

美国DMCA避风港规则 适用判例之研究

管育鹰

内容提要：面对版权人与互联网服务商两大利益对立集团的激烈博弈，美国各级法院在近几年判例中尽管一再力图细化DMCA避风港规则核心要素的适用标准以减少争议，但仍难以突破DMCA设立的避风港规则以使ISP为其用户的版权侵权承担责任，从而无法就网络环境下版权保护是否应设立新规则作出明确回应。鉴于此议题在现实中的重要性，美国各界期待着更高效力的阐释出台。考察美国网络环境下的版权保护规则对我国具有参考意义。

关键词：互联网服务提供商责任 数字千年版权法之避风港 帮助侵权 替代责任

Abstract: As a response of the intense conflict of interest between copyright industry and internet industry, American Courts have been trying to elaborate the detailed criteria of DMCA Safe Harbor rules in recent cases, yet still hesitate to give a explicit answer on weather the law should increase ISP liability to strengthen copyright protection. Now a higher effective grade elaboration about this important issue is expected in U.S. It's helpful for Chinese copyright law to use American experiences for reference.

Key Words: ISP liability; DMCA safe harbor; contributory infringement; vicarious liability

引言

上世纪90年代以来，随着信息技术的发展，美国的版权保护与互联网产业发展这两项公共政策目标之间的张力日趋明显。一方面，版权作品的复制和网上传播十分便捷、而上传侵权作品的个人终端用户在实践中却难以追踪和惩处，让可控制终端用户网络接入和内容上传与存储的互联网服务提供商（ISP）为侵权承担一定责任成为最可行的解决思路；但另一方面，电子商务已开始成为新的经济增长点，并且网络在教育、科研、文化发展和信息传播与交流等方面的角色也日益重要，互联网产业的发展也需要国家鼓励并尽量减少其束缚。

事实上，新技术发展与版权保护的关系一直伴随着美国版权制度的发展，这方面里程碑式判决是美国1976年的SONY案。因当时版权法已到了美国国会最后通过阶段，难以在立法中明确新技术条件下对电影产业的强化保护；好莱坞环球电影公司和迪斯尼公司等版权产业带头人遂将

此案交给司法者裁决。美国最高法院于1984年以5：4的结果按多数意见判决，认为：“必须平衡版权人对有效保护的正当利益诉求与他人自由开拓实质上不相干的商业领域之权利。因此，如果商品可以广泛用于合法而无可非议的目的，则经营可用于复制的设备像经营其他通用商品一样不构成帮助侵权。事实上，只要是‘实质性非侵权用途’就可以了……”^①。此案确立了判断新技术产业是否构成“帮助侵权”的一个重要标准，即“实质性非侵权用途”。

在网络技术发展初始，美国法院也借助普通法上的“帮助侵权”和“替代责任”概念，尝试着界定在某些情形下由提供存储或接入服务的ISP承担在自己网络平台上发生的第三方版权侵权之责任，以力图在版权保护和新技术发展和自由运用之间寻找新的平衡。但法院的这一思路并不十分清晰，使得这些概念的适用之具体结果并不一致。为了进一步明确ISP在用户侵权中的责任，美国于1998年通过的《数字千年版权

作者简介：管育鹰，中国社会科学院法学研究所副研究员

① Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

法》(DMCA)中,一方面增加了技术措施保护等规则,以使版权法保护适应数字时代的发展;另一方面则指明了在何情形下ISP不必对其平台上第三方版权侵权承担责任,即“避风港(Safe harbor)”规则^②。根据此规则,仅为第三方或用户上传的内容提供技术平台的ISP^③不必承担版权侵权赔偿责任的情形包括:其一,对其平台之用户的第三方侵权无实际的“知道”(以下简称“知道”)或无明显侵权事实使其应当知道(以下简称“应当知道”),且在知道或应当知道后及时移除了相关内容^④;其二,未从其有权利和能力控制的侵权行为中直接获得经济利益^⑤;其三,一旦收到权利人适当的侵权通知就及时移除了相关内容或中断了网络连接^⑥。

