以比較法觀點規範網路服務提供者於防制性隱私內容外流之責任與義務*

蕭　郁　溏**

要　目

壹、前　言
貳、美國網路服務提供者之安全港條款
一、安全港條款概論
二、網路服務提供者與網路內容提供者之差異
三、安全港條款於美國實務案例之運用
㈠網路服務提供者不須因執行傳統編輯之功能而為內容負責
㈡網路服務提供者若僅擔任傳訊者則毋庸對內容負責
㈢網路服務提供者不須為性隱私內容外流之內容負責
參、課予網路服務提供者就性隱私內容外流之責任與義務
一、課予網路服務提供者就性隱私內容外流之責任
二、美國網路著作權侵害責任限制法之「通知—移除程序」義務

元照出版提供 請勿公開散布

DOI：10.3966/102398202018090154003

* 作者感謝匿名審查委員耐心且用心地審查本論文，提供寶貴的具體修改意見，提升本文論理之深度與廣度，使本文更臻完整流暢。

** 資訊工業策進會科技法律研究所法律研究員，交通大學科技法律研究所碩士。

投稿日期：一〇六年七月三日；接受刊登日期：一〇七年五月二十四日
責任校對：蘇淑君

三、課予網路服務提供者就性隱私內容外流之「通知—移除程序」義務
㈠直接將性隱私內容外流套用於OCILLA之困難
㈡為性隱私內容外流之情形創設「通知—移除程序」義務
四、性隱私內容外流採用「通知—移除程序」義務之挑戰與反思
㈠被遺忘權
㈡刪除權
㈢小　結
五、各國立法例規範網路服務提供者之責任與義務
㈠歐盟電子商務指令
㈡歐盟一般資料保護規則
㈢日本ISP責任限制法
㈣英國數位經濟法
㈤小　結
肆、我國法制現況與分析
一、數位通訊傳播法草案
㈠數位通訊傳播服務提供者之定義
㈡本草案課予數位通訊傳播服務提供者之責任與義務
㈢小　結
二、從隱私權與個人資料保護的觀點再出發
伍、結　論

試閱版提供　請勿公開散布

摘　要

「違反本人意願散布性隱私內容」之入罪化，近來已成為國際法制之改革重點。然，該如何規範網路服務提供者就此內容之責任與義務，經散布的性隱私內容該如何移除，亦是法制上的難題。被害人最在乎的往往是有否可能主張事前權利保護或事後救濟。由於美國通信端正法和網路著作權侵害責任限制法為許多國家規範網路服務提供者之參考對象，故本文以案例分析探討通信端正法之利與弊，並自隱私權觀點分析被遺忘權與刪除權，再以比較法探究「通知—移除程序」義務之規範，藉此釐清網路服務提供者之責任與義務。最後，以個人資料保護法和數位通訊傳播法草案出發，研析被遺忘權與刪除權於我國適用的可能，檢討我國法制之現況並提出立法建議。

光照出版提供　請勿公開散布

關鍵詞：復仇式色情、違反本人意願散布性隱私內容、隱私權、著作權、網路服務提供者、通知—移除程序、被遺忘權、刪除權、個人資料保護法、數位通訊傳播法草案

壹、前 言

色情片2.0風潮[1]，即俗稱的裸照外流[2]，在網路使用白熱化的世代已逐漸加劇[3]，色情片2.0網站已成為報復和傷害他人的場域，但被害人卻對這些網站束手無策[4]。網路上的性隱私內容外流主要有三方關係，一為散布的行為人，一為被害人，一為網路平臺。依據美國通信端正法（The Communications Decency Act, CDA）[5]為網路服務提供者（Internet Service Provider）設計之安全港條款（safe harbor provision）[6]，網路服務提供者得以登載各種不同的言論內容，而免於因發布者上傳的內容負擔責任[7]。面對性隱私內容外流，安全港條款讓網路服務提供者可置身事外，即便消極地不予理會也不會受到法律制裁[8]。趨勢上，目前美國各州已陸續透過修

元照出版提供 請勿公開散布

1 色情片2.0之稱呼來自於網路互動社群Web 2.0之定義，用以指稱使用者可上傳並散布自行製作的色情片。Ann Bartow, *Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 799, 801 (2008).

2 裸照外流和復仇式色情（revenge porn）爲一般俗稱。由於裸照外流事件不僅出於復仇心態，更包含其他網路駭客、網路霸凌等情狀，故美國學術多用Nonconsensual Pornography稱之，本文譯爲「違反本人意願散布性隱私內容」。有關中譯出處，參照蕭郁溏，性隱私內容外流風波——從美國立法例論我國違反本人意願散布性隱私內容之入罪化，科技法律透析，28卷10期，頁31，2016年10月。

3 Ariel Ronneburger, *Sex, Privacy, and Webpages: Creating a Legal Remedy for Victims of Porn 2.0*, 21 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 1, 2 (2009).

4 *Id.* at 6.

5 Communications Decency Act of 1996, 47 U.S.C. § 230.

6 *Id.* § 230(c)(2)(A).

7 Dalisi Otero, *Confronting Nonconsensual Pornography with Federal Criminalization and a "Notice-and-Takedown" Provision*, 70 U. MIAMI L. REV. 585, 596 (2016).

8 DANIELLE KEATS CITRON, HATE CRIME IN CYBERSPACE 168 (2014).

訂刑法來制裁散布行為人[9]，刑事制裁雖可對潛在散布行為人加以嚇阻並抑制犯罪，但犯罪結果一旦發生，卻未有明確的法律規範網路服務提供者的配合義務，被害人無法要求網路服務提供者移除性隱私內容。如此一來，刑事制裁散布的行為人事實上對被害人沒有太大的效益，網路服務提供者因安全港條款之庇護而免於受到州法之制裁，性隱私內容仍得留存在網路上供人觀看、下載，被害人的損害絲毫未減輕[10]。

由於現今較為知名且使用率較高的網路服務提供者多為美國企業，如Google、Facebook、Instagram、YouTube，以及Twitter等，故本文於第貳部分自美國實務案例出發，探討美國安全港條款之缺失。儘管美國已有多個州修訂刑法制裁行為人，但在安全港條款之保護傘下，搜尋引擎等網路平臺皆無處理性隱私內容外流之法定義務[11]。多數濫用性隱私內容以獲取鉅額利潤之情色網站也因明知被害人甚難主張權利，更深知被害人通常無足夠財力與資源聘僱律師提起著作侵權或民事訴訟，故刻意忽視被害人移除內容之要求[12]。

9 目前美國已有34個州刑法和華盛頓特區刑法將此行爲入罪化。國際上，另有加拿大、英國（英格蘭和威爾斯）、日本、澳洲（維多利亞州和南澳大利亞州），以及菲律賓等以刑法制裁違反本人意願而散布之行爲人。蕭郁溏，日本情色報復受害防制法之評析，科技法律透析，29卷2期，頁21，2017年2月。惟，根據非營利機構網路公民權益行動（Cyber Civil Rights Initiative）最新資料統計（截自2018年5月），美國已有38個州刑法和華盛頓特區刑法將此行爲入罪化，https://www.cybercivilrights.org/revenge-porn-laws/，最後瀏覽日：2018年5月31日。

10 Amanda L. Cecil, *Taking Back the Internet: Imposing Civil Liability on Interactive Computer Services in an Attempt to Provide an Adequate Remedy to Victims of Nonconsensual Pornography*, 71 WASH. & LEE L. REV. 2513, 2534 (2014).

11 Peter W. Cooper, *The Right to Be Virtually Clothed*, 91 WASH. L. REV. 817, 825 (2016).

12 CITRON, *supra* note 8, at 172.

鑑於網路服務提供者似有濫用美國安全港條款的現象，故為完善被害人的事後救濟，讓違反本人意願而遭散布之性隱私內容可消失在全世界最公開的場域：網路。本文於第參部分爬梳學術文獻，以多數國家規範網路服務提供者之主要參考範例：美國數位千禧年著作權法（Digital Millennium Copyright Act, DMCA）[13]的「通知—移除程序」（notice-and-takedown procedure）義務作為基礎，研析CDA之缺失，並探討課予網路服務提供者就性隱私內容外流負有「通知—移除程序」義務之可能。又，同時透過比較歐盟、日本和英國針對網路服務提供者之責任與義務規範，一方面強調美國創設之「通知—移除程序」義務與免責誘因已被多數國家採納與應用，一方面也同時凸顯美國現階段僅於著作權保護之領域始適用「通知—移除程序」義務與免責誘因，有損性隱私內容外流之被害人事後救濟之可能，以倡導修正CDA之急迫性。其中，更搭配學術文獻與立法、判決實務共同自隱私權保護之觀點發展出的被遺忘權與刪除權，結合國際立法例就網路服務提供者之責任與義務之分析，探究上述兩種權利和「通知—移除程序」之請求權競合，思考如何有效提供性隱私內容外流之被害人更完善的救濟與保護。最後，於第肆部分以我國數位通訊傳播法草案為基礎，檢視我國個人資料保護法之缺失，提出修法建議供立法者參考，以利規範網路服務提供者就性隱私內容外流之責任與義務。

貳、美國網路服務提供者之安全港條款

為釐清網路平臺是否負擔網路不法行為所生之責任，應先區分該責任應為網路平臺自己行為的不法責任，抑或是使用者自己行為

13 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860.

的不法責任。由於網路平臺於自己行為不法時，即屬違法行為之主體，故可依行為責任理論解決，較無爭議。惟，網路平臺究竟是否應對其使用者之不法行為負責，責任範圍該如何界定始不會影響網路自由發展，則為各國立法欲解決的問題[14]。

一、安全港條款概論

美國紐約最高法院（New York Supreme Court）於一九九五年在*S*tratton Oakmont案中[15]，認定網路服務提供者因握有編輯權限且可對內容進行判斷，故應對其使用者之內容負責[16]。此判決致使任何過濾或分類內容的行為都被視為編輯，讓稍有針對內容進行管制的網路服務提供者負擔比以往更重的責任，嚴重降低網路服務提供者透過自治和自律管制非法內容的意願[17]。

基於此，美國國會為正視Stratton Oakmont案可能帶來的影響，故於一九九六年通過CDA，明文免除互動式電腦服務（Interactive Computer Service）出版人及發表人之責任，提升網路管理者運用編輯並控制網路內容的意願[18]。CDA一方面鼓勵網路自由發展，承認網路帶給公眾的利益不容小覷[19]，一方面保障未成年

此版本僅供試閱，請勿公開散布。

14 黃文哲，數位通訊傳播法對網際網路服務提供者責任規範，NCC NEWS，10卷11期，頁16，2017年3月。

15 Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co., No. 31063/94, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

16 *Id.* at *3.

17 Varty Defterderian, *Fair Housing Council v. Roommates.com: A New Path for Section 230 Immunity*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 563, 565-66 (2009).

18 財團法人資訊工業策進會科技法律中心，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，頁44，2003年12月。

19 47 U.S.C. § 230(a)(3)-(5) (“The Internet and other interactive computer services offer a forum for a true diversity of political discourse, unique opportunities for

可在新興的網際網路中享有安心且安全的使用環境[20]。CDA安全港條款的核心立法宗旨[21]，係在肯定互動式電腦服務若行善意的努力（good faith），而非消極的不作為，即可無須對使用者的非法言論負責[22]。CDA第230條(c)「善良撒馬利人條款」（Protection for "Good Samaritan" blocking and screening of offensive material）乃重點條文[23]，該項第1款規定[24]，「互動式電腦服務提供者或使用者，就非出於己的資訊內容，不應被視為出版人及發表人[25]。」第230條提供互動式電腦服務自我監管的彈性，不因未能即時移除爭議內容而負擔責任，並適時就實際參與實體內容之互動式電腦服務設有免責範圍[26]。CDA自通過至今已超過二十年，美國法院多寬鬆解釋互動式電腦服務可享的免責範圍，尤其當該內容係由第三人所提供時，美國已有多筆判決認定互動式電腦服務不須為第三方所提供之

元照出版提供 請勿公開散布

cultural development, and myriad avenues for intellectual activity. The Internet and other interactive computer services have flourished, to the benefit of all Americans, with a minimum of government regulation. Increasingly Americans are relying on interactive media for a variety of political, educational, cultural, and entertainment services.").

20 Otero, *supra* note 7, at 596.

21 47 U.S.C. § 230(c)(2)(A).

22 李治安，網路服務提供者民事免責事由之要件分析，載：國際比較下我國著作權法之總檢討，頁466，2014年12月。

23 Layla Goldnick, *Coddling the Internet: How the CDA Exacerbates the Proliferation of Revenge Porn and Prevents a Meaningful Remedy for Its Victims*, 21 CARDOZO J.L. & GENDER 583, 601 (2015).

24 47 U.S.C. § 230(c)(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.").

25 郭戎晉，網路言論傳播中介者責任與其免責規範之研究——以美國通訊端正法實務發展爲中心，科技法律透析，23卷4期，頁22，2011年4月。

26 Goldnick, *supra* note 23, at 601.

內容負責[27]，案例的情形亦不乏性隱私內容外流和網路騷擾等情形[28]。此外，美國亦有法院判決根據CDA之安全港條款，認定即便爭議內容未經參與者同意而散布，互動式電腦服務仍不須為第三人所提供之爭議內容負責[29]。總結美國法院判決之論理，乃基於任何在網站上發布內容者皆應被視為發布者（publisher），而互動式電腦服務僅如同「空的書報雜誌架」（empty news rack）供使用者放置內容並展示於眾，採被動和中立之立場而未實際參與實體內容，故認定互動式電腦服務落於安全港條款之範圍而享有免責[30]。參看多數網路平臺的運作模式，確實多未實際參與第三方使用者所創造或發展的內容，如YouTube或Facebook都係由會員自行上傳內容，網路平臺僅作為展示平臺供使用者使用。如是，網路平臺恰如被動地作為布告欄，在CDA的安全港條款保護下可消極地忽略使用者之移除請求[31]。

元照出版提供　請勿公開散布

27 Carafano v. Metrosplash.com Inc., 339 F.3d 1119, 1122-24 (9th Cir. 2003) [hereinafter *Carafano*]（法院認定根據CDA，網路約會媒合服務不因第三方使用者創造假帳戶而須為其產生之誹謗言論負責）；Zeran v. Am. Online, Inc., 129 F.2d 327, 334-35 (4th Cir. 1997) [hereinafter *Zeran*]（法院認定CDA排除服務提供者需要為第三方所上傳的誹謗言論負責）；Doe v. MySpace, Inc., 474 F. Supp. 2d 843, 846-50 (W.D. Tex. 2007)（法院認定當未成年人於網路上交友而被性侵害時，根據CDA，互動式網路MySpace不須為該過失行為負責）；Barnes, 2005 U.S. Dist. LEXIS 280614（法院認定CDA免除Yahoo!須為使用者上傳其前女友之裸照負責）。

28 *See Carafano*, 339 F.3d 1119 at 1124.（法院認定提供網路媒合的服務提供者因未在產生假帳戶中擔任實質參與的角色，故不須為由第三人創造的假帳戶並造成被害人遭到威脅和性騷擾的語音訊息和電子郵件負責）。

29 Barnes v. Yahoo! Inc., 570 F.3d 1096 (9th Cir. 2009) [hereinafter *Barnes*]; Kaitlan M. Folderauer, *Not All is Fair (Use) in Love and War: Copyright Law and Revenge Porn*, 44 U. BALT. L. REV. 321, 332 (2015).

30 Cooper, *supra* note 11, at 828.

31 Ronneburger, *supra* note 3, at 16.

二、網路服務提供者與網路內容提供者之差異

一般來說，網路服務提供者之類型大致可分為網路連線服務提供者（Internet Access Provider, IAP）、網路平臺服務提供者（Internet Platform Provider, IPP），以及網路內容提供者（Internet Content Provider, ICP），本文認為此種分類方式較為淺顯易懂[32]。實務上並不刻意區分服務的類型，網路市場競爭激烈，許多網路平臺並不單純經營特定一項業務，而可能同時兼具提供連線、接取服務，並於入口網站提供資訊內容，甚至是電子郵件和網頁搜尋等三者皆具的綜合型一站式網路服務提供者[33]。根據我國著作權法第3條第1項第19款之規定，網路服務提供者區分為四種類型：連線服務提供者、快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者，以及搜尋服務提供者。然而，CDA卻特別將「互動式電腦服務」和「網路內容提供者」加以區分。CDA將互動式電腦服務定義為：「提供或可使多方使用者電腦接取至電腦伺服器的任何資訊服務、系統、或接取軟體，具體而言即包括提供網際網路接取的系統或服務，以及由圖書館或教育機構所經營的系統或提供的服務[34]。」將網路內

元照出版提供 請勿公開散布

[32] 郭戎晉，同註25，頁27。美國法制上之用語卻不盡相同，除了通信端正法外，美國1997年的資料隱私法（Data Privacy Act, H.R. 2368）和2001年的社會安全線上隱私保護法案（Social Security Online Privacy Protection Act, H.R. 91）皆使用互動式電腦服務。但數位千禧年著作權法（DMCA）則使用服務提供者（Service Provider）。使用網路服務提供者之用詞者則有1999年的網路自由與寬頻建設法案（Internet Freedom and Broadband Deployment Act, H.R. 2420）和色情與行銷攻擊管制法案（Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act, S. 2542）。

[33] 黃文哲，同註14，頁15。

[34] 47 U.S.C.A. § 230(f)(2) ("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

容提供者定義為：「任何對於藉由網路或任何其他互動電腦服務而創造或發展資訊應負部分或全部之責的人或主體[35]。」有鑑於互動式電腦服務相當於一般人所熟悉的網路服務，本質乃為「被動通路」（passive conduit）[36]，僅提供網頁和通訊管道予使用者，內容則由使用者產出並提供。互動式電腦服務完全不參與內容之創造與產出，實質內涵事實上乃近似於網路服務提供者[37]。為呼應CDA認定網路內容提供者依法應對內容負部分或全部之責，並比較互動式電腦服務之定義，本文將依循CDA之立法架構，將互動式電腦服務之提供者或使用者稱之為「網路服務提供者」，並和「網路內容提供者」之定義有所區隔。此區分亦可從CDA第230條(c)(1)窺見端倪，該條文規定若系爭內容係由其他網路內容提供者所提供，則互動式電腦服務之提供者或使用者即非該內容之發布者或發言者，並得免責[38]。

元照出版提供　請勿公開散布。

網路內容提供者因對登載於網路上的內容負產出或發展之部分或全部責任，故不適用安全港的免責條款[39]。網路服務提供者和網路內容提供者的差異在於，前者不實際參與網路平臺中的內容，故

---

service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions"). 條文之中譯可參考財團法人資訊工業策進會科技法律中心，同註18，頁15。

35 *Id.* § 230(f)(3) ("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 computer service.").

36 Ronneburger, *supra* note 3, at 12.

37 郭戎晉，同註25，頁26-27。

38 47 U.S.C. § 230(c)(1).

39 Fair Housing Council of San Fernando Valley, et al. v. Roommates.com, et al., 521 F.3d 1157, 1162 (9th Cir. 2007) [hereinafter *Fair Housing*].

該內容產出的相關責任與網路服務提供者無關，但後者則為內容提供者本身，自應承擔內容所產出的相關責任[40]。須特別注意的是，網路服務提供者若仍有涉及內容之創作或修改，亦可同時被視為網路內容提供者[41]，亦即網路服務提供者非可必然對於內容主張免責[42]。任何網路平臺之經營者都可能同時扮演主動的網路內容提供者和被動的網路服務提供者，端視網路平臺之經營模式是否有參與內容之產出、創造、發展或修改，依內容之屬性個案判斷[43]。若網路服務提供者邀請使用者上傳非法內容或主動自行上傳內容，則仍不得享有免責[44]。

為凸顯網路服務提供者和網路內容提供者之差別，本文將以二〇〇三年的Carafano v. Metrosplash案（以下簡稱Carafano案）和二〇〇八年的Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates案（以下簡稱Fair Housing案）作為案例參考。於Carafano案中[45]，一名柏林的不明使用者在Matchmaker.com的網頁上上傳女演員Chistianne Carafano的假檔案，包含住家地址、電話號碼和電子郵件，該位女演員Chistianne Carafano本人於是提告。原告主張Matchmaker.com因提供欄位供填寫而產出個人檔案，故可視為內容的創造者，但第九巡迴上訴法院否定原告此主張。法院認為，若網路平臺之經營者提供資訊時未鼓勵或誘引，則仍可享有免

此為試閱版，請勿公開散布。

40 *Id.* at 1164; Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc., 776 F. Supp. 135, 140 (S.D.N.Y. 1991).

