

著作權法三振條款制度對著作權平衡保護的影響

葉志良

摘要

由於對網路的強烈依賴，中斷網路使用可說是對人民基本權利的侵害。近年媒體與娛樂產業亟欲對網路上著作侵權行為進行各種自律或他律措施。2008年美國唱片業協會為減少對侵權者進行訟爭，與ISP合作採取「三振條款」，由ISP對屢次侵權者進行斷線措施；然此措施恐有違反法律正當程序而飽受批評。2011年7月美國影視聽組織與ISP宣布採納三振條款的進階規範—「著作權警報系統」，一旦發現侵權行為，使用者將收到數階段警告信而自制，對屢勸不聽者雖未要求ISP終止其帳號，但可以「緩解措施」處置；然ISP仍因DMCA避風港規範，為享受免責利益「依附」於著作權人陣營，使被動與弱勢的使用者原可利用與分享的空間逐漸窄化。在著作權體系下，著作權人、ISP與使用者原處於平衡的三角關係遭到破壞。本文從知識流通與查緝盜版的公私權衡進行分析，認為建立著作權體系的平衡保護，始為討論著作權保護的真義所在。

- ◎ 關鍵字：著作權法、三振條款、著作權警報系統、網路服務提供者民事免責規範
- ◎ 本文作者葉志良為美國印第安那大學布魯明頓校區法學博士（S.J.D.）亦為元智大學資訊社會學碩士學位學程助理教授，通訊地址為桃園縣中壢市遠東路135號，電話03-4638800 ext. 2765，電子郵件：chych@saturn.yzu.edu.tw
- ◎ 本文為國科會專題研究計畫「論網路內容使用者在著作權法上之地位」（NSC 100-2410-H-155-002）部分研究成果，作者由衷感謝兩位匿名審查人給予之寶貴意見，所有文責概由作者承擔。
- ◎ 收稿日期：2011/10/07 接受日期：2011/12/28

The Impact of Graduated Response on the Copyright Protection from the View of Balanced Interest

Chih-Liang Yeh

Abstract

It has been widely acknowledged that disconnection of Internet access is an invasion of fundamental right. Recently the media and entertainment industries were seeking the self-regulatory measures or legislation to curtail the litigations of copyright infringement online. The “Graduated Response” was introduced in 2008 by the right owners jointly with ISPs to implement the measure of Internet disconnection on the repeated infringers. This measure has been criticized for its lack of due process and proportionality. In July 2011, the big labels and ISPs jointly adopted “Copyright Alert System” and asserted to send multiple notices to the alleged infringer. In spite of not required implementing the disconnection of Internet, ISPs may punish accused subscribers by the “mitigation measures.” ISPs are gradually partial to the right owners due to the safe harbors stipulated in the Digital Millennium Copyright Act of 1998. The room for users to fairly use and sharing are reduced and thus the balanced relationship among right owners, ISPs and users has been destroyed. This paper is to discuss how to preserve the public/private interests of knowledge flow and infringement combat and how to build up a well-balanced copyright protection, so as to discover the core meaning of copyright.

⊙ Keywords: copyright law, graduated response, three strikes, copyright alerts, DMCA safe harbors

⊙ Chih-Liang Yeh is an assistant professor in Graduate Program in Social Informatics at Yuan Ze University.

一、前言

今日民眾對於網路之使用依賴甚深，任何阻礙或中斷網路使用的行為如同日常生活缺水斷電一般，其影響不可謂不大；然而網路之使用並非毫無規範，特別當侵害他人權利時，現實的法律規範仍得加以介入。近年來，網路使用者藉由更為便利且快速的網路工具，透過各式平台（諸如部落格、影音網站）可將自行創作之內容或他人之商業或非商業性內容傳送與親朋好友分享，其中不少內容屬於受著作權法保護之著作。以美國為例，媒體與娛樂產業亟欲對網路上所發生之著作權侵害行為（例如Napster的音樂檔案分享）採取事前防堵、減少損害等自律或他律等措施。

近年美國業者公布之自律措施，包括：2007年多家媒體與網路公司共同宣布「使用者創作內容服務原則」，強調在符合阻擋使用者上傳侵權內容、允許上傳完全原創與獲得授權之內容、允許合理使用等合法利益之目的下，網路服務提供者（或稱ISP業者）與著作權人合作採取過濾技術，阻擋侵權內容持續上傳。2008年12月美國唱片業協會（RIAA）為減少對各地P2P軟體侵權使用者進行訟爭，希望與ISP業者共同合作採取俗稱「三振條款」措施（Three-Strike Policy，或稱逐級回應，原文為Graduated Response）¹，係指由ISP業者對屢次於網路上嚴重、反覆侵犯著作權之使用者，予以斷線或終止服務的機制；然此措施恐有違法律正當程序，而飽受公民團體、消保團體與學界之批判。2011年7月美國ISP業者及影視聽內容組織宣布將採納「著作權警告系統」，一旦發現特定網路服務帳號可能遭用以竊取數位內容，使用者將收到數個階段之警告信函而予自制，對於屢勸不聽者，雖該系統並未要求ISP業者終止使用者帳號，但ISP業者仍可祭出暫緩網路速度、導引至侵權資訊告知畫面等措施；不過ISP業者將持續受制於1998年美國千禧年數位著作權法案（Digital Millennium Copyright Act, DMCA）²之規範，為享受民事免責利益而執行「通知及取下」（notice and takedown）等必要措施後，逃避至法定的避風港。

1 相較於「三振條款」一詞，Peter Yu教授認為用「逐級回應」（graduated response）較能反映ISP能在使用者被宣判「出局」以前，尚有三次採取行動的機會。See Peter K. Yu, *The Graduated Response*, 62 FLA. L. REV. 1373, 1379 (2010). 但William Patry教授則認為用「數位斷頭台」（digital guillotine）更能反映出在某些情況下排除那些侵權使用者連結網路的機會。See WILLIAM PATRY, *MORAL PANICS AND THE COPYRIGHT WARS* 14 (2009). 本文則以國內學者與實務界較常用之「三振條款」稱之。參見章忠信，〈二〇〇九年新修正著作權法簡析—網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，173期，2009年10月，頁7；賴文智、王文君（2010），〈著作權領域『三振條款』發展概況〉，益思科技法律事務所，2010年9月2日，<http://www.is-law.com/post/4/545> (last visited Sep. 30, 2011).

在著作利用之架構下，著作權人（包括著作權中介／管理業者）、ISP業者與使用者三者原係立於平衡之三角關係；然近來著作權法對著作權之保護日益強大，同時ISP業者為免除間接侵權責任而「依附」於著作權人陣營，使得原本即為被動與弱勢的使用者，更陷入「人為刀俎，我為魚肉」的境地。本文欲從近來ISP業者所採取如三振條款等自律措施，特別在ISP業者的協助下，說明使用者可利用與分享的空間逐漸窄化，尤其在「超著作權」（paracopyright）盛行之今日，合理使用竟成著作權人自行設定與解釋的「恩惠」。ISP業者在強大的商業利益下「被迫」採取各種措施，使用者所嚮往的分享園地也逐漸分崩離析，兩者間的關係已從互利互惠朝向交惡矛盾的方向發展。以下本文將先從著作權體系下的各種主體進行介紹，說明著作權人、使用者與ISP業者等三主體原應立於彼此平衡的關係；接著說明三振條款的具體內涵以及ISP業者的責任限制規範；再者，從上述法規與自律規範來看，並透過三主體的分析，發現使用者可利用與分享的空間逐漸窄化；最後本文從知識流通與查緝盜版的公私利益進行權衡分析，認為著作權的平衡保護體系要建立起來，始為討論著作權保障的真義所在。

二、網路著作權意涵下的各種主體

在著作權體系下，從著作之「產出」（creation）、「授權」（licensing）、「利用」（use），以及在網路時代與上述並無關聯但頗具重要之著作「散布」（distribution）、「傳遞」（transmission）、「分享」（sharing）等行為，可發現有以下幾個主要的參與者：著作人、著作財產權人（或稱中間商、中介業者，intermediary）、網路服務提供者與使用者。這四類主體，由於著作人與中間商因著作財產權的擁有或授權等關係，實則可等同視之，而可再簡化為：著作權人、ISP業者與使用者等三類。

a.著作權人：當著作完成時，著作人即享有著作人格權與著作財產權（著作權法第10條前段、第3條第3款參照），如為二人以上共同完成著作且其各人之創作不能分離利用者，則為共同著作人（著作權法第8條參照）。若基於僱傭關係或承攬關係而完成著作，除契約另有約定外，原則上以受雇人或受聘人為著作人（著作權法第11、12條參照）。著作人可自行利用或管理該權利，或可將財產權讓與或授

2 Pub. L. No. 105-304 (H.R. 2281), 112 Stat. 2860 (1998).

權（著作權法第36、37條參照）給其他個人或事業，或可將行使權利、收受或分配使用報酬等管理事項交由「著作權集體管理團體」（Copyright Collective Management Organization）³處理。

b. 使用者：相對於擁有權利之著作權人，使用者經權利人合法授權（著作權第37條參照）或基於合理使用（著作權法第44條至第65條參照）的前提下，原則上可合法使用他人著作。

c. 網路服務提供者：近年來網路興起後，ISP業者在著作權法中居於一個非常獨特的地位。ISP業者與其他資訊通信一般，係以中性之科技提供公眾接觸資訊、表達意見等與外界溝通的重要管道，藉由提供網路連線或儲存空間等服務，讓許多使用者利用此一平台環境，從事自己或他人著作內容之創作、利用或分享等行為，而其他使用者亦可在同一平台上，進行內容的利用或分享。從我國著作權法第三條來看，ISP業者可區分為四種類型：1.連線服務提供者；2.快速存取服務提供者；3.資訊儲存服務提供者；4.搜尋服務提供者。在著作權人與使用者的關係當中，ISP業者係立於中立角色，倘若有使用者將未經授權或允准之著作置於該平台上，當受到著作權人告知後，ISP業者將對該內容進行移除，進而享有民事免責之利益（按著作權法民事免責事由或避風港規定）。

在著作權體系下，法律不僅保護權利人之權利，也一併保護知識的流通。我國著作權法第一條即規定：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制定本法。」。因此，從不同主體來看，著作權人得享有法律上各種專屬權利之保障；透過合法授權或根據著作權法對於著作財產權的限制（例如合理使用規範），使用者得以享有合法使用的權利；ISP業者基於中立角色，移除經著作權人告知之可能侵權內容，得享有民事免責之利益；或經使用者告知內容並無侵權時而回復原先之內容。以上三個主體間的關係，原本係處於平衡的狀態，可用下圖圖一加以說明。

3 有關著作權集體管理團體之規定，參見著作權法第五章第81條以下。另請參見章忠信，〈台灣著作權集體管理團體之發展歷程與未來〉，發表於「兩岸四地版權法律制度研討會」，中華人民共和國國家版權局法規司委託北京大學知識產權學院舉辦，2009年11月11-12日。福建：廈門大學。

圖一 著作權體系下的平衡保障



三、三振條款之具體內涵

由於使用者大量運用新興網路技術，例如點對點檔案分享（peer-to-peer file sharing, P2P），特別是這種技術有參與者越多則下載速度越快的現象，使得涉有著作侵權之虞的資訊分享更加快速，在這種「去中心化」（檔案非自中心伺服器儲存區下載，而是由眾多P2P使用者電腦中各自進行上傳與下載）、「匿名」（直接透過軟體發出請求，無須由使用者進行各別請求）、「分散」（非單一下載來源，使用者得隨時參與或退出）等特性⁴，在這種行動隱密、蒐證困難的情形下，著作權人勢必難以採取高成本的個案侵權追訴，因此著作權人開始尋求政府或ISP業者的協助與合作，例如與ISP業者合作採取對屢次侵權者進行終止或限制服務之三振條款，藉以解決P2P軟體遭濫用之問題。

三振條款是目前著作權人對於ISP業者如何處理屢次侵權使用者的一項管理措施，原係由美國唱片業協會（Recording Industry Association of America, RIAA）與連線服務提供者於2008年12月提出，對於嚴重、屢次侵權之使用者給予斷線（disconnect）、終止服務，以替代其於全球各地對P2P軟體侵權使用者進行訴訟之策略⁵。目前RIAA持續透過遊說方式向

