

網際網路服務提供者法律責任與 相關法制之研究

委託單位：行政院經濟建設委員會

研究單位：財團法人資訊工業策進會科技法律中心

中華民國九十二年 十二月

網際網路服務提供者法律責任與
相關法制之研究

(本報告不必然代表經建會之立場)

計畫主持人：陳人傑專案經理

協同計畫主持人：陸義淋 主任

研究人員：戴豪君組長

郭佳玫 專案經理

許華偉 研究員

周慧蓮 研究員

楊婉艷 研究員

黃菁甯 研究員

研究助理：邱皇錡

諮詢顧問：謝銘洋教授（國立台灣大學法律系）

摘要

近年來由於網際網路的快速發展，使得數位資訊得以無遠弗屆，跨越國與國之間的界線。此一通訊科技的快速發展，由於均可透過不同的電子通訊網路加以傳輸，打破傳統上壁壘分明的電信、廣播、電視等不同的法律規範。雖然網路可謂是一個虛擬世界，但在現實世界中可能會發生的侵害著作權、誹謗、散布色情資訊等行為，在網路世界中一樣有發生之可能。

作為網路資訊媒介(Intermediary)之網際網路服務提供者(Internet Service Provider, ISP)，當其所提供的服務或使用之利用行為涉及不法或有爭議時，由於確認行為人身份之困難，且網際網路服務提供者目標顯著與財力雄厚，往往容易產生網際網路服務提供者是否應對使用者不法行為負責之爭議。實務上可見網際網路服務提供者屢屢被要求需負擔此一不法行為在民事法上共同侵權行為人責任，或者在刑法上構成共犯或幫助犯的責任，網際網路服務提供者可謂不勝其擾，並已造成經營上之法律風險。而為確保民眾使用網際網路獲取資訊與自由表達言論之權利，並兼顧促進電子商務的發展，各國政府多已積極針對網際網路服務提供者的責任問題，加以釐清與規定，試圖建構一明確的網際網路服務提供者責任規範。

近來我國積極推動「挑戰 2008：國家發展重點計畫」，計畫於 2008 年達到「600 萬寬頻到府」的目標，實現數位台灣的願景。而依據經濟部技術處委託資策會電子商務應用推廣中心(ECRC-FIND)，所進行的「我國網際網路用戶數調查統計」顯示，截至 2003 年 3 月底止，我國上網人口達 867 萬人，網際網路連網應用普及率為 38%；寬頻用戶數達 226 萬戶；並且，我國目前連網主機已達 392 萬部，排名全球第 10 名、亞洲第 3 名，可知我國在網際網路硬體建置規模與成長已有雄厚基礎。然而在網路與寬頻服務應用日益普及的同時，如何讓我國網際網路服務提供者在提供服務的同時，避免不確定的法律風險，現行法制實有待進一步的釐清與說明。

網際網路服務提供者作為網路虛擬世界之資訊媒介，已逐漸扮演資訊流通橋樑或資訊匯集樞紐之角色，因此對於網際網路服務提供者相關責任法制架構之健全與否，不僅將左右電子商務產業未來之發展，亦將影響數位時代民眾獲取充分資訊與自由表達言論，是故明確規範網際網路服務提供者責任，以釐清現行法律爭議已有迫切之必要性。

網際網路服務提供者，依其所提供之服務項目與內容，概念上一般可區分為以下三種服務類型：1. 網路連線服務提供者(Internet Access Provider, IAP)；2. 網路平台服務提供者(Internet Platform Provider, IPP)；3. 網路內容提供者(Internet Content Provider, ICP)。然因網路服務市場競爭激烈，大部分的網際網路服務提供者並不單純經營一項業務，可能兼有提供連線、應用系統或各類資訊內容服務，例如前述之 IAP，除提供網路撥接/ADSL/專線上網服務外，並於入口網站提供影音、旅遊、證券行情等資訊內容，以及電子郵件、網頁搜尋等應用服務功能，可認為是結合 IAP、IPP 與 ICP 類型於一身之網際網路服務提供者。

在概念上區別網際網路服務提供者類型之實益，即在於如何區別網際網路服務提供者類型並賦予不同之責任範圍。雖然一般不刻意區分服務類型，而以「網際網路服務提供者」泛稱上述服務之提供者。然而，對上述不同類型之網際網路服務提供者，於各國法制用語上卻顯得分歧，例如在美國立法上有使用「互動式電腦服務提供者」(Interactive Computer Service Provider)、「服務提供者」(Service Provider)、「網際網路服務提供者」(Internet Service Provider)；而歐盟則使用「媒介服務提供者」(Intermediary Service Providers)之用語。本研究將以「網際網路服務提供者」作為泛指各種網路服務類型之提供者，並於必要時方特別界定網際網路服務提供者之意義範疇。

網際網路服務提供者責任之範圍，廣義而言，包括其與使用者間因提供服務本身瑕疵所生責任，以及對網路活動不法行為所生責任。前者係指網際網路服務提供者之瑕疵責任，屬民法契約之債務不履行責任，本屬契約法之責任理論可規制。後者則可區分為網路服務業者自己行為不法責任，以及其使用者不法利用行為之責任。由於網路服務業者自己行為不法時，成為違法行為之主體，可依一般行為責任理論加以解決，較無爭議。茲有爭議者係屬網路服務業者是否須為其使用者不法行為負責問題，此亦為各國立法欲加以處理之對象。

美國對於網際網路服務提供者(ISP)的責任規範，係散見於各個相關法規，如「通訊端正法」(Communication Decency Act)對於美國電信法的修正，使 ISP 得以對於使用者的誹謗行為，限縮其責任範圍。而對於使用者散布猥褻及不雅資訊的行為，美國國會復於 1998 年通過「兒童網路

保護法」(Child On-line Protection Act)，增訂有關電信法的規定；並另有「兒童色情防止法」(The Child Pornography Prevention Act)與「保護兒童免於性掠奪者法」(Protection of Children From Sexual Predators Act)，以完善規範 ISP 對於使用者散布兒童色情資訊之行為。

此外，由於網路上著作權侵害的案例層出不窮，ISP 對於侵害著作權之行為人的責任，於 1998 年所制定的「數位化千禧年著作權法」(The Digital Millennium Copyright Act；DMCA)對此亦有規範。DMCA 依據 ISP 的服務或設備提供的行為態樣，將免責的型態分為四類：「暫時性的數位化網路傳輸」(transitory digital network communication)、「系統自動存取」(system caching)、「因使用者之要求，資訊存取於系統或網路」(information residing on system or networks at direction of users)與「資訊搜尋工具」(information location tools)，以提供一「安全港」的保護。DMCA 並有執行上的相關配套設計，以保障著作權人的權益。

歐洲聯盟(European Union, EU) (以下簡稱「歐盟」)為確保區域內部市場之適當機能得以發揮最大的效用，特別是各會員國間資訊社會服務的自由流通，通過「電子商務指令」(Directive on Electronic Commerce)。其中有關網際網路服務提供者之責任規範，規定於該指令第 12 條至第 15 條，歐盟冀由「電子商務指令」之規範，在不排除作為媒介之服務提供者經營的發展及效率下，建構一個適當的基礎，俾發展快速即可信賴的程序來移除並阻斷接觸非法資訊。

「電子商務指令」第 12 條至第 14 條中對網際網路服務提供者之意義及其責任範圍為規範，區分為單純連線 (mere conduit) 服務提供者、快速存取 (caching) 服務提供者與資訊儲存 (hosting) 服務提供者。歐盟將網際網路服務提供者之責任類比為媒體之責任理論，而在「電子商務指令」為一單一整體的規定，亦即採單一立法架構適用不同的網路服務責任態樣，而不若美國法針對使用者之行為態樣而在各該法律中為規範。

日本為釐清 ISP 就行為人不法利用行為所應承擔責任，日本總務省於 2000 年 5 月起，召開「確保網際網路正當資訊流通之研討會」，於同年年底提出研究報告，並彙整相關意見後，向國會提出相關法案。經國會之決議通過，於 2001 年 11 月公布「服務提供者責任限制法」，並於 2002 年 5 月施行。日本對於網際網路服務提供者責任係採單一立法架構，並未如美

國法制分散於各該法律中規範。

我國目前尚無針對網際網路服務提供者責任而制訂法律規範，若從現行法律分析對網際網路服務提供者責任規範，大致可歸納出以下問題：. 電信法第 8 條第 1 項定有免責條款的適用對象是否含括網際網路服務提供者；媒體經營者之規範，如消費者保護法及公平交易法對「媒體經營者」或「廣告媒體業」連帶責任規定是否一體適用所有的網際網路服務提供者；傳統民、刑法對於網際網路服務提供者為共同侵權行為人、幫助犯之認定當否；網際網路服務提供者因現行可能的服務型態所致之法律責任有無類型化之可能，以解決現行法院實務在個案認定上所可能產生之爭議。

本研究認為，我國電信法所規範之電信事業應以該事業對傳送內容有無控管能力為斷，而定其責任，而不問其究為連線服務提供者或平臺服務提供者有。而在刑事責任部分，網際網路服務提供者所提供的服務仍屬刑法上的行為。但不同型態的服務型態，可能導出不同的容許風險界限，而應從行政法規確定可容許風險之界線，作為刑事責任判斷基準。

在網際網路服務提供者跨足經營廣告後，其地位不再純為電信業者，而又同時具備媒體經營者的角色，自應受媒體相關法規規範，而對不實廣告或不當資訊負有注意義務及責任。在網際網路業者做為媒介，且同時具有媒體經營者的情形下，依電信法第 8 條第 1 款的免責規定，及消保法、公平法中有關不實廣告的責任等規定的衝突勢必須予以處理。因而再次釐清電信法第 8 條第 1 項的主體為提供何種網際網路服務類型實有必要。而有關網路廣告責任之要件，從消保法第 23 條與公平法第 21 條第 4 項規定及其相關函釋，在媒體經營者責任部分，均以「明知或可得而知」作為主觀要件。此要件具體化言之，即為控管能力與主動之注意。因此本文認為在是否應負連帶責任的判斷上，應以得否知悉作為判斷基準。

網際網路服務發展網路資訊社會之最重要一環，其為資訊傳遞的媒介或者為網路社會資訊直接或間接的提供者。雖不可否認服務提供者有作為媒介者所應擔負之社會或法律責任，並因此負有一定的注意義務及作為。然僅以所有資訊均透過其所提供服務進行為由，而認定其對使用者之侵權或其他不法行為承擔法律責任，則恐失之過苛。在介於資訊傳遞的通道與

媒體經營者的角色之間，在可為私器與公器之際，網際網路的角色較一般媒體經營者更為複雜。未來在面臨數位匯流的趨勢，傳播業者與網際網路服務提供者的界線更趨模糊，如動輒認定做為媒介的服務提供者對使用者不法行為負有刑事上的責任，則無異限縮服務提供者的容許風險，將使網際網路產業的風險成本增加，對於匯流的發展可能會造成直接的影響。本文建議，對於刑事責任的認定，仍應謹守科技中立的原則，在欠缺主觀不法要件之情況下，避免課予網際網路服務提供者刑事責任。

報告簡目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究背景與目的.....	1
第二節 研究範圍與研究內容.....	2
第一項 研究範圍.....	2
第二項 研究內容.....	5
第三節 研究方法與研究架構.....	10
第一項 研究方法.....	10
第二項 研究架構.....	11
第二章 規範網際網路服務提供者責任之分散式立法模式研究－以美國法制為中心.....	13
第一節 美國法對網際網路服務提供者之概念界定.....	13
第一項 美國電信法上公共載具(Common Carriers)之概念.....	13
第二項 其他相關法規中網際網路服務提供者之概念.....	13
第二節 網際網路服務提供者對使用者侵害著作權行為之責任.....	15
第一項 概說.....	15
第二項 數位千禧年著作權法中網際網路服務提供者對使用者侵害著作權之責任限制與作為義務.....	17
第三項 立法後之重要案例介紹與評析.....	26
第三節 網際網路服務提供者對使用者誹謗行為之責任.....	41
第一項 前言.....	41
第二項 傳統誹謗責任之適用.....	42
第三項 通訊端正法對網際網路服務提供者誹謗責任之規範.....	44
第四節 網際網路服務提供者對使用者散布色情資訊行為之責任.....	48
第一項 通訊端正法 47 U.S.C. § 230 之規定.....	48
第二項 通訊端正法 47 U.S.C. § 223 之規定.....	49
第三項 兒童網路保護法之規定.....	50
第五節 網際網路服務提供者對使用者其他不法行為之責任.....	51
第一項 前言.....	51
第二項 網路賭博.....	52
第三項 網路毒品販賣.....	60

第四項 監控責任法案 (Responsible Monitoring Act of 2000,H.R.5673)	63
第五項 小結	63
第六節 本章結論	64
第三章 規範網際網路服務提供者責任之單一立法模式研究	66
第一節 歐盟電子商務指令之規範	66
第一項 前言	66
第二項 對於媒介服務提供者責任的立法原則	67
第三項 有關媒介服務提供者豁免規定之介紹	70
第二節 德國「電信服務法」(Teledienstegesetz)	74
第一項 前言	74
第二項 德國「電信服務法」之概述	75
第三項 小結	79
第三節 日本「服務提供者責任限制法」	80
第一項 制定背景	80
第二項 法律內容	83
第三項 對權利侵害行為的因應	98
第四項 小結	103
第四節 本章結論	105
第四章 我國網際網路服務提供者免責規範立法原則探討	106
第一節 網際網路服務提供者於我國之現行規範及責任	106
第一項 民法侵權行為的規範	106
第二項 網際網路服務提供者之刑事責任探討	108
第三項 網際網路服務提供者於電信法之責任規範	118
第四項 從消費者保護法與公平交易法看ISP之媒體經營者責任	122
第五項 其他法規	133
第六項 小結	135
第二節 我國增訂網際網路提供者免責規範立法原則探討	136
第一項 訂定免責規範之必要性	136
第二項 可能之規範模式探討	137
第三項 小結	140

第三節 我國網際網路服務提供者免責規範立法原則探討.....	143
第一項 網際網路服務提供者的定義.....	143
第二項 網際網路服務提供者之免責類型及其要件.....	146
第三項 網際網路服務提供者不具一般監控義務.....	155
第四項 「通知及取下程序」採用之探討.....	155
第五項 制訂揭露使用者個人資料規定之探討.....	158
第四節 本章結論.....	160
第一項 對於現行法規範解釋之建議.....	160
第二項 對於網際網路服務提供者免責規範之立法探討.....	161
第五章 結論與建議.....	164
壹 針對我國法規對網際網路服務提供者之責任檢討.....	164
一、應從行政法規確定可容許風險之界線，作為刑事責任判斷基準.....	164
二、應視對傳輸內容控管能力定網際網路服務提供者之責任.....	164
三、網路廣告責任之要件應以得否知悉作為判斷基準.....	165
四、對負有被動注意義務之網際網路服務提供者應以對不當資訊之作為義務作為免責要件.....	165
五、避免課與網際網路服務提供者刑事責任.....	166
貳 網際網路服務提供者免責類型及要件研擬及建議.....	167
參考書目.....	172
中文文獻	172
專書.....	172
碩博士論文.....	173
期刊與研究報告.....	173
英文文獻	175
專書.....	175
期刊.....	177
德文文獻	178
專書.....	178
線上資料.....	179
日文文獻	180
專書.....	180

期刊.....	180
線上資料.....	180

報 告 詳 目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究背景與目的.....	1
第二節 研究範圍與研究內容.....	2
第一項 研究範圍.....	2
第一款 網際網路服務提供者之概念.....	3
第二款 本計畫主要研究網際網路服務提供者就其使用者利用服務 之不法行爲的責任.....	4
第二項 研究內容.....	5
第一款 規範網際網路服務提供者責任之分散式立法模式－以美國 法爲研究中心.....	5
第二款 規範網際網路服務提供者責任之單一立法模式.....	6
第一目 歐盟電子商務指令.....	6
第二目 德國.....	7
第三目 日本.....	8
第三款 對於我國網際網路服務提供者責任規範之探討.....	9
第三節 研究方法與研究架構.....	10
第一項 研究方法.....	10
第二項 研究架構.....	11
第二章 規範網際網路服務提供者責任之分散式立法模式研究－以美國法制爲中 心.....	13
第一節 美國法對網際網路服務提供者之概念界定.....	13
第一項 美國電信法上公共載具(Common Carriers)之概念.....	13
第二項 其他相關法規中網際網路服務提供者之概念.....	13
第二節 網際網路服務提供者對使用者侵害著作權行爲之責任.....	15
第一項 概說.....	15
第二項 數位千禧年著作權法中網際網路服務提供者對使用者侵害著作 權之責任限制與作爲義務.....	17
第一款 網際網路服務提供者定義與適格要件.....	17
第二款 網際網路服務提供者的安全港－責任限制條款.....	19
第一目 暫時性數位化網路傳輸.....	19

第二目 系統快速存取.....	20
第三目 應使用者指示之資訊存取於系統或網路.....	21
第四目 資訊搜尋工具.....	23
第三款 非營利教育機構.....	24
第一目 法條釋義.....	24
第四款 其他規定.....	24
第一目 傳票－請求提供侵權者資料.....	24
第二目 禁制令.....	25
第三項 立法後之重要案例介紹與評析.....	26
第一款 A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.....	27
第一目 案例事實.....	27
第二目 本案爭點.....	28
第三目 兩造主張與判決理由.....	28
第四目 分析.....	30
第二款 ALS Scan, Inc v. Remarq Communities, Inc.....	30
第一目 案例事實.....	30
第二目 本案爭點.....	31
第三目 兩造主張與判決理由.....	31
第四目 分析.....	32
第三款 Harlan Ellison v. Stephan Robertson et al.....	33
第一目 案例事實.....	33
第二目 本案爭點.....	34
第三目 兩造主張與判決理由.....	34
第四目 分析.....	35
第四款 Perfect 10 v. Cybernet Ventures, Inc. et al.....	36
第一目 案例事實.....	36
第二目 本案爭點.....	36
第三目 兩造主張與判決理由.....	37
第四目 分析.....	38
第五款 RIAA v. Verizon.....	39
第一目 案例事實.....	39

第二目 本案爭點.....	39
第三目 兩造主張與判決理由.....	39
第四目 分析.....	40
第三節 網際網路服務提供者對使用者誹謗行為之責任.....	41
第一項 前言.....	41
第二項 傳統誹謗責任之適用.....	42
第一款 傳統誹謗責任的概念.....	42
第一目 散布者的責任 (Distributors)	42
第二目 出版者的責任 (Publishers)	42
第二款 傳統誹謗責任分析適用於網際網路服務提供者.....	42
第一目 Daniel v. Dow Jones & Co.....	43
第二目 Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc	43
第三目 Stratton Oakmont, Inc v. Prodigy Services Co.	43
第三項 通訊端正法對網際網路服務提供者誹謗責任之規範.....	44
第一款 立法緣由.....	44
第二款 規範內涵.....	45
第一目 免責主體—Interactive Computer Service	45
第二目 免除責任.....	46
第三款 通訊端正法通過後相關判決評析.....	46
第一目 Zeran v. American Online, Inc.....	46
第二目 Ben Ezra, Weinstein, & Co. v. America Online Inc.....	47
第三目 Christianne Carafano v. Metrosplash.com, Inc.....	47
第四節 網際網路服務提供者對使用者散布色情資訊行為之責任.....	48
第一項 通訊端正法 47 U.S.C. § 230 之規定.....	48
第二項 通訊端正法 47 U.S.C. § 223 之規定.....	49
第三項 兒童網路保護法之規定.....	50
第五節 網際網路服務提供者對使用者其他不法行為之責任.....	51
第一項 前言.....	51
第二項 網路賭博.....	52
第一款 網路賭博禁止法案 (Internet Gambling Prohibition Act) 立法過程.....	52

第二款 2000 年網路賭博禁止法案有關ISP責任之介紹.....	53
第一目 ISP業者的定義.....	53
第二目 網路賭博的禁止規定.....	53
第三目 互動式電腦服務提供者對網路賭博資訊的免責規定	54
第四目 禁制令的相關規定.....	55
第五目 監控義務的免除.....	56
第六目 互動式電腦服務提供者對非網路賭博資訊的免責規定	57
第三款 網路賭博法案引發的爭議.....	58
第一目 通知及移除規定.....	58
第二目 中止帳號影響使用者權益.....	59
第三目 阻斷接取規定將影響網站經營權益及增加網路服務提	
供者成本.....	59
第四目 禁制令範圍過於廣泛.....	59
第三項 網路毒品販賣.....	60
第一款 反毒品擴散法案 (Methamphetamine Anti -Proliferation Act	
of 1999 , S.486) 中對於互動式電腦服務提供者之規範.....	60
第一目 ISP業者的定義.....	61
第二目 互動式電腦服務提供者對網路毒品資訊的免責規定	61
第三目 通知及移除規定.....	61
第四項 監控責任法案 (Responsible Monitoring Act of 2000,H.R.5673)	
.....	63
第五項 小結.....	63
第六節 本章結論.....	64
第三章 規範網際網路服務提供者責任之單一立法模式研究.....	66
第一節 歐盟電子商務指令之規範.....	66
第一項 前言.....	66
第二項 對於媒介服務提供者責任的立法原則.....	67
第一款 揭櫫責任限制之規定.....	67
第二款 功能取向的規定方式.....	67
第三款 水平方式(horizontal approach)的立法.....	67

第四款 僅止於對於他人所提供之內容予以豁免.....	68
第五款 指令未整合有關不作為與排除之規定.....	68
第六款 電子商務指令與資訊社會著作權調和指令的關係.....	69
第三項 有關媒介服務提供者豁免規定之介紹.....	70
第一款 單純連線服務.....	70
第二款 快速存取服務.....	70
第三款 資訊儲存服務.....	72
第四款 服務提供者不具一般之監控義務.....	73
第二節 德國「電信服務法」(Teledienstegesetz)	74
第一項 前言.....	74
第二項 德國「電信服務法」之概述.....	75
第一款 立法目的.....	75
第二款 適用範圍.....	75
第三款 名詞定義.....	75
第四款 網際網路服務提供者免責事由.....	76
第五款 罰則.....	79
第三項 小結.....	79
第三節 日本「服務提供者責任限制法」.....	80
第一項 制定背景.....	80
第一款 網際網路上的歸責問題.....	80
第一目 網路上難以確認加害者.....	80
第二目 基本權利與受害者保護相衝突.....	81
第二款 立法必要性及過程.....	82
第一目 立法必要性.....	82
第二目 立法過程.....	83
第二項 法律內容.....	83
第一款 立法目的.....	83
第二款 適用對象.....	84
第一目 特定電信.....	84
第二目 特定電信設備.....	85
第三目 特定電信服務提供者.....	86

第四目 發信者.....	87
第三款 損害賠償責任限制.....	88
第一目 對被害者的責任限制.....	88
第二目 對發信者的責任限制.....	91
第四款 揭露發信者資訊請求權.....	93
第一目 請求權內容.....	93
第二目 受請求服務提供者的義務.....	95
第三目 取得資訊者的義務.....	96
第四目 拒絕揭露時的責任限制.....	97
第三項 對權利侵害行為的因應.....	98
第一款 被害者的因應.....	98
第一目 確認侵害資訊.....	98
第二目 確認服務提供者.....	98
第三目 請求採取傳送防止措施.....	99
第四目 請求揭露發信者資訊.....	100
第二款 服務提供者的因應.....	101
第一目 受傳送防止措施請求.....	101
第二目 受揭露發信者資訊請求.....	102
第四項 小結.....	103
第四節 本章結論.....	105
第四章 我國網際網路服務提供者免責規範立法原則探討.....	106
第一節 網際網路服務提供者於我國之現行規範及責任.....	106
第一項 民法侵權行為的規範.....	106
第二項 網際網路服務提供者之刑事責任探討.....	108
第一款 網際網路服務提供者的服務屬於刑法上的行為.....	109
第一目 網際網路服務提供者的服務模式及其特質.....	109
第二目 電腦自動化處理的服務提供模式在刑法上的評價.....	109
第二款 網際網路服務提供者在刑法方面可能的法律風險.....	110
第一目 主刑法部份.....	111
第二目 輔刑法及附屬刑法部份.....	112
第三款 主觀不法方面的判斷－以構成要件故意為例.....	113

第四款 客觀不法方面的判斷－以容許風險概念為例.....	114
第一目 客觀歸責與容許風險的概念.....	114
第二目 各種不同型態的服務與容許風險.....	114
第三目 科技領域風險容許限度與「行政法從屬原則」.....	115
第五款 正犯與幫助犯的界分原則－以犯罪支配理論為例.....	116
第六款 本項結語.....	117
第三項 網際網路服務提供者於電信法之責任規範.....	118
第一款 規範主體.....	118
第二款 一般免責條款.....	119
第三款 刪除或阻斷資訊之權利.....	120
第一目 電信法第 8 條第 2 項.....	120
第二目 電信法第 22 條.....	121
第四款 提供使用者資料.....	122
第五款 保存使用者資料.....	122
第四項 從消費者保護法與公平交易法看ISP之媒體經營者責任.....	122
第一款 電信法與消費者保護法、公平交易法在媒體經營者責任之 規範衝突.....	122
第二款 消保法對於媒體經營者規範之分析.....	124
第三款 公平法對於媒體經營者之規範分析.....	125
第四款 消保法、公平法規定之要件適用網際網路服務提供者責任 分析.....	125
第一目 主觀要件之具備－明知或可得而知.....	126
第二目 網際網路服務類型與主觀要件之分析.....	127
第三目 小結.....	132
第五項 其他法規.....	133
第一款 兒童及少年性交易防治條例.....	133
第二款 食品衛生管理法與健康食品管理法.....	133
第三款 化妝品衛生管理條例.....	134
第四款 本項結語.....	134
第六項 小結.....	135
第二節 我國增訂網際網路提供者免責規範立法原則探討.....	136

第一項 訂定免責規範之必要性.....	136
第二項 可能之規範模式探討.....	137
第一款 單一免責要件.....	137
第二款 免責要件類型化之規範模式.....	139
第三項 小結.....	140
第三節 我國網際網路服務提供者免責規範立法原則探討.....	143
第一項 網際網路服務提供者的定義.....	143
第二項 網際網路服務提供者之免責類型及其要件.....	146
第一款 單純連線提供（連線服務提供）.....	146
第二款 快速存取服務.....	148
第三款 資訊儲存服務.....	151
第四款 資訊位址工具服務.....	153
第三項 網際網路服務提供者不具一般監控義務.....	155
第四項 「通知及取下程序」採用之探討.....	155
第一款 對於美國「通知及取下程序」之評論.....	156
第二款 我國採取「通知及取下程序」之可行性探討.....	156
第五項 制訂揭露使用者個人資料規定之探討.....	158
第四節 本章結論.....	160
第一項 對於現行法規範解釋之建議.....	160
第二項 對於網際網路服務提供者免責規範之立法探討.....	161
第五章 結論與建議.....	164
壹 針對我國法規對網際網路服務提供者之責任檢討.....	164
一、應從行政法規確定可容許風險之界線，作為刑事責任判斷基準.....	164
二、應視對傳輸內容控管能力定網際網路服務提供者之責任.....	164
三、網路廣告責任之要件應以得否知悉作為判斷基準.....	165
四、對負有被動注意義務之網際網路服務提供者應以對不當資訊之作為義務作為免責要件.....	165
五、避免課與網際網路服務提供者刑事責任.....	166
貳 網際網路服務提供者免責類型及要件研擬及建議.....	167
參考書目.....	172
中文文獻.....	172

專書.....	172
碩博士論文.....	173
期刊與及研究報告.....	173
英文文獻	175
專書.....	175
期刊.....	177
德文文獻	178
專書.....	178
線上資料.....	179
日文文獻	180
專書.....	180
期刊.....	180
線上資料.....	180

第一章 緒論

第一節 研究背景與目的

近年來由於網際網路的快速發展，使得數位資訊得以無遠弗屆，跨越國與國之間的界線。此一通訊科技的快速發展，由於均可透過不同的電子通訊網路加以傳輸，打破傳統上壁壘分明的電信、廣播、電視等不同的法律規範。雖然網路可謂是一個虛擬世界，但在現實世界中可能會發生的侵害著作權、誹謗、散布色情資訊等行爲，在網路世界中一樣有發生之可能。

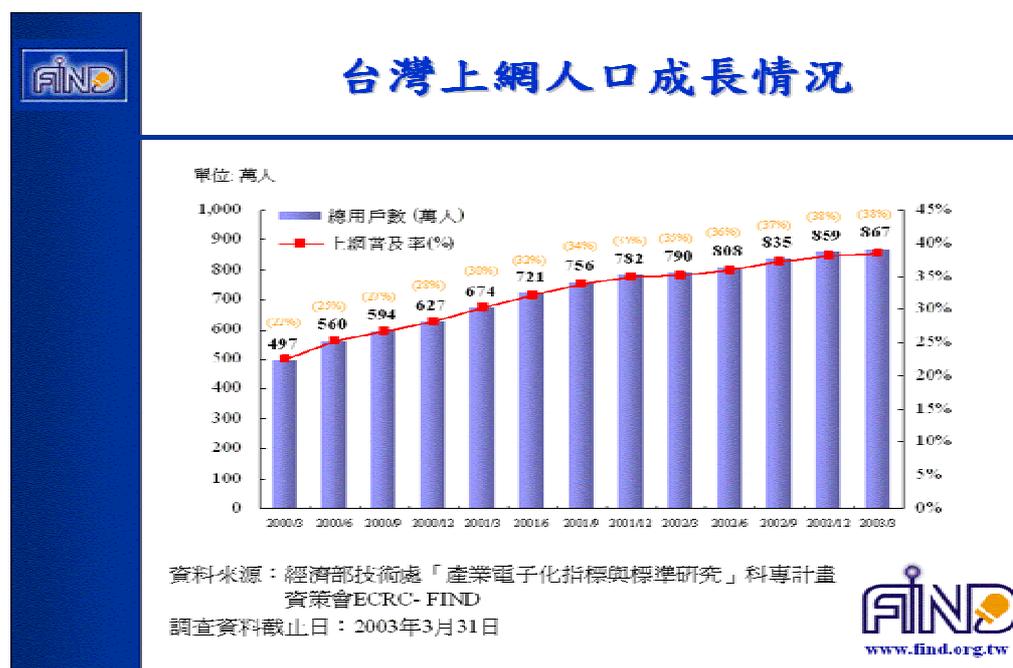
作為網路資訊媒介(Intermediary)之網際網路服務提供者(Internet Service Provider, ISP)，當其所提供的服務或使用之利用行爲涉及不法或有爭議時，由於確認行爲人身份之困難，且網際網路服務提供者目標顯著與財力雄厚，往往容易產生網際網路服務提供者是否應對使用者不法行爲負責之爭議。實務上可見網際網路服務提供者屢屢被要求需負擔此一不法行爲在民事法上共同侵權行爲人責任，或者在刑法上構成共犯或幫助犯的責任，網際網路服務提供者可謂不勝其擾，並已造成經營上之法律風險。而為確保民眾使用網際網路獲取資訊與自由表達言論之權利，並兼顧促進電子商務的發展，各國政府多已積極針對網際網路服務提供者的責任問題，加以釐清與規定，試圖建構一明確的網際網路服務提供者責任規範。

近來我國積極推動「挑戰 2008：國家發展重點計畫」，計畫於 2008 年達到「600 萬寬頻到府」的目標，實現數位台灣的願景。而依據經濟部技術處委託資策會電子商務應用推廣中心(ECRC-FIND)，所進行的「我國網際網路用戶數調查統計」顯示，截至 2003 年 3 月底止，我國上網人口達 867 萬人，網際網路連網應用普及率為 38%；寬頻用戶數達 226 萬戶；並且，我國目前連網主機已達 392 萬部，排名全球第 10 名、亞洲第 3 名，可知我國在網際網路硬體建置規模與成長已有雄厚基礎¹。然而在網路與寬頻服務應用日益普及的同時，如何讓我國網

¹ 資料來源：經濟部技術處-產業電子化指標與標準研究科專計畫/資策會ECRC-FIND，available online: <http://www.find.org.tw/>。我國上網人口將上述各個連線方式用戶數經過加權運算，並扣除

際網路服務提供者在提供服務的同時，避免不確定的法律風險，現行法制實有待進一步的釐清與說明。

圖（一）台灣上網人口成長情況



第二節 研究範圍與研究內容

第一項 研究範圍

網際網路服務提供者作為網路虛擬世界之資訊媒介，已逐漸扮演資訊流通

低用度用戶、一人多帳號與多人一帳號等重複值後加以計算。Internet Host（連網主機或電腦）為觀測網際網路硬體建置規模與成長情形的重要指標之一，連網主機的數量可看出一個國家或組織之網路硬體服務能量規模，以及其服務數量規模（連網企業、連網家庭或上網人口）。詳見前述ECRC-FIND網頁之說明。

橋樑或資訊匯集樞紐之角色，因此對於網際網路服務提供者相關責任法制架構之健全與否，不僅將左右電子商務產業未來之發展，亦將影響數位時代民眾獲取充分資訊與自由表達言論，是故明確規範網際網路服務提供者責任，以釐清現行法律爭議已有迫切之必要性。

然因網路使用行為態樣不一，網際網路服務提供者就該行為應負責之態樣亦有不同，為進一步就其責任加以規範，首先必須從網際網路服務提供者之服務類型加以分析。

第一款 網際網路服務提供者之概念

網際網路服務提供者，依其所提供之服務項目與內容，概念上一般可區分為以下三種服務類型：

1. 網路連線服務提供者(Internet Access Provider, IAP)

係指僅提供以數據機、專線方式之連線通路，讓使用人得以連接上網獲得服務之業者。以我國為例，中華電信之 Hinet 與數位聯合電信之 Seednet 之上網服務符合本項概念。

2. 網路平台服務提供者(Internet Platform Provider, IPP)

本項服務內容係指提供連線後的各項網路應用服務，包含但不限於檔案傳輸(File Transfer Protocol, FTP)、電子郵件(Electronic Mail)、網站目錄(Directory)、資料庫全文檢索等系統服務，有助於使用者取得網路資源。以我國為例，Google 網路搜尋引擎(www.google.com.tw)、ToGet 網路軟體下載(www.toget.com.tw)、Yahoo 奇摩(tw.yahoo.com)等網站，可歸為本項服務。

3. 網路內容提供者(Internet Content Provider, ICP)

本類型之服務係透過網路將資訊內容提供給使用者，例如業者提供電子布告欄(BBS)、網路論壇、新聞電子報等資訊內容。以我國為例，中時電子報(www.chinatimes.com)、Yahoo 奇摩(tw.yahoo.com)等網站服務即屬本項服務內容。

然因網路服務市場競爭激烈，大部分的網際網路服務提供者並不單純經營一項業務，可能兼有提供連線、應用系統或各類資訊內容服務，例如前述之 Hinet 業者，除提供網路撥接/ADSL/專線上網服務外，並於入口網站提供影音、旅遊、

證券行情等資訊內容，以及電子郵件、網頁搜尋等應用服務功能，可認為是結合 IAP、IPP 與 ICP 類型於一身之網際網路服務提供者。

在概念上區別網際網路服務提供者類型之實益，即在於如何區別網際網路服務提供者類型並賦予不同之責任範圍。雖然一般不刻意區分服務類型，而以「網際網路服務提供者」泛稱上述服務之提供者。然而，對上述不同類型之網際網路服務提供者，於各國法制用語上卻顯得分歧，例如在美國立法上有使用「互動式電腦服務提供者」(Interactive Computer Service Provider)²、「服務提供者」(Service Provider)³、「網際網路服務提供者」(Internet Service Provider)⁴；而歐盟則使用「媒介服務提供者」(Intermediary Service Providers)之用語。本文將以「網際網路服務提供者」作為泛指各種網路服務類型之提供者，並於必要時方特別界定網際網路服務提供者之意義範疇。

第二款 本計畫主要研究網際網路服務提供者就其使用者利用服務之不法行為的責任

網際網路服務提供者責任之範圍，廣義而言，包括其與使用者間因提供服務本身瑕疵所生責任，以及對網路活動不法行為所生責任。前者係指網際網路服務提供者之瑕疵責任，屬民法契約之債務不履行責任，本屬契約法之責任理論可規制，故本文首先排除此一責任範圍研究。

後者則可區分為網路服務業者自己行為不法責任，以及其使用者不法利用行為之責任。由於網路服務業者自己行為不法時，成為違法行為之主體，可依一般行為責任理論加以解決，較無爭議。茲有爭議者係屬網路服務業者是否須為其使用者不法行為負責問題，此亦為各國立法欲加以處理之對象，從而本計畫之主要研究對象，即為「網際網路服務提供者就其使用者利用服務之不法行為的責任」。

² 此用語見於許多法律或法案中，例如Communication Decency Act或Social Security Online Privacy Protection Act, H.R. 91...等，雖然用語相同，但意涵卻不盡相同。

³ 例如Digital Millennium Copyright Act使用此用語。

⁴ 此用語亦在許多法案中使用，例如Controlling the Assault of Non-solicited Pornography and Marketing Act of 2000, S.2542...等，同樣地，此用語並無一致的意涵。

第二項 研究內容

第一款 規範網際網路服務提供者責

任之分散式立法模式－以美國法為

研究中心

美國對於網際網路服務提供者(ISP)的責任規範，係散見於各個相關法規，如「通訊端正法」(Communication Decency Act)對於美國電信法的修正，使 ISP 得以對於使用者的誹謗行為，限縮其責任範圍。而對於使用者散布猥褻及不雅資訊的行為，美國國會復於 1998 年通過「兒童網路保護法」(Child On-line Protection Act)，增訂有關電信法的規定；並另有「兒童色情防止法」(The Child Pornography Prevention Act)與「保護兒童免於性掠奪者法」(Protection of Children From Sexual Predators Act)，以完善規範 ISP 對於使用者散布兒童色情資訊之行為。

此外，由於網路上著作權侵害的案例層出不窮，ISP 對於侵害著作權之行為人的責任，於 1998 年所制定的「數位化千禧年著作權法」(The Digital Millennium Copyright Act；DMCA)對此亦有規範。DMCA 依據 ISP 的服務或設備提供的行為態樣，將免責的型態分為四類：「暫時性的數位化網路傳輸」(transitory digital network communication)、「系統自動存取」(system caching)、「因使用者之要求，資訊存取於系統或網路」(information residing on system or networks at direction of users)與「資訊搜尋工具」(information location tools)，以提供一「安全港」的保護。DMCA 並有執行上的相關配套設計，以保障著作權人的權益。

由於美國係採取上述的分散式的立法方式，本文擬在探討上述各法規對於 ISP 的責任規範後，歸納其規範的原理原則，並分析此一立法方式的利弊得失，期能供我國未來進行相關立法之參考。

第二款 規範網際網路服務提供者責任之單一立法模式

第一目 歐盟電子商務指令

歐洲聯盟(European Union, EU) (以下簡稱「歐盟」) 為確保區域內部市場之適當機能得以發揮最大的效用，特別是各會員國間資訊社會服務的自由流通，歐盟理事會(Council of the European Union)在 2000 年 6 月 8 日通過「歐盟內部市場資訊社會服務，尤其是電子商務之特定法律觀點指令」(Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market)，簡稱「電子商務指令」(Directive on Electronic Commerce)。主要內容包括：建立及資訊的要求、商業訊息的傳遞、線上電子契約、網際網路服務提供者的責任、行為規範、法庭外紛爭解決機制、司法行為及會員國間之合作等。其中有關網際網路服務提供者之責任規範，規定於該指令第 12 條至第 15 條，歐盟冀由「電子商務指令」之規範，在不排除作為媒介之服務提供者經營的發展及效率下，建構一個適當的基礎，俾發展快速即可信賴的程序來移除並阻斷接觸非法資訊。

「電子商務指令」第 12 條至第 14 條中對網際網路服務提供者之意義及其責任範圍為規範，區分為單純連線(mere conduit)服務提供者、快速存取(caching)服務提供者與資訊儲存(hosting)服務提供者。首先，單純連線服務提供者係指傳輸第三人所提供資訊之資料傳輸者及提供通訊網路連線者，而單純連線服務提供者所傳輸之資訊，如非由其發起傳輸、並未選擇資訊接收者或未選擇、修改傳輸內容時，則無須就使用者之行為負責。快速存取服務，係指電腦使用者透過其電腦與網路連線，自遠端網站點選資訊後，該資訊將藉由電腦的系統自動被存放於電腦或其所經過的伺服器，隨後之使用者對於同一資訊的點選，將不必再自遠端原始網站傳送該資訊，而是自先前存有該資訊之電腦記憶體或伺服器傳送該資訊。就上述所為之存取，該服務提供者只要符合沒有更改資訊、有遵守使用資訊之規定及更新資訊之商業規範、未阻礙使用者獲取資訊、阻斷連結已移除之原傳輸資料等條件，自無須為使用者之行為負責。最後，儲存資訊之服務提供者對使用者要求儲存之資訊，僅於其明知該資訊違法時，始就儲存使用者違法之資訊負

責，縱知悉或認知違法之儲存資訊，如即刻移除或封鎖連結該資訊，亦無須負責。

此外，「電子商務指令」第 15 條免除網際網路服務提供者監控義務，亦即，各會員國不得要求網際網路服務提供者監督其所傳輸或儲存之資料，亦不得要求其主動搜尋並指明不法行為之事實。惟在合理懷疑使用者之行為或資料違法時，應主動告知主管機關，且如因主管機關之要求，則應交出所擁有或儲存之使用者資料。

綜上初步分析可知，歐盟將網際網路服務提供者之責任類比為媒體之責任理論，而在「電子商務指令」為一單一整體的規定，亦即採單一立法架構適用不同的網路服務責任態樣，而不若美國法針對使用者之行為態樣而在各該法律中為規範。是故歐盟之立法模式亦提供我國法制規劃另一思考方向。

第二目 德國

為配合歐盟電子商務指令(Directive on electronic commerce, Directive 2000/31/EC)之規定，德國於 2001 年 12 月 14 日修正電信服務法 (Teledienstegesetz)⁵，內容共計 12 條，分為一般性條款、免執照與資料揭示義務、免責條款、罰鍰等四部分。新法對網際網路服務提供者之責任係採單一立法架構，除就規範對象及資訊通信服務提供者之資料揭示義務⁶予以明確定外，亦規定網際網路服務提供者對使用者利用行為之免責原則。

本法首先明訂「電子資訊通信服務提供者」之意義，其係指結合文字、影像或聲音等數據，並透過電信傳輸方式供人使用之服務。內容包括個別通訊服務（如：電訊銀行 telebanking、數據交換）、資訊通信服務但不涉及數據之編輯（如：交通、天氣、環境品質、股市、匯市、商品或服務之資料傳輸）、提供接取網際網路或其他網路之服務、提供接取網路遊戲 (telegames) 之服務、透過互動或直接連結商品或服務資料庫之服務（第 2 條）。

⁵ 德國於 1997 年 8 月 1 日通過電信服務法，其主要立法目的係為建立一個整合各種電子資訊與通訊服務的經濟環境。

⁶ 德國電信服務法規定「資訊通信服務提供者之資料揭示義務」，要求資訊通信服務提供者就某些資料應使用戶易於辨識、易於聯絡並隨時可供使用，例如：法人之名稱、地址、主營業所在地及代表人；告知用戶可快速與其聯絡之電子郵件信箱或其他方式；營利事業登記證、統一編號與主管機關等資料。前述資料又以法人名稱、地址、主營業所在地及代表人之揭示最為重要，如未揭示者，依同法第 12 條第 2 項之規定，得處五萬歐元以下之罰鍰。

其次，關於資訊通信服務提供者之責任爭議，本法規定資訊通信服務提供者對自行提供之內容應依法負責，但就第三人所提供之內容，除明知該內容有違法情事之情形仍予以傳輸或接收外，一般而言，資訊通信服務提供者對第三人所提供之違法內容，不負其法律上之責任。(第 8 條)

德國法制係遵循歐盟電子商務指令採單一立法架構，透過修改電信服務法新增有關資訊通信服務提供者之責任範圍，然而該法如何適用於該國相關網際網路服務提供者，德國法院在新舊法修正前後對網際網路服務提供者責任之見解為何，均係研究相關責任議題所應深入瞭解者。

第三目 日本

日本網際網路雖已高度發展，但使用者在網頁上或電子公告欄上張貼有關誹謗他人之文字、侵害智慧財產權、傳輸色情資訊等行爲，已成爲日本網路法制近來所關切議題問題。爲釐清ISP就行爲人不法利用行爲所應承擔責任，日本總務省於 2000 年 5 月起，召開「確保網際網路正當資訊流通之研討會」，於同年年底提出研究報告，並彙整相關意見後，向國會提出相關法案⁷。經國會之決議通過，於 2001 年 11 月公布「服務提供者責任限制法」⁸，全文共 4 條，已於 2002 年 5 月施行。

本法之立法目的明訂：「本法係關於因特定電信服務所提供上資訊傳輸而產生權利侵害之情形，規範特定電信服務提供者之損害賠償責任限制，以及公開發信者資料之請求權。」(第 1 條)而就本法之適用範圍，即所謂「特定電信服務提供者」，則包含企業、大學、地方公共團體、管理電子公佈欄之個人等電信服務提供者。換言之，不僅只規範以營利爲目的的 ISP 業者，只要有提供通信服務業者，皆爲本法適用之對象。(參閱第 2 條之定義性規定)

爲解決服務提供者對使用者利用網路服務行爲之責任爭議，關於特定電信服務提供者之責任限制，本法揭示以下原則：1. 特定電信服務提供者對於其無法防止之資訊傳輸，除其明知或有相當理由足認可得而知外，對於使用者（被害

⁷ 「第 6 節 情報通信高度化の環境整備」，平成 14 年版情報通信白書，詳見 <http://www.johotsusintokei.soumu.go.jp/whitepaper/ja/h14/html/E3061100.html>。

⁸ 「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」，平成 14 年法律第 137 号；通稱爲「プロバイダ責任制限法」。

人)因該資訊傳輸所生損害無須負責。2. 特定電信服務提供者採取適當措施防止資訊傳輸，對於發信者因此所生損害原則上無須負責(第3條)。值得注意的是，本法更進一步明訂請求服務提供者公開發信者資料之權利，亦即對於因資訊傳輸而受損害者，在符合特定程序要件下，賦予被害人有權向服務提供者請求公開發信者之資料。(第4條)

綜上初步分析可知，日本對於網際網路服務提供者責任係採單一立法架構，並未如美國法制分散於各該法律中規範。然而如何以單一立法架構因應網際網路服務提供者可能的諸多責任態樣，仍值得進一步比較研究。

第三款 對於我國網際網路服務提供者責任規範之探討

我國目前尚無針對網際網路服務提供者責任而制訂法律規範，若從現行法律分析對網際網路服務提供者責任規範，大致可歸納出以下規定：

1. 電信法

電信法第8條第1項定有免責條款，即電信內容及其發生之效果或影響，均由使用人負其責任。而當網際網路服務提供者發現使用者有違法行為時，電信法第8條第2項亦規定得停止其使用電信服務。值得注意的是，電信法的規定，並非適用於所有的類型的網際網路服務提供者。一般通稱受電信法規範，須向電信總局申請第二類電信事業執照的網際網路服務提供者，僅包含提供連線服務與若干提供平台服務者，而對於資訊內容服務之網際網路服務提供者，電信法將無法適用。

2. 媒體經營者之規範

消費者保護法對於「媒體經營者」⁹及公平交易法對於「廣告媒體業」¹⁰，規定就刊載的內容應負連帶責任。相關主管機關函示認為網際網路服務提供者似應在該等法律規範之範疇。此二法之規定是否應適用於網際網路服務提供者，有

⁹ 消費者保護法第23條：「媒體經營者之連帶責任：刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。前項損害賠償責任，不得預先限制或拋棄。」

¹⁰ 公平交易法第21條：「廣告媒體業在明知或可得其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦應與廣告主負連帶損害賠償責任。」

無限縮其適用範圍之必要？為本文所欲探究處理之議題。

3.傳統民、刑法對於共同侵權行為人、幫助犯之認定

在我國現行未對網際網路服務提供者加以規範之情形下，多數論者均援引民法「共同侵權行為」或刑法「幫助犯」之概念，以認定其責任。

然而，本文擬加以探討的是：是否網際網路服務提供者現行可能的服務型態，均可認定其必須負擔幫助行為的民、刑事責任？有無類型化之可能？以解決現行法院實務在個案認定上所可能產生之爭議。

綜上分析，對於網際網路服務提供者的責任，若從現行法制規範來尋求適用的解決方式，可能面臨法律定義、未能符合網際網路服務提供者之特性等問題，而有窒礙難行之虞。對此，宜從法制面針對網際網路服務提供者的特性，參考國外立法，探討我國究應採取分散式或單一立法模式，以建立網際網路服務提供者責任之法制規範。

第三節 研究方法與研究架構

第一項 研究方法

蒐集主要國家有關網際網路服務提供者法律責任法制問題 與規畫資料

首先透過期刊、圖書、網際網路蒐集世界主要國家有關網際網路服務提供者法律責任樣態、法制現況與各國之因應或規畫資料，進一步研讀、翻譯所蒐集之相關資料後，分析、彙整、比較、整理所蒐集之資料。

分析我國網際網路服務提供者法律責任之相關法律問題

蒐集我國網際網路服務提供者相關責任之案例與法律爭議，進一步分析問題與相關法律規範，同時深入瞭解國內網際網路服務產業發展動態。

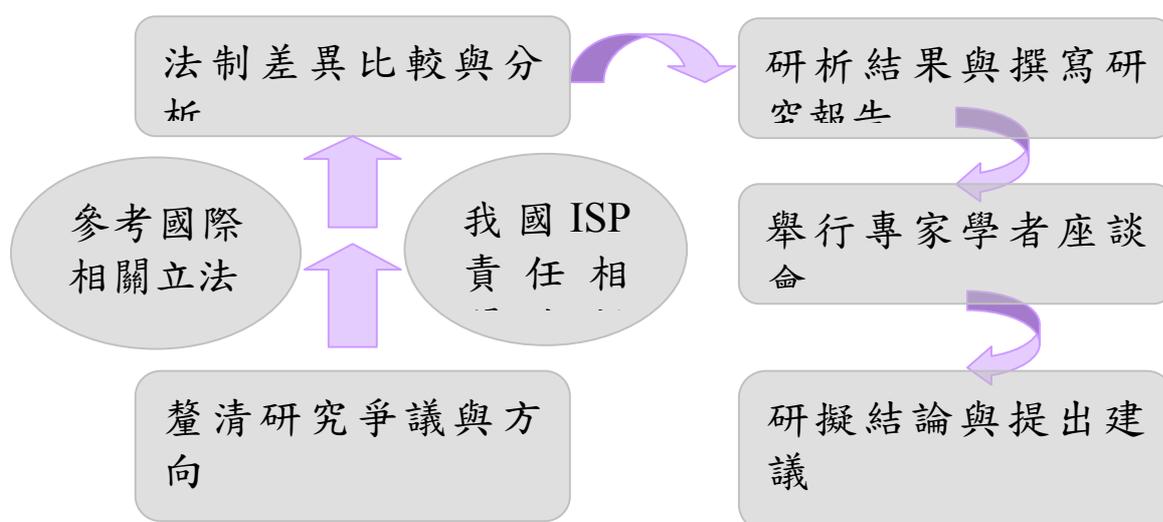
廣泛徵詢產、官、學與民間意見

透過相關研討會的參與及座談會之舉辦，以進行有關議題討論與進行意見交流，以確實瞭解實際運作之法制難題。以瞭解法制規範政策與實際情形。

研提我國網際網路服務提供者法律責任法制之可行方案

本文報告將檢視我國網際網路服務提供者法律責任問題，並提出相關立法應有之原則、政策與具體建議。

試以下圖表示本計畫之研究進行方式：

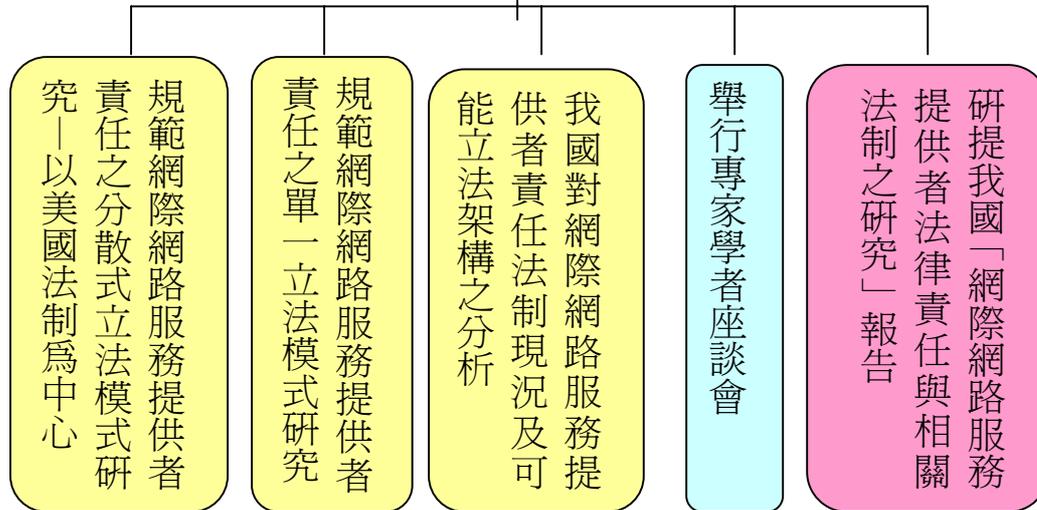


第二項 研究架構

本計畫於第二章先就以分散式立法模式規範網際網路服務提供者責任加以研究，此以美國法制為代表，探討網際網路服務提供者對使用者之不法行為（如侵害著作權、散布色情、誹謗資訊）所應承擔之責任範圍；復於第三章研究規範網際網路服務提供者責任之另一立法方式：單一立法模式，分別就歐盟、德國、日本等法制介紹分析，而在第四章針對我國因應網際網路服務提供者責任問題，及對前述兩種立法模式分析，以探討適合於我國之立法方式。第五章則為結論與我國法制因應之具體建議。

茲將本計畫之研究架構，以下圖表示：

「網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究」研究計畫



第二章 規範網際網路服務提供者 責任之分散式立法模式研究—以美 國法制為中心

第一節 美國法對網際網路服務提供 者之概念界定

第一項 美國電信法上公共載具 (Common Carriers)之概念

傳統的電信服務，如電話、電報或無線電通訊設備等，此類服務通常傳送大量資訊，僅為資訊傳輸的被動通路（passive conduit），在技術上較難控制其所傳遞的資訊。且業者通常基於法律上對隱私權的保護，不能對其所傳遞的資訊內容加以監視或過濾。因此，電信業者若僅提供電話連線服務，對用戶利用其電話所為之通訊內容無權過濾、編輯、審查或監控，即不應要求其對通路上所傳送的内容負責，故用戶通話內容若涉及違法情事，傳統電信業者不必為此負擔法律責任，此為美國法院對公共載具（common carrier）責任一致的見解。

美國電信法對公共載具（common carrier）的定義為¹¹：指在州際或外國有線或無線通訊中，亦或是在州際或外國無線能量傳輸中，作為供租用之公共的載具而收取費用者，但無線廣播（radio broadcasting）並不包含在內。值得注意的是，針對付費電話服務（pay-per-call service），美國電信法對公共載具特別定有免責的規範¹²，即公共載具不應因對付費電話服務提供傳輸或帳單及收款而負刑事或民事責任，除非其知悉或有理由知悉該服務違反「電話揭露及爭端解決法」或其他聯邦法的規定。

第二項 其他相關法規中網際網路服

¹¹ 47 U.S.C. § 153(10).

