 (2001).

<sup>353</sup> Lemley, *supra* note 312, at 110.

將因此而失去寶貴的綠色大地<sup>354</sup>。同樣的，如果我們用過濾機制，也就是代碼，在網路空間中佈下天羅地網，我們不只失去了合理使用的空間、安全港促進網路自由與保護網路產業的精神，最後我們也必然會失去自由文化（free culture）的環境。

另外，本文認為著作權人的零容忍政策，先不論是否有害於網路使用者之公共利益，以及侵害任何以憲法保障的權利；這個政策都並不是全然的有利於著作權人，或者更進一步的說，它不會是全然的有利於著作權的保護與發展。讓我們試想，在零容忍政策下，著作權人會想藉由東岸代碼的價值貫徹，或法院之訴訟，或商業力量壓迫以分享利益，去使自身受到其認為應當有的保護；然而另一方面，網路服務提供者處於龐大的金錢、訴訟壓力之下，可能不再願意去開發新的網路言論工具，或者根本走向關站一途<sup>355</sup>，最後受害的反而是失去更多的網路宣傳方式的著作權人。縱使網路服務提供者資金雄厚而執意開發，在零容忍政策的壓力之下，網路服務提供者根本不可能一個一個分辨得出侵權或非侵權之資訊，為了避免大量損害賠償的支出，勢必需要將所有非侵權的資訊與侵權的資訊一起阻擋掉<sup>356</sup>，而沒有人會想去使用一個阻擋掉幾乎所有資訊的網站或工具，最後還是無可避免的走向關站這一條路。

### 7.3 未倒的最後一根稻草—Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc

讓人慶幸的是，上述的關站危機似乎還沒有現實發生。YouTube 一案法院給予了網路空間一個喘息的空間，但是我們也必須要擔心一個崩壞的未來，考量 YouTube 是一個不斷滋生與創新（generative）的平台，他會帶來好的一面，同時也可能會帶來極度不好的一面，譬如有人把涉及他人的隱私的影片放到平台上，當一些嚴重之情形發生而受到媒體關注之時，政府與著作權商業團體便會開始強勢介入（透過更強烈訴訟、契約、甚或是立法等管道），植入一個無所不篩的中介代碼<sup>357</sup>，那麼 YouTube 就再也不是我們所希冀的那個不斷滋生與創新（generative）

---

<sup>354</sup> James Boyle, *Cultural Environmentalism and Beyond*, 70-SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 5, 14-15 (2007).

<sup>355</sup> Lemley, *supra* note 312, at 111.

<sup>356</sup> Mark A. Lemley & Philip J. Weiser, *Should Property or Liability Rules Govern Information?*, 85 TEX. L.REV. 783 (2007).

<sup>357</sup> See Jonathan L. Zittrain, *The Generative Internet*, 119 HARV. L. REV. 1974, 2014-21 (2006). Zittrain

的平台，而是一個言論自由受到嚴重管制的網路空間。本文認為，這是我們必須要防止的，雖然它還沒有確實發生，但當它可能轉變成安全港條款中，美國的「標準科技措施」，或是我國的「通用辨識與保護措施」時，安全港將變成不再只是網路服務提供者的免責依據，同時也是著作權人或團體借力使力管制網路之依據。

## 7.4 YouTube 的過濾機制

### 7.4.1 過去

2007年10月18日，一些著名的媒體和網路資訊儲存服務業者公司如CBS、Daily-motion、Disney、Fox Entertainment Group、Microsoft、Myspace、NBC-Universal、Veoh以及Viacom宣布他們共同投入一個全新的合作原則，其可以使網路使用者提供內容（user-generated content, UGC）持續增長、發展，卻又同時尊重智慧財產權人之權利。他們稱此原則為—「網路使用者提供內容服務原則」（The Principles for User Generated Content Services, UGC Principles），認此原則得以降低現存的緊張關係，亦即網路使用者所提供之內容可能侵權，然而網路資訊儲存服務提供者仍必須提供上傳服務之對峙緊張感<sup>358</sup>。

上開原則是這麼運作的，當網路使用者想上傳一個影音至網站，「網路使用者提供內容服務原則」建立一個過濾機制，於其篩選流程中可以決定接受或拒絕影音上傳。該篩選流程之第一步即著作權人提供三個重要之信息以供網路資訊儲存服務提供者參考：(1)著作權之參考資料（Reference Material），以使之能夠與網路使用者提供之內容作比對。(2)就網路使用者提供內容與著作物比較相似程度到達多少時始作用之指示。(3)對該著作權擁有適當之權利。如果用戶上傳的影音片段相當於著作權人之著作物參考材料，網路資訊儲存服務提供者可以使用識別技術（identification technology）停止該影音之共享，亦即非常迅速的將任何侵權之影音封鎖，而使之不出現在該網站中<sup>359</sup>。如經著作權人指定，不希望自己的著作權內容遭致封鎖分享，他可以選擇授權給上傳該侵權影片之使用者，或繼續允許該

---

教授主要是在描述不斷滋生創新的網路被介入而失去原先的創造力的危險，而本文將此概念借用到網路中的平台。

<sup>358</sup> See Brette G. Meyers, *Filtering Systems or Fair Use? A Comparative Analysis of Proposed Regulations for User-Generated Content*, 26 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 935, 943 (2009).

<sup>359</sup> *Id.* at 945.

侵權人上傳影音（譬如可能為了宣傳之目的），但要注意的是，在這種情況下，網路資訊儲存服務提供者當然可能會遵循著作權人的指示去解除封鎖，然而也有可能就其控管網站之自由裁量權下而選擇繼續封鎖該侵權影音。

明顯另人起疑的是，YouTube雖然身為全球前幾大且著名的網路資訊儲存服務提供者，但卻未加入前開「網路使用者提供內容服務原則」之陣營內。本文認為，這也許跟YouTube與Viacom的著作權官司有關，畢竟Viacom是「網路使用者提供內容服務原則」之一員，YouTube如果加入該陣營但又被Viacom提起告訴，無疑是形成左手打右手之情況，這是YouTube以及Viacom皆不樂見的利益衝突場面。巧合的是，YouTube宣稱有其自己使用的識別技術（*identification technology*）<sup>360</sup>，這個使用識別技術更特別在前開「網路使用者提供內容服務原則」公開之前幾天，由YouTube特別在其擁有者即Google的官方部落格中公諸於世<sup>361</sup>。

基本上，影音識別技術之發展對於YouTube來說是一個雙面刃，一方面，YouTube從向來缺乏影音識別技術，或相應不理之消極態度，在2007年轉變為於其網站上公開宣告使用影音識別技術的積極政策取向<sup>362</sup>，似乎應得著作權人讚許；然而，此一從無到有的歷程，便很有可能被各家著作權人或團體抓到可攻擊之處，畢竟YouTube在2007年前並沒有採取影音識別技術去對抗侵權，反而從中獲取不少之利益；此外，某一派想法會認為，像YouTube這樣的網路資訊儲存服務提供者，根本沒有義務去設置影音識別技術，YouTube宣布採用影音識別技術已經是超出它本來應該負有的義務，著作權人不應該再去苛求什麼<sup>363</sup>。

先不論上述之意見，至少，讓我們回到本文之中心案例Viacom Int’ l, Inc. v. YouTube, Inc一案來看，法院之結論是認為，YouTube使用之Audible Magic此套自動辨識並刪除侵權之軟體，不會影響YouTube是否符合著作權法安全港條款即

---

<sup>360</sup> See Posting of David King to The Official Google Blog, Latest Content ID Tool for YouTube, (Oct. 15, 2007, 14:01 EST), available at:

<http://googleblog.blogspot.com/2007/10/latest-content-id-tool-for-youtube.html>.

<sup>361</sup> See Posting of Frank Smith to Contentinople, Internet, Media Companies Announce UGC Principles, (Oct. 18, 2007, 18:15 EST), available at:

[http://www.contentinople.com/author.asp?section\\_id=431&doc\\_id=136714](http://www.contentinople.com/author.asp?section_id=431&doc_id=136714).

<sup>362</sup> YouTube to test video ID software, BBC NEWS, available at:

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6744325.stm> (last visited Dec. 21, 2011).

<sup>363</sup> See Juan Carlos Perez, Google Testing YouTube Antipiracy System, PC World, Oct. 16, 2007, available at: <http://www.pcworld.com/article/138493/article.html>; See also IO Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 65915 (N.D. Cal. Aug. 27, 2008).

§512(c)之事實。進一步細譯法院之意見，其認為YouTube根本就沒有義務去自動過濾侵權之資料，至少在§512(c)是不存在有如此的規定的，故不論YouTube是否有加裝影音識別技術（identification technology）於其網站上，都不會影響YouTube落入安全港與否之判斷。

## 7.4.2 現在

### 7.4.2.1 YouTube Audio ID & Video ID

YouTube 目前所採用的是 Audible Magic 公司所研發的技術，美國大型網路社群網站 MySpace 也是採用該公司的技術<sup>364</sup>。該影音辨識技術如何運作，YouTube 之官方網站上有所說明，著作權人或版權人會向 YouTube 提供所擁有內容的參考檔案（純音訊檔案或影片檔案）、描述該內容的中繼資料，以及使用者找到相符內容時 YouTube 接續必須遵循的指示。YouTube 會將上傳至其網站上之影片，與那些參考檔案進行比較，Audible Magic 的技術能自動識別上傳的內容，並套用著作權人或版權人所偏好的指示行動，其大致上有三種選擇：獲利、追蹤或封鎖<sup>365</sup>。

### 7.4.2.2 Megaupload 事件<sup>366</sup>

Megaupload 此一網站，是由 Kim Dotcom（為德國、芬蘭雙重國籍）所設立，其總部設於香港，是一標準的網路資訊儲存服務提供者，網路使用者可以上載其檔案到網路硬碟中，並由有需求的其他網路使用者下載至個人電腦內。

在 2011 年 12 月之時，Megaupload 發表了一首歌曲名為 Mega Song 的歌曲，歌曲是由主流的流行音樂人 Printz Board 所製作，其錄製的藝人包括 P Diddy、Will.i.am、Alicia Keys、Kanye West、Snoop Dogg、Chris Brown、The Game 與 Mary J Blige 等線上知名歌手，這些歌手皆讚揚 Megaupload 且為此一網路儲存空間服務（cyberlocker service）背書。一直以來，美國電影協會（Motion Picture Association