自DMCA实施以来,美国法院关于版权侵权案件中ISP“避风港”规则适用的判决日益增多,主要集中在帮助侵权的判定方面。早期发生的最具有代表性的案例是Napster案和Grokster案^⑦。在Napster案中,法院认定Napster的行为符合帮助侵权的第一个构成要件——知道;且Napster像一个跳蚤市场,构成了对网络音乐盗版的“实质性帮助”,因此需为其所提供的服务负版权帮助侵权之责。在Grokster案中,最高法院判定即使P2P软件具有SONY案所说的“实质性非侵权用途”,但Grokster有鼓励侵权行为的意图,构成“诱导”侵权,应为其用户的侵权行为负责。可见,法院对DMCA“避风港”规则适用的基本思路是:技术中立;如果具体事实证据表明技术提供者有主观上的过错,则构成帮助或诱导侵权,无过错,则不应为他人版权侵权买单。从实际效果看,对那些以提供交流共享平台为主要经营模式的ISP来说,“避风港”几乎就是其免责的尚方宝剑;可以说,“避风港”规则对近几年来大型网络共享平台的飞速发展具有重要的护航作

用^⑧。但是,近年来日趋严重的因海量“用户上传”导致的网上侵权,引起了权利人的激烈反应。“避风港”规则制定时留下的一些不确定性(灰色地段)在美国不仅引起学界争议,而且也亟待得到立法或司法上的进一步明确。比如,“通知—移除”这种由权利人或其代表针对具体侵权(即依照特定的网页或地址)逐一寄发适格通知函的事后解决方式,根本无法赶上用户上传侵权的速度;利用P2P侵权的影视等文档实际并非存在ISP服务器上,难以适用“通知—移除”的机制解决;还有域外管辖的成本和执法难题,等。本文将介绍和分析近年来美国法院在用户上传侵权资料相关案例中ISP责任之“避风港”规则适用的核心争议问题。

一、近年来美国网络版权侵权的代表性案例

随着网络技术的发展,特别是使用户交流高度频繁和自由的社交网路、涉及海量数据存储运算的云技术服务等,使得Napster和Grokster时代相对容易认定的ISP在用户上传侵权中的主观状态近些年来变得更加复杂和难以判断。为此,版权人和ISP都急切期望法院对构成DMCA512(c)(1)(A)帮助侵权的“知道”、“应当知道”等核心问题作出有利于自己的解释;而由于主观状态判定的日益困难,版权人开始关注DMCA512(c)(1)(B)中替代责任的适用,促使美国法院就一直未达成共识的“有权利和能力控制”给出一致的判断标准。这些网络版权侵权判断的难题体现在三起近年来的代表性案例中。

(一) Viacom v. YouTube

2007年3月,原告Viacom公司即向纽约南区联邦地方法院起诉Google和YouTube,称被告允许用户上传和观赏原告150,000余享有版权的节

^② 参见DMCA第512条。

^③ 根据DMCA512(k)、(i),“避风港”规则所适用的ISP有具体定义条件,而且必须1)采取、实行并告知用户其对多次版权侵权者将终止服务的政策;2)采用并不干预版权人识别和保护自己作品的技术措施;根据512(c)(2),ISP要获得“避风港”保护还需指定专门的“移除通知”执行者并向版权局注册。

^④ DMCA512(c)(1)(A)。

^⑤ DMCA512(c)(1)(B)。

^⑥ DMCA512(c)(1)(C)。

^⑦ 参见美国案例:A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1027 (9th Cir. 2001); MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005)。

^⑧ Brief of Amicus Curiae Google Inc. P5, Disney Enterprises, Inc. v. Hotfile Corp., No. 11-20427-Civ. (S.D. Fla.), <http://www.scribd.com/doc/85990982/Google-Amicus-Brief-PDF>, 2013-09。

目资料,涉嫌版权侵权,应承担直接侵权、帮助侵权和替代侵权责任,并索赔十亿美元。2010年6月23日,一审裁决YouTube对用户上传他人版权资料的侵权行为仅有“一般性认识”,且接到通知即删除侵权资料,不侵权^⑨。2012年4月5日,美国联邦第二巡回上诉法院作出裁决^⑩,认为DMCA第512条(c)款(1)项之(A)所说的“知道”是指主观上察觉到具体的侵权行为,“红旗”标准指的ISP是否知道以一般理性人应当知道有侵权行为发生之事实;案中并无充分证据表明YouTube知道自己网站有具体侵权行为发生,但原告提交讨论的电子邮件有可能涉及是否知道或应当知道的实质性争议、从而不能用简易判决解决,需要进一步考察。法院还指出,对侵权行为“视而不见”也可能构成“知道”,但这并非强加ISP以事先监管义务,而是需要根据事实判定。关于第512条(c)款(1)项之(B),法院认为,这一条款所指的“控制权利和能力”并不针对具体侵权行为,但ISP应拥有比仅移除或限制获得其网站上的侵权内容要“多一点”的义务,比如能对用户行为施加“实质影响”。最后,这一引人注目的关于如何判定“知道”、“红旗”标准、“视而不见”、“有权利和能力控制”等重要问题的案件被发回地区法院重审。值得注意的是,2013年4月18日,地区法院Stanton法官再次驳回了原告的主张,认为根据DMCA, Viacom应首先给YouTube发出适当的侵权通知;没有证据表明YouTube对具体侵权行为“视而不见”,或诱导帮助用户侵犯版权^⑪。

