

避风港中的通知与反通知规则

——中美比较研究

熊文聪*

摘要:作为平衡著作权人、网络服务提供者和网络用户三方利益的制度工具,避风港中的通知与反通知规则发挥着不可替代的关键作用。通过比较中美两国的具体条文,可以发现我国的相关立法过于僵化,没有留给司法裁量一定的弹性空间,同时缺乏网络服务提供者的主体界定、替代责任的适用前提、著作权人的善意义务以及网络用户的救济途径等具体规定,这直接导致了司法审判相互矛盾和不公正的结果。科学恰当的学说继受与法律移植对于完善我国的著作权立法有所助益。

关键词:著作权 避风港 通知 反通知

著作权乃传播业之子,总是随着传播技术及相关产业的发展而不断变化。最高人民法院在《中国法院知识产权司法保护状况(2011)》(白皮书)中特别指出:“著作权案件持续大幅增长,始终占有知识产权案件总数的一半有余;网络成为版权保护的主战场;串案和关联案件较多;与网络技术开发和应用有关的版权纠纷受到业界的高度关注,加强版权保护与促进新商业模式发展的利益平衡空前重要。”⁽¹⁾实际上,数字及网络环境下的著作权纠纷已经成为世界各国亟待解决的难题,而美国1998年颁行的《数字千禧著作权法案》(英文缩写“DMCA”)可谓创立了平衡著作权保护、促进传播业发展及维系公民言论自由的制度典范,成为事实上的国际标准,⁽²⁾而其精髓又凝聚于第512条的所谓“避风港(safe harbor)”之中。

顾名思义,“避风港”指网络服务提供者(英文缩写“ISP”)在特定条件下不承担侵犯著作权的损害赔偿赔偿责任。对于其前端的免责事由及所谓“明知”和“应知”的判断标准,国内学界已展开了热烈而深入的研讨。⁽³⁾但对于其后端的“通知(notification)”与“反通知(counter notification)”之规则,学者们关注不多,似乎只将其视为一般的程序性或技术性安排。事实上,通知与反通知规则关涉著作权人、ISP和网络用户三方实体的权利义务,是现实利益平衡的基本支点。一方面,“通知”规则的首要

* 中央民族大学法学院讲师,法学博士,上海交通大学凯原法学院博士后。本文系教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心自主项目(编号:13MSFJD82003)、“中国博士后科学基金面上资助”(编号:2013M531159)的阶段性研究成果。

(1) 中国法院网:<http://www.chinacourt.org/article/detail/id/478940.shtml>,2013年11月3日最后访问。

(2) Charlotte Waelde & Lilian Edwards, *Online Intermediaries and Liability for Copyright Infringement*, WIPO Workshop Keynote Paper, April 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159640,2013年11月2日最后访问。

(3) 参见曹阳“知识产权间接侵权责任的主观要件分析”,载《知识产权》2012年第11期;江波、张金平:“网络服务提供者的知道标准判断问题研究”,载《法律适用》2009年第12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”,载《法学》2009年第12期;刘家瑞:“论我国网络服务商的避风港规则”,载《知识产权》2009年第2期;史学清、汪涌:“避风港还是风暴角”,载《知识产权》2009年第2期;陈锦川:“网络服务提供者过错认定的研究”,载《知识产权》2011年第2期;刘文杰:“网络服务提供者的安全保障义务”,载《中外法学》2012年第2期。

目的,在于鼓励ISP积极开发新市场而不必担心因此而承受侵权责任,以此提高网络的效率、品质和范围。另一方面,“反通知”规则又为网络用户提供了有力的救济途径,避免其民事权益及言论自由遭到不当损害,因此具有重要的意义。笔者不揣浅陋,希望通过对照和分析中美两国相关立法条文及司法判例,为我国著作权法的完善提供参考。

一、主体界定与适用前提

首先,应严格界定ISP的含义及范围。ISP与ICP(网络内容提供者,Internet Content Providers)有着显著区别。ICP指信息内容由自己创作、选择、编辑,并通过网络提供、传播给他人,因此可能构成所谓的直接侵权(primary/direct infringement);而ISP网络系统上的信息内容是由网络用户产生和提供的(user-generated),ISP仅仅为这些信息内容的存储、接入、搜索、链接、传播及分享提供技术支持与便利条件。如果ISP就其网络用户利用此便利而实施的直接侵权行为存在主观过错(明知或应知),则可能承担所谓的间接侵权(secondary/indirect infringement)责任。可见,ISP一方面是一个开放概念,足以容纳包括提供基础设施、提供网络接入、提供信息存储、提供社交通讯、提供搜索链接等各类技术服务的实体;另一方面,这些类型又共有一个实质性内涵,即仅提供服务,不提供内容!

从1993年的Frena案⁽⁴⁾到1995年的Netcom案⁽⁵⁾再到1997年的Hardenburgh案⁽⁶⁾可以看到美国法院清晰的态度变迁,即要求ISP承担直接侵权责任转由其承担间接侵权责任。⁽⁷⁾美国国会制定的DMCA也正是吸纳了司法判例中的裁判原则,明确ISP指为用户进行在线数字交流提供接入、传输、搜索或链接等服务的实体,其中用于交流的材料是由用户自己选定的,ISP没有对其收到或发送的材料之内容加以改动。⁽⁸⁾同时,其512条(a)款和(b)款都言及,发起、指令、选择或改变传播内容的行为不能引入避风港免责。我国无论是2006年颁行的《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》),还是《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》(以下简称《解释一》)抑或2010年颁行的《侵权责任法》都没有给出ISP的确切定义。《条例》只是列举了“提供信息存储空间”、“提供搜索、链接服务”、“提供自动接入服务”、“提供自动传输服务”和“提供自动缓存服务”等几类ISP。⁽⁹⁾而《解释一》甚至将提供内容服务也作为ISP的一种类型。⁽¹⁰⁾“提供内容服务”是个令人费解的概念。正如前文所言,提供“内容”与提供“服务”是相对应的,ISP显然不提供内容,而仅仅为用户所选定的内容提供传输、存储或搜索等便利服务。

立法文本的模糊乃至矛盾,直接导致了学术观点的冲突和司法裁判的混乱。如有学者认为:“网络服务提供者作为内容服务的提供商,将承担侵犯向公众传播作品的自己责任。”⁽¹¹⁾在2004年的正东、新力和华纳三大唱片分别对北京世纪悦博科技公司提起的侵犯著作权诉讼中,北京市第一中级人

(4) *Playboy Enterprises v. George Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla., 1993).