41 *See Fair Housing*, 521 F.3d 1157 at 1164.（本案因要求使用者於註冊會員時須回答其所設定的問題，而被視爲內容提供者。）

42 Goldnick, *supra* note 23, at 602.

43 Ronneburger, *supra* note 3, at 14.

44 Jones v. Dirty World Entm't Recordings, LLC, 766 F. Supp. 2d 828, 836 (E.D. Ky. 2011).

45 *See Carafano*, 339 F.3d 1119 at 1122.

責，編輯或編纂使用者提供的資訊並不使網路平臺成為網路內容提供者[46]。

然而，二〇〇八年的Fair Housing案似推翻了Carafano案之見解[47]。判決事實為，Roommates.com要求會員於輸入個人資料預設表單時，填入自己的性傾向和期待的室友性傾向和性別喜好等，系統便會自動演算並配對會員喜好，再將配對結果提供給欲出租房屋和承租的會員[48]。Roommates.com主張該些喜好內容是由會員自行提供，故Roommates.com不應被視為內容的發布者（publisher）[49]。然而，第九巡迴上訴法院認定，因Roommates.com乃預設表單之創作者，已積極影響並發展爭議內容，故可視為事實上的網路內容提供者，不得依CDA主張免責事由[50]。網路平臺不會因有其他第三方作為網路內容提供者而影響其本身亦得作為網路內容提供者之可能[51]。若網路平臺透過架設系統之預設或建置營運模式而與內容產生互動，則網路平臺將對該內容有產出或發展上的影響，可被視為網路內容提供者[52]。

三、安全港條款於美國實務案例之運用

為釐清網路服務提供者於何種情形可免於就其登載之內容負責，本文將透過三個美國實務判決之論述，具體描繪CDA安全港條款賦予網路服務提供者的免責範圍。從美國法院之推理，可得知

46 Goldnick, *supra* note 23, at 605.
47 *See Fair Housing*, 521 F.3d 1157 at 1172.
48 *Id*. at 1161-62.
49 *Id*. at 1162.
50 *Id*. at 1175-76.
51 Goldnick, *supra* note 23, at 605-06.
52 *Id*. at 602-03.

CDA於實務應用上賦予網路服務提供者頗為優惠的免責空間。

㈠網路服務提供者不須因執行傳統編輯之功能而為內容負責

以Zeran案為例[53]，美國第四巡迴上訴法院認定網路服務提供者不須因進行「傳統編輯之功能」而負擔內容之相關責任（not liable for exercising a publisher's "traditional editorial functions"）。該案之判決事實為某匿名者於AOL之訊息版上傳假資訊，聲稱Kenneth Zeran販售下流的奧克拉荷馬州衣服，並載有Kenneth Zeran的電話號碼。自該資訊上傳五天內，Kenneth Zeran將近每兩分鐘就收到一通威脅電話。原告Kenneth Zeran主張CDA不影響散布人（distributor）的責任，僅設有發布人的免責事由，聲稱AOL身為散布人不得主張免責。第四巡迴上訴法院否定原告Kenneth Zeran的主張，認定散布人的責任亦屬發布人責任之分支，AOL僅進行「傳統編輯之功能」，故亦可享有第230條之免責事由。法院認為，任何由第三方使用者提供的資訊，服務提供者皆可因第230條之規定享有聯邦位階的免責權[54]。當網路平臺被認定屬網路服務提供者時，原告將因CDA之安全港條款而無從對網路服務提供者主張權利[55]。

㈡網路服務提供者若僅擔任傳訊者則毋庸對內容負責

以Batzel案為例[56]，原告Robert Smith為一名雜物工，因懷疑其在Ellen Batzel住處所修繕的物品可能為二次大戰納粹非法蒐集遺留的物品，故寄送電子郵件予被告Ton Cremers，即博物館安全網路

53 *See Zeran*, 129 F.3d 327 at 330.
54 *Id.* at 330.
55 Ronnneburger, *supra* note 3, at 15.
56 Batzel v. Smith, 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003).

之管理人，告知詳情。而後，Ton Cremers將資訊轉傳予該網路之訂閱戶，此消息因而公開。原告Robert Smith事後得知訊息被公開後，因違反本人的意思，故向法院提告。Ton Cremers主張不論內容提供者Robert Smith的意思為何，仍可主張免責，但第九巡迴上訴法院否定Ton Cremers之主張，法院認定Ton Cremers如此廣義解釋第230條之免責事由有違CDA之立法目的。

然而，之後Craigslist案[57]推翻了Batzel案之見解[58]，第七巡迴上訴法院認定網路服務提供者Craigslist僅提供「電子交會場域」（electronic meeting place）予使用者互動，擔任「傳訊者」（messenger）而非「發布者或發言者（speaker）」[59]。Craigslist提供場域並不會導致內容之產出，亦不會促使任何人上傳特定內容，故Craigslist屬網路服務提供者，適用安全港條款。

㈢網路服務提供者不須為性隱私內容外流之內容負責

美國法院實務中曾出現性隱私內容外流之判決，如Barnes案[60]。本案原告Cecilia Barnes在結束與前男友之感情關係後，前男友偽裝為Cecilia Barnes本人，並在被告Yahoo!的網站上刊載假帳號資料，上傳未經Cecilia Barnes本人同意或不知情而拍攝的裸照，進而對網友提出類似援交的邀請[61]。Cecilia Barnes之後寄信要求被告Yahoo!移除系爭影像與內容，但Yahoo!不予理會，原告憤而基於被告未能

57 Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights Under Law v. Craigslist, 519 F.3d 666 (7th Cir. 2008) [hereinafter *Craiglist*].

58 Goldnick, *supra* note 23, at 605.

59 *See Craiglist*, 519 F.3d 666 at 671-72.

60 *See Barnes*, 570 F.3d 1096 at 1098.

61 *Id.* at 1098.

移除系爭裸體影像而提起訴訟[62]。原審奧勒岡州地方法院（District Court of Oregon）根據CDA第230條，駁回原告之訴[63]。本案經原告上訴，美國第九巡迴上訴法院認定本案不適用CDA第230條，其理由在於Yahoo!的員工之後曾答應將移除系爭內容，根據「允諾禁反言」（promissory estoppel），Yahoo!不得自食其言，Cecilia Barnes有權利要求Yahoo!實現其承諾[64]。本上訴法院判決乍看對性隱私內容外流的被害人有利，但事實上本判決也相當於承認若網路服務提供者從未答應被害人移除該內容，網路服務提供者即可避免相關責任，致使未來網路服務提供者將不會主動答應使用者類似的承諾[65]。本於第九巡迴上訴法院於Barnes案之論理，由於判斷網路服務提供者是否負擔責任應取決於該網路服務提供者是否符合CDA之「發布者」[66]，故CDA將賦予網路服務提供者主張免責之空間。從本判決可推知，對於被害人而言，直接主張私法上的違約可能還相對容易能獲得勝訴[67]。

僅供學術使用提供 請勿公開散布

參、課予網路服務提供者就性隱私內容外流之責任與義務

網路服務提供者在CDA安全港條款之保護下，可消極地對其所登載的內容不予理會，忽視被害人因該內容的轉載所受的損害，

62 *Id.*

63 Barnes v. Yahoo! Inc., No. Civ. 05-926-AA, 2005 WL 3005602, at *1-4 (D. Or. Nov. 8, 2005).

64 *See Barnes*, 570 F.3d 1096 at 1107-09.

65 Ronneburger, *supra* note 3, at 14; Goldnick, *supra* note 23, at 612-13.

66 *See Barnes*, 570 F.3d 1096 at 1102.

67 Goldnick, *supra* note 23, at 605.

並非無疑。以上述三個判決為例，其損害可能包含對本人之名譽權及隱私權侵害，以及轉載著作物的著作權侵害。是故，為適度限縮安全港條款所觸及的範圍，保障網路使用者的權益，第三部分將以學術文獻和比較法之討論出發，分別探討網路服務提供者就性隱私內容外流所應負之責任與義務，作為未來修法建議與配套措施之論理基礎。

一、課予網路服務提供者就性隱私內容外流之責任

CDA安全港條款不僅為網路服務提供者的民事免責安全港，更是「州刑法」之免責安全港，唯獨聯邦刑法之刑事責任不受CDA之影響[68]。CDA第230條(e)(3)規定，CDA若與其他法產生適用衝突時，不得依據任何與CDA不相符之州法或地方法提起訴訟或課予責任[69]。美國CDA作為聯邦的安全港條款，可架空州政府的法律，凡與CDA相衝突的州法皆不適用[70]。美國部分州政府更於州刑法中直接明文排除網路服務提供者之刑事責任，與CDA之意旨相符。如華盛頓州規定若內容係由第三方使用者提供，符合CDA第230條(f)(2)定義之互動式電腦服務即得享有免責[71]，北卡羅萊納州和北達科達州之州刑法亦同[72]。夏威夷州則是規定「電子通訊服

68 47 U.S.C.A. § 230(e)(1).

69 *Id.* § 230(e)(3) ("Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section.").

70 *Id.*

71 WASH. REV. CODE § 9A.86.010(4)(a) ("This section does not impose liability upon the following entities solely as a result of content provided by another person: (a) An interactive computer service, as defined in 47 U.S.C. Sec. 230(f)(2).").

72 N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-190.5A(d) ("Exceptions.--This section does not

務」或「遠距電腦服務」不須對第三方使用者提供之內容負刑事責任[73]。CDA第230條(e)(3)之規定一方面限縮了被害人主張民事損害賠償之可能，一方面也對任何有意立法課予網路服務提供者刑事責任之州政府造成阻礙[74]。目前美國共有38個州外加華盛頓特區將性隱私內容外流入罪化，但刑事處罰的對象皆僅限行為人，不包含網路服務提供者。此乃因網路服務提供者在CDA安全港條款之保護下可免於州刑法之責，故州政府根本無從立法對網路服務提供者課予刑法制裁。以美國奧勒岡州的犯罪嫌疑人之大頭照（mugshot）作為反例，曾有網站「主動蒐集」並濫用犯罪嫌疑人的大頭照，並以移除作為籌碼向當事人勒索來賺取利潤，由於該類網站被視為CDA中的「發布者」，故不受CDA的安全港條款保護[75]。CDA之安全港條款不保護被視為「發布者」的「網路內容提供者」[76]，故州政府便可自行立法禁止網路平臺濫用的行為[77]。如此，奧勒岡州才得以立法保護事後經判無罪的受害人，禁止網路平臺濫用犯罪嫌疑人的大頭照[78]。奧勒岡州的立法體現了大眾「知」的權利與個人隱私權保護的權利衡平，但以現行性隱私內容外流而論，針對非屬發

apply to any of the following: (3) Providers of an interactive computer service, as defined in 47 U.S.C. § 230(f), for images provided by another person."); N.D. CENT. CODE ANN. § 12.1-17-07.2(4) ("This section also does not apply to: a. an internet service provider or interactive computer service, as defined in 47 U.S.C. 230(f)(2)").

73 HAW. REV. STAT. ANN. § 711-1110.9(1)(b)(ii).

74 Goldnick, *supra* note 23, at 627.

75 Emily Poole, Comment, *Fighting Back Against Non-Consensual Pornography*, 49 U.S.F. L. REV. 181, 188 (2015).

76 Cooper, *supra* note 11, at 836.

77 OR. REV. STAT. ANN. § 646A.806.

78 *Id*.

布者之「網路服務提供者」，州政府無權立法干涉[79]。

CDA安全港條款優先於州法或地方法之規定，致使若未以聯邦法位階修訂相關規範，州政府即便立法以刑事制裁網路服務提供者，對被害人而言仍毫無用武之地[80]。Layla Goldnick認為，最能有效防制性隱私內容外流的方法乃直接修正CDA，針對刻意徵求和散布性隱私內容之網站加以課責，不得受到CDA安全港條款之保護[81]。此外，Danielle Citron和Ali Grace Zieglowsky同樣認為應直接修正CDA，針對專門利用性隱私內容外流進行勒索（sextortion）並從中獲利且營利之網路平臺，應完全排除其適用CDA安全港條款的可能，避免網路平臺遁入網路服務提供者之範疇而享有免責[82]。Mary Anne Franks認為根據第九巡迴上訴法院於Fair Housing案的論述，可推論法院認定積極徵求性隱私內容以作為勒索手段之網站即為該些內容之共同創作者，屬CDA之發布者而不受安全港條款保

元照出版提供 請勿公開散布

79 Christian Gaston, *John Kitzhaber to Sign Oregon Law Regulating Mug Shot Web Sites*, OREGONIAN, July 29, 2013, *available at* http://www.oregonlive.com/politics/index.ssf/2013/07/john_kitzhaber_to_sign_oregon.html (last visited: 2018.05.31).

80 有論者強調以聯邦立法或修法之方式來修正CDA所框定的免責範圍。Zak Franklin, *Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites*, 102 CALIF. L. REV. 1303, 1334 (2014); Poole, *supra* note 75, at 187.

81 Goldnick, *supra* note 23, at 626.

82 Danielle Citron, *Revenge Porn and the Uphill Battle to Pierce Section 230 Immunity (Part II)*, CONCURRING OPS., Jan. 25, 2013, *available at* http://concurringopinions.com/archives/2013/01/revenge-porn-and-the-uphill-battle-to-pierce-section-230immunitypart-ii.html (last visited: 2018.05.31); Ali G. Zieglowsky, *Immoral Immunity: Using a Totality of the Circumstances Approach to Narrow the Scope of Section 230 of the Communications Decency Act*, 61 HASTINGS L.J. 1307, 1323-27 (2010).

護，不得享有免責[83]。惟，Danielle Citron雖同意Mary Anne Frank之推論，但仍認為有直接修正CDA之必要。因明文限制積極徵求性隱私內容之網站不得享有安全港條款之免責，方能確保在Fair Housing案後能統一法院見解，維持法院判決一致性[84]。Danielle Citron更直接草擬CDA之修正條文：「針對任何刻意鼓勵網路跟蹤或違反本人意願散布性隱私內容，且藉由移除賺取獲利，或主要從事網路跟蹤或違反本人意願散布性隱私內容之網站，第230條不得限制或擴張民事或刑事責任之適用[85]。」然而，有批評認為本建議之後段文義容易限於主觀判斷，網路平臺可能會主張其網站另包含其他內容，故不符合「主要從事」（principally host）之要件。是故，其建議將造成不主要從事勒索，但同時包含性隱私內容和其他內容的網站不落入本法的適用範圍，而得主張免責[86]。Danielle Citron認為，CDA賦予網路服務提供者廣泛的免責範圍，與CDA本身之立法意旨不符[87]。在CDA安全港條款廣泛的免責範圍下，州政府的條文皆不適用，僅有將刑事責任制定於聯邦法位階始能有效嚇阻網路服務提供者消極不處理性隱私內容外流之情形，或積極抑制

此論文版權僅供個人學術研究使用，請勿公開散布。

83 Danielle Keats Citron & Mary Anne Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 WAKE FOREST L. REV. 345, 386 (2014).

84 *Id*.

85 "Nothing in Section 230 shall be construed to limit or expand the application of civil or criminal liability for any website or other content host that purposefully encourages cyber stalking or nonconsensual pornography and seeks financial remuneration from its removal or that principally hosts cyber stalking or nonconsensual pornography." *See* Citron, *supra* note 8, at 175-76.

86 Goldnick, *supra* note 23, at 603.

87 Danielle Citron, *Revenge Porn and the Uphill Battle to Sue Site Operators*, CONCURRING OPS., Jan. 25, 2013, *available at* http://concurringopinions.com/archives/2013/01/revenge-porn-and-the-uphill-battle-to-sue-site-operators.html (last visited: 2017.11.23).

「性勒索」的發生[88]。CDA安全港條款使網路服務提供者面對性隱私內容外流時無相關義務，讓網路服務提供者在沒有誘因的情形下不願主動協助被害人[89]。Peter W. Cooper認為，應修法限縮CDA安全港條款的免責範圍，尤其應課予刑事責任，正如美國奧勒岡州立法禁止「網路內容提供者」（發布者）濫用犯罪嫌疑人大頭照之立法例，未來應修正CDA並以聯邦位階直接規範，或提供州政府立法規範「網路服務提供者」之責任與配套義務的裁量空間[90]。透過限縮CDA安全港條款之適用範圍，方得使聯邦或地方政府得適度規範「網路服務提供者」之刑事與民事責任。

美國加州眾議院議員Jackie Speier已於二〇一六年七月中旬提出私密隱私保護法案（Intimate Privacy Protection Act, IPPA）[91]，另於二〇一七年十一月下旬提出終止違反本人意願線上使用者圖像騷擾法案（Nonconsenual Online User Graphic Harassment (ENOUGH) Act of 2017）[92]，希望以聯邦立法統一州刑法之落差，加強防制性隱私內容外流[93]。該法案要求網路服務提供者於收到被害人申訴通知時須立即採取「通知—移除程序」，方能同時享有民

此為試閱版，請勿公開散布。

88 Otero, *supra* note 7, at 608.

89 Goldnick, *supra* note 23, at 624.

90 Cooper, *supra* note 11, at 845.

91 Intimate Privacy Protection Act, H.R., 114th Cong. (2nd Sess. 2016); 蕭郁溏，美國擬推聯邦私密隱私保護法案，防制情色報復將邁向聯邦法位階，資策會科技法律研究所，2016年10月，http://stli.shinjan-digi.com/article-detail.aspx?no=16&tp=1&i=77&d=7532，最後瀏覽日：2018年5月31日。

92 Chris Morris, *Revenge Porn Law Could Make It a Federal Crime to Post Explicit Photos Without Permission*, FORTUNE, Nov. 28, 2017, *available at* http://fortune.com/2017/11/28/revenge-porn-law/ (last visited: 2018.02.21).

93 Goldnick, *supra* note 23, at 625.

事和刑事免責[94]。Danielle Citron和Mary Anne Franks皆認為[95]，議員Jackie Speier的法案將可能修訂於二〇一三年十月一日正式生效的美國聯邦反跟蹤法（Federal Anti-Stalking Statute）[96]。因CDA的免責範圍本不得延伸至聯邦法律，故該法案不會影響原初CDA為網路服務提供者設計的安全港條款，且該法案明文課予網路服務提供者刑事責任，加強釐清刑事責任之追究，進而有效遏止「性勒索」[97]。然而，以聯邦法課予網路服務提供者刑事責任仍可能遭到立法批評，且聯邦法位階之強度可能會對言論自由造成衝擊，與CDA之立法意旨存有危險平衡[98]。

二、美國網路著作權侵害責任限制法之「通知—移除程序」義務

美國為因應網路快速傳播的影響，加強保護著作權並減緩著作侵權[99]，於一九九八年通過DMCA[100]。DMCA使「規避有效控制著作物存取的科技技術」成為犯罪行為，故任何供使用者規避著作權保護之數位科技以進行製造或散布的行為都為DMCA所禁止，並課予民事和刑事責任[101]。DMCA為了課予網路著作權侵害更嚴苛的制裁，透過刑事處罰，將不當製造和散布而侵害著作權的網路科技

94 Otero, *supra* note 7, at 603.
95 Citron & Franks, *supra* note 83, at 389-90.
96 18 U.S.C.A § 2261A.
97 Citron & Franks, *supra* note 83, at 389-90.
98 Goldnick, *supra* note 23, at 625.
99 Brandon Brown, Note, *Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 437, 443 (2008).
100 Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).
101 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A).