4 另有研究報告指出，使用者透過P2P技術進行非法之著作下載、分享行為，尚有「大量」、「不受檔案大小限制」等特性。參見益思科技法律事務所，《ISP協力保護著作權最新立法趨勢之研究期末報告》，經濟部智慧財產權委託研究，2010年10月，頁15-16。

5 See Sarah McBride and Ethan Smith, Music Industry to Abandon Mass Suits, WALL ST. J., Dec. 19, 2008, <http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html> (last visited Sep. 30, 2011). 另參見賴文智、王文君，前揭註1。

各國ISP業者施壓，驅使其推動國內之立法，但各國對於三振條款的態度並不一致，已有立法之國家，計有：法國、英國、紐西蘭、南韓與台灣，但德國、香港、西班牙、瑞典、歐洲議會與加拿大則已聲明拒絕納入立法⁶。

引進三振條款的理由不外乎有兩個主要的正當性：第一是對於必須要解決的著作侵害行為提供較經濟的執法成本，第二則是ISP業者有參與執法過程的社會責任，否則一般認為ISP業者會因使用者在網路上的侵權行為而從中獲取不正當之利益⁷。過去內容產業採取對於侵權之個人進行爭訟的策略，但這種方式既無效率⁸也容易引起不公平的批評⁹，而三振條款正是提供一種避免爭訟的訴訟外機制（alternative enforcement mechanism）¹⁰。權利人引進三振條款作為嚇阻侵權使用者的作法，有以直接立法的方式呈現，並將ISP業者導向間接侵權責任，迫使其配合就範；另有採取共同合作手段，由著作權人與ISP業者共同簽訂合作約款，ISP業者若違約將無法適用法定民事免責條款，間接迫使其就範。以下謹就三振條款之實施方式，分為立法模式與約定模式兩方面加以說明。

（一）立法模式：採取的國家計有法國、南韓、英國、紐西蘭與台灣

法國參議院於2009年5月13日通過「促進網路上創作之散布與保護法案」（Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet），並成立獨立行政機關「著作散布與網路保護高級公署」（la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection

6 See Jeremy de Beer & Christopher D. Clemmer, *Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?*, 49 JURIMETRICS J. 375, 388, 393 (2009); see also Yu, *supra* note 1, at 1376-77; Gregory R. Hagen, “Modernizing” ISP Copyright Liability, in MICHAEL GEIST (ED.), FROM ‘RADICAL EXTREMISM’ TO ‘BALANCED COPYRIGHT’: CANADIAN COPYRIGHT AND THE DIGITAL AGENDA 361(2010).

7 See Annemarie Bridy, *Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement*, 89 OR. L. REV. 81, 87-88 (2010).

8 See Kristina Groennings, *Costs and Benefits of the Recording Industry’s Litigation against Individuals*, 20 BERKELEY TECH. L. J. 571, 589-90 (2005).

9 Eliot Van Buskirk, *RIAA to Stop Suing Music Fans, Cut Them Off Instead*, WIRED, Dec. 19, 2008, <http://www.wired.com/epicenter/2008/12/riaa-says-it-pl> (last visited Dec. 12, 2011);

10 Alain Stowel, *Internet Piracy as a Wake-up Call for Copyright Law Makers: Is the “Graduated Response” a Good Reply?* 1 WIPO J. 75, 78 (2009).

des droits sur internet, HADOPI) ，由HADOPI命ISP業者執行三振條款，若ISP業者未依命令進行斷線，將受到處罰。此規定旋被法國憲法委員會認定因違反「無罪推定原則」與侵害人民「言論表達自由」而遭宣告違憲¹¹。不過，修正部分違憲條款後，上述法案已於同年10月22日經國會通過並由憲法委員會認定其合憲¹²。

南韓則於2009年4月1日通過著作權法修正草案，並於同年7月開始施行，其中增訂三振條款，要求ISP業者對於被指侵權之使用者，由文化體育觀光部長判斷有嚴重破壞著作權等利用秩序之情形，經著作權委員會審議後，得要求ISP業者暫停該侵權使用者網路使用權限六個月（第133條之2）¹³。

英國則是基於合法性與降低執法成本的考量，於2010年制定「數位經濟法案」（Digital Economy Act 2010, DEA）授權由通訊主管機關Ofcom制定行政法規型態的三振條款，其中規範了為滿足合法性最低標準的防護措施（minimum safeguards）以及可向法院上訴的途徑¹⁴。

紐西蘭則於2011年4月通過著作權法增訂「檔案分享侵權」修正法案，規定由ISP業者對特定IP使用者發出執行通知（enforcement notice）¹⁵仍未改善者，權利人得向著作權仲裁機關（Copyright Tribunal）聲請侵權使用者賠償一萬五千元紐幣以下之損害賠償，並請求法院命ISP業者對該特定使用者予以斷線，最長期限為六個月¹⁶。但由於斷線對使用者

11 See Jared Moya, France's Top Court Ok's "3-Strikes" ZEROPAID, <http://www.zeropaid.com/news/87146/frances-top-court-oks-3-strikes/> (last visited Dec. 20, 2011).

12 益思科技法律事務所研究報告，前揭註4，頁42。

13 同上註，頁51。

14 Digital Economy Act 2010第24章第3節，該法案內容置入於2003年通訊法第21章第124A節。

有關英國數位經濟法案相關評論，參見章忠信，〈英國「數位經濟法案(The Digital Economy Act)」有關網路服務業者責任條款評析〉，《檢察新論》，10期，2011年7月，頁54-65。

15 當權利人發現侵權者進行檔案分享之侵權情事後，得向ISP業者提出指控，由ISP業者對指控侵權之使用者發送侵權通知，該通知可分為三個層次：（一）發現侵權通知（detection）；（二）警告通知（warning notice）；（三）執行通知（enforcement notice）。參見章忠信（2011），〈紐西蘭新修正著作權法遏止非法檔案分享侵權〉，著作權筆記，2011年6月11日，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=5&act=read&id=28> (last visited Dec. 16, 2011).

16 Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Act 2011 ss 122C-122F, 122J, 122P.

權利影響頗鉅，目前斷線之規定並未立即施行，須待政府評估警告通知成效為何，再決定實施方式。至於ISP業者之通知，原則將由權利人承擔成本¹⁷。

2009年5月13日台灣著作權法修正通過，將三振條款制定於第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」中，其中第90條之4已將三振條款的「軀殼」納入其中，相關討論詳見四、（二）。

（二）約定模式：以美國、愛爾蘭與澳洲為例

在美國，RIAA透過訴訟起訴全國各地非法檔案分享之侵權行為人，並利用DMCA避風港措施，得以傳票（subpoena）要求ISP業者提供侵權行為人之確實身分以利追查¹⁸，不過，2003年聯邦哥倫比亞特區巡迴上訴法院於RIAA v. Verizon¹⁹一案中指出，DMCA第512條第(h)項是否適用於ISP業者僅作為檔案分享活動中傳輸管道（conduit）的情況而已²⁰，最後法院認定該項規定僅適用在ISP業者儲存非法資料的情形，ISP業者並非立於單純的中介者（intermediary）角色²¹。此案限制了RIAA藉此向ISP業者取得被控侵權使用者之聯絡資訊²²。不過，RIAA認為訴訟方式效率不彰且成本過高，因而提出與ISP業者進行合作，透過約定方式執行三振條款，由RIAA查出侵權者的IP位址並通知ISP業者，而ISP業者則與侵權者聯繫並給予其三次停止侵權行為的機會，倘若侵權者仍不停止，ISP業者將終止使用者的網路服務²³。目前已有部分大學以及多家大型ISP業者對權利人承諾將對屢次侵權之使用者終止其使用帳號。有關美國三振條款的後續發展，詳見五、（一）。

17 參見章忠信，前揭註15。

18 17 U.S.C. § 512(h)(1).

19 Record Industry Ass'n of America, Inc. v. Verizon Internet Service, 351 F.3d 1229 (D.C. Cir., 2003).

20 Id. at 1233.

21 Id. at 1237.

22 本案被稱作「無名氏訴訟」(“John Doe” lawsuit)。John Borland, Court: RIAA Lawsuit Strategy Illegal, CNET NEWS, Dec. 19, 2003, http://news.cnet.com/2100-1027_3-5129687.html (last visited Dec. 20, 2011).

23 Mathew Ingram, RIAA Drops Lawsuit Strategy for “Three Strikes” Plan, GIGAOM, Dec. 19, 2008, <http://gigaom.com/2008/12/19/riaa-drops-lawsuit-strategy-for-three-strikes-plan/> (last visited Dec. 20, 2011).

在愛爾蘭，著作權人將三振條款訂定於與ISP業者之間的私人契約當中，若在網路上發現有著作侵權行為，權利人得向法院聲請禁制令（injunction）要求ISP業者中止使用者之網路服務。例如愛爾蘭EMI唱片公司向法院聲請禁制令，要求ISP業者UPC採取必要措施以阻止著作侵權行為²⁴。先前第一大ISP業者Eircom，因受制於著作權間接侵害責任之訴訟²⁵，而與權利人達成和解，Eircom必須根據按權利人發出之侵權通知執行三振條款措施，不過這種方式並未透過立法方式納入國家法律。由於既沒有公眾監督亦無提供救濟機制，容易引發爭議。目前愛爾蘭方面對於如何執行三振條款的細節，仍在進行討論當中²⁶。

2011年澳洲聯邦上訴法院（Full Federal Court）在Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd一案指出，受控訴之ISP業者iiNet沒有義務終止被認為有侵害之虞的使用者帳號，但法院語待保留指出，這項義務在未來有成真的可能²⁷，而該案之電影製作公司則已向最高法院提起上訴²⁸。目前已有內容業者開始遊說立法機關將三振條款制定於法律當中，國會議員也倡議業者應一起擬定行為規範（code of practice）²⁹。

四、網路服務提供者責任限制規範簡介

（一）網路服務提供者責任限制之立法緣起

由於數位科技的發展，資訊可透過網路進行快速且廣域的傳遞，使得網路上著作權侵害的問題產生加倍擴散的效果，著作權人在面臨數量如此龐大的侵權行為且技術尚難以逐一檢視各種使用行為的合法與否，再加上使用者匿名發表的情形，若欲根據個案透過法律程序一一解決，恐將面臨龐大的金錢與時間上的成本負擔，因此，著作權人為控制侵權行為不要過度擴散最好的方法，便是將目光集中在對網路著作之利用情形最能掌握的ISP業者身上。然而，ISP業者大多僅提供傳輸管道或訊息交流平台，對於內容多無從控制，

24 EMI Records & Ors v. UPC Communications Ireland Ltd [2010] IEHC 377 (11 October 2010).

25 EMI Records & Ors v. Eircom Ltd [2010] IEHC 108 (16 April 2010).

26 Id.

27 Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd [2011] FCAFC 23 (24 February 2011) (‘iiNet’).

28 Andrew Colley, AFACT, iiNet Copyright Case Heads to Sydney High Court, THE AUSTRALIAN, Mar. 24, 2011, <http://www.theaustralian.com.au/australian-it/iinet-copyright-case-heads-to-high-court/story-e6frgax-1226027440918> (last visited Dec. 20, 2011).

29 Nicholas Suzor and Brian Fitzgerald, The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law, 34 UNSW L. J. 1, 2 (2011).

