

网络洗稿行为的法律性质与规制路径探究

廖斯

(澳门科技大学法学院,澳门 999078)

摘要:网络洗稿行为以信息网络为依托、“高级抄袭”为手段、以“恶性竞争”为结果。在著作权法上,网络洗稿行为应构成对作品的改编而非复制,并且还构成汇编行为;在反不正当竞争法上,网络洗稿行为构成《反不正当竞争法》第十二条的互联网不正当竞争行为。在规制路径上,除适用有关的著作权民事救济外,还应当采取行政规制手段,具体而言,《著作权法》第四十八条规定的行政规制手段存在局限性,有关机关可依据《反不正当竞争法》第十二条、第二十四条的规定,对网络洗稿行为施以适当的行政规制。

关键词:网络洗稿行为;改编行为;汇编行为;互联网不正当竞争;行政规制

中图分类号:D923.49

文献标识码:A

文章编号:1008-5092(2019)02-0024-07

对于当下各网络媒体而言,“洗稿”无疑是最不受欢迎的,该行为被认为是一种对深受市场欢迎的作品进行“篡改、删减乃至抄袭”的行为,且有别于传统上逐字逐句的简单抄袭。随着文化产业市场与“互联网+”的深度融合,网络自媒体逐渐成为这一市场上不可忽视的文化创新力量。在此情况之下,网络洗稿行为的出现令本应专注于原创的互联网文化产业深受其扰。有虑于此,除适用著作权法进行有关规制的观点被广泛提及外,国家版权局联合有关机关也适时地在2018年7月通告开展的“剑网2018”专项行动中,把网络洗稿行为明确为行政规制的重点之一^[1]。

如今,网络洗稿行为具有不正当性已是广泛共识,如何对其进行规制则是时下亟待解决的问题。目前,学术界与实务界大多持“通过著作权法规制网络洗稿行为”的观点,然而对网络洗稿行为法律性质的分析未见深入;再如“剑网2018”等行政规制手段虽受到业界的广泛关注,但并未得到理论之论证。据此,本文即意在对上述两点进行厘清与论证。

一、网络洗稿行为的表征分析

1. “国际新闻社”案与一般洗稿行为

网络洗稿行为虽在当下广受关注,但事实上,

洗稿行为早在一百年前的出版行业中即已出现,譬如1918年的美国“国际新闻社”案^[2]。该案中,美国联合通讯社(Associated Press,以下简称“联合通讯社”)在第一次世界大战爆发期间派遣了众多战地记者前往欧洲前线,为此花费了大量的财力与物力,这些战地记者在战火中收集素材并写成相关的新闻报道,通过电报发回联合通讯社,联合通讯社得到这些新闻报道后即将其授权给其成员社使用,并以此获得报酬。但与此同时,美国国际新闻社(International News Service,以下简称“国际新闻社”)则直接将上述已经发表的报道通过改写、增删乃至照搬等方式提供给美国中西部的其他客户。由于美国本土东西部存在时差,彼时国际新闻社的行为使得其在中西部的客户可以同时、甚至早于联合通讯社的客户而出版报纸,由此,联合通讯社即起诉国际新闻社构成不正当竞争,并最终获得胜诉。

通常认为,“洗稿”一词首先发端于新闻传播行业,一般意义上的洗稿行为原本就是指新闻传媒通过一系列手段对发表在不同渠道的稿件进行多次修改、编辑,以达到“掩盖真实来源、避免著作权审查”的目的^[3]。上述“国际新闻社”案即属此类。但是,随着包括出版业在内的文化产业与

互联网的进一步融合,如今,基于信息网络的洗稿行为已呈现出与前述的一般洗稿行为不同的新特点,并具有更加复杂的表征。

2. 网络洗稿行为的三方面表征

(1) 以信息网络为依托

与一般洗稿行为不同,网络洗稿行为首先以信息网络作为依托,其并非简单地把洗稿行为“移植”到信息网络之中,而是包含对信息技术与网络传播效力的利用。

在对信息网络的利用上,专门用于“洗稿”的软件即是一例。如今,网络洗稿行为已经不局限在通过人力方式简单地对原作品进行“改写”,而是有条件通过业已出现的所谓“一键伪原创”式“洗稿”软件予以实现。具体而言,“使用者将一篇文章输入进该软件,之后软件通过词语替代实现伪原创”,而这些软件进行“洗稿”的原理是“采用独有的分词引擎和自创同义词库,模拟百度的中文切词手段进行伪原创,生成后的伪原创文章更贴近百度等搜索引擎的收录模式”^[4]。质言之,网络洗稿行为可以凭借计算机网络技术大大减少洗稿的时间与精力成本,这显然是目前规制网络洗稿行为的重大挑战。

