

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

資訊儲存服務提供者民事責任探析

—以誹謗性言論流通為中心

Civil Liability of Hosting Service Provider:
Focusing on Dissemination of Defamatory Speech

陳筱茵

Hsiao-Yin Chen

指導教授：陳忠五 博士

Advisor: Chung-Wu Chen, Ph.D.

中華民國 106 年 8 月

August 2017



謝辭

回首研究所及寫論文時期的自己，比想像中成長了更多，內心除了感謝，對於要告別學生時代，竟也開始有些許感傷。

首先，謝謝口試老師杜怡靜老師，老師對於日本民法的深厚學術基底，及提綱挈領式地針對論文不足處給予的相關建議，讓我能夠在日本交換期間有更明確的方向可以持續學習，對於後續論文的修正有相當大的幫助，非常感謝。謝謝口試老師王怡蘋老師，老師身為我國網路服務提供者責任相關問題的權威，在口試時提供我許多現行著作權法規範的不同思考角度，並就實務上可能遇到的問題與我詳細地討論並幫助我分析釐清，使原本論文中很多尚且渾沌不明的地方，有種豁然開朗的感覺。最後，謝謝指導老師陳忠五老師，老師對於學術的嚴謹態度以及對於社會關懷的溫度，嚴以律己寬以待人的處事哲學，為指導學生們所景仰，也讓我時時期許自己要不斷地努力精進，更要懷著柔軟謙卑的心不忘將所學回饋於社會。在論文撰寫過程中，老師不厭其煩地在問題成形、大綱、草稿、完稿等各個階段，以促進學生自我思考的方式，給予許多提點及指導，能完成這本論文，真的要非常感謝老師願意付出那麼多時間與心力。

另外最想感謝的是我的家人們。自己骨子裡是個有點任性恣意的人，但家人們從以前到現在都一直無條件地支持著我，總是當我最強而有力又溫柔包容的後盾。非常喜歡的爸爸，在我研究所三年級時因病去世了，想把這本論文獻給他。謝謝你的樂觀正面與溫柔寬厚，讓我能成為現在的樣子，對你的思念無限。謝謝媽媽跟哥哥，總是把我排在相當前面的優先順位，把我照顧得無微不至，讓我可以全心全意地專注於學業及追求自己的人生方向。

也非常謝謝從大學時代一起走到現在，陪伴著彼此又哭又笑，一起分享一起成長的北七7人組，陳彥蓉、張君魁、郭子彰、吳庭歡、李潔、胡雅涵，能認識你們真是進入台大最棒的事情之一！



覺得自己是個相當幸運的人，即便身處異鄉，仍然受到很多貴人的協助。在日交換期間的指導老師後藤卷則老師、民法研究的瀨川信久老師、志工媽媽林惠子女士、志工爺爺淺尾薰先生，他們所給予我的幫助與關懷，銘記在心沒齒難忘。

撰寫論文及赴日交換期間獲得的最大收穫，或許是開始學習如何與自己相處並進而鍛鍊自己的內心，期許將來的自己能夠更加堅毅，但也同時更加柔軟謙和。

2017. 08. 16

東京巢鴨租屋處

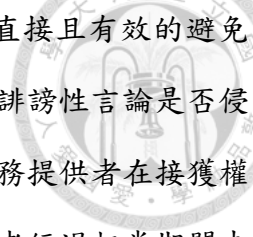


摘要

網際網路的蓬勃發展乃藉由無數個資訊傳播媒介—網路服務提供者所架構組織而成，此種新興的科技時代責任主體，在何種情況下應負擔何種作為義務，並於違反作為義務時負擔何種範圍內之損害賠償責任，皆為當代各國所面臨的重大議題。本文著眼於「因資訊流通」而直接造成他人「名譽權侵害」時，資訊儲存服務提供者應負擔之民事責任。

自美國 1996 年制定通訊適正法案(CDA 法案)第 230 條規定起，外國法陸續出現針對網路服務提供者民事責任之免責事由規定，本文整理該等規範可區分為兩大體系，首先為美國 CDA 法案第 230 條文義解釋、日本提供者責任限制法第 3 條第 1 項以及英國 2013 年名譽侵害法案規範，在接獲權利人通知，而網路服務提供者主觀要件該當「明知或可得而知」時，負有作為義務，而該作為義務依後兩國的規範，原則上在第一時點為轉通知義務，至第二時點方負擔刪除資訊義務；另一體系為美國 DMCA 法案、歐盟電子商務指令及其修正草案、我國著作權法第六章之一之規範，此等規定的主觀要件為「實際知悉或推定知悉」，並依通知形式要件規範搭配通知取下制度，建立第一時點的「刪除資訊」作為義務。無論何種規範體系，在網路服務提供者不該當該免責事由規定時，皆須回歸既有的侵權行為法一般規定就責任成立要件為具體認定。

直接與使用者接觸且最常成為責任追究對象之資訊儲存服務提供者，因其為資訊發信者外唯一具有刪除資訊之事實上控制危險能力者，並基於特定營業/職業對於一定場所具有危險控制權，而應認為其負擔防範他人權利受到損害的作為義務。原則上，其並不負有檢視發布資訊內容的事前監督義務，然而在使用者發布誹謗性言論，而該資訊流通造成權利人名譽權受侵害後，權利人對網路服務提供者提



出權利侵害事實發生的通知時，雖然接獲通知後刪除資訊乃最直接且有效的避免權利受侵害方式，然而，為兼顧發信者言論自由的法益權衡，且誹謗性言論是否侵害名譽權判斷要件，相較於著作權侵害更為複雜，應認為網路服務提供者在接獲權利人通知後，負有在第一時點轉通知發信者之作為義務，當發信者經過相當期間未回覆反對通知或該反對通知顯無理由時，方於第二時點負擔刪除資訊之作為義務。且如網路服務提供者違反作為義務時，自該時點起與發信者成立一般侵權行為的競合，兩者為不真正連帶債務關係。又攸關發信者通訊隱私權甚鉅的發信者個人資料揭露，本文認為依民事訴訟法起訴前證據保全程序，即足以保障權利人的名譽權及訴訟權，並可經由法院初步審酌權衡雙方的權益，無須仿效日本法創設實體法請求權，亦不妨礙我國現行的起訴嚴格要件。

關於網路服務提供者之一般民事領域免責事由規定，參酌著作權法專章規範的不完善及可取代性、著作權法與傳統民法領域的差異性，以及外國法立法權限劃分的制定背景，本文認為，依我國既有侵權行為規定以及訴訟法規定已足夠因應網路服務提供者一般民事責任，並且更能符合個案具體情形，亦可避免特別法過多架空普通法及適用混亂的現象，無須仿效外國法制定網路服務提供者免責事由規定，亦無須在傳統民事責任領域援引我國著作權法第六章之一的相關規定。

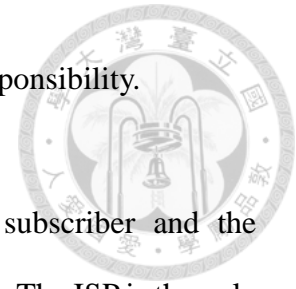
關鍵詞：網路服務提供者、作為義務、免責事由、發信者個人資料揭露、誹謗性言論。

Abstract

The expansion of the Internet is composed of numerous information dissemination intermediaries/ or so called Internet Service Provider(ISP), which is newly evolved liable entity in these technical times. Under what circumstances, does ISP bear duty of care? and when the breach of duty of care happens, in what range should ISP be liable for the damages? all these questions are faced around the world. This thesis focuses on what civil liability should the hosting service provider take when the published information directly caused defamation/libel.

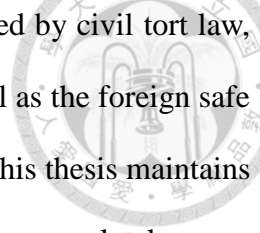
Since the enactment of America's Communications Decency Act §230 in 1996, many other countries started to enact their own safe harbor statutes for ISP. In this thesis, we can find out that there are two legal systems of these statutes. First, in America's Communications Decency Act §230, Japan's Providers' Limitations in Liability Law §3 and the United Kingdom's 2013 Defamation Act, duty of care is imposed on ISP only when, after receiving the notification, ISP know or have reason to know the torts; In Japan's and United Kingdom's statutes, at the first point of time, the duty of care is to inform the subscriber, as if the subscriber doesn't provide counter notification in time or the counter notification is obviously out of reason, at the second point of time, the duty of care is to remove the disputed information. In the contrast, in America's Digital Millennium Copyright Act, European Union's Directive on electronic commerce and its initiative and Taiwan's Copyright Law Chapter 6-1, duty of care is imposed on ISP only when after receiving the notification ISP has actual knowledge or constructive knowledge of the torts, and accompanied with the legal elements of the notification, ISP needs to remove the disputed information immediately at the first point of time. No matter which legal system it is, when the ISP fails to fulfill the safe harbor statute, it returns to the

traditional civil tort law to decide whether and how the ISP takes responsibility.



The hosting service provider is directly accessible to the subscriber and the information, so that it is often considered to be liable for the damages. The ISP is the only one who has the actual control ability over the information published other than the information content provider, and the ISP is in the specific situation that has the control power in this space, so that ISP needs to prevent the users in the platform from damages. However, it is not obliged to generally monitor content of the information, only when the right owner provides notification does ISP need to take actions. Though removing the information after receiving the notification is the fastest and the most effective way, this thesis maintains that, at the first point of time, informing the subscriber is the more precise duty of care, considering the balance between information content provider's freedom of speech and the legal elements of defamatory speech/libel, which is more complex than the infringement of copyright. After that, as statutes in Japan and United Kingdom, removing the information is the duty of care at the second point of time. Whenever the ISP breaches the duty of care, it bears torts liability from that point of time along with the information content provider. As for the personal data about the information content provider, since the disclosure of the data interferes with people's privacy in a large extent, this thesis maintains that perpetuation of evidence before litigation in Taiwan's Civil Procedure Law is enough to protect the right owner's reputation and right of action. The court can temporarily make a balance between two sides, and there is no need for Taiwan to imitate Japan to enact the statute to form the claim for the right owners, nor do we need to change the strict elements in Civil Procedure Law for filing a suit.

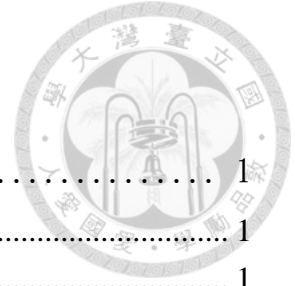
With regard to the safe harbor statute in general civil liability, considering the



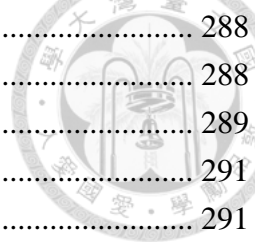
imperfect statute of the Copyright Law Chapter 6-1 could be replaced by civil tort law, also the difference between copyright and general civil rights, as well as the foreign safe harbor statutes are enacted due to the division of legislative powers, this thesis maintains that civil tort law and civil procedure law in our country nowadays can completely cover ISP civil liability. There is no need for Taiwan to imitate the safe harbor statutes or to extend the application of the Copyright Law Chapter 6-1 in general civil liability, so that we can decide the liability more concretely in different cases and avoid too many special statutes hollowing out general statute.

KEYWORDS: *Internet Service Provider, duty of care, safe harbor, disclosure of the personal data, defamatory speech.*

簡目



第一章	緒論	1
第一節	問題意識與研究動機	1
第一項	資訊媒介之變遷	1
第二項	網路世界之三面關係	7
第二節	研究現況	11
第三節	研究範圍	14
第四節	論文架構及研究方法	15
第二章	外國法	19
第一節	責任成立	19
第一項	美國法之間接侵權責任	20
第二項	歐盟各會員國內國法	27
第三項	日本法之法理所生義務違反責任	49
第二節	免責事由規定	68
第一項	美國通訊適正法案第二百三十條	70
第二項	歐盟電子商務指令	96
第三項	日本提供者責任限制法第三條	121
第三節	發信者個人資料揭露	139
第一項	日本法之創設性實體法權利規範	140
第二項	其他國家之發信者個人資料取得程序	157
第三章	我國法	173
第一節	作為義務違反	173
第一項	理論基礎	177
第二項	實務見解	206
第二節	免責事由規定的存在必要性	237
第一項	著作權法第六章之一	238
第二項	民事責任與智慧財產權責任之差異	253
第三項	創設一般民事免責事由規定並無必要	257
第三節	我國既有規範體系之解釋適用	263
第一項	權利侵害資訊之轉通知與刪除義務	264
第二項	發信者個人資料之揭露義務	272
第四章	結論	272
參考資料	288



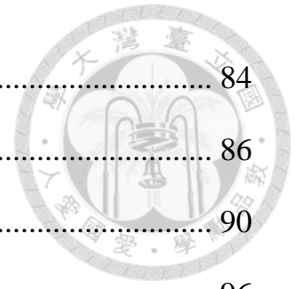
一、	中文文獻(依作者姓氏筆畫排列).....	288
(一)	書籍.....	288
(二)	專書論文/期刊論文.....	289
(三)	學位論文.....	291
(四)	網路文獻.....	291
二、	日文文獻(依日文姓氏字母排列).....	292
(一)	書籍.....	292
(二)	專書論文/期刊論文.....	293
三、	英文文獻(依英文姓氏字母排列).....	294
(一)	書籍.....	294
(二)	專書論文/期刊論文.....	294
(三)	網路文獻.....	296

詳目

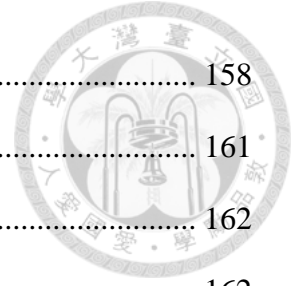


第一章	緒論	1
第一節	問題意識與研究動機	1
第一項	資訊媒介之變遷	1
第一款	實體資訊媒介	2
第一目	出版者責任	2
第二目	散布者責任	3
第三目	管道責任	4
第二款	線上資訊媒介	5
第一目	連線服務提供者	5
第二目	資訊儲存服務提供者	6
第三目	搜尋/應用服務提供者	6
第二項	網路世界之三面關係	7
第一款	網路服務提供者作為損害賠償責任主體	7
第二款	發信者言論自由與隱私權之保護	9
第三款	權利人實體權利及訴訟權之保障	11
第二節	研究現況	11
第三節	研究範圍	14
第四節	論文架構及研究方法	15
第二章	外國法	19
第一節	責任成立	19
第一項	美國法之間接侵權責任	20
第一款	通訊適正法案立法前	22
第一目	Cubby v. CompuServe 電子論壇事件	24

第二目	Stratton v. Prodigy 電子布告欄事件	25
第二款	通訊適正法案制定後	26
第二項	歐盟各會員國內國法	27
第一款	英國法	28
第一目	1996 年名譽侵害法案	28
第二目	2013 年名譽侵害法案與轉通知制度	30
第二款	德國法	34
第一目	1997 年電信服務法案	35
第二目	2001 年修正與 2008 年電信媒體法案	37
第三款	荷蘭法	43
第一目	刑法層疊制度	44
第二目	2004 年民法資訊社會服務提供者責任	45
第三項	日本法之法理所生義務違反責任	49
第一款	義務之建構	50
第二款	發信者與網路服務提供者複數主體責任	57
第三款	實務見解	59
第一目	現代思想論壇事件	60
第二目	都立大學事件	63
第三目	動物醫院事件	64
第二節	免責事由規定	68
第一項	美國通訊適正法案第二百三十條	70
第一款	出版者責任之免除	72
第二款	實務見解之擴張與限縮	74
第一目	Zeran v. AOL 事件	74
第二目	Fair Housing v. Roommates.com 事件	80



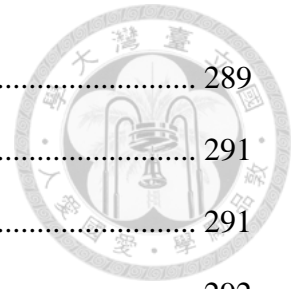
第三目	Barnes v. Yahoo! 事件	84
第四目	免責事由規定適用三要件	86
第五目	實務見解發展之反思	90
第二項	歐盟電子商務指令	96
第一款	對於資訊內容非實際知悉或推定知悉	100
第二款	不得課與一般性監督義務	107
第三款	實務見解	112
第一目	歐洲人權法院大法庭 Delfi AS vs Estonia 事件	113
第二目	歐盟法現行規範與實務架構下之反思	118
第三項	日本提供者責任限制法第三條	121
第一款	對於資訊內容非明知或可得而知	122
第二款	名譽減損及隱私權侵害適用方針	128
第三款	實務見解	133
第一目	補習班(予備校)事件	133
第二目	學校專屬電子布告欄事件	135
第三目	產能大學事件	136
第三節	發信者個人資料揭露	139
第一項	日本法之創設性實體法權利規範	140
第一款	提供者責任限制法第四條	141
第二款	替代途徑之可行性	148
第一目	簡易迅速的程序進行	149
第二目	匿名發信者的程序進行	151
第三款	實務見解	154
第二項	其他國家之發信者個人資料取得程序	157
第一款	民事訟爭程序	157



第一目	美國匿名訴訟之法院令狀	158
第二目	美國 DMCA 法案書記官令狀	161
第三目	英國習慣法之法院裁定	162
第二款	訴訟外程序	162
第一目	韓國失效之網路實名制與現行名譽侵害紛爭調解部	163
第二目	歐盟各會員國之主管機關權限	168
第三目	荷蘭最高法院確立之揭露義務標準	169
第三章	我國法	173
第一節	作為義務違反	173
第一項	理論基礎	177
第一款	一般侵權行為	178
第一目	作為義務之發生	178
第二目	作為義務之範圍	188
第二款	狹義共同侵權行為 / 侵權行為的競合	195
第三款	造意人或幫助人共同侵權行為	204
第二項	實務見解	206
第一款	著作權法免責事由規定立法前	207
第一目	雅虎公司無名小站事件	207
第二目	雅虎奇摩聊天室事件	209
第三目	蕃薯藤平台事件	210
第二款	著作權法免責事由規定制定後	212
第一目	雅虎奇摩知識家系列事件	213
第二目	壹傳媒線上新聞報導系列事件	227
第三目	BabyHome 寶貝家庭親子網事件	231
第四目	小結	233

	第三款..著作權法專章立法前後一般民事責任領域實務見解發展	236
第二節	免責事由規定的存在必要性	237
第一項	著作權法第六章之一	238
第一款	仿效美國 DMCA 法案之立法模式	239
第一目	適用先決要件	239
第二目	免責事由規定	242
第二款	通知取下制度之配套規範	248
第一目	通知取下制度濫用之避免	248
第二目	發信者個人資料請求	249
第三目	對發信者之免責事由規定	250
第三款	小結	251
第二項	民事責任與智慧財產權責任之差異	253
第一款	區分適用之立法模式與我國實務見解	254
第二款	言論自由與權利保護之權衡	255
第三款	著作人格權與一般人格權之差異	257
第三項	創設一般民事免責事由規定並無必要	257
第一款	免責事由規定乃源自立法權限劃分	258
第二款	現行法規範及實務之因應	260
第三節	我國既有規範體系之解釋適用	263
第一項	權利侵害資訊之轉通知與刪除義務	264
第二項	發信者個人資料之揭露義務	272
第四章	結論	281
參考文獻		288
一、	中文文獻(依作者姓氏筆畫排列)	288
(一)	書籍	288

(二)	專書論文/期刊論文	289
(三)	學位論文	291
(四)	網路文獻	291
二、	日文文獻(依日文姓氏字母排列)	292
(一)	書籍	292
(二)	專書論文/期刊論文	293
三、	英文文獻(依英文姓氏字母排列).....	294
(一)	書籍	294
(二)	專書論文/期刊論文	294
(三)	網路文獻	296





第一章 緒論

第一節 問題意識與研究動機

網際網路時代來臨影響了人們的生活方式，也改變了資訊傳播的途徑。隨之而來者，需確立網路時代新興產物—本文著重於「網路服務提供者」，所需負擔的相關法律責任，以避免網路世界淪為無法可管的灰色地帶。本文擬先介紹資訊媒介的變遷，並進而分析網路世界中網路服務提供者、發信者以及權利人此三面關係，用以帶出本論文的問題意識與研究動機。

第一項 資訊媒介之變遷

資訊傳播得以跳脫時間及空間的限制，賦予不特定人接收資訊的可能，除了發信者外，需加入數個或是數十(百)個資訊媒介方得以達成。在離線世界中，圖書出版社、郵差以及書店等，皆為我們所常見的實體資訊媒介。網際網路發展以後，資訊傳播更是遍及全世界，且可同時共見共聞的接受資訊者、每日傳遞的資訊量皆更為龐大。此等資訊交流的盛況，皆須歸功於網路服務提供者此線上資訊媒介的網絡串聯。

本文所指稱之媒介(intermediary¹)，乃指任何實體，得使一方藉由其與另一方為「資訊的交流」，為一種中間人、中介者角色，而不同於居間、媒介或是仲介等我國既存之法條用語概念²。也就是說，本文之「媒介」並非如固有居間、媒介或仲

¹ Black's Law Dictionary : intermediary n. (18c) A mediator or go-between; a third-party negotiator.

² 我國既有民法關於居間的規範，民法第 565 條：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」，論者指出，居間區分為條文前段之「報告居間」與條文後段之「媒介居間」。報告居間之居間人負有將訂約事項(包括相對人之信用、物品之價值效用等)據實報告，且如以之為營業者，居間人就訂約事項、當事人之履行能力或訂立該約之能力，負有積極調查報告義務，網路服務提供者並無積極調查當事人相關真實資料之義務故不符合；

介，須有一定的「故意作為/不作為」產生，本文所指稱之「媒介」，可能為早期的信使、進而至 18 世紀末的電報系統，再發展至今日的網路服務提供者此等傳遞資訊之媒介³，此媒介非必定對於資訊之傳播有所故意或過失。以下簡述實體資訊媒介及線上資訊媒介的差異。

第一款 實體資訊媒介

在離線世界中，眾多的實體資訊媒介對於社會上的資訊流通有所助益。此等資訊媒介依其對於出版資訊內容的編輯、控制能力，以及其參與資訊流通的角色地位不同，而對於該資訊內容侵害他人權利時，所需負擔的責任亦有所差異。對於資訊內容具有決定權者，所需負擔的責任較重；對於資訊內容無所知悉且無從參與者，其所需負擔的責任較輕。主要可區分為：出版者責任、散布者責任以及管道責任三種實體資訊媒介。

第一目 出版者責任

出版者用語源自於誹謗言論侵權類型的法律規定，誹謗性言論的出版者⁴(無論

而媒介居間需積極斡旋於兩造當事人之間，報告訂約機會使其雙方訂立契約，網路服務提供者亦無扮演此等角色。參照高志明(2006)，〈網路拍賣服務提供者對於拍賣商品之法律責任—以日本法制及司法實務見解為借鏡〉，《萬國法律》，150 期，頁 25；此外，既有民事領域有關媒介、仲介的規範，例如：民法第 570 條：「居間人因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔。」、就業服務法第 35 條：「私立就業服務機構得經營下列就業服務業務：一、職業介紹或人力仲介業務。」、不動產經紀業管理條例：「第 4 條 本條例用辭定義如下：……五、仲介業務：指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。」等。

³ David S. Ardia, Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity Under Section 230 of the Communications Decency Act., 43 Loyola of Los Angeles Law Review 382 (2010).

⁴ Restatement (Second) of Torts

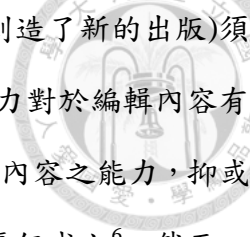
§ 577 What Constitutes Publication

(1) Publication of defamatory matter is its communication intentionally or by a negligent act to one other than the person defamed.

(2) One who intentionally and unreasonably fails to remove defamatory matter that he knows to be exhibited on land or chattels in his possession or under his control is subject to liability for its continued publication.

§ 578. Liability of Republisher.

[With the exception of the rule stated in Section 581], one who **repeats or otherwise republishes defamatory matter is subject to liability as if he had originally published it.**



原始出版者或再次出版者，普通法上認為誹謗性言論的重複即創造了新的出版)須獨立負擔責任⁵，因出版者早期被假設為知悉、具有機會以及能力對於編輯內容有所控制，即便事實上其無法知悉該言論內容，或不具有掌控出版內容之能力，抑或是無法證明出版者知悉該出版資訊的內容，皆無涉於出版者之責任成立⁶。然而，在 *New York Times Co. v. Sullivan* 案⁷後，權利人須證明出版者對於該出版內容有某程度過錯(至少為過失程度)⁸，方得要求其對於該出版內容負責。實務運作上，因出版者「對於素材的選擇……對於該出版物內容所下的決定，乃其編輯控制權及相關判斷的運用，而因其具有編輯控制權，須負擔較高的責任⁹」，又因出版者在出版前具有檢閱、編輯及拒絕資訊素材的機會，其通常被「推定」對於出版內容知悉(knowingly)¹⁰，結果而言，幾乎皆認定為具有過錯，出版者與原始發信者負幾乎相等之責任¹¹。

第二目 散布者責任

誹謗性言論之散布者責任，相較於原始發信者或出版者極為限縮，僅在散布者「明知或可得而知」該傳遞資訊內容，而違反過失(negligence)之注意標準時，方負擔責任¹²。且對於散布者明知或可得而知，須由權利人提出適當的證明，未如出版者責任之推定「知悉」。散布者並無主動查明每一資訊是否為侵權或不法之義務，

⁵ David Lukmire, Can the Courts Tame the Communications Decency Act?: The Reverberations of *Zeran v. America Online*, 66 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 376 (2010).

⁶ David S. A., *supra* note 3, at 397; David L., *supra* note 5, at 377.

⁷ 376 U.S. 254 (1964).詳見第二章第一節第一項第一款之介紹。

⁸ David S. A., *supra* note 3, at 397; David L., *supra* note 5, at 377.

⁹ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 WL 323710, (N.Y.Sup. Ct. May 24, 1995), superseded by statute, Communications Decency Act of 1996.

¹⁰ Kamiel J. Koelman, Online Intermediary Liability, Kamiel J. Koelman et al, Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management, Kluwer Law Intl 13 (2000).

¹¹ 雖然最高法院認為在主張誹謗侵權責任時，出版者須具有某程度的過錯—至少為過失程度，然而將此注意標準適用到原始出版者時該注意標準仍相當高，幾乎使「過錯」此必要要件幾乎形同虛設。See David S. A., *supra* note 3, at 397, at 377, n 50.

¹² Restatement (Second) of Torts

§ 581 Transmission of Defamation Published by Third Person

(1) Except as stated in subsection (2), one who only delivers or transmits defamatory matter published by a third person is subject to liability if, but only if, he knows or has reason to know of its defamatory character.

但當其明知或可得而知該資訊內容，而不為移除該誹謗性言論之情形(或不為停止使他人可接觸該資訊)，則必須承擔繼續出版的責任¹³。比較出版者與散布者，前者乃聚焦於編輯資訊之實質內容，後者著重於將該內容散布給其他閱覽者¹⁴。

第三目 管道責任

誹謗性言論的管道者責任與散布者責任相似處在於，對於非明知或可得而知該不法內容者，不得課予其責任。然而在普通法體系中，如該私人媒介「對社會大眾有接收及傳遞訊息的義務」(612 條第 2 項)，即便管道媒介明知其傳遞之資訊為錯誤或誹謗性言論，仍須符合「該發信者無被認可發送此等資訊」，且該媒介之人員「明知或可得而知該發信者無被認可發送此等訊息」，方不得傳遞該資訊¹⁵。此乃基於大眾對於其快速傳遞資訊的需求，以及其在資訊傳輸領域中具有獨佔的地位，而具有極大的公共重要性，並負擔因使用者要求即須提供服務的義務。可以推得，監視資訊內容與依要求傳輸所有資訊的義務有所衝突，因而使其免於負擔調查

¹³ David S. A., *supra* note 3, at 398; Kamiel, *supra* note 10, at 13.

Restatement (Second) of Torts

§ 577 What Constitutes Publication

(2) One who intentionally and unreasonably fails to remove defamatory matter that he knows to be exhibited on land or chattels in his possession or under his control is subject to liability for its continued publication.

¹⁴ David R. Sheridan, *Zeran v. AOL and the Effect of Section 230 of the Communications Decency Act Upon Liability for Defamation on the Internet*, 61 ALB. L. REV. 147, 161-163 (1997).轉引自：Ryan J.P. Dyer, *The Communication Decency Act Gone Wild: A Case for Renewing the Presumption against Preemption*, 37 Seattle UL Rev 851 (2013).

¹⁵ Restatement (Second) of Torts

§ 612 Providing Means of Publication

(2) A public utility under a duty to transmit messages is privileged to do so, even though it knows the message to be false and defamatory, unless

(a) the sender of the message is not privileged to send it, and

(b) the agent who transmits the message knows or has reason to know that the sender is not privileged to publish it.

管道媒介之責任可應用於 Telecommunication Act 之“common carrier”，該法規定如下：47 U.S.C. §153(11) Common carrier: 「The term “common carrier” or “carrier” means any person engaged as a common carrier for hire, in interstate or foreign communication by wire or radio or interstate or foreign radio transmission of energy, except where reference is made to common carriers not subject to this chapter; but a person engaged in radio broadcasting shall not, insofar as such person is so engaged, be deemed a common carrier.」

資訊內容的義務¹⁶，O'Brien v. Western Union Telegraph Co.¹⁷ 案例乃典型代表案件。此類供大眾傳遞資訊之用的管道媒介，原則上皆應認為該發信者有權限傳遞此訊息，除非至有足夠的法律上原因，使其認定該發信者無權限，方有不傳遞之義務。實務運用上，此種管道媒介幾乎不必為第三人之言論負責，但目前僅肯認公共載具 (common carrier)¹⁸ 之電報公司及電話公司適用此類責任。

第二款 線上資訊媒介

網路時代開啟後，個人電腦端的使用者即便品牌、型號、系統皆不同，但透過共通的 TCP/IP (Transfer Control Protocol/Internet Protocol)，並經由線上資訊媒介的傳遞，而有各式各樣的言論交流平台產生，包含部落格、社群網站、論壇、儲存影音網站、集體編輯群的維基百科等¹⁹。此等線上資訊媒介(網路服務提供者)依其在網際網路中與使用者以及資訊的互動程度、所提供的技術發生何種機能，可區分為連線服務提供者、資訊儲存服務提供者以及搜尋/應用服務提供者²⁰。

第一目 連線服務提供者

本類型網路服務提供者僅提供物理上設備以供資料的交流，用戶最常見到者，乃提供網路服務的電話公司、有線公司、無線衛星提供者，還有使用者不易察覺的中間「骨幹(backbones)系統」，學者稱其態樣為「一個合作的長列隊，網絡中將隔壁鄰居的包裹傳給下個人，由開頭至結尾中間可能包含 10、20 或是 30 個小旅程

¹⁶ Kamiel, *supra* note 10, at 48, n 165.

¹⁷ 113 F.2d 539 (1st Cir. 1940).

¹⁸ 普通法中的公共載具之概念緣起於 19 世紀末及 20 世紀初期，主要目的乃規範鐵路及電報公司，因其在貨物或訊息的傳輸中具有獨占地位。其具有「須依任何人申請而提供服務之義務」，而此義務與監控不法內容之義務有所違背。然而，該公共載具是否無須對第三人之不法內容訊息負擔責任未有規定，目前僅在特定案例中認為電信通訊送信者無須負擔誹謗性言論中再出版者的「可得而知」責任。

¹⁹ David S. A., *supra* note 3, at 383.

²⁰ David S. A., *supra* note 3, at 383-384.



²¹」。在離線世界中，此類型媒介近似於實體資訊媒介的電話公司、送報生以及送件者。無論網際網路或非網路世界，「交流管道」之媒介其共通特點為「對於所媒介的言論內容無所知悉且有極少程度的控制能力」²²。

第二目 資訊儲存服務提供者

第二類型的網路服務提供者乃儲存(host)言論內容的媒介，其儲存、快速記憶(cache)²³或依其他方式，供使用者經由此媒介取得第三方所產生的資訊²⁴，例如 Google、Yahoo 的網誌、相簿、聊天室，以及 Blogger、Twitter、Flicker、Youtube 等。此等私人媒介藉由與使用者訂立使用約款(通常為定型化契約條款)，決定何時、如何、以及是否使言論處於不特定人可得知的狀態。其角色通常為提供平台以及電子論壇，該提供行為可能造成潛在地不法活動發生，例如八卦網站上經常出現誹謗性言論²⁵、或是票券重新買賣網站可能為違法的買賣提供設備²⁶、又如過濾使用對象之色情網站，仍可能擁有相當大量的性交易資訊而違反人口買賣、兒童之保護等²⁷。在離線世界中，此類型媒介近似於實體資訊媒介之書店及圖書館等²⁸。

第三目 搜尋/應用服務提供者

搜尋、應用服務提供者雖然可能會短暫地儲存資訊，但原則上不會長時間持有該資訊，僅作為檢索、過濾及格式化的媒介，如 Google 搜尋或是病毒過濾軟體等。在離線世界中無法找到相對應的媒介²⁹。

²¹ David S. A., *supra* note 3, at 387.

²² David S. A., *supra* note 3, at 387.

²³ cache 在不同立法體系中可能被放置於不同類型服務提供者討論，例如歐盟電子商務指令將 catching 獨立為一個類型，與資訊儲存服務提供者並列。

²⁴ Ryan, *supra* note 14, at 848.

²⁵ Jones v. Dirty World Entertainment Recordings, LLC, 840 F. Supp. 2d 1008, 1010 (E.D. Ky. 2012).

²⁶ NPS LLC v. StubHub, Inc., No. 06-4874-BLS1, 2009 WL 995483, at *10 (Mass. Dist. Ct. Jan. 26, 2009).

²⁷ Dart v. Craigslist, Inc., 665 F. Supp. 2d 961, 962 (N.D. Ill. 2009); M.A. ex rel. P.K. v. Vill. Voice Media Holdings, LLC, 809 F. Supp. 2d 1041, 1043-46 (E.D. Mo. 2011).

²⁸ David S. A., *supra* note 3, at 387-389.

²⁹ David S. A., *supra* note 3, at 389.



第二項 網路世界之三面關係

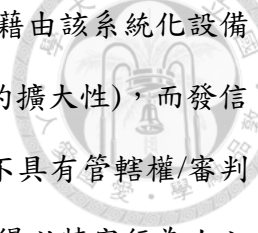
網際網路之無遠弗屆，乃藉由無數個以對於不特定多數人傳遞訊息為目的的線上資訊媒介(網路服務提供者)堆疊架構而成，在此架構之實際運作中，包含網路服務提供者、發信者以及權利人之三面關係。發信者藉由網路服務提供者之技術上協助而發布、傳遞資訊，網路服務提供者對於發信者的資訊內容應否負擔監督義務，進而，當網路服務提供者刪除該發信者資訊時，是否過度侵害其言論自由皆有深入探討之必要。至於權利人得否請求網路服務提供者就平台中侵害其權利之資訊，負擔損害賠償連帶責任，又得否請求網路服務提供者揭露發信者個人資料，皆攸關其實體權利以及訴訟權得否獲得保障。而發信者與權利人間，則如同實體世界中加害人與被害人間求償的問題，不過因網際網路世界中匿名性言論占相當大的比例，權利人求償的困難性亦增加。

第一款 網路服務提供者作為損害賠償責任主體

使用者得以藉由網際網路進行電子商務以及相關線上資訊之交流，相較於傳統模式更有效率且成本更為低廉，造就了網際網路時代的來臨。資策會產業情報研究所(MIC)針對網路購物市場規模進行調查，2015年預估達新台幣6600億元³⁰，而第三章第一節我國高等法院雅虎奇摩知識+系列案件中，雅虎公司提出的抗辯，主張其客服部門每週收到針對「Yahoo!知識+」網站內容檢舉案件約有15,000件，針對「Yahoo!奇摩部落格」檢舉案件約有800件，此等數據皆得為網際網路交易生活頻繁、資訊流通龐大之佐證³¹。

³⁰ 資策會網站，https://mic.iii.org.tw/micnew/IndustryObservations_PressRelease02.aspx?sqno=173(最後瀏覽日：07/18/2016)。

³¹ 陳龍昇(2014)，〈網路服務提供者商標間接侵權責任〉，《中原財經法學》，33期，頁195。



然而，發信者多無須經由網路服務提供者為實質同意，即得藉由該系統化設備發布資訊(加害的容易性)，且資訊得以快速、跨國界傳播(被害的擴大性)，而發信者為數眾多卻分散全球各地，權利人提起訴訟之法院對其可能不具有管轄權/審判權，再加上匿名性言論占據一定比例，造成追查困難，或即便是得以特定行為人之IP(Internet Protocol)位址，被受害人追查耗費成本較高(損害回復之困難性)等問題，皆使得網路世界中不法行為橫生，且權利人所受損害可能較實體世界為甚³²。基於訴訟實益考量，網路服務提供者因具有立刻移除有害資訊的事實上能力，並且擁有資力得以彌補損害，而又具有身分的易識別性³³，故逐漸出現權利人以網路服務提供者為共同被告或單獨以網路服務提供者為對造，要求其負擔權利人權利受侵害之損害賠償(連帶)責任³⁴。

倘若課予網路服務提供者事前過濾資訊機制，抑或是事後(接獲權利人侵權事實存在之通知)未有明確具體之作為義務行為準則，參酌民事責任要件判斷的多元性與複雜性，且現行網路大量資訊流通的情況下，勢必無法完全由自動化技術所達成，而需要一定人力資源，必然造成其服務之作業時間延長及一定程度的成本增加，而網路服務提供者基於商業考量，必將此成本轉嫁於使用者，將造成網路使用者某

³² 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会(2011),《プロバイダー責任制限法検証に関する提言》,頁2。

³³ 網路匿名性言論的比例極高，學者(See David S. A., *supra* note 3, at 486-487.)依美國通訊適正法案第230條制訂施行後至2009年9月止被告援引第230條作為抗辯的案件中，其爭議資訊為匿名性言論之比例高達41.2%。

³⁴ 在傳統的實體傳播資訊流程中，出版者(如：書籍出版商、報紙出版社)通常較散布者(如：書店、報攤等)具有雄厚的財力，因而以往的受害原告較常以出版者作為訴訟的對象。在網際網路發達後，方演變成私人媒介(散布者/管道)較有財力，而成為求償的對象。參照利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前揭註32，頁2；蕭憲文(2009)，〈初論網路平台之侵權行為法律責任〉，《萬國法律》，168期，頁2；陳龍昇，前揭註31，頁200-201；章忠信(2009)，〈二〇〇九年新修正著作權法簡析--網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁5；章忠信(2008)，〈網路服務提供者著作權侵害責任限制之立法思考與方向〉，《全國律師》，347期，頁34；王怡惠(2008)〈德國電信服務法下訊息儲存服務提供者之法律責任〉《科技法律透析》20卷7期，頁15。

程度的不便性，甚者可能導致網路的使用率降低³⁵，長期來看也有礙網路世界的資訊流通。



當代社會網際網路之世代普及率、人口普及率以及通訊下載率等，皆較各國制定網路服務提供者免責事由規定時大幅飆高³⁶，如何兼顧網際網路發展與權利人之保護，乃重大且困難之權衡。觀察各國立法趨勢，應認為至少在網路服務提供者因權利人通知，而「明知」有侵害行為發生仍不作為之情形，倘無須負擔任何責任則對於權利人之保護有極度之不足。我國應如何依既有規範，抑或是需創設新的特別法規範，確立網路服務提供者應負擔的一般民事責任，則為本文接下來所欲參酌比較並欲深入探討的問題。

第二款 發信者言論自由³⁷與隱私權之保護

聯合國總會在 1948 年制定世界人權宣言時，第 19 條反應了當時的主要媒體態樣及相應而生的言論自由思想，「任何人擁有意見及言論自由的權利。此等權利包含不受干涉而保有自己意見的自由，以及依所有的方法並無論是否逾越國界，追求、接受及傳遞資訊及思想的自由。」，又依我國憲法第 11 條，「人民有言論、講學、著作及出版之自由」、第 12 條「人民有秘密通訊之自由」。在六、七十年後的今日，隨著科技技術的發達與演變，在法律規範框架似未看到明顯的改變之前提下，應如何就法律要件為解釋，又或者是一部修訂，更甚者新制定獨立法規予以規範³⁸，

³⁵ Kamiel, *supra* note 10, at 45-47; 陳龍昇，前揭註 31，頁 201。

³⁶ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前揭註 32，頁 7。

³⁷ 學者(參照林子儀(1999)，《言論自由與新聞自由》，頁 3，台北：元照。)認為我國憲法第 11 條、第 12 條以及第 14 條皆為「廣義的言論自由」所包含，有其他學者為避免與第 11 條狹義的言論自由用語有所混淆，發展出「表現意見之自由」、「表現自由」或「意見自由」等來稱呼廣義的言論自由，不過因社會一般通念仍將言論自由指涉為廣義之言論自由，故以此用語廣泛性稱呼「所有將內心想法以不同形式表現於外之自由」尚屬妥適。本文之論述亦以「言論自由」為表述。

³⁸ 堀部政男(2012)，〈インターネット上の情報流通とプロバイダ責任制限法の制定前史〉，同監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 5。

有待當代實務、學說及立法者共同努力。



美國最高法院在 1950 至 1960 年代透過一系列的判例，發展一套憲政架構，用以評估對私人媒介的法律制裁所造成的監督言論現象，在 1964 年 *New York Times Co. v. Sullivan* 案中，更明言私人媒介需具有主觀「過錯」方負擔出版責任，以避免對於言論自由的侵害過鉅³⁹。課予私人媒介責任對於言論自由的影響，在網路世界中亦有其適用，私人媒介以「商業利益最大化」為其行為之圭臬，是以針對可能引起責任的爭議性內容，偏向直接予以刪除或不予刊載/傳播，且通常不賦予發信者針對該資訊是否為不法資訊有釋明或闡述意見的機會，對其而言最符合成本考量⁴⁰。過度提高私人媒介責任的規定，將使其因負擔繁重而不願繼續提供此等服務，抑或是降低提供潛在性爭議言論網路服務的意願，進而導致社會上過度的言論自由限制，回到宛如電視時代只能得知「特定經事前審查通過的資訊」⁴¹。此外，國際網路乃藉由無數個私人媒介(網站、伺服器、路由器以及樞幹(backbones)等)所交叉連接組成而傳遞訊息，但這也正是網路世界的阿基里斯的腳踝，任一私人媒介得以過濾或忽略特定發信者、接受者及特定傳播資訊(包含文字、圖片、影音等)，而使其無法傳播。

通訊內容的檢查禁止以及通訊秘密的不可侵，受到世界人權宣言中言論自由⁴²與隱私權⁴³的雙重保護⁴⁴，況且我國憲法第 12 條亦明文保障「秘密通訊之自由」。

³⁹ 詳見第二章第一節第一項第一款之介紹。

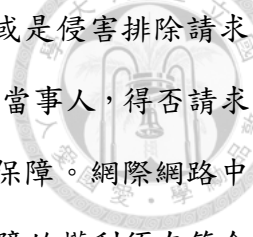
⁴⁰ David S. A., *supra* note 3, at 391-392; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, INTERMEDIARY LIABILITY: INTERMEDIARY LIABILITY IN THE E-COMMERCE DIRECTIVE: SO FAR SO GOOD, BUT IT'S NOT ENOUGH., 16 Computer Law & Security Review 233 (2000).

⁴¹ David S. A., *supra* note 3, at 377-379, at 391-392; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232-233.

⁴² 世界人權宣言第 19 條「任何人擁有意見及言論自由的權利。此等權利包含不受干涉而保有自己意見的自由，以及依所有的方法並無論是否逾越國界，追求、接受及傳遞資訊及思想的自由。」

⁴³ 世界人權宣言第 12 條「任何人享有對於自己的隱私、家族、住居或是通訊不被任意干擾的權利，或是名譽及信用不受到攻擊的權利。任何人如受到前述的干擾或攻擊時，擁有受法律保護的權利。」

⁴⁴ 堀部政男，前揭註 38，頁 5-6。



當權利人認為其權利受侵害，而欲對該發信者主張損害賠償抑或是侵害排除請求權時，如無法藉由系爭文字判斷發信者為何者，而無法特定對造當事人，得否請求網路服務提供者揭露該發信者個人資料，須考量到通訊秘密之保障。網際網路中「匿名性言論」為言論自由及隱私權所保障的範圍，此憲法所保障的權利須在符合比例原則之情況下，方得予以限制，不應給予負面評價而認為無保護必要性，亦不得成為課予網路服務提供者責任之理論基礎方為妥適。

第三款 權利人實體權利及訴訟權之保障

網際網路中因資訊流通直接造成權利人權利受侵害的類型眾多，包含智慧財產權、肖像權、隱私權以及名譽權之侵害等。權利人在離線世界中權利所受到的保護，是否因侵權行為發生於網路世界中而有所不同，又權利人之權利保護與發信者言論自由以及隱私權，以及與網路服務提供者的營運成本應如何權衡，滋生疑義。

此外，依我國憲法第 16 條，「人民有請願、訴願及訴訟之權。」，也就是說權利受侵害人得基於程序主體權，選擇適合其解決紛爭而最符合其成本效益之途徑，國家亦應保障此等訴訟資源的可得接觸性與公平使用原則。權利人為使其受侵害之權利獲得救濟，得否以及應依何種理論基礎，請求網路服務提供者負擔損害賠償責任；且如為匿名性言論之情形，權利人得否以及應經由何種程序，要求網路服務提供者提供發信者個人資料，以利其進行訴訟或是其他紛爭解決途徑，皆攸關其訴訟權之行使。

第二節 研究現況

外國法上對於網路服務提供者之一般民事責任、智慧財產權責任以及刑事責任皆有相當廣泛及多元的研究，不過，我國大多數研究網路服務提供者責任的學術論文著作仍聚焦於智慧財產權領域，除針對著作權法專章規範及實務見解為討論

外⁴⁵，亦有分析此免責事由規定或相關論述在商標權是否得以適用者⁴⁶。而有關於網路服務提供者一般民事責任之學術論文著作，多半聚焦於網拍平台業者所應負擔的民事責任⁴⁷，有關因資訊流通直接造成名譽權、隱私權及人格權等受到侵害時，網路服務提供者之一般民事責任，僅存在少數短篇的實務界律師⁴⁸、資策會研究員⁴⁹所為之外國法立法與實務介紹，鮮少看到國內學者就此議題，有全面性介紹外國法立法與實務，並加以探討我國民事責任體系應如何因應的書籍或文章，亦未發覺國內學術論文專門針對網路服務提供者此時應負擔之民事責任，有詳盡探討者。又雖然 2003 年受到行政院經濟建設委員會之委託，由資策會科技法律中心所作成之「網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究」⁵⁰，乃就網路服務提供者民事

⁴⁵ 李治安(2014)，〈網路服務提供者民事免責事由之要件分析〉，劉孔中主編，《國際比較下我國著作權法之總檢討》，頁 451-490；邱奕賢(2011)，〈兩岸網路服務提供者違反著作權侵害責任之研究〉，《法令月刊》，62 卷 8 期，頁 100-116；章忠信(2009)，前揭註 34，頁 5-24；章忠信(2008)，前揭註 34，頁 28-44；王怡蘋(2009)，〈著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 25-41；蔡蕙芳(2004)，〈用戶著作權侵權之網路服務業者責任〉，《科技法學評論》，1 卷，頁 295-344；李維峻(2012)，〈網路資訊儲存服務提供者著作權侵權免責事由之探討-以美國 Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc. 案為中心〉，國立交通大學科技法律學研究所碩士論文，新竹；陳琮勛(2011)，〈著作權法網路服務提供者侵權責任限制之研究-以美國案例為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，台北；盧怡伶(2010)，〈網路服務提供者之著作權侵害責任〉，國立成功大學法律學研究所碩士論文，台南等。

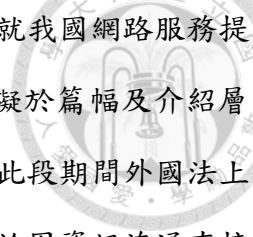
⁴⁶ 陳龍昇，前揭註 31，頁 193-253；馮震宇(2013)，〈網路服務提供者與商標間接侵權責任之研究〉，《智慧財產權月刊》，175 期，頁 5-27；謝國廉(2010)，〈網路服務提供者關於商標權侵害之民事責任-英美商標法實務之最新發展〉，《法令月刊》，61 卷 12 期，頁 115-130；彭建仁(2011)，〈拍賣網站經營者就商標侵權之法律責任 - 以歐盟法為中心〉，國立政治大學法律學研究所碩士論文，台北等。

⁴⁷ 李淑如(2013)，〈網路拍賣平台之定型化契約條款訂入網路拍賣之問題研究〉，《法源法律網》，http://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023328(最後瀏覽日：08/22/1016)；邱映曦(2007)，網路拍賣之法制趨勢，科技法律透析，第 19 卷，第 8 期，頁 18-23；錢芸(2013)，〈拍賣網路服務提供業者之民事侵權責任態樣〉，《萬國法律》，190 期，頁 34-42；高志明，前揭註 2，頁 19-28；黃乃瑩(2012)，〈網路交易平台業者民事責任之建構：以第三人引起之網路交易詐欺案件類型為中心〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，台北；葉采蓉(2007)，〈論網路拍賣平台業者之民事責任〉，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，新竹；林巧雲(2006)，〈網路拍賣契約與網站經營者民事責任之研究〉，國立成功大學法律學研究所碩士論文，台南等。

⁴⁸ 蕭憲文，前揭註 34，頁 2-10 等。

⁴⁹ 張乃文(2009)，〈Web2.0 網站平台管理之法制議題研析-以網路實名制與揭露使用者身份資料為中心〉，《科技法律透析》，21 卷 6 期，頁 42-60；張乃文(2008)，〈談美國對於網站平台提供者揭露用戶資料規範及程序〉，《科技法律透析》，20 卷 11 期，頁 19-23；王怡惠，前揭註 34，頁 15-20；郭戎晉(2008)，〈「資訊儲存服務」提供者法律責任之研究-以日本實務新興發展為例〉，《科技法律透析》，20 卷 1 期，頁 13-18；陳人傑(2002)，〈歐盟電子商務指令媒介服務提供者之責任規範〉，資策會(編)，〈數位法律時代〉，頁 146，台北：財團法人資訊工業策進會科技法律中心等。

⁵⁰ 陳人傑等(2003)，〈網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究〉。台北：行政院經濟建設委



責任、智慧財產權責任及刑事責任，為外國法上全面性介紹，並就我國網路服務提供者現行責任規範及免責事由規定創設之必要性為討論，然而礙於篇幅及介紹層面廣泛，每個子項下皆簡要論及，且該研究報告距今已 13 年，此段期間外國法上實務見解及學說討論之變遷不在少數。從而，本論文之撰寫聚焦於因資訊流通直接造成權利侵害之網路服務提供者一般民事責任，且更新至 2016 年 7 月中旬之外國立法與學說見解，皆與該研究書有所不同。

我國實務見解針對資訊流通造成權利侵害之網路服務提供者一般民事責任，所為之判決數量並不豐富，本文在法源法律網中，以「網路服務提供」、「網路平台」分別為關鍵字搜尋，排除智慧財產權領域及網拍業者的網路服務提供者責任，發現自 98 年我國制定著作權法專章以降，不存在最高法院之判決，而第二審法院亦僅存在 18 個實務判決⁵¹，且此等判決中有 15 個皆為同一位原告針對不同的貼文或留言，對香港商雅虎資訊股份有限公司所為之侵權行為損害賠償訴訟，此統計資料代表之意涵，本文認為或許可以推得，在網路服務提供者之一般民事責任行為規範尚且不明，而實務亦未有穩定見解的情況下，網路服務提供者多半依其與使用者間的使用約款或免責條款刪除爭議資訊，抑或是權利人在我國網路服務提供者一般民事責任尚未發展成熟前，不敢貿然提起訴訟。無論原因為何者，本文認為，更應該在我國一般民事責任體系中，建立完整的網路服務提供者作為義務範圍，及確立損害賠償責任之解釋適用過程，方得減少發信者言論自由受侵害的危險，以及確保權利人的權利得以獲得保障。

員會。

⁵¹ 詳見本文第三章第一節第二項第二款的實務見解整理。



第三節 研究範圍

本文所稱之「網路服務提供者(Internet service providers)⁵²」，乃謂提供網路通訊設備為他人通訊媒介，或其他供他人網路通訊之用之服務，並非單指連線服務提供者，亦包含資訊儲存服務提供者及搜尋/應用服務提供者，例如網頁空間出租(或免費提供)業者、電子布告欄管理者、Google 搜尋引擎服務等。原則上資訊內容由獨立第三方提供，網路服務提供者對於資訊內容無創造或發展，亦無對於不法內容有所助長或促進，僅單純之網路私人中立媒介之謂。

礙於論文之篇幅及筆者能力所及，本文僅聚焦在網路服務提供者中最常成為權利人請求刪除資訊或負擔損害賠償責任對造之資訊儲存服務提供者⁵³，其他種類服務提供者之爭議，例如連線服務提供者得否阻擋或刪除某使用者或某網站之可得接觸性？又其得否作為通知取下制度之程序主體？搜尋/應用服務提供者如未明文規範其免責事由規定時，應涵攝為何種類型之網路服務提供者？其對於該連結位址所指涉之網站內容是否為明知或可得而知應如何判斷？諸等問題，本文暫且不予討論。

又資訊儲存服務提供者與權利人及發信者的三面法律關係已如前述，參酌外國法中免責事由規定備受討論者，乃規範對象為「因資訊流通而權利受侵害者與網路服務提供者間」之法律關係，且著名爭議案件亦皆發生於此面向之法律關係，本文主要的民事責任討論範疇即以此面關係為主軸。有關「網路服務提供者與該資訊

⁵² 本文採用本詞彙之廣義解釋。與此相對，亦有學者(See David S. A., *supra* note 3, at 383-384.)將本詞彙採取狹義解釋，僅限於對於連線服務提供者而言，而與資訊儲存服務提供者、搜尋服務提供者並列。

⁵³ 美國法學者(See David S. A., *supra* note 3, at 433.)就 2009 年 9 月前援引美國法中通訊適正法案第 230 條免責事由規定作為抗辯事由的被告統計，資訊儲存服務提供者占了 68%。

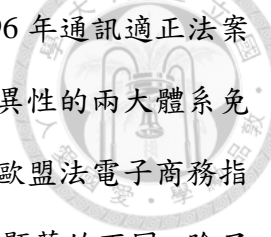
發信者間」之權利義務關係，涉及網路服務提供者刪除系爭爭議資訊後，侵害發信者言論自由，以及權利人欲對發信者依法院程序解決爭端，然該資訊為匿名性言論時，權利人得否請求網路服務提供者揭露發信者個人資料之問題，將與發信者言論自由及隱私權之保障相關，本文僅著重於發信者個人資料揭露部分為討論。

最後，有關權利人主張資訊流通而造成其權利受到侵害的資訊內容範疇，在美國實務見解之發展下極為廣泛，除最初爭議發生之誹謗言論侵害名譽權外，亦包含契約責任之違反、不正競爭、詐欺、隱私權侵害、對於情感之壓迫等等，然而超過半數的案件仍座落於誹謗性言論侵害名譽權之問題⁵⁴，因而本文選擇誹謗性言論流通侵害他人名譽權的相關問題，作為主要的討論對象。又除了因資訊流通而直接造成權益侵害的一般民事責任外，對於非直接因資訊流通所造成之權益受侵害(例如網路拍賣店家遲延出貨、出貨之商品有嚴重瑕疵，抑或是與網路上商品照片有極大之差距，又或者在 airbnb 網站上預訂國外民宿，卻在旅行當日無法聯繫其因而受到之損害等)，權利人對於此種權益侵害，得否要求網路服務提供者與發信者共同負擔契約或侵權責任，因涉及網路服務提供者建立之評價制度以及其本身的商譽造成使用者信賴、網路服務提供者與使用者間是否訂立契約、該契約範疇以及定型化契約條款拘束力等問題，與因資訊流通而權利受侵害者所需討論之方向不盡相同，故予以排除。

第四節 論文架構及研究方法

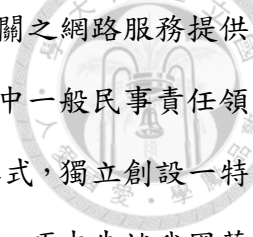
本文第二章依比較法研究，將外國法區分為兩個層次，第一節先就責任成立層次為討論，網路服務提供者依各國既有法規體系，應負擔何種義務，又當義務違反而主觀要件該當時，在何時負擔侵權行為損害賠償責任。確立其責任成立後，第

⁵⁴ 美國法學者(See David S. A., *supra* note 3, at 429-430.)就 2009 年 9 月前援引美國法中通訊適正法案第 230 條免責事由規定作為抗辯事由的被告統計，該案件訴因超過半數為誹謗案件(50.5%)。



二節就網路服務提供者之免責事由規定為分析。起始於美國 1996 年通訊適正法案 (CDA 法案) 第 230 條，之後各國陸續仿效，制定了要件存在差異性的兩大體系免責事由規定。美國 CDA 法案體系以及仿效美國 DMCA 法案的歐盟法電子商務指令體系，在主觀要件及網路服務提供者的作為義務規範上，皆有顯著的不同。除了就各國的立法條文制定背景及內容有所介紹外，亦探討立法前後實務重要案例，以利讀者觀察各國實際運作的情形，最後，輔以各國學者對於該國之網路服務提供者規範及實務運作下，應予以改善或應如何持續發展運用之見解以求完整。在本章一、二節中，外國法討論順序乃依照免責事由規定明文立法的先後，分別介紹美國法、歐盟法以及日本法，且為探討歐盟電子商務指令此免責事由規定制定後，對於各會員國內國法之影響，故特別就英國、德國及荷蘭三國，在歐盟指令制定前後的責任成立要件有更進一步的分析。本章第三節探討網路服務提供者在其設備系統中所儲存之發信者個人資料，應否因權利人通知權利侵害事實存在及要求揭露，網路服務提供者即負擔揭露發信者個人資料之義務，區分為最早創設實體法規範之日本，以及其他國家資訊取得程序，此攸關發信者隱私權及匿名性言論自由甚鉅，且各國對於資訊揭露義務之性質與程序亦不相同，故獨立於第三節中分析說明之。

其後，第三章聚焦於我國法應如何解釋適用網路服務提供者一般民事責任之問題。首先，在第一節本文依照解釋論，就我國既有侵權責任規範體系中一般侵權行為之規定(民法第 184 條)，探討網路服務提供者何以發生作為義務，以及作為義務範圍的理論基礎，在確立其行為準則後，當其違反作為義務時，則認為「行為不法」並進而構成侵權責任。進而，網路服務提供者自作為義務違反時起，與發信者成立一般侵權行為的競合，兩者負擔不真正連帶債務。又網路服務提供者之一般民事責任除侵權行為外，契約責任與消費者保護法服務責任是否有區別討論的實益，亦在本節中加以說明。而學說必須與實務相互對話方能彰顯其價值，故本文進而以統計數字來討論我國實務現階段有關網路服務提供者一般民事責任見解之傾向，



將民國 98 年以來(著作權法專章制定以來)共 18 件誹謗性言論相關之網路服務提供者責任判決為討論。第二節本文思考到，依立法論而言，外國法中一般民事責任領域存在免責事由規定乃普遍共通現象，我國是否須仿效該立法模式，獨立創設一特別規定，方得以確立網路服務提供者行為準則，非無疑問。在第一項中先就我國著作權法第六章之一免責事由規定為介紹，並說明其規範要件多數實則可為既有法規範所取代，且該免責事由規定之適當與否飽受批評。第二項則進而說明，無論外國立法模式或是從言論自由保障之程度來看，我國一般民事責任應與智慧財產權有所脫鉤而無須適用著作權法專章之規定方為妥適。第三項則說明外國法上免責事由規定的歷史進程乃源自於立法權限之劃分，我國並無此問題，則更應回歸一般民事責任之既有規定為責任成立與否之討論即可。最後，第四節則直接依循我國既有一般民事責任規範，具體涵攝並建立層次化討論網路服務提供者作為義務及損害賠償責任之論述基礎，且將發信者個人資料揭露義務定位為訴訟法上義務，權利人不得於訴訟外直接請求網路服務提供者揭露發信者個人資料。就現今我國一般民事責任領域網路服務提供者所應負擔的作為義務，賦予其明確且完整的標準，使網路服務提供者在營運及管理網路平台時有所依循，並期藉由實務判決之累積達到法安定性之結果。

最後，於第四章中提出本文結論，並帶出尚未解決而期待有志者繼續研究之相關議題。



第二章 外國法



資訊儲存服務提供者的線上平台中，當誹謗性言論流通造成權利人權利受侵害時，於美國、歐盟及其會員國以及日本法中，網路服務提供者應負擔何種義務？依各國之侵權行為責任成立規定，應如何涵攝其一般民事責任？各國在主觀要件、舉證責任等方面皆有所不同。此外，自美國 1996 年創設 CDA 法案第 230 條起，各國陸續創設網路服務提供者之免責事由規定，當網路服務提供者依責任成立規定確立責任後，需進一步探討，該免責事由規定與責任成立規定間之關係，以及免責事由規定制定前後實務見解的變遷。凡此，皆為本章將予以討論之範疇。

權利人因資訊流通而權益受到侵害，進而欲對發信者依法院程序尋求救濟，然因匿名性言論的存在，造成其無法特定對造當事人之困境，各國對於網路服務提供者應否依權利人請求提供發信者個人資料，以及提供該個人資料應經過的程序皆有不同的規範，亦為本文第三節欲探討之對象。

第一節 責任成立

網路服務提供者並非資訊的發信者，如第三方發信者發布的資訊侵害他人權利時，網路服務提供者應負擔的侵權責任為何，有些國家依既有的侵權責任規範涵攝其責任成立要件，有些國家制定新的章節或條文，專為網路服務提供者身為責任主體的侵權行為，為明確化責任成立要件的規範。以下針對美國法之誹謗性言論間接侵權責任，以及歐盟電子商務指令制定前後英國、德國、荷蘭的內國法網路服務提供者一般民事責任，乃至於日本法法理上所生作為義務違反，作為比較法的論述主軸。



第一項 美國法之間接侵權責任

美國聯邦電信通訊法案⁵⁵中之公共載具(common carrier)，與第一章第一項第一款中所介紹的普通法體系之公共載具略有不同⁵⁶，前者「須提供普遍性服務」—「無差異性」的服務、可得接觸性及收費，而非如後者須負擔依任何人申請即須提供服務之義務，故無法主張與普通法體系公共載具有相同免除責任之抗辯事由。是以，電信通訊法案之公共載具原則上須負擔明知或可得而知過錯責任，然美國法院出現多個認為應賦予其較廣的免責範圍，以確保充足的公眾服務之判決先例。又雖然目前多數見解仍認為網路服務提供者不該當此等規定之公共載具，因無論是連線服務提供者抑或是其他網路服務提供者，其並不具有無差異性普遍提供服務之義務⁵⁷，但仍有例外存在，有判決指出，提供傳輸電子郵件服務的網路服務提供者該當於傳統領域的管道⁵⁸。

原則上，依案例法體系以及學者之見解，網路服務提供者在實際知悉該特定訊息的不法內涵，並可合理預期阻止其出版時負擔損害賠償責任⁵⁹，美國法院亦曾在判決中明言「連線服務提供者並非公共載具，因其不僅止於『提供電信及管道』，且亦『非天然獨占』而必須傳輸所有人欲傳遞的訊息⁶⁰」。然而，公共載具所負擔的

⁵⁵ US Federal Telecommunications Act。Telecommunication 乃隨著時代的變遷有著浮動的定義，現指依電子或電力的方式遠距離交換資訊，其包含電話、電報、收音機、電磁通訊設備、光學纖維系統、衛星通訊等。See Robert W. Lucky, and Jon Eisenberg, eds, *Renewing US Telecommunications Research*. National Academies Press 4-5 (2006).

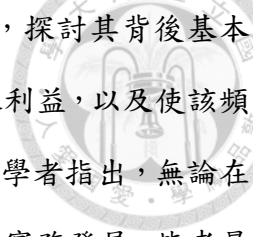
⁵⁶ 美國聯邦電信通訊法案及歐盟電信通訊法案中公共載具規定，與普通法體系之公共載具具有不同的定義，此等法規中之公共載具具有「須提供無差異性之服務、接觸性、收費義務」，如其在使用規約中約定具有刪除不法資訊之權利，其提供的服務並無差異，因而不得主張前述普通法體系中，公共載具因具有提供服務之義務，而與監視不法內容義務有所衝突的抗辯。除非如前述第一章第一節第一項第一款管道責任案例發展下，電報公司及電話公司具有普通法上公共載具之地位，方完全免責。

⁵⁷ David S. A., *supra* note 3, at 398-400; Kamiel, *supra* note 10, at 47-48.

⁵⁸ *Lunney v. Prodigy Servs. Co.*, 723 N.E. 2d 539, 542 (N.Y. 1999)

⁵⁹ Kamiel, *supra* note 10, at 49.

⁶⁰ *Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Service*, 907 F. Supp. 1361, n 12 (N.D. Cal.1995).



無差異性普遍提供服務義務以及僅負擔限制的責任此兩個特性，探討其背後基本原因，皆為促進電信通訊頻道廣泛地可使用性及可接觸性的公眾利益，以及使該頻道使用對價並非昂貴。此亦為網路服務提供者所欲促進之價值，學者指出，無論在美國抑或是歐洲，後續網路服務提供者免責事由規定之立法以及實務發展，皆考量到此點而賦予網路服務提供者具較為寬鬆之責任，並且依其無須負擔公共載具之無差異性提供服務之義務此觀點來看，其負擔之責任甚至輕於既有的公共載具⁶¹。

即便如此，網路服務提供者適用傳統的侵權責任架構時，應適用「對社會大眾有接收及傳遞訊息的義務」之公共載具責任？抑或是一般傳遞他人交流資訊的媒介需依「明知或可得而知」可歸責事由負責？要區分前後兩者實屬不易⁶²。且因該第三人發布不法資訊乃經由網路服務提供者提供之系統、設備供他人接收，其是否可被認定為出版者而負擔較嚴格之責任，亦有所疑義。當如何涵攝適用此新興資訊媒介之民事責任處於一片混亂時，由美國法開始，出現有關網路服務提供者之免責事由規定，突破傳統侵權責任體系的要件規定，又或者明確化網路服務提供者適用傳統侵權責任規範的準則。

本文擬先就通訊適正法案第 230 條免責事由規定立法前，實務見解對於網路服務提供者應如何涵攝適用於傳統資訊媒介侵權責任體系為討論，至於免責事由規定之內容，以及其制定後網路服務提供者應如何適用侵權責任體系，則有待第二節第一項為詳盡的討論。

⁶¹ Kamiel, *supra* note 10, at 48.

⁶² David S. A., *supra* note 3, at 400-401.



第一款 通訊適正法案立法前

誹謗性言論原始發信者的存在，導致資訊媒介與不法行為之產生「有關連」但並非原始發言人或行為人，無論在刑法或民法領域，其所負擔的責任並不同於第一責任，故聚焦於第二責任⁶³為討論。資訊媒介應當負擔第二責任的理由，乃著眼於其為資訊之傳輸及接收提供設備，而使發信者外之第三人得以接觸此資訊，抑或是提供社會大眾得以發言或行為的平台⁶⁴。

實體資訊媒介責任被大量討論者，最早出現在誹謗性言論之相關規定。美國法上誹謗侵權乃依州法為規範，故因地區而異其成立要件。但整體而言，原始發言人的誹謗性言論必須滿足行為人因過錯⁶⁵向第三人傳遞他人之「不實的言論」，且須「貶損他人社會的評價」方成立責任⁶⁶，如為「極不道德或無所根據的評論性言論」、「真實的言論而侵害隱私權」或是「不實的言論非減損社會評價僅傷害個人感受」皆非誹謗性言論侵權行為所欲處理的範疇⁶⁷。然而，在後續實務見解發展下，普通法體系中肇因於「有害的言論」之各項侵權責任，無論主張之訴因(案件類型)為何，包含干預契約之侵權行為、故意對於情感的壓迫以及過失等，皆須通過誹謗

⁶³ 亦有學者(參照陳龍昇，前揭註 31，頁 203-210。)以「直接侵權責任」及「間接侵權責任」之用語為分類。

⁶⁴ David S. A., *supra* note 3, at 392.

⁶⁵ 最早為嚴格責任，後逐漸走向原始發言人須有「過錯」此要件。

⁶⁶ Restatement (Second) of Torts(侵權行為法整編第二版)

§ 558. Elements Stated

To create liability for defamation there must be:

(a) a false and defamatory statement concerning another;
(b) an unprivileged publication to a third party;
(c) fault amounting at least to negligence on the part of the publisher [with respect to the act of publication]; and
(d) either actionability of the statement irrespective of special harm or the existence of special harm caused by the publication.

§ 559. Defamatory Communication Defined

A communication is defamatory if it tends so to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing with him.

⁶⁷ David S. A., *supra* note 3, at 395.



性言論之判斷架構，以及適用判例法與普通法中對於誹謗性言論的保護，方得成立侵權責任⁶⁸。

美國最高法院在 1950 至 1960 年代透過一系列的判例，發展一套憲政架構去評估對於**私人媒介**的法律制裁所造成的監督言論現象⁶⁹，並在具體案例中說明「侮辱相關規範下，如**散布者**不必具有故意即須負擔責任，將課予散布者檢視其上架書籍內容的義務，而造成限制言論自由的附帶效果……由法律規範所強加於書店的自我監督義務，其影響實乃及於一般社會大眾，且影響的程度並不亞於直接對於私人言論的管控⁷⁰」、「不只是在州立刑法領域可以援引美國憲法第一修正案(國會不得制定有關下列事項的法律：……**剝奪言論自由或出版自由**……)來保護，在許多更細微的管制干預時皆可使用⁷¹」、「言論自由所保障的交流包含說話者與受話者⁷²」。1964 年 *New York Times Co. v. Sullivan* 案⁷³中，法院認為對於公眾人物所為且有關公共事務之言論，**無論對於原始發信者或媒介**，皆應在有證據證明其「過錯」時，方得要求其負誹謗之責任，**突破以往無須證明發信者或出版者具有過錯，其即須對於該言論內容負擔嚴格責任之見解**。原告須提出清楚而有力的證明，證明被告出版該爭議內容係基於「**真實惡意(actual malice)**」(明知其非真實或極其漠視其真偽)，且針對出版者的真實惡意與發信者的真實惡意須獨立判斷其過錯，否則對於言論

⁶⁸ David S. A., *supra* note 3, at 396.

⁶⁹ 例如在 *Smith v. California* 案與 *Bantam Books, Inc. v. Sullivan* 案(此兩案皆為書商的侵權責任)中，法院皆指出美國憲法第一修正案並不贊成將嚴格責任加諸於媒介，並且肯認此法案保障內涵包含言論的散布以及言論的出版。See David S. A., *supra* note 3, at 401.

⁷⁰ *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959).

⁷¹ *Bates v. City of Little Rock*, 361 U.S. 516, 523 (1960).

⁷² *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748, 756 (1976).

⁷³ 376 U.S. 254 (1964). 紐約時報作為媒介而有償刊登社論式廣告，該廣告撰擬者為「反對馬丁路德以及在南方爭取自由委員會」，其中所指稱對於馬丁路德之客觀事實有部分非為真實。紐約時報坦承其對於社論式廣告並未施以內容真實性審查，但法院仍然認為「任何阻礙報紙刊登此等社論式廣告的判決結果，對於其自身並無出版資源設備的人們(此等人們雖非新聞媒體而欲行使其言論自由權)而言，將關閉一個公布資訊、意見的重要管道……此將導致出版者自我審查機制的產生，而束縛了美國憲法第一修正案所嘗試確保的經由多樣性、對抗性的來源之資訊，得以盡可能地廣泛散布傳遞」。

自由之侵害過鉅。法院在往後亦將此誹謗侵權行為中提高的責任標準，延伸至其他「依據言論所產生的侵權」，例如錯誤暴露他人隱私⁷⁴(false light privacy)、故意對於情感的壓迫(intentional infliction of emotional distress)等案件類型⁷⁵。除此之外在美國憲法第一修正案的保護之下，媒介得以出版或散布與公眾相關而合於真實的事實⁷⁶。

第一目 Cubby v. CompuServe 電子論壇事件

第一個基於使用者言論而被提起訴訟之網路媒介，乃 1991 年的 *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc.* 案⁷⁷，CompuServe 建立了 CompuServe Information Service，供其訂閱者超過 150 個專門電子論壇，此等論壇由使用者依 CompuServe 所規定的編輯及科技標準提供內容。其中的論壇 Rumorville, U.S.A. 在 1990 年 4 月刊載了有關原告 Cubby, Inc.、Robert Blanchard 的訊息，其中指稱 Cubby「走後門」而取得了新聞消息，以及 Robert Blanchard 乃被前僱用人解雇，並指稱 Cubby, Inc. 乃「一場新成立的騙局」。CompuServe 並不否認此等言論乃誹謗性言論，僅爭執其應僅負擔散布者責任，因其並未在論壇的內容刊載前審查該等發布內容。

法院肯認其抗辯，並認為僅在 CompuServe 明知或可得而知該誹謗性言論時，方須依散布者責任負責，主要理由包含(1) CompuServe 和管理此論壇內容的第三人所簽訂的契約中 CompuServe 並未享有該論壇的編輯控制權(2)在將此論壇刊載前，CompuServe 僅有極短的時間過濾其內容⁷⁸ (學者批評：應為完全無法事先過濾論

⁷⁴ 亦有翻譯為使他人遭公眾誤解，係指公開對於一般理性之人具冒犯性之錯誤事實，例如誤將他人列入犯罪前科紀錄。參照李筱莘(2010)，〈侵權行為法〉，王澤鑑主編，《英美法導論》，頁 229，台北：元照。

⁷⁵ David S. A., *supra* note 3, at 404.

⁷⁶ David S. A., *supra* note 3, at 402-406.

⁷⁷ 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

⁷⁸ David S. A., *supra* note 3, at 406-407.

壇刊載內容，CompuServe 僅充當被動的管道者⁷⁹)。另一個值得注意的點為，法院認為參酌最高法院歷來的見解，「考量美國憲法第一修正案⁸⁰，對於系爭誹謗性言論在論壇營運人認識或可得認識時課予其責任，方為適當的責任標準」。此判決明確指出，對於網路服務提供者的責任成立應課予適度的過錯(fault)標準⁸¹，方得以使憲法上言論自由此價值獲得保障⁸²。

第二目 Stratton v. Prodigy 電子布告欄事件

在四年過後，有一完全相反見解的紐約州最高法院見解，撼動了實務界及學界，並因而間接促成通過了現行通訊適正法案 230 條的內容。Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.⁸³案中，Prodigy 乃將自己定位為全家適宜的網路服務提供者，原告 Stratton 乃一銀行理財事務所，其針對被發布在 Money Talk 電子布告欄的匿名誹謗性言論(指稱 Stratton 的董事長即將受到刑事的制裁以及 Stratton 乃一群苟且偷生或是以被裁員的經紀人組織)，而主張雖然該電子布告欄的主辦者為獨立的第三方，但此第三方乃 Prodigy 的代理人，因而「第三方明知(knowledge)」亦認為等同於「Prodigy 明知」而其應當負責。被告則主張其僅傳輸系爭電子布告欄誹謗性言論，乃「散布者」抑或是「被動的管道」，而無須負代理責任。法院認定因為 Prodigy

⁷⁹ Jonathan Zittrain, A History Of Online Gatekeeping, 19 HARV. J.L. & TECH. 253, 258 (2006).轉引自：David S. A., *supra* note 3, at 407, n 167.

⁸⁰ First Amendment to the Constitution Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

⁸¹ 最早過錯(fault)的概念等同於我國主觀構成要件之層級，過錯乃行為人心理的狀態或其態度，當一個行為人具有自由意志，可以並且應該避免該損害，也就是當行為人可以被究責其行為時，其方為該行為負責。過錯的範圍可以包含故意(intent)、認識(knowledge)過失(negligence)，以及其中的光譜，例如輕率(recklessness)以及重大過失(gross negligence)等，而與無過錯責任(no-fault liability)相對。然而在普通法體系的實際運用上，過錯的概念常與不法(unlawfulness)被混淆，例如「過失」為描述一種內心的狀態其為過錯的一種，然而在普通法體系下過失亦為一種侵權行為發生的責任成立類型，而具有客觀不法構成要件的性質。See Kamiel, *supra* note 10, at 9-11.

⁸² Kamiel, *supra* note 10, at 41.

⁸³ 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

對於電子布告欄的主辦者具有一定編輯控制權限，且其將自己定位為家庭適宜的網路服務提供者⁸⁴，而有一套篩選軟體來過濾布告欄之內容，依此將自己與其競爭者相區隔，因而屬於「出版者(publisher)」，推定對於布告欄上所有資訊內容具有認識，而負擔較嚴格之責任。

此將產生一個難題，網路服務提供者對於發布內容的某程度掌握，反而造成其負擔較嚴格的責任，主筆的 Stuart Ain 法官認為市場機制會回饋對於內容增加控制的網際網路，並不會造成批評者憂慮的網際網路業者從此不欲對內容進行過濾，其並主動地對 Prodigy 的營運者提出建議，應將其營運變成更加地被動以避免責任的發生。然而學者認為此等判決結果導致網路服務提供者不欲對於發布內容有任何編輯掌握權的後果⁸⁵。

第二款 通訊適正法案制定後

美國實務判決在 CDA 法案制定通過後，多直接依該法第 230 條的條文要件分析網路服務提供者是否需負擔相關責任。學者提出建議，在被告主張適用第 230 條免責時，法院審理及適用法規的順序，首先應先依原告所為實體法之主張，判斷被告是否需負相關責任，亦即是否可能構成出版者責任、散布者責任抑或是管道責任。如通過此責任成立要件後，方依第 230 條判斷是否有免責事由規定適用之情形。此種依既有實體法規為責任成立要件的解釋適用方式，可使第 230 條回復其應有的地位—例外免責事由規定，而非請求權基礎⁸⁶。筆者亦贊同此見解，觀諸通訊適正法案第 230 條(c)(1)所提供的網路服務提供者避風港(safe harbor)，「網路服務

⁸⁴ Prodigy 的公關部門出版的文章曾說明，「我們追求成為一個反應了數百萬個我們欲提供服務的美國家庭文化之有水準的系統。」

⁸⁵ David S. A., *supra* note 3, at 407-409.

⁸⁶ David L., *supra* note 5, at 410-411.

提供者未『創造或發展』該爭議的內容，無須負擔出版者責任」⁸⁷，應為免除網路服務提供者之免責事由規定⁸⁸，如未有責任成立之前提，如何適用此免責事由規定應有所疑義。學者有認為此規定內容打破普通法體系中累積數十年或數百年對於離線媒介責任之眾多重要原則，對網路服務提供者所應負擔之責任，為獨立之免責事由規定⁸⁹，然而，本文認為美國 CDA 法案第 230 條並未打破出版者、散布者及管道者之責任要件體系，僅因新興的網路服務提供者應如何涵攝其有關私人媒介之角色尚且混沌不清時，依法明定排除出版者責任，仍須依散布者責任、管道者責任成立要件，為網路服務提供者應否負擔責任之判斷。

然而，自從通訊適正法案制定後，實務運作上，法院不再依傳統責任體系討論網路服務提供者之責任成立，而混合於 CDA 法案第 230 條的適用要件為討論，因而筆者將此部分置於第二節第一項討論，與美國通訊適正法案第 230 條免責事由規定內容一同介紹。

第二項 歐盟各會員國內國法

歐盟電子商務指令於 2000 年制定，而將該指令發生內國法效力之規則亦生效於 2002 年。此指令及規則規範了網路服務提供者之免責事由規定，詳細內容將於本章第二節第二項為介紹，本項將以英國、德國及荷蘭之內國法在歐盟電子商務指令制定前後所發生的演變為主軸，探討歐盟各會員國對於網路服務提供者的誹謗性言論侵害名譽權責任應如何解釋適用，亦以該指令制定前後的各會員國法規範

⁸⁷ § 230. Protection for private blocking and screening of offensive material
(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material
(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.....有關本條文的詳細說明、施行後實務見解及相關學說討論詳見本文第二節第一項。

⁸⁸ David L., *supra* note 5, at 375.

⁸⁹ David S. A., *supra* note 3, at 411.

變遷，思辨歐盟電子商務指令對於各會員國既有責任規範所帶來的影響。



第一款 英國法

英國有關名譽權侵害的相關法規，乃經由數百年的判決累積發展而至，為符合需求亦經過議會數次大大小小的修正，實為侵權行為中最為專門亦最為複雜的範疇之一⁹⁰。在普通法體系有關誹謗性言論的判例中，由第三方作成資訊內容的出版者及散布者責任，相較於美國法更為嚴格。編輯者、印刷者以及出版者即便不具有過錯，仍應負擔嚴格責任。而有關散布者責任，其被推定為具有過錯，而應舉證證明其對於名譽侵害的內容不具有故意或過失方得以免責⁹¹。

第一目 1996 年名譽侵害法案

為因應通信技術的顯著發展，而欲將普通法體系中善意散布的免責事由予以現代化、法典化⁹²，英國乃歐洲國家中最早出現有關線上媒介責任之規定，其於 1996 年制定名譽侵害法案⁹³，該法第一條明定本法適用範圍包含電信媒體營運人以及放送事業的經營者，也就是說，實體刊物之散布者得援引的「無辜的傳播」抗辯，在服務及管道提供者(service and access provider)亦有適用⁹⁴。

⁹⁰ ジョン・ミドルトン(2012)、「名譽毀損法の改正動向—プロバイダ等の責任に関するイギリスの最新事情」，堀部政男監修，《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBLNo.141》，頁 196。

⁹¹ Kamiel, *supra* note 10, at 13；ジョン・ミドルトン，前掲註 90，頁 196。

⁹² ジョン・ミドルトン，前掲註 90，頁 196。

⁹³ Defamation Act, 1996, c. 31 (U.K.).

⁹⁴ The Defamation Act 1996.

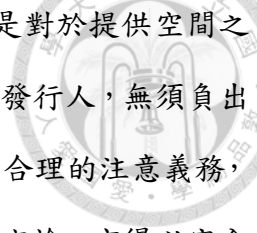
Responsibility for publication.

(1) In defamation proceedings a person has a defence if he shows that—

(a) he was not the author, editor or publisher of the statement complained of,

(b) he took reasonable care in relation to its publication, and

(c) he did not know, and had no reason to believe, that what he did caused or contributed to the publication of a defamatory statement.



如通信系統的營運人乃通過系統自動化傳遞該資訊，抑或是對於提供空間之使用者不具有有效的規制權，則認為其並不該當作者、編輯或是發行人，無須負出版者責任⁹⁵。進而，網路服務提供者須證明對於該資訊的傳遞已盡合理的注意義務，且非明知或可得而知其行為造成或助成(contributory)出版誹謗性言論，方得以完全免除散布者責任⁹⁶。換言之，英國法上的名譽權侵害網路服務提供者責任，需由其負擔自身無過失的舉證責任⁹⁷。又法院在判斷線上媒介是否盡到合理的注意義務，以及其是否可得而知其為不法內容出版的原因，或助成不法內容出版，通常考量(1)其對於該資訊內容或作成出版決定之可歸責程度(對於出版內容的編輯控制能力)(2)出版的性質或是情事(該出版時具備的特質及環境)(3)作成者、編輯或是發行者的先前行為或是特性應納入考量(原始作者的先行行為)⁹⁸。

在名譽侵害法案制定後，網路服務提供者責任的開創性案例(leading case)，乃1999年英國高等法院女王商業法庭(High Court, Queen's Bench Division)的 *Demon Internet* 案件⁹⁹。Demon 公司乃電子布告欄的服務提供者，1997年1月13日時一位在美國的匿名人士偽裝成核物理學者 Dr. Laurence Godfrey，並於該電子佈告欄散布毀損其名譽的資訊，而只要是 Demon 公司伺服器的使用者皆得下載該資訊。同月17日，該學者向 Demon 公司通知此侵害名譽的資訊存在，並要求其在「知悉」此資訊存在之前提下將其刪除。然而 Demon 公司並未針對此事有所回應，值至2

⁹⁵ The Defamation Act 1996.
Responsibility for publication.

(3) A person shall not be considered the author, editor or publisher of a statement if he is only involved—
(c) in processing, making copies of, distributing or selling any electronic medium in or on which the statement is recorded, or in operating or providing any equipment, system or service by means of which the statement is retrieved, copied, distributed or made available in electronic form;
(e) as the operator of or provider of access to a communications system by means of which the statement is transmitted, or made available, by a person over whom he has no effective control.

⁹⁶ ジョン・ミドルトン，前掲註90，頁198。

⁹⁷ Kamiel, *supra* note 10, at 13.

⁹⁸ Kamiel, *supra* note 10, at 24; ジョン・ミドルトン，前掲註90，頁198；Corey Omer, *Intermediary Liability for Harmful Speech: Lessons from Abroad*, Harv. J. Law & Tec 308 (2014).

⁹⁹ *Godfrey v. Demon Internet Ltd.* [1999] 4 All ER 342, [2001] QB 201, [1999] EMLR 542.

