

國立政治大學法律系國際整合研究所

碩士論文

指導教授：李治安博士

比較法觀點論我國網路服務提供者著作權間接責任及責任限制

研究生：張中愷 撰

中華民國 103 年 7 月

謝辭

本論文的完成首先要感謝指導教授李治安老師，當初進入政大法科所時的口試老師就是口試委員其中一名，非常感謝當時的口試委員老師們讓我能有幸進入政大法科所就讀。碩一下學期時參與老師與達文西個資暨高科技法律事務所合作的數位鑑識計畫，也承蒙老師指導計畫文件的撰寫。碩三甫從日本回國後擔任老師行政助理，也修習老師開設的著作權法課程。在老師幽默風趣，且對於各條文深入淺出的課程之下，我漸漸對於著作權法產生興趣。碩四時開始由老師擔任指導教授進行碩士論文之撰寫，老師於指導過程中不厭其煩的與我討論論文內容，也給予很多指點。這本論文所能完成實多虧了老師細心的指導。

我也相當感謝擔任論文口試委員的沈宗倫老師以及陳龍昇老師。我在碩三時修過沈老師的專利法，深深被老師的教學熱忱所感動。沈老師於論文口試的時候提供我諸多可以延伸的研究方向，受益匪淺。陳老師於口試時也指出論文格式上的一些問題，並就一些敘述較為不清的部分給予指導。非常感謝兩位老師對論文的完成所給予的幫助。

感謝研究所時期的學長姐，采琳、思豪兩位李門前輩，還有日英語文能力出眾的元萁大姊。研究所同班的，致行、星翰、傑翔、伊凡、富農、智仁、芸安，各位都是非常棒的討論對象，也是不可多得的好同學，感謝你們。還有勞工所的潘哥發鑾同志，非常懷念我們的戰友時期，往後還是會努力追隨您的腳步。接著感謝一起度過行政法難關的學弟妹，儉忠、子靖、品毅，三位組員，以及暑期讀書會的成員，佩璇、翊婷。還有助理子欣跟嘉茵的照顧。

感謝日本金澤大學交換時期的，足立英彥指導教授，於法理學課程以及生活上給予了最大的支援，東川浩二老師的英美法也提供了很多有趣的辯論。Ferry Fatur 博士與我進行了多次法律以及文化各種層面的討論。日文班的好同學金勢穎，每次於自然研的午餐談天。Tutor 松本恭平，熱心指導我日文以及提供在日本生活上的幫助，以及籃球與祭り等各種活動的參與。感謝みさき幫我取得多數日本文獻，對論文在日本法制探討部分幫助良多。也感謝語言交換的祥和和菜央美讓我不至於在日文口說上退步太多。

最後，感謝我的父母無條件的付出，給予我在精神與經濟上的支持，使我能無後顧之憂的進行各種學習，最後能順利完成碩士學業。

2014.8 於政治大學法學院

論文摘要

網路於現代社會中之快速發展實際上有賴於網路服務提供者提供之各項重要服務，使用者運用這些服務傳遞各種資訊亦使網路使用人口大幅上升。惟網路服務亦可能被用作侵害權利之途徑，藉由網路快速且大量傳遞之特性，使用者可能藉由網路流通侵權資訊並產生大規模之侵害。另由於網路服務使用者通常隱藏於虛擬帳號之下，且相對於網路服務提供者通常清償能力較低。故權利人通常偏向追究網路服務提供者法律責任。惟若令網路服務提供者動輒承擔法律責任，不僅可能使網路服務提供者卻步於提供服務，亦可能使之對其服務上之資訊流通作嚴格控管以致產生額外成本且營運效率低落，實不利於網路產業發展。如何權衡權利人權利之保護與網路之發展，為本文所研究之主要目標。

我國參考美國相關規定制定著作權法第六章之一之網路服務提供者民事免責事由。惟由於我國並未有如同美國一般之明確間接侵權責任類型。直接移植之下造成部分免責條款並未有對應之歸責類型。加上部分判決對於免責規定之錯誤理解，甚至反而可能有增加網路服務提供者義務之嫌。

本文以比較法之觀點，首先就網路服務提供者所可能承擔之責任類型以我國之現行規定與美國、中國大陸、日本之相關規定作類比，期能為網路服務提供者之責任承擔方面歸納出合適於我國之規定。就網路服務提供者責任限制部分，本文亦擬探討美國之避風港規則(safe harbor)以及深受該規定影響之中國大陸以及日本之相關網路服務提供者免責條款為一系列之討論。於結論部分，本文總結網路服務提供者責任承擔之可能立法方向，另對於著作權法第六章之一之現行規定部分，本文亦提出具體之修法建議。

關鍵字：間接侵權、輔助侵權、代理侵權、侵權責任法、卡拉 OK 法理、法理上之作為義務、著作權法第六章之一、避風港規則、通知及移除程序、信息網絡傳播權保護條例、網路服務提供者責任限制法

ABSTRACT

The internet service provider or the ISP may be one of the major factors that contributed to the widely spread of the use of internet in the modern society. In recent years, however, ISP became breeding ground for numerous crimes. In terms of copyright infringement, with the instant delivery nature of internet, an infringer can easily produce a large scale of massive infringements in a split second. While as the direct infringer can hardly compensate the enormous damages, the copyright holders tend to take legal action toward ISP (secondary liability), which, on the contrary is more likely to be able to make reasonable compensation. However, if the responsibilities are overwhelmingly imposed to the ISP, the incentive of providing internet service may lessen as a result and thus harm the internet related industries as a whole.

The regulations in Taiwan related to the mentioned issue are listed in the 1st section of the 6th chapter. The regulations were amended referring to the DMCA 512 of the U.S. code. In Taiwan, though we do have comparatively complete regulations limiting the responsibility of the ISP, we do not have clear definition of secondary liability in terms of copyright infringement. The article 185 of the civil code in Taiwan defining the liability of joint tortfeasors may be a possible approach to clarify the liability of ISP under the kind of circumstances. However, since no civil judgment has been made so far, whether the article is applicable still remain vague.

Problems arose when the regulations came into application. When there is no clear responsibility, the existence of the regulations of responsibility limitation itself does not make much sense. Moreover, with misinterpretation of the nature of responsibility limitation regulations by some judges who defined them as much like obligations that ISP must follow, the regulations somehow imposed extra burden to the ISP.

This article compared the related regulations of the U.S., China and Japan and the practical applications of those in these countries. As a conclusion, this article gave precise legislative suggestions to the copyright law of Taiwan.

Keyword: indirect infringement, contributory infringement, vicarious infringement, tort liability law, karaoke doctrine, safe harbor doctrine, notice-take down, provider liability limitation act

目錄

第一章 緒論.....	6
第一節 研究背景與動機.....	6
第二節 研究方法.....	8
第一項 比較法.....	8
第二項 文獻分析法.....	8
第三節 本文架構.....	9
第二章 網路服務提供者之責任承擔.....	10
第一節 我國法制探討.....	10
第一項 共同侵權行為.....	10
第二項 共同加害行為.....	11
第三項 造意行為.....	13
第四項 幫助行為.....	14
第五項 視為侵害著作權.....	15
第二節 美國法制探討.....	16
第一項 代理侵權.....	17
第二項 輔助侵權.....	19
第三項 誘引侵權.....	20

第四項 小結	22
第三節 中國大陸法制探討	24
第一項 間接侵權責任型態(一).....	26
第二項 間接侵權責任型態(二).....	29
第一款 主觀要件	29
第二款 客觀要件	31
第三項 停止侵權責任	32
第四項 小結	34
第四節 日本法制探討	35
第一項 間接侵權責任型態	36
第二項 卡拉 OK 法理於網路環境下之衍生適用	39
第三項 停止侵害責任	44
第四項 小結	45
第三章 網路服務提供者侵權責任之限制	47
第一節 我國法制探討	48
第一項 規範主體	49
第二項 門檻要件	50
第三項 類型化網路服務提供者之免責事由	51
第一款 對涉侵權行為不知情	52

第二款 對資訊之被動不干涉立場	53
第三款 未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益	55
第四款 通知及移除程序	55
第一目 網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 4 條	55
第二目 移除程序與反通知	59
第二節 美國法制探討	60
第一項 規範主體	61
第二項 門檻要件	62
第三項 避風港規則	62
第一款 通知及移除程序	64
第四項 小結	66
第三節 中國大陸法制探討	66
第一項 侵權責任法第 36 條	67
第一款 規範主體	67
第二款 體系解釋之問題	68
第三款 侵權責任法第 36 條之定性	69
第四款 主觀要件	72
第五款 侵權責任法第 36 條之問題探討	72

第二項 信息網絡傳播權保護條例第 22 條	73
第一款 信息網絡傳播權保護條例第 22 條之定性	74
第二款 對於資訊內容之被動及不干涉	75
第三款 主觀要件	77
第四款 獲利條款	78
第五款 通知和移除程序	80
第三項 小結	81
第四節 日本法制探討	83
第一項 規範主體	85
第二項 是否明確化作為義務	86
第三項 網路服務提供者責任限制法第 3 條之定性	87
第四項 主觀要件	88
第五項 通知及移除程序	89
第六項 網路服務提供者責任限制法制定後「作為義務」概 念之發展	90
第七項 小結	92
第四章 總結—各國法制比較	94
第一節 網路服務提供者責任之承擔	94
第二節 網路服務提供者責任之限制	98

第五章 結論.....	102
第一節 間接侵權責任之確立	102
第一項 輔助侵權及共同侵權類型	102
第二項 誘引侵權類型	104
第三項 代理侵權類型	104
第四項 停止侵害請求權	106
第二節 網路服務提供者之民事免責事由	106
第一項 對資訊之被動與不干涉立場	106
第二項 通知及移除程序	107
參考文獻.....	111
中文文獻.....	111
英文文獻.....	114
日文文獻.....	114

表目錄

表 1 網路服務提供者責任之承擔(我國、美國)	94
表 2 網路服務提供者責任之承擔(中國大陸、日本).....	95
表 3 網路服務提供者責任之限制(我國、美國)	98
表 4 網路服務提供者責任之限制(中國大陸、日本).....	99

第一章 緒論

第一節 研究背景與動機

網路於現代社會生活中已處於不可或缺之地位，對於資訊之流通貢獻重大。網路於現代社會中之快速發展實際上有賴於網路服務提供者提供之各項重要服務，使用者運用這些服務傳遞各種資訊亦使網路使用人口大幅上升。惟網路服務亦可能被用作侵害權利之途徑，藉由網路快速且大量傳遞之特性，使用者可能藉由網路流通侵權資訊並產生大規模之侵害。另由於網路服務使用者通常隱藏於虛擬帳號之下，且相對於網路服務提供者通常清償能力較低。故權利人通常偏向追究網路服務提供者法律責任¹。惟若令網路服務提供者動輒承擔法律責任，不僅可能使網路服務提供者卻步於提供服務，亦可能使之對其服務上之資訊流通作嚴格控管以致產生額外成本且營運效率低落，實不利於網路產業發展。如何權衡權利人權利之保護與網路之發展，實值得深思²。

¹ 梅夏英、劉明，網絡侵權歸責的現實制約及價值考量，法律科學，第2期，2013年，頁83。

² 李治安，失衡的承諾：著作權責任避風港規範之立法政策評析，國立台灣大學法學論叢，第43卷，第1期，2014年3月，頁145。

我國參照美國 1998 年通過之數位千禧年著作權法(DMCA)所規範之各項網路服務提供者免責態樣，制定著作權法第六章之一網路服務提供者之民事免責事由。惟我國並未如美國一般有較為明確之間接侵權責任類型³，直接移植之結果造成部分免責條款並未有相對應之歸責類型⁴。關於網路服務提供者承擔之責任，縱使學理上之討論認為網路服務提供者可能成立民事上共同侵權責任⁵及著作權法上之著作權侵害⁶，於本章規定制定前於實務判決上尚未有著作權法第 3 條第 1 項第 19 款所列之四種網路服務提供者被訴之案例⁷。於網路服務提供者之責任不明確之前提下，立法制定網路服務提供者相關免責規定反而有增加網路服務提供者義務之嫌⁸。

鑒於以上幾點觀察，本文擬就我國網路服務提供者所可能承擔之責任類型作探討並就美國、中國大陸、日本等國家之相關規定分析類比，期能為網路服務提供者之責任承擔方面統整出合適於我國之規定。

另外就網路服務提供者責任限制方面，本文亦就美國之避風港規則 (safe harbor) 以及深受美國規定影響之中國大陸與日本之相關網路服

³ 即本文網路服務提供者責任中美國法制探討部分所列之代理侵權責任、輔助侵權責任以及誘引侵權責任。

⁴ 例如著作權法第 90 條之 7 與第 90 條之 8 所規定之直接獲得利益條款並未有相應之歸責類型。

⁵ 即本文網路服務提供者責任中我國法制探討部分所列之共同侵權責任中之共同加害行為、幫助行為及造意行為等三種共同侵權樣態。

⁶ 著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之視為侵害著作權規定。

⁷ 李治安，同註 2，頁 157,158。

⁸ 學者指出已有判決誤認我國網路服務提供者相關免責規定係法律義務。李治安，同註 2，頁 159,160。

務提供者免責條款規定作一系列探討，並審視我國著作權法第六章之一各條內容是否有需進一步修正之處。

第二節 研究方法

第一項 比較法

本文主要以比較法之方式切入論述，以我國、美國、中國大陸以及日本之網路服務提供者可能承擔之責任類型作比較分析。相較於美國實務發展出相對明確之間接侵權類型，以傳統共同侵權法理為歸責基礎之中國大陸及日本發展出之處理方式亦可供我國處理類似情況時為參考。另外就網路服務提供者責任限制方面，本文亦就深受美國相關規定影響之中國大陸與日本之責任限制條款與我國著作權法中之相關規定類比，並分析歸責類型與免責要件之對比，試圖對我國相關要件做立法或修正上之建議。

第二項 文獻分析法

本文主要藉由文獻資料之蒐集、歸納、統整、對比等方式對問題

作分析探究。本文主要之文獻來源為各國之專書、期刊文章、判決、法條、行政部門資料、網路資料等。通過對文獻資料之統整與歸納對比，討論各國規定於實踐上適用之問題並對我國相類規定提出建議。

第三節 本文架構

第一章 研究背景與動機：即欲對我國網路服務提供者之責任承擔以及責任限制方面作探討。

第二章 網路服務提供者之責任承擔：首先就我國網路服務提供者承擔責任之可能樣態進行介紹，接著介紹美國三種主要間接侵權類型，最後探討中國大陸與日本之相關責任承擔方式。

第三章 網路服務提供者之責任限制：首先以我國著作權法第六章之一之規定切入，接著探討美國 DMCA 512 之部分條文，最後討論中國之侵權責任法與信息網絡傳播權保護條例之相關條文以及日本之網路服務提供者責任限制法。

第四章 總結：將本文所探討之各國歸責與免責規定以及要件以表格方式呈現。

第五章 結論：衡量各國規定之優缺點並對我國相關規定為具體建議。

第二章 網路服務提供者之責任承擔

第一節 我國法制探討

我國法制於網路服務提供者對於服務使用者實施之侵權行為之責任承擔上一般認為可能依據民法第 185 條規定之共同侵權行為或依據著作權法第 87 條 1 項 7 款處理。兩種處理方法構成要件各異，以下分別論述之。

第一項 共同侵權行為

共同侵權行為本質上係為數行為人對於同一個體進行侵權行為且造成同一損害，所承擔者係為一連帶責任⁹。蓋本制度之設計即為保護被害人於遭受數人為共同侵權行為時，減輕被害人對於因果關係之舉證責任以及明訂數加害人承擔連帶責任¹⁰。連帶責任之承擔於本文欲討論之網路服務提供者與服務使用者所承擔之責任上意義更顯重大。對於難以向服務使用者為權利之主張¹¹，或服務使用者資力不

⁹ 林誠二，共同危險行為之構成與界限，台灣本土法學雜誌，105 期，2008 年 4 月，頁 149。

¹⁰ 王澤鑑，侵權行為法(二)-特殊侵權行為，2006 年 7 月，頁 19,20。

¹¹ 網路服務使用者通常隱匿於網路之虛擬帳號之下，欲確認其實際身分甚至請求損害賠償通常

足清償時，各行為人對被害人承擔之全部損害連帶責任即容許被害人向位置明確且資力明顯較個人為高之網路服務提供者為全部之損害賠償請求。

關於民法第 185 條所規定之共同侵權行為，以類型化之角度觀之又可細分為第 1 項前段之共同加害行為、第 1 項後段之共同危險行為以及第 2 項之造意和幫助行為。與本文欲探討之侵權類型相關者有共同加害行為以及造意和幫助行為態樣，以下就各類型化之共同侵權行為以網路服務提供者之角度下分析侵權責任承擔之可能性。

第二項 共同加害行為

以民法第 185 條第 1 項內文觀之，共同加害行為之成立以多數人共同為加害行為為前提並無疑問。接著根據最高法院 22 年台上字第 3437 號判例，共同加害行為又以雙方行為皆具備侵權行為要件為必須¹²。至於共同性之認定上學說及實務通說根據司法院於 66 年 6 月 1 日變更判例決議之理由採客觀共同關聯性說，即同一權利侵害之發生，

並不容易。

¹² 最高法院 22 年台上字第 3437 號判例要旨：依民法第一百八十五條第一項之規定，共同侵權行為人固連帶負損害賠償責任，惟同條項前段所謂共同侵權行為，須共同行為人皆已具備侵權行為之要件始能成立，若其中一人無故意過失，則其人非侵權行為人，不負與其他具備侵權行為要件之人連帶賠償損害之責任。

無論係數人行為結合始足導致抑或個單獨行為亦足構成，均構成共同關聯性。主觀上，亦不要求如同刑法上共同正犯以意思聯絡為必要¹³。

就網路服務提供者之責任承擔上，一般情形下服務使用者提供之侵權資訊係藉由網路服務提供者提供之平台服務進行流通，故使用者之單獨行為似乎難以獨立構成著作權法上規定之公開傳輸權或重製權之侵害，而網路服務提供者本身僅為中性之服務提供亦不足以單獨成立侵權行為。可討論者，係服務使用者與網路服務提供者之行為成立行為結合態樣之共同加害行為之可能性。若服務使用者主觀具有侵害他人重製權或公開傳輸權之故意上傳侵權文件至網路服務提供者之平台上供第三人下載，網路服務提供者根據其營運模式應承擔輕重不一之作為義務¹⁴。此時網路服務提供者主觀上若亦有侵權之故意而積極提供服務使用者特定網路服務，有成立共同加害行為之可能性¹⁵。例如，對使用者藉由網路進行一對一之侵權資訊傳輸知情之前提下，網路服務提供者以侵權之故意積極設置高傳輸效率之網路儲存服務平台供使用者使用之情形即有可能成立共同加害行為。消極之不作為

¹³ 姚志明，侵權行為法，2011年1月，頁125-135。

¹⁴ 本處作為義務係為學說上所稱之依誠信原則而生之社會交易義務中之業務上之交易行為態樣，亦即行為人因從事一定之營業模式，故有一定之承擔防範義務。姚志明，侵權行為法，2011年1月，頁26,27。亦有學者認為作為義務產生之原因其中一種為合理信賴，個別態樣包括責任人對於管理範圍內之事或物產生造成他人損害危險之可能性所承擔之採取防範措施義務，準此，本文認為管理範圍之廣度亦應以責任人營運模式下所實際管理之範圍定之。王怡蘋，論侵權行為法之作為義務，政大法學評論，116期，2010年8月，頁76。

¹⁵ 姚信安，論我國著作權網路服務提供者責任規範之發展與實踐，科技法學評論，8卷2期，頁177,178。

之情形下，若網路服務提供者知悉侵權資訊之存在而怠於作為¹⁶進而導致損害發生則亦可能與服務使用者成立共同加害行為。

第三項 造意行為

民法意義上之造意本質等同刑法之教唆，係指對本無加害意思之人勸誘其進行加害行為，而該具體加害行為又實際產生損害後果者。法律規定造意人與實際行為人承擔共同侵權責任即欲對造意人所為之勸誘行為導致加害行為產生做出評價¹⁷。客觀上造意人需進行勸誘行為，復行為人因造意人之勸誘進行侵權行為並造成損害後果。主觀上，並要求造意人具有教唆或勸誘之故意¹⁸。

