

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

姚志伟

内容提要:在网络服务提供者审查义务问题上,中国法律存在“悖论式并行”的现象,即私法上豁免其审查义务,而公法上明确规定其负有审查义务。这种“悖论式并行”导致避风港规则处于公法的阴影之下,影响其稳定性,具体表现在:其一,公法审查义务向私法审查义务直接过渡;其二,网络服务提供者在未能履行公法审查义务的情况下,被认定违反公法规范,从而被判定未能尽到合理注意义务,对侵权行为的发生具有过错,需要承担侵权责任;其三,网络服务提供者履行公法审查义务导致其私法注意义务水平的提高。这些冲突主要源于网络服务提供者的公法审查义务对其私法义务产生了不当影响,其根本原因在于公私法之间关系在这个问题上的失序,公法规范无原则地、全面地进入了私法领域。要防范这种不当影响则需:其一,建立公法审查义务与私法审查义务之间的“防火墙”;其二,确立履行公法审查义务的免责机制。

关键词:网络服务提供者 注意义务 审查义务 避风港

姚志伟,广东金融学院法学院副教授。

一 问题的提出

近些年来,互联网经济的发展是中国经济发展中最亮眼的成就之一,其多项指标已经达到世界领先水平。以网络零售交易为例,商务部的数据显示,中国在2014年已经成为世界上最大的网络零售市场。^[1] 互联网经济的发展,离不开相关法律制度的支持,其中,

[1] 罗兰:《中国网络零售坐上全球头把交椅》,《人民日报》(海外版)2014年6月4日第2版。

避风港规则是基础性的法律规则。^[2] 众所周知,避风港规则源自美国《数字千年版权法》第 512 条,^[3] 其后为包括欧盟、日本、中国台湾地区等在内的众多国家和地区所移植。中国《侵权责任法》第 36 条也是移植避风港规则的产物。

避风港规则的制定,是考虑到网络服务提供者在面对海量的第三方内容情况下,不可能对内容进行一一审查,因此有必要限制网络服务提供者的责任。^[4] 避风港规则一方面规定网络服务提供者对第三方内容不承担一般性审查义务;另一方面也规定网络服务提供者在特定条件下不承担侵权的损害赔偿责任,^[5] 这里的特定条件通常指网络服务提供者收到权利人通知后,采取了删除等必要措施,所以避风港规则也常被称为“通知—删除”规则。因此,网络服务提供者不承担一般性审查义务是避风港规则的重要组成部分。美国《数字千年版权法》第 512 条(m)项规定,网络服务提供者的责任限制不以其监督网络服务、主动查找侵权的事实为前提。^[6] 该原则为后续《欧盟电子商务指令》所继承,该指令第 15 条明确规定网络服务提供者不承担一般性的审查义务,不应当要求主动收集信息表明违法活动的事实或情况。^[7] 中国立法和司法对于网络服务提供者不承担一般性的审查义务也达成了共识。但是,中国立法和司法免除的仅是私法意义上的审查义务,而不及于公法的审查义务。在行政法上,对网络服务提供者的审查义务有非常具体的规定。公法和私法对网络服务提供者审查义务采取的不同态度,形成了“悖论式并行”的现象。这种“悖论式并行”总有“撞车”的时候,即会发生法律冲突,可能导致网络服务提供者失去避风港规则的保护;也就是说,在公法的阴影下,避风港规则存在被架空的可能。

因此,本文旨在研究上述“悖论式并行”现象及其导致的法律冲突,并就避免上述冲突提出相关建议,以使避风港规则能够免受来自公法的不当影响,继续发挥应有作用。

二 审查义务概念辨析

网络服务提供者审查义务是指网络服务提供者应主动、积极地采取行动,包括采取合理措施,检查第三方提供的内容是否违法,在发现违法内容时,及时采取必要制止措施的义务。本文所指的审查义务是一般性的、普遍性的审查义务,不包括特殊性审查义务。所谓特殊性审查义务是指网络服务提供者在特定情形下,为特定目的,对第三方内容之合法性进行审查的义务。^[8] 域外相关立法,如《欧盟电子商务指令》免除的是一般性审查义