週後系統方自動刪除此資訊。高等法院法官認為，明知名譽權侵害的資訊存在，卻未將該資訊予以刪除的服務提供者 Demon 公司，實乃該當名譽侵害法案中的「出版者」，而應對該核物理學者負擔侵權行為損害賠償責任¹⁰⁰。



第二目 2013 年名譽侵害法案與轉通知制度

在電子商務指令施行後，2011 年英國法務部(Ministry of Justice)以謀求言論自由與名譽權間適切保障為目的，公布名譽侵害法案的修正草案以及關於此草案的諮詢公報(Consultation paper)，於同年 6 月 10 日開始徵求公眾意見，以「網際網路中出版責任」為首，針對當代重大爭議課題，應否規範以及如何規範，皆於諮詢公報所涵蓋。2012 年針對公眾諮詢意見之蒐集以及名譽侵害法案修正法案兩院共同委員會的建議，法務部發布了政府見解的回答書，並與相關代表持續進行討論並謀求解決問題之對策，而後議會開始有關修正法案的審議¹⁰¹。

2013 年(新)名譽侵害法案¹⁰²公布施行，基本責任架構仍維持 1996 年有關出版者及散布者責任體系，然而其中對於誹謗性言論之媒介責任有明確及重大的改變

¹⁰⁰ ジョン・ミドルトン，前掲註 90，頁 198。

¹⁰¹ ジョン・ミドルトン，前掲註 90，頁 201。

¹⁰² Defamation Act, 2013, c. 26 (U.K.). 本法案延續 1996 年名譽侵害法案的既有責任架構，然而加入許多因應時代而生的抗辯、免責事由。

103。依據本法案第 5 條¹⁰⁴及其授權制定的名譽侵害(網站營運人)規則¹⁰⁵，當誹謗性言論存在時，網路服務提供者應負擔的民事責任區分為兩種情形。(一)當權利人對於誹謗性言論之作者、編輯或出版者提出訴訟為合理可行，則法院就其對於非出版者媒介所提起的訴訟並無審判權限。即便該媒介符合出版者之定義，如果該主張權利人有足夠的資訊辨識並對發布誹謗性言論者進行訴訟程序，網路服務提供者仍得主張其並非該資訊之發布者¹⁰⁶。學者指出網路服務提供者在訴訟程序進行中，如法院裁定其必須提供發信者的相關個人資料(發信者未同意網路服務提供者轉通知權利人其個人資料)，則其程序的進行當然停止且進入「避風港」而不發生相關法律責任¹⁰⁷。(二)如權利人無法辨識發信者身分(包含匿名性言論、使用筆名、假名等情形)，權利人應對網路服務提供者發出符合要件的通知¹⁰⁸，在收到通知後，網路

¹⁰³ Corey, *supra* note 98, at 309.

¹⁰⁴ Defamation Act, 2013, c. 26 (U.K.).

5 Operators of websites

(1) This section applies where an action for defamation is brought against the operator of a website in respect of a statement posted on the website.

(2) It is a defence for the operator to show that it was not the operator who posted the statement on the website.

(3) The defence is defeated if the claimant shows that—

(a) it was not possible for the claimant to identify the person who posted the statement,

(b) the claimant gave the operator a notice of complaint in relation to the statement, and

(c) the operator failed to respond to the notice of complaint in accordance with any provision contained in regulations.

(4) For the purposes of subsection (3)(a), it is possible for a claimant to “identify” a person only if the claimant has sufficient information to bring proceedings against the person.

(5) Regulations may—

(a) make provision as to the action required to be taken by an operator of a website in response to a notice of complaint (which may in particular include action relating to the identity or contact details of the person who posted the statement and action relating to its removal);

(b) make provision specifying a time limit for the taking of any such action;

(c) make provision conferring on the court a discretion to treat action taken after the expiry of a time limit as having been taken before the expiry;

(d) make any other provision for the purposes of this section.....

(12) The defence under this section is not defeated by reason only of the fact that the operator of the website moderates the statements posted on it by others.

¹⁰⁵ The Defamation (Operators of Websites) Regulations, 2013.

¹⁰⁶ Corey, *supra* note 98, at 310.

¹⁰⁷ Paul Dacam, Uk : Dafamation (Operators of Websites) Regulations 2013, LEXOLOGY (Nov. 5,2013), <http://www.hoganlovells.com/en/blogs/data-protection-blog/uk-defamation-operators-of-websites-regulations-2013>(最後瀏覽日：7/8/2016).

¹⁰⁸ The Defamation (Operators of Websites) Regulations, 2013.

Notice of complaint: specified information

2.Subject to regulation 4, a notice of complaint must (as well as including the matters referred to in section

服務提供者應於 48 小時內將該通知轉送給發信者，如不能轉送發信者則應直接刪除系爭資訊，無論處理結果為何皆應發「處理結果確認函」與權利人。轉送後發信者有 5 天的回覆時間，發信者回覆內容包含「同意或不同意自網站刪除該被指稱為侵害名譽權的素材」、「提供自己的全名以及郵件住址，但可選擇是否轉通知權利人」¹⁰⁹。如該發信者在接獲通知的五天內未為回覆、發信者回覆同意移除該資訊又或者發信者回覆通知不符合法定要件此三種情形，網路服務提供者皆應在「5 天期限結束後」或「接到回覆通知」的 48 小時內刪除此訊息¹¹⁰。而如發信者在期限內回覆「反對刪除之通知」與網路服務提供者，網路服務提供者需再度於 48 小時內轉通知權利人，但毋須刪除該資訊。該規則最後特別說明，如該通知乃針對相同的發信者、資訊內容以及發生於同一網站，且此通知內容之前已有兩次或兩次以上的刪除資訊結果，則不適用前述的程序應於接到通知的 48 小時內直接刪除¹¹¹。

5(6)(a) to (c) of the Act)—

- (a) specify the electronic mail address at which the complainant can be contacted;
- (b) set out the meaning which the complainant attributes to the statement referred to in the notice;
- (c) set out the aspects of the statement which the complainant believes are—
 - (i) factually inaccurate; or
 - (ii) opinions not supported by fact;
- (d) confirm that the complainant does not have sufficient information about the poster to bring proceedings against that person; and
- (e) confirm whether the complainant consents to the operator providing the poster with—
 - (i) the complainant's name; and
 - (ii) the complainant's electronic mail address.

¹⁰⁹ The Defamation (Operators of Websites) Regulations, 2013.

Response to notice of complaint: initial steps

2.-(2) To comply with this sub-paragraph the response must—

- (a) inform the operator whether or not the poster wishes the statement to be removed from the locations on the website which were specified in the notice of complaint; and
- (b) where the poster does not wish the statement to be removed from those locations—
 - (i) provide the poster's full name;
 - (ii) provide the postal address at which the poster resides or carries on business; and
 - (iii) inform the operator whether the poster consents to the operator providing the complainant with the details mentioned in paragraphs (i) or (ii).

¹¹⁰ The Defamation (Operators of Websites) Regulations, 2013, S.I. 2013/3028, Schedule. 參照英國政府法律網，<http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111104620>(最後瀏覽日：7/8/2016); Corey, *supra* note 98, at 310-311.

¹¹¹ Response to notice of complaint: persistent re-posting of same or substantially the same material

9.—(1) This paragraph applies where—

- (a) a notice of complaint from the same complainant has been received by the operator in relation to a relevant statement on two or more previous occasions;
- (b) on each occasion the statement has been removed from the website in accordance with this Schedule;
- (c) the operator receives a further notice of complaint in relation to the statement; and

在依循上述的法定程序後，網路服務提供者得對於系爭侵害名譽權資訊主張免責。網路服務提供者不得主張前述兩種情形免除責任的唯一例外：其對於系爭資訊的發布具有惡意(malice)¹¹²。最後，根據名譽侵害法案第 13 條，前述轉通知程序並不排除當法院經由訴訟程序就侵害名譽權為有利權利人之判決時，依裁定要求網路服務提供者刪除系爭資訊，以及依裁定要求任何非作者、編輯或出版者之人，停止散布、販售及展示系爭侵害名譽權素材¹¹³。

經由 2013 名譽侵害法案以及規則所建構的制度，使網路服務提供者得以依循法定程序而免除責任，權利人則得依通知程序要求刪除系爭誹謗性言論，獲得發信者個人資料，或至少獲得確保得以向法院聲請揭露該發信者個人資料之權利，發信者在資訊被刪除前亦獲得一定程度的保障，應可認為乃一良善的制度¹¹⁴。然而，學者認為，網路服務提供者似乎會偏向在接獲權利人正式通知後，直接刪除可能存在

(d)the complainant informs the operator at the same time as sending the notice of complaint that the complainant has sent a notice of complaint to the operator on two or more previous occasions in relation to the statement.

(2) Where this paragraph applies paragraphs 2 to 8 do not apply and the operator must remove the statement from the locations on the website which were specified in the notice of complaint within 48 hours of receiving the notice of complaint.

(3) A statement is a relevant statement for the purposes of this paragraph if—

(a)the statement to which the notice of complaint relates conveys the same or substantially the same imputation as that to which each of the previous notices of complaint referred to in sub-paragraph (1)(a) relate;

(b)it was posted on the same website; and

(c)it was posted on that website by the same person.

¹¹² 惡意：美國法上主觀要件，包含：1 明知自己的行為違法，或會對他人的利益造成損害，但由於對法律或公民合法權利的漠視，仍實施該行為的心理狀態；2 以損害他人的利益為目的，無合法或正當理由故意違法，或者法律在特定情況下推定具有惡意的心理狀態。參照元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=63272> (最後瀏覽日：7/10/2016)；名譽侵害法案中有關惡意的規定：

Defamation Act, 2013, c. 26 (U.K.). 5 Operators of websites

(11) The defence under this section is defeated if the claimant shows that the operator of the website has acted with malice in relation to the posting of the statement concerned.

¹¹³ Defamation Act, 2013, c. 26 (U.K.).

13 Order to remove statement or cease distribution etc

(1) Where a court gives judgment for the claimant in an action for defamation the court may order—

(a) the operator of a website on which the defamatory statement is posted to remove the statement, or

(b) any person who was not the author, editor or publisher of the defamatory statement to stop distributing, selling or exhibiting material containing the statement.

¹¹⁴ Corey, *supra* note 98, at 311.

侵害名譽權之資訊，而不依循名譽侵害法案及規則所制定的繁複程序¹¹⁵，本文認為，不應以簡化、縮減網路服務提供者刪除爭議資訊的前置程序，來達到避免其直接刪除爭議資訊的效果，應藉由同時建立網路服務提供者任意刪除爭議資訊時，對於發信者之損害賠償責任，方得同時兼顧權利人名譽權保障與發信者言論自由。

第二款 德國法

不同於英美判例法體系，德國法乃成文法，是以有關誹謗性言論之資訊媒介責任，並未如判例法國家有獨立的責任要件類型，而依一般侵權行為規範為責任成立要件之判斷。如同一般的侵權行為損害賠償規範，出版者需具有「義務的違反¹¹⁶」方須負擔責任。德國聯邦最高法院¹¹⁷曾指出，「出版者的注意義務需考量言論自由與資訊流通自由，在其出版第三方作成之素材時，以該資訊『顯著地不法』為限，方認為出版者具有過失。課予出版者過多的義務，將造成報刊無法進行其有關大眾利益的工作，與憲法所保障的言論自由與資訊流通自由相衝突。」，法院並說明，即便出版者具有檢視內容的權限，推定其認識此資訊內容存在，然對於其內容的「不法性格」是否具有「過錯」，僅在不法內容易於查明時，方負擔侵權責任¹¹⁸。然而，須注意聯邦最高法院之另一則判決¹¹⁹指出，「如出版者現實上已明知該侵權本質的陳述，無論該不法本質是否明顯皆應負責」。早期德國法學者指出，電信通訊營運人僅在明知該不法出版物內容時，必須依一切可合理期待的措施阻止不法

¹¹⁵ Paul, *supra* note 107.

¹¹⁶ 德國法上有關主觀之故意或過失應置於過錯層次，抑或是行為人行為之不法性為討論有所激烈的討論。本文認為應將此處義務的違反，包含故意及過失此主觀要件在內，又或者可以說是，隨著過失的客觀化及過失、不法要件逐漸趨近，並無特別區分討論的必要性。

¹¹⁷ *Pressehaftung I*, German Supreme Court(BGH), 26 April 1990, [1990] GRUR 1012, 譯文參照 Kamiel, *supra* note 10, at 13-14, 41.本案件事實為討論第三方作成的廣告，違反德國不正競爭法案時，傳輸此資訊媒介之責任，但此原則於誹謗性言論之案件亦有所適用。

¹¹⁸ Kamiel, *supra* note 10, at 41.

¹¹⁹ *Pressehaftung II*, German Supreme Court(BGH), 7 May 1992, [1992] GRUR 618, 譯文參照 Kamiel, *supra* note 10, at 14.

內容的繼續傳遞¹²⁰。



第一目 1997 年電信服務法案

德國在 1997 年制定多媒體法案(Multimedia Act)¹²¹，該法案第一章之電信服務法案(Teleservices Act)第 5 條規範了媒介責任¹²²，乃歐洲國家中最早為規範線上媒介責任而單獨立法者，且其規範內容及架構與往後的歐盟電子商務指令最為近似。電信服務法案亦同時為世界上最早就網路服務提供者責任，採取「水平式立法模式」之規範，只要是藉由電信通訊傳遞文字、圖片、聲音或相結合的資料之電子資訊通訊服務，無論在刑法、民法、智慧財產權法等法領域皆有其適用。電信服務法案中，區分網路服務提供者為三類，第一類為自行創設該資訊的「資訊提供者」，應依一般侵權行為規定討論是否負責；第二類為第三方作成內容，其僅使該資訊變為他人可得使用狀態之「資訊儲存(hosting)提供者」，此種提供者僅在實際知悉該資訊內容不法，且防止該資訊更進一步地傳播為技術上可行，而可合理期待其為之卻不作為時，方可回歸一般責任規範判斷其責任；第三類為單純提供連線以傳輸或暫時儲存第三方作成內容以供傳輸之「連線提供者」，此類提供者無須為任何第三方作成

¹²⁰ Rutter 1992，譯文參照 Kamiel, *supra* note 10, at 14.

¹²¹ the German *Information and Communication Services Act* 1997. (known as “Multimedia Act”) 本法乃為了賦予網際網路世界足資信賴的法律基礎，並以自由競爭、使用者的正當利益受到保護以及維持社會秩序(尤其青少年的保護)為目的，所為之包裹式立法。參照鈴木秀美(2012)，〈テレメディア法と判例法理—プロバイダ等の責任に関するドイツの最新事情〉，堀部政男監修，〈プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141〉，頁 191。

¹²² the German *Act on the Utilization of Teleservices* 1997. (known as “Teleservices Act”)

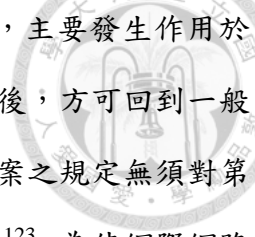
§ 5 Responsibility

(1) Providers shall be responsible in accordance with general laws for their own content, which they make available for use.

(2) Providers shall not be responsible for any third-party content which they make available for use unless they have knowledge of such content and are technically able and can reasonably be expected to block the use of such content.

(3) Providers shall not be responsible for any third-party content to which they only provide access. The automatic and temporary storage of third-party content due to user request shall be considered as providing access.

(4) The obligations in accordance with general laws to block the use of illegal content shall remain unaffected if the provider obtains knowledge of such content while complying with telecommunications secrecy under § 85 of the Telecommunications Act (Telekommunikationsgesetz) and if blocking is technically feasible and can reasonably be expected.



內容之資訊負責。學者分析本法案的作用乃形同「濾網(filter)」，主要發生作用於「資訊儲存提供者」，當該服務提供者符合本法案所規定的要件後，方可回到一般責任規範為是否負擔責任之探討；反之，「連線提供者」因本法案之規定無須對第三方作成內容資訊負責，則不通過此過濾機制直接認定無須負責¹²³。為使網際網路世界的法律規範完善，並相應於聯邦與州立之立法權限，除前述規範以供個人使用為目的之服務的電信服務法案外，並於同年成立「媒體服務州際協定」，除用以規範放送服務外，亦規範以「供公眾接觸而作成之資訊」傳遞為目的的網路服務提供者，並經各州議會通過¹²⁴，兩者對於媒介責任的規範內容相同。

觀諸德國 1997 年電信服務法案的規範與美國 1996 年制訂的通訊適正法案，規範責任主體及法案本身作為是否進入侵權責任門檻的角色皆相近，但有關適用法領域之範圍(前者為所有責任範圍，後者僅限於民事責任，而排除智慧財產權、刑法等)，以及有無區分不同類型網路服務提供者的有不同的責任限制要件(前者區分不同類型而適用不同要件，後者統一規定)則有很大的差異性。又學者對於此免責事由規定與既有私人媒介之責任成立規定的適用優先順序亦有不同的想法，美國法上學者認為應先通過傳統的責任成立要件，方依免責事由規定排除網路服務提供者之責任；然而，就德國電信服務法案而言，學者則將其作為「濾網」進行篩漏作用，而先依此免責事由規定篩選可能成立責任之案件，方回歸一般責任成立要件為判斷¹²⁵。本文認為此乃英美法系與歐陸法系，就侵權行為要件為類型化判例法，抑或是回歸一般性法律規範為要件涵攝有關。前者依類型化排除，後者則將責任成立要件部分排除，故適用順序及思維上必定有所不同。

¹²³ Kamiel, *supra* note 10, at 26; 鈴木秀美，前揭註 121，頁 192。

¹²⁴ 鈴木秀美，前揭註 121，頁 191。

¹²⁵ Kamiel, *supra* note 10, at 26.

無論如何，在德國電信服務法案的規範下，至少可以推得德國之網路服務提供者無須負擔監督或更進一步調查資訊內容的義務，僅在具有「實際知悉」資訊內容不法之高度不法程度時，方可能發生責任；且該法案亦強調，在判斷一般責任規範之注意義務範圍時，應納入「避免損害所需負擔之成本」等此因素做為考量¹²⁶。

第二目 2001 年修正與 2008 年電信媒體法案

歐盟電子商務指令制定後，德國為履行該指令課予各會員國修訂國內法的義務，於 2001 年修訂電信服務法案有關網路服務提供者責任之規範，並於 2007 年考量既有規範模式下，「電信服務」與「媒體服務」不易區分之灰色地帶此問題，維持 2001 年電信服務法案之修正內容全文，然將其納入新創設之「電信媒體法案¹²⁷」，並刪除舊「電信服務法案」；又「媒體服務州際協定」則與「放送州際協定」合併為單一之「放送及電信媒體州際協定」，消除網路服務提供者「電信服務」與「媒體服務」使用規範分割的雜亂現象。新設概念「電信媒體」乃意指所有電子資訊服務及通訊服務，而就電信媒體之經濟方面委由聯邦之「電信媒體法」規範，而有關電信媒體之表現行為方面則回歸州際協定為規範，實質上維持既有憲法中立法權限分配的法律規制架構¹²⁸。

電信媒體法案第 7 條乃網路服務提供者責任之一般性規定¹²⁹，「 I 網路服務提

¹²⁶ Kamiel, *supra* note 10, at 26.

¹²⁷ Telemedia Act of 26 February 2007. (Federal Gazette I, p. 179)

¹²⁸ 德國憲法將立法權限分為聯邦權限與各州權限，有關經濟之立法權限屬於前者，而有關實體印刷媒介及廣播電視等放送之立法權限則屬於後者。1997 年「電信服務法」與「媒體服務州際協定」中有相同的網路服務提供者免責事由規定，在 2007 年後，「放送及電信媒介州際協定」中並無有關網路服務提供者的免責事由規定，但其明文有關電信媒體的規範，除本州際協定外，亦適用聯邦「電信媒體法」相關規定。參照鈴木秀美，前揭註 121，頁 191-192；王怡惠，前揭註 34，頁 15-16。

¹²⁹ Section 7 General principles

(1) Service providers shall be responsible for their own information which they keep ready for use, in accordance with general legislation.

(2) Service providers within the meaning of Sections 8 to 10 are not required to monitor the information transmitted or stored by them or to search for circumstances indicating an illegal activity. This shall be without prejudice to obligations to remove or disable access to information under general legislation, even

供者應對於供公眾接觸之自己創造的資訊負一般法律責任。II 網路服務提供者對於其所傳輸或儲存之資訊，是否為不法行為，不負有監視或是主動探知的義務。即便網路服務提供者依本法無需負擔責任，基於一般法律規定所生之侵害排除及封鎖資訊的可接觸性之義務，不受影響。」，本條第 2 項的一般性監督義務禁止規定，符合電子商務指令第 15 條第 1 項的規範內容，然而德國實務及學說皆肯認參酌該指令立法說明第 47 點，得依個案認定網路服務提供者具有特別檢查監督義務¹³⁰。例如 Hamburg 最高法院於 heise.de 判決¹³¹中指出，網路論壇經營人對具體已知之違法言論，應有防止其未來再次刊登之檢查義務，例如透過關鍵字之過濾方式，學說通說認為此等特定檢查監督義務仍需符合合理性及比例原則¹³²。此外，本法第 7 條第 2 項實則為修法前電信服務法案第 5 條第 4 項，惟不再以「知悉內容，且封鎖內容為技術上可能且可期待」為要件，而明定應依一般法則原則判斷，「該要件係源自於一般法律規定之基本原則，因此，法規不應逕以此為要件，而應要求就個案考量期待可能性之範圍。期待可能性之範圍亦應視受保護法益之價值而定，換言之，受保護法益之價值越高者，可期待服務提供者所負排除/封鎖之義務也越高。」，個案中應依得否合理期待網路服務提供者採取排除侵害之措施作為判斷標準¹³³。有學者認為，應模仿美國 DMCA 法案明確訂立通知取下制度之要件，使相關當事人得以依照規定行事，對於實務運作與法律安定性之維護，具有實際功效¹³⁴。

where the service provider does not bear responsibility pursuant to Sections 8 to 10. Privacy of telecommunications pursuant to Section 88 of the Telecommunications Act must be maintained.

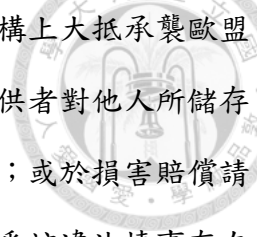
¹³⁰ 歐盟電子商務指令第 15 條第 1 項規定，各會員國禁止課與網路服務提供者一般性監督義務，然而其立法說明第 47 點，則肯認於特定案例(specific case)的情形，得要求網路服務提供者負擔特別檢查監督義務，此兩者似乎有所衝突，應如何解釋適用，詳見本章第二節第二項第二款。

¹³¹ Hamburg 最高法院於 2006 年 8 月 22 日判決，判決字號 Az:7 U 50/06。轉引自：王怡惠，前揭註 34，頁 18。

¹³² 王怡惠，前揭註 34，頁 18-20。

¹³³ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks., 14/6098, S.23, [http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406098.pdf\(besucht](http://dip.bundestag.de/btd/14/060/1406098.pdf(besucht) am 22.07.2009).轉引自：王怡瀾(2009)，前揭註 45，頁 34。

¹³⁴ Freytag, Digital Millennium Copyright Act under europaisches Urheberrecht fur die Informationsgesellschaft, MMR 1999, 211-212.轉引自：王怡瀾(2009)，前揭註 45，頁 34。



資訊儲存服務提供者免責事由規定位於第 10 條規定¹³⁵，結構上大抵承襲歐盟電子商務指令第 14 條第 1 項及第 2 項¹³⁶，「I 資訊儲存服務提供者對他人所儲存之訊息如有下列情況，不負責任：1.對於違法行為或資訊無知悉；或於損害賠償請求的情形，對造成權利侵害之明顯情事並未察覺。或者，2.在知悉該違法情事存在後，立即移除該資訊或使該資訊無法接取。II 前項免責規定不適用在資訊儲存服務提供者與資訊提供者間有隸屬、監督關係。」。本條「知悉」違法行為或資訊之用語，與電子商務指令中「實際知悉」在主觀要件上為不同的概念，其差異性在於後者對於知悉之客體須包含該資訊內容的「違法性」在內，然而德國通說認為本法之制定乃為落實電子商務指令而來，此主觀要件之差異應僅為立法過程中之疏漏，仍應解釋本條「知悉」的意涵為「實際知悉」方為妥適¹³⁷。自電信服務法訂立此「實際知悉」要件後，德國法主要依聯邦法院於 ambiente.de 判決¹³⁸之具體定義，乃「針對具體(concret)內容有正面(positive)之認識」。所謂「具體」，需使資訊儲存服務提供者不費力氣即可找到，亦與第 7 條第 2 項之一般性監督義務禁止規定相符，德國法院並指出即便該違法情事已達眾所皆知之程度，亦無法推定資訊儲存服務提供者已經知悉，故實務界逐漸發展出權利人透過警告信函或律師信之方式，具體指明並通知網路服務提供者違法性資訊之所在。而有關「正面」之認識，聯邦法院在

¹³⁵ Section 10 Storing of information

Service providers shall not be responsible for the information of third parties which they store for a recipient of a service, as long as

1. they have no knowledge of the illegal activity or the information and, as regards claims for damages, are not aware of any facts or circumstances from which the illegal activity or the information is apparent, or
2. upon obtaining such knowledge, have acted expeditiously to remove the information or to disable access to it.

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

¹³⁶ 歐盟電子商務指令第 14 條規定，資訊儲存服務提供者在實際知悉或推定知悉侵權事實存在時，方負有立即移除該資訊，或使該資訊無法接收之義務。當使用者乃隸屬於或受服務提供者控制之情形，不適用前項免責事由規定。詳見本章第二節第二項第一款。

¹³⁷ 王怡惠，前揭註 34，頁 17。

¹³⁸ 聯邦法院於 2001 年 5 月 17 日之判決，判決字號為 Az.:I ZR 251/99。轉引自：王怡惠，前揭註 34，頁 17。

Ricardo 判決¹³⁹中認為，「知悉應為人類感官上之認知，無法透過電腦程式取代，如於網路平台刊登拍賣物資訊時，並無法推定平台業者對於侵害他人權利之資訊有所知悉。」，學者認為依此等實務見解可推知，在「間接故意」之情形下尚未該當此主觀要件¹⁴⁰。至於如滿足主觀要件後，應立即除去該資訊或阻礙該資訊之可得接觸，學者整理法院發展出此立即移除措施應符合「合理性」判斷標準，包含課予平台提供者移除或阻礙該違法訊息之義務範圍和被侵害權利間之利益考量，亦即，資訊儲存服務提供者為移除或阻礙該違法訊息之接取是否負擔過重，是否過度侵害憲法高位階保障之人格權等，實乃比例原則之展現¹⁴¹。

原則上，資訊儲存服務提供者依本法第 10 條第 1 項，該當免責事由規定時無須為流通資訊侵害造成他人權利者負相關責任，然而依第 7 條第 2 項之規定，免責事由規定並不排除基於一般法律規定所生之網路服務提供者侵害排除之義務。法院依據德國民法第 823 條¹⁴²侵權行為通則性規範及第 1004 條¹⁴³造成權利侵害者有義務排除或防止侵害結果發生或繼續發生之規定，針對網路服務提供者需對於

¹³⁹ 聯邦法院於 2004 年 3 月 11 日之判決，判決字號為 Az.:I ZR 304/01。轉引自：王怡惠，前揭註 34，頁 17。

¹⁴⁰ 間接故意，依我國刑法第 13 條第 2 項，「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」參照王怡惠，前揭註 34，頁 17-18。

¹⁴¹ 王怡惠，前揭註 34，頁 18。

¹⁴² Section 823

Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

(2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

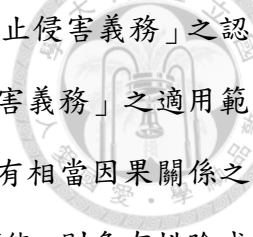
¹⁴³ Section 1004

Claim for removal and injunction

(1) If the ownership is interfered with by means other than removal or retention of possession, the owner may require the disturber to remove the interference. If further interferences are to be feared, the owner may seek a prohibitory injunction.

(2) The claim is excluded if the owner is obliged to tolerate the interference.

緣起於德國物權編概念，分為不作為請求權(損害賠償請求權)與侵害排除/防止請求權，後衍伸至人格權。



其使用者發布資訊負擔作為義務之情形，逐漸發展出「排除或防止侵害義務」之認定原則。聯邦法院於 *ambiente.de* 判決首先確立「排除或防止侵害義務」之適用範圍，「無論主觀是否有故意過失，對於不法侵害之引起或狀態具有相當因果關係之影響，且對該違法行為具有法律上或技術上阻止該侵害行為之可能，則負有排除或防止侵害之義務。」，而為避免此義務之範圍過度擴張，成立排除或防止侵害義務以網路服務提供者有特別檢查監督義務之違反¹⁴⁴為前提¹⁴⁵。不過亦有學者認為，受到電信媒體法案第 10 條之影響，「排除或防止侵害義務」限於資訊儲存服務提供者對他人之違法訊息有所知悉之前提下，始負擔義務，例如聯邦法院在 2007 年的判決¹⁴⁶中指出，在被告經營之網路論壇中，有匿名使用者發表侵害原告人格權之文章，如系爭侵害資訊已為被告所知悉，則被告負有移除該言論或預防該違法言論再次出現於論壇上之義務。個案認定之特別監督檢查義務違反，進而判斷是否發生「排除或防止侵害義務」，易產生責任認定上不明確之疑義，此問題並未於電信媒體法案通過後獲得解決，然而亦有學者認為，科技網路快速發展之特性，是否宜在法規中明確限定網路服務提供者之責任規範，仍有待商榷¹⁴⁷。侵害排除義務之建立有其特殊性，本文在下方僅舉一具體實務案例說明之。

Blogger.com 事件¹⁴⁸

原告乃德國人，其曾在德國及西班牙經營不動產公司 A，2003 年不動產公司

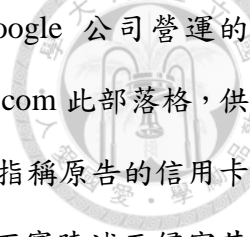
¹⁴⁴ 特別檢查監督義務，例如拍賣網站經營者是否有設置關鍵字過濾機制之義務、論壇主人是否有定期檢查其留言板之義務，並輔以技術可能性及合理性為考量，如網路平台每日資訊量、網路提供者是否因提供資訊之儲存而獲利(如廣告收益)等因素。王怡惠，前揭註 34，頁 20。

¹⁴⁵ 例如聯邦法院於 2004 年 3 月 11 日之判決，Fechner, a.a.O. (FN 6), S. 358. Vgl. BGHZ 172, 119-Internet-Versteigerung II.著名手錶品牌 Rolex 向網路拍賣服務提供者請求刪除、下架仿冒品之案件，法院認為資訊儲存服務提供者之免責事由規定，並不適用於侵害排除請求權。網拍業者在接獲具體指摘仿冒品存在時，對於該仿冒品負有調查義務，並且為了保護該品牌的權利，其負有「應採取預防今後出現仿冒品於拍賣市場的措施之義務」。轉引自：鈴木秀美，前揭註 121，頁 194。

¹⁴⁶ 聯邦法院於 2007 年 3 月 27 日之判決，判決字號 Az.:VI ZR 101/06.轉引自：王怡惠，前揭註 34，頁 19。

¹⁴⁷ 王怡惠，前揭註 34，頁 20。

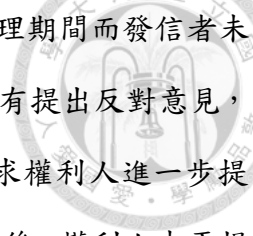
¹⁴⁸ 聯邦法院於 2011 年 10 月 25 日之判決，BGH NJW 2012, 148 ff.轉引自：鈴木秀美，前揭註 121，



A 破產後，改於西班牙經營另一間不動產公司 B。被告 Google 公司營運的 www.blogger.com 網站中，經由訴外人使用者創設 www.blogspot.com 此部落格，供公眾使用，而該部落格上出現載明原告本名及德國的居所地，及指稱原告的信用卡主要用來支付性愛俱樂部的花費因而破產，原告主張該資訊乃不實陳述而侵害其人格權，要求被告將該侵害權利資訊移除。

法院首先說明，德國電信媒體法案第 10 條第 1 項資訊儲存服務提供者的免責事由規定於侵害排除請求權並無適用。然而，針對本件誹謗性言論，上訴人(Google 公司)僅負擔限定的責任，因該資訊並非上訴人所創造，其僅技術上提供該部落格的使用可能，僅身為「妨害者」而負擔相關之責任。原則上，資訊儲存服務提供者無須調查使用者的資訊是否違法，然而，如權利人通知網路服務提供者某使用者所發布之資訊侵害其人格權，資訊儲存型網路服務提供者則向後發生排除同樣的侵害發生之義務。不過，權利人所提出之通知並非全部皆該當人格權侵害，需考量德國基本法與歐盟人權公約所保障的人格權、對於私生活的尊重等權利，並與網路服務提供者的言論自由、媒體的自由間相互比較權衡。在接獲權利人是否侵害權利尚且不明的通知時，網路服務提供者尚應斟酌該部落格資訊發布者的意見，調查事實狀況最後再與以評價。

因此，網路服務提供者接獲權利人的通知後，如該通知內容到達「無須更進一步的法律調查及事實調查，就可以輕易地肯認該權利侵害的違法性」之具體陳述時，則應對於該通知採取對應措施。也就是說，在接獲通知時，網路服務提供者被要求的調查義務程度，會隨著具體個案中該通知的權利侵害嚴重程度、以及網路服務提供者認識可能性而被影響。網路服務提供者在接獲權利人通知後，如侵害權利與否



尚不明確，應先聽取部落格發信者的意見，依個案情形，超過合理期間而發信者未回覆其意見時，則應刪除該被指摘侵害權利之資訊。如該發信者有提出反對意見，網路服務提供者應將此反對意見轉送與權利人，依具體情形要求權利人進一步提出侵害權利之相關證據。如接獲網路服務提供者的轉送反對意見後，權利人未再提出意見或是提出相關證據，則網路服務提供者無須再為更進一步的調查。如考量權利人之意見及相關證據，並且亦賦予發信者表達意見之程序後，認為權利侵害明顯者，亦應刪除系爭侵害權利之資訊。

學者認為本案法院為兼顧權利人的人格權保護以及部落格發信者的言論自由，並未課與網路服務提供者過重之義務負擔，然而，現實實行上世界各國有關人格權保護與言論自由的權衡標準並非一致，網路服務提供者為免於訴訟上獲得不利判決之結果，通常具有人格權侵害疑義的資訊幾乎皆為網路服務提供者所刪除¹⁴⁹。本文認同本案法院的部分見解，當權利人的通知內容中侵權事實是否存在尚且不明時，網路服務提供者應先徵詢發信者的意見，如經相當期間其未回覆，方刪除該爭議資訊，此「排除侵害義務」的行為準則，實則與本文於第三章第一節第一項所建立的網路服務提供者兩時點作為義務相符合。至於「防止侵害義務」部分，似造成網路服務提供者負擔過重之義務，本文認為有待商榷。

第三款 荷蘭法

荷蘭如同德國為成文法國家，需行為人具有某種程度的過錯，權利人方得主張侵權行為損害賠償請求權¹⁵⁰(行為人主觀的過錯，應於注意義務違反之層次抑或是為獨立的過錯要件為討論，在各國法之體系中不盡相同)。然而，不同於德國法院及其法規範，荷蘭法早期並未就資訊媒介主體本身的注意義務違反，依一般責任成

¹⁴⁹ Ina Ebert, *jurisPR-BGHZivilR* 1/2012 Anm. 3.轉引自：鈴木秀美，前揭註 121，頁 195。

¹⁵⁰ *Onrechtmatige Daad VII (Schuijt)*, aant. 167.轉引自：Kamiel, *supra* note 10, at 14.

立規定之個別要件為討論，而是希冀藉由刑法典既有的制度，在符合一定條件下，完全免除網路服務提供者之責任。



第一目 刑法層疊制度

早期荷蘭刑法典(Criminal Code)第 53 條及第 54 條¹⁵¹，制定了一套層疊制度(cascading system)，未作成該陳述亦未參與出版內容決定之出版者或印刷者，「僅在權利人無法辨識原始作者身分，或是無法對該原始作者進行刑事程序時」方須負責。立法者引入此層疊制度的基本原理，乃避免使出版者成為私人監督者，亦即具有保護言論自由的色彩¹⁵²。另一方面，學者分析該層疊制度背後原理，最理想的狀態乃對於「決定出版內容者」，依其過錯要求其負擔責任，然而基於「確保刑事訴訟程序中有得以追究責任的被告」，在符合一定條件下，方肯認單純出資的出版者或印刷者無須負責¹⁵³。此外，刑法典中亦規定¹⁵⁴，媒介電信通訊服務應遵循刑事程序的裁定，為一切可合理期待之措施，以阻止不法資訊進一步的傳播。

在面對線上媒介此新興議題時，荷蘭政府傾向於修訂刑法典中有關層疊制度的規範，因自 19 世紀立法以來該條文僅規範「出版者」及「印刷者」為適用主體，欲將其修正為「媒介(intermediaries)」而可適用於網路服務提供者。對於適用主體

¹⁵¹ Section 53

1. In the case of serious offences committed by means of a printing press, the publisher shall not be prosecuted in his capacity as publisher if his name and address appear on the printed matter and the identity of the offender is known or if, upon first notice, after institution of a preliminary inquiry, the publisher has disclosed the identity of the offender.

2. This provision shall not apply if, at the time of publication of the printed matter, the offender could not be prosecuted or was resident or established outside the Kingdom in Europe.

Section 54

1. In the case of serious offences committed by means of a printing press, the printer shall not be prosecuted in his capacity as printer if his name and address appear on the printed matter and if the identity of the offender is known or if, upon first notice, after institution of a preliminary inquiry, the printer has disclosed the identity of the offender.

2. This provision shall not apply if the natural or legal person, who/which commissioned the printing of the item, could not be prosecuted or was resident or established outside the Kingdom in Europe.

¹⁵² Kamiel, *supra* note 10, at 14-15.

¹⁵³ Kamiel, *supra* note 10, at 15.

¹⁵⁴ Kamiel, *supra* note 10, at 25.

的修法，學者認為未區分服務提供者與管道提供者¹⁵⁵之模式並非妥適，因服務提供者方與資訊提供者有直接的互動可能，管道提供者則難以要求其提供原始作者之身分識別資訊¹⁵⁶。如修正刑法典層疊制度的適用主體擴張至網路服務提供者，則是否影響到其民事責任的適用有所疑義，不過，在歐盟電子商務指令施行後，荷蘭法必須依循該指令為內國法之修正，則可以預見，權利人主張權利受侵害的案件中，無論民事或刑事案件中，可能存在無法辨識原始作者，也無法要求網路服務提供者負責之情形。

第二目 2004 年民法資訊社會服務提供者責任

為了實行歐盟電子商務指令並使內國法有明確的規範，荷蘭於 2004 年新增修訂民法典第 6:196c¹⁵⁷，其規範了「資訊社會服務提供者」¹⁵⁸在履行條文明定的注意義務後，得進入「避風港」，而無須對於他人經由其設備系統所發布的資訊負擔民事責任¹⁵⁹。此條文規範內容與歐盟指令相同，區分連線服務提供者、快取服務提供者及資訊儲存服務提供者而有不同的注意義務內容，但共通的適用前提，為網路服務提供者僅依技術方式提供設備使資訊流通，而對於該資訊內容作成本身並未參與¹⁶⁰。

¹⁵⁵ 筆者推測此分類應為參考英國名譽侵害法案之用語，將網路服務提供者區分為服務提供者與管道提供者，管道提供者乃通訊系統中管道營運者或提供者，供資訊的傳輸或是使他人可取得，而其對於此資訊作成之人不具有有效地控制能力。其餘的網路服務提供者因與使用者可得接觸之特點，而歸類為服務提供者。

¹⁵⁶ Kamiel, *supra* note 10, at 25.

¹⁵⁷ Article 6:196c Liability for services of the information society

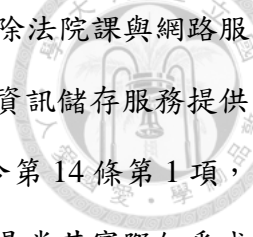
4. A person who provides a service of the information society as meant in Article 3:15d, paragraph 3, of the Civil Code, consisting of the storage of information provided by a recipient of the service, is not liable for the information that is stored at the request of a recipient of the service, on condition that the provider:

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

¹⁵⁸ 此用語乃歐盟電子商務指令之用語，資訊社會服務提供者乃包含網路服務提供者，詳見本章第二節。

¹⁵⁹ N.A.N.M. Van Eijk, et al, *Moving Towards Balance: A Study into Duties of Care on the Internet*, University of Amsterdam 49 (2010).

¹⁶⁰ N.A.N.M., *supra* note 159, at 49.



首先，第 6:196c 條第 5 項指出，本條之免責事由規定不排除法院課與網路服務提供者刪除或使該爭議資訊無法為他人接觸的義務¹⁶¹。針對資訊儲存服務提供者之免責事由規定，乃規定在第 6:196c 條第 4 項，如同歐盟指令第 14 條第 1 項，在不具有實際知悉或推定知悉該不法活動/資訊的情況下，抑或是當其實際知悉或推定知悉該不法活動/資訊而立即除去該資訊或阻礙該資訊之可得接觸時，即可無須為第三方資訊提供者之不法資訊負擔民事賠償責任。學者特別指出，接獲「實質上隱含權利侵害事實」的通知並不該當此要件，該不法活動/資訊應極為明顯，且無論是該資訊的本質、特性抑或是狀態違法皆包含¹⁶²。又此「立即除去該資訊或阻礙該資訊之可得接觸」之要件，依「解釋備忘錄(Explanatory Memorandum)」，需顧及該特定網路服務提供者的成本、技術以及個人條件，而具有合理性及合比例性，且並非主要的解決途徑¹⁶³。

以未課與一般性監督義務為前提，本法在實際適用上理應搭配通知取下制度，然而，荷蘭既有法體系中並未有法律規範此通知取下制度所需符合的法定要件¹⁶⁴。在政府、網際網路企業以及利益團體合作之下，2008 年制定了公眾電信通訊服務媒介接獲權利人主張在網際網路中存在不法/違法資訊後，應採取之通知取下制度

¹⁶¹ 也就是說，關於侵害排除請求權之要件，仍回歸一般民法規定(民法第 3:296 條)適用。

Dutch Civil Code

Article 6:196c Liability for services of the information society

5. The above mentioned paragraphs do not affect the possibility to get a court order to terminate or prevent an infringement or an injunction for the removal or disabling of access to information.

Article 3:296 Legal action to claim specific performance

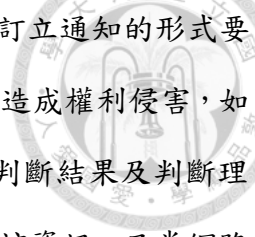
- 1. Where a person is legally obliged towards another person to give, to do or not to do something, the court shall order him, upon a request or claim of the entitled person, to carry out this specific performance, unless something else results from law, the nature of the obligation or a juridical act.

- 2. Where a person is legally obliged to perform something under an effective date or expiration date or under a condition precedent or subsequent, the court may order him to do so with observance of that time stipulation or condition.

¹⁶² N.A.N.M., *supra* note 159, at 50-51.

¹⁶³ *Kamerstukken II* 2001-02, 28197, nr. 3, p. 51. [Explanatory memorandum to the Implementation Law Directive on Electronic Commerce]轉引自：N.A.N.M., *supra* note 159, at 53.

¹⁶⁴ N.A.N.M., *supra* note 159, at 51.



通則性標準，該法稱為「通知取下行為準則¹⁶⁵」。首先，該準則訂立通知的形式要件，然而，網路服務提供者仍需實體判斷該通知內容之資訊是否造成權利侵害，如其判斷結果該資訊內容並未具有不法內涵，則應通知該權利人判斷結果及判斷理由，又如其認為該資訊內容「明確地不法/違法」，則應立即刪除該資訊。又當網路服務提供者無法明確判斷該資訊內容是否「明確地不法/違法」時，其應轉通知資訊內容提供者有關此要求刪除資訊之通知之存在，或是聯繫權利人。當資訊內容提供者與權利人對於系爭資訊之意見不同時，應由權利人將此爭議提到法院程序為解決，在此情況下，如資訊內容提供者拒絕將其個人資料提供與權利人，則網路服務提供者可自行決定將其資料提供，抑或是刪除系爭流通資訊¹⁶⁶。根據本行為準則的「解釋備忘錄」，倘使該通知乃檢察官所提出，則網路服務提供者具有立即取下該資訊之義務，無須再評價該通知的權利侵害確定性與否¹⁶⁷。

值得一提的是，本準則針對何謂「不受歡迎的(undesirable)資訊」或是「有害的(damaging)資訊」，委由網路服務提供者自行依使用者約款向使用者揭露說明，而將特定類型的資訊與不法/違法資訊為相同程序的處理¹⁶⁸；且「通知取下行為準則」並非強行規定，同法第7條說明，權利人可和網路服務提供者達成協議，依循不同於、或是僅部分從屬於本行為準則之通知取下程序¹⁶⁹，又本準則之「解釋要旨(Explanatory Statement)」特別提到，本準則並未創立新的法律上義務，僅欲協助個人、事業、組織，在既有法律已課與其接獲第三方通知而符合特定情形時，應立即刪除該資訊的義務之「判斷標準」；是否依循本行為準則乃自發性的，亦不具有強制執行本程序之實體法效力，遵循本準則的個人、事業、組織可以達成更有效率的

¹⁶⁵ Gedragscode Notice-and-Take-Down (Notice and Take down Code of Conduct).

¹⁶⁶ NOTICE-AND-TAKE-DOWN CODE OF CONDUCT 英譯版，http://www.ecp.nl/sites/default/files/NTD_Gedragscode_Engels.pdf(最後瀏覽日：7/16/2016)。

¹⁶⁷ N.A.N.M., *supra* note 159, at 54-55.

¹⁶⁸ N.A.N.M., *supra* note 159, at 52.

¹⁶⁹ 參照前揭註 166。

程序以及減少責任風險的有利結果¹⁷⁰。荷蘭此種委由多方代表建立共同行為規範，以及委由當事人自行訂立行為規範的立法模式，恰巧符合歐盟指令立法說明第 40 點後段¹⁷¹之立法模式。最後，如網路服務提供者未通過民法第 6:196c 條而需負擔損害賠償責任時，應回歸第 6:162 條¹⁷²判斷其侵權責任發生與否。

附帶一提，本款第一目所提及之刑法典中，未作成該陳述亦未參與出版內容決定之出版者或印刷者，提供原始作者個人資料而使該原始作者得以受到刑事程序訴追時，其即可免責，否則出版者或印刷者將受到刑事訴追之層疊制度規定，在刑法第 54a 條規定¹⁷³出現後，確立網路服務提供者專屬的免責事由規定，而不適用既有的刑法典出版者/印刷者規定。只要網路服務提供者依「裁定」採取合理的措施，以阻斷現正受到刑事訴追的資訊，則傳輸或儲存由第三方產生的資訊之電信通訊服務主體，即無須對此資訊負擔任何刑事責任，該裁定乃由檢察官向「預審法官」提出申請而獲得許可，再由檢察官向該服務提供者為裁定。

¹⁷⁰ 參照前揭註 166。

¹⁷¹ the provisions of this Directive relating to liability should not preclude the development and effective operation, by the different interested parties, of technical systems of protection and identification and of technical surveillance instruments made possible by digital technology within the limits laid down by Directives 95/46/EC and 97/66/EC.

¹⁷² Article 6:162 Dutch Civil Code

Article 6:162 Definition of a 'tortious act'

- 1. A person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof.

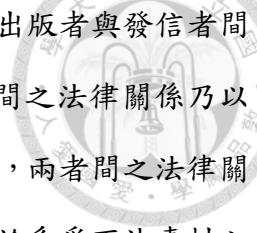
- 2. As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour.

- 3. A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion).

¹⁷³ Criminal Code

Section 54a

An intermediary which provides a telecommunication service that consists of the transfer or storage of data from a third party, shall not be prosecuted in its capacity as intermediary telecommunication provider if it complies with an order from the public prosecutor to take all measures that may be reasonably required of it in order to disable this data, which order shall be issued by the public prosecutor after he has applied for and received a written authorisation from the examining magistrate.



歐盟學者認為，網路服務提供者不應負擔出版者責任，傳統出版者與發信者間通常具有僱傭關係抑或是就該資訊內容的完整契約關係，兩者間之法律關係乃以「內容」為中心，但即便網路服務提供者與使用者間有使用約款，兩者間之法律關係僅以「提供科技設備傳遞資訊之服務」為中心，服務提供者對於系爭不法素材之出版，或是誰會在網站上發布資訊並無決定權¹⁷⁴。經由前述歐盟境內三個會員國網路服務提供者民事責任之介紹，可以得知，早期各國規範的差異性甚鉅，為使網路服務提供者得以預測其法律上責任而擴國界提供資訊流通服務，以促進言論自由及電子商務發展，歐盟境內各會員國皆適用的電子商務指令免責事由規定因應而生。雖然該指令制定後，網路服務提供者僅限於該當「實際知悉」或「推定知悉」主觀要件，及滿足主觀要件後未立即刪除資訊，方可能負擔相關責任，然而，各會員國責任成立規定仍不盡相同，網路服務提供者是否因此指令而有統一的行為準則得以遵循，非無疑義，有關歐盟電子商務指令的規範內容，詳本章第二節第二項之介紹。

第三項 日本法之法理所生義務違反責任

在過去，電話、信件等一對一「通訊」方式與電視、收音機等「放送」的差別在於，「通訊」的內容在法律層面上為完全自由，但「放送」的內容在放送法等相關法規中有所規定。然而，隨著網際網路與網路服務提供者的蓬勃發展，現代「通訊」有時為一對多數人的「具有公開性的通訊」。此類「通訊」，是否真如同一對一通訊時代般，適用電子通信法而無須就通訊內容為任何限制，應有疑義¹⁷⁵，1994年郵政省電氣通信局「有關電子資訊及網際網路利用」研究會提出的報告書中指出¹⁷⁶，應將現代「具有公開性的通訊」與電子通信法之通訊相區隔，此觀點亦為往後法學

¹⁷⁴ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 234.

¹⁷⁵ 堀部政男，前揭註 38，頁 6。

¹⁷⁶ 郵政省電氣通信局監修・電子情報とネットワーク利用に関する調査研究会(1996)，『高度情報通信社会日本の岐路－安全なネットワーク・危険なネットワーク』，東京：第一法規。

界普遍性地採用¹⁷⁷。



在確認網路時代中資訊傳播方式不同於過往的一對一通訊模式，而資訊內容應受到某種程度的限制後，身為資訊傳播中樞的網路服務提供者，針對網際網路中流通的資訊，是否應負擔監督義務，又應負擔何種範圍的監督義務，皆有待確立網路服務提供者之行為準則以因應時代之發展。

第一款 義務之建構

日本民法第 709 條一般侵權行為規定，「故意或過失致他人權利或法律上所保護的利益受到損害者，就該損害負擔賠償責任」，侵權行為損害賠償責任的成立須滿足「故意或過失」、「侵害他人權益」、「損害」、「因果關係」四大要件。近代學者認為「侵害他人權益」之要件應以「違法性」取代，而「故意或過失」與「違法性」此兩要件的判斷架構與內涵，應由其一要件涵蓋為已足，抑或兩者仍有獨立存在的

¹⁷⁷ 堀部政男，前掲註 38，頁 7。

電氣通信法

第二条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

一 電氣通信 有線、無線その他の電磁的方式により、符号、音響又は影像を送り、伝え、又は受けることをいう。

二 電氣通信設備 電氣通信を行うための機械、器具、線路その他の電氣的設備をいう。

三 電氣通信役務 電氣通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他電氣通信設備を他人の通信の用に供することをいう。

四 電氣通信事業 電氣通信役務を他人の需要に応ずるために提供する事業（放送法（昭和二十五年法律第百三十二号）第百十八条第一項に規定する放送局設備供給役務に係る事業を除く。）をいう。

五 電氣通信事業者 電氣通信事業を営むことについて、第九条の登録を受けた者及び第十六条第一項の規定による届出をした者をいう。

六 電氣通信業務 電氣通信事業者の行う電氣通信役務の提供の業務をいう。

（検閲の禁止）

第三条 電氣通信事業者の取扱中に係る通信は、検閲してはならない。

（秘密の保護）

第四条 電氣通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。

2 電氣通信事業に従事する者は、在職中電氣通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。

（電氣通信事業に関する条約）

第五条 電氣通信事業に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定による。

必要性，學說上及實務上仍然有所爭議，截至目前為止並未有定見¹⁷⁸。無論採取前述何種侵權行為成立要件的見解，多數學者仍然認為不作為侵權行為的成立要件判斷內容有別於作為侵權行為，造成此特殊性存在的緣由，或可參考學者所言「參酌個人主義與自由主義的基本思想，『不造成他人損害』這個行為準則對於行為人而言，仍然保有相當大的行動自由空間，反之，要求行為人『保護他人免於遭受損害』此一般作為義務的命令規範，則過度剝奪現代社會人們的行動自由」¹⁷⁹。結論上而言，不作為侵權行為的成立要件中，過失與違法性的要件分野逐漸模糊，當我們要求某行為人需對於損害的發生負擔「不作為侵權責任」時，以該行為人對於該損害負有「作為義務」為責任成立的核心要件。

2002 年日本制定了「特定電子通信服務提供者之損害賠償責任限制暨使用者資料揭露法」(以下簡稱「提供者責任限制法」)，本法規範了網際網路中資訊流通造成權利人權利受侵害時，以及網路服務提供者刪除發信者資訊時，網路服務提供者之免責事由規定，以及創設發信者個人資料請求權之規範。該免責事由規定第三條第一項乃確立網路服務提供者對於權利人應負擔損害賠償責任之情形，而同條第二項則確立網路服務提供者對於發信者應負擔損害賠償責任之情形，然而，此免責事由規定並非責任成立要件之規範，當其通過免責事由規定後，仍須回歸一般民事責任成立規範討論網路服務提供者的一般民事責任¹⁸⁰。學者觀察日本實務見解之發展，其發現，無論在本法制定前後，當論及網路服務提供者侵權責任而須具體認定「義務違反」時，皆採用「法理上作為義務」當作義務建構之基礎¹⁸¹，故以下

¹⁷⁸ 吉村良一(2010)，《不法行為法》，頁 83-94，東京：有斐閣。

¹⁷⁹ 橋本佳幸(2006)，《責任法の多元的構造：不作為不法行為・危険責任をめぐって》，頁 25，東京：有斐閣。

¹⁸⁰ 關於「提供者責任限制法」的條文內容說明及該法施行後的實務見解代表性案例，詳見本章第二節第三項之介紹。

¹⁸¹ 長瀬貴志(2012)，〈プロバイダ等の作為義務〉，堀部政男監修，《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 96。



先予以介紹「法理上作為義務」之發生基礎，再於各款中，解釋適用網路服務提供者如何發生法理上作為義務。

判斷法理上作為義務是否發生，參酌學說及歷年實務見解，可歸納整理為(一)先行行為(二)作為可能性(三)排他的支配性(四)權利侵害的態樣與程度及對權利侵害的認識或認識可能，此四種因素全部或部分在具體個案中成為作為義務發生之根據，並以作為可能性、排他的支配性以及網路服務提供者是否具有認識或認識可能性作為法理上作為義務是否發生的真正關鍵¹⁸²。學者認為得以參考刑法上不真正不作為犯對於「作為義務」之見解，為相關的概念論述¹⁸³。

(一) 先行行為

侵害者須「直接誘發」第三人對於被害人的權利侵害行為，也就是說，至少需造成法益侵害(權利侵害)之具體危險，方構成義務人之先行行為。網路服務提供者單純提供服務之營業行為，或是開設營運網站的行為，不得認為是先行行為，除非，網路服務提供者直接標榜或助長違法內容的上傳，或是鼓勵為侵害他人隱私的書寫，方認為其該當。例如，僅標榜「匿名性發言」此特色(本項第二款第三目介紹的動物醫院事件)，在未有完整學術研究結果證明匿名性與權利侵害之關係前，不得認為其已造成他人權利侵害之具體危險，故不成立先行行為¹⁸⁴。又例如專門刊載消費者對於飲食店所為之評價資訊而開設的網站，即便被刊載的飲食店反對該刊載，法院裁判認為單就此開設網站行為，並不該當於對飲食店老闆人格法益之侵害，而應解釋為適法行為¹⁸⁵。

¹⁸² 長瀨貴志，前揭註 181，頁 97，頁 99。

¹⁸³ 日本刑法上不真正不作為犯作為義務發生原因包含先行行為、事實上的保證行為、支配領域性等。參照長瀨貴志，前揭註 181，頁 97。

¹⁸⁴ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 97。

¹⁸⁵ 平成 26 年 9 月 4 日札幌地裁判決・裁判所ウェブサイト掲載。參照經濟產業省(2016)，《電子商取引及び情報財取引等に関する準則》，ii.2。此電子商務及資訊財產交易準則乃具有我國行政指



(二) 作為可能性

因資訊流通而造成其權利受到侵害，權利人得向網路服務提供者為權利侵害救濟的可能性，即為網路服務提供者之作為可能性。網路服務提供者對於該寫入資訊具有刪除及編輯權限時，當然可認為其具有作為可能性。即便其依使用規約約定某類資訊不予刪除，抑或是約定使用者難以現實上實行的請求刪除資訊程序，只要網路服務提供者物理技術上得以將該資訊刪除，則仍應認為具有「作為可能性」，也就是說，網路服務提供者的主觀上不欲為之，須與客觀上技術不能為之(作為可能性)加以區別¹⁸⁶。

(三) 排他的支配性

除網路服務提供者外，如存在其他的權利侵害回復管道，應認為網路服務提供者不具有作為義務，因為，此時網路服務提供者之「不作為」對於權利侵害不構成具體危險性，反之，如其「不作為」造成權利侵害的危險等同於「作為」對權利侵害發生的危險，此時，應認為網路服務提供者具有排除該危險的「作為義務」。此外，倘設除電子布告欄管理者以外，亦有第三方得以回復權利人所受之權利侵害，然而，該第三方回復侵害時人為上或物理上的障礙極大，仍應解釋網路服務提供者具有排他的支配性方為妥適¹⁸⁷。

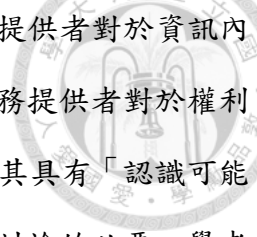
(四) 權利侵害的態樣、程度以及對權利侵害的認識或認識可能

學者整理實務見解，認為網路服務提供者對於權利侵害認識或是具有認識可能

導之性質，以期發揮法律解釋的指標作用，並助於解決產業界所面臨的諸多問題。參照郭戎晉，前揭註 49，頁 15-16。

¹⁸⁶ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 98。

¹⁸⁷ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 98。



性，乃發生作為義務與否的關鍵因素¹⁸⁸，也就是說，當網路服務提供者對於資訊內容侵害權利具有認識或認識可能性時，應負擔作為義務。網路服務提供者對於權利侵害具有「認識」之情形並無爭議，然而，在何種情況下應認為其具有「認識可能性」，乃受到具體個案的權利侵害態樣、程度影響，而有更深入討論的必要。學者將認識可能性區分為「客觀上權利侵害事實明確，提供服務業者誤將其評價為非權利侵害的情形」以及「客觀上權利侵害事實不明，事後被評價為權利侵害的情形」，前者之情形，例如典型而明顯的名譽侵害案件，此時方為作為義務發生的時點，至於後者之情形，應認為網路服務提供者並不具有認識可能性而不生作為義務方為妥適，否則將造成其過度刪除爭議資訊，不當侵害發信者的言論自由(例如對於政治人物的批評或是諷刺作品等)¹⁸⁹。

2002 年制定之提供者責任限制法第三條第一項的規定中，「『防止該侵害權利資訊發送與不特定人』之措施乃技術上可行」，其實即為對作為義務發生基礎之(2)作為可能性要件為明定，又僅在「網路服務提供者對於該流通資訊的知悉以及其侵害他人權利的事實為知悉或有相當理由認為可得而知」時，進入損害賠償責任發生與否之判斷，亦將歷來實務見解之(4)權利侵害的認識或認識可能之要件，予以明文規範，也就是說，當網路服務提供者該當(2)及(4)的要件時，須如同立法前實務之涵攝適用架構，回歸個案依各要素綜合判斷，探討是否發生作為義務、作為義務之範圍，以及作為義務違反時損害賠償責任之發生與否；然而，如不該當(2)及(4)的要件，在提供者責任限制法明定其為要件而公布施行後，即認為網路服務提供者

¹⁸⁸ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 98。學者將此分類置於「作為義務發生之理論基礎」的子項，或可呼應前述不作為侵權行為責任成立要件之介紹。當討論不作為侵權行為時，既有的「過失」及「違法性」要件分野逐漸模糊，取而代之的是，以「作為義務」的有無當作責任成立與否的核心要件。

¹⁸⁹ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 99。本文認為，學者所指稱網路服務提供者不具有認識可能性之情形，應限於權利人之通知無法特定侵權資訊，抑或是未有權利人通知侵權事實存在之情形，如果權利人已特定侵權資訊而通知網路服務提供者，即便該資訊是否該當侵權行為仍存在爭議，依後續第二節第三項介紹之日本提供者責任限制法第三條第二項，網路服務提供者亦負有轉通知發信者之義務。

不發生作為義務，亦無損害賠償責任之問題。有關提供者責任限制法是否應在其中直接明定發生作為義務的要件，2011年「檢視提供者責任限制法後之建議」¹⁹⁰指出，此「法理上作為義務」的發生要件，除了需要知悉該違法資訊之流通外，需綜合考量電子揭示板的設置目的、管理營運狀況、匿名性、營利性、被侵害的利益性質，配合每個事件的不同特性為認定。提供者責任限制法所涵蓋、適用之對象相當廣泛，無法由法律條文直接明確化該作為義務發生之要件，應因應不同的案件謀求適切的解決方為妥適。目前將作為義務歸納、類型化之任務由「適用方針」¹⁹¹來進行，現階段各個適用方針的檢討協議會皆如火如荼地進行訂立、修訂，網路服務提供者參酌此適用方針而採取防止傳播資訊之措施已為足夠，似無須經由修正提供者責任限制法將作為義務明確化之必要。

又參酌日本電子商務交易及資訊財產相關準則Ⅱ-1「社群媒體服務提供者之違法資訊媒介責任」¹⁹²，其說明到資訊儲存服務提供者、電子布告欄的管理者及利用布告欄型態從事電子交易之業者，抑或是與時俱進而新生的各式各樣社群媒體業者，皆可能面臨相同問題¹⁹³，例如，提供名譽侵害、著作權侵害等違法資訊¹⁹⁴空間之資訊儲存服務提供者，因對於違法資訊的擴散具有助力，而可能對權利人依民法第709條¹⁹⁵、719條¹⁹⁶負有侵權行為責任。也就是說，當社群媒體業者被認為具有

¹⁹⁰ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 18。

¹⁹¹ 目前已制定名譽減損及隱私權侵害適用方針(2002年5月)、著作權侵害適用方針(2002年5月)、商標權侵害適用方針(2005年7月)、發信者個人資料揭露適用方針(2007年2月)。

¹⁹² ソーシャルメディア事業者の違法情報媒介責任。

¹⁹³ 該準則特別說明，網路拍賣業者(有關商標權侵害產品的出貨商品資訊、抑或是出貨人、訂購人的評價欄之資訊)、部落格服務提供者、動畫共享服務提供者、SNS 事業服務提供者以及聊天室服務提供者皆包含其中。此等服務提供者亦該當提供者責任限制法之網路服務提供者。參照經濟產業省，前掲註 185，ii.3，註 6。

¹⁹⁴ 違法資訊應限於侵害個人權利的權利侵害資訊，並不包含造成社會法益侵害之資訊。

¹⁹⁵ 故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。(近似我國民法第 184 條第 1 項前段規定)

¹⁹⁶ 数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。

刪除違法資訊的義務，卻仍不作為時，被害人得以對其主張侵權行為責任，法院對於此刪除違法資訊的作為義務，有兩種不同方向的見解存在。(a)如該管理者宣稱對於其匿名電子布告欄的登入紀錄不予保存，而助長或促進該違法的資訊內容，採取廣泛地承認刪除義務的標準，在該社群媒體業者明知或可得而知該違法資訊的流通之情形，具有直接刪除該資訊之義務¹⁹⁷。(b)其他對於網路平台中資訊內容擔任中立角色的通常社群媒體業者，在例外的情況下，例如業者本身為發信者、權利侵害極其明顯等，方負擔刪除該資訊之義務¹⁹⁸。

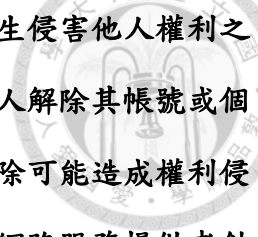
至於網路服務提供者是否應負擔對於流通訊息的事前監控義務，依 2011 年的「檢視提供者責任限制法後之建議」可得知，如依法課以事前監控義務，考量現行國際網路中使用者繁多且極度擴張的網路資訊流通特性，即便採用機器化針對特定資訊的過濾手段，技術上仍不可能達到¹⁹⁹。且更甚者，此過濾行為必定會導致網路服務提供者對於有所疑義的言論皆不傳遞，抑或是產生高額費用而網路服務提供者不願建立此平台的後果，嚴重侵害網路上言論自由以及資訊流通自由。觀諸外國立法例，也皆無課予網路服務提供者事前監控資訊義務，亦無將其作為免責事由

2 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。
(近似我國民法第 185 條規定)

¹⁹⁷動物病院事件（第 1 審：東京地裁平成 14 年 6 月 26 日判決、控訴審：東京高裁平成 14 年 12 月 25 日判決・高民 55 卷 3 号 15 頁）、DHC 事件（東京地裁平成 15 年 7 月 17 日判決・判時 1869 号 46 頁）。不過學者認為，法院將「肯認匿名性發言」此平台使用政策，作為網路服務提供者的作為義務發生依據，實非妥適，隱藏了對於匿名性言論的負面評價，長期來看將對於言論自由及通訊隱私權有嚴重的侵害。詳見本項第二款第三目動物醫院事件，學者町村泰貴、長瀬貴志所提出之批評。

¹⁹⁸ 都立大事件（東京地裁平成 11 年 9 月 24 日判決・判時 1707 号 139 頁・判タ 1054 号 228 頁）、小学館事件第 1 審（東京地裁平成 16 年 3 月 11 日判決・判時 1893 号 131 頁・判タ 1181 号 163 頁）、小学館事件控訴審判決（東京高裁平成 17 年 3 月 3 日判決・判時 1893 号 126 頁・判タ 1181 号 158 頁）。

¹⁹⁹ 目前課予網路服務提供者自動化過濾手段監控資訊作為義務，並作為免責事由，僅限於著作權法領域。且其實際產生效用的地方，在於著作權產物是否具同一性的層面，針對是否為著作權侵害之判斷仍無法達成。如將此自動化過濾手段一律作為網路服務提供者責任限制法之課予義務及免責事由，因本法涵蓋範圍較廣，實非妥適。參照利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 22。



之規定²⁰⁰。其進而說明，如課予網路服務提供者無論「現實上發生侵害他人權利之資訊與否」，皆須一般性實施的「合理措施」，例如對於多次加害人解除其帳號或個人帳戶²⁰¹、於使用者發布資訊前網路服務提供者需自主監視、刪除可能造成權利侵害的資訊，以及需經常性配置違法資訊過濾機制等，以間接促進網路服務提供者針對權利侵害資訊的流通，實施防止資訊發送措施，並防止權利侵害資訊的流通及擴散，因此等「合理措施」並非依個案情形而生，乃法規範直接強加者，皆無法依「法理上義務」導出網路服務提供者應負責之理論依據，進而在違反時亦不會發生民法損害賠償責任，是以，無依法制定此等額外「合理措施」之必要。

隨個案具體事實不同，參酌諸因素而綜合判斷作為義務是否發生，固然有利於個案涵攝的適切化彈性化，但不可否認為樹立網路服務提供者的行為準則，作為義務之發生仍須具備可得預知性方為妥適。是以「檢視提供者責任限制法後之建議」最後仍特別指出，期待各個適用方針檢討協議會能配合法院實務見解之累積，適時修訂而反應最新的實務見解，以助於網路服務提供者為更迅速且適切的判斷²⁰²。

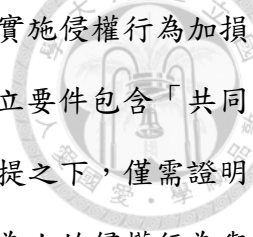
第二款 發信者與網路服務提供者複數主體責任

當網路平台中出現了侵害他人名譽權的問題留言時，發信者應對其自己發言負侵權行為損害賠償責任自不待言，如網路服務提供者亦違反其作為義務而應負擔損害賠償責任時，發信者與網路服務提供者間的複數主體責任為何種法律關係？換言之，此複數主體責任應該當共同侵權行為而負擔連帶責任，抑或是該當單純的競合侵權行為而個別負擔其損害賠償範圍？

²⁰⁰ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 23。

²⁰¹ 在 DMCA 法案第 512 條，網路服務提供者在適切的情況下應採取此等措施。利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 25。

²⁰² 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 19。



首先，依日本民法第 719 條第 1 項前段規定，「因數人共同實施侵權行為加損害于他人時，各加害人負擔連帶賠償責任²⁰³」，共同侵權行為成立要件包含「共同行為」（關聯性）以及「損害不可分」。在共同侵權行為成立的前提之下，僅需證明「共同行為」對於「損害」具有因果關係，被害人無須證明各行為人的侵權行為與損害間的因果關係。自「四日市哮喘事件」一審判決²⁰⁴後，下級審法院在判斷「共同行為」（關聯性）時，又將其區分為強度關聯性與微弱關聯性，就法律效果而言，強度關聯性之各共同侵權行為人需負擔全部範圍的損害賠償責任，微弱關聯性的各共同侵權行為人如舉證其行為的違法性程度（參與程度），則僅需負擔部分損害賠償責任即可。然而，此強度/微弱關聯性的分類尚未受到日本最高法院的肯認，依目前最高法院見解，一旦成立共同侵權行為，各加害人仍皆須對損害負擔全部賠償責任。關於「強度關聯性」與「微弱關聯性」的共同行為，應如何定義，學者間有所爭議²⁰⁵。本文採用潮見佳男及吉村良一學者的見解，如複數加害人間構成「強度關聯性」的共同行為，應符合加害行為的「場所及時間密接性」及「要求行為人相互間對危險的共同支配、管理（擴大的注意義務）」此二要件。至於「微弱關聯性」的共同行為，依照潮見佳男學者的見解，除了「場所及時間密接性」此要件外，尚需由被害人證明各行為人間的違法性程度（參與程度）難以舉證，才得以轉換將舉證責任轉換進而由加害人負擔。

與共同侵權行為相對，競合的侵權行為係指「複數的侵權行為競合發生同一損害，而不該當共同侵權行為者」。各行為人仍須符合日本民法第 709 條一般侵權行

²⁰³ 第七百十九條 數人が共同の不法行為によつて他人に損害を加へたときは、各自が連帶してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加へたかを知ることができないときも、同様とする。

² 行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。

²⁰⁴ 津地裁四日市支部昭和 47 年 7 月 24 日判決（判例時報 672 号 30 頁）

²⁰⁵ 日本學者間對於強度/微弱共同行為（關聯性）的定義及適用條文皆有所爭議，下級審判決也未見統一見解。詳見吉村良一，前揭註 178，頁 246-251。潮見佳男(2011)，《不法行為Ⅱ》，頁 169-170，東京：信山社。

為成立要件(尤其加害行為與損害間的因果關係),方須對該損害負擔賠償責任。競合的侵權行為實與一般侵權行為無異,僅因該損害具有同一性,為避免受害人重複獲得賠償而獲益,在損害重疊的範圍內,讓複數加害人負擔不真正連帶責任。

依據提供者責任限制法、「檢視提供者責任限制法後之建議」及學者、後述實務見解整理可得知,網路服務提供者並不負擔事前審查資訊的義務,只在接獲權利人或第三者通知,明知或有相當理由得以知悉權利侵害事實發生時,方附有替代手段(將問題留言的發生做成記事公開使其他使用者得以知悉、轉通知發信者等)之作為義務,當替代手段不存在或難以發生效果時,網路服務提供者方負擔刪除該問題留言的作為義務。由此可知,網路服務提供者的作為義務乃獨立於發信者發信行為而存在,兩者並不具有「場所與時間的同一性」,無論是發生時點、行為態樣(作為與不作為)、對於結果產生的可歸責程度(發信者方為本問題留言的始作俑者、網路服務提供者的作為義務僅在接獲通知而對於權利侵害事實的發生有所認識可能時方發生)皆有所不同²⁰⁶,故不成立日本民法第 715 條第 1 項前段的共同侵權行為。當網路服務提供者違反其作為義務而需負擔損害賠償責任時,自該違反作為義務時點起與發信者的加害行為構成競合的侵權行為,僅就該部分範圍負擔不真正連帶責任。實務見解將於本項第三款第一目「現代思想論壇事件」及本章第二節第三項第三款第三目的「產能大學事件」中說明。

第三款 實務見解

本款將依時間發展的順序,以三個提供者責任限制法立法前實務見解之代表性案例,討論網路服務提供者在第三人發布的資訊侵害他人名譽權時,其法理上作

²⁰⁶ 發生時點、行為態樣及對於結果產生的可歸責程度此等判斷要素,源自於學者對最判 1 3 · 3 · 1 3 民集 5 5 · 2 · 3 2 8 的交通事件中,肇事者與後續醫療失誤構成共同侵權行為的法院見解所提出之批評。潮見佳男,前揭註 205,頁 168。

為義務成立的要素，以及其負擔作為義務的範圍。至於該法立法後，實務見解的法理上作為義務涵攝過程及適用結果是否有所變更，將於第二節第三項介紹提供者責任限制法後，於該項第三款舉出三個實務代表性案例為說明。



第一目 現代思想論壇事件²⁰⁷

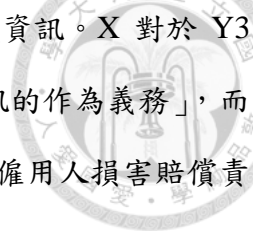
本案乃「網路服務提供者是否須對第三方發信者的發信內容負民事責任」此討論問題的濫觴²⁰⁸，其乃肯認發信者的侵權責任，但否定系統操作員責任的首例案件²⁰⁹。

本案原告 X 主張被告 Y1 提供電腦通訊而使其會員得使用現代思想論壇，該論壇由被告 Y2 擔任系統管理者，原告為男女平權會議室的會員，而同為會議室會員之被告 Y3 發言內容構成誹謗性言論，造成 X 名譽權受到侵害。X、其他論壇管理員及其他會員指稱系爭侵害名譽權資訊存在並通知 Y2 後，Y2 僅將該等被指稱為誹謗性言論的發言及該等指摘的具體內容，在該會議室以被告 Y3 為受文對象張貼「此言論被指稱為有問題的發言」的資訊，但未將該等發言其刪除。X 其後又向 Y1 請求為誹謗性言論的相關處理，系統管理者 Y2 經徵詢 Y1 公司內部的營運委員會後，以電子郵件回覆 X，要求其需提出該當下述要件之通知「(1)特定其所主張構成侵害名譽權的資訊、(2)如該侵害權利之資訊經 Y1 判斷應予刪除時，要求予以刪除之主張、(3)需註明如該資訊被刪除乃係依據 X 的要求」。又經過 11 天後 Y2 又通知 X，如未回覆前述的(3)，當發言會員質問為何刪除時，其仍會告知有關 X 請求刪除的事宜，X 回答那先暫緩此刪除。再經 5 日，Y2 接獲 X 之訴訟代理人所

²⁰⁷ 第一審：東京地判平成 9・5・26 判時 1610 号 22 頁；第二審：東京高判平成 13・9・5 判時 1786 号 80 頁。

²⁰⁸ 長瀬貴志，前掲註 181，頁 89。

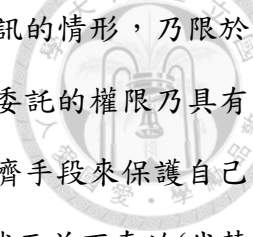
²⁰⁹ 大谷和子(2003)〈サイバー法判例解説 別冊 NBLNo.79〉，岡村九道編，《ニフティサーブ「現代思想フォーラム」事件》，頁 99。



提出之特定發言字號及要求刪除的發函，Y2 方真正刪除該爭議資訊。X 對於 Y3 提起侵害名譽權訴訟，而對於 Y2 提起怠於履行「直接刪除資訊的作為義務」，而造成原告損害的持續發生之侵權行為損害賠償訴訟；又 Y1 基於僱用人損害賠償責任連帶負責。

東京地方法院判決 Y3 之言論成立名譽侵害侵權責任。而有關 Y2 的侵權行為損害賠償責任，法院認為「當被害人自為救濟的情形不可能時，Y2 具體地知悉此侵害他人名譽的發言內容被刊載，考量其地位及權限，應採取使被害人名譽不受不當侵害的必要措施，而負有法理上的義務」。前階段接獲 X、其他論壇管理員及其他會員通知侵害名譽資訊存在時，僅在該會議室發布「此言論被指稱為有問題的發言」的資訊，而未進一步採取其他積極措施，應認為違反法理上的作為義務，且其怠於為之至少可以推定具有過失；至於後階段 Y2 將 X 的通知送至公司內部的營運委員會商討，並進而告知 X 其處理結果，而 X 自行表示暫緩刪除的期間，則認為為平衡兼顧論壇管理、營運的順暢及保護 X 的權益，應認為 Y2 已採取必要的措施。Y1 則依僱用人責任負連帶賠償責任。總結而言，Y3 應賠償 X 50 萬日圓的慰撫金，Y1 則依日民法第 715 條僱用人責任與作為義務違反之 Y2 皆應賠償 X10 萬日圓的慰撫金，又 Y2 及 Y1 的全部賠償額，與 Y3 50 萬日圓中的 10 萬日圓，乃對於原告所生之同一損害的填補，故為兩者間為不真正連帶債務。

本判決雖未針對網路服務提供者的損害賠償責任範圍如何界定有所明確的說明，但其單獨認定網路服務提供者須負擔的損害賠償責任，且其範圍小於發信者的損害賠償責任，此點應予贊同。另外，發信者與網路服務提供者乃對於原告之同一損害之填補，因而就損害重疊範圍該當不真正連帶債務，此點亦與前述本文介紹的日本民法中競合的侵權行為理論相符。



東京高等法院認為系統管理者負有法理上義務而應刪除資訊的情形，乃限於「系統管理者為維持系統順暢營運及管理，而行使其依契約被委託的權限乃具有必要時，因而，須權利受侵害之使用者在論壇中沒有有效的救濟手段來保護自己(必要性)，再加上根據該會員之通知而採取了一定的對應措施，然而並不奏效(代替手段的欠缺及代替手段的不成功)，方發生刪除義務」。本案 Y2 在真正刪除該爭議資訊前，所採取的對應措施，「並未超過權限行使的限度而遲延刪除」，Y2 所採取的方法乃「對發信者告知該資訊受到『造成他人權利受侵害』的質疑，並告知發信者該非難來自其他使用者，期待藉由會員相互間之互動，而終止偏離議論規則的不適正發言」，實非不適當之行為。是以 Y2 不違反刪除義務，而以 Y2 之責任成立為前提的 Y1 僱用人責任亦不成立。又其附帶說明，即便依會員規約第 18 條有關刪除爭議資訊之規定，Y1 亦無違反安全照顧義務或其他契約上義務。(本案例中另有 Y3 構成名譽權侵害與否之侵權行為要件，因非本論文之重點故予以省略。)

針對此東京高等法院的判決，學者認為其乃依循網際網路之「權利受侵害人可以立即提出反駁言論」此媒體特性，所為之判決，尊重使用者的言論自由，而意圖強化雙方彼此間的討論，然而，系統管理者及事業主的所應負擔的責任範圍仍未明確，期待相應於網路時代的法規範得以逐漸完備²¹⁰。而另有學者認為，本案法院對於刪除義務的發生採取相當慎重的立場，須滿足必要性、代替手段的欠缺、代替手段的不成功三要件下，方認為刪除義務成立²¹¹。本案的判決架構被往後有關網路服務提供者作為義務發生之民事責任裁判所沿用，並成為定見。此判斷手法得以因應個案性質為彈性的判斷，並導向合於現實的結論，然而，基於法理所導出的作為義務範圍具有不確定性、不安定性，亦成為迄今無法找到網路服務提供者應採取何種

²¹⁰ 堀部政男，前揭註 38，頁 8。

²¹¹ 大谷和子，前揭註 209，頁 99。



因應措施的明確方針的遠因²¹²。


第二目 都立大學事件²¹³

原告 X 與被告 Y1 皆為 Y2 所設立的大學之在學學生，兩者分別屬於因「有關何者為學生自治會之正當性代表」而對立的兩大派系。Y1 在由 Y2 所設立並由其管理的校內伺服器中，依自治會委員長的職務開設學生自治會的網頁，並且將其與 X 的衝突流血事件始末於文書中記載並公布於該網頁，文中內容易使客觀第三人認為 X 違犯犯罪行為。X 知悉後，對 Y2 提出抗議通知，其要求 Y2 針對網頁上該文書造成其名譽權侵害道歉。Y2 在接獲此抗議文件後方知悉網頁上該文書，然而，其並未刪除此文書，僅將 X 的抗議意旨傳達給 Y1 知道。直到本案提起訴訟之事件被報導後，Y2 方將本案生爭議的網頁部分關閉。X 對 Y2 主張於知悉此侵害名譽的文書後負有立即刪除的法理上義務，其違反此義務應支付慰撫金之損害賠償以及刊載道歉意旨。

本案法院認定 Y1 將此文書公布於網頁上構成名譽權侵害。針對 Y2 的刪除義務，法院首先說明刪除資訊的權限存在除為保障權利受侵害者權利外，亦包含維持該網際網路的信用，因而不得僅因刪除權限的存在，即推論出其對於權利受侵害人具有刪除爭議資訊之義務。申言之，雖網際網路之管理者依法理產生「將侵害權利爭議資訊排除之義務」，然其負有刪除義務的情形，應「相應於事務的性質，依照法理為個別化或是類型化的檢討」，在侵害名譽權的案件中，該資訊是否侵害名譽權對於網路管理者來說難以判斷，因而除非在符合(1)此文書乃侵害名譽權的文書(2)加害的行為態樣極度惡劣(3)受害的程度相當明顯此種一望即知的極端例外情形，網路服務供者方負有刪除義務。本案之(1)(3)要件尚非明顯，因而不生刪除義務。

²¹² 長瀬貴志，前掲註 181，頁 90。

²¹³ 東京地判平成 11・9・24 判時 1707 号 139 頁。



論者認為如後續案例依循此判決見解，極度限縮網路管理者在名譽權受侵害類型時，未刪除該爭議資訊而須對權利受侵害人負相關責任的可能，可想見將導致網路管理者需負擔責任的情況將極其稀少。但考量網路服務提供者對於發信者的言論自由以及權利受侵害人的權利保障處於兩難狀態，以及本案網路管理者乃無償經營管理網路的教育活動之一環，肯認此判決對於管理者責任發生的極度限定解釋²¹⁴。又此判決之見解作為判決先例，並不因提供者責任限制法之制定有所變更，網路服務提供者所面臨的利益衡量問題(何謂相當理由可得知悉權利受到侵害)，也不因立法而消弭，故仍應認為有限縮網路服務提供者責任成立的必要性²¹⁵。

本案裁判對於法理上所生作為義務，相較於前方介紹的現代思想論壇事件較為嚴格解釋，在「一望即知」的極例外情形方承認此義務之存在。論者提出兩案責任不盡相同的原因，乃緣自於現代論壇之系統管理者被委託有關論壇的營運及管理事務，而對於使用者間的意見交換被設想成為其結構中之一環，故對具體的發信行為有所參與，此與單純提供伺服器的服務提供者都立大學具有不同的特性，不過，其亦明確指出因管理者對於資訊的參與而加重其責任的根據並非妥當²¹⁶。學者指出依「法理所生之作為義務」此種非基於法令規定的理論依據，使網路服務提供者負擔如同法律明定的作為義務，將該作為義務範圍極度限定地解釋，一般通說皆肯認此判決之方向²¹⁷。

第三目 動物醫院事件²¹⁸

本案裁判時間在提供者責任限制法後，然因案例事件發生在尚未制定時，因而

²¹⁴ 森亮二(2003)，〈都立大學事件〉，岡村九道編《サイバー法判例解説別冊 NBL No.79》，頁 4。

²¹⁵ 森亮二，前揭註 214，頁 5。

²¹⁶ 森亮二，前揭註 214，頁 5。

²¹⁷ 長瀬貴志，前揭註 181，頁 90。

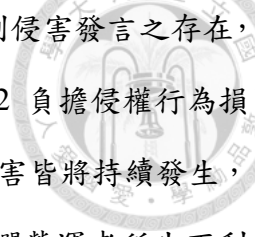
²¹⁸ 又稱：「第 2 頻道」公開電子布告欄的動物醫院事件。第一審：東京地判平成 14・6・26 判時 1810 号 78 頁；第二審：東京高判平成 14・12・25 判時 1816 号 52 頁。



僅在判決中提及相關法律概念但未直接適用該法。

X1 動物醫院與其院長 X2 主張，在「第 2 頻道公開電子布告欄」中設立的「缺德動物醫院告發專區」、「缺德動物醫院告發專區第二部分」，其上刊載了批評、非難 X1 的言論，X2 乃至第 2 頻道的「請求刪除布告欄」要求將該侵害名譽權的發言刪除，然該布告欄以 X2 之請求不符合「請求刪除之程序」規定為理由，而僅將一部份發言刪除。X1X2 進而提起訴訟，主張 Y(電子布告欄營運人)應將包含前開發言之 50 餘則發言刪除，並主張 Y 違反刪除義務而負擔侵權行為損害賠償責任。Y 則以電子佈告欄所刊載的發言是否具有公共性、是否基於公益目的，以及是否具有真實性尚處於未明階段時，是否為侵害他人權利的違法資訊亦不明確，此時 Y 並不負有刪除義務，又，為保障匿名發言之自由，不得將創設布告欄定義為先行行為，而認為其有防止損害發生之義務。且參照平成 13 年所公布的提供者責任限制法第三條，其亦不該當應負刪除義務的情形。

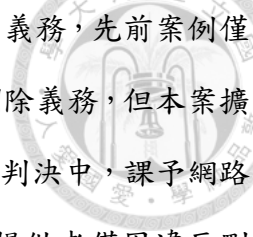
第一審判決 Y 需負損害賠償責任，並命其將被指摘為名譽權侵害的發言刪除。有關於刪除義務違反而負擔損害賠償責任，法院臚列(1)Y 具有刪除權限(2)雖然 Y 定有請求刪除之程序規定，但其標準不明確亦不確實(3)其揭示不保存使用者 IP 位址等使用紀錄為其電子布告欄的方針，而造成因他人發言而權利受侵害者難以追究發信者之責任的運作框架下，Y 得以預想會出現侵害他人權利的發言(4)不間斷的監視在事實上不可能，依此四點而認為 Y 最遲於其知悉或可得而知侵害他人名譽權的發言在電子公布欄中被刊載時，負擔「採取直接刪除等措施的法理上義務」。又有關 Y 主張是否為權利侵害發言尚不明確的情形，法院認為此乃主張及舉證責任發生在何方之問題。有關該發言的公共性、發言目的的公益性以及是否具備真實性，如課予請求刪除者在請求時即提出證明，被害人的被害回復管道乃顯著受到限縮，而產生有失公平的結果，應將主張及舉證責任由 Y 負擔。進而，法院認為於



X1X2 提出請求刪除通知書以及送達訴狀時，Y 已具體知悉此權利侵害發言之存在，其未採取刪除發言等措施應認定為作為義務之違反，對於 X1X2 負擔侵權行為損害賠償責任。又如本件的侵害名譽權發言未予刪除，X1X2 之損害皆將持續發生，且參酌該發言內容及匿名發信的情況，對於發信者及電子布告欄營運者所生不利益甚微，然 X 等乃主張身為人格權一部之名譽權，應肯認 X 等得請求刪除該名譽侵害的發言(肯認其侵害排除請求權)。有關新制定的提供者責任限制法，即便是發生在制定前的事件亦應充分尊重該立法的旨趣，參照該法的規定，亦不得認為 Y 得以主張免責。

第二審法院贊同一審判決，而駁回 Y 之上訴。其說明到，本件電子布告欄可以依匿名方式為使用，因為該匿名性而對於規範意識麻木者，不負責任地將侵害他人權利的言論撰寫而刊載的危險性不能算低。本案標榜匿名性乃其電子布告欄的特色，以匿名來誘使使用者發言的 Y，其應喚起使用者的注意以免其發言內容侵害他人權利，且如此類發言仍然出現，為使被害人損害不再擴大其應負有直接刪除該發言的義務。「誘使不負責任的第三人發言，有使他人權利受到侵害的危險，本件電子公布欄的開設及管理營運下，權利受侵害人本身無法對發信者要求被害回復的措施，作為開設者的 Y 應該防止該損害發生的義務實乃不得不然」。「Y 並非單純提供第三者發言的場所，其創立並管理營運該電子布告欄，因而負擔刪除該名譽侵害言論之義務，並對於該言論內容負主張及舉證責任」。又其判決旁論提及，提供者責任限制法第三條第一項在明知該資訊的流通，並依通常一般人的注意可得而知該資訊侵害他人權利者時，亦不得免除其責任的旨趣可得參酌。且即便依其他法規²¹⁹，網路服務提供者保存通訊紀錄乃侵害通訊秘密，原則上不許可，但此與是否成立侵權行為之判斷無涉。

²¹⁹ 參照前揭註 177，電子通信法第 4 條條文。又依據刑事訴訟法第 197 條第 3 項，僅限於偵察機關命為通訊紀錄之保全時，方認為其有保存通訊之義務。



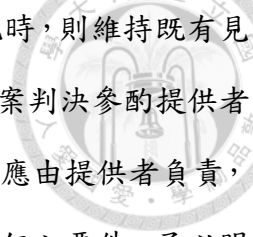
學者指出本案相較之前的案件，課予網路服務提供者較重的義務，先前案例僅當網路服務提供者在對於權利侵害事實有具體知悉時，方發生刪除義務，但本案擴展至「可得而知時」亦認為有作為義務²²⁰。有關本案一審及二審判決中，課予網路服務提供者主張及舉證該內容是否該當名譽權侵害的言論，惟提供者僅因違反刪除義務而負侵權行為責任，並非基因於其自身所為的名譽侵害行為，有關資訊內容「真實性及相當性」的要件，並非直接為 X 對 Y 的請求權中 Y 之抗辯，如將此主張及舉證責任課予網路服務提供者，借美國法的概念來說，將使其由負擔散布者責任轉為負擔出版者責任，而導致阻礙資訊流通的負面效果，其將不調查確認該等爭議資訊內容，直接依請求予以全部刪除，強迫網路服務提供者成為私人的檢查哨，此情形並非我們所樂見²²¹。又依二審判決所明示基於設置匿名性言論電子布告欄此先行行為，使他人的發言侵害第三人權利的蓋然性變高，即肯認其防止損害發生的義務存在，實為有問題的推論過程。應考量個別發言，依其權利利益的侵害可能性/重大性、經由刪除所產生的不利益、該發言對於社會發生之效益等為利益衡量，具體討論是否得命網路服務提供者刪除該資訊方為妥適，就本案例之具體權衡結果，雖等同於法院但仍應依諸判斷要件為更細緻具體之涵攝。此外，即便肯認提供者之刪除義務，亦須以提供者有故意或過失為必要方負擔損害賠償責任，課予服務業者確認調查義務並不恰當，倘權利侵害事實並非明確，即不得認為其對於損害具有預見可能性(且在二審判決中其未於判決理由中說明何以依訴狀送達被告之日起作為明知或可得而知，而產生作為義務之時點²²²)。

整體而言，本判決在是否侵害權利事實未明時，即課予電子布告欄營運者刪除義務，並因義務違反而須負擔損害賠償責任，乃過度侵害言論自由，不過，有關本

²²⁰ 町村泰貴(2003)，〈サイバー法判例解説 別冊 NBL No.79〉，岡村九道編，《2ちゃんねる動物病院事件》，頁 58；長瀬貴志，前揭註 181，頁 91。

²²¹ 町村泰貴，前揭註 220，頁 59。

²²² 長瀬貴志，前揭註 181，頁 92。



案判決或假處分程序中，決定是否命網路服務提供者刪除該資訊時，則維持既有見解，依個案事實具體化判斷作為義務的發生與否²²³。學者主張本案判決參酌提供者責任限制法的規定，而認為明知或可得而知侵害他人權利之情形應由提供者負責，乃誤解本法規之意義。本法規僅將網路服務提供者「無須負擔責任之要件」予以明確化，對於服務提供者依法理上作為義務「應負擔責任的要件」不應有直接的影響，並非依提供者責任限制法得課予其刪除義務的案例，即當然需負此法理上之作為義務²²⁴。且本案判決在一審創造「匿名性容易推斷出權利侵害」此新興的法理上作為義務根據，然而其對於匿名性容易導致權利侵害間的因果關係未有任何立證基礎，且其於二審時曾說明多數人仍依服務提供者開設的意圖適切地使用，似更應完整論述何以匿名性得作為作為義務之根據的理由。最嚴重者，此推論隱藏著將「匿名表現」漸漸推向負面的價值觀可能性，不得不予以慎重檢討²²⁵。

第二節 免責事由規定

網路服務提供者之運作模式並不同於實體資訊媒介，為免網路服務提供者如何涵攝適用於傳統的資訊媒介責任/傳統責任成立要件有所疑義，起始於美國通訊適正法案第 230 條，將網路服務提供者無須負擔責任的情況，明文規範為免責事由規定，以建立網路服務提供者應負擔責任的法明確性，並期待形成法安定性而使網路服務提供者有所依循。依不同法規範體系(判例法或大陸成文法)，免責事由規定與責任成立規定彼此有不同的適用順序。本節將依免責事由規定明文立法之先後順序，依次介紹美國法、歐盟法以及日本法的免責事由規定，及其立法後實務見解的發展。

²²³ 町村泰貴，前揭註 220，頁 59。

²²⁴ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 91。

²²⁵ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 92，頁 97。

下述討論的免責事由規定規範中，美國通訊適正法案第 230 條之「互動電腦服務提供者(interactive computer service provider)」，乃指「資訊服務、系統或是通訊軟體提供者」，使「不特定多數的使用者得以取得某電腦服務」，尤其包含提供服務或系統使使用者得以連接網路，以及此系統之運作或服務乃由圖書館及教育機構所提供之情形²²⁶，此定義包含本文所指涉之「網路服務提供者」，但比網路服務提供者更廣²²⁷。歐盟電子商務指令第二章第四節標題為「媒介服務提供者責任」規範，本電子商務指令未就媒介服務提供者為定義，但參考本指令第 2 條對於「服務提供者」之定義可得知，適用範圍乃可參酌「資訊社會服務提供者」²²⁸，係指法人或自然人，通常為有償遠距離藉由電子途徑依使用者之請求提供資訊。此歐盟指令中「資訊社會服務提供者」之範圍，較日本提供者責任限制法²²⁹中「特定電子通信服

²²⁶ Communications Decency Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, tit. V, 110 Stat. 133 (1996).

