

论算法时代网络著作权侵权中的通知规则

何 炼 红^{*}

摘 要:进入算法时代,著作权法上“通知—删除”规则的具体操作方式发生了巨大变化。自动化通知删除系统的应用导致通知数量急剧增加,同时也产生了通知错误与滥用的隐忧。从制度层面进一步规范通知的构成要件,可以有效地引导和激励高质量的自动化通知:一是侵权主张指向的作品信息应更加明确,算法设计应准确识别侵权作品并考虑合理使用因素;二是删除请求指向的位置信息要更加精准,经过事先测试的删除请求可以使网络服务提供者足以准确定位侵权信息并采取必要措施。对自动化通知产生的错误和滥用行为进行追责,应充分考虑通知人的主观意图和法律后果,在过错原则的基础上,应进一步明确善意通知免于担责、恶意通知适用惩罚性赔偿的情形,以实现责罚相当,对错误通知进行分类规制。

关键词:算法 自动化通知 构成要件 免责情形 惩罚性赔偿

一、问题的提出

随着大数据技术的快速发展,我们正在进入算法时代。算法在网络化的管理框架中扮演着越来越重要的角色,在我们可以想象得到的任何领域,由数据驱动的算法认知和代理正在描述和深刻改变着社会的各个方面。^① 算法正在以各种各样的方式影响着企业创新、产业变革乃至经济发展。在网络著作权领域,算法决策和执行所带来的各种转变也在深刻影响着侵权责任的判定和承担。

1998年,为了迎接互联网技术带来的挑战,《美国数字千年版权法》第2章第512条设立了

^{*} 中南大学法学院教授、博士生导师

基金项目:国家社会科学基金项目(17BFX012)、湖南省教育厅创新平台开放基金项目(18K002)

^① See Lee Rainie and Janna Anderson, Code—Dependent: Pros and Cons of the Algorithm Age, <http://www.pewInternet.org/2017/02/08/code—dependent/>, 2020—01—27.

“通知—删除”规则,^①通过创建一个“安全港”机制,在著作权人可采取的救济方式、网络服务提供者所承担的适当义务以及确保互联网用户的正当权益之间达成新的平衡。一方面,它希望向网络服务提供者提供强有力的激励措施,促使其与著作权人在发现和删除侵权材料方面进行合作,以解决日益增加的在线著作权执法难题;^②另一方面,它力求使网络服务提供者降低风险并提高法律确定性,使信息的自由流动不受过分过滤和干扰。^③“通知—删除”规则本质上是一种非诉讼纠纷解决机制,是权利人、网络服务提供者与用户之间在线处理著作权争议的一种途径。作为互联网发展早期的制度产物,“通知—删除”规则的运行是以人工操作为基础的,进入到由算法主导的智能时代后,“通知—删除”规则的具体操作方式则发生了巨大变化。传统人工方式的通知和审查工作逐渐交由算法完成,这在提升互联网侵权执法效率的同时,也引发新的困境:当大规模发送的自动化通知成为“通知—删除”程序运行的起点时,其通知要素能否被有效执行?错误通知能否得到有效规制?这些问题都直接影响到网络在线纠纷处理的公平和效率。本文将以美国的通知删除实证研究项目^④所提供的系列资料为数据来源,评价网络著作权侵权中的通知规则在实践中的运作效果,并就其所遭遇的现实挑战予以反思和探讨,以期助益我国著作权法律制度的发展和完善。

二、算法时代著作权法上自动化通知面临的挑战

“通知—删除”规则问世以来,通常认为,其最大优点是在程序上可以实现以下功能:其一,为权利人创建了一个成本低且相对快捷的救济渠道,使其通过发送简短有效的“通知”即可达到制止在线侵权的目的;其二,为网络服务提供者建立了一个“避风港”,使其可以通过采取“删除”措施避免因用户或第三方侵权而遭受损害;其三,针对用户设置的“反通知”,可以为用户的言论自由和合理使用提供保障。显然,发送有效的侵权通知是“通知—删除”规则启动的基本前提,也是在线侵权纠纷得以有效化解的关键因素。侵权通知的功能在于使网络服务提供者在准确识别被控侵权的信息后,能够迅速响应并采取相关措施以获得责任豁免。近年来,随着大数据和人工智能技术的快速发展,著作权人开始采用自动化系统来检测互联网上的侵权内容,并自动生成通知

① See The Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105—304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

② See Senate Committee on the Judiciary Report, Digital Millennium Copyright Act of 1998 (S. REP. No. 105—190), 20 (1998), <https://www.congress.gov/congressional-report/105th-congress/senate-report/190/1?overview=closed>, 2021—02—14. Report of the House of Representatives: Digital Millennium Copyright Act of 1998 (H. R. Rep. No. 105—551, pt. 2), 49 (1998), <https://www.congress.gov/congressional-report/105th-congress/house-report/551/2?overview=closed>, 2021—02—14.

③ See Nicholas W. Bramble, Safe Harbors and the National Information Infrastructure, 64 Hastings Law Journal, 355—359 (2013).

④ 通知删除实证研究项目由美国加利福尼亚州大学伯克利分校的“Samuelson Law, Technology, and Public Policy Clinic”和位于哥伦比亚大学的公共政策智囊团“The American Assembly”联合主导,旨在动员学界探索“通知—删除”程序在美国、欧洲和其他国家的运作方式,跟踪调查并评估实践中的最新演变,寻求平衡互联网用户、著作权人与在线服务提供商之间权利冲突和责任分配的解决方案,以及在更宽泛的意义上形成与言论自由、在线表达监管等领域的研究交集。See The Takedown Project: Collaborative Research on Internet Takedown Law and Policy, <http://takedownproject.org/>, 2020—12—17.