[2] 参见 Anupam Chander, *How Law Made Silicon Valley*, 63 *Emory Law Journal* 639, 640 (2014)。

[3] 条文内容参见北京大学互联网法律研究中心、中共中央宣传部政策法规研究室编译:《国外网络法律文件选编》,学习出版社 2014 年版,第 19~27 页。

[4] 本文中的网络服务提供者,指网络技术服务提供者,而非网络内容服务提供者。

[5] 熊文聪:《避风港中的通知与反通知程序——中美比较研究》,《比较法研究》2014 年第 4 期,第 122 页。

[6] 参见北京大学互联网法律研究中心、中共中央宣传部政策法规研究室编译:《国外网络法律文件选编》,学习出版社 2014 年版,第 27 页。

[7] 该条规定:在服务提供者提供本指令第 12 条、第 13 条以及第十四条规定的服务时,成员国不应当要求服务提供者承担审查其传输和存储的信息的一般性义务,也不应当要求服务提供者承担主动收集表明违法活动的事实或情况的一般性义务。参见李怀胜主编:《域外网络法律译丛·民商法卷》,中国法制出版社 2015 年版,第 336 页。

[8] 参见谢光旗:《普遍与特殊:网络服务提供者的著作权审查义务》,《西部法学评论》2013 年第 3 期,第 73-75 页。

务,而非特殊性审查义务。中国立法和司法的态度也是网络服务提供者不承担私法上的一般性审查义务,但没有排除特殊性审查义务。

审查义务与注意义务应区别开来。注意义务,按照民法学者的定义,是指“义务主体谨慎、小心地行为(作为或者不作为)而不使自己的行为给他人造成损害的义务”。^[9]从这个概念出发,网络服务提供者的注意义务可界定为:网络服务提供者需谨慎、小心地行为(作为或者不作为),避免来自第三方的内容违法。

相关文献往往将审查义务与注意义务不加以区分地使用,^[10]这种作法是存在问题的。如果审查义务等同于注意义务,那么法律免除相关主体的审查义务——例如《著作权法(修订草案送审稿)》第 73 条、美国《数字千年版权法》第 512 条(m)项、欧盟《电子商务指令》第 15 条都免除了网络服务提供者相关审查义务——难道意味着同时也免除这些主体的注意义务?显然没有。

在中国法的语境下,审查义务与注意义务存在重要区别。两种义务对网络服务提供者的要求是不同的,审查义务要求网络服务提供者积极地采取措施,检查来自第三方的内容是否违法。相对而言,注意义务并不要求网络服务提供者采取积极的检查行为,相反,它仅要求网络服务提供者在能够或者应当发现违法时,及时制止违法行为。^[11]

三 网络服务提供者审查义务的“悖论式并行”

在审查义务的问题上,中国立法呈现出“悖论式并行”的现象,即公法为网络服务提供者设定了明确的审查义务,而在私法上则采用国际通行的避风港规则,豁免了网络服务提供者的审查义务。

一方面,《网络安全法》、《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》、《网络交易管理办法》等法律法规都规定了网络服务提供者的公法审查义务,主要有三种模式:

其一,明确提及网络服务提供者需对第三方内容进行检查。例如《网络食品安全违法行为查处办法》明确规定网络食品交易第三方平台提供者应对平台上的食品经营行为及信息进行检查。^[12]

其二,规定网络服务提供者需对第三方内容建立检查(巡查、监控)制度。例如《网络交易管理办法》规定第三方交易平台经营者应当对第三方发布的商品和服务信息建立检

[9] 屈茂辉:《论民法上的注意义务》,《北方法学》2007 年第 1 期,第 25-26 页。

[10] 例如亓蕾:《著作权侵权中审查注意义务的司法认定——以民法注意义务为基石》,《山东科技大学学报(社会科学版)》2009 年第 4 期,第 25-26 页;宋亚辉:《竞价排名服务中的网络关键词审查义务研究》,《法学家》2013 年第 4 期,第 83-94 页。

