從美國 SOPA 看網路著作權侵害防制立法的困境

賴文智*、王文君**

摘要

1998 年美國 DMCA 法案創設一種著作權法制從未出現的機制，權利人可以直接向線上服務提供者發送侵權通知，線上服務提供者若依規定移除該等涉及侵權之資訊，即可享有免於侵害著作權責任之避風港條款。然而，DMCA 並未完全解決網路著作權侵害問題，時至今日，網路著作權侵害問題仍相當嚴重，主要集中在大量、重複的侵權內容難以逐一通知處理、P2P 技術的濫用難以對連線服務提供者通知、移除的程序處理，最後則是境外侵權網站的部分，因著作權人執行成本高，難以逐一打擊國外侵權網站的存在，造成著作權侵權防制的漏洞。

筆者認為這樣的現象乃是因為著作流通、散布的控制權，由著作權人、商業利用人端，因網際網路科技的普及，移轉至利用人端，這種控制權移轉的變動並非個別權利人可以解決，如何在制度上順利移轉至新的秩序的產生，有賴吾人在著作權法制上予以協助調整，否則將導致著作權議題回到叢林法則，不利於著作權法制所追求促進國家文化發展目標的追求。而 2012 年 1 月網路社群及許多知名網站所反對的 SOPA 法案及 PROTECT IP Act 雖是著作權利益團體的立法嘗試，但也足以突顯網路著作權侵害防制立法的困境，並作為吾人在未來立法政策上的正、負面的借鏡。

關鍵字：網路著作權、網路服務提供者責任限制、ISP、P2P、DMCA、SOPA、PIPA、控制權移轉、境外侵權網站、網際網路

收稿日：101 年 9 月 20 日

* 筆者為益思科技法律事務所律師、台大法律研究所碩士。

** 筆者為台大建築與城鄉研究所博士候選人。

壹、前言

2012 年 1 月網路社群及許多知名網站為反對 SOPA 法案（Stop Online Piracy Act）[1]及 PROTECT IP Act(Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011）[2]可能對網路世界帶來的影響，除於 2012 年 1 月 18 日關閉網站服務表達嚴正抗議外[3]，亦群起對於支持 SOPA 法案的企業予以聲討、抵制，不少企業感受此種群眾壓力，紛紛澄清並退出支持 SOPA 法案的行列，最終美國國會則以永久暫停審議該等法案落幕。

事實上，由於電信、網路科技自始即未考量著作權問題的處理，1993 年 BBS 使用者上傳 Playboy 照片圖檔[4]（Local BBS 尚未連結至網際網路），1995 年新聞群組使用者張貼山達基教派創始人的著作[5]（BBS 新聞群組已透過網際網路串接），掀起著作權人對於實際侵權人以外，透過輔助或代理侵權責任原則（contributory and vicarious liability）向網路服務提供者提起訴訟，網路世界的著作權的爭議就註定不能平靜。網路服務提供者在這類訴訟的壓力下，成功推動 1998 年數位千禧年著作權法案（The Digital

---

1 全文可於下述網址取得：http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf, 2012/8/29 visited。

2 全文可於下述網址取得：http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf,2012/8/29 visited。

3 請參閱，【抗議 SOPA 法案，21 個知名網站自我抹黑或關站的畫面】http://www.techbang.com/posts/8236-protest-bill-of-sopa-well-known-site-discredit-itself-off-21-pictures, 2012/8/29 visited。

4 See, Playboy Enter., Inc. v. Frena, et.al, 839 F.Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993).判決全文可於下述網址取得：http://www.internetlibrary.com/pdf/Playboy-Frena.pdf, 2012/8/29 visited。

5 See, Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'nServs., Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).判決全文可於下述網址取得：http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm, 2012/8/29 visited。

Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)，線上服務提供者只要符合第512 條所規定要件，即享有免於侵害著作權責任之「安全港」。

雖然著作權人對於 DMCA 不盡滿意，但畢竟提供一個快速移除網路上使用者涉及侵權內容的途徑，相當程度解決著作權人難以逐一訴訟行使權利的困境。然而，新興的 P2P 技術的應用，讓眾多不確定身分、位置之使用者間可以快速分享音樂、影音等較大型檔案，無須將侵權著作放置在特定網頁或伺服器，著作權人無法透過 DMCA 有關通知→取下的機制快速移除侵權內容，又再度引發眾多的 P2P 相關網站的著作權訴訟，著作權人亦配套在各國推動有關「三振條款」的立法，企圖透過立法強化網路服務提供者或使用者個人對於網路服務不被用於侵權目的使用的義務，以要求網路服務提供者轉知其涉有侵權的訊息到實際的斷線或限制其網路服務等方式，企圖遏止 P2P 技術的濫用。

2012 年引發網路社群嚴重抗議的 SOPA 法案，則又與前述 P2P 技術濫用的問題不同，是源於網際網路無國界的特性所帶來著作權人行使權利或是政府機關執法的困難，進而希望透過立法對於諸多可能阻斷侵權價值鏈或是服務的「中間團體」，例如：廣告公司、金流業者、搜尋引擎、連線服務業者等，對於國外涉及侵權的「網站」，採取禁止投放廣告、提供支付服務、隱蔽搜尋結果、遮蔽網站，甚至是停止 DNS 解析服務等，相較於因應 P2P 技術濫用法制所引發的網路隱私的疑慮，SOPA 法案進一步引發言論、出版審查的疑慮，與極權國家無異。雖然 SOPA、PIPA 等法案在「廣大」的民意基礎下被擱置，但現實網路著作權侵害的問題仍然難解，勢必引發另一波權利人、中間團體、利用人間之立法角力。本文筆者即擬由網路著作權防制近十餘年的發展，嘗試對於後 DMCA 時代源於網路技