发送给网络服务提供者。大规模自动化通知的出现和应用,产生了种种不可回避的现实问题。

(一)自动化系统的应用导致通知数量急剧增加

据学者统计,^①《美国数字千年版权法》中“通知—删除”规则颁布后的前十年,网络服务提供者收到的通知数量基本维持在每年数十到数百件之间不等,在2009年以后则开始增长到每年数万乃至数十万件。2009年谷歌收到的通知数量首次突破一千件,达到4275件;此后其每年收到的通知数量呈现几何倍数增长,2010年为16827件,2011年为67571件,而到2012年,这一数字更是增长到441370件。截至目前,从流明数据库查询到的数据显示,谷歌2019年收到的通知数量已达到170多万件。^②而对于一些社交媒体和内容分享平台,通知数量的增长也很惊人。例如,推特在2010年收到的侵权通知仅为307件,2011年为4138件,2012年为6646件,2013年为12433件,2014年为25847件,2015年为33733件,2016年为59371件,2017年增长到87828件,2018年则达到了111149件,而2019年仅1—6月份就达到了106951件。^③侵权通知的总数在增加的同时,每份通知中的侵权主张数量与每份通知中的删除请求的总数也在成指数增加。从2010年每份通知最多一件侵权主张,增加到2011年每份通知最多997件侵权主张,2012年每份通知最多1484件侵权主张。同样地,从2011年每份通知最多的9515个删除请求,增加到2012年每份通知最多有25050个删除请求。^④不过受技术和成本的限制,在美国,这种方式目前主要被持有大量著作权的出版商集团和主流音乐影像公司所采用,大多数中小型的著作权人仍然遵循传统单个通知的手动发送模式,但在体量上,自动化通知显然已经占据互联网侵权通知的主流。

侵权通知数量的增长,助长了高度专业化的著作权实施机构的兴起,也进一步推动了著作权人的自动化通知实践。著作权实施机构是著作权人授权的第三方服务公司,负责调查侵权行为并发送侵权通知,这种新型的商业代理机构正替代传统的权利人成为在线侵权通知发送中的主力军。有学者2006年得出的研究数据显示,在2002年3月至2005年8月期间发送给美国谷歌网页搜索的通知中,有98.5%是由著作权人自己发送的。^⑤然而,当他们调查在2004年年底至

① See Daniel Seng, The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices, 18 Virginia Journal of Law Technology, 389 (2014). 丹尼尔·森的实证分析数据来自“寒蝉效应”项目数据库[即现在的流明(Lumen)数据库]中存储的删除通知样本。

② 截至2020年1月29日,笔者从流明(Lumen)数据库查询到的数据显示,谷歌从2019年1月28日以来,接收的通知数量为1738962件。由于技术限制,笔者无法准确查到2019年1月1日至2019年12月31日这一年份的完整数据。但因为时间相隔不久,姑且用2019年1月28日至2020年1月28日的数据来说明这一情况。这一数据仍在实时更新中。参见 https://www.lumendatabase.org/notices/search?utf8=%E2%9C%93&topic_facet=DMCA+Notices&date_received_facet=1548651600000.0..1580187600000.0&sort_by=date_received+desc&recipient_name=google,2020-01-29。

③ See Copyright Notices: DMCA Takedown Notices, TWITTER, <https://transparency.twitter.com/en/copyright-notices.html>, 2020-01-27。

④ See Daniel Seng, The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices, 18 Virginia Journal of Law Technology, 408 (2014)。

⑤ See Jennifer M. Urban and Laura Quilter, Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act, 22 Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, 621(2006)。

2007年年中期间发送给美国得克萨斯州的网络主机和连接服务商的通知时,发现第三方著作权实施机构和一些行业协会已经开始使用自动化方式发送通知。而另有学者在2016年的研究中发现,91.8%的通知是由代理机构发出的,包括专门的著作权实施机构(49.3%)、行业协会(38%)、律师事务所(0.3%)以及其他(4.3%)等,只有7.5%的通知直接来自权利人。^①还有学者发现,在1998年至2004年之间,通过著作权实施机构提交通知的情况非常有限。而在2008年至2012年之间,著作权实施机构提交的通知数量已经从占谷歌每年发布的所有通知总量的36.8%提升至59.6%。^②尽管主流著作权集体管理组织仍会自行生成通知,但不可否认,使用专门的著作权实施机构来检测侵权和代表权利人及其被许可人提交侵权通知已成为趋势。著作权实施机构在“通知—删除”过程中的广泛参与,使其成为影响著作权政策和法律制定的重要团体,也使得大规模自动化通知的出现和应用更加普遍。

(二)自动化通知存在错误和滥用之隐忧

算法环境下,通知的自动化浪潮势不可挡,这虽然极大地便利了著作权人发现和制止侵权行为,但也对通知的“准确性”提出了更高的要求。这种依靠程序代码来进行侵权检测和内容识别的纯算法操作,不仅使得网络服务提供者收到的通知数量剧增,而且很容易产生错误通知。

根据《美国数字千年版权法》第512条(c)款第3项A目之规定,通知的法定条件可以分为功能性要件与非功能性要件:功能性要件是网络服务提供者联系投诉人并识别侵权信息的客观必要条件,包括主张侵权的作品描述、请求删除的侵权位置信息、投诉人的联系信息;非功能性要件包括投诉人签名以及“善意相信声明”“准确性和授权声明”两项主观要件,这些要件虽然不直接影响相关侵权信息的识别,但与通知产生的法律后果有关。一份有效的删除通知必须实质上满足全部法定条件,“实质性”标准意味着应充分遵守法律并实现其预定的目标。正确的通知应当“严格和字面遵守”著作权法上关于通知构成要件的规定,若与之有偏差则存在错误。为了便于分析,本文将通知错误的样态分为两大类:

第一类是“内在可检测”和“内在可补救”的技术性错误,主要涉及与投诉人联系信息相关的错误。例如,拼错名字但不影响识别,有准确的地址但电话号码不在区号范围内,有当前代理人的有效联系地址但基于疏忽提供在先代理人的姓名等。这些技术错误是“内在可检测的”,若根据通知中已有的信息可以自动纠正,则是“内在可补救的”。这些技术错误由于实质上并不影响预期目标的实现,因此是可容忍的。

第二类是实质性错误,并直接影响到对侵权行为的处理。这类错误在通知中表现为:(1)错误识别作品的权利人或独家被许可人;(2)侵权主张指向的作品内容不准确,如侵权主张的内容涉及合理使用等情形;(3)删除请求没有提供有效的网络位置信息,如提供缩写、删减、拼错等算法无法识别的网络地址信息或已注销的网络地址等。这类实质性错误,将导致不当删除他人合法信息,或者无法实际有效地采取侵权处理措施,因而将直接导致通知无效。

针对自动化通知中可能出现的错误,有学者的研究发现,通知中非功能性要件的技术错误率

^① See Jennifer M. Urban, Joe Karaganis and Brianna L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628, 2021-02-14.

^② See Daniel Seng, The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices, 18 Virginia Journal of Law Technology, 369 (2014).

