

著作权法强制性过滤机制的中国选择

万 勇^{*}

摘 要:为了解决所谓的“价值差”问题,《欧盟数字单一市场版权指令》引入强制性过滤机制,将发现侵权内容的责任由权利人变成网络服务提供者,将“通知—移除”规则改为“通知—筛选”规则。欧盟的这一立法极具争议,被认为存在侵犯基本权利、损害竞争与创新等问题。美国也曾试图在法律中引入强制性过滤机制,但因受到互联网企业的强烈反对而终止。中国应着眼于提升本土互联网企业的创新能力和全球竞争能力,审慎对待“通知—移除”规则的改革,暂时不宜在法律中引入强制性过滤机制。

关键词:强制性过滤机制 避风港制度 “通知—移除”规则 “通知—筛选”规则

一、问题的提出

2019年,欧盟在版权法领域通过了一项新指令:《欧盟数字单一市场版权指令》(以下简称《欧盟版权指令》)。《欧盟版权指令》是欧盟过去20年来对版权法体系进行的最重大的改革,创设了多项具有创新性的制度措施,引起了全世界的广泛关注。^①《欧盟版权指令》最重要的条款是第17条,它引入了强制性过滤机制,^②对互联网版权侵权责任制度与避风港制度会产生颠覆性影响:将发现侵权内容的责任由权利人改成了网络服务提供者,将事后规制变成了事前规制;改变了传统的避风港制度,将“通知—移除”规则改为“通知—筛选”规则。^③第17条也是《欧盟

^{*} 中国人民大学法学院教授、博士生导师

基金项目:中国人民大学科学研究基金(20XNO001)

^① 参见王进:《欧盟〈数字化单一市场版权指令〉的例外与限制制度及对我国的启示》,《科技与出版》2019年第10期。

^② 过滤机制适用的范围很广,既可以用来过滤版权侵权内容,也可以用来过滤仇恨性言论、淫秽性内容、煽动性表达。当然,过滤不同对象,需要适用不同的软件或系统。本文仅针对版权领域展开分析。

^③ 参见张吉豫:《智能社会法律的算法实施及其规制的法理基础——以著作权领域在线内容分享平台的自动侵权检测为例》,《法制与社会发展》2019年第6期。

版权指令》最具争议性的条款,在指令制定过程中,240家欧洲中小互联网企业联名给欧洲议会議員写信,请求他们对指令投反对票,其理由是第17条将对他们的运营带来沉重负担。^①在《欧盟版权指令》通过之后,波兰政府向欧洲法院起诉,称第17条的规定违反《欧盟基本权利宪章》,请求欧洲法院宣告其无效。^②

美国也曾试图在法律中引入过滤义务,但无疾而终。一些大型互联网平台,如优兔、脸书、汤博乐、声云等自愿实施过滤机制。这些公司认为,当下过滤技术并不成熟,利用过滤技术监控版权侵权行为难免会出现不少问题,如果在法律中规定过滤义务,那么会因监控不完善而产生法律责任。因此,这些互联网巨头尽管已自愿实施过滤机制,却敦促美国政府不要仿效欧盟在版权法中规定过滤义务。^③2020年2月至3月,美国参议院司法委员会知识产权分委员会围绕版权议题举行了两次听证会,核心问题都是美国是否应当在版权法中引入强制性过滤机制。从听证会的情况来看,主流意见是反对引入;至少短期内不要引入,等观察强制性过滤机制在欧盟运行一段时间之后的效果再说。曾在2014年至2019年期间担任过欧盟议会议员并参与《欧盟版权指令》起草工作的朱丽亚·瑞达在提交给美国国会的书面意见中表示:现行美国、欧盟的避风港制度提供了一个创新友好型环境,也赋予权利人有效的在线权利行使手段,在版权权利人、网络服务提供者与用户的利益之间建立了平衡;相比之下,《欧盟版权指令》第17条的规定造成了法律的不确定性,使不同创意部门之间的利益相互对立并限制竞争。因此,美国不应跟随欧盟的步伐变革避风港制度。^④

在《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)第三次修订以及当下的平台责任立法改革工作中,^⑤涉及的一个焦点问题是:是否应当引入强制性过滤机制,并对避风港规则作出实质性调整。有学者认为,中国应当果断放弃美国式的避风港规则,规定网络服务提供者负有版权内容过滤义务。^⑥然而,也有学者认为我国不宜贸然规定比美国版权法对网络服务提供者所施加的义务更高的义务,不应当在法律中引入强制性过滤机制。^⑦采用不同的法律制度安排,将直接影响互联网产业的发展与创新,事关中国在全球互联网产业的竞争力,需要慎重研究。

中、美、欧作为世界数字经济的三大重要力量,在互联网领域一直处于相互竞争的状态。考察欧美著作权立法为应对互联网技术发展所采用的不同法律制度安排及其对互联网产业所产生

① See Jos Poortvliet, 240 EU Businesses Sign Open Letter Against Copyright Directive Art. 11 & 13, <https://nextcloud.com/blog/130-eu-businesses-sign-open-letter-against-copyright-directive-art-11-13/>, 2020-07-17.

② See Republic of Poland v. European Parliament and Council of the European Union, CJEU Case C-401/19 (2019).

③ See Google, Inc., Additional Comments Submitted in Response to Notice of Inquiry Regarding Section 512 Study, <https://www.regulations.gov/document?D=COLC-2015-0013-92487>, 2020-07-17.

④ See Julia Reda, Written Testimony for the Hearing on “Copyright Law in Foreign Jurisdictions: How are Other Countries Handling Digital Piracy”, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Reda%20Testimony.pdf>, 2020-07-17.

