

# 引入抑或摒弃：对网络版权管理“三振出局”规则的评议与反思

池 骋

厦门大学法学院, 361005, 福建厦门

**摘要** “三振出局”规则是由RIAA发起的,旨在事前防堵、减少损害的网络版权管理措施,目前在少部分国家采用立法模式与约定模式加以确立。但立法模式有违作为现代法治社会基本原则的比例原则,其内部的规则设置亦不符合正当程序原则,并将打破著作权人与合理使用者之间的利益平衡。而约定模式虽不涉及是否符合比例原则之问题,但该模式下的“三振出局”规则赖以证成之重要理由——“低经济成本”存在质疑,并且因其权力出自私人契约,缺乏法律监控。因此,中国要谨慎引入“三振出局”规则。

**关键词** 三振出局; 网络; 版权; 管理

DOI:10.16510/j.cnki.kjyeb.2016.05.026

根据中国互联网络信息中心发布的《第三十六次中国互联网络发展状况统计报告》,截至2015年6月,中国网民规模达6.68亿,互联网在中国民众中的普及率达到了48.8%。<sup>[1]</sup>互联网的深层次普及带来的结果是民众对于网络使用的依赖加深,任何阻碍或者中断民众上网的情形就如同日常生活中断水停电一般,影响颇大。使用互联网也已升格为人的基本自由之高度,然如卢梭所言,“人生而自由,却无所不在枷锁之中”<sup>[2]</sup>,绝对没有限制的自由是不存在的,也是没有意义的。网络使用的自由也不是毫无规范的,特别是当该行为

侵犯他人权利时,法律规范应当介入调整。申言之,近年来网民使用更为便利且快速的网络终端(如手机、平板电脑等),通过各式平台(如微信、微博等应用软件)可将自行或他人创作的内容进行发送与传播,其中不少是属于著作权法保护之内容,且不乏侵权行为发生。有鉴于此,媒体与娱乐业亟欲对网络使用所发生的著作权侵害行为采取事前防堵、减少损害等规制措施,美国唱片业协会(以下简称RIAA<sup>①</sup>)所提倡的“三振出局”规则便是其中的典型。随着部分国家对该制度予以引进确立,在中国网络版权管理中引入“三振出局”规则的呼声也屡现学术界<sup>②</sup>。“它山之石”是否可“攻玉”?笔者拟在以下详论之。

## 1 “三振出局”规则的缘起

P2P<sup>③</sup>技术的大量应用使著作内容的分享速度呈数量级增长,也使得侵犯著作权行为大量涌现,该技术所具有非实名制、分布广泛的特点,令著作权人对于侵权行为难以防范,也无法搜集到有力的司法证据,更不会支付高昂的诉讼成本对个案进行责任追究。因此,著作权人团体为减少对网络侵权使用者诉讼,加强事前防堵,开始寻求与因特网服务提供商(以下简称ISP<sup>④</sup>)合作。2008年12月,RIAA与ISP宣布共同合作采取“三振出局”规则<sup>⑤</sup>:

① 为与国际资料相接轨,故使用RIAA作为Recording Industry Association of America(美国唱片业协会)的简写。

② 观点详见: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):5-9.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.孙国臻.网络环境下著作权三振规则引入我国的可能性——三振规则与避风港原则的比较分析[J].山东审判,2013(3):69-73.夏劲钢.三振出局版权保护规则中国化探析[J].科技与出版,2015(11):8-11.

③ P2P是peer-to-peer(点对点传输)的简写,网络使用者利用P2P技术已无须像以往一样在网站服务器存储区下载作品,而是可以直接地在网络终端间传输数据。

④ 为与国际资料相接轨,故使用ISP作为Internet Service Provider(因特网服务提供商)的简写。

即网络用户发生侵犯著作权之行为被举报后,ISP可以进行警告,若经过两次警告后仍未见有改转之行为,ISP可以断开该网络使用者的网络连接。

RIAA在网络版权管理中引入“三振出局”规则的证成理由主要包括:第一,相较于以往对侵犯版权的网络使用者进行逐个诉讼的方式,“三振出局”规则的救济成本更低,这也是“三振出局”规则证成之首要理由;第二,“三振出局”规则在“出局”前的两次警告过程中,通过警告内容的传送对著作权侵权人起到了教育与震慑的作用;第三,鉴于“避风港”原则在各国的普遍确立与承认,ISP被认为应当承担一定的社会责任,通过履行网络版权侵权行为的监督与对侵权者的断网职责方可进入“避风港”免责。ISP若不执行以上职责,会被认为从网络使用者的侵权行为中获益,即网络使用者因ISP缺乏管控,而利用其提供的网络服务进行著作权侵权行为,而ISP可能因为从经济利益角度出发,为了保持客户的拥有量,对此行为视而不见。

