

“避风港”困境与对策研究

○赵红仕

“避风港原则”最早见诸美国的《千禧年数字版权法》。我国2006年颁布的《信息网络传播权保护条例》借鉴了该法的相关内容，确立了“避风港原则”在我国著作权法中的应用地位。让人始料未及的是，这一发端美国并被世界许多国家广泛应用的法律制度，到中国后却发生了严重的水土不服，引发了巨大的争议。

一、“避风港原则”遭遇“困境”

著作权法的基本要求是“先授权、后使用”。除法律另有规定的以外，使用者应当先取得权利人的授权再使用其作品，否则，就构成侵权。

然而，新兴的网络产业改变了传统的作品使用模式，一些网络服务提供者不直接提供内容，只提供搜索链接、信息存储空间等服务，在这种情况下，真正传播作品的是网络用户，也就是我们通常所说的“网友”。网络服务提供者声称自己只提供网络传播技术服务，没有能力审查作品的版权状况，不应当对侵权行为承担责任。但是，在避风港制度设立之前，这一辩解并不能得到著作权法的支持。一旦发生侵权行为，网络服务提供者无一例外地都被判承担责任。

这一状况在避风港制度设立以

后发生了改变。为了平衡著作权人和作品使用者之间的权利义务关系，使得不因著作权的保护而不适当地限制信息网络产业的发展。著作权法引入了“避风港原则”。其基本含义是，网络服务提供者不对“网络用户”上传的作品承担版权审查义务。除非事先明知或接到通知后未及时删除，网络服务提供者不对侵权行为承担赔偿责任。

按照这一规则，著作权人发现网络侵权以后应当通知网络服务提供者。通知包括如下内容：（一）权利人的姓名（名称）、联系方式和地址；（二）要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址；（三）构成侵权的初步证明材料。

这一制度实现良性运转的基本前提是：上传者（网友）对自己的传播行为负责，上传者不愿或不敢上传侵权作品；在绝大多数情况下，上传的都是不侵犯他人版权的作品。在大量作品中要挑出极个别的侵权作品，对于网络服务提供商来说是难以胜任的，而权利人最了解自己作品的权利状况，应当由其通知网络服务提供商。这种通知是对网络服务提供商剔除侵权作品的一种“帮助”，所以，网络服务提供商也是乐

于见到并且认真对待权利人通知的。

但是，这一基本前提在中国目前的网络环境下并不成立。由于我国目前没有形成对“网友”侵犯版权的有效治理机制，以“网友”的身份使用、传播他人作品尚处于“无法追究”的“自由”状态。致使不少网站上传播的作品，主要或者绝大多数是未经授权的侵权作品。在这种情况下，指望网络服务提供者会尊重并认真对待权利人的“通知”无疑是与虎谋皮。

著作权人发现，避风港制度给他们带来的是一个维权陷阱：首先他们要按照制度的设计给使用者发通知，使用者却以没有收到、不符合规范等理由搪塞他们；接下来他们不得不证明使用者收到了通知并且通知是符合规范的，使用者移除了侵权作品，同时又从其他网络上搜索链接到侵权作品；然后著作权人又需要按照制度设计给使用者发通知……著作权人终于愤怒了。他们不再相信发通知可以维权，他们不再寻求通过司法审判带给他们正义，他们转而投向媒体，痛陈使用者的卑鄙和无耻。

著作权人的呼声引起了执法部门的关注。自2009年以来，国家著作权行政管理部门有关负责人多

次发表谈话, 严厉指责有关网络服务提供商“滥用避风港原则”, 并为此采取了一系列“主动监管”措施, 主要包括对有关企业负责人进行约谈警示、要求企业自查自纠、发布“未经许可不得使用的作品清单”等。应该说, 这些举措起到了一些作用, 在一定程度上净化了网络版权环境, 相关企业(如百度公司等)被迫对未经许可使用的作品进行了删除处理。