⑤ 参见张今、田小军:《欧盟著作权法改革与中国借鉴》,《中国出版》2019年第6期。

⑥ 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,《中国法学》2017年第2期。

⑦ 参见谭洋:《在线内容分享服务提供商的一般过滤义务——基于〈欧盟数字化单一市场版权指令〉》,《知识产权》2019年第6期。

的社会经济效果,作为中国著作权法治建设之鉴是非常必要的。

二、美国的经验:采用自愿性过滤措施安排

美国公司在互联网时代的成功,很大程度上归功于千禧年之交制定的《美国数字千年版权法》(以下简称《美国数字版权法》)引入了避风港制度,大大降低了互联网产业所面临的法律风险,从而促进了互联网产业的投资与创新。^① 在《美国数字版权法》实施 20 多年后,美国是否要改变现有的法律生态系统?事实上,美国也曾进行过强制性过渡机制的立法尝试,但最终受到互联网企业的强烈反对而终止。

1.《禁止网络盗版法案》。《美国数字版权法》有两个重要条款:(1)第 512 条规定了避风港制度,(2)第 1201 条规定了禁止规避技术措施条款。避风港制度是互联网行业竭力主张纳入的,其理由是避风港制度对于提供在线服务是必要的。禁止规避技术措施条款主要是由电影企业、音乐企业、录音企业以及软件企业提出,他们主张禁止规避技术措施条款对于其在新的数字市场环境下进行发展是必不可少的。美国国会议员在讨论《美国数字版权法》时就强调这两个条款应当同时通过。^② 这表明《美国数字版权法》是不同产业之间妥协的结果。未来,《美国版权法》要进行修改,也只有在不同产业之间的利益能够达成平衡的情况下才能实现。了解这一点,就能够理解为什么《通过打击对美国财产的盗窃及其他行为以促进繁荣、创造、创业与创新法案》(简称《禁止网络盗版法案》)会胎死腹中:因为它只照顾到内容产业的利益。《禁止网络盗版法案》旨在加强针对网络盗版与假冒商品在线交易行为的打击力度。例如,《禁止网络盗版法案》第 103 条(b)款规定,如果知识产权权利人认为某网站属于“盗窃美国财产的网站”,那么其可以向该网站的支付系统服务商和广告服务商发送通知,要求其停止对该网站提供服务。因此,一旦某网站被认定构成“盗窃美国财产的网站”,那么其将遭受严重的经济损失与法律风险。《禁止网络盗版法案》第 103 条(a)款(1)项将“盗窃美国财产的网站”定义为:“以使他人能够或帮助他人侵犯知识产权的方式提供服务的网站,以及采取故意行动以避免确认高概率使用其进行版权侵权的网站”。《禁止网络盗版法案》没有对什么行为属于使他人能够或帮助他人侵犯知识产权的行为进行解释。提供信息存储空间或搜索、链接的行为,都可能被视为属于“使他人能够或帮助他人”版权的侵权行为。至于故意避免确认高概率使用网站进行版权侵权是什么意思,也十分模糊。不过,从权利人的角度看,这一表达的“美妙”之处在于:他们可以自行决定而不需要诉诸法院判断其含义。只要权利人认为网站是避免确认侵权,就可以要求支付系统服务商和广告服务商停止与该网站进行交易。从网络服务提供者的角度看,《禁止网络盗版法案》第 103 条的规定直接颠覆了避风港制度所提供的法律上的可预见性和确定性,他们将随时面临权利人声称网站便利侵权或无法确认是否侵权的挑战。为了避免落入《禁止网络盗版法案》第 103 条所定义的“盗窃美国财产的网站”的涵盖范围,网络服务提供者将不得不实施过滤机制、监控用户的行为,以避免权利人

^① 参见梁志文:《网络服务提供者的版权法规制模式》,《法律科学》(西北政法大学学报)2017 年第 2 期。

^② The Committee on the Judiciary, The Digital Millennium Copyright Act of 1998, Senate Report 105-190, May 11, 1998, p. 8.

主张该网站“避免确认”用户行为是否侵权,或者为用户实施侵权行为提供便利。^①《禁止网络盗版法案》既受到美国电影协会、美国唱片业协会、维亚康姆等电影、音乐产业机构和公司的广泛支持,也受到谷歌、雅虎等互联网公司以及电子前沿基金会、美国公民自由联盟等民权组织的反对,维基百科甚至将首页改成抗议标语并关站抗议。最终,《禁止网络盗版法案》因反对声音太大而被搁置。

2. 美国版权局“第 512 条研究”项目。2015 年,美国版权局启动了“第 512 条研究”项目,以评估《美国数字版权法》避风港制度的影响和效力,并希望在征求公众意见的基础上提出修改避风港制度的立法建议。在很短的时间内,众多公司、非政府组织、个人提交了超过 92 000 条书面评论。2016 年 5 月,美国版权局召开了多次圆桌会议,为各方提供交流修改避风港制度看法的机会。从各方反馈的意见看,焦点集中在是否要废弃“通知—移除”规则而引入过滤义务这一问题上。主张引入过滤义务者认为,在 1998 年制定避风港制度时,网络存储与传输技术还没有充分发展,预防侵权的过滤技术也未成熟。当下,新的网络技术与商业模式层出不穷,点对点技术、视频分享技术的应用导致网络盗版泛滥,其严重程度远远超出立法者在 1998 年制定避风港制度时的想象,“通知—移除”规则已经演变成很多网络服务提供者从网络盗版中获利的护身符。^②反对引入过滤义务者则认为,主张引入过滤义务者是以谷歌、脸书为参照系进行立论的,然而谷歌和脸书并非互联网公司的全部,还有众多其他类型的互联网公司;谷歌和脸书等互联网巨头有雄厚的资金来应用过滤机制,而其他互联网公司却并非如此。此外,“通知—移除”规则既保护互联网公司免受侵权赔偿,也保护公众言论不受审查。^③美国电子前沿基金会强调:其并不是为了大型平台本身的利益而主张维持现行的“通知—移除”规则。这些互联网平台远非完美,他们限制用户内容的决定常常是错误的,但这正是“通知—移除”规则得以存在的重要原因。如果没有“通知—移除”规则,那么大多数用户依赖的互联网平台很可能会更为严格地审查用户言论,以降低可能遭遇的法律风险。^④由于各方意见分歧较为严重,尤其是内容产业与互联网产业的代表性企业之间意见严重对立,因此美国版权局主导的“第 512 条研究”项目进展非常缓慢。不过,在 2019 年《欧盟版权指令》通过之后,美国的内容产业又开始蠢蠢欲动,极力游说美国国会修改版权法;为了回应社会关切,美国参议院在 2020 年也举行了两场听证会。在各方的期待下,美国版权局于 2020 年 5 月 21 日终于发布了研究项目的最终成果。^⑤研究报告的基本结论是:避风港规则需要进行调整,但不应当做大规模的结构性的修改。也就是说,仍应维持“通知—移除”规则,而

