

DOI: 10.15918/j.jbitss1009-3370.2021.9496

接入服务提供商版权责任适当性扩张研究

袁 锋

(华东政法大学 传播学院, 上海 200042)

摘 要: 新技术时代, 由于技术、互联网产业形态的变化以及国际版权发展潮流的推进, 传统接入服务商的“避风港”规则需要重新制定, 关键在于增设何类版权责任以及如何对其进行制度设计。对此, 理论界和实务界主要存在两种制度模式的择取争议: 其一为“三振出局”制度; 其二为“封网禁令”制度。就中国而言, 应当增设接入服务商的“封网禁令”制度, 相较于“三振出局”制度, “封网禁令”制度在技术层面和立法构建方面更具正当性和合理性, 而且制度实施成本更低, 维权效率更高, 但在具体设计时, 应结合中国的制度体系和国情进行本土化改造。

关键词: 新技术时代; 接入服务商; 三振出局; 封网禁令

中图分类号: DF523.9

文献标志码: A

文章编号: 1009-3307(2021)04-0165-08

接入服务提供商是为用户提供网络接入服务的主体, 它通过信息传输的设备载体向用户提供电话线、光缆或无线方式接入因特网的服务, 是连接其他网络平台与用户的“交通要道”。当前中国电信、中国移动及中国联通等公司就属于接入服务提供商。随着信息技术的发展和普及, 未经许可对作品进行传播的现象日益泛滥。由于接入服务提供商在网络信息传播中, 发挥着网络接入和信息传输通道的重要作用, 这使其成为作品网络版权保护的关键一环。在保护版权人利益的同时促进网络服务业的发展, 包括中国在内的许多国家都对接入服务商规定了在特定条件下不承担版权责任的条款, 通常也被称为接入服务提供商的“避风港”规则。基于网络传输效率及接入服务平台的技术能力和管理能力的因素, 中国《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》)第20条要求接入服务提供商承担一些较轻的法律义务, 甚至没有“通知删除”义务。如果接入服务提供商提供网络线路接入服务, 而没有主动发布或修改信息, 就不会因为所传播的信息中包含侵权内容而承担侵权责任。因而在一般情况下, 接入服务商承担间接侵权责任几乎不可能^①。

中国《条例》关于接入服务提供商的“避风港”规则制定于十多年前, 本质上借鉴自美国1998年颁布的《千禧年数字版权法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)。DMCA形成于WEB1.0技术刚萌芽时期, 其在保障版权人和网络服务提供商的利益, 以及促进互联网产业发展方面都发挥了十分重要的作用。而伴随着WEB3.0时代的到来, 技术形势、商业模式以及互联网产业形态都发生了重大变化。一方面, 在WEB1.0时代, 网络用户只能借助各种类型的网络内容服务商来发布和获悉信息, 当网络用户发表的信息涉及到未经许可的作品传播时, 作品版权人完全可以通过诉诸于网络内容服务商的追责方式来维护自身的权利, 而无需诉诸接入服务商。在WEB3.0时代, 由于P2P技术及融媒体传播技术的扩展, 网络用户可以直接通过接入服务商进行上传或下载作品, 而无须再借助相关内容服务商。据此, 大量受版权保护的作品, 在未经版权人许可下在网络环境中肆意传播, 而版权人又无法要求内容服务商承

收稿日期: 2020-06-14

基金项目: 华东政法大学科学研究项目“融媒体时代下广播组织权的变革研究”(19HZK014); 2020年度法学高峰学科特色项目“人工智能时代传播法两大问题研究”

作者简介: 袁锋(1990—), 男, 讲师, E-mail: yuanfeng777ok@163.com

^① 根据《条例》第20条的规定, 在符合下列条件的情形下, 网络接入服务提供者可免于承担赔偿责任: 其一, 根据服务对象的指令为提高网络传输效率, 自动存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品, 根据技术安排自动向服务对象提供, 并未改变自动存储的作品、表演、录音录像制品; 其二, 不影响提供作品、表演、录音录像制品的原网络服务提供者掌握服务对象获取该作品、表演、录音录像制品; 其三, 在原网络服务提供者修改、删除或者屏蔽该作品、表演、录音录像制品时, 根据技术安排自动予以修改、删除或者屏蔽。

担共同侵权责任来维护自身权利。另一方面,伴随着网络技术的迅猛发展,接入服务商的技术能力和管理能力有了极大提高,网络接入服务商利用技术手段对版权侵权活动进行追查已经完全可行。

