

美国版权投机问题及其制度诱因

——兼论对我国的反面启示

周莹

(华中师范大学法学院, 湖北武汉, 430079)

摘要:近年在美国兴起的版权投机现象使版权维权诉讼成为一种挟持手段和商业模式。美国版权法中的法定赔偿规则是其最主要制度诱因,并与其他规则结合在一起,为版权投机的出现创造了便利条件。我国2014年《著作权法(修订草案送审稿)》在法定赔偿等方面的新规定,极易构成版权投机在我国滋生的制度诱因。因此,建议利用当前我国著作权修法机会对其合理规制,避免重蹈美国立法与实践的覆辙,并充分发挥激励创造的著作权制度效用。

关键词:版权投机;版权法;法定赔偿;创造

中图分类号: D923.41

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2016)03-0040-07

自改革开放以来,特别是2001年中国加入世界贸易组织(WTO)后,我国在制度和规则上不断寻求与国际知识产权保护的新要求同步,在国外知识产权制度研究上也多是以其他国家的立法或实践经验为借鉴,却较少关注他国立法与实践给予我们的反面启示和教训。2015年12月《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》提出“规制知识产权滥用行为”,知识产权保护的限度以及相关立法是否偏离和违背知识产权制度的基本宗旨是我国著作权立法应当检视的重要内容。版权投机(copyright troll)是2010年以来,在美国版权领域开始兴起的一种专利钓鱼(patent troll)的镜像手法,其不仅改变了以威慑和阻止侵权为主的传统版权维权模式,利用大规模诉讼赚取超额利润,甚至发展成为一种版权维权商业化模式。美国版权投机问题及其制度诱因提示我们,缺少限制的版权保护规则亦会使本应激励创造的版权制度给社会创新带来负面影响。如何利用当前我国著作权修法机会对其合理规制,避免重蹈美国立法与实践的覆辙,充分发挥著作权制度的创造力激励作用是本文关注的重点。

一、美国版权投机现象及其特征

(一) 版权投机的主要模式

早期美国唱片业协会(RIAA)的大规模诉讼策略

被认为是以威慑阻吓为主的传统维权模式,其主要目的是遏制作品的非法转播^[1],而2010年以来在美国影视、音乐、新闻等多个版权产业领域开始兴起的大规模诉讼则是以侵权诉讼相要挟,获取和解赔偿为主要目标。笔者将其总结为以下三种模式:

第一,聚合索赔模式。2010年和2011年制片商Voltage影业公司委托美国版权组织“USCG”(由华盛顿律师公司Dunlap, Grubb & Weaver组建)在美国对5 000名和2.5万名非法下载影片共享文件者提起诉讼,双方签订特殊协议进行利润分成,其诉讼目的是通过以战逼和寻求快速和解,并以诉讼的大规模聚合使版权所有人通过专业化代理人以及特殊的代理协议和费用结构,获得巨额和解赔偿。

第二,目录公司模式。主要表现为音乐目录公司起诉流行音乐艺术家采样^①版权作品,目录公司大量购买音乐作品版权,一经发现一首歌在使用其目录作品的音乐元素,即以“开发未经授权的衍生作品”提起诉讼。例如2010年出版商Larrikin公司起诉索尼BMG音乐娱乐公司与百代唱片澳大利亚公司,称被告作品未经许可使用其购买的于1932年创作的童谣《笑翠鸟》的长笛乐段并获巨额特许权使用费赔偿。

第三,执法中间商^②模式。主要表现为非版权领域执业实体创建以诉讼为基础业务的商业化维权模式。2010年初运营的美国Righthaven公司被认为是版权投机的第一个经营公司,其通过侵权行为发生后有目的

收稿日期:2015-01-18;修回日期:2016-03-05

基金项目:国家社科基金重点项目“知识产权导向下的文化产业创造力激励制度研究”(13AFX022)