雖可能從使用者中獲取利益，但其收益並不因使用者之合法或非法行為而有差別，僅係提供中性之服務，無涉使用者之非法行為。

美國1998年DMCA立法之前，曾有數起ISP業者遭到著作權人以輔助侵害（contributory infringement）或代理侵害（vicarious infringement）之「間接責任」（secondary liability）起訴³⁰，讓ISP業者的經營上產生莫大困擾。因此，原先ISP業者欲在世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）於1996年12月通過「WIPO著作權條約」（The WIPO Copyright Treaty, WCT）及「WIPO表演及錄音物條約」（The WIPO Performances and Phonograms Treaty, WPPT）之際，釐清業者與「對公眾傳播權」（the right of communication to the public）之間的關係，但未能成功。美國的網路ISP業者便轉向國內開始鼓吹透過立法方式，明定平台業者的免責規範，因而有1998年DMCA法案的出現³¹。

DMCA規定，只要ISP業者對於使用者侵害的內容無所知悉，未從侵害行為獲有利益、於接獲侵害通知後，立即遵守「通知及取下」程序規定，即可對使用者因其利用其服務而侵害著作權之行為主張免責，而駛入所謂的「避風港」（safe harbors）。若使用者進行回復之通知者，ISP業者應轉知著作權人。在著作權人接獲該回復之通知而未於10至14個工作天內向法院提起著作權侵權訴訟者，ISP業者應回復原先刪除或使無法接觸之資料，此即所謂「回復通知及回復」（counter-notice and put back）之程序。

然而在進入避風港前，必須有兩個前提要件：第一，ISP業者必須對於屢次侵權之人（repeat infringers）採取且合理地執行終止其使用權利的措施³²；第二，ISP業者須完備標準技術措施（standard technical measures）且不得任意干擾³³。其中第一個要件被著作權人認為是ISP業者應予執行三振條款的依據，但從立法文義以觀，立法者既明文以「合理」

30 例如Playboy Enterprises v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993); Sega Enterprises v. Maphia, 857 F. Supp. 679 (N.D. Calif. 1994); Religious Technology Center v. Netcom, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Calif. 1995).

31 參見章忠信，〈網路服務提供者著作權侵害責任限制之立法思考與方向〉，《全國律師》，347期，2008年8月，頁28-44。

32 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

33 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B).

而非「完美」執行該項措施，即對於是否要確實執行三振條款留有討論的空間³⁴。

能進入避風港免責的ISP業者，僅限於經營以下四類服務：1. 暫時性數位化網路傳輸（transitory digital network communication）；2. 系統自動存取（system caching）；3. 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）；4. 資訊搜尋工具（information location tools）。持平而言，DMCA是ISP業者與著作權人之間妥協的產物³⁵，ISP業者必須採取必要且即時行動後始得享有免責之利益，實則增加ISP業者自身之負擔。但從整個網路著作侵權的情形來看，避風港的設計係鼓勵ISP業者與著作權人進行合作，即便ISP業者未能採取必要措施而進入避風港，亦非逕自認定ISP業者必須負擔法律責任，仍應交由司法機關依個案認定³⁶。

（二）我國著作權法相關規定與簡評

我國著作權法於2009年5月13日修正公布，增訂第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」，明定網路服務提供者因使用者利用其所提供之服務侵害他人著作權或製版權，得主張不予負責。除明定前述網路服務提供者的四個類型，以及各類業者得以主張免責之必要作為（著作權法第90條之5至第90條之8）外，並對於「資訊儲存服務提供者」執行「通知及取下」與「回復通知及回復」有特別之規定³⁷。另外，著作權法亦規定各類ISP業者在主張民事免責或責任限制之前，均須符合第90條之4所規定的四項先決條件³⁸：

34 See *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F. Supp. 2d 1090 (W.D. Wash. 2004); *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077 (C.D. Cal. 2004).

35 See generally JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 35-69, 166-70 (2006).

36 章忠信，前揭註1，頁7。

37 著作權法第90條之9規定：「資訊儲存服務提供者應將第九十條之七第三款處理情形（按：經著作權人告知而移除涉有侵權之內容），依其與使用者約定之聯絡方式或使用者留存之聯絡資訊，轉送該涉有侵權之使用者。但依其提供服務之性質無法通知者，不在此限。前項之使用者認其無侵權情事者，得檢具回復通知文件，要求資訊儲存服務提供者回復其被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。資訊儲存服務提供者於接獲前項之回復通知後，應立即將回復通知文件轉送著作權人或製版權人。著作權人或製版權人於接獲資訊儲存服務提供者前項通知之次日起十個工作日內，向資訊儲存服務提供者提出已對該使用者訴訟之證明者，資訊儲存服務提供者不負回復之義務。著作權人或製版權人未依前項規定提出訴訟之證明，資訊儲存服務提供者至遲應於轉送回復通知之次日起十四個工作日內，回復被移除或使他人無法進入之內容或相關資訊。但無法回復者，應事先告知使用者，或提供其他適當方式供使用者回復。」

38 此項規定係參考美國DMCA第512條第(i)項第(1)款之立法例。

- a. 以契約、電子傳輸、自動偵測系統或其他方式，告知使用者其著作權或製版權保護措施，並確實履行該保護措施。另外，為鼓勵連線服務業者積極協助防制網路侵權行為，特於第二項規定，如其於接獲著作權人或製版權人就其使用者所為涉有侵權行為之通知後，將該通知以電子郵件轉送該使用者，視為符合前述規定。
- b. 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。此即著作權人團體及新聞媒體所稱之「三振條款」(three-strike out)，但其意涵上與美國DMCA之規定有所不同，DMCA第512條第(i)項第(1)款第(A)目規定：「服務提供者欲適用責任限制規定，必須採取『若其系統或網路之用戶及帳戶持有者屬重複侵權者時，將於適當情形予以終止』之政策，且合理履行該政策，並應將所採取之政策通知其系統或網路之用戶及帳戶持有者。」但按新著作權法第90條之4規定，從第1項之第1款及第2款規定整體觀之，即便平台業者未於特定重複侵權情形停止全部或部分服務時，只要確實已「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，即滿足該款要件³⁹。另外，第1款規定ISP業者應確實履行著作權保護措施，從第2款有關終止全部或部分服務而對照觀之，應可得出其係委由平台業者自行決定，而非法律之強制義務⁴⁰。因此我國所制定的三振條款，從整體觀之，僅有規範的軀殼而無實質效果。
- c. 公告接收通知文件之聯繫窗口資訊，讓著作權人或製版權人得以知曉如何提出通知，或使用者知悉如何提出回復通知。
- d. 網路服務提供者應配合執行著作權人或製版權人所提供，並經主管機關核可，為保護著作權或製版權之通用辨識或保護技術措施者。不過，本款並未課予ISP業者

39 參見章忠信，前揭註1，頁11，

40 經濟部智慧財產局認為「在我國，由於三振條款為立法院審議時新增之條款，規範上係交由ISP與使用者自行約定，因而實際執行（如「涉嫌侵權情事」如何認定？「三次」涉有侵權如何計算？侵權情事之累計是否訂定一定期間？何種情形應終止全部服務、何種情形終止部分服務？終止服務後得否於一定期間恢復使用者之使用權限？）不但應由ISP視其實際營運情形、經營策略及相關成本，依其需求自行斟酌考量，相關執行細節亦應具體落實於ISP與其使用者間之契約內容或行為上。」參見王文君，〈網路著作權侵權三振條款比較分析—以法、英、紐立法例為核心(6)—我國網路服務提供者民事免責事由適用之困境〉，益思科技法律事務所，2010年12月11日，<http://www.is-law.com/post/8/577> (last visited Sep. 30, 2011).

負有發展該等辨識或保護技術措施之義務，而是由業者「主動」提供該技術措施，且須經主管機關（經濟部）「核可」後，ISP業者始有配合執行之義務。倘若並無經主管機關核可之通用辨識或保護技術措施存在，則ISP業者無須配合執行⁴¹。如此規範與上述三振條款並無實質效果的意涵相同。

五、三振條款的近期發展與其批評

（一）三振條款的近期發展—美國著作權警報系統

雖然2008年由著作權人所提出的三振條款遭到包括學界、ISP業者以及使用者團體的諸多質疑，但因牽涉龐大利益，著作權人與權利團體仍持續對三振條款給予許多關注。美國多家ISP業者及電視、電影、音樂等多家企業組織⁴²於2011年7月7日宣布採納著作權警報系統（Copyright Alerts），並共組著作權資訊中心（Center for Copyright Information），一旦發現網路服務帳號可能被用來竊取數位內容，資訊中心將採取一套漸進式「最佳做法」（best practices）⁴³，基於使用者若於未被告知之情況下，帳號被盜用或被用以下載未經授權之內容，進而保障其「知的權利」。該系統目的在於「教育」使用者有關網路上盜版的觀念，告知使用者不論有意或無意的盜版行為將帶來何種後果，確保他們掌握合法內容的來源，並阻止已接獲警告卻持續進行盜版的使用者。該系統強調ISP業者並不會中止使用者之帳號，亦不會提供用戶姓名；但內容業者要求ISP業者仍應遵守DMCA規定，對持續侵權之使用者終止其服務，以符合避風港規定⁴⁴。根據調查，一旦使用者接獲第一次警告後，約有高達70%以上的使用者將停止盜版行為。這項警報系統可分為六個階段：

41 章忠信，前揭註1，頁12-13。

42 採納該警告系統之ISP業者包括AT&T、Verizon、Comcast、Time Warner Cable及Cablevision Systems等，而內容組織則有美國電影協會(MPAA)、美國唱片協會(RIAA)、美國獨立製作電影及電視聯盟(IFTA)及美國獨立音樂組織(A2IM)等。See Center for Copyright and Copyright Alert System Fact Sheet, <http://www.copyrightinformation.org/alerts> (last visited Sep. 30, 2011).

43 資訊中心強調，該警告系統與前述「三振條款」並不相同，除並無任何法律強制措施外，亦無要求ISP業者將使用者服務帳號暫停或終止。See Josh Wolford, Top ISPs Adopt Graduated Response to Piracy, Give Users Six Strikes: AT&T, Comcast, Verizon among the Agreeing Parties, WEBPRONews, July 7, 2011, <http://www.webpronews.com/top-isps-adopt-graduated-response-to-piracy-give-users-six-strikes-2011-07>(last visited Sep. 30, 2011).

44 Center for Copyright Information, Music, Film, TV, and Broadband Collaborate to Curb Online Content Theft: Announce Common Framework for “Copyright Alerts”, 7 July 2011, Press Release, <http://www.copyrightinformation.org/node/704> (last visited Sep. 30, 2011).

第一階段：在平台業者接獲內容業者通知後，以電子郵件寄發警告函給使用者，通知使用者之帳號可能遭錯誤使用於行使竊取內容之行爲，並於警告函中給予使用者一些教育資源，協助其審視電腦或網路之安全性，提供未來避免盜取內容的可能，並提供各種合法取得電影、音樂與電視內容的管道。

第二階段：如使用者接獲第一次警告函後仍持續侵權行爲，使用者將再次接獲內容相似但強化教育訊息部分的警告函，或ISP業者自行衡量是否進行下一次警告。

第三階段：使用者將接獲與前一封相似的警告函，但此函將以更明顯的方式呈現（彈跳視窗或登入頁面等方式），確定使用者能注意到警告通知，並提醒使用者該盜取內容之行爲可能導致後續之法律行動與處置。

第四階段：發送與第三階段相似的警告函，並要求使用者寄發收件回函。

第五階段：此次ISP業者將採取行動，稱爲「緩解措施」（Mitigation Measure），包括：暫時減緩網路速度⁴⁵、將網頁轉到警告畫面，直到使用者出面針對持續盜取內容作出解釋或回應，或ISP業者認爲其他可解決上述情形之必要方法。ISP業者並無義務執行中斷使用者語音電話服務（如緊急電話）、電子郵件或其他安全或健康服務（如居家安全或醫療監控），且業者可在此階段選擇不採取緩解措施。

第六階段：不論ISP業者先前是否選擇不採取緩解措施，若使用者仍執意盜取內容，ISP業者即實施上述之緩解措施。但內容業者指出，很少有人會在接獲警告後仍持續盜取行爲。在緩解措施實施以前，使用者可支付美金35元申請「獨立審查」（independent review）⁴⁶以

45 ISP業者是否能執行「暫緩網路速度」此一網路管理行爲（network management），根據FCC於2010年底所公告的「維護開放的網際網路」管制規則，ISP業者得於合乎一定要件下進行「合理的」網路管理行爲，包括（一）減少或減輕網路壅塞的影響，或處理服務品質的問題；（二）處理對用戶有害或不需要的流量；（三）防止非法內容的傳輸；（四）防止非法的傳輸內容。FCC, In re Preserving the Open Internet, Report and Order, FCC 10-201 (released Dec. 23, 2010); 76 FED. REG. 59196 (released Sep. 23, 2011).

