

# “避风港”规则的实践困境与完善路径

刘金瑞

**摘要：**“避风港”规则是判定网络侵权责任的重要规则之一，在互联网发展早期较好地平衡了权利保护与产业发展的关系。但随着新技术新业态的快速发展，“避风港”规则在新技术环境下面临着一系列实践困境：网络内容分享平台驶入“避风港”的条件不明确，对特定侵权内容的通知处置难以遏制重复侵权，公法审查义务可能会架空“避风港”规则的适用。摆脱这些困境，就应该在《民法典》解释论框架下，合理划定新技术环境下平台应尽的注意义务，适当扩展解释“必要措施”以遏制重复侵权，澄清私法注意义务与公法审查义务的关系。

**关键词：**“避风港”规则；网络侵权责任；《民法典》；注意义务；审查义务

**中图分类号：**D913 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2024）01—0024—10

“避风港”规则（Safe Harbor Rules），又称为“通知—删除”规则<sup>①</sup>、通知规则、提示规则等，最早源于美国1998年制定的《数字千年著作权法》（以下简称DMCA）第512条<sup>②</sup>，其明确了特定条件下网络服务提供者免于承担侵权赔偿责任，被认为较好地平衡了著作权保护与互联网产业发展的关系，是推动美国互联网产业崛起的法律革新之一<sup>③</sup>，出台之后很快为包括欧盟、中国在内的许多国家或地区所借鉴。

中国于2000年制定的《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》首次引入了“避风港”规则，2006年制定的《信息网络传播权保护条例》在著作权领域全面规定了这一规则，2009年制定的《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）将该规则扩展适用到所有民事权益保护，2018年制定的《中华人民共和国电子商务法》就在电子商务领域适用该规则作出了针对性规定，2020年制定的《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）承继并完善了这一规则。

但随着移动互联网、云计算、人工智能等新技术的快速发展，在线社交、云服务、短视频、小程序等新应用新业态不断涌现，在线信息内容的生产和传播方式发生了革命性转变，用户已经成为信息内容的生产者，海量信息能以极快的速度在网上传播扩散，在这种新技术环境下，重复侵权、大规模侵权等问题日益突出，诞生于互联网发展初期的“避风港”规则正面临着严峻挑战。对此，欧盟2019年颁行《单一数字市场著作权指令》，美国2020年发布DMCA第512条评估报告，就“避风港”规则的完善革新进行了积极探索。相较之下，中国《民法典》对该规则的规定尚属“守成式”完善，但也为应对这些新挑战提供了新的体系性规范和解释论空间。

**作者简介：**刘金瑞，男，中国法学会法治研究所研究员，主要从事网络法、数据法和民法研究。

<sup>①</sup> 中国学界和法院判决常使用这一表述，为行文方便，本文在引述相关观点和判决时统一表述为“避风港”规则。

<sup>②</sup> 美国《著作权法》第512条“与在线资料有关的责任限制”。17 U.S.C. § 512.

<sup>③</sup> Chander, A. (2014). How law made silicon valley. *Emory Law Journal*, 63 (3), 639-694.

本文就是在此背景下，在梳理《民法典》网络侵权责任制度体系中“避风港”规则的基础上，针对中国“避风港”规则目前面临的实践困境，结合国内外相关法治探索，从解释论出发就如何妥当适用“避风港”规则提出完善路径，以期能对新技术环境下的网络侵权规制提供有益参考。

## 一、《民法典》网络侵权责任中的“避风港”规则

《民法典》在整合既有法律和司法解释的基础上，细化完善了网络侵权责任制度。<sup>①</sup>这一制度体系可以概括为三条规则：《民法典》第1194条为“一般规定”，强调网络用户、网络服务提供者<sup>②</sup>应当对自己利用网络的行为负责，如果侵害他人民事权益应当承担侵权责任；对于网络服务提供者是否对用户侵权行为承担责任，《民法典》规定了第1195—1196条的“避风港”规则和第1197条的“知道或应知”<sup>③</sup>规则。根据过错责任原则，网络服务提供者对用户侵权行为是否担责要看其是否具有过错，因此“避风港”规则和“知道或应知”规则实际是用来判断网络服务提供者是否具有“过错”的制度设计。

从条文内容来看，第1197条“知道或应知”规则明确了“过错”的判断标准，那就是网络服务提供者“知道或应知”网络用户利用其网络服务实施侵权行为而未采取必要措施。原因在于：在这种情况下，对用户侵权行为的发生，网络服务提供者实际存在放任或疏忽，因而在主观上有故意或过失的“过错”，在客观上提供了一定帮助。从体系解释来看，此时网络服务提供者的不作为应当构成《民法典》第1169条的帮助侵权<sup>④</sup>，而帮助人应当承担连带责任，这正是第1197条规定此时网络服务提供者承担连带责任的法理所在。需要指出的是，该条将原来《侵权责任法》第36条的“知道”修改为“知道或者应当知道”，只是明确了长期以来理论上和实践中将“知道”解释为包括“明知”和“应知”两种状态的做法<sup>⑤</sup>，并未对之前规则内涵作出实质改变。

但在实践中，判定网络服务提供者对用户侵权行为是否“知道或应知”是一个非常棘手的难题。笔者认为，正是为了辅助判断网络服务提供者对其用户特定侵权行为是否具有“过错”，中国才借鉴美国DMCA第512条引入了“避风港”规则。虽然这一规则是继受自外国法，但对其理解适用不能简单搞“拿来主义”，而是要立足中国法的规范体系和具体实践，以下对《民法典》规范体系中的“避风港”规则做一简要梳理。