目前,这一令人瞩目的案件再次摆在美国第二联邦巡回法院面前。笔者认为认定YouTube诱导的可能性并不大。

(二) UMG v. Veoh

Veoh是一个类似YouTube的视频分享网站,其用户在注册时都须点击接受不得侵犯他人权利的条款。注册和使用Veoh网站都是免费服务,

Veoh则通过视频播放时前面插入的广告盈利。2007年,UMG向加利福尼亚中区联邦地方法院起诉称Veoh网站有自己享有版权的音乐视频,不符合DMCA“避风港”要求,应承担直接侵权、帮助侵权的责任或替代责任。Veoh称自己受“避风港”保护并请求驳回UMG请求作出简易判决。地区法院认为,即使Veoh对其网站上有侵权行为有一般性认识,但其对哪项具体的音乐视频是侵权物并不知晓,因而不构成侵权^⑫。2011年12月20日,美国第九联邦巡回上诉法院判决指出:DMCA512(c)(1)(A)所指的“知道”或“应当知道侵权存在的明显事实或情形”(即“红旗”标准)都要求指向具体的侵权行为,而不是有侵权行为存在的一般性认识;法院还认为,因为Veoh并不知晓哪些具体的视频侵权,它也就不可能构成DMCA 512(c)(1)(B)说的“有权利和能力控制”该侵权行为的发生^⑬。

原告UMG申诉后,美国第九联邦巡回上诉法院2013年3月14日对该案再次作出判决^⑭,指出:ISP如果能对用户行为施加“实质性影响”,则属于DMCA512(c)(1)(B)款所说的“有权利和能力控制”,这与ISP是否对具体侵权行为“知道”无关。这一表述与第二联邦巡回上诉法院在上述Viacom诉YouTube案中指出的“多一点”义务之判定标准保持了一致:即ISP对侵权行为的“控制权利和能力”并不以其知道具体侵权行为为前提;但ISP对侵权行为的“控制权利或能力”应当比仅仅履行“通知—移除”义务“多一点”,或者说能对用户的行为施加“实质性影响”。

我们看到,什么情况可证明ISP能对用户行为施加“实质性影响”从而应承担替代责任,第九联邦巡回上诉法院同样未作进一步论述。

(三) Columbia et al. v. IsoHunt

该案涉及提供类似于P2P的BitTorrent软件之ISP责任问题。2006年9月,代表Columbia公司等

⑨ Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc., 718 F.Supp.2d 514, 529 (S.D.N.Y.2010).

⑩ Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 676. F.3d 19, 42 (2d Cir. 2012).

⑪ U.S.D.C, SDNY Case No. 07 Civ. 2103 (LLS) (April 18, 2013).

⑫ UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 665 F. Supp. 2d 1099, 1111 (C.D. Cal. 2009).

⑬ UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011).

⑭ UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, et al., Case No. 09-55902 (9th Cir. March 14, 2013).

影视制片人的美国电影协会向加利福尼亚中区联邦地方法院起诉,称Gary Fung及其IsoHunt公司在网站上提供为用户建立联系的“服务器”,并列出可供下载种子文件的“索引器”这两项服务都侵犯了原告的版权。MPAA提交证据表明,IsoHunt网上链接的大多数影视材料都是侵权物,其搜索引擎实际上是协助用户寻找侵权作品。Fung辩称其网站的文件传输完全是用户自发完成的,因此应当受到“避风港”的保护。法院认为,IsoHunt网站的实质只不过是Napster和Grokster的变种,而这两种P2P系统以前已被法院判定为应承担诱导、帮助侵权的责任,因此,IsoHunt和Fung应当承担版权侵权责任。

IsoHunt上诉后,2013年3月21日第九联邦巡回上诉法院作出判决,同意地方法院的意见,即Fung不但提供鼓励用户上传热播影视作品种子的信息栏等工具,而且显然有意提供了能用于实际侵害版权的服务,构成诱导他人侵犯版权。第九联邦巡回上诉法院分析了是否适用DMCA“避风港”的问题,认为Fung的网站90%~96%的内容都是可供传播的“肯定或极可能侵犯版权”的种子文件,而且有大量事例表明Fung为用户搜寻、获取和刻录侵权作品提供了帮助;Fung对其网站上的大规模侵权行为的知晓符合“红旗”标准,也能够对其进行控制、并通过广告从侵权行为中获得经济利益;根据“红旗”标准,被告无须版权人发出适当的DMCA通知就应知晓侵权行为,但却没有及时将侵权资料移除,因此对Fung及IsoHunt不能适用“避风港”规则^⑮。