作者简介:周莹(1972-),女,北京人,博士,华中师范大学法学院讲师,主要研究方向:知识产权法

地取得被侵权作品的专有许可,对侵权行为寻求赔偿,并利用被告的风险规避心理,以提供较低赔偿金的和解机会诱使被告放弃选择在法庭争讼。

(二) 版权投机的特征

在目前美国学者涉及版权投机研究的文献中对“版权投机”的界定各有其视角:Samuelson 强调版权投机的行为特征,认为版权投机是指“版权持有人以威胁或提起侵权诉讼为手段迫使复制者支付相对较低的和解赔偿金的行为”;^[2] DeBriyn 关注版权投机的行为目的和性质,认为版权投机是指“原告寻求侵权赔偿的目的不在于保护版权作品本身,而是将其作为一个辅助的或主要的收入来源”;^[3] LaFond 从行为的主体、性质及形式三个方面提出版权投机是指“从原始版权所有人处获得许可的个人或组织,以诉讼并获得被控侵权人的和解赔偿为唯一目的,通常以起诉成千上万被告的大规模诉讼为形式”。^[4] 曾任《洛杉矶加州大学法律评论》主编的美国知识产权学者 Brad A. Greenberg 认为,版权投机者违反版权制度的立法宗旨,利用版权制度有目的地行使版权权利:以侵权诉讼为目的收购版权;补偿作者或作品仅因作品的诉讼价值,而非商业价值;版权的交易或许可程序缺乏诚信;利用法定赔偿等版权制度,赚取和解赔偿金。^[5]

从版权投机的主要模式以及学者对版权投机的界定可以看出,其特征是:第一,非基于利用作品意图而行使权利。版权投机的主体并不仅限于执法中间商,创作者和传播者(如前述的报业集团、制片商或目录公司)也可能是版权投机的行为主体。尽管他们可能选择采用不同的方法,但有一点是相同的,即违反版权制度的立法宗旨,行使版权权利的目的并不是创造、传播或实际使用作品,亦有别于基于作品运用法律抓住商业机会的正当诉讼行为,而是利用版权诉讼获取侵权赔偿利润,即并非基于作品利用的意图。第二,通过侵权诉讼或以诉讼相要挟获取商业利益。版权投机可通过两种方式获取商业利益,一种是通过收购版权和提起侵权诉讼寻求支付或补齐其目录下旧作品的许可使用费,另一种是版权所有者以自有、收购版权或通过许可授权赋予执法中间商相应权利,提起诉讼或以诉讼进行威胁,其主要目的是通过利用被告避免高额诉讼成本和不确定审判结果的风险规避心理,要挟和迫使被告选择与其进行和解以获取商业利益。第三,侵权诉讼经营化运作。从版权投机的三种主要模式来看,执法中间商藉由以诉讼为基础的商业模式,将侵权赔偿作为其主要收入来源;目录公司则是将内部闲置版权资本化通过诉讼获取利润;制片商和报业集团是在维护自身合法权益的同时,创造一个新的收入来

源。三种类型的权利人均通过侵权诉讼经营化运作,将寻求侵权赔偿作为一种主要或辅助收入来源。第四,通常以聚合诉讼为主要形式。诉讼攻击的目标或诉讼标的通常是复数,这样可以保证尽可能通过较少的诉讼成本获得较大的收益。

从以上的特征中,我们可对“版权投机”作一个参考性的界定,其目的在于厘清权利界限以保证权利行使的正当性:版权投机是指违反版权制度的立法宗旨,通过侵权诉讼或以诉讼相要挟,对持有、收购或授权取得的版权作品特定权益进行经营化运作以获取商业利益的行为。

二、美国版权投机的制度诱因

(一) 法定赔偿规则

版权投机并不是一个新的现象。1833 年英国戏剧版权法(Dramatic Copyright Act)曾制定作品侵权的法定赔偿制度。1842 年英国人 Harry Wall 创办了一个公司并获得了一些作曲家的授权委托书,随后辗转于各城市向演奏者收取许可费用,如果对方拒绝支付,则以诉讼和法定赔偿相威胁。英国音乐出版业曾严厉批评这是一种“只在乎赚钱而不关心作品的生意策略”,随后英国议会通过法案删除了版权的法定赔偿制度,赋予法院侵权损害赔偿的自由裁量权。^[6](321-339)]今天的版权投机行为与 Harry Wall 的做法类似,虽然其策略更为复杂,但美国版权法关于法定赔偿的规定是版权投机演化成为一种商业模式的最主要制度诱因。

自 1790 年美国版权法中首次出现法定赔偿条款,其后对于法定赔偿规则又有多次修订,现行的美国 1976 年版权法的法定赔偿规则构成了版权投机不可或缺的条件。

首先,法定赔偿的适用不要求以实际损失或侵权人所得为基础。美国 1976 年版权法第 504 条(c)款规定,版权所有者在终局判决作出以前的任何时候,可要求赔偿诉讼中涉及的任何一部作品版权侵权行为的法定损害赔偿,以代替以实际损失及侵权人所得进行的赔偿。据此,被告没有能力挑战法定赔偿的适用,或要求原告提供实际损失或被告获利的证据,版权投机者正是利用这种适用限制的缺失,以法定赔偿作为诉讼要挟的基础筹码。