就網路服務提供者責任承擔上，常見之網路論壇類型之服務提供者通常可能以論壇貨幣或是論壇帳戶地位等方式勸誘服務使用者進行著作權之侵權行為。若服務使用者實際上因為論壇服務提供者之各種利益勸誘下提供侵權資訊則可能與網路服務提供者承擔共同侵權責任。例如，網路服務提供者可能以提供侵權資訊即可獲得相對應之論壇貨幣與論壇地位提升之方式勸誘使用者為侵權行為。惟若論壇對

¹⁶ 行為人負有作為義務但不作為時，於侵權行為法中成立加害行為。姚志明，同註 13，頁 24。

¹⁷ 姚志明，同註 13，頁 140-142。

¹⁸ 王澤鑑，同註 10，頁 39。

於侵權或未侵權資訊之提供皆自動化之給予相應論壇貨幣，將不易認定主觀上有教唆或勸誘之故意。

第四項 幫助行為

民法上幫助人之地位亦等同於刑法上之幫助犯。本處所謂之幫助係指予侵權行為人物質或精神上之助力，對於侵權行為人所為之侵權行為給予一定程度上之便利，與共同加害類型之區別在於幫助人主觀上是否具實施共同加害行為之意思¹⁹。客觀上，幫助人須有幫助行為，復該幫助行為確實對侵權行為人實施侵權行為提供便利且該侵權行為實際產生損害結果，主觀上則要求幫助人具有幫助故意。

於本文欲討論之網路服務提供者責人承擔類型上，一般可能之責任承擔態樣為網路服務提供者於其開設之網路論壇服務中對於服務使用者所提供之侵害著作權資訊進行類型化分類，或以專區開設之方式提供服務使用者侵權行為行使之便利。於網路服務提供者主觀上僅具幫助故意且缺乏共同加害意思之情況下或可討論與服務使用者成立幫助型態之共同侵權責任可能。若網路服務提供者於其提供之服務

¹⁹ 姚志明，同註 13，頁 145-148。

平台上以侵害意圖積極提供侵權電腦程式則可能成立本款規定之侵權責任。

第五項 視為侵害著作權

我國著作權法第 87 條第 1 項第 7 款設有擬制侵害著作權之規定²⁰，本款所規定者係為提供之行為，具體上為電腦程式之提供，對於直接侵害人之侵害行為是否產生實際損害在所不問²¹。本款規定之責任承擔主觀上，要求網路服務提供者知情且具有侵害意圖。客觀上，又必須存在有積極之煽惑使用者侵害著作權等行為²²。

「意圖」要件符合與否之判斷，於立法上亦以本條第 2 項之規定是否符合客觀要求斷之²³。惟本條第 2 項所列舉之廣告等措施於網路服務產業上相當常見，實務判斷上可能造成廣泛具備意圖要件之認定²⁴，本文認為解釋適用上應嚴格處理。客觀上根據法條規定，行為人應有提供行為且要求受有利益。

²⁰ 著作權法第 87 條第 1 項第 7 款：未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者。

²¹ 蕭雄淋，著作權法論，2010 年 8 月，頁 265。

²² 李治安，同註 2，頁 157。

²³ 著作權法第 87 條第 2 項：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。

²⁴ 馮震宇，從間接侵權責任與三振條款立法看 ISP 責任之商榷，月旦民商法雜誌，第 38 期，2012 年 12 月，頁 13。

至於符合本款規定之情形是否構成民法上之共同侵權各類型仍應個別判定²⁵。如前段所述，本款非難之行為為提供行為，對於是否產生實際損害結果在所不問，惟民法上共同侵權之成立皆以產生實際損害為要件。若以產生實際損害為前提下討論，主觀上有故意過失且客觀上有行為分擔之情形下可能成立共同加害類型之共同侵權；主觀故意且客觀上以教唆勸誘方式引起侵害行為人實施侵權行為者則可能構成造意型態之共同侵權；最後，主觀具欠缺共同加害意思之故意且客觀上有幫助行為者則可能論以幫助型態之共同侵權。

第二節 美國法制探討

著作權侵權之行為態樣一般包括直接侵權人之侵權行為以及通常附隨之第三方之幫助(assistance)或指導(guidance)行為。以權利侵害救濟之角度觀之，權利人除了得對直接侵權人提起著作權侵害訴訟之外，若賦予權利人對這些提供幫助或指導之第三方提起訴訟，將可擴大權利人之損害賠償請求範圍，對權利人之保護可謂周延。惟輕易課予間接責任(secondary liability)不僅可能造成第三方經營成本之提升，

²⁵ 蕭雄淋，同註 21，頁 265。

承擔責任之風險亦可能造成資金引入以及科技發展之障礙。而減低責任要求又可能削弱權利人之創新動機²⁶，對此美國以實務發展出之代理侵權(vicarious infringement)以及輔助侵權(contributory infringement)界定間接侵權責任承擔之界線²⁷。本處之間接侵權責任以直接侵權存在為前提，若直接侵權行為落入權利限制範圍，例如符合合理使用(fair use)之情形下，間接侵權責任即無成立可能²⁸。

第一項 代理侵權

著作權法上之代理侵權(vicarious infringement)責任主要係欲對藉由他人侵權行為而不正當獲有利益者加諸責任。此種責任承擔理論源自於僱用人責任(respondeat superior)中所謂被告不應當就其所控管之人所為之侵權行為中獲得利益法理²⁹。關於代理侵權責任之構成要件。客觀上符合以下兩要件者即可能負擔代理侵權責任，第一，被告具有管理(supervise)係爭直接侵權行為之能力，第二，被告於侵權行為中獲有直接利益(direct interest)。主觀上亦不要求對侵權行為之存在

²⁶ See STEPHEN M. MCJOHN, *Copyright Examples & Explanations*, 2009 at 373.

²⁷ 美國著作權法本身並未有任何對直接侵權人以外之第三人要求責任承擔之規定，間接侵權責任係由法院實務發展而來。See ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *Principles of Copyright Law*, 2010 at 394.

²⁸ See STEPHEN M. MCJOHN, *supra* note 26, at 374.

²⁹ 僱用人責任產生之法理即欲避免僱用人於對於受僱人有控管力之情況下，藉由受僱人之侵權行為獲利而僅由進行直接侵權行為之受僱人承擔責任。See STEPHEN M. MCJOHN, *supra* note 26, at 375.

知情³⁰。

客觀要件中之管理要件要求實質管理(actual control)，實務上一般認定標準為具有對直接侵權人清楚之管理權利。例如 *Fonovisa* 一案法院認為被告對於販賣侵權產品之攤販有令其營運終止之權限，根據這項權限之性質，可以認為被告具於場域內對攤販具管理能力³¹。另一客觀要件利益要件根據 *Shapiro* 案，要求被告獲得明顯且直接之利益³²。惟此種嚴格要求常使舉證困難，故近年之裁判案例對於利益要件之要求已有放寬趨勢³³。

網路環境下之著名案例有 *Napster* 案，本案進一步確立代理侵權之管理要件與利益要件。例如網路服務提供者有能力阻斷使用者進入特定網路場域則符合管理要件。而關於利益要件，若可由網路服務提供者之服務上取得侵權檔案之事實能吸引一定用戶流量時，此等利益即足構成利益要件³⁴。滿足以上客觀要件者即可能承擔代理侵權責任。

³⁰ See *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 204, 307 (2d Cir.1963).

³¹ See *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 263 (9th Cir.1996).

³² “With an obvious and direct financial interest in the exploitation of copyright materials” See *Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co.*, 316 F.2d 204, 307 (2d Cir.1963).

³³ 姚信安，從美國法角度探討我國著作權民事間接侵權責任相類制度，*中正財經法學*，第2期，2011年1月，頁149。

³⁴ See *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1023 (9th Cir. 2001). 同註33，頁149。

第二項 輔助侵權

輔助侵權 (contributory infringement) 之成立要件主要見於 Gershwin 一案，該案判決指出：「於對侵權行為(with knowledge)知情之前提下，引誘(induce)、引起(cause)或實質上輔助(materially contribute)該侵權行為」，可能成立輔助侵權³⁵。

輔助侵權之成立，主觀要件上與代位侵權相異，要求對直接侵權行為之存在知情。亦即，若被告僅僅對於直接侵權人有控制力或者幫助直接侵權人製造或散布產品，於欠缺主觀要件之情況下將不會成立輔助侵權³⁶。客觀要件則要求實質上輔助，典型之情形為被告提供直接侵權行為人其進行侵權行為不可或缺之物質助力³⁷。例如 Columbia Pictures 一案，第三巡迴法院認為對侵權行為提供場域或設備即構成實質上輔助³⁸。另外，若被告販售專為供侵權行為使用之裝置，則亦可能被認為成立輔助侵權³⁹。Napster 一案法院又進一步確立輔助侵權之主觀標準，即知情要件又包括實際知情(actual knowledge)及推定知

³⁵ See *Gershwin Publish Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

³⁶ See STEPHEN M. MCJOHN, *supra* note 26, at 379.

³⁷ See ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *supra* note 27, at 396-398.

³⁸ See *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Avco, Inc.*, 800 F.2d 59 (3d Cir. 1986).

³⁹ See *A & M Records v. Abdallah*, 948 F.Supp. 1449 (C.D.Cal. 1996).

情(constructive knowledge)⁴⁰。若網絡服務提供者對侵權行為存在知情，客觀上又提供實質助力則可能成立輔助侵權。

第三項 誘引侵權

誘引侵權責任之創立主要係為處理新型網路點對點傳輸技術，即所謂 P2P(peer-to-peer)所帶來之新型網路環境所可能面對之著作權間接侵權問題。此種新型態之網路傳播科技被認為可能作為大量傳播未經授權之資訊之媒介。權利人雖可利用現有之代位侵權責任以及輔助侵權責任來處理牽涉 P2P 之間接侵權責任，為相較於科技發展之快速，傳統之侵權責任似乎又不盡然得以周全處理⁴¹。

關於 P2P 環境下之誘引侵權責任，代表案例為 GrOKster 案，本案例中被告共有 GrOKster 以及 StreamCast 二者，與 Napster 案不同的是，本案之兩被告所提供之服務皆不具有集中式檔案索引功能⁴²。第九巡迴法院於 GrOKster 一案亦以此區別本案被告與前述之 Fonovisa 案以及 Napster 案之被告。法院認為：「GrOKster 以及 StreamCast 與

⁴⁰ See *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

⁴¹ See ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *supra* note 27, at 399.

⁴² Napster 於其網站上提供 MusicShare 軟體供用戶下載，該軟體其中一項功能為提供用戶由集中式檔案索引系統中搜索位於他人電腦中之音樂檔案，而後得進行下載，See *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, *supra* note 40.

其使用者之關係，並不等同於物品交換市集之營運者與參與者⁴³以及 Napster 之服務與其使用者。GrOKster 以及 StreamCast 僅係營運一分散式 P2P 網路.....被告缺乏阻止個別侵權行為之能力，故不應承擔責任」⁴⁴。

最高法院並未支持上開見解⁴⁵，法院認為若被告係積極誘引著作權侵權，亦即，若被告意欲並暗示使用者使用特定裝置進行著作權侵權，縱使該特定裝置亦有侵權以外之合法用途，根據基礎侵權行為責任理論，被告仍應當承擔侵權責任⁴⁶。法院亦對 GrOKster 以及 StreamCast 一案中誘引侵權主觀上要件「意圖」誘引侵權行為中所謂意圖(intent)之定義提供三項判斷標準。首先，本案被告皆試圖去迎合已存在之著作權侵權行為之需求，即包括原本 Napster 用戶之市場。其次，被告皆未對侵權行為做任何防範措施，包括封鎖侵權使用者、使用過濾裝置或其他之機制。最後，被告之收入主要為廣告收入，係為利用高比例之侵權行為而獲利之經營模式。綜合上述，法院認定被告具有促進侵權行為之意圖，於誘引侵權規則下，被告承擔侵權責任⁴⁷。客觀要件上，誘引侵權責任亦為間接侵權責任之一種態樣，故客

⁴³ Fonovisa 係為物品交換市集之營運公司。See *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, *supra* note 31.

⁴⁴ See *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 380 F.3d 1154, 1165 (9th Cir. 2004).

⁴⁵ See *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913, 125 S.Ct. 2764, 162 L.Ed.2d 781(2005).

⁴⁶ See ROGER E. SCHECHTER & JOHN R. THOMAS, *supra* note 27, at 401.

⁴⁷ See *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* *supra* note 45.

觀上亦要求產生損害後果。若網路服務提供者具備促進侵權意圖，積極提供或散佈侵權裝置，於直接侵權行為成立之前提下，可能成立誘引侵權責任。

第四項 小結

美國著作權間接侵權責任並未明確規範於著作權法內，而是根據各級法院判決逐漸衍生出一套判斷標準。間接侵權之責任承擔上，基本上分為代理侵權、輔助侵權以及誘引侵權等三種責任承擔模式。

美國的三種間接責任承擔模式成立要件各異，與上述我國為處理網路服務提供者責任之各種於民法上規定之特殊侵權行為態樣以及著作權法規定之視為侵害著作權之相關規定之要件類比。首先，以代理侵權責任觀之，如前所述其係由所謂僱用人責任承擔之概念演進而成，我國僱用人侵權責任之規定係訂於民法第 188 條，其於規範主體上要求侵權行為人為受僱人，而受僱人之定義又以事實上受雇用人之選任監督而為其利益服勞務者，即所謂事實上之僱傭關係⁴⁸。又有學者引德國學說認為僱傭關係之認定應以受僱人是否接受雇用之指示

⁴⁸ 姚志明，同註 13，頁 183。

且須加入該個別組織體而定⁴⁹。本文認為美國所謂代理侵權之管理要件並未達到我國僱用人侵權責任僱傭關係構成要件之強度，故以僱用人侵權責任處理代理侵權之情形是有困難的。接著，以輔助侵權責任做類比，我國較為相似之規定可見於民法第 184 條第 2 項之造意以及幫助侵權，就構成要件上兩者亦較為類似，就主觀方面，若網路服務提供者對直接侵權行為存在知情並存在幫助或教唆之故意⁵⁰，客觀上之幫助又達到實質輔助之要求⁵¹，則可能以本條規定處理輔助侵權之情形而使其承擔責任。最後，就誘引侵權與我國規定類比。我國著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之規定係參考美國誘引侵權立法，惟主客觀構成要件有所不同。例如上述美國最高法院判決所提供之主觀意圖判斷要件，其中之獲利要件係用以判斷主觀是否誘引意圖，我國之獲利要件則係一客觀要求。最大之差異在於美國之誘引侵權係一間接侵權態樣故要求侵權行為造成損害結果，而我國著作權法之規定則係非難提供行為⁵²，故並不要求損害結果，直接侵權行為成立合理使用亦不排除誘引侵權責任之成立。

綜上所述，我國明顯缺乏代理侵權類型，就網路服務提供者責任

⁴⁹ 姚志明，同註 13，頁 183。

⁵⁰ *Grokster* 案判決以前，美國法院於輔助侵權之認定上，未有就實質輔助要件以外之客觀要件做討論。姚信安，同註 23，頁 147。

⁵¹ 根據上述關於實質輔助成立與否實務上之判斷標準，可見其對於輔助的程度比起僅要求實際上對於侵權行為之行使提供便利之幫助侵權中之幫助程度來的高。

⁵² 蕭雄淋，同註 21，頁 265。

承擔上比較有成立可能的係為接近美國輔助侵權之幫助型態之共同侵權。惟輔助侵權之主觀要件僅要求對侵權行為之存在知情，我國要成立幫助型態之共同侵權尚須證明網路服務提供者主觀具有幫助故意，現行法下責任成立之可能性亦較低。

第三節 中國大陸法制探討

中國大陸於 2006 年施行「信息網絡傳播權保護條例」而後於 2010 年施行「侵權責任法」，條例及侵權責任法對於網路服務提供者所承擔之責任皆有規範⁵³。於條例及侵權責任法施行之前於司法實務中，中國法院並未在網路服務提供者之侵權責任承擔問題上發生過爭議⁵⁴。例如北京市第二中級人民法院二中知初字第 18 號判決主文”京訊公司本身並未向這個免費的個人空間提供任何資訊，該個人網站中的內容完全由該網站所有人李翔製作。根據互聯網技術的特點及應由行為人對自己的行為後果承擔責任的法律原則，僅提供網路技術和設施的網路服務商，一般不應對網路使用者的侵權行為承擔法律責任……因此提供物質設備的網路服務商有責任及時對出現在網路上的侵權內

⁵³ 信息網絡傳播權保護條例及侵權責任法施行可資依循者有，1987 年施行之民法通則以及 1988 年施行之民通意見。另民通意見係由中國最高人民法院審判委員會討論通過，就民法通則於貫徹執行中之問題提出意見，具有等同於法律位階之效力。

⁵⁴ 王遷，信息網絡傳播權保護條例中”避風港”規則的效力，知識產權，第 6 期，2010 年，頁 130。

容採取技術措施，以制止侵權內容的存在和傳播，也即其在權利人提出合理請求時，應當及時採取技術措施消除侵權資訊，否則，將因此承擔相應的侵權賠償責任”⁵⁵。

本案中法院明確劃分了直接侵權以及間接侵權責任⁵⁶。網站所有人即直接侵權人承擔著作權侵權之直接侵權責任，而網路服務提供者僅承擔所謂之間接侵權責任。值得一提的是，中國大陸著作權法第 48 條第 1 項規定未經著作權人許可，通過信息網絡向公眾傳播其作品的，根據同條規定，至少需承擔民事責任⁵⁷。惟此處之規定是否包括網路服務提供者之行為而應將其定位為直接侵權？本處之侵權行為系指侵害權利人「信息網絡傳播權」之行為⁵⁸。信息網絡傳播權規範之行為即為以有線或者無線方式向公眾提供作品，使公眾可以在其個人選定的時間和地點獲得作品之行為。實務上最常見的即為「上傳」之行為，蓋行為人上傳檔案後，公眾可於其自行選定之時間內於任何網路連線之電腦上取得該檔案，故上傳行為完全符合信息網絡傳播權

⁵⁵ 北京市第二中級人民法院(2000)二中知初字第 18 號判決。

⁵⁶ 間接侵權責任一詞未見於中國大陸法條，學界所稱之間接侵權責任係指相對於直接侵權責任之第三人責任。

⁵⁷ 中國大陸著作權法第 48 條規定：有下列侵權行為的，應當根據情況，承擔停止侵害、消除影響、賠禮道歉、賠償損失等民事責任；同時損害公共利益的，可以由著作權行政管理部門責令停止侵權行為，沒收違法所得，沒收、銷毀侵權複製品，並可處以罰款；情節嚴重的，著作權行政管理部門還可以沒收主要用於製作侵權複製品的材料、工具、設備等；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

⁵⁸ 中國大陸著作權法第 10 條第 1 項第 12 款規定，信息網絡傳播權，即以有線或者無線方式向公眾提供作品，使公眾可以在其個人選定的時間和地點獲得作品的權利。

範圍。惟未實際為上傳行為之網路服務提供者之提供連結行為，是否亦為信息網路傳播權所包括，此點仍值探究⁵⁹。

第一項 間接侵權責任型態(一)

關於間接責任之態樣，傳統處理方法係根據共同侵權法理處理，實務上以民法通則第 130 條規定之共同侵權處理⁶⁰，根據民通意見第 148 條之規定⁶¹，將實施教唆或幫助之行為人以連帶責任相繩。知識產權之間接侵權行為指沒有實施受知識產權專有權利控制之行為，但故意誘使他人實施直接侵權，或於明知或應知他人或即將正在實施直接侵權時為其提供實質性幫助，以及於特定情況下擴大直接侵權結果之行為⁶²。

早期判決曾納入類似美國代理侵權責任類型。類似於美國代理侵權法理之例可見北京最高人民法院於新力公司訴世紀悅博案所為之判決，法院於判決主文表明：「www.chianmp3.com 網站是一個專業性音樂網站，其提供服務具有明顯的商業目的。從世紀悅博公司在