IsoHunt案中从第九联邦巡回上诉法院适用“红旗”标准的依据是被告的“网上资料属于热播的著名作品、任何理性人都应知其受版权保护且不可能许可给任意公众”,而这一点与前两个案件中的被告是否应知自己网站上的有侵权资料有何区别?法院并未做出分析。特别是IsoHunt案判决之后的2013年4月18日,地区法院Stanton法官在发回重审的YouTube案中又一次指出,没有证据表明被告对具体侵权行为“视而不见”,反映出当前美国各法院对“红旗”标准的适用缺乏明确共识,由此带来的各界之疑惑远未消除。

二、用户侵权中ISP“避风港”规则适用的核心问题

从上述三个近期案例可以看出,版权产业和互联网产业正在展开新一轮博弈:版权人认为,应加重ISP义务,使其不能简单利用DMCA“通知—移除”程序轻易获得“避风港”保护、逍遥于自己网站上大量的第三人版权侵权责任之外却因此而获得利益;而互联网服务提供商则认为,DMCA提供的“避风港”保护并不以事先监管为前提,面对海量的上传信息强加ISP监管义务是无法承受的。那么,作为法律执行者,法院将如何适用“避风港”规则以调和这两方面的诉求呢?因ISP“避风港”规则的理论依据主要是普通法上的帮助侵权和替代责任,法院判决的论述重点、其引发的学界探讨以及各界期望更高效司法判决加以明确的问题必然集中在两个方面:1.帮助侵权中ISP之主观要素的认定;2.替代责任中ISP对侵权行为是否有“权利和能力控制”的判定。

(一)帮助侵权中ISP主观要素之认定

根据美国DMCA512(c)(1)(A),ISP(i)不知道(Actual knowledge)其系统或网络上存在或正使用的内容侵权,(ii)没有明显侵权事实或情形使其应当知道(即“红旗”标准,“Red flag” Test),(iii)一旦知道或应当知道有侵权行为存在,即迅速移除该内容或中断网络连接,则可以免担赔偿、禁令等责任。

1.“知道”与“红旗”标准

前述DMCA512(c)(1)(A)的(i)(ii)涉及了对ISP关于自己网站上第三人版权侵权主观状态的推定,这在美国司法实践中历来是个难点问题。从上述版权侵权案例看,美国法院正力图对“知道”与“红旗”标准做出相对统一的解读,以逐渐消除实践中的适用差异。具体说,2011年UMG v. Veoh案的判决中,第九联邦巡回上诉法院认为,“避风港说的是对某一侵权行为的具体知晓”、适用“红旗”条款“不应让网络服务商承担举证责任”。2012年第二联邦巡回上诉法院在Viacom v. YouTube案中进一步强调了构成帮助侵权ISP应“具体知晓”而非“一般知晓”;“知道”和“应当知道”的区别在于

^⑮ Columbia Pictures Industries Inc., et al., v. IsoHunt Web Technologies, Inc., Case No. 10-55946 (C.A. 9, Mar. 21, 2013).

前者是主观标准、后者是客观标准；也就是说，DMCA所称的“知道”是ISP必须主观上察觉了有具体的侵权事例，而“红旗”标准是指ISP应当“像一个普通理性人一样应当知道有具体侵权行为存在的客观事实”^{①⑥}。遗憾的是，第二联邦巡回上诉法院并未直接对该案中原告提出的种种关于YouTube应当知道有具体侵权行为存在的客观事实，如内部调查、电子邮件往来、谈话等作出评判，而是把这个问题转给了地方法院再审^{①⑦}。

另一方面，第九联邦巡回上诉法院于2013年更改了其2011年对UMG v. Veoh案的判决，同意第二联邦巡回上诉法院意见：“知道”和“红旗”标准之区别在于前者是主观标准，后者是客观标准^{①⑧}。值得注意的是，第九联邦巡回上诉法院对该案中迪斯尼CEO给Veoh投资人发电子邮件告知其某部作品被侵权的事实作出了评判，认为这不符合DMCA的“通知”要求因而不适用“红旗”标准，并以注解形式指出：知晓某版权人某一作品被侵权的明显事实是否使ISP不能获得关于其他侵权的“避风港”保护是需再讨论的问题^{①⑨}。

