

## 試析上傳過濾機制於 GDPR 的適法性——以 GDPR 第 22 條為中心

易婕

### 摘要

歐盟「數位單一市場著作權指令」已於 2019 年 6 月 7 日生效，成員國須於今 (2021) 年 6 月 7 日前將該指令內國法化。其中，指令第 17 條要求「線上內容分享服務提供者」應取得著作權人之授權，導致業者為豁免侵權責任，可能採用「上傳過濾機制」分析用戶資料，以全面禁止用戶上傳未經授權的內容。此一機制引起違反個人資料保護規定的爭議，由於該機制很有可能落入歐盟「一般資料保護規則」下完全自動化決策的範疇，若非滿足特定例外條件，則原則上不被該規則所允許，因此該機制產生了合法性的疑慮。本文認為上傳過濾機制雖屬完全自動化決策，然其有機會利用「取得用戶同意」的方式來取得合法性基礎。不過目前該機制在技術上尚未成熟，仍有造成誤判之疑慮，強制要求採用該機制不僅可能對平台業者造成不合理的過重負擔，更使用戶暴露於受系統誤判而權益受損的風險。此時爭議應回歸到著作權指令之本意是否為普遍性課予 OCSSPs 執行上傳過濾機制的義務，而仍有待未來歐盟官方或歐洲法院作出進一步解釋。

歐盟「數位單一市場著作權指令 (Directive on Copyright in the Digital Single Market)」<sup>1</sup> (以下簡稱「著作權指令」) 於 2019 年 6 月 7 日起生效，且成員國須於今 (2021) 年 6 月 7 日前將該指令內國法化<sup>2</sup>。「著作權指令」旨在因應日新月異的網路與數位科技，促進線上著作權作品流通，並優化著作權市場運作<sup>3</sup>，因而引起大型網路公司和人權團體高度關注。

其中第 17 條尤其引起極大爭議，該條要求儲存大量用戶自行上傳內容 (user generated content) 的「線上內容分享服務提供者 (online content-sharing service provider, OCSSPs)」<sup>4</sup>，例如 YouTube、Facebook 等網路分享平台，若其用戶上

<sup>1</sup> Directive (EU) 2019/790, of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, 2019 O.J. (L 130) 92 [hereinafter Copyright Directive].

<sup>2</sup> *Id.* arts. 29(1), 31.

<sup>3</sup> European Commission Policy, *Modernisation of the EU Copyright Rules*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/modernisation-eu-copyright-rules#marketplace> (last visited Sept. 15, 2021).

<sup>4</sup> 根據著作權指令第 2 條第 6 項，線上內容分享服務提供者係指以營利為目的而組織推動的資訊服務提供商，其主要目的是針對由用戶上傳之大量受著作權保護的著作或其它受保護標的，

傳內容並未取得著作權人的授權，則該平台應負擔侵權責任<sup>5</sup>。但 OCSSPs 已盡最大努力取得授權、確保上傳的侵權內容無法取得、並在收到權利人通知時立即移除侵權內容且防止用戶重新上傳，則得豁免責任<sup>6</sup>。雖然條文未明文要求 OCSSPs 應使用何種方式來防止平台上出現未經授權的內容，惟學界普遍認為，由於平台的上傳內容眾多，實無可能一一向著作權人取得授權，故 OCSSPs 須採取符合豁免要件之方式以規避侵權的風險。然因該要件中要求 OCSSPs 「盡最大努力」的豁免門檻甚不明確，OCSSPs 為了確實取得豁免，未來極有可能將採用「上傳過濾機制 (upload filter mechanism)」這種積極手段<sup>7</sup>，亦即以演算法 (algorithm) 在用戶上傳內容至平台時，全面過濾分析上傳內容，以防堵用戶上傳侵害他人著作權之內容<sup>8</sup>。

此一機制引起外界質疑，因其不僅可能嚴重侵害言論自由，亦生侵犯用戶個人資料隱私的疑慮。尤其在「一般資料保護規則 (General Data Protection Regulation, GDPR)」下<sup>9</sup>，OCSSPs 使用上傳過濾機制處理用戶個資，可能涉及所謂的「完全自動化決策 (solely automated decision-making)」，也就是透過演算法等自動化方式處理個資，在完全無人為介入的情況下對資料主體做成決策的過程<sup>10</sup>。由於完全自動化決策可能對資料主體的權利造成重大負面影響，原則上受到禁止，資料控制者 (data controller) 僅得於特定例外情形下始得對資料主體 (data subject) 進行完全自動化決策<sup>11</sup>，而 OCSSPs 運用的上傳過濾機制能否取得該合法依據尚有疑問。

