

DMCA下的故意视而不见原则之证伪

王小夏 张贤伟

内容提要：美国联邦第二巡回法院在Viacom v. YouTube案中指出，故意视而不见原则有可能在DMCA下适用，却没有提供进一步的指引，在学界引起了困惑。在DMCA框架下，认定故意视而不见需要受到特定知悉和§ 512(m) 监控义务排除的限制。纽约南区法院在重审该案时将故意视而不见原则吸收入原有知悉规定中，架空了这一原则，这是符合避风港条款规定和立法历史的解读。

关键词：数字千禧年版权法案 故意视而不见原则 红旗标准

Abstract: In Viacom v. YouTube, the Second Circuit confirmed that willful blindness may substitute for knowledge under the DMCA. The Second Circuit's acceptance of the doctrine without further guidance has caused confusion in the intellectual property community. Under the DMCA scheme, primary barriers to a finding of willful blindness are the specific knowledge requirement and the "no affirmative duty to monitor" provision under §512(m). The trial court reviewed the case by ruling that "willful blindness" was still part of the knowledge prong of the DMCA, which made this doctrine impracticable under DMCA. It's a logical interpretation of DMCA safe harbor provisions and its legislative history.

Key Words: DMCA; willful blindness doctrine; red flag standard

为了响应WIPO将WCT及WPPT引入国内法的要求，也为了应对互联网时代对版权保护带来的挑战，美国国会在1998年制定了《数字千禧年版权法案》（DMCA），该法案通过避风港条款为YouTube等在线服务提供商提供激励，为了获取免责，在线服务提供商应配合权利人阻止版权侵权行为。但权利人与服务提供商的斗争并未因此停止。2007年，美国媒体巨头Viacom公司就其拥有版权的大量视频片段受侵权而向YouTube主张10亿美元的损害赔偿。在二审中，Viacom主张YouTube对网站中的侵权活动故意视而不见。第二巡回法院认为，故意视而不见原则有可能在DMCA中适用，但第二巡回法院并没有就故意视而不见原则如何在DMCA下适用给出详细的指引。Eric Goldman教授指出，Viacom的二审判决是一个失败的判决：虽然重申了地区法院的正确见解，却又制造了新的问题。^①本文将指出该原

则只会被DMCA的原有规定吸收，无法发挥独立的推定知悉作用；同样地，也并不具备在我国独立适用的价值。

一、DMCA的相关规定

美国国会在制定DMCA时，于《在线版权侵权责任限制法》（Online Copyright Infringement Liability Limitation Act）中规定了避风港条款。依据该条款，权利人负有监控侵权活动的责任，只有在需要去除侵权内容时，服务提供商才需要配合权利人。符合DMCA定义的服务提供商只要事先对侵权活动并不知情，也未从中获得利益，在收到通知后，立即遵守通知及删除程序的一系列规定，就可以获得免责；而权利人则享有维权的渠道和相应的权利义务，可以在互联网中行使排他权。避风港条款为权利人提供了快速反应与补偿机制。^②不能满足避风港并不意味着服务提

作者简介：王小夏，腾讯公司总法律顾问助理、高级法务总监
张贤伟，厦门大学知识产权研究院博士研究生

① Eric Goldman, "Second Circuit Ruling in Viacom v. YouTube Is a Bummer for Google and the UGC Community", http://blog.ericgoldman.org/archives/2012/04/second_circuit_3.htm, 最后访问日期：2014年1月25日。

② Hormann, Kevin C. "Death of the DMCA - How Viacom v. Youtube May Define the Future of Digital Content, The." Hous. L. Rev. 46 (2009): 1369.

供商就应当承担责任，原告仍然需要主张普通法上的责任^③。

根据DMCA § 512 (c) (1) (A)，服务提供商要进入“避风港”需要缺少对侵权的实际知悉或未察觉侵权活动明显的事实或情形。如果实际知悉或察觉侵权活动，服务提供商立即移除侵权资料也能获得免责。在收到符合法律规定的侵权通知后，应当立即移除或阻止他人接触侵权材料。为了便于讨论与区别，美国法院在判决时，通常将“对侵权活动明显的事实或情形的察觉”简称为明显知悉 (apparent knowledge) 或红旗知悉 (red flag knowledge)、红旗标准 (red flag standard)；这几个词语通常在判决中混用，表达的是相同的意思。^④