## 2 “三振出局”规则的发展与确立模式

RIAA通过持续不断的政策推广与贸易谈判,利用其在音乐、影像等版权方市场的绝对优势地位引导与逼迫各国(地区)确立“三振出局”规则。但各个国家与地区对于该规则的态度不尽相同,部分国家与地区已经明确拒绝适用该规则(如欧洲议会、德国、加拿大、瑞典、西班牙与中国香港地区<sup>[5]</sup>),而已经确立该规则的国家与地区则主要采两种模式:第一种是以立法模式确立,若ISP不按照“三振出局”规则进行管理,将负有间接侵权的法律责任;第二种则采取约定模式,由著作权人管理组织(如美国的RIAA)与ISP之间达成协议,两者在此协议之上构建合作模式,共同查找侵权嫌疑人,并在两次警告后施以断网之处罚。

### 2.1 立法模式

采立法模式的国家(地区)有法国、英国、韩国、新西兰与中国台湾地区。

法国是最早提出确立“三振出局”规则的国家,但立法过程却几经波折。2008年底,法国参议院就已通过了包含“三振出局”规则的HADOPI<sup>⑥</sup>法案,后该法案在2009年初即被国民大会否决。该法案经修订后于2009年5月先后被国民大会与参议院批准通过,<sup>[4]</sup>并以此法案为基础成立了独立行政机关——HADOPI公署,由其命ISP执行“三振出局”规则,若ISP未依命令进行断网,将受到处罚。但因部分国会议员认为该法案违反宪法原则,遂将其提交违宪审查,并于2009年6月被认定因侵害公民之基本权利、违反无罪推定原则以及剥夺民众的诉讼防御权而违宪。在将部分条款修正后,该法案于同年10月终获宪法委员会审查通过。<sup>[5]</sup>但在该法案的反对者的不断努力和重返政坛执政的左派政府大力支持下,2013年7月,HADOPI法案被以行政命令的方式限缩了适用对象,对因显有过失地违反已持有网络的预防或监控义务的非本人侵权责任者不再科以断网之处罚。法国“三振出局”规则被宣告限缩适用一定程度上说明该规则在法国正在走向式微。

在2008年以前,英国由该国唱片业协会与最大的家庭ISP业者Virgin Media达成协议,采用约定模式适用“三振出局”规则。但在2010年4月,英国国会下议院通过了《数字经济法案》<sup>⑦</sup>,即用行政法的形式确立了“三振出局”规则。《数字经济法案》还规定,著作权人可以要求从ISP处获得侵权人的具体信息以利于其对侵权人提起诉讼。

韩国在2007年与美国签订的《双边自由贸易协定》中对积极处理网络版权侵权做了承诺。有鉴于此,其国会于2009年4月正式通过包含“三振出

⑤ “三振出局”规则的英文原文为 Three-Strike Policy, 亦有国外学者称该措施为 Graduated Response (逐级回应), “三振出局”本是棒球专用术语, 投手投出3个好球, 而打者均未打中, 则打者被判出局, 版权管理的“三振出局”规则即取其意。见 Peter K. Yu. The Graduated Response[J]. Florida Law Review, 2010, 62(5): 1373-1430.

⑥ HADOPI为 High Authority for the Dissemination of Works and the Protection of Rights on the Internet (网络著作传播与权利保护法案)的简写。

⑦ Digital Economy Act 2010, DEA.