[11] 参见王迁著:《网络环境中著作权保护研究》,法律出版社 2011 年版,第 314-316 页。虽然王迁是在著作权领域讨论网络服务提供者的审查义务与注意义务区分问题,但这个结论推广到其他领域仍然成立。

[12] 该办法第 14 条第 1 款规定:“网络食品交易第三方平台提供者应当设置专门的网络食品安全管理机构或者指定专职食品安全管理人员,对平台上的食品经营行为及信息进行检查。”类似的规定还有《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》第 20 条、《关于进一步做好互联网信息服务电子公告服务审批管理工作的通知》第 1 条第 2 款等。

查监控制度。^[13]

其三,没有明确提到对第三方内容的检查,但规定网络服务提供者应加强对用户发布信息的管理。例如《网络安全法》第47条。^[14]“网络运营者作为用户发布信息的平台,应当履行法律规定的义务,建立用户发布信息管理制度。”^[15]这里的用户发布信息管理制度,按照监管部门的理解,包含了对用户发布信息进行审查(核)的制度。^[16]

另一方面,中国在私法上遵循国际通行的避风港规则,没有为网络服务提供者设定审查义务。立法上,《著作权法(修订草案送审稿)》第73条明确规定网络服务提供者提供储存、搜索、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审查义务。《侵权责任法》第36条这一网络侵权条款是移植美国避风港规则的产物,该条虽然没有明确规定网络服务提供者不负审查义务,但全国人大常委会法工委在解释该条时明确指出:“提供技术服务的网络服务提供者没有普遍审查义务。”^[17]司法上,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条第2款规定,法院不应因网络服务提供者未主动审查用户侵害信息网络传播权的行为,而认定其具有过错。在另一份指导意见中,最高人民法院更是明确指出:“不使网络服务提供者承担一般性的事先审查义务和较高的注意义务。”^[18]

四 网络服务提供者公法审查义务对其私法义务的不当影响

网络服务提供者审查义务的“悖论式并行”会产生法律冲突,这种冲突主要是公法审查义务对其私法义务的不当影响,从而影响到私法领域避风港规则的稳定性,具体表现如下:

(一) 公法审查义务向私法审查义务的直接过渡

公法审查义务向私法审查义务的直接过渡,是指网络服务提供者因负有公法上的审查义务,从而被推论也负有私法上相应的审查义务。2004年,有用户在搜狐开设的电子公告服务(BBS)性质栏目“商机”中发表了题为“揭穿(骗子集团)蓝天科技丑恶嘴脸”的

[13] 该办法第26条第1款规定:“第三方交易平台经营者应当对通过平台销售商品或者提供服务的经营者及其发布的商品和服务信息建立检查监控制度,发现有违反工商行政管理法律、法规、规章的行为的,应当向平台经营者所在地工商行政管理部门报告,并及时采取措施制止,必要时可以停止对其提供第三方交易平台服务。”类似的规定还有《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第10条、《互联网危险物品信息发布管理规定》第12条、《互联网新闻信息服务管理规定》第12条、《互联网直播服务管理规定》第7条等。

[14] 该条规定:“网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理,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,采取删除等处置措施,防止信息扩散,保存有关记录,并向有关主管部门报告。”

[15] 杨合庆主编:《中华人民共和国网络安全法释义》,中国民主法制出版社2017年版,第111页。

[16] 国家网信办根据《网络安全法》制定的《互联网论坛社区服务管理规定》第5条明确规定了互联网论坛社区服务提供者的信息审查(核)义务:“互联网论坛社区服务提供者应当落实主体责任,建立健全信息审核、公共信息实时巡查、应急处置及个人信息保护等信息安全管理制度,具有安全可控的防范措施,配备与服务规模相适应的专业人员,为有关部门依法履行职责提供必要的技术支持。”同样,根据《网络安全法》制定的《互联网跟帖评论服务管理规定》第5条、《互联网群组信息服务管理规定》第5条的规定也极为类似。可见,在网信办看来,《网络安全法》第47条中“加强对用户发布的信息的管理”就包含了网络服务提供者要建立用户信息审查(核)制度的涵义。