非常低。^① 虽然以表格为基础提交给谷歌的通知数量呈指数增加,2009 年的 2 457 个通知中,只有 0.60% 的缺少签名;2010 年的 7 279 个通知中,只有 0.22% 的通知没有签名。截至 2012 年,在 435 869 条谷歌通知中,只有 0.035% 没有签名。主观声明类要件的错误率显示了类似的减少。在 2009 年,所有通知中有 0.02% 缺少善意相信声明、准确性和授权声明,到 2012 年这一数据下降到了 0.016%。在涉及功能要件的技术错误中,没有投诉人联系信息的通知几乎不存在。不符合侵权主张要件的错误通知比率由 2009 年的 0.2% 下降至 2012 年的 0.004%。但是,通知中分别有一个或多个投诉请求没有任何有效网络链接信息的,2011 年占 2.6%,2012 年占 8.3%。上述分析表明,功能性要件与非功能性要件之间存在着明显的法律和经验差异,功能性要件方面的错误率与非功能性要件相比高出了近 400 倍。这是因为非功能性要件在谷歌的表单提交页面为投诉人设置了必须勾选的项目,而功能性要件中删除请求需要提交有效的网络链接地址,涉及的技术错误率难免会更高。值得关注的是,自动化通知中依然大量存在实质性错误。截至 2012 年,投诉人提交给谷歌的 56 991 045 个删除请求中,有 38 万余次错误识别作品或权利人,有 41.5 万余次没有提供有效网络地址。虽然这些错误只占全部删除请求的 1.3% 左右,但加在一起超过了 79.5 万个错误删除请求,无疑给网络秩序造成了极大的破坏。

在另一项研究中,有学者抽查了 2013 年 6 个月内发送给谷歌网页搜索的约 1.08 亿个删除请求,发现有 4.2% (约 450 多万个) 的删除请求存在根本缺陷,因为这些通知所指向的侵权材料与被侵权的内容完全不相符。此外,28.4% 的删除请求在有效性方面存在明显问题;31% 的删除请求存在潜在问题,包括删除请求不符合法定基本要素、存在合理使用抗辩的可能性以及不为著作权法所涵盖(如涉及商标或诽谤投诉)等。^② 即便诸如谷歌之类的网络服务提供者致力于识别出有问题的通知请求,以避免删除用户的合法内容,但鉴于通知数量庞大,错误的删除仍然不可避免。对于那些符合有效格式要件但是经由恶意投诉者发出的通知,则很难识别出问题,从而进一步增加了“通知—删除”规则被滥用的可能性。这些现象表明,自动化通知缺乏必要的质量控制,自动化通知产生的错误和滥用,需要进行有效遏止与法律规制。

三、算法背景下通知构成要件的重新审视

在自动化通知删除系统中,投诉人通过在线提交合格的表单通知,网络服务提供者可以根据表单中指引的删除请求信息位置迅速采取措施以回应自动化通知,从而大大提高了通知处理的速度和效率。如果说在 2009 年以前,美国的网络服务提供者还主要是通过电子邮件接收侵权通知,那么在 2009 年以后,以谷歌为代表的一些大型网络服务提供者已经开始开发在线表单以标准化和规范化通知删除流程,并加快其处理速度。“通知—删除”规则已从基于人为决策、处理通知数量有限的手动化程序,演变为以算法决策为主、能够处理大量通知的自动化程序。此外,通知的发送方和接收方可能都会加入一些人工审查的元素,以筛选和剔除明显的错误和有缺陷的

^① See Daniel Seng, “Who Watches the Watchmen?” An Empirical Analysis of Errors in DMCA Takedown Notices, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563202, 2020-03-03.

^② See Jennifer M. Urban, Joe Karaganis and Brianna L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628, 2021-02-14.

通知,但网络服务提供者这种自动化的通知管理实践,在本质上并没有偏离著作权法上的通知删除框架。采用自动化表单系统是通知删除自动化过程尽可能简单、高效和低成本的一种方式。

(一) 自动化通知构成要件的有效基础

目前,中国的自动化通知实践尚未得以普及。有的大型网络服务提供者虽然设置了线上投诉中心,但是不同的线上投诉系统缺乏统一性和便捷性。国内的网络服务提供者对于侵权通知主要还是采用电子邮件接收加人工审查的方式。毫无疑问,通过自动化通知删除系统如何更有效地解决网络著作权纠纷必将成为一个重要的议题。

在整个网络侵权责任规则中,“通知”是一项关键因素,故有必要对“通知”的形式和内容,以及需要满足的特定法律要求进行探讨。^① 通知的构成要件是否完整、准确,直接影响到自动化通知的功能是否得以有效执行,也影响到整个通知删除程序能否顺利运行。《信息网络传播权保护条例》第14条规定,通知书应当包含下列内容: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。根据该条规定,权利人还应当对通知的真实性负责。显然,上述规定仅对通知的形式要件进行了简单列举,尚无法给投诉人清晰的指引。在实践中,由于缺乏统一标准,投诉人在侵权通知中往往通过主观描述来告知网络服务提供者相关作品信息,且描述的内容不准确、不清楚,甚至没有提供明确的侵权地址,给通知的接收者造成极大困扰。此外,尽管《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》第5条进一步规定了被侵权人以书面形式或者网络服务提供者公示的方式向网络服务提供者发出的通知,包含下列内容的,人民法院应当认定有效:①通知人的姓名(名称)和联系方式;②要求采取必要措施的网络地址或者足以准确定位侵权内容的相关信息;③通知人要求删除相关信息的理由。然而,通知的有效性判断依然具有不确定性。近年来涉及著作权法“有效”通知的纠纷不断增多,司法实践中对于因通知形式要件缺陷所产生的法律后果也有着不同的认识。

一种观点是主张严格形式要件,通知中只有列明了侵权作品名称和网络地址等信息,才能认定有效。例如,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等侵犯著作权纠纷案”^②(以下简称“泛亚诉百度案”)原告向被告发出了两种内容不同的通知。第一种通知除了列明歌曲名、词曲内容、作者名称外,还列出了原告查找到的具体链接地址。第二种通知则没有列出具体链接地址。原告主张被告应按照第一种通知中提示的查找侵权歌曲网址的办法确定第二种通知中涉及的侵权歌曲的网址,被告负有查找侵权作品的义务。法院认为,该种通知不符合《信息网络传播权保护条例》第14条关于通知要件的要求,原告的相关主张于法无据,不予支持。又如,在“北京乐动卓越科技有限公司诉阿里云计算有限公司案”^③中,法院认为,通知如果没有体现任何准确定位侵权作品的信息,那么不构成有效通知。严格形式要件强调通知中主张侵权的作品和请求删除的地址只有准确的信息,才能认定有效。此种情形下不对通知中的信息做扩大解释,不会增加网络服务提供者的负担。不过,与此同时也赋予投诉人更多的注意义务,否则可能因为通知书存在的形式缺陷而导致其权利主张得不到支持。