(5) *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal., 1995).

(6) *Playboy Enterprises v. Hardenburgh*, 982 F. Supp. 503 (N.D. Oh, 1997).

(7) 参见王迁“信息网络传播权保护条例中的‘避风港’规则的效力”,载《法学》2010年第6期,第129-132页。

(8) 17 U.S.C.A. § 512(k) (1998).

(9) 参见《条例》第20条、第21条和第22条。

(10) 参见《解释一》第4条、第5条。

(11) 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”,载《法治研究》2011年第2期,第75页。

民法院均认为提供链接服务就是“对音乐作品通过互联网的方式向公众传播的行为”,并仅依据《著作权法》(2001)第41条和第47条第1款第4项判决被告败诉。⁽¹²⁾将链接等同于“直接提供信息”非常牵强,因为提供链接服务的ISP无法控制真正提供涉嫌侵权材料的第三方网站何时上传、删除被链接的歌曲,更无法阻止其关闭服务器。也许正是基于这种犹豫,北京市高级人民法院在二审判决中改变了说理,认为被告提供链接“并没有向公众传播被链接的录音制品”,但在“主观过错明显”的情况下“参与、帮助了被链接网站实施侵权行为”,因此依据《民法通则》第130条有关“共同侵权”的规定判决被告败诉。⁽¹³⁾但遗憾的是,于2013年1月1日开始施行的《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》(以下简称《解释二》)第3条仍然坚持了ISP可以包括“通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音录像制品”这一类型,概念混淆带来的负面效果可能在所难免。

值得注意的是,《条例》第20条所列提供“自动接入服务”、“自动传输服务”和第21条所列提供“自动缓存服务”这三类ISP的免责条件中并不涉及“通知”与“反通知”规则,只有第22条所列提供“信息存储空间”和第23条所列提供“搜索或链接服务”的ISP才涉及“通知”与“反通知”规则。而与此不同的是,DMCA第512条只有(a)款所列提供“临时数字网络通信”的ISP(对应《条例》的“自动接入服务”和“自动传输服务”)才不涉及“通知”与“反通知”规则,而这纯粹是技术上的考量,因为这类ISP的系统或网络上没有以指定接收人以外的任何人通常可以获取的方式保留中间或临时存储过程中ISP制作的资料复本,且系统或网络上以指定接收人通常可以获取的方式保留此种复本未超出传输所需的合理时间。⁽¹⁴⁾显然,针对这类ISP,通知是没有必要的。相反,其512条(b)款中“提供系统缓存”的ISP则适用“通知”与“反通知”规则,因为系统缓存会在ISP的系统或网络中临时存储相关资料以提供给非指定接收人,即使时间可能并不长。

当然,“通知”与“反通知”规则在实践中运用得最多的依然是ISP提供“信息存储空间”和提供“搜索链接服务”两种情形。对此,《条例》第22条和第23条也作了较为具体的规定。其中,第22条列举了提供信息存储服务的ISP不承担损害赔偿责任的五项条件,包括“公开其名称、联系人、网络地址”、“未改变服务对象所提供的信息内容”及“不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的信息内容涉嫌侵权”等,这基本与DMCA第512条(c)(1)、(2)款相一致。主要差别在于DMCA针对ISP因从网络用户侵权行为中获取了直接的经济利益而无法免责有一个前提,即其有权利和能力控制此侵权行为。这一规则源自美国法院一系列判例续造的所谓“替代责任(vicarious liability)”概念。⁽¹⁵⁾但应当看到,我国的《民法通则》和《著作权法》并无“替代责任”概念,即使《侵权责任法》的第32条(监护人责任)、第34条(用人单位责任)及第35条(接受劳务者责任)在一些学者看来属于“替代责任”而非“自己责任”,但显然没有将ISP间接侵犯著作权归入“替代责任”。《条例》如此规定不但有越权造法的嫌疑,更可能因欠缺“有权利和能力控制侵权行为”这一关键前提的限制,而导致“直接获利”概念被司法实践任意解释乃至滥用。据笔者了解,目前不少法院的态度是,只要ISP从自身网络

(12) 参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2004)一中民初字第400号,其他两起诉讼的一审判决在判决理由部分与之完全相同。

(13) 参见北京市高级人民法院民事判决书(2004)高民终字第713号、1303号。

(14) 17 U. S. C. A. § 512(a)(4)(1998).

(15) *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159(2d Cir. 1971); *Polygram Intern. Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314 (D. Mass. 1984).

用户处获取了直接的经济利益,而不论其是否“有权利和能力监控侵权行为”就必须承担损害赔偿责任。如在“中国大百科全书出版社有限公司诉苹果电子产品商贸(北京)有限公司和苹果公司侵犯著作权纠纷”一案中,⁽¹⁶⁾一审北京市第二中级人民法院认定苹果公司从第三方应用开发商收取的费用有两个来源:一是提供开发工具、测试环境等的技术服务费;二是应用开发商所获收益的分成,并认为这两者均构成《条例》中所列“直接获利”要件,故应承担共同侵害之责任。笔者对此观点不敢苟同。首先,ISP为第三方应用开发商提供一定的软件开发工具和测试环境,只是为了保证技术的安全性、稳定性和高效性,而无法推定ISP直接参与了涉嫌侵权软件的开发和运行。技术支撑是一般性的、中立性的,世界各国的立法都没有把“收取技术服务费”作为“从侵权中直接获利”的方式。其次,从应用开发商的收益中分成也不能当然推定ISP知晓并参与了侵权行为。天下没有免费的午餐,作为提供“信息存储空间”服务的ISP,苹果公司显然可以与其用户——第三方应用开发商通过协议约定技术上的支持和利益上的分配,从中无法解读出苹果公司已明知或应知第三方应用开发商意欲或正在实施侵权,更无法解读出其“有权利和能力控制”第三方的侵权行为。虽然苹果公司可能基于协议事先了解到第三方应用程序的部分内容,但很难说现实中苹果公司能够对第三方发布的所有信息和内容进行事先的一一审查。在此问题上,DMCA第512条(m)款明确排除了法院对第512条的任何款项作如下解释:ISP应履行积极义务来监管其服务以发现侵权活动,才能获得“避风港”的保护。⁽¹⁷⁾可见,在“通知-移除”制度架构下,DMCA将识别侵权者的责任分配给了著作权人。⁽¹⁸⁾这一规定无疑为美国传播技术的革新和网络产业的发展提供了必要的法律环境。有学者批评我国最近一些法院将侵犯著作权的审查义务分配给ISP的做法,强调这有悖于“除非有合理事由,任何人没有处分他人财产的义务”这一私法原理,并已经威胁到我国ISP的正常生存,土豆网、酷6网、优酷网、悠视网、六间房、爆米花都曾爆出裁员新闻,偶偶网、我乐网甚至曾经停止服务。⁽¹⁹⁾

