

■ 政法论苑

中国避风港规则存在的问题及其解决途径

张 惠

(佛山科学技术学院 学报编辑部,广东 佛山 528000)

摘 要: 通过比较中美两国立法和分析典型案例可知,中国避风港规则存在以下两个方面的问题:首先,《信息网络传播权保护条例》第二十三条但书中的“明知或应知”,是模糊的、不清晰的;其次,权利人发出的不合法通知是否具有法律效力没有明确规定。这种条款规定的不确定性容易导致法律适用性不统一的后果。要改变这一现象首先必须修订避风港规则的相关规定,明确注意义务的判定标准和不合格通知的法律效力。此外,还需要引入利益分享机制,在权利人与网络服务商之间建立商业合作关系。

关键词: 中国避风港规则; 问题; 侵权通知; 解决途径

中图分类号: D923.41 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-7835(2012)05-0114-04

为了促进信息产业的健康发展,我国通过2006年7月颁布的《信息网络传播权保护条例》颁布的网络服务商免于承担条件的条款确立了避风港规则。实施近6年来,避风港规则已引起学界诸多学者的关注和争议。本文拟在已有研究文献的基础上,通过比较分析中美有关避风港规则的法律条款,以及代表性判例,揭示中国避风港规则在立法及适用上存在的问题,并就如何解决存在的问题提出建议。此外,在法律上设立避风港规则的最终目的,是有效制止网络侵权行为,并在此基础上实现网络服务商与权利人的利益平衡。因此,为了实现这一目标,仅仅依靠在法律上完善避风港原则是不够的,还需引入以版权交易为基础的利益分享机制,在权利人与网络服务商之间建立商业合作关系。

一 中国的避风港规则存在的问题

中国避风港规则见于《信息网络传播权保护条例》第二十三条规定“网络服务提供者或服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。”其中,第二十三条的但书即“但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任”应理解为

判断避风港原则是否适用的“红旗标准”。对于权利人通知书的法律要求,《条例》第十四条规定,通知书应明确列出“权利人的姓名、地址和联系方式;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;构成侵权的初步证明材料”。国家版权局《要求删除或断开链接侵权网络内容的通知》也规定权利人在通知书中必须提供侵权网站的名称、域名和IP地址等。从上述法律条款来看,网络服务商不需要承担赔偿责任或者共同侵权责任,需符合2个条件:第一,对所链接的侵权信息不知情或者不应知。第二,在接到权利人的侵权通知书后,立即断开与侵权信息的链接。可是,什么是明知或应知的情形该条款并没有清晰地界定;当权利人发出的通知书不符合法律要求时,网络服务商是否有义务采取断开或删除行动该条款也没有明确。

反观美国的避风港规则,其涉及该项规定的条款则清晰很多。美国的避风港规则主要体现在《数字千年版权法案》中第512条^[1]。该条款规定网络服务商免责条件如下:第一,网络服务商对于侵权信息的不明知或不应知;第二,在具有控制侵权的行为和能力的情况下,网络服务商没有从侵权行为中直接营利;第三,网络服务商在接到权利人的侵权通知后,及时删除侵权内容、断开侵权链接^[1]。其中,合法通知书是权利人举证的必要条件,权利人在向网络服务商出具的通知必须具备法定的构成要

①收稿日期:2012-03-22

基金项目:广东省科技计划资助项目(2010B060400004)

作者简介:张惠(1974-),女,江西抚州人,副编审,主要从事编辑学研究。

素。如权利人要求移除侵权作品,必须向网络服务明确指出侵权作品的位置和来源;而且,多次出具组合而成的通知书没有法律效力。网络服务商可以不理睬接到的不符合法律规定的通知书,法院也不能通过不合格通知书来推定网络服务商是否知道侵权信息或事实的存在。