但这里也存在一个令人尴尬的问题: 有关部门的这种“主动监管”实际上没有法律依据。“避风港原则”的目的就是为了给网络企业以法律庇护。这些企业在“避风港”的庇护下完全可以不经事先审查、无需获得授权就“使用”网络上的作品。既然设定了避风港, 企业就应当用好、用足, 不应当存在“滥用避风港”的概念。在著作权法领域, “滥用避风港”也不是一个受到法律否定评价的行为。所以, 虽然著作权行政管理部门对有关企业提出了严厉批评, 但没有任何企业因为“滥用避风港原则”而受到处罚。

笔者完全理解国家著作权行政管理部门强力介入并干预企业“滥用避风港原则”行为的初衷, 也对这种介入所产生的实际效果表示乐观和欢迎, 但这恰恰从一个侧面印证了“避风港原则”在我国现实法律框架内所遭遇的“困境”。

二、“避风港原则”广受质疑

如果说著作权人和有关管理部门在“避风港原则”面前遭遇了困境的话, 那么作为从这一原则的“受益方”——网络服务提供商应当对

该原则表示欢迎, 但他们却对这一原则表达了强烈的不满和质疑。

以视频分享网站为例, 视频分享网站的内容是由网友上传的, 网站对内容不承担版权审查义务, 上传者应当上传不侵犯他人版权的作品。然而, 现在的实际情况却恰恰相反, 上传的大部分都是那些经过专业制作、内容精良并且他人享有版权的作品, 这些作品已成为网站经营和吸引用户点击量的核心资源。在激烈的行业竞争中, 某一家网站为了版权保护而主动屏蔽这些专业影视剧内容, 无疑是自取灭亡。

企业希望的是一个公平竞争的环境。如果全行业都能做到不侵犯他人版权, 那么大家就可以专注积累原创视频资源并形成自己的网站特色。但现实情况却不允许这样做。个别不法网站为了快速攫取巨额利益, 雇佣或者唆使员工假借“网友”的名义上传他人的影视剧作品, 并凭借这些免费优质资源很快占据行业优势地位。这就在根本上颠覆了视频分享网站的生存法则, 迫使大家不得不放弃依靠自己积累资源的计划, 转而走向“靠侵权盗版为生”的不归路。

在这种扭曲规则的带动下, 我国网络版权秩序迅速恶化, 这不仅给广大著作权人造成严重的损失, 还给我们保护知识产权的国际声誉带来不利影响。为遏制网络侵权盗版活动蔓延泛滥的势头, 自2006年以来, 国家有关执法部门已经连续5年开展了全国范围的打击网络侵权盗版专项治理行动。然而, 时至今日, 我国的网络侵权盗版活动

并未得到根本治理, 网络版权状况仍难以乐观。

例如, 2010年国务院部署了全国打击侵犯知识产权和假冒伪劣商品专项行动, 要求严厉打击各类侵权盗版活动。行动期间, 国家版权局、公安部、工信部等三部门开展了长达8个月的代号为“剑网行动”的打击网络侵权盗版专项行动。然而, 就在剑网行动期间, 某搜索引擎公司居然高调向社会推介某款涉嫌侵权产品, 激起了广大著作权人的强烈不满。该公司被媒体冠以“恶名市场”、“百度文库, 卑鄙的合法”等恶名称号。虽然, 在国务院著作权行政管理部门的强力干预下, 该公司最终宣布对涉嫌侵权盗版的产品予以删除。但他们从未就其“侵权”行为向著作权人道歉, 也拒绝给予任何赔偿。因为根据现行法律规则, 他们的行为并不违法。在这一事件中, 相关企业虽然删除了大量未经授权的作品, 但其服从的是有关行政管理部门的管理权威, 而不是著作权法。这样的结果, 无疑是对著作权法的讽刺。

三、“避风港困境”的制度根源

笔者认为, 造成“避风港困境”的根本原因是我国著作权法体系不完善, 丧失了避风港制度发挥积极作用的制度基础。

上世纪90年代中期, 人们对信息网络这种先进传播工具还比较陌生, 当时作品传播的主要渠道是传统的出版发行模式, 一部作品需要经过编辑出版(拍摄制作)、印刷复制、发行、零售(放映)等诸多环节才能到达受众, 传播者需要支付

高昂的费用。普通公民绝不会仅仅出于个人兴趣爱好而花费巨资去为传播他人作品而进行出版、印刷复制、发行等活动。所以，在当时的社会环境下，“不以营利为目的”的侵权活动对权利人造成的损失和对社会造成的危害程度都非常小，刑法没有将这种行为规定为犯罪也是符合实际情况的。