繩之以法[102]。由於CDA之免責事由於智慧財產權保護時並不適用[103]，故網路服務提供者若明知有第三方使用者上傳涉有侵權之內容卻不移除，將因促使或實質促成侵權行為而可能構成著作權法的輔助侵權，不受到安全港條款之保護[104]。然而，為避免不當對網路服務提供者課責，DMCA本身亦替網路服務提供者設有著作權侵權之安全港條款，確保網路服務提供者不因單純登載侵權之著作物而須負擔過嚴苛之責任，適度鼓勵網路自由發展。

DMCA第二章（Title II）第512條稱作網路著作權侵害責任限制法（Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, OCILLA）[105]，俗稱安全港條款，又稱DMCA責任限制法。OCILLA規範四類服務，即「暫時性數位化網路傳輸」（transitory digital network communication）、「系統自動存取」（system caching）、「依使用人要求進行資訊存取的系統或網路」（information residing on system or networks at direction of users），以及「資訊搜尋工具」（information location tools）。其中，就後兩者「依使用人要求進行資訊存取的系統或網路」及「資訊搜尋工具」強調若欲進入安全港條款，須「對使用者涉有侵權行為不知情」[106]。若知情，則應履行「通知—移除程序」義務，於移除內容或使連結位址失效後，方可免於著作權輔助侵害責任之追究[107]。

此版權所有，請勿公開散布。

102 *Id.* § 1204(a)(1)-(2); Ronneburger, *supra* note 3, at 24.

103 47 U.S.C. § 230(e)(2).

104 Laura Rybka, *ALS Scan, Inc. v. Remaro Communities, Inc.: Notice and ISPS' Liability for Third Party Copyright Infringement*, 11 DEPAUL-LCA J. ART. & ENT. L. & POL'Y 479, 492 (2001).

105 17 U.S.C. § 512.

106 李治安，同註22，頁459。

107 17 U.S.C. § 512(c) ("Information residing on systems or networks at direction of users"); § 512 (d) ("Information location tools"); Otero, *supra* note 7, at 589;

此外，網路服務提供者應設有特設管理人（designated agent），專門收受潛在著作侵權之通知[108]。CDA和OCILLA都提供網路服務提供者就第三方使用者所提供的內容享有一定程度的免責範圍，但OCILLA輔助侵權之免責事由設有額外的條件限制，即著名的「通知—移除程序」義務[109]。CDA與OCILLA之免責範圍存有些許差異，OCILLA僅規範網路服務提供者可享有民事免責，但原告仍可向法院就網路服務提供者之行為聲請禁制令，且OCILLA只針對法律明定的四類服務提供者作規範[110]。若欲落入OCILLA的免責範圍，網路服務提供者尚須建立、公告並執行完整的「通知—移除程序」，並採取著作權保護措施[111]。儘管OCILLA有其弊病，遭到一些程序濫用或制度上的批評[112]，但仍有認為OCILLA在著作權人之著作權保護和網路服務提供者之限制責任間達到良好的平衡。此外，OCILLA在CDA無法觸及的範圍內另為網路服務提供者創設程序義務並提供民事免責誘因[113]。

為因應CDA鼓勵網路自由發展之立法意旨，OCILLA以免責事由作為誘因，課予網路服務提供者「通知—移除程序」義務[114]。

David Haskel, *A Good Value Chain Gone Bad: Indirect Copyright Liability in Perfect 10 v. Visa*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 405, 415 (2008).

108 *Id.* § 512(c)(2).

109 Ronneburger, *supra* note 3, at 28.

110 李治安，同註22，頁466。

111 李治安，同註22，頁466。

112 Jennifer M. Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH L.J. 621, 681-83 (2006).

113 Joshua Urist, Note, *Who's Feeling Lucky? Skewed Incentives, Lack of Transparency, and Manipulation of Google Search Results under the DMCA*, 1 BROOK. J. CORP. FIN. & COM. L. 209, 227 (2006).

114 17 U.S.C. § 512.

OCILLA使原對於有侵害著作權情事不知情之網路服務提供者，一旦收到著作權侵害之通知後便應立即採取行動和配套措施，始能享有免責[115]。根據OCILLA之規定，網路服務提供者和著作人面對著作權侵害之情事皆應有所作為，且一旦履行，網路服務提供者便享有免責。網路服務提供者不僅須於收到通知後立即移除或封鎖該內容之連結[116]，更須設有特設管理人收受著作權侵害之通知[117]。此外，該通知必須包含經著作權人委任代表之紙本或電子簽名，以及著作權確實受到侵害之善意聲明，以及據稱受有侵害之內容和檢舉方之聯絡資訊[118]。特設管理人需初步認定該通知是否符合OCILLA條文之要求，以及該內容是否應移除。若確定移除該內容，網路服務提供者之特別部門應通知被檢舉之侵權人，而該侵權人則可提出反通知說明該內容遭不當移除之善意聲明[119]。接著，網路服務提供者將等待著作人十至十四日，視其是否有提起著作權侵害訴訟，若無，網路服務提供者即可將該內容重新置回網頁上[120]。在被侵權人行使「通知—移除程序」的過程中，被侵權人於特定情形下有提起侵權訴訟之必要，也僅有提起訴訟才能確保其著作不被持續侵權[121]。若網路服務提供者未履行上述程序，則可被控告輔助侵權（contributory infringement）。

「通知—移除程序」無法遏止潛在侵權人將來繼續侵害其著作

115 *Id*.

116 *Id.* § 512(c)(1)(C) ("upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity").

117 *Id*. § 512(c)(2).

118 *Id.* § 512(c)(3)(a).

119 *Id.* § 512(g).

120 *Id.*

121 Ronneburger, *supra* note 3, at 27.

權，僅單純作為被侵權人事後救濟的手段，以及向網路服務提供者主張權利的依據[122]。此外，根據美國現行著作權法規定[123]，若著作權人欲主張著作權的法定損害賠償（statutory damages），卻未在侵權發生前先向美國著作權局登記該著作，或未在侵權情事發生後三個月內登記，或未在著作權人知悉侵權情事後一個月內登記[124]，則不得主張法定損害賠償。雖未經登記之著作權人仍可主張實際之損害，如著作權人因侵權所受的損害，或其他侵權人因該侵權所享有的利益[125]，但若欲主張法定損害賠償，仍須進行登記始能主張。

三、課予網路服務提供者就性隱私內容外流之「通知—移除程序」義務

元照出版提供　請勿公開散布

根據美國現行法，網路服務提供者無義務應本人之要求刪除有關性隱私內容之個人資料，亦無一般性資料保護相關法律足資適用[126]，僅多可主張侵權行為。在美國憲法第一修正條文不斷深化言論自由與表現自由之情形下，美國對於言論自由賦予極高之評價[127]，致使各州以侵權行為法嘗試加強隱私權保護之意圖鎩羽而

---

122 Folderauer, *supra* note 29, at 330-31.

123 17 U.S.C. § 408(a).

124 17 U.S.C. § 412.（本法規定著作物之登記爲特定侵害行爲損害賠償之前提要件，如法定損害賠償，但殊難想像性隱私內容外流之被害人會登記其性隱私內容。）

125 17 U.S.C. § 504.

126 James R. Maxeiner, *Freedom of Information and the EU Data Protection Directive*, 48 FED. COMM. L.J. 93, 95 (1995).

127 顏于嘉，由美國資訊隱私法制觀察被遺忘權在美國的發展，萬國法律，211期，頁28，2017年2月。

歸[128]，有關隱私和個人資料保護之立法往往亦受限於言論自由而有所取捨[129]。依美國聯邦最高法院傳統之見解，合法取得基於真實之資料即受憲法第一修正條文有關表現自由保障[130]，國家不得依法律予以限制[131]，故無法管制合法拍攝之性隱私內容遭到外流。是故，本文認為在考量美國憲法第一修正條文所奠基的言論自由之基礎上，似得考量美國CDA鼓勵網路自由發展之立法精神，以及OCILLA提供之誘因機制，適當規範網路服務提供者之責任與義務。如是，一方面免除網路服務提供者積極監管內容之責任，無須對使用者的非法言論負責，一方面亦可供網路內容提供者就其言論自由給予救濟之機會。本文認為「通知—移除程序」義務恰得通過憲法第一修正條文之挑戰，蓋因國家並未直接明文限制資訊內容或性質，而僅提供處理程序與誘因機制，將內容之判斷標準交由網路言論市場自由發展。對未產出或編輯性隱私內容的網路服務提供者而言，在美國極度重視言論自由與網路資訊流通之前提下，本文認為CDA安全港條款之設計可避免網路服務提供者負擔過重而阻礙網路自由發展，並可適度提供網路服務提供者類似OCILLA之遵循誘因，適當課予一定的責任與義務，在CDA和OCILLA之基礎上自能通過美國憲法第一修正條文之憲法審查[132]。

面對性隱私內容外流之爭議，若欲修法規範網路服務提供者之

128 許炳華，被遺忘的權利：比較法之觀察，東吳法律學報，27卷1期，頁142，2015年7月。

129 顏于嘉，同註127，頁28。

130 FloridaStar v. B.J.F., 491 U.S. 524, 541 (1989).

131 范姜真媺，網路時代個人資料保護之強化——被遺忘權利之主張，興大法學，19期，頁77，2016年5月。

132 美國針對隱私權和網路自由、言論自由，甚至是網路服務提供者的營業自由之利益衡平，有多重討論與辯論。顏于嘉，同註127，頁29-30。

責任或義務，有認為僅得透過直接修正CDA，或修正其他聯邦位階的條文如DMCA，方可不被CDA之安全港條款架空[133]。因應網路快速傳播的影響，為減緩如Barnes案性隱私內容外流之被害人所受的侵害，美國學術文獻中有認為可以著作權保護的角度切入，試圖比照保障著作權人之方式，將「通知—移除程序」義務直接套用於性隱私內容外流之情形。舉例而言，Amanda Levendowski認為因有將近80%的性隱私內容為自拍（selfie）[134]，被害人本人即為內容之著作人，故OCILLA已恰巧提供被害人絕佳的救濟管道[135]。

㈠直接將性隱私內容外流套用於OCILLA之困難

著作權係為保護著作人，而非著作物所詮釋的當事人，若性隱私內容外流之被害人係自行拍攝影像，如自拍，被害人同時亦為該內容的著作人，當然可透過著作權保護的相關規定尋求救濟。但因性隱私內容不必然由被害人親自拍攝，實務上有一部分的性隱私內容事實上並非自拍，故被害人也無法必然藉由著作權保護與救濟之相關規定控制著作物之散布[136]。若直接將OCILLA之規定套用於性隱私內容外流，將會有法律適用上的困難，畢竟著作權法保護的是創作，不是隱私[137]。Ariel Ronneburger一再強調，著作權係在保護著作人，而非著作所呈現的客體，並非所有的性隱私內容之被害人都是系爭內容的著作人，僅有著作人享有著作之使用權限，但著作

133 Amanda Levendowski, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, 3 N.Y.U. J. INTELL. PROP. & ENT. L. 422, 425-26 (2014).

134 *Id.* at 426.

135 *Id*. at 425-26.

136 Bartow, *supra* note 1, at 835.

137 Garcia v. Google, Inc., 786 F.3d 733, 745 (9th Cir. 2015).（本判決說明隱私權之保護並非著作權法之功能。）

所呈現的客體不當然對該著作享有所有權或著作權[138]。於被害人同意他人進行影像拍攝之情形，被害人無法透過傳統著作權法之規定請求救濟[139]。再者，著作權侵權訴訟在美國屬民事事件，不同於部分與「性」相關之刑事案件會於訴訟程序中隱匿被害人之身分，透過著作權法提起民事訴訟之作法可能會讓被害人的身分曝光而使被害人卻步[140]。

此外，性隱私內容外流之被害人因多受有人格上的名譽或情感侵害，難以估計或量化實際損害[141]，殊難想像性隱私內容外流之被害人會事先登記其性隱私內容之著作，故被害人甚難依據美國著作權法主張法定損害賠償。如是，Kaitlan M. Folderauer主張，應先刪除美國著作權法中的法定損害賠償之登記制度[142]，抑或規定性隱私內容外流之情形例外不適用登記制度，使被害人免於證明難以量化的實際損害，而得同時主張法定損害賠償[143]。Anna Bartow則認為，應僅限所有參與者都已同意該性隱私內容之創作，著作人始能享有著作權保護。惟，此方法僅限於該內容的創作人欲主張著作權之保護，而這在性隱私內容外流的情形並不常見，因性隱私內容外流之主因常常多是為了情感上的報仇動機[144]。Derek E. Bambauer認為，或可考慮將內容參與者同時視為「共同著作之著作人」（joint authorship），被害人即得直接適用現行的著作權法主張侵

138 Ronneburger, *supra* note 3, at 6.
139 Levendowski, *supra* note 133, at 422.
140 Goldnick, *supra* note 23, at 612.
141 Folderauer, *supra* note 29, at 333.
142 *Id.* at 322.
143 *Id*. at 334.
144 Bartow, *supra* note 1, at 834-38.

權[145]。但此論點似乎有誤，因若被害人對於該內容之創作有貢獻，而成為共同著作之著作人[146]，共同著作之著作人不當然對另一共同著作之著作人構成侵權，故殊難想像被害人得對進行拍攝的散布人主張著作侵權[147]。

㈡為性隱私內容外流之情形創設「通知—移除程序」義務

面對性隱私內容外流，有認為可透過締訂民事契約來保護被害人，如Andrew McClurg主張在私密關係中應隱含著同時簽署保密協議的約定，確保交往中的當事人不會恣意散布於情感關係中所產生的性隱私內容，於一方當事人違反約定時，另一方當事人可主張賠償[148]。然而，此主張無法保護與散布行為人未存有私密關係的被害人，如網路駭客，且未有提供事後移除的救濟管道[149]。因此，為增強被害人事後自網路上移除性隱私內容的可能，OCILLA之立法宗旨與配套措施顯有其參考價值。由於CDA之免責事由不適用於智慧財產權保護之領域，OCILLA之規定非CDA第230條免責事由所能干涉[150]，故近來美國學術界正嘗試善用CDA無法觸及之處，參考OCILLA之立法與實務經驗，將規範網路服務提供者的「通知—移除程序」義務與相關配套措施套用於性隱私內容外流之情形[151]。如此一來，一方面可加強保護被害人之隱私權，防止性

正版出版授權，請勿公開散布。

145 Derek E. Bambauer, *Exposed*, 98 MINN. L. REV. 2025, 2070-79 (2014).

146 Morrill v. Smashing Pumpkins, 157 F. Supp. 2d 1120, 1126 (C.D. Cal. 2001) (quoting Oddo v. Ries, 743 F.2d 630, 632-33 (9th Cir. 1984)).

147 *Id.*

148 Andrew J. McClurg, *Kiss and Tell: Protecting Intimate Relationship Privacy through Implied Contracts of Confidentiality*, 74 U. CIN. L. REV. 887, 935-36 (2006).

149 Ronneburger, *supra* note 3, at 34.

150 CITRON, *supra* note 8, at 172.

151 Bartow, *supra* note 1, at 801; Levendowski, *supra* note 133, at 440-42.

隱私內容持續散布，一方面亦可避免不當對網路服務提供者課予過度嚴苛之責任，適度鼓勵網路自由發展。OCILLA提供著作人特殊的事後救濟程序，不同於一般人格權侵害、侵權行為等僅得主張民事賠償，OCILLA還包含較為具體且完善的後續復原程序[152]。是故，參考OCILLA免受CDA安全港條款影響之法體系，再搭配「通知—移除程序」義務作為配套措施，提供免責事由作為網路服務提供者遵循的誘因，整套規範成了網路服務提供者處理性隱私內容外流之絕佳參考範例。

針對性隱私內容外流之情形，有論者認為應要求網路服務提供者於網頁上提供申訴管道、特設管理人之聯絡方式[153]，申訴人亦應履行OCILLA要求的要件和步驟，網路服務提供者實際履行後方能享有免責[154]，並加強課予網路服務提供者就調查或改善性隱私內容外流之責任[155]。Ariel Ronneburger認為，申訴人應提供本人之聯絡資訊、爭議內容及其連結，並提出申訴內容為真實的善意聲明，網路服務提供者應在受有申訴通知後立即進行移除的相關處置[156]。根據Ariel Ronneburger的建議，網路服務提供者之特設管理人於收到申訴通知後即應告知被申訴人系爭內容已經移除，並提供被申訴人十天之期間回應，若特設管理人未於十日內收到回應，該爭議內容便會永久移除[157]。若被申訴人能證明所有參與者皆已同意內容的產出和散布，則爭議內容將會被回復原狀[158]。惟，Ariel

元照出版提供 請勿公開散布

152 Levendowski, *supra* note 133, at 442-46.
153 17 U.S.C. § 512(c)(2).
154 Ronneburger, *supra* note 3, at 22-24.
155 *Id*. at 28-29.
156 *Id*. at 29.
157 *Id*.
158 *Id*.

Ronneburger的建議與OCILLA最不同的地方在於，申訴人不需為了永久移除內容而先提起訴訟[159]，以保障沒有資源提起訴訟之被害人，並縮短流程所需的時間[160]。Layla Goldnick亦採相同見解，認為於OCILLA之程序中，遇有潛在著作權侵害之著作人於必要情形須提起訴訟方能確保著作之移除，但於性隱私內容外流之情形不應要求被害人提起訴訟，檢察官亦不需確實有提起訴訟，方能解決法律資源不足的問題[161]。OCILLA提供性隱私內容外流之被害人很合適的救濟程序參考範例，網路服務提供者應調查性隱私內容外流之情事[162]。若網路服務提供者未能於網頁上提供申訴管道或忽略申訴，網路服務提供者將不得享有免責[163]。Ariel Ronneburger認為，此作法將可解套Barnes案未能解決的問題，若網路服務提供者未能履行收到申訴通知後之義務，即可認其對隱私權之侵害負有輔助侵害（contributorily liable）之責任[164]，可被視為散布者之輔助侵權人，應對被害人負損害賠償之責[165]。Dalisi Otero認為，網路服務提供者應遵循「通知—移除程序」義務，並頒布禁止違反本人意願散布性隱私內容之服務條款或政策，或可要求使用者於上傳時應事先提供經內容參與者本人同意之證明，或在被要求移除後得以該同意之證明使其回復原狀[166]。惟，若網路服務提供者要求於上傳時便需提供同意證明，恐影響言論自由，應特別留意[167]。此

九照出版提供，請勿公開散布。

159 17 U.S.C. § 512(g)(C).
160 Ronneburger, *supra* note 3, at 29.
161 Otero, *supra* note 7, at 611.
162 Ronneburger, *supra* note 3, at 23-24.
163 Otero, *supra* note 7, at 612.
164 Bartow, *supra* note 1, at 816; Ronneburger, *supra* note 3, at 30.
165 Ronneburger, *supra* note 3, at 30.
166 Otero, *supra* note 7, at 590.
167 Ronneburger, *supra* note 3, at 32.

外，針對違反服務條款或政策之使用者，網路服務提供者應有相應的帳戶停用或禁用措施，規定若不當上傳性隱私內容，使用者將可能遭暫時中止或永久移除會員資格[168]。實務上已有部分網路服務提供者針對有關兒童色情內容制定相應的會員懲處方式[169]。

四、性隱私內容外流採用「通知—移除程序」義務之挑戰與反思

在學術文獻的討論中，不論是就散布人或網路服務提供者之責任與義務，皆嘗試以刑事制裁、民事賠償或程序救濟的方式提升被害人之保護[170]。然，多數被害人並無足夠的資源和財力對抗網路服務提供者，更不希望因性隱私內容外流之事件而引起公眾注意[171]。實務操作上，若被害人欲找到上傳性隱私內容之行為人，即網路內容提供者，技術上對被害人而言非常困難[172]。此外，採用「通知—移除程序」義務可能也會遭受如著作權法之批評，如「通知—移除程序」義務被人稱為「打地鼠」（whack-a-mole）[173]，被害人耗盡精力成功移除某網頁之性隱私內容後卻又在其他網站發

168 Otero, *supra* note 7, at 612.

169 黃以謙，臉書爲散播兒童色情內容道歉，中時電子報，2017年4月14日，http://www.chinatimes.com/realtimenews/20170414001840-260408，最後瀏覽日：2018年5月31日。臉書社群手則，https://zh-tw.facebook.com/communitystandards#sexual-violation-and-exploitation，最後瀏覽日：2018年5月31日。

170 Taylor Linkous, *It's Time for Revenge Porn to Get a Taste of Its Own Medicine: An Argument for the Federal Criminalization of Revenge Porn*, 20 RICH. J.L. & TECH. 14, 30 (2014).