---

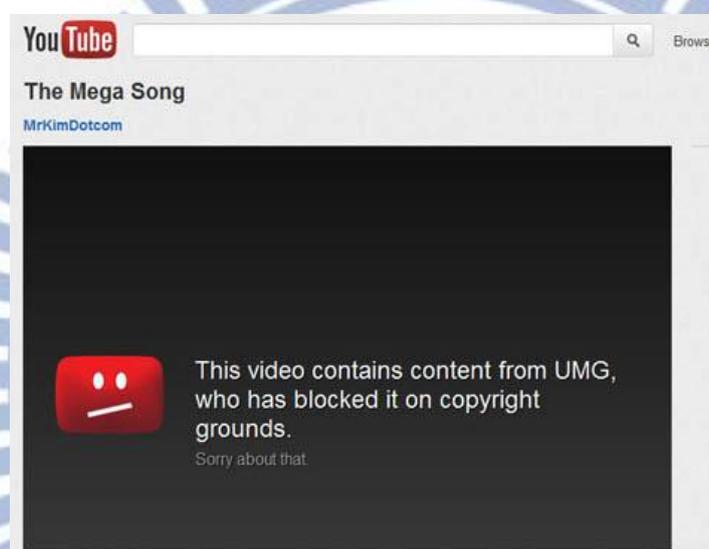
<sup>364</sup> MySpace Home Page, available at: <http://www.myspace.com> (last visited Dec. 21, 2011). 就此部分技術部分，Myspace 與 YouTube 不同的是，其是採用 UGC Principles 之架構。

<sup>365</sup> 版權中心內容識別-YouTube Audio ID & YouTube Video ID 封鎖、獲利或追蹤影片收看數據—全部自動化，一切免費，YouTube 網站：<http://www.youtube.com/t/contentid>（最後點閱時間：2012 年 4 月 1 日）。

<sup>366</sup> See TorrentFreak, Universal Censors Megaupload Song, Gets Branded a “Rogue Label”, <http://torrentfreak.com/universal-censors-megaupload-song-gets-branded-a-rogue-label-111210/> (last visited Mar. 21, 2012).

of America, MPAA)、美國唱片業協會(Recording Industry Association of America, RIAA)等著作權團體,皆指責 Megaupload 提供免費上傳、下載服務,是網路盜版的溫床,並用「流氓網站」來形容 Megaupload。現在,發生了 MPAA、RIAA 所最害怕的事情,也就是 RIAA 他們自己的紅牌藝人跑出來在公開領域支持 Megaupload 所提供的網路儲存空間服務,而且是透過共同創作一首流行歌曲。

歌曲透過 Twitter 的傳播馬上引起了熱烈討論,但就在熱潮持續中,忽然網路使用者皆無法繼續在 YouTube 上聽取 Mega Song,換言之,網路使用者連接到該歌曲之時,其網頁皆會自懂轉接出下面的圖示:



圖表 4 YouTube 網站上影音被移除之顯示說明<sup>367</sup>

對此, Megaupload 宣稱「環球唱片」(Universal Music Group, UMG)向 YouTube 送出了侵害著作權之取下通知。然而 Mega Song 根本就不是 UMG 所有的版權歌曲,但 UMG 卻如此恣意的、如盜匪一般的寄出不合法且不合理的通知,此根本違反事理之平。Megaupload 更宣稱,他們與每一個參予此歌曲創作的藝人,皆有簽下合約,在法律程序上完全合法,故對於 UMG 此種惡意的行為, Megaupload 將保留法律追訴權,但 Megaupload 更樂意接受 UMG 的誠摯道歉。

在 Megaupload 向記者說明不久之後,傳出了對於 Megaupload 有利之好消息,

<sup>367</sup> See Universal Censors Megaupload Song, Gets Branded a “Rogue Label”, available at: <http://torrentfreak.com/universal-censors-megaupload-song-gets-branded-a-rogue-label-111210/> (last visited Mar. 20, 2012).

Mega Song 又重新可以在 YouTube 上點播，因為 YouTube 接受了 Megaupload 所提出的「取下異議」(takedown dispute)。然而，Mega Song 又在幾秒後馬上再次被阻擋 (block)，因為 UMG 再次發出侵權通知給 YouTube，並且更進一步的，YouTube 的自動過濾機制立即警告 Megaupload 在 YouTube 帳號的多次侵權行為，如果仍持續如此，YouTube 很有可能因為重複侵權 (repeat infringement) 而停止該帳號之使用。

EEF 智財部部長 Corynne McSherry 認為，上述此種情形早已在 YouTube 世界裡屢見不鮮，這正是另外一個在現行法令下，濫用「取下機制」(takedown abuse) 的例子。如果現在的著作權人或著作權團體無法合理的去運用目前的取下機制，那再給予他們新的工具，或者說是武器，去阻擋網路上的影音傳播，勢必會使網路言論以及創意窒息。正因為如此，國會應該拒絕網路黑名單法案 (Internet Blacklist Bills)，也就是「禁止網路盜版法案」(Stop Online Piracy Act, SOPA) 與「保護知識產權法案」(PIPA) 的誕生。

Public Knowledge 的副法務長 Sherwin Siy 認為，著作權人此種強大的阻擋力量，在 SOPA 通過之後，將會變得更加巨大。更糟糕的是，UMG 或者其他著作權團體，正在試圖推動 SOPA 法案，讓他們除了取下機制以外，更可以取得權限直接關閉整個網站，也就是關閉整個 YouTube。而與現行機制同樣存在的問題點在於，這些來自著作權人或團體，所謂伸張權利的要求，一直以來都是沒有經過任何的事前審查的。

#### 7.4.2.3 美國 SOPA 法案 (Stop Online Piracy Act)

美國「禁止網路盜版法案」亦被稱為 H.R. 3261 法案，該法案係由美國眾議院德克薩斯州共和黨議員 Lamar Smith 於 2011 年 10 月 26 日提出，並得到了眾議院兩黨共 12 名眾議員的連署支持。在今年 SOPA 法案如火如荼的被討論，著作權人多數支持此法案之通過，然而相反的，網路服務提供者卻一反常態的連成一線，反對此法案通過<sup>368</sup>，維基百科 (Wikipedia) 甚至在美國時間 2012 年 1 月 18 日關

---

<sup>368</sup> Google will protest SOPA using popular home page, CNET, available at: [http://news.cnet.com/8301-31001\\_3-57360223-261/google-will-protest-sopa-using-popular-home-page/](http://news.cnet.com/8301-31001_3-57360223-261/google-will-protest-sopa-using-popular-home-page/) (last visted Mar. 20, 2012).

閉其網站 24 小時<sup>369</sup>，以表達堅決反對 SOPA 法案通過之立場，隔日，Google 更決定在其網頁上放上反對 SOPA 法案之連結<sup>370</sup>。在兩大網路服務提供者之加持下，反對 SOPA 法案之勢力遽增，在此一態勢下，美國國會已經停止對兩個有爭議的反網路盜版法案，即 SOPA 法案以及 PIPA<sup>371</sup>法案的辯論。參議院多數黨領袖 Harry Reid 對 PIPA 法案舉行表決認為應該遲延此案。同時，內務司法委員會主席 Lamar Smith 表示，專案小組將暫停 SOPA 法案之推動，直到達成妥協<sup>372</sup>。

然而，因為 SOPA 並非本文討論之重點，本文提出此一法案僅是為了凸顯現行安全港制度下，著作權人未來的權利擴展概況，故僅就此法案作一簡單之介紹。摘錄此法案較為重要之特色如下<sup>373</sup>：

(1) 如取得法院之令狀後，本法案授權首席檢察官 (Attorney General) 得據此以強制「網路廣告服務提供商」和「線上支付服務提供商」停止繼續向禁制令中之侵權網站提供服務。

(2) 授權首席檢察官 (Attorney General) 得以命令搜尋引擎 (比如 Google 網站) 不得顯示侵權網站的內容，甚至更得命令網路骨幹服務提供者 (如我國之 Hinet) 遮斷侵權網站使其無法顯示。

(3) 擴張違反刑事著作權侵權 (criminal copyright infringement) 之範圍，包含公開的以數位傳輸方式公開著作物，以及以商業散佈之目的使該著作物得以公開在網路上取用。

(4) 加重刑事責任，即網路服務提供者在 6 個月期間內存放 (包括網路使用者轉貼和上傳) 侵害著作權之資料累計達 10 次者，最高可判處 5 年有期徒刑。

<sup>369</sup> Wikipedia Going Dark to Protest SOPA, Mashable US&WORLD, available at <http://mashable.com/2012/01/16/wikipedia-sopa/> (last visited Mar. 20, 2012).

<sup>370</sup> Google will protest SOPA using popular home page, CNET, available at: [http://news.cnet.com/8301-31001\\_3-57360223-261/google-will-protest-sopa-using-popular-home-page/](http://news.cnet.com/8301-31001_3-57360223-261/google-will-protest-sopa-using-popular-home-page/) (last visited Mar. 20, 2012).

<sup>371</sup> 「PIPA」是保護知識產權法案 (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011) 的英文簡稱。

<sup>372</sup> Sopa and Pipa bills postponed in US Congress, BBC NEWS, available at: <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-16655272> (last visited Mar. 20, 2012).

<sup>373</sup> Bill Summary & Status 112th Congress (2011-2012) H.R.3261, The LIBRARY of CONGRESS THOMAS, available at: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:HR03261:@@L&summ2=m&#summary> (last visited Mar. 20, 2012).

(5) 如果網路服務提供者事先採取防盜版措施，得免除其侵權責任；但網路服務提供者如果明知有使用者利用其網路服務進行盜版活動，卻不加以制止，將會加重其罰責。

綜上所述，得以發現原本網路資訊儲存服務提供者所依賴的安全港，將不再那麼的安全。倘若 SOPA 法案通過，則數位千禧年著作權法案侵權安全港將名存實亡，因為符合安全港條款之網路資訊儲存服務提供者，不一定能通過 SOPA 法案免責之規定，而可能被遮斷與網路廣告提供商和線上支付提供商之聯繫，甚至是切斷與搜尋引擎以及網路線路服務提供者之配合，如此即形同關站一般，對於網路資訊儲存服務提供者將會是不小的打擊，換言之，再多的、再主動的過濾機制都可能發揮不了作用，因為無論如何都難逃 SOPA 法案制裁的命運。無疑的，這正是本文於 7.1.2 所提到的，東岸代碼規制力量的展現。

#### 7.4.2.4 本文意見

本文認為以往的過濾機制本來就存在著問題，更何況要是加上 SOPA 法案之要求，這無疑是本文先前所述的，東岸代碼影響西岸代碼之作用，而在東岸代碼之後的則是著作權人與版權人利益團體的施壓。

過濾機制本來就存在著許多的潛在的問題，尤其是對於合理使用來說，理想主義者可能認為數位千禧年著作權法案可以有效的平衡著作權人的利益以及網路使用者的創意，但是實際上，影音片段在上傳到網路之時，不論是採取「網路使用者提供內容服務原則」，或是影音辨識科技，皆可能如同相撞上一面牆一樣的被阻擋下來<sup>374</sup>

基本上，Viacom 等著作權團體所開發的「網路使用者提供內容服務原則」，與 YouTube 的影音辨識科技，它們的目的與計畫皆在於創造一個「電子指紋」(electronic fingerprint)，以之去比對上傳之資料以及著作權人預先上傳到資料庫的片段<sup>375</sup>。舉例而言，假設上述過濾機制得以完美執行的前提下，某甲想要上傳一個自己製作的影片，其內容包含有知名饒舌歌手的音樂錄影帶中大量之片段，目的是為了批評這個歌手，他上傳的影片在 Myspace 會透過「網路使用者提

---

<sup>374</sup> Michael Liedtke, YouTube Unveils Anti-Piracy Protection, Associated Press, Oct. 15, 2007, available at: <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1192525404635/> (last visited Dec. 21, 2011).