随着信息网络的兴起，互联网已经逐步成为作品传播的主要渠道之一。借助现代网络信息平台，任何人都可以便捷地向世界传播作品，而作品一旦通过网络发布，其潜在受众人数之多、传播范围之广是传统出版手段所无法比拟的。在这种情况下，一个普通公民可以把他所能收集到的所有影视剧、音乐、文字、图片等作品通过信息网络传向世界。不管他是出于营利目的，还是仅仅因为兴趣爱好、研究欣赏、引起关注等目的，其对权利人所造成的损害都是一样的。以电影作品为例，据美国电影协会测算，一部电影在公映之前或者公映初期，如果被网络盗版，其对票房的冲击程度将达到6成，也就是说，可能致使权利人丧失60%的票房收益。如果该部电影作品的实际票房达到1亿元，那么因为盗版造成的损失就达1.5亿元之巨，而传播者本人可能仅仅是出于“好玩或者出风头”的目的。这虽然只是理论测算值，但足以从一个侧面说明“不以营利为目的”的侵权行为所造成的巨大危害。

遗憾的是，根据我国刑法规定，非“以营利为目的”的侵权活动，不论其危害后果多么严重，均

不能追究其侵犯著作权罪的刑事责任。在信息网络环境下，这等于将著作权人关闭在刑法保护的大门之外，任由不法分子肆意剥夺侵害。

不法商人显然从中看到了嗜血的机会。一些人打着提供搜索链接、信息存储空间服务的旗号，鼓励、怂恿甚至雇佣、唆使员工假借“网友”的名义大肆非法传播他人作品，并通过这种活动迅速占据了行业领先甚至是垄断地位，攫取巨额非法利润，有的人甚至还登上了富豪榜，过着锦衣玉食的生活。与之对应的，是我国网络版权秩序的持续恶化。

四、结束“避风港困境”的根本之策

通过以上分析看出，“避风港原则”在我国的法律实践中遭遇到全面“困境”，受到著作权人、网络服务提供者以及著作权执法部门的广泛质疑。

那么，避风港制度在其他国家和地区的实践结果如何呢？经过考证发现，美国、英国、日本、法国、意大利、韩国以及我国的台湾、香港等设置了“避风港”制度的国家和地区，均未遭遇我们这样的避风港困境。

原因就在于，在上述国家和地区，任何人均不得未经授权传播他人作品，无论传播者是为了追求商业利益，还是仅仅出于个人兴趣爱好，只要他实施了通过网络传播他人作品的行为，就应当受到刑事追究。这是避风港原则发挥积极作用的制度基础。

在这种制度环境下，“网友”在通过网络传播他人作品的时候必须

十分小心，因为一旦发生严重的侵权行为，不管他是不是出于营利目的，都可能遭到刑事追诉而受到法律的惩处。刑事追诉的威慑力不仅仅在于其结果的严厉性，更在于其追诉手段和追诉程序的特殊性。换言之，通过刑事追诉手段，可以合法、快捷、有效地查明传播他人作品的“网友”的真实身份，并通过限制其人身自由等强制手段迫使其接受刑罚制裁。这对“网友”的震慑作用是不言而喻的。这样一来，就不可能存在长期大规模上传侵犯他人版权的作品的“网友”，也不可能产生主要依赖侵权作品营利并能合法存在的网站。这样我们就能理解，为什么其他国家和地区没有遇到我们这样的“避风港困境”。

换句话说，我国在借鉴“避风港”制度的时候没有及时修订和完善相关配套法律制度，使得我国著作权保护法律体系出现严重的脱节和割裂，丧失了避风港制度发挥积极作用的制度基础。出现“避风港困境”实属必然。

结束“避风港困境”的根本之策在于完善著作权保护法律体系，及时修订《刑法》关于侵犯著作权罪的相关规定，取消构成侵犯著作权罪“以营利为目的”的要件限制。除此以外，笔者看不到结束这种困境并迎来网络版权秩序根本好转的希望。

（作者单位：北京市新闻出版局）

（责任编辑：常青）