

【特别策划·著作权法前沿问题】

版权蟑螂现象的法律治理

——网络版权市场中的利益平衡机制

易继明 蔡元臻

(北京大学 法学院 北京 100871; 上海财经大学 法学院 上海 200433)

摘要: 版权蟑螂现象及其危害引发人们思考版权人、网络服务提供者、网络用户与大众利益之间的关系。版权蟑螂从早期单纯的版权购买者已转向与原版权人捆绑结合,而其针对网络服务提供者的诉讼主张,也转入了针对下载盗版作品的网络用户,使之具有了更强的隐蔽性。透过侵权诉讼获利的行为本身无可厚非,网络盗版用户并不能合理使用规则予以抗辩。但版权蟑螂频繁地利用法定赔偿方式获取巨额利润的做法,表明法定赔偿的异化,并应定位在“基准赔付额度+”层面实现理性回归。但釜底抽薪的做法是采取境外的“三振出局”的积极保护机制,弥补了“避风港”消极原则的不足。我国应该创造性地引入这一机制,以断网处罚为主建立起中国特色的“三色机制”,在新的利益平衡中激活一个健康的网络版权市场。

关键词: 版权蟑螂; 合理使用; 法定赔偿; 三振出局; 三色机制

中图分类号: D923.4 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2018)02-0005-14

引言

“版权蟑螂”(Copyright Troll)一词源自近20年来倍受关注的“专利蟑螂”(Patent Troll)现象。与专利蟑螂相似,版权蟑螂或称“版权流氓”,是一种通俗意义上的贬称,它是特指那些专门通过向他人发起版权侵权诉讼或者以发起版权侵权诉讼相要挟,以获得利益的维权主体。^①从权利角度来看,维权主体发起侵权诉讼,本身并不违反版权法和诉讼规则,也直接或者间接地维护了权利人的权利,并为版权人带来切实的利益。但是,版权蟑螂运用资本优势介入创新市场的诉讼投机行为,可能会骚扰到创新主体或者普通的网络用户,甚至会适得其反地埋没原作品本身的社会价值。也就是说,版权蟑螂是一把双刃剑,在活化版权市场的同时,也会打破原有的利益格局及竞争秩序,反而会阻碍创新或者损及大众利益。例如,“三面向现象”^②中原版权人与网络服务提供者的困境,昭示的是“传统的复制售卖而获利的整个知识保护体系和文化再生产模式的危机。”^③

在我国,版权蟑螂兴起于本世纪初,以华盖、三面向、磊若公司等商业维权主体为代表。^④但总体上,

收稿日期: 2017-12-26

作者简介: 易继明(1968-)男,湖北荆州人,法学博士,北京大学法学院教授,博士生导师,北京大学国际知识产权研究中心主任,研究方向:民法、知识产权法、法理学;蔡元臻(1987-)男,江苏无锡人,法学博士,上海财经大学法学院讲师,研究方向:知识产权法。

①关于专利蟑螂的分析,参见易继明《遏制专利蟑螂——评美国专利新政及其对中国的启示》,载《法律科学》2014年第2期。

②2004年注册的版权代理公司“三面向”的运作模式是,先通过网络搜索点击率高的某类文章,然后找到文章作者,以出书为由,与其签订,以低价买断作品自发表之日起10年的著作权,随后起诉转载过该文章的网站,索赔数千甚至上万元。而根据“三面向”与作者签订的合同,作者不享有除署名权之外的侵权赔偿。据悉,“三面向”大张旗鼓地“与所有的盗版者为敌”而获利,其胜诉率高达99%。与此同时,受到合同限制,作者试图阻止这种诉讼获利行为或者终止合同索回版权的愿望,也难以实现。参见雷启立《“网络撞车党”和作者的知识产权》,载《编辑学刊》2008年第3期。

③雷启立《“网络撞车党”和作者的知识产权》,载《编辑学刊》2008年第3期。

④截至2016年10月,根据北大法宝数据库统计,由三面向、华盖、磊若等主要版权维权主体发起的诉讼数量分别为1669、2523和296件。

我国版权蟑螂行为尚处初级阶段:他们涉猎的作品主要包括摄影作品、美术作品和文字作品等,影视作品、音乐作品等数字版权作品较少;诉讼对象更多地指向企业、行政机关、公益性社团等——此类主体的应诉能力强,以司法判决结案的比例较高^①,较少涉及普通网络用户;传统版权作品的网络盗用行为居多,数字环境中下载版权作品而发起的诉讼尚未形成规模;多数版权蟑螂不是作品的原权利人,导致主体适格性问题成为其败诉的主要原因之一。^②此外,在诉讼策略上,我国版权蟑螂没有采取急功近利的做法,在发起诉讼前仍会向对方发出停止侵权函件,并尝试通过谈判的途径确定赔偿金额。就现状分析,版权蟑螂在我国演变为“巨兽”,尚需时日。但随着市场全球化格局的形成,对于影视产业而言,中国不但是具有无限潜力的庞大市场,也是欧美影视公司实行打击侵权的首要目标。美国贸易代表办公室在2015年3月发布的《2014年恶名市场非常规审议》报告中,对我国整治“快播”播放软件和关闭“人人影视”站点的业绩给予了积极评价,但同时也指出我国盗版现象依然严重。^③除了网络播放平台和盗版资源下载网站以外,近年来在我国迅速普及的电视机顶盒(Set Top Box,也称Media Box)也为国外密切关注。美国在《2015年中国履行WTO承诺情况报告》中甚至认为,机顶盒普遍具备的下载功能和便捷的特点,进一步恶化了中国的网络盗版问题。^④种种迹象表明,版权蟑螂正在跃跃欲试,或已悄然地布局中国市场。

在美国,版权蟑螂的大量涌现存在两大因素:一是侵权损害赔偿额度高,权利保护力度大;二是网络空间权利边界不明确,侵权现象较为泛滥。尽管我国知识产权保护力度有待加强,但我国网络空间盗版现象更为严重;^⑤与遏制专利蟑螂相似,我们应该未雨绸缪,深入探讨版权蟑螂现象、蟑螂行为,并对此加以有效规制。^⑥而与专利蟑螂不同的是,版权蟑螂大多活跃在网络空间,由此引发了诸多新问题,例如,网络用户下载盗版作品的行为是否构成侵权?如何在规制版权蟑螂的同时,遏制网络领域的大规模侵权行为?而且,如同本文后面谈及的,版权蟑螂行为在盗版环境下发生了转换,让其身份具有了更强的隐蔽性,也给相应的法律规制带来了困难。本文试图通过分析版权蟑螂现象、行为及其危害,探讨治理版权蟑螂现象中涉及的合理使用、法定赔偿及“三振出局”机制,以寻求网络版权市场的利益平衡机制。

一、版权蟑螂现象及其危害

从维权主体考察版权蟑螂的行为,更多地涉及到诉权滥用的问题。但从权利滥用的角度来看,美国法较早地将专利滥用作为一种抗辩规则延及到了版权领域。^⑦1990年 *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* 一案^⑧中,原告在许可被告使用其软件时,要求被告在100年之内不得以此为基础进行后续开发与设计竞争性产品。该案中,法院并未认定被告破解原告技术措施并制作侵权软件复制件的行为构成侵权,而是支持了被告提出的版权滥用抗辩的主张,认为原告即版权人“试图通过其行使版权的行为在权利保护范围之外限制竞争”^⑨,其权利行使的方式涉及公共政策之衡量,自然认为禁止版权滥用原则“天然地存在于版权法之中”。^⑩诚然,这是美国法院利用衡平法技艺的法律适用,并非一种反垄断法上的规制。^⑪不过,这里的原告与被告之间,都是以创造或者利用版权为主,均属于版权实施主体,并非版权

①参见孙芸《从华盖图片维权看中国图像版权保护现状》,载《中国版权》2013年第1期。

②参见詹馥静《版权商业性维权的司法应对策略探究》,载《法制与社会》2013年第25期。

③参见 Office of the United States Trade Representative: 2014 Out-of-Cycle Review of Notorious Markets, 2015, pp. 18.

④参见 Office of the United States Trade Representative: 2015 Report to Congress On China's WTO Compliance, 2015, pp. 131.

⑤美国贸易代表办公室在其2016年4月新发布的《特别301报告》中认为“中国巨大的电子商业市场泛滥着盗版和假冒产品”、“给美国知识产权人造成了巨大损失”。Office of the United States Trade Representative: 2016 Special 301 Report, 2016, pp. 32.

