



美國著作權法對數位化 著作權議題處理之概述

王琇慧^{*}、陳怡靜^{**}、林怡君^{***}、蕭蓓如^{****}

壹、前言

美國 1790 年通過第一部聯邦著作權法保護已出版之著作，為因應數位化及網際網路之發展，柯林頓總統於 1998 年 10 月 28 日批准實行「一九九八年數位化千禧年著作權法案（The Digital Millennium Copyright Act of 1998，簡稱 DMCA）」，針對當時之著作權法予以增修。相關增修內容有數項要點，而網際網路侵害著作權責任之規範即為其中之一。據了解我國目前經常上網之人口已達千萬人，而涉及網路的著作權侵害議題亦逐漸增多，鑑於美國在有關網路著作權法制之規範咸屬先驅，經濟部智慧財產局特於 95 年 11 月 8 日邀請美國著作權局嫻熟網路著作權法制之官員 Mr. Oliver Metzger 來局舉辦座談會，以提供國人對相關網路著作權議題之直接又方便討論的機會。同時為使當日未能參與之大眾，亦能有機會了解，爰整理 M 氏官員之演說內容大要，如下述貳之部分，且一併納入當日之 Q&A 部分，以有助於對 M 氏官員講述內容之了解。

收稿日：95 年 12 月 14 日

* 現職為智慧財產局秘書室科長。

** 現職為智慧財產局著作權組編譯。

*** 現職為智慧財產局著作權組專員。

**** 現職為智慧財產局著作權組科員。

貳、網路環境之著作權相關議題

一、科技保護措施 TPM(Technological Protection Measures)

數位科技不同於傳統類比式科技之特性在於，數位科技使每次的重製都能夠像原件一樣的完美，同時在網路環境中得以迅速傳播，因而在網路環境之著作保護上，就相應產生了相關的著作保護技術，例如「加密」、權利管理資訊及其他著作保護措施等。據了解在美國有某些音樂網站（如 Rhapsody）是按月繳費就可以下載音樂的，然而在授權期間期滿時，下載的音樂檔案就會自動銷毀，採取檔案內設置時間炸彈這種科技保護措施。然而上述科技保護措施一經研發，業界也會相應發展出新的技術加以規避（例如對於加密技術研發的解密技巧）進而產生「保護措施—規避措施—保護措施—規避措施……」的惡性循環，並無法實質解決問題。國際間為因應此種困境，而肯認有運用法律保護數位環境著作之必要。另外，有關電子權利管理資訊也是需要運用法律來加以規範保護的一個重要課題。

在 WIPO 公約中，強調必須提供 TPM「適當的法律保護」，以及對於破解行為必須提供「有效的法律救濟途徑」。這些對於 TPM 的保障，都是很重要的層面，然而在實際執行上卻有相當的困難，主要在於規避行為往往發生於私人場所（例如住家、自己的電腦），基於隱私權保護等議題，政府無法進行與規避行為相關的監督或查察，因而只能從其他途徑來加強法律層面的保障。例如利用密碼設計科技保護，除非是對於電腦非常專精的專家，否則無法輕易破解，此時一般人就必須依賴其他的科技裝備才能實施規避行為。因此在美國法中，除了禁止規避科技保護措施的行為以外，對於運送或輸入規避設備的行為，同樣加以禁止，以補強政府無法實施規避監督的部分，俾達有效保護 TPM 的立法意旨。

在美國 TPM 可以區分為兩種：一種是對於「進入著作」的控制措施（access control）（例如進入網頁前的通行碼），一種是對於「利用著作」的控制措施（copy control）（可以瀏覽網頁，卻無法將資料印出等），而美國法對於這兩種 TPM 的規避行為，則採取不同的法律評價：在「進



入著作」的控制措施方面，對於此種措施的「規避行為」及「規避設備的行為」都是受到禁止的；在「利用著作」的控制措施方面，僅禁止「規避設備的行為」，對於此種措施的規避行為則未納入限制範疇。至於所謂「規避設備」，依據美國法規定，只要具備以下要件的其中 1 種，都會被認為是「規避設備」：第一種情形是「主要是為規避目的而設計或製造」，這個要件可以說是相當明確的；然而比較多的情形是製造商會主張其設備並非只有規避的用途而企圖抗辯免責，此時就能進行第二種及第三種要件的檢驗，亦即是否符合「除了規避的用途外，在其他的商業用途上是非常有限的」以及「運用其具有規避的功效，作為主要的行銷訴求」等情形。