¹² 47 U.S.C. § 228(e).

務提供者之概念

美國關於網際網路產業的規範，向來以業者自律為主，涉及網際網路服務業者的相關規範，未以單一法典一體規範，而是散見於各種不同的法規中，定義不一而足。其中與本文相關者，計有數位千禧年著作權法(The Digital Millennium Copyright Act)、通訊端正法(Communication Decency Act)與西元 2000 年的網路賭博禁止法案(Internet Gambling Prohibition Act of 2000)，茲就其梗概簡介如下：

數位千禧年著作權法(以下簡稱DMCA)以服務提供者(service provider)代稱一般所謂的網際網路服務提供者，再將服務提供者的定義區分為二，分別適用本法條中類型化的不同服務。針對提供暫時性數位網路傳輸(Transitory digital network communication)類型的服務提供者，其定義為¹³：法人(entity)提供使用者就其選擇的內容於指定端點間的傳輸、路由(route)或數位線上通訊之連線，對於發送或接取的內容均未加以修改。另外針對「系統快速存取服務」(system caching)、「應使用者指示之資訊存取於系統或網路」(Information residing on system or networks at direction of users)以及「資訊搜尋工具」(Information location tool)三種服務類型的服務提供者定義，係指線上服務或網路接取的提供者，或為提供線上服務或網路接取的營運者，前項定義所指之服務提供者亦涵括之。準此，一般所謂的網路接取提供者(Internet access provider；IAP)、內容提供者(Internet content provider；ICP)、網路平台提供者(Internet platform provider；IPP)均屬本法條所定義的網路服務提供者；意即搜尋引擎、入口網站、電子郵件信箱提供者、或公司內部網路、學術網路等均屬服務提供者。DMCA放寬服務提供者的定義，對於未來新興科技的出現，可適度避免法律窮迫科技的窘境¹⁴。

在通訊端正法中，是以「互動式電腦服務」作為網路服務提供者的定義判準。根據該法定義，所謂互動式電腦服務(Interactive computer Service)¹⁵係指提供或可使多方使用者電腦接取至電腦伺服器的任何資訊服務、系統、或接取軟體，具體

¹³ 17 U.S.C. §512 (k).

¹⁴ See Bruce G. Joseph et al., *Copyright Issues on the Internet and the DMCA*, 745 PLI/P at 451, 470. (2003)

¹⁵ 47 U.S.C. § 230(e)(2) (1996), "INTERACTIVE COMPUTER SERVICE- The term 'interactive computer service' means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions.

地而言包括提供網際網路接取的系統或服務，以及由圖書館或教育機構所經營的這類系統或提供的服務。

在2000年網路賭博禁止法案中對所規範的網路服務提供者亦稱為「互動式電腦服務提供者」(Interactive Computer Service)。其所下定義為：任何資訊服務、系統或是接取軟體提供者於州際或外國商業間，經營或使用電路或工具，提供使用者之電腦接觸電腦伺服器，包括傳輸、儲存、回覆、主機租賃、鏈結、格式化、或其他人所為傳輸之自動轉發，並包括一個服務、系統、或接觸軟體提供者提供接取網路，或致力於提供資訊搜尋工具之業務（係指供鏈結至線上位址，包括指引、索引、參考、指示或超鏈結）。而本法案所稱網路服務提供者即為提供上述服務之業者，如依其定義，應為IAP及ICP業者，而並未含括IPP業者。

第二節 網際網路服務提供者對使用者侵害著作權行為之責任

第一項 概說

根據美國 1976 年著作權法(US Copyright Act of 1976)及歷來判例，一般人對於侵害著作權法上相關權利的應負責任，可區分為直接侵權責任(direct infringement liability)或二次侵權責任(secondary infringement liability)。直接侵權責任的要件有二：一為「著作權利人對於著作物權利的所有權」，另一則為「使用者須侵害著作權利人的一項以上之著作專屬權」¹⁶；因此，直接侵權責任並不問著作權侵害人的主觀意識。而二次侵權責任又分為代理侵權責任(vicarious infringement liability)與輔助侵權責任(contributory infringement liability)，應負責人雖非自為侵害著作權行為，一旦符合下述要件，仍須為第三人侵害著作權的行為負責。代理侵權責任的要件有二：一為應負責人有權利及能力監督該侵權活動(right and ability to supervise)、並藉由使用者的侵權活動直接獲得經濟利益(a direct financial interest)¹⁷。相同地，欠缺認知要件無礙於此項責任的成立。輔助侵權責任的要件亦有二：對侵權活動的實際知悉或有理由知悉(actual knowledge

¹⁶ See e.g., *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204, 206. (9th Cir. 1988).

¹⁷ See *Hard Rock Café Licensing Corp. v. Concession Services*, 955 F.2d 1143, 1150 (7th Cir. 1992).

or have reason to know)，以及對侵權活動的實質參予(substantially participate)¹⁸。

根據早期美國法院判決見解，即便網路服務提供者未上傳資訊、不知悉侵權行為的發生，該營運人仍須對其使用者的侵害著作權行為負上直接侵權責任¹⁹。然而，承Netcom²⁰乙案發展以來，美國法院咸皆肯認網際網路服務提供者無須對使用者的侵害著作權行為擔負直接侵權責任。至於二次侵權責任，則未見定論。但一般而言，就代理侵權責任，只要網路服務提供者有權利終止侵權行為，諸如對使用者權限的保留，即該當於「有權利及能力監督該侵權活動」要件；此外，一般法院見解雖認為固定的月費、設定費等費用的收取，尚未合乎網路服務提供者直接獲得經濟利益的要件，但倘若因為侵權物的上載或提供而招攬更多使用者時，其可被認定為網路服務提供者直接獲得經濟利益。就輔助侵權責任而言，只要網路服務提供者對侵權行為知悉或有理由知悉，便已符合認知的要件，而非以確實知悉為斷。至於網路服務提供者就侵權行為提供設備、或未及時阻斷被侵害著作物的散布的情形，均構成網路服務提供者的實質參予。

由於網際網路服務提供者的類型日益多元化，為避免各承審法官的評斷標準不一，致網際網路服務提供者不明其因應使用者之侵權行為所應負義務，造成網際網路發展的遲緩，美國國會遂法典化重要判例，並於西元 1998 年通過數位千禧年著作權法²¹，將線上著作權侵權責任限制法(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act；OCILLA)併入數位千禧年著作權法第 2 編，促使著作權利人與網際網路服務提供者合作偵查與防範線上著作權侵權，亟求平衡著作權利人與網際網路服務提供者的權利義務。

¹⁸ See *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259, 261(9th Cir. 1996).

¹⁹ See *Play boy Enterprises v. Frena*, 839 F. Supp. 1552(M.D. Fla 1993) and *Sega Entertainment Ltd. v. Mphia*, 875 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).

²⁰ *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Services*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

²¹ 事實上，美國 1998 年數位千禧年著作權法案共包含 5 個部分：世界智慧財產權組織著作權及表演及錄音物條約執行法案、網路著作權侵害責任限制法案、電腦維修競爭確保法案、綜合規定法案及傳柏設計保護法案，限於撰文目的，本文僅介紹網路著作權侵害責任限制法案。

第二項 數位千禧年著作權法中網際 網路服務提供者對使用者侵害著作 權之責任限制與作為義務

數位千禧年著作權法於西元 1998 年 10 月 28 日經總統批准通過，其重要性與標竿性在於，該法對於網際網路服務提供者的適格有一定要求，並且區分網際網路服務提供者的服務類型，分別適用不同的要件以落入安全港庇護範疇。網際網路服務提供者一旦落入安全港的庇護範圍，即可免除直接侵權、代理侵權與輔助侵權的財產上損害賠償請求²²，部分情況下，網際網路服務提供者還可免除禁制令的適用。此外，該法另就教育機構提供更寬鬆的免責要件，以促學術發展。本文以下將針對數位千禧年著作權法中關於網路服務提供者對其使用者侵害著作權行為的相關責任限制與其他規定加以分析論述²³。

值得一提者，數位千禧年著作權法的制定在於提供網際網路服務提供者一個明確的規範，避免因法官標準不一令網際網路發展卻步不前。然而，即便網際網路服務提供者未落入其安全港庇護中，並不妨礙網際網路服務提供者於訴訟上為其他著作權法上的權利主張，例如：合理使用、著作物的戲仿(parody)等。此外，證明服務提供者應負二次侵權責任，不一定成為法院適用DMCA安全港條款的前提²⁴。

第一款 網際網路服務提供者定義與 適格要件

誠如本章第一節所述，DMCA 以服務提供者(service provider)代稱一般所謂的網際網路服務提供者，再將服務提供者的定義區分為二，分別適用本法條中類型化的不同服務。

²² 依 17 U.S.C. §512(k)(2)，本法所指的金錢上損害賠償係指損害(damages)、損失(costs)、律師費用以及其他金錢付款。

²³ 本文對DMCA中有關網際網路服務提供者的責任限制條文介紹，並不依該法條各條款內容依序介紹，主要以該法類型化的四種網際網路服務提供者的責任限制介紹為主軸，再輔以其他相關的規定分段擇要介紹。其他較細瑣的條文，限於撰文目的，本文則略而不談。

²⁴ Jennifer Bretan, *Harboring Doubts about the Efficacy of §512 Immunity under the DMCA*, 18 *Berkeley Tech. L.J.* 43. (2003)

網路服務提供者依其服務類型分別適用DMCA對服務提供者之定義後，服務提供者尚須符合兩項要件；其一，服務提供者須告知其使用者，何種情況下將阻斷重複實施侵害著作權權行為之使用者的網路傳輸之政策，且該服務提供者須已採納或合理地實施該政策，本文以下概稱為著作權保護政策的合理實施。其二，服務提供者必須順應且不規避標準科技措施(standard technical measures)。所謂標準科技措施係指著作權利人用以識別或保護著作物之科技措施，且該措施必須已於公開、公平、自願且多元產業的標準進程中，順應著作權利人或服務提供者的廣泛共識而發展，且任何人均可以合理、不歧視的待遇獲得該措施、並且未強加服務提供者的實質花費，或造成系統或網路的過大負擔²⁵。吾人將此階段審酌因素稱為網路服務提供者之適格要件。

本項立意不在於要求服務提供者調查各種可能的侵權行為、監督使用者活動、或判斷使用者行為究竟是否構成侵權。本項立意在於，對於那些重複且明目張膽地濫用網際網路以實施著作權侵害行為者，須讓明瞭其不尊重著作權的行徑將可能導致無法再使用網際網路的惡果。

網路服務提供者的適格要件，往往是著作權爭訟案件中雙方的攻防重點之一。以國內排名第一的入口網站Yahoo!奇摩為例，根據網站上的服務條款第7條「使用者的守法義務及承諾」²⁶與第19條「拒絕或終止您的使用」²⁷，Yahoo!奇

²⁵ 17 U.S.C. §512 (i).

²⁶ 服務條款第7條-使用者的守法義務與承諾：「您承諾絕不為任何非法目的或以任何非法方式使用Yahoo!奇摩，並承諾遵守中華民國相關法規及一切使用網際網路之國際慣例。您若係中華民國以外之使用者，並同意遵守所屬國家或地域之法令。您同意並保證不得利用本服務從事侵害他人權益或違法之行為，包括但不限於：

A. 公布或傳送任何誹謗、侮辱、具威脅性、攻擊性、不雅、猥褻、不實、違反公共秩序或善良風俗或其他不法之文字、圖片或任何形式的檔案於Yahoo!奇摩上；

B. 侵害他人名譽、隱私權、營業秘密、商標權、著作權、專利權、其他智慧財產權及其他權利；

C. 違反依法律或契約所應負之保密義務；

D. 冒用他人名義使用本服務；

E. 傳輸或散布電腦病毒；

F. 從事不法交易行為或張貼虛假不實、引人犯罪之訊息；

G. 販賣槍枝、毒品、禁藥、盜版軟體或其他違禁物；

H. 提供賭博資訊或以任何方式引誘他人參與賭博；

I. 濫發廣告郵件；

J. 其他Yahoo!奇摩有正當理由認為不適當之行為。」

²⁷ 服務條款第19條-拒絕或終止您的使用：「您同意Yahoo!奇摩得基於其自行之考量，因任何理由，包含但不限於缺乏使用，或Yahoo!奇摩認為您已經違反本服務條款的明文規定及精神，終止您的密碼、帳號（或其任何部分）或本服務之使用，並將本服務內任何「會員內容」加以移除並刪除。Yahoo!奇摩亦得依其自行之考量，於通知或未通知之情形下，隨時終止本服務或其任何部分。您同意依本服務條款任何規定提供之本服務，無需進行事先通知即得終止，您承認並同意，Yahoo!奇摩得立即關閉或刪除您的帳號及您帳號中所有相關資料及檔案，及停止本服務之使用。」

摩已有著作權保護政策，倘Yahoo!奇摩未確實對重複為侵害著作權行為之會員終止服務，Yahoo!奇摩便不符合本法所謂的「合理實施著作權保護政策」的要件，進而無法受到本法的安全港條款庇護。

第二款 網際網路服務提供者的安全 港一 責任限制條款

網路服務提供者符合 DMCA 之定義，並符合適格要件後，即可就 DMCA 的各項責任限制條款加以審酌，決定服務提供者是否免責。首須陳明者，本條所列的四種類型的服務提供者之責任限制，係就服務提供者的功能分別以觀，服務提供者提供服務之不一樣的功能便對應不同的責任限制條款。舉例而言，使用者透國家用之連線服務提供者連結上入口網站，利用該入口網站之搜尋引擎，鍵入關鍵字後搜尋並連結至某一含有侵害著作物內容的網站，該入口網站並存有頁庫存檔。此一案例中，此服務提供者兼具本法所稱的暫時性數位化傳輸、系統快速存取與資訊搜尋工具等三項功能。倘此服務提供者因著作權侵害案件涉訟時，服務提供者若欲引用 DMCA 相關條款予以減免責任，須就本文以下之三種類型服務提供者的責任限制要件分別以觀。

本文以下即針對法條定義四種類型的服務提供者之責任限制要件加以論述。

第一目 暫時性數位化網路傳輸

服務提供者對於透過其所控制或操作的系統或網路，進行資料的傳輸、路由與數位線上通訊之連線，或於上述資料傳輸、路由或連線之際形成之中介(intermediate)或暫時儲存(transient storage)，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件後得免除財產上損害賠償責任。

- 1.資料的傳輸係由服務提供者以外之自然人發起或指示；
- 2.傳輸、路由、連線的提供、或儲存係透過自動化科技程序執行，服務提供者並未對資料進行篩選；
- 3.除了應對方要求而進行之自動回應，服務提供者並未選擇資料之接收人；
- 4.系統或網路的中介、暫時儲存過程中，服務提供者並未重製系爭資料使得

此外，您同意若本服務之使用被終止，Yahoo!奇摩對您或任何第三人均不承擔責任。」

特定接收者之外的其他人皆可於通常方法下接觸該筆資料，或者重製資料不得置於系統或網路之上，超過特定接收者接觸資料之合理必須的傳輸、路由及連線提供的時間；

5.透過系統或網路所傳輸的資訊未經修正。

就立法歷史與文義解釋，此類型之網路服務提供者僅為被動通路(*passive conduit*)功能，常見的實務案例如：電子郵件信箱服務提供者、單純網路連線。由於此類型的服務提供者對於使用者的侵權行為並無控制權，就美國著作權法文義觀之，服務提供者對於使用者的侵權行為本無須擔負二次侵權責任，本項立意在於明確化服務提供者權利義務²⁸。

第二目 系統快速存取

而從網路賭博禁止法案、反毒品擴散法案，及監控責任法案的內容，又可以看出對網際網路服務提供者對於第三人不法使用網路的責任的不同立場。在網路賭博禁止法案中，對得以免責的互動式電腦服務提供，雖未如 DMCA 明白將服務型態做定義，仍然就其所提供之服務與賭博資訊的直接或間接關係進行區分；而在通知及取下規定，也盡可能接近 DMCA 的有關規定。但儘管如此，在此部分與禁制令的規定仍引起輿論有關不當課予網際網路服務提供者過重的監控及作為義務，以及執法機關權限浮濫的批評，而這些規定確實也會導致網際網路服務提供者經營成本的負荷增加。

而反毒品擴散法案則是在 DMCA 後提出的，所以在網際網路服務提供者責任與通知取下程序幾乎與 DMCA 相同。其中的差異僅在於毒品反擴散法案規定互動式電腦服務提供者接獲通知後，應於 48 小時內移除或阻斷資訊，而 DMCA 則無時間限制的規定。

至於監控責任法案的立法宗旨在於禁止違禁品之販售，而要求互動式電腦服務提供者負有主動刪除的義務，但不負主動監控義務，其主要目的應在避免電子商務市場的發展。

如與 DMCA 相較，網路賭博禁止法案與反毒品擴散法案在提出禁制令前，

²⁸ Lucy H. Holmes, Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service Providers' Liability for Third-party Content and Copyright Infringement, 7 Roger Williams U.L. Rev. 215, 234. (2001)

均欠缺交互通知的程序。其主要原因可能在於所保護的法益不同所致。DMCA所保護者為他人著作權或著作財產權的利益，基於請求損害賠償的目的，固然有確認其侵害行為之必要；然後二者則否，原因在於其所保護者為公眾利益。從此也可以看出美國對於不同法益保護與課予網際網路服務提供者不同責任及義務的思考。

第三目 應使用者指示之資訊存取於系統或網路

壹、法條釋義

服務提供者對於透過其所控制或操作的系統或網路，應使用者指示將資訊存取於系統或網路，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件後得免除財產上損害賠償責任。

- 1.未確實知悉該筆資料或利用該筆資料所從事之活動造成侵權，或於知悉該事實後立即採取行動刪除或阻斷該資料之存取；
- 2.服務提供者有權利及能力控制侵權活動時，服務提供者並未自該侵權活動直接獲得經濟利益；
- 3.服務提供者應於其指定之代理人接獲依本項第三款所為的通知時，迅速移除或阻斷侵權資料、活動的存取。此即所謂的通知及取下(notice and takedown)程序。

服務提供者應藉由其提供的服務將指定代理人的聯絡方式置於網站上供公眾可得接取，或向著作權局(Copyright Office)報備，由指定代理人接收本項第3款的通知書。指定代理人的資訊至少應包含其姓名、住址、電話號碼或電子郵件地址，以及著作權登記處(Register of Copyrights)認為恰當的聯絡資訊。著作權登記處應建立一份代理人名冊以供公眾查詢，該名冊可置於網路上以電子或硬拷貝(hard copy)形式呈現。著作權登記處並可向服務提供者請求該名冊的維護費用²⁹。

一般網站代管、資料儲存服務或聊天室均屬此類型的服務提供者。

貳、通知及取下程序

²⁹ 17 U.S.C. §512 (c)(2).

所謂的「通知及取下程序」，規定於本條第c項第3款³⁰，著作權利人或是被授權代表著作權利人者，應以書面通訊方式(written communication)向服務提供者的指定代理人發出通知書，且該通知書內容包含：

- 1.著作權利人的實體或電子簽章。
- 2.敘明被指控為侵害著作權之資訊(若單一網站上具有數個侵害著作權資料，通知書應表列之)。
- 3.敘明應移除或應被阻斷連結的侵害著作權資料或侵害著作權活動之主旨，使得服務提供人得以迅速地找到該筆資料。
- 4.提供充足資訊使服務提供者得以聯繫投訴人，諸如：住址、電話或電子郵件等。
- 5.一份陳述，表明投訴人善意相信該通知書所指侵害著作權資料均未獲著作權利人、其代理人或法律的授權。
- 6.一份宣誓書，表明通知書內容係屬正確，且投訴人已獲被侵害資料之專屬權利人的授權。

通知書未大體上(substantially)符合上述內容時，即便服務提供者已接收該通知書，亦不得認為服務提供者已確實知悉該侵權活動。但是，假若該通知書已符合上述第2、3、4項，服務提供者卻不立刻嘗試與通知人接觸，或是採取合理的步驟接收符合形式要件要求的通知，則該不完全的通知仍可作為評價服務提供者對於事實、情況是否具備認知要件的考量因素。

服務提供者因信任該通知書之陳述，誤而移除或阻斷被宣稱為侵權之資料或活動的存取，服務提供者原則上毋庸負擔任何責任³¹。例外情況：服務提供者係應使用者指示之資訊存取於系統或網路，該服務提供者因接獲著作權利人或經著作權利人授權之人所為的通知，而刪除或阻斷該資料的存取後，服務提供者應將該通知轉通知使用人，於使用者為「交互通知(counter-notification)」時再轉知著作權利人。如此，不論該筆資料是否被確認為侵害著作權，網路服務業者對於該刪除或阻斷資料接取的行為毋庸負擔責任。著作權利人接獲交互通知時，應於10至14個工作天內向法院提起侵害著作權之訴。未提起者，服務提供者應於10個工作天內回復原先刪除或阻斷接取的資料。

「通知及取下程序」主要目的在於建立服務提供者、著作權利人與被指控為

³⁰ 17 U.S.C. §512 (c)(3).

³¹ 17 U.S.C. §512 (g)(1).

侵權人間的合作模式，恰與 DMCA 安全港條款的立意呼應。藉由著作權利人主動發現侵權活動並踐行通知義務，免除網路服務提供者的監控義務，但課予網路服務提供者的後續取下及轉通知義務，再藉由轉通知程序使得使用者有為自己行為主張抗辯之權利。因此，著作權利人未為妥適通知、服務提供者未立即回應通知等，均可能為雙方訴訟時主張服務提供者否免責的攻防重點之一。

第四目 資訊搜尋工具

服務提供者對於透過其所控制或操作的系統或網路，使用資訊搜尋工具如線上目錄(online directory)、指標(index)、參考(reference)、超鏈結(hyperlink)等，指引使用者至含有侵權物或侵權活動之線上位址，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件後得免除財產上損害賠償責任。

1. 未確實知悉該筆資料或利用該筆資料所從事之活動造成侵權，或於知悉、了解該事實後立即採取行動刪除或使無法存取該資料；

2. 服務提供者有權利及能力控制侵權活動時，服務提供者並未自該侵權活動直接獲得經濟利益；

3. 服務提供者於其指定代理人接獲依本項第三款所為的通知時，若該通知指出侵權資料或活動的連結位址，或其他相關資訊合理地使得服務提供者得以識別被宣稱為侵權資料或活動之連結位址，服務提供者迅速移除或阻斷侵權資料或活動的存取。

提供資訊搜尋服務的網路服務提供者，並無法於網頁瀏覽時即輕易地判別出該網站內容是否侵害他人著作權，因此本類型服務提供者亦適用「通知其取下程序」，藉由著作權利人對自己權利的主動主張，服務提供者再與以配合。

本法條特別指出超鏈結亦為資訊搜尋工具的一種，但對相似功能的框架技術(framing)卻未予提及，對於框架技術是否適用此法，有待未來案例解釋³²。

³² See David L. Haves, *Copyright Liability of online Service Providers: Part III*, 19 No. 12 Computer & Internet Law. 12, 25 (2002)

第三款 非營利教育機構

第一目 法條釋義

若服務提供者係公立或其他非營利機構之高等教育機構，若有教職員或受聘研究生係以暫時性數位化傳輸、系統快速存取從事教學或研究，於符合下列情況下，該教職員或研究生視為此教育機構以外之其他人；以應使用者指示之資訊存取於系統或網路，或資訊搜尋工具從事教學或研究者，該教職員或受聘研究生對於該侵權情事之知悉不得視為該機構亦已知悉。

1.過去三年內，該教職員或受聘研究生之侵權資料或侵權活動未涉及其於機構內所開授課程的教材線上接取；

2.過去三年內，機構未曾接獲兩次以上依本條第三項所為之通知，通知該教職員或受聘研究生之侵害著作權行為；

3.機構提供予其系統或網路的使用者相關訊息資料，該資料詳細地描述並促進遵守美國境內相關著作權法。

此項立法目的，在於肯認公立或非營利高等教育機構之教職員或受聘研究生從事教學或研究行為，兩者間的關係不可與一般公司行號與員工間之僱傭關係比擬。倘依傳統僱傭關係的侵權責任分配，僱用人須證明其對受任人的選任、職務執行的監督已盡相當之注意，否則僱用人與侵權行為人連帶負損害賠償責任，此舉將有礙於學術自由與學術發展。

第四款 其他規定

第一目 傳票－請求提供侵權者資料

根據DMCA規定，著作權利人或是被授權代表著作權利人者可向法院書記官(clerk)提出要求，要求法院發出傳票予服務提供者以識別侵權者身分。提出要求之際，應附上本條第c項第3款的通知、提議的傳票(subpoena)及宣誓，宣誓該傳票的目的係為了獲得侵權嫌疑人的識別資料且該資料僅供用於保障本條以下之權利³³。

³³ 17 U.S.C. §512(h)(1)、(2).

傳票內容應包含授權並命令服務提供者於接獲通知及傳票後，應立即向著作權利人或其代表人揭露服務提供者手邊可得的資訊，使著作權利人或其代表人得藉由上述資訊識別侵權嫌疑人³⁴。如果傳票申請人之前發出的通知合乎本條第c項第3款的規定、傳票內容格式適當、且誓詞生效，書記官應立即簽署並核發該傳票予著作權利人或是被授權者，俾其將傳票交付服務提供者³⁵。

不論是否附隨本條第c項第3款的通知，服務提供者接獲傳票後應立即將傳票所要求的資料交付傳票申請人，其他法律規定或服務提供者事前是對該通知的回應為何，均非所問³⁶。

須陳明者，本法並未要求服務提供者監控、記錄、保存其使用的網路使用行為。服務提供者接獲傳票後應提供的資料僅限於該服務提供者可得的資料。

資訊隱私權的保障儼然成為國家追求資訊通信發展的重要議題。美國境內對於資訊隱私權的保障向來以業者自律為導向，對於私企業保護使用者個人資料的規定零散於各法律規定中，諸如：兒童線上隱私保護法(Children's On-line Privacy Protection Act of 1998)³⁷限制各網站管理人蒐集、使用13歲以下兒童之資料、一九九六年電信法(Telecommunications Act of 1996)³⁸限制電信業者對使用者個人資料的蒐集與利用等。因此，服務提供者對於其網路或系統使用者的個人資料負有保護義務，不得任意蒐集或為原蒐集目的以外之利用，在蒐集資料有限的情況下，法院或授權利受侵害者本難以要求服務提供者務必識別出侵害權利人，加諸服務提供者營運上的額外負擔。繫此，本條款一方面排除其他法規加諸服務提供者的義務與責任，另一放面則要求服務提供者提供可得的資料即為已足。

第二目 禁制令

雖然 DMCA 安全港免去服務提供者的金錢損害賠償責任，對為了衡平雙方的利益，法院仍可對於符合免責規定的服務提供者發出禁制令(injunction)。

同於服務提供者的適格要件之分類方式，DMCA將法院對服務提供者發出禁制令的要求區分為二。對提供暫時性數位網路傳輸的服務提供者，法院可以發出一個以上的禁制令，內容如下：經禁制令指明利用服務提供者所提供之服務，而

³⁴ 17 U.S.C. §512(h)(3).

³⁵ 17 U.S.C. §512(h)(4).

³⁶ 17 U.S.C. §512(h)(5).

³⁷ 15 U.S.C. §§6501-06.

³⁸ 47 U.S.C.A. §222.

從事侵害著作權行為的訂戶，服務提供者必須終止該訂戶的帳號，避免再提供其網路存取；服務提供者應依法院指明程序採取合理措施進行阻斷存取，避免提供存取至美國境外的特定線上位址³⁹。

至於本法條中其他類型的服務提供者，如系統快速存取、應使用者指示之資訊存取於系統或網路、以及資訊搜尋工具，法院可以發出內容如下的一個以上的禁制令：禁止服務提供者提供網路存取至其網路或系統上之某一網址，該網址含有侵權物或侵權活動；經禁制令指明從事侵害著作權行為的使用訂戶，服務提供者必須終止該訂戶的帳號，避免再提供網路存取；其他法院視為必要以避免或遏止侵害著作權行為，而對服務提供者而言係最小負擔且比較有效的禁制令⁴⁰。

法院於發出禁制令時，應考量該禁制令的發出是否造成服務提供者或其網路、系統運作的重大負擔。數位環境下，未採取措施預防或遏止該侵權時對著作權利人所致傷害大小。該禁制令的實施係科技上可行且有效，且不妨礙存取其他線上網址的非侵權物。是否有其他較無負擔或限制較少的方式可以預防或遏止存取侵權物⁴¹。換言之，應以比例原則考量禁制令的授予與否。

第三項 立法後之重要案例介紹與評析

DMCA立法通過後，不少著作權爭訟案例中，系爭業者均有意引用安全港條款予以減免賠償責任，除了各類型服務提供者的要件符合與否，雙方攻防重點通常在於服務提供者的定義與適格要件符合與否，包括是否合理實施著作權保護政策，以及「通知及取下程序」的通知是否完全⁴²。茲將重要相關案例評析如下：

³⁹ 17 U.S.C. §512(j)(1)(B).

⁴⁰ 17 U.S.C. §512(j)(1)(A).

⁴¹ 17 U.S.C. §512(j)(2).

⁴² Neil A. Benchell, *The Digital Millennium Copyright Act: A Review of the Law and the Courts Interpretation*, 21 J. Marshall J. Computer & Info. L. 1, 10. (2002)

第一款 A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.

第一目 案例事實

本案原告為美國數大唱片業者，包括新力(Sony)、環球(Universal)、與維京(Virgin)等著名唱片業者。被告則為 Napster 公司。Napster 公司於其網站提供音樂共享軟體，使用者下載、註冊後，即可利用該軟體搜尋其他已註冊的 Napster 連線使用者電腦硬碟中位於「使用者收藏名錄」(user library directory)的 MP3 檔案，然後透過網路下載、重製到自己的電腦硬碟。Napster 的音樂共享軟體除了可以用來搜尋、下載音樂檔案，也可以單純作為聆聽 MP3 格式音樂之用；此外，Napster 另提供利用其共享軟體搜尋 MP3 檔案的科技支援(technical support)、以及供使用者談論音樂的聊天室(chat room)。

不同於傳統主從架構(client/server)的音樂檔案交換模式，Napster 網站本身並不重製或儲存使用者的音樂檔案，因此並不涉及音樂著作物的非法重製之直接侵害。原告控告 Napster 涉嫌輔助侵害、代理侵害其音樂著作或錄音著作的著作權。

本案第一審經加州地方法院判決原告勝訴，准許原告提出之初步禁制令(preliminary Injunction)請求⁴³，Napster 必須於美國時間西元 2000 年 7 月 28 日午夜 12 點前，停止交換未經著作權利人同意的音樂檔案。Napster 不服並提起上訴，上訴法院認為該禁制令範圍過廣，撤銷發回重審⁴⁴。上訴法院頒布修正初步禁制令(modified preliminary injunction)，並允許 Napster 於訴訟繫屬中繼續營運該網站。修正初步禁制令發布的三個月後，地方法院認為 Napster 並未確實遵行修正初步禁制令，便下達關站命令(shut down order)強迫 Napster 未遵從修正初步禁制令前，應阻斷資料傳輸服務。Napster 對於該修正初步禁制令與關站命令表示不服，復又提起上訴，原告方面也針對修正初步禁制令內容提起上訴，上訴法院維持原修正初步禁制令與關站命令⁴⁵。

⁴³ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000).

⁴⁴ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

⁴⁵ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 284 F.3d 1091 (9th Cir. 2002).

第二目 本案爭點

根據原告提出的可信證據，Napster 網站流通的音樂檔案約七成之著作權屬原告所有，使用者提供使用者收藏名錄內的音樂檔案以供他人搜尋下載的行為，係侵害著作權人之散布權(right of distribution)，而使用者下載他人的音樂檔案的行為則侵害著作權人之重製權(right of reproduction)，此點亦為 Napster 所不爭。

本案主要爭點在於 Napster 之使用者得否主張合理使用(fair use)之抗辯，使得 Napster 進而擺脫二次侵權責任的控訴？以及 Napster 是否符合 DMCA 定義之四項服務提供者之一，繼而可主張服務提供者的責任限制？

限於撰文目的，本文以下的兩造主張與判決理由僅針對第二爭點加以論述；意即，本文以下僅探討Napster網站提供音樂共享軟體之行為與DMCA相關條款的適用⁴⁶。

第三目 兩造主張與判決理由

壹、兩造主張

一審時，Napster曾向法院提出針對DMCA網路服務提供者責任限制條款的適用逕為簡易判決(summary judgment)⁴⁷。針對該簡易判決分析如下：

Napster 主張自己為 DMCA 免責條款中(a)項所定義的「暫時性數位化網路傳輸」網路服務提供者，因其符合法條(a)款所謂的「傳輸、路由與提供連線」，使二電腦硬碟藉由網際網路進行連線並經由 Napster 瀏覽器從主機伺服器(host server)端傳輸音樂檔案。且音樂傳輸的兩端點係使用者自行決定，未經 Napster 任何指示。此外，Napster 並未修改傳輸的音樂檔案內容。

原告則認為法院應依 Napster 的各項功能分別判定 Napster 是否屬於 DMCA 類型化的各種服務提供者之一。由於音樂檔案的傳輸並非透過 Napster 的系統或網路進行，Napster 僅係提供資料定址工具，如搜尋引擎、名錄(directory)、指示(index)與連結(links)，Napster 應屬 DMCA 第 512 條(d)項所定義的網路服務提供

⁴⁶ Napster乙案中關於使用者「合理使用」主張的適用、兩造主張與判決理由，可另行參考范曉玲，網路音樂「同儕共享」與「合理使用」—從Napster案談起，月旦法學雜誌第78期，2001年11月，209-217頁；劉尚志、陳佳麟，由Napster案評析新興科技對網路著作權之衝擊，萬國法律，第116期，2001年4月，2-20頁。

⁴⁷ 2000 WL 573136 (N.D. Cal. May 12, 2000).

者-資訊搜尋工具，而非(a)項的暫時性數位化網路傳輸。退萬步言，即便將使用者的電腦當作 Napster 系統之一部，音樂檔案停留於各使用者電腦的時間實已超過服務提供者為傳輸所必要之時間。此外，根據法條(i)項規定，服務提供者須告知其使用者，何種情況下將阻斷重複實施侵權行為之使用者的網路傳輸之政策，且該服務提供者須已採納或合理地實施該政策。但明顯地，Napster 於訴訟開始後方提出上述政策，且政策執行成效不彰，所以 Napster 並不適格於 DMCA 所謂之網路服務提供者。

針對原告認為 Napster 係適格於 DMCA 第 512 條(d)款，Napster 反駁之。Napster 認為資訊定址工具僅為 Napster 應使用者要求進行音樂檔案的傳輸、路由與提供連線的附隨功能之一。且，DMCA 第 512 條各款並非互斥，即便 Napster 的資訊定址工具符合 DMCA 第 512 條(d)項對網路服務提供者的要求，仍應檢視 DMCA 第 512 條(a)項的適用。

貳、判決理由

審理法官指出，Napster 曾經廣告號稱其音樂共享軟體使得使用者免於費力地瀏覽各網頁，使用者可輕易地找到歌曲的位址。上述廣告論述無異於指出 Napster 的資訊定址工具係其系統的必要功能，而非附隨功能。然而，由於 Napster 係依據(a)項而為主張，基於不告不理原則，對於(d)項之適用與否不予審認。

針對(a)項的適用，由於 Napster 是將 MP3 檔案分享者之 IP 位址傳達給使用者，但使用者與分享者之間的連線係透過網際網路，而網際網路並非由 Napster 所控制或操作的系統。即使肯認 Napster 的主張，將各使用者的瀏覽器納入 Napster 系統之一，音樂檔案的傳輸係由某一瀏覽器至另一瀏覽器，亦即由系統的一部到達另一部，係介於(between)系統之間，並非法條所謂的「透過(through)」該系統。

甚者，Napster 並不符合系爭法條(i)項的適格條件。根據(i)項規定，服務提供者須告知其使用者，何種情況下將阻斷重複實施侵權行為之使用者的網路傳輸之政策，且該服務提供者須已採納或合理地實施該政策。但是 Napster 係於本案繫屬後的兩個月方提出著作權遵守政策。此外，Napster 亦未證明其已合理地實施該著作權遵守政策，Napster 並未阻斷重複侵權者的音樂交換行為。

綜合上述，Napster 並非 DMCA 第 512 條(a)項定義的服務提供者。

第四目 分析

儘管各審法院並未對 Napster 是否符合 DMCA 第 512 條(d)項定義的服務提供者加以論斷，但在法院針對 Napster 是否構成輔助侵權為推理與認定之際，法院認為 Napster 知悉使用者交換音樂檔案的行為已觸及著作權的侵害，此項推理無異於排除 Napster 適用 DMCA 法第 512 條(d)項的可能。畢竟，適格於(d)項的服務提供者須未確實知悉傳輸資料或利用該筆資料所從事之活動造成侵權，或應於知悉、了解該事實後立即採取行動刪除或使無法存取該資料。

第二款 ALS Scan, Inc v. Remarq Communities, Inc.

第一目 案例事實

本案原告為 ALS Scan 公司，該公司製造並行銷成人圖片，透過網路展示圖片供付費使用者觀賞，或販售成人圖片的光碟、錄影帶。而 ALS Scan 亦為上述成人圖片的著作權利人。被告 Remarq Communities 則為線上網路服務提供者，提供付費使用者網路接取，會員中有將近 24000 個新聞群組訂戶。Remarq 提供三萬多個新聞群組，涵括議題甚廣，但因為伺服器的空間限制，Remarq 會於訂戶上傳群組相關資料的 8 至 10 天後刪除該筆資料。Remarq 並不監督、管制或檢查新聞群組的內容，但可以過濾色情圖片並分級供會員觀看。Remarq 有兩個新聞群組名稱含有 ALS，且此二群組中亦含有大量使用者上傳的圖片，且圖片之著作權歸屬於 ALS。

西元 1999 年 8 月 2 日，原告發出一封信件通知被告，信件內容大致如下：「以下兩個新聞群組：“alt.als”、“alt.binaries.pictures.erotica.als”侵害本公司之著作權及商標權...您的主機提供非法張貼資料的接取、以及上述資料的非法傳輸。您應於接獲此通知的 24 小時內停止上述二新聞群組的接取。...AOL、Erol's、Mindspring以及其他網路服務提供者皆已終止上述新聞群組的接取⁴⁸。」

⁴⁸ “Both of these newsgroups ["alt.als" and "alt.binaries.pictures.erotica.als"] were created for the sole purpose of violating our Federally filed Copyrights and Tradename. These newsgroups contain virtually all Federally Copyrighted images.... Your servers provide access to these illegally posted images and enable the illegal transmission of these images across state lines. This is a cease and desist

Remarq 回應不會遵從 ALS Scan 的來信指示，並要求原告應具體指出新聞群組內的個別侵權資料，Remarq 始刪除該侵權資料。

雙方交涉未果，ALS Scan 遂控告 Remarq 違反 DMCA 及不公平競爭。地方法院認為 Remarq 不因其提供新聞群組的接取而被視為著作物的直接侵權，且由於 ALS Scan 未依 DMCA 法條規定發通知，Remarq 當然不能被視為輔助侵權。地方法院駁回原告之訴，原告遂提起上訴⁴⁹。

第二目 本案爭點

本案爭點有二，一為服務提供者提供新聞群組的接取是否構成著作物的直接侵權？另一爭點在於網路服務提供者於接獲著作權利人不完全的通知時，是否仍為 DMCA 對網路服務提供者的安全港所庇護？

承上所述，本文以下僅針對 DMCA 的適用進行論述。

第三目 兩造主張與判決理由

壹、兩造主張

ALS Scan 主張原審對於通知的形式要件認定過於嚴苛，法院不應基於著作權利人未嚴守 DMCA 的通知形式要件即認定網路服務提供者免除著作侵權責任。Remarq 主張，就系爭個案而言，ALS Scan 未依照法條規定發出通知，Remarq 即落入 DMCA 的安全港庇護。

貳、判決理由

審理法官肯認 Remarq 係 DMCA 所稱之服務提供者，此點亦為兩造所不爭。欲適格於 DMCA 第 512 條(c)項「應使用者指示之資訊存取於系統或網路」的服務提供者，被告須證明其已符合本項第 1 款的三個要件。其中的第三個要件正是本案的爭執點：服務提供者應於其指定代理人接獲依本項第三款所為的通知時，

letter. You are hereby ordered to cease carrying these newsgroups within twenty-four (24) hours upon receipt of this correspondence....

America Online, Erol's, Mindspring, and others have all complied with our cease and desist order and no longer carry these newsgroups.”

⁴⁹ ALS Scan, Inc. v. Remarq Communities, Inc., 239F. 3d 619. (4th Cir. 2001)

迅速移除或阻斷被控為侵權之資料或活動的存取。

地方法院認為 ALS Scan 發出的通知不完全，缺乏被侵權著作物列表、該通知也無法足以使被告得以找出被侵權物的位址並阻斷連結。但是上訴法院卻提出不同見解，認為該通知僅需大體上符合法條規定即為已足，不以完全符合為必要；而且，通知僅需合理地使得服務提供者得以找到被侵權物的位址即可。因此當發出通知者的通知內容已相當於可使服務提供者輕易辨認的被侵權物的列表，該通知已算大體上符合法條對通知的形式要求。

本案中，ALS Scan 發出的通知內容涵括：兩個主要用以刊登原告著作物的網站、宣稱上述網站圖片幾乎享有著作權、向被告提及參考網站供被告查看原告的模式兒圖片以及相關著作權資訊。此外，被告連結的新聞群組上的圖片具有姓名或著作權標誌足供被告辨識其為原告之著作物。因此，該通知已大體上符合法條規定，通知亦合理使得服務提供者得以找到被侵權物的位址。

第四目 分析

ALS乙案判決確定後，論者對於本案中放寬「通知及取下程序」的通知形式要件，貶多於褒⁵⁰，因此嗣後的相關爭訟案件，對於通知的形式要件又再限縮本案的範圍。

同年九月間的Hendrickson v. eBay, Inc.乙案⁵¹，雙方同樣肯認eBay係DMCA所定義的服務提供者，但亦針對原告發出的通知是否符合形式要件有所爭議。法院認為原告僅告知eBay其拍賣網站上有Manson的盜版光碟買賣，該通知非但未以書面宣稱其受著作權利人授權，亦未提供辨識盜版物的方法，因此該通知並不相當於可使服務提供者輕易辨認的被侵權物之列表；亦即，該通知未大體上符合法條對通知的形式要求。

翌年，Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.乙案⁵²亦發生類似爭點，不同於前述二案，此案對於被告Cybernet是否適格於DMCA所定義的服務提供者，雙方即意見相左，但審理法院仍假定被告為服務提供者並繼續推論通知及取下程序的形式要件符合與否。本文中，被告Cybernet另行設定一套通知的形式規定，要

⁵⁰ See e.g., Laura Rybka, ALS SCAN, Inc. v. Remarq Communities, Inc: Notice and ISPS' Liability for Third Party Copyright Infringement, 11 DePaul-LCA J. Art & Ent. L. 479. (2001)

⁵¹ Hendrickson v. eBay, Inc. et al, 165 F.Supp.2d 1082 (N.D. Cal. 2001)

⁵² Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc. et al., 213 F. Supp. 2d 2116 (C.D. Cal. 2002);

求通知者應明確地指出每一個受侵害權利的著作物的位址所在，而非如同法條所定的僅列出具代表性者的列表即可。甚者，自Cybernet的通知形式要求觀之，如果通知形式僅符合法條規定而非如Cybernet要求，Cybernet並無與通知人合作的意願。除此之外，Cybernet關於交互通知的要求也不同於DMCA的法條規定，Cybernet移除被控侵權之物後，善意的侵害人與蓄意(knowing)的侵害人均仍可重新登錄被告網站。倘依法條意旨，蓄意的侵害人應不可再登錄網站⁵³。Cybernet的上述舉動無異於將著作權保護的責任完全加諸於著作權利人，有違DMCA建立著作權利人與服務提供者合作模式之意圖。

DMCA 的通知及取下程序主要用以調和著作權利人與網路服務提供者的責任。為確保著作權利於網路上亦可合理主張，而網路服務提供者可免於因其使用者不當的著作物使用行為而負上侵權責任。DMCA 先授與對於侵權活動不知悉、無辜的服務提供者免責，但是當服務提供者已注意到其使用者不當的著作物使用行為時，責任即轉至服務提供者之上，服務提供者必須迅速地阻斷不當資訊的連結。因此法條規定著作權利人應妥善地通知服務提供者促使其知悉侵活動的進行，不然，實不應加重服務提供者的責任。

綜合上述，通知的形式要件可約略歸納為，通知人須以書面陳明獲得著作權利人之授權而為通知，著作權利人的通知列表並不須要詳細列明各侵權物的位址所在，但須使服務提供者可輕易辨認，而服務提供者不可擅自增加法條所未規範之要件，加重著作權利人的負擔。

第三款 Harlan Ellison v. Stephan Robertson et al

第一目 案例事實

本案原告 Harlan Ellison 是小說作家，擅長於科幻小說。但部分著作權屬於 Harlan Ellison 的小說在未經其同意的情形下，不明原因地被複製並流傳於網際網路。西元 2000 年的 3、4 月間，被告 Stephen Robertson 將原告的作品掃描數位化後，透過其地區性網際網路服務提供者 Tehama Country Online(TCO)上傳並置於

⁵³ 根據本案審理法官說明，DMCA有意區分善意的侵權者與蓄意的侵權者，於服務提供者合理地實施本法第i項的著作權保護政策後，未同意簽署該政策者極為蓄意的侵權者；反之，則善意的侵權者。

Remarq Communities 提供的“alt.binaries.e-book”新聞群組中。Ellison 的作品透過新聞群組被上載至世界各地的伺服器，而 AOL 也因此保留 Ellison 的作品長達 14 天。

2000 年 4 月 17 日，Ellison 得知上述情況後，踐行 DMCA 的通知程序，通知 TCO 與 AOL 上述侵權事件之發生，TCO 有所回應，AOL 則否。Ellison 遂於同年 4 月 24 日提起訴訟⁵⁴。

第二目 本案爭點

本案所涉爭點主要有二，一為著作權直接侵權與二次侵權要件是否成立，另一則為 DMCA 責任限制條款的適用，亦即 AOL 將新聞群組訊息保留於伺服器上長達 14 天，是否仍構成本法所稱的重製資料置於系統或網路之上未超過特定接收者接觸資料之合理必須的傳輸、路由及連線提供的時間。

如前所述，本文以下僅針對 DMCA 責任限制條款的適用加以闡述。

第三目 兩造主張與判決理由

壹、兩造主張

首先，就本條 i 項的規定，兩造咸認 AOL 未規避科技標準措施。AOL 另提出其服務條款佐證其已合理實施著作權保護政策，根據服務條款內容，AOL 會員須同意未經授權的情況下不得複製任何具有智慧財產權的內容，且 AOL 也宣稱會員的不當複製行為將造成服務的終止。但原告則提出 AOL 使用者作證，指出 AOL 並未對任何重複侵權者終止服務，也未明確化究竟侵權幾次後算是重複侵權。

原告對 AOL 的控訴，主要植基於 AOL 將新聞群組之訊息保留於其伺服器之上長達 14 天，並提供予其他人接取。AOL 主張新聞群組訊息以位元儲存，係中介的(intermediate)，AOL 扮演新聞群組上載者與新聞群組訂戶間的中介角色，因此其適格於 DMCA 責任限制條款的類型一，即暫時性數位化傳輸。

貳、判決理由

⁵⁴ Harlan Ellison v. Stephen Robertson et al, 189 F. Supp.2d 1051. (C.D. Cal. 2002)

審理法官就立法歷史以觀，DMCA 第 512 條第 i 項本意不在於要求服務提供者確實終止重複侵權使用者之服務，甚或調查各種可能的侵權行爲。本項立意在於，告知重複使用者，不尊重著作權的行徑將可能導致無法再使用網際網路的惡果。因此，承審法官肯認 AOL 已合理實施著作權保護政策，AOL 因而適格於本法所定義的服務提供者。

本案審理法官認爲系爭法條中“中介(intermediate)或暫時儲存(transient storage)”用語意義模糊不清，因此訴諸立法當時的國會委員會報告探究之，而報告內容指出資料的傳輸與儲存係透過自動科技程序且無差別性者即符合本項定義。顯然地，國會委員會報告肯認新聞群組訊息的中介亦爲本法a項的定義範疇內⁵⁵。此外，由於DMCA係法典化Netcom乙案⁵⁶，而Netcom乙案系爭服務提供者儲存新聞群組資料達 11 天之久。本案審理法官認爲 11 天與 14 天的儲存期間差異不大，因此仍肯認AOL 符合 a項定義的服務提供者。

至於其他免責要件，法院認爲 a 項第 2 款應指網路服務提供者對於選擇特定上載的資訊或阻斷其不認同的資訊，然 AOL 僅選擇其會員可接取哪些新聞群組，並未對個別新聞群組的內容加以審查，因此符合本法所指的“傳輸、路由、連線的提供、或儲存係透過自動化科技程序執行，服務提供者並未對資料進行篩選”。此外，僅有透過 AOL 新聞群組伺服器的使用者方可接取其選取的新聞群組資料並不意謂著 AOL 選擇資料接收人。

第四目 分析

服務提供者欲引用 a 項予以免責，要件有五，簡言之：非由服務提供者指示資料傳輸、透過自動化科技程序執行傳輸、服務提供者並未選擇資料接收人、傳輸資料未經修正，以及系統或網路的中介、短暫儲存過程中，服務提供者並未重製系爭資料使得特定接收者之外的其他人皆可於通常方法下接觸該筆資料，或者重製資料不得置於系統或網路之上，超過特定接收者接觸資料之合理必須的時間。

⁵⁵ The exempted storage and transmissions are those carried out through an automatic technological process that is indiscriminate--i.e., the provider takes no part in the selection of the particular material transmitted--where the copies are retained no longer than necessary for the purpose of carrying out the transmission. This conduct would ordinarily include forwarding of customers' Usenet postings to other Internet sites in accordance with configuration settings that apply to all such postings...

⁵⁶ *Supra* note 20.

早期Napster乙案⁵⁷，對於a項的適用爭議在於資料傳輸是否「透過(through)」服務提供者的系統或網路。但此案則以重製資料置於系統或網路上的時間是否超過必要合理時間。依本案見解，14 天仍屬合理必要期間。但仔細探究之，審理法官的推理未免過於跳躍，如果因為Netcom一案已肯認 11 天仍在合理時間範疇，而 14 天與 11 天又僅有三天之差，不可謂過長也。那麼，依此邏輯推論 17 天、20 天、23 天...，甚至長達一年的 365 天都可謂合理必要期間。

究竟合理必要期間的詳細內涵為何，應有待未來相關案件審理法官進一步闡釋。

第四款 Perfect 10 v. Cybernet Ventures, Inc. et al

第一目 案例事實

本案原告為 Perfect 10，其發行成人雜誌並提供雜誌內置於網路上。被告除了 Cybernet 經營網路上使用者年齡驗證服務的網站(成人驗證 Adult Check)，還有其他侵害原告著作權、商標權或涉及不公平競爭行為之人。使用者付費給 Cybernet 後，使用者便可觀賞成人驗證家庭(Adult Check family)收錄的各相關網站內容，Cybernet 宣傳其員工將嚴格檢查內容以確保使用者可獲得優質的娛樂經驗。當然，Cybernet 會將其盈餘的部分撥給成人驗證家庭收錄的各相關網站。

成人驗證家庭收錄的各相關網站中，部分網站內容含有侵害 Perfect10 著作權的圖片，有些網站則含有 Perfect 10 的商標，宣稱其與 Perfect 10 有關係，或謊稱網站內容已獲 Perfect 10 授權...等。

原告認為Cybernet對於上述問題均已知悉，非但未加以禁止，反而鼓勵之，遂向法院控訴被告侵害其著作權、商標權及名譽，另涉及不公平競爭，並向法院請求發出初步禁制令⁵⁸。

第二目 本案爭點

本案涉及爭點眾多，除了著作權的相關爭議，商標淡化、商標濫用、不公平

⁵⁷ *Supra* note 43.

⁵⁸ *Supra* note 52.