美国避风港规则的例外判断标准“红旗标准”规定,只有当侵权信息的存在像一面红旗在空中飘扬一样的明显,网络服务商才有义务立即断开链接或删除侵权信息。红旗标准其实是考察一般理性人在相同情况下是否可以看出侵权行为的存在^[2]。也就是说,如果有关信息仅仅达到“可能侵权”程度,还没有达到“显而易见”或“一目了然”的程度,网络服务商仍可以受到避风港规则的保护^[3]。可见,美国关于避风港规则的例外判断标准——“红旗标准”的适用范围是被严格限定的。根据美国的避风港规则,不合法的通知不具有法律效力,更不能依据不合法的通知,要求网络服务商承担对可能侵权的网站进行搜寻和辨别的义务。但是,在中国,由于《条例》中作为红旗标准的“明知或应知”是模糊的,司法判定更多地依赖于法官的主观判断,因此,权利人发出的通知书即使不符合法律要求,仍有可能被法官用于推定网络服务商应知侵权事实,这就在客观上使网络服务商承担了较多的主动审查义务,也使不合法通知具有了法律效力。

通过比较两国该项立法,可以看到,中国避风港规则存在以下2方面的问题:首先,《条例》中作为红旗标准规定的“明知或应知”,是模糊的、不清晰的;其次,权利人发出的不合法通知是否具有法律效力也没有明确规定。

二 中国避风港原则存在问题的危害性

中国避风港规则的模糊性直接导致了该规则在我国法律适用的分歧。具体而言,有些法院对于OSP(网络服务商)是否受避风港规则庇护,首要考虑的因素是根据案件事实可否推定网络服务商对于侵权“明知或应知”。而有些法院只凭权利人的侵权通知在形式上合格与否来判断网络服务商能否免责。法院在不同案件上审判过程中对避风港规则适用的分歧表现为司法判决上的不确定性和法官的主观随意性,这种不确定性既可能违背法律所主张的公平公正,也达不到避风港原则立法的初衷,显然不利于网络信息产业的发展。下文通过具体案例从2个方面来说明这一法律适用在法理上的争议及实践中的不统一。

1. 对于不合格通知书的法律效力认定的不统一

不合格通知书是否具有法律效力在我国的司法实践中并不明确,因此,出现法律适用不统一的情况也是显而易见的。下面试举2个案例说明这种不统一现象的存在。2006年11月17日,北京第一中级人民法院对7大唱片公司诉北京百度网讯科技有限公司侵犯信息网络传播权一案作出一审判决,判令7大唱片公司败诉^[4]。在本案中,中国唱片业协会在对百度提起诉讼前,通过律师向百度发送警告函,要求百度停止侵权,但并未提供涉案作品的侵权人与侵权的网络地址(URL),百度未对有关歌曲的链接

进行断链^[4]。法院经审理认为,原告向百度公司寄送的侵权警告信不符合法律要求,因而不能据此认定百度公司明知或应知有关侵权信息。可见,此案中,权利人发出的不符合法律要求的侵权通知书没有法律效力。此外,法院认为,要求网络服务商承担这种判断和审核的义务只能不恰当地增加其负担,有悖于避风港原则的立法初衷。而在2010年由北京市第一中级人民法院初审的“三大唱片公司诉百度案”中,华纳、环球和索尼三大唱片公司在向百度发出通知时,没有一一列出每首侵权歌曲在互联网上的URL地址,而是仅提供了这些歌曲的歌曲名、歌手名和专辑名,要求百度断开链接。对此,法院认为,基于本案查明的事实,百度公司在搜索结果页面中提供了所链接歌曲的歌曲名、歌手名、专辑名、试听、下载、歌词等信息,既然百度公司有能力和根据被搜索页面的周边信息确定一首歌曲的歌曲名、歌手名、专辑名等信息并提供在线试听和下载服务,则表明这些信息已经可以确定某一首歌曲及其录音制作者,并完全有能力根据这些要素屏蔽可能构成侵权的歌曲。因此,如权利人提供的版权认证报告中载有歌曲的歌曲名、歌手名、专辑名等信息,则可以证明搜索引擎服务商应当能够对所链接的录音制品是否侵权作出判断^[5] 262-263。可见,两案对不合格通知的法律效力认定大不相同。前案中,法院因为原告没有提供涉案侵权作品的URL地址而否定了其不合格通知书的法律效力;后案中,原告虽没有提供涉案侵权作品的URL地址,但是法院仍然根据通知书中载有歌曲的歌曲名、歌手名、专辑名等信息认定了网络服务商应知侵权行为的存在,从而赋予了不完整通知书法律效力^[6]。