術與本質的 P2P 與境外侵權活動防制議題，由立法政策進行觀察與討論。

貳、從傳統著作權侵權機制到DMCA

一、傳統著作權法制權利人行使權利模式

著作權法第 84 條規定，「著作權人或製版權人對於侵害其權利者，得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。」第 88 條第 1 項規定，「因故意或過失不法侵害他人之著作財產權或製版權者，負損害賠償責任。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。」傳統上著作權人在其著作未經授權利用時，得個案透過法院對於侵權行為人主張排除侵害等及請求損害賠償。

第一波著作權人難以解決的網路著作權侵害，來自於使用者利用網路服務提供者提供的服務，尤其是資訊儲存服務，例如：免費網頁空間、論壇、網路硬碟等，上傳、張貼、分享未經合法授權的著作，以語文、音樂、攝影、美術、電腦程式等為主，這類的侵權行為透過傳統的個案訴訟途徑並非不能處理，只是面對侵權人數眾多、侵權人資料不明、個案所涉利益有限但積少成多的特性，使得著作權人在行使權利方面陷於進退兩難的情形，最後不是放棄行使權利，即是同時對侵權人及網路服務提供者進行訴訟，以求獲取侵權人之詳細資訊及確保侵權賠償。

二、DMCA 所建立之安全港模式

美國 DMCA 有關線上服務提供者責任限制的立法，正是在前述權利人透過傳統著作權法制，搭配美國判例法所建構之輔助侵權、代理侵權之原則，對於網路服務提供者進行訴訟，網路服務提供者在不勝其擾的情形

下，推動 DMCA 有關線上服務提供者責任限制的立法，使線上服務提供者在符合一定法定要件之情形下，得免除對於其用戶侵權行為所負之責任。最主要之運作機制即為多數讀者所熟知的「Notice, Take down & Put back」。亦即，線上服務提供者於收到權利人依法所發送有關侵害著作權之通知（Notice）後，即應對於被指稱為侵權的內容予以移除或禁止他人接觸（Take down），並通知被指稱為侵權的使用者。若是被指稱為侵權的使用者，認為自己是有權利利用該著作（例如：合法取得授權或屬於合理使用等），則可發送反通知（Counter Notice）予線上服務提供者，線上服務提供者於收到此一反通知後，應即通知權利人，若權利人未於等待期間（10 日）向法院提起訴訟，則線上服務提供者應將被移除的內容予以回復。

事實上，DMCA 第 512 條還有相當多細節的規定，例如：對於提供連線服務（Mere Conduit）業者，因性質上無法執行前開機制，故只要符合一定要件即可就連線服務的部分免責（即§512（a）之規定）；權利人可以透過向法院申請簡易的傳票（Subpoena），要求線上服務提供者提供侵權行為人之資料（即第 512（h）之規定）；以及有關於禁制令（Injunction）的規定等，第 512 條（j）（1）（B）甚至還提及就連線服務提供者的部分，可以申請法院終止使用者帳戶，及（或）阻斷境外網站連線的禁制令。

DMCA 上開安全港機制的設計，主要降低線上服務提供者風險的方式，即在於線上服務提供者無須實質判斷個案著作權侵害與否的問題，只要權利人所發出的著作權侵害通知形式要件符合，在正常的商業決策下會進行被指稱涉及侵權內容的移除，權利人無須透過法院的訴訟程序，即可達成著作侵害排除的結果。當然，相對的被指稱涉及侵權的利用人即處於相當不利的情形，雖然可能絕大多數的情形可能利用人確實涉有侵權的情

形，但亦可能隱藏相當多的案件屬於利用人根本不清楚如何爭執，或是當該等利用情形已被移除時，再透過相關機制爭執已無實益的情形，亦或是權利人濫用此一機制達到移除對其不利的內容。

三、DMCA 未能處理的網路侵權問題

（一）大量、重複侵權內容排除不易

DMCA 實施以來，雖然著作權人得以通知、取下機制快速處理網路上著作權侵害的案件，但相對於權利人逐一針對具體、特定網頁或位址寄發符合法定格式之通知函，但網路使用者數量龐大，以及不同使用者重複上傳侵權內容（可能是偶然的多數使用者上傳相同或相似的侵權內容，亦可能是特定侵權內容被移除前使用者已下載，其後又加以上傳分享），權利人個人或團體之努力，仍然趕不上使用者侵權的速度，造成目前網路上侵權內容隨處可見之情形。

（二）P2P 技術濫用無法透過通知、取下機制處理

P2P 技術濫用的問題，相較於前述有特定位址的網路侵權行為，具有僅使用連線服務傳輸的特性，亦即，侵權的檔案實際並非存在網路服務提供者的伺服器，而是在個別使用者的電腦上，只有在傳輸時利用網路連線服務，且由於採分散式傳輸技術，不受單一伺服器對外連線頻寬限制，所得分享著作較諸放置在單一伺服器的情形更不受檔案大小之限制，故由文字、圖片、音樂、短片、電腦程式等，擴大成主要以大型影音檔案分享為主，甚至許多使用者利用 P2P 傳輸藍光等級的影音檔案，將侵權的對象指向商業規模最大

的影音產業，但性質上又難以適用通知、取下的機制（即令屬連線服務，亦不適用），完全無法透過 DMCA 的機制解決。

（三）境外網站透過個別禁制令阻斷並無實益

網際網路無國界的特性，一開始即對於著作權侵害的問題造成困擾，因為法律是有國界的，在跨出國界（虛擬的管轄權概念所定義下的國界）之外，權利人除非依各該當地國法律，否則，即無法有效行使權利。不少國家參酌 DMCA 的精神，也有類似的立法例（以東亞為例，諸如：日本、韓國、中國大陸、台灣等），此時著作權人得跨國透過寄發侵權通知的方式處理。然而，對於部分透過選法規避的網路服務提供者而言，則未必能發揮相同效果。DMCA 第 512 條（j）（1）（B）雖提及就連線服務提供者的部分，可以申請法院終止使用者帳戶，及（或）阻斷境外網站連線的禁制令，然使用者可另行更換其他連線服務提供者，且僅特定連線服務提供者阻斷特定境外網站，亦無法發揮阻斷多數境內使用者連線的效果。