§ 230. Protection for private blocking and screening of offensive material

(f) Definitions

(2) 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.

²²⁷ *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018, 1030 n.15 (9th Cir. 2003). (noting that the term “includes a wide range of cyberspace services, not only internet service providers”).

²²⁸ 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)

Article 2 Definitions

For the purpose of this Directive, the following terms shall bear the following meanings:

(a) ‘information society services’: services within the meaning of Article 1(2) of Directive 98/34/EC as amended by Directive 98/48/EC;

(b) ‘service provider’: any natural or legal person providing an information society service;

DIRECTIVE 98/48/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations

Directive 98/34/EC is amended as follows:

2. Article 1 is amended as follows:

(a) the following new point shall be inserted:

‘2. “service”, any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services.

「資訊社會服務」可包含以下幾個要件：1.通常為付費提供 2.遠距提供 3.以電子設備供資訊的處理(包括數位壓縮)及儲存 4.因服務接收者的個別要求而提供。參照陳人傑，前揭註 49，頁 146。

²²⁹ 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
第二条この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。
一特定電気通信不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信(電気通信事業法(昭

務提供者」之範圍大，因其乃包含特定人對特定人之電子商務郵件等服務，而日本法之「特定電子通信服務提供者」，乃「以向不特定多數人發信為目的而傳遞訊息」且「經由特定之電子設備/系統」，而「作為他人通訊的媒介或其他供給他人通訊之用的服務者」，本文網路服務提供者類型皆可符合此等規定而包含於其中，在此核先敘明。

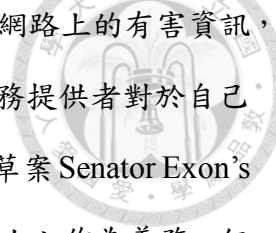
第一項 美國通訊適正法案²³⁰ 第二百三十條

美國法上藉由判例的累積，發展出實體資訊媒介在具有「過錯」時，方得課予該媒介誹謗侵權責任，否則將形同課予其對於出版/散布內容的事前監督義務，而間接造成限制言論自由發展之結果。且如第一章第一節第二項第二款言論自由之保護所述，對於以商業利益、成本考量為依歸的網路服務提供者而言，如對其課予過重的責任，將可能導致其對於言論(尤其是爭議性言論或是非討喜話題)，未經判斷及未賦予發信者陳述意見之機會即予以刪除，抑或是因過度負擔義務而不願繼續提供服務，而發生阻礙言論流通、侵害言論自由之效果。

網路服務提供者應如何涵攝適用於實體資訊媒介出版者、散布者或管道者責任，在通訊適正法案第 230 條訂立前實務見解有所分歧，且本文上節所介紹的 *Stratton v. Prodigy* 電子布告欄事件判決結果之出現，引起學界以及網路服務提供者業界之一片譁然，因而促成通訊適正法案第 230 條的誕生。

和五十九年法律第八十六号) 第二条第一号に規定する電気通信をいう。以下この号において同じ。) の送信 (公衆によつて直接受信されることを目的とする電気通信の送信を除く。) をいう。二特定電気通信設備特定電気通信の用に供される電気通信設備 (電気通信事業法第二条第二号に規定する電気通信設備をいう。) をいう。三特定電気通信役務提供者特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者をいう。

²³⁰ Communications Decency Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, tit. V, 110 Stat. 133 (1996).



通訊適正法案在 1996 年制定時的主要目的乃保護孩童免於網路上的有害資訊，然而該法案第 230 條的立法，則代表國會回應當時網際網路服務提供者對於自己需針對第三人之言論所負責任的熱烈關切²³¹。針對第 230 條立法草案 Senator Exon's 提出其修正案，主張「課予」互動網路服務提供者應盡善良管理人之作為義務，但最後立法通過成為第 230 條內容者，乃 Representatives Christopher Cox and Ron Wyden 所提出之修正案(the “Cox/Wyden Amendment)，該修正案具有推翻 Stratton v. Prodigy 電子布告欄事件判決結果及鼓勵私人對於解決網路不適正言論的努力此雙重目的，似因受到該判決結果之刺激，國會在短時間內並未有太大的爭議即將 Cox/Wyden Amendment 此的修正案納入通訊適正法案中²³²。其與 Senator Exon's 之提案最大不同點在於，其非「課予」互動網路服務提供者善良管理人注意義務，僅於其依善意阻絕攻擊性言論之情況存在時，確立其無須承擔出版者責任²³³。

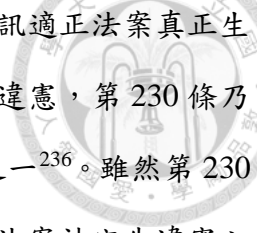
新制定的通訊適正法案於 1996 年電信通訊法案大幅度修正時²³⁴，收編於該法

²³¹ Ryan, *supra* note 14, at 839.

²³² David S. A., *supra* note 3, at 410; Ryan, *supra* note 14, at 840. Christopher Cox 及 Ron Wyden 在提出此修正案時，說明其立法修正案的政策目標，「乃特別在於藉由除去聯邦或州立規範的枷鎖，而促進網路、其他互動電腦服務及其他互動媒體的持續發展，以確保現行藉由網際網路及其他互動電腦而蓬勃發展並自由競爭的市場。」此修正案的政策目標亦在立法後被明文，47 U.S.C. § 230(b)(4) to remove disincentives for the development and utilization of blocking and filtering technologies that empower parents to restrict their children's access to objectionable or inappropriate online material; and.....;但亦有學者指出，第 230 條的首要立法目的乃與其他 CDA 法案條文相同，為對於兒童可接觸的線上內容之管制，鼓勵正在發展的網路成長茁壯乃次要且獨立的其他廣泛目的。國會立法當時並未將商業團體認為 Prodigy 電子布告欄事件判決，將窒礙網路世界的發展納入考量，而是在後續的 Zeran 案法院論述中方表明「在此新興而急速發展的網路媒介中保護言論自由」，其援引下方白宮會議報作為證明。One of the specific purposes of this section is to overrule Stratton-Oakmont v. Prodigy and any other similar decisions which have treated such providers and users as publishers or speakers of content that is not their own because they have restricted access to objectionable material. The conferees believe that such decisions create serious obstacles to the important federal policy of empowering parents to determine the content of communications their children receive through interactive computer services. H.R. REP. NO. 104-458, at 194 (1996) (Conf. Rep.) See David L., *supra* note 5, at 379-380.

²³³ Ryan, *supra* note 14, at 840.

²³⁴ Telecommunications Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996); 在 1996 年發布的白宮會議報中指稱，「電信通訊法案的廣義目標，乃提供「鼓勵競爭」及「減少規範」的國家政策雛形，而藉由開放電信市場自由競爭，以促進正急速發展的供全美使用之私人先進電信、資訊科技及服務」。H.R. REP. NO.104-458, at 1 (1996) (Conf. Rep.).



案中的第五編，隨著電信通訊法案的修正公布而施行。然而在通訊適正法案真正生效前，聯邦最高法院 *Reno v. ACLU* 案²³⁵將法案中部分條文認定違憲，第 230 條乃倖存者，並逐漸發展成為有關網路空間中最重要及成功的法律之一²³⁶。雖然第 230 條的標題為「對於私人阻隔及過濾攻擊性素材的保護」，其與同法案被宣告違憲之第 223 條實有相同的規範目的—限制不適當或猥褻性網路素材的接觸可能，但前者相較於後者採取較溫和的手段，亦即賦予自我管控爭議性內容的網站「免除過重責任」的法律效果²³⁷，不同於後者對於違反的業者處以刑法之制裁。因為本條文作為通訊適正法案中少數免除網路服務提供者責任之規範，有學者將第 230 條免責事由規定定位為「對於質疑通訊適正法案違反美國憲法第一修正案言論自由的『補償性捕手』²³⁸」。

第一款 出版者責任之免除

通訊適正法案第 230 條之標題為「對於私人阻擋或過濾攻擊性素材的保護」，C 項之標題為「對於良善的撒馬利亞人²³⁹阻擋與過濾攻擊性言論之保護」，而其第 1 款子標題為「被主張為出版者或發信者時」，規定「在有第三方資訊內容提供者
的前提下，互動電腦服務提供者或使用者無須依出版者或發信者責任對該資訊負

²³⁵ 521 U.S. 844, 849 (1997). 法院判決針對該法案的第 223 條(a)(d)規定，「互動電腦服務提供者依未成年人得以接觸該內容的方式，傳輸不適當的素材乃違反刑法」，其認為除了以兒童色情為素材者之外，宣告該規定違反憲法美國憲法第一修正案所保障的言論、表意自由而被宣告無效。

²³⁶ David S. A., *supra* note 3, at 411.

²³⁷ David L., *supra* note 5, at 374-375.

47 U.S.C. § 230(b) Policy

It is the policy of the United States--

(2) to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet and other interactive computer services, **unfettered by Federal or State regulation;**

²³⁸ David L., *supra* note 5, at 375.

²³⁹ 良善的(好的)撒馬利亞人出自聖經路加福音十章二五節，在法律領域討論主要用來探討消極不作為所涉及道德與法律的關係，良善的撒馬利亞人顯現著對悲慘垂死難者的憐憫，但從法律的觀點而言，良善的撒馬利亞人乃個人道德的實踐，不應成為法律強制的對象。參照王澤鑑（2009），《侵權行為法》，二〇〇九年七月版，頁 110-111，台北：自刊。

責」²⁴⁰。



通訊適正法案施行生效後，該法案第230條c項第1款成為美國法上最早有關網路服務提供者對於權利受侵害之權利人免責事由規定之一般通則性規範。本免責事由規定適用上最大的爭議為，條文用語之出版者是否包含散布者，亦即實體資訊媒介依其所扮演的角色不同，在誹謗侵權責任領域區分出版者責任、散布者責任及管道責任，本條文所使用的「出版者」用語，是否為立法者依照傳統責任類型刻意排除「散布者」，抑或是此「出版者」用語乃包含「散布者」及「管道者」，而認為網路服務提供者在此「避風港條款」下，對於存在第三方資訊內容提供者之言論，即便接獲權利侵害事實存在之通知或是明知資訊內容違法，亦無須負擔任何責任。此爭議在後述介紹的Zeran一案判決出現後達到巔峰，本文將於介紹案例時一同分析整理相關學者及後繼實務的發展。

網路服務提供者隨著科技進步而發展出許多複合型功能樣態，而難以將其類型化，觀諸通訊適正法案第 230 條 c 項 1 款的定義，其未如同往後的美國法 1998 年數位千禧年著作權法案(Digital Millenium Copyright Act)²⁴¹，在著作權領域之網路服務提供者免責事由規定中，將網路服務提供者區分為四種類型而有不同免責規定的適用²⁴²。CDA 法案之網路服務提供者免責事由規定，其適用範圍乃「任何互

²⁴⁰ 本條文原文如下：

§ 230. Protection for private blocking and screening of offensive material
(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material
(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

²⁴¹ Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C.).以下簡稱 DMCA 法案。

²⁴² 17 U.S. Code § 512 - Limitations on liability relating to material online

(a)Transitory Digital Network Communications.(b)System Caching.(c)Information Residing on Systems or Networks At Direction of Users.(d)Information Location Tools. See David S. A., *supra* note 3, at 385, n 35.

動電腦服務的提供者或使用者」²⁴³，依學者統計資料指出，法院亦將此定義廣泛解釋而無區分網路服務提供者之類型，皆適用相同責任判斷之架構。且在實際案例中，法院依原告的單純描述即認定被告符合此資格，抑或是根本未涵攝此要件²⁴⁴，雖然通訊適正法案第 230 條乃針對互動電腦服務提供者及使用者為對象，然依學者所為之實務案例分析，以網路服務提供者為主要援引此條文作為抗辯事由之對象²⁴⁵。

第二款 實務見解之擴張與限縮

美國乃判例法國家，藉由法官在具體個案判決理由中的「造法」，而成為相近案件事實之後續法院判決的司法先例，對於後續法院見解發生「遵循先例原則」或是「判例拘束原則」(the doctrine of *stare decisis*)的效力²⁴⁶。是以 CDA 法案第 230 條制訂後實務見解的適用情形，對於往後網路服務供者責任之形塑極為重要，尤其第一個主要案件 *Zeran v. AOL* 事件更將本條免責事由規定極其擴張，並受到後續多數有關「網路服務提供者一般民事責任」之審理法院所援引，將本條免責事由規定遠遠地帶離立法者原本的規範意旨。雖然在 *Zeran* 案後曾出現少數限縮 CDA 法案第 230 條免責事由規定適用範圍的案例，然而，仍無法阻擋美國實務見解發展下，網路服務提供者幾乎無須負擔任何一般民事責任的狂瀾。

茲依歷史進程介紹 CDA 法案第 230 條立法後較具代表性之案例。

第一目 *Zeran v. AOL* 事件²⁴⁷

此通訊適正法案通過後的第一個主要案件，匿名人士在 America Online(AOL)

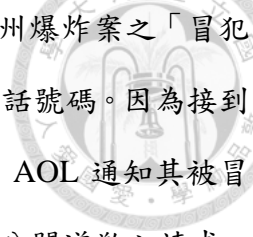
²⁴³ 參照前揭註 220。

²⁴⁴ David S. A., *supra* note 3, at 447-448.

²⁴⁵ 依美國法學者(See David S. A., *supra* note 3, at 433.)統計，援引通訊適正法案第 230 條作為抗辯的被告中，只有 7.1%為互動電腦服務使用者，其餘近皆為互動電腦服務提供者。

²⁴⁶ 林利芝(2010)，〈概論〉，王澤鑑主編，《英美法導論》，頁 2-3，台北：元照。

²⁴⁷ *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 330 (4th Cir. 1997).



電子布告欄中，為宣傳衣服之廣告，然該衣服印有對 Oklahoma 州爆炸案之「冒犯性標語(offensive slogans)」，並且標註聯絡方式為原告 Zeran 之電話號碼。因為接到為數不少的恐嚇(包含威脅使其死亡)及憤怒電話，當天原告即向 AOL 通知其被冒用個資，而成為惡作劇的受害者，被告同意將該貼文刪除但拒絕公開道歉之請求。隔日又有同樣冒用 Zaren 電話而對於相同產品的廣告貼文被發布。Zeran 主張 AOL 依州立普通法體系中散布者責任，於接到通知後對於該誹謗性言論負有應立即刪除該張貼、公開道歉(通知訂閱者有關該惡作劇事件)，以及過濾避免類似的言論再度發生之義務，如同實體書店身為誹謗性言論的散布者或傳輸者所應負擔之責任。AOL 未於收到通知後立即刪除該貼文，乃違反了散布者責任，且此「散布者責任」並未包含於 CDA 法案第 230 條 C 項 1 款的「出版者責任」避風港條款中，AOL 未於接到通知後適當期間內刪除該言論而有過失，須負擔損害賠償責任。

本案法院認為在誹謗案件中「散布者責任乃出版者責任下之子集」，因此即便 AOL 需依第三人誹謗性言論之散布者責任負責，在其可主張 CDA 法案第 230 條作為抗辯之案件中皆得予以免責，因「出版者」的條文用語乃包含了「散布者」在內。另外，法院認為在 CDA 法案第 230 條的立法目的下，區分出版者責任及散布者責任並無實益，因為「一旦網路服務提供者接收到可能存在誹謗性言論貼文之通知，其即轉化為傳統出版者之角色，網路服務提供者須決定是否出版、編輯抑或是刪除該貼文。從此觀點來看，Zeran 嘗試加諸於 AOL 的責任，洽為 CDA 法案第 230 條所欲排除之責任範圍—出版者責任」。法院並指出第 230 條的主要目標為「保護在新興而快速發展的網路媒介中之言論自由」²⁴⁸，而授予網路服務提供者就他人呈現的資訊交流，在「基於侵權的訴訟」中無須負擔「(所有媒介之)侵權責任」，此

²⁴⁸ 並說明「鼓勵網路服務提供者自我管理攻擊性素材的傳遞」乃另一重要的目標，學者認為法院似暗示此為較不重要的目標。See David L., *supra* note 5, at 389.



相當大範圍的免責²⁴⁹。

探討 Zeran 案法院為何將散布者涵攝於出版者此構成要件中，就本案案件事實而言，AOL 已注意到電子布告欄上該誹謗性言論的內容，其並未馬上移除的作為足以認為其擁有充分的編輯控制權，而涵攝為「原始的出版者」即得免責。但法院特意提出散布者責任屬於出版者責任之子集的原因，學者將其部分歸因於「司法管理(judicial administration)」上的小心謹慎。如果散布者責任並未包含於第 230 條的保護範圍，誹謗相關規定在普通法體系中又屬於州立法規的領域，則依第 230 條(e)(3)允許不相衝突的州立法規，將由各州法院依散布者責任各自管控誹謗性言論，違反國會「欲解決一個全國性及國際性問題」的意圖²⁵⁰。反對法院過度擴張免責事由規定適用範圍的學者認為，本案法院援引該條文列舉及暗示的立法目的，重複闡述「尊重言論自由」乃促使國會訂立第 230 條安全港規定的主要因素，因而排除網路服務提供者負擔散布者責任之可能，然而，此結論是否為該條文文義及成法背景所支持仍有所爭議，如本項第一款所述，確保網際網路世界中兒童接觸資訊的適正性並鼓勵私人對於解決網路不適正言論的努力，至少應與保障新興的網路中言論自由並列為本條文之目的方為妥適²⁵¹。此案例僅偏頗部分立法目的而創造過度解讀第 230 條 C 項 1 款的結果，反而使擁有攻擊性言論內容的網站得以獲得廣泛的免責範圍，而無法達到網路適正言論之目的²⁵²。

²⁴⁹ “Congress recognized the threat that tort-based lawsuits pose to freedom of speech in the new and burgeoning Internet medium. The imposition of tort liability on service providers for the communications of others represented, for Congress, simply another form of intrusive government regulation of speech. Section 230 was enacted, in part, to maintain the robust nature of Internet communication and, accordingly, to keep government interference in the medium to a minimum.” See *Zeran v. AOL*, 129 F.3d. 327, 330 (4th Cir. 1997).

²⁵⁰ David L., *supra* note 5, at 391-392.

²⁵¹ David L., *supra* note 5, at 388-389.

²⁵² Ryan, *supra* note 14, at 839. 本文認為從 CDA 法案第 230 條 b 項政策中，亦可得知，「保障並持續網際網路之蓬勃發展」以及「鼓勵私人媒介過濾違法性素材的努力而予以免責」無論何者為優先，至少應為雙面並進的法政策目的。

47 U.S.C. § 230(b) Policy

It is the policy of the United States--

又法院何以將保護範圍擴張至「基於侵權之訴訟」，可從本案 *Zeran* 之主張來看，其實質上並非依誹謗言論造成其名譽權受侵害²⁵³為請求，而是較偏向主張「過失造成情感上的痛苦(negligent infliction of emotional distress)」或是「錯誤暴露侵犯他人隱私(false light invasion of privacy)」，如法院僅將第 230 條(c)(1)解釋為「基於誹謗的訴訟」，則 AOL 將無法適用此條文而免責²⁵⁴。不過亦有學者指出，法院在幾乎沒有條文規範以及立法意旨的支撐下，將第 230 條 c 項的免責範圍擴張解釋為「網路服務提供者須基於第三方使用者作成的資訊而負責之全部訴訟類型」²⁵⁵，亦即原第 230 條(c)(1)之免責事由責任主體「出版者」用語，乃誹謗性言論規範之**特定用語**，但法院乃擴張保護範圍至即便非言論所生侵權責任類型亦適用(普通法體系中，依判決先例之發展，誹謗性言論之侵權責任體系最多僅擴張至依言論所生之侵權責任)，此條文用語成為門外漢理解的「傳遞」之概念而不限於誹謗性言論之訴訟類型²⁵⁶。且原告乃基於第三人的誹謗性言論為請求，法院卻跳脫此主張將此避風港條款擴張至所有第三人所為的不法行為網路服務提供者皆無須負責²⁵⁷，是否有過度擴張審判範圍的訴外裁判亦有所疑義。

-
- (1) to promote the continued development of the Internet and other interactive computer services and other interactive media;
 - (2) to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet and other interactive computer services, unfettered by Federal or State regulation;
 - (3) to encourage the development of technologies which maximize user control over what information is received by individuals, families, and schools who use the Internet and other interactive computer services;
 - (4) to remove disincentives for the development and utilization of blocking and filtering technologies that empower parents to restrict their children's access to objectionable or inappropriate online material; and.....

²⁵³ Restatement (Second) of Torts § 621 cmt. a (1977)

In defamation actions general damages are imposed for the purpose of compensating the plaintiff for the harm that the publication has caused to his reputation.

²⁵⁴ Anthony Ciolli, Chilling Effects: The Communications Decency Act and the Online Marketplace of Ideas, 63 U. MIAMI L. REV. 137, 149, 155 (2008).轉引自：David L., *supra* note 5, at 396.

²⁵⁵ 判決原文如下：for “any cause of action that would make service providers liable for information originating with a third-party user of the service.” See David S. A., *supra* note 3, at 465-466; Ryan, *supra* note 14, at 842.

²⁵⁶ David L., *supra* note 5, at 396.

²⁵⁷ David L., *supra* note 5, at 385.

無論對於 Zeran 案法院見解採取何種立場，無可否認地，其對於後續法院造成極度巨大之影響力。CDA 法案公布施行約一年後，Zeran 案中有關該法第 230 條的法院見解，對於後續審理網路服務提供者援引第 230 條作為抗辯事由的法院造成空前絕後的影響，被引用超過 1400 多次，且幾乎每個法院皆在最後針對第 230 條的論述處參考 Zeran 案²⁵⁸。網路服務提供者自本案以降，在接獲不法資訊存在之通知後，並未於合理期間內刪除該資訊，即便對於不法資訊的存在具有主觀「知悉」，其對於第三人發布之資訊「幾乎不受法律規範之束縛」，且至今仍成為法院大多數見解²⁵⁹。後續為數龐大的州、聯邦法院判決，除將 Zeran 案法院見解擴張至基於言論的相關侵權訴因²⁶⁰外，亦將該條文適用領域依具體案件擴張至其他非依言論為訴因之案件。其擴張範圍延伸至契約的違反²⁶¹、普通過失²⁶²、對於可預期的經濟上利益之干預²⁶³、虛偽廣告²⁶⁴、散布兒童色情²⁶⁵等。目前極少有針對「將保護範圍擴張至非基於言論的主張」之批評，但其相較於網路服務提供者不須負擔散布者責任而造成的過於擴張其保護範圍，此訴因的適用範圍擴張將造成幾近於無法可管的網路世界，實更具有危險性²⁶⁶，且將侵蝕侵權責任立法權限之傳統州政府特權²⁶⁷。後續案例如 *Doe v. MySpace, Inc.*²⁶⁸ 案，一個母親在其女兒受到經由 My space 社交網站上認識之人性侵後，對於 My space 提出基於過失、詐欺、過失不實陳述之請求，該母親主張其並非基於 My space 對於第三人內容的出版行為為請求，而是基於其

²⁵⁸ David L., *supra* note 5, at 385.

²⁵⁹ David S. A., *supra* note 3, at 465; David L., *supra* note 5, at 389.

²⁶⁰ infliction of emotional distress、false light invasion of privacy 等，基於言論所造成之侵權行為訴因，法院多依相似於誹謗言論的責任體系為判斷，並稱此等為誹謗性言論的兄弟類型。See *Hustler v. Falwell*, 485 U.S. 46, 56 (1988). (treating torts of defamation and intentional infliction of emotional distress, at least pertaining to public figures, as similar for purposes of First Amendment analysis).

²⁶¹ *Jane Doe One v. Oliver*, 755 A. 2d 1000, 1002, 1004 (Conn. Super. Ct. 2000).

²⁶² *Doe v. Myspace, Inc.*, 528 F.3d 413, 418, 422 (5th Cir. 2008).

²⁶³ *Optinrealbig.com, LLC v. Ironport Systems, Inc.*, 323 F.Supp. 2d 1037, 1049 (N.D. Cal. 2004).

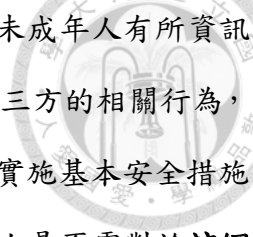
²⁶⁴ *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d. 1077, 1110–11 (C.D. Cal. 2004), *aff'd in part, rev'd in part*, 481 F.3d 751 (9th Cir. 2007).

²⁶⁵ *Doe v. Bates*, No. 5:05-CV-91DF-CMC, 2006 WL 3813758, at *2, *5 (E.D.Tex. Dec. 27, 2006).

²⁶⁶ David L., *supra* note 5, at 397.

²⁶⁷ David L., *supra* note 5, at 398.

²⁶⁸ *Doe v. MySpace, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 843, 848 (W.D. Tex. 2007) *aff'd*, 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008).



本身未施行基本的安全措施，以免性掠食者(sexual predator)與未成年人有所資訊交流。學者認為，法院將「出版」解釋包含任何存在發布內容之第三方的相關行為，並且將第 230 條的保護範圍擴張至 My space 網站「自身」的未實施基本安全措施過失不作為侵權責任²⁶⁹；又如 *Batzel v. Smith*²⁷⁰案中，網站營運人是否需對於該網站所選擇並出版的時事通訊(newsletter)電子郵件，包含了侵害他人名譽之素材負出版者責任，法院認為第 230 條(c)(1)免責事由規定免除該網站營運人之出版者責任，免除責任範圍包含出版者一般所具有的對於出版資訊之選擇，以及出版者維持原資訊的內容、基本格式之編輯權限相關責任，但法院特別指出，須以網站營運人對於該侵害他人名譽電子郵件之內容，在編輯過程中沒有任何實質上的助成(contribution)為限²⁷¹。從上述案例觀察，似乎只要第三方在造成他人侵害的過程中扮演一定的角色，該網站幾乎現實上可以免除基於任何請求的責任²⁷²。

依學者統計資料顯示，第 230 條所提起的訴訟中，佔訴因多數者仍為誹謗性言論(50.5%)，其次為普通過失(29.4%)，接下來為交易詐欺/不正競爭/不實廣告(29.4%)，依不同的分類群組則比例多寡略有變更，但皆為此三大類奪得頭籌²⁷³，從此統計結果來看，CDA 法案第 230 條確實已在實務見解的發展下，逸脫原本免責事由規定之文義上適用範疇。在第 230 條的免責範圍已不僅止於誹謗性言論，而擴張至其他州立民事及刑事責任時，學者認為應考量國會當初對於第 230 條的立法意旨為適當之限縮方為妥適²⁷⁴。如同前述 *Batzel v. Smith* 案之情形，試想紐約時報等原本

²⁶⁹ David L., *supra* note 5, at 397-398.

²⁷⁰ *Batzel v. Smith*, 333 F.3d at 1018-1040(9th Cir. 2003).

²⁷¹ Ryan, *supra* note 14, at 843. 本文認為此案例的出現，可以說明美國實務見解將本免責事由規定無限上綱，而逸脫原本立法者之立法目的。網路服務提供者如本身即為該網站時事通信的出版者，則無論其是否改變該出版內容的基本格式與內容，皆應負擔一般實體出版者之侵權責任，因其對於資訊具有之控制編輯能力與實體出版業者無任何差別；反之，如其並非系爭資訊的新聞出版者，而僅為系統化、自動化供使用者上傳其爆料資訊的平台，或是自動轉發使用者的投書信件，方為免責事由規定所欲真正免除責任之對象。

²⁷² David L., *supra* note 5, at 398.

²⁷³ David S. A., *supra* note 3, at 429-430.

²⁷⁴ Ryan, *supra* note 14, at 846.

為實體出版者，現為物理上完全相同的事業體僅成為線上發行者，原須負擔出版者及散布者責任，僅因成為線上發行者而無須負擔原有的所有責任，此案開啟之法院見解助長了網路世界的蓬勃發展，卻也創造了侵權、犯罪的溫床²⁷⁵。



第二目 Fair Housing v. Roommates.com 事件²⁷⁶

到了 2008 年，出現第一個大幅限縮 230 免責規定的案例。Roommates.com 網站為線上媒合個人尋找公寓室友的網站，其依照使用者被強制要求填寫的線上問題為媒合，然而該等問題的內容乃受到聯邦公平居住法案²⁷⁷、加州居住歧視法案所禁止(例如依使用者的性別、性傾向喜好為不同的待遇)。加州聖費爾南多谷地的公平居住委員會以 Roommates.com 作為被告，原告並不否認被告的「互動服務提供者」身分，然而主張該網站不只為第三方使用者作成資訊而其僅負責發布的「出版者」，反之，其本身即為「資訊內容提供者(information content provider)²⁷⁸」，因為該網站

²⁷⁵ Ryan, *supra* note 14, at 849.

²⁷⁶ Fair Hous. Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

²⁷⁷ 亦有譯為公平住房法。以下參考資料來源：美國住房與城市開發部，http://portal.hud.gov/hudportal/documents/huddoc?id=DOC_7822.pdf(最後瀏覽日：06/12/2016)。

《公平住房法》禁止基於以下原因的住房歧視：

- 種族或膚色
- 民族起源
- 宗教
- 性別
- 家庭狀況（包括同父母或法定監護人居住、年小於 18 歲的未成年人；懷孕婦女和 18 歲以下未成年人的監護人）
- 殘疾

如果聯邦法院判決您勝訴，法官或陪審團可命令被告：

- 賠償您的實際損失。
- 提供永久禁制令救濟。
- 提供適當的衡平救濟（比如，提供住房供您選擇）。
- 為您支付合理的律師費。
- 向您支付懲罰性損害賠償金。
- 向美國財政部支付一筆民事罰金，對初犯該法者，金額不超過 \$55,000.00；對該法的任何再次觸犯，金額不超過 \$110,000.00。

²⁷⁸ Communications Decency Act § 230

(f) Definitions

(3) Information content provider

The term “information content provider” means any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive



創造、發布、要求完成並且傳播該不法內容的問題。

法院認為 Roommates.com 提供該問題的框架，並提供使用者回答的選項，「要求(require)」使用者回答有關他們的性別、性傾向喜好此問題，其本質上造成使用者為歧視性之陳述，應構成「內容的共同創造者」，而「負部分的創造、發展內容的責任」，該當「資訊內容提供者」，不符合第 230 條(c)判斷標準的第三層次(亦即該爭議資訊須為第三方的資訊內容提供者所提供，詳第四目之說明)，因而不得主張免除出版者責任。又因 Roommates.com 網站容許使用者搜尋其他使用者的個人檔案，依照其所選擇之相同的歧視性性傾向為室友的尋找，網站亦須為使用者違反公平居住法案負責。法院認為「假如一個網站顯著地導致該行為的不法性，則該網站協助發展不法的內容，因而落於第 230 條免責事由規定適用之外」。

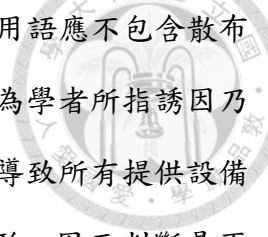
本案見解掀起學界軒然大波，有論者認為法院將「發展」擴張其定義乃為「下滑坡」之見解²⁷⁹，但也有學者評價為「乃就第 230 條為必要的限制，因該條文已培養出一個『網路除外』的不受法律控制世界」²⁸⁰。互動電腦服務提供者是否需表達明確徵求不法內容，抑或是只需造成誘因即足以形成責任，現今多數學說為前者，亦即其需「要求使用者必須為該不法之內容²⁸¹」。

computer service.

²⁷⁹ Eric Weslander, Murky “Development”: How the Ninth Circuit Exposed Ambiguity Within the Communications Decency Act, and Why Internet Publishers Should Worry, 48 WASHBURN L.J. 293-295 (2008).轉引自：Ryan, *supra* note 14, at 844.

²⁸⁰ David L., *supra* note 5, at 398-399.

²⁸¹ 其後續法院有將「發展(development)」作更為擴張之解釋者，如 NPS LLC v. StubHub, Inc.案，在該案中 StubHub 乃一供使用者買賣演唱會、運動、電影及其他現場表演娛樂票券的網站，其提供許多買賣票券的方式，其中一種得以將座位不公開以避免被發現是季票的違法轉賣，原告主張該網站構成侵權的干預契約。該州一審法院僅因互動電腦服務提供者「誘發」使用者創造不法的內容，即排除其適用第 230 條的免責事由規定。法院認為互動電腦提供者無須實際要求使用者為之，即便第三方仍可自由決定該內容，其認為只需互動電腦服務提供者對於第三方為不法內容的決定有所影響即可(判斷標準尚且模糊)。NPS LLC v. StubHub, Inc., No. 06-4874-BLS1, 2009 WL 995483.



有學者將本法院的創見歸類於第 230 條規定中出版者責任用語應不包含散布者責任，其認為如果單因互動電腦服務提供者造成誘因(本文認為學者所指誘因乃近似於我國法概念下之抽象危險)，即需對該不法內容負責，將導致所有提供設備之互動電腦服務提供者(散布者)缺乏知悉及意欲而應負責的情形，因而判斷是否「發展部分的內容」最好的方式是客觀惡意²⁸²例外原則，亦即先判斷互動電腦服務提供者是否對該不法內容造成誘因，並進而判斷互動電腦服務提供者是否為客觀上惡意。此客觀上惡意乃由互動電腦服務提供者對於不法內容的積極性作為(affirmative actions)來判斷，例如不法內容乃相當大的經濟收入來源、降低不法內容被執法機關發現的風險、專為不法內容設立網頁、以及提供專為不法內容的工具方法等²⁸³。在「惡意」理論被最充分發展的保險法領域中，「惡意」本質上即依理性標準(reasonableness standard)為判斷²⁸⁴，適用到誹謗性言論領域，網路服務提供者允許誹謗性內容的發布，或是接到通知後仍未移除其為不理性的行為時，即為惡意行為例外的適用空間。其與過失行為的差異在於，惡意行為必須是積極性的行為，例如未移除明顯地誹謗性質的資訊，使該不法內容的影響層面更高。法院應依所有該案件的事實，依此惡意例外原則彈性的標準來決定該網站或是網路服務提供者可以適用第 230 條免責事由規定²⁸⁵。有論者舉例，被告採取正面行動或是設計其服務，以邀請、鼓勵或是提供設備與不法內容及活動，即具有客觀上的惡意，此類型網站則不得主張免除民事及刑事責任²⁸⁶。如採取 Stratton Oakmont 之法院建議「接獲通知即需負責」的傳統誹謗性言論出版者責任體系，在每天管理數千則、數萬則言論的網路服務提供者而言實非現實上可行，且網路服務提供者難以辨認何

²⁸² 參照前揭註 112。

²⁸³ Ryan, *supra* note 14, at 859-861.

²⁸⁴ Wisconsin, for example, defines the procedural contours of the doctrine: “[B]ad faith can be alleged only if the facts pleaded would, on the basis of an objective standard, show the absence of a reasonable basis for denying the claim. . . .” *Anderson v. Cont’l Ins. Co.*, 271 N.W.2d 368, 376-77 (Wis. 1978).轉引自：David L., *supra* note 5, at 408, n 252.

²⁸⁵ David L., *supra* note 5, at 402-411.

²⁸⁶ Ryan, *supra* note 14, at 862.



種言論方為誹謗性內容，而過於小心地移除所有有爭議可能的資訊，該資訊可能有關於公眾重大的利益、亦可能實已經過縝密地調查，故僅於惡意例外時，方要求網路服務提供者負責²⁸⁷。

Roommates.com 案雖未明確解決 *Zeran* 案將免責事由規定擴張至散布者責任及擴張適用至誹謗性言論以外責任的相關問題，然其指出對於第三方提供的內容有控制能力的網站，如主張依第 230 條免責時應有所限制。除了 *Roommates.com* 案外，亦有其他極少見的例外案件，亦限縮免責事由規定之適用範圍，如 *Avery v. Idleaire Technologies Corp.* 案²⁸⁸ 中，原告在使用公司內部網路時，不定期地會觀看到跳出式的色情圖片，主張被告違反 Title VII of the Civil Rights Act of 1964 有關性騷擾的損害賠償請求權，法院認為此時被告公司不得主張有第 230 條的適用；*FTC v. AccuSearch, Inc.* 案²⁸⁹ 中，因被告協助使用者取得私人電話通訊紀錄，而原告主張被告違反聯邦法規有關不正當貿易行為的規定，法院認為不正當貿易行為並非由使用者而來，而是源自於 AccuSearch 提供個人電話通訊紀錄之釋出的設備。觀察前述少數例外限縮第 230 條適用可能的案件，學者指出，原告主張皆為聯邦法上利益或聯邦法賦予之權利，法院限縮解釋第 230 條的免責事由規定適用範圍，而認為其並未優先適用於該案之聯邦法上請求，惟法院是否如同 *Roommates.com* 案法官的不同意見所述—「第 230 條在本案不賦予免責的原因，乃以 *Roommates* 的問題欄及配對功能違反聯邦公平住居法案為前提。²⁹⁰」，以原告之請求在聯邦法上具有重要的政策目的足以勝過第 230 條時，方例外限縮後者的適用範圍，仍有所疑義²⁹¹。依美國法上學者之統計數字，在 *Roommates.com* 案出現後雖有許多案例皆

²⁸⁷ David L., *supra* note 5, at 405.

²⁸⁸ No. 3:04-CV-312, 2007 WL 1574269 (E.D. Tenn. May 29, 2007).

²⁸⁹ No. 06-CV-105-D, 2007 WL 4356786 (D. Wyo. Sept. 28, 2007).

²⁹⁰ *Fair Hous. Council of San Fernando Valley v. Roommates.Com, LLC*, 521 F.3d 1178 (9th Cir. 2008). (McKeown, J., dissenting). For example, the majority wrote that “Roommate’s website is designed to force subscribers to divulge protected characteristics and discriminatory preferences.”

²⁹¹ David L., *supra* note 5, at 398-399.

提及此案的見解，但在其判決後一年內僅有兩件判決，依據本案法院對於「發展資訊內容」的見解排除第 230 條 C 項的適用，其他案件皆將 *Roommates.com* 案作為例外的個案，僅在網路服務提供者「要求」使用者「必須」作出不法內容為限方適用²⁹²。

本文認為 Fair housing 案法院將創造或發展資訊內容之網路服務提供者，認定其該當資訊內容提供者，排除網路服務提供者適用免責事由規定，應為妥適，網路服務提供者設計、創造之「不法」問題選單及資訊內容並要求使用者「必須」完成該問題，實則與其自行發布不法資訊有相同程度的不法內涵，如認為在依問答形式時即無須負責，實有違事理之平，且後述日本法免責事由規定中，當網路服務提供者該當「發信者」時，明文排除其適用免責事由規定之可能，應認為乃各國法體系中所共通之價值判斷。

第三目 Barnes v. Yahoo ! 事件²⁹³

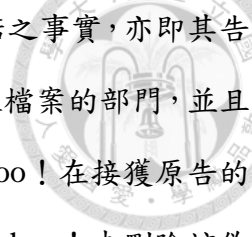
本案例乃於 Zeran 案後，首次出現肯認網路服務提供者在經原告通知誹謗性言論侵權資訊存在時，有義務將該資訊內容刪除或防止其繼續出版的判決²⁹⁴。

本案原告主張該偽造的個人檔案乃其前男友所創設，其中包含原告裸體的照片，並在檔案中表示原告對於性行為有興趣而廣泛地邀請羅曼蒂克行為，且在檔案中公布了原告的個人及公司聯絡方式。本案有相關系列案件，皆為有關線上約會服務中偽造的個人檔案之情事。

²⁹² David S. A., *supra* note 3, at 464.

²⁹³ Barnes v. Yahoo !, Inc., 570 F.3d 1096 (9th Cir. 2009).

²⁹⁴ David S. A., *supra* note 3, at 466.



法院首先認定 Yahoo! 高級職員在接到通知後曾為特定承諾之事實，亦即其告知原告「她個人會將原告的問題轉交給負責處理未經授權的私人檔案的部門，並且他們會處理這件事」。並進而說明，如依照原告的主張之一，Yahoo! 在接獲原告的通知後，同意承擔刪除該爭議資訊即負有對於其之保護義務，Yahoo! 未刪除該偽造的個人檔案資訊，即構成過失承擔責任(negligent undertaking)²⁹⁵，則因「移除資訊乃屬於出版者的權利義務，如欲依此行為加諸責任於網路服務提供者，則必將該責任主體視為系爭爭議資訊之出版者方為妥適」，CDA 法案第 230 條將優先適用，而無法要求 Yahoo! 負責。有關此點本案法院延續 Zeran 案及其後之法院多數見解，明確陳述「第 230 條(c)(1)不只排除出版者責任，亦不只排除有關誹謗的規範，乃普遍性地排除責任²⁹⁶」。

然而，法院認為因為該 Yahoo! 高級職員對於原告所為之特定承諾，「其已暗示性地同意變更『無須對其他資訊提供者的內容負出版者或發信者責任』此準則」，CDA 法案第 230 條並未優先適用於允諾禁反言原則(promissory estoppel)，因而，Yahoo! 須為該承諾而負擔未刪除該偽造個人檔案之責任。有關此點法院特別說明，網站或是線上商城的服務條款中，即便一般性的承諾移除侵權或誹謗性言論，皆不會使此等媒介負移除責任，一般監視政策或是「嘗試」而非「承諾」協助某特定人，亦不因此成立契約責任，但因前述 Yahoo! 員工對於原告 Barnes 的特定承諾存在，原告並非對 Yahoo! 主張第三方資訊之出版者責任或發信者責任，而是將其當作對

²⁹⁵ Restatement (Second) of Torts § 323 (1965).

One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other's person or things, is subject to liability to the other for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to perform his undertaking, if

(a) his failure to exercise such care increases the risk of such harm, or

(b) the harm is suffered because of the other's reliance upon the undertaking.

²⁹⁶ 學者(See David L., *supra* note 5, at 401.)認為本案法院實則無須為此明確性陳述，僅需如同過往判決將 Yahoo! 的刪除與否涵攝為出版者之權限，而不得以過失承擔責任此名義遁逃出 CDA 法案第 230 條之適用即可。其認為本案法院會明確指稱此規範「普遍性排除責任」，應具有象徵性宣示自 Zeran 案以來實務見解之發展脈絡的意義。



造當事人而主張其違反契約之契約責任。

學者認為法院對於「過失承擔責任」及「允諾禁反言」之論述似前後矛盾，惟無論如何其似乎開啟了原告主張允諾禁反言的大門²⁹⁷。後續法院對於本案法院見解之態度仍有待觀察，但亦有學者對於本案賦予負面評價，其認為此判斷標準「使之前案例中模糊不清的用語更加地惡化²⁹⁸」。

第四目 免責事由規定適用三要件

學者依據統計資料指出，法院對於是否適用第 230 條免責事由規定的最終決定相當任意偶然，並無體系化、慣例化的判斷基準及判斷模式可供預測²⁹⁹。然而，觀察 Zeran 案法院後之實務見解，法院判斷互動電腦服務提供者得否成功主張通訊適正法案第 230 條，通說仍大致將其整理為三個層次：

- (一)被告為「互動電腦服務提供者或使用者」
- (二)被告「被主張作為該爭議資訊的出版者或發信者」而究責
- (三)該爭議資訊乃「第三方資訊內容提供者(發信者)」所提供

(一) 被告為「互動電腦服務提供者或使用者」

在被告主張依第 230 條免除責任者之中，如將網路服務提供者區分為管道服務提供者、資訊儲存服務提供者及搜尋或應用服務提供者以及使用者四類，則占最高比例者乃「資訊儲存服務提供者(content host)」，佔極高比例約為所有案件中的

²⁹⁷ David L., *supra* note 5, at 402.

²⁹⁸ Eric Goldman, Ninth Circuit Mucks Up 47 USC 230 Jurisprudence . . . Again!?!— Barnes v. Yahoo!, Tech. & Marketing Law Blog, http://blog.ericgoldman.org/archives/2009/05/ninth_circuit_m.htm (May 13, 2009, 08:04 PM PST).轉引自：David S. A., *supra* note 3, at 467.

²⁹⁹ David S. A., *supra* note 3, at 381.

68%³⁰⁰。



(二) 被告「被主張作為該爭議資訊的出版者或發信者」而究責³⁰¹

相較於第一層次，法院更少著墨於此，高達 42.6% 的判決並未於此區塊涵攝第 230 條之適用。此區塊有兩個歷久不衰的爭議：(I) 第 230 條(c)(1) 的條文規定乃「出版者」，將此用語對照至普通法體系，其僅限縮出版者責任而應負擔完整的散布者責任。儘管多數法院並不接受此種見解，此爭議於今日仍未完全消失。(詳本款第一目 Zeran 案相關介紹)(II) 國會雖明文排除聯邦刑法、通訊隱私保障法及智慧財產權法，但「智慧財產權法」所排除的請求權基礎之範圍寬窄應如何界定，存在許多模糊地帶。如，多數法院將州立智慧財產權法³⁰²排除於第 230 條適用範圍之外，有關盜用³⁰³及公開權之主張乃兼具侵權行為法及智慧財產權法的性格，且各州對於其請求權基礎之規定差異性甚大。

(三) 該爭議資訊乃「第三方資訊內容提供者(發信者)」所提供³⁰⁴

在判斷是否適用第 230 條時，此層次為最多排除適用的案例出現處。第 230 條(f)(3)「資訊內容提供者」的定義：任一個人或單位，須對於全體或部分的資訊之創造或發展進化負責，該資訊乃藉由網路或其他互動電腦服務使他人可得接觸。被告無法主張受第 230 條保護的可能有二：資訊來源的第三方無法涵攝為資訊內容提供者，抑或是該互動電腦服務提供/使用者本身即為該爭議資訊內容的來源。被告依第 230 條抗辯免責之裁判中，在結果上被認定為自身即該爭議資訊的發信者之

³⁰⁰ 須注意互動電腦服務提供者/使用者應為該爭議言論/內容負責，並不同於其為該爭議言論/內容的發信者。See David S. A., *supra* note 3, at 433-434.

³⁰¹ David S. A., *supra* note 3, at 452-453.

³⁰² 對於營業秘密、公開權及其他類似智慧財產權的模糊地帶，是否為第 230 條「智慧財產權」所排除的範圍皆有所疑義。Mark A. Lemley, Rationalizing Internet Safe Harbors, 6 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 108 (2007).轉引自：David S. A., *supra* note 3, at 453.

³⁰³ Restatement (Second) of Torts § 652C (1977).

³⁰⁴ David S. A., *supra* note 3, at 454-457.



比例，扣除互動電腦服務使用者平均為 10%左右。法院在裁判判斷被告是否自身即該爭議資訊之發信者時，會考量其與第三方來源的關係以及其與該資訊內容的互動³⁰⁵。

曾有兩個法院討論爭議性資訊是否符合「藉由網路或其他互動電腦服務使他人可得接觸」此要件，此要件之爭議在於，該發信者必須是意欲藉由網路提供該資訊，或是只需該資訊最終處於網路狀態即可。此爭議在 *Batzel v. Smith* 案³⁰⁶中，第九巡迴法院依「一個理性之人是否能相信發信者有意將該內容出版於網路」作為判斷，亦即從第 230 條(c)(1)的結構及內容來看，該免責規定僅適用於第三方乃意將該資訊於網路上使用而提供者。Kansas 州州法院³⁰⁷則引用此案見解，認定依發信者要求而印製的書籍出版商，就該線上爭議內容無法作為互動電腦服務提供者，而主張第 230 條免責，因該爭議資訊發信者僅因「精裝版書籍」的出版而提供，並非因「網路上使用」而提供。

除了前述整理法院實務見解得出之第 230 條適用三層次外，學者整理出三項要件以分析影響法院判斷第三層次「該爭議資訊乃『第三方資訊內容提供者(發信者)』所提供」之因素³⁰⁸。(1)「媒介與發信者之互動關係，亦即資訊內容發信者是否真正獨立於媒介」：首先法院認為單就「媒介得因發信者的資訊發出而獲利」並不足以使其負發信者責任，不過，如簽訂「獨立契約」則得以使媒介不被認定為發信者，最後，即便該發信者乃媒介之員工，如其發布行為並非該員工的正式工作內容，也不能直接認定媒介為發信者。就統計結果而言，法院認為即便是具有編輯控制權或是被代理人與代理人等關係，不能單就媒介具有控制資訊發信者的能力，即

³⁰⁵ David S. A., *supra* note 3, at 433-434.

³⁰⁶ 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003).

³⁰⁷ Brandewyne, 2006 WL 4005011.

³⁰⁸ David S. A., *supra* note 3, at 446-447.

認為其不得主張有第三方發信者之存在³⁰⁹。(2)「媒介與資訊內容的互動關係，亦即媒介是否應為全部或是部分的該爭議資訊之創造或發展負責」：經由數案例可得知，單純擁有傳統的編輯權限，例如在發布資訊前過濾猥褻性內容、以及校對、編輯及移除內容而不影響主要形式與內容等，其尚不構成資訊內容提供者，而適用本條排除傳統的出版者責任³¹⁰。更甚者，法院認為即便是積極參與編輯內容、鼓勵或誘使第三方提出該爭議性內容，亦不會將媒介摒除在第 230 條的保護範圍之外³¹¹。此外，作為媒介者，其無可避免對於出版或是散布提供相關設備，但並未發現法院單就其提供網路平台設備之媒介而認定其需要負責，即便其預設了發布內容的格式、規定了使用者應填寫的個人資料欄位以及創設了其中有部分分類具有誹謗性質之下拉式的選單的選項亦然³¹²。在前述 Roommates.com 案件³¹³中，第九巡迴法院認為此媒介並未受第 230 條所保護，因其「創造或發展」了該爭議內容的格式及答案選項，且要求欲使用該服務者所必須填寫」。但觀察後續法院案例的形成，多未沿用其「創造或發展」的概念，似僅將其作為相當罕見而獨特的案件事實，因該互動電腦服務提供者「要求使用者必須」呈現不法的內容而別無合法行為之選擇可能³¹⁴。(3)分析媒介與原告或被告間關係的本質：此項最重要且一直存在的爭議，與第 230 條排除之責任對象僅為出版者責任抑或是包含散布者責任相關，也就是說，如原告已通知媒介該侵權或不法之資訊，媒介是否有將該資訊刪除或使使用者

³⁰⁹ David S. A., *supra* note 3, at 457-460.

³¹⁰ 例如前述 *Batzel v. Smith* 案中，電子報網站的營運者對於其選擇及出版之爭議誹謗性電子郵件，因其僅運用一般出版者得選擇他人提供的素材，以及在維持其主要的形式及內容之下，編輯該等訊息內容，因而在編輯過程中並未對電子郵件內容造成巨大的改變(並非創造或發展該資訊內容)，得依第 230 條主張免除出版者責任。*Batzel v. Smith*, 333 F.3d at 1018-1040(9th Cir. 2003). See David S. A., *supra* note 3, at 460-462.

³¹¹ 例如曾有一系列的案件之被告 Xentric Ventures 營運名為「不良商家(不利交易)聯絡處」的網站，法院認為其對於該被指稱誹謗性言論的使用者言論無須負責。又如 *Global Royalties* 案法院見解，「以小道消息(Ripoff Report)」為名的網站確實鼓勵使用者發布誹謗性言論，然而，並無權威性見解認為得依此認為此網站必須負全部或部分的「創造或發展」該貼文之責任」。See David S. A., *supra* note 3, at 460-462.

³¹² David S. A., *supra* note 3, at 463, n 313.

³¹³ 詳見本文同款第二目介紹。

³¹⁴ David S. A., *supra* note 3, at 463-464.

無法接觸該資訊之義務。早期的重要案例 Zeran 案，即便後續有案例質疑第 230 條免責的對象出版者責任是否包含散布者責任，但多數法院仍持續認為媒介在收到第三人的通知而拒絕移除該等資訊時，仍受第 230 條的免責事由規定所保護，即便該媒介明知此資訊侵權或違法亦同。直到 Barnes v. Yahoo!³¹⁵一案，法院肯認 Yahoo! 在接獲原告通知並已為刪除該資訊之特定承諾時，因隱含合意排除適用 CDA 法案第 230 條，而不發生普遍性免除責任之適用效果，故 CDA 法案第 230 條並未優先適用於允諾禁反言原則，而回歸一般契約責任發生法律效果。

依學者的統計結果來看，只要經過前述三層次的判斷而確認並非第 230 條免責事由規定所排除適用的範圍，皆可在其適用範圍內獲得「優先適用」其他法律的結果。另外，可以發現具體個案的審理法院並無系統化、一致化的構成要件判斷，常有法院忽略某些要件而直接不予論及，學者認為，即便被告不與爭執，法院仍應明確地描述此判斷層次，實務審理被告主張 CDA 法案第 230 條的進行模式仍有待改善³¹⁶。

第五目 實務見解發展之反思

通訊適正法案第 230 條的規定，在立法者之本意或許僅使網路服務提供者免於負擔實體資訊媒介之出版者責任，且限於誹謗性言論侵權案件(或僅依普通法延伸至因言論所生的侵權案件)；然而在 Zeran 案及其後實務見解的發展累積下，網路服務提供者不僅無須負擔散布者責任(舉重以明輕，亦包含管道者責任)，且其免責的範圍擴張至近乎全部民事責任。雖在 10 年後出現少數幾個限縮 Zeran 案法院見解之案件，惟似乎仍無法抵擋 CDA 法案第 230 條極度擴張免責事由規定適用範圍之洪流。

³¹⁵ 詳見本文同款第三目介紹。

³¹⁶ David S. A., *supra* note 3, at 474-475.

又觀察 Zeran 案法院見解及其後續發展實務，學者歸納整理過擴張解釋第 230 條適用範圍的法院，其多重度倚賴第 230 條(a)發現³¹⁷以及(b)政策³¹⁸，作為其「第 230 條的免責事由規定，乃制定用以確保網站經營者不會因針對第三方提供的資訊交流，而對其提起之訴訟而有所不利³¹⁹」的論述依據，其中又以(a)(4)網路及其他互動電腦服務對於全美國人民有益，且以最少管理規範的狀態下蓬勃發展、(b)(1)促進網際網路的持續發展(b)(2)確保現行網路世界中因網路及互動電腦服務而具有活力且競爭的自由市場，得以免於聯邦及州立法規的枷鎖、(b)(3)鼓勵加強對於使用者控制其接收資訊之科技發展，此等反對規範而傾向市場自由發展之四款最常被引用³²⁰。然而，如同 Roomates.com 一案主筆法官曾說：「通訊適正法案並非用來創造一個在網路世界中毫無法律拘束的淨土³²¹」，「網路在現今社會中已非一種新興而脆弱的通訊方式，會因加諸法律或是行政規範而窒息……反之，其已成為主宰性、超出其他通訊方式的商業進行方式……因而我們須謹慎地不要擴張國會所賦予的免責，而遵循一般通常的適用範圍³²²。」，立法者制定第 230 條時僅欲免除善意出版者及被動管道媒介的責任，法院將第 230 條擴張適用至非出版者責任³²³，將造成許多原可擔任打擊網路犯罪或網路不法行為的有效工具的州立民事、刑事

³¹⁷ (a) Findings

The Congress finds the following:

(1) The rapidly developing array of Internet and other interactive computer services available to individual Americans represent an extraordinary advance in the availability of educational and informational resources to our citizens.

(2) These services offer users a great degree of control over the information that they receive, as well as the potential for even greater control in the future as technology develops.

(3) The Internet and other interactive computer services offer a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for cultural development, and myriad avenues for intellectual activity.

(4) The Internet and other interactive computer services have flourished, to the benefit of all Americans, with a minimum of government regulation.

(5) Increasingly Americans are relying on interactive media for a variety of political, educational, cultural, and entertainment services.

³¹⁸ 參照前揭註 252。

³¹⁹ Doe v. Myspace, Inc., 474 F. Supp. 2d 843, 847 (W.D. Tex. 2007), aff'd, 528 F.3d 413 (5th Cir. 2008).

³²⁰ David L., *supra* note 5, at 382-383.

³²¹ Fair Hous. Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC, 521 F.3d 1157, 1164 (9th Cir. 2008).

³²² *Id.*

³²³ Ryan, *supra* note 14, at 849.

責任被架空³²⁴。



學者認為，法院為了維護傳統的州管制力量，可以且必須闡釋聯邦法規及規範體系，因而應逐漸限縮解釋第 230 條的免責保護範圍³²⁵。為了判斷立法者當初是否免除散布者責任，法院具有闡釋州立規範是否牴觸聯邦法規，進而被優先適用的權力，亦即決定該州立規範是否符合聯邦法律的「結構及目的」。首先，以「國會的立法目的」開始，再來，法院應秉持「除非其為聯邦法案明確且顯然的的目的所欲排除者，否則州立的管制力量不得被聯邦法案所取代」³²⁶。因第 230 條條文規定有關優先適用的範圍，直接定義為「和本法案不符的州立規範」，則需集中到聯邦法案明確且顯然的的目的為討論。觀察第 230 條(c)(1)的規範用語，及其立法時欲推翻的 *Stratton v. Prodigy* 案見解，實乃僅賦予此聯邦法案優先適用州立規範有關「出版者責任」的部分，不包含散布者。且觀諸第 230 條(b)政策，包含(I)欲維持網際網路及線上經濟相當大程度地不受規範干擾並持續成長，(II)欲扭轉 *Stratton v. Prodigy* 案見解的見解並消弭網站對於移除攻擊性內容之各種努力的阻力，以及(III)確保網際網路中的(言論)適正性。依此兼具三種面向的政策來看，第 230 條並非全面優先適用於州立所有有關線上世界的責任規範，僅優先適用於州立規範加諸於自主移除第三方提供的攻擊性言論的網路服務提供者之出版者責任³²⁷。

針對學說對於擴張適用賦予正面評價之理由，乃認為正當化不受規範干涉的

³²⁴ Ryan, *supra* note 14, at 846.

³²⁵ *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525, 590–604 (2001) (Stevens J., dissenting) (citations omitted). As the regulations at issue in this suit implicate [powers] that lie at the heart of the States' traditional police power . . . our precedents require that the Court construe the preemption provision 'narrow[ly].' If Congress'[s] intent to pre-empt a particular category of regulation is ambiguous, such regulations are not pre-empted. . . . [T]he scope of a pre-emption provision must give effect to a 'reasoned understanding of the way in which Congress intended the statute and its surrounding regulatory scheme to affect business, consumers, and the law.'

³²⁶ Robert S. Peck, A Separation-of-Powers Defense of the "Presumption Against Preemption," 84 TUL L. REV. 1185, 1196 (2010).轉引自：Ryan, *supra* note 14, at 854-855.

³²⁷ Ryan, *supra* note 14, at 855-857.

網路領域，從 CDA 法案欲產生使資訊能夠大量創造流通的效果而言其確實相符³²⁸。然法院及支持擴張之學說過度強調部份政策的重要性，而極度扭曲了第 230 條立法最原本的意旨—欲使家長得以決定其孩童透過網路資訊交流的內容，學者稱呼實務發展之現象為「司法的橡樹由極小的法律橡果成長而來」³²⁹，第 230 條隨著實務見解之發展打破了誹謗相關法律規範中的用語，以及其欲防範正新興的網路世界成為「紅燈區」的立法目的³³⁰。且就法條文字為更深入地闡述，觀諸固有普通法體系將出版者責任與散布者責任相區別，並且在立法前 *Cubby v. CompuServe* 案論及電子論壇的散布者責任，而 *Stratton v. Prodigy* 案亦明確區分論述出版者及散布者的責任標準，立法者顯著地並未將「散布者」納入第 230 條(c)(1)的法條文字中，法院應理解為立法者謹慎地在「第 230 條避風港條款中排除了散布者」³³¹。網路服務提供者因自 *Zeran* 案開始及後續發展之實務見解，過度擴張第 230 條免責範圍，喪失自主管理提供服務之資訊內容的動機，此和該條立法最初目的完全相反，即便其對於該資訊內容有編輯能力，抑或是已受到權利受損者之通知而無作為，依現行法院見解其皆無須負責，且被受害人亦因勝率不高而不欲對其提起訴訟，而讓網路服務提供者有恃無恐³³²。依據統計資料之結果，即便沒有第 230 條的免責規定，原告在主張誹謗性言論類型訴訟時勝訴機率本即較其他類型訴訟低微，又加上需主張第二責任亦增加其難度，是以對於網路服務提供者提起訴訟時，多集中在其惡性重大的不法行為。依惡意例外原則限縮此類惡性重大的不法行為案件中網路服務提供者適用第 230 條的可能，並不至於導致言論自由及商業利益的過度侵害³³³。

³²⁸ H. Brian Holland, In Defense of Online Intermediary Immunity: Facilitating Communities of Modified Exceptionalism, 56 U. KAN. L. REV. 369, 391 (2008).轉引自：Ryan, *supra* note 14, at 849.

³²⁹ 此用語於自於：*Blue Chip Stamps v. Manor Drug Stores*, 421 U.S. 723, 737 (1975). (discussing federal courts' interpretation of Rule 10b-5 of securities laws to include private cause of action when none is explicitly stated in rule or enabling statute).

³³⁰ David L., *supra* note 5, at 372.

³³¹ David R. Sheridan, *Zeran v. AOL and the Effect of Section 230 of the Communications Decency Act Upon Liability for Defamation on the Internet*, 61 ALB. L. REV. 147, 162 (1997); David L., *supra* note 5, at 388.

³³² David L., *supra* note 5, at 403.

³³³ David L., *supra* note 5, at 410-411.

又或者有主張支持擴張免責範圍之理由，乃如 Zeran 案法院判決所言「使網路服務提供者於訴訟中免責，並不代表此發布誹謗性訊息的原始可歸責者可以逃過其義務³³⁴」，但學者指出，依據美國憲法第一修正案的保護而原告必須通過法院的三階段審查方能揭露匿名者的資訊、至訴訟判決產生時可能仍無法確認真實對象而向其執行、典型的原始發布者既沒有深口袋也沒有就言論侵害的相關保險此等阻礙事由，原告在現實上多被建議不對網路上的誹謗性言論發言者提起訴訟³³⁵。

亦有數位學者提出應仿效現行的 DMCA 法案通知取下制度，對第 230 條進行修正³³⁶，DMCA 法案中，網路服務提供者得免於負擔責任的要件包含：非實際知悉使用者具體利用其設備、服務從事侵害著作權；未察覺侵權活動至為明顯之事實或情況；或在實際知悉或察覺之後迅速移除或使無法接觸該素材³³⁷。該法條並明訂原告「通知取下」的要件以及程序³³⁸。但誹謗性言論與著作權侵害在本質上有所差

³³⁴ Zeran, 129 F.3d. at 330.

³³⁵ David L., *supra* note 5, at 402-403.

³³⁶ Colby Ferris, Communication Indecency: Why the Communications Decency Act, and the Judicial Interpretation of It, Has Led to a Lawless Internet in the Area of Defamation, 14 BARRY L. REV. 123, 135 (2010); Olivera Medenica & Kaiser Wahab, Does Liability Enhance Credibility?: Lessons from the DMCA Applied to Online Defamation, 25 CARDOZO ARTS & ENT.L.J. 239 (2007); David E. Hallett, How to Destroy a Reputation and Get Away With It: The Communications Decency Act Examined: Do the Policies and Standards Set Out in the Digital Millennium Copyright Act Provide a Solution for a Person Defamed Online?, 41 J. L. & TECH. 259, 278 (2001). 轉引自：Ryan, *supra* note 14, at 861; David L., *supra* note 5, at 406.

³³⁷ 17 U.S.C. § 512

§ 512. Limitations on liability relating to material online

(c) Information residing on systems or networks at direction of users.--

(1) In general.--A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider--

(A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

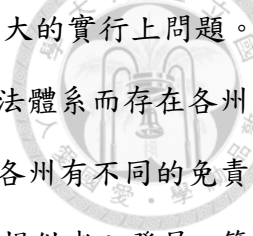
(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

³³⁸ 17 U.S.C. § 512

§ 512. Limitations on liability relating to material online

(c)(3)(A)

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining



異，將 DMCA 法案引用至誹謗性言論之散布者責任，將存在重大的實行上問題。首先，著作權侵害乃由聯邦法律統一規定，惟誹謗性言論乃普通法體系而存在各州之差異。如欲使各州負擔相同責任，則須對於網路服務提供者在各州有不同的免責規定，又如不使其負擔相同責任而依各州而異，則阻礙網路服務提供者之發展。第二，要求網路服務提供者判斷誰是著作權的擁有者，比判斷某陳述是否為誹謗性言論容易許多。最後，如希冀像 DMCA 法案般，使網路服務提供者負擔(各州統一的)散布者責任，則需由國會修訂現行 CDA 法案方可能達成³³⁹。

無論對於實務見解擴張解釋第 230 條免責範圍採取何種立場，學者指出通訊適正法案第 230 條賦予網路服務提供者一定程度的免責，但也不代表實務上網路服務提供者能依此作為「通行證」而免去所有的責任歸咎³⁴⁰，除主張本條未通過前介紹的三層次免責事由規定適用審查，而回歸既有規範認定責任之網路服務提供者外，即便為成功主張第 230 條而免責之三分之二案件(如扣除其他無關 CDA 法案第 230 條事由的駁回請求，則高達四分之三案件³⁴¹)，作為被告之網路服務提供者仍應負擔一定的人力、財力、時間成本。

本文對於美國法適用上的結論而言有一個進一步的小觀察，是否因其免責事由規定適用主體包含**互動電腦服務使用者**，因而實務發展下為避免課予全體過重之責任，方與以解釋免責事由規定免除責任之範圍包含散布者，或未可知；再加上美國民事訴訟承認匿名性訴訟之存在，故權利人得經由提起 John Doe 訴訟並在訴訟程序中要求法院對於網路服務提供者核發令狀，命其提出發信者個人資料以協

party may be contacted.

³³⁹ David L., *supra* note 5, at 406-407; Jason C. Miller, Who's Exposing John Doe? Distinguishing Between Public and Private Figure Plaintiffs in Subpoenas to ISPs in Anonymous Online Defamation Suits, 13 J. TECH. L. & POL'Y 239-240 (2008).

³⁴⁰ David S. A., *supra* note 3, at 485.

³⁴¹ David S. A., *supra* note 3, at 493.

助權利人特定誹謗性言論之發布藏鏡人，使權利人對於真正應答責之對象請求損害賠償，或許較不至於求助無門。(詳細介紹參本文第二章第三節以下)



第二項 歐盟電子商務指令

參酌本文第二章第一節第二項可得知，在未有統一規範前各會員國間對於網路服務提供者之規範差異性甚大，責任成立要件、舉證責任之所在等皆有所不同。也正基於此現象，歐洲執行委員會提出電子商務指令之提案(proposal)，後經歐洲議會通過正式施行生效，其中第二章第四節特別規範有關媒介服務提供者之責任³⁴²。又觀諸現代社會中，網路服務提供者已成為發展電子商務的關鍵角色(或者有更甚者認為為電子商務存在的先決要件)，如欲達到本指令解釋備忘錄中提及的「為電子商務流動提供設備」之目標³⁴³，除去網路服務提供者責任的不確定性以及限制其發生責任之可能為必要的手段³⁴⁴。

歐盟法體系中，乃藉由各式各樣名稱、規範效力的法律工具，構成會員國間條約或協議，其中歐洲共同體條約(the Treaty Establishing the European Community; the EC Treaty)第 249 條明文規定，歐盟法體系中規則(regulation)、指令(directive)、決定(decision)、建議(recommendation)以及意見(opinion)之定義及效力³⁴⁵。歐盟電子商

³⁴² Kamiel, *supra* note 10, at 27.

³⁴³ Executive Summary with the Explanatory Memorandum 轉引自：Kamiel, *supra* note 10, at 46.

³⁴⁴ Kamiel, *supra* note 10, at 46.

³⁴⁵ the Treaty Establishing the European Community

CHAPTER 2

PROVISIONS COMMON TO SEVERAL INSTITUTIONS

Article 249

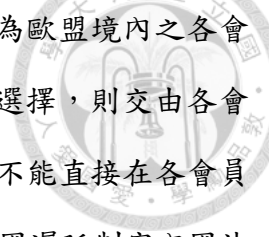
In order to carry out their task and in accordance with the provisions of this Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions.

A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

A decision shall be binding in its entirety upon those to whom it is addressed.

Recommendations and opinions shall have no binding force.



務「指令」的法律效力，僅對其要求完成目的之會員國(本指令為歐盟境內之各會員國)，就其完成之目的具有拘束力，但其完成之形式和方法之選擇，則交由各會員國當局決定。也就是說，本指令需要各會員國政府作為中介，不能直接在各會員國發生效力，亦不能被各會員國之國民直接援引³⁴⁶。又未免會員國遲延制定內國法，而不欲達成指令所要求之目的，歐洲法院透過一系列判決發展出在符合一定要件下，不需要會員國更進一步的行為，在「指令」所規定會員國應制定之法令，而會員國仍未完成該措施或該措施不足以達成「指令」之目的時，「指令」即具有垂直效力，可使該國國民在內國法院依據指令向國家提起訴訟。然而，歐洲法院向來不承認人民與人民間指令的直接水平效力³⁴⁷，因此歐盟電子商務指令在各會員國未明文立法前，實則無法在網路服務提供者與權利人為對造的訴訟中加以引用。是以2002年電子商務(電子商務指令)³⁴⁸規則的公布施行，方使電子商務指令規範內容對於各會員國全體直接發生效力³⁴⁹。電子商務規則並未就電子商務指令有關網路服務提供者責任之具體規範內容有所改變，僅條號有所變更，本文仍依照電子商務指令之規範為介紹。

歐盟於2000年制定公布「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」³⁵⁰，簡稱「歐盟電子商務指令」，本指令之目的乃為發展資訊社會服務，以各國皆適用的統一規範，期確保法律安定性以及使消費者產生信賴，並且明確化法律概念，使其在內部市場發生正確機能，最後，希冀創造一個法律架構

2009年後為 the Treaty on the Functioning of the European Union 歐洲運作條約第288條所取代，不過規範內容完全相同。參照王泰銓(2008)，《歐洲聯盟法總論》，頁161，台北：台灣智庫。

³⁴⁶ 王泰銓，前揭註345，頁162-163。

³⁴⁷ 王泰銓，前揭註345，頁163。

³⁴⁸ Electronic Commerce (EC Directive) Regulations, 2002.

³⁴⁹ 王泰銓，前揭註345，頁161-162。

³⁵⁰ 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 Internet Market.

使服務能在各會員國間自由流通³⁵¹。此「服務的自由流通」，實乃歐洲聯盟基本權利憲章第 11 條第 1 項³⁵²以及歐洲人權公約第 10 條³⁵³所賦予的言論自由之一環³⁵⁴。又其立法說明第 40 點前段指出³⁵⁵，有關責任之規定(包含本文欲探討的媒介服務提供者一節)，乃為提高內部市場之效率、促進跨國界服務之發展，故將各國間有關

³⁵¹ Pablo Asbo Baistrocchi, *Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce*, 19 Santa Clara Computer & High Tech. LJ 112 (2002); 參照立法說明第 5 點到第 7 點。

(5) The development of information society services within the Community is hampered by a number of legal obstacles to the proper functioning of the internal market which make less attractive the exercise of the freedom of establishment and the freedom to provide services; these obstacles arise from divergences in legislation and from the legal uncertainty as to which national rules apply to such services; in the absence of coordination and adjustment of legislation in the relevant areas, obstacles might be justified in the light of the case-law of the Court of Justice of the European Communities; legal uncertainty exists with regard to the extent to which Member States may control services originating from another Member State.

(6) In the light of Community objectives, of Articles 43 and 49 of the Treaty and of secondary Community law, these obstacles should be eliminated by coordinating certain national laws and by clarifying certain legal concepts at Community level to the extent necessary for the proper functioning of the internal market; by dealing only with certain specific matters which give rise to problems for the internal market, this Directive is fully consistent with the need to respect the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty.

(7) In order to ensure legal certainty and consumer confidence, this Directive must lay down a clear and general framework to cover certain legal aspects of electronic commerce in the internal market.

Explanatory Memorandum with E-Commerce Directive, under IV, 5, p. 16; 轉引自: Kamiel, *supra* note 10, at 40.

³⁵² CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION

Article 11 Freedom of expression and information

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers.
2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.

³⁵³ European Convention on Human Rights

ARTICLE 10 Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

³⁵⁴ Pablo, *supra* note 351, at 112.

³⁵⁵ 「Both existing and emerging disparities in Member States' legislation and case-law concerning liability of service providers acting as intermediaries prevent the smooth functioning of the internal market, in particular by impairing the development of cross-border services and producing distortions of competition; service providers have a duty to act, under certain circumstances, with a view to preventing or stopping illegal activities; this Directive should constitute the appropriate basis for the development of rapid and reliable procedures for removing and disabling access to illegal information; such mechanisms could be developed on the basis of voluntary agreements between all parties concerned and should be encouraged by Member States;」

於網路服務提供者身為媒介之責任，賦予一致性之規定以避免不正競爭。除此之外，其為將跨國界之服務發展導向適當的方向，而賦予媒介服務提供者移除資訊及使該資訊無法接收的可信賴程序³⁵⁶。本節訂立之作用乃要求各會員國，當媒介服務提供者在符合特定要件下，原依各會員國內國法對於他人所提供之資訊造成之損害，須負擔共同責任，因本指令的免責事由規定而得以免除其責任。

本指令不同於美國法對於特定法領域分別制定免責事由規定³⁵⁷，歐盟電子商務指令採取水平式立法，使用者提供之不法資訊，不問涉及民事、刑事、著作權等智慧財產權領域等，網路服務提供者均適用本指令有關媒介服務提供者之規範³⁵⁸，但本電子商務指令亦有排除適用的範圍，例如依其第 1 條第 5 項 b 款³⁵⁹，有關個人資料安全的保護，依資料保護指令(Data Protection Directive 或 General Data Protection Directive)為相關之責任規定³⁶⁰，不包含在本指令之範圍內。惟電子商務指令立法說明第 40 點後段³⁶¹卻又指出，本指令有關責任的規定並不排除不同利益團體在個人資料保護的相關指令限制範圍內，以數位科技發展、或有效運用保護/識別之技術性系統/技術性監視工具。被動的媒介服務提供者在兩者的適用上並無重大差異，但在近日主要的主動性媒介之情形，依照資料保護指令所需負擔的義務較電子商務指令繁重，其如欲主張免除自身責任則依照電子商務指令將較為簡易，

³⁵⁶ Pablo, *supra* note 351, at 112.

³⁵⁷ Communications Decency Act 規範網路服務提供者民事領域之免責事由規定，而 Digital Millennium Copyright Act 則規範網路服務提供者著作權法之免責事由規定，而網路服務提供者的刑事責任則適用刑法及其特別規定。

³⁵⁸ 陳龍昇，前揭註 31，頁 215；陳人傑，前揭註 49，頁 144；Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 231.

³⁵⁹ Article 5 : This Directive shall not apply to:..... (b)questions relating to information society services covered by Directives 95/46/EC [the Data Protection Directive] and 97/66/EC [the predecessor of the e-Privacy Directive] ;

³⁶⁰ Bart van der Sloot, Welcome to the Jungle: the Liability of Internet Intermediaries for Privacy Violations in Europe, 6.3 Journal of intellectual property, information technology and electronic commerce law 212, 216-219 (2015).

³⁶¹ 參照前揭註 171。

兩指令適用優劣順序上即會產生影響³⁶²。此立法說明之模糊用語受到學者批評，其將導致電子商務指令之媒介服務提供者責任與個人資料保護相關指令之適用界線模糊不清³⁶³。但也有學者認為依第 15 條的規定內容來看，網路服務提供者無須、現實上亦無意願依本條立法說明後段，配備此等技術系統或技術設備以保護權利或識別不法資訊³⁶⁴。

本電子商務指令制定於 2000 年，依照網路服務提供者之具體提供服務型態，依功能分為單純連線服務(mere conduit)、快速存取服務(caching)以及資訊儲存服務(Hosting)三類，並適用不同的免責規定(第 12 條至第 14 條)。此規範模式與美國法通訊適正法案、日本法提供者責任限制法未區分網路服務提供者類型，全面適用的免責事由規定有所不同，但與美國 DMCA 法案第 512 條規定區分類型之規範模式相同，此乃基因於歐盟指令的「媒介服務提供者」專節乃主要參考美國 1998 年 DMCA 法案發展而來有關³⁶⁵。而此電子商務指令專節與美國 DMCA 法案第 512 條規範不同之處，包含其相較美國 DMCA 法案在資訊儲存服務提供者免責事由要件上，未具有「非因該不法資訊而獲得利益」、「具有控制的權利與能力」等要件存在，在整體上缺乏「搜尋/應用服務提供者之規定」、「通知取下制度之法定通知形式要件/程序」等規範³⁶⁶。

第一款 對於資訊內容非實際知悉或推定知悉

指令第 12 條對於單純連線服務提供者採取客觀的免責要件，至於第 13 條及

³⁶² 學者認為(See Bart, *supra* note 360, at 212, at 222.)，被動(passive)的媒介服務提供者僅自動化傳輸、儲存及出版資訊，乃歐盟電子商務指令立法時所欲規範的主要對象，然而，隨著時代的發展，現今多數網路服務提供者皆為主動的媒介服務提供者，其提供平台供使用者儲存、交流資訊，就網站運作模式及發揮的功能效用，有更為主動的參與，例如臉書、Youtube、Ebay 等。

³⁶³ Bart, *supra* note 360, at 215.

³⁶⁴ Kamiel, *supra* note 10, at 34.

³⁶⁵ Pablo, *supra* note 351, at 111.

³⁶⁶ Kamiel, *supra* note 10, at 26-43.