### （一）《民法典》对“避风港”规则的新发展及其理解

《侵权责任法》第36条首次规定了适用于所有民事权益的“避风港”规则，结合《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《信息网络传播权司法解释》）《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《网络人身权益司法解释》）<sup>⑥</sup>的细化规定来看，这一规则的核心在于：权利人发送符合法定要求的通知到达网络服务提供者，即视为网络服务提供者“知道”了有关侵权事实，其在审视判断后及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的，可以免除其可能承担的法律风险。《民法典》第1195—1196条在此基础上对“避风港”规则进行了细化完善。

一是完善了通知的规定。通知的内容应当包括“构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息”；权利人错误通知造成损害的，应当承担侵权责任。二是完善了转送通知和采取必要措施的规定。服务提

① 张新宝：《侵权责任编：在承继中完善和创新》，《中国法学》2020年第4期。

② 这是一个总括性概念，中国现行法并未有明确定义，一般认为既包括提供信息存储空间、搜索等服务的技术服务提供者，也包括内容服务提供者，还包括电子商务平台经营者。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，北京：中国法制出版社，2020年，第121—122页。

③ 为行文方便，本文多将《民法典》第1197条规定的“应当知道”简称为“应知”。

④ 虽然在理论上对于帮助侵权是否必须以帮助人主观有共同故意作为构成要件存在争议，但笔者认为应当将《民法典》第1197条看作是对网络帮助侵权的特别规定，无论网络服务提供者在主观上是故意还是过失，都可以构成帮助侵权。

⑤ 黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，第132页；王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，北京：法律出版社，2010年，第195页。

⑥ 前者2012年制定，后者2014年制定，二者都于2020年在《民法典》制定后被修正，本文引用二者修正后的条文。

供者应当及时将通知转送相关用户，并根据通知中的初步证据和服务类型采取必要措施。三是增加了反通知的规定。接到通知的用户，可以通过服务提供者及时向权利人转送不侵权的声明，服务提供者在转送该声明之后的合理期限内，未收到权利人投诉或者起诉通知的，应当及时终止所采取的措施。

对于“避风港”规则，有不少学者认为，接到通知后采取删除等必要措施是网络服务提供者必须履行的强制义务。但在实务中，发出“通知”指控“构成侵权”往往是当事人的自行主张，可能与客观事实不符，若一概认为只要“通知”就必须采取必要措施，显然并不合理。妥当的解释是，只有足以证明所指控侵权行为存在的“有效通知”<sup>①</sup>，才可视为网络服务提供者“知道”了用户侵权行为。即按照一般理性人标准，通知需要足以让网络服务提供者注意到侵权行为的存在。

接到权利人有效通知后，网络服务提供者被视为“知道”了特定侵权行为，此时其一旦及时采取了必要措施，便免除了对权利人可能承担的帮助侵权责任，也免除了因采取必要措施而可能对用户承担的违约责任或者侵权责任<sup>②</sup>；此时其若不采取必要措施，便有可能承担帮助侵权责任，但该责任最终是否成立要看用户行为是否确实构成侵权。如果事后证明用户行为并不构成侵权，网络服务提供者当然无须承担帮助侵权责任。但如果事后权利人通过诉讼，证明了用户行为构成侵权，也证明了网络服务提供者没有对通知尽到必要注意，则网络服务提供者会构成帮助侵权，应当就其不作为导致用户侵权损害的扩大部分与用户承担连带责任。

## （二）“避风港”规则与“知道或应知”规则关系的厘清

长期以来，学界主流观点认为“避风港”规则适用于一般情形，而“知道或应知”规则适用于特殊或者例外情形。<sup>③</sup>这种观点从规则实际运用频度来看确有一定道理，实践中网络服务提供者明确“知道或应知”用户侵权行为的情形确属少数。但需要指出的是，不能因此认为“避风港”规则属于一般规则，而“知道或应知”规则属于例外规则。

从上文梳理可以看出，对于认定网络服务提供者具有“过错”而承担帮助侵权责任，“知道或应知”规则确立了“知道或应知”的过错判断标准；而“避风港”规则设定了“有效通知视为知道、及时处置可以免责”的过错推定机制，通过承认权利人发送有效通知视为网络服务提供者“知道”了有关侵权行为，有助于解决判定网络服务提供者对用户侵权行为是否具有“过错”的难题。因此，就判断网络服务提供者是否构成对用户侵权行为的帮助侵权而言，笔者认为“知道或应知”规则应当是基本规则，而“避风港”规则应当是辅助规则，尽管从《民法典》法条位置上看前者处在后者之后。

厘清两大规则的关系，有利于明确“避风港”规则的适用范围，因为当基本规则适用时，就已无辅助规则的适用空间。换言之，网络服务提供者如果因“知道或应知”用户侵权但不作为而构成了帮助侵权责任，此时并不能以“接到通知后已采取必要措施”为由主张免责，“避风港”规则不能免除其早已成立的侵权责任。但在实务中，判断是否适用基本规则而排除“避风港”规则适用的难点，在于如何判断网络服务提供者已经构成“应知”。对此作出较为全面指引的是《网络人身权益司法解释》，其列出了认定网络服务提供者“知道或应知”应当综合考虑7项因素。结合最高人民法院就该司法解释的释义来看<sup>④</sup>，除了兜底的其他因素外，有1项是判断“知道”的考虑因素，即网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息作出处理；有5项是判断“应知”的考虑因素，又可分为两个方面：一是网络信息涉嫌侵权的情况，包括该信息侵害人身权益的类型、明显程度及社会影响等，二是网络服务提供者管控侵权的情况，包括其应然的信息管理