局”规则的反盗版法案,并于同年7月开始施行<sup>[4]</sup>,韩国文化体育观光部长享有判断疑似行为人是否侵权并是否需要施以断网处罚的权力。

新西兰是较早将“三振出局”精神写入法律的国家,该国议会于2009年即通过了《著作权修正案》,规定ISP在网络使用者重复侵犯著作权情况下,必须采取适当的措施终止该侵权人的网络使用。但该国真正将“三振出局”具体规则写入法律,则是两年之后即2011年通过的《著作权法》“档案分享侵权”修正法案<sup>⑧</sup>。但应当注意的是,由于新西兰认为中断网络对使用者权利影响颇巨,目前断网之规定并未立即施行,须待政府评估警告通知成效为何,再决定实施方式。<sup>[6]</sup>

此外,中国台湾地区也于2009年5月13日通过修改著作权法的形式,在第六章增加了“断网条款”,实际上即将“三振出局”规则引入了该地区的版权管理体系。

## 2.2 约定模式

采约定模式确立“三振出局”规则的国家代表为:爱尔兰与美国。

“三振出局”规则在爱尔兰的适用缘于一场诉讼。<sup>[7]</sup>2009年,新西兰最大ISP业者Eircom公司被以SONY BMG Music为代表的四大音乐版权公司以负有间接侵权责任为由提起诉讼,要求其在网络系统中检测和预防用户的非法侵犯著作权行为。后双方达成协议,Eircom同意配合权利人对侵权用户采用“三振出局”规则。不过爱尔兰“三振出局”规则的适用仅存在于版权方与ISP的约定中,并未以立法形式确立。

在美国,RIAA于2009年4月公开宣布,有鉴于逐个诉讼方式的高成本及低效率,将不再针对单个的侵权者提出诉讼,转而和ISP合作共同对网络侵犯其版权的行为进行监控与处罚,即采用约定模式适用“三振出局”规则。其主要运行方式是,由RIAA负责监控与调查网络使用者的侵犯著作权行为,并将该侵权者的网络地址交付给ISP,

由ISP进行通知与警告,倘若侵权者仍屡教不改,ISP则会终止其互联网接口的进入权限。<sup>[8]</sup>但因为美国《千禧年数字版权法案》对ISP是否有追踪侵权人进而中断使用者网络服务的权利未明确规定,<sup>[4]</sup>可以说此种做法不具有法律意义上的正当性。

## 3 对以立法模式引进“三振出局”规则之质疑

采立法模式确立“三振出局”规则,其核心要义在于:赋予ISP对屡次于网络上严重、反复侵犯著作权之使用者予以断网的权力。2010年欧洲议会认定实施“三振出局”规则将侵害人民自由使用网络的权利,拒绝以立法方式引进“三振出局”规则。<sup>[9]</sup>笔者同意欧洲议会之认定,倘若以立法模式将“三振出局”规则引入中国,可能有违立法中应当遵循的比例原则与司法过程中的正当程序原则,并将打破著作权人与合理使用人之间的利益平衡。

### 3.1 “三振出局”规则有违比例原则

比例原则是国家立法过程中,在调整国家权力和公民个人权利之间关系应坚持的一项基本原则,泛指国家权力行使要符合妥当、必要、均衡3个要素,不得非法侵犯公民权利。这项产生于德国法律秩序的原则长久以来就被人们所确信,<sup>[10]</sup>已经成为现代法治社会的普遍性且具有根本性的指导原则。将比例原则具体到“三振出局”规则的法益研究,就是用立法模式将该规则确立必须符合妥当性、必要性、均衡性3个维度的考量,从外部判断该规则的确立是否具备充分的理由。

妥当性要求一项法律文件对公民利益范围的触动,在实现目的与手段上均要符合宪法,并且此项法律文件对公民利益范围进行必要干涉时所使用的手段是有效的。<sup>[11]</sup>如前所述,在科技迅猛发展的大环境下,民众言论自由的表达方式已不再局限于声音与纸质文本,网络使用权利的获得与否关乎人们是否能够充分地行使该权利。申言之,上网权已经超越网络使用者与ISP契约之间的

⑧ 当权利人发现侵权者进行档案分享之侵权情事后,得向ISP业者提出指控,由ISP业者对指控侵权之使用者发送侵权通知,该通知可分为三个层次:(1)发现侵权通知(detection);(2)警告通知(warning notice);(3)执行通知(enforcement notice)。