參、SOPA的立法嘗試及所引發的問題

一、SOPA 概述

SOPA 分為二大部分，一是有關打擊線上盜版（Combating Online Piracy）；二是有關強化打擊剽竊智慧財產權措施（Additional Enhancement to Combat Intellectual Property Theft）。由於打擊線上盜版的部分與本文要討論的立法政策較具關聯性，因此，以下即就其內容區分為由檢察官發動的程序與由權利人發動的程序加以介紹：

（一）檢察官發動的程序（第 102 條）

1. 國外侵權網站（Foreign Infringing Site）定義：

（1）國外網站具有「與美國居民進行商業活動，或與美國存在足夠的聯繫：包括（A）網站提供商品及服務予美國境內使用者；（B）證據顯示該網站意圖提供美國境內使用者商品及服務或其連結或運送；（C）網站不具有合理措施以防止商品或服務進入美國境內；（D）任何商品或服務之價格以美元標示或結算。」（sec.101(23)）並由美國境內使用者使用。

（2）該網站經營者違反美國聯邦法律第 18 章有關侵害智慧財產權刑事責任規定[6]。

（3）若該網站為國內網站（國內域名或國內 IP 位址）將會被檢察官起訴並予以扣押。

2. 檢察官起訴

當網站構成所謂「國外侵權網站」，檢察官將對該網站提起訴訟：（1）對人訴訟（In Personam Action）：對（A）網域名稱註冊者;或（B）國外侵權網站的所有人或經營者提起訴訟。（2）對事訴訟

[6] 侵害智慧財產權刑事責任的規定包括：
§2318. Trafficking in counterfeit labels, illicit labels, or counterfeit documentation or packaging;
§2319. Criminal infringement of a copyright;
§2319A. Unauthorized fixation of and trafficking in sound recordings and music videos of live musical performances;
§2319B. Unauthorized recording of Motion pictures in a Motion picture exhibition facility;
§2320. Trafficking in counterfeit goods or services section;
chapter 90. PROTECTION OF TRADE SECRETS。

（In RemAction）：若檢察官盡其注意義務而無法獲知前揭之（A）網域名稱註冊者或（B）國外侵權網站的所有人或經營者，或在美國司法管轄權範圍內未有可資提起訴訟之人，則檢察官得對國外侵權網站或該網域名稱提起對事訴訟。（3）提起訴訟，檢察官應依聯邦民事程序規則通知（A）網域名稱註冊者或（B）經營者。（4）應依法送達。（5）當檢察官依據本規定起訴時，可聲請法院依聯邦民事程序規則第 65 條規定，向前揭對人訴訟的網站所有人或經營者、或對事訴訟的國外侵權網站或網域名稱核發暫時禁制令（temporary restraining order）、初步禁制令（preliminary injunction）或永久禁制令（injunction）。

3. 收受法院命令之後續處置行為

（1）法院核發禁制令許可，應送達副本予下述「網路中介服務業者」（包括 ISP、網域名稱或網路位址註冊者、網路名稱註冊機構、線上交易服務提供者或網路廣告服務提供者。）（2）收受副本送達後，網路中介服務業者應依規定採取合理措施：網路中介服務業者一旦收到法院核發的禁制令後，必須盡快於收到禁制令的五日內或法院命其改正的期限內，採取技術上可行且合理的措施（technically feasible and reasonable measures）：（A）（i）服務提供者（Service Provider）應阻斷與該被控侵權的國外侵權網站的連線、移除網域位址。（ii）但業者僅需在其技術或經濟上的最小負擔範圍內負責，即不得要求業者修改其網路、軟體、系統或設備;採取任何非屬其所有之網域名稱服務器的網域名稱解決方式；課予持續阻斷義務。（B）網路搜尋引擎業者（Internet Search Engines）應移除網

址連結。(C)(i)線上交易服務提供者(Payment Network Providers)應阻斷或延遲與美國境內消費者或美國司法管轄權境內的帳戶所有往來的線上金錢交易。(ii)若線上交易服務提供者已於法定限期內盡到前揭阻斷義務或為類似的處理機制，則可獲得監控義務的免除(no duty to monitor)。(D)(i)網路廣告服務提供者(Internet Advertising Services)應停止提供廣告服務或廣告收益予法院核發禁制令所載的侵權網站。(ii)若網路廣告服務提供者已於法定限期內盡到前揭阻斷義務或為類似的處理機制，則可獲得監控義務的免除(no duty to monitor)。(3)除sec102(c)(2)(A)(iv)對ISP業者(Service Provider)所定之通知義務外，其他網路中介服務業者應採取適當之方式告知用戶。(4)執行命令(Enforcement Of Orders)：(A)(B)網路中介服務業者於接獲法院通知後須立即於五日內斷線，若網路中介服務業者明知卻惡意拒絕配合履行sec102(c)(2)所課予之義務，檢察官得據此向法院申請禁制令。(C)立於被告地位的網路中介服務業者對於系爭禁制令主張積極抗辯，須於法庭上提出證據，證明其欲達到 sec102(c)(2)規定之「阻斷機制」所須的技術措施，將使其負擔不合理的成本支出。(5)豁免規定：除強制執行外，司法及行政機關不得對網路中介服務業者提起訴訟或追究責任。業者亦無須對強制執行以外之事項負責，且若業者之用戶規避限制而連結至國外侵權網站；或業者已盡力防止連結至國外侵權網站但仍失敗者，均不得起訴該業者。