曾有人提出問題表示：「如果這個產品並非主要設計用以規避，除了規避以外，同時具備其他重要的商業用途時，怎麼可能用具備規避的功能來作為主要的行銷訴求呢？」，在此以歐洲一家製造音樂光碟廠商為例，該廠商為了防盜拷而在 CD 上設有相關科技保護措施。然而有人發現，只要用麥克筆在 CD 的邊緣上塗滿就能夠輕易破解。在此例子，麥克筆本身並非設計用來規避 TPM，而是主要用來作為書寫的用途，然而如果麥克筆的製造商是以強調能夠破解 TPM 來行銷的話，就符合第三種要件。

在美國法中，對於可以規避 TPM 或規避設備的例外情形採取列舉規定，另外由於法條規定相當繁複，從圖表（見附表）來理解：在規避「進入著作」的控制措施的設備行為上，只有 5 種情形可以免責；對於規避「利用著作」的控制措施的設備行為，則只有 2 種情形可以免責。

附表

	進入著作之規 避行為	破壞進入著作之 規避措施	破壞利用著作之 規避措施
圖書館瀏覽	×		
執法	×	×	×
還原工程	×	×	×
加密研究	×	×	
保護未成年人	×	×	
隱私	×		
安全性測試	×	×	

譯自：Oliver Metzger 11 月 8 日簡報內容。

美國國會在 1998 年的數位千禧年著作權法案 (DMCA) 中通過保護 TPM 的規範條款，同時並基於科技的日新月異，對於可以規避 TPM 或規避設備的例外情形，授權美國著作權局每 3 年重新做 1 次檢視調整。在這段期間內，利用人可以提出例外免責的建議，由著作權局蒐集相關意見並進行研析，決定是否增加例外免責的種類，同時在免責的種類上，僅限於「進入著作」的控制設施的規避行為，而未及於規避設備的行為。至於決定的標準，乃是「針對某一使用特定著作的族群」，研析在「接下來的 3 年內」，對於該族群在進入措施的規避行為不給予免責時，這些人在著作的利用上「將會或可能會遭受到的不利影響為何」等。美國在 2000 年及 2003 年都曾進行過此種檢視調整程序並發表相關



報告，2006 年的檢視報告將在近期內提出。¹

然而在這種檢視程序中，往往會有利用人主張，一旦這種規避行為是可以免責的，為什麼不能讓這種規避行為成為合理使用的範疇？美國在 150 年前即有合理使用 FAIR USE 的概念，在前 100 年期間內，對於合理使用甚至是沒有成文法的，自 1976 年起才將這個概念明文規定於著作權法。基於經濟觀點來說，影評人或書評人為評論而引用電影或書籍中的內容，無庸置疑的，當然無須經過權利人的同意或授權，這就是所謂的「合理使用」。在美國著作權局每 3 年 1 次的檢視程序中，就當時所提新增的合理使用樣態，即盲胞對於電子書 E-Book 的有聲化合理使用部分，採取相當嚴格的限縮認定。

二、權利管理資訊 RMI (Right Management Information)

接下來要介紹的是權利管理資訊 RMI，這部分在美國較不具爭議性，簡要說明如下：

WIPO 的兩項公約中均規定，締約國應該提供「適當的法律保護及有效的法律救濟途徑」，讓權利人用以對抗故意移除或變更電子 RMI、以及明知 RMI 已經被移除或變更，而仍然散布該等著作重製物的行為。

所謂的 RMI 在 WIPO 公約的定義上，是指在著作上或與著作相連結，足供辨識著作人、表演人、權利人的資訊，或使用著作的型態或條件（例如授權條件、授權期間等），或運用數字、代碼等型態呈現前揭內容的資訊而言。美國法在這個部分的定義上，非常近似於 WIPO 公約的規定，同時亦不限定於必須以電子資訊來做呈現。

