

我国避风港规则中“通知删除”程序适用争议分析

张 惠

(佛山科学技术学院学报编辑部,广东佛山528000)

摘 要:通过分析典型案例,可以看到,中国避风港原则中通知删除程序的适用存在明显的不统一,司法界和学界对通知删除程序的理解和适用存在很大争议。争议主要集中在对明知或应知的理解不同;对注意义务的判定标准不同;对不合格通知的法律效力理解不同。网络服务商的注意义务主要应包括“红旗标准”所设定的注意义务、具有可实施性的善意审查义务、对可预见性侵权的审查义务。不合格通知的警示作用不能一概而论,根据不合格通知的侵权提示,若服务商可预见到侵权行为的存在,则应采取一定的审查或删除措施。

关键词:避风港规则;通知删除程序;不合格通知;注意义务

中图分类号:D923.41

文献标识码:A

文章编号:1006-642X(2012)04-0044-04

避风港规则(Safe Harbor)是为网络服务提供商(以下简称“网络服务商”)所设置的免责条款,规定在某些条件下网络服务商可以规避对著作权的侵权责任。这一项规则最早是在1998年美国《数字千年版权法案》中设定的,中国于2006年7月颁布《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》),其中第二十三条为网络服务商规定了侵权赔偿责任的免责条件,即是本文所指的中国避风港规则。《条例》第二十三条规定:“网络服务提供者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。”当然,避风港原则的使用受到了严格的限制,无论是在美国还是在中国,网络服务商在得知侵权信息的情况下,都必须及时断开指向侵权信息的第三方网站的链接,这一规定我们也称之为通知删除程序。此外,为了防止网络服务商滥用避风港原则,在立法上还设立了红旗标准(Red Flag Test)的限制,也就是说,如果网络服务商能够发现明显的侵权信息(红旗),就应当立即采取适当行动(即断开链接或删除有关信息),否则将无法获得避风港原则的保护。^[1]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”。

避风港原则已受到学界诸多学者的关注和争议。有学者指出,不能望文生义地理解“避风港”原则,只有在过错责任的框架中正确地解读“避风港”规则,才能避免《条例》与《侵权责任法》等其他民事法律相冲突,实现网络世界中的利益平衡,并且在充分保护著作权的同时,促进网络产业的健康发展。^[2]也有学者认为,在当今信息网络时代,避风港原则有被滥用的危险。^[3]还有学者认为,法官对《信息网络传播权保护条例》第二十三条中的“明知、应知”存在着不同理解,因此,要准确理解和把握避风港原则必须界定“明知或应知”的合理范围及判断标准。^{[1][4]}

在法律上设立避风港原则的目的之一,是实现网络服务商与权利人的利益平衡。本文试图在已有研究文献的基础上,通过分析代表性判例,揭示避风港规则之通知删除程序在诸多法律适用上存在的争议,并就如何解决争议提出建议。

一、通知删除程序在我国司法实践中适用的不统一

中国避风港规则是从美国移植而来,而两国的立法背景和法律传统大相径庭,导致该规则在我国的适用出现了很多问题。具体而言,有些法院对于网络服务商是否受“通知删除”制度庇护,首要考虑因素是其对于网络信息之监控审查能力,至于权利人是否发布了通知,权利人的侵权通知是否合格,

收稿日期:2012-02-15

基金项目:广东省科技计划项目(2010B060400004)。

作者简介:张惠(1974-),女,江西抚州人,副编审,主要研究方向:法学和编辑学。

法院并不认为是关键要件。^{[5]168}而有些法院完全不考虑信息网络服务商应承担的注意义务和主动审查义务,只凭权利人的侵权通知合格与否来认定网络服务商的责任。我们以雅虎案和百度案这两个典型案例来说明这种法律适用上的不统一。