[17] 王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第218页。

[18] 最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》(法发[2011]18号)。

文章。蓝天公司因此向搜狐提起诉讼。由于该案中蓝天公司未能证明其向搜狐发出过侵权通知,因此,该案的核心争议点是搜狐是否有主动审查用户发布内容的义务。法院认为,搜狐作为网络服务提供者,按照《互联网信息服务管理办法》,应对所发表文章是否属于该办法所列九类禁止发布的信息进行审查。法院强调,网络服务提供者履行《互联网信息服务管理办法》规定的九类禁止性信息上的审慎注意义务,不同于涉及网络著作权侵权纠纷中的义务,应该通过必要的人工手段或技术手段对信息进行审查。所以,法院所言的审慎注意义务实质上就是审查义务。^[19] 法院还强调,在没有权利人投诉的情况下,网络服务提供者也应履行审慎的注意义务。注意义务是侵权法上的概念,法院使用“注意义务”一词代表着其认为网络服务提供者应承担私法义务,而这个私法义务的来源是网络服务提供者之公法审查义务。也就是说,法院从网络服务提供者的公法审查义务直接推导出了网络服务提供者的私法审查义务,实现了从公法审查义务向私法审查义务的过渡。

所以,如果未能准确区分公法审查义务和私法审查义务,则上述案件的论证思路运用到其他类型的网络服务提供者民事侵权案件上也是完全有可能的,但这无疑将导致网络服务提供者由于公法审查义务的存在,而承担私法上的审查义务。公法审查义务直接过渡成了私法审查义务,颠覆了避风港规则在私法上给予网络服务提供者的豁免。

(二)未履行公法审查义务导致被认定未尽到合理注意义务

通说认为法律规定是注意义务的重要来源之一。有学者认为:“注意义务的存在首先在于法律的明确规定。这里所谓的法律,是广义的法律,在中国是指作为法的渊源而存在的一切制定法规范。依此产生的注意义务一般较为明确、具体,容易查明和为人们所理解、接受。无论是民事法律规定的注意义务还是非民事法律规定的注意义务,从根本上说,具有相同的本质。所以,对于注意义务的规定,不限于民事法律,其他法律法规都能成为注意义务的产生依据。”^[20] 按照这个界定,公法规范也可以成为注意义务的来源。

在 2008 年作出的“港益诉谷翔”案判决书中,法院将关键词推广认定为广告,将谷翔公司认为是广告发布者,法院认为,《广告法》第 27 条规定了广告经营者的审查义务,^[21] 所以谷翔公司作为广告经营者应对广告内容进行审查。^[22] 《广告法》第 27 条是典型的公法规范,是从监管角度为广告发布者设定的公法审查义务。^[23] 法院认为,谷翔公司没有履行审查义务是导致其承担民事责任的原因所在。^[24] 虽然法院未就审查义务与商标侵

[19] 从判决书的措辞来看,法院将审慎注意义务与监管义务并列,实际上是将网络服务提供者的私法审查义务与公法审查义务并列,强调搜狐既违反了私法审查义务,也违反了公法审查义务,判决书载:“搜狐网公司及搜狐在线却没有进行任何必要的核实或调查,或者采取必要的控制传播措施,可见其并未履行审慎的注意义务,也未履行《信息管理办法》规定的监管义务。”苏州市中级人民法院(2004)苏中民三初字第 098 号民事判决书。