① 很多阐释表述为“合格通知”，本文采《网络人身权益司法解释》“有效通知”的表述，强调通知产生的效果。

② 《网络人身权益司法解释》第5条规定：“其发布的信息被采取删除、屏蔽、断开链接等措施的网络用户，主张网络服务提供者承担违约责任或者侵权责任，网络服务提供者以收到民法典第一千一百九十五条第一款规定的有效通知为由抗辩的，人民法院应予支持。”

③ 参见张新宝：《侵权责任法》（第5版），北京：中国人民大学出版社，2020年，第167页；王利明：《侵权责任法研究》（第2版下卷），北京：中国人民大学出版社，2016年，第140页。

④ 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院利用网络侵害人身权益司法解释理解与适用》，北京：人民法院出版社，2014年，第138—140页。

能力、其服务引发侵权的可能性、是否采取合理措施预防侵权和重复侵权等。

需要指出的是，“知道或应知”规则，实际划定了网络服务提供者承担注意义务的边界，上述两大规则关系的分析同样适用于注意义务履行与“避风港”规则适用的关系。“应知”而不知，意味着在主观上有过失，而之所以有过失，根据一般客观判断标准<sup>①</sup>，就是因为没有尽到一个正常理性人应该尽到的注意义务。那么判断网络服务提供者的合理注意义务，实际就可以参考上述认定网络服务提供者“应知”的考虑因素进行判断，而且根据两大规则适用关系，如果网络服务提供者对用户侵权行为具有合理注意义务即属于“应知”，则也不能主张适用“避风港”规则而免责。虽然“应知”和合理注意义务的判断需要在具体案件中综合考虑各种因素，但这本身就可以清楚地表明，网络服务提供者对用户发布信息的注意义务仅限于“知道或应知”用户侵权的情形，并不承担普遍的审查义务，如此才有了“避风港”规则的适用空间。这种规则背后存在深刻的利益平衡：用户利用网络服务发布海量信息，如果要求网络服务提供者对这些信息逐一审查，可能使其负担难以承受的成本，也可能影响在线言论表达，这不仅会阻碍互联网产业的发展，甚至会损害社会公共利益。<sup>②</sup>判断网络服务提供者的注意义务和过错，需要“在促进网络行业健康发展与保护权利人合法权益之间寻找合适的平衡点”<sup>③</sup>。

## 二、新技术环境下“避风港”规则的实践困境

随着网络信息技术的快速发展，互联网新应用、新业态不断涌现，在线信息内容的生产和传播方式发生了革命性转变，在这种新技术环境下，网络侵权行为的特殊性和复杂性日益凸显：侵权主体往往众多，侵权信息扩散速度快且受众面广，重复侵权、大规模侵权问题突出，一旦不能及时制止就容易造成严重损害后果。这对网络侵权规制带来了严峻挑战，诞生于互联网发展初期的“避风港”规则也面临着一系列实践困境。

### （一）网络内容分享平台驶入“避风港”的条件不明确

近年来，随着互联网 2.0 时代的到来，博客、微博、在线社交、短视频、网络直播等新业态纷纷涌现。在这种新业态环境下，用户不再仅是被动的信息接收者，也成为信息内容的生产者，还可以互相交流沟通；网络服务提供者为用户生产和分享信息提供平台，不再仅是单纯的信息中介服务提供者，也成为网络内容分享平台<sup>④</sup>，这些平台往往依靠用户生成内容获得访问流量，再通过广告等流量变现手段谋取收益。这些变化带来了新挑战：网络用户的侵权能力得以极大助长，其借助内容分享平台更易于实施重复侵权、大规模侵权；有的网络平台一味追求流量利益，不仅会放任侵权信息传播，甚至会以人工或算法自动化方式设置热点话题、推送热门信息等，鼓励和纵容侵权信息的传播扩散。在此背景下，网络内容分享平台是否还可以主张适用“避风港”规则成为实践中的热点难点问题。

近期国内备受关注的短视频用户未经授权切条、剪辑热播影视作品而侵权的系列案件，就暴露出短视频分享平台在适用“避风港”规则上存在疑惑。在“《云南虫谷》短视频侵权案”<sup>⑤</sup>中，被告微播视界主张抖音平台已履行了通知删除义务不构成侵权，并认为原告腾讯公司主张的“过滤、拦截措施”超出了法定“避风港”规则的义务范围。法院并不认同被告的抗辩，而是明确指出：“避风港”规则只适用

① 关于过失的客观判断标准，参见张新宝：《侵权责任构成要件研究》，北京：法律出版社，2007年，第465—467页。

② 黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，第134—135页；王迁：《知识产权法教程》（第7版），北京：中国人民大学出版社，2021年，第322页。

③ 陈锦川：《网络服务提供者过错认定的研究》，《知识产权》2011年第2期。

④ 欧盟《单一数字市场著作权指令》将之界定为“在线内容分享服务提供者”，即主要目的或主要目的之一是储存、提供由其用户上传的大量受著作权保护的作品与其他受著作权保护的内容，并为营利目的组织和推广这些作品和信息社会服务提供者。Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, Art.2(6), OJ L 130, 17.5.2019.