① See Michael A. Carrier, SOPA, PIPA, ACTA, TPP: An Alphabet Soup of Innovation—Stifling Copyright Legislation and Agreements, 11 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 21—31 (2013); Pamela Samuelson, Can Online Piracy Be Stopped by Laws?, 55 Communications of the ACM, 25—27 (2012).

② See U.S. Copyright Office, Section 512 Study, <https://www.copyright.gov/policy/section512/>, 2020—06—18.

③ See U.S. Copyright Office, Section 512 Study, <https://www.copyright.gov/policy/section512/>, 2020—06—18.

④ See Jeremy Malcolm, Fair Use and Platform Safe Harbors in NAFTA, <https://www.eff.org/deeplinks/2018/03/fair-use-and-platform-safe-harbors-nafta>, 2020—06—18.

⑤ See U.S. Copyright Office, Section 512 of Title 17: A Report of the Register of Copyrights, <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>, 2020—06—18.

不应引入强制性过滤机制。

三、欧盟的实践:立法确立强制性过滤机制

为了整合欧洲各国的力量,更好地参与全球数字经济竞争,欧盟委员会于2015年提出了“欧洲数字单一市场战略”;^①2020年又启动“塑造欧洲数字未来”战略规划,目的都是使欧洲“成为数字经济的全球领导者”。^②为了实现这一目标,就要遏制谷歌、脸书等互联网巨头的力量。《欧盟版权指令》正是在这一大背景下在版权领域进行的重要改革。《欧盟版权指令》第17条引入过滤机制,被各方认为欧盟避风港规则发生了重大转向,将对互联网产业产生重要的影响,引发了全世界的广泛关注。

(一)强制性过滤机制的立法背景

在欧盟层面,版权法的基本框架大致形成于2001年。当时的互联网还处于网络1.0时代:基本上是网站到用户的单向行为,内容主要都是由网站提供的。到2014年,互联网已经成为重要的发行渠道,数字世界彻底改变了人们获取音乐、游戏、电影、报纸的方式。因此,需要对欧盟版权制度加以现代化改造,使其能够适应新技术、新商业模式的发展。在欧盟只有很少比例的视频点播内容能够进行跨境访问,人们希望在欧洲任何地方、任何时间、任何设备都能访问数字内容。因此,需要一个更加欧洲化的版权法框架,以克服在正常运行的单一市场中的法律碎片化与冲突。2015年12月,欧盟委员会发布《朝向一个现代化、更欧洲化的版权架构》,其中重点提及要规制内容分享平台。^③另一方面,音乐企业一直认为,类似优兔和每日影像这样由用户提供大量内容的平台向其支付的版税极低,正好借助欧盟修改版权法的契机,寻求法律上的解决方案。为便利开展游说活动,音乐企业创造了“价值差”这一概念:网络平台从音乐中获得的价值与返回给版权所有者的价值之间并不匹配,存在“价值差”;“价值差”的核心是网络平台规避音乐许可的正常规则而导致市场扭曲,这是当今影响音乐产业经营环境的最紧迫问题。^④国际唱片业协会2015年度报告显示:在2014年,(主要是视频在线平台)向消费者提供的靠广告支持的完全免费服务为有线电视公司带来的全球总收入为6.41亿美元,不到有线电视公司通过订阅服务获得的收入的一半;全球音乐订阅服务约4100万人,加上超过1亿活跃用户使用免费增值服务,订阅服务为音乐产业创造了超过16亿美元的收入。相比之下,仅优兔一家网站每月就拥有超过10亿的独立用户,被认为是世界上最受欢迎的音乐访问渠道。然而,音乐产业从优兔获得的收入非常有限。有报道指出,声田向音乐企业每支付20美元,对应的优兔的支付额仅为1美元。^⑤这就是“价值差”所定义的“差”。音乐企业认为,解决“价值差”的关键是创造一个公平的许可环境。

① See European Commission, A Digital Single Market Strategy for Europe, COM (2015) 192 Final.

② See European Commission, Shaping Europe's Digital Future, Document No. KK-03-20-102-EN-N (2020).

③ See European Commission, Towards a Modern, More European Copyright Framework, COM (2015) 626.

④ See International Federation of the Phonographic Industry, IFPI Digital Music Report 2015, pp.22-23.

⑤ See Roy Trakin, IFPI Report Finds Streaming Continues to Rise, YouTube Dominates Online Listening, <https://variety.com/2018/music/news/ifpi-report-streaming-youtube-online-listening-1202974035/>, 2020-06-20.

