

陈喆,解丽敏.《中美经贸协议》“通知—删除”规则与中国网络版权立法回应[J].中国海商法研究,2021,32(3):105-112

## 《中美经贸协议》“通知—删除”规则与中国网络版权立法回应

陈喆<sup>1,2</sup>,解丽敏<sup>2</sup>

(1.西南政法大学国际法学院,重庆 401120;2.中国—东盟法律研究中心,重庆 401120)

**摘要:**《中美经贸协议》“通知—删除”规则对网络版权保护提出了新要求,具体包括突出侵权阻断的时效性要求、对“恶意”提交通知和反通知课以赔偿义务、调整错误通知的归责原则,并将恢复上架等待期设置为二十个工作日等。《中美经贸协议》中的“通知—删除”规则对中国网络版权立法完善形成一定挑战,其转化实施面临着合格通知的标准过于笼统、对“恶意”提交通知和反通知的惩罚措施缺失、“善意”的判断标准模糊、上架等待期的设置缺位等问题。但从长期来看,《中美经贸协议》“通知—删除”规则的内化过程有助于促进该规则的有效运行,推动中国知识产权法制变革,由此,建议应进一步细化有效、合格通知的条件,引入“恶意”错误通知和反通知的惩罚性赔偿制度,明晰“善意”的判断标准,并对“声明未侵权即恢复上架”的规则进行调整。

**关键词:**《中美经贸协议》;“通知—删除”规则;网络版权保护;《信息网络传播权保护条例》

**中图分类号:**D923.4 **文献标志码:**A **文章编号:**2096-028X(2021)03-0105-08

### Improvement of the “notice-takedown” rule in China’s copyright law under *China-US Economic and Trade Agreement*

CHEN Zhe<sup>1,2</sup>, XIE Li-min<sup>2</sup>

(1. School of International Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China;  
2. China-ASEAN Legal Research Center, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** *China-US Economic and Trade Agreement* puts forward new requirements for network copyright protection, including highlighting the efficiency of handling infringement notices, imposing compensation obligations on “malicious” notification and counter notice, adjusting the attribution principle of wrong notification and setting the waiting period of recovery to 20 working days. The “notice-takedown” rule of *China-US Economic and Trade Agreement* is very similar to the copyright legislation of the United States. The “notice-takedown” rule of *China-US Economic and Trade Agreement* exerts certain pressure on the improvement of China’s domestic law, the transformation and implementation of the Agreement is faced with such problems as the standard of qualified notice is too general, the punishment measures for “malicious” submission of notice and counter notice is not clear, the judgment standard of “good faith” of the obligee is vague and the setting of waiting period for recovery is missing. However, in the long run, the internalization process of the “notice-takedown” rule of *China-US Economic and Trade Agreement* will help to promote the effective operation of the rule and promote the reform of China’s intellectual property law. Thus, it is recommended that the conditions of effective and qualified notice should be refined, the punitive compensation system of “malicious” error notice and counter notice should be introduced, the judgment standard of “good faith” should be clarified and the rule of “declaration that no infringement will be restored” should be adjusted.

**Key words:** *China-US Economic and Trade Agreement*; “notice-takedown” rule; network copyright protection; *Regulation on the Protection of the Right to Network Dissemination of Information*

收稿日期:2021-05-17

基金项目:2018年度司法部国家法治与法学理论研究项目青年课题“总体国家安全观视角下贸易限制措施实施的法律问题研究”(18SFB3050)

作者简介:陈喆(1991-),女,福建三明人,法学博士,西南政法大学国际法学院讲师、硕士生导师,中国—东盟法律研究中心研究员,E-mail:416948524@qq.com;解丽敏(1996-),女,山西阳泉人,中国—东盟法律研究中心研究助理,E-mail:892338554@qq.com。