在对网络传播效力的利用上,网络洗稿行为并非在于“制造作品”,而是在于“传播作品”。究其原因,网络洗稿行为人并不以“洗稿之作”本身作为利益取得的重点,而是依靠“洗稿之作”对网络用户的吸引力以博取所谓的网络“点击率”或“流量”。由于被“洗稿”之作品往往本身具备较高的市场价值或知名度,网络洗稿行为人则以有关作品的“价值”或“知名度”为牟利基础,获取网络关注度、广告费或“粉丝数量”等直接或间接的经济利益。

(2) 以“高级抄袭”为手段

无论是网络洗稿行为还是一般洗稿行为,其实施手段均为“高级抄袭”^[5]。“高级抄袭”一词在严格意义上并不属于法律概念,它源于国家版权局在《国家版权局版权管理司关于如何认定抄袭行为给青岛市版权局的答复》(权司1999第6号)中,对不同的“抄袭”行为所进行的划分与说明,即认为“高级抄袭”是“经改头换面后将他人受著作权保护的独创成分窃为己有的行为”^[6]。从网络洗稿行为的主要手段来看,其系“将他人作品受保护的内容变换文字表述窃为己有”,不过,由于网络洗稿行为并未改变作品结构(即人

物关系、故事情节或桥段组合等有关文章内容的组织与安排),而作品结构“正是作者创造性脑力劳动最为充分和最为关键的外在体现”^[7],其本身也是作品的表达形式之一。因此,网络洗稿行为仍然符合《著作权法》关于“抄袭、剽窃”的描述,本质上仍属于“高级抄袭”之范畴^[8]。较为典型的“洗稿”方式如“琼瑶诉于正”案,该案中,法院认为涉案作品尽管在人物名称、具体文字表述上与权利人有权作品存在差异,但是在涉及作品结构上,涉案作品与有权作品构成实质性相似^[9]。

值得一提的是,亦有观点认为网络洗稿行为不仅涉及对作品表达形式的“高级抄袭”,还包括对作品思想内容——尤其是“复杂”的思想内容的“剽窃”,而后者似乎并不符合“高级抄袭”之定义^[10]。笔者认为该观点值得商榷。一方面,我们不应否认作品中思想内容的价值,因为任何创作都始于构思与创意等思想上的创造,而那些“离最终表达只差一步”的“复杂”思想或思想之组合,其与概念、主题等“简单”的思想相比显然具备更高的价值,不能简单地将其归入公有领域之中。但另一方面,这种“复杂思想”实质上就是一种著作权法意义上的表达——即前述之“作品结构”,与之相对应的“简单”的思想则属于公有领域的范畴,换言之,无论一般洗稿行为还是网络洗稿行为,均不存在“只‘抄袭’思想、不‘抄袭’表达”的情况。

(3) 以恶性竞争为结果

一般洗稿行为的最初目的在于规避对“被洗稿”作品的著作权审查,企图掩盖作品的真实来源,网络洗稿行为则不限于此。行为人除出于上述规避之理由外,更寄望通过利用他人已经获得成功作品以排除作品的创作风险,在依托信息网络的低成本、广泛性与高效性的传播时,能够以最小的成本进入相关市场以牟取利益^[11]。但是这一行为将事实上导致互联网文学艺术作品市场陷入这样一种“恶性循环”:其一,创造者失去了获取其应得的成果之预期,其本应获得的正当利益将为网络洗稿行为人所攫取;其二,社会对新的作品与创意的引导机制失能,网络洗稿行为带来的“可观利益”又会吸引更多人参与到网络洗稿行为中来。上述“国际新闻社”案曾明确,行为人与“在他人播种的地方将他人的收获攫为己有”(to reap where it has not sown)的行为相类似^[12],