“实际知悉关注的是服务提供商实际或主观上知道特定侵权事实，而红旗标准关注的是服务提供商是否意识到客观上明显的特定侵权事实。”^⑤实际知悉是相当明确的标准，只考虑服务提供商的主观方面。相较实际知悉的简洁明了，红旗知悉则增加了客观方面的考察，如果事实与情形足以使理性人认为侵权活动正在发生，那么只要服务提供商认识到了这种客观事实，就意识到了红旗的存在——具备红旗知悉。虽然DMCA的条文本身并未直接规定知悉的程度问题，但后续的判例已经解释了只有对特定侵权内容的知悉才能引起服务提供商的移除义务。

尤其值得一提的是，§ 512 (m) (1) 规定避风港的保护并不取决于服务提供商对服务的监控或者对侵权事实的积极寻找。该条规定虽然简略，却是许多法院对DMCA进行解释时的重要依据。条文不仅确认了服务提供商的免责并不以积极监控为必要，在解释避风港条款的界限时也具有意义。比如，如果事实和情形需要服务提供商监控或调查，那么这些事实和情况就不能构成红旗知悉。^⑥

下面将模拟服务提供商的知悉过程，以说明 § 512 (m) (1) 对判断知悉的重要影响。

1. 首先假设服务提供商是一名理性人。
2. 事实Y是侵权事实。
3. 服务提供商知道事实X，但并不知道事实Y。
4. 但是，X与Y是有密切关联的。
5. 如果服务提供商知道X，那么应当意识到很有可能存在Y（到此为止）。
6. 一个合理的调查应当能够发现情形Y。
7. 服务提供商发现情形Y，立即停止情形Y。

DMCA的立法者们并没有对服务提供商施加监控和寻找义务的意图，通过 § 512 (m) (1) 排除了监控和寻找义务。这就导致在知悉过程进行到步骤5时，服务提供商不需要进一步调查。即使服务提供商知道网站上正在有用户在进行侵权活动，也不能认为其具备避风港条款意义上的“知悉”。知悉对侵权内容的特定要求加上监控义务的排除，是故意视而不见原则在DMCA下适用的最大障碍。

二、故意视而不见原则及DMCA的限制

故意视而不见 (Willful Blindness) 原则起源于美国刑法，^⑦美国最高法院在2011年的专利侵权案件Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB SA案^⑧（以下简称Global-Tech Appliances案）中提出，故意视而不见包括两个要件，一是主观地相信侵权的事实很可能存在；二是故意采取行动避免知道该侵权事实。最高法院认为这一定义恰当地限制了范围，使其能够与刑法中的轻率 (recklessness) 和过失 (negligence) 相区分。根据定义，因为故意视而不见替代的是明知，^⑨故而必须有证据表明行为人在主观意图上是接近明知的。刑法中确立这一原则的原因是因为许多刑法规范需要行为人的明知作为要件，因此行为人有可能通过避免明知逃避责任。故意视而

^③ House Of Representatives. Rep. No. 105-796, (1998):73.

^④ UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc., 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D. Cal. 2009), Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090 (W.D. Wash. 2004).在本文中，“红旗标准”与“红旗知悉”也会依据语境混用。

^⑤ Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012).

^⑥ UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc., 665 F. Supp. 2d 1099, 1108 (C.D. Cal. 2009).

^⑦ Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB SA, 131 S. Ct. 2060, 563 U.S., 179 L. Ed. 2d 1167 (2011).

^⑧ Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB SA, 131 S. Ct. 2060, 563 U.S., 179 L. Ed. 2d 1167 (2011).

^⑨ Robbins, Ira P. "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea." Journal of Criminal Law and Criminology (1990): 191-234.

不见的本质是通过分配与明知相同的可归责性（Culpability），建立与明知的联系。^⑩

最高法院在一百多年前就开始采纳此原则；^⑪几乎所有联邦上诉法院也都接受了该原则。但美国的法官们一开始是吝于使用该原则的，即使判决中涉及，该原则对结论的实际作用也并不明显。^⑫直到20世纪70年代，故意视而不见原则才开始被广泛应用。^⑬

基于该原则的定义，该原则强调关注被告的主观意图，在United States v. Caminos案中，法官认为，“在向陪审团给出有关故意忽略的指示时，需要阐明的是，不能仅仅从一名理性人认识到可能性的角度去判断，而要注重被告本人主观上认识到事实很有可能发生”。^⑭

