



【法学研究】

论英国《数字经济法》的“三振机制”及其启示

朱喆琳

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:英国《数字经济法》中的“三振机制”是针对网络服务使用者侵害著作权人合法权益的行为而制定的、旨在打击网络盗版、促进信息技术与文化产业发展的—套较为完整的规范体系。其特点在于以促进社会经济与文化发展为方向,以实现著作权人合法利益为目标,以构建利益平衡为手段,以保障基本人权为底限,以行政机关的管理与监督为保障。其中,合理设置行政机关管理权限,是实现打击网络侵权、保护文化创意产业发展的有效途径。

关键词:数字经济法;三振机制;著作权

中图分类号:D912.29 **文献标识码:**A **DOI:**10.16152/j.cnki.xdxbsk.2016-02-015

随着传播技术的迅速发展,针对网络用户未经权利人许可非法分享数字作品的行为对著作权人合法权益所造成的影响,2008年上半年,英国政府呼吁网络服务提供商(Internet Service Provider)与著作权人达成协议,以共同应对网络盗版等侵犯著作权的问题^①。2009年6月英国政府发布了《数字英国报告》,较为全面地揭示了数字信息时代所面对的问题与意见,其中第四章即有关于数字时代创意产业的问题^②。该报告建议,针对上述情形政府必须加强立法,以保障信息产业的健康发展,并应由通信产业领域的行政主管机构英国通信局(Office of Communications)负责有关网络著作权保护事宜^③。2009年11月,英国政府向国会提交的《数字经济法(草案)》在2010年4月8日经英国下议院通过,于2010年6

收稿日期:2015-05-22

基金项目:国家社会科学基金项目(15BFX145);西北工业大学2014年人文振兴基金项目

作者简介:朱喆琳,女,浙江舟山人,中国人民大学博士研究生,从事经济法研究。

①《数字英国报告》由英国文化媒体和体育部发布,共有中期报告和最终报告两部:Digital Britain(Interim Report) [EB/OL]. [2015-03-13]. <https://www.gov.uk/government/publications/digital-britain-the-interim-report-january-2009>. Digital Britain(Final Report) [EB/OL]. [2015-03-13]. <https://www.gov.uk/government/publications/digital-britain-the-interim-report-january-2009> 本文所引用的为 Digital Britain(Final Report)即《数字英国(最终)报告》。

②Digital Britain(Final Report):Chapter 4:Creative Industries in the Digital World,Published by Department for Culture, Media and Sport. [EB/OL]. [2015-02-05]. <https://www.gov.uk/government/publications/digital-britain-the-interim-report-january-2009>.

③英国通信局是英国通信产业的独立调整机构和市场管理当局,1993年5月21日设立,责任设计广播、电视、电信和无线通信服务。 [EB/OL]. [2015-03-10]. <http://www.ofcom.org.uk>.

月8日起施行,即《数字经济法》(Digital Economy, Act 2010)^[1],其主旨在于促进本国相关产业的健康发展,维护著作权人的合法权利。该法案内容包含数字技术发展所涉及的11个主题共计48条,另含两个附件,针对数字版权保护、域名管理、数字内容管理等内容,分别对网络服务提供商和英国通信局的责任与义务作出明确规定^{[2](P55)}。虽然该法案自公布以来便遭到广泛质疑与反对,但根据2015年1月发布的统计数据表明,该法案实施后英国创意经济总增加值达到了769亿英镑^①,一定程度上有效促进了创意文化产业的良性发展。

一、“三振机制”产生的背景与内涵

本质而言,“三振机制”是为应对网络传播技术发展过程中多重主体之间的利益冲突而产生的一项制度。各国立法实践中的“三振机制”在理论上可进行“狭义”与“广义”的划分,区别在于法律条文中是否明确规定“三次通知”等事项,明确规定者即属于狭义“三振机制”的范畴^②。广义的“三振机制”则泛指以立法的形式确定网络服务提供商负有保护网络著作权的责任,并在一定条件下可以对侵犯著作权的行为采取终止服务、切断连接、限制访问等措施,即“三振条款”的内容未必限于“三次通知”和“断网”^[3]。这一制度最早由美国唱片产业协会提出,意图通过与网络服务提供商的合作,当用户非法进行文件共享时,由网络服务提供商向用户发出警告并予以停止服务的处罚,以代替对P2P侵权主体的诉讼。法国也于2009年通过了饱受争议的《促进互联网创造保护及传播法》(The Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet)^③,并正式引入了“三振机制”^{[4](P7)},规定互联网作品传播及权利保护高级公署作为行政主管机关,其权利保护委员会可以根据相关控告和信息向侵害著作权行为人发出警告,被诉两次以上仍不停止侵权,即可将相关材料移送法院^[5-7]。此后,韩国、新西兰等国及我国台湾地区都先后制定了类似的“三振法案”,规定了网络服务提供商对用户侵权行为的“告知义务”及“断网条款”,希望以此打击日益猖獗的网络盗版行为。