[20] 屈茂辉:《论民法上的注意义务》,《北方法学》2007 年第 1 期,第 28 页。

[21] 这里的《广告法》并不是指现行广告法,而是指 2015 年修订前的《广告法》。本文讨论该案时,引述的《广告法》条文也都是指 2015 年修订前的《广告法》的条文。法院引用的关于广告经营者审查义务的条文,在修订后的广告法中(第 34 条)仍然存在,与修订前相比,无实质性变化。

[22] 参见广州市中级人民法院(2008)穗中法民三终字第 119 号民事判决书。

[23] 对于《广告法》条文的公法性质,有法院在判决书中如此论述:“《广告法》主要是一部经济法,调整的对象主要是广告监督管理机关和广告主、广告经营者和广告发布者之间的管理关系,侧重于公法领域的保护,至于对私权的侵犯主要受《民法》、《著作权法》调整。”北京市海淀区人民法院(2002)海民初字第 4933 号民事判决书。

[24] 参见广州市中级人民法院(2008)穗中法民三终字第 119 号民事判决书。

权之间的关系展开详细论证。但是一个可以解释的思路是,谷翔公司根据《广告法》负有公法审查义务,未履行该义务,就意味着违反了公法规范,从而没有尽到合理注意义务,存在过错,需要承担侵权责任。

“港益诉谷翔”案的论证思路展示了一种危险的倾向:规定网络服务提供者公法审查义务的公法规范通过注意义务进入私法领域,从而使得未进行审查的网络服务提供者被认为违反公法规范,没有尽到合理注意义务,承担侵权责任。这使得私法给予网络服务提供者的审查义务豁免失效,避风港规则也因此被架空。

(三)履行公法审查义务导致私法注意义务水平的提高

网络服务提供者由于其技术中立性,不会实质性地接触到第三方内容,同时由于内容是海量的,因此网络服务提供者对内容不具有控制能力,这决定了其可以进入避风港,不承担审查义务。由于缺乏控制能力和不实质性地接触内容,其注意义务水平也较低。

一些特殊情况会提高网络服务提供者的注意义务。例如,常理上,网络服务提供者会比较关注自己的首页,当热播视频出现在首页上时,^[25]会显著提高网络视频服务提供者的注意义务水平,从而对可能发生的侵权处于“应知”的状态。例如,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12条第1项规定:“人民法院可以根据案件具体情况,认定提供信息存储空间服务的网络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权:(一)将热播影视作品等置于首页或者其他主要页面等能够为网络服务提供者明显感知的位置的。”

除了材料出现在首页外,如果网络服务提供者的某些行为导致其实质性地接触到了内容,也会显著地提高其注意义务水平,可能被认定为构成“应知”,如《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9条第3项规定:“人民法院应当根据网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显,综合考虑以下因素,认定网络服务提供者是否构成应知:……(三)网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等。”

网络服务提供者为了履行公法审查义务,对第三方内容进行审查,是否会被认为实质性地接触到了内容,从而需负较高程度的注意义务呢?完全存在这种可能性,这在网络视频领域已经出现了实例。

《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》为网络视频服务提供者设定了公法上的审查义务,该办法第20条规定:“持证机构应建立健全节目审查、安全播出的管理制度,实行节目总编负责制,配备节目审查员,对其播放的节目内容进行审查。”审查范围则在该办法的第19条有规定,^[26]该条规定的十项禁止传播的内容,主要是色情、反动、暴力等

[25] 这里的“出现”,指的是按照技术设计,侵权视频在首页出现,并非人工选择的产物。当然,这里还要考虑到出现的时间长度,不能是一闪而过。

[26] “禁止通过信息网络传播有以下内容的视听节目:(一)反对宪法确定的基本原则的;(二)危害国家统一、主权和领土完整的;(三)泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的;(四)煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结,或者侵害民族风俗、习惯的;(五)宣扬邪教、迷信的;(六)扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;(七)宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的;(八)侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;(九)危害社会公德或者民族优秀文化传统的;(十)有法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容的。”