競爭行為等均屬之，限於撰文目的，本文僅針對 DMCA 安全港條款中著作權保護政策的合理實施與 d 項責任限制要件的適用加以論述。

第三目 兩造主張與判決理由

壹、兩造主張

Cybernet 主張其對侵權網站與侵權網站管理者皆合理採取行動，但要求服務提供者應終止每一重複侵權者的服務，係加諸不可能的義務予服務提供者，畢竟服務提供者無力為之。Perfect 10 則提出不少例子指出自此訴訟繫屬後，Cybernet 漠視其網站上的明顯侵權行為。

貳、判決理由

首先，雙方對於 Cybernet 是否為網路服務提供者即有爭議，但法院基於立法者廣泛定義服務提供者之立意，假定 Cybernet 係網路服務提供者並繼續法條他項的推理。

依立法歷史觀之，服務提供者並不需要主動監督可能的侵權行為，對於單一行為者單次無心的著作權侵權行為，服務提供者亦無須特別採取行動。服務提供者僅於「適當」情況下方實施其著作權保護政策，終止侵權者的活動。適當的情況至少包括，服務提供者被供以足夠的證據使之知悉特定使用者的重複侵權行為，特別是惡意或商業用途的侵權行為。

綜合比較法條(i)項的著作權保護政策的實施與第(c)項的通知及取下程序，前者重點在阻斷重複侵權使用者的行為，後者則在於侵權物的移除。Cybernet 僅阻斷各網站上的侵權物之連結，一旦網站經營者宣稱其已其除該侵權物後，Cybernet 即回復其成人驗證網家庭的登錄，如此一來，對於那些重複張貼侵權物的網站並未進一步斷絕其網站連結，Cybernet 殊難證明其對重複實施侵權行為者合理實施著作權保護政策。

Cybernet的主要收益來自於成人驗證網站的新註冊者，而上述使用者係來自那些與侵權網站。侵權網站吸引愈多的使用者，Cybernet賺愈多錢。上述與Costar 乙案不同⁵⁹，依常理推斷，法院認為Cybernet大多的經濟收益直接來自侵權活動。

⁵⁹ Costar Group, Inc. v. Loopnet, Inc., 164 F.Supp.2d 688 (D.Md.2001).該案中，涉案的不動產網站

針對Cybernet有權利及能力控制監督侵權行為的發生，有別於Costar⁶⁰、Hendrickson⁶¹兩案見解⁶²，Cybernet除了對使用者進行年齡驗證外，Cybernet尚預覽各連結網站、提供建議、禁止相同網站於其成人驗證家庭登錄等，此舉已足以認定Cybernet有權利及能力控制監督侵權行為的發生。

然而，綜合上述二要件，由於Cybernet未能證明其未從侵權活動獲取直接經濟利益，Cybernet並不適格於DMCA的安全港條款⁶³。

第四目 分析

評估何種情況構成阻斷重複侵權者之「適當(appropriate)」情況應就服務提供者對使用者侵權行為的知悉程度、現行科技發展狀況、以及保護使用者隱私等面向考量；換句話說，所謂的「適當」狀況並非一靜止之概念，其將歷時演進。早期，法院認為本法關於合理實施著作權政策的規範立意並非要求服務提供者確實終止重複侵權使用者之服務，或調查各種可能的侵權行為。本項立意在於使重複使用者明瞭，不尊重著作權的行徑將存在著無法再使用網際網路的風險。因此大部分案例，關於合理實施著作權保護政策的著眼點在於服務提供者於知悉使用者的重複侵權行為後應立即阻斷重複侵權者的服務。如今著眼點卻已聚焦於更上位的概念，服務提供者知悉明目張膽的使用者的重複侵權行為即構成終止重複侵權者服務的適當情況。服務提供者未於適當情況下終止重複侵權者的服務，即未合理實施著作權保護政策。因為DMCA立意不在於加諸服務提供者的監督負擔，所謂的「適當」狀況概念之歷時演進，似乎成了服務提供者的後門要件，加諸服務提供者的負擔⁶⁴。

或有論者以為，既然 DMCA 已要求服務提供者於接獲通知後即時移除被連結的侵權物，又何須加重服務提供者負擔，命其於適當情況下，立即終止重複侵權者的服務。誠如本案審理法官的推理過程，本法第 c 項的通知著重於「物」，第 i 項的著作權保護政策則著重於「人」。立法者有意區分善意的侵權者與蓄意的侵權者，對於那些善意的侵權者，適用 c 項的侵權物之移除；對於蓄意的侵權

對侵權使用者與非侵權使用者收取相等的費用，對於該侵權活動的服務並未另收費。

⁶⁰ Id.

⁶¹ *Supra* note 51.

⁶² 此二案例中，審理法官認為服務提供者能夠阻斷使用者使用其系統並不足以認為服務提供者有權利及能力控制監督侵權行為的發生。

⁶³ 本案關於通知及取下程序的推理，見於下文。

⁶⁴ *Supra* note 24.

者則適用 i 項的侵權者之服務終止。藉此平衡著作權利人與使用者的權利義務。畢竟，網路的特性使得侵權者太容易轉換身份或群組，使用者進而得不斷為侵害著作權之行爲，服務提供者僅移除侵權物並不足以達到保護著作權之效。

第五款 RIAA v. Verizon

第一目 案例事實

美國錄音產業協會⁶⁵（Recording Industry Association of America, 以下簡稱 RIAA）針對美國ISP業者Verizon Internet Services（以下簡稱Verizon）之用戶疑似使用Verizon網路以Peer-to-Peer技術非法下載數位音樂，於2002年7月24日，依DMCA第512條(h)項有關傳票（Subpoena）之規定，請求Verizon提供該用戶身份資料。

然而 Verizon 以信件回覆該傳票的請求，拒絕提供系爭資料，並申明其對DMCA第512條(h)的觀點，該條傳票的規定僅能適用於受侵害的著作資料被儲存於服務提供者（service providers）的系統中，由於 RIAA 指稱的侵害內容並未儲存於 Verizon 所經營或控制的任何系統，而該資料是儲存於用戶的電腦硬碟中，Verizon 僅提供網路連線服務，因此其並不受(h)項傳票規定所規範。

由於 Verizon 拒絕提出用戶資料，RIAA 代表著作權人向美國聯邦地方法院（United States District Court for the District of Columbia）請求執行該傳票。

第二目 本案爭點

本案主要爭點主要是在於，對於 DMCA 第 512 條(h)項有關傳票規定法條解釋的爭議。具體而言，本案在判定 Verizon 在系爭案件中僅提供網路連線服務是否為(h)項傳票規定適用的範圍？

第三目 兩造主張與判決理由

壹、兩造主張

⁶⁵ RIAA為一美國錄音產業協會，在美國銷售的音樂中有絕大多數為其會員所製作及散布。RIAA被授權為其會員執行著作上的權利。

本案被告 Verizon 認為其未於其系統中儲存任何用戶的資料，其提供網路連線服務僅是傳遞系爭侵權資料，是屬於 DMCA 第 512 條(a)項所謂被動通路 (passive conduit)，而 Verizon 認為第 512 條(h)傳票的規定不能擴張適用於(a)項被動通路服務提供者，即暫時性數位化網路傳輸的服務提供者，而僅限於適用在第(c)項將資訊儲存於系統或網路的服務提供者，理由在於(h)項要求著作權人申請核發傳票時附上同條(c)項第 3 款通知書，而(c)項通知書在(a)項並未提及，因此(h)項傳票規定只能適用於(c)項所規定的服務提供者。

相反地，本案原告 RIAA 認為 DMCA 傳票的規範適用於第 512 條(a)項至(d)項規定範圍內的所有服務提供者，包含本案中 Verizon 所提供的服務。

貳、判決理由

本案法院從 DMCA 文義解釋及立法架構探討，並確認立法目的及立法沿革後，認為第 512 條(h)項中有關傳票的權限適用於所有 DMCA 規範中的網際網路服務提供者，並不只是適用於將資訊儲存於系統的服務提供者而言，因此 Verizon 及其他屬於第 512 條(a)項所規範的服務提供者亦包含在內。

本案法院認為，從法條定義上來看，512 條第(k)項(1)款對於服務提供者定有廣狹二義，狹義的定義是單指第(a)項規定的被動通路服務提供者，廣義而言是指 512 條規定的所有服務提供者而言，包含(a)項的服務提供者。因此，服務提供者廣義的定義明確地適用於(h)項。

從立法架構而言，本案法院認為如果立法者有意將(h)項規定僅適用於(c)項的服務提供者，可於(h)項中明訂此一限制，然而立法者並未如此規定。傳票既規定於獨立的項下且與(c)項分開，由於法律文字須從上下文及其在整體法律結構中的位置來解讀，在立法者努力防範網路侵權行為的原意下，Verizon 的解釋將會產生法律的漏洞，而從法律的架構及文義上來看，立法者無意只保護有限部分的網路著作資料。

第四目 分析

本案法院對於法第 512 條(h)項的適用有明確分析，認為其適用於 512 條規定的所有服務提供者而言。本案的提出，可謂是 DMCA 有關傳票規定的試驗性案例，因此本案的判決結果引起各界相當大的注意，各界的爭議不僅在於法條文

字的解釋，更在於 DMCA 傳票規定的合憲性問題，由於傳票要求服務提供者提供用戶身分資料，傳票賦予著作權人快速取得身分資料的權限將嚴重影響用戶的隱私權，二者如何權衡，值得深入探討，而目前美國國會也已開始注意此一問題。

值得注意的是，該案的上訴案排期於 2003 年 9 月聯邦上訴法院（United States Court of Appeals for District of Columbia Circuit）聽審，此上訴案的結果將影響傳票規範課與服務提供者的責任亦會影響RIAA的對抗侵權行為的法律策略，值得後續觀察⁶⁶。

第三節 網際網路服務提供者對使用者誹謗行為之責任

第一項 前言

由於資訊通信科技的蓬勃發展，網際網路成爲另一個發表言論的熱門管道，其迅速傳送及散布的效果不容忽視。然而，網路傳送資訊的便利性，亦可能助長誹謗性言論的發表及散布。對於網際網路服務提供者而言，因第三人使用其服務傳送或散布誹謗資訊時，其所應負的責任爲何，值得探討。

美國早期在實務上，將傳統出版者毀謗責任的分析標準適用於網際網路服務提供者，但適用於個案時的見解不盡一致。直至 1996 年，美國國會爲了促進網際網路服務的發展，通過 1996 年通訊端正法（Communication Decency Act of 1996，以下簡稱CDA），明定⁶⁷（以下簡稱 47 U.S.C. § 230）免除互動式電腦服務提供者出版者的責任。本文以下先概述在CDA通過前法院的見解，接著介紹CDA之規範內容，並探討CDA通過後法院適用該條文的相關見解。

⁶⁶ Mercury News 09-16-2003 “Appeals court considers music industry subpoenas”.

⁶⁷ 47 U.S.C § 230.

第二項 傳統誹謗責任之適用

第一款 傳統誹謗責任的概念

在普通法體制中，最初資訊散布者必須對非自己創作但由其傳遞的資料中含有誹謗性言論負起嚴格的法律上責任⁶⁸。但在其後法院改變見解，藉由區分不同類型的資訊散布者而課以不同的法律責任，其區分的標準則按照各資訊傳播者對其散布內容有無控制審查的能力為準⁶⁹，在類型上可分為散布者與出版者，茲略述於下：

第一目 散布者的責任（Distributors）

報紙販賣商、書局、圖書館或電視頻道等是這一類傳播資訊者的典型。它和上述公共載具的不同點在於散布者可以對其所散布的資訊有較多的編輯上控制能力，但法律上不能要求業者對於每一份報紙或每一本書都盡到保證或確認其內容與真實相符的義務，因此法院認為此類資訊散布者只有在知悉或有理由知悉其散布資訊具誹謗內容時，始負法律上之責任。

第二目 出版者的責任（Publishers）

報社、電視台或書籍出版商等，屬於這類型的資訊散布者。出版者本身可以對所傳遞的資訊進行實質編輯控制與監視的特質，構成它與散布者的區別處。對於出版者，現今大多數的法院在個案中判斷其是否應該負責之標準為過失之有無，若因業者之過失而在傳遞的資訊中含有誹謗性言論時，則業者即應負誹謗之責任。

第二款 傳統誹謗責任分析適用於網

際網路服務提供者

早期美國法院面臨如何將傳統誹謗責任的分析適用於網際網路的難題。大

⁶⁸ New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254, 267(1964)

⁶⁹ Steven M. Cordero, *Damnum Absque Injuria: Zeran v. America Online and Cyberspace Defamation Law*, 9 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 775, 780 (1999).

體上法院是依據網際網路服務提供者對內容知悉及得編輯控制的程度以決定誹謗責任的標準，然而，見解不盡一致，本文以下舉出幾則在 CDA 制定前，法院對於網際網路服務提供者就第三人之誹謗行為應負責任之見解：

第一目 Daniel v. Dow Jones & Co.

本案緣起於一投資人 Daniel 指控 Dow Jones 公司透過網路對其提供不實資訊導致他受到財產上的損害。法院認為，提供網路新聞服務的 Dow Jones 公司實質上與一般的報紙販賣商並無不同，係一散布者 (distributor)，應適用散布者的責任標準，判斷標準與前述的傳統理論一致。另外此案中法院表示：若資訊傳播的實質方式沒有改變，那就不必只因為新科技有創新的一面就要制定新的法律。

第二目 Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc

被告CompuServe公司提供其使用者一線上電子資料庫，包括定時傳送電子報 (Rumorville) 的新聞論壇，而本案的原告主張，被告公司必須對其電子報中所含對原告誹謗的言論負責。但法院認為，被告公司對於電子報的內容並無編輯控制的能力，因而屬於與圖書館、書局、報紙販賣商相同的散布者，只有在知悉或有理由知悉其內容具誹謗性時，始負法律上之責任⁷⁰。而原告又無法證明被告公司對其電子報之內容知情或可得而知，因此法院駁回其起訴。

本案相較於前揭 Daniel 一案，可謂第一次真正處理網際網路服務提供者誹謗責任的認定，在論理上法院清楚闡釋散布者 (distributors) 構成誹謗責任的法律上標準及其理由，並且藉由對內容控制編輯能力之程度來區隔散布者與出版者。

第三目 Stratton Oakmont, Inc v. Prodigy Services Co.

本案被告Prodigy，是一間提供兩百萬名客戶電腦網路服務的公司，遭原告

⁷⁰ Lerman v. Checkleberry publ'g, Inc., 521 F. Supp. 228,235 (S.D.N.Y.1981)

Stratton Oakmont公司控告其誹謗。雙方主張略為：原告公司主張被告在其營運的網路佈告欄中存有詆毀原告的言論，而被告公司主張其身為言論的散布者 (distributor)，應由原告主張其具故意或可得而知的情事。法院認定本案ISP應屬所謂之出版者 (Publisher)，且與前述Cubby一案法院所持見解並不牴觸，因為本案中的ISP業者對於其所營運的網路佈告欄有所謂的編輯控制 (editorial control) 和自動篩選過濾不當言論的軟體⁷¹，對言論內容可預為決定，因此應適用出版者的過失責任標準而非散布者的標準。

本案雖與 Cubby 案的結論不同，但審理法院仍支持 Cubby 案中所建立的區分及歸責標準。首先本案之所以認定被告屬於出版者，乃基於其對傳播內容有編輯力，而此係在 Cubby 一案中所確立者；其次，以被告公司具有過失為由而認定須由其負擔責任亦係遵循 Cubby 案所劃分出的標準。

第三項 通訊端正法對網際網路服務 提供者誹謗責任之規範

Stratton Oakmont 一案雖然遵守誹謗責任歸責的標準，然而其結果卻引起美國各界的批評。評論者認為，網際網路服務提供者基於善意過濾不當的言論，卻因此須負較重的責任，此見解可能降低網際網路服務提供者運用編輯控制網路內容的意願。如此一來，將威脅網路產業的發展，而事實上也助長網路誹謗的行為。美國國會正視此一判決可能帶來的影響，因此在 1996 年通過的通訊端正法中，明文免除網際網路服務提供者發表人及出版者的責任，其規範內容如下：

第一款 立法緣由

CDA (47 U.S.C. § 230) 的規定一開始在(a)項即闡述國會對於網際網路發展現況的觀察，主要內容如下⁷²：

1. 網際網路快速發展建置以及其他互動式電腦服務的提供代表美國公民有更大優勢取得教育性及資訊性的資源。
2. 這些服務讓使用者能有相當大的程度控制所接收的資訊，而當將

⁷¹ Id at 10.

⁷² 47 U.S.C. § 230(a)

來科技持續進步時，並有潛在可能對資訊取得更大程度的控制。

3. 網際網路及其他互動式電腦提供一公開討論的空間以利於政治對談的真實多元性、給予文化發展的獨特機會、也為知識活動提供更多元的途徑。
4. 為了所有美國公民的利益，在政府的最低度管制規範下，網際網路及其他互動式電腦服務已蓬勃發展。
5. 愈來愈多的美國人依賴互動式媒體以獲得各種政治性、教育性、文化性、及娛樂性的服務。

美國國會並於第(b)項言明美國制定的政策，是爲了⁷³：

1. 促進網際網路及其他互動式電腦服務和互動式媒體的持續發展；
2. 保持網際網路及互動式電腦服務現有蓬勃及自由競爭的市場，而不受州或聯邦規範所束縛；
3. 鼓勵能增強使用者控制所接收資訊相關科技的發展。
4. 排除使父母能限制兒童接觸不當線上資訊的過濾科技發展及利用之障礙；
5. 確保有效執行聯邦刑事法以遏止並懲罰交易猥褻、騷擾、及騷擾性的資訊。

第二款 規範內涵

第一目 免責主體—Interactive

Computer Service

在CDA規範中，免責的主體爲互動式電腦服務(Interactive computer Service)服務提供者，而其定義⁷⁴是指提供或可使多方使用者電腦接取至電腦伺服器的任

⁷³ 47 U.S.C. § 230(b).

⁷⁴ 47 U.S.C. § 230(e)(2) (1996), "INTERACTIVE COMPUTER SERVICE- The term 'interactive computer service' means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions.

何資訊服務、系統、或接取軟體，具體而言包括提供網際網路接取的系統或服務，以及由圖書館或教育機構所經營的這類系統或提供的服務。

第二目 免除責任

47 U.S.C. § 230 免除互動式電腦服務提供者責任的內涵主要如下：

1. 對於任何資訊內容提供者所提供之資訊，互動式電腦服務的提供者或使用者不應被視為出版者或發表人。
2. 民事責任免責-任何互動式電腦服務的提供者或使用者無須因下列原因負責：
 - (1) 基於善意主動採取的任何行為以限制接觸或取得使用者及提供者認為猥褻、邪惡、淫亂、過度暴力、騷擾性或其他遭受異議的資料，無論這類資料是否受憲法保護，或；
 - (2) 任何提供資訊內容提供者或他人採取科技方法以限制接觸上述資料的行為。

第三款 通訊端正法通過後相關判決

評析

47 U.S.C. § 230 的規定免除互動式電腦服務提供者負出版者及發表人的責任。然而，法條規定並不十分明確，在適用上容易產生問題，如是否亦免除散布者的責任。此外，在實際情況中互動式電腦服務提供者可能參與第三人內容製作的過程，如何判定此服務提供者是否為 CDA 所欲保護的主體，亦產生疑問。本文以下即舉出美國相關法院判決適用 CDA (47 U.S.C. § 230) 的見解：

第一目 **Zeran v. American Online, Inc**

在Zeran一案中，一匿名者在AOL所經營的電子布告欄中貼載一廣告訊息販售T恤，其上印有與1995年4月奧克拉荷馬市聯邦大樓爆炸案有關的粗俗標語，並指出欲購買者請與Kenneth Zeran聯絡，並留下Zeran的住家電話。Zeran因而收到許多威脅電話，因此數次向AOL反應該廣告為誹謗訊息。AOL最後將該訊息移除，但拒絕登載取消該誹謗性言論的訊息。Zeran最後不勝其擾，向聯邦地

方法院起訴⁷⁵控告AOL，認為AOL延遲移除、拒絕登載取消訊息、且未過濾相關言論。

AOL 在本案中援引 47 U.S.C. § 230 而請求免除出版者的責任，對此 Zeran 認為 CDA 的規定係免除網路服務提供者出版者的責任，但未免除其散布者的責任。聯邦地方法院拒絕採用原告的論點，認為 47 U.S.C. § 230 免除互動式電腦服務提供者所有誹謗責任，其理由在於散布者責任只是出版者責任的類型之一，且國會制訂 CDA 的目的在鼓勵互動式電腦服務提供者協助過濾網路上不當資訊，若對其課以散布者責任，將使立法目的無法實現。

第二目 Ben Ezra, Weinstein, & Co. v. America Online Inc.

被告 AOL 為一擁有數百萬用戶的互動式電腦服務提供者，而原告 Ben Ezra, Weinstein, & Co. 為一電腦軟體公司。原告認為 AOL 在其報價及投資組合服務區公布 Ben Ezra, Weinstein, & Co 公司股價及股份的錯誤訊息，因而控告 AOL。本案的爭點在於 AOL 是否為資訊內容提供者，而為 47 U.S.C. § 230 所欲免責的範圍外？聯邦地方法院認為 AOL 適用 47 U.S.C. § 230 免責規定，原告因此提出上訴。

在上訴案中，原告對於被告 AOL 為互動式電腦服務提供者、以及提供報價及投資組合服務區資訊的公司 ComStock 及 Townsend 為資訊內容服務提供者並無爭執，然而，原告認為被告與 ComStock 及 Townsend 密切合作以製作及發展股價資訊，此亦符合資訊內容服務提供者的角色。上訴法院認為，雖然 AOL 在其注意到股價資訊有錯誤時，會與 ComStock 及 Townsend 溝通聯繫，但這樣的溝通並未構成資訊的製作及發展，並不能因此將被告的角色轉換成資訊內容服務提供者。因此，被告刪除錯誤資訊的行為，僅是在從事國會立法時所欲保護的編輯功能，是故，AOL 只是一互動式電腦服務提供者，而依 47 U.S.C. § 230 規定免責。

第三目 Christianne Carafano v.

⁷⁵ The United State District Court for Eastern District of Virginia.

Metrosplash.com, Inc.

最近的一個案例，於 2003 年 8 月由第九上訴巡迴法院所做出的決定。Matchmaker.com 為一商業性網路媒合服務，其會員可以在網站上刊登個人簡介，並能查看他人簡介。該網站會員在加入時會被要求填寫一詳細的問卷，而其選擇的答案會成為個人簡介的一部份。一匿名的新會員刊登著名女星 Christianne Carafano 的簡介，事後 Carafano 收到大量的性騷擾及威脅性傳真及電話留言，Carafano 於得知 Matchmaker.com 網站刊登個人簡介後，要求該公司立即移除簡介。

Carafano 事後對 Matchmaker.com 向法院提出多項指控，其中關於誹謗部分，本案地方法院拒絕 Matchmaker.com 所提 CDA 免責的論點，因地方法院發現該公司於個人簡介亦提供部分的內容⁷⁶。該案經原告提起上訴，上訴案的主要爭點在於 Carafano 的主張是否為 CDA 免責條款所限制。上訴法院認為在 CDA 的規範下，只要第三人願意提供必要的刊載內容，互動式電腦服務提供者即完全免責，無論其是否從事編輯或選擇的程序。因此，在本案中，網站上簡介的內容雖可能自動地從問卷中得出，然而該問卷僅是幫助使用者資訊的表達，只有使用者積極製作時簡介才會呈現內容。是故，本案上訴法院認為 Matchmaker.com 非為 CDA 中的資訊內容提供者，而只是互動式電腦服務提供者，依 CDA 規定免責。

第四節 網際網路服務提供者對使用者散布色情資訊行為之責任

美國法上對於網際網路服務提供者散布色情資訊的責任，主要有三項規定，包括是 1996 年通訊端正法中 (47 U.S.C. § 230) 和 (47 U.S.C. § 223) 之規定，以及於 1998 年通過之兒童網路保護法 (Child On-line Protection Act) 之規定，其併入電信法第 231 條 (47 U.S.C. § 231)。以下即介紹各法對網際網路服務提供者對於使用者散布色情資訊的免責規範：

第一項 通訊端正法 47 U.S.C. § 230

⁷⁶ Carafano v. Metrosplash.com, Inc., 207 F. Supp 2d 1055 (C. D. Cal. 2002).

之規定

47 U.S.C. § 230 的規定是免除互動式電腦服務提供者因第三人散布毀謗內容之責任。然而，該免責規範亦適用第三人散布色情的資訊的情形，且§ 230(c)(2) 即明白規定互動式電腦服務提供者不因下述原因而負責：基於善意主動採取的任何行為以限制接觸或取得使用者及提供者認為猥褻、邪惡、淫亂、過度暴力、騷擾性或其他遭受異議的資料，無論這類資料是否受憲法保護。

47 U.S.C. § 230 適用於散布色情的情形，亦已出現在相關的判決中。著名案例，*Doe v. America Online*⁷⁷ 即涉及第三人利用AOL聊天室販售色情相片及錄影帶一事，被告AOL主張 § 230 免責規定，而本案法院從初審法院至最高法院肯認被告的主張，並一致採用於*Zeran*⁷⁸案中的見解認為 § 230 免除包括出版者及散布者的責任。

第二項 通訊端正法 47 U.S.C. § 223

之規定

47 U.S.C. § 223 規定禁止利用電信設備製造、招攬並發送任何猥褻、兒童色情、意圖激怒、辱罵、威脅或騷擾他人的評論、要求、建議、提議、影像、或其他訊息。其中針對網際網路服務提供者，於§ 223(e)(1)⁷⁹訂有免責的規定，即任何人不應只因其提供接收或連結至非其所控制之設施、系統或網路，包含傳輸（transmission）、下載（downloading）、臨時儲存（intermediate storage）、接收軟體（access software）或其他相關的服務附隨提供類此接收或連結服務，而未包含訊息內容的製作，即被認為違反同條(a)項或(d)項之規定。

值得一提的是，1996 年美國聯邦法院於*ACLU v. Reno*⁸⁰案中，判定「不雅（indecent）」及「明顯冒犯（patently offensive）」的文字模糊並難以定義，因此 47 U.S.C. § 223 中禁止不雅內容的流通，違反憲法保障言論自由的規定，因此法院禁止§ 223(a)(1)(B)中關於indecent的適用，且同條(d)項全部禁止適用，本案決

⁷⁷ *Doe v. America Online, Inc.*, 718 Do. 2d 385 (Fla. 4th Dist. Ct. App. 1998).

⁷⁸ *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F. 3d. 327 (4th Cir. 1997).

⁷⁹ 47 U.S.C. § 223(e)(1).

⁸⁰ *ACLU v. Reno*, 929 F. Supp. 824 (E.D. Pa. 1996).

定亦經聯邦最高法院確定⁸¹。而美國國會於 2003 年修正該條文字⁸²，將原有§ 223(a)(1)(A)中之文字「lewd、lascivious、filthy、or indecent」移除，改以「or child pornography」代之，在§ 223(a)(1)(B)中，亦將「indecent」移除，改以「child pornography」。

第三項 兒童網路保護法之規定

為保護兒童免於接觸網路上不當的資訊，在CDA（47 U.S.C. § 223）⁸³被宣告違憲後，美國國會於 1998 年 10 月 20 日通過「兒童網路保護法(Child On-line Protection Act)，以下簡稱COPA」，並將該規定併入美國電信法第 231 條中。COPA 主要的規定是禁止以商業為目的，利用跨國或跨州網路提供未成年有害其身心的內容，違反者將處以六個月以下有期徒刑或科以五萬美元以下罰金，或二者並罰⁸⁴。

對於網際網路服務提供者，COPA針對以下四種服務類型規定免除上述等責任⁸⁵：

- 一、從事提供電信服務的電信傳遞事業（telecommunication service）
- 二、提供網路連線服務者（internet access service）
- 三、提供線上搜尋工具者（internet information location service）
- 四、類似於從事他人訊息之傳送（transmission）、儲存（storage）、檢索（retrieval）、主機代管（hosting）、格式化（formatting）或翻譯（translation），而對訊息的內容不加選擇或更改，除非對他人特定的訊息或資料的刪除符合 § 231(c)或 § 230 之規定所為，則不構成訊息內容之選擇或更改。

值得注意的是，COPA的立法目的在於保護兒童免於接觸網路上不當的資訊，然而，此一規定可能阻礙資訊的流通，同樣引發違反憲法保障言論自由規定之爭議，美國於 1998 年通過COPA後，美國公民自由聯盟(American Civil Liberties

⁸¹ Reno v. ACLU, 521 U.S. 844(1997).

⁸² Pub. L. 108-21, § 603(1)(A).

⁸³ 47 U.S.C. § 231.

⁸⁴ 47 U.S.C. § 231(a)(1).

⁸⁵ 47 U.S.C. § 231(b).

Union, ACLU) 隨即向聯邦地方法院提起控訴 (ACLU v. Reno II⁸⁶)，指出COPA違反憲法第一條修正案言論自由保障之規定，本案法院認為COPA顯然違憲，政府不得執行該法。經上訴後，第三上訴巡迴法院維持地方法院的見解，認為COPA違反憲法言論自由保障的規定，亦裁定禁止COPA執行⁸⁷。據此，COPA被宣告違憲，其有關網路相關服務提供者責任免除的規定亦不能適用。

第五節 網際網路服務提供者對使用者其他不法行為之責任

第一項 前言

使用者經由網路為侵害行為，引發ISP業者是否對侵害行為應負相關責任的探討，其結論如何目前仍有爭議。但除了侵權行為以外，網路使用者利用ISP業者提供的服務進行法律所禁止的商業行為，在網路社會中也十分常見。

法律所禁止的商業行為，多涉及危害大眾生命、財產或健康之安全或違犯公序良俗，前者如毒品販賣，目前仍為多數國家所禁止；後者則如賭博行為。但就後者而言，各國態度仍有所不同，例如英國並未視網路賭博為違法行為，美國則各州的立場並不一致。不過，這些原本在實體是被禁止或部分禁止或在某些地區禁止的商業活動，卻因透過網路經營而打破地域上的限制，例如網路賭博等，將使法律禁止該商業行為之地區亦能接觸並參與賭博行為，使原本法律禁止的效力受到嚴峻的挑戰。而提供此媒介管道或服務的ISP業者是否仍需為使用者的行為負法律上的責任，也是一經常探討的議題。

美國國會自104會期以來，不斷針對禁止特定網路商業行為提出相關法案，其中也對於ISP業者試圖課予一定的責任與義務，惜因對ISP業者的衝擊過大及涉及言論自由與侵犯隱私等爭議，因而仍未通過。不過，吾人仍能從106會期所提出的網路賭博禁止法案，及民間團體對於該法案的爭論，一窺美國國會對於ISP責任的看法。

⁸⁶ ACLU v. Reno II, 31 F. Supp. 2d 473 (E.D. Pa. 1999).

⁸⁷ ACLU v. Reno II, 217 F. 3d 162 (3rd Cir. 2000).

而利用網路做為毒品交易管道，在查緝上有相當的困難度，也因而有議員提出毒品反擴散法案，希望藉由加諸 ISP 的注意義務，有效遏止毒品在網路的流通。為使電子商務業者負起監控非法物品或服務交易的義務，美國有眾議員於 2000 年 2 月 15 日提出監控責任法案，主要目的在於修正第 18 章刑法的相關條文，要求 ISP 業者為電子商務網站的監控訂立安全港的規定。法案的規定重點主要是在免責規定、主動刪除非法項目、刪除義務的限制及禁止類推。

第二項 網路賭博

第一款 網路賭博禁止法案（Internet Gambling Prohibition Act）立法過程

美國國會自 104 會期即提出不少與網路賭博禁止相關的法案⁸⁸，但由於在修正刑法賭博罪章中，國會的意見認為既然第 18 章在 1084 條有規範網路賭博的刑事責任，加以所提出的法案內容尚未完備，對 ISP 業者責任的規範仍然簡陋，當時並不被認為具有實質意義。

不過自 105 會期開始，由國會議員提出的 1998 年網路賭博禁止法案（Internet Gambling Prohibition Act of 1998, H.R.4427）及後來在 1999 年的法案規範（H.R.3125），在 ISP 責任的規範部份雖然較為周延，但並未通過。2000 年國會議員 Bob Goodlate 於 106 會期再度提出該法案（Internet Gambling Prohibition Act of 2000, H.R.3125），曾引起兩派意見對於 ISP 業者責任的激烈爭辯，惜仍未通過。

雖本法案並未通過，不過其中有關針對 ISP 部分的規範仍值得予以討論。

⁸⁸ 國會議員 Bob Goodlate 在 104 會期提出 1997 年網路賭博禁止法案（Internet Gambling Prohibition Act of 1997, H.R.2380），1998 年 105 會期時由 Stearns、Oxley 及 Largent 三位議員提出 1998 年的法案（Internet Gambling Prohibition Act of 1997, H.R.4350）。

第二款 2000 年網路賭博禁止法案有 關 ISP 責任之介紹

第一目 ISP 業者的定義

在 2000 年網路賭博禁止法案中對所規範的網路服務為「互動式電腦服務」(Interactive Computer Service)。其所下定義為，「係指任何資訊服務、系統或是接取軟體提供者於州際或外國商業間，經營或使用電路或工具，提供使用者之電腦界面處電腦伺服器之，包括傳輸、儲存、回覆、主機租賃、鏈結、格式化、或其他人所為傳輸之自動轉發，並包括一個服務、系統、或接觸軟體提供者 (A) 提供接取網路，或 (B) 從事於提供資訊搜尋工具之業務 (係指供鏈結至線上位址，包括指引、索引、參考、指示或超鏈結)」⁸⁹。

而本法案所稱網路服務提供者即為提供上述服務之業者⁹⁰，如依其定義，應為 IAP 及 ICP 業者，而並未含括 IPP 業者。

第二目 網路賭博的禁止規定

本法案有關網路賭博的禁止規定如下：「故意利用網路或其他互動式電腦服務經營賭博業務，以組織、接收或以其他方式進行賭博，或寄送、接收或邀請訊息參加組織賭博等，係不法行爲。」⁹¹

⁸⁹ H.R. 3125 Sec.1085 (a) (6) "...interactive computer service means any information service, system, or access software provider that operates in, or uses a channel or instrumentality of, interstate or foreign commerce to provide or enable access by multiple users to a computer server, which includes the transmission, storage, retrieval, hosting, linking, formatting, or translation of a communication made by another person, and including specifically a service, system, or access software provider that-(A) provides access to Internet; or (B) is engaged in the business of providing an information location tool(which means a service that refers or links users to an online location, including a directory, index, reference, pointer ;or hypertext link).

⁹⁰ H.R. 3125 Sec. 1085(a)(7)

⁹¹ H.R. 3125 Sec. 1085(b)(1)

第三目 互動式電腦服務提供者對網路

賭博資訊的免責規定

壹、免責之客觀要件

互動式電腦服務提供者是否得以免責，在客觀要件下需符合未擁有、發送賭博資訊及控制能力等幾項條件。在本法案中即規定網路賭博若是：

(A) 藉由服務提供者而產生之任何傳輸、投送、或是提供與賭博相關資料或活動之連線（包含傳輸、遞送、或提供連線過程之中介暫存），如果（a）該傳輸係由他人而非服務提供者發始；（b）該傳輸、遞送、或提供連線係經由自動化科技程序進行，而服務提供者未對所傳輸的資訊作選擇；（c）服務提供者不選擇接收的資訊，只進行自動回應；（d）該資訊或活動係經由系統傳輸而未更正內容，服務提供者得以免責。

(B) 與賭博相關資訊或活動是在互動式電腦服務提供者所有、控制或經營的網站上產生，或是由提供或鏈結使用者至有相關資訊或活動的位址獲得相關資訊或參與賭博活動，如該資訊或活動係由互動式電腦服務提供者以外之人所提供或指揮，除非提供者未能對上述資訊或活動採取立即措施，方能免責。

貳、符合免責要件之一定作為

互動式電腦服務提供者還必須為一定作為方符合免責要件⁹²：

(a)維持並執行要求服務提供者在收到通知後即中止使用者帳號的書面或電子政策；

(b)並非在明知的情形下容許電腦服務用來進行本條所禁止的行為。

參、符合通知及取下程序規定（Notice and take-down）

(a) 互動式電腦服務業者的配合義務⁹³

如互動式電腦服務提供者經聯邦、州、或當地執法機關通知，於其管轄範圍內，有接獲書面或電子通知，告知其系統之網站，為州際或外國商業間被利用或

⁹² H.R.3125 Sec. 1085(d)(1)(B)

⁹³ H.R.3125 Sec. 1085(d)(2)(A)

將被利用於違反聯邦、州或當地法律規定之賭博或展示資訊時，互動式電腦服務提供者即應：

- (i) 立即移除或阻斷接觸該資訊；
- (ii) 若服務提供者並不控制該網站，則應透過符合 DMCA § 512 (c) (2) 所設計之代理人或其他應負責的僱用人或承攬人
 - (I) 通知聯邦或州的執法機關，服務提供者並非適當之受通知人；
 - (II) 收到傳票後，與聯邦或州執法機關合作辨識實際控制網站者。
- (b) 通知內容之要求

為使互動式電腦服務業者清楚明白通知內容中之具體事實及相關配合義務資訊，本法案也針對通知的內容規定以下五要件：

- (i) 確認所稱違反規定的資訊及活動，並明白表示違反之法律規定。
- (ii) 所提供的資訊必須合理並足夠令服務提供者發現違法之資訊或活動之內容，並阻斷其服務。
- (iii) 提供符合 DMCA § 512 (c) (2) 所設計之代理人。
- (iv) 通知所提供的資訊足夠讓服務提供者與執法機關聯繫，包括執行機關名稱及聯絡電話。
- (v) 明白宣示通知內容不實涉及的責任。

第四目 禁制令的相關規定

本法案禁制令的目的主要是限制互動式電腦服務提供者提供服務予違反網路賭博禁止規定的用戶。聯邦或州的執法機關必須在發通知給互動式電腦服務提供者通知後 24 小時內決定是否授與禁制令。

有關發禁制令的條件及內容如下：

壹、符合發禁制令的要件

- (A) 如互動式電腦服務提供者是必須執行傳輸、接送、遞送、或提供連線的工作，或在這當中執行中介及暫時儲存的工作，則禁制令必須是：

- (a) 如法院有可信理由 (probable cause) 認定使用者利用互動式電腦服務違反本法，即可發禁制令，中止特定用戶帳號限制電腦服務提供者提供服務。
 - (b) 該命令必須是藉由合理的步驟阻斷特定、可辨識的、國外的線上網址，以限制互動式電腦服務提供者提供用戶服務的命令。
- (B) 其他服務類型的禁制令：
- (a) 有可信理由相信使用者正使用其服務違反本法。
 - (b) 該命令並須能阻止使用者接觸有違反本法規定內容之網站，且該網站是由服務提供者所控制或管理者。
 - (c) 因他法院認為有必要採取避免或限制接觸特定資訊或活動所發之禁制令，但禁制令應對服務提供者負擔最小且有效方式為之。

貳、適當禁制令應考量的因素

- (A) 不論禁制令係單獨或與其他禁制令結合，均應考量其是否會對服務提供者或其系統或網路運作造成明顯負擔 (significantly burden)。
- (B) 禁制令的執行係科技上可行且有效的，且不致干涉於其他網站讀收資訊。
- (C) 是否可以採取更不具負擔與相較而言有效的方式，以避免或阻止讀取違法資訊或活動。
- (D) 為避免造成巨大的損害，禁制令為必須採行之方式。

參、配合禁制令的免責規定

如互動式電腦服務提供者因配合本法案之通知取下程序或禁制令，而為一定之作為者，不需因其行為負擔聯邦法或州法之任何民事或刑事責任。

第五目 監控義務的免除

雖本法案有規定互動式電腦服務提供者之作為義務及配合義務，但也考量要求服務提供者負主動監控義務對於其經營而言，恐會形成沉重負擔。因此特別聲

明，本法案之任何規定不得解釋服務提供者負有監控義務⁹⁴。

第六目 互動式電腦服務提供者對非網路賭博資訊的免責規定

本法案目的在於禁止網路賭博，自以網路賭博具違法性為前提，與網路賭博相關資訊的禁止規定亦已述及。因而，本法案有關互動式電腦服務業者對賭博的促銷廣告規範，著重在於非網路賭博活動（Non-Internet Gambling Activity）。有關免責情形、作為義務、通知及移除程序，以及禁制令等相關規定與禁止網路賭博規定大部分相同。差異的部分在於非網路賭博廣告或促銷的禁止中，有針對未成年人的保護規定。

壹、免責規定

有關互動式電腦服務提供對於非網路賭博廣告或促銷的客觀免責條件規定與網路賭博資訊相同（參見前述），如服務提供者對於賭博相關資訊並非發始傳輸或得為、更正、控制、選擇等權限，可以免責⁹⁵。

貳、符合免責要件之一定作為

互動式電腦服務提供者還必須為一定作為方符合免責要件：

(a)維持並執行要求服務提供者在收到通知後即中止使用者帳號的書面或電子政策；

(b)並非在明知的情形下容許電腦服務用來進行本條所禁止的廣告行為。

(c)以合理費用提供消費者過濾或阻斷技術，阻止未成年人接觸其網站。

參、通知及移除規定

如互動式電腦服務提供者經聯邦、州、或當地執法機關通知，於其管轄範圍內，有接獲書面或電子通知，告知其系統之網站，為州際或外國商業間被利用或將被利用於違反聯邦、州或當地法律規定之賭博或展示資訊時，互動式電腦服務提供者即應採取 H.R. 3125 Sec. 1085 (d)(2)(A)相同之措施（詳見本節第二項、

⁹⁴ H.R.3125 Sec. 1085(d)(5)(B)

⁹⁵ HR 3125 Sec. 1085(d)(4)(B)

第二款、第三目、參)。

肆、禁制令的相關規定

在禁制令的規定，除了在程序上的要求與網路賭博相同，即規定聯邦或州執法機關必須再發通知給互動式電腦服務提供者 24 小時內決定是否發禁制令外，禁制令的內容因對象非為經營網路賭博的網站而有所不同：

- (A) 要求互動式電腦服務提供者移除或阻斷接取其控制或經營促進違反聯邦或州法之非進行網路賭博行為之網站。
- (B) 如法院有足夠理由認定使用者故意使用或被允許利用互動式電腦服務違反本法，即可發禁制令，中止特定用戶帳號限制電腦服務提供者提供服務。
- (C) 阻止服務提供者散布此類促進或廣告違反聯邦、州法之非網路賭博行為訊息之命令。

第三款 網路賭博法案引發的爭議

法案在委員會報告 (committee report) 期間，有許多公協會代表及電信業者提出了嚴厲的批評，批評主要是針對通知移除的規定、阻斷接觸網站及禁制令內容過度擴張。

第一目 通知及移除規定

前述法案所稱的通知及移除程序的規定，過於廣泛地授與聯邦及州政府檢查的權力。執行的結果將可能損及網站經營者及使用者的權益。電腦及通訊工業協會 (Computer and Communication Industry Association) 表示，良好的通知及法院檢查程序，再配合禁制令會是比較理想的方式⁹⁶。民主及科技中心 (Center for Democracy and Technology) 也認同這項觀點，認為該規定賦予政府過多的決定權，若以此加諸ISP業者的負擔配合政府的要求取下資訊，則網路的本質將會被改變⁹⁷。

⁹⁶ See committee Report-House Rpt. 106-655 Part I(Internet Gambling Prohibition Act of 2000)

⁹⁷ Id.。

第二目 中止帳號影響使用者權益

從本法案通知及移除到禁制令的規定中，並未有通知或警告使用者的前提規定，而僅在聯邦或州執法機關通知網路服務提供者的情形下，即允許對使用者中止帳號。

然本法案對於所謂使用者（subscriber）的定義係指「任何與互動式電腦服務提供者有商業關係之人，並透過互動式電腦服務接收接取該系統、服務或網路，即使並無正式訂戶協議亦可」；「包括註冊人、透過大學網路系統的被同意使用接取的學生、透過公司網路系統被同意使用接取的受僱人或契約使用者。」⁹⁸在此定義下，中止帳號的行為將會對未違反規定的使用者造成損害。

第三目 阻斷接取規定將影響網站經營 權益及增加網路服務提供者成本

本法案授權法院得基於不明確的事實，中止使用者的帳號，即使使用者行為合乎聯邦法或州法規定亦同。有不少公協會聯名表示此規定違反網路政策所著重的內容自由及個人隱私的重心⁹⁹，並反對聯邦對網路內容的規制，及讓網路服務提供者居於政府的代理人地位¹⁰⁰。而禁制令中要求阻斷個人特定接觸網址的規定，其行為更如同獨裁國家如中國、古巴等阻斷公民接觸網路之舉。

此外，為順應法案禁制令中有關阻斷的規定，網路服務提供者將可能負擔更高的程序成本，例如因網站移動 IP 位址而必須一再更新電腦系統中阻斷的線上位址名單、聘請律師對抗禁制令等。

第四目 禁制令範圍過於廣泛

雖支持者認為，本法案禁制令的規定與DMCA所採取的架構相同，然並非如此。DMCA要求需在網路服務提供者確實違反法律規定的情形下才發禁制令，而

⁹⁸ H.R. 3125 Sec.1085(a)A912)

⁹⁹ 聯名表示的協會有美國公民自由聯盟（American Civil Liberties Union）、納稅人協會(the Association of Concerned Taxpayers)、互動式服務協會(the Interactive Services Association)、美國網路協調會(the United states Internet Council)。

¹⁰⁰ See committee Report-House Rpt. 106-655 Part I (Internet Gambling Prohibition Act of 2000)

本法案禁制令的授與並不問網路服務提供者是否有非法行為或與非法行為存在共謀關係¹⁰¹。

美國電話公司（AT&T）也質疑該禁制令條款賦予法院廣泛的權限，藉由發禁制令對抗任何人違反本法的行為，而不論該人是否與犯罪有所牽連。而美國司法部也注意到禁制令規定可能會對一般網路使用及社會經濟造成負面影響¹⁰²。

此外，引發爭論的還有，法案規定，除了授與發暫時禁制令外，還可在有「可信理由」認定使用者正使用網路服務違反本法案規定的情形下，執法機關即可依法律授權發禁制令對抗任何人。因此有人質疑，將刑法「可信理由」的標準用在禁制令的發行，是非常不恰當的¹⁰³。依聯邦民事程序第 65 條（rule 65 of Federal Rules of Civil Procedure）對暫時禁制令的規定，法院必須依據法律尋求合理的可能性，於法律尚無適當補償以衡平雙方利益時方可發暫時禁制令。而本法案的禁制令較聯邦民事程序規則範圍還廣，實有檢討必要。

第三項 網路毒品販賣

第一款 反毒品擴散法案

(Methamphetamine Anti –Proliferation Act of 1999 , S.486) 中對於互動式電腦服務提供 者之規範

反毒品擴散法案是在 106 會期提出，主要目的在於禁止毒品研究、抑制相關資源，對抗毒品製造、進出口、非法交易及濫用。其中對於互動式電腦服務提供者的責任規定於 S.486 Sec.203(b)

¹⁰¹ Id.

¹⁰² Id.

¹⁰³ Id.

第一目 ISP 業者的定義

本法案所規範之互動式電腦服務提供者的定義與通訊端正法（U.S.C §230（f））之定義相同以外，還包括「（A）提供資訊搜尋工具去連結至線上位址，包括指引、超鏈結、且互動式電腦服務提供者不控制或修改內容；（B）致力於傳輸、儲存、回覆、虛擬主機、格式化、演繹，而不涉及選擇內容。」

第二目 互動式電腦服務提供者對網路

毒品資訊的免責規定

壹、免責之客觀要件

互動式電腦服務提供者必須符合以下條件，才符合本法案之免責規定：

- （A）非在認知的情形下允許其系統之網站被用於進行互動式電腦服務提供者知悉本條禁止之活動；
- （B）非原本由本條所禁止之資訊所組成；
- （C）非提供他人作為尋找本條所禁止之資訊方法之來源。

貳、得以免責之情形

若互動式電腦服務提供者對利用其服務進行之網路毒品擴散，欲主張不負幫助犯、教唆犯或共同正犯之責任，須符合以下情形：

- （A） 確係由他人致力為本章所禁止之行爲，或
- （B） 如S.486 Sec.203(g)(6)(A)推定互動式電腦服務提供者不控制或修正所鏈結之內容。

第三目 通知及移除規定

本法案與前述法案相同，也有對互動式電腦服務提供者通知及移除本法案所禁止之資訊的規定。

壹、通知義務人

本法案規定，只有美國的檢察總長、毒品強制管理人員、美國律師方得為通知義務人¹⁰⁴。

貳、通知之形式要件

通知需具備以下要件，方屬合法之通知，否則互動式電腦服務提供者可不履行通知所要求之義務¹⁰⁵：

- (A) 識別出被指稱違反本法案，並且應被移除或阻斷的資訊。
- (B) 說明該資訊違反本法案之規定。
- (C) 提供互動式電腦服務提供者合理充分的資訊，以尋找該違法資訊。
- (D) 提供互動式電腦服務提供者合理充分與聯邦公務員聯繫之資訊，包括地址、電話、電子郵件住址。

參、通知之相對人

互動式電腦服務提供者需比照DMCA §512 (c) (2) 的規定，設置代理人接收通知¹⁰⁶。

肆、資料的移除

如互動式電腦服務提供者接到合乎形式要件的通知，表示有人執行本法所禁止之行爲，即應於 48 小時內移除或阻斷該訊息¹⁰⁷。而若未能履行取下之義務，則將被是爲爲允許他人利用其服務爲本法所禁止之行爲，且確實知悉該違法行爲¹⁰⁸。另外，爲保護服務提供者，其基於善意移除本法所禁止之資訊，無須就其行爲負責¹⁰⁹。

¹⁰⁴ S.486 Sec. 203 (g)(2)(B)

¹⁰⁵ S.486 Sec. 203 (g)(2)(B)之 (i) -(iv)

¹⁰⁶ S.486 Sec. 203 (g)(2)(B)

¹⁰⁷ S.486 Sec. 203 (g)(2)(A)

¹⁰⁸ S.486 Sec. 203 (g)(2)(C)

¹⁰⁹ S.486 Sec. 203 (g)(4)

第四項 監控責任法案 (Responsible Monitoring Act of 2000, H.R.5673)

爲使電子商務業者負起監控非法物品或服務交易的義務，美國有眾議員於 2000 年 2 月 15 日提出監控責任法案，主要目的在於修正第 18 章刑法的規定，要求 ISP 業者爲電子商務網站的監控訂立安全港的規定。法案的規定重點主要是在免責規定、主動刪除非法項目、刪除義務的限制及禁止類推：

互動式電腦服務提供者因主機租賃或提供服務工第三人爲物品或服務銷售，不應由於遵守聯邦或州法，刪除移除或阻止接觸任何依聯邦或州法，爲非法之物品或服務銷售之資訊而負責。

(一) 前項之刪除應符合規定之目的，且需辨別出係因相信聯邦或州法之規定，其爲非法之物品或服務，而互動式電腦服務提供者必須移除或限制此類物品或服務之接觸。

(二) 除前述情形外，不得賦予互動式電腦服務提供者刪除非法物品銷售或服務資訊之義務。

(三) 本法無涉有關限制或延伸智慧財產權的法律。

(四) 本法案不涉及限制或延伸任何法定義務之法律，包括因契約或法院命令所生之權利，要求互動式電腦服務提供者刪除、移除或阻斷接觸非法物品或服務之資訊。

(五) 本法案所稱之善意係指無惡意或對事實不知之情形。

第五項 小結

由以上三法案的內容，可以看出對於 ISP 對於第三人不法使用網路的責任的不同立場。在網路賭博禁止法案中，對得以免責的 ISP，從服務型態到監控技術與爲一定作爲的可能性做了較細緻的區分；而在通知及取下規定，也盡可能接近 DMCA 的有關規定。但儘管如此，在此部分與禁制令的規定仍引起輿論有關不當課予 ISP 業者過重監控及作爲義務，以及執法機關權限浮濫的批評，而這些規定確實也會導致 ISP 業者經營成本的負荷增加。

而反毒品擴散法案則是在 DMCA 後提出的，所以在 ISP 責任與通知取下程序幾乎與 DMCA 相同。其中的差異僅在於毒品反擴散法案規定 ISP 業者接獲通知後，應於 48 小時內移除或阻斷資訊，而 DMCA 則無時間限制的規定。

至於監控責任法案的目的在於禁止違禁品之販售，而要求 ISP 業者負有主動刪除的義務，但不負主動監控義務，其主要目的應在避免電子商務市場的發展。

如與 DMCA 相較，此二法案均欠缺交互通知的程序，其主要原因可能在於所保護的法益不同所致。DMCA 所保護者為財產上的利益，基於請求損害賠償的目的，固然有確認其侵害行為之必要；然後二者則否，原因在於其所保護者為公眾利益。從此也可以看出美國對於不同法益保護與課予 ISP 業者不同義務的思考。

第六節 本章結論

綜合上述各個法規針對網際網路服務提供者對使用者侵害著作權、毀謗、色情及其他不法行為的責任，網際網路服務提供者只要踐行一定要件，即可對使用者的不法行為予以免責。

就 DMCA 而言，各要件中服務提供者較需注意者：首先，各個類型的服務提供者必須合理實施著作權保護政策；即告知其使用者，何種情況下將阻斷重複實施侵害著作權行為之使用者的網路傳輸之政策，且該服務提供者須已採納或合理地實施該政策。符合上述要件後，暫時性數位化網路傳輸之服務提供者必須未對資料進行篩選或修改，重製資料亦不得置於系統或網路之上超過合理必須的傳輸時間。系統快速存取之服務提供者服被通知原始網站之該資訊已被刪除或阻斷，或已被命令刪除或阻斷，其應迅速移除或阻斷資料存取。而應使用者指示之資訊存取於系統、資訊搜尋工具此二類型的服務提供者，除了必須對使用者侵權行為的確實不知與未從中獲取經濟利益，服務提供者還必須踐行通知及取下程序。

網際網路服務提供者針對使用者誹謗及色情之不法行為，通訊端正法的免責規範有不明確之處，因此，在適用上容易引爭議。從美國相關法院的判決中，大致可以歸納出以下幾項適用的原則：一、通訊端正法規定免責的範圍包含出版者及散布者的責任；二、互動式電腦服務提供者可能在內容上進行編輯、選擇或刪

除的程序，但只要是第三人主動並提供必要的內容，互動式電腦服務提供者只是從事國會立法時所欲保護的編輯功能，不當然轉換成內容服務提供者的角色，因而仍適用免責規定。

而從網路賭博禁止法案、反毒品擴散法案，及監控責任法案的內容，又可以看出對網際網路服務提供者對於第三人不法使用網路的責任的不同立場。在網路賭博禁止法案中，對得以免責的互動式電腦服務提供，雖未如 DMCA 明白將服務型態做定義，仍然就其所提供之服務與賭博資訊的直接或間接關係進行區分；而在通知及取下規定，也盡可能接近 DMCA 的有關規定。但儘管如此，在此部分與禁制令的規定仍引起輿論有關不當課予網際網路服務提供者過重的監控及作為義務，以及執法機關權限浮濫的批評，而這些規定確實也會導致網際網路服務提供者經營成本的負荷增加。

而反毒品擴散法案則是在 DMCA 後提出的，所以在網際網路服務提供者責任與通知取下程序幾乎與 DMCA 相同。其中的差異僅在於毒品反擴散法案規定互動式電腦服務提供者接獲通知後，應於 48 小時內移除或阻斷資訊，而 DMCA 則無時間限制的規定。

至於監控責任法案的目的在於禁止違禁品之販售，而要求互動式電腦服務提供者負有主動刪除的義務，但不負主動監控義務，其主要目的應在避免電子商務市場的發展。

如與 DMCA 相較，網路賭博禁止法案與反毒品擴散法案在提出禁制令前，均欠缺交互通知的程序。其主要原因可能在於所保護的法益不同所致。DMCA 所保護者為他人著作權或著作財產權的利益，基於請求損害賠償的目的，固然有確認其侵害行為之必要；然後二者則否，原因在於其所保護者為公眾利益。從此也可以看出美國對於不同法益保護與課予網際網路服務提供者不同責任及義務的思考。

第三章 規範網際網路服務提供者 責任之單一立法模式研究

第一節 歐盟電子商務指令之規範

第一項 前言

「歐洲內部市場資訊社會服務，尤其是電子商務之特定法律觀點指令」(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;簡稱「電子商務指令」Directive on electronic commerce)的目標，即在於確保歐盟各會員國資訊社會服務於歐盟境內的自由流通（參見指令第 1 條第 1 項）。電子商務指令擬藉由調合各會員國對於資訊社會服務提供者的規範，提供法律適用的安定性，並對於事業與消費者提供有效的保護。

有關媒介服務提供者責任的規範，即為電子商務指令的重心。在電子商務指令頒佈前，不論是事業或個人於網際網路上藉由不同的方式，向他人散佈違法的內容，由於各會員國法律規範的不明確，已然成為資訊社會服務發展的障礙，並且對於網際網路的使用產生風險。是以在歐盟會員國裡，德國早於 1997 年即於聯邦及邦層級的法規，制訂電信服務法(Teledienstgesetz)與媒體服務邦際協定(Mediendienste-Staatsvertrag; MDStV)，其中即針對自己或他人所提供的內容，所應負擔的責任加以規定。德國此一立法方式，係針對所有可能的違法內容（不論是著作權、商標、誹謗或色情資訊等）均適用相同的規範，一般均通稱為所謂的「水平方式」(horizontal approach)的立法型態，即影響歐盟電子商務指令的立法方式，更與前一章所介紹美國採取「分散式立法」的型態，有顯著的差異。

以下本文擬先介紹歐盟電子商務指令有關媒介服務提供者(intermediary service provider)責任的立法原則，接下來再闡述指令對於媒介服務提供者的規範內涵。

第二項 對於媒介服務提供者責任的 立法原則

第一款 揭櫫責任限制之規定

電子商務指令對於媒介服務提供者的規範，係要求各會員國在符合特定的要件下，將原先依據各會員國內國法，可能要求媒介服務提供者對於他人所提供之資訊須負擔共同責任(Mitverantwortlichkeit)的情形，予以豁免¹¹⁰。

第二款 功能取向的規定方式

電子商務指令對於媒介服務提供者的規範，並非對媒介服務提供者為靜態的分類，而區別其不同責任。指令係採取功能取向的方式，亦即對於媒介服務提供者具體營業活動的型態，包括「單純連線」(mere conduit)、「快速存取服務」(caching)與「資訊儲存」(Hosting)三種類型，依其性質的不同界定其責任。

第三款 水平方式(horizontal approach)的立法

如前所述，電子商務指令係採取所謂水平的立法方式，也就是對於使用者所提供的非法資訊，不論其涉及之相關法規為何，均以相同之規範與標準，界定媒介服務提供者的責任。由於在歐陸法系上，媒介服務提供者可能「為權利侵害必須（共同）負擔責任」[(Mit-)Einstehenmüssen für eine Rechtsverletzung]¹¹¹，因此指令擬以此一方式，將相同的責任規範與標準同時適用於刑法、著作權法或其他公法及私法領域，以避免因適用不同規範內的不同標準，而造成適用結果的分歧。

¹¹⁰ Vgl. Stefan Freytag, Harmonisierung der Providerhaftung, in: Michael Lehmann (Hrsg.), E-Business in Europa, S.113 Rn.4.