⑥参见易继明《遏制专利蟑螂——评美国专利新政及其对中国的启示》,载《法律科学》2014年第2期。

⑦参见易继明《禁止权利滥用原则在知识产权领域中的适用》,载《中国法学》2013年第4期;参见 ABA Section of Antitrust Law: Intellectual Property Misuse: Licensing and Litigation, 2000, pp. 14.

⑧参见 911 F. 2d 970 (4th Cir. 1990).

⑨参见 911 F. 2d 970 (4th Cir. 1990).

⑩参见 911 F. 2d 970, 978, 972-973 (4th Cir. 1990).

⑪参见 William E. Ridgway, Revitalizing the Doctrine of Trademark Misuse, Vol. 21 Berkeley Technology Law Journal (2006).

蟑螂兴起时的典型样态。

而典型意义上的“版权蟑螂”我们似乎可以找到更早时期的雏形。根据欧美学者考据,历史上第一例“版权蟑螂”现象出现在1870年。彼时,英国人托马斯·沃尔(Thomas Wall)在取得大量戏剧作品和音乐作品的表演权许可之后,没有遵循版权许可主体的传统经营规律而与他人签订许可合同,而是选择直接向已经涉嫌侵犯表演者权的主体提起诉讼,以2英镑的最高法定赔偿额度要挟,迫使后者无奈和解。^①此后的100多年中,虽然企业通过发起版权诉讼而“大捞一笔”的事件时有发生,但其主要利润来源并非侵权赔偿,往往本身也是版权实施的主体,或者尚未形成一种规模而危及创新市场,其“蟑螂”或者“寄生”的属性仍不十分显著。

事实上,美国法学文献中出现“版权蟑螂”一词,是2007年一篇涉及版权改革的论文,迄今尚不足10年。^②而典型的“版权蟑螂”性质的大型“版权持有主体”,直到2010年发起了一系列的大规模诉讼之后,才真正引起人们的重视。2010年起,美国出现了众多以获益为唯一目的的趋利性诉讼,并逐渐向网络盗版领域转移,继而引发了大量的以普通网络用户为被告的“共同虚名被告案件”(Multi-Defendant John Doe 诉讼,简称MDJD诉讼)。显然,这种针对普通网络用户的滥诉行为,影响到了公众的利益。

诚然,版权蟑螂作为版权保护链条上的积极执行者,能够对原权利人起到辅助性的保护作用。版权蟑螂强大的执行力使得原版权人可以放心地将其版权保护和执行工作“外包”给前者,起到节省资源的作用。从经济学角度来看,版权蟑螂创建了一种版权保护的规模经济(Economy of Scale),提高了版权保护的效率。不过,版权蟑螂客观上存在的这些优点,并不能完全抵销它所带来的多种负面效应及社会危害。

第一,版权蟑螂引发了大量滥诉行为。版权蟑螂通过“帮诉”(Champerty)获得侵权赔偿,并将其作为唯一利润来源的经营策略,导致了大量不必要的诉讼。出于避免“诉讼拥堵”(Trafficking in Lawsuits)的考虑,普通法长久以来将“无利害关系的帮诉”视为违反公共利益的行为。^③即便如此,在2013年美国联邦地区法院审理的所有版权侵权案件中,由版权蟑螂发起的MDJD诉讼仍然占到了其中的43%,该比例在2014年第一季度攀升到了46%,而这个数字在2001年到2013年期间尚不足20%。^④显然,此类诉讼行为不仅导致诉讼资源的浪费,而且会在合并诉讼的泛滥下失去控制。

第二,蟑螂诉讼无法缔造市场。如果仅就维权行为本身而言,版权集体管理组织和行业协会似乎已经具有了版权蟑螂的雏形,因为二者也会针对侵犯版权的个人和企业发起大规模诉讼。但此类诉讼的意义绝不仅限于为版权人博取利益,其更多的是为了促使侵权人意识到其行为的危害性及代价,从而转向主动获取正当的版权许可。这种许可关系一旦建立,权利人就拥有了遵循版权法益的、长期稳定的利润来源,市场占有率也会随之增加。换言之,这种善意的版权诉讼发起者,同时也是市场的缔造者(market-maker)。市场缔造者发起诉讼的意义在于消减未来的潜在诉讼,这和版权蟑螂导致滥诉的效果截然相反。同理,任何积极拓展正当利润渠道的大型版权权利主体(如跨国音像制品公司),都是版权市场的缔造者,而不是通常意义上所称的版权蟑螂。

第三,版权蟑螂埋没了作品的实际价值。版权蟑螂固然能够加强版权的保护力度,但是其效率是否能够满足社会的需要却存在疑问。为了尽可能迅速地实现收益,版权蟑螂在其维权的过程中,通常会选择跳过诉讼以外的其他环节,例如诉前警告(包括takedown notice和warning letter)和签订版权许可合同。这种做法的一个明显缺陷,就是抹杀了作品在社会发展和文化传播中拥有的实际商业价值和社会价值,而只是通过诉讼形式烘托出了某种不切合实际的“诉讼价值”。尤其是,在绝大多数诉讼止步于庭外和解的情况下,由于和解金额较之损害赔偿额度更低,此时作品的真正价值已经遭到了无视。

第四,蟑螂理念违反利益平衡、阻碍社会创新。美国总统行政办公室在2013年发布的《专利主张与

^①参见 Lionel Bently, R. v. the Author: From Death Penalty to Community Service, Vol. 32 Columbia Journal of Law and the Arts (2008).

^②参见 John Tehranian, Infringement Nation: Copyright Reform and the Law/Norm Gap, Vol. 2007 Utah Law Review (2007).

^③参见 Ari Dobner, Litigation for Sale, Vol. 144 University of Pennsylvania Law Review (1996).

^④参见 Matthew Sag, Copyright Trolling, An Empirical Study, Vol. 100 Iowa Law Review (2015).

美国创新》报告中,认为专利蟑螂现象的滋生和蔓延降低了社会的创新能力,进而导致社会整体福利的缩减。^① 版权蟑螂同样能够导致上述后果。随着版权蟑螂诉讼策略的转变,越来越多的被诉侵权行为开始来自于不带有商业目的、不存在直接市场替代效果、甚至因为不了解版权规定而不慎侵权的普通人。^② 虽然曾有观点认为“善意侵权不能作为不负民事责任的抗辩理由”,^③但在现今更多学者看来,基于利益平衡的考量,权利的保护范围在实际操作中不应覆盖法律所允许的每个角落,在版权人维护权利和公众使用作品之间需要始终维持一种权利上的“实施平衡”(Enforcement Equilibrium)。为了实现这一平衡,应当在版权人与公众之间的利益边界周围设定一个灰色区域作为双方权利的缓冲;而进入该区域后的保护,实际上并不能为权利人带来多少额外的激励。^④ “在权利人可接受的范围内允许他人对其作品的适当使用(即便这种使用是侵权),从而使权利人将精力投注在对经济影响最大的侵权行为的阻却上。”^⑤在网络版权的语境中,普通网络用户的个人侵权行为(尤其是下载行为),就属于这种灰色区域。版权蟑螂的“利润化”诉讼策略过度挤压了灰色权利区域的空间,从长远来看,会对社会创新产生寒蝉效应,可能会阻碍版权法目标的实现。

二、版权蟑螂的行为特征及其转换

版权蟑螂的商业模式是,在针对性地、有限地获取一定版权之后,围绕获取的版权权利,系统地主张版权保护以获取收益。^⑥ 从行为特征分析,版权蟑螂的经营模式可以简单归结为四个方面:首先,通过购买或者原始获得的方式获取版权,并且将其针对性地指向已经、正在、以及将要发生的版权侵权行为;其次,专注于作品的诉讼价值,即通过诉讼能够从侵权方“榨取”的利益,而非作品真正的商业价值;再次,其运行模式中缺乏善意的(或积极的)许可机制;最后,倾向于利用高额法定损害赔偿和诉讼花费向侵权方施压,争取在最短的时间内迫使侵权方接受和解。^⑦

(一) 版权蟑螂与专利蟑螂的对比分析

直观地看,版权蟑螂与专利蟑螂较为相似,其商业模式或称“经营手法”也基本相同。两者都是通过自身创造或者从原权利人手中购买作品的版权或者专利权(包括独占许可使用权),有的放矢地针对侵权人发起诉讼,或者以诉讼相要挟,以赚取巨额利润。不过,仔细分析,两者也存在一定的差异。但这种差异,主要是两者权利形成的基础及其转换成本决定的。对版权作品与专利发明这两种客体,法律保护的前提就不一样:前者“出汗”即可,自动产生;后者需要较高的创造性,且有待行政部门确权。缘此,专利制度中的有效性问题(宣告无效程序)成为一个潜在的节点。