在版权法领域，第七巡回法院在Aimster案^⑮中首次指出，“故意视而不见在版权法中可以等于知悉——就像在其他法律中一样”。

第二巡回法院在Viacom v. YouTube案的二审中引用这一论断，对故意视而不见给出了与最高法院一致的定义。^⑯就Viacom主张YouTube对侵权活动的故意视而不见问题，第二巡回法院认为故意视而不见有可能被认定为DMCA意义上的知悉。法院认为，普通法原则只有在制定法直接说明（speak directly）相关问题时才会被废止。法院认为，与故意视而不见最接近的规定是§512（m）。法院承认避风港条款不能以积极寻求或监控侵权活动为条件，但又指出，故意视而不见不等于积极的监控义务。法院认为，DMCA

并没有直接说明有关故意视而不见的问题，因此，故意视而不见原则可以在适当的情形下适用，使法院认定服务提供商对侵权有所知悉或察觉。

根据以上对相关规定的论述，我们可以发现，故意视而不见原则要在DMCA下适用，必须受到两大限制：一是要与§512（c）下知悉的程度要求一致；二是任何对故意视而不见原则的解读都必须避免对服务提供商施加积极的监控义务，以免与§512（m）矛盾。

（一）知悉的特定

虽然DMCA的条文没有直接规定，但是达到特定、可识别程度的知悉是DMCA条文与立法历史的内在要求。地区法院和第二巡回法院分别阐明了这一解释，其他法院的先例也都支持这一结论：知悉不能是一般性的知悉。^⑰无论实际知悉还是红旗知悉^⑱，在避风港条款中的定位不同，但都以特定、可识别的侵权程度为标准。

实际知悉是指主观上的确信，相比实际知悉，红旗知悉则增加了客观方面的评价。特定、可识别的程度，在实际知悉中是指对于特定侵权内容的主观确信，而在红旗知悉中是指合理第三人客观上可以察觉有明显的特定侵权的情形。

与特定知悉相对的是一般性知悉，指服务提供商知道网站上随时可能发生侵权，这种知悉并不会使服务提供商失去避风港保护。“版权法保护的是单独的作品，而不是图书馆。”^⑲如果要使服务提供商承担间接侵权责任，在主观上必须知悉特定的作品侵权活动，而不能是仅仅概括地知道某些作品正存在被侵权的可能性。

^⑩ Robbins, Ira P. "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea." *Journal of Criminal Law and Criminology* (1990): 191-234.

^⑪ Spurr v. United States, 174 U.S. 728, 19 S. Ct. 812, 43 L. Ed. 1150 (1899).

^⑫ Robbins, Ira P. "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea." *Journal of Criminal Law and Criminology* (1990): 191-234.

^⑬ Von Kaenel, Frans J. "Willfull Blindness: A Permissible Substitute for Actual Knowledge under the Money Laundering Control Act." *Wash. ULQ* 71 (1993): 1189.

^⑭ 类似的观点还可在US v. Khorozian, 333 F.3d 498 (3d Cir. 2003)、US v. Stewart, 185 F.3d 112 (3d Cir. 1999)、United States v. Oppong, 165 F. App'x 155, 163 (3d Cir. 2006)等案判决中读到。

^⑮ In re Aimster Copyright Litigation, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

^⑯ 第二巡回法院的定义是：当行为人意识到争议事实很可能存在，并有意识地避免确认这一事实。原文为A person is "willfully blind" or engages in "conscious avoidance" amounting to knowledge where the person was aware of a high probability of the fact in dispute and consciously avoided confirming that fact.

^⑰ Perfect 10, Inc. v. CCBILL, LLC, 340 F. Supp. 2d 1077 (C.D. Cal. 2004); UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc., 665 F. Supp. 2d 1099 (C.D. Cal. 2009); Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc., 351 F. Supp. 2d 1090 (W.D.).

^⑱ 指达到红旗标准的知悉。

^⑲ Viacom Intern. Inc. v. YouTube, Inc., 540 F. Supp. 2d 461 (S.D.N.Y. 2008).

根据Viacom提交给第二巡回法院的材料，它主张超过70%的材料是受版权保护的。^{②①}这个比例其实过低。作品无处不在，私人录制的视频和Viacom的Daily Show片段同样都应受保护。我们可以认为，YouTube上几乎所有的内容都受版权保护（公有领域的作品除外）；如果概括地知道存在着侵权活动就失去避风港的保护，就会使服务提供商不得不积极监控每份视频并调查其是否受版权保护，是否是由权利人上传，以及这些内容是否存在侵权责任的例外（如合理使用）。