為探討此一爭議，本文將先簡介上傳過濾機制的背景與運作方式，並討論上傳過濾機制是否落入 GDPR 的適用範圍，尤其著重在 GDPR 第 22 條對完全自動

---

提供公開存取 (public access) 的服務。且該項明文排除非營利性線上百科、非營利性教育與科學知識庫、開放原始碼 (open source) 軟體開發及分享平台、電子通訊服務提供商、電商、企業間及私人的雲端服務。Copyright Directive art. 2(6).

<sup>5</sup> *Id.* art. 17(1).

<sup>6</sup> *Id.* arts. 17(1), 17(4).

<sup>7</sup> Federico Ferri, *The Dark Side(s) of the EU Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market*, CHINA-EU LAW JOURNAL, 13 (forthcoming), <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12689-020-00089-5.pdf>.

<sup>8</sup> Julia Reda, Joschka Selinger & Michael Servatius, *Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: A Fundamental Rights Assessment*, GESELLSCHAFT FÜR FREIHEITSRECHTE E.V. 8 (Nov. 16, 2020), [https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/11/GFF\\_Article17\\_Fundamental\\_Rights.pdf](https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/11/GFF_Article17_Fundamental_Rights.pdf).

<sup>9</sup> Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and 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), 2016 O.J. (L 119) 1 [hereinafter GDPR].

<sup>10</sup> Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01 (Feb. 6, 2018), at 20, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/redirection/document/49826> [hereinafter Guidelines on Automated Individual Decision-Making].

<sup>11</sup> 資料主體係指個人資料所有者，為身份明確或可得識別的自然人；資料控制者則係決定資料處理目的及方式之自然人或法人。GDPR arts. 4(1), 4(7).

化決策機制之規範，再分析上傳過濾機制在該條何種依據下可能取得完全自動化決策的合法性基礎。

### 壹、上傳過濾機制的法律爭議背景

「著作權指令」第 17 條本身並未明文課予 OCSSPs 使用上傳過濾機制的義務，但似可藉由條文本身及其立法背景推論該規定如何促使 OCSSPs 使用上傳過濾機制，再從該機制的運作方式論及為何涉及 GDPR 下個資保護的爭議。原先歐盟主要於「電子商務指令 (Directive 2000/31/EC)」課予 OCSSPs 相關義務，在該指令下，OCSSPs 對於用戶上傳內容的法律責任，只限於「平台在知悉有侵犯著作權的事實後，應立即移除該內容或使之無法被存取」<sup>12</sup>，亦即 OCSSPs 在此規範下採用「通知侵權並下架 (notice and takedown)」的程序<sup>13</sup>。

但隨著越來越多未授權的作品在平台上流通，損害著作權人利益的同時，OCSSPs 卻可以從中藉由內容間接獲得廣告、流量收益，此一矛盾，遂使著作權團體強烈要求加重 OCSSPs 的相關義務。故執委會制定「著作權指令」以因應其訴求，該指令於 2019 年 6 月 7 日起生效，其中第 17 條要求 OCSSPs 原則上應就向公眾傳播或提供未經授權內容的行為負擔侵權責任，基此，OCSSPs 應以訂定授權契約等方式，針對用戶上傳至平台的內容，取得著作權人的授權<sup>14</sup>。此規定目的在於解決前述之「價值落差 (value gap)」問題，即 OCSSPs 因用戶上傳未經授權作品所獲得的利益，與其因作品的登載原應給付著作權人的授權金之差異，此一問題彰顯了 OCSSPs 基於未經授權的用戶上傳內容得到不合理利益<sup>15</sup>。

然而為避免課予 OCSSPs 過重義務，條文提供「責任豁免機制」，即使 OCSSPs 未能取得著作權人授權時，只要落實特定要件仍得免責，要件包含：(一) 已盡最大努力仍無法取得授權；(二) 依該專業領域的高度注意義務標準，盡最大努力確保未經授權的特定內容無法被存取；且(三) 收到著作權人通知後，迅速移除未經授權之內容並防止該內容重新上傳<sup>16</sup>。此外，為了在著作權保護與言論自由之間達成平衡，「著作權指令」第 17 條亦規定用戶上傳內容若為引用、批評、評論，或是嘲諷 (caricature)、諷刺仿作 (parody) 或仿作 (pastiche)，在合理

<sup>12</sup> Directive 2000/31/EC, of the European Parliament of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce in the Internal Market, art. 14(1), 2000 O.J. (L 178) 1, 12 [hereinafter ePrivacy Directive].