4. 修改或撤銷命令(1)任何受sec.102(b)命令規制之人；網域名稱註冊者或經營者；網路服務業者可隨時請求法院修改或撤銷命

令。(2)(3)若法院認網站已非屬「國外侵權網站」或基於其他公平正義考量下，有必要修改或撤銷命令。法院於考量是否修改或撤銷命令時，應考量該網站是否已過期或已被重新註冊。

5. 若檢察官認為該國外侵權網站可能再度設立，可請求法院修正已發布之禁制令。

6. 檢察官或被告應將禁制令發布及其修訂通知智慧財產權執行協調組織（Intellectual Property Enforcement Coordinator, IPEC）。

（二）權利人所發動之程序（SEC. 103.）

1. 定義

(1)「目的旨在竊取美國財產之網站」(Internet site is dedicated to theft of U.S. property）定義：(A）該網站的全部或一部是連結至美國的網站或是美國境內的消費者所使用的網站，(B）且符合下列條件之一：(i）該網站的設立主要目的是為了進行、促成或是協助著作權侵權、規避防盜拷措施或是販售仿冒品等行為，違反美國聯邦法律第 17 章、第 18 章及其他有關侵害智慧財產權之規定[7]；(ii）該網站的經營者，就其網站使用者的使用目的顯見侵害他人著作權或是規避防盜拷措施之虞者，不論目前或過去皆未曾、或意圖不對可能的違法行為進行任何審查；或該網站的經營者以誘使其網站使用者進行著作權侵權或是規避防盜拷措施等違法行為為目的，並明示該誘使目的或提供明確的措施協助以促成該侵權行為，違反美國

[7] 相關規定包括：section 501; section 1201, United States Code; section 34(d) of the Lanham Act; section 2320 of title 18, United States Code。

聯邦法律第 17 章侵害智慧財產權之規定[8]。

（2）原告適格（Qualifying Plaintiff）

因目的在於竊取美國財產的網站而受到損害的智慧財產權人，皆得對該網站提告。

2. 對「目的旨在竊取美國財產之網站」阻斷交易系統服務

除收到 sec.103(b)(5)所定之有效的反通知(an effective counter notification）外，(1）線上交易服務提供者（Payment Network Providers)於收到 sec.103(b)(4)所定適格原告之通知(notification)後，須及時告知通知所載的網站，並於收到通知的五日內儘快採取技術上可行且合理的措施，禁止、阻斷或延遲與美國境內消費者所有往來的線上金錢交易。(2）網路廣告服務提供者（Internet Advertising Services）於收到 sec.103（b)(4）所定適格原告之通知後，須及時告知通知所載的網站，並於收到通知的五日內儘快採取技術上可行且合理的措施，停止提供廣告服務或廣告收益予通知所載的侵權網站。(3）線上交易服務提供者及網路廣告服務提供者應指定代理人負責收受 sec.103（b)(4）所定適格原告之通知。(4）通知義務。適格原告應作成具備以下內容之通知，通知網路中介服務業者，該業者於收到通知後，應以適當方式通知該被指稱為「目的旨在竊取美國財產之網站」。(i）應簽名並以書面為之；(ii）具體指摘該「目的旨在竊取美國財產之網站」及其侵權之事實；(iii）線上交易服務提供者或網路廣告服務提供者有對該侵權網站提供服

[8] 相關規定包括：section 501; section 1201, United States Code。

務之事實；(iv)提供適格原告之聯絡資訊予線上交易服務提供者或網路廣告服務；(v)權利人未授權該侵權網站使用之主張；(vi)主張所指稱之侵權事實為真，否則願受偽證罪處罰；(vii)提出該網站為與美國具備直接關連性之事證。(5)反通知(counter notification)：該被指稱為「目的旨在竊取美國財產之網站」，於收受通知後，若善意認為其並無侵害著作權權之事實，得以書面向網路中介服務業者提出反通知，以資抗辯。其所為之通知應具備以下要件：(i)該網站之經營者應簽名並以書面為之；(ii)若為外國網站需聲明願受美國法院管轄；(iii)主張抗辯未侵權之事實為真，否則願受偽證罪處罰；(iv)聯絡方式。(6)不實陳述(Misrepresentations)：通知或反通知之通知人主觀上明知其所指摘者為不實陳述，卻仍逕行發出通知，所受損害之一方得向發出通知的一方請求損害賠償，包括所有相關支出與律師費。

3. 適格原告之救濟

(1)對人訴訟：若適格原告收受反通知，或線上交易服務提供者及網路廣告服務提供者未依法對該侵權網站採取「阻斷機制」，適格原告可對該網站註冊者或經營者提起對人訴訟。(2)對事訴訟：若盡其注意無法獲知網站註冊者或經營者，可對網站提起對物訴訟。(3)提起訴訟，檢察官應依聯邦民事程序規則通知網域名稱註冊者或經營者。(4)應依法送達。(5)當適格原告依據本規定起訴時，可聲請法院依聯邦民事程序規則第 65 條規定，向前揭對人訴訟的網站所有人或經營者、或對事訴訟的國外侵權網站或網域名稱核發暫時禁制令、初步禁制令或永久禁制令。