其次,允许权利人选择损害赔偿的方式。美国 1909 年版权法引入法定赔偿的原因是实际损害和损失的利润难以确定,但实际损失如果可能被证明,在通常情况下,美国法院将拒绝适用法定赔偿^[7],由于

没有出现实际的市场表现,无论是创作者或其他版权所有人,都没有因侵权行为失去利润受到实际伤害。因此,这种偏重于补偿性质的赔偿规则对于版权投机者的意义不大,使其无法将诉讼作为一种基础业务而创造利润。然而,根据美国1976年版权法,在法院最终判决作出之前,权利人可以在504条(b)款规定的实际损失加侵权利润和第504条(c)款规定的法定赔偿这两种赔偿途径中进行选择。由此通过允许版权所有人选择法定赔偿,同时限制法院不能判决低于每部作品750美元的赔偿下限,为版权投机者利用被告的风险规避心理诱使被告接受和解提供了条件。

第三,法定赔偿额度不断提高。美国1976年版权法规定,法定赔偿的额度为每部作品至少不低于250美元,最多不超过1万美元;此外,如果版权所有人能够证明,法庭能够认定侵权是基于故意而产生的,可以判处总数不超过5万美元的法定赔偿。1988年又将三个赔偿额度分别修改为500美元、2万美元、10万美元,2000年分别为750美元、3万美元、15万美元。据此,法定赔偿额度的不断提高为版权投机创造了更大的利润空间,为其发展成为一种商业模式提供了经济动因。

第四,缺少法定赔偿金额聚合的限制规定。有学者认为,美国法定赔偿的适用太过任意甚至过度,其主要体现在被侵权作品众多或法定赔偿金额聚合的情况下。^[8]虽然美国1976年版权法规定了每部作品的最高赔偿额度,但却缺少对法定赔偿金额聚合的限制规定,也为版权投机通过诉讼标的的聚合获取超额利润提供了便利。例如,在环球唱片公司诉MP3.com公司案中,法庭曾在涉及4700部作品的情况下,判决每部作品的法定赔偿金为25000美元,总额超过1.18亿美元。^③

(二) 其他制度诱因

除“法定赔偿规则”这一最重要的制度诱因以外,美国版权制度及其他规则也为版权投机的出现创造了理想的法律环境,它们使版权投机者在寻求被控侵权人赔偿的同时,获得最大限度的投资回报率。

第一,独立诉权。根据美国1909年版权法规定,只有版权的“所有者”可以提起侵权诉讼,即只有作者或受让人被视为所有者,而即使专有许可的被许可人,也只能加入所有者一方共同起诉,不能独立行使诉讼救济权。美国1976年版权法将所有者的定义扩大到版权“专有许可”的被许可人(非专有许可的被许可人仍不能单独提起诉讼)。^④这意味着版权投机者只需要获得所有者的专有许可授权就可以独立提起诉讼,这使权利行使脱离了作品本身,为版权投机发展成为

一种独立的商业模式创造了积极条件。

第二,权利分解。1976年版权法允许版权权利的分解,并可以进行“转移”和“单独所有”。该法第201条(d)款(1)规定,“版权所有权可以全部或部分通过任何转让方式或法律的实施来转移”;201条(d)款(2)规定,“组成版权的任何专有权利,包括第106条所述权利下的任何分项权利,均可按第(1)项规定转移,并被单独拥有。任何特定专有权利的所有者,在该权利的范围内,都有资格得到本法给予版权所有人的一切保护和补救方法。”至此这种专有许可的被许可人有权获得与这一权利相关的所有的法律保护和补偿,甚至可以有目的地创造一个人工授权,仅仅转移对侵权的诉权即可,而这个特征则被版权投机者利用。