至於對於 RMI 的保護上，美國法跟隨 WIPO 公約規定，禁止提供

¹ LIBRARY OF CONGRESS Copyright Office 37CFR Part 1201. 2006 年的檢視報告在 11 月 17 日公布，其中新增相關科技保護措施之例外規定內容，主要新增（1）視聽著作、（2）電腦程式與電視遊樂器、（3）因電腦程式之硬體鎖故障、損壞或淘汰，致無法進入該程式者、（4）以電子書型式發行之語文著作，其所有之版本，包括授權機構所採行之數位版本、（5）電腦韌體中的程式可使無線電話耳機可以在無線網絡中通訊、（6）當錄音物與視聽著作是以光碟形式散布，並受科技保護措施保護。等六類著作類別在符合著作權法之相關規定後，可主張不受限制。

錯誤 RMI 給公眾、散布或為散布而輸入該等著作重製物的行為，亦即禁止任意移除或變更 RMI、散布或為散布而輸入明知 RMI 經移除或變更的 RMI、或散布或為散布而輸入或公開展示明知其 RMI 業經移除或變更的著作重製物等行為。

須補充說明的是，WIPO 公約及美國法的規定上，對於 RMI 的保護都要求必須具備「明知」的構成要件，這是與 TPM 保護比較不同的差異點。因而對於錯誤 RMI 的提供行為及 RMI 的移除或變更行為，都要求必須具備「明知」及「意圖」誘使或構成相關侵權行為時，才符合構成要件。

對於 RMI 的保護，在美國法上同樣有例外情形及相關限制規定，包含為執法、情報工作或相關政府活動等情形，都是足以阻卻違法的。同時，由於美國法並未賦予權利人提供 RMI 之義務，因此對於 RMI 的保護，是由權利人對於 RMI 的提供而啟動的。

三、網路服務業者的間接侵權責任（Secondary Liability for Online Services）

有關「網路服務業者的間接侵權責任」是著作權在數位環境中所面臨的重大課題，美國法在這個領域的實踐是由個案判決（case law）累積而成，而未明文揭載於法典，亦即是由法官們依據案件具體情形，運用間接侵權的基礎理論來進行個案判斷，這也是由於科技日新月異，利用樣態層出不窮的緣故。以下先介紹基本理論部分，再討論實際的案例。

（一）間接侵權責任（Secondary Liability）

所謂「間接侵權責任」是指本人雖未實際參與侵權行為，然而因其對該侵權行為提供相關幫助所賦予的責任，可區分為：「輔助侵權 Contributory Infringement」及「代理侵權 Vicarious Infringement」兩種樣態，並分別有其法律構成要件。在過去一百多年的案例實踐上，美國法發展出以下理論：**輔助侵權**部分，必須具備「對於特定侵權行為有所明知」，並對該侵權行為「提供實質幫助」之要件；在**代理侵權**部分，必



須「對於侵權行為有管控的能力及權利」並「獲取直接的經濟利益」，兩者在要件上是截然不同的。因此，在輔助侵權的案件中，無須去檢驗行為人有無自提供幫助的行為中獲利；而代理侵權的案件中，業者無須對於侵權行為的實質發生與否有所認知。

舉例來說，音樂卡帶的出租店內除了陳列一般的音樂版權帶外，如果同時販賣空白卡帶，並在店內擺設對拷機器的話，顧客可能會在購買空白卡帶並向店家租音樂版權帶後，就直接在店內從事重製的侵權行為。店家在這種情形雖非實際侵權行為人（顧客）而無須擔負直接侵權責任，然而卻已經構成輔助侵權行為。至於代理侵權行為，在 1930 年代至 1940 年代，當時有許多樂團在各舞廳內巡迴演出，而樂團可能會未經同意來演奏他人的音樂作品，此時舞廳老闆就會成立代理侵權責任，至於實質上老闆對於樂團違法演奏他人作品有無認識是在所不論的，因為他有能力去阻止這種侵權行為，同時他也從樂團的非法演奏行為中直接獲取經濟利益，因為這將帶動顧客前往他的舞廳消費。