内容,也是监管机关最为关注的。如果网络视频服务提供者不建立事前审查机制,对用户上传视频内容进行审查,就会被认为违反行政义务,承担法律责任。

网络视频服务提供者要履行公法审查义务,必须对用户上传的视频内容进行事前审查,而这就会影响到其私法上的注意义务,视频分享网站只能以审片人员浏览用户上传文件的方式进行事前审查,在审查过程中,审片人员基于常识和专业素质,完全可以对有著作权信息的视频是否涉及侵犯他人著作权作出初步判断。^[27] 在“新传诉土豆案”中,这个逻辑得到证实。法院认为,土豆网对上传视频进行了审查,虽然这种审查主要是针对反动、色情、暴力内容,但涉案作品《疯狂的石头》在当时是热门影片,土豆网的审片人员不可能不注意到上传该影片属于侵权行为。因此,土豆网应当知道侵权行为存在。^[28]

土豆网如不履行公法审查义务,则会受到行政处罚,甚至刑事处罚。但是,履行公法审查义务,又被认为实质性地接触到了内容,需负较高度度的注意义务。即一旦出现侵权内容,极易被认为对侵权内容的存在处于“应知”的主观状态。在这样的情况下,网络视频服务提供者实质上处于两难的状态。

如果“新传诉土豆案”论证逻辑能够成立的话,所有承担公法审查义务的网络服务提供者,其私法上的注意义务都会提到一个较高的水平,极易被认定为对侵权内容处于“应知”的主观状态,这显然与避风港规则的精神是相悖的。同时,这也显著地增加了网络服务提供者的风险,让其处于“违反公法义务,承担公法责任”和“履行公法义务,承担民事责任”的两难困境中。

五 网络服务提供者公法审查义务不当影响的防范

从理论上说,网络服务提供者公法审查义务对其私法义务的不当影响问题可以追溯到公私法规范的关系上来。政治国家和市民社会的二元区分,是公私法分立的理论基础所在。“国家/社会”二分法开始动摇后:“完全的市场竞争所导致的协调难题、集体行动的困境、个人行为的外部效应和人的实际隶属性问题,在市民社会内部无法被消解,这使得国家不再伪装成社会秩序的中立监护人,国家针对社会共同体认为重要的活动开始施加持续和集中的控制,这导致了现代规制国的出现。”^[29]

随着现代规制国的出现,国家使用大量公法规范对市场进行管制,这些规范可以称之为管制规范;与之相对,相关私法规范可以称之为自治规范。在规制国家的背景下,管制规范和自治规范由于规范的都是同一个领域的行为,必然会出现冲突,因此处理管制规范与自治规范之间的关系也就成了迫切的问题。^[30] 此处运用相关理论,就防范网络服务提

[27] 参见王迁:《视频分享网站著作权侵权问题再研究》,《法商研究》2010年第1期,第91页。

[28] 参见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。

[29] 方新军:《私法和行政法在解释论上的接轨》,《法学研究》2012年第4期,第34页。

[30] 相关论述可参见苏永钦著:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版;苏永钦著:《私法自治中的国家强制》,中国法制出版社2005年版;解亘:《论管制规范在侵权行为法上的意义》,《中国法学》2009年第2期,第57-68页;朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期,第1194-1215页。

供者公法审查义务对私法义务的不当影响进行研讨。

(一) 建立公法审查义务与私法审查义务之间的“防火墙”

为避免网络服务提供者公法审查义务对私法审查义务产生的不当影响,应建立公法审查义务与私法审查义务的“防火墙”,使得公法审查义务不能直接转化或者过渡成私法审查义务,避免避风港规则被架空。要防止这种直接过渡,就要求司法裁判者必须对公私法审查义务之间的区别有清晰的认知。

