

從著作權法論資訊儲存服務提供者的法遵義務爭議

——以不實侵權通知和內容管理爭議為例

林 利 芝*

要 目

- | | |
|--------------------------------|---|
| 壹、前 言 | (一)Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.案 |
| 貳、「通知／取下」程序引發爭議的不實侵權通知 | (二)Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc.案 |
| 一、著作權人科技自動化執法新利器——內容識別軟體與AI演算法 | (三)Online Policy Group v. Diebold, Inc.案 |
| 二、假維權之名牟利的著作權蟑螂 | (四)Lenz v. Universal Music Corp.案 |
| 參、美國著作權法之「通知／取下」程序相關規定與案例 | (五)Disney Enters. v. Hotfile Corp.案 |
| 一、「通知／取下」程序之書面通知 | 肆、科技執法之自動化侵權通知的不實通知爭議 |
| 二、重複侵權者政策相關規定和判決 | 一、識別有效性與侷限性 |
| 三、第512條(f)項不實陳述訴訟的相關案例 | 二、故意重大不實陳述 |
| | 伍、論著作權蟑螂之不實侵權通知爭議 |

DOI : 10.53106/199516202023110034002

* 東吳大學法律學系專任副教授，美國芝加哥羅耀拉大學法學院法學博士。
投稿日期：一一一年十一月十四日；接受刊登日期：一一二年十月二日

元照出版提供 請勿公開散布

一、YouTube的重複侵權者政策	(一)建構特定著作權授權和責任制度
(一)著作權警告系統	(二)責任豁免規定
(二)上傳內容識別措施——Content ID系統	(三)保障合法內容之措施與有效申訴和救濟機制
二、進階版著作權蟑螂實例——YouTube, LLC v. Brady案	二、備受抨擊的「數位中介服務法」草案
三、著作權蟑螂濫用重複侵權者政策	柒、從DSMD第17條新制探究我國ISP監管制度
陸、資訊儲存服務提供者的內容管理爭議	捌、結 論
一、歐盟獨闢蹊徑——DSMD第17條	



摘 要

如何規範多元化的網路使用生態造成之侵權爭議，是全球共通的問題。美國著作權法「通知／取下」程序將網路服務提供者視為中立第三方，並加諸法遵義務以作為著作權人的維權協助者，且以間接侵權責任予以規範。然而，三振條款衍生問題隨著時間逐漸浮上檯面，特別是使用AI演算法之內容辨識軟體自動化侵權通知造成的弊病，以及助長著作權蟑螂假維權之名行索賠勒贖的問題。隨著資訊儲存服務提供者提供服務的方式和規模不斷演進，歐盟數位單一市場著作權指令第17條創建新監管制度，平台業者應負擔直接侵權者責任，除非善盡內容管理的諸多法遵義務，同時設計多重防護柵欄以保障使用者受憲法保障的基本權利。本文彙整不實侵權通知之亂象成因和比較業者的內容管理義務規定，並認為我國未來規範資訊儲存服務提供者之監管制度，除了落實著作權法科技中立原則，更應在制度面維護憲法保障表現自由的基本權利。

關鍵詞：不實侵權通知、內容識別軟體、AI演算法、著作權蟑螂、「通知／取下」程序、數位單一市場著作權指令第17條、過濾技術、數位中介服務法



壹、前言

一九九八年美國國會通過數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act, DMCA），自此「通知／取下」程序成為各國規範網路侵權行為的重要模範機制，例如歐盟的電子商務指令（Directive on electronic commerce¹）和我國著作權法第六章之一（網路服務提供者之民事免責事由）皆有相同規範機制。然而，隨著資通訊技術不斷發展，網路服務提供者的規模與型態，以及使用者的近用方式同樣隨之改變。事實上，原本「通知／取下」制度之設計目的，是為了快速解決網路環境中數位內容的使用爭議，「通知／取下」程序設置重重防護措施，乃是試圖衡平多方法益，條件式構築責任避風港，確保科技中立原則，務求避免扼殺新技術和ISP產業之發展，同時也保護著作權人之著作利益和著作使用者之表現自由（廣義的言論自由）權利。不過，從DMCA通過至今，線上內容服務提供產業迅速發展，因「通知／取下」程序衍生的不實侵權通知爭議也隨之而來。

近幾年COVID-19病毒引發的疾病迅速蔓延全球，然而不僅疫情升溫，網路侵權也同樣升溫²，許多著作權人求助第三方廠商科技公司包括Audible Magic提供先進AI科技自動化執法工具取代人工監測，以有效監測大規模侵權。著作權人使用功能強大的內容識別軟體（content recognition software），例如AI演算法辨識影像、文字等，掃描網路監測包含著作權作品的影片或內容，一旦識別涉有侵權內容，內容識別軟體即自動向託管該內容的網路服務提供者（Internet Service Provider, ISP）發送侵權通知，ISP只要迅速取下或阻絕近用侵

¹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

² Jens De Maere, Covid-19: infecting both people and internet, LEXOLOGY (November 22, 2021), <https://www.lexology.com/commentary/intellectual-property/international/gevers/covid-19-infecting-both-people-and-internet> (last visited: 2023.02.28).

權內容，便可取得DMCA提供的責任避風港保護，因此許多ISP積極取下侵權通知指涉的侵權內容，造成不當取下線上直播或是錄製現場演奏古典音樂的合法影片之事件頻傳³。COVID-19病毒於現實世界肆虐之際，數位網路環境也正遭受「著作權蟑螂」（copyright troll）四處亂竄作亂，歷經演化的著作權蟑螂出沒於「通知／取下」程序的重複侵權者政策的漏洞，利用不實侵權通知擾亂市場秩序，藉由危害著作權人的正當商業行銷活動牟利。簡言之，造成不實侵權通知有兩大主力，其一是著作權人面對網路侵權氾濫，利用內容識別軟體與人工智慧（artificial intelligence, AI）演算法進行科技自動化執法造成濫發不實通知，其二是不具著作權人身分的著作權蟑螂鑽營程序漏洞，藉由發送不實通知導致被控侵權人的影音平台頻道和社群網站專頁被阻絕近用和停權，再透過和解之名牟取不法利益。

再者，長久以來影音內容分享平台因使用者上傳內容直接或間接獲利，衍生出此類平台有無需要取得授權之爭議，以及不實侵權通知和重複侵權者政策激發社群網站、影音網站之使用者內容阻絕近用爭議，再加上著作權蟑螂出沒於網路環境，不僅嚴重影響企業間正常競爭秩序，同時衝擊著作權法設計用來確保著作權人和著作使用者間之權利保護衡平的制度。如何有效解決數位內容產業發展難題和擺脫著作權法助紂為虐的惡名，是各國政府發展數位經濟必須面臨的挑戰。無論是堅守現行著作權法制基礎，藉由修法改善「通知／取下」程序之缺失或法院解釋相關法規填補漏洞，或是尋求他法、大破大立，改變過往網路服務提供者（ISP）的間接侵權責任制度，立法加諸直接侵權責任和相關法遵義務，以建立授權市場保障著作權人的著作利益和著作使用者的權利，都是我國政府擬定國家發展策略之際應嘗試思

³ Michael Andor Brodeur, Copyright bots and classical musicians are fighting online. The bots are winning., The Washington Post (May 21, 2020), https://www.washingtonpost.com/entertainment/music/copyright-bots-and-classical-musicians-are-fighting-online-the-bots-are-winning/2020/05/20/a11e349c-98ae-11ea-89fd-28fb313d1886_story.html (last visited: 2023.02.28).

考和重視之事。據此，本文除了說明著作權蟑螂假維權之名行索賠勒贖的問題，更側重於彙整美國著作權法「通知／取下」程序之不實侵權通知和重複侵權者政策相關規定、案例，以及介紹歐盟數位單一市場著作權指令（Directive (EU) 2019/790，以下簡稱「DSMD」）⁴第17條特定著作權和責任制度，並與我國「數位中介服務法」草案提出的資訊儲存服務提供者之數項重要法遵義務進行比較，以期提供立法者和相關團體探索完善數位時代著作權法制之策略方向的參考。

貳、「通知／取下」程序引發爭議的不實侵權通知

累積超過六億播放數的知名YouTube直播節目《lofi hip hop radio - beats to relax/study to》（直播主名稱是「Lofi Girl」）於二〇二二年七月十日因為不實侵權通知遭到無預警停播，後經全球廣大網友力爭，YouTube公開道歉並於二日內恢復直播。YouTube宣稱是接獲侵權通知而關閉該頻道，侵權通知發送者是馬來西亞音樂公司「FMC Music Sdn Bhd Malaysia」，但「Lofi Girl」實際上是由一家法國音樂公司設置並播放自有品牌的音樂⁵。根據馬來西亞媒體報導，「FMC Music」是因為遭到「駭客」入侵而發送錯誤侵權通知⁶。不實侵權通知受害者「Lofi Girl」團隊發出聲明表示，令人遺憾的事是即使YouTube發表道歉聲明，但至今對於創作者仍未有任何有效形式的保

⁴ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019, pp. 92-125 [hereinafter Directive (EU) 2019/790]. 關於本指令的重點概述，建議參閱高嘉鴻，歐盟2019年數位單一市場著作權指令概要，智慧財產權月刊，第263期，2020年11月，頁8-21。

⁵ 被錯誤檢舉下架兩天後，Lofi女孩回來了！檢舉它的公司稱是遭到「駭客入侵」，關鍵評論網，2022年7月13日，<https://www.thenewslens.com/article/169747>，造訪日期：2023年2月28日。

⁶ Gajendra Jeya Kumar, Local record label blames 'hacking' for Lofi Girl fiasco, malaysiakini (July 12, 2022), <https://www.malaysiakini.com/news/628032> (last visited: 2023.02.28).

護或人工審核，此類停播事件無法事先預防。此事件再次引起一波關於「通知／取下」程序究竟是保護創作者還是危害創作者的討論。

上述「Lofi Girl停播」事件證明原在制度設計上屬於中立和扮演通知管道的ISP，為求踐行免責要件而迅速取下或阻絕近用系爭侵權內容，從寬檢視侵權通知，不做人工審核，再加上為了避免落入「刻意眼盲」（willful blindness）而執行重複侵權者政策，造成自動化侵權通知形成的錯誤難被填補，甚至著作權蟑螂生存於此程序漏洞行勒贖之舉。創作者只能利用「回復通知」程序陷入漫長等待，或是少數僥倖擁有知名度或廣大粉絲的音樂家、頻道主能夠利用社群力量，申訴不平，加速ISP的正面回應。

觀察實務面可知，AI演算法自動化侵權通知和著作權蟑螂造成的不實侵權通知亂象已經腐蝕著作權法「通知／取下」程序的根基，隱隱危及著作權法立法目的之實現，這般現象殊值重視與正面檢討。

一、著作權人科技自動化執法新利器——內容識別軟體與AI演算法

網路侵權氾濫，負責監測網路侵權行為的著作權人，若僅依靠人工審核，無法迅速審查大量網路內容，也無法因應惡意重複侵權行為，著作權人便借助科技自動化執法取代人工審核，自行採用內容識別軟體與AI演算法（以下合稱「AI演算法識別軟體」）監測網路侵權，或是將整個「通知／取下」程序外包給第三方廠商採用AI演算法識別軟體24小時全面監測網路，如此一來自動生成的侵權通知數量龐大，ISP為了取得「責任避風港」保護，必須在接獲侵權通知後迅速取下或阻絕近用涉有侵權內容，否則將因為使用者上傳侵權內容而負擔間接侵權責任。一般來說，ISP只需對侵權通知進行符合通知法定要件的形式審查，確保侵權通知中包含法定必載事項之資訊，ISP不必實質審查侵權通知指涉之系爭內容是否確實侵權，而且ISP取下侵權通知指涉之侵權內容是取得免責保護的最佳保障，因此ISP通常會遵守有爭議的侵權通知，導致發生不當取下合法內容之爭議。例如古

典音樂鋼琴家James Rhodes將其彈奏巴哈《降B大調第一號組曲》（Partita No.1 in B-flat major, BWV 825）其中一段約1分11秒的影片上傳至社群媒體的粉絲專頁，引來SONY唱片公司（Sony Music Entertainment, SME）發送侵權通知，導致社群媒體將該影片靜音，因為SONY唱片公司採用的AI演算法識別軟體監測到影片中彈奏的古典音樂與該公司擁有著作權的錄音作品比對吻合長達47秒⁷。又例如古典音樂鋼琴家Michael Sheppard透過社群媒體直播其彈奏貝多芬鋼琴奏鳴曲，引來美國納克索斯（Naxos of America）唱片公司發送侵權通知，要求社群媒體迅速取下或阻絕近用侵權內容，因為美國納克索斯唱片公司採用的AI演算法識別軟體監測到該影片有2分28秒的音樂吻合該公司擁有著作權的錄音作品⁸。甚至樂團指揮Adrian Spence將其樂團演奏莫札特《降E大調三重奏》的影片上傳到社群媒體，也引來美國納克索斯唱片公司發送侵權通知，因為其採用的AI演算法識別軟體監測到影片中演奏的古典音樂與該公司擁有著作權的錄音作品有1分18秒的音樂吻合⁹。這些古典音樂家和樂團演奏巴哈、貝多芬、莫札特所創作的古典音樂曲譜，都是屬於公共領域音樂作品，不受著作權保護，任何人都可無償自由使用，甚至商業利用，但是大型唱片公司採用的AI演算法識別軟體卻將這類合法影片識別為侵權內容，並自動向社群媒體發送侵權通知，導致合法演奏古典音樂的影片被社群媒體靜音、取下或阻絕近用¹⁰。對於在疫情期間透過線上演出以維持

⁷ Charles Klass, ATTACK OF THE COPYRIGHT BOTS, Sports and Entertainment Law Journal (29 October, 2018), <http://asuselj.org/attack-of-the-copyright-bots/> (last visited: 2023.02.28).

⁸ Brodeur, *supra* note 3.

⁹ Alexandra Chaves, 'Disruptions and shutdowns': Why automated bots are interrupting live-streams by classical musicians, The National (May 29, 2020), <https://www.thenationalnews.com/arts-culture/music/disruptions-and-shutdowns-why-automated-bots-are-interrupting-live-streams-by-classical-musicians-1.1026014> (last visited: 2023.02.28).

¹⁰ Brodeur, *supra* note 3.

收入的古典音樂家和樂團而言，無異是雪上加霜¹¹。

值得注意的是，上述這些識別比對不實通知爭議實例正是彰顯歐盟DSMD第17條新制從草案階段即飽受質疑的眾多原因之一，AI演算法識別軟體過濾上傳內容造成錯誤，妨礙合理使用或其他法定著作權例外和限制規定之適用，詳細論述將在後續介紹歐盟DSMD第17條予以說明。

AI演算法識別軟體是一種軟體程式，用於搜尋網路以識別侵權內容的自動化程式。AI演算法識別軟體運用AI演算法審核，方法大致分為兩種：比對法和分類法。比對法和分類法都已廣泛應用在著作權人科技自動化執法上，用於識別侵權內容或行為¹²。多數AI演算法識別軟體採用比對法分析上傳到網路的影音內容，然後依靠AI演算法來將這些內容與著作權人提供的著作權作品資料庫進行類似指紋比對的「聲紋」比對，並評估系爭內容是否在一定概率範圍內與AI演算法識別軟體資料庫中的著作權內容吻合，亦即比對法除了可識別與著作權內容完全吻合的內容，還可識別與著作權內容稍加改變的內容。著作權人通常可以調整兩者內容之間所需的相似度以識別侵權內容，這代表AI演算法識別軟體的識別性程度由著作權人決定。比對法大多用於比對預先錄製的影片，在社群媒體搜尋比對時，會參考著作權人提供的著作權作品資料庫¹³。

與比對法相比，分類法在很大程度上依賴於機器深度學習，程式設計師輸入訓練資訊，透過對資訊和統計數據的不斷分析，基於模式識別對內容的一系列特徵，包括節奏、旋律、節奏和旋律輪廓，進行數學預測。如果經過一定數量的訓練，AI演算法識別軟體將透過已經輸入的訓練資訊進行分類，來即時自動識別後續上傳內容，以便作

¹¹ *Id.*

¹² Jonathan Strickland, How Content-recognition Software Works, HowStuffWorks, <https://computer.howstuffworks.com/content-recognition.htm> (last visited: 2023.02.28).

¹³ *Id.*

出回應或行動。分類法，特別是與人工神經網路（Artificial Neural Network, ANN，或稱類神經網路）或脈衝神經網路（Spiking Neural Network, SNN）相結合的深度學習，可能最適合審查直播內容。這些直播允許使用者在公開觀看影片之前立即傳輸影片，而無須經過任何審查程序。在這種情況下，未有母體資料庫（受著作權保護的內容）可作為AI演算法的參考對象。分類法在即時審核內容時應用預先學習的訓練數據，因此可以識別內容是否侵權¹⁴。

美國國會制定DMCA時，應是設想著作權人自行識別涉有侵權內容，然後著作權人仔細考慮後發送侵權通知，提供ISP足以識別或定位（identify and locate）該內容之資訊¹⁵。當時國會報告雖承認科技可幫助著作權人和ISP解決在數位時代面對的問題，所以在第512條(i)項資格要件規定ISP應配合著作權人採用標準技術措施（standard technical measures）¹⁶，但是並未在報告找到證據顯示美國國會已預見能夠自動發送侵權通知的內容識別軟體技術。早期，著作權人為了監控對其作品的侵權使用，其必須依靠人工搜尋或來自第三方通知以得知網路侵權行為。現在，因為人工智慧技術發展而可以借助AI演算法識別軟體的監測，著作權人可更全面、便捷地識別對其作品的未經授權使用以保護其權利。雖然AI演算法識別軟體具有明顯科技優勢，對著作權人有「減輕人工監測負擔、遏止侵權行為、協助著作權保護、減少侵權損害擴大」等諸多好處，但這類軟體絕非完美，可能會因為軟體程式出錯，AI演算法應用在識別侵權內容因諸多因素受到限制、著作權人決定的識別相似度較低，而出現誤判結果，導致即使沒

¹⁴ Joanne E. Gray & Nicolas P. Suzor, Playing with Machines: Using Machine Learning to Understand Automated Copyright Enforcement at Scale, *Big Data & Society* 7, no. 1 (April 2020): 1-15, <https://doi.org/10.1177/2053951720919963> (last visited: 2023.02.28).

¹⁵ S. Rept. 105-190 - THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, S.Rept.105-190, 105th Cong., at 46 (2023), <https://www.congress.gov/congressional-report/105th-congress/senate-report/190> (last visited: 2023.02.28).

¹⁶ *Id.* at 52.

有實際侵權，使用者上傳的合法內容也會因誤判侵權而被不當取下。基於保障自身權益，著作權人有動機取下與其著作權內容盡可能相似的其他內容，即使這些是不構成侵權的誤判，故這類軟體的誤判侵權對著作權人有利。雖然AI演算法識別軟體有助於著作權人維權，但也因為AI演算法技術的識別有效性和侷限性，與外界質疑AI演算法的黑箱作業問題，讓合法內容可能蒙受池魚之殃，導致著作權人被指摘發送不實通知，而應負第512條(f)項損害賠償責任。

基本上，隨著企業著作權人廣泛採用AI演算法識別軟體，將合法內容識別為侵權後自動發送侵權通知，致使合法內容遭到不當取下。儘管形式上著作權人是根據第512條(c)項規定，於自動發送的侵權通知中具結聲明其「善意相信」系爭內容涉有侵權，但是從傳統人工搜尋並確認涉有侵權內容之網路位置後發送侵權通知，演變成AI演算法識別軟體自動發送侵權通知，是否依然符合當初DMCA立法者認可之「善意相信」針對涉有侵權內容發送侵權通知，不無疑義。著作權人大多將AI演算法識別軟體用於監測檔案共享的侵權網站，這類網站往往可能有紅旗警示（red flag）和重複侵權之情況，因此「善意相信」要件在此顯著侵權的環境下應是不證自明。但是著作權人也將AI演算法識別軟體用於其他具有非侵權用途和主動「通知／取下」程序政策的線上平台或網站，使用者生成內容即使是主要多數，但仍不可逕自排除涉及合理使用或其他法定著作權限制規定之適用的情況，使用者生成內容之合法性判斷，即便是法院也需考量個案整體情況和諸多因素，並非AI演算法識別軟體能精準判斷。AI演算法識別軟體對這類內容自動發送的侵權通知，往往因缺乏人工審核而容易發生錯誤，導致明顯是合法內容卻被無端取下或阻絕近用，所以著作權人發送侵權通知是否秉持「善意相信」系爭內容涉有侵權，容有討論餘地。據此，有論者主張，著作權人採用內容識別軟體自動發送侵權通知，違反了第512條(c)項的侵權通知規定，理由是電腦軟體無主觀意識，故無法形成「善意相信」系爭內容涉有侵權以符合侵權通知的「善意相信」要件，構成不實通知，因此使用內容識別軟體的著作權

人或第三方廠商應對不實侵權通知致生的損害負有第512條(f)項賠償責任¹⁷。

二、假維權之名牟利的著作權蟑螂

典型著作權蟑螂通常不事創作，也不事生產或授權使用著作權作品，其運作模式是著作權蟑螂透過合法權利轉讓或專屬授權的方式，從創作者取得一項或多項權利，然後利用這些權利來威脅侵權者並對其提起訴訟。著作權蟑螂幾乎完全專職於這些權利的執行，憑藉訴訟威脅來強迫侵權者進行大筆金錢和解，或是其提起訴訟的唯一目的是從被告獲得高額法定損害賠償，完全依賴和解金額和損害賠償來牟利。近年著作權蟑螂隨著環境發展不斷演化，專鑽程序漏洞，假扮著作權人屢次發送不實侵權通知，造成企業或個人創作者的社群帳號或影音平台頻道因ISP踐行重複侵權者政策而被迫停權。看準被迫停權受害者礙於訴訟費用考量且為求儘速回復內容以減少損失、維持營運和挽救商譽的急切心態，著作權蟑螂假借和解之名索討高額授權費與和解金。

著作權蟑螂之所以能夠孳生和繁衍，是著作權法長期以來一直無法有效避免現今被貶義為「著作權蟑螂」的巧詐行為。嚴格來說，著作權蟑螂的行為符合著作權法關於轉讓、訴訟資格和法定損害賠償的規定。然而，著作權蟑螂假維權之名行牟利之實的包藏禍心行為，不利著作權生態環境，其引發的寒蟬效應亦可能改變傳統的著作權保護輪廓，包括「表現自由」的保護措施。值得注意的是，著作權蟑螂之牟利策略的每一要素，都不免涉及利用著作權法的規定和法律隱藏的漏洞，來作為其詐騙及勒索的手段。

英國人Harry Wall常被描述為世界上第一個著作權蟑螂¹⁸。一八三

¹⁷ J. Royce Fichtner & Troy J. Strader, Automated Takedown Notices and Their Potential to Generate Liability under Section 512(f) of the Digital Millennium Copyright Act, 6(1) JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE 51-59 (2011).