可见，近年来美国法院关于DMCA512(c)(1)(A)(i)“知道”的判断标准趋向统一，即被告在主观上确实察觉和知晓具体的侵权行为；而关于DMCA512(c)(1)(A)(ii)“红旗”标准应如何进行判断，则还未达成一致意见。比如，在YouTube案中，第二联邦巡回上诉法院将案件退回地区法院，以便对YouTube是否对涉案侵权有“应当知道有具体侵权行为存在的客观事实”进行再审；在Veoh案中，第九联邦巡回上诉法院则以注解方式表明：应当知道有某一具体侵权行为存在的客观事实是否使ISP不能就所有被控侵权获得“避风港”保护需要进一步研究；而在IsoHunt案中，第九联邦巡回上诉法院关于“网上资料属于热播的著名作品、任何理性人都应知其受版权保护且不可能许可给任意公众”的表述，并未强调“应知”针对的是否仅限于具体的侵权行为。

法院含糊不清、原被告各执一词、学界争论不休问题的焦点在于：DMCA 512(c)(1)(A)(ii)的“红旗”标准，到底是要求应当知道一般性或可推定的侵权存在就足够，还是要求版权人举证ISP应当知道具体、可指证的侵权行为？从YouTube的判决看，第二联邦巡回上诉法院将被告“应当知道”的客观标准与“知道”的主观状态一样限定为指向具体的侵权行为。显然，这一对“红旗”标准的严格阐释使得版权人处于不利地位，尤其是在网络技术发展现状和态势下，版权人欲举证ISP“应当知道”而追究ISP责任以获得抑制大规模网上侵权的有效保护几乎不可能。现实中有些ISP网站存在大量侵权内容，即使是ISP自己也不容易（考虑到技术和成本）发现每一项具体的侵权；若要求版权人对每一项侵权行为进行指证，则显然512(c)(1)(A)(ii)这一为平衡利益关系设置的“避风港”保护例外对于版权人来说是无实际意义的。也许正因为此，Veoh案中第九联邦巡回上诉法院才以一个注解，将涉及重大利益分配的“红旗”标准适用的具体问题交给将来进一步探讨；并随后在IsoHunt案中指出：根据“红旗”标准，被告无须版权人先发出侵权通知就应当知道侵权行为存在、但却没有将侵权资料移除，因此对其不能适用“避风港”规则^{②⑩}。耐人寻味的是，这一判决产生于由第九联邦巡回上诉法院同一审判庭在修正的Veoh案判决中专门引述第二联邦巡回上诉法院关于“知道”和“红旗”标准的观点（前面已述）仅仅一周之后。而另一方面，IsoHunt案判决后，重新审理YouTube案的地方法院也又一次作出裁决，仍认为无证据表明YouTube知道或应当知道涉案视频侵权、未对这些侵权视而不见、也无权利和能力控制侵权，应当获得“避风港”保护^{②⑪}。

看来，目前美国各法院关于帮助侵权判定中的“红旗”标准阐述是令人疑惑的，如果经过一段时间的磨合仍无法对此达成一致，就只能通过

^{①⑥} Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 676 F.3d 19, 42 (2d Cir. 2012), P17-18.

^{①⑦} Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 676 F.3d 19, 42 (2d Cir. 2012), P19-22.

^{①⑧} UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, et al., Case No. 09-55902 (9th Cir. March 14, 2013), P39.

^{①⑨} UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, et al., Case No. 09-55902 (9th Cir. March 14, 2013), 注解14：“因此，我们不考虑Veoh应当知道迪斯尼享有版权的影视作品被侵权的明显事实，是否会影响其就UMG音乐视频作品之侵权诉称获得第512条的避风港保护”。

^{②⑩} Columbia Pictures Industries Inc., et al., v. IsoHunt Web Technologies, Inc., Case No. 10-55946 (C.A. 9, Mar. 21, 2013), P46.

^{②⑪} U.S.D.C., SDNY Case No. 07 Civ. 2103 (LLS) (April 18, 2013), P1, 23.