新技术时代对网络接入服务商设置更加科学、合理的法律责任是顺应技术发展现状和国际立法趋势,值得立法者考虑应对策略。正如有学者所言,问题不在于接入服务商是否应当承担相关责任,而在于责任的具体内容^[1]。事实上,在新技术环境下,主张适当扩张接入服务商的版权责任已经成为国际立法的趋势。从当前国际版权发展的主流来看,为积极打击和抑制新技术时代日益猖獗的网络盗版行为,很多国家早已通过制定法律或司法实践等方式,要求接入服务商承担更加严格的法律责任。总体而言,主要存在两种制度模式:其一为“三振出局”制度;其二为“封网禁令”制度。但就择取何种制度以及如何结合中国国情对其进行具体制度设计,理论界和实务界对此存在重大分歧,甚至形成了截然相反的观点^[2-6]。

一、接入服务提供者与“三振出局”制度

“三振出局(Three Strikes)”又称“逐级响应(Graduated Response)”,最初起源于法国,以2009年“互联网作品传播及权利保护高级公署法案”(简称“高级公署法案”)的出台为标志,其本质上属于应对网络环境中网络用户对作品的重复非法分享行为的版权保护机制。之后新西兰、韩国、中国台湾地区、爱尔兰等许多发达国家和地区都纷纷增设了接入服务提供者的“三振出局”义务及相关制度。“三振出局”制度的运作机理:首先,针对网络环境中网络用户非法分享作品的行为,接入服务商应向其发出警告通知;其次,如果实施者在接到服务商的警告通知后依然继续实施侵权行为,那么接入商会再次发送通知予以警告;最后,假如实施者在接到服务商二次通知后依然继续实施侵权行为,这时应由司法部门或行政机关介入,要求接入服务商对侵权实施者采取罚款、断网或终止网络账号等处置违法措施。因而“三振出局”制度的核心在于:通过向重复侵权的网络用户持续发出侵权风险警告通知,最终通过一定的惩罚措施阻止对作品的侵权和传播行为,进而保护著作权人的合法利益。

纵观各国,“三振出局”制度有两种表现形式:一种是由国家制定法律,授权接入服务商进行,可称之为“三振法案”。例如,法国“高级公署法案”中的“三振出局”制度主要内容:首先,法案依法授权成立了一个独立的、专门处理网络侵权治理工作的行政机关——互联网作品传播及权利保护高级公署(简称“高级公署”),由该机关对侵权实施者采取警告措施。其次,如果著作权人发现其作品在网络环境中被非法分享,那么在著作权人的要求下,高级公署将启动“三振出局”制度的运行:第一步,一份警告邮件将被发送至侵权实施者的邮箱当中,随后接入服务商将被告知对实施者网站进行全面的检查^[7]。如果高级公署或相关权利人在第一步措施采取之后的6个月内,发现实施者又进行重复侵权的行为,那么便会开启“三振出局”制度的第二步:一份相同的警告邮件又将被发送至侵权实施者的邮箱当中。如果高级公署或相关权利人在第二步措施采取之后的1年内,发现侵权实施者进行重复侵权的行为,那么便会开启“三振出局”制度的第三步:侵权实施者将被列入黑名单,并且接入服务商将终止侵权实施者的网络链接和账号长达2个月至1年之久^[8]。此外,韩国《著作权法修正案》中第133条之二规定了类似的“三振出局”制度:文化体育观光部有权要求接入服务商对非法分享作品的实施者予以警告通知,并要求其停止侵权行为。如果该侵权实施者连续三次收到警告通知而不予改正的,那么接入服务商应对该实施者采取长达6个月的停止账号措施^①。中国台湾地区也通过对著作权法的修改制定了“三振出局”制度:“以契约、电子传输、自动侦测系统或其他方式,告知使用者若有三次涉有侵权事情,应终止全部或部分服务,而遭侵权的著作权人则可对侵权使用人提出告诉”^[9]。

另一种是由权利人、集体管理组织、接入服务商等主体之间通过制定并签署相关协议,授权接入服务商在一定情况下可采取防护措施,被称为“三振协议”。以美国为例,版权人开始通过与网络服务提供商签订“三振协议”来保护自己的合法权益。例如两家最具影响力的行业版权组织美国电影协会(Motion Picture Association of America, MPAA)和美国唱片业协会(Recording Industry Association of America, RIAA)通过与美国五大互联网服务提供商(包括美国电话电报公司、威瑞森、康卡斯特、时代华纳有线以及美国有线电视公司在内的5家网络服务提供者)的协商,最终达成了“反盗版六振警告机制”。其运行机制

① Copyright Act of Republic of Korea, Article 133-2.