2007年4月24日,北京市第二中级人民法院对环球唱片有限公司等11家唱片公司诉北京阿里巴巴信息技术有限公司(雅虎中国网站的所有者)侵犯著作权邻接权(即信息网络传播权)一案,作出一审判决,判令11家唱片公司胜诉,雅虎应当承担侵权赔偿责任,此即本文所说的“雅虎案”。^{[6]150}原审法院认为,被告对其搜索、链接的录音制品的合法性具有专业预见水平,有能力对提供的内容是否存在侵权作出应有的判断;而且,在原告书面通知雅虎中国网站有关涉案歌曲的侵权信息之后,被告更应注意到涉案9首歌曲录音制品的合法性并应采取相应措施,但雅虎中国网站仅将原告在通知书中提供了URL地址的7个搜索链接予以删除,而未删除与涉案歌曲有关的其他搜索链接,未尽到合理注意义务,放任了涉案侵权结果的发生,故应承担赔偿责任。^{[6]159-161}

“百度案”是指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]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。此外,针对原告认为“网络上充斥着未经授权复制和传播的音乐文件已经是一个众所周知、显而易见的事实”,法院认为,百度公司所搜索、链接的音频文件既可能是侵权的,也可能是经权利人授权许可传播的内容,根据现有技术,要求搜索引擎对此做出具体判断不具有技术上的可操作性。也就是说,百度对其搜索内容的合法性不具有预见性、识别性和可控性,因此,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。

从上述两个案件的事实来看,其诉因和适用法律大致相同,没有实质区别。但是,在案件的审理上,关于不合法通知是否具有法律效力,以及对网络服务商是否“明知或者应知”的判断标准,法官却有着不同的理解,导致两个相似案件的判决结果截然相反。这种司法判决上的不确定性,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。

二、对通知删除程序适用争议的分析

造成法律适用不统一的原因在于法官对于通知删除程序的理解和认识存在很大争议。我们需要进一步探讨的是,对于同一条法律规则,为什么在司法实践中出现如此明显对立的争议?对司法判决的分析不能仅仅停留在技术层面上,而应该挖掘其背后隐藏的对判决产生决定性影响的各种因素。这对于避风港规则的正确适用具有重要意义。

(一) 何为注意义务的判定标准

美国避风港规则的建立是为了改变之前法院不分青红皂白地对网络服务商施加严格责任的做法,不使经营者承担无过错责任,以平衡社会利益。法律制度平衡当事人的利益关系,影响到整个社会经济的发展,甚至导致一个行业或产业的兴衰。^[7]因此,厘清争议,明确网络服务商的注意义务,是避风港规则能否体现立法初衷的根本因素。注意义务有些直接见于法律的明确规定,有些则源于习惯、常理或者惯例。我国是成文法国家,对注意义务的判定依赖于法条的规定及其对法条的理解。从我国有关避风港规则的条款来看,网络服务商的注意义务主要体现在“明知”和“应知”,即在网络服务商对侵权现象明知或应知的情况下,必须采取措施制止侵权的继续,否则将承担帮助侵权之责。然而,什么是明知和应知,网络服务商到底应该承担多大的注意义务,争议很大,需要在法理上予以明确。本文认为,网络服务商的注意义务主要应包括以下几个方面:

1. “红旗标准”所设定的注意义务。避风港规则的主旨是在平衡利益的基础上尽量减轻服务商的辨别和搜寻成本。美国关于避风港原则的例外判断标准——“红旗标准”的作用范围是被严格限定的。在任何一个理性人通过原告举出的事实都能确定无疑地推导出侵权行为存在的情况下,法官才会认为这些事实足以构成“鲜艳的红旗”。^[8]要减轻网络服务商负担的考虑在美国对于网络版权侵权法律的规定中表现得特别明显。如美国《跨世纪数字化版权法》规定,法院在作出责令网络服务提供者停止侵权之前,应该考虑这种责令方式是否会妨碍其他网站的合法信息的访问,应该考虑这种责令方式会不会给网络服务提供者及其网络系统运行造成额外负担,还应该考虑能不能找到其他更有效的、负面效果更小的防止或制止访问的措施。^[9]可见,要求网络服务商在“红旗标准”所设定的义务之外,从浩如烟海的信息中搜寻出侵权信息,不具有技术上的可操作性,也不恰当地加重了网络服务