传统的激励理论很难解释为什么专利权人获得保护的前提是公开与其发明相关的研究成果,而版权领域却没有类似的要求;也无法解释为什么版权人拒绝授权许可,将作品束之高阁的行为可以被接受,而专利权人不实施专利的行为却被认为是有损于社会利益。^⑧ 马克·莱姆利(Mark Lemley)认为,这是因为二者在“转换成本”上的截然不同。^⑨ 就版权而言,即便作者拒绝授权许可其作品,公众仍然可以在接触到作品的内容之后,以全新的表达方式将该作品予以“二次呈现”:版权制度只控制和保护原作品的表达,而不延及其背后的思想。思想与表达的二分法,降低了版权作品的转换成本,使得版权人

①参见易继明《遏制专利蟑螂——评美国专利新政及其对中国的启示》,载《法律科学》2014年第2期。事实上,2013年12月9日美国众议院还通过了《创新法案》(Innovation Act),修改专利侵权诉讼程序以制止日益猖獗的专利蟑螂行为。参见易继明《美国〈创新法案〉评析》,载《环球法律评论》2014年第4期。

②参见 Doug Lichtman, Google Book Search in the Gridlock Economy, Vol. 53 Arizona Law Review (2011).

③Melville B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, Matthew Bender, 2013, P. 4.

④参见 Shyamkrishna Balganesh, The Uneasy Case Against Copyright Trolls, Vol. 86 Southern California Law Review (2013).

⑤Tim Wu, Tolerated Use, Vol. 31 Columbia Journal of Law and the Arts (2008).

⑥参见 Shyamkrishna Balganesh, The Uneasy Case Against Copyright Trolls, Vol. 86 Southern California Law Review (2013).

⑦参见 Brad A. Greenberg, Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses, Vol. 85 University of Colorado Law Review (2014).

⑧参见 Clarisa Long, Information Costs in Patent and Copyright, Vol. 90 Virginia Law Review (2004).

⑨参见 Mark A. Lemley, The Myth of the Sole Inventor, Vol. 110 Michigan Law Review (2012). 美国学者 Clarisa Long 提出的“知识产权信息成本”理论从信息共享和信息资源配置的角度支撑了该观点。参见 Clarisa Long, Information Costs in Patent and Copyright, Vol. 90 Virginia Law Review (2004).

即使疏于开发作品,也不会导致严重损害公共利益和阻碍文化传播。相较之下,由于发明专利中包含了机械、医药、数字等专业性技术,导致其实际的呈现方式受到制约与限制,即便该项发明能够借助其它途径实现,也往往需要大量的研发力量、制造能力及财力的支撑。因此,如果专利权人不实施其专利,很可能直接导致某项技术发展的停滞,从而对科技的进步产生消极的影响。二者在转换成本上的差距,实际上减小了版权蟑螂对社会发展的危害,这也是版权蟑螂在专利蟑螂起势 20 年之后才形成规模的主要缘由之一。^①

但另一方面,对于普通大众而言,版权蟑螂所产生的直接危害可能较之专利蟑螂要大一些。虽然从历史上看,遭到版权蟑螂起诉的主体包括普通企业、网络服务提供者以及非商业性组织等,但是随着诉讼经验的积累,版权蟑螂起诉的对象也发生了变化。版权作品低廉的转换成本不足以牵制住足够多的企业,版权蟑螂若仅以普通企业为目标,其生存无以为继。而版权蟑螂对第三方平台的策略性忽视,则是得益于唱片业版权人获得的经验教训。早期美国唱片业版权人在面临盗版问题时,认为追究下载用户的责任不切实际,便转而起诉网络分享技术提供商。这一思路虽然获得了一定效果,但是最终还是随着 P2P 技术的革新而遇阻。^②如今的版权蟑螂(乃至一些急欲维权的行业协会,如美国作曲家、作家与出版商协会,即 American Society of Composers, Authors and Publishers,简称 ASCAP)更倾向于将目标锁定为未经许可下载作品的网络用户。具体做法上,版权蟑螂会采取“佯装诉讼”^③的策略,先起诉网络服务提供者,再以取证的名义迫使其提供有过下载行为的 IP 地址的相关用户姓名和详细住址,借此将数以千计的“无名氏”(John Does)钓出水面,最后一并起诉。可见,对公众而言,版权蟑螂的诉讼模式给其带来了更为直接的压力和危害,并不像专利蟑螂那样重点在于骚扰创新者而间接地损及公共利益。

而在维权主体发起的诉讼中,版权蟑螂与专利蟑螂也存在一些不同之处。

第一,在诉讼主体方面,版权蟑螂作为原始权利人的诉讼比例正呈现出上升趋势。以美国为例,2012 年前最具代表性的版权蟑螂是一家名为 Righthaven 的版权代理机构,其商业运作模式与专利蟑螂非常类似,即本身不使用作品,也不是作品的原权利人,仅仅是为了诉讼目的而获取了 Stephens Media 等大量新闻媒体公司的文字和摄影作品的授权。但此后,由于这些授权导致原告适格性上存在漏洞,Righthaven 在经历了多次败诉后宣告破产。^④2012 年之后出现的版权蟑螂不再轻易授权代理机构或者专门从事蟑螂诉讼的律师事务所,转以原权利人的资格亲自维权。“从联邦法院最近几年受理的案件来看,早前强调‘为了诉讼而专门购买版权’的定义已经过时了。”^⑤显然,这与当下专利蟑螂仍然以非经营实体为主的情形有些不同,它具有了更强的隐蔽性。

第二,所利用的权利武器或称“博弈工具”不同。版权蟑螂和专利蟑螂虽然都是“实施系统性诉讼的投机分子”^⑥,但二者诉讼投机行为所利用的法律武器有点差异。专利蟑螂更善于利用专利系统中的漏洞,例如权利要求界限不明确的专利和专利审查的不严密性。^⑦相反,版权作品的边界更加明确,一般不会遭到作品有效性的抗辩。版权蟑螂倚仗的是高昂的法定赔偿,而其遭到的抗辩通常是对作品的

①美国学界从 1990 年就开始审视专利蟑螂的问题,参见 James Bessen et al., *The Private and Social Costs of Patent Trolls*, No. 11-45 Boston University School of Law Working Paper (2011)。

②参见 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005); 又参见张今《数字环境下私人复制的限制与反限制》,载《法商研究》2005 年第 6 期。

③所谓的佯装诉讼,是指原告利用《联邦民事诉讼程序规则》第 26 条中的审前证据开示条款,在获得下载者住址、下载使用情况等个人信息后,主动撤诉的行为。2010 年,美国 Voltage Pictures 在一次诉讼中凭借该策略,获得了 25000 名用户的个人信息。参见 *Complaint at 1, Voltage Pictures, LLC v. Does 1 - 5000*, No. 1:10-cv-00873 (D. D. C. May 24, 2010), 2010 WL 4955131。在我国,已经有司法解释《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 209 条第一款)承认了以个人 IP 地址作为民事被告的适用空间,甚至有一些地方性规定(如《江西省高级人民法院关于审理网络侵权纠纷案件适用法律若干问题的指导意见(试行)》第 9 条)明确赋予了权利人将 IP 地址作为被告并凭此向法院申请调查用户真实身份的权利。因此可以说,佯装诉讼在我国也是具备实施条件的。

④有关案例,参见 *Righthaven LLC v. Democratic Underground, LLC*, 791 F. Supp. 2d 968, 976 (D. Nev. 2011); *Righthaven LLC v. Wolf*, 813 F. Supp. 2d 1265, 1266 (D. Colo. 2011)。

⑤Matthew Sag, *Copyright Trolling, An Empirical Study*, Vol. 100 Iowa Law Review (2015)。

⑥Matthew Sag, *Copyright Trolling, An Empirical Study*, Vol. 100 Iowa Law Review (2015)。

⑦参见易继明《遏制专利蟑螂——评美国专利新政及其对中国的启示》,载《法律科学》2014 年第 2 期。

合理使用。

第三,二者的诉讼策略有些差异。版权蟑螂更擅长采用针对侵权人心理弱点的诉讼策略。具体地说,版权蟑螂会针对性地挑选某些让侵权人羞于承认接触事实的作品(尤其是非法下载淫秽作品的行为)作为侵权客体。相较之下,虽然某些专利产品(如成人用品)也会有“伤风败俗”之嫌,但无论是从市场还是专利数量的角度来看,都不能为专利蟑螂带来同等程度的收益。