第三,合并审理。版权投机之所以能够创造巨额利润还得益于程序法上的合并审理制度。根据1938年《美国联邦民事诉讼规则》第20条(a)款的规定,许可当事人合并只要同时满足以下条件即可成立:现有当事人的请求;单一的交易或事件;共同的法律或事实问题。其中“单一的交易或事件”是一个宽松的规则,无论是相同的交易或事件还是系列的交易和事件,都可以视为单一的交易或事件。“共同的事实或法律问题”则只要共同当事人之间至少要有一个共同的事实问题或法律问题即可。此外,联邦规则“鼓励在多数人诉讼中进行有效率的合并”^⑤。由此,版权投机者通过利用这种宽松的合并审理规则,节约了巨大的诉讼成本,进而使版权投机成为一种成功的高回报商业模式。

第四,对人管辖权。版权投机案件经常涉及法院对众多不同居住地的被告的对人管辖权(Personal Jurisdiction)问题。美国法院在司法实践中建立了其“长臂管辖”的特点,即被告的住所不在法院地州但和该州有某种最低联系,而且所提权利要求产生于或与此种联系有关时,就该项权利要求而言,该州对于该被告具有对人管辖权。^⑥据此,版权投机案件的众多被告因“具有互动性、相互依存性和高度连接性等特征的网络共享”而与互联网服务提供商所在地法院地州具有“最低联系”,使该法院得以对其行使管辖权。这为版权投机者在一个案件中共同起诉成百上千名分散于各地的被告提供了便利,同时也避免了原告单独起诉的巨额成本。

三、版权投机问题对我国的反面启示

版权投机现象在美国日益受到司法、学术等领域

重视, 2012年 Third Degree Films 诉 Does 案中法院指出, 版权投机背离了鼓励创造的版权法立法宗旨, 使创新环境受到极大破坏。^⑧笔者认为, 从创造力激励方面来看, 版权投机在以下三个方面具有负面影响:

第一, 扭曲激励机制的目的与功能。美国最高法院主张版权法的立法宗旨是“建立创造力的激励机制”。^⑨我国学者冯晓青教授也提出, 版权制度的“目的是通过激励作品最广泛的创作和传播而增进知识和学习, 而不是强调这些作品的价值”。^[9]吴汉东教授强调, “知识产权法其有独立的主导性价值, 即创新价值”。^[10]而版权投机的出现, 使作品侵权赔偿通过诉讼商业化, 并形成一种诉讼激励, 导致作品的创作者、生产者或传播者专注于现有作品的诉讼价值, 而弱化了机制中的创造力激励诱因, 并进而造成对传播和使用的限制和影响, 扭曲了版权制度鼓励创造的根本性目的和效率功能, 破坏了整个“法律链环”。

第二, 降低制度的创造力激励效用。Balganesh 认为, 版权的侵权索赔, 如同其他私法诉讼中的索赔一样, 存在一种系统性的执行不足(under-enforcement), 这种执行不足是版权制度运行的重要安全阀和非正式的喘息空间, 在“可行”和“实行”之间形成一种平衡^[11], 即虽具有索赔的可行性, 但仍“可容忍使用”(tolerated use)。版权投机的出现破坏了版权所有者这种“可容忍使用”的耐受性以及“可行”和“实行”之间的平衡, 这使版权制度的运行不仅有悖于其鼓励创造的宗旨, 而且演变成为一种利润保护机制, 在版权所有者本应具有侵权耐受性之下, 其容忍的信息分享所形成的创造力激励效用及其社会效益也将因此而大大降低。

第三, 引发创意的寒蝉效应。版权投机的影响不仅仅是潜在的文化损失以及对知识和信息传播的阻碍, 美国法院已经开始认识到版权投机“具有创意的寒蝉效应, 因为它们不鼓励合理使用现有作品去创作新的作品”。^⑩版权保护为创作提供了经济诱因, 但创作并不完全倚赖商业组织提供的交易架构, 即使在没有经济诱因的情况下, 仍可激发可观的创作与反馈式再创作, 而版权投机使创作者可能因惧怕动辄触犯法律而使作品创作数量大幅减少, 进而削弱了版权制度的功能。因此, 版权投机的出现将造成沉重的社会成本——使创作者和社会公众失去“自由表达的引擎”。

综上所述, 版权投机导致的权利滥用不仅破坏了合理利益秩序的构建, 也阻碍了社会创新能力的进一步提高, 这正是当前中国在大力发展文化产业以及加强知识产权保护的同时应当警醒的问题。

版权制度“激励理论”认为, 公共福利体现在科

学和实用艺术的进步之中, 版权法的基本目标是通过授予作者其所创作作品的专有权利, 为创作者提供一个以市场为基础的经济动因, 以激励新的作品创作从而促进公共福利。^[12]因此, 笔者认为, 发挥激励创造的版权制度效用应遵循以下原则:

第一, 版权制度要实现自己的既定目标, 必须首先寻求对创作者的激励。版权法的立法价值是当前版权权利不断扩张的情势下, 很多知识产权学者关注的议题。我国学者熊琦认为, 著作权的扩张说明, 经济利益仍然是著作权法的价值追求, 相关制度建构也仍然围绕着如何实现收益最大化来进行。^[13]这种“唯经济价值论”从经济增长速度和水平上衡量制度价值, 却忽略了如何去实现“人”的价值。^[14]有学者提出版权法的“特殊价值论”, 认为版权的立法宗旨是激励表达的原创性与多元化, 而不是追求利益最大化。^[15]版权制度产生的正当性可以归结为精神需要、经济需要和社会需要三方面的原因, 这三种需要的满足, 都是以激励创作者的作品创作为前提和基础的。^[16]无论是“唯经济价值论”还是“特殊价值论”都无法否认或支持: 激励创造是实现市民社会民主机制建构的前提, 更是经济增长和产业发展的基础和源泉。“唯经济价值论”的根本问题在于相关制度建构过分执着于经济与产业发展的短期利益而忽视了其发展的基础, 使得权利行使脱离创作者, 甚至使作品沦为一种创造超额利润和争夺市场的工具, 偏离了版权制度的基本目标——为作品创作提供激励因素。因此, 发挥激励创造的版权制度效用, 促进文学、艺术、科学等作品的生产, 其创造者的权益必须首先得到保障。

第二, 对版权的保护不应以减损创造力的激励效用为代价。根据美国最高法院的解释, 由法律提供保护创作者利益的诱因, 以鼓励其持续创作, “激励创作”是版权立法的根本动因。但在现实中, 版权虽然最初赋予创作者权利, 却最终大部分由产业主体获得并行使, 因此产业主体已经发展成为制度变革的主要推动力量。“产业主体推进立法的目的, 完全是满足其自身利益”^[17], 这种转型动因被认为是私人集团干预利益的公平分配^[18], 使得立法宗旨中的保护创作者权益和促进公共福利反而在现实中退居次要位置。在互联网环境之下, 转载、评论、推荐和分享, 甚至新的创作, 均可能产生侵权行为, 但一般而言, 并非所有权利人尤其是创作者均会对这种侵权行为提出损害赔偿, 对于极微小的损失或认为起诉成本过高, 大多不会有所反应, 甚至这样的利用行为对创作者而言有实际上的利益(例如宣传效果), 这就是前述提到的“可容忍使用”。然而由产业主体推进模式所带来的对版权的过度

保护,使人为造成稀有性的社会成本,将远高于对整体社会所带来的好处。立法者需要确保对版权的保护不以减损创造力的激励效用为代价,正确区分权利人尤其是产业主体的哪些经济利益并非必须保护,甚至是影响产业长远发展的障碍,对其保护应予以限制。

第三,控制“垄断”的社会成本以防止产生对价中的失衡现象。我国学者徐瑄教授认为,知识产权立法需要满足宪法权利保障下“对价”的衡平条件,为社会公众的基本人权保障保留足够的制度空间,才能获得知识产权正当性的立法前提。^[19]版权制度通过赋予作者有限垄断权以确保其经济利益激励新的作品产出,而这种“垄断”也会相应产生限制作品接近与传播的社会成本。然而,有限垄断的成本不应超过鼓励智力作品的创造和传播的公共利益。由美国版权投机问题及其制度诱因可见,一些侵权行为仅可能产生极小的损害,例如前述版权投机中的音乐采样、转载、评论文章等,其与法定赔偿的严重性程度相较,差距显而易见。然而,在美国法定赔偿规则下,这种损害极小,甚至未获取经济上利益的侵权均得以请求赔偿,这种一视同仁的断线作法,诱发版权投机者寻求对权利的“主动”保护,导致作品接近的障碍和公共利益的减少,无疑扩大了这种“垄断”所带来的社会成本。因此,立法者需要通过对版权保护规则的限制来控制“垄断”的社会成本以防止产生对价中的失衡现象。