¹¹¹ Freytag, a.a.O., Rn.6.

第四款 僅止於對於他人所提供之內 容予以豁免

電子商務指令對於媒介服務提供者的責任豁免，僅限於與他人內容之散布有關；如果是散布自己所提供的內容，依各會員國相關法規加以規範即可。依據指令第 12 條至第 14 條之規定，條文係以「使用者所提供之資訊」(von einem Nutzer eingegebenen Information)¹¹²，是以資訊社會服務提供者自行所提供的內容，並不在豁免之列。

第五款 指令未整合有關不作為與排 除之規定

電子商務指令並未試圖整合歐盟各會員國對於他人不法內容的不作為或排除的規定。主要原因是在於，歐盟法令並未干涉會員國司法權行使的意圖，因而行為違法與否，係由各會員國的法院或行政機關，依其法律體系認定。依據指令立法理由第 45 點之內容，於指令中有關媒介服務提供者責任的限制，並未影響不同種類禁制令的規定；尤其是法院或行政機關要求對於侵害行為的移除或阻止其為人所近用。從此一說明可知，法院得以對他人所提供的違法內容，基本上得以宣告要求媒介服務提供者採取不作為與移除的動作。此一大部分體上不涉及作為宣告基礎的實體法上請求權，而且並非所有會員國的規定，對於實體法與程序法兩者的請求權，均如同德國法做很清楚的釐清¹¹³。所以難以對實體法請求權這一部份，進行調和各會員國內國法的工作。

此外，依據電子商務指令第 15 條，各會員國不得對提供第 12、13、14 條服務的提供者，課予監控其所傳輸或儲存之資料的一般義務，亦不得課予主動發現進行違法活動的事實或情形之一般義務。此一拒絕課予監控義務的規定，將使得媒介服務提供者無須知悉使用者所傳送或儲存的資料內容，並在第 12、13、14 條的豁免規定下，無須對此一內容負責。

¹¹² 電子商務指令的英文版，則係使用「服務接收者所提供之資訊」(information provided by a recipient of the service)，此為用詞上的不同。

¹¹³ Freztag, a.a.O., Rn.10.

第六款 電子商務指令與資訊社會著作權調和指令的關係

於 2001 年 5 月所通過的「調和資訊社會著作權與相關權利特定觀點指令」(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; 以下簡稱著作權指令)，係爲了調和在內部市場架構下，於資訊社會提供著作權與相關權利的法律保護。著作權指令對於因技術過程中的所不可欠缺的、重要的部分，而導致暫時的或伴隨的重製行爲，並且其目的是爲了增進第三者之間網路的有效傳輸，或者對於著作的合法使用，在認定不具獨立經濟意義下，予以豁免（參見著作權指令第 5 條第 1 項¹¹⁴）。其中媒介服務提供者爲了增進使用者網路傳輸效率，所提供的快速存取服務(caching)，即須遵守此一規定的要求。

此外，著作權指令第 8 條第 3 項¹¹⁵規定，各會員國應確保媒介服務提供者所提供的服務，如爲供第三人使用而侵害著作權或相關權利時，著作權人得申請禁制令(injunction)¹¹⁶。因此在涉及侵害著作權的案件，各會員國依據該指令的要求，應確保著作權人得申請相關救濟途徑。此一規定並未與電子商務指令相互違背。

¹¹⁴ 規定原文如下：“1. Temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable:

(a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work or other subject-matter to be made, and which have no independent economic significance, shall be exempted from the reproduction right provided for in Article 2.”

¹¹⁵ 規定原文如下：“3. Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.”

¹¹⁶ 在條文德文版上，則是使用「法院命令」(gerichtliche Anordnung)的字眼，其內涵即可包括不作為請求在內。

第三項 有關媒介服務提供者豁免規定之介紹

第一款 單純連線服務

依據歐盟電子商務指令第 12 條¹¹⁷第 1 項規定，對於在通信網路中傳輸服務接受者所提供的資訊，或者提供通信網路的接取者，各會員國應確保符合以下要件的服務提供者，於資訊的傳輸上不負任何責任：(a)非發起此一傳輸行為；(b)未選擇傳輸的接收者；(c)未選擇或修正所傳輸的資訊。

對於此一單純連線(mere conduit)服務的型態，依據同條第 2 項規定，尚包括基於通信網路內傳輸之唯一目的，對於所傳輸的資訊為自動的、媒介的以及暫時性的儲存，並且此一資訊所儲存的時間，並未超過傳輸所需之合理期間。

最後，電子商務指令第 12 條第 3 項規定，本條並不影響各國法院或行政機關，依據其會員國的法律體系，要求服務提供者中止或防止侵害行為。

第二款 快速存取服務

依據歐盟電子商務指令第 13 條¹¹⁸第 1 項規定，資訊社會服務的提供，係包

¹¹⁷ 歐盟電子商務指令第 12 條全文原文如下：Article 12 ‘Mere Conduit’： “1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider: (a) does not initiate the transmission; (b) does not select the receiver of the transmission; and (c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.”

¹¹⁸ 歐盟電子商務指令第 13 條全文原文如下： Article 13 ‘Caching’： “1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information’s onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

- the provider does not modify the information;
- the provider complies with conditions on access to the information;
- the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner

括於通信網路中傳輸由服務接收者所提供的資訊時，會員國應確保於以下情形時，服務提供者無須對為了僅讓其他接收者在其要求下，基於使資訊傳輸更有效率之單一目的，而對資訊所為之自動的、中間的與暫行的儲存行為負責：

- (a) 服務提供者並未修改該資訊；
- (b) 服務提供者遵守資訊接取的條件；
- (c) 服務提供者遵守資訊更新的規則，尤其是為產業所廣泛承認與使用的規則而言；
- (d) 服務提供者並未干涉，有關合法使用廣泛為產業所承認與使用之科技，以取得資訊使用的資料；
- (e) 服務提供者確實知悉該資訊之最初傳輸來源，已移除於網路之外，或者該資訊已無法接取，或者法院或行政機關命其移除或使之無法接取時，服務提供者應立即移除該資訊，或使之無法接取。

從上述要件加以觀察，有關快速存取的豁免規定，可歸納為以下兩個類型：首先，如同第 12 條單純連線服務一般，服務提供者在快速存取服務方面，亦不得對所傳輸的內容有任何的關連，也就是純粹地反射其所儲存的、為他人所提供的內容。所以服務提供者不得改變所存取的資訊，其必須遵守廣泛為產業所承認與使用的規則（或標準¹¹⁹），並且服務提供者必須知悉，該資訊在最初傳輸來源已遭移除於網路外，或者該資訊已無法接取，或者法院或行政機關命其移除或使之無法接取時，其必須將該資訊加以移除或使之無法為人所接取。

另一類型則與是否對他人內容負責的情形無關：服務提供者並未干涉使用者以廣泛為產業所承認與使用的科技，在合法使用下取得資訊使用的資料。類此情

widely recognized and used by industry;

the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognized and used by industry, to obtain data on the use of the information; and

the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.”

¹¹⁹ 指令的德文版即使用「產業標準」(Industriestandard)一詞。

形，如有使用者以Cookie等為產業所承認與使用的科技¹²⁰，蒐集該資訊的使用資料，由於服務提供者通常不易知悉，且此技術已為產業所廣泛運用下，不論使用者對於所蒐集的資料係如何加以運用，服務提供者並不對其行為負共同責任。不過，如何認定本條規定所謂的「廣泛為產業所接受與使用的科技」，則有待釐清。

最後，本條第 2 項規定再度重申，不影響法院或行政機關，依據各會員國的法律體系，要求服務提供者中止或防止侵害行為的可能性。

第三款 資訊儲存服務

歐盟電子商務指令第 14 條規定¹²¹，資訊社會服務的提供，係包括服務接收者提供資訊的儲存時，會員國應確保在符合以下情形時，服務提供者無須對於因服務接收者之請求而儲存的資訊負責：

- (a) 服務提供者實際上並未認識不法活動或資訊，並且在有關損害賠償的請求上，並未察覺該不法活動或資訊有顯而易見的事實或狀況；或者
- (b) 服務提供者在取得此一認識或察覺後，立即移除該資訊，或使該資訊無法接取。

不過，上述第一項規定，並不適用於服務的接收者，如果是隸屬於服務提供者，或者是受服務提供者所控制的情形（同條第 2 項）。

就本條規定之構成要件而言，所謂「實際認識」(actual knowledge; tatsächlich Kenntnis)應是以認識行為的違法性為要件¹²²。因此，實際上指令對於資料儲存在

¹²⁰ Vgl. Freytag, a.a.O., Rn. 21.

¹²¹ 歐盟電子商務指令第 14 條全文原文如下： Article 14 ‘Hosting’： “1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or

the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States’ legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.”

¹²² 依據電子商務指令的草案內容說明，如服務提供者知悉使用者係從事不法活動（實際認識）

刑法上的責任，是在限制故意行爲的責任，並且對於民事的損害賠償責任，係以對於重大過失責任的限制¹²³；此涉及服務提供者的注意義務爲何，以及是否應盡「交易安全義務」(Verkehrspflicht)的問題。

第 2 項對於爲服務提供者所「隸屬」(authority; untersteht wird)或「控制」(control; beaufsichtigt wird)的使用者，係指此一使用者與服務提供者具有關係企業的關連，而爲服務提供者所控制者。此時在責任判斷上，不再將其視爲是他人所提供的內容，而是透過從屬事業所從事的自己行爲¹²⁴。

此外，本條第 3 項規定對於法院或行政機關，得依其會員國的法律體系，中止或防止侵害行爲的可能性，亦予保留；並且會員國亦可建立有關移除資訊或使之無法接取的程序。在指令立法理由第 46 點並特別指出，有關資料的移除或使之無法接取，必須符合表現自由的原則，並且在各會員國依據符合此原則的程序爲之。本指令並不影響會員國得以建立一特殊的要求，於移除或使之無法接取前加以執行。

第四款 服務提供者不具一般之監控 義務

歐盟電子商務指令第 15 條規定¹²⁵，對於提供第 12、13 與 14 條服務的提供者，會員國不得課予其監控所傳輸或儲存之資訊的一般義務，亦不具尋找象徵不法活動之事實或狀況的一般義務（第 1 項規定）。不過，同條第 2 項規定，會員國得以針對使用者進行可疑的不法活動或資訊時，規定資訊社會服務提供者負有通知主管機關之義務；或者在主管機關的請求下，對於與服務提供者具有儲存協

時，不得給予責任的豁免（包括民事與刑事責任）。See Commission of the European Communities, Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM (1998) 586 final, p.29.

¹²³ Freytag, a.a.O., Rn.27.

¹²⁴ Vgl. Freytag, a.a.O., Rn. 29.

¹²⁵ 歐盟電子商務指令第 15 條全文原文如下： Article 15 ‘No general obligation to monitor’: “1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.”

議的使用者，提供其身份資訊。

最後，於指令第 21 條要求執委會必須定期檢視本指令的執行情況，尤其是分析是否需要對於超連結與搜尋工具服務之提供者的責任、「通知及取下」程序 (notice and take down procedure)，以及內容取下責任的歸屬。報告同時亦需分析有無需要制定其他類型的豁免責任。

第二節 德國「電信服務法」 (Teledienstegesetz)

第一項 前言

為建立一個整合各種電子資訊與通訊服務的經濟環境，德國於 1997 年 6 月 13 日通過「資訊通信服務法」¹²⁶(Informations-und Kommunikationsdienste-Gesetz ; IuKDG)，並於同年 8 月 1 日施行，該綜合法規中，與網際網路服務提供者之責任相關者為「電信服務法」¹²⁷ (Teledienstegesetz ;TDG)。「電信服務法」共有 6 條，分別就立法目的、適用範圍、定義、自由接取、責任與揭示義務為規定。其中尤以第 5 條責任之規範最為重要，條文中將網際網路服務提供者就其所提供之服務分別為不同責任之認定。以一般通說¹²⁸而言，該條中將網際網路服務提供者分為三種，一為提供自己所有之內容者 (Content Provider)，一為提供他人之內容者，包含單純提供網路連線之服務者 (Access Provider) 及資訊儲存服務提供者 (Host Provider/Service Provider)。而其責任之區別為：內容服務提供者必須就其所提供之內容負責；至於網路連線服務提供者與資訊儲存服務提供者之責任，僅在其明知內容違法，且基於合理期待並技術上可得封鎖而不封鎖該違法內容時，始負其責。

接著，為配合歐盟電子商務指令(Directive on electronic commerce, Directive

¹²⁶ IuKDG, available at: <http://www.iid.de/rahmen/inkdgebt.html>

¹²⁷ TDG, available at: <http://www.netlaw.de/gesetze/tdg.htm>

¹²⁸ Thomas Hoeren, INTERNETRECHT S.362,available at: <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/>; Ulrich Sieber, VERANTWORTLICH IM INTERNET, S.139(Verlag C.H.Beck Muenchen 1999);Michael Kloeper/Anderas Neun, INFORMATIONENRECHT S.592 (Verlag C.H.Beck Muenchen 2002)

2000/31/EC)之規定,「電信服務法」於 2001 年 12 月 14 日修正通過,共計 12 條,分爲一般性條款、免執照與資料揭示義務、免責條款、罰鍰等四部分。有關適用範圍、定義、資料揭示義務與免責條款等,皆有較爲詳盡的規定。本文擬以新修正「電信服務法」中,有關立法目的、適用範圍、名詞定義、網際網路服務提供者免責事由與罰則等部分爲介紹及說明。

第二項 德國「電信服務法」之概述

第一款 立法目的

由於網際網路的日漸普及,爲配合網路資訊通信服務的蓬勃發展,德國在 1997 年制訂「電信服務法」時,即在第 1 條中首先揭櫫其立法目的爲:爲建立一個整合各種電子資訊與通訊服務的經濟環境。

第二款 適用範圍

有關「電信服務法」的適用範圍,規定於第 2 條,該條所指之電子資訊通信服務,是指所有結合文字、影像或聲音等數據,並透過電信傳輸方式供人使用者。包括:

- (1) 提供個人化通訊服務(例如:電訊銀行 telebanking、數據交換)。
- (2) 提供資訊與通訊服務但不涉及數據之編輯(如:交通、天氣、環境品質、股市、匯市、商品或服務之資料傳輸)。
- (3) 提供接取網際網路或其他網路之服務。
- (4) 提供接取網路遊戲(telegames)之服務。
- (5) 透過互動連結或直接訂購提供商品或服務之電子資料庫。

第三款 名詞定義

在 1997 年「電信服務法」中,對於名詞定義部分,僅就「服務提供者」與「使用者」分別爲定義。2001 年「電信服務法」修正時,則增加了對「自動傳輸服務」、「被動傳輸服務」、「商業往來」與「中介服務提供者」之定義。茲將各名詞定義臚列於下:

- (1)「服務提供者」(Dienstanbieter)指提供自己所有或他人所有之電信服務者。提供接取服務至電信服務者，亦屬之。
- (2)「使用者」(Nutzer)指基於工作或其他目的要求電信服務之人。
- (3)「自動傳輸服務」(Verteildienste)指無須他人要求傳輸及自動傳輸予大量使用者之電信服務。
- (4)「被動傳輸服務」(Abrufdienste)指須經要求傳輸與特定使用者之電信服務。
- (5)「商業訊息」(kommerzielle Kommunikation)指提供各種直接或間接之商品或服務銷售訊息；提供從事商業活動等性質之公司、機構或自然人網頁。上述範圍不含以下之通知：
 - (a) 得以直接進入公司、機構或自然人之網域名稱或電子郵件信箱的通知。
 - (b) 不涉及對價性之商品或服務提供或公司、機構或自然人網頁之通知。
- (6)「中介服務提供者」(niedergelassener Dienstanbieter)指在不確定時間內經由固定設備提供或取得電信服務；僅有技術設備所在地而無提供服務之營業所。

第四款 網際網路服務提供者免責事由

(1) 內容服務提供者 (Content Provider)

「電信服務法」第 8 條第 1 項規定：「服務提供者對自己所提供之資訊依法負責。」易言之，對於服務提供者自己本身所為之資訊內容，如有違反任何德國現行法規規定者，則依法應負其應有之責任。

以契約上之責任而言，有民法所規定的物之瑕疵擔保責任與義務之違反等，除此之外，德國法院在法官造法上，創造了資訊服務提供者應負擔之特別責任¹²⁹，亦即，如資訊服務提供者強調其所提供之資訊為可靠且合法，並與使用者訂立契約時（該契約之成立為書面與否或明示與否，在所不問），則資訊服務提供

¹²⁹ BGH,NJW 1978,997 ; BGH,NJW 1989,1029

者必須就其所提供之資訊負責，因該資訊而受有損害者，得於三年之消滅時效內向資訊服務提供者請求損害賠償。從而，內容服務提供者，就其所提供之資訊，亦應負上述德國法院判例解釋中之責任¹³⁰。

此外，對於所提供之內容，如有違反著作權法、不正競爭法、資料保護法等其他法律規定之情形時，應就其所提供之內容，自負其責，自不待言。

(2) 連線服務提供者 (Access Provider)

1997 年之「電信服務法」對於連線服務提供者之責任，依第 5 條第 3 項之規定，無庸對第三人所為之內容負責。2001 年的「電信服務法」對於連線服務提供者的責任，則有較為詳盡的規定，其規定在第 9 條，條文內容如下：「在下列情況下，服務提供者對於透過傳輸網路或提供接取網路之他人資訊無須負責：

- a. 非服務提供者之發起傳輸。
- b. 服務提供者並未選擇傳輸資訊的接收者。
- c. 服務提供者未選擇或修改所傳輸資訊的內容。

第 1 款在服務提供者與其使用者共同為違法行為時，不適用之。

第 1 項之資訊傳輸及網路接取，包括自動地、短暫地中介儲存傳輸資料，其目的係為在網路上傳輸資訊，且儲存之時間並未超過任何傳輸所必要之合理時間。」

因此，如要以第 9 條之規定為免責事由時，其所提供之服務係指使用者資訊之傳輸或提供連線服務，如為主動或非自動性之傳輸者，則不得依本條而為免責。

此外，對於快速儲存 (caching) 亦為詳盡之規定，2001 年的「電信服務法」第 10 條規定：「在下列情況下，服務提供者不就為有效傳輸資訊至其他收件者之自動地、短暫地中介儲存負責：

- a. 服務提供者未修改資訊。
- b. 服務提供者遵守資訊接取 (存取) 之要件。
- c. 服務提供者遵守廣受業界承認與使用之更新最新資訊規則。
- d. 服務提供者未阻礙以業界廣泛承認與使用之合法科技方法取得資訊使用

¹³⁰ Thomas Hoeren, a.a.O., S.365.

之資料。

- e.當服務提供者知悉最初的傳輸資訊已遭移除或無法接取，或經法院或主管機關強制移除或阻礙接取時，應儘速移除或阻礙接取所儲存之資訊。第 9 條第 1 項第 2 款亦適用之。」

儘管連線服務提供對於使用者所提供內容之責任，在 2001 年修法時，有了較為具體詳細之規定，然而第 8 條第 2 項之規定，卻使連線服務提供者之責任產生不確定性。蓋第 8 條第 2 項規定：「依法除去或封鎖網路資訊義務，服務提供者不因依第 9 條至第 11 條無須負有義務之情形而有差別。」易言之，所有服務提供者，不因「電信服務法」在第 9 條至第 11 條之免責規定，而無庸負有除去或封鎖網路資訊之義務。由於在 1997 年的「電信服務法」中，有關除去或封鎖網路資訊之義務，僅侷限於技術上可得封鎖而不封鎖該違法內容，以及經濟上之合理懷疑時，始負有該義務。修法後，既排除該項規定，則連線服務提供者無論是否在技術上可行與否，負有除去或封鎖網路資訊之義務。惟在事實上無法為法律所規定之義務時，該項規定將流於未規定或無法執行。

(3) 資訊儲存服務提供者 (Host Provider/Service Provider)

依 1997 年「電信服務法」第 5 條第 2 項之規定，原則上資訊儲存服務提供者無須就使用者之內容負責，僅在資訊儲存服務提供者認知使用者之內容為違法仍提供服務時，始負其責。這樣的規定區分出連線服務提供者與資訊儲存服務提供者不同之責任，但在所謂自己提供之內容與他人提供之內容區分上，卻日漸不易，舉例而言，子公司所為之內容對母公司而言，究為自己提供之內容或他人提供之內容，則不易區別。

另在法條上的主觀構成要件上，所要求者為認知內容之違法，也就是在責任要件上，限於故意之情形，須因故意或未必故意而符合客觀構成要件時，始就其行為負責，蓋僅以單純的認知要求儲存服務提供者負責，將導致儲存服務提供者過重的負擔，而寧願放棄其過濾網路內容的服務。因此，儲存服務提供者對於他人之內容，在不違反其他法律規定下，負有最起碼的檢查義務。然而這樣的檢查義務卻有遭濫用之可能¹³¹，故歐盟電子商務指令第 15 條第 1 項規定，則明文排除儲存服務提供者監視之義務，此規定亦轉換於 2001 年「電信服務法」第 8 條

¹³¹ Thomas Hoeren, a.a.O., S.368-369.

第 2 項中。

故意包含「知」與「欲」，但在有關儲存服務提供者責任規範下，則將故意的要件限於「知」的部分，而不要求「欲」的部分，換言之，儲存服務提供者對於使用者之內容，只要有認知該內容違法時，就須負責，儲存服務提供對於該違法內容之實現是否也同樣希望其實現，則在所不問。此種故意之要件，與現行民法或刑法對於故意之要求，並不相同。在儲存服務提供者不負有監視義務之情況，如要認知使用者之違法內容，實有困難之處，為調和實際面之衝突，歐盟電子商務指令第 14 條第 1 項（即 2001 年「電信服務法」第 11 條第 1 款）規定：「在下列情況下，服務提供者為其使用者所儲存之資料無須負責：

- a. 服務提供者對違法行為或資訊並不知悉，且在損害賠償請求時，亦無從由明顯的違法行為或資訊得知事實或狀況。
- b. 當服務提供者得知違法情事時，應立即移除或阻礙接取資訊。

當使用者之不法行為，係受服務提供者授權或控制下所為者，第 1 款不適用之。」

亦即，從條文反面解釋來看，資訊儲存服務提供者，在有關損害賠償請求之情況下，得以知悉使用者之內容違法事實與狀況時，則應認定已知悉，故於此情況下，儲存服務提供者不得據此條款為免責之主張。

第五款 罰則

有關違反「電信服務法」之規定者，在 1997 年條文中並未規定，為使該法能有具體的法律效果，故於修正時增加罰則之規定。第 12 條第 2 項規定：「違反本法之規定者，得處五萬歐元以下之罰鍰。」

第三項 小結

2001 年「電信服務法」之修正，主要是配合歐盟電子商務指令而修訂，將網際網路服務提供者之責任條款，即第 12 條至第 15 條轉換於「電信服務法」第 8 條至第 11 條中。簡言之，對於網際網路服務提供者之責任，除內容服務提供者須就其所提供之內容負責外，原則上，連線服務提供者與資訊儲存服務提供者無須就他人之內容負責，而資訊儲存服務提供者應就他人之違法內容負責之情

形，僅在其確實認知該內容為違法時。

第三節 日本「服務提供者責任限制法」

由於現代社會的高度數位化特質，民眾在日常生活中利用各種通訊網路傳送資訊的機會也日益增加。然而利之所在，弊亦隨之，數位通訊雖然帶來諸多便利，但人際間的各种權益爭執也不斷發生。以 ISP(Internet Service Provider，網際網路服務提供者)業者為例，在其所管理的伺服器或網站上出現各式各樣侵害他人權利之資訊，諸如毀損名譽、侵害隱私或侵害智慧財產權的案例，早已屢見不鮮。雖然大多數服務提供者處理資訊的目的主要在於營利，一般而言不致刻意侵害他人，也無意捲入他人爭端，但使用者在網路上發生糾紛時，卻常須仰賴其提供必要協助，例如刪除侵害資訊等措施。面對雙方爭議，若服務提供者在處理上稍有不慎，更有被紛爭波及的可能。日本為避免相關法律風險成為資訊化社會進步的絆腳石，特制定「服務提供者責任限制法」(以下簡稱「本法」)，一方面緩和服務提供者的民事責任，另一方面也賦予其揭露資訊義務。本法不僅以促進資訊發展，並維護個人權益為宗旨，更將使服務提供者在民事法律關係中的定位更為明確，以利其經營。

第一項 制定背景

第一款 網際網路上的歸責問題

第一目 網路上難以確認加害者

具有高科技特質的網際網路，需要眾多媒介者提供設備與技術，用以遞送及儲存資訊，才能形成一定規模，進行具有經濟意義的有效運用。因此網際網路上的權利侵害，除「加害者」及「受害者」外，相關資訊流常經過複數的服務提供者(例如 ISP 業者)：例如加害者之 ISP 為 A，而受害者之 ISP 為 B 的情形，A 藉由網際網路誹謗 B 名譽的資訊，即可能流經 A 與 B，甚至流經其他業者。

雖然相關法律在民事方面已賦予受害者各種請求權供其救濟之用，但由於加

害者（此指資訊發送者，即本法第 2 條第 4 款所稱「發信者」。其意義詳見第二項第二款第四目所述）常濫用匿名性，導致被害者難以確認請求對象為誰而不易行使權利。即使被害者能確認發信者身分，並進而對其行使相關權利，若請求對象相應不理，權利侵害的狀態仍將持續，在資訊快速流通且無遠弗屆的現代社會，損害擴大的速度恐非吾人所能想像。

由此可知，因資訊流當中存有「伏流」，而使權利無法被適時履踐的現實狀況，將成為對法律與被害者的一項挑戰。此時被害者可能改以服務提供者為對象，以實現其權利：例如向服務提供者請求刪除資訊、損害賠償或刊登道歉聲明，或以向發信者行使請求權為前提，要求服務提供者揭露發信者資訊。就刪除資訊的請求而言，被害者常須以 ISP 業者、電子佈告欄管理者、網站管理者與網路管理者之全部或一部為對象。至於發信者資訊，通常須先向電子佈告欄管理者、網站管理者及網路管理者請求揭露相關資訊後，方能向發信者的 ISP 請求揭露發信者資訊，其理在於一般而言僅後者保有發信者資訊，但就被害者立場，大多只能先向前者索取資訊，再判斷後者為誰及其聯繫方式為何。總之，因網際網路上不易確定加害者的特性，上述服務提供者經常被捲入資訊流兩端的爭執當中。

第二目 基本權利與被害者保護相衝突

成為被害者請求對象的服務提供者，對於所捲入的爭執，又有觀點及立場上的難題須待解決。

首先，由於不知爭議始末，服務提供者對於事件中是否真有權利受到侵害勢將存疑，在面對請求時常須自行負擔判斷風險。例如服務提供者在自行判斷後，將已侵害權利的資訊予以刪除的情形，若該資訊實際上並未造成侵害，則刪除行為反而有害於發信者的表現自由。反之若未刪除實已造成侵害的資訊，則將使被害者損害不斷擴大。此時服務提供者將面臨進退維谷的局面。

其次，由基本權利衝突的立場，若法律尚未提供充分的實體及程序規範，即不分青紅皂白，一概承認服務提供者得將發信者資訊揭露予被害者，未必有助於雙方解決紛爭：雖然保有發信者的 IP 位址及連線時間等資訊，常是服務提供者從事營業必然伴隨的結果，但在處理是否揭露特定發信者資訊的問題時，必須考量到發信者有表現自由（指匿名的自由）及秘密通訊自由。進一步以司法機關偵查犯罪為例，檢警欲取得發信者資訊，須具備刑事訴訟法所要求的合法令狀（例

如搜索票)，其立法意旨在於，國家對基本權利加以限制時，應賦予相當程序保障。憲法對基本權的保護義務，不應受法律體系區分公私法而有本質上的影響，故設計私法制度時亦應建立一定機制，以兼顧發信者的表現自由與秘密通訊自由及被害者的權利侵害主張，並保障服務提供者面對二者的迴旋空間。

第二款 立法必要性及過程

第一目 立法必要性

對於上述問題，日本原本是以業者自律方式加以處理。例如在社團法人「電信服務協會」制訂的自主性準則¹³²中，對服務提供者因應資訊刪除請求的方式，曾作出以下規定：『服務提供者對於具有公開性之通訊，知其內容違法或有害時，得依約要求發信者停止發信，若重複要求而不從，則可刪除資訊；但內容若明顯違法或有害且具緊急性，得不待要求，採取暫時停止網路使用或解除契約等必要行為（第 9 條）。』；『若須揭露發信者資訊，對於「通訊的存在及其內容」、「通訊當事人姓名及住居所」、「通訊當事人電話號碼、傳真號碼、電子郵件位址等通訊碼」及「通訊時間」等秘密通訊事項，僅限符合緊急避難或正當防衛要件時，始得為之。（第 18 條）。』

依上述準則解說，例如收到「自殺預告」的情形，即為合於緊急避難要件之適例；其次，揭露請求權以使用者本人行使為原則，準則中並例舉「本人死亡」、「企業請求揭露員工使用狀況」及「法定代理人或其他保護者（如教師）請求」等例外情形¹³³。

本法制定前，日本 ISP 業者雖基於上述自主性準則，對相關問題從事有限度的因應，但隨著網際網路急速普及等因素，業者的法律風險仍然日漸升高，主要原因有二：首先，由於須判斷「是否侵害權利」的資訊數量與困難性日增，服務提供者負荷也越發沈重。其次，因受害者對服務提供者要求揭露發信者資訊的事

¹³² 參閱インターネット接続サービス等に係る事業者の対応に関するガイドライン，http://www.teleso.or.jp/010guideline/guide_2nd/kaisetsu/k_07.html（新舊版對照）、http://www.teleso.or.jp/010guideline/guide_2nd/guide2003.htm（新版）（最後上線日期：2003 年 8 月 26 日）。須附帶說明者是，該準則已於 2003 年 5 月因應本法之施行而改版。就資訊刪除請求之部份，大體上新版與舊版同，至於發信者資訊的揭露，新版除宣示以本法規定為原則之外，更在準則中輔以補充規定。

¹³³ 參閱飯田耕一郎編，プロバイダ責任制限法解説，初版，2002 年 9 月，24 頁。

件增加，故揭露發信者資訊的程序宜以法律規定，以利訴訟程序的進行。簡言之，由於自主性準則已有不足，立法行動於焉展開。

第二目 立法過程

由前述說明可知，因各種使用網際網路等現代通訊時的法律爭議問題，已涉及多數人權益，非僅依賴服務提供者自律即能妥善解決，故有必要以法律將各個利害關係人納入規範當中。本法在研擬草案過程時，曾由郵政省（總務省前身）於 2000 年 12 月先行提出「確保網際網路資訊適切流通研究會」的研究報告，經過公開徵求評論意見程序後，再由總務省提出草案。日本國會於 2001 年 11 月 22 日通過本法，並於 2002 年 5 月 27 日正式施行。使主張權利受侵害者，得向促使該等資訊流通的服務提供者請求停止該資訊流通，以防止權利侵害擴大，或得請求服務提供者揭露該資訊發送者之個人資料，以使權利受侵害者得直接向該資訊發送者主張權利¹³⁴。

第二項 法律內容

第一款 立法目的

依第 1 條¹³⁵意旨，制定本法的目的，固然是爲了限制因特定電信而流通的資訊侵害權利時，對特定電信服務提供者的損害賠償責任，並賦予被害者請求揭露發信者資訊的權利。但於日本內閣向國會提出法案時，更提出有鑑於近來以網際網路及其他資訊通信網路爲媒介所流通的資訊日益增加，有必要使依特定電信所傳遞資訊適切流通的主張¹³⁶。本文認爲二者雖分別指出對私益與公益的維護，但在性質上並無不能並存之理，故皆爲本法所欲達成理想。

¹³⁴ 參閱許郁靈，「關於特定電氣通信役務提供者之損害賠償責任限制與發信者情報開示之法律」簡介，萬國法律，第 129 期，2003 年 6 月，124 頁。

¹³⁵ 第 1 條：「為規範因特定電信所致資訊流通而生之權利侵害時，特定電信服務提供者之損害賠償責任限制及請求揭露發信者資訊之權利，特制定本法。」

¹³⁶ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，30 頁。

第二款 適用對象

第一目 特定電信

本法對權利限制或請求權基礎的實質規範，雖為「服務提供者損害賠償責任限制」（第 3 條）及「發信者資訊揭露請求」（第 4 條），但其規範對象則為依電信法概念建構而成的「特定電信」，故本法第 2 條第 1 款¹³⁷先將相關概念的意義加以界定。

所謂「特定電信」，指「以使不特定人收受訊息為目的所傳送之電信。」而言，但以使公眾直接收受訊息為目的所傳送的電信，則不在此限。定義中的「電信」，是指日本電信事業法第 2 條第 1 款（相當於我國電信法第 2 條第 1 款）規定的「電信」，範圍相當寬廣。凡利用電磁現象的通訊行為，諸如使用銅線、光纖的有線通訊、使用電波的無線區域網路、以及使用雷射或紅外線的通訊均屬之，目前常用的網際網路通訊，自亦包括在內。相反地，未出現「電磁現象」的訊息傳送，則非此處所指的「電信」。

在上述「電信」範圍內，僅「傳送」行為屬於本法所稱「特定電信」。於此須強調的關鍵是，「特定電信」只限於「以使不特定人收受訊息為目的」的傳送行為。例如電話因屬一對一的通信方式，故非「特定電信」，同理電子郵件亦非「特定電信」。以使不特定人收受訊息為目的的典型，為對一般人公開的網站，包含首頁、電子佈告欄及聊天室等形態。依據總務省解說，此處的「目的」，並非以涉及傳送行為者的主觀判斷為據，而須依通訊態樣從事客觀判斷¹³⁸。下表所列，為日本學者對數種常用網際網路通訊，是否屬於本款特定電信的判斷結論¹³⁹：

¹³⁷ 第 2 條第 1 款：「本法關於以下各款所揭用語之意義，依各款內容而定：一 特定電信 以使不特定人收受訊息為目的所傳送(但以使公眾直接收受訊息為目的所傳送者不在此限)之電信(指電信事業法(昭和 59 年法律第 86 號)第 2 條第 1 款規定之電信。以下各款規定亦同。)」

¹³⁸ 參閱テレコムサービス協会編著，プロバイダ責任制限法—逐条解説とガイドライン，2002 年 8 月，18 頁。

¹³⁹ 參閱丸橋透，發信者情報開示制度の課題，法とコンピュータ，第 21 期，2003 年 7 月，15 頁。

該當本款規定之通訊	不該當本款之通訊
<ul style="list-style-type: none"> • 以網站傳送之資訊 • 登載於公開電子佈告欄之文字 • 公開聊天室中之對話 • 群組寄信、電子報文章 (限於不特定人收受之情形) • 以 P2P 直接開放之資訊 	<ul style="list-style-type: none"> • 1 對 1 之電子郵件 • 登載於非公開電子佈告欄之文字 • 非公開聊天室中之對話 • 收受者特定之電子報文章 • 僅以 P2P 由他人接收之資訊

最後，本法第 2 條第 1 款明文排除「使公眾直接收受訊息之目的」的意旨，在於將「廣播」(Broadcast, 放送) 排除於規制範圍外。以日本法制而言，「放送法」上的「放送」、「有線電視放送法」上的「有線放送」及「電氣通信役務利用放送法」上的「電氣通信役務利用放送」，均不在本法適用範圍內¹⁴⁰。

第二目 特定電信設備

「特定電信設備」，是指「供特定電信所用之電信設備」而言，在界定後述「特定電信服務提供者」範圍上，具有重要意義。本法第 2 條第 2 款¹⁴¹所規定的「電信設備」，乃日本「電信事業法」第 2 條第 2 款（相當於我國電信法第 2 條第 2 款）規定的電信設備。依該規定，電信設備指「為收發電信所用之機械、器具、線路或其他電氣設備。」此項概念的範圍亦甚廣泛，凡終端機、伺服器、交換機、有線電視纜線等以有線或無線方式相互結合，用以提供電信通訊的個別設備，都屬於電信設備。

在上述電信設備中，僅「供特定電信之用」者，屬於「特定電信設備」。參照對特定電信的說明，是指得對不特定人傳送電信的電信設備，例如網路伺服器。與網路相連的電腦等等。

¹⁴⁰ 例如日本放送法第 2 條第 1 款，將「放送」定義為「以使公眾直接收受訊息為目的所傳送之無線通訊」。日本有線電視放送法第 2 條第 1 項，則將「有線電視放送」定義為「以使公眾直接收受訊息為目的所傳送之有線電信」。均與本款但書同有「使公眾直接收受訊息」之用語。

¹⁴¹ 第 2 條第 2 款：「本法關於以下各款所揭用語之意義，依各款內容而定：……二 特定電信設備 供特定電信所用之電信設備（電信事業法第 2 條第 2 款規定之電信設備。）」

第三目 特定電信服務提供者

由於「特定電信服務提供者」為主張責任限制與負擔揭露發信者資訊義務的主體，對本法適用範圍的廣狹而言至關重要。就結論而言，「特定電信服務提供者」，並不限於一般的ISP業者，在範圍上毋寧更廣。

依據本法第2條第3款¹⁴²規定，特定電信服務提供者，是以特定電信設備媒介他人通訊，或以特定電信設備供他人通訊之用者。所謂「媒介他人通訊」，以ISP業者為典型，是指受他人委託，不變更資訊內容，而傳送或交換空間上互相隔離雙方的訊息而言。有必要強調的是，服務提供者須以「特定電信設備」作為媒介工具，若非以前述伺服器等設備對不特定人傳送電信，即非特定電信服務提供者。所謂「供他人通訊之用」，則指為他人運用特定電信設備而言，在範圍方面包括以該特定電信設備供他人直接運用，以及媒介他人通訊兩種情形。由於上述解釋並未將服務提供者本身與他人間的通訊排除於「他人通訊」外，故在服務提供者使用自己的特定電信設備與他人通訊的情形，仍合於本款對特定電信服務提供者的要件。

在具體判斷某特定人是否為特定電信服務提供者時，該特定電信設備的所有權屬誰，並不在考慮之列¹⁴³。此外有見解認為，由本法旨趣可推知，對權利侵害資訊採取傳送防止措施者，以及保有發信者資訊者，亦應解為特定電信服務提供者¹⁴⁴。以下表列內容，為日本學者就一般網際網路服務提供者是否屬於本款所規範的特定電信服務提供者的歸納結論¹⁴⁵：

¹⁴² 第2條第3款：「本法關於以下各款所揭用語之意義，依各款內容而定：……三 特定電信服務提供者 以特定電信設備媒介他人通訊，或以特定電信設備供他人通訊之用者。」

¹⁴³ 例如服務提供者以融資性租賃方式購入伺服器的情形，以該伺服器所收發的特定電信，其特定電信服務提供者為該伺服器的「經營者」，而非仍保有伺服器所有權的租賃公司。此外，借用ISP服務提供者伺服器的一部分以建立並經營自己網站，並用以發送特定電信之人，與提供伺服器的ISP業者同屬特定電信服務提供者。總而言之，與其視電信設備形式上屬誰所有，不如視利用該設備媒介他人特定電信者為誰，或誰以該設備供他人特定電信之用。亦即設備由誰依上述用途而有管理權限，才是判斷的重要依據。

¹⁴⁴ 參閱飯田耕一郎編，同註133書，39頁。

¹⁴⁵ 參閱丸橋透，同註139文，16頁。

該當本款規定之服務提供者經營業務	不該當本款之服務提供者經營業務
<ul style="list-style-type: none"> • 網站之虛擬主機(Hosting) • 公開電子佈告欄之設置管理 • 公開聊天室服務 • 群組寄信、虛擬主機、電子報之代理發行 (限於不特定人收受之情形) • 網際網路接取服務(利用特定電信之情形) • P2P 檢索服務 	<ul style="list-style-type: none"> • 電子郵件之虛擬主機(Hosting) • 非公開電子佈告欄之設置管理 • 非公開聊天室之伺服器管理 • 非公開群組寄信、收受者特定之電子報服務 • 僅以 P2P 由他人接收之資訊

須一併指明的是，上述定義當中，並未以從事通訊事業者為限，亦未將特定電信服務提供者限於法人或商業團體，故不論個人或企業，甚至大學及地方自治團體，均可作為特定電信服務提供者。且上述定義既未要求須以營利為目的，因此即令服務提供者未取得任何經濟利益（例如提供免費服務），仍將該當本款規定。

值得探討的問題在於，並非 ISP 業者，而以自己伺服器在網際網路上自行提供內容的內容提供者(content provider，即所謂的 ICP)，是否屬於特定電信服務提供者？依前所述，「他人通訊」既包括服務提供者本身與他人間的通訊，則對他人提供自己所選定內容的服務提供者，仍為特定電信服務提供者。但由於內容提供者亦屬本法第 2 條第 4 款的發信者，因此並不適用第 3 條的責任限制規定。質言之，本法原則上一體適用於內容服務提供者、伺服器提供者及接取服務提供者，僅將自己提供資訊的內容服務提供者排除在外。

第四目 發信者

本法既以規範資訊的發信者、因而受害的被害者，以及聯繫雙方通訊的服務提供者間的權利義務關係為目的，則「發信者」與「特定電信服務提供者」的定

義，可謂同等重要。依本法第 2 條第 4 款¹⁴⁶意旨，「發信者」是指以特定電信服務提供者所使用的特定電信設備記錄資訊，或向該特定電信設備輸入資訊者。稱所「記錄」或「輸入」的資訊，均以向不特定人傳送者為限。

至於條文中「記錄設備」與「傳送設備」的不同設計，是爲了因應「儲存型」與「非儲存型」的特定電信在技術上的差異而產生。前者限於「記錄傳送予不特定人資訊之設備」，性質上與「儲存型」的特定電信相結合¹⁴⁷；後者則與「非儲存型」的特定電信（例如即時通訊）有關¹⁴⁸。

雖然發信者的定義已有明文，但由於現實中記錄或輸入資訊者常不只一人，欲判斷誰爲發信者仍非易事，須依規範旨趣加以實質考察。爲此日本總務省特別以「有無將資訊置於流通過程中的意思」作爲輔助判斷標準¹⁴⁹，然而實際上要斷定個人有無上述意思仍不無困難。個案中若遭遇此一難題，似應以各當事人的地位及獨立性、裁量及指揮權限的有無、以及傳送該資訊是否將使個人獲得利益等具體要素，從事綜合判斷，以決定誰爲發信者¹⁵⁰。

第三款 損害賠償責任限制

第一目 對被害者的責任限制

本法第 3 條第 1 項¹⁵¹的意旨，是在「技術上可能」的前提下，使對於權利侵

¹⁴⁶ 第 2 條第 4 款：「本法關於以下各款所揭用語之意義，依各款內容而定：……四 發信者 以特定電信服務提供者所使用之特定電信設備之記錄設備記錄資訊（該記錄設備所記錄之資訊以向不特定人傳送者為限。），或向該特定電信設備的傳送設備輸入資訊（向該傳送設備所輸入之資訊以向不特定人傳送者為限。）者。」

¹⁴⁷ 例如網路伺服器中有多數硬碟的情形，若部份硬碟儲存用以傳送予不特定人的資訊，部份硬碟儲存不對外傳送或僅傳送予特定人的資訊，則此時將資訊記錄於後者之人，即非發信者。參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，42 頁。

¹⁴⁸ 由於「非儲存型」特定電信的特性，是在伺服器的傳送設備（如 RAM）中輸入資訊，直接向不特定人傳送而不儲存紀錄，故將資訊輸入傳送設備者即爲發信者。參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，42-43 頁。

¹⁴⁹ 參閱テレコムサービス協会編著，同 138 書，21 頁。

¹⁵⁰ 在此以「公司員工」及「委外契約受任人」爲例，說明應如何認定受僱人與受任人是否爲發信者。在公司員工的情形，一般而言，員工爲公司執行業務而儲存或輸入資訊時，法律上僅爲「公司之手足」，發信者仍爲公司。但員工若在上班時間利用公司設備儲存或輸入毀損他人名譽或侵害隱私權的資訊以報私怨，此時具有使資訊流通意思之人既爲員工，自應以員工爲發信者。至於與公司締結委任契約，而爲公司儲存或輸入資訊的受任人，其角色較難界定。如由獨立性層面考量，則受任人無資訊取捨或裁量權限時（例如依公司指示，單純從事資訊儲存或輸入工作），應認公司爲發信者；但若受任人具此等權限，可認爲其係以獨立意思使資訊得以流通時，則以受任人爲發信者。

¹⁵¹ 第 3 條第 1 項：「因特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害時，使用供該特定電信所用之

害資訊並未採取傳送防止措施的服務提供者，僅在該當下列要件時，始負損害賠償責任：

- ①知悉因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害。
- ②知悉該特定電信所生資訊流通，且有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害。

由上所述，本項規定的要件可分析如下：

壹、傳送防止措施在技術上可能

服務提供者雖導致侵害他人權利的資訊在網路上流通，但在技術上無法採取傳送防止措施時，仍不負損害賠償責任的法理基礎有二。一來若傳送防止技術尚未成熟，由於欠缺作為可能性，服務提供者實無作為義務可言；再者因欠缺結果迴避可能性，亦不能肯定服務提供者有過失，自不應要求其承擔損害賠償責任。

貳、因特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害

本條第 1 項規範的是因特定電信導致資訊流通，而侵害他人權利時，服務提供者在一定情形下若未採取傳送防止措施，對被害者的損害賠償責任限制，同條第 2 項則為服務提供者依契約負有傳送義務，卻採取傳送防止措施時，對發信者的損害賠償責任限制。因第 1 項與第 2 項均有「因特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害」要件，故對於「依特定電信所生資訊流通」的意義，以及何種資訊將侵害他人權利，均有必要充分理解。

依總務省解說，第 3 條「依．．．所生資訊流通」的規範意旨，在於要求權利侵害是由「資訊流通」本身所致¹⁵²。

特定電信設備之特定電信服務提供者（本項以下稱「相關服務提供者」），對因侵害所生之損害，於技術上得對侵害權利資訊採取傳送防止措施時，若不該當以下任何一款規定，則不負損害賠償責任。但該相關服務提供者即為侵害權利資訊之發信者時，不在此限。

一 該相關服務提供者知悉因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害時。

二 該相關服務提供者知悉該特定電信所生資訊流通，且有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害時。」

¹⁵² 參閱テレコムサービス協会編著，同註 138 書，27-28 頁。舉例而言，若消費者向網際網路上販售汽車的服務提供者購買其表示為「新車」的車輛，並支付價金後，在交車時才發現該車為中古車，而認為受服務提供者詐欺時，被害人因詐欺造成財產受損的流程為：①網際網路上顯示的「新車」資訊→②被害人意思表示錯誤→③支付價金→④財產損害。因①與④之間有②、③等行為存在，故該財產損害非因資訊流通本身所造成的權利侵害，不能主張本條的責任限制。

至於「權利侵害」，則指侵害特定人的具體權利。例如對特定人的隱私權、名譽權、著作權、商標權等權利加以侵害。以寄發內容顯具猥褻性的資訊為例，此類資訊若已侵犯他人人格權，自屬權利侵害。

參、因侵害權利資訊致受害者損害

侵害權利資訊須造成受害者現實上的損害，為適用第 3 條的當然前提，無待深論。

肆、資訊流通的認識與監視義務的不存在

本項雖明定僅須符合「服務提供者知悉因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害。」或「服務提供者知悉該特定電信所生資訊流通，且有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害。」二者之一時，服務提供者即可免責。但此處仍將衍生服務提供者對侵害權利資訊是否負有監視義務的問題。由於網際網路上流通資訊的增加，若服務提供者須逐一探索資訊內容並據以刪除，負擔顯然過重。故本法並未賦予服務提供者監視義務。

伍、權利侵害的認識

本項「有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通致他人權利受侵害」要件的意義為何，解釋上不無疑問。依總務省解說，所謂「有相當理由足認」，是指「客觀上依通常注意即可知悉」而言¹⁵³。理論上此處的「相當理由」雖無須與日本民法第 709 條（相當於我國民法第 184 條第 1 項前段¹⁵⁴）的「過失」作相同解釋，然而由上述定義觀察，二者將有相當程度的重疊。綜合上述說明，其判斷標準可用下圖表示¹⁵⁵：

¹⁵³ 參閱テレコムサービス協会編著，同註 138 書，31 頁。

¹⁵⁴ 我國民法第 184 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」。

¹⁵⁵ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，69 頁。

		資訊流通之認識		
		有	無	
侵害之認識	權利 有	○	X	
	無	有相當理由 足認	○	X
		無相當理由 足認	X	X

○：服務提供者須負責任（其行為仍須滿足其他侵權行為要件）

X：服務提供者不須負責

在法律效果方面，若合乎本項規定，服務提供者自不負損害賠償責任。但本項僅在限制損害賠償，與行為制止請求權及刑事責任無關。服務提供者尚不能以其損害賠償責任已依本項免除為依據，主張被害人不得對其行使行為制止請求權或不負刑事責任。亦即具體個案中有無「損害賠償責任限制」、「行為制止請求權」及「刑事責任」的事實，仍應個別認定，不得直接以免除損害賠償責任作為其他二者的抗辯或阻卻事由。

第二目 對發信者的責任限制

依據本法第 3 條第 2 項¹⁵⁶，於服務提供者採取傳送防止措施時，若該措施在防止該資訊傳送於不特定人的必要限度內，並且該當所列各款規定之一時，即可對發信者主張不負賠償責任。關於本項在要件及效果方面的要點，茲解說如下：