2. 关于“通知”是否诉讼必经程序的争议

在实践中,权利人常常不经通知直接对网络服务商进行起诉并索赔,法院也往往对此予以支持。如北京市第一中级人民法院在审理迪志文化出版公司诉北京百度网讯科技有限公司一案中认为,有关条例规定权利人可以事先通知网络服务商断开作品的链接,并非强制规定权利人必须履行事先通知义务,原告可以不经通知直接提起诉讼。而有学者认为,一些权利人将利用法院的这一做法故意不通知网站删除侵权作品而是直接起诉,这样一来,通知删除程序将形同虚设,其所应发挥的法律价值也将无法得到实现^[7]。引发这一争议的原因其实还是在于争议各方对通知删除制度的立法主旨看法和理解不一。因此,弄清楚避风港规则的立法背景和立法初衷对于厘清争议起着至关重要的作用。

三 中国避风港原则存在的问题之解决途径

中国避风港原则在“明知和应知”的立法规定上具有的模糊性,及不合法通知法律效力的不确定性,导致法官对相似案件的判决结果截然相反。因此,要改变这一现象首先必须修订避风港原则的相关规定,在立法上将带有模糊性的规定予以明确;其次,可以引入以版权交易为核心

的利益分享机制,促使网络服务商和权利人合作打击侵权行为。

1. 完善避风港原则有关规定

无论是保护还是限制,每一项关于网络版权的规定都应该是具体和明确的,清晰完善的法律可以让权利人和使用者都准确地预测行为的法律风险,进而自觉地规范自己的网络版权行为,进而带动整个网络传播产业健康发展。为了改善我国信息网络产业发展的法律环境,有必要在法律上更加清晰明确地界定避风港原则,特别是对不合法通知的法律效力问题以及“但书”中“明知或者应知”的认定问题,均需在法律条款上明确界定,使避风港原则真正成为一个免责条款而非归责条款。为此,我们需要借鉴美国的避风港原则,完善《信息网络传播权保护条例》及其司法解释。具体修订建议如下:

(1) 明确“明知和应知”及注意义务的判定标准

要正确判断网络服务商在什么情况下属于明知或应知,首先必须明确注意义务的判定标准,换言之,法律首先必须明确应赋予网络服务商多大的注意义务,明确网络服务商的注意义务也是避免法律适用不统一的关键。从国外相关立法来看,关于网络服务商的注意义务采取的就是“合理人”的注意标准。“红旗”便是指一个理性的人可以据此判断侵权的信息。我国《条例》从未赋予网络服务商更高的注意义务,因此在司法实践中应当以“合理人”的标准来要求服务提供商^[7]。判定“明知和应知”的司法标准也就是红旗标准,而从客观因素来说,互联网上“红旗公然飘扬”在某个特定的时间、空间范围内可能确属事实,但互联网本身没有时间、空间的限制,搜索引擎活动的范围就技术角度而言是整个互联网,所以,无法判定构成绝对意义上的“红旗”^[4]。因此,法律应对红旗标准作为严格的限定,即只有能够确定无疑地推导出侵权行为的存在的事实,才构成“鲜艳的红旗”,才能判定网络服务商的侵权责任。更何况,所谓“红旗标准”甚至美国版权法也没有明确采纳,其他发达国家比如法国等也均反对这种变相取消“安全港”的做法^[4]。将审核第三方网站是否侵权的责任完全转嫁给网络服务商,无疑会给网络服务商在技术和成本上带来极大的负担,从而限制了其开拓市场和引入新技术的能力。美国对于网络版权侵权法律的规定也明显侧重于减轻网络服务商的负担。因此,法律应明确规定网络服务商没有主动查找侵权信息及对潜在侵权信息进行辨别的义务,侵权举证责任由权利人承担。