① 参见王利明:《论网络侵权中的通知规则》,《北方法学》2014年第2期。

② 参见北京市高级人民法院(2007)高民初字第1201号民事判决书。

③ 参见北京知识产权法院(2017)京73民终1194号民事判决书。

另一种观点则是支持扩张解释,当网络服务提供者基于通知所提供的信息可以知道或应当知道还有其他侵权信息存在时,网络服务提供者必须负担更高的注意义务,应一并删除所有侵权信息。例如,在“环球国际唱片股份有限公司诉北京阿里巴巴信息技术有限公司侵犯著作邻接权纠纷案”^①中,原告向被告发送的通知中提供了有关权利人录音制品信息的网址、含有涉案 9 首歌曲的音乐专辑及演唱者的名称,同时提供了《Beautiful Day》等 7 首涉案歌曲的具体统一资源定位符(以下简称 URL)地址各一个作为示例,要求被告删除与涉案专辑有关的所有侵权链接。被告收到通知后,仅删除了原告提供了具体 URL 地址的 7 个侵权搜索链接。法院认为,其怠于行使删除与涉案歌曲有关的其他侵权搜索链接的义务,放任涉案侵权结果的发生,主观上具有过错,应当承担相应的侵权责任。支持扩张解释主义的优点是,可以有效防止网络服务提供者意识到了“能够从中明显推出侵权行为的事实或情况”,而没有“迅速移除材料或屏蔽对它的访问”,从而充分保护权利人的利益。缺点则是,会导致删除通知具有模糊性、不确定性。赋予网络服务提供者过高的注意义务,可能阻碍网络服务和信息产业的创新和发展。可见,由于著作权法上关于通知构成要件的规定比较笼统,因此目前在司法实践中关于其有效性的认定并不统一。

本文认为,算法时代的自动化通知必须遵循严格的形式要件,不宜做扩大解释。考虑到算法自动发送的通知中,由于所提供的侵权主张和删除请求信息必须满足自动化体系算法精准定位、自动执行的功能需求,因此,对自动化通知提出了比传统人工发送条件下更高的“准确性”标准。如果说,在传统人工发送条件下,网络地址等要件的欠缺仍可能被法院认定为有效的通知,带来的后果还只是法律适用的不确定性和不公平性;那么在自动化背景下,通知中作品信息、网络地址等功能性要件存在的错误就属于实质性缺陷,必然导致算法不能识别、不可执行,应当定性为无效通知。这些无效通知的大量发送无疑给准确识别被控侵权的信息带来诸多困惑和额外的负担。因此,基于权利义务对等的理念,不应当要求网络服务提供者对不合格通知承担完善的义务,而是应当赋予自动化通知的投诉人更高的注意义务,理由是:其一,在操作成本上,投诉人在通知发送中相对于网络服务提供者占据更为主动和优势的地位,对侵权行为更为在意,对自身权利状况也更为了解,因而对侵权内容识别和对侵权行为的锁定也应更加准确。这能够促使其从源头上提交符合质量要求的通知,有利于节约后续平台和司法系统的整体运行成本。其二,法律赋予投诉人低门槛的可以无限使用“通知”的权利,因此投诉人应当善意且诚信地去行使。通过进一步提高通知中相关要件的准确性,可以明确通知人在识别侵权作品和侵权行为方面应尽的合理注意义务。这不仅与网络服务提供者担任的中间人角色相吻合,也契合通知删除程序作为在线纠纷解决机制应实现的高效、便捷的目标。

(二)自动化通知“准确性”标准的考量

为了提高自动化通知构成要件的准确性,应当鼓励网络平台设置标准、流畅的投诉流程,引导和提示投诉人采取网络表单的方式,提交符合法律要求和标准格式的通知信息。由此,既可以提高通知提交的质量,也能够简化错误通知的筛选过程,甚至在某些情况下减少侵权投诉的数量。对于一些缺乏专业知识的通知发送者,则可以借助网络表单了解到法律所要求的正确有效的通知构成要件,对不合格通知可能导致的失败和法律风险有所预期。自动化通知构成要件要达到“准确性”标准,具体可以从以下几个方面进行考量。

^① 参见北京市第二中级人民法院(2007)二中民初字第 02626 号民事判决书。

1. 侵权主张指向的作品信息更加明确

通知的一个法定要件是每一侵权主张都能准确指向侵权作品,通常要求提供作品的名称、作者、所有者、表演者或出版者的信息,以及对作品和作品的性质或类型进行简要描述。一份侵权删除通知中可能有许多个侵权主张并指向多部侵权作品,如果不能准确提供作品的信息,那么将会产生实质性错误。

一些自动化通知发送系统,往往采取哈希匹配技术将用户上传的资料与权利人提供的资料样本进行比较,当用户资料与参考资料相匹配时,系统就会自动发送侵权通知。然而,著作权法中许多重要的问题都涉及灵活的法律标准和自由裁量权,包括认定作品所需的“独创性”,判断侵权所需的“实质性相似”以及构成合理使用所需的“四要素分析”等,这些问题很大程度上需要对作品本质进行剖析,并且经历一个艰难的利益平衡过程。内容自动识别系统很可能会将合理使用也标记为侵权,很可能将公共领域的作品识别为删除目标、侵害到用户的表达自由。因此,自动化通知中侵权主张所指向的作品,不仅需要网络表格通知中针对同一网站的多个此类作品予以清晰的列举,还需要审核目标作品是否属于不受保护的主体。包括考虑投诉侵权的对象是否属于合理使用的情形、已经进入公共领域的作品使用或其他不受保护的事由。随着语音识别、图像识别,以及机器学习等诸多人工智能技术的发展,在自动化通知中通过算法设计准确识别侵权作品并考虑合理使用因素,具备技术上的可能性。

由此,在发送通知时为了尽量避免出现错误,投诉人有必要采用算法和人工交叉检查的方式,行使合理使用的注意义务:一方面,投诉人要积极开发搜索技术,客观层面尽可能精准标记“可疑”的身份、合理使用等信息;另一方面,投诉人在发送通知之前,应对机器随机生成的侵权结果样本进行人工审查,并基于抽样的结果不断改进算法“标记”、抽样方式等方面的搜索技术,以不断优化自动化通知的程序设计。^①

此外,自动化通知删除系统建立权利人作品事先备案机制,对于避免错误通知也具有现实意义。使用自动化通知删除系统的权利人应当跟平台签订正版作品备案协议,事先提交受保护的作品信息,并提供作品权属证明。只有经过备案验证的投诉请求才可以获得网络平台的自动删除响应。这一方案的意义在于引导权利人与网络平台方进行友好合作,既可以强化权利人在提交侵权通知时的审核责任,以尽量避免自动化系统被滥用;也可以加快网络平台的处理流程,有利于实现自动化删除措施的规范化和标准化,且不会对现行的“安全港”机制产生实质影响,不会给网络服务提供者带来额外的负担。