¹⁵⁶第 3 條第 2 項：「特定電信服務提供者對以特定電信傳送之資訊採取傳送防止措施時，對因該措施致傳送資訊之發信者所受損害，以該措施係為防止該資訊傳送予不特定人之必要限度內，且合於下列各款規定之一時，不負賠償責任。

一 該特定電信服務提供者有相當理由，足認因該特定電信所生資訊流通，將不當侵害他人權利時。

二 因該特定電信所生資訊流通，自己權利將受侵害者，經記明權利及侵害權利之資訊（以下稱「侵害資訊」）、受侵害權利及受侵害理由（本款以下稱「侵害資訊等事項」），向該特定電信服務提供者申請採取傳送防止措施（本款以下稱「傳送防止措施」），經該特定電信服務提供者向該侵害資訊之發信者表明有該侵害資訊等事項，並詢問其是否同意採取防止措施後，發信者於受通知日起 7 日內未為反對表示時。」

壹、要件

首先，服務提供者僅以採取「必要限度內」的傳送防止措施為限，始得主張本項免責。何種情形已超過必要限度，雖應從事個案認定，但若刪除部份資訊即為已足，卻刪除其全部時，似已逾越必要限度。其次，即使服務提供者認定系爭記載為侵害權利資訊，而欲將其一部刪除時，仍須注意不得變更資訊的整體意義及內容，以免更引起諸如著作權侵害（未經同意變更他人著作內容）等其他法律爭議。

其次，依總務省解說指出，本項第 1 款「有相當理由」的判斷標準，為「即使該資訊並未侵害他人權利，依通常注意亦無法得此確信時。¹⁵⁷」換言之，有無相當理由，應以服務提供者是否已依「通常注意」加以求證而定。例如「依據對發信者的確認及其他必要調查，對系爭資訊侵害他人權利已有充分確信。」且「依通常並未公開的私人隱私資訊（如地址、電話號碼等）與當事人本人取得聯繫，而能確認本人同一性。」時，即具備本款所要求的「相當理由」。第 2 款規定「得同意採取傳送防止措施之通知程序」的目的，在於取得「因侵害權利資訊流通造成損害擴大」與「表現自由」間的平衡點，以減輕服務提供者責任。故須以客觀及形式化的標準，使服務提供者決定得否採取傳送防止措施。至於得為申請者，以「自己權利遭受侵害者」為限，但實際上是否確有權利侵害，則是另一層次的問題。申請應具體表明「已侵害權利的資訊」、「被侵害權利」及「權利因而遭受侵害的理由」，申請人並應表明其為該權利的權利人。服務提供者通知發信者時，應將請求者據以聲請時所附資訊一併表明。在踐行上述程序後，若發信者在法定期間內未為回應或未積極為拒絕同意通知，服務提供者採取傳送防止措施，即可不負損害賠償責任。

貳、效果

在法律效果方面，第 3 條第 2 項的效果與同條第 1 項相同。亦即服務提供者若符合該項任何一款要件，即不負損害賠償責任。但服務提供者亦不能以其損害賠償責任已依本項免除為依據，主張受害者不得對其行使行為制止請求權或不負刑事責任。

¹⁵⁷ 參閱テレコムサービス協会編著，同註 138 書，35 頁。

最後須強調的是，本項規定應解為任意規定，若服務提供者與發信者間有契約關係，自得在契約中為相異約定，但仍須合於其他法令的強制或禁止規範¹⁵⁸。例如契約內容若有背於公序良俗，仍因違反日本民法 90 條（相當於我國民法第 72 條¹⁵⁹）規定而無效。

第四款 揭露發信者資訊請求權

第一目 請求權內容

本法第 4 條第 1 項¹⁶⁰規定，因特定電信所生資訊流通致自己權利受侵害者，於該當下列二款要件時，得對使用供該特定電信所用特定電信設備的特定電信服務提供者（以下稱「資訊揭露之相關服務提供者」），請求揭露其所保有涉及權利侵害的發信者資訊（指姓名、住所或其他依總務省令所定足資特定侵害資訊發信者的資訊）：

- ①因侵害資訊流通，請求揭露者的權利已顯受侵害。
- ②發信者資訊對請求揭露者行使損害賠償請求權係屬必要，或有其他接受揭露資訊的正當理由。

本項旨在賦予因特定電信所生資訊流通，導致名譽權、隱私權或著作權等權利遭侵害的被害者追查加害者的手段。此外，因揭露發信者資訊，將犧牲發信者的秘密通訊自由及隱私權等憲法基本權利，且依日本電信事業法第 4 條（相當於我國電信法第 7 條第 1 項¹⁶¹），電信事業應保守包括發信者資訊在內的通訊秘密，否則將負刑責（日本電信事業法第 104 條），故本法對發信者資訊揭露請求權加以規定，亦有使依法處理資訊的服務提供者免除其他相關法律責任的目的。以下

¹⁵⁸ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，73 頁。

¹⁵⁹ 我國民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」。

¹⁶⁰ 第 4 條第 1 項：「因特定電信所生資訊流通致自己權利受侵害者，以該當下列二款要件為限，得對使用供該特定電信所用之特定電信設備之特定電信服務提供者（以下稱「資訊揭露之相關服務提供者」），請求揭露該資訊揭露之相關服務提供者所保有涉及權利侵害之發信者資訊（姓名、住所或其他依總務省令所定足資特定侵害資訊發信者之資訊。以下亦同。）。

一 因侵害資訊之流通，該請求揭露者權利已顯受侵害時。

二 該發信者資訊對該請求揭露者行使損害賠償請求權係屬必要，或有其他接受發信者資訊之正當理由時。」

¹⁶¹ 我國電信法第 7 條第 1 項規定：「電信事業或其服務人員對於電信之有無及其內容，應嚴守秘密，退職人員，亦同。」。

將本項要件分為「請求主體」、「請求對象」、「侵害明確性」及「正當理由」四點，加以說明。

壹、請求主體

首先在請求主體方面，得對服務提供者請求揭露資訊者，僅限「因特定電信所致資訊流通，使自己權利受侵害者」。其範圍亦僅限於請求揭露者因該特定電信所生之損害。

貳、請求對象

其次，揭露請求的對象，為「使用供該特定電信所用的特定電信設備之特定電信服務提供者」，又稱「資訊揭露之相關服務提供者」。例如發信者經由與自己締結契約的服務提供者，進入他人經營的電子佈告欄，登載侵害權利的訊息時，電子佈告欄的伺服器管理者與賦予發信者 IP 位址的 ISP 業者，均屬「資訊揭露之相關服務提供者」。雖然現實上將出現因發信者的 ISP 與該權利侵害資訊並無密切關係，以致於難以判斷應否揭露發信者資訊的問題，但因該服務提供者多握有發信者姓名、住所等必要資訊，故仍應將其列為請求對象。

參、侵害明確性

再其次，發信者資訊揭露請求權，僅以權利侵害顯已發生為限，此一「明確性」要件頗稱嚴格。依侵害行為的要件推論，請求揭露者欲主張受有權利侵害，原本須具備 (i) 權利存在，且權利確實屬於揭露請求者 (ii) 客觀上有權利侵害事實 (iii) 權利侵害行為係屬違法 (iv) 無阻卻違法事由等要件，因大多須結合法律概念加以評價，對服務提供者而言，在個案中經常出現難以判斷的困擾。本法慮及服務提供者未必為法律專家，故以服務提供者具「揭露請求者權利顯已發生損害」的確信，限縮本項適用¹⁶²。

肆、正當理由

最後，發信者資訊揭露請求權，須以請求揭露者有「接受揭露資訊的正當理

¹⁶² 須說明的是，確認「已生違法權利侵害」的明確性要求，並不包括服務提供者須一併確認侵權行為的其他成立要件，例如發信者有無責任能力等等。但若服務提供者知悉發信者欠缺責任能力，仍可能向請求揭露者主張其欠缺後述「接受揭露資訊之正當理由」要件。

由」為限。一般而言，於請求揭露者因特定電信所致資訊流通發生權利侵害時，為向發信者行使妨害排除請求權及損害賠償請求權，通常均可認為有接受發信者資訊的必要，亦即具備「正當理由」¹⁶³。

第二目 受請求服務提供者的義務

由於揭露發信者資訊，將涉及其隱私權等基本權利，故本法第 4 條第 2 項¹⁶⁴的立法目的在於要求受請求的服務提供者聽取發信者意見，以確保其一定程度的參與。以下即對聽取義務的性質與範圍，以及本項所規定的特別情狀逐一說明。

壹、聽取義務的性質與範圍

在義務性質及範圍方面，值得注意者有三。首先，依據總務省解說，與發信者締結有償契約的服務提供者，固應履行契約上善良管理人的注意義務，未締結契約的服務提供者，對發信者亦負有「法理上義務」，故不論雙方有無契約關係，服務提供者原本即須聽取發信者意見，第 4 條第 2 項僅將該義務明文化而已¹⁶⁵。其次，業者若無特別情狀，而怠於聽取發信者意見時，發信者得以違反本項為由，對業者請求損害賠償。再其次，在範圍方面，條文文義雖僅要求服務提供者聽取發信者意見，即為已足，但因服務提供者對發信者須負契約上善良管理人注意義務或法理上注意義務，故對發信者所述意見應加以尊重，並以之在揭露請求訴訟中從事合理防禦。總務省更認為，本項義務在範圍上乃「(受揭露請求後)一切有關程序，均應聽取發信者意願。」具體而言，除是否回應揭露請求外，關於律師選任及訴訟中攻防方法提出等個別行為，亦包含在內¹⁶⁶。但有反對見解認為，若就本法發信者資訊揭露請求權，在構造上可謂是由業者代發信者為主張及舉證，而由法院判斷應否揭露的角度，上述見解或具相當合理性，但由條文「關於揭露與否應聽取發信者之意見」的規定，其實未必能直接導出該等結論¹⁶⁷。

¹⁶³ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，79 頁。舉例來說，在已確認系爭侵害資訊應加以刪除，且須支付全額賠償金的情形，服務提供者仍得以該資訊之發信者無責任能力，請求揭露者顯無行使損害賠償請求權的可能性為由，主張其並無獲得發信者資訊的「正當理由」。附帶說明，日本民法第 714 條亦有與我國民法第 187 條第 1 項後段與第 2 項關於法定代理人責任之規定，所引文獻中似無排除該條適用之意。

¹⁶⁴ 第 4 條第 2 項：「揭露請求之相關服務提供者，依前項規定受揭露請求時，除無法與涉及該揭露請求之侵害資訊發信者聯繫，或有其他特別情狀者外，關於揭露與否應聽取發信者之意見。」

¹⁶⁵ 參閱テレコムサービス協会編著，同註 138 書，58 頁。

¹⁶⁶ 參閱テレコムサービス協会編著，同註 138 書，60 頁。

¹⁶⁷ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，91 頁。

貳、特別情狀

在特別情狀部份，本項規定將「無法與該揭露請求相關之侵害資訊發信者聯繫，或有其他特別情狀時。」排除在聽取意見義務範圍外。所謂「無法與發信者聯繫」，例如經營匿名電子佈告欄的服務提供者，因不知發信者姓名、住所及聯絡方式等資訊，無法與發信者取得聯絡的情形（發信者的ISP雖可能知悉上述資訊，但若由電子佈告欄業者向該ISP請求，其得以通訊秘密為由拒絕）。反之，於可合理預期服務提供者能與發信者取得聯繫時，則非「無法與發信者聯繫」。須注意此處並不考慮所費時間的長短，即使較為費時，仍屬可得聯繫。至於「其他特別情狀」則更為抽象，總務省解說以「一望即知不合揭露請求要件」為例示¹⁶⁸。與「無法與發信者聯絡」相同的是，此處亦應包括服務提供者客觀上無法聯繫或聯繫顯有困難的情形。例如發信者態度強硬，對於服務提供者的聯絡完全不為回應，且不陳述意見時，亦應認為具特別情狀。最後應注意的是，即使無須聽取發信者意見，服務提供者仍應考量發信者利益，在合於法定要件時始回應揭露請求。回應時更須為發信者利益，慎重判斷權利侵害明確性及其他要件是否成立。

第三目 取得資訊者的義務

在網際網路上的毀損名譽案件中，因加害者毀損受害者名譽，導致受害者同樣以毀損對方名譽為回應，並陷入以言語互相攻訐的實例，可謂屢見不鮮。於其他權利侵害的案例類型，亦有受害者不循法定程序，而對發信者直接施加壓力的情況發生。自發信者資訊揭露制度的立場，此類事態的泛濫，不但有背於承認發信者資訊揭露制度的本旨，對於網際網路上的言論內容更有不良影響，故本法第4條第3項¹⁶⁹特別禁止被合法揭露發信者資訊的不當使用。

該當本項的發信者資訊，指行使揭露請求權者因揭露所獲得的發信者資訊。依總務省解說，更應包含「因揭露所受資訊而得推知的資訊」、「揭露程序中所知的資訊」、以及「足資特定發信者的資訊」¹⁷⁰。

本項規定指出，依本條第1項取得上述發信者資訊者，不得以該資訊妨害發

¹⁶⁸ 參閱テレコムサービス協会編著，同註138書，59頁。

¹⁶⁹ 第4條第3項：「依第1項受發信者資訊之揭露者，不得濫用該發信者資訊，不當妨害發信者名譽或生活安全。」

¹⁷⁰ 參閱テレコムサービス協会編著，同註138書，61-62頁。

信者名譽或生活安全。其理在於即使請求揭露者因侵害資訊導致權利確有受損，進而以合法請求取得服務提供者所揭露的發信者資訊，亦不許以之從事法所不容的行為。例如不許受害者依所取得的發信者資訊，在網站上公開侵害發信者隱私權，或對其謾罵、脅迫。至於利用所取得的發信者資訊提起損害賠償訴訟，自為合法；用於訴訟外的損害賠償請求，亦以行使權利的正當範圍為限，仍不包括本項所禁止的行為。

第四目 拒絕揭露時的責任限制

由於第 4 條第 1 項要件頗為嚴格，使服務提供者不易自行判斷具體請求是否合於法定要件，因此本法在設計上以委由法院決定揭露與否為原則，服務提供者自行判斷為例外。但若由於服務提供者拒絕揭露造成損害擴大時，其仍有因請求揭露者依其他權利請求損害賠償而負責的可能性。若對此種危險置之不理，則守法的服務提供者仍無法自發信者與請求揭露者的爭執中全身而退，有違本法初衷，故本法第 4 條第 4 項¹⁷¹項特將服務提供者對揭露請求者所負責任加以限制。其規範重點如下：

首先，本項是以「因未回應請求揭露者的資訊揭露請求所生損害」，作為責任限制的對象。例如因服務提供者拒絕揭露，造成請求揭露者延遲取得發信者資訊，其間因發信者行蹤不明或成為無資力者而生損害，即屬本條所欲限制的責任。但須留意的是，與業者行為並無相當因果關係的損害（日本民法第 416 條），本不能請求損害賠償，自無本項責任限制適用與否的問題。此外，須注意本項損害與「因侵害資訊流通所生損害」有所不同，不能混為一談。因業者未對侵害資訊採取傳送防止措施為理由的損害賠償請求，應以本法第 3 條第 1 項解決，而非本項的責任限制問題。本項是處理以「業者拒絕揭露發信者資訊使受害者無法對發信者行使妨害排除請求權，因而導致侵害資訊造成之損害擴大」為理由所請求的損害賠償。

其次，本項將服務提供者的責任，限於故意或重大過失。所謂故意，指對損害結果認識或容認的心理狀態，重大過失則指可視為與故意相同程度的重大不注

¹⁷¹ 第 4 條第 4 項：「資訊揭露之相關服務提供者，未依第 1 項規定同意揭露請求，致生損害於請求揭露者時，若無故意或重大過失，不負損害賠償之責。但於該資訊揭露之相關服務提供者即為該揭露請求之侵害資訊發信者時，不在此限。」

意¹⁷²。本項所指「故意或重大過失」，是對揭露請求權要件（如權利侵害的明確性及受揭露的正當理由）的判斷而言。依侵權行為或債務不履行法理，服務提供者對於因故意或過失導致揭露請求者發生損害，原應負責，本項則將過失責任限縮至重大過失。換言之，服務提供者明知滿足揭露請求要件而拒絕請求，或對是否滿足揭露請求要件有重大不注意而拒絕揭露者，須負責任，對通常過失（輕過失）則無須負責。本項的故意或重大過失，既然僅指對「有無發信者資訊揭露請求權」的認識，則服務提供者對於事實是否知悉等其他主觀要件，仍須按一般責任要件判斷。但實際上因發信者資訊揭露請求權要件的嚴格與判斷困難，在服務提供者拒絕揭露時，被認定為具故意或重大過失的案件應不多見。至於本項故意或過失的舉證責任，應由請求揭露者負擔，理由與第 3 條第 1 項相同。

最後依本項但書規定，若服務提供者同時為侵害資訊發信者，則權利侵害事實既由業者所導致，理應將其排除在本項責任限制以外。適用上的關鍵，仍為個案中誰為發信者的問題，應依本法第 2 條第 4 項及其他相關規定解決。

第三項 對權利侵害行為的因應

第一款 被害者的因應

第一目 確認侵害資訊

為請求服務提供者採取刪除資訊等傳送防止措施，被害人須先自網際網路上流通的龐大資訊中，確認作為傳送防止措施對象的侵害資訊，並通知服務提供者。此外，為取得服務提供者所揭露的發信者資訊，亦須通知侵害資訊的事實。確認侵害資訊的方法，是利用記錄侵害資訊的 URL(Uniform Resource Locator)加以特定，亦即將該 URL 中何部份屬於侵害資訊、檔案名稱、資料大小及作成年月日等詳加特定。一般而言，是將侵害資訊以紙本（硬拷貝，hard copy）方式作成紀錄，再將拷貝資料送交業者。

第二目 確認服務提供者

為行使相關權利，在確認侵害資訊後，個案中應向誰請求採取傳送防止措

¹⁷² 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，96 頁。

施，或向誰請求揭露發信者資訊，亦亟待解決。本法第 3 條傳送防止措施的受請求人，應以管理侵害資訊的服務提供者為對象，亦即技術上能採取傳送防止措施，法律上亦負有採取傳送防止措施義務的服務提供者。至於揭露發信者資訊的受請求人，依本法第 4 條規定，則是負揭露發信者資訊義務者，即以使用供侵害資訊流通所用特定電信設備的服務提供者（本法第 4 條第 1 項本文中的「資訊揭露之相關服務提供者」）為對象。以在網站上的電子佈告欄(BBS)毀損他人名譽的案件為例，通常而言，除電子佈告欄管理者外，提供服務的網站管理者及提供該網站伺服器的伺服器管理者，皆為本法的服務提供者，得向其行使傳送防止措施及發信者資訊揭露請求權。現實上確認服務提供者的作法，應以登載侵害資訊網站的記載，查知服務提供者名稱及住所等訊息，並由記錄侵害資訊網站的 URL 掌握伺服器管理者，較為簡便。

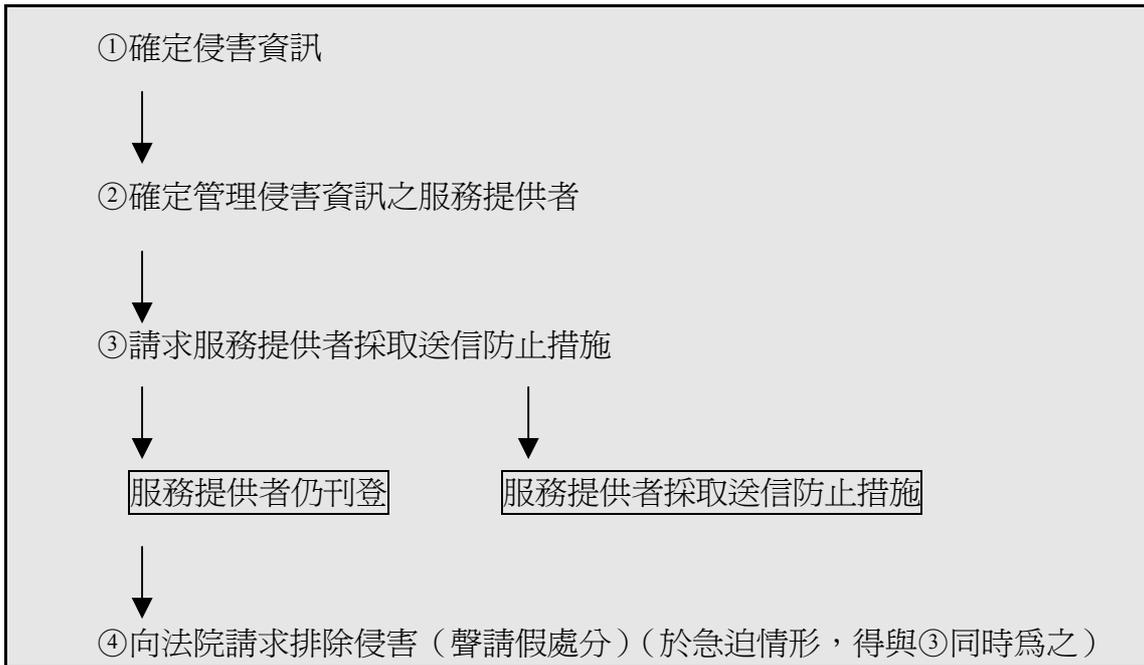
然而對被害者而言，當受請求的服務提供者在技術上無法採取傳送防止措施或其原來所保有的發信者資訊已遭刪除時，該請求可謂已無法達到目的。此時再探查其他服務提供者技術上有無採取傳送防止措施的可能，以及是否保有發信者資訊等事項，既不容易更不經濟。因此在被害者選擇請求對象時，若面臨無法清楚判別的問題，採取先對已知的全體服務提供者請求採取傳送防止措施及揭露發信者資訊，待其回覆後再依實際情形決定如何繼續，似較妥當。

第三目 請求採取傳送防止措施

被害者對服務提供者請求採取傳送防止措施時的基本流程，如下圖所示¹⁷³。該流程是由「服務提供者責任限制法準則檢討協議會」為因應本法，並協助被害者妥適並迅速行使相關請求，針對著作權及名譽、隱私權兩大主要侵害類型，分別制定的「著作權準則」及「名譽及隱私權準則」中歸納而來¹⁷⁴。囿於篇幅，恕本文不對個別案型進行深入闡述。此外，若侵害資訊的登載可能造成難以回復損害時，為防服務提供者任意拒絕採取傳送防止措施，在向服務提供者請求的同時，亦得以其作為債務人，向法院聲請停止傳送的假處分，並且得向法院提起停止傳送訴訟。

¹⁷³ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，122 頁。

¹⁷⁴ 該等準則是由社團法人「電信服務協會」為因應本法施行，特邀集服務提供者團體、著作權團體、海外團體、相關行政機關及社會觀察者，於 2002 年 2 月組成「服務提供者責任限制法準則檢討協議會」，並在 2002 年 5 月所提出。參閱テレコムサービス協会編著，同註 138 書，77-78 頁。

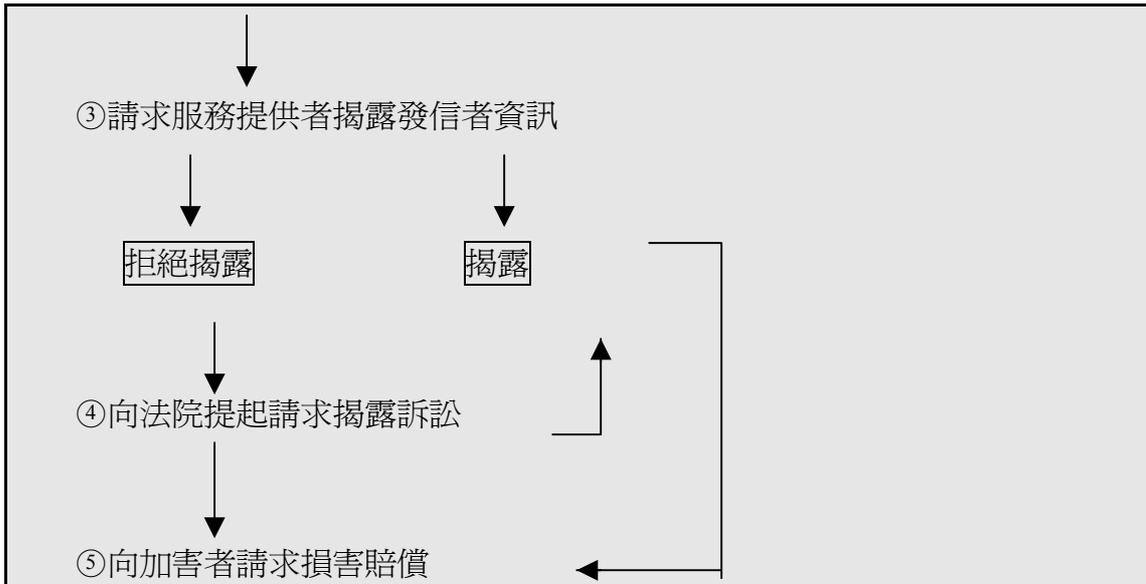


第四目 請求揭露發信者資訊

被害者對服務提供者請求揭露發信者資訊時，其基本流程如下圖所示¹⁷⁵。其中關於「確認侵害資訊」及「確認服務提供者」的方法，已於本款第一目及第二目有所說明。



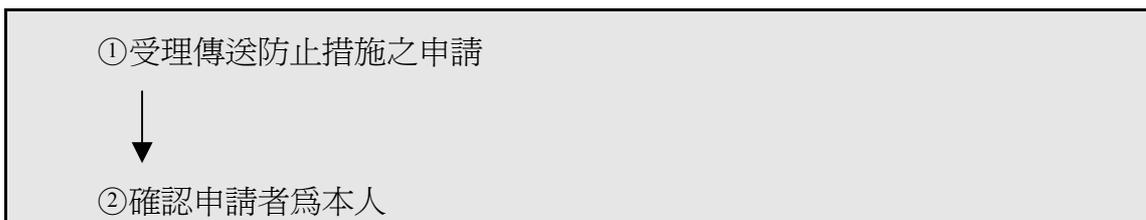
¹⁷⁵ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，132 頁。



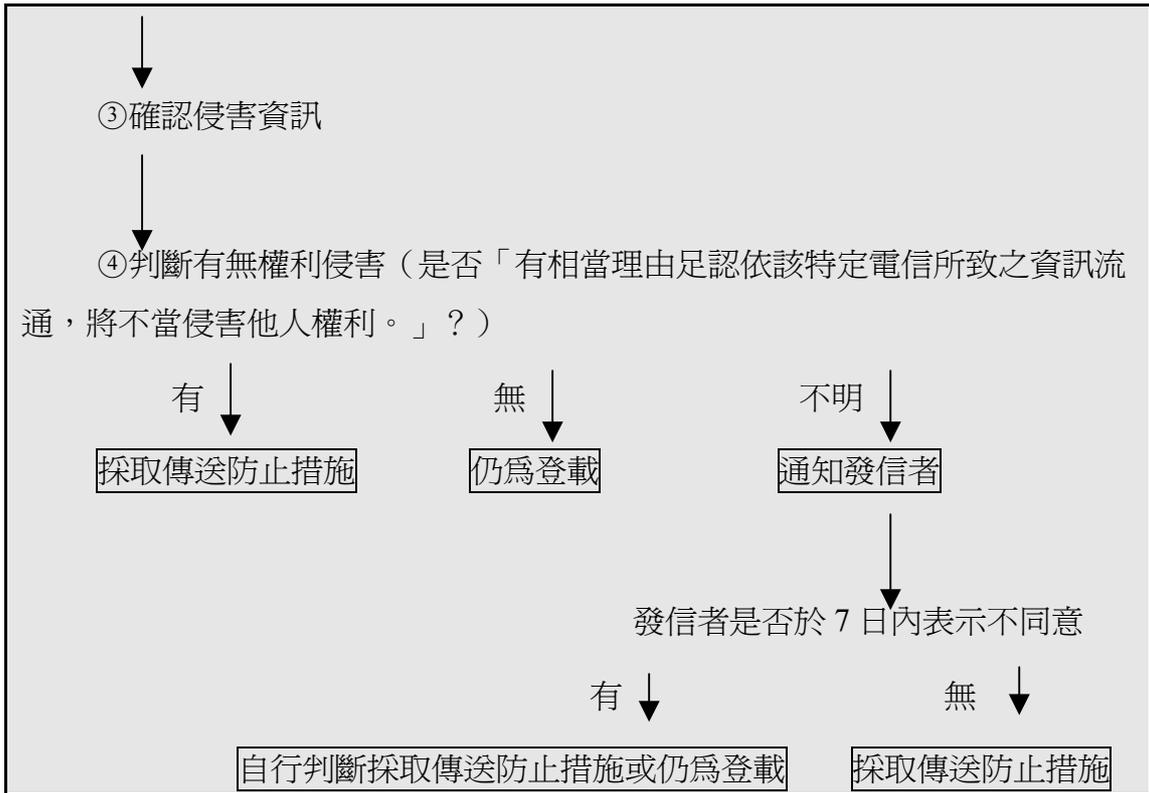
第二款 服務提供者的因應

第一目 受傳送防止措施請求

自服務提供者立場，因應採取傳送防止措施請求的流程，得以下圖表示¹⁷⁶。若預期在經營關係中可能經常遭遇此類請求，則服務提供者宜設置申訴窗口，以利從事有效率的處理。



¹⁷⁶ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，140 頁。

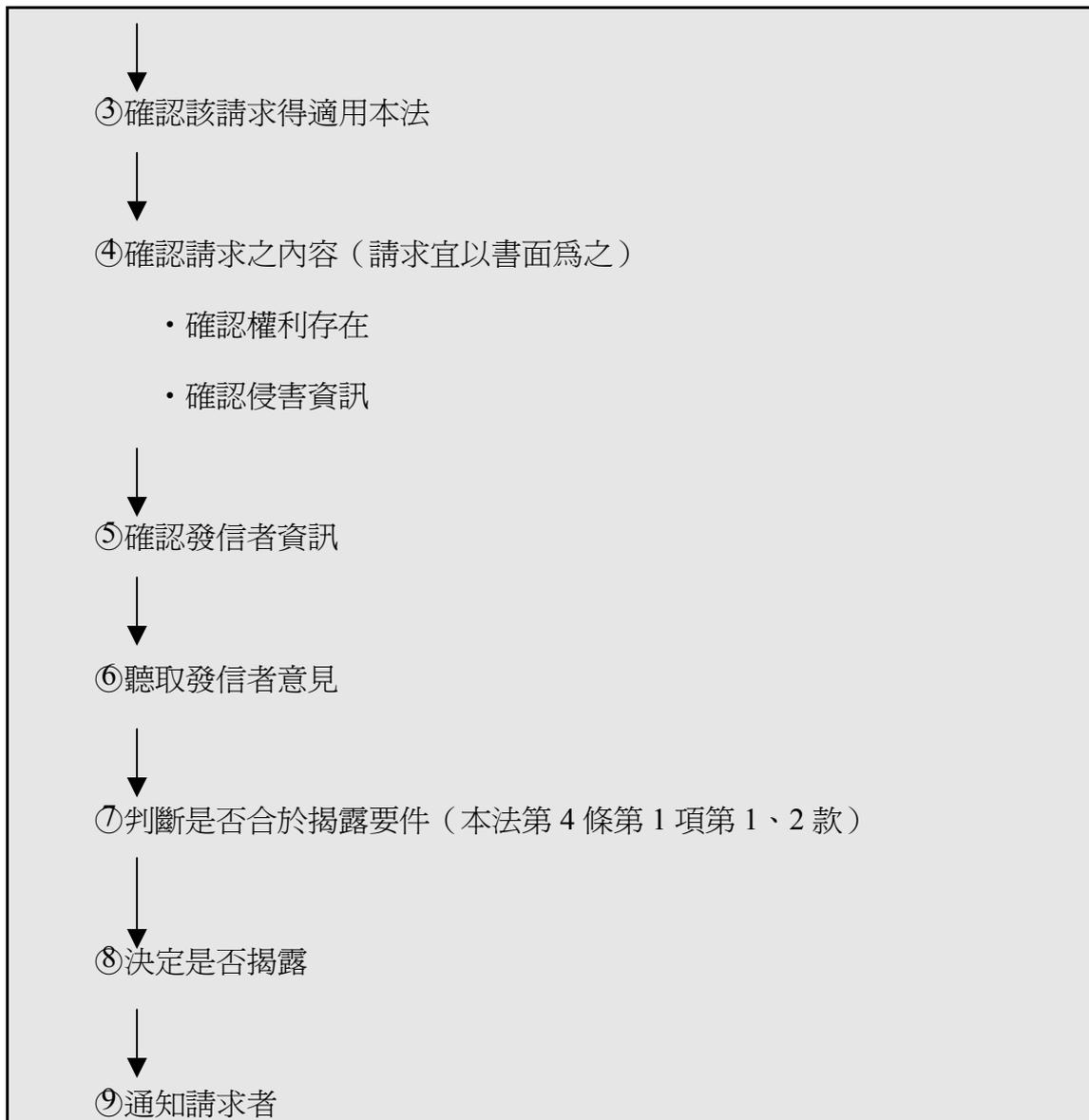


第二目 受揭露發信者資訊請求

當服務提供者受揭露發信者資訊請求時，其因應流程如下圖所示¹⁷⁷。



¹⁷⁷ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，145 頁。



第四項 小結

2002 年 5 月起施行的服務提供者責任限制法，雖僅短短 4 個條文，卻已足使日本學界喟嘆本法屬於「乍看之下頗難理解的法律」典型¹⁷⁸。實則本法的規範重心相當明確：一是對服務提供者可能負擔的損害賠償責任加以限制，一是賦予其揭露發信者資訊義務。探究其內容後，可將二者特質歸納如下。

在責任限制部份，本法並未以實際個案所涉權利為設計不同處理方式的標

¹⁷⁸ 參閱大谷和子，インターネットの利用と規制—第 27 回法とコンピュータ学会研究会の総括，法とコンピュータ，第 21 期，2003 年 7 月，87 頁。

準，而是在不區分受害權利為何的法律架構下，由總務省就個別權利侵害類型制定準則，以立法方式而言，是採取「限縮主觀要件」以及「踐行特定程序」的作法，增設阻卻責任事由。換言之，本法並非賦予被害者新的請求權基礎，再對其責任要件及範圍加以限制，被害者對於服務提供者或發送侵害資訊的發信者在民事上的請求權基礎，仍須求諸於民法或相關民事特別法。此種作法的優點，在於對既存的法律體系衝擊較小，也保留日後適用本法的彈性空間。其缺點則為各個權利有其獨特性質及要件，新增的責任限制也只能對相關問題從事局部性處理而已，若無配套措施，對被害者的保護未免有失周延¹⁷⁹。

在揭露發信者資訊義務部份，本法是以「權利侵害明確性」及「受揭露的正當理由」為實質要件，肯定服務提供者的揭露義務。然而其宗旨並非僅止於緩和匿名性而已，更重要的是站在活化服務提供者、發信者與被害者三面互動關係的出發點上，期望藉由法律建立起各該當事人的聯繫機制與信任基礎，以謀求利益狀態的平衡與和諧。此點由服務提供者須聽取發信者意見，以及取得資訊者負有不得濫用資訊義務等規定，皆可推知。

本文認為，日本服務提供者責任限制法施行後所產生的真正效益，尚非責任限制及揭露義務，而是藉由被害者請求相關權利而發動的爭議協調機制與透明化功能，使本文一開始所提及的「引導資訊伏流」課題得到相當程度的解決。以前述（第三項第一款第三目）由社團法人「電信服務協會」組成的「服務提供者責任限制法準則檢討協議會」提出之「名譽及隱私權準則」為例，其中即有「對於並無採取傳送防止措施必要的案件，亦應藉由對發信者的通知，促使發信者與申請者經由直接交涉自行解決紛爭。」的建議¹⁸⁰，可顯示出在請求的過程中釐清責任歸屬，相當程度地淡化網路的匿名性，且使匯聚利益的服務提供者，作為化解爭端或彙整爭點的媒介，避免損害擴大，方為本法真正意圖。換言之，本法最重大的意義，在於提供一個更經濟且有效率之爭議解決模式茁壯的土壤。而在規範運作上的重點，則是後續的配套作法，是否能夠在兼顧各方權益的前提下，使身處資訊流要衝的服務提供者，建立起有效溝通管道。唯有如此，網路使用者間的

¹⁷⁹ 以著作權侵害為例，有見解指出，本法第3條固然對服務提供者未採取傳送防止措施時的損害賠償責任加以限制，但以ISP業者為例，若業者與發信者並非同一人，是否得以業者為對象，行使日本著作權法第112條（約略相當於我國著作權法第84條）之妨害排除請求權，仍有爭議，而非本法第3條之立法所能解決。參閱早稻田祐美子，著作權の保護とプロバイダ責任制限法，法とコンピュータ，第21期，2003年7月，9-10頁。

¹⁸⁰ 參閱テレコムサービス協会編著，同註138書，127頁。

互信才會更加堅固，整個社會也才能更無負擔地共同享受科技進步所帶來的成果。

最後須特別指出的是，由於本文撰寫目的在於引介外國法，因此並未涉及國際私法上的法律適用問題。然而誠如論者所指出，網際網路世界乃一無國界社會，不論國人為服務提供者或訊息發信者，甚至是權利受侵害，皆有涉及或援用此法的可能¹⁸¹。關於國際私法上準據法的選擇與適用，仍為我國制定相關法律時應納入考量的重要課題。

第四節 本章結論

歐盟電子商務指令的修改，導致德國電信服務法的相關修正，二者在內容上有其一貫脈絡。其原則在於內容服務提供者須就其所提供之內容負責，至於連線服務提供者與資訊儲存服務提供者無須就他人之內容負責，而資訊儲存服務提供者應就他人之違法內容負責之情形，僅在其確實認知該內容為違法時。

與歐盟指令與德國法相比較，日本法的特色有二。其一在於對免責主體及免責要件均採取單一要件立法，而非區分不同服務型態設計不同的免責要件。所造成的現象是日本法在免責主體上似乎較寬，至於免責要件則與歐盟及德國立法例間呈現寬嚴互見的情況。其二則是日本法重視服務提供者、發信者與受害者之間的互動關係，並將其作為服務提供者欲主張免責時須踐行的法定程序，其意在於促進自主性的紛爭解決。上述特色，均值得我國在立法時參酌。

¹⁸¹ 參閱范瑞華，特定電氣通信服務提供者損害賠償責任之限制暨發信者資料揭示法，萬國法律，第121期，2002年2月，110頁。

第四章 我國網際網路服務提供者 免責規範立法原則探討

網際網路服務提供者由於對於不法或不當的內容，加以傳輸或使其為人所接取，因此往往在爭議產生或損害發生時，成為受害者控訴獲請求損害賠償的對象。由於他人利用網際網路業者所提供的服務為不法侵權行為，刑法上對於網際網路服務提供者是否構成刑法幫助犯，或者對受害者而言，成為「共同侵權行為」的主體，存在著待釐清的問題。由此延伸諸如在電信法規定下，網際網路業者對他人行為的責任，及對不當電信內容的作為義務的討論。

此外，基於消費者保護目的，消保法及公平法對於登載不實廣告的媒體經營者課有連帶責任的處罰規定；又有特殊保護或規範目的之法規如兒童青少年性交易防治條例、食品衛生管理法、化妝品衛生管理條例等，對於登載相關不當資訊的媒體經營者也有行政處罰之規定。類此法規所規範之主體與網際網路服務類型間的關係、相關注意義務與責任，為本章主要討論之內容。

第一節 網際網路服務提供者於我國 之現行規範及責任

第一項 民法侵權行為的規範

網際網路服務提供者由於對於不法或不當的內容，加以傳輸或使其為人所接取，因此往往在爭議產生時，成為受害者控訴的對象。對於類此侵權行為的產生，網際網路服務提供者是否對受害者而言，成為「共同侵權行為」的主體，即為以下本文所欲探討的課題¹⁸²。

關於民法共同侵權行為¹⁸³的規定，從構成要件上可以分成以下幾個部分：

¹⁸² 關於民法侵權行為責任的規範，或有認為網際網路服務提供者對於其所提供的服務，有無構成民法第 191 條之 3「危險責任」（或者消費者保護法第 7 條之規定）的可能性。對此必須採取否定的看法，蓋網際網路服務提供者並非直接的侵害人，如課予危險責任的要求，明顯與其係屬分配行為人所產生危險的規範目的相違背，故以下不擬對此加以討論。關於危險責任的理論說明，可參見黃茂榮，債法總論，第 2 冊，20 頁以下。

¹⁸³ 參見民法第 185 條：「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。不能知其中

「共同加害行為」、「共同危險行為」、「造意行為」及「幫助行為」¹⁸⁴。以網際網路服務提供者所提供的服務型態而言，由於可確定其非直接加害人之一¹⁸⁵，且非造意人¹⁸⁶，因此以下僅就幫助行為加以探討：

幫助行為，依據一般的說法，係於他人為侵權行為之際，予以助力，使他人易於為侵權行為的情形，並多以刑法上的幫助犯比擬¹⁸⁷。幫助行為的成立，必須客觀上具幫助行為，並且主觀上具幫助故意。以網際網路服務提供者的服務方式而言，由於不法內容係可能儲存在其伺服器，或是因為其所提供的傳輸或接取服務，而為散布或為人所知悉，此一服務似乎在客觀上容易具備幫助行為的定義。然而對於主觀要件的判斷，則可能涉及網際網路服務提供者所應盡的注意義務程度為何。

依據實務與學說的見解，侵權行為之行為人所應負的注意義務，應以善良管理人的注意義務為準¹⁸⁸。惟在認定網際網路服務提供者就其所提供之服務是否違反其注意義務，容有相當的討論空間。以前一章本文所探討的幾種免責服務類型而言，對於只提供使用者傳輸其所需資訊的「單純連線提供」(Mere Conduit)服務，或者在傳輸過程中於技術上促進效率的「快速存取」(Caching)服務，若以善良管理人的注意義務加以審視，應可認為由於在法律上不應要求網際網路服務提供者必須負擔具一般性的監控義務¹⁸⁹，因此在解釋上網際網路服務提供者應未違反善良管理人的注意義務。而在「資訊儲存」(Hosting)的服務方面，由於該資訊儲存於網際網路服務提供者的伺服器內，相較於上述資訊傳輸及在技術上所生的暫時儲存，服務提供者較有可能知悉其所儲存的資訊內容是否違法，此時如何認定是否盡善良管理人之注意，即可能滋生疑義。是以採取免責要件類型化的立法

孰為加害人者，亦同（第1項）。造意人及幫助人，視為共同行為人（第2項）。」

¹⁸⁴ 參見邱聰智，民法債編通則，修訂6版，1993年8月，129頁。

¹⁸⁵ 共同加害行為的成立，必須共同行為人皆已具備侵權行為的要件，始能成立；參見73年台上字第593號判例。而「共同危險行為」在認定上，必須侵害的多數人之間，具有「一定空間與時間上關連」的同類危害，使足當之，只是不確定加害人是誰。參見黃立，民法債編總論，2版，2002年9月，285頁。

¹⁸⁶ 所謂「造意」，一般認為在意義上與刑法上的「教唆」相當，係指對於本無加害他人意思之人，勸誘其為加害行為，致其加害他人的行為而言。參見邱聰智，同註184書，132頁；馬維麟，民法債編註釋書（一），初版，1995年10月，第185條，邊碼18。

¹⁸⁷ 參見邱聰智，同註184書，第132頁；黃立，同註185書，282頁。

¹⁸⁸ 參見最高法院19年上字第2746號判例：「因過失不法侵害他人之權利者，故應負損害賠償責任。但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」以及邱聰智，同註184書，第121頁；黃立，同註185書，247頁。

¹⁸⁹ 參見歐盟電子商務指令第15條第1項及立法理由第47點。

例，對於「資訊儲存」的免責要件，均要求網際網路服務提供者於認識或知悉後，必須立即移除該資訊或使之無法接取，否則即無法享有免責的優惠。

此外，網際網路服務提供者所提供的服務行為，是否在侵權行為上應為不法行為的評價，亦即在違法性的判斷為何，亦為饒富趣味的問題。一般通說在解釋違法性，係指違反禁止或命令規定¹⁹⁰；而就權利保護而言，權利係屬受法律保護，因此侵害即應推定具違法性，除非具有阻卻違法事由的存在。以網際網路服務提供者的服務性質而言，由於已然成為今日資訊社會下，人民近用資訊及國家發展電子商務的重要途徑，即便可能成為侵害他人權利的途徑，但應思考是否具容許性危險¹⁹¹的要件，以便利社會活動的進行。如何認定「容許」的界限並加以明確化，亦為未來我國對於網際網路服務提供者責任規範所需解決的重要課題。

第二項 網際網路服務提供者之刑事 責任探討

在探討網際網路服務提供者的刑事責任問題之前，有必要對於論述的範圍與方式先作說明。在既未特定行為，亦未特定可能成立的罪名的情況下，由於刑法須嚴守行為責任的原則，要完整地檢討「某種人的刑事責任」並非易事，而僅能在犯罪論方面從事較為抽象的論述。也因為如此，對於相同的課題自然可能出現不同的觀照面向¹⁹²。此外，以刑法所構築的犯罪論體系而言，行為合於刑法分則各罪所設定的構成要件，並不表示行為人即須受刑罰制裁，尚須行為無任何阻卻違法事由，始屬不法。易言之，觀照面向不同的原因，實與犯罪的「檢驗方法」息息相關，此尤以認為行為人無須擔負刑責時為然。阻卻違法事由的不存在，僅為一例而已。

本文論述為配合刑法在犯罪檢驗方法上的特性，將先探討網際網路服務提供者的服務是否屬於刑法上的行為，再舉出服務提供者因執行業務所可能面臨的法

¹⁹⁰ 參見馬維麟，同註 186 書，第 184 條，邊碼 109。

¹⁹¹ 所謂「容許性危險」，係指因該活動具社會相當性、有用性，乃於社會觀念所能容忍之限度內，視為合法活動而阻卻違法。參見邱聰智，同註 184 書，97-98 頁。

¹⁹² 國內對於網際網路服務提供者刑事責任的探討，可參閱黃惠婷，幫助犯之幫助行為—兼探討網路服務提供者之刑責，中原財經法學，第 5 期，2000 年 7 月，23-40 頁；盧映潔，由危險概念論網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性，國立中正大學法學集刊，第 6 期，2002 年 1 月，3-31 頁。前者是由共犯的角度探討問題，後者則是由不作為犯的角度探討問題，二者的討論雖非毫無交集，但側重之處並不相同。

律風險，以代替對分則各罪構成要件的完整檢討，最後則對服務提供者的行為在主觀不法及客觀不法層面以故意及容許風險概念為例加以分析，以說明對於網際網路服務提供者的刑事責任所應採取的態度。

第一款 網際網路服務提供者的服務

屬於刑法上的行為

犯罪係具有刑事不法本質的人類行為，必須先有人類行為的存在，經過刑法評價之後，始有可能成立犯罪，換言之，無行為即無犯罪，行為是刑法評價及犯罪判斷的基礎¹⁹³。然而當大量資料在網際網路上流通時，為求迅速，服務提供者並不會親自處理眾多資料，而由電腦及程式代勞。此時應如何認定其服務是否屬於刑法上之行為，即具檢討價值。

第一目 網際網路服務提供者的服務模

式及其特質

如同本文前所述及，各國法制在用語上對於網際網路服務提供者的分類及概念內涵未盡相同，加上我國法對於此一名詞尚乏立法定義以資遵循，為論述方便起見，有必要採用特定的操作定義。就此本文依據不同的服務模式，提出「網路連線服務提供者」、「網路平台服務提供者」及「網路內容提供者」三種不同類型，並合稱為「網際網路服務提供者」。若由運作模式的層面加以觀察，網際網路服務提供者的特質，或可歸納為「媒介提供服務」、「應使用者要求而提供」及「透過電信設備遠距提供」三項。對網際網路服務提供者而言，為了迅速處理大量資料，供可能散布在全球各地的使用者隨時運用，同時減少成本，使用電腦及預先設計好的程式對資訊從事即時的自動化處理，便成為提供服務時的金科玉律。然而對於刑法而言，作為評價對象的行為究竟應該如何認定，便成為犯罪論上的重點。

第二目 電腦自動化處理的服務提供模

¹⁹³ 參閱林山田，刑法通論（上），增訂8版，2002年11月，167頁。

式在刑法上的評價

「自動化」並非在網際網路進入商業化應用後才隨之出現，相反地，在此之前「自動化」概念早已是現代社會生活經驗的一部份。也因為如此，實務上也已處理過利用機器自動化特性為一定行為時的定性問題。司法院（83）廳刑一字第07568號函的見解，即認為自動販賣機或自動提款機等自動設備，均為設置之人的意思或手足之延伸。申言之，自動設備因相對人（例如自動販賣機的顧客）的協力（例如投幣選取飲料）所產生的反應（例如掉下飲料），仍應被認定為設置者的行為。

以電腦及相關程式自動處理相對人需求的網際網路服務提供者，其所提供的服務行為，在運作模式的法律評價上與前述的自動設備似無不同。若以較具優勢的社會行為論(soziale Handlungslehre)對於行為的定義：「客觀上得由人類支配，並引起客觀可見社會性結果的舉止。¹⁹⁴」來看，以自動化方式所提供的網際網路服務，仍然是服務提供者的行為，而得為刑法評價的對象¹⁹⁵。

第二款 網際網路服務提供者在刑法 方面可能的法律風險

依據學者對於刑法（在此指具有刑罰效果的成文規範）的分類，可作出「主刑法」與「輔刑法（含附屬刑法）」的區分。前者指規範犯罪與刑罰的主要法律，即現行「中華民國刑法」；後者則指「中華民國刑法」以外的刑事單行法，以及分散規定於民商法及行政法等各種法律中的附屬刑法¹⁹⁶。本文沿用此種分類模式，對於網際網路服務提供者因業務上的服務提供行為，在刑法方面可能導致的法律風險加以分析。在此有二點須先為說明：首先，以下論述並不表示在現實生活中，服務提供者僅可能該當所舉的罪名，充其量只能認為若由經驗推知，較有可能成立下列罪名而已。其次，雖然從參與型態的角度，服務提供者可能為正犯（主要是共同正犯），也可能為共犯（主要是幫助犯），然而由於參與型態的不同

¹⁹⁴ Vgl. Wessels/Beulke, AT, 31. Aufl. 2001, Rn. 91.