普通权利而上升为一种宪法层次的自由权利,此等观点已被爱沙尼亚<sup>⑨</sup>、芬兰<sup>[12]</sup>、希腊<sup>[13]</sup>等国法律所确认。倘若仅因使用者在网络上进行多次“疑似”著作权侵权行为而处以断网的处罚,用侵犯的公民基本权利的手段作为实现该立法的目的,显然是与宪法的法益相违背的,不符合比例原则之考量标准。这一点不仅在未确立“三振出局”规则的国家中得到广泛认同,即使在已经确立该规则的法国,也因其立法过程中的一波三折充分暴露了该国政府与国民对于该规则的质疑。在法国宪法委员会对HADOPI法案的第一次违宪审查报告中就提及:保护著作权不能以损害网络使用者宪法上的基本权利(包括通讯自由权)为代价。另外,从妥当性要求的第二个层次来说,“三振出局”规则也并不能被证明有效地降低了侵权行为的发生率。根据法国雷恩大学的一份报告显示,“三振出局”规则虽然降低了一部分P2P形式的侵权行为,但却也改变了人们侵犯著作权的行为方式,总体网络盗版发案率反而上升了3%,<sup>[14]</sup>其立法的有效性也存在很大的质疑。

必要性又称“最小侵犯原则”,其内涵是国家在进行权力行使时,如果有多种对公民权利的限制程度各不相同的手段可以选择时,那么就应当选择对公民权利限制最小的。<sup>[15]</sup>就规制通过网络侵犯著作权的行为而言,我国《侵权责任法》第三十六条已经明确规定,“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。”应当注意的是,这种由法律赋予ISP实施的断链措施只是针对著作权侵犯所指向的网络链接本身,并不针对侵权者的网络使用权。既然可以用《侵权责任法》第三十六条中所规定代价更小的方式规制盗版行为,就没有必要引入公民权利限制更大的“三振出局”规则。在著作权法的保护下,网络版权侵权行为可以用诉讼方式得以赔偿,此手段相较于“三振出局”表面上显得不经济,但实际上,由于“三振出局”先天上去除了司法上个案断定的

功能,而毕竟著作权的使用有侵权与合理之分,采用断网的手段显然对公民权利进行了本不应当的限制。

均衡性原则又称狭义比例原则,其基本含义是指国家在使用任何权力的过程中,对公民个人权利所造成的损害与其所保护的社会利益之间应保持一定的比例关系。<sup>[15]</sup>笔者认为,如若“三振出局”规则的处罚对象为大规模侵权行为者时,该规则似乎符合均衡性原则,毕竟大规模侵权所破坏的法益与公民因此而受到网络停用的处罚之间保持了一定的比例关系。但在一般情况下,大部分网络侵权的行为人为个人用户,其侵权行为多为轻微情节,侵权人也并未从中获取利益,危害程度与大规模侵权相比微乎其微,用断网之形式进行处罚显然过于严苛。从另一方面来说,断网之处罚不仅涉及个人的网络自由权利,更可能殃及依赖于此同一网络接口之其他公民的使用权利。特别是在家庭网络中,此等情况可能会更严重:即使已经确认行为人发生了侵犯著作权的行为,但该侵权行为人家人的上网权利显然不应当为其“埋单”。可以说,“三振出局”规则保护了著作权人的利益,却侵害了不合比例的其他公民的权利。

### 3.2 “三振出局”规则不符合正当程序原则

正当程序原则主要包含两个层次:程序性正当程序和实质性正当程序。前者指国家权力的行使在剥夺民众的生命、自由或财产时,必须听取当事人的意见,当事人具有要求听证的权利;后者指法律的制定必须符合公平和正义的标准。<sup>[16]</sup>比例原则是从外部价值论的角度判断“三振出局”规则的法律正当性,“三振出局”制度本身的规则设置是否符合法益要求则应从正当程序原则出发。中断网络使用作为一种相对严重的处罚手段,在正当程序原则的价值判断体系中很难正当化。

“三振出局”规则易形成著作权人“一言堂”的局面,有违程序正当。出于降低操作成本与提高效率的追求,在著作权人发现疑似侵权行为后,将该行为人的IP地址和相关证据交由ISP或行政机

⑨ 爱沙尼亚共和国宪法第45条规定,宪法保障人民以任何方式自由散布思想、意见与信仰。(http://www.president.ee/en/estonia/constitution.php?gid=8190)。

关进行判断,以决定是否对该行为人处以警告或断网之处罚。但实际上,在此“审判”过程中缺失了作为现代法治重要一环的疑似侵权人之听证与抗辩程序,有违“疑罪从无”之理念,形成了著作权人“一言堂”的局面。法国HADOPI法案就曾因“在法律赋予HADOPI的不经司法程序对被诉三次侵权之行为人予以断网”违反1789年的人民和公民权利宣言的无罪推定原则而被宣布为违宪。<sup>[17]</sup>