(二) 盗版环境下版权蟑螂的转型

任何涉嫌侵犯版权权利人权益的行为都可能招致版权蟑螂发起的诉讼。但是,版权蟑螂的运营模式本身决定了其需要格外重视诉讼成本;基于这一考量,在同一诉讼中对多个侵权人发起诉讼应当最能够迎合其低成本、高回报的目的。^①随着社会的发展,人们文化生活需求与版权作品供给之间已经构建起了一种永久性相互增长(Ever-increasing)的关系,任何普通消费者做出的侵权行为,都可能因为庞大的人口基数而构成大规模侵权。可以说,在公众行为、侵权和版权蟑螂之间,实质上存在着一种相伴相生的微妙关系。

版权领域中,盗版是最常见的大规模侵权行为。由于制作、销售、购买盗版商品的成本远低于正版,盗版现象在很大程度上迎合了销售者和消费者趋利的天性而产生。^②伴随印刷术出现的盗版行为,在缺少道德约束且极为便利的网络空间里,迅速发展成了一个全球性的产业,这也注定了盗版领域将成为版权蟑螂攻击的主要目标。

当下版权蟑螂的主要诉讼对象是通过互联网下载盗版电影作品的网络用户。诚然,如前文所述,版权蟑螂在其诞生之初的情形并非如此。2012年以前,版权维权诉讼的被告多为未经许可在网上使用或者上传他人作品的企业和个人,^③以及为盗版作品提供传播平台的技术服务提供者。^④但经验表明,上述侵权群体为版权蟑螂带来的收益一概不及数以百万计的网络下载用户。2012年,以起诉色情影视作品的网络下载用户为生的“淫秽作品版权蟑螂”(Porn Troll)出现在人们的视野里。2013年1月到2014年6月期间,淫秽作品版权蟑螂发起的版权MDJD诉讼占据了美国所有版权诉讼的35.97%,而该比例在2010年尚不足3%。^⑤

总而言之,与早期相比,2012年之后的版权蟑螂诉讼有四个方面的转变:第一,在授权许可上稳重处理,原始权利人诉讼增多而继受权利人诉讼减少;第二,作品领域从文字作品、摄影作品、美术作品等转向了受众更广的电影作品;第三,诉讼主体对象上,“个人”取代了“企业和技术服务提供者”;第四,诉讼主要针对的行为转变为未经许可的下载行为。这四种转变,也形成了当下版权蟑螂鲜明的诉讼风格。有的国外学者将这些专门起诉网络盗版影视作品下载行为的版权蟑螂,称之为“网络盗版版权蟑螂”(Internet Piracy Trolls,例如美国著名色情影视公司Malibu Media)。

从版权蟑螂的角度来看,上述转变可以为其带来一些好处。

首先,版权蟑螂从作品继受权利人到原始权利人的角色转变,意味着这些维权主体具有了更加广泛的业务领域,获得侵权赔偿不再是其唯一的利润来源。同时,还填补了原告适格性上的漏洞,避免了在该问题上遭到反诉,也使原本诸如“空壳公司”或者“寄生虫”等反面形象有所改观。^⑥某种程度上,转

^①参见 Brad A. Greenberg, Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses, Vol. 85 University of Colorado Law Review (2014).

^②哥伦比亚大学的美国议会(The American Assembly)公共政策研究所于2011年进行的行为问卷调查报告《美国版权侵权与执行》显示,高达46%的美国网络用户涉嫌未经许可下载电影电视和音乐作品。参见 The American Assembly, Copyright Infringement and Enforcement in the US, 2011, pp. 3. 显然,这一比例在我国会更高。

^③曾有音乐版权人起诉利用P2P技术大量下载音乐文件的使用者(如涉案人数多达35000人的RIAA诉Napster用户案),参见 Peter S. Menell, Envisioning Copyright Law's Digital Future, Vol. 46 New York Law School Law Review (2002-2003).

^④以 Righthaven 为例,其诉讼对象主要是盗用新闻图片的企业和零散的个人。其中最著名的“冤案”是“猫博案”:博主 Allegra Wong 是一位爱猫人士,极具创意地从猫的视角出发进行创作和发布博文,却因为一次非商业性转载行为而沦为被告。参见 Eric E. Johnson, Purr-loined Story Gets Cat Blog Sued, Blog L. Blog, June. 8, 2010.

^⑤囿于价格和道德观念上的原因,色情影视作品的社会接纳程度普遍较低,导致大量用户选择在家中通过网络进行下载后观看。有关美国公众非法下载音乐作品的行为现状,参见 The American Assembly, Copyright Infringement and Enforcement in the US, 2011, pp. 3-5.

^⑥美国学界有关原告主体适格性抗辩的讨论,在2013年后便很少再出现了。

型后的版权蟑螂更接近于一种介于版权协会组织与早期版权蟑螂之间的维权主体。^① 这种身份的转换,容易遮蔽法官们的视线,也为法律上的有效规制增加了一些困难。

其次,盗版影视作品下载者的数量远远多于其他侵权群体的人数。随着观赏影视作品成为人们日常生活中不可缺少的一部分,未经许可传播影视作品的网站(即盗版影视作品网站)和使用此类网站的用户与日俱增,为版权蟑螂的滋长提供了一片更加“肥沃”的土地。相较于大型企业和组织,个人的经济实力和心理承受能力都处在绝对的劣势,其应诉能力的欠缺也会让版权蟑螂在诉讼中处在更加有利的地位。

再次,非法下载盗版作品构成侵权行为的可能性大,受合理使用庇护的几率则小;比起早期一些蟑螂诉讼,权利人遭到反诉乃至败诉的风险几乎已是最小化。这一点,在后文中会详细阐述。

最后,盗版影视作品的网络下载行为增强了版权侵权行为的主观故意性质,在一定程度上导致侵权赔偿额度的提高。在传统版权作品的盗用行为中,版权人常常因为未能在作品上给出警示,导致在证明侵权人存在主观故意时存在困难。如果最终无法证明存在主观故意,侵权人的行为便有可能落入合理使用的范围中。^② 然而,这一困难在下载盗版影视作品的语境中得到了消解——影视作品片头的警示画面和P2P下载网站难以洗净的盗版气息,使得法院完全有理由判定侵权人是在明知的主观状态下做出了下载行为。美国法院对“故意”一词在司法实践中做了相当宽泛的解释,^③而美国《著作权法》第504条规定,故意侵权案件中法定赔偿额度以15万美元为上限,远远高于非故意侵权时的3万美元。^④ 显然,高昂的法定赔偿额将会给侵权人带来更加难以承受的应诉压力,进一步提高诉前和解的可能性。^⑤

三、侵权 vs. 合理使用

版权蟑螂的行为特征之转换,使得权利人、个体消费者和公共利益之间的关系复杂化。比如早期个体消费者从街头购买盗版光盘回家自己欣赏,一般认为系终端消费者被免责,不仅不会被认定为侵权,反而有可能被视为侵权产品的“受害者”。^⑥ 但是,当版权蟑螂瞄准网络环境下的灰色地带,对下载盗版作品的网络终端用户发起诉讼攻击的时候,网络用户的下载行为是侵权还是合理使用,就成为了法律争议的焦点。

(一) 侵权风险: 传统版权与数字版权的对比分析

个体消费者与作品之间的互动过程,可以分为接触、享用和使用三个阶段。在现实生活中,消费者购买商品的行为就是一种典型的接触性互动,是第一阶段的互动;购得作品后,消费者出于个人研究、学习、欣赏的目的,对作品进行直观感知的行为,例如聆听音乐、观赏电影等,都属于常见的第二阶段的享用性互动;最后进入第三阶段,个人对于作品的使用——通常指的是严格版权意义上的使用,这类行为往往会直接影响作品的传播和流通,也可能产生新的作品。美国学者德博拉·塔西(Deborah Tussey)以使用行为的目的和作品的传播程度为界线,将作品的使用分为“消费性(Consumption)使用”和“改编性

①需要指出的是,虽然寄生性和趋利性有所降低,但是转型后的版权蟑螂仍然具有大量投机诉讼的行为,而“机会主义”风格的诉讼模式是蟑螂属性的核心体现,因此“网络盗版版权蟑螂”仍属于严格意义上的版权蟑螂。