¹⁹⁵ 須在此附帶說明的是，本文認為，實務所揭示「意思或手足之延伸」的原則，若援用在行為的認定問題，則屬於對行為要素中「身體舉止」之概念所作的解釋。換言之，在自動化處理的情形，「意思或手足之延伸」原則，將使「自動化處理」仍可被認為屬於設置者的行為。

¹⁹⁶ 參閱林山田，同註193書，50-51頁。

並不會影響到論罪時所適用的分則罪名，故本文對於參與型態的問題將僅為判斷原則方面的釐清¹⁹⁷。

第一目 主刑法部份

在主刑法部份，網際網路服務提供者較有可能成立的罪名略有以下幾種：

(1) 妨害秘密相關罪名

此處所指的妨害秘密相關罪名，在範圍上除了刑法分則第 28 章之外，更包括第二章外患罪中第 109 條、第 111 條，以及第四章瀆職罪中第 132 條之規定。雖然上述規定中有部份是屬於「純正身分犯」(或義務犯)，然而由於通說及實務對於刑法第 31 條第 1 項的解釋，因此無身分的服務提供者仍有觸犯的可能¹⁹⁸。

(2) 偽造文書罪

依據刑法第 220 條之規定，電磁紀錄無論在分則第 15 章的偽造文書罪，抑或其他各章之罪，均以文書論。因此在服務提供者提供服務的過程中，涉及文書處理的情形甚為常見，在具體個案中自有成立偽造文書罪章中相關罪名的可能。

(3) 妨害電腦使用罪

刑法於 2003 年 6 月增訂第 36 章妨害電腦使用罪的規定，其立法意旨在於將「以電腦或網路為攻擊客體」的行為犯罪化，以保障「電腦使用安全」之法益。乍見之下，服務提供者通常會被認為是被保護的客體，換言之是犯罪的潛在被害人。然而本文在此必須指出的是，網際網路上的服務提供者為數眾多，在利用網路攻擊他人的電腦或其相關設備的情形，雖可能有服務提供者因而被害，但另一方面亦可能有服務提供者參與其中，而有成立犯罪之可能。

(4) 其他罪名

除了上述兩種主要類型之外，服務提供者尚可能成立的罪名，包括刑法第 153 條「煽惑他人犯罪或違背法令罪」、第 235 條「散布、播送、販賣、製造猥

¹⁹⁷ 對於參與型態與網際網路服務提供者刑事責任的探討，參閱黃惠婷，同註 192 文，37-38 頁。

¹⁹⁸ 通說與實務認為，不具特定主體資格的行為人，得透過刑法第 31 條第 1 項之規定，成立純正身分犯的共同正犯、教唆犯或幫助犯。關於通說及實務的見解及其批判，參閱林山田，刑法通論(下)，增訂 6 版，1998 年 2 月，452-455 頁。

褻物品罪」、第 309 條及第 310 條的「公然侮辱罪」及「誹謗罪」以及第 339 條之 2、第 339 條之 3 的「準詐欺罪」。

第二目 輔刑法及附屬刑法部份

由於我國尚無類似日本「不正連線禁止法」的刑事單行法，因此以下所略舉之刑罰規範，均屬於附屬刑法，而散在民商法或行政法體系當中：

(1) 國家機密保護法

國家機密保護法甫於 2003 年 2 月公布，其中第五章罰則部份，除第 35 條所規定「毀損國家機密罪」及第 36 條有關受管制人員違法出境應受刑事制裁之外，其所處罰類型大致與刑法外患罪章相同，僅其洩漏、交付、刺探或收集客體限於「依本法核定之國家機密」，其刑責亦與刑法各條規定相當¹⁹⁹。國家機密保護法中的罰則，可認為是外患罪章中相關罪名的特別規定，服務提供者自有可能成立。

(2) 電腦處理個人資料保護法（以下簡稱「個資法」）

依個資法第 1 條明示的立法意旨，個資法的立法目的，是為了規範電腦處理個人資料，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用。是故隱私權的保障當屬個資法的重要宗旨。該法第五章罰則中的第 33 條至第 37 條，亦以附屬刑法對特定行為加以處罰。以作為處罰基礎的第 33 條及第 34 條而言，學者曾指出可能與之競合的規定，即包括刑法第 318 條之 1 及第 318 條之 2 的妨害秘密罪²⁰⁰。由於相關處罰條文所保障的隱私權，與刑法所保護的「秘密」概念關係密切，亦屬實務上服務提供者較易涉入的罪名。

(3) 著作權法

向來關於侵害著作權的刑事責任規範，最重要的條文是第 91 條對於重製權的處罰。2003 年 7 月修正之著作權法當中，雖對第 91 條有所修正，惟相較於舊法而言，此次修正除了增加以光碟重製的加重要件之外，基本上是對於重製行為的可罰性範圍加以限縮，例如增加「意圖營利」與「非意圖營利」的主觀要件，

¹⁹⁹ 參閱石世豪，我國國家機密法制之發展，軍法專刊，第 49 卷第 9 期，2003 年 9 月，6 頁。

²⁰⁰ 參閱許文義，個人資料保護法論，初版，2001 年 1 月，285-286 頁。除上述罪名之外，同作者並認為個資法第 33 條及第 34 條尚可能與刑法第 339 條之 3 的詐欺罪、兒童及少年性交易防制條例第 29 條、第 33 條第 1 項引誘、媒介性交易罪等罪發生競合關係。

並對非意圖營利的情形設計重製份數或侵害總額等限制。由於重製行為仍可利用網際網路為之，因此服務提供者若該當第 91 條的要件，自有可能構成犯罪。至於新增的第 91 條之 1，因其構成要件行為須以移轉所有權的方法為之，似乎與在線上提供服務的行為無涉。此外，新法在第 3 條第 1 項第 10 款增訂「公開傳輸權」，並在第 26 條之 1 賦予著作權人專有公開傳輸其著作之權利，將利用網際網路提供或傳達著作內容的行為納入著作權規範。著作權法第 92 條更對於侵害他人公開傳輸權的行為課以刑罰，服務提供者在處理資訊的過程中，有可能觸犯該罪。

第三款 主觀不法方面的判斷—以構成要件故意為例

犯罪之成立，在主觀不法層面的關鍵是行為人對不法構成要件具備故意。所謂構成要件故意，在內涵上指的是行為人對於實現客觀構成犯罪事實的認知與實現不法構成要件的意欲²⁰¹。上開定義固為刑法研究者所共知，然而刑法在判斷行為人對行為是否具備故意時，有一重要但經常遭致忽略的原則為「故意與行為同時存在原則」。亦即判斷行為人有無故意之時點，在於行為當時，至於所謂的「事前故意」或「事後故意」的存在，並不足以據之認定行為人具有構成要件故意²⁰²。

若以此原則而論，各種不同類型的服務提供者在提供服務時的認知為何，即至關緊要。以「網路連線服務提供者」而言，其所提供的服務既是以數據機、專線方式之連線通路，讓使用人得以連接上網，加上自動化處理的特質，一般而言服務提供者就「提供連線行為」的認知與意欲，可能並不及於各種不同的犯罪構成要件。其次，以「網路平台服務提供者」而言，其所提供的服務既為提供連線後的各項網路應用服務，而有助於使用者取得網路資源，則須視其在提供服務時是否在知悉具體資訊內容該當犯罪構成要件的情形下仍為服務的提供。由於細部服務型態的差異，此一服務類型屬於「中間類型」，是否具備故意似乎不能一概而論。例如檔案傳輸及電子郵件服務業者，其服務內容及自動化處理之程度可能較接近前述的網路連線服務提供者；至於網站目錄及資料庫全文檢索服務業者，其服務涉及資訊內容的程度稍高，已有可能知悉具體資訊內容，故在個案當中應

²⁰¹ 參閱林山田，同註 193 書，238 頁。

²⁰² 參閱林山田，同註 193 書，239 頁。

調查其服務流程（例如是否利用內容過濾軟體過濾所提供之資訊），以確定行為人有無故意²⁰³。最後，以「網路內容提供者」而言，其所提供的服務既為透過網路將資訊內容提供給使用者，原則上提供資訊內容之行為人須依其行為負起相關刑事責任。

第四款 客觀不法方面的判斷—以容許風險概念為例

除了主觀上是否具有故意的問題之外，客觀上網際網路服務提供者提供服務的行為，也可能因合乎容許風險的原則而不負刑事責任。本文將檢討不同種類的服務型態所製造的風險是否得被容許。

第一目 客觀歸責與容許風險的概念

客觀歸責理論，簡而言之，是判斷客觀存在的特定行為是否應歸結予行為人。學說上一般認為客觀歸責與因果關係不同，因果關係所處理的，是行為與結果之間是否存在自然法則的關連性，而客觀歸責所處理的，則是造成結果之原因在法律上是否具有可歸責之性質。至於其主要論旨則認為，唯有行為人的行為對於行為客體製造（或是昇高）了一個法律所不容許的風險，並且該風險在具體事件歷程中實現，而導致構成要件結果的發生者，則該結果方可歸責於行為人²⁰⁴。

容許風險(erlaubtes Risiko)或稱「一般生活風險」(allgemeines Lebensrisiko)，是客觀歸責(objective Zurechnung)的下位概念。是指所製造之風險在程度上頗為輕微，並未超越生活上一般風險之情形，特別是指條件關係中過廣的因果認定及對因果歷程無支配可能性而言²⁰⁵。換言之，當行為所製造的風險未達一定程度，法律衡量行為所可能帶來的利益，即容許其存在，不以刑法處罰。

第二目 各種不同型態的服務與容許風

²⁰³ 以近來成為國內外焦點的線上音樂交換行為而言，提供交換平台或檔案下載的服務提供者，在從事服務行為時若知悉此種交換行為將侵害著作權而仍為之，則應以共同正犯或幫助犯的地位，負著作權法上的相關刑責。

²⁰⁴ 參閱林山田，同註 193 書，195-196 頁。

²⁰⁵ Vgl. Wessels/Beulke, a.a.O, Rn. 183.

險

如學者所指出，容許風險的基本出發點，在於「理性冒險」²⁰⁶。在現代社會中，為求生活更大的利益，人類經常需要在評估風險後從事理性冒險，不能因輕微危險之存在即因噎廢食。因此在判斷原則方面，一言以蔽之，即「相對利益越大，越容許冒險；風險越小，越容許冒險」²⁰⁷。

網際網路自發展至今，已被世界各先進國家列為重要基礎建設之一，其重要性及公益性質確實存在已不言可喻。網際網路服務提供者提供服務以活化並促進網際網路發展，帶來了巨大利益，固不待言，但不同型態之服務所產生的公益價值似仍有程度之分，或可作為法律上判斷是否容許其風險的參考標準。以網路連線服務提供者而言，由於所提供的是讓使用者連線接取服務的可能性，為其後各種服務的基礎，故其利益相對而言較大。其次，「中間類型」的網路平台服務提供者所提供諸如提供檔案傳輸、電子郵件、網站目錄、資料庫全文檢索等服務，由於一來對於網際網路仍具直接重大意義，離網際網路幾無存在基礎，二來上述服務雖然不是不存在其他代替途徑，但替代性的同類服務（例如以傳統郵件寄送代替電子郵件）將因非由網際網路為之，而在效率上將出現顯著差異，故其利益應次於前述網路連線服務提供者。最後，由於網路內容服務提供者所提供之服務，僅以網際網路為空間，而非唯一途徑，且替代性的同類服務（例如報紙等大眾傳播媒體）在社會上仍有一定程度之使用率，其利益較之前述兩種服務類型似乎較小。

至於可能造成的風險方面，由服務類型而論，網路連線服務提供者與網路平台服務提供者，原則上是使資訊得以散布之風險，網路內容提供者則為提供內容所造成之風險。相較之下，似以後者為高。

綜合而言，在容許風險存在與否的判斷上，似乎可以得出網路連線服務提供者之風險最應容許，網路平台服務提供者次之，網路內容再次之的態度。然而究竟對於容許之界限為何，尚待探討。

第三目 科技領域風險容許限度與「行政

²⁰⁶ 參閱黃榮堅，基礎刑法學（上），初版，2003年5月，237頁。

²⁰⁷ 參閱黃榮堅，同註206書，239頁。

法從屬原則」

刑法的主要宗旨，在於法益保護，至於安全規則的建立，似非刑法的使命。尤其在法律對科技領域進行規制時，行政法上針對該領域所制定的規範或揭櫫的管理原則，由於制訂過程中更能納入各方專業意見，加上日後適用行政法令所作成的行政行為、訴願決定或行政訴訟上之裁判，反而是刑法對於風險是否應被容許的重要參考依據。

以德國為例，在環境刑法的領域即發展出此種「行政法從屬原則」²⁰⁸。簡而言之，若行為合乎行政法規或得行政處分的許可時，自容許風險的觀點，刑法原則上應以之作為參考依據²⁰⁹。以我國環境保護法規為例，固然空氣污染防治法第46條規定，違反同法第32條第1項未立即採取緊急應變措施或不遵行主管機關依第2項所為之命令者，在致人於死、致重傷或致危害人體健康導致疾病時須科以刑罰。但即使該法第46條未規定罰則，空氣污染防治法之規定及依該法所為之合法處分，對刑法中殺人罪、傷害、過失致死或致傷等規定而言，仍屬判斷風險應否被容許標準。

事實上在資訊安全領域，個資法第33條之規定，亦有與前述空氣污染防治法相同的功能。換言之，與資訊安全有關之行政法中的附屬刑法，均展現了「行政法從屬原則」。然而在容許風險的領域，行政法從屬原則的功能在於無附屬刑法規範時，如何利用容許風險概念，將較專業的行政法及行政機關之判斷導引至主刑法或刑事特別法的適用過程中。在本文所欲處理的網際網路服務提供者之刑事責任方面，針對前揭可能出現法律風險之規範，其容許界限為何，或有待行政法令對服務提供者規範密度的增加，始得更為明朗。

第五款 正犯與幫助犯的界分原則一

以犯罪支配理論為例

若服務提供者在個案當中已構成犯罪，則其為正犯抑或幫助犯，仍有得否減輕責任的區分實益，因此亦有探討必要。

²⁰⁸ Vgl. Sch-Sch-Cramer, Rn. 15ff. vor §§324ff.

²⁰⁹ 參閱黃榮堅，同註206書，239-242頁。

以實務見解而言，最高法院早在民國 24 年 7 月決議中，即已對於正犯及幫助犯的界限加以劃分。簡言之，除了以「幫助他人犯罪意思」而參與，其所參與之行爲，爲「犯罪構成要件以外之行爲」，成立幫助犯之外，餘均成立正犯。此一見解的立場大體上仍爲目前實務所遵守，例如 65 年台上字第 590 號判例、91 年台上字第 3644 號判決等等。學者已經指出，此種在客觀上以構成要件行爲區分正犯及幫助犯的標準，具有無法掌握間接正犯及共同正犯的缺點²¹⁰。因此目前學界採取犯罪支配理論中的「功能支配」標準作爲區分方法者漸多。

簡言之，功能犯罪支配對於正犯的認定，並不被「參與構成要件行爲」侷限，而是認爲多數人共同協力參與構成要件之實現，其中有行爲人雖未從事構成要件該當行爲，可是其在刑法評價上，若與實行構成要件該當行爲等價者，仍有可能成立共同正犯²¹¹。因此，正犯與幫助犯的界分將轉爲是否具有共同決意及功能支配，對於未參與構成要件行爲者，仍有可能成立正犯。

因刑法關於責任的認定，須嚴守行爲責任原則，對於服務提供者究竟屬於正犯或幫助犯，無論依據實務或學說見解，均須從事個案判斷始爲妥當。然而就標準而言，在主觀不法方面，「故意與行爲同時存在原則」仍然有其適用，在功能支配方面，更須考慮自動化處理的特質是否將使服務提供者成爲他人利用的工具（此時利用者或有成立間接正犯的可能）。對個案爲實際認定時，應依據上述參考標準，對正犯或幫助犯從事區分，以期罪刑相符。

第六款 本項結語

在結論上，本文認爲網際網路服務提供者所提供的服務仍屬刑法上的行爲。但不同型態的服務型態，可能導出不同的容許風險界限。網際網路服務提供者提供服務的行爲是否須負刑事責任，涉及因現代科技的進步而新興的風險，在判斷具體行爲是否被容許時，或將產生顯著的灰色地帶。雖然在容許風險存在與否的判斷上，本文提出網路連線服務提供者之風險最應被容許，網路平台服務提供者次之，網路內容再次之的態度，但究其實際，未來仍須對網際網路上之刑法風險，發展出更爲具體的容許界線。此時若能俟專業的行政法規作爲前導，先界定行政不法的範疇，再以之認定刑事責任的有無，應該是比較合理的作法。

²¹⁰ 參閱林山田，同註 198 書，361 頁。

²¹¹ 參閱林山田，同註 198 書，370 頁。

第三項 網際網路服務提供者於電信 法之責任規範

第一款 規範主體

電信法之規範對象為電信事業，而依電信法第 2 條第 5 款之定義，所謂電信事業係指經營電信服務供公眾使用之事業；另依同條第 4 款，所謂電信服務係指利用電信設備所提供之通信服務；再依同條第 1 款之定義，電信係指利用有線、無線，以光電磁系統或其他科技產品發送、傳輸或接收符號、信號、文字、影像、聲音或其他性質之訊息。依一般見解，上述法條對電信一詞之解釋，著重於“發送、傳輸或接收(以下合稱傳送)”，因此大多肯認電信服務僅為被動管道(passive conduit)；換句話說，電信法及其相關子法中所謂之電信事業係指本文所謂之連線服務提供者(IAP)。

然而，相較於日本電信法中對「電信」與「特定電信」分別予以定義，我國電信法並未有清楚區分。日本電信事業法所規定之電信，泛指所有利用電磁現象之通訊行為，諸如使用銅線、光纖的有線通訊、使用電波的無線區域網路與利用雷射或紅外線之通訊。而特定電信僅限於以使不特定人收受訊息為目的之傳送行為。因此，電子郵件此類非以不特定人為收受訊息目的的通信方式，並不屬之。反觀我國之立法，其雖有意將電信事業侷限於單純連線提供者，但由於定義之模含混，平台服務提供者(IPP)於電信法之定位便顯得曖昧不明。以第二類電信事業管理規則為例，其第 27 條規範第二類電信事業經營者對電信通信紀錄之保存期限，根據該條文第 3 項第 3 款之文字編排，其將撥接服務、非固接式非對稱數位用戶迴路服務、纜線數據機服務以免費電子郵件信箱服務及網頁空間服務均置於「網際網路接取服務」項目之下，顯見立法者有意將電子郵件信箱服務以及網頁空間服務之屬性歸類連線服務提供者(IAP)，然一般通說見解，電子郵件信箱服務以及網頁空間服務應屬平台服務提供者(IPP)。因此，便有論者主張，電信法所指之電信事業，兼指連線服務提供者與平台服務提供者。

回到問題的本質，本文認為，我國電信法所規範之電信事業應以該事業對傳

送內容有無控管能力為斷，而不問其究為連線服務提供者或平台服務提供者²¹²。此外，雖然我國電信法將電信事業區分成第一類電信事業與第二類電信事業²¹³，但由於第一類電信業者多兼營第二類電信事業，因此雖然本文提及之「公司內部通信服務」、「網際網路接取服務」、「存轉服務」等本屬第二類電信事業之營業項目，但對於兼營業務之第一類電信業者而言，其仍須遵守相關規範。舉例而言，第一類電信事業之固網業者(以台灣固網為例)可利用其固有機線設備提供末端使用者寬頻上網服務，就此服務，業者係屬提供網際網路接取服務，但第二類電信業者(以和信超媒體為例)其亦可向第一類電信業者承租管線，再轉向末端使用者提供連線上網服務，其仍屬提供網際網路接取服務。故兩者均應遵守第二類電信事業管理規則第 27 條之保存電信通信紀錄之規定。

第二款 一般免責條款

承上述，由於傳統見解認為電信事業對其傳送內容並無控管能力，所以電信事業原則上並不需要對其傳送內容所發生之效果或影響而負擔責任。因此，電信法第 8 條第 1 項設了電信事業的一般免責規定：「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。」服務提供者欲引用此條文加以免責者，其須為電信法所規範之電信業者；亦即，該服務提供者須經交通部特許或許可，並取得執照。

即便邁向數位匯流時代，電信業者得跨業經營，多元化其服務類型，若其跨業經營項目已非屬電信業範疇，電信業者並不可援引此法條作為免責事由。反之亦然，對於其他業者跨足經營電信業者，原則上其免責事由僅侷限於提供電信服務部分。舉例而言，未來若中華電信正式提供多媒體隨選視訊服務(MOD)，係屬電信業跨業經營有線廣播電視業²¹⁴，中華電信預備提供的服務內容，包含頻道服

²¹² 根據資策會科法中心於 2003 年 10 月底舉辦之「網際網路服務提供者的安全港專家座談會」，交通部電信總局代表亦持相同見解，其發言謂：「現在電信法第 8 條規範到的業者其實是指 IAP，只有一小部份可能有 IPP」。

²¹³ 電信法第 11 條：「電信事業分為第一類電信事業及第二類電信事業。」

第一類電信事業指設置電信機線設備，提供電信服務之事業。

前項電信機線設備指連接發信端與受信端之網路傳輸設備、與網路傳輸設備形成一體而設置之交換設備、以及二者之附屬設備。

第二類電信事業指第一類電信事業以外之電信事業。」

²¹⁴ 過去對於 MOD 的屬性曾有不少爭執，中華電信認為 MOD 係屬電信業，而既有有線電視業者與新聞局則認為 MOD 應屬有線電視業，但隨著今年 10 月初中華電信獲得新聞局核准籌設，上述爭執可謂告一段落。至少，某種程度上雙方已肯認 MOD 偏屬電視事業，否則中華電信亦毋庸向新聞局申請籌設許可。

務、電影戲劇、音樂放送、遊戲特區、金融證券、生活資訊、e-學習、直播節目與隨選視訊等²¹⁵，上述服務均已非屬電信法所定義之營業項目範疇，針對上述服務所涉糾紛，中華電信並不得援引電信法第 8 條第 1 項加以免責。

第三款 刪除或阻斷資訊之權利

電信法賦予電信業者刪除或阻斷資訊之權利，主要見諸於電信法第 8 條第 2 項與電信法第 22 條。電信法第 8 條第 2 項規定：「以提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容為營業者，電信事業得停止其使用。」第 22 條則謂：「電信事業非依法律，不得拒絕電信之接受及傳遞。但對於電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安者，得拒絕或停止其傳遞。」上述二法條均係賦予電信業者「得」停止提供服務之權利，而非「應」停止提供服務之義務²¹⁶。

本文以下即針對電信法第 8 條第 2 項與第 22 條分別加以說明：

第一目 電信法第 8 條第 2 項

電信法第 8 條第 2 項規定：「以提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容為營業者，電信事業得停止其使用。」，然而所謂「妨害公共秩序及善良風俗」係屬不確定的法律概念，早年民事判例曾指出：「民法第 72 條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言。」²¹⁷。然而，何謂國家社會一般利益及道德觀念，又是另一不確定的法律概念，其常隨著社經環境的變遷而異。因此本法條的適用便有待相關案例加以釐清，然而目前實務上有關此法條適用之案例均以色情電話為主，87 年基簡字第 59 號、87 年簡上第 18 號判決可資參照，未見與提供網際網路服務相關之案例。有論者以為，以提供色情資訊營利之用戶為該當於本條要件²¹⁸。

²¹⁵ 參考中華電信公司，「寬頻多媒體MOD」，<http://www.cht.com.tw/CompanyCat.php?CatID=248>。

²¹⁶ 以基隆地方法院 87 年簡上第 18 號判決為例，上訴人因家中幼孩撥打國際色情電話造成電話費劇增，上訴人不但拒繳電話費，更援引電信法第 8 條第 2 項主張電信業者有斷話之義務，然判決意旨明白指出：「電信法第 8 條第 2 項亦僅係賦予電信機關停止其通話之權利，亦並非謂電信機關對用戶負有必須對提供妨害善良風俗之通話內容之電信使用者予以斷話之義務」。

²¹⁷ 參閱 69 年台上字第 2603 號判例。

²¹⁸ 參閱張雅雯，網際網路連線服務提供者就網路違法內容之法律責任(下)，科技法律透析，1998 年 6 月。

此外，本法條雖賦予電信業者「得」停止提供服務之權利，但卻未對善意認定使用者提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容，進而停止其服務之業者提供免責之保護規定，反而將之訴諸業者與使用者間之私法自治。倘若事後查證使用者並未提供妨害公共秩序及善良風俗之電信內容，電信業者是否因依其停止服務行為所致損失負擔責任，不無疑問。雖然電信總局另訂頒行政規則²¹⁹：「電信事業依電信法第 8 條第 2 項規定對於電信使用者執行停止提供電信服務注意事項」²²⁰，但該注意事項對於善意停止電信服務之業者並無太大助益。依據電信事業依電信法第 8 條第 2 項規定對於電信使用者執行停止提供電信服務注意事項注意事項第 8 條：「電信事業依第 4 點規定執行停止提供電信服務因而涉訟時，書面通知電信事業提供服務之政府機關應給予必要協助。」注意事項僅要求政府機關應給予必要協助，但究竟協助內容為何，政府機關不予協助的效果，不論電信法或注意事項均未加以說明。此外，倘若電信業者係因民眾檢舉而停止服務者，其後涉訟，根據法條文義，政府機關並無協助義務。又依注意事項第 7 條：「電信事業為辦理本注意事項所定之停止電信服務作業，得於其營業規章及使用者書面契約訂定停止電信服務作業程序及法律效果。」，足見主管機關有意將此類行為訴諸業者與使用者間之私法自治。

第二目 電信法第 22 條

第 22 條但書：「但對於電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安者，得拒絕或停止其傳遞。」，其中所謂“內容顯有危害國家安全或妨害治安者”亦屬不確定的法律概念，實務上未見具體案例。論者有謂電信業者對販售違禁品、賭博、詐欺等內容，有權利主張其妨礙治安而停止並拒絕對該用戶繼續提供網路連線、電子郵件等服務²²¹。

雖然電信法第 22 條規定：「電信事業非依法律，不得拒絕電信之接受及傳遞。」，但法條並未設有違反效果；準此，倘電信業者無故拒絕電信之接受與傳遞，使用者僅能訴諸私法自治，此條文可謂僅具有宣誓性質。

²¹⁹ 交通部公報第 32 卷第 5 期，91 頁。

²²⁰ 事實上，以嚴格的公法角度視之，交通部以行政規則方式頒布本注意事項，其適法性是值得質疑的。畢竟涉及人民之權利義務事項者，行政機關應以法規命令定之。

²²¹ 參閱張雅雯，同註 218 文。

第四款 提供使用者資料

電信法第 7 條第 1 項規定：「電信事業或其服務人員對於電信之有無及其內容，應嚴守秘密，退職人員，亦同。」第 2 項又定：「前項依法律規定查詢者不適用之；電信事業處理有關機關（構）查詢通信紀錄及使用者資料之作業程序，由電信總局訂定之。」，復依民國 91 年底修正之「電信事業處理有關機關（構）查詢電信使用者資料實施辦法」第 3 條，僅司法機關、監察機關或治安機關因偵查犯罪或調查證據所需者、其他政府機關因執行公權力所需者、與公眾生命安全有關之機關（構）為緊急救助所需者，得敘明其法律依據向電信事業查詢使用者資料。準此，電信業者原則上不負向受侵權人提供使用者資料之義務。

第五款 保存使用者資料

依第二類電信事業管理規則第 27 條第 1 項：「電信事業經營者對於調查或蒐集證據，並依法律程序查詢電信之有無及其內容者，應提供之。」依同條第 3 項第 3 款：「網際網路擷取服務提供者應保存撥接用戶識別帳號、通信日期及上、下網時間等紀錄六個月；對於非固接式非對稱性數位用戶迴路 (ADSL) 用戶及纜線數據機用戶識別帳號、通信日期及上、下網時間等紀錄則保存三個月。同條第 4 項並要求經營者應核對及登錄其用戶之資料，並至少保存至服務契約終止後一年；有關機關依法查詢時，經營者應提供之。其中所謂用戶資料包括使用者姓名、身分證統一編號及住址等資料。」

上述保存期間之規定係於今年六月電信法修正時新增，根據修正理由，本條之目的主要在於配合防治網路犯罪，並因應實務需求。因此，電信業者原則上雖不負向受侵權人提供使用者資料之義務，但其卻負有保存使用者資料之義務，於受侵權人提起訴訟，而檢調機關認為必要時，電信業者應例外提供資料俾供防治犯罪。

第四項 從消費者保護法與公平交易

法看 ISP 之媒體經營者責任

第一款 電信法與消費者保護法、公平

交易法在媒體經營者責任之規範衝突

網際網路服務提供者提供網路接取或其他相關服務給企業經營者作商業用途，已經為網際網路服務提供者主要的經營型態之一。如企業經營者利用網路為不當商業行為，例如為不實廣告時，而導致消費者權益受損時，企業經營者依消保法第 22 條²²²或公平法第 21 條²²³規定應負起責任，自不待言。但網際網路服務提供者對其行為是否應負連帶責任？由於電信法第 8 條第 1 項規定，「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。」似乎已為網際網路服務提供者提供了解套。

消保法基於保護消費者的特殊目的，並使媒體經營者對誤導消費者的資訊負有責任，因而使媒體經營者就不實廣告所致消費者之損害與企業經營者負連帶責任。消保法第 23 條規定：「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。前項損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄。」

公平交易法對媒體經營者就不實廣告的責任也有規範。該法第 21 條第 4 項規定：「廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

此二規定係規範傳統媒體經營者對於不實廣告的責任及應負之注意義務，但在屬電信事業的網際網路服務提供者也開始跨足經營廣告後，不再純為電信業者，而又同時具備媒體經營者的角色。而由於媒體經營者散播內容所致之影響層面甚廣，因而我國法規對於媒體經營者在內容的部分向有較嚴格的規範。在網際

²²² 消保法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實；其對消費者所負之義務不得低於廣告內容。」

²²³ 公平法第 21 條全文：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。前二項規定於事業之服務準用之。廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

網路服務提供者同時具有媒體經營者的情形下，嚴格的責任規定與電信法第 8 條第 1 款的免責規定，即與消保法、公平法中有關不實廣告的責任等規定發生了衝突。

第二款 消保法對於媒體經營者規範 之分析

廣告與媒體彼此間具有相互依存的關係，因此我國與廣告的相關法規中²²⁴，對於違法廣告的處罰通常也及於媒體經營者，以藉此敦促媒體經營者的注意義務。

若依消保法第 23 條意旨，媒體經營者應儘可能審查廣告內容的真實性，若知廣告有不實之情事，並負有拒絕刊登廣告之義務，否則需就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。

廣告的內容從廣告主(企業經營者)的決定、廣告代理商或廣告業者的製作，一直到廣告的播出或刊載，至少有三方參與廣告的流程。事實上除了企業經營者外，廣告代理商因參與廣告製作，知悉廣告內容是否真實之可能性與對消費者的影響(即相對注意義務之程度)，應高於登載或播放的媒體經營者，而負有監督把關的責任。

但目前消保法在有關不實廣告的責任，只列出企業經營者與媒體經營者二個責任主體，並未含括真正製作廣告的廣告代理商。此導致在解釋上出現了問題：廣告代理商究竟應歸類為企業經營者或媒體經營者？目前消保法並未有對廣告代理商因不實廣告致消費者受損害的損害賠償規定。而在消保法欠缺相關規定的情形下，如消費者欲向廣告代理商主張損害賠償連帶責任時，有學者主張，仍需回歸公平交易法第 21 條第 4 項的規定²²⁵。然本文以為，二法規範目的與保護法益不盡相同(公平法對消費者之保護係為反射利益)，如允消費者基於同一事實，在消保法無法請求救濟為由，主張適用公平法第 21 條第 4 項，將會使類似法規競合的情形增加。

²²⁴ 與媒體經營者責任相關之廣告相關法規有藥事法、食品衛生管理法、菸害防制法、健康食品管理法等等，因此媒體經營者刊登商業廣告，需事先依相關法規進行檢視。

²²⁵ 參閱廖義男，消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範的競合，律師通訊，第 199 期，1996 年 4 月，24-25 頁。

第三款 公平法對於媒體經營者之規範分析

有關媒體經營者對不實廣告的責任在公平交易法規定在第 21 條²²⁶。該法第 21 條第 4 項規定：「廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

與消保法不同者，在於公平交易法第 21 條規範的不實廣告是指虛偽不實與引人錯誤之廣告。本法將虛偽不實與引人錯誤並列，主要是要使兩種概念有所區別²²⁷。而第 21 條第 4 項所稱之廣告媒體業的責任，是指大眾傳播媒體，因其所傳播或登載之廣告有虛偽不實或引人錯誤，使消費者陷入錯誤判斷，造成損害時，則與廣告主（廠商）負連帶賠償責任。為此規定之主要目的在於考量大眾傳播媒體之地位特殊，其播放或登載內容對於群眾的影響程度高，而對內容負有較高的監督義務，此在媒體相關法規也有類似規定²²⁸。從本項規定，廣告主、廣告代理商（廣告製作人）及廣告媒體對於虛偽不實或引人錯誤的廣告需負連帶責任中，可以發現，公平法將涉及不實廣告的規範對象明確分為廣告主（廠商）、廣告代理商、及媒體經營者。此處與消保法僅區分為企業經營者及媒體經營者顯然較廣，在解釋上也較明確具體。

第四款 消保法、公平法規定之要件適

²²⁶ 公平法第 21 條：「事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。前二項規定於事業之服務準用之。廣告代理業在明知或可得知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，與廣告主負連帶損害賠償責任。廣告媒體業在明知或可得知其所傳播或刊載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或刊載，亦與廣告主負連帶損害賠償責任。」

²²⁷ 從內容及方法來看，虛偽不實，係指捏造商品無或交易條件。使消費者之認知異於於商品之事實；而引人錯誤，則包含虛偽不實或事實俱在兩種情形，但其表示方法或標示方式不當或不全，而使消費者誤以商品品質或規格有錯誤之認知。

²²⁸ 例如廣播電視法第 21 條規定：廣播、電視節目內容，不得有左列情形之一：一 損害國家利益或民族尊嚴。二 違反反共復國國策或政府法令。三 煽惑他人犯罪或違背法令。四 傷害兒童身心健康。五 妨害公共秩序或善良風俗。六 散佈謠言、邪說或淆亂視聽。而同法第 32 條也規定：第 21 條及第 26 條之 1 第 2 項規定，於廣告準用之。

用網際網路服務提供者責任分析

第一目 主觀要件之具備－明知或可得而知

消保法第 23 條與公平法第 21 條第 4 項在媒體經營者責任部分，均以「明知或可得而知」作為主觀要件。此係新條文制訂當時，網際網路尚未如今日被廣泛商業應用，因而此條文所欲規範的媒體經營者，主要是針對傳統的媒體經營者例如廣電媒體或出版媒體。廣告業務對於此類傳統型態的媒體經營者言為重要收入，且通常設有廣告業務部門或人員辦理廣告相關事務。由於此類媒體經營者收受廣告費用而播放、刊登廣告，有論者認為媒體經營者自應對廣告的內容負起責任，不得以廣告過多為由，規避事先審查之義務²²⁹。

公平交易委員會對於第 21 條第 4 項之媒體經營者曾在 81 年公釋字 001 號函中說明：「公平交易法第 21 條第 4 項規定課以廣告媒體業負連帶民事責任，係以明知或可得知情況下始有適用。其目的在使廣告媒體業能對不實或引人錯誤之廣告作相當程度之篩選，因此該條所謂之媒體業限於對廣告主或廣告代理業所提出之廣告有支配能力之可能足以篩選時始有適用。」解釋函中，對於媒體經營者的責任也強調需在媒體經營者符合「明知」或「可得而知」等主觀要件的情形下方負有連帶責任，也藉此說明媒體對於不實廣告負有事前之注意義務。

雖與廣告相涉之法規不少，亦有明文規定媒體經營者（或傳播業者）負有監督義務及責任²³⁰，加以傳統廣告的刊登或媒體的播放，在流程中仍有經過傳播媒體事先審閱。因此，此類媒體經營者對於廣告內容多為明知或可得而知，而負有一定注意義務。

「明知」為故意，「可得而知」為施以相當注意即可得知。在「可得而知」的情形，還包括應注意而未注意之「過失」，因而明知或可得而知廣告內容不實為構成損害賠償責任之主觀要件。明知或可得而知廣告內容是否與事實不符，並無法透過機器或系統進行驗證，而有賴於人為的判斷。傳統媒體經營者，不管是報紙、雜誌、電視節目、廣播，對於廣告的處理，通常委由專人處理或編排廣告

²²⁹ 尤英夫，廣告法之理論與實務，初版，1998 年 2 月，284 頁。

²³⁰ 廣播電視法第 33 條第 1 項：電台所播送之廣告，應與節目明顯分開；內容應依規定送請新聞局審查。

內容或安排播放，因而在處理過程中，人為接觸廣告內容並為判斷之可能性甚高，而媒體經營者要求處理人員為不實廣告內容判斷也顯然可期待。

第二目 網際網路服務類型與主觀要件 之分析

網際網路當然也是刊登媒體的媒介，但網際網路服務提供者(Internet services provider, ISP) 究竟屬不屬於消法第 23 條所稱的媒體經營者？對此，行政院消費者保護委員會在民國 86 年曾做出解釋，認為依消保法施行細則第 23 條規定，消保法第 22、23 條所稱之廣告，應包含利用網際網路形式為之²³¹。因此，網路上的廣告亦屬於消保法的規範範圍。依該解釋，提供刊登廣告媒介的網路服務提供者當然也是為媒體經營者。

不過，實務上網際網路服務提供者雖然通稱為 ISP，但就其服務內容，事實上還可區分為：提供連線服務的 IAP、主機業者與提供廣告的 ICP。而其業務經營有與網路廣告有直接關係者，或僅有有間接關係者，是否所有涉及網路不實廣告的 ISP 均屬所稱的媒體經營者？對此，本文認為仍應回歸消保法第 23 條意旨，從媒體經營者對於廣告內容是否明知或可得而知的事實及技術上可能情形來探討。

發生在網路上的廣告，無論是在數量或傳輸速度的要求上，都高於傳統廣告甚多，但其所倚賴的網際網路服務型態與程度未必相同（此已於前述），也因為如此，對於廣告內容的干預能力也未必一致。此部分固然有服務提供者主張係受限於人力不足所致，但事實上確有部分受限於技術上之難行。何種網際網路服務提供者在經營上或技術上得推定對於網路廣告的內容為明知或可得而知？以下試就不同的網路媒體經營者的責任為釐清之說明：

1、網路連線服務提供者的服務型態與監控內容之能力

²³¹ 台 86 消保字第 00648 號函重要內容如下：「本法第 22 條及第 23 條所稱之『廣告』，依據本法施行細則第 23 條規定，係指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、牌坊、電話傳真、電子視訊、電子語音、電腦或其他方法，可使不特定多數人之席其內容之傳播者，均屬之，對於廣告係採廣義之定義。故凡提供刊登廣告之媒介，無論其媒介方式為何。只要能使不特定多數人得以知悉該廣告之內容，並以之為經常業務者，均屬本法第 23 條所稱『媒體經營者』之範圍。本案網際網路提供者及廣告網站經營者，係利用電腦或其他方法等方式作為提供刊登廣告之媒介，使不特定多數人得以知悉該廣告之內容，且係以之為經常業務者，均應認係本法第 23 條規定之媒體經營者。為其是否應與為廣告之企業經營者負連帶賠償責任之問題，則需再就其是否符合本法第 23 條規定要件以為判斷。」

此所要討論的是純粹的 IAP。網路連線服務提供者 (Internet Access Provider; IAP) 是指提供企業或個人連接網路通路之公司或組織。消費者通常利用電話線或 cable 及數據機連接 IAP 的設備以取得連線服務。不過有也會有 IAP 同時經營其他 ISP 業務的情形，此類型態較為複雜，有關責任應以分別探討為宜。

單純僅提供連線服務 (mere conduit) 的 IAP，其服務類型形同電話撥接服務。使用人利用其服務所為之行爲，並非電信業者所能預見。依電信法第 8 條第 1 項規定，「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任」，得以免除責任。若依此理，IAP 的客戶利用其提供的連線服務在網站上刊登廣告，客戶應自行負責。理由在於僅提供連線服務的 IAP 業者對於客戶利用其連線服務刊載廣告的內容，礙於技術與人力也實在難以監控，對「明知」或「可得而知」企業經營者或廣告主所登載之網路廣告不實，也同樣難以期待²³²。

歐盟電子商務指令 (Directive on Electronic Commerce)²³³ 中，對僅單純提供網路接取服務 (Mere Conduit) 的業者，也明文規定，在無權限更改資訊等特定情形下，並不需就所傳輸資訊負法律上的責任²³⁴。其免責規定主要也是考量到此類網際網路服務提供者，在事實上或技術上難以期待對使用者行爲具有監控可能性，以及避免業者承擔不可預見的風險。

新加坡的電子交易法 (Electronic Transaction Act 1998) 在網路服務提供者責任部份在第 10 條中規定，網路服務提供者不得僅因提供第三人資料製作、公布、散佈之管道，而負擔任何民事、刑事責任。而對網路服務提供者責任所採取的原則為：除當事人契約約定、法律或法院賦予網路服務提供者為相當之注意義務，基本上網路服務提供者對其無法有效控制之第三人資料不負任何民事責任²³⁵。

²³² 舉電話撥接服務為例，電信業者基於服務契約提供電話號碼予商家使用，並無法限制或阻止商家進行行銷或其他活動之內容或行爲；而在網路接取服務，IAP 業者同樣無法阻止或監看使用者透過其連線傳輸之內容。

²³³ OJ L 178, 2002.7.17 P.1-16.

²³⁴ 參見指令第 12 條規定。

²³⁵ Article 10 : Liability of network service providers:

A network service provider shall not be subject to any civil or criminal liability under any rule of law in respect of third-party material in the form of electronic records to which he merely provides access if such liability is founded on- (a) the making, publication, dissemination or distribution of such materials or any statement made in such material; or (b) the infringement of any rights subsisting in or in relation to such material.

Nothing in this section shall affect-
any obligation founded in contract;

the obligation of a network service provider as such under a licensing or other regulatory regime established under written law; or any obligation imposed under any written law or by a court to remove, block or deny access to any material.

然消保會台 86 消保字 00486 號的解釋函第二點說明，除廣告網站經營者外，一般的網際網路服務提供者也應視為媒體經營者。不過其前提需「作為提供刊登廣告之媒介，使不特定多數人得以知悉該廣告之內容，且係以之為經常業務者。」以形式而言，網際網路做為廣告的媒介，並無疑問。就實際網路廣告實際操作情形來看，網際網路的廣告的方式與傳統媒體有很大差異。通常是商家付費後在自己或租用的網站上刊登廣告，或者透過鏈結方式，讓消費者瀏覽其網頁。純粹提供上網服務的IAP通常也不會介入刊登業務，事實上IAP在僅提供網路通路的情形，也無法掌控業者登廣告的時間或內容。因此，純粹IAP並未如傳統媒體業者如報紙或電視，具備監控廣告內容的能力²³⁶。

但是，網路廣告確係經由 IAP 所提供的服務為媒介，連結到網站或網頁，讓不特定人接觸到廣告內容；而消費者也是藉由其通路接觸到廣告。因此 IAP 雖非經營媒體，但作為媒介的角色，在相關法規尚未清楚區分網際網路服務業務及法律責任前，恐也不易加以排除。然消保會解釋函中對於網際網路服務提供者未採區分的認定方式，而概括地認定均屬媒體經營者，恐會造成既非「明知」，也不易「可得而知」之 IAP 業者無法預見的風險，在責任的判斷及區分，本文認為有必要再次釐清。

2、網路內容服務提供者的責任

相對於純粹 IAP 無法監控網路廣告，網路內容服務提供者（Internet Content Provider, ICP）就可說是網路廣告的實際提供者或經手者。ICP 不管是在自己網站登載，或提供網路廣告內容，對網路廣告或播放內容通常都有事先編輯或審閱的機會，其地位較類似傳統媒體經營者或廣告代理商，對於網路不實廣告的「明知」或「可得而知」，顯然較 IAP 可期待。此外，基於 ICP 與企業經營者間之契約關係，也可以推定，ICP 在廣告內容與企業經營者有相當之共識，加上其通常係以網路廣告為常業，對於廣告內容自應負有善良管理人之注意。因而對於所提供的內容，或對於第三人所提供的不實廣告內容負有連帶的法律責任。而即使 ICP 經營其他 ISP 業務，因為不屬第一類電信業者，在這個部份，自不得以電信業者身份以電信法第 8 條第 1 項主張免責。

3、經營廣告版面出租業者之責任

網際網路服務提供者提供網路廣告版面，並收取廣告費用，此為許多入口網

²³⁶ 參閱張雅雯，網際網路連線服務提供者就網路違法廣告內容之法律責任（上），資訊法律透析，1998年3月，27-36頁。

站常見的廣告經營型態²³⁷，此時業者所提供的服務內容類似雜誌、報紙或電視業者刊登或插播廣告業務。由於在提供刊登廣告媒介之外，也透過URL讓不特定人在其網站上知悉廣告內容，並以之為經常業務。這類的網際網路服務提供者有所謂的網路平臺服務提供者（IPP），或其他類型的服務。

若以此類業者實際運作廣告模式，由於涉及入口網站的形象及商業利益的考量，通常會進行一定編輯或編排程序（尤其在首頁部分），處理過程中，人為接觸到廣告的內容並為廣告內容當否之判斷，即對不實或引人錯誤廣告的明知或可得而知，顯然較可期待，而較易符合消保法第 23 條及公平交易法第 21 條第 4 項之主觀要件。

依處理及刊登網路廣告的流程，此類業務已然跳脫純網際網路服務的範疇，類似廣告網站經營者，而應可視同媒體經營者之地位。即使此類業者經營其他網際網路服務而同時為電信業者，在不實廣告部分不應依電信法規定主張免責。

至於有部分廣告是採取超鏈結方式連結到廣告主或企業經營者之網頁，如鏈結網頁之內容有涉及不實或違法之情事，IPP 是否仍須負連帶責任？如 IPP 因在其平台刊登廣告而對不特定消費者負有義務，在檢視廣告內容的過程中，理論上 IPP 業者仍應對為達廣告的目的鏈結內容負有相當注意義務。不過鑑於業者實務上確有難以隨時監控的可能，例如拍賣網站的情形，如要求其盡完全的主動監控義務，在廣告內容及手法日漸活潑，難以全面過濾的情形下，恐對 IPP 的經營形成不易預測之風險。因此本文認為，課予 IPP 一般監控義務，如人為、軟體或系統過濾仍有必要，但對於例外或個案情形，則兼課予其被動注意義務及作為義務，即將接獲通知後需立即審核或取下該不實廣告，作為限制其連帶賠償責任的要件。此對於達成維持 IPP 注意義務的要求、避免不實廣告的損害擴大及控制 IPP 業者的經營風險等目的，應是可參考的解決方式。

4、提供主機出租或代管網頁業者之責任

此類網際網路服務提供者提供的服務，包括提供交易平台、多項建置與設計網頁所需的工具或服務如提供網頁刊載的硬體空間、技術管理等服務與所需的硬體支援，另外也提供客戶維護網站之帳號及密碼讓客戶隨時上網維護或更新內容。而廣告的內容通常是由租用主機的商家自行提供，網際網路服務提供者所提供的僅為設施（facilities）而已。

雖然消保會解釋函對於媒體經營者採較為廣義的解釋，但是僅提供虛擬主機

²³⁷ 此類廣告常見的型態有標題式廣告（Banner）、點選式廣告及鏈結式廣告。

出租或網頁代管的網際網路服務提供者，是否如消保法第 23 條所規定「明知」或「可得而知」的媒體經營者，則有有探討餘地。

問題在於這類網際網路服務提供者是否負有審查或過濾網路廣告的義務？對僅出租主機或硬碟空間收取費用的業者，必須監控眾多網頁內容的行為是否具有期待可能性？這樣的成本與獲利是否能夠平衡？對於型態種類繁複的網路廣告，業者是否有能力審視其內容有誇大或不實的情形？這些問題都是在規範其責任時應必須考慮的問題。

租用主機服務的商家登載或變更廣告的時間並不一定，商家一般也都握有網站的帳號及密碼，在變更內容過程中廣告上也不會透過出租主機的網路服務提供者進行，因此主機業者如要執行審核或監控的工作，實際也有程度上的困難。出租主機服務的 ISP 業者若要含括在消保會解釋函中所認定的媒體經營者範圍內，而應對不實網路廣告內容負連帶責任，其所面臨的問題與 IAP 有些類似，都是在於「媒介」的定義上。不過，由於這類型的 ISP 業者，畢竟仍有主機支配者的地位，雖未必對於租用主機使用人收取刊登廣告之費用，但也不能否定主機業者在技術上得監看租用人刊登廣告的可能性。也因為這樣的技術可能性，使這類業者對於不實網路廣告內容且在技術上，相較 IAP 而言，有賦予一定注意義務之可能。

然而，此注意義務究竟是指為主動之注意或為被動之注意？若以一般媒體運作廣告的模式來看，由於需透過編輯或編排程序，加以現有的法規對媒體的規範，處理過程中，人為接觸到廣告的內容為一般可期待，因而要求為主動之注意甚為合理。然在透過租用主機刊登網路廣告的情形卻不然，大部分或所有的內容為主機租用人所經手，且可以在未告知或透過出租人的情形下，隨時並直接在其網址刊登廣告。在此情形下，要求為主機出租的網際網路服務提供者必須主動負起內容的注意義務，在實際上確有較困難之處。然由於主機業者對於租用人所登載的內容，在技術上仍有可干涉的能力，因而對其注意義務，則應著重在對於不當資訊的事後補救，亦即需為被動的注意較為可行。

歐盟在電子商務指令第 14 條主要是針對主機業者，在一般情形及注意義務下，無法發現傳輸資訊有犯罪情形時，基本上也不負法律責任²³⁸。

²³⁸ Article 14 Hosting : Where an information society service is provided that consists of storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that: the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for

然而，主機業者對於網路不實廣告，目前僅依消保法 23 條或公平法第 21 條第 4 項規定之反面解釋，賦予其干涉之間接權限。但電信法第 8 條的規定，也讓主機代管業者有藉此免責的理由。

第三目 小結

對於不同型態的網際網路服務業者，其對於資訊內容的責任，應根據其注意義務高低而有區分。在歐盟電子商務指令中，單純的通路提供者（純粹IAP業者）對於所傳輸的資訊，在非資訊提供人，或無挑選或更改的權限下，不負擔任何責任²³⁹；不過，當主機業者發現有不法情事，必須立即採取移除或無法再讀取的措施，方得以免責。從此可以看出指令對於網際網路服務提供者對不當資訊的責任，雖未明文訂有主觀要件，但也認同服務提供者之責任必須與其對網路資訊有事實上監控的技術相關，並藉此促其遵守應有之注意義務。

網路不實廣告的內容監控，對於部分網際網路服務提供者而言，在技術上是可能達到的。然若以此為由，藉消保會解釋函，推定所有ISP業者均係適格之媒體經營者，對於網路不實廣告均有「可得而知」之可能，而應課以連帶責任，顯然未就ISP不同的經營型態為考量，而將其與其他性質之媒體等同視之。其結果將導致網路服務業動輒得咎，在無法事先約定跟排除的情形下，各種服務類型不一、經營規模有差異的業者均將擔負相同的責任。在高風險的考量下，將有可能導致小規模的業者退出市場，而影響整個網路服務業的市場結構，其結果仍會反射至消費者身上，對逐漸習於利用網際網路的消費者而言未必有利²⁴⁰。電信法第 8 條的免責規定，會讓部分網際網路服務提供者有推卸注意義務的藉口。

歐盟指令、德國及新加坡中針對提供不同業務的網路服務提供者，對於所傳輸資訊的注意義務及免責為不同規定，足見對於業者注意義務履行可能的考慮，並課以業者合理注意義務以保障消費者的作法，頗值得借鏡。

damages, is not aware of facts or circumstance from which the illegal activity or information is apparent; or the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

²³⁹Article 12 Mere conduit : Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider: does not initiate the transmission; does not select the receiver of the transmission; and does not select or modify the information contained in the transmission.

²⁴⁰ 參閱王傳芬，網路交易法律錦囊－消費者權益保護，初版，2000年10月，288頁。

第五項 其他法規

在為以下法規適用說明前，首須說明者，如網際網路服務提供者無法就其上所載內容為事實上可能之控制時，即無法課與其責任，在無責任之情況下，即無刑罰或行政罰之可能。因此，以下法規適用之規範對象，應指對於內容之刊登或傳送有控制權之網際網路服務提供者而言。在此前提下，一般所謂的連線服務提供者（IAP）則無法成為規範主體。

第一款 兒童及少年性交易防治條例

依該法第 33 條第 1 項之規定：「廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，由各目的事業主管機關處以新台幣五萬元以上六十萬元以下罰鍰。」網際網路服務提供者應可認定為該條項之電腦網路。本條項所指之行爲態樣有散布、播送或刊登，由於內容服務提供者（ICP）對於其網路上之內容具有決定權，故有上述行爲時，自為受罰之對象。就平臺服務提供者(IPP)而言，應無散布或傳送之情況，但如在其入口網頁上，有上述所規範之訊息刊登時，網路平臺服務提供者得否就該訊息之刊登而受本條項之處罰？一般而言，平臺服務提供者對其首頁廣告應有決定權，可以決定某段時間內，哪些廣告可以在其網頁上刊登，故如廣告主刊登之內容有違反該條項之規定時，主管機關自得為罰鍰之處罰。

然值得注意者，該條例第 29 條規定：「以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金。」與第 33 條相較，對於媒體業者之處罰，除為第 29 條之行爲主體外，僅以行政罰作為處罰之方式，而非將媒體業者認為是行爲人之幫助犯科予刑事處罰。

第二款 食品衛生管理法與健康食品 管理法

依食品衛生管理法第 19 條第 3 項之規定：「接受委託刊播之傳播業者，應自廣告之日起二個月，保存委託刊播廣告者之姓名（名稱）、住所、電話、身份證

或事業登記證字號等資料，且於主管機關要求提供時，不得規避、妨礙或拒絕。」此種保存廣告主資料之規定，在健康食品管理法第 15 條第 2 項亦有相同之規定²⁴¹。對於該項保存義務之違反，主管機關得處傳播業者行政罰鍰，並得以連續處罰方式為之，直至其停止刊播為止。這裡所指的傳播業，應包含網際網路上提供平臺給廣告主刊登廣告之平臺服務提供者，惟平臺服務提供者並非對其平臺所提供之廣告皆應負責，而是僅就其能控制的入口網頁或電子郵件登入網頁之廣告負責。蓋此類廣告之提供，為平臺服務業者主要收入來源，自應考量並檢視廣告內容是否符合現行法規規範之義務，以決定是否將該廣告刊登於入口網頁。

第三款 化妝品衛生管理條例

依化妝品衛生管理條例第 24 條第 1 項之規定：「化妝品不得於報紙、刊物、傳單、廣播、幻燈片、電影、電視及其他傳播工具登載或宣播猥褻、有傷風化或虛偽誇大之廣告。」同條第 2 項：「化妝品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，申請中央或直轄市衛生主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件。」以網際網路作為傳播之工具，已成為日益普遍之行銷管道，因此，透過網際網路之平臺登載化妝品廣告，亦應屬於該規範之範圍。因此平臺服務提供者在其所能控制之網頁，對於化妝品廣告刊登，應要求廣告主提供經衛生主管機關核准之證明文件，始能免其行政罰鍰之處罰。

第四款 本項結語

綜上，平臺服務提供者對於其所能控制之網頁內容，除該內容違法且認為平臺服務提供者有協助之意思外，原則上，平臺服務提供者如已審查經廣告主主管機關核准之證明文件後，應得免除其依刑事責任科予幫助犯之可能，縱事後認該廣告內容有猥褻、傷害風俗或誇大不實之情形，仍應僅以行政罰鍰或命其停止刊登等之方式為處罰，而非以刑事處罰相繩。蓋猥褻、傷害風俗或誇大不實之認定，本屬價值判斷之問題，故不應因價值判斷之不同，而處以處罰上最嚴苛的刑事罰。

²⁴¹ 對於刊登健康食品廣告之傳播業者，依健康食品管理法第 15 條第 1 項之規定，傳播業者應依法審查該健康食品之廣告，是否已依法取得廣告之許可證。

第六項 小結

本文認為網際網路服務提供者所提供的服務仍屬刑法上的行為。但不同型態的服務型態，可能導出不同的容許風險界限。本文認為網路連線服務提供者之風險最應被容許，網路平台服務提供者次之，網路內容再次之的態度。然未來如須對網際網路上之刑法風險定出具體的容許界線，仍須仰賴相關專業的行政法規作為前導，先界定行政不法的範疇，繼而認定刑事責任的有無，將是較為允當的作法。

我國電信法之規定，其雖有意將電信事業侷限於單純連線提供者（IAP），然定義含混，加上第 27 條之規定，更使得 IAP 與平台服務提供者(IPP)於電信法之定位便顯得曖昧不明。又雖然我國電信法將電信事業區分成第一類電信事業與第二類電信事業，但由於第一類電信業者多兼營第二類電信事業，而使得區分更加模糊，責任也更不易界定。因此本文認為，我國電信法所規範之電信事業應以該事業對傳送內容有無控管能力為斷，而定其責任，而不問其究為連線服務提供者或平台服務提供者。

而在不實廣告的責任及應負之注意義務部份，在網際網路服務提供者跨足經營廣告後，其地位不再純為電信業者，而又同時具備媒體經營者的角色，自應受媒體相關法規規範。在網際網路業者同時具有媒體經營者的情形下，嚴格的責任規定與電信法第 8 條第 1 款的免責規定，及予消保法、公平法中有關不實廣告的責任等規定的衝突勢必須予以處理。因而界定電信法第 8 條第 1 項的主體實有必要。從消保法第 23 條與公平法第 21 條第 4 項規定及其相關函釋，在媒體經營者責任部分，均以「明知或可得而知」作為主觀要件。本文認為第 8 條第 1 項應限制在事實上無法具備主觀要件的網際網路服務提供者。因此網路連線服務提供者（IAP）應排除在媒體經營者的定義之外。

網路平臺服務提供者（IPP），由於涉及入口網站的形象及商業利益的考量，通常會進行一定編輯或編排程序，人為接觸到廣告的內容並為廣告內容當否之判斷，即對不實或引人錯誤廣告的明知或可得而知，顯然較可期待，而較易符合消保法第 23 條及公平交易法第 21 條第 4 項之主觀要件。

然要求主機出租的網際網路服務提供者主動負起內容的注意義務，在實際上確有較困難之處。然由於主機業者對於租用人所登載的內容，在技術上仍有可干

涉的能力，因而對其注意義務，則應著重在對於不當資訊的事後補救，亦即需為被動的注意較為可行。

而在具特定保護目的的規範，例如兒童及青少年性交易防治條例、食品衛生管理法、健康食品管理法或化妝品衛生管理條例中，有課與媒體經營者事先審查廣告內容之義務及處罰規定，顯見其係針對具有主觀認識之媒體經營者而定。平臺服務提供者對於其所能控制之網頁內容，除該內容違法且認為平臺服務提供者有協助之意思外，原則上，平臺服務提供者如已審查經廣告主主管機關核准之證明文件後，應得免除其依刑事責任科予幫助犯之可能。

第二節 我國增訂網際網路提供者免責規範立法原則探討

第一項 訂定免責規範之必要性

於本章第一節探討我國相關規定，能否適用於網際網路服務提供者的服務時，我們大致上可以認為，其構成要件涉及許多不確定法律概念，致使服務提供者在服務上所面臨的法律風險，並不容易評估。在規範不明確的情形下，網際網路服務提供者可能遭受民事、刑事或行政責任的追訴，此勢必將降低從事此一服務的意願，進而影響電子商務的發展。

在此一時空背景之下，世界主要國家遂以立法方式，明訂有關網際網路服務提供者的免責規範。以歐盟電子商務指令而言，該指令除首先明白指出，電子商務於資訊社會發展的重要性外，在法律上必須去除建立及提供資訊社會服務的障礙；而障礙的產生，除了是各會員國法規定的不一致外，法律的不確定性亦是主要原因²⁴²。德國政府在制訂有關電信服務法及媒體服務邦際協定的免責規定時，則是在於降低事業經營網路服務可能面臨的風險²⁴³。美國及日本等國家亦因相同的考量，作為制訂免責規範主要依據。

在推動網際網路及電子商務，以促進我國經貿發展，已成為我國重要的國

²⁴² 包括各國在立法及判例法上的意見不一，以及會員國之間可能因此而管制自另一會員國所傳輸的服務。參見歐盟電子商務指令立法說明第5點及第40點的說明。

²⁴³ Vgl. Ulrich Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Muenchen 1999, S.259.