¹⁸ Isabella Alexander, Neither Bolt nor Chain, Iron Safe nor Private Watchman, Can

三年的英國戲劇著作權法建立了對侵害著作權作品的法定處罰制度。Wall藉此發展其商業模式，他從作曲家獲得授權書，其唯一目的是行使作曲家的權利，然後向這些作品的演奏者收取高額授權費與和解金。如果演奏者拒絕付款，Wall便威脅提起訴訟以追究其法定處罰。當時有論者批評Harry Wall「不是為了著作權作品的維權，而是為了牟利。」

在美國，「著作權蟑螂」開始引起廣泛關注，是濫觴於一間名為Righthaven LLC（以下簡稱「Righthaven」）的著作權執法公司，其發展出一種商業模式，專門對侵權者執行著作權索賠，Righthaven的基本運作模式，是向創作者購買其著作權的其中幾項專有權利，然後積極執行這些權利。美國地方法院法官Denise Cote描述了「著作權蟑螂」的商業模式：「著作權蟑螂在玩數字遊戲，在這個遊戲中，其對象是數以萬計的被告，要求被告支付著作權蟑螂的費用比被告為訴訟辯護的費用低，便能迅速促使被告達成和解¹⁹。」著作權蟑螂和其他權利人間之關鍵區別，在於著作權蟑螂實際上希望人們侵害其擁有的著作權，因為這就是其牟利方式，著作權蟑螂威脅提起訴訟或實際提起訴訟的理由，是藉由求償高額法定損害賠償以達成和解牟利。一八〇〇年代對著作權蟑螂的描述與現今社會對著作權蟑螂的評價，如出一轍，不同的是現代著作權蟑螂的牟利策略更加複雜多變。

一九七六年美國著作權法有三個重要修法規定，卻意外造就了一個有利可圖的商業模式，成為孳生和繁衍著作權蟑螂的絕佳環境。首先，美國國會於一九七六年大幅修訂美國著作權法時，從最初賦予著作權人單一不可分割的著作權²⁰，到現今賦予著作權人重製權、改作

Prevent the Theft of Words: The Birth of the Performing Right in Britain, in *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, edited by Ronan Deazley, Martin Kretschmer & Lionel Bently, 1st ed., 321-46. Open Book Publishers, 2010, <https://doi.org/10.2307/j.ctt5vj9v.16> (last visited: 2023.02.28).

¹⁹ *McDermott v. Monday Monday, LLC.*, No. 17-CV-9230 (DLC), 2018 U.S. Dist. LEXIS 184049 at 5 (S.D.N.Y. Oct. 26, 2018).

²⁰ *New York Times Co. v. Tasini*, 533 U.S. 483, at 494 (2001); *see generally* 3 M.

權、散布權、公開展示權和公開表演權等可個別讓與或授權的多項權利²¹。其次，美國國會更進一步修訂了訴訟資格規定，允許每一項著作權的權利人對該項權利的侵害者提起訴訟以維護權利，亦即在著作權人希望將其執行權委託他人行使或實質上出售給他人的情況下，依照規定雙方可以轉讓或是專屬授權任何單項權利，例如著作權人僅將重製權轉讓或授權他人，自己仍保有散布、改作、公開表演著作等其他權利，因此重製權的權利人便能夠對侵害重製權的非法行為提起訴訟。美國國會對訴訟資格的修訂，造成美國現行著作權法存在相當嚴重的執法漏洞。

此外，美國國會在著作權法中引入法定損害賠償機制，讓難以計算損失之求償有了計算基準，同時有望高額數字形成嚇阻侵權之高牆。美國著作權法對訴訟資格和多項權利個別讓與或授權的寬鬆規定，成為「著作權蟑螂」孳生的溫床，但真正繁衍「著作權蟑螂」的經濟誘因，是來自著作權法關於法定損害賠償的規定。美國國會在著作權法中提供法定損害賠償的主要目的，是讓法院在著作權人難以證明其實際損害賠償或被告獲利的情況下，判給一筆固定損害賠償金額來達成損害填補。實際損害賠償代表侵權行為在侵權時損害或破壞著作權作品市場價值的程度。法定損害賠償則是根據著作權法第504條(c)項規定，就每件被侵權的作品判給著作權人一個固定的金額：在非故意侵權情況下，每件侵權作品（單項侵權）的法定損害賠償金額為750美元至3萬美元之間²²。如果原告證明被告是故意侵權，則每件侵權作品（單項侵權）的法定損害賠償可提高至15萬美元。著作權法允許著作權人在侵權訴訟中選擇實際損害賠償或是法定損害賠償。然而法定損害賠償的規定的良善立意卻遭到扭曲，致使此規定在「著作權蟑螂」的商業模式不僅可行，而且有利可圖。這項高額法定損害賠償

元照出版提供 請勿公開散布

Nimmer, Nimmer on copyright § 10.01[C][2], pp. 10-12 to 10-14 (2000).

²¹ 17 U.S.C. § 106 (2022).

²² 17 U.S.C. § 504(c)(1) (2022).

的經濟誘因，除了滋生更多「著作權蟑螂」之外，還有威嚇作用讓被控侵權人或被告在「著作權蟑螂」提起訴訟或法院作出實際判決之前屈服選擇與「著作權蟑螂」達成和解。

隨著數位時代來臨，著作權法生態因網路科技發展而改變，美國國會也相應提出修法，於一九九八年通過DMCA以解決網路侵權問題。生存能力強大的「著作權蟑螂」亦從DMCA找出可作為其詐騙及勒索手段的規定和漏洞，其中包括第512條(c)項侵權通知規定、第512條(g)項回復通知規定、第512條(i)項責任避風港保護資格要件中關於「重複侵權者政策」的終止服務規定，以及第512條(f)項不實陳述訴訟相關規定。雖然個別規定的立意良善，但這些規定和其隱藏的漏洞共同結合在一起，形成了一個甚至不需符合權利人身分即可勒索獲利的商業模式，成為進階版著作權蟑螂生存的絕佳環境。立法者原本設置的防護措施失靈或作用欠佳，侵權通知成為導火線，引爆連鎖效應，被控侵權人的帳號和頻道遭到封鎖、停權，上傳內容一夕之間消失於大眾面前。因為DMCA「通知／取下」程序的施行實況，現今著作權蟑螂已不再限於獲取他人作品之著作權然後積極執行這些權利的人，而是泛指所有「假著作權之名行勒索之實」的人或公司。

參、美國著作權法之「通知／取下」程序相關規定與案例

DMCA「通知／取下」程序大略分成四部分，包括侵權通知程序、回復通知程序、重複侵權者政策，以及作為防護措施的不實陳述訴訟規定。侵權通知程序是著作權人依照法定侵權通知格式向ISP發送侵權通知，ISP接獲侵權通知後，必須迅速將涉有侵權內容取下或阻絕近用，並且轉發該侵權通知給被控侵權人，若之後被控侵權人自認並無侵權而決定發送回復通知，則進入回復通知程序。回復通知程序是被控侵權人依照法定回復通知格式向ISP發送回復通知，ISP接獲回復通知後，須迅速將回復通知轉發給著作權人，然後除非是著作權

人提起訴訟，否則ISP必須在10至14個工作天內回復系爭內容。ISP依照著作權法規定制定重複侵權者政策，並告知使用者關於重複侵權者政策，以及適當且合理執行該政策。

一、「通知／取下」程序之書面通知

為調和著作權人與ISP協力合作共同處理網路侵權問題，美國國會在著作權法第512條建構了一個「通知／取下」程序，當著作權人在網路上找到涉有侵權內容時，著作權人可以不需訴諸昂貴、費時的司法訴訟，即可向ISP發送「侵權通知」，要求ISP迅速取下或阻絕近用涉有侵權內容，以實質性作為來保護著作權人的內容免於在網路上被廣為散布。另一方面，ISP依照侵權通知迅速取下或阻絕近用系爭內容，則可免除間接侵權責任。

根據第512條(c)項(3)(A)規定侵權通知之書面格式要件²³，要啟動「通知／取下」程序，著作權人必須向ISP發送侵權通知，著作權人的侵權通知基本上必須包含以下資訊：(一)著作權人或授權代理人（即投訴方）的簽名²⁴；(二)識別被侵權的著作權作品，或如果多個作品在一個網站上，必須提供此類作品的代表性列表²⁵；(三)識別侵權內容或侵權行為（或此類內容的引用或連結），以及允許ISP找到內容（或引用或連結）的「合理充分資訊」²⁶；(四)投訴方的聯繫方式²⁷；(五)聲明基於善意相信，其投訴之著作是未經著作權人、其代理人或法律之許可²⁸；(六)聲明資訊正確無誤，並且投訴方有權代表著作權人行事，

²³ 美國著作權局官網提供侵權通知範本下載，有興趣者可至以下網址瀏覽或下載：<https://www.copyright.gov/512/sample-notice.pdf>，造訪日期：2023年2月28日。

²⁴ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(i) (2022).

²⁵ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(ii) (2022).

²⁶ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(iii) (2022).

²⁷ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(iv) (2022).

²⁸ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(v) (2022).

否則將受偽證罪處罰²⁹。

ISP也必須立即採取合理步驟通知被控侵權人其已取下或阻絕近用系爭內容，並讓被控侵權人有機會啟動「回復通知」程序，向ISP發送「回復通知」，要求回復系爭內容。即使日後ISP依照回復通知將系爭內容回復，ISP對其因取下內容行為或回復內容行為而引起的任何侵權主張，亦不負有任何責任。

重要的是，侵權通知發送者在簽名的侵權通知上必須具結聲明「基於善意，相信其投訴之著作是未經著作權人、其代理人或法律之許可³⁰」，也就是著作權人必須在侵權通知中具結聲明其善意相信系爭內容涉有侵權，此乃「善意相信」（Good Faith Belief）要件³¹。如果ISP無視侵權通知，只要侵權通知實質符合法定侵權通知要件，ISP將會失去DMCA提供的責任避風港保護。此外，為了避免「通知／取下」程序遭到濫用，除了上述第512條(c)項侵權通知的「善意相信」要件，美國國會也分別在第512條(g)項規定「回復通知」程序³²，包含回復通知之內容要件³³，以及在第512條(f)項規定被控侵權人對侵權通知中故意不實陳述侵權事實致生損害的訴訟救濟³⁴。

根據第512條(g)項，在「回復通知」程序中，被控侵權人可以透過一份簽名的聲明來回應最初的侵權通知，被控侵權人必須具結聲明「基於善意，相信這是因為出於錯誤或誤判而取下或阻絕近用系爭內容」，也就是被控侵權人必須在回復通知中具結聲明其善意相信系爭內容是被誤判侵權。ISP一旦接獲回復通知，就必須立刻轉知著作權人，除非著作權人提出訴訟，要求法院下達禁制令限制使用者從事此

²⁹ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(vi) (2022).

³⁰ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(v) (2022). (v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.

³¹ 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A)(v) (2022).

³² 17 U.S.C. § 512(g) (2022).

³³ 17 U.S.C. § 512(g)(3)(A)-(D) (2022).

³⁴ 17 U.S.C. § 512(f) (2022).

類侵權行為，否則ISP必須在10至14個工作天內回復已取下的系爭內容³⁵。

第512條(g)項規定允許內容已因侵權通知而被取下的使用者向ISP發送回復通知，要求回復內容。「回復通知」必須包含以下資訊³⁶：(一)使用者（即回復通知發送者）的簽名³⁷；(二)識別已取下或阻絕近用的內容，以及之前出現該內容的位置³⁸；(三)聲明使用者善意相信，其內容因為錯誤或誤認而被取下或阻絕近用，否則將受偽證罪處罰³⁹；(四)使用者的聯繫資訊，以及聲明使用者同意相關司法轄區的聯邦地方法院管轄，並同意接受侵權通知發送者（或其代理人）的傳票送達⁴⁰。

美國國會制定「通知／取下」程序時，注意到此一程序需要在迅速制止侵權行為與保護使用者不被無端取下內容的權益之間，取得平衡⁴¹。為了保護使用者並遏止著作權人「向ISP提出故意不實指控」，國會針對任何人在侵權通知中故意重大不實陳述系爭內容或行為涉有侵權，或在回復通知中故意重大不實陳述該內容或行為因錯誤或誤判而被取下或阻絕近用，規定了損害賠償責任，即是第512條(f)項不實

³⁵ 17 U.S.C. § 512(g)(2)(C) (2022). (C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.

³⁶ 美國著作權局官網提供回復通知範本下載，有興趣者可至以下網址瀏覽或下載：<https://www.copyright.gov/512/sample-counter-notice.pdf>，造訪日期：2023年2月28日。

³⁷ 17 U.S.C. § 512(g)(3)(A) (2022).

³⁸ 17 U.S.C. § 512(g)(3)(B) (2022).

³⁹ 17 U.S.C. § 512(g)(3)(C) (2022). (C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.

⁴⁰ 17 U.S.C. § 512(g)(3)(D) (2022).

⁴¹ Sen. Rep. No. 105-190 at 21 (1998).

陳述訴訟⁴²。

二、重複侵權者政策相關規定和判決

為遏止使用者重複侵權，根據第512條(i)項責任避風港保護資格要件，ISP必須採用並合理實施一項「重複侵權者政策」(Repeat Infringer Policy)，即所謂的「三振條款」(Three-Strike Policy)，以便在適當情況下將重複侵權者的帳號停權，以終止其重複侵權行為⁴³。第512條(i)項(1)(A)規定，ISP採行且合理實施並告知使用者重複侵權者停止服務之政策，在適當的情況下會對重複侵權之帳號終止提供服務⁴⁴。然而，第512條(i)項(1)(A)沒有定義「重複侵權者」(repeat infringer)一詞，也沒有量化「重複侵權行為」的次數，也沒有定義「採用」或「合理實施」，也沒有提供需要終止帳號的示例情況，造成美國法院對第512條(i)項(1)(A)的「重複侵權者政策」要件的解釋未有一致性適用標準。美國法院試圖根據個案整體情況提出不同的測試標準，來判定遵守第512條(i)項(1)(A)所需的條件。在Ellison v. Robertson案，聯邦第九巡迴上訴法院提供了一項測試標準：探究ISP是否(一)採取一項「重複侵權者政策」，規定在適當情況下終止重複侵權者的網路服務；(二)以合理的方式執行該政策，以及(三)將該政策告知其使用者。如果ISP符合上述三項條件，則認定ISP實施重複侵權者政策，符合第512條(i)項(1)(A)條的「責任避風港」資格要求⁴⁵。在Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC案，聯邦第九巡迴上訴法院又歸結出另

⁴² 17 U.S.C. § 512(f) (2022).

⁴³ 17 U.S.C. § 504(i)(1)(A) (2022).

⁴⁴ (i)CONDITIONS FOR ELIGIBILITY.—


(1)ACCOMMODATION OF TECHNOLOGY.—The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider—(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers.

⁴⁵ Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004).

一項測試標準，探究ISP是否(一)具有有效的通知系統；(二)具有處理符合DMCA侵權通知的程序；以及(三)沒有積極阻止著作權人蒐集（collecting）發送侵權通知所需的資訊，如果ISP符合上述三項條件，則認定ISP實施重複侵權者政策⁴⁶。

雖然美國法院在解釋第512條(i)項(1)(A)「重複侵權者」的含義時，賦予ISP自行定義「重複侵權者」一詞的自由裁量權，但法院仍試圖在法規文字本身和探究對該條款規定著墨甚少的立法史找出答案，以提供更具體的指導方針。在Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.案，聯邦地方法院認為侵權行為必須「重複和公然」（repeatedly and flagrantly）或以「公然的方式」（blatant manner）發生⁴⁷。

在EMI Christian Music Group, Inc. v. MP3tunes, LLC案，聯邦地方法院對「重複侵權者」的分析採狹義解釋，僅包括那些在明知內容侵權的情況下將侵權內容上傳到網路的使用者。在上訴時，由於DMCA沒有定義「重複侵權者」，聯邦第二巡迴上訴法院援引牛津英語詞典和布萊克法律詞典，認為「重複」是指「再次或重複做某事的人」，而「侵權者」是指「侵害著作權之人」。上訴法院重新評估「重複侵權者」的含義時，認為地方法院將「重複侵權者」一詞限制為故意侵權者是過於狹隘。上訴法院考慮了「重複侵權者」一詞的普通含義、DMCA的結構、背景以及立法史，上訴法院指出著作權侵害採嚴格責任，不需證明使用者的非法意圖，使用者無須意識到其行為構成侵權即可被視為侵權者，而且上傳和下載著作權內容都可能構成侵權，上訴法院最終得出結論，認為「在本案的背景下，成為重複侵權者所需要的只是重複上傳或下載著作權內容供個人使用⁴⁸。」聯邦第二巡迴上訴法院對「重複侵權者」的分析採廣義解釋，駁回地方法院對「重

 元昭出版提供 請勿公開散布

⁴⁶ Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, 488 F.3d 1102, 1109 (9th Cir. 2007).

⁴⁷ Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F.Supp.2d 1090, 1108 (W.D. Wash. 2004).

⁴⁸ EMI Christian Music Group, Inc. v. MP3Tunes, LLC, 844 F.3d 79, 89 (2d Cir. 2016).

重複侵權者」的狹義定義⁴⁹。

在BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Communs., Inc.案，原告BMG主張「重複侵權者」是指被著作權人多次指控侵權的使用者。被告Cox則主張「重複侵權者」是指被法院重複判定侵權的使用者。聯邦地方法院同意原告BMG的主張。上訴時，Cox主張地方法院將「重複侵權者」的定義誤解為包括被控侵權人。聯邦第四巡迴上訴法院審查地方法院的判決時，雖未質疑ISP是否有自由裁量權來定義「重複侵權者」，但不贊同地方法院遵循Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.案設定的「公然」標準。上訴法院亦不同意被告Cox主張「重複侵權者」是指被法院重複判定侵權的使用者，因為上訴法院在判決先例中沒有發現支持被告Cox的論點。然而，法院亦不同意原告BMG的主張，法院認為僅僅重複指控侵權尚不夠具體，因為指控侵權可能是有誤、不準確或不完整⁵⁰。

著作權人主張第512條(i)項(1)(A)的問題，是法院在判定誰是「重複侵權者」時，給予ISP太多的自由裁量權。美國著作權局在其第512條之研究報告⁵¹中承認，第512條(i)項(1)(A)並未明確規定合理實施「重複侵權者政策」的所有方面，並為ISP留有很大的自由裁量權。美國著作權局表示，這種自由裁量權似乎是國會有為之，因其有助於支持線上生態系統的多樣性。美國著作權局指出，「重複侵權者政策」條款的立法史在說明該條款背後的立法目的時，參議院報告提到「網路上的侵權程度不同，從無意到非商業性，再到故意和商業性」，但沒有詳細說明根據第512條(i)項ISP應該關注的侵權程度。這表明ISP必須視個案事實應用其重複侵權者政策，且其政策標準可能

⁴⁹ EMI Christian Music Group, Inc. v. MP3Tunes, LLC, 844 F.3d 79 (2d Cir. 2016).

⁵⁰ BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Communs., Inc., 881 F.3d 293 (4th Cir. 2018).

⁵¹ UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, SECTION 512 OF TITLE 17 A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS (2020), <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf> (last visited: 2023.02.28).