为:版权内容所有者如果检测到网络上存在非法分享版权作品的行为,则可联系相关网络服务提供商并进入版权警告系统(Copyright Alert System, CAS)程序操作。CAS程序共包含6次警告,如果网络服务提供商对反复侵权用户未采取相关针对性措施,就有可能被法院认定为在主观上具有帮助用户实施侵权的故意^[10]。再如在“BMG公司诉Cox通信公司案”中,Cox公司均通过“Cox滥用行为跟踪系统”(Cox Abuse Tracking System)执行其“逐级反应程序”(graduated response procedure),即对侵权用户实施从警告,到暂停服务,直至最终停止服务的一套监督程序,但Cox公司并未严格执行该“逐级反应程序”,法院据此认定Cox理应知晓系统上BMG公司的重复侵权行为,最终判决Cox构成帮助侵权^①。

再以爱尔兰为例,几个重要影视制片者与本土范围内最主要的接入服务商爱尔兰电信公司签订了“三振协议”。依据该“三振协议”,接入服务商有权在具体案件中,根据具体情况判断用户是否侵权并据此采取相应的断网措施^[11]。据此,超过40%的用户受到“三振协议”的影响,其实实施侵权的行为受到一定程度的控制。在司法实践中,其国内法院也在网络侵权纠纷中尝试要求网络服务提供者实施“三振出局”制度以规制用户侵权,更好地保护版权人的利益。在“索尼音乐、环球音乐及华纳音乐公司诉UPC通信公司案”中,爱尔兰高级法院应原告的要求,责令被告UPC公司对侵犯原告版权的网络用户实行“逐级反应机制”(Graduated Response Strategy),具体实施方法为:如果原告在UPC网站上发现了侵权内容,便可向被告提供可以精确定位侵权用户的IP地址。被告在收到通知后应在合理期限内核实该侵权用户的相关信息,并应向其发出预警通知,告知其侵权事实且要求其停止侵权。如果原告发现相同的用户再次实施侵权,即可将其IP地址再次发送给被告,被告此时应向用户发出第二封警告信,告知其再次侵权的事实且应停止侵权。如果该用户第三次实施侵权,则被告应当在接到原告通知后向用户发出第三封信,暂停对其提供服务,为期七天。最后,如果该用户又一次实施侵权,被告在接到原告通知后即可终止对该用户提供服务^②。

二、接入服务提供商与“封网禁令”制度

从早期的P2P文件分享技术到后来的流媒体网站,计算机技术极大地方便了人们未经授权对享有版权的材料进行访问,也引发了网络环境中版权侵权日益猖獗的状况。统计表明,全球大约有24%的网络流量是用于盗版用途^[12]。为保障著作权人合法权益,针对特定侵权网站的“封网禁令”版权保护机制应运而生。自2010年伦敦高等法院在“Newzbin盗版网站案”中要求英国电信公司对盗版网站Newzbin进行屏蔽之后^③,包括意大利、法国、德国、澳大利亚、新加坡等国家都已通过司法实践或成文法等不同形式引入“封网禁令”机制,进而要求接入服务商承担更为积极地打击网络盗版的义务,以维护著作权人的合法权益。

就目前的“封网禁令”制度而言,在其机制链条中,接入服务商是配合者的身份。接入服务商在接到司法或行政机关的封网指令之后,对指称侵权网站断开接入服务,以使其中的侵权内容无法继续传播,进而维护版权人的合法权益。对于臭名昭著的“盗版湾”(The Pirate Bay)^④而言,欧洲已经有超过十个国家对其进行了屏蔽^[13]。以欧盟立法为例,欧盟版权指令第8(3)条规定:成员国应保证著作权人在满足一定条件下能够申请禁令,以阻止他人利用网络服务侵犯其著作权或相关权利^⑤。就接入服务商而言,欧盟电子商务指令第12(3)条更是明确规定:成员国应保证司法或行政机关有权要求接入服务商根据其国内法采取相关措施阻止侵权行为^⑥。在2016年的“托比亚斯公司诉索尼音乐娱乐德国有限公司案”中,

① BMG Rights Mgmt. (US) LLC v. Cox Commc'ns, Inc., No. 1: 14-cv-1611, 2015 U.S. Dist. LEXIS 161091, at 48.

② Sony Music Entertainment Ltd, Universal Music Ireland Ltd, Warner Music Ireland Ltd v. UPC Communications Ireland Ltd(No.1), [2015] IEHC 317, at 57-59.

③ Twentieth Century Fox Film Corp v Newzbin Ltd [2010] EWHC 608; Twentieth Century Fox Film Corp v British Telecommunications Plc [2011] EWHC 1981.