二、英国《数字经济法》中“三振机制”的立法架构及特点

(一)英国“三振机制”的立法架构

《数字经济法》中的“三振机制”既有关于实体权利与义务的规定,也包含程序性的内容,是针对网络服务使用者(即用户)侵害著作权人合法权利的行为而制定的、旨在打击网络盗版、促进信息技术与文化产业发展的较为完整的规范体系。该体系以英国通信局为行政主管机关并进行统一管理,由网络服务提供商配合落实相关规定,著作权人与用户共同参与,以协调各个利益主体之间的利益关系、

① 数据来源于 Creative Industries Economic Estimates January 2015, Published by Department for Culture, Media and Sport. [EB/OL]. [2014-10-13] https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/394668/Creative_Industries_Economic_Estimates_-_January_2015.pdf.

② 如我国台湾地区2009年修订的《著作权法》规定“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。”参见我国台湾地区《著作权法》第90条之4第1项第2款。

③ 在2009年6月通过的《促进互联网创造保护及传播法》中明确规定,互联网作品传播及权利保护高级公署作为行政主管机关,可以不经司法程序,对被诉侵害著作权的行为人予以断网。但这项法案一经公布便遭到广泛的批评与反对,争议的焦点集中于保护基本人权以及行政机权限范围等内容。由于各方争议较大,迫使《促进互联网创造保护及传播法》中行政机关可以直接中断用户互联网服务等条款,于2009年6月12日被以违宪为由予以删除,并于2009年10月8日经国会通过第2009-1311号法,对存在的相关较大争议问题重新予以规定,并同时修订《知识产权法典》《刑法典》《刑事诉讼法典》。2009年10月28日出台了修订后的《关于互联网文学和艺术产权的刑事保护法》,将“断网”作为刑法从刑,转交由司法机关处罚。来源: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORF-TEXT000023850881&dateTexte=&categorieLien=id。2015年1月12日访问。

规范各个主体之间的行为为途径。但整体上看,更侧重于原则性规定,其他细则交由英国通信局依法制定。综合英国国内的实践情况来看,在制定《数字经济法(草案)》时是否引入“三振机制”,既要考虑本国经济与文化以及相关产业的健康发展,同时还要对市场经营者、使用者以及著作权人之间的利益分配作出合理安排,更须尽量避免重蹈法国相关立法备受诟病的覆辙。

从各主体间的权利义务角度来看,英国通信局作为主管机关,负有行政管理、监督市场主体行为、向上级汇报法律执行情况以及制定相关具体性规范等责任。网络服务提供商负有英国通信局依法授予的保护网络著作权及保护著作权人合法利益的义务。为了督促网络服务提供商主动采取措施以降低侵害著作权行为所造成的损失,《数字经济法》明确规定,如果出现了网络服务提供商不积极履行通知和报告义务及提供技术服务的情况,将会面临最高达 25 万英镑的罚款^①。相应的,为了避免著作权人滥用其权利,从著作权人举报侵权行为到执行司法程序的整个过程中所产生的费用,将由网络服务提供商与著作权人共同承担,以此保证著作权人合法、合理地行使其权利。若用户确有侵权行为,则需承担相应责任,并享有申诉的权利。

从主体行为的角度看,“三振机制”始于著作权人对于侵权行为的检举,即著作权人向网络服务提供商提供特定 IP 有侵害著作权行为的“著作权侵害报告”,若报告内容符合法律规定的要求,则网络服务提供商应在一个月内向指定 IP 的用户发出通知。同时,网络服务提供商会建立“黑名单”用于记录与监控每一个被列入侵害通知的用户,并将其提供给著作权人。“黑名单”旨在帮助著作权人判断用户侵权行为的程度,决定是否对多次侵权或经通知后仍然实施侵权行为的用户提起诉讼。为了保护用户隐私,在此阶段网络服务提供商所提交给著作权人的“黑名单”不得包含用户的真实身份信息,只能以编号的形式对不同用户加以区分。只有著作权人向法院提出诉讼,并经法院作出提供指定用户资料的裁定之后,网络服务提供商方可以将用户信息提供给著作权人。在整个过程中,用户的真实信息受法律保护,即便是行政主管机关亦没有借职权调取或公布之权力。这样,在注重用户隐私保护的同时,也最大程度避免了行政机关过多干预市场主体的经营活动。