2021年2月1日,习近平总书记在《全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局》一文中指出:“必须从国家战略高度和进入新发展阶段要求出发,全面加强知识产权保护工作,促进建设现代化经济体系,激发全社会创新活力,推动构建新发展格局。”<sup>[1]</sup>2020年11月16日至17日,在中央全面依法治国工作会议中,习近平总书记提出要“坚持统筹推进国内法治和涉外法治”的要求。正确处理国内法与国际法的关系,实现国内法与国际法的有效衔接和良性互动,最大限度运用国际法、国内法和涉外法,有助于更好地保障和服务国家主权、安全和发展利益。<sup>[2]</sup>十三届全国人大三次会议将“共同落实中美第一阶段经贸协议”写入政府工作报告,体现了中国继续推动互惠、包容的经济全球化进程的强烈决心。《中美经贸协议》的履行与涉外法律关系密切相关,是涉外法治工作的组成部分。“通知—删除”规则是《中美经贸协议》知识产权章节的重要问题之一。笔者拟将《中美经贸协议》“通知—删除”规则与中国版权法进行比较,归纳出中国现行立法与《中美经贸协议》的差异,并追溯美国版权法“通知—删除”规则的相应规定,了解《中美经贸协议》条款内容的来龙去脉,在此基础上,结合中国具体国情,对《中美经贸协议》“通知—删除”规则履行对中国网络版权立法带来的挑战进行探讨,最后从国内法层面提出具体的完善建议。

### 一、《中美经贸协议》“通知—删除”规则对中国网络版权保护提出的新要求

美国版权产业是美国的支柱性产业之一,中国市场蕴含着美国庞大的经济利益,美国对中国网络版权保护立法始终保持高度关注,在历年《特别301报告》中多次提出中国对网络平台上盗版的处理存在不足。<sup>[3]</sup>《中美经贸协议》在中国版权法“通知—删除”规则已经较为完善的基础上,对知识产权权利人的利益保护提出了更高的要求。<sup>[4]</sup>中国不同法律、法规中的“通知—删除”规则在性质及适用范围上存在差异,因此,首先要明确网络版权领域的法律适用问题。《信息网络传播权保护条例》及《中华人民共和国民法典》(简称《民法典》)侵权责任编对网络版权领域的“通知—删除”规则都进行了规定。但对于接入、传输服务提供者等新型网络服务提供

者的侵权纠纷,由于《信息网络传播权保护条例》没有作出明确规定,应当适用《民法典》侵权责任编。根据《中华人民共和国电子商务法》(简称《电子商务法》)第2条第3款的规定<sup>①</sup>,该法的“通知—删除”规则不适用于网络版权侵权领域。<sup>[5]</sup>由此,在涉及信息网络传播权侵权纠纷时,中国适用的法律为《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编。将《中美经贸协议》与中国现行网络版权立法进行对比分析,明确其中的差异性,是将条约义务转化实施的基础。

#### (一) 突出侵权阻断的时效性要求

《中美经贸协议》对网络服务提供者删除侵权作品的时间标准为“迅速”,要求实现权利人快速维权。采取侵权阻断措施的时间标准对于切实保障权利人的利益格外重要,在权利人作品传播范围广、知名度高的情况下,迅速采取阻断措施有助于及时止损、避免损失扩大化。美国在2019年《特别301报告》中曾指出,中国现行立法中的“通知—删除”规则不能满足权利人在纠纷处理时效上的要求,对权利人及时制止侵权行为造成了障碍,《中美经贸协议》中对“迅速”的侵权阻断时效性的规定正是美国利益诉求的反映。<sup>[6]</sup>中国现行立法对网络服务提供者采取阻断措施的时间要求的表述尚未统一,《信息网络传播权保护条例》对侵权阻断措施时效性的表述为“立即”,《民法典》侵权责任编对侵权阻断措施时效性的表述为“及时”。在司法实践中,网络服务提供者采取侵权阻断措施的时间成为了相关案件中的争议焦点之一。例如,在“凯轩与嘉易烤案”<sup>②</sup>中,天猫公司指出已经对涉案产品采取下架措施,但未公布具体下架时间,权利人嘉易烤公司认为天猫公司删除侵权产品的时间是在庭审前两天,并没有“及时”采取阻断措施。在“郑某云诉百度侵害作品信息网络传播权纠纷案”<sup>③</sup>中,郑某云主张百度公司采取删除措施的时间已超出了合理期限,遂诉请百度公司赔偿其经济损失。

#### (二) 对“恶意”提交通知和反通知课以赔偿义务

《中美经贸协议》规定应对“恶意”通知和反通知的发出者进行处罚,对双方行为予以限制,以此规制权利滥用行为。与中国网络版权相关立法相比,

<sup>①</sup> 《电子商务法》第2条第3款规定:“法律、行政法规对销售商品或者提供服务有规定的,适用其规定。金融类产品和服务,利用信息网络提供新闻信息、音视频节目、出版以及文化产品等内容方面的服务,不适用本法。”