在间接转化方面——即网络服务提供者违反公法中关于审查义务的规定,被视为未尽到注意义务,从而有过错——也必须按照公法规范进入私法的正当路径进行转化。在学理上,公法规范进入私法需要特别条款作为通道,这些条款往往被称为“转介条款”。如《民法总则》第143条第3款:“具备下列条件的民事法律行为有效:……(三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”;《合同法》第52条第5款:“……有下列情形之一的,合同无效:……违反法律、行政法规的强制性规定”。这两个条款使得公法规范进入民法。值得注意的是,转介条款并非接纳所有的公法规范,在上述两例中,转介条款就只接纳法律、行政法规中的强制性规定,从而排除了其他公法规范。中国侵权法没有类似的转介条款,因此往往认为违反公法规范就意味着未尽到注意义务,这等于将侵权法的大门向公法规范无限制地放开。在域外侵权法中,是存在转介条款的。例如我国台湾地区“民法”第184条第2项规定:“违反保护他人之法律,致生损害于他人者,负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。”这里的保护他人的规范可称之为“保护性规范”。对于何谓保护性规范,有着严格的定义,其必须能足够清晰地描述一个行为义务;其保护人的范围是受害人,是被违反的规范意图保护的人;其保护物的范围是保护其意图保护的法益。^[31]

如果从侵权法转介条款的角度来重新审视“港益诉谷翔”案,则可以更加明显地发现其判决逻辑的缺失。法院以谷翔公司违反《广告法》第27条为由,判定其有过错,这实质上使得公法规范未经转换就进入了私法。从转介条款的角度,就要审视《广告法》第27条是不是“保护性规范”。第27条确实设定了具体的行为义务,但是该条所保护的主体范围是否包括原告这样的商标权利人?所保护的范围是否包括原告诉求的商标权呢?笔者认为,都不包括。先来看广告法保护的人和物的范围,《广告法》第1条规定:“为了规范广告活动,促进广告业的健康发展,保护消费者的合法权益,维护社会经济秩序,发挥广告在社会主义市场经济中的积极作用,制定本法。”该条阐述了广告法保护的人的范围和物的范围:消费者及其合法权益,非常明显,不包含商标权利人的商标权。具体到《广告法》第27条:“广告经营者、广告发布者依据法律、行政法规查验有关证明文件,核实广告内容。对内容不实或者证明文件不全的广告,广告经营者不得提供设计、制作、代理服务,广告发布者不得发布。”从“核实”、“内容不实”的表述可以看出,该条主要是要求广告经营者、发布者审查广告的真实性,防止虚假广告的出现。结合广告法的整体保护目的可以

[31] 参见朱虎:《规制性规范违反与过错判定》,《中外法学》2011年第6期,第1210-1212页。

发现,该条主要是通过赋予广告经营者、广告发布者审查义务的方式,防止出现虚假广告,以保护消费者的合法权益,其保护的範圍不包含商标权人的商标权。所以,第 27 条在该案中不应被视为保护性规范,不应被转介进入私法,违反该条,不应被视为未尽到合理注意义务,具有过错而承担侵权责任。

因此,设立转介条款可以有效地避免公法审查义务向私法的不当渗透,建立起有效的防火墙。鉴于中国侵权法中没有转介条款的规定,可以考虑通过最高人民法院发布司法解释的方式在网络侵权领域引入转介条款;此外,司法裁判者应该在自由裁量权的范围内,建立司法上的“防火墙”,对公法规范向私法的转化进行过滤,仅在网络服务提供者违反“保护性规范”时,才认定其未尽到合理注意义务,具有过错。由此,网络服务提供者方能得到有效保护,其私法义务才不至于受到公法审查义务的不当影响。

(二) 确立网络服务提供者履行公法审查义务的免责机制

网络服务提供者履行公法审查义务,有可能导致其被认定为实质性地接触到第三方提供的内容,而负较高注意义务。同时,如果其错误地履行公法审查义务,阻止了本来合法的内容,还可能承担民事责任。由此,网络服务提供者陷入两难困境。这样既给网络服务提供者增加了极不合理的负担和风险,也不利于相关公法条款立法目标的实现。