将来更高层次的判决（比如美国最高法院）或者是由新立法议案的通过来解决。

2. 对侵权行为“视而不见”

“视而不见”原则（Willful blindness doctrine）长期以来在美国刑法中作为“主观意图”的替代判断标准采用，后来联邦法院版权、商标、专利等案件中也采用，其基础理论是“视而不见”与“明知”一样是有罪的。这一原则主要应用于被告有意钻法律对“明知”规定的空子、对自己行为违法的嫌疑不予确认或采取不正当行为以避免构成知晓的情形^②。

DMCA制定“避风港”的初衷是要平衡打击盗版、保护版权人利益与鼓励互联网产业发展之间的关系，因此，区分有意盗版与合法的网络经营很重要。但是，对ISP是有意盗版还是合法经营的主观状态判定是很困难。鉴于原告对ISP“知道或应当知道”的举证困难，第二联邦巡回上诉法院在YouTube案中同意了原告的主张，适用“视而不见”原则，即若证明ISP有意回避、对某一具体侵权行为睁眼闭眼，则其不应受“避风港”保护。法院认为，“视而不见”可分两步考虑：（1）被告主观上相信某一侵权事实存在的高度可能性；（2）被告有意采取不欲获知该事实的行为。需要指出的是，在认可“视而不见”原则的同时，第二联邦巡回上诉法院仍强调DMCA并不要求ISP对侵权行为进行监管^③。

关于YouTube案中原告提出的“视而不见”之相关证据，第二联邦巡回上诉法院认为：YouTube视频中有75%~80%是受版权保护的作品这一调查结果并不足以证明YouTube对某些具体侵权睁眼闭眼；但是，如果确有邮件往来等信息表明YouTube经过考虑而拒绝事先移除“公然违法”内容（如某著名电视节目或片段、商业广告、新闻等），则可能构成认定知晓该具体侵权的事实而使其丧失“避风港”保护。正是由于原告Viacom提出了后面这种情况，第二联邦巡回上诉法院将案件发回地方法院重审。不过，地方法院后来在判决中指出，原告的一份给被告的备忘录称有些著名节目的侵权片段“仍能找到”，

但未指明是哪些片段或在哪儿能找到；另一份声明称被告当时拥有450多个此类视频，但要确定哪些是侵权物需要被告找到并核查这450多个视频，而按照DMCA512（m）（I）的规定，被告并无这个监管义务，因此，原告关于被告对涉案侵权视频“视而不见”的主张不成立^④。

（二）替代责任中的“控制”

依据DMCA512（c）（1）（B），有控制侵权权利和能力的提供信息存储服务或由用户指令接入网络的ISP因用户侵权而直接获利的，不能受到“避风港”的保护，这里并未见ISP主观因素的要求。在网络版权侵权纠纷中，由于版权人对ISP主观状态举证的困难，近年来更注重依据替代责任理论要求其承担责任；另一方面，在现有经营模式下，ISP几乎难免在自己服务中植入广告，因此很难摆脱“因侵权直接获利”的指控，就将自己摆脱替代责任的重点放在“无法控制”侵权行为之上。因此，ISP是否承担替代责任争议中最关键的问题是如何判定“有权利和能力控制侵权”（Right and Ability to Control）。

在UMG v. Veoh案2011年的判决中，美国第九联邦巡回上诉法院认为，虽然Veoh从侵权行为中获得了利益，因为Veoh并不知晓哪些具体的视频侵权，它也就不可能“有权利和能力”控制该侵权行为的发生，从而不构成DMCA 512（c）（1）（B）款所说的“因侵权行为获利”而丧失“避风港”保护^⑤。2012年的Viacom v. YouTube案判决中，美国第二联邦巡回上诉法院不认同原告关于“控制指ISP能够屏蔽（Block）侵权行为”的观点，指出：根据DMCA所有ISP都有屏蔽能力，且在收到版权人的侵权通知后都必须屏蔽或移除侵权内容。法院认为，DMCA512（c）（1）（B）说的“控制权利和能力”应比能够屏蔽侵权“多一点”，比如：设立筛选过滤程序，给用户提供更详细的关于网站版面、外观和内容的说明指南，等。2013年3月14日，美国第九联邦巡回上诉法院修改了其2011年作出的UMG v. Veoh案判决，指出：ISP如果能对用户行为施加“实质性影响”，则属于DMCA512（c）（1）

^② Second Circuit Holds that Willful Blindness Is Knowledge in Digital Millennium Copyright Act Safe Harbor Provision, Harvard Law Review, Vol. 126 (2012), P645、649.

^③ Viacom Int'l Inc. v. YouTube Inc., 676 F.3d 19, 42 (2d Cir. 2012), P24.

^④ U.S.D.C, SDNY Case No. 07 Civ. 2103 (LLS) (April 18, 2013), P10.

^⑤ UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 667 F.3d 1022 (9th Cir. 2011).