“不劳而获”之市场行为终将扰乱市场的合理资源配置,使互联网文化产业陷入恶性竞争。

综上所述,网络洗稿行为具有以信息网络为依托、以“高级抄袭”为手段、以恶性竞争为结果的表征。与一般洗稿行为相比,尽管在手段上具有相似性,但网络洗稿行为充分利用了信息技术和网络传播效力,为权利人及有关市场带来难以评估的负面影响,并最终形成市场恶性竞争。

二、网络洗稿行为的法律性质分析

1. 网络洗稿行为在法学方法论上的核心问题

德国法学家卡尔·拉伦茨认为,所有需要由法律对相关事实做出的评价或判断均是“考量法律上的重要性,对事实所做的某些选择、解释及联结的结果”^[13];而要评价具体的法律行为则须找到其“核心”,在法学方法论意义上即是在该行为中找到“足以引发法律问题”的关键点^[13]。在网络洗稿行为上,这种关键点表现在以下几点:网络洗稿行为的手段、作品权利人受到的损害以及市场竞争秩序受到的影响。基于此,我们可以得出在法律意义上的核心问题为:第一,作品作者能否向网络洗稿行为人主张相应权利?第二,其他市场竞争者、利害关系人乃至社会公众能否要求网络洗稿行为人对正常市场竞争的破坏承担相应责任?

第一个核心问题与私权相关,细言之,网络洗稿行为所针对的是他人在著作权法上的有关权利,因此,宜从著作权法角度对网络洗稿行为的性质予以厘清。第二个核心问题则不仅涉及受影响的竞争者,更可能涉及对市场自由竞争秩序的破坏,换言之,第二个核心问题不仅涉及私权的保护问题,还涉及对公共利益的损害问题,质言之,这是一个反不正当竞争法上的关切,宜从反不正当竞争法的角度对网络洗稿行为的性质予以明确。

2. 网络洗稿行为在著作权法方面的性质辨析

目前,既有研究已对(网络)洗稿行为的有关著作权法律性质进行了一定程度的厘清,譬如其对作品完整性的侵害以及对作者署名的侵害等,并且,鉴于网络洗稿行为还可能同时涉及其后续行为也可能构成著作权法上诸如发行、信息网络传播等行为^[14],对此笔者不再详述。但其中,部分学者对(网络)洗稿行为应当定性为著作权法上的复制行为等观点^[15],笔者认为值得商榷,故以下将对有关性质进行分析。

(1) 复制行为与改编行为之辨

如前所述,网络洗稿行为系以“高级抄袭”为手段,按照有关释义,“高级抄袭”有别于原封不动的“低级抄袭”,因而在具体的语言、文字等表达上与原作品存在不同,当然,这种不同并不意味着“绝对不一致”,而是仍然在“实质性相似”的范围之内^[6],在此意义上,网络洗稿行为似乎不符合《著作权法》第十条第一款第(五)项有关“复制”的文义解释,而应当构成《著作权法》第十条第一款第(十四)项之“改编”;但另一方面,网络洗稿行为即使采用“高级抄袭”之手段而有意将原作品改动得“面目全非”,但“洗稿”产生的作品在结构上(或称情节的安排上)仍然与原作品相一致,而作品结构本身亦属于作品的表达范畴^[7],在此意义上,网络洗稿行为又似乎构成对作品结构的“复制”。

对上述两项法律条文之表述进行解释时可见,《著作权法》第十条第一款第五项规定的“复制”指的是对作品通过印刷、复印等方式将作品制作一份或多份的行为,显然,这一行为在文义上应当解释为一种“原封不动”地照搬他人作品的行为,“原封不动”意味着不做或几乎不做任何改动,显然,这种照搬更多的是对作品符号的完全照搬;相较之下,《著作权法》第十条第一款第十四项规定的“改编”则是改变作品、创作出具有独创性的新作品的行为,尽管以“高级抄袭”为表征的网络洗稿行为“复制”了作品结构,但其对作品符号的改变可解释为一种改编行为,且这种改编行为所生成之结果在不同程度上具有独创性。由此,笔者认为网络洗稿行为应当解释为一种改编行为,而非复制行为。