美国在设定避风港规则时,曾考虑过网络服务提供者采取自愿性审查行为会不会影响其进入避风港资格的问题,这对考虑中国网络服务提供者履行公法义务所产生的私法责任有相当借鉴意义。美国众议院在《数字千年版权法》的立法报告中指出,法院不应该由于网络服务提供者基于防范侵权为目的对第三方内容进行了审查,而影响避风港对其的保护,这不是法律的意图。^[32] 在 *Hendickson v. Ebay* 案中,法院也表达了类似的意见。^[33]

因此,无论网络服务提供者是基于自愿,还是为履行公法义务,采取审查行为,都不应该影响其私法上的义务,不能失去避风港规则的保护。可以考虑由最高人民法院通过司法解释的方式,为网络服务提供者履行公法审查义务设置免责条款,规定网络服务提供者不能因履行公法审查义务,被认定为实质性地接触到第三方内容,负较高注意义务,从而对侵权内容处于“应知”的主观状态,承担侵权责任。后续在特别法如《著作权法》中也可引入类似条款,由此,网络服务提供者的两难困境可以得到有效破解。

六 余 论

最后还需要指出的是,随着互联网产业的发展,网络服务提供者的类型和服务内容也日趋多样化,源于版权领域的避风港规则也受到越来越多的挑战。也有越来越强烈的呼声,要求对避风港规则做出修改,让网络服务提供者承担更多的义务和责任。以避风港规则豁免的网络服务提供者审查义务为例,域外法已有突破的迹象,欧盟已经提出立法建

[32] 参见 House Report 105 - 796 at 73 (Oct. 8, 1998)。

[33] 参见 *Hendickson v. Ebay Inc.*, 165F. Supp. 2d 1082, 60U. S. P. Q. 2d (BNA) 1335 (C. D. Cal. 2001)。

议,特定的网络服务提供者应该与版权人合作,采用内容识别等技术措施防范盗版。^[34] 欧盟对技术性措施的要求,也可以理解为让网络服务提供者进行对内容的审查,只是这种审查是技术性的。有鉴于此,也有国内学者提出在版权领域应赋予网络服务提供者内容过滤义务,当然这种过滤是技术性的、合理的。^[35] 这些建议意味着网络服务提供者在私法上也需要负审查义务。如果法律真发生如此变革,就意味着网络服务提供者的私法审查义务发生变化,从而防范公法审查义务对私法义务不当影响的方式也将发生变化。一个较为可行的思路是将公法审查义务技术化,网络服务提供者以内容识别等技术性措施来履行公法义务。当私法领域也开始赋予网络服务提供者技术性审查义务时,公法审查义务的技术化恰恰可以使公私法审查义务重新协调起来。当然,由于本文主要限于现行法框架,故不再展开讨论。

[**Abstract**] There is a paradox in Chinese law on the issue of ISP (Internet service provider)' s duty of monitor: this duty is explicitly stipulated in public law, but exempted in private law. This “paradox parallel” has pulled the safe harbor rules into the shadow of public law, affecting its stability and producing the following consequences: firstly, the duty of monitor is directly transformed from a public law duty into a private law duty; secondly, when an ISP fails to fulfill its public law duty of monitor, it will be found to have failed to fulfill its due care obligation, and consequently will be at fault and must bear tort liability in the occurrence of an infringement; and thirdly, the performance by ISPs of their duty of monitor under public law has raised level of their duty of care under private law. These clashes arise mainly from the undue influence of the ISP' s public law duty of monitor on its private law duty. The root cause of these clashes is the disorder of the relationship between public law and private law on this issue: public law norms have entered into the field of private law in an unprincipled and comprehensive way. To prevent this undue influence, the following two measures should be taken: firstly, to build a “firewall” between the public law duty of monitor and the private law duty of monitor; and secondly, to set up a mechanism for the exemption of the public law duty of monitor.

(责任编辑:田 夫)

[34] 参见 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, Section 3 of the Explanatory Memorandum (2016)。

[35] 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,《中国法学》2017年第2期,第215-237页。