在法律移植和学术评论的影响下,《解释二》第8条第2款委婉地指明,ISP“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”,⁽²⁰⁾第11条进一步规定,ISP从网络用户侵权行为中直接获利的,仅仅是“负有较高的注意义务”,而不能当然推定其事先已经知悉并有能力控制用户的侵权行为。特别值得注意的是,这里的“有权利和能力控制”不能理解为ISP在收到著作权人的通知后,能及时发现涉嫌侵权者并移除涉嫌侵权材料,而只能理解为有“事先”监控的权利和能力,因为ISP之所以能够引入避风港免责,就是因其在通常情况下无法事先知晓和控制其系统或网络上由他人提供的海量信息,如果仅仅因为ISP从他人侵权行为中获取了直接的经济利益这一单一因素而要求其承担损害赔偿责任,而不考虑其是否有权利和能力事先控制此侵权行为,是否有对侵权行为“坐视不管”等其他因素,则避风港将演变为不折不扣的“风暴角”,这与立法宗旨背道而驰。在2012年美国著名的Viacom v. YouTube案⁽²¹⁾中,联邦第二巡回上诉法院强调,“有权利和能

(16) 北京市第二中级人民法院民事判决书(2011)二中民初字第10500号。

(17) 17 U. S. C. A. § 512 (m) (1998).

(18) See *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 488 F.3d 1102, 1113 (9th Cir. 2007). 判决认为,DMCA通知程序将监控侵权——识别潜在侵权材料和大量文件侵权——的责任分配给了著作权人,我们不愿将这一重要责任从著作权人转移给ISP。

(19) 姚洪军“中美处理网络服务提供者著作权问题的比较”,载《比较法研究》2011年第5期,第97-98页。

(20) 仔细推敲本条的表述逻辑可发现,最高人民法院并没有免除ISP的主动审查义务。

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

力控制指 ISP 能够移除或阻止其网络中的侵权材料之外的其他东西 (something more)。”⁽²²⁾ 这里的“其他东西”究竟意指何物,法院并未言明,但又引证了 Perfect 10 v. Cybernet Ventures 案的裁判意见。在该案中,美国加州中区地方法院认为:如果 ISP 对网络用户上传至其系统中的材料进行了事先的预审,以评估这些材料是否满足其特定的布局、外观和内容等要求,即可以判定 ISP 有权利和能力控制。⁽²³⁾ 联邦第二巡回法院借此提示说,如果 ISP 明知其网络用户的具体侵权行为,且对此行为施加了不必要乃至频繁的实质性影响,则可以判定 ISP 有权利和能力控制。⁽²⁴⁾ 相比而言,在上述中国“大百科全书案”中一审法院对苹果公司是否“通过事先的审查和监督,已知或应知第三方应用开发商正着手实施侵权”这一重要事实缺乏充分的表述与论证,而直接基于其在分销中获利这一片面因素而认定其承担责任,难以令人信服。

二、何谓“合格的”通知/反通知

缺乏具体链接地址是否构成不合格通知,ISP 是否进而应当履行相应的法定义务,我国不同法院甚至是同一法院在类似案件中均意见不一。⁽²⁵⁾ DMCA 明确规定了向 ISP 指定的代理人发出的书面通知书必须包含:(1) 著作权人或独占许可人的纸质或电子签名;(2) 被侵权作品的名称及其出处。如果多部作品源自同一出处,则只需标明该出处的几部代表性作品的名称即可;(3) 被控侵权材料的名称及其位置,足以使 ISP 能够合理查找到这些材料;(4) 足以使 ISP 联络到权利人的信息,包括地址、电话或电子邮箱;(5) 善意声明,即此种对作品的使用未得到著作权人及其代理人的授权或法律的准许;(6) 真实性声明,即此通知已获得著作权人之授权,其信息是准确可靠的,否则将承担伪证罪。⁽²⁶⁾ 值得注意的是,并非每一份通知只有全部具备了上述六项要件才能够被认为是有效的。DMCA 规定,只要“实质性符合 (comply substantially)”上述六项要求即可。⁽²⁷⁾ 虽然法案并没有给出“实质性符合”的明确定义,但仅仅满足第(2)、(3)、(4)项要求的通知又显然是不合格的。⁽²⁸⁾ 可见,立法者坚信:一定程度的可靠性保证对于判定通知是否合格是必须的,因为(1)、(5)和(6)均从不同侧面涉及此问题。⁽²⁹⁾ 同理,针对提供链接服务,DMCA 还补充道,只要通知中提供了足以使 ISP 合理地 (reasonably sufficient to permit the service provider) 找到涉嫌侵权链接的信息,就是一份合格通知。⁽³⁰⁾

“实质性符合”和“足以使其合理找到”这些弹性概念给法院留出了自由裁量的空间。例如,在 ALS Scan 案⁽³¹⁾ 中,原告向被告发了一份侵权通知,但仅包含两个链接地址 URL。联邦第四巡回法院推翻一审判决,认为作为代表的两个链接地址足以使被告能够定位涉嫌侵权材料。被告在收到合格

(22) *Id.* at 38.

(23) *Perfect 10 v. Cybernet Ventures*, 213 F. Supp. 2d 1146, 1173 (C. D. Cal. 2002).

(24) *Viacom Int'l* 1676 F.3d at 38.