(B)所说的“有权利和能力控制”，这与ISP是否对具体侵权行为“知道”无关；既然无充分证据表明Veoh对用户行为施加了实质性影响，则其仍受“避风港”保护²⁶。2013年3月21日，在Isohunt案判决中，美国第九联邦巡回上诉法院再次指出：被告无疑可以确定自己网站上的侵权内容并终止用户的网络接入；而且，为了有序组织网上种子文件，被告还采用一种程序以配合用户通过“预览版(SCR)”、“付费版(PPV)”等极可能涉嫌侵权的关键词搜索相关种子文件；被告还在用户有查找困难时提供帮助，并亲自剔除“假的、有毒的或其他坏的种子文件以维护其网站索引的完整性”。这些都表明被告对其网站侵权行为的控制能力远超过找到并终止用户取得侵权物，构成像Grokster案中那样的诱导，不能获得“避风港”的保护²⁷。不过，Isohunt案判决留下一个疑问：ISP施加“实质性影响”的判定，按照第九联邦巡回上诉法院的推导，似乎更多地构成强调主观状态之“诱导”的“帮助侵权”，而不应该是DMCA512(c)(1)(B)这一无须考虑主观要素的替代责任条款的落脚点。关于这一点，美国法院并未见进一步的阐释，而学界对法院的判决也存在“看不懂”的评价。

(三) 小结

本文考察了美国近几年来DMCA中“避风港”规则的适用情况，总的来说，DMCA作为美国适应网络技术与版权保护问题专门做出的立法，十多年来一直起着调节美国相关产业发展中各方利益冲突的作用。早期的判例中，由于网络技术特征，ISP的主观要素认定相对容易，比如Napster和Grokster都被认定为有诱导侵权的明显意图，从而用DMCA512(c)(1)(A)中的“知道”、“应当知道”就可以解决ISP责任问题。但是，近几年来随着互联网技术的飞速发展，ISP依托“技术中立”的理念越来越容易避免干预或参与用户网上行为，从而规避相应的法律责任；随着以YouTube为代表的网络经营新模

式不断推出，版权人要说服法官认定ISP的“知道”、“应当知道”变得十分不易。笔者发现，尽管广大版权人一次次强烈要求进一步加强网络环境下的版权保护，美国各法院也尝试着进一步细化“避风港”规则的判定标准，但迄今为止，美国法院经过复杂的论证后仍对DMCA“避风港”规则作出了有利于ISP的法律适用。比如，将ISP承担帮助侵权责任的核心要件，即“知道”、“应当知道”的判定限制在针对具体侵权行为的情形下；要求“控制权利与能力”比能够屏蔽侵权内容“多一点”、应对用户侵权行为施加“实质性影响”等。由此看来，美国法院在面对P2P之后网络环境下的版权保护难题时，试图通过对“避风港”规则的进一步阐释重新调整版权保护与技术发展的关系，谨慎看待技术中立、不轻易对ISP适用帮助侵权和替代责任，以免束缚新的互联网技术和经营模式的发展。因此可以说，版权人和相当一部分学界研究者通过“避风港”规则的扩大解释、让业务和利润蒸蒸日上的ISP来分担权利人因无法或难以追究个体直接侵权者而遭受之损失、加大版权保护力度的愿望，至少目前还无法实现²⁸。不过，在2000年左右的Napster案和2005年左右的Grokster案²⁹之后，美国最高法院尚未对“避风港”规则的适用作出新的具有里程碑式意义的判决；面对当前各法院观点含混不清、当事人分歧较大的“用户上传内容存储及分享技术服务”之网站经营者是否以及如何适用“避风港”中ISP定义及其相关责任的争议，最高法院若能作出阐释，无疑能对一段时期内的相关案件产生指导意义，并能划定此番版权产业和互联网产业两大利益集团的利益分配格局。对此，美国各界对上述几个案件，尤其是Youtube案和IsoHunt案的最新走向正拭目以待。笔者认为，这些案件涉及的ISP责任判定中的核心问题，需要美国最高法院的判决或立法来决。

本文认为，这一现状出现的深层原因，除了技术与版权法律规则变动这一无法回避的

²⁶ UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, et al., Case No. 09-55902 (9th Cir. March 14, 2013).

²⁷ Columbia Pictures Industries Inc., et al., v. IsoHunt Web Technologies, Inc., Case No. 10-55946 (C.A. 9, Mar. 21, 2013), P51-53.

²⁸ 截至本文撰写之时，美国纽约地方法院判决关于被告网站作为提供存储服务的ISP，对第三人版权侵权既无知道也未诱导侵权、适用“避风港”保护的观点再一次得到联邦第二巡回上诉法院的支持；参见Electronic Commerce & Law ReportTM: Second Circuit Affirms Obodai DMCA Ruling, May 29, 2013, 判决网址(2013年9月访问): <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=historical>.

²⁹ 案情简介参见网址(2013年9月访问): http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm; <http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZO.html>.