从法条规定的内容来看,有关规定以规范各个主体行为为核心,除有关程序性规定之外,还包括用户上诉、罚金、费用分担等内容。各规定的具体实施细则由英国通信局依法制定,如与网络服务提供商的义务相关的《初始义务措施细则》与《技术义务措施细则》。所谓初始义务措施,主要包含通知与报告两项义务,即著作权人举报之后,网络服务提供商应向涉嫌侵权的用户发出通知,同时对用户的行为进行跟踪与记录,并将记录提供给著作权人。所谓技术义务措施,指在采取初始义务措施之后一段时间内如未能起到打击盗版的作用,经国务委员授权,由英国通信局负责制定进一步制裁的相关技术措施,然后交由网络服务提供商负责具体执行,包括限制访问、中断连接等等。这一过程涉及判断侵权行为、调取用户信息、采取制裁手段等重要问题。

(二) 英国“三振机制”的特点

《数字经济法》是顺应时代发展并响应《数字英国报告》的产物,客观上受到了法国《促进互联网创造保护及传播法》等相关立法实践的影响,其特点在于它是以促进社会经济与文化发展为方向,以实现著作权人合法利益为目标,以构建利益平衡为手段,以保障基本人权为底限,以行政机关的管理与监督为保障的一项制度。而有关行政机关的权限与权力行使的规定尤其值得分析。

^① 依《数字经济法》第 14 条第 2 款规定: The amount of the penalty imposed under section 96 as applied by this section is to be such amount not exceeding £ 250,000 as OFCOM determine to be - (a) appropriate; and (b) proportionate to the contravention in respect of which it is imposed. [EB/OL]. [2015-03-01]. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>.

首先,英国通信局作为通信主管机关有足够的专业技术能力与业务管理经验处理信息网络领域出现的问题。故《数字经济法》明确规定将对网络著作权保护的相关事宜的管理之权力授予英国通信局,并由其监督与督促各个主体贯彻落实法律规定。但相较于法国与我国台湾地区的相关立法,英国以间接的二阶段制裁为具体手段,对行政主管机关英国通信局的权限范围进行了更多法律限制。将有关记录侵权行为、收集用户信息等事宜交由网络服务提供商具体负责执行,英国通信局只有监督其执行的权力。就用户行为是否侵权及其侵权程度和影响而言,英国通信局作为管理者不享有裁判者之权限,更不享有制裁用户、中断其网络连接之权力。

其次,《数字经济法》对由英国通信局负责制定的相关实施细则有严格要求,其过程必须在市场主体参与之下才能进行。如《初始义务措施细则》中规定只有在网络服务提供商、著作权人及用户之间不存在既有行业规范的前提下,英国通信局才享有制定细则的机会。即便如此,相关细则的制定也必须听取三方意见,经上下议院审阅批准之后方得以实施。因此,英国通信局自行制定规则的权利受到了很大的限制。

总体上看,《数字经济法》中对于“三振机制”所涉及的网络服务提供商的责任、著作权人的合法权利、用户个人的隐私以及行政机关的权限等问题的规定都非常谨慎。但由于相关规定课于网络服务提供商保护责任及需要负担由此产生的部分费用,使得《数字经济法》遭到了网络服务提供商的强烈反对。他们认为该法案构成对人权的侵犯,并将大型互联网服务商置于不利境地^{[8](P43)}。此外,由于该法案第17条赋予了国务大臣、商业、企业及制度改革事务大臣任意修改著作权和专利法的权利,以谷歌、雅虎为首的网络巨头认为这会严重阻碍技术创新,增加不必要的成本,扰乱市场秩序^{[9](P246)}。2011年初英国政府作出重新审查《数字经济法》相关义务措施执行效果的决定,被视为互联网服务提供商的胜利^①。根据最新报道,《数字经济法》的部分条款仍继续面临被延迟实施的可能^②。可见,这一法案在英国国内同样面临难以落实的困境。但客观上,该法案的出台无疑是一次有益的立法实践活动,是英国政府对于治理网络侵犯著作权行为的尝试。对于著作权人在保护网络著作权方面责任的强调、对个人信息的保护及对于网络服务发展的考虑,都非常值得我国学习^{[10](P93)}。