<sup>375</sup> Brette G. Meyers, *supra* note 358, at 950-51.

供內容服務原則」去篩選，在 YouTube 會透過影音辨識科技去過濾。在篩選過濾的流程之中，因為某甲之影片中含有受版權保護的音樂錄影帶中大量之片段，便會從資料庫中，唱片公司所預先上傳的該歌手音樂錄影帶資料中被比對出來。最終，某甲所製作之該影片，在 Myspace 會因為「網路使用者提供內容服務原則」而被拒卻上傳；在 YouTube 會因為影音辨識科技在順利上傳之後，短時間內立刻被移除<sup>376</sup>。

現在，過濾機制向更有利於著作權人的方向無限擴展，其透過兩個面向為之：第一，是著作權人團體無所不用其極的施壓，藉由現有的「通知取下」機制讓影片被移除，這便是 Megaupload 事件中 UMG 之作法，雖然 Megaupload 透過異議成功的再次放上歌曲，但在一次又一次的通知之後，歌曲還是再度被取下了。Megaupload 已經是比較好的情況，基本上實證研究發現，雖然數位千禧年著作權法案中的安全港條款設置了§512(g)的規定，讓上傳者可以重新去放上他被取下的上傳內容，但是大多數的網路使用者並不像 Megaupload 擁有大批的法務人員在背後支援，統計上在影片被取下後會再去異議通知網路服務提供者再次放上的比例，僅有不到取下通知總數的百分之一<sup>377</sup>。

第二個面向，則是透過立法去加強規制網路空間，此即為 SOPA 之作法，在著作權人的強勢推進之下，不需要透過所謂零容忍政策之實行而「間接」造成網路服務提供者關站，利用 SOPA 法案就可以「直接」命令網路服務提供者遮蓋而形同關站。這種將目前數位千禧年著作權法案安全港中「通知取下」之機制全面架空，並將本文中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 中法院對於安全港條款之解釋束之高閣，然後再以 SOPA 或任何其他法律規定來全面性管制的做法，是

---

<sup>376</sup> YouTube以及使用UGC Principles之多家公司，皆使用Audible Magic公司的技術去從事內容辨識 (content identification)。See Audible Magic - Content Identification Services Customers, available at: <http://www.audiblemagic.com/clients-partners/contentsvcs.asp> (last visited Dec. 21, 2011). 兩種系統有著相同的共同點如(1) “Audible Magic provides content identification services that identify copyrighted music on user videos uploaded to YouTube,” (2) “recognition and management services to VideoEgg a UGC Principles signatory for audio within its video files.” *Id.*

<sup>377</sup> 論者發現在網路服務提供者在收受取下通知後，僅有少於百分之一的該被取下的影片會在收到上傳人的重行放上之通知 (putback notice)，且實際而言，因該是更少的，因為許多取下通知是給予搜尋引擎的，但搜尋引擎並沒有義務去通知網站架設人其搜尋之結果已經被移除。縱使移除所有關於基於§512(d)搜尋引擎的取下通知，前述重行放上通知的比例仍然只上升到百分之六而已。See Jennifer M. Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or “Chilling Effects”?* *Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA COMPUTER&HIGH TECH. L.J. 679-80 (2006).

本文所擔心與疑慮的，有朝一日若該法案通過的話，將會使得網路自由面臨存亡的關鍵。

### 7.4.3 未來的疑慮：網路自由之存亡

#### 7.4.3.1 網路中立與網路自由

本文認為，基於網路本身架構上的中立性，可以推導出網路自由的概念。網路原始於政府與大學共同開發，因為費用以及當時技術不夠成熟之故，最初的設定就沒有包含任何審查（*scrutiny*）的中介要素於其中<sup>378</sup>。到了後來的 Protocol 協定出來，雖然有政府之投資在內，卻仍然未有審查機制於其中。但慢慢的隨著 1995 年 NSFNet 解散，國家力量退出於網路之後，網路服務提供者開始相互競爭，不斷提出更快速、便利的網路，同時並於其中開始加入審查機制，譬如必須要清除過多的垃圾郵件（*spam*）以吸引網路使用者。近來，網路服務提供者藉由封包檢查（*packet inspection*）或封包嗅查（*packet sniffing*）可以量測經過其網站或通道之資訊是否侵害著作權<sup>379</sup>，這也就是本文前面所講之代碼的過濾機制。

近來，網路之中立性慢慢的消卻，距離與其相類似的，用以傳遞一般資料、影片的通道，例如電視亦越來越遠。就網路與電視兩者性質，本就有其差異性，電視等傳統的一般通道，其中傳輸之內容概皆由其他業者所提供，鑑於傳統通道業者除非接收到法院的命令，否則毋須審查其內容，故並不會知悉該內容是否有侵權之疑慮；然而相對於此，網路服務提供者卻因為必要之封包檢查，而很有可能無法脫卻其實際知悉每個侵權活動之疑慮；是以，封包檢查讓網路服務提供者所具有的網路中立性逐漸下降。可能出於商業利益的考量，亦有可能是怕不符合數位千禧年著作權法案安全港條款而招致訴訟之因，網路服務提供者皆存有動機將原本中立的網路性質加以改變，以事前（*ex-ante*）審查取代事後（*ex-post*）之指控，以科技（*tech*）審查取代原本人性（*human*）比對，最後網路服務提供者將會變成著作權人之審查代理人（*proxy*），或是合理使用的抑制者<sup>380</sup>。此外，從經濟層

---

<sup>378</sup> Rob Frieden, *Revenge of the Bellheads: How the Netheads Lost Control of the Internet*, 26 TELECOMM. POL'Y 425, 425-44 (2002).

<sup>379</sup> See Rob Frieden, *supra* note 23, at 652; See also Emily Zarins, *Notice Versus Knowledge Under the Digital Millennium Copyright Act's Safe Harbors*, 92 CAL. L. REV. 257 (2004).

<sup>380</sup> See Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. REV. 11, 17 (2006).

面去探討剖析，如果今日我們將整體社會成本，亦即所謂去除盜版之公益任務，加之於網路服務提供者身上，但網路服務提供者卻不會因整體社會利益而受惠，在這種背景之下，網路服務提供者對於管制其網路中使用者一事，將會採取相當不積極的態度<sup>381</sup>，畢竟沒有人在整體成本過高又欠缺利益可圖之時，願意當別人的免錢檢查工具，而這或許是網路中立性還勉強得以維持的一個主因。然而，當著作權人透過國會以及強大的商業力量施壓，以天價之賠償數額威脅網路服務提供者時，網路服務提供者還是必須乖乖就範，使得其不只不會因社會利益而受惠，還附帶失去了網路中立性，以及網路科技多元發展之未來。

也許有些反網路中立性論調之評論者，會認為「非中立性」的網路實際上根本不可能存在，所以也不需要刻意強調之<sup>382</sup>。然而上述的說法完全忽略了軟體或硬體的代碼，將會影響使用者接觸網路上內容的權利<sup>383</sup>，而不可採。網路中立性與網路自由俱為網路最初的且最重要的本質。然而誠如我們所見，上述之情況將造成網路中立性慢慢消失，而使我們活在一個如同戒嚴的網際通路之中；是故，我們必須設想應如何回復原有之網路中立性，而本文以為，冀望於目前現有的法規，尤其是數位千禧年著作權法案安全港條款去作處理、解釋，也許是最快也最適宜的方法。

#### 7.4.3.2 最後一道防線

針對數位千禧年著作權法案安全港條款去作處理與解釋，網路中立與網路自由的最後一道防線，同時在於法院的立場以及群眾和輿論的力量之上，此兩者相輔相成，缺一不可。論者認為，過濾機制或者是封包檢查，會使得網路資訊儲存服務提供者，實際上是有能力知悉侵權活動的，而這樣的論點將不立於網路資訊儲存服務提供者主張安全港條款而免責<sup>384</sup>。所幸在本文的中心案例 *Viacom Int' l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，法院針對數位千禧年著作權法案之安全港條款去作立

---

<sup>381</sup> 就此點美國論者有更多經濟層面之探討。See Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L.REV. 257 (2007).

<sup>382</sup> See NETCompetition.org, available at: <http://www.netcompetition.org> (last visited May. 28, 2012).

<sup>383</sup> 軟體作者或軟體開發者很可能藉由擁有強大群眾吸引力量之網路服務提供者，已達成近乎完美的管制，甚至對於終端平台如個人電腦之控管。See Jonathan Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J.L. & TECH. 253 (2006); See also Jonathan Zittrain, *Internet Points of Control*, 44 B.C. L. REV. 653, 669-70 (2003).

<sup>384</sup> Rob Frieden, *supra* note 23, at 670-71.

法目的性之解釋，而得出數位千禧年著作權法案並未賦予網路資訊儲存服務提供者進行積極審查的義務，是以 YouTube 暫時不需為了迎合數位千禧年著作權法案安全港之規定，而從事深度的封包檢查（deep packet inspection），而導致自己可能對於侵權活動存有實際知悉或紅旗警示，反而陷入越欲迎合卻越無法適用安全港條款以免責的兩難。簡言之，這種積極中介、審查使網路服務提供者去除中立化之情形，非但不會使網路服務提供者的責任縮小，反而必須承擔更大的責任<sup>385</sup>。

如此，回到本文的研究目的，似可推認數位千禧年著作權法案之安全港條款對於網路資訊儲存服務提供者而言，是一個強而有力的紅燈，目前仍稍可停住著作權人或版權人的侵權訴訟之進踏。但是，一個案例的分析可能不足以作為絕對的旁證，故本文將於下述接續以實證分析，探討美國聯邦最高法院對於數位千禧年著作權法案安全港之判決見解，為保護網路中立與網路自由尋求一線生機。

---

<sup>385</sup> See David V. Richards, *Posting Personal Information on the Internet: A Case for Changing the Legal Regime Created by § 230 of the Communications Decency Act*, 85 TEX. L. REV. 1321, 1336-37 (2007).