(25) 参见最高人民法院民事判决书(2009)民三终字第2号;北京市高级人民法院民事判决书(2007)高民初字第1201号;北京市第二中级人民法院民事判决书(2007)二中民初字第2625号;北京市高级人民法院民事判决书(2007)高民终字第1190号。

(26) 17 U. S. C. A. § 512(c)(3)(A) (1998).

(27) 17 U. S. C. A. § 512(c)(3)(B)(i) (1998).

(28) 17 U. S. C. A. § 512(c)(3)(B)(ii) (1998).

(29) 17 U. S. C. A. § 512(g)(3) (1998).

(30) 17 U. S. C. A. § 512(d)(3) (1998).

(31) *ALS Scan, Inc. v. RemarQ Communities, Inc.*, 239 F.3d 619 (4th Cir. 2001).

的通知后没有及时采取移除措施,因此不能免责。⁽³²⁾ 在 *Perfect 10, Inc. v. CCBill* 案⁽³³⁾ 中,原告曾在不同时期分别向被告发送了内容不一的三份侵权通知,概括性声称其作品在被告 2 万 2 千页被控侵权材料中(未指明具体的侵权页码)。原告主张将这三份文件综合起来足以满足法定要求。法院则认为,如果允许著作权人将有瑕疵的文件胡乱拼凑成合格的通知,对于 ISP 就是不公平的。⁽³⁴⁾ 法院强调,DMCA 将识别潜在侵权材料并依此表述成文的责任分配给著作权人承担是非常公平的,我们拒绝再将这一实质性责任转由 ISP 承担。⁽³⁵⁾ 相比提供信息存储服务的 ISP,提供搜索链接服务的 ISP 的通知书的适格标准可能更低,因为从实际操作层面看,搜索链接服务提供者更容易识别和找到被控侵权材料。例如在 *Arista Records, Inc. v. MP3Board, Inc.* 案⁽³⁶⁾ 中,原告在通知函中具体指明了艺术家及其歌曲名,且在其附带的电脑截屏打印件中用星号突出标注了相关链接。法院认为,虽然原告没有提供被链接歌曲的具体网址,但被告足以据此找到被控侵权材料。

从实际效果看,“实质性符合”和“足以使其合理找到”标准激励了 ISP 对于有瑕疵的通知也要采取积极的回应,以免法院将来作出相反的判决。法院一般不会考虑一个有瑕疵的通知是否让 ISP 实际知晓侵权活动。但实质性符合第 512(c)(3)(A) 款第(2)、(3)、(4) 项的通知可能会被作为推定 ISP 实际已知的证据,除非 ISP 迅速联络了权利人或采取其他合理措施以协助权利人补救了通知之不足。为了避免因收到有瑕疵的通知而被推定已知或应知,ISP 最简单的办法就是及时移除通知中所描述的被控侵权材料。同时,他们必须将通知及时转发给被控侵权的用户。因此,ISP 往往被其律师建议对所有有瑕疵的通知都积极回应,通知权利人弥补通知之不足并再次提交。不仅如此,DMCA 第 512 条(g) 款进一步强调,如果 ISP 根据著作权人的通知,或者根据明显体现侵权的事实情况,完全善意地移除或断开涉嫌侵权材料,任何人都不能就此对 ISP 提起诉讼,即使该用户事后被证实并不侵权。可见,如此刻意安排完全免除了 ISP 对通知进行实质性审查的义务。ISP 仅需进行形式上的审查,进而在法定期限内及时移除被控侵权材料。

同样,反通知也只需“实质地”包含上述信息便符合法定要求,其 512 条(g)(3) 款规定,反通知也必须是书面的,且包含下列内容:(1) 被控侵权者的纸质或电子签名;(2) 被 ISP 移除的材料之名称、内容及移除前在系统中的位置;(3) 善意声明,即被控侵权者保证材料被移除是错误的,否则将承担伪证罪;(4) 被控侵权者的名称、地址、电话以及同意由其所在地的联邦地区法院管辖的声明。如果被控侵权人在国外,则必须包括同意由任何可以找到 ISP 的联邦地区法院管辖的声明。ISP 收到反通知后,也必须迅速将其复本转达著作权人,并告知其在 10 个工作日内就会恢复之前被移除的材料。著作权人则必须在这 10 天之内向法院起诉,以获取涉嫌侵权材料不得恢复的临时禁令,并告知 ISP 继续保持移除状态。否则,ISP 必须在 10 到 14 个工作日内恢复被控侵权材料。⁽³⁷⁾ 不仅如此,该恢复期间是从 ISP 收到反通知之日起算,而不是从反通知发出之日或著作权人收到复本之日起算,ISP 如果并非“迅速(promptly)”转发反通知,将损害著作权人的利益。如果著作权人没有及时回应反通知,DMCA 也没有明确禁止其再发一份新通知。但重复发通知可能面临不公平交易的指控。不仅如此,如果 ISP

(32) *Id.* at 625.

(33) *Perfect 10, Inc. v. CCBill, LLC*, 340 F. Supp. 2d 1077, 1092 (C. D. Cal. 2004).

(34) *Perfect 10, Inc.*, 488 F. 3d at 1112-13.

(35) *Perfect 10, Inc.*, 488 F. 3d at 1113.

(36) 00 Civ. 4660 (SHS), 2002 WL 1997918 (S. D. N. Y. Aug. 29, 2002).

(37) 17 U. S. C. A. § 512(g)(2)(C) (1998).