（二）網路服務提供者 ISP（Internet Service Provider）

間接侵權責任理論在網路世界是如何運作的呢？隨著數位科技的發展，許多著作藉由網路迅速傳輸流通，亦隨之產生許多著作權的侵權問題。在 1990 年代初期，網路服務提供者 ISP 首度面臨此類法律爭訟案件，而法官們也開始思考運用間接侵權責任理論於網路環境上的實踐等議題。

其中最具代表性的就是 1995 年的 RTC v. Netcom 案，當時有一位原為 RTC（宗教團體）服務的職員經解職後，在由 Netcom（ISP）提供線上服務的線上論壇上張貼著作權屬於 RTC 的文章並加以批評，RTC 因而對該職員、線上論壇及 Netcom 提起訴訟。這個案子的判決很長、很複雜，同時是一件相當好的判決。判決中，法官論及：Netcom 只是設備的提供者，對於該侵權行為並無所知；Netcom 至少必須具備使侵權行為發生的意圖或導致侵權行為的發生，才必須擔負間接侵權責任。其次，如 Netcom 在接獲權利人的通知後，卻未為必要的處理以阻止侵

權行為繼續存在的話，就會構成輔助侵權行為而需擔負相關責任。這件 1995 年判決的論述，架構出於 1998 年通過的 DMCA 第 512 條規定的基調，也就是 ISP 在接獲通知人的侵權行為通知後立即取下侵權內容，阻止侵權行為存續的話，ISP 就無須擔負損害賠償責任，同時在權利人的禁制令申請上，也會受到相當的條件限制。

如果仔細分析 DMCA 第 512 條條文的話，事實上是相當複雜的，除了規定何種通知可以讓 ISP 享有該條規定的責任限制、容許從事的活動外，並對 ISP 進行明確的界定。整體而言，DMCA 第 512 條規定是為 ISP 提供的避風港（Safe Harbor Clause）條款，其中包含 ISP 的定義、限定 4 種 ISP 的特定活動範疇、要求 ISP 對於重複侵權者必須進行相關政策宣示並提供標準化科技保護措施，同時明文規定「通知-取下 Notice and Take-down」以及「反通知-放回 Counter notification and put-back-up」機制（與前述的 Netcom 案相當類似）等，如果 ISP 依循第 512 條規定的話，就得以依本條條文據以免除相關責任。此外，在 ISP 本身就是侵權傳輸活動的行為人時，無本條規定的適用餘地，因為 ISP 在此時須擔負直接侵權責任。

1、對於 ISP 的定義：(DMCA §512 (k))

A Provider of online services or network access, or the operator of facilities therefore ...

Includes (for transmissions)

An entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

參考上述條文規定。補充說明略以：本條規定的定義上並未出現 internet 的字眼。此係基於科技中立的觀點所做的立法設計，由於科技發展迅速，日後我們所藉以傳輸的工具可能就不再是網路，而是其他更高科技的載具，為便於法規在日後適用之彈性起見，我



們在本條規定中，將 ”internet” 做有意的省略。

2、§512 所涵蓋的 ISP 行為：

§512 僅針對 ISP 在從事某些特定行為時，規定 ISP 在符合相關要求時，能夠獲得責任上的限制，條文規定包含以下 4 種特定行為：

- (1) Transitory communications 連線服務：本類行為包含 e-mail 或其他個人間的訊息傳輸行為，而不包括 ISP 間之傳輸活動。
- (2) System caching 快速存取服務：例如在搜尋時所發生的暫時性重製等快速存取行為，此種行為亦受美國著作權法所規範。
- (3) Hosting 虛擬主機。
- (4) Information location tools 搜尋工具服務：例如搜尋引擎、超連結 hyperlink 等。雖然超連結行為在條文適用可能性較低，然而仍歸類為本類型之行為。

3、通知/取下 (Notice and Take-down) 及放回 (Put-Back-Up)：

由於美國以往在 ISP 間接侵權責任上的應用，是在於案例法的累積 (case by case)，基於判例法的特性，在「通知-取下」機制上面臨相當的挑戰，因為對於「通知」究應具備何種要件，其效果僅能及於該件特定案例，使得社會大眾及 ISP 業者都無法明確掌握或瞭解「通知-取下」的執行機制。因此，DMCA 第 512 條特地明確列舉所謂「達到 ISP 必須執行取下」層次的通知所須具備要件，諸如：簽章、不得以電子郵件遞送等，同時對於 ISP 接獲通知時，應該如何因應等，也在條文中有所明文。