46 此並未清楚指明使用者是否能在收到警告後行使避免後續警告的獨立審查權，在審查中也明定，以因未具安全性之無線路由而使帳號遭盜用之理由僅能提出一次，這對提供無線上網服務的店家或個人WiFi系統而言，可能造成重大影響。此外，有哪些使用者願意在提出部分抗辯時，還須將個人資料提供給提出侵權質疑的內容業者？See Abigail Phillips, The Content Industry and ISPs Announce a “Common Framework for Copyright Alerts”: What Does it Mean for Users?, EFF, July 7, 2011, <https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/content-industry-and-isps-announce-common> (last visited Sep. 30, 2011).

聲明先前警告函是錯誤的，並基於系爭線上活動屬於合法或所指認之帳號係屬錯誤，以阻止緩解措施。不過由於這並非專屬機制（專屬機制例如正式之仲裁程序，原則上一經仲裁後不得向普通法院提起訴訟）⁴⁷，使用者仍得保留向法院提起訴訟之權利。不過，侵權事實本應由內容業者自行發掘證據加以證實，並非由使用者自己來駁回控訴，這種「獨立審查制度」將舉證責任予以倒置，實已違反一般程序正義，且侵權行為成立與否是基於系統的機械性認定，絲毫未留給使用者反駁的機會⁴⁸。另外，在第五階段，內容業者要求ISP業者對受控訴之使用者祭出懲罰，例如減緩上網速度或於特定期間暫時限制其網路連線，但此過程中並無任何一位法官認定用戶是否真的犯法。在這個網路使用已成為極為重要權利的數位時代下，未經正當法律程序而限制他人權利，實不應允許內容業者行使上述之要求⁴⁹。

（二）對於不同模式三振條款之批評

1. 約定模式

著作權人希望透過與P2P軟體使用較有直接關聯的連線服務提供者進行合作，藉以解決P2P軟體遭濫用而產生著作權侵害之問題。ISP業者或可透過事前的服務條款（Terms of Use）或使用者授權約款（End-User License Agreement），與網路使用者約定遵守著作權相關規範⁵⁰，其中又以著作權侵害處理最為重要。目前大多數網站多透過「著作權保護政策」⁵¹執行「通知及取下」措施，並且部分網站已納入「三振條款」告知使用者若有三次

47 我國仲裁法第四條規定：「仲裁協議，如一方不遵守，另行提起訴訟時，法院應依他方聲請裁定停止訴訟程序，並命原告於一定期間內提付仲裁……第一項之訴訟，經法院裁定停止訴訟程序後，如仲裁成立，視為於仲裁庭作成判斷時撤回起訴。」

48 Corynne McSherry & Eric Goldman, The “Graduated Response” Deal : What if Users Had Been At the Table?, EFF, July 18, 2011, <https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/graduated-response-deal-what-if-users-had-been> (last visited Sep. 30, 2011).

49 Id.

50 以雅虎奇摩網站的服務條款為例，包括使用者遵守著作權規定（第7條）、平台業者免責聲明（第10條）、會員違法重製、發行、散布或公開展示之禁止行為（第15條）、平台業者著作權保護（第16條）、著作權歸屬與授權（第17條）、著作權侵害處理（第19條）、非商業利用（第22條）等，參照Yahoo!奇摩服務條款，<http://tw.info.yahoo.com/legal/utos.html> (last visited Sep. 30, 2011).

51 網站上的「著作權保護政策」主要係因應美國DMCA避風港規範以及我國2009年新增第六章之一「網路服務提供者之民事免責事由」規定。參照Yahoo!奇摩著作權保護政策，<http://tw.info.yahoo.com/copyright/> (last visited Sep. 30, 2011).

涉及侵權情事者，ISP業者將終止其全部或部分服務（著作權法第90條之4參照）。這些措施，充分反映出ISP業者為避免遭著作權人以「間接責任」入罪，積極利用「避風港」規定藉由移除疑似侵權之內容而享有民事免責之利益。

誠如上述，三振條款原先是由美國RIAA對連線服務業者提出合作之內容，藉由與ISP業者合作對嚴重、重複侵權之使用者予以斷線或終止服務，以取代既有之法律訴訟策略；此外，RIAA則更積極向美國國會，或透過貿易談判向其他各國進行遊說、壓迫，說服將此三振條款納入其各國的著作權法當中，作為防範網路使用者持續進行違法侵權行為之手段。其實三振條款不一定是得達到三次侵權才構成ISP業者進行斷線的充分條件，一般來說，該條款內容至少包括以下幾種特徵：

- a. 權利人對於P2P網路是否有違法下載的活動進行監督；
- b. 權利人向ISP業者提供相當可信之證據資料可證明在特定IP位址之個人有實施侵權行為之活動；
- c. 由ISP業者向帳號持有者寄發教育性的通知（educational notices），告知其有持續性的侵權行為正在發生，並通知使用者可至其他地方取得合法的內容；
- d. 若帳號持有者持續忽視這些通知，將由其他特定公正第三人（tribunal）採取阻卻行動，並將更為嚴格的措施保留給法院執行⁵²。

不過，美國AT&T及Comcast兩大ISP業者雖願意配合RIAA發送侵權通知給侵權之用戶，但至今未曾有過執行斷線的案例⁵³；然而，此一合作內容曝光後，已引發正、反兩方的激烈辯論。對於該措施是否對使用者有所尊重方面，贊成者認為三振措施因避免進入訴訟程序，對使用者而言有好處，另由於並未涉及任何過濾措施，ISP業者無須擔心政府會要求其擔負監督網路的責任，也保障了一般使用者的隱私權⁵⁴，而且該措施主要用意在於

52 Debate: Graduated Response Antipiracy Laws, DEBATEPEDIA, http://debatepedia.idebate.org/en/index.php/Debate:_Graduated_response_antipiracy_laws (last visited Dec. 20, 2011).

53 賴文智、王文君，前揭註1。

54 Nate Anderson, IFPI: "Three strikes" efforts hit worldwide home run, ARSTECHNICA, Aug. 19, 2008, <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2008/08/ifpi-three-strikes-efforts-hit-worldwide-home-run.ars> (last visited Dec. 20, 2011).

教育使用者尊重他人著作權或創作⁵⁵；反對者則認為該措施所仰賴的侵權指控根本欠缺正當程序⁵⁶，對於錯誤指控的案件該如何處理⁵⁷？父母是否要為小孩的上網行為負責⁵⁸？鄰居是否要因開放自家的無線網路而對他人之侵權結果負責⁵⁹？三振條款不僅未能詳加釐清，且在執行結果上恐無法達到公平正義的結果，甚至有些公共無線網路會因此而遭殃⁶⁰。

對於著作權法是否值得納入此措施方面，贊成者認為三振條款本身就是一種妥協下的產物⁶¹，特別在執行成本上，三振條款要比實際面臨訴訟要省錢得多，就整體來說執行三振條款要比完全不執行著作權法要來得好，消極不執行著作權法反而提供更多的侵權誘因⁶²；反對者則認為三振條款毫無必要，因為著作權法對於違法P2P活動本來就有相關規範⁶³，但值得懷疑的是，倘若ISP業者成為執法輔助者，政府是否會利用ISP業者進行超過追捕侵權者範圍以外的行為，例如竊聽⁶⁴？

實施三振條款是否會降低侵權發生率，贊成者認為透過逐次的警告方式確實可有效

55 Debate: Graduated Response Antipiracy Laws, *supra* note 52.

56 Nate Anderson, Google: Internet Disconnection a “Disproportionate” Penalty, ARSTECHNICA, Mar. 17, 2009, <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/03/google-cutting-internet-access-for-p2p-abuse-disproportionate.ars> (last visited Dec. 20, 2011).

57 Nate Anderson, RIAA graduated response plan: Q&A with Cary Sherman, ARSTECHNICA, Dec. 21, 2008, <http://arstechnica.com/old/content/2008/12/riaa-graduated-response-plan-qa-with-cary-sherman.ars> (last visited Dec. 20, 2011).

58 *Id.*

59 *Id.*

60 *Id.*

61 Barry Sookman and Dan Glover, Graduated response and copyright: an idea that is right for the times, BARRY SOOKMAN, Jan. 20, 2010, <http://www.barrysookman.com/2010/01/20/graduated-response-and-copyright-an-idea-that-is-right-for-the-times/> (last visited Dec. 20, 2011).

62 Olivier Bomsel, The costs and benefits of graduated response in copyright enforcement, BARRY SOOKMAN, Feb. 1, 2010, <http://www.barrysookman.com/2010/02/01/the-costs-and-benefits-of-graduated-response-in-copyright-enforcement/> (last visited Dec. 20, 2011); see generally Oliver Bomsel and Heritiana Ranaivoson, Decreasing Copyright Enforcement Costs: The Scope of a Graduated Response, 6(2) REV. OF ECONO. RESEARCH ON COPYRIGHT ISSUES 13 (2009).

63 Kevin Kwang, Three-Strikes Piracy Deterrent not for S' pore, ZDNET ASIA, Nov. 16, 2009, <http://www.zdnetasia.com/three-strikes-piracy-deterrent-not-for-spore-62059358.htm> (last visited Dec. 20, 2011).

64 Debate: Graduated Response Antipiracy Laws, *supra* note 52.

降低侵權者持續侵權的可能⁶⁵，而此措施實際上已應用在其他國家（如法國、英國等）與大學校園內⁶⁶；反對者認為三振條款在確認誰是真正侵權者將會面臨相當大的挑戰⁶⁷，部分國家雖有考量過立法的可能性，但最終仍放棄立法⁶⁸。

最後對於三振條款是否能被有效率地執行以及是否具有經濟上的價值方面，贊成者認為倘若政府能予介入（指立法或行政措施）將能有效達成預定之目標，且可有效增進著作權的執法效果⁶⁹，更能增進業者進行投資⁷⁰；反對者則認為對網路著作權之侵害行為進行全面性的防堵並不可行，且執行三振條款其成本不斐⁷¹，甚至必須將其他主管機關（例如通信產業主管機關）拉進來，形勢將更顯複雜⁷²，而且可能嚴重危害到規模較小的ISP業者⁷³。

2. 立法模式

從前述法國立法過程來看，當初規定逕由HADOPI命ISP業者執行三振條款，若ISP業者未依命令進行斷線將受到處罰，但此規定因違反「無罪推定原則」與侵害人民「言論表達自由」而遭憲法委員會宣告違憲。2010年歐洲議會亦認為實施三振條款將侵害人民自由使用網路的權利，拒絕以立法方式引進三振條款⁷⁴。另外，由美國、日本所倡議之多邊條

65 Patrick Ross, ISPs and Graduated Response, COPYRIGHT ALLIANCE, Mar. 31, 2009, <http://blog.copyrightalliance.org/2009/03/isps-and-graduated-response/> (last visited Dec. 20, 2011).

66 Sookman and Glover, *supra* note 61.

67 Debate: Graduated Response Antipiracy Laws, *supra* note 52

68 Michael Geist, Estimating The Cost of a Three-Strikes and You're Out System, Jan. 26, 2010, <http://www.michaelgeist.ca/content/view/4731/135/> (last visited Dec. 20, 2011).

69 Bomsel, *supra* note 62.

70 Sookman and Glover, *supra* note 61.

71 Geist, *supra* note 68.

72 David Sohn, Inviting FCC Mission Creep? Center for Democracy and Technology, Feb. 24, 2010, <http://www.cdt.org/blogs/david-sohn/inviting-fcc-mission-creep> (last visited Dec. 20, 2011).

73 Genan Zilkha, The RIAA's Troubling Solution to File-Sharing, 20 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 667, 704 (2009).

74 See Scott M. Fulton, III, Strongest Condemnation Yet of Anti-Counterfeiting, 'Three Strikes' from EU, BETANEWS, Mar. 10, 2010, <http://www.betanews.com/article/Strongest-condemnation-yet-of-anticounterfeiting-three-strikes-from-EU/1268242864> (last visited Sep. 30, 2011).