⁵⁹ 王遷，再論“信息定位服務者提供者”間接侵權的認定，知識產權，第 4 期，2007 年，頁 5。

⁶⁰ 中國大陸民法通則第 130 條：「二人以上共同侵權造成他人損害的，應當承擔連帶責任」。

⁶¹ 中國大陸民通意見第 148 條第一款：「教唆、幫助他人實施侵權行為的人，為共同侵權人，應當承擔連帶民事責任」。

⁶² 王遷、王凌紅，知識產權間接侵權研究，中國人民大學出版社，2008 年，頁 3。

www.chianmp3.com 網站上提供的服務看，世紀悅博公司對第三人網站的具體內容進行了單個的甄別和接收；為網路使用者搭建了一個內容完整、資訊齊全、服務全面的音樂平臺，向使用者提供了為尋找和下載所需要服務的所有資訊；使用者在該網站上即可以直接獲得所需要的歌曲；被連結網站上的音樂製品基本上處於世紀悅博公司的控制之下。因此，雖然音樂的最終的下載是用戶通過世紀悅博公司所設置的連結發出指令由儲存該音樂文檔的電腦按照指令自動傳輸給使用者的，世紀悅博公司沒有複製該音樂文檔，但從網路使用者查詢資訊直到下載的整個過程及實際效果看，用戶無需通過其他途徑尋找儲存音樂文檔的網站，而是根據世紀悅博公司提供的服務，就可以從其網站上獲得所有相關資訊並可直接得到涉案歌曲；其服務完全起到了直接向用戶提供涉案歌曲下載的作用和效果，與把涉案歌曲的檔案檔儲存在其自身伺服器中從事下載沒有任何區別」⁶³。法院於該案見解認為由於世紀悅博公司對於網站上之音樂作品具有高度控制力，故縱使其未自行實施「提供」行為，其服務亦足以達到同等效果，應認為世紀悅博公司之行為為侵害信息網絡傳播權之侵害行為⁶⁴。

本判決認為網路服務提供者所為之行為實際上為侵害信息網絡

⁶³ 北京市高級人民法院民事判決書(2004)高民終字第 714 號。

⁶⁴ 本判決根據網路服務提供者對侵權行為具有實質管理性確定其責任，可以說係採取類似美國代理侵權責任法理或者日本之卡拉 OK 法理概念。

傳播權之行為之一，惟判決見解受到學者批評⁶⁵。首先，以法條原文觀之，若欲成立對信息網絡傳播權之直接侵權，則必然需要「提供」檔案，就案件事實觀之，公眾取得系爭檔案之可能性完全取決於該檔案之上傳者，世紀博悅公司提供連結之行為，充其量僅能認為為取得檔案提供便利，而擴大原本上傳行為之影響範圍⁶⁶。縱使沒有連結之存在，公眾仍然得直接於原始檔案上傳處取得檔案。法院據以判決之另一重要依據即「被連結網站上的音樂製品基本上處於世紀悅博公司的控制之下」，惟本案世紀悅博公司雖對歌曲設置連結有選擇性，但對於第三者對於檔案之上傳或消除並無法控制，故認為世紀悅博公司對於音樂製品檔案有控制權限當非無疑⁶⁷。對於世紀悅博公司等網路服務提供者之行為，不宜認定為是信息網絡傳播權之侵害，以幫助型態之共同侵權處理似較妥適⁶⁸⁶⁹。

⁶⁵ 有學者認為法院實際上混淆了設置鏈結行為與上傳行為之本質差異，而信息網絡傳播權僅規範上傳行為。王遷，同註 59，頁 6。

⁶⁶ 惟可能承擔幫助型態之共同侵權責任。民通意見第 148 條第 1 款，教唆、幫助他人實施侵權行為的人，為共同侵權人，應當承擔連帶民事責任。

⁶⁷ 王遷，同註 59，頁 7。

⁶⁸ 根據本案事實世紀悅博公司不成立所謂的實質管理性，且中國大陸亦未規定有代理侵權之態樣。故若其主觀上有幫助故意，客觀又為直接侵權行為提供便利則可能成立幫助型態之共同侵權。

⁶⁹ 類似見解可見北京市高級人民法院民事判決書(2004)高民終字第 713 號。”正是因為世紀悅博公司設置連結的行為，為侵權錄音製品的傳播提供了管道和便利，使用戶得以下載侵權的錄音製品，從而使被連結網站的侵權行為得以實施、擴大和延伸，因此，世紀悅博公司客觀上參與、說明了被連結網站實施侵權行為，侵害了正東唱片有限公司對其錄音製品享有的合法權益”。法院認為世紀悅博公司之行為係為幫助型態之共同侵權，應承擔共同侵權責任。

第二項 間接侵權責任型態(二)

侵權責任法施行後網路服務提供者之責任承擔趨於廣泛，關於網路服務提供者之作為義務產生始點亦歸於明確，根據侵權責任法第 36 條之規定，主觀上「知道」侵權人利用網路服務即產生網路服務提供者採取必要措施之作為義務⁷⁰。中國大陸民事法理論上一般侵權責任之承擔以過錯為要件，故若客觀上行為人並未違反作為義務，且主觀上並未違反注意義務⁷¹，一般並不會認為有過錯而須承擔侵權責任。

第一款 主觀要件

就主觀要件部分，最高人民法院於 2005 年一則「批覆⁷²」中指出：「對於網路服務提供者在提供連結服務中涉及的侵犯著作權的行為，應當依據《最高人民法院關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適

⁷⁰ 關於侵權責任法第 36 條內文及定性等討論詳見本文網路服務提供者責任限制之中國大陸法制探討部分。

⁷¹ 朱丹，過錯認定及其著作權侵權賠償責任，人民司法，2013 年，頁 85。學者認為於著作權侵權糾紛案件中侵害人過錯之認定標準應採取主客觀結合之折衷說，即過錯認定之標準有二，第一，行為人違反必需之行為標準，例如法律或行政法規規定之義務。第二，行為人須違反「合理人之注意義務」。

⁷² 最高人民法院(2005)民三他字第 2 號批覆。批覆效力等同司法解釋，最高人民法院之批覆效力即具等同法律位階之效力。

用法律若干問題的解釋》的有關規定進行認定。網路服務提供者明知有侵犯著作權的行為，或者經著作權人提出確有證據的侵權警告，仍然提供連結服務的，可以根據案件的具體情況，依據《最高人民法院關於審理涉及計算機網路著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第四條的規定，追究其相應的民事責任⁷³」。若網路服務提供者於接到權利人提出侵權警告時，即屏蔽侵權內容阻止損害擴大，應當認定其未違反作為義務及注意義務而不承擔侵權責任⁷⁴。

上開批覆將行為人之主觀要求侷限於「明知」，此批覆大大限縮行為人成立間接侵權之可能性。實務上有甚多事例，縱使權利人並未通知網路服務提供者，惟侵害著作權之內容甚為明顯，以致任一理性人都可清楚知道⁷⁵。於此情形下，若權利人尚無法證明網路服務提供者主觀上明知有侵權內容之存在，則無法對網路服務提供者課以間接侵權之責任。此一結論顯不合理。故於「信息網絡傳播權保護條例」施行後，對於間接侵權人主觀要件之要求即做出修正，該條例第 23 條規定：「網路服務提供者為服務物件提供搜索或者連結服務，在接到權利人的通知書後，根據本條例規定斷開與侵權的作品、表演、錄

⁷³ 「最高人民法院關於審理涉及電腦網路著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」所規定者係為內容服務者，本批覆係欲將解釋之規定適用於連結服務。惟主觀要件之要求於信息網絡傳播權保護條例及侵權責任法上又可見更細緻之規定。

⁷⁴ 王遷，同註 59，頁 9。

⁷⁵ 王遷，同前註。

音錄影製品的連結的，不承擔賠償責任；但是，明知或者應知所連結的作品、表演、錄音錄影製品侵權的，應當承擔共同侵權責任」。本條例確立間接侵權人之主觀要件為明知或應知，更加合理化對於著作權人利益之保護⁷⁶。於侵權責任法施行後，對於網路服務提供者成立間接侵權之主觀要件明文定於第 36 條，規定若網路服務提供者接到權利人通知或「知道」網路服務使用者利用其網路服務侵害他人民事權利而不採取必要措施者，與網路服務使用者承擔連帶責任。本條之「知道」，有學者解讀為明知，更多學者及官方將其解讀為明知或應知⁷⁷。

第二款 客觀要件

若網路服務提供者主觀上知道侵權行為之存在則產生作為義務，若不採取必要措施則可能承擔責任。信息網絡傳播權保護條例以及侵權責任法施行前關於作為義務產生之論理可見北京市高級人民法院(2001)高知終字 51 號民事判決。該判決指出：「作為僅提供網絡技術和設施服務的網絡服務商，除對法律法規明令禁止傳播的資訊必須進行過濾外，對網絡使用者所傳播的其他資訊並無法定義務主動篩選和

⁷⁶ 王遷，同註 59，頁 9,10。

⁷⁷ 司曉、費蘭芳，電子商務平台服務提供者的商標間接侵權責任探析，知識產權，第 3 期，2012 年，頁 4。

控制，但當權利人對網絡上所傳播的資訊提出侵權指控時，提供物質設備的網絡服務商有責任及時採取技術措施，制止侵權內容的繼續存在和傳播」。本判決實際上確立了網路服務提供者於主觀要件成立後作為義務之產生。信息網絡傳播權保護條例施行後於該條例之第十五條前段亦明文規定：「網絡服務提供者接到權利人的通知書後，應當立即刪除涉嫌侵權的作品、表演、錄音錄影製品，或者斷開與涉嫌侵權的作品、表演、錄音錄影製品的連結」。侵權責任法施行後進一步確立網路服務提供者之作為義務⁷⁸。

第三項 停止侵權責任

共同侵權人負擔損害賠償責任為民法通則以及侵權責任法兩法所明訂，而關於共同侵權人停止侵害責任之規定卻不見於民法通則以及著作權法⁷⁹。中國大陸之侵權責任法與傳統大陸法系侵權法⁸⁰之最大區別在於，其不僅規範賠償責任關係，亦規範停止侵害責任⁸¹。一

⁷⁸ 中國大陸侵權責任法第 36 條第 2、3 款：「第二款：網絡使用者利用網絡服務實施侵權行為的，被侵權人有權通知網絡服務提供者採取刪除、遮罩、斷開連結等必要措施。網絡服務提供者接到通知後未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網絡使用者承擔連帶責任。第三款：網絡服務提供者知道網絡使用者利用其網絡服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網絡使用者承擔連帶責任」。

⁷⁹ 中國大陸著作權法中侵害著作權之停止侵害救濟模式規定於第 47、48 條。且該法採列舉式規定，條文中並未列舉有共同侵權之態樣。

⁸⁰ 例如我國民法中關於侵權行為並未有停止侵害之相關規定。

⁸¹ 張玲，論專利侵權訴訟中的停止侵權民事責任及其完善，法學家，第 4 期，2011 年。

直以來侵權責任之構成都需要產生實際損害，侵權責任法考量預防功能，即使未發生實際損害，仍課以侵權人停止侵害、排除妨礙及消除危險等侵權責任。傳統大陸法系對於停止侵害責任之規範多見於物權請求權中之排除妨害等規定，中國大陸之侵權責任法將物權請求權包括在侵權責任請求權中，被視作為一種中國特色之立法模式⁸²。

復依據侵權責任法第 21 條之規定，侵權行為危及他人財產安全的，被侵權人可以行使停止侵害請求權⁸³。以北京高級人民法院判決⁸⁴為例。判決主文摘錄如下：「網路服務提供者通過網路參與他人侵犯著作權行為，或者通過網路教唆、幫助他人實施侵犯著作權行為的，追究其與其他行為人或者直接實施侵權行為人的共同侵權責任...涉案行為在主觀上應屬故意，構成幫助侵權，應當依法承擔停止侵害、賠償損失的法律責任」。可見實務上對於成立共同侵權者法院普遍認定其需承擔停止侵害責任。

另於共同侵權之規則下，幫助及教唆行為構成侵權必須以直接侵權存在為前提⁸⁵。理論上，單純的間接侵權行為並不至於導致權利人

⁸² 朱冬，知識產權間接侵權中停止侵害適用的障礙及克服，法學家，第 5 期，2012 年，頁 85。

⁸³ 中國大陸侵權責任法第 21 條：侵權行為危及他人人身、財產安全的，被侵權人可以要求侵權人承擔停止侵害、排除妨礙、消除危險等侵權責任。

⁸⁴ 北京市高級人民法院民事判決書(2006)高民終字第 1483 號。

⁸⁵ 朱冬，同註 82，頁 86。

之損害，而停止侵害請求權，必須以侵害存在為前提。故存在直接侵權之間接侵權方能產生一整體侵權行為，而復有停止侵害請求權之適用⁸⁶。

第四項 小結

就中國大陸民法理論觀之，網路服務提供者對於網路服務使用者所為之著作權侵權行為，傳統上依據民法通則以及民通意見令其與服務使用者承擔共同侵權責任⁸⁷。於侵權責任法施行後，則依據侵權責任法第 36 條，同樣以共同侵權法理規範網路服務提供者責任，對於網路服務提供者之主客觀要求亦已明確。

主觀上，侵權責任法第 36 條第 2 項要求之「知道」定義，應解為明知及應知⁸⁸。惟為與網路服務之發展甚至表現自由做利益衡量，不應對權利人之權利範圍作過度擴張。客觀上為網路服務提供者「知道」而不為符合客觀作為義務之行為，即所謂侵權責任法第 36 條所謂之必要措施，始成立間接侵權。

⁸⁶ 朱冬，同註 82，頁 86。

⁸⁷ 與我國現行規定類似，包括教唆以及幫助類型之共同侵權。

⁸⁸ 實際上侵權責任法第 36 條之歸責要件僅要求主觀上「知道」及客觀上直接侵權人須「利用」服務，相較於美國所謂輔助侵權責任尚要求客觀上須達到實質輔助要件，網路服務提供者於侵權責任法第 36 條架構下更容易承擔責任。

現行實務上本於侵權責任法之規定以共同侵權來處理間接侵權問題，亦造就現行實務判決上實際體現的皆為間接侵權人之單獨責任。蓋依據共同侵權原理，直接侵權人和間接侵權人是處於一連帶關係，既然是連帶關係，權利人可就任一人為全部之主張賠償責任。而間接侵權人或網路服務提供者通常具有較佳之償債能力，且目標明確。與其主張多數隱藏於網路帳號之下之直接侵權人，不如追究間接侵權人全部責任對權利人而言更加有利⁸⁹。

就停止侵害請求部分，中國大陸對於停止侵害請求權規範於侵權責任法第 21 條。根據中國大陸民法理論，單純的間接侵權行為並不至於導致權利人之損害，而停止侵害請求權，必須以侵害存在為前提。故對於已生著作權侵害之效但直接侵權行為不成立或為權利限制範圍之間接侵權行為並無法律規範。

第四節 日本法制探討

日本對於間接侵權之法理討論主要分為二種。第一，以民法上之

⁸⁹ 楊明，「間接侵權」辨：從「百度、雅虎案」說開去，網絡法律評論，第 1 期，2009 年，頁 20。

共同侵權行為(共同不法行為)處理⁹⁰。第二，將間接行為人視為直接行為主體。

第一項 間接侵權責任型態

對於網路服務提供者可能承擔間接侵權責任之處理方式，傳統上係依據民法所規定之共同侵權行為。相關條文及構成要件與我國之共同侵權之教唆及幫助態樣基本相同，本文不多作分析。本文欲詳細討論者為類似美國代理侵權法理之日本卡拉 OK 法理，以及該法理於網路環境下之適用。

民法上之共同侵權行為中幫助以及教唆者責任之成立係以直接侵權行為之存在為前提，故若直接行為人之侵權行為落入著作權法之權利制限範圍，則共同侵權行為即無成立可能。對此，實務界以 1988 年貓眼俱樂部(クラブ・キャッツアイ)事件最高裁判所判決⁹¹為首衍生出之卡拉 OK 法理規則(カラオケ法理)以為因應。該判決對於日本著作權間接行為人之責任承擔問題發展影響重大，以下詳述之。

⁹⁰ 田村善之，著作權の間接侵害，知的財産法政策学研究，26 期，2010 年，頁 36,37。

⁹¹ 昭和 63 年 03 月 15 日最高裁判所第三小法廷判決。

本案主要之事實為，卡拉 OK 店提供歌唱服務為具體歌唱行為卻由客戶行使，對於卡拉 OK 店之著作權侵權責任應如何認定。於 1988 年日本適用 1970 年改正之新著作權法，1970 年的著作權法改正增定著作權法附則第 14 條⁹²。該條規定錄音著作之演出權僅成立於列舉之三種範圍⁹³，其中與本案有關的為第一種，即“於音樂咖啡廳演出或於音樂鑑賞服務提供店家演出”。本案之爭議點為，若欲課卡拉 OK 公司以權利侵害責任，則傳統共同侵權行為之觀點無用武之地。首先客戶所為之歌唱行為根據著作權法第 38 條第 1 項之規定屬於著作權人權利限制範圍⁹⁴，而共同侵權行為成立之前提為直接侵權行為之存在，既本案直接行為人之行為適法，則自然無共同侵權行為成立之可能。再者提供卡拉 OK 歌唱服務之店家，嚴格上來說是否能落入著作權法附則第 14 條所規定之錄音著作權利保護範圍，尚有爭議。對此，當時日本有兩種主流理論，第一、將著作權法附則第 14 條前述第一種權利保護範圍作擴大解釋以包括卡拉 OK 之營業方式。第二、將客戶之歌唱行為視為卡拉 OK 店之行為，而視卡拉 OK 店為直接侵權人。法院的判決支持後一理論，而後衍生出所謂的卡拉 OK 法理影響往後

⁹² JASRAC，著作權法附則 14 条撤廃の経緯，<http://www.jasrac.or.jp/info/bgm/history.html>，最後閱覽，2013/10/25。

⁹³ 著作權法附則第 14 條規定中之第二及第三種類型分別為，於客戶提供跳舞服務之場所演出以及於帶有背景音樂之舞蹈演出等場所演出。此三種類型以外之錄音著作演出行為皆被認為是「經過措施」而權利人應受權利限制。JASRAC，著作權法附則 14 条撤廃の経緯，<http://www.jasrac.or.jp/info/bgm/history.html>，最後閱覽，2013/10/25。

⁹⁴ 日本著作權法第 38 條第 1 項，規定為非營利演奏，屬權利限制範圍。

之多數判決⁹⁵。

卡拉 OK 法理規則主要確立間接侵權人之責任承擔，該規則確立，當間接侵權人對於直接侵權行為滿足管理性以及營利性（圖利性）之前提下，縱使間接侵權人並未直接實施侵權行為亦將其視為直接侵權行為實施者⁹⁶。故於卡拉 OK 法理下，間接侵權人實際上被視為直接侵權人，故縱使直接行為人不構成著作權侵害，間接侵權人仍可能成立著作權侵害。再者，既被視為直接侵權人而成立著作權侵害，則主體上必然符合前述著作權法第 112 條之要求而得行使停止侵害請求權。

此種將間接侵權人視為直接侵權人之判決法理主要為回應當時舊法存在之過大之權利限制範圍所產生之處理方式。且亦有學者認為此種法理亦僅限於間接侵權人客觀上對於侵權行為有極端管理力甚至有部分支配力之情況⁹⁷，惟卡拉 OK 法理對往後之實務以及學說所產生之影響則呈現於管理性及營利性等客觀責任判斷標準。

⁹⁵ 入江勤，著作物利用行為に加担する者の責任—著作權における間接侵害の再考，立命館法政論集，第 3 號，2005 年，頁 272-273。

⁹⁶ 昭和 63 年 03 月 15 日最高裁判所第三小法廷判決，判決內文：「客戶接受上訴人之員工之推薦而演唱歌曲，歌曲由上訴人準備之歌曲範圍內選取，且卡拉 OK 機係由上訴人之員工操作，故對於該歌唱行為應當理解為處於上告人之管理之下。另外，上訴人將歌唱服務作為店裡營業政策之一環，且提供歌唱服務所產生之店內氛圍亦吸收性好此道之顧客，自然也有增加營業上利益之意圖。依據著作權法上之規律，應視上訴人為此歌唱行為之直接行為人」。

⁹⁷ 有學者認為卡拉 OK 法理應僅適用於間接行為人對於服務使用者為直接物理性支配之情形。田村善之，同註 90，頁 67。

第二項 卡拉 OK 法理於網路環境下之衍生適用

網路服務提供者適用卡拉 OK 法理承擔之間接侵權責任，主要之判斷要件可參考之代表判決為東京高等法院 2004 年之 2ch（2ちゃんねる）事件判決。本件判決事實部分大致如下：2ch 係一提供論壇揭示板（揭示板）服務之網站，由網站版面管理人管理，用戶可以匿名形式上傳文字資料交流。其中一位匿名的網友將小學館出版社之漫畫相關出版書籍中漫畫家二人與出版社員工、編輯、讀者代表及與著名配音員之對談共兩份記錄，59 次分別上傳至 2ch 之揭示板頁面。