## 八、實證研究

### 8.1 美國安全港判決分析

本文之研究目的，誠如前述，係希冀為網路資訊儲存服務提供者提出一套訴訟上的策略，此策略不僅得運用於訴訟之中，在訴訟之前的協商、討論以及雙方角力階段，亦可以作為一個籌碼或後盾，以支持網路資訊儲存服務提供者於著作權人之協商中能立於不墜。當然相反的，本文之思考角度並非全然偏向網路資訊儲存服務提供者，實證所得出之策略，著作權人亦得以之作為自己的訴訟上策略之一部或全部，甚或是如前所述之談判籌碼，避免以子之矛攻子之盾之不利作法。換言之，在此章實證研究之部分，所得出之結果實係美國實務目前對安全港條款適用上之事實概況<sup>386</sup>，惟此一事實要如何加以運用，究係以網路資訊儲存服務提供者之立場為出發，抑或是以著作權人、著作權團體之立場為論述基礎，並未預先存有定見，端視由哪一個角度去解釋這個事實。然而，本文最期望的，仍然是不偏頗網路資訊儲存服務提供者或著作權人任何一邊，而是選擇站在網路使用者、公益之角度審視此一現實面，並提出一個相對應的解決之道。

#### 8.1.1 搜尋工具與方法

##### 8.1.1.1 工具

本文將以美國 LEXIS 法學資料庫為搜尋工具，此一搜尋工具可尋找美國之期刊文章或判決等相關資料，廣為美國法學院使用，並與 Westlaw 法學資料庫並稱美國兩大法學資料庫，以此作為搜尋之工具當無不妥。

##### 8.1.1.2 方法

本文地毯式的搜詢美國聯邦法院，對於數位千禧年著作權法案中安全港條款§ 512(c)之判決見解，並回歸本文之研究目的，即提出訴訟上策略加以理解分析。本文以為，要提出此一策略，首先應了解法院對於安全港條款「通知取下」機制解釋的近況，而非僅注重法院早期對於安全港條款之解釋；故雖然數位千禧年著作

---

<sup>386</sup> 劉尚志、林三元、宋皇志，走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展，科技法學評論，3卷，頁9（2006）。

權法案之安全港條款制定至今不過十年餘，但隨著科技不斷之演進，十年前、七年前、甚或是五年前之網路科技，與現今相比仍是失以毫釐，差以千里。換言之，現今之網路技術已不可同日而語，因此本文要搜尋、分析的標的客體，當是奠基於現今的網路技術背景事實所做出的數位千禧年著作權法案安全港判決；復以，本文要探討的是網路資訊儲存服務提供者或著作權人碰到著作權侵權問題時之策略，而非單純簡介安全港條款於美國聯邦法院之歷史演進與發展。綜合以上之出發點，本文將上開 LEXIS 資料庫的搜尋期間限定在近 2 年來以內的判決。

有了上述的限制之後，為避免掛一漏萬之情形發生，本文決定以「§512(c)」作為案件全文搜尋之關鍵字 (key word)，如此較可廣泛且地毯式的搜尋任何有關於§512(c)安全港條款之判決，縱使該判決僅是傍論 (dictum) 的性質，亦不致於一開始先遺漏，而得全數列入原始數據的範圍之中，再逐一加以檢視，剔除非實質論述§512(c)安全港條款之判決。再者，「§512(c)」一詞亦較能確保搜尋之正確性與廣度，畢竟法院判決之中必定會引用判決之法條，如以「safe harbor」或「exemption」等詞彙作為關鍵字，則難保不會遺漏許多應當作為擬定訴訟上策略之分析範本。

綜上，本文將以兩個條件，即「近 2 年內」(LEXIS 判決搜尋中的控制選項，非關鍵字) 與「§512(c)」交叉限定之方式，搜尋出初步資料 (raw data)，再一一分析判決內容後，剔除上述那些不應列入待分析資料 (data) 之部分後，將餘下之資料作為本文實證研究據以分析之資料。

#### 8.1.1.3 限制

誠如上述所言，作為本文實證研究據以分析之原始資料，實係以本文作者一一檢驗之方式抽出有實質論述§512(c)安全港條款之判決，這部分雖然會秉持對每一個案以相同標準檢視之公平標準精神為之，但本文所檢視之基準雖然不會偏離於客觀之剔除基準過多，但事實上仍難以做到與最客觀、最適宜的剔除標準，難免存有些許落差，這正是實證研究的侷限性之一。

再者，因為美國針對§512 四種安全港條款之判決本就不多，又本文探討的重點僅在於四種網路服務提供者類型中之一種，即網路資訊儲存服務提供者，故而針對§512(c)安全港條款之判決則更為稀少。雖然網路資訊儲存服務提供者，相較於其他類型之 ISP，如連線服務提供者、快速存取服務提供者、搜尋服務提供者而

言，影片或資訊上傳後較容易為著作權人或版權人查覺，但畢竟訴訟必須耗費之資源甚鉅，復加許多時候網路資訊儲存服務提供者皆已在訴訟之前，先向著作權人談好授權或是依法行使取下之動作，甚或是架設了非常有效率且符合著作權人利益之過濾機制，因此，其近年來之總數比例仍然較少。基此，正因為近年來之樣本較少，故有可能造成其統計上之偏差值即會較大，譬如有可能會涵蓋一兩個極端之案子，使得此一數據是否得推認整體美國聯邦法院之方向，非可謂絕對。

### 8.1.2 整體觀察

依上述之條件搜尋下來，近 2 年以來（日期限訂係從 2010 年 4 月 1 日至 2012 年 4 月 1 日）有於判決中有提到§512(c)之判決共計 39 件，剔除傍論§512(c)之判決之後，僅剩下 5 件仍待本文予以統計並分析。其中不乏知名的著作權人為原告，如環球唱片（UMG Recordings）、柯達影像網路（Kodak Imaging Network）等著作權團體，亦有同樣知名且可能得以與原告相抗衡之 MP3tunes 與 YouTube 等網路資訊儲存服務提供者。整體來看，雖然仍有一些較不知名的公司或個人涉訟，但主要作為原告以及被告之人，蓋皆為較具有社會經濟地位之法人團體，從原告之角度來看，正需如此，因為原告必須負擔龐大的律師費用，並須有較多之資源可以去蒐證與提告；另從被告之角度觀之，被告樹大招風之情形，常亦可能引起著作權人或版權人之反感，此種反感延伸下去多會讓著作權人想分一杯羹，希冀取得授權金或分享廣告利益，甚至更強勢的以訴訟去逼迫網路資訊儲存服務提供者前來商談和解一事。

## 8.2 量化研究

### 8.2.1 聯邦法院勝敗與即決判決（Summary Judgment）統計

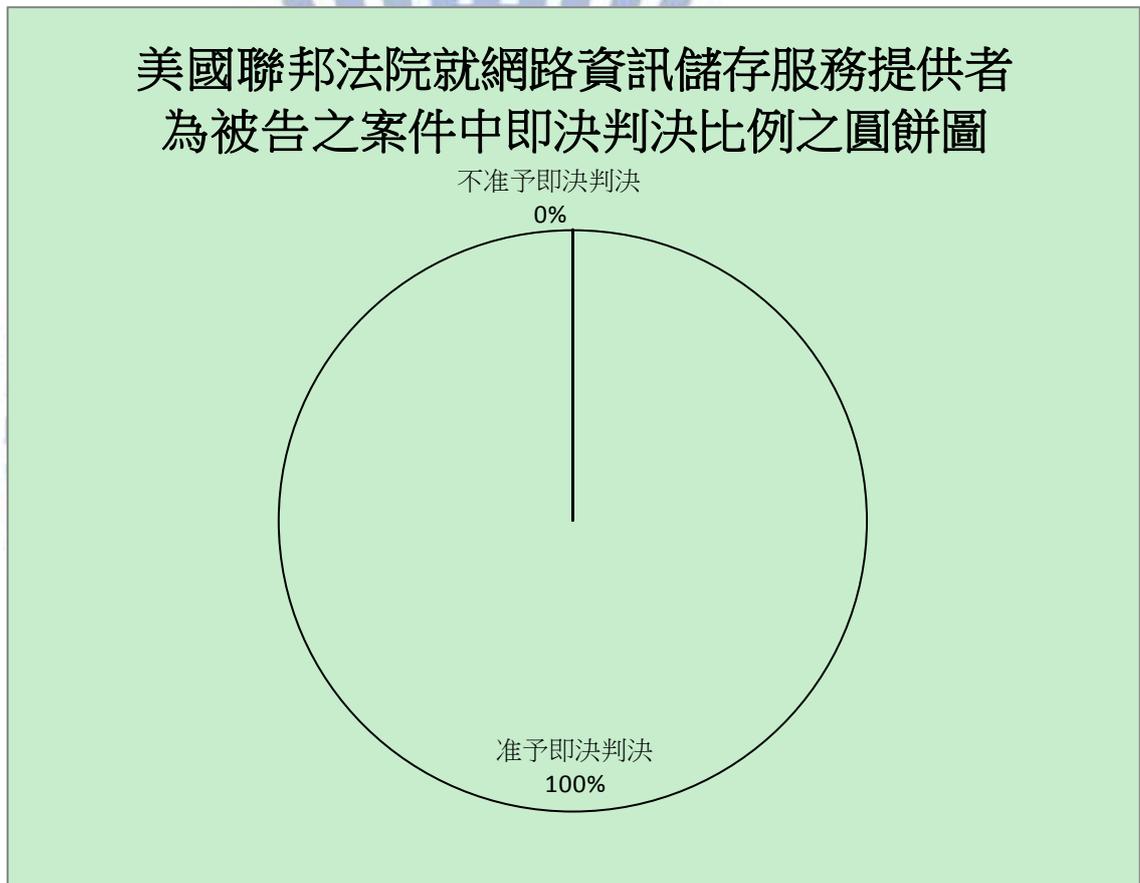
	即決判決	網路資訊儲存服務提供者之訴訟結果	判決法院
UMG	0	勝訴	第 9 巡迴法院

<b>Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners, LLC</b>			
<b>Wolk v. Kodak Imaging Network, Inc.</b>	O	勝訴	紐約南區地院
<b>Capitol Records, Inc. v. MP3tunes</b>	O	部分勝訴，部分敗訴。	紐約南區地院
<b>Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc</b>	O	勝訴	紐約南區地院
<b>PERFECT 10, INC. v. GOOGLE, INC.</b>	O	勝訴 <sup>387</sup> 。	加州中區地院

<sup>387</sup> 原告 Perfect 10 有就 Google 之其他功能一併控告，究網路資訊儲存服務提供功能，即 BLOG 之部分，GOOLGE 獲得勝訴，但仍有其他針對快取服務之§512(b) 以及針對搜尋服務之§512(d)部分敗訴。然因本文主要係集中討論於網路資訊儲存服務提供者之部分，故在此統計中算定為被告 Google 全部勝訴。