第 14 條對於快速存取服務及資訊儲存服務提供者，則除客觀免責要件外，亦須考量該網路服務提供者之主觀要件³⁶⁷。本指令未規範搜尋/應用服務提供者之免責事由，然而在歐洲法院 Google v. Louis Vuitton³⁶⁸案中，將 Google 搜尋引擎涵攝於第 14 條的資訊儲存服務提供者，而仍有本電子商務指令之適用³⁶⁹。本文將集中在資訊儲存服務提供者為相關規定之說明。

電子商務指令第 14 條規定：「 I 當資訊社會服務提供者，提供的服務包含供其「服務接收者」儲存其所創造的資訊時，會員國應確保在下列情形時，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)服務提供者並未實際知悉(actual knowledge)該不法活動或資訊，並且在有關損害賠償的請求上，並未察覺(not aware of)該不法活動或資訊，有顯而易見的事實或狀況(b)服務提供者在實際知悉或察覺後，立即移除該資訊或使該資訊無法接取。」³⁷⁰

在(a)項中此實際知悉是指具體個案中認識系爭行為或資訊內容的違法性，方

³⁶⁷ Pablo, *supra* note 351, at 114.

³⁶⁸ Court of Justice, Google France SARL, Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL v Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08), and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08), cases C-236/08, C-237/08 and C-238/08, 23 March 2010.

³⁶⁹ Bart, *supra* note 360, at 213.

³⁷⁰ 譯文參照陳人傑，前揭註 49，頁 149；本條文原文如下：

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:

(a) 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

(b) 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.

須負擔刑事或民事的故意責任；而對於損害賠償的請求，在解釋上本指令以降低服務提供者原須負擔的抽象輕過失標準，導向具體輕過失或重大過失方須負擔責任的方向³⁷¹。網路服務提供者可能負擔之責任，可區別為嚴格責任以及過錯責任，後者又區分為實際知悉責任與推定知悉責任。嚴格責任乃無論該網路服務提供者對於資訊內容是否有所認識，抑或是具有掌控能力，皆要求其對於該資訊內容負責，如採取課與網路服務提供者監督其所傳遞全部資訊之義務，因技術發展上的限制、花費費用甚鉅等因素，將導致間接課予其嚴格責任之效果³⁷²。至於實際知悉與推定知悉，其兩者相同處乃「有意侵害他人權利」，但前者需明確知悉侵害權利事實存在，但後者僅需依客觀狀態下，有相當的線索得以合理預見某特定素材將侵害他人權利即可，學者認為本條後段有關損害賠償的請求，即採取推定知悉責任³⁷³。

在討論本條文是否具有「實際知悉」或「推定知悉」時，需特別參酌同指令第 15 條「不得課予媒介服務提供者監督所傳輸或儲存資料的一般性義務」此原則，亦即媒介服務提供者通常乃仰賴權利受侵害者或感興趣之第三方所為之通知，方該當「實際知悉」或「推定知悉」，並非其本身須對於使用者儲存之資訊內容為探究³⁷⁴。而多數會員國法院見解，亦以媒介服務提供者接收到「其服務中具有不法內容的通知」，而未予刪除該不法資訊，認定符合實際知悉或推定知悉之要件³⁷⁵。且本指令之「實際知悉」所指涉實質意涵為何，因並未如同美國 DMCA 法案將「通知」的形式要件予以明文³⁷⁶，導致媒介服務提供者難以判斷何者為權利人/第三人

³⁷¹ 陳人傑，前揭註 49，頁 150。

³⁷² Pablo, *supra* note 351, at 114.

³⁷³ Pablo, *supra* note 351, at 114; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

³⁷⁴ Pablo, *supra* note 351, at 122; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

³⁷⁵ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

³⁷⁶ 美國 DMCA 法案第 512 條(c)(3)，使用者對於資訊儲存服務提供者所提出之著作權侵害發生「通知」須具備之形式要件。

(3) Elements of notification.—

(c)(3)(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:

有所根據的通知，亦無法知悉其是否該當「實際知悉」或「推定知悉」，而需為關閉此網頁/刪除資訊的防免損害發生措施³⁷⁷，且如歐盟各會員國仍採取第 14 條第 1 項(a)款後段推定知悉要求私人媒介服務提供者負責，又無美國 DMCA 法案第 512 條有關通知不合於形式要件時，即不得認為網路服務提供者該當「實際知悉」或「推定知悉」之規定³⁷⁸，將造成其對於權利人/第三人之任意通知，或自行監控下未經確認的爭議資訊，立即予以刪除或使他人無法接收，侵害言論自由及公平競爭甚鉅³⁷⁹，學者期待應有更明確且詳盡的機制來平衡兩相衝突的利益³⁸⁰。況且，如確認經由權利人的「通知」，方可能成立網路服務提供者之實際知悉或推定知悉，在本指令規範下，網路服務提供者接獲通知而認為侵權行為可能發生時，即刪除該資訊進

(i) A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

(ii) Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.

(iii) Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.

(iv) Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.

(v) A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.

(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

³⁷⁷ Pablo, *supra* note 351, at 124; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 231.

³⁷⁸ (3) Elements of notification.—

(c)(3)(B)

(i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A).當通知不符合法定要式性時，此「通知」「不得」作為主張網路服務提供者有實際知悉或推定知悉的依據。也就是說，其等規定將通知不成立時，依法條明文由主張權利受侵害者負擔不利益，而非由網路服務提供者負擔通知不成立的不利益。

³⁷⁹ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 234.

³⁸⁰ Pablo, *supra* note 351, at 124; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 231.



而免責，並無 DMCA 法案第 512 條(g)(2)強制規定網路服務提供者在接獲通知並刪除資訊之同時，立即轉通知發信者並賦予其提出反對通知之合理期間及回復原狀可能之規定³⁸¹，則對於發信者言論自由之保障似顯未足。

又此規範的「實際知悉」或「推定知悉」要件，應由權利受侵害者負擔舉證責任，抑或是由被告援引時負擔「未成立此主觀要件」之舉證責任(如英國法 1996 名譽侵害法案規定)，條文中未有明確規範。參酌本指令所仿效的 DMCA 法案中，由主張著作權受侵害者證明被告直接侵害著作權或助成/代理侵權，而由網路服務提供者證明該當免責事由作為抗辯³⁸²，話雖如此，學者認為電子商務指令的責任限制要件為「未有真實知悉或推定知悉」，在訴訟程序中證明「未曾發生或不存在的事實」具有相當的難度，或許應考慮由原告負擔具有主觀要件之舉證責任方為妥適³⁸³。

同條第 2 項特別說明到，當使用者乃隸屬於或受服務提供者控制之情形，例如使用者與服務提供者間為關係企業，對於該使用者所從事之不法行為，網路服務提供者即不適用免責事由規定，而應認定其為服務提供者透過從屬企業從事的自己行為³⁸⁴。此項強化了網路服務提供者得以免除其責任之原因—對於資訊內容並不

³⁸¹ (g) Replacement of Removed or Disabled Material and Limitation on Other Liability.—

(2)Exception.—Paragraph (1) shall not apply with respect to material residing at the direction of a subscriber of the service provider on a system or network controlled or operated by or for the service provider that is removed, or to which access is disabled by the service provider, pursuant to a notice provided under subsection (c)(1)(C), unless the service provider—

(A) takes reasonable steps promptly to notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material;

(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and (C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection (c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.

³⁸² 李治安，前揭註 45，頁 457。

³⁸³ Kamiel, *supra* note 10, at 37.

³⁸⁴ 陳龍昇，前揭註 31，頁 217；陳人傑，前揭註 49，頁 143-150。

具有控制能力，反之，如其對於儲存之資訊具有某種程度之控制可能，則不能主張免責³⁸⁵。就此點而言，本文認為其可以說是對於美國法上「資訊內容提供者」的可能類型，為更進一步的具體規範，而作為排除網路服務提供者適用免責事由規定的可能。

同條第 3 項規定，前述規定並不妨礙各會員國之行政機關及法院，依其國內法律體系要求終止或防止侵害行為，亦即本指令中媒介服務提供者之通則性免責事由規定，僅限於有關是否負擔損害賠償責任之問題，其他命令網路服務提供者終止或防止侵害行為之相關規範，保留與各國行政、司法依法定程序為之³⁸⁶。又同條項規定各會員國可建立有關移除資訊或使之無法接收的程序，並於立法說明第四十六點特別指出，此程序的建立須符合言論自由的原則，且應於會員國立法層次規定此刪除程序³⁸⁷。現行法規範下，第 14 條第 3 項以及第 21 條第 2 項³⁸⁸，或可做為各會員國引入美國法上通知取下制度之依據³⁸⁹，而在各會員國尚未就通知取下制度有完整引入立法前，則委由當事人契約自由約定。又 2012 年之電子商務與線上服務通報中，進一步規定各會員國應明確規定媒介服務提供者應於接獲侵權通知後，多久期間內，將該指涉資訊移除或使他人無法接觸，以維法律明確性³⁹⁰。

³⁸⁵ Pablo, *supra* note 351, at 123.

³⁸⁶ Pablo, *supra* note 351, at 118; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 231.

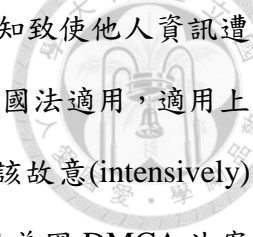
³⁸⁷ 陳人傑，前揭註 49，頁 143-150；立法說明第 46 點：in order to benefit from a limitation of liability, the provider of an Information Society service, consisting of the storage of information, upon obtaining actual knowledge or awareness of illegal activities has to act expeditiously to remove or disable access to the information concerned; whereas the removal or disabling of access has to be undertaken in the respect of the principle of freedom of expression and procedures established for this purpose at a national level; this Directive does not affect Member States' possibility of establishing specific requirements which must be fulfilled expeditiously prior to the removal or disabling of information.

³⁸⁸ Article 21

2. In examining the need for an adaptation of this Directive, the report shall in particular analyse the need for proposals concerning the liability of providers of hyperlinks and location tool services, 'notice and take down' procedures and the attribution of liability following the taking down of content. The report shall also analyse the need for additional conditions for the exemption from liability, provided for in Articles 12 and 13, in the light of technical developments, and the possibility of applying the internal market principles to unsolicited commercial communications by electronic mail.

³⁸⁹ Pablo, *supra* note 351, at 124.

³⁹⁰ 陳龍昇，前揭註 31，頁 217。



最後，指令中並未如美國 DMCA 法案規定故意發送虛偽通知致使他人資訊遭移除時，該通知發送人之賠償責任問題³⁹¹，因而回歸各會員國本國法適用，適用上多須證明發送通知者察覺其所發送之通知無正當根據，方須為該故意(intensively)發送虛偽通知行為負責³⁹²。此各會員國法適用結果下，雖等同於美國 DMCA 法案之規定，但依美國訴訟法規，如預防性禁制令(preliminary injunction)被權利人執行，然而，網路服務提供者上訴後該禁制令被撤銷，權利人須為其執行該禁制令所造成的損害對於相對人負損害賠償責任，無論是否具有故意。學者認為此變相鼓勵主張權利人不經司法途徑，而僅依私人通知網路服務提供者之方式，達到其所欲發生之刪除效果，希冀將來立法時能將私人救濟途徑中，誤為通知者之歸責標準，提高至與司法程序中誤執行禁制令者之嚴格責任(no-fault liability)歸責標準相同，方為妥適³⁹³。

需特別注意者，本媒介服務提供者章節在法律效果定位上與美國法 CDA 法案第 230 條相同，僅賦予網路服務提供者免責事由之明確要件，如媒介服務提供者不符合此等要件，應回到各會員國依其內國法決定應負擔的責任³⁹⁴。不過，美國判例法與歐盟大陸法系的責任成立規範並不相同，美國法對於資訊媒介責任，依據責任主體之不同而發展出不同的責任成立要件及判斷模式，然而，歐盟法之侵權責任規範，立法上似偏向採取不論責任主體為何，皆適用相同的一般侵權責任規定³⁹⁵，

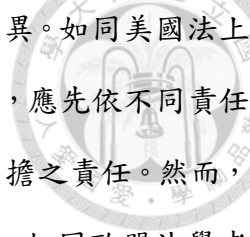
³⁹¹ (f) Misrepresentations.—Any person who knowingly materially misrepresents under this section—
(1) that material or activity is infringing, or
(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification,
shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

³⁹² Pablo, *supra* note 351, at 125; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 236.

³⁹³ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 236-237.

³⁹⁴ Pablo, *supra* note 351, at 118.

³⁹⁵ 歐洲侵權責任法原則乃由歐洲各主要國家及美國、以色列、南非等國家之侵權責任法學專家組成的「歐洲侵權責任法小組」，針對侵權責任重要議題為比較討論及研究後，於 2005 年對外公布，



因而兩者的網路服務提供者免責事由規定，在適用順序上有所差異。如同美國法上學者所述³⁹⁶，在美國判例法體系中，判斷網路服務提供者責任時，應先依不同責任主體涵攝其責任成立要件後，方依例外免責事由規定排除其應負擔之責任。然而，歐盟法免責事由規定乃針對一般責任規定為個別要件上的限制，如同歐盟法學者所言³⁹⁷，需先經此免責事由規定之篩漏作用通過後，如未該當免責事由規定，方回歸各會員國內國法為網路服務提供者之責任判斷。

第二款 不得課與一般性監督義務

電子商務指令第 15 條規定：「I 各會員國不得對提供第 12、13、14 條服務的提供者，課予監督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不法活動的事實或情事之一般性義務」。³⁹⁸

其性質上雖然屬於民間學術研究團體所擬訂的條文建議草案，仍有重要的參考價值，並可能成為官方後續制定相關規範的立法基本架構。第二編乃「一般責任規定」，包含損害及因果關係之規範，第三編第四章第一節過錯責任的要件，指在宣示過錯責任原則、界定行為人應有的行為準則以及避免肇致他人損害的義務。參照陳忠五(2012)，〈論「歐洲侵權責任法原則」的規範模式（上）〉，《月旦法學雜誌》，208 期，頁 189-192。

Principles of European Tort Law

TITLE III. Bases of Liability

Chapter 4. Liability based on fault

Section 1. Conditions of liability based on fault

Art. 4:103. Duty to protect others from damage

A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.

³⁹⁶ 參照前揭註 86。

³⁹⁷ 參照前揭註 125。

³⁹⁸ 譯文參照陳人傑，前揭註 49，頁 145；本條文原文如下：

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.

本條明文規範網路服務提供者，僅在實際知悉或推定知悉特定侵權事實存在的情況下，而負擔刪除/阻斷其他人接觸可能的注意義務，不得課予其主動搜尋不法活動之注意義務，以避免課予其過重的義務，方能保障通訊自由³⁹⁹。

然而，本指令的立法說明第 48 點⁴⁰⁰，卻指出本指令不排除各會員國課予「資訊儲存服務提供者」察覺並防止特定種類不法活動發生之注意義務，此是否代表各會員國得要求網路服務提供者負擔過濾及控制義務，作為其注意義務之內涵，又如其未具有過濾及控制之系統配備，是否即認定其違反注意義務，又如媒介服務提供者未依某標準探求資訊內容，因而未移除其可得探知的不法資訊，是否應認為其應當負相關責任，皆生疑義⁴⁰¹。雖然資訊儲存提供者以「實際知悉或推定知悉」不法內容為其可歸責的前提，但因立法說明第 48 點的存在，服務提供者如須配備具有發現內容的過濾技術，即擴張了其可被認定為具有此主觀要件的情形。以 2015 年年底歐盟實際運作之情形為例，歐盟公民自由司法內政委員會採用了預防激進主義報告(report)，同年底歐洲議會亦發布無拘束力之決議(resolution)，內容主要訴求網路社群媒體以及服務提供者，具有配合各會員國主管機關刪除任何散布暴力的激進主義資訊之義務，並認為各會員國應對於不配合行政或司法機關要求刪除資訊之網路服務提供者，依法使其負擔包含刑事追訴之責任。其更進一步指出網路事業及服務提供者應促進「預防激進主義」之訊息流通。在此決議之後，由移民、公民自由司法內政、司法、性別平等委員等以及歐盟內部部會首長、網際網路公司高層及歐盟反恐小組等共同組成歐盟網際網路論壇(EU Internet Forum)，希冀能形成一個官方及私人共同、自發性的程序，用以發現並舉報線上之有害素材⁴⁰²，此等行

³⁹⁹ Kamiel, *supra* note 10, at 33.

⁴⁰⁰ (48) This Directive does not affect the possibility for Member States of requiring service providers, who host information provided by recipients of their service, to apply duty of care, which can reasonably be expected from them and which are specified by national law, in order to detect and prevent certain types of illegal activities.

⁴⁰¹ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

⁴⁰² EuroISPA 網站，<http://www.euroispa.org/policy-committees/intermediary-liability/>(最後瀏覽日：

為似皆認為各會員國得課予網路服務提供者針對某特定種類不法活動(暴力的激進主義)之一般性監控義務。規範意旨似有所衝突的立法說明第 48 點與指令第 15 條間，應在何等情況下，方肯認得課予網路服務提供者對於特定種類資訊之一般性監控義務，本文認為應在例如預防暴力的激進主義此等極度例外的目的下，方予以承認。

又觀諸本指令第 12 條第 3 項、第 13 條第 2 項及第 14 條第 3 項，皆賦予各會員國行政及司法機關，依法命網路服務提供者終止或防止侵害行為，且參酌立法說明第 47 點⁴⁰³，雖不得課予網路服務提供者一般性的監督義務，然倘使在特定案例(specific case)的情形，例如特定行為人或網站曾被認定從事不法行為，行政機關得依行政行為或法院得依禁制令(injunction)命網路服務提供者為監督，此與第 15 條之規定相矛盾⁴⁰⁴，學者認為此等前後矛盾之立法，仍待調和性之一致性規範⁴⁰⁵。又如從立法歷程切入，在歐洲執行委員會提出的草案中，原條文案草案為「各會員國得由『法院』依法對於網路服務提供者發布『禁止禁制令(prohibitory injunction)』」，然而，後來通過之指令內容無論是「行政機關之行政行為」或法院的「不限種類之禁制令(包含命令性禁制令 mandatory injunction)」，皆為各會員國得採取之管制手段⁴⁰⁶，此是否為立法者肯認各會員國得正面課予網路服務提供者監督義務之依據皆生爭議。本文認為課與網路服務提供者事前監控特定種類資訊的義務對於其營業成本之負擔以及言論自由之侵害過鉅，如前述應僅限於防範恐怖主義等對於人身安全有迫切危害之資訊方有其適用，至於特定案例的事前監控義務，或可仿效英國 2013 年名譽侵害法案之規定內容，當權利人之通知乃針對相同的發信者、資訊

7/19/2016)。

⁴⁰³ (47) Member States are prevented from imposing a monitoring obligation on service providers only with respect to obligations of a general nature; this does not concern monitoring obligations in a specific case and, in particular, does not affect orders by national authorities in accordance with national legislation.

⁴⁰⁴ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

⁴⁰⁵ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

⁴⁰⁶ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 231.

內容以及網站，並在此通知內容之前已有兩次或以上的刪除資訊結果時，得直接刪除系爭資訊，而不賦予發信者表達意見之機會，亦不論權利侵害事實是否明顯，但仍以「接獲通知」作為發生作為義務之基礎方為妥適，立法說明中與歐盟電子商務指令第 15 條一般性監督義務禁止不符者，原則上不予適用。

無論如何，從前述規定可以得知，電子商務指令的免責事由規定僅規範「金錢的救濟」層次，有關法院禁制令或行政機關之行政行為的要件，皆不受本指令影響，依其既有法律規範為是否可對網路服務提供者加諸義務的判斷(法院禁制令的裁定與否，在一般侵權法律體系中無須判斷行為人主觀過錯，僅依損害是否可以彌補、可否依損害賠償獲得充分救濟、是否持續存在等要件為函攝，本來即與本指令欲給予網路服務提供者的主觀免責事由規定無涉⁴⁰⁷)。

綜觀歐盟電子商務指令，學者認為缺少如美國 DMCA 法案中通知取下制度之通知形式要件明確規範，將導致網路服務提供者收到有關侵權行為存在的指稱後，為了自保選擇關閉此頁面或移除此內容⁴⁰⁸，又或者承認立法說明第 48 點課予過濾義務，網路服務提供者為避免遺漏刪除資訊而致其應負擔責任，常常陷於過度小心的情況，而將所有可疑資訊皆予刪除或甚而關閉網頁⁴⁰⁹，造成網路服務提供者某程度成為私人的言論監察者，尤其，並未賦予使發言人主張、闡述其資訊內容合法之機會，亦沒有對無根據的通知制衡的保護機制，將對於發信者的言論自由造成侵害，並可能導致市場上競爭對手之一方，藉由惡意的指稱對手資訊內容違法形成不正競爭的局面，更遑論發信者正當法律程序之保障⁴¹⁰。且此未明確規定的取下資訊標準，亦導致歐盟中的網路服務提供者無法預知其刪除該等爭議內容，在各國所可能

⁴⁰⁷ Kamiel, *supra* note 10, at 37.

⁴⁰⁸ Pablo, *supra* note 351, at 130.

⁴⁰⁹ Pablo, *supra* note 351, at 130; Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.

⁴¹⁰ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 232.



遭致之責任，影響其在歐盟內部市場的發展意願⁴¹¹。

即便明確規範通知取下制度，且仿效 DMCA 法案之「反對通知(counter notification)及回復原狀制度(put back procedure)」⁴¹²，有學者認為雖能更明確周全地確立網路服務中所有參與人之權利義務，並期在「權利人之權利」與「言論自由及公平競爭」間取得平衡，然而，在歐盟法體系中，學者認為應回歸僅在法院發出禁制令時，網路服務提供者方有使使用者不得接收該資訊之義務，方為妥適⁴¹³，其理由在於，不應將是否該當權利侵害事實之判斷權責交由私人媒介服務提供者，無論判斷標的為侵害著作權、誹謗性言論、詐欺、不實廣告抑或是不正競爭，在法律及事實層面皆有許多困難的問題需釐清，且私人服務提供者亦不具有足夠的技術、知識以及人力資源為該資訊內容是否不法之判斷⁴¹⁴。在離線的世界中，主張權利受侵害者須經由法院的裁定方得阻止該資訊物件的傳播，則為何當此類爭議在線上發生時，其複雜困難程度並不亞於離線世界，且私人通知可能成為惡意防堵合法競爭、抑制大眾對於某特定議題討論之手段，卻只需主張權利受侵害者通知私人媒介服務提供者即可使該資訊下架，實欠缺得以令人信服之理由；且最重要者，對於法律及公共政策的價值選擇乃法院依法被賦予的權責，私人單位不得也不能行使此權限⁴¹⁵。

但學者有採取較緩和的立場，其認為僅需通知取下制度在立法上確立，抑或是


⁴¹¹ Pablo, *supra* note 351, at 130.

⁴¹² 權利受侵害人發出合於要件規定的「通知」後，網路服務提供者將此資訊取下。然網路服務提供者須將此通知取下之結果告知發信者，並限其於一定期限內回覆「反對通知」，如發信者回覆「反對通知」，則網路服務提供者再將此「反對通知」轉送給主張權利受侵害人，並限其於 10 個工作天內提出已向法院申請裁定，限制該發信者之侵害權利資訊流通，否則，網路服務提供者應於接到「反對通知」的 10~14 天內將該資訊回復為可接收狀態。

⁴¹³ Pablo, *supra* note 351, at 125.

⁴¹⁴ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 233-274.

⁴¹⁵ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 234.



設立獨立機關/專責單位判斷資訊是否應與刪除即可，非完全由法院發布禁制令方能達成⁴¹⁶。無論是智慧財產權的保護抑或是隱私權的保護，皆得仿效美國 DMCA 法案訂立詳細的「通知」及「反對通知」內容要件與程序，使網路服務提供者在依循法律所規定的時間軸及義務的前提下，不會承擔「主張權利受侵害人」或是「發信者」要求其負擔責任之風險。且如網路服務提供者欲考量其本身以及其使用者的利益(例如八卦類網站希望能持有創新震撼的最新消息)，而不遵守法律所規定的程序，僅由法院回歸實體法綜合考量受侵害之權利、發信者的言論自由、網路服務提供者的利益以及針對被侵害之權利已採取的措施等，判斷網路服務提供者是否應負擔責任，除此之外，尚配合 DMCA 法案中惡意不實通知/反對通知的賠償責任，避免使用者濫用此制度⁴¹⁷。無論採取法院禁制令唯一可能，或是仿效美國 DMCA 法案明確通知、取下、反對通知、回復原狀程序之規定，現行缺少保障言論自由及公平競爭機制的規定，極有可能違反各會員國憲法以及歐洲人權公約第 10 條言論自由⁴¹⁸。

第三款 實務見解

在適用歐盟電子商務指令之相關規定時，學者特別提醒到，立法當時網路服務提供者主要扮演的角色，乃代表使用者傳遞、儲存及出版素材，具有被動的本質，然而，網路及科技發展至今日，主要常見的網路媒介如 Facebook 平台、Youtube 影音服務、電子商務網站 Ebay 以及由使用者提供報導內容、評論的新聞網站，皆相較以往較具有主動性，此等網路平台的內容仍由使用者提供，但其在網站或平台的運作模式及發揮的功能效用皆具有主動的面向⁴¹⁹。此等主動面向的網路服務提供者是否在適用電子商務指令上有所疑義或有所變化，茲以後述的實務案例為說

⁴¹⁶ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 238.

⁴¹⁷ Bart, *supra* note 360, at 227-228.

⁴¹⁸ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 238.

⁴¹⁹ Bart, *supra* note 360, at 212.

明。



第一目 歐洲人權法院大法庭⁴²⁰Delfi AS vs Estonia⁴²¹事件

Delfi 是愛沙尼亞最大的新聞入口網站之一，讀者得針對每則新聞報導發表自己的評論，Delfi 的網站使用政策中說明到，「不得發布不法內容」及本網站使用「過濾內容」之程式以及備有「通知取下的系統」。Delfi 之員工撰寫了一篇有關 ice bridge(公司名)的評論性文章，其文章內容本身公正客觀，使用者於該文章下方發表之評論數量極多，但其中包含對於該公司及單獨持股人 L 的攻擊性素材。L 代表公司，要求 Delfi 將其中 20 則評論刪除並給予賠償，Delfi 當日即刪除該等攻擊性言論，但拒絕給予賠償。本案進入其國內訴訟程序，Delfi 主張其為中立的私人媒介而應適用電子商務指令之規定而免責，為內國法院所不採，並判決 L 得到相較於其請求之金額極少的賠償金。內國法院指出，網站業者有時作為線上媒介而適用電子商務指令之免責規定，然而其他時候，當該網站在線上扮演較主動的角色而無法將其定位為被動的線上媒介時，應依新聞工作之新聞媒體業者受言論自由保障之理論建構其責任。無論在內國法院或是後續歐洲人權法院之判決中，皆認為本案之新聞入口網站該當新聞媒體業者而非線上媒介，因而應適用歐洲人權公約 (ECHR) 第 10 條之規定，而非歐盟電子商務指令⁴²²。

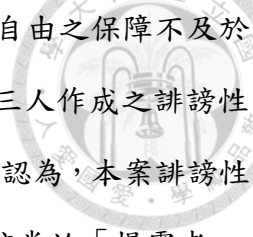
新聞組織將本案至歐洲人權法院提起訴訟，但在第一分庭得到一致意見的敗訴判決⁴²³，愛沙尼亞政府在歐洲人權法院分庭提出抗辯，其認為上訴公司既非誹謗

⁴²⁰ The Grand Chamber，亦有翻譯為大分庭、大法院，本文依照司法院出版之「歐洲人權法院裁判選譯」用語。

⁴²¹ European Court of Human Rights (Grand Chamber), Delfi/Estonia, appl.no. 64569/09, 16 June 2015.

⁴²² Lorna Woods, Delfi vs Estonia judgement explained, The London school of economics and political science, Media Policy Project Blog (2016). Retrieved from <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2015/06/16/the-delfi-as-vs-estonia-judgement-explained/> (最後瀏覽日：2016/04/07); Bart, *supra* note 360, at 219 (2015)

⁴²³ European Court of Human Rights, Delfi AS v. Estonia, appl.no. 64569/09, 10 October 2013.



性評論之作者(author)亦非其揭露者(discloser)，又人權公約言論自由之保障不及於既非作者亦非揭露者之言論自由，是以本案網站公司不得在第三人作成之誹謗性評論遭刪除時，主張其言論自由遭受侵害。惟歐洲人權法院分庭認為，本案誹謗性評論乃出現於上訴人公司之新聞入口網站，應認為該網站公司該當於「揭露者」，而與該評論之作者共同負擔未預防自己創造之不法內容揭露，或未移除自己創造之不法內容的責任。也基因於此，本案網站公司未盡其注意義務，使此誹謗性言論資訊揭露且在收到 L 請求刪除前未將其移除，而該義務違反限制了其得主張之言論自由。

此判決內容受歐洲人權法院大法庭肯認⁴²⁴，大法庭判決中，首先引用數個判決先例來重申歐洲人權公約第 10 條的主要內容，並進而針對本案爭議資訊的內容性質為討論。大法庭承認在網路世界中確保言論自由的實現可以獲得極大益處，然而，原則上也必須保留對於誹謗或是其他類型不法言論之相關責任，並且制定一種對於私人權利侵害有效的救濟方式⁴²⁵。其又指出依據歐洲理事會所提出之建議(Council of Europe Recommendations)⁴²⁶，「依循該服務被定義為媒體、媒介抑或是輔助者，而受到不同的形式以及不同程度的保護，其責任亦依歐洲人權公約第 10 條及其他歐洲理事會所訂立的相關標準而劃定」。本案基因於網際網路的特殊性質，網路新聞入口網站為適用歐洲人權公約第 10 條，對於第三人創造的內容所需負擔的「義務與責任」，皆與傳統的出版者有某些程度之差異⁴²⁷。大法庭依言論自由判斷原則涵攝於本案，首先須對於歐洲人權公約第 10 條第 1 項有所干預，再依「此限制是否正當」、「是否為達到合法的目的」、以及「為民主社會所必要」此三層次

⁴²⁴ Bart, *supra* note 360, at 220.

⁴²⁵ Lorna, *supra* note 422.

⁴²⁶ § 7 of the Appendix to Recommendation CM/Rec(2011)7.

⁴²⁷ Lorna, *supra* note 422.



判斷權利被侵害人是否應承擔此言論自由之限制⁴²⁸。

所謂「此限制是否正當」，乃指此法規是否為該權利受限制人可得而知且得預期其法律效果，Delfi 在此主張其認為自己應依電子商務指令適用媒介責任規範而免責，而無法預期愛沙尼亞法院加諸相關的義務在其身上，如其內國主管機關不認同其分類，應為內國法之涵攝錯誤。歐洲人權法院重申其並非替代內國法院進行審判，其僅評估內國有關當局所採用的方式以及所發生的法律效果是否與人權公約相符。在本案雖有其他會員國如「歐洲理事會之建議」採取不同的方式以及程度保護，但大法庭認為對於出版者的一般(歸責)原則應可預見將適用於其，亦即如同分庭所述，身為一個專業的出版者，上訴人網站公司應熟知相關法規及判決先例，也可先經法律意見諮詢而得知。又有關「是否為民主社會所必要」，其先重申言論自由在現今社會之重要性，需有「急迫的社會需求」時方承認具有有限縮之必要，亦即須具備「與欲達到的合法目的成比例」以及「內國主管機關所納入考量的理由須與本案相關並且充足」。大法庭再次提到網際網路同時具有有害及有益的雙重面向，並進入傳統的分析架構中認為須在歐洲人權公約的第 8 條及第 10 條中取得平衡，而應審酌的因素包含—該發表評論的線上環境、上訴人公司所採取預防或移除誹謗性言論的措施、以該評論的實際作者責任替代上訴公司責任之可能性、上訴人公司在國內訴訟的結果等綜合考量。

大法庭認為本案之評論可視為攻擊性言論並且顯然違法，而大型新聞入口網站提供此平台賦予任何人在線上發表意見的機會，因而應採取有效措施限制攻擊性言論或是鼓吹暴力之言論的傳播，而此等行為不應認為是「私人監控」。新聞入口網站應注意該網站上的言論內容，此乃判斷是否「與欲達到的合法目的成比例」

⁴²⁸ Lorna, *supra* note 422.

的最重要關鍵，大法庭認為本案 Delfi 的應對措施並不足夠，因攻擊性言論之潛在受害者，其自身持續監控網際網路的能力，明顯低於大型商業網路新聞入口網站，所能預防或迅速刪除此等資訊的能力。綜上言之，Delfi 受判決應賠償數額並非甚大，且此訴訟之結果亦未要求 Delfi 更改其商業經營模式，因而此干預(限制其言論自由)應認為恰當⁴²⁹。

本案最令人注目者，其一，乃大法庭針對言論自由採取廣泛的解釋，即便是相較而言較被動的網路服務提供者，亦得主張人權公約第 10 條第 1 項，並依同條第 2 項權衡第 10 條第 1 項與第 8 條的權利⁴³⁰(又或者其他依第 10 條第 2 項規定得限縮言論自由之權利)⁴³¹。新聞工作者與新聞媒體因為具有「公眾的看守員」角色，在出版具有新聞價值的資訊並遵守新聞工作的守則時，相較一般人享有更多的言論自由，也僅負擔較限縮的責任。歐洲人權法院在近年數個案件⁴³²中皆肯認提供線上服務的媒體業者得以主張人權公約第 10 條，「鑒於網際網路可供眾人使用性及可容納性而儲存及溝通大量的資訊，其在提高公眾對於新聞的接觸可能及對資訊的傳播提供設備中，扮演重要的腳色。其對於線上資料庫的維持乃關鍵的存在，法院認為此等資料庫乃位於歐洲人權公約第 10 條的保護範圍內」。而何種線上平台、使用者作成內容的新聞網站抑或是業餘的部落格得以主張新聞行業之此等準則，尚且未明，但原則上並未存在根本性反對該等網路服務提供者適用的理由，亦不存在適用上的障礙⁴³³。且依歐洲理事會之部長理事會於 2011 年提出的建議⁴³⁴中，有

⁴²⁹ Lorna, *supra* note 422.

⁴³⁰ Article 8 ECHR, paragraph 1: “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.”除了條文內容所包含的私人、家庭生活與住所及通訊等，法條明文受到尊重之權利外，2007 年開始歐洲人權法院亦將個人聲望以及名譽的保護納入本條文得主張的範疇，甚且包括個人財產權之保護、兒童色情的傳播、個人資料的保護等，皆為第 8 條所延伸之適用範圍。

⁴³¹ Lorna, *supra* note 422; Bart, *supra* note 360, at 220.

⁴³² European Court of Human Rights, *Times Newspaper LTD(1 and 2) v. UK.*、European Court of Human Rights, *Mosely v. UK.*、*Wegrynowski and Smolczewski v. Poland.*

⁴³³ Bart, *supra* note 360, at 221.

⁴³⁴ Committee of Ministers, ‘A new notion of media’, CM/Rec(2011)7, 21 September 2011.

關「媒體的新概念」，即便是業餘的部落格只要其符合客觀情形及新聞從業者的原則(包含行為準則與道德標準等)，亦得主張身為新聞工作者額外的保護⁴³⁵。然而，欲主張身為新聞工作者而受言論自由保護時，該行為人須遵循額外的注意義務以及行為準則，因而線上媒介如欲倚賴此新聞工作者之身分，應與傳統的被動媒介角色有極為不同的表現⁴³⁶。又雖然本案法院指出媒體依不同運作環境及產生的不同效果，可區分為多種類型，有不同的「義務及責任」，但其要求的注意義務標準皆相當高，需對於經由該網站發布的資訊採取一定的行動或控制⁴³⁷。例如本案在使用政策中禁止誹謗性評論，又採取通知取下系統，並進行監控行動而運用自動過濾系統，此等措施實已遠超過電子商務指令第 14 條所課予的資訊儲存服務提供者的義務範圍，但如要主張歐洲人權公約第 10 條的新聞從業者言論自由保障時，顯然仍未達到其注意義務的標準⁴³⁸。

大法庭判決中受到矚目者，其二，將網際網路視為具危險或誹謗性質素材之交通工具，其指出「上訴公司選擇提供使用者未經登錄即得發表評論，應認為其得預想到應為此等評論負擔一定的責任」，學者認為將「發表匿名性言論之可能」給予負面評價，此為令人擔憂之見解⁴³⁹，完全性匿名發表評論亦是歐洲人權法院依隱私權、個人資料以及言論自由皆與保障的權利，卻在本案因匿名性發表言論之可能，而提高網路服務提供者應為第三人資訊負擔責任之風險⁴⁴⁰，實為相互矛盾的詭譎結果。又本案大法庭認為新聞入口網站業者得控制第三方所發布的資訊，亦忽略了管理資訊的困難度，即便在協同意見中花了相當大的篇幅說明，要求網站刪除其自

⁴³⁵ Bart, *supra* note 360, at 221-222.

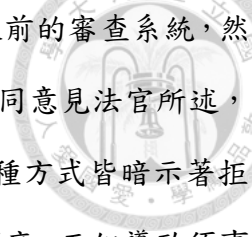
⁴³⁶ Bart, *supra* note 360, at 222.

⁴³⁷ Lorna, *supra* note 422; Bart, *supra* note 360, at 220.

⁴³⁸ Bart, *supra* note 360, at 221.

⁴³⁹ Lorna, *supra* note 422.歐洲人權法院大法庭本案對於匿名性言論之評價，與前述日本法動物醫院法院一審、二審見解近似，亦皆受到學者嚴厲的批評，參照本章第一節第三項第三款。

⁴⁴⁰ Bart, *supra* note 360, at 221.



行創始的顯然不法內容，並不同於針對使用者發布之內容在出版前的審查系統，然而，無論如何此兩種方式皆需要「監控」行為。相反地，如同不同意見法官所述，此兩種方式實則無太大的差異而皆為事先全盤式控制，且此兩種方式皆暗示著拒絕適用許多現行歐盟網站，依據電子商務指令而生之通知取下制度，而似導致須事先審查言論方能免責的不當方向，忽略了無論何種媒介(不僅止於被動的自動化資訊媒介)，皆在提供資訊交流之平台及管理資訊上扮演舉足輕重的腳色，對於政治性言論等爭議性發言，及作為現今社會重要媒體之網站皆為不利⁴⁴¹。此歐洲人權法院判決的出現，將造成現今已成為多數的經營線上平台而處理使用者所作成內容，並扮演較主動角色之網路媒介，法律適用的不確定性以及可能造成適用上不平等的現象⁴⁴²。

第二目 歐盟法現行規範與實務架構下之反思

歐盟現行電子商務指令中有關網路服務提供者的規定，在立法說明與條文規定中多有矛盾，又許多規範並未明確其立法意旨，即委由各會員國的行政、司法、立法程序解決，甚或是鼓勵民間機構之參與立法，造成法規適用上各會員國間產生極大的差異性，似與本法欲使各會員國間適用規範一致，而促進網際網路商業在歐洲的發展有所違背⁴⁴³。又如權利受侵害人要求網路服務提供者揭露發信者個人資料，抑或是討論是否應課與網路服務提供者監控義務時，有關資料保護指令及電子隱私權指令又有不同的責任要件，而電子商務指令似不排除此等隱私權相關指令之適用，則主動性較強的網路服務提供者應負擔之注意義務程度為何，則有所疑義。且歐洲人權法院又在近期肯認主動性的網路服務提供者可得主張言論自由的前提下，因網路服務提供者所主張之基本權利不同(言論自由、營業自由、網路服務提

⁴⁴¹ Lorna, *supra* note 422.

⁴⁴² Bart, *supra* note 360, at 211, 213.

⁴⁴³ 參照立法說明第 40 點。

供者本身之個人資料隱私權等)，是否發展出不同的監控、過濾、刪除、偵查內容之相關義務仍然未明，適用法規的不安定性更形嚴重。且從實務發展結果來看，學者認為其鼓勵網路服務提供者走向兩個截然不同的極端，其一乃完全消極而僅提供技術性、自動化系統設備的網路服務提供者，反之，則須放棄其被動的面向而主動對於其使用者的行動具有相當大程度的控制，方能主張言論自由，又或者更進而主張新聞從業媒體的權利保障⁴⁴⁴。

學者將現行歐盟有關網路服務提供者的責任狀態稱為「叢林」⁴⁴⁵，如何將此等各具特色但雜亂無章的有關規定重新架構，考量著歐盟相關部會及各會員國間的配合。在歐盟未有明確的判斷標準及網路服務提供者之行為準則前，網路服務提供者常在該爭議資訊進入法院前，需自行判斷該主張的合法性並權衡相互衝突的兩種價值，而時常扮演獨立評估具體個案的法官角色⁴⁴⁶。

現行電子商務指令適用下，各會員國對於通知取下制度之有無及如何判斷「實際知悉或推定知悉」此要件紊亂不明，有礙於歐盟境內之資訊流通與電子商務之發展，況且現行「通知後動作」程序易導致私人的監督者之產生而過度侵害言論自由⁴⁴⁷。現行電子商務指令受到不同利益團體紛至沓來的眾多批評，為解決此等問題，並參酌該指令第 21 條第 2 項「委員會應分析對於超連結與搜尋工具之提供者責任、『通知取下』程序、取下內容之責任等議題，本指令應如何因應，並提出報告⁴⁴⁸」，

⁴⁴⁴ Bart, *supra* note 360, at 223.

⁴⁴⁵ Bart, *supra* note 360, at 224.

⁴⁴⁶ Bart, *supra* note 360, at 222.

⁴⁴⁷ 「通知後行動」程序乃學者用以介紹現行歐盟電子商務指令，在網路服務提供者接獲通知後，在實際知悉或推定知悉時，立即刪除該資訊之程序。其未如同美國 DMCA 法案有完整的反對通知制度或是日本法上接獲通知後先予以保留等程序。See Aleksandra Kuczerawy, *Intermediary liability & freedom of expression: Recent developments in the EU notice & action initiative*, 31 *Computer Law & Security Review* 46-47 (2015).

⁴⁴⁸ Article 21

Re-examination

2. In examining the need for an adaptation of this Directive, the report shall in particular analyse the need for proposals concerning the liability of providers of hyperlinks and location tool services, "notice and take down" procedures and the attribution of liability following the taking down of content. The report shall also

歐洲執行委員會⁴⁴⁹在2010年針對電子商務指令舉行大眾諮詢(public consultation)⁴⁵⁰，而2012年歐洲執行委員會對歐洲議會提出「『建立一個調和性的架構，以獲得電子商務及線上服務對於單一數位市場的信任』之溝通(Communication)⁴⁵¹」，形成有關「『通知後動作』草案」之基礎，而2012年又再度舉行「『通知後動作』草案」之大眾諮詢⁴⁵²，針對2012年大眾諮詢的結果，有內部人士透漏歐洲執行委員會正在研擬一個獨立的「『通知後動作』指令」，既可除去線上媒介法律適用上的不安定性，亦無需變更電子商務指令的規範內容，然而，目前官方尚未公布該「『通知後動作』指令」的相關資訊⁴⁵³。但從2010年的大眾諮詢報告以及2003年及2008年對於修改網路服務提供者責任採取的謹慎態度看來，網路服務提供者拒絕承擔更多的義務與責任、智慧財產權團體要求更多的保護措施、消費者團體則認為不應賦予網路服務提供者過多的監控權限，現階段僅能繼續由各內國法院及主管機關自行詮釋網路服務提供者之責任領域，並隨著新興種類之網路服務提供者發展其見解⁴⁵⁴。學者認為未來有關「通知後動作」程序之相關新立法，應注意透明程序參與、合乎比例性以及正當程序此三項原則，明確訂立符合

analyse the need for additional conditions for the exemption from liability, provided for in Articles 12 and 13, in the light of technical developments, and the possibility of applying the internal market principles to unsolicited commercial communications by electronic mail.

⁴⁴⁹ The European Commission, 歐洲執行委員會的主要職責在於維護整體歐盟的利益，政治層面為一完全獨立的機構，不得受任何成員國政府的指示。歐洲執行委員會為提出一般立法草案的唯一機構，並可在任何階段採取行動，協助立法提案在理事會內部和理事會與歐洲議會之間獲得一致意見。參照王泰銓，前揭註 345，頁 227-228。

⁴⁵⁰ Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC), http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm(最後瀏覽日：08/08/2016)。

⁴⁵¹ 本「溝通」中提到，「通知後動作程序乃為媒介網路提供者所依循，以對抗權利人『通知』中的不法資訊為目的。該媒介可以採取的方式，例如：取下不法內容、阻擋其流通、或是要求資訊發布者自行移除該不法內容。」 See Commission Communication to the European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and The Committee of Regions, A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-Commerce and online services {SEC(2011) 1640 final}, p. 13, ft. 49, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:EN:PDF>.

⁴⁵² A clean and open Internet: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm.

⁴⁵³ Aleksandra, *supra* note 447, at 55.

⁴⁵⁴ Bart, *supra* note 360, at 215.

通知的要件使網路服務提供者有所依循而不至於過度侵害言論自由，以及設立反對通知制度作為正當程序之一環等，皆為重要的要素，尚且，不應以追求迅速永久刪除該資訊為唯一目的，應平衡兼顧實效性、法律安定性、比例性以及對於基本人權的尊重⁴⁵⁵。

第三項 日本提供者責任限制法第三條⁴⁵⁶

日本法學者指出，在提供者責任限制法制定前，網路服務提供者身處匿名性言論眾多的網路世界中，常常因權利受侵害者向原始發信者請求救濟困難，而成為請求刪除資訊及其他作為的對象，但又可能受到發信者主張，刪除資訊後其言論自由受侵害而請求損害賠償，進而陷於兩難，期待仿效歐美國家訂立網路服務提供者明確的責任規範⁴⁵⁷。

日本於 2002 年制定之「特定電子通信服務提供者之損害賠償責任限制暨使用者資料揭露法」，不同於美國法上區分法領域，制定不同的免責事由規定(如一般民事法領域之 CDA 法案第 230 條、著作權法領域之 DMCA 法案第 512 條等)，本法為通則性適用於所有經特定電子通信的資訊流通而侵害他人權利之情形，未區分法領域皆有所適用。但唯一不適用的法領域為刑事法領域，依法院見解，網路服務提供者如該當刑事責任，必須其積極地參與該違法資訊的傳遞才構成故意犯，故單純知悉該違法資訊的存在，且開設、營運該電子看板並不會構成，必須依該電子看板的設置目的及管理、營運狀況、自己是否為上傳、內容為何等綜合判斷，積極參與該違法資訊的上傳方該當，故不適用本法的免責規定，亦無需增訂刑法之免責規

⁴⁵⁵ Aleksandra, *supra* note 447, at 55-56.

⁴⁵⁶ 日本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，譯文參照張乃文(2009)，前揭註 49，頁 55。

⁴⁵⁷ 大谷和子，前揭註 209，頁 99。



定於本法中⁴⁵⁸。電子商務交易及資訊財產相關準則亦重申本法並不適用於刑事責任領域⁴⁵⁹。

又本法的網路服務提供者同美國 CDA 法案第 230 條，未詳細區分不同類型的網路服務提供者而適用不同的免責事由規定，無論是電子公布欄的管理者、資訊儲存服務提供者、媒介使用者將資訊寫入電子公布欄之連線服務提供者等，皆為其範疇，且不以營利為限⁴⁶⁰。條文所指稱之「特定電子通信服務」，乃對於不特定人傳遞訊息為目的的電子通信傳遞型態，依不特定對象之要求，網路服務提供者相應地自動化傳遞訊息給其(例如資訊儲存服務提供者供不特定人閱覽，或是網路服務提供者將資訊自動化發送給不特定人)，包含線上網頁及電子布告欄等，但不包含電子郵件、通訊軟體等特定對象之傳遞⁴⁶¹。因電子郵件等一次性對於特定人傳遞訊息的資訊交流方式，即便其傳遞對象數量龐大，仍不具備侵害的廣泛性及侵害擴大的迅速性。且電子郵件之內容乃非週知性，網路服務提供者難以探知、確認其內容，如將其作為網路服務提供者免責事由規定的對象，則對於發信者的隱私及通訊秘密等重大權利有不必要的侵害。

第一款 對於資訊內容非明知或可得而知

提供者責任限制法第 3 條規定：「 I 經由特定電子通信之資訊流通侵害他人權利時，該以特定電子通信設備提供電子通信之用的特定電子通信服務提供者(以下

⁴⁵⁸ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 21。

⁴⁵⁹ 經濟産業省，前掲註 185，ii.4- ii.5。

⁴⁶⁰ 大村真一(2012)，〈プロバイダ責任制限法の概要—法の概要と制定 10 年後の検証の概要〉，堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 16。

⁴⁶¹ 總務省(2001)，《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-逐条解説-》，頁 1；利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 2，頁 17。

簡稱：服務提供者)，對於該權利人因此而生之損害，以要求服務提供者採取「防止該侵害權利的資訊發送與不特定人」之措施為技術上可行為限，且必須該當下列任何一款的情形，服務提供者方須負擔損害賠償責任。然而，如該服務提供者即為該侵害權利資訊的發信者之情形，不在此限。一 服務提供者知悉經由該特定電子通信之資訊流通，侵害他人權利的情形存在。二 服務提供者知悉經由該特定電子通信之資訊流通情形存在，而具有足以認為其「可得而知」經由該特定電子通信之資訊流通，侵害他人權利的情形存在之相當理由。」⁴⁶²

提供者責任限制法第 3 條第 1 項規定，網路服務提供者須對於因資訊流通而直接權利受侵害者，負損害賠償責任的情形，須具備以下要件。(1)要求網路服務提供者採取「防止該侵害權利資訊發送與不特定人」之措施乃技術上可行(2)網路服務提供者對於該流通資訊侵害他人權利為知悉，抑或是知悉該流通之資訊，且具有足以認為其「可得而知」該資訊內容侵害他人權利的相當理由(3)網路服務提供者非為該資訊之發信者⁴⁶³。

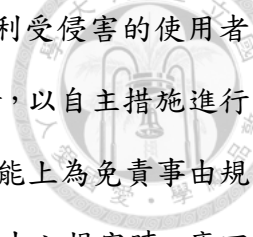
⁴⁶² 本條文原文如下：

第三条 特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者（以下この項において「関係役務提供者」という。）は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であつて、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。

一 当該関係役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき。

二 当該関係役務提供者が、当該特定電気通信による情報の流通を知っていた場合であつて、当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足る相当の理由があるとき。

⁴⁶³ 有關日本提供者責任限制法的發信者定義，依本法第 2 條第 4 款，在特定電子通信設備的紀錄媒體中記錄資訊，或在其他的傳遞裝置中將資訊寫入。學者提出在網路服務提供者不知該違法資訊之流通時，有見解認為藉由將該網路服務提供者評價為發信者，而得以承認其應負擔損害賠償責任，此見解似違反本法的立法旨趣並與前述規定之定義不符而有欠妥適。大村真一，前揭註 460，頁 15，註 10。



在本條文制定之前，網路服務提供者對於因資訊流通而權利受侵害的使用者應負擔何種責任，多倚賴業界團體制定的契約約款範本或是方針，以自主措施進行責任的劃分⁴⁶⁴。制定提供者責任限制法第 3 條第 1 項後，其功能上為免責事由規定，而非責任成立要件規定，在網路服務提供者不能通過免責事由之規定時，應回歸侵權行為有關法理上作為義務，或是契約之附隨義務，為責任成立與否之涵攝，第三條之規定亦未轉換固有權利人應負擔主張損害賠償責任之舉證責任⁴⁶⁵。且須特別注意者，當網頁管理員對於資訊內容違法性有所認識，而已採取其他的合理因應措施，則仍應認為其不發生作為義務違反的損害賠償責任(現代思想論壇事件判決仍應參酌)⁴⁶⁶。觀諸提供者責任制限法第 3 條第 1 項各款，「對於資訊的流通有所知悉」且「對於該資訊內容侵害他人權利知悉或有相當理由可得知」乃損害賠償責任發生之前提⁴⁶⁷，日本論者認為此規定大致維持傳統的過失責任體系⁴⁶⁸，且並不具有對於流通資訊的一般性監督義務⁴⁶⁹。

本條所謂「資訊之流通」乃包含資訊的「發送、傳達或是取得」，作成該資訊的當下並無造成他人權利之損害，而是當「將資訊置於不特定人得依特定電子通信服務取得的狀態」時，損害方發生⁴⁷⁰。因資訊流通而侵害權利，需「該資訊流通本身」直接造成「個人權利侵害」方符合，如網路拍賣發生詐欺之情形，無論從該資訊之流通與權利的損害間不具有相當因果關係(虛偽的貨物相關資訊，並不直接構成權利侵害，需對造信賴該資訊，進而發生交易關係損害才發生)的角度，抑或是該資訊本身不具有違法性，僅為詐欺行為的著手階段，該資訊流通並不造成權利直

⁴⁶⁴ 大村真一，前揭註 460，頁 13，註 1。

⁴⁶⁵ 總務省，前揭註 461，頁 13。

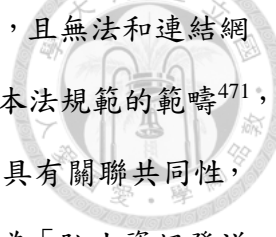
⁴⁶⁶ 大谷和子，前揭註 209，頁 99。

⁴⁶⁷ 經濟產業省，前揭註 185，ii.4- ii.5。

⁴⁶⁸ 森亮二，前揭註 214，頁 5。

⁴⁶⁹ 大村真一，前揭註 460，頁 15。

⁴⁷⁰ 總務省，前揭註 461，頁 1。



接侵害此觀點，皆無本條的適用可能；又如僅為連結位址的公布，且無法和連結網站的內容視為有關連共同性，而不得評價為一體者，應認為不在本法規範的範疇⁴⁷¹，除非，該違法資訊(“點入連結之內容”)與不違法資訊(“連結”本身)具有關聯共同性，而得評價為一體的行為，則可評價為廣義的共同不法行為，而成為「防止資訊發送措施」的對象⁴⁷²。又損害賠償責任雖然包含契約責任與侵權責任，但實務上較常見者為侵權責任之損害賠償，因資訊流通而權利直接受侵害者，多半並非該網路服務提供者的使用者，而不具有契約關係。與歐盟電子商務指令相同，僅對於網路服務提供者之民事責任「損害賠償責任」為規範，本法適用範圍不包含因資訊流通造成權利受侵害之人，請求網路服務提供者刪除資訊的侵害排除請求權，此侵害排除請求權的成立與否，應由被侵害的權利之相關規定依具體個案為判斷⁴⁷³。

2002 年立法時僅限於「因訊息之流通而侵害他人之權利」此種訊息，不包含對於每個人皆有害的「違反公序良俗的訊息⁴⁷⁴」、刑法上猥褻資訊、兒童色情資訊等未有同時侵害個人權利之侵害社會法益相關訊息，僅限於廣義民事責任中侵害個人權利之情形方有適用，例如著作權侵害、名譽權侵害以及隱私權侵害等⁴⁷⁵。在 2011 年「檢視提供者責任限制法後之建議」中，討論到是否將範圍擴及有害資訊、侵害社會法益的資訊以及因資訊的流通而被受害人「非直接受侵害」的資訊。就有害資訊及侵害社會法益的資訊，因現行有民間團體訂立侵害社會法益的「對於網際網路上違法資訊的處理適用方針」、關於有害資訊的「處理有關違法、有害情報的定

⁴⁷¹ 經濟產業省，前揭註 185，ii.4-ii.5；總務省，前揭註 461，頁 1；大村真一，前揭註 460，頁 14。

⁴⁷² 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前揭註 32，頁 14-15。

⁴⁷³ 大村真一，前揭註 460，頁 14。

⁴⁷⁴ 例如侵害人的尊嚴的屍體畫像、引誘自殺的訊息等。也有包含對於特定族群有害的訊息，例如對青少年而言，明確及直接地委託、仲介、引誘犯罪訊息、極度引起性興奮或刺激的訊息等(委由健全青少年得以安心利用網路之環境法律中規定)。參照利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前揭註 32，頁 3。

⁴⁷⁵ 總務省，前揭註 461，頁 2。

型化契約條款」等適用方針⁴⁷⁶，故實際上大多非恣意而適宜地採取「防止資訊發送措施」。且有害資訊對於不同族群之定義不盡相同，如針對青少年等特定族群之有害資訊，應由受訊者一方採取資訊選擇的自動篩選機制更為妥適。



觀諸日本電子商務交易及資訊財產相關準則，「由消費者創造內容的媒體服務提供者之違法資訊媒介責任」章節中所舉實例⁴⁷⁷，除須因該資訊的流通而明顯地造成權利侵害外，尚且須經權利人對於網路服務提供者依適正的通知形式，請求刪除該資訊，並且網路服務提供者得輕易採取防止資訊發送措施(刪除或使他人無法接觸)時，而業者經合理期間仍未刪除該爭議資訊，網路服務提供者方可能須對被害人負侵權行為損害賠償責任⁴⁷⁸。

此外，提供者責任限制法第 3 條第 2 項亦規範了網路服務提供者在刪除發行者資訊後，對於其應負擔損害賠償責任之免責事由規定⁴⁷⁹。網路服務提供者對於刪

⁴⁷⁶ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 5-6。

⁴⁷⁷ 經濟産業省，前掲註 185，ii.1。

- ・ 掲示板に明らかに他人の著作物のデッドコピーと分かるものが大量に書き込まれ、自身が著作権者であることを証明する者から適正な削除要請があつたにもかかわらず、掲示板管理者である事業者がこれを合理的期間を超えて放置した場合
- ・ オークションサイトの評価欄に出品者の名誉を毀損する情報が書き込まれ、出品者からオークションサイトを運営する事業者に対して適正な削除要請があつた結果、名誉毀損が明らかになつたにもかかわらず、事業者がこれを放置した場合
- ・ 口コミサイトで第三者から見ても明らかに虚偽であることが分かる誹謗中傷を書き込まれた飲食店から、削除要請があつたにもかかわらず、サイト運営者がこれを長期間放置した場合
- ・ 動画共有サイトにテレビ番組がアップロードされ、著作権者から削除要請があつたにもかかわらず、サイト運営者がこれを長期間放置した場合
- ・ 事業者自身が違法情報の発信者である場合

⁴⁷⁸ 經濟産業省，前掲註 185，ii.1- ii.3。

⁴⁷⁹ 本條文原文如下：

第三条

2 特定電気通信役務提供者は、特定電気通信による情報の送信を防止する措置を講じた場合において、当該措置により送信を防止された情報の発信者に生じた損害については、当該措置が当該情報の不特定の者に対する送信を防止するために必要な限度において行われたものである場合であつて、次の各号のいずれかに該当するときは、賠償の責めに任じない。

一 当該特定電気通信役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由があつたとき。

除發信者資訊無須發生責任的可能有二，(1)有相當理由足以認為該資訊流通造成權利不當侵害(2)如權利人主張其權利因特定資訊流通而造成侵害，而對於網路服務提供者提出包含「侵害其權利的特定資訊、被侵害的權利以及權利受到侵害的理由」，並要求採取「防止資訊發送措施」的通知，網路服務提供者於收到通知後，須進行向該資訊之發信者告知此通知內容，並詢問是否同意刪除系爭資訊之照會程序，如該發信者在收到照會的七日內，未提出不同意「採取防止資訊發送措施」此旨趣的通知。

本規定為賦予發信者程序保障之機會，應肯認其對於兼顧發信者言論自由具有一定程度之貢獻，然日本法上實務界人士指出，網路服務提供者在美國 CDA 法案第 230 條之實務運用結果及 DMCA 法案依循通知取下制度即完全免責，日本的網路服務提供者負擔較大的責任，並在提供者責任限制法施行後，仍處於無論對權利受侵害人抑或是發信者，皆須負擔近似於或稍微減緩之傳統過失侵權責任⁴⁸⁰之「進退兩難的極大危機」⁴⁸¹。學者認為，考量網路服務提供者僅扮演私人媒介及提供場所的角色，且負擔通訊秘密的保護此法律上義務⁴⁸²，應避免期待其成為「私人檢查哨」而形塑過重之法理上義務⁴⁸³。無論在解釋或立法上，除權利受侵害人權利

二 特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者から、当該権利を侵害したとする情報（以下「侵害情報」という。）、侵害されたとする権利及び権利が侵害されたとする理由（以下この号において「侵害情報等」という。）を示して当該特定電気通信役務提供者に対し侵害情報の送信を防止する措置（以下この号において「送信防止措置」という。）を講ずるよう申出があった場合に、当該特定電気通信役務提供者が、当該侵害情報の発信者に対し当該侵害情報等を示して当該送信防止措置を講ずることに同意するかどうかを照会した場合において、当該発信者が当該照会を受けた日から七日を経過しても当該発信者から当該送信防止措置を講ずることに同意しない旨の申出がなかったとき。

⁴⁸⁰ 森亮二，前掲註 214，頁 5。

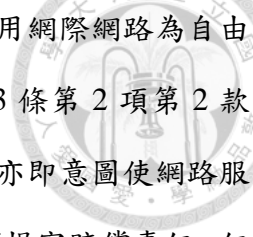
⁴⁸¹ 森亮二，前掲註 214，頁 5。

⁴⁸² 電気通信事業法
（秘密の保護）

第四条 電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。

2 電気通信事業に従事する者は、在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。

⁴⁸³ 長瀬貴志，前掲註 181，頁 99。



的保護外，應同時兼顧網際網路之發展所帶與國民之利益，及活用網際網路為自由發想的機會⁴⁸⁴。不過亦有學者指出，日本提供者責任限制法第 3 條第 2 項第 2 款之制度設計，實則類似於美國 DMCA 法案中之通知取下制度，亦即意圖使網路服務提供者在客觀上依法律規定完成一定程序後，即無須負擔民事損害賠償責任。但是日本法律規範中收到主張權利受侵害者的通知時，必須轉通知發信者，並經過一定期間未接到其回復後方得刪除該資訊，並非如美國 DMCA 法案中在接獲主張權利受侵害者的通知後，須立即刪除該爭議資訊，待發信者提出反對通知而對造亦未提起訴訟時，方回復該訊息。其中原因，首先日本法上未有同美國 DMCA 法案就惡意通知的損害賠償責任為規定，且日本立法者認為其發信者顯名的反對通知亦對於其言論自由與隱私權造成重大侵害，因而制定不同於歐美國家之規定⁴⁸⁵。

無論如何，雖然提供者責任限制法第 3 條第 1 項未規定發生作為義務之所有要件，亦未取代傳統民事責任侵權行為/契約責任成立要件規定，本條文的制定相較於未有免責事由規定之立法前，僅具體化、明確化網路服務提供者依日本民法第 709 條成立侵權行為的二要件，亦即防止資訊發送措施的技術上作為可能性，以及網路服務提供者對於資訊流通侵害他人權利明知或可得而知，其餘要件則須回歸既有條文為判斷⁴⁸⁶。

第二款 名譽減損及隱私權侵害適用方針

「提供者責任限制法」未區分特定案件類型為一般性免責事由規定，惟為使網路服務提供者能在個別案件類型中，具有適切且迅速地因應處理的判斷基準，在本法公布後由關係人召開「提供者責任限制法適用方針(ガイドライン)等檢討協商會

⁴⁸⁴ 長瀬貴志，前揭註 181，頁 99。

⁴⁸⁵ 大村真一，前揭註 460，頁 15，註 11，頁 20。

⁴⁸⁶ 大村真一，前揭註 460，頁 14，註 8。

議」,並區分特定法領域而依序作成名譽減損及隱私權侵害適用方針(2002年5月)、著作權侵害適用方針(2002年5月)、商標權侵害適用方針(2005年7月)、發信者個人資料揭露適用方針(2007年2月)⁴⁸⁷,以明在特定責任領域之適用情形。

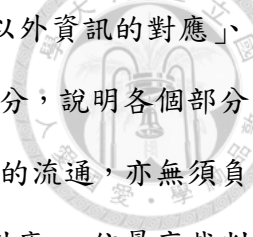
本論文為將焦點聚焦在網路服務提供者之一般民事責任,故僅於本款篇幅中介紹名譽減損及隱私權侵害適用方針。在此方針中,特別提及因重視網路服務提供者的判斷之迅速性,除了依提供者責任限制法第3條第2項第2款的照會發信者意見程序(網路服務提供者須將權利人提出之權利侵害通知照會發信者,本文以下稱為轉通知程序)外,依同條項第1款可得知在具有「足以認為不當侵害他人權利之相當理由」時,網路服務提供者得以自主判斷而為相對應之措施,為使其對於自主判斷應依循之標準具有明確性,在本適用方針中依具體實例予以闡釋⁴⁸⁸。

本適用方針的第II部分「防止資訊發送措施的判斷基準」中,區分「隱私權侵害觀點」、「名譽減損」以及「企業及其他法人等之權利侵害」,並於其下再區分各種主要常見案例類型,說明資訊違法性判斷之基準及介紹導出此等基準之相關裁判先例⁴⁸⁹。在「隱私權侵害觀點」中其首先說明,對於社會中的個人欲討論是否對其構成名譽侵害,特別需要從「隱私權侵害的觀點」所應有的對應措施為討論。整理正面論述隱私權侵害議題的最高法院及下級審裁判先例,並以此為基礎,將其區

⁴⁸⁷ 由網路服務提供者民事責任相關之關係人(網路服務提供者業者團體、著作權權利人團體、代表社會一般大眾發信者的律師等有專門知識者以及對於一般大眾的意見募集等)所形成之對於本法之因應策略,召開「提供者責任限制法ガイドライン等検討協議會」,希冀藉由此等關係人組合,彼此間之相互折衝,研析責任的明確化及具體化發信者資訊揭露的要件,制定、修正「適用方針(ガイドライン)」成為關係人得以依循之明確化行為準則。學者特別提及,在此等協議會中總務省及文化廳皆以觀察員的角色參與程序,對於適用方針具體內容之是非判斷,行政機關應小心謹慎地參與方為妥適。目前已制定完成的適用方針如本文所述共四者。參照大村真一,前揭註 460,頁 16-17;大谷和子(2012)〈プロバイダ責任制限法名譽毀損・プライバシー関係ガイドラインの概要〉,堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 35。

⁴⁸⁸ 大谷和子,前揭註 487,頁 36。

⁴⁸⁹ 大谷和子,前揭註 487,頁 36。

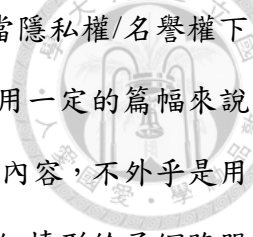


分為「對於姓名、聯絡方式等資訊的對應」、「對於姓名、聯絡方式以外資訊的對應」、「對於照片、肖像之對應」以及「對於犯罪事實的對應」四個部分，說明各個部分中，網路服務提供者得以不經「轉通知程序」即立即刪除該資訊的流通，亦無須負擔損害賠償責任的情形。例如，「對於姓名、聯絡方式等資訊的對應」，依最高裁判決指出「學籍編號、姓名、住所以及電話號碼等，雖然在本案之演講參加名單中，僅為用於個人識別的單純資訊，然而，個人對於此等資訊不希望被揭露給其不欲使其知悉的對象，乃為當然，應該對於此等期待有所保護，因而本件個人資料乃有關上訴人的隱私權之資訊，而應作為法律所保護的對象」，原則上，網際網路中流通的此等資訊，對於將侵害個人安穩生活的可能性極高(憲法第 13 條所保護的範疇)，網路服務提供者一般而言應立即刪除，但如果被揭露個人資料的對象是公職人員，且為其職務機關的電話號碼等有關職務的聯絡方式，應認為不會侵害私人生活的安定性，則除非存在特別緊急的狀況，否則不應認為有刪除該資訊的必要性⁴⁹⁰。在「名譽減損」中首先說明，使特定個人在社會中評價減損之資訊，被刊載在網頁等不特定人可得瀏覽之情況下，為本適用方針欲討論的範疇，就該資訊是否具有公共性、公益性以及真實性，得以作為阻卻違法事由而不得刪除該資訊，為進一步的說明，並對於「公正的評論」以及「具有爭議存在」的情形，網路服務提供者應如何對應有更為細緻的分析⁴⁹¹。至於「企業及其他法人等之權利侵害」類型中，其先說明法人並不存在隱私權受到侵害的問題，僅需討論名譽權侵害為已足。又針對侵害企業或其他法人名譽或信用之資訊存在時，網路服務提供者應為如何之判斷，以及例外在有關企業營業秘密侵害之情形，刪除措施乃被認為該當正當防衛或緊急避難，則應肯認其刪除之請求⁴⁹²。

⁴⁹⁰ 大谷和子，前揭註 487，頁 37-38。

⁴⁹¹ 大谷和子，前揭註 487，頁 39-40。

⁴⁹² 大谷和子，前揭註 487，頁 40。

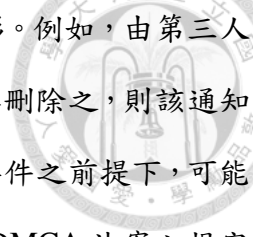


本文受限於篇幅及避免討論範圍過於零散，並不深入討論當隱私權/名譽權下個子項受到侵害時，網路服務提供者應採取何種措施，然而，運用一定的篇幅來說明此適用方針第Ⅱ部分「防止資訊發送措施的判斷基準」之規範內容，不外乎是用以強調，依照特定法領域制定且又區分為數部分，並依照具體詳細情形給予網路服務提供者應否刪除之建議，僅僅在名譽權及隱私權侵害領域即如此複雜多變，更遑論亦同時成為流通資訊的著作權、商標權侵害情形。網路服務提供者雖有此等適用方針作為應否刪除資訊之依據，其所需花費的人力、時間成本亦甚鉅。且即便存在適用方針，現實上接到主張權利受侵害者之通知內容，必有許多模糊地帶而難以採取立即且迅速的判斷⁴⁹³，如將該通知中指稱侵害權利資訊直接刪除，將過度侵害發信者言論自由，是以實務上，網路服務提供者應以接獲通知後之第一時點，進行轉通知發信者程序為原則，真正能如同本適用方針目的之一的「判斷之迅速性」，網路服務提供者依提供者服務限制法第3條第2項第1款，直接刪除該流通訊息之情形應在少數。

適用方針第Ⅲ部分「為採取防止資訊發送措施的因應程序」，首先說明為了因應權利受侵害者請求「採取防止資訊發送措施(刪除資訊措施)」，網路服務提供者應設置「意見提出窗口」，並且應使自己處於即便是非會員、非契約對造之人所提出之通知，亦能獲得迅速處理的狀態⁴⁹⁴。其並進而說明，為進行對於發信者的轉通知程序，受理的通知必須滿足下述五個形式要件。(1)請求提供者採取防止資訊發送措施者，乃因特定電子通信服務提供者的資訊流通，而侵害「自己」之權利者(2)特定電子通信服務提供者的資訊流通而侵害自己權利的「資訊」為何(3)特定被侵害之權利(4)陳述權利被侵害的理由(5)希望採取防止資訊發送措施的意思表示。但本適用方針又特別強調，即便接收到不符合前述的五個要件之通知，網路服務提供

⁴⁹³ 大谷和子，前揭註 487，頁 41。

⁴⁹⁴ 大谷和子，前揭註 487，頁 41。



者與主張權利受侵害者間，仍可能產生應負損害賠償責任之情形。例如，由第三人警告網路服務提供者侵害他人權利之資訊存在，然未聲明要求其刪除之，則該通知不符合第一及第五要件，然網路服務提供者在知悉第二至第四要件之前提下，可能依提供者責任限制法第3條第1項第2款負責。此點與美國法DMCA法案之規定不同，其明文規定如不符合通知的形式要件，則該通知不得作為網路服務提供者實際知悉或推定知悉不法資訊流通的依據。本文認為日本法適用方針中對於通知要件不符之處理情形，以實質上是否已陳述權利侵害事實存在，而使網路服務提供者可得而知為斷，並非必以法定形式要件作為通知的成立與否，應值得肯認。

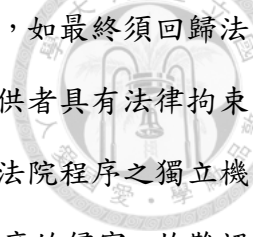
反之，在接獲符合具備前述五個形式要件的通知後，網路服務提供者仍不能自主判斷應否採取防止資訊發送措施時，即應對發信者進行轉通知程序。需特別注意者，本適用方針認為如發出通知之權利人，具有不揭露通知者姓名、個人資料之合理理由存在，則原則上轉通知程序中，不揭露通知者姓名等訊息。在轉通知到達發信者之日之翌日起算七日內，如發信者也提出「反對理由」之情形，網路服務提供者應再次自主性判斷該資訊之流通，是否構成權利侵害。例如發信者之反對理由顯無可採之處，網路服務提供者卻仍未刪除該資訊，則仍可能依提供者服務限制法第3條第1項需負擔損害賠償之責任⁴⁹⁵。

在著作權侵害適用方針及商標法侵害適用方針中，對於「易於判斷其為侵害的情形」以及「利用一定的技術，個別就視聽著作物等為比較，而得以判斷其為侵害的情形」，委由「可得信賴之確認團體」(代替網路服務提供者判斷之角色)認定之⁴⁹⁶，此制定之引入是否妥適，學者認為應有謹慎檢討的必要性⁴⁹⁷。在侵害名譽權之

⁴⁹⁵ 大谷和子，前揭註487，頁41-42。

⁴⁹⁶ 大村真一，前揭註460，頁18，註28。

⁴⁹⁷ 大村真一，前揭註460，頁20-21。



案件類型，或是其他不易判斷的侵害著作權、商標權案件類型中，如最終須回歸法院判斷，則似乎欠缺設立建議機關、可得信賴之團體、或是對提供者具有法律拘束力的第三機關之實益，又如為加速紛爭解決之速度，而設立取代法院程序之獨立機關，似又對於發信者的言論自由，以及其接受裁判的權利造成過度的侵害，故難認除法院及網路服務提供者外，具有第三方機關之存在必要性⁴⁹⁸。僅在例外情形，法務省人權擁護局、法務省地方法務局人權擁護委員，依權利人的申訴而進行調查、處理程序後，委託網路服務提供者刪除該網路中流通資訊之情形，網路服務提供者因應刪除之，則該當第 3 條第 2 項第 1 款，而無須負擔損害賠償責任。此乃基於人權擁護機關乃人權侵害事件的調查處理專門機關，其對於人權侵害具有專門知識且歷經多階段的慎重檢驗，與單純個人的通知具有不同的效力⁴⁹⁹。除了對發信者的法律關係中，無須負擔損害賠償責任外，本文認為也應同時注意上述專門機關的委託刪除，可直接通過第 3 條第 1 項網路服務提供者明知或可得而知侵害權利事實存在的要件，而在接獲該委託後，依法理上作為義務具有立即刪除該爭議資訊之義務，否則應對權利人發生損害賠償責任。

第三款 實務見解

在提供者責任限制法制定後，當發信者發布誹謗性言論侵害他人權利時，網路服務提供者應負擔的責任，與立法前的責任成立要件、解釋適用結果，在實務見解中是否有所不同，本款將舉出該法制定後三個代表性判決為說明討論。

第一目 補習班(予備校)事件⁵⁰⁰

被告所管理的網頁公告欄中，被第三人寫入有關侵害原告補習班名譽的內容，

⁴⁹⁸ 大村真一，前揭註 460，頁 18。

⁴⁹⁹ 大谷和子，前揭註 487，頁 42。

⁵⁰⁰ 東京地判平成 16・5・18 判時 1160 号 147 頁。



被告在知悉或可得而知該資訊存在時，未立即刪除該資訊並使其在公告欄上繼續存續，原告因而對其請求損害賠償。

東京地方法院裁判所認為「因為本公告欄乃以匿名性發表言論為前提之公告欄，未必所有的原始資訊寫入者皆為可得特定」，「易於發生名譽侵害資訊以及侮辱性表現資訊，且同時對於原始寫入人的責任追究較為困難，盡可能地在初期時將該爭議資訊刪除，對於防止損害的擴大具有極高的必要性。」，然而，另一方面，又特別說明「依照提供者責任限制法，不得課予特定電子通信服務提供者經常性監督義務，且事實上對於線上寫入的資訊內容，為經常性監視亦為不可能」，最後，綜合考量下認為，「在被告明知或可得而知本件侵害原告名譽之資訊被刊載於網頁上時，因違反刪除義務而應負擔損害賠償責任」。法院進而說明，「雖然本案的爭議資訊足以使原告的社會評價減損，然而從原告乃公開招募學生的(以考上理想大學為目標的)補習班以及本網頁的設立目的來看，此等對於原告補習班的批評及意見如處於『相當的範圍內』，則應認為受到言論自由的保障而容許其繼續存在；反之，如該批評及意見超脫了『相當的範圍』，則應認為被告具有刪除的義務」，否認被告應負擔損害賠償責任。

學者對此判決提出批評，其認為雖然本判決彙整過往實務見解曾討論的諸要素，形塑本案之「法理上作為義務」，然而，此等要素何以在網路服務提供者明知或可得而知時，得以作為「刪除義務違反」的基礎，仍然如先前判決先例般，處於不明的狀態；在「法理上作為義務」未具有明文依據的前提下，更應經由縝密謹慎的理論構成，來形塑此概念方為妥適，否則將造成網路服務提供者對於僅存在極小權利侵害可能之資訊，亦將之刪除，以求免除責任，對於發信者的言論自由侵害甚鉅。且在本案中，法院亦論及網路服務提供者判斷是否侵害名譽權，應考量該批評或意見是否在「相當的範圍內」，如超出言論自由保護的相當範圍，方負有刪除該

資訊之義務。網路服務提供者除須判斷未有明確基準的「法理上作為義務」存在與否外，尚須判斷是否成立名譽侵害資訊之「相當範圍」，課予其如此繁重的負擔是否真為妥適有待更進一步的討論⁵⁰¹。



第二目 學校專屬電子布告欄事件⁵⁰²

被告創設、營運眾多電子布告欄，而其中本案之電子布告欄為專供 x 學校的學生交流資訊之用，該校學生 B 寫入本案資訊造成學生 A 名譽權受侵害，學生 A 對於被告請求刪除該資訊，但被告卻怠於為迅速刪除等適切的處理措施，因而原告對被告請求精神上慰撫金。

大阪地方裁判所認為，本案電子布告欄具有「匿名性」的特性，因此「該學校中學生們寫出其他學生的本名，而為誹謗性言論的問題可能發生」，此件事「極容易被網路服務提供者預見」，並且該問題「將影響被誹謗之學生現實中的學校生活，亦為極容易被網路服務提供者預見」，因而被告對於該電子布告欄，「應為了防止損害的發生，而慎重地管理，且於問題發生時為避免損害的擴大，負有迅速相應處理的管理義務，如此解釋方為相當」。

本案地方裁判所判決以寫入資訊的「匿名性」為前提，進而推論出「學生間(因網路資訊流通所造成)的問題極容易被預見」，而以此做為論理依據，課予學校損害發生防止義務，及避免損害擴大之迅速相應處理的管理義務，與前述動物醫院第二審法院判決，具有類似的論理過程與結果，而學說予以相同的負面評價(前述「動物醫院事件」之介紹與分析)。學者提出本判決應受到注目的另一焦點為，過往實務見解中，皆論及「權利人權利回復手段的不存在，當作作為義務的理論基礎」，

⁵⁰¹ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 94-95。

⁵⁰² 大阪地判平成 20・5・23 裁判所 HP。

但本判決卻未曾言及，其是否為故意略稱，外人不可得知，然假設其為刻意忽略此作為義務的成立要素，則即便在權利人有其他救濟管道時，亦承認網路服務提供者的作為義務，將可能使過往作為義務據以發生的根據，產生極大的變化⁵⁰³。

第三目 產能大學事件⁵⁰⁴

本案原告為經營產能大學等私立學校的學校法人(財團法人)，被告則為從產能大學離職的副教授，但仍然擔任產能大學教職員組合(以下簡稱 S 組合)的代表人兼執行委員長。本案爭點甚多，有關網路服務提供者一般民事責任者，乃聚焦於原告主張 S 組合在網路上設置的布告欄「S ユニオン(S 組合)」中，有 15 則侵害其名譽權或妨礙業務的言論資訊。此布告欄在最初採用使用者投稿將自動公開的管理模式，到了平成 17 年(2005 年)變更為使用者投稿須經管理者確認內容方予以公開的管理模式。原告主張扣除被告本身即為此等侵害名譽權資訊的發言人的部分，被告至少為本布告欄的管理者，在自動公開的管理模式時期怠於將此等資訊刪除，又在經確認內容方公開的時期經實質審查卻仍公開，以此為理由而主張其應負擔損害賠償責任。

東京地方法院判決首先著眼於網際網路中資訊擴散的迅速性，以及網路服務提供者所具有的影響力，「在網際網路中開設、管理電子布告欄者，不僅應採取『為了使侵害第三者名譽的資訊不被寫入』之事前適切的對策，當此類資訊事實上被寫入時，開設、管理電子布告欄者應負擔『迅速地採取適切的改正措施』此等法理上義務的情形，亦可能存在」。即便認為網路服務提供者的法理上義務可能發生，然而，考量到「是否侵害名譽權的判斷困難性」以及發信者的言論自由，「針對是否應負擔法理上的義務，應綜合考量電子布告欄的目的及管理體系、權利受侵害人有

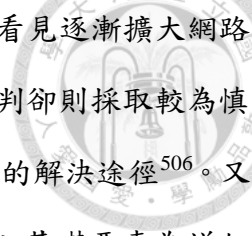
⁵⁰³ 長瀬貴志，前掲註 181，頁 95。

⁵⁰⁴ 東京地判平成 20・10・1 判時 2034 号 60 頁。

無得以採取的救濟手段、侵害名譽的態樣及程度等，個別具體地判斷」⁵⁰⁵。

在本案的具體適用中，法院區分前後電子布告欄不同的管理模式，闡述分別於何時發生刪除義務。在使用者投稿即自動公開該資訊的管理模式時期，如為一見即知侵害第三人名譽權之情事的內容投稿時，在具體知悉此投稿內容的情況下，即使第三者未提出刪除之要求仍負有刪除義務；如未達到此等顯著的內容之投稿，須經第三人特定投稿標的並提出刪除的要求，方負有刪除的義務。本案第 1 號至第 6 號爭議性言論並非一見即知侵害他人權利，且原告(第三人)的通知並未特定侵害權利的資訊為何者，被告現實上無法針對 1000 多則留言逐一過濾，故被告未違反作為義務。與之相反者，在使用者投稿內容須經管理者確認後方公開的後期管理模式下，S 組合在電子布告欄中聲明「本電子布告欄的投稿資訊將在發布前，全部進行審查，S 組合也承擔全部投稿的法律責任」，是以，如侵害第三人名譽權的投稿送經確認時，該布告欄的管理者即負有使該投稿不予公開的法理上義務，如已將之公開，則負有應將其迅速刪除的法理上義務。如果該侵害第三人權利之資訊被發布，則該電子布告欄與其管理者應與投稿資訊的使用者，自該資訊發布時起負擔「共同侵權責任」，此外，法院說明到，本案電子布告欄共有 5、6 位管理者，該電子布告欄的營運方式中，判斷是否應發布該資訊有所不明時，應由全體合議的方式決定，如果該資訊的發布乃經由合議制決定，即便非經由自身所發布，其他管理者在資訊發布後未立即刪除該爭議資訊，亦應認為全部管理者仍負擔損害賠償的連帶責任。最後，本案第 13 及 14 號爭議性言論，被告無法提出其為真實或可得信其為真實的證據，因而應負擔損害賠償責任。(本案僅對單一被告提起訴訟，並未將資訊發布者同時列為被告)

⁵⁰⁵ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 96。



本判決的重要性在於，近代有關作為義務的裁判例中，可以看見逐漸擴大網路服務提供者作為義務範圍之傾向，然而，本案的東京地方法院裁判卻則採取較為慎重且謹慎的方式，檢討網路服務提供者之作為義務，以謀求事件的解決途徑⁵⁰⁶。又雖然本判決對於法理上義務的產生時點，以及產生法理上義務之基礎要素為詳加的說明，然不可否認，如同過往的裁判先例以及本判決中所明言，「作為義務的有無，只能個別具體的判斷」，網路服務提供者仍須依照個別的案例，判斷自己應負擔的責任與否，此點並未改變⁵⁰⁷。

本文對於本案的想法，認為本案首先應區分網路服務提供者是否審查資訊內容之前後時期，前期即便侵害名譽權之情事極為顯著，應以權利人提出通知為限，方能認為網路服務提供者明知或可得而知，否則不啻課與其監督言論內容的義務。至於後述網路服務提供者在資訊發布前，以人工確實審查資訊內容之情形，法院見解認為網路服務提供者已明言「事前審查資訊並願意承擔全部資訊的責任」，因而當誹謗性言論產生時，使資訊發布並未立即刪除的管理者，應與發信者負共同侵權責任。在此本文認為，此與美國法上 *Stratton v. Prodigy* 電子布告欄事件的見解有所差異性，本案基於網路服務提供者明言其願意承擔全部資訊的相關責任，方課與其較重的作為義務，並非如同美國法院僅因網路服務提供者事前審查言論的服務政策，即課與其較重的出版者責任。如網路服務提供者事前審查言論並擔保負擔自己責任，則應理解為其與發信者成立共同侵權行為(場所及時間的密接性、擴大的注意義務)，兩者自問題留言公開時起負擔全部範圍的連帶損害賠償責任。不過，就現今社會網路服務提供者多為大規模盛載言論的狀況來看，殊難想像配置足夠的人力為發布資訊內容的逐一審查之情形存在，且亦對言論自由的侵害過鉅。

⁵⁰⁶ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 96。

⁵⁰⁷ 長瀨貴志，前揭註 181，頁 96。



第三節 發信者個人資料揭露

依美國學者所為之統計資料顯示，網際網路中匿名性言論占有資訊的 41.2%⁵⁰⁸，雖然此匿名性言論眾多的「現象」存在，然而，參考日本學者對於動物醫院事件、學校內部網站事件判決的批評，以及歐盟法學者對於 Delfi 事件判決的批評可以得知，不應賦予此現象負面的評價，也就是說，不得認為提供「匿名發言可能」服務的網路服務提供者，即因此而發生作為義務，或是負擔較重的責任。

然而，不可否認，匿名性言論的存在導致權利人因網路平台中資訊流通而權利受到侵害時，無法特定該侵權行為的加害人，而造成可能無法向該加害人提起訴訟請求損害賠償的局面。解決此現象的方法其中之一，乃肯認權利人得請求網路服務提供者將其系統內部，因使用者申請時所提供的個人姓名及聯絡方式予以揭露，或是要求網路服務提供者將其系統自動儲存的使用者 IP 位址、手機序號等資訊揭露給權利人，協助權利人特定可能的加害人，並得以向加害人進行相關訴訟程序。需特別注意者，該發信者個人資料「揭露」的對象，並非公開該個人資料於網路空間使不特定多數人得以共見共聞，而僅係對於權利人或是其代理人為揭露，以避免發信者言論自由及隱私權受到過度的侵害。除此之外，另外一種解決方法，乃肯認權利人得先對於「尚未特定」的被告為起訴，於訴訟程序中方因第三人的證據提出而特定被告的匿名訴訟。

網路服務提供者在訴訟外是否負有依權利人請求揭露發信者個人資料的義務？又如揭露該資訊後是否因而免責？又或者承認匿名訴訟經由訴訟程序方與以特定當事人？各國皆有不同的立法規範。本節將以創設權利人請求權實體法規範的日

⁵⁰⁸ David S. A., *supra* note 3, at 487.