4. 依據法院命令之行為

（1）（A）適格原告經法院之事前許可，得將 sec.103（c）法院核發禁制令許可，之副本送達予下述「網路中介服務業者」（線上交易服務提供者、網路廣告服務提供者）。送達之證明應提交予法院。（B）網路中介服務業者於收受副本後 7 日內，應向法院提出已知悉該命令及其已遵循或將遵循 sec.103（d）（2）所課予之義務，或說明其無法遵循該義務之理由。（2）收受副本送達後，網路中介服務業者應依規定採取合理措施：（A）線上交易服務提供者於收受副本通知後五日內，必須盡快採取技術上可行且合理的措施，阻斷或延遲與美國境內消費者或美國司法管轄權境內的帳戶所有往來的線上金錢交易。（B）網路廣告服務提供者於收受副本通知後五日內，必須盡快採取技術上可行且合理的措施，停止提供廣告服務或廣告收益予法院核發禁制令所載的侵權網站。若上開網路中介服務業者已於法定限期內盡到前揭阻斷義務或為類似的處理機制，則可獲得監控義務的免除。（3）上開網路中介服務業者應採取適當之方式告知用戶。（4）執行命令：（A）（B）適格原告有相當理由確信網路中介服務業者未採取合理措施，法院可要求網路中介服務業者履行該法定義務;並為金錢制裁等措施促使業者履行。（C）立於被告地位的網路中介服務業者對於系爭禁制令主張積極抗辯，須於法庭上提出證據，證明其欲達到規定之「阻斷機制」所須的技術措施，將使其負擔不合理的成本支出。（5）豁免規定：除強制執行外，司法及行政機關不得對網路中介服務業者提起訴訟或追究責任。

5. 修改或撤銷命令

（1）任何受 sec.103（c）命令規制之人；網域名稱註冊者或經營者；網路服務業者可隨時請求法院修改或撤銷命令。（2）（3）若法院認網站已非屬「國外侵權網站」或基於其他公平正義考量下，有必要修改或撤銷命令。法院於考量是否修改或撤銷命令時，應考量該網站是否已過期或已被重新註冊。

6. 若適格原告認為該國外侵權網站可能再度設立，可請求法院修正已發布之禁制令。

7. 適格原告應將禁制令發布及其修訂通知智慧財產權執行協調組織。

二、反對 SOPA 立法主要訴求及我國現況回應

（一）保護言論自由及避免審查制度的重現

言論自由向來是著作權領域作為平衡著作權人權益的重要公共利益，以曾任職 CNN 的知名部落客 Rebecca MacKinnon 受到哈佛法學院所支持的 Global Voices Online[9]為例，除直指此等立法將嚴重影響言論自由的保障外，其立法技術亦與監視民眾網路活動相似[10]，相當早即強調應重視 SOPA 及 PIPA 法案所可能對網路公民權利帶來的惡害，甚至於紐約時報投書中直稱其為美國的網路長城[11]。

[9] 該網站網址為：http://globalvoicesonline.org/，可直接透過站內搜尋機制輸入 SOPA 或 PIPA 進行檢索。

[10] See, Ivan Sigal and Rebecca MacKinnon, Online piracy laws must preserve Web freedom, http://edition.cnn.com/2011/12/14/opinion/sigal-mackinnon-copyright-internet/index.html, 2012/9/9 visited.

[11] See, Rebecca MacKinnon, Stop the Great Firewall of America, http://www.nytimes.com/2011/11/16/opinion/firewall-law-could-infringe-on-free-speech.html?_r=1, 2012/9/9 visited.

我國憲法第 11 條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」此一言論、出版之自由，亦於著作權法立法意旨有關「調和社會公共利益，促進國家文化發展」的規範中具體展現。DMCA 有關網路服務提供者未經司法機關判斷即移除使用者被指稱侵權內容的立法，已引發諸多有關對於言論自由限制的批評，而 SOPA 針對權利人發動的程序部分，又進一步課予中間商「義務」，而非如 DMCA 網路服務提供者得「選擇」是否進入避風港，且以「網站」為標的，容易引發中間商為避免相關責任先期自我審查，而產生寒蟬效應（Chilling Effects），產生具有與過去極權國家進行出版審查制度相當之效果。而 SOPA 非針對特定的侵權內容進行處理，亦將影響其他合法利用人之權益。

我國著作權法第 90 條之 4 有關網路服務提供者民事免責事由在立法過程，即針對提供「主機代管」服務的業者，是否適用此一機制進行討論，其後於立法理由中載明「（五）針對目前企業建置資訊系統機房所面臨之許多問題，如：機房所在大樓安全性、空間擴充、電力不足、維運人力、頻寬限制等等問題，所應運而生之 IDC（Internet Data Center，又稱主機代管）服務，則非屬本法規範對象，特予說明，以杜爭議。」[12]SOPA 以網站為對象，無論是檢察官發動的程序或權利人發動的程序，無疑將迫使網站經營者為避免遭到被指控或認定為「國外侵權網站」或「竊取美國財產之網站」，確實易生出版審查制度重現之疑慮。

[12] 請參照，民國 98 年著作權法部分條文修正草案條文對照表，http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=9ab458d0-a0d2-4f6f-bde7-6223c1ae7052.doc, 2012/9/7 visited.

（二）隱私權

因為多數國家並未要求採取「實名制」，因此，找出表面上隱藏虛擬網路世界後活動的使用者，成為著作權人行使權利的重要目標，在 DMCA 也透過向法院申請簡易裁定的方式，要求網路服務提供者配合揭露資訊。各國有關網路著作權侵害防制相關立法，自 DMCA 以降，反對的理由都少不了網路隱私權保障的問題。SOPA 雖以網站為目標，但因其立法變相課予相關網路業者證明其非屬「國外侵權網站」或「竊取美國財產之網站」之責任，可能引發業者全面監視網路使用者之而用行為，而產生侵害隱私權之疑慮[13]。

目前我國著作權法第 90 條之 4 以下，並未導入此一機制，僅透過第 90 條之 9 第 3 項，「資訊儲存服務提供者於接獲前項之回復通知後，應立即將回復通知文件轉送著作權人或製版權人。」亦即，在使用者為「回復通知」時，須載明其個人資料，網路服務提供者再將其回復通知轉送著作權人，著作權人即可據此提起訴訟，但對於絕大多數未為回復通知之使用者而言，則權利人只能直接透過既有的民、刑事訴訟程序處理。倘若未來我國亦考量處理此一問題，透過法院的程序揭露使用者個人資訊，即令憲法第 12 條賦予人民有秘密通訊之自由，但憲法第 23 條亦規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」網路自由或資訊隱私權本來即並非絕對權利，只要符合正當法律程序，隱私權應該

[13] See, Perhaps SOPA Should Be Called The Stop Online PRIVACY Act, http://www.techdirt.com/articles/20111209/13440317025/perhaps-sopa-should-be-called-stop-online-privacy-act.shtml, 2012/9/9 visited.