尽管有部分国家以法院作为裁判机构以决定是否对疑似侵权人进行处罚,但在我国法院案件数量已经不堪重负的现实情况下显然不切实际。退一步来说,倘若此类疑似侵权均交由法院做裁判处理,又何须“三振出局”作为中间之程序桥梁?即由版权方直接以相关证据提起诉讼即可,无须浪费大量的社会资源。此外,行为人被错误处罚之后,该如何提起复议或上诉程序之问题在各国讨论“三振出局”规则过程中也颇受是否符合正当程序原则的质疑。<sup>[17]</sup>

前文提及的著作权人“一言堂”的局面也容易导致实质的不公平与非正义的现象发生。“三振出局”规则在对网络使用著作权行为进行管制的过程中,由于缺乏合理的技术支撑与有效监督,著作权人与ISP所拥有的自动设备所发出错误警告与断网处罚遭到了广泛的质疑<sup>[18]</sup>。发生了例如不具备网络功能的打印机收到警告通知<sup>[18]</sup>、已取得著作权人之授权仍遭到警告<sup>[17]</sup>等情形,甚至还发生过某大学教授因IP地址认定错误而被无端卷入著作权侵权纠纷导致其所在学院网络服务器被牵连关闭等严重事件。这些问题的难以解决亦成为“三振出局”规则在程序正当判定上的法律瑕疵。

### 3.3 打破著作权人与合理使用者的利益平衡

中国《著作权法》第四节第二十二条规定,在12种情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。<sup>⑩</sup>美国宪法亦有相关规定:“国会

有限定期限的独占权利,以促进科学即有用艺术的进步。”这些法律法规均在说明著作权法除了保障权利人之私人权益外,同时也在促进知识流通之公共利益。虽然该法之立法原意本以前者为优先,然而著作权法也明白规定,使用者仍享有一定的合理使用之权利。

即使在网络时代,著作权法有关延续文化传承与保护著作权人协同发展这一和谐理念也不应该被破坏。在现行技术的支撑下,行为人利用网络进行著作权侵权行为相较于传统侵权行为的确更有便利性。但相对来说,著作权人也利用科技方法本身(例如使用密钥措施或信任系统)来保护其著作,这些措施于著作之外构筑起一道栅栏,即使民众拥有合理之事由,但连著作的边缘都触碰不到,就更无法谈及使用了。倘若贸然引入“三振出局”规则,因其在侵权行为如何认定、无辜遭受指控之使用者该如何恢复权利等问题上皆存在正当程序方面的法律瑕疵,无疑会导致合理使用者的空间进一步被缩减,使得著作权人与合理使用者之间的冲突更显激烈。

从宏观方面来说,社会整体利益会因“三振出局”规则而受到损害。调整著作权的法律规则必须考虑著作权本身的特点:每一项作品的产生它都不是无中生有而是循序渐进的,不是彼此独立而是相互关联的。著作权法的调整不仅需要维护在前创新者的利益,而且要为后来者留足空间。<sup>[19]</sup>“三振出局”规则会使得著作权人本已经相当完备的保护机制更加扩张,从而使后来者缺乏作品创新的基础资料,社会创新进步的脚步放缓。

最后,“三振出局”规则的引入必然导致ISP出于免责的考虑“投入”著作权人一方的怀抱。版权乃私权,其权利之维护自然由此权利所有人来进行。但“三振出局”规则法定主义中,若ISP不提供相应配合与服务,将会遭到负间接侵权责任的威胁。正因为如此,ISP将会使用更加严格的技

<sup>⑩</sup>《中华人民共和国著作权法》第二十二条:“在下列情况下使用作品,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但应当指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利:(一)为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品;……(十二)将已经发表的作品改成盲文出版。前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。”

术手段对公民通过网络获取资讯采取限制,其中当然包含了大部分合理使用之情形。易言之,在“三振出局”规则法定模式中,ISP已经完全脱离了本应站立的中立地位,使著作权人与合理使用者的利益天平完全倾倒。

#### 4 对以约定模式引进“三振出局”规则之批评

约定模式虽不存在立法模式探讨中涉及的是否符合比例原则与应当立法之问题,但约定模式利用契约的形式同样赋予了ISP对于网络作品使用人的监控、警告甚至断网的权力,该权力产生的来源不同并不影响其在正当程序原则中的法律瑕疵。