(2) 汇编行为之辨

除上述外,许多学者似乎忽略了对著作权法上的“汇编行为”之探讨。对网络洗稿行为而言,“洗稿”不仅存在“一稿一洗”或“一稿多洗”,现实当中也已经存在着“多稿一洗”与“多稿多洗”(即将多篇作品进行“洗”成一份或多份作品)的情形^[16]。《著作权法》第十条第一款第十六项中,“汇编”指的是将作品或者作品的片段通过选择或者编排,汇集成新作品。笔者认为,“多稿一洗”“多稿多洗”的情形实际上就是将不同的情节安排“拼凑”成一体,不论这种“拼凑”是通过计算机软件等网络技术实现还是单纯通过人力方式实现,其均构成“未经各作品的著作权人同意而将

他人一份或多份作品进行拼凑与改写”之行为,因此,以“多稿一洗”或“多稿多洗”为表现的网络洗稿行为符合著作权法上汇编行为的解释,在此意义上,网络洗稿行为显然也可能构成著作权法意义上的汇编行为。

3. 网络洗稿行为在反不正当竞争法上的性质

(1) 网络洗稿行为与市场失灵

通常认为,知识产权是私权,网络洗稿行为既已构成对知识产品的侵害,那么有关权利人应以相关民事救济作为规制重点。但另一方面,网络洗稿行为导致的“恶性竞争”将使市场竞争秩序出现其自身不能克服的混乱,在此意义上,网络洗稿行为即形成一种实质上的“市场失灵”^[17]。

具体而言,对于市场失灵之问题,首先应考虑由市场自身做出必要调整、发挥自由竞争的效力,这是由于自由竞争是“发挥市场在配置资源过程中优势地位所必需的,国家力量不应当对此做出过度的干预”^[18]。然而,网络洗稿行为的出现并不意在促进市场的有序竞争,它的出现即损害了文艺作品市场的创作积极性,如果不对网络洗稿行为进行必要规制,文化市场将最终形成“思想同质化”乃至“千篇一律”的局面,市场竞争者(同时也是作品创作者)的创新积极性将大大降低。质言之,网络洗稿行为引发的恶性竞争必然导致市场失灵,国家应当及时通过行使合理的市场规制权干预市场,使市场重新恢复有序竞争的秩序。由此,除考虑适用以保护私权利益为主要目的的《著作权法》外,《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)所规定的国家规制权力也有介入规制的必要。

(2) 不正当竞争行为之辨

网络洗稿行为以“恶性竞争”为结果,其本质原因是对“公平、诚信”的商业道德与法律原则之违反,不符合《反法》的立法精神,因此,能否将其认定为《反法》意义上的不正当竞争行为,是其受到《反法》规制——特别是行政规制——的前提。

目前,网络洗稿行为既以信息网络为依托,其对信息技术与网络传播效力的利用显然已构成不正当竞争行为,具言之,该行为可通过《反法》中有关互联网不正当竞争行为的规定予以解释。《反法》第十二条第二款第四项明确规定:“经营者不得利用技术手段,通过影响用户选择或者其他方式,实施下列妨碍、破坏其他竞争者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

首先,通过计算机软件或网络技术进行的洗稿行为——不论是提供有关软件或技术、还是通过使用该软件或技术而实质进行的网络洗稿行为——均符合该条款中“利用技术手段”的表述,此外,单纯通过人力方式进行的洗稿行为实质上与前述洗稿行为在手段与结果上均无实质区别,只是后者效率相对较低而已,其“改写、变换”的手段亦应涵盖在“利用技术手段”的文义解释当中。其次,如前所述,网络洗稿行为企图通过“洗稿之作”来“吸引”用户的关注,进而牟取利益,这种“吸引”实际上是对网络用户在选择与作品有关的服务时产生了不合理干扰,使网络用户误认为洗稿行为人为提供的作品属于其原创,进而减少实际创作者的合法收益,因此,在法学方法论上符合“影响用户选择或其他方式”之解释^[19]。综上,网络环境下的网络洗稿行为符合《反法》第十二条第二款第四项中的解释,构成法律意义上的不正当竞争行为。

尤其需要指出的是,根据《反法》的有关规定,认定有关网络洗稿行为构成不正当竞争存在还有一项必要前提,即网络洗稿行为人与相关市场主体存在直接竞争关系。反不正当竞争法本质上属经济法范畴,其对知识产权的补充性保护也应限制在市场竞争的范围内,因此,如果网络洗稿行为人与相关市场主体之间不存在直接竞争关系,或者这种竞争关系不具备市场意义,则当然地不构成该法意义上的不正当竞争行为。