取決於發生的侵權類型，並進而取決於ISP的性質、類型、規模以及是否具有商業性等。ISP的性質可能是影響ISP重複侵權者政策的關鍵。

惟將這種自由裁量權留給ISP，產生出「重複侵權者」的不同解讀，這不僅允許個別ISP限縮或擴大「重複侵權者政策」的適用範圍，而且還使著作權人或是使用者難以事前確定誰是「重複侵權者」，因為標準因ISP而異。ISP和使用者權益團體則主張，只有被法院重複判定為侵權者的使用者，才符合「重複侵權者」的法定標準。ISP表示，鑑於網路近用在現代生活中的必要性，終止使用者的帳號是國會在一九九八年通過DMCA時未曾預料由於資訊技術發展而形成的過度懲罰。反之，著作權人則主張「重複侵權者」不以被法院重複判定侵權的使用者為限，亦包括被控侵權人。自BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Communs., Inc.案作出判決後，沒有法院對「重複侵權者」一詞採用「法院判定侵權」的標準，美國著作權局亦採相同立場。根據第512條(i)項立法史，美國著作權局在其第512條之研究報告⁵²中認為國會不打算將「重複侵權者」定義為「法院重複判定侵權的使用者」(adjudicated repeat infringer)，美國著作權局認為第四巡迴上訴法院在BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Communs., Inc.案對「重複侵權者」的解讀，符合國會希望第512條(i)項對「重複侵權者」發揮威懾作用的立法意旨，聯邦第四巡迴上訴法院解釋國會並不傾向於將「重複侵權者」限於經法院判定為重複侵權者，立法歷史和國會報告書都可資證明。如果只有那些被法院重複判定侵權而負有損害賠償責任的侵權者需要擔心其網路近用權被終止，則這種威脅成效不彰。此外，美國著作權局認為，「法院判定侵權」標準要求著作權人對特定使用者尋求多起法院判決，似乎與旨在實現訴訟外(extra-judicial)解決紛爭之制度和迅速取下涉有侵權內容的「通知／取下」程序不符⁵³。

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

三、第512條(f)項不實陳述訴訟的相關案例

第512條(f)項規定：「任何人故意在本條中不實陳述——(1)該內容或行為侵權，或(2)該內容或行為因錯誤或誤判而被取下或阻絕近用，應對被控侵權人、著作權人、被授權人或是網路服務提供者因此一不實陳述而取下或阻絕近用內容所受之損害，負賠償責任，包括取下或阻絕近用資料所致生之費用和律師費⁵⁴。」因此，任何人在侵權通知中故意不實陳述侵權事實，其對被控侵權人因不實侵權通知而取下或阻絕近用系爭內容所受之損害，負有賠償責任。本項是立法者設置用以遏阻不實侵權通知的屏障，又可視為表現自由的防護措施，但是因為諸多因素干擾，導致作用有限。

(一)Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.案

在Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.案⁵⁵，法院首次適用第512條(f)項作出書面判決意見，也預示了所有第512條(f)項訴訟的未來。在該案，原告是幾家大型唱片公司，對被告經營的MP3Board網站提起著作權訴訟，指控其涉及輔助侵權和代理侵權。唱片公司主張，被告MP3Board, Inc.網站為其使用者提供唱片公司受著作權保護的音樂錄音作品的非法連結，而助長使用者侵害唱片公司的著作權。美國唱片業協會代表大型唱片公司著作權人向MP3Board網站的ISP發送侵權

⁵⁴ 17 U.S.C. § 512(f) (2022). Misrepresentations.—Any person who knowingly materially misrepresents under this section—(1) that material or activity is infringing, or (2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

⁵⁵ Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc., 2002 U.S. Dist. LEXIS 16165 (S.D.N.Y. Aug. 28, 2002).

通知，要求ISP取下或阻絕近用MP3Board網站上的侵權內容⁵⁶。MP3Board網站遂根據第512條(f)項，向美國唱片業協會提起第三方訴訟，指控美國唱片業協會在其發送的侵權通知中故意重大不實陳述系爭內容侵權，違反了數位千禧年著作權法⁵⁷。

MP3Board網站主張RIAA發送的侵權通知不實，因為RIAA指控侵權的眾多實例之一實際上是經過授權的合法使用，因此RIAA在侵權通知中重大不實陳述侵權事實⁵⁸。MP3Board網站也主張RIAA的侵權通知不實，因為通知中僅列出歌手的姓名，而未提供指涉歌曲合理充分的位置資訊，實質上不符合通知要件⁵⁹。該案的爭議主要是被控侵權人MP3Board網站是否有舉證證明著作權人之代理人RIAA在侵權通知中「故意」不實陳述侵權事實，而不是RIAA是否作出任何重大不實陳述⁶⁰。

法院認定RIAA的侵權通知不夠具體，無法構成對MP3Board網站的有效通知。法院表示，雖然第512條(c)項(3)(A)(ii)允許著作權人之代理人提供涉有侵權作品代表性列表，但RIAA在通知中提供指涉歌曲被非法連結的歌手名單不構成代表作品清單，也不構成讓ISP可識別代表作品清單的通知。法院雖同意DMCA只要求著作權人或其代理人「實質符合」規定的格式，但法院認為RIAA的通知沒有達到「實質符合」標準。然而法院表示，RIAA不會僅因發送無效通知而承擔第512條(f)項不實陳述責任。法院指出第512條(f)項的適用標準，是著作權人是否「故意重大不實陳述系爭內容或行為侵權」。法院強調，第512條(f)項僅懲罰著作權人故意重大不實陳述「系爭內容或行為侵權」⁶¹。因為MP3Board網站沒有舉證證明RIAA在侵權通知中重大不

⁵⁶ *Id.* at 3-4.

⁵⁷ *Id.* at 43.

⁵⁸ *Id.* at 45.

⁵⁹ *Id.* at 44.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.* at 45-46.

實陳述系爭內容侵權乃是「故意」為之，因此法院作出對RIAA有利的即決判決⁶²。

(二) Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc. 案

在Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc.案⁶³，Rossi自一九九七年起擁有並經營「internetmovies.com」網站。Rossi稱其網站為「在線雜誌」，提供有關電影資訊的網站目錄。該網站宣傳：「立即加入，可在線下載完整電影！每個月都有新電影」；「可完整下載電影」；和「現在可以下載」，在這些聲明之後是一些受著作權保護的電影海報⁶⁴。捍衛和代表主要電影製片廠之利益的美國電影協會的員工透過檢視網站提供的資訊，認為Rossi的網站包含侵權內容，便向Rossi和其網站所在之ISP發送侵權通知，要求關閉該網站⁶⁵。在接獲該ISP通知他的網站將被關閉後，Rossi找到了一個新的ISP來託管internetmovies.com。Rossi表示internetmovies.com被關閉大約72小時，他因網站關閉而損失的金額無法衡量。Rossi對美國電影協會提起訴訟，主張美國電影協會的員工在發送侵權通知之前沒有嘗試下載檔案，亦沒有進行調查以確定Rossi的網站是否實際侵權，Rossi因此指控美國電影協會發送不實侵權通知，嚴重干擾Rossi與其ISP的契約關係⁶⁶。地方法院駁回Rossi的論點，指出其「在DMCA中找不到任何規定要求著作權人在向ISP發送通知之前進行調查以確定實際侵權。」法院認為，在發送侵權通知要求ISP關閉Rossi的網站之前，美國電影協會的員工從檢視Rossi的網站取得足夠資訊得以形成「善意相信」該網站涉有侵權。聯邦地方法院基於第512條(c)項(3)(A)(v)中規定侵權通知的「善意相信」要件，裁決美國電影協會向Rossi的ISP發送侵權通

⁶² *Id.* at 45.

⁶³ Rossi v. Motion Picture Ass'n of America, Inc., 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

⁶⁴ *Id.* at 1002.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*

知在法律上是正當合理，美國電影協會對Rossi不負有任何責任⁶⁷。

在上訴時，Rossi主張法院應適用客觀標準來判定侵權通知的「善意相信」要件，因此著作權人必須「對涉有侵權的作品進行合理調查」⁶⁸。Rossi認為，如果美國電影協會進行合理調查，就會發現民眾實際上無法從Rossi的網站下載任何電影⁶⁹。此案的爭議與第512條(f)項規定無關，但是聯邦第九巡迴上訴法院根據第512條的整體結構，將第512條(c)項(3)(A)(v)「善意相信」要件和第512條(f)項不實陳述訴訟的「故意」要件一起解讀。上訴法院認為，對「善意相信」要件的判定應採主觀標準⁷⁰，並且指出：「在第512條(f)項，美國國會對不實侵權通知的訴訟理由，設有明確限制，即只有當著作權人的侵權通知是故意不實陳述時才需承擔責任。著作權人不會僅因為犯下不知情的錯誤，就被認定作出故意不實陳述，即使著作權人在犯錯時行為不合理。原告必須證明著作權人實際知悉其不實陳述侵權事實⁷¹。」上訴法院將第512條(c)項(3)(A)(v)的「善意相信」要件與第512條(f)項的「故意不實陳述」條款並置，揭示了第512條(f)項只對故意不實陳述網站內容涉有侵權的著作權人加諸損害賠償責任。國會欲以第512條(f)項保護被控侵權人對抗著作權人的主觀不當行為。上訴法院認為，若採用「客觀合理性」標準將與國會的立法意旨不符⁷²。

上訴法院指出，Rossi網站上使用的宣傳文字讓讀者認為「人們能從網站上下載電影」，即使實際上不可行。上訴法院認為美國電影協會的員工透過網站提供的資訊即足以使其「善意相信」Rossi網站包含侵權內容，因此上訴法院確認聯邦地方法院的判決，駁回Rossi提起的

67 *Id.*

68 *Id.* at 1003.

69 *Id.*

70 *Id.* at 1004.

71 *Id.* at 1005.

72 *Id.* at 1005.

訴訟⁷³。

(三) Online Policy Group v. Diebold, Inc.案

在Online Policy Group v. Diebold, Inc.案，加州北區聯邦地方法院持不同見解，對於第512條(f)項不實陳述訴訟的「故意」要件，採客觀標準⁷⁴。Diebold公司製造的電子投票機在二〇〇〇年總統大選期間受到公眾批評。其中兩個原告大學生取得Diebold公司員工內部電子郵件的檔案，其中有證據顯示一些員工知道機器有問題⁷⁵。學生在網上公布檔案，線上報紙寫了一篇文章批評機器，並提供了一個連結到檔案⁷⁶。Diebold公司向學生和線上報紙的ISP發送侵權通知⁷⁷。原告根據第512條(f)項對Diebold公司提起訴訟，要求法院作出宣示性判決並判定Diebold公司承擔損害賠償責任⁷⁸。法院認為「法條用語足夠清楚」，並採用了Black法律詞典中「故意」的定義，法院判定「故意」是指「當事方實際知悉（actual knowledge），或者如果採取合理注意或謹慎行事就應當知悉（推定知悉constructive knowledge），又或者如果其本著善意行事就沒有重大懷疑它是在作不實陳述⁷⁹。」在對事實適用客觀標準時，法院認為系爭文章討論Diebold公司投票機可能存在技術問題的郵件檔案部分是屬於合理使用，而不構成著作權侵害。因為法院認定第512條(f)項不實陳述訴訟成立，故而作出對原告有利的即決判決⁸⁰。法院還基於Diebold公司未起訴任何原告侵害著作權的事實，認為Diebold公司「將DMCA侵權通知當作武器來箝制言論，而不是正當維權使用⁸¹。」被告與原告以12萬5,000美元和解⁸²。

⁷³ *Id.* at 1006-07.

⁷⁴ Online Policy Grp. v. Diebold, Inc., 337 F.Supp.2d 1195, 1204 (N.D.Cal. 2004).

⁷⁵ *Id.* at 1197.

⁷⁶ *Id.* at 1198.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.* at 1198-99.

⁷⁹ *Id.* at 1204.

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* at 1204-05.

(四)Lenz v. Universal Music Corp.案

在Lenz v. Universal Music Corp.案，原告Stephanie Lenz在YouTube上傳了一段嬰兒跳舞的短片，背景音樂是系爭歌曲「Lets Go Crazy」。環球音樂公司向YouTube發送侵權通知，要求取下該影片，因為該影片的背景音樂侵害了環球音樂公司的著作權。Lenz根據第512條(f)項提起不實陳述訴訟，主張環球唱片公司缺乏「善意相信」該影片實際上侵害了著作權，亦即不符合第512條(c)項(3)(A)(v)善意相信要件，理由為環球唱片公司對她的影片使用系爭歌曲有無符合著作權法之法定例外事由的合理使用原則乃是「刻意眼盲」。

聯邦第九巡迴上訴法院認為關鍵問題是：第512條(c)項(3)(A)(v)是否要求著作權人在形成「善意相信」系爭內容是未經著作權人，其代理人或法律許可時，應考慮「合理使用原則」⁸³。對於這個問題，上訴法院給予肯定的回答，並指出「合理使用」是法律許可的使用，因此著作權人必須至少在發送侵權通知之前評估系爭內容是否為經法律授權使用的合理使用⁸⁴。上訴法院認為，DMCA已經要求著作權人在發送侵權通知之前對涉有侵權內容進行初步審查，所以對合理使用原則適用性的考慮應是作為該初步審查的一部分⁸⁵。

上訴法院回顧其在Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc.案明確裁決著作權法第512條(c)項(3)(A)(v)的「善意相信」要件是採主觀標準而非客觀標準。上訴法院表示其在Rossi案指出：「在第512條(f)項，美國國會對不實侵權通知的訴訟理由設有明確限制，即只有當著作權人的侵權通知是故意不實陳述時才需承擔責任。著作權人不會僅因為犯下不知情的錯誤，就被認定作出故意不實陳述，即使著作權人在犯

⁸² Diebold Coughs Up Cash in Copyright Case, Electronic Frontier Foundation, <https://www.eff.org/press/archives/2004/10/15> (last visited: 2023.02.28). DIEBOLD PAYS \$125,000 TO SETTLE DMCA MISUSE CASE Online Policy Group v. Diebold Inc., 11(15) ANDREWS INTELL. PROP. LITIG. REP. 11,*1 (2004).

⁸³ Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126, 1134 (9th Cir. 2015).

⁸⁴ *Id.* at 1129.

⁸⁵ *Id.* at 1135.

錯時行為不合理。原告必須證明著作權人實際知悉其不實陳述侵權事實⁸⁶。」雖然Lenz主張環球音樂公司早該知道該影片屬於法律許可的合理使用，上訴法院認為著作權人只需要主觀善意相信該使用是未經法律許可即可，上訴法院表示：「如果著作權人形成主觀善意相信涉有侵權的系爭內容不構成合理使用，即使本法院得出相反結論，也無法對著作權人的善意相信提出異議⁸⁷。」

案件雙方對此判決均不滿意，因此雙方都向美國最高法院提出上訴。美國最高法院最終決定不受理Lenz v. Universal Music Corp.案的上訴⁸⁸。此案發回聯邦地方法院不久後，案件雙方告知地方法院法官，他們原則上已達成和解⁸⁹。

(五)Disney Enters. v. Hotfile Corp.案

在Disney Enters. v. Hotfile Corp.案⁹⁰，法院首次對採用內容識別軟體的著作權人適用第512條(f)項之規定。在該案，原告是迪士尼、華納公司和其他電影製片公司（以下統稱「華納公司」），對被告Titov和其經營的Hotfile網站提起著作權訴訟。華納公司根據Hotfile網站鼓勵其使用者共享電影檔案，指控Hotfile網站侵害著作權⁹¹。華納公司主張Hotfile網站應為其使用者上傳侵權影片負有間接侵權責任，並且主張Hotfile網站因其未正確回應侵權通知，而無法享有第512條提供免除民事賠償責任與限制禁制令救濟之「責任避風港」保護⁹²。

⁸⁶ *Id.* at 1134.

⁸⁷ *Id.* at 1134-35.

⁸⁸ Joe Mullin, Supreme Court turns down EFF's "Dancing Baby" fair use case, *ars Technica* (6/20/2017), <https://arstechnica.com/tech-policy/2017/06/supreme-court-wont-hear-dancing-baby-copyright-case/?comments=1&post=33523661> (last visited: 2023.02.28).

⁸⁹ Maria Dinzeo, Fight Over Dancing Baby Video Ends in Settlement, *Courthouse News Service* (June 27, 2018), <https://www.courthousenews.com/fight-over-dancing-baby-video-ends-in-settlement/> (last visited: 2023.02.28).

⁹⁰ *Disney Enters. v. Hotfile Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 172339 (S.D. Fla. 2013).

⁹¹ *Id.* at 5.

⁹² *Id.* at 6.

Hotfile網站則根據第512條(f)項規定，就華納公司向Hotfile網站發送的890份侵權通知，向華納公司提出反訴，對華納公司發送不實侵權通知致生的損害求償。Hotfile網站指控華納採用內容識別軟體向Hotfile網站發送近千份與華納公司著作權內容無關的侵權通知，並且要求取下不屬於華納公司所擁有的著作權內容，包括與華納公司電影標題共享常用詞的檔案，甚至是華納公司無權主張權利但不希望公眾擁有的軟體程式JDownloader⁹³。在這些侵權通知中，華納公司一律聲明「在負擔偽證處罰下聲明發送通知之權利人有權代表著作權人行事」並且聲明「基於善意，相信其投訴之著作是未經著作權人、其代理人或法律之許可」⁹⁴。

Hotfile網站主張系爭作品被內容識別軟體錯誤識別為侵權，華納公司仍在侵權通知中具結聲明其善意相信系爭內容侵權，華納公司作出此類故意重大不實陳述侵權事實，濫用DMCA的「通知／取下」程序，從Hotfile網站上取下使用者上傳的合法內容，對Hotfile網站造成損害，違反了第512條(f)項不實陳述規定⁹⁵。華納公司承認其雖知道內容識別軟體發送一些不實侵權通知，但辯稱是電腦軟體出錯，而且這些錯誤並非「故意」為之，也主張誤判侵權不是第512條(f)項所設想的那種嚴重違規行為，對Hotfile網站造成的損害很少，因此不應要求華納公司為內容識別軟體的不實侵權通知負責⁹⁶。

首先，地方法院認定Hotfile網站未在其網站上實施合理的重複侵權者政策。有500萬使用者的Hotfile網站接獲800萬份侵權通知，在華納公司提起訴訟之前，Hotfile網站僅終止了43個帳號。法院表示，「除了侵權通知，Hotfile網站沒有其他方法可以防止其使用者重複侵權⁹⁷。」法院裁決Hotfile網站因為沒有正確回應侵權通知，而無法取

93 *Id.* at 52-53.

94 *Id.* at 47-48.

95 *Id.* at 48.

96 *Id.* at 48-49.

97 *Id.* at 77.

得「責任避風港」保護⁹⁸。

其次，法院質疑華納公司採用內容識別軟體發送侵權通知是否符合DMCA的侵權通知要件：「事實上，華納公司採用內容識別軟體執行侵權監測，主要以檔案標題、頁面名稱或其他明顯特徵進行搜尋，沒有經過人工審核即向Hotfile網站發送近千份侵權通知。由於這些檔案沒有經過審核，華納公司的內容識別軟體及其員工都沒有確定這些檔案是否有合法用途」⁹⁹。法院認為，根據第512條(f)項，侵權通知發送者在沒有「善意相信」系爭內容侵權的情況下，依法是禁止其發送侵權通知。法院表示，根據第512條(f)項，華納公司可能要承擔賠償責任，因為「案件記錄中有足夠證據顯示華納公司故意針對它知道無權取下的檔案發送侵權通知」，可以交由陪審團審理該問題，因此拒絕華納公司的即決判決動議¹⁰⁰。但在陪審團審理此案之前，案件雙方達成和解，Hotfile網站就此關閉¹⁰¹。

在美國，涉及第512條(f)項不實陳述訴訟的案件數量不多，但是仍可歸納出一項重點，即Online Policy Group v. Diebold, Inc.案法院雖採「推定知悉」的客觀標準¹⁰²，不過相關司法實務判決大多是支持並依循Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc.案的判決，將第512條(c)項(3)(A)(v)的「善意相信」要件與第512條(f)項的「故意不實陳述」條款並置，對於第512條(f)項不實陳述訴訟的「故意」要件採「實際知悉」不實陳述系爭內容侵權的主觀標準，亦即要成立第512條(f)項不實陳述訴訟，原告必須證明被告「實際知悉」系爭內容沒有侵權卻仍發送不實侵權通知。不過，需注意的是，在Disney Enters. v. Hotfile Corp.案，法院已經對該案採用之內容識別軟體的有效性和未經人工審

⁹⁸ *Id.* at 6.

⁹⁹ *Id.* at 49-50.

¹⁰⁰ *Id.* at 143-58.

¹⁰¹ Todd Spangler, 'Hotfile Shuts Down' after \$80 Mil MPAA Piracy Settlement, VARIETY (December 4, 2013), <https://variety.com/2013/digital/news/hotfile-shuts-down-after-80-mil-mpaa-piracy-settlement-1200918378/> (last visited: 2023.02.28).

¹⁰² Online Policy Grp. v. Diebold, Inc., 337 F.Supp.2d 1195, 1204 (N.D.Cal. 2004).