DMCA 第 512 條提供的明確性規範，就是希望給予 ISP 一個確定的義務範疇：一旦接獲合法通知，ISP 必須迅速取下所謂的侵權資訊，同時立即將該取下行為告知侵權資訊的提供者；嗣後如 ISP 接獲資訊提供者的反通知 (counter-notification)，表示資訊的提供並未侵權時，ISP 除須將反通知傳達給通知的發送者外，並須在 10

到 14 天的法定等待期間內將該資訊放回，除非通知的發送者在這段期間內向法院提起侵權訴訟。

4、責任限制 (Limitations on Liability)：

然而 ISP 業者為何要這麼費工地進行「通知-取下」機制呢？這是基於 ISP 可能擔負間接侵權責任的風險，以及在取下資訊時所可能涉及的違約問題。舉例來說，當 ISP 擔任虛擬主機時，依據合約規定，本應提供使用者在網路上的資訊傳輸服務，然而在接獲通知而將相關資訊移除時，就可能遭致使用者的違約訴訟。

只要 ISP 業者遵循規定來執行的話，相關著作權的侵權責任及訴訟會限定於著作權利人及侵權人之間，而比較不會殃及 ISP 業者。

5、實踐經驗分享：

有關「通知-取下 Notice and Take-down」機制自 1998 年執行以來，依據相關數據觀察，可以說運作地相當順暢，也發揮了相當的成效：約估 ISP 業者所收到的通知是數以萬計，而收到的反通知數量卻是非常少的。

(三) 點對點 (Peer-to-Peer) 傳輸服務 (P2P Service)：

就 P2P 的傳輸情形進行案例說明。

- 1、Napster 案：各電腦上傳歌曲檔案目錄並暫存於 Napster 伺服器，搜尋電腦由 Napster 取得目錄後，直接找尋擁有歌曲的電腦進行傳輸。雖然 Napster 宣稱對其會員的侵權行為並不知情，然而經權利人表示曾對 Napster 送出 2 萬首遭侵權的歌曲曲目通知，同時法院明白指出，在傳單上可以看出，Napster 以可以任意下載歌曲為其主要的行銷訴求，因而法院以其知悉會員的侵權行為並提供實質幫助而判定須負輔助侵權責任，並依 Napster 實際獲利行為及具有監督管控能力等，判決代理侵權責任亦成立。
- 2、Aimster 案：本案為一個重要的中間性案件，時間關係略而不談，然而 Aimster 是經法院核發禁制令予以關站的。



3、Grokster 案：Grokster 為避免成立如同 Napster 一樣的侵權責任，因而在軟體設計上，各會員電腦內檔案目錄並不會存在 Grokster 的伺服器，而是在鄰近傳輸能力比較強的電腦（所謂的超級節點 super node）上產生。另一個特色在於，Grokster 對於經傳輸其軟體的電腦，會不定時地發送廣告，並以此獲取收益，而這也是法院在判決上的一個重要判斷依據。而其運作情形為所有的檔案搜尋、目錄建立及檔案傳輸等活動都在電腦之間點對點傳輸（peer to peer），Grokster 的伺服器從未涉入過；只有在發送廣告的行為上，才會顯現出 Grokster 伺服器的活動態樣。最高法院在 2005 年的判決中針對許多問題有所闡述，然而最主要的論點在於，如果 Grokster 是意圖引誘會員進行侵權行為的話，其輔助侵權及代理侵權責任就會成立，而本案中，法院依據 Grokster 的廣告（宣稱可以免費獲得各式各樣的版權歌曲），明確認定 Grokster 具有引誘會員進行侵害著作權行為的意圖。

四、暫時性重製（Temporary Copies）

在我們上網瀏覽網頁時，相關資訊會暫時重現於隨機存取記憶體（ram chips），而非儲存於硬體（hard drive）內，同時在電腦關機時就會被刪除。此種行為經數位產業業者提出質疑是否構成對於著作的重製，經美國最高法院認定構成暫時性重製。