然而,目前并不存在这样一种公平的许可环境。因为像优兔和每日影像这样的内容平台声称他们只是提供中立的信息存储服务,有权适用“通知—移除”规则,而不是像迪泽或声田那样提供数字发行服务的网络平台,此种服务不能适用“通知—移除”规则。这严重扭曲了版权所有者与内容平台的谈判地位。^①显然,音乐企业打出“价值差”这一鲜明口号的目的是向欧盟的决策者推销以下理念:“通知—移除”规则不是互联网行业合理的政策选择,而是一个法律漏洞,使得优兔得以不公平地利用音乐产业宝贵的知识产权资源。最终,欧盟委员会被说服了,其也认为:优兔受到“通知—移除”规则的保护,不利于“价值的公平分配”。^②为了实现价值的重新分配,同时也是为了增强创作者和权利人的地位,使他们能有更多的“筹码”与优兔进行谈判,《欧盟版权指令》引入了强制性过滤机制。^③

(二)强制性过滤机制的文本

2016年9月14日,欧盟委员会公布的《欧盟版权指令(草案)》试图通过引入强制性过滤机制来解决“价值差”问题。《欧盟版权指令(草案)》第13条第1款规定:将用户上传的大量作品或其他客体进行存储并向公众提供的信息社会服务提供者应当与权利人进行合作,采取措施以确保与权利人订立的使用其作品或其他客体的协议发挥作用,或者采取措施以防止权利人通过与服务提供者的合作而识别的作品或其他客体在其服务上可获得。前述措施,诸如使用有效的内容识别技术,应适当且合比例。服务提供者应向权利人提供有关措施运行和部署的充分信息,并就有关识别和使用作品及其他客体的情况进行充分报告。尽管《欧盟版权指令(草案)》没有界定何种技术构成“有效的内容识别技术”,但其附带的《影响评估报告》提及了两种技术,即指纹识别技术和水印技术,并列举了应用这些技术的一些互联网公司,如听觉魔术、卓博通、优兔等。该报告指出这两种技术都可以用于音频、视频和图像的内容识别,并且都以类似的原理进行工作:将上传的文件与版权所有者提供的文件数据库进行比对。^④这表明《欧盟版权指令(草案)》第13条引入了过滤机制。

在传统的避风港制度下,版权权利人一旦发现平台上存在侵权内容时,就会向网络服务提供者发出合格的通知,网络服务提供者则根据通知提供的信息将侵权内容予以移除(删除或断开链接)。在实施过滤机制的情况下,版权权利人向网络服务提供者提供其享有版权的内容数据库,每当用户进行上传时,过滤系统就将其与数据库中的内容进行比对,如果发现二者相同或实质性相似,相关内容将无法上传。这意味着《欧盟版权指令》已经将传统的“通知—移除”规则转换成“通知—筛查”规则。《欧盟版权指令(草案)》第13条对避风港制度作出重大调整,引起了广泛的争议。为了使指令得以通过,欧盟立法者对文本进行了修改。一方面,新增多项有利于使用者的条款:引入新的例外条款(《欧盟版权指令》第4条)、增加公共领域的规定(《欧盟版权指令》第14条);另一方面,对第13条(《欧盟版权指令》第17条)的措辞做了一些调整。例如,缩小适用主体

^① See International Federation of the Phonographic Industry, IFPI Digital Music Report 2015, p. 23.

^② See European Commission, Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 Final, p. 3.

^③ See Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301 Final, Sep. 14, 2016, Part 1/3, pp. 137—144.

^④ See Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301 Final, Sep. 14, 2016, Part 3/3, Annex 12A, pp. 164—165.

范围,^①不再直接使用“内容识别技术”这样直白的表达,而是含蓄地规定:在线内容分享服务提供者应依据专业注意义务的高行业标准,尽最大努力确保权利人已向其提供相关且必要信息的特定作品和其他客体不能被获得[《欧盟版权指令》第17条第4款(b)项];如果未经授权的作品或其他客体因疏忽而被上传,在线内容分享服务提供者应在收到权利人的通知后,迅速移除该内容,并尽最大努力防止该内容将来再次被上传[《欧盟版权指令》第17条第4款(c)项]。“相关且必要信息的特定作品和其他客体”是指“比对文件”:对于这些内容,在线内容分享服务提供者应尽最大努力确保其不在平台上出现;对于不在比对文件中的侵权内容,如果其被上传到平台上,那么在线内容分享服务提供者移除后应尽最大努力防止其再次被上传。为了遵守前述规定,在线内容分享服务提供者必须实施过滤机制来监控所有上传的内容。也就是说,《欧盟版权指令》第17条实质上规定了过滤义务。需要注意的是,《欧盟版权指令》第17条第8款规定:“本条的适用不应导致一般监控义务”;第17条第4款也试图通过将最大努力限制在“特定作品和其他客体”上,从而巧妙地规避《欧盟电子商务指令》第15条规定的“禁止一般监控义务”问题。然而,要屏蔽“特定”内容,不可避免地需要监控“所有”的内容,这显然属于“一般”监控。^②这也就意味着,如果过滤机制是通过监控所有上传的作品来工作,那么在不进行一般监控的情况下,无法满足《欧盟版权指令》第17条第4款规定的要求。

(三)强制性过滤机制的法律争议

不同于《欧盟一般数据保护条例》可以直接在欧盟各成员国适用,《欧盟版权指令》需要转化为国内法来适用。由于《欧盟版权指令》第17条的规定存在一定的弹性空间,因此欧盟各成员国可能根据本国的不同情况在转化时进行适当的调整,这给网络平台运营合规带来了沉重负担:他们可能不得不遵循27种不同的法律制度才能在欧洲开展业务。具有讽刺意味的是,《欧盟版权指令》的立法目标是建立数字单一市场,减少跨境贸易壁垒,而实际的结果却正好与之相反。此外,《欧盟版权指令》第17条的规定并不能真正解决“价值差”问题,并且还与欧盟现行法的规定存在严重冲突。