核有無合法用途之作法提出質疑，雖然該案最後和解，但也證明內容識別軟體的有效性和人工審核機制之有無，是法院判斷著作權人是否符合不實陳述訴訟之「故意」主觀要件的考量因素。

肆、科技執法之自動化侵權通知的不實通知爭議

根據觀察，本文認為合法內容遭到ISP不當取下之情形可大致分為兩類，一是系爭內容顯為合法的非侵權內容，二為形式上侵害著作但有合理使用或其他法定著作權例外和限制規定之適用可能性。情形一，系爭內容屬於被控侵權人之合法著作，因侵權通知致使該著作無法於網路上發布，對於其使用該著作構成妨害，應屬權利之侵害。例如前述古典音樂家和樂團在社群網站直播演奏公共領域音樂作品或錄影上傳之情況，可以顯見音樂家和樂團之演出乃是自身對於公共領域作品之演繹，固著於載體之表達則是他們的著作，卻因不實侵權通知而被取下或阻絕近用。至於構成情形二則多是涉及合理使用或其他法定著作權例外和限制規定之適用判定爭議，此即為DSMD第17條(7)之保護標的，留待後續說明新制度部分加以討論。本文此部分僅就明顯合法非侵權內容之情形，例如前述音樂家演奏公共領域音樂作品，分成兩個面向提出討論。

一、識別有效性與侷限性

如前所述，內容識別軟體分析上傳到網路的影音內容，然後依靠AI演算法來將這些內容與著作權人提供的著作權作品資料庫進行類似指紋比對的「聲紋」比對，並評估系爭內容是否在一定概率範圍內與內容識別軟體資料庫中的著作權內容吻合，以識別侵權內容。著作權人提供的著作權作品資料庫為比對來源，著作權人設定內容識別軟體比對與著作權作品相同或相似性吻合的系爭內容。

惟要判別同一公共領域古典音樂之不同錄音作品的合法性，就必須瞭解公共領域音樂作品的利用生態。原創作品出於多種原因進入公

共領域，而不再受著作權保護。最常見的情況是作品在著作權法立法制定之前創作，或著作權存續期間已經到期。按照美國現行著作權法，樂曲的著作權保護期間與書籍、繪畫和其他文學和藝術作品等著作未區分對待，如果已知著作權人，樂曲的著作權保護期間為著作權人終生加七十年，如果著作權人不詳，則著作權保護期間是「創作後一百二十年」或「公開發表後九十五年」，以著作權保護期間較短者為準¹⁰³。一旦著作權到期，著作權人的音樂作品便進入公共領域，屬於全人類，或不屬於任何人。巴哈（一六八五年至一七五〇年）、莫札特（一七五六年至一七九一年）、貝多芬（一七七〇年至一八二七年）等音樂大師的古典音樂作品都在著作權法立法制定之前創作，屬於不受著作權法保護的公共領域作品，任何人皆可在未經授權或付費的情況下自由使用，重製、改作、散布，或公開表演。

多數人認為古典音樂作品屬於公共領域，不受著作權法保護，因此古典音樂的錄音作品也屬於公共領域，不受著作權法保護。惟此一認知只是部分正確。古典音樂大多是早於著作權法制定前創作的作品，從未受著作權保護，屬於公共領域的公共財，但仍有錯綜複雜的著作權問題需要注意，關鍵是「錄音作品」（sound recordings）。在十九世紀後期，音樂作品的著作權歸作曲家所有，但隨著錄音設備的出現，產生音樂作品外的錄音作品。一首樂曲和同一樂曲的錄音作品，分別是音樂作品和錄音作品，擁有兩種不同的著作權。「音樂作品」的著作權，是保護樂譜中寫的旋律、節奏、歌詞等。錄音作品的著作權，是保護音樂作品的演奏和錄製方式，例如保護錄製在唱片、錄音帶、光碟中的表演。根據美國著作權法第101條定義，「錄音作品」是指將一系列之音樂、演說或其他聲音，予以附著所完成之著作，不論其所具體表現之實體物之性質如何，例如黑膠唱片、錄音帶、光碟，或其他錄音物。但不包括伴隨於電影或其他視聽著作之聲

¹⁰³ Standler Ronald B., Music Copyright Law in the USA (July 21, 2013), <http://www.rbs2.com/copyrm.pdf> (last visited: 2023.02.28).

音。「錄音作品」的著作權人是參與一首樂曲特定版本錄音和編曲的人。即使前者「音樂作品」屬於公共領域，不受著作權法保護，如果後者「錄音作品」是現代媒體製作，具有原創性，則可獨立取得著作權保護。因此，當音樂家在社群媒體線上直播其演奏貝多芬的《第五交響曲》時，其擁有錄音和編曲的著作權。當唱片公司錄製其簽約合作樂團演奏貝多芬的《第五交響曲》時，唱片公司也擁有同一曲目不同版本的錄音和編曲的著作權。無論是音樂家的錄音作品或是唱片公司的錄音作品，都是個別受到著作權法保護，未經個別版本錄音作品著作權人授權，不得任意使用。根據美國現行著作權法，一九二三年之前在美國出版的所有作品都屬於公共領域，但絕大多數錄音作品尚未進入公共領域，是因為錄音作品在一九〇〇年代初期是極為新穎和罕見，故未納入一九〇九年美國著作權法，而是由美國各州以普通法提供錄音作品所有權的永久保護。直到一九七六年，錄音作品才納入美國聯邦著作權法的保護範圍¹⁰⁴。美國國會於二〇一八年通過音樂現代化法案（Music Modernization Act, MMA），允許一九二二年或更早發行的錄音作品於二〇二二年一月一日進入公共領域¹⁰⁵。

巴哈、莫札特、貝多芬的古典音樂作品是屬於公共領域，古典音樂家和樂團在社群媒體線上直播或是播放錄製現場演奏古典音樂的影片，屬於合法行為。但目前AI演算法因公共領域古典音樂作品利用生態的複雜性，產生識別侷限性，無法辨別古典音樂同一曲目的不同錄音作品，故與著作權人的著作權作品不同的錄音版本常被識別侵權，本文前述古典音樂家和樂團將其演奏古典音樂的影片上傳至社群媒體，被不同唱片公司發送自動侵權通知導致合法內容影片被不當取下

¹⁰⁴ U.S. Copyright Office, Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights (2015), <https://www.copyright.gov/policy/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf> (last visited: 2023.02.28).

¹⁰⁵ All Sound Recordings Prior to 1923 Will Enter the US Public Domain in 2022, The Public Domain Review (December 7, 2021), <https://publicdomainreview.org/blog/2021/12/all-sound-recordings-prior-to-1923-will-enter-the-us-public-domain-in-2022> (last visited: 2023.02.28).

的事件，即是明顯實例。在疫情期間，內容識別軟體的識別侵權，對仰賴利用公共領域音樂作品的古典音樂家和樂團產生不利影響，嚴重箝制表現自由和生計。惟要追究著作權人採用內容識別軟體不當取下合法內容所致生的損害賠償責任，第512條(f)項不實陳述訴訟是唯一救濟管道，提供受害者在法庭上向不實侵權通知發送者求償。

上述情況亦顯示出內容識別軟體的另一問題，即比對吻合長度之判斷。相較於一首大約4至5分鐘長度的流行音樂，古典音樂演奏長度往往更長，例如貝多芬《第九號交響曲》演奏最長的版本達74分鐘。如果內容識別軟體比對結果兩者吻合長度僅短短10幾秒或2至3分鐘，是否即符合觸發侵權通知要件，這是需要審慎思考的問題。尤其第512條(c)項強調「善意相信」要件，究竟比對長度之考量應以著作權作品或是涉有侵權內容的長度為比例基準，又或是兩者兼具，這項條件將影響內容識別軟體的有效性和侷限性，無疑是著作權人採用內容識別軟體必須面臨之考驗。若要解決此難題，或許就識別結果復以人工審核是補救途徑之一。

此外，無論功能多強大的內容識別軟體，依然是由程式設計師編寫程式語言，即使AI演算法也少不了人為干涉，程式編寫可能有錯誤（Bug）存在，而這些程式錯誤會造成侵權通知發送錯誤，導致合法內容遭到不當取下或阻絕近用。本文認為利用科技自動化執法維權雖是著作權人之權利，非法律禁止之事項，但是相對來說，消除內容識別軟體之侷限性造成的錯誤應是著作權人之義務，必須在客觀上曾作出努力消除錯誤之行為，方可證明其在「善意相信」之情形下發送侵權通知。如果著作權人「實際知悉」錯誤之存在，且誤判程度高卻置之不理，亦即對於內容識別軟體造成顯而易見之錯誤「刻意眼盲」，似有「主觀上惡意」。反之，著作權人在知悉錯誤存在時，曾採取行動避免或改進，應可證明「主觀上善意」。

二、故意重大不實陳述

美國著作權法第512條(c)項規定，侵權通知必須基於「善意相

信」系爭內容對著作權內容的使用是未經法律許可。因此有論者主張，在缺乏人工審核機制下，採用內容識別軟體自動發送侵權通知的著作權人，根本無法符合「善意相信」主觀要件，就是侵權通知不實，故應承擔第512條(f)項不實陳述責任¹⁰⁶。然而，第512條(f)項明確限制了不實陳述訴訟的訴訟因由——「故意重大不實陳述系爭內容或行為侵權」，而不是對「善意相信」的不實陳述。

第512條(f)項規定，任何人在侵權通知中「故意重大不實陳述內容或行為侵權」，須承擔損害賠償責任和訴訟費用。美國國會制定第512條(f)項的目的是在阻止任何人濫用「通知／取下」程序，在侵權通知中故意向ISP不實陳述系爭內容或行為侵權，因為此類不實侵權指控對著作權人、ISP和網路使用者不利。由DMCA「通知／取下」程序的立法史以觀，美國國會意在創建一個「通知／取下」機制，藉由為著作權人提供取下涉有侵權內容的速捷方法，以及為ISP提供責任限制，來促進合法電子商務的發展。本文將第512條(c)項規定的「善意相信」要件、第512條(g)項規定的「回復通知」程序、第512條(f)項規定的「故意重大不實陳述」訴訟，以及聯邦第九巡迴上訴法院在*Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc.*案的判決意見，就第512條法律之整體結構，進行通盤考量，本文認為第512條(c)項的「善意相信」要件與第512條(f)項規定的「故意」要件，是兩相對立的標準，前者強調行為人的主觀善意，後者則強調行為人的主觀惡意。此外，第512條(g)項的「回復通知」程序反映了美國國會明確認知侵權通知並不一定是正確無誤，必須允許容錯空間。總之，美國國會在第512條(c)項規定「善意相信」要件，並制定「回復通知」程序，目的是在減少侵權通知發送者出於善意發送不實侵權通知致生的損害。美國國會另外在第512條(f)項規定的「故意重大不實陳述」訴訟，是為了制

106

元照出版提供 請勿公開散布
Jamie Williams, *Absurd Automated Notices Illustrate Abuse of DMCA Takedown Process*, Electronic Frontier Foundation (February 24, 2015), <https://www.eff.org/deeplinks/2015/02/absurd-automated-notices-illustrate-abuse-dmca-takedown-process> (last visited: 2023.02.28).

止任何人出於惡意發送不實侵權通知和回復通知，所以美國國會將第512條(f)項損害賠償責任明確限制在任何人「實際知悉」系爭內容沒有侵權卻仍發送不實侵權通知的情況。

據此，本文認為，在缺乏人工審核機制下，內容識別軟體自動發送侵權通知即使違反第512條(c)項規定的「善意相信」要件，也不須承擔第512條(f)項不實陳述責任，因為美國司法實務對第512條(f)項不實陳述訴訟是採「故意」主觀要件，需要受害者證明採用內容識別軟體的著作權人「實際知悉」侵權通知中不實陳述侵權事實，造成被內容識別軟體誤判的受害者舉證困難。只要著作權人不參與「主觀不當行為」，即使在缺乏人工審核機制下，著作權人採用內容識別軟體對線上直播或是錄製現場演奏古典音樂的合法影片自動發送侵權通知的不合理行為，也不會產生第512條(f)項的損害賠償責任。對於上述論者主張在缺乏人工審核機制下，採用內容識別軟體自動發送侵權通知的著作權人，根本無法符合「善意相信」主觀要件，就是侵權通知不實，故應承擔第512條(f)項不實陳述責任，本文認為其主張乃是錯誤解讀第512條(f)項規定。任何軟體都存在漏洞或缺失，必然會產生錯誤。上述論者憑藉已出現誤判侵權的後見之明，認定若是著作權人早先改善其內容識別軟體，侵權通知中的錯誤就可避免或預防，論者的主張是「過失不實陳述」，而不是第512條(f)項規定的「故意不實陳述」。實際上，論者的主張會將每個錯誤不實通知變成可提出第512條(f)項訴訟求償的故意不實陳述，因為已事先「知道」任何內容識別軟體都會導致一些錯誤。這是「推定知悉」客觀標準的論據，與美國司法實務對第512條(f)項「故意重大不實陳述」訴訟大多採用的「實際知悉」主觀標準不符。然而，即使本文承認並同意不實陳述訴訟是採「故意」主觀要件，仍有一點必須聲明，若著作權人已知該內容識別軟體自動發送明顯錯誤通知的實例，卻未積極尋求消除程式設計錯誤造成誤發不實通知之解決方法或措施，則是有主觀「故意」之嫌。本文認為，著作權人此舉顯然不符「通知／取下」機制的立法意旨，實不應過度寬容看待，而是必須讓著作權人負擔一定程度的校正錯誤

之責。固然因為內容識別軟體之實際侷限性是技術研發進程中必定存在而應該被適當容忍之缺失，但是並非著作權人利用內容識別軟體自動發送不實通知之理由。畢竟以損害最小之方式企求「通知／取下」程序改善網路侵權現況，乃是立法者設計制度之初衷，若是對內容識別軟體自動發送不實通知造成不當取下之亂象過度寬容，反而有違初衷且甚至有礙著作權法立法目的之虞。

不同於美國著作權法第512條(f)項僅限於「故意」之情況，我國著作權法第90條之11規定：「因故意或過失，向網路服務提供者提出不實通知或回復通知，致使用者、著作權人、製版權人或網路服務提供者受有損害者，負損害賠償責任。」所以在我國即使著作權人是因過失發送不實侵權通知或回復通知而致使使用者或ISP受到損害，仍應負損害賠償責任，這是我國著作權法第90條之11規定與美國著作權法第512條(f)項的最大不同處，AI演算法識別軟體錯誤造成不實侵權通知，即使非出於著作權人之惡意，在我國極有可能因此可歸責。

參照我國著作權法第90條之11的立法理由，本條所稱故意或過失之標準回歸我國民法第184條第1項前段規定，再加上實務尚未有第90條之11不實通知損害賠償案例可供參考，所以本文以下整理討論過失之判決作為參考。由於我國民法對故意、過失之意義未設有規定，通說認為解釋應同於刑法，過失之判斷則是應依刑法第14條，按其情節應注意並能注意而不注意，以及雖預見其能發生而確信其不發生，亦即行為人對侵害結果具有可預見性和可避免性（或稱預防性）。我國最高法院見解是行為人之注意義務應以善良管理人的注意義務為準¹⁰⁷，也就是英美法所稱「合理人」（reasonable man）¹⁰⁸之注意義務。

¹⁰⁷ 我國最高法院93年台上字第851號民事判決。最高法院100年台上字第328號判決：所謂過失，指行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意。又過失依其所欠缺之程度為標準，雖可分為抽象輕過失（欠缺善良管理人注意義務）、具體輕過失（欠缺應與處理自己事務同一注意義務）及重大過失（顯然欠缺普通人之注意義務），然在侵權行為方面，過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意義務為斷（本院十九年上字第二七四六號判例參照），亦即行為人僅須有抽象輕過失，即可成立。而善良管理人之注意義務。

務，通常合理人之注意是客觀性或類型化的標準。關於判斷過失之考量因素，包含行為的危害性、損害發生機率、行為的性質與效益和防範措施的成本。

最高法院87年度台上字第78號民事判決：「又所謂過失，係指行為人雖非故意，但按其情節，應注意、能注意而不注意，或對於侵權行為之事實，雖預見其發生，而確信其不發生者而言。」

智慧財產法院108年民專訴字第84號判決：「又按負侵權行為損害賠償責任之行為人，必須具有『故意』或『過失』主觀意思要件，所謂『過失』，乃應注意能注意而不注意，係以行為人是否怠於善良管理人之注意為斷。又應盡善良管理人之注意義務而欠缺者，係指依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意而欠缺。行為人已否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。」

據上可知，著作權人採用AI演算法識別軟體監測侵權內容，而AI演算法錯誤通知之情況已是飽受抨擊，因此著作權人對此項事實是可預見，再加上三振條款之後果也是可預想，且有回復通知回報錯誤之情況下，著作權人仍未改善AI演算法識別軟體，或是未經過人工審核識別結果後才發送侵權通知，或是未定期檢查該軟體是否存在錯誤，本文認為應可解釋為屬於未善盡善良管理人之注意義務以及欠缺採行預防措施而可歸責。

二〇二〇年國內知名音樂教學Youtuber「好和弦」宣布要離開

務，乃指有一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同之情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準，如行為人不為謹慎理性之人在相同情況下，所應為之行為，即構成注意義務之違反而有過失，其注意之程度應視行為人之職業性質、社會交易習慣及法令規定等情形而定。而專門職業人員，基於與當事人之信賴關係，並本於其專業能力、工作經驗及職業責任，在執行業務時，對於相對人或利害關係人應負有保護、照顧或防範損害發生之注意義務。

¹⁰⁸ 王澤鑑，侵權行為法，增補版，2021年11月，頁335。

YouTube網站而引起大眾關注和討論DMCA侵權通知的濫發亂象。從「好和弦」發布的影片中發現其也曾遭遇本文所述問題¹⁰⁹，他上傳其彈奏古典音樂的影片至YouTube網站，卻被SONY唱片公司發送侵權通知和惡意分潤，即使發送回復通知並且向YouTube網站反映，卻未獲回應¹¹⁰。如果發送回復通知說明事實仍未獲回應，按照前述情況，唱片公司只要人工審核即可避免此類誤判或是撤回侵權通知以停止侵害，卻仍未採取任何行動，可證明唱片公司未盡善良管理人之注意義務，所以依照當初立法者訂定「通知／取下」程序之設計，面對此番情況，Youtuber「好和弦」的下一步可選擇依我國著作權法第90條之11規定向唱片公司求償，請求填補因其過失行為蒙受之損害。

伍、論著作權蟑螂之不實侵權通知爭議

著作權蟑螂能夠將不實侵權通知作為牟利武器，主要原因在於ISP依照著作權法須採用並合理實施重複侵權者政策，造成取下或阻絕近用上傳內容和終止服務之結果，進而對被索賠的企業或個人產生經濟損害，再加上ISP為處理重複侵權而採行內容識別系統，加劇妨害表現自由和阻擾近用資訊的影響。所以本文以下就著作權蟑螂和ISP營運管理措施中採行的內容識別系統、重複侵權者政策之關係進行說明與討論。

一、YouTube的重複侵權者政策

由於美國著作權法未定義「重複侵權者」一詞，也未規定所有ISP都必須採用同一「重複侵權者政策」，所以YouTube根據著作權法留下的自由裁量空間，在符合相關條文規定之前提下，基於進行網站控管、長久營運之目的而設計專屬的「重複侵權者政策」，依法採用

¹⁰⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=62zoHP6p1Ec> (last visited: 2023.02.28).

¹¹⁰ Jemmy, DMCA版權申訴：小心版權蟑螂搞垮你的SEO！引起Google注意的親身慘例，數位時代，2022年1月10日，<https://www.bnnext.com.tw/article/66962/dmca-seo>，造訪日期：2023年2月28日。

並實施現行的YouTube著作權警告系統，以及其自行與內容合作夥伴之間協議建置的Content ID系統。

(一)著作權警告系統

YouTube採用自動化著作權警告系統，其運作方式主要基於第三人立場，相信侵權通知是著作權人符合法規要求而發送且提供之資訊是正確無誤，所以YouTube必須取下侵權內容。當著作權人發送侵權通知要求取下涉有侵權內容，YouTube的著作權警告系統會自動取下系爭內容，並自動發出著作權警告。每個侵權通知都構成一次著作權警告，一旦使用者在特定時間範圍內接獲三次侵權通知，導致YouTube發出三次著作權警告，使用者就會被三振出局，其帳號以及任何相關頻道都可能被停權，上傳到帳號的所有影片都將被取下，使用者將無法建立任何新頻道。因此對YouTube使用者而言，侵權通知牽動著作權警告系統，問題是高度自動化的YouTube系統由AI演算法控制，任何演算法都可以被操弄。YouTube著作權警告系統中的關鍵變數，即三振出局的侵權通知次數，廣為人知也容易被人操弄。

要撤銷著作權警告，被控侵權人必須請求侵權通知發送者撤銷侵權通知。如果被控侵權人自認其上傳的內容因被錯誤識別或可能構成合理使用而被錯誤取下，得發送回復通知啟動「回復通知」程序，著作權警告會因此撤銷。又或者被控侵權人可以等待著作權警告在九十天後到期，但前提是其必須完成YouTube的著作權學校課程，並且沒有重複侵權行為。在此期間，被控侵權人的帳號功能也受到限制，包括獲利功能。此外，如果是直播或存檔的直播，被控侵權人的直播也將受到九十天的限制。YouTube亦提供申訴程序，但本文後述的YouTube, LLC v. Brady案中兩位實況主Kenzo和ObbyRaidz直言申訴無用，並公開批評YouTube的自動著作權警告系統不是被用來保護內容創作者，而是被著作權蟑螂用來威脅個人頻道以勒索取財的工具。

YouTube的著作權警告政策對使用者使用該服務經營社群行銷和分享創作以營生之模式，構成重大威脅。累計三次著作權警告的

YouTube使用者可能會輕易失去其頻道，這對許多於疫情期間在YouTube建立和經營頻道，進行各種商業交易、傳播創意內容的公司與個人來說，失去頻道等於失去生計，面臨生計交關的威脅，為詐騙者提供了勒索取財的機會。從本文後述的YouTube, LLC v. Brady案可知，DMCA的「通知／取下」程序和YouTube的著作權警告政策，被著作權蟑螂濫用來勒索YouTube使用者，實況主Kenzo和ObbyRaidz都多次因為著作權蟑螂假冒著作權人發送侵權通知，而接獲YouTube對其頻道發出著作權警告。著作權蟑螂藉機要求Kenzo和ObbyRaidz付錢換取撤銷侵權通知，以避免頻道被停權。

(二)上傳內容識別措施——Content ID系統

Content ID是YouTube設立的另一個監控系統，透過YouTube與內容合作夥伴之間的合作來抵制侵權，這些合作夥伴必須將其著作權作品上傳至YouTube的資料庫，建立一種數位指紋，Content ID系統可以自動掃描YouTube上的所有影片，並與YouTube的資料庫進行交叉比對，執行過濾功能。使用者試圖上傳到YouTube上的任何影片都會被Content ID掃描。由於上傳到YouTube的新影片數量龐大，Content ID也必須掃描數量龐大的影片。對於每個上傳的新影片，功能強大的Content ID在幾秒鐘之內即得出比對吻合或不吻合的結果。因此，如果一個使用者試圖上傳影片，Content ID在幾秒鐘之內比對吻合，且權利人已經事先選擇封鎖或取下侵權影片的使用政策，則Content ID即封鎖或攔阻侵權影片，防止該侵權影片上傳到YouTube¹¹¹。

如果識別比對吻合被判定為侵權影片，則Content ID系統會自動生成著作權聲明（也稱為Content ID聲明）¹¹²，然後著作權人有以下3

¹¹¹ Toni Lester & Dessislava Pachamano, *The Dilemma of False Positives: Making Content ID Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation*, 24(1) UCLA ENT. L. REV. 51, 62 (2017).