於 2ch 之揭示板上該侵權內容發佈前，已有「我將上傳書籍之對談記錄，因為內容還不少，我會分批上傳」，發佈後「我將持續上傳對談記錄、有部分漏字情況，但我仍先行上傳」等上傳者留言，亦有如「真的十分感謝，繕打這些字句很辛苦吧！」等回復。權利人小學館之雜誌編輯長向 2ch 之管理人寄送請求消除侵權內容之電子郵件，管理人僅回覆：「請向消除請求版聯絡」⁹⁸。雜誌編輯長於次日另寄送一封處理請求之電子郵件予管理人，管理人仍舊以相同之內容回覆。

⁹⁸ 2ch 之揭示板系統由自願者負責版面內容之消除。而所謂消除請求板（削除請求版），為由版面消除負責人對於請求內容判斷，並自行決定是否消除該內容。

經過以上之事件後，著作權人小學館出版社及兩名漫畫家對 2ch 揭示板之管理人提起訴訟，主張對於發文功能與自動公開發文功能之停止侵害請求及損害賠償請求⁹⁹。

判決指出：網路上提供匿名發文服務之揭示板服務提供者對於使用者可能發出之著作權侵害內容，應當有事前之教示義務。對於侵權內容出現後，亦應有採取適當應對措施之作為義務。於發生著作權侵害可能之情況下，可能的話應直接聯繫該使用者討論侵權事項，更有甚者，若著作權之侵害事實已經極度明顯，則應當直接消除該內容。本件案件由各使用者之發言觀之，得知該內容含有著作權侵害成分極其容易...被告於收到雜誌編輯長之郵件即對揭示板上之發言內容構成著作權侵權知情...復又未採取適當之措施，不能對此等以故意或過失之著作權侵權之助力行為（著作權侵害に加担していたもの）視而不見...被告主張一人要對含有數以百計內容之揭示板運管理，要求其一則一則地對時時刻刻大量增加之龐大資訊內容過目，實際上是不可能的...惟著作權人將著作權侵權事實通知後，其未對之採取任何措施之事實已經使被告主張失其所依。被告應當承擔自己事業管理不善之過失責任，或視情況認為有容任侵權狀態之持續（侵害状態を維持容

⁹⁹ 池田秀敏，著作權侵害とインターネット揭示板管理者の責任，信州大學法學論集，第7期，2006年，頁196,197。

認する) 而應承擔故意侵權責任...綜上所述, 被告之行為該當著作權法第 112 條¹⁰⁰。

本案法院認為揭示板管理人成立著作權侵權並須承擔損害賠償責任以及停止侵害責任。相反的, 本案第一審東京地方法院事實上明確區分了直接行為人以及間接行為人, 就損害賠償部分第一審法院指出: 縱使第三人於電子揭示板上所為之資料傳遞抑或網站上之表現行為構成著作權法上列舉之權利侵害行為, 除非電子揭示板開設者本身被認為是侵權資訊之發送者之外, 並不因此賦予其採取必要措施之作為義務。第一審法院確認電子揭示板服務係獨立於第三人之直接侵權行為之外, 甚至認為依據本案例之事實尚不足以使揭示板服務提供者產生作為義務。東京高院則以, 提供匿名發言服務之揭示板網站於著作權侵害之資訊產生之際即產生採取適當措施之作為義務, 復認為揭示板服務提供者須承擔侵權責任。

第一審法院亦不認同停止侵害請求之成立, 第一審判決¹⁰¹認為: 著作權法第 112 條規定之停止侵害之對象, 應當解釋為限定現實不法侵權行為者以及有成為侵權行為主體可能者¹⁰²。對此東京高等法院以

¹⁰⁰ 東京高等法院平成 16 年第 2067 号判決。

¹⁰¹ 東京地方法院平成 16 年 1893 號判決。

¹⁰² 東京地方法院平成 15 年第 1556 号判決。

此回應：擁有消除使用者發文內容之最終權限之揭示板營運者，若使用者之發文內容侵害著作權，系爭發文環境之提供者若放任此種侵害狀態。此種侵害態樣即著作權人已通知營運者之態樣，加上實際發文者採取應對行為綜合考慮下，此種放任主體之行為被評價為著作權侵權行為之可能性亦有之¹⁰³。本判決法官認為網路服務提供者於其提供之服務上有實質管理，加上對其服務上存有侵權資訊之事主觀上知悉，則其放任該侵害狀態之態樣可以被評價為故意之侵權行為。網路服務提供者於本案並非物理上之直接侵權人，惟於停止侵害責任承擔上法院以非謂不可將網路服務提供者評價為侵權行為之行為主體為由，肯認停止侵害責任之承擔。

惟綜觀東京高等法院之判決書，其中僅敘述有揭示板營運者對於揭示板有管理權限等語，對於卡拉 OK 法理所衍生出之另一要件利益要件卻未置一詞。學說上就卡拉 OK 法理所指之管理要件及利益要件中特別是利益要件多有批判，批判者稱，縱使沒有具體的利益上升，若對侵害行為有進行管理且能夠停止侵害行為，則何以不令其停止？¹⁰⁴ 特別是在網路環境，缺乏營利目的之大規模侵權之誘發行為對於著作權利人不可謂無影響，如此說來，是否應認為符合管理要件即

¹⁰³ 東京高等法院平成 16 年第 2067 号判決。

¹⁰⁴ 田村善之，著作權法概說，第 2 版，2001 年，頁 178。

已足夠¹⁰⁵。此種批判下，具體之判決對於利益要件之要求亦趨於寬鬆。

於 2006 年東京地方法院之判決，甚至出現完全不要求利益要件之裁判例¹⁰⁶。完全不採利益要件之判決畢竟為少數，多數判決仍承認利益要件之適用，惟利益要件之要求相對具備即為已足。具體案例有 2002 年東京地方法院之假處分決定，決定內文如下：現時點被告網站上刊載之廣告收入稀少，惟將來被告 M.M.O (エム・エム・オー) 有將登載廣告並將廣告收入納入營業項目之意圖。本假處分決定認為，縱使服務本身為無償提供，該服務使用上所不可或缺軟體之取得網站上之廣告收入，已足以滿足利益要件之要求。事實上卡拉 OK 法理發展當初，主要規範即為卡拉 OK 店及接待飲食店 (キャバレー) 等，與直接行為者有指示、管理之關係所生之法理，故視管理性為主要要求亦符合初衷¹⁰⁷。

¹⁰⁵ 田村善之，同註 90，頁 41,42。

¹⁰⁶ 判決主文如下：關於本案由伺服器發送至使用者手機之 3G2 文件(下載)。其中發送主體為何，以下探討之。第一、原告於本案中提供之服務為個人電腦及手機等具有網路連線能之使用者能藉由此服務在自己手機中聽 CD 等音樂。根據本案服務過程說明書之 4 到 5，既然音源檔之發送行為是不可避免地，本案由伺服器 3G2 檔案之發送行為係系爭服務所不可或缺。第二、由系爭服務觀之，承擔 3G2 文件之存放以及向手機之發送等重要功能伺服器為原告所有，且為原告所支配管理。...第五、使用者於伺服器上操作並選擇欲下載之曲目，惟伺服器發送音源檔案之方式及條件係由原告所預先設計之系統決定，故此發送行為僅成立於原告管理下之伺服器至明。本件伺服器 3G2 文件之發送行為主體為原告而非服務使用者。東京地方法院平成 19 年第 10166 号判決。

¹⁰⁷ 田村善之，同註 89，頁 42。

第三項 停止侵害責任

日本學說認為網路服務提供者法理上相對於直接侵權人係為間接侵權人（間接侵害者），除符合特定要件外一般並不認為承擔直接侵權責任¹⁰⁸。卡拉 OK 法理以外尚以民法第 719 條規定之共同侵權行為(共同不法行為)來處理間接侵權人責任問題，該條第 2 項規定教唆及幫助直接行為人者視為共同行為人並適用前項之規定¹⁰⁹。故實務上係以幫助者之角度規範網路服務提供者之責任，根據第 719 條之規定共同侵權行為人承擔損害賠償責任尚無疑問。其中頗具爭議者為，成立共同侵權行為是否即表示未直接實行侵權行為之間接侵權者即成立著作權法第 112 條規定之著作權侵害而停止侵害請求權¹¹⁰（差止請求權）之行使。蓋著作權法第 112 條規定之侵害主體包括侵權行為人以及有侵權可能之行為人，是否包括間接侵權人，學說及實務上容有爭議¹¹¹。

¹⁰⁸ 若適用卡拉 OK 法理而視網路服務提供者為直接行為人時，則有可能承擔直接侵權責任。

¹⁰⁹ 日本民法第 719 條第 1 項前段，數人共同之不法行為致他人損害時，將各自負擔連帶損害賠償責任。

¹¹⁰ 日本著作權法第 112 條規定了差止請求權，賦予權利人請求侵權人不為一定之行為。

¹¹¹ 田村善之，同註 90，頁 36。日本著作權法第 112 條之原文如下：「著作者、著作權者、出版權者、実演家又は著作隣接權者は、その著作者人格權、著作權、出版權、実演家人格權又は著作隣接權を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる」。對侵害主體之表述曖昧，故是否能將侵害行為人以及有侵害可能之行為人擴張解釋至包括間接侵權人，仍有爭議。例如平成 15 年東京地方法院第 1556 號判決持反對看法，該判決指出民法上所謂基於所有權之排除妨礙請求權係對現時之權利侵害有事實上之支配能力之人所行使，而基於著作權所行使之停止侵害請求權對象自應限定於現時侵害行為為行使之主體。

惟若輕易令網路服務提供者等著作權間接侵權行為者承擔停止侵害責任是否過度保護權利人。有學者認為¹¹²，實際上於網路版面上提供侵權資料者係網路服務使用者，網路服務提供者基本僅是提供網路版面供使用者使用，其並非物理上之直接侵權行為者。日本著作權法並未有如日本專利法（特許法）第 101 之明文規定¹¹³，故於著作權領域，對於著作權侵權行為所為之教唆、幫助或為侵權行為提供便利，若解為一般性得行使停止侵害請求權，則權利方將有可能無限制擴大其權利，甚至對表現自由的基本權利產生威脅¹¹⁴。就著作權法未明文規定之部分，應當僅作為例外處理。

第四項 小結

日本對於網路服務提供者於服務使用者對權利人為直接侵權行為時有兩種處理模式，第一種係以民法之共同侵權處理。另一種即為以卡拉 OK 法理將間接侵權人視為直接侵權人處理。就停止侵害請求

¹¹² 池田秀敏，同註 99，頁 203,204。學者認為網路服務促使資訊流通，故一旦侵權檔案流入網站，侵權資料之重製行為將會不斷重複。惟若為了停止此種侵權行為而終止某項網路服務，實際上是對網路服務資訊流通特點自身之否定。

¹¹³ 特許法第 101 條：次に掲げる行為は、当該特許權又は専用実施權を侵害するものとみなす。行使 101 條列舉之 6 種行為，將被視為特許權或專用實施權之直接侵害，而可適用第 100 條規定之停止侵害請求權。

¹¹⁴ 判決原文：「差止請求の相手方が無制限にひろがっていくおそれもあり、ひいては、自由な表現活動を脅かす結果を招きかねないものであって、到底、採用できないものである」。東京地方法院平成 15 年第 1556 号判決。

部分，著作權法並未如專利法上有明文規定，故民法理論上對於直接侵權行為人以外之行為人是否得行使停止侵害請求權尚有爭議。

就是否承擔間接侵權責任之判斷，日本實務發展之卡拉 OK 法理亦為後續判決創立客觀要件之判斷標準。根據該法理所提出之管理性及利益性要求，對於網路服務提供者作為義務產生之客觀上判斷提供了指引。由於近年實務發展下，對於利益性要件之要求漸趨寬鬆，對於權利者而言當然意味著更周全的保護。惟本文認為，若恣意令網路服務提供者承擔侵權責任，就損害賠償部分，既然共同侵權人承擔連帶責任，權利人一般會要求償債能力高之網路服務提供者承擔全部責任。而網路服務提供者欲於內部向網路服務使用者(直接侵權人)求償時，卻往往由於網路服務使用者之資力低落，而無法得到清償。對於網路服務產業發展不利。再者於停止侵害部分，網路服務提供者對於承擔停止侵害所使用之措施常為屏蔽若干關鍵字搜尋鏈結，若權利人給予之請求不夠精細，錯誤屏蔽他人之合法連結之可能性亦有之，這不僅造成網路資訊流通性之限制，甚至可能威脅到表現自由。追根究柢來說，著作權制度並非保護著作權人之制度，其應對於大眾對資訊之自由取得以及著作權人之入格、財產權利作一定程度之衡平。

第三章 網路服務提供者侵權責任之限制

相較於傳統網路環境現代網路環境可以說是處於一全新領域。基於現代網路產業發展之特點，可以思考現今法律規範是否過度要求網路服務提供者之注意義務，且對於網路服務提供者之責任承擔是否過苛。如同先前所述，無論網路服務提供者承擔共同侵權之連帶責任或被視作直接侵權人承擔侵權責任，相對於難以尋找之網路服務使用者，權利人往往僅起訴網路服務提供者。鑒於網路服務提供者所承擔之注意義務與該產業實務發展之事實上之斷層，對於產業整體難謂有益。以下就網路產業近年之發展趨勢探討網路服務提供者責任走向限制之必然。

首先網路產業之經營模式與傳統產業經營模式有甚多差異，其中最明顯的一種即為絕大多數之網路服務提供者面對之用戶，係為無實體形象之虛擬帳號。僅根據用戶提供之個人信息並無法使網路服務提供者清楚區別各虛擬帳號之差異。且於未採取網路實名制之國家，對於個人提供訊息之真實性，亦難以確認。網路服務提供者面對大量之虛擬帳號提供服務，無疑處於資訊弱勢之地位。再者，傳統經營模式下，消費者之消費型態相對固定，經營主體之注意義務範圍亦相對明

確。惟於網路環境下，甚多不同種類之侵權態樣均可能發生。此種侵權態樣之不可預測性實際上擴張了網路服務提供者之注意義務。最後，隨者網路經營模式之變化，網路服務使用者從原始之資訊接收方漸漸轉變成資訊傳播者，類似 FaceboOK 等部落格經營模式之網路服務提供產業之發展，因網路服務提供者將個人部落格頁面之使用、管理、刪除等權限下放予用戶，故使得網路服務提供者本身對於用戶之控制及預期能力降低，產生實際上對於用戶並不具有足夠之監管能力¹¹⁵。

鑒於以上對於網路環境變化產生之問題，對於網路服務提供者責任承擔或許於法律規定上應有所因應。對於網路服務提供者之責任限制之立法首見於美國 1998 年之數位千禧年著作權法(DMCA)，該法確立了避風港規則(safe harbor)，並為各國相關立法之參考，以下亦就本問題於各國立法及實務上之發展為探討。

第一節 我國法制探討

我國對於網路服務提供者之避風港相關規定可見於著作權法第六章之一網路服務提供者之民事免責事由。本章之規定係參照美國

¹¹⁵ 梅夏英、劉明，同註 1，頁 84。

DMCA 第 512 條所規範之各項網路服務提供者免責態樣而生，惟我國並未如美國一般有較為明確之間接侵權責任類型¹¹⁶，且縱使學理上網路服務提供者可能成立民事上共同侵權責任¹¹⁷及著作權法上之著作權侵害¹¹⁸，於本章規定制定前於實務判決上尚未有著作權法第 3 條第 1 項第 19 款所列之四種網路服務提供者被訴之案例¹¹⁹。關於網路服務提供者之責任限制相關立法就我國著作權相關之現實環境上是否有其必要，亦非無爭議。以下僅就我國著作權法第六章之一關於避風港規則之相關規定適用作探討。

第一項 規範主體

本章之規範主體係為網路服務提供者，網路服務提供者之定義明訂於著作權法第 3 條第 1 項第 19 款，該款規定：「網路服務提供者，指提供下列服務者：（一）連線服務提供者：透過所控制或營運之系統或網路，以有線或無線方式，提供資訊傳輸、發送、接收，或於前開過程中之中介及短暫儲存之服務者。（二）快速存取服務提供者：

¹¹⁶ 即本文網路服務提供者責任中美國法制探討部分所列之代理侵權責任、輔助侵權責任以及誘引侵權責任。

¹¹⁷ 即本文網路服務提供者責任中我國法制探討部分所列之共同侵權責任中之共同加害行為、幫助行為及造意行為等三種共同侵權樣態。

¹¹⁸ 著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之事為侵害著作權規定。

¹¹⁹ 李治安，同註 2，頁 157,158。

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」。本款四種服務類型之規定與美國 DMCA 512 條關於規範主體中類型化之網路服務者規定幾乎相同。至於網路服務提供者之免責要件，門檻條件係規範於著作權法第 90 條之 4，個別之類型化網路服務提供者之免責事由則規定於第 90 條之 5 到 90 條之 8。

第二項 門檻要件

我國著作權法第六章之一所規範之網路服務者免責事由其中之門檻要件規範於著作權法第 90 條之 4，僅有符合本條之規定者始有適用第 90 條之 5 到 90 條之 8 之類型化免責事由免除賠償責任之可能性¹²⁰。本條中較有爭議的即為本條第 1 款第 2 項之規定：「二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務」。本項即學界所稱之「三振條款」，

¹²⁰ 著作權法第 90 條之 4 第 1 項第 1 款：「符合下列規定之網路服務提供者，適用第九十條之五至第九十條之八之規定……」。

有學者認為該項內文並未如同本條第 1 項明確使用「確實履行」之用語，故解釋上應認為網路服務提供者必須告知使用者若其涉及侵權情事三次時，將終止全部或部分服務，縱未確實履行終止全部或部分服務亦不剝奪其進入避風港資格¹²¹。亦有學者解釋為欲適用避風港規則之網路服務提供者須於告知使用者三次侵權情事後，終止全部或部分服務¹²²。參酌美國 DMCA 512 條之避風港門檻要件，其規定「第一，網路服務提供者必須採用、合理執行並通知其使用者其將採行中止重複侵權者使用服務之政策¹²³」。美國之規定與我國之規定主要之差異首先在於美國對於侵權人之侵權次數並未有具體規定而係以「重複」(repeat)來定義，此將擴大法院之個案判斷範圍。第二，美國之規定明確訂有合理執行(reasonably implement)。本文認為若以我國著作權法避風港規則承襲美國 DMCA 512 條之規範觀之，關於三振條款解釋上亦應採類似於美國之規範，即網路服務提供者須於告知使用者三次侵權情事後，即「執行」終止全部或部分服務。

第三項 類型化網路服務提供者之免責事由

¹²¹ 章忠信，二〇〇九年新修正著作權法簡析-網路服務提供者之責任限制，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年 10 月，頁 11。

¹²² 李治安，同註 2，頁 149,150。

¹²³ See, 17 U.S.C 512 (i)(1)(A).

我國網路服務提供者之民事免責事由於著作權法第 90 條之 5 到 90 條之 8 分別規範了連線服務提供者、快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者及搜尋服務提供者等四種服務之類型化免責要件。與本文最為相關的係為本法第 90 條之 7 所規定之資訊儲存服務提供者之免責事由，其規定：「有下列情形者，資訊儲存服務提供者對其使用者侵害他人著作權或製版權之行為，不負賠償責任：一、對使用者涉有侵權行為不知情。二、未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益。三、經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」。

第一款 對涉侵權行為不知情

著作權法第 90 條之 7 第 1 款規定有免責事由之主觀要件，即網路服務提供者對涉有侵權行為不知情。類比於美國 DMCA 512 條之規定，本處之「知情」應當解釋為包括實際知情與視為知情¹²⁴。關於實際知情之判斷，美國實務上常以收到有效通知之情況下認為網路服務者對涉有侵權行為一事知情¹²⁵。我國之通知格式係規範於網路服務

¹²⁴ See, 17 U.S.C 512 (c)(1)(A)(i), 17 U.S.C 512 (c)(1)(A)(ii).

