

网络服务商共同侵权制度之重塑

崔国斌*

内容提要：网络服务商共同侵权（间接侵权）制度是影响网络版权秩序最重要的法律规则。在这一领域，美国式的安全港规则居于统治地位。十几年来网络版权实践表明，安全港规则不合理地降低了网络服务商的注意义务，损害了网络服务商预防第三方侵权的积极性，使得网络盗版泛滥。为了克服安全港规则的制度缺陷，美国和中国的法院被迫限制适用红旗标准或策略性地适用引诱侵权和替代责任规则，结果过度扭曲了网络间接侵权规则。为了改变这一现状，中国在修改著作权法时应当果断地放弃美国式的安全港规则，恢复侵权法一般规则的适用，强化网络服务商的注意义务。

关键词：网络服务商 共同侵权 安全港规则 红旗标准

引言

网络版权侵权规则中最复杂也最容易引发争议的是网络存储和信息定位服务提供商的共同侵权（或间接侵权）制度。^{〔1〕}这也是对当今网络版权秩序影响最为深远的法律规则。美国在1998年的《数字千年法案》（DMCA）中率先对网络服务商的间接侵权规则进行具体化，确立所谓的安全港规则。^{〔2〕}在美国DMCA的影响下，欧盟也接受了类似的规则。^{〔3〕}美国式的安全港规则并非简单地将版权法上间接侵权的一般规则具体化，而是在一定程度

* 清华大学法学院副教授。

〔1〕 间接侵权并非中国著作权法上的正式概念，而是知识产权理论界的习惯说法。中国学者所说的间接侵权通常是指帮助侵权和引诱侵权，而中国法院通常利用共同侵权规则来处理间接侵权案件。在美国，广义的间接侵权制度大致涵盖帮助侵权、引诱侵权和替代责任三部分内容。理论上，间接侵权与共同侵权规则有一些差异。不过，与本文主题关系不大，所以无意涉及。本文交替使用“共同侵权”与“间接侵权”，是因为在讨论网络安全港规则时需要频繁地涉及美国法，使用中美学术界共同理解的“间接侵权”概念可以减少误解。

〔2〕 DMCA § 512.

〔3〕 See Jane C. Ginsburg, *Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, 50 Ariz. L. Rev. 577, 602 (2008); 《欧盟电子商务指令》（The European Union Electronic Commerce Directive）第15条第1款。

上限制了一般规则的适用范围。^{〔4〕}安全港规则压缩了网络服务商间接侵权的主观过错范围,免除了网络服务商原本可能要承担的版权审查、监督用户行为之类的注意义务。网络服务商在履行有限的法定义务之后,将获得“安全港”的庇护,不会因为第三方的侵权行为承担损害赔偿责任。美国立法者当初相信,安全港规则能够让网络服务商和版权人合作,共同对付网络盗版问题,并能提高网络侵权规则的确定性。^{〔5〕}

美国的安全港规则从诞生之日起,就开始影响中国知识产权学术界,其核心理念为多数学者所接受。2006年,中国在《信息网络传播权保护条例》中正式引入安全港规则。^{〔6〕}2012年底,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》出台。该司法解释第8条第2款规定:“网络服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的,人民法院不应据此认定其具有过错。”这里免除了网络服务商的版权审查义务,似乎是在《条例》基础上进一步完善安全港规则。该司法解释所列举的网络服务商过错的诸多情形,也明显带有安全港规则(红旗标准)的影子。^{〔7〕}另一方面,该解释关于网络服务商过错的认定标准又采用了一般侵权规则关于过错标准的典型表述——“网络服务提供者的过错包括对于网络用户侵害信息网络传播权行为的明知或者应知”。^{〔8〕}这一表述中的“应知”与安全港规则下的主观过错标准有明显差异。整体上,最高人民法院偏向接受安全港规则,只是立场不够明确。

上述《条例》和《规定》终究不是终极意义上的立法选择。现在,著作权法第三次修改正在紧锣密鼓地进行,中国迎来了完善网络侵权规则的关键时刻。《著作权法修改草案第二稿》(2012年7月)第69条第1款明确规定:“网络服务提供者为用户提供存储、搜索或者链接等单纯网络技术服务时,不承担与著作权或者相关权有关的审查义务”,仍然延续上述《条例》的思路,进一步强化安全港规则。如果没有遇到强有力的挑战,中国的著作权法很可能走上完全引入美国式安全港规则的道路。

本文对中国继续落实安全港规则(尤其是完全免除网络服务商的版权审查义务)的合理性提出质疑。通过回顾十几年来美国和中国的网络安全港规则的实际运行效果,笔者发现,在沉重的盗版压力下,安全港规则在实践中被法院或政府以各种替代性的责任规则侵蚀或架空,最终导致部分网络服务商失去安全港规则原本要赋予的“安全感”,被迫承担一定的版权审查义务。这些替代性的责任规则已经被主流意见自觉或不自觉地接受,表明完全免除网络服务商版权审查义务的安全港规则并非不可或缺。继续维持安全港规则,同时又容忍法院通过替代性的责任规则将其部分架空,除了不断扭曲和模糊网络版权侵权规则中的核心概念,以新的不确定性取代旧的不确定性之外,没有实质意义。中国的网络版权实践也表明,美国式的安全港规则在中国的立法、司法和学术领域造成的混乱,已经超出这一规则本身的存在价值。继续落实安全港规则,中国只会在错误的道路上越走越远。

〔4〕 关于安全港规则与一般侵权规则的关系,参见 R. Anthony Reese, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, 32 Colum. J. L. & Arts 427 (2009).

〔5〕 The U. S. Senate Report No. 105 - 190, at 40 (1998), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-105srpt190/pdf/CRPT-105srpt190.pdf>, 2012年8月1日访问。

〔6〕 参见《信息网络传播权保护条例》第22条。

〔7〕 参见该司法解释第10条、第12条。

〔8〕 参见该司法解释第8条第1款。

一、安全港规则对侵权责任的限制

（一）间接侵权一般规则与网络服务商的过错认定

在网络环境下，最常见的版权侵权情形是第三方利用网络上载、传输或下载他人的版权作品，而网络服务商为该第三方提供帮助或诱使第三方从事上述行为。依据版权共同侵权的一般规则，只有网络服务商存在过错，即知道或应当知道第三方的行为侵害他人版权，才可能承担教唆或帮助侵权责任。^{〔9〕}

在大多数案件中，证明网络服务商实际知道第三方侵权行为很困难，因此法院通常依赖“应当知道”这一标准来认定服务商的过错。所谓“应当知道”，本质上是一种客观化的过错认定标准。法院要探究的并非网络服务商事实上的主观心理状态，而是网络服务商在履行了所谓“正常合理人”在相同情况下的注意义务之后，是否“应当知道”第三方侵权行为的存在。正因为如此，“正常合理人”的注意义务范围成为过错认定的核心要素。^{〔10〕}

在具体的网络服务商共同侵权（间接侵权）案件中，如果版权法没有明确规定网络服务商的注意义务的具体内容，法院在适用“正常合理人”标准时有很大的裁量空间。法院不仅要考虑各方预防侵权的成本，还要考虑很多非经济的社会价值。具体地说，法院可能要综合考虑下列因素：第三方侵权的严重程度、各方阻止侵权的难易程度、主动预防措施所引发的社会成本的大小、侵权预防成本负担的公平性、侵权行为的社会意义等等。显然，如果有必要，法院在综合权衡之后，可以让网络服务商承担起一定的版权审查义务，以减少或避免第三方侵权。如果服务商怠于履行这一义务从而主观上没有能够知道第三方侵权行为的存在，则法院可能依据网络服务商没有履行注意义务这一事实认定网络服务商“应当知道”具体侵权行为的存在，尽管它事实上不知道。^{〔11〕}相反，如果法院认为有必要免除网络服务商的版权审查义务，则网络服务商知道第三方侵权行为的可能性就会降低。这时，法院很容易认定网络服务商主观上“不知道也不应当知道”第三方的侵权行为，从而认定其没有过错。

网络技术纷繁复杂，演进迅速。在很多侵权纠纷出现之时，网络行业可能还没有明确的行为标准。^{〔12〕}立法者也很难事先为各种类型的网络服务商设定具体的注意义务内容。这决定了法院在个案中具体决定网络环境下“正常合理人”标准时应当享有相当的弹性空间。^{〔13〕}正因为如此，法院才能通过阐述侵权法上的一般规则来塑造行业行为规范，在个案中不断适应网络环境下的各种新挑战。

（二）安全港规则与红旗标准

美国式的安全港规则与间接侵权一般规则的差异，可以从两方面进行解读：

一方面，安全港规则不再单纯依赖抽象的“正常合理人”标准，而是非常具体地规定

〔9〕 Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

〔10〕 参见屈茂辉：《论民法上的注意义务》，《北方法学》2007年第1期。

〔11〕 参见刘家瑞：《论我国网络服务商的避风港规则——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》，《知识产权》2009年第2期。

〔12〕 See I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'*, 55 U. Pitt. L. Rev. 993, 1013 (1994).