三、“三振机制”对当前著作权立法的启示

在我国《著作权法》面临修改之际,国内学界对是否引入“三振机制”持谨慎观望态度。但《数字经济法》中有关行政主管机关职能的规定、法案在实施过程中所反映出的传播技术发展与著作权法律制度之间的互动关系等问题值得思考。

(一)《数字经济法》对行政机关的权限约束

由于互联网环境下侵权行为认定极为复杂,已经建立“三振机制”的各国都设立了专门、专业的数字版权保护专门机构,负责相关案件的处理和执行。在具体实践中,这些部门需要综合考虑多项因素,才能最终作出是否采取断网措施的决定^{[11](P15)}。法国《促进互联网创造保护及传播法》饱受诟病的原因之一就在于行政主管机关权限范围过大,不仅有管理相关事务之权,也享有监控与判断用户行为是否合法,以及直接对经多次警告无效的侵权行为用户采取制裁措施的权利,严重干预到市场经营主体的经营活动。虽然在新版《促进互联网创造保护及传播法》中最终规定将处罚程序司法机关化,但在技术及

① 参见 Digital Economy Acts anti-piracy measures are delayed. [EB/OL]. [2015-01-17]. <http://www.bbc.co.uk/news/technology-17853518>.

② 参见 Digital Economy Act copyright regime shelved by UK government. [EB/OL]. [2014-12-17]. <http://www.outlaw.com/en/articles/2014/july/digitaleconomyactcopyrightregimeshelvedbyukgovernment>.

法律实践中仍存在显失公平的非议,尤其是断网处罚是否能够真正实现遏止网络侵权案件的发生,引发对行政手段与目的比例性的商榷^{[12](P87)}。与之相比,英国通信局作为主管机关,大多数职能是被动的,更多扮演着监督者与服务者的角色。法律在赋予行政主管机关职权的同时,明确规定其权限范围,从源头上限制行政权力的滥用,最大限度地避免了行政权力干预市场活动的情况。

就我国目前著作权相关立法来看,未经许可传播他人作品的行为侵犯了《著作权法》第十条规定的信息网络传播权。《侵权责任法》第36条也明确指出:“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的,应当承担侵权责任。”此外还颁布了专门的《信息网络传播权保护条例》。由于我国当前网络著作权监管主要由各级版权行政部门负责,知识产权法也处于试点运行阶段,组织机构尚不健全,且一般行政处罚和司法制裁对象局限于“以营利为目的”的侵权盗版行为,对于一般非法上传或再次传播的行为关注较少。同时,我国行政机关扮演的角色在行业发展中被逐渐异化,偏离其设立的初衷,原因即在于法律对行政机关的作用、职能、权限以及行为规范等规定得模糊。行政机关的作用是不可忽视的,但如何定位行政机关的职能、划分其权限是非常重要的问题。明确行政机关的职能,构建一个较为公正与客观的利益平衡体系,既是著作权立法发展的选择,也是社会进步的要求。在此过程中,必须依赖原则性规定与具体性规定的结合,对行政机关的角色适当淡化。相比之下,英国通信局作为主管机关,主要作用在于服务于行业的健康有序发展,服务于市场经营的主体。同时,受限于法律的规定,其角色并无从管理者向审判者或执法者角色延伸的可能,亦没有依职权干涉市场经营主体的经营活动,或者获取用户隐私的权限。

(二) 技术进步与著作权法律制度发展的关系

网络技术的发展使信息共享与传播更加便利,也使著作权人越来越难以实现对自己作品的有效控制,著作权法所提供的创作诱因无法实现。开放共享的互联网精神与以鼓励创新为目的的版权保护之间的矛盾也日益突出,不断冲击着原有的著作权法律制度,令原有利益平衡关系处在不稳定的情况下^{[13](P68)}。《数字经济法》本身并不源于《著作权法》,而是从英国《通信法》(前身则是《电信法》)修改而来,实质上是从规范通信技术的立法发展而来,一定程度上反映出了著作权法律制度与科学技术发展之间的关系。当前国内学界也提出了众多有关著作权法律体系改进或完善的观点,其核心多在于强调传播技术的发展已经使著作权法律体系必须作出相关的改变,进而认为应以权利为砝码调整新技术条件下的利益平衡,以期对原有著作权法律保障体系加以完善。其中较具代表性的当属技术措施权、接触权等观点。