¹²⁵ 詳見本文網路服務提供者責任限制中美國法制探討部分。

提供者民事免責事由實施辦法第 3 條¹²⁶，若採取與美國實務同一解釋，則對網路服務提供者之有效通知可以做為判斷網路服務提供者對涉有侵權行為實際知情之依據。至於視為知情之判斷上美國實務一般採用所謂之「紅旗標準」(red flag)，亦即若侵權行為已如紅旗飄揚般明顯且網路服務提供者「刻意眼盲」(blind eye)，則法院應當認定網路服務提供者對於涉有侵權行為一事視為知情¹²⁷。回到我國法律規定來看，若存在於網路服務之侵權行為已達紅旗標準，網路服務提供者仍消極不作為，則可能難以適用避風港規則。惟若網路服務者並未刻意眼盲，而係採取著作權法第 90 條之 7 第 3 款之手段立即移除侵權資訊，或可認為非不得適用避風港規則。

第二款 對資訊之被動不干涉立場

¹²⁶ 有效之通知基本上要求對侵權資訊之描述必須足以使網路服務提供者確認侵權資訊之位置，網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 3 條：「本法第九十條之六至第九十條之八所稱通知，應載明下列事項，並由著作權人、製版權人、專屬授權之被授權人（以下簡稱權利人）或權利人之代理人簽名或蓋章：一、權利人或其代理人之姓名或名稱、地址及聯絡電話、傳真號碼、電子郵件信箱或其他自動聯繫方式之說明。二、被侵害之著作或製版之名稱。三、請求將涉有侵害著作權或製版權之內容移除或使他人無法進入之聲明。四、足使網路服務提供者知悉該涉有侵權內容之相關資訊及其存取路徑。五、表示權利人係基於善意，相信涉有侵權內容係未經合法授權或違反著作權法之陳述。六、註明如有不實致他人受損害者，權利人願負法律責任。前項通知，應用書面或經電子簽章之文件，以郵寄、傳真或電子郵件方式為之。但網路服務提供者已提供判別權利人之機制，或與權利人或其代理人另有約定者，從其機制或約定。以代理人名義提出第一項之通知者，應同時聲明其已受權利人委任，並載明權利人之姓名或名稱。在同一系統或網路，有多數著作或製版涉有侵權者，權利人或其代理人得以同一通知為之。」。美國相關之通知格式詳見。See, 17 U.S.C 512 (c)(3).

¹²⁷ 亦有學者譯為「紅旗警示」，關於紅旗標準之詳細論述可參見，林利芝，狐狸踢到鐵板-評臺灣板橋地方法院九十八年度重易字第四號判決(Foxy 案)，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月，頁 179。

客觀要件主要規定於著作權法第 90 條之 7 第 2 款及第 3 款，第 2 款規定有未直接自使用者之侵權行為獲有利益，第 3 款則規定接到著作權人之通知後立即移除侵權資訊，即所謂的通知-移除程序。值得一提的是，不同於著作權法第 90 條之 5 與 90 條之 6，90 條之 7 並未明文要求網路服務提供者對使用者之資訊採取被動不干涉立場¹²⁸。有學者認為資訊儲存服務提供者若對其所儲存之資料進行實質修改或變動則可能存在直接侵權之危險¹²⁹，故於本條之免責條件應解釋包括，資訊儲存服務提供者不得就所儲存之資料，任意變動或使用，除該修改或使用係儲存功能之必要或基於使用者要求¹³⁰。本文認為網路服務提供者之責任限制相關規定係處理提供中性網路服務之網路服務者於服務使用者行使直接侵權行為時，符合特定要件以免除因該直接侵權所生之相應責任。當網路服務提供者處於直接侵權人之地位時，主體上即非中性之網路服務提供者，故本文認為應於規範主體部分解釋上排除對服務使用者資訊予以實質修改或變動之服務提供者。

¹²⁸ 著作權法第 90 條之 5 之規定：「二、資訊傳輸、發送、連結或儲存，係經由自動化技術予以執行，且連線服務提供者未就傳輸之資訊為任何篩選或修改」。同法第 90 條之 6 亦有相似規定：「一、未改變存取之資訊。二、於資訊提供者就該自動存取之原始資訊為修改、刪除或阻斷時，透過自動化技術為相同之處理」。

¹²⁹ 實質修改或變動之認定詳見，沈宗倫，對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，2010 年，頁 282。

¹³⁰ 沈宗倫，同前註，頁 282。

第三款 未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益

著作權法第 90 條之 7 第 2 款之客觀要件有未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益之規定。本條規定適用上應須視網路服務者之獲利與直接侵權行為人之行為是否具有因果關係而論¹³¹。另外，本款之規定於立法上係參考美國 DMCA 512 條(c)項之規定，而 DMCA 512 條(c)項納入此項要件係源自於代理侵權責任之利益要求¹³²。惟實際上所謂代理侵權之利益要件與 DMCA 512 條(c)項之直接利益要求範圍有別，DMCA 512 條(c)項之直接利益要求之範圍應相對狹窄¹³³。有學者認為我國既未如美國有以利益要件作為明確之侵權責任要件，本款之立法是否有其必要，亦值深思¹³⁴。

第四款 通知及移除程序

第一目 網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 4 條

¹³¹ 王怡蘋，著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年 10 月，頁 36。

¹³² 王怡蘋，同前註，頁 36。

¹³³ 詳見本文網路服務提供者責任承擔美國法制探討中代理侵權利益要件之論述。

¹³⁴ 王怡蘋，同註 131，頁 36,37。

著作權法第 90 條之 7 第 3 款規定有通知及移除程序，通知之具體格式規定於網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 3 條¹³⁵。格式之基本要求類似於美國 DMCA 512 條(c)項之規定，基本要求為對侵權資訊之描述必須足以使網路服務提供者確認侵權資訊之位置。通知若未符合網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 3 條所規定之格式者，效果如何系規定於該辦法第 4 條。第 4 條規定如下：

權利人或其代理人之通知不符合前條規定者，網路服務提供者得通知補正。

前項補正通知，應由網路服務提供者自接到權利人或其代理人通知之次日起五個工作日內為之。

權利人或其代理人，應於接到補正通知之次日起五個工作日內補正；屆期未補正或補正未完全者，視為未提出通知。

第一項之補正通知，應以權利人或其代理人原通知網路服務提供者之方式為之。但另有約定者，從其約定。

第一項不合格式之通知或第三項未補正或補正未完全者，不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據」。

本條規定網路服務提供者於權利人之通知不符合格式時「得」通

¹³⁵ 網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 3 條

知補正，故解釋上應認為網路服務提供者得選擇是否通知補正。若通知權利人補正，權利人須於接到補正通知之次日起五個工作日內補正，屆期未補正或補正未完全者，視為未提出通知且該通知亦不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據。於此一情況下，網路服務提供者主觀上自符合著作權法 90 條之 7 第 1 款要求，客觀上由於該未補正或補正未完全之通知被擬制為未提出，故仍無違著作權法 90 條之 7 第 3 款之規定。惟若不通知權利人補正，則根據文義解釋似乎僅得依第 4 項之規定認為效果係不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據。網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 4 條似未對不通知權利人補正下不符格式之通知實質效果作規定，若嚴格依據條文解釋則網路服務提供者雖仍可主張主觀上對侵權情事不知悉以符合著作權法 90 條之 7 第 1 款要求，惟對該不合格式之通知仍須立即移除或使他人無法進入，否則無法進入避風港免責¹³⁶。於此種解釋框架下，對於著作權法第 90 條之 7 之主觀要件認定上將產生問題，首先著作權法第 90 條之 7 第 1 款之「不知情」認定上應包括實際知情與推定知情，而實際知情實務上之認定又多以接到通知作為客觀認定標準。若以不合格式之通知來看，其足以成立知悉程度要求較高之通知-移除程序而於知悉標準較低之主觀知情要件上又不得作為知情之依據，整

¹³⁶ 美國實務操作上對於通知-移除程序中不符要件通知之效果認為不僅不能證明網路服務提供者主觀知悉，網路服務提供者無視不合要件之通知，亦無礙其進入避風港，詳見本文網路服務提供者責任限制美國法制探討中通知-移除程序部分。

體立法體系主觀要件之判別標準難認一致。本文認為此處可能為網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 4 條之立法疏漏，不合格式通知之效力可參照美國實務操作解為不論網路服務提供者是否通知補正，皆「視為未提出通知且不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據」¹³⁷。

網路服務提供者民事免責事由實施辦法第 4 條第 4 項關於不合格式或未補正及補正未完全之通知「不得作為網路服務提供者知悉侵權情事之依據」部分，有學者指出若權利人提出之通知僅格式不符合規定之個別形式要件，根據規定網路服務提供者仍得進入避風港而免除民事責任。惟若該不合格式之通知事實上已使網路服務提供者主觀知悉，其仍可能須承擔相應侵害公開傳輸權之刑事責任¹³⁸。解釋上不合格式之通知效力上雖不產生通知-移除之作為義務，惟對於網路服務提供者之主觀上對侵權情事是否知悉之認定上似可根據通知內容個別認定，若不合格式之通知具一定程度之特定性或可認為雖不致成立實際知情尚有成立推定知情之可能。此觀點下，不符合個別形式要件之通知可能仍足以令網路服務提供者主觀上達到推定知情而不得

¹³⁷ 於此種解釋架構下可能產生網路服務提供者為減少成本而不通知權利人補正之情形，惟著作權法第 90 條之 7 之規定本身並非加重網路服務提供者之義務，權利人對於通知符合格式應當自行確認而非將審查格式之負擔歸于網路服務提供者。

¹³⁸ 李治安，同註 2，頁 162。

主張免除民事責任進而與刑事責任承擔一致。惟本文認為網路服務提供者責任限制之相關規定皆非欲網路服務者承擔更重之義務，若採前揭觀點將可能使網路服務提供者對通知之所有內容進行實質審查以避免遭推定為主觀上知情，此舉將造成成本之增加。另外，採取個案認定將降低可預見性，亦不利於網路產業發展。

第二目 移除程序與反通知

至於網路服務提供者收到著作權人之通知後根據著作權法第 90 條之 7 第 3 款之規定應當立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容。另外類似於美國之規定著作權法第 90 條之 9 對於資訊儲存服務提供者之特別規定亦要求網路服務提供者將通知-移除程序之處理情形轉送使用者，而使用者若認為無侵權情事者得檢具回復通知文件¹³⁹。網路服務提供者於接獲回復通知後應立即將文件轉送著作權人，除著作權人於接獲回復通知次日起十工作日內提出向使用者提起訴訟之證明外，網路服務提供者應於轉送回復通知之次日起十四工作日內回復使用者之資訊¹⁴⁰。

¹³⁹ 著作權法第 90 條之 9 第 1,2 款，此程序之規定與美國 DMCA 512 條(g)項之規定類似，基本上等同美國「反通知」程序。

¹⁴⁰ 著作權法第 90 條之 9 第 3,4,5 款，此程序亦基本等同於美國 DMCA 512 條(g)項之規定。

第二節 美國法制探討

美國關於著作權上網路提供者責任限制之立法主要為 1998 年制定之數位千禧年著作權法。本法之立法之際即欲將世界智慧財產組織 (WIPO) 之著作權條約 (Copyright Treaty) 及表演與錄音著作條約 (Performances and Phonograms Treaty) 納入國內實施。以宏觀角度觀之，DMCA 不僅希望鼓勵電子商務 (e-commerce) 之發展，同時亦不忽視著作權人之保護，對於網路產業可說是相當重要之一項立法¹⁴¹。

如本文美國法制間接侵權責任部分所述，網路服務提供者於特定情況下可能會對第三者之直接侵權行為承擔責任，甚至於網路服務提供者對於第三人知行為缺乏鼓勵甚至知情之情況下，仍可能承擔代理侵權責任。此種大量歸責之情況亦促進立法程序尋求妥適之解決方式。DMCA 第 512 條規定於特定情況下，網路服務者之著作權侵權責任應受限制，本條規定為網路服務提供者創造了責任避風港 (safe harbor)，即網路服務者之行為落入避風港範圍內，則網路服務提供者之責任將被免除。本條規定實質上亦增加網路服務者責任之確定性，避免其過度承受源自於網路服務特性之不利益¹⁴²。以下僅就 DMCA 512 條之避

¹⁴¹ See LINDA . TANCS, *Understanding Copyright Law*, 2009, at 58.

¹⁴² See MARSHALL LEAFFER, *Understanding Copyright Law* 4th ed, 2005, at 433.

風港規則作分析。

第一項 規範主體

DMCA 512 條(k)項規定有本條規範主體網路服務提供者之一般性定義，即於不改變資訊內容之前提下，提供資料傳輸服務、網路中介服務、為用戶指定連結點以及用戶指定媒介之數位網路通訊提供連結服務者¹⁴³或者線上服務者、網路存取服務者以及設備管理者¹⁴⁴。本項所明定之網路服務提供者定義相當廣泛，美國實務上法院亦對本法規範主體作較寬鬆之認定¹⁴⁵。於 DMCA 512 條(a)到(d)項又有類型化四種得適用避風港規則之特定網路服務類型，分別為連線服務提供者(transitory digital network communications)、快速存取服務提供者(system caching)、資訊儲存服務提供者(information residing on systems or networks at direction of users)以及搜尋服務提供者(information location tools)四類。當被告符合網路服務提供者之定義方有適用避風港規則之餘地。

¹⁴³ 連線服務提供者之一般性定義。See 17 U.S.C 512 (k)(1)(A)

¹⁴⁴ 其餘網路服務提供者之一般性定義。See 17 U.S.C 512 (k)(1)(B).

¹⁴⁵ See MARSHALL LEAFFER, *supra* note 142, at 434.

第二項 門檻要件

欲適用避風港規則，首先網路服務提供者須符合 DMCA 512 條(i) 項之兩種一般性之門檻要件¹⁴⁶。第一，網路服務提供者必須採用、合理執行並通知其使用者其將採行中止重複侵權者使用服務之政策¹⁴⁷。第二，網路服務提供者必須採用且不得干擾著作權人所使用之辨識及保護其著作之標準技術¹⁴⁸。惟本項之規定並不應解釋為要求網路服務提供者對其提供之服務進行監控或積極搜尋，除非係為符合上開之標準技術要求¹⁴⁹。另外，本項之規定亦不要求網路服務提供者於法律禁止之狀況下，存取、移除或屏蔽特定資訊以取得適用避風港規則之機會¹⁵⁰。

第三項 避風港規則

DMCA 512 條對提供四種類型化服務之網路服務提供者均有個別之避風港規則適用條件，與本文最所欲探討之間接侵權責任態樣最為相關之服務係所謂資訊儲存服務。關於資訊儲存服務之避風港要件

¹⁴⁶ See 17 U.S.C 512 (i)(1).

¹⁴⁷ See 17 U.S.C 512 (i)(1)(A).

¹⁴⁸ See 17 U.S.C 512 (i)(1)(B).

¹⁴⁹ DMCA 512 條(m)項係為關於隱私權保障(privacy)之規定 See 17 U.S.C 512 (m)1.

¹⁵⁰ See 17 U.S.C 512 (m)(2).

規範於 DMCA 512 條(c)項，本項規定之主體為提供主機服務之網路服務提供者，該項服務主要係將網路空間分配予各使用者，而各使用者得利用該空間將資訊公開予第三人¹⁵¹。此一網路服務模式有諸多造成著作權侵害之可能性，首先，該網路服務之使用者可能利用空間傳遞侵權資訊進而可能成立重製權 (reproduction) 或公開傳輸權 (distribution) 之直接侵權。另外，作為此種網路服務之提供者，根據其營運模式或輔助網路活動之行為，亦有成立代理侵權或輔助侵權等間接侵權責任之可能性¹⁵²。符合本項規定者對於以上各種網路服務提供者可能之侵權行為成立態樣可能成立民事免責¹⁵³。具體規定見於 DMCA 512(c)項第 1 款之(A)(B)(C)三部分：

512(c)1(A)(i): 網路服務提供者對於侵權資訊或侵權行為之存在並未實際知情¹⁵⁴。

512(c)1(A)(ii): 網路服務提供者於欠缺上述之實際知情之下，並未意識到根據事實或情況可明顯判斷之著作權侵害行為之存在¹⁵⁵。

512(c)1(A)(iii): 當網路服務者具備上述之知情要件以及意識之前提下，迅速對該資訊進行移除或停止存取¹⁵⁶。

¹⁵¹ See MARSHALL LEAFFER, *supra* note 142, at 436.

¹⁵² See MARSHALL LEAFFER, *supra* note 142, at 436.

¹⁵³ See 17 U.S.C 512 (c)(1).

¹⁵⁴ See 17 U.S.C 512 (c)(1)(A)(i).

¹⁵⁵ 本款之規定即學界所謂之「視為知情」，判斷上美國判決實務多以「紅旗標準」(red-flag test) 認定，即當侵權行為之存在如紅旗飄揚般顯而易見時，網路服務提供者一般將被認為對侵權行為知情。林利芝，同註 127，頁 179。See also 17 U.S.C 512 (c)(1)(A)(ii).

¹⁵⁶ See 17 U.S.C 512 (c)(1)(A)(iii).

512(c)1(B): 網路服務提供者具備對侵權行為控制之權利及能力之前提下，未直接自使用者之侵權行為獲有財產上之利益¹⁵⁷。

512(c)1(C): 網路服務提供者須進行「通知-移除」(notice and take down)程序¹⁵⁸。

第一款 通知及移除程序

網路服務提供者須符合通知及移除程序以適用避風港規則，本程序主要規定於 DMCA 512(c)項第 1 款，賦予著作權利人於發現可能侵害著作權之資訊(allegedly infringing material)時得對網路服務提供者進行通知，網路服務者於收到通知後須迅速移除或停止該資訊之存取¹⁵⁹。通知及移除之程序流程主要如下，首先，網路服務提供者必須對著作權局(Copyright Office)以及於其服務上示明負責該項通知連絡之機構¹⁶⁰。至於通知本身要求書面(written communication)且具權利人或其代理人之簽章(signature)，另外，適切之著作物識別性描述(identification)以及對認為侵權之資訊之識別性描述亦為必須¹⁶¹。

¹⁵⁷ See 17 U.S.C 512 (c)(1)(B).

¹⁵⁸ See 17 U.S.C 512 (c)(1)(c).

¹⁵⁹ See 17 U.S.C 512 (c)(1).

¹⁶⁰ See 17 U.S.C 512 (c)(2).

¹⁶¹ 對侵權資訊之描述必須足以使網路服務提供者確認侵權資訊之位置，通知之具體格式規定詳見原文。See 17 U.S.C 512 (c)(3).

DMCA 512(c)項第 2 及第 3 款對於通知之要件規定為區分合格及不合格通知之準則。而合格及不合格之通知不僅僅攸關網路服務提供者是否能符合避風港規則要件，其於判斷網路服務提供者主觀知情上亦舉足輕重。網路服務者實際上對於未實質上(substantial)符合要件之通知是可以忽視的，而該未實質符合要件之通知甚至無法用以證明網路服務提供者可能承擔之輔助侵權之主觀知情要件¹⁶²。同樣情況若於合格之通知之情形下，若網路服務者忽視合格之通知，其不僅無從適用 DMCA 512 條之避風港規則免責，就其原本可能承擔之輔助侵權責任，於主觀要件上將可能被認為存在實際知情(actual knowledge)¹⁶³。

相對於對著作權利人之保護，通知及移除程序亦要求網路服務提供者進行一系列之步驟以保障服務使用者之權利。首先包括將封鎖或移除資訊之行為向使用者通知¹⁶⁴，使用者亦可敘明封鎖或移除該資訊係為錯誤或誤認進而向網路服務提供者發出反通知(counter-notification)¹⁶⁵。若該反通知係為有效，則網路服務提供者須提供反通知之副本予發出通知之著作權利人，並於 10 工作天內告知

¹⁶² See MARSHALL LEAFFER, *supra* note 142, at 437.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ See 17 U.S.C 512 (g)(2)(A).

¹⁶⁵ See MARSHALL LEAFFER, *supra* note 142, at 437.反通知之具體格式規定詳見原文 See also, 17 U.S.C 512 (g)(3).

其將對移除之資訊復原並解除封鎖資訊存取¹⁶⁶。若著作權利人並未向法院提起侵權訴訟並通知網路服務提供者，則網路服務提供者須於10 工作天以上，14 工作天以下之期日內將移除之資訊復原並解除封鎖資訊存取¹⁶⁷。

第四項 小結

我國著作權法第六章之一之網路服務提供者民事免責事由係參照美國 DMCA 相關立法創設，故大部分之條文皆與美國 DMCA 條文類似。較大之差異即在於對資訊之被動即不干涉立場部分，美國 DMCA 係將之列為門檻要件並適用於各類網路服務提供者，我國卻僅適用於連線服務及快速存取服務兩類服務提供者。第二項差異即為我國之不合格通知於網路服務提供者未通知補正情況下之效力未明確定義，而美國實踐上係排除不合格通知之任何效力，即網路服務提供者得無視該項通知。

第三節 中國大陸法制探討

¹⁶⁶ See 17 U.S.C 512 (g)(2)(B).