〔13〕 同上引文，第1040页。

了网络服务商的有限的注意义务。以提供存储服务的服务商为例，DMCA 要求它履行下列具体的注意义务：

1. 指定代理人负责接收侵权通知，并通过网络公布代理人的联系信息。^[14]
2. 建立有效的“通知 - 删除”制度，及时对侵权通知作出合理应对。^[15]
3. 建立、执行并告知用户“重复侵权在适当情形下会招致服务或账号被终止”的服务政策。^[16]
4. 容纳并且不得妨碍版权人所采取的用以识别和保护版权作品的标准技术措施。^[17]

另一方面，作为网络服务商履行上述义务的回报，安全港规则限制了网络服务商间接侵权责任的主观过错的范围。在履行上述各项义务之后，如果网络服务商主观上并不“不实际知道（in the absence of such actual knowledge）网络系统内的侵权材料或利用该材料的侵权行为，也不知道（not aware of）任何能够显示侵权活动很明显的事实”，并满足其他一些附带条件，^[18] 则无需为用户的侵权行为承担损害赔偿责任。^[19]

依据侵权法上的一般规则，共同侵权（间接侵权）行为人的主观状态是“知道”或“应当知道”第三方侵权行为存在。安全港规则保留了“知道”（实际知道）的情形，但压缩了“应当知道”的情形——只有行为人“知道任何能够显示侵权活动很明显的事实”时，法院才能推定网络服务商知道该侵权行为。这实际上是在表述一种比“应当知道”范围更窄的主观认知标准。在美国法上，这一标准被形象地称作“红旗标准”（red flag test）^[20]——只有用户的侵权行为像鲜艳的红旗一样在网络服务商面前飘扬时，才能说网络服务商应当知道该侵权事实。

在具体适用时，“红旗标准”包含主观和客观两方面的因素。首先，判断网络服务商主观上是否知道相关事实（即反映第三方侵权的事实）存在；其次，判断相关事实客观上是否像“红旗”一样存在，即在相同或类似情景下，该侵权活动对于正常合理人而言是否很明显。^[21] 换句话说，依据红旗标准，版权人首先要证明用户的侵权行为像“红旗”一样存在，即对于一个正常合理人而言，有事实表明用户的侵权行为是很明显的；然后要证明服务商主观上知道该事实（或者说红旗）的存在。

（三）安全港规则对版权审查义务的免除

尽管立法者将网络服务商的主观过错标准从“应当知道”压缩到“红旗标准”意义上的知道，但真正将这一“压缩”落到实处的是安全港规则对网络服务商主动审查义务的免除。DMCA 规定，安全港规则的适用不以网络服务商监视用户行为、主动查找侵权事实为前提。^[22] 这事实上免除了网络服务商主动进行版权审查的义务。

[14] DMCA § 512 (c) (2).

[15] DMCA § 512 (c) (1). DMCA § 512 (c) (3) 还对侵权通知的具体形式要求作出规定。

[16] DMCA § 512 (i) (1) (A).

[17] DMCA § 512 (i) (1) (B); § 512 (i) (2).

[18] 比如“在服务提供者有权利和能力控制侵权活动的情况下，没有因为侵权活动而直接获得经济利益”；“接收到侵权通知后，迅速移除或阻止接触被控侵权的材料或侵权活动指向的对象”。

[19] DMCA § 512 (c) (1).

[20] 参见前引 [5]，美国国会报告，第 44 页。

[21] 同上。

[22] DMCA § 512 (m) (1)；前引 [5]，美国国会报告，第 44 页。

主动审查义务免除条款与红旗标准相结合,有效压缩了网络服务商原本“应当知道”的第三方侵权行为的范围。^[23]依据间接侵权一般规则,法院原本可以比较自由地解释“正常合理人”(或“应当知道”)标准,要求网络服务商进行适度的版权审查,以避免或减少第三方侵权。但在安全港规则下,法律明确排除网络服务商的版权审查或网络监督义务,法官的上述自由裁量权不复存在。这导致网络服务商在履行完有限的法定义务后,不再有积极性发现和预防第三方的版权侵权行为。在适用安全港规则时,美国大多数法院要求版权人证明网络服务商知道或者应当知道第三方具体的侵权行为,而不是仅仅知道不特定的侵权行为存在。^[24]在最近的 YouTube 案和 UMG 案中,法院进一步明确了一点。^[25]网络服务商在确知具体侵权行为之前,即便对用户的直接侵权有一般认知(网络服务商知道直接侵权行为大量存在,但是并不确切知道哪一行为具体侵权),也没有义务采取措施降低用户侵权的风险。甚至,在明知用户的侵权行为比比皆是时,网络服务商也不必承担监督网络的义务。^[26]也就是说,在日常经营活动中,只有第三方的侵权活动像“红旗”一样明显摆在不履行主动审查义务的网络服务商眼前以至于不可能对之“视而不见”时,网络服务商才有义务避免为该侵权活动提供帮助。

在 YouTube 案中,美国法院补充解释了上述结论的法律依据:DMCA § 512(c)中明确规定,在“实际知道”或者依据红旗标准知道侵权行为存在时,网络服务商需要立即移除侵权材料。能够移除的前提是网络服务商知道具体侵权行为。因此,立法者显然要求网络服务商对侵权行为有具体认知,而不是对不特定侵权行为的一般认知。^[27]

美国法院要求网络服务商有具体认知,除了上述法律条文依据外,也有安全港规则内在的逻辑依据。安全港规则免除了网络服务商一般性的审查用户行为的义务,即网络服务商在获知不特定的侵权行为存在的情况下,并没有义务采取具体措施识别出具体的侵权行为。^[28]如果网络服务商对不特定侵权的一般认知就满足了安全港规则的主观过错标准,则服务商实际上又有主动审查用户行为以确定具体侵权行为的法律义务,这就会与安全港规则下的审查义务免除条款相互矛盾。

二、安全港规则局限性的弥补

(一) 安全港规则的局限性

在安全港规则下,立法者区别对待不同的网络服务商(网络存储、网络搜索等),分别为它们设置了有限的注意义务,从立法技术的角度看,增加了法律规则的确定性,有可取之处。然而,安全港规则对侵权规则进行具体化的同时,也有逐步僵化而无法适应新技术

[23] 参见前引[11],刘家瑞文。

[24] Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability after Grokster*, 91 Minn. L. Rev. 184, 233-234 (2006).

[25] UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022, 1037 (9th Cir. 2011); Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 32 (2d Cir. 2012, 2012).

[26] Viacom Intern. Inc. v. YouTube, Inc., 718 F. Supp. 2d 514, 525 (S. D. N. Y., 2010). 二审意见虽然否定了本判决的部分内容,但是对这一论点并没有提出质疑。

[27] Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 30-31 (2d Cir. 2012, 2012).

[28] DMCA § 512(m)(1).

发展的风险。安全港规则将网络服务商原本连续的一般性注意义务压缩成几点或几段义务，在特定的技术水平和社会背景下，可能能够在版权人、网络服务商和社会公众之间暂时维持一种平衡。但是，一旦技术进步或社会背景变化导致网络侵权的危害性或严重性、网络服务商履行注意义务的成本、版权人预防侵权的难度等关键因素发生变化，已有的利益平衡关系就可能被打破。^[29]

1998年美国制定网络存储与信息定位服务的安全港规则时，最引人注目的网络服务商侵权的案例与电子布告栏服务（BBS）有关。^[30]信息定位服务版权侵权的案例甚至还没有出现。当时，网络存储与传输技术还没有充分发展，音频和视频文件在互联网上还不能像今天这样便捷地传播。预防侵权的数字过滤技术也远未成熟。在当时的技术背景下，立法者仅仅为网络服务商设定有限的几项注意义务，可能是合理的选择。但在安全港规则问世后，网络存储与信息定位技术日新月异，商业模式层出不穷。影音作品网络传输的技术瓶颈很快完全消失，网络技术所赋予每个个体的强大传播能力也超出所有人的预期。^[31]对等网络（P2P）、MP3搜索和视频分享等网络技术的应用导致网络盗版泛滥，严重程度远远超出BBS时代的安全港规则制定者的想象。在这一背景下，安全港规则逐渐演变成很多网络服务商从网络盗版中获利的护身符。

网络技术的进步不仅提升了用户的盗版能力，也增强了网络服务商预防侵权的能力。在网络搜索和过滤技术发达之前，网络服务商的注意义务中没有主动进行版权审查或过滤这一选项，可能是合理的。在网络技术迅速进步使得网络搜索和过滤变得可行以后，强化部分网络服务商（比如MP3搜索引擎或网络视频网站）的版权审查义务则成了可能的选项。也就是说，网络服务商的注意义务在很大程度上取决于技术的发展水平：过滤技术越可靠越容易，法院要求服务商采用该技术的可能性应该随之增加。^[32]

在一般侵权规则下，面对新技术的挑战，法院可以灵活解释“正常合理人”的注意义务的范围，重新配置相关主体之间的权利义务关系，使之恢复平衡。但是，安全港规则过度免除了网络服务商的注意义务，使法院失去了自由裁量的空间。依据僵化的安全港规则，只要网络服务商不明知（或红旗标准意义上的知道）具体用户的侵权行为，就没有义务主动采取版权审查措施以避免侵权发生。于是，网络服务商纷纷纵容甚至鼓励盗版作品的分享和搜索，以最大化自己的商业利益。版权人要打击盗版，就必须直接面对千千万万的网络用户。无论在美国还是在中国，这都已经被证明是不可能的任务。

面对盗版泛滥的局面，有人主张建立替代性的版权补偿机制将网络盗版合法化，而不是强化网络服务商责任以减少盗版。^[33]也有人认为问题不在盗版，而在版权人——他们没

[29] See Craig A. Grossman, *From Sony to Grokster, The Failure of the Copyright Doctrines of Contributory Infringement and Vicarious Liability to Resolve the War Between Content and Destructive Technologies*, 53 Buffalo L. Rev. 141, 238 (2005); 前引 [3], Ginsburg 文。