DMCA的众议院报告指出，DMCA第二部分旨在激励服务提供商与版权人协作处理数字环境下的版权侵权问题。同时，就服务提供商可能遭遇的法律风险，条文为服务提供商提供更为确定的指引，使其能够在正当运营和打击侵权时有清晰的预判。^{②②}相比服务提供商，权利人是更适合去评估用户生成的内容是否侵犯版权的一方。

在每分钟都有至少100个小时视频或音乐上传的情形下，服务提供商可以意识到侵权存在的可能性，但却难以去知悉特定的事实。YouTube等网站中包含了大量的用户分享内容，连权利人自己都无法正确识别内容侵权与否。值得一提的是，Viacom在诉讼中撤回了对部分视频片段侵权的起诉，原因是Viacom后来发现这些视频是Viacom自己上传至YouTube的。^{②③}如果连权利人自己都无法对其正确识别，那更加不能期待服务提供商在识别侵权内容上有更大的建树。

另外，DMCA还要求服务提供商在知悉侵权后“快速”删除侵权内容，只有特定的、可识别的知悉，服务提供商才有可能快速移除侵权内容。

总之，避风港条款下的知悉需要受特定、可识别的程度限制，故意视而不见原则作为推定知悉存在的原则，也应当适应这一限制。

（二）监控和寻找义务的排除

避风港条款并非普通法原则的简单反映；避风港条款的目的是限制服务提供商的责任，达

到服务提供商与权利人利益的平衡。满足条件的服务提供商需要不参与对用户生成内容的控制，并为满足权利人的要求作出迅速和善意的回应。双方利益平衡的实现不仅依靠§ 512(c)，还需要§ 512(m)(1)加以限制。该规定认为避风港的保护不能建立在服务提供商进行监控(monitor)或积极寻找(seek out)侵权事实上。换句话说，服务提供商可以自行决定采取监控措施，但这种行为与履行义务无关。DMCA的立法者认为，监控和积极寻找的义务仅保留给权利人，而不能施加于服务提供商。^{②④}

YouTube认为，这一限制已经排除了故意视而不见原则的适用。^{②⑤}Facebook、eBay等公司也在法庭之友意见^{②⑥}中指出，Viacom的主张是循环论证，是对知悉标准的扭曲，如果支持其主张将使§ 512(m)的规定无效化。它们将Viacom的主张归纳为下列推理过程：

1. YouTube没有积极地监控侵权活动事实；
2. 这种故意视而不见构成YouTube的实际知悉；
3. 这种知晓使YouTube并不“无辜”；
4. § 512(m)只对“无辜”的提供商适用；
5. 因此YouTube有监控或积极寻找侵权活动事实的义务。

可以发现，第一点论据与最终的结论是统一的，要想避免这种循环论证，认定故意视而不见必须建立在不违反§ 512(m)的前提之上。第二巡回法院承认这一点，但却没有阐明应当如何适用故意视而不见原则以避免上述悖论的发生。

三、故意视而不见原则在DMCA下的适用性

在指出故意视而不见原则在DMCA下受到的限制后，下面将就可能的适用路径进行分析。需要探讨的是，传统意义上的故意视而不见原则是否具有独立适用的可能性？如果答案为否，那

^{②①} Opening Brief for Plaintiffs-Appellants at 14, Viacom Int'l., Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (2d Cir.2012) (No. 10-3270), 2010 WL 4930315 at *14.

^{②②} H.R. Rep. No. 105-796, at 72 (1998) (Conf. Rep.), reprinted in 1998 U.S.C.C.A.N. 639, 649.

^{②③} Defendant's Opposition to Plaintiffs' Motions for Partial Summary Judgment at 5-6, Viacom, 718 F. Supp. 2d 514 (No. 07-2103).

^{②④} House Report (Commerce Committee) No. 105-551(II):53, 61, 64 (1998).

^{②⑤} Defendant's Opposition to Plaintiffs' Motions for Partial Summary Judgment at 32, Viacom Int'l., Inc. v. YouTube, Inc., 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010) (1:07CV02103), 2010 WL 3054854 at *22.

^{②⑥} Brief for Amici Curiae eBay Inc., Facebook Inc., IAC/Interactive Corp, and Yahoo! Inc. Supporting Defendants-Appellees and Urging Affirmance at 24, Viacom Int'l., Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012) (10-3270-cv, 10-3342-cv), 2011 WL 1536815, at *24.