⑤ 深圳市腾讯计算机系统有限公司等诉北京微播视界科技有限公司等侵害信息网络传播权及不正当竞争纠纷案，陕西省西安市中级人民法院（2021）陕01知民初3078号民事判决书。

于网络服务提供者不知道也不应知道网络用户实施侵权行为的情形,该规则不意味着平台方仅需坐等权利人“通知”再采取行动,没有收到“通知”就可以无所作为;随着技术发展,“避风港”规则的历史局限性愈发明显,必须激励平台采取各种技术措施对用户上传的内容进行管理,加强网络平台著作权保护的注意义务,微播视界对于“抖音”平台涉案侵权行为的管理控制不能仅限于对“避风港”规则的实现,还应采取更加积极的管理、过滤、审查等管控措施的合理注意义务。法院最终认为被告应知、明知抖音平台上有大量的侵权短视频,并未采取适当措施进行管控治理,放任了大量侵权短视频通过平台及平台内的创作工具进行发布和传播,构成了帮助侵权,应立即采取有效措施删除、过滤、拦截相关侵权视频。在“《琅琊榜》短视频侵权案”<sup>①</sup>中,被告快手公司同样主张已按原告爱奇艺公司的通知删除了侵权短视频,履行了“避风港”规则的义务,但二审法院认为快手公司理应主动治理短视频平台上的侵权现象,而非被动地等待权利人通知后再采取措施;随着网络技术的发展,避免侵权行为的技术措施不断成熟,快手公司应当加强在视频交互比对等防范侵权技术方面的研发和运用,对侵权用户采取永久封号等措施。

从这两起案件可以看出,随着技术的发展,法院开始认为“避风港”规则存在局限性,需要强化平台的注意义务。而在平台负有注意义务的情况下,由上文可知必然无法主张适用“避风港”规则而免责,即平台此时无法驶入“避风港”。那这种新型内容分享平台在何种情况下才可以驶入“避风港”呢?这就要看内容分享平台合理注意义务的边界何在。而对于这种合理注意义务,目前司法实践中的表述只是强调了义务的内容,并没有明确义务的边界,以上面两起案件为例,一个表述为“采取更加积极的管理、过滤、审查等管控措施”,另一个表述为“主动治理、运用防范侵权技术措施”,那么这种注意义务边界不明是否意味着网络服务提供者需要对海量信息进行普遍审查?这种注意义务的困惑不可避免地造成了实践中网络内容分享平台不知何种条件下才可驶入“避风港”的困境。

## (二) 对特定侵权内容的通知处置难以遏制重复侵权

传统“避风港”规则遏制侵权的机理在于:权利人将发现的特定侵权信息网址链接或定位方法<sup>②</sup>通知给网络服务提供者,后者接到通知后基于自身判断及时采取删除侵权链接等必要措施,从而阻断侵权信息的扩散。这种“通知—删除”的机制符合当时互联网1.0时代的技术环境:以信息门户网站为主要服务形式,用户往往只能通过点击浏览网站链接单向接收信息,且受当时网络技术所限,信息传播速度较慢。在这种技术环境下,通知作为信息中介的网站运营者及时删除特定侵权链接,便可以有效阻断侵权信息的扩散。但如前所述,迈入互联网2.0时代之后,用户不再仅是信息接收者,也成为信息内容的生产者,提供各种交互式信息服务的网络平台纷纷涌现,再加上通信技术的快速发展,用户发布的信息能以极快的速度在网上传播扩散,一旦发布侵权信息,就极易引发重复侵权、大规模侵权等严重问题。此时,仅删除特定个别链接对于遏制侵权信息扩散来说往往无济于事,只能陷入没完没了“打地鼠”的困境。这说明在新技术环境下,“避风港”规则已经不足以有效遏制侵权,亟需作出必要调整以应对现实挑战。

对此,中国法院在大量司法案件中对“避风港”规则作了创造性阐释,认为网络服务提供者接到侵权通知后采取的“必要措施”不应仅限于处置所通知的特定侵权内容。如在“中青文诉百度云侵权案”<sup>③</sup>中,二审法院认为虽然被告百度公司采取过一定的删除措施,但是原告在一审诉讼期间仍然可以在百度云中发现侵权文档,可以证明被告并未就避免涉案侵权行为的再次发生和损害后果的继续扩大尽到应尽的注意义务;被告虽然没有事先的审查义务,但被告也未提供充分证据证明其已采取合理、有效的技术措施而仍难以发现用户侵权行为。再如在“优酷诉百度网盘侵权案”<sup>④</sup>中,对于百度网盘用户创建链接对

① 北京爱奇艺科技有限公司等诉北京快手科技有限公司等侵害著作权纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏02民终4041号民事判决书。

② 黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,第124页。

③ 北京中青文文化传媒有限公司与北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京市高级人民法院(2016)京民终248号民事判决书。

④ 优酷网络技术(北京)有限公司与北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京知识产权法院(2020)京73民终155号民事判决书。

外分享涉案作品的侵权行为，法院认为网络服务提供者收到权利通知后应采取的必要措施，不应仅限于断开侵权链接，被告百度公司还应当积极采取其他合理措施，包括通过屏蔽制止用户分享侵权链接，限制甚至停止反复、大量侵权的用户使用网络服务，理由在于被告具有相应的信息管理能力，屏蔽侵权链接具有可行性和合理性，可以有效制止侵权，也不会对用户利益造成不合理损害。这里的“屏蔽分享链接”措施类似于上述“《云南虫谷》短视频侵权案”中法院所认可的“过滤、拦截措施”。