約「反仿冒貿易協定」(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA)也曾對三振條款進行討論，但於2010年年底於最終確認時，認為中斷使用者的網路連線服務恐有違反聯合國「公民與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights)第19條第3項之規定，最後仍遭移除⁷⁵。於2010年聯合國的一項研究報告指出，各國應保障人民可隨時使用網路服務，即便政局動盪的時刻也應確保其服務，並特別指出採取「通知及取下」有許多的缺失，而這種措施很可能遭到國家或私人企業的支配與濫用，ISP業者在財務與法定義務多重壓力下，其所進行之移除程序因不夠透明、公開，因此經常隱含歧視性的作為⁷⁶。實則，本文認為以立法方式納入強制性三振條款之規範，約略可歸納出以下三大弊端。

(1) 違反比例原則 (proportionate) ⁷⁷

歐盟議會在2009年討論電信綜合法案 (Telecoms Package) 時，資訊社會暨媒體署主任委員 Viviane Reding 指出網路接取如同言論自由與近用資訊自由一樣是一種基本權利⁷⁸，但對於是否要採納三振條款而實施網路處罰措施 (Internet sanctions)，則應考量該措施必須符合民主社會中之適當性、比例性與必要性，並同時確保無罪推定原則以及隱私權的保障⁷⁹。因此，以下嘗試從三個面向，闡述三振條款可能違反法律上之比例原則。

75 See Michael Geist, UN Report Says Internet Three Strikes Laws Violate International Law, June 3, 2011, <http://www.michaelgeist.ca/content/view/5834/125/>; see also Timothy B. Lee, UN Report: "three strikes" Internet laws violate human rights, ARSTECHNICA, June 3, 2011, <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2011/06/un-free-speech-watchdog-blasts-three-strikes-rules.ars> (last visited Sep. 30, 2011).

76 See Frank La Rue, Report of the Special Rapporteur on the promotion of the right to freedom of opinion and expression, General Assembly United Nation, A/HRC/17/27, May 16, 2011, available at http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (last visited Sep. 30, 2011).

77 See generally Leslie Harris, Can You 'Ban' People From the Internet? ABC NEWS, Dec. 4, 2009, available at <http://abcnews.go.com/Technology/AheadoftheCurve/illegal-internet-downloads-strikes/story?id=9242807> (last visited Sep. 30, 2011).

78 European Parliament, Parliamentary Debate, May 5, 2009, 19.

79 Nate Anderson, EU adopts "Internet freedom" provision on Internet cut-offs, ARSTECHNICA, Nov. 5, 2009, <http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/11/eu-adopts-internet-freedom-provision-on-net-cut-offs.ars> (last visited Sep. 30, 2011).

第一，中斷連線的嚴重性。當寬頻上網逐漸成為人民生活不可或缺的服務，各國開始將「網路接取」納入普及服務政策之一環，此時上網服務是否已成為一種類似自由權（liberty）⁸⁰或憲法上基本人權的層次，頗值探討。2000年愛沙尼亞共和國宣布上網服務成為一種公民的基本權⁸¹；在芬蘭，以合理的價格使用寬頻服務是所有公民的法定權利⁸²；2001年希臘憲法修正將人民有參與資訊社會入憲（right to participate in the Information Society）⁸³。因此，倘若僅以使用者在網路上進行多次「疑似」（因尚未經法院認定）著作權侵權行為而逕以中斷網路服務作為處罰手段，在侵權人與連線帳號持有人未釐清之前，例如該帳號係由家中其他成員所申請，且可能有誤判情況發生（例如侵權人僅係借用他人之連線帳號，但被處罰者係帳號持有人），若貿然實施三振條款，產生違誤的可能性很高。即便如英國DEA法案給予被中斷連線者抗辯權，由使用者自行提出反證證明其非侵權人⁸⁴；然而由於一般使用者幾乎不會存留精確的登入紀錄（accurate logs），且ISP業者亦未提供任何有關使用服務時避免侵權的「合理步驟」，事實上這項反證仍難以提出。此外，中斷連線的結果可能對一些社會有益但屬於非授權使用的情形造成「寒蟬效應」，例如該使用行為係受著作權保護的「合理使用」，實際上無論是著作權人抑或ISP業者在進

80 按John Rawls在其《正義論》的說法，是指包含言論與集會自由的政治自由權（投票權以及應公職之權）、良心自由與思想自由、擁有私有財產的自由權，以及免受非法任意逮捕、搜索扣押之自由。See JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 61 (1971); 而John Rawls在修訂版中則簡要指出，自由權係指認何人做任何事情（或不做任何事情）應免於（或不得免於）受到他人限制。See JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (REVISED EDITION) 177 (1999). 美國聯邦最高法院亦認為上網服務可讓被剝奪權利之人藉此與大多數人分享其各種思想，因此具有「民主化的潛能」（democratizing potential）。See *Am. Civil Liberties Union v. Reno*, 521 U.S. 844 (1997); Madhavi Sunder, IP3, 59 STAN. L. REV. 257, 277 (2006). 2005年美國聯邦通訊委員會(FCC)公布一項政策宣言，指出政府應鼓勵並保障開放且互連的公眾網際網路。FCC Policy Statement, FCC 055-151 at 3(2005).

81 愛沙尼亞共和國憲法第45條規定，憲法保障人民以任何方式自由散布思想、意見與信仰。See Constitution of the Republic of Estonia, § 45, available at <http://www.president.ee/en/estonia/constitution.php?gid=81907>;

82 First nation makes broadband access a legal right, CNN TECH, July 1, 2010, http://articles.cnn.com/2010-07-01/tech/finland.broadband_1_broadband-access-internet-accessuniversal-service?_s=PM:TECH (last visited Dec. 20, 2011).

83 See Syntagma [SYN][Constitution], Art. 5A(2), http://www.nis.gr/npimages/docs/Constitution_EN.pdf.

84 Digital Economy Act 2010, c 24, s 13.

行網路斷線時，根本難以事先預測也難以判斷合理使用的存在。當這種斷線效果的嚴重性提高之後，對於許多從事研究、評論、新聞等工作者將造成很大的潛在阻礙⁸⁵。

第二，整體社會層次的合理性。在判斷三振條款合理性時，在很大程度上必須從斷線懲罰的嚴重性與侵權行為的嚴重性和斷線所呈現出的效率性相比較。倘若三振條款的目的是以較低的執法成本用來懲罰那些利用P2P方式進行盜版內容傳送並從中獲取高額利益的侵權行為人時，這樣的正當性或許尚能成立⁸⁶；然而，三振條款並非一般追緝盜版行為僅著眼於大量、商業侵權的情形，而是放眼於所有個人進行侵權（或者疑似侵權）的情形，倘若屬於後者，則以斷線所產生的懲罰嚴重性相較，似乎難以正當化其行為⁸⁷。另外，對於斷線期間長短的決定以及使用者能否在市場上覓得其他ISP業者，特別是長時間的網路斷線，影響使用者上網權利甚鉅；倘若ISP市場並非充分競爭，此時轉移業者的成本可能增高⁸⁸。再者，由於大多數家戶的網路使用情形多以「戶」為單位，一旦遭三振條款判定應予斷線，也連帶影響其他家人上網的權利⁸⁹。除此之外，從整體著作權制度的保護目的觀察，由法律提供保護創作者利益之誘因，以鼓勵其持續創作；然而過多的保護卻對整體社會並非完全的有好處，從另一角度而言，執法結果以及人為所造成稀有性的社會成本，將遠高於執行斷線對整體社會所帶來的好處⁹⁰。最後也是最令人質疑的，是三振條款從未被證實有效減少侵權的情形⁹¹，目前並未看到任何法院判決對此有所說明⁹²，這也是紐西蘭雖已立法通過三振條款規定，但仍考量斷線措施能否符合比例原則，在未獲得足夠證據供著作權仲裁機關（Copyright Tribunal）認定應採取斷線之前，實為暫緩執行斷線措施的理由所在⁹³。

85 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 10-11.

86 See Yu, supra note 1, at 1383.

87 See Frank La Rue, supra note 76.

88 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 13.

89 Id.

90 Id. at 14.

91 See Joe Karaganis, Rethinking Piracy, in JOE KARAGANIS (ED), MEDIA PIRACY IN EMERGING ECONOMIES 1, 30 (2011).

92 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 15.

93 New Zealand Parliament, Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill (119-2) (2010), at 6, http://www.parliament.nz/en-NZ/PB/SC/Documents/Reports/8/3/6/49DBSCH_SCR4901_1-Copyright-Infringing-File-Sharing-Amendment-Bill.htm (last visited Dec. 20, 2011).

第三，從個人角度的合理性。對於著作侵權之行為施以斷線措施是否可被正當化，尚須檢視特定個案內容本身，倘若施以斷線措施對付較為嚴重的侵權行為，可能較容易成立正當理由；反之，對於侵害較小的案件可能就不是那麼適當。但是，三振條款真能對於不同侵害程度的案件進行區分化的認定嗎⁹⁴？由於日常生活中，透過網路進行的「轉載」、「評論」、「推薦」、「聯繫」與「分享」等行為，無論利用他人著作的數量多寡，均可能侵害著作權人的重製權⁹⁵；但實際上，並非所有著作權人均會對此侵害行為提出損害賠償，一般而言，著作權人對於極微小的損失或認為起訴成本過高，大多不會有所反應，甚至這樣的利用行為對著作權人而言有實際上的利益（例如宣傳效果），此被學者稱為「應容忍之利用」（tolerated use）⁹⁶。上述這些普遍的網路行為僅可能產生極小的損害，甚或無損害發生，其與斷線措施的嚴重性程度相較，其差距就顯而易見了。在著作權法制度下，所有侵權均得以請求賠償，倘若無損害發生或未獲取經濟上利益，其損害賠償金額即無關緊要，法院仍會針對個案逐一審酌；但多數非經法院程序而進行的三振條款措施，由於先天上即去除司法上的個案判斷功能（discretionary power），倘若真有無損害發生或未獲取利益的情形，這種一視同仁、不分侵害結果大小而一概進行斷線的作法，並不符合法律上的比例原則⁹⁷。

（2）違反正當法律程序原則（due process）

由於中斷網路連線對使用者來說是相當嚴重的懲罰，除其理由必須正當外，其執行過程也必須符合正當法律程序原則，以增進人民對於該措施的可預測性與確定性⁹⁸。三振條款原係設計來減低執法成本、規避法院系統的介入，然而其斷線措施卻可能讓原有的正當程序原則面臨威脅。以下分為三點進行分析：

第一，被指控侵權之內容難以確保。執行三振條款措施，需由著作權人或其委託之代理人對於侵權活動進行監控，然後向該侵權行為人所屬之ISP業者或有關權責機關進行

94 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 16.

95 對於使用者在網路上的諸多行為可能促使著作權法的發動等相關討論，參見葉志良，〈網路使用者自創內容（user-generated content）對著作權法之影響〉，收錄於交通大學科技法律研究所主編，《2011年第十五屆全國科技法律研討會論文集》，2011年11月，頁661-662。

96 See Tim Wu, Tolerated Use, 31 COLUM. J.L. & ARTS 617, 619-20 (2007).

97 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 16-17.

98 See Rawls, supra note 80, at 206-07.

告發 (allegation)；然而，這些被指控侵權的內容並不十分可靠，通常著作權人委託調查公司進行調查，只要發現「可能」或「疑似」有侵權的活動，即進行告發的動作⁹⁹，而這些透過自動化設備進行監控、蒐證的結果引發很大的爭議，例如沒有電腦的家庭遭到 RIAA 控訴侵權¹⁰⁰，資訊專家也能誤導這些自動設備發出錯誤的告發通知¹⁰¹。因此，三振條款當中的告發機制，倘若沒有獨立公正第三人對於告發內容進行檢視，惡意行為人或競爭者可能會利用此告發機制進行「嫁禍」¹⁰²。即便告發目的、程序均屬正當，但難以確認所告發之內容都為真實，例如使用者所利用之內容應屬合理使用，甚至已取得著作權人之授權，仍可能遭到告發¹⁰³。前述澳洲聯邦上訴法院在 iiNet 案指出，在提出斷線之前，必須針對所指控侵權之行為提出明確而令人信服的證據，僅僅係侵權之聲明者或僅隨意提出任何不確切的指控，均不可構成認定侵權的明確可信證據¹⁰⁴。

第二，由誰衡量被指控侵權內容之真偽。對於內容是否侵權，似乎僅靠著作權人單方認定，透過避風港機制逕行告知 ISP 業者應儘速移除其「可能」侵權之內容，而使用者若認為內容並無侵權，尚須透過回復通知並等待一段期間著作權人未為起訴，ISP 業者始將原內容貼回，這項程序早已被多數學者與公益團體所詬病¹⁰⁵。另外，對於侵權次數的認定亦是問題重重，究竟是對同一著作侵害三次，還是不限於同一著作只要累積侵權達三次即屬之；至於次數，是否限於權利人所發出之符合法律要件之通知；是否應限於一定期間

99 Roadshow Films Pty Ltd v. iiNet Ltd (No 3) [2010] FCA 24 (4 February 2010) [113].

100 Anders Bylund, RIAA Sues Computer-less Family, 234 Others, for File Sharing, ARSTECHNICA, Apr. 24, 2006, <http://arstechnica.com/old/content/2006/04/6662.ars> (last visited Dec. 20, 2011).