④ 2003年瑞典反版权组织盗版党创办了全球最大的P2P文件共享网站“盗版湾”。

⑤ Article 8(3) of the Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

⑥ Article 12(3) of the Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)。

欧盟法院明确了封网禁令的一些具体实施方式, 欧盟法院认为, 网络服务接入提供商可以自行选择采用何种措施以满足禁令的要求。比如为了防止第三方制作和通过网络向公众提供特定作品, 网络接入服务提供商可能不得不采取要求用户实名制以获得密码接入网络的措施^①。

英国《数字经济法案》第17条第(1)款授权国内法院有权对实施侵权行为的网站颁发封网禁令(blocking injunction)^②。具体而言, 其目的是为阻止他人对“互联网上特定位置”的访问, 而实施对象是为其提供接入服务的网络服务提供者^③。第(3)款则规定了相应前提条件: a. 侵犯版权的行为对其他营业实体或消费者有严重的不利影响; b. 制定相关规范是解决此不利影响的合适途径; c. 制定此规范不会损害国家安全, 不影响犯罪预防及侦查^④。而英国《1988年版权、设计及专利法》(Copyright, Design and Patent Act 1988, CDPA)第97A条规定, 高等法院有权“针对服务提供商发布强制令, 如果该服务提供商实际知晓他人利用其服务侵犯版权”。对于依据第97A条规定拥有发布阻止命令司法管辖权的法院而言, 必须确定的是: “(1) 网络服务提供者系服务提供者, (2) 目标网站的用户和/或运营商侵犯版权, (3) 目标网站的用户和/或运营商利用网络服务提供者的服务侵犯版权, 以及(4) 网络服务提供者实际知晓。”而在司法实践中, 英国法院均成功援引了CDPA第97A条规定, 判定接入服务商对非法的盗版文件分享网站实施封网禁令。尤其是在“百代唱片公司诉英国天空广播公司案”中, 法院不但充分分析了封网禁令的正当性, 并提出了具体的衡量封网禁令适当性的因素: 封网禁令指令的有效性; 接入服务商采取封网措施所需的成本; 涉案主体所持权利的重要性与所采取封网措施的合理性之间的利弊衡量; 采取其他替代措施的可能性和可行性; 劝导用户不去侵权的有效性; 对其他合法用户的影响^⑤。

德国著作权法尽管没有明确规定网络接入服务提供商应承担封网禁令的义务, 但在2015年11月26日, 德国联邦最高法院在两起类似案件, 即“德国音乐著作权集体管理组织诉德国电信公司”案, 以及“华纳、环球以及索尼音乐唱片公司诉西班牙电信公司”案中, 均判定要求网络接入服务提供商对涉案侵权网站进行了屏蔽。根据德国联邦最高法院的判决, 德国著作权法必须根据欧盟版权指令第8(3)条进行解释适用, 进而为法院向网络服务提供者下达屏蔽命令提供可能^⑥。再如澳大利亚国会在2015年通过了数字侵权修订法案, “针对侵权网站的屏蔽措施”做出了相关规定。该法案在1968年《版权法》的第115条基础上增加了第115A款, 联邦法院可以据此发布禁令, 要求网络服务提供者采取合理措施, 禁止用户访问以版权侵权或诱导版权侵权为目的的网站^⑦。在“迅路通公司诉澳洲电信公司案”中, 原告迅路通公司(Roadshow Films)试图根据澳大利亚《版权法》第115条规定, 要求澳洲电信公司(Telstra)、奥都斯公司(Optus)等多家接入服务提供商, 对“日光电影”(SolarMovie)网站的大量电视节目的侵权内容采取合理屏蔽措施。结合本案中的证据, 法院认为“日光电影”网站建立的主要目的就是为实施或帮助版权侵权活动。尽管该网站在当年7月就已下线, 但法院担心这种“不活动(inactivity)”只是暂时的, 即担心被告会在案件结束后恢复侵权活动, 因此仍然裁决多家接入服务提供商实施封网禁令^⑧。

三、中国所应择取的立法模式

就中国而言, 当前立法尚不宜对网络接入服务商增设“三振出局”义务。一方面, 从当前的国际版权潮流来看, “三振出局”制度尚处于一种全新的制度尝试, 无论是在理论还是实践当中都存在重大分歧和争议。另一方面, “三振出局”制度无论是在技术层面, 还是立法构建方面, 仍面临较多尚未解决的难题。相比于“三振出局”制度的诸多问题, 对接入服务商增设“封网禁令”制度更具有充分的正当性。

(一)“封网禁令”制度设计更加合理

相较于“三振出局”制度, “封网禁令”的制度设计更为合理。“三振出局”制度中起到“威慑”作用的

① Tobias Mc Fadden v Sony Music Entertainment Germany GmbH, 62014CJ0484 (2016)。

② Digital Economy Act 2010, Section 17 (1)。

③ Digital Economy Act 2010, Section 17 (2)。

④ Digital Economy Act 2010, Section 17 (3)。

⑤ Emi v Sky [2013] EWHC 379 (Ch), paras. 91-93。

⑥ 2015 Copyright Amendment (On line Infringement) Act of Australia, Article 115A。