么DMCA下是否有对应的解决方案？如果不能在DMCA下适用，权利人要如何DMCA的范围之外主张服务提供商的责任？

（一）作为普通法原则的独立适用

普通法中的故意视而不见原则要求被告具备对情形一定程度的知悉。这种知悉与DMCA的意义下的知悉是不同的。

在版权法中，严格责任原则“只需要被告知道侵权人的活动，并不对侵权活动的法律性质作出判断。”^{②6}间接责任只要知悉侵权活动，引诱、引起或实质性地帮助了他人的侵权活动即可认定。^{②7}而在DMCA下，仅仅知悉侵权活动却并不足以剥离避风港的保护，服务提供商需要没有快速移除侵权内容方可失去免责资格。知悉需要到达特定和可识别的程度，而不是概括地有所了解。^{②8}上述区别的根源在于，DMCA并未完全吸收普通法原则，它是美国国会调节版权法与互联网发展利益的特殊产物；避风港条款并非归责条款，而是“依据现行法律原则，服务提供商被认定应当承担责任的”为服务提供商提供庇护。^{②9}§ 512(c)中的知悉规定体现了间接责任制度，但却不是间接责任制度的完整反映^{③0}。在故意视而不见问题上，§ 512(c)并没有被故意视而不见原则补强的余地。因为DMCA的规定相当细致，不同规定之间存在着交叉关系。^{③1}在DMCA中，只有3种能够引起移除义务的方式：权利人合乎规定的通知、实际知悉、红旗知悉；同时也用§ 512(m)的规定排除了移除义务在其他情形下产生的可能性。

如前所述，故意视而不见包含两个要件。首先需要意识到侵权事实很可能存在（“视”），才能故意避免意识到侵权事实（“而不见”）。然而，第一个要件中的“意识”需要达到什么程度？意识的程度必须在实际知悉之下，否则就没有故意视而不见适用的余地了。

第二个要件中的“故意避免”也内在的要求行为人意识到可能存在事实之后进一步调查。

如果没有义务进一步了解，何谈故意避免？故意视而不见在普通法中适用的最常见情形是概括的一般性知悉，行为人故意不履行调查的义务导致故意视而不见，而进一步调查的义务又恰恰为§ 512(m)所排除。

综上所述，只要§ 512(c)的知悉仍然受到§ 512(m)的限制，那么普通法上的故意视而不见原则就无法成为第三种认定知悉的办法。

（二）红旗标准的吸收

在受到§ 512(m)的限制后，主张故意视而不见的空间就非常狭小；侵权事实需要明显到足以表明侵权正在发生，且不需要行为人的进一步验证和查看。这正是红旗标准可以适用的情形。

提出DMCA立法的众议员Howard Coble在国会讨论DMCA草案时指出，如果仅仅主张实际知悉，范围过窄，而且也会使服务提供商“转头去故意避免（look the other way and deliberately avoid）得知侵权”。^{③2}而一般的过失标准过于宽泛，Coble指出，需要确立“事实和情形足以表明侵权发生”的知悉标准。这一标准就是红旗标准。参议院立法委员会在讨论§ 512(c)和§ 512(d)时表明，“在这一标准下，服务提供商没有寻找版权侵权的义务，但它如果对明显侵权的红旗视而不见，那就不能受到避风港的保护”。红旗标准的重要目标就是使“盗版目录”类型的服务提供商不能受到保护。这类服务会使访客跳转到其他可以非法获取版权内容的网站。只要随意一瞥那些非法网站都能使服务提供商明白网站的侵权性质，如果为其提供链接并且不及时删除这类红旗就不能受到避风港保护。

通过对上述DMCA立法资料的解读，可以发现立法者已经考虑到了故意视而不见的问题。故意忽略红旗的行为人将被认为具有对侵权活动的知悉。依据Coble的“转头去故意避免”（look the other way and deliberately avoid）的用词和委员会报告的“视而不见（blind eye）”一词也支

^{②6} Paul Goldstein, Goldstein on Copyright § 8.1, at 8:9 n.1 (3d ed. 2008).

^{②7} Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

^{②8} Reese, R. Anthony. "Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability," Colum. JL & Arts 32 (2008): 427.

^{②9} H.R. Rep. No. 105-796, at 73 (1998) (Conf. Rep.), reprinted in 1998 U.S.C.C.A.N. 639, 649.

^{③0} 另外，在美国学界和实务界争议最大的“漏洞”就是§ 512(c)的“控制和利益”条款，本文认为，这同样并非替代责任的法定化，否则将会排除替代责任的免责，这明显与美国国会的目的相悖。

^{③1} Reese, R. Anthony. "Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability." Colum. JL & Arts 32 (2008): 427.

^{③2} 143 Cong. Rec. E1452-01, 1997 WL 399815.