1. 强制性过滤机制不能解决“价值差”问题。《欧盟版权指令》第17条规定的政策依据来自音乐企业创造的“价值差”概念。长期以来,音乐企业一直抱怨避风港制度导致优兔等内容共享服务商与声田等专用音乐流媒体服务商之间产生了价值差。^③因此,音乐企业希望通过重塑避风港制度,将优兔排除在其适用范围之外,以便收取高额报酬。然而,优兔和声田的商业模式并不相同,因此面对的法律风险也不同。声田是一个封闭的网络发行平台,其直接选择和控制提供给用户的所有内容。并且,其确切地知道在任何给定的时间,其服务将提供哪些内容。此外,也没有任何用户可以将视频上传给声田。优兔则是一个开放的网络平台,面临不确定的、持续不断的因用户侵权行为而产生的法律诉讼。制定避风港规则是因为立法者知道在开放的网络平台上

^① 《欧盟版权指令》第17条的标题是“在线内容分享服务提供者对受保护内容的使用”,序言第62段将以下服务排除在第17条所涵盖的“在线服务”范围之外:主要目的不是通过从用户上传和分享大量受版权保护的内容而进行盈利的服务。《欧盟版权指令》第17条第6款允许成员国对符合以下条件的在线内容分享服务提供者不强制性要求实施过滤机制:在欧盟境内向公众提供服务不满3年,且年营业额少于1 000万欧元;然而,如果前述服务提供者每月平均独立访问量超过500万,那么应实施过滤机制。

^② See SABAM v. Netlog NV, CJEU Case C-360/10 (2012).

^③ See International Federation of the Phonographic Industry, IFPI Digital Music Report 2015, p. 23.

出现版权侵权行为是不可避免的。类似声田这样的封闭式网络平台不能享受避风港制度的保护,不是因为他们受到了法律上的不公平对待,而是因为他们根本不需要避风港制度。^①从产业政策的角度看,“价值差”运动的危险在于其过分狭隘地关注特定平台(优兔)与特定行业(音乐产业),可谓是为音乐企业削弱优兔的谈判地位而量身打造。^②视听企业和体育企业并不赞成所谓的“价值差”条款,提出应当增加以下规定:“第13条适用于向公众传播和向公众提供音乐作品以及录音制品的行为,不损害第2001/29/EC号指令第3条第1款和第2款以及第2000/31/EC号指令第14条对其他部门的适用”。^③“价值差”过分夸大互联网对权利人造成损害的一面,而忽视互联网为权利人带来机遇、为创作者提供机会的一面。此外,“价值差”也缺乏定量的数据支持。即使是《欧盟版权指令(草案)》附带的《影响评估报告》也承认:由于经济影响主要从定性方面评估,而影响内容产业与网络平台之间谈判力量的数据有限,因此无法对不同政策产生的影响进行定量分析。^④欧洲版权协会表示,拟议的解决“价值差”的方案没有任何坚实的科学(尤其是经济)证据作为依据。^⑤的确,欧盟立法机构没有提供任何实证数据支持其解决“价值差”所采取的版权法改革方案。事实上,有大量证据表明:在数字环境下,内容产业处于上升势头而并非呈下降趋势,也就是说,互联网平台为内容提供者创造了“价值增值”,而不是产生了“价值差”从而需要弥补。^⑥从音乐企业开始提出“价值差”的概念以来,音乐企业的收入一直呈大幅增长的态势,而这是在避风港制度没有变动的情况下取得的。版权法只是授予权利人以专有权,从而为其获得版权收入建立一个市场,并不能确保权利人获得丰厚的版权收入。权利人能获得多少版权收入,主要取决于消费者的需求;如果需求低,那么法律授予的专有权没有任何经济价值。例如,近来歌唱类比赛节目收视率的下降、收入的减少,不能归咎于版权侵权,而是由于市场饱和以及消费者偏好的变化。^⑦因此,希望通过废除避风港制度而提高版权保护水平的方式,来增加版权收入未必行得通。此外,即使真的存在所谓“价值差”,它实际上是由于版权权利人与网络服务提供商谈判地位不对等所导致的,应当在反垄断法层面而不是版权法层面解决这一问题。

2. 强制性过滤机制侵犯基本权利。在欧盟法中,保护基本权利的原则具有宪法性地位,不仅

① See Annemarie Bridy, The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform, 22 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 326–328 (2020).

② See Annemarie Bridy, The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform, 22 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 328 (2020).

③ Association of Commercial Television in Europe et al., Audiovisual and Sports Sectors Proposed Way Forward for the Value Gap Provision: European Commission Proposal or Music – Sector Specific Approach, <https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/12/Audiovisual-and-Sports-on-Value-Gap.pdf>, 2020-07-02.

④ See Commission Staff Working Document, Commission Staff Working Document, Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, SWD (2016) 301 final, Sep. 14, 2016, Part 1/3, p.136.

⑤ See European Copyright Society, General Opinion on the EU Copyright Reform Package, <https://european-copyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf>, 2020-07-06.

⑥ See Giancarlo F. Frosio, Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy, 112 Northwestern University Law Review, 28 (2017).

⑦ See Jonathan Band & Jonathan Gerafi, Still Profitable After All These Years, <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2014/04/Still-profitable-fin2.pdf>, 2020-07-16.