<sup>②</sup> 参见浙江省金华市中级人民法院(2015)浙金知民初字第149号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见广州互联网法院(2019)粤0192民初1539号民事判决书。

《中美经贸协议》的此项规定有两点较为明显的不同。首先,《中美经贸协议》提出对“恶意”提交反通知也要进行处罚,对此中国立法对“恶意”提交反通知缺乏相应的处罚规定。《中美经贸协议》提出对“恶意”提交反通知的行为予以处罚,体现了对各方当事人利益的衡平,有助于在权利人与用户错误行使通知权的法律后果上实现对等。其次,《中美经贸协议》特别强调了当行为人主观上为“恶意”时的惩罚性赔偿责任。《电子商务法》规定了“恶意”通知的加倍赔偿责任,但在《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编都仅规定了权利人错误通知的法律责任,并没有对“恶意”侵权时的责任承担作出区分,也没有加倍赔偿责任的规定。《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》对《电子商务法》中“恶意”通知和反通知的认定标准进行了解释说明,该司法解释将明显的主观上漠视权利的行为纳入“恶意”的行为类型,如提交伪造、变造的权利证明、提交虚假的鉴定意见,对于“恶意”的判断采用“明知”而非“应知”的标准,“明知”强调行为人主观动机的直接故意,行为人对行为后果有明确的认识,行为人对于危害后果的发生处于积极追求的状态。

### (三) 错误通知的责任承担应当考虑权利人的主观状态

《中美经贸协议》规定中国应免除善意提交错误下架通知的责任,这意味着在认定权利人错误通知的责任时,不仅应从客观上判断通知是否错误,还应将权利人发出通知的主观状态是否具有善意纳入考量。从文本规定来看,《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编对权利人施加的责任要求高于《中美经贸协议》,中国立法以权利人通知造成错误删除后果的客观事实作为判定错误通知法律责任的要件,不对权利人主观上是否具有“善意”进行区分。从归责原则来看,中国立法适用的是严格责任原则,而《中美经贸协议》适用的是过错责任原则,只有权利人主观上不具有善意,且客观上构成了错误的通知,才承担滥用“通知—删除”规则的侵权责任。<sup>[7]</sup>错误通知归责原则的差异反映了中国国内法与《中美经贸协议》立法理念的不同,中国网络版权立法认为只要是由于错误的通知导致了损害结果,均需承担赔偿责任,而《中美经贸协议》更加重

视对权利人利益的保护,鼓励权利人积极维权,对于“善意”造成的错误通知不追究责任。

### (四) 设定了恢复上架的二十个工作日的等待期

《中美经贸协议》规定中国应将权利人在收到反通知后提出投诉或起诉的期限延长至二十个工作日,根据这一要求,网络服务提供者在收到反通知后不能立即恢复内容,而只是将反通知转送给权利人,等待权利人的反应,在二十个工作日的等待期届满后,权利人未采取后续措施的,网络服务提供者才能对内容予以恢复。<sup>[8]</sup>此项规定与中国网络版权的相关立法规定并不一致,《信息网络传播权保护条例》采取的是“声明未侵权即恢复上架”的程序,即网络服务提供者在收到反通知后,应当立即采取恢复内容的措施,权利人不得再发出侵权通知,通知权和反通知权的程序就此终结。<sup>[9]</sup>《民法典》侵权责任编设置了恢复上架的等待期,但并未对等待期的具体时间进行明确,而是规定网络服务提供者可在“合理期限内”采取恢复内容的措施。与中国网络版权立法相比,《中美经贸协议》规定了一个较长的、确定的恢复上架的等待期,旨在为权利人进行投诉或诉讼准备提供充足的时间,以保障权利人的利益。

### 二、《中美经贸协议》“通知—删除”规则与美国版权法的关系

以上评述的《中美经贸协议》中的“通知—删除”规则与美国网络版权保护制度密切相关。美国希望借助双边经贸协定向中国推行更加严格的知识产权保护标准,以实现对本国著作权人利益的保护。<sup>[10]</sup>将《中美经贸协议》与美国国内版权法进行比较分析,有助于了解协议相关规定的来龙去脉。