[30] 典型案例如 *Playboy Enterprises Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M. D. Fla. 1993); *Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA*, 857 F. Supp. 679 (N. D. Cal. 1994)。

[31] See Peter S. Menell & David Nimmer, *Legal Realism in Action: Indirect Copyright Liability's Continuing Tort Framework and Sony's De Facto Demise*, 55 UCLA L. Rev. 143, 178 (2007)。

[32] 前引 [3], Ginsburg 文, 第 587 页。

[33] 参见 [美] 威廉·W·费舍尔:《说法算数:技术、法律以及娱乐的未来》,李旭译,上海三联书店 2008 年版,第 181 页以下。

有发明出与创新性破坏（creative destruction）相适应的商业模式。^[34] 信息技术的进步使得更多的人相信政府定价比市场选择更可行、有效的产权保护不能滋生出合理的商业模式，并不让人意外。不过，本文无意在这些问题上纠缠——即便政府最终克服重重信息成本障碍将全面的网络版权补偿机制从构想变成现实，版权人最终寻找到驾驭盗版的商业模式，那也是很久以后的事情了。在完全不依赖版权的网络商业模式一统天下之前，有效保护网络版权，对于保护音乐、电视、电影等版权行业的投资积极性，依然至关重要。

既然有效保护网络版权仍然是既定的目标，面对 P2P、搜索引擎与网络视频分享技术的广泛应用所引发的盗版泛滥现象，法院不可能无动于衷。实际上，美国法院并没有一味坚持立法者先期塑造的安全港规则，而是利用多种替代性的侵权规则，变相地要求网络服务商采取措施预防用户的直接侵权行为。

（二）安全港规则的限制解释

与共同侵权（间接侵权）的一般规则相比，安全港规则适用的前提条件众多，比如，红旗标准意义上的“知道”、对直接侵权行为的具体认知、网络服务商须履行法定义务（采取技术措施、应对重复侵权）等。在认定每一项前提条件时，法院均有一定的裁量空间。意识到安全港规则局限性的法院，会刻意从严解释安全港规则适用的前提条件，给一般侵权规则的适用留下空间，从而在一定程度上弥补了安全港规则的局限性。在这一过程中，法院表面上认真考虑了安全港规则，实际上是远离安全港规则向间接侵权的一般性规则靠拢。

首先，美国法院会利用红旗标准的不确定性实现限制安全港规则适用的政策目标。比如，在 YouTube v. Viacom 案中，二审法院认为，如果行为人知道某一诉争事实的发生有高度概然性，却刻意避免证实该事实的存在，则行为人是在“故意装作不知道”（willful blindness）。这时，行为人可能依然有过错，从而失去安全港规则的保护。^[35] 在 YouTube 案之前，著名的波斯纳法官在 In re Amster 案中也表达过类似的意见。^[36] 认定“故意装作不知道”，是一般侵权法上的常见规则，核心要件有两个：其一，行为人主观上相信存在高概率事件。其二，行为人刻意采取行动以避免获知该事件。^[37] 具体到网络环境，在“故意装作不知道”的情形下，网络服务商对侵权行为没有具体认知，而是仅仅对不特定侵权行为的高度概然性有一般认知。认定网络服务商有主观过错，实际上是将网络服务商主观过错的判断过程转变成网络服务商识别第三方侵权行为的客观成本的评估过程。显然，第三方侵权的概然性越大，识别侵权的难度越低，法院推定网络服务商“故意装作不知道”的可能性就越大。这一规则意味着，在用户的直接侵权行为很普遍时，网络服务商如果采取合理措施就能够识别出具体的侵权行为，则应该这么做，否则有可能被视为“故意装作不知道”，需要承担间接侵权责任。而依据一般的红旗标准，网络服务商原本没有此类审查义务。美国法院如此解释“红旗标准”，就将一定程度的版权审查义务重新强加给部分网络服

[34] See William Patry, *Moral Panics and the Copyright Wars*, Oxford University Press, 2009, p. 198.

[35] *Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 35 (2012).

[36] *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 650 (2003).

[37] *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S. A.*, 131 S. Ct. 2060, 2070 (2011).

务商。^[38]

其次，安全港规则适用的前提是网络服务商实施有效的应对“重复侵权”的政策，但DMCA并没有明确在什么情况下才能认定存在“重复侵权”，美国学术界对此也众说纷纭。^[39]因此美国法院可能强调网络服务商没有实施有效的应对“重复侵权”的用户政策，从而限制安全港规则的适用。比如，在前述 *In re Amster* 案中，一审法院认为，被告不能等到原告发出侵权通知点出侵权者才落实“重复侵权”惩处政策。^[40]二审法院对此并无异议，^[41]显然，它并不认为用户的“重复侵权”行为必须经过司法认定。在二审法院看来，安全港规则的适用前提是网络服务商采取合理措施阻止重复侵权者使用其服务。*Aimster* 虽然公开宣称它会终止重复侵权者的网络服务，但是并没有采取任何措施落实“重复侵权”惩处政策，相反，它还提示用户如何对其传输的内容加密，使得 *Amister* 不能采取措施阻止侵权。因此，它不能获得安全港的庇护。^[42]这等于变相地要求网络服务商履行主动审查义务，自行识别出重复侵权者并采取措施阻止该重复侵权行为。

最后，法院还有一种很简单而且很彻底的规避安全港规则的策略：强调 P2P 等网络服务本身的技术特殊性，拒绝承认它落入现有的任何安全港所对应的网络服务类别，从而拒绝安全港规则的适用。

从技术上讲，P2P 网络服务有两项核心的功能：其一，帮助用户寻找网络上存在的可下载的资源，其二，帮助用户之间建立起网络联系，加强用户之间的文件传输能力。帮助用户寻找网络资源这一功能使 P2P 服务大致可以归入安全港规则意义上的“信息定位服务”类别。但是，如果附带考虑 P2P 网络服务强化了用户之间的文件传输能力这一功能，则 P2P 服务与搜索引擎、链接或单纯的网络存储服务的确有一些差别。这可能导致 P2P 技术在法律上很难归入已有的类别。美国法院在这一问题上立场分歧。在 *RIAA v. Verizon* 案中，法院认为当初的立法者根本没有考虑到这一技术出现的可能性，因而没有利用安全港规则保护此类新技术的意图。^[43]在 *In re Charter Communications* 案中，法院也采用了类似策略。^[44]这实际上排除了安全港规则对于 P2P 网络技术的适用。不过，在 *In re Aimster* 案中，法院持不同立场，认为 P2P 服务商落入了版权法上网络服务商（Internet service provider）的定义范围，尽管当初立法者并没有预见到这一服务类型。^[45]

[38] 比如，有意见认为，*YouTube* 案所确立的“Willful Blindness”规则不够完善，可能导致那些需要为识别第三方侵权行为支付实质成本的网络服务商承担间接侵权责任，违背安全港规则的立法初衷。*Second Circuit Holds that Willful Blindness Is Knowledge in Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Provision; Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012), 126 Harv. L. Rev. 645, 650 (2012).

[39] See Andres Sawicki, *Repeat Infringement in the Digital Millennium Copyright Act*, 73 U. Chi. L. Rev. 1455 (2006) (该文作者认为应该是版权人和网络服务商共同认定侵权，次数超过一次)；David Nimmer, *Repeat Infringers*, 52 J. Copyright Soc’y U. S. A. 167 (2005) (该文作者的意见很保守，认为应当将“重复侵权”限定在司法认定的重复侵权的范围内)。

[40] *In re Aimster Copyright Litigation*, 252 F. Supp. 2d 634, 659 (2002).

[41] *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

[42] *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

[43] *Recording Industry of America v. Verizon Internet*, 351 F.3d 1229, 1238 (2003).

[44] *In re Charter Communications*, 393 F.3d 771 (2005).

[45] *In re Aimster Copyright Litigation*, 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003).

从促使用户与用户之间实现盗版文件交流的实际效果看，P2P技术与安全港规则下的搜索引擎、网络存储技术在法律意义上没有实质性的差别。当初，中国百度公司利用搜索引擎提供MP3文件的检索与下载，差不多达到了P2P软件所要达到的目的，也给音乐著作权人带来类似的伤害。YouTube对于盗版视频的存储与分享服务对于影视行业的影响（如果YouTube不主动采取预防措施的话），比之Napster案和Grokster案的P2P技术对于音乐产业的影响，恐怕有过之而无不及。美国法院的禁令最终导致P2P服务商关门，而在YouTube案中法院却没有提供同等严厉的救济措施。从上述对比中可以看出，美国部分法院为制止P2P网络服务导致的盗版，刻意强调P2P网络技术与传统的搜索引擎或网络存储服务的差别，从而限制安全港规则的适用。这虽然解决了网络侵权的燃眉之急，却产生新的问题：单纯根据网络技术细节来阻止某一类型的网络服务商获得安全港规则的庇护，损害了法律的一致性，使现有的侵权规则呈现出碎片化趋势。这对不同的网络服务商也是不公平的。

（三）引诱侵权规则的有限补充

在限制安全港规则的适用之后，美国法院代之以引诱侵权与替代责任规则，变相地要求网络服务商承担起主动预防侵权的义务。

网络服务商依据安全港规则免责的前提是网络服务商的被动和善意行为^[46]——对于用户的直接侵权行为不知道也没有红旗规则意义上的知道。由此进一步推论，安全港规则的隐含前提是网络服务商没有主动诱使侵权行为发生。因此，在安全港规则之外适用引诱侵权（在中国法上被称作教唆侵权）规则符合法理。