不會是防制網路侵權立法的重要關鍵。

三、控制權移轉 ── 科技與法律的互動

網際網路與三百餘年前印刷術對於著作權法制的影響同樣重大，印刷術使得著作得以大量重製具有獨立成為一種超越載體權利的可能性，但也自此讓著作流通的控制權利掌握在控制設備、通路、媒體的資本家手上，網際網路則是反過來去中間化，讓著作流通的控制權利（在著作開始對外散布後）掌握在每一個使用者手上[14]。從集中到分散，也就造成網路著作權利用（侵權）處於無法集中在著作權人或生產著作物的商人手上的現況，而 SOPA 可說是這些傳統上控制著作物流通價值鏈的人的反撲，企圖透過法律重新取回科技所造成控制權的移轉，而所採取的方式是對於中間商（而非實際散布著作的利用人）課予責任。

然而，就在網路社群串連反 SOPA 的同時，美國 FBI 在 2012 年 1 月 19 日以知名的網路硬碟（免費或付費網路空間）Megaupload 網站擁有大量未授權版權品為由將網站強制關閉[15]，隨後創辦人 Kim Dotcom 及部分員工於紐西蘭被逮捕，位於香港飯店的辦公室及相關設備亦遭扣押，目前連結至 www.megaupload.com 會出現如下的 FBI 警告畫面。

---

[14] 有關以控制權移轉說明網際網路對於著作權法制的影響，相當早即由知名的作家兼法律人 Andrew L. Shapiro 提出，請參照，Andrew L. Shapiro 著，劉靜怡譯，「控制權革命：新興科技對我們的最大衝擊」，臉譜出版社，2001 年 5 月。

[15] 請參照，【中央通訊社，打擊盜版美關閉下載網站】，2012 年 1 月 20 日，http://tw.news.yahoo.com/%E6%89%93%E6%93%8A%E7%9B%9C%E7%89%88-%E7%BE%8E%E9%97%9C%E9%96%89%E4%B8%8B%E8%BC%89%E7%B6%B2%E7%AB%99-030216981.html, 2012/9/7 visited.

這代表著在沒有 SOPA 的情形下，美國政府及法院仍有能力及法律依據，對於其所認定涉有著作權侵害的網站採取關站的措拖，甚至可以直接要求網域名稱解析的業者或代管業者呈現前開警告畫面。這類跨國的刑事司法互助，其實台美之間亦有類似協定[16]，台灣的網路業者若推出類似的服務遭使用者大量上傳涉及侵害著作權的內容，亦可能由美國透過司法互助的方式，遭台灣檢警進行網站相關設備的查扣。SOPA 第 102 條有關檢察官發動的程序，僅是將原有的刑事侵權追訴的制度，擴張檢察官及法院

[16] 該協定全稱「駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定」，英文全稱「Agreement on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the American Institute in Taiwan and the Taipei Economic and Cultural Representative Office in the United States」。

的權限，以期全方位防堵侵權網站自侵權活動中獲利，增加侵權網站經營之法律風險。

肆、後DMCA時代網路著作權侵權防制立法困境

一、著作權人目前面臨的困難是否非修法無法解決？

目前網路著作權侵害的情形，伴隨著頻寬大幅增加，各類著作在網路上的傳輸幾乎接近零成本，相對於 DMCA 立法的年代，受衝擊的著作產業擴大、產值影響增加，以音樂產業為例，1998 年以前，考量到網路頻寬的限制，侵害的類型多為檔案極小的 midi 檔案，而 1999 年開始提供服務的 Napster，則是 MP3 檔案在網際網路廣泛流通利用的指標，2005 年開始營運的 Youtube 網站，更是使用者上傳、分享影音內容的重要網站，有關 BT 使用者涉及分享電影檔案侵權的個案，亦在 2005 年底於香港出現，2010 年 iPhone 4、iPad 大受歡迎，將內容包裝成 App(應用程式)上架到 App Store 銷售成為最新流行趨勢，然而，就如同網際網路發展之初，許多小說、漫畫無待著作權人授權，即有人自行製作成 App 以免費或付費方式供使用者下載，成為新的著作權侵害態樣。

暫不論 DMCA 在處理網路著作權侵害所發揮的效果，諸如 Youtube 或其他影音分享網站上實際上存在的大量、重複侵權的問題、BT 等 P2P 技術濫用的問題、境外涉及侵權網站不易行使權利的問題，都是前述控制權移轉至利用人，而利用人又未珍惜此種科技帶來的優點，濫用自由的結果，即造成從著作權人角度觀察，這是一個「失序的網路世界」。由現實面來觀察，許多未經合法授權的著作在網路上不斷的流通利用是一個常態現象，無論使用者下載利用是否構成合理使用，但至少主動分享這些未經

合法授權著作的行為，沒有理由要求著作權人必須「容忍」。而由立法政策的角度，我們應該選擇由著作權人依據傳統的著作權法制進行個案訴訟以維護其權利呢？亦或是積極促成對於著作權人較為有利的新秩序的形成？筆者認為前述這些網際網路科技造成的問題，均非著作權人或是商業型態的中間商個別的訴訟所能改變，而以立法不作為的方式鼓勵著作權人等大量提起訴訟以維護其權利，亦非著作權法立法所欲達成之目的，故應慎重考慮透過著作權法或其他相關法制的修正，建構一個對於著作權人及利用人相對衡平的網路著作利用環境，以期降低著作權人與利用人間之衝突，維繫著作權法作為一種促進國家文化發展之立法目的。