商的运营成本,不利于网络产业的发展。

2. 网络服务商具有可实施性的审查义务,如应采取的一些简单的侵权防范措施。采取简单的防范措施当以可实施性及不会明显增加网络服务商的成本为前提。在这一前提下设置的注意义务,一方面符合避风港规则设置的前提,另一方面则兼顾了各方利益,体现了利益平衡原则。简单的防范措施应通过法律条款予以规定,要求网络服务商在日常工作中承担简单常规的搜寻义务。如,美国 *Hen-drickson v. Ebay, Inc* 案法官认为,交易平台提供商应该对一些显而易见的关键词进行搜索并予以删除,如“盗版”、“非法贩卖”、“假冒”、“水货”等等。^[10]此外,随着新技术的发展,越来越多的学者倾向于认为应为网络服务商设置过滤机制的注意义务。^[11-12]为网络服务提供者设置一些具备可实施性的善意审查义务,如要求其使用过滤软件进行侵权行为的审查,可以更好地保护版权人的利益,同时也不会大幅增加服务商的成本,不会阻碍网络服务业的发展,因此,不违背避风港的立法初衷。

3. 对于可预见性侵权应履行一定的审查义务。这一义务来源于理性人的可预见性义务。尽管避风港规则有意降低网络服务商的侵权责任以保护行业的发展,但是也不能完全摒弃法理中所倡导的理性人标准,即法律上所说的“合理人”标准。^[13]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者。^[11]既然如此,网络服务商作为一个理性人,对于可能预见的侵权作品应当履行一定的审查义务。而且,网络服务商作为一个具有较高网络技术水平的理性人,对于可以预见的侵权现象进行审查,不会额外增加其很多的成本和负担,因而也不违反避风港规则的立法精神,并且体现了对版权人、网络用户的利益兼顾。

(二) 不合格通知是否有警示作用

合格通知必然产生删除义务,这一点在司法实践和理论界中不存在争议。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》规定权利人在通知书中必须提供侵权网站的名称、域名、IP地址、权利人或代理人的有效证件等。

问题在于,不合格通知对网络服务商是否有警示作用,并没有明确的法律规定。前文中谈到的案例之所以出现诉因大致相同而司法判定不一致的结果,即是法官对不合格通知的法律效力有着不同理解所致。因此,明确不合格通知的法律效力,对于通知删除程序的实现具有重要意义。目前,学术界对此争议很大。大多数意见认为,不合格通知不具有法律效力。也有人认为,网络服务商依据不合格的权利通知承担善意的审查责任,并不存在“明知或应知”的问题,至于何为“善意”,可适用民法理论对此的解释。^{[5]185}

本文认为,如将不合格通知一律视为无效的法律行为,显然有失利益平衡,不利于保护网络用户的利益。因此,对不合格通知的法律效力的认定不能一概而论,应视不合格通知的具体内容而定。在讨论不合格通知的法律效力之前,有必要先明确何为“明知”和“应知”。汪涌提出,前者是一种对过错的事实认定,它需要原告用证据证明,被告事实上知道他人利用其服务实施侵权行为而放任不管。后者则是一种法律的推定,法律根据行为人的预见、判断和控制能力,预先设定相应的注意义务,一旦行为人违反了注意义务造成了损害结果,不管其事实上对侵权行为是否知道,均认为其存在过错。在司法实践中,明知的证明实际上也是通过证据推定来实现,那么,在网络服务提供者未接到通知的情况下,明知的推定应是侵权行为的加害性非常明显,从信息本身就可以轻易判断是否侵权,而且同时还需有确实的证据证明网络服务提供者看到了侵权信息并且不作为。这里可以参考美国 DMCA 中对服务提供者主观状态的认定方法,即需同时满足主客观的两项标准:第一,从客观要件来讲,需侵权内容本身的违法性明显,如采用谩骂的方式进行侮辱,一般人一看便知是侵权内容;第二,从主观标准来讲,服务提供者明确知晓该信息存在,一般情况下,该信息应存在于服务提供者可以看到的位置,如榜单、推荐标题等。上述两个要件必须同时满足才能证明服务提供者的“知道”。^[14]