需要指出的是，这种“屏蔽”或“过滤、拦截”措施，不同于“接到通知后屏蔽所通知的特定侵权链接”，而是强调在接到权利人通知后，网络服务提供者需要采取“过滤、拦截”等技术措施去主动处置和阻止用户发布与所通知侵权信息相同或类似的侵权内容，以有效遏制侵权信息的重复发布和大量扩散。这种解释实际已经超出“避风港”规则的传统内涵，也因如此中国法院在相关判决中着重论证了采取此项措施的正当性。以上述“优酷诉百度网盘侵权案”为例，法院从MD5值校验、视频指纹比对等技术较为成熟并为业内所广泛使用的角度论证了可行性，从不会使服务提供者负担不合理成本、不影响为用户提供服务的角度论证了合理性，从有效制止侵权的角度论证了必要性。但是否所有网络服务提供者都需要采取此种必要措施？适用此种必要措施的边界何在？此种必要措施是否意味着网络服务提供者需要对海量信息进行普遍审查？回答这些问题，就需要在中国法框架下通过妥当解释支持和体系化司法实践发展出的这种“避风港”规则更新，如此才可为有效遏制重复侵权、大规模侵权提供法解释论支撑。

### （三）公法审查义务可能会架空“避风港”规则的适用

为了维护网络空间内容安全和良好生态，中国《网络安全法》《互联网信息服务管理办法》等明确了禁止发布或传输的信息的范围，要求网络服务提供者对用户发布的信息负有一定的管理义务，这种管理义务包括了对用户发布信息进行事前审查的义务。如根据《互联网视听节目服务管理规定》等，部分互联网视听节目服务提供者需要建立内容播前审核制度，对于用户上传的某些视听内容，应该通过审核人员进行人工审查。再如近期中央网信办印发的《关于切实加强网络暴力治理的通知》，明确要求“加强内容识别预警”，“对存在网暴风险的短视频先审后发”等。这种公法审查义务对私法注意义务有何影响？此时网络服务运营者是否还可以主张适用“避风港”规则而免责？

在“新传在线诉土豆网案”<sup>①</sup>中，法院对公法审查义务可能对私法注意义务造成影响进行了分析。虽然本案中土豆网主张从未收到过原告的权利通知，在接到起诉状后立即删除了侵权链接，主张适用“避风港”规则而免责，但法院并未认可。法院认为，被告通过设置“审片组”由其工作人员对用户上传视频进行了事前审查，尽管这种审查主要是针对反动、色情、暴力等内容，但涉案作品当时属于热门电影，土豆网工作人员在审片过程中不可能不注意到用户上传该热门电影应该属于未经授权的侵权行为，有合理理由认为土豆网应当知道侵权行为的存在。这说明法院认为网络服务运营者履行公法上的审查义务，意味着也应同时对相关内容负有一定私法上的注意。有观点指出该案的论证逻辑如果成立，就会使所有承担公法审查义务的网络服务提供者负有很高的私法注意义务，无法适用私法给予的审查义务豁免，从而架空“避风港”规则。<sup>②</sup>

可是承担公法审查义务就意味着网络服务提供者需要对用户发布的海量信息负有普遍审查义务吗？公法审查义务引起的私法上的注意，必然会架空“避风港”规则吗？这些问题实际都涉及如何正确理解公法审查义务与私法审查义务的关系。而之所以有这些困惑，是因为对于网络服务提供者就用户发布信息应该承担何种义务，中国《民法典》和《网络安全法》等行政法规规范表述并不一致。作为规范网络内容安全的基本法律，《网络安全法》第47条要求网络运营者“发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，防止信息扩散，保存有关记录，并向有关主管部门报告”；而根据该法第12条，禁止发布或传输的信息包括侵害他人名誉、隐私、知识产权等合法权益的信息。

<sup>①</sup> 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侵犯著作财产权案，上海市高级人民法院（2008）沪高民三（知）终字第62号民事判决书。

<sup>②</sup> 姚志伟：《公法阴影下的避风港——以网络服务提供者的审查义务为中心》，《环球法律评论》2018年第1期。

因此,在侵害他人民事权益方面,《网络安全法》上述规定与《民法典》相关规定存在可比性,经过对比发现,前者的“发现”不同于后者的“知道或应知”;前者的“处置措施”不同于后者的“必要措施”,还包括保存记录并向主管部门报告的内容;前者并没有规定“避风港”规则,强调应当加强对用户发布信息的管理。虽然二者都是针对网络服务提供者就用户发布信息承担义务作出规定,但在表述上却存在如此明显的差异,确实说明中国《民法典》和《网络安全法》等行政法规在此问题的规定上缺乏协调。在公法审查义务可能影响“避风港”规则适用的情况下,应当如何从解释论上妥当认识和弥合这种立法上的差异,成为适用“避风港”规则亟须澄清的重大问题。

### 三、解释论框架下“避风港”规则的完善路径

前述三方面实践困境实际对应了三方面规则需求:平台合理注意义务的边界有待划定,应对重复侵权的司法规则创新需要体系化理解,私法注意义务与公法审查义务的关系亟需厘清。以下就从这三方面入手,在《民法典》解释论框架下,就新技术环境下如何妥当适用“避风港”规则提出完善建议。

#### (一) 合理划定新技术环境下平台应尽注意义务

“避风港”规则可否适用于新技术环境下的网络内容分享平台等新型服务提供者,关键在于明确此种网络服务提供者应尽的合理注意义务,当不存在此种注意义务时,方有适用“避风港”规则的空间。而结合前述网络侵权责任规则体系和司法实践见解来看,平台应尽注意义务主要涉及以下方面:

一是对于“应知”的侵权信息应尽到合理注意。由前文可知,应知而不知的过失,是缘于应尽而未尽注意义务,那么判断网络服务提供者“应知”的考虑因素,实际上也是判断其合理注意义务的考虑因素。由此,确定网络服务提供者对于用户侵权行为的合理注意义务,就应该参照《网络人身权益司法解释》的规定,既要考虑网络信息涉嫌侵权的情况,也要考虑网络服务提供者自身应然的信息管理能力、所提供服务的侵权可能性、所采取的预防侵权合理措施等情况。尤其是对于明显构成侵权的信息,如公布他人的隐私或敏感个人信息等,以一般理性人标准来看足以认为构成侵权,此时应认为网络服务提供者对此信息为“应知”,应该尽到应有注意义务,及时采取删除链接等必要措施,否则就具有“过错”而承担连带责任。在这种情况下,由于不适用“避风港”规则,那么即使权利人通知存在欠缺身份信息等瑕疵,也不影响网络服务提供者及时采取必要措施;也没有必要再适用反通知程序,如果适用反而可能进一步扩大侵权损害后果。

二是应采取与技术能力相适应的技术预防措施。从司法实践来看,很多法院已经认识到随着技术的发展,“避风港”规则的局限性日益凸显,需要网络服务提供者承担更高的注意义务,但并没有明确这种注意义务的边界。笔者认为,这种合理注意义务主要与所处的技术环境有关,随着过滤等技术预防措施的成熟,其合理边界可以解释划定为“采取与网络服务提供者的技术能力相适应的技术预防措施”。如此解释的理由在于:首先,司法实践中强调的强化网络服务提供者的注意义务,主要是指采取一定的技术预防措施,而且从《网络人身权益司法解释》来看,判断合理注意义务的考虑因素,就包括了采取合理措施预防侵权的可能性及是否采取了此种措施。其次,从《民法典》第1197条的规定来看,“应当知道”和“必要措施”的内涵较为开放,可以涵盖与技术能力相适应的技术预防措施,为这种解释提供了足够的文义空间,《信息网络传播权司法解释》第8条第3款就明确规定“网络服务提供者能够证明已采取合理、有效的技术措施,仍难以发现网络用户侵害信息网络传播权行为的,人民法院应当认定其不具有过错”。再次,将注意义务界限限定为“与技术能力相适应的预防措施”,并不是要求对所有信息进行普遍审查,不会给网络服务提供者带来不合理的负担。最后,值得注意的是,2022年7月1日起施行的《北京市知识产权保护条例》第28条规定的网络服务提供者的知识产权保护义务,明确纳入了“采取与其技术能力、经营规模以及服务类型相适应的预防侵权措施”,已经从立法上对引入此种技术预防措施进行了积极探索。

三是明确技术预防措施善意免责规则。新技术背景下为了遏制侵权信息扩散,必须采取合理的技术预防措施。但由于技术措施难免会存在误差和不足,这使得以技术措施过滤和处置侵权信息也可能存

在一定的误差甚至错误,进而可能会侵害用户正常言论表达等合法权益,因此网络服务提供者对是否采用技术措施预防侵权存在较大顾虑。为了打消这种顾虑,美国和欧盟都规定网络服务提供者不负有义务监控其传输或存储的信息<sup>①</sup>,其主动采取技术预防措施符合法定条件时可以免责。美国《通信规范法》第230条(c)款规定交互式计算机服务的提供者或用户出于善意而自愿采取行动,限制访问或限制获取其认为淫秽、色情、过度暴力、骚扰等材料,不应承担民事责任。<sup>②</sup>欧盟《数字服务法》第7条规定中介服务提供者不应仅仅因为其本着善意和勤勉,对非法内容进行自愿的主动调查,或采取旨在发现、识别、移除或禁止访问非法内容等措施,就被排除适用“避风港”规则下的免责。<sup>③</sup>笔者认为,为了激励网络服务提供者主动利用技术措施来预防遏制侵权,应该规定技术预防措施善意免责规则:网络服务提供者出于善意并尽到合理注意,采取技术措施去发现、阻断和处置侵权信息,对其中因技术措施误差导致的损害,在知道后及时采取补救措施的,免除承担侵权责任。这仍遵循了过错责任原则,只要网络服务提供者本着善意和合理注意运用技术措施,就不存在主观过错,不应承担侵权责任。

## (二) 适当扩展解释“必要措施”以遏制重复侵权

为了遏制重复侵权、大规模侵权,中国司法实践扩展解释了“避风港”规则的“必要措施”,将“过滤、拦截措施”纳入其中,有利于克服“避风港”规则在新技术环境下的局限性,值得高度肯定。不过这种司法规则创新,如前所述仍然存在一些疑惑,仍需要在《民法典》解释论框架下进行体系化理解和把握。值得注意的是,为了应对新技术环境对“避风港”规则带来的挑战,欧盟和美国近年来也就该规则的完善革新进行了积极探索。为了更好地完成体系化解释的任务,以下简要梳理下欧盟和美国的相关探索。