当然,约定模式亦有不同于法定模式之问题:首先,“三振出局”规则赖以证成之重要理由——“低经济成本”存在质疑。由于该规则执行过程中ISP对网络使用者监控、警告与断网等程序之需要,不得不将通信主管机关拉进来,使得社会成本大幅上升。其次,约定模式下断网处罚的适用是对侵权者的“公刑私用”。法国在2009年对HADOPI进行第二次违宪审查时曾指出,断网处罚是一种刑罚的从刑。约定模式意味着是由著作权人与ISP达成共同的管理约定,其断网之裁定必然由ISP与著作权人而非国家司法或行政机关做出,而此等严重之刑事宣告不经由国家做出,并不符合程序正义原则。再者,既然ISP的权力来源是协议,意味着没有相关法律法规之控制,ISP可能会利用该漏洞对网络使用者进行额外的监管与控制,例如实时监听。<sup>[20]</sup>

#### 5 中国现行法下的路径选择与制度完善

我们不得不承认,网络技术的快速发展及其普及度的不断攀升,使网际空间的著作更容易被加以利用,其流转的速度对比传统方式不可同日而语,因数字技术的性质与便利性致使版权被侵害的情形也比以往严重。但对此等现象的规制,不能以牺牲公民的宪法权利为代价。联合国2010年的一份报告指出,“各国应保障公民可随时使用网络服务,即便政局动荡也应确保,并特别指出警告、断网措施很可能遭到国家或私人企业的支配与滥用,ISP在财务与法定义务多重压力下,其

行为因不够透明、公开,可能经常隐含歧视性的作为。”<sup>[18]</sup>该报告很明确地提出了对于公民上网权利的保护,并且对于著作权人与ISP行使“三振出局”规则中的警告与断网权力的质疑。

从2014年法国再一次对HADOPI法案进行审查并最终决定限缩“三振出局”规则的适用对象来看,该规则正逐步走向式微。不可否认,从降低维权成本与对疑似侵权者进行导正教育的角度来看,“三振出局”规则的确能发挥一定的作用。然惟“法与时转,则治”,只有确立与中国国情相适宜的法律规则才会有好的社会治理效果。不论用何种模式引进该规则,其内部制度设置都不符合正当程序原则,并可能打破著作权人与合理使用者之间的利益平衡。更应当注意的,立法模式还有违“比例原则”——这一国家权力和公民个人权利关系所应坚持的基本原则。据此,中国要谨慎引入“三振出局”规则。

在中国现行的法律体系下,网络版权管理的路径选择其实并不难,其主旨应当是在权利限制与权利利用之间找到最佳的平衡点,兼顾促进著作之合法利用与打击网络盗版,合理保障著作权人、网络使用者与ISP的三者的利益。而在该路径选择之下就有诸多制度亟待完善:

第一,加强集体版权管理机制的落地与发展。在“三振出局”规则的推广过程中,RIAA作为美国集体版权管理组织的力量不可谓不大,其不仅推动实现了该规则在美国的适用,也促成了其他国家类似法案的订立。暂且不论RIAA推广该规则的法律正当性如何,其在此过程中发挥出的巨大作用令人印象深刻。相较之下,我国虽也在大力呼吁对版权进行集体管理,但仅依靠官办性质的“著作权集体管理协会”达成此“理想”,可谓痴人说梦。笔者认为,如何将音乐公司、电影公司等版权方的维权积极性融合到一个集体版权组织当中来,完善版权登记制度,真正地促进集体版权管理机制的落地与发展是接下来一个阶段中国网络版权管理领域的当务之急。

第二,ISP作为网络版权传播的渠道商也应当承担起防止网络盗版的职责。实际上,“三振出局”规则中在最终“出局”前对疑似侵权人的两次通知与警告可以用ISP的宣传角色所替代。ISP既可以

在网络接口的欢迎页面设置网络盗版违法严重性的说明,也可以在与用户签订的网络使用合同中对用户进行侵犯著作权责任承担的告知。ISP还应当在网络技术中构筑起更为有效的防火墙,防止网络盗版行为的蔓延与大规模网络侵权事件的发生。