⑦ Roadshow Films Pty Ltd v Telstra Corporation Ltd [2016] FCA 1503。

断网、限制网速等措施将矛头指向侵权用户,由此引发诸多问题:其一,“断网措施”会对网络用户的言论自由权造成威胁。瑞典曾向联合国人权委员会做出一项声明,指出切断网络不是一个恰当的方法,呼吁所有国家根据国际人权法加强网络言论自由权的保护。其中包括新西兰、美国等40个国家赞同并签署了这份文件^[15]。其二,“三振出局”制度针对的是侵权用户,必定会涉及个人隐私泄露的问题。例如英国《数字经济法案》规定了“三振出局”制度,但由于公众普遍对其中隐私保护条款的不满,最终导致该法案无法在实践当中发挥任何作用^①。其三,“三振出局”制度剥夺了当事人申诉的权利,是一种程序上的缺失。“三振出局”制度的考量因素只有著作权人的一面之词,仅仅因为权利人未经证实的侵权怀疑,网络接入服务提供商就可以终止用户的网络链接^[16]。这样“一言堂”的局面很可能造成滥用强制措施的问题。

而“封网禁令”制度这一新的尝试却以迂回的方式,在“网络接入服务提供商没有主动版权审查义务”这一共识下,精妙地实现了网络接入服务商、版权人以及网络用户之间的利益平衡。一方面,它不将网络用户作为强制措施的实施对象,就可以规避维护网络版权与个人自由间的冲突,实现著作权人与网络用户间的利益平衡。另一方面,它不以发布警告为采取强制措施的前提,网络接入服务商就不需要承担这一大笔费用支出,能以更积极的态度参与到打击网络盗版的行动中去。

(二)从实践效果来看:“封网禁令”制度成本更低且切实有效

“三振出局”制度不仅在制度设计中存在诸多问题,其实践效果也并不如意,主要体现为“成本过高,收效甚微”。根据调查结果显示,法国的“三振出局”制度在实践运行当中存在着应对通知不及时、经费资源短缺、治理侵权网站不足等问题。法国政府为维系“三振出局”制度的运作花费了大量成本,但盗版问题依旧日益猖獗,高级公署每天只能处理50%左右的警告申请,不听从第二次警告的个人用户中仅有0.57%的用户收到了第三次警告^[17]。在新西兰,自“三振出局”制度实施之后受到了诸多质疑,一方面接入服务商不仅要承担发送通知、花费运作成本等多项额外义务,而且也引发了著作权人的不满。因为他们要向接入服务商支付高昂的维权费用,但实际盗版问题依旧猖獗,且发出的警告数量也逐年下降,版权法庭收到的申请也逐年减少,2013年收到18件,2014年收到4件,2015年仅收到1件^[18]。在韩国,“三振出局”制度使得侵权行为反而增加了,同时越来越多的用户被断网、删除账户或者屏蔽内容。电子前线基金会曾发布了一篇关于三振机制的运行结果不尽如人意的报告。该报告认为,在韩国,娱乐产业在网络维权上的实验已经失败。“三振机制”没有减少实施大规模侵权行为的“大量上传侵权作品的用户”,目前已经发送了近50万份删除通知,关闭了408个韩国网络用户的账户。韩国官员崔在千(Choi Jae-Cheon)的调查也显示,被断网的用户中有一半用户使用的侵权作品价值少于90美分^[19]。

就“封网禁令”制度而言,一方面,相较于需要花费高昂成本而打造的三振通知预警机制,“封网禁令”的成本较低。在“封网禁令”制度中,接入服务商的功能在于根据司法或行政机关的指令对特定侵权网站停止接入服务,以阻止侵权内容的扩散。在此体制下,接入服务商不需要对版权人所提出的侵权事实进行调查和核定,而且对侵权者采取封网措施,对于接入服务商而言也并不复杂,成本较低。另一方面,相较于“三振出局”制度仅对个别用户进行断网,“封网禁令”制度对整个网站采取封网措施,因而其所实现的维权效率也较高。一个盗版侵权网站所分享的作品非常之多,根据“三振出局”制度,其在耗费大量人力和社会成本的前提下,仅能断开分享用户的链接,而相较之下,“封网禁令”制度则更具优势,因为其能对整个盗版网站予以屏蔽,并且可以重复、快速地实施。正如英国通信管理局在其所做出的调研报告中指出,虽然“封网禁令”制度并非打击和根除盗版的唯一路径,但相较于其他方案,在当前的打击网络盗版中是最具成效的^[20]。此外,根据卡内基梅隆大学的研究数据表明:从2014年司法实践适用“封网禁令”制度开始,几大主要接入服务商屏蔽了50多个盗版网站,这导致其国内盗版网站访问数量迅速下降,下降幅度为16%,且导致其国内合法网站的访问量上升了16%^[21]。