疑难问题外,还有另两个方面的考虑:其一,作为版权保护与新产业促进政策的整体权衡。美国1976年版权法延长了版权保护期,规定保护期为作者的有生之年加死后50年,对于那些法人作品则为首次出版后的75年。1998年美国通过DMCA的同时也颁布了《版权保护期延长法》,将版权保护期一律延长20年,个人作品为作者的有生之年加死后70年,法人作品为首次发表后的95年。这个法案的直接后果是一大批原本应该进入公共领域的作品,将推迟20年进入公共领域;由于迪斯尼公司极力推动通过此法案并保住了本应在2003年进入公共领域的米老鼠的版权,该法案也被戏称为“米老鼠法案”。可见,作为美国经济支柱重要成分,版权产业一直在政策和法律上受到充分重视;“避风港”规则仅是保护新兴产业不受他人版权侵权行为拖累而作出的有利于互联网产业的微调。其二,虽然美国向来强调版权保护,但若为此在网络环境下要求ISP全面监管用户信息,将难免与美国宪法保护的言论自由、隐私保护等发生冲突,因此,DMCA一开始就明确了不为ISP强加监管义务,若为了认定ISP主观状态而从法律上要求其事先对互联网进行监控审查,将有违宪法精神。

三、可供我国借鉴的方面

版权法的本质乃是促进国家文化发展的基本法。我们看到,即使是在美国那样作品利用高度产业化、商业化的环境中,立法和执法者在试图建立网络环境下作品利用新秩序时也必须考虑全面平衡创作者、权利人与新技术受益者之间的利益关系。目前,我国《著作权法》正在进行第三次修改,在此过程中,我国当前在网络版权方面面临着与美国类似的力图平衡各方利益的立法意图。其中,关于网络环境下的版权保护机制应当如何设立、完善,尤其是ISP责任之类似“避风港”之条款,引起了广泛的社会关注,尤其受到权利意识日益增强的版权人的质疑^⑩。不过,在考察我国《著作权法》几易其稿的修订草案后,我们会发现关于ISP责任条款的较《信息网络传播权保护条例》的规定并没有实质变化^⑪,

为何会引起版权人的强烈反对呢?主要原因在于《著作权法》修改草案明确了“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,不承担与著作权或相关权有关的信息审查义务”的规定,这一规定显然借鉴了在美国DMCA512(m)(I)“不应要求ISP监管其服务的使用和搜寻支持侵权行为的事实证据”的规定。但是,考察DMCA制定背景,其设立这一关于审查义务豁免规则的主要目标是表达自由和隐私权的保护;而由于种种原因,我国2006年制定《信息网络传播权保护条例》时引入“避风港”规则时并未写明此项ISP审查义务的豁免。因此,在多年后版权意识大幅度提高、版权保护面临网络环境下更严峻挑战的今天,将这一条款明确写入法律的立法尝试遭受使版权保护“走回头路”的指责是情有可原的,何况这一拟增条款还撕掉了“隐私权保护”的外衣、直指版权侵权审查义务、更显得立法上偏向ISP。还有一点笔者认为应当注意,即前面说的美国法院迄今坚持DMCA规则、在扩大解释上非常谨慎的背景与其版权法一再增加版权保护期这一极为有利于权利人的做法有关;也就是说,法院就DMCA作出更有利于网络服务商的解释是一种微妙的平衡。我们在借鉴美国经验时需要考虑这一中美版权产业发展现状的不同而作出相应的调节。

本文认为,要让坚持技术中立、主观上无任何过错、客观上也未参与侵权过程的ISP获得“避风港”保护,并不一定要在立法上明确ISP审查义务的豁免。事实上,只要准确适用原《信息网络传播权保护条例》相关条款,或者《著作权法》修改草案中除此拟增条款之外的规定,就足以保障纯网络技术服务提供商不受用户版权侵权的拖累。因此,现《著作权法》修订草案送审稿第73条第1款增加“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”之措辞并无必要;换句话说,网络服务提供者是否应当对在其网络平台上发生的用户版权侵权承担相关责任或义务,交由适用法律的执法者——法官去根据事实证据裁判比较恰当。■

^⑩ 郝俊慧:《著作权法修改被指偏向传播者 侵权或更猖獗》,载《IT时报》2012年4月16日,网址(2013年9月访问):http://tech.ifeng.com/internet/detail_2012_04/16/13913815_0.shtml?_from_ralated。

^⑪ 参见国家版权局《中华人民共和国著作权法》(修改草案):2012年3月第一稿第69条;2012年7月第二稿第69条;2012年10月第三稿第71条;2012年12月修订草案送审稿第73条。