在著名的Grokster案中，美国最高法院适用引诱侵权规则阻止P2P服务商的间接侵权行为。法院指出：“如果明确的表达（clear expression）或其他积极促成侵权的行动表明，行为人提供一项装置的目的在于推广它的版权侵权用途，则他要为第三方的侵权结果负责。”^[47]指控他人引诱侵权，版权人需要证明被控侵权者有促成侵权的意图、提供具有侵权用途的装置、该装置的接受者实际侵权等。^[48]

即便一项服务有实质性的非侵权用途，如果提供者主观上希望用户将它用作侵权目的，则依然可能构成引诱侵权。此时，提供者无法援引美国最高法院过去在著名的Sony案中所确定的“实质性非侵权用途”进行抗辩。^[49]在Sony案中，美国最高法院当时认为只要新技术具有实质性的非侵权用途，出售行为就不构成帮助侵权（contributory infringement）。^[50]Grokster案没有直接推翻上述明显偏向新技术提供方的规则，而是采用美国法院一贯的策略——重新解释先例以限制其适用，认为Sony案只是“在产品具有实质性合法用途的情况下，禁止法院仅仅因为提供者知道该产品事实上被用作侵权用途这一事实，推定提供者具有侵权的意图”。^[51]换句话说，有“实质性非侵权用途”不再是绝对的侵权抗辩，法院依然可以依靠其他证据证明行为人有引诱侵权的意图。对Sony案判决的限制解释为引诱侵权规则

[46] Daniel Kohler, *A Question of Intent: Why Inducement Liability Should Preclude Protection under the Safe Harbor Provisions of the Digital Millennium Copyright Act*, 41 Sw. L. Rev. 487, 490 (2012).

[47] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 913, 919 (2005).

[48] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 913, 940 (2005).

[49] 前引[3], Ginsburg文, 第583页。

[50] *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 442 (1984).

[51] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 913, 933-934 (2005).

的适用扫除了法律障碍。

追究引诱侵权责任原本只能让网络服务商停止引诱，而无法让网络服务商承担起版权审查义务。不过，美国最高法院认为，在特定情形下，被告“没有采取措施过滤服务的侵权用途”这一事实与其他因素相结合，可以间接证明网络服务商主观上存在引诱的故意。^[52]是否采取版权审查措施成为法院推定网络服务商是否存在引诱故意时的考虑因素。这实际上会促使网络服务商履行版权审查义务，在盗版泛滥而服务商的商业模式依赖于盗版时更是如此。

美国著名学者认为，Grokster案表明，在某些情况下，即便网络服务商主观上并未引诱用户侵权，但客观上有大量用户侵权而网络服务商未采取措施阻止，该网络服务商也可能被推定为存在“引诱意图”。^[53]也就是说，当网络服务商有合理理由相信有大量网络用户从事侵权活动时，就有义务采取合理措施阻止或减少此类侵权活动，否则可能要在引诱侵权的名义下承担责任。这一解读未必完全符合美国最高法院在Grokster案中的本意，但的确代表着很多知识产权专业人士的看法。受此影响，网络服务商在获知大量用户侵权时，实际上会觉得自己有义务采取版权审查措施降低侵权风险，否则很可能被推定为存在引诱侵权的主观意图。

在实际操作过程中，推定存在引诱意图的法律规则很容易背离引诱侵权的本质，而向帮助侵权的一般规则靠拢。这使得法院有可能在引诱侵权的名义下重新拾起安全港规则原本要免除的版权审查义务。在P2P网络服务导致侵权泛滥的情况下，法院为了绕开DMCA的安全港规则和Sony案的“实质性非侵权用途”抗辩，作出如此变通是可以理解的。但是，从引诱侵权制度的角度看，这一变通可能使得“引诱意图”的认定标准变得变幻莫测。^[54]其实，更合理的策略并非过度关注网络服务商的主观意图，而是关注网络服务的实际效用（详见下文）。

法院不仅可以通过推定存在引诱意图而要求网络服务商承担版权审查义务，而且可以在确认引诱侵权成立给予司法救济时，直接要求网络服务商承担起版权审查的义务。比如，在Grokster案中，地区法院最终要求服务商必须在其软件中使用有效方法降低该系统被用于侵权的可能性。^[55]网络服务商除了进行版权审查之外，没有其他的有效方法做到这一点。

需要说明的是，本文并不关心美国法院或学者关于推定存在引诱侵权意图的规则的解释是否一定正确，而是关注在这些阐释被广泛接受之后所引发的法律后果——事实上导致部分网络服务商要承担版权审查义务。网络行业没有能够对这些变通的规则提出强烈挑战，则意味着在一定情况下要求网络服务商承担版权审查义务是可以接受的。这是本文基本的分析思路。

（四）替代责任的“替代适用”

替代责任是美国版权法上与引诱侵权和帮助侵权并列的一种责任。当被告有权利和能

[52] 美国最高法院认为，综合以下三个要素，可以推断服务商存在引诱侵权的意图：（1）被告推广其设备的侵权用途。（2）被告没有采取措施过滤侵权用途。（3）被告的商业模式依赖于大量的侵权行为。See *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster*, 545 U.S. 913, 939–940 (2005).

[53] 前引[3]，Ginsburg文，第579页。

[54] See Tim Wu, *The Copyright Paradox*, 2005 Sup. Ct. Rev. 229, 244–249 (2005).

[55] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 518 F. Supp. 2d 1197 (2007).

力控制他人的直接侵权行为,同时与直接侵权行为有明显而直接的经济利益联系时,被告要为他人的直接侵权行为承担替代责任。^[56]这是一种比帮助侵权更严厉的严格责任,因为法院无需考虑经营者本身的过错。^[57]替代责任的正当性基础是所谓的风险分担理论:经营者的经营活动增加了他人的财产风险,让经营者而不是无辜受害者为该风险承担责任,能够促使经营者采取有效措施避免不必要的损失;同时,经营者也能有效地转嫁侵权成本,让它承担责任显得公平合理。^[58]显然,这一责任有分配正义与侵权预防效率上的双重考虑。^[59]

美国的安全港规则并没有完全排除替代责任的适用。^[60]安全港规则适用的前提是“在网络服务商有权利并有能力控制侵权行为时,网络服务商没有获得直接归功于该侵权活动的经济利益”。^[61]换句话说,在网络服务商有权利并有能力控制侵权时,如果网络服务商直接从侵权活动中获得经济利益,则不受安全港的庇护,而是要承担替代责任。美国立法者没有进一步说明如何认定网络服务商“有权利并有能力控制侵权”或“获得直接归功于该侵权活动的经济利益”。这直接导致美国法院关于网络服务商替代责任的认定标准飘忽不定。Napster案和YouTube案的对比分析真实地反映了网络环境下替代责任的尴尬处境。

在2001年的Napster案中,法院认为P2P网络服务商Napster直接从用户的侵权行为中获利并具备控制能力和权利,可能要承担替代责任。^[62]为避免承担责任,网络服务商需要采取措施监督其网络系统,包括安装过滤软件以杜绝用户分享侵权作品的行为。^[63]因此,美国地区法院发布临时禁令,要求Napster采取审查措施阻止用户利用该系统分享原告的版权作品,要求Napster事先进行过滤审查以避免侵权。^[64]Napster安装了过滤软件,但依然无法达到法院的要求,最终法院下令关闭网站。二审法院支持了地区法院的决定。^[65]在替代责任的名义下,法院提供的救济措施实际上强化了网络服务商的版权审查义务,排除了可能的安全港的庇护。

在2012年的Viacom v. YouTube案中,美国法院有所收敛,认为排除安全港规则所需要的“控制权利和能力”,不应仅仅指网络服务商有权利和能力“删除用户的侵权内容或阻止用户接触侵权内容”,而应该有更高的要求。^[66]法院实际上认为,安全港规则下保留的替

[56] Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H. L. Green Company, Inc., 316 F.2d 304, 307 (1963).

[57] Shapiro, Bernstein & Co., Inc. v. H. L. Green Company, Inc., 316 F.2d 304, 308 (1963).

[58] 前引[24], Yen文,第219页。

[59] See Sverker K. Högborg, *The Search for Intent-Based Doctrines of Secondary Liability in Copyright Law*, 106 Colum. L. Rev. 909, 916 (2006); Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 Geo. L. J. 1833, 1844 (2000).

[60] 对于DMCA是否在一定程度上限制了替代责任,美国学者存在争议。比如,有学者认为DMCA § 512(c)(1)(B)不过是重复了替代责任的构成要件,因此DMCA没有限制替代责任。参见前引[59], Yen文,第1882页。但也有意见认为DMCA免除了部分替代责任。See Edward Lee, *Decoding the DMCA Safe Harbors*, 32 Colum. J. L. & Arts 233 (2009).

[61] DMCA § 512(c)(1)(B).

[62] A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1024 (2001).

[63] A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 284 F.3d 1091, 1097 (2002).

[64] A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 2001 WL 227083 (N. D. Cal., 2001).

[65] A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 284 F.3d 1091, 1097 (2002).