101 Michael Piatek, Tadayoshi Kohno and Arvind Krishnamurthy, Challenges and Directions for Monitoring P2P File Sharing Networks – or – Why My Printer Received a DMCA Takedown Notice, University of Washington Technical Report (UW-CSE-08-06-01), available at <http://dmca.cs.washington.edu/> (last visited Dec. 20, 2011).

102 Id.; see also Yu, supra note 1, at 1391-92.

103 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 18.

104 iiNet [2011] FCAFC 23 (24 February 2011) [210].

105 關於美國 DMCA 避風港中關於「不當移除」、「延遲貼回」等不合理之措施，電子前線基金會 (Electronic Frontier Foundation, EFF) 持續關注此項議題。See EFF, DMCA, <https://www.eff.org/issues/dmca> (last visited Sep. 30, 2011).

累積達三次等等¹⁰⁶。不過，我國經濟部智慧財產局認為執行三振條款，「在規範上係交由ISP與使用者自行約定，因而實際執行……不但應由ISP視其實際營運情形、經營策略及相關成本，依其需求自行斟酌考量，相關執行細節亦應具體落實於ISP與其使用者間之契約內容或行為上。」¹⁰⁷，但有學者認為對於「涉有侵權情事」應至少待法院一審判決侵害著作權始為確認¹⁰⁸。

歐盟議會在討論電信改革法案時即強調，在將三振條款納入以前，應審慎考量無罪推定、事前公正公平程序、讓利害關係人有陳述意見的機會，以及給予有效與及時的司法審查權利¹⁰⁹。正當法律程序是指在司法程序中給予公正聽審的機會，是建構整體司法體系的基石。著作權人提出指控之後，若依多數以非司法途徑實施三振條款的國家，僅交由ISP業者或行政機關進行判斷，他們倘若無額外經費且可能加重其工作負擔，通常該指控證據僅由著作權人提供，接著由ISP業者或行政機關「據以」判斷，不啻形成自己喊抓賊、自己蒐證、最後要求ISP業者「據以」斷線，這種毫無提供公正程序而逕行給予斷線懲罰，以合約模式所建構之三振條款最為嚴重¹¹⁰。以法國而言，之前HADOPI法案遭宣告違憲，其理由即在法律賦與HADOPI得不經司法程序對被訴三次侵權之行為人予以斷線，而被認定違反1789年的人民和公民權利宣言的無罪推定以及言論表達自由，而新法則強調須由法院於認定構成著作侵權刑事責任後，由法院核發中斷網路的命令，全程皆在司法程序當中¹¹¹。英國則透過新法DEA採取由鬆漸緊的方式，從警告意味的「初步義務」措施先

106 參見陳雍之，〈網路服務提供者（ISP）民事免責事由—新修正著作權法建立的『避風港』機制（上）〉，博仲法律事務所，2009年12月4日，<http://www.winklerpartners.com/?p=1423&lang=zh-hant> (last visited Sep. 30, 2011).

107 經濟部智慧財產局，〈著作權法網路服務提供者ISP民事免責事由及相關實施辦法Q&A〉，http://www.tipo.gov.tw/ch/ArtHtml_Show.aspx?ID=992ab386-3bc8-4505-bf92-fea736736271&path=3565#4 (last visited Sep. 30, 2011).

108 王怡蘋，〈著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範〉，《月旦法學雜誌》，173期，2009年10月，頁41。另有認為尚未經法院判決確認應採取對ISP業者較有利之角度認定，宜以一定期間內累積達三次者較為合宜。參見益思科技法律事務所研究報告，前揭註4，頁82。

109 Suzor and Fitzgerald, *supra* note 29, at 18.

110 See Yu, *supra* note 1, at 1391-92; see also Michael Geist, Three Strikes and You' re Out System Draws Cries of Foul From Governments, TORONTO STAR, Jan. 25, 2010, <http://www.thestar.com/business/article/755443--geist-three-strikes-and-you-re-out-system-draw-criesof-foul-from-governments> (last visited Dec. 20, 2011).

111 Suzor and Fitzgerald, *supra* note 29, at 21.

行執行，經過一段期間執行觀察與審慎評估後，若認定其確實無法遏阻侵權行為，再採取進一步手段，要求ISP業者以「技術義務」措施，阻絕侵權資訊以達到遏止侵權之擴散¹¹²。

第三，無辜被指控者的處置方式。至於遭受「錯誤指認」之使用者，該如何恢復其原有權利，以及能否請求賠償，各國作法不一。英國DEA法案為保障消費者權益，訂有申訴程序，使訂戶得以對ISP業者所採取之技術措施，向主管機關Ofcom提出申訴；如有不服，得向第一審行政法院（the First Tier Tribunal）提起再申訴。在申訴期間相關的技術措施必須暫停，以免影響使用者近用資訊的權利¹¹³。若訂戶申訴成功，對其損害得請求賠償¹¹⁴。但在非以司法途徑實施三振條款者，如何避免著作權人濫行告發、對於受損害的使用者是否應予賠償，並無清楚的解決之道，有學者認為，除非法律要求著作權人必須承擔告發當中所有指控侵權內容所需調查之費用，並對無辜者告發之結果要求承擔適足的賠償責任，否則這些著作權人仍會持續以不清楚或空泛的告發內容向「嫌疑人」提出指控¹¹⁵。

（3）ISP業者恐將成為網路警察

除了上述憲法上的權利保障與實務面侵權認定的困難外，採取三振條款之立法模式將可能徹底改變ISP業者在網路上的角色。直至今日，ISP業者皆以通訊業者看待，也因此無論在著作權法或誹謗法律上，對於使用者在網路上所散布之不法內容，ISP業者皆得享有免責的利益¹¹⁶。即便目前美國DMCA鼓勵ISP業者對於重複侵權之行為人通知其可能採取斷線的手段，但亦非要求ISP業者應根據著作權人聲稱可能侵權的行為而必須給予斷線的處置¹¹⁷。倘若法律要求ISP業者必須執行三振條款，則可能將原本中立的身分轉變成著作權法的執法代理者，如此一來，恐將網際網路原有之開放與中立的特性毀於一旦¹¹⁸。

112 參見章忠信，前揭註14，頁12。

113 Digital Economy Act 2010, c 24, s 13, Communications Act 2003 c 21, s 124K.

114 參見章忠信，前揭註14，頁6。

115 Suzor and Fitzgerald, supra note 29, at 24.

116 在美國，ISP業者得享有責任限制的法律除了前述DMCA以外，尚有對於誹謗言論進行規範的通訊內容端正法（Communication Decency Act, CDA）第230條之規定。參見郭戎晉，〈Web 2.0與法律--部落格(Blog)誹謗議題之研究〉，《法學新論》，1期，2008年8月，頁145-167。

117 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A)，並參見前揭註34本文的討論。

118 See David Sohn, ISPs Taking Up New Roles of Taking Down Illegal File Sharers? Center for Democracy and Technology, Jan. 6, 2009, <http://www.cdt.org/blogs/david-sohn/isps-taking-new-role-taking-down-illegal-file-sharers> (last visited Sep. 30, 2011).

六、網路使用者可利用與分享空間的窄化

美國麻省理工學院經濟學教授Lester Thurow曾說：「網路帶來的經營危機，最早發生在音樂工業上，全球唱片公司如果沒有更新經營模式，數年內都會被淘汰。¹¹⁹」在音樂界所掀起P2P音樂檔案分享的事件，使得權利人對於侵權行為的態度越加強硬，不論是使用者或平台業者均動輒得咎，似未詳加考慮使用者的動機及著作權法中合理使用的範圍，反而造成全球網路使用者的恐慌¹²⁰。這種緊張關係不僅存在於著作權人與使用者之間，在平台業者與著作權人和使用者之間也產生了相當大的變化。以下本文就著作權體系下三主體間的關係進行分析。

（一）著作權人與使用者間的衝突

著作權人與使用者之間的內外衝突，是著作權立法以來自始存在的，由於著作權不脫離財產權的思維，人們可以擁有、出售或轉讓這樣的權利，但是著作權與其他智慧財產權一樣，其無體、非排他與非敵對等特性，造就其複製成本低、散布容易但創作與執法成本高昂的原因¹²¹，特別對於完全複製之商業性著作（例如電影、音樂）並在網路中進行散佈、流傳，甚至將非法取得之著作進行低價變賣，著作權人無不依法據以力爭。以2007年美國加州聯邦地方法院Lenz v. Universal Music¹²²為例，一位賓州的母親Stephanie Lenz將其對兒子所錄製的短片放到YouTube與親朋好友分享，一時之間在網路上廣為流傳¹²³，該短片的背景音樂為Prince於1984年所發行單曲“Let’s Go Crazy”，而該首單曲著作權人一環球音樂公司則透過1998年DMCA的「避風港」規定，通知YouTube將該短片移除。Lenz主張並無侵權，旋即向YouTube發出回復通知並要求立即貼回，但YouTube遲至六個星期後才將影片重新放回。Lenz認為環球音樂濫用著作權且侵害其憲法上之權利，向加州聯邦

119 2000年時代雜誌（Time）封面人物Napster創辦人Shawn Fanning 所寫的P2P程式讓數以萬計的網路使用者透過P2P軟體免費交換MP3音樂檔案，造成唱片業者龐大的損失，也引爆了智慧財產權的數位革命。數位時代，〈Napster 創辦人捲土重來 創立Snocap成為合法P2P〉，2006年8月15日，<http://www.bnext.com.tw/article/view/cid/9/id/2704> (last visited Sep. 30, 2011).

120 See Yu, supra note 1, at 658-98.

121 楊智傑，《著作權法理論與實務》，2010年，頁5-6。台北：新學林。

122 Lenz v. Universal Music, 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008).

123 “Let’s Go Crazy” #1, YOUTUBE: <http://www.youtube.com/watch?v=N1KfJHFWhQ> (last visited Sep.30, 2011).

法院提起告訴並獲勝訴¹²⁴。這事件使我們不得不思考著作權人的舉措是否構成著作權的濫用¹²⁵而有剝削使用者創作權益之虞。在Lenz案中，為其辯護之電子前鋒基金會（Electronic Frontier Foundation, EFF）認為環球音樂的作法是對美國DMCA法案避風港規定的濫用，踐踏了合理使用的理念與人民的言論自由¹²⁶。

著作權人與使用者的衝突從過去實體世界延伸到數位世界，而且更變本加厲。過去實體世界中的各種文化活動，例如閱讀書籍、聆聽音樂、欣賞戲劇等，與著作權法少有交集；但在數位世界中，由於所有的活動，例如下載、上傳、複製、轉貼等，皆會產生複本，均與著作權人所專有之重製權有關，任何未經權利人授權或通過合理使用檢驗之行為皆屬非法，使得著作權在網路世界中變成無所不在的規範¹²⁷。甚至，著作權人所發行之電用期限，以及重製方式與次數（如僅限列印數張、或次數）。本文以上關於三振條款的分子產品（如電子書、MP3音樂）近來都加裝了數位權利管理（digital right management）保護措施¹²⁸，進而控制使用者的使用行為，包括使用方式（如僅得在特定電腦上閱讀）、使析，從使用者侵權行為如何認定，乃至使用者使用行為是否仍存有合理使用空間、無辜遭受指控之使用者該如何回復權利，皆因該措施仍存有違反比例原則與正當法律程序的疑慮，使得這兩者之間的衝突更顯激烈。

124 2010年2月承審法官Fogel拒絕環球音樂所提出之數項抗辯，Lenz獲得部份勝訴之即決判決（summary judgment）。本案之發展歷程，可參見電子先鋒基金會(EFF)網頁之介紹：<https://www.eff.org/cases/lenz-v-universal> (last visited Sep. 30, 2011).