¹⁶⁷ See 17 U.S.C 512 (g)(2)(C).

中國大陸對於避風港規則主要體現於 2011 年頒佈之「侵權責任法」第 36 條以及 2006 年頒佈之「信息網絡傳播權保護條例」。侵權責任法第 36 條係規範網路侵權責任之一般類型，信息網絡傳播權保護條例則係著作權侵害之特別規定。

第一項 侵權責任法第 36 條

侵權責任法第 36 條全文

網路使用者、網路服務提供者利用網路侵害他人民事權益的，應當承擔侵權責任。

網路使用者利用網路服務實施侵權行為的，被侵權人有權通知網路服務提供者採取刪除、遮罩、斷開連結等必要措施。網路服務提供者接到通知後未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網路使用者承擔連帶責任。

網路服務提供者知道網路使用者利用其網路服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網路使用者承擔連帶責任。

第一款 規範主體

侵權責任法第 36 條明文列出網路服務提供者為本條責任承擔之主體。惟實務上網路服務提供之定義，以其所提供之服務又可分為內容服務提供者以及技術服務提供者¹⁶⁸。內容服務提供者由於本身提供了侵權資訊，故若係以分工方式與服務使用者提供侵權資訊，則應承擔共同侵權責任。若僅單獨提供侵權資訊，則應視為直接侵權人承擔相應之侵權責任¹⁶⁹。而此二者之分別實益在於，本條規定之避風港規則僅適用於技術服務提供者。

第二款 體系解釋之問題

中國大陸學界通說對於網路服務提供者之責任承擔問題上認為，網路服務提供者之所以與直接侵權人承擔連帶責任，係因其未履行注意義務之行為與直接侵權人之行為構成共同侵權。本規則主要體現於侵權責任法第 36 條第 3 款，其規定：「網路服務提供者知道網路用戶利用其網路服務侵害他人民事權利，未採取必要措施的，與該網路用戶承擔連帶責任」。本款對於網路服務提供者違反注意義務所承擔之

¹⁶⁸ 石必勝，認定網路服務提供者侵害知識產權的基本思路，科技與法律，第 5 期，2013 年，頁 80。

¹⁶⁹ 最高人民法院「信息網絡傳播權司法解釋」第 6 條：「有證據證明網路服務提供者與他人以分工合作等方式共同提供作品、表演、錄音錄影製品，構成共同侵權行為的，人民法院應當判令其承擔連帶責任。網路服務提供者能夠證明其僅提供自動接入、自動傳輸、資訊存儲空間、搜索、連結、檔分享技術等網路服務，主張其不構成共同侵權行為的，人民法院應予支持」。本條明確區分內容服務提供者及技術服務提供者。

連帶責任規定存在體系上爭議。根據侵權責任法第 37 條第 2 款以及第 40 條之規定，對於第三人侵權之下公共場所管理人或教育機構管理人承擔的係為安保義務人之補充責任，即於直接侵權之第三人無力承擔或無法找到第三人之情形下，安保義務人始承擔責任，且安保義務人承擔之範圍以其過錯程度定之¹⁷⁰。實際上此種安保義務人對第三人侵權承擔責任之態樣與網路服務提供者對於網路服務使用者侵權承擔責任之態樣相似，侵權責任法卻對網路服務提供者課以更重之責任，於侵權立法體系下並不合理¹⁷¹。

第三款 侵權責任法第 36 條之定性

避風港規則對於侵權責任法之影響主要體現於該法第 36 條第 2 款及第 3 款，其中通知和移除程序規範於第 2 款，紅旗原則體現於第 3 款。惟對於此兩款之定性學者尚有爭論。有學者¹⁷²認為第 3 款之規定應定性為免責要件，即網路服務提供者對直接侵權行為不「知道」

¹⁷⁰ 最高人民法院「關於審理人身損害賠償案件適用法律若干問題的解釋」第 6 條：「從事住宿、餐飲、娛樂等經營活動或者其他社會活動的自然人、法人、其他組織，未盡合理限度範圍內的安全保障義務致使他人遭受人身損害，賠償權利人請求其承擔相應賠償責任的，人民法院應予支持。因第三人侵權導致損害結果發生的，由實施侵權行為的第三人承擔賠償責任。安全保障義務人有過錯的，應當在其能夠防止或者制止損害的範圍內承擔相應的補充賠償責任。安全保障義務人承擔責任後，可以向第三人追償」。

¹⁷¹ 梅夏英、劉明，同註 1，頁 85。

¹⁷² 梅夏英、劉明，同註 1，頁 85。

¹⁷³，則應免責。而本款並不能反面解釋為歸責要件即認為若網路服務提供者對直接侵權行為明知或應知即須承擔侵權責任¹⁷⁴。惟認為該款規定係歸責要件，實際上更符合美國 DMCA 之避風港規則立法原意。蓋避風港規則之原意即為避免網路服務提供者無條件承擔嚴格責任，而並非於網路服務提供者已經由於知道侵權事實，主觀上有過錯進而成立幫助侵權之情況下免於責任¹⁷⁵。且實務上對於本款過錯之認定端視網路服務提供者是否「知道」侵權事實¹⁷⁶。故將「知道」侵權事實認定為具有主觀過錯，並且視作歸責要件並無不妥。

中國大陸關於避風港規則通知和移除之相關規定，係規定於侵權責任法第 36 條第 2 款¹⁷⁷。有學者認為該款關於通知和移除之規定係為免責要件，即若網路服務提供者於接到通知後並未及時採取合理措施，此舉將剝奪其進入避風港之資格。但並不意味著網路服務提供者必然需承擔侵權責任¹⁷⁸。即認為若將本款解為歸責要件則網路服務提供者於接到通知後未及時刪除涉嫌侵權之內容時，一旦網路服務使用

¹⁷³ 北京市高級人民法院「關於視頻分享著作權糾紛案件的審理指南」對於實務「應知」認定上有以下規範，第 6 條：網路服務提供者同時符合以下條件的，可以認定其有合理的理由應當知道網路使用者利用其視頻分享服務提供涉案作品、表演、錄音錄影製品系侵犯他人資訊網路傳播權的行為：(1) 能夠合理地認識到涉案作品、表演、錄音錄影製品在其存儲空間傳播；(2) 能夠合理地認識到網路使用者提供涉案作品、表演、錄音錄影製品未經權利人的許可。

¹⁷⁴ 謝冠斌、史學清，網絡搜索服務商過錯責任的合理界定，知識產權，第 1 期，2008 年。

¹⁷⁵ 王遷，信息網絡傳播權保護條例中“避風港”規則的效力，知識產權，第 6 期，2010 年，頁 135。

¹⁷⁶ 石必勝，同註 169，頁 80。

¹⁷⁷ 侵權責任法第 36 條第 2 款：「網路使用者利用網路服務實施侵權行為的，被侵權人有權通知網路服務提供者採取刪除、遮罩、斷開連結等必要措施。網路服務提供者接到通知後未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網路使用者承擔連帶責任」。

¹⁷⁸ 梅夏英、劉明，同註 1，頁 86。

者之直接侵權行為成立，不問網路服務提供者是否存在主觀過錯，皆須承擔侵權責任，不僅會造成僅憑權利人通知之送達即推定網路服務提供者存在主觀過錯，可能造成舉證責任倒置，甚至可能將網路服務提供者承擔之一般過錯責任轉變成過錯推定責任¹⁷⁹。學者進一步指出，本款條文僅見「接到通知後未及時採取必要措施」，網路服務提供者於接到通知後是否確實符合「知道」之要求，進而可能有主觀過錯，實務中於是否承擔侵權責任之確定上，應當加以考量¹⁸⁰。惟本條之規定以整體立法體系下應解釋為歸責要件為妥，畢竟本條規定即為一般幫助侵權樣態之一。易言之，當網路服務提供者知道侵權事實存在而未採取必要措施，主觀上即具有過錯，應當與直接侵權人承擔共同侵權責任。至於權利人之通知是否達到令網路服務提供者「知道」之程度，雖應就通知之內容作判斷，仍無礙其定性¹⁸¹。

本文認為既然侵權責任法第 36 條第 2、3 款既規範於侵權責任法內，且具體條文係以歸責條款表述，本條兩款應當理解為特殊共同侵權責任之歸責要件為宜。至於免責要件之規關規定則可見信息網絡傳播權保護條例之相關規定。

¹⁷⁹ 根據侵權責任法第 6 條之規定，網路服務提供者承擔過錯責任。

¹⁸⁰ 主要爭議為「通知」之內容是否足以達到使網路服務提供者主觀上達到「知道」之要求。

¹⁸¹ 王遷，同註 176，頁 135。

第四款 主觀要件

侵權責任法第 36 條第 3 款明文規定網路服務提供者主觀過錯之認定標準在於是否「知道」，而第 2 款之通知和移除程序中對於網路服務提供者之主觀過錯認定上若權利人發出之通知尚不足使網路服務提供者知道侵權資訊之存在，應當回歸一般幫助侵權之原理，即對於幫助侵權之主觀過錯認定上包括對於侵權資訊主觀上明知與應知。惟本條第 3 款所規定之「知道」應當如何定義？實際上於侵權責任法立法之初，第一、二次之審議稿皆已「明知」作為主觀要件。惟正式通過之侵權責任法將之規定為「知道」¹⁸²，且全國人大常委會法制工作委員會所編著之「中華人民共和國侵權責任法釋義」中亦對「知道」實際包括「明知」以及「應知」作明確定義¹⁸³。

第五款 侵權責任法第 36 條之問題探討

中國大陸對於網路服務提供者所承擔之責任主要是因為違反注意義務而與直接侵權人承擔幫助型態之共同侵權責任。故縱使從未制

¹⁸² 王艷芳，《關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》，人民司法(應用)，第 9 期，2013 年，頁 20。

¹⁸³ 全國人大常委會法制工作委員會編，王勝明主編，中華人民共和國侵權責任法釋義，2010 年，頁 194,195。

定有如侵權責任法第 36 條之規定，實務上若網路服務提供者並非知道直接侵權人侵害他人之事實，主觀上未有過錯，依據傳統民事法律亦不會令其承擔責任。而若網路服務提供者主觀上知道，而又不採取必要措施，則可能構成共同侵權而須承擔責任。此責任亦不因侵權責任法第 36 條得以免除¹⁸⁴。故就立法上是否有所必要，仍值得考量。惟如前所述，侵權責任法第 36 條實際上規範了網路侵權之特殊侵權責任態樣，並且係以歸責要件之型態表述。本法之制定對於網路服務提供者侵權責任規範清楚，對於法院實務操作上再不需以民法通則或侵權責任法上之共同侵權對間接侵權行為作學理上解釋，本文認為侵權責任法第 36 條仍有其立法之價值。

第二項 信息網絡傳播權保護條例第 22 條

信息網絡傳播權保護條例第 22 條全文

網路服務提供者為服務物件提供資訊存儲空間，供服務物件通過資訊網路向公眾提供作品、表演、錄音錄影製品，並具備下列條件的，不承擔賠償責任：

¹⁸⁴ 王遷，同註 176，頁 135。

- (一) 明確標示該資訊存儲空間是為服務物件所提供，並公開網路服務提供者的名稱、連絡人、網路位址；
- (二) 未改變服務物件所提供的作品、表演、錄音錄影製品；
- (三) 不知道也沒有合理的理由應當知道服務物件提供的作品、表演、錄音錄影製品侵權；
- (四) 未從服務物件提供作品、表演、錄音錄影製品中直接獲得經濟利益；
- (五) 在接到權利人的通知書後，根據本條例規定刪除權利人認為侵權的作品、表演、錄音錄影製品。

第一款 信息網絡傳播權保護條例第 22 條之定性

中國大陸實務上認為，本條例信息網絡傳播權保護條例第 22 條所列舉之五種要件係為免責要件。故違反其中任一要件並不一定成立侵權責任。惟若符合本條所列之五種要件，則必然不具備構成侵權之要件。若僅符合本條部分要件，則是否得免責，仍應回歸侵權責任之成立基礎上考量¹⁸⁵。學說上對此有所批判，認為各款之定性仍須以分別考量，例如本條第 1、4 款顯然並非歸責要件，違反其中之一皆

¹⁸⁵ 石必勝，同註 169，頁 86。

不必然直接成立侵權責任，此二款既僅為免責要件，對於侵權責任之承擔與否，仍應參照侵權責任法第 36 條之規定。惟第 2、3、5 款則是類似於侵權責任法規定之主觀過錯權責任判斷標準以及通知和移除規則¹⁸⁶。此三款得否反面解為歸責要件以下分述之。

第二款 對於資訊內容之被動及不干涉

網路服務提供者對於侵權資訊內容之被動及不干涉，而可能受到避風港保護之原則體現於信息網絡傳播權保護條例第 1、2 款。第 1、2 款於中國大陸實務上並未有適用上之爭執。首先第 1 款前段規定要求網路服務提供者明確標示其提供之服務性質，確立網路服務係為使用者之使用所提供，網路服務提供者並不實際使用服務亦不參與內容資訊之傳播。例如淘寶網之法律聲明即為一適例，「鑒於淘寶提供的服務屬於電子公告牌（BBS）服務，淘寶平台上關於淘寶平台會員或其發布的相關商品（包括但不限於店鋪名稱、公司名稱、 聯系人及聯絡信息，產品的描述和說明，相關圖片、視訊等）的信息均由會員自行提供，會員依法應對其提供的任何信息承擔全部責任¹⁸⁷」。第 1 款後段則要求網路服務提供者公開其聯絡資訊，此要件於嗣後網路服

¹⁸⁶ 王遷，同註 176，頁 135。

¹⁸⁷ 淘寶網法律聲明，<http://www.taobao.com/about/copyright.php?spm=a213z.5766593.0.0.sunpeZ>，最後瀏覽日 2013/11/25。

務提供者欲適用通知和移除之免責要件時，使權利人能準確得知侵權行為發生之網址以及能迅速通知到網路服務提供者之聯繫人，以期能效率得避免侵權損害之擴大¹⁸⁸。

本條第 2 款之規定主要在於方便認定網路服務提供者是否知道侵權資訊之存在，甚至由於網路服務提供者之「改變」甚至到達對於服務使用者所提供之資訊作編輯、選擇、刪修等工作，實際上已經實施了信息網絡傳播行為，甚可構成直接侵權¹⁸⁹。若網路服務提供者對服務使用者所提供之資訊做改變，則至少應當認定網路服務提供者知道侵權資訊存在，而不受本條之避風港保護¹⁹⁰。就條文上之「改變」一詞，實務界認為僅僅改變格式或者於影音檔案片頭片尾加入廣告此種機械式自動生成對於原始資訊之變更，並不屬於改變之範疇¹⁹¹。畢竟本款之規定係認定網路服務提供者是否知道侵權資訊存在之一項標準，故應當以對原始資訊作人為實質上之變更為「改變」之標準。

¹⁸⁸ 亦可見淘寶網法律聲明部分「淘寶網尊重合法版權，反對侵權盜版。若本網有部分文字、攝影作品等侵犯了您的權益，在此深表歉意，請您立即將侵權鏈接及侵權信息郵件至我們的版權投訴郵箱：tb-ipr@service.taobao.com，我們會盡快與您聯系並解決」。

¹⁸⁹ 王遷，視頻分享網站著作權侵權問題再研究，法商研究，第 1 期，2010 年。

¹⁹⁰ 稅海舟，”避風港原則”下《信息網絡傳播權保護條例》第 22 條批判，科技創新與知識產權，第 3 期，2012 年。

¹⁹¹ 北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）：《資訊網絡傳播權保護條例》第二十二條規定所稱“改變”，是指對服務物件提供的作品、表演、錄音錄影製品的內容進行了改變。

下列行為不應視為對服務物件提供的作品、表演、錄音錄影製品進行了“改變”：

- （1）僅對作品、表演、錄音錄影製品的存儲格式進行了改變；
- （2）對作品、表演、錄音錄影加註數位浮水印等網站標識；
- （3）在作品、表演、錄音錄影之前或結尾處投放廣告以及在作品、表演、錄音錄影中插播廣告。

本款規定既將「改變」確立為主觀過錯之認定標準，則本條之反面解釋即可作為網路服務提供者之主觀是否存在過錯之歸責要件，而網路服務提供者對服務使用者所提供之資訊作實質改變下，應區分是否達到具體實施信息網絡傳播權之程度而分別可能承擔直接侵權或幫助型態之共同侵權責任。

第三款 主觀要件

第 3 款規定網路服務提供者對於侵權資訊存在之主觀要件。類似於侵權責任法第 36 條第 3 款之規定，網路服務提供者主觀上過錯認定以明知及應知為標準，學者普遍上認為與侵權責任法第 36 條第 3 款之「知道」定義相同。本款之反面解釋亦可認為是歸責要件，若網路服務提供者知道侵權資訊存在可以認為其具有主觀過錯而應當承擔侵權責任。本款之反面解釋符合侵權責任法第 36 條第 3 款之歸責要件規定，將本款視作包括免責及歸責要件之一體兩面規定亦符合體系解釋。與侵權責任法第 36 條第 3 款規定之唯一差別即在於舉證責任，由於本款規定係以免責要件之方式表述故網路服務提供者應證明其符合本免責要件之要求。而侵權責任法上之規定係以歸責要件之型態作規定，故權利人應當承擔網路服務提供者主觀過錯存在之證明責

任¹⁹²。

第四款 獲利條款

第 4 款規定了獲利條款，實務上直接獲得經濟利益之認定，主要可由以下三大營利模式進行判斷¹⁹³。第一種情形為對特定資訊進行專項收費，若該特定資訊侵權，由於此種收費模式之特定性，侵權資訊與經濟利益有相當之密切性，一般認為成立直接獲利。第二種經營模式為向用戶收取固定之費用，此種費用屬於一般性收費，與侵權資訊多寡並不相關，一般不認為是直接獲益。第三種為提供廣告服務之收益，有法院認為若網站上存有大量廣告，且涉及侵權資訊之頁面亦有廣告提供，侵權資訊頁面點擊數量之多寡有助於廣告收益，故認定成立直接獲利¹⁹⁴。惟根據「北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網路環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）」之相關規定，於網站統一設置之廣告，一般不認為構成從侵權直接獲利。若為針對性之設置，則應根據具體情況判斷¹⁹⁵。

¹⁹² 王遷，同註 176，頁 136-137。

¹⁹³ 朱彥君，試論“避風港”規則的司法適用，科技與法律，第 3 期，頁 93。

¹⁹⁴ 被告網站雖對觀看影視作品的用戶不收費，但在被告的網站上存在大量的廣告，在搜索和點擊播放涉案電視劇後頁面亦會提供廣告的播放，而觀看涉案電視劇用戶數量的多少決定了觀看到該廣告的觀眾數量的多寡，此有助於被告從投放的廣告中獲得收益，故從使用者上傳的作品中，被告是能夠獲得經濟利益的。上海市浦東新區人民法院，浦民三(知)初字第 441 號（2009）。

¹⁹⁵ 北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網路環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見

本款之規定係由美國 DMCA 所規定之免責要件發展而來¹⁹⁶，該要件指出「若網路服務提供者於對於侵權行為有控制之權利及能力之情況下，未從侵權行為中直接獲取利益」可作為網路服務提供者免責之要件。本條之反面解釋則為美國所謂的「代理侵權責任」之構成要件。惟代理侵權之認定對比於「北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網路環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見(一)(試行)」之規定，實際上對於獲利要件之認定更為寬鬆。

另美國之代理侵權責任係一無過錯責任，而中國大陸民事責任以過錯為基本之歸責原則，無過錯責任僅於法律另有規定時適用。觀諸中國大陸民事法律，皆未有相似之代理侵權責任規定，可以說美國此種代理侵權責任並未適用於中國大陸。且本款條文亦未訂有「控制之權利及能力」之條件，若反面解為歸責要件將會使網路服務提供者承受甚為嚴格之責任，故本款應解為免責要件。

(一)(試行)第 25 條後段，網路服務提供者因提供資訊存儲空間服務而收取的廣告費，一般不應認定為直接獲得的經濟利益；網路服務提供者針對特定作品、表演、錄音錄影製品而投放的廣告，可以根據案件的具體情況，在認定網路服務提供者是否存在過錯時酌情予以綜合考慮。

¹⁹⁶ 17 USC§512(c)(1)(B), (d)(2), 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.