<sup>13</sup> Reda, Selinger & Servatius, *supra* note 8, at 28, 43, 44.

<sup>14</sup> Copyright Directive arts. 17(2), 31

<sup>15</sup> Adam Freeland, *Negotiating Under the New EU Copyright Directive 2019/790 and GDPR*, JOURNAL OF INT'L ECONOMIC LAW, 2-3 (forthcoming), <https://reurl.cc/Gdzgpe>.

<sup>16</sup> 此外在歐盟提供服務未滿三年、年營收未達 1000 萬歐元的新 OCSSPs，則可適用較低的免責門檻，由此而見，此規範主要針對大型的 OCSSPs。Copyright Directive arts. 17(4), 17(6).

使用範圍內，不須取得著作權人的授權<sup>17</sup>。同時亦規定 OCSSPs 應提供有效快速的申訴管道，讓用戶就移除上傳內容的爭議尋求救濟<sup>18</sup>。

由於平台的上傳內容眾多，OCSSPs 實際上難以與所有著作權人達成授權協議，加上取得授權之方式並無明確的法律指導原則，故其有強烈動機達成以上要件，以求責任豁免<sup>19</sup>。至於實際應採取何種手段取得責任豁免，「著作權指令」雖然並未明確要求服務提供者採用特定機制防止網站上出現未經授權的內容，但原指令草案曾規定 OCSSPs 可以採取「如內容辨識系統」等適當措施，即包含本文所欲討論之「上傳過濾機制」<sup>20</sup>。上傳過濾機制的運作原則上需要 OCSSPs 與著作權人共同合作，以著作權人提供的著作權資料，建立集中資料庫做為基礎，包含音樂、圖片、影片等不同類型的著作權內容。當用戶新上傳內容至平台時，經由演算法自動比對資料庫與該用戶上傳內容，確認用戶或 OCSSPs 本身是否就其內容有取得授權，若被判定為未經授權，則將直接禁止上傳<sup>21</sup>。然而上傳過濾機制在實務運作上仍有疑慮，因為在現有技術水準下，上傳過濾機制可能無法準確判斷上傳作品是否侵權，導致誤判而損及用戶權利的情形。

以 YouTube Content ID 系統為例，該系統將利用著作權資料庫之內容，掃描比對用戶新上傳於 YouTube 的影片，若新上傳影片與著作權資料庫中的原有作品相符，原著作權人有權決定該用戶得否使用其作品，若允許其繼續使用該內容，得請求侵權內容的相關廣告收益；著作權人亦得直接封鎖該內容在平台出現，而此時上傳影片之用戶會收到著作權聲明，得選擇同意著作權人要求或修改原上傳內容中的侵權部分，採取移除片段、更換音樂、靜音等方式以求撤銷著作權聲明<sup>22</sup>。但即使 YouTube 已在技術開發上投入大量資金，該機制中仍存在演算法錯誤

<sup>17</sup> *Id.* recital 70, art. 17(7).

<sup>18</sup> Copyright Directive art. 17(9).

<sup>19</sup> Ferri, *supra* note 7, at 12.

<sup>20</sup> Amendments adopted by the European Parliament on 12 September 2018 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM (2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), EUR. PARL. Doc. P8\_TA (2018)0337, art. 13, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_EN.pdf).

<sup>21</sup> Felipe Romero Moreno, 'Upload Filters' and Human Rights: Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, 34 (2) INT'L REVIEW OF LAW, COMPUTERS & TECHNOLOGY 153, 157-158.