欧盟的探索主要体现在2019年颁行的《单一数字市场著作权指令》第17条。根据该条规定,“在线内容分享服务提供者”允许公众访问其用户上传的“著作权作品或其他受保护内容”(以下简称“受保护内容”),属于著作权法上的“向公众传播或向公众提供行为”,实施此种行为需要获得著作权人许可,否则就应当承担侵权责任。若没有获得许可实施此种行为,网络服务提供者只有同时满足以下条件才可免责:一是尽最大努力去获得权利人许可;二是对权利人提供了相关且必要信息的受保护内容,以行业标准的较高专业注意尽最大努力确保这些内容不被获取;三是依据权利人通知,及时采取行动阻断访问或移除受保护内容,并按照第二点要求防止这些内容被再次上传。<sup>④</sup>条件二实际要求权利人和服务提供者双方就著作权内容过滤进行合作;条件三实际要求服务提供者不仅需要根据权利人通知移除侵权内容,还需要防止所通知的受保护内容被再次上传。欧盟2021年就本条规定发布了专门指南,将条件三前半段规定称为“通知—移除”义务,将其后半段规定称为“通知—拦截(Stay Down)”义务。<sup>⑤</sup>

可见,在著作权领域,欧盟认为在线内容分享服务不属于单纯的信息中介服务,其提供者应该对向公众传播用户上传内容的行为负责,而不适用“避风港”规则,这大大提高了网络内容分享平台的注意义务。相较于欧盟革新性立法,美国比较审慎,其2020年“避风港”规则评估报告认为,该规则虽然需要调整,但不必彻底修改,重点是澄清适用中的疑难问题;借鉴欧盟上述立法,提出了将“避风港”规则发展为“通知—拦截”规则的可能方案:“网络主机一旦被通知存在作品侵权,就不应得到持续的‘避风港’保护,除非它采取合理措施删除同一用户重复上传的同一作品的任何复制品,并移除具有权利人提供的相同合理标记的作品的的所有侵权复制品。”<sup>⑥</sup>

① 17 U.S.C. § 512 (m); Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act), Art.8, OJ L 277, 27.10.2022.

② 47 U.S.C. § 230.

③ Digital Services Act, Art.7.

④ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, Art.17.

⑤ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, COM (2021) 288 final, 4.6.2021.

⑥ U.S. Copyright Office (2020). Section 512 of Title 17: a Report of the Register of Copyrights, 136-163, 186. Retrieved on 16th Oct. 2023 from: <https://www.copyright.gov/policy/section512/>

考虑到目前技术过滤、拦截措施已经相对成熟,基于中国司法实践的规则创新,借鉴欧盟立法和美国评估报告的经验,可以在中国网络侵权责任规则体系中,通过法律解释的方法引入“通知—拦截”义务来提高网络服务提供者的注意义务,以遏制网络侵权屡禁不止的顽疾。具体而言,将《民法典》第1197条和第1195条中的“必要措施”解释为包括“与其技术能力相适应的必要技术拦截措施”,即对于用户发布的侵权信息,网络服务提供者无论是基于自身运营而知道或应知,还是因为权利人通知而知道,其不仅要采取删除等处置措施,还要采取技术拦截措施阻止相同侵权信息被再次上传。对这种必要技术拦截措施的体系化理解和把握,主要包括以下几点:一是这种技术拦截措施仍然遵循了过错责任原则,只是在新技术新应用环境下,通过适当扩展对“必要措施”的理解,更新了网络服务提供者应尽的合理注意义务;二是这种技术拦截措施仅限于网络服务提供者知道或应知的侵权信息,并不是对用户上传信息进行逐一审查,与其不负有普遍审查义务并不冲突;三是这种技术拦截措施仅限于“与网络服务提供者的技术能力相适应”,这种与技术能力相适应的限定也符合《民法典》第1195条中“根据服务类型采取必要措施”的应有之义。例如,在“焦点互动诉百度网盘侵权案”<sup>①</sup>中,原告作为《匆匆那年》热播剧的权利人,要求百度根据该剧的MD5值删除网盘服务器中的侵权作品,一审法院支持了原告的诉请;但二审法院认为,网盘更加具有私密性特征,由于百度网盘采用相同文件只实际存储一份的技术,如果根据权利人要求删除了服务器中的文件,将导致所有存储该文件的用户都失去该文件,而存储该文件的用户可能存在有权使用或合理使用的情形,这有可能损害未侵权用户的相关权益,也超出了涉案作品权利保护范围,因此改判百度未删除网盘服务器中相关文件的行为不构成帮助侵权。在上述“优酷诉百度网盘侵权案”中,法院也持有类似的观点。此外,考虑到“网络服务提供者”文义涵盖范围较广以及可能对在线言论表达造成的影响,可以将上述解释为仅适用于存储和向公众传播用户上传内容的网络内容分享平台<sup>②</sup>,如在线社交平台、视频分享平台等。

### (三) 澄清私法注意义务与公法审查义务的关系

在公法审查义务可能影响“避风港”规则适用的情况下,应当从解释论上妥当认识和澄清私法注意义务和公法审查义务的关系,从而破除承担公法审查义务会架空“避风港”规则适用的误区。需要指出的是,在中国法语境下,“注意义务”和“审查义务”这两个概念往往不加区分地使用,不过在强调事前审视、特定情形审视时习惯使用“审查义务”的表述。<sup>③</sup>在网络内容监管方面,由于强调网络服务提供者对法定禁止发布或传输的信息负有一定的事前管控义务,因此往往称之为“审查义务”。