第五款 通知和移除程序

第 5 款規定了通知和移除程序。本款類似於侵權責任法第 36 條第 2 款，規定網路服務提供者於接到權利人之通知時依據規定刪除認為侵權之資訊者，可能不承擔侵權責任。本款之「通知」應根據信息網絡傳播權保護條例第 14 條所規範之格式為之¹⁹⁷。學界對於本款規定下權利人作出不符合條例規定之格式之效力為何亦有討論。參考「北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網路環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）」第 28 條之規定¹⁹⁸，可以得出以下結論。首先若權利人提出之通知符合「條例」規定之格式，即符合通知之實質及形式要件，若網路服務提供者不採取措施刪除認為之侵權資訊，則根據本款無法主張免責甚至根據侵權責任法第 36 條第 2 款需承擔連帶責任。第二種情形為，若權利人發出之通知不符合「條例」規定之格式，惟符合「指導意見」之要求者，可以認為是對網路服務提供者發出「確有證據的警告」。而這項警告雖不符合本

¹⁹⁷ 信息網絡傳播權保護條例第 14 條：「……通知書應當包含下列內容：（一）權利人的姓名（名稱）、聯繫方式和地址；（二）要求刪除或者斷開鏈接的侵權作品、表演、錄音錄像製品的名稱和網絡地址；（三）構成侵權的初步證明材料。權利人應當對通知書的真實性負責」。

¹⁹⁸ 北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網路環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見（一）（試行）第 28 條：「權利人提交的通知未包含被訴侵權的作品、表演、錄音錄影製品的網絡位址，但網路服務提供者根據該通知提供的資訊對被訴侵權的作品、表演、錄音錄影製品能夠足以準確定位的，可以認定權利人提交的通知屬於最高人民法院《關於審理涉及電腦網路著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第四條所稱的“確有證據的警告”」。

款所謂通知之形式要求，卻滿足了實質要求，即足以令網路服務提供者知曉侵權資訊之存在¹⁹⁹，而其不為一定措施之情況下，可以認為主觀上具有過錯，根據侵權責任法第 36 條第 3 款需承擔連帶責任。最後，若權利人之通知既不符合「條例」之格式亦不符合「指導意見」之要求，此時應當回歸侵權責任之一般規則認定該通知是否足以使網路服務提供者知道侵權資訊之存在，始確定網路服務提供者是否承擔責任。

另外就定性來說，本款為免責要件之表述方式，惟反面解釋亦可認為是歸責要件，具體來說本款之反面解釋實際上等同於侵權責任法第 36 條第 2 款之歸責要件，如此解釋亦符合整體立法架構²⁰⁰。

第三項 小結

綜觀近四年之實務判決，可以發現法院於網路服務提供者責任承擔見解趨向一致。首先，侵權責任法係於 2011 年始頒布施行，加上其為侵權責任承擔之一般性規範，故於實務操作中仍以信息網絡傳播權保護條例為主。判決中對於網路服務提供者責任承擔之部分，以客

¹⁹⁹ 稅海舟，同註 191，頁 90。

²⁰⁰ 王遷，同註 176，頁 136。

觀要件觀之，要求直接侵權人使用網路服務提供者之服務，且該服務對侵權資訊之傳遞提供便利²⁰¹。目前主流觀點於客觀歸責上要求網路服務提供者另行對侵權資訊之流通提供一定程度上之助力，例如編列分類、特別設置專區等。惟若干最新判決客觀僅要求侵權資訊存在於網路服務提供者之服務，於符合主觀過錯要求下，即認為須承擔責任²⁰²。此種論點亦符合侵權責任法第 36 條第 3 款之客觀要件要求，就條文內容觀之，侵權人僅須達到「利用」網路服務提供者之服務即滿足客觀要件。如前所述，學界之觀點亦認為侵權責任法第 36 條第 3 款之規定係創設一歸責條款，故客觀上侵權人利用網路服務提供者之服務且主觀上知道此一事實者即生採取必要措施之作為義務，怠不作為者應承擔侵權責任。關於主觀要件之要求，侵權行為法第 36 條第 3 款所明定之「知道」要件如本文前段所述分為明知及應知，明知有學者認為係一客觀事實，或者限於網路服務提供者收到權利人通知之情況。而應知之判斷，學者認為應採用紅旗標準以為判斷，惟近四年之實務判決幾乎無一例外採用相類之判斷標準，該標準是否達到紅旗標準之要求，不無疑問²⁰³。

²⁰¹ 即所謂幫助型態之共同侵權處理模式。(2012)滬一中民五(知)終字第 192 號，判決本文：「上訴人在網站中專門開設了遊戲頻道，方便了網路用戶的上傳和瀏覽、下載」。(2012)閩民三(知)初字第 247 號，判決本文：「並在其網站上建立較為詳盡的電驢資源頻道，為用戶上傳、下載提供了便利」。(2010)浦民三(知)初字第 283 號，判決本文：「被告網站提供了影視等頻道的分類和視頻搜索等服務……，也為侵權作品在網路上的傳播提供了方便」。

²⁰² (2013)閩民三(知)初字第 146 號判決。

²⁰³ 近年判決對於知道之判斷皆採用相類之表述，例如(2013)閩民三(知)初字第 146 號判決本文所

就實務判決觀之，嚴格遵循侵權責任法第 36 條第 3 款之客觀要件判斷標準之判決若於未來形成主流觀點，加上實務對於主觀要件要求標準過低之下。中國大陸實務對於網路服務提供者承擔侵權責任之情況將會相當普遍。此種普遍承擔責任之情況即有免責條款存在之實益，惟信息網絡傳播權保護條例之免責要件與侵權責任法規定之歸責要件是否充分對應，仍值探討。

第四節 日本法制探討

日本對於避風港規則之概念主要體現於特定電子通訊服務提供者之損害賠償責任之限制以及資訊發送者情報揭露法(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律)。即日本學界一般所稱之網路服務提供者責任限制法(プロバイダ責任制限法)²⁰⁴。其中與避風港規則最具關連者為第 3 條，其中規範有網路服務提供者免責情形。另，本法益不僅僅適用於網路著作權

稱：「由於影視作品的製作一般需要花費大量的人力、物力、財力，故通常情況下權利人不會將影視作品免費發布在互聯網上供公眾下載或撥放」。(2010)浦民三(知)初字第 283 號判決亦出現幾乎相同之表述：「製作影視作品需花費大量的人力、財力、物力，權利人在通常情況下不會將影視作品上傳到互聯網上免費供公眾下載或觀看，而鑑別用戶上傳之視頻是否屬於他人享有著作權的影視作品，對被告而言，期只需稍作審查即能確定」。惟此種通常會發生之侵權行為是否達到紅旗標準之要求，仍有疑問。

²⁰⁴ 本法制訂於 2001 年 11 月，最終修正於 2013 年 4 月。網路服務提供者責任限制法一詞，於日本學界論文中廣泛使用，本文以下亦採此稱。

侵害之情形，對於名譽侵害等網路環境下常見之侵權行為亦得適用。

網路服務提供者責任限制法第 3 條全文如下：

藉由特定電信通訊手段進行之資訊流通而致他人權利損害時，為該特定電信通訊行為提供特定之電信通訊設備之特定電信通訊服務提供者(下稱相關服務提供者)對於所生之損害，於防止侵權資訊向不特定多數人公開之措施實行於技術上可行之情況下，若未符合以下各款之情形，不承擔賠償責任。惟該相關服務提供者為該權利侵害資訊之上傳者之情況不在此限。

第一款 該相關服務提供者對於藉由該特定電信資訊服務所流通之資訊構成他人權利侵害之事實知情。

第二款 該相關服務提供者對於藉由該特定電信資訊服務有資訊流通之事實知情，且對於藉由該特定電信資訊服務所流通之資訊構成他人權利侵害之事實有理由足認其知情。

第二項 特定電信通訊服務提供者對特定電信通訊資料之上傳實施防止措施，而該措施對於資訊上傳者產生損害時，若該措施係為防止該資訊向多數人公開且未逾必要限度者。若符合以下各款之情形，不承擔賠償責任。

第一款 特定電信通訊服務提供者有相當理由相信該特定

資訊之流通造成他人權利之不當侵害之事實。

第二款 因特定電信通訊之資訊流通造成自身權利受侵害者，將受侵害權利之資料(本款以下及第 4 條以侵害資料稱之)、受侵害之權利以及認為受侵害之理由(本款以下以侵害資料等稱之)提供與特定電信通訊服務提供者以請求行使侵害資訊上傳之防止措施之情況下，特定電信通訊服務提供者提供侵害資料予侵害資訊上傳者並詢問其對於資訊上傳防止措施之實施同意與否而資訊上傳者對於該詢問於七日內不為否定之意思表示之情形。

第一項 規範主體

網路服務提供者責任限制法所規範之責任主體為提供一對多網路服務之電子通訊服務提供者，普通一對一類似電子郵件之雙方主體並不為本法所規範。另本法所稱之侵害他人權利之資訊，僅指例如著作權侵害等個人法益之侵害。相對的，侵害社會法益之違法資訊等並非為本法所規範²⁰⁵。本法第 3 條亦明文排除提供資訊內容之網路服務提供者適用免責條款²⁰⁶²⁰⁷。

²⁰⁵ 長谷部恭男等，プロバイダ責任制限法検証 WG 提言，2011 年 6 月，頁 2,3。

²⁰⁶ 本規定類似於我國、美國及中國大陸之對資訊被動及不干涉相關規定。

第二項 是否明確化作為義務

對於網路服務提供者於何種情況下始有對於侵害他人權利之資訊為刪除之作為義務，於本法制定前實務上已有所謂之法理上之作為義務(条理上の作為義務)²⁰⁸。法理上之作為義務是否產生之判斷主要根據網路服務提供者對於到違法資訊之上傳是否知情以及提供資訊上傳服務之網路論壇之設置目的、匿名性、營利性等綜合判斷，並根據案件之性質認定。根據以往判決觀之，各種案件之特性各異，要創設一作為義務基準實為困難。且若制定一作為義務基準則依據該基準之內容運用或可能有侵害表現自由之情況產生，故網路服務提供者之作為義務之有無目前還是認為由有法院個案判斷為主²⁰⁹。另關於網路服務提供者之應對方法上，由諸類認定網路服務提供者承擔作為義務之判決齊聚觀之，相類之判決確實給予網路服務提供者應對方法上一

²⁰⁷ 本法明文排除提供資訊內容之網路服務提供者，故以卡拉 OK 法理擬制為侵權行為主體之網路服務提供者不得適用本法規定。松島淳也，著作権の間接侵害（4）付随的な争点となるプロバイダ責任制限法と自動複製機器，ITpro by 日経コンピュータ，http://itpro.nikkeibp.co.jp/bn/mOKuji.jsp?TOP_ID=308066&OFFSET=40。最後閱覽，2014年5月17日。

²⁰⁸ 本文間接侵權部分所介紹之卡拉 OK 法理由於實務上僅適用於網路服務提供者具有相當之管理性甚至達支配性且具相對利益性之情況。其餘情形乃依據共同侵權法理處理，欲對網路服務提供者之不作為課責則需討論是否有作為義務之產生。而所謂法理上之作為義務概念，法院依據網路服務提供者供之服務性質個案判斷，若認定網路服務提供者有作為義務時，網路服務提供者怠於刪除侵害他人權利之資訊者即可能須承擔賠償義務。

²⁰⁹ 長谷部恭男等，同註 206，頁 17-19。

定程度之指引。準此日本採用「指導意見」(ガイドライン)²¹⁰之方式給予網路服務提供者收到權利人刪除侵權資訊之請求時作為依循。

第三項 網路服務提供者責任限制法第 3 條之定性

本法第 3 條主要可以區分為兩部分。第一，當網路服務提供者並未實施資訊防止措施時，若網路服務提供者不符合該條第 1 項 1、2 款之要件則對權利人免責。第二，當網路服務提供者實施資訊防止措施時，若符合該條第 2 項第 1、2 款之要件者，對資訊上傳者免責²¹¹。

本法實際上並未對網路服務提供者之作為義務產生與否做出規定，未符合本法第 3 條之規定並不意味網路服務提供者即產生責任。關於網路服務提供者之作為義務產生與否仍須依循其他法律規範處理，如前所述，關於網路服務提供者是否存在作為義務仍應根據目前累積之判決再加上對個案特點之掌握做判斷。故本條之定性應為免責條款²¹²。

²¹⁰ 與著作權相關之指導意見可參「網路服務提供者責任限制法著作權關係指導意見」(プロバイダ責任制限法著作權関係ガイドライン)。其中規定有權利人請求網路服務提供者刪除侵權資訊之步驟、網路服務提供者收到請求後應確認之事項(包括著作權侵害事實之確認)等。

²¹¹ 総務省，プロバイダ責任制限法について，2013 年 8 月，頁 3。

²¹² 大村真一，プロバイダ責任制限法の概要，NBL，第 964 期，2011 年 11 月，頁 12。

第四項 主觀要件

網路服務提供者責任限制法第3條規定之第1項為網路服務提供者對權利人之免責項目，不符合第1、2款要件者不承擔賠償責任。

第1款，即對藉由服務流通之資訊侵害他人權利「知情」。第2款則為對有資訊透過本身提供之服務流通，且對該情報造成他人權利侵害有相當理由足認其「知情」。

知情與有相當理由足認其知情則應當綜合客觀事實推斷。有學者認為網路服務提供者是否知情之判斷根據提供具體服務之內容存在差異。例如，動畫影像上傳服務提供者由於用戶上傳之資訊皆儲存於網路服務提供者之伺服器內，且動畫實質上也較為容易閱覽流通之資訊，故比起一般主機伺服器服務提供者，可能必須認識到其提供服務內違法資訊存在之高蓋然率²¹³。

「知情」之典型實務判斷標準根據大阪地方法院之判決主要包括有收到刪除請求之情況，判決內文如下²¹⁴：「根據本案事實，被告對係爭回帖為刪除之資訊上傳防止措施技術上可行。另外，根據網路服

²¹³ 中川文憲，プロバイダ責任制限法に関する一考察～著作権からのアプローチ～，オピニオン，2012年11月，頁46。

²¹⁴ 大阪地方裁判所，平成19(ワ)64732裁判。

務提供者收到刪除請求之電子郵件，可以認定其對於本案係爭回帖之存在知情」。復有理由足認其知情則一般根據案件客觀事實個案判斷，具體案例有東京高等法院判決，判決內文如下：「本案係爭網站普遍設有 45 至 50 個分類項目，復各項目平均每日有 800 至 1000 不等之貼文……刪除請求原則上以電子郵件方式受理，於特定之規則下管理人執行刪除……本案係爭網站並非採隨時進行內容監控且未收到刪除請求時仍會對若干資訊進行刪除之經營模式。於未提出刪除請求等情況下，不能認為被告對原告之受侵害事實有理由足認知情」²¹⁵。由本判決觀之可得出實務對於有理由足認知情仍綜合考慮網路服務實質經營模式等客觀事實進行認定。

第五項 通知及移除程序

通知及移除程序主要規定於網路服務提供者責任限制法著作權關係指導意見(プロバイダ責任制限法著作權関係ガイドライン)。本指導意見於主旨段即明確表示網路服務提供者是否承擔責任仍係由法院判斷，惟若網路服務提供者遵從具高信賴度之指導意見採取適切之作為，期待法院就「相當理由」之主觀要件部分作出網路服務提供

²¹⁵ 知的財産裁判所，平成 21(ネ)10078，知財高裁裁判。

者無需承擔責任之判決²¹⁶。

至於通知之必要內容與我國及美國之規定類似，要求權利人資訊(申出主体の本人性等と著作権者であることの確認)以及得特定侵害資訊之描述(侵害情報の特定と著作権等侵害であることの確認)等²¹⁷，亦有格式範例樣本提供。值得一提的是日本之通知程序並非權利人直接向網路服務提供者提出，而係須經由信賴性確認團體提出(信賴性確認団体)²¹⁸。該信賴性確認團體於接到權利人之通知申請後，須對該通知進行必要行內容之審查後始提出。通知符合格式時，網路服務提供者應快速於必要限度內對侵權資訊實施資訊防止措施，至於通知不符合格式之情況，原則上網路服務提供者可以請求信賴性確認團體連絡權利人補正。至於權利人或信賴性確認團體並未迅速補正之情形下，網路服務提供者則應告知權利人由於資料不齊將無法實施資訊防止措施²¹⁹。

第六項 網路服務提供者責任限制法制定後「作為義務」

²¹⁶ プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドライン，頁 1。

²¹⁷ 同前註，頁 7-10。

²¹⁸ 信賴性確認團體基本上須符合三要件。第一、必須為法人(包括不具法人格但有代表人之社團)，第二、能適切確認權利人之權利內容者，第三、需具有著作權相關之專業知識並於相當期間內具一定之實務成果。具體之信賴性確認團體有著作權等管理業者、文化廳根據著作權法指定之團體等。典型之例為一般社團法人日本音樂著作權協會。同前註，頁 11-12。

²¹⁹ 同前註，頁 16。

概念之發展

網路服務提供者責任限制法施行數年後的今日，網路服務提供者們仍然期望法律能明確化作為義務產生之範圍。惟如前所述，網路服務提供者責任限制法並未確立作為義務。作為義務產生範圍確立之最大問題點在於若明文規範作為義務產生範圍，鑒於網路服務之各形各色以及案件背景各異，於若干案件背景下可能造成權利人之濫用復可能產生表現自由之侵害。有鑑於此，日本並未訂出具體之網路服務提供者作為義務產生之範圍而是對於個案彈性解決。惟作為義務之不確定性對於網路服務提供者來說欠缺可預測性，如何解決此兩難處境為日本法界亟需面對之問題。

至於作為義務產生之範圍，於網路服務提供者責任限制法施行後產生之新判決提供了實務界對作為義務之部分判斷標準。2008 年之產能大學案²²⁰可說是代表之判決，判決本文首先提到網路服務提供者所可能承擔之法理上之作為義務：「網路上開設揭示板並管理者……不僅須事前採取適當之方式，發現侵權資訊時，承擔迅速採行適當措施之法理上之作為義務之情況亦有之」。判決本文亦指出判斷法理上

²²⁰ 東京地方裁判所，平成 20(夕)1329 裁判。

作為義務產生應考量之數種要素：「關於法理上作為義務之承擔，必須由揭示板創設目的、管理方式、權利人有無得採取之救濟手段……等個案具體綜合判斷之」。

綜合近期之判決觀點，有學者歸納出實務上對於作為義務產生之判斷標準如下。首先必須考量網路服務提供者所設定之管理權限，及考量管理者之先前行為。第二，須考量網路服務提供者對於上傳資料之管理權限及管理可能性，即作為可能性。第三，須考量對於權利人無其他救濟手段，即排他之支配性。最後，須考量被侵害利益之性質。上述要素之全部或一部或可資為作為義務產生之判斷依據²²¹。

第七項 小結

日本網路服務提供者責任限制法相對於我國、美國及中國大陸，法條相對單純。對於網路服務提供者之免責基本上僅規定主觀要件，即若網路服務提供者對侵權行為不知情或沒有理由足認其知情則不承擔賠償責任。本法之規範主體排除提供資訊內容，根據卡拉 OK 法理將網路服務提供擬制為侵權行為主體之情況不適用本法免責，故本

²²¹ 長瀬貴志，プロバイダ等の作為義務に関する裁判例の概要，NBL，第 965 期，2011 年 11 月，頁 62-69。

法亦僅適用於法律明定之共同侵權類型。本法定性為免責條款亦並未對網路服務提供者之作為義務做明確之規定。實務上對於作為義務產生與否基本依據網路服務提供者提供之服務性質具體判斷。

日本對於網路服務提供者之免責條款僅作主觀要件之規定，主要係為靈活處理個案之事實差異。大部分之案例法院於是否得適用卡拉OK 法理抑或是否產生作為義務之前提下即根據個案事實排除責任，網路服務提供者責任限制法即過度詳細之規範。甚至對於網路服務提供者收到權利人之通知後應採行之一定作為，亦規定以指導意見方式規定，充分體現個案處理之靈活性。

第四章 各國法制比較

本文二至三章討論並比較我國與美國、中國大陸、日本關於網路服務提供者責任之相關規定以及責任之限制規定。本章擬以圖表方式提供各國相關規定要件之鳥瞰式對比。

第一節 網路服務提供者責任之承擔

本節比較我國、美國、中國大陸、日本關於網路服務提供者之責任承擔相關規定以及規定之主客觀要件，最後亦列出承擔責任之類型。

表 1 網路服務提供者責任之承擔(我國、美國)