本法為首，再進而介紹其他國家的民事訟爭/訴訟外制度如何設計。需特別注意者，即便課與網路服務提供者依權利人請求而揭露發信者個人資料之義務，並非課與網路服務提供者「保存使用者個人資料」之義務，亦非課與其「確認使用者真實身分資料」之義務，韓國曾經施行但後來受到違憲宣告的網路實名制，本文亦將予以介紹。

第一項 日本法之創設性實體法權利規範

在提供者責任限制法制定前，1999 年郵政省通訊政策局所提出的「有關資訊通訊的不適正利用及申訴處理的應有狀態研究會」報告書⁵⁰⁹，其中在第三章「資訊通訊的不適正利用之樣態及解決方法」中曾提到發信者個人資料的揭露，並於第四章「發信者個人資料揭露」中，立基於「產生網際網路中不適正利用的問題，發信者具有匿名性而無法對其追究民事責任乃重要因素之一」，而對於此發信者個人資料之揭露制度有詳細的討論。其並進而說明「當資訊侵害他人權利時，其並不受電子通信事業法對於通訊祕密的保護，以此為前提，電子通信事業者揭露發信者的個人資料，為具有社會相當性的行為而阻卻違法。……但考量網際網路的『具有公開性的通訊』與傳統一對一通訊存在差異性，仍期待「發信者個人資料在何時具有保護的必要性」此課題能逐漸明確化」⁵¹⁰。

而在 2000 年公布的「有關網際網路中資訊流通的適正確保研究會報告書」⁵¹¹中，「有關發信者資料揭露規則的應有完備狀態」中討論到，此應否揭露個人資料的判斷主體應由誰來擔任，網路服務提供者、第三獨立機關抑或是法院，各有利弊，而期待完備的解決程序相關規範⁵¹²。2002 年提供者責任限制法立法時，第四條明

⁵⁰⁹ 情報通信の不適正利用と苦情対応の在り方に関する研究会(1999)，《報告書》。

⁵¹⁰ 堀部政男，前掲註 38，頁 11。

⁵¹¹ インターネット上の情報流通の適切確保に関する研究会(2000)，《報告書》。

⁵¹² 堀部政男，前掲註 38，頁 11。

文肯認權利人對於網路服務提供者在符合一定要件下，於訴訟內外皆得請求其提供發信者個人資料，其判斷主體確立為網路服務提供者自身。



第一款 提供者責任限制法第四條

提供者責任限制法第四條：「 I 主張經由特定電子通信的資訊流通，自己的權利受到侵害者，必須該當下述各款，方得請求服務提供者揭露其所保有，有關該侵害權利資訊的發信者個人資料(姓名、住所及其他總務省令規定的有助於特定發信者的資料)。一 該請求揭露者因資訊的流通而權利受侵害的事實乃極為明顯。二 該發信者個人資料乃主張權利受侵害者行使損害賠償請求權所必要，或有其他應接受其揭露發信者個人資料之請求的正當理由。……IV服務提供者依第一項規定而未同意該揭露個人資料之請求時，對於請求揭露者所生之損害，以其具有故意或重大過失為限，方負擔損害賠償責任。然而，該服務提供者乃該侵害權利資訊的發信者之情形，不在此限。」⁵¹³

⁵¹³ 本條文原文如下：

第四条特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者は、次の各号のいずれにも該当するときに限り、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者（以下「開示関係役務提供者」という。）に対し、当該開示関係役務提供者が保有する当該権利の侵害に係る発信者情報（氏名、住所その他の侵害情報の発信者の特定に資する情報であつて総務省令で定めるものをいう。以下同じ。）の開示を請求することができる。

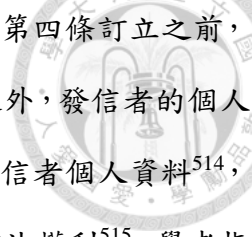
一侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき。

二当該発信者情報が当該開示の請求をする者の損害賠償請求権の行使のために必要である場合その他発信者情報の開示を受けるべき正当な理由があるとき。

2 開示関係役務提供者は、前項の規定による開示の請求を受けたときは、当該開示の請求に係る侵害情報の発信者と連絡することができない場合その他特別の事情がある場合を除き、開示するかどうかについて当該発信者の意見を聴かなければならない。

3 第一項の規定により発信者情報の開示を受けた者は、当該発信者情報をみだりに用いて、不当に当該発信者の名誉又は生活の平穩を害する行為をしてはならない。

4 開示関係役務提供者は、第一項の規定による開示の請求に応じないことにより当該開示の請求をした者に生じた損害については、故意又は重大な過失がある場合でなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該開示関係役務提供者が当該開示の請求に係る侵害情報の発信者である場合は、この限りでない。



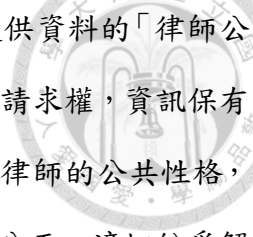
日本民事法體系中實體法明定的資訊請求權並不多，在本法第四條訂立之前，實體法及程序法規定中，除了刑事訴訟程序中法官發布的令狀之外，發信者的個人資料因涉及通訊秘密，尚無依據得以請求網路服務提供者揭露發信者個人資料⁵¹⁴，因此而請求權具有劃時代意義，乃藉由制定法律所新創設的實體法權利⁵¹⁵。學者指出，不同於民法委任契約委任人之報告請求權、公司法上股東的各種閱覽請求權、民法繼承篇繼承人對遺產管理人、遺囑執行人之報告請求權，抑或是判例發展而成的顧客請求借貸業者開示貸款相關紀錄的資訊揭露請求權(誠信原則所生之義務⁵¹⁶)，其資訊請求人與負擔資訊揭露義務者間存在著一定的法律關係，無論是如委任關係間存在著一定信賴關係，抑或是借貸業者與金錢消費借貸人間為了謀求彼此之利益，而防患紛爭於未然所產生的貸款相關紀錄保存義務，此等信賴關係所生的資料保存及揭露義務，當真正發生紛爭時亦發生有助於紛爭之解決。本法發信者個人資料揭露請求權雙方當事人並未事先具有契約或其他法律關係，然而在「取得解決紛爭的必要資料」此機能特徵上，則與前述之請求權相同，不過，該權利因雙方當事人間無既有法律關係存在，在法律性質上仍與前述的請求權不同⁵¹⁷。

⁵¹⁴ 大村真一，前揭註 460，頁 13。

⁵¹⁵ 本法條不僅在日本國內為創設性權利規範，日本學者指出，在外國法上，請求第三人所保有的資訊之揭露，通常需要法院介入此程序，且並非限於網際網路中資訊的流通，為單一性的個別規範。因為本條文的制定，不限於依民事訴訟提出請求，即便在訴訟程序之外，網路服務提供者亦可能因受請求而在符合一定要件下自行開示發信者個人資料。大村真一，前揭註 460，頁 15，註 12；町村泰貴(2012)，〈發信者情報開示請求權の法的性質〉，堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 144；總務省，前揭註 461，頁 2；藤原宏高(2012)，〈プロバイダ責任制限法 施行 10 年—ニフティサーバ事件を振り返りながら〉，《NBL982 号》，頁 1。

⁵¹⁶ 最三判平成 17・7・19 民集 59 卷 6 号 1783 頁「依照借貸業法規定，借貸業者應作成、保存業務帳簿，以求在對於債務內容有所疑義時有助於紛爭解決的規定旨趣之外，一般而言，債務人在無法正確掌握其債務內容的情況下，難以訂立其清償計畫，即便超額支付亦無法請求返還之外，如再被請求清償也只能被迫再繼續為之，將受到極大的不利益；然而與此相對，借貸業者依據其所保存的業務帳簿而揭露債務內容極為容易，並無課予其特別的額外負擔，由此觀之借貸業者在受到債務人請求揭露貸款相關紀錄時，除有得認為該請求揭露為濫用權利的特別情況外，作為適用借貸業法的金錢消費借貸契約之附隨義務，依誠信原則，應解釋為應負擔基於該保存之業務帳簿而揭露貸款相關紀錄的義務。」

⁵¹⁷ 町村泰貴，前揭註 515，頁 144-145。



至於無先決實體法律關係存在，但仍肯認其得要求相對人提供資料的「律師公會查詢地位⁵¹⁸」(律師法第 23 條之 2)，雖然此地位並非實體法上請求權，資訊保有人在接受到該查詢後具有報告義務，此報告義務之根據乃源自於律師的公共性格，並進而推導出民事訟爭制度(包含訴訟、非訟、和解、仲裁等)的公正、適切紛爭解決目的，實質上保障日本憲法第 32 條⁵¹⁹之接受裁判的權利此社會公共利益。發信者資訊揭露請求權在「律師公會查詢」案例的裁判中，被加以援引為例作為課予資訊保有人報告義務之基礎⁵²⁰，此「律師公會查詢」資訊揭露請求權以及本法之發信者資料揭露請求權，皆具有除了追求私人利益外，亦兼具謀求民事訟爭制度公平正義、適切進行的社會公共利益，此亦為承認發信者資訊揭露請求權的實質上根據所在⁵²¹。

參考 2000 年公布的「有關網際網路中資訊流通的適正確保研究會報告書⁵²²」，創設本實體法請求權的理由，在於匿名使用者存在時，權利受侵害人須對於保有其個人資料的網路服務提供者請求揭露該資訊以利其特定發信者的身分，但因兩者間通常不存在契約關係，是否得以請求此資訊即有疑問。且網路服務提供者本來被課予守護通訊秘密的公法上義務，若違反將受到刑事制裁，因而發信者個人資料揭露請求，除私法上權利義務關係外，亦應考量到如何成為網路服務提供者公法上秘

⁵¹⁸ 受到委任的律師，得對於保有與該事件關聯的資料之公立、私立團體，向所屬律師公會提出查詢的申請，由所屬律師公會對該資訊保有者提出查詢之請求。其並非實體法上的權利，因而並無訴訟請求之可能性，雖然資料保有人負有依該查詢之報告義務，然而，不依此律師公會查詢提出相關資料的資料保有者，是否對於律師或委託人負有損害賠償的義務有所爭議，原則上法院多數不承認此報告義務違反的損害賠償責任。

⁵¹⁹ 32 条：何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない。

⁵²⁰ 大阪地判平成 18・2・22 判時 1962 号 85 頁，其將發信者資訊請求權定位為，「加害者の特定被認為通常很困難，然而，在保有有助於加害者特定的資訊之可能性極高的事業者存在的侵權行為類型中，加害者所擁有『與自己相關的資訊不被任意地對第三人揭露』的法律上利益、事業者所擁有的營業上利益，以及被害人之接受裁判的權利相互間謀求絕妙的調和之實定法上制度。」

⁵²¹ 町村泰貴，前掲註 515，頁 146-147。

⁵²² インターネット上の情報流通の適切確保に関する研究会，前掲註 511。

密保護義務之例外⁵²³。又網路服務提供者與發信者間通常具有契約關係，如何將揭露發信者個人資料解釋為「正當業務行為」，而解除其契約中之守密義務亦有所疑義⁵²⁴。基於此等因素，而需創設實體法上「發信者個人資料揭露請求權」，但需注意，如何在發信者維持匿名性的形式下，使其參與個人資料揭露程序並表達意見(程序保障)，須加以兼顧⁵²⁵。

本條文規範發信者資訊揭露請求權須具備三項要件，第一為權利侵害的明顯性(第一項第一款)，第二為發信者資訊揭露的必要性及相當性(第一項第二款)，第三為發信者意見聽取(第二項)。所謂權利侵害的明顯性，乃指該經資訊流通而權利侵害之事實乃一望即知的明顯存在，包含阻卻違法事由並不存在的事實在內⁵²⁶。至於是否須可得舉證侵權行為的主觀故意或過失要件成立，亦即此處之「權利受侵害」為無須主觀歸責要件亦成立的人格權、著作權侵害，抑或是以故意或過失為成立要件的侵權行為債權有所疑義。實務判決多數認為，無須證明故意或過失主觀歸責要件，學者也認為，名譽權、著作權等智慧財產權皆為排他性權利，只要侵害行為具有不法性(無阻卻違法事由)，即得肯認侵害排除請求權之存在，而肯認實務之多數見解⁵²⁷。

比較本條第一項第一款與第三條第一項第二款以及第三條第二項第一款，可得知，因揭露發信者個人資料乃涉及言論自由、隱私權的侵害，且此資訊一經揭露

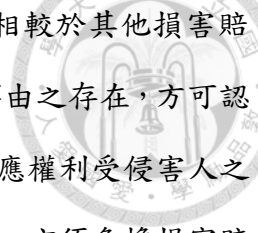
⁵²³ 町村泰貴，前揭註 515，頁 143-144。

⁵²⁴ 山本隆司(2012)，〈不開示に関する重過失の解釈—最三判平成 22・4・13 民集 64 卷 3 号 758 頁〉，堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 111。

⁵²⁵ 町村泰貴，前揭註 515，頁 144；インターネット上の情報流通の適切確保に関する研究会，前揭註 511，頁 35。

⁵²⁶ 総務省総合通信基盤局消費者行政課(2014)，『改訂増補版 プロバイダ責任制限法』，頁 65—66 頁，東京：第一法規。

⁵²⁷ 山本隆司，前揭註 524，頁 112。東京地判平成 15・3・31 判時 1817 号 14 頁(ヤフー眼科医療法人事件)。



即無法回復其損害，是以對於網路服務提供者得揭露的情形為相較於其他損害賠償責任較為嚴格的要件，需網路服務提供者認識到無阻卻違法事由之存在，方可認為其該當「權利受侵害為顯著」⁵²⁸。且本條網路服務提供者未因應權利受侵害人之請求或是遲延揭露的情形，其主觀要件僅限於故意或重大過失時，方須負擔損害賠償責任，亦為站在此立足點考量之結果⁵²⁹。不同於前述損害賠償請求之解釋論，某行為得與其他資訊評價為整體行為而此行為得評價為「侵害他人權利」之情形(如”連結”以及”詐欺行為的著手”等)，因網路服務提供者無法就該流通資訊本身判斷是否侵害權利，將造成並無權侵害之情事卻開示發信者資訊的風險變高，而造成侵害發信者隱私、通訊秘密以及言論自由此等重大權益的風險變高，而需要審慎思量之⁵³⁰。

從發信者資料揭露請求權所侵害的發信者通訊秘密觀點來看，首先，通訊秘密受到隱私權及言論自由所保障，而隱私權乃「不欲將該等資訊任意對他人揭露的權利」，其中區分為個人私生活、人格、思想、信仰、良心等關於個人內心資訊的高度隱私權，亦有個人的姓名、住址等為經營其社會生活的最基本個人識別資訊，人存在於社會群體中而具有一定的制約之較低度隱私權保障範疇。依本請求權網路服務提供者應揭露的資訊，最終而言，即得以特定被告而對其提出訴訟的發信者「姓名」及「住所」。發信者對於其個人姓名、住所不被揭露的法律上利益，相較於權利人對於他人社會生活行為追究法律責任所必要的揭露資訊之訴訟上權利而言，後者應優於前者⁵³¹。本文認為此說法似未考量到當匿名性言論被揭露姓名、住所等個人資料後，實亦已侵害到個人內心思想不欲被人知悉的高度隱私權領域，然

⁵²⁸ 有關此點學者認為「阻卻違法事由的不存在，乃「權利侵害的明白性」之要件」應期待隨著判決的更新與堆疊，在ガイドライン(適用方針)中與以修訂明文方為妥適。參照大村真一，前揭註 460，頁 19。

⁵²⁹ 大村真一，前揭註 460，頁 15-16，頁 19。

⁵³⁰ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前揭註 32，頁 14-15。

⁵³¹ 山本隆司，前揭註 524，頁 110-111。

而，如同此實務界人士所言，此「揭露」僅將資料給予權利人，並非「公開」於不特定第三人，又參酌前述具有保障憲法中訴訟權利行使之目的來看，對於發信者隱私權造成之侵害可謂具有必要性，不過訴訟外請求的程序是否真有實益以及是否妥適，詳見下段進一步說明。

在名譽權是否受侵害的情形，需考量(1)發布的資訊是否為「事實」，而侵害他人名譽權(2)此事實是否有關公共利益並以公益為唯一目的，而得以證明該事實為真實以阻卻違法性(3)如未能證明其真實性，則應證明有相當理由信其為真實以否定過失的成立。此三個判斷階層即便為同一案例，上級審法院與下級審法院皆有不同認定結果，更遑論對於法律判斷為一般人的網路服務提供者⁵³²，故日本學者統計網路服務提供者在受到揭露請求時，訴訟外揭露與不揭露的案件比例為 4:651 此極為懸殊的比例⁵³³，多數案件仍須進入訴訟程序，由權利人行使發信者個人資料請求權並藉由法官之專業知識為揭露與否之判斷⁵³⁴。又加上此「權利受侵害為顯著」以及網路服務提供者經請求而未揭露時，僅在「故意或重大過失侵害他人權利」方發生損害賠償責任的雙重嚴格要件結果，將導致訴訟外網路服務提供者幾無揭露發信者個人資料之可能，而須由主張權利受侵害人先對網路服務提供者依訴訟請求揭露該資訊，方得再依另一訴訟請求特定發信者負損害賠償責任，權利人除須負擔兩道程序之訴訟費用外，亦可能需花費數年時間方可完成該程序，又網路服務提供者亦須負擔律師費、人事成本等不利益而被迫在前訴訟成為訴訟當事人。主張發信者個人資料請求權之權利人，真正欲依法院訴訟程序獲得救濟之對造當事人應為發信者，本法第四條的雙重嚴格要件設計，雖似欲保護網路服務提供者，實則仍

⁵³² 山本隆司，前揭註 524，頁 112。

⁵³³ 矢上哲雄「プロバイダ責任制限法施行後のプロバイダ等の状況」コピ 2005 年 1 月号 27 頁。

⁵³⁴ 山本和彦(2012)，〈提訴を容易にするための手続的方法〉，堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 150。

造成權利人、網路服務提供者訴訟負擔之浪費⁵³⁵。且有關「權利侵害明顯」此要件，在進入訴訟程序為請求時，法院審理不受此要件規範，應經由訴訟程序在言詞辯論終結前，判斷侵害名譽權要件該當並無阻卻違法事由，此要件限制了訴訟外程序的發生可能，在訴訟程序中又無法發生功能，則此實體法規範之創設是否真有實益有待商榷⁵³⁶。有關其他替代途徑之可行性，本文將於第二款為討論。

又當網路服務提供者接到權利受侵害者的發信者個人資料揭露請求時，是否應於法條中明文規範其於接到通知至揭露之最長期間，2011年「檢視提供者責任限制法後之建議」指出考量到揭露、不揭露的判斷存在難易程度之差別，且各個網路服務提供者具有不同的營業規模，如設定具體固定的處理期間，將造成誘導不必要的「揭露」判斷之負面效果，而應依具體個案判斷其處理期間長短，並是否成立重大過失延誤為已足，而無增修法規範的必要性⁵³⁷。

發信者個人資料揭露對於其通訊秘密影響甚鉅，因而該揭露資料之範圍應僅限於得特定發信者身分之相關資訊，不得揭露與身分特定未相關聯，而為網路服務提供者所持有的其他個人資料。對於發信者資料之揭露範圍，委由總務省依省令限定列舉⁵³⁸，目前包含「發信者及其他有關侵害資訊送信者之姓名或名稱」、「發信者或其他有關侵害資訊送信者的住所」、「發信者的電子郵件」、「有關侵害資訊的 IP 位址及與該 IP 位址相連接的電子通信設備序號」、「有關侵害資訊之自手機端或 PHS 端至網際網路連接服務之使用者識別符號」、「有關侵害資訊之 SIM 卡識別序號中，由網際網路連接服務所被發送之資訊」，以及後三者「傳送侵害資訊至揭露

⁵³⁵ 山本隆司，前揭註 524，頁 112-114。

⁵³⁶ 山本隆司，前揭註 524，頁 112-114。

⁵³⁷ 大村真一，前揭註 460，頁 15-16，頁 19。

⁵³⁸ 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第四条第一項の発信者情報を定める省令（平成十四年五月二十二日総務省令第五十七号）。



義務之特定電子設備的年月日及時分」⁵³⁹。

需特別注意者，本條文僅規範網路服務提供者在符合一定要件下對於發信者個人資料之揭露義務，且該個人資料揭露之範圍除在種類方面受到省令列舉限制外，應以該資訊於網路服務提供者受到請求時，尚且現實上存在網路服務提供者的系統紀錄中為必要，如該個人資料本即不完整或是依業者之作業流程業已刪除，不得因此而要求網路服務提供者負相關賠償責任，亦即**本條文並未課予網路服務提供者確認發信者身分以及通訊歷程的保存義務**⁵⁴⁰。最後本文欲補充說明到，學者認為，從提供者責任限制法第 4 條發信者個人資料揭露義務的規範目的，乃保障被害人依憲法第 32 條⁵⁴¹接受裁判的權利角度來看，無論是依拍賣網站所造成的詐欺或債務不履行，抑或是網路上發生的名譽侵害案件，其為發現匿名加害者而請求網路服務提供者揭露發信者個人資料，進而行使接受裁判的權利並無任何不同，應認為需緩和本條文的要件，而擴張發信者個人資料揭露義務之適用範圍，不限於「因資訊流通所直接造成之損害」之情形方為妥適⁵⁴²。

第二款 替代途徑之可行性

現行日本民事訴訟法第 220 條規定中，如欲使訴訟當事人外之第三人提供所保有的資料作為訴訟中之證據，或提供協助訴訟程序順利進行之資訊，當事人得申請法院為文書提出命令，由法院衡量本文書的保密必要性、持有者相關利益的內容、程度以及民事事件的內容、性質、社會意義及價值、作為證據的必要性諸事項為利

⁵³⁹ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前掲註 32，頁 4；日本電子政府綜合窗口網站，<http://law.e-gov.go.jp/htmlldata/H14/H14F11001000057.html>(最後瀏覽日：7/17/2016)。

⁵⁴⁰ 大村真一，前掲註 460，頁 16。

⁵⁴¹ 參照前掲註 519。

⁵⁴² 藤原宏高，前掲註 515，頁 1。



益衡量，而決定該人是否有文件提出之義務⁵⁴³。但此以訴訟當事人已進入訴訟程序為前提，為公法上義務之一環，是以仍無法突破日本訴訟法上不承認匿名訴訟而無法對於發信者提出訴訟之困境。

如前方所述，現行法實務運作下權利人須經由兩道訴訟程序方得對於發信者請求損害賠償，權利人、網路服務提供者皆花費額外的勞力時間費用，並且以網路服務提供者為訴訟程序主體的個人資料揭露訴訟，具有「中小型網路服務提供者負擔相當的風險」、「發信者對於自己個人資料被揭露與否的程序保障不足」以及「網路服務提供者身為訴訟當事人，然其處分權受到限制」等問題，此等問題應如何改善，日本學者參考外國立法提出兩種解決方案。其一，維持發信者個人資料揭露程序與訴訟程序分離，但建立較簡易迅速的資料請求程序。其二為，參酌美國訴訟法體系，新增匿名訴訟(John Doe/Jane Doe 訴訟)的可能，而於訴訟程序中，方對於網路服務提供者發布命令，要求其提出發信者個人資料以協助當事人特定而繼續進行⁵⁴⁴。

第一目 簡易迅速的程序進行

維持既有提供者責任限制法第四條發信者個人資料請求權的實體法地位，但為了簡化、加速程序的進行，而肯認得依定暫時狀態假處分⁵⁴⁵為資訊揭露的請求。

⁵⁴³ 町村泰貴，前掲註 515，頁 147。

⁵⁴⁴ 山本和彦，前掲註 534，頁 150-160。

⁵⁴⁵ 民事保全法

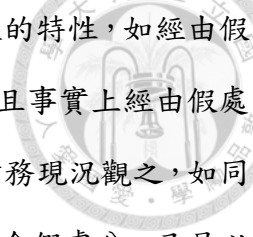
(仮処分命令の必要性等)

第二十三条 係争物に関する仮処分命令は、その現状の変更により、債権者が権利を実行することができなくなるおそれがあるとき、又は権利を実行するのに著しい困難を生ずるおそれがあるときに発することができる。

2 仮の地位を定める仮処分命令は、争いがある権利関係について債権者に生ずる著しい損害又は急迫の危険を避けるためこれを必要とするときに発することができる。

3 第二十条第二項の規定は、仮処分命令について準用する。

4 第二項の仮処分命令は、口頭弁論又は債務者が立ち会うことができる審尋の期日を経なければ、これを発することができない。ただし、その期日を経ることにより仮処分命令の申立ての



參酌立法時總務省的意見，發信者資訊的揭露具有無法回復原狀的特性，如經由假處分之審理，假處分要件如保全的必要性等應嚴格且審慎判斷，且事實上經由假處分不易達到保全之目的的情況亦不在少數⁵⁴⁶。從本法制定後的實務現況觀之，如同判決所示「對於管道服務提供者，發布命保全該發信者資訊的命令假處分，已足以達到不阻礙被害人權利救濟的途徑，對於管道服務提供者的假處分在此限度內必要且充分。」，原則上實務並不肯認依(定暫時狀態)假處分請求發信者個人資料揭露的可能。學者認為在損害正在進行中，為防止損害擴大而極為必要的侵害排除請求權訴訟，應肯認發信者資料揭露請求權得依假處分為滿足性處分，然而在損害賠償請求權訴訟中，則該請求權原則上無保全之必要性⁵⁴⁷。

除了假處分程序外，或有主張將本發信者資料揭露程序非訟事件程序進行，在相較於訴訟程序較為簡易迅速的裁定程序中，權利人以網路服務提供者為相對人，向法院聲請發信者特定資訊的揭露，經法院裁定始發生揭露請求權的形成效力。此種程序的最大問題在於，憲法上所保障的通訊秘密利益是否得依非訟事件此對於當事人及發信者程序保障較不充足，且裁定揭露後的損害又難以回復的狀態下，予以決定。又如選擇對於當事人、發信者程序參與保障較為充分的非訟事件程序，則又與訴訟程序的優缺點趨近一致⁵⁴⁸。

最後，委任第三獨立機關代替網路服務提供者本身為是否揭露之判斷，如該第三機關之判斷對於法院並無拘束力，則其充其量僅為諮詢機關，僅能期待法院事實上尊重該第三機關的判斷，而降低網路服務提供者應負擔責任之風險；反之，如該判斷對於法院具有拘束力，則該第三機關的行為乃國家權力的行使，該判斷乃變為

目的を達することができない事情があるときは、この限りでない。

⁵⁴⁶ 総務省総合通信基盤局消費者行政課，前掲註 526，67 頁。

⁵⁴⁷ 山本和彦，前掲註 534，，頁 151-152。

⁵⁴⁸ 山本和彦，前掲註 534，，頁 153。



行政處分的型態，不過，依憲法所第 76 條第 2 項後段⁵⁴⁹，行政機關不得作為裁判的最終審級，必須賦予當事人提起訴訟的權利，則最終須透過訴訟程序解決的第三獨立機關判斷，似有疊床架屋之嫌⁵⁵⁰。

第二目 匿名發信者的程序進行

第二種解決方案，乃緩和日本民事訴訟法第 133 條第二項第一款⁵⁵¹，原告須於起訴狀中特定當事人的規定。其中又分成：從訴訟開始至訴訟終結時，被告皆以匿名方式參與之狹義的匿名訴訟；以及起訴時被告為匿名而於訴訟終結前變更為可得特定人之廣義的匿名訴訟。匿名訴訟之優點在於，省略前述權利人需經兩道訴訟程序的眾多成本及不便，使權利人得經由一道程序解決紛爭，且另一方面，發信者成為訴訟當事人，就自己權益為直接攻擊防禦而受到程序保障，最後，則使網路服務提供者脫離訴訟而減少其負擔。

狹義的匿名訴訟實際操作上，原告在提出訴狀時，僅得特定該被發信的資訊，故肯認「○○○資訊的發信者」已達到特定被告之程度。進而，由法院對於網路服務提供者依不公開程序⁵⁵²，命其提供發信者個人資料，法院並進而依此資訊寄發訴狀

⁵⁴⁹ 第 76 條

2 特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。

⁵⁵⁰ 山本和彦，前掲註 534，頁 154。

⁵⁵¹ 民事訴訟法

第一百三十三條 訴えの提起は、訴状を裁判所に提出してしなければならない。

2 訴状には、次に掲げる事項を記載しなければならない。

一 当事者及び法定代理人

二 請求の趣旨及び原因

⁵⁵² 民事訴訟法 第二百二十三條

6 裁判所は、文書提出命令の申立てに係る文書が第二百二十條第四号イからニまでに掲げる文書のいずれかに該当するかどうかの判断をするため必要があると認めるときは、文書の所持者にその提示をさせることができる。この場合においては、何人も、その提示された文書の開示を求めることができない。(譯：對於裁判所發布之文書提出命令時，為審酌拒絕提出該等文書是否具有正當性，應由法官以不對原告及任何其他人士公開的私下審理方式，判斷該人是否具有文書提出義務，該受命令人不得拒絕提出文書供裁判所私下審理判斷。) 在狹義匿名訴訟中，網路服務提

等，而後續被告提出之攻擊防禦中得以特定其個人資料之部分，亦暫不在訴訟紀錄中記載，並直到被告敗訴判決確定，該個人資料方無保護的正當利益，而對原告揭露以利其為後續之執行程序。以現行民事訴訟法需特定被告方得提起訴訟之規定，實難以進行此種訴訟，且即便立法修改亦牽動諸多條文須配合修正，亦可能存在立法亦無法解決之問題。另外，此匿名訴訟可能對於原告、被告皆造成程序保障的侵害，真正實行上可能需要雙方當事人皆同意方能啟動此訴訟⁵⁵³。

廣義的匿名訴訟乃指原告於起訴時被告處於未知狀態(僅以發信特定訊息之人為對造當事人)，在訴訟開啟後再依同程序中之文書提出命令程序，對網路服務提供者依現行法要件請求其揭露發信者個人資料，待獲裁定而網路服務提供者向原告揭露後，取得此特定資訊方依此寄送訴狀並依通常訴訟程序進行訴訟，如未能獲揭露資訊之裁定而訴狀無法送達，則法院依法為駁回該訴狀之命令⁵⁵⁴。此種程序雖然解決了兩個訴訟程序的不利益，但仍無法解決發信者程序利益保障不足之問題，因而學者認為廣義的匿名訴訟並無徹底地解決目前現行法所遭遇的問題，且須大幅度而大膽地為訴訟制度上的變更與修正法律，是否具有必要性應審慎考量⁵⁵⁵。

供者所提供之發信者個人資料，即應以此等程序處理，在裁判所對其發布文書提出命令時不得拒絕，以利裁判所特定被告並寄送訴狀等為相關之程序權保障，惟僅承審法官知悉而在判決確定前皆不對原告及其他第三人揭露。參照山本和彥，前揭註 534，頁 155，註 26。

⁵⁵³ 山本和彥，前揭註 534，頁 155-157。

⁵⁵⁴ 民事訴訟法

第一百三十七條 訴狀が第三百三十三條第二項の規定に違反する場合には、裁判長は、相当の期間を定め、その期間内に不備を補正すべきことを命じなければならない。民事訴訟費用等に関する法律（昭和四十六年法律第四十号）の規定に従い訴えの提起の手数料を納付しない場合も、同様とする。

2 前項の場合において、原告が不備を補正しないときは、裁判長は、命令で、訴状を却下しなければならない。

3 前項の命令に対しては、即時抗告をすることができる。

（訴状の送達）

第一百三十八條 訴状は、被告に送達しなければならない。

2 前条の規定は、訴状の送達をすることができない場合（訴状の送達に必要な費用を予納しない場合を含む。）について準用する。

⁵⁵⁵ 山本和彥，前揭註 534，頁 157-158。

匿名訴訟造成的法規變動範圍過廣，因而學者討論到，是否得依日本民事訴訟法現行的起訴前證據蒐集程序⁵⁵⁶，創設權利人與發信者在本案訴訟前，得向網路服務提供者請求揭露資訊的程序。但創設此程序需突破的難處在於，現行法課與對造具有證據提供的訴訟法上義務，乃基因於此階段為「準」訴訟繫屬中，但如何要求非訴訟當事人的第三人提供資訊，則欠缺論理上的基礎。且觀諸此民事訴訟法上的制度設計意旨，乃在於經起訴後爭點整理等程序而使審理程序能充實、迅速，似與發信者個人資料請求權欲達到的目的亦有所差異，況且解決前述網路服務提供者代替發信者成為實質當事人之問題亦無法解決，學者認為是否果敢地將「發信者資料提供請求」此新概念放入既有「起訴前證據蒐集程序」中，應謹慎地討論方為妥適⁵⁵⁷。

又除了匿名訴訟的法院程序外，仲裁程序(ADR)原則上乃基於當事人同意而自由運用的訴訟外程序，相較於訴訟程序中的當事人特定，在仲裁程序中以匿名性進

⁵⁵⁶ 民事訴訟法（訴えの提起前における証拠収集の処分）

第一百三十二条の四 裁判所は、予告通知者又は前条第一項の返答をした被告通知者の申立てにより、当該予告通知に係る訴えが提起された場合の立証に必要であることが明らかな証拠となるべきものについて、申立人がこれを自ら収集することが困難であると認められるときは、その予告通知又は返答の相手方（以下この章において単に「相手方」という。）の意見を聴いて、訴えの提起前に、その収集に係る次に掲げる処分をすることができる。ただし、その収集に要すべき時間又は囑託を受けるべき者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないと認めるときは、この限りでない。

一 文書（第二百三十一条に規定する物件を含む。以下この章において同じ。）の所持者にその文書の送付を囑託すること。

二 必要な調査を官庁若しくは公署、外国の官庁若しくは公署又は学校、商工会議所、取引所その他の団体（次条第一項第二号において「官公署等」という。）に囑託すること。

三 専門的な知識経験を有する者にその専門的な知識経験に基づく意見の陳述を囑託すること。

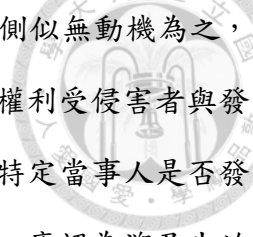
四 執行官に対し、物の形状、占有関係その他の現況について調査を命ずること。

2 前項の処分の申立ては、予告通知がされた日から四月の不変期間内にしなければならない。ただし、その期間の経過後にその申立てをすることについて相手方の同意があるときは、この限りでない。

3 第一項の処分の申立ては、既にした予告通知と重複する予告通知又はこれに対する返答に基づいては、することができない。

4 裁判所は、第一項の処分をした後において、同項ただし書に規定する事情により相当でないと認められるに至ったときは、その処分を取り消すことができる。

⁵⁵⁷ 山本和彦，前掲註 534，頁 158。



行亦可承認。然而，在紛爭發生後，有關仲裁程序的合意發信者側似無動機為之，又如網路服務提供者「事先」依網路平台約款，無權代理不特定權利受侵害者與發信者訂立仲裁合意，則須面臨無權代理是否可行，及仲裁合意未特定當事人是否發生效力的問題。學者認為，在權利人事後同意此仲裁約款效力時，應認為溯及生效而得發生效力，但亦須考量發信者作為消費者而隨時可解除該仲裁合意的問題。況且權利人在事後因無其他救濟管道，而「不得不同意」此仲裁契約，此合意的任意性亦影響到仲裁契約是否發生效力的問題。最後，仲裁判斷作成後，可能得依裁定程序為撤銷仲裁判斷或是執行仲裁判斷等，此等裁定程序仍同前述所言，面臨須揭露當事人資訊方得特定對造之問題⁵⁵⁸。

綜合前述替代途徑可能遭遇之問題與造成之法規範重大變更，學者認為 2011 年「檢視提供者責任限制法後之建議」⁵⁵⁹，未為針對本發信者個人資料揭露請求權為重大的制度變革，乃因所需修訂的法律規範，需要建構的論理基礎尚未成熟，而不得不委由實務改善此方向為解決⁵⁶⁰。

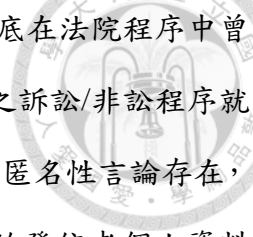
第三款 實務見解

依前述日本學者統計結果，訴訟外直接依實體法權利為主張，而成功獲得網路服務提供者揭露發信者個人資料的比例極低，極大部分的案件仍回歸訴訟程序，由權利人向網路服務提供者提起請求揭露發信者個人資料，及網路服務提供者怠於為之而造成其權利受到侵害的損害賠償訴訟，惟該實體法設立了「權利侵害的明顯性」及「故意或重大過失未揭露/遲延揭露」此雙重要件，網路服務提供者需負損害賠償責任的情形實為少見。

⁵⁵⁸ 山本和彦，前揭註 534，頁 158-159。

⁵⁵⁹ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会，前揭註 32。

⁵⁶⁰ 山本和彦，前揭註 534，頁 159。



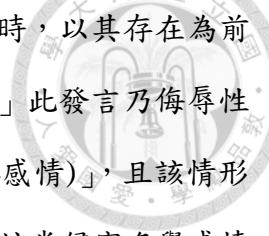
本文發現學者整理第四條創設實體法規範以來，至 2010 年底在法院程序中曾援引之相關案例共 23 個案件，其中對於連線服務提供者所提出之訴訟/非訟程序就占了 15 件⁵⁶¹，探討其背後原因，資訊儲存型網路服務提供者如在匿名性言論存在，且未於使用者註冊時留下正確姓名聯絡方式之情形，所能提供的發信者個人資料多半僅止於 IP 位址，尚須對連線服務提供者請求揭露 IP 位址之個人資料方能真正特定發信者。而日本提供者責任限制法並無區分網路服務提供者之類型，皆有所適用，故權利人在取得 IP 位址後，向連線服務提供者訴訟外請求揭露個人資料被拒，進而轉入訴訟或假處分程序為救濟。礙於篇幅，僅舉出一例⁵⁶²介紹實務上此類訴訟的相關案件事實及涵攝要件過程。

訴外人 Z 所經營管理的「第 2 頻道」電子布告欄，經第三人在該空間中創設以「A 學校 part2」為題的留言板，平成 19 年(西元 2007 年)1 月時，該留言板中出現「A 學校的 X 校長是貌似正經的垃圾、瘋子」此留言。X 校長對訴外人 Z 聲請法院為揭露發信者個人資料的假處分裁定獲准，而獲得該發信者的 IP 位址資訊。經過調查後，該 IP 位址乃經由 Y 公司所營運的網際網路連線服務之用戶，X 即向 Y 公司請求揭露系爭資訊的發信者個人資料，Y 公司以權利侵害不具有明顯性為由，拒絕 X 的發信者個人資料揭露請求。同年 11 月，X 以 Y 為被告，基於提供者責任限制法第四條第一項請求其揭露發信者個人資料，並同時主張基於同條第四項請求因 Y 重大過失拒絕開示，侵害其權利並造成其精神上損害，依侵權行為相關規定請求 100 萬日幣的損害賠償。

東京地方法院判決駁回 X 的兩項請求，其認為系爭留言「並未超越社會通念

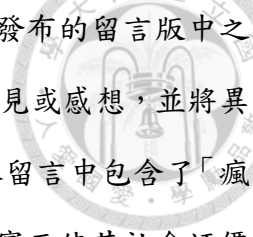
⁵⁶¹ 〈資料〉，堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》，頁 216-227。

⁵⁶² 第一審：東京地方裁判所平成 20 年 6 月 17 日；第二審：東京高等裁判所平成 20 年 12 月 10 日；第三審：最三判平成 22・4・13 民集 64 卷 3 号 758 頁。



上所允許限度的發言」，而當發信者個人資料揭露請求權不存在時，以其存在為前提要件的損害賠償請求權亦不存在。東京高等法院認為，「瘋子」此發言乃侮辱性用語，「超越社會生活上所允許的限度，而侵害對方的權利(名譽感情)」，且該情形具有明顯性，因而肯認發信者個人資料揭露請求權；而本件留言該當侵害名譽感情，「即便不具有特別專門知識，參照一般的社會常識可以輕易地判斷」，故 Y 公司連線服務提供者未揭露發信者資訊具有重大過失，肯認該損害賠償請求權的存在，應給付慰撫金日幣 10 萬元。

東京最高法院判決中，維持高等法院有關提供者責任限制法第四條第一項發信者個人資料請求權之部分判決，但廢棄並改判有關同條第四項損害賠償責任之部分。「本案法規(提供者責任限制法第四條第一項及第四項)制定的旨趣，基於發信者個人資料乃與發信者隱私權、言論自由以及通信秘密相關的資訊，在無正當理由的情形下，不得對第三人為揭露；此外，因為本資訊具有一旦揭露即無法回復揭露前狀態之性質，有關於發信者個人資料揭露請求權，須具備因資訊流通而造成權利侵害明顯的嚴格要件(第四條第一項)，又為了保護發信者之利益，課與接獲揭露請求的網路服務提供者應徵詢發信者意見之義務(同條第二項)，以期網路服務提供者參酌發信者之意見，避免對其權利造成不當侵害，並要求網路服務提供者依第一項各款之嚴格要件，判斷是否該當個人資料揭露請求權。因此，網路服務提供者依照本法之規定，謹慎地為個人資料揭露與否之判斷，而結果上不予揭露之情形，對於揭露請求權人所生的損害，如依循侵權行為的一般原則，使受請求者負擔損害賠償責任並非妥適，是以本條第四項限制該損害賠償責任成立之情形。」因而，「應解釋為僅限於網路服務提供者對於經由資訊的流通個人資料揭露請求權人的權利受侵害為明顯等第一項之要件，乃全部具有認識，或者全部要件該當乃一望即知卻未能認識的重大過失情況下，始負擔損害賠償責任，方為妥適。」



在本案具體情形的涵攝中，「從系爭留言的文義來看，其所發布的留言版中之討論事項乃正經的話題，又「異常的行為」應認為乃發信者的意見或感想，並將異常行動的人以「瘋子」此用語為表現，並記載於系爭留言版中。本留言中包含了「瘋子」此侮辱性用語，對於 X 的人格價值來說，雖非指稱具體事實而使其社會評價減損，然而，如該留言確實侵害了 X 的名譽感情，且為超越社會通念上所容許的限度之侮辱行為，方得肯認該當人格利益之侵害。因此，系爭留言中，僅僅「瘋子」此侮辱性用語並未搭配特別的證據，僅為被上訴人的意見或感想而予以抒發，單就本則留言的語句來看，不能認為其為超越社會通念上容許的限度之侮辱行為乃一望即知，必須考量本留言版的其他留言內容、系爭留言的作成環境背景等，方得判斷 X 所受之侵害是否該當「權利侵害的明顯性」。此判斷對於在訴訟外接獲發信者個人資料揭露請求的 Y 而言，實則未必容易。因而 Y 未於訴訟外肯認此發信者個人資料揭露請求權，實不具有重大過失，而無須負擔損害賠償請求權。

第二項 其他國家之發信者個人資料取得程序

在參酌前述日本法創設性之實體法規範以及學者所提出之替代途徑後，本項將介紹除日本法以外，在其他國家的法規範下，權利人應經過何種程序方得取得發信者個人資料。本文將其分為兩大體系，其一，必須經過法院為判斷之民事訟爭程序，也就是說，經由法官、書記官判斷網路服務提供者是否應當提供發信者個人資料的程序；其二，無須經由法院程序，在訴訟外直接對於網路服務提供者為請求，抑或是經由主管機關之命令即可要求網路服務提供者揭露發信者個人資料之訴訟外程序。

第一款 民事訟爭程序

網路服務提供者是否揭露發信者個人資料，攸關發信者的言論自由及隱私權（通訊秘密）甚鉅，且網路服務提供者並不具有專業法學素養，要求其針對權利人與



發信者的權益進行衡量，進而決定是否予以揭露該資料，似造成其過於沉重之負擔，並使其陷於受到權利人追訴，抑或是受到個人資料保護法等規範制裁的兩難局面。

是以，如能將網路服務提供者是否應揭露發信者個人資料此爭議，由法院審理，經由受過法學專業訓練的法官或是書記官，依相對於訴訟程序而言，較簡易迅速的非訟裁定或令狀程序，實質審酌該資訊流通是否造成他人權益侵害，再由其等為揭露與否之判斷，對於發信者的保障較為足夠，亦不至於造成網路服務提供者過重之負擔。下述分別論述美國匿名訴訟之法院令狀、DMCA 法案書記官裁定以及英國習慣法之法院裁定。

第一目 美國匿名訴訟之法院令狀

依美國電子通信隱私法案第 2702 條⁵⁶³，網路服務提供者對於所存取之個人資料，原則上均不得任意洩漏於他人。是以網路服務提供者未免受到該法案的違反處罰，通常不欲任意對於權利人揭露發信者個人資料。權利人難以在起訴階段特定對造當事人的情況下，直接以此身分尚且不明的行為人為對造而提起訴訟，美國稱其

⁵⁶³ Electronic Communication Privacy Act(ECPA).

18 U.S.C. § 2702

§ 2702. Voluntary disclosure of customer communications or records

Currentness

(a) Prohibitions.--Except as provided in subsection (b) or (c)--

(1) a person or entity providing an electronic communication service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of a communication while in electronic storage by that service; and

(2) a person or entity providing remote computing service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of any communication which is carried or maintained on that service--

(A) on behalf of, and received by means of electronic transmission from (or created by means of computer processing of communications received by means of electronic transmission from), a subscriber or customer of such service;

(B) solely for the purpose of providing storage or computer processing services to such subscriber or customer, if the provider is not authorized to access the contents of any such communications for purposes of providing any services other than storage or computer processing; and

(3) a provider of remote computing service or electronic communication service to the public shall not knowingly divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by paragraph (1) or (2)) to any governmental entity.

為「不特定網路參與者之策略性訴訟(Cyber Strategic Litigation against Public Participation, CyberSLAPP)」，而在訴訟開啟後方請求網路服務提供者揭露用戶個人資料⁵⁶⁴。此類匿名訴訟一般稱為「John Doe」或「Jane Doe」訴訟⁵⁶⁵。

依聯邦民事訴訟規則第 45 條規定⁵⁶⁶，於訴訟程序中，有取得訴訟所需證據或相關資料之必要時，得向法院請求核發令狀(subpoena)請求他人提出，網路服務提供者雖非訴訟程序之對造當事人，但其平台所存取之使用者個人資料、IP 位址以及發表於平台之資訊內容等，可成為訴訟中所需之證據或資料，因而成為令狀之核發對象⁵⁶⁷。該條(d)項也明文規定，核發令狀之法院必須審視請求核發令狀者，是否已採取合理步驟以避免加諸令狀義務人不合理之負擔或支出，包括所失利益(lost earnings)及律師費用等，令狀義務人如認為令狀有難以遵從之處，如期間過短、負擔過重抑或是揭露的客體受基本人權或其他權利所保障等事由，得提出異議請求法院撤銷或更改該令狀。本文認為網路服務提供者並未依此資料揭露程序而負擔保存使用者個人資料之成本，僅在使用者資料尚存在於其系統中且特定該資訊所

⁵⁶⁴ 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 19-20。

⁵⁶⁵ 所謂 John Doe 即無名氏，以身分不明者為被告提起訴訟時，稱為 John Doe 訴訟，在證據調查程序過程中，若發現其真實身分，便可對之發送傳票或起訴狀等相關訴訟資料。參照張乃文(2009)，前揭註 49，頁 53。

⁵⁶⁶ Federal Rules of Civil Procedure

TITLE VI. TRIALS

Rule 45. Subpoena

(d) Protecting a Person Subject to a Subpoena; Enforcement.

(1) Avoiding Undue Burden or Expense; Sanctions. A party or attorney responsible for issuing and serving a subpoena must take reasonable steps to avoid imposing undue burden or expense on a person subject to the subpoena. The court for the district where compliance is required must enforce this duty and impose an appropriate sanction—which may include lost earnings and reasonable attorney's fees—on a party or attorney who fails to comply.

(3) Quashing or Modifying a Subpoena.

(A) When Required. On timely motion, the court for the district where compliance is required must quash or modify a subpoena that:

(i) fails to allow a reasonable time to comply;

(ii) requires a person to comply beyond the geographical limits specified in Rule 45(c);

(iii) requires disclosure of privileged or other protected matter, if no exception or waiver applies; or

(iv) subjects a person to undue burden.

⁵⁶⁷ 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 20。



耗費之成本並非甚鉅時，法院方依裁定令狀之程序命其揭露，應不至於造成其過大的損害、所失利益或是律師費用。

法院於權利人請求核發揭露發信者個人資料之令狀程序中採取實質審查，需由權利人提出可支持其請求揭露為有理由的證明，並敘明揭露之資料與訴訟的關聯程度。在 *Dendrite* 案⁵⁶⁸中，對於申請揭露之實質審查，應審酌權利人之請求內容及所提出的其他資料，視其是否已達表面證據(*prima facie*)程度已證明其控訴匿名被告為有理由，此外，法院並要求權利人必須說明其因被告匿名發言所受之損害，及倘若揭露後能得到的利益，法院再據此衡量此與匿名性發言自由權之輕重，決定是否核發令狀⁵⁶⁹。而在 *2theMart.com* 案⁵⁷⁰中，法院在美國憲法保障匿名言論自由的前提下，認為在審視是否核發揭露令狀時，應考量被揭露對象之匿名發言權利及被侵權人訴訟權利之平衡，因此必須確認下述四點：(1)須注意該令狀之核發是否基於善意，有無其他不正當之目的(2)所揭露之資料與訴訟攻擊防禦之核心相關(3)所欲確認之身分資料，須與訴訟之攻擊防禦有直接、實質之關聯(4)是否已用盡其他方法，而仍無法取得被告之身分資料⁵⁷¹。

此外，雖然美國法上請求揭露發信者個人資料之匿名性訴訟中，因網路服務提供者為資訊揭露義務人，故應賦予其相關程序之保障，包括不得課與其過重之負擔，及允許其有提出異議之機會⁵⁷²，然而，此程序對於真正隱私權、言論自由受到侵害的發信者，卻無明文的法定程序保障，僅能期待法院就揭露之合理性審查、網路服務提供者為發信者之權利把關以及網路服務提供者自發性告知發信者給予其適當

⁵⁶⁸ *Dendrite Intern., Inc. v. Doe No.3*; 342 N.J.Super. 134, 775 A.2d 756; N.J.Super.A.D.,2001.轉引自：張乃文(2009)，前揭註 49，頁 57，註 47。

⁵⁶⁹ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 57。

⁵⁷⁰ *Doe v. 2theMart.com*, 140 FSupp.2d 1088.轉引自：張乃文(2009)，前揭註 49，頁 57，註 48。

⁵⁷¹ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 57-58。

⁵⁷² 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 21。



表達意見之機會此三方面尋求解決⁵⁷³，在保障個人資料當事人的程序及要件尚未明確的情況下，似乎對於發信者隱私權及程序參與權之保障皆不足夠⁵⁷⁴。

第二目 美國 DMCA 法案書記官令狀

美國 DMCA 法案第 512 條(h)項規定⁵⁷⁵，於著作權受有侵害時，權利人得向任何美國地方法院之書記官申請，對網路服務提供者發布令狀要求其揭露侵權人之個人資料，該令狀必須僅以保護著作權人之權利為目的而使用。有關於此令狀之核發、寄送以及對於該令狀的異議，除本條另有規定外，應原則上遵循聯邦民事訴訟規則的提交書面文件令狀(subpoena duces tecum)程序⁵⁷⁶規定進行。此乃鑑於網路上

⁵⁷³ 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 21-23。

⁵⁷⁴ 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 23；參酌本節第一項第二款其他替代方案之可行性中，日本學者對於匿名性訴訟中發信者程序權保障不足之見解。

⁵⁷⁵ 17 U.S. Code § 512 - Limitations on liability relating to material online

(h) Subpoena To Identify Infringer.—

(1) Request.—

A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.

(2) Contents of request.—The request may be made by filing with the clerk—

(A) a copy of a notification described in subsection (c)(3)(A);

(B) a proposed subpoena; and

(C) a sworn declaration to the effect that the purpose for which the subpoena is sought is to obtain the identity of an alleged infringer and that such information will only be used for the purpose of protecting rights under this title.


(3) Contents of subpoena.—

The subpoena shall authorize and order the service provider receiving the notification and the subpoena to expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner information sufficient to identify the alleged infringer of the material described in the notification to the extent such information is available to the service provider.

(6) Rules applicable to subpoena.—

Unless otherwise provided by this section or by applicable rules of the court, the procedure for issuance and delivery of the subpoena, and the remedies for noncompliance with the subpoena, shall be governed to the greatest extent practicable by those provisions of the Federal Rules of Civil Procedure governing the issuance, service, and enforcement of a subpoena duces tecum.

⁵⁷⁶ 指要求受送達人到庭作證，並同時提交其掌握的與在審案件中的爭議事實相關的特定文件、簿冊、檔案等書證的傳票。.....在美國，此種傳票在民事訴訟和刑事訴訟中均可簽發，其要求證人提交的證據不限於書籍、文件等書證，也包括實物(見 Fed.R.Crim. P.17)或有形物(見 Fed.R.Civil P.45)，且在簽發時，也不需具備可成立理由〔probable cause〕。參照元照英美法詞典，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?idT=78354>(最後瀏覽日：7/10/2016)；Black's Law Dictionary：subpoena duces tecum [Law Latin] (18c) A subpoena ordering the witness to appear in court and to bring specified documents, records, or things.



著作權受到侵害時損害難以控制，而提供權利人就著作權侵害事實發生時，相較於主張其他權利人更簡易並更低成本之權利保障，因主張其他權利受侵害者，仍以提起訴訟為前提，方得請求法院核發揭露發信者個人資料之令狀⁵⁷⁷。然而，DMCA 法案賦予權利人聲請書記官核發令狀揭露個人資料之程序，書記官僅依提出之申請為法定形式要件之審查，並非本於訴訟關係而為揭露之請求，該揭露令狀是否具妥適性，及當事人是否應受告知，均缺乏法院之審查控制，對於個人資料當事人造成隱私權侵害之高度風險⁵⁷⁸。法院亦曾在判決中⁵⁷⁹提及，DMCA 法案此書記官裁定揭露程序是否違反憲法第一修正案保障匿名言論自由有所疑慮。

第三目 英國習慣法之法院裁定

依習慣法，因侵權行為權利遭受損害之原告，為了確定訴訟對造，或者為了取得提起訴訟所需之資料，得請求法院為「Norwich Pharmacal Order」之裁定，進而依此向第三者取得其所保有的資訊⁵⁸⁰。且此裁定的申請程序得於訴訟開始前為之，故無需以匿名訴訟進行。

第二款 訴訟外程序

經由法院為發信者個人資料請求權是否發生之實質審理判斷，固然具有慎重權衡雙方當事人利益以及保障雙方當事人之程序參與權等優點，然而，不可否認地，相較於訴訟外紛爭解決的途徑其費時耗力，對於權利人及發信者皆不可避免地實質上造成損害。

為使權利人得以較直接迅速獲得權利救濟之可能，除前述日本提供者責任限

⁵⁷⁷ 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 21。

⁵⁷⁸ 張乃文(2008)，前揭註 49，頁 23。

⁵⁷⁹ RIAA v. Verizon Online, 351 F.3d 1229(DC Cir. 2003).

⁵⁸⁰ 前揭註 561，頁 248。

制法第四條外，亦有其他國家肯認權利人得於訴訟外請求網路服務提供者揭露發信者個人資料，本文將於下方為介紹。其中須特別注意者，乃韓國法曾經施行之網路實名制，當時為世界上獨一無二的創新性法規制度，然而此制度施行結果，弊遠大於利，受到其憲法法庭宣告該制度無效，而走入歷史。

第一目 韓國失效之網路實名制與現行名譽侵害紛爭調解部

相對於侵權事件發生後，為確定網路侵權人之真實身分，所採取的訴訟內及訴訟外個人資料揭露請求權之賦與，並課與網路服務提供者事後協力義務，網路實名制乃事前防範機制，課與網路服務提供者在使用者加入會員時，要求登錄姓名、身份證字號、聯絡方式等而確認其真實身分，並於使用者發表意見前，採取驗證為本人之措施之義務⁵⁸¹，以及儲存相關資料之義務⁵⁸²。在電子化政府及電子商務盛行的現代，民眾對於部分的網路實名制機制，因可將處理事務效果的利益歸屬於己，而自願提供個人資料⁵⁸³。如將此網路實名制法制化，學者指出乃希冀網路使用者於網路平台發表意見時，能夠意識到虛擬自我與真實自我的連結性，而約束自我言行，期收消弭網站不當言行的效果⁵⁸⁴。不過本文認為，如同美國法、日本法學者皆數度強調，從現有的統計資料來看無法明確證實匿名性言論與違法行為間存在因果關係，應僅能將網路實名制之機能效用定義為「預防違法行為發生時無法特定行為人，因而採取事先登錄並確認身分的方式」，以保障權利人在權利受損時，得以行使其憲法上所保障的訴訟權，而不至於求助無門。

⁵⁸¹ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 42。

⁵⁸² 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 56。

⁵⁸³ 例如向金融機關申請網路交易服務，必須攜帶相關證件至金融機關辦理，完成手續後始取得一組網路交易平台的預設帳密，以確保網路金融交易行為與本人身分同一。又如在醫院診所線上預約看診時，必須填寫健保卡號碼以確認與醫院已登錄之病歷資料相符，並完成掛號程序。參照張乃文(2009)，前揭註 49，頁 43-44。

⁵⁸⁴ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 44。

以「狗屎女事件⁵⁸⁵」發生作為契機，韓國 2007 年新修正施行的「促進使用資訊通訊網路及資訊保護關連法」⁵⁸⁶為最早的實名制一般性規範，其課與網路服務提供者採取本人認證措施的義務，該法第 44 條之 5 第 1 項規定：「I 下列之設置、運用網路平台者，必須採取認證使用者本人身分之方法及手續等總統所令之必要措施：……二、資訊通信服務提供者依其所提供之服務類型，其一日平均利用人數在 10 萬人以上而符合總統所訂定之標準者。II 資訊通信部部長，對於符合第 1 項第 2 款之基準而未採取確認本人措施之資訊通信服務提供者，得命其採取確認本人之措施。III 為了實施確認本人之措施，政府必須整備法律及政策，以開發可信賴及安全的系統。」，依該法施行細則⁵⁸⁷之規定，民間網站中名譽及隱私權侵害發生率較高的入口網站、媒體網站及影音共享網站皆有所包含⁵⁸⁸。而網路服務提供者具體義務內容包含(1)委託電子簽章法之授權機關進行使用者認證作業；(2)在進行確認本人身分程序，及保管個人身分認證資料時，必須採取足以防止個人身分資料流出之防護措施；(3)使用者在網路發布該內容起六個月內，必須保留使用者之姓名、聯絡資料等資料⁵⁸⁹。又須特別補充者，韓國之網路實名制乃「相對實名制」，也就是在申請使用時須認證本人之姓名及身分證字號及而每次發布資訊前亦須確認為本人，但在網路平台中發布資訊顯示的使用者名稱可為化名⁵⁹⁰。在網路服務提供者未能遵守前述認證措施及保留資訊之義務時，除依法接受罰鍰處分外，當發生私權侵害時，對於因惡意誹謗、名譽侵害或隱私侵犯等行為而受害之人，網路服務提供

⁵⁸⁵ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 53。

⁵⁸⁶ Act on the Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection (Act No. 3848 of May 12, 1986).

⁵⁸⁷ 該法施行細則第 22 條之 3 規定：「本法第 44 條之 5 第 1 項第 2 款『總統所訂定之標準』係指：一、入口網站，意即提供搜尋服務及電子郵件信箱服務者，其一日平均利用人數在 30 萬人以上者。二、利用資訊通信網路供言論發表之服務提供者，其一日平均利用人數在 20 萬人以上者。三、網友製作影音數位內容之共享網站，其一日平均利用人數在 30 萬人以上者。」

⁵⁸⁸ Naver、Daum 等大型入口網站、Pandora.TV 影音網站、egloos 部落格網站、KBS 和朝鮮日報等網路媒體皆為實名制之適用對象。參照張乃文(2009)，前揭註 49，頁 45。

⁵⁸⁹ 該法施行細則第 22 條之 2、第 22-4 條規定參照。

⁵⁹⁰ 網易見證(2012)，〈韓國網路實名制興廢始末〉，http://play.163.com/special/jianzheng_44/ (最後瀏覽日：7/11/2016)。

者本依同法負有揭露該侵權人之姓名及住所之義務⁵⁹¹，如因其未能有效進行實名登錄而未能確認侵權行為人身份時，亦須代替無法追查到的行為人負擔相關責任。除非網路服務提供者能證明其已盡善良管理人注意義務，採取確認本人措施，仍發生冒用他人身份登入網站並為侵權行為之情事，應減輕或免除網路服務提供者之損害賠償責任⁵⁹²。

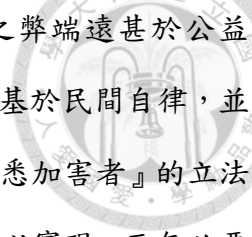
此網路實名制受到學界之批評，首先從效果上而言，首爾大學的教授《對互聯網實名制的實證研究》中顯示，誹謗性言論的發言比例從 13.9%減少到 12.2%，僅降低了 1.7%似未有太大成效；然而以 IP 位址為研究對象，網絡論壇的平均參與者從 2585 人減少到 737 人，此顯著的網路參與比例降低進而箝制言論自由的效果飽受爭議⁵⁹³。再加上 2008 年及 2011 年韓國發生兩次大規模駭客入侵網路服務提供者資料庫事件，分別有 1800 萬及 3500 萬筆使用者的個人資料(資料內容極其詳細，包含姓名、生日、身份證字號、通訊住址、手機號碼等)遭到竊取⁵⁹⁴，社會開始憂慮不當使用個人資料的詐騙電話、垃圾郵件等將大量出現。最後由民間機關以網路實名制規定侵害人民言論自由、網際網路世界之言論自由以及隱私權為由，向韓國憲法法庭提出訴訟，2012 年 8 月 23 日經八位憲法法庭法官一致通過該規定違憲。判決中認為「網路實名制乃基於公益目的，但該制度實施後網路上的惡意言論及非法資訊並未明顯減少，反而促使網路使用者選擇國外網站，國內網站與國外網站的經營產生差距，未實現預期的公益性。……網路實名制使言論自由受到限制，個人資料透過網路被洩漏並被非法利用的風險增加，同時，也使得沒有韓國身分證的外

⁵⁹¹ 自 2008 年後權利人行使個人資料揭露請求權須經「名譽侵害紛爭調解部」之決定，詳後述。參照張乃文(2009)，前揭註 49，頁 56。

⁵⁹² 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 46。

⁵⁹³ 英國金融時報中文網(2011)，〈韓國互聯網實名制的教訓〉，<http://big5.ftchinese.com/story/001042302?full=y> (最後瀏覽日：7/11/2016)。

⁵⁹⁴ 英國金融時報中文網，前揭註 593；科技新報(2015)，〈連 NCC 都反對的網路霸凌專法，看看韓國曾施行的實名制經驗借鏡〉，<http://technews.tw/2015/04/30/real-name-system-taiwan/> (最後瀏覽日：7/11/2016)。



國人無法註冊登錄韓國網站，綜合衡量之結果，網路實名制之弊端遠甚於公益性。……又參考美、英、德等國的立法事例，其對網路的管理均基於民間自律，並未採用網路實名制，本制度『控制違法資訊、在造成損害時得知悉加害者』的立法目的，皆可通過『IP 位址追蹤和刑事處罰及損害賠償』等手段予以實現，而無必要透過網路實名制予以實現。」韓國放送通信委員會依該判決為相關法律之修正，網路實名制方真正失效而走入歷史⁵⁹⁵。然而，中國在 2011 年制定了《北京市微博客發展管理若干規定》，要求任何組織或者個人在註冊微博帳號時，應使用真實身份信息，否則只能瀏覽不能發言。相關網站需要在三個月內完成對用戶的規範，開啟網路實名制的規範體系⁵⁹⁶，並在 2015 年 1 月宣布該年針對微博、貼吧及其他中國主流網站，將全面實行實名制管理⁵⁹⁷。

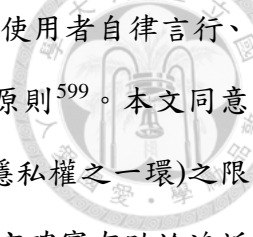
學者指出，言論自由的最終價值在於表現自我，而表現的方式亦受到保護，匿名性言論亦為表現主體所選擇的方式之一，如欲採取網路實名制使網路使用者之真實身分得以被確認，某程度即限制網路使用者匿名發言的自由，需在合於憲法規範的前提下加以限制⁵⁹⁸。其認為網路實名制以發表人言行自律及增強犯罪追查效率為目的，應得肯認其目的之正當性；又有關限制言論自由及資訊自決權之比例原則，其手段合於目的之達成(適當性)，而依實名制所實施的方式(相對實名制而非絕對實名制)、範圍(適用的網路平台業者、要求登錄的個人資料以特定行為人所需為限)亦符合最小限制手段(必要性)，最後實名制所造成的言論自由及資訊自決權之個人權益犧牲，因個人真實資料的登錄不至於影響其對於網路空間的使用，且網路

⁵⁹⁵ 網易見證，前揭註 590；The New York Times(2011)，〈Naming Names On the Internet〉，http://www.nytimes.com/2011/09/05/technology/naming-names-on-the-internet.html?_r=0 (最後瀏覽日：7/11/2016)；科技新報，前揭註 594。

⁵⁹⁶ 英國金融時報中文網，前揭註 593；科技新報，前揭註 594。

⁵⁹⁷ 自由時報(2015)，〈中國網路實名制上路在即 各界掀起反對聲浪〉，<http://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/1205680> (最後瀏覽日：7/11/2016)。

⁵⁹⁸ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 48。



服務提供者負擔對於個人資料的保密義務，應認為與所欲達到的使用者自律言行、權利人採取法律程序之訴訟權益之公益性目的相比尚符合比例原則⁵⁹⁹。本文同意學者指稱網路實名制乃對於憲法保障的言論自由、資訊自決權(隱私權之一環)之限制，該限制應以合於憲法第 23 條比例原則為前提。採取實名制亦確實有助於追訴侵權行為人、不法行為人之被害人訴訟權保障，及國家犯罪訴追之正當目的，然而，本制度是否為最小侵害手段以及是否符合衡量性應有所疑義。如同韓國憲法法院所言，確認不法行為人的方式可依 IP 位址追蹤的方式予以實現，即便認為 IP 位址追蹤無法完全準確得知行為人，此亦與一般社會生活中有時在缺乏監視攝影機、關鍵證人等證據的情況下，無法找到損害賠償義務人的情形相同，本文認為網路實名制此重大侵害權益之方式並非最小侵害手段。即便認為 IP 位址追蹤等方式無法像網路實名制所達到的效果相同，因而仍以達到相同目的者乃網路實名制度為最小侵害權利手段，本文亦認為無法通過衡量性(狹義比例原則)第三判斷層次。學者雖認為真實資料與使用者的網站可用空間尚無關連，但參酌前述韓國學者的統計資料可得知，在實施實名制後，網路論壇的使用者人數驟降，本文推測使用者仍因擔心自己在發言後受到不利益的對待(尤其對於政府機關、大財團或惡勢力之不利益資訊)，又擔憂駭客入侵或是不肖業者的恣意使用，而使個人資料隨時可能外流，而因實名制的產生逐漸減少其網路使用空間，其間之關連性應認為甚鉅並非毫無影響。此等侵害網路世界言論自由甚鉅，又同時侵害平等權、營業權等其他權利(韓國憲法法院對於國內外網站、本國人外國人之比較參照)之制度，即便可以保障權利人對於網路世界中侵權行為及犯罪行為訴追之訴訟權，亦無法通過狹義比例原則的衡量。又我國法雖未曾採用網路實名制亦未明文課與網路服務提供者相關義務，然而過去司法院釋字第 603 號，戶籍法強制人民請領身分證時按捺指紋並錄存之事件亦有關資訊自決權之限制，「達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、

⁵⁹⁹ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 48-51。

辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的而言，亦屬損益失衡、手段過當，不符比例原則之要求」，其有關個人隱私權之保障與社會公益性之衡量亦可供參酌。因而，本文認為不得課與網路服務提供者在使用者申請時及發言前確認發信者身分之義務。

無論是否贊成網路實名制之立法，韓國在網路實名制廢止前，於 2008 年通過促進使用資訊通訊網路及資訊保護關連法部分修正法案，其中新增了第 44-5 條及 44-6 條，乃明文規定權利人要求網路服務提供者揭露發信者個人資料時所需經過的程序⁶⁰⁰，在 2012 年網路實名制失效後本法仍然有其適用。依第 44-6 條第 1 項「特定使用者所為之資訊發布及流通造成其隱私權或名譽權侵害等情事，主張權利受侵害人以提起民事或刑事訴訟為目的，得向「名譽侵害紛爭調解部⁶⁰¹」說明侵害事實，請求網路服務提供者提供其所保有的使用者個人資料(限於提起民事、刑事訴訟所必需的姓名、住址等資訊)」，為了保障使用者之程序參與權及隱私權，同條第二項「名譽侵害紛爭調解部」在接獲前向請求後，除有特別情事外，應聽取使用者之意見，方決定是否提供該個人資料。」。依同法施行細則第 33 條，「名譽侵害紛爭調解部」在決定是否提供該個人資料後，應通知請求人；如「名譽侵害紛爭調解部」決定有提供此等資料之必要，則由其直接「要求」網路服務提供者提供資料(資訊服務提供者除有正當理由外，負有遵守該「要求」而提供資料之義務)；在前項情形時，網路服務提供者負有通知使用者之義務。

第二目 歐盟各會員國之主管機關權限

歐盟電子商務指令第 15 條第 2 項指出，各會員國得規定有依法通報主管機關

⁶⁰⁰ 前揭註 561，頁 251。

⁶⁰¹ 同法 44-10 條第 1 項明文，「名譽侵害紛爭調解部」乃設立於「放送通信委員會」下的機關，其設立乃為了可以有效地執行網際網路中流通的資訊造成隱私權侵害，抑或是名譽侵害等侵害他人權利資訊相關的紛爭調解業務，由 5 名以內的委員所組成(其中 1 人以上需具有律師資格)。

不法活動/資訊之義務，以及應依主管機關要求提出足供辨識與媒介服務提供者簽有契約之使用者身分資訊⁶⁰²，至於在何種情況下網路服務提供者應依權利人之請求揭露發信者個人資料則未予規範⁶⁰³。學者亦指出，有關對主管機關之通報或提供辨識個人之資訊義務，應依正當法律/司法程序平衡兼顧主管機關之調查權以及服務使用者之隱私權及言論自由⁶⁰⁴。本條將此等通報或提供資訊義務委由各會員國自行規範，然並非全部會員國皆已採納⁶⁰⁵。

第三目 荷蘭最高法院確立之揭露義務標準

本文第二章介紹歐盟各會員國內國法時，曾提及荷蘭內國法「通知取下行為準則」中曾表示，當資訊內容提供者拒絕網路服務提供者提供其個人資料與權利人以利其提出民、刑事訴訟時，網路服務提供者可決定仍然對權利人揭露此等個人資料，抑或是立即刪除該流通之爭議資訊。然而此判斷的實質考量要件並未具體說明，直到 *Lycos v. Pessers* 一案荷蘭最高法院⁶⁰⁶肯認阿姆斯特丹上訴法院見解時，方真正確立起網路服務提供者因權利人要求須揭露發信者個人資料的注意義務要件。

Pessers 指稱在系爭網站中某一匿名性的出版言論侵害其名譽權，因該出版之言論內容乃對於其不實的指控(*accusation*)。阿姆斯特丹上訴法院說明到，當該資訊內容乃高度可能(*substantial likelihood*)不法且將造成損害時，該請求「足以識別發

⁶⁰² Article 15

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. 譯文參照陳龍昇，前揭註 31，頁 217-218。

⁶⁰³ N.A.N.M., *supra* note 159, at 53.

⁶⁰⁴ Pablo, *supra* note 351, at 126.

⁶⁰⁵ Pablo, *supra* note 351, at 127.

⁶⁰⁶ Hoge Raad [Supreme Court of the Netherlands] 25 November 2005, Mediaforum 2006-1, nr. 1 with note by. A.H. Ekker, *Lycos Netherlands B.V. versus A.B.M. Pessers* [in Dutch].轉引自：N.A.N.M., *supra* note 159, at 52.

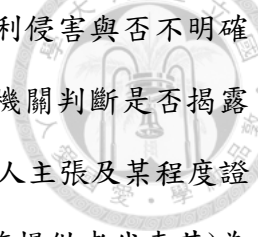
信者身分資料」的權利人如獲得此資料有實質上的利益，而無其他較簡易的取得資料方式，又請求個人資料之權利人的利益大於網路服務提供者時(在本案為網站營運人)，應評價為網路服務提供者具有揭露發信者個人資料(姓名、住址及居所)之必要(成立注意義務)。

本文認為前述荷蘭法院判決提出判斷是否揭露發信者個人資料的標準，實忽略了發信者個人資料一旦揭露後，受到影響最甚者，乃發信者本身之隱私權及匿名性言論之言論自由，是以僅將網路服務提供者作為之期待可能性與權利人之權利相衡量，並非妥適。縱使肯認網路服務提供者在訴訟外仍得依權利人之請求揭露個人資料，至少應明文課與其聽取發信者意見之程序，且進行利益衡量時，亦應將發信者隱私權及匿名性言論自由以及網路服務提供者作為之期待可能性種種因素共同與權利人訴訟權之保障相互衡量，方為此請求權發生與否的真正爭議所在。最後，「通知取下行為準則」之「解釋備忘錄」中說明到，即便網路服務提供者具有揭露發信者個人資料之義務，法律亦未課與其保留使用者或會員之個人資料之義務⁶⁰⁷，此與日本提供者責任限制法規定相符。

觀察前述各國對於權利人請求發信者個人資料揭露之管道所為的不同規範，學者認為，總結來說，規範層面應考量 1.請求揭露的合理依據 2.網路服務提供者對於揭露命令或揭露請求的妥適性之判斷密度高低 3.揭露前告知匿名者或聽取意見等程序保障⁶⁰⁸。在私權爭議事件時，因不同於國家利益保全、刑事案件調查等公權力行使案件，應告知發信者並賦予其在程序中表達意見之機會，以兼顧權利人權利救濟可能，以及發信者匿名言論之隱私權及言論自由。尤其在該制度規範未以繫屬法院為前提時，更應有揭露請求權要件的明確依循基準，且課與網路服務提供者

⁶⁰⁷ N.A.N.M., *supra* note 159, at 54.