二、從著作權法立法目的看網路服務提供者

（一）網路服務提供者對國家文化發展具有正面貢獻

倘欲透過著作權法對於網路服務提供者進行規範，則應先就網路服務提供者在著作權法上的定位進行檢視。著作權法第 1 條規定，「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。本法未規定者，適用其他法律之規定。」由促進著作流通利用的角度，我們必須承認網路服務提供者在著作權法立法目的上的貢獻，網路服務提供者大幅降低著作流通利用的成本，使得無論是合法授權或未經合法授權的著作，都得以降低為終端消費者所接收的成本，不受時間、地域限制被消費者閱聽，自然對於促進國家文化發展有其正面貢獻。以 Youtube 為例，非但是使用者上傳合法或未經合法授權的視訊，音樂公司自行上傳歌手 MV 進行宣傳、企業上傳自家廣告、節目製作公司容許節目被使用者上

傳分享以獲取較高知名度、新聞業者乾脆以 Youtube 為其網路內容播放平台，節省自家網路頻寬資源等，這些利用行為早成網路使用者生活的一部分，必須承認其於促進整體國家文化發展方面的貢獻。

（二）技術中立並非絕對

然而，這僅是告訴我們，不要把網路服務提供者當作著作權法制的敵人，但並不代表網路服務提供者均應享受在著作權法制上全面正向的評價。我們可以先來看到「技術中立」這個網路服務提供者經常在訴訟及立法過程中主張或抗辯自己不應負責的理論依據，即其所經營的網路服務是否具有實質非侵權用途。筆者認為，同樣是刀，製作成菜刀，與製作成武士刀，當然被人利用時其主要目的即有不同，菜刀以廚房使用為主，武士刀則以殺傷為目的，故而，網際網路相關的服務提供者，究竟是提供「菜刀」，還是提供「武士刀」，自然還是應該受到法律的檢視，而予不同對待。事實上，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。」即是對於符合特定要件的網路服務提供者當作「武士刀」而予以負面法律評價，立法將經營該等網路服務之行為視為侵害著作權。

（三）是否過度依賴課予網路相關業者責任？

回到 SOPA 第 103 條有關由權利人發動的程序，我們可以觀察

到濃濃的 DMCA 的風格，只是免責的「避風港」成了課予責任的「枷鎖」。為何 SOPA 會以網路中介服務業者為目標進行立法規範？筆者個人認為某程度是因為 DMCA 第 512 條相關避風港機制成效斐然所致。權利人有機會以相當低廉的成本，達到著作侵害排除的結果，雖然僅是依賴網路服務提供者「自願」的配合，且當使用者收悉網路服務提供者轉寄的侵權通知或是其著作利用的內容被移除之通知，無疑將促使這些使用者重新思考他們的著作利用行為的合法性，具有著作權教育宣導的作用，某程度亦對於網際網路著作利用新秩序的形成有所助益。

然而，SOPA 將避風港「進階」為課予網路中介服務業者有防止著作權侵害的責任，就如同古代連坐法，一人犯罪，左右未舉報者減罪人一等律治罪。我們能夠因為網路中介服務提供者防制網路著作權侵害成效佳，就認為應該繼續朝獲化網路中介服務提供者的作為義務著手立法嗎？課予網路中介服務提供者防制著作權侵害的作為義務，某程度亦屬於對於這些業者在財產權方面的限制，對於同樣是財產權的著作財產權而言，並無位階高低的問題，故應由公共利益的角度衡量。筆者個人認為，課予作為義務或許過度，但課予適當的協力義務則可考慮，畢竟網路中介服務業者在網際網路控制權移轉的過程，某些情形下是唯一立法可以切入的關鍵。

以法國打擊網路盜版法案（HADOPI）為例，姑不論其在立法過程所生違憲爭議，其所採取之立法例即是課予連線服務提供者協力義務，直接義務（防止網路連線被用於侵權利用）之責任在於個別的連線服務的申請人，而因此所生之執法成本，主要由國家撥預

算進行處理。惟自 2010 年成立迄今，權利人提供超過 300 萬的侵權 IP 位址，HADOPI 認定有 115 萬符合發出第 1 次侵權通知，約 10 萬使用者收悉第 2 次侵權通知，只有 340 人收悉第 3 次侵權通知，只有 14 人遭起訴，還沒有任何一位使用者遭斷線[17]，投入 1,200 萬歐元的成效有限，亦引發批評。英國 2010 數位經濟法（Digital Economy Act 2010）對於課予 ISP 有關網路著作權保護之協力義務，包括：初始義務（Initial Obligations）及技術義務（Technical Obligation）。初始義務是指 ISP 就著作權人所提出著作權侵害通報（Copyright Infringement Report），而負依法通知使用者之義務，以及依據著作權人要求提出侵害列表的義務；技術義務則是第二階段經評估初始義務之機制，無法有效降低網路著作權侵害問題時，要求 ISP 對採取特定技術措施（包括：限制流量、速度、特定位置存取、斷線等）[18]。

三、暫停推動 SOPA，然後呢？

由 SOPA 因網路社群的齊聲反對而遭擱置的結果來觀察，顯然網際網路所造成控制權的移轉已難以再回到過去，除非我們要回到沒有網際網路的年代。但網路上著作的利用，畢竟還是千絲萬縷與實體世界連結，網站

[17] See, Hadopi - Millions of Notices, Few Disconnections or Court Cases, http://www.gamepolitics.com/2012/09/06/hadopi-millions-notices-few-disconnections-or-court-cases, 2012/9/7 visited. See also, French antipiracy authority 'happy' it has sent just 14 cases to court in the last year, http://www.computerworld.com.au/article/435543/french_antipiracy_authority_happy_it_has_sent_just_14_cases_court_last_year/?fp=4&fpid=1398720840#closeme, 2012/9/7 visited.