¹¹² 著作權聲明和著作權警告之間的區別，主要在於YouTube ID系統過濾YouTube上的所有影片後發出Content ID聲明，而YouTube接獲侵權通知即觸動著作權警告系統自動化發出著作權警告。

個選項可以決定如何處理系爭侵權影片：1. 取下或阻絕近用系爭侵權影片。2. 系爭侵權影片仍留在平台上，但著作權人與YouTube合作，控制系爭侵權影片的使用。著作權人從系爭侵權影片獲得更多廣告流量，利用侵權內容營利¹¹³。上傳影片者不會從上傳內容獲得任何金錢收益。3. 追蹤上傳內容之瀏覽率進行統計。

Content ID的影片和音頻內容識別技術功能強大，能夠識別影片內容中與權利人提供的參考內容比對吻合的內容，即使該影片已與原著作內容有所不同。Content ID除了張貼前掃描使用者試圖上傳的影片，Content ID還掃描已經在YouTube上張貼的所有影片。不過，要以Content ID落實著作權保護，YouTube必須要取得權利人的參考內容才能加以比對，以便在侵權內容提供給公眾前攔阻使用者上傳未經授權的著作內容至YouTube。因此對未提供給YouTube參考內容的任何著作，YouTube不會使用Content ID加以比對。YouTube此舉乃是符合美國著作權法和法院見解，因為ISP並無主動監控上傳內容之義務，僅在著作權人提供相關資訊後才根據內部控管網站之策略，提供內容識別服務，並依據著作權人之選擇處置侵權內容，然而未搭配有效的爭議解決機制，例如人工審核，導致許多使用者利用公共領域著作或合理使用著作之阻絕爭議，而致使YouTube被批評淪為大型音樂或影視公司打擊創作並牟利的幫兇。

二、進階版著作權蟑螂實例——YouTube, LLC v. Brady案

本案涉及被告Christopher L. Brady（以下簡稱「Brady」）對YouTube惡意發送侵權通知，並對YouTube上的Minecraft遊戲實況主「Kenzo」、「ObbyRaidz」和「Cxlvxn」敲詐勒索。Kenzo在其YouTube頻道上傳約300多個影片，並擁有超過60,000名訂閱者。ObbyRaidz在其YouTube頻道上傳約100多個影片，並擁有超過10,000

¹¹³ Justin R. Lizalek, Flipping the DMCA and Its Progeny on Their Heads: Content Creators Reclaiming Revenue From Improper Copyright Claims, 54 UIC L. REV. 757, 768-69 (2021).

名訂閱者。Cxlvx在其YouTube頻道上傳了500個影片，並擁有約20,000名訂閱者。此外，這三名實況主都是YouTube合作夥伴計畫的成員，從其影片廣告賺取收入¹¹⁴。

二〇一九年一月，被告Brady使用多個偽造身分，根據DMCA第512條(c)項規定向YouTube發送多個侵權通知，指控Kenzo上傳的兩個影片和ObbyRaidz上傳的兩個影片侵害Brady的著作權。被告Brady的侵權通知包括第512條(c)項要求的各種必載資訊，並且識別了Kenzo和ObbyRaidz上傳的特定影片的具體位置。他在侵權通知中表示其為這些影片的創作者，擁有這些影片的著作權，指控Kenzo和ObbyRaidz上傳的影片侵害其著作權，並且具結聲明其每一個侵權通知都是真實無誤。他亦具結聲明：「受偽證罪的懲罰，我有權代表據稱被侵害的著作權人行事。」Brady甚至包括相關影片其他副本的連結，以此證明他創作了這些系爭影片。¹¹⁵

YouTube在接獲Brady的侵權通知後，便迅速取下Brady侵權通知中指涉侵權的影片。YouTube還對Kenzo和ObbyRaidz帳號發出著作權警告。二〇一九年一月二十九日，Brady針對ObbyRaidz影片向YouTube發送侵權通知不久後，Brady用假名向ObbyRaidz發送了一則訊息，內容為：「嗨，Obby，是我們讓YouTube取下你的影片，並讓YouTube對你的帳號發出著作權警告。我們的要求是你用Paypal支付150美元，或75比特幣。我們接獲付款後會撤銷侵權通知，讓YouTube撤銷對你頻道的兩次著作權警告並回復這些影片。如果你不付款，我們將再向YouTube發送侵權通知，讓YouTube對你的帳號發送第三次著作權警告。給你很短的時間做出決定¹¹⁶。」

¹¹⁴ Complaint at 7, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

¹¹⁵ Complaint at 8, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

¹¹⁶ Complaint at 9, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

Brady同樣用假名與Kenzo聯繫，表示如果Kenzo用Paypal支付300美元或200比特幣，就撤銷侵權通知。Brady在郵件中威脅，如果Kenzo不付款，Brady會發送更多侵權通知，導致YouTube對Kenzo發出著作權警告並將Kenzo的帳號與頻道停權¹¹⁷。

Kenzo和ObbyRaidz在推特公開他們被敲詐勒索的經歷之後，YouTube才得知Brady的詐欺行為。YouTube迅速調查此事，回復了相關影片，並撤銷對Kenzo和ObbyRaidz帳號的著作權警告¹¹⁸。

此外，在二〇一九年六月至七月間，Brady向YouTube發送另外四份DMCA侵權通知，這次針對的是Cxlvx頻道。同樣，這些侵權通知不實。Cxlvx上傳的影片並未侵害Brady據稱擁有的著作權。Brady在他發送侵權通知時就知道這一點。Brady還知道他不擁有他在侵權通知中指稱為自己影片的著作權。他在侵權通知中具結願受偽證罪處罰的聲明是故意不實¹¹⁹。

YouTube對Brady和Cxlvx的Twitter帳號的審查時，發現Brady和Cxlvx之間的糾紛，並且Brady發送侵權通知似乎是出於誘使Cxlvx發送回復通知以取得Cxlvx住址的不當目的。Cxlvx於二〇一九年七月四日發送回復通知。七月十日，他在推特說他是假報警事件的受害者，當天有人假報警，導致大批武裝員警到他家。

鑑於(一)被告Brady與Cxlvx發生糾紛的時間，(二)Brady針對Cxlvx提出的不實侵權通知；(三)Brady透過Cxlvx的回復通知得知Cxlvx的住址；(四)假報警事件，YouTube主張Brady似乎透過濫用DMCA「回復通知」程序獲得的個人資訊，來進行假報警¹²⁰。

被告Brady至少向YouTube發送十二次侵權通知，其中包含故意重

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ Complaint at 10, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ Complaint at 10-11, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

大不實陳述，指控YouTube使用者上傳至YouTube的影片侵害其著作權。要使用表格發送侵權通知時，投訴方必須勾選以下聲明旁邊的框，該聲明的內容如下：「我承認，根據DMCA第512條(f)項，任何人故意重大不實陳述系爭內容或行為侵權，可能需要承擔損害賠償責任。」YouTube主張其接獲Brady不實侵權通知，並且據此取下或阻絕近用Brady謊稱的侵權內容，被告Brady利用至少15種不同的線上身分隱藏其違法行為，但YouTube都追蹤到Brady身上¹²¹。

YouTube因此認定Brady為著作權蟑螂，並將其帳號停權，YouTube甚至認為有必要在這種嚴重濫用侵權通知的情況下，提起訴訟追究Brady不當行為的責任。YouTube遂在美國內布拉斯加州聯邦地方法院對Brady提起第512條(f)項不實陳述訴訟，指控Brady多次向YouTube發送侵權通知，不實陳述Kenzo、ObbyRaidz和Cxlvxn上傳至YouTube的Minecraft遊戲實況影片侵害了Brady謊稱擁有的著作權，違反第512條(f)項規定。被告Brady並多次對Kenzo，ObbyRaidz和Cxlvxn發信進行騷擾和勒索。YouTube主張被告Brady濫用侵權通知的行為導致YouTube花費大量金錢調查和防堵濫用行為，以確保其使用者不會因此遭受帳號與頻道被不當停權的嚴重後果。YouTube在其第512條(f)項不實陳述訴訟中追討Brady不當行為對YouTube造成的損害，要求賠償補償性損害、訴訟費用和合理律師費。YouTube並且要求法院核准初步和永久禁令救濟，禁止被告Brady日後再向YouTube發送不實侵權通知¹²²。

YouTube藉此訴訟，向其他「著作權蟑螂」公開表明YouTube不會容忍濫用侵權通知的行為。Brady已經與YouTube達成和解，Brady承認發送數十次不實侵權通知給YouTube，並在這些通知中不實陳述YouTube使用者上傳的內容侵害其著作權。Brady為他的行為公開道

¹²¹ Complaint at 11, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

¹²² Complaint at 12, YouTube, LLC v. Brady (D. Neb. Aug. 19, 2019) (No. 8:19-cv-00353).

歉，並且支付25,000美元和解金，YouTube表示會將這筆和解金捐贈給非營利組織¹²³。

三、著作權蟑螂濫用重複侵權者政策

在上述YouTube, LLC v. Brady案，進階版著作權蟑螂Brady發送不實侵權通知的行為，暴露出美國DMCA第512條「通知／取下」程序的幾項重大缺失。DMCA第512條(c)項允許著作權人對其認為侵權的內容發送侵權通知，在美國營運的ISP必須遵守這些侵權通知，並推定侵權通知中指控的內容侵權，故需將系爭內容迅速取下或阻絕近用。首先，「通知／取下」程序的主要問題之一，在於侵權通知之實質運作形成有罪推定的效果，導致使用者須自證無罪才能平反。這般舉證責任之轉置，加上DMCA「通知／取下」程序只要求ISP接獲侵權通知後迅速取下或阻絕近用涉有侵權內容，不需法院對侵權通知中的任何著作權主張進行審理，亦不需ISP對侵權通知內容進行實質審查，發送侵權通知的便利性與ISP迅速取下系爭內容的訴訟外強制作為，成為著作權蟑螂濫用侵權通知作為勒索取財的工具。

其次，「通知／取下」程序的另一問題，主要在於被控侵權人若要發送回復通知以回應侵權通知並撤銷著作權警告時，第512條(g)項(3)(D)¹²⁴強制要求被控侵權人必須同意司法管轄和地點，也就是同意

¹²³ James Hale, YouTube Settles Lawsuit Against Man who Attempted to Extort ‘Minecraft’ Creators with Copyright Flags (10/21/2019 Posted), tubefilter, <https://www.tubefilter.com/2019/10/21/youtube-lawsuit-christopher-brady-false-copyright-infringement-flags/> (last visited: 2023.02.28).

¹²⁴ 17 U.S.C. § 512(g)(3)(D) (2022).

(3) Contents of counter notification.—To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider’s designated agent that includes substantially the following: (D) The subscriber’s name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber’s address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who

侵權通知發送者使用此資訊對回復通知發送者提起訴訟，以防止ISP回復系爭內容。此舉將強迫被控侵權人同意侵權通知發送者提起訴訟。此外，第512條(g)項(3)(D)¹²⁵強制要求被控侵權人必須在回復通知中載明其身分，並且提供其聯繫方式，包括地址和電話號碼，以便回復系爭內容。此舉將揭露使用者個人資料，這也正是YouTube, LLC v. Brady案中Brady發送侵權通知誘使Cxlvxn發送回復通知的不當目的，以取得Cxlvxn的住址，然後假報警，導致大批武裝員警到Cxlvxn家。此一事件也證明為何回復通知的使用率低下。原本設計用於幫助著作權人取得必要聯絡資訊以送達訴訟文件的條文意旨，卻成了著作權蟑螂迫害回復通知發送者的人身自由之幫凶，這應該是當初立法者始料未及之事。「通知／取下」制度設計之初是相信利害關係人會誠實運作，但是卻不幸成為危害社會秩序的原因。

第三，根據責任避風港保護資格要件，「重複侵權者政策」規定適用於所有ISP類型，包括連線服務提供者、快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者和搜尋服務提供者。想要免責的ISP在適當情況下有義務將重複侵權者的帳號停權，但是ISP此一停權義務如何實踐？誰是「重複侵權者」？ISP如何「採用並合理實施」重複侵權者政策？ISP需要採行何種步驟來遵守法律，並保護其使用者上傳合法內容的權利？這些問題的正確答案至關重要，因為ISP依法有義務將使用者帳號停權，以懲罰和阻止重複侵權者的侵權行為，但在現今ISP提供主要線上言論平台的情況下，將重複侵權者的帳號不當停權或是甚至終止基本的網路連接服務，可能會產生打壓網路世界言論自由的嚴重後果。

如前所述（參、二），雖然第512條(i)項(1)(A)就遵守事宜並未設有具體規定，但大多數ISP採用「三振出局」模式，即所謂的「三振條款」，規定使用者接獲侵權通知時，ISP就會對使用者發出著作權

¹²⁵ provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person.
Id.

警告，使用者接獲三次著作權警告，其帳號就會被終止。然而本文認為，侵權通知畢竟只是侵權指控，而不是侵權證據，並且侵權通知發送者亦無須提出著作權登記證書以證明其為權利人而發送侵權通知的資格要件，為了保護使用者權益，ISP應避免採用過度簡化的「三振條款」，將接獲三次侵權通知（三次著作權警告）的使用者帳號停權。本文建議，ISP在將使用者的帳號停權之前，應執行以下措施：首先，ISP應及時通知使用者關於對其發送之侵權通知的相應事宜，包括提供侵權通知發送者的聯繫資訊、回復通知的資訊。其次，ISP不應立即將使用者帳號停權，而是在接獲可能觸發終止使用者帳號的侵權通知後，為使用者提供一段合理期間讓使用者聯繫侵權通知發送者或者發送回復通知。如果使用者發送回復通知，應立即撤銷著作權警告。如此作法似能填補「通知／取下」程序因為科技改變數位環境而缺失的實質性正當程序保障，增加程序公平性。

陸、資訊儲存服務提供者的內容管理爭議

著作權法定義的資訊儲存服務提供者，因應資通訊科技進步，線上數位內容分享平台不斷演進，除了原本「通知／取下」程序的消極性管理義務，針對大型平台業者，歐盟透過數位單一市場著作權指令¹²⁶（Directive (EU) 2019/790）第17條加諸直接侵權責任，藉此以業者自律為根基，希冀維護使用者和著作權人之間的權利保護衡平。我國的國家通訊傳播委員會（NCC）跟進國際趨勢，認定這些平台業者具備重要「守門人」（gatekeeper）特性，並認為平台業者在一定程度上對此類事務負有社會責任，在此背景下提出數則涉及數位匯流監管議題的專法草案。種種跡象顯示，資訊儲存服務提供者的法遵義務正

126

元照出版提供 請勿公開散布
Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019, pp. 92-125 [hereinafter Directive (EU) 2019/790].

在產生重大變化，越來越重視平台業者的內容管理事務。

一、歐盟獨闢蹊徑——DSMD第17條

有感於前述種種線上內容分享產業涉及的著作權爭議，歐盟獨闢蹊徑建構一套特定著作權授權和責任制度，該制度雖允許採用內容識別系統進行上傳內容過濾和阻絕近用，但是法規配套嚴謹，提供足夠保障措施以維護著作使用者的表現自由與資訊自由。歐盟此一作法值得探究。

歐盟數位單一市場著作權指令（Directive (EU) 2019/790）於二〇一九年四月十七日通過，同年五月十七日指令全文公布於歐盟官方公報，並依規定於二〇一九年六月七日生效，歐盟成員國依照DSMD第29條規定應在二〇二一年六月七日前遵守指令將相關規定內化為國內法律加以執行。根據歐盟執委會（European Commission）於二〇二一年七月二十六日發布的新聞¹²⁷，仍有許多成員國¹²⁸尚未完成指令國內法化之程序。二〇二二年四月二十一日為止有諸多國家¹²⁹，包括奧地利、法國、德國、義大利、荷蘭和西班牙等¹³⁰已完成國內法化程序，立陶宛也已於二〇二二年五月一日修正法規生效¹³¹。根據歐盟執委會

¹²⁷ Copyright: Commission calls on Member States to comply with EU rules on copyright in the Digital Single Market, Daily News 26/07/2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_3902?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=14d27e1a3e-EMAIL_CAMPAIGN_2021_07_26_11_26&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-14d27e1a3e-188979681 (last visited: 2023.02.28).

¹²⁸ Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czechia, Denmark, Estonia, Greece, Spain, Finland, France, Croatia, Ireland, Italy, Lithuania, Luxembourg, Latvia, Poland, Portugal, Romania, Sweden, Slovenia and Slovakia.

¹²⁹ Ariadna Matas, Copyright directive series: Progress in the directive transposition, (Updated on Thursday April 21, 2022), <https://pro.europeana.eu/post/copyright-directive-series-progress-in-the-directive-transposition> (last visited: 2023.02.28).

¹³⁰ Austria, Croatia, Estonia, France, Germany, Hungary, Ireland, Italy, Malta, Netherlands and Spain.

¹³¹ Zita Szilágyi, LITHUANIA TRANSPOSES THE DSM DIRECTIVE, PETOŠEVIĆ (May 4, 2022), <https://www.petosevic.com/resources/news/2022/05/4618> (last visited: 2023.02.28).

於二〇二三年二月十五日發布的新聞稿，尚有保加利亞、丹麥、芬蘭、拉脫維亞、波蘭和葡萄牙等，合計是6個會員國未完成DSMD國內法化程序，歐盟因此將提交歐盟法院（Court of Justice of the European Union, CJEU）處理¹³²。DSMD從草案提出即備受矚目和爭議，主要是草案第11條（指令第15條）賦予新聞出版業鄰接權（俗稱「連結稅，Link Tax」），和草案第13條（指令第17條）加諸於線上內容分享服務提供者（online content-sharing service provider, OCSSP）的著作權責任規定，為求凸顯草案第13條產生危害憲法保障權利疑慮的爭議關鍵，新聞報導或各界評析或提及本條時稱為「上傳過濾器」條款（Upload Filters），但細看條文用字並未有Filters等字詞¹³³。

DSMD第17條關於使用者上傳內容過濾和阻絕等條文內容，飽受抨擊，這些條文內容被批評有危害表現自由和資訊自由等基本權利之疑慮，波蘭亦是據此向歐盟法院提起訴訟，質疑部分條文之正當性，歐盟法院於二〇二二年四月二十六日作成判決，即Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union案（以下簡稱「Case C-401/19」），駁回波蘭要求法院廢止DSMD第17條「部分條文內容¹³⁴」之請求¹³⁵。事實上，為了有效落實DSMD第17條內化為歐盟成員國的國內法律規範，DSMD第17條(10)項要求歐盟執委會發布適用第17條之指引，歐盟執委會經過多次協調利害關係人、著作權人

¹³² See The European Commission decides to refer 11 Member States to the Court of Justice of the European Union for failing to fully transpose EU copyright rules into national law, European Commission Press corner (15 February 2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_704 (last visited: 2023.02.28).

¹³³ 謝國廉，歐盟新著作權指令之「連結稅」和「上傳過濾器」條款——背景、爭議與影響，科技法律評析，第12期，2020年12月，頁7。

¹³⁴ Article 17(4)(b) and the last half sentence of subparagraph (c).

¹³⁵ CJEU Case C-401/19, Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union, The full text and the résumé of the judgment is available at <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=258261&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=4421078> (last visited: 2023.02.28).

和OCSSP對話討論，以及徵詢公眾意見，終於在二〇二一年六月四日公布「數位單一市場著作權指令第17條指引¹³⁶」（Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market，以下簡稱「第17條指引」），以確保成員國之國內法達成一致規範¹³⁷。執委會發布第17條指引之前，許多學者早在DSMD頒布不久後，即於二〇一九年十一月聯名發布聲明意見提出適用第17條應注意事項¹³⁸，以避免上傳過濾規定之執行造成表現自由和資訊自由之侵害。聯合聲明強調第17條(4)所稱「最大努力」（best efforts）應與該條(7)和(9)一併解讀，尤其根據DSMD前言70¹³⁹，業者實踐預防義務不可損害使用者享有的實體權利，例如法定著作權例外和限制規定，以及會員國有強

¹³⁶ EUROPEAN COMMISSION, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market (2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1625142238402&uri=CELEX%3A52021DC0288> [hereinafter Guidance on Article 17] (last visited: 2023.02.28).

¹³⁷ New EU copyright rules that will benefit creators, businesses and consumers start to apply, European Commission – Press release (Brussels, 4 June 2021), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1807 (last visited: 2023.02.28).

¹³⁸ João Pedro Quintais, Giancarlo Frosio, Stef van Gompel, P. Bernt Hugenholtz, Martin Husovec, Bernd Justin Jütte & Martin, Senfleben, Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics (November 11, 2019), <https://ssrn.com/abstract=3484968> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3484968> (last visited: 2023.02.28).