(2) 规定网络服务商只需履行权利人提供的完整的符合法律规定的侵权通知所要求的删除义务

前文已谈到,网络服务商没有主动审查侵权信息是否存在的责任和义务,这也是由网络信息产业自身的技术特点决定的。只有权利人完整地提供侵权通知,使网络服务商确知侵权事实及侵权作品的位置的情况下,网络服务商才有义务删除侵权信息,否则可以视为未收到通知。如在美国,法律明确规定不合法的通知不具有法律效力,不能作为推定网络服务商应该知晓侵权信息的理由。既然如

此,为使网络服务商免于承担对侵权信息或证据进行实质性审查的义务,法律不能依据不合格的侵权通知判断网络服务商“明知或应知”侵权事实的存在。因此,清晰和完善的避风港规则应该规定由权利人承担举证责任,并且必须提供合法的、完整的侵权通知和确切的侵权事实,在立法上明确了这一点,网络服务商对其可能承担的侵权责任就会有一个合理的预测,法官判决的随意性也会大大减少,此前出现的法律适用不统一的情况也会杜绝。

(3) 应明确通知是上诉的必经程序,除非网络服务商有主观过错

通知是否上诉的必经程序之所以引发争议,实质上是因为争议各方对避风港规则的立法目的和主旨理解不一。要正确理解避风港规则的立法主旨首先要了解该规则的立法背景。该规则最早源于美国的司法实践。最初美国法院对于网络服务商采取的是严格责任,即无论网络服务商有无主观过错都得承担网络侵权责任。之后在1995年著名的Netcom一案中美国法院一改之前采取严格责任的规则原则,代之以过错责任原则,即只有在其主观上明知或应知时才应对网络上的侵权行为承担责任。之后,专门立法规定通知删除制度,避风港规则就在这种司法实践的基础上应运而生了。可见,避风港规则的核心是“通知删除”制度。该规则的立法主旨就是通过通知删除制度鼓励OSP们积极开发新市场而不要担心因此承受的版权责任,以此而提高网络的效率、品质和范围^[8]。因此,如法院支持权利人绕开通知删除制度直接起诉网络服务商侵权,该制度将形同虚设,避风港规则原本为网络服务商提供的免责条款发挥的作用也将极其有限。

2. 引入以版权交易为基础的利益分享机制

设立避风港原则主要是为了达到以下两个目标。第一,免除网络服务商承担对侵权现象或证据进行实质性审查的义务,使网络服务商从半司法角色中解放出来,专注于发展网络信息产业。第二,在一定程度上要求网络服务商和权利人相互合作打击网络侵权行为。要达到目标首先必须完善避风港原则,但是,仅仅依靠避风港原则,也不能完全实现上述2个目标。这是因为,避风港原则对权利人和网络服务商之间缺乏共同的利益,这就导致网络服务商和权利人合作打击侵权的积极性不够,更何况通过法律诉讼解决信息网络领域内的争端,代价是昂贵的,因此,若要激励网络服务商与权利人密切合作,最有效的方法是设计出对双方都具有激励作用的利益分享机制^[9]。网络服务商和权利人之间的合作和分享机制使网络服务商从可能侵犯版权人利益的一方变成了被合法授权的一方,这样一来侵权风险大大降低了,更有利于促进版权市场的良性发展。