五、網路上呈現的小型圖片（Thumbnails）

在 Kelly v. Arriba Soft Corp. 案件中，原告（攝影師）對於被告 Arriba（搜尋引擎）未經其同意，將其擁有著作權之照片經縮製後，以訊框方式彈出呈現於搜尋頁面的行為，主張 Arriba 係侵權重製而提出訴訟。法院於 2003 年判決，依據 4 項判別標準（利用的性質與目的、著作性質、使用的數量及對市場產生的影響等），認定該行為仍然屬於合理使用範疇。而本案也是法院在面臨嶄新數位科技時，一個非常具有代表性的判決。

參、結語

距西元 1709 年英國通過第一部著作權法成文法典後，對著作權給予保護至今已約達 300 年，較一般人的一生歲月而言高了數倍，甚至我們可以這樣說；著作權的保護在我們出生前即已存在。因此，著作權法不是「新」的法律，但在現代高科技數位環境發展一日千里下，它面臨「新」的問題；例如，傳統影印行為是著作權法的「重製」行為，那麼在網路上的下載、上載他人的著作（音樂、電影以及照片等）是否也侵害著作重製權呢？或者在網路上傳送他人的著作、破解他人對其著作的科技保護措施、故意移除或刪改著作權人其著作之權利管理訊息等，是否均屬侵害著作之行為？甚至網路服務提供者是否須對第三人在網路上侵害著作權之行為負責？這些在面對數位科技環境下，如何適用或修訂著作權法之規範，這些議題 M 氏官員已藉本次座談會提供其美國著作權法之規範及其實務上之經驗，讓我們對美國著作權法在處理前述相關議題之規範能有更進一步的了解與認識，相信對我國未來著作權法制之修訂有相當參考之助益。

附錄

座談會 Q&A

問題 1：據了解美國 ISP 之樣態有 4 種型態，但依據 DMCA512 條 K 款 a 項規定，ISP 的第一種樣態（Transitory communications）只限於法人（entity）之行為，而於 b 項則規定其他三種行為樣態（System caching、Hosting、Information location tools）為法人與自然人，是否是指 ISP 行為人 4 種態樣分別適用不同的資格呢？第一種態樣為法人？其他三種為法人與自然人皆可？

回答：您這樣的解釋是正確的，針對 ISP 行為人規定 a 項為法人（entity），而 b 項則規定其他三種為法人與自然人，乃指 ISP 行為人 4 種態樣分別適用於不同的資格，第一種態樣為法人，其他三種則是法人與自然人，但對於當時立法考量，則無法確



定。

問題 2：若某人擁有一個網頁，可以讓其他人將資料放置此網頁，此可以稱其為 ISP 嗎？

回答： 在第 14 頁的投影片提到的 Service provider 的法律定義很廣，即「A provider of online services or network access,....」，個人於部落格放置自己的文章，由於非服務主動提供者，所以非 ISP，反之，若有人經營部落格，自己不是內容提供者，主要功能為讓別人放置資料時，則可能適用 DMCA512 的規定。

問題 3：若使用人利用電子郵件互相聯繫，是否可符合 512 條中之「Transitory communication」（暫時性聯繫）規定？

回答： 由於 512A (1) (2) (3) 規定 ISP 不可為內容提供者，因此以 email 傳遞仍屬於內容的主動提供，所以此種行為不符合 512 規定。

問題 4：想詢問有關實務上的兩個例子，Excopy 此軟體宣稱可以重製所有 DVD，但其在銷售時已可行使個人備份 DVD 為由而進行銷售，試問此是否有違反科技保護措施？而 YouTube 網站的出現是否有提高著作權侵權的風險？而 YouTube 是否可稱之為 Service provider？在這 Web2.0 時代，使用者主動參與機會提高，有人將 Top10 的歌曲剪接一小段於首頁播出，請問 YouTube 是否要負責？若有侵權需要去採取 take down 措施嗎？