(三)“三振出局”制度与中国国情不相适应

鉴于中国人口基数大,法院办案压力大的国情,引入“三振出局”制度可能引发费用浩繁、维权效率低下等问题。“三振出局”制度的运行需要一个专业的监控系统,爱尔兰高级法院曾在2015年的一个判例

① Digital Economy Act 2010, Section 3-8.

中提及其造价为84万至94万英镑^①。根据中国互联网络信息中心(China Internet Network Information Center, CNNIC)发布的《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2020年3月,中国网民规模达9.04亿^[22],而2015年爱尔兰总人口只有460万。再考虑到发送、处理警告的人工费,可以预见,要在中国建立并运行这样一个系统的成本之高昂。费用由谁来承担这个问题在中国相较于其他国家将更为突出。目前还没有一个国家能给出一个合理的解决方案,中国也不例外。

另外,行政机关是否有权发布“三振机制”中的断网禁令,这个问题在历史上有过激烈争论。最早法国拟设制一个行政主体,即前文所述的高级公署对侵权用户发布警告通知,并有权发布断网的禁令。宪法委员会却认为这一规定有失偏颇,指出只有法院才有权力采取断网措施,因此否决该法案。最终,法国将上述权力交由司法机关行使,才能于2010年正式实施^[23]。因此,鉴于强制措施会限制用户的一些权利,国际上目前已达成共识,只有法院能够发布禁令。但是,中国法院面临巨大的收案压力,若再对“三振机制”的合理性和合法性进行审查,不仅会影响办案质量,也会加长维权周期,不利于网络版权的保护^[24]。

另一方面,对网络用户个人采取强制措施的做法与中国的司法实践不相适应。中国在规制网络侵权方面,一般通过追究网络服务提供者的间接侵权责任来实现,这是由网络服务提供者更具有赔偿能力,以及中国人口基数大、网络实名制未落实、IP地址与侵权人不一一对应的现实所决定的。因此,倘若在中国实行“三振出局”制度,不仅没有司法判例做支撑,也将面临许多前提条件缺失的窘境。

中国尚未建立起完善的网络实名制度,互联网诚信管理系统仍不成型,再加上中国网民数量众多,如果让网络接入服务提供者一一判断个体重复侵权者,将耗费大量的人力物力。因此,让网络接入服务提供者直接停止为重复侵权者提供接入服务,在实际操作中阻碍重重。与中国情形不同的是,国外实施“三振出局”制度的国家,例如法国、美国等,都具有较为完备的网络实名登记制度,网民也具备较强的版权保护意识。在判定是否构成重复侵权时,能够依靠管理和技术手段准确地搜寻到重复侵权人的具体身份验证信息,并对其重复侵权行为进行相应处罚。

(四)中国应对“封网禁令”制度进行本土化改造

与“三振出局”制度不同,“封网禁令”制度针对的是侵权网站,这与中国的司法实践更具统一性,将其引入中国会更加顺畅。目前,多数国家只规定法院有要求停止提供网络接入服务的权力。但基于中国国情,中国的“封网禁令”应赋予知识产权行政执法机关。

一方面,中国侵权纠纷数量庞大,法官工作压力大,倘若“封网禁令”的实施必须经过诉讼这一环节才能够启动,维权效率将无从谈起,中国著作权保护的水平将难以提升。因此,必须在诉讼之外,开辟出一条相对公正、高效的维权途径,方能使“封网禁令”发挥作用。另一方面,为了提升维权效率,中国知识产权行政执法体系已经有了很大发展,积累了几十年的执法经验和专业人才储备,有能力审查权利人的屏蔽申请并依法做出决定,在中国的著作权保护体系中占有重要地位。可见,赋予知识产权行政执法机关实施“封网禁令”的权力,是实现公平和效率的有效途径。