125 在美國所稱「著作權濫用」（copyright misuse）並非法律規定的原則，而是由法院所創造出的抗辯原則，被告可向法院抗辯著作權人挾其強大市場力量於行使或執行權利時進行權利濫用或不正當之行為。See *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970, 978 (4th Cir. 1990) (要求被授權人及其受僱人不得自行創作與所授權著作互為競爭之著作)。另可參見楊智傑，〈著作權濫用與臺灣特殊濫用類型之研究〉，發表於2010年第五屆全國法學實證研究研討會，2010年5月19日。新竹：交通大學科技法律研究所。

126 Press release, Mom Sues Universal Music for DMCA Abuse: Home Video of Dancing Toddler Yanked From YouTube After Bogus Claim (July 24, 2007), available at EFF website: <https://www.eff.org/deeplinks/2007/07/mom-sues-universal-music-dmca-abuse> (last visited Sep. 30, 2011).

127 劉靜怡譯，《誰綁架了文化創意》，2008年，頁195-96。台北：早安財經文化。（LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: THE NATURE AND FUTURE OF CREATIVITY (2004)）

128 有關科技保護措施或我國稱之「防盜拷措施」的資料，可參考羅明通，《著作權法論II》，頁435以下。

(二) 著作權人對ISP業者的箝制

由於網路著作權侵害問題日趨嚴重，著作權人認為倘若提供「關鍵」服務的中介角色—網路ISP業者，可對著作權侵害的防治提供必要協助，將可有效降低網路著作權的侵害情形。然著作權畢竟屬於私權，ISP業者固需加以尊重，但並非所有的ISP業者對於著作權人之私權保護必須提供積極的作為；更有甚者，著作權人所期待的積極行為，很可能損及ISP業者之財產權¹²⁹，例如為了增加防範著作權侵害行為的發生或排除已發生侵害行為的成本，像是過濾軟體的建置、侵權行為的通知等等，ISP業者必須額外付出成本支出，且仍需承擔漏未查核或錯誤移除所造成的商譽損失，增添業者經營上的負擔。

不過，若ISP業者對著作權侵害採取消極態度，則很可能會被著作權人以「間接侵權責任」（secondary liability）¹³⁰與直接侵權之網路使用者共同向法院提起訴訟¹³¹，但同時，若欲對ISP業者科以間接責任，則著作權人不但可能有舉證上的困難，且長期以觀將有害網際網路的發展¹³²。因此，美國DMCA創設ISP業者責任限制之規範，藉此讓ISP業者於發生侵權行為時，除要求不得自侵權內容中獲取利益，且對侵權內容一無所知的前提下，並完成「通知及取下」等作為後，始可主張民事免責。台灣取法美國DMCA避風港制度，在2009年新著作權法中新增我國ISP業者只要善盡保護著作權利人權利，規定當ISP受權利人告知後立即移除或使他人無法進入該涉有侵權內容者，即可免除可能涉及的侵權責任（著作權法第六章之一參照）。

因此，許多ISP業者為享有民事免責，選擇與著作權人合作，在收到著作權人提出作品遭侵權的申訴後，遂將侵權的著作從網路上移除。例如2007年3月政治團體MoveOn.org and Brave New Films利用The Colbert Report共同製作一個充滿諷刺的影片，但旋被Viacom向YouTube指控其擁有著作權而遭移除，MoveOn.org遂向聯邦地方法院提起訴訟，指稱

129 益思科技法律事務所研究報告，前揭註4，頁1。

130 有關間接責任的說明，參見章忠信，前揭註31。

131 例如在1998年DMCA法案出現以前，重要法院判決略有Playboy Enterprise, Inc. v. Webworld, Inc., 991 F. Supp. 543 (N.D. Tex. 1997), aff' d without opinion 168 F.3d 486 (5th Cir. 1999); Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995); Sega Enterprise Ltd v. Maphia, 857 F. Supp. 679 (N.D. Cal. 1994).

132 See Douglas Lichtman and William Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement: An

Viacom濫用DMCA所給予「通知與取下」的權限¹³³。另外，同年有一位魔術師Geller發現有人在YouTube上張貼一個批評其魔術手法低劣的影片檔案，Geller對YouTube發出要求取下的通知，而YouTube為避免被訴，未有任何查證即依DMCA規定刪除該檔案，並將該使用者帳號停權二周¹³⁴。更有進者，ISP業者為減輕負擔，發展出全自動內容管控技術，例如YouTube於2007年研發出新的影片識別技術（試用版）¹³⁵、eBay的權利人驗證機制（VeRO）¹³⁶，均可讓系統自行將內含侵權內容的影片直接過濾移除¹³⁷。

從以上案例以及ISP業者為求自行安裝過濾技術可知，DMCA避風港制度徹底改變著作權人與ISP業者之間關係，透過這個制度將原本著作權人應有的舉證責任與成本，轉由疑似侵權人與ISP業者來負擔¹³⁸。從經濟層面來看，以中立角色為出發的ISP業者將被迫承擔不必要的成本；從社會層面來看，ISP業者為求免責必須聽命於著作權人，而產生新的「社會階級」；從文化層面來看，不分青紅皂白移除疑似侵權內容而不論是否屬於合理使用，也造成人民言論自由與近用資訊權利的限制。至此，ISP業者將持續而積極地移除網路上可能侵權的內容，已逐漸變成著作權人的「附庸」。

（三）使用者分享空間的窄化

早在三振條款與著作權警報系統出現以前，2007年10月18日數家美國網路與媒體公司曾與ISP業者共同發布一項非政府涉入之自律規範——「使用者自創內容平台業者指導原

133 MoveOn.org Civil Action and Brave New World LLC v. Viacom Int'l LLC, No. 3:07-cv-01657-MEJ (N.D. Cal. 2007).

134 Doe v. Geller et al, No. 07-cv-02478 (N.D. Cal. 2007).

135 YouTube 影片識別試用版，http://www.youtube.com/t/video_id_about.

136 eBay, <http://pages.ebay.com/vero/intro/index.html>.

137 有學者認為這種過濾技術實屬惡名昭彰。See Bridy, supra note 7, at 84.

138 See Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, 88 GEO. L.J. 1833, 1884 (2000); Jennifer M. Urban and 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, 640-41 (2006).

則」¹³⁹，其目的在調和創作者與ISP業者間的緊張關係，並避免更多的訴訟產生¹⁴⁰。其間宣布將共同達成以下三項目標：1.消除各類服務平台上的侵權內容；2.鼓勵使用者上載純粹為原創作品或經授權之著作；3.平台提供使用者對於受保護之內容得以合理使用（fair use）的方式，並保障使用者隱私之正當利益。主要措施係要求參與之事業在2007年底前安裝名為「識別技術」（Identification Technology）之自動化過濾軟體，藉由著作權人事先提供「參考資料」（Reference Material）內容給各ISP業者之資料庫，經資料庫比對後，阻擋未經權利人允許之內容上傳至各ISP的平台¹⁴¹。然而，該原則似乎僅以著作權為中心¹⁴²，且加深ISP業者之負擔，除要求ISP業者應遵守DMCA有關通知及取下規定外，對於曾上傳過侵權內容之使用者將予以追蹤，往後上傳內容若再被認定屬於侵權者，使用者之帳號將被終止。然而，該原則並未提到與任何執法機關合作與相關處罰的規定，對於聲稱將合理使用納入其中，亦未見其執行方式¹⁴³。

但從過去案例以及現況看來，ISP業者所建置的過濾機制中並沒有在第一時間將合理使用包含在內，原因無他，合理使用原本就是一個十分複雜的人為判斷標準，任何精確的技術根本無法加以取代。例如目前YouTube與著作權人合作提供各種著作權過濾機制，一旦影片中偵測到未經授權的內容即遭移除或消音，在如此「一律移除」的情況下，不僅剝奪使用者分享的自由，也扼殺許多在合理使用下的創作。事實上消音的部分並非整段影片的重點，但整部影片的完整性卻已遭破壞。ISP業者雖有提供「回復通知」機制以保障使用者權益，但重新評估並回貼所花費之時間，已嚴重影響使用者內容的價值。

139 Principles for User Generated Content Services: Forster Innovation. Encourage Creativity. Thwart Infringement, rel. Oct. 18, 2007, available at <http://ugcprinciples.com/> (last visited Sep 30, 2011).

140 See Brette G. Meyers, Note, Filtering Systems or Fair Use? A Comparative Analysis of Proposed Regulations for User-Generated Content, 26 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 935, 943 (2009).

141 UGC Principles, supra note 63. See also Lauren G. Gallo, The (Im)possible of “Standard Technical Measures” for UGC Websites, 34 COLUM. J.L. & ARTS 283, 294-95 (2011).

142 有論者指出這是不得不的結果，因為著作權人負有監督侵權行為的責任，而非ISP業者。著作權人對於其擁有何種著作、權利範圍，以及如何判定何種上傳內容係屬違法侵權抑或允准的合理使用，最為瞭解。See Greg Jansen, Whose Burden Is It Anyway? Addressing the Needs of Content Owners in DMCA Safe Harbors, 62 FED. COMM. L.J. 153, 172-73 (2009).

143 See Michael Sawyer, Filters, Fair Use & Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA, 24 BERKELEY TECH. L.J. 363, 395 (2009).

面臨上述情形，部分網友不是建議更換交流或分享平台，就是建議採用創用CC的素材以避免侵權疑慮，不難看出ISP業者透過過濾機制正在壓縮使用者的分享空間，也可能造成另一波使用者的平台遷徙潮。目前ISP業者除了與著作權人合作外，許多業者已從過去默默提供使用者上傳與下載的「沉默管子」（dumb pipe），逐漸轉型為內容業者¹⁴⁴，面對著作權人與ISP業者的整合，可預見使用者的權利恐將再被壓縮。

在責任限制規範尚未健全以前，當使用者有侵權行為發生時，透過間接責任可將ISP業者與使用者綑綁處理，在某種程度上來看，兩者似乎處於同一立場；在避風港規範出現後，ISP業者為了享有責任限制，當權利人告知有侵權情事後便採取積極、即時的移除做法，使得ISP業者的角色逐漸往權利人方向傾斜，甚至可以說將ISP業者直接拉到權利人陣營裡。

七、知識流通與查緝盜版的公私權衡—代結論

自三振條款濫觴以來，對於是否將其納入國家立法當中，各界批評聲浪從未減小，從基本權利保障到違反比例原則、正當程序原則保障等，理由不一而足，但卻都擊中要害，甚至聯合國所出具的報告也對於目前避風港中「通知及取下」的各種缺失給予不少批評，使得著作權人與團體對於是否要求ISP業者非得將屢次侵害之行為人的連線服務予以中斷或終止的聲浪，有逐漸減緩的態勢。不過，有鑑於網路侵權行為日益氾濫，導致音樂、電影等影視產業之產值嚴重下滑，權利人仍然為了查緝侵權與盜版而「精益求精」，再次於今年七月捲土重來，與眾多大型ISP業者共同簽訂了「著作權警報系統」協議¹⁴⁵，推動以「教育」為主要目的的六階段警告措施；然而，此舉所遭致的民間批評聲浪更加嚴厲，認為這項新措施似乎只是為了一個已經過時的商業模式去建立的，而美國其他ISP業者似乎也不捧場，顯然這個措施已面臨相當大的挑戰¹⁴⁶。

144 See Yu, *supra* note 1, at 1385-86.

145 Copyright Alert MOU, Final, July, 6, 2011, <http://www.copyrightinformation.org/sites/default/files/Memorandum%20of%20Understanding.pdf> (last visited Sep. 30, 2011).

146 See Michael Carroll, Three Strikes Laws Untenable in Practice, TELECOMASIA, Sep. 2, 2011, <http://www.telecomasia.net/blog/content/three-strikes-laws-untenable-practice> (last visited Sep. 30, 2011).