⁶⁰⁸ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 59。



更重的揭露合理性實質判斷義務方為妥適⁶⁰⁹。本文認為越是權利侵害與否不明確的案件類型，越須要藉由民事訟爭程序或訴訟外委由專業第三機關判斷是否揭露發信者個人資料，然而，無論決定揭露的主體為何，皆需由權利人主張及某程度證明請求揭露的合理根據，並盡可能賦予發信者(或至少由網路服務提供者代表其)為相關的攻擊防禦，方能兼顧權利人與發信者的權益保障。

⁶⁰⁹ 張乃文(2009)，前揭註 49，頁 59。



第三章 我國法



比較法之目的及價值，並非將外國法的規範平行移入我國，而係以我國既有之法體系，斟酌外國法規範及實務發展，並隨著我國社會現況、時代變遷，建立對於特定議題的因應之道。本文第二章，已針對外國法上網路服務提供者的責任成立規定、免責事由規定，以及實務見解對於該等規定於具體個案的適用情形有初步的探析，第三章將回歸我國既有一般民事責任規範，探討如何在我國建構網路服務提供者的一般民事責任。

參酌本文第二章第二節外國法免責事由規定可得知，免責事由規定之存在僅為使網路服務提供者的責任範圍更加明確，而得以形塑法律安定性，以避免阻礙網路服務提供者發展意願而不利於資訊之流通。然而，無論在制定免責事由規定前後，皆仍有賴既有之侵權責任成立規定，為網路服務提供者發生責任與否的個案判斷，是以在討論網路服務提供者侵權責任時，首先本章第一節，依我國民法第 184 條侵權行為通則性規定判斷其是否違反作為義務，並進而判斷網路服務提供者是否與發信者成立民法第 185 條共同侵權行為，或成立單純的侵權行為競合。在確立依我國既有侵權行為通則性規範，網路服務提供者成立侵權責任後，進而於第二節探討是否需仿效外國法，針對網路服務提供者訂立特別法之免責事由規定。

第一節 作為義務違反

民法第 184 條：「 I 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。 II 違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」。學者將民法第 184 條區分為第一項前段、第一項後段及第二項，三者具有不同的主、客觀要



件⁶¹⁰。

就主觀要件而言，當網路服務提供者在要求使用者「必須」完成侵權行為資訊的發布(如前述第二章第二節第一項美國法 *Roommates.com* 事件)，抑或是專為侵權行為創設發布資訊的類別(參照前揭註 281 美國法 *Stubhub* 案)等，可認為網路服務提供者對於侵害他人權利具有直接故意或未必故意，除此之外，應認為網路服務提供者僅在違反作為義務時，依現代侵權行為法過失的客觀化，及不法、過失概念合一的趨勢，認為該當推定過失之主觀要件。是以原則上網路服務提供者並無民法第 184 條第 1 項後段，以故意為主觀構成要件之責任成立規定的適用可能。

又目前我國在一般民事責任領域並沒有針對網路服務提供者的免責事由規定，且即便認為著作權法專章之免責事由規定得以援用⁶¹¹，該免責事由規定主要用以明確網路服務提供者應負擔的責任，並間接保護發信者言論自由及網際網路中資訊流通，似非單以保護權利人為主要之立法目的，是以網路服務提供者亦無依民法第 184 條第 2 項「違反保護他人之法律」此責任成立規定的適用可能。

最後，網路服務提供者適用第 184 條第 1 項前段責任成立規定時，最值得特別探討的要件，為「行為不法」，也就是說在何種情況下發生作為義務，而作為義務的違反構成行為不法，該當行為不法的要件後，此時主觀要件推定過失，而資訊流通所造成之名譽權侵害，無論依通說⁶¹²或是權利及利益無區分必要性⁶¹³的學說

⁶¹⁰ 王澤鑑，前揭註 239，頁 84；孫森焱(2008)，《民法債編總論上冊》，九十七年八月修訂版，頁 204，台北：自刊；鄭玉波(2002)，《民法債編總論》，修訂二版，頁 175-176，台北：三民書局。

⁶¹¹ 著作權法專章規定，參照本章第二節第一項介紹。又本文採取一般民事責任領域不得援引著作權法專章免責事由規定的觀點，詳本章第二節。

⁶¹² 王澤鑑，前揭註 239，頁 85；孫森焱，前揭註 610，頁 204-205；鄭玉波，前揭註 610，頁 175-176。

⁶¹³ 陳忠五(2008)，《契約責任與侵權責任的保護客體》，頁 301-308，台北：新學林。



見解，皆為本條項所保護之範疇，則認為網路服務提供者應對於該侵害名譽權的流通資訊負擔侵權行為損害賠償責任。以下將著眼於作為義務的發生及作為義務的範圍為討論，以建構出網路服務提供者的行為準則。

至於網路服務提供者應否與發信者一同負擔共同侵權行為責任，我國民法第 185 條：「I 數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任。不能知其中孰為加害人者亦同。II 造意人及幫助人，視為共同行為人。」，區分廣義的共同侵權包含「狹義共同侵權行為」、「共同危險行為」以及「造意人或幫助人共同侵權」，本文將著重於「狹義共同侵權行為」、「造意人或幫助人共同侵權」為討論，無論主觀/客觀狹義共同侵權行為，抑或是造意人/幫助人共同侵權行為，其焦點仍環繞在作為義務違反而構成行為不法，進而負擔連帶損害賠償責任的問題。如不該當民法第 185 條的廣義共同侵權行為，則網路服務提供者與發信者是否該當一般侵權行為競合？自何時點起負不真正連帶賠償責任？(亦即網路服務提供者的損害賠償責任範圍應如何界定？)此等問題將於本節第一項中依序討論。

當事人間依據契約所產生的作為義務，如在除去該契約後仍發生，則該作為義務乃「一般性的行為規範或行為準則」，此時契約責任與侵權責任交疊，並無區別實益⁶¹⁴。即便有論者認為，契約責任與侵權責任在舉證責任及保護權益範圍上仍有顯著的不同，本文認為在現代過失客觀化及過失、不法合一的趨勢下，作為義務之違反即產生推定過失及推定不法的效果，況且在本文討論範疇因果關係並非難以證明，又權利與利益實則並無區分必要性⁶¹⁵，且本文討論之名譽權屬於權利應無爭議等前提之下，應認為網路服務提供者對權利人的契約責任與侵權責任並無區別

⁶¹⁴ 陳忠五(2015)，〈民事責任法專題研究—契約責任與侵權責任的區別—〉，《民事責任專題課程講授大綱》，頁 5。

⁶¹⁵ 陳忠五(2008)，前揭註 614，頁 301-308。

適用上之實益。也就是說，無論該權利人是否為該網路服務提供者的使用者及其間是否簽訂使用條款，皆回歸一般侵權責任作為義務的發生及範圍為討論，當作為義務違反時該當行為不法而發生一般民事責任，無須再獨立討論網路服務提供者與權利人間是否有契約存在的問題。

至於網路服務提供者通常該當消費者保護法之企業經營者，其是否須負擔消保法第 7 條服務責任⁶¹⁶？不無疑義。此項問題，應由服務責任所欲保護的法益出發為討論。近代科技發展下具有高度危險之設備、商品、服務日新月異，確實給予人們帶來生活上的便利及經濟上之收益，然而亦使社會大眾暴露於造成權益侵害之危險環境中。危險責任乃由過失責任體系發展而來，例如德國法交易安全義務觀念發展下，除確立了不作為侵權行為責任外，並作為侵權行為歸責原則由過失責任到危險責任，在理念構成上的轉換工具⁶¹⁷。以「開啟或持續一定危險源」作為責任成立基礎之危險責任，其並非對於不法行為的制裁，該危險源之存在乃現代社會必要的經濟活動，為法律所容許，惟基於損害的填補或侵權行為責任之社會化分配，使依賴危險源存在而獲利之企業(報償責任說)，或該危險物之所有人及管理人(危險責任說)負擔損害發生之賠償責任⁶¹⁸。此種無過失責任之範圍須有所侷限，否則過度著重損害賠償制度之填補損害功能，而忽略預防損害功能，造成社會上過於謹慎者裹足不前、冥頑者益加放縱，且企業將高額成本轉嫁於社會大眾之不利結果，

⁶¹⁶ 第 7 條：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」

⁶¹⁷ Vgl. Von Bar, “Entwicklung und rechtstaatliche Bedeutung der Verkehres(suchungs) pflichten”, JZ 1979, S.332ff.轉引自：林美惠(1998)，〈論我國法上交易安全義務理論之建立〉，《臺大法學論叢》，28 卷第 1 期，頁 304。

⁶¹⁸ 王澤鑑，前揭註 239，頁 16；孫森焱，前揭註 610，頁 196-197；鄭玉波，前揭註 610，頁 156-159；邱聰智(2000)，《民法研究(一)》，增訂版，頁 297，台北：五南。

故應限於明文立法所保障之範疇⁶¹⁹，例如我國消費者保護法第 7 條商品服務責任所欲保護之範疇，其保障的權利範圍限於個人之生命、身體、健康、財產權利，未包含本文欲討論的名譽權、隱私權範疇。因而，誹謗性言論所侵害的名譽權並不在消保法第七條的保護範疇⁶²⁰，故即便網路服務提供者該當企業經營者，亦不得依消保法服務責任作為其責任發生之理論基礎，在此核先敘明。

第一項 理論基礎

在討論侵權行為的作為義務時，學者首先提到「好的撒馬利亞人(Good Samaritan)」此觀念，在聖經福音十章二十五節中，撒馬利亞人在道路邊發現一位落於強盜手中並被打個半死而丟在路旁的受難者，其為該受難者包紮傷口並用自己的銀子為其負擔旅店的費用供其靜養。此「好的撒馬利亞人」概念乃道德標準的崇高境界，然而從法律觀點來看，此為其個人道德的實踐，不應成為法律強制的對象⁶²¹。「作為」製造危險，而使他人權益受到損害，然而不作為僅因不介入他人事物而未使其受益，兩者在法律上的評價應有不同⁶²²。作為與不作為在實務上有時難以區分，例如公車未關妥車門即開車因而乘客跌落、子彈未卸膛即把玩槍枝而誤發射致身旁友人重傷，究竟為開車、把玩槍枝「行為」致權利侵害，抑或是未關妥車門、未卸下槍膛之「不作為」致權利侵害，學者認為「應以被告行為，是否已經對原告之利益發生不利影響以為斷⁶²³」。侵權行為體系中，不作為原則上不成立侵權

⁶¹⁹ 王澤鑑，前揭註 239，頁 18；孫森焱，前揭註 610，頁 197-198；鄭玉波，前揭註 610，頁 161-162。

⁶²⁰ 學者(王澤鑑，前揭註 239，頁 16。)整理危險責任的歸責依據：

1. 特定企業、物品或設施的所有人、持有人製造了危險來源。
 2. 在某種程度上僅該所有人或持有人能夠控制這些危險。
 3. 獲得利益者，應負擔責任，乃正義的要求。
 4. 因危險責任而生的損害賠償責任，得經由商品服務的價格機能及保險制度予以分散。
- 由此歸責依據亦可明顯看出與過失責任體系下作為義務發生的理論基礎尚有所不同，應予以區別。

⁶²¹ 王澤鑑，前揭註 239，頁 110-111。

⁶²² 王澤鑑，前揭註 239，頁 111。

⁶²³ Page Keeton et al., *Prosser and Keeton on Torts*, 375 (5th ed., West Publishing Company, 1984)轉引自：陳聰富(2004)，〈論侵權行為法上之過失概念—最高法院九十年度台上字第一六八二號民事判決

行為，但隨著時代變遷作為義務的擴張成為侵權行為法的一項重要趨勢⁶²⁴。

使用者利用網路服務提供者所提供之平台，發布誹謗性言論，而該資訊之流通直接侵害他人的名譽權，網路服務提供者自開啟平台後並無其他「作為」，而單就開啟平台此「作為」，倘使無發信者發布資訊亦不會構成侵害他人權利。也就是說，在網路服務提供者開啟平台後，其未避免他人權益造成侵害的「不作為」，抑或是使用者發布資訊前，其未審查資訊內容的「不作為」，又或者接獲權利人通知侵權事實存在，而未轉通知發信者、未刪除該爭議資訊之「不作為」，是否構成侵權行為，皆須依作為義務的理論基礎為進一步討論。

第一款 一般侵權行為

侵權行為分為一般侵權行為與特殊侵權行為。所謂一般侵權行為，乃指我國民法第 184 條的三種侵權行為態樣，至於特殊侵權行為則包含民法第 185 條共同侵權行為、第 186 條公務員侵權責任、第 187 條法定代理人責任及後續直至民法第 191 條-3，以及特別法的侵權行為規定⁶²⁵。本文先依一般侵權行為，討論網路服務提供者的「行為不法」，在一般侵權行為確立後，進而依民法第 185 條討論特殊侵權行為的成立要件。

第一目 作為義務之發生

我國對於作為義務的產生，最早以法律或契約上負有義務者為限，例如，基於法律所生義務，民法第 1084 條第 2 項⁶²⁶父母對於未成年子女的保護教養義務；基

評釋》，《臺大法學論叢》，33 卷 4 期，頁 150。

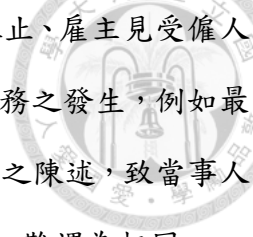
⁶²⁴ 王澤鑑，前揭註 239，頁 112，註 1。

⁶²⁵ 王澤鑑，前揭註 239，頁 427-431。

⁶²⁶ 民法第 1084 條

子女應孝敬父母。

父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務。



於契約而負擔作為義務，例如保母對於嬰兒要吞食玩具而應予阻止、雇主見受僱人受傷、生命垂危而應予送醫。除此兩種情形外，法院否認作為義務之發生，例如最高法院 43 年台上字第 371 號判決：「證人依法作證時，未為某項之陳述，致當事人未受有利之判決，與因消極的行為，致他人受有損害之侵權行為，難謂為相同。」，然而學者認為基於公序良俗，證人有據實陳述之義務，如其與一方當事人串通而不為真實之陳述，則該當違法性，證人於訴訟程序中的不實未為陳述，構成消極不作為至他人受有損害之侵權行為⁶²⁷。又如最高法院 58 年台上字第 1064 號判決中，應召女郎甲應召至新台北飯店陪宿，未料該晚間飯店發生火災，其走避無路先由七樓落至四樓陽台，因呼救無人而從四樓跳下重傷致死。甲之家屬請求飯店，對於其服務生不遵守服務規則擅自入睡，於起火時未挨房通知各房客逃生，電話總機值班未以電話通知發生火警，此等具有業務上過失行為，負民法第 188 條第 1 項僱用人責任。法院認為「不作為應負侵權行為責任者，以依法律或契約對於受損害人負有作為之義務者為限……，非報名登記之住客，已為上訴人所自承，顯與飯店無任何關係。該飯店服務生以及電話總機值班於起火之際，無論曾挨房扣門，以及電話通知七樓而接不通，縱令無此作為，對於甲亦不負業務上之過失責任」。然而學說對於作為義務的發生，參酌德國法⁶²⁸之走向較實務採取較為寬鬆的立場，其認為從

⁶²⁷ 孫森焱，前揭註 610，頁 250，註三。

⁶²⁸ 德國法上社會活動安全注意義務相關實務見解之發展，例如樹木倒塌案，原告因路旁樹木腐蝕倒塌而受傷，遂主張該樹之占有人(地方政府)負有確保他人不因該樹受到侵害之義務，於違反義務時負擔損害賠償責任。帝國法院認為，特殊侵權責任雖不包含樹木占有人之責任，但依民法第 823 條第 1 項關於一般侵權行為規定，行為人亦須為其不法之不作為負責任，但限於占有人知悉特定樹木具有危險時，始應積極採取防範措施，而否認占有人需不時檢查樹木是否具有危險性。又如獸醫案，本案帝國法院將社會安全注意義務擴張至職業、商業範疇，某獸醫(被告)為炭疽症的病牛作診斷，該獸醫明知炭疽病具傳染於人的危險性，其卻疏於注意怠於為屠殺病牛的屠夫消毒並診斷其傷口，致其被傳染疾病，長年臥病在床。帝國法院判決原告勝訴，其指出「任何從事特殊職業活動並提供服務予公眾之人，承擔一項責任，即行使職務時，應擔保一個井然有序事物的進行。」，該獸醫之職業範圍故不包含對於原告之保護醫療行為，但舉凡向公眾提供職業服務者，於其從事職業或商業活動時，對於與其職業活動具有特定關係之其他人，亦負有保護義務。接連數個德國法院判決擴張了不作為的侵權責任，除法定、契約、先行為義務所生作為義務外，就德國民法第 823 條第 1 項(相當於我國民法第 184 條第 1 項前段)建立了社會活動安全注意義務(學者王澤鑑又稱交易安全義務)的一般原則：開啟或持續一定危險源之人，亦負有防範義務。參照王怡蘋(2010)，〈論侵權行為法之作為義務〉，《政大法學評論》，116 期，頁 54-56；王澤鑑，前揭註 239，頁 335-339。

事某種業務或職業者亦應負擔一定的作為義務，例如，經營旅館飯店，開啟來往交通而「引起正當信賴」，對於進出旅館利用其設施之人，包括住宿客人之訪客，進入旅館準備訂約者及其他人，應注意防範危險之發生，包含清除樓梯的油漬，維護電梯的安全，照明通往停車場的通道，以及火災及地震時之通知協助義務等⁶²⁹。

台北地方法院 93 年度訴字第 3608 號判決(飯店跌倒案)：「至於作為義務的發生，除因契約或法律而負擔作為義務者外，依公序良俗而有作為義務者亦屬之。亦即基於侵權行為法旨在防範危險的原則，發生所謂之社會活動安全注意義務 (Verkehrspflicht)，而有從事一定作為的義務，其主要情形包括因從事一定營業或職業而承擔防範危險的義務。經營飯店，開啟往來交通，引起正當信賴，對於進出飯店利用其設施之人，應注意防範危險的發生。……本件被告係飯店經營者，基於上開社會活動安全注意義務，本有對於進出飯店利用其設施之人，應注意防範危險的發生。」，為首則依公序良俗推導出社會安全注意義務在我國法之適用的判決⁶³⁰。藉由社會安全注意義務之建立，解決傳統侵權責任規定(德國民法第 823 條第 1 項、我國民法第 184 條第 1 項)中，不作為或是間接侵害行為之過失要件以及違法性難以證明之問題，也就是說只要行為人違反社會安全注意義務，則認為其成立過失且該行為違法，最後只須於有責性層次過失與否為判斷⁶³¹(或者在違反社會安

(註：本文認為開啟或持續一定危險源之人作為歸責原理，乃交易安全義務擴張至危險責任，抑或是作為過失責任體系「作為」違反「不作為義務」時，行為不法同時成立違法性、主觀要件之歸責依據；與此相對，交易安全義務在過失責任體系當作「不作為」違反「作為義務」之理論依據時，除開啟或持續一定危險源外，尚需要其他根據同時支撐，前段論述應再更為細緻化。相同情形也出現在英美法體系注意義務發生的論述中，行為人從事一定行為，致有發生損害之危險者，即對於任何人均負有一般的預防危險發生損害之注意義務，例如騎車應注意速限、維持視線清晰、保持安全距離而避免撞傷其他人；與此相對，不作為之歸責原理並非其「其行為致有發生損害之危險，應防範危險之發生」，而係從事一定營業、專門職業人員，或法律規定、契約約定而發生作為義務，例如捷運公司因從事一定營業，對於使用其設備或服務之人具有防範損害發生之義務。參照陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 164-181。

⁶²⁹ 王澤鑑，前揭註 239，頁 115。

⁶³⁰ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 52-53。

⁶³¹ 有責性層次之過失主要著眼於危險認識的可能性及義務違反的認識可能性。然而亦有德國學者主張交易安全義務的違反可直接認為同時通過構成要件違反、違法性及有責性三層次。參照林美惠，

全注意義務時，直接推定違法且有責，由加害人舉證推翻⁶³²。社會安全注意義務藉由實務見解的發展，將民法第 184 條第 1 項前段「不法侵害」他人權利之構成要件具體化，且此社會安全注意義務如為保護他人法律所涵蓋，則亦可依民法第 184 條第 2 項請求賠償⁶³³。

我國現今實務見解對於侵權行為作為義務發生之理論基礎逐漸擴張，包含「不作為侵權行為復以行為人具有作為義務為前提，包括基於法律規定、契約約定、危險前行為、家庭或危險共同體之緊密關係，以及基於特定營業或職業對於一定場所具有危險控制權所生之作為義務⁶³⁴」、「又侵權行為要件中之加害行為雖包括作為與不作為，惟如以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，須以行為人依法令規定，或契約約定，或自己危險之前行為，或公序良俗負有積極作為之義務者始足當之⁶³⁵」等，觀察該等判決可得知，不作為的侵權行為多基因於當事人間具有一定關係(意外事故的地點、控制危險之物、加害人與被害人的關係)，而使法院認定有一定的積極行為義務⁶³⁶。而學說上有關作為義務的理論基礎，有參酌德國法者，提出侵權行為法其中一個目的為防範危險之發生，因而發展出社會活動安全注意義務，而課予行為人具有從事一定行為之作為義務⁶³⁷。亦有參酌美國法者，認為過失侵權責任需滿足注意義務存在及注意義務違反兩個要件，不作為侵權責任之發生以行為人違反注意義務(作為義務)為前提，因行為人在法律上並無對任何人負擔防範損

前揭註 617，頁 306-312。

⁶³² 林美惠，前揭註 617，頁 319。

⁶³³ 王澤鑑，前揭註 239，頁 335。

⁶³⁴ 臺灣高等法院 103 年度上字第 21 號。

⁶³⁵ 最高法院 102 年度台上字第 1893 號判決。

⁶³⁶ 王澤鑑，前揭註 239，頁 113。例如，歐洲侵權行為法原則(Principles of European Law)，其中的概括規定「Art. 4:103. Duty to protect others from damage」指出，「A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.」

⁶³⁷ 王澤鑑，前揭註 239，頁 333-335；王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 54-55。

害發生的一般性注意義務⁶³⁸。無論採取何種見解，明確建立作為義務的理論基礎，不僅可以發生限制作為義務行為人範圍之效用，亦可維護個人主義下個人行為自由⁶³⁹。本文仍依循我國實務的架構並參酌學者的分類⁶⁴⁰，進行侵權責任體系中網路服務提供者可能發生作為義務之理論基礎為分析。

首先，侵權行為規範的立法精神之一，在於維護社會共同生活的安全性而防範損害發生，「作為義務有無，應取決系爭當事人與危險之關係，特別是控制危險之事實能力⁶⁴¹」，惟並非所有具有控制危險之事實能力者皆有作為義務，否則作為義務將過度擴張。也就是說，除了具有控制危險之事實能力外，尚須符合下述的情形之一，方肯認行為人發生作為義務。

(1) 引起他人正當信賴之行為或狀態(信賴關係)：

(I) 管領能力範圍內之人或物具有致生損害之危險：

管領能力範圍內之人或物具有致生損害之危險，係因責任人對特定範圍內之人或物擁有事實管理能力，對於該範圍內可能造成他人損害之危險，負有採取防範措施之義務，例如飯店或是大型購物市場對於進入之使用者，負有營業場所設施安全之義務⁶⁴²。此分類與實務上「基於特定營業對於一定場所具有危險控制權」所生之作為義務理論基礎較為近似，學者指出，「原告處於較為弱勢之地位而有必要依賴具有強勢地位之被告，對於原告利益加以保護與照顧，被告通常因此關係而獲得

⁶³⁸ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 161。

⁶³⁹ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 70；陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 165。

⁶⁴⁰ 王澤鑑，前揭註 239，頁 337-338；王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 75-82。

⁶⁴¹ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 75。

⁶⁴² 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 76。

經濟上利益，基於公平要求，原告可期待被告應使用其優勢地位保護其安全⁶⁴³」，「在旅館之內，相對於房客，經營者對於損害之防範，具有較佳之地位。基於旅館與房客之關係，房客應可期待，旅館對於火災發生，應有保護房客之義務⁶⁴⁴」。

本文認為資訊儲存型服務提供者對於該資訊以何種形式、何種系統發布，以及權利人以何種管道主張權利侵害事實存在，又或者是否由系統端將此資訊刪除，皆為事實上可控制並予以決定者，故對此空間具有管領能力。即便該權利受侵害人與網路服務提供者間不具有契約關係，但該權利侵害事實皆於其管領範圍之網路平台中發生，此為契約責任與侵權責任交疊之處，皆無礙於服務提供者對於系爭資訊具有控制危險之事實上能力且該資訊乃位於其管領範圍之事實，因而應肯認網路服務提供者之作為義務發生。

(II) 承擔特定任務：

本款係指凡承擔特定任務者，不僅應履行所承擔之任務本身，且於履行範圍內應避免他人之權利遭受損害⁶⁴⁵。前述德國法上炭疽病案例，「受託治療牛隻之獸醫於醫治患病牛隻外，若知悉該疾病對人類有感染並造成危險之可能，對於相關人員如畜養者、屠宰者及其家人等，應盡其警告之義務，以避免相關人員受到感染，於治療牛隻之過程中，若發現有人受到感染時，則負有採取緊急措施、告知就醫必要性等義務⁶⁴⁶。」。本文認為此分類與實務上「基於特定職業對於一定場所具有危險控制權」所生之作為義務理論基礎較為近似，英國法院對於律師受被繼承人委託修改遺囑卻未修改，至繼承事實發生後繼承人無法取得遺產之案例，因律師可合理預見此遺囑受益人，本遺囑目的本即用以對受益第三人賦予某種利益，故律師須對該

⁶⁴³ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 170。

⁶⁴⁴ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 171。

⁶⁴⁵ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 77。

⁶⁴⁶ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 77-79。

繼承人負擔不作為之侵權行為責任⁶⁴⁷；美國法上心理治療師在知悉其診療對象具有暴力傾向的危險後，對於第三人負有保護義務，可能是警告義務、通報警察義務等，如該心理治療師不作為則應負擔侵權行為之損害賠償責任⁶⁴⁸。此職業應作廣義解釋，係指某種對於任務對象具有看管監督義務之身分。

網路服務提供者創設網路平台供發信者發布資訊的行為，並不能認為其因此承擔對於所有訊息中可能指涉之人皆具有保護義務，否則即課予網路服務提供者幾近監控言論內容之責任，且亦過度擴張保護義務之範圍。然而如主張權利受侵害人已「通知」網路服務提供者，該權利人之地位轉化為「與承擔特定任務相關之他人」，本文認為或許亦可推得網路服務提供者此時處於對發信者具有看管監督義務之身分，並進而對於權利人發生保護義務。參酌外國法亦可得出相同結論，網路服務提供者對於其平台上資訊之流通雖無一般性事前監督義務，然而仍需因接獲通知後負擔事後監督義務，並非完全免除侵害他人權益言論之相關責任，而因此事後監督義務(似獸醫對動物之看管、保母對小孩之看管⁶⁴⁹)，進而發生使他人(權利人)權利不受損之保護義務。

(2) (具體)危險前行為：

行為人因自己行為致有發生一定結果之危險者，該行為雖尚未直接導致損害結果，但他人因此受損害之可能性卻大幅提高，損害結果隨時都可能發生，解釋上應

⁶⁴⁷ White v. Jones, [1995]2 AC 207.轉引自：陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 172-173。

⁶⁴⁸ Tarasoff v. Regents of University of California, 551 P.2d 334(Cal. 1976). 轉引自：陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 174。

⁶⁴⁹ 德國聯邦法院 BGH NJW 1968, 1874.，二對父母分別有一名四歲兒童及一名六歲兒童，平時常互相幫忙照看，事發之日，係由六歲小孩的父母照看二名兒童，後又將二名兒童留在家中，委由幫傭代為照管，於幫傭短暫外出採購東西時，該名四歲兒童將望遠鏡自樓上窗戶丟出，擊中經過之路人。對於該名兒童所造成之損害，其父母固應依關於法定代理人之規定負賠償責任，而代為看管之另一對父母及其幫傭，亦成立保護與管束之作為義務，從而應避免該名兒童造成他人之損害。參照王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 77。



認為有防止損害發生之作為義務，且不以該前行為不法或有責為限，危險前行為通常作為間接侵權行為之理論基礎⁶⁵⁰。

本文認為網路服務提供者開設網路平台提供資訊之交流，即便其肯認使用者得於網路平台中匿名發布資訊，亦不應將提供匿名性言論平台此行為當作危險前行為，否則即隱含對於匿名性言論之負面評價，長期發展下可能有嚴重侵害言論自由之疑慮。參考第二章第一節第三項日本法上法理所生作為義務中，學者對於先行行為是否產生作為義務之論述，侵害者須「直接誘發」第三人對於被害人的權利侵害行為，也就是至少需造成權利侵害之具體危險。因而如果是直接標榜或助長違法內容的上傳，或是鼓勵為侵害他人權利的書寫，方認為其該當⁶⁵¹。大多數創設網路平台行為，例如創設發布店家評論之網站、創設名為「爆料者」之網頁，並無法依此款當為其作為義務之根據。

此外，本文認為危險前行為須與共同資訊內容提供者予以區隔，如同前述美國 CDA 法案 *Roommates.com* 事件中，網路服務提供者「要求」使用者須填寫違反聯邦公平住居法案的問題內容，方得以發布或回應徵求室友的貼文，法院認為其「創造或發展部分資訊內容」，應共同負擔資訊內容提供者之損害賠償責任，應予以贊同；與之區隔者，例如美國法上 *Stubhub* 案⁶⁵²中網路服務提供者賦予使用者選擇遮蔽座位的售票方式以規避定期票不得零售的責任追究，然而亦有其他正規轉讓票券的貼文方式，應不得認為網路服務提供者該當資訊內容提供者，僅成立對於侵權行為的直接誘發或鼓勵，因而成立危險前行為，當其未為防範該特定類型權利侵害發生時，違反作為義務而需負擔共同侵權行為損害賠償責任，且損害賠償範圍乃自

⁶⁵⁰ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 81；例如甲無過失撞乙落水，得為救助而怠於為之：司機無過失撞倒乙於野，棄而不顧，乙竟因而凍斃均屬之。參照孫森焱，前揭註 610，頁 206。

⁶⁵¹ 參照前揭註 184。

⁶⁵² 參照前揭註 281。



資訊發布時起起算。

(3)基於法律規定、契約約定所生之作為義務：

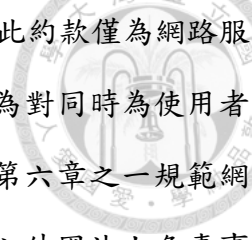
基於法律規定或是契約關係，當事人間產生信賴、通知、照顧、保管、協力、保密等義務，此等義務違反時可能構成債務不履行之賠償責任，亦可能同時構成侵權行為責任⁶⁵³。此種基於法律及契約所生的作為義務，反而造成行為人對於具有法律關係、契約關係之人，與對無契約關係之人作為義務發生理論基礎不同的現象，例如百貨公司對於已為消費之顧客與無消費僅剛踏入一樓大廳即滑倒的顧客，是否有確保商場內無積水或油漬之作為義務發生基礎，前者可由「契約的附隨義務」推導而生，後者則依「基於特定營業對於一定場所具有危險控制權」而發生。此等現象將使「作為義務之法律基礎分裂，且未顧及侵權行為法之基本精神，在於維護社會共同生活之安全，從而有必要著重於確保安全之事實狀態，以探討作為義務之依據⁶⁵⁴」，本文亦認為在侵權責任與契約責任交疊的領域，即便沒有契約存在當事人之間亦得依侵權行為推導出作為義務時，則應回歸侵權行為作為義務之理論基礎為論述，因此時契約責任與侵權責任並無差異性存在，無需特別強調因契約而生之作為義務⁶⁵⁵。至於法律規定的作為義務，本文認為此乃法律為保護權利人特別具體規範作為義務之發生要件，雖然可由其他作為義務的理論依據推導而生，但已有法律明文的狀態下直接認定具有作為義務，似可減少當事人舉證責任的負擔以及作為義務發生與否的不安定性，肯認法院得依此為直接之論述。

依前述(1)(2)可得知，無論網路服務提供者與權利人間是否具有契約關係皆發生相同之作為義務，又實務上網路服務提供者和發信者所簽訂之使用約款中，雖通

⁶⁵³ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 175。

⁶⁵⁴ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 74-75。

⁶⁵⁵ 陳忠五(2015)，前揭註 614，頁 5。



常存在「網路服務提供者得移除您的貼文、留言」等約款，然而此約款僅為網路服務提供者對於發信者具有刪除不法內容資訊之權利，不得解釋為對同時為使用者的權利人發生契約上作為義務方為妥適。又我國雖有著作權法第六章之一規範網路服務提供者之免責事由規定，然如同本文第二章第二節介紹之外國法上免責事由規定，其並非作為網路服務提供者之責任發生基礎，僅為明確化部分責任發生要件之規定，故著作權法專章之規定並未規範網路服務提供者之作為義務。

(4)公序良俗所生之作為義務：

早期學者通說認為作為義務之發生除法律規定及契約約定外，依公序良俗有作為義務者亦屬之。例如，知悉有人掉入自宅地窖竟故意不施救；發現非可歸責於自己之事由而失火，能撲滅而竟逃之夭夭，致引起大火⁶⁵⁶；前述證人於訴訟程序進程中具有真實陳述的義務等等。本文認為公共秩序善良風俗乃概括性論述，除非無法依據前述(1)或(2)款為論述基礎者，又基於法政策、社會正義之考量而應當課與行為人作為義務時，方例外適用本款理論依據。

最後須特別說明到，即便參酌前述的作為義務發生理論基礎，學者認為，注意義務(作為義務為其中一部份)的認定，除由預見可能性及當事人之密切關連性認定外，多數案例仍參酌法政策的立場與以判斷，或是依據個案公平正義與以決定，難以對各種類型的注意義務提出通案之原則⁶⁵⁷。本文認為，網路服務提供者乃發信者以外，唯一具有刪除資訊權限之主體，且亦為匿名性言論中唯一可能持有發信者聯繫方式之主體，因為具有此等排他支配的控制危險事實上能力，且課與其轉通知及刪除義務之作為義務尚不至於使其產生繁重的營運成本，又可以即時且有效地避免權利人持續因資訊流通而造成權利侵害，應認為資訊儲存服務提供者成為作為

⁶⁵⁶ 孫森焱，前揭註 610，頁 206；鄭玉波，前揭註 610，頁 165。

⁶⁵⁷ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 164。



義務之主體(發生作為義務)，在法政策的立場下亦具有妥適性。

又實務上網路服務提供者與使用者間訂立之使用約款中，常常有「網路服務提供者對於本網站之發言、貼文不負任何責任」等語，本文認為當網路服務提供者接獲權利人通知侵權事實存在時，依據前述的理論基礎產生作為義務，無論與權利人間是否具有契約關係皆無差異，負擔兩時點之作為義務，該免除責任之使用約款，依我國民法第 247-1 條第 1 款⁶⁵⁸或消費者保護法第 12 條⁶⁵⁹顯失公平而無效。

第二目 作為義務之範圍

在確立作為義務發生後，進而需討論作為義務人所應負擔的作為義務範圍為何。作為義務之範圍(所應採取防範損害措施之內容)隨個案具體情形而異，且作為義務之範圍影響行為人成立侵權責任與否甚鉅⁶⁶⁰。「作為義務應限於可期待之範圍內，以適當界定責任人之義務範圍⁶⁶¹」，而可期待範圍則需衡量相關當事人之利益，「包含危險程度、損害發生的可能性、正當之信賴程度、損害範圍、應受保護之對象，以及防範措施的有效性、花費等情形⁶⁶²。」，所欲防範之危險越高，當事人受

⁶⁵⁸ 民法第 247 條之 1：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

⁶⁵⁹ 消費者保護法第 12 條：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」；消費者保護法施行細則第 13 條：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」；第 14 條：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情事者。」

⁶⁶⁰ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 182。

⁶⁶¹ Z. B. BGH NJW 1981, 2514; BGH NJW 1985, 47; BGH NJW 1989, 1542; BGH NJW 1997, 582; BGH NJW 1999, 2815. 轉引自：王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 82。

⁶⁶² 王澤鑑，前揭註 239，頁 338；Larenz/Canaris, aaO. (Fn. 11), 413-414; Mertens, aaO. (Fn. 19), § 823 Rn. 216-217; V. Bar, aaO. (Fn. 22), 127-128. 轉引自：王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 82。

損之權益越嚴重(生命、身體安全等),則可期待的防範損害發生之作為義務就越高。原則上相同效果之作為義務以成本較低者優先,成本不同之作為義務則以較有效之作為義務優先,但如該作為義務效果與花費成本不成比例時,則例外選擇次等效果之防範措施⁶⁶³。以下針對網路服務提供者可能被認定發生作為義務之範圍為說明。

(1) 檢查義務：

此義務係指「責任人應檢視其責任區域,以確定是否有發生危險之可能與可能產生之所在地,方能進一步採取防範措施,或避免於活動中造成損害」⁶⁶⁴。參酌第二章第二節第二項歐盟電子商務指令第 15 條規定各會員國不得課與網路服務提供者對於不法活動的一般性監控義務,同章節第三項日本 2012 年的「檢視提供者責任限制法後之建議」曾經討論,課以事前監控義務,依現行網際網路中使用者繁多且極度擴張的網路資訊流通,即便採用機器化針對特定資訊的過濾手段,技術上仍不可能達到⁶⁶⁵。且更甚者,此過濾行為必定會導致網路服務提供者針對有所疑義的言論皆不傳遞,抑或是產生高額費用而網路服務提供者不願建立此平台的後果,嚴重侵害網路上言論自由以及資訊流通自由。觀諸外國立法例,皆無課予網路服務提供者事前監控資訊義務及將其作為免責事由之規定⁶⁶⁶。網路服務提供者之檢查義務,或許某程度而言,可使流通資訊侵害他人權利之危險減少或避免其危險擴大,然而對於言論自由之限制過大,不應予以採用(本文 186 頁(A)法律利益衡量將再論及)。

⁶⁶³ 王怡蘋(2010),前揭註 628,頁 83。

⁶⁶⁴ 王怡蘋(2010),前揭註 628,頁 88;林美惠,前揭註 617,頁 321。

⁶⁶⁵ 目前課與網路服務提供者自動化過濾手段監控資訊之作為義務,並作為免責事由者,僅限於著作權法領域。且其實際產生效用之處,乃在於著作權產物是否具同一性的層面,針對是否為著作權侵害之判斷仍無法達成。如將此自動化過濾手段一律作為提供者責任限制法之課予義務及免責事由,因本法涵蓋範圍較廣,實非妥適。參照利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会,前揭註 32,頁 22。

⁶⁶⁶ 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会,前揭註 32,頁 23。



(2) 控制義務：

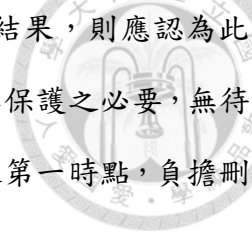
此義務係指「對於物所(可能)產生之危險，責任人應積極採取措施，盡可能避免發生損害，或至少降低其危險程度」，常見例子為建造建物時使其符合安全要求，以及建造完成後之維修⁶⁶⁷。

網路中資訊的流通造成他人權利侵害，無論是否已為「眾人」所知悉，只要處於不特定人得以知悉的狀態應認為已構成權利侵害，然而侵害權利所造成之損害，是否因資訊流通期間的延長而擴大具有不確定性(是否繼續為他人所點閱、轉載、分享等等)，網路服務提供者雖然資訊之不法內容不具有事前一般性監控義務，然而，如其經權利人通知權利侵害事實存在，則在接獲權利人通知後，如繼續放任該爭議資訊存在，即有繼續造成損害之危險，故應課與網路服務提供者控制義務，以避免損害之繼續發生。此控制義務本文認為可以包含轉通知義務及刪除義務，後者對於防止危險發生之效果而言，遠勝於前者，然而考慮到法律利益之衡量，應課與網路服務提供者在接獲權利人通知之第一時點，轉通知發信者之作為義務，賦予發信者自我審查該發布資訊之機會，抑或是就該資訊有理由為意見之陳述，經過相當時間而發信者未為反對通知，抑或是該反對通知顯無理由，方於第二時間點課以網路服務提供者刪除爭議資訊之作為義務方為妥適(本文 186 頁(A)法律利益衡量將再論及)。

須特別留意，作為義務範圍隨著個案具體內容將有所浮動⁶⁶⁸，原則上，在接獲通知而權利侵害事實不明時，第一時點應以轉通知義務為主軸，而第二時點網路服務提供者方應採取更有效的作為義務，亦即刪除義務方足防範損害之發生。然而，

⁶⁶⁷ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 89-93；林美惠，前揭註 617，頁 317-319。

⁶⁶⁸ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 92-93。



如該權利侵害事實的通知乃經由法院或是第三獨立機關判斷之結果，則應認為此時權利人與發信者權益業經專門機關權衡，發信者言論自由較無保護之必要，無待發信者自我審查該發布資訊內容，網路服務提供者於接獲通知之第一時點，負擔刪除該爭議資訊的控制義務方為妥適。

最後，無論轉通知義務或刪除義務皆可藉由軟體、系統化之設計所達成，並非課與網路服務提供者過高之花費成本，網路服務提供者得依其平台規模，自行決定以人力成本抑或是購買軟硬體等設備成本，完成其兩時點的作為義務，又除發信者外，網路服務提供者乃唯一可避免權利侵害持續發生者，名譽權受侵害乃人格權的一部，影響權利人社會生活重大等因素，應認為屬於可期待範圍內之作為義務。

(3) 保護義務：

此義務係指「避免保護責任範圍內之人遭受外來侵害」⁶⁶⁹。本文認為參酌第二章第二節外國法免責事由規定可得知，美國法雖然因 *Zeran v. AOL* 事件而極度擴張免責事由規定，使網路服務提供者遁入「避風港」而完全無須負擔責任，但後續數個法院及多數學者之見解皆認為，立法者僅欲限制出版者責任之發生，網路服務提供者仍須負明知或可得而知之散布者責任。歐盟法與日本法亦以網路服務提供者在主觀要件至少對於權利侵害事實有推定知悉或可得而知時，須回歸責任成立規定判斷是否負擔責任，而非完全無需負責。如同第一目作為義務之發生(I)(II)所述，本文認為在接到權利人通知後，應認為其對於該爭議資訊的發信者具有看管、監控之事後監控義務，而亦有防範其對於他人權利侵害之危險發生的保護義務，然而，如前所述，因法律利益權衡而有第一時間點與第二時間點作為義務程度上之差別(本文 186 頁(A)法律利益衡量將再論及)。

⁶⁶⁹ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 93-94；林美惠，前揭註 617，頁 322。



在確立作為義務發生與其範圍後，學者提出兩項例外，用以調整作為義務發生與範圍之標準，本文認為皆與網路服務提供者之作為義務相關，因而進一步深入討論。

(A)作為義務與法規範一致性

學者針對前述「應召女案」為說明，對於進入特定領域範圍者，責任人固負有確保安全之作為義務，然因物之權利人對其物本有自由支配權，因此任何人進入其支配領域皆須得到權利人明示或默示之同意，如未經權利人同意而擅自進入管領範圍之對象，則法律利益權衡下不發生作為義務，因而其認為飯店業者不對應召女郎負通知、協助逃生之作為義務⁶⁷⁰。然而本文認為，作為義務違反時點，應以損害發生當時，義務人是否處於引起他人正當信賴之行為或狀態為判斷，亦即是否在客觀上責任人對於該特定場所處於管領狀態或是具有承擔特定任務之身分(又或者依實務見解的用語乃「基於特定營業或職業對於一定場所具有危險控制權」)。例如百貨公司是否為營業時間、飯店旅館當天晚上是否有開放房間住宿，只要是處於客觀上權利人可合理期待之信賴關係中，無論權利人為小偷、應召女郎或是其他不速之客，皆應認為負擔防範場所危險發生損害之控制義務方為妥適。否則將造成百貨公司在開店時間的同一區水漬造成顧客及小偷滑倒，而百貨公司依事後判斷誰是小偷而負擔不同之責任，以及未著手的小偷能否認定其為顧客等問題發生。又如在「應召女案」中，飯店旅館業的服務生在火警發生當時，尚須先區分何者為當晚的登記名義人，再判斷是否負擔通知、協助何者逃生的作為義務，此作為義務之判斷方式似未妥適。然而在百貨公司營業時間外，水漬未與清除而致小偷滑倒，飯店當晚並無出租房間給旅客但應召女潛入，則該營業場所主人確實不對於小偷或應召女負作為義務。學者亦認為「飯店從事一定事業之經營，對於進出旅館，利用其設

⁶⁷⁰ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 94。



施之人，應承擔防範損害發生之義務……其保護對象，包括所有可期待使用旅館設施服務之人，不以登記住宿者為限⁶⁷¹」。

依據美國學者研究結果顯示，有關主張誹謗性言論或其他基於言論所造成的侵權責任，原告首要乃請求該等資訊移除或是更正，接下來方為向該負責之一方請求復原之損害賠償⁶⁷²。因此，對於因資訊流通而權利受侵害者，網路服務提供者所能最有效、具實益之解決問題方式，乃即時刪除該爭議資訊而避免繼續發生損害⁶⁷³。然而，本文認為網路服務提供者在收到權利人通知之第一時點，不應直接負擔刪除義務而僅負擔轉通知義務，此乃因發信者言論自由之限制依憲法第 23 條應符合比例原則，在尚未確認是否為誹謗性言論時，即立即予以刪除，破壞我國憲法所保障的言論自由及比例原則架構。因而在法律利益的衡量上，雖然防範權利人權利繼續受損最有效的方式，乃立即在第一時點刪除該資訊，但考量發信者言論自由亦應予以保障，該作為義務範圍限縮，在第一時點僅止於轉通知義務，期能透過發信者自我審查抑或是回覆之反對通知，確認權利侵害與否之相關事實關係。如在轉通知寄出之相當時間經過後，發信者並未為反對通知之回覆，或該回覆顯無理由，則應認為其言論自由所應受保障之程度較低，而網路服務提供者方在第二時點負擔最為有效防範損害發生的刪除資訊義務，方符合比例原則。

退步言之，縱使認為我國網路服務提供者在接獲權利人之誹謗性言論存在通

⁶⁷¹ 陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 171。

⁶⁷² Randall P. Bezanson, *Libel Law and the Realities of Libel Litigation: Setting the Record Straight*, 71 *IOWA L. REV.* 226, 228 (1985).

⁶⁷³ 附帶說明，依統計資料顯示，針對原告已對網路服務提供者提起訴訟之案件中，約有 55% 的爭議資訊已被移除，且其中 27% 為被告自行移除、18.3% 為該被告服務已不存在，由此數據可知即便如美國法上未課予網路服務提供者在收到通知後刪除該爭議資訊之義務，其為避免後續訴訟之問題及相關成本，亦可能自主性刪除該爭議資訊。又學者認為「更正」之步驟對於網路資訊而言較無助益，因搜尋服務提供者之存在反而可能增加原爭議資訊之曝光程度而造成損害加劇。See David S. A., *supra* note 3, at 486-487, 489-490.

知時，應仿效美國法上 DMCA 法案第 512 條，於接獲通知後立即刪除該爭議資訊，則至少應如同我國著作權法第六章之一採取法定通知形式要件，以及發信者反對通知之回復資訊程序，以平衡兼顧發信者的言論自由保障(詳後述本章第二節第一項)。

(B) 受害人自我保護能力與義務⁶⁷⁴

主張網路服務提供者不應發生刪除義務或對於網路言論負擔任何責任之理由，其一為認為權利人亦有在網路服務提供者之平台發布資訊以維護自己權利之能力，雙方得依言論之往來就事實之真偽為討論，體現言論自由之真諦。本文部分贊同此見解，網際網路時代之來臨，確實使資訊流通之發生不再侷限於某特定報社、出版社、電視台等有限的發言管道，一般而言，網路使用者相較離線世界中之權利被侵害人，更具有在遭遇誹謗性言論時為自己辯白的機會，以及避免損害持續發生的自我保護能力。

然而，在誹謗性言論的情形，網路服務提供者乃權利人在無法確認發信者時，唯一對於避免損害持續發生具有控制危險之事實能力，且基於該特定地位對於網路平台之流通資訊具有危險控制權者，本文認為仍應肯認其作為義務之發生。不過，考量到權利人在網路空間自我保護的能力，權利人在發現自己受到誹謗性言論之攻擊後，得以自主於網路空間中發布資訊予以反擊並提出有利於自己之證明，以避免自己之社會評價有所減損或損害之擴大，而發信者亦得繼續積極主張其言論，該言論是否為誹謗性言論可得繼續討論，並期待雙方後續相關證據之揭示，在網路世界中互為攻防，而最後由社會大眾自行定奪該事實之真偽以及是否減損權利人之評價等，網路服務提供者除在接到通知之第一時點並不負擔刪除義務外，即便在第

⁶⁷⁴ 王怡蘋(2010)，前揭註 628，頁 95-97。

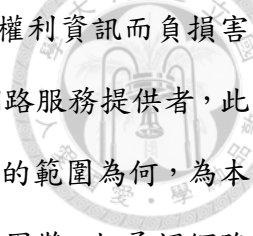
二時點，如發信者已為相當程度之反對通知時(非顯無理由)，網路服務提供者亦無刪除該資訊之義務。除非當事人進入法院程序，以此資訊是否構成誹謗言論為爭點進行保全程序或訴訟程序時，網路服務提供者方有後續依裁定或假執行，抑或是確定判決結果為刪除資訊之作為義務。

第二款 狹義共同侵權行為 / 侵權行為的競合

我國實務判決中，權利人主張網路服務提供者應負損害賠償責任時，原告除依據一般侵權行為外，亦有主張狹義共同侵權行為者。例如臺灣高等法院 102 年度上字第 979 號民事判決，權利人主張網路服務提供者「對申請用戶之基本身分資料應有確實驗證之義務，竟怠於移除系爭言論，有概括承繼系爭言論之意，故意提供版面作為毀謗上訴人之用途，乃係具有犯意聯絡之共同正犯，致上訴人之人格權及名譽權受有損害。」。惟法院皆未就網路服務提供者是否成立共同侵權責任有所著墨，本文猜測其可能原因有二，其一，依我國實務常見之舊訴訟標的理論原告並未提出民法第 185 條作為訴訟標的之請求權基礎，即便有相關基礎事實之論述，然法院未闡明其追加，故亦未為相關之審理；其二，依我國民法第 185 條規定，無論是狹義共同侵權行為抑或是第三款造意人或幫助人共同侵權行為皆無成立之可能，因而未予討論(可能產生漏未裁判的違法判決)。

我國民法第 185 條共同侵權行為規定，明定數加害人連帶負損害賠償責任，其立法目的，除保障被害人無須承擔其他加害人無清償能力之危險外，即便全部加害人皆有清償能力，被害人亦免於在實際上發現並請求全部加害人所可能產生的問題，對於交通事故、商品缺陷、公害等現代社會常見的損害別具意義⁶⁷⁵。網路服務提供者並非發布侵害權利資訊的發信者，因而除「要求」使用者完成侵權行為資訊

⁶⁷⁵ 王澤鑑，前揭註 239，頁 439；陳聰富(2013)，〈共同侵權之責任分擔〉，《法令月刊》，64 卷 1 期，頁 12。



的發布等例外情形，其僅負資訊媒介的侵權責任。因發布該侵害權利資訊而負損害賠償責任之發信者，與因違反作為義務而負擔損害賠償責任之網路服務提供者，此兩者間是否成立共同侵權行為，又如成立，則其彼此間連帶責任的範圍為何，為本文欲討論的問題。網路平台中匿名性言論存在且確認發信者身分困難，如承認網路服務提供者須與發信者負擔共同侵權的連帶責任，則對於權利人的保障更為充足。以下針對「狹義共同侵權行為」的理論基礎為討論，第三款則針對「幫助人共同侵權行為」為討論。

狹義共同侵權行為，除了主觀犯意聯絡而客觀行為共同分擔之主觀共同侵權行為外，**客觀共同侵權行為之各行為人仍應符合一般侵權行為之要件(除對於全部損害之因果關係此要件)**，也就是說，是否該當故意或過失、行為不法以及侵害權利或利益等要件皆須個別判斷⁶⁷⁶。早期對於「未有主觀犯意聯絡」的共同過失侵權行為，是否需負連帶責任有所爭議，最高法院 20 年上字第 1960 號判例認為，「他人所有物而為數人各別所侵害，若各加害人並無意思上之聯絡，只能由加害人各就其所加害之部分，分別負賠償責任」，學說上稱為部分損害責任或部分因果關係；最高法院 55 年台上字第 1798 號判例，「本件車禍係計程車與卡車司機駕駛不慎肇事，依司法院二三八三號解釋，無共同過失之侵權行為，法院僅得就各該司機應負過失責任程度之範圍內，令其與僱用人連帶賠償。」，在數人無意思聯絡時，應就同一損害(損害不可分)依其過失程度定其賠償範圍，此兩則最高法院判例皆採取「需有意思上聯絡之主觀說」。到了司法院例變字第一號，其變更了最高法院 55 年台上字第 1798 號判例，變更理由為：「民事上之共同侵權行為與刑事上之共同正犯，其構成要件並不完全相同，共同侵權行為人間不以有意思聯絡為必要，數人因過失不法侵害他人之權利，苟各行為人之過失行為均為其所生損害之共同原因，即

⁶⁷⁶ 孫森焱，前揭註 610，頁 273；鄭玉波，前揭註 610，頁 186-187。

所謂行為關聯共同，亦足成立共同侵權行為。」。但其特別指出前述最高法院 20 年判例係指各行為人既無意思聯絡，而其行為亦無關聯共同者而言，兩種情形並非相同⁶⁷⁷，也就是說我國狹義共同侵權行為並未排除主觀共同侵權行為成立之可能，僅額外承認客觀共同侵權行為⁶⁷⁸。

主觀共同侵權行為乃民法第 185 條第 1 項的固有類型，立法意旨在使加害人就可可能的因果關係負責，使被害人免於就各分擔行為的因果關係負舉證責任。然因其意思聯絡之要件存在，僅限於故意的侵權行為。數人既有意思聯絡，共同協力造成被害人的損害，自應就行為分擔所生之全部結果負責，換言之，主觀意思聯絡正當化了對被害人舉證責任的免除(無須證明各分擔行為的因果關係)，乃擴大侵權責任，保護被害人。而例變字第一號創設「客觀行為關聯」的共同侵權行為，各加害人之行為係造成損害的共同原因(共同因果關係或補充因果關係)，並造成同一損害(損害不可分，例如致人於死傷或物滅失等)，創設客觀行為關聯共同侵權行為的目的，並非如同主觀共同侵權行為乃為使侵權行為成立要件滿足，而在於使被害人不能就同一損害獲得多數賠償，並規範各加害人間內部求償關係，具有限制責任的效果⁶⁷⁹。另外，考量刑法共同正犯與民法共同侵權行為規範欲達成之目的不同，前者乃以主觀犯意為處罰對象，後者在近代以對權利受侵害人之損害填補為原則，承認客觀行為共同關聯之歸責原因實乃不得不然⁶⁸⁰。學者指出，競合因果關係與共同因果關係並非相同，如數危害行為，「各」均足致生損害，僅發生競合因果關係，加害人「各依」第一八四條規定負損害賠償責任⁶⁸¹，反之，共同因果關係則如同最高

⁶⁷⁷ 王澤鑑，前揭註 239，頁 441-442。

⁶⁷⁸ 孫森焱，前揭註 610，頁 274。

⁶⁷⁹ 王澤鑑，前揭註 239，頁 445-456。

⁶⁸⁰ 孫森焱，前揭註 610，頁 276。

⁶⁸¹ 例如甲乙工廠皆排放廢水造成丙養殖業的魚群死亡，甲、乙工廠其中單一工廠所排放的廢水量均足致魚群死亡，則並非共同因果關係，而不成立行為關聯的共同加害(侵權)行為，應為競合因果關係而各依侵權行為規定負責。參照王澤鑑，前揭註 239，頁 445-456。

法院曾在判決中之說明，「數過失行為具有共同原因關係者，因果關係之判斷，不得割裂分別判斷，經判斷認具有共同原因之各行為與結果間，即有因果關係存在⁶⁸²」，而負擔連帶賠償責任。然而，亦有學者認為即便個別侵權行為皆足以造成損害，然該損害為同一時，亦應包含在內，其認為客觀共同關聯性著重者乃損害的同一性，故數人之違法行為無論同時、先後為之，亦無論是否單獨即可造成權利之侵害皆有適用⁶⁸³。如權利人主張多數侵權行為人具有「共同原因」的因果關係，而致其權利受到損害，仍與侵權行為一般要件規定相同，由被害人負擔舉證責任，且此種客觀共同侵權行為之加害人，無論該當故意、過失或是在無過失責任的類型皆可以成立⁶⁸⁴。

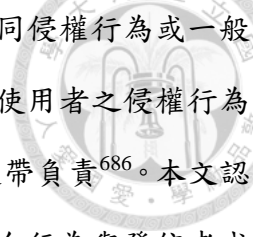
如網路服務提供者的不作為與發信者的發信行為並不該當狹義共同侵權行為時(該等行為並不該當「共同原因」時)，兩者的不作為/作為皆獨立構成侵權行為，然自網路服務提供者違反其作為義務以後，該作為義務違反所造成的損害與發信者為該誹謗性言論的發信行為所造成的「損害同一」，皆為同一被害人因該誹謗性言論所造成的名譽權受侵害所造成的損害，兩者該當一般侵權行為的競合。如數行為人間該當一般侵權行為的競合，其間之法律關係為何，因該等侵權行為債務符合(1)個別發生獨立的債之關係(2)皆在滿足債權人同一給付利益(3)各債務人分別負擔全部債務之給付義務，同時債務人卻僅得受領一份給付(4)當事人未明示或法律未明文規定成立連帶債務⁶⁸⁵，而成立不真正連帶債務。

⁶⁸² 最高法院 99 年度台上字第 529 號民事判決。

⁶⁸³ 例如數家報紙各自採訪不實之消息，報導某人有殺人嫌疑，致某人名譽權遭受損害，因其被害法益為一個，亦構成共同侵權行為。又如甲乙工廠皆排放廢水，無論甲乙工廠之廢水是否單獨達到牡蠣死亡之污染程度，抑或為合流後加乘效果導致牡蠣死亡，皆應認為其共同負擔損害賠償連帶責任。參照孫森焱，前揭註 610，頁 275-276。

⁶⁸⁴ 王澤鑑，前揭註 239，頁 445-456；孫森焱，前揭註 610，頁 275；鄭玉波，前揭註 610，頁 187。

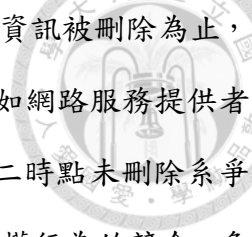
⁶⁸⁵ 王千維(2002)，〈論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務〉，《中正大學法學集刊》，8 期，頁 36。



網路服務提供者得否與發信者成立第 185 條第 1 項狹義共同侵權行為或一般侵權行為的競合，學者有認為網路服務提供者僅係提供服務，與使用者之侵權行為顯然有別，而不應課與網路服務提供者直接侵權責任與使用者連帶負責⁶⁸⁶。本文認為應區分兩個時間點為討論。其一，網路服務提供者提供網路平台行為與發信者成立第 185 條第 1 項狹義共同侵權行為，並負「全部損害範圍連帶賠償責任」之情形，僅限於網路服務提供者將不法內涵的問題形式及不法內涵的答案選項皆設定好供發信者選擇，抑或是特地創設、鼓勵供不法內涵資訊發布之專屬布告欄、留言板等，方可能成立。前述美國法上 *Roommates.com* 案件中，該網路服務提供者所設定之問題、答案選項必造成他人權利之侵害，顯見其對於造成他人權利之侵害具有主觀可歸責事由，而發信者的填寫並發布行為造成他人權利之損害，此為網路服務提供者與發信者的共同因果關係所造成，兩者或許難以說是具有犯意聯絡，但應可肯認成立我國實務發展出之客觀共同侵權行為。不過，誠如學者所述，發信者於網路平台發布資訊，原則上網路服務提供者不負直接侵權責任，在多數情形網路服務提供者僅單純成立資訊流通平台時，應認為提供網路平台行為並不構成狹義共同侵權行為。其二，當網路服務提供者「接獲權利人通知後」之第一時點，網路服務提供者發生作為義務而其故意或過失不作為時，與發信者所發布之資訊「造成特定人名譽權損害具有同一性⁶⁸⁷」，然而，參酌前述日本法部分之論述，該不作為與發信者的發信行為具有獨立性，無論是發生時點、行為態樣及對於結果產生的可歸責程度皆有所不同，兩者並非造成該損害的「共同原因」，充其量僅該當一般侵權行為的競合。因此，網路服務提供者於第一時點義務違反後，就損害之繼續發生與發

⁶⁸⁶ 馮震宇，前揭註 46，頁 27，註 56；陳龍昇，前揭註 31，頁 235。

⁶⁸⁷ 網路服務提供者未轉通知或未刪除爭議資訊而違反作為義務，與發信者發布資訊因該資訊流通所造成他人權利之侵害，本文認為其損害具有同一性。有關損害不具有同一性的案例，可參考學者（參照孫森焱，前揭註 610，頁 279-280。）及實務對於贓物之牙保、故買、收受、搬運、寄藏，乃在竊盜/搶奪/強盜已破壞他人物之使用收益處分權利後，再次因自己行為使被害人難於追回原物，因而發生損害，該單獨依民法第 184 條成立侵權行為，並不構成共同侵權行為；除非在牙保等行為後，該贓物因惡意占有人或無所有意思之占有人可歸責之事由致毀損滅失時，所侵害者乃一個所有權具有同一性，方成立共同侵權行為。




信者的發信行為僅成立侵權行為的競合，負擔「自第一時點起至資訊被刪除為止，損害繼續範圍(損害擴大部分)之不真正連帶賠償責任」。此外，如網路服務提供者在接獲通知後亦即第一時點已轉通知，然而經過相當期間後第二時點未刪除系爭資訊，故意或過失不作為，則網路服務提供者亦與發信者成立侵權行為的競合，負擔「自第二時點起至資訊被刪除為止，損害繼續範圍(損害擴大部分)之不真正連帶賠償責任」。

如認為網路服務提供者與發信者成立狹義的共同侵權行為，原則上依我國現行民法第 185 條的規定，該客觀行為關聯共同侵權行為之複數行為人，各自皆須負擔全部範圍(自誹謗性言論公布時起)之連帶損害賠償責任。然而，針對此全部範圍損害賠償責任的規定，學者有認為，我國或許應參酌美國法上被害人共同負擔其他行為人無法清償之危險，以及低度過失者無須負全部範圍連帶損害賠償責任，僅就自己原因力部分負分割責任之共同侵權行為規定，修正現行法院無論債務人間是否有求償不能之情形，且無論多數債務人之過失程度如何均一蓋承認連帶責任之見解，否則對於過失甚微之加害人似有欠公允⁶⁸⁸。如認為網路服務提供者之不作為與發信者的發信行為該當共同侵權行為，本文認為，至少應參酌前述學說見解，認定網路服務提供者僅就自己不作為義務違反的「損害擴大部分」與發信者負連帶賠償責任，不應課與其負擔全部範圍的連帶責任。不過，如前所述，本文認為最適當的法律關係，乃應認定網路服務提供者僅自作為義務違反時點起，因造成之「損害具有同一性」，與發信者成立一般侵權行為的競合，而就該損害同一性部分(損害擴大部分)負擔侵權行為競合的不真正連帶債務。

又，如承認網路服務提供者自違反作為義務時起與發信者的侵權行為成立不

⁶⁸⁸ 陳聰富(2013)，前揭註 675，頁 6，頁 29。



真正連帶債務關係，則需進而探討不真正連帶債務人間內部關係，是否得類推適用連帶債務規定的問題(本文將聚焦於不真正連帶債務人在清償債務後，得否向其他連帶債務人行使內部分擔求償權)。我國歷來實務見解，僅承認不真正連帶債務人與債權人間的「絕對清償效力」(外部效力)，例如最高法院 100 年度台上字第 848 號判決、最高法院 97 年度台上字第 453 號判決、最高法院 95 年度台上字第 2779 號判決等皆明言到，「按不真正連帶債務，係指數債務人以同一目的，本於各別之發生原因，對債權人各負全部給付之義務，因債務人其中一人為給付，他債務人即應同免其責任之債務而言」。對於不真正連帶債務人間的內部分擔求償權(內部效力)，我國最高法院目前絕大多數仍採取否定的見解。例如最高法院 92 年度台上字第 1540 號判決「不真正連帶債務……其各債務發生之原因既有不同，僅因相關法律關係偶然競合，致對同一債權人負同一內容之給付，自不生民法第二百八十條所定連帶債務人間內部分擔求償之問題」、最高法院 90 年度台抗字第 246 號判決「債務人相互間，並無所謂應分擔部分，故在法律上並無必須合一確定之情形」、最高法院 89 年度台上字第 2240 號判決「不真正連帶債務與連帶債務在性質上並不相同，民法有關連帶債務之規定，多不適用於不真正連帶債務」等。然而，此等堅守連帶債務債務人與不真正連帶債務人間內部效力規定適用分野的結果，並不符合現實生活中責任的合理分配。早期學者亦多主張不真正連帶債務人間不適用民法第 281 條第 1 項連帶債務人間有關內部分擔求償的規定，僅能回歸該不真正連帶債務人間既有的法律關係為求償權存在與否的判斷，其理由在於，本規定乃立法者基於連帶債務的特性所創立，除符合民法第 271 條當事人明示或法律明文規定成立的連帶債務外，不真正連帶債務人間並無適用可能⁶⁸⁹。然而，即便是認為不真正連帶債務人不得適用內部分擔求償權規定的學者，亦有主張不真正連帶債務人間

⁶⁸⁹ 史尚寬(1990)，《債法總論》，頁 645-646；孫森焱(2009)，《民法債編總論(新版)(下)》，頁 901-902；鄭玉波(1983)，《民法債編總論》，9 版，頁 458。

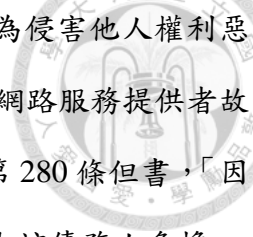
仍可基於民法無因管理、不當得利或讓與請求權⁶⁹⁰，達到合理分配其內部分擔的最終結果，以避免因債權人的偶然選擇求償對象，導致由哪位債務人負擔終局給付義務的不合理現象。不過，在適用無因管理規定時，將面臨清償自己債務之債務人是否有「為他人清償其債務」之意思，且該清償行為是否違反其他不真正連帶債務人之主觀意思因而構成「不適法無因管理」之問題；又，在適用無因管理及不當得利之規定時，皆會面臨(1)如該不真正連帶債務人之其中一人清償其債務時，未必能真正終局消滅其他債務人之債務(不真正連帶債務人的債務並非居於相同層次，區分為暫時債務人及最終債務人之情形)，只能藉由民法第 218-1 條請求債權人讓與請求權；抑或是(2)因無法適用連帶債務人內部分擔求償規定，不真正連帶債務人間需類推適用民法第 217 條區分自己應分擔部分及代他人清償部分，再配合無因管理或不當得利的規定向其他人求償，否則，如單純根據無因管理或不當得利的規定，將導致清償債務的債務人向他債務人請求時，發生請求「全部範圍」返還的法律效果，由他債務人負擔全部終局性責任，實非妥適⁶⁹¹。是以，近代學者開始主張，不真正連帶債務人間之內部分擔求償關係，應直接允許其適用/類推適用民法第 281 條第 1 項連帶債務人間之內部分擔求償規定，方符合不真正連帶債務人與債權人間法律關係之本質⁶⁹²。

最後，在確認網路服務提供者因作為義務違反，而與發信者自第一時點或第二時點起負損害擴大部分之(不真正)連帶賠償責任後，會面臨內部分擔求償比例的問題。亦即，無論是適用/類推適用民法第 280 條，抑或是類推適用民法第 217 條之法律效果，最後皆須討論網路服務提供者與發信者終局性個別分擔的責任比例。本

⁶⁹⁰ Winter, aaO., 188f. 轉引自王千維，前揭註 685，頁 50。

⁶⁹¹ 王千維，前揭註 685，頁 47-50；王澤鑑(2009)，〈法定扶養人為被害人支出醫藥費之求償關係〉，《民法學說與判例研究(四)》，頁 186-189。

⁶⁹² 王千維，前揭註 685，頁 50。林信和(2010)，〈不真正連帶債務的再探索〉，《月旦法學教室》，98 期，頁 15。惟關於不真正連帶債務人得否類推適用其他連帶債務規定的條文，學者間見解仍有分歧。



文認為或可以參考中國學者所提出之判斷標準，原則上發信者為侵害他人權利惡性較為重大之主體，而負擔較重的比例責任(約莫為 70%)，然如網路服務提供者故意違反作為義務時，應平均分擔該損害賠償數額⁶⁹³。我國民法第 280 條但書，「因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，由該債務人負擔」，亦可作為此等責任分擔比例的依據。該中國學者經調查發現，網路服務提供者在依中國侵權責任法承擔連帶責任後，通常不向網路用戶行使追償權⁶⁹⁴，此結果的發生原因為何尚有待研究，可能為匿名性言論使網路服務提供者追償困難及追償成本較高，又或者是網路服務提供者為維持用戶的信賴及使用頻率，基於商業目的而成本計算下之結果，或未可知。

依比較法的觀點來看，中國大陸的侵權行為法第 36 條中明文規定，「I 網路用戶利用網路服務實施侵權行為的，被侵權人有權通知網路服務提供者採取刪除、屏蔽、斷開鏈接等必要措施。II 網路服務提供者接到通知後，未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網路用戶承擔連帶責任。III 網路服務提供者知道網路用戶利用其網路服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網路用戶承擔連帶責任。」原則上一般中性網路服務提供者，僅在接獲權利人通知而經過合理期間⁶⁹⁵應作為而不作為時，就其不作為對於權利侵害具有原因力的部分，亦即經過合理期間後，就「損害擴大之部分」與發信者負共同侵權行為損害賠償責任⁶⁹⁶。在權利人請求時就損害擴大部分負連帶賠償責任，而最終責任上再依過錯或原因力為比例分擔⁶⁹⁷，而對於網路服務提供者不具有原因力的前階段損害，由發信者單獨負損害

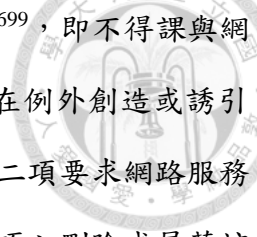
⁶⁹³ 楊立新(2015)，〈网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任〉，《法律科學》，頁 181-182。

⁶⁹⁴ 楊立新，前揭註 693，頁 181。

⁶⁹⁵ 楊立新，前揭註 693，頁 181。其主張一般為收到通知後的 48 小時內，如涉及明顯侵害著作權、國家安全或社會公共利益的資訊，則於 24 小時內應為必要措施。

⁶⁹⁶ 楊立新，前揭註 693，頁 169-170。

⁶⁹⁷ 楊立新，前揭註 693，頁 178。



賠償責任⁶⁹⁸。而本條文的第三項參酌美國 DMCA 法案紅旗原則⁶⁹⁹，即不得課與網路服務提供者主動監控義務之原理，應解釋為網路服務提供者在例外創造或誘引侵權行為資訊產生的前提下，與發信者承擔連帶責任。惟本條第二項要求網路服務提供者在接到權利人通知後第一時點採取「必要措施」，即第一項之刪除或屏蔽該資訊使不可接觸，沿用美國 DMCA 法案通知取下制度的立法模式⁷⁰⁰，如同本文在本項第一款所提出之見解，假如未配合通知形式要件之規定與反對通知之回復程序，對於言論自由之侵害甚鉅，本文認為至少在誹謗性言論此種侵權與否爭議性極高的資訊類型，需就「必要措施」為進一步解釋，包含第一時點之轉通知義務與第二時點之刪除義務方為妥適。中國學者雖認為將 DMCA 法案的「避風港原則」與「紅旗原則」全面適用於保護民事權益的場合，乃結合中國社會的特點而符合中國國情，但美國學者卻不建議中國在規定網路侵權責任的規定中全面適用此原則亦可得證⁷⁰¹。

第三款 造意人或幫助人共同侵權行為

我國實務判決中，權利人主張網路服務提供者應負損害賠償責任時，原告除依據一般侵權行為外，亦有主張幫助人共同侵權行為者。例如臺灣高等法院臺中分院 103 年上字第 289 號民事判決，權利人主張網路服務提供者「自接獲其檢舉，已明確知悉其所提供之網路平台確有公然侮辱、誹謗、侵害他人名譽之事，其已發現卻故意不處理，怠於執行職務事證明確，讓該霸凌誹謗權利人之文章繼續刊登供不特定人士共享共聞，顯有故意提供網頁（犯罪工具）。」，雖然本案權利人主張之請求權基礎為民法第 18 條繼續侵害之排除請求權，本文認為依其陳述之基礎事實似亦

⁶⁹⁸ 楊立新，前揭註 693，頁 179。

⁶⁹⁹ 楊立新，前揭註 693，頁 171。

⁷⁰⁰ 楊立新，前揭註 693，頁 171。

⁷⁰¹ 楊立新，前揭註 693，頁 171。



有主張幫助人共同侵權行為之可能。

民法第 185 條第 2 項規定，「造意人及幫助人，視為共同行為人。」本條立法旨在保護被害人，條文中的造意及幫助等同於刑法上的教唆及幫助，造意者乃教唆他人，使生為侵權行為決意之人；幫助者乃予他人以助力，使其易於為侵權行為⁷⁰²。兩者並非與加害行為人有主觀犯意聯絡之客觀行為共同分擔，然因侵權行為之發生由其等所促成，故立法者賦予等同於狹義共同侵權行為之評價，明定造意人/幫助人與自為加害行為之侵權行為人負連帶損害賠償責任⁷⁰³。

該造意及幫助原則上須出於「故意」，且須以針對可得確定之人為之，使足當之⁷⁰⁴。然而，最高法院 83 年度台上字第 742 號判決中，甲私立大學指示其實習銀行經理乙代將該校資金二億七千萬元轉存於台灣土地銀行所屬新興分行，詐騙集團丙向經理乙詐騙調包存單，加以偽造後，持向台灣土地銀行新興分行冒領存款。台灣土地銀行訴請甲私立大學及經理乙依共同侵權行為連帶負損害賠償責任。法院對此表達兩種可能成立之法律見解，其一為(狹義)共同侵權行為之成立，而認為無論係故意或過失，以各加害行為均為其所生損害之共同原因為已足。其二為造意人及幫助人共同侵權行為，則此情形下應審究者，係該實習銀行經理乙因過失將系爭存單交付於丙，致被調包偽造，**是否幫助**該詐騙集團冒領該定期存款，而應負侵權責任。學說對於過失造意或過失幫助得否異於刑法規定，成立第 185 條第 2 項有所爭議，有學者舉例說明，如公務員甲過失誤指疆界，而乙明知有誤仍越界建築房屋，則甲成立過失幫助人而與乙負連帶責任。然而亦有學者認為，乙指示丙進行焊接引發失火之案例中，若乙可預見丙之行為足以引發火災之危險，則乙本身不當

⁷⁰² 包含心理上及物理上之助力，如提供工具或指導方法等。

⁷⁰³ 鄭玉波，前揭註 610，頁 190-191。

⁷⁰⁴ 王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 36-37。

指示之過失行為，乃直接加害行為足以獨立成立過失侵權行為，也就是說過失造意或過失幫助應回歸「客觀行為關聯之共同侵權行為」，適用第 185 條第 1 項前段狹義共同侵權行為主張⁷⁰⁵。



網路服務提供者是否該當故意造意或幫助共同侵權行為人，本文認為在前述美國法 *Roommates.com* 案件中，網路服務提供者與發信者成立狹義共同侵權行為，非單純故意提供侵權行為事實發生平台之幫助人；與此相對，如網路服務提供者單純提供交流資訊平台之情形，對於該資訊流通亦不成立故意幫助人方為妥適，否則無異於苛責網路服務提供者架設資訊流通平台之行為，而有礙於線上資訊的流通，間接對於言論自由及電子商務造成阻力。學者亦認為，如欲認為網路服務提供者該當造意人/幫助人，除須證明網路服務提供者有故意或過失外(其採取承認過失幫助人之觀點)，尚需證明客觀上有教唆使用者為侵權行為，或於使用者為侵權行為之際，提供幫助使其易於實施，在網路服務提供者提供其使用者網路平台服務的過程中，似難該當「造意」、「幫助」行為⁷⁰⁶。至於網路服務提供者收到權利受侵害人的通知後，未轉通知發信者或未為後續之刪除義務，本文認為其乃獨立的不作為而違反作為義務，如前述第一款，乃與發信者該當侵權行為的競合，並非對於發信者的發布資訊再度使其萌生行為意念(教唆行為)，又即便認為其繼續提供網路平台設備乃給予物理上的助力(幫助行為)，網路服務提供者自身違反作為義務之不法程度高於單純繼續提供系統設備與發信者的不作為幫助人，因而仍以一般侵權行為為其責任發生之依據。

第二項 實務見解

學說理論的實踐需藉由實務來完成，而實務見解的方向則有賴學說理論與以

⁷⁰⁵ 王澤鑑，前揭註 239，頁 457-458；陳聰富(2013)，前揭註 675，頁 16-17。

⁷⁰⁶ 陳龍昇，前揭註 31，頁 235。

支撐及帶領，是以兩者必須相輔相成，不斷進行對話以因應新興的法學議題。網路服務提供者自其違反作為義務後，與發信者成立一般侵權行為的競合。該作為義務的理論基礎已如前述，本項則著重於觀察法院對於網路服務提供者一般民事責任的實務見解走向。

民國 98 年，我國仿效美國 DMCA 法案第 512 條，在著作權法第六章之一制定「網路服務提供者之民事免責事由」專章，創設網路服務提供者在著作權領域的免責事由規定。本項在分析整理實務見解時，以民國 98 年為分水嶺，區分專章制定前後，用以觀察一般民事責任領域的實務見解，是否因著作權法專章的出現而有所變遷。

第一款立法前實務見解，僅以摘要式選擇三個代表性實務見解為分析，第二款立法後實務見解，則於法源法律網，以「網路服務提供」、「網路平台」分別為關鍵字，搜尋二級以上法院判決，對於權利人主張誹謗性言論侵害其權利，而要求網路服務提供者負擔民事責任的判決結果，為地毯式搜尋並分門別類統計，作為我國近代法院對於網路服務提供者一般民事責任走向的佐證。

第一款 著作權法免責事由規定立法前

第一目 雅虎公司無名小站事件⁷⁰⁷

原告主張被告甲、乙、丙三人在無名小站上張貼侵害其名譽權之言論，其認為雅虎公司提供的無名小站部落格平台(管理者)明知被告三人之留言板已存在侵害他人權利之內容，但未依網路平台業者之慣例及網路平台之服務條款主動移除該

⁷⁰⁷ 臺灣臺北地方法院 96 年度訴字第 2971 號。

內容；且於原告通知無名小站後，其亦拒絕刪除該等侵害名譽之內容，原告主張依民法第 184、185、18、195 條請求雅虎公司與被告三人連帶賠償。



法院判決認為原告乃教師，其教學方式、言行舉止為學子之表率而與公眾利益有關，屬可受公評之事。被告甲、乙、丙三人之發言內容，乃其主觀之價值判斷，就原告教學方式、言行舉止所為意見之表述及評論，為言論自由所保障之範疇。本件「原告對被告甲、乙、丙的請求無理由，其侵權行為損害賠償請求權不存在，就被告雅虎公司是否同其行為負連帶賠償之責，自毋庸再以審究」。

論者指出，本案法院將網路服務提供者的侵權責任依附在言論是否構成侵權行為之下，是否可以反推，如被告甲乙丙三人成立侵權行為，則網路平台業者亦應負擔連帶賠償責任，無法得知，本案法院並未就網路平台業者何時負擔且負擔何種責任有任何觸及或說明。且被害人常依民法第 185 條共同侵權責任要求網路服務提供者與發信者連帶負賠償責任，其構成包括狹義共同侵權、共同危險行為、造意及幫助此三種態樣，網路服務提供者如何涵攝於其中尚有待釐清⁷⁰⁸。本文認為無論法院認為網路服務提供者應負擔之一般民事責任為何，皆以該資訊內容已構成誹謗性言論而侵害他人權利為前提，進而再論證「經通知而網路服務提供者明知或可得而知」、「拒絕刪除該等侵害名譽的內容」等責任成立要件，法院之論述並無不妥。至於誹謗性言論不成立，網路服務提供者「業已」將該資訊刪除，則為其對於發信者之間應否負擔損害賠償責任的問題，與本案原告無涉。

⁷⁰⁸ 蕭憲文，前揭註 34，頁 3-4。



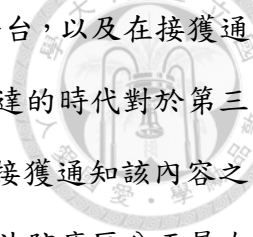
第二目 雅虎奇摩聊天室事件⁷⁰⁹

本案原告主張訴外人甲自 94 年 2 月起，陸續在被告雅虎公司所提供的雅虎奇摩聊天室內張貼損害其名譽之文字，並將原告與其子之照片刊登。經原告通知後，被告告知將於 48 小時內處理，但其並未於期限內處理，待原告又多次通知其並提起訴訟，嗣將該等誹謗名譽之內容關閉。且於同年 9 月份又再度出現侵害原告名譽之內容，復經其多次通知後被告方關閉。原告引用奇摩交友使用規範⁷¹⁰，主張其對網路張貼內容之限制及違反者之處理已明確規範，足見其有對違反者依此等規範加以處理之作為義務。

法院認為民法第 184 條侵權行為責任成立要件中，「故意或過失」乃指直接行為人而言，倘若其不法行為與權利受損間無直接因果關係，則無該條文規定負損害賠償責任之問題。其指出被告與本案侵權行為之關係，主要不外乎提供網路聊天室之意見交流平台，以及在原告通知後遲延關閉誹謗性言論此兩方面。前者如係單純提供意見交流平台，並不導致原告受侵害名譽的結果，因而不具有故意或過失；而後者事實上難以證明被告遲延反應究竟增加原告多少名譽受損的程度，且亦與原告受權利侵害無直接因果關係。結論上而言，法院認為依本案網路服務提供者的被告之身分及提供服務內容，無法對於權利侵害認定具有直接因果關係，而駁回原告之請求。

⁷⁰⁹ 臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 4817 號。

⁷¹⁰ 「您如有違反下列說明或 Yahoo!奇摩一般服務條款時，雅虎公司得隨時暫停或終止您使用本服務」，「您使用本服務之行為若有任何違反服務條款、本使用規範、管理規則，相關法令或危害 Yahoo!奇摩網站或第三者權益之虞時，您同意雅虎公司有權逕行移除該等違反規定之檔案、圖片或整個交友檔案，並得暫停或終止您使用本服務」。另 Yahoo!奇摩交友服務管理規則中規定「一、7.不得張貼侮辱、誹謗、謾罵等有攻擊性或令人反感的圖文內容，例如：(1)煽動網友集體攻擊任一公司、網站、單位、個人等；(2)發表挑釁、或人身攻擊的內容或照片」、「二、您使用本服務之行為若有任何違反本管理規則，您同意雅虎公司有權逕行移除該等違反規定之檔案、圖片或整個交友檔案，並得暫停或終止您使用本服務」



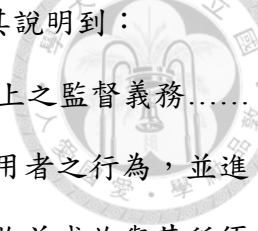
論者認為，本案法院一蓋性排除網路服務提供者提供網路平台，以及在接獲通知後未刪除/立即處理的侵權責任，似有所疑義。在現今網路發達的時代對於第三方可能利用平台發表侵權之言論是否可謂沒有預見性？尤其在接獲通知該內容之存在後，能否謂無故意過失？仍有重新討論之空間⁷¹¹。本文認為法院應區分兩層次為討論，首先，網路服務提供者建立網路平台提供資訊交流的空間，除非該當共同發信者或危險前行為之情形，否則不能單就該網路平台中使用者發布侵害權利之資訊，即認為其對於造成他人的權利侵害具有故意或過失，此部分本文贊同實務之見解；然而，雅虎奇摩聊天室接收到原告的通知後，法院以無法證明名譽權受損增加程度與無法證明因果關係為由駁回，應為極不恰當的論述方式。網路服務提供者乃具有刪除該資訊之事實上控制能力，且最有效率、在無法發現匿名當事人時唯一的被害人救濟可能，如本章第一節第一項所述應負擔作為義務，如網路服務提供者接獲通知後對於該權利侵害事實是否成立尚且不明時，應認為負第一時點之轉通知發信者義務，且在發信者未於期限內回覆反對通知時，負第二時點之刪除資訊義務，如違反前述作為義務則應認為與損害之繼續發生具有因果關係，而與發信者共同負擔作為義務違反時點起之連帶賠償責任方為妥適；且名譽權之損害賠償數額為非財產上損害，實務上如何認定本即充滿爭議亦具有不確定性，何以在此作為否認權利人請求刪除資訊救濟之可能，實無理由。

第三目 蕃薯藤平台事件⁷¹²

原告主張「方齋夜話」及「YST2000」此二網路代稱的使用者，分別申請被告蕃薯藤公司及被告聯合線上公司提供之網際空間網路，在其等經營之網路平台上發表文章而該內容侵害原告之名譽。原告發函要求兩被告公司刪除該等內容，然被告並未採取行動。

⁷¹¹ 蕭憲文，前揭註 34，頁 6。

⁷¹² 臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 12375 號。



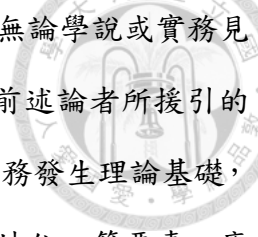
本案法院對於網路服務提供者之作為義務採取肯認見解。其說明到：

(1)「網路服務提供者參與資料網路的運作，應承擔一定程度通訊上之監督義務……相較於被害人只有網路服務提供者能知道使用者身分及瞭解使用者之行為，並進而阻止非法活動……雖然網路服務提供者從其使用者所獲得之收益或許與其所須負擔之全部責任不相當，且任何措施均會增加其營運成本，但網路服務提供者相較於被害人而言，對於防止及遏阻侵害仍是處於較有利之地位」。

(2)考量現階段的現實技術層面，課予網路平台業者事前審查的義務確實過重，「倘網路服務提供者經過告知，其提供之網路平台上有公然侮辱、誹謗、侵害他人名譽、侵害著作權等違法資訊之情形下，並網路服務提供者有能力刪(移)除該等資訊時，課予網路服務提供者刪(移)除該資訊或使之無法接取之義務，尚符合公平正義之要求。」

(3)考量網路平台業者並非司法審判者，且其需自行判斷「是否侵害權利」之資訊數量龐大而複雜，「應僅限於網路服務提供者明知或有相當理由足認於其提供之網路空間內確實存在侵權資料或發生侵權行為，其始有採取防止措施之作為義務」。本案言論內容乃具有高度爭議性，非屬一般人一望即知顯構成侵害他人名譽之言論，且原告亦無法證明被告明知或有相當理由足認系爭文章係侵害原告名譽而被告不採取防止措施之「作為義務違反」，而駁回請求。原告基於不作為侵權行為、共同侵權行為及僱用人侵權責任之請求皆無理由。

論者指出，民法學者認為加害人依不作為而須負擔侵權責任者，以依「法律」、「契約」或「公序良俗」負有作為義務為限，本案法院未明確說明其作為義務產生之原因，亦未詳述其作為義務之內容，且其提出之「故意或有相當理由」作為判斷是否具備作為義務之標準，可能有混淆傳統侵權行為法體系「故意或過失」責任成



立要件之嫌疑⁷¹³。本文認為參考本節第一項第一款可得知，我國無論學說或實務見解現已對於作為義務之發生有多種成立之論理基礎，並不限於前述論者所援引的法律、契約、公序良俗，惟法院確應闡明網路服務提供者的作為義務發生理論基礎，觀察法院論述中提及，「對於防止及遏阻侵害仍是處於較有利之地位」等要素，應認為乃具體化論述作為義務發生的依據。而有關「一般人一望即知顯構成侵害他人名譽之言論」此判決中發生刪(移)除義務之要件，似乎援引美國 DMCA 法案體系下通知取下制度之要件，然而在民事一般侵權責任並未搭配通知之形式要件規範及反對通知回復制度的情況下，對於發信者的言論自由侵害甚鉅已如前述。且「一般人一望即知顯構成侵害他人名譽之言論」，對應於歐盟法上學者之見解，實乃主觀要件中的「重大過失」或「具體輕過失」，此要件應如何與我國一般侵權責任「故意或(抽象輕)過失不法行為造成他人權益受損」連接，實務判決並未說明。

第二款 著作權法免責事由規定制定後

本文以「網路服務提供」以及「網路平台」為關鍵字，搜尋民國 98 年著作權法第六章之一新制定以後，排除網路服務提供者之商標權、著作權等智慧財產權侵權責任，亦排除網路拍賣業者之民事責任，單就權利人主張網路服務提供者應對於第三人發布之誹謗性言論負擔民事責任案件為分析，並以二審及三審法院判決為搜尋標的。

依此範圍及條件為搜尋，共有 18 個高等法院及其分院判決符合。然而分析其中案件事實可發現一個特別的現象，單就吳 OO 與香港商雅虎資訊股份有限公司台灣分公司的案件就有 15 件，案件事實多為雷同，即第三人發布可能為誹謗性言論而侵害吳 OO 名譽權之資訊，於被告 Yahoo! 奇摩知識+各分類中，原告多半無

⁷¹³ 蕭憲文，前揭註 34，頁 8。

法辨識第三方的真實身分(多為匿名性的代稱)，而以雅虎奇摩公司為被告請求侵權行為損害賠償。由此現象或許可推得，我國權利人因網路服務提供者未有一般民事責任的明確行為準則，而對於勝訴機率具有不確定性，抑或是對於如何闡述網路服務提供者之作為義務等要件尚非熟悉，而僅有極少數的個案對於第三方發布之資訊，請求網路服務提供者負擔損害賠償責任，在此核先敘明。

第一目 雅虎奇摩知識家系列事件

由於此系列案件之案件事實極為近似，本文將其彙整如下統一介紹。

吳 OO 在 Yahoo! 奇摩知識+(以下稱系爭平台)長期為網友測字解答，其主張雅虎公司提供之資訊意見交流系爭平台內，有數則侵害其名譽權的言論或是公然辱罵其之言論，吳 OO 於發現系爭言論後，即向雅虎公司客服部門要求刪除系爭言論。雅虎公司於接獲其檢舉之後，並未立即於 24 小時內刪除該爭議資訊，歷經其再度檢舉數次後，方予以刪除(或是仍未與以刪除)之案件。其依民法第 18、184 及 195 條，請求雅虎奇摩公司負損害賠償責任並應將道歉啟事登報。

在使用 Yahoo! 奇摩知識+之服務時，使用人需接受並同意服務條款、使用規範以及雅虎公司奇摩知識網站移除標準等定型化契約，方能為後續的線上發問或解答行為。有關本案網路服務提供者是否發生作為義務，及是否違反該義務之爭議皆涉及此等約定內容，法院判決中亦作為論述基礎，故本文在注釋中先予以詳列⁷¹⁴。

⁷¹⁴ 服務條款：第 3 條(a)「依本服務註冊表之提示提供您本人正確、最新及完整的資料」，(b)「維持並更新您個人資料，確保其為正確、最新及完整。若您提供任何錯誤、不實或不完整的資料，Yahoo! 奇摩有權暫停或終止您的帳號、並拒絕您使用本服務之全部或一部」；第 7 條「您承諾絕不為任何非法目的或以任何非法方式使用本服務，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. 上載、張貼、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本服務上；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；……」；第 14 條「您明確了解並同意：Yahoo 奇摩對本服務及軟體不提供任何明示或默示的擔保，包含但不限於權利完整、商業適售性、特定目的之適用性及未侵害他人權利。本服務及軟體乃依其「現狀」及「提供使用時」



此系列的高等法院及其分院判決，隨著不同的法院、分庭及年份的演變，對於作為義務發生與否之論述不盡相同，本文首先依言詞辯論終結前，該爭議資訊是否仍於系爭平台中流通，也就是說，依吳 OO 主張網路服務提供者「未將該資訊刪除之不作為」抑或是「未於 24 小時內刪除資訊之遲延不作為」，區分為兩類。在各類中，再分別依法院見解的實質內涵為整理，區分為數個小子項。

之基礎提供，您使用本服務及軟體時，須自行承擔相關風險。……」；第 16 條「由會員公開張貼或私下傳送的資訊、資料、文字、軟體、音樂、音訊、照片、圖形、視訊、信息或其他資料（以下簡稱「會員內容」），均由「會員內容」提供者自負責任。Yahoo 奇摩無法控制經由本服務而張貼之「會員內容」，因此不保證其正確性、完整性或品質。您了解使用本服務時，可能會接觸到令人不快、不適當、令人厭惡之「會員內容」。在任何情況下，Yahoo 奇摩均不為任何「會員內容」負責，包含但不限於任何錯誤或遺漏，以及經由本服務張貼、發送電子郵件或傳送而衍生之任何損失或損害。您了解 Yahoo 奇摩並未針對「會員內容」事先加以審查，但 Yahoo 奇摩有權（但無義務）依其自行之考量，拒絕或移除經由本服務提供之任何「會員內容」。在不限制前開規定之前提下，Yahoo 奇摩及其指定人有權將有違反本服務條款或法令之虞、或令人厭惡之任何「會員內容」加以移除。您使用任何「會員內容」時，就前開「會員內容」之正確性、完整性或實用性之情形，您同意必須自行加以評估並承擔所有風險。您了解並同意，Yahoo 奇摩依據法律的要求，或基於以下目的之合理必要範圍內，認定必須將您的帳戶資訊或「會員內容」加以保存或揭露予政府機關、司法警察或未成年人之監護人時，得加以保存及揭露：(a) 遵守法令或政府機關之要求，(b) 為提供本服務所必須者，(c) 為防止他人權益之重大危害而有必要者，或(d) 為免除使用者及公眾之生命、身體、自由、權利、財產上之急迫危險者。」；第 25 條「您同意 Yahoo 奇摩得依其判斷因任何理由，包含但不限於一定期間未使用、法院或政府機關命令、本服務無法繼續或服務內容實質變更、無法預期之技術或安全因素或問題、您所為詐欺或違法行為、未依約支付費用，或其他 Yahoo 奇摩認為您已經違反本服務條款的明文規定及精神，而終止或限制您使用帳號（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。您並同意 Yahoo 奇摩亦得依其自行之考量，於通知或未通知之情形下，隨時終止或限制您使用本服務或其任何部分。您承認並同意前開終止或限制，Yahoo 奇摩得立即關閉、刪除或限制存取您的帳號及您帳號中全部或部分相關資料及檔案，及停止本服務全部或部分之使用。此外，您同意若本服務之使用被終止或限制時，Yahoo 奇摩對您或任何第三人均不承擔責任。」；

Yahoo! 奇摩知識+使用規範：(此為台灣高等法院台中分院 103 年上字 344 號民事判決所認定事實，本文於 105 年 5 月實際操作此服務時，未能從使用者介面發現此內容)第 3 條「Yahoo!奇摩僅提供使用者資訊交流的平台，對於您所發問、回答及其他各種形式的意見內容（下稱知識內容），不會進行檢查、過濾或其他調查，但仍保留移除該知識內容之權利。如您有違反本使用條款或任何服務說明或知識內容有違法之虞，Yahoo!奇摩有權不經通知立即移除您所投稿之之事內容且終止您使用本服務的權利，情節嚴重時並得終止您使用 Yahoo! 奇摩其他服務……使用 Yahoo! 奇摩知識+服務時，您應遵守下列規則：不得基於攻擊、傷害他人或其他惡意目的，使用本服務刊登惹人厭惡、毀謗、威脅他人或其他有害內容等。」；第 4 條「目前您使用本服務不需支付任何費用，但 Yahoo!奇摩保留未來對本服務收費的權利。」；第 7 條「Yahoo 奇摩僅以現狀提供服務，對下列事項不為保證：……Yahoo 奇摩知識+內容不侵害第三人之權利等……」；