2. 删除请求指向的位置信息更加精准

自动化通知指向的每一部侵权作品可以有许多删除请求,具体指向不同的侵权位置信息。对于删除请求而言,侵权资料的位置信息是必要的信息单元,接收通知的自动化系统据此采取删除措施。美国“安全港”规则中,对于通知中的删除请求仅要求权利人提供足够合理使服务商确定侵权材料地址的信息,因此,位置信息是 URL 还是统一资源指示符(以下简称 URI)并没有具体要求。其实,URL 通常是网络地址具体位置信息的表达形式,而 URI 则是以一种更为抽象的概念来定义统一资源标识。一个宽泛的 URI 要求,可能并不足以准确定位具体的侵权信息。例

^① See Jennifer M. Urban, Joe Karaganis and Brianna L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628, 2021-02-14.

如,在美国的“完美十案”^①中,原告基于关键词搜索的结果而发出删除通知,美国联邦第九巡回上诉法院认为,搜索结果是以页面形式呈现的一个资源列表,而该列表中的子项不一定是侵权资料,只有 URL 地址才可以解析为有效的定位信息,原告提供的信息不足以使被告确定侵权作品的位置。国内也有类似的案例。例如,在“泛亚诉百度案”^②中,法院认为,被告接到用户以键入关键词的形式发出的指令后,所搜索、链接的内容既可能是侵权的,也可以是公有领域的信息,还可以是经权利人许可传播的不侵权的内容。即使被告施予与其能力所及的注意,也难以知道其提供的服务所涉及的信息是否侵权。因此,以键入关键词形式发出的指令并不能精准定位侵权信息。

通知中提交的删除请求地址还有可能指向早已失效的网站。例如,2012年1月19日,美国政府打击盗版关闭了共享网站“百万上传”及其附属网站90天后,被关闭的网站仍收到了不少于39个投诉人的414139个删除请求。这是一个完全可以避免的实质性错误,毕竟,在2012年排名前30位的投诉人中,就有8位履行审查义务而没有向关闭的网站发出任何错误的删除请求。这难免要对错误通知的投诉方所采用的标准及其发送删除请求时是否履行了合理注意义务提出质疑。^③

为了避免位置信息出现实质性错误,在自动化通知提交程序中设计事先测试环节是一种可行的选择。通过要求自动通知程序在提交通知前尝试访问与删除请求相关的网络地址,以事先测试侵权资料识别地址是否真实有效。一旦程序反馈了定位错误的信息,那么配合必要的人工审查,就可以解决算法执行的准确性和时效性要求,且不会给投诉人带来额外的负担。经过事先测试的删除请求,指向的是已经核实的网络定位地址及日期,可使网络服务提供者足以准确定位具体的侵权信息并及时采取必要措施。

3.其他构成要件的优化

合格通知的构成要素,除了侵权主张要件和删除请求要满足自动化通知的“准确性”要求之外,我国著作权法上还应做以下优化:其一,进一步明确投诉人联系信息。目前,《信息网络传播权保护条例》仅规定了权利人的联系方式,没有考虑权利人委托代理机构投诉的情况。此外,在投诉人有多个联系地址或电话的情况下,自动系统则难以识别准确的信息。因此,投诉人联系信息应当明确为“能够足以使网络服务提供者联系上权利人或其代理人的有效信息”。其二,增加权利人或授权的代理人签名。这有利于规制假冒权利人或代理人名义虚假投诉的情形。其三,增加“善意相信声明”“准确性和授权声明”等主观要件。“善意相信声明”要求投诉人对通知书所涉及的侵权信息进行必要核查,有理由善意相信网络用户的使用方式未经授权、也非法律所允许。“准确性和授权声明”则强调投诉人要对投诉信息的准确性以及是否获得有效授权承担责任。在大规模自动化通知背景下,这两项主观要件的规定,有利于督促通知人从源头把控通知质量,引导通知人履行诚信义务,并警示其可能要承担的法律风险,同时也可以促使著作权人与网

^① See Perfect 10, Inc. v. Giganews, Inc. and Livewire Services, Inc., Court of Appeals Case No. 15-55500, (9th Cir. 2015)

^② 参见北京市高级人民法院(2007)高民初字第1201号民事判决书。

^③ See Daniel Seng, “Who Watches the Watchmen?” An Empirical Analysis of Errors in DMCA Takedown Notices, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2563202, 2020-03-03.

络用户之间进行有效沟通并解决侵权纠纷。

四、错误通知法律规制路径的完善

对于著作权法律 and 政策的制定者而言,从制度层面规范通知的形式要件,可以有效引导和激励高质量的自动化通知实践。然而,算法时代通知的滥用现象和不良影响业已显现并初具规模,通知中存在的大量实质性错误显然与人为过错有关。一些投诉人在发送通知时没有采取必要措施检查和验证相关信息,或者通过提供通知发送服务谋取不当利益,甚至通过恶意投诉打击竞争对手,这些错误乃至滥用通知的行为,需要进行有效的法律规制。

(一)错误通知的法律规制现状

为了规制错误通知行为,《美国数字千年版权法》第 512 条(f)款对“虚假陈述”进行了规定。如果在发出通知或反通知时存在“故意的实质虚假陈述”,那么要对包括诉讼费、律师费在内的损失承担赔偿责任。2004 年,在“在线政策组织诉迪堡公司案”^①中,美国加利福尼亚州北部地区法院解释了第 512 条(f)款“故意虚假陈述”的意义,“故意”意味着一方当事人在实际上知道或应该知道做出了重大虚假陈述的情况下应承担损害赔偿责任。在“罗西诉美国电影协会案”^②中,美国联邦第九巡回上诉法院在判决中针对第 512 条(c)款第 3 项 A 目下的“善意相信”声明要件确立了主观判断标准,认为著作权人不能仅仅因为一个未知的错误就承担责任。在 2008 年“伦茨诉环球音乐公司案”^③中,美国加利福尼亚州北部地区法院指出著作权法要求权利人在形成善意信念时考虑合理使用原则。该案经过长达八年的诉讼,2015 年,美国第九巡回上诉法院在判决中进一步明确,根据《美国数字千年版权法》第 512 条(f)款的规定,权利人在发出删除通知前需要考虑涉案资料是否构成合理使用,否则可能构成虚假陈述而承担法律责任。为了适应算法执法的大趋势,法院还建议权利人在发出自动通知时,通过算法设计纳入作品合理使用的考虑因素,以判断是否尽到“善意”注意义务。^④可见,根据美国的立法和司法实践,“故意”发送虚假陈述错误通知的行为应当承担损害赔偿责任,与此同时,如果主观符合善意标准就不承担法律责任,且没有规定对“恶意通知”的额外惩戒。