另外，倘若ISP業者要配合著作權人利用深層封包檢查（deep packet inspection, DPI）或其他侵入技術，藉以執行「合理網路管理行爲」（reasonable network management）而達到著作權執法之目的，則須注意要將其網路管理行爲相關資訊全部揭露，以符合2010年FCC所公告之「維護開放的網際網路」（Preserving the Open Internet）管制規則中的「透明化」要件（transparency）¹⁴⁷，易言之，ISP業者如願與著作權人協力查緝著作權侵權、盜版之事項，則不得在其使用條款上用過於模糊的詞語，例如業者將「保留監督用戶之頻寬使用、傳輸與內容之權利」云云¹⁴⁸。

美國憲法第一條第八款規定：「國會有權藉由確保作者和發明人對其作品和發明享有其限的獨占權利，以促進科學即有用藝術的進步」¹⁴⁹，該進步條款與我國著作權法的立法目的不謀而合，均在說明著作權法除了保障權利人之私人權益外，同時也在促進知識流通之公共利益。雖然該法之立法原意本以前者為優先，然而著作權法亦明白規定，使用者仍享有一定的使用權利，例如合理使用。由於著作權法本隱含此一公私權衡的概念，立於此規範上的天秤實不應過度偏向權利人那一邊，而是適切地處於平衡的狀態。但我們看到現今著作權法的演變已超乎過去立憲者的想像，各項專有權利包山包海地被納入於這部法典之中，即便原非屬著作權法體系的「避風港」也被包括在內，造就今日所謂的「超著作權」（paracopyright）¹⁵⁰。

本文並非全然否定民事免責規定或三振條款的措施，從成本負擔、訴訟經濟與導正合法使用觀念而言，這些措施確實能起一定的作用。從法律原始目的在保障權利人之利益，其意味著保障整個著作權產業的健全發展，也讓使用者得以享受更好的內容與服務，這是一個良善的循環，也是著作權法的真正目的。然而，監督網路侵權活動之責任在於權

147 See generally Chih-Liang Yeh, Does the Net Neutrality Really Preserve the Open Internet?: A Critique From the Implications of Broadband Policy, 2011 International Telecommunication Society Asia-Pacific Regional Conference, Grand Formosa Regent Hotel, Taipei, Taiwan, June 26-28, 2011.

148 See Bridy, *supra* note 7, at 130-31.

149 Article 1, Sec. 8, U.S. Constitution.

150 超著作權指的是提供超乎傳統著作權法範圍的保護，通常指的是科技保護措施（我國著作權法第80條之二稱為「防盜拷措施」）。本文採納該詞語的原意，將屬於侵權行為中責任限制之規定移植到著作權法當中而言。超著作權法的現象已變得難以控制，讓整部著作權法看起來越來越龐大，而且越來越複雜。See Jessica Litman, Real Copyright Reform, 96 IOWA L. REV. 1 (2010).

利人，對侵權使用者進行追緝本是權利人經營事業之一環；而ISP業者的角色，特別是當網路已成為人民發表言論的一個重要論壇時，如何讓ISP業者維持其中立的地位，誠屬人類社會中相當重要的價值。現今著作權法對於著作權人的保護堪稱相當完善，但對於使用者與ISP業者的保障卻很少，由於著作權法對於公共利益方面欠缺積極規範，使得權利人為了經濟利益而吝於關注公共福祉、文化傳承等問題。對於目前欠缺公私權衡的著作權法而言，本文嘗試對三振條款可能違反比例原則與正當法律程序提出批評，希望藉由立法與司法程序尋求對ISP業者與使用者的權益保護，惟有將著作權體系的平衡保護建立起來，才是討論著作權保障的真義所在。

參考書目

- 王文君（2010年12月11日）。〈網路著作權侵權三振條款比較分析—以法、英、紐立法例為核心(6)—我國網路服務提供者民事免責事由適用之困境〉。益思科技法律事務所。(http://www.is-law.com/post/8/577)
- 王怡蘋（2009）。〈著作權法關於網路服務提供者之民事免責規範〉，《月旦法學雜誌》，173: 25-41。
- 益思科技法律事務所（2010）。《ISP協力保護著作權最新立法趨勢之研究期末報告》。台北：經濟部智慧財產權委託研究。
- 章忠信（2008）。〈網路服務提供者著作權侵害責任限制之立法思考與方向〉，《全國律師》，347: 28-44。
- 章忠信（2009）。〈二〇〇九年新修正著作權法簡析—網路服務提供者之責任限制〉，《月旦法學雜誌》，173: 5-24。
- 章忠信（2009，11月）。〈台灣著作權集體管理團體之發展歷程與未來〉，論文發表於兩岸四地版權法律制度研討會。福建：廈門大學。著作權筆記網站：(www.copyrightnote.org/paper/pa0054.doc)
- 郭戎晉（2008）。〈Web 2.0與法律--部落格(Blog)誹謗議題之研究〉，《法學新論》，1: 145-167。
- 陳雍之（2009）。〈網路服務提供者（ISP）民事免責事由—新修正著作權法建立的『避風港』機制（上）〉，博仲法律事務所，12月4日，(http://www.winklerpartners.com/?p=1423&lang=zh-hant)
- 楊智傑（2010）。《著作權法理論與實務》。台北：新學林。
- 楊智傑（2010，5月）。〈著作權濫用與臺灣特殊濫用類型之研究〉，論文發表於第五屆全國法學實證研究研討會，新竹：交通大學科技法律研究所。
- 葉志良（2011，11月）。〈網路使用者自創內容（user-generated content）對著作權法之影響〉，載於交通大學科技法律研究所主編，《2011年第十五屆全國科技法律研討會論文集》（頁659-696）。新竹：交通大學科技法律研究所。
- 劉靜怡（譯）（2008）。《誰綁架了文化創意》。台北：早安財經文化。(Lessig, L., 2004)
- 數位時代（2006，8月）。〈Napster 創辦人捲土重來 創立Snocap成為合法P2P〉。(http://www.bnext.com.tw/article/view/cid/9/id/2704)

- 賴文智、王文君（2010年9月2日）。〈著作權領域『三振條款』發展概況〉。益思科技法律事務所，(<http://www.is-law.com/post/4/545>)
- 羅明通（2009）。《著作權法論II第七版》。台北：自版。
- Anderson, N. (2008). IFPI: “Three strikes” efforts hit worldwide home run. *Ars Technica*, Aug. 19, (<http://arstechnica.com/tech-policy/news/2008/08/ifpi-three-strikes-efforts-hit-worldwide-home-run.ars>).
- Anderson, N. (2008). RIAA graduated response plan: Q&A with Cary Sherman. *Ars Technica*, Dec. 21, (<http://arstechnica.com/old/content/2008/12/riaa-graduated-response-plan-qa-with-cary-sherman.ars>).
- Anderson, N. (2009). EU adopts “Internet freedom” provision on Internet cut-offs. *Ars Technica*, Nov. 5, (<http://arstechnica.com/tech-policy/news/2009/11/eu-adopts-internet-freedom-provision-on-net-cut-offs.ars>).
- Bomsel, O. (2010). The costs and benefits of graduated response in copyright enforcement. *Barry Sookman*, Feb. 1, (<http://www.barrysookman.com/2010/02/01/the-costs-and-benefits-of-graduated-response-in-copyright-enforcement/>)
- Bomsel, O., & Ranaivoson, H. (2009). Decreasing Copyright Enforcement Costs: The Scope of a Graduated Response. *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 6(2), 13-29.
- Bridy, A. (2010). Graduated Response and the Turn to Private Ordering in Online Copyright Enforcement. *Oregon Law Review*, 89, 81-132.
- Carroll, M. (2011). Three Strikes Laws Untenable in Practice. *TelecomAsia*, Sep. 2, (<http://www.telecomasia.net/blog/content/three-strikes-laws-untenable-practice>).
- De Beer, J., & Clemmer, C. (2009). Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?. *Jurimetrics*, 49(4), 375-409.
- Fulton, S. III (2010). Strongest Condemnation Yet of Anti-Counterfeiting, “Three Strikes” from EU. *BetaNews*, Mar. 10, (<http://www.betanews.com/article/Strongest-condemnation-yet-of-anticounterfeiting-three-strikes-from-EU/1268242864>).
- Gallo, L. (2011). The (Im)possible of “Standard Technical Measures” for UGC Websites. *Columbia Journal of Law and Arts*, 34, 283-315.
- Geist, M. (2010). Estimating The Cost of a Three-Strikes and You’ re Out System. *MichaelGeist*, Jan. 26, (<http://www.michaelgeist.ca/content/view/4731/135/>).
- Geist, M. (2011). UN Report Says Internet Three Strikes Laws Violate International Law. *MichaelGeist*, June 3, (<http://www.michaelgeist.ca/content/view/5834/125/>).
- Harris, L. (2009). Can You ‘Ban’ People From the Internet? *ABC News*, Dec. 4, (<http://abcnews.go.com/Technology/AheadoftheCurve/illegal-internet-downloads-strikes/story?id=9242807>).
- Hagen, G. (2010). “Modernizing” ISP Copyright Liability. In Geist, M. (Ed.). *From “Radical Extremism” to “Balanced Copyright” : Canadian Copyright and the Digital Agenda* (pp. 361-394). Ottawa: Irwin Law.
- Jansen, G. (2009). Whose Burden Is It Anyway? Addressing the Needs of Content Owners in DMCA Safe Harbors. *Federal Communication Law Journal*, 62: 153-181.
- Karaganis, J. (2011). Rethinking Piracy. In Karaganis, J. (Ed). *Media Piracy in Emerging Economies* (pp. 1-75). New York: Social Science Research Council.

- La Rue, F. (2011). Report of the Special Rapporteur on the promotion of the right to freedom of opinion and expression. General Assembly United Nation, A/HRC/17/27, May 16, (http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf).
- Lee, T. (2011). UN Report: “three strikes” Internet laws violate human rights. *Ars Technica*, June 3, (<http://arstechnica.com/tech-policy/news/2011/06/un-free-speech-watchdog-blasts-three-strikes-rules.ars>).
- Lichtman, D., & Landes, W. (2003). Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective. *Harvard Journal of Law & Technology*, 16, 395-410.
- Litman, J. (2006). *Digital Copyright*. New York: Prometheus Books.
- Litman, J. (2010). Real Copyright Reform. *Iowa Law Review*, 96: 1-55.
- McBride, S., & Smith, E. (2008). Music Industry to Abandon Mass Suits. *Wall Street Journal*, Dec. 19, (<http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html>).
- McSherry, C., & Goldman, E. (2011). The “Graduated Response” Deal: What if Users Had Been At the Table? EFF, July 18, (<https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/graduated-response-deal-what-if-users-had-been>).
- Meyers, B. (2009). Filtering Systems or Fair Use? A Comparative Analysis of Proposed Regulations for User-Generated Content. *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, 26, 935-956.
- Patry, W. (2009). *Moral Panics and the Copyright Wars*. New York: Oxford University Press.
- Phillips, A. (2011). The Content Industry and ISPs Announce a “Common Framework for Copyright Alerts” : What Does it Mean for Users? EFF, July 7, (<https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/content-industry-and-isps-announce-common>).
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice (Revised Edition)*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ross, P. (2009). ISPs and Graduated Response. *Copyright Alliance*, Mar. 31, (<http://blog.copyrightalliance.org/2009/03/isps-and-graduated-response/>).
- Sawyer, M. (2009). Filters, Fair Use & Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA. *Berkeley Technology Law Journal*, 24, 363-404.
- Sohn, D. (2009). ISPs Taking Up New Roles of Taking Down Illegal File Sharers? *Center for Democracy and Technology*, Jan. 6, (<http://www.cdt.org/blogs/david-sohn/isps-taking-new-role-taking-down-illegal-file-sharers>).
- Sohn, D. (2010). Inviting FCC Mission Creep? *Center for Democracy and Technology*, Feb. 24, (<http://www.cdt.org/blogs/david-sohn/inviting-fcc-mission-creep>).
- Sookman, B., & Glover, D. (2010). Graduated response and copyright: an idea that is right for the times. *Barry Sookman*, Jan. 20, (<http://www.barrysookman.com/2010/01/20/graduated-response-and-copyright-an-idea-that-is-right-for-the-times/>).
- Sunder, M. (2006). IP3. *Stanford Law Review*, 59, 257-332.
- Suzor, N., & Fitzgerald, B. (2011). The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law. *The University of New South Wales Law Journal*, 34(1), 1-40.
- Urban, J., & Quilter, L. (2006). Efficient Process or ‘Chilling Effects’ Takedown Notices Under Section 512 of the