<sup>22</sup> 使用 Content ID, Google, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370> (最後瀏覽日: 2021年9月15日); 什麼是 Content ID 聲明?, Google, <https://support.google.com/youtube/answer/6013276> (最後瀏覽日: 2021年9月15日)。



比對、資料庫含有錯誤資訊等技術性風險<sup>23</sup>，故用戶若認為自己未侵權卻收到著作權聲明，可尋求相關申訴機制以維護權益<sup>24</sup>。

即使後來歐洲議會 (European Parliament) 鑒於外界輿論壓力而刪除「內容辨識系統」等文字，使正式通過的「著作權指令」並未明確要求服務提供者採用特定機制<sup>25</sup>。然 OCSSPs 若欲豁免侵權責任，則其必須依該專業領域的高度注意義務標準，盡最大努力確保侵權內容必須無法被「存取」或被「重新上傳」，比起原先電子商務指令下，僅需在收到通知侵權時下架相關內容的程序更為嚴格，此課予 OCSSPs 須從源頭禁止侵權內容出現在平台的責任，難以想像有上傳過濾機制以外的手段可達成此條立法目的；加上在「無法被存取」的豁免要件中強調 OCSSPs 的注意義務須達到高業界標準，OCSSPs 為了確保得豁免責任，更有動機運用該機制審查用戶上傳內容，辨識出未經授權的內容並全面禁止其上傳<sup>26</sup>。而在關於「著作權指令」第 17 條的指導文件中，執委會亦表明 OCSSPs 為了符合該豁免要件，確有在用戶上傳作品時使用自動化內容辨識技術的可能<sup>27</sup>。

## 貳、上傳過濾機制是否具有 GDPR 第 22 條下的合法依據

只要涉及個人資料處理的活動，即可能受到 GDPR 之規範，而根據 GDPR 第 22 條，原則上禁止以完全自動化方式分析用戶的個人資料，進而做成對資料主體產生法律效果或具有重大類似影響的決策，除非符合三種特定目的，始得取得使用完全自動化決策的合法依據<sup>28</sup>。由於上傳過濾機制需涉及個人資料處理，才會落入 GDPR 之適用範圍，進而須符合 GDPR 下完全自動化決策的相關規定，

<sup>23</sup> *Protecting What We Love About the Internet: Our Efforts to Stop Online*, GOOGLE: THE KEYWORD, <https://www.blog.google/outreach-initiatives/public-policy/protecting-what-we-love-about-internet-our-efforts-stop-online-piracy/> (last visited July 10, 2021); Jonathan Bailey, *YouTube's Copyright Insanity*, PLAGIARISM TODAY (Jan. 10, 2019), <https://www.plagiarismtoday.com/2019/01/10/youtubes-copyright-insanity/>.

<sup>24</sup> 針對 Content ID 聲明提出爭議，YouTube 說明，<https://support.google.com/youtube/answer/2797454?hl=zh-Hant> (最後瀏覽日：2021 年 9 月 15 日)。

<sup>25</sup> 輿論批評原著作權指令草案指示 OCSSPs 使用內容辨識系統將產生重大負面影響，例如對於平台用戶實施全面性監控、較小型的 OCSSPs 產生過重的負擔以及可能侵害人權。See Letter from Vint Cerf et al. to Antonio Tajani MEP, President of European Parliament (June 12, 2018) (on file with Electronic Frontier Foundation), <https://www EFF.org/files/2018/06/13/article13letter.pdf>; Amendments adopted by the European Parliament on 12 September 2018 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM (2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), EUR. PARL. Doc. P8\_TA (2018)0337, art. 13, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0337_EN.pdf).

<sup>26</sup> Reda, Selinger & Servatius, *supra* note 8, at 25.

<sup>27</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, the Council, Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, at 10, COM (2021) 288 final (June 4, 2021).

<sup>28</sup> GDPR art. 22.