171 Salina Tariq, Comment, *Revenge: Free of "Charge?"*, 17 S.M.U. SCI. & TECH. L. REV. 227, 240 (2014).

172 Cooper, *supra* note 11, at 829.

173 Linkous, *supra* note 170, at 28.

現相同內容。惟，無論如何，「通知—移除程序」義務至少讓被害人能多一個選擇，避免性隱私內容「不被網路遺忘」[174]，且亦能督促網路服務提供者不再忽略性隱私內容之申訴[175]。雖依照著作權法之架構，網路服務提供者將因履行「通知—移除程序」義務而享有如同著作權法輔助侵權之免責，但從被害人之角度出發，若於程序中不要求被害人必須提起訴訟即得請求移除該內容，「通知—移除程序」將會對被害人更有實益[176]。畢竟，對被害人而言最重要的不外乎是以最快的速度將遭散布的性隱私內容自網路上移除[177]。

須特別注意的是，「通知—移除程序」雖能將性隱私內容從某網頁移除，但無法將其從資料使用者之伺服器或硬碟刪除[178]。除「通知—移除程序」外，個人要以何種請求權基礎要求網路服務提供者或網路內容提供者採取措施來「刪除」（非僅移除）性隱私內容亦屬困難重重[179]。談到如何使性隱私內容「被網路遺忘」，則勢必須討論個人於網路上「被遺忘」之權利，即數位時代的隱私權爭議。有認為被遺忘的權利包含兩個面向：「遺忘的權利」（right to oblivion）及「刪除的權利」（right to erasure）[180]。另有認為，歐盟法院（The Court of Justice of the European Union）和德國科布倫茲高等法院（The Higher Regional Court of Koblenz）藉由判決發展出的被遺忘權（the right to be forgotten）和刪除權（the right to

174 Ronneburger, *supra* note 3, at 31.
175 Otero, *supra* note 7, at 613.
176 *Id.*
177 Levendowski, *supra* note 133, at 425.
178 許炳華，同註128，頁131。
179 許炳華，同註128，頁127-129。
180 許炳華，同註128，頁132。

delete），頗值得參考[181]。由於上述名詞過去常被混用或交替使用，甚有認為遺忘權（oblivion）和刪除權（erasure）目的不同，前者係基於隱私及人格權所建立，後者係基於個資保護所設計[182]，或有認為被遺忘權包含遺忘權和刪除權[183]。為釐清名詞定義，本文將被遺忘權（the right to be forgotten）認定為使用者可要求「搜尋引擎」移除爭議內容之檢索連結，具有「去檢索」（de-indexing）之效果[184]；刪除權（the right to erasure）係指使用者可要求網路服務提供者（如Facebook或YouTube）於網頁上刪除內容，或要求網路內容提供者（如散布人個人）於硬碟中刪除爭議內容[185]。被遺忘權移除的重點在搜尋引擎的「網頁連結檢索」，刪除權則除了可對網路平臺主張外，亦可對個人主張。美國有論者認為性隱私內容外流之情形應同時適用被遺忘權和刪除權，兩種權利可統稱為虛擬衣衫完整權（right to be virtually clothed）[186]，以下分別申論之。

此為出版提供　請勿公開散布

㈠被遺忘權

美國憲法是否保障人民的資訊隱私權迄今尚未有定論，美國權

181 Cooper, *supra* note 11, at 830.

182 Aurelia Tamò & Damian George, *Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age*, 13 J. INTELL. PROP. INFO. TECH. & ELECTRONIC COM. L. 71, 72-73 (2014).

183 Meg Leta Ambrose & Jef Ausloos, *The Right to Be Forgotten Across the Pond*, 3 J. INFO. POLICY 1, 2 (2013).

184 楊柏宏、陳銺雄，被遺忘權之研析——以歐盟法院Google Spain SL案及歐盟個資保護規章爲中心，萬國法律，208期，頁103，2016年8月。歐盟法院事實上尚未曾使用過「被遺忘權」之用字，而是使用「去連結」（de-listing），故被遺忘權作用上僅是移除連結，與刪除權不同，本文將沿用此功能上之差異以區別「被遺忘權」與「刪除權」。

185 Cooper, *supra* note 11, at 818.

186 *Id*.

利法案中並無明確條文承認對人民資訊隱私權的保障[187]。第一修正條文使言論與表現自由在美國法體系中凌駕於隱私權之上[188]，而使隱私權往往在與新聞自由、言論自由的衝突下居於次要的地位。儘管第四修正條文承認個人之隱私權，美國聯邦最高法院亦將第四修正案作為保障人性尊嚴（dignity）和隱私之基礎，惟第四修正案僅保障人民之隱私免於受到國家和公部門之侵害，故第四修正案不得作為用以抵抗私部門，如Facebook和Google等之隱私權依據[189]。反觀歐盟對於隱私權保護已有悠久之傳統，歐洲人權公約（European Convention on Human Rights）第8條和歐盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）第7條和第8條皆明確保護隱私及個人資料[190]。此外，一般認為歐盟法院首次於二〇一四年的Google v. Agencia Española de Protección de Datos案（以下簡稱Google v. AEPD案）已正式提出被遺忘權之概念[191]。歐盟法院經考量一九九五年通過的歐盟資料保護指令（Directive 95/46/EC）[192]之保護範圍，並權衡González之隱私權私益與社會

此論文版權僅供個人學術研究使用，請勿公開散布。

187 顏于嘉，同註127，頁26。

188 許炳華，同註128，頁141。

189 Natasha Chu, *Protecting Privacy after Death*, 13 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 255, 272 (2015).

190 許炳華，同註128，頁147-148。

191 Case C-131/12, Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, EU:C:2014:317 [hereinafter Google v. AEPD]. 張志偉，從資訊自決與資訊隱私的概念區分，檢視被遺忘權的證立問題，萬國法律，211期，頁2，2017年2月。雖歐盟法院並未使用「被遺忘權」之用字，但文獻與媒體多簡稱爲「被遺忘權的判決」。

192 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, 1995 O.J. L 281/31.

大眾取得資訊的公益[193]，最後認定本案隱私權私益應大於社會大眾取得資訊的公益[194]。歐盟法院認為搜尋引擎一旦收到使用者的通知，即有義務移除與該使用者之姓名已經顯得「不適當」（inadequate）、「不相關」（irrelevant）或「不再有關」（no longer relevant）、或「超過其目的」（excessive in relation to the purposes）之資訊[195]。因此，即便與個人有關之資訊乃由第三人合法刊登，且內容為真實，但在搜尋的當下，因所顯示的資訊基於個案因素已與搜尋引擎處理資料的目的顯不適當、不相關或不再相關、超出其目的時，即可要求搜尋引擎刪除該搜尋結果之連結[196]。較可惜的是，本判決並非承認使用者得主張「刪除」揭載資料之原始網頁上之資料，僅移除搜尋引擎就特定搜尋結果及其連結，非在網路上全面刪除內容[197]，未正面處理當事人之刪除權，以及刪除權與言論自由衝突之問題[198]。

元照出版提供 請勿公開散布

搜尋引擎一旦將某網頁連結自其搜尋結果之檢索中移除，則一般大眾在搜尋引擎中利用關鍵字搜尋資料時，便很難找到特定關鍵字連結的資訊，即便該網頁仍存在，但在「去檢索」後，網頁的點閱量必定會大幅降低[199]。被遺忘權非指完全在網路上消失匿跡，因每個網路使用者皆可自網路上下載內容並儲存於自己的電腦，且可再事後自行散布，故一旦內容曾經上載，當事人儼然已喪失對其

---

193 Google v. AEPD at 80-81.

194 *Id.*

195 *Id.* at 94.

196 楊智傑，個人資料保護法制上「被遺忘權利」與「個人反對權」：從2014年西班牙Google v. AEPD案判決出發，國會月刊，43卷7期，頁33，2015年7月。

197 張志偉，記憶或遺忘，抑或相忘於網路——從歐洲法院被遺忘權判決，檢視資訊時代下的個人資料保護，政大法學評論，148期，頁14，2017年3月。

198 范姜真媺，同註131，頁75。

199 Cooper, *supra* note 11, at 830-31.

內容之支配能力[200]。但在資訊爆炸的茫茫大海中，搜尋引擎扮演了篩選和檢索的要角，可針對散落之相類似資訊發揮「聚集」作用，對使用者個人的私領域保障和資料保護產生一定程度的影響[201]，也因此會產生使用者針對搜尋引擎主張被遺忘權之討論。於性隱私內容外流的情形，若被害人成功請求被遺忘權，一般大眾便很難再透過被害人的姓名等關鍵字搜尋到爭議內容，縱使該網頁仍存在，但經行使被遺忘權後，搜尋該內容會形同海底撈針[202]。若美國在處理性隱私內容外流時採取具去檢索功能的被遺忘權，被害人將可透過「去檢索」而大幅降低爭議內容的曝光度，避免爭議內容持續散布而對其生活造成嚴重的影響和損害[203]。目前已有搜尋引擎主動針對性隱私內容外流之情形採納被遺忘權之作法，如Google和Bing[204]，但並非所有的搜尋引擎皆採用。在無法律規範之前提下，被遺忘權對搜尋引擎來說僅係出於自律的自治政策，甚至可恣意基於裁量拒絕被害人的被遺忘權請求。是故，將被遺忘權明文化，可使被遺忘權不再只是搜尋引擎自發性和自治性的政策，亦可催促尚未建置被遺忘權的搜尋引擎儘速重視此議題[205]。有認為政府亦可設立中立的仲裁小組，審核被遺忘權之個案[206]，抑或可

200 張志偉，同註197，頁13。

201 張志偉，同註197，頁23。

202 Cooper, *supra* note 11, at 830-31.

203 *Id.* at 832.

204 Stephanie Mlot, *Microsoft Bing Accepting Revenge Porn Removal Requests*, PC MAG, July 23, 2015, *available at* http://www.pcmag.com/article2/0,2817,2488308,00.asp (last visited: 2017.11.23).

205 Cooper, *supra* note 11, at 833.

206 Brian Leiter, *Cleaning Cyber-Cesspools: Google and Free Speech*, *in* THE OFFENSIVE INTERNET: SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION 155, 170 (Martha Nussbaum & Saul Levmore eds., 2010).

由搜尋引擎於收到申請時先自行判定是否移除該網頁連結，若申請人不滿意搜尋引擎的處理方式，再由主管機關或特設小組針對個案進行判斷[207]。

㈡刪除權

然而，被遺忘權終究是片面的移除手段，因散布人仍可透過直接傳送特定網頁連結予特定人，特定人即可透過該連結取得爭議內容。是故，要求網路服務提供者或網路內容提供者於網頁上或硬碟中刪除爭議內容仍有其必要。刪除權之行使時點可以「散布」之前後作為分水嶺，分為事前的刪除權和事後的刪除權。美國目前僅有夏威夷州和北卡羅萊納州之州法明文賦予法院有權得於散布後要求散布人銷毀（destruct）爭議內容，屬事後的刪除權[208]。夏威夷州之州法額外規定法院必須確定該內容係非出於自願而拍攝，或行為人係出於傷害之意圖而散布[209]，始得執行事後的刪除權。北卡羅萊納州之州法則規定原告須證明散布人或他人具有為強迫、騷擾、威脅、強制、蒙羞或造成財產上損失之意圖[210]，始得向法院聲請事後的刪除權。美國其他部分州法雖無明文，但仍可透過衡平法上的救濟（equitable relief）或申請禁制令（injunctive relief）的方式避免系爭內容持續散布[211]。但須注意的是，因夏威夷州和北卡羅

元照出版提供　請勿公開散布

---

207 Mark Scott, *Discussing Online 'Right to Be Forgotten,' Google Takes European Privacy Tour to Spain*, N.Y. TIMES, Sept. 9, 2014, *available at* https://bits.blogs.nytimes.com/2014/09/09/discussing-online-right-to-be-forgotten-google-takes-european-privacy-tour-to-spain/ (last visited: 2017.11.23).

208 HAW. REV. STAT. ANN. § 711-1110.9(2); N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-190.5A(e).

209 HAW. REV. STAT. ANN. § 711-1110.9(1).

210 N.C. GEN. STAT. ANN. § 14-190.5A.

211 42 PA. CONS. STAT. ANN. § 8316.1〔本法規定法院認爲於必要且適當時可提

萊納州之州法皆要求散布人須具有傷害之意圖，故此救濟方式不適用於散布人不具有傷害意圖之情形，如單純為滿足性慾或娛樂等[212]。由於僅具檢索功能的被遺忘權無法直接實質刪除爭議內容，故有論者建議應可比照上述州政府的立法，明文賦予法院具有權限可要求散布人直接銷毀爭議內容[213]。

刪除權除可對個人主張外，亦應得對網路平臺主張，並對未能在收到通知後即時刪除爭議內容的網路服務提供者和網路內容提供者課予責任[214]。蓋因即便被害人已主張被遺忘權而達到去檢索之目的，但任何人若持有該特定網頁連結或檔案則仍可能持續散布，故對被害人而言，對網路服務提供者主張事後刪除權（即「通知—移除程序」義務）有其必要[215]。簡言之，對網路服務提供者課予之「通知—移除程序」義務，事實上即為被遺忘權和刪除權之一種實施方式，其效果同時包含對「搜尋引擎」主張的「被遺忘權」和對「非屬搜尋引擎的其他網路服務提供者」主張的「刪除權」。但刪除權並非「通知—移除程序」義務之下位概念，因刪除權尚得對網路內容提供者主張，如散布人，故概念上僅有部分重疊。尤其，若被害人本得主張事後刪除權，通常即可導出搜尋引擎有履行被遺忘權請求之義務，如該性隱私內容已顯然違反刑事法規等[216]，而有請求權基礎競合之情形。就技術上而言，當網頁連結和內容已不

此為試閱版本，請勿公開散布。

供額外的救濟（“additional relief”）〕; TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 98B.004 （本法允許法院得核發暫時禁止令或暫時或永久禁制令以防免散布或宣傳有關當事人的私密影像內容）。

212 Cooper, *supra* note 11, at 827.

213 *Id*. at 833.

214 此主張即爲上述對網路服務提供者課予「通知—移除程序」義務之內容。

215 Cooper, *supra* note 11, at 834.

216 張志偉，同註197，頁24。

存在，搜尋引擎自無從檢索和聚集，被遺忘權會在執行事後刪除權後自動履行，由此可見事後刪除權方為較直接之手段。

然而，相對於事前刪除權，事後刪除權仍屬消極，由於多數被害人無法即時知悉散布人已散布性隱私內容，故往往在事發多日後方瞭解事態嚴重。是故，有論者認為於潛在行為人將有可能於網路上散布性隱私內容前，當事人更應可在「事前」向法院聲請刪除權，享有絕對性的權利保護（preemptory right）[217]。德國為目前國際間首次承認事前刪除權之國家，德國科布倫茲高等法院肯定數位時代下隱私權保護的時間敏感性，故判定前伴侶得享有絕對性權利（OLG Koblenz, 20.05.2014 – 3 U 1288/13）[218]，得要求另一半在關係結束後刪除所持有的性隱私內容[219]。法院認定前伴侶可基於人格權而事後（即親密關係結束後）撤回同意對方使用和擁有私密的裸體影像，且此人格權應凌駕於拍攝者對該影像內容之所有權[220]。惟，法院認定事前刪除權之行使範圍僅限定於「裸照」，因其他衣衫完整的影像對當事人的潛在傷害和影響程度極低，故不在事前刪除權可主張的範圍內[221]。須特別注意的是，對持有人主張事前刪

217 Cooper, *supra* note 11, at 833.

218 張志偉，同註191，頁8。

219 Philip Oltermann, *'Revenge Porn' Victims Receive Boost from German Court Ruling*, THE GUARDIAN, May 22, 2014, *available at* https://www.theguardian.com/technology/2014/may/22/revenge-porn-victims-boost-german-court-ruling (last visited: 2017.11.23).

220 Cooper, *supra* note 11, at 834. 此推論乃係基於德國法上人性尊嚴絕對不可侵犯，德國將隱私權視爲人格權，將被遺忘權和刪除權視爲線上人格權或線上人格權的下位概念。若涉及與人性尊嚴密切連接的不可侵犯的私密領域，則該同意不具有重要性，國家必須防護其人民免於自傷。張志偉，同註197，頁36-42。

221 Heather Saul, *German Court Rules Ex-lovers Must Delete Explicit Photos of Partners After a Break-up*, INDEPENDENT, May 22, 2014, *available at* http://www.

除權可能會遭到較多的批評。首先，國家想當然沒有權利依法要求任何人刪除其擁有的性隱私內容，此種立法必定違憲[222]。但若僅限於參與該內容的當事人本人始得向持有人主張刪除所有與其相關的性隱私內容，且係在撤回同意後透過法院聲請之，尚有其正當性[223]。法院應確保聲請人之匿名性，且應適當權衡當事人之人格權與系爭內容持有人之權利[224]。

㈢小 結

若使用者已對網路服務提供者或網路內容提供者主張事後刪除權，且網路服務提供者或網路內容提供者也已確實履行，則因網路上已不存在該內容，後續似無主張被遺忘權的必要。惟，這不表示被遺忘權不重要，此乃因搜尋引擎即為被害人用來打撈四散各處爭議內容的首要工具，用以加速解決「打地鼠」的問題，始能儘量確保爭議內容不復存於網路上。被遺忘權之討論係為加強釐清請求對象與移除標的之差異，即「搜尋引擎」與「一般網路服務提供者」之不同，以及「移除搜尋連結之檢索」與「刪除內容」的不同，透過行使被遺忘權，方能交互檢視有無遺漏尚未刪除的爭議內容，確保網路能「遺忘」。刪除權之討論則係為擴展請求對象，而不僅限於適用「通知—移除程序」義務之網路服務提供者，更包含「網路內容提供者」，如從事性勒索的網站平臺或散布人本人。課予網路服務提供者「通知—移除程序」義務固然重要，但為能有效根除性

元照出版提供 請勿公開散布

independent.co.uk/news/world/europe/german-court-rules-ex-lovers-must-delete-explicit-photos-of-partners-after-a-break-up-9419009.html (last visited: 2017.11.23).

222 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969); Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).

223 Cooper, *supra* note 11, at 843.

224 United States v. Thirty-Seven Photographs, 402 U.S. 363, 367 (1971); Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51, 58 (1965).