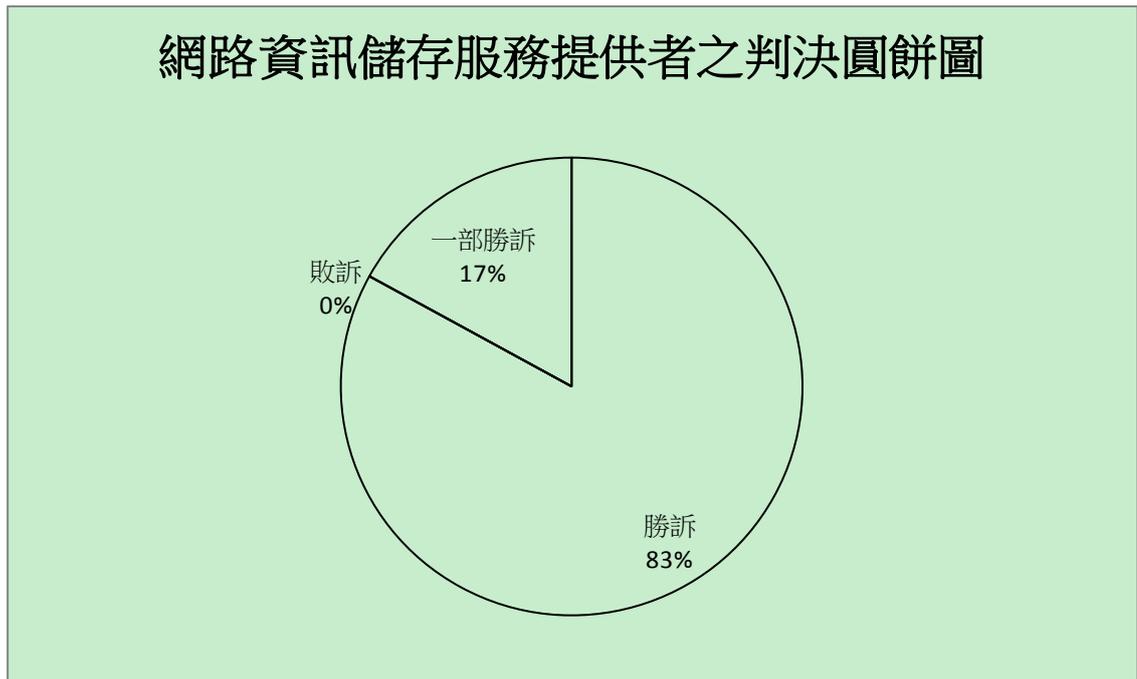
--	--	--	--

圖表 5 有關§512(c)訴訟勝敗與即決判決統計表



圖表 6 網路資訊儲存服務提供者著作權侵權案件即決判決比例圓餅圖

## 網路資訊儲存服務提供者之判決圓餅圖



圖表 7 網路資訊儲存服務提供者著作權侵權案件勝訴比例圓餅圖

### 8.2.2 解釋分析

在上述統計的 5 個案件中，網路資訊儲存服務提供者至少一部勝訴之機率为百分之百，全部勝訴之機率为百分之八十三，此一事实显示出近年来法院对于網路資訊儲存服務提供者的态度是非常友善的，似乎也达到了数位千禧年著作权法案当初制定安全港条款，减轻網路儲存服務提供者责任之目的。换言之，本文认为应係多数的法院皆循著本文中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之脉络，针对数位千禧年著作权法案安全港作目的性的限缩解释，实则或可认为，此一解释实仅为目的性解释，而非限缩解释，因为其仅是贴近数位千禧年著作权法案制定的目的而为之，并非将網路資訊儲存服務提供者之责任特予限缩。

再者，本文并统计案件中是否允许即决判决（*Summary Judgment*）之比例。在为解释统计结果之前，本文先必须对于即决判决予以定义。盖美国法院判决案件，必须经由陪审团（*Jury*）为判断后，下一胜诉或败诉决定之判决。然而，并不是每个诉讼都必须从头进行到底，待至最后始由陪审团做出判决；有时在双方对所发生的事实没有争议之时，亦即事实明确时，原告或被告皆得要求法庭依据法

律對無可爭議的事實逕予判決，而不需要經過陪審團審議決定，此種聲請法院實務上稱為「聲請即決判決」（Motion for Summary Judgment）。

在為即決判決（Summary Judgment）時，由於法官可不經過陪審團的參與就可判決結案，基本上是一種例外之情形，所以法官應該慎重為之，把「懷疑的好處」（Benefit of Doubt）放在聲請該即決判決之對造身上。而此所謂「懷疑的好處」是指當法官在做決定之時，對某些事實細節也不確定的時候，法官應該站在最有利於被聲請即決判決方之立場考慮。即是，在排除絕對不可信之證據下，所有有利於相對人之證據皆可以審究，但有利於聲請人之證據必須係毫無疑問始可考慮<sup>388</sup>。

就上述之證據考量下，心證程度上必須達到一定之門檻，法官才能為即決判決，換言之，即使原告所訴的都是事實，如這些事實站在一個通常合理的陪審團角度，仍然未達於有效心證之標準，則當然不足以逕依法律而為判決，否則即是剝奪被聲請方受陪審團審判之權利<sup>389</sup>。

回到本文之統計中，就法院准予網路資訊儲存服務提供者即決判決的比例是百分之百，這不禁讓本文開始思考，這些案件中的事實真的都是那麼的明確，而無須交由陪審團審判嗎？

關於本文之中心案例 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案，有論者即指出，法院根本就不應該准許為即決判決，畢竟 *Viacom* 實在的提出了許多證據明指 *YouTube* 就其網站上之侵權行為有實際知悉，或至少形成紅旗警示。一般人在看判決之時可能看不出來，但是其實判決中並未交代原被告之間提出了多少的證據攻防，這些證據原則上都應該被帶到陪審團面前加以檢驗<sup>390</sup>。判決中並未清楚交代知悉的證據，法院主要訴諸於被告 *YouTube* 之陳述，即網路資訊儲存服務提供者無法檢查其使用者上傳至網站上的資料，是否經授權或合理使用，但原告所提出的，不論是實際知悉或紅旗警示之告訴，皆並非法律問題而是事實問題，此應當交由陪審團來審理，以判斷 *YouTube* 是否得藉由搜尋（inspection）而得知那些

---

<sup>388</sup> KEVIN M. CLERMONT, *PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE* 96-98 (2nd ed., Concise Hornbook Series, 2009).

<sup>389</sup> *Id.* at 97.

<sup>390</sup> Fed. R. Civ. P. 56(c). Summary judgment “should be rendered if the pleadings, the discovery and disclosure materials on file, and any affidavits show that there is no genuine issue as to any material fact and that the movant is entitled to judgment as a matter of law.”

有問題的內容是否為著作權人授權<sup>391</sup>。回到甫出爐之第二巡迴法院之見解，亦針對 Viacom 所提出之諸多資料，尤其是 YouTube 內部之往來信件，而認為一個合理之陪審員會認定 YouTube 有實際知悉或是紅旗警示之情形，地院准許被告之及決判決聲請是為不當。

然而本文以為上述見解並非正確，觀察近兩年來之聯邦法院判決即可得知，即決判決在網路資訊儲存服務提供者被控著作權侵權案件，已經是蔚為實務之主流。首先，我們當然知道 Viacom 提出許多的證據，證明 YouTube 實際知悉，看起來似乎指證歷歷，但是縱然如此，法院在綜觀所有卷證資料之後，以最有利原告 Viacom 之角度來觀察，仍然認為無法證明知悉，即「非知悉」之心證已經超越了預設一合理陪審團判決之心證，則「非知悉」既然已為一明確之事實，縱然其為事實問題，仍不須再交由陪審團判斷之，法院得以依法為即決判決；因此，本文認為，縱然 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中第二巡迴法院推翻了地院之即決判決，這是法院採納認定事實的不同所致，即以一合理陪審團之角度觀察，地院認為「非知悉」明顯，第二巡迴法院認為「知悉」明顯，且或許該些 YouTube 內部信件中可認定有實際知悉，但是否是針對被告訴侵權片段知實際知悉，仍容待調查。

再者，假設 Viacom 之證據真的讓是否「知悉」（包含實際知悉以及紅旗警示）仍存有爭議之空間，而有待法院判決；然而要注意的是，安全港之規定並非「知悉」後就成立，還有「當知悉或察覺此種情形，即快速的移除該等資訊或廢止對該等資訊的接觸通道」此一要件，也就是說，數位千禧年著作權法案之安全港條款並非僅用「非知悉」來控制限縮網路服務提供者之責任，另還透過「快速的移除」此一要件來做為控管之樞紐。這正是 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案所闡明「通知取下機制」的精華所在。本文認為，這也是為何近兩年來對於網路資訊儲存服務業者之著作權訴訟，百分之百的案件皆準予被告方即決判決聲請的原因，即可謂縱使無法因「知悉」之部分為即決判決，亦多可因「快速取下」之部分為即決判決，且一般而言原告皆很難去舉證被告沒有符合安全港「通知取下機制」之規定。此即為本文基於統計數據之解釋，亦是本文對於質疑者的回答，一言以蔽之，舉證之所在即敗訴之所在。

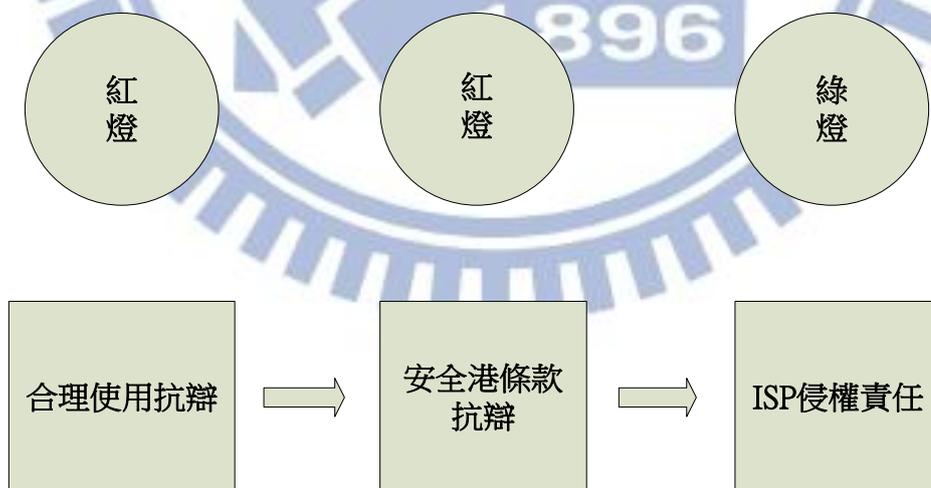
---

<sup>391</sup> Hassanabadi, *supra* note 38, at 434-35.