从我国的立法实践来看,2009 年通过的《中华人民共和国侵权责任法》并未对网络侵权的错误通知行为进行规制。2020 年 5 月 28 日颁布的《中华人民共和国民法典》(以下简称为《民法典》)侵权责任编弥补了这一立法空白,其第 1195 条第 3 款规定,权利人因错误通知造成网络用户或者网络服务提供者损害的,应当承担侵权责任。与此同时,该款还有“法律另有规定的,依照其规定”这一表述,由此可以与《中华人民共和国电子商务法》(以下简称《电子商务法》)以及《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)等特别法中的具体规定形成有机衔接。例如,《电子商务法》第 42 条第 3 款明确规定:“因通知错误造成平台内经营者损害的,依法承担民事责任。恶意发出错误通知,造成平台内经营者损失的,加倍承担赔偿责任”。此处的“加倍赔偿”体

① See Online Policy Group v. Diebold, Inc. 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004).

② See Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am., Inc., 391 F.3d 1000, 1003-4 (9th Cir. 2004).

③ See Lenz v. Universal Music Corp., 572 F. Supp. 2d 1150 (N.D. Cal. 2008).

④ See Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015).

现出了立法者对“恶意通知”的惩罚态度,不得不说是通知删除制度立法上的一大进步。

值得关注的是,2020年1月15日中美达成的第一阶段经贸协议,强调了双方应加强合作打击电子商务市场中的侵权和假冒行为。此份文件中第1.13条第1款中规定:“中国应提供执法程序,允许权利人对在线环境中发生的侵权行为采取有效、迅速的行动,包括建立有效的侵权通知和删除系统。”其第2款进一步明确,中国应“免除善意提交的错误删除通知的责任”“通过要求通知和反通知的相关信息以及对恶意提交的通知和反通知进行处罚,确保删除通知和反通知的有效性”。可见,中美经贸协议不仅明确了权利人针对错误通知应承担过错责任,还对“善意通知”和“恶意通知”的处理问题提出了具体的要求。

作为对协议的回应,在2020年8月24日《最高人民法院关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复》中,第4条规定了平台内经营者恶意提交反通知声明的情形下,权利人依照有关法律规定请求相应的惩罚性赔偿;第5条则强调,知识产权权利人能够举证证明其错误通知系善意提交,则可以请求免责。在2020年9月10日《最高人民法院关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》中,第6条对认定通知人是否具有《电子商务法》第42条第3款所称的“恶意”可以考量的因素进行了列举。可见,在电子商务领域已经明确善意通知可以免责、恶意通知可以适用惩罚性赔偿的分类规制途径。这是网络治理包容审慎理念在电子商务领域的具体践行,既包容了善意通知人的轻微过错,也从重打击了恶意通知谋取不当利益的情形,具有重要的现实意义。不过《电子商务法》的适用范围仅限于互联网上销售商品或者提供服务的经营行为,大量遭受投诉人错误通知的“非平台内经营者”,并不能通过《电子商务法》寻求救济。

目前,《信息网络传播权保护条例》第24条仅规定了“因权利人的通知……给服务对象造成损失的,权利人应当承担赔偿责任”的概括责任条款,并未对错误通知的民事责任作出具体的规范。从侵权责任的法律规范上而言,《著作权法》是特别法,《民法典》是一般法,适用《民法典》第1195条第3款对著作权法领域的错误通知行为进行规制是可行的。进一步而言,根据《民法典》第1165条第1款“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任”之规定,错误通知满足“过错+侵害行为+损害结果”三个构成要件,行为人应承担填平意义上的损害赔偿,责任是应有之义。然而,上述一般性规定,尚无法回答“善意通知”是否应区别对待、“恶意通知”是否应额外惩罚的问题。著作权法上如何进一步完善错误通知产生的侵权责任,仍需要引起足够的关注和重视。

(二)我国著作权法上错误通知分类规制的思考

在错误通知损害赔偿的构成要件中,过错是必备的主观要件。“善意”与“恶意”虽然是主观意图,但并不是侵权责任的构成要件,与“过错”既有区别,又有联系。如果过错是以行为人造成损害后果的主观心理状态为判断标准,那么“善意”与“恶意”强调的是行为时的主观动机,通常作为影响过错程度的因素。

侵权法上的“过错”通常分为故意与过失两种情形。其中故意是指行为人实施加害行为时期望损害结果发生或者明知损害结果确定会发生而放任其发生的心理状态。过失根据注意的程度,又可以分为重大过失、一般过失与轻微过失。如果说轻微过失与重大过失代表了过失的两个相反走向,那么善意与恶意则意味着两个相反走向的延伸端。轻微过失采用客观标准来衡量,是

指在某种具体条件下从事一定业务的特定人没有遵守对他所指出的较高的要求,^①以致一般人在通常情况下都可能会犯此过失。仅因轻微过失就认定非善意,是法律对行为人的一种苛求。因此,只要行为人采取了必要预防措施尽了合理注意义务(虽有轻微过失)就可成立善意。恶意是与善意相对立的概念。侵权法依据故意的“恶性程度”区分一般故意和恶意,如果说一般故意(包含重大过失^②)的恶性主要体现为是一种不当动机,那么,恶意则意味着存在恶劣的、不道德的邪恶动机,且行为的情节恶劣,后果严重。^③ 这种区分的意义在于可以按照责罚相当的原则,对行为人是承担一般的补偿性赔偿,还是额外的惩罚性赔偿做出判断和界分。

在自动化通知领域,错误通知具有多样性和复杂性,其法律规制路径也应当体现差异性。计算机的自动搜索和识别技术虽然本身不能进行著作权法上的价值判断,无法区分侵权内容与合法用途,但是算法执行背后体现的是人类的主观信念。每一个无效侵权通知的发送往往存在投诉人的主观故意乃至恶意。本文认为,在行为人基于过错原则承担一般损害赔偿赔偿责任的基础上,应当进一步区分善意通知和恶意通知情形,实现对错误通知的分类规制。其中,投诉人发送通知时履行了合理注意义务,可以基于善意标准免于承担责任;投诉人发送错误通知有谋取不法利益或者损害他人利益的主观意图并导致严重不利后果的行为,法律应给予额外惩罚。这种分类规制,不仅具有经济功能,而且具有道德意义。善意通知因为减少了信息搜寻成本和尽了诚信义务而得到肯定,一般的错误通知则因为加大了信息搜寻成本并具有道德意义上的可谴责性因而得到否定,恶意通知则因主观的加害意图和造成的严重损害后果则需要接受惩罚性赔偿。善意与恶意的区分,使著作权法上通知删除制度的设计(行为效力和责任承担)更加符合公众的道德情感。