如前文所述,这种公法审查义务在具体表述上与《民法典》的规定存在明显差异,但这种表述上的差异是否就意味着二者毫无关联呢?这里以《网络安全法》的规定为例,作一简要分析。《网络安全法》规定的网络服务提供者的审查义务,主要是加强管理用户发布的信息,在“发现”违法信息时及时采取处置措施。一般认为,网络服务提供者“发现”违法信息包括两层含义:一是其以技术识别、人工审核等方式主动去查找违法信息;二是其因用户举报、监管部门通告等被动获知了违法信息。那么这里的主动发现是否意味着要求网络服务提供者对用户发布的海量信息进行普遍审查呢?笔者对此持否定观点,理由同样在于前述对“知道或应知”规则背后利益平衡的分析,那就是从审查成本、言论表达、产业发展等角度来看,让网络服务提供者承担普遍审查义务并不可行。这种认识也得到了司法实践的支持,例如在“蓝天公司诉搜狐网损害商业信誉案”<sup>④</sup>中,二审法院就认为,考虑到网络信息量巨大、网络信息服务提供者技术可能性及法律判断能力和经济承受能力等,网络信息服务提供者的监控义务应控制在合理的限度内,即在用户信息发表之后的合理时间内,依据表面合理标准审查信息是否明显属于《互联网信

① 北京焦点互动信息服务有限公司南京分公司诉北京百度网讯科技有限公司侵害信息网络传播权纠纷案,江苏省高级人民法院(2018)苏民终1514号民事判决书。

② 欧盟《数字服务法》“在线平台”的定义。Digital Services Act, Art.3.

③ 王迁:《网络环境中的著作权保护研究》,北京:法律出版社,2011年,第314—316页。

④ 苏州蓝天科技有限公司诉北京搜狐互联网信息服务有限公司等损害商业信誉纠纷案,江苏省高级人民法院(2005)苏民三终字第0106号民事判决书。

息服务管理办法》所禁止发布的反动、色情、侮辱或诽谤他人等内容，以及在知道侵权信息存在后及时采取删节、移除等措施阻止侵权信息继续传播。值得注意的是，该案发生在《侵权责任法》制定之前，当事人和法院直接援引了《互联网信息服务管理办法》规定的公法审查义务来作为网络服务提供者对侵权信息负有私法注意义务的依据。

既然认为网络服务提供者对用户发布信息在公法上也不负有普遍审查义务，那么一旦出现违法信息，判定其是否承担行政责任，就要考虑其是否具有“应发现而未发现”的过错，由于“发现”的核心意涵就在于“知道”，笔者认为此时同样可以参照“知道或应知”的过错判断标准。由此，虽然公法审查义务和私法注意义务在具体表述上有所不同，但在责任判定上其实同样遵循过错标准，公法上规定的“发现”在判断过错上起到了类似于“知道或应知”的作用。总结来看，网络服务提供者对用户发布信息承担的应然义务，无论是私法注意义务，还是公法审查义务，背后都基于同样的利益平衡考虑，违反私法注意义务而认定过错责任的标准同样可以为违反公法审查义务判定行政责任时所借鉴，因此在这个意义上网络服务提供者的私法注意义务与公法审查义务在法理上是相通的。可见，不能仅以私法上有“避风港”规则这种过错判断辅助规则，就认为私法注意义务与公法审查义务存在根本性冲突；公法上设定网络服务提供者的审查义务，原则上应该坚持私法注意义务背后的基本利益平衡。

当然，公法上出于行政监管的需要完全可以就特定情形规定“先审后发”的审查义务，此时网络服务提供者的公法审查义务就可能会影响其承担的私法注意义务。例如，根据《互联网视听节目服务管理规定》《网络视听节目内容审核通则》等规定，互联网视听节目服务单位需要建立“先审后播”制度，应该配备审核人员对用户上传的某些视听内容进行人工审查，而审核人员基于常识和一般理性人标准，完全可以对明显侵权的内容作出判断，如用户公布他人的隐私，此时应认为网络服务提供者对这些内容为“应知”，应该尽到应有的注意义务，否则就应承担侵权责任。但对于其他不足以构成明显“应知”的侵权内容，比如权利人主张某个视频侵犯其名誉权，视频内容只是一些中性词语的批评，即使网络服务提供者对该视频因承担“先审后发”的审查义务而存在私法上的注意，但因此时难以判断是否侵权而未对这些内容采取措施，网络服务提供者也不构成对注意义务的违反。在这种情况下，网络服务提供者仍有主张适用“避风港”规则的空间。可见，在澄清私法注意义务与公法审查义务关系的基础上，正确理解和适用私法注意义务，就不会陷入承担公法审查义务会架空“避风港”规则适用的误区。

## The Practical Dilemmas and Enhancing Paths of “Safe Harbor” Rule

LIU Jin-rui

(Institute of Rule of Law, China Law Society, Beijing, 100081)

**Abstract:** The “safe harbor” rule is one of the important rules for determining liability for online infringements. It balanced rights protection and industrial development well in the early days of the rise of the Internet. However, with the rapid development of new technologies and new businesses, the “safe harbor” rule encounters a series of practical dilemmas in the new technological environment: the criteria for online content sharing platforms to enter the “safe harbor” are unclear; notification and handling of specific infringing content are difficult to curb repeated infringements; public law duty of review may override the application of “safe harbor” rule. To address these issues within the interpretation theory of the Civil Code, we should clarify platforms’ duty of care in the new technology environment, broaden the interpretation of “necessary measures” to prevent repeated infringements, and define the relationship between private law duty of care and duty of review under public law.

**Keywords:** “Safe Harbor” Rule, Liability for Online Infringements, Civil Code, Duty of Care, Duty of Review

[责任编辑：陈慧妮]