欧盟各个机构的行为受其约束,成员国在实施欧盟法时也受到保护基本权利原则的约束。^①为了使基本权利更为明确,欧盟通过了《欧盟基本权利宪章》。^②《欧盟基本权利宪章》第7条、第8条、第11条、第16条分别规定了尊重私人与家庭生活、保护个人数据、表达与信息自由以及从事商业活动自由等基本权利。2011年,欧洲法院在一个判决中已经就实施过滤机制可能侵犯《欧盟基本权利宪章》规定的基本权利问题做了回答。欧洲法院认为:从过滤机制的运作原理看,其是将用户上传的内容与数据库中的版权内容进行比对,如果二者完全相同或超过一定比例的相同,那么将被阻止。然而,用户上传的内容可能构成合理使用,在这种情况下,过滤系统无法将合理使用行为与纯粹的侵权复制行为加以有效区分,从而损害表达与信息自由。过滤系统在运行时,将识别、系统分析以及处理与用户在社交网络上创建的个人资料有关的信息,而这些信息可以用来识别用户,因此属于受保护的个人信息,即安装过滤系统将侵害保护个人数据的基本权利。此外,要求实施过滤机制,意味着网络服务提供者不得不自费安装一个“复杂、花费高昂且永久性的计算机系统”,从而将严重侵犯网络服务提供者从事商业活动的自由。^③《欧盟版权指令》第17条的规定也可能侵犯联合国人权公约确立的基本权利。《公民权利及政治权利国际公约》第19条规定了表达自由的基本权利,同时对限制表达自由规定了严格条件:必须“由法律规定”,并且必须为了“尊重他人的权利或名誉”,或者为了“保障国家安全或公共秩序,或公共卫生道德”。对于表达自由的限制,无论是线上还是线下,应当遵循同样的规则。因此,除非在保护其他人权的国际法所规定的少数非常特殊和有限的情况下,应当尽可能少地限制互联网上的信息流动。^④《经济、社会及文化权利国际公约》第15条规定要求保护参加文化生活的权利,享受科学进步及其应用所产生的利益。尽管应当在版权框架内尊重科学和文化权利,但是人类知识是全球公共产品,各国不应不正当地剥夺个人参与文化生活和享受科学进步成果的机会。因此,各国不应当制定对内容进行主动监测或过滤的法律制度,尤其是自动过滤机制不适合在复杂的法律领域(如版权)中对上下文进行评估,这可能导致侵害表达自由权和科学文化权。^⑤

3. 强制性过滤机制与欧盟现行成文法和判例法相冲突。欧盟委员会曾在致欧洲议会和欧盟理事会的通信中明确表示,应维持现行的中介服务商侵权责任制度。^⑥然而,《欧盟版权指令》已经将传统的“通知—移除”规则转换成“通知—筛除”规则,这意味着侵权责任规则由过错责任变成了严格责任。《欧盟版权指令》第17条第1款规定,网络服务提供者允许公众访问由其用户上传的版权作品时,将视为其实施了向公众传播或向公众提供服务行为。这意味着,如果用户未经

① 参见黄德明、谢垚琪、陈珺:《保护基本权利原则在〈欧盟基本权利宪章〉生效后的前景分析》,《广西大学学报》(哲学社会科学版)2019年第2期。

② 参见顾敏康:《〈欧盟基本权利宪章〉的启迪》,《人权》2002年第4期。

③ See SABAM v. Netlog NV, CJEU Case C-360/10 (2012).

④ See David Kaye, Mandate of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, OL OTH 41/2018, pp. 3-5.

⑤ See David Kaye, Mandate of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, OL OTH 41/2018, pp. 5-7.

⑥ See European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe, COM (2016) 288 Final, May 25, 2016, p. 9.

版权人授权而上传作品,网络服务提供者将构成直接侵权。然而,网络服务提供者对于第三方实施的侵权行为承担的往往只是间接侵权责任。《欧盟版权指令》在这两个方面做出的颠覆性调整显然将与欧盟现行版权法侵权责任架构产生严重冲突。《欧盟电子商务指令》序言第46段的规定明确要求,信息社会服务提供者在采取移除或阻止他人访问信息时,应遵守表达自由原则。根据上文的分析,强制性要求实施过滤机制既违反上述条款的规定,也违反《欧盟电子商务指令》第15条“不承担一般性监控义务”的规定,还违反《欧盟知识产权执法指令》的规定。因为该指令第3条第1款规定,应确保知识产权执法的必要程序和救济措施不致不必要的复杂或成本过高,而实施过滤机制就意味着要安装成本很高的软件系统。在欧盟法中引入过滤义务,既与成文法相悖,也与判例法相冲突。欧洲法院在多个判决中都明确指出,在现行欧盟法框架内,不存在适用一般性积极监控义务与过滤机制的空间。^①例如,在“欧莱雅公司诉电子港湾国际公司案”^②中,欧洲法院认为,要求存储空间服务提供者采取的任何措施,应当是有效而有力的,公平、适度且成本不能过高;最重要的是,不得归结为一般性监控义务。在“斯卡利特诉比利时作家、作曲家和出版商协会案”^③中,欧洲法院认为,为防止将来可能出现的侵犯知识产权行为,要求网络服务提供者安装过滤系统,将迫使其积极监控与每个客户有关的所有数据,而这是《欧盟电子商务指令》第15条第1款规定明确禁止的。

4. 强制性过滤机制损害竞争。欧盟委员会认为,尽管强制性过滤机制会给网络服务提供者增加经济负担,但这没什么问题。其理由是该条款只适用于“将用户上传的大量作品或其他客体进行存储并向公众提供的信息社会服务提供者”。^④此类服务提供者既然存储了大量作品或其他客体,就表明其有实力实施过滤机制。然而,在互联网环境下,任何提供用户内容存储服务的网络服务提供者都可以被合理地视为存储了“大量”的作品或其他客体。《欧盟版权指令》第17条第6款的规定豁免了符合以下条件的初创型企业的过滤义务:在欧盟境内向公众提供服务不满3年,且年营业额不足1000万欧元;如果企业的每月平均独立用户数超过500万,那么不再享受豁免。然而,3年的时间难以让新企业站稳脚跟。考虑到互联网服务的扩展速度非常迅速,若达到每月500万的用户数就丧失豁免资格,则门槛太低了。因此,前述豁免基本上没有太大的实际意义。强制性过滤机制条款的要害在于,其直接影响风险投资者的投资信心,令他们不敢在互联网公司早期发展阶段进行投资,担心他们的投资将不得不主要用于应对法律诉讼,而不是用于创新和研发。在“一切皆有可能”的数字经济时代,初创型企业本来是有可能与互联网巨头进行竞争甚至取代他们的,然而强制性过滤机制条款实际上相当于为进入在线内容分享服务行业的初创型企业设置门槛,使他们在设立之初就要背负沉重的成本负担:既包括实施过滤机制所需要购买的软硬件成本,也包括运行该机制所需要的人力成本。欧盟引入强制性过滤机制条款,原本是为了规制诸如优兔、脸书等互联网巨头的行为,然而实际效果却可能适得其反。互联

① See Giancarlo Frosio, To Filter or Not to Filter? That Is the Question in EU Copyright Reform, 36 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 349 (2018).