	我國		美國		
法律規範	共同侵權 (民法第 185條)	視為侵害 著作權(著 作權法第 87條1項7 款)	代理侵權	輔助侵權	誘引侵 權

主觀要件	教唆、幫助 之故意	侵害行為 知情，具侵 害意圖	不要求對 侵權行為 存在知情	對侵權行 為存在知 情	意圖誘 引侵權
客觀要件	直接侵權 行為成 立，且行為 人客觀上 實施教 唆、幫助行 為	採取積極 措施，並提 供可公開 傳輸或重 製著作之 電腦程式	直接侵權 行為成立 且對於直 接侵權行 為實質管 理以及取 得直接利 益(放寬)。	直接侵權 行為成立 且對直接 侵權行為 實質上輔 助	直接侵 權行為 成立
承擔責任	連帶責任	獨立侵權 責任	獨立侵權 責任	獨立侵權 責任	獨立侵 權責任

(資料來源:筆者自製)

表 2 網路服務提供者責任之承擔(中國大陸、日本)

	中國大陸	日本
--	------	----

法律規範	傳統共同 侵權 ²²² (侵 權責任法 第9條、民 法通則第 130條、民 通意見第 148條)	網絡共同 侵權(侵權 責任法第 36條、信 息網絡傳 播權保護 條例第22 條2、3、5 款)	共同不法 行為(民法 第719條) (1).傳統之 共同侵權 法理 (2).法理上 之作為義 務(条理上 の作為義 務)違反	卡拉 OK 法理(カラ オケ法理)
主觀要件	教唆、幫助 之故意	知道侵害 行為存在	(1).教唆、 幫助之故 意 (2).對於侵 權行為存 在知情	不要求
客觀要件	直接侵權	直接侵權	(1).直接侵	²²³ 對直接侵權行為

²²² 即教唆或幫助之共同侵權態樣。

²²³ 不要求直接侵權行為成立。

	行為成立，且行為人客觀上實施教唆、幫助行為	行為成立。直接侵權人利用網路服務提供者之服務。網路服務提供者未採取必要措施	權行為成立，且行為人客觀上實施教唆、幫助行為 (2).直接侵權行為成立。根據網路服務性質判斷是否產生法理上之作為義務。客觀上未採取適當措施	符合管理性以及營利性(相對利益)
承擔責任	連帶責任	連帶責任	(1).連帶責任	獨立侵權責任(視為直接侵權行為之行

			(2).單獨侵 權責任	為人)
--	--	--	----------------	-----

(資料來源:筆者自製)

第二節 網路服務提供者責任之限制

本節就各國對網路服務提供者之責任限制規定作類比，主要類比對資訊之被動及不干涉、主觀要件、獲利條款以及通知及移除程序等項目。並就各國網路服務提供者責任限制規定與歸責要件是否存在完善之對應關係為分析。

表 3 網路服務提供者責任之限制(我國、美國)

	我國	美國
法律規範	著作權法第六章之一 網路服務提供者之民 事免責事由	數位千禧年著作權法第 512 條 (DMCA 512)
對資訊之 被動及不 干涉	僅適用於連線服務與 快速存取服務提供者	門檻要件，適用於所有網路服務 提供者
主觀要件	對涉有侵權不知情	未實際知情，亦未意識到明顯之

		侵害事實
獲利條款	未直接自侵權行為獲有財產上利益	未直接自侵權行為獲有財產上利益
通知及移除程序	接到合格通知時，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之使用者	接到合格通知時，立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之使用者
歸責與免責之對應關係	未自侵權行為獲有財產上利益條款並無對應之歸責要件	較完整之對應關係

(資料來源:筆者自製)

表 4 網路服務提供者責任之限制(中國大陸、日本)

	中國大陸	日本
法律規範	信息網絡傳播權保護條例第 22 條	網路服務提供者責任限制法(プロバイダ責任制限法)
對資訊之被動及不干涉	適用於所有網路服務提供者	適用於所有網路服務提供者

主觀要件	不知道也沒有合理的理由應當知道服務物件提供之資訊侵權	不知情亦無理由足認知情藉由服務所流通之資訊構成他人權利侵害之事實
獲利條款	未直接自侵權行為獲有財產上利益	未規定
通知及移除程序	接到合格通知時，刪除權利人認為侵權之作品	接到合格通知時，對侵權資訊實施資訊防止措施
歸責與免責之對應關係	未自侵權行為獲有財產上利益條款並無對應之歸責要件	卡拉 OK 法理所擬制下之網路服務提供者不適用本法。對於共同不法行為之歸責樣態下免責要件之對應尚稱完整

(資料來源:筆者自製)

綜觀以上表格可以發現，美國就歸責要件與責任限制條款上之對應可以說是相對完善，基本上責任限制條款皆對應有相對之侵權責任類型，甚至各免責條款之反面即同歸責要件。中國則有所不同，例如其於信息網絡傳播權保護條例第 22 條第 4 款所規定之獲利條款即無對應之侵權責任類型，故該款僅得視作單純免責條款，且可能造成網路服務提供者欲主張責任限制之不必要負擔。日本目前主流之網路服

務提供者承擔責任類型，除了不得適用免責條款之卡拉 OK 法理外，其餘無論是以傳統共同侵權法理或違反法理上作為義務產生之責任，主觀上皆有知情之要求，故日本雖於免責條款僅規定有主觀知情之要件，惟尚屬完整對應。我國之規定亦與中國大陸有共同問題，即於免責要件上規定了為有對應侵權類型部分。本文於結論章節亦擬對我國相關立法作建議，期能更完善我國對於網路服務提供者責任承擔與限制之法律規範。



第五章 結論

第一節 間接侵權責任之確立

綜合以上各國法制之討論，可以發現到我國對於網路服務提供者之間接侵權責任承擔相關法律上相對不明確。雖我國參照美國 DMCA 相關規定於著作權法第六章之一詳細規範有網路服務提供者之民事免責事由等責任限制條款，惟由於我國現行法上規定的僅有民法第 185 條之共同侵權行為以及著作權法第 87 條第 1 項第 7 款之擬制著作權侵權規定可能可以處理網路服務提供者間接侵權問題，實踐上亦可能造成責任限制條款形同具文，甚至造成實務上增加了網路服務提供者無謂之成本²²⁴，對此本文擬提出以下建議：

第一項 輔助侵權及共同侵權類型²²⁵

以民法第 185 條共同侵權處理間接侵權之情況，幫助型態之共同

²²⁴ 甚至有將免責條款誤認為網路服務提供者之法律義務之判決。李治安，同註 2，頁 159。

²²⁵ 就專利法部分，已有學者建議將美國教唆侵權及幫助侵權之間接侵權型態類型導入我國專利法。劉國讚，美國專利間接侵權實務對我國專利法導入間接侵權之啟示，政大智慧財產評論，第 7 卷 2 期，頁 37。

侵權之構成要件雖與美國輔助侵權類似，惟於主觀要件上，美國之規定要求網路服務提供者對直接侵權行為存在知情，而我國之規定則要求網路服務提供者具備幫助故意使有成立責任之可能。於個案具體適用上我國之規定是否能涵蓋美國之輔助侵權類型非無疑問。至於若我國亦欲設計作為義務違反類型之間接責任規定。關於不作為之侵權類型作為義務之產生則可參：

(1). 中國大陸：侵權責任法第 36 條。主觀上要求網路服務提供者知道侵權行為存在，客觀上侵權行為人需利用網路服務提供者之服務。一旦網路服務提供者主觀知道侵權行為存在則作為義務即產生，客觀上，直接侵權行為人亦僅需利用網路服務為已足，並未有其他客觀要件之要求。

(2). 日本：法理上之作為義務：主觀上對於侵權行為存在知情，客觀上考量網路服務提供者營運模式及管理權限等。亦即網路服務者於主觀上對於侵權行為知情並不意味著其必然產生作為義務。對於網路服務提供者是否承擔作為義務亦須於客觀要件上為考量。例如，若網路服務提供者之服務性質上對於其服務範圍內之資訊有相當之管理能力，或者網路服務提供者之服務一般理解上有高機率之侵權資訊存在可能性。此類之網路服務提供者於主觀知情之前提下，有更高機會被認定須承擔作為義務。

建議：中國大陸侵權責任法第 36 條之規定對客觀要件要求極低，對於例如網路服務提供者完全欠缺管理權限等極端例子亦有可能承擔責任。相對的，日本之法理上作為義務考量到網路服務提供者之經營模式以及管理權限，似可資我國參考。

第二項 誘引侵權類型

著作權法第 87 條第 1 項第 7 款係參考美國誘引侵權立法，惟本款係非難提供行為，即縱使無損害結果或直接侵權行為落入權利限制範圍，網路服務提供者之行為仍可能單獨成立侵權行為。美國則以直接侵權行為成立為各類型之間接侵權責任成立之前提，故為避免令網路服務提供者動輒承擔間接侵權責任，本文建議參考美國之誘引侵權責任，以直接侵權行為成立為課責前提。

第三項 代理侵權類型

我國目前實體法尚欠缺的為代理侵權類型。我國著作權法第 90 條之 7 以及第 90 條之 8 所規定之利益條款即為為此種間接侵權類型

創設，本文亦建議於責任限制之規定完備之情況下，似可明文規定代理侵權類型。惟類似之規定似應獨立制定於著作權法作為一特殊之侵權類型，以避免產生與民法之體系上衝突。至於代理侵權類型之立法模式可參：

(1). 美國: 代理侵權。以直接侵權成立為前提。客觀上要求網路服務提供者對侵權行為存在實質管理以及由侵權行為獲有直接利益(標準漸寬)，主觀上不要求對到侵權行為之存在知情。承擔獨立之侵權責任。

(2). 日本: 卡拉 OK 法理，不以直接侵權成立為前提。客觀上要求網路服務提供者符合管理性(高度管理性)以及利益性(相對利益)。主觀上不要求對侵權行為存在知情。視為直接侵權行為之行為人承擔獨立之侵權責任。

建議: 日本之卡拉 OK 法理之產生係由於為處理舊日本著作權法責任限制過廣之情況，故不以直接侵權成立為前提。惟此種課責方式於現行法之下可能產生打擊範圍過廣之情形，本文建議立法參照美國之代理侵權模式。

第四項 停止侵害請求權

就中國大陸以及日本學界廣泛討論對於間接侵權人之停止侵害請求權部分，中國大陸主流觀點認為若間接侵權人與直接侵權人成立共同侵權，則權利人基本上得適用中國大陸侵權責任法第 21 條之規定請求停止侵害。停止侵害責任於日本則規定於著作權法第 112 條，主流觀點認為停止侵害請求權應只限定於具有支配性之現時侵害行為行使主體，應不及於間接侵權行為。我國停止侵害請求權規定於我國著作權法第 84 條，惟對於適用間接侵權之情況鮮見專文探討，本文認為依文義解釋，若網路服務提供者與直接侵權人成立共同侵權之情形，當構成第 84 條所謂之「侵害其權利」或「有侵害之虞」，故應不排除停止侵害請求權之適用。

第二節 網路服務提供者之民事免責事由

第一項 對資訊之被動與不干涉立場

我國關於網路服務提供者之民事免責事由相關規定最大之問題在於對使用者資訊被動及不干涉部分。著作權法中網路服務者對使用

者之資訊未改變係作為免責條款並僅規範著作權法第 90 條之 5 及第 90 條之 6 所謂的連線服務提供者及快速存取服務提供者二種類型。實際上綜觀各國規定，基本上都將為未改變使用者資訊內容作為一般性要求。例如美國於 DMCA 512 條(k)項規定規範主體之部分即以不改變資訊內如為前提。中國大陸之侵權責任法第 36 條亦僅規範未提供內容之技術服務提供者；於信息網絡傳播權保護條例中雖係於第 22 條中以免責要件規範，卻仍適用於各種網路服務提供者類型。日本之網路服務提供者責任限制法第 3 條亦排除內容資訊提供者適用。本文認為對使用者資訊所作之改變，依據改變程度有成立直接侵權之可能，於一定程度之改變情形下應一般性排除網路服務提供者之民事免責事由之適用。

第二項 通知及移除程序

我國關於通知及移除程序規範於著作權法第 90 條之 6、第 90 條之 7 及第 90 條之 8。關於通知之格式及效力則規範於網路服務提供者民事免責事由實施辦法，第 3 及第 4 條。關於權利人提出不合格之通知之情形，實施辦法規定有兩種途徑。第一、網路服務提供者通知權利人補正，補正後仍不合格或未補正之情形則網路服務提供者不但無須進行移除程序，主觀上亦不構成知情。對於第二種途徑，即網路

服務提供者未通知補正情形，實施辦法僅規定不得作為主觀之情之依據，惟對於是否仍需進行移除程序隻字未提。本文認為係立法疏漏，關於通知移除程序之立法可參：

(1). 美國：根據 DMCA 第 2、3 款確認為不合格之通知之情況下，網路服務提供者基本上可無視該通知，不僅不須進行移除程序，主觀上亦不會被視為知情。

(2). 中國大陸：對於通知之格式規定於信息網絡傳播權保護條例第 14 條以及北京市高級人民法院關於印發關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見(一)試行第 28 條。若網路服務提供者之通知不符合條例卻符合指導意見者，網路服務提供者雖不須進行移除程序，主觀上卻被認為知曉侵權資訊存在。若通知不符合條例亦不符合指導意見者，則根據侵權責任一般規則認定主觀是否知道侵權資訊存在。

(3). 日本：對於不符合格式之通知，根據著作權關係指導意見，網路服務提供者可以通知補正，若補正後仍不合格或未補正，則通知權利人其無法進行移除程序。關於不通知補正之不合格通知之效力，則未規定，應認為由法院個案判斷是否得推定主觀知情。

美國之處理方式較為簡單，若收到不符合格式之通知及無需承擔

任何責任。就中國大陸之規定觀之，其課與網路服務提供者相當重之義務。首先網路服務提供者須審查是否符合條例之格式，不符後仍需審查是否達指導意見之要求，縱使亦不符，仍須就內容實質審查，以避免該不合格之通知仍可能使其遭推定主觀知道被侵權資訊存在。此種模式下對於網路服務提供者之營運成本將產生巨大負擔，亦可能使權利人無端濫用此制度，動輒寄發侵權通知。日本雖然於不通知補正之情況下亦由法院個案判斷通知是否得推定主觀知悉。惟日本之通知需經過信賴性確認團體寄送，該團體亦有實質審查之義務。通過信賴性確認團體審查之通知縱使不符格式應僅係細部問題，該通知所具之特定性應足以使網路服務提供這主觀推定知悉，故網路服務提供者應傾向要求補正以免除責任。經由信賴性確認團體寄發通知亦較不易有權利人權利濫用之情況。本文認為，網路服務提供者之責任限制相關立法皆係為免除網路服務提供者責任並非著重與保護權利人並加重網路服務提供者負擔。通知及移除程序對權利人來說係相當便捷之方式，僅須提出通知一般就可收侵害停止之效。惟確保通知符合格式應為權利人之責任，不應將其加諸於網路服務提供者。職是之故，本文認為立法似可採美國模式，即網路服務提供者可自由選擇是否通知補正，且無論是否通知，對於不合格之通知皆無須承擔任何責任。



參考文獻

中文文獻

(一)專書(姓氏筆畫排序)

1. 王澤鑑，侵權行為法(二)-特殊侵權行為，元照，2006年7月。
2. 姚志明，侵權行為法，元照，2011年1月。
3. 蕭雄淋，著作權法論，五南，2010年8月。

(二)期刊論文(姓氏筆畫排序)

1. 王怡蘋，著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範，月旦法學雜誌，第173期，2009年10月。
2. 王勝明主編，全國人大常委會法制工作委員會編，中華人民共和國侵權責任法釋義，2010年。
3. 王遷，再論”信息定位服務者提供者”間接侵權的認定，知識產權，第4期，2007年。
4. 王遷，信息網絡傳播權保護條例中”避風港”規則的效力，知識產權，第6期，2010年。

5. 王遷，視頻分享網站著作權侵權問題再研究，法商研究，第 1 期，2010 年。
6. 王遷、王凌紅，知識產權間接侵權研究，中國人民大學出版社，2008 年。
7. 王艷芳，《關於審理侵害信息網絡傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》，人民司法(應用)，第 9 期，2013 年。
8. 司曉、費蘭芳，電子商務平台服務提供者的商標間接侵權責任探析，知識產權，第 3 期，2012 年。
9. 石必勝，認定網絡服務提供者侵害知識產權的基本思路，科技與法律，第 5 期，2013 年。
10. 朱丹，過錯認定及其著作權侵權賠償責任，人民司法，2013 年。
11. 朱冬，知識產權間接侵權中停止侵害適用的障礙及克服，法學家，第 5 期，2012 年。
12. 朱彥君，試論”避風港”規則的司法適用，科技與法律，第 3 期，2012 年。
13. 李治安，失衡的承諾：著作權責任避風港規範之立法政策評析，國立台灣大學法學論叢，第 43 卷，第 1 期，2014 年 3 月。
14. 沈宗倫，對於我國著作權法關於網路服務提供者民事責任豁免立法之初步評析，中正財經法學，創刊號，2010 年。

15. 林利芝，狐狸踢到鐵板-評臺灣板橋地方法院九十八年度重易字第四號判決(Foxy 案)，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月。
16. 林誠二，共同危險行為之構成與界限，台灣本土法學雜誌，105 期，2008 年 4 月。
17. 姚信安，從美國法角度探討我國著作權民事間接侵權責任相類制度，中正財經法學，第 2 期，2011 年 1 月。
18. 姚信安，論我國著作權網路服務提供者責任規範之發展與實踐，科技法學評論，8 卷 2 期，2011 年。
19. 張玲，論專利侵權訴訟中的停止侵權民事責任及其完善，法學家，第 4 期，2011 年。
20. 梅夏英、劉明，網絡侵權歸責的現實制約及價值考量，法律科學，第 2 期，2013 年。
21. 章忠信，二〇〇九年新修正著作權法簡析-網路服務提供者之責任限制，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年 10 月。
22. 稅海舟，”避風港原則”下《信息網絡傳播權保護條例》第 22 條批判，科技創新與知識產權，第 3 期，2012 年。
23. 馮震宇，從間接侵權責任與三振條款立法看 ISP 責任之商榷，月旦民商法雜誌，第 38 期，2012 年 12 月。
24. 楊明，”間接侵權”辨：從”百度、雅虎案”說開去，網絡法律

評論，第 1 期，2009 年。

25. 劉國讚，美國專利間接侵權實務對我國專利法導入間接侵權之啟示，政大智慧財產評論，第 7 卷 2 期，2009 年。
26. 謝冠斌、史學清，網絡搜索服務商過錯責任的合理界定，知識產權，第 1 期，2008 年。

英文文獻

專書(英文首字母排序)

1. LINDA. TANCS, *Understanding Copyright Law*, Oceana, 2009.
2. MARSHALL LEAFFER, *Understanding Copyright Law* 4th ed, Lexis Nexis, 2005.
3. ROGER E. SCHECHTER& JOHN R. THOMAS, *Principles of Copyright Law*, St. Paul, Thomson/West, 2010.
4. STEPHAN M. MCJOHN, *Copyright Examples & Explanations*, New York, Aspen Publishers, 2009.

日文文獻

(一)專書(JIS 碼排序)

1. 三山裕三，著作權法詳說：判例で読む 16 章，第 8 版，雄松堂，

2010 年。

2. 半田正夫，著作権法概説，第 14 版，法学書院，2009 年。
3. 田村善之，著作権法概説，第 2 版，有斐閣，2001 年。
4. 作花文雄，著作権法概論，改訂版，放送大学教育振興会，2010 年。

(二) 期刊論文(JIS 碼排序)

1. 総務省，プロバイダ責任制限法について，2013 年。
2. 大村真一，プロバイダ責任制限法の概要，NBL，第 964 期，2011 年 11 月。
3. 池田秀敏，著作権侵害とインターネット掲示板管理者の責任，信州大學法學論集，第 7 期，2006 年。
4. 中川文憲，プロバイダ責任制限法に関する一考察～著作権からのアプローチ～，オピニオン，2012 年 11 月。
5. 長瀬貴志，プロバイダ等の作為義務に関する裁判例の概要，NBL，第 965 期，2011 年 11 月。
6. 長谷部恭男等，プロバイダ責任制限法検証 WG 提言，2011 年 6 月。
7. 田村善之，著作権の間接侵害，知的財産法政策学研究，26 期，

2010年。

8. 入江勤，著作物利用行為に加担する者の責任—著作権における
間接侵害の再考，立命館法政論集，第3號，2005年。