[66] Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19, 38 (2012). 不过,法院也没有说清楚这一更高要求意味着什么。

代责任应该比普通法上的替代责任范围要窄一些。^[67]理论上讲,在立法者已经通过安全港规则免除网络服务商审查义务的情况下,适当限制替代责任的适用符合立法本意。如果法院认定网络存储服务和信息定位服务的提供商当然地具备对用户的直接侵权行为的控制能力(权利)并直接从中获利,这两类服务商的安全港规则就会被替代责任规则架空。因此,美国有学者认为,网络环境下替代责任的适用应该受到严格限制。^[68]

不过,到目前为止,美国法院只是试图适当限制而不是实质排除替代责任的适用。究竟是否应该或如何限制替代责任的适用,已经超出本文讨论的范围。在美国国会或法院作出更具有操作性的澄清之前,对于网络服务商而言,替代责任的威胁真实存在。^[69]要彻底避免承担替代责任,网络服务商的合理选择依然是主动采取措施避免用户侵权。从这一意义上讲,从2001年Napster案到2012年的YouTube案这十几年间,美国的网络服务商名义上获得了安全港规则的庇护,实际上并未获得真正的“安全感”,因为替代责任还是随时可能替代安全港规则的适用。

替代责任的现实威胁应该让安全港规则的支持者很尴尬。当年网络行业的投资者宣称安全港的庇护至关重要,可现在似乎没有证据表明替代责任的法律风险实质性地降低了网络行业的投资积极性。这表明安全港规则所试图给予的特殊保护对于网络行业的积极发展并没有宣扬的那么重要。要求网络服务商在某些情况下承担更多的注意义务,并非不可想象的选项。

三、中国对安全港规则的移植

(一) 片面的法律移植

美国的安全港规则在全世界产生了广泛影响,在中国也不例外。不过,中国立法者在移植安全港规则时,只是引入了一些核心条款,而忽略了与之配套的制度安排。虽然不需要照抄美国的安全港规则以及配套制度,但是脱离制度背景片面地移植美国的安全港规则更不可取。

中国现在关于网络服务商侵权的法律法规和司法解释已经相当多。不过,这些法律法规或司法解释整体上并没有提出前后一致的网络服务商间接侵权(共同侵权)的主观过错认定标准。相反,它们对于网络服务商的主观过错要件的表述,“前后表述不一,存有多处混乱”。^[70]用于描述网络服务商主观认知状态的术语不断变换:“明知”^[71]、“不知道也没

[67] *Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 37 (2012).

[68] 前引[59], Högberg文,第936页;前引[24], Yen文,第230页(该文认为替代责任的适用应该仅限于传统的存在雇佣或代理关系的场合)。

[69] 学者指出,如果按照 *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (1995) 案的宽泛解释使用替代责任,可能会导致许多无辜的网络服务商、信用卡公司甚至电力公司都可能承担替代责任。参见前引[24], Yen文,第238页。类似意见参见 Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 *Stan. L. Rev.* 1345, 1368 (2004)。

[70] 吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,《中国法学》2011年第2期。

[71] 《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》(2000年)第5条。

有合理的理由应当知道”（免责条件）〔72〕、“知道”〔73〕、“明知或者应知”〔74〕，等等。

上述术语频繁变换的事实表明，不同的立法者对于网络服务商过错认定标准的意见不一。一方面，受版权共同侵权一般规则的指引，部分立法者倾向于接受“知道”或“应当知道”的一般标准；另一方面，受到美国安全港规则下红旗标准的影响，另一些立法者又试图对所谓“应当知道”的范围或网络服务商注意义务的内容进行限制。在最新的著作权法修改草案中，立法者内心的纠结还在继续：草案明确免除网络服务商的版权审查义务，显然希望将美国式的安全港规则的核心内容通过立法固定下来，可是草案对于网络服务商的主观过错又使用了“知道或应当知道”这一一般术语。〔75〕如果这种模棱两可的法律条文被接受，实践中网络服务商主观过错或注意义务认定标准方面的混乱会持续下去。

中国对安全港规则的不完全移植，还表现在立法者并未完全引入与安全港或红旗规则配套的网络服务商注意义务。如前所述，DMCA为网络存储类服务商设定的注意义务包括：公开联系信息、“通知-删除”义务、惩戒重复侵权用户、容纳标准技术措施等。只有在承担这些义务之后，网络服务商才能获得安全港规则的庇护。与DMCA不同，《信息网络传播权保护条例》只引入了前面两项——公布联系信息（第22条）和“通知-删除”义务（第14—17条），而没有后两项。这样，中国的网络服务商在享受安全港的保护时，可能无需像美国的网络服务商那样通过容纳标准技术措施、惩罚反复侵权者以减少用户的侵权行为。DMCA的安全港规则本来就对网络服务商有利，中国的片面移植使得利益的天平更加偏向网络服务商。

中国引入安全港规则时遇到的另外一项挑战是，中国在安全港规则之外没有补充性的替代责任。〔76〕这使得中国网络服务商的“安全感”增加，从而进一步失去预防用户直接侵权行为的积极性。值得一提的是，尽管没有替代责任，《信息网络传播权保护条例》还是仿照美国，要求网络服务商获得安全港庇护的前提是网络服务商“未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益”。〔77〕如此生搬硬套的法律移植，莫此为甚。

中国在移植安全港规则时，还忽略了中美在著作权直接侵权制度方面的明显差异。美国版权法上的损害赔偿制度（包括惩罚性赔偿）、〔78〕刑事责任制度等，〔79〕对网络用户直接

〔72〕《信息网络传播权保护条例》第22条。

〔73〕侵权责任法第36条第3款。但侵权责任法第一次审议稿和第二次审议稿都以“明知”作为该款所规定的网络服务提供者承担侵权责任的主观要件。而在第三次审议稿中，立法者采纳了一些意见，将其改为“知道或应当知道”。最终审议时，改为“知道”。参见张新宝、任鸿雁：《互联网上的侵权责任：〈侵权责任法〉第36条解读》，《中国人民大学学报》2010年第4期。

〔74〕《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第8条第1款。

〔75〕《著作权法修改草案第二稿》（2012年7月）第69条第1款和第3款。

〔76〕参见刘家瑞：《版权法上的转承责任研究》，《知识产权》2011年第3期。

〔77〕参见《信息网络传播权保护条例》第22条。

〔78〕2009年，在美国，有人通过网络分享24首歌曲，结果被判赔192万美元；而在另一案件中，分享30首歌曲被判赔67.5万美元。这在中国是不可想象的。See Ben Depoorter, Alain Van Hiel, Sven Vanneste, *Copyright Backlash*, 84 S. Cal. L. Rev. 1251, 1262 (2011).

〔79〕See 17 U. S. C. § 506 Criminal Offenses. 依据这一版权侵权刑事责任条款，任何人只要为商业利益或私人经济收益而故意侵害版权，就要承担刑事责任。这里并没有像中国那样设置“违法所得数额较大或者有其他严重情节”之类的门槛。同时，犯罪目的的解释也比中国“以营利为目的”要宽松。

侵权构成真切的威慑。相比之下，中国的民事损害赔偿不足，版权刑事责任门槛很高，^[80]对网络直接侵权的吓阻力度明显不足。这使得版权人在中国应该比在美国更加依赖间接侵权制度。在中国一味地引入美国式的安全港规则，过度免除网络服务商的侵权预防义务，会使得有效制止网络版权侵权成为不可能的任务。

片面的安全港规则在中国运行的结果基本上是失败的，中国政府在行政执法中最终背离这一规则。2010年7月，国家版权局、公安部、工信部等联合发起“剑网行动”方案，雷厉风行地打击网络盗版。该方案要求“合法经营的互联网企业和重点网站开展‘先授权、后传播’自查自纠活动，查找侵权盗版隐患”。^[81]2010年9月，国家版权局拟定盗版严重的网站名单，^[82]要求这些网站建立主动审查机制：“凡纳入主动监管名单的单位要认真开展自查自纠，健全规章制度、规范工作流程，依法妥善处理侵权投诉和权利人的通知，要对照主动监管作品名单，认真核查本单位使用作品的授权情况，对于未取得授权或权利状况不明的作品要及时予以删除或者断开链接”。^[83]2010年11月，国家广播电影电视总局印发《广播影视知识产权战略实施意见》，宣布实施打击侵犯知识产权的专项行动。^[84]在行政执法的巨大压力下，主流视频网络服务商被迫对网站内容进行审查，差不多在一夜之间删除了绝大部分盗版视频。

暴风骤雨式的行政执法有效遏制了网络盗版，舒缓了著作权人对网络安全港规则的不满，也暂时掩盖了美国式的网络安全港规则在中国的失败。可是，在这一运动式的执法过程中，政府其实已经背离了安全港规则，要求网络服务商负担起主动审查的义务。很多时候，政府甚至走得更远，差不多完全跳出著作权法的框架，要求网站为用户的侵权行为承担直接侵权责任。相对于立法者引入安全港规则的初衷，这无疑是一大讽刺。当中国政府的行政执法运动消退、僵化的安全港规则重回舞台中心时，上述制度缺陷将重新凸显，网络侵权盗版极有可能再度泛滥。

（二）学术界的理解

中国立法在安全港规则上的断章取义与学术界对安全港规则的认识混乱有密切关系。

学理上，版权共同侵权的行为人必须有主观过错，即在明知或者应知会发生直接侵权情况下，教唆、引诱或帮助直接侵权人从事侵权活动。^[85]具体到网络服务商间接侵权，尽管立法或司法解释很混乱，多数知识产权学者依然认为网络服务商的主观状态须为“知道或

[80] 关于侵犯著作权犯罪的责任门槛，参见刑法第217条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2004〕19号）和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2007〕6号）。