家政策²⁴⁴。對於此一追求高度創新的產業環境，法律必須掌握現實社會及經濟環境的脈動，以避免形成創新活動與法律的緊張關係²⁴⁵。是以本文認為，為營造產業提供創新的服務及良好發展的環境，我國有必要考量是否制訂有關網際網路服務提供者的免責規範。

此一免責規範除了必須讓網際網路服務提供者得以知悉其免責的類型及要件，以供經營時加以遵循外，對於司法實務及主管機關而言，藉由該免責規範釐清法律容許該服務所經營的風險，此一標準的建立有助於未來個案爭議處理上進行較為一致的判斷。

第二項 可能之規範模式探討

第一款 單一免責要件

由於利用網際網路傳送匿名資訊、在海外傳送資訊、或隱匿自己所在地均較以往容易，要求發信者對網際網路上所流通的違法或有害資訊負責變得更為困難，導致受害者無法獲得適切救濟。網際網路除可在瞬間流通大量違法或有害資訊之外，更具有繼續性，無可置疑地有對受害者造成巨大損害的可能。

因此世界各國均期待藉由媒介資訊流通之服務提供者的介入，適切防止違法或有害資訊之流通。然而一般而言，因服務提供者對顧客負有提供服務之義務，故其對於系爭資訊是否確具違法性或有害性在判斷上多有猶豫。因此各國法制在「課予服務提供者一定義務」或「在特定情況下免除其責任」二種可能選擇中，仍以後者為主流，並輔以適切處置及誘導。此種以「授益性的免除責任」優於「侵益性的賦予義務」的作法，誠為促進服務提供業發展的良法。基此立場，各國均立法在特定場合免除服務提供者之責任，只是立法體例不同而已。就單一免責要件而論，比較法上以日本「服務提供者責任限制法」(以下稱「日本法」)為典型，可資參考。具體而言，在服務提供者方面，日本法原則上一體適用於內容服務提供者、伺服器提供者及接取服務提供者，僅內容服務提供者自己提供資訊時該當

²⁴⁴ 參見行政院 91.5.31 院臺經字第 0910027091 號函核定「挑戰 2008:國家發展重點計畫」中，「數位台灣計畫」對於「e化商務」的推動內容。

²⁴⁵ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung als Reaktion auf gesellschaftlichen Innovationsbedarf, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, Baden-Baden 2002, S.29f.

第 2 條第 4 款之「發信者」；在侵害權利方面，日本法的制定亦使所有相關的私權侵害均適用同一免責要件。

立法者固然並未更進一步地在日本法中從事具體類型化的工作，但不代表該國法制不重視個別私權的特性。在日本法通過尚未施行的 2002 年 2 月，為使因資訊流通所導致的權利侵害在法律施行後得到適切而迅速的救濟，產官學研組成了「服務提供者責任限制法準則檢討協議會」，並且訂定「名譽及隱私權準則」及「著作權準則」，對於適用日本法的相關判斷基準、因應作法及書狀範例等均加規定。除此之外更設置「信賴性確認團體認定委員會」、訂定「信賴性確認團體之認定程序」，使著作權受侵害之人得經由作為公正第三人的「信賴性確認團體」確認其同一性等事項，以有效運用著作權準則之規定。簡言之，採用單一免責要件的日本，對於較常發生侵害的權利類型，政府仍以集思廣益，制定準則 (Guideline) 的方式，指導業者與民眾如何利用本法因應具體爭議。

雖然如此。日本學界對於單一免責要件的設計方式並非沒有疑問，已被提出的其他設計方式可簡述如下：

首先是以「所提供的服務」為設計主軸的模式。由於商業運用的日趨精緻，服務提供者所提供的服務也隨之多樣化。立法上可能的區別標準，例如由是否收費區分，亦即分為付費及免付費服務；此外以服務提供者不同的參與型態作區分，也是一種方式，如區別內容服務提供者、伺服器提供者及接取服務提供者等等。就上述兩種區別標準而言，以網際網路流通違法或有害資訊的問題為例，學說認為，不論服務係由出於營利目的的服務提供者所提供，抑或由教育等非營利機構提供，所出現的問題在本質上均屬相同²⁴⁶。因此服務提供者所提供之服務究為付費或免付費，對於違法或有害資訊流通之問題實無關係。相對於此，服務提供者的參與型態，將決定其控制違法或有害資訊的程度及能力，若能區分各種不同參與型態，進而設計相關制度，應有充分之合理性。依此而生之考量，可能導向以服務提供者為規範對象的單一式立法：諸如內容提供者應與一般報紙、雜誌或電視等資訊提供者流通違法或有害資訊時之規範相同；伺服器提供者則應視其對資訊內容之認識可能性與資訊流通之防止可能性，設計一定之免責規定等等。

其次是以「被侵害的權利」及「行為之違法性」為設計主軸的模式。日本法

²⁴⁶ 參閱飯田耕一郎編，同註 133 書，109 頁。

對於侵害第三人個人權利之資訊，亦未區分毀損名譽資訊或智慧財產權資訊等類別，亦未加以限定，而是一體適用。至於猥褻性資訊等對社會善良風俗有害之資訊，除同時有害於個人隱私或名譽者外，並非本法規範對象。這是由於立法者認其原則上屬於刑法等法律之規範對象，除同時對個人隱私或名譽構成不法侵害者之外，並非本法所關注的焦點之故。

綜觀日本相關法制經驗，單一免責要件的優點，在於不破壞現有法律體系，僅須增訂責任要件，即可達成免責效果。然而要以有限的條文面對權利系譜中各式各樣具有不同特質的權利，行政機關在法律通過後對於命令、規則的制定，以及對業者自律的監督及指導，仍屬不可或缺。

第二款 免責要件類型化之規範模式

誠如本文於第二章及第三章對於國外網際網路服務提供者免責規範的研究所示，美國、歐盟及德國可謂係採取免責要件類型化的規範模式。惟美國係採取分散立法的方式，於著作權法、通訊端正法等較容易引發侵權等爭議的法領域，架構起網際網路服務提供者的安全港。而歐盟為推動電子商務的發展，避免影響歐盟境內的貨物自由流通，以去除法制障礙，促進法律明確性為目的，於電子商務指令揭櫫網際網路服務提供者服務的免責類型及要件。德國更早於 1997 年即制訂電信服務法及媒體服務邦際協定時，納入相關規範。

對於此兩種不同的立法策略，孰優孰劣，恐怕是一見仁見智的問題。以比較美國著作權法、通訊端正法為例，同為提供資訊接取的服務，不僅使用名詞有所差異（「服務提供者」vs.「互動式電腦服務提供者」），且在有關連線服務提供的免責要件上，後者較前者明顯有較為嚴格的規定²⁴⁷。雖然得以因應不同法規的規範目的，做不同的考量，但在實際上我們也發現，自DMCA法案通過、訂入美國著作權法後，其他後續法案均有仿自該法案內容的情形²⁴⁸，是以上述所謂得以就不同法領域，制訂不同的網際網路服務提供者免責規範，其實益多大，在實證上似乎有待釐清，而且難免有「掛一漏萬」的情形產生！

如果吾人以法律明確性及安定性的要求出發，毋寧單一立法可能是一較為

²⁴⁷ CDA第 230 條針對誹謗行為，設有以下兩個要件：一、基於善意主動限制接觸或取得不當內容的行為；二、提供資訊內容提供者或他人科技方法以限制接觸不當內容的行為。

²⁴⁸ 廖文慈，網路服務提供者責任之研究，輔大法研所碩士論文，2002 年 6 月，文中 184 頁亦認為如此。

理想的模式。在此一立法模式下，網際網路服務提供者無須擔心其所傳輸、提供接取的資訊內容為何，而必須適用不同的法律，採取不同的免責要件。不過，本文仍須指出，即便是採取分散式立法的立法方式，倘若得以相同之免責類型及要件，訂入相關較多爭議的法律之中，在實際運作上亦可解決大部分的問題；然而如何確保不同法律對於網際網路服務提供者的免責規範，均採取相同的要件，相信是採取此一立法策略上所需加以面對的課題。

另外值得加以探討的是，以美國、歐盟免責規範的法效果加以比較，美國所免除者有網際網路服務提供者的民事責任，亦有兼含民事及刑事責任；歐盟則在其指令草案中，明示所免除的是網際網路服務提供者的民事及刑事責任²⁴⁹。我們所關心的是，對於僅明示免除民事責任的立法，在解釋上對於刑事責任的判斷，得否為不同的認定？亦即認定「民事無責，刑事有責」？

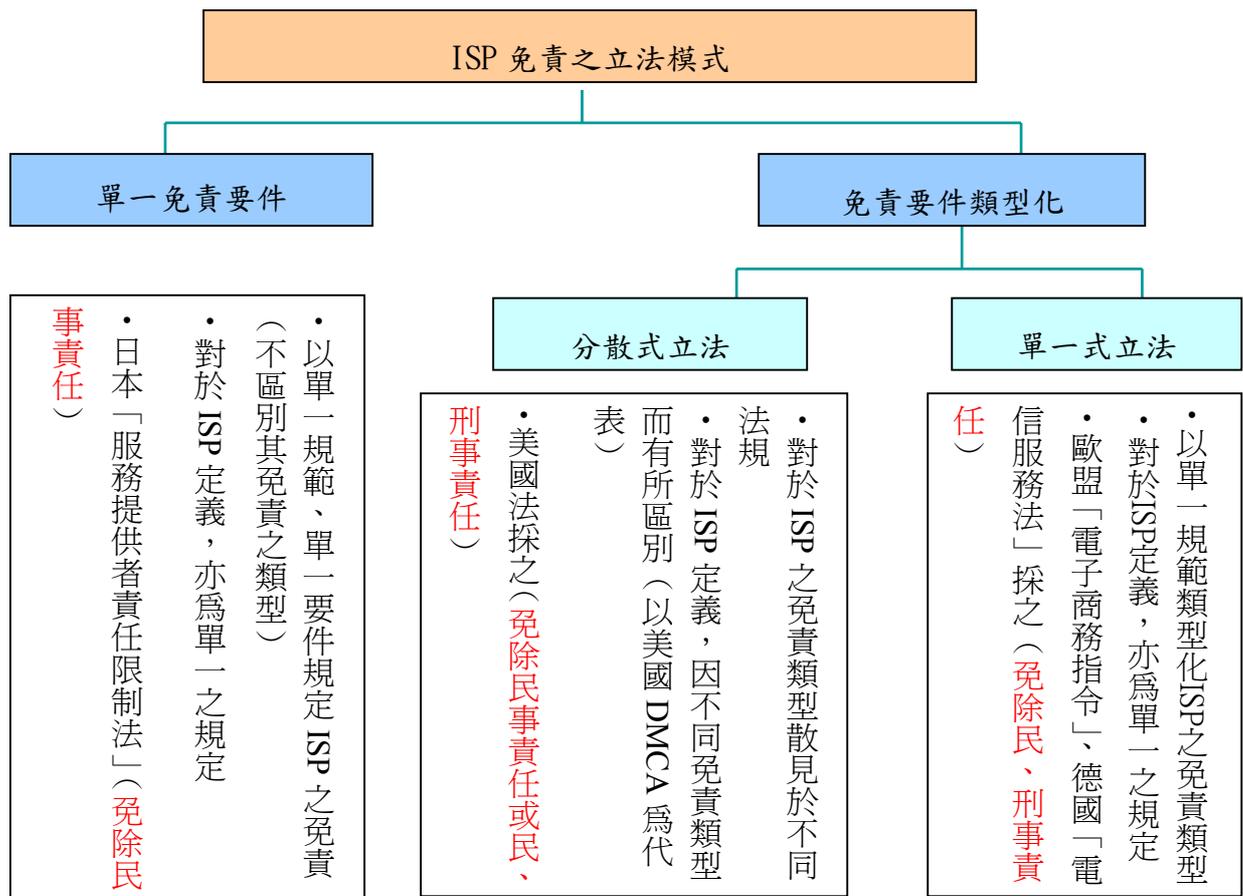
關於此一部份，必須從行為違法性(Rechtswidrigkeit)的論點加以探討。依據德國學者Roxin教授的看法，由於刑罰具最後手段的性質，對於在民事責任免責的情形下，在解釋上自不應課予刑事責任²⁵⁰。此一解釋足以避免同一行為在民事、刑事責任的價值判斷上，產生輕重失衡的現象，頗值贊同。是以未來對於網際網路服務提供者免責規範的制度設計，應以同時免除民事及刑事責任為妥，以避免在解釋及適用上滋生困擾。

第三項 小結

對於國際間目前有關網際網路服務提供者免責規範的立法，可歸納整理如下之圖示：

²⁴⁹ 至於德國電信服務法及媒體服務邦際協定有關網際網路服務提供者的免責規範，其所免除的責任範圍為何，本文見到德國學者有不同的說法。如Ulrich Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet*, Muenchen 1999, S.4 認為所免除的是民事、刑事及行政責任；Stefen M. Freytag, *Haftung im Netz*, Muenchen 1999, S.44ff.則自「Verantwortlichkeit」一詞在警察法(Polizeirecht)、民法及刑法等法領域的用法出發，探討上述兩項責任的內涵。不過最近一本探討網際網路服務提供者責任的專書Thomas Stadler, *Haftung fuer Informationen im Internet*, Berlin 2002, S.39f.則引用當時「電子商務法」(Elektronischer Geschaeftsverkehrsgesetz; EGG)的立法理由，認定電信服務法並未建立或擴張任何民事或刑事的責任，足認所免除者僅為服務提供者的民、刑事責任。

²⁵⁰ Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht AT*, Bd. I, 3 Aufl., Muenchen 1997, §14 Rn. 30ff. 此一看法稱為「法秩序一體性」(Einheit der Rechtsordnung)的原則。



對於上述「單一免責要件」及「免責要件類型化」的兩種立法模式，本文試圖從以下幾個觀點加以探討：

一、免責適用範圍

「單一免責要件」係以單一的標準，檢視所有網際網路服務提供者服務內容是否免責，此一模式對於網際網路服務提供者在提供新興服務型態上，得以考量其服務可能的免責要件為何，以評估其服務提供可能產生的法律風險，作為採取適當避險措施之參考。而「免責要件類型化」的立法模式，則僅針對常見的服務類型設定其免責要件，因此在適用上明顯不若「單一免責要件」的立法模式範圍為廣。

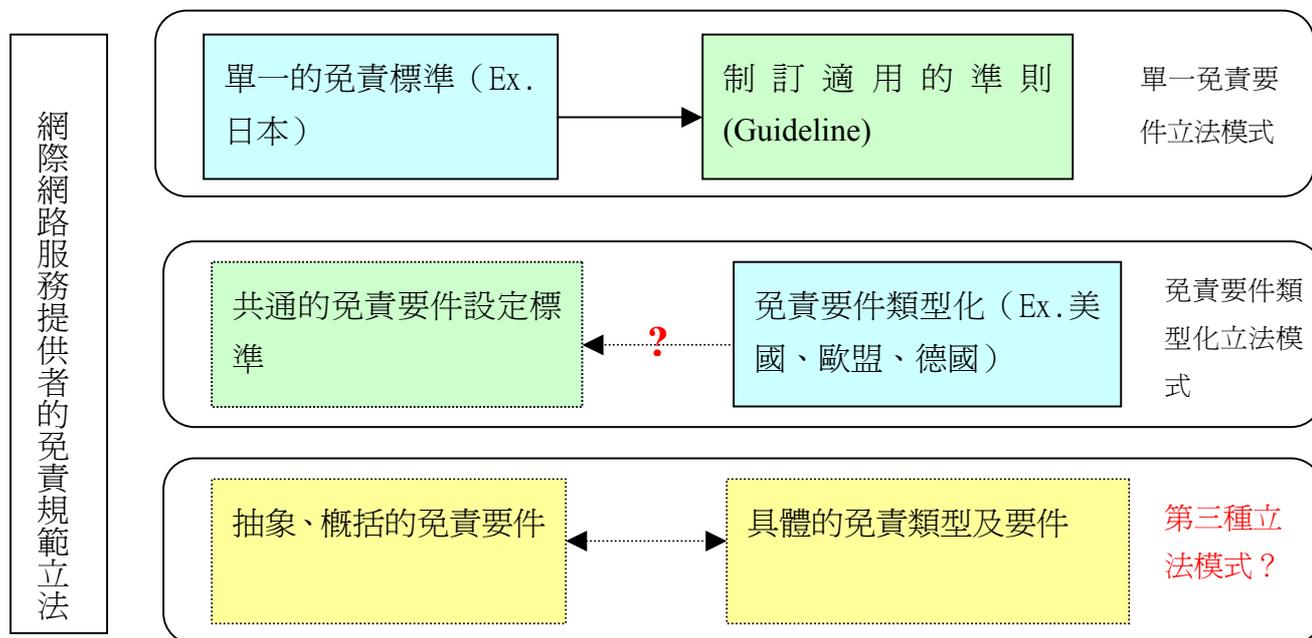
二、構成要件的明確性

由於「單一免責要件」僅以一單一的標準檢視所有網際網路服務提供者的

服務型態，判斷是否符合免責的規定，因此在要件的形成上不免力求抽象，以適用於所有可能的服務型態。然而在實務上如何具體操作此一標準適用於個案中，卻是一必須加以審慎思考的課題。採取此一立法模式的日本，如本項第一款對於日本法制的介紹可知，其仍對於較常發生侵害的權利類型，由產官學組成委員會等團體，集思廣益從事制訂準則(Guideline)的工作²⁵¹，以指導業者及民眾如何利用該法因應具體的爭議。反之，採取「免責要件類型化」的立法模式，由於要件明確，因此在適用上較不具爭議，於實務操作上亦較為明確。

三、立法技術的考量

對於網際網路服務提供者免責規範的立法，「單一免責要件」及「免責要件類型化」兩種模式於立法技術上，究竟何者較為容易？似乎是難以解答的問題。以「免責要件類型化」的立法模式而言，即便是針對常見的服務類型規定其免責的要件，但此一要件係在何種理由下被制訂出，同樣是必須加以澄清。換言之，目前所免責的各種服務類型而論，不同要件的設定是否有一共通的標準可資遵循？如果有的話，兩種立法模式似乎可導出第三種立法模式，而可供加以參考：



第三種模式的基本思考，是在於訂定具體的免責類型及其要件的同時，同時規定具抽象的、概括的免責要件，不僅可作為一解釋及適用具體要件的參考標

²⁵¹ 在解釋上似可認為，此一準則的性質，係屬行政規則或行政指導，是行政權對於法律解釋及執行的補充。

準，同時可因應未來網際網路服務提供者所可提供的新服務類型²⁵²。惟此一立法模式就本文所蒐集的國內、外文獻資料，尙未提及有此一類型，但在理論上似有成立的可能。

不過，「單一免責要件」或者「抽象免責要件」的訂定，如何予以成文化，勢將是一不易達成的任務。就此而言，似乎免責要件類型化的模式在立法技術上較為容易，亦為多數立法例所採。

第三節 我國網際網路服務提供者免責規範立法原則探討

第一項 網際網路服務提供者的定義

有關網際網路服務提供者的定義，從前兩章對於美、歐、日等國家的立法方式可知，有區分不同免責類型而異其要件者（如美國著作權法第 502 條等），有採取相同要件者，不因適用不同的免責類型而有不同認定（如歐盟電子商務指令「媒介服務提供者」、德國電信服務法「服務提供者」及日本服務提供者責任限制法「特定電信服務提供者」）。



²⁵² 如同公平法第 24 條成為公平法前幾條有關限制競爭或不公平競爭的攔截性規定，以避免有掛一漏萬的反競爭行為不受公平法所規制。

對於上述兩種立法方式，除為採取單一免責要件之日本立法例，在論理上自應採取一致的認定外，實各有優劣之處。本文擬從功能性的角度思考認為，採取同一要件認定的立法方式，雖然在要件上不若採取不同定義方式的立法來得明確，以較抽象的要件涵蓋所欲免責的類型，但在對應免責類型的要件時，參見上述以同一要件認定的國外立法例，未有無法確認的情形出現。因此，以下本文擬歸納上述國家之立法定義，提出我國未來規範認定要件之參考：

（一）「媒介」提供服務

網際網路服務提供者必須是位居使用者（發信者）及被害者或一般大眾之間，並在符合法定的免責規定下，方有豁免的優惠。是以歐盟電子商務指令對於「服務提供者」（提供資訊社會服務的自然人或法人）的定義，即排除「自己提供服務」的情形於豁免適用規定外，行為人則為「服務接收者」（recipient of the service）。對於服務提供者的責任豁免，僅限於與他人內容之散布有關。美國著作權法第 512 條對於「服務提供者」的定義，在解釋上則不包括自己提供服務的情形。

也有免責規範對於網際網路服務提供者的定義，未附加「媒介」要件，且在要件上係包括自己提供內容的情形。以德國電信服務法的立法規定，其僅規定「服務提供者」為「基於供使用之目的，準備提供自己或他人的電信服務，或促成接取之自然人或法人」。在此一定義下，由於並未排除「自己提供內容」的情形，因此該法第八條第一項，必須揭櫫「服務提供者對於其供他人利用之資訊，依一般法律規定負責」的責任原則，以避免在解釋上滋生困擾。

綜上所述，本文認為只要在解釋上不會導致「無須對自己所提供之內容負責」的結果產生，上述兩種定義方式並無孰優孰劣的情形產生。

（二）因使用者要求而提供

依據歐盟電子商務指令立法理由第 17 點²⁵³，「資訊社會服務」（information

²⁵³ 文字如下：「The definition of information society services already exists in Community law in Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on information society services(21) and in Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of,

society service)的提供，係因服務接收者個別請求之故。德國電信服務法對於「使用者」的定義，係指「因業務或其他目的請求電信服務，尤其是要求取得或接近使用資訊之自然人或法人」。亦即對於「服務提供者主動提供，而使用者被動加以使用」²⁵⁴的情形，並不在豁免之列。

（三）透過電信設備遠距提供

網際網路服務的提供，必須是透過電信設備²⁵⁵（或電子設備）遠距提供。此一要件除從前述歐盟有關「資訊社會服務」的定義得出外，從德國電信服務法有關「電信服務」的概念，或者美國著作權法對於「服務提供者」的定義，以提供「網路傳輸」或「線上服務、網路接取」的態樣，亦可得知。

（四）服務內容

有關網際網路服務提供者所提供的服務內容，可分成以下兩個部分：

1. 資訊的傳輸與接取

採取免責要件類型化的立法，均明文承認「單純連線」(Mere Conduit)及「快速存取」(Caching)兩種服務型態，在一定要件下網際網路服務提供者得以免責。此兩種服務均以提供資訊的傳輸及接取為內容。另有關「資訊搜尋工具」(Information Location Tool)服務上，亦為使用者對於所需資料的接取，因此可以包括在內。

2. 資訊的儲存

不同於前述的傳輸與接取，係使用者為了取得所需的資訊，對於「資訊儲存」(Hosting)服務而言，則是使用者將其資訊儲存在網際網路服務提供者的網路空間內。

conditional access(22); **this definition covers any service normally provided for remuneration, at a distance, by means of electronic equipment for the processing (including digital compression) and storage of data, and at the individual request of a recipient of a service;** those services referred to in the indicative list in Annex V to Directive 98/34/EC which do not imply data processing and storage are not covered by this definition.」

²⁵⁴ 是以一般傳統的電視及無線電廣播服務，並不在此一範圍內。而以點對點方式傳輸服務，例如video-on-demand即可認為是「因使用者要求而傳輸」的服務。可參見歐盟電子商務指令立法理由第18點。

²⁵⁵ 有關「電信設備」的概念，可以援用電信法有關「電信設備」的定義：「指電信所用之機械、器具、線路及其他相關設備」(參見電信法第2條第2款)，在解釋尚可包括網路等遠距傳輸上所需之設備在內。

至於採取單一免責要件立法的日本，對於「特定電信服務提供者」的定義，係包括以特定電信設備「媒介他人通訊」或「供他人通訊之用」者。此一要件在解釋上，應可包括上述的兩種態樣在內。

第二項 網際網路服務提供者之免責 類型及其要件

誠如前一節所探討的，對於網際網路服務提供者的免責規範立法，由於單一免責要件的立法難度頗高，在考量歐美等國家採取「免責要件類型化」的立法模式下，以下本文擬參酌歐盟電子商務指令及美國著作權法第 512 條對於網際網路服務提供者的免責類型及其要件，試擬我國應予納入免責規範的類型及要件如下：

第一款 單純連線提供（連線服務提供）

關於單純連線提供的免責類型及要件，歐盟電子商務指令及美國著作權法第 512 條之規定比較如下：

歐盟電子商務指令第 12 條	美國著作權法第 512 條 (a)
<p>1. 資訊社會服務的提供，如係對於服務接收者所提供之資訊，以通訊網路加以傳輸，或者提供通訊網路之接收者，會員國應確保服務提供者於符合以下要件時，無須對所傳輸之資訊負責：</p> <p>(a) 非發起傳輸；</p> <p>(b) 並未選擇傳輸資訊的接收者；</p> <p>(c) 並未選擇或修改所傳輸的資訊。</p> <p>2. 前項所指稱傳輸及提供接收的行為，包括因通訊網路傳輸之唯一目的，而對所傳輸之資訊為自動的、媒介的與短暫儲存，並且該資訊的儲存並未超過</p>	<p>藉由服務提供者所控制或操作的系統或網路，進行傳輸、發送或提供連線；或是在進行此一傳輸、發送或提供連線時，對於資料為媒介及短暫儲存，符合以下規定即可適用本項免責規定：</p> <p>(1) 該項傳輸係由服務提供者以外之人所發起或指示；</p> <p>(2) 該項傳輸、發送、提供連線或儲存，係經由自動技術程序所執行，服務提供者並未對該資訊加以選擇；</p> <p>(3) 服務提供者並未選擇資訊接收者，而係對他人的請求予以自動回應；</p>

任何傳輸所需之合理期間。	<p>(4) 於系統或網路內，對於資訊的媒介或短暫儲存，服務提供者並未重製該資訊以讓特定接收者以外之人接取，並且對於該特定接收者原先所接取的資訊，儲存於系統或網路的時間，並未超過傳輸、發送或提供連線所需之合理期間；</p> <p>以及</p> <p>(5) 藉由系統或網路所傳輸之資訊，未修改其內容。</p>
--------------	--

歐盟電子商務指令對於「單純連線提供」免責的主要依據，即在於服務提供者的活動，僅係技術程序範圍內的傳輸。此一活動具自動性，因此一般而言，服務提供者並未對於所傳送或暫時中間儲存的資訊有所知悉，並且加以控制。在服務提供者並未得以控制或知悉該資訊之下，不應認為對於該資訊負自己責任²⁵⁶。由於此一服務類型僅止於提供資訊的傳輸或接取，即便對於資訊為自動的、媒介的與短暫儲存，雖未如美國著作權法第 512 條(a)所謂「服務提供者並未重製該資訊以讓特定接收者以外之人接取」的要件，亦應採相同的解釋。

以下本文即擬針對此一免責類型，以歐盟電子商務指令第 12 條規定為基準，試擬規定如下：

單純連線服務	說明
<p>1. 網際網路服務提供者之服務，如係對於使用者所提供之資訊，以通訊網路加以傳輸，或者提供通訊網路之接取者，於符合以下要件時，網際網路服務提供者無須對所傳輸之資訊負責：</p> <p>(1) 非發起傳輸；</p> <p>(2) 並未選擇傳輸資訊的接收者；</p> <p>(3) 並未選擇或修改所傳輸的資訊。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「單純連線服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於提供「單純連線服務」的網際網路服務提供者，由於對於傳輸或接取之內容，係應使用者的要求而提供，且在技術程序上通常未能知悉內容為何。因此</p>

²⁵⁶ Vgl. Georg M. Broehl/ Rolf Bender/ Ernst Roeder-Messell, Das neue E-Commerce-Recht, Koeln 2002, S.33. 如果服務提供者有參與此一傳輸過程，而非技術程序所致，法律上應將之視為自己提供資訊。

<p>2. 前項所指稱傳輸及提供接取的行為，包括因通訊網路傳輸之唯一目的，而對所傳輸之資訊為自動的、媒介的與短暫儲存，並且該資訊的儲存並未超過任何傳輸所需之合理期間。</p>	<p>在免責要件上必須要求對於傳輸之發起及接收，皆為使用者所為，且網際網路服務提供者並未選擇或修改傳輸資訊內容。</p> <p>三、傳輸過程中於技術程序上所不可避免的儲存行為，如該儲存時間未超出傳輸所需之合理期間，於符合本條第一項規定之要件時，亦應予以免責。</p> <p>四、參考歐盟電子商務指令第十二條、美國著作權法第五一二條第 a 項之規定，明訂本條。</p>
---	---

惟在解釋上，本條建議規定在規範內涵上，勢將與目前電信法第 8 條第 1 項之規定有重疊之處。誠如本文於本章第一節對於電信法的說明，電信法所規範的主體為電信事業，為領有交通部核發之特許或許可執照經營電信服務者。而有關網際網路服務提供者在提供單純連線服務上，可能視其服務內容，或者需取得電信執照方得經營，或者僅建立一接取平臺而無須電信執照者，因此解釋上此一服務並非僅限於所謂的 IAP，而包括 IPP 在內。

電信法第 8 條第 1 項的制訂，可能係受美國「公共載具」(common carrier)規定的影響，以傳統的語音通信服務為主要的規範對象。在保障人民通訊秘密的基本權利下，對於通訊的內容及其發生效果或影響，自應由使用者負責。此一規定如面對現今多媒體等數據服務，勢將難以適用，充其量僅能限縮為對於IAP的免責規範。而就IAP的免責要件而論，本條建議規定雖訂有免責要件，但在解釋上應不致相互衝突才是²⁵⁷。

第二款 快速存取服務

關於快速存取服務的免責類型及要件，歐盟電子商務指令及美國著作權法第 512 條之規定比較如下：

<p>歐盟電子商務指令第 13 條</p>	<p>美國著作權法第 512 條 (b)(2)</p>
-----------------------	-----------------------------

²⁵⁷ 亦即就IAP所提供的服務而言，應符合本建議條文之免責要件。

<p>1. 資訊社會服務的提供，如係對於服務接收者所提供之資訊，以通訊網路加以傳輸，會員國應確保服務提供者基於使其他接收者在其要求下更有效率傳輸資訊之單一目的，於符合以下要件時，無須對資訊所為之自動的、中間的及暫行的儲存行為負責：</p> <p>(a) 服務提供者並未修改該資訊；</p> <p>(b) 服務提供者遵守資訊接取的條件；</p> <p>(c) 服務提供者遵守資訊更新的規則，尤其是為產業所廣泛承認與使用的規則而言；</p> <p>(d) 服務提供者並未干涉，有關合法使用廣泛為產業所承認與使用之科技，以取得資訊使用的資料；</p> <p>(e) 服務提供者確實知悉該資訊之最初傳輸來源，已移除於網路之外，或者該資訊已無法接取，或者法院或行政機關命其移除或使之無法接取時，服務提供者應立即移除該資訊，或使之無法接取。</p>	<p>服務提供者對於所控制或操作的系統或網路，其中的資訊為媒介及暫行儲存時，於符合以下要件時，對於該資訊之著作權侵害，無須負責：</p> <p>(1) 資訊於傳輸過程中並未加以修改；</p> <p>(2) 服務提供者應確實遵守產業界所建立有關資訊補充、重載或更新之共同規則；</p> <p>(3) 服務提供者並未干預資訊利用回傳的技術；</p> <p>(4) 服務提供者依據將資訊建置於網路的提供者，其所設定的條件限制使用者接取該資訊；</p> <p>(5) 資訊提供者並未經著作權人的授權而將資訊置於網路，如服務提供者一旦被通知原網站的資訊已遭刪除或無法接取，或者已被命令為此一行為時，應迅速移除或使該資訊無法接取。</p>
--	---

有關快速存取(Caching)的免責類型，必須僅限於針對技術程序中所產生的暫時儲存行為，並且基於提升傳輸效率的單一目的而進行²⁵⁸。由於此本即為快速存取技術的特性，因此雖然美國著作權法第 512 條(b)(2)未有「更有效率傳輸資訊之單一目的」，但應為相同的解釋。

²⁵⁸ Georg M. Broehl/ Rolf Bender/ Ernst Roeder-Messell, Das neue E-Commerce-Recht, Koeln 2002, S.34.

另有關網際網路服務提供者移除資訊的要件，歐盟電子商務指令採取服務提供者「確實知悉」(actual knowledge)的標準，與美國著作權法第 512 條採取「被通知」的規定有所差異。前者係描述網際網路服務提供者的主觀認知，後者係「被動告知」的客觀行為。解釋上對於「自己確實知悉，但非被告知」的情形，似乎美國法即不課予移除或無法接取的義務，此一解釋對於被害人的權益保護，似不妥適。然而如何認定網際網路服務提供者主觀上「確實知悉」？相信「被通知」應是一重要的判斷依據。是以兩者應無重大的差異。

以下本文即擬針對此一免責類型，以歐盟電子商務指令第 13 條規定為基準，試擬規定如下：

快速存取服務	說明
<p>網際網路服務提供者之服務，如係對於使用者所提供之資訊，以通訊網路加以傳輸，服務提供者基於使其他使用者在其要求下更有效率傳輸資訊之目的，於符合以下要件時，無須對資訊所為之自動的、中間的及暫時的儲存行為負責：</p> <p>(1) 網際網路服務提供者並未修改該資訊；</p> <p>(2) 網際網路服務提供者遵守資訊提供者所訂，有關資訊接取的條件；</p> <p>(3) 網際網路服務提供者遵守資訊更新的規則，尤其是為產業所廣泛承認與使用的規則而言；</p> <p>(4) 網際網路服務提供者並未干涉，有關於合法使用廣泛為產業所承認與使用之科技，以取得資訊使用的資料；</p> <p>(5) 網際網路服務提供者確實知悉該資訊之最初傳輸來源，已移除於網路之外，或者該資訊已無法接取，或者法院或行政機關命其移除或使之無法接取時，服務提供者應立</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「快速存取服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於提供「快速存取服務」的網際網路服務提供者，由於係基於提高傳輸效率之目的，對於傳輸之資訊為自動的、中間的以及暫時性的儲存，此為技術程序上導致，網際網路服務提供者通常並未修改該資訊。</p> <p>三、由於「快速存取服務」對於資訊的儲存，較「單純連線服務」的時間為久，因此以「暫時」與「短暫」加以區別。</p> <p>四、對於「快速存取服務」所儲存的資訊，由於仍可能繼續為其他使用者所接取，因此對於資訊的更新及接取的條件，應予遵守，以維護使用者及資料提供者的權益。</p> <p>五、為蒐集資訊使用資料，利用產業所承認及使用的科技，以為今日業界所使用（如 Cookie）。對於藉由類此技術所蒐集資料的利用，如</p>

即移除該資訊，或使之無法接取。	<p>網際網路服務提供者於該科技使用時並未加以干涉，自不應令其對該資料的使用負責。</p> <p>六、參考歐盟電子商務指令第十三條、美國著作權法第五一二條第(b)項之規定，明訂本條。</p>
-----------------	---

第三款 資訊儲存服務

關於「資訊儲存服務」(Hosting)的免責類型及要件，歐盟電子商務指令及美國著作權法第 512 條之規定比較如下：

歐盟電子商務指令第 14 條	美國著作權法第 512 條 (c)
<p>1. 資訊社會服務的提供，如係包括儲存服務接收者所提供之資訊，會員國應確保於符合以下要件時，服務提供者無須對於因服務接收者之請求而儲存的資訊負責：</p> <p>(a) 服務提供者實際上並未認識該不法活動或資訊，並且有關損害賠償的請求方面，並未察覺顯而易見該不法活動或資訊的事實或狀況；或者</p> <p>(b) 服務提供者在認識或知悉後，立即移除該資訊或使之無法接取。</p> <p>2. 如服務接收者係隸屬於服務提供者，或者受其所控制者，第一項規定即不適用之。</p>	<p>服務提供者對於透過所控制或操作的系統或網路，應使用者指示之資訊存取於系統或網路，所導致的侵害著作權行為，於符合下述要件免除財產上損害賠償：</p> <p>(A)</p> <p>1. 未確實知悉該系統或網路上的資訊，或利用該資訊所從事之活動，所致侵權行為的事實；</p> <p>2. 因無此一確實知悉，而未察覺顯而易見該侵權活動的事實或狀態；或</p> <p>3. 於知悉或認識該事實後，立即移除該資訊，或使之無法接取。</p> <p>(B) 若服務提供者有權利及能力控制侵權活動，其並未因該侵權活動直接獲得經濟利益；</p> <p>(C) 服務提供者於指定之代理人接獲依本項第三款所為的通知時，迅速移除或</p>

	阻斷被宣稱為侵權之資料或活動的存取 (通知及取下程序)
--	--------------------------------

對於上述資訊儲存服務的型態，歐盟電子商務指令與美國著作權法第 512 條最大不同之處，即在於「若服務提供者有權利及能力控制侵權活動，其並未因該侵權活動直接獲得經濟利益」此一差異。美國法此一要求係基於實務所發展的「代理責任」(vicarious liability)，亦即對於侵權活動有能力控制，且因而獲取經濟利益時，即必須負責。歐盟電子商務指令對於網際網路服務提供者負責的要求，係以認識行為的違法性為要件：如未認識系爭活動或資訊係屬違法，於民事及刑事責任上即為限制故意責任的成立。至於在損害賠償方面，未察覺「顯而易見該不法活動或資訊的事實或狀況」即可免責，在解釋上將使網際網路服務提供者原本可能需負善良管理人注意義務的抽象輕過失責任，傾向具體輕過失甚至重大過失責任。

另有關是否採取美國「通知及取下程序」之規定，請參見本節後項之說明。

以下本文即擬針對此一免責類型，以歐盟電子商務指令第 14 條規定為基準，試擬規定如下：

資訊儲存服務	說明
<p>1. 網際網路服務提供者之服務，如係包括儲存使用者所提供之資訊，於符合以下要件時，網際網路服務提供者無須對於因使用者之請求而儲存的資訊負責：</p> <p>(1) 網際網路服務提供者實際上並未認識該不法活動或資訊，並且有關損害賠償的請求方面，並未察覺顯而易見該不法活動或資訊的事實或狀況；或者</p> <p>(2) 網際網路服務提供者在認識或知悉後，立即移除該資訊或使之無法接取。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「資訊儲存服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於「資訊儲存服務」限制網際網路服務提供者之責任，主要原因在於網際網路服務提供者通常係因使用者之要求，而儲存其所提供之資訊。於儲存過程中，網際網路服務提供者或有可能實際認識該資訊之內容。為釐清網際網路服務提供者提供此一服務於法律上的風險，有必要明訂免責的要件，</p>

<p>2. 如使用者係隸屬於服務提供者，或者受其所控制者，前項規定不適用之。</p>	<p>而為其所遵循。</p> <p>三、如網際網路服務提供者於認識或知悉使用者所儲存之資訊或從事活動係屬不法，應立即移除該資訊或使之無法接取，否則不應享有本條規定的免責優惠。</p> <p>四、如使用者與網際網路服務提供者具有從屬關係，由於應可認識或知悉此一資訊或活動內容，因此不將其視為他人所提供之內容，而不給予此一免責優惠。</p> <p>五、參考歐盟電子商務指令第十四條、美國著作權法第五一二條第(c)項之規定，明訂本條。</p>
--	--

第四款 資訊位址工具服務

關於資訊位址工具服務之免責規範，歐盟電子商務指令並未加以規定，僅於第 21 條要求執委會於定期檢視指令之適用情形時，將此一服務是否訂入免責規範加以檢討。美國著作權法第 512 條 d 項則有明文規定：

美國著作權法第 512 條 (d)
<p>服務提供者對於因超連結(Hyperlink)、網路指引或搜尋引擎(search engines)、索引(Index)等將使用者引至含侵害著作權網頁的情形，服務提供者符合以下要件得以免責：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 未確實知悉該資訊或利用該資訊所從事之活動，造成侵權的事實，或於知悉、了解該事實後，立即採取行動移除或使該資訊無法接取； 2. 若服務提供者有權利及能力控制該侵權活動，其並未因該侵權活動直接獲得經濟利益； 3. 服務提供者於其指定代理人接獲依本項第三款所為的通知，且該通知已指出侵權資料或活動的連結位址等相關資訊，足使服務提供者識別出被指為侵權資訊或活動之連結時，服務提供者即迅速移除或使該資訊或活動無法接取。

從此一免責要件加以觀察，實與上述「資訊儲存服務」的免責要件近似。由於資訊位址工具服務係利用技術，以協助一般網路使用者於廣大網路環境中，尋找所需之資訊。在此一尋找的過程中，網際網路服務提供者或有知悉該資訊內容的可能性，因此應有必要針對此一類型，訂定免責的類型及要件，以供網際網路服務提供者所遵循。是以本文擬參酌美國著作權法第 512 條(d)項，及前述對於「資訊儲存服務」的建議條文，試擬如下規定：

資訊位址工具服務	說明
<p>1. 網際網路服務提供者之服務，如係以超連結、網路指引、搜尋引擎或索引等工具，將使用者引至含有侵害他人權利之情形，於符合以下要件時，網際網路服務提供者無須對於因使用者之請求而儲存的資訊負責：</p> <p style="padding-left: 2em;">(1) 網際網路服務提供者實際上並未認識該不法活動或資訊，並且有關損害賠償的請求方面，並未察覺顯而易見該不法活動或資訊的事實或狀況；或者</p> <p style="padding-left: 2em;">(2) 網際網路服務提供者於認識或知悉後，立即移除該資訊或使之無法接收。</p> <p>2. 如使用者係隸屬於服務提供者，或者受其所控制者，前項規定不適用之。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「資訊位址工具服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於「資訊位址工具服務」限制網際網路服務提供者之責任，主要原因在於網際網路服務提供者通常對於所搜尋之結果，可能認識其內容，是以為釐清網際網路服務提供者提供此一服務於法律上的風險，有必要明訂免責的要件，而為其所遵循。</p> <p>三、如網際網路服務提供者於認識或知悉搜尋結果涉及不法時，應立即移除該資訊或使之無法接收，否則不應享有本條規定的免責優惠。</p> <p>四、如使用者與網際網路服務提供者具有從屬關係，由於應可認識或知悉搜尋結果之內容，因此不將其視為他人所提供之內容，而不給予此一免責優惠。</p> <p>五、參考美國著作權法第 512 條第(d)項之規定，明訂本條。</p>

第三項 網際網路服務提供者不具一般監控義務

在未有免責規範之前，由於網際網路服務提供者為避免因服務之提供而需負責，因此可能有監控其系統或網路之舉。然而，此一行為恐將造成私人的通訊內容遭到攔截及窺視，明顯與現行保障人民秘密通訊自由（憲法第 12 條）的規定，及隱私權的保護相違背。再者，由於網際網路服務提供者的免責規範，大多訂有在認識或確實知悉該資訊違法時，必須移除或使之無法接取的規定，解釋上恐將讓人誤以為網際網路服務提供者負有監控其系統或網路之一般義務。是以參考歐盟電子商務指令第 15 條及美國著作權法第 512 條(m)項規定，應明示網際網路服務提供者不具一般之監控義務，以杜絕爭議。

以下本文擬參酌歐盟電子商務指令第 15 條規定，試擬規定如下：

一般監控義務的免除	說明
<p>網際網路服務提供者對於第○○條、第○○條及第○○條所規定之免責服務，並無監控該儲存或傳輸之資訊，以及探究該事實或狀態是否內含不法活動之一般義務。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者對於本法所欲免責的服務類型，並無監控其內容或活動是否違法的一般義務。</p> <p>二、本法有關網際網路服務提供者之免責規範，旨在提供明確的服務規範，避免網際網路服務提供者於經營上面臨不確定的法律風險。若干於網際網路服務提供者認識或確實知悉資訊內含不法情事時，應立即移除或使之無法接取的免責要件，並未賦予網際網路服務提供者具有監控使用者所傳輸或儲存之資訊的一般義務，以保障使用者的秘密通訊自由。</p> <p>三、參考歐盟電子商務指令第 15 條規定，明訂本條。</p>

第四項 「通知及取下程序」採用之

探討

第一款 對於美國「通知及取下程序」 之評論

美國DMCA規定「通知及取下程序」，主要在於建立服務提供者、著作權人與被指控為侵權人間的合作模式，與DMCA安全港條款的立意呼應。藉由著作權人主動發現侵權行為並踐行通知義務，免除網路服務提供者的監控義務，但課予網路服務提供者的後續取下及轉通知義務，再藉由轉通知程序使得使用者有為自己行為主張抗辯之權利。因此，著作權人未為妥適通知、服務提供者未立即回應通知等，均可能為雙方訴訟時主張服務提供者否免責的攻防重點之一。然而，對於DMCA通知取下的規定，美國國內亦有批評的意見，認為DMCA通知取下的程序並未先經法院判定，容易造成濫用、過度反應及誤判的情況²⁵⁹，而實務上亦發生，當事人利用通知取下的程序以平息批評的言論²⁶⁰，此種濫用的情形可能對言論自由造成不當影響。

第二款 我國採取「通知及取下程序」 之可行性探討

依我國現行法規中，與美國「通知及取下程序」相類者有：廣播電視法第43條第1項²⁶¹、食品衛生管理法第32條第3項²⁶²與健康食品管理法第24條第3項²⁶³。另在行政院新聞局所提之廣播電視法、有線廣播電視法及衛星廣播電視法合併修正草案第105條第2項²⁶⁴與電腦網路內容分級處理辦法草案第8條²⁶⁵之規

²⁵⁹ 參閱http://www.eff.org/IP/P2P/20030926_unsafe_harbors.php。

²⁶⁰ Julie E. Cohen, Call it the Digital Millennium Censorship Act: Unfair Use, THE NEW REPUBLIC ONLINE, May 23, 2000.