②参见 Saul Cohen, Fair Use in the Law of Copyright, Vol. 6 Copyright Law Symposium (1953)。

③参见 Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp., 785 F. Supp. 1522, 1543-45 (S. D. N. Y. 1991)。又参见万勇《美国版权法改革方案述评》,载《知识产权》2014年第1期。

④参见《美国著作权法》杜颖、张启晨译,知识产权出版社2013年版,第141页。

⑤最近3年,美国版权蟑螂提出的和解金的平均数额为4000美元。参见 Brad A. Greenberg, Copyright Trolls and the Common Law, Vol. 100 Iowa Law Review Bulletin (2015)。

⑥我国现行《著作权法》第47条第(七)项、第48条第(一)、(三)、(四)项、第53条,以及《信息网络传播权保护条例》第18、19条都包含了禁止制造和传播盗版产品的相关规定,显然其规制的主体对象仅限于盗版的制造者和传播者,对盗版的使用者则予以免责。而在网络环境下,正如下文分析,即便是常见的下载行为也很可能构成侵权,有学者因此建议,在未来增设下载者侵权责任的条款时,在下载者有合理的理由相信其下载的作品具有合法性(虽然实际上并不合法)的情形下应当予以免责,该观点也是秉承了对于善意消费者的保护态度。参见冯晓青《网络环境下私人复制著作权问题研究》,载《法律科学》2012年第3期。

(Adaptation)使用”。^①前者,通常包括复制以及后续传播作品的行为;后者,则主要表现为改编、注释、翻译等演绎作品的行为,这与美国版权法中的“转换性使用”(Transformative Use)基本相同。

显然,个人对版权作品的使用与版权人的利益休戚相关。消费者未经许可消费性使用他人作品的行为一旦形成规模,会对权利人的商业利益产生直接的危害;而通过改编性使用诞生的演绎作品,由于会对原作品已经占有的市场产生替代效果,原权利人对此也应当享有相应的获酬权。网络时代,无论是“消费性使用”还是“改编性使用”,由于其规模化程度加深,加之各种使用的即时性,如果我们仍然将网络用户定义为传统意义上的个体消费者,适用个体消费者免责,显然使得版权人利益受损。从这个角度来说,将个体消费者与作品之间的互动环节区分为三个阶段,对侵权判定意义重大。

如前所述,对于实体盗版商品而言,消费者向盗版商品卖家购买依附于有形载体的盗版商品(例如盗版图书和音像制品)的行为,现行《著作权法》一般不被视为侵犯版权。这是因为在实体盗版商品的语境中,接触、享用和使用三个互动环节可以被简明地区分开来。传统版权法中,对个体消费者的规制主要集中在其对作品的使用行为,不会延及接触或享用。因此,实践中,寄生在实体盗版商品上的版权蟑螂会将诉讼对象指向传播盗版作品的非纯粹意义上的个体消费者,这些个体消费者可能因为其传播行为涉嫌侵犯复制权、发行权和署名权而遭到起诉。^②

不过,类似的侵权判定如果是以数字下载为对象,很可能得到截然不同的结论。表面看来,下载一部影片和从摊贩手中购买一张盗版电影光碟的行为,并无本质上的差异。但在数字环境中,下载是一种通过复制来获得作品的一种手段:不仅涉及对作品的获取,更意味着接触作品和使用作品两个环节的同时发生。网络用户的下载行为,其实已将第三阶段的使用,与前两个阶段的接触和享用叠加在一起。如此一来,现行版权法一方面认为下载行为包含了复制而构成了对他人作品的使用,可以被视为侵犯了权利人的复制权,但另一方面,又认为对来源不合法的作品进行私人复制却不是违法,“这样的结果显然很荒诞”^③。的确,用户在网络上狂欢,但我们同时意识到,任意获取“免费午餐”的行为本身已经触及社会普遍的道德底线,也抑制了社会创新文化的活力。从这个角度分析,无论是从社会观念来看还是从法理角度分析,网络用户下载盗版作品的行为应该被认定为侵权。

(二) 适用个人合理使用抗辩的困境

当侵权人成为普通大众即广大消费者的时候,侵权人与权利人之间的利益平衡就发生了微妙的变化,因为普通消费者从一定程度上被视为公共利益的载体。事实上,版权法在维护版权人权利的时候,也会尽可能地去满足消费者使用作品的需求。在传统版权市场中,版权法允许消费者在私人空间内,在不产生针对版权作品的市场替代效果的前提下,使用他人的作品。这种使用,一般指向作品的复制和演绎。由于复制权是版权财产权利中最核心的权利,版权人和公众之间的利益争端主要便是围绕复制权而展开,其最终涉及的就是有关私人复制的合法性问题。

受到版权人利益的制约,私人复制的生存空间自始便十分有限。实际上,私人复制作为合理使用情形中的一种,在各国版权法律中通常只是作为对版权的限制而设计的一种消极抗辩,鲜有上升为公众能够主动行使的积极权利的立法例。随着信息传播技术的革新,人们复制作品的手段渐渐丰富,复制的速度与规模也随之增长。相反,版权人限制私人复制的技术难度和成本却在不断增加。为了保持一种来之不易的利益平衡,立法者在私人复制的合法性问题上采取了愈发严厉的态度,这在许多国家的立法和判例中都有所体现。^④

美国司法实务在面对网络个人侵权问题时的态度,随着侵权行为和作品类型的改变,经历了一个从宽松到严厉的变化过程。最初,由版权蟑螂发起的诉讼主要针对的是博客空间发表博文时出现的文字、图片的网络盗用行为。在绝大多数情况下,此类行为都只是对作品或者作品的一部分所进行的不带有

^①参见 Deborah Tussey, *From Fan Sites to Filesharing: Personal Use in Cyberspace*, Vol. 35 Georgia Law Review (2001).

^②例如美国一家纺织品企业 L. A. Printex, 其诉讼对象通常由时尚设计师和零售商构成。参见 L. A. Printex Indus., Inc. v. Aeropostale, Inc., 676 F.3d 841 (9th Cir. 2012).

^③罗莉《数字私人复制所引起的利益平衡问题》,载《法学》2008年第5期。

^④参见吴汉东《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社2005年版,第173页。

商业目的的“实际上的转换使用”(Transformative Use per se)。对此,法院通常会判定该类使用行为因部分满足“四个合理使用要素中的主要因素”而免于侵权责任。可以说,由于博客受本身的技术、场景与篇幅所限,作品遭受大规模侵权的可能性较小,无论是作品被使用部分的篇幅和重要程度,还是市场替代的效果,都不会对版权人的利益带来实质性的损害。况且,版权蟑螂滥用诉讼的行为未能彰显作品的市场和文化价值,无法正确体现版权法的法益。若从衡平法的角度考量,限制此类权利人的诉讼空间,让公众的行为构成合理使用,这种司法政策是能够被理解的。

但是,针对非法下载网络盗版作品行为的合理使用判定,就有所不同了。网络用户在明知盗版作品涉嫌侵权的情况下,仍然进行下载的故意侵权行为,难以用“合理使用”作为抗辩的理由。大多数国家的版权法认为,“非法下载行为毫无‘合理’或者‘轻微’(de minimis) 可言”^①,都应当被视为侵权。

在我国,有关网络环境下私人复制的合理使用判定问题,更加富有争议。例如,曾有观点认为,可以将现行《著作权法》第22条第1款的措辞视为私人复制适用于数字环境的依据,并且在此基础上指出,“在当今数字技术广泛运用的情况下……允许个人为欣赏而合理使用作品会严重损害著作权人的经济利益”。^②继而有学者建议将“个人欣赏”排除在个人合理使用的目的范围之外,^③该建议最终在2014年《著作权法修订草案送审稿》(以下简称《送审稿》)中受到采用。^④可以说,这是典型的合理使用面对全新网络环境的一次制度性回应。

另一方面,《送审稿》第43条第1款在个人使用的限度上加上了“作品片段”的要件,又带来了新的问题。应当说,在转换性使用的语境中,“作品片段”要件仍具有一定的存在意义。使用者在原作品的基础上进行新的创作时,对原作的借鉴程度需要被限制在一个合理的范围之内,这不仅可以确保原权利人的复制权不会受到侵犯,也会促使演绎者在其创作过程中注入足以主导整个演绎作品的新元素。但是在消费性使用中,该要件的存在价值就应予商榷。实践中,对私人复制作品的篇幅作出限制,往往只会带来“同一作品分多次复制”的饶有意味的后果。而在数字环境中,更是难以找到针对盗版作品的“片段获取”行为,因为一次下载通常就意味着对作品的完整复制,这是由数字技术本身的特点所决定的。