但上述观点的核心,都建立在著作权人利益因传播技术发展而受到损害的前提之下。需要指出的是,传播技术本身是中性的。技术发展使著作权法律体系受到严重冲击,但同时也为著作权人的利益提供了新的实现途径和机遇,促进了著作权法的发展。换言之,现行著作权法律制度的基本原则尚未受到直接破坏,以单方面利益考量作为修改著作权法的动机,违背了著作权法的基本内涵。事物发展的基本原则不在于事物外部,而在于事物的内部矛盾性。著作权法与科学技术发展之间的矛盾,应属于著作权法律制度发展的外部因素。而著作权法的发展,则实际上决定于其内因,即著作权法的立法目的与著作权法律性质之间的矛盾,这一矛盾集中在著作权法与公共利益的关系之中。著作权法制定之初,就必须在个人利益与社会公共利益之间进行调整与协调,一方面,要求以主动手段来保护和推动社会公共利益;另一方面,著作权法的私法属性又允许法律关系当事人除法律必要规制外,可以尽可能地按照自己的意志来实现自己的利益^{[14](P83)},这决定了著作权法并不积极或主动承担实现公共利益的使命。著作权法的法律属性与立法目的都是客观的,同时存在于著作权法律体系当中,却在对于公共利益调整的问题上相互排斥,这一对矛盾的存在与运动,左右着著作权法律制度发展的内部原因与决定性力量。因此,虽然传播技术对于著作权法律制度的影响是不可否认的,但只有在有一项传播技术足以使得著作权法

的立法目的与调整手段之间矛盾产生变化时,方才会产生法律制度变革的需求。因此,需要以更谨慎的态度看待著作权法律体系与技术变革之间的互动。

参考文献:

- [1] 赖文智,王文君. 网络著作权侵权三振条款比较分析——以法、英、纽立法例为心[EB/OL]. [2014-06-17]. <http://www.is-law.com/post/8/572>.
- [2] 黄先蓉,冯博. 英国《数字经济法》及对我国数字版权立法的启示[J]. 中州大学学报,2013,(1).
- [3] 赖文智. 著作权领域“三振条款”发展概况[EB/OL]. [2015-03-01]. http://tci.ncl.edu.tw/cgi-bin/g32/gswweb.cgi?o=dnclet&s=id=%22TCI0002653609%22.&searchmode=basic&tcihsspage=tcisearch_opt2_search.
- [4] 田扩. 法国“三振出局”法案及其对我国网络版权保护的启示[J]. 出版发行研究,2012,(6).
- [5] 陈思廷. 法国著作权网路侵权三振法制之解析[J]. 智慧财产月刊,2012,(161).
- [6] 陈思廷. 法国对抗网路盗版之著作权政策与法制介绍[J]. 司法新声,2010,(101).
- [7] 章忠信. 2009年新修正著作权法简析——网络服务提供者之责任限制[J]. 月旦法学杂志,2009,(10).
- [8] 卢宝锋. “三振法案”的国际进展[J]. 电子知识产权,2012,(1).
- [9] 张亚菲. 英国《数字经济法案》综述[J]. 网络法律评论,2013,(1).
- [10] 姚洪军. 英国数字经济法治理网上著作权侵权的尝试[J]. 知识产权,2011,(9).
- [11] 黄先蓉,李晶晶. 中外数字版权法律制度盘点[J]. 科技与出版,2013,(1).
- [12] 宋廷徽. “三振出局”法案全球化路径之探讨[J]. 知识产权,2010,(2).
- [13] 贺琼琼. 信息自由与版权保护:法国反网络盗版立法最新发展及评述[J]. 法国研究,2012,(1).
- [14] 张曼. 著作权强制许可制度的国际法探究及当代启示[J]. 西北大学学报:哲学社会科学版,2013,(2).

[责任编辑 霍 丽]

Analysis of Three Strikes Mechanism in U. K Digital Economy Act and its Implications

ZHU Zhe-lin

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: The mechanism of Three Strikes in "U. K Digital Economy Act 2010" is formulated aiming to the behavior of users of internet service who violates the legal right of the copyright owner. It is a relatively complete standard system to combat Internet piracy and promote the development of information technology and cultural industries. The characteristic is that it lies in taking promoting the development of social economy and culture as orientation; the realization of legal benefit of copyright owner as target; the construction of interests balance as method, the guarantee of basic human rights as baseline and the management and monitoring of administrative organs as securities. The suitably setting of management jurisdiction of administrations is the effective approach to combat internet infringement and protect the development of cultural and creative industries, and relative regulations have enlightenment function to the modification of copyright law in our country.

Key words: digital economy act; three strikes mechanism; copyright