1. 明确善意通知免于承担责任的情形

善意通知是指投诉人进行了必要核查,有理由相信网络用户存在著作权侵权行为时所发送的错误删除通知。善意标准的确立可以引导投诉人基于必要谨慎采取合理措施对指控侵权的内容进行初步审查,以避免错误的发生。由于行为人不知道或不应该知道其行为缺乏法律上的根据(在道德伦理上已经无可指责),作为“最低限度的道德”的法律,当然没有理由也没有必要苛责善意行为人,因此,善意情形下发送的错误通知不承担侵权损害赔偿责任。

在网络著作权时代,立法者从未放弃“技术中立”立场,允许网络技术的实质性非侵权使用。^④ 在自动化通知情形,投诉人需要进行充分举证,从客观角度说明其初步审查行为所采取的合理步骤,使法院相信其“善意”成立。例如,请求删除的侵权资料在确定位置信息时,通过自动化系统事先进行了检测,对主张侵权的作品的判断在算法识别标准中考虑了合理使用和不受保护的情形等,并通过识别可疑的信息进行了人工校验,等等。投诉人在满足通知实质要件和准确性方面所采取的这些技术举措,可以作为“善意”的客观参考标准,以判断投诉人是否尽了合理注意义务,从而免于承担法律责任。

① 参见王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社2003年版,第257页。

② 过失是行为人认识到损害的可能发生,但欠缺一般人具有的起码注意,导致了损害结果的发生。因此,重大过失在认识因素上与故意等同。参见叶名怡:《侵权法上故意与过失的区分及其意义》,《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第4期。

③ 叶名怡:《侵权法上故意与过失的区分及其意义》,《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第4期。

④ 参见吴汉东:《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。

2. 建立恶意通知惩罚性赔偿制度

恶意通知是指投诉人明知自己无权通知或通知依据不足,为了自身不法利益或者损害他人利益的目的而发出的错误删除通知。事实上,在大规模的自动化通知中,往往存在通过发送大量的“垃圾”删除请求谋取不法利益,甚至通过恶意发送删除请求形成黑灰产业链的情形,即使许多符合形式要求的通知也具有欺诈、滥用或其他无效的情形。^① 恶意通知严重损害了通知对象并破坏了公平竞争秩序,需要进行额外的惩戒。目前,我国在侵权责任领域已逐步建立了规范化的惩罚性赔偿法律体系,尤其是《民法典》第 1185 条首次对侵害知识产权的惩罚性赔偿做了专款规定,这为著作权法上建立恶意通知的惩罚性赔偿机制提供了制度基础。

(1) 惩罚性赔偿的构成要件分析

《民法典》第 1185 条关于知识产权惩罚性赔偿的一般适用条件,规定了侵害他人知识产权的主观“故意”和“情节严重的”客观后果要件。《民法典》侵权责任编中侵害知识产权的惩罚性赔偿规则,属于上位法规则和一般法规则。《民法典》确定的惩罚性赔偿为相关知识产权特别法提供了上位法依据,知识产权法的规定应当以该规定为基础,可以进行细化,但不能与该规定相冲突。^② 如前文所述,从法理解释的角度而言,“故意”和“恶意”是两种不同的主观样态;其实,在立法层面,“故意”和“恶意”也有明确的区分。例如,《民法典》中有 29 处使用了“故意”,但是也有 6 处使用了“恶意”,体现在第 154、164、459、461、500、538 条中,涉及恶意串通、恶意占有、恶意磋商等情形。显然,“恶意”是“故意”之中最为严重的状态。

作为一般性规定,《民法典》针对知识产权惩罚性赔偿设定的“故意”要件,从广义上可以理解为包含有一般故意和恶意的情形。基于特别法优于一般法的原则,在专门的知识产权法领域,可以根据实际情况就惩罚性赔偿的主观要件采取不同的法律表述形式。例如,目前在《电子商务法》《中华人民共和国商标法》和《中华人民共和国反不正当竞争法》中表述的是“恶意”,2020 年修订的《著作权法》和《中华人民共和国专利法》则使用了“故意”的表达方式。作为对中美第一阶段经贸协议中通知删除机制完善要求的回应,同时类比《电子商务法》中恶意通知惩罚性赔偿之规定,本文认为,著作权法上错误通知适用惩罚性赔偿之主观要件明确为“恶意”,更具现实意义。“善意”“故意”和“恶意”术语的规范使用,可以尽量避免因主观标准表述不同而带来的法律适用困惑,并防止惩罚性赔偿的泛化冲击侵权法上的填平责任主流价值。

在实践中,错误通知是否适用惩罚性赔偿,应当将“恶意”主观要件与“情节严重”客观要件结合起来综合分析。“恶意”通常表现为投诉人在发送错误时存在非法牟利或加害于被通知对象的故意,“情节严重”通常考虑侵权行为的性质、侵权规模、持续时间、侵权后果等因素。例如,以敲诈勒索或打击竞争对手为目的,伪造、变造权属证明或维权授权书发送通知;投诉人故意歪曲或捏造虚假侵权事实发送删除通知进行商业诋毁,损害竞争对手的商誉;反复发送错误通知等等。上述行为给网络用户或网络服务提供者带来巨大经济损失或者其他严重后果,极大破坏了诚实守信的竞争秩序,应通过适用惩罚性赔偿,适度强化民事损害赔偿制度的惩罚、威慑和预防侵权

^① See Paul Sieminski, Gen. Counsel, Automattic Inc., Reply Comments Submitted in Response to Section 512 Study: Notice and Request for Public Comment, <https://www.regulations.gov/document?D=COLC-2015-0013-87349>, 2020-03-28.