三、网络洗稿行为的法律规制路径探析

如上所述,网络洗稿行为的法律问题为两个层面的法律规制问题:其一,在“私益”层面上,网络洗稿行为构成著作权法上的改编、汇编等行为;其二,在“公益”层面上,网络洗稿行为破坏了市场的有序竞争,导致市场失灵,国家有必要对此行使市场规制权。笔者认为,上述两者表明,国家对网络洗稿行为不仅应当予以规制,更应当采取“民事救济”与“行政规制”二者并行的规制路径。

1. 《著作权法》上的民事救济路径

一般认为,反不正当竞争法与知识产权法之间存在相互补充的功能,在知识产权法无法对某些法益提供保护时,反不正当竞争法应给予“兜底保护”^[20]。反之,在适用著作权法足以规制网络洗稿行为时,则无适用反不正当竞争法之必要。从目前的实践来看,对网络洗稿行为仍以著作权

法民事救济路径为主。

以“高级抄袭”为手段的网络洗稿行为以对作品结构的利用为重点,在法律上表现为对原作品的改编、汇编等。因此,根据“接触+实质性相似”规则,以“整体感受比较法”比较相关作品的表达看是否达到相似的公众体验,进而适用《著作权法》第十条第一款与第四十七条有关著作权侵权法律责任之规定,使权利人得以主张改编权、汇编权等获得救济。实践中,此类民事救济方式最为常见。

2. 行政规制路径:以反不正当竞争法为主

在网络洗稿行为对市场竞争秩序造成侵害的情况下,市场之公共利益保护成为关注重点,因此,仅通过民事主体依据民事救济途径规制网络洗稿行为是远远不够的。随着网络媒体的影响力日益增长,民事主体对于艺术作品的控制在客观上被削弱,取证与维权的困难性以及难以评估的不良影响将持续地影响市场资源配置,在此情况下,笔者认为国家有必要通过行政手段对其予以适度干预,并且干预应当以反不正当竞争法规定的市场规制权为主。

(1) 著作权行政规制路径之局限

著作权法中有关行政规制的内容规定在《著作权法》第四十八条以及《著作权法实施条例》第三十六条与第三十七条。其中《著作权法》第四十八条规定了国家行政权力介入著作权侵权行为的两个基本条件,其一是以“损害公共利益”为限,其二是该条规定的八项行为。其中“损害公共利益”之条件是国家行政权力介入民事侵权之必须;而第二个条件中,行政权力能够介入规制的情形仅包括《著作权法》第四十八条第一项的“未经著作权人许可,复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品”七种行为,上述穷尽式列举中显然不包括“改编”行为。因此,即便国家有关行政机关以《著作权法》第四十八条为依据对网络洗稿行为采取行政执法行为,其也只能规制网络洗稿行为中的汇编行为,而无法规制其中最具典型性的改编行为,这表明《著作权法》在对网络洗稿行为的行政规制上具有明显的局限性,相关行政机关的行政规制行为——尤其是业已开展的“剑网 2018”行动——显然并不能单独地将《著作权法》作为其行政执法的法律依据。

(2) 反不正当竞争法上的行政规制路径

《反法》第二十四条对违反《反法》第十二条的网络洗稿行为设置了行政规制内容,即从事相关行为的经营者将由监督检查部门责令停止违法行为,并处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。此外,《反法》第二十六条还规定因此受到行政处罚的经营者由监督检查部门记入信用记录并依法公示。

相较于《著作权法》,修改后的《反法》在行政规制上的适用范围更具弹性,且根据目前的发展水平显著地提高了行政处罚数额,大大增加了行为人的侵权与违法成本。

在适用范围上,《著作权法》属于知识产权特别法,本质上保护的是私权,因此该法严格约束国家行政权力介入民事侵权之限定有其正当性,质言之,该法将行政规制权力限定在第四十八条第一项规定的七种行为之中并无不当,但就网络洗稿行为而言,《著作权法》第四十八条难以为行政规制提供法律依据。而《反法》在本质上就是解决市场失灵问题,并对有关的知识产权规制方式(包括行政规制方式)予以补充,因而,《反法》可将网络洗稿行为中的改编行为认定为该法第十二条规定的互联网不正当竞争行为,并受反不正当竞争法上的行政规制。