[81] 国家版权局、公安部、工信部：《2010年打击网络侵权盗版专项治理的“剑网行动”方案》（2010年7月19日）。关于该行动的背景，可以参考《2010打击网络侵权盗版专项治理“剑网行动”启动》，<http://ip.people.com.cn/GB/12217684.html>，2012年7月4日访问。

[82] 第一批名单中包含15家网站，覆盖大约80%的网络视频的市场份额。参见《15视频网站纳入国家版权局反盗版主动监管名单》，<http://tv.sohu.com/20100916/n274974850.shtml>，2012年7月4日访问。

[83] 国家版权局：《关于做好“剑网行动”主动监管有关工作的通知》（2010年9月10日）。

[84] 参见《广电总局关于印发〈广播影视知识产权战略实施意见〉的通知》，<http://www.sarft.gov.cn/articles/2010/11/17/20101117170032860837.html>，2012年8月1日访问。

[85] 参见前引〔9〕。

应当知道”（明知或应知）。^[86]当然，也有一些民法学者认为，在立法者使用“知道”或“明知”而没有使用“应知”的情况下，“应知”实际上已经被排除在外。^[87]

与此同时，多数知识产权学者基于中国《信息网络传播权条例》借鉴了DMCA的安全港规则的事实，认为应当参考DMCA来解释中国的网络安全港规则。比如，在立法没有明确排除网络服务商版权审查义务的情况下，很多学者接受DMCA规则，认为网络服务商没有审查用户行为的积极义务。^[88]在认定网络服务商过错时，很多法官认可美国的“红旗标准”。^[89]只有个别学者认为，在特定情况下，要求网络服务商承担主动审查义务是可能的。^[90]

其实，在美国法下，只能说DMCA安全港的庇护并不以网络服务商履行审查义务为前提，而不能泛泛地说网络服务商一定没有版权审查义务。如前所述，美国法上在安全港规则之外追究替代责任是可能的选择。替代责任是严格责任。在这种情况下，网络服务商实际上被要求履行事先审查的义务，而不是相反。

在讨论共同侵权的一般规则与安全港规则的关系时，国内很多学者有意无意地忽略这两个标准之间的差异，认为二者的主观过错标准是一致的。换句话说，安全港规则仅仅免除了网络服务商的直接侵权责任，而没有改变一般性的间接侵权责任规则。^[91]多数意见也支持依据一般侵权法上的“正常合理人”或者“善良管理者”标准来认定网络服务商是否“应知”，^[92]但是认为在网络环境下“正常合理人”的注意义务标准并不要求服务商主动监管用户的行为或主动避免侵权行为。^[93]

实际上，如前所述，一般侵权法上的“应当知道”标准与安全港规则下的红旗标准有很大差别。“红旗标准”并不具有一般侵权法上的“正常合理人”标准所具有的制度弹性，而是一个经过利益集团游说明显偏向网络服务商的僵化的标准，免除了网络服务商作为“正常合理人”原本可能要承担的一些注意义务。国内主流意见将“红旗标准”理解为一般侵权法下的过错认定标准，可能并不影响安全港规则本身的适用，但会使网络服务商在安全港规则之外承担一般性的侵权责任的可能性大大降低。在主流意见看来，只要网络服务商不具备红旗标准意义上的过错，就被认为不具备一般侵权法意义上的过错。这样，即便

[86] 参见前引[70]，吴汉东文；江波、张金平：《网络服务提供者的知道标准判断问题研究：重新认识“红旗标准”》，《法律适用》2009年第12期；奚晓明：《能动司法服务大局努力实现知识产权审判工作新发展——2010年4月28日在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话》（认为包括明知和应知），http://www.court.gov.cn/zscq/dcyj/201205/t20120509_176766.html，2012年7月4日访问。

[87] 参见前引[73]，张新宝等文（认为仅限于“明知”而不包括“应知”）；杨立新：《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的解释》，《国家检察官学院学报》2010年第2期（认为这里的“知道”不包括“应当知道”，而是应解释为“已知”）。

[88] 参见梁志文：《网络服务提供者的著作权责任：文本解释与比较分析》，《法治研究》2011年第2期；梅术文、温博：《探析“避风港”规则主观要件——以视频分享网站为视角》，《电子知识产权》2009年第11期；王迁：《视频分享网站著作权侵权问题再研究》，《法商研究》2010年第1期；前引[86]，江波等文；前引[73]，张新宝等文；前引[87]，杨立新文。

[89] 参见姚建军：《网络服务提供者侵犯著作权的新探讨——兼议〈侵权责任法〉第36条的辨析及其延伸》，《法律适用》2011年第2期。

[90] 参见前引[11]，刘家瑞文。

[91] 参见王迁：《〈信息网络传播权保护条例〉中“避风港”规则的效力》，《法学》2010年第6期。

[92] 参见前引[70]，吴汉东文；王迁：《视频分享网站著作权侵权问题研究》，《法商研究》2008年第4期。

[93] 参见陈锦川：《网络服务提供者过错认定研究》，《人民司法》2010年第17期；胡开忠：《“避风港规则”在视频分享网站版权侵权认定中的适用》，《法学》2009年第12期。

它因为不符合安全港规则的其他要件（比如从直接侵权行为中获利）而无法获得安全港规则的庇护，法院也无法适用一般侵权规则追究其责任。这实际上变相地将安全港规则从免责规则变成归责原则，不合理地限缩了网络服务商的责任范围。

（三）法院的立场

中国学术界对于美国安全港规则（红旗标准）的推崇或误解是否直接映射到司法实践，是一个非常有意思的问题。通过对中国十多年来重要案例的梳理，笔者发现答案是不确定的，因为中国法院过去和现在的立场不一致，同一时期不同的法院的立场也不一致。不过，有一点是肯定的，即法院与学术界对于网络服务商审查义务的认知存在显著差异。^[94]而且，这一差异可能比学者们想象的大得多。

在2000年前后，很多法院的确认为提供存储服务的BBS服务商在接到侵权通知之前，对用户上传的内容没有主动审查的义务。在接到侵权通知之后，只要及时删除了侵权内容，网络服务商就不承担责任。代表案例有《大学生》杂志社诉北京京讯公众技术信息有限公司等（网络公司用户在个人网站上传播受保护的文学作品）、^[95]杨建诉北京千龙新闻网案（BBS布告栏中粘贴版权作品）等。^[96]这些案例获得学术界的广泛认可。

2007年以后，中国网络视频版权侵权案件暴增。^[97]法院对于异常猖獗的盗版现实有了更清晰的认识，自觉或不自觉地调整了网络服务商的注意义务标准。视频网站开始大面积败诉。^[98]强调网络服务商具有主动审查义务的司法判决迅速增加。比如，在著名的“疯狂的石头”案中，法院指出：“被告也可以针对‘影视’等存有极大侵权嫌疑之频道内的节目进行有重点的审核，以避免网站上存在明显的侵权信息”。^[99]在上海全土豆网络科技有限公司与广东千鹤影视传播有限公司案中，法院指出，上诉人“提供专门用于网络用户自由上传各类视频（特别是如本案牵涉到国内有名的相声演员之视频）的存储空间，造成侵害后果的概率较大，即便令其负担较大的预防成本也并不为过”。^[100]类似地，认为网络服务商有审核义务的案件还有北京广电伟业影视文化中心诉被告酷溜网（北京）信息技术有限公司案、^[101]上海观视文化传播有限公司诉上海全土豆网络科技有限公司案等。^[102]

值得一提的是，国内学者对于上述视频网站侵权案件可能有不同的解读，认为法院适用的依然是所谓的红旗标准。在这些学者看来，电影作品的特殊属性（高投入）决定了版权人不会免费上传电影到互联网；同时，电影热播的事实、被告网页上的主动推荐、网站自身的分类手法等，可能使得用户的侵权行为像鲜艳的红旗一样在网络服务商面前飘扬。不过，如前所述，法院在判决书中所明确表述的推理逻辑已经远远超出了红旗标准的要求，

[94] 参见前引[89]，姚建军文。

[95] 北京市二中院（2000）二中民初字第18号。

[96] 北京市二中院（2001）二中民初字第96号。

[97] 参见刘晓燕：《海淀法院：视频网站被诉侵权案与日俱增》，<http://tech.qq.com/a/20100510/000158.htm>，2012年7月4日访问。

[98] 参见王宏丞等：《论视频分享网站侵权案件中的焦点问题》，《电子知识产权》2009年第4期。

[99] 新传在线（北京）信息技术有限公司诉上海全土豆网络科技有限公司，上海市一中院（2007）沪一中民五（知）初字第129号。

[100] 上海市一中院（2010）沪一中民五（知）终字第32号。

[101] 北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第14025号。

[102] 上海市一中院（2009）沪一中民五（知）终字第20号。

实际上要求视频网站承担主动审查的义务。在这种情况下,继续宣称法院在适用“红旗规则”,没有说服力。

如果说上述案件中法院的判决还存在模糊解释的可能性,在广州数联软件技术有限公司 POCO 软件引发的一系列视频网站侵权的案件中,广东高院和上海高院都明确无误地确认了视频分享网站服务商有积极审查的义务。^[103]在果子电影有限公司诉北京风行在线技术有限公司侵犯著作权纠纷案、^[104]湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司与上海全土豆网络科技有限公司案,^[105]法院也表达了类似的意见。在这些案件中,只要权利人通过网站的搜索引擎能够检索出特定影视作品,法院差不多就认定该网站未履行注意义务,构成共同侵权。法院已经不十分关注网络服务商是否在正常的经营管理中明显知道具体而特定的侵权活动,而是认为网络服务商有一般性的版权审查义务。即便没有证据证明网络服务商已经发现其网站存在特定的侵权电影,也没有证据证明侵权电影出现在网站主动推荐的页面或目录中,法院也认为网络服务商未尽注意义务。这再明白不过地要求网络服务商采取积极措施阻止用户上传侵权的电影作品。法院差不多回到了一般侵权法上的过错或注意义务的认定标准(尽管是否准确地应用了一般规则还值得进一步讨论)。这里,看不到安全港规则或红旗标准的影子。