隱私內容外流之風險，應提供被害人得主張或向法院聲請要求網路內容提供者直接銷毀爭議內容之法源依據。此外，更可視個案屬性不同而行使事前刪除權或事後刪除權，加強被害人之保護。

雖有論者認為，被遺忘權之保護應僅限於時間經過之個人資料始有適用，所涉之個資是否正確並非被遺忘權之要件，應檢視原本合法或內容正確之個資是否已生被遺忘之必要[225]。若系爭個資屬侵害人格權態樣，如針對私密照片而請求一般私人或搜尋引擎移除，非必然須主張被遺忘權，自無須時間經過之要件。論者認為考量個資法和侵權行為法等已有其他請求權基礎可資主張，而無須援引被遺忘權，方能合理區辨個資法原有之請求權基礎與被遺忘權之差異[226]。然，本文認為此推論將使被遺忘權可得行使之範圍更加模糊，「時間經過與否」之基準如何能使合法之個人資料產生被遺忘之必要，時間長短如何判定、標準為何，尚未釐清。更何況，性隱私內容往往即屬合法（倘非猥褻）且內容正確之個資，但為何因同時具有侵害人格權之態樣而有其他侵權行為請求權以之競合，而認定性隱私內容外流非必然屬被遺忘權之案例類型[227]？本文認為以「合法或內容正確但過時」作為界線區分被遺忘權與其他請求權基礎，無法凸顯「移除搜尋連結之檢索」與「刪除內容」的不同，以及網路服務提供者與網路內容提供者之差異，尤其會忽視搜尋引擎作為資訊「媒介者」的角色[228]。此外，僅因個資「尚未過時」

225 張志偉，同註191，頁8。

226 張志偉，同註191，頁8。

227 張志偉，同註191，頁8。論者認爲，「非當然屬於」係考量到時間經過的要素亦可能同時與其他因素相結合，則當事人除得主張人格權之私密領域保護外，亦得以時間經過爲由強化其權利基礎。然，本文認爲以「時間經過」之要素作爲被遺忘權之核心似無太大的意義。

228 范姜真媺，同註131，頁80、98。搜尋引擎並非網路上揭載原始資訊之表現

而以侵權行為作為資料當事人向網路服務提供者主張之請求權基礎，將會落入傳統人格權侵害而僅得主張民事賠償，未能考量網路時代資訊散布的「永久性」，無法遏止網路的「不會遺忘」。又，如此不當課予網路服務提供者就使用者非法內容之連帶責任，恐阻礙網路管理者編輯並管理網路內容的意願，妨礙網路自由發展。

五、各國立法例規範網路服務提供者之責任與義務

美國自一九九八年通過OCILLA並對網路服務提供者課予「通知—移除程序」義務後，便積極透過雙邊自由貿易協定要求其他國家亦應採納此模式，包括澳洲、紐西蘭、新加坡、南韓都已先後完成立法，我國亦同[229]。中國大陸已於二〇〇六年五月十日通過並公布信息網路傳播權保護條例，該條例自二〇〇六年七月一日起施行，其中第14條至第17條即規定了「通知—移除程序」義務，第20條至第23條則規定了網路服務提供者之免責事由。簡言之，國際立法趨勢上課予網路服務提供者之責任與義務多著重在著作權之保護，並因應美國OCILLA之誕生而多以「通知—移除程序」義務為重點條文[230]，並將著作權侵害之民事免責作為誘因。然，國際立法例間仍有如歐盟、日本及英國針對網路服務提供者就使用者之不法行為，不侷限於著作權之範圍，規範責任範圍與程序義務。如歐

此為試閱版本，請勿公開散布。

者，非真正直接侵害當事人權利之訊息公布人，對蒐集所得資料內容未作任何變動，居於資訊發布人與接受資訊人間，性質上如媒介資料提供者（intermediary）。

229 章忠信，著作權法新增訂ISP避風港條款遏止網路侵權，著作權筆記公益網站，2009年4月25日，http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2209，最後瀏覽日：2018年5月31日。

230 智慧財產局，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/fp.asp?fpage=cp&xItem=207030&ctNode=7193&mp=1&Captcha.ImageValidation=imjpS，最後瀏覽日：2018年5月31日。

盟有以單一立法架構概括規範各種網路服務提供者之責任態樣，或有以個人資料保護的角度出發規範資料控制者；日本則制定專法規範網路服務提供者之責任限制，甚至制定專法處理性隱私內容外流，並加強網路服務提供者之程序義務；英國自網路色情的角度出發，授權監管人自行裁量如何管理網路服務提供者之責任範圍與程序義務，以下申論之。

㈠歐盟電子商務指令

歐盟於二〇〇〇年六月八日通過電子商務指令（2000/31/EC）[231]，其中有關網路服務提供者之責任與義務，規定於第12條至第15條，建構可信賴的移除程序以阻斷使用者接觸非法資訊[232]。歐盟將網路服務提供者之類型及其責任範圍區分為三種：單純連線（mere conduit）、快速存取（caching），以及資訊儲存（hosting），但較特別的是，免責僅限於散布其他利用人的內容，若是散布服務提供者自己提供的內容，則應依照各會員國相關的法規處理[233]。單純連線服務提供者就非由其本身發起之傳輸，未選擇資訊接收者，或未選擇亦未修改傳輸內容時，毋庸就該資訊負責[234]。快速存取

元照出版提供，請勿公開散布

---

231 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.

232 黃文哲，同註14，頁16。

233 馮震宇，歐盟著作權指令體制與相關歐盟法院判決之研究，載：國際比較下我國著作權法之總檢討，頁516-517，2014年12月。

234 Article 12 “Mere conduit”

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

服務提供者只要未更改資訊，遵守獲取資訊之規定，遵守資訊之商業規範之更新規定，未阻礙使用者獲取資訊，且阻斷已移除之傳輸資料之連結時，亦毋庸就該資訊之自動、媒介和暫時儲存負責[235]。

(a) does not initiate the transmission;
(b) does not select the receiver of the transmission; and
(c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.
3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

235 Article 13 "Caching"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:
(a) the provider does not modify the information;
(b) the provider complies with conditions on access to the information;
(c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;
(d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and
(e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from

志照出版提供，請勿公開散布。

至於資訊儲存提供者，若「不知悉該違法行為或資訊」（no actual knowledge of illegal activity or information），或「於知悉該違法之資訊時即刻移除或封鎖該資訊之連結」（upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information），則毋庸就該資訊之儲存負責[236]。較特別的是，第15條免除網路服務提供者的監督義務，會員國不得要求網路服務提供者依第12條至第14條就資訊或不法行為之事實負擔監督義務[237]。

---

the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

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

236 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.

237 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

已照出版提供，請勿公開散布。

然而，會員國得要求網路服務提供者在有不法行為或使用者提供違法資訊時，應將此情事主動告知主管機關，並因應主管機關之要求交出其所存取之使用者資料。

㈡歐盟一般資料保護規則

歐盟於二〇一六年四月二十七日通過一般資料保護規則（Regulation (EU) 2016/679, General Data Protection Regulation, GDPR），該規則已於二〇一八年五月二十五日生效，取代歐盟資料保護指令，並適用於所有歐盟會員國[238]，規範歐盟境內公民之個人資料處置方式。該規則高規格地保護歐盟境內基本權利及自然人之自由，尤其就隱私權的規範有被認為係源自於歐洲人權公約及歐盟基本權利憲章[239]。Google v. AEPD案之判決雖係基於歐盟資料保護指令第12條(b)和第14條(a)前段加以論述，但因同時對搜尋引擎之定位、責任及原告基於資料保護指令主張之被遺忘權說明其見

元照出版提供 請勿公開散布

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.

238 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [hereinafter Regulation 2016/679].

239 Jacob M. Victor, *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, 123 YALE L.J. 513, 522 (2013).

解，故有認為等同先行對該規則第17條作出解釋[240]。目前被遺忘權雖僅在歐洲被明確提出，但其影響力勢必將達歐洲以外之地區，故GDPR之法規範可能成為世界通用之圭臬[241]。

該規則第17條第1項直接明文規範「刪除權（被遺忘權）」（Right to erasure ('right to be forgotten')）。規定資料之當事人（data subject）得於以下六種情形向資料控制者要求刪除其個人資料，且資料控制者不得有不合理之延遲（without undue delay）：*1.*該個人資料於其原先蒐集或處理時之目的已非必要時；*2.*該資料之當事人撤回對本規則第6條第1項第1款所作之資料處理之同意，或第9條第2項第1款之同意，且該處理已無其他法定理由；*3.*該資料之當事人依據本規則第21條第1項反對資料之處理，且亦無其他對資料處理之法定理由，或當事人依據第21條第2項反對資料之處理；*4.*該個人資料已經非法處理；*5.*為符合規範資料控制者的歐盟或各國的法律，該個人資料必須被刪除；*6.*該個人資料已依據本規則第8條第1項為社會服務之資訊提供而蒐集。第17條第2項規範資料控制者於公開當事人資料且依據第1項應刪除個人資料時，資料控制者在考慮可得技術和履行成本後，應進行合理程序，包含技術性措施（technical measures），並通知進行資料處理之第三方資料當事人其已要求刪除有關個人資料之連結（links）、複本（copy）或再製（replication）[242]。第17條第3項則為例外條款，於以下五種情形時，刪除權（被遺忘權）例外不適用：*1.*行使表達和資訊之言論自由；*2.*為符合規範資料控制者之歐盟或各成員國之法律，要求

此為試閱版本，請勿公開散布。

240 范姜真嫩，同註131，頁71。

241 許炳華，同註128，頁133。

242 紀珮宜，由歐盟資料保護規則論被遺忘權之爭議，經貿法訊，214期，頁18，2017年5月。

資料控制者進行資料處理，或為公共利益，或政府機關授權資料控制者執行時；*3.*為本規則第9條第2項第8款和第9款以及第9條第3項之公共健康的公共利益；*4.*為達成本規則第89條第1項之公共利益、科學或歷史研究、統計之目的，使本條第1項所示之權利不會因為達本款之目的而受到嚴重損害；*5.*為進行法律請求權之確立、履行或防衛。第17條第3項規範刪除權（被遺忘權）例外不適用之情形，主要著重在言論自由之平衡與公共利益之維護。

第19條規範反對權（right to object），藉此與第17條「刪除權（被遺忘權）」作區隔。第19條著重在「資料之處理」，尤其是自動化產生之描繪和直接行銷目的，該條規定除非資料控制者證明處理該資料有重大正當理由，如基於公共利益或超越資料當事人之基本權利與自由，否則資料當事人有權在特定情況下反對資料之處理。當資料當事人提出反對時，資料控制者應立即停止處理該個人資料。反對權亦適用於以大量個人資料所自動化產生之「描繪」（profiling）和直接行銷目的（direct marketing purposes）。此規範將對以大數據為基礎，運用機器學習、人工智慧技術進行資料分析與研判之服務造成重大挑戰[243]。第19條第4項規定，在與資料當事人初次接觸時即須以顯而易見且獨立的方式供資料當事人知悉此權利。

歐盟改以「資料控制者」（data controller）作為本規範之適用主體，並將資料控制者定義為「任何單獨或與他人共同決定個人資料處理目的與方法的自然人、法人、行政機關和其他機構[244]。」GDPR之適用對象同時包含網路服務提供者，如搜尋引擎或其他網

243 林思惟，歐盟新規：個人資料保護規則——數位防護的新縱深，金融聯合徵信，29期，頁17，2016年12月。

244 Regulation 2016/679, art. 4, 2016 O.J. (L 119) 1, 33.

路平臺，以及網路內容提供者，如持有資料之自然人，似得認定已涵蓋本文所稱的被遺忘權和刪除權之目的與實質內容。此外，第17條第2項規定資料控制者就資訊之刪除應採取可得技術，考量適當成本之合理程序，並同時「通知」第三方資料控制者相關刪除之情事，雖未如美國OCILLA有詳盡的「通知—移除程序」義務與相關細部配套措施，但此概括規範之精神與OCILLA有其相似之處。但需特別注意的是，此「通知」僅要求資料控制者應「努力」為之，並無達成全部通知的義務[245]，有論者認為將使網路服務提供者成為網路內容之校閱機關，忽視網路資訊流通之價值[246]。

於處理性隱私內容外流之情形，資料當事人似得依據個案適用第17條第1項第1款、第2款中段或第4款，如第2款中段規定，當事人原先例外同意資料控制者得處理「特別類別個人資料」[247]，但資料當事人事後已撤回同意。資料當事人抑或得依據第1款該個人資料於其原先蒐集或處理時之目的已非必要時，或依第4款該個人資料已經非法處理等，向資料控制者要求刪除其個人資料。綜觀條文而論，歐盟為有效解決刪除權（被遺忘權）之爭議，通過GDPR並明文化刪除權（被遺忘權），且直接適用於所有會員國，避免法規落差造成爭議[248]。惟，GDPR是否允許資料當事人行使「事前刪

245 楊柏宏、陳錡雄，同註184，頁110。

246 范姜真嫩，同註131，頁77。GDPR縱使有通知第三方資料控制者相關刪除情事之規定，但未提供如美國「通知—移除程序」義務，賦予第三方救濟之管道，故有美國學者批評此規範將使網路服務提供者成爲網路內容之校閱機關，對網路言論自由造成莫大的威脅。

247 有關「特別類別個人資料」之處理，如透露種族、政治傾向、宗教或哲學信仰、企業聯盟會員、用以識別自然人的生物資訊、計量生物資訊、有關健康或自然人之性生活或性傾向，本規則規定原則上禁止「特別類別個人資料」之處理。*See* Regulation 2016/679, art. 9, 2016 O.J. (L 119) 1, 38.

248 紀珮宜，同註242，頁8。

除權」，尚待釐清。GDPR適用範圍甚廣，似得包含性隱私內容外流之情形，但正也因要件較為概括，條文亦尚未生效，實際應用於個案時有無考量性隱私內容外流有其移除之急迫性和損害的嚴重性，其效果還有待觀察。此外，資料控制者於收受通知後該以何種標準判斷是否進行合理程序及技術性措施，第三方資料控制者收受通知後該如何「反通知」，以及資料當事人究竟該如何實行此些權利，於實務上適用的程序與困難，皆待釐清。

㈢日本ISP責任限制法

為釐清網路服務提供者就使用者之不法行為之責任，日本國會於二〇〇一年十一月三十日公布「特定電信服務提供者損害賠償責任限制及發信者資訊提供相關法案」（國內實務上泛稱ISP責任限制法）[249]，全文共四條，於二〇〇二年五月正式施行[250]。本法第2條將「特定電信服務提供者」定義為「以特定電信設備媒介他人通訊，或以特定電信設備供他人通訊之用者」，此定義涵蓋範圍甚廣，包含網路服務提供者[251]。本法第3條分別於第1項和第2項規範特定電信服務提供者就「被害者」和「發信者」之責任範圍。該條第1項規定，特定電信服務提供者對特定電訊傳播之資訊流通中權利受侵害之人，於技術上可能採取傳送防止措施時，若不該當以下各款規定之一時，即毋庸負損害賠償責任：*1.*知悉該特定電信所生資訊流通導致他人權利受侵害；*2.*知悉該特定電信所生資訊流通，且有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通導致他人權利受侵

元照出版提供，請勿公開散布。

249 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（平成13年法律第137号）（以下簡稱ISP責任限制法）。

250 黃文哲，同註14，頁18。

251 財團法人資訊工業策進會科技法律中心，同註18，頁86。

害[252]。該條第2項規定，特定電信服務提供者於採取「傳送防止措施」時，在必要限度內且符合以下各款規定之一時，即毋庸對發信者負擔賠償責任：*1.*特定電信服務提供者有相當理由足認該特定電信所生資訊流通將侵害他人權利時；*2.*任何人相信其權利被特定電訊傳播中流通之資訊所侵害，而檢附包含侵害發生之資訊、被侵害之權利，以及權利如何被侵害之理由等資訊，要求特定電信服務提供者阻絕該傳輸，特定電信服務提供者於轉知發信者，其未於七日內提出反對阻絕該傳輸之表示，由特定電信服務提供者阻絕該傳輸者[253]。

較特別的是，日本國會於二〇一四年十一月十九日通過情色報復受害防治法[254]，特為性隱私內容外流制定刑法之特別法，入罪化違反本人意願散布性隱私內容之行為。該法第4條特別規定ISP責任限制法之適用特例，提供性隱私內容外流之被害人快速簡便之救濟程序[255]。當被害人向網路服務提供者主張其聲譽或隱私因性隱私內容之散布而受到損害時，網路服務提供者即得要求散布人移除爭議內容[256]。若散布人自收到通知後兩日內，未就該傳送防止措施提出不同意之意思表示，網路服務提供者即得逕自移除，而不須對散布人負擔任何責任[257]。值得注意的是，本法之快速簡便救濟

252 財團法人資訊工業策進會科技法律中心，同註18，頁88-89。

253 章忠信，日本ISP責任法簡介，著作權筆記公益網站，2003年5月27日，http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2277，最後瀏覽日：2018年5月31日。

254 私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律（平成26年法律第126号）。

255 蕭郁溏，同註9，頁26。

256 蕭郁溏，同註9，頁26。

257 ISP責任限制法第4條第3款。

程序允許已故被害人之配偶、直系血親和兄弟姊妹得代被害人向網路服務提供者主張移除爭議內容[258]，且將程序期間由七日縮短為兩日，加速移除內容之流程，減少損害的發生。本法係特別針對性隱私內容外流之特殊性，改善ISP責任限制法對被害人之事後救濟保障。

㈣英國數位經濟法

英國的二〇一七年數位經濟法（Digital Economy Act 2017）於二〇一七年四月二十七日獲得皇室核准[259]，該法之目的主要係為修訂通訊基礎建設投資之相關法規，著重在資通訊產業的管制，並修訂網路著作侵權之要件等。其中，該法第三部分，即第14條至第30條係在規範網路色情[260]，保護18歲以下之未成年人免於接觸網路色情內容，並創設年齡驗證監管人（age-verification regulator）作為本規範之執行機關[261]。本法第23條授予年齡驗證監管人要求網路服務提供者移除內容連結之權限，當年齡驗證監管人認定有違反本法第14條有關網路色情規定時，即可對特定網路服務提供者發出通知，並要求網路服務提供者履行通知內所要求之處理方式，避免英國境內任何人可透過該網路服務提供者所提供之服務取得爭議內容[262]。年齡驗證監管人並得限定網路服務提供者於特定期間內完成通知內所要求之處理方式[263]。

元照出版提供 請勿公開散布

258 ISP責任限制法第4條第1款。
259 Digital Economy Act, 2017, c. 30 (U.K.).
260 蕭郁溏，網路掃黃行動——英國創設年齡驗證監管機制加強監管網路色情，科技法律透析，29卷11期，頁18，2017年11月。
261 同前註，頁20。
262 蕭郁溏，同註260，頁22。
263 蕭郁溏，同註260，頁22-23。

㈤小　結

綜上所述，歐盟電子商務指令雖將網路服務提供者之類型分為三類，但單純連線與快速存取之服務提供者因未涉及內容之產出與修改，故毋庸就內容負責，與CDA將網路服務提供者與網路內容提供者加以區別之作法雷同。此外，如同美國OCILLA之核心精神，歐盟電子商務指令針對資訊儲存之提供者可享有免責事由之前提要件，亦設定為「不知悉該違法行為或資訊」或「知悉該違法之資訊時即刻移除或封鎖該資訊之連結」，強調若欲進入安全港條款之範圍，須「對使用者涉有侵權行為不知情」[264]。惟，不同於OCILLA的是，歐盟電子商務指令並未另將「通知—移除程序」設為明文的免責事由要件，資訊儲存提供者「受有申訴人之通知」是否屬於「知悉該違法之資訊」之範疇，是否須對發布人發出移除情事之「通知」，可否亦認定為採「通知後即刻移除或封鎖該資訊之連結」之機制，尚待釐清。GDPR明文化刪除權（被遺忘權）和反對權，肯定數位時代中隱私權和個人資料保護的重要。GDPR未區分網路服務提供者或網路內容提供者，統稱法規之適用主體為「資料控制者」，似得同時向搜尋引擎、網路服務提供者、網路內容提供者或個人主張。GDPR第17條第2項規定資料控制者就資訊之刪除應採取可得技術，考量適當成本之合理程序，並同時「通知」第三方資料控制者相關刪除之情事，具有簡要的「通知—移除程序」義務，亦得與OCILLA相呼應。惟，該「通知」僅要求資料控制者應「努力」為之，且有論者認為GDPR將使網路服務提供者成為網路內容之校閱機關，未能考量資訊流通於網路的重要性。又，性隱私內容之參與者得否依據該指令第17條第1項第1款、第2款中段或第4款，分別主張原先蒐集或處理時之目的已非必要時，事後撤回

264 李治安，同註22，頁459。

同意，或該個人資料已經非法處理等，而對潛在散布人行使「事前刪除權」，有待釐清。

日本的網路服務提供者不同於美國的網路服務提供者可依據CDA享有寬鬆的免責範圍[265]，日本的ISP責任限制法規定網路服務提供者僅於特定條件下始得享有免責。參照ISP責任限制法第3條第1項就「權利受侵害之人」之免責事由，同樣亦係要求網路服務提供者於「不知悉該特定電信所生資訊流通導致他人權利受侵害」或「不知悉該特定電信所生資訊流通，且未有相當理由足認因該特定電信所生資訊流通導致他人權利受侵害」兩種情形下，並採取「傳送防止措施」時，始毋庸對權利受侵害之人負擔賠償責任。日本ISP責任限制法雖未如美國OCILLA有就「通知—移除程序」義務制定詳盡的義務與配套措施，但亦課予網路服務提供者移除義務，網路服務提供者須履行該義務始得享有免責。此外，日本情色報復受害防治法更加強被害人之保護，縮短程序期間，特別針對性隱私內容外流之特性特設專法，此乃國際立法例目前所欠缺之法制，亦為國際立法例中之獨創，值得關注。