此外,值得注意的是,维护版权人利益,积极打击盗版网站行为无疑十分重要,但应对其控制在合理的限度内,否则可能因打击范围过大而产生消极影响。国外在衡量“特定侵权网站”过程中已经形成了一套衡量因素,部分国家的立法,如新加坡版权法修正案中第193DDA条更是具体列举了适用此类封网措施的考量因素,具体标准包括:网站点击量、是否以提供侵权作品为主要营业目的、是否存在被封网的历史以及是否采取了规避封网的措施等因素^②。再如澳大利亚版权法第115A(5)款也规定了一系列考量因素,包括是否以侵权或者引诱他人侵权为主要目的、网站侵权内容的数量、网站运营者是否明显漠视版权侵权、网站在本国境内被封网的历史、屏蔽网站是否会对其他人造成影响或是否会公众利益、其他可行措施等^③。因此,中国所采取的封网措施应当限于以提供侵权作品为主要营业目的的网络服务商,同时结合网站点击量、网站侵权内容数量、是否有被封网的历史、网站运营者是否明显漠视版权侵权行为等因素予以综合考量。例如针对当前大量提供盗版影视资源的网站或者注册多个域名提供侵权内容的

① Sony Music Entertainment (Ireland) Ltd. & Ors v UPC Communications Ireland Ltd. [2016] IECA 231。

② Copyright (Amendment) Bill of Singapore, Article 10, 193DDA。

③ 2015 Copyright Amendment (On line Infringement) Act of Australia, Article 115A (5)。

网站,就应当对其采取封网措施。但对于一些网络服务商,其并不以提供侵权作品为主要营业目的,但由于网络服务性质和技术特性等因素使其所提供的网络服务中难免会存在一些侵权作品,便不应当对其采取严苛的封网措施。例如,谷歌和百度作为当前主流的搜索引擎服务商,其并不以提供侵权作品为主要营业目的,尽管其一些链接中存在侵犯著作权的作品,但并不能因此就停止为谷歌和百度提供网络接入服务。

综上所述,中国不宜采取“三振出局”制度,相对而言,“封网禁令”制度的设计思路更加值得借鉴,也即要求网络接入服务提供商承担封锁或禁止向重复实施侵权行为的网站提供接入服务的义务,以更好地打击侵权行为,加大对著作权人的保护。在借鉴国外“封网禁令”制度的基础上,应当结合中国的制度体系和国情进行本土化改造:一方面,赋予知识产权行政执法机关实施“封网禁令”的权力;另一方面,将以营利为目的的重复侵权网站作为制度的适用对象,同时结合相关因素予以综合考量。这种方式能更公平、有效地打击侵权行为,也更符合目前的国情与相关政策。

四、结论

在WEB3.0时代,日新月异的传播技术及商业模式使得网络用户侵权现象愈演愈烈,此外考虑到当前国际版权法发展的潮流,对接入服务提供商的版权责任进行重新审视,并匹配以科学、合理的法律责任,是值得中国立法者考虑的应对策略。就接入服务商增设何类版权责任以及如何对其进行制度设计而言,通过对“三振出局”制度和“封网禁令”制度的优劣对比,中国应该择取“封网禁令”制度,同时结合中国制度体系对其予以本土化改造。

参考文献:

- [1] FARRAND B. Networks of power in digital copyright law and policy: political salience, expertise and the legislative process[M]. London: Routledge, 2014: 40.
- [2] 刘文杰. “通知删除”规定、必要措施与网络责任避风港: 微信小程序案引发的思考[J]. 电子知识产权, 2019(4): 4-13.
- [3] 胡开忠. 屏蔽网站禁令的制度分析及其对中国的启示[J]. 法学, 2017(3): 117-129.
- [4] 郭娟, 易健雄. 网络服务提供者(ISP)信息披露制度: 以著作权法领域为中心[J]. 重庆邮电大学学报(社会科学版), 2016(3): 52-58.
- [5] 陈绍玲. “三振出局”版权保护机制设计研究[J]. 中国版权, 2014(4): 19-25.
- [6] 王迁. 挑战网络接入服务商责任的界限: 美国 Verizon 案评介[J]. 电子知识产权, 2004(9): 51-54.
- [7] MEYER T. Graduated response in France: the clash of copyright and the internet[J]. Journal of Information Policy, 2012(2): 107-127.
- [8] ALAIN S. The “Graduated Response” in France: is it the good reply to online copyright infringements[M]// STAMATOUDI A. Copyright Enforcement and the Internet. Alphen: Kluwer Law, 2010: 147-151.
- [9] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 184.
- [10] BRIDY A. Graduated response American style: six strikes measured against five norms[J]. Fordham Intell. Prop. Media & Ent. LJ, 2012(23): 1-67.
- [11] RUSS M. Problematically proactive: a summary of recent legal developments in the field of internet intermediary liability[J]. Northern Ireland Legal Quarterly, 2018, 69(2): 563-569.
- [12] HORNER S N. DMCA: professional sports leagues’ answer to protecting their broadcasting rights against illegal streaming[J]. Marq. Sports L. Rev., 2013(24): 435-462.
- [13] FEILER L. Website blocking injunctions under EU and US copyright law: slow death of the global internet or emergence of the rule of national copyright law?[C]. Transatlantic Technology Law Forum (TTLF) Working Paper, 2012: 1-76.
- [14] De FILIPPI P, BOURCIER D. “Three-strikes” response to copyright infringement: the case of HADOPI[M]. New York: Palgrave Macmillan, 2016: 125-152.
- [15] HOPKINS A T. Right to be online: Europe’s recognition of due process and proportionality requirements in cases of individual internet disconnections[J]. Colum. J. Eur. L., 2010(17): 557-600.
- [16] PETER K Y. The graduated response[J]. Fla. L. Rev., 2010(62): 1373-1430.
- [17] DANAHAR B, SMITH M D, TELANG R, et al. The effect of graduated response anti - piracy laws on music sales: evidence from an event study in France[J]. The Journal of Industrial Economics, 2014, 62(3): 541-553.
- [18] OLESON J C. Habitual criminal legislation in New Zealand: three years of three-strikes[J]. Australian & New Zealand Journal of