持这一结论。“红旗测试似乎是制定法对故意视而不见问题的回答，这一测试的运作处于非监控义务与通知删除程序的灰色地带中。”^{③③}

根据前面对故意视而不见的有关论述和DMCA的立法报告，红旗标准与故意视而不见都要求行为人主观上首先具有一定程度的知晓，然后依据客观标准分析这类情形是否能满足知悉的条件。红旗标准需要受到特定知悉程度的限制，而且客观情形本身必须足够明显到不需要进一步调查。立法者既需要考虑到服务提供商义务与责任的平衡，同时又有应对服务提供商故意视而不见逃避实际知悉的需要，于是形成了红旗标准。

在有关红旗标准的案件中，值得一提的是在Columbia Pictures v. Fung案^{③④}。在该案初审中，法院认为被告对明显侵权故意视而不见的业务模式使其不能援用避风港的抗辩。虽然初审直接从前提上否定了被告适用避风港的资格，却仍然借助红旗标准分析被告的行为，指出被告唯一能避免知悉用户侵权的办法就是像鸵鸟一样拒绝去发现侵权——这正是故意视而不见的形象表达。Fung上诉后，第九巡回法院对Fung的不合格作了另一个角度的论述，同样进行红旗标准分析，得出Fung已经具备红旗知悉的结论。^{③⑤}该案是唯一被美国法院判定服务提供商具备红旗知悉，从而不能适用避风港条款的案例；^{③⑥}也说明服务提供商故意视而不见的表现能被认为具备红旗知悉。

DMCA立法历史表明，故意视而不见原则与§ 512 (m)的关系已经得到了调节，将故意视而不见原则引入DMCA是多余的。

(三) 作为引诱侵权的证据

如前所述，一般性的故意视而不见并没有在DMCA下适用的余地，但是相关证据对权利人来说仍有用武之地。避风港只对特定类型的服务

提供商有效；同时，避风港在设计时就排除了某些类型的业务，如作品的P2P网络传播服务。在Fung案中，法院认为，被告的网站本身并没有采取传统的P2P模式，但被告对BT网站的收录是促进侵权的一种新进化，因此不能适用避风港原则。法院指出，避风港的保护应当建立在善意商业模式之上，引诱侵权中固有的恶意与避风港条款存在着天然的冲突。所以，只要原告有足够的证据能够证明引诱侵权，就可以完全绕过避风港条款；另外，故意视而不见可以用于认定引诱侵权，这是美国最高法院2011年于Global-Tech Appliances案^{③⑦}确立的规则。在讨论引诱侵权时，援引专利法的案例与规则是可行的，这也是版权法经典案例Sony案与Grokster案^{③⑧}的做法。

美国《专利法》§ 271 (b)规定：主动引诱他人侵犯专利权的，也应负专利侵权责任。美国最高法院认为，引诱侵权需要被告知悉其引诱他人所作的行为构成侵权。这里的知悉包括故意视而不见，只要被告对被引诱人的侵权事实故意视而不见，就可以满足引诱侵权所需要的知悉要件。

在版权法领域，故意视而不见的行为同样可以证明引诱侵权所需要的知悉。

Grokster案^{③⑨}是将引诱侵权责任独立于帮助侵权责任的经典案例。该案的争议问题是“在什么情况下，可同时用于合法及非法用途的产品发布者应对产品使用者的版权侵权行为负责”。被告试图通过Sony案逃避责任，称他们的产品具有实质性非侵权用途。而最高法院认为，Sony案^{④①}确立的原则是限制从产品的特性或使用方式推定行为人具有可归责的意图，并未要求法院忽略有关意图的证据。也就是说，虽然提供商知道其产品或服务可能被用于侵权，如果还有其他帮助或促进侵权的言论或行为，那么Sony案的规则就不能排除发布者应负的责任。在服务提供商出现有

^{③③} Ludwig, David. "Shooting the Messenger: ISP Liability for Contributory Copyright Infringement." BC Intell. Prop. & Tech. F. 2006 (2006): 110701-110702.

^{③④} Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung, 447 F. Supp. 2d 306 (S.D.N.Y. 2006).

^{③⑤} Columbia Pictures Industries, Inc. v. Fung, 710 F.3d 1020 (9th Cir. 2013).

^{③⑥} Rick Sanders, "You're No Fung Anymore: There Really Is Such Thing as Red Flag Knowledge in Copyright Law," <http://www.aaronsanderslaw.com/blog/youre-no-fung-anymore-there-really-is-such-thing-as-red-flag-knowledge-in-copyright-law/>, 最后访问日期：2014年1月25日。

^{③⑦} Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB SA, 131 S. Ct. 2060, 563 U.S., 179 L. Ed. 2d 1167 (2011).