若《送审稿》通过,原本在数字环境下亦可拥有生存空间的个人合理使用制度,就会遭到排挤。虽然将《著作权法实施条例》中用于合理使用判定的“三步检验法”明确到《著作权法》中,似乎昭示了版权制度的设计将在利益平衡上更倾向于公众,但是,这显然与个人合理使用制度的实际萎缩之间,产生了冲突。本次《著作权法》修订中,我国版权合理使用制度在“因素主义”立法技术的作用下趋于灵活,却又在现实问题的压力之下限缩了适用范围,其实际效果仍待检验。但可以肯定的是,就立法趋势和各界观点来看,普通网络用户下载盗版数字作品的行为不能构成合理使用,这几乎是没有任何疑异的。

四、被异化了的法定赔偿及其理性回归

版权侵权损害赔偿的判赔标准包括权利人损失、侵权人所得、法定赔偿等多种方式,《送审稿》在现行法律的基础上还增加了惩罚性赔偿的规定。但实践中,真正得到大量运用的是法定赔偿。而在网络传播技术的冲击下,原本旨在加强权利保护、提高司法效率的法定赔偿制度却出现了异化的现象,变相地激励了滥诉行为。

(一) 被异化的法定赔偿

在版权蟑螂的诉讼中,通过法定赔偿方式获得赔偿是一种主要的损害赔偿承担方式。我国知识产

^①Brad A. Greenberg, Copyright Trolls and the Common Law, Vol. 100 Iowa Law Review Bulletin (2015).

^②黄玉焯《著作权合理使用具体情形立法完善之探讨》,载《法商研究》2012年第4期。

^③参见张今《版权法中私人复制问题研究》,中国政法大学出版社2009年版,第181-183页。

^④参见《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》第43条第1款,《送审稿》文本,参见<http://www.chinalaw.gov.cn/article/cazjgg/201406/20140600396188.shtml>; 2017年4月12日访问。

权损害赔偿中,法定赔偿的适用几乎达到了90%。^①为了确定知识产权损害赔偿的数额,人们采取了诸多方法,但损害计算不精确的问题依然存在。这样,司法实践中多数情况下适用了法定赔偿,既便于法院的操作,也减少原告诉讼的举证成本。从某种角度看,法定赔偿的简便易行,在一定程度上怂恿了版权蟑螂的诉讼行为。

有人认为,美国版权法上的法定赔偿制度之所以在面对版权蟑螂时失灵,很大程度上要归咎于不同赔偿计算方式的“平行顺位”。^②我国《送审稿》第76条采用了与美国类似的做法,将进一步增加业已存在的司法上濫用法定赔偿的几率。^③日常生活中,网络用户下载一部电影、电视剧、一张音乐专辑或是一本电子书的行为,很难说对于版权人原本拥有的市场产生了多少替代效果。易言之,即便上述行为侵权,对版权人造成的损害也不会超过一件商品本身的价值。这时,采用“实际损失”的赔偿标准对版权人进行赔偿,显然是最为合理的。

为了解决法定赔偿过高的问题,美国曾在1976年修订版权法时调整了法定赔偿的计赔单位,具体做法是以“每一侵权作品规则”(a per infringed work rule)取代了“每一侵权行为规则”(a per infringement rule),即将针对同一作品的多个(或多次)侵权行为所导致的法定赔偿次数限制在一次,从而减轻一部分侵权人的赔偿责任。这是传统媒体时代针对同一作品多次复制现象的矫正。

我国的版权法定赔偿制度在计赔单位上缺乏规定,因而近年来多有学者主张效仿美国的做法而推动这一规则。这项规则本来是为了解决法定赔偿过高及频繁适用的问题,但在面对网络用户为主体的侵权下载行为时,却遇到了新的问题:无论是电影、电视剧、音乐或者图书,在大多数情况下,网络用户的下载行为都是面向多个作品的单次行使,如果以侵权客体数量为基础设计计赔规则,容易进一步引发滥诉和赔偿数额过高的情况。从这个角度看,一项旨在限制法定赔偿适用的“每一作品侵权规则”,在网络时代似乎又成为了促使法定赔偿异化的诱因之一。

(二) 法定赔偿的理性回归

我国虽然比较普遍地适用了法定赔偿,但由于法官们在司法裁量中普遍采取了赔偿金额的低额化标准,尚未成为一项促进版权蟑螂的司法政策。^④美国著名P2P案件*Capitol Records v. Thomas-Rasset*案中,陪审团对原本侵权损害不超过54美元的文件共享行为,将法定赔偿数额裁定为192万美元,一定程度上暴露了适用法定赔偿不当的危险。^⑤显然,美国带有惩罚性色彩的法定赔偿额度不足效仿,而我们也不能因噎废食地去降低法定赔偿的限额,让司法沦为知识产权保护的漏斗。

有学者认为,“法定赔偿的目的无疑只是补全性(compensatory)的。”^⑥这种说法,并不完全准确。事实上,法定赔偿的功能主要体现在两个方面:一是在无法精确计算赔付数额时,尽可能补偿和填平被侵权人遭受的损失;二是在侵权情节、作品价值等不同考量因素的基础上弹性运用,在适当情形下额外增加赔偿数额,对侵权人施以一定程度上的阻吓和惩罚。两项功能中,以前者的补偿功能为主,后者的惩

①某些采样分析的结果,情况尤甚。根据中南财经政法大学知识产权研究中心在2013年发布的《知识产权侵权损害赔偿案例实证研究报告》在758件有效的著作权侵权案例中,739件采用了法定赔偿的判赔标准,比例高达97.49%。参见《知识产权侵权损害赔偿案例实证研究报告》载《国家知识产权战略实施研究基地2012年度研究成果汇编(中南财经政法大学知识产权研究中心分册)》,第120-121页。

②17 U.S.C. § 504(c) (2012). 美国版权法允许原告在最终判决产生以前,在赔偿“权利人损失”、剥夺“侵权人利润”以及法定赔偿之间任意选择,亦即“平行顺位”。

③我国现行《著作权法》第49条规定“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的,侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿;实际损失难以计算的,可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予50万元以下的赔偿。”采用的是“权利人损失——侵权所得——法定赔偿”的顺位。而《送审稿》第76条规定“侵犯著作权或者相关权的,在计算损害赔偿数额时,权利人可以选择实际损失、侵权人的违法所得、权利交易费用的合理倍数或者100万元以下数额请求赔偿。”通过比较可知,我国在计算著作权侵权赔偿的问题上,正在从实际损失、获得收益到法定赔偿顺位,转入平行适用。

④参见袁秀挺、凌宗亮《我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解》,载《同济大学学报(社会科学版)》2014年第6期。

⑤579 F. Supp. 2d 1210, 1213, 1227 (D. Minn. 2008). 其他类似案件,参见*Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Gorkster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005); *Sony BMG Music Entm't v. Tenenbaum*, 719 F.3d 67 (1st Cir. 2013)。

⑥Pamela Samuelson & Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, Vol. 51 *William and Mary Law Review* (2009)。

罚功能为辅。在实践中,法定赔偿的惩罚性功能往往被过分重视,以致激励维权诉讼。但法定赔偿的惩罚性功能只是辅助性的,只有在法官自由心证的过程中,揭示了侵权人主观上的直接故意,并且权利人的实际损失存在扩大化倾向的时候,才以此以儆效尤。但是,在缔造网络环境的信息技术尚处于上升期之时,这种做法是不合时宜的。