至於英國的二〇一七年數位經濟法之規範內容主要係為確保未成年人免於網路色情之干擾，創設年齡驗證監管人，並賦予其較大的監管權限。二〇一七年數位經濟法雖同樣設有通知與類似移除和阻斷內容之規範，但通知內容及移除程序則未有詳細規定，而是授權予年齡驗證監管人自行裁量。二〇一七年數位經濟法雖主要係管制網路服務提供者就網路色情之處理方式，管制手段當然與性隱私內容外流之情形有所出入，但另創設監管人作為第三方之官方監督機關，未嘗不是各國在面對性隱私內容外流時，可用於加強輔導並

265 Shigenori Matsui, *The Criminalization of Revenge Porn in Japan*, 24 WASH. INT'L L.J. 289, 294 (2015).

監督網路服務提供者之建議作法。

肆、我國法制現況與分析

我國目前尚未有概括針對網路服務提供者之責任與義務制定規範，僅有自法律分析探討我國電信法第8條第1項之免責條款可否適用於網路服務提供者[266]。或者，視消費者保護法和公平交易法中之「企業經營者」或「廣告媒體業（事業）」可否適用於網路服務提供者[267]，而對其要求就使用者之行為負擔連帶賠償責任，抑或回到民法，將網路服務提供者視為使用者之共同侵權行為人[268]。惟，上述法條適用要件定義未臻明確，且皆未有針對網路服務提供者之特性加以區別，條文內容與國際立法例相較似顯過於簡要。網路服務提供者之免責範圍與「通知—移除程序」義務亦未規範於上述條文中。然而，有鑑於我國著作權法乃係仿效美國OCILLA，故我國著作權法中對網路服務提供者創設之免責事由和「通知—移除程序」義務同樣亦值得作為防制性隱私內容外流之法制參考。此外，近來國家通訊傳播委員會正積極推動數位通訊傳播法草案，其中有關數位通訊傳播服務提供者之免責事由和「通知—移除程序」義務亦同樣受美國OCILLA與我國著作權法之影響，以下申論之。

元照出版提供 請勿公開散布

266 黃文哲，同註14，頁18。電信法第8條第1項：「電信之內容及其發生之效果或影響，均由使用電信人負其責任。」然，適用於電信法之主體須向國家通訊傳播委員會申請第二類電信事業執照之網路服務提供者，僅包含提供連線服務及其提供之平臺服務，對於資訊內容服務提供者無從適用電信法。

267 黃文哲，同註14，頁18。根據相關主管機關之函示，認定網路服務提供者就其登載之內容應負連帶責任。

268 黃文哲，同註14，頁16。

一、數位通訊傳播法草案

除了著作權外，由於我國目前尚未針對網路服務提供者就其登載之內容概括規範應當負的責任範圍與配套義務，故立法框架上更能參考比較法之優劣，起頭打造適合我國的網路服務提供者之責任與義務規範。因我國未有如美國CDA提供網路服務提供者寬鬆之安全港條款，是故，未來若欲規範網路服務提供者就性隱私內容外流之責任與義務時，立法技術上應相對容易許多。惟，一旦涉及規範網路服務提供者就其使用者之不法行為所負之責任範圍，則應當釐清網路服務提供者之定義，以及課予網路服務提供者之免責事由與配合義務。

鑑於國家通訊傳播委員會（以下簡稱通傳會）正積極推動數位通訊傳播法草案（以下簡稱本草案），本草案第1條規定「為保障數位人權、促進數位通訊傳播流通、維護數位通訊傳播服務普及與近用，發展數位經濟，特制定本法。」並於草案第1條說明中強調「網際網路貴在多元、自由、創新，故本法旨在促進數位通訊傳播流通，保障人民言論及秘密通訊之自由，健全網際網路環境發展。」此外，草案總說明亦載明：「在網際網路治理的精神下，以公民參與、資訊公開、權利救濟與多元價值為重要核心理念，同時政府應避免直接以行政管制手段介入管理，所以本法以基本法的性質針對網際網路提供一低度規範與治理模式。」可見，本草案乃係為維護網路的多元自由發展，肯定數位環境中網路自治與自律的可能，與CDA第230條之立法宗旨相一致[269]。本草案跳脫著作權保護之領域，類似歐盟一般資料保護規則和日本ISP責任限制法，以單一立法架構概括規範各種網路服務提供者之責任態樣與義務，似得

269 Defterderian, *supra* note 17, at 563.

作為規範網路服務提供者就性隱私內容外流之責任與義務之立法雛形。

㈠數位通訊傳播服務提供者之定義

CDA將網路服務提供者視為「空的書報雜誌架」，認定其採被動且中立之立場，未實際參與實體內容之產出、創造、發展或修改，並與網路內容提供者加以區隔。雖網路服務提供者若有涉及內容之創作或修改，仍可同時被視為網路內容提供者，不必然可對內容主張免責，但根據美國判決實務之論證，網路服務提供者不須因執行傳統編輯之功能而對其登載之內容負責，若僅擔任傳訊者之角色亦同。是故，網路服務提供者得否免責與其所擔任的角色是否僅為「被動通路」，且非「出版人及發表人」至關重要。

通傳會於二〇一七年五月十八日之新聞稿中聲明：「數位通訊傳播服務提供者作為網路虛擬世界之資訊中介者，扮演資訊流通橋樑或資訊匯集樞紐之角色，對於數位通訊傳播服務提供者相關責任法制架構之健全與否，不僅攸關電子商務產業未來之發展，亦將影響數位時代民眾獲取充分資訊與自由表達言論之權利。目前提供網際網路中介服務之數位通訊傳播服務提供者（Internet Service Provider, ISP）包含：提供使用者接取網際網路服務之『接取服務提供者（Internet Access Service Provider, IASP）』、提供第三人儲存供他人使用訊息的主機代管、雲端等等資訊儲存服務，以及各類提供網際網路內容應用的各類型服務，不論其服務型態為何，當其所提供之服務或使用者之利用行為涉及不法時，往往發生作為中介角色之數位通訊傳播服務提供者應否對使用者不法行為負責之爭議[270]。」由此可見，本草案乃欲解決網路平臺究竟是否應對其使

[270] 國家通訊傳播委員會，國家通訊傳播委員會說明，「數位通訊傳播法」草案

用者之不法行為負責，並有意將提供各類型網際網路內容應用服務包含在內。根據新聞稿之內容，本草案規定的「數位通訊傳播服務提供者」包含網路接取服務提供者，其英譯亦與本文所定義的網路服務提供者完全相同。另根據通傳會於二〇一七年一月四日公告之數位通訊傳播法草案總說明，其中第2條第3款規定「數位通訊傳播服務提供者：指提供使用者數位通訊傳播服務之自然人、商號、法人或團體。」該款之草案說明強調「數位通訊傳播服務提供者」與「使用者」之區別，並敘述「數位通訊傳播服務提供者之範圍不宜過度擴張，單純內容提供或近用，例如其內容之提供或近用非以獲取經濟上利益為目的，或非以之為常業者，仍應屬使用者之行為。」是故，本草案規範之「數位通訊傳播服務提供者」與「內容提供者」有所區別。通傳會於本草案就「數位通訊傳播服務提供者」之定性與CDA就「網路服務提供者」之定性相同，明確區分「網路服務提供者」和「網路內容提供者」，並著重於網路服務提供者之「中介角色」。惟，本草案似未有意將「一般使用者」納入本草案之適用主體，即內容之提供非以獲取經濟上利益為目的或非以之為常業者，故似不包含一般純粹為瀏覽網頁之自然人，應特別留意。此外，本草案並未如CDA之安全港條款直接使網路服務提供者免於就第三人提供之內容負責，反而於第三章制定「數位通訊傳播服務提供者之責任」，課予數位通訊傳播服務提供者一定的責任範圍與配合義務，並於履行配合義務後始得毋庸負擔賠償責任，避開美國CDA帶來的修法困難，可謂前車之鑑。

元照出版提供 請勿公開散布

研提之免責條件條文，立法目的是爲給予數位通訊傳播服務者最大自律空間，並降低經營風險，以取得「網路服務的持續發展」與「網路社會的秩序健全」均衡發展，新聞稿，2017年5月18日，http://www.ncc.gov.tw/chinese/print.aspx?table_name=news&site_content_sn=8&sn_f=37401，最後瀏覽日：2018年5月31日。

另須注意的是，本草案第三章適用主體統一稱為「數位通訊傳播服務提供者」，非如OCILLA和我國著作權法直接將適用主體以定義分為四種類型，亦不同於歐盟電子商務指令將網路服務提供者之類型命名為三種類別，而較似日本ISP責任限制法以「特定電信服務提供者」統一稱呼的作法，以及歐盟GDPR單以「資料控制者」作為本規範之適用主體。然，本草案與日本ISP責任限制法仍有差異，非如日本ISP責任限制法第3條第1項和第2項概括規範責任範圍與義務，而係將數位通訊傳播服務提供者以實際服務類型分為三類，分別適用不同的免責事由與程序義務，可謂綜合採納各國立法例的作法。

㈡本草案課予數位通訊傳播服務提供者之責任與義務

我國著作權法就網路服務提供者面對潛在著作侵權時所課予之「通知—移除程序」義務與美國OCILLA極為類似，且同樣以民事免責作為誘因[271]，故我國亦可參考現行著作權法，課予網路服務

元照出版提供　請勿公開散布

271 我國著作權法第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」正係參考OCILLA之規定。著作權法第90條之4至第90條之12規範網路服務提供者於著作權之民事免責事由，根據同法第3條，所謂的網路服務提供者包含連線服務提供者、快速存取服務提供者、資訊儲存服務提供者，以及搜尋服務提供者。其中，第90條之9特別規定資訊儲存服務提供者依據第90條之7第3款之處理程序，乃係根據OCILLA之「通知—移除程序」義務而制定，並以民事免責作爲誘因。第90條之9第1項規定通知義務，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。同條第2項和第3項規定被控侵權人之反通知義務（counter-notice），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。該條第4項課予著作權人提起訴訟之義務，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，

提供者於處理性隱私內容外流時應履行相類似之義務。惟，因直接將著作權法套用於性隱私內容外流必定會有適用上的困難，故似得以數位通訊傳播法草案作為基礎，創設處理性隱私內容外流之相關程序義務，並同樣以免責事由作為誘因。參照本草案第三章「數位通訊傳播服務提供者之責任」部分條文，可發現本草案即係參考美國OCILLA及我國著作權法之規定而來，值得肯定。然，由於民事責任與配套程序義務終究僅為事後之救濟手段，相較於刑事責任，民事責任對於網路服務提供者的威嚇效果較小[272]，且究竟應以民事免責或刑事免責作為誘因，尚須考量立法者對網路服務提供者之規範目的與監管密度。本文認為，為有效遏阻「性勒索」並考量「性隱私內容外流」對被害人之嚴重與急迫性，可參考美國奧勒岡州的犯罪嫌疑人大頭照之立法例和美國加州終止違反本人意願線上使用者圖像騷擾法案，建議本草案可針對刻意徵求和散布性隱私內容者，增訂「數位通訊傳播內容提供者」就不法內容之刑事責任，適用主體包含網路平臺和使用者[273]。至於「數位通訊傳播服務提供者」，則可衡量其與「內容提供者」就惡性上之差異，因惡性相對輕微，故搭配「通知—移除程序」義務提供民事免責作為誘因，

元照出版提供，請勿公開散布。

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。該條第5項則規定著作權人或製版權人未能提起訴訟之證明時，資訊儲存服務提供者回復移除內容之義務。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。

272 Otero, *supra* note 7, at 599.

273 蕭郁溏，同註2，頁51-54。刑事制裁「數位通訊傳播內容提供者」刻意徵求和散布性隱私內容之行爲，概念上即等同「違反本人意願散布性隱私內容之入罪化」，但因本草案不適用於一般純粹瀏覽網頁之使用者，故僅限於「以獲取經濟上利益爲目的或以之爲常業」，方得適用本草案。

而不另課予刑事責任。

本草案第14條至第16條規定數位通訊傳播服務提供者之民事（侵權行為）免責事由。第14條規範之服務類型為「對於第三人為供他人使用而儲存之資訊」[274]，以「非因故意或重大過失而不知、就所顯示之事實或情況，亦不能判別該行為或資訊為違法」和「於知悉行為或資訊為違法後，立即移除資訊或使他人無法接取」作為民事免責事由之要件，與OCILLA於第512條(c)就「依使用人要求進行資訊存取的系統或網路」所設定的民事免責事由之要件頗為類似，與歐盟電子商務指令第14條就「資訊儲存提供者」所設定的民事免責事由極為類似，同時亦與我國著作權法第90條之7針對「資訊儲存服務提供者」所設之免責事由之要件極為類似。OCILLA、歐盟電子商務指令和我國著作權法，皆強調「資訊儲存之提供者」若欲進入安全港條款之範圍，須「對使用者涉有侵權行為不知情」。惟，本草案第14條第1項第2款並無第17條「通知」與「反通知」等配套義務之適用，不同於OCILLA第512條(c)和我國著作權法第90條之9針對此類服務設有「通知—移除程序」義務之規定。歐盟電子商務指令亦未將「通知—移除程序」設為資訊儲存提供者的免責事由要件，資訊儲存提供者「受有申訴人之通知」是否屬於「知悉該違法之資訊」之範疇，是否須對發布人發出移除情事之「通知」，可否亦認定採「通知後即刻移除或封鎖該資訊之連結」之機制，尚待釐清。同樣地，本草案第14條第1項第2款「於知

允照出版提供 請勿公開散布

[274] 本草案第14條：「數位通訊傳播服務提供者對於第三人爲供他人使用而儲存之資訊，於符合下列情形時，不負民事責任：
一、非因故意或重大過失而不知有違法行爲或資訊，且於他人請求損害賠償時，就所顯示之事實或情況，亦不能判別該行爲或資訊爲違法。
二、於知悉行爲或資訊爲違法後，立即移除資訊或使他人無法接取之。
前項之第三人受數位通訊傳播服務提供者之指揮監督，不適用前項規定。」

悉行為或資訊為違法後」是否包含「受有申訴人之通知」之情形，有無後續「通知」涉有侵權使用者之程序義務，存有疑義。本文認為本草案既係參考OCILLA和我國著作權法，自應採相一致之立法架構，建議修法使第14條第1項第2款亦適用第17條「通知—移除程序」配套義務之規定。

第15條規範之服務類型為「就其提供之接取服務」[275]，以「由使用者所發動或請求」和「經由自動化技術予以執行、未就傳輸之資訊為任何篩選或修改」作為侵權行為之免責事由之要件，與OCILLA於第512條(a)就「暫時性數位化網路傳輸」所設定的民事免責事由之要件頗為類似，同時草案說明亦載明本條乃係參考我國著作權法第90條之5針對「連線服務提供者」之規範所制定。數位通訊傳播服務提供者就其提供之接取服務，由第三方以網路內容提供者之角色所發動或請求之資訊，數位通訊傳播服務提供者身為「中介者」不實質干涉內容之產出，或資訊之處理係經由自動化技術予以執行，且其未就傳輸之資訊為任何篩選或修改，自可享有侵權行為之免責事由。

第16條規範之服務類型為「未提供接取服務」[276]，以「所傳

275 本草案第15條：「數位通訊傳播服務提供者就其提供之接取服務對其使用者之侵權行爲，有下列情形者，不負賠償責任：
一、所傳輸之資訊係由使用者所發動或請求。
二、資訊之處理係經由自動化技術予以執行，且數位通訊傳播服務提供者未就傳輸之資訊爲任何篩選或修改。」

276 本草案第16條：「未提供接取服務之數位通訊傳播服務提供者，有下列情形者，對其使用者之侵權行爲，不負賠償責任：
一、所傳輸之資訊係由使用者所發動或請求。
二、未改變使用者存取之資訊。
三、經權利人通知或知悉其使用者涉有侵權行爲後，立即移除或使他人無法接取涉有侵權之內容或相關資訊。」惟，國家通訊傳播委員會於2017年5

輸之資訊係由使用者所發動或請求」、「未改變使用者存取之資訊」、「經權利人通知或知悉其使用者涉有侵權行為後，立即移除或使他人無法接取涉有侵權之內容或相關資訊」作為侵權行為之免責事由之要件。草案說明載明本條係參考我國著作權法第90條之6、第90條之8、第90條之10，以及美國OCILLA第512條(b)而制定。草案說明一方面強調本條不課予數位通訊傳播服務提供者就侵權與否之實質判斷責任，一方面亦希望鼓勵業者於主動知悉有涉及侵權之情形時能採取適當措施，負有監督及判斷是否構成侵權之義務。本條係綜合採納我國著作權法就「快速存取服務提供者」和「搜尋服務提供者」之規定，草案說明雖僅載明另參考OCILLA第512條(b)「系統自動存取」之條文，但就內容和條文架構而論，本草案第16條應另包含參考OCILLA第512條(d)有關「資訊搜尋工具」之內容，方得與我國著作權法第90條之8和第90條之10相呼應。

元照出版提供　請勿公開散布

第17條之草案說明載明本條即為數位通訊傳播服務提供者之「通知—移除程序」義務[277]，但需特別注意的是，僅第16條第3款

月18日之新聞稿中聲明：「目前擬將第16條草案修正為：『所傳輸之資訊係由使用者所發動或請求，且未改變使用者存取之資訊。』，及『經權利人通知或知悉其使用者涉有侵權行為後，移除或使他人無法接取涉有侵權之內容或相關資訊，或為其他適當之處置。』符合任二者條件之一，即得主張免責。立法意旨係為提供相關網路服務業者免責之可能與基礎。」

277 本草案第17條：「數位通訊傳播服務提供者依前條第三款移除或使他人無法接取涉有侵權之內容或相關資訊，應依其與使用者約定之聯繫方式或使用者留存之聯繫資訊，通知涉有侵權之使用者。但依其提供服務之性質無法通知者，不在此限。
前項涉有侵權之使用者認其無侵權情事者，得檢具回復通知文件，要求數位通訊傳播服務提供者回復其被移除或使他人無法接取之內容或相關資訊。
前項使用者因故意或過失，向數位通訊傳播服務提供者為移除或回復之不實

有本條之適用。第17條與OCILLA之「通知—移除程序」義務頗為類似，草案說明亦載明本條乃係參考我國著作權法第90條之9之規定而來。本條與OCILLA皆規定數位通訊傳播服務提供者於權利人向其通知或知悉設有侵權情事後[278]，應立即移除或使他人無法接取涉有侵權之內容[279]，並於履行完上述義務後通知涉有侵權之使用者[280]。被通知之涉有侵權者即得檢具回復通知要求回復該內容[281]，數位通訊傳播服務提供者於接獲回復通知後即應轉知權利人[282]，權利人於接獲轉知後之次日起十個工作日內（OCILLA係規定於接獲轉知後之次日起十至十四個工作日內）應向數位通訊傳播服務提供者提出訴訟證明[283]。然，與OCILLA不同的是，本草案並未規範數位通訊傳播服務提供者應特別設置處理此類侵權行為之特設管理人，專門收受潛在申訴通知[284]，且亦未如OCILLA就權利人所提出之通知設有詳細的內容要求[285]。本文認為，就性隱私內容

先照出版提供 請勿公開散布

通知，致他人受有損害者，應負賠償責任。

數位通訊傳播服務提供者於接獲第二項之回復通知後，應立即將回復通知文件轉知原通知之權利人。

權利人應於接獲數位通訊傳播服務提供者前項通知之次日起十個工作日內，向數位通訊傳播服務提供者提出已對該使用者提起本案訴訟之證明。

權利人未依前項規定提出訴訟證明、或就該權利之本案訴訟遭法院裁定駁回或受敗訴之終局判決者，數位通訊傳播服務提供者應回復該使用者之服務；其無法回復者，應提供適當方式供該使用者自行回復。」

278 17 U.S.C. § 512(c)(3).