^{③⑧} Metro-Goldwyn-Meyer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

^{③⑨} Metro-Goldwyn-Meyer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).

^{④①} Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574 (1984).

目的的、具有可归责的意思表示及行为时，就可使其负责。这种可归责的意识表示及行为，当然可以包括故意视而不见的证据。

（四）在后续判例中的适用

Viacom案的二审判决并没有对故意视而不见原则与§ 512(m)的关系提供指引，在判决发回下级法院重审后，纽约南区法院仍然判决YouTube胜诉。^{④1}

在反对状中，Viacom承认“目前双方的证据都无法进行实际知悉所需要的以具体片段为单位的逐条评估”^{④2}，这对Viacom来说极为不利。

Viacom已经承认，没有证据可以进行以片段为单位的分析，因此无法证明YouTube对任意特定片段知悉。既然没有证据证明YouTube存在知悉，那么就应当分析故意视而不见是否可以替代知悉。Stanton法官很巧妙地处理了这一难题，指出既然可以替代知悉，那么故意视而不见仍然是DMCA下知悉的一部分，因此，故意视而不见也应当只在有意识地避免特定的、可识别的侵权内容时才能适用。

法官认为，Viacom仅仅指出哪些内容（作品）存在侵权片段，并不足以使YouTube将侵权片段与合法上传的相同片段区分出来。如果YouTube收到这种形式的（未指定位置的）通知，也没有义务对数以百计的潜在侵权片段进行调查。

在2013年9月判决的Capitol Records, LLC V. Vimeo案^{④3}中，Abrams法官遵循了与Stanton法官相同的推理办法。“这些证据与受诉视频没有关联，不足以证明被告故意对特定的侵权内容视而不见。如果故意视而不见可以推定被告具有知悉……故意视而不见也应当受到特定侵权内容的限制。如果不作出这样的推理，那么一般性的故意视而不见足以使被告失去避风港的保护，同时使知悉必须特定的要求不复存在。”

四、对我国司法实践的分析

从Viacom案二审判决的后续判例来看，“法官很聪明地将故意视而不见合并入现有的知悉要件中，这是符合逻辑的。（第二巡回法院）从一开始提出故意视而不见原则就是错误的，将这一标准架空完全说得通”。^{④4}应当补充的是，在美国有关DMCA避风港条款的判决中，法院通常都会作出有利于服务提供商的判决。^{④5}原因在于，红旗标准应当有多“红”，美国并没有可适用的统一标准或者更明确的解释，而权利人要举证提供商的实际知悉又相当困难，导致法院过分依赖通知删除规则。^{④6}

我国在《国家知识产权战略纲要》（以下简称《纲要》）中指出，要“妥善处理保护版权与保障信息传播的关系，既要依法保护版权，又要促进信息传播”，这与DMCA的目标是一致的。我国的网络服务提供商对侵权内容的知悉应当是具体特定的，否则《信息网络传播权保护条例》有关免赔责任的规定就会形同虚设。同时，我国也在司法解释中明确规定了网络服务提供商不需要承担主动审查义务。^{④7}这两个条件与前面所述DMCA的限制条件是相同的，因此美国第二巡回法院提出的故意视而不见原则在我国同样没有借鉴的余地。

但这是否意味着权利人在我国胜诉的机率也会与美国一样低吗？答案是否定的。在其他国家（包括我国）近年的司法实践中，已经反映出要求服务提供商由被动反应转向更积极地预防侵权的趋势。^{④8}我国的做法是，结合我国的国情，对“应知”的认定（红旗标准）进行更具体的解释，使权利人的利益能得到更好的保障。

2012年，最高人民法院出台《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

^{④1} VIACOM INTERN. INC. v. YouTube, Inc., 940 F. Supp. 2d 110 (S.D.N.Y. 2013).

^{④2} VIACOM INTERN. INC. v. YouTube, Inc., 940 F. Supp. 2d 110 (S.D.N.Y. 2013).

^{④3} Capitol Records, LLC V. Vimeo, LLC, No. 09 Civ. 10101 (RA) (S.D.N.Y. Sept. 18, 2013).