拒绝回应第二份通知,著作权人只得选择起诉,说服法官向直接侵权人发布禁令。在此情形下,著作权人要证明ISP须承担间接侵权责任要困难得多,因为ISP针对第一份通知已经尽到了其法定义务。

相应地,我国的《条例》第14条要求通知书应当包含:(1)权利人的姓名(名称)、联系方式和地址;(2)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;(3)构成侵权的初步证明材料。第16条规定了服务对象(用户)的书面说明应当包含:(1)服务对象的姓名(名称)、联系方式和地址;(2)要求恢复的作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址;(3)不构成侵权的初步证明材料。但相比DMCA而言,我国的规定过于僵化,缺乏“实质性符合”、“足以使其合理找到”这样的弹性概念,这便导致前述案件中法官意见不一。应当说,“环球唱片诉阿里巴巴案”的一审法院有任意造法之嫌,因为法律并没有给ISP施予主动查找并移除超出著作权人通知范围之外的相关侵权材料的义务。虽然二审法院认定:“阿里巴巴公司对搜集的歌曲、音乐信息进行整理、分类,按照歌曲风格、流行程度、歌手性别等标准制作不同的分类信息并将这些分类信息以‘搜歌曲’等18个分类栏目以及‘新歌飙升榜’等具体板块提供给用户,显然,阿里巴巴公司是按照自己的意志,在搜集、整理、分类的基础上,对相关的音乐信息按不同标准制作了相应的分类信息,阿里巴巴公司作为搜索引擎服务商,经营包括音乐搜索服务在内的业务,向用户提供专业的音乐搜索服务并从中盈利,属于专业性音乐网站。综合上述因素,依照过错的判断标准,阿里巴巴公司应当知道也能够知道其搜索、链接的录音制品的合法性”,但是否编辑、改变了用户提供的信息内容进而推断其“明知”或“应知”的主观过错,仅仅是评判ISP可否引入避风港免责的前提,而非推断ISP凭借著作权人的不合格通知也能找到所有被控侵权材料的前提,因为既然ISP已经知晓并主动帮助用户实施侵权行为,便无法引入避风港免责,更不必再考虑通知书的瑕疵问题。但可能正是意识到本案的具体情势,法院才认为被告本来很容易发现并断开其他相关链接却没有这么做,有违诚信及公平原则,且不利于原告的权利救济,才作出了突破法条的扩张解释。⁽³⁸⁾ 2010年北京市高级人民法院颁行的《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)(试行)》第28条规定:“权利人提交的通知未包含被诉侵权的作品、表演、录音录像制品的网络地址,但网络服务提供者根据该通知提供的信息对被诉侵权的作品、表演、录音录像制品能够足以准确定位的,可以认定权利人提交的通知属于最高人民法院《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》第4条所称的‘确有证据的警告’。”同样,《解释二》第14条也间接地确认,ISP采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时,“应当根据权利人提交通知的形式,通知的准确程度,采取措施的难易程度,网络服务的性质,所涉作品、表演、录音录像制品的类型、知名度、数量等因素综合判断”。这些条文无疑是吸收了地方法院审判经验的结果,突破了通知必须列明具体网络地址的既有规定,创立了“足以准确定位”、“准确程度”、“难易程度”、“综合判断”等弹性概念,大大缓解了《条例》过于僵化之问题。

不仅如此,我国的《条例》还要求著作权人向ISP提供“构成侵权的初步证明材料”,《解释一》第7条则进一步规定,著作权人发现侵权信息向ISP提出警告时,不能出示著作权权属证明及侵权情况证明的,视为未提出警告。而DMCA却规定著作权人仅需提供“善意”及“真实性”的保证申明,而无需提供具体的侵权证明材料。如此规定客观上免除了ISP进行实质性审查与评判的义务,其仅仅是著作权人与网络用户之间的沟通渠道,真正的纠纷解决在后两者之间展开。而在中国法语境下,ISP对

(38) 类似判决还可参阅广东梦通公司诉百度网讯公司侵犯著作权案,北京市海淀区人民法院(2007)海民初字第17776号。

于通知或反通知是否要首先进行实质性审查,然后才考虑是否移除或恢复被控侵权材料便成了一个巨大的争议。有学者认为:“‘通知’中包含能够证明侵权存在的材料还是非常有必要的,它可以在一定程度上防止权利人滥用其权利”。⁽³⁹⁾ 这一观点值得商榷。试想,如果权利人提供的是虚假的侵权证明,难道能防止其滥用权利吗?

三、“不合格”通知/反通知的法律后果

针对不合格的通知,ISP是否仍有义务采取移除或断链措施?有学者认为,即使通知并不符合法定要求,但无疑会对ISP产生警示作用,应产生对其系统上内容之合法性的审查义务,甚至在没有任何权利人通知之情形下,法院可以推断审查义务的存在;如无此审查,则属对涉嫌侵权之行为故意“视而不见”。这也将进一步强化ISP不对权利人通知加以任何审查而删除被控侵权之材料。⁽⁴⁰⁾ 这一表述明显存在逻辑问题:给ISP施加审查义务,即苛以其因审查错误导致的责任,这必然促使其更加审慎地对待每一份通知,其结果只能是弱化而非强化ISP不对权利人通知加以任何审查而及时移除被控侵权材料。实际上,DMCA明确规定:不能从一份不合格的通知推定ISP已知或应知其系统中存在涉嫌侵权的材料。⁽⁴¹⁾ 但如果该不合格的通知标明了被侵权作品及涉嫌侵权材料,且包含了著作权人充足的联络信息,ISP就必须尝试联络或采取其他合理措施以协助权利人弥补通知书之瑕疵。⁽⁴²⁾ 这体现了美国国会有意识地调动ISP与著作权人合作的积极性这一立法精神,也符合成本最低化的经济学原理。

当然,我国的既有法律尚未规定ISP负有类似的补救义务。但在“浙江泛亚电子商务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司、百度在线网络技术(北京)有限公司侵犯著作权案”中,最高人民法院却开创性地指出:“泛亚的第二种通知尽管没有具体的侵权链接地址,但明确表明其希望百度断开侵权链接的意图,百度不能仅因为该通知不符合法定要件就对其视而不见、置之不理,其有义务与泛亚联系协商,以得到符合条件的通知或其他信息,使其能够采取合理的措施停止对侵权结果的链接。百度没有采取任何行动,对侵犯泛亚权利的作品继续传播所导致的损失应负有一定的责任。”⁽⁴³⁾ 这段大胆的表述难免遭致批评,如有学者认为,此判决“对百度负有相应赔偿责任的认定仅应具有个案的参考意义,不应随意扩大为是对不符合法定要件通知的一种司法认可,也不意味着设定了一种新的规则,更不可理解为任何不符合《条例》规定条件的通知,ISP都有义务与通知人联系以得到符合条件的通知”。⁽⁴⁴⁾ 其给出的理由是:“一般来说,搜索引擎服务提供商每天会收到大量的著作权投诉,其中不乏形式上有各种瑕疵的通知。如果ISP需要对这些‘不合格’的投诉一一联系投诉人,以获得符合实质性条件的通知,必然会产生巨大的经济成本和人力负担,影响到其业务的正常开展,同时也将投诉人发送通知时应遵循的审慎原则的义务转嫁给了ISP;对那些维权专业户来说,更有可能借此来随意发

(39) 杨明“《侵权责任法》第36条释义及其展开”,载《华东政法大学学报》2010年第3期,第131页。

(40) 梁志文“论通知删除制度——基于公共政策视角的批判性研究”,载《北大法律评论》第8卷第1辑,第180页。

(41) 17 U.S.C.A. § 512(c)(3)(B)(i)(1998).