以下將先討論上傳過濾機制是否落入 GDPR 適用範圍，並從該機制的運作確認其受 GDPR 第 22 條規範，接著依序分析其是否取得例外的合法依據。

## 一、是否受 GDPR 的規範

根據 GDPR 第 3 條，GDPR 適用於任何涉及個人資料處理 (processing) 的活動<sup>29</sup>，「著作權指令」第 17 條第 9 項亦規定，原則上著作權人與平台業者間的合作必須符合 GDPR 等相關規定，才能進行使用者身分辨識以及個人資料處理<sup>30</sup>。乍看之下，上傳過濾機制可能只是將使用者上傳的內容與取得授權資料庫內容進行比對，似乎沒有運用到個資，然上傳過濾機制為達成法規的需求，將難以避免地涉及個資的處理，例如機制在判斷使用者上傳的內容是否為引用、批評、評論等合理使用範圍而不需經授權時，因為該判斷涉及社會性的價值判斷，除了比對資料庫內容外，OCSSPs 可能需要額外蒐集、剖析用戶的 IP 位置、身分、時間、地點等個人資料以輔助判斷，此時就須符合 GDPR 相關規範<sup>31</sup>。

## 二、是否落入 GDPR 第 22 條的適用範圍

GDPR 第 22 條第 1 項原則禁止「對資料主體產生法律效果或類似重大影響」的「完全自動化決策」，除非構成 GDPR 第 22 條第 2 項所列的合法依據，始得例外進行完全自動化決策<sup>32</sup>，且須採用適當的保護申訴機制以確保資料主體之權利、自由及正當利益<sup>33</sup>。因此，判斷上傳過濾機制是否落入第 22 條之適用範圍，須先視其是否屬於該條之「完全自動化決策」，再分析該決策是否將對資料主體「產生法律效果或類似重大影響」。

首先，上傳過濾機制是否屬於「完全自動化決策」？「完全自動化決策」係指決策過程中完全無人為進行有意義的參與，而有意義的人為參與係指在對資料主體作成正式決策前，由人為介入，積極分析、審查決策實質內容以及考量所有相關因素，並擁有改變決策結果的權限，而不是淪為形式上的橡皮圖章<sup>34</sup>。因此，縱使 OCSSPs 的基礎演算法本身是由人為創造，亦不會因此就屬於有意義的人為介入。尤其在「著作權指令」是針對大型 OCSSPs 的情況下，用戶上傳資料量分秒數以萬計，殊難想像平台經營者會在決策過程中安排有意義的人為介入以實質

<sup>29</sup> 此處「個人資料」係指有關辨識或可得辨識自然人（即資料主體）之任何資訊，得透過該資訊直接或間接識別特定自然人，例如姓名、身分辨識碼、位置資料、網路識別碼等資訊；「處理」係指對個人資料或個人資料檔案執行任何操作，例如搜集、記錄、查閱等等。GDPR arts. 3, 4(1), 4(2).

<sup>30</sup> Copyright Directive art. 17(9), recital 70.

<sup>31</sup> Sebastian Louven & Malte Engeler, *Copyright Directive: Does the Best Effort Principle Comply with GDPR?*, TELEMEDICUS (Mar. 23, 2019), <https://www.telemedicus.info/copyright-directive-does-the-best-effort-principle-comply-with-gdpr/>.

<sup>32</sup> GDPR art. 22(2).

<sup>33</sup> *Id.* art. 22(3).

<sup>34</sup> Guidelines on Automated Individual Decision-Making, at 20-21.

審查，故很有可能屬於完全自動化決策。例如在 YouTube 的 Content ID 系統下，除非用戶特別申請專人介入版權內容審查，否則原則上僅以系統自動比對上傳內容，判斷是否構成侵權<sup>35</sup>。

而第 22 條第 1 項的「法律效果」係指對法律主體的法律權利、法律地位或契約權利有所影響；重大影響則是指該決策雖然未產生法律效果，但其影響達到類似法律效果的重大性要求<sup>36</sup>。由於上傳過濾機制將對用戶的上傳資料進行全面審查，OCSSPs 的演算法技術可能有所侷限而無法準確判斷用戶上傳的內容是否侵權，而內容也可能處在合理使用的模糊地帶，故機制可能誤判用戶未侵權的上傳內容並禁止其上傳，侵害了《歐洲聯盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）》第 11 條所保障的言論與資訊自由<sup>37</sup>。綜上，上傳過濾機制為無人為實質介入的完全自動化決策機制，且可能對資料主體產生法律效果，故落入 GDPR 第 22 條。

### 三、是否符合 GDPR 第 22 條的例外合法要件

承上，上傳過濾機制下的決策對用戶產生法律效果或具有重大類似影響的決策，則依 GDPR 第 22 條，須為「履行契約所必要」、「經歐盟法或成員國法有明文授權」或是「取得資料主體同意」，始例外取得使用完全自動化決策的合法依據：