^{④4} Eric Goldman, Viacom Loses Again-Viacom v. YouTube, Tech. & Mktg. L. Blog, http://blog.ericgoldman.org/archives/2013/04/viacom_loses_ag.htm, 最后访问日期：2014年1月25日。

^{④5} 已知的唯一例外是Columbia Records V. Fung案：Columbia Pictures Indus., Inc. v. Fung, 2009 W.L. 6355911, 2009 U.S. Dist. L.E.X.I.S. 122661 (2009)。

^{④6} Viacom最终明智地选择了和解，为这场长达7年的诉讼画上了句号。 <http://www.reuters.com/article/2014/03/18/us-google-viacom-lawsuit-idUSBREA2H11220140318>, 最后访问日期：2014年3月27日。

^{④7} 见最高人民法院《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。

^{④8} De Beer, Jeremy, and Christopher D. Clemmer. "Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?." Jurimetrics (2009): 375-409.

的规定》，在第12条中规定了推定“应知”特定侵权活动的情形，如将热播影视作品置于能够为网络服务提供者明显感知的位置的情形。在该司法解释中规定的情形出现时，服务提供者应当可以直接认识到侵权内容存在。首先，这种“应知”是特定侵权内容的应知。其次，这与审查义务的排除并不矛盾。因为在可以推定应知时，有无审查义务就不需要考虑了。在没有审查义务时，服务提供者仍然可以具备对于特定侵权内容的“应知”。需要强调的是，这体现的并非美国法中的故意视而不见原则，仅仅是对“应知认定”（红旗标准）的具体解释。

事实上，我国早在《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第5条中就规定了违法信息（如暴力色情信息）不得在互联网中传播；很难想象长期合法经营的网络服务提供者不具备网络传输内容的筛选能力。既然可以筛选暴力色情信息，在一定程度上识别特定侵权内容对于服务提供者并非不可承受的负担。更何况，第12条本

身并没有要求服务提供者承担审查义务。对应知认定标准作出具体解释后，《纲要》所追求的保障版权与信息传播的关系能够更加协调。明显的侵权内容由服务提供者主动删除，权利人可以专注于识别和打击较不明显的侵权内容。如果权利人与服务提供者进一步合作，还能激励服务提供者研发主动审查技术。如几大唱片公司与百度签订在线播放与下载的许可协议后，百度识别与打击盗版音乐的能力和积极性显著提高，极大地改善了正版数字音乐的传播环境。

总之，根据前面的讨论，普通法下的故意视而不见原则并不具有在DMCA下适用的可能性。DMCA下的知悉只有实际知悉（明知）与红旗知悉（应知）两种，美国联邦第二巡回法院认为故意视而不见可能成为第三种知悉形式是不恰当的。厘清这一点，有助于我们更清晰地认识我国规定的本质，司法实践更加确定和统一，也能防止对美国普通法原则的不恰当参考和借鉴。■

（上接第8页）

第33条第2款修改为：“作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊或者网络媒体可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。”这样的规定既可以保护版权人的利益，使其财产性权利不至于在网络环境下落空，也可以方便网络媒体对作品的使用，还能够保障社会公众获取新闻资讯的权利，可谓一举三得。更为重要的是，网络法定许可制度的完善，可以防止按现行制度版权人权利事实上根本无法实现而引发的反版权社会规范。

结 语

总而言之，在网络技术的冲击下，传统的版权制度已经不再适应现实的需求，网络反版权社会规范已经形成。这种反版权的社会规范不但不利于对权利人的保护，更为重要的是会影响人们对法律的信仰，影响法治社会的建立。

本文认为，反版权社会规范的存在是因为版权制度的缺陷所导致的。具体而言，现行版权制

度中版权边界模糊，将版权边界肆意扩张到一切领域，忽视了作品这一无形财产的公共性，导致了大量文化公共领域被版权所侵占。虽然版权在文化产业领域可以起到激励创新、鼓励创作的作用，有利于更多作品的诞生。然而，在公共文化领域，版权制度不啻于一头猛兽，如果失去“边界”的禁锢，就会伤害到人类思想的自由表达，损害大多数人的利益。在这种情况下，网络环境下人们开始用各种方式对抗版权制度，形成反版权的社会规范，也就不足为奇了。找到了网络反版权社会规范形成的原因，也就找到了解决这一问题的路径。通过对我国著作权法及相关法律法规中关于合理使用和法定许可制度的完善，增加合理使用的一般性条款，扩大网络法定许可的范围，构建符合版权本质属性的权利限制体系。从而将版权限定在文化产业领域内，合理确定版权的边界，维护社会公众的公共文化权利，使版权规范与其他社会规范趋于一致，并最终消除网络反版权的社会规范。■