(42) 17 U.S.C.A. § 512(c)(3)(B)(ii)(1998).

(43) 最高人民法院民事判决书(2009)民三终字第2号,第27页。

(44) 郭寿康、马宁“网络服务提供者责任的思考”,载《知识产权》2012年第11期,第42页。

出“概括式停止侵权”的通知。”⁽⁴⁵⁾

实际上,DMCA是通过第512条(c)(3)(A)款所谓的“善意申明”和“真实性申明”来防止著作权人滥发通知的。不仅如此,其(f)款还强调:任何人在通知或反通知时存在知晓的实质虚假陈述(knowingly material misrepresentation),使ISP对相应内容进行移除、断开链接;或者恢复、重新链接,导致被控侵权人、著作权人或ISP蒙受损失的,都应对包括诉讼费、律师费在内的损失承担赔偿责任,情节严重的以伪证罪论处。法律概念往往具有不确定性,而所谓“知晓的实质虚假陈述”,便往往成为双方争执的焦点,美国判例也紧密围绕这一问题而展开。如在2004年的Online Policy Group v. Diebold案⁽⁴⁶⁾中,被告Diebold公司生产电子投票机,在发给其内部公司的电子邮件中表达了因机器被泄露而产生的安全问题的担忧。两位大学生将这些邮件放在了他们自己的网站上,一家名为IndyMedia的网络报纸看到了这些邮件,进而撰文批评Diebold公司。接着,Diebold公司向IndyMedia的ISP——Online Policy Group(“OPG”)公司发出了移除通知,这两个学生及OPG公司随即起诉Diebold构成知晓的实质虚假陈述。加州北区地方法院认为,“知晓”包括明知、有理由知道和对自身是否善意不存在实质怀疑。被告既然自认一些邮件是公开发表且可以合理使用的,其便知晓自己是在作虚假陈述。⁽⁴⁷⁾不仅如此,法院采用客观的“理性人”标准,认为任何一个理性的著作权人都不会相信讨论技术细节的邮件是受著作权法保护的。此判决让网络用户看到了与强势的著作权人相抗争的希望,但仅仅三个月后,这个希望就破灭了。

在Rossi v. Motion Picture Association of America案⁽⁴⁸⁾中,联邦第九巡回法院认为,评判著作权人是否具备“善意”仅需采主观标准,无需采客观标准。⁽⁴⁹⁾在该案中,为回应被告美国电影协会(MPAA)的移除通知,ISP关闭了原告Rossi的网页。此网页上处处显示“快来下载电影,每月最新电影”“电影完整版供下载”等标题和电影截图,但实际上却没有一部电影可以下载。原告Rossi因此主张MPAA在发送通知时没有尽到充分的善意义务,因其根本没有事先作番调查,点击并进入可疑的链接。但法院却认为“善意”只要满足主观标准,并给出了若干理由。首先,国会立法时,如果秉持客观的“理性人”标准,就没有必要使用“善意”这样一个主观性用语。其次,DMCA第512(f)条强调著作权人只有明知的虚假陈述才承担损害赔偿责任,“明知”与Rossi指称的客观标准不符。⁽⁵⁰⁾此判例将“知晓”限于“明知”,并仅采主观标准,结果一出,网络用户通过“善意”来寻求庇护变得非常困难。如在Dudnikov v. MGA Entertainment案⁽⁵¹⁾中,原告在eBay网站上拍卖其买来的羊毛帽子,该帽子上贴有受著作权保护的“淘气鬼”图案。法院采纳了Rossi案中的主观标准,认可了被告MGA公司的善意主张,而没有考虑原告的“合理使用”与“首次销售”抗辩。法院甚至将被告存在明知的虚假陈述的举证责任交由原告承担。三年后,加州中区地方法院在UMG Recordings v. Augusto案⁽⁵²⁾中虽认可了原告的“首次销售”抗辩,但仍然引用Rossi案的主观标准判定被告在发送移除通知时不存在明知

(45) 同注44引文,第43页。

(46) *Online Policy Group v. Diebold, Inc.*, 337 F. Supp. 2d 1195 (N. D. Cal. 2004).

(47) *Id.* at 1204.

(48) *Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am., Inc.*, 391 F.3d 1000 (9th Cir. 2004).

(49) *Id.* at 1007.

(50) *Id.* at 1004-05.

(51) *Dudnikov v. MGA Entmt, Inc.*, 410 F. Supp. 2d 1010, 1018 (D. Colo. 2005).

(52) *UMG Recordings, Inc. v. Augusto*, 558 F. Supp. 2d 1055 (C. D. Cal. 2008).