要实现竞争,降低交易成本和侵权风险,网络服务商就必须积极与竞争对手合作,寻找多方利益平衡点。目前,国际上已采用的利益分享机制是:由权利人向网络服务商转让信息网络传播权,网络服务商利用合法授权的信息资源开展经营活动。这种商业合作关系有两种模式:一

种是广告分成模式,也叫谷歌模式;一种是用户付费模式,也叫亚马逊模式。在广告分成模式下,作品内容是免费的,版权所有者与网络服务商一起分享所得的广告收入。在用户付费模式下,网络服务商通过与各类出版社建立广泛的合作关系,获取了海量的电子书销售授权,网络服务商及授权人共同分享用户阅读所付费用。权利人和网络服务商开展商业合作的典型例子是百度、方正集团等。百度授权百度使用其所有的华语歌曲,供网民在百度MP3搜索上免费试听,百度和百度通过收入分成的方式,共享广告收入。百度还与国内外多家唱片公司建立了类似的商业合作关系,与版权方进行付费分成、广告分成等。方正集团于2009年7月打造了番薯网平台,图书总量突破了180万种,不过在正版电子书的描述上仅用“数以万计”含糊带过^[10]。虽然其获得图书版权人授权在数量上和亚马逊还不能相提并论,但是也已经在尝试权利人和网络服务商开展商业合作迈出了坚实的一步。

引入利益分享机制之后,权利人和网络服务商之间形成了良好的合作关系,这种网络服务商和权利人合作的运营方式将大大减少侵权纠纷,实现双方共赢。因此,利益分享机制突破了避风港原则本身的局限,有助于实现避风港原则的立法初衷。

参考文献:

[1] U. S. Copyright Office. Digital Millennium Copyright Act

[EB/OL]. [2011-05-11]. <http://www.copyright.gov/law>.

- [2] 刘家瑞. 论我国网络服务商的避风港规制[J]. 知识产权, 2009(3): 13-22.
- [3] 史学清, 汪勇. 避风港还是风暴角—解读《信息网络传播权保护条例》第23条[J]. 知识产权, 2009(3): 23-29.
- [4] 谢冠斌, 史学清. 网络搜索服务上过错责任的合理界定[J]. 知识产权, 2008(1): 81-86.
- [5] 王迁. 网络环境中的著作权保护研究[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [6] 雷群安. 无过错责任原则免责事由的若干争议与厘定[J]. 学术论坛, 2010(10): 92-94.
- [7] 胡开忠. “避风港规则”在视频分享网站侵权认定中的适用[J]. 法学, 2009(12): 70-81.
- [8] 梁志文. 论通知删除制度——基于公共政策视角的批判性研究[J]. 北大法律评论, 2007(8): 168-185.
- [9] 邻明瑞. 补充责任、相应的补充责任与责任人的追偿权[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2011(1): 12-16.
- [10] 肖洋, 张志强. 从亚马逊模式看国内电子阅读器的现状与发展趋势[J]. 出版发行研究, 2011(5): 9-42.

On the Problems in Safe Harbor Rules in China and the Solutions

ZHANG Hui

(Editorial Department, Journal of Foshan University, Foshan 528000, China)

Abstract: Through the contrastive study of the legislation in both China and the United States, we observed two problems existing in the Safe Harbor rules in China. First, in Article 23 of the *Regulations on Protection of the Right of Communication through Information Network*, the “knowing” or “should know” is not clearly stated, which leads to an ambiguous Red Flag standard. Second, there are not prescriptions concerning the legal validity of the notice of infringement from the copyright holder. The ambiguity of the provisions may cause the disagreement of the applicability of the law. Therefore, the Safe Harbors rules ought to be amended in order to change the current situation. In addition, the mechanism of sharing of benefits ought to be introduced to establish business cooperation between the copyright holders and the Internet service providers.

Key words: Safe Harbor rules in China; problems; notice of infringement; solutions

(责任编辑 晏小敏)