四、遏制版权投机的立法建议

(一) 版权投机在我国发生的现实可能性

近年来,随着我国提出推动文化产业成为国民经济支柱性产业的战略任务,版权保护日益受到重视。但与此同时,利用版权诉讼获取商业利益的维权异化现象在我国也有日益明显的趋势,主要表现在:第一,权利人利用版权诉讼打击竞争对手,进而以垄断市场为主要目的。例如,2009年中国网络视频的诉讼混战,反盗版的“维权英雄”本身也是业内公知的盗版者,“所谓反盗版不过是名义,背后唯一的原因就是出于商业目的”。第二,反盗版维权商业化运作,即权利人以维权和诉讼为“致富”手段,通过批量取证、批量诉讼获取商业利益。例如,最为典型的北京网尚公司的维权产业链运作模式是将反盗版维权收益与代理商和律师三三分成,打造了一条批量调查、取证、诉讼、营销的产业链。第三,境外权利人利用其资源优势通过侵权诉讼入侵中国市场。例如,美国盖帝公司投资设立的中外合资企业华盖创意公司通过起诉大批国内

公司涉嫌使用其图库图片而索取巨额赔偿。由此趋势可以预见,随着中国文化产业的发展和融入国际市场,国内版权投机也将日渐滋生,并且将面对更多境外版权投机者的诉讼侵扰。

对比美国版权投机的制度诱因,我国现行著作权法也有关于独占(专有)被许可人独立诉权方面的相关规定,根据我国现行著作权法及相关司法解释,独占使用许可合同的被许可人,可以独立诉讼主体的身份(原告)单独向人民法院提起维权诉讼,而且司法实践中亦认可通过约定实现诉权转让;^⑩此外,从管辖权来看,根据《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定:网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。由此,权利人通过向网络服务器、计算机终端等设备所在地法院起诉,在同一案件中起诉不同所在地的多个被告具有可行性。与美国不同的是,目前我国没有对知识产权关联案件合并审理的规定,司法实践中多以“集中开庭”方式审理。^⑪

事实上,我国除了已经基本具备版权投机的便利因素外,其最关键诱因也极有可能在我国出现制度基础:目前我国正在进行著作权法的第三次修改,2014年6月国务院法制办公室公布的《著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称“送审稿”)规定:确定损害赔偿数额的顺序性规定修改为选择性,即允许权利人在实际损失、侵权人违法所得、权利交易费用的合理倍数以及100万元以下的数额之中进行选择;调整了损害赔偿额度,将侵犯著作权行为的法定赔偿最高额由原来的50万元提高为100万元人民币,并且如果多次侵权的可以在此基础上增加2~3倍的赔偿数额。虽然“送审稿”没有规定法定赔偿额的下限,但是,从我国当前的维权异化现象和发展趋势来看,允许权利人选择损害赔偿的方式、法定赔偿额上限的提高以及在此基础上增加2~3倍的故意侵权惩罚性赔偿将使侵权诉讼有更多的“盈利”空间,已足以成为利用侵权诉讼获取维权利润的制度诱因,将渐成版权投机滋生的土壤。

(二) 对我国著作权法定赔偿规则的修改建议

鉴于我国著作权法“送审稿”关于法定赔偿的新规定极有可能产生与美国相同的立法效果从而重蹈其覆辙,成为引发我国版权投机问题的最关键且最直接的制度诱因,为完善法定赔偿规则以实现版权制度激励创造的立法本意,笔者提出以下修改建议:

第一,在法定赔偿规则中区分创作者与非创作者权利人。对于“送审稿”第76条第1款允许权利人选

择法定赔偿代替实际损害或损失利润的规定，建议著作权法修改应在各方利益平衡的基础上，凸显保护作者权益和激励创造的主旨，在法定赔偿规则中区分创作者与非创作者权利人，即创作者权利人可以选择实际损失、侵权人的违法所得、权利交易费用的合理倍数或者100万元以下数额请求赔偿；非创作者权利人则适用计算损害赔偿数额的顺序性规定，只有在实际损失、侵权人的违法所得不能确定时，由人民法院根据侵权行为的情节，适用法定赔偿。理由如下：首先，适用法定赔偿的主要原因是在很难证明和量化实际损失和损失的利润的情况下，通过一个固定的实际损失金额予以补偿，其目的是作为实际损失的替代，以补偿为核心目的，同时实现惩罚性。鉴于“送审稿”第76条第1款混合了补偿性和惩罚性目的，应确保补偿目的不完全丧失，以防止非作者权利人利用资本优势通过法定赔偿获取超额利润。其次，当权利人能够证明存在实际损失时，本无需适用法定赔偿，但鉴于著作权法的目的是创建一个新作品的事前激励机制，侵权行为可以被视为一个假设的潜在市场伤害，因此可以将创作者视为一个特殊群体并赋予他们额外的保护。第三，要求非创作者权利人适用确定损害赔偿数额的顺序性规定，承担举证实际损害的责任无疑将提高诉讼的成本，缺少相应的利润，则版权投机行为就会失去其诉讼动机。这不仅可以防止权利滥用以及维权商业化和执法中间商的出现，亦符合著作权法激励创造的根本目的。