#### (一) 美国版权法中对侵权阻断的时效性要求

《中美经贸协议》中有关“迅速”处理侵权投诉的时效性要求源于《美国数字千年版权法》(*Digital Millennium Copyright Act*,简称DMCA)第512条(c)项的规定。DMCA第512条(c)项规定网络服务提供者在收到侵权通知后,应“迅速”采取侵权阻断措施,但立法并未对何为“迅速”作出明确规定。<sup>[11]</sup>在司法实践中,美国法院认定“迅速”的标准存在差异,例如,在“Capitol Records公司诉VIMEO公司案”<sup>①</sup>中,法院认为在一天内采取相应措施是足够迅速的,但在“Io公司诉Veoh Networks公司案”<sup>②</sup>中,

① 参见 *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC*, 972 F. Supp. 2d 500 (S. D. N. Y. 2013)。

② 参见 *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F. Supp. 2d 1132, 1136 (N. D. Ca. 2008)。

法院认定符合“迅速”要求的合理期限为一周。<sup>[12]</sup>

## (二) 美国版权法中“恶意”提交通知和反通知的赔偿责任

一方面,《中美经贸协议》中提出应对“恶意”提交反通知的行为进行处罚,与 DMCA 第 512 条(f) 款所确定的处罚范围相同。DMCA 第 512 条(f) 款规定:“任何人明知并作出如下实质性的虚假陈述:内容或活动构成侵权;内容或活动因错误或误认而被屏蔽或删除,构成虚假陈述,造成损害的应当承担赔偿责任。”(f) 款使用了“任何人”这一表述,意味着“虚假陈述”的赔偿责任对发出通知的权利人与发出反通知的被投诉人均适用。另一方面,《中美经贸协议》中将“恶意”作为惩罚性赔偿责任的条件,此规定与 DMCA 中将“明知”作为追究“虚假陈述”责任的主观要件相一致。DMCA 中的“虚假陈述”责任强调行为人在发出通知时的主观故意,即明知自己的陈述是虚假的、错误的,但仍基于不正当意图发出通知。<sup>[13]</sup> DMCA 对构成“虚假陈述”的行为人施以严厉的处罚,其赔偿范围不仅包括被诉侵权人、实际权利人、网络服务提供者因“恶意”通知导致的损失,还包括律师费等诉讼费用。<sup>[14]</sup>

## (三) 美国版权法中发出通知时的“善意相信”要求

《中美经贸协议》中要求因错误通知承担责任时应区分权利人的主观状态,这一条款与 DMCA 第 512 条(c) 款中的“善意相信”要求相一致。在美国版权法中,权利人的主观要件是判断其是否承担赔偿责任的标准之一。<sup>[15]</sup> DMCA 第 512 条(c) 款与(f) 款从正反两个方面阐述了对权利人发出通知时的主观“善意”的要求,(c) 款要求权利人对他人发出侵权通知时的主观意图必须是善意的,如果权利人在发出通知时“知道”自己的陈述是错误的、虚假的,却仍发出通知,则需承担(f) 款规定的“虚假陈述”责任。美国版权法通过规定“善意相信”的主观要件,督促权利人在发出通知时对有关内容是否属于合理使用情形进行初步审查,并以勤勉、审慎的方式行事。<sup>[16]</sup>

## (四) 美国版权法中恢复上架的等待期

《中美经贸协议》提出将权利人收到反通知后采取后续措施的期限延长至二十个工作日,此项规定与 DMCA 第 512 条(g) (1) 款中恢复等待期的规定基本保持一致,但有着细微的差异。首先,《中美经贸协议》中恢复上架的等待期长于 DMCA 的规定。DMCA 将恢复上架的等待期规定为网络服务提

供者收到反通知后的十个工作日至十四个工作日内。其次,《中美经贸协议》中权利人在收到反通知后的救济渠道更加丰富,不仅包括向法院起诉,还包括提起行政投诉,而 DMCA 规定的救济渠道仅包括司法诉讼。此外,DMCA 的恢复上架的等待期规定不是强制义务条款,网络服务提供者并非必须等到第十个工作日才能采取恢复上架措施,可依个案的不同自行决定何时采取恢复措施。<sup>[17]</sup>《中美经贸协议》与美国版权法中恢复上架等待期规定的立法考量是相同的,即将权利人与用户之间的版权纠纷引流到司法诉讼或行政投诉的专业渠道,以最终获得确定性结论。