²⁶¹ 有左列情形之一者，電視事業處五千元以上、二十萬元以下罰鍰；廣播事業處三千元以上、三萬元以下罰鍰：一、經警告後不予改正，或在一年以內再有前條情形者。

²⁶² 主管機關為第一項處分同時，應函知傳播業者及直轄市、縣（市）新聞主管機關。傳播業者自收文之次日起，應即停止刊播。

²⁶³ 主管機關為第一項處分同時，應函知傳播業者及直轄市、縣（市）新聞主管機關。傳播業者自收文之日起三日內，應即停止刊播。

²⁶⁴ 中央主管機關為前項第6款、第7款處分同時，應以書面通知平臺服務業者；其為有線平臺服務業者，並應同時通知直轄市、縣（市）主管機關。平臺服務業自收文次日起，應即停止該節目、廣告之播送。

定中，亦有「通知及取下程序」之規定。惟上述規定與美國「通知及取下程序」規定最大不同者，乃在我國「通知及取下程序」之執行通知取下處分者為行政院新聞局，亦即由行政機關而非由傳播業者為取下與否之決定。且如傳播業者未依該通知為取下，則可以連續罰之方式處以罰鍰，直至其取下為止，故我國以通知取下之處分作為行政處罰之前提，與美國「通知及取下程序」僅為申請禁制令之前置手段不同，因此，就避免權益侵害之擴大來看，我國以行政處分與行政罰之方式，應較美國「通知及取下程序」更能達到保護受害者之權益與避免損害擴大之效果。

再者，我國在民事保全程序上有假處分之規定，而假處分又可分為標的物假處分與定暫時狀態假處分，如從功能面來看，標的物假處分係在保全將來執行為目的，而定暫時狀態假處分則以除去現在之危險與不安為目的，亦即須暫時形成一定法律關係狀態或維持一定狀態者²⁶⁶。定暫時狀態假處分僅在就有爭執的法律關係為定暫時狀態，就當事人權利之範圍加以暫時的保護，其與標的物假處分必有所謂債權人與債務人，且該債權人必為將來本案之原告而債務人避為將來本案之被告情況不同，易言之，在定暫時狀態假處分程序中，無所謂債權人債務人，只要有爭執之法律關係有定暫時狀態之必要時，即得聲請。以本文所討論網際網路服務提供者，於權利人受侵害時，應為刪除或阻斷資料接取之行為來看，應屬我國定暫時狀態假處分之情形，亦即，法院則依受害人之聲請，命網際網路服務提供者為防止發生重大損害之緊急處置，例如暫時停止該侵權內容之連結。此外，依民事訴訟法第 538 條之 1 第 1 項：「法院為前條第一項裁定前，於認有必要時，得依聲請以裁定先為一定之緊急處置，其處置之有效期間不得逾七日。期滿前得聲請延長之，但延長期間不得逾三日。」換言之，在緊急狀況下，得依受害者之聲請即時禁止網際網路服務提供者刪除或阻斷資料接取，以取得時效之便，但在民事訴訟保全程序中，亦要求受害者限期起訴以平衡受害者與加害人之權益。甚且，我國假處分之聲請僅須釋明假處分的原因，或提供法定擔保金額後，即可禁止他人為一定行為或命他人為一定行為，而無須為實質上之審理。相較於美國「通知及取下程序」，我國定暫時狀態假處分應屬較符合正當法律程序，且亦能避免網際網路服務提供者淪為他人侵權行為工具，以及其通知或轉通知義務

²⁶⁵ 平臺提供者經政府機關或其委託之讞告告知電腦網路內容違法或違反本辦法規定者，應先行移除或危及他限制兒童或少年接取之措施。（行政院新聞局公聽會版，2003 年）

²⁶⁶ 魏大曉，「親權事項之假處分」，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，159 頁。

之負擔。

綜上，我國現行之通知取下程序，係以行政機關為通知與執行者，且除傳播業者有惡意侵害權利人之利益外，原則上，傳播業者不對其所傳送之內容負連帶責任或共犯責任，蓋傳播業者為資訊或言論流通之重要管道，如課與過重之責任，對於社會整體之意見表達自由與知識流通，反造成不良之效果。甚且，在避免損害擴大上，除以行政手段為之外，受害人尚得選擇民事保全程序之定暫時狀態假處分，達到保全其權益之效果。因此，有關要求網際網路服務提供者為通知取下之行為，得於未來法制規範上，以行政處分方式為之，縱不作如此之規定，現行民事保全程序亦得彌補，故無須特別引進美國「通知及取下程序」之制度。

第五項 制訂揭露使用者個人資料規定之探討

當權利受侵害之第三人要求 ISP 業者提供用戶(侵權者)之個人資料，如姓名、住址、e-mail 等，基於憲法賦予秘密通訊及隱私權的基本權利，及保護個人隱私權的相關法令的規範，ISP 並不能任意揭露。

我國目前對於電信相關個人資料揭露的規範，電信法第 7 條第 1 項規定：「電信事業或其服務人員對於電信之有無及其內容，應嚴守秘密，退職人員一同」，同條第 2 項規定「前項依法律規定查詢者不適用之；電信事業處理有關機關(構)查詢通信紀錄及使用資料之作業程序，由電信總局訂定之。」，而依交通部電信總局訂定之「電信事業處理有關機關(構)查詢電信使用者資料實施辦法」²⁶⁷第 3 條規定，僅司法機關、監察機關或治安機關因偵查犯罪或調查證據所需者、其他政府機關因執行公權力所需者、與公眾生命安全有關之機關(構)為緊急救助所需者，得敘明其法律依據向電信事業查詢使用者資料。至於，此處所稱電信事業定義下網路服務提供者的範疇，詳如前章所述。

再則，電信業者為電腦處理個人資料保護法規範的對象。依現行個資法規定，個人資料蒐集者基本上必須於蒐集之特定目的必要範圍內方可利用其蒐集來的個人資料。因此，ISP 原則上必須在其蒐集之特定目的必要範圍內，才能利用

²⁶⁷ 中華民國 91 年 12 月 20 日交通部電信總局電信公字第 0910510088-0 號令。

用戶的個人資料；此外，ISP 只有在符合個資法第 23 條的情況才可以將用戶個人資料揭露給第三人：如爲了增進公共利益、免除當事人生命、身體、自由或財產之急迫危險、防止他人權益重大危害而有必要或是經過當事人書面同意。

承上所述，我國現行法規範，ISP 並無向第三人揭露用戶個人資料的義務。反觀日本「服務提供者責任限制法」第 4 條之規定，明文賦予權利受侵害者得向服務提供者請求揭露權利侵害之發信者的個人資料，其立法的目的在使依法揭露資訊的服務提供者免除其他相關法律責任。此規定是否值得我國借鏡，仍須進一步探討。

首先，課與ISP揭露個人資料義務的前提必須是ISP對於個人資料有保存義務。目前我國第二類電信事業管理規則第 27 條第 3 項第 3 款²⁶⁸規定，電信業者須保存使用者資料。此外，食品衛生管理法第 19 條第 3 項²⁶⁹及健康食品管理法第 15 條第 2 項亦有相類似之規定²⁷⁰，要求接受委託刊播廣告之傳播業者保存廣告主資料。

再則，揭露義務及與使用者隱私權的保護是互相衝突的，日本揭露資訊請求權的規定，意在免除服務提供者相關法令的責任。然而，該規定課與服務提供者揭露義務，且要求服務提供者在受理請求時，判斷請求揭露者是否符合「權利已顯受侵害」及「接受揭露資訊的正當理由」之要件。權利是否受侵害宜循司法途徑判定，而所謂「正當理由」爲不確定之法律概念，此規定無疑是增加服務提供者的責任，且讓服務提供者陷於判定法律要件是否成立的兩難地位，此亦增加服務提供者法律責任的風險。據此，本文以爲，從限制服務提供者責任的角度思考，日本揭露發信者資訊請求權的規定並不妥適。

²⁶⁸ 「網際網路揭取服務提供者應保存撥接用戶識別帳號、通信日期及上、下網時間等紀錄六個月；對於非固接式非對稱性數位用戶迴路 (ADSL) 用戶及纜線數據機用戶識別帳號、通信日期及上、下網時間等紀錄則保存三個月。同條第四項並要求經營者應核對及登錄其用戶之資料，並至少保存至服務契約終止後一年；有關機關依法查詢時，經營者應提供之。其中所謂用戶資料包括使用者姓名、身分證統一編號及住址等資料。」

²⁶⁹ 「接受委託刊播之傳播業者，應自廣告之日起二個月，保存委託刊播廣告者之姓名（名稱）、住所、電話、身份證或事業登記證字號等資料，且於主管機關要求提供時，不得規避、妨礙或拒絕。」

²⁷⁰ 對於刊登健康食品廣告之傳播業者，依健康食品管理法第 15 條第 1 項之規定，傳播業者應依法審查該健康食品之廣告，是否已依法取得廣告之許可證。

第四節 本章結論

第一項 對於現行法規範解釋之建議

本章所探討者為網際網路服務提供者因其所提供的服務所涉及的法律責任，因此首先要確定者，為提供服務部分是否構成法律上的行為。如從服務的提供到構成要件與結果之間的關係來看，網際網路服務提供者所提供的服務仍屬刑法上的行為。但不同的網際網路服務型態，可能導出不同的容許風險界限。本文認為網路連線服務提供者之風險最應被容許，網路平臺服務提供者次之，網路內容再次之的態度。然未來如須對網際網路上之刑法風險定出具體的容許界線，仍須仰賴相關行政法規，界定行政不法的範疇，繼而認定刑事責任的有無，將是較為允當的作法。

我國電信法之規定，其雖有意將電信事業侷限於單純連線提供者（IAP），然定義含混，加上第 27 條之規定，更使得 IAP 與平臺服務提供者(IPP)於電信法之定位便顯得曖昧不明。又雖然我國電信法將電信事業區分成第一類電信事業與第二類電信事業，但由於第一類電信業者多兼營第二類電信事業，而使得其區分與責任更不易界定。

在網際網路服務提供者跨足經營廣告後，其地位不再純為電信業者，而又同時具備媒體經營者的角色，自應受媒體相關法規規範，而對不實廣告或不當資訊負有注意義務及責任。在網際網路業者做為媒介，且同時具有媒體經營者的情形下，依電信法第 8 條第 1 款的免責規定，及消保法、公平法中有關不實廣告的責任等規定的衝突勢必須予以處理。從消保法第 23 條與公平法第 21 條第 4 項對於應負連帶責任之媒體經營者尚有主觀要件「明知或可得而知」的限制，本文也引其作為可區分服務類型及責任的判斷基準之一。相較之下，電信法第 8 條第 1 項的概括免責的範圍及定義不明，反倒使非屬 IAP 之中間類型網際網路服務提供者在面對與媒體責任相關規定時陷入了不知如何定位的尷尬局面，因此電信法第 8 條所適用之網際網路服務類型實有釐清之必要。

本文認為第 8 條第 1 項應限制在事實上無法具備主觀要件的網際網路服務提供者。因此網路連線服務提供者（IAP）應排除在媒體經營者的定義之外。網路平臺服務提供者（IPP），由於涉及入口網站的形象及商業利益的考量，通常會進行一定編輯或編排程式，人為接觸到廣告的內容並為廣告內容當否之判斷，即對

不實或引人錯誤廣告的明知或可得而知，顯然較可期待，而較易符合消保法第 23 條及公平交易法第 21 條第 4 項之主觀要件。

而在具特定保護目的的規範，例如兒童及青少年性交易防治條例、食品衛生管理法、健康食品管理法或化妝品衛生管理條例中，有課與媒體經營者事先審查廣告內容之義務及處罰規定，顯見其係針對具有主觀認識之媒體經營者而定。至於對無法為主動注意之網際網路服務提供者，例如主機出租的網際網路服務提供者要求主動負起內容的注意義務，在實際上確有較困難之處。但此並不易謂此類行業者你不必擔負網路資訊社會之責任。由於主機業者對於租用人所登載的內容，在技術上仍有一定干預能力（例如移除資訊或阻斷服務），因而對其注意義務，則應著重在對於不當資訊的事後補救，亦即需為被動的注意及擔負一定作為義務較為可行。因此本文認為可採歐盟電子商務指令第 14 條規定，對被動注意義務之網際網路服務提供者，應以對不當資訊之作為義務作為免責要件。

網際網路服務發展網路資訊社會之最重要一環，其為資訊傳遞的媒介或者為網路社會資訊直接或間接的提供者。雖然網際網路服務因影響漸增，而使網際網路服務提供者有類同於媒體經營者的地位。然對於其所提供之服務仍應以科技服務的角度，即以中性視之。水能載舟，亦能覆舟，使用人行為不當之結果，自應由使用人負其法律責任。除在具特定保護目的的規範，例如兒童及青少年性交易防治條例、食品衛生管理法、健康食品管理法或化妝品衛生管理條例中，基於保護兒童青少年及公眾安全及健康之特殊考量，有課與媒體經營者事先審查廣告內容之義務及處罰規定。然從規定內容觀之，顯見其係針對具有主觀認識之媒體經營者而定。平臺服務提供者對於其所能控制之網頁內容，除該內容違法且認為平臺服務提供者有協助之意思外，原則上，平臺服務提供者如已審查經廣告主主管機關核准之證明文件後，應免除其依刑事責任科予幫助犯之可能。

第二項 對於網際網路服務提供者免責規範之立法探討

雖然本文分別就現行法之規範加以探討，並提供正確認定網際網路服務提供者服務責任所應採取的判斷標準，然而不容否認的是，此一學理上的探討能否為我國司法實務及行政機關所採納，進而創造有利於網際網路服務提供者經營及生存的空間，仍是一尚未確定的問題。參酌國際間紛紛基於促進電子商務之發展，針對網際網路服務提供者常見的服務類型訂定免責規範，此一國際趨勢對於同樣

努力推動電子商務發展的我國，自應有值得借鏡之處。

就目前本文所研讀的國外立法模式而論，在「構成要件的明確性」及「立法技術的考量」下，應以美國、歐盟所採取對於網際網路服務提供者的免責要件，就其服務型態加以類型化的立法模式，較為可採。此一「免責要件類型化」的模式，由於要件較為明確、具體，以及針對不同類型設計不同的免責要件，在目前美國、歐盟及其會員國的立法及執行上，應有相當多的實務先例及執行經驗可供吾人加以參考。是以相較於日本立法例採取「單一免責要件」的立法模式，我國如欲在相對較短的期限內以立法或修法的方式，制訂網際網路服務提供者的免責規範，毋寧採取「免責要件類型化」的立法模式較為具體可行，易於謀求產官學各界的共識。

在探討了網際網路服務提供者的法律責任之後，「免責要件類型化」即為服務提供者評估風險的重要依據。立法策略上，所面臨的最大難題為「單一式立法」（或謂「水平式立法」horizontal approach）或者「分散式立法」的問題。「單一式立法」係以單一之立法（或修法）訂定網際網路服務提供者的免責類型及要件，一體適用於所有符合免責要件的服務，而不因其涉及何種權利或法益的侵害而有所差異。反之「分散式立法」係將網際網路服務提供者的免責類型及要件，分別訂入常見的服務規範中，以解決該法領域可能面臨有關網際網路服務提供者的責任問題。兩種立法策略相較而論各有其優劣。然「分散式立法」可由各自主管的行政機關，依職權提出修正草案，於行政院院會審查通過後，送立法院審議。然站在網際網路服務提供者的角度而言，其所傳輸或儲存的資訊內容各式各樣，涉及的權利、法益各有不同，不同法領域內的不同免責要件，如採分散式立法，如各主管機關未進行整合考量，而分別訂相關規範，將有可能導致規定差異甚大的情形，恐將對網際網路服務提供者於經營上造成困擾。

在上述的推論之下，本文認為，自以單一立法的模式較為可採。惟就我國目前法規的體例而言，採取此一模式不免必須面對「孰為該法之主管機關」的問題。本文對此的看法認為，必須視該法的內容而定。倘若此一網際網路服務提供者免責規範的立法，僅止於設定免責的類型及其要件，而未有其他的管制規定，有鑑於其為民事與刑事法規的特別免責規定，適用上必須以法院為裁判的主體，因此自無須有主管機關的設置²⁷¹。如考慮該法案未來於立法院孰為推動之行政機關，本文以為，推動電子商務獎勵與輔導發展向來不遺餘力的經濟部，或者主管法律

²⁷¹ 就如同民法與刑法，並未設有主管機關，而由法院針對個案適用法律。

事務規範及研究的法務部，均為適當的機關²⁷²。

美國 DMCA 所規定「通知及取下程序」，主要在於建立服務提供者、著作權人與被指控為侵權人間的合作模式。但這項規定卻導致網際網路服務提供者的訴訟風險增加。上述規定與我國現行通知取下程序最大不同者乃在，我國係以行政機關為通知與執行者，而非由傳播業者為取下與否之決定。因此，在避免損害擴大效果上，我國現行規定應能達到美國「通知及取下程序」相同之效果，且藉由公權力的介入，避免網際網路服務提供者淪為他人侵權事件中的受害者與承擔被訴之風險。

此外，在避免損害擴大上，我國現行規定除以行政手段為之外，受害人尚得選擇民事保全程序之定暫時狀態假處分，要求網際網路服務提供者取下不當資訊，同樣可達到保全其權益之效果。因此本文認為，有關要求網際網路服務提供者為通知取下之行爲，得於未來法制規範上，增訂行政處分方式，縱不作如此之規定，現行民事保全程序亦得彌補，且二者均較美國「通知及取下程序」風險為低。

²⁷² 有認為應以目前正在規劃籌設的「通訊傳播委員會」作為該法的主管機關者。對此本文認為，由於通訊傳播委員會的設置，係執掌通訊傳播市場的監督管理，此一性質是否與該法的規範目的，係為了釐清「網際網路服務提供者的免責類型及其要件」相符，容有討論的空間。是以未來如採取單一立法模式，此一新法是否尚須負載其他規定內涵，又其性質如何，將是決定該法所屬主管機關的重要關鍵。

第五章 結論與建議

壹 針對我國法規對網際網路服務提供者之責任檢討

一、應從行政法規確定可容許風險之界線，作為刑事責任判斷基準

網際網路服務提供者所提供的服務仍屬刑法上的行為。但不同型態的服務型態，可能導出不同的容許風險界限。本文認為網路連線服務提供者之風險最應被容許，網路平臺服務提供者次之，網路內容再次之的態度。然未來如須對網際網路上之刑法風險定出具體的容許界線，仍須仰賴相關行政法規，界定行政不法的範疇，繼而認定刑事責任的有無，將是較為允當的作法。

二、應視對傳輸內容控管能力定網際網路服務提供者之責任

我國電信法之規定，其雖有意將電信事業侷限於單純連線提供者（IAP），然定義含混，加上第 27 條之規定，更使得 IAP 與平臺服務提供者(IPP)於電信法之定位便顯得曖昧不明。又雖然我國電信法將電信事業區分成第一類電信事業與第二類電信事業，但由於第一類電信業者多兼營第二類電信事業，而使得區分更加模糊，責任也更不易界定。因此本文認為，我國電信法所規範之電信事業應以該事業對傳送內容有無控管能力為斷，而定其責任，而不問其究為連線服務提供者或平臺服務提供者。

在網際網路服務提供者跨足經營廣告後，其地位不再純為電信業者，而又同時具備媒體經營者的角色，自應受媒體相關法規規範，而對不實廣告或不當資訊負有注意義務及責任。在網際網路業者做為媒介，且同時具有媒體經營者的情形下，依電信法第 8 條第 1 款的免責規定，及消保法、公平法中有關不實廣告的責

任等規定的衝突勢必須予以處理。因而再次釐清電信法第 8 條第 1 項的主體為提供何種網際網路服務類型實有必要。

三、網路廣告責任之要件應以得否知悉作為判斷基準

從消保法第 23 條與公平法第 21 條第 4 項規定及其相關函釋，在媒體經營者責任部分，均以「明知或可得而知」作為主觀要件。此要件具體化言之，即為控管能力與主動之注意。

本文認為第 8 條第 1 項應限制在事實上無法具備主觀要件的網際網路服務提供者。因此網路連線服務提供者（IAP）應排除在媒體經營者的定義之外。網路平臺服務提供者（IPP），由於涉及入口網站的形象及商業利益的考量，通常會進行一定編輯或編排程式，人為接觸到廣告的內容並為廣告內容當否之判斷，即對不實或引人錯誤廣告的明知或可得而知，顯然較可期待，而較易符合消保法第 23 條及公平交易法第 21 條第 4 項之主觀要件。

而在具特定保護目的的規範，例如兒童及青少年性交易防治條例、食品衛生管理法、健康食品管理法或化妝品衛生管理條例中，有課與媒體經營者事先審查廣告內容之義務及處罰規定，顯見其係針對具有主觀認識之媒體經營者而定。

四、對負有被動注意義務之網際網路服務提供者應以對不當資訊之作為義務作為免責要件

要求無法為主動注意之網際網路服務提供者，例如主機出租的網際網路服務提供者主動負起內容的注意義務，在實際上確有較困難之處。然由於主機業者對於租用人所登載的內容，在技術上仍有可干涉的能力（例如移除資訊或阻斷服務），因而對其注意義務，則應著重在對於不當資訊的事後補救，亦即需為被動的注意及擔負一定作為義務較為可行。

歐盟在電子商務指令第 14 條主要是針對主機業者，在一般情形及注意義務下，無法發現傳輸資訊有犯罪情形時，不負法律責任；但在發現或被通知有不當

或違法資訊時，仍有儘速移除資訊或阻斷讀取的義務。此項規定目的在於使無法為主動注意之提供者承擔一定網路資訊社會的責任，堪為我國制訂網際網路服務提供者免責要件之參考。

五、避免課與網際網路服務提供者刑事責任

網際網路服務發展網路資訊社會之最重要一環，其為資訊傳遞的媒介或者為網路社會資訊直接或間接的提供者。由於網際網路的資訊已為不特定人均可讀取，不當資訊透過網路流通，所造成權益損害或不良社會影響廣大深遠，因而使網際網路逐漸有類同於媒體經營者的地位。雖不可否認服務提供者有作為媒介者所應擔負之社會或法律責任，並因此負有一定的注意義務及作為。然僅以所有資訊均透過其所提供服務進行為由，而認定其對使用者之侵權或其他不法行為承擔法律責任，則恐失之過苛。水能載舟，亦能覆舟，使用人行為不當之結果，自應由使用人負其法律責任。

除在具特定保護目的的規範，例如兒童及青少年性交易防治條例、食品衛生管理法、健康食品管理法或化妝品衛生管理條例中，基於保護兒童青少年及公眾安全及健康之考量，有課與媒體經營者事先審查廣告內容之義務及處罰規定，此係從社會責任的角度所做之節制。從規定內容觀之，顯見其係針對具有主觀認識之媒體經營者而定。平臺服務提供者對於其所能控制之網頁內容，除該內容違法且認為平臺服務提供者有協助之意思外，原則上，平臺服務提供者如已審查經廣告主主管機關核准之證明文件後，應免除其依刑事責任科予幫助犯之可能。

然在介於資訊傳遞的通道與媒體經營者的角色之間，在可為私器與公器之際，網際網路的角色較一般媒體經營者更為複雜。未來在面臨數位匯流的趨勢，傳播業者與網際網路服務提供者的界線更趨模糊，如動輒認定做為媒介的服務提供者對使用者不法行為負有刑事上的責任，則無異限縮服務提供者的容許風險，將使網際網路產業的風險成本增加，對於匯流的發展可能會造成直接的影響。本文建議，對於刑事責任的認定，仍應謹守科技中立的原則，在欠缺主觀不法要件之情況下，避免課予網際網路服務提供者刑事責任。

貳 網際網路服務提供者免責類型及要件研擬及建議

網際網路服務提供者免責類型規範及要件之研擬，建議如下：

單純連線服務	說明
<p>1. 網際網路服務提供者之服務，如係對於使用者所提供之資訊，以通訊網路加以傳輸，或者提供通訊網路之接收者，於符合以下要件時，網際網路服務提供者無須對所傳輸之資訊負責：</p> <ul style="list-style-type: none"> (1) 非發起傳輸； (2) 並未選擇傳輸資訊的接收者； (3) 並未選擇或修改所傳輸的資訊。 <p>2. 前項所指稱傳輸及提供接收的行為，包括因通訊網路傳輸之唯一目的，而對所傳輸之資訊為自動的、媒介的與短暫儲存，並且該資訊的儲存並未超過任何傳輸所需之合理期間。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「單純連線服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於提供「單純連線服務」的網際網路服務提供者，由於對於傳輸或接收之內容，係應使用者的要求而提供，且在技術程序上通常未能知悉內容為何。因此在免責要件上必須要求對於傳輸之發起及接收，皆為使用者所為，且網際網路服務提供者並未選擇或修改傳輸資訊內容。</p> <p>三、傳輸過程中於技術程序上所不可避免的儲存行為，如該儲存時間未超出傳輸所需之合理期間，於符合本條第一項規定之要件時，亦應予以免責。</p> <p>四、參考歐盟電子商務指令第十二條、美國著作權法第五一二條第 a 項之規定，明訂本條。</p>
快速存取服務	說明
<p>網際網路服務提供者之服務，如係對於使用者所提供之資訊，以通訊網路加以傳輸，服務提供者基於使其他使用者在其要求下更有效率傳輸資訊之目的，於符合以下要件時，</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「快速存取服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於提供「快速存取服務」的</p>

<p>無須對資訊所為之自動的、中間的及暫時的儲存行為負責：</p> <p>(1) 網際網路服務提供者並未修改該資訊；</p> <p>(2) 網際網路服務提供者遵守資訊提供者所訂，有關資訊接取的條件；</p> <p>(3) 網際網路服務提供者遵守資訊更新的規則，尤其是為產業所廣泛承認與使用的規則而言；</p> <p>(4) 網際網路服務提供者並未干涉，有關於合法使用廣泛為產業所承認與使用之科技，以取得資訊使用的資料；</p> <p>(5) 網際網路服務提供者確實知悉該資訊之最初傳輸來源，已移除於網路之外，或者該資訊已無法接取，或者法院或行政機關命其移除或使之無法接取時，服務提供者應立即移除該資訊，或使之無法接取。</p>	<p>網際網路服務提供者，由於係基於提高傳輸效率之目的，對於傳輸之資訊為自動的、中間的以及暫時性的儲存，此為技術程序上導致，網際網路服務提供者通常並未修改該資訊。</p> <p>三、由於「快速存取服務」對於資訊的儲存，較「單純連線服務」的時間為久，因此以「暫時」與「短暫」加以區別。</p> <p>四、對於「快速存取服務」所儲存的資訊，由於仍可能繼續為其他使用者所接取，因此對於資訊的更新及接取的條件，應予遵守，以維護使用者及資料提供者的權益。</p> <p>五、為蒐集資訊使用資料，利用產業所承認及使用的科技，以為今日業界所使用（如 Cookie）。對於藉由類此技術所蒐集資料的利用，如網際網路服務提供者於該科技使用時並未加以干涉，自不應令其對該資料的使用負責。</p> <p>六、參考歐盟電子商務指令第十三條、美國著作權法第五一二條第(b)項之規定，明訂本條。</p>
<p>資訊儲存服務</p>	<p>說明</p>
<p>1. 網際網路服務提供者之服務，如係包括儲存使用者所提供之資訊，於符合以下要件時，網際網路服務提供者無須對於因使用者之請求而儲存的資訊負責：</p> <p>(1) 網際網路服務提供者實際上並未認識該不法活動或資訊，並且有關損害賠償的請求方面，並未察覺顯而易見該不法活動或資訊的事實或狀況；或者</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「資訊儲存服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於「資訊儲存服務」限制網際網路服務提供者之責任，主要原因在於網際網路服務提供者通常係因使用者之要求，而儲存其所提供之資訊。於儲存過程中，網際網路</p>

<p>(2) 網際網路服務提供者在認識或知悉後，立即移除該資訊或使之無法接取。</p> <p>2. 如使用者係隸屬於服務提供者，或者受其所控制者，前項規定不適用之。</p>	<p>服務提供者或有可能實際認識該資訊之內容。為釐清網際網路服務提供者提供此一服務於法律上的風險，有必要明訂免責的要件，而為其所遵循。</p> <p>三、如網際網路服務提供者於認識或知悉使用者所儲存之資訊或從事活動係屬不法，應立即移除該資訊或使之無法接取，否則不應享有本條規定的免責優惠。</p> <p>四、如使用者與網際網路服務提供者具有從屬關係，由於應可認識或知悉此一資訊或活動內容，因此不將其視為他人所提供之內容，而不給予此一免責優惠。</p> <p>五、參考歐盟電子商務指令第十四條、美國著作權法第五一二條第(c)項之規定，明訂本條。</p>
<p>資訊位址工具服務</p>	<p>說明</p>
<p>1. 網際網路服務提供者之服務，如係以超連結、網路指引、搜尋引擎或索引等工具，將使用者引至含有侵害他人權利之情形，於符合以下要件時，網際網路服務提供者無須對於因使用者之請求而儲存的資訊負責：</p> <p>(1) 網際網路服務提供者實際上並未認識該不法活動或資訊，並且有關損害賠償的請求方面，並未察覺顯而易見該不法活動或資訊的事實或狀況；或者</p> <p>(2) 網際網路服務提供者於認識或知悉後，立即移除該資訊或使之無法接取。</p> <p>2. 如使用者係隸屬於服務提供者，或者受其所控制者，前項規定不適用之。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者提供「資訊位址工具服務」之免責型態及要件。</p> <p>二、對於「資訊位址工具服務」限制網際網路服務提供者之責任，主要原因在於網際網路服務提供者通常對於所搜尋之結果，可能認識其內容，是以為釐清網際網路服務提供者提供此一服務於法律上的風險，有必要明訂免責的要件，而為其所遵循。</p> <p>三、如網際網路服務提供者於認識或知悉搜尋結果涉及不法時，應立即移除該資訊或使之無法接取，否則不應享有本條規定的免責優惠。</p>

	<p>四、如使用者與網際網路服務提供者具有從屬關係，由於應可認識或知悉搜尋結果之內容，因此不將其視為他人所提供之內容，而不給予此一免責優惠。</p> <p>五、參考美國著作權法第五一二條第(d)項之規定，明訂本條。</p>
--	---

網際網路服務提供者一般監控義務的免除：

一般監控義務的免除	說明
<p>網際網路服務提供者對於第〇〇條、第〇〇條、第〇〇條及第〇〇條所規定之免責服務，並無監控該儲存或傳輸之資訊，以及探究該事實或狀態是否內含不法活動之一般義務。</p>	<p>一、本條明訂網際網路服務提供者對於本法所欲免責的服務類型，並無監控其內容或活動是否違法的一般義務。</p> <p>二、本法有關網際網路服務提供者之免責規範，旨在提供明確的服務規範，避免網際網路服務提供者於經營上面臨不確定的法律風險。若干於網際網路服務提供者認識或確實知悉資訊內含不法情事時，應立即移除或使之無法接取的免責要件，並未賦予網際網路服務提供者具有監控使用者所傳輸或儲存之資訊的一般義務，以保障使用者的秘密通訊自由。</p> <p>三、參考歐盟電子商務指令第十五條規定，明訂本條。</p>

美國 DMCA 規定「通知及取下程序」，主要在於建立服務提供者、著作權人與被指控為侵權人間的合作模式，與 DMCA 安全港條款的立意呼應。藉由著作權人主動發現侵權行為並踐行通知義務，免除網路服務提供者的監控義務，但課予網路服務提供者的後續取下及轉通知義務，再藉由轉通知程序使得使用者有為自己行為主張抗辯之權利。惟上述規定與我國現行通知取下程序最大不同者乃

在，我國係以行政機關為通知與執行者，而非由傳播業者為取下與否之決定。因此，在避免損害擴大效果上，我國現行規定已能達到美國「通知及取下程序」相同之效果，但卻能避免網際網路服務提供者淪為他人侵權事件中，最無關要緊的受害者與承擔被訴之風險。

另在處罰上，我國現行規定除傳播業者有惡意侵害權利人之利益外，原則上，傳播業者不對其所傳送之內容負連帶責任或共犯責任，蓋傳播業者為資訊或言論流通之重要管道，如課與過重之責任，對於社會整體之意見表達自由與知識流通，反造成不良之效果。甚且，在避免損害擴大上，除以行政手段為之外，受害人尚得選擇民事保全程序之定暫時狀態假處分，達到保全其權益之效果。因此，有關要求網際網路服務提供者為通知取下之行爲，得於未來法制規範上，以行政處分方式為之，縱不作如此之規定，現行民事保全程序亦得彌補，故無須特別引進美國「通知及取下程序」之制度。

參考書目

中文文獻

專書

1. 2002年產業電子化白皮書，行政院產業電子化小組，2002年。
2. 2002年中華民國電子商務年鑑，經濟部商業司，2002年。
3. 周天等合著，網路法律高手，初版，2002年4月。
4. 羅明通，著作權法論，台英國際商務法律事務所，3版，2000年1月。
5. 邱聰智，民法債編通則，修訂6版，1993年8月。
6. 黃立，民法債編總論，2版，2002年9月。
7. 馬維麟，民法債編註釋書（一），初版，1995年10月。
8. 黃茂榮，債法總論，第2冊，2002年9月。
9. 林山田，刑法通論（上），增訂8版，2002年11月。
10. 林山田，刑法通論（下），增訂6版，1998年2月。
11. 林山田，刑法各罪論（上）、（下），修訂3版，2002年3月、4月。
12. 黃榮堅，基礎刑法學（上），初版，2003年5月。
13. 謝銘洋，智慧財產權基本問題研究（國立臺灣大學法學叢書（117）），1999年7月。
14. 尤英夫，廣告法之理論與實務，初版，1998年2月。
15. 王傳芬，網路交易法律錦囊－消費者權益保護，初版，2000年10月。
16. 許文義，個人資料保護法論，初版，2001年1月。

碩博士論文

1. 蔡偉逸，網路服務業者之著作權侵害責任，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2002 年。
2. 廖文慈，網際網路服務提供者責任之研究，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2002 年。
3. 李建億，論網際網路不實廣告之管制及其民事責任，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2002 年。
4. 王勝毅，網際網路上犯罪行為之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，2001 年。
5. 汪昱緹，網路上 MP3 音樂著作權之研究，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2001 年。
6. 蕭愛貞，網際網路犯罪之責任內涵---兼論網路服務業者之責任，輔仁大學法律學研究所碩士論文，2000 年。
7. 余德正，不法使用網際網路之刑事責任，東海大學法律學研究所碩士論文，2000 年。
8. 王傳芬，網路交易法律問題之研究－以消費者保護為依歸，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1998 年。

期刊與研究報告

1. 陳思廷、林佳蓉，〈論跳板網站攻擊衍生之民事責任〉，科技法律透析，第 14 卷第 11、12 期，2002 年 11 月、12 月。
2. 林發立，〈網際網路服務提供者責任淺探〉，萬國法律，第 116 期，2001 年 4 月。
3. 盧映潔，〈由危險概念論網際網路服務提供者或網站管理人成立刑事責任之可能性〉，國立中正大學法學集刊第 6 期，2002 年 1 月。

4. 尤清，〈網際網路服務提供者之法律責任—從德國及美國司法判決談起〉，資訊法務透析，第 12 卷第 12 期，2000 年 12 月。
5. 章忠信，〈美國一九九八年數位化千禧年著作權法案簡介〉，萬國法律，第 107 期，1999 年 10 月。
6. 雷憶瑜，〈ISP 及搜尋引擎相關之法律責任〉，1999 全國智慧財產權研討會論文集，1999 年。
7. 章忠信，〈網路服務業者之著作權侵害責任〉，萬國法律，第 97 期，台北，1998 年 2 月。
8. 張雅雯，〈網際網路連線服務提供者就網路違法內容之法律責任〉，資訊法務透析，1998 年 3、5、6 月。
9. 謝銘洋、陳曉慧，〈德國對網路服務之新規範—資訊服務與通訊服務法（多元媒體法）〉，月旦法學雜誌，第 36 期，1998 年 5 月。
10. 謝銘洋主持，〈我國網路應用整體規範立法可行性研究〉，財團法人資訊工業策進會委託學術機構研究計畫期末報告，1998 年 6 月。
11. 徐盛國，〈網站經營者之民事責任〉，資訊法務透析，1998 年 9 月。
12. 黃嘉珍，〈網路上的法律問題：網際網路服務提供者的著作權法責任〉，通訊雜誌，第 44 期，1997 年 9 月。
13. 廖義男，〈消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範的競合〉，律師通訊，第 199 期，1996 年 4 月。
14. 范曉玲，〈網路音樂「同儕共享」與「合理使用」-從 Napster 案談起〉，月旦法學雜誌，第 78 期，2001 年 11 月。
15. 劉尚志、陳佳麟，〈由 Napster 案評析新興科技對網路著作權之衝擊〉，萬國法律，第 116 期，2001 年 4 月。
16. 許郁靈，〈「關於特定電氣通信役務提供者之損害賠償責任限制與發信者情報開示之法律」簡介〉，萬國法律，第 129 期，2003 年 6 月。

17. 范瑞華，〈特定電氣通信服務提供者損害賠償責任之限制暨發信者資料揭示法〉，萬國法律，第 121 期，2002 年 2 月。
18. 黃惠婷，〈幫助犯之幫助行爲—兼探討網路服務提供者之刑責〉，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月。
19. 石世豪，〈我國國家機密法制之發展〉，軍法專刊，第 49 卷第 9 期，2003 年 9 月。
20. 魏大曉，「親權事項之假處分」，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月。

英文文獻

專書

1. MARGARET JANE RADIN, ET AL., INTERNET COMMERCE: THE EMERGING LEGAL FRAMEWORK, UNIVERSITY CASEBOOK SERIES (2002).
2. GERALD SPINDLER & FRITJOF BORNER, E-COMMERCE LAW IN EUROPE AND THE USA (2002).
3. ROGER LeROY MILLER & GAYLORD A. JENTZ, LAW FOR E-COMMERCE (2002).
4. SHARON K. BLACK, TELECOMMUNICATIONS LAW IN THE INTERNET AGE (2002).
5. F. LAWRENCE STREET & MARK P. GRANT, LAW OF THE INTERNET (2001)
6. P. BERNT HUGENHOLTZ, COPYRIGHT AND ELECTRONIC COMMERCE (2000)
7. JOHN DICKIE, INTERNET AND ELECTRONIC COMMERCE LAW IN THE EUROPEAN UNION (1999).
8. LEMLEY, MENELL, MERGES & SAMUELSON, SOFTWARE AND INTERNET LAW (2000).
9. BENJAMIN WRIGHT & JANE K. WINN, THE LAW OF ELECTRONIC COMMERCE (1999).

10. MICHAEL CHISSICK & ALISTAIR KELMAN, ELECTRONIC COMMERCE: LAW AND PRACTICE (1999).
11. WIPO, INTERNATIONAL CONFERENCE ON ELECTRONIC COMMERCE AND INTELLECTUAL PROPERTY (1) ~ (3) (1999).
12. BERKELEY CENTER FOR LAW & TECHNOLOGY, THE LEGAL AND POLICY FRAMEWORK FOR GLOBAL ELECTRONIC COMMERCE: A PROGRESS REPORT (1999).
13. THE COMPUTER LAW ASSOCIATION, MANAGING THE LEGAL RISKS OF E-COMMERCE: PRACTICAL LEGAL STRATEGIES (1998).
14. ANNE FITZGERALD ET AL., GOING DIGITAL: LEGAL ISSUES FOR ELECTRONIC COMMERCE, MULTIMEDIA AND THE INTERNET (1998).
15. INSTITUTE FOR INFORMATION INDUSTRY, THE EMERGING LAW OF THE INTERNET (1998).
16. HARVARD UNIVERSITY, THE SECOND INTERNATIONAL HARVARD CONFERENCE ON INTERNET & SOCIETY (1998)
17. JON A. BAUMGARTEN ET AL., BUSINESS & LEGAL GUIDE TO ONLINE-INTERNET LAW (1997).
18. PAUL JACOBSEN, NET LAW: HOW LAWYERS USE THE INTERNET (1997).
19. KENT D. STUCKEY, INTERNET AND ONLINE LAW (1996)
20. JONATHAN ROSENBERG, CYBERLAW: THE LAW OF THE INTERNET (1996).
21. GRAHAM JH SMITH, INTERNET LAW AND REGULATION (1996).
22. G. BURGESS ALLISON, THE LAWYER'S GUIDE TO THE INTERNET (1995).
23. ABU BAKER MUNIR & SITI HAJAR MOHD. TASIN, INTERNET SERVICE PROVIDERS LIABILITY FOR COPYRIGHT INFRINGEMENT, 49 (FEB. 2002)
24. TIMOTHY D. CASEY, ISP LIABILITY SURVIVAL GUIDE, WILEY COMPUTER PUBLISHING (2000).

期刊

1. Monica Vir, *The Blame Game: Can Internet Service Providers Escape Liability For Semantic Attacks?*, 29 Rutgers Computer & Tech. L.J. 193 (2003)
2. Matthew Schruers, *The History And Economics Of Isp Liability For Third Party Content*, 88 Va. L. Rev. 205 (2002).
3. Assaf Hamdani, *Who's Liable For Cyberwrongs?*, 87 Cornell L. Rev. 911 (2002).
4. Xavier Amadei, *Standards Of Liability For Internet Service Providers: A Comparative Study Of France And The United States With A Specific Focus On Copyright, Defamation, And Illicit Content*, 35 Cornell Int'l L.J. 189 (2002).
5. Heidi Pearlman Salow, *Liability Immunity for Internet Service Providers — How is it Working?* 6.1 J. Tech. L. & Pol'y 1 (2001).
6. Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability For Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, And The First Amendment*, 88 Geo. L.J. 1833 (2000).
7. Mark Konkel, *Internet Indecency, International Censorship, and Service Providers' Liability*, 19 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 453 (2000).
8. Jennifer L. Kostyu, *Copyright Infringement On The Internet: Determining The Liability Of Internet Service Providers*, 48 Cath. U.L. Rev. 1237 (1999).
9. Michelle J. Kane, *Vi. Business Law: I. Electronic Commerce: B) Internet Service Provider Liability: Blumenthal V. Drudge*, 14 Berkeley Tech. L.J. 483 (1999).
10. Bruce G. Joseph, Dineen P. Wasyluk, Wiley Rein & Fielding LLP, *Copyright Issues on the Internet and the DMCA*, 745 PLI/Pat 451. (2003)
11. Jennifer Bretan, *Harboring Doubts about the Efficacy of §512 Immunity under the DMCA*, 18 Berkeley Tech. L.J. 43. (2003)

12. Lucy H. Holmes, *Making Waves in Statutory Safe Harbors: Reevaluating Internet Service Providers' Liability for Third-party Content and Copyright Infringement*, 7 Roger Williams U.L. Rev. 215. (2001)

13. David L. Haves, *Copyright Liability of online Service Providers: Part III*, 19 No. 12 Computer & Internet Law. 12 (2002)

14. Neil A. Benchell, *The Digital Millennium Copyright Act: A review of the Law and the Courts Interpretation*, 21 J. Marshall J. Computer & Info. L. 1. (2002)

德文文獻

專書

1. Michael Kloepfer, Informationsrecht, München 2002, C.H. Beck.
2. Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, München 2003, C.H. Beck.
3. Michael Lehmann (Hrsg.), Electronic Business in Europa- Internationales, europäische, deutsches Online-Recht, München 2002, C.H. Beck.
4. Freytag, Haftung im Netz—Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzung nach §5 TDG und §5MdStV, München 1999, C.H. Beck.
5. Gramlich / Kröger / Schreibauer (Hrsg.), Rechtshandbuch B2B Plattformen, München 2003, C.H. Beck.
6. Broehl/ Bender/Roeder-Messell, Ernst, Das neue E-Commerce-Recht, Koeln 2002, Bundesanzeiger Verlag.
7. Stefan M. Freytag, Harmonisierung der Providerhaftung, in: Michael Lehmann (Hrsg.), E-Business in Europa, Muenchen 2002, C. H. Beck.
8. Ulrich Sieber, “Verantwortlichkeit im Internet: Technische Kontrollmoeglichkeit und multimediarrechtliche Regelung”, Muenchen 1999, C. H. Beck.

9. Thomas Stadler, Haftung fuer Information im Internet, Berlin 2002, Erich Schmidt Verlag.
10. Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung als Reaktion auf gesellschaftlichen Innovationsbedarf, in: Martin Eifert/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, Baden-Baden 2002.
11. Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl. , 2001.
12. Schoenke-Schroeder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. , 2001.
13. Claus Roxin, Strafrecht AT., Bd. I, 3 Aufl., Muenchen 1997.

線上資料

1. Informations-Kommunikationsdienste-Gesetz (「資訊通信服務法」), <http://www.iid.de/rahmen/iukdgeb.html> (Last visited on May 30, 2003)
2. Teledienstegesetz (「電信服務法」), <http://www.netlaw.de/gesetze/tdg.htm> (Last visited on May 30, 2003)
3. 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 (Directive on electronic commerce) (「歐盟電子商務指令」), O.J. L. 178, 17.7.2000, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717en00010016.pdf (Last visited on May 30, 2003)
4. Telecommunicationsgesetz (「電信法」), http://www.bmwi.de/Homepage/download/telekommunikation_post/TKG1.pdf (Last visited on May 30, 2003)

日 文 文 獻

専書

1. 飯田耕一郎等，プロバイダ責任制限法解説，初版，2002年9月。
2. 総務省電気通信利用環境整備室(著)，テレコムサービス協会(編集)，プロバイダ責任制限法―逐条解説とガイドライン，2003年1月。

期刊

1. 丸橋透，＜発信者情報開示制度の課題＞，法とコンピュータ，第21期，2003年7月。
2. 大谷和子，＜インターネットの利用と規制―第27回法とコンピュータ学会研究会の総括＞，法とコンピュータ，第21期，2003年7月。
3. 早稲田祐美子，＜著作権の保護とプロバイダ責任制限法＞，法とコンピュータ，第21期，2003年7月。

線上資料

1. 総務省，情報通信白書平成14年版，2002年，<http://www.soumu.go.jp/hakusyo/index.html>。

ISP 各國法律責任規範方式專家座談會

會議時間：2003 年 10 月 30 日（星期四）上午 9:30～12:00

地點：亞太會館 204 室

與談人：王郁琦 教授（世新大學法律系）

張懿云 教授（輔仁大學財經法律系）

林發立 律師（萬國法律事務所）

葉奇鑫 檢察官（法務部檢察司）

何吉森 科長（新聞局廣電處）

陳淑美 組長（經濟部智慧財產局）

黃文哲科長（交通部電信總局）

蘇勇吉 技正（交通部電信總局）

蔡明吟 顧問（Yahoo!奇摩）

鍾福貴 處長（中華電信）

章毓群副主任（資策會科技法律中心）

戴豪君 組長（資策會科技法律中心）

陳人傑專案經理（資策會科技法律中心）

郭佳攻專案經理（資策會科技法律中心）

討論議題：

1. 我國有無必要訂定如外國立法規範 ISP？

如果有必要規範，應採取何種方式？或者除前述模式外有另外可以採取的立法例？此外主管機關應為何者？（單一式立法較可能產生問題）

2. 是否要採取通知和取下程序？

3. 不法行為資訊的揭露，在我國有沒有必要接受日本法制？目前實務上有沒有權利主張的困難？如果法規上有所規制，會不會構成對行為人隱私權的侵害？

第一部份 引言

報告人：陳人傑經理

一、問題緣起：ISP 是處在受害者和加害者間的媒介者，受害者對 ISP 通常會主張民事共同侵權行為或形式上的共同正犯；在使用者方面和 ISP 會有契約關係，ISP 因為事實上有財力優勢所以會成為訴訟上明顯的目標。所以目前大多國家會採取免責的看法。目前大致可以分為以下幾種規範類型：

單一免責要件：

以單一的規範或要件來規定 ISP 的免責要件，同樣在 ISP 的定義也是單一化，日本，德國舊法採之。

類型化規範：

單一式的立法，歐盟和德國新的電信服務法採之。

分散式的立法：

美國對 ISP 交由不同法規定義與規範 ISP；免除者是民事責任。

二、ISP 定義：

目前傾向作功能性的定義，若是 ISP 自己提供內容，要負自己責任；服務本身是因使用者的要求而提供的；透過電信設備遠距提供；其服務內容包括資訊的傳輸與接取，處理與儲存；在這樣的理解下也包含了 IAP 和 IPP 部分 ICP。

三、責任限制的類型：

1. 純粹只是提供連線服務：

傳輸使用者所提供的資訊，提供網路的接取，可能因為傳輸的需要，會因為傳輸的需要所做的重製行為；免責要件為：服務提供者並沒有發起傳輸行為；未選擇傳輸的接收者；未選擇或修正傳輸的資訊。

2. 快速存取服務：

也是提供使用者傳輸資訊；目的主要是促進更有效率的傳輸；有自動的或暫時的儲存資料。免責的要件為：未對資訊有所修改；遵守業界對於資訊接取的條件；同時要遵守資訊更新的規則；不能干涉合法使用廣泛被承認使用的科技來取得該資訊使用的資料，如 cookie 技術的使用，ISP 對於被此技術傳輸的資訊不用負責；如果最初的資訊來源已經移除或無法接取或已在法院或行政機關命令移除時，ISP 必須必須立刻移除。

3. 資訊儲存服務：

對於使用者提供資訊儲存的服務，其免責要件為：ISP 實際上不知有不法活動；若 ISP 認識有不法活動後應立即移除該資訊或使它無法接取；若使用者與 ISP 業者有隸屬關係時，解釋上應認為使用者的行為就是 ISP 的行為應由 ISP 負責。

美國 DMCA 在這方面有一特別規定，ISP 如果有權利或能力控制資訊接取或流通時，但本身沒有受到經濟上的利益時，亦可以免責；程序上有資訊的通知和取下的措施。

4. 資訊搜尋工具服務：

服務提供者在系統或網路提供資訊搜尋工具，指引使用者至具有侵權資訊或活動的位置。免責要件為：對於使用者的侵權事實不知悉或未刻意漠視，或是之情後立刻阻斷接取或移除之；ISP 雖有權利或能力控制侵權活動，但並未從侵權活動中獲得經濟利益者；符合通知或取下的程序。

四、單一免責要件立法

如果技術再客觀上無法要求 ISP 防止時，應給予免責；如果技術上可能控制時，ISP 對侵權資訊不知情或雖知悉該資訊之流通，但不知其將造成他人權利的損害。也可以主張免責，免除的是民事責任。

五、ISP 義務規範探討

通知及取下程序：

在美國有特別規範受害者可以通知 ISP 取下不當內容，另外受害者往往不知使用者為何人，所以通常會希望透過 ISP 這部分取得真正使用人的身分資料，進行法律上的訴訟主張損害賠償。有關通知及取下程序的規定：在有侵權情事發生時，權利人會通知 ISP 以取下侵權資訊，ISP 再轉通知資訊使用者，若使用者不服可以向 ISP 表達反對意見經由 ISP 轉達給權利人，權利人此時可以選擇在 14 天內起訴以維持 ISP 取下的決定，或選擇不起訴而由 ISP 回覆被控侵權資訊。相當程度上可以免除 ISP 風險，而且可以讓三方產生合作關係以消除爭執。

揭露行為人資訊：

在日本有一特別規定，為使受害者可以主行使賠償請求權，在請求揭露者的權利顯受侵害，或是請求揭露者有行使損害賠償請求權之必要，或是有正當理由可以

取得發信者之資訊時，受害人可以請求 ISP 揭露使用人資訊。

ISP 在受揭露請求時也要徵詢發信者意見；且取得發信者資訊之人不得任意濫發該發信者資訊而妨礙到其名譽或生活安全。

如 ISP 拒絕揭露而使受害者損害擴大時，在沒有故意或重大過失時是可以不用負責的。

六、我國法制的現況：

電信法第八條對網路連線提供之規定，對電信內容和發生的效果或影響，都由使用人來負責，提供連線者是不用負責的。

媒體廣告的部分，消保法第 23 條規定媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符，就消費者因信賴廣告內容所受損害應與企業經營者負連帶損害賠償責任。消保會 86 年度第 00468 號函中認為 ISP 與網站經營業者係利用電腦或其他方法做為提供刊登廣告之媒介，使不特定多數人得以知悉廣告內容，且係以之為經常業務，故認定為媒體經營者。

公平法第 21 條第 4 項，廣告媒體業在明知或可得而知廣告內容會引人錯誤，還予以傳播或刊載時，也要和廣告主負連帶賠償責任，公平會在 81 年的公釋字第 001 號表示，必須要是廣告頁對於內容要能支配或篩選才有適用。

其他用傳播業者等字眼為定義者，尚有食品衛生管理法、健康食品管理法、藥事法。

有關通知取下程序在我國國內立法部分，廣電三法針對兒童少年身心健康，公共秩序或善良風俗的內容，由主管機關通知傳播業者取下；實際上保護的法益都是超個人法益，且都是要由主管機關發動通知取下程序。

第二部份 與會專家討論：

何吉森處長：

新聞局未來將會頒布辦法，對於網際網路的內容，有害於青少年或兒童的部分會通知業者取下，要求業者在內容方面採過濾軟體，但目前都是業者自律，可以先從分散式立法，在一段期間的運作後再視情況類型化，甚至單一化。目前實務上在廣播媒體違反廣播法規時，因為媒體對接取和內容並沒有限制或管制，所以雖然沒有如外國立法例的系統，但是實務運作的情形就大致相同了。

張懿云教授：

有無 ISP 責任規範的必要，這是政策問題。經濟法的角度，這是一個企業的成本（規範密度越高成本越高）；歐盟和德國採取漏斗式立法，大部分 ISP 不會有責任或成本，但漏斗下層再來接受各項法規檢驗，所以主管機關問題會因為法律管制的部分確定以後而確定，另外建議可以查明分散式立法可能涉及的主管機關以為參考。

關於 ISP 的通知和取下問題，14 天內未提起訴訟 ISP 必須放回原資料，這樣是否會鼓勵人民興訟？在 ISP 有無揭露義務部分，揭露會產生隱私權保護的問題，在歐盟指令裡是 ISP 像主管機關揭露，在日本是 ISP 向請求者揭露。

最後要注意的是在快速存取的免責要件中，課以 ISP 在特定條件下來源資料應移除的義務可以有效防止侵害的擴大。

王郁琦教授：

第一點是責任免除的部分應該是參考美國的 Telecommunication Act 的相關規定；第二點是在 caching 部分是 proxy 的應用，有他獨特的問題存在；第三是討論到單一或分散的立法模式上，實質的內容毋寧比較重要，但真要選擇其一者，建議採取單一立法，以免除不同機關處理同一事務上有不同的態度；此外不同立法對同一事項可能會有不同規範內容，單一式立法比較沒有這部分內容；第四點是說日本的揭露義務是不妥的規定，免責的目的是想讓 ISP 減少實際上的困擾，若賦予 ISP 此類義務則無益增加其責任；第五個是有關取下的規定，因為侵權有無的認定尚在訴訟程序中，在未確定前除非有禁制令(Injunction)或假處分，應該讓資料繼續回復在網路上，以免濫訴；第六是我國電信法第八條規定，應有解釋空間，因為它只規定到電信使用人部分而未規定 ISP，所以才有其他消保會函

釋問題；最後，消保會解釋令函應區分 ISP 類型認定媒體經營者，譬如單純提供
接收者不是媒體經營者，必須要有資訊儲存服務(Hosting)才會是媒體經營者。

蔡明吟顧問：

網站的經營基本上是 IPP，對內容沒有事實上先加以過濾的可能；但現在法規不
明，實際上行政機關的處理都先處罰網站經營者，若有不服再由其提起訴願，這
樣的做法造成很大的行政資源浪費。

鍾處長：

1. ISP 定義問題，以我們角度來看並不包括 IPP、ICP，因此並不會有難以屆定
期法律責任的問題；2. 有關規範應採何種方式，單一式立法有廣泛的適用比較
周延，但詳細的部分可能規定會有不清楚的地方；類型化則可能在新的應用產生
時沒有辦法涵蓋到，譬如 P2P 的問題；3. 在主管機關方面，實務上是區分為內
容與服務提供兩者，服務提供部分一般就是屬於電信總局，內容的部份就屬於新
聞局，未來配合 NCC 成立後需要清楚界定主管機關為何者，以落實執行法規；4.
對於通知和取下部分，如果是個人申告，一般不會受理，如果是透過律師或檢調
單位就會進入正式通知對方取下的程序；5. 對於揭露使用者的部分，一般是不
會提供使用人的個人資料因為此部份屬於個人隱私，除非檢調單位依法申請調
查。

黃文哲科長：設置行政主管機關目的是在用行政管制達到管理的目的，若今天要
以民事刑事責任管制時就不需要主管機關了，只要確定民事與刑事責任就可以間
接管制了。

蘇永吉技正：現在電信法第八條規範到的業者其實只有 IAP，只有一小部份可能
有 IPP，同時電信法第六條第七條規定對於內容電信事業應予保密，所以沒有可
能對 IAP 課以義務。國外的國情，國外的業者大都兼營 IAP 和 ICP 或 IPP，因此
有特別立法規範其義務的必要；但是國內的情況並不一樣，所以 DMCA 的規定對
我國的 IAP 而言就屬過於嚴格。目前在個人資料的保護部分，在法務部為主管機
關適用個人資料保護法的情形下，目前除非有符合各資法條件，否則也是拒絕提
供個人資料。關於通知和取下的規定，在接到通知要取下的時候，法律上爭執尚

未解決就要取下似乎不合情理，因此同意王教授所言以不取下為原則，例外有保全程序時才取下。

陳淑美組長：

著作權在民國九十二年六月修正通過以後曾有附帶決議，希望在一年以內，對於 ISP 的責任與管制，由主管機關向立法院提出報告；基此，對於 ISP 定義應進一步釐清。第二個有關分散式或單一式立法我們並沒有既定的立場，只要相關的內容盡量明確即可。第三是有關 DMCA 的規定對於通知與取下的部分，同意王教授所言應回到訴訟法基本面處理。最後是在 DMCA 規定裡收到通知後 14 天內要取下的部分，ISP 在此時有無向通知者揭露行為人的義務？

葉奇鑫檢察官：

第一點是有關立法方式，個人會比較偏向分散式立法，因為網路活動態樣過多，有必要分開處理以免單一式立法權限不清楚的弊端，而且分散式管制可以做到專業管制；第二點是要讓 ISP 業者了解遊戲規則以免業者無所適從；第三點是有關揭露義務，有一個前提一定不可缺少，就是保存義務，另外不宜由行為人來請求 ISP 公開使用人的個人資料，讓檢警調來處理；最後在通知與取下部分，在美國智慧財產權案件目的是要取得禁制令(Injunction)，但它是採取實質審理原則，因此在前面要有通知與取下程序；但是在我國是以假處分來處理，實際上可以達到同樣的結果而且速度更快，未來若要在立法部分有所做為，可以規定依民事或刑事訴訟規定處理。

林發立律師：

實務上如拍賣網站，還是有禁止刊登的商品如槍砲彈藥等等，但是因為實際上每天交易量過大或使用人隱匿資訊而導致網站漏未過濾，以現在沒有一個免責條款的情形，業者沒有一個免責的基礎，事實上業者卻沒有能力完全防堵，因此 ISP 業者的免責要件是要儘早規定的。

陳人傑專案經理：

ISP 的行政責任其實不在這一份研究報告的範圍內，民事與刑事責任是這裡所要探討有無免責規定的重點，在這部分是贊成張教授的建議；在通知和取下程序的

部分，可以讓民事與刑事程序與之並存，讓業者有兩套模式供其需要選擇進行；在 caching 業務類型，在歐盟的一些指令裡面有提到利用資訊回收的 cookie 技術來達到獲取相對人資訊的規範，前述不足的說明在此補上。