第二，明确法定赔偿数额确定的指导原则。目前许多国家都采取法定赔偿的限制性措施以避免其消极影响。例如加拿大、以色列、马来西亚等国家的著作权法中都明确规定了适用法定赔偿确定赔偿数额时法院需要考虑的因素。我国《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第25条第2款规定，人民法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。这是对著作权案件适用法定赔偿总的考量原则，但主要倾向于从侵权情节和作品价值两个维度酌定赔偿数额，缺少对著作权权利滥用的限制性措施。借鉴新加坡著作权法相关规定，建议在我国著作权法第76条中明确规定：在判决法定赔偿时，法院需要考虑主要因素，包括侵权行为的性质或目的(例如，其是否具有商业性质)；侵权行为的恶劣影响；被告是否有恶意；原告因为侵权遭受的损失或可能遭受的损失；被告因为侵权增加的利益。以此确保法定赔偿以补偿为核心目的，防止权利人利用法定赔偿获取超额经济利益。

第三，制定法定赔偿的反聚合措施。为防止因法定赔偿的数额聚合导致的不公平现象出现，一些国家设计了法定赔偿聚合的上限，例如马来西亚著作权法第37条(1)款(d)规定，每部作品的法定赔偿不超过2万5千马币，但合计不超过50万马币。新加坡著作权法第119条2款也有类似的规定，即法院可以判决每件著作权受到侵犯的作品或客体不超过1万美元，或总额不超过20万美元的赔偿，除非著作权人能够证明他在该侵权中的实际损失超过了20万美元。各国法定赔偿聚合上限的设计一般是每件作品法定赔偿最高额的20倍。鉴于我国适用法定赔偿方法也是以每件作品作为计算单位，根据每件作品的法定赔偿最高额为100万，建议在我国著作权法第76条中明确规定“每件”作品的法定赔偿合计不超过2千万元，但著作权人能够证明在该侵权中的实际损失超过2千万元的除外。这样一方面可以在适当保留法定赔偿的“惩罚性”目的基础上，防止权利人通过诉讼获得与其作品的市场价值严重不成比例的赔偿额，另一方面也可以兼顾市场价值较高的作品，使其仍可以通过恢复实际损失获得补偿。

注释：

- ① 采样是指从其他音乐作品中抽取一段长度的循环或重复的部分用于新的作品。
- ② Balganesch 认为，版权投机者在某种程度上是“执法中间商”，他们通过垂直整合为版权运行系统增加价值。参见 Balganesch, Shyamkrishna. Copyright infringement markets[J]. Columbia Law Review, 2013, (113): 2277.
- ③ 参见 UMG Recordings, Inc. v. MP3.com, Inc., 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000) (edited version).
- ④ 参见美国1976年版权法第101条关于“版权所有者”和“版权所有权的转移”的定义：“版权所有者”是指版权中包含的任一特定专有权利的所有者；“版权所有权的转移”是关于版权或包括在版权中的任何专有权利的转让、抵押、给予专有许可或任何其他转让、让与或抵押，不论其时间和地点的效力有无限制，但非专有性许可不包括在内。
- ⑤ 参见 United Mine Workers v. Gibbs, 383 U.S. 715, 724 (1966).
- ⑥ 参见 IMO Indus., Inc. v. Kiekert, A.G., 155 F.3d 254, 263 (3d Cir. 1997); Shaffer v. Heitner, 433 U.S. 186, 204 (1977)。
- ⑦ 参见 Third Degree Films v. Does 1-47, 286 F.R.D. 188, 189-90 (D. Mass. 2012)
- ⑧ 参见 Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 450 (1984).
- ⑨ 参见 SOFA Entm't, Inc. v. Dodger Prod., Inc., 709 F.3d 1273, 1280 (9th Cir. 2013).
- ⑩ 目前，诉权约定在实践中存在，我国各地法院也大多认可。参见邹三丹：《试论著作权侵权纠纷中被许可使用人之诉权问题》，中国知识产权司法保护网，http://www.chinaiprlaw.cn/show_News.asp?id=18186&ke, 2014-8-10。
- ⑪ 不同于美国的关联案件合并审理，我国的“集中开庭”为一种提高庭审效率的操作模式。参见李汪全：《知产关联案件的处