279 *Id.* § 512(c)(1)(A)(iii).

280 *Id.* § 512(g)(2)(A).

281 *Id.* § 512(g)(3).

282 *Id.* § 512(g)(2)(B).

283 *Id.* § 512(g)(2)(C).

284 *Id.* § 512(c)(2).

285 *Id.* § 512(c)(3). 通知必須包含經著作權人委任代表之紙本或電子簽名，以及著作權確實受到侵害之善意聲明，更須包含據稱受有侵害之內容以及檢舉方之

而論，基於對隱私和資訊自主之重視，建議新增特設管理人之規定，並對通知之內容設有詳細要求，方能使數位通訊傳播服務提供者和使用者皆能有所依循。

較特別的是，本草案第19條規定遇有私權爭議時[286]，為避免網路不法行為侵害而能有即時救濟管道，遏止損害不斷擴大或致生急迫危險，使用者或第三人得依民事訴訟法有關定暫時狀態處分之規定請求暫時權利保護。此外，第11條第1項第4款和第5款規範數位通訊傳播服務提供者應以可清楚辨識之方式於服務使用條款中公告易於使用之檢舉通報管道，以及不當內容或行為之審查、移除及申覆機制[287]。然，參照美國學術文獻之批評[288]，申訴人若依據本草案第17條進行申訴，在被申訴人行回復通知後，申訴人仍須依據同條第5項提起訴訟始能確保性隱私內容能被移除。此規定對向來較缺乏資源且較無財力提起訴訟之被害人而言甚不友善，且此類民事訴訟屬公開程序，對性隱私內容外流之被害人而言無疑是雪上加霜。是故，建議在處理性隱私內容外流之情形時，應另考量個案之特性，不要求被害人須提出本案訴訟證明，方能確保苦於過度曝光之被害人免於受到二度傷害。

本文建議本草案應得要求數位通訊傳播服務提供者設置特設管理人，於收到申訴通知後立即告知被申訴人系爭內容已經移除，加

聯絡資訊。

286 本草案第19條：「數位通訊傳播服務提供者與其使用者或第三人間，因數位通訊傳播服務之使用行爲發生爭執，爲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，數位通訊傳播服務提供者、其使用者或第三人得依民事訴訟法之規定，聲請法院爲定暫時狀態之處分。」

287 本草案第11條第1項第4款和第5款：「四、易於使用之檢舉通報管道，供檢舉違反法律或服務條款之不當內容或行爲。五、前款不當內容或行爲之審查、移除及申覆機制。」

288 Ronneburger, *supra* note 3, at 29; Otero, *supra* note 7, at 611.

速「通知—移除程序」義務之執行。又，針對性隱私內容外流之特色，可參考日本情色報復受害防治法為加強保護被害人，縮短程序期間，僅供被申訴人「兩日內」之期間回應。若特設管理人未於該法定期間內收到回應，數位通訊傳播服務提供者即得逕自移除爭議內容，不須對散布人負擔任何責任。又，考量部分性隱私內容外流之被害人已故，可參考日本情色報復受害防治法允許已故被害人之配偶、直系血親和兄弟姊妹得代被害人向數位通訊傳播服務提供者主張移除爭議內容，顧慮遺族之感受。再者，我國著作權法第90條之4第1項第2款設有「三振條款」[289]，規定網路服務提供者須已告知使用者若有三次侵權將終止全部或部分服務，始得主張免責事由。針對性隱私內容外流之情形，本草案並未規定數位通訊傳播服務提供者須事先告知使用者「三振條款」始能適用免責事由，故建議應增補之，課予使用者額外的懲罰，加強遏阻此類散布行為[290]。另外，英國創設年齡驗證監管人管制網路色情，未就網路服務提供者定有詳盡的「通知—移除程序」義務，而係將類似程序義務之制定授權年齡驗證監管人自行裁量。英國之管制方向雖與各國管制網路服務提供者之情形有所出入，但網路色情與性隱私內容外流仍有本質上相似之處，其另創設監管人作為第三方之官方監督機關，未嘗不是各國在面對性隱私內容外流時，可用於加強輔導並監督網路服務提供者之方式。此作法似亦得適時檢視數位通訊傳播服務提供者之特設管理人的審核標準，避免網路服務提供者成為網路內容之校閱機關，避免言論自由市場失衡或失常，值得參考。應特別注意

289 著作權法第90條之4第1項第2款：「符合下列規定之網路服務提供者，適用第九十條之五至第九十條之八之規定：二、以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，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。」

290 Otero, *supra* note 7, at 612.

的是，因應性隱私內容外流之特性，不應要求被害人須提出本案訴訟證明以確保性隱私內容能被移除，使苦於過度曝光之被害人免於受到二度傷害。

㈢小　結

在CDA肯定網路多元自由發展以及網路自治與自律的前提下，數位通訊傳播法草案之立法精神揭示本草案對人民言論及秘密通訊自由之保障，性隱私內容外流之情形自得落入本法之適用範圍。考量我國現行並未有針對性隱私內容外流之情形特設規範，本草案結合CDA區分網路服務提供者與網路內容提供者之精神，結合OCILLA所創設的「通知—移除程序」義務，應能作為我國處理性隱私內容外流之立法雛形。又，經綜合比較本草案與國際立法例之異同，可見國際間就網路服務提供者之責任劃分與所課予的義務皆係以美國之管制方式為基礎，認定網路服務提供者於提供特定服務類型時之中介者角色，並認同「通知—移除程序」義務之誘因機制。在比較法研究中，目前僅有美國部分州刑法和日本特設專法專門處理性隱私內容外流，美國州刑法係以刑事制裁散布人，日本則同時於專法中刑事制裁行為人，並規範網路服務提供者之責任與義務，值得參考。我國數位通訊傳播法草案固然可作為未來規範網路服務提供者就性隱私內容外流之責任與義務之立法雛形，但其細部內容仍有深度探究之必要，尤其目前草案內容尚未能完整滿足性隱私內容外流之特性，對被害人的保障仍不足。又，本文認為，考量從事「性勒索」之數位通訊傳播內容提供者惡性重大，應課予刑事責任，且適用對象包含網路平臺和一般使用者。至於數位通訊傳播服務提供者則因僅為資訊中介者，屬被動通路，故搭配「通知—移除程序」義務並以民事免責作為誘因，應已足夠。

元照出版提供，請勿公開散布

二、從隱私權與個人資料保護的觀點再出發

從GDPR之推行可見，歐盟對隱私權之保護可說是最嚴格的地區[291]，提倡以權利導向來達到個人資料隱私之保護[292]。其中各會員國間又以德國最具代表，德國法就個人資料保護法於歐洲個人資料保護發展中實屬先驅，相關理論發展亦影響歐洲甚深[293]，故不難想像「事前刪除權」源自於德國法院。相較之下，美國對於隱私權較未如歐盟提供系統性之概括立法保護[294]，未有專門針對個人資料保護之專法，有關個人資料隱私保護之規定亦多散見於各法[295]。此種立法方式係源於美國為不成文法國家，條文多針對特定議題而訂定，較少如德國法著重法體系方式抽象處理問題[296]。此外，在美國法體系中一向重視表現自由之傳統和歷史之脈絡下，似較難接受被遺忘權之存在，認為其將阻礙資訊自由流通，引發寒蟬效應[297]。又，由於美國司法實務往往使隱私受言論自由所凌駕，故被遺忘權似乎無太多發展的空間[298]。然，因歐盟GDPR將被

元照出版提供，請勿公開散布。

291 楊柏宏、陳銺雄，同註184，頁99。

292 楊柏宏、陳銺雄，同註184，頁99；許炳華，同註128，頁148。自1970年代起，電腦資訊科技開始發展，歐洲各國開始施行個人資料保護法，多國定有資料刪除權之規定。

293 張志偉，同註197，頁11。

294 James R. Maxeiner, *Business Information and "Personal Data": Some Common-Law Observations about the EU Draft Data Protection Directive*, 80 IOWA L. REV. 619, 621 (1995).

295 顏于嘉，同註127，頁27。美國不同於許多歐陸國家，未有一部保障個人資料或隱私權的法典，而是將對個人資訊隱私權的保護，針對不同議題，分散於個別法律中加以保障。

296 顏于嘉，同註127，頁28。

297 范姜真嫩，同註131，頁75。

298 許炳華，同註128，頁146。

遺忘權之判斷全權交由資料控制者，要求其就連結之移除僅在採取可得技術並考量適當成本之合理程序，且「努力」通知第三方資料控制者相關之情事即可[299]，故使網路平臺為卸責而傾向接受多數被遺忘權之請求[300]，似有忽視網路資訊流通價值之虞。反觀美國雖未從隱私權的角度出發，但美國OCILLA卻有詳盡的「通知—移除程序」義務與相關細部配套措施，以市場導向和自律機制個案處理「網路內容」之爭議[301]。美國透過CDA和OCILLA的安全港條款和誘因機制將判斷標準交由網路服務提供者和使用者共同決定，搭配「通知」、「反通知」、「移除」和「訴訟」等一連串之誘因機制，透過互相約制以達市場自由與自律，相信言論自由市場可激發更有效且具彈性的天平，以衡平言論自由與個人隱私保護。此外，事實上在德國學理的討論中，亦承認被遺忘權於實際執行層面存有阻礙，於網路上落實個案判斷有其困難，故有認為可參照類似網路服務提供者對違法內容之責任以及關於著作權侵害的「通知—移除程序原則」（Notice-and-take-down-Prinzip）[302]。當事人須擬具刪除要求，並以最低限度範圍擬出具體事證，並由搜尋引擎業者進行初步利益衡量，搭配申訴人與被申訴人之善意聲明，以決定是否移除搜尋結果[303]。由此可見，本文推論美國並不因有關個人資料隱私保護之規定散見於各法而對隱私之保護較為欠缺，歐盟亦不因GDPR之推行而有較為完善的隱私保護。

鑑於我國個人資料保護法（以下簡稱個資法）乃係大幅參考歐

299 范姜真嫩，同註131，頁77。
300 楊柏宏、陳錡雄，同註184，頁103。
301 許炳華，同註128，頁149。
302 張志偉，同註197，頁49。
303 張志偉，同註197，頁49。

盟資料保護指令而來[304]，且歐盟法院既已肯定資料保護指令的現有條文可推論出個人具有被遺忘之權利，故我國學術間亦有嘗試自我國個資法推論被遺忘權之論述，釐清我國法是否亦得繼受此見解。然而，國內有論者認為自我國現時之立法和實務面論述，被遺忘權之發展仍有困難[305]，且學理及實務上尚缺乏相關經驗[306]。惟，仍有論者認為我國個資法已有被遺忘權之基礎，如有論者認為歐盟法院Google v. AEPD案所稱的「被遺忘權」係指「刪除搜尋結果之連結」，具有「去檢索」的功能[307]。我國個資法第19條第1項第7款及第19條第2項可解讀為如同Google v. AEPD案「要求搜尋引擎停止處理」的條文依據，個人可援引此條要求搜尋引擎移除與自己有關之關鍵字搜尋出來的結果連結[308]。是故，有論者認為我國個資法目前已得推論具有類似如歐盟GDPR第21條「反對權」之規定，但尚欠缺該規則第17條「刪除權（被遺忘權）」之規定[309]。或有論者認為我國個資法第3條第4款明訂當事人依法得有請求停止蒐集、處理或利用、第5款請求刪除之權利，如當事人可依據第5條請求刪除或停止利用當事人自行公開之個資，或得依同法第11條第4項為根據，就取得自於一般可得來源之個資主張被遺忘權，請求

304 邱忠義，談個人資料保護法之間接識別，月旦裁判時報，30期，頁96，2014年12月。

305 劉靜怡，社群網路時代的隱私困境：以Facebook爲討論對象，國立臺灣大學法學論叢，41卷1期，頁46，2012年3月。

306 許炳華，同註128，頁146-147；張志偉，同註197，頁32。我國法院判決實務目前就我國個資法有無存在具「去檢索」功能的被遺忘權，尚有爭議。參閱臺北地方法院103年度訴字第2976號民事判決。

307 楊智傑，同註196，頁42。

308 楊智傑，同註196，頁40-41。

309 楊智傑，同註196，頁40-41。

刪除、停止利用該個資[310]。另有論者認為，對照我國與德國個人資料保護法之相關規定，我國個資法第11條第1項「更正或補充請求權」、同條第2項「停止處理或利用請求權」，以及同條第3項「刪除、停止處理或利用請求權」應可作為我國導入被遺忘權之請求權基礎[311]。

綜上所述，於性隱私內容外流之情形，被害人似得依我國個資法第19條第1項第7款與第19條第2項要求搜尋引擎停止處理，主張「刪除搜尋結果之連結」，行使具「去檢索」功能[312]，或得依據個案情形，以同法第11條作為被遺忘權之請求權基礎。惟，由於我國個資法就被遺忘權和刪除權之權利要件過於簡略，究屬「去檢索」或「刪除內容」仍不明確，可得刪除之資料範圍未定，且未能就網路服務提供者或搜尋引擎之特性作規範，我國法務部與司法實務對於搜尋引擎是否適用個資法亦尚有疑義[313]，仍待進一步釐清。此外，網路服務提供者之「通知」義務雖可見於我國個資法第11條第5項之規定，「應於更正或補充後，通知曾提供利用之對象」，然此規定實際上是否可執行尚有疑義[314]。針對性隱私內容外流之散布人責任，我國個資法未有針對第11條之違反情事定有刑責，惟法院似得依個資法第41條，於違反第6條第1項有關特種個人資料之規定，足生損害於他人者，處以刑責。然而，礙於爭議內容須先滿足識別性之要件始能認定為個資法所規定的「個人資料」，故判決實務於處理性隱私內容外流時，適用法條似有困難[315]。此

310 范姜真媺，同註131，頁93-95。
311 張志偉，同註197，頁55-56；楊柏宏、陳錡雄，同註184，頁110-111。
312 楊智傑，同註196，頁36-38。
313 范姜真媺，同註131，頁99。
314 楊柏宏、陳錡雄，同註184，頁113。
315 蕭郁溏，同註2，頁48-50。

外，個資法第51條第1項第1款已明文：「自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用個人資料，不適用本法之規定。」如是，我國個資法似無從對散布人論罪，更無從依據個資法向法院聲請「事後刪除權」要求散布人刪除爭議內容，甭論行使德國科布倫茲高等法院所發展出的「事前刪除權」。

再者，參照數位通訊傳播法草案第3條第1項第4款之規定：「政府應就下列事項，積極協調相關機關（構）、公營事業機構及團體，採行適當措施，並定期就法規適用及其執行情形檢討改進：四、內含個人資料之數位通訊傳播服務，應確保個人生活私密領域免於他人侵擾及維護個人資料之自主控制。」可見，本草案一方面保障人民的言論及秘密通訊自由，一方面亦呼應大法官釋字第603號解釋所肯認的隱私權保障[316]。綜上所述，本草案第三章之部分條文固然可作為規範「數位通訊傳播服務提供者」責任與義務之規定，但針對「內容提供者」，本文建議除增訂刑事責任外，尚須補強「刪除權」之規定，方得完善被害人之救濟程序。本草案第19條雖就重大損害或急迫危險定有「定暫時狀態之處分」之規定[317]，但是否能包含「刪除權」之功效，尤其是向潛在散布人主張「事前刪除權」，尚待釐清。針對「數位通訊傳播服務提供者」（包含搜

316 第3條第1項第4款草案之說明：「四、對於個人資訊隱私權應予保障，於資訊化社會亟俱重要性，參考司法院大法官釋字第六百零三號解釋意旨，數位通訊傳播服務提供者應確保個人生活私密領域免於個人侵擾，並維護個人資料的自主控制權。爰明訂第四款。」

317 惟，本文建議將本草案第19條條文的「或」改爲「與」，使用者與第三人間方能聲請法院爲定暫時狀態之處分。條文建議修改爲：「數位通訊傳播服務提供者與其使用者『與』第三人間，因數位通訊傳播服務之使用行爲發生爭執，爲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，數位通訊傳播服務提供者、其使用者或第三人得依民事訴訟法之規定，聲請法院爲定暫時狀態之處分。」

尋引擎和一般網路服務提供者），本草案第14條至第17條有關「通知—移除程序」之規定已得達到被遺忘權和刪除權之目的。然，針對「內容提供者」，本草案仍有缺漏，更何況有論者認為我國個資法尚欠缺歐盟GDPR第17條有關「刪除權（被遺忘權）」之規定，故當事人尚無從依本草案和我國個資法對「內容提供者」主張刪除權。本文認為，針對內容提供者之刪除權，似可參考歐盟GDPR第17條將被遺忘權和刪除權合而為一之立法方式[318]，規範於我國現行個資法，延續我國個資法乃繼受GDPR之前身歐盟資料保護指令之精神。惟，若本草案第14條至第17條既已得透過「通知—移除程序」義務，對非屬搜尋引擎之一般數位通訊傳播服務提供者達到刪除權之功能，似亦可在本草案之脈絡下增訂針對「內容提供者」之刪除權，法體系尚屬一致，亦無不可。

本文之所以同時得出上述兩種立法建議，乃因我國既繼受歐盟資料保護指令而制定個資法，亦繼受美國OCILLA中有關「通知—移除程序」義務而擬推行通訊數位傳播法草案。在我國個資法究竟是否承認被遺忘權或刪除權等爭議未平息之前，想見不久的將來更須同時處理個資法該如何因應數位通訊傳播法草案中有關數位通訊傳播服務提供者就第三人所提供內容之免責事由，與相關請求權基礎之互動與競合。在美國及歐盟背後長久之文化及哲學思維存在地域之差異下[319]，立法者與司法實務者須同時思考，當根據數位通訊傳播法草案作為救濟手段，或依據個資法作為請求權基礎而同時達到被遺忘權和刪除權之效果時，事實上也是本於不同的法律文化

318 楊柏宏、陳錡雄，同註184，頁106。GDPR第17條之標題於修法歷程中經過數次更動，原似將被遺忘權與刪除權視爲兩種不同的權利，但最後通過的條文標題則爲「刪除權（被遺忘權）」（Right to Erasure (‘right to be forgotten’)），似明白揭示刪除權即爲被遺忘權。

319 許炳華，同註128，頁150。

與權利出發。數位通訊傳播法草案之「通知—移除程序」義務乃係起源於美國捍衛言論自由的精神，而衍生出的免責誘因機制；「被遺忘權與刪除權」則係源於歐盟人權公約與基本權利憲章所重視的隱私權保護，而衍生出的權利導向基礎。兩派係以截然不同的法律文化基礎在處理數位時代的「資訊中介者」之角色，以及就其握有的「內容」之責任。以搜尋引擎之定位為例，歐盟法院Google v. AEPD案認定搜尋引擎業者擔任之角色較近於資訊媒介者，未如網頁發表人般有大眾傳播媒體之功能，而無法受同程度表現自由之保護[320]。歐盟法院認為，因搜尋引擎完全有別於原始網頁經營者處理資料之方式，透過蒐集、組織網路公開資訊，進一步揭露當事人的詳細輪廓，故搜尋引擎為歐盟資料保護指令第2條(d)之責任人，且不得將責任轉嫁予原始網頁經營者而脫免責任[321]。此觀點之切入角度雖與美國大相逕庭，但最終對於網路服務提供者所課予之責任卻有異曲同工之妙。美國CDA雖明文不將網路服務提供者視為出版人及發表人，OCILLA亦有相同精神，皆免除其就非出於己的資訊內容之責任，然該免責事實上為誘因，網路服務提供者僅於履行程序義務後方得有條件性地享有免責。簡而言之，歐盟以個人資料隱私保護之觀點認定搜尋引擎應就其資料之處理負責；美國以網路言論自由之觀點認定網路服務提供者於未履行程序義務時應就其資料之登載負責。歐派著重資料處理所描繪的當事人輪廓（實質面），美派著重資料處理者的處理程序（程序面）。平衡既為立法原則之一，也是司法原則，不論是理論面或實務面，實質面或程序

320 范姜真媺，同註131，頁74。法院拒絕Google援引新聞自由，搜尋引擎業者並無法主張媒體特權。張志偉，同註197，頁26。

321 張志偉，同註197，頁18、25。在歐盟法院的眼光下，搜尋引擎業者不再是無責的第三人，而毋寧是被揭穿的、深具影響力的「幕後操縱者」。

面，兩者應為一體兩面[322]。針對「資訊中介者」就其登載「內容」之責任，未來可預見美國和歐盟之走向將逐漸融合[323]，我國亦可持續觀察，以探索並調和繼受法之衝突與扞格。

伍、結　論

通常有關「性」的任何事物在法律中都會被特別對待與處理，並有特殊的法規加以規範[324]，尤其在法學論述上，於認定有關「性」的侵害行為時，「同意」之自由意志更是侵害與否和侵害程度的關鍵要素[325]。「網路恆久遠，上傳永流傳。」美國CDA之立法目的是為了確保網路的自由發展[326]，但網路的發展不能正當化對個人隱私權之侵害，尤其當社會大眾對於「性隱私」的觀感多帶有輕蔑或鄙視的態度時，性隱私內容外流對本人來說會是毀滅性的傷害[327]。Danielle Citron曾言：「將最糟糕的行為人納入免責範圍，將會是對鼓勵網路服務提供者自我監管之聯邦法最大的蔑視[328]。」美國CDA並不是為了創造網路的「無法無天」[329]，正如法官Alex Kozinski於Fair Housing案中所述：「網路早已過了襁褓之年，不再需要受到嬌養和溺愛[330]。」性隱私內容外流之被害人透過民事訴訟固然可獲得金錢上的損害賠償，刑事制裁行為人亦可防免潛在的

322 許炳華，同註128，頁155。
323 許炳華，同註128，頁155。
324 *See Zeran*, 129 F.3d 327 at 329-330; Ronneburger, *supra* note 3, at 31-32.
325 Ronneburger, *supra* note 3, at 32.
326 47 U.S.C. § 230(b)(1).
327 Ronneburger, *supra* note 3, at 32.
328 CITRON, *supra* note 8, at 167-68.
329 *See Fair Housing*, 521 F.3d 1157 at 1164.
330 *Id.* at 1175.