② See L'Oréal SA and Others v. eBay International AG and Others, CJEU Case C-324/09 (2011).

③ See Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), CJEU Case C-70/10 (2011).

④ European Commission, Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, COM (2016) 593 Final, p. 3.

网巨头拥有丰富的资源可以适应任何内容存储法律规则的变化,并且优免早已安装内容身份过滤系统,欧盟的新规定实际上对其影响不大。欧盟的新规定将导致中小型互联网企业处于不利地位,最终的结果是互联网巨头在市场上的支配地位得到进一步巩固,从而损害欧盟互联网行业的竞争与创新。

四、中国的立场:过滤机制的本土选择

“通知—移除”规则作为支持互联网经济发展的基础性法律规则,对其做出重大调整,势必对互联网产业产生重要影响。^① 中国应着眼于提升本土互联网企业的创新能力以及全球竞争能力,审慎对待“通知—移除”规则的改革,慎重做出过滤机制的选择。

(一)国际发展大势下的中国选择

由于《美国数字版权法》规定的“通知—移除”规则在方便权利人维护权利、快速解决纠纷的同时并不需要动用行政或司法的力量,因此很快为包括中国、欧盟在内的许多国家或地区所借鉴。^② 美国在与其他国家或地区缔结的双边或区域自由贸易协定中,都规定了“通知—移除”规则。^③ 可以说,“通知—移除”规则基本上已成为各国网络著作权法中的标配,变成网络平台运营版权合规的全球范式。

从全球互联网产业的发展历史看,美国互联网产业一直居于领先地位。中国互联网产业虽然起步较晚,但近几年发展迅速。2019 年 6 月的数据显示,在前 20 名全球市值最高的互联网公司中,只有一家欧洲公司,剩下的都是美国公司和中国公司。^④ 此外,《欧盟版权指令》第 17 条的规定旨在让欧盟的版权权利人从美国大型互联网平台中获得更多的报酬,而不是为欧盟创新型互联网企业提供激励,让他们与大型平台竞争。不同于欧盟,美国和中国都没有建立起运作良好的集体管理组织,因此无论是与网络平台缔结许可协议,还是提供进行比对的内容数据库,中美两国都将遇到严重困难。欧盟政策制定者在《欧盟版权指令》通过前发表的声明清晰显示:“制定该指令的主要动机是为了使美国大的互联网平台处于不利地位,从而使欧盟利益攸关者受益。”^⑤ 英国负责知识产权事务的大学、科学、研究和创新国务大臣克里斯·斯基德莫尔则明确表示,英国在“脱欧”之后,不会适用《欧盟版权指令》。^⑥ 由于引入过滤机制的初始费用加上后续的维持

① 参见姚志伟:《公法阴影下的避风港——以网络服务提供者的审查义务为中心》,《环球法律评论》2018 年第 1 期。

② 参见张建华主编:《信息网络传播权保护条例释义》,中国法制出版社 2006 年版,第 54 页。

③ 参见《美韩自由贸易协定》第 18.10 条第 30 款、《跨太平洋伙伴关系协定》第 18.82 条、《美墨加协定》第 20.J.11 条。

④ See J. Clement, Market Capitalization of the Biggest Internet Companies Worldwide as of June 2019, <https://www.statista.com/statistics/277483/market-value-of-the-largest-internet-companies-worldwide/>, 2020-07-20.

⑤ Axel Voss, Protecting Europe's Creative Sector Against the Threat of Technology, <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/opinion/protecting-europe%E2%80%99screative-sector-against-threat-technology>, 2020-07-26.

⑥ See Chris J Holland, DSM Copyright Directive Will not Be Implemented in the UK, <https://blogs.ucl.ac.uk/copyright/2020/01/24/dsm-copyright-directive-will-not-be-implemented-in-the-uk/>, 2020-07-26.

费用非常高昂,因此初创性或中小型网络服务提供者难以承担。因错误过滤而对用户、内容创作者产生的成本也是非常高的。更重要的是,引入过滤机制将对互联网的基础架构所体现的民主价值造成重要影响。总之,在法律中引入强制性过滤机制,对于创新者、用户以及互联网生态所带来的成本,将超出其对权利人所可能带来的潜在收益。综上所述,无论是从互联网产业在全球经济的实力者,还是从各自政府对待创新的态度看,中国与美国的情形更为相似,因此美国的而非欧盟的版权法律与政策,更适合作为中国的借鉴对象。在美国尚未修法引入过滤义务的情况下,中国显然没有必要紧跟欧盟的脚步,采用比美国版权保护标准更高的标准。

(二)产业变革视野下的中国选择

互联网产业生态非常丰富,对于产业链上某一环的企业而言是利好的法律或政策,对于另一环的企业而言则可能产生相反的结果。一些互联网巨头通过兼并、收购等方式使其可能拥有各种类型的互联网公司,这些公司可能处于产业链上的不同环节。这意味着同一集团内部的不同公司可能对一项法律或政策持截然相反的态度。此外,一些在线内容分享平台近年来花费大量资金购买热播剧的版权,同时也创新商业模式——拍摄网剧、制作综艺节目,成为版权权利人。也就是说,版权产业与互联网产业有融合之势。^①