### 8.3 小結

回到本文之研究目的，本文欲透過此實證研究統計所瞭解的，是在訴訟策略上的運用，亦即在合理使用抗辯後，接續而來的安全港抗辯，它的效力強弱究竟如何。顯而易見的，透過上面的統計與分析，我們發現安全港條款於美國近年實務運作上，至少對於網路資訊儲存服務提供者來說，是一個強而有力的訴訟上之積極抗辯，而這個分析結果亦可以讓目前缺乏安全港相關訴訟之我國實務，作為一個借鏡。

因此，網路資訊儲存服務提供者在訴訟策略上，因為本文「科技合理使用」之提出，而產生阻擋著作權人侵權訴訟之效力，於網站上侵權產品動輒得咎之情形下，仍然能保持「紅燈」之阻擋效力；另外，對於安全港條款的實際應用層面，並不是如我們一開始所擔心的一般弱不禁風，其於訴訟上仍有其一定之阻擋侵權訴訟之效力，故其並非僅是一個「黃燈」，而是如「科技合理使用」一般之「紅燈」，此有如下方圖表 8 所示。換言之，其於訴訟上不僅可作為策略應用之一環，於協商談判上亦是一個重要的籌碼，此一籌碼可以讓著作權人不會在每一次的商談之中皆可以任意的獅子大開口，而是基於雙方平等的立場下，建立一個良好的訴訟外溝通機制，這正是本文所樂見的。



圖表 8 ISP「間接侵權責任」之假設性訴訟攻防上紅黃綠燈圖

## 九、 本文結論

### 9.1 寒蟬效應的避免

鐫刻在美國波士頓「猶太人屠殺紀念碑」上的，德國新教牧師馬丁·尼莫拉 Martin Niemöller (1892-1984) 的懺悔詩，可以做為給每一個潛在的網路使用者一個警示，不論你是法官、律師、企業者還是單純的用戶：

「起初他們（德國納粹黨）追殺共產主義者，我不是共產主義者，我不說話；接著他們追殺猶太人，我不是猶太人，我不說話；後來他們追殺工會成員，我不是工會成員，我繼續不說話；此後他們追殺天主教徒，我不是天主教徒，我還是不說話；最後，他們奔向我來，再也沒有人站起來為我說話了。」

當合理使用慢慢的在網路上被鯨吞蠶食，當一切的合理使用制度看似合理但卻明顯往利益團體一側靠攏，當你發現再也無法在 YouTube 上任意觀看你所喜愛的創意影片之時，一切都已經在潛移默化的在改變，合理使用的喘息空間滲入了資本主義的毒氣，沒有人站出來的後果，即是某天我們發現再也無法喘息，卻也沒有人會為我們哀悼。

科技進步日新月異，但合理使用條款卻不會自動的與時俱進，我們必須在科技與合理使用的融合間取得平衡，為避免造成言論工具的寒蟬效應，造成投資者的停止投入，不應該讓新興的科技產品落入傳統之衍生市場，根據本文前述的科技合理使用（technology fair use）平台，給予更多的喘息空間，進而促進言論科技之發展，這不僅對整個社會而言，甚至對著作權人而言。都是正向而非負向的發展。

如同電子前線基金會律師 Fred von Lohmann 所說的：「國會應先寬廣的革新，之後才為狹窄的管制<sup>392</sup>」，尤其是在我們都還不知道新科技所帶來的效用與公益用處之時。在著作權人捍衛他的著作權國土時，該是讓新興的、有價值的科技言論工具產品飛過著作權國土上空的時候了<sup>393</sup>，我們無法預測飛機發明百年後對世界

---

<sup>392</sup> von Lohmann, *supra* note 136, at 854.

<sup>393</sup> Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，前揭註 29，頁 354。

帶來的利益，但我們現在已經可以看到新興科技言論工具所帶來的憲法價值與公眾利益。如果不站出來捍衛它，也許有一天我們在網路上評論一部電影或音樂的合理使用小火苗，也會被著作權人的訴訟大腳踏熄。

在此，本文要以 Brennan 大法官在 *Harper & Row* 一案中的不同意見書中的發言做結<sup>394</sup>：「科學與工藝之進步，以及公眾辯論所帶來的有智識的公民文化，在本案中是不完美的。」Brennan 大法官點出了科技言論工具在著作權逼迫下可能的寒蟬效應，這是我們永遠必須面對的以及必須克服的難題。本文所提之科技合理使用，也許正是這個難題的即時解答。

## 9.2 我們所希冀的未來

安全港在美國在數位千禧年著作權法案實施十年後，僅有 25 件案件討論，台灣在 2009 年增訂安全港條款之後，至今亦未有任何相關訴訟判決。訴訟的欠缺是一種祝福也是一種詛咒<sup>395</sup>，祝福的是更繁榮的 UGC 產業與線上言論活動，詛咒的則是法院無法確認安全港的適用，此種模糊與不確定性可能造成 ISP 業者的無所適從。如同本文於前所述，我國著作權法第 90 條之 7 中「對使用者涉有侵權行為不知情」即為例證，應該比照美國法制定更明確的類型，並且採納 YouTube 一案較狹義的紅旗警示標準，否則在此僅僅以「不知情」三個字的法條編制下，固有其彈性，但似乎不符合法律明確性的要求，甚至會影響到整個產業未來的存續。雖然很幸運的，現今台灣並無相關訴訟對此表達意見，但本文認為難保將來不會產生訴訟，如未來之訴訟偏向 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之見解固然可喜，然而如果反於 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之方向而行，而課予 ISP 更多的責任，則網路資訊儲存服務提供者將從無所適從變成動輒得咎，這並非我們所樂見的，亦非對著作權人有絕對的、全然的幫助。在現在商業模式「雙贏」(win-win) 的策略下，本文認為著作權人團體應當是與網路資訊儲存服務提供者攜手並進，而非將網路資訊儲存服務提供者視為直接侵權人之幫兇。如何達到三方最大的利益，這是基於社會公共利益考量下我們所必須努力的。

另外我們必須思考的是，當安全港允許著作權人所要求的強力過濾機制，或

---

<sup>394</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

<sup>395</sup> Lee, *supra* note 2, at 260.

者無法免除代理侵權責任，以及種種偏向著作權人的保護時，則犧牲的不僅是使用者的合理使用權利，更可能犧牲了整個自由文化，網路上的言論自由必定受到某程度的壓縮，這種壓縮是否是合理的？著作權人團體是否有與廣大網路使用者溝通過？著作權這種無體財產權壓制言論自由的界線到底何在？這些都還是存有疑問且值得研究的。本文認為，先暫且不直接論及言論自由的部分，最重要的是，上開所述的強力過濾機制等等壓縮網路資訊儲存服務提供者之手段，絕對會直接或間接造成網路言論工具的寒蟬效應，資金投入者投入開發新網路工具後，不只面對市場風險，更可能面對法律上的風險。如同 Lessig 教授所言，投資會變成不僅是投資一家公司，而是投資一場官司<sup>396</sup>。

從而，就結論而言，本文再次整理前文並提出以下之建議：

- (1)我國著作權法第 90 條之 7 之規定過於簡略，應參考美國法之規定，通用辨識技術不應造成 ISP 業者過多之負擔，應由著作權人與 ISP 業者取得廣泛之同意，至少應作為考量之因素，不應由智財局單方面決定，以避免政府在著作權人過度施壓下，以代碼作為強制的法律工具。
- (2)我國法條「不知情」之文字形式上過於簡略，而可能造成個案判斷上的困難，且如過嚴解釋下，會將網路資訊儲存服務提供者陷入免責範圍過於狹窄的風險。應運用 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案之標準於條文適用上：主觀上要求 ISP 本身知悉侵權活動發生的事實與環境；客觀上則是以一個合理的第三者在相同或類似條件來看，其是否會知悉侵權活動發生的事實與環境；在紅旗警示之部分，亦應適用 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中，法院所採之較狹義「紅旗警示」標準去操作安全港條款，尤其是必須達到第二巡迴法院延續地院見解所強調之「特定、可辨認」之程度，如此始不會陷 ISP 業者於動輒得咎的無底洞中，網路之言論自由亦不至於會有廣泛的寒蟬效應，以避免法院或者甚至是政府，成為壓倒網路自由以及網路效應利益的最後一根稻草。
- (3)安全港得以免除代理侵權責任，且兩者必須要分別且前後判斷，雖然代理侵權責任是較容易構成，但因為網路資訊儲存服務提供者與直接侵權者間沒有

---

<sup>396</sup> Lawrence Lessig 著，劉靜怡譯，前揭註 29，頁 251。

財產上利益之強烈因果連繫，故不會因此而無法依安全港免除民事責任。另一方面，就輔助侵權責任而言，亦應採取 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案中「紅旗警示」較狹義的解釋時，而使得成立輔助侵權之網路資訊儲存服務提供者仍有較大的可能得落入安全港保護之範疇而得以主張免責。末就誘引侵權責任部分，亦因產品有其他實質非侵權用途之可能，而不致認定係出於惡意而無法適用於安全港條款。更重要的是，上述美國法之相關分析，皆得以適用於我國之民法第 185 條第 2 項之造意以及幫助侵權責任、著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之「提供技術」之引誘侵權責任、著作權法 87 條第 2 項之「積極促使」之引誘侵權責任。

最後，本文要以前 eMusic 全球公共政策副總裁之言論作為總結與反思「築起唱片堡壘捍衛唱片大廠的著作，非保護著作權的唯一方法，也不必然是最好的手段...在這麼早的時期，做出錯誤的決定將會阻礙市場成長，傷害到所有人的利益<sup>397</sup>。」這段話可以做為存活在安全港下之科技網路平台的政策指引，本文認為 *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc* 一案所走的基本上是正確的方向，可以引導我們通向一個真正期望且需要之未來一個充滿更多且更自由開放的網路言論平台的未來。

---

<sup>397</sup> 同前註，頁 240。

## 參考文獻

### 一、 中文部分

#### (一) 書籍

1. Lawrence Lessig, 劉靜怡譯, 誰綁架了文化創意－打造知識共享的自由文化, 早安財經文化出版, 台北 (2008)。
2. Paul Goldstein 著, 蔡茂林譯, 捍衛著作權：從印刷術到數位時代之著作權法, 五南出版 (2000)。
3. 王澤鑑, 侵權行為法, 作者自版 (2009)。
4. 王澤鑑, 侵權行為法 (二) 特殊侵權行為, 作者自版 (2006)。
5. 法治斌、董保城, 憲法新論, 三民書局, 初版 (2003)。
6. 林山田, 刑法通論 (下冊), 自版增訂十版 (2008)。
7. 林鈺雄, 刑事訴訟法 (上), 元照出版 (2006)。
8. 吳嘉生, 智慧財產法通論, 一品文化, (2009)。
9. 章忠信, 線上音樂與影片之著作權問題, 經濟部智慧財產局出版, 台北 (2008)。
10. 陳家駿、徐玉蘭、馮震宇等, 網路科技利用新型態之著作權相關問題研究, 經濟部智慧財產局出版 (2006)。
11. 賴文智、王文君, 數位著作權法, 翰蘆圖書出版 (2007)。
12. 蔡惠如, 著作權之未來展望－論合理使用之價值與創新, 元照出版 (2007)。
13. 蔡蕙芳, 著作權侵權與其刑事責任：刑法保護之迷思與反思, 新學林出版社 (2008)。
14. 劉孔中, 智慧財產權法制之關鍵革新, 元照出版 (2007)。
15. 蕭雄淋, 著作權之侵害與救濟, 文鏡文化出版 (1979)。
16. 羅明通, 著作權法論, 台英國際商務法律事務所出版, 台北 (2009)。