不过,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》却认为,法院不能根据网络服务商没有主动审查网络用户的行为的事实认定其具有过错(第8条第2款)。最高人民法院向安全港规则靠拢,排除网络服务商的审查义务,虽然可以促进各级法院的司法尺度统一,但是并没有为地方各级法院如何处理那些涉及导致网络盗版泛滥的服务商的纠纷指明出路,没有真正解决问题。可以想见,沉重的网络盗版压力还是要迫使各级法院采取变通策略在个案中确认网络服务商有主动进行版权审查的义务。

四、告别安全港规则

(一) 一般认知引发注意义务

网络技术迅猛发展导致网络盗版泛滥,中国立法者进一步向安全港规则靠拢,是错误的选择。这将导致中国法院像美国法院一样,为克服安全港规则的局限性,限制适用安全港规则或变通适用引诱侵权规则等替代性规则。这么做的代价是扭曲了这些替代性侵权规则,却没有得到安全港规则原本要强调的确定性。本文认为,正确的选择应该是告别网络存储服务 and 网络信息定位服务的安全港规则,许可法院依据共同侵权的一般规则重新塑造网络服务商共同侵权责任规则。

重新塑造网络服务商共同侵权责任规则的基本指导思想是,许可法官依据“正常合理

[103] 参见广州数联软件技术有限公司与北京慈文影视制作有限公司侵犯信息网络传播权纠纷上诉案,(2006)粤高法民三终字第355号;广东中凯文化发展有限公司诉广州数联软件技术有限公司,上海市高院(2008)沪高民三(知)终字第7号。

[104] 北京市一中院(2010)一中民初字第11821号。

[105] 上海市浦东新区人民法院(2009)浦民三(知)初字第4号。

人”（善良管理者）的一般标准，结合个案的实际需要，确认网络服务商注意义务的具体内容。当网络服务商作为善良管理人，对网络服务中的直接侵权行为获得一般认知——即意识到用户有可能利用网络从事侵权活动——之后，如果可能，它应当采取合理措施将直接侵权的后果控制在合理的范围内。换句话说，对直接侵权行为的一般认知可能触发网络服务商的注意义务。过去学术界或司法实务所普遍接受的网络服务商共同侵权（间接侵权）的特殊规则，比如帮助侵权中的“实质性非侵权用途抗辩”、“网络服务商主动审查义务豁免”、“红旗标准”等，或多或少违背了间接侵权的一般规则，均应该被放弃或修正。

“实质性非侵权用途抗辩”是美国最高法院在 Sony 案中确立的帮助侵权抗辩规则。这是明显偏向新技术而不是版权行业的一项裁决。虽然它在美国并没有像很多人想象的那样得到彻底贯彻，^[106] 但并不妨碍它在中国学术界有很多响应者。^[107] 这一规则片面强调技术方案所具有的实质性非侵权用途，而没有考虑技术提供方采取合理措施避免侵权的成本和可能性。在网络环境下适用这一规则很容易导致利益的天平过度偏向技术提供方，损害版权人的利益。^[108] 美国最高法院在 Grokster 案件中拒绝接受 Sony 案的指引，而是选择以引诱侵权救急，实际上也说明了这一点。在将来的司法实践中，中国法院也应该认识到：产品或服务具有实质性非侵权用途，仅仅意味着法院不能因为服务商提供该产品或服务这一行为本身而直接推定服务商存在过错，而并不意味着法院不能根据其他情节认定服务商存在过错。当然，由于证明主观过错有相当的难度，同时救济措施也受到限制，引诱侵权制度实际上并不能从根本上应对 P2P 网络技术所引发的挑战。美国最高法院在 Grokster 案中的判决只不过是权宜之计。

“网络服务商主动审查义务豁免”与“红旗标准”相结合是安全港规则走向僵化的主要原因，这在前文已经有了充分的讨论。依据这些规则，网络服务商在一般情况下没有主动审查义务，只有在对具体的侵权行为有具体认知时，才有义务采取措施阻止侵权行为。而依据间接侵权的一般规则，网络服务商作为善良管理人在获得直接侵权的一般认知之后，就可能承担相应的避免侵权的注意义务。

在获得关于直接侵权的一般认知后，如果网络服务商采取了合理措施，将侵权行为的发生频率控制在合理范围，则不能依据所谓的一般认知来追究网络服务商的侵权责任，即不能认定网络服务商“应当知道”具体侵权行为的存在。这时候，只有网络服务商实际上具体知道第三方侵权行为时，才承担侵权责任。侵权法对于相当因果关系的强调，大致可以避免网络服务商对那些即便采取合理预防措施也不能避免的后果承担损害赔偿责任。如果网络服务商采取了合理措施，依然无法将侵权行为的发生频率降低到合理的范围，则需要进一步依据“风险-效用”分析来判断网络服务商提供此类网络服务是否存在法律意义上的“缺陷”，从而决定其是否应承担责任。

在中国现有的法律框架下，可以从以下几个方面落实上述建议。首先，在著作权法作

[106] See Lital Helman, *Pull Too Hard and the Rope May Break: On the Secondary Liability of Technology Providers for Copyright Infringement*, 19 Tex. Intell. Prop. L.J. 111, 124(2010).

[107] 参见前引 [92]，王迁文；熊琦：《著作权间接责任制度的扩张与限制——美国判例的启示》，《知识产权》2009年第6期。

[108] 关于这一抗辩的简练而准确的批评意见可以参见前引 [31]，Menell 等文，第154页以下。

出具体规定之前,法院在适用民法通则和侵权责任法第36条(尤其是后者)所确立起来的网络间接侵权的制度原则时,应将一般侵权法意义上的“知道或应当知道”作为认定行为人主观过错的判断标准。其次,修改《信息网络传播权保护条例》,放弃其第22条的免责条款;或者参考该《条例》第23条,将第22条从免责条款变成正面的“归责条款”,引入上述一般侵权规则下的“知道或应当知道”标准。再次,形式上维持“通知-删除”制度,但改造该制度功能。“通知-删除”程序不应该被视为网络服务商履行其他可能的注意义务(包括主动进行版权审查)的前置程序。^[109]在一般侵权规则下,“通知-删除”程序起到帮助版权人证明网络服务商存在过错的作用;同时,也为网络服务商应对侵权通知提供指导,避免网络服务商在版权人和网络用户的对立中无所适从。但网络服务商按照“通知-删除”规则行事,并不能够避免其他注意义务。最后,决策者应当避免在著作权法及最高法院的司法解释中泛泛地规定网络服务商没有版权审查等注意义务。如前所述,这是安全港规则僵化的主要原因。现有著作权法修改建议稿及司法解释笼统地宣称网络服务商原则上没有版权审查义务,是不可取的。

(二)“风险-效用”分析

网络服务商对直接侵权存在的事实有了一般认知之后,究竟应采取何种合理措施才能避免承担间接侵权责任,或者说,法院如何确定网络服务商的注意义务的范围,是一个复杂的政策性判断,必须依赖法院的自由裁量。法院可以采用判定过错的“风险-效用”分析方法,确定网络服务商在提供此类服务时是否履行了合理的注意义务。具体地说,法院在分析网络服务商行为的合理性时,应当考虑社会公众获得的收益、版权人所受的整体损害、网络服务商的预防成本与效率以及追究网络用户侵权责任的可行性等。

如果“风险-效用”分析表明,某项网络服务导致侵权泛滥、版权人难以追究网络用户的直接侵权责任,而该网络服务带来的社会公益又相对有限,则该网络服务商必须采取相应措施降低该技术的侵权风险,使之达到社会能够接受或者说容忍的程度(相对该服务给社会带来的收益而言)。如果它没有(而不是无法)做到这一点,法院的合理选择是让它承担侵权责任,将侵权成本内部化。

如果网络服务商无法通过合理措施有效消除或减少第三方侵权的风险,也并不意味着网络服务商一定没有过错。这时候,还需要进一步权衡该网络服务对社会公众而言,正面的社会福利是否超过版权人所遭受的整体损害。如果版权人所遭受的整体损害(挫伤知识产品投资的积极性)大大超出了该网络服务所带来的社会福利,则该服务本身应该被认为是一种存在“设计缺陷”的服务。该网络服务商应该停止该网络服务或者赔偿该服务给版权人所造成的损害。换句话说,就避免直接侵权而言,除了网络服务商主动审查之外,赔偿损失或停止该网络服务也是可能的选项。

在网络服务商是否已经采取有效措施预防侵权的问题上,服务商和版权人之间存在信息不对称。版权人很难知道服务商是否已经尽到合理的注意义务,服务商却可以自由决定是投入成本预防用户侵权,还是直接将侵权赔偿作为正常的商业成本。依据法经济学的研