实证研究表明,在过去几年间,全球在线版权盗版一直处于下降趋势。^②这主要是因为免费或消费者负担得起的合法内容逐渐增加,与是否实施执法措施没有太大的关系。也就是说,如果正版内容以合理的价格、便利的方式以及充分的多样性来满足消费者需求,那么消费者是愿意为此付费的。这一研究结果表明,通过引入过滤义务或其他加强执法措施的方式来打击互联网盗版的方向是错误的。^③中国的情况也大抵如此。一方面,中国网民的付费意愿越来越强,用户付费目前已支撑起网络内容产业的“半壁江山”,也促使各大网络平台加大优质版权内容的采购力度以及自制内容的生产力度;另一方面,国家版权局、公安部等多部门对网络盗版采取重点监管与专项整治相结合,已形成一整套有效的反盗版监管体系。^④此外,人民法院在审判实践中也注重强调以市场价值为导向,着力解决“赔偿低”问题,加大对版权侵权行为的惩治力度,提升侵权人的违法成本。中国的网络版权环境得到明显好转。国际唱片业协会2018年10月初公布的报告显示,96%的中国数字音乐消费者欣赏的是正版音乐,高于全球62%的平均水平。^⑤在盗版规模逐年下降的情况下,是否有必要引入强制性过滤机制值得认真思考。

谷歌2018年提供的数据显示,优兔为开发和运行内容身份系统已经花费1亿美元。^⑥到目前为止,优兔并没有将该项技术授权给任何其他网络服务提供者。除了优兔之外,在过滤技术领域居于领先地位的听觉魔术则采取了不同于优兔的策略,其大力推广自己开发的内容识别技术

① 参见熊琦:《移动互联网时代的著作权问题》,《法治研究》2020年第1期。

② See João Pedro Quintais and Joost Poort, The Decline of Online Piracy: How Markets—Not Enforcement—Drive Down Copyright Infringement, 34 American University International Law Review, 811 (2019).

③ See João Pedro Quintais and Joost Poort, The Decline of Online Piracy: How Markets—Not Enforcement—Drive Down Copyright Infringement, 34 American University International Law Review, 876 (2019).

④ 参见王迁:《著作权法限制音乐专有许可的正当性》,《法学研究》2019年第2期。

⑤ 参见张贺:《中国网络版权产业正在崛起》,《人民日报》2018年11月15日。

⑥ See Google Inc., How Google Fights Piracy, https://www.blog.google/documents/25/GO806_Google_FightsPiracy_eReader_final.pdf, 2020-07-26.

并进行许可。一旦实施过滤机制成为一项法定义务,内容识别技术使用许可费就会飙升,起码比网络服务提供者在当下可以自愿选择是否采用过滤机制的情况下高不少。如果各国在法律中相继规定过滤义务,那么过滤技术市场的集中度将越来越高,未来很有可能是听觉魔术独霸天下。市场上是否会出现其他可与听觉魔术进行竞争的内容识别技术公司,将取决于他们是否能够解决专利问题,以及是否可以获得足够数量的版权内容以便其进行比对。^①

需要指出的是,即使是听觉魔术公司也明确表示,要确定是否构成批评、讽刺以及其他合理使用类型,“必须通过人类的判断”,而以该公司目前的技术水平无法解决这一问题。^② 早已引入过滤系统的谷歌公司也表示:在技术上实现“有效”过滤(正确删除重新出现的内容)是不可能的。对于社交网络和搜索引擎来说,可能只有链接或元数据可用,因为相关版权内容存储于其他公司的服务器上,无法可靠地进行识别。此外,版权权利人可能授权他人使用其版权内容,版权内容的所有权也可能经常发生变化。这意味着,对于不同用户上传的相同内容应区别对待。对于同一内容,上传的时间不同,也需要做不同的处理。因此,无论是从法律上还是从技术上对网络服务提供者设定版权过滤义务,都将遇到很多问题。更为重要的是,对于侵犯作为私人利益的版权的行为,由于其所侵犯的法益并不具有社会范围内的整体危害性,从法益衡量和保护平台生态的角度看,也不宜强制性要求网络服务提供者实施过滤机制,进行一般性监控。^③

五、结 语

“通知—移除”规则是实现版权权利人、网络服务提供者和使用者利益平衡的重要机制。尽管随着互联网技术的发展,“通知—移除”规则经历了部分修正与调整,也仍存在一些有待完善的地方,但其作为互联网平台法律责任的基本出发点这一判断尚未发生根本性改变。^④

《欧盟版权指令》要求成员国在国内法中实施过滤机制,从而将传统的“通知—移除”规则变更为“通知—筛选”规则,而这一改变可能侵犯多项基本权利。需要指出的是,只有国家而非企业可以成为侵犯基本权利的主体。如果是企业自愿而非国家强制性要求实施过滤机制,那么就不会侵犯基本权利。笔者不赞成国家在法律中强制性要求网络服务提供者实施过滤机制,但并不反对网络服务提供者自愿实施过滤机制。当然,在网络服务提供者自愿实施过滤机制时,可能存在滥用算法执法损害公众利益的行为,需要做出相应的配套制度安排。^⑤

中国可以将《欧盟版权指令》第 17 条规定所引发的立法争议以及未来转化成国内法后所遇到的司法适用问题,作为法律领域的一项社会实验,不妨以静制动、耐心观察,暂时不在法律中引入强制性过滤机制。

责任编辑 黄玉烨

^① See Annemarie Bridy, The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform, 22 Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, 350 (2020).

^② See Paul Keller, Article 17 Stakeholder Dialogue: What Have We Learned so Far?, <https://www.communica-association.org/2020/01/21/article-17-stakeholder-dialogue-day-5-depends/>, 2020-07-26.

^③ 参见孔祥稳:《网络平台信息内容规制结构的公法反思》,《环球法律评论》2020 年第 2 期。

^④ 参见周汉华:《正确认识平台法律责任》,《学习时报》2019 年 8 月 7 日。

^⑤ 参见郑海平:《网络诽谤案件中“通知—移除”规则的合宪性调控》,《法学评论》2018 年第 2 期。