#### (二) 期刊

1. 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》, 第 173 期, 頁 25-41, 2009 年 10 月。
2. 呂佩芳、楊智傑, 〈「釋放部分著作權」之法律經濟分析〉, 《智慧財產權月刊》, 第 81 期, 頁 96-126, 2005 年 9 月。
3. 林利芝, 〈Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc. (下)〉, 《台灣本土法學》, 第 101 期, 頁 282-290, 2007 年 12 月。

4. 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》，第1期，頁257-298，2010年1月。
5. 吳尚昆，〈著作權法的合理使用與個人使用〉，《書苑季刊》，第49期，2001年7月。
6. 周伯翰，〈網路服務提供者免責條件之分析與檢討〉，《法學新論》，第25期，頁21-47，2010年8月。
7. 章忠信，〈二零零九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》，第173期，頁5-24，2009年10月。
8. 黃嘉珍，〈ISP 網路上之著作權法責任〉，《通訊雜誌》，第44期，頁44-46，1997年9月。
9. 馮震宇、胡心蘭，〈從間接侵權責任論著作權法 P2P 責任立法之商榷〉，《月旦法學雜誌》，第151期，頁203-218，2007年12月。
10. 楊智傑，〈智慧財產權的憲法基礎：兼論智財權與言論自由的衝突〉，《財產暨經濟法》，第16期，頁1-40，2008年12月。
11. 劉尚志、林三元、宋皇志，〈走出繼受，邁向立論：法學實證研究之發展〉，《科技法學評論》，第3卷，頁1-47，2006年10月。
12. 蔡蕙芳，〈數位時代個人使用之刑罰問題－兼評台北地方法院 92 年度 2146 判決〉，《政大法學評論》，98期，頁231-305，2007年8月。
13. 蕭宏宜，〈從 DMCA 看 P2P 的法律責任問題〉，《科技法律透析》，第20卷第2期，頁28-58，2008年2月。
14. 謝國廉，〈著作合理使用之判斷基準－評最高法院與高等法院紫微斗數案之判決〉，《月旦法學雜誌》，第182期，頁205-222，2010年7月。

### (三) 學術論文

1. 李筱莘，著作權與言論自由保障的界限，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2002年6月。
2. 許忠信，著作權侵害之損害賠償責任，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1994年6月。
3. 黃怡騰，著作權法上合理使用原則之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1996年7月。
4. 廖文慈，網路服務提供者責任之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，2002年6月。
5. 劉博中，YouTube 影音分享網站上著作權責任之研究--以美國法為中心，輔仁大學財經法律學系碩士論文，2007年6月。
6. 盧怡伶，網路服務提供者之著作權侵害責任，國立成功大學法律研究所碩士論文，2010年6月。

#### (四) 研討會論文

1. 王明禮，〈著作權存續期間的憲法界限：試評 Eldred v. Ashcroft〉，中研院歐美研究「美國最高法院重要判決之研究：二〇〇〇～二〇〇三」學術研討會，2004年12月10日。

#### (五) 其他

1. 法國憲法委員會認定 HADOPI 法「三振條款」違憲，電子商務法制環境網站：  
[http://gcis.nat.gov.tw/eclaw/hotnews\\_View.asp?sno=OP%5DOkV&FromASP=hotnews.asp&NewsType=2](http://gcis.nat.gov.tw/eclaw/hotnews_View.asp?sno=OP%5DOkV&FromASP=hotnews.asp&NewsType=2)（最後點閱時間：2011年1月12日）。
2. 版權中心內容識別-YouTube Audio ID & YouTube Video ID 封鎖、獲利或追蹤影片收看數據—全部自動化，一切免費，YouTube 網站：  
<http://www.youtube.com/t/contentid>（最後點閱時間：2012年4月1日）。
3. 章忠信，著作權法網路服務提供者責任限制條款修法論壇，著作權筆記討論園地網站：  
<http://www.copyrightnote.org/eclqna/clqna.php?op=showcontent&id=9&p=4>（最後點閱時間：2011年12月10日）。
4. 著作權法網路服務提供者 ISP 民事免責事由及相關實施辦法 Q&A，智慧財產權局網站：  
[http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml\\_Show.aspx?ID=26ffb77-a849-479d-acf7-a47f06ecdb9f&path=3334](http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml_Show.aspx?ID=26ffb77-a849-479d-acf7-a47f06ecdb9f&path=3334)（最後點閱時間：2011年1月10日）。

## 二、外文部分

### (一) 書籍

1. BALL, HORACE G., THE LAW OF COPYRIGHT AND LITERARY PROPERTY (1944).
2. CHRISTENSEN, CLAYTON M., THE INNOVATOR'S DILEMMA (rev. ed. 2003).
3. CLERMONT, KEVIN M., PRINCIPLES OF CIVIL PROCEDURE (2nd ed., Concise Hornbook Series, 2009).
4. ELEC. MARKET DATA BOOK (Elec. Indus. Ass'n 1990).
5. FAZIO, JOSEPH B., INTERNET LAW AND PRACTICE (2010).
6. GOLDSTEIN, PAUL, COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX(2003).
7. GOLDSTEIN, PAUL, GOLDSTEIN ON COPYRIGHT (3d ed. 2008).
8. HUNT, CRAIG, TCP/IP: NETWORK ADMINISTRATION (Sebastopol, Calif.: O'Reilly

- and Associates, 1997).
9. JOYCE, CRAIG ET AL., COPYRIGHT LAW (6th ed. 2003).
  10. LOSHIN, PETE, TCP/IP: CLEARLY EXPLAINED (Morgan Kaufmann, 4 ed. 2003).
  11. LITMAN, JESSICA, THE STORY OF SONY V. UNIVERSAL STUDIOS: MARY POPPINS MEETS THE BOSTON STRANGLER (Jane C. Ginsburg & Rochelle Cooper Dreyfuss eds., 2006).
  12. LESSIG, LAWRENCE, CODE-VERSION 2.0 (2006).
  13. MERGES, ROBERT P., PETER S. MENELL, & MARK A. LEMLEY, INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGICAL AGE (5th ed. 2010).
  14. NIMMER, MELVILLE B. & DAVID NIMMER, COPYRIGHT (2002).
  15. NIMMER, MELVILLE B. & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (2008).
  16. PATRY, WILLIAM, MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS (2009).
  17. SCHECHTER, ROGER E. & JOHN R. THOMAS, INTELLECTUAL PROPERTY: THE LAW OF COPYRIGHTS, PATENTS AND TRADEMARKS (2003).

## (二) 期刊

1. Band, Jonathan & Matthew Schruers, *Safe Harbors Against the Liability Hurricane: The Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act*, 20 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 295 (2002).
2. Band, Jonathan, *Google and Fair Use*, 3 J. BUS. & TECH. L. 1 (2008).
3. Beebe, Barton, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005*, 156 U.P.A. L. REV. 549 (2008).
4. Benkler, Yochai, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain*, 74 N. Y. U. L. REV. 354 (1999).
5. Birch, Stanley F., *Brace Memorial Lecture, Copyright Fair Use: A Constitutional Imperative*, 54 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 139 (2007).
6. Boyle, James, *Cultural Environmentalism and Beyond*, 70 SPG LAW & CONTEMP. PROBS. 5 (2007).
7. Breen, Jason C., *YouTube or YouLose: Can YouTube Survive a Copyright Infringement Lawsuit?*, 16 TEX. INTELL. PROP. L.J. 151 (2007).
8. Brown, Brandon, *Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 437 (2008).
9. Chang, Liliana, *The Red Flag Test for Apparent Knowledge Under the DMCA §512(c) Safe Harbors*, 28 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 195 (2010).
10. Concepcion, Cattleya M., *Beyond the Lens of Lenz: Looking to Protect Fair Use*

- During the Safe Harbor Process Under the DMCA*, 18 GEO. MASON L. REV. 219 (2010).
11. Durkee, Musetta, *The Truth Can Catch the Lie: The Flawed Understanding of Online Spaces in In RE: Anonymous Online Speakers*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 773 (2011).
  12. Easterbrook, Frank H., *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 207 (1996).
  13. Farrell, Kristen, *Corporate Complicity in the Chinese Censorship Regime: When Freedom Of Expression and Profitability Collide*, 11 No. 7 J. INTERNET L. 112 (2008).
  14. Fisher III, William W., *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 HARV. L. REV. 1659 (1988).
  15. Freiwald, Susan, *Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation*, 14 HARV. J.L. & TECH. 569 (2001).
  16. Frieden, Rob, *Revenge of the Bellheads: How the Netheads Lost Control of the Internet*, 26 TELECOMM. POL'Y 425 (2002).
  17. Frieden, Rob, *Internet Packet Sniffing and its Impact on the Network Neutrality Debate and the Balance of Power between Intellectual Property Creators and Consumers*, 18 FDMIPMELJ 633 (2008).
  18. Frischmann, Brett M. & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L.REV. 257 (2007).
  19. Gerhardt, Michael J., Review Essay, *The First Amendment's Biggest Threat*, 89 MINN. L. REV. 1798 (2005).
  20. Ginsburg, Jane C., *Copyright and Control over New Technologies of Dissemination*, 101 COLUM. L. REV. 1613 (2001).
  21. Ginsburg, Jane C., *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, 50 ARIZ. L. REV. 577 (2008).
  22. Gordon, Wendy J., *Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 COLUM. L. REV. 1600 (1982).
  23. Goldstein, Paul, *Fair Use in Context*, 31 COLUM. J.L. & ARTS 433 (2008).
  24. Hassanabadi, Amir, *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc--All Eyes Blind: The Limits Of The DMCA In a Web 2.0 World*, 26 BERKELEY TECH. L.J. 405 (2011).
  25. Hetcher, Steven, *User-generated Content and The Future of Copyright: Part one—Investiture of Ownership*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 863 (2008).
  26. Hormann, Kevin C., *The Death of The DMCA? How Viacom Int'l, Inc. v. YouTube,*

- Inc May Define The Future of Digital Contnet*, 46 HOUS. L. REV. 1345 (2009).
27. Jacobi, Tonja, *Innovative copyright*, 109 MICH. L. REV. 1011 (2011).
28. Judge, Kathryn, *Rethinking Copyright Misuse*, 57 STAN. L. REV. 901 (2004).
29. Kim, Eugene C., *YouTube: Testing the Safe Harbors of Digital Copyright Law*, 17 S. CAL. INTERDISC. L. J. 139 (2007).
30. Kreimer, Seth F., *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. REV. 11 (2006).
31. Landsberg, Brian K., *Safeguarding Constitutional Rights: The Uses and Limits of Prophylactic Rules*, 66 TENN. L. REV. 925 (1999).
32. Lee, Edward, *Rules and Standards for Cyberspace*, 77 NOTRE DAME L. REV. 1275 (2002).
33. Lee, Edward, *Freedom of the Press 2.0*, 42 GA. L. REV. 309 (2008).
34. Lee, Edward, *Warming Up to User-Generated Content*, 2008 U. ILL. L. REV. 1459 (2008).
35. Lee, Edward, *Decoding The DMCA Safe Harbors*, 32 CLMJLA 233 (2009).
36. Lee, Edward, *Guns and Speech Technologies: How the Right to Bear Arms Affects Copyright Regulations of Speech Technologies*, 17 WM. & MARY BILL RTS. J. 1037 (2009).
37. Lee, Edward, *Technological Fair Use*, 83 S. CAL. L. REV. 797 (2010).
38. Lemley, Mark A. & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345 (2004).
39. Lemley, Mark A. & R. Anthony Reese, *A Quick and Inexpensive System for Resolving Peer-to-Peer Copyright Disputes*, 23 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 1 (2005).
40. Lemley, Mark A., *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH L. 101 (2007).
41. Lemley, Mark A. & Philip J. Weiser, *Should Property or Liability Rules Govern Information?*, 85 TEX. L. REV. 783 (2007).
42. Leval, Pierre N., *Commentary, Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105 (1990).
43. Lichtman, Douglas & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 HARV. J.L. & TECH. 395 (2003).
44. Lohmann, Fred von, *Fair Use as Innovation Policy*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 829 (2008).
45. Lutz, Karl B., *Patents and Science: A Clarification of the Patent Clause of the U.S. Constitution*, 18 GEO. WASH. L. REV. 50 (1949).