- Criminology, 2015, 48 (2): 277-292.
- [19] WILSON S D. South Korea three strikes law under re-examination pressure[EB/OL]. (2013-04-05)[2020-12-7]. <http://www.freezenet.ca/south-korea-three-strikes-law-under-re-examination-pressure/>.
- [20] ELEONORA R. 2015: the year of blocking injunctions?[J]. Journal of Intellectual Property Law & Practice., 2015, 10 (3): 147.
- [21] POORT J, LEENHEER J, HAM J, et al. Baywatch: two approaches to measure the effects of blocking access to the pirate bay[J]. Telecommunications Policy, 2014, 38 (4): 383-392.
- [22] 中国互联网络信息中心. 45次中国互联网络发展状况统计报告[EB/OL]. (2020-04-28)[2020-12-7]. <http://f.sinaimg.cn/tech/cbc3161f/20200428/45.pdf>.
- [23] GIBLIN R. Evaluating graduated response[J]. Columbia Journal of Law & the Arts, 2013 (37): 147-210.
- [24] 孙国臻. 网络环境下著作权三振规则引入中国的可能性: 三振规则与避风港原则的比较分析[J]. 山东审判(山东法官培训学院学报), 2013, 29 (3): 69-73.

Research on the Appropriate Expansion of Access Service Provider's Copyright

YUAN Feng

(School of Communication, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: In the era of new technologies, due to changes in technology and the shape of the Internet industry and the development of international copyright development, the "safe haven" rules of traditional access service providers need to be re-enacted, but the key issue is what kind of copyright liability is added and how to design the system. In this regard, there are mainly two disputes about the choice of system models in the theoretical and practical circles: one is the "three strikes" system; the other is the "net ban" system. As far as our country is concerned, we should add the obligation of the access service provider to "block the Internet", because compared with the "three strikes out" system, the "net ban" system is more legitimate and reasonable in terms of technical level and legislative construction, and the system implementation cost is lower, and the efficiency of rights protection is higher, but in the specific design, it should be combined with China's system and national conditions for localized transformation.

Keywords: new technology era; access service providers; "three strikes" system; "net ban" system

[责任编辑:箫姚]

(上接第164页)

Misunderstandings of Criminal Regulations of Crawling Public Data and the Corresponding Correction —Cut from the Country's First "Crawler" Sentencing Case

SHI Jinghai, SU Sangni

(Law School, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The country's first "crawler" indictment case reflected the problem of criminal law's over-regulation of crawling public data. The reason for this problem is that the judicial practice is dominated by technical judgments to expand the application of the crime of illegally obtaining data. Specifically, under the legislative provisions that determine the illegality of the form of crawling behavior based on the technical authorization of the data controller, the judiciary uses the technical attribute of the data to replace the legal attribute to judge the legal interest infringement of the behavior. From the perspective of the unification principle of legal order and the data security view that takes into account both security and development, the expansion and application of crimes led by technical judgments should not be the position of criminal law data crawling. In fact, data security protection should adhere to the restraint of the criminal law based on the consideration of data development, and limit the criminal law of crawling public data to the scope of protecting important data that has been typed in the criminal law and maintaining the normal operation of computer systems. For crawling public works data that has been typed and protected by the criminal law, which should be punished based on all the facts of the case, it should be determined as a crime of copyright infringement; for other public data crawling activities that are not typed in the criminal law, the crime of illegally obtaining data cannot be applied. But when the act of crawling public data disrupts the normal operation of the computer system and should be punished, it can be determined as the crime of destroying the computer information system.

Keywords: crawler; crawling; public data; data security; the crime of illegally acquiring computer data

[责任编辑:箫姚]