性隱私內容外流，但這兩種方式都無法有效終結性隱私內容於網路上之存續[331]。儘管美國OCILLA已提供部分被害人得藉由著作權之保護移除爭議內容，但著作權法的適用對象仍有限。雖說「通知—移除程序」義務無法事前遏止潛在行為人散布，亦無法禁止其他使用者觀看、私自下載並上傳至其他網路平臺，但至少被害人還可以透過事後的救濟手段減緩性隱私內容永久在網路上流傳，保障其就「性隱私」的自由意志和自主控制[332]。課予網路服務提供者面對性隱私內容外流時應負擔相當的責任與義務，一方面是為了鞏固網路服務提供者作為「資訊中介者」之角色，一方面也可間接透過「通知—移除程序」義務來導正使用者的使用習慣和界限[333]。雖有論者認為可全部放任網路服務提供者建立具透明度之方式自律處理即可，無必要透過立法制定一致性要件[334]。惟，本文認為，內容之判斷標準固然不宜透過立法方式限制，避免掛一漏萬並可交由言論市場自行衡平，然仍應立法透過程序與誘因機制，課予網路服務提供者消極不處理之民事責任，以及網路內容提供者刻意徵求和散布之刑事責任，方得督促並導正網路服務提供者和內容提供者就隱私權之重視和使用習慣。

被遺忘權與刪除權乃以「資訊自決」或「資訊隱私」的角度出發[335]，讓網路與使用者皆能「遺忘且刪除」性隱私內容。從隱私權的角度切入，爬梳學術文獻與實務判決之論述，被遺忘權、刪除

331 Cooper, *supra* note 11, at 845.

332 McClurg, *supra* note 148, at 927; Ronneburger, *supra* note 3, at 33.

333 Ronneburger, *supra* note 3, at 32-33.

334 范姜真媺，同註131，頁79。

335 張志偉，同註191，頁3-4。「資訊自決」源自於留德學者，「資訊隱私」則源自於留美學者，前者凡「涉及個人」之資訊範圍皆屬之，不問是否具有私密性，後者之資訊則必然需具備一定的隱私要素或合理的隱私期待。

權以及反對權的討論有助於釐清一般網路服務提供者與搜尋引擎的差異，並區別網路服務提供者與網路內容提供者，細緻化散布前與後的救濟可能[336]。然而，事前刪除權難免會受到憲法上的挑戰，尤其具有強制性權利保護色彩，其與言論自由的危險平衡應受到謹慎檢視[337]。

在比較法的研究中，可見多數國家並非如美國以CDA之安全港條款概括使網路服務提供者享有寬鬆的免責範圍，而係比照類似美國OCILLA課予「通知—移除程序」義務，同時提供網路服務提供者履行義務之免責誘因，並作為當事人的事後救濟程序。日本尤其針對性隱私內容外流之情形特設專法，加強網路服務提供者之責任；英國針對網路色情創設的「年齡驗證監管人」，作為加強監督並管制網路服務提供者處理網路色情之公正第三方，以及歐盟率先明文化刪除權（被遺忘權）與反對權，此等作法皆屬新穎的立法巧思，值得持續關注。

回到我國，在通傳會推行數位通訊傳播法草案之際，立法者不得不須謹慎思量本草案同時肯定言論及秘密通訊自由，以及隱私和個人資料自主控制之立法精神。我國之所以會有重疊之法體系爭議，乃因我國同時繼受歐派與美派，而有疊床架屋和請求權競合之嫌，不得不慎。本文嘗試以性隱私內容外流作為案例，於美國重視的言論自由和歐盟重視的隱私權間，檢討我國數位通訊傳播法草案和個資法之互動。我國立法者應特別留意，未來究竟欲以何種繼受法處理網路服務提供者就第三方所提供之內容之責任與義務，如何課予內容提供者相應的責任，以及該提供當事人何種請求權基礎，建立一套因應網路時代的本土立法，方能走出繼受，邁向立論。

336 Cooper, *supra* note 11, at 845.
337 *Id*. at 834-43.

參考文獻

一、中 文

1. 李治安，網路服務提供者民事免責事由之要件分析，載：國際比較下我國著作權法之總檢討，頁451-490，2014年12月。(Jyh-An Lee (2014), *Deconstructing the Legal Structure of ISP Safe Harbor*, *in* Kung-Chung Liu eds., COMPREHENSIVE REVIEW OF COPYRIGHT LAW UNDER INTERNATIONAL COMPARISON, 451-490 (Academia Sinica).)
2. 林思惟，歐盟新規：個人資料保護規則——數位防護的新縱深，金融聯合徵信，29期，頁14-22，2016年12月。(Si-Wei Lin, *EU New Regulation: General Data Protection Regulation—The New Depth of Digital Protection*, 29 MAGAZINE OF JOINT CREDIT INFORMATION, 14-22 (2016).)
3. 邱忠義，談個人資料保護法之間接識別，月旦裁判時報，30期，頁95-103，2014年12月。(Zhong-Yi Qiu, *Analysis on the Indirect Identification of the Personal Information Protection Act*, 30 COURT CASE TIMES, 95-103 (2014).)
4. 紀珮宜，由歐盟資料保護規則論被遺忘權之爭議，經貿法訊，214期，頁8-24，2017年5月。(Pei-Yi Ji, *Analysis on the Issues of the Right to be Forgotten in E.U. General Data Protection Regulation*, 214 ECONOMIC AND TRADE LAW NEWS, 8-24 (2017).)
5. 范姜真媺，網路時代個人資料保護之強化——被遺忘權利之主張，興大法學，19期，頁61-106，2016年5月。(Zhen-Mei Fan Jiang, *The Enforcement of Protection of Personal Data in Internet Era: The Claim of the Right to Be Forgotten*, 19 CHUNG-HSING UNIVERSITY LAW REVIEW, 61-106 (2016).)
6. 財團法人資訊工業策進會科技法律中心，網際網路服務提供者法律責任與相關法制之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，2003年12月。(Science & Technology Law Institute, Institute for Information Industry, *Research on the Liabilities of Internet Service Providers and Related Issues*, Commission Research by Council for Economic Planning and Development (2003).)
7. 張志偉，從資訊自決與資訊隱私的概念區分，檢視被遺忘權的證立問題，萬

元照出版提供 請勿公開散布

國法律，211期，頁2-15，2017年2月。(Zhi-Wei Zhang, *Analysis on the Justification of the Right to Be Forgotten from the Conceptions of Information Self-Determination and Information Privacy*, 211 FT LAW REVIEW, 2-15 (2017).)

8. 張志偉，記憶或遺忘，抑或相忘於網路——從歐洲法院被遺忘權判決，檢視資訊時代下的個人資料保護，政大法學評論，148期，頁1-68，2017年3月。(Zhi-Wei Zhang, *Remember, Forget or Be Forgotten on the Internet: Review the Personal Data Protection in the Digital Age Based on the Decision of the Court of Justice of the European Union Regarding the Right to Be Forgotten*, 148 CHENGCHI LAW REVIEW, 1-68 (2017).)

9. 許炳華，被遺忘的權利：比較法之觀察，東吳法律學報，27卷1期，頁125-163，2015年7月。(Bing-Hua Xu, *Right to Be Forgotten: Observations from the Perspectives of Comparative Law*, 27(1) SOOCHOW LAW REVIEW, 125-163 (2015).)

10. 郭戎晉，網路言論傳播中介者責任與其免責規範之研究——以美國通訊端正法實務發展為中心，科技法律透析，23卷4期，頁20-44，2011年4月。(Rong-Jin Guo, *Legal Study on Important Cases of Communication Decency Act of U.S.*, 23(4) SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW, 20-44 (2011).)

11. 馮震宇，歐盟著作權指令體制與相關歐盟法院判決之研究，載：國際比較下我國著作權法之總檢討，頁491-543，2014年12月。(Zhen-Yu Feng (2014), *Analysis on the System of E.U. Directive of Copyright and Related Cases of the Court of Justice of the European Union*, *in* Kung-Chung Liu eds., COMPREHENSIVE REVIEW OF COPYRIGHT LAW UNDER INTERNATIONAL COMPARISON, 491-543 (Academia Sinica).)

12. 黃文哲，數位通訊傳播法對網際網路服務提供者責任規範，NCC NEWS，10卷11期，頁15-20，2017年3月。(Wen-Zhe Huang, *The Regulation of the Liabilities of Internet Service Providers in Digital Communication Act*, 10(11) NCC NEWS, 15-20 (2017).)

13. 楊柏宏、陳銡雄，被遺忘權之研析——以歐盟法院Google Spain SL案及歐盟個資保護規章為中心，萬國法律，208期，頁98-120，2016年8月。(Bo-Hong Yang & Zhi-Xiong Chen, *Ayalysis on the Right to Be Forgotten—With a Focus on*

元照出版提供 請勿公開散布

Case Google Spain SL of the Court of Justice of the European Union and the E.U. General Data Protection Regulation, 208 FT LAW REVIEW, 98-120 (2016).)

14. 楊智傑，個人資料保護法制上「被遺忘權利」與「個人反對權」：從2014年西班牙Google v. AEPD案判決出發，國會月刊，43卷7期，頁19-43，2015年7月。(Zhi-Jie Yang, *The Right to Be Forgotten and the Right to Object in the Personal Information Protection—From the Evidence of the Google v. AEPD Case in 2014*, 43(7) PARLIAMENT MONTHLY MAGAZINE, 19-43 (2015).)

15. 劉靜怡，社群網路時代的隱私困境：以Facebook為討論對象，國立臺灣大學法學論叢，41卷1期，頁1-70，2012年3月。(Ching-Yi Liu, *The Privacy Dilemma in the Social Networking Age: With a Focus on Facebook*, 41(1) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 1-70 (2012).)

16. 蕭郁溏，性隱私內容外流風波——從美國立法例論我國違反本人意願散布性隱私內容之入罪化，科技法律透析，28卷10期，頁27-55，2016年10月。(Yu-Tang Hsiao, *Leaking of Private Sexual Material—A Study on the Criminalization of Nonconsensual Pornography in Taiwan: Evidence from the U.S. Legislation*, 28(10) SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW, 27-55 (2016).)

17. 蕭郁溏，日本情色報復受害防制法之評析，科技法律透析，29卷2期，頁21-28，2017年2月。(Yu-Tang Hsiao, *The Analysis on the Japan Act on the Prevention of Victimization Resulting from the Provision of Private Sexual Images,* 29(2) SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW, 21-28 (2017).)

18. 蕭郁溏，網路掃黃行動——英國創設年齡驗證監管機制加強監管網路色情，科技法律透析，29卷11期，頁18-26，2017年11月。(Yu-Tang Hsiao, *Wipe Out the Online Porn—U.K. Implementing the Age Verification Measure to Regulate Online Pornography*, 29(11) SCIENCE & TECHNOLOGY LAW REVIEW, 18-26 (2017).)

19. 顏于嘉，由美國資訊隱私法制觀察被遺忘權在美國的發展，萬國法律，211期，頁25-33，2017年2月。(Yu-Jia Yan, *Research on the Development of the Right to Be Forgotten in the U.S. from the Perspective of U.S. Information Privacy Legal Standpoint*, 211 FT LAW REVIEW, 25-33 (2017).)

元照出版提供 請勿公開散布

二、外　文

1. Ambrose, Meg Leta & Ausloos, Jef, *The Right to Be Forgotten Across the Pond*, 3 J. INFO. POLICY 1 (2013).
2. Bambauer, Derek E., *Exposed*, 98 MINN. L. REV. 2025 (2014).
3. Bartow, Ann, *Pornography, Coercion, and Copyright Law 2.0*, 10 VAND. J. ENT. & TECH. L. 799 (2008).
4. Brown, Brandon, Note, *Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 437 (2008).
5. Cecil, Amanda L., *Taking Back the Internet: Imposing Civil Liability on Interactive Computer Services in an Attempt to Provide an Adequate Remedy to Victims of Nonconsensual Pornography*, 71 WASH. & LEE L. REV. 2513 (2014).
6. Chu, Natasha, *Protecting Privacy after Death*, 13 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 255 (2015).
7. Citron, Danielle Keats & Franks, Mary Anne, *Criminalizing Revenge Porn*, 49 WAKE FOREST L. REV. 345 (2014).
8. Citron, Danielle Keats (2014), HATE CRIME IN CYBERSPACE, Massachusetts: Harvard University Press.
9. Cooper, Peter W., *The Right to Be Virtually Clothed*, 91 WASH. L. REV. 817 (2016).
10. Defterderian, Varty, *Fair Housing Council v. Roommates.com: A New Path for Section 230 Immunity*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 563 (2009).
11. Folderauer, Kaitlan M., *Not All is Fair (Use) in Love and War: Copyright Law and Revenge Porn*, 44 U. BALT. L. REV. 321 (2015).
12. Franklin, Zak, *Justice for Revenge Porn Victims: Legal Theories to Overcome Claims of Civil Immunity by Operators of Revenge Porn Websites*, 102 CALIF. L. REV. 1303 (2014).
13. Goldnick, Layla, *Coddling the Internet: How the CDA Exacerbates the Proliferation of Revenge Porn and Prevents a Meaningful Remedy for Its Victims*, 21 CARDOZO J.L. & GENDER 583 (2015).

此論文版權所有，請勿公開散布。

14. Haskel, David, *A Good Value Chain Gone Bad: Indirect Copyright Liability in Perfect 10 v. Visa*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 405 (2008).
15. Leiter, Brian (2010), *Cleaning Cyber-Cesspools: Google and Free Speech*, *in* Martha Nussbaum & Saul Levmore eds., THE OFFENSIVE INTERNET: SPEECH, PRIVACY, AND REPUTATION. (MA: Harvard University Press).
16. Levendowski, Amanda, *Using Copyright to Combat Revenge Porn*, 3 N.Y.U. J. INTELL. PROP. & ENT. L. 422 (2014).
17. Linkous, Taylor, *It's Time for Revenge Porn to Get a Taste of Its Own Medicine: An Argument for the Federal Criminalization of Revenge Porn*, 20 RICH. J.L. & TECH. 14 (2014).
18. Matsui, Shigenori, *The Criminalization of Revenge Porn in Japan*, 24 WASH. INT'L L.J. 289 (2015).
19. Maxeiner, James R., *Business Information and "Personal Data": Some Common-Law Observations about the EU Draft Data Protection Directive*, 80 IOWA L. REV. 619 (1995).
20. Maxeiner, James R., *Freedom of Information and the EU Data Protection Directive*, 48 FED. COMM. L.J. 93 (1995).
21. McClurg, Andrew J., *Kiss and Tell: Protecting Intimate Relationship Privacy through Implied Contracts of Confidentiality*, 74 U. CIN. L. REV. 887 (2006).
22. Otero, Dalisi, *Confronting Nonconsensual Pornography with Federal Criminalization and a "Notice-and-Takedown" Provision*, 70 U. MIAMI L. REV. 585 (2016).
23. Poole, Emily, Comment, *Fighting Back Against Non-Consensual Pornography*, 49 U.S.F. L. REV. 181 (2015).
24. Ronneburger, Ariel, *Sex, Privacy, and Webpages: Creating a Legal Remedy for Victims of Porn 2.0*, 21 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 1 (2009).
25. Rybka, Laura, *ALS Scan, Inc. v. Remaro Communities, Inc.: Notice and ISPS' Liability for Third Party Copyright Infringement*, 11 DEPAUL-LCA J. ART. & ETN. L. & POL'Y 479 (2001).
26. Tamò, Aurelia & George, Damian, *Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital*

元照出版提供 請勿公開散布

Age, 13 J. INTELL. PROP. INFO. TECH. & ELECTRONIC COM. L. 71 (2014).

27. Tariq, Salina, Comment, *Revenge: Free of "Charge?"*, 17 S.M.U. SCI. & TECH. L. REV. 227 (2014).

28. Urban, Jennifer M. & Quilter, Laura, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH L.J. 621 (2006).

29. Urist, Joshua, Note, *Who's Feeling Lucky? Skewed Incentives, Lack of Transparency, and Manipulation of Google Search Results under the DMCA*, 1 BROOK. J. CORP. FIN. & COM. L. 209 (2006).

30. Victor, Jacob M., *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*, 123 YALE L.J. 513 (2013).

31. Zieglowsky, Ali G., *Immoral Immunity: Using a Totality of the Circumstances Approach to Narrow the Scope of Section 230 of the Communications Decency Act*, 61 HASTINGS L.J. 1307 (2010).

元照出版提供 請勿公開散布

A Comparative Study on Regulating the Liabilities and the Obligations of Internet Service Provider on the Prevention of Non-Consensual Pornography

Yu-Tang Hsiao*

Abstract

As we observe progresses in legal reforms, the criminalization of "Non-Consensual Pornography" has recently become one of the core issues therein. However, how the law regulates the liabilities and the obligations of Internet Service Providers on this cybercrime and the removal of non-consensual pornography are both complicated legal issues. Once a person's sexual content is leaked, such victim would mostly be concerned about whether the participants of the content would be able to claim preemptory rights or pursue legal remedies. Considering that a lot of countries' regulations of Internet Service Providers are based on the U.S. Communications Decency Act and Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, this paper begins by arguing the pros and cons of the Communications Decency

元照出版提供 請勿公開散布

* Legal Researcher, Science & Technology Law Institute, Institute for Information Industry; Master of Laws, National Chiao Tung University.

Received: July 3, 2017; accepted: May 24, 2018

Act by case study; analyzes the right to be forgotten and the right to erasure, addresses “notice-and-takedown” procedure by comparative study; and clarifies the liabilities and the obligations of Internet Service Providers. Lastly, this paper starts from Personal Information Protection Act and the bill of Digital Communication Act, discusses the possibility of the application of the right to be forgotten and the right to erasure, and reflects on the status quo of Taiwan laws to put forward legislative suggestions.

Keywords: Revenge Porn, Non-Consensual Pornography, Privacy Right, Copyright, Internet Service Provider, Notice-and-Takedown Procedure, The Right to be Forgotten, The Right to Erasure, Personal Information Protection Act, Bill of Digital Communication Act

元照出版提供 請勿公開散布