#### （一）履行契約所必要

若個人資料的處理是為了「履行與資料主體（即契約當事人）的契約所必要者」，資料控制者則取得使用完全自動化決策的合法依據<sup>38</sup>。此一例外規定係因應業者運用的資料量龐大，人為參與決策是不切實際或不可行的，則為了使該契約能順利履行，資料控制者可能希望使用完全自動化決策程序以達成契約目的<sup>39</sup>。惟為取得本款之合法依據，資料控制者必須證明此種資料處理具「必要性」，即未存在可實現相同目的之其他有效且侵入性較小之方式<sup>40</sup>。例如企業收到大量求職履歷時，使用完全自動化的方式處理履歷以篩選出適合公司的人選，以便與求職者並簽訂契約，若無其他方式較此處理方式更有效率，則此完全自動化決策具有必要性<sup>41</sup>。而此處必要性的衡量應受到適當限縮，即使資料控制者將自動化

<sup>35</sup> 安排人工審查版權聲明，Google，<https://support.google.com/youtube/answer/106966?hl=zh-Hant>（最後瀏覽日：2021 年 9 月 15 日）。

<sup>36</sup> Guidelines on Automated Individual Decision-Making, at 21.

<sup>37</sup> Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 11.1, Dec. 7, 2000, 2000 O.J. (C 364).

<sup>38</sup> GDPR art. 22(1)(a).

<sup>39</sup> Guidelines on Automated Individual Decision-Making, at 13, 23.

<sup>40</sup> *Id.* at 23.

<sup>41</sup> *Id.*



決策明訂為契約義務，亦不必然得被認為屬於履行契約所必須的行為，需就契約目的客觀認定<sup>42</sup>。

OCSSPs 為取得前述「著作權指令」的豁免例外，必須從源頭全面防止侵權作品上傳，加上用戶上傳內容數量龐大，為了在更短的時間內做出決策，採用完全自動化決策應該是最有效率的手段。雖有論者認為 OCSSPs 既然與用戶間訂有服務條款，其條款之目的係為提供用戶上傳內容的服務，實施上傳過濾機制阻礙上傳似乎反而有礙該目的之實現；然從另一角度來看，OCSSPs 也須以合法方式提供服務，上傳過濾機制的採用是為了符合「著作權指令」規定，應符合本款所述之「履行契約目的所必要」，而取得 GDPR 下使用完全自動化決策的合法目的。

## (二) 歐盟法或成員國法有明文授權

若經歐盟或成員國法律授權，且相關法律制定適當措施以維護當事人之權利、自由以及正當利益，則資料控制者取得進行完全自動化決策的合法依據。例如為監控及預防詐騙及逃漏稅之目的，依歐盟機構或國家層級監督機構之規範、標準及建議，對人民的個資進行完全自動化決策<sup>43</sup>。由於成員國須將「著作權指令」轉為內國法，為保護著作權為目的，成員國看似得以法律規範授權 OCSSPs 使用上傳過濾機制，但著作權指令特別明文規定成員國不得對 OCSSPs 課予「一般性監控義務 (general monitoring obligation)」<sup>44</sup>，成員國若明文授權要求 OCSSPs 使用上傳過濾機制，可能將違反此一禁止規定，但因該條文之規範主體為國家，OCSSPs 自願性主動採用上傳過濾機制則不在此限<sup>45</sup>。此外，由於目前輿論對於該機制仍存在強烈反彈聲浪，成員國對於明確授權仍有所顧忌，至少目前已完成內國法化成員國如丹麥、荷蘭、匈牙利等，皆無直接授權 OCSSPs 使用上傳過濾機制<sup>46</sup>。

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> GDPR recital 71.

<sup>44</sup> 一般性監控義務係指 OCSSP 負有義務對其儲存或傳輸的資訊進行系統性的監控，以偵測、防止用戶的非法行為，歐盟於電子商務指令以及著作權指令皆明文禁止成員國對 OCSSPs 課予該義務。See Martin Senftleben & Christina Angelopoulos, *The Odyssey of the Prohibition on General Monitoring Obligations: Between Article 15 of the E-Commerce Directive and Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market*, CENTRE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION LAW 2 (Oct, 2020), <https://www.cipil.law.cam.ac.uk/press/news/2020/10/odyssey-prohibition-general-monitoring-obligations-between-article-15-e-commerce>; ePrivacy Directive, art. 15; Copyright Directive, art. 17(8), recital 66.