^② 参见王利明:《论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则》,《政治与法律》2019 年第 8 期。

的功能,对于遏止权利滥用,培育良好的网络著作权生态具有现实意义。

(2) 惩罚性赔偿金基数的计算方式探讨

惩罚性赔偿具有依附性,必须以补偿性赔偿为前提。惩罚性赔偿金的数额,是按照补偿性赔偿金的一定倍数来计算,且与“恶意”的程度相当,才能起到惩戒的作用。因此,如何计算错误通知导致的损害赔偿基数是关键之所在。在审判实践中,电子商务领域错误通知损害赔偿的计算,往往参照知识产权侵权损害赔偿的计算方法,即按照“被通知人的实际损失—通知人的侵权获利—酌定赔偿”的顺序予以认定。^① 本文认为,在网络著作权领域计算自动化通知所导致的损害赔偿金额时,在参照著作权侵权损害赔偿的计算方法的基础上,还充分考虑“公平、合理和与损害相称”的原则,有效平衡通知发送方、网络服务提供者和网络用户之间的利益。

其一,谨慎采用以单件侵权作品为基数的方式来计算损害赔偿数额。目前,著作权司法实践中,通常采用“指控侵权作品数量乘以每件复制品利润之积”的方式计算损害数额。此种方法在自动化通知背景下宜谨慎适用。当用户在大型在线平台上放置大量的作品,投诉人发出侵权通知、侵权主张和删除请求可能是成指数增长,随之而来的便是天价损害赔偿数额。法院应充分行使自由裁量权,基于“公平、合理和与损害相称”原则来确定损害数额的计算方式。在通知人一般过失的情况下,不宜采用“单件侵权作品”为基数的计算方法,为网络服务业的发展和创新提供更友好的环境。^② 当然,在故意侵权和恶意侵权的情况下,法院仍可根据实际情况采用“单件侵权作品”为基数的方式来计算损害赔偿数额,以体现为严重侵权行为的制裁和惩罚。

其二,考虑流量经济背景下实际损失的判定情况。被通知者因为错误通知导致其相关链接被采取删除、屏蔽、断开等措施,带来的流量流失以及媒体受众粘性减弱等不利影响所需支出的通常费用,属于损害赔偿的范围。

其三,注重商誉损害赔偿和精神损害赔偿。虚假投诉中,针对用户合理使用或正当使用的情形提出错误侵权主张,不仅会给被通知者带来商誉毁损和利益损失,还有可能给个人用户的信誉、社会评价带来负面影响,由此产生的精神损害也应属于损害赔偿的计算范围。

(3) 举证责任转移的适用

惩罚性赔偿的适用仍然有赖于当事人充分举证,只有在能够证明损害赔偿“基数”和违法行为恶性程度的情况下,考虑合理倍数的惩罚性赔偿才有意义。在错误通知侵权诉讼中,原告有时只能提供侵权的初步证据,尤其是要举证被告存在主观故意或恶意,显然面临举证难的诉讼障碍。例如,在“迪士尼公司等诉流媒体电影和电视剧网站 Hotfile 案”^③中,华纳公司采用的是自动通知删除程序,对于一些特定的网站,华纳会采取关键词搜索机制。一旦发现目标内容,系统就会编写一条删除通知然后将其发送给该盗版内容的托管网站。Hotfile 针对华纳公司提交的

① 参见浙江省高级人民法院联合课题组:《关于电商领域知识产权法律责任的调研报告》,《人民司法》2020 年第 7 期。

② See Jennifer M. Urban, Joe Karaganis and Brianna L. Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628, 2021-02-14.

③ 本案被告 Hotfile 是提供在线文件存储服务的技术公司,原告是拥有各种艺术作品版权的五大娱乐公司:迪斯尼公司,二十世纪福克斯电影公司、环球城市电影制作公司、哥伦比亚电影公司和华纳兄弟娱乐公司(简称华纳公司)。案件审理过程中,Hotfile 针对华纳提交的删除通知以虚假陈述为由提起了反诉。See Disney Enters., Inc. v. Hotfile Corp., No. 11-20427-CIV, 2013 WL 6336286.

890 个错误删除请求提起了虚假陈述侵权之诉。然而,Hotfile 要求华纳承担法律责任就必须证明华纳发送错误通知存在主观故意,这显然是有难度的。但是要求华纳证明其工作人员在利用算法程序识别侵权文件时是否尽到注意义务,是否采取了措施审查被标记为质疑的文件,显然具有可行性。因此,通过举证责任转移,将部分证明责任从原告转移至被告,对当事人的举证责任进行合理分配,可以缓解原告举证难的法律困境。

在裁判规则上,此类案件仍遵循的是“谁主张谁举证”原则。在具体案件的审理中,举证责任在当事人之间的转移取决于人民法院对负有证明责任的一方当事人所提供证据的证明力的综合评价结果。如果在对一方当事人所提供证据进行审查判断后,认为其证明力具有明显优势并初步达到了相应的证明标准,此时可以不再要求该方当事人继续提供证据,而转由另一方当事人提供相反证据。因此,具体案件中举证责任转移的前提条件是负有证明责任一方当事人提供的现有证据已经初步达到相应的证明标准。^① 在错误通知惩罚性赔偿的司法适用过程中,原告穷尽所掌握的证明材料,能初步证明损害赔偿数额、被告存在恶意通知行为并且情节严重时,法院可将举证责任移转给被告,要求被告对此作出合理解释并提供相反证据。若被告无法给出合法合理投诉的依据,亦无法给出其他合理解释的,法院可综合案件情况,判定由被告承担惩罚性赔偿的不利后果。

五、结 语

从著作权人通知发送的自动化到网络服务提供者通知审查的自动化,再到当前热门的作品生成自动化和司法裁决自动化,都是高度依赖算法进行资源分配和规则治理,反映了当今社会对效率的执着信念及普遍追求。客观而言,在算法引发的自动化通知实践中,算法提供了比人类认知本身更好的标准,可以帮助人类更理性地作出决策,算法的嵌入和应用本质上有助于更高效地解决网络著作权侵权纠纷,也将在网络治理中创造新的市场机会和竞争效应。但是,算法带来的通知规模大幅增长和通知错误侵权隐患,也对著作权法上的通知删除规则提出了新的挑战。权利人的通知作为通知删除程序的起点和权利滥用治理的源头,需要在构成要件及规制路径方面不断完善法律保障体系,提升司法保障水平。需要进一步思考的是,随着自动化技术措施不断发展,如何将合理使用的原理标准和判断因素更有效地融入通知的算法设计之中?网络用户的反通知机制如何更好地得以实现其救济功能?通知删除规则如何在解决著作权、隐私和表达自由的冲突方面发挥更大的作用?如何在制度上进一步落实对算法的透明度和问责要求?等等,这些都是算法时代提出的新问题,尚需要进一步深入研究。学界和产业界尤其需要针对著作权法领域的算法执法效果展开系统化的检视和定量研究,以充分实现算法在法治建设中的独特价值和作用。

责任编辑 黄玉烨

^① 参见“再审申请人华为技术有限公司与被申请人中兴通讯股份有限公司侵害发明专利权纠纷案”,最高人民法院(2014)民申字第148号民事裁定书。