在侵权与违法成本上,有关研究表明,结合当下互联网产业的经济体量及互联网高效传播之特点,侵权与违法成本仅在于“洗稿”过程中的人力成本(在利用计算机软件进行“洗稿”的过程中,人力成本甚至可以忽略不计),远低于包括各类信息费用(获取信息之成本以及沟通成本)、稿费乃至维权费用等组成的交易成本^[3],由此可见,提高网络洗稿行为的侵权与违法成本是规制该行为的重要方式。《著作权法实施条例》第三十六条规定的行政罚款数额为:非法经营额达到 5 万元以上的,处以非法经营额 1 倍至 5 倍的罚款;没有非法经营额或者非法经营额 5 万元以下的,可根据情节处 25 万元以下的罚款。互联网时代的经营显然有别于传统经营,诸如“点击率”“粉丝数量”等网络经营之数额往往难以统计,再者,具备类似“洗稿”功能之计算机软件基于技术中立之原则不宜直接被认定为“非法”,而制造或提供“洗稿”软件者往往不以软件本身获取经济利益,

在此情况下,单以“非法经营额”作为行政处罚的基础显然不足以限制网络洗稿行为。

《反法》第二十四条规定:经营者违反本法第十二条规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的,由监督检查部门责令停止违法行为,处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。概言之,《反法》在对相关行为的行政处罚数额上设置了10万元的“底线”,最高处罚金额则达到了300万;而在行政处罚的认定基础上,不再单独以非法经营数额的高低而论,而是考虑不正当竞争行为的情节轻重,这一点与当下的社会经济发展水平更相适应。

此外,《反法》第二十六条还明确,因不正当竞争行为受到处罚的经营者将面临信用记录上的不良登记,并且该登记会被强制公示于全社会,这一条文尽管并非规定行政罚款数额,但对于“互联网+”时代的市场经营者而言,“信用记录”及“公示信息”的意义更为重大,任何人均有能力在互联网上查询到经营者的诚信经营记录,有关违法行为的记录与公示将直接影响他们在经营活动中其他利益的获取,譬如贷款、可预期之交易等,这一制度大大提高了相关竞争者对其所采取竞争行为的审查义务,在法律后果上予以震慑,大大提高了市场竞争者的违法成本。

(3) 行政规制的具体对象

在对网络洗稿行为的规制路径上,除鼓励有关权利人积极地适用上述《著作权法》的有关规定追究网络洗稿行为实施人的著作权侵权责任外,国家有关行政主体还应以《著作权法》《反法》的有关规定作为行政规制之法律依据,实施必要的行政规制。而从网络洗稿行为的表征上看,其规制的对象既包括具体实施网络洗稿的行为,也包括与具体实施网络洗稿行为相关的行为,前者与前述《著作权法》上的侵权行为一致,后者则应

包含以下两类:其一,为具体实施网络洗稿行为提供便利条件的积极行为;其二,对显著的网络洗稿行为而怠于采取必要措施的消极行为。

具体而言,积极地为具体实施网络洗稿行为提供的便利行为在一定程度上相当于网络洗稿行为的“生产源头”,譬如制造或提供专门用于“洗稿”的计算机软件或其他技术便利,此类行为将大大缩减网络洗稿行为所耗费的时间成本与人力成本,使得具体实施网络洗稿的行为人能够更快速地牟取利益;而对显著的网络洗稿行为怠于采取必要措施的行为是一种不作为,相当于网络洗稿行为的“传播源头”,当下的网络时代呈现平台化趋势,大部分作品以各网络平台作为其传播的起点,网络洗稿行为也不例外,有关平台倘若对其明知或应知的网络洗稿行为不采取断开链接、删除内容等必要措施,相关权利人的损失将因此而进一步扩大。因此,上述两项行为均为以《反法》为法律依据的行政规制之对象,有关行政机关在行使必要的规制权力时——尤其是此次“剑网2018”执法行动时——应当将上述二者考虑在内。

综上,有关行政机关可依据《著作权法》第四十八条、《著作权法实施条例》第三十六条与第三十七条、《反法》第二十四条等规定,对涉及具体实施网络洗稿行为的经营者、为具体实施网络洗稿行为提供技术便利的行为人,以及对明知或应知网络洗稿行为而怠于采取必要措施的平台运营者或管理者,做出适当而合理的行政罚款。除此之外,有关机关还可依据《反法》第二十六条规定,积极地对上述行为人采取记入信用记录与违法信息公示等行政处罚措施,从生产与传播之源头上限制网络洗稿行为的市场空间,进一步提高网络洗稿行为人的侵权与违法成本,从而达到既保护作品作者利益,又维护文艺作品市场的良好竞争秩序。