¹³⁹ Directive (EU) 2019/790, Whereas 70. The steps taken by online content-sharing service providers in cooperation with rightholders should be without prejudice to the application of exceptions or limitations to copyright, including, in particular, those which guarantee the freedom of expression of users. Users should be allowed to upload and make available content generated by users for the specific purposes of quotation, criticism, review, caricature, parody or pastiche. That is particularly important for the purposes of striking a balance between the fundamental rights laid down in the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter'), in particular the freedom of expression and the freedom of the arts, and the right to property, including intellectual property. Those exceptions and limitations should, therefore, be made mandatory in order to ensure that users receive uniform protection across the Union.

制義務將第17條(7)的2段例示的例外和限制事由國內法化，例如嘲諷（caricature）、戲謔仿作（parody）和致敬仿作（pastiche），這些事由原本是資訊社會著作權指令（Directive 2001/29/EC, InfoSoc Directive）第5條留下彈性空間讓會員國於國內法化時自行選擇¹⁴⁰。第17條指引亦是採相同立場¹⁴¹。由於歐盟成員國仍陸續將DSMD第17條內化為國內法規，且尚待法院個案判定累積適用案例，因此本文後續關於DSMD第17條之說明是基於DSMD前言61-71、條文用字和第17條指引，分成幾部分依序逐項予以討論。

（一）建構特定著作權授權和責任制度

DSMD第17條的立法緣起，是為了處理著作權人和OCSSP之間因著作利用而產生的價值差距（value gap）¹⁴²和法律不確定性，以及透過建立授權市場解決數位內容利用的不公平現象和處理法律不確定性問題¹⁴³。長期以來，諸如社群網站和YouTube等OCSSP是藉由提供公眾近用使用者生成內容（User Generated Content, UGC）而獲利，然而這些數位內容的新興利用模式，卻未公平地回饋適當報酬給其著作內容被使用之著作權人，甚且著作權人與OCSSP之間對於OCSSP平台業者是否因為提供近用該平台使用者上傳的內容而應取得著作權人的授權，以及平台業者提供公眾近用著作之行為應如何予以法律評價，存在重大爭議。據此，為健全線上內容市場，促進著作權人和OCSSP間之授權市場的發展，是歐盟建構數位單一市場和發展數位經濟的要務。

無論是DSMD前言或是第17條指引，兩者一再指出DSMD第17條是在建構一個特定著作權授權和責任制度。DSMD第17條改變以往ISP

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ Guidance on Article 17, pp. 18-20.

¹⁴² Madiega Tambiama André, BRIEFING EU Legislation in Progress: Copyright in the digital single market, 5th ed., p. 10, (2016), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2016\)593564](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2016)593564) (last visited: 2023.02.28).

¹⁴³ Directive (EU) 2019/790, Whereas 61.

根據電子商務指令（Directive 2000/31/EC）¹⁴⁴建構的「責任避風港」制度之間接侵權責任¹⁴⁵，重新定義OCSSP平台業者提供公眾近用該平台使用者上傳內容的行為屬於資訊社會指令（Directive 2001/29/EC）¹⁴⁶第3條所稱「公開傳播權」（communication to the public或making available to the public）¹⁴⁷，所以OCSSP平台業者有義務和著作權人簽署授權協議¹⁴⁸，而且OCSSP一旦取得授權，其效力範圍涵蓋使用者¹⁴⁹。換言之，屬於電子商務指令第14條所稱資訊儲存服務提供者（Hosting）的OCSSP於符合DSMD第17條之情況則負擔直接侵權責任，因此不適用「通知／取下」程序的責任避風港保護¹⁵⁰。DSMD第17條指引指出，根據「新法優先」原則（*lex specialis*），DSMD第17條之適用優先於資訊社會指令第3條和電子商務指令第14條。更確切的說，DSMD第17條不是增訂一項新權利，而是在符合本指令目的之前提下加諸限制規範於公開傳播行為¹⁵¹。

DSMD前言62和第2條(6)第一段定義何謂「線上內容服務提供

¹⁴⁴ Article 3 of Directive 2001/29/EC.

¹⁴⁵ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17.7.2000, pp. 1-16.

¹⁴⁶ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.06.2001, pp. 10-19.

¹⁴⁷ Directive 2001/29/EC, art. 3. Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter.

¹⁴⁸ Directive (EU) 2019/790, art. 17(1) and Whereas 64.

¹⁴⁹ Directive (EU) 2019/790, art. 17(2).

¹⁵⁰ Directive (EU) 2019/790, art. 17(3).

¹⁵¹ Guidance on Article 17, p. 2. 我國學者有認為第17條是為權利人創設新權利，規範內容服務提供者，參閱謝國康，前揭註133，頁18-19。本文認為此非新增權利，按照第17條指引之解釋和法條本身設計，應當如此解釋，在尊重原電子商務指令規範之前提，以法規明文定性UGC行為，解決立法前歐盟會員國之意見分歧。參閱André Lucas著，陳思廷譯，2019年4月17日歐盟數位單一市場著作權指令頒布後之線上內容分享服務業者責任，月旦民商法雜誌，第68期，2020年6月，頁161-162。

者」¹⁵²，資訊社會服務之提供者的主要目的或主要目的之一是儲存和提供公眾近用由使用者上傳的大量受著作權保護的著作，而且其基於營利目的而設立和促進這類行為。因此，DSMD前言62和第2條(6)第二段例示說明哪些類型OCSSP不適用DSMD第17條，例如非營利性教育和科學知識庫、線上百科、開放軟體共享平台、企業間雲端服務等。依照DSMD第17條指引說明，此部分例示非詳盡無遺，並建議成員國可依照國情增加例示排除適用之類型¹⁵³。此外，有一種情況是明確排除適用DSMD第17條責任豁免規定，根據DSMD前言62第二段，主要目的是從事或促成著作權盜版行為的服務提供者。

(二)責任豁免規定

基本上，DSMD第17條規定OCSSP以取得授權為原則，但若無法取得授權，在符合DSMD第17條(4)責任豁免規定三要件之情況下，不構成侵權。同時，立法者顧及新創產業和整體發展環境，所以在DSMD前言63說明應根據個案情況，整體考量OCSSP是否履行責任豁免要件，並於DSMD前言66和第17條(5)和(6)敘明考量因素。成員國將DSMD第17條(4)規定內化為國內法規時，必須牢記本項受限於DSMD第17條(5)比例原則¹⁵⁴。原因在於本項規定在本質上有危害表現自由和資訊自由之可能性，所以必須特別注意法條用字或內容是否符合憲法審查標準的比例原則。

DSMD第17條(4)責任豁免規定要件一，規定OCSSP須盡最大努力取得授權（best efforts to obtain an authorization）¹⁵⁵，取得授權方式不限於與著作權人簽訂授權協議，也可透過著作權集管團體取得授權。

¹⁵² ‘Online content-sharing service provider’ means a provider of an information society service of which the main or one of the main purposes is to store and give the public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, which it organises and promotes for profit-making purposes.

¹⁵³ Guidance on Article 17, p. 3.

¹⁵⁴ Guidance on Article 17, p. 11.

¹⁵⁵ Directive (EU) 2019/790, art. 17(4)(a).

但須注意的是，即便依照DSMD第17條(4)規定OCSSP有取得授權之義務，可是本指令欠缺著作權人必須授權的強制授權規定，一切仍是尊重契約自由。

DSMD第17條(4)責任豁免規定要件二¹⁵⁶，正是從草案開始即備受抨擊之所在。DSMD第17條(4)(b)規定，OCSSP須盡最大努力確保阻絕近用特定的受保護著作（best efforts to ensure unavailability of specific protected content）。本款即是俗稱實質性上傳過濾和阻絕近用規定。依照DSMD第17條(4)(b)，先由著作權人將相關和必要資訊（relevant and necessary information）提供OCSSP，然後OCSSP依據專業盡責之高業界標準（high industry standards of professional diligence），盡最大努力阻絕近用該特定內容。所以雖然本款用字並未出現「過濾」或「阻絕」等文字用語，但是實務上OCSSP採行內容識別系統即是履行本款規定。這也衍生出一個問題，亦即OCSSP是否可以事前審查使用者上傳內容，此問題由歐盟法院於Case C-401/19作出回答，法院判定OCSSP有事前審查使用者上傳內容的義務，但是義務之履行必須符合必要的保障措施，雖然本款有限制表現自由和資訊自由之虞，但是立法者設置防護措施以保障這些基本權利，符合比例原則，藉由防護措施之設置將損害最小化。這些防護措施除了OCSSP必須接獲著作權人提供的相關和必要資訊才能啟動過濾技術，還包含DSMD第17條(7)禁止防阻上傳合法內容（包含涉及例外或限制規定之使用情況）、第17條(8)規定OCSSP不負擔一般性監控義務，以及第17條(9)設置迅速有效的申訴和救濟機制¹⁵⁷。

¹⁵⁶ Directive (EU) 2019/790, art. 17(4)(b). (b) made, in accordance with high industry standards of professional diligence, best efforts to ensure the unavailability of specific works and other subject matter for which the right holders have provided the service providers with the relevant and necessary information.

¹⁵⁷ CJEU Case C-401/19, *supra* note 135. Also see Court of Justice of the European Union, The Court of Justice dismisses the action brought by Poland against Article 17 of the directive on copyright and related rights in the Digital Single Market, PRESS RELEASE No 65/22 (Luxembourg, 26 April 2022), <https://curia.europa.eu/>

DSMD第17條(4)(b)強調OCSSP和著作權人合作關係需要雙方協調合作，若是著作權人沒有提供相關且明確的資訊，造成OCSSP無法盡其最大努力避免提供未經授權的內容，則不可歸責OCSSP，此外若是OCSSP證明其接獲通知後採行專業盡責之高業界標準，則可豁免其責任。至於何謂「相關和必要資訊」，DSMD第17條指引指出應依個案情況作為依據加以判斷，成員國將此標準納入國內法規條文時應符合DSMD第17條指引和第17條之立法目的¹⁵⁸。OCSSP過濾上傳內容的先決條件，是著作權人先展現其維權意思表示和行動，OCSSP才加以配合進行阻絕近用的相關措施。這點正如同「通知／取下」程序之發動是著作權人善意發送侵權通知，畢竟在哪些情況如何維權的決定權，是屬於著作權人的權利。

依照歐盟法院在Case C-401/19意見¹⁵⁹，這不是加諸OCSSP監控使用者上傳內容的預防性義務，更不是正當化阻絕合法內容之行為，DSMD第17條(8)明確禁止加諸一般性監控義務於OCSSP，只有當上傳內容侵權時才可過濾或阻絕，OCSSP為符合DSMD第17條(4)而採用之上傳過濾技術，必須能識別內容且不可自動化阻絕合法內容之上傳。從DSMD第17條(7)和(9)可知，DSMD第17條(4)之運作不可損害使用者既有之國內法權利，包含資訊社會著作權指令規定的例外或限制¹⁶⁰。這些防護措施是針對合法內容被取下或阻絕近用而致生之爭議作為補充性解決措施，目的是處理合法內容被錯誤或不當阻絕之情況。

至於可採行之過濾機制或阻絕近用技術，DSMD第17條指引清楚表示，根據DSMD前言66和第17條(5)和(6)條文內容，禁止會員國以法

jcms/upload/docs/application/pdf/2022-04/cp220065en.pdf (last visited: 2023.02.28).

¹⁵⁸ Guidance on Article 17, p. 11.

¹⁵⁹ CJEU Case C-401/19, Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union, see paragraphs 45, 48-58, 72, 76, 80-99. The résumé of the judgment is available at <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=258263&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=4421078> (last visited: 2023.02.28).

¹⁶⁰ Directive 2001/29/EC, art. 5.

律強制要求OCSSP採行特定技術以證明其有盡到最大努力，而是保留彈性空間，允許會員國秉持科技中立原則而採用與時俱進的技術¹⁶¹，當然不必然是最新技術，因為不是所有的OCSSP之規模都是如同YouTube一般可以研發平台專屬的人工智慧內容識別系統「Content ID」，必須考量平台之規模、使用者數量、上傳的著作類型、適當有效可行之方法與成本¹⁶²。DSMD第17條指引直言第17條(4)之適用必須符合第17條(7)和(9)的規定¹⁶³。有論者對於過濾技術標準和範圍，建議應導入外部監督機構，由第三方獨立監督和協調OCSSP採行過濾技術，避免球員兼裁判，以及防阻OCSSP藉此扮演準司法機關角色而損害表現和資訊自由¹⁶⁴。

DSMD第17條(4)責任豁免規定要件三¹⁶⁵，「通知／取下」(Notice and Takedown)和「通知／永久取下」(Notice and Stay-down)，DSMD第17條(4)(c)規定OCSSP接獲著作權人提供充分證實(duly substantiated)的侵權通知，須迅速取下或阻絕近用侵權通知所列被置於網站上的系爭內容，並根據DSMD第17條(4)(b)盡最大努力防阻系爭內容再次上傳。因此，過濾技術依照此要件是經著作權人要求並提供相關且必要資訊，以防堵未經授權的著作一再出現。何謂充分證實的侵權通知，意指通知書所載資訊必須是足以讓OCSSP作出明智且謹慎的決定，尤其是關於為何該內容是被認定為非法內容，著作權人必須

¹⁶¹ Guidance on Article 17, pp. 11-14.

¹⁶² Directive (EU) 2019/790, art. 17(5).

¹⁶³ Guidance on Article 17, pp. 20-24.

¹⁶⁴ Christophe Geiger, Bernd Justin Jütte, Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match, GRUR International, Volume 70, Issue 6, June 2021, pp. 517-43, <https://doi.org/10.1093/grurint/ikab037> (last visited: 2023.02.28).

¹⁶⁵ Directive (EU) 2019/790, art. 17(4)(c). (c) acted expeditiously, upon receiving a sufficiently substantiated notice from the rightholders, to disable access to, or to remove from their websites, the notified works or other subject matter, and made best efforts to prevent their future uploads in accordance with point (b).

作出解釋¹⁶⁶。另有文獻整理美國「通知／取下」程序因AI演算法自動侵權通知造成的問題而提出將DSMD第17條國內法化須注意的三大建議，例如權利人提供資訊之標準應採重大過失（**gross negligence**），若致權利受損應負擔損害賠償以降低濫發不實通知機率¹⁶⁷。

事實上觸發DSMD第17條(4)(b)和(c)關鍵是著作權人發送的侵權通知，AI演算法識別軟體偵測結果自動發送侵權通知和著作權蟑螂發送不實侵權通知將導致使用者生成內容被拒絕上傳之情況。針對此情況，前述學者聯合聲明強調須屬於初步證明的著作權侵害之情況（**prima facie copyright infringement**），OCSSP才能取下或阻絕近用系爭內容¹⁶⁸。第17條指引表示，只有明顯侵權（**manifestly infringing**）之情況，亦即偵測結果吻合著作權人提供的具體資訊，OCSSP才能自動阻止上傳¹⁶⁹。著作權人對OCSSP作出處理指示時，需先考量符合法定使用規定之可能性，若未指示阻絕（**blocking**）則該內容就不屬於明顯侵權¹⁷⁰。指引說明判斷是否明顯侵權的標準有很多，例如吻合的長度比例、修改的程度，通常大部分比對吻合的情況會被認為是明顯侵權¹⁷¹。至於摘取精華，雖然只是小部分吻合，但是亦有可能構成侵權或是屬於法定例外或限制之可能，須視個案情況判定，第17條指引

¹⁶⁶ COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2018/334, Recommendation on Measures to Effectively Tackle Illegal Content Online, 2018 O.J. (L 61) 50, Points 6 to 8, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0334&from=EL> (last visited: 2023.02.28).

¹⁶⁷ Matthias Leistner, European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge? (May 21, 2020), 2020 Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ), Issue 2, pp. 123-214, <https://ssrn.com/abstract=3572040> (last visited: 2023.02.28).

¹⁶⁸ Quintais, Frosio, van Gompel, Hugenholtz, Husovec, Jütte & Senftleben, *supra* note 138.

¹⁶⁹ Guidance on Article 17, p. 20.

¹⁷⁰ Guidance on Article 17, p. 21.

¹⁷¹ *Id.*

建議會員國根據歐盟法院案例進行判斷¹⁷²。

根據第17條指引，OCSSP利用自動化工具，例如AI演算法識別軟體，執行內容阻絕之情況須提交定期報告，會員國便能據此監督業者施行之妥適性和使用者代表團體亦能藉此監督業者有無濫用自動偵測過濾系統之情況¹⁷³。

(三)保障合法內容之措施與有效申訴和救濟機制

DSMD第17條新制雖然加諸業者永久取下侵權內容之義務，但是也深刻認知到此預防義務之執行是極可能實質上危及使用者的實體權利，所以如同前述美國「通知／取下」程序設置防護柵欄，例如不實通知之損害賠償規定，DSMD第17條(7)和(9)就是防護措施。第17條(7)開宗明義指出，OCSSP和著作權人協力合作之結果不可造成防阻使用者上傳合法內容，此處所稱合法內容包含涉及著作權法等規定的例外或限制規定之使用著作情況¹⁷⁴。DSMD前言70和第17條(7)第二段¹⁷⁵更是明文規定引用、批評、評論、諷作、戲謔仿作或致敬仿作等例外和限制事由，OCSSP實踐預防義務不可損害這些屬於使用者的實體權利。本文認為這無疑是提醒OCSSP決定應著作權人通知要求或根據上傳過濾結果而取下或阻絕近用涉有侵權內容時，須主動檢視該內容是否屬於著作權例外和限制之情況，並將結果通知使用者和著作權人。第17條指引表示為了避免對於著作權人的經濟利益造成重大損害，OCSSP可以執行快速事前人工審核（*rapid ex ante human review*），但指引不僅提醒OCSSP須注意濫用風險，也要求OCSSP向使用者和著作權人告知審查結果¹⁷⁶。如若決定取下或阻絕近用系爭內容，則使用者即進入申訴和救濟程序¹⁷⁷，如決定正常上傳而著作權人對此表示異議，

¹⁷² Guidance on Article 17, p. 22.

¹⁷³ Guidance on Article 17, p. 23.

¹⁷⁴ Directive (EU) 2019/790, art. 17(7), first paragraph.

¹⁷⁵ Directive (EU) 2019/790, art. 17(7), second paragraph.

¹⁷⁶ Guidance on Article 17, p. 22.

¹⁷⁷ *Id.*

則OCSSP要執行迅速事後人工審核（*swift ex post human review*）¹⁷⁸。

DSMD第17條(9)規定OCSSP必須提供使用者有效且迅速的申訴和救濟機制（*effective and expeditious complaint and redress mechanism*），以處理使用者上傳內容被不當取下或阻絕近用衍生的爭議，並且要求成員國必須提供訴訟外爭議解決機制以迅速解決爭議，禁止不當拖延（*undue delay*），同時也要提供使用者庭外和解機制，但不可損害使用者尋求有效司法救濟的實體權利，亦不可剝奪使用者既有的其他法律保護權利¹⁷⁹。更重要的是，著作權人必須提出請求取下或阻絕近用系爭著作的正當理由，亦即一旦進入申訴和救濟程序，著作權人不可提交與之前曾遵照第17條(b)或(c)提交的侵權通知資訊相同的內容，而且OCSSP必須經過人工審核系爭內容，才能取下或阻絕近用系爭著作¹⁸⁰。雖然DSMD第17條(9)禁止不當拖延申訴之處理，但是沒有如同美國的「通知／取下」程序明定七天至十四天的期間，而是按照第17條指引解釋可根據個案情況進行處理¹⁸¹。此外，本文認為或許是注意到美國實務上使用者因訴訟費用考量而放棄提起不實通知訴訟維權之情況，所以考量費用會影響使用者進入申訴和救濟機制之意願，第17條指引表示為了保持該救濟機制之有效性（*effective*）和迅速（*expeditious*），所以必須讓使用者可以免費且易於使用該機制¹⁸²。

解讀DSMD第17條保障措施和歐盟法院Case C-401/19可知，完全自動化過濾機制應該只被允許用來阻止明顯侵權的上傳內容（*manifestly infringing uploads*）¹⁸³。過濾機制或阻絕技術一直是一把雙面刃，如

¹⁷⁸ Guidance on Article 17, p. 23.

¹⁷⁹ Directive (EU) 2019/790, art. 17(9).

¹⁸⁰ Guidance on Article 17, p. 24.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ CJEU Case C-401/19, *supra* note 157. Also see Teresa Nobre, Case C-401/19: CJEU limits the use of automated filters and protects user rights at upload, CUMMUNIA (April 26, 2022), <https://www.communia-association.org/2022/04/26/case-c-401-19-cjeu-limits-the-use-of-automated-filters-and-protects-user-rights-at->

何操作得宜尚待實務驗證，根據DSMD第30條規定歐盟執委會應於二〇二四年六月七日之前評估第17條之影響，並於二〇二六年六月七日前向歐盟議會提交本指令的檢討報告。科技不斷演進和創新，著作權法往往受到衝擊，法規明定期檢討施行之實況，有助於填補法律漏洞、避免扼殺新科技與促進新興產業之發展。

二、備受抨擊的「數位中介服務法」草案

我國的國家通訊傳播委員會（NCC）有感於資通訊技術發展日新月異、網路侵權爭議層出不窮，以及線上內容服務監管的國際趨勢，持續耕耘數位匯流監管議題，於二〇二二年五月公布規範OTT產業的專法「網際網路視聽服務法」草案，以及六月公布的「數位中介服務法」草案¹⁸⁴（以下簡稱「中介法」）。「中介法」草案乃是規範網路服務提供者的重大變革，納管PTT、Dcard、YouTube、LINE等平台業者。NCC於二〇二二年八月舉辦3場公聽會，來自學界和產業界的反對聲浪四起¹⁸⁵。即使「中介法」草案當中「業者下架義務」、「提供嫌疑人個資」和「資訊限制令」等條文具有規範深偽（deepfake）技術之犯罪行為和數位性暴力問題的隱私保護重要意義¹⁸⁶，但是最主要的抨擊是「中介法」草案箝制言論自由，實有違憲之虞¹⁸⁷。二〇二二

upload/ (last visited: 2023.02.28).