[109] 就此可对杨立新、李佳伦:《论网络侵权责任中的通知及效果》文(《法律适用》2011年第6期)。该文认为,网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的前提,是接到被侵权人的通知。

究，在法院能够确定损害大小但是不能准确了解侵权预防成本的情况下，选择让制造危险的一方承担损害赔偿的侵权责任（“责任规则”）比武断地免除它的侵权责任（“财产规则”）要更合理，因为危险制造方可以根据预防损害的成本大小来决定是采取预防措施还是直接承担损害赔偿责任，从而实现最有效率的结果。^[110] 基于同样的理由，追究网络服务商的责任将有效促使网络服务商作出合理选择：是采取有效措施预防用户的侵权行为还是直接承担侵权责任。

在“风险-效用”分析中，盗版导致公众免费获取版权内容不应被视为合法的公众收益，否则会扭曲所有盗版案件的分析逻辑，违背版权法的立法目的。部分学者有相反意见，认为不能忽视盗版通过千万公众免费获得作品所带来的公共福利。^[111] 本文认为，立法者在最初确定版权范围的时候，可以考虑公众通过免费获取作品所带来的“社会收益”。但是在立法者赋权之后，法院在分析网络服务的“风险-效用”时不应再考虑这一“社会收益”。法院应该推定立法者已经确认：公众通过合法的市场而不是盗版途径获取这些作品，符合社会的最大利益。否则，立法者会在版权法中直接对著作权的内容进行限制，以保证公众能够免费获得这些作品。

在“风险-效用”分析中，法院需要认真考虑的公众利益包括网络服务商的投资积极性、网络传输的效率、公众的表达自由、隐私保护等。如果适用一般性侵权规则导致网络服务商对用户行为的审查力度增加，的确会对这些公众利益产生负面影响。^[112] 不过，如前所述，为了克服现有安全港规则的局限性，法院实际上已经变相地强化了网络服务商的审查义务。学术界的多数意见接受这些变通做法，并不认为这会严重损害公共利益。本文所提倡的侵权法一般规则不过是为这些变相的做法正名，而不是实质性地增加网络服务商的注意义务。因此，本文无需就恢复一般性侵权规则的适用对公众利益的负面影响作专门的讨论。

另外，需要强调，网络服务商审查用户侵权行为或采取其他预防措施所需要的成本本身在绝对意义上的大小，并非决定网站是否有审查义务的关键因素。该审查成本相对于可能的侵权损害的大小更加重要。一种很流行的说法是，网络服务商要处理海量信息，不可能一一审查，因此不应要求网络服务商承担审查义务。^[113] 这一说法看似有理，实则不然。如果网站在处理海量信息的同时造成了海量侵权，版权侵权损害远远超过侵权预防成本，则没有理由因为网站造成的侵权行为太多而免除网络服务商的主动审查义务。

如果法院采用上述“风险-效用”分析思路，前文所述的 P2P 音乐分享服务、百度音乐搜索等就很可能无法通过“风险-效用”分析取得合理性，因为这些服务导致盗版泛滥，而公众的收益有限。美国法院要求 P2P 服务商消除侵权风险的做法，实际上等于从整体上否定了该项服务或商业模式存在的合理性。最终，网络服务商无法满足要求，只好关闭其 P2P 服务。这正是法院判决所追求的结果。即便 P2P 服务商主动选择沿着 *Amster* 或 *Grokster*

[110] See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis*, 109 Harv. L. Rev. 713, 725 (1996).

[111] 前引 [54], Wu 文, 第 235 页。

[112] See Wendy Seltzer, *Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment*, 24 Harv. J. L. & Tech. 171 (2010).

[113] 参见前引 [87], 杨立新文。

案的方向发展其技术,使得网络服务商难以监控用户的盗版行为,也无法逃脱版权侵权责任,因为这一技术修正无法影响“风险-效用”分析的结果。相对美国法院在P2P案件中的各种扭曲思路,这一分析方法能够很好地适应网络新技术发展所带来的挑战。

(三) 注意义务的具体化

依据一般侵权规则确定网络服务商侵权责任时,我们不必为每一类网络服务商重新“发明”具体的共同侵权(间接侵权)规则。本文所批评的对象也仅仅限于美国式的网络存储服务或信息定位服务的安全港规则。除此之外,相当一部分经过实践检验的服务商侵权规则,与一般侵权法规则并无冲突,应该被保留。比如,没有主动上传或传输侵权作品的网络服务商不承担直接侵权责任;单纯提供接入、路由或自动传输服务的基础网络电讯服务的网络服务提供商不承担帮助侵权责任等。^[114]这些具体化的侵权规则的累积,可以逐步增加网络侵权规则的确定性。但是应特别强调,立法者在对网络存储或信息定位服务商的注意义务进行具体化时,不应排除一般侵权规则的补充适用。只有这样,法律才能保持开放,避免僵化。

在现有的技术条件下,提供存储服务或信息定位服务的网络服务商在意识到直接侵权行为存在的可能性之后,大致应当从以下几个方面着手预防用户的侵权行为:建立可信且有效的侵权用户信用与惩戒制度(用户政策);建立快捷的侵权内容举报与删除制度(举报制度,包括“通知-删除程序”在内);及时采用适度的技术性过滤与人工审查措施(审查措施);^[115]积极与版权人合作降低侵权风险(合作机制)等。这些措施在现阶段已经相对成熟,限于篇幅,本文不再作进一步的介绍。

网络存储服务或信息定位服务的服务商是否必须采取上述预防措施或政策,并没有标准答案。版权法应许可法官根据具体网络服务的情景确定网络服务商实际上是否采取了合理措施预防第三方侵权行为。对于视频或MP3音乐分享网站而言,事先的审查措施(技术过滤与人工审查相结合)可能是最重要的预防措施。网络服务商至少可以对超过特定时长的影视作品、^[116]短期内的热播影视和音乐作品、网络访问量猛增的作品、源自著名版权内容提供方(比如有名的电视台或音乐人)的作品等进行实时过滤和审查。对于那些主要提供文字或图片作品分享服务的网站而言,过滤或人工审查之类的措施或许并非有效的应对措施,更有效的用户举报与惩罚政策等才能降低用户上传盗版作品的积极性。

结 论

十几年来的网络版权实践已经表明,现行的网络侵权规则并不能有效抑制网络盗版活动的蔓延。美国式的安全港规则(红旗标准)偏离了间接侵权的一般规则,不合理地降低

[114] 参见《信息网络传播权保护条例》第20条、第21条等。

[115] 有很多研究提到技术过滤措施的可行性,如前引[11],刘家瑞文;前引[92],王迁文;前引[88],梅术文等文;Fred von Lohmann, *YouTube's Copyright Filter: New Hurdle for Fair Use?*, October 15, 2007, <https://www.eff.org/deeplinks/2007/10/youtubes-copyright-filter-new-hurdle-fair-use>, 2012年7月4日访问。

[116] 比如,YouTube网站在著作权人的抗议下,采取措施限制超过十分钟的视频文件的上传,在一定程度上减少了有重要价值的商业影视作品的传播。See Andrey Spektor, *The Viacom Lawsuit: Time to Turn YouTube Off?*, 91 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 286, 304 (2009).

了网络服务商的注意义务，损害了网络服务商预防第三方侵权的积极性，使得打击网络盗版成了不可能的任务。美国和中国的法院策略性地适用红旗标准、引诱侵权和替代责任规则，在一定程度上克服了安全港规则的制度缺陷，但代价是，网络侵权规则变得更加支离破碎，缺乏一致性。

为了改变这一现状，中国应当果断地放弃美国式安全港规则的立法思路，恢复传统侵权法规则的适用，强化网络服务商的注意义务。网络存储和信息定位服务的网络服务商对于第三方在网络空间从事的侵权行为具备一般认知之后，应当根据实际需要采取合理措施将侵权风险控制在合理的范围内。如果没有履行此类注意义务，即便网络服务商没有所谓的具体认知，也可能承担间接侵权责任。经过这样拨乱反正的改造，中国才能彻底避免美国式安全港规则的碎片化趋势，扭转中国版权人“望网兴叹”的局面。

Abstract: Indirect infringement or joint tort liability of Internet Service Providers (ISPs) is one of the most important rules that heavily influence the legal order in the cyberspace. Since 1998, the so-called safe-harbor rule under the U. S. copyright law has gradually become dominant in this field in many countries. Our law-makers blindly transplanted such rule into China as well. However, the copyright law practices in the United States and China have shown that the safe-harbor rule overly reduces an ISP's duty of care therefore eliminates its incentive in preventing third parties' infringing activities, which in turn renders online-infringement policing an impossible mission for most copyright holders.

In order to remedy the legislative defect, courts in the U. S. and China choose to restrict the application of the so-called “red flag” test under the safe-harbor rule, or replace it strategically with the inducement liability or the vicarious liability rules. While these measures do help to suppress rampant online piracy, the price is high, that is, the courts in both countries unnecessarily distort or Balkanize the indirect liability rule in the cyberspace. Currently, China begins to amend its Copyright Law for the third time. The legislature should abandon decidedly the U. S. version of safe-harbor rule, and re-introduce a general tort liability rule to reinforce an ISP's duty of care. Under the new rule, once an ISP has obtained a general knowledge of third-parties' infringing activities, it shall take reasonable measures to reduce the risk of infringement as low as reasonably practicable. Failing to do so, the ISP would be held indirectly liable, even if it has no specific knowledge of the direct infringement.

Key Words: internet service provider, indirect infringement, safe-harbor rule, red-flag test