理及商业化维权的应对》，<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/04/id/951481.shtml>, 2014-08-20。

参考文献:

- [1] Lantagne, Stacey M. The morality of MP3s: The failure of the recording industrys plan of attack [J]. *Harvard Journal of Law & Technology*, 2004(18): 269–280.
- [2] Samuelson, Pamela. Is copyright reform possible? [J]. *Harvard Law Review*, 2013(126): 740–759.
- [3] DeBriyn, James. Shedding light on copyright trolls: An analysis of mass copyright litigation in the age of statutory damages [J]. *UCLA Entertainment Law Review*, 2012, 19(1): 80–112.
- [4] LaFond, Jason R. Personal jurisdiction and joinder in mass copyright troll litigation [J]. *Md L Rev Endnotes*, 2012(71): 51–60.
- [5] Greenberg, Brad A. Copyright trolls and presumptively fair uses [J]. *University of Colorado Law Review*, 2014(85): 53–128.
- [6] Isabella Alexander. The birth of the performing right in Britain, privilege and property: Essays on the history of copyright [M]. Cambridge: Open Book Publishers, 2010: 314.
- [7] Samuelson, Pamela, Tara Wheatland. Statutory damages in copyright law: A remedy in need of reform [J]. *William & Mary Law Review*, 2009, 51(2): 439–446.
- [8] Samuelson, Pamela, Phil Hill, etc. Statutory damages: A rarity in copyright laws internationally, but for how long? [J]. *Copyright Soc’y USA*, 2012(60): 529–577.
- [9] 冯晓青. 著作权之立法宗旨研究[J]. 月旦民商法杂志, 2007(15): 91–104.
- [10] 吴汉东. 知识产权法价值的中国语境解读[J]. 中国法学, 2013(4): 15–26.
- [11] Balganes, Shyamkrishna. The uneasy case against copyright trolls [J]. *Southern California Law Review*, 2013(86): 723–728.
- [12] Balganes, Shyamkrishna. Foreseeability and copyright incentives [J]. *Harvard Law Review*, 2009(122): 1569–1633..
- [13] 熊琦. 私人利益与表达自由: 著作权法立法价值之辩[J]. 浙江社会科学, 2011(9): 54–61.
- [14] Chon, Margaret. Intellectual property and the development divide [J]. *Cardozo Law Review*, 2006(27): 2821–2912.
- [15] Netanel, Neil Weinstock. Copyright and a democratic civil society [J]. *The Yale Law Journal*, 1996, 106(2): 283–387.
- [16] 冯晓青. 著作权法之激励理论研究——以经济学、社会福利理论与后现代主义为视角[J]. 法律科学, 2006(6): 41–49.
- [17] Jane C. Ginsburg. How copyright got a bad name for itself [J]. *Columbia Journal of Law and the Arts*, 2002(26): 61–71.
- [18] Jessica Litman. Copyright compromise and legislative history [J]. *Cornell Law Review*, 1986, 72(5): 857–904.
- [19] 徐琰. 知识产权对价论的理论框架——知识产权法为人类共同知识活动激励机制提供激励条件[J]. 南京大学法律评论, 2009(1): 89–104.

On copyright troll in U.S. and its institutional inducement: Also on its negative lesson for China

ZHOU Ying

(Law School, Huazhong Normal University, Wuhan 430079, China)

Abstract: Copyright troll which has grown rapidly in U.S. in recent years has made litigation become a business model and a means of coercion. And the statutory compensation rule in American copyright law is the greatest institutional inducement for copyright troll, which combines with other rules to create an ideal legal environment for the emergence of copyright troll. The new rules of statutory damages in *Copyright Law* (Revised Draft) made in 2014 are very likely to become a potential breeding ground of copyright trolls in China. Therefore, the present essay suggests that we should make use of this opportunity of amending Chinese copyright law to make rational stipulations, to avoid repeating the mistakes in American legislation and practice, and to put the institutional effect on incentivizing creativity to full play.

Key Words: copyright trolls; copyright law; statutory damages; creativity

[编辑: 苏慧]