雅虎公司奇摩知識網站移除標準：(此為台灣高等法院 102 年上字 915 號民事判決所認定事實，本文於 105 年 5 月實際操作此服務時，未能從使用者介面發現此內容)「...若您發表之內容有違反規範標準或有違法之虞者，經網友檢舉，Yahoo! 奇摩將強制移除該筆內容。奇摩知識嚴禁下列之內容發表：3. 侵犯隱私權及人身攻擊...發表挑釁、謾罵、侮辱、人身攻擊之內容，破壞他人名譽……Yahoo 奇摩知識+ 尊重並歡迎每位使用者，但為了維護使用環境及品質，Yahoo 奇摩保留移除任何不當內容的『權利』，且不須另行警告或通知……」。

而此系列二審判決中，上訴人皆為吳 OO，而被上訴人為香港商雅虎資訊股份有限公司台灣分公司，在此核先敘明。



(一) 未將資訊刪除之不作為類型

1.臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 344 號判決(1031021)

上訴人主張被上訴人對於所架設之網路平台，有管理、控制之權限，對於網路使用者在奇摩知識網站上所刊登侵害他人名譽之訊息，具有危險控制之能力，負有刪除系爭貼文資訊之作為義務，惟被上訴人於接獲檢舉後，未為採取排除之措施，已違反作為義務，應負侵害上訴人之賠償責任，爰依侵權行為損害賠償請求權提起本件訴訟。又在提起本案件時，上訴人已成為奇摩知識+的會員(早期的案件中其僅單純因奇摩知識+使用者言論權益受侵害之人，非會員)，因而上訴人主張其與被上訴人間應有消費者保護法第 11 條規定之適用，在 Yahoo！奇摩服務條款適用如有疑義時，應為有利上訴人之解釋。

被上訴人在本案新提出的抗辯，乃上訴人自 101 年 10 月 1 日起至 102 年 5 月 1 日止，計向被上訴人提出申訴檢舉 937 件，多數檢舉被上訴人均案上訴人之請求將被檢舉之貼文刪除，確已善盡管理人責任，致部分處理結果之不同，因仍有不同之見解，難謂被上訴人未善盡網路平台管理人之責任。

本案法院見解：

(1)首先援引 Yahoo！奇摩服務條款，認為「依此等服務條款、使用規範及精神觀之，其用意應係在監督、防免使用者利用網路進行非法行為或侵害他人權利之行為，該等服務條款及使用規範內容之制定目的，顯在維持網路資訊品質，而非以保護個人權益為目的」，「被上訴人有權將其在網路上發表之內容予以刪（移）除，以避免損

害繼續發生或擴大，此為被上訴人之『權利，而非義務』，上訴人主張依其與被上訴人間的約定被上訴人具有接到檢舉後即刪除系爭貼文之作為義務，應為無理由。

(2)Yahoo! 奇摩扮演的網路服務業者之功能，係屬於資訊傳播之媒介，「網路特性帶有結構性的高度風險，即使用者可透過網路進行侵權或犯罪之濫用風險，因網路服務業者參與網路運作，得獲取龐大收益，並可知悉使用者之身分及瞭解使用者之行為，是其在合理範圍內，對於防止及遏阻侵害，相較於被害人而言，仍是處於較有利之地位，對於足以產生侵權結果之危險，具有一定程度之管理、控制及監督義務，惟此項義務之具體內容與界線為何，尚無規範可循。」

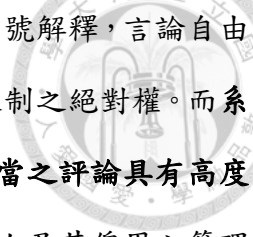
(3)前段：然而考量到現實上網路服務業者之能力、技術無法完成事前審核的機制，或對於其課予其對於所有使用者之行為皆須負擔損害賠償責任，則對於網路服務業者產生過重之負擔，而阻礙網際網路之發展亦不利於社會一般大眾之使用者。且如要求其於接獲檢舉後即負有立即刪除之義務，其並非職司審判之司法機關，若該使用者現實上並未侵害他人權利，則對於言論自由之侵害甚鉅，且因現代網路發展急速，要求網路服務業者需自行判斷該爭議資訊是否構成侵權行為之資訊數量及困難性日益增加。

(3)後段：「為兼顧網路使用者之言論自由及被害人之權利保護，應僅限於網路服務業者明知或有相當理由，足認於其提供之網路空間內，確實存在侵權資料或發生侵權行為時，始有採取防止措施之作為義務，若網路服務業者仍未為採取防止措施，始認其違反作為義務而應負損害賠償責任。」，對於網路服務業者依侵權行為對權利侵害人負責之界線為明確之劃分⁷¹⁵。

⁷¹⁵ 相同見解：

臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 54 號(1030805)

本判決更明確指出(1)契約責任與(2)(3)侵權責任的分別判斷，「被上訴人雖無監控使用者言論是否符合移除標準並予刪除之「契約義務」，被上訴人未刪除網路貼文並不構成契約義務之違反，然若使用者言論侵害他人業經明確認定且為被上訴人所明知該侵害情事，若被上訴人怠於行使刪除權利，且該怠於刪除之不作為致他人受損害，則仍可能構成不作為之侵權行為。」。於本案事實涵攝部分，其指出「附表貼文內容繁雜，多涉及易學、算命、五行術數，非普通人所能看懂甚至判斷該言論內容所指述之真意，況該貼文內容究屬意見表達或係對於可受公評之事而為適當之評論，又是



在具體涵攝本案事實時，法院首先聲明依大法官釋字第 509 號解釋，言論自由及名譽權接為我國憲法所保障的權利範疇，然而均非不得予以限制之絕對權。而系爭言論乃中肯、言之有物之評論，是否非對可受公評之事而為適當之評論具有高度之爭議性，非屬一般人或網路服務業者一望即知，難期待被上訴人及其僱用之管理人員具有專業判斷而自行認定之能力，因而課以被上訴人在接獲上訴人檢舉時負有刪(移)除系爭貼文之義務。最後法院判決則依上訴人未舉證證明被上訴人具有事前審查及事後刪(移)除之作為義務，實難責令被上訴人負侵權行為責任或負共同侵權行為責任。

2.臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 79 號(1030401)

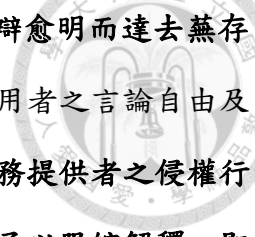
本判決區分「立即」刪除義務發生與否以及是否發生刪除義務此兩區塊為討論。「立即」刪除義務之論述約略等同於下述(二)類型故省略不予介紹。

有關網路服務提供者發生刪除義務與否，本案法院見解：

(A)「本件被上訴人係網際網路服務提供者，與傳統類型之出版者(例如報章雜誌、電視台等)不同，僅提供網路平台使網路使用者得以發表言論、流通資訊，並無實質編輯使用者資訊之權限，若要求網際網路服務提供者必須審查所有刊登在網路平台之資訊內容，並將其中有涉及侵害他人名譽內容部分予以刪除，此種做法，無異要求網際網路服務提供者扮演網路警察之角色，不僅有礙網路資訊之傳布，更箝制其他網路使用者實現自我之言論自由；

(B)惟若認網際網路服務提供者一律無須審查及移除侵害他人名譽之內容，則在現今網路世界訊息傳布迅速、廣泛及匿名之情形下，不僅訊息內容不易驗證，亦無法

否構成侵害上訴人之名譽等，本具有高度之爭議性，非一望即知顯著構成侵害他人名譽之言論，被上訴人並非司法機關，既無權限也無法認定該貼文是否確實有侵害上訴人之名譽，故被上訴人經上訴人檢舉後，既未能明確認定該貼文屬侵害他人名譽之行為，則被上訴人未能立即刪除貼文，亦難認有何侵權行為。」(本案判決後續亦具體涵攝至無立即刪除義務)



期待得與一般實體世界相同，透過言論自由市場機制使真理愈辯愈明而達去蕪存菁之效果，反使被侵害者之名譽權受到嚴重侵害，是權衡網路使用者之言論自由及受侵害者之名譽權，本諸合憲解釋原則，當應認關於網際網路服務提供者之侵權行為為責任，於解釋民法第 184 條第 1 項前段主觀歸責要件時，應予以限縮解釋，即網際網路服務提供者僅在「故意」或「重大過失」未刪除侵害他人名譽之言論時，始負有移除伊所提供網路平台上侵害他人名譽文章之義務。基此，被上訴人提供上開平台供網路使用者發問、回答及流通訊息，如使用者有刊登侵害他人名譽之內容，被上訴人僅在故意或重大過失未盡刪除侵害他人名譽內容時，始負侵權行為損害賠償責任，此係基於網路服務業者相較於被害人而言，在合理範圍內對於防止及遏阻侵害仍是處於較有利之地位；

(C)惟網路服務提供者因對於使用服務者所刊載之文字內容欠缺事前審核之機制，事實上以目前能力、技術亦無法達到事前篩選之功效，故若謂網際網路服務業者須對於所有使用者之行為負損害賠償責任，難免課予網路服務業者過重之責任，且阻礙網際網路發展，其結果將造成網際網路服務之限縮，反將不利於最終消費者。職是，倘網路服務業者經過告知，伊提供之網路平台上確有公然侮辱、誹謗、侵害他人名譽、侵害著作權等違法資訊之情形，且網路服務提供者有能力移除該等資訊時，課予網路服務提供者移除該資訊之義務，尚符合公平正義之要求；」；

(D)「惟若網路服務提供者一接收到侵權之通知，即課予伊負有移除該資訊或使之無法接取之作為義務，而網路服務提供者將疑似侵權之資訊移除後，始發現該資訊實際上並未造成侵害，則此時網路服務提供者之移除行為，將反而侵害用戶之言論自由。況且，網路服務提供者並非司法審判機關，由網路服務提供者自行判斷「是否侵害權利」之資訊數量及困難性亦日漸增加，對於用戶行為是否構成侵害他人權利不無可能出現錯誤認定，故為兼容用戶之言論自由及被害人之權利保護，僅限於網路服務業者明知或有相當理由，足認於其提供之網路空間內，確實存在侵權資料或發生侵權行為時，始有採取防止措施之作為義務，若網路服務業者仍未為採取防



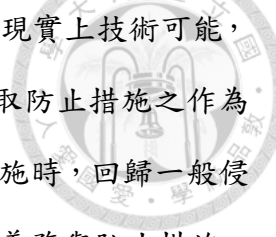
止措施，始認其違反作為義務而應負損害賠償責任。」。

最後在涵攝本案事實時，其認為「系爭貼文之內容究屬意見表達或係對於可受公評之事而為適當之評論，是否確屬構成侵害上訴人之名譽？仍具有高度爭議性，前已說明，此非一望即知顯著構成侵害他人名譽之言論，實難期待被上訴人或伊所僱用之網站管理人具有此專業判斷能力得以自行認定是否構成侵害他人名譽之情，而課以被上訴人於接獲上訴人通知後即負有移除之作為義務甚明。況且，上訴人復未舉證證明被上訴人就系爭貼文內容文章確有明知或有相當理由足認於所提供之網路空間內確實存在侵權資料或發生侵權行為等情，自難責令被上訴人負不作為侵權行為責任或負侵權行為責任。」

本文閱讀此判決後思索到，本案法院似將「解釋民法第 184 條第 1 項前段主觀歸責要件時，應予以限縮解釋，即網際網路服務提供者僅在「故意」或「重大過失」未刪除侵害他人名譽之言論時，始負有移除伊所提供網路平台上侵害他人名譽文章之義務」之判斷，與「網路服務業者明知或有相當理由，足認於其提供之網路空間內，確實存在侵權資料或發生侵權行為時，始有採取防止措施之作為義務，若網路服務業者仍未為採取防止措施，始認其違反作為義務而應負損害賠償責任」分為兩個層次，僅在該資訊中侵害他人權利為網路服務提供者一望即知而「未刪除系爭資訊」時，負擔故意或重大過失侵權責任；如網路服務提供者僅明知或有相當理由足認為確實存在侵權資料或發生侵權行為時，卻「未為採取防止措施」，則回歸一般侵權行為之故意或過失損害賠償責任⁷¹⁶。也就是說，針對刪除爭議資訊之作為

⁷¹⁶ 相同見解：

臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 143 號(1030701)，本案為網路服務提供者未於 24 小時內刪除上訴人所指稱之侵害名譽貼文類型案件，惟法院亦區分兩層次為討論因而引註於此。法院認為「認依一般人之注意程度，已難正確判斷該貼文有無侵害上訴人名譽之言論，自不當歸咎於被上訴人及伊受僱人有何欠缺一般人注意之故意或重大過失。……是被上訴人及伊受僱人（網站客服）對於「Yahoo!奇摩知識+評論」網站上所張貼侵害他人名譽權言論之刪（移）除作為義務，尚無何故



義務，未免過度侵害發信者之言論自由及考量網路服務提供者之現實上技術可能，僅在故意或重大過失違反刪除義務時負擔損害賠償責任；惟採取防止措施之作為義務(例如轉通知或其他措施)，如其故意或過失未採取該防止措施時，回歸一般侵權責任負擔損害賠償責任。本案法院見解，將作為義務區分為刪除義務與防止措施，此點應予以肯認；惟其似仿效我國著作權法專章將刪除義務違反的主觀要件界定為故意或重大過失，跳脫既有的一般侵權責任抽象輕過失責任，本文認為實無必要。網路服務提供者於第一時點轉通知時，已達到保障發信者程序參與及言論自由之目的，如發信者未於合理期間經過後回覆反對通知或該回覆顯無理由時，則應認為其言論自由較權利人權利不受保障，而網路服務提供者因故意或抽象過失未刪除者，負擔自第二時點起之作為義務違反損害賠償責任，仍適用一般侵權責任體系之主觀要件。

3.臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 290 號

本件判決極為特殊，在搜尋結果之 18 件判決中，唯一完全否認網路服務提供者負擔任何事前審查、事後移除的作為義務之判決，似與本文第一款第二目之雅虎奇摩聊天室事件有相同的適用結果。

法院判決指出，觀諸網際網路世界即大量的資訊流通以及其即時性的特性，「網路生活之秩序，最主要仍需經由網路使用者之自律、互相尊重，則被上訴人敦

意或重大過失責任之可言，況且，上訴人復未舉證證明被上訴人就系爭貼文內容文章確有明知或有相當理由足認於所提供之網路空間內確實存在侵權資料或發生侵權行為等情，自難責令被上訴人負不作為侵權行為責任或負侵權行為責任」。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 289 號(1030729)

本案法院首先認為「參酌服務條款及移除標準之內容，被上訴人基於網路平台管理及提供者之地位，不僅負有監督所提供之網路平台有無侵害他人名譽或其他違法言論之義務，其他網路使用者亦因被上訴人訂立之服務條款、移除標準及檢舉機制而期待被上訴人得以控制、管理該等違法言論。準此，被上訴人對網路使用者在知識+網站上所刊登侵害他人名譽或人格權之訊息(包含貼文及留言等)，具有危險控制之能力而負有刪(移)除該等言論之作為義務」。後方則亦區分兩層次，防止措施與刪除系爭資訊兩種作為義務，適用不同主觀要件之侵權責任。

促網路使用者不得張貼有害內容等資訊，且載明有權不經通知即移除知識內容，惟難以課與伺服器提供者事前審查、事後移除之義務。雖上訴人謂系爭貼文已侵害其名譽，且伊已對被上訴人提起訴訟，被上訴人即有移除貼文之義務，既未移除，即屬侵權行為云云，然若如此解釋，仍係課以網路平台提供者事前審核、事後控制使用者利用平台言論之行為義務，且將隨時因網路使用者未能自律之行為，隨時須指派專業之訴訟代理人應訴，可認對於網路平台提供者過苛，復有不當箝制言論自由、妨害網路發展之虞妨害網路發展之虞。」

(二) 未於 24 小時內刪除資訊之延遲不作為類型

1. 臺灣高等法院 102 年度上字第 979 號判決(1021204)

本案上訴人主張被上訴人經檢舉未立即刪除爭議資訊之作為義務違反外(上訴人於 6 月 6 日提出檢舉，被上訴人於 6 月 6 日、6 月 7 日及 6 月 23 日、7 月 2 日分別刪除該等爭議資訊)，亦主張被上訴人未依照服務條款第 3 條對申請用戶之基本身分資料為「正確、最新及完整的資料」有確實驗證之義務。且上訴人認為因被上訴人未為確認並怠於移除系爭爭議言論，故意提供版面作為毀謗上訴人之用途，乃具有犯意聯絡之共同正犯，致上訴人之人格權及名譽權受有損害。又被上訴人未審核使用者身分資料之結果，致上訴人民、刑事訴訟均求償無門，亦已違反保護其他使用者法益之法規。

本案法院先說明不作為侵害他人權益而成立侵權行為者，以依法令規定或契約約定，或自己危險之前行為等負有積極作為之義務者始當之。接著等同前述(一)1. 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 344 號判決(1)(2)之論述，(3)部分前段論述亦相同，後段則因本案網路服務業者後來已刪除該資訊，略有不同，「為兼顧網路使用者之言論自由及被害人之權利保護，難認被上訴人接受檢舉後，即有(於 24 小



時內)立即移除系爭言論之作為義務」,而認為於接受檢舉後理應經過客觀判斷始得處理,自應給予相當時間,且上訴人亦無法舉證被上訴人負有立即移除言論之作為義務⁷¹⁷。

又關於被上訴人對申請用戶之基本身分資料之確實驗證義務,被上訴人雖於服務條款要求使用者需於註冊時提供本人正確、最新及完整的個人資料,但其非經依法授權而持有大眾個人資料之機關,尚無法期待其有充足之資料庫可供比對,尚難認被上訴人有確實驗證使用者身分之義務。……況若課予被上訴人須強制使用者填寫正確、完整資料之義務,將有妨礙個人隱私權及網際網路發展之虞,亦將不利於消費者及社會整體利益,且現行法令亦未課予被上訴人有查證使用者所填寫之資料是否正確、完整之義務,亦難認被上訴人有上訴人所主張違反其他使用者法益法規之情事。綜上,上訴人之主張皆無理由,被上訴人並無因其不作為而構成侵權行為之情事,自無須負損害賠償責任。

⁷¹⁷ 相同見解:

臺灣高等法院台中分院 103 年度上易字第 95 號(1030514, 奇摩部落格),其並進而說明,「經查,依系爭貼文內容所示,並非一閱讀即可立即明瞭其內容究何所指,並馬上清楚判斷是否為侵害他人之言論,是姑不論依前述,被上訴人並無在上訴人檢舉後於 24 小時內移除系爭貼文之「義務」,縱認上訴人主張被上訴人有移除義務等語不虛,惟依前述,依系爭貼文之內容亦無法即判斷是否已侵害上訴人名譽,是被上訴人或其僱用人(網站客服)無法在接獲上訴人通知後,立即明確為應予移除之判斷並隨即予以移除,自難謂有侵害上訴人權利之行為。」,本判決說明即便承認立即刪除義務仍以該資訊為一望即知方可能構成侵權行為。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 137 號(1030528),其並進而說明,「惟細譯系爭回答內容,其究屬意見表達、或係對於可受公評之事,而為適當之評論、是否構成侵害上訴人之名譽等,仍具有高度之爭議性,非屬一般人一望即知顯構成侵害他人名譽之言論,實難期待被上訴人或其僱用網站管理人具有此專業判斷能力得以自行認定是否構成侵害他人名譽,而課以被上訴人在接獲上訴人通知後即負有刪(移)除之義務。」

臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 38 號(1030415),臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 325 號(1030923),對於網路服務業者不發生接獲通知後之立即刪除義務,本判決因檢察官在本案起訴後方對於訴外人的系爭公開個人資料行為違反個人資料保護法提起公訴,認為「握有公權力之檢察官偵查游青陽是否涉嫌犯罪,已花費數月時間,自難期網路服務業者在接獲檢舉後,即有移除貼文之作為義務。」又本案法院認為「上訴人之電子郵件信箱(e-mail)雖遭他人在網路上公開,然依社會客觀之評價,無法單純從電子信箱即認對上訴人之品格、聲望及信譽有所減損,上訴人在社會上之評價及名譽亦不會因此而受影響,亦難憑此即查知上訴人之身分等隱私資料……難認為被上訴人未於 24 小時內移除系爭貼文,對於上訴人之名譽、隱私權有何侵害。」



2. 臺灣高等法院 102 年度上字第 915 號判決(1021203)

本案法院認為參酌服務條款第 7 條 A、B、第 25 條，足見被上訴人雅虎公司對於其所架設之網路平台，具有**管理、控制權限**，奇摩知識網站用戶所登載文章有不法侵害他人名譽，而違反服務條款時，被上訴人雅虎公司有權將之**移除或刪除**。並進而依照雅虎公司奇摩知識網站移除標準之約定，被上訴人雅虎公司基於奇摩知識網站**管理者及網路平台提供者之身分**，不僅負有監督其所提供之網路平台並無侵害他人名譽或有其他違法言論之義務，其他網路使用者亦因被上訴人雅虎公司自行制定之奇摩服務條款、**移除標準及檢舉機制**，而期待被上訴人雅虎公司得以**控制、管理該等違法言論**，被上訴人雅虎公司對於網路使用者在奇摩知識網站上所刊登侵害他人名譽之訊息，具有**危險控制之能力**，而負有刪除該等資訊之**作為義務**，對於網路服務提供者的**作為義務**有詳盡之論述。

法院進而說明，既然網路服務業者具有危險控制能力，則應具體判斷系爭言論是否有名譽權造成侵害之危險存在，其認為系爭文字用語雖非文雅，但客觀上無法特定指涉對象為上訴人，亦無法與上訴人在奇摩之筆名產生連結，並未侵害上訴人名譽權。且即便特定網友經交叉比對可以得知系爭言論乃指涉上訴人，網際網路服務提供者與傳統類型之出版者（例如報章雜誌、電視台等）不同，僅提供網路平台使網路使用者得以發表言論、流通資訊，並無實質編輯使用者資訊之權限，若要求網際網路服務提供者必須審查所有刊登在網路平台之資訊，並移除涉及侵害他人名譽之內容，無異係要求網際網路服務提供者扮演網路警察之角色，不僅有礙網路資訊之傳布，更箝制其他網路使用者實現自我之言論自由。司法機關審理言論自由與名譽權，二基本權相衝突之個案時，尚須調查證據，並審慎為利益權衡；被上訴人雅虎公司既非司法機關，就系爭文章客觀上無法特定所指涉之對象為上訴人，亦無法與上訴人在奇摩知識所使用之筆名產生連結，是否僅限於特定網友始知悉指



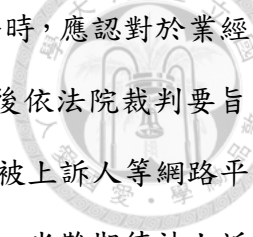
涉之對象為上訴人，於此不明確之情形，尚難認被上訴人雅虎公司明知刊登於奇摩知識之系爭文章確實侵害他人名譽，而負有刪除系爭文章之作為義務存在。

本案法院依照服務條款及其他約定認為網路服務業者具有監督管理權限，而第三人因此等約定亦對於其扮演的控制管理機能有所期待，因而其發生作為義務。然而因網路服務業者本身並非出版者，及對於名譽權與言論自由間判斷權衡之困難性，須以「明知」該爭議言論侵害他人名譽權，方認為構成作為義務。雖結論上而言皆發生網路服務業者無須因作為義務違反之不作為而負擔侵權責任之結果，然而其似將侵權責任的主觀要件限於明知，與我國既有侵權行為規範不符並未加以深入說明。

3. 臺灣高等法院 103 年度上字第 21 號(1030617)

本案上訴人主張訴外人游青陽在 100 年 12 月下旬，以上訴人之 Yahoo! 奇摩知識+暱稱(天心易學奇門梅花神數龍珠)之諧音或同音異字，作成以系爭暱稱(貼鑫屁學肛門菊花神術膿豬)發表之文章及留言，以影射、暗喻之方式羞辱及誹謗伊名譽。上訴人於 101 年 1 月初向被上訴人提出檢舉，被上訴人於同年 4 日、7 日及 8 日回覆「由於該網友以暱稱、影射、暗喻方式發表，其他網友較難判定指責對象，故判定未違反服務規範」、「該位網友暱稱確實尚未違反審核規範，故不予處理」。本案於同年 10 月起訴游青陽以系爭暱稱在系爭知識網站貼文及留言行為，涉犯公然侮辱罪、加重誹謗罪對游青陽提起公訴，並經原審法院(101 年)、本院(103 年)之判決犯散布文字誹謗罪確定。

本判決重點在於，其針對本案業經刑事法院判決一事，為有關立即刪除義務發生與否之論述。「故名譽權之侵害成立與否，事涉多端，究屬言論保障範疇或已侵害他人權利，實難一概要求非屬司法機關之被上訴人，對各該意見均能正確判斷是



否移除或為其他處分，則實際判斷被上訴人不作為侵權行為責任時，應認對於業經司法機關裁判認定侵害名譽之網路內容，被上訴人固應於知悉後依法院裁判要旨做適當處分（包括移除侵害文章），但在未經司法機關裁判前，被上訴人等網路平台業者，在資訊有限情況下，除顯然可認業已侵害他人權利之外，尚難期待被上訴人於他人對貼文內容不滿時，即應如司法機關實體審查是否侵權並視情況加以移除或為其他處分……縱認特定網友經交叉比對後可知悉系爭文章及追加文章之辱罵對象為上訴人，然以被上訴人為網路平台業者，尚難要求其逕行比對確認系爭文章及追加文章是否侵害上訴人之名譽。」而認為被上訴人未於 24 小時刪除此貼文並未侵害上訴人之名譽權。

且上訴人於 101 年 1 月 3 日及同年月 7 日通知被上訴人移除以系爭暱稱發表之文章後，被上訴人已回覆請上訴人提供相關判決書或檢調單位來函，即予刪除，可見被上訴人對於上訴人之申請，並非置之不理；又游青陽因犯散布文字誹謗罪判決確定後，被上訴人除移除網址網頁以系爭暱稱所載之文章之外，尚另就上訴人起訴狀所附證物之網頁網址，及上訴人嗣後提出之光碟所載網址網頁以系爭暱稱發表之文章，暨於本院提出附表之網址網頁所載之系爭追加文章均予移除，益認被上訴人並未違反上訴人主張之移除作為義務。

本文認為此判決法院明確指出網路服務提供者之作為義務發生時點及義務內容，如網路服務提供者明知構成誹謗性言論之法院判決確定時，應立即移除所有違法內容之資訊(貼文、連結等皆包含)，也就是說網路服務提供者收到法院判決書或是假處分裁定時，因已經由具有公信力之機關衡量當事人間之利益，應肯認在接獲該判決、裁定後負有立即刪除之義務，實可供我國往後實務判決作為效法之對象；然而在接獲權利受侵害者檢舉時，除非為一望即知之權利侵害情形，否則僅需在一定時間內回覆檢舉人其處理結果及原因即可之此部分論述，本文認為即便非一望

即知構成侵害權利資訊，仍應課與網路服務提供者在第一時點有轉通知發信者之作為義務方為妥適。



觀察我國高等法院雅虎奇摩知識+系列案件中雅虎公司提出的抗辯，主張其客服部門每週收到針對「Yahoo! 知識+」網站內容提出檢舉案件約有 15,000 件，針對「Yahoo! 奇摩部落格」檢舉案件約有 800 件，但該部門固定配置人員僅 3 名。本文認為實務上網路服務提供者客服部門(抑或是申訴部門)所配置的人力資源過於稀少，以其所扮演的資訊傳播樞紐角色以及因廣告所獲得收益(亦有部分網路服務提供者尚且加上使用費之收益)，該部門未具有充足的人力、資源及設備的配置。延遲刪除的損害賠償期間或許不宜似原告主張的 24 小時如此即時，但仍應參酌該網路服務提供者事業規模、使用者使用率、檢舉案件數量等具體情形，為其是否有遲延刪除的損害賠償責任發生之判斷，此外，如同前述，未配有相應於其營運規模、接獲檢舉數量之人力、技術配備資源，不得成為作為義務未發生或是未違反作為義務之理由。

4. 程序事項駁回者

臺灣高等法院 臺中分院 102 年度上字第 504 號民事判決，因訴訟程序進行中被上訴人已將上訴人宣稱侵害其名譽權之貼文刪除，法院認為本訴訟程序其關於訴訟標的法律關係要件即有所欠缺，上訴人提起本件訴訟，請求被上訴人移除系爭貼文，並無權利保護必要，不應准許。且上訴人另謂被上訴人未逕依其檢舉刪除貼文，係訴訟中始刪除貼文，是以其訴仍有必要，除與前揭說明不合，且網際網路使用者所發表、張貼之文字，通常無從由網路服務平台提供者事前審核，網路上資訊眾多，尚無從要求網際網路服務平台提供者，於他人對貼文內容不滿時，即調撥人力加以審查、並立即移除。被上訴人就此縱訂有「Yahoo! 奇摩知識+」使用規範，

載明有權不經通知立即移除知識內容之權利，並敦促網路使用者不得張貼惹人厭惡、毀謗、威脅他人或其他有害內容等資訊，仍無從逕行導出上訴人有此義務。從而，上訴人提起本件訴訟，請求被上訴人移除系爭貼文，並無權利保護必要，不應准許。

臺灣高等法院臺中分院 104 年度上字第 62 號判決，則認為上訴人前以被上訴人接獲上訴人之檢舉後未立即刪除系爭貼文，依民法第 18 條之規定，對被上訴人提起民事訴訟，請求被上訴人刪除系爭貼文，……經**本院 102 年度上字第 504 號民事判決**駁回上訴人之上訴，上訴人於本案既未提出之新訴訟資料，而前案中已認定被上訴人未依上訴人之檢舉而刪除系爭貼文，不構成不作為之侵權行為，本院不得再為相反之認定(以爭點效之效力駁回本案上訴人之請求)。

第二目 壹傳媒線上新聞報導系列事件

(一)公然猥褻或痔瘡病痛報導案⁷¹⁸

甲(上訴人)經檢察署以上訴人涉有公然猥褻罪嫌提起公訴，經高雄地院判處有期徒刑，然經上訴人上訴本院而獲無罪判決確定。蘋果日報記者乙依循本院刑事判決所為相關系列報導，包含未遮蔽上訴人姓名而報導金礦咖啡店員的描述，訪問律師有關上訴人甲之生殖器經常在其坐下時拉開褲檔而露出等事情，評斷是否為公然猥褻，本院判決無罪之理由乃上訴人指稱其因痔瘡疾病而需時常拉開褲檔以通風等事由皆有所報導。上訴人認為該記者乙侵害其名譽權、姓名權及隱私權。而壹傳媒公司將系爭蘋果日報實體報導置於其網站，任何人無須密碼皆可複製轉載，並刊載一年餘，系爭行為違反電腦處理個人資料保護法第 18 條(現為個人資料保護法

⁷¹⁸ 臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 9 號。

第 19 條)，造成上訴人名譽權、姓名權及隱私權受到損害。其後廣告行銷商品網路平台營利之拓峰公司網站，以及經營部落格的湘揚公司網站，皆轉載系爭報導全文，亦侵害上訴人名譽權、姓名權及隱私權。上訴人依民法第 18、19、184、188 條以及 195 條第 1 項，請求乙與蘋果日報負連帶精神慰撫金損害賠償責任，並分別依民法第 18、19、184、188 條以及 195 條第 1 項、電腦處理個人資料保護法第 28 條，請求壹傳媒公司、拓峰公司、湘揚公司負擔慰撫金損害賠償，並將系爭報導自其網路平台刪除。

本案法院認為民事案件中是否依民法第 184 條第一項前段成立侵害名譽權，應考量行為人是否已盡善良管理人之注意義務，「應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。……倘其在報導前業經合理查證，而依查證所得資料，有相當理由確信其為真實者，應認其已盡善良管理人之注意義務而無過失，縱事後證明其報導與事實不符，亦不能令負侵權行為之損害賠償責任。」，上訴人在公共場所之言行舉止非僅涉及私德，而與公共利益有關，自為可受公評之事，且乙在撰寫系爭報導時，業經合理查證，且有相當理由確信其為真實，亦提出平衡報導，而否認甲對乙及蘋果日報公司之損害賠償請求權；也因系爭報導中之上訴人姓名來源乃法院判決，依電腦處理個人資料保護法第 11 條第 2 款三家網路平台公司未將上訴人姓名隱匿實未違反該法之保護。又同法第 18 條以「非公務機關對個人資料之蒐集或電腦處理」為適用之範疇，本案壹傳媒公司僅係單純將系爭報導刊載於該公司網站，非針對上訴人個人之資料為蒐集或電腦處理，故未違反該規定亦無須依同法第 28 條負損害賠償責任。

法院說明系爭報導之事實為可受公評之事並經合理查證，確認乙不成立名譽權、姓名權及隱私權侵害後，法院並未就刊載蘋果日報公司新聞之線上壹傳媒公司

網路服務提供者應於何時負擔何種責任為說明，僅在結論上認為壹傳媒公司對於侵害上訴人之權利並無故意或過失，不負損害賠償責任且無須刪除系爭資訊。本文認為在法院審理發信者與網路服務提供者對權利人負擔損害賠償責任時，審理順序本即以發信者發布之資訊侵害他人權利為前提，再進而探討網路服務提供者於何時點發生作為義務及違反是否具有故意或過失，故本案法院未詳細論及似不可非難。

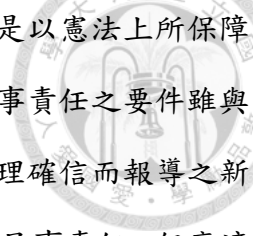
(二) 女大生半夜被尾隨報導案⁷¹⁹

上訴人甲指稱被上訴人乙在板橋地方法院虛構事實，並聯合蘋果日報記者丙對其為惡意、誹謗性言論之報導。然系爭案件業經板橋地方法院 97 年度重訴字第 218 號判決事實認定，乃上訴人甲於半夜尾隨被上訴人乙，並突然問其「我可否去你家參觀？」，事後被上訴人乙之男友、友人出現出手毆打上訴人。上訴人除對記者丙及蘋果日報公司提出侵害名譽權、肖像權及隱私權訴訟外，亦對於將蘋果日報系爭報導轉為線上閱讀模式並提供使用者公共專欄討論之壹傳媒公司，以及提供使用者發表言論平台而該平台上使用者轉載壹傳媒公司報導之網路服務提供者旺普公司(營運巴哈姆特網站)、戲子公司(營運 ROOMI 嚕米玩樂 CITY 網站)、超頻公司(超頻者天堂)、優像公司(痞客邦網站)皆提出侵害名譽權訴訟。

本案法院認為系爭報導乃丙依據判決書所為之相關新聞，刑法第 311 條⁷²⁰係法律就誹謗罪特設之阻卻違法事由，目的即在維護善意發表意見之自由(司法院大法官釋字第 509 號解釋理由書參照)。大法官釋字 509 號解釋係針對憲法第 11 條言論自由之範圍所為之解釋，力求於個人名譽、隱私及公共利益之保護間求得一定

⁷¹⁹ 臺灣高等法院 101 年度重上字第 445 號。

⁷²⁰ 「以善意發表言論，而有左列情形之一者，不罰：一、因自衛、自辯或保護合法之利益者。二、公務員因職務而報告者。三、對於可受公評之事，而為適當之評論者。四、對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。」



之均衡，依憲法第 23 條之比例原則而就新聞自由界定其範圍。是以憲法上所保障言論自由行使之界限，於不法之判斷，即無民事刑事之區別。民事責任之要件雖與刑事責任之要件不同，但所發生之寒蟬效應應屬相同，如對於合理確信而報導之新聞科以民事責任，將對於公共利益有嚴重之影響。故新聞媒體之民事責任，仍應適用上開釋字 509 號解釋所為界定之範圍為判斷（最高法院 94 年度臺再字第 21 號判決參照），系爭報導乃就法院判決為適當之載述，當屬言論自由保障之正當行使，亦為侵害名譽行為之阻卻違法事由之一，並無不法性可言。

至於壹傳媒公司，法院指出「網路平台業者係提供網路服務，供使用者利用該平台瀏覽資訊或發表言論，以現今網際網路發展之快速，網路使用者眾，網路平台業者復無進行查證之公權力，若課予網路平台業者就利用該平台發表言論者之行為，全應共負法律上責任，實屬過苛，且將造成言論自由之不當箝制。惟網際網路就消息之傳布無遠弗屆，如網路平台業者提供該平台，並就此獲取商業利益，亦應負有相當程度之監督義務，惟現尚無相關制度可供依循。是除就已明確可知造成第三人權利侵害之違法行為，經第三人請求刪除，而未予刪除外，實難認網路平台業者就網路使用者之侵權行為應併負賠償責任。而系爭報導核屬憲法所保障之言論自由範疇，非屬侵權行為，亦如上述，則被上訴人壹傳媒公司將系爭報導轉成網路閱讀模式，自非侵權行為，亦可認定。故上訴人就此主張被上訴人壹傳媒公司需賠償其精神上所受損害，並無理由，應予駁回」。又壹傳媒公司所提供之供會員討論報導的公共專欄，其就會員是否為侵害第三人權利之言論，並無預為審查之義務，自無須就該會員利用網路平台所為之言論，負侵權行為損害賠償責任。其他網路服務提供者亦基於相同理由，無須對使用者轉載資訊或對於上訴人之評論，負損害賠償責任。

本文認為本案法院雖然論及網路服務提供者之民事責任成立時點須發生在經

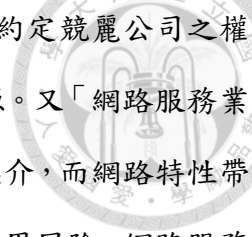
權利人通知後，且責任成立之主觀要件限於明知該資訊侵害他人權利時，但其忽略「香港商蘋果日報出版發展有限公司台灣分公司」乃「英屬維京群島商壹傳媒互動有限公司」之旗下企業，參酌歐盟電子商務指令第 14 條第 2 項，當使用者乃隸屬於或受網路服務提供者控制之情形，例如使用者與服務提供者間為關係企業，有關使用者所從事之不法行為，網路服務提供者即不適用免責事由，而應認定為乃透過從屬企業所從事的自己行為。如系爭誹謗性言論結果上而言侵害他人權利，壹傳媒公司之民事責任應自如同發信者，自將實體報導轉為線上閱覽模式時起，連帶負損害賠償責任。

第三目 BabyHome 寶貝家庭親子網事件⁷²¹

上訴人主張競麗國際股份有限公司營運之 BabyHome 寶貝家庭親子網中，經訴外人林雍晴、張曉蟬夫婦貼文，表示自己的兒子在接受手指斷裂的縫合手術時未獲立即救治，乃未向新店慈濟醫院及醫師包紅包之緣故。系爭貼文引起眾多網友在未經查證的前提下，在本網站及其他網站大肆轉載評論，競麗公司未盡網路服務提供者之義務，將系爭貼文予以刪除，造成上訴人人格權受損。相同的貼文本案上訴人在痞客邦 PIXNET 部落格網站中首次發布，針對該則部落格中之貼文板橋地院 99 年訴字第 2654 號民事判決，被認定部分虛構言論減損他人社會評價構成誹謗而侵害他人名譽。

本案法院認為判斷競麗公司之法定代理人、管理員工是否應對系爭網路平台中發表之言論負責，應依民法第 184 條判斷是否具有作為義務，而認定上訴人未就法定代理人或管理之員工有作為義務盡舉證責任。其並進一步闡述，BabyHome 與使用者簽訂的「BabyHome 服務條款」僅約定網路服務提供者暫停或終止其使用

⁷²¹ 臺灣高等法院 100 年度上字第 752 號。



該網路服務，且有權將其在網路上發表之內容予以刪(移)除，僅約定競麗公司之權利而非義務，亦不得認定為第 184 條第二項保護他人法律之來源。又「網路服務業者之功能係提供公眾使用網路上資料之通道，作為資訊傳播之媒介，而網路特性帶有結構性的高度風險，即行為人可透過網路進行侵權或犯罪之濫用風險，網路服務業者參與網路運作，得獲取龐大收益，並可得知使用者之身分及行為，對於足以產生侵權結果之危險，固具有一定程度之監督義務，惟此項義務之具體內容與界線為何，尚無規範可循，且網路服務提供者並非執司審判之人員，由其對用戶之行為是否構成侵權加以判斷，是否適當，亦非無疑，有待相關制度之建立。」，但如課予網路服務提供者對於任何使用者之言論皆負擔連帶責任，有礙網際網路之發展並不有利於消費者。……是否侵害名譽權之判斷，需具有相當專業知識，實難期待被上訴人或其所僱用網站管理人具有此專業判斷能力，得以自行認定系爭貼文是否構成侵害他人名譽，而課予「立即」刪除之義務。

最後，有關本話題之其他貼文或回覆在客服人員接獲上訴人之反應後，已在該話題及回復下提醒會員應注意言論之適法性並經會員同意而刪除，並在接獲板橋地院及警察局函後全面停止上開話題之後續回應貼文功能，並逐步過濾涉案 5 個話題下之貼文共 1208 則中較不理性者皆與刪除，足見被上訴人在接獲上訴人通知及司法機關函文後確有進行相應的措施。上訴人未針對本貼文通知被上訴人，被上訴人對系爭貼文未為防阻行為，上訴人請求其負擔損害賠償責任亦有違事理之平。

本案法院的最後論述，將網路服務提供者應負擔作為義務之時點界定在接獲權利人針對系爭貼文之通知(檢舉)時，此點值得贊同。網路服務提供者不負擔事前監督義務乃各國立法趨勢，亦為保障發信者之言論自由所必須，因而僅在接獲權利人通知或司法機關函文時方肯認網路服務提供者發生作為義務。且網路服務提供者在接獲通知的第一時點，進行轉通知發信者，而由發信者自行審查該言論之妥適

性進而刪除，此運作模式為本文認為最理想的狀態，不僅兼顧發信者言論自由，亦同時達到保護權利人之效果，可以說是雙贏的局面。又在接獲司法機關函文後，直接刪除爭議資訊的行為，亦符合本文的觀點，當權利人與發信者之權益已經專業機關予以判斷，則第一時點之作為義務乃「刪除義務」，而無須再經由轉通知發信者的程序。

第四目 小結

本文將前述 18 個二審法院以上有關原告主張誹謗性言論存在，要求網路服務提供者負擔一般民事責任之判決，整理成表格如下。

(一)針對該被指稱構成誹謗性言論之留言，網路服務提供者之處置：

24 小時內未刪除	11 件
言詞辯論終結前未刪除	7 件

(二)網路服務提供者應負擔損害賠償責任的情形：

非網路服務提供者/一般人一望即知侵害他人權利，故未立即刪除資訊，不負損賠責任(未說明是否	台中分 103 上字 344 號(+明知或有相當理由，應採取防止措施，如未採取應負擔損賠責任)(1031021) 台中分 103 上易 54 號(1030805) 高院 103 年上字第 21 號(1030617) 台中分 103 上易字 137 號(1030528) 台中分 103 上易字 95 號(1030514)
--	--

影響責任成立要件)	
非網路服務提供者/一般人一望即知侵害他人權利，故未立即刪除資訊，非故意或重大過失侵害他人權利，不負損賠責任	台中分 103 上字 289 號(+明知或有相當理由，應採取防止措施，如未採取應負擔損賠責任)(1030729) 台中分 103 上字 143 號(+明知或有相當理由，應採取防止措施，如未採取應負擔損賠責任)(1030701) 台中分 103 上易字 79 號(+明知或有相當理由，應採取防止措施，如未採取應負擔損賠責任)(1030401)
非明知侵害他人權利，故未刪除資訊，不負損賠責任	高院 102 上字 915 號(未說明是否影響責任成立要件)(102 年) 高院 101 重上字 445 號(影響責任成立之主觀要件)(101 年)
接獲通知後已為轉通知、衍伸性過濾義務	高院 100 上字 752 號(100 年)
無須負擔義務	台中分 103 上字 290 號(1030827)
其他	台中分 103 上字 325 號：一般人研讀難以知悉特定何人，故未侵

	害他人權利(1030923) 台中分 103 上字 38 號：一般人研讀難以知悉特定何人，故未立即刪除難以認為侵害他人權利(1030415) 高院 102 上字 979 號：須時間判斷，無立即刪除義務(102 年) 高雄分 99 上易字 9 號：因發信者不成立侵權，故網路服務提供者不成立責任(99 年)
程序問題	台中分 104 上字 62 號(1040317)、台中分 102 上字 504 號(1030319)

觀察前述實務見解整理，可以發現在一般民事責任領域，當原告主張誹謗性言論存在而網路服務提供者應負擔不作為的損害賠償責任時，即便發信者不成立誹謗性言論，我國法院也逐漸展開對於網路服務提供者的「作為義務」論述架構，值得肯認。此外，判決理由中的論述，亦明言網路服務提供者不須負擔事前監督義務，僅聚焦著眼於網路服務提供者的接獲通知(事後)作為義務，值得贊同。

有關於網路服務提供者的作為義務，除台中分院 103 上字 290 號判決通盤性否認網路服務提供者的作為義務存在可能性之外，其餘裁判皆承認網路服務提供者在接獲法院或權利人通知後負有一定程度的作為義務。對於其作為義務的範圍，法院見解則出現分歧，目前尚未有統一而明確的發展趨勢。但我們可以發現，「非網路服務提供者/一般人一望即知顯構成侵害他人名譽之言論，故網路服務提供者不負刪除義務違反之損害賠償責任」，此等受到著作權法專章規定影響甚鉅的法院見解並不在少數。網路服務提供者的「一般民事法領域」作為義務判斷標準，是否得直接援引著作權法專章的規定，抑或借用著作權專章規定是否合宜，本文抱持著懷疑的態度，詳細理由將於第二節第二項為論述。不過，此等受著作權法專章規定影響的裁判見解中，有半數判決卻又說明到，「網路服務業者明知或有相當理由，足認於其提供之網路空間內，確實存在侵權資料或發生侵權行為時，始有採取防止



措施之作為義務，若網路服務業者仍未為採取防止措施，始認其違反作為義務而應負損害賠償責任」，並未完全摒棄既有的一般民事侵權行為故意或過失責任成立要件，似為其他替代性手段預留伏筆。

第三款 著作權法專章立法前後一般民事領域實務見解發展

有關誹謗性言論是否侵害名譽權之判斷標準，臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 9 號(公然猥褻或痔瘡病痛報導案)中，法院援引最高法院 93 年台上字第 851 號民事判決之見解，認為刑事誹謗罪之成立僅限於故意，而民事之不法侵害他人名譽侵權責任，依民法第 184 條第一項前段以該不法行為故意或過失為限。行為人是否盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同。然而在近似的新聞媒體報導案件(臺灣高等法院 101 年重上字第 445 號，女大生半夜被尾隨報導案)中，援引司法院釋字第 509 號並採用最高法院 94 年度臺再字第 21 號判決之見解，認為憲法上保障言論自由之範疇於民事與刑事領域並無差別，而認新聞媒體之民事責任，仍應適用釋字第 509 號所為界定之範圍。兩者所援引的最高法院對於侵害名譽權之要件判斷具有截然不同的體系，如課與網路服務提供者在接獲權利人通知後，當權利侵害事實一望即知時，立即刪除該爭議資訊之義務，網路服務提供者並非法律專業人士，是否真能具體判斷侵害權利與否似有可議，其可能為避免侵權責任之發生在接獲通知後皆予以刪除，應可預見。是以本文仍主張在接獲權利人通知之第一時點時，應課與「轉通知義務」而非「刪除義務」方為妥適。

又綜觀上述案例介紹可得知，無論著作權法專章立法前後，我國實務對於網路服務提供者在第三方作成侵害名譽之誹謗性言論時，是否應負擔民事責任，皆回歸民法侵權責任的通則性規定為解釋適用。網路服務提供者如該當作為義務違反，或是進而成立共同侵權行為，單獨依我國民法第 184 條，或是依 184 條及 185 條作



為損害賠償請求權之基礎，似未明文援引參酌著作權法專章之立法。

然而，如前款小結所述，依本文統計結果著作權法專章制定後之 18 件網路服務提供者侵害名譽權民事責任案件中，有 8 件皆以侵權行為資訊非網路服務提供者或一般人一望即知，故不發生立即刪除資訊之作為義務違反的損害賠償責任此判斷標準，似實質上仿效著作權法專章之通知取下程序。然而，在未搭配法定通知形式要件以及反對通知回復程序的情況下，片面採用通知取下程序，將造成網路服務提供者為避免責任之發生，在接獲通知而侵害權利事實未明時，立即刪除該爭議資訊，而發信者既未受表達意見之程序保障亦在資訊被刪除後無從回復，對於其言論自由之侵害實為過甚，現行歐盟電子商務指令之規範缺陷與我國實務多數見解走向相符，學者對於該指令的眾多立法及適用上批評及修正見解應得與以參酌。此 8 件實務判決中，有 4 件亦同時論及當網路服務提供者「網路服務業者明知或有相當理由，足認於其提供之網路空間內，確實存在侵權資料或發生侵權行為時，始有採取防止措施之作為義務，若網路服務業者仍未為採取防止措施，始認其違反作為義務而應負損害賠償責任」，此防止措施之作為義務與刪除義務的關係為何，是否為實務見解為轉通知義務等替代性手段所埋下的伏筆，期待後續實務朝向正確的方向為累積，並建立網路服務提供者的行為準則。

第二節 免責事由規定的存在必要性

依本章第一節可得知，網路服務提供者在接獲通知後，因具有控制危險之事實上能力且與權利人發生信賴關係(依我國實務之用語為「基於特定營業或職業對於一定場所具有危險控制權所生之作為義務」)，而發生作為義務，其作為義務範圍包含控制義務及保護義務，而又因法律利益之權衡而在第一時點僅發生轉通知義務，如發信者未於合理期間內回覆反對通知，或該回覆顯無理由，則在第二時點方成立刪除資訊之作為義務。又其與發信者自違反作為義務時起，與發信者成立一般



侵權行為的競合。

網路服務提供者依我國既有通則性侵權行為規範確立作為義務之行為準則，及違反時之損害賠償責任範圍後，本文在第二節欲探討我國是否尚且需仿效外國法，就網路服務提供者之一般民事責任領域創設免責事由規定，或是否須援引著作權法專章作為免責事由規定。本文將從現行著作權法免責事由規定專章的優缺點、民事責任與智慧財產權責任的差異性以及外國法創設免責事由規定的歷史淵源三方面為討論。

第一項 著作權法第六章之一

我國為了鼓勵網路服務提供者與著作權人、製版權人共同合作，打擊線上侵權行為，並期減少訟爭而賦予網路服務提供者經營之法律安定性⁷²²，在民國 98 年我國著作權法仿效美國 DMCA 法案，新增第 3 條第 1 項第 19 款的網路服務提供者定義及第六章之一網路服務提供者之民事免責事由，以法律明定「網路服務提供者，因使用者利用其所提供之服務侵害他人著作權或製版權，得主張不負責任之範圍及要件」⁷²³。需特別強調者，著作權法新修訂的網路服務提供者「安全港」規範，僅規定網路服務提供者在完成一定作為後，得以對著作權或製版權人主張免責，惟即便其未依該等安全港規範作為，亦僅生回歸第六章權利侵害，由司法機關依具體個案判斷是否該當不法行為之要件，而非直接因其違反該等免責事由規定而認定

⁷²² 立法院公報處(2009)，〈立法院第 7 屆第 2 會期院會紀錄〉，《立法院公報》，98 卷 22 期，頁 105。學者指出(章忠信(2009)，前揭註 34，頁 5)，立法者亦基於追緝成本降低的考量，希冀由源頭管制，而將網路服務提供者作為解決問題的責任對象，然本文認為將追緝著作權侵害行為、抑或是究責一般民事侵權行為之成本考量，作為立法課予網路服務提供者義務之正當性基礎似有未妥。

⁷²³ 在此之前，網路服務提供者與著作權產業在智慧財產局之「行政指導」下，透過行業合作協議，建立「通知/取下」機制之自律公約。惟其畢竟非法律，有關於網路服務提供者對於使用者或是著作權人應負擔侵權行為之要件仍不明，故參考各國法制並配合我國國情，修正著作權法。參照智慧財產局(2013)，著作權法網路服務提供者 ISP 民事免責事由 Q & A，<https://www.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207030&ctNode=7193&mp=1>(最後瀏覽日：8/18/2016)。



當然須對權利人負賠償責任⁷²⁴。

參酌美國法上 DMCA 第 512 條之規定，我國將網路服務提供者分為四類型，連線服務提供者(中華電信 Hinet、So-net、及 Seednet 以及台灣學術網路 TANet 等)、快速存取服務提供者(台灣目前等同前者)、資訊儲存服務提供者(Yahoo! 奇摩、PC Home、露天拍賣之部落格討論版拍賣網站及 TANet 等)、搜尋服務提供者(Google、百度等搜尋引擎)，且在著作權法第 3 條第 1 項第 19 款中，已法定明文其提供之服務內容。公司行號、特定系統需求所使用之「主機代管(Internet Data Center, IDC)」服務，並非提供網際網路服務，固非網路服務提供者之範疇。

距離 1988 年 DMCA 法案制定至今已近 20 年，隨著科技的進步與發展，是否所有網路服務提供者皆可為我國著作權法明文之四類型所涵蓋，有待實務具體案例中觀察，又或者有認為除此四種類型定義外之網路服務提供者，無適用安全港條款之必要，而回歸一般責任體系為審酌，也是一種解決之道⁷²⁵。

第一款 仿效美國 DMCA 法案之立法模式

第一目 適用先決要件

我國第 90 條之 4 規定，參酌美國 DMCA 法案第 512 條第(i)項第(1)款的立法例，在適用個別類型網路服務提供者免責事由規定前，應先通過共通的適用先決要件。

⁷²⁴ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 7；著作權法第六章之一規定的立法說明亦明文，「縱使網路服務提供者接獲著作權人或製版權人之通知，而未依本章規定之程序處理，其責任之有無，仍須依現行民法第二十八條、第一百八十五條、第一百八十八條、著作權法第八十八條規定，於實際個案中就其『共同侵權行為責任』之有無加以判斷，並非當然負有民事賠償責任」。參照立法院公報處，前揭註 722，頁 112-113。

⁷²⁵ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 9。



(一)告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施：

網路服務提供者應對於使用者告知其著作權或製版權的權利保護措施，告知的方式包含依服務約款約定、系統跳出必須合法使用之視窗，抑或是自動偵測過濾侵害著作權/製版權內容之程式或系統，以及設置檢舉專線等方式⁷²⁶，並應確實履行保護措施。

(二)告知使用者若有三次涉有侵權情事，應終止全部或部分服務：

本款為一般所稱之三振條款(three strike out)，其並無同前款「並『確實履行』該保護措施」之要件，是否刻意與前款區別，只需有告知行為即得符合本款要件，有所疑義。參酌法國法之立法歷程，當使用者侵害著作權經他人三次舉發，並皆由獨立的行政機關 HADOPI 判斷成立者，由 HADOPI 命網路服務提供者為斷線處罰，然而，該法經法國憲法委員會認定違反「無辜的推定」，侵害人民「接觸資訊」及「表達意見」基本人權屬違憲而無效；再觀諸日本法上名譽減損及隱私權侵害適用方針中，法務省人權擁護機關所為刪除之請求，以及著作權、商標權適用方針中，信賴性確認團體所為之刪除請求，方得認為符合第三條第二項「足以相信資訊之流通造成他人權利不當侵害之相當理由」⁷²⁷，我國此款規定乃委由網路服務提供者自行判斷是否達到「三次涉有侵權情事」，學者認為本款規定實過度侵害使用者權利而有違憲之疑慮，故本款應有之解釋，乃網路服務提供者縱未確實履行「終止全部或部分服務」，亦合於適用免責事由規定之先決要件⁷²⁸。

本款規定之定位實乃對於使用者之懲罰規定，而非課與網路服務提供者義務

⁷²⁶ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 10。

⁷²⁷ 經濟產業省，前揭註 185，ii.6。

⁷²⁸ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 10-11。

之規定，對於使用者侵害他人著作權之侵害預防請求權(終止其帳號服務)，應以對於權利侵害造成具體危險方得成立，單就本款規定之三次侵權事實，是否即該當有所疑義⁷²⁹，仍應輔以其他情事為審酌方為妥適。且本款未如同第 90 條之 9 第 2 項設有使用者於自認無侵權情事時，有提出回復通知之抗辯機會，對使用者極度不利並造成網路世界之不安定，應從嚴解釋該「三次涉有侵權情事」，至少有法院一審判決確認侵害著作權情形存在為計算次數之依據，而非單純權利人通知而使用者未為回覆三次，即立即中止該使用者之帳號服務⁷³⁰。

(三)公告接收通知文件之聯繫窗口資訊：

包含著作權人及製版權人之侵權行為通知及使用者之回復通知的管道。

(四)執行經主管機關核可之「著作權人或製版權人已提供為保護著作權或製版權之通用辨識或保護技術措施」：

因現今社會內容辨識機制在技術上及商業模式上尚未成熟，由主管機關介入審核該內容辨識機制加諸於網路服務提供者是否合理，方不致於造成其過度負擔又得以保障著作權及製版權人⁷³¹。本款除作為主張免責事由規定之共同先決要件外，更獨立成為第 90 條之 4 第 3 項，雖網路服務提供者無發展該技術措施之義務，但課予網路服務提供者配合執行之義務。其雖為強制規定，但未規定違反此義務之法律效果為何，目前未訂有處罰規定。網路服務提供者如違反本項規定，是否在民事法上負擔損害賠償義務及刑事法上之故意共犯責任，皆充滿一定的不確定性⁷³²。學者有認為此項應併入第一款，亦即網路服務提供者如配合執行著作權人或製版權

⁷²⁹ 美國 DMCA 法案第 512 條(i)(1)(A)之終止服務條件為「屢次侵權者」，並未如我國直接明文三次侵權行為作為終止服務之標準。

⁷³⁰ 王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 40-41。

⁷³¹ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 12。

⁷³² 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 13。

人為保護其權利所採取之辨識或保護技術措施，則符合進入各類型網路服務提供者免責事由規定之先決條件，而不應解釋為具有共同開發保護技術或課與配合執行義務之規定⁷³³。且主管機關於核可時應參酌美國 DMCA 法案第 512 條(i)(2)，「不會造成服務提供者之可觀成本或系統或網路之可觀負擔」方為妥適⁷³⁴。

第二目 免責事由規定

符合前述四個先決要件後，網路服務提供者依不同類型進入個別之免責事由規定。本文僅針對與使用者及資訊內容緊密牽連(直接於平台上發布該資訊)，而在外國法上代表性案例較多的資訊儲存服務提供者為介紹。資訊儲存服務提供者乃「透過所控制或營運之系統或網路，應使用者之要求提供資訊儲存之服務者」。依第 90 條之 7 規定，資訊儲存服務提供者對其使用者造成之著作權或製版權侵害，在符合該條文要件時，不負損害賠償責任。

(一) 對使用者涉有侵權行為不知情

所謂不知情應參酌 DMCA 法案第 512 條(c)，係指網路服務提供者對使用者具體利用其設備、服務從事侵權一事非實際知悉 (does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing)；或未察覺侵權活動至為明顯之事實或情況者 (is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.)。在具體個案中之涵攝，有學者主張需考量該資訊內容是否具有明顯侵權之外觀，如個人使用者上傳院線電影片或偶像團體新發行之專輯等，即不能謂網路服務提供者為不知⁷³⁵。不過本文認為，即便是前述學者所舉之例子，仍應以權利人通知或網路服務提供者直接誘發此類資訊之發

⁷³³ 章忠信(2008)，前揭註 34，頁 43-44。

⁷³⁴ 王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 40。

⁷³⁵ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 15。

布為限，方得認為網路服務提供者「對使用者涉有侵權行為知情」，否則網路服務提供者需事先審查使用者上傳之影片為公播版或院線片電影，又或者需審查上傳偶像團體專輯者為官方經紀公司抑或是購買專輯之個人，則又回到事前監控義務而對於言論自由之侵害過鉅。

美國 DMCA 法案網路服務提供者對於權利人之免責事由規定在實務運作下，通常以接獲符合通知形式要件的「通知」作為其「實際知悉」的證明⁷³⁶，而「推定知悉」則依紅旗標準(red-flag test)為標準。實務見解認為須「短暫且不經意的一瞥(a brief and casual viewing)，仍能明顯察覺出侵權活動之存在」，即便是使用者的資訊標題或網址中存在「非法」或「偷竊」，法院認為系爭網域名稱僅為商品銷售之口號，並無明顯呈現著作權侵害之事實，因 DMCA 法案本身並未要求網路服務提供者審查上傳照片是否非法⁷³⁷。在 P2P 檔案交換的網路服務提供者情形，方因網路服務提供者具有惡意或故意眼盲之主觀要件，而不得主張免責事由規定⁷³⁸。

本文認為觀察美國實務之發展結果，該當實際知悉或推定知悉之情形，除接獲權利人符合法定形式要件之通知外，實則為網路服務提供者創造或誘發該侵權行為之發生，方依本款排除適用免責事由規定之適用，也就是本章第一節第一項我國侵權行為作為義務發生之「危險前行為」類型，當網路服務提供者有危險前行為，則發生應防範損害結果之作為義務，自該資訊發布後需刪除或使他人無法接觸此資訊，否則即違反作為義務應負擔損害賠償責任。就適用結果而言，著作權法第 90 條之 7 第 1 款並無平行移入民事一般侵權行為規範之必要性，既有之「危險前行為」建構作為義務，網路服務提供者負作為義務違反之損害賠償責任已足以因應。

⁷³⁶ 李治安，前揭註 45，頁 460。

⁷³⁷ 李治安，前揭註 45，頁 463。

⁷³⁸ 李治安，前揭註 45，頁 464。



至於有關接獲權利人侵權事實存在通知後，網路服務提供者的作為義務，及其作為義務違反時應負擔的責任，已於本章第一節第一項中說明。

在著作權專章中，學者認為其雖規範網路服務提供者之主觀要件以明確責任範圍，但「通常客觀上亦表示網路服務提供者對於使用者儲存、搜尋或連結之資訊採取被動立場，未主動介入資訊內容之審查或監督，主觀上才會對該等設有侵權之資訊不知情⁷³⁹」。亦即暗示網路服務提供者須對資訊採取被動不干涉的立場，如網路服務提供者在廣告中「暗示透過其服務，使用者可免費下載音樂，且亦積極干涉使用者透過其線路上傳或下載之內容」，則無法通過免責事由規定，如僅為一般影音檔上傳時切割成數小個檔案，並轉換為 Flash 格式之資訊儲存服務提供者，則仍有第 90 條之 7 免責事由規定之適用⁷⁴⁰。本文認為此概念如同美國 CDA 法案適用下 *Roommates.com* 案件等，創造或發展該內容應認為該當資訊內容提供者，抑或是與我國法危險前行為發生防止損害發生之作為義務之概念相同。

(二) 未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益

使用者之侵權行為需與網路服務提供者之獲益間無相當因果關係，然並非只要網路服務提供者對使用者有徵收使用費、刊登費之情形即需負責。參酌立法理由之說明⁷⁴¹，不論使用者刊登之內容為合法或非法，皆收取相同手續費之情形即可通過此要件。然而，如網路服務提供者提供之所有服務中，侵權活動所占比例甚高時，應認為該網站之廣告收益費與侵權行為具有直接因果關係。不過學者有不同的見解，是否「直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」應從嚴解釋，「使用服務之對價」，無論名義為刊登費抑或是按件數抽成的佣金皆不得認為該當，且網路服務

⁷³⁹ 李治安，前揭註 45，頁 466。

⁷⁴⁰ 李治安，前揭註 45，頁 467。

⁷⁴¹ 立法院公報處，前揭註 722，頁 120。

提供者之廣告收益是否與該侵權行為具有因果關係，依侵權行為所占比例為判斷似有未妥⁷⁴²。亦有學者主張，我國民法第 185 條、188 條侵權責任規定，以及著作權法第 88 條侵害權利之損害賠償規定，皆未以「直接自使用者之侵權行為或有財產上利益」為成立要件，本款作為網路服務提供者免責要件之一環，在我國似非妥適⁷⁴³。

關於本款學者認為，網路服務提供者直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益，通常也代表網路服務提供者對於侵權事實之存在實際知悉而欲以之獲利，排除此等網路服務提供者進入免責事由規定應有其政策上之正當性與衡平性⁷⁴⁴。然而，本文認為假如此要件通常可以認為該當實際知悉或至少推定知悉之主觀要件，則已可依照第一款主觀要件排除適用免責事由規定，本款是否仍有獨立成為責任限制要件之必要性有所疑義。又如前述，在我國民事侵權行為一般規定中，第 90 條之 7 第 1 款並無平行移入之必要，而同條第 2 款可由第 1 款取代，抑或是可附麗於第 1 款的前提下，第 2 款亦無平行移入民事侵權行為一般規定之必要性。

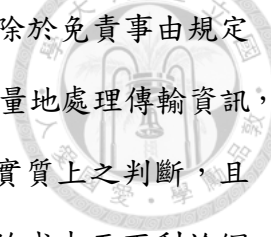
有關本款之規範內容，美國 DMCA 法案第 512 條(c)(1)(B)規定乃「在服務提供者有權利及能力控制侵害活動的情形中，系爭服務提供者未直接自使用者之侵權行為或有財產上利益」，我國實務在解釋本款時是否應將「具有權利及能力控制侵害活動」此要件加入，學者認為參酌美國多數法院皆對於此要件採取相當嚴格的標準，如果網路服務提供者只是有能力嚇阻侵害活動⁷⁴⁵，抑或是有能力移除使用者

⁷⁴² 陳龍昇，前揭註 31，頁 242-243；李治安，前揭註 45，頁 468-472。

⁷⁴³ 美國擴大適用後之代理侵權行為責任，須具備(一)第二侵害人有權利及能力監督(二)須從直接侵權中獲有直接利益。因而在 DMCA 法案第 512 條免責事由規定中，方有「網路服務提供者雖有控制之權利及能力，卻未直接自侵權活動中獲取財產上利益」之要件。參照王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 36-37。

⁷⁴⁴ 李治安，前揭註 45，頁 470。

⁷⁴⁵ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, 487 F.3d 701, 725-31 (9th Cir. 2007). Google 此搜尋服務提供者雖然可因使用者有侵害著作權之情事而隨時中止合約，但這並非等同於 Google 有權利及能力控制系爭侵



所儲存之內容或中止提供服務，皆不該當此要件，亦不因此而排除於免責事由規定的適用範圍⁷⁴⁶。多數網路服務提供者皆透過自動化技術，流暢大量地處理傳輸資訊，該等業者在技術上及法律上並無能力就每則資訊為是否違法為實質上之判斷，且如要求其就大量的使用者資訊逐一監視內容，將為其帶來鉅額的成本而不利於網路世界之發展，可能對於網路言論自由造成不當之影響，也與免責事由規定之目的背道而馳⁷⁴⁷。就美國 DMCA 法案十餘年的施行結果而言，甚少發現法院認為網路服務提供者該當「有權利及能力控制侵害活動」⁷⁴⁸，且如該當此要件時，通常亦該當實際知悉或推定知悉的主觀要件，似無須在解釋本款時加入此要件為審酌⁷⁴⁹。本文認為就外國法實務使用機率甚微之現象，以及無論是「具有權利及能力控制侵害活動」抑或是「直接自使用者之侵權行為或有財產上利益」，通常皆亦符合主觀要件的情況，更可以作為本款免責事由規定實則無特別獨立制定之必要性，亦無平行移入民事侵權行為一般規定之必要性。

(三) 通知取下制度

通知取下制度之設立，實則與不得課與網路服務提供者主動發現不法侵權事實，此保護言論自由之憲法價值相輔相成，立法者將主動監控侵權行為發生之責任歸屬於權利人，由其自行投資發展侵權偵測技術，並發動「通知」程序，因為權利人相較網路服務提供者，更適合判斷爭議資訊之著作權歸屬狀態及構成著作權侵害與否，政策上之責任劃分具有相當程度之正當性⁷⁵⁰。

害活動，因縱使其終止該合約，也無法停止前述網站之侵害活動。況且，Google 有能力移除特定的搜尋結果，但這不代表 Google 有能力找出並判斷搜尋結果中的侵權資訊。


⁷⁴⁶ 李治安，前揭註 45，頁 473。

⁷⁴⁷ 李治安，前揭註 45，頁 473-475。

⁷⁴⁸ *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146, 1181-82 (C.D. Cal. 2002). 網路服務提供者之經營方式，亦影響法院判斷是否「有權利及能力控制活動」，本案被告通常會事先篩選客戶上傳的網路內容，甚至積極給予建議，因此法院認為該當「有能力及權利控制侵害活動」。

⁷⁴⁹ 李治安，前揭註 45，頁 475-478。

⁷⁵⁰ 李治安，前揭註 45，頁 479。



網路服務提供者經著作權人或製版權人通知其使用者涉有侵權行為後，應立即移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊。此為美國 DMCA 法案中著名的「通知取下制度」，此制度之完整實施流程我國法規定在第 90 條之 9⁷⁵¹。其步驟為：接獲權利人通知→取下資訊及轉送通知→接獲發信者反對通知→轉送反對通知→權利人是否提出提訴證明→回復資訊或告知發信者。當著作權或製版權人權利受損而通知網路服務提供者後，其僅審查通知文件內容形式上符合網路服務提供者民事免責事由實施辦法第三條之規定⁷⁵²，不實質判斷是否具有侵權情事，即應「立即」移除或使他人無法接觸該等資訊。然而，如使用者認為其並無侵權情事而回覆反對通知予網路服務提供者，倘設權利人並無提起訴訟，網路服務提供者最快亦僅在回復通知抵達後之 10 至 14 天，方將該原始資訊回復至他人可取得狀態。學者主張此「通知取下制度」極度偏袒著作權及製版權人，且任何人只要主張該資訊侵害其權利，未經司法機關審查，僅資訊儲存服務提供者接獲符合形式要件

⁷⁵¹ 著作權法第 90-9 條

資訊儲存服務提供者應將第九十條之七第三款處理情形，依其與使用者約定之聯絡方式或使用者留存之聯絡資訊，轉送該涉有侵權之使用者。但依其提供服務之性質無法通知者，不在此限。前項之使用者認其無侵權情事者，得檢具回復通知文件，要求資訊儲存服務提供者回復其被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。

資訊儲存服務提供者於接獲前項之回復通知後，應立即將回復通知文件轉送著作權人或製版權人。著作權人或製版權人於接獲資訊儲存服務提供者前項通知之次日起十個工作日內，向資訊儲存服務提供者提出已對該使用者訴訟之證明者，資訊儲存服務提供者不負回復之義務。

著作權人或製版權人未依前項規定提出訴訟之證明，資訊儲存服務提供者至遲應於轉送回復通知之次日起十四個工作日內，回復被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。但無法回復者，應事先告知使用者，或提供其他適當方式供使用者回復。

⁷⁵² 網路服務提供者民事免責事由實施辦法第三條

本法第九十條之六至第九十條之八所稱通知，應載明下列事項，並由著作權人、製版權人、專屬授權之被授權人（以下簡稱權利人）或權利人之代理人簽名或蓋章：

一、權利人或其代理人之姓名或名稱、地址及聯絡電話、傳真號碼、電子郵件信箱或其他自動聯繫方式之說明。

二、被侵害之著作或製版之名稱。

三、請求將涉有侵害著作權或製版權之內容移除或使他人無法進入之聲明。

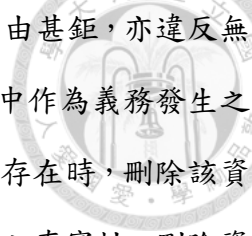
四、足使網路服務提供者知悉該涉有侵權內容之相關資訊及其存取路徑。

五、表示權利人係基於善意，相信涉有侵權內容係未經合法授權或違反著作權法之陳述。

六、註明如有不實致他人受損害者，權利人願負法律責任。

前項通知，應用書面或經電子簽章之文件，以郵寄、傳真或電子郵件方式為之。但網路服務提供者已提供判別權利人之機制，或與權利人或其代理人另有約定者，從其機制或約定。

以代理人名義提出第一項之通知者，應同時聲明其已受權利人委任，並載明權利人之姓名或名稱。在同一系統或網路，有多數著作或製版涉有侵權者，權利人或其代理人得以同一通知為之。



之通知後即立刻刪除該等資訊，侵害使用者及社會大眾之言論自由甚鉅，亦違反無罪推定之原則⁷⁵³。不過亦有學者認為，依我國民法侵權行為規範中作為義務發生之理論基礎，當網路服務提供者於接獲通知後，明知侵害權利情形存在時，刪除該資訊之義務應可得期待，然而，接獲通知後是否應實質審查該通知之真實性、刪除資訊後是否需通知使用者、如使用者有反對通知時應如何處置有所不明，本條仿效美國 DMCA 法案通知取下程序之規定明確規範該要件程序，使網路服務提供者得以依循，以維護法律明確性及安定性，應肯認此規定之正面價值⁷⁵⁴。

第二款 通知取下制度之配套規範

除了前述適用先決要件及通知取下制度等免責事由規範外，著作權法專章中亦存在其他相關配套制度規範，以求明確化網路服務提供者、權利人以及發信者此三面法律關係中，彼此的權利義務。

第一目 通知取下制度濫用之避免

第 90 條之 11 為避免「通知取下程序」之便宜機制遭權利人或使用者濫用或誤用，其重申民法第 184 條第 1 項前段侵權行為之規定，明文「如因故意或過失，向網路服務提供者提出不實通知或回復通知(本文稱反對通知)，致使用者、著作權人、製版權人或網路服務提供者受有損害者，負損害賠償責任。」。美國 DMCA 法案第 512 條(f)以行為人為「故意為不實之陳述」方負損害賠償責任，學者認為我國將本條文回歸傳統民事損害賠償責任以故意或過失為原則應值得肯認⁷⁵⁵。

然亦有學者對於本條規範內容提出質疑，其認為本條規範實際發生作用處，僅

⁷⁵³ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 15-17。

⁷⁵⁴ 王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 38-39。

⁷⁵⁵ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 18-19。

在使用者因權利人濫用「通知」而受損之情形，如為使用者濫用「反對通知」之情形，因權利人之受損乃經由使用人之著作權/製版權使用行為而來，並非「反對通知」行為所造成，故可直接依第六章「權利侵害之救濟」為請求權基礎，無依本條規定為救濟之必要⁷⁵⁶。且使用者所受之損害範圍實難以估算，應參考著作權法第 88 條之規範模式，除傳統損害賠償之計算方法⁷⁵⁷外，賦予使用者依「所失利益」或「侵害行為所得利益」選擇損害賠償範圍之計算標準，並於不易證明實際損害額時，得請求法院依侵害情節，在新臺幣三萬元以上二十萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五十萬元⁷⁵⁸。

第二目 發信者個人資料請求

我國著作權法專章並無賦予權利人請求網路服務提供者揭露發信者個人資料之權利，僅在使用者依第 90 條之 9 對於侵權事宜有不同意見而為「反對通知」時，依網路服務提供者民事免責事由實施辦法第五條規定⁷⁵⁹，該「反對通知」需記載使用者之個人姓名及聯絡方式，網路服務提供者依規定「轉送」與權利人時，其方能獲得此等資訊。非經「轉送反對通知」程序之網路服務提供者，並無義務對權利人

⁷⁵⁶ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 19。

⁷⁵⁷ 民法第 216 條：

損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。

⁷⁵⁸ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 19。

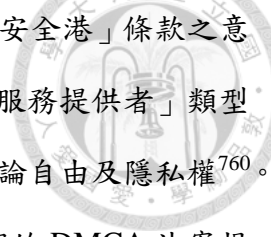
⁷⁵⁹ 第五條

本法第九十條之九第二項所稱回復通知，應載明下列事項，並由使用者或其代理人簽名或蓋章：

- 一、使用者或其代理人之姓名或名稱、地址及聯絡電話、傳真號碼或電子郵件信箱。
- 二、請求回復被移除或無法進入之內容之聲明。
- 三、足使網路服務提供者知悉該內容之相關資訊。
- 四、表示使用者基於善意，認為其有合法權利利用該內容，而該內容被移除或使他人無法進入，係出於權利人或其代理人不實或錯誤之陳述。
- 五、同意資訊儲存服務提供者將回復通知轉送予權利人或其代理人。
- 六、註明如有不實致他人受損害者，使用者願負法律責任。

前項回復通知，應用書面或經電子簽章之文件，以郵寄、傳真或電子郵件方式為之。但網路服務提供者認電子郵件無須採用電子簽章者，不在此限。

以代理人名義提出第一項之回復通知者，應同時聲明其已受使用者委任，並載明使用者之姓名或名稱。



揭露發信者之個人資料，且如「資訊儲存服務提供者」無援引「安全港」條款之意願、未經使用者提出「反對通知」，抑或是其他並非「資訊儲存服務提供者」類型之網路服務提供者，皆不得任意揭露發信者個人資料，以保護言論自由及隱私權⁷⁶⁰。也就是說，依照本文曾在第二章第三節第二項第一款第二目介紹的 DMCA 法案規定，權利人得向任何美國地方法院之書記官申請，對網路服務提供者發布令狀，要求其揭露侵權人之個人資料，然而，我國並未專門針對著作權人創設此套迅速簡易的個人資料取得程序。本文認為考量到發信者個人資料的發信者隱私權、言論自由之保護，肯認我國回歸既有民事起訴前證據保全程序，要求法院為裁定命網路服務提供者提出訴訟證據所需之文書方為妥適(詳本章第三節第二項所述)。

第三目 對發信者之免責事由規定

第 90 條之 10，網路服務提供者對於涉有侵權之使用者，不負損害賠償責任之情形，除依照 90 條之 6 至 90 條之 8 之規定移除或使他人無法接觸該爭議資訊外，第二款尚訂有「知悉使用者所為涉有侵權情事後，善意移除或使他人無法進入該涉有侵權之內容或相關資訊」。第二款之立法意旨本用以鼓勵網路服務提供者於主動知悉侵權活動時，採取適當之措施，以維護著作權人或製版權人權益，並非用以課與網路服務提供者監督或主動發現侵權事實之義務。然而，依照立法說明，第二款之「知悉」包含第三人所為之權利侵害事實存在通知、權利人所為不符法定通知形式要件之通知等情事，實務運作結果上，是否因本款而導致網路服務提供者本末倒置「善意」依不符形式要件之通知，大量刪除爭議資訊，而發生未給予使用者反對通知之機會，亦未在權利人未提起訴訟時回復該資訊之結果，仍有待觀察⁷⁶¹。

⁷⁶⁰ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 22-23。

⁷⁶¹ 王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 39-40。



第三款 小結

整體而言，本文贊同學者對於著作權法專章之批評，其認為我國之著作權專章立法過度偏向著作權/製版權人之權利保護，對於社會大眾言論自由及著作權法上賦予之合理使用權侵害甚鉅⁷⁶²。學者有主張「通知取下制度」僅一「暫時性權宜措施」，其認為網路服務提供者應因通知而立即取下，亦應因回復通知而「立即回復」，除非權利人已進入司法程序而由司法機關令網路服務提供者取下，方賦予雙方平等地位之保障⁷⁶³，或至少縮短使用者回復通知後之等待期間⁷⁶⁴。進而，學者提出我國法應仿效歐盟電子商務指令為低度立法，參酌該指令第 12 條第 3 項、第 14 條第 3 項之規定，由行政機關之行政處分或是民事訴訟之保全程序為主軸，並非如同美國 DMCA 法案由權利人通知即可獲得刪除該爭議資訊之效果，以減輕網路服務提供者之負擔及保障使用權人權利⁷⁶⁵，「著作權人應在行銷策略上因應科技進步之環境，自行有效率地調整其經營模式，以獲取最大利益，而非一再地要求法律強力介入科技及經營模式之演化歷程⁷⁶⁶」。

針對著作權法專章的規定，學者有認為著作權法專章之部分規定課予網路平台業者過多、過重的責任，而應適用著作權法既有第 84 條、第 85 條及第 88 條第 1 項之規範，權利人得請求網路服務提供者排除侵害及損害賠償之規定，並就該等規定之成立要件，回歸傳統民法第 18 條及第 184 條為解釋，而網路服務提供者應依下列三項判斷其作為義務之有無：(一)提供之服務有致生損害之危險(二)對其服務具有事實管領能力(三)應採取之措施屬於期待可能性之範圍⁷⁶⁷。有關回歸民法第

⁷⁶² 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 23-24。

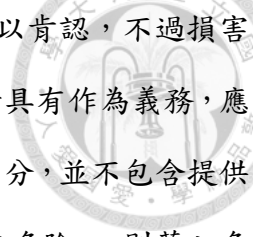
⁷⁶³ 章忠信(2009)，前揭註 34，頁 23-24。

⁷⁶⁴ 陳龍昇，前揭註 31，頁 244。

⁷⁶⁵ 章忠信(2008)，前揭註 34，頁 37。

⁷⁶⁶ 章忠信(2008)，前揭註 34，頁 45。

⁷⁶⁷ 學者主張我國著作權法引入通知取下制度，使要件、程序及網路服務提供者應負擔之責任明確



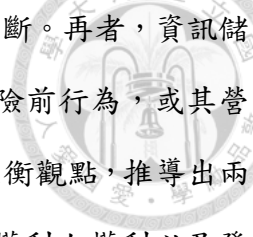
18 條及第 184 條判斷侵害排除及損害賠償責任之見解，本文予以肯認，不過損害賠償責任之作為義務論述過程本文有些許不同，網路服務提供者具有作為義務，應著重於其具有控制危險之事實能力，及從事一定營業或職業之身分，並不包含提供之服務有致生損害之危險，否則，如將該「危險」解釋為「抽象危險」，則落入危險責任歸責原理，又如將該「危險」解釋為「具體危險」，似落入將中性的網路服務提供者之建立資訊溝通平台行為，定義為危險前行為而要求其負責之過度評價。

從實務判決來看，我國著作權法專章第六章之一於 2009 年公布施行後，至 2013 年 10 月底前尚未有法院判決援引此等規定⁷⁶⁸，又本文以「著作權」、「通知」、「取下」三者為聯集所搜尋到的判決中，援引本章規定之判決亦極少，實務上多直接依著作權法第 84、85、88 條，作為網路服務提供者是否需負擔損害賠償責任之論述依據。此結果亦可推得，在我國實務發展脈絡下，無論為民法或智慧財產權法領域，探討網路服務提供者責任皆應回歸既有之責任成立規定為討論，特別仿效外國法制訂免責事由規定似乎並無太大效用。免責事由規定的存在或許增加法律適用的明確性，但觀察法定通知形式要件實則亦即權利侵害事實的描述，而轉通知、刪除義務等規範，亦可從作為義務發生及其範圍之理論基礎予以推導而出，並非必定有免責事由規定方得建立此論述架構，僅有待實務見解之統一與累積，賦予我國網路服務提供者一般民事責任之法律安定性。

又從規範面之觀點而言，著作權法專章中之規定，先決要件(一)(三)現行網路服務提供者多已實際執行，而先決要件(二)受學者批評似過度侵害使用者權利而不應有此要件之存在，又先決要件(四)一方面目前主管機關並無核可之技術，一方面

化，應予以肯認，不過其他責任先決要件及免責事由規定，則有盲目仿效他國立法之疑慮。參照王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 37-38。

⁷⁶⁸ 李治安，前揭註 45，頁 454。



亦可由網路服務提供者之作為義務範圍(期待可能性)為適用及判斷。再者，資訊儲存服務提供者免責事由要件(一)(三)，可由網路服務提供者之危險前行為，或其營業或職業身分以及事實上控制能力，輔以作為義務範圍之法益權衡觀點，推導出兩時點作為義務之行為模式，相較於通知取下制度更能平衡兼顧權利人權利以及發信者言論自由。而責任限制要件(二)受學者質疑，乃誤用外國法之代理侵權責任要件應無存在之必要，又通知取下制度外配套規範(一)本即可回歸適用著作權法 88 條、民法 184 條故意或過失侵害他人權利之規範，(二)則不同於美國法，未制定書記官發布令狀之個人資料揭露程序，由當事人依我國既有民事訴訟/非訟程序為主張，(三)則受到學者批評該「善意」將過度擴張網路服務提供者刪除資訊之權限，應回歸民法第 184 條第 1 項前段判斷其是否故意或過失侵害發信者權利，方為妥適。綜上所述，著作權法專章之規定受到批評者本即不應予以適用，而未受批評的責任先決要件、免責事由規定，抑或是配套規範皆得回歸民法一般侵權行為規範為主張，則更可說明本文對於網路服務提供者一般民事責任領域，無須仿效外國法制定免責事由規定，亦無平行移入著作權法專章規定法理之必要性的觀點。

第二項 民事責任與智慧財產權責任之差異

一般民事責任與智慧財產權責任間的相互關係，一直以來皆受到熱烈的討論，本文礙於篇幅所限及為了避免失焦，僅著重於觀察外國法上免責事由規定之立法狀態、兩種責任領域對於言論自由之保護程度，以及一般人格權是否適用通知取下制度等議題為討論。藉由此三款的說明，我們可以發現，著作權與一般民事領域的人格權在權利本質上有所差異，進而推導出我國著作權法第六章之一網路服務提供者民事免責事由，應與一般民事責任領域，尤其為人格權領域相區隔，而認為無需援引該條文，亦無法理上平行移入的可行性。

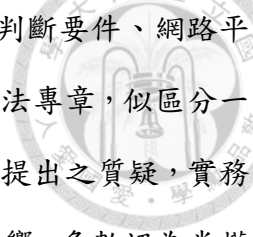


第一款 區分適用之立法模式與我國實務見解

參酌本文第二章第二節第一項介紹之美國通訊適正法案第 230 條第 e 項，該條適用範圍排除智慧財產法、聯邦刑法、通訊隱私法，其原始規範適用領域乃聚焦於不實陳述、詐欺及侵害名譽等民事一般侵權行為⁷⁶⁹；嗣後制定之 DMCA 法案第 512 條，則為著作權法領域之免責事由規定。又參酌本文第二章第二節第三項所述，日本提供者責任限制法之適用範圍除刑法外，未區分責任領域皆得適用，然其下仍有名譽減損及隱私權侵害適用方針、著作權侵害適用方針及商標權侵害適用方針，就傳統民事責任與智慧財產權案件為具體化之區別適用。此等外國法規範，就一般民事責任領域與著作權法責任領域具有不同的規範體系，或可供我國參酌。

退步言之，如同臺灣高等法院臺中分院 103 年上易字 54 號判決中，被上訴人香港商雅虎資訊股份有限公司台灣分公司之抗辯，「關於網頁文章內容涉及侵害他人名譽爭議之處理，現行法規並「無」類似於著作權法第六章之一（即該法第 90 條之 5 以下）規定，可由網路平台業者於收受著作權人通知之後，即得先行移除該著作權人指訴涉嫌侵害其著作財產權之網頁內容。在法無明文之下，網路平台業者如因他人檢舉侵害名譽權，即任意移除遭受檢舉之文章，不僅恐有反遭該文章之發信者主張違反雙方間網站使用契約之可能，更有不當限制使用者言論自由之虞。」。現行 DMCA 法案及我國著作權法專章之規範模式，仍過於偏袒著作權人而備受批評，且觀諸本章第一節第二項第二款我國實務見解，第三方在網路平台上發布誹謗性言論，而權利人主張該資訊流通侵害其名譽權，該等判決言詞辯論時點皆於著作權法專章制定後，然並未有判決適用或類推適用此規定，而係依民法第 184 條（

⁷⁶⁹ Matthew Altенberg, *Playing the Mysterious Game of Online Love: Examining an Emerging Trend of Limiting Sec. 230 Immunity of the Communications Decency Act and the Effects on E-Dating Websites.*, 32 *Pace L. Rev.* 930-931 (2012); David S. A., *supra* note 3, at 393.