¹⁸⁴ 國家通訊傳播委員會，NCC公布「數位中介服務法」草案，以網路治理精神共同建構自由、安全、可信賴之網路環境，2022年6月29日，https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=8&sn_f=47684，造訪日期：2023年2月28日；國家通訊傳播委員會，數位中介服務法草案總說明，https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532_220629_1.pdf，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁸⁵ 吳琍君，數位中介法風暴(2) 納管定義不明 業者人人自危，中央廣播電台，2022年9月7日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2143794>，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁸⁶ 陳徹，「數位中介服務法」踩煞車，DeepFake、數位性暴力加害者逃過一劫，關鍵評論網，2022年8月23日，<https://www.thenewslens.com/article/172027>，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁸⁷ 吳琍君，數位中介法風暴(3) 業者執行不易 言論自由受限成隱憂，中央廣

年九月七日，NCC宣布將「中介法」草案退回數位匯流小組重新處理，針對數位中介的定義、治理範圍、平台問責、透明度報告，以及使用者權益維護等備受爭議的22個大議題再持續研議，目前NCC沒有制定重推草案的時間表¹⁸⁸。

儘管我國「中介法」草案的爭議不斷，可是其仿效歐盟「數位服務法」草案，正面迎擊十分複雜難解的監管線上服務平台業者議題，仍是值得肯定。從近年歐盟陸續公布的草案或通過的指令，隱隱可見其走向積極納管線上服務平台業者的策略道路，而從我國「中介法」草案提出二十項業者法遵義務也可看出此一傾向。鑑於歐盟DSMD第17條之立法背景是為了監管YouTube等網路分享内容平台，一如前述中介法草案之規範對象，同時DSMD第17條一樣被嚴重質疑可能侵害憲法保障之表現自由和資訊自由（the right to freedom of expression and information），所以本文以下根據NCC公布的「中介法」草案和總說明¹⁸⁹，重點整理和比較該草案類似前述歐盟DSMD第17條新制度的法遵義務。

我國「中介法」草案第2條將納管的數位中介服務提供者分成三大類，分別是連線服務¹⁹⁰、快速存取服務¹⁹¹和資訊儲存服務¹⁹²，觀察「中介法」草案的基本定義與著作權法的定義應是並無二致。資訊儲

播電台，2022年9月7日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2143795>，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁸⁸ 王翊綺，「數位中介服務法」確定喊卡 NCC：重提法案沒時間表，TVBS新聞網，2022年9月7日，<https://news.tvbs.com.tw/life/1899734>，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁸⁹ 國家通訊傳播委員會，數位中介服務法草案專區，https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=5542&cate=0&keyword=&is_history=0&pages=0&snf=47882，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁹⁰ 連線服務：指透過通訊網路傳輸由使用者提供之資訊，或提供對通訊網路接取之服務或人際通訊服務。

¹⁹¹ 快速存取服務：指專為提升將資訊轉傳至其他使用者之效率，經由通訊網路自動、中介及暫時儲存由使用者提供資訊之服務。

¹⁹² 資訊儲存服務：指依使用者要求，而儲存該使用者所提供資訊之服務。

存服務業者又再分成線上平台服務提供者¹⁹³和指定線上平台服務提供者。按照草案第32條第1項規定，線上平台服務提供者於中華民國領域內之有效使用者數量達230萬人者，主管機關得公告為指定線上平台服務提供者。據此，本文前述影音內容分享平台YouTube應是屬於此類型。「中介法」草案將資訊儲存服務業者再為區分，如同DSMD第17條是針對電子商務指令的資訊儲存服務業者再加以進一步規範。本文認為，主管機關除了以有效使用者數量進行劃分，也可參酌DSMD第17條(6)第二段規定以前一年度為基準每月平均瀏覽量達500萬的詳細標準，以及第一段規定提供該服務的年份、平台年營業額等因素也可納為考量因素，以避免阻礙新成立的中小微型服務業者之營運成長，間接防阻大型服務業者憑資力無形中壟斷市場。

我國「中介法」草案總說明表示「為完善安全港規範，透過資訊儲存服務提供者建立通知及回應機制，供任何人提出特定資訊為違法內容之通知，並強化通知機制之品質，加速防止違法內容流通；線上平台服務提供者亦應優先處理認證舉報者針對違法內容提出之通知。另為保障使用者之權利救濟管道，線上平台服務提供者應建立內部異議機制，及擇定爭議處理機構。」

根據上述我國「中介法」草案總說明和歐盟DSMD第17條(9)規定一樣，要求平台須提供能夠讓使用者維護自身權利和獲得救濟的機制，包括通知及回應機制、內部異議機制，和訴外爭議解決機制。首先是通知及回應機制，一如現行著作權法的「通知／取下」程序，草案第22條規定業者應建立易於接近使用之機制，使任何人得以通知其所提供服務中之特定資訊為違法內容。草案第23條規定移除使用者提供之特定資訊或限制其接取時，應告知該使用者，尤其涉及使用自動化決策者，業者必須說明所採納之自動化偵測或辨識之內容。其次為

元照出版提供 請勿公開散布

¹⁹³

線上平台服務：指依使用者要求，將其所儲存之資訊向公眾傳達之特定型態資訊儲存服務。但僅為他服務之次要及附屬功能，因技術無法與該他服務分離使用，且非為規避本法者，不在此限。

內部異議機制，「中介法」草案第24條規定線上平台服務提供者應建立免費電子異議機制，供使用者就經業者認屬違法內容或違反服務使用條款而為之措施（例如移除資訊、阻絕近用、終止服務或使用者帳戶停權）提出異議。最後是訴外爭議解決機制，草案第25條規定線上平台服務提供者應擇定經主管機關認可之公正且獨立的外部爭議處理機構受理申訴，機構相關人員須具備判斷違法內容，或具有解釋與執行平台服務使用條款之專業能力，程序須透明、公平、迅速、效率並使用我國語言和文字。其特殊之處在於爭議處理機構作成支持使用者之決定時，業者應負擔使用者申訴之相關費用及其他所生之合理支出，反之，使用者無須負擔線上平台服務提供者因該申訴所生之費用或支出，此舉或可處理使用者礙於訴訟費用考量而甚少發送回復通知或提起「不實通知之訴」的現象。

上述我國「中介法」草案通知及回應機制和內部異議機制，類似著作權法「通知／取下」程序。然而由於該草案屬於基本規範，舉報原因除了侵害著作權之外，還包括其他法律規定，例如觸犯刑法第235條散布猥褻物品、被舉報是兒少不宜內容（違反因應兒童及少年福利與權益保障法制定的「網路有害兒少身心健康內容防護層級例示框架」），以及違反個人資料保護法等。因此相關草案之修正可參酌DSMD第17條(10)，授權主管機關組織利害關係人、業者和相關公益團體進行對話，然後發布回應與內部異議機制之指引，以確保標準一致性。至於訴訟外爭議解決機制，因為法規明文規定必須經由主管機關認可之機構，因此主管機關有義務針對此項事務發布審查評鑑基準和程序細則，本文認為此部分或可參考美國著作權法第十五章「著作權小額索賠」（Copyright Small Claims）相關規定與著作權局發布的相關施行規則。

至於AI演算法識別軟體和著作權蟑螂造成的「不實侵權通知」問題，我國「中介法」草案第26條認證舉報者（trusted flagger）機制，當認證舉報者提出大量不實或不當之侵權通知時，線上平台服務提供者應檢具依第24條規定異議處理等相關事證及理由，向主管機關舉

發。甚至「中介法」草案第27條規定通知人或異議人反覆提出明顯虛偽不實之通知或異議，線上平台服務提供者有權依情節輕重作出處置，例如警告、一定合理期間暫停處理其通知或異議。此番規定用來反制不實侵權通知，應該是近似歐盟DSMD第17條規定著作權人必須提出正當理由且OCSSP必須進行人工審核才可取下或阻絕近用系爭內容之防護措施。

歐盟DSMD第17條指引明確指示會員國可要求業者提出平台內容管理的常規報告，說明自動偵測技術之執行實況、異議之處理等事項。本文認為我國「中介法」草案的舉報者與濫用防護機制、如何修正內部問題的風險管理、稽核作業等法遵義務，可透過要求符合一定營運規模的業者，提交每年度或季度內容管理作業檢討報告，藉此也可促進通報與異議處理流程之透明度，並讓公眾一同監管以保障言論自由和網路資訊自由。雖然我國「中介法」草案第16條亦有規定透明度報告，但是細部必載事項仍需要未來「中介法」的主管機關會同專責單位召開協調會，邀請學者、業者和相關權利人團體進行討論，亦應明確規定於「中介法」或該法之施行細則。若以著作權法進行配套修改，本文建議可常規報告增訂為ISP責任避風港的資格要件，亦即增訂為我國著作權法第90條之4第1項第5款，將移除涉嫌侵權內容報告的格式與必載事項授權給主管機關發布法規命令定之。

法遵義務	資訊儲存服務業者	線上平台服務提供者	指定線上平台服務提供者
資訊限制令 ¹⁹⁴	■	■	■
通知及回應	■	■	■
資訊限制告知	■	■	■
內部異議機制		■	■
訴外爭議解決機制		■	■

¹⁹⁴ 各該法規主管機關得就違法內容向法院聲請資訊限制令。違法內容涉重大損害得提出緊急程序。

法遵義務	資訊儲存服務業者	線上平台服務提供者	指定線上平台服務提供者
優先處理認證舉報者		■	■
服務與機制之濫用防護		■	■
風險管理			■
風險評估			■
獨立稽核			■

本表參考「數位中介法義務清單-iThome製作_CC-BY-NC-ND授權釋出¹⁹⁵」。

柒、從DSMD第17條新制探究我國ISP監管制度

科技不斷演進，立法者即使高瞻遠矚，也難以全面預想科技發展對於法規之衝擊，故適時檢討、因時制宜才是完善ISP監管制度的上上之策，藉由借鏡他國規範模式則是可行的檢討方式。前述我國「中介法」草案內容是仿效歐盟「數位服務法¹⁹⁶」，該條例¹⁹⁷的監管方式是加強平台的透明度和建構究責框架，是一套相當廣泛且全面性的規範制度，修訂電子商務指令，補充DSMD等法規未規定事項，不僅防堵盜版，同時打擊假新聞、非法商品（山寨品、假貨）和服務，以及保障使用者權利等。本文則是側重討論著作權法監管ISP以防阻和抑

¹⁹⁵ 余至浩，5大業者未來新增的20項法遵義務，<https://www.ithome.com.tw/news/152460>，造訪日期：2023年2月28日。

¹⁹⁶ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).
本條例於2024年2月17日全部內容適用於歐盟全體境內。部分規定（Article 24(2), (3) and (6), Article 33(3) to (6), Article 37(7), Article 40(13), Article 43 and Sections 4, 5 and 6 of Chapter IV）已於2022年11月16日生效。

¹⁹⁷ 「Regulation」（中譯：規則、條例、規章）具有普遍適用性，其規範整體均具有拘束力並直接適用於各會員國。「Directive」（中譯：指令、準則）對歐盟之會員國，就其要求完成之目的具有拘束力，但其完成的形式和方法之選擇交由相關會員國當局決定。參閱王泰銓，關於歐盟法規範的名稱翻譯、條款引用與適用上的問題，台灣歐洲聯盟研究協會，2019年2月1日，https://www.eusa-taiwan.org.tw/europe_detail/65.htm，造訪日期：2023年2月28日。

制網路侵權的機制，相對於我國和美國現行著作權法「通知／取下」程序以間接侵權責任規範ISP，歐盟DSMD第17條選擇加諸特定平台業者直接侵權責任，這兩類政策各有其優缺點¹⁹⁸。本文以下先列表簡略整理前述兩制度之重點和比較（粗體字），然後從關於如何防阻不實侵權通知展開討論，最後針對我國ISP監管制度之可能模式提出本文建議。

侵權通知	
「通知／取下」程序	原則：著作權人基於善意，按照法定書面要件格式發送。 Lenz v. Universal Music Corp.案，法院認為著作權人必須至少在發送侵權通知之前評估內容是否合理使用之可能性。
歐盟DSMD第17條	著作權人提供相關且明確資訊 著作權人發送侵權通知前須檢視爭議內容之合法使用可能性，包含著作權限制和例外規定
ISP義務	
「通知／取下」程序	轉送侵權通知和回復通知 接獲侵權通知即取下或阻絕近用內容；接獲回復通知後須在一定期間回復內容，除非著作權人提起訴訟。 重複侵權者政策（三振條款） 無自動化偵測上傳內容義務
歐盟DSMD第17條	取得授權（公開傳播權） 預防義務（上傳內容偵測識別義務、通知取下和永久取下） 提供有效且迅速的申訴和救濟機制，包含提供庭外爭議和解。
基本權利防護措施	
「通知／取下」程序	回復通知程序 偽證罪，侵權通知和回復通知聲明若資訊有誤將受偽證罪處罰。 不實陳述損害賠償，僅限於故意。
歐盟DSMD第17條	禁止損害使用者的實體權利，包含著作權限制和例外規定。 禁止ISP進行一般性監控。 申訴和救濟機制，禁止不當遲延和阻絕內容須經人工審核。



元照出版提供 請勿公開散布

¹⁹⁸ 因為歐盟DSMD第17條OCSSP仍是屬於ISP，所以本部分綜合討論為求行文便利，採用ISP一詞。

從上表可知，儘管前述兩制度究責ISP的責任方式不同，但是核心目的都是為了解決網路侵權問題。如上述說明歐盟DSMD並未廢棄「通知／取下」程序，而是藉以補強規範不適用第17條新制度的其他ISP，第17條主力是規範內容源自使用者上傳的大型線上內容分享平台（OCSSP），例如YouTube影音平台和IG等社群媒體，這是更進一步精準打擊網路侵權，同時藉由加重ISP的法遵義務來平衡使用者的憲法保障基本權利。上表粗體字顯示兩制度之重大差異，歐盟DSMD第17條有兩大關鍵柵欄，其一是事前檢視合法使用的可能性，其二是有效且迅速的申訴和救濟機制。雖然美國Lenz v. Universal Music Corp.案認為著作權人須考量系爭內容屬於合理使用等可能性，以客觀事實表彰主觀善意，但是美國法院通說仍是採主觀要件，不要求事前評估。我國目前亦是如此，然若將現行法與歐盟作法加以調和，要求須事前考量有無屬於限制和例外事由，儘管判定結果存在不確定性，亦是屬於法院的職權範疇，可是此舉能篩選AI演算法偵測結果灰色地帶進行人工審核，放行比對高度吻合的顯然侵權而自動化發送侵權通知。然後搭配ISP自行或應著作權人要求採行的上傳內容自動化偵測，由ISP阻絕上傳明顯侵權情況（但可能無法有效對抗著作權蟑螂惡意假扮著作權人跨國發送不實侵權通知以牟利之情況¹⁹⁹），以及排除前述古典音樂家演奏公共領域作品被不當取下的荒謬亂象。倘若ISP為求謹慎，事前人工審核標準趨嚴，則使用者可選擇進入有效且迅速的申訴和救濟程序，以此避開回復通知程序使用率低的困境。

DSMD第17條的防護義務和「通知／取下」程序中的重複侵權者政策皆是基於阻絕再次上傳非法內容之目的，藉由永久取下以遏阻網路侵權。然而兩者的實施方式同樣可能侵害使用者的表現自由（包含資訊自由和藝術自由），DSMD第17條規定有效且迅速的申訴和救濟

元照出版提供 請勿公開散布

¹⁹⁹ 關於此類問題討論，可參閱林利芝，從電子商務論著作權法「通知／取下」程序之不實通知爭議，東吳法律學報，第33卷第4期，2022年4月，頁16-18、23-25。

機制作為防護措施，此點也經歐盟法院認可（參見前述Case C-401/19說明），因此該機制也應能當作解決重複侵權者政策弊病之措施。重複侵權者政策是單方處置被控侵權的使用者，將爭議的調解全交由使用者和著作權人自行處理。然而歐盟DSMD第17條要求ISP建置有效且迅速的申訴和救濟機制，形成使用者和著作權人在法庭外的溝通和調解糾紛管道。

著作權蟑螂以往依賴美國DMCA規定之法律漏洞和不實陳述訴訟規定未能有效發揮嚇阻作用，故能肆無忌憚濫用「通知／取下」程序，針對其勒索目標發送不實侵權通知，利用ISP依法實施的重複侵權者政策（三振條款）來終止個人和企業於社群網站之商業活動，藉此威脅和解，索求不當利益。歐盟藉由DSMD第17條建立規範諸如社群網站和YouTube等線上內容分享服務提供者的著作權授權和責任制度，有望反制著作權蟑螂鑽營程序漏洞。DSMD第17條與美國DMCA推動的「通知／取下」程序不同，根據DSMD第17條，ISP雖然必須事前審查上傳內容，但是透過要求著作權人提供詳實的資訊和說明認定非法內容之原因，保障合法內容之防護措施與迅速有效申訴和救濟機制之運作，多重圍欄防堵著作權蟑螂入侵。DSMD第17條加諸實質性過濾責任於ISP之同時，也讓其從被動接受著作權人要求取下或阻絕近用系爭內容，改為主動介入處理程序，協調使用者和著作權人之紛爭。DSMD第17條過濾措施之啟動，必須由著作權人提供充分證實的侵權通知，亦即著作權人提供的相關和必要資訊內容必須解釋其相信該內容為何是非法內容的原因，並且是明確指出該內容的位置²⁰⁰，也就是說ISP不再如以往為取得「責任避風港」保護就必須在接獲任何侵權通知後迅速取下或阻絕近用系爭內容，而是著作權人提供的資訊必須符合前述「經過充分證實」（duly substantiated）標準，因此DSMD第17條成為另一種處理不實侵權通知的選項。

面對歐盟的立場轉變，我國究竟應如何應對，需要審慎評估與思

²⁰⁰ Guidance on Article 17, pp. 15-16.

考，政策之轉變帶來深遠影響，本文認為現今我國著作權法面臨抉擇之境，至少有三個選項可供進一步探究，無論選擇何者都是屬於政策考量，著作權法監管網路平台業者是為了平衡著作權保護和資訊流通，儘管加大監管力度必然衝擊憲法保障之基本權利（諸如表現自由等權利），但在確保符合比例原則之前提下，無論「通知／取下」程序規定或歐盟DSMD第17條新制度皆有可取之處，只是實際執行面需要著作權法主管機關主動協調利害關係人、著作權人和平台業者進行對話，以凝聚共識和商議配套措施、運作模式，畢竟前述兩種監管模式的良好運作基礎除了需要平台業者和著作權人進行良性協力合作，也需要第三方介入監督法遵義務之踐行，以維護網路服務使用者的憲法保障基本權利。

第一，維持現行著作權法「通知／取下」程序規定，由著作權法主管機關透過相關法規命令之制定或修改現行「網路服務提供者民事免責事由實施辦法」規定應遵行事項，例如要求須經人工審核合法使用可能性才可發送侵權通知、製作官方指引提供合理使用範例、要求並輔導平台提供訴訟外糾紛解決專責單位等，以處理本文所述不實侵權通知亂象，這是確保AI演算法識別軟體發送侵權通知和人工審核可以並存以希冀藉此在現行制度下革除科技自動化執法弊病，因為除了增進維權效率，也要保障資訊自由流通。然而，此一辦法之困難點在於主管機關如何把握尺度，避免逾越母法授權範圍，或許前述歐盟執委會發布第17條指引之過程和內容，可供我國借鏡。第二，於著作權法修改「通知／取下」程序結合歐盟DSMD第17條之新制度，這是以現行制度為基底，學習歐盟針對大型營利性線上內容分享服務平台加諸嚴格規範防阻盜版和重複上傳侵權內容，例如新增規定經使用者發送回復通知，ISP須進行事後審查和著作權人須提交更具體正當事由以取代提起訴訟之證明。我國著作權法本即是融合各家所長，力避各家之短，然體制之變更需要時間調整，因此現行研擬中的著作權法修正草案可以朝此方向調整，將資訊儲存服務提供者再細分規範層級，加諸較高規格的法遵義務。第三，改由其他法規實現歐盟DSMD第17

條之ISP責任，例如類似NCC於二〇二二年六月公布的「數位中介服務法」草案，藉由不同法規形成監管大型營利性線上內容分享服務平台的實質效力，要求ISP定期提交報告於主管機關，檢討自動化阻絕之比例、事例，以及申訴和救濟機制運作實況等事項，然後主管機關視情況提供輔導、作出訓誡或進行懲處，透過行政管理手段監督ISP落實平台內容管理和督促ISP執行法遵義務。本文認為未來我國無論是修改著作權法或另訂專法規範資訊儲存服務提供者，可參考前述歐盟DSMD第17條的防護措施，以確保著作權法科技中立原則之落實和維護憲法保障表現自由等基本權利。