46. McJohn, Stephen M., *Eldred's Aftermath: Tradition, the Copyright Clause, and the Constitutionalization of Fair Use*, 10 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 95 (2003).
47. Menell, Peter S., *In Search of Copyright's Lost Ark: Interpreting the Right to Distribute in the Internet Age*, 59 JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE USA 1 (2011).
48. Meyers, Brette G., *Filtering Systems or Fair Use? A Comparative Analysis of Proposed Regulations for User-Generated Content*, 26 CDZAJELJ 935 (2009).
49. Nimmer, David, *Repeat Infringers*, 52 J. COPYRIGHT SOC'Y 167 (2005). Oliar, Dotan, *The Copyright-Innovation Trade-Off: Property Rules, Liability Rules, and Intentional Infliction of Harm*, 64 STAN. L. REV. 951 (2012).
50. Parchomovsky, Gideon & Kevin A. Goldman, *Fair Use Harbors*, 93 VA. L. REV. 1483 (2007).
51. Patterson, L. Ray & Craig Joyce, *Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U.S. Constitution*, 52 EMORY L.J. 909 (2003).
52. Reese, R. Anthony, *The Relationship Between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 427 (2009).
53. Reese, R. Anthony, *The Relationship Between The ISP Safe Harbors And Liability For Inducement*, 2011 Stan. Tech. L. Rev. 8 (2011).
54. Richards, David V., *Posting Personal Information on the Internet: A Case for Changing the Legal Regime Created by § 230 of the Communications Decency Act*, 85 TEX. L. REV. 1321 (2007).
55. Samuelson, Pamela et al., *The Copyright Principles Project: Directions for Reform*, 25 BERKELEY TECH. L.J. 1 (2010).
56. Urban, Jennifer M. & Laura Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA COMPUTER&HIGH TECH. L.J. 679 (2006).
57. Wu, Tim, *Intellectual Property, Innovation, and Decentralized Decisions*, 92 VA. L. REV. 123 (2006).
58. Wu, Timothy, *Copyright's Communications Policy*, 103 MICH. L. REV. 278 (2004).
59. Yen, Alfred C., *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833 (2000).
60. Yen, Alfred C., *Third Party Copyright Liability After Grokster*, 91 MINN. L. REV. 184 (2006).
61. Yen, Alfred C., *A first Amendment Perspective on The Construction of Third-party Copyright Liability*, 50 B.C. L. REV. 1481 (2009).

62. Zarins, Emily, *Notice Versus Knowledge Under the Digital Millennium Copyright Act's Safe Harbors*, 92 CAL. L. REV. 257 (2004).
63. Zittrain, Jonathan, *Internet Points of Control*, 44 B.C. L. REV. 653 (2003).
64. Zittrain, Jonathan L., *The Generative Internet*, 119 HARV. L. REV. 1974 (2006).
65. Zittrain, Jonathan, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J.L. & TECH. 253 (2006).

(三) 其他

1. Aaron Freedman, *The DMCA: 10 Years of the Good, Bad, and Ugly*, MacUser, available at : [http://www.macuser.com/legal/the\\_dmca\\_10\\_years\\_of\\_the\\_good.php](http://www.macuser.com/legal/the_dmca_10_years_of_the_good.php) (last visited Dec. 15, 2010).
2. Amended Settlement Agreement, *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, No. 05 CV 8136-DC (S.D.N.Y. Nov. 13, 2009), available at: [http://www.googlebooksettlement.com/r/view\\_settlement\\_agreement](http://www.googlebooksettlement.com/r/view_settlement_agreement) (last visited Dec. 21, 2011).
3. Audible Magic - Content Identification Services Customers, available at: <http://www.audiblemagic.com/clients-partners/contentsvcs.asp> (last visited Dec. 21, 2011).
4. Bill Summary & Status 112th Congress (2011-2012) H.R.3261 , The LIBRARY OF CONGRESS THOMAS, available at: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:HR03261:@@L&summ2=m&#summary> (last visited Mar. 20, 2012).
5. Brian Stelter, *Now Playing on YouTube: Clips with Ads on the Side*, N.Y. Times, Aug. 16, 2008, at C1.
6. Fred von Lohmann , *Viacom Makes Its Case Against Yesterday's YouTube*, Electronic Frontier Foundation, available at: <http://www.eff.org/deeplinks/2010/03/viacom-makes-its-case-against-yesterdays-youtube> (last visited Jan. 20, 2011).
7. *Google's YouTube wins Viacom copyright case*, BBC NEWS BUSINESS, available at: <http://www.bbc.co.uk/news/10399610> (last visited Jan. 10, 2011).
8. *Google will protest SOPA using popular home page*, CNET, available at: [http://news.cnet.com/8301-31001\\_3-57360223-261/google-will-protest-sopa-using-popular-home-page/](http://news.cnet.com/8301-31001_3-57360223-261/google-will-protest-sopa-using-popular-home-page/) (last visited Mar. 20, 2012).
9. Juan Carlos Perez, *Google Testing YouTube Antipiracy System*, PC World, Oct. 16, 2007, available at: <http://www.pcworld.com/article/138493/article.html> (last visited May. 28, 2012).

10. Liedtke, YouTube Unveils Anti-Piracy Protection, Associated Press, Oct. 15, 2007, *available at*: <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1192525404635/> (last visited Dec. 21, 2011).
11. Miguel Helft & Geraldine Fabrikant, Viacom Sues Google over Video Clips on Its SharingWebsite, N.Y. Times, Mar. 14, 2007, at C1.
12. MySpace Home Page, *available at*: <http://www.myspace.com> (last visited Dec. 21, 2011).
13. NETCompetition.org, *available at*: <http://www.netcompetition.org> (last visited May. 28, 2012).
14. O'Brien, Danny, Disabled Must Be Given Equal Digital Rights, Irish Times, May 22, 2009, *available at*: <http://www.irishtimes.com/newspaper/finance/2009/0522/1224247099810.html> (last visited May. 28, 2012).
15. Peter S. Menell, Intellectual Property Issues: Assessing the DMCA Safe Harbors: The Good, theBad, and the Ugly, Media Institute, *available at*: [http://www.media-institute.org/new\\_site/IPI/2010/090110.php](http://www.media-institute.org/new_site/IPI/2010/090110.php) (last visited Sep. 14, 2010).
16. Posting of Brad Stone to N.Y. Times Bits, (Feb. 27, 2009, 18:51 EST), *available at*: <http://bits.blogs.nytimes.com/2009/02/27/amazon-backs-off-text-to-speech-feature-in-kindle> (last visited Mar. 20, 2012).
17. Posting of David King to The Official Google Blog, Latest Content ID Tool for YouTube, (Oct. 15, 2007, 14:01 EST), *available at*: <http://googleblog.blogspot.com/2007/10/latest-content-id-tool-for-youtube.html> (last visited Mar. 20, 2012).
18. Posting of Frank Smith to Contentinople, Internet, Media Companies Announce UGC Principles, (Oct. 18, 2007, 18:15 EST), *available at*: [http://www.contentinople.com/author.asp?section\\_id=431&doc\\_id=136714](http://www.contentinople.com/author.asp?section_id=431&doc_id=136714) (last visited Mar. 20, 2012).
19. Rao, Leena, ComScore: Facebook Passes Yahoo to Become the Second Largest Video Site in the U.S., TechCrunch, *available at*: <http://techcrunch.com/2010/09/30/-comscore-facebook-passes-yahoo-to-become-the-second-largest-video-site-in-the-u-s/> (last visited Oct. 27, 2010).
20. Schecter, Daniel S. and Colin B. Vandell, Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc: Safe Harbor Protection for Online Service Providers, Latham & Watkins Client alert, *available at* : [http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub3638\\_1.pdf](http://www.lw.com/upload/pubContent/pdf/pub3638_1.pdf) (last visited Feb. 9, 2010).

21. Sopa and Pipa bills postponed in US Congress, BBC NEWS, *available at:* <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-16655272> (last visited Mar. 20, 2012).
22. Terms of Service, YOUTUBE, *available at:* <http://www.youtube.com/t/terms> (last visited June 9, 2010).
23. TorrentFreak, Universal Censors Megaupload Song, Gets Branded a “Rogue Label”, *available at:* <http://torrentfreak.com/universal-censors-megaupload-song-gets-branded-a-rogue-label-111210/> (last visited Mar. 21, 2012).
24. Universal Censors Megaupload Song, Gets Branded a “Rogue Label”, *available at :* <http://torrentfreak.com/universal-censors-megaupload-song-gets-branded-a-rogue-label-111210/> (last visited Mar. 20, 2012).
25. What is WIPO?, World Intellectual Property Organization, *available at:* [http://www.wipo.int/about-wipo/en/what\\_is\\_wipo.html](http://www.wipo.int/about-wipo/en/what_is_wipo.html) (last visited Dec. 16, 2010).
26. Wikipedia Going Dark to Protest SOPA, Mashable US&WORLD, *available at :* <http://mashable.com/2012/01/16/wikipedia-sopa/> (last visited Mar. 20, 2012).
27. Wu, Tim, Does YouTube Really Have Legal Problems, Slate, Oct. 26, 2006, *available at:* <http://www.slate.com/id/2152264/> (last visited Jan. 20, 2011).
28. YouTube to test video ID software, BBC NEWS, *available at:* <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/6744325.stm> (last visited Dec. 21, 2011).