第 185 條)侵權行為作為請求權基礎，並依序討論名譽權侵害的判斷要件、網路平台業者是否有作為義務、是否違反該義務等，此等未援引著作權法專章，似區分一般民事責任與智慧財產權責任。然而，如同本文在該款結語中所提出之質疑，實務見解雖未援引著作權法專章規範，實則仍受到免責事由規定的影響，多數認為當權利侵害事實為一望即知時，網路服務提供者因未刪除資訊而構成作為義務違反，負擔損害賠償責任，本文認為參酌名譽權與智慧財產權的權利性質、侵害要件複雜性等皆有極大的差異性，此實務見解走向並非妥適。不過，亦有實務見解指稱，「網路服務業者明知或有相當理由，足認於其提供之網路空間內，確實存在侵權資料或發生侵權行為時，始有採取防止措施之作為義務，若網路服務業者仍未為採取防止措施，始認其違反作為義務而應負損害賠償責任」，是否為其為替代性手段所預留之伏筆，本文期待後續實務見解之發展累積。

第二款 言論自由與權利保護之權衡

言論自由在著作權法(智慧財產權法)領域，與依言論所發生之侵權行為領域中受到保障的程度不同，亦得作為兩者免責事由規定不同的著眼點。在美國法上，網路服務提供者是否對於著作權之侵害負擔助成責任(具有過錯)，主要參考因素為是否具有可行的合理使用抗辯、未提出侵害著作權之通知，抑或是該通知內容不足以呈現侵害著作權很可能存在，有關言論自由的保障僅為可行的合理使用中的參酌因素之一⁷⁷⁰，且美國法院在著作權法案件中拒絕承認美國憲法第一修正案作為獨立的抗辯⁷⁷¹。然而，如為依言論所發生之侵權(名譽權、隱私權、肖像權之侵害等)，網路服務提供者是否成立過錯而負擔責任的關鍵因素，在於主張權利受損害之人與發信者言論自由保障的相互權衡。為何造成兩種類型的案件中言論自由的重要

⁷⁷⁰ Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, 907 F. Supp. 1361(N.D. Cal. 1995).

⁷⁷¹ Kamiel, *supra* note 10, at 43, n 141.

程度有差異性，理由或許如美國法院所述，「著作權法中『想法』與『表達』的二元觀念，以及合理使用的抗辯，平衡了著作權法與美國憲法第一修正案的權利⁷⁷²」，也就是說，著作權法中，對於主張著作權的限制要件已將言論自由及資訊自由考量於其中⁷⁷³。

觀諸法院裁定暫時性禁制令時，在一般案件中，如原告所主張之事實法律關係具有勝訴的可能性，已足以成為暫時性禁制令的裁定緣由，但如在誹謗性言論或猥褻性言論等暫時性禁制令將影響言論自由之情形，除非被告具有超過一般案件特別足以支撐的原因，否則該暫時性禁制令的裁定將會被認定為違憲。依實務案件結果來看，在著作權法案件中暫時性禁制令被廣泛地裁定，而誹謗性言論相關之暫時性禁制令則被予以謹慎地使用⁷⁷⁴。言論自由在兩種案件類型中所扮演角色輕重不同的現象，不僅出現在美國法，德國法及荷蘭法亦然⁷⁷⁵。

綜上所言，我國著作權法第六章之一的通知取下制度，該「通知」或許在著作權領域已足以成為賦予暫時性救濟的理由⁷⁷⁶，然於一般民事責任體系中，依言論流通所造成的侵權行為，是否採取等同於著作權法之通知取下制度，立即給予暫時性救濟，筆者採取懷疑及保留的態度。有關民事責任之轉通知與刪除制度應如何建立，本文已於本章第一節有所論及，並將再度於本章第三節中說明。

⁷⁷² Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 US 539(1985). Religious Technology Center v. Netcom Online Communication Services, 907 F. Supp. 1361(N.D. Cal. 1995).

⁷⁷³ Kamiel, *supra* note 10, at 43.

⁷⁷⁴ Kamiel, *supra* note 10, at 42-43.

⁷⁷⁵ Kamiel, *supra* note 10, at 43, n 141.

⁷⁷⁶ 美國 DMCA 法案亦有許多學者針對通知取下制度之設計，過度偏袒著作權利益團體而提出質疑。



第三款 著作人格權與一般人格權之差異

著作人格權與民事領域之一般人格權是否相同，學者有提出質疑者。其說明到，著作人格權乃具有社會功能與目的，與保護個人私權的人格權係屬有別，著作因為完成而脫離著作人獨立存在，產生一個獨立於著作人的著作財產權，以及一個獨立於著作財產權及一般人格權的著作人格權⁷⁷⁷。與之不同者，學者在闡釋著作人格權的我國憲法基礎時，其認為「著作人格權之憲法基礎為著作自由，因為著作人格權所保護的標的，與言論自由的核心關切一致，同時，著作自由為自由權之一種，而屬人格權之性質，與著作人格權的屬性相符」，也就是說，其認為著作人格權與一般人格權不完全相同，並非任何人與生俱來，需有創作之完成並符合法律規定要件下，始享有此權利，屬特別人格權之一種⁷⁷⁸。如採取著作人格權不同於一般人格權之前者，於一般人格權受侵害之民事責任領域，則更無直接平行移入著作權法專章或其規範意旨之可能；又如採取著作人格權乃特別人格權的後者見解，則特別法的規定是否得直接援引至普通法規範領域，亦有所疑義。

第三項 創設一般民事免責事由規定並無必要

我國除著作權法之專章規定外，並未如美國、歐盟及日本存在網路服務提供者一般民事責任的免責事由規定。觀諸美國法上 DMCA 法案或是日本法上著作權適用方針皆對於著作權領域之網路服務提供者責任，有不同於一般民事責任免責事由規定(CDA 第 230 條及名譽減損及隱私權侵害適用方針)的責任內容，我國是否在著作權法專章制定後，仍需用制定一般民事責任通則性免責事由規定之必要有所疑義。換句話說，發生於電子論壇、部落格中的誹謗性言論，權利人主張網路服

⁷⁷⁷ 劉孔中(2002)，〈著作人格權之比較〉，《臺大法學論叢》，31 卷 4 期，頁 34-35。

⁷⁷⁸ 陳仲嶸(2011)，〈著作自由作為著作人格權的憲法基礎〉，《東海大學法學研究》，34 期，頁 50，頁 55。

務提供者應負擔損害賠償責任時，是否可以類推適用著作權法第六章之一的規定？抑或是應參酌前述外國法一般民事免責事由規定作為法理，就具體事實直接依現行我國侵權責任相關條文做為責任之論述依據？又或者是否須同外國法，制定網路服務提供者的一般民事免責事由規定？實值得我們在著作權法的專章訂立後，為更進一步的省思。

第一款 免責事由規定乃源自立法權限劃分

觀諸美國通訊適正法案、德國電信服務法以及歐盟電子商務指令訂立免責事由規定之用意，不外乎聯邦與各州、歐盟與各會員國立法權限之分配。美國最早論及網路服務提供者應否負擔民事責任此議題，乃發生在網路平台中使用者發布之誹謗性言論侵害他人權利，而網路服務提供者應負擔出版者責任、散布者責任抑或是管道者責任之案件類型，誹謗性言論之相關責任規範乃隸屬「州立」立法權限所，也就是說，當美國政府欲統合國內各州對於網路服務提供者歧異的責任規範，須藉由聯邦立法以達成此一致性的效果。然而，為避免破壞既有之聯邦與州立立法權限，尤其涉及地方自治此憲法保障之權益，在通過聯邦法之免責事由規定後，仍回歸州立法律之誹謗性言論規範為要件分析，以求同時平衡兼顧網路服務提供者法安定性、明確性之需求，以及中央地方分工分權之州立自治立法權得以持續存在；歐盟中最先出現網路服務提供者免責事由規定之德國，其電信服務法層級上為聯邦法，亦以統一州際層級網路服務提供者責任為目的；其後歐盟為使諸會員國中網路服務提供者責任達到相對一致性的規範，使其可得預見而促進國內的電子商務發展與資訊流通⁷⁷⁹，乃藉由歐盟電子商務指令及其規則，共同規範免責事由規定，通過此篩漏作用後，再回歸各會員國適用其內國法規，以求平衡兼顧歐盟法與會員國內國法立法權限之區分。我國地方政府雖也具有立法自治權限，但我國民事責任體系

⁷⁷⁹ 參考 CDA 法案及、德國 Teleservices Act 以及歐盟電子商務指令立法說明。

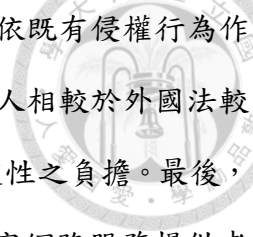
有關侵權行為之相關規定，仍隸屬中央統一立法權限之範疇，並未有前述聯邦國需由聯邦法規制定免責事由規定，再回歸州立法律認定責任之並行模式，則免責事由規定是否於我國尚有獨立於責任成立規定存在的必要性非無疑義。



依美國法學者統計結果，如將 CDA 法案第 230 條自施行後至 2009 年 9 月止之案件，依案例事實為普通法既有之責任要件分析，可以發現，普通法上之責任不成立，與優先適用第 230 條因而責任不成立的比例差距並無太大，探討其原因可能為援引第 230 條作為防衛的許多媒介，其本身僅僅提供一個平台供他人從事言論交流，因而即便在普通法上亦不具有「知悉或可得而知」以及「具有編輯控制權限」等責任成立要件。依此資料看來，第 230 條是否有存在之必要，學者仍持肯定見解，因免責事由規定為網路服務提供者提供法律明確性，又或者依美國憲法第一修正案的用語，「對提供設備散布可能包含侵權或是不法內容的第三者言論之媒介，給予其呼吸的空間」，否則媒介將不樂意為他人的言論提供傳播設備，且會將此成本加諸於一般社會大眾⁷⁸⁰。

然而，本文認為實務見解如依我國既有一般侵權行為規範，考量發信者言論自由及誹謗性言論要件複雜性，就責任成立要件之故意或過失為嚴謹之認定，並建立兩時點作為義務的明確行為準則，仍可達到相同於美國法學者所主張的免責事由規定作用。又日本法雖亦於提供者責任限制法第 3 條第 1 項中，訂立網路服務提供者在明知或可得而知該資訊造成權利侵害之情形，方負擔損害賠償責任的免責事由規定，然依前述第二章第一節第三項之論述可得知，無論免責事由規定立法前或立法後，皆須回歸既有的侵權行為規定，以「法理上作為義務」作為其責任成立基礎，綜合考量電子揭示板的設置目的、管理營運狀況、匿名性、營利性、被侵害

⁷⁸⁰ David S. A., *supra* note 3, at 479-480.



的利益性質，配合每個事件的不同特性為認定。因此，即便我國依既有侵權行為作為義務之理論基礎而正面論述「作為義務」，似未增加我國權利人相較於外國法較重之舉證責任，抑或是對於網路服務提供者亦未增加法律不安定性之負擔。最後，亦可觀察第二章第一節第二項德國法之發展，在電信服務法制定網路服務提供者免責事由規定後，實務參酌該法規範立法意旨及固有的民法規範，發展出「排除或防止侵害義務」此正面表述並判斷網路服務提供者是否負擔作為義務之依據，亦可知免責事由規定之作用僅在於明確化部分的責任成立要件，我國應如何依實務見解之發展堆疊，正面確立作為義務的具體要件內涵，方為最終亦最重要的一環。

第二款 現行法規範及實務之因應

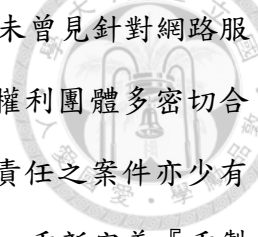
探查著作權法專章的立法緣由，「此次修正並未為網路侵權為全方面的考量，僅因國內外著作權人等利益團體透過美國貿易代表對我國施加壓力所致⁷⁸¹」。學者提出，網路侵權言論本質上屬於民事侵權責任範疇，在沒有其他正當理由之前提下，不應也無須跳脫既有的民事侵權責任之法律架構⁷⁸²，其認為我國現行之民法共同侵權行為及刑法共犯、教唆犯及幫助犯規定，都足以供司法機關在具體個案中做為判斷之依據⁷⁸³。本文肯認學者的見解，網路服務提供者之責任，應回歸我國現行規範體制下一般民事責任規定，由司法機關形成穩定見解。

有學者提及，討論我國是否需針對網路服務提供者制定免責事由規定時(無論散落各法規或單一法規)，應考量立法之必要性與經濟效益。原則上，針對新興議題，必須依現行法制無法處理，而訴訟結果與社會期待有相當大之落差時，方有導入法律規定之必要。且如為實務見解歧異，則應待司法系統內部透過上級審之判決

⁷⁸¹ 蕭憲文，前揭註 34，頁 8；章忠信(2009)，前揭註 34，頁 6。

⁷⁸² 蕭憲文，前揭註 34，頁 9。

⁷⁸³ 章忠信(2008)，前揭註 34，頁 34。



調整，不必立即由立法權介入⁷⁸⁴。我國在著作權法專章制定時，未曾見針對網路服務提供者提出之著作權訴訟案件，且因網路服務提供者與著作權利團體多密切合作而定有行業合作協議，即便係主張網路服務提供者應負民事責任之案件亦少有出現。且92年到96年間「亦已新增著作權有關『公開傳輸權』、重新定義『重製權』包含『暫時性重製』、保障『電子化權利管理資訊』及『防盜拷措施』，也嚴懲提供網路檔案分享技術供侵害著作權之行為，應先觀察新法施行後，著作權人運用新保護法制之成效」，民國98年制定之著作權法專章實無立法必要性存在⁷⁸⁵。為了保護少數智慧財產權人之權利，而增加網路服務提供者之服務成本，並過度干預其經營，亦造成一般社會大眾在接觸資訊的方便性、言論表達自由以及個人隱私權方面受到阻礙及侵害，智慧財產權人應參考電腦軟體、電影產業及錄音產業之發展脈絡，隨著時代調整其經營模式與科學技術，方為最有經濟效益之方式⁷⁸⁶。如著作權專章並無制定的必要，本文認為觀諸民事一般責任領域既有規範足以因應，而實務見解亦未與社會期待有相當大之落差，此等與著作權法專章制訂前相似的狀況，亦應認為並無制定一般民事責任的免責事由規定之必要。經濟部智慧財產局「新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究」結論中，學者亦認為「未來於網路服務提供者免責事由規定上，是否採取『通知與取下制度程序』一事，本文建議於制定前應評估現行自律模式之實施成效，並廣泛徵詢社會大眾之意見，做為參考之依據⁷⁸⁷。」，似亦認為我國並非必如同外國法制訂網路服務提供者免責事由規定。

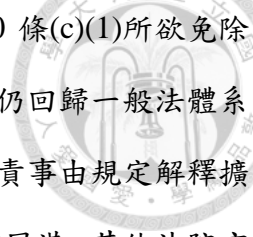
此外，觀察最早的網路服務提供者免責事由規定出現背景，我們可以發現，美國普通法體系之發展下，有關誹謗言論間接侵權行為，區分責任主體為出版者、散

⁷⁸⁴ 章忠信(2008)，前揭註34，頁30。

⁷⁸⁵ 章忠信(2008)，前揭註34，頁33。

⁷⁸⁶ 章忠信(2008)，前揭註34，頁30-32。

⁷⁸⁷ 謝銘洋等(2005)，《新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究期末報告》，頁195，台北：經濟部智慧財產局。

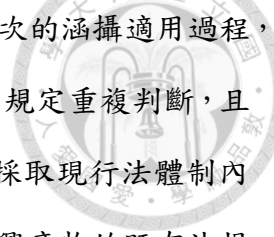


布者及管道者，而有不同的責任成立要件，而 CDA 法案第 230 條(c)(1)所欲免除者，乃出版者責任之部分，已如前述，其餘散布者及管道者責任仍回歸一般法體系為相關要件之判斷。惟因後續之 *Zeran v. AOL* 事件，法院將此免責事由規定解釋擴張至包含散布者及管道者，而給予其免於所有間接侵權責任之避風港，其他法院亦將爭議案件範圍擴張至普通過失、契約之違反以及其他責任領域，造成是否需適用固有法體系責任成立條文有重大爭議之紊亂現象。我國既然在固有侵權體系中，針對誹謗性言論等資訊流通所形成之侵權責任，未區別不同責任主體而有不同之責任成立要件，皆回歸民法第 184、185 條為要件之分析，應可認為無需仿效美國法，為針對某特定責任主體之免責事由規定，而直接回歸侵權行為法規定，依「作為義務」應如何涵攝適用，判斷網路服務提供者責任即可。況且，我國實務目前關於網路服務提供者一般民事責任之判決並不多，亦尚未形成穩定之見解(詳第三章第一節第二項之整理)，或許可由實務見解之累積，以及上級審法院的統一見解，明確化網路服務提供者侵權行為之作為義務判斷架構，而無須針對民事責任為免責事由規定之獨立立法。

日本學者指出，隨著傳遞資訊媒體被發明而成為該時代的主要角色，每個時期與其相對應的法學架構將被發展成型⁷⁸⁸。其歸納在討論隨著資訊化社會發展應有的法律上對應時所論及的各種法學課題，主要可分為三種類型。資訊化法的檢討論、現行法體制變革論及現行法體制內對應論⁷⁸⁹。其中成為法學世界中主流者為「現行法體制內對應論」，其以現行法體制作為前提，區分為「依解釋現行法為對應」之解釋對應論、「承認現行法解釋有其界限，而以修訂其一部份作為對應」之一部修正對應論，以及「現行法的解釋與修正皆無法解決此課題時，依全新的立法為對應」

⁷⁸⁸ 堀部政男，前揭註 38，頁 4。

⁷⁸⁹ 堀部政男，前揭註 38，頁 3-4。



之新立法對應論⁷⁹⁰。我國網路服務提供者民事責任，責任成立層次的涵攝適用過程，實已可取代外國法免責事由規定所發生的效用，無須再有獨立的規定重複判斷，且我國網路服務提供者民事責任訴訟處於尚未氾濫之時期，或許採取現行法體制內對應論之「解釋對應論」，由學說、實務見解發展出符合時代新興產物的既有法規範脈絡解釋亦已足夠，並非必定需仿效外國法制定特別法之免責事由規定，來解決現行社會發展下新興之網路服務提供者民事責任問題。「參照他國立法或實務運作時，應特別注意自身法律體系之完整性與一致性，避免造成各法自成一格，喪失特別法與普通法之關係。……面對新興議題，更應以既有法律體系為討論基礎，再參照他國之立法與實務運作，除具有必要性之外，即不作類似之調整，無法妥善處理相關問題，應發展本身之法律體系，使其得以因應時代變遷⁷⁹¹」，學者所言亦得與以佐證⁷⁹²。又參酌前述第二節第一項第三款小結部分，著作權法免責事由規定專章制定後，自 2009 年至 2013 年 10 月止未曾出現適用本章規範的實務案件，實務上仍聚焦於著作權法第 84、85 及 88 條為著作權侵害與否之判斷。由此可證，免責事由規定的制定，並非使網路服務提供者責任明確化的萬靈丹，最根本的解決之道，或許仍應由位於第一線的法院，參酌我國既有的責任規範體系及條文，為適當的解釋涵攝，方為妥適。

第三節 我國既有規範體系之解釋適用

在確認我國無須仿效外國法制定免責事由規定，亦無需平行移入著作權法專章規範法理後，本文欲於本節依既有侵權行為法規範及民事訴訟法規範，探討如何解釋適用，並建立網路服務提供者實體法上轉通知、刪除義務，以及訴訟法上依法

⁷⁹⁰ 堀部政男，前揭註 38，頁 4。

⁷⁹¹ 王怡蘋(2009)，前揭註 45，頁 38。

⁷⁹² 學者本句話係在闡述著作權法第 90 條之 7 免責要件中，「未直接自使用者之侵權行為獲有財產上利益」之存在必要性時所提出，其支持著作權法第 90 條之 9 將通知取程序明文之規範必要性。本文在此僅藉用此段論述，說明我國在思量是否全盤引入外國法時，所應有之考慮。

院裁定之文書提出義務。



第一項 權利侵害資訊之轉通知與刪除義務

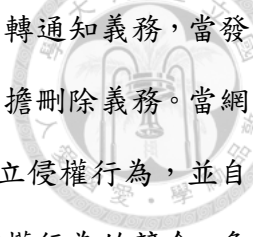
近代侵權行為規範中，當行為人違反作為義務時，在過失客觀化⁷⁹³的發展趨勢下，通常亦被認為滿足侵權行為構成要件中的「過失」要件，而在無阻卻違法事由的情況下，視為具備違法性，則此時過失與違法性已逐漸無法嚴格區分，當行為人違反作為義務而該當行為不法時，通常得以推定違法及過失的要件⁷⁹⁴，明文規定例如我國法第 184 條第 2 項。學者亦指出，德國法上交易安全注意義務，實則即德國民法第 823 條第 2 項(我國第 184 條第 2 項)過失推定之擴充，但為維持其乃基本過失責任態樣之沿襲產物，故通說將其納入德國民法第 823 條第 1 項(我國第 184 條第 1 項前段)之保護範疇，用以擴大本項之規範保護功能⁷⁹⁵。此外，資訊因網路服務提供者之不作為在網路世界中持續流通，可得接觸該資訊的人數、可得傳播之通訊範圍，皆因該資訊之存在期間延續而有增加之可能，將造成權利侵害狀態的持續故成立相當因果關係。是以在討論網路服務提供者之一般民事責任時，真正造成爭議之所在，仍為本文第一節所介紹之作為義務的發生、作為義務的範圍與違反(行為不法)，其違反作為義務的時點，也將影響到網路服務提供者對於損害賠償負連帶責任的範圍。

如同本章第一節第一項所述，網路服務提供者因具有控制危險之事實能力，且基於特定營業/職業對於一定場所具有危險控制權，而發生作為義務；而有關作為義務的範圍，考量法益權衡及受害人自我保護的能力及義務，本文認為，網路服務

⁷⁹³ 「過失之概念，乃逐漸由預見可能走向防止損害而發展，亦即行為人是否盡善良管理人所應防止損害發生之標準而防止損害之發生，作為判斷過失是否成立之標準。」參照邱聰智(2000)，《新訂民法債編通則(上)》，頁 174，台北：輔仁大學法學叢書；陳聰富(2004)，前揭註 623，頁 191。

⁷⁹⁴ 林美惠，前揭註 617，頁 303。

⁷⁹⁵ 林美惠，前揭註 617，頁 302，註 4。



提供者在接獲權利人通知侵權行為事實存在時，該第一時點僅負轉通知義務，當發信者未回覆反對通知或該反對通知顯無理由時，方於第二時點負擔刪除義務。當網路服務提供者違反作為義務時，依民法第 184 條第 1 項前段成立侵權行為，並自作為義務違反時起，就損害繼續發生與發信者的發信行為成立侵權行為的競合，負擔不真正連帶損害賠償責任。

以我國無須制定獨立層次之網路服務提供者民事免責事由規定為前提，究竟應在責任成立層次如何判斷網路服務提供者之作為義務並負擔違反時之損害賠償責任，方能達到保障權利人權利救濟並同時兼顧發信者言論自由、迅速低廉資訊，本文認為判斷網路服務提供者應負擔之責任，需依照下述三步驟：

(一) 網路服務提供者是否創造、發展該不法資訊內容，或是否作成危險前行為

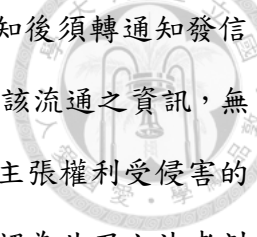
如網路服務提供者創造、發展不法資訊內容，將使其與資訊內容提供者(發信者)成為共同侵權行為人，其造成之損害並非「業已發布之資訊繼續流通，而造成損害之繼續發生」，而是「發布資訊造成損害之發生」。此種情形需嚴格解釋，僅在如美國法上 *Roommates.com* 事件，此種網路服務提供者提供使用者發布資訊之問題與選項，無論如何皆違反法規範之情形方該當。如僅為提供資訊流通平台之中性行為(例如黑特版、店家評論文或是爆料公社等)，無法認為其與發信者為共同侵權行為，因發信者仍有選擇是否發布非侵權資訊的自主決定權。此外，如美國法 *Stubhub* 套票買賣案例中，網路服務提供者是否構成對於他人契約干涉的侵權責任，本文認為針對該銷售手法乃特地為侵權行為所創設(將票券的座位遮起此銷售方式乃用以避免套票售票公司發現)，此種特別設計架構下，所生之侵害權利特定種類資訊，應認為網路服務提供者就權利侵害之發生已作成危險前行為，而與發信者自資訊發布時起負共同侵權責任。美國法院判決結果上而言，本文與以贊同(該當共

同侵權行為責任)，不過，因此種遮蔽式座位之販售方式並非「要求」使用者必須販賣不得零售之套票，使用者仍得以依此方式將正常票券與以販售，此販售手法僅造成侵權行為之直接誘發行為，故成立危險前行為，而網路服務提供者發生防免違法零售票券資訊發布之作為義務。

(二) 網路服務提供者收到權利人的通知後，系統化轉通知與發信者並限期回覆意見(第一時點作為義務)

美國 DMCA 法案第 512 條為首之「實際知悉或推定知悉」要件在實務發展下，實與美國 CDA 法案第 230 條 *Roommates.com* 案件及 *Stubhub* 案件近似，在網路服務提供者創造或直接誘發使用者為侵權行為的情況下，不得適用免責事由規定，此點與我國法之作為義務危險前行為亦相同，應認為網路服務提供者與使用者一同就該發布資訊之侵權行為，自公眾可得接觸起負損害賠償責任。此兩種法體系的重大差異處在於，網路服務提供者接獲權利人通知侵權事實存在時，應負擔的義務有所不同，美國 DMCA 法案明文，接獲權利人之法定形式要件通知後，具有立即刪除該資訊之義務；而日本提供者責任限制法中，僅限於人權維護機關、第三獨立機關之刪除通知，網路服務提供者方負擔立即刪除之義務，其餘則為接獲權利人通知後，原則上應負擔轉通知發信者之作為義務。也就是說，資訊儲存服務提供者，除自身的危險前行為或法院等專責機關的通知外，原則上網路服務提供者發生作為義務的時點，皆始於接獲權利人通知的第一時點，而其作為義務之範圍，區分為(一)依通知取下程序(明文規範之法定通知形式要件，網路服務提供者依該通知而立即取下爭議資訊)：DMCA 法案、歐盟電子商務指令及其修正案、我國著作權法第六章之一；(二)轉通知程序(接獲權利人之侵權事實存在通知後，應先將該通知轉與發信者，賦予其回覆反對通知之機會)：英國法、日本法，此兩種立法模式。

參酌日本提供者責任限制法第 3 條第 2 項第 2 款，網路服務提供者對於發信

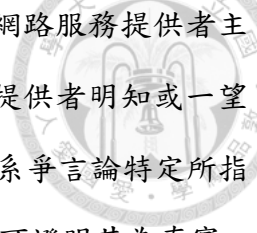


者的侵權責任免責事由規定⁷⁹⁶，網路服務提供者收到權利人通知後須轉通知發信者，如發信者經過七天而未為反對通知，則網路服務提供者刪除該流通之資訊，無須對發信者負損害賠償責任，而立法逐條說明中，第 2 款所謂「主張權利受侵害的資訊」即代表「現實上是否侵害權利上屬於不明狀態」⁷⁹⁷。本文認為此乃立法者刻意與同條項第 1 款「有相當理由認為該資訊流通侵害他人之權利」相呼應對照，而該第 1 款的規範要件則呼應同條第 1 項第 1、第 2 款，網路服務提供者應對於權利人因資訊流通所造成之損害負擔損害賠償責任之原因，僅限於「其明知該資訊流通及明知或有相當理由足認為該資訊之流通侵害他人權利」，是以應可推導出只要網路服務提供者將其收到的權利侵害通知轉通知與發信者，即可暫時在第一時間點認為其並不該當「明知該資訊流通及明知或有相當理由足認為該資訊之流通侵害他人權利」，亦無違反作為義務，而無需對於權利人損害之繼續發生負擔損害賠償責任。前述提及的日本學者見解，日本提供者責任限制法第 3 條第 2 項第 2 款之制度設計，實則類似於美國 DMCA 法案中之通知取下制度，亦即意圖使網路服務提供者在客觀上依法律規定完成一定程序後，即無須負擔民事損害賠償責任。但是日本法律規範中收到主張權利受侵害者的通知時，必須轉通知發信者，並經過一定期間未接到其回復後方得刪除該資訊，並非如美國 DMCA 法案中在接獲主張權利受侵害者的通知後，須立即刪除該爭議資訊，待發信者提出反對通知而對造亦未提起訴訟時，方回復該訊息。除了日本法上未有同美國 DMCA 法案就惡意通知的損害賠償責任為規定，且立法者認為其發信者顯名的反對通知亦對於言論自由與隱私權造成重大侵害之原因外⁷⁹⁸，此等轉通知制度所能達到的發信者言論自由保障功能亦甚鉅。

⁷⁹⁶ 參照前揭註 479。

⁷⁹⁷ 總務省，前揭註 461，頁 9。

⁷⁹⁸ 大村真一，前揭註 460，頁 15，註 11，頁 20。



從本章第一節第二項我國實務見解整理可得知，權利人向網路服務提供者主張誹謗性言論發生而侵害其名譽權的情況，多數並非網路服務提供者明知或一望即知該資訊侵害其權利的狀態，通常然有「一般社會大眾得否從系爭言論特定所指稱的對象」、「該言論是否為可受公評之事」、「該言論是否有證據可證明其為真實，或至少可得信其為真實」等爭議，是以本文認為，實務上網路服務提供者直接認定其為誹謗性言論而刪除之情形應極其稀少，網路服務提供者將權利人主張權利受侵害之通知轉通知於發信者，反而增加權利人救濟途徑之可能。至於網路服務提供者如為減少轉通知成本，而無論該誹謗性言論侵害權利事實是否已經明確，在收到通知後立即刪除該資訊，則應參酌日本提供者責任限制法第 3 條第 2 項，討論發信者對於網路服務提供者的言論自由侵害、契約違反損害賠償請求權，如何依我國民法行使之問題，此問題並非本論文主要處理的範圍，僅在結論中拋磚引玉式提及此問題。無論如何，本文認為美國 DMCA 法案通知取下制度之設計過度侵害發信者言論自由，且對於政治性公益性目的的爭議性言論而言，通知取下制度尤其容易成為欲掩蓋系爭資訊為社會大眾所知之手段，是以認為一般民事責任不得採取 DMCA 法案通知取下制度，而認為應參酌日本提供者責任限制法「轉通知制度」較為妥適。且此第一時間點網路服務提供者負擔轉通知作為義務的現象，亦與日本實務見解及學者在討論其在接獲通知後，未刪除該資訊是否違反作為義務時，數度強調的「代替手段之欠缺」及「代替手段之失敗」要件相符。

外國法上「實際知悉或推定知悉」或「明知或可得而知」之免責事由規定主觀要件，本文認為，如依最初美國 CDA 法案第 230 條「鼓勵網路服務提供者主動發現侵權行為事實之手段」此立法目的，即便網路服務提供者配合裝置當時通行技術之過濾或辨識系統，是否該當主觀要件皆須嚴格解釋，否則將變相課與網路服務提供者事前監督義務而成為私人檢查哨。又現今當代科技技術上，無法自動辨識誹謗性言論該當侵權行為與否，未來亦難以想見此類法官亦須具體個案判斷之爭議性

極高言論，委由電腦與以過濾的前提下，本文認為在誹謗性言論資訊流通而權利受侵害之類型中，單就系統化篩選結果似極難該當網路服務提供者「實際知悉或推定知悉」或「明知或可得而知」之情形，亦難因該過濾或辨識系統的存在認為網路服務提供者無須經權利人通知即發生作為義務，亦在此補充說明。

最後，此兩時點作為義務模式乃依權利人通知，而網路服務提供者是否違反作為義務而負擔損害賠償責任之問題，如權利人直接經由司法程序依民法第 18 條⁷⁹⁹要求網路服務提供者刪除該資訊，因已進入法院階段，可藉由法院審理是否該當侵害名譽權之誹謗性言論而具有不法性，直接賦予侵害排除之效果，則無須再課與網路服務提供者轉通知之程序。且在權利人對於網路服務提供者之訴訟程序進行中或提起訴訟程序前，如權利人為免訴訟程序費時耗日而權利受侵害之損害持續擴大，得依民事訴訟法之保全程序，亦即民事訴訟法第 538 條定暫時狀態假處分規定⁸⁰⁰，基於程序主體權選擇相對而言較迅速之權利保障程序為救濟，以網路服務提供者為相對人而聲請法院裁定命其刪除系爭資訊，無論權利人對網路服務提供者依民法第 184 條侵權行為一般通則性規定，或民法第 18 條侵害排除請求權提起訴訟，皆得經由該訴訟確認其「要求刪除資訊的法律關係」，故符合第 538 條第 2 項。然而，須特別注意者，此定暫時狀態假處分之法律效果為刪除系爭資訊，為(部分)滿足性假處分，其與實體法訴訟關係請求權達到部分相同(民法第 184 條)或完全相

⁷⁹⁹ 我國民法第 18 條乃一般人格權之保護規定，「I 人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。II 前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」，且該人格權之保護範疇，依民法第 195 條亦明文包含本文討論之名譽權、隱私權。侵害排除請求權的發生要件乃以「侵害之不法性」為核心，並不包含故意或過失。而該不法性之衡量基準，應採法益衡量原則，就受侵害的人格法益、加害人的權利以及社會公益，依比例原則而為判斷。參照王澤鑑(2008)，《民法總則》，二〇〇八年十月修訂版，頁 136-140，台北：自刊。

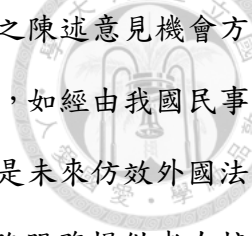
⁸⁰⁰ 第 538 條

於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。

前項裁定，以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限。

第一項處分，得命先為一定之給付。

法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有陳述之機會。但法院認為不適當者，不在此限。



同(民法第 18 條)的法律效果，因而法院應賦與雙方當事人充分之陳述意見機會方裁定刪除系爭資訊與否，以充分保障發信者之程序參與權。最後，如經由我國民事訴訟法取得法院的(定暫時狀態)假處分裁定、法院裁判書，抑或是未來仿效外國法立法設計的獨立第三機關或民間專門機構之判斷，則可認為網路服務提供者在接獲此等公信力機關之刪除通知後，該當「明知或可得而知」該資訊流通侵害他人權利，而有立即刪除之作為義務，因公信力機關已確實衡量權利人與發信者之利益，前述外國法及我國實務見解皆持相同見解，自不待言。

(三) 發信者逾期未回覆或該回覆顯無理由，則刪除該爭議資訊(第二時點作為義務)

網路服務提供者原則上將權利人主張權利侵害之通知轉通知與發信者後，雖然第一時間點之作為義務已完成，然並非終局性地免除所有責任。在發信者經過相當時間後仍未回覆反對通知之情形，本文認為參酌日本提供者責任限制法第 3 條第 2 項第 2 款，或可認為在發信者未為回覆之情形推定其不欲主張該資訊之相關權利，而網路服務提供者應站在保護權利人之立場，於第二時點負擔刪除該資訊之作為義務。也就是說，網路服務提供者因權利人之通知，而轉通知予發信者後，經過相當期間發信者未回覆反對通知時，網路服務提供者如未刪除此資訊，且刪除此資訊乃技術上可行時，則仍應認為其在第二時點違反作為義務而需負擔損害賠償責任。

又如該發信者確實於相當期限內回覆反對通知，然該反對通知之實質內容顯無理由者(並未就事實層面為爭執，僅回覆情緒性字眼、回覆無意義的字串等)，亦應認為該資訊侵害他人權利乃「明知或可得而知」，而網路服務提供者負刪除該資訊之作為義務。倘該發信者之回覆主張就事實面為爭執，只要網路服務提供者尚無法確認「一般社會大眾得否從系爭言論特定所指稱的對象」、「該言論是否為可受公



評之事」、「該言論是否有證據可證明其為真實或至少可得信其為真實」等爭議時，則無須在第二時點負擔刪除系爭資訊之作為義務。

或許會有質疑認為，在發信者未為回覆的相當期間後刪除該資訊將造成某程度之侵害言論自由，又或者課與網路服務提供者第一時點的轉通知義務與第二時點的刪除義務，雙重作為義務將增加網路服務提供者之負擔，筆者承認此等現象，然而，有關網路服務提供者的責任規範本即必然在三方權利義務之保障優劣順序中拉扯，無論採取何種見解皆必然造成他方權益的損害，本文僅於其間謀求一個適度的平衡，尋找不過度犧牲某方權利之折衷方案。實務上網路服務提供者多因成本考量對於爭議性資訊在未賦予發信者陳述意見之機會前，採取立即刪除之措施，此轉通知並給予一定回覆期間之規定，至少相較直接刪除該資訊同時達到保障發信者言論自由，及雙方武器平等的程序保障作用。而筆者亦詢問過現職資工從業人員，網路服務提供者收到權利人通知後，自動轉通知發信者的系統設計實為可行，且亦非困難之事，因而似未對於網路服務提供者加諸過重之負擔。況且對於網路服務提供者而言，只需在第一時點立即轉通知該發信者，並在超過合理回覆期間之第二時點刪除該爭議資訊即可免除責任，解決了法律安定性欠缺的責任狀態不明之相關成本。

綜上，法定通知形式要件搭配通知取下程序的第一時點刪除義務(DMCA 法案、歐盟電子商務指令、我國著作權法專章)，抑或是第一時點轉通知義務與第二時點刪除義務(英國法與日本法)，本文認為考量網路服務提供者、權利人及發信者三方之利益，應採取後者。此外，後者的法規範體系，採取之主觀歸責要件乃「明知或有相當理由知悉」(抽象輕過失標準)，亦維持我國一般侵權行為規定之故意或過失責任體系。



第二項 發信者個人資料之揭露義務

依美國法上統計資料顯示，被告援引 CDA 法案第 230 條作為抗辯的裁判中，41.2% 的案件包含匿名性的發信者⁸⁰¹，由此可知，網路言論匿名性問題的確造成原告主張原始發信者損害賠償責任之阻礙。然發信者個人資料之揭露與否，涉及發信者言論自由、個人隱私權價值，實不可不慎。

網路服務提供者在會員申請加入時，可能會要求其留下電子郵件信箱、個人身分證字號、個人手機號碼等，其保有此個人資料之目的除了網路服務提供者自身對於會員之優惠通知、使用約款變更之告知等內部聯繫外，亦有部份原因來自於網站的評價方法中，會員數的多寡亦為重要指標之一，擁有龐大的會員資料得以協助網路服務提供者進一步發展電子商務，或成為與欲取得此等會員資料之其他業者談判的籌碼⁸⁰²。為了避免網路服務提供者無端、恣意將使用者之個人資料用於約定特定目的以外，更甚者，將使用者個人資料移轉於第三方業者供其使用，抑或是相互間交換共享、將個人資料庫加以比對等情況，我國於民國 84 年完成了電腦處理個人資料保護法之立法(民國 99 年修正法規名稱為個人資料保護法)，對於網路服務提供者所持有處理之個人資料，基於隱私權之保護與以一定的規範⁸⁰³。

網路服務提供者通常依個人資料保護法第 19 條第 2 款及第 5 款，而有蒐集、處理使用者個人資料之權限⁸⁰⁴，真正成為問題者，乃嗣後網路服務提供者處理使用

⁸⁰¹ David S. A., *supra* note 3, at 487.

⁸⁰² 賴文智等三人合著(2001)，《網路事業經營必讀》，頁 159-160，台北：元照。

⁸⁰³ 賴文智等，前揭註 802，頁 160。

⁸⁰⁴ 個人資料保護法第 19 條規定：「非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：一、法律明文規定。二、與當事人有契約或類似契約之關係，且已採取適當之安全措施。三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。四、學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。五、經當事人同意。六、為增進公共利益所必要。七、個人資

此等資訊，是否為「特定目的必要範圍內為之」。何謂特定目的，須回歸網路服務提供者在會員加入時，所訂立的使用約款或隱私權保護條款等⁸⁰⁵，本文依照自己使用經驗及現今使用率較高的網路服務提供者為觀察，依約款或條款所得推導出之特定目的，不外乎確認會員資料、修改變更之確認或會員好康之通知等，論者亦認為此等個人資料通常是用來作為商業行銷及分析之用⁸⁰⁶，無論如何對於發信者的侵權責任追溯，無法成為特定目的之一環。如權利人欲要求網路服務提供者在特定目的外揭露(使用)使用者個人資料，則網路服務提供者之揭露須符合個人資料保護法第 20 條特定目的外利用的列舉情形⁸⁰⁷。


觀諸該條條文規定，較可能合法為特定目的外利用之情形，包含第 1 款「法律明文規定」、第 4 款「為防止他人權益之重大危害」及第 6 款「經當事人同意」。因我國並無如同日本創設實體法上發信者資訊揭露請求權，故依現行法制無法成立第 1 款；又在權利是否侵害狀態不明時，亦難以依第 4 款「為防止他人權益之重大危害」，要求網路服務提供者揭露該資訊，且須特別留意如認為網路服務提供者得自行解釋何謂「他人權益之重大危害」，且未如同日本提供者責任限制法第四條規定，明文網路服務提供者僅在故意或重大過失未揭露資訊時，方負擔損害賠償責任之前提下，網路服務提供者為了避免嗣後責任，可能在接到權利人請求後，不實質

料取自於一般可得之來源。但當事人對該資料之禁止處理或利用，顯有更值得保護之重大利益者，不在此限。八、對當事人權益無侵害。蒐集或處理者知悉或經當事人通知依前項第七款但書規定禁止對該資料之處理或利用時，應主動或依當事人之請求，刪除、停止處理或利用該個人資料。」

⁸⁰⁵ 賴文智等，前揭註 802，頁 164。

⁸⁰⁶ 賴文智等，前揭註 802，頁 166-167。

⁸⁰⁷ 個人資料保護法第 20 條：「非公務機關對個人資料之利用，除第六條第一項所規定資料外，應於蒐集之特定目的必要範圍內為之。但有下列情形之一者，得為特定目的外之利用：一、法律明文規定。二、為增進公共利益所必要。三、為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之危險。四、為防止他人權益之重大危害。五、公務機關或學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。六、經當事人同意。七、有利於當事人權益。非公務機關依前項規定利用個人資料行銷者，當事人表示拒絕接受行銷時，應即停止利用其個人資料行銷。非公務機關於首次行銷時，應提供當事人表示拒絕接受行銷之方式，並支付所需費用。」

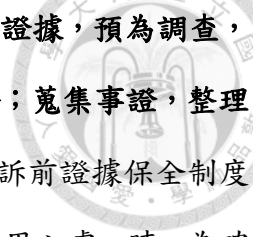


判斷即揭露該發信者個人資料，對於個人資料安全的維護有重大破綻；又當誹謗性言論有發生侵權行為之可能時，實難期待網路服務提供者轉通知發信者後，其同意揭露自己的個人資料與權利人，此時亦無法依本條第 6 款經當事人同意利用之。除非網路服務提供者在與使用者訂立使用約款時即明文約定，「當發生可能存在侵害權利之事實，經權利人請求時網路服務提供者得揭露使用者個人資料」此等約款，然而現行實務上使用者多不欲訂立此等約款而可能影響到該網站之使用率，而使得網路服務提供者亦不欲為之。且又會回到相同於第 4 款的問題，如網路服務提供者過度解釋「可能存在侵害權利之事實」將造成隱私權侵害過鉅之問題。

現行個人資料保護法並無合適的「特定目的外利用」之情形得以適用，且網路服務提供者如判斷錯誤，將依個人資料保護法第 41 條、47 條不當使用個人資料規定，受到刑事、行政上之制裁，亦形成腹背受敵的現象，本文認為仍應回歸我國民事訴訟法既有的起訴前證據保全制度為救濟。

民事訴訟法第 368 條規定：「證據有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，得向法院聲請保全；就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證。前項證據保全，應適用本節有關調查證據方法之規定。」；**第 370 條規定：**「證據保全之聲請應表明：一、他造當事人，如不能指定他造當事人者，其不能指定之理由。二、應保全之證據。三、依該證據應證之事實。四、應保全證據之理由。前項第一款及第四款之理由，應釋明之。」；**第 374 條規定：**「他造當事人不明或調查證據期日不及通知他造者，法院因保護該當事人關於調查證據之權利，得為選任特別代理人。第五十一條第三項至第五項之規定，於前項特別代理人準用之。」。

民國 89 年我國民事訴訟法經過大幅度修正，其中證據法修正中修訂了起訴前



證據保全制度之相關規定。學者指出此制度之目的，具有「保全證據，預為調查，以準備訴訟；確定事實關係，促成裁判外紛爭解決，以預防訴訟；蒐集事證，整理爭點，以達集中審理本案訴訟之諸多機能⁸⁰⁸」。向來通說對於起訴前證據保全制度認為乃調查證據而保全調查結果，故限於「證據有滅失或礙難使用之虞」時，為確保將來訴訟上發現真實之目的，避免影響裁判之正確性，為及時保全證據而先行調查⁸⁰⁹，除此情形外，須雙方當事人之同意方得進行。然而，先行調查證據程序不應限於他造同意時方與以承認，此制度可使當事人接近證據、了解真相，利用此程序作為證據蒐集手段，使他造或第三人開示訴訟相關之證據，助益於訴訟前紛爭解決或避免提起無益訴訟；況且現代醫療過失糾紛、產品責任或類似案件中，證據通常偏載在他造當事人，受害人如未能在訴訟前接觸該證據，豈難以憑據現有資料決定是否提出訴訟，亦無法或難以特定其聲明或主張⁸¹⁰。是以新修訂之證據保全制度加入了第 368 條第 1 項後段「就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請為鑑定、勘驗或保全書證。」，除傳統之證據保全作用外，兼具英美法上事證開示制度、德法獨立證據程序之機能⁸¹¹。

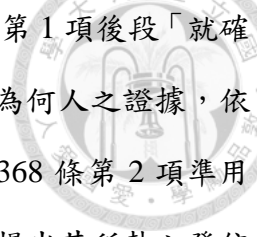
本文認為網路服務提供者所持有之發信者身分相關個人資料，就侵權責任成立要件而言，亦屬於權利人確認發信者為何人，並進而對其提出民事訴訟中之證據，也就是說，「誰才是侵權行為之加害人」此待證事實，需藉由第三人(網路服務提供者)提出所執之文書作為證據，以利權利人對於發信者之民事訴訟程序的進行，起訴前證據保全制度的事證開示功能，正可以協助權利人後續對於發信者之民事訴訟特定其聲明(特定訴訟當事人)。如同學者所言，新修訂之證據保全制度已非單純附麗於傳統訴訟程序之證據調查制度，而是當事人間獨立的「自證據調查開始之紛

⁸⁰⁸ 許士宦(2003)，〈起訴前之證據保全〉，《臺大法學論叢》，32 卷 6 期，頁 154，頁 160。

⁸⁰⁹ 許士宦，前揭註 808，頁 156，註 13。

⁸¹⁰ 許士宦，前揭註 808，頁 156-157。

⁸¹¹ 許士宦，前揭註 808，頁 160，頁 225。



爭處理、解決制度」⁸¹²，應肯認權利人得依民事訴訟法第 368 條第 1 項後段「就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時」，就加害人(發信者)為何人之證據，依民事訴訟法第 370 條聲請起訴前證據保全，其進行方式則依第 368 條第 2 項準用第 346 條⁸¹³，以發信者為對造，而聲請網路服務提供者(第三人)提出其所執之發信者個人資料，以利其後續對於發信者提起民事訴訟程序特定訴訟當事人。此保全證據調查之事實，將來有可能構成對於發信者之實體法上權利，則應肯認該當「有法律上利益並有必要」⁸¹⁴。況且我國民事訴訟法第 370 條第 1 款「如不能指定他造當事人者，其不能指定之理由」，明文證據保全制度肯認摸索證明，對於發信者為何人尚未知悉之情況下，仍得以其為聲請證據保全之對造並無疑義。

藉由起訴前證據保全程序獲取發信者個人資料之優點，不僅使權利人後續對於發信者之訴訟，可以遵守我國既有的民事訴訟法第 244 條起訴嚴格要式性(特定訴訟當事人)，亦可以在法有明文狀態下，依民事訴訟法第 348 條準用第 344 條第 2 項⁸¹⁵，由法院以不公開之方式針對系爭誹謗性言論是否構成侵權行為為初步的審酌，以決定網路服務提供者揭露系爭個人資料之必要性(是否侵害當事人隱私權)；且如法院認為有需要，在此聲明證據調查之過程中，得依民事訴訟法第 374 條，為匿名發信者選任特別代理人，免除美國法匿名訴訟抑或是日本法上權利人對於網

⁸¹² 許士宦，前揭註 808，頁 164。

⁸¹³ 第 346 條規定「聲明書證係使用第三人所執之文書者，應聲請法院命第三人提出，或定由舉證人提出之期間。第三百四十二條第二項及第三項之規定，於前項聲請準用之。文書為第三人所執之事由及第三人有提出義務之原因，應釋明之。」；第 342 條規定：「聲明書證，係使用他造所執之文書者，應聲請法院命他造提出。前項聲請，應表明下列各款事項：一、應命其提出之文書。二、依該文書應證之事實。三、文書之內容。四、文書為他造所執之事由。五、他造有提出文書義務之原因。前項第一款及第三款所列事項之表明顯有困難時，法院得命他造為必要之協助。」

⁸¹⁴ 許士宦，前揭註 808，頁 185。

⁸¹⁵ 第 344 條：「下列各款文書，當事人有提出之義務：一、該當事人於訴訟程序中曾經引用者。二、他造依法律規定，得請求交付或閱覽者。三、為他造之利益而作者。四、商業帳簿。五、就與本件訴訟有關之事項所作者。前項第五款之文書內容，涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，如予公開，有致該當事人或第三人受重大損害之虞者，當事人得拒絕提出。但法院為判斷其有無拒絕提出之正當理由，必要時，得命其提出，並以不公開之方式行之。」

路服務提供者之訴訟中，對於發信者程序權保障不足之批評；最後，起訴前證據保全制度之採用，可以達到一道訴訟程序解決紛爭之要求，直接由權利人與發信者進行嗣後之侵權行為損害賠償/侵害排除訴訟，得以避免日本學者對於發信者資料請求權，需花費兩道訴訟程序之勞力時間費用，方能使權利人得到最終救濟的批評。

需特別注意者，民事訴訟中起訴前證據保全制度要求對造或第三方提出書證，與實體法上請求交付、閱覽證據之請求權有所不同，此乃作為訴訟法所賦予之證明權具體化，當事人得要求他造(或第三人)開示資訊、證據，他造應協助於事案之解明⁸¹⁶。學者舉出病患欲提出醫療訴訟，因證據偏載之關係須要求醫師提出診療紀錄，即便實體法上尚未創設此權利，或是法院未形成穩定判例見解承認揭露之必要，尚非不得依起訴前證據保全制度為解決，使當事人接近證據之程序主體權獲得保障⁸¹⁷。即便實體法上肯認此診療紀錄揭露請求權，此種「預備性、手段性權利」，應以簡易、迅速程序與以實現，要求其以訴訟程序為之，似有違費用相當性原則；資訊請求權人依起訴前證據保全程序為之，不僅未增加醫師方本即在訴訟程序中即需負擔的提出書證義務負擔，又可以節省勞力時間費用而迅速、經濟實現其權利，應認為「有法律上利益並有必要」⁸¹⁸。又如股東或公司債權人依公司法第二百一十條⁸¹⁹得檢具利害關係證明文件，隨時要求查閱或抄錄公司之章程及簿冊，此實體法權利雖然不容否定而得以提起訴訟請求，但其本身未必有獨立之價值，且此種資訊宜在代表訴訟⁸²⁰等主要訴訟前獲得，依起訴前證據保全程序「對於此種資訊請求權

⁸¹⁶ 許士宦，前揭註 808，頁 188-189。

⁸¹⁷ 許士宦，前揭註 808，頁 189-190。

⁸¹⁸ 許士宦，前揭註 808，頁 190-191。

⁸¹⁹ 第 210 條規定：「除證券主管機關另有規定外，董事會應將章程及歷屆股東會議事錄、財務報表備置於本公司，並將股東名簿及公司債存根簿備置於本公司或股務代理機構。前項章程及簿冊，股東及公司之債權人得檢具利害關係證明文件，指定範圍，隨時請求查閱或抄錄。代表公司之董事，違反第一項規定，不備置章程、簿冊，或違反前項規定無正當理由而拒絕查閱或抄錄者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。」

⁸²⁰ 例如公司法第 214 條，股東得要求監察人代表公司對於董事提起訴訟之規定。第 214 條規定：「繼續一年以上，持有已發行股份總數百分之三以上之股東，得以書面請求監察人為公司對董事提

等手段性權利而言，應是適合其性質、目的之保護手段」⁸²¹。本文認為權利人對於網路服務提供者所持有之發信者個人資料請求權，無論有無法律明文，皆為手段性權利，以對於發信者真正提起後續訴訟為目的，並非本身具有獨立價值之權利，是以應由起訴前證據保全程序為解決，方符合此權利行使之性質及目的。

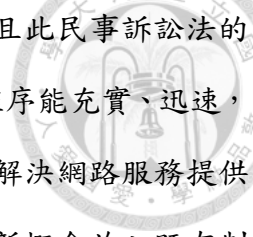
我國是否應仿效同日本提供者責任限制法第四條，訂立特別法而創設發信者個人資料揭露請求權，本文認為，參酌前述日本學者就實際運用上之統計結果，網路服務提供者對於訴訟外行使此實體法權利多半未為回應，因權利侵害情形明顯與故意或重大過失不予揭露方須負擔損害賠償責任此雙重要件，造成其對於未揭露而負擔損害賠償責任之成立機率極低，然而，如違反個人資料保存義務之法規，將可能受到刑事或行政上之懲罰，是以日本在創設此實體法請求權後，仍原則上須經由兩道訴訟程序，權利受侵害人方得真正從發信者獲得損害賠償，似無法達成立法者創設此實體法權利之目的。況且觀諸此資訊請求權之性質與目的，以及依我國民事訴訟法起訴前證據保全制度運用，反而減輕權利人、網路服務提供者之訴訟勞力時間費用負擔，又可對於發信者之程序參與權有所保障，應認為依現有條文為已足。

日本學者曾對於是否適用其國內之起訴前證據蒐集程序有所質疑，如欲依現行日本民事訴訟法現行的起訴前證據蒐集程序⁸²²，創設權利人與發信者在本案訴訟前，得向網路服務提供者請求揭露資訊的程序，需突破的難處在於，現行法對造具有證據提供的相應義務乃基因於此階段為「準」訴訟係屬中，但如何要求非訴訟

起訴訟。監察人自有前項之請求日起，三十日內不提起訴訟時，前項之股東，得為公司提起訴訟；股東提起訴訟時，法院因被告之申請，得命起訴之股東，提供相當之擔保；如因敗訴，致公司受有損害，起訴之股東，對於公司負賠償之責。」

⁸²¹ 許士宦，前揭註 808，頁 192-193。

⁸²² 參照前揭註 551。



當事人的第三人使該提供資訊成為義務則欠缺論理上的基礎。且此民事訴訟法的制度設計立法意旨，乃在於經起訴後爭點整理程序等而使審理程序能充實、迅速，似與發信者個人資料請求權欲達到的目的亦有所差異，亦無法解決網路服務提供者代替發信者成為實質當事人之問題，而認為是否果敢地將此新概念放入既有制度中應謹慎地討論方為妥適⁸²³。本文認為，我國之民事訴訟法就起訴前證據保全制度並不限於當事人間進行，第 368 條第 2 項明文準用「第三節證據」所有調查證據方法，亦包含對於第三人聲請文書提出之文書證據調查，且對造當事人為何，在車禍事故等案件中，本即需要藉由監視攝影機畫面、警察筆錄等一定證據之輔佐以證明之，同等，在權利人主張發信者之誹謗性言論相關訴訟中，此爭點亦為訴訟程序中待調查審理之對象，在起訴前經由證據保全程序確認此爭點，實亦可達到集中審理、充實審判進行之目的。故我國有關權利人請求發信者個人資料的取得，依據現行民事訴訟法起訴前證據保全程序應無窒礙難行之地方。

綜上，權利人得依起訴前證據保全制度請求網路服務提供者揭露發信者個人資料，但須特別注意權利人行使此種訴訟法上資訊請求權時，仍應依第 370 條第 2 項釋明其權利之存在，亦即網路服務提供者平台中流通資訊造成權利侵害之事實顯然存在等情況。此外，發信者個人資料較不具有「為免毀損滅失而不得賦予相對人參加程序」之理由，法院依第 371 條為保全證據之裁定前，應賦予相對人有陳述意見之機會，在是否構成權利侵害事實不明時，依照民訴第 374 條依職權為匿名發信者選任特別代理人，或至少就網路服務提供者賦予其言詞辯論或書面陳述之機會，此乃保障相對人之防禦權所必須⁸²⁴。

⁸²³ 山本和彥，前揭註 534，頁 158。

⁸²⁴ 許士宦，前揭註 808，頁 193-194。



第四章 結論



一、網路服務提供者不應全面性免責

1996 年日本「有關網際網路中資訊的流通」報告書⁸²⁵中，將網路與過去的媒體相比較，「網際網路將個人的資訊發信及資訊取得機會，大幅地擴張至全世界的規模，此為其擁有與過去的出版、通訊、放送媒體最大不同的特徵，此隱含了在政治、經濟、社會、文化之所有領域中，對於資訊傳遞及輿論形成的結構產生根本性的變革之可能性。……因此，可以將「網際網路」定位為實現高度資訊通訊社會中，個人基本人權之『資訊發信權』、『資訊取得權(又稱資訊受信權)』核心的媒體。」，維護網際網路上資訊的流通對於言論自由在現代社會中具有極度的重要性⁸²⁶。

然而，如同美國學者所言，著重於 CDA 法案第 230 條鼓勵新興網路發展的政策和目的，作為法條解釋時之考量，在網路服務提供者仍須被保護的 1997 年 Zeran 案發生當時或許可行，但至網際網路已明顯地具有強健本質的今日，法院仍「原封不動的保留幼兒輔助輪」則無法有其正當性⁸²⁷。美國法院過度擴張第 230 條的適用範圍而未區分出版者與散布者之不同，賦予互動電腦服務提供者在眾多的請求權情形下，全面性地免責並非妥適⁸²⁸。

二、網路服務提供者不負擔事前監督審查義務

⁸²⁵ 電気通信における利用環境整備に関する研究会(1996)，《インタ-ネット上の情報流通について 報告書》。

⁸²⁶ 堀部政男，前掲註 38，頁 8。

⁸²⁷ Olivera Medenica & Kaiser Wahab, Does Liability Enhance Credibility?: Lessons from the DMCA Applied to Online Defamation, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 237, 238–39 (2007); David L., *supra* note 5, at 385; 依據 Zeran 案法院指稱，網路服務提供者當時有約 1 億 2 百萬的使用者，而將其稱為「搖搖欲墜」，但到了 2008 年 6 月 NIELSON ONLINE REPORTS TOPLINE U.S. DATA 之統計，已有超過 16 億的活躍網路使用者。See David L., *supra* note 5, at 388, n 114.

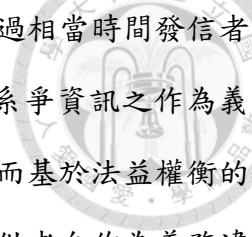
⁸²⁸ David L., *supra* note 5, at 402–411.



在確立資訊流通造成權利侵害發生時，網路服務提供者應負擔一定程度的民事責任後，考量「是否為誹謗性言論」、「是否構成侵害他人權利」尚且須搭配前後文、相關事實為分析，單就該「流通資訊本身」實難以完全自動化正確判斷是否該當侵權行為，且更遑論有判斷錯誤並非欲過濾、阻隔之標的資訊，以及不同國家法體系間判斷標準不同的情形，為了保障發信者言論自由及顧及網路服務提供者作為可能，原則上不得課與網路服務提供者事前監督發布資訊內容之義務，應無疑義，然而，網路服務提供者在接獲權利人通知後發生一定作為義務，該作為義務為何，參酌美國 DMCA 法案通知取下制度體系與英國、日本轉通知制度體系的立法模式，網路服務提供者所應遵循的行為準則在兩大模式中存在差異性。

三、網路服務提供者於接獲權利侵害事實存在之通知後，於第一時點發生轉通知之作為義務；經過相當時間發信者未回覆反對通知或該回覆顯無理由時，其於第二時點發生刪除系爭資訊之作為義務。如其違反作為義務，「自該時點起」與發信者發信行為成立一般侵權行為的競合，兩者為不真正連帶債務關係

依照我國法作為義務之理論基礎，網路服務提供者為發信者以外，唯一對於該權利侵害具有控制危險之事實上能力之主體，且基於特定營業/職業對於一定場所具有危險控制權(學說以引起他人信賴稱呼)，故承認其發生作為義務。需特別注意者，單純提供網路平台行為或是標榜允許發布匿名性言論的平台，皆不得認為該當危險前行為而使網路服務提供者發生作為義務，否則，將隱含對於匿名性言論的負面評價，而有侵害言論自由及通訊隱私權之疑慮。而至於作為義務之範圍，本文認為未賦與發信者陳述意見之機會，而直接因權利人單方面通知即立即刪除該流通資訊，將過度侵害發信者之言論自由，況且誹謗性言論是否造成名譽權侵害，其應當判斷之要件比著作權侵害與否之要件更為複雜之前提下，網路服務提供者在接



獲權利人通知之第一時點應負擔「轉通知」之作為義務，而當經過相當時間發信者未回覆反對通知或該回覆顯無理由時，方於第二時點發生刪除系爭資訊之作為義務。誠然，刪除義務之效果為最直接且有效之預防損害方式，然而基於法益權衡的考量下，應於第一時點僅負擔轉通知義務方為妥適。網路服務提供者自作為義務違反時起至資訊被刪除為止，與發信者成立「損害擴大部分」的侵權行為競合，並非自資訊發布時起之全部責任。

四、例外如網路服務提供者自身該當危險前行為時，其與發信者自資訊公布時起成立狹義共同侵權行為，負擔全部範圍的連帶賠償責任

惟此兩時點作為義務之行為準則仍具有例外，例如網路服務提供者「要求」發信者「必須」為侵害權利之資訊，則其該當共同發信者，而自資訊發布時起負擔共同侵權責任；又或者網路服務提供者未「要求」發信者為侵害權利資訊，然而，對於該等資訊造成直接誘發行為，則成立危險前行為(例如特地為定期票券創立一種銷售手法，以躲避定期票不得零售之責任追究)，而自完成危險前行為起，發生預防損害之作為義務，如出現此種權利侵害資訊，則亦應自資訊發布時起與發信者負擔共同侵權責任；最後，如該權利侵害事實之通知乃法院裁定、判決書，抑或是往後立法成立之獨立專責機關判斷，則應肯認網路服務提供者在接獲該等公信力機關之通知後，負擔立即刪除之作為義務，因該被侵害權利已與發信者言論自由經過法益權衡而予以評價。至於權利人直接向法院依民法第 18 條請求排除侵害而刪除該爭議資訊之情形，則直接由法院審酌誹謗性言論是否造成權利侵害，而決定是否予以刪除，與兩時點作為義務模式無涉，應予說明。又為及時達到權利救助之效果，權利人得善用我國民事訴訟法有關保全程序之定暫時狀態假處分之規定，但法院需特別注意此類(部分)滿足性處分之相對人陳述意見機會，方為妥適。

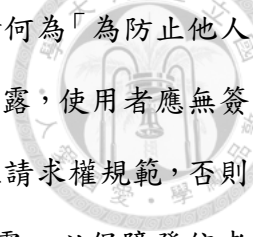
五、我國網路服務提供者之一般民事責任應回歸既有的侵權行為規範為涵攝適用，無須比照外國法訂立免責事由規定，亦無需援引著作權法第六章之一的免責事由規範



外國法上雖然在一般民事責任領域皆針對網路服務提供者訂立免責事由規定，且我國著作權法第六章之一亦有免責事由規定之存在，然而，本文認為基於著作權法專章之免責事由規定立法並非妥善、民事責任與智慧財產權責任之差異性，以及外國法免責事由規定訂立之立法權限劃分目的等理由，又我國一般民事侵權責任規範已足以建立起網路服務提供者的完整行為準則此前提下，因資訊流通而直接造成權利人權利侵害之網路服務提供者民事責任，應回歸我國既有民事體系之規範為已足，無須援引著作權法專章之免責事由規定，亦無需特別創設適用於民事領域之免責事由規定。又有關我國現行實務見解，在一般民事責任領域之網路服務提供者責任，雖然其未明確援引著作權專章作為論述依據，然似受該法影響以「資訊內容侵害他人權利為一望即知即負有刪除義務違反之損害賠償責任」為較多數之見解，基於前方理由本文不予贊同，希冀往後實務能將一般民事責任領域與著作權法專章規定脫鉤，依既有作為義務及一般侵權責任之故意或過失為要件之涵攝，方為妥適。又現行實務混亂之見解期能透過司法體系的上級審法院統一見解，並藉由判決的累積，達到漸趨一致之責任判斷標準，使網路服務提供者有所依循而具有法律安定性。

六、發信者個人資訊揭露應委由我國現行之起訴前證據保全程序，交由法院為揭露與否的暫時性判斷

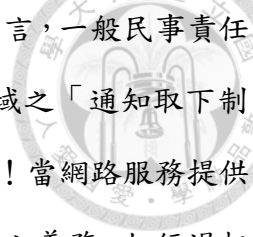
至於網路服務提供者是否因權利人之請求，而負有發信者個人資料揭露之義務，本文認為在現行個人資料保護法第 20 條明文規定，資料蒐集、處理之非公務



機關不得在特定目的外使用該資料，且網路服務提供者自行判斷何為「為防止他人權益之重大危害」又風險過大，而事先全面性請求使用者同意揭露，使用者應無簽訂意願之前提下，應認為除非我國仿效日本法明文創設實體法上請求權規範，否則不應肯認網路服務提供者得因權利人於訴訟外之請求而與以揭露，以保障發信者之隱私權及言論自由。觀諸日本法上學者就實體法規範實益所提出之質疑，本文認為應無創設實體法請求權之必要，而應回歸我國既有民事訴訟法起訴前證據保全程序為適用，因該程序之「就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時」，亦具有事案解明的事證開示功能，且「發信者為何人」亦為權利人主張加害人不法行為致其權益受損之待證事實之一，應認為權利人得將發信者作為預定訴訟對造，而以網路服務提供者作為聲請證據之相對人，請求法院依證據書證程序裁定網路服務提供者(第三人)文書提出義務，以利權利人對於真正發信者提起民事訴訟，以達一道訴訟程序解決紛爭，及保障發信者程序主體權，又無需動搖現行起訴狀法定要件之規定。我國之發信者個人資料揭露義務，乃訴訟法上義務而具有公法性質，並非於訴訟外直接請求之私法上實體權利規範，應予注意。

七、待解決之相關問題

如前所述，本文認為網路服務提供者自作為義務違反後，與發信者的發信行為成立一般侵權行為的競合，兩者為不真正連帶債務關係，有關不真正連帶債務人間、其與債權人間之法律關係，得否適用/類推適用連帶債務之相關規定，本文因為篇幅及自身能力的限制，尚未深入討論。期望自己及將來有志研究者皆能繼續朝此方向前進。又本文認為我國網路服務提供者之一般民事責任領域，實無須仿效外國法特別訂立免責事由規定。不過，如將來立法者仍認為有其立法必要性，本文認為首先須注意到，著作權等智慧財產權與民事領域之人格權、隱私權等權利本質上有所不同，此外，前述介紹美國 DMCA 法案及我國著作權法專章規範時，皆曾提及學



者們對於該等規範過於保護著作權人有所質疑及批判，結論上而言，一般民事責任領域的網路服務提供者免責事由規定並不適合引進著作權法領域之「通知取下制度」，否則將對於言論自由造成極為嚴重的負面影響，不可不慎！當網路服務提供者接獲權利侵害事實存在之通知時，首先應課與其轉通知發信者之義務，如經過相當期間(本文認為依照不同的權利性質，1~3 天或許為較適宜之時間長度)，發信者未為回覆反對通知或該回覆顯無理由者(未陳述任何理由或僅回覆情緒性字眼未就事實層面為爭執)，方課與網路服務提供者刪除該資訊之義務，方能平衡兼顧發信者與權利人權益。

此外，為防免網路服務提供者過度侵害發信者言論自由，建立其對於被不當刪除資訊的發信者負擔損害賠償責任，亦為一種解決之道，然實務上網路服務提供者通常皆事前與使用者簽訂使用約款，約定其得刪除資訊並無須負擔誤刪之任何責任⁸²⁹，參酌日本法提供者責任限制法對發信者免責事由規定，抑或是我國著作權法第六章之一第 90 條之 11 之規定，應認為網路服務提供者仍應負擔一定程度之損害賠償責任，而該定型化契約條款，應依民法或消費者保護法之規定失其效力，方可達到限制網路服務提供者過於恣意刪除爭議資訊的功用。有關此點，本文因篇幅所限，尚未處理，期待後續研究者繼續鑽研，以求有關網路服務提供者民事責任更為完整的討論。又，本文針對誹謗性言論所提出之網路服務提供者兩時點作為義務，在未經本人同意之個人資料公布等隱私權、肖像權侵害，抑或是侮辱性言論之存在時，相較而言，權利受侵害之判斷要件較為簡易清楚之此等類型，是否有其適用，本文認為應參酌各資訊所侵害之權利內涵、性質與法益權衡，在作為義務之範圍層級，依個案所需為具體涵攝，也因此回歸一般性民事責任規範為討論，方為最具有彈性，而無需因應時代發生的每個新興產業或每種不同之權利類型制定專法，方得

⁸²⁹ Rosa Julià-Barceló and Kamiel J. Koelman, *supra* note 40, at 233.

避免產生特別法架空一般性責任規範，於適用規定時過於紊亂而無所適從的問題。

最後，網路購物已成為現代社會中頻繁出現的消費態樣，關於此類「非資訊流通直接造成權利侵害」之網拍業者一般民事責任，也成為極度熱門且有待解決的新興議題。網拍業者與使用者共同建立的評價制度以及該平台本身的商譽信用，導致消費者信賴該等資訊進而透過此平台與拍賣店家締結買賣契約，此外，該網拍業者與拍賣店家合作刊登該拍賣店家的廣告、優惠活動訊息，使消費者趨向選擇此店家為締結契約的對象，此等網拍業者的經營模式應如何評價其責任，應如何依既有的作為義務理論為中心，架構出此等網路服務提供者所應遵循之行為準則，亦有待後續有志者為討論。



參考文獻

一、 中文文獻(依作者姓氏筆畫排列)

(一) 書籍

- 王泰銓(2008)。《歐洲聯盟法總論》。台北：台灣智庫。
- 王澤鑑(2008)。《民法總則》，二〇〇八年十月修訂版。台北：自刊。
- 王澤鑑(2009)。《侵權行為法》，二〇〇九年七月版。台北：自刊。
- 林子儀(1999)。《言論自由與新聞自由》。台北：元照。
- 邱聰智(2000)。《民法研究(一)》，增訂版。台北：五南。
- 邱聰智(2000)。《新訂民法債編通則(上)》。台北：輔仁大學法學叢書。
- 孫森焱(2008)。《民法債編總論上冊》，九十七年八月修訂版。台北：自刊。
- 陳人傑、陸義淋、戴豪君、郭佳玫、許華偉、周蕙蓮、楊婉艷、黃菁甯、邱皇錡、謝銘洋(2003)。《網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究》。台北：行政院經濟建設委員會。
- 陳忠五(2008)。《契約責任與侵權責任的保護客體》。台北：新學林。
- 鄭玉波(2002)。《民法債編總論》，修訂二版。台北：三民書局。
- 賴文智、劉承愚、顏雅倫(2001)。《網路事業經營必讀》。台北：元照。
- 謝銘洋、張懿云、陳人傑、吳宗樺、洪皓庭、葉家宇、王珮儀(2005)。《新加坡與澳洲著作權法現況與相關修正之研究：期末報告》。台北：經濟部智慧財產局。



(二) 專書論文/期刊論文

- 王千維(2002)。〈論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務(下)〉，《中正大學法學集刊》，8期，頁3-66。
- 王怡惠(2008)。〈德國電信服務法下訊息儲存服務提供者之法律責任〉，《科技法律透析》，20卷7期，頁15-20。
- 王怡蘋(2009)。〈著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁25-41。
- 王怡蘋(2010)。〈論侵權行為法之作為義務〉，《政大法學評論》，116期，頁47-102。
- 王澤鑑(2009)。〈法定扶養人為被害人支出醫藥費之求償關係〉，《民法學說與判例研究(四)》，頁186-189。
- 立法院公報處(2009)。〈立法院第7屆第2會期院會紀錄〉，《立法院公報》，98卷22期，頁104-130。
- 李治安(2014)。〈網路服務提供者民事免責事由之要件分析〉，收於：劉孔中(主編)，《國際比較下我國著作權法之總檢討》，頁451-490。台北：中央研究院法律學研究所。
- 李筱苹(2010)。〈侵權行為法〉，收於：王澤鑑(編)，《英美法導論》，頁185-231。台北：元照。
- 楊立新(2015)。〈网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任〉，《法律科學》，頁166-183。
- 林利芝(2010)。〈概論〉，收於：王澤鑑(編)，《英美法導論》，頁1-29。台北：元照。
- 林信和(2010)。〈不真正連帶債務的再探索〉，《月旦法學教室》，98期，頁14-15。
- 林美惠(1998)。〈論我國法上交易安全義務理論之建立〉，《臺大法學論叢》，28卷第1期，頁297-326。



- 高志明(2006)。〈網路拍賣服務提供者對於拍賣商品之法律責任——以日本法制及司法實務見解為借鏡〉，《萬國法律》，150期，頁19-28。
- 張乃文(2008)。〈談美國對於網站平台提供者揭露用戶資料規範及程序〉，《科技法律透析》，20卷11期，頁19-23。
- 張乃文(2009)。〈Web2.0網站平台管理之法制議題研析——以網路實名制與揭露使用者身份資料為中心〉，《科技法律透析》，21卷6期，頁42-60。
- 章忠信(2008)。〈網路服務提供者著作權侵害責任限制之立法思考與方向〉，《全國律師》，347期，頁28-44。
- 章忠信(2009)。〈二〇〇九年新修正著作權法簡析——網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁5-24。
- 許士宦(2003)。〈起訴前之證據保全〉，《臺大法學論叢》，32卷6期，頁153-232。
- 郭戎晉(2008)。〈「資訊儲存服務」提供者法律責任之研究——以日本實務新興發展為例〉，《科技法律透析》，20卷1期，頁13-18。
- 陳人傑(2002)。〈歐盟電子商務指令媒介服務提供者之責任規範〉，收於：資策會(編)，《數位法律時代》，頁146。台北：財團法人資訊工業策進會科技法律中心。
- 陳仲嶙(2011)。〈著作自由作為著作人格權的憲法基礎〉，《東海大學法學研究》，34期，頁49-63。
- 陳忠五(2012)。〈論「歐洲侵權責任法原則」的規範模式(上)〉，《月旦法學雜誌》，208期，頁186-212。
- 陳忠五(2015)。〈民事責任法專題研究：契約責任與侵權責任的區別〉，《民事責任專題課程講授大綱》(未出版)，頁1-11。
- 陳龍昇(2014)。〈網路服務提供者商標間接侵權責任〉，《中原財經法學》，33期，頁193-253。
- 陳聰富(2004)。〈論侵權行為法上之過失概念——最高法院九十年度台上字第一六八二號民事判決評釋〉，《臺大法學論叢》，33卷4期，頁145-204。



陳聰富(2013)。〈共同侵權之責任分擔〉，《法令月刊》，64卷1期，頁6-29。

馮震宇(2013)。〈網路服務提供者與商標間接侵權責任之研究〉，《智慧財產權月刊》，175期，頁5-27。

劉孔中(2002)。〈著作人格權之比較〉，《臺大法學論叢》，31卷4期，頁1-42。

蔡蕙芳(2004)。〈用戶著作權侵權之網路服務業者責任〉，《科技法學評論》，1卷，頁295-344。

蕭憲文(2009)。〈初論網路平台之侵權行為法律責任〉，《萬國法律》，168期，頁2-10。

(三) 學位論文

林美惠(2000)。《侵權行為法上交易安全義務之研究》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，台北。

黃乃瑩(2012)。《網路交易平台業者民事責任之建構：以第三人引起之網路交易詐欺案件類型為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，台北。

(四) 網路文獻

自由時報(2015)。《中國網路實名制上路在即 各界掀起反對聲浪》，載於：
<http://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/1205680>。

科技新報(2015)。《連 NCC 都反對的網路霸凌專法，看看韓國曾施行的實名制經驗借鏡》，載於：<http://technews.tw/2015/04/30/real-name-system-taiwan/>。

英國金融時報中文網(2011)。《韓國互聯網實名制的教訓》，載於：
<http://big5.ftchinese.com/story/001042302?full=y>。

資策會(2009)。《2009年台灣線上購物市場現況 再創高峰-台灣網購市場規模預估3116億》，載於：<https://mic.iii.org.tw/micnew/IndustryObservations>

[PressRelease02.aspx?sqno=173](#)。

網易見證(2012)。《韓國網路實名制興廢始末》，載於：
http://play.163.com/special/jianzheng_44/。



二、 日本文獻(依日文姓氏字母排列)

(一) 書籍

インターネット上の情報流通の適切確保に関する研究会(2000)。《報告書》。

経済産業省(2016)。《電子商取引及び情報財取引等に関する準則》。

潮見佳男(2011)。《不法行為Ⅱ》。東京：信山社。

情報通信の不適正利用と苦情対応の在り方に関する研究会(1999)。《報告書》。

総務省(2001)。《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-逐条解説-》。

総務省総合通信基盤局消費者行政課(2014)。《プロバイダ責任制限法》，改訂増補版。東京：第一法規。

電気通信における利用環境整備に関する研究会(1996)。《インターネット上の情報流通について 報告書》。

電子情報とネットワーク利用に関する調査研究会(1996)。郵政省電気通信局監修，
《高度情報通信社会日本の岐路—安全なネットワーク・危険なネットワーク》。
東京：第一法規。

橋本佳幸(2006)《責任法の多元的構造：不作為不法行為・危険責任をめぐって》。
東京：有閣斐。

吉村良一(2010)。《不法行為法》。東京：有斐閣。

利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会(2011)，《プロバイダ責任制限法検証に関する提言》。



(二) 專書論文/期刊論文

- ジョン・ミドルトン(2012)。「名譽毀損法の改正動向—プロバイダ等の責任に関するイギリスの最新事情」,堀部政男監修,《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 196-203。
- 山本隆司(2012)。「不開示に関する重過失の解釈—最三判平成 22・4・13 民集 64 卷 3 号 758 頁」,堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 109-115。
- 山本和彦(2012)。「提訴を容易にするための手続的方法」,堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 150-160。
- 森亮二(2003)「都立大学事件」,岡村九道編《サイバー法判例解説別冊 NBL No.79》,頁 4-5。
- 大村真一(2012)。「プロバイダ責任制限法の概要—法の概要と制定 10 年後の検証の概要」,堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 13-21。
- 大谷和子(2003)。「サイバー法判例解説 別冊 NBL No.79」,岡村九道編,《ニフティサーブ「現代思想フォーラム」事件》,頁 98-99。
- 大谷和子(2012)。「プロバイダ責任制限法名譽毀損・プライバシー関係ガイドラインの概要」,堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 35-42。
- 町村泰貴(2003)。「サイバー法判例解説 別冊 NBL No.79」,岡村九道編,《2ちゃんねる動物病院事件》,頁 58-59。
- 町村泰貴(2012)。「発信者情報開示請求権の法的性質」,堀部政男監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》,頁 143-149。
- 長瀬貴志(2012)。「プロバイダ等の作為義務」,堀部政男監修,《プロバイダ責任制



限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》, 頁 89-99。

藤原宏高(2012)〈プロバイダ責任制限法 施行 10 年—ニフティサーブ事件を振り返りながら〉,《NBL 9 8 2 号》, 頁 1。

堀部政男(2012)。「インターネット上の情報流通とプロバイダ責任制限法の制定前史」, 同監修《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》, 頁 3-12。

鈴木秀美(2012)。「テレメディア法と判例法理—プロバイダ等の責任に関するドイツの最新事情」, 堀部政男監修,《プロバイダ責任制限法 実務と理論 別冊 NBL No.141》, 頁 190-195。

三、 英文文献(依英文姓氏字母排列)

(一) 書籍

Lucky, R. W., & Eisenberg, J. (Eds.). (2006). *Renewing US Telecommunications Research*. National Academies Press.

Van Eijk, N., Van Engers, T. M., Wiersma, C., Jasserand, C., & Abel, W. (2010). *Moving Towards Balance: A Study into Duties of Care on the Internet*. WODC/University of Amsterdam.

(二) 專書論文/期刊論文

Altenberg, M. (2012). *Playing the Mysterious Game of Online Love: Examining an Emerging Trend of Limiting Sec. 230 Immunity of the Communications Decency Act and the Effects on E, Dating Websites*. *Pace L. Rev.*, 32, 922-954.

Ardia, D. S. (2010). *Free Speech Savior or Shield for Scoundrels: An Empirical Study of Intermediary Immunity Under Section 230 of the Communications Decency Act*.



- Loyola of Los Angeles Law Review, 43(2), 373-506.
- Baistrocchi, P. A. (2002). Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce. *Santa Clara Computer & High Tech. LJ*, 19, 111-130.
- Bezanson, R. P. (1985). Libel Law and the Realities of Litigation: Setting the Record Straight. *Iowa L. Rev.*, 71, 215-234.
- Dyer, R. J. (2014). The Communication Decency Act Gone Wild: A Case for Renewing the Presumption Against Preemption. *Seattle University Law Review*, 37(2), 837-863.
- Ehrlich, P. (2002). Communications Decency Act § 230. *Berkeley Technology Law Journal*, 401-419.
- Julià, Barceló, R., & Koelman, K. J. (2000). INTERMEDIARY LIABILITY: INTERMEDIARY LIABILITY IN THE E, COMMERCE DIRECTIVE: SO FAR SO GOOD, BUT IT'S NOT ENOUGH. *Computer Law & Security Review*, 16(4), 231-239.
- Koelman, K. J. (2000). Online Intermediary Liability. In P. Bernt Hugenholtz [Ed.], *Copyright and electronic commerce: legal aspects of electronic copyright management*, 7-57. London:Kluwer Law Intl.
- Kuczerawy, A. (2015). Intermediary liability & freedom of expression: Recent developments in the EU notice & action initiative. *Computer Law & Security Review*, 31(1), 46-56.
- Lukmire, D. (2010). Can the Courts Tame the Communications Decency Act: The Reverberations of *Zeran v. American Online*. *NYU Ann. Surv. Am. L.*, 66, 371-412.
- Omer, C. (2014). Intermediary Liability for Harmful Speech: Lessons from Abroad. *Harv. J. Law & Tec*, 28, 289-324.
- Sloot, B. (2015). Welcome to the Jungle: the Liability of Internet Intermediaries for Privacy Violations in Europe. *Journal of intellectual property, information technology*

and electronic commerce law, 6(3), 211-228.

(三) 網路文獻



A clean and open Internet: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries, Retrieved from http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/clean-and-open-internet_en.htm

Commission Communication to the European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and The Committee of Regions, A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-Commerce and online services {SEC(2011) 1640 final}, p. 13, ft. 49. Retrieved from <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:EN:PDF>

Dacam, P. (2013). Uk : Dafamation (Operators of Websites) Regulations 2013. Retrieved from <http://www.hoganlovells.com/en/blogs/data-protection-blog/uk-defamation-operators-of-websites-regulations-2013>

EuroISPA. (2015). European Parliament adopts a non-binding resolution on tackling radicalization. Retrieved from <http://www.euroispa.org/policy-committees/intermediary-liability/>

Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC). Retrieved from http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm

The New York Times(2011). Naming Names On the Internet. Retrieved from http://www.nytimes.com/2011/09/05/technology/naming-names-on-the-internet.html?_r=0 °

Woods, L. (2016). Delfi vs Estonia judgement explained. In Media Policy Project Blog. The London school of economics and political science. Retrieved from

<http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2015/06/16/the-delfi-as-vs-estonia-judgement-explained/>