回答： 關於 DVD 重製的行為，這要看行為人在法院進行訴訟程序的主張而判定，至於合理使用，依據第 6 頁下角的投影片，「Trafficking in Copy Control Circumvention Devices」即破壞 Copy control 的情形只限縮於執法者及還原工程，個人備份並不屬於此，因此並不屬於非法的行為，另，須注意此產品主要功能而定，若其強調功能為破壞「copy control」或「access control」，則有觸法之可能。

我知道滿多人使用 YouTube 網站欣賞網頁上影片，依據



DMCA512 條 A 款規定需要去設立一個接收人，負責接受通知 (Notice) 與反通知 (Counter-notice)，然而，YouTube 成立至今都未向國會圖書館報告此一接收人，因此，不確定 YouTube 是否有採取 Notice-and-Takedown 措施，此外，關於點選率越高可排列至 TOP10 的設計，係 YouTube 自行以程式設計，當很多人點選時，愈有可能排至前 10 名，這時候，YouTube 可否說自己不明瞭而免責？文義解釋有兩條款，可能會造成矛盾的情形，即 DMCA512M 款與 C 款規定，依 512M 款的基本原則，即 ISP 並無義務去監視網站上是否有違反著作權之情形，512C 款則限制網站主機 (Host) 中放置侵權之資料，如有實際知悉有此侵權行為，則不可主張 512 避風港的條款，因此，這裡需要探討的是 512 的 M 款與 C 款何者可優先使用去主張 YouTube 合法。

問題 5：著作權單位與仲介團體是否需要像 ISP 一樣，公開透明化以使 ISP 業者避免觸法呢？

回答：你所提到的或許對 ISP 有困擾，但是就目前美國情況來說，當前的 ISP 業者都無這個困擾，仍一樣營運非常不錯。

問題 6：想請問關於「孤兒著作」(Orphan works) 的問題，即當權利人不明時，該採取何種措施？

回答：伯恩公約 (Berne Convention) 規定任何著作皆應受到保護，不論其是否有登記或有其他要件為足，若強制要求著作登記可能會與此公約違背；然而目前有幾十億種著作，各式各樣的著作，幾十億種網站，因此，要去追溯這些權利人非常困難。孤兒著作的問題在於無法找到權利人，為此，去年我們美國著作權局針對此調查意見並討論，收到 850 份的民眾來函，但其中有一團體提出反對意見，就是攝影協會，他們認為既然符合伯恩公約規定，他們所攝影的照片理所當然受到保護，不能以找不到權利人為由即可任意使用他人著作，因此，目前美國著



作權局的研究結論是要去立法，即是當利用人已盡相當努力而仍找不到著作人，則可去利用此著作，待權利人發現時根據其使用期間，再支付一定金額的補償金即可，此外，美國的國會議員也針對此議題提出新草案，但也無疾而終，但我想之後應該會再出現。

問題 7：美國孤兒著作草案所採取的授權制度，在性質上是屬於法定授權（legal license）、強制授權（compulsory license）或只是合理補償金制度（reasonable compensation）？

回答：主要是採取法定授權制度，但是不去硬性規定授權金金額，如利用他人著作來製作電子卡片，放置天數不同，理所當然，金額也不一樣，所以事先很難限制；另，美著作權局提出的版本是有例外的規定，即是非營利的使用可不需付費，然而，這法案還未通過，但相信在不久的未來會有類似的立法。

問題 8：除美國有實施 Notice-and-Takedown 外，是否還有其他國家施行呢？自 DMCA 開始施行以來，是否有權利人針對 ISP 進行訴訟？另，Notice-and-Takedown 花費 ISP 業者多少的金額實施？

回答：關於有多少國家施行 Notice-and-Takedown 措施的問題，依我所知，凡跟美國簽訂自由貿易協定者都有施行，大約有 15 個自由貿易協定，包括中美洲自由貿易協定之國家含瓜地馬拉、委內瑞拉等以及中東國家，至於新加坡、澳洲等則自加入後開始實施此措施；關於 ISP 施行 Notice-and-Takedown 措施的成本，大的 ISP 僱用人力去維持此一機制，促使網站維持更好，同樣地也會使營運不錯，至於起訴的實際案例及花費，依我得知並無一個確切的金額。