具体到非法下载盗版作品的情形中,应当将网络用户不带有商业目的的作品下载行为予以区别对待,避免加重普通网民的法律责任。诚然,司法实务中,法院已经积累了一些经验并提出了诸多创见。^①对此,学界也进行了大量的研究。^②但是,适用法定赔偿的问题依然存在。这些问题主要表现在:第一,过于注重权利人的损失,忽视侵权人所得;第二,片面强调侵权人的过错程度,对侵权的目的不予区分;第三,对侵权人所在地区的经济水平以及侵权人自身的经济承担能力缺乏考虑。^③这些情形,在非法下载盗版作品的司法适用中容易导致法定赔偿过高的结果。单纯的下载行为所导致的一次(或数次)观赏和阅读行为,给行为人带来的收获更多是在精神层面上的,这种非商业性的行为既无可量化的利润,造成的市场损害也很有限。因此,我们建议将侵权人所得和侵权行为的商业属性纳入衡量的因素,采取“基准赔付额度+”的做法,回归填平原则的同时,适当地发挥阻吓和惩罚功能。另外,还应该考虑侵权人的经济承受能力。美国商务部于2016年1月公布的《混同、首次销售和法定损害赔偿白皮书》(White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages: Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy)中,在肯定“法定赔偿适用混乱无益于网络盗版现象的治理”的基础上,提出了一系列针对性的整改建议,其中包括法定赔偿额度判定因素的细化和设立针对散布网络盗版等“轻微版权侵权行为”的小额赔偿庭等。^④显然,其核心思路也是,即便是针对群体侵权,对那些危害性较小的非商业性的侵权群体,应该予以区别对待,降低法定赔偿的惩罚性程度,以达到法定赔偿向补偿性功能的回归。客观来看,法定赔偿的理性回归,减少了对维权诉讼产生不必要的激励。但这种做法,毕竟也存在某种局限。另外,版权蟑螂诉讼施压或者要挟行为促成诉前和解,也可以有效地避免法定赔偿的司法适用。对于涉嫌数字盗版行为的普通用户而言,法定赔偿无论如何调整,承担司法诉讼成本并进行赔偿,始终是一种难以直面的负担。^⑤

五、釜底抽薪“三振出局”机制

从本质上讲,杜绝盗版泛滥的现象,净化版权市场,是规制版权蟑螂现象的根本途径。这方面,版权行政管理部门可以发挥行政保护的优势,利用行政执法之主动性和简便性,主动监控或者授权网络服务提供者实时监控,可以及时有效地针对侵权行为采取严格的强制性措施,回应网络社会的发展。从这个角度看,我们认为引入“三振出局”的保护机制,是一种“釜底抽薪”式的有效手段。

(一)“三振出局”机制的由来

“三振出局”原则(Three Strikes Policy)最早出自于美国加利福尼亚州治理累犯的刑事政策。^⑥具体到知识产权制度中,主要规定为由权力机构——法院或者行政机关(包括其授权的网络服务提供者)对网络环境中非法共享、下载版权作品的网络用户的行为展开监控,并在三次警告性提醒后仍不收敛的前提下,对其进行断网、罚款甚至追究刑事责任的处罚。尽管这一政策实施以来受到了限制言论自由之合宪性及域外适用方面的质疑,但其实际绩效却不容忽视。国外研究和统计结果表明,实行“三振出局”

^①参见李建星《影视作品网络著作权侵权法定赔偿额研究》载《中山大学研究生学刊(社会科学版)》2011年第1期。

^②参见张春艳《我国知识产权法定赔偿制度之反思与完善》载《法学杂志》2011年第5期;又参见杨兴《完善我国〈著作权法〉第49条的思考》载《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第12期。

^③最高法院2010年发布的《关于做好涉及网吧著作权纠纷案件审判工作的通知》中,要求在决定网吧的赔偿数额时,“重点考虑网吧的服务价格、规模”,可以视为对侵权人经济承担能力的一种人性化规定,囿于适用主体不同,该文件在本文的语境中不能发挥作用。

^④参见 The Department of Commerce Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First Sale, and Statutory Damages: Copyright Policy, Creativity, and Innovation in the Digital Economy, 2016, pp. 70-100.

^⑤参见 Constance Boutsikaris, The Rise of Copyright Trolls in a Digital Information Economy: New Litigation Business Strategies and Their Impact on Innovation, Vol. 20 CommLaw Conspectus (2012).

^⑥Cal. Penal Code § 667 (2011).

国家的非法下载行为已经呈现出了明显的下降趋势。^① 由于这种做法在治理版权盗版市场方面发挥了有效的作用,逐渐为许多国家或者地区效仿,如法国、韩国、英国、新加坡、新西兰、爱尔兰以及我国台湾地区都引入了这一保护机制。^②

“三振出局”机制试图在网络服务提供者所承担的法律 responsibility 之外,再将治理对象直接定位为网络用户。客观分析,由于网络服务提供者积极或者频繁地适用“避风港”原则以求自保,甚至与网络用户“共谋”以求扩大市场如涉嫌间接侵权的“百度文库”事件^③,版权人的利益诉求难以实现。可以说,“三振出局”机制是继“避风港”原则之后,对版权人、网络服务提供者和网络用户之间利益的再一次平衡。这一机制,一方面限制了普通用户的利益——哪怕这种利益已经蒙上了侵犯版权的灰色阴影;^④另一方面,也虑及版权蟑螂介入可能给公众利益造成的更为严重的侵蚀。

“三振出局”机制的核心价值在于借助较为直接的监管手段,有效遏制上传或者下载盗版作品的行为。由于世界各国和地区的盗版现象的严重程度不同,版权保护意识也各有差异,因此,各国监管及处罚力度也有所不同,从而显示出保护强度的区别。例如,法国版的“三振出局”——Hadopi 法案第 5 条之三规定,可以对用户的每一次非法下载行为处以最高 5 000 欧元的罚金,严厉程度远超其他采用“三振出局”的国家或者地区;而如韩国、新西兰都只赋予法院终止侵权用户网络服务的权力。

(二) “三振出局”机制与避风港原则

从某种角度说,“三振出局”机制的引入,是因为司法上适用避风港原则不足以打击日益猖獗的网络盗版现象。对于版权侵权行为所导致的损害赔偿,“避风港”原则一直主张归于作品的直接接触方即网络服务提供者——传播数字盗版作品的网站和获取商业利益的技术提供者。^⑤ 这一做法,“激励了”弱势地位的公众对作品的使用,但却迫使网络服务提供者承担了更多的管控义务和赔偿责任。但是,网络服务提供者与网民之间是一个利益交集的相对方和共同体,而且加重网络服务提供者的责任事实上又会阻碍技术进步,如奇虎 360 “个人云盘事件”^⑥ 就是一个典型的例子。相较之下,“三振出局”机制及时回应了网络生态的版权人利益需求,也适当地减轻了网络服务提供者的侵权风险负担,将大部分监管责任归于权力机构及其所授权的网络服务提供者,这是对避风港原则的一种正向补充、乃至升级。

“三振出局”机制以行政手段介入侵权领域,既为版权人清除了大量的非法上传或者下载行为,也减轻了网络服务提供者的管控义务和赔偿责任。这一做法,表面上看是加重了网络用户的负担,但事实并非如此。首先,“三振出局”机制将大量的潜在民事诉讼转化为行政处罚,在很大程度上为网络用户

① 参见曾斯平《从“三振出局”及“补偿金制度”看网络共享平台上著作权利益的平衡》,载《电子知识产权》2012年第4期。

② 其他发达国家,尤其是德国和瑞典,对该项原则的引进仍处在争议阶段。参见 Eldar Haber, *The French Revolution 2.0: Copyright and the Three Strikes Policy*, Vol. 2 *Harvard Journal of Sports & Entertainment Law* (2010)。此外,一些国家虽未正式引入,但是采用了类似“三振出局”的一些规制方法,例如澳大利亚、新加坡、以及采用避风港原则的美国。参见 Michael Murtagh, *The FCC, the DMCA, and Why Takedown Notices are Not Enough*, Vol. 61 *Hastings Law Journal* (2009)。

③ 参见“韩寒与北京百度网讯科技有限公司侵犯著作权纠纷案”的北京市海淀区人民法院(2012)海民初字第5558号民事判决书;又参见方圆《国家版权局版权管理司重申——企业不能滥用“避风港原则”》,载《中国新闻出版报》2011年3月24日。

④ 联合国特别报告员拉吕(Frank La Rue)先生曾向联合国大会人权理事会提交的一份报告指出,无论以何种理由,包括以侵犯知识产权名义,都无权阻断互联网用户的言论自由权,否则就侵犯了用户的言论自由。针对“三振出局”所采取的断网措施,诸多人权组织进行了谴责。参见曾斯平《从“三振出局”及“补偿金制度”看网络共享平台上著作权利益的平衡》,载《电子知识产权》2012年第4期。

⑤ 美国在创立“避风港”原则之前,司法实践中往往是对网络服务提供者课以严格责任,目的是为了给予版权人最大限度的保护。但是美国法院随后意识到了这一问题,并在《数字千年版权法案》中作出了纠正,但是正如学者指出的,立法者在观念上仍然对网络服务提供者充满了批判的态度(参见王迁《网络环境中的著作权保护研究》,法律出版社2011年版,第209-219页)。即便在“避风港”原则之下,网络服务提供者仍然需要承担大量的义务和风险,从利益平衡的角度来看,“避风港”原则仍有诸多亟待完善之处。