依据上述关于“明知”和“应知”的判断原则,本文认为,对于那些包含明确无误的侵权信息的不合格通知,应该认定其对网络服务商具有警示作用。具体而言,如果权利人的通知书不具备法律所要求的所有内容,但却提供了侵权网站的名称、域名和 IP 地址,根据这一项通知的侵权提示,网络服务商仅凭一般工作经验便可判断作品是否侵权,那么,网络服务商就应积极进行进一步审查,完全确定以后应予以删除以保护版权人的利益。如果网络服

务商对可以预见到的侵权行为视而不见,仅以通知不合格来规避责任,显然不应得到法律的支持,因为此时服务商没有尽到一个理性人应尽的最低注意义务。

三、结语

在我国避风港规则中,因通知删除程序适用的争议,使得网络服务商难以事先预测其经营活动的法律风险,也违背了法律固有的公平原则和效率原则。通知删除程序设立的目的是为了在网络服务商和版权人之间建立一种有效的合作机制,从兼顾公平和效率的角度出发,既减少侵权现象的发生,又营造有利于信息网络产业发展的法律环境。然而,要达到这一目的,就必须使这一机制能够有效地运作,这就需要更加清晰明确地界定避风港规则,尤其是要对不合法通知的法律效力的认定及对注意义务的判定标准,在法律条款上予以明确。

此外,即使避风港原则本身是清晰的和完善的,也不能完全解决问题。这是因为,权利人和网络服务商之间的利益平衡总是相对的、暂时的,而完全依赖法律手段和司法途径解决问题也是不经济的。因此,创新合作观念,探索版权交易新模式,在权利人与网络服务商之间建立稳定商业合作关系,不失为减少法律纠纷的办法。在这一方面,网络服务商已经开始进行广泛探索,为以后完善相关法律提供了经验依据。

参考文献:

[1] 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.

- [2] 王迁. 《信息网络传播权保护条例》中“避风港”规制的效力[J]. 法学, 2010(6): 128 - 140.
- [3] 蔡维力. 网络服务中间商滥用避风港规则的认定[J]. 知识产权, 2011(6): 33 - 37.
- [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] 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).
- [6] 王振清. 网络著作权经典判例(1999 - 2010) [M]. 北京: 知识产权出版社, 2011.
- [7] 王利明. 民法法前沿论坛[M]. 北京: 人民法院出版社, 2004: 385.
- [8] U. S. Copyright Office. Digital Millennium Copyright Act [EB/OL]. [2011 - 05 - 11]. <http://www.copyright.gov/law>.
- [9] 丛立先. 网络版权问题研究[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2007: 217.
- [10] 陈明涛,汪涌. 论网络交易平台服务提供者的版权责任[J]. 知识产权, 2011(4): 61 - 67.
- [11] 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.
- [12] 薛虹. 网络服务提供者中介责任“避风港”的比较研究[J]. 中国版权, 2011(4): 29 - 32.
- [13] 李希慧,刘期湘. 论犯罪过失中注意义务的实质标准[J]. 现代法学, 2007 29(1): 107 - 113.
- [14] 郭威. 网络服务提供者的主观状态是明知还是应知? ——IPRCN 专访汪涌律师[EB/OL]. [2012 - 02 - 11]. http://www.iprcn.com/IL_Xsjt_Show.aspx?News_PI=3246.

责任编辑: 陈永

On the Application Disputes of “Notice - Takedown” Procedure in Safe Harbor Provision in China

ZHANG Hui

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

Abstract: According to the analysis on some typical cases, it is noticed that obvious inconsistencies appearing in the application of “notice - takedown” (NTD) procedure in Safe Harbor Provision in China and considerable disputes exist in the understanding and application of NTD procedure in the judicial and academic world. The disputes are mostly from the different understanding of the “awareness” and the “should be aware”, the diverse judging criteria for duty of care and the inconsistent understanding of the validity of unqualified notice. The duty of care on the internet service provider (ISP) should include the duty of care prescribed by the “Red Flag”, the duty of practicable goodwill examination and the duty of inspecting foreseeable infringements. The caution functions of unqualified notice should be treated accordingly, with reference to the infringement presentment of unqualified notice, the ISP should take certain steps to inspect or delete the information of infringement if it can be predicted.

Key words: Safe Harbor Provision; notice - takedown procedure; unqualified notice; duty of care