参考文献:

- [1] 国家版权局. 国家版权局等关于开展打击网络侵权盗版“剑网2018”专项行动的通知[EB/OL]. (2018-07-20)[2019-01-22]. <http://www.ncaac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/382813.html>.
- [2] Eric P. Schmidt. Hot News Misappropriation in the Internet Age[EB/OL]. (2011-09-10)[2019-01-22]. http://www.jth-tl.org/content/articles/V9I1/JTHTLv9i1_Schmidt.PDF.
- [3] 张文德,叶娜芬. 网络信息资源著作权侵权风险分析——以微信公众平台自媒体“洗稿”事件为例[J]. 数字图书馆论坛,2017(2):48-51.

- [4] 翟冬冬. 自媒体进入高级抄袭时代 反“洗稿”大旗谁来扛[N]. 科技日报, 2018-05-02(008).
- [5] 宋戈. 图书洗稿内容的相似性认定[J]. 出版广角, 2018(6):30-32.
- [6] 丁秀丽. 浅析“高级抄袭”的认定[J]. 电子知识产权, 2008(11):65-66.
- [7] 吴汉东. 知识产权多维度学理解读[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2015:532.
- [8] 汪玖平. 洗稿行为算侵权吗?[N]. 中国新闻出版广电报, 2018-03-01(007).
- [9] 孙松. 论著作权实质性相似规则的司法适用——以琼瑶诉于正案为视角[J]. 中国版权, 2015(6):62-65.
- [10] 姚龙华. 纵“洗稿”成风 也不能跟风当“贼”[N]. 深圳特区报, 2018-05-03(A02).
- [11] 林雨晓. 网络洗稿行为特征及解决策略[J]. 编辑学刊, 2018(5):21-25.
- [12] 李明德. 美国知识产权法(第二版)[M]. 北京:法律出版社, 2014:677.
- [13] [德]卡尔·拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 台北:五南图书出版公司, 1996:181-183.
- [14] 张璇. 关于“洗稿”的若干法律问题[EB/OL]. (2018-12-20)[2019-01-22]. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/12/id/3616117.shtml>.
- [15] 王韵. 洗稿行为的著作权权项视角分析[EB/OL]. (2018-12-11)[2019-01-22]. <http://ipr.zhichanli.cn/article/7588.html>.
- [16] 肖映萱. 数据库时代的网络写作:如何重新定义“抄袭”? [J]. 文艺理论与批评, 2017(3):134-142.
- [17] Dennis S. Karjala. Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm[EB/OL]. (1994-12-15)[2019-01-22]. <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/Articles/ColumLRev1994.html>.
- [18] 侯怀霞, 张慧平. 市场规制法律问题研究[M]. 上海:复旦大学出版社, 2011:42-45.
- [19] [美]理查德·波斯纳. 论剽窃[M]. 沈明, 译. 北京:北京大学出版社, 2010:23.
- [20] 吴汉东. 知识产权多维度学理解读[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2015:426-429.

On the Legal Nature and Regulation Path of the Network 'Text-washing'

LIAO Si

(School of Law, Macao University of Science and Technology, Macao 999078, China)

Abstract: The behavior of network 'text-washing' bases on the internet, characterizes by the mean of 'high-level copy' and results as malicious competition. In the sight of copyright law, the network 'text-washing' constitutes the adaptation of the work rather than the reproduction, and the compilation of the works as well. In the sight of anti-unfair competition law, on the other hand, the network 'text-washing' constitutes the unfair competition on the internet that being regulated by Article 12 of the Anti-Unfair Competition Law. For regulating, in addition to the relevant copyright civil remedies, administrative regulations should be adopted, too. Specifically, in addition to the application of civil remedies of copyrights, the administrative regulation stipulated in Article 48 of the Copyright Law has its limitations. Therefore, in accordance with the provisions of Article 12 and Article 24 of the Anti-Unfair Competition Law, the relevant authorities may apply appropriate administrative regulations on the behavior of network 'text-washing'.

Keywords: network 'text-washing'; adaptation; compilation; unfair competition on the internet; administrative regulations

(责任编辑:沈建新)