⑥ 2016年10月20日,奇虎360公司宣布终止个人云盘服务。在短短不到一年的时间内,国内各大网盘服务相继关闭,引发了社会舆论的关注。笔者2016年11月14日下午赴奇虎360公司法务团队(许坚、赵军、张素伦、洪成宇、杜东为等)调研,他们表示出一种无奈:企业监管责任太重,不堪负荷,又吃力不讨好,不得不做出如此艰难的抉择。诚然,国家版权局则认为企业配合打击盗版,净化版权环境,关闭网盘服务的做法值得肯定。参见《互联网企业落实主体责任值得肯定——国家版权局版权管理司负责人就360云盘关闭个人云盘服务答记者问》,载《中国新闻出版广电报》2016年10月27日。

降低了诉讼的风险。而无论是断网抑或者处罚,其较之版权蟑螂索取的高额侵权赔偿,显然更能公众所接受。其次,相较于原本无法预测的诉讼风险,“三振出局”机制为网络用户提供了一个可以预估的侵权成本。这样的机制,既能够帮助消除盗版行为,也能够帮助公众加强版权保护意识。再次,针对不下载网络盗版的用户,非法下载行为的减少可以缓解网络阻塞(network congestion)的问题,营造一个更为高效和健康的网络环境。

(三) 创造性引入“三振出局”机制

对于版权蟑螂来说,“三振出局”是一个釜底抽薪的行政保护机制。但我们如何引进这一机制,需要深入探讨。我们认为,我国应该因应国情,创造性地引入。

首先是确定实施主体的问题。但这一问题,又关联到采取何种处罚措施:如果采取的是行政处罚或者刑事处罚,则必须由行政机关或者法院组织实施;但如果仅仅涉及断网处理,则可以由法律赋权或者行政机构授权,由网络服务提供者及其行业组织依法或者依授权直接组织实施。根据美国法社会学家的研究,对下载数字盗版作品的网络用户课以赔偿和罚款的做法,可能导致公众对相关法律规定是否公平正义产生疑问。^①从这个角度考虑,结合我国国情(如公众版权意识相对较低、普通网络用户经济责任能力有限、行政权力较为强势等),建议我国引入“三振出局”机制时,可以考虑不对普通网络用户课以行政处罚和刑事责任,仅以施以中断网络服务的处罚为宜。这种做法,能够较好地平衡了各方的实际利益,促进网络快速、健康地发展。

从这个角度考虑,应该发挥行政权在回应知识社会的作用。“由于行政手段在应对社会变化中具有灵活的特性,因此,可以通过在政府机构内建立各种组织机构和设立相应的义务,以扩大对社会变迁的影响,如20世纪西方国家经常依法建立名目繁多的局、委员会以及用于促进特殊政治目的的各种机构。同时,对行政权赋予法律上的义务,以形成一种社会环境,以此培养社会变迁的因素。”^②这一机制,将版权人从“避风港”原则出发单纯聚焦于网络服务提供者的眼光,部分地转移到了网络用户自身身上,而且由行政机构负担了相应的监管成本。^③不过,我国版权行政部门一直以来都在根据著作权法和《信息网络传播权保护条例》强化网络服务提供者的监管义务。最近出台的《关于加强网络文学作品版权管理的通知》(2016年11月4日起实施)提出,网络服务提供者应当加强版权监管,履行版权审查和注意义务,并且应该“建立健全侵权作品处理机制”。从这个角度来说,网络服务提供者依然是行政管理部的治理网络环境的主要抓手。这种状况,就迫使我国网络服务提供者在消极实施的“避风港”原则之外,建立起积极的侵权查处机制。

不过,单纯由某一家网络服务提供者建立的侵权查处机制,让人担忧其利用市场优势地位的“私权力”扩张,也缺乏信息共享和执法标准的统一。从这个角度分析,按照参加自愿原则、内部治理自治原则、政府监管的外部性原则这三大原则,在主管部门指导下建立起行业组织的市场化运行机制,是一条符合市场经济的法治化途径。^④因此,建议由版权行政部门指导促成相应的行业协会进行协调,形成行业监管与自律的规范发展模式。同时,建议网络服务提供者及其行业组织可以创造性地引入境外实行的“三振出局”机制,建立起中国特色的“三色机制”:第一次通知黄色提醒之后,第二次采取红色预警,第三次纳入黑名单;纳入黑名单之后进行屏蔽,并采取断网措施。当然,对于被采取断网措施的网络用户,经过一定时间之后,应该有一个复活或者“漂白”的过程:一方面是公众言论自由的保护,另一方面是利益的一种再平衡。

结语

版权蟑螂现象反映出的是版权人和公众之间的一次正面冲突。通过法律的治理应该因循既有的版

^①参见 Ben Depoorter et al., Copyright Backlash, Vol. 84 Southern California Law Review (2011).

^②易继明《知识社会中法律的回应力特征》,载《法商研究》2001年第4期。

^③参见 The American Assembly, Copyright Infringement and Enforcement in the US, 2011, pp. 6-7.

^④参见易继明《论行业协会的市场化改革》,载《法学家》2014年第4期。

权制度,并在网络时代实现创造性转换:一方面,要对版权人利益群体(包括资本介入的维权实体)实行充分的保护;另一方面,又要采取不同措施,尽可能地使公众利益的损失限制在最小的范围之内。

的确,网络发展与数字技术的进步,在扩大版权市场和方便公众获取作品的同时,也会泥沙俱下,引发网络盗版和版权蟑螂两种相生相克的泛滥现象。此时,版权人、盗版者、网络服务提供者及包括普通网络用户在内的公共利益等多元主体的利益诉求,呈现出较强的张力。就版权蟑螂的行为特征分析,其透过侵权诉讼获利的行为本身无可厚非——诚如有的法官所述,“商业维权有其天然的正当性基因”^①,因此网络盗版用户并不能用合理使用规则予以抗辩。不过,版权蟑螂频繁地利用法定赔偿方式获取巨额利润的做法,也让我们意识到法定赔偿制度的“异化”现象,从而期待损害赔偿应该是以填平原则为基础的理性回归。这样,将法定赔偿额度定位在“基准赔付额度+”层面上予以适度的惩罚性衡量,是较为妥当的。当然,治理版权蟑螂现象的最佳途径就是铲除这一现象滋生的土壤即网络盗版市场。这方面,诸多国家或者地区通过“三振出局”保护机制,弥补了“避风港”原则的不足,起到了较好的规制效果。对此,我们应该创造性地引入这一机制:以断网处罚为主,建立起中国特色的“三色机制”。若网络版权治理能够实行这种模式,那版权蟑螂可能就只是一条鲶鱼,在新的利益平衡中,激活了一个健康的网络版权市场。

Subject: On the Legal Regulation of Copyright Troll Phenomenon——The balance of Interests Mechanism in the Internet Copyright Market

Author & unit: YI Jiming¹, CAI Yuanzhen²(1. Law School, Peking University, Beijing 100871, China; Law School, Shanghai University of Finance and Economics, Shanghai 200433, China)

Abstract: The copyright troll phenomenon and its harmful impacts have induced a new round of thoughts upon the relationship between copyright holders, internet service providers, internet users and general public. While the identity of copyright trolls has transformed from plain buyers of copyright to being bundled with the original right holders, they have also started to bring suits against regular internet users who illegally download pirated works instead of internet service providers, thus strengthening themselves with better concealment. Indeed, the conduct of profiteering from infringement litigation is not legally wrongful, since the users of internet piracy cannot rely on the principle of fair use as a ground of defense. The frequent use of statutory damage when pursuing considerable profits by copyright trolls has indicated a hint of dissimilation of the statutory damage regime, and it ought to achieve a recurrence of reason by adopting the principle of “base limit of compensation+”. But after all, the essentially thorough solution is to introduce the positive protection approach of the ‘Three Strikes Policy’, which should conceivably remedy the passive nature of the rule of “Safe Harbor”. China should give a flexible approach while introducing the said policy, then build a Chinese-characterized “Three Colors Mechanism” with suspension of internet access being the primary form of deterrence, and eventually stimulate a healthy market of internet copyright with a whole new balance of interests.

Key words: copyright troll; fair use; statutory damage; three strikes policy; three colors mechanism

[责任编辑:吴岩]

^①参见孙芸《从华盖图片维权看中国图像版权保护现状》,载《中国版权》2013年第1期。