的虚假陈述,因为法院认为“首次销售”是一个不确定的概念,被告UMG唱片公司无法在发送移除通知时加以准确判断。

之后便是广为关注的 *Lenz v. Universal Music Corp.* 案。此案原告 Lenz 女士将其两岁儿子在家中跳舞的一段视频放到了 YouTube 网站上,该 29 秒的视频中有 20 秒的背景音乐,源自 Prince 乐队“Let's Go Crazy”这首歌曲。作为 Prince 乐队的受托方,被告环球音乐公司向 YouTube 发通知要求移除该视频。作为回应,Lenz 向 YouTube 发了反通知,因为环球音乐公司没有提起侵权之诉,视频得以恢复。Lenz 进而依照 DMCA 第 512 条(f)款和不当干预其与 YouTube 间的合同关系为由,要求被告环球音乐公司赔偿损失及律师费。Lenz 引用 *Diebold* 案的客观标准,主张被告“知道或理应知道”自己的视频不侵权。但 *Diebold* 案有其特殊之处,即 *Diebold* 公司的电子邮件并不享有著作权,而本案中 Prince 乐队的歌曲显然受著作权保护。因此,Lenz 只有将“合理使用”作为不侵权的抗辩,而被告环球音乐公司则声称“合理使用”并不是 DMCA 第 512 条(c)(3)(A)款中的善意要件,其只是在发送通知后起诉前需要考虑的问题。法院认为,没有考虑合理使用构成第 512 条(f)款中的虚假陈述。⁽⁵³⁾ 但被告依旧抗辩说,合理使用是一个非常复杂的问题,其难以在发送移除通知时准确地判断对方是否构成合理使用,即使判断错误,也不构成 *Rossi* 案所确立的主观恶意。法院则回应道:“DMCA 已然要求著作权人在发送移除通知时必须进行初始审查,而对合理使用的判断显然属于初始审查的一部分。”⁽⁵⁴⁾ 被告在处理著作权纠纷上是一家专业而老道的公司,为了取悦其客户(Prince 乐队)而不考虑作品的合理使用,显然满足了 *Rossi* 案所确定的主观恶意标准。⁽⁵⁵⁾ 法院最终拒绝了被告的驳回动议,支持了原告的指称,即被告在发送移除通知时因为没考虑作品的合理使用而缺乏善意。

美国一位学者将判断“合理使用”形象地比喻成在墙上钉果冻。⁽⁵⁶⁾ 即便如此,如果本案参照 *Augusto* 案中法院的逻辑——因为法律不确定,所以著作权人就不构成明知的虚假陈述,这种简单推理是难以让人信服的。恰如 DMCA 知识产权专家委员会中的美国律师协会前首席代表 Joseph Gratz 所言:“只要其律师事先审查了该视频,环球音乐公司就会得出较肯定的判断——这种片段性的使用不构成侵权。”⁽⁵⁷⁾ 虽然法院坚持了 *Rossi* 案所确定的主观恶意标准,但毕竟 MPAA 的职员确实浏览了 *Rossi* 网站,虽然没有注册并点击以求证是否真的可以下载电影。况且,*Rossi* 网站上的夸张语言让人不得不得出这样的结论,即其正在实施侵权。但 *Lenz* 案则不同,该“娃娃跳舞”视频没有任何误导性的语言,且环球音乐公司的职员无需注册就可以点击该视频一查究竟,但其并没有这么做,因此,其善意并没有建立在客观事实之上,纯粹是猜测和怀疑。

关于著作权人主观善意的举证责任问题,要求由网络用户承担是否公平?网络用户几乎不知道著作权人在审查涉嫌侵权材料时采取了哪些步骤,例如,是通过电脑软件还是人工检索了网站?是否咨询了律师有关首次销售或合理使用等抗辩事由?相反,既然 DMCA 已然要求著作权人在发送移除通知前须进行初步审查,其便理应掌握这些信息,负有相应的举证责任并非难事。在美国民事诉讼中,法院一般将首次销售的举证责任分配给被告,即被告(卖者)必须证明原告(著作权人)事先已经

(53) *Lenz v. Universal Music Corp.*, 572 F. Supp. 2d 1154-55.

(54) *Id.* at 1155.

(55) *Id.* at 1156.

(56) Francis M. Nevins, *Copyright Lecture at St. Louis University School of Law* (Spring 2009).

(57) Steven Seidenberg, *Copyright in the Age of YouTube*, ABA J. 48 (Feb. 2009).

销售或移转了作品的复制件,但在刑事诉讼中,法院对首次销售的举证责任却有争议。美国知名著作权法学家 Nimmer 教授则指出,无论是民事诉讼还是刑事诉讼,首次销售的举证责任都在原告一方,这便意味着应由著作权人就其没有销售或移转作品复制件承担举证责任。“这的确是让原告来证明一个未发生的事实”,Nimmer 教授言明,“但这样安排是公平的,因为只有原告才知道他有没有销售。”⁽⁵⁸⁾同理,只有著作权人才确切知道其在发送移除通知前是如何进行初步审查的。不仅如此,通知移除规则与临时禁令相似,都属于在司法裁判之前的及时救济措施。既然著作权人申请临时禁令负有一定的证明责任,更何况事先无需经法院审查并认可的移除通知?一方面,立法者设定移除通知规则,正是为了使著作权人免遭“大规模盗版”的颠覆;另一方面,立法者又创设反通知规则以确保互联网用户不被错误地追究责任。包含善意要件的通知与反通知规则必须得到正当的施行,要求著作权人在发送通知前进行必要的初步审查,并由其承担善意的举证责任,符合立法者的初衷。

相比而言,《条例》第 16、17 条虽然建立了反通知规则,却言明 ISP“可以”而非“应当立即”恢复被断开的作品、表演、录音录像制品的链接,更没有明确因著作权人的错误通知导致网络用户损失的,是否可作为独立的诉由向法院提起侵权之诉。而《侵权责任法》第 36 条及《解释一》、《解释二》对于反通知规则更是只字未提。有人甚至认为,《侵权责任法》第 36 条的实质效果就是增加了草根阶层发出自己的声音和表达自己利益诉求的难度,降低了他们与政府或社会强势群体博弈的能力,大大地压制,甚至剥夺了他们的知情权和表达权。⁽⁵⁹⁾另一方面,《条例》规定,著作权人或网络用户应当对其通知或反通知的真实性负责,⁽⁶⁰⁾且权利人应对其通知错误导致的服务对象损失承担赔偿责任,⁽⁶¹⁾同样,《解释一》第 8 条第 1 款免除了 ISP 由此可能引发的违约责任,且第 2 款规定:“著作权人指控侵权不实,被控侵权人因网络服务提供者采取措施遭受损失而请求赔偿的,人民法院应当判令由提出警告的人承担赔偿责任。”相比美国法中“知晓的实质虚假陈述”而言,“指控不实”仅针对通知而不针对反通知,且缺乏“知晓”之主观要件,采绝对客观标准,更没有“实质的”这一弹性空间,极易导致法官在审判时过于僵化教条,使著作权人陷于不公境地。