<sup>45</sup> Aleksandra Kuczerawy, *To Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of Article 15 of the E-Commerce Directive* (May 29, 2019), <https://balkin.blogspot.com/2019/05/to-monitor-or-not-to-monitor-uncertain.html>.

<sup>46</sup> *National Transposition Measures Communicated by the Member States Concerning: Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance.)*, EUR-LEX, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32019L0790> (last



### (三) 取得資料主體同意

資料主體針對一個或多個特定目的之資料處理為同意，則資料控制者取得合法依據。根據 GDPR 第 4 條第 11 項，此一同意係指資料主體基於其意思，透過聲明或明確肯定行為，所為自主性、具體、知情及明確之表示同意處理與其有關之個人資料<sup>47</sup>。蓋其同意必須針對特定 (specific) 目的，因此 OCSSPs 必須具體說明完全自動化決策係為符合著作權指令下的著作權保護目的，並提供相關資訊使平台用戶理解其同意內容，使用戶在自主的情況下，對於處理的目的以及資料為積極的同意，並且有隨時撤回其同意的自由<sup>48</sup>。

OCSSPs 從用戶直接取得同意應是最直接明確的方式，但須注意的是，縱使取得同意，資料主體仍可以隨時自由撤回其同意，平台不可阻礙其撤回<sup>49</sup>。撤回同意之前的資料處理仍屬合法，但一旦撤回同意，除非 OCSSPs 可以依據其他兩個依據繼續進行資料處理，否則 OCSSPs 必須刪除完全自動化決策的數據<sup>50</sup>。這表示若平台只依據資料主體的同意取得處理個人資料的依據，將面臨用戶可能隨時撤回同意的風險而違反 GDPR 規定，但本文認為用戶撤回同意應仍屬於例外情況，基本上 OCSSPs 較有機會仰賴此方式取得實施上傳過濾機制的合法依據。

### 肆、結論

綜合以上分析，本文認為上傳過濾機制因為在判斷用戶上傳內容侵權與否時須分析個資，且在決策過程中並無人為介入實質審查，故屬於 GDPR 規範下之「完全自動化決策」而須符合特定合法依據方得為之。但在此舉可能違反一般性監控義務之禁止規定，加上輿論對該機制的強烈反彈聲浪，OCSSPs 較不可能以「成員國法律授權過濾機制」的方式取得合法依據；而若以「履行 OCSSPs 和用戶間契約之必要」作為合法基礎，上傳過濾機制是否符合必要性仍有待釐清；至於「取得用戶同意」的方式即便需面臨用戶隨時撤銷同意的風險，但考量到撤銷同意應屬於少數例外情形，故 OCSSPs 較有可能以「直接獲取用戶同意」作為執行上傳過濾機制的合法權源，以符合 GDPR 第 22 條之規定。

然而，即使 OCSSPs 取得上傳過濾機制的合法依據，著作權指令第 17 條在實務運作上仍存在許多爭議。因為上傳過濾機制本身技術尚未成熟，即使像 YouTube 這種大型平台已投入大量資金研發其上傳過濾技術，仍未能設置完善精確的系統，這表示 OCSSPs 除了需花費高昂成本實施上傳過濾機制，在上傳過濾

---

visited Sept. 15, 2021).; *In Focus: Copyright Directive*, BIRD & BIRD, <https://www.twobirds.com/en/in-focus/copyright-directive> (last visited Sept. 15, 2021).

<sup>47</sup> GDPR, art. 4(11).

<sup>48</sup> *Id.* art. 7.

<sup>49</sup> *Id.* art. 7(3).

<sup>50</sup> *Id.*; Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Consent Under Regulation 2016/679*, WP259 rev.01 (Nov. 28, 2017), at 21-22, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051>.

機制的技術準確率亦仍有疑義，本文認為這不僅對於 OCSSPs 造成過重的負擔，也讓用戶暴露在受誤判而權益受損的風險中。因此，究竟該指令是否能如原先預期，平衡 OCSSPs 責任與著作權人權利，還是反而引發更多爭端，值得吾人持續關注。