[18] 請參照，益思科技法律事務所，「ISP 協力保護著作權最新立法趨勢之研究」，智慧財產局 2010 年委託研究報告，頁 35 頁以下，http://www.tipo.gov.tw/ch/MultiMedia_FileDownload.ashx?guid=aa929712-78f8-43ff-b087-7d58ab393703.pdf, 2012/9/9 visited。

經營者或是個別使用者在未經合法授權下使用他人著作，仍然面臨各國民、刑事訴追的風險。可以觀察到目前在科技與法律互動過程中最強烈的衝突，來自於傳統的著作權法制有關侵權個案訴訟處理的規範，無法在網際網路這個科技所造成著作流通利用控制權移轉至利用人端的現況，實質維持著作權人對其著作流通利用的控制，產生著作權人僅擁有「形式」權利，即令付出高額的訴訟成本，也僅能解決少數的侵權個案，對於其著作遭侵權的現況無力作出任何改變。

筆者認為由網際網路造成著作權法有關著作流通利用控制權移轉的現實面而言，網路著作權侵害防制已是立法政策不得不面對的議題，而其中對於網路服務提供者在網路侵權防制議題上的角色扮演，則是能否由舊秩序順利過渡到新秩序的關鍵。由 SOPA 的立法風波來觀察，著作權人與利用人看法差異頗大，著作權人希望其扮演「守門人」的角色，而利用人則希望其扮演捍衛網路自由、技術中立的角色，事實上，稍早各國有關「三振條款」的討論亦有類似情形。筆者相信類似 SOPA 的立法將持續在未來幾年內測試社會的接受狀況，我國亦將面對此一問題。

伍、結論與建議

科技造成的控制權的移轉，通常是很難逆轉的，無論是權利人、利用人，甚至是政府機關及相關利益團體，都只能等待或促成新秩序的形成，法律也是其中一種手段。SOPA 的立法遊說與反 SOPA 的社群活動，其實就是在新秩序形成前，各利益團體透過叢林法則競爭的實況，立法者、政府機關甚至是一般群眾，只是在這樣的競爭活動中被牽動的木偶或觀眾。

由著作權法制三百餘年的發展歷史加以觀察，過去多半是由出版社、

唱片公司及其他商業型態著作利用中間商推動的立法，在網際網路所造成有關著作流通利用控制權移轉，但新秩序尚未建立的現在，其立法遊說活動強力受到來自於網路業者及利用人的挑戰，這是一種著作權法制多元化發展的契機，畢竟著作權法究其本質乃是一部促進國家文化發展的法律，商業形態的著作固然應予保護，但吾人更應承認有更多其他形態的著作（作者未必追求純粹的商業利益）存在，即令由著作權人端觀察，亦有多元的需求存在，這些多元的需求有些可以很幸運地在這樣控制權移轉、新秩序建立的變動過程被發現或重視，筆者個人認為對著作權法制的長期發展是一件好事。

然而，筆者亦須強調，多元的基礎在於尊重，非但是商業形態的著作利用中間商應尊重利用人或其他形態的創作者，其他人也應該尊重這些商業形態的著作利用中間商或其背後的創作者，因為，科技未必只有帶來好處，我們也要尊重部分權利人選擇以傳統方式維生，不應強迫其等遵守網際網路所帶來的新秩序，就像是許多網路業者或利用人，一直認為權利人不應強迫其等適用傳統的著作授權利用的遊戲規則一樣。以唱片業或藝人在傳統唱片銷售因網路著作流通大幅遭到侵蝕，而透過網路付費取得著作又無法填補其商業利益，改以演唱會作為獲利主要模式為例，這樣的情形被許多網路業者、藝人或一般的網路使用者，宣稱是一種適應網際網路新秩序的最佳實證。然而，究其實際，只有「偶像」及舉辦演唱會的唱片公司因而獲利，詞、曲創作者在一場高達數千萬票房的演唱會，就其所創作之詞、曲所能獲得權利金，最多只有數千元，甚至可能連進場聽演唱會的門票都買不起，這樣的獲利模式，難道是我們所期待的？

因此，筆者認為就網路著作權侵害防制立法政策方面，正因為這是源

自網際網路這個科技所帶來控制權移轉問題所產生的立法困境，故適度地課予網際網路相關中介服務提供者「協力義務」，應該是一種有助於舊秩序轉換，新秩序建立的過度機制。基於前述看法，筆者建議可朝下述方向進行修法處理：（一）P2P 技術濫用的問題：可考慮參酌英國 2010 數位經濟法立法模式，先課予網路連線服務提供者侵權轉知的協力義務，視其執行成效再決定是否課予更強的技術上協力義務；（二）境外侵權網站的問題：這類網站通常涉及並非對於單一著作權人的侵害，而是其整體經營有害於著作權保護環境的維持。立法政策上不宜由單一著作權人透過訴訟發動對境外侵權網站的封鎖程序，更不宜參酌 SOPA 由權利人對網路中介服務提供者發動類似通知、封鎖的程序。可先行考慮放寬網路連線服務提供者經營之彈性，鼓勵連線服務提供者主動限制連結至侵權網站[19]或呈現警示資訊的作為[20]。

[19] 請參照，【洗刷盜版幫凶惡名 Google 要懲罰侵權網站】，聯合新聞網 2012/08/12，http://mag.udn.com/mag/digital/storypage.jsp?f_ART_ID=406778#ixzz25xGbNxZI, 2012/9/9 visited。

[20] 例如：參考連線至可疑的釣魚網站的機制，針對部分經常被檢舉涉有侵權的網站，提供該等網站服務經權利人多次檢舉涉有侵害著作權，依現行網路犯罪偵查機制，未經合法授權的著作分享行為技術上均可能被查獲，請使用者注意評估等警示機制。