但另一方面,网络用户又能以什么样的诉由(或请求权基础)通过法院要求著作权人承担指控不实的损害赔偿呢?立法条文在此语焉不详。笔者也没有找到网络用户因著作权人错误通知而致其内容被移除而主张损害赔偿的司法判例,而 2011 年的“微博被封第一案”可资参考。在该案中,余女士在新浪微博上注册了账号,昵称“方静吧_百度贴吧”。此后,她在该微博中陆续转帖了著名节目主持人方静的相关内容和截图,并存在与方静本人的语言冲突。新浪在接到其他用户投诉后,对“方静吧”进行了屏蔽,并停止了对余女士的服务。随即,余女士将新浪告上法庭。北京市海淀区人民法院认为,余女士与新浪存在网络服务合同关系。双方的网络服务协议内容显示,微博用户同意新浪以各种方式投放商业性广告或其他商业信息,用户也同意接受新浪通过电子邮件或其他方式向用户发送商品促销及相关商业信息。可见,新浪微博虽名为免费,但实际上微博用户可以为新浪带来广告等其他形式的商业利益。新浪在未提前通知余女士的情况下,采取停止该账号微博服务的措施,影响了余女士的使用,超出了采取必要措施的合理限度,其行为有失妥当。新浪应向余女士赔偿因违约造成

(58) Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer On Copyright* 12.11[E] (Matthew Bender 1992).

(59) 宓子:“新《侵权责任法》有关网络侵权的条款保护了谁?”载《今传媒》2010 年第 3 期,第 83 页。

(60) 《条例》第 14 条、第 16 条。

(61) 《条例》第 24 条。

的经济损失 2520 元。⁽⁶²⁾ 但值得注意的是,在新浪与其用户签订的格式化合同中规定,用户在使用新浪微博时,不得上传、展示或传播含有虚假的、骚扰性的、中伤他人的信息资料,新浪有权直接停止违规用户的微博。法院并没有评价该条款的效力,结合《解释一》第 8 条第 1 款所体现的维护 ISP 技术中立属性,促进其健康发展的原则,此判决并非毫无瑕疵。美国的做法是:用户可以依照 DMCA 第 512 条(f)款的“知晓的实质虚假陈述”及联邦各州侵权法中的恶意干扰合同关系、恶意干扰可预期的经济利益、诽谤中伤及蓄意的情感压迫而就著作权人而非 ISP 向法院提起损害赔偿之诉。⁽⁶³⁾ 可见,言论自由虽然在美国是一项地位很高且具有可诉性的公民基本权利,但在具体的民事案件中,法院并不会轻易下判断,而是得先穷尽民事上保护与救济。实际上,我国《侵权责任法》也可以达到相同效果,其第 2 条界定了该法的保护客体——民事权益“包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益”。在学者看来,此处的“权益”指法定权利和尚未上升为权利的法益,甚至包括第三人侵害债权之情形。⁽⁶⁴⁾ 不仅如此,最高人民法院针对知识产权人滥发警告通知的行为,在 2008 年修订的《民事案件案由规定》中首次将“确认不侵犯知识产权之诉”作为三级案由,下辖 3 个子类型纠纷:“确认不侵犯专利权纠纷”、“确认不侵犯注册商标专用权纠纷”和“确认不侵犯著作权纠纷”。但在学界看来,侵权与否的“确认之诉”不能与损害赔偿的“给付之诉”完全等同,法院能否通过灵活而创造性地解释与适用法律来给予网络用户合理的救济,值得期待。

四、结语

作为普通法国家的代表,美国源远流长的司法判例体系一直为法律规则的成文化提供最重要的补给,DMCA 第 512 条“在线资料的责任限制”虽名为一条,实为一章,通过 14 款 36 项 43 子项等清晰详尽地界定了著作权人、ISP 及网络用户的相关权利义务,明确了 ISP 在何种情形下可以引入避风港免责。相比之下,我国的《条例》、《解释一》、《解释二》及《侵权责任法》涉及 ISP 侵犯著作权的间接责任及免责事由却总共不到 40 条,其中不乏重复多余、模棱两可及相互矛盾之处。当然,与知识产权制度先行几百年的发达国家相比,我国立法技术的现实差距可以理解,但随着全球化、信息化的快步推动,产业界及社会公众就知识产权法的修改完善提出了迫切需求,最近《著作权法》第三次修订引发的全民热议便可见一斑。值得注意的是,2014 年 6 月,国务院法制办公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第 73 条首次将避风港“补入”《著作权法》,其第 1 款明确规定 ISP 为网络用户提供存储、搜索或者链接等单纯网络技术服务时,不承担有关的审查义务。第 2 款规定了“通知”规则,第 3 款规定了“过错”原则,第 4 款规定了“教唆”和“帮助”两种间接侵权责任,第 5 款则规定了 ISP 可能承担的直接侵权责任。但严格来说,这些规定依然非常模糊笼统,也没有解决本文所指出的 ISP 主体界定及类型化、替代责任适用前提、通知与反通知合格要件的弹性化、著作权人的善意义务以及网络用户的救济途径等核心问题。值得一提的是,《解释二》第 1 条特别指明:“人民法院审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件,在依法行使裁量权时,应当兼顾权利人、网络服务提供者和社会公众的利益”,这一原

(62) 中工网:<http://right.worker.cn/c/2011/12/06/111206095150688770264.html>, 2013 年 11 月 3 日最后访问。

(63) Rossi, 391 F.3d at 1000.

(64) 参见王胜明主编《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社 2010 年版,第 10-11 页。

则性规定为今后法院创造性地适用和解释法律 进而弥补立法之不足打下了铺垫。

**Notification and Counter Notification in Safe Harbor :
Comparing the Rules in China with US**

Xiong Wencong

Abstract: As an institutional tool , the rule of notification and counter notification in safe harbor plays an irreplaceable role in distributing interests between copyright owners , internet service providers and web users. By comparing with the provisions of US , we can find that our regulations are too rigid to leave essential room to judicial discretion. Moreover , the lack of provisions on the definition of ISP , the precondition of vicarious liability , the obligation of good faith on copyright owners and the relief channels of web users resulted in the inconsistent and unjust court decision directly. The scientific and suitable legal transplantation and theory adoption help to improve China ' s legislation of copyright law.

Keywords: copyright; safe harbor; notification; counter notification

(责任编辑: 丁洁琳)