捌、結 論

現今AI科技自動化執法已是大勢所趨，無論著作權人或ISP皆仰賴內容識別軟體運用AI演算法，在網路世界防阻侵權內容，然而使用者由於經濟等種種因素，難以善用「回復通知」程序而趨於弱勢，民眾取用公共財作品創作之自由空間有被嚴重壓縮之疑慮，甚至民眾依法向不實侵權通知發送者請求損害賠償實有相當難度。再者，內容識別軟體存在人為設計之瑕疵，因為條件設定而有偏見存在之可能，嚴重者有危害憲法保障的表現自由之虞，甚至阻礙著作權法立法目的之實現，如何處理這類難題是當代法院面臨的考驗。此外，企業著作權人採用AI演算法識別軟體自動發送侵權通知，造成前述線上直播或是錄製現場演奏古典音樂的合法影片因誤判侵權被不當取下的現象，形式上無疑是另一種「公共領域圈地運動」，長遠觀之，有違著作權法之立法意旨。即使因為音樂家的積極行動，例如在社群媒體公諸此事而引發關注，或是發送回復通知等作為，讓唱片公司事後認錯撤回侵權通知²⁰¹，但仍未改變這類直播或影片因侵權通知被ISP靜音、取下

元照出版提供 請勿公開散布

²⁰¹ Sony Finally Admits It Doesn't Own Bach and It Only Took a Bunch of Public Pressure, Electronic Frontier Foundation, <https://www EFF.org/takedowns/sony-finally-admits-it-doesnt-own-bach-and-it-only-took-public-pressure> (last visited:

或阻絕近用的事實，這是形同公共領域之音樂作品被納為私有，而致使他人無法自由利用進行創作。如果「通知／取下」機制之「回復通知」程序失靈，以及遏止不實通知之規定失去作用，放任企業著作權人公共領域圈地行為不管，後果將使公共財私有化，造成公共領域大幅減縮，乃是公眾之災難。本文認為AI演算法識別軟體可作為著作權人維權之工具，但是為維持我國現行著作權法「通知／取下」程序之平衡運作和憲法保障之表現自由，人工審核機制之有無，應可作為法院判斷著作權人是否符合不實陳述訴訟之要件的重要因素，畢竟軟體可能出錯，加上人工審核把關，更能及早發現軟體程式錯誤，以去除漏洞或缺失，有助於減少不實侵權通知爭議發生。

著作權制度的存在和維權正當性，是為了糾正私人侵權，同時也實現了保護著作權的公共利益。著作權人決定提起侵權訴訟，主要是因為侵權行為損害其著作權作品的現有或潛在市場價值。然而，不同於積極維護其權利並且遏止侵權行為的著作權人，著作權蟑螂的問題不僅是過度執行著作權，而是不從事創作的著作權蟑螂在無實際損害的情況下以著作權之名提起侵權訴訟求償。著作權蟑螂的勒索行為和其意在牟利的索賠動機，與著作權鼓勵創作以促進文化發展的基本目的無關。當著作權蟑螂基於自身牟利動機進入執法遊戲，並開始提告索賠時，這與傳統的著作權人的維權利益不同，如果允許著作權蟑螂「以戰逼和」的商業模式，將會嚴重影響著作權生態環境，有礙著作權制度的有效運作。「通知／取下」程序的法規漏洞加速著作權蟑螂橫行於數位內容產業，但是透過調整解釋ISP的內容管理措施規定之方向，或是轉為仿效歐盟DSMD第17條規定，藉由提高著作權人提供相關資訊之標準、督促ISP建立有效且迅速的申訴和救濟管道，以及法規明訂保障合法使用之措施，三管齊下，或可有望減緩著作權蟑螂橫行牟利的亂象。

元照出版提供 請勿公開散布

參考文獻

一、中文

(一)專書

◎王澤鑑，*侵權行為法*，增補版，自版，2021年11月。

Tez-Chien Wang, *Tort Law*, Self-published (2021).

(二)期刊論文

1. André Lucas著，陳思廷譯，2019年4月17日歐盟數位單一市場著作權指令頒布後之線上內容分享服務業者責任，*月旦民商法雜誌*，第68期，2020年6月，頁156-164。

André Lucas (Ed.), Szu-Ting Chen (Trans.), Responsabilité des Fournisseurs de Services de Partage de Contenus en Ligne Après la Directive Européenne du 17 Avril 2019 sur le Droit D'auteur; Auteur dans le Marché Unique Numérique, *Cross-Strait Law Review*, 68, 156-164 (2020).

2. 林利芝，從電子商務論著作權法「通知／取下」程序之不實通知爭議，*東吳法律學報*，第33卷第4期，2022年4月，頁1-33。

Li-Chih Lin, False Takedown Notice Copyright Disputes in E-Commerce, *Soochow Law Review*, 33(4), 1-33 (2022).

3. 高嘉鴻，歐盟2019年數位單一市場著作權指令概要，*智慧財產權月刊*，第263期，2020年11月，頁6-22。

Chia-Hung Kao, Introduction to the 2019 EU Directive of Copyright and Related Rights in the Digital Single Market, *Intellectual Property Right Journal*, 263, 6-22 (2020).

4. 謝國廉，歐盟新著作權指令之「連結稅」和「上傳過濾器」條款——背景、爭議與影響，*科技法律評析*，第12期，2020年12月，頁1-26。

Kuo-Lien Hsieh, The “Link Tax” and “Upload Filters” Under the New EU Copyright Directive — Background Information, Controversy, and Impact, *Editorial Board of Science and Technology Law Journal*, 12, 1-

26 (2020).

(三) 網頁文獻

1. Jemmy, DMCA 版權申訴：小心版權蟑螂搞垮你的SEO！引起 Google 注意的親身慘例，數位時代，2022年1月10日，<https://www.bnext.com.tw/article/66962/dmca-seo>，造訪日期：2023年2月28日。
Jemmy, DMCA Copyright Complaint, Beware of Copyright Cockroaches Destroying Your SEO! Personal Tragedy that Caught Google's Attention, *Business Next*, January 10, 2022, <https://www.bnext.com.tw/article/66962/dmca-seo> (last visited: 2023.02.28).
2. 余至浩，5大業者未來新增的20項法遵義務，<https://www.ithome.com.tw/news/152460>，造訪日期：2023年2月28日。
Mark Yu, 20 New Legal Compliance Obligations for the Five Major Players in the Future, <https://www.ithome.com.tw/news/152460> (last visited: 2023.02.28).
3. 王翊綺，「數位中介服務法」確定喊卡 NCC：重提法案沒時間表，TVBS新聞網，2022年9月7日，<https://news.tvbs.com.tw/life/1899734>，造訪日期：2023年2月28日。
Yi-Qi Wang, The “Digital Intermediary Services Law” Is Definitely Blocked. NCC: There Is No Timetable for Re-introducing the Bill, *TVBS NEWS*, September 7, 2022, <https://news.tvbs.com.tw/life/1899734> (last visited: 2023.02.28).
4. 王泰銓，關於歐盟法規範的名稱翻譯、條款引用與適用上的問題，台灣歐洲聯盟研究協會，2019年2月1日，https://www.eusa-taiwan.org.tw/europe_detail/65.htm，造訪日期：2023年2月28日。
Dominique T. C. Wang, Issues Regarding Name Translation, Clause Citation and Application of EU Law Norms, *The European Union Studies Association-Taiwan*, February 1, 2019, https://www.eusa-taiwan.org.tw/europe_detail/65.htm (last visited: 2023.02.28).
5. 被錯誤檢舉下架兩天後，Lofi女孩回來了！檢舉它的公司稱是遭到「駭客入侵」，關鍵評論網，2022年7月13日，<https://www.thenews.lens.com/article/169747>，造訪日期：2023年2月28日。

Two Days after Being Removed from the Store Due to False Reports, The Lofi Girl Is Back! The Company that Reported It Said It Was “Hacked”, *THE NEWS LENS*, July 13, 2022, <https://www.thenewslens.com/article/169747> (last visited: 2023.02.28).

6. 陳徹，「數位中介服務法」踩煞車，DeepFake、數位性暴力加害者逃過一劫，關鍵評論網，2022年8月23日，<https://www.thenewslens.com/article/172027>，造訪日期：2023年2月28日。

Che Chen, The “Digital Intermediary Services Law” Slams on the Brakes, Deepfake and Digital Sexual Violence Perpetrators Escape, *THE NEWS LENS*, August 23, 2022, <https://www.thenewslens.com/article/172027> (last visited: 2023.02.28).

7. 吳琍君，數位中介法風暴(2) 納管定義不明 業者人人自危，中央廣播電台，2022年9月7日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2143794>，造訪日期：2023年2月28日。

Lee-Chun Wu, Digital Intermediary Law Storm (2): The Definition of Custody Is Unclear and Everyone in the Industry Is at Risk, *Radio Taiwan International*, September 7, 2022, <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2143794> (last visited: 2023.02.28).

8. 吳琍君，數位中介法風暴(3) 業者執行不易 言論自由受限成隱憂，中央廣播電台，2022年9月7日，<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2143795>，造訪日期：2023年2月28日。

Lee-Chun Wu, Digital Intermediary Law Storm (3): It Is Difficult for Operators to Enforce the Law, and Restrictions on Freedom of Speech Are a Hidden Concern, *Radio Taiwan International*, September 7, 2022, <https://www.rti.org.tw/news/view/id/2143795> (last visited: 2023.02.28).

9. 國家通訊傳播委員會，NCC公布「數位中介服務法」草案，以網路治理精神共同建構自由、安全、可信賴之網路環境，2022年6月29日，https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=8&sn_f=47684，造訪日期：2023年2月28日。

National Communications Commission, NCC Released the Draft of the “Digital Intermediary Services Law” to Jointly Build a Free, Safe and Trustworthy Internet Environment in the Spirit of Internet Governance,

June 29, 2022, https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=8&sn_f=47684 (last visited: 2023.02.28).

10. 國家通訊傳播委員會，數位中介服務法草案專區，https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=5542&cate=0&keyword=&is_history=0&pages=0&sn_f=47882，造訪日期：2023年2月28日。

National Communications Commission, Digital Intermediary Services Law Draft Zone, https://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=5542&cate=0&keyword=&is_history=0&pages=0&sn_f=47882 (last visited: 2023.02.28).

11. 國家通訊傳播委員會，數位中介服務法草案總說明，https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532_220629_1.pdf，造訪日期：2023年2月28日。

National Communications Commission, The Draft of the “Digital Intermediary Services Law”, https://www.ncc.gov.tw/chinese/files/22062/5532_220629_1.pdf (last visited: 2023.02.28).

二、英 文

(一)專 書

- ◎ NIMMER, DAVID & NIMMER, MELVILLE B., NIMMER ON COPYRIGHT (2000).

(二)期刊論文

1. Fichtner, Royce J. & Strader, Troy J., Automated Takedown Notices and Their Potential to Generate Liability Under Section 512(f) of the Digital Millennium Copyright Act, 6(1) JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE 51 (2011).

2. Lester, Toni & Pachamano, Dessislava, The Dilemma of False Positives: Making Content ID Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation, 24(1) UCLA ENT. L. REV. 51 (2017).

3. Lizalek, Justin R., Flipping the DMCA and Its Progeny on Their Heads: Content Creators Reclaiming Revenue From Improper Copyright

Claims, 54 UIC L. REV. 757 (2021).

(三) 網頁文獻

1. Alexander, Isabella, Neither Bolt nor Chain, Iron Safe nor Private Watchman, Can Prevent the Theft of Words: The Birth of the Performing Right in Britain, in *Privilege and Property: Essays on the History of Copyright*, edited by Ronan Deazley, Martin Kretschmer & Lionel Bently, 1st ed., Open Book Publishers, 2010. <https://doi.org/10.2307/j.ctt5vjt9v.16> (last visited: 2023.02.28).
2. All Sound Recordings Prior to 1923 Will Enter the US Public Domain in 2022, *The Public Domain Review* (December 7, 2021), <https://publicdomainreview.org/blog/2021/12/all-sound-recordings-prior-to-1923-will-enter-the-us-public-domain-in-2022> (last visited: 2023.02.28).
3. Brodeur, Michael Andor, Copyright bots and classical musicians are fighting online. The bots are winning, *The Washington Post* (May 21, 2020), https://www.washingtonpost.com/entertainment/music/copyright-bots-and-classical-musicians-are-fighting-online-the-bots-are-winning/2020/05/20/a11e349c-98ae-11ea-89fd-28fb313d1886_story.html (last visited: 2023.02.28).
4. Chaves, Alexandra, ‘Disruptions and shutdowns’: Why automated bots are interrupting live-streams by classical musicians, *The National* (May 29, 2020), <https://www.thenationalnews.com/arts-culture/music/disruptions-and-shutdowns-why-automated-bots-are-interrupting-live-streams-by-classical-musicians-1.1026014> (last visited: 2023.02.28).
5. CJEU Case C-401/19, Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union, The full text and the résumé of the judgment is available at <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=258261&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=4421078> (last visited: 2023.02.28).
6. CJEU Case C-401/19, Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union, The résumé of the judgment is available at <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=258263&mode>

=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=4421078 (last visited: 2023.02.28).

7. COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2018/334, Recommendation on Measures to Effectively Tackle Illegal Content Online, 2018 O.J. (L 61) 50, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0334&from=EL> (last visited: 2023.02.28).
8. Court of Justice of the European Union, The Court of Justice dismisses the action brought by Poland against Article 17 of the directive on copyright and related rights in the Digital Single Market, PRESS RELEASE No 65/22 (Luxembourg, 26 April 2022), <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-04/cp220065en.pdf> (last visited: 2023.02.28).
9. Copyright: Commission calls on Member States to comply with EU rules on copyright in the Digital Single Market, Daily News 26/07/2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_3902?utm_source=POLITICO.EU&utm_campaign=14d27e1a3e-EMAIL_CAMPAIGN_2021_07_26_11_26&utm_medium=email&utm_term=0_10959edeb5-14d27e1a3e-188979681 (last visited: 2023.02.28).
10. De Maere, Jens, Covid-19: infecting both people and internet, LEXOLOGY (November 22, 2021), <https://www.lexology.com/commentary/intellectual-property/international/gevers/covid-19-infecting-both-people-and-internet> (last visited: 2023.02.28).
11. Diebold Coughs Up Cash in Copyright Case, Electronic Frontier Foundation, <https://www.eff.org/press/archives/2004/10/15> (last visited: 2023.02.28).
12. Dinzeo, Maria, Fight Over Dancing Baby Video Ends in Settlement, Courthouse News Service (June 27, 2018), <https://www.courthousenews.com/fight-over-dancing-baby-video-ends-in-settlement/> (last visited: 2023.02.28).
13. EUROPEAN COMMISSION, COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright

- in the Digital Single Market (2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1625142238402&uri=CELEX%3A52021DC0288> [hereinafter Guidance on Article 17] (last visited: 2023.02.28).
14. Geiger, Christophe, Bernd Justin Jütte, Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match, *GRUR International*, Volume 70, Issue 6, June 2021, <https://doi.org/10.1093/grurint/ikab037> (last visited: 2023.02.28).
15. Gray, Joanne E. & Suzor, Nicolas P., Playing with Machines: Using Machine Learning to Understand Automated Copyright Enforcement at Scale, *Big Data & Society* 7. No. 1 (April 2020), <https://doi.org/10.1177/2053951720919963> (last visited: 2023.02.28).
16. Hale, James, YouTube Settles Lawsuit Against Man who Attempted to Extort ‘Minecraft’ Creators with Copyright Flags (10/21/2019 Posted), *tubefilter*, <https://www.tubefilter.com/2019/10/21/youtube-lawsuit-christopher-brady-false-copyright-infringement-flags/> (last visited: 2023.02.28).
17. Klass, Charles, ATTACK OF THE COPYRIGHT BOTS, *Sports and Entertainment Law Journal* (29 October, 2018), <http://asuselj.org/attack-of-the-copyright-bots/> (last visited: 2023.02.28).
18. Kumar, Gajendra Jeya, Local record label blames ‘hacking’ for Lofi Girl fiasco, *malaysiakini* (July 12, 2022), <https://www.malaysiakini.com/news/628032> (last visited: 2023.02.28).
19. Leistner, Matthias, European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge? (May 21, 2020), *2020 Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal (ZGE/IPJ)*, Issue 2, <https://ssrn.com/abstract=3572040> (last visited: 2023.02.28).
20. Matas, Ariadna, Copyright directive series: Progress in the directive transposition (Updated on Thursday April 21, 2022), <https://pro.europeana>.

- eu/post/copyright-directive-series-progress-in-the-directive-transposition (last visited: 2023.02.28).
21. Mullin, Joe, Supreme Court turns down EFF’s “Dancing Baby” fair use case, *ars Technica* (6/20/2017), <https://arstechnica.com/tech-policy/2017/06/supreme-court-wont-hear-dancing-baby-copyright-case/?comments=1&post=33523661> (last visited: 2023.02.28).
 22. New EU copyright rules that will benefit creators, businesses and consumers start to apply, European Commission – Press release (Brussels, 4 June 2021), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1807 (last visited: 2023.02.28).
 23. Nobre, Teresa, Case C-401/19: CJEU limits the use of automated filters and protects user rights at upload, *CUMMUNIA* (April 26, 2022), <https://www.communia-association.org/2022/04/26/case-c-401-19-cjeu-limits-the-use-of-automated-filters-and-protects-user-rights-at-upload/> (last visited: 2023.02.28).
 24. Quintais, João Pedro, Frosio, Giancarlo, van Gompel, Stef, Hugenholtz, P. Bernt, Husovec, Martin, Jütte, Bernd Justin & Senftleben, Martin, *Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics* (November 11, 2019), <https://ssrn.com/abstract=3484968> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3484968> (last visited: 2023.02.28).
 25. Ronald B., Standler, *Music Copyright Law in the USA* (July 21, 2013), <http://www.rbs2.com/copyrm.pdf> (last visited: 2023.02.28).
 26. S. Rept. 105-190 - THE DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT OF 1998, S.Rept.105-190, 105th Cong. (2023), <https://www.congress.gov/congressional-report/105th-congress/senate-report/190> (last visited: 2023.02.28).
 27. Sony Finally Admits It Doesn’t Own Bach and It Only Took a Bunch of Public Pressure, *Electronic Frontier Foundation*, <https://www.eff.org/take-downs/sony-finally-admits-it-doesnt-own-bach-and-it-only-took-public-pressure> (last visited: 2023.02.28).

28. Spangler, Todd, Hotfile Shuts Down after \$80 Mil MPAA Piracy Settlement, VARIETY (December 4, 2013), <https://variety.com/2013/digital/news/hotfile-shuts-down-after-80-mil-mpaa-piracy-settlement-1200918378/> (last visited: 2023.02.28).
29. Strickland, Jonathan, How Content-recognition Software Works, HowStuffWorks, <https://computer.howstuffworks.com/content-recognition.htm> (last visited: 2023.02.28).
30. Szilágyi, Zita, LITHUANIA TRANSPOSES THE DSM DIRECTIVE, PETOŠEVIĆ (May 4, 2022), <https://www.petosevic.com/resources/news/2022/05/4618> (last visited: 2023.02.28).
31. Tambiama André, Madiega, BRIEFING EU Legislation in Progress: Copyright in the digital single market, 5th ed. (2016), [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2016\)593564](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2016)593564) (last visited: 2023.02.28).
32. The European Commission decides to refer 11 Member States to the Court of Justice of the European Union for failing to fully transpose EU copyright rules into national law, European Commission Press corner (15 February 2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_704 (last visited: 2023.02.28).
33. U.S. Copyright Office, Copyright and the Music Marketplace: A Report of the Register of Copyrights (2015), <https://www.copyright.gov/policy/musiclicensingstudy/copyright-and-the-music-marketplace.pdf> (last visited: 2023.02.28).
34. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE, SECTION 512 OF TITLE 17 A REPORT OF THE REGISTER OF COPYRIGHTS (2020), <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf> (last visited: 2023.02.28).
35. Williams, Jamie, Absurd Automated Notices Illustrate Abuse of DMCA Takedown Process, Electronic Frontier Foundation (February 24, 2015), <https://www.eff.org/deeplinks/2015/02/absurd-automated-notices-illustrate-abuse-dmca-takedown-process> (last visited: 2023.02.28).

(四)其 他

- ◎DIEBOLD PAYS \$125,000 TO SETTLE DMCA MISUSE CASE
Online Policy Group v. Diebold Inc., 11(15) ANDREWS INTELL.
PROP. LITIG. REP. 11 (2004).



Issues on Legal Obligations of Information Storage Service Providers Under the Copyright Law: Take False Takedown Notices and Content Management Disputes as Examples

Li-Chih Lin^{*}

Abstract

How to regulate the copyright infringement disputes caused by the diversified Internet usage is a common problem in the world. To avoid secondary liability, DMCA imposes legal obligations on ISPs to assist copyright owner to protect their rights. However, issues arising from the three-strikes-clause which aggravates the content recognition software using AI algorithms to automatically send out improper takedown notices, and encourage copyright trolls to claim for ransom in the name of copyright protection. With the evolution of information storage services provided by ISPs, Article 17 of the EU Digital Single Market Copyright Directive creates a new regulatory regime in which ISPs should bear direct liability for copyright infringement unless they



^{*} Associate Professor, School of Law, Soochow University; J.D. School of Law, Loyola University, Chicago Illinois.

Received: November 14, 2022; accepted: October 2, 2023

comply legal obligations of content management. This new regime also designs multiple protective mechanisms to protect fundamental rights of users guaranteed by the Constitution. This article addresses the causes of false takedown notices and compares the provisions of content management obligations of the industry, and concludes that the future regulatory system of information storage service providers in Taiwan should not only implement the principle of technological neutrality in the Copyright Law, but also safeguard fundamental rights of expression guaranteed by the Constitution.

Keywords: False Takedown Notices, Content Recognition Software, AI Algorithms, Copyright Trolls, The Notice and Takedown Procedures, Article 17 of The EU Digital Single Market Copyright Directive, Filtering Technology, The Digital Intermediary Services Act