第三,在版权方与网络使用者之间构建起有效的著作权供给制度。著作权供给制度不仅可以一定程度上减少网络盗版发生的可能性,还能多样化地开发版权市场,使版权人收取更多利润。就当前而言,虽然各国在“法定许可式补偿金”、“可选择式补偿金”与“用户直接支付式补偿金”三种模式之间还犹豫不决,但不论哪一种模式,都是在理论与实践上可行的。我国不妨尝试引入其中一种,因为著作权供给制度不论是相较于“三振出局”规则还是逐个诉讼都是更为进阶的网络版权管理模式,不仅有利于版权人与使用人双方互利共赢,还能使得我国的文化创作与使用进入更加良善的循环之中。

## 参考文献

- [1] 中国互联网络信息中心. 第三十六次中国互联网络发展状况统计报告[EB/OL]. (2015-07-23) [2016-01-18]. [http://www.cnnic.cn/gywm/xwzx/rdxw/2015/201507/t20150723\\_52626.htm](http://www.cnnic.cn/gywm/xwzx/rdxw/2015/201507/t20150723_52626.htm).
- [2] 卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武,译. 北京:商务印书馆,1962:6.
- [3] Jeremy de B, Christopher D C. Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries[J]. *Jurimetrics*, 2009, 49(4): 375-410.
- [4] 宋廷徽. “三振出局”法案全球化路径之探讨[J]. *知识产权*, 2010, 20(3): 86-91.
- [5] 陈思廷. 法国网路著作权侵权三振处罚制度兴衰之借镜[J]. *月旦法学杂志*, 2014(3): 155-168.
- [6] 章忠信. 纽西兰新修正著作权法遏止非法档案分享侵权[EB/OL]. [2016-01-18]. <http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=5&act=read&id=28>.
- [7] 孙雷. 用户下载:录音产业维权运动中倒下的下一张多米诺骨牌?——从录音著作权角度分析网路下载行为的法律定位[J]. *法学新论*, 2009(10): 125-149.
- [8] 国家版权局. 网络服务提供商加入RIAA的反盗版队伍[EB/OL]. (2009-04-01) [2016-04-18]. <http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/519/20165.html>.
- [9] Scott M. Fulton, III. Strongest Condemnation Yet of Anti-Counterfeiting, “Three Strikes” from EU[EB/OL]. (2010-03-10) [2016-01-18]. <http://www.betanews.com/article/Strongest-condemnation-yet-of-anticounterfeiting-three-strikes-from-EU/1268242864>.
- [10] 安德烈亚斯·冯·阿尔诺. 欧洲基本权利保护的理论与方法——以比例原则为例[J]. 刘权,译. *比较法研究*, 2014(1): 182-200.
- [11] 范剑虹. 欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴[J]. *浙江大学学报(人文社会科学版)*, 2000, 30(5): 98-103.
- [12] CNN TECH. First nation makes broadband access a legal right[EB/OL]. (2010-07-01) [2016-01-20]. [http://articles.cnn.com/2010-07-01/tech/finland.broadband\\_1\\_broadband-access-internet-accessuniversal-service?\\_s=PM:TECH](http://articles.cnn.com/2010-07-01/tech/finland.broadband_1_broadband-access-internet-accessuniversal-service?_s=PM:TECH).
- [13] The Greek constitution Art. 5A(2) [EB/OL]. [2016-01-20]. [http://www.nis.gr/npimages/docs/Constitution\\_EN.pdf](http://www.nis.gr/npimages/docs/Constitution_EN.pdf).
- [14] 刘晓春. 三振法案:充满争议的打击重拳[J]. *电子知识产权*, 2011(Z1): 44.
- [15] 郝银钟, 席作立. 宪政视角下的比例原则[J]. *法商研究*, 2004(6): 69-73.
- [16] 王名杨. 美国行政法:上[M]. 北京:中国法制出版社, 1995:383.
- [17] Suzor N, Fitzgerald B. The Legitimacy of Graduated Response Schemes in Copyright Law[J]. *University of New South Wales Law Journal*, 2011, 34(1): 1-40.
- [18] 叶志良. 著作权三振条款制度对著作权平衡保护的影响[J]. *资讯社会研究*, 2012(22): 79-115.
- [19] 蒋舸. 著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性[J]. *法学研究*, 2015(6): 80-97.
- [20] Debate: Graduated Response Antipiracy Laws[EB/OL]. [2016-01-22]. [http://debatepedia.idebate.org/en/index.php/Debate:\\_Graduated\\_response\\_antipiracy\\_laws](http://debatepedia.idebate.org/en/index.php/Debate:_Graduated_response_antipiracy_laws). ■

(责任编辑:韩婧)