## 三、《中美经贸协议》“通知—删除”规则对中国网络版权立法的挑战

根据“条约必须遵守”原则,中国作为《中美经贸协议》的缔约方,有义务在国内法层面适用和实施条约。<sup>[18]</sup>《信息网络传播权保护条例》的“通知—删除”规则来源于 DMCA,因此,也不可避免地存在美国法中的先天缺陷。在制度运行过程中,存在着解决网络版权侵权纠纷时效性不足、缺乏对权利人滥用“通知—删除”规则的抑制机制等问题。针对《中美经贸协议》的履行对中国立法提出的挑战,可以变压力为动力,透过现象看本质,分析现行网络版权领域“通知—删除”规则的不足,积极寻求对策,通过制度的完善,更加高效地打击网络盗版侵权行为,防止权利人滥用规则,促进“通知—删除”规则的有效运行,提高知识产权保护工作的法治化水平。

### (一) 有效、合格通知的标准较为笼统

对于《中美经贸协议》提出的侵权阻断时效性要求,可以通过提高有效、合格通知的标准,提高网络服务提供者处理侵权纠纷的效率,从而实现履行条约义务和推动制度完善的目的。但中国现行立法中对于有效、合格通知具体标准的规定仍较为粗略,导致网络服务提供者在处理侵权通知时的时效面临诸多不确定性。形态各异的不合格侵权通知会使网络服务提供者承担大量的前期审查义务,延误采取侵权阻断措施的时间。《信息网络传播权保护条例》要求有效的通知须具备权利人个人信息、侵权作品信息、侵权网络地址及构成侵权的初步证据。尽管《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》第 5 条对有效、合格通知的标准作了细化,对侵权通知内容的准确性和真实性提出了明确要求,但目前立法仍存在缺漏,对于何为“初步证据”没有作出规定,也未对侵权行为或

侵权程度的描述、主张侵权的理由等作出要求。<sup>[19]</sup>由于这一模糊之处,实践中权利人在通知书中通常不会对侵权问题进行过多的分析论述,使得网络服务提供者很难迅速地对侵权问题的真伪作出判断,影响了处理侵权通知的效率。

## (二) 对“恶意”提交通知和反通知缺乏惩罚措施

《中美经贸协议》中提出对“恶意”通知和反通知的发出者进行处罚,在网络版权领域引入“恶意”通知和反通知行为的惩罚性赔偿责任确有必要:首先,惩罚性赔偿通过惩罚“恶意”行为,可达到制裁此种侵权行为的目的,同时又可以产生较强的威胁和预防效果;其次,惩罚性赔偿能够给予启动这一程序的受害人经济上的激励,促使其积极主动地维护自己的法律权利,有助于推进依法治国目标的实现;最后,有利于知识产权领域“通知—删除”规则的体系化,协调著作权、专利权、商标权保护之间的关系。《电子商务法》规定了“恶意”提交错误通知的加倍赔偿责任,《电子商务法》的“通知—删除”规则主要适用于专利权、商标权,但著作权领域也存在着“恶意”滥用权利的情况,惩罚性赔偿规则在著作权领域有适用的现实需求。

但目前《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编均未将“恶意”纳入主观过错认定,也缺乏对“恶意”提交通知和反通知的惩罚性赔偿责任的规定。在实践中,存在着著作权人滥发虚假、无效的通知以打击竞争对手、删除不喜言论等情况,也存在网络用户故意发出虚假或错误的未侵权声明使所删除的内容迅速恢复,继续进行侵权行为的情况,阻碍了著作权的传播。但《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编并未明确对“恶意”发出通知和反通知行为的处罚规则,不利于抑制权利的滥用。《信息网络传播权保护条例》及《民法典》侵权责任编引入“恶意”发出通知和反通知行为的惩罚性赔偿规则,有助于更好地保护著作权人和网络用户的正当利益,从机制上加大对“恶意”滥用“通知—删除”规则行为人的制约和惩罚,消除知识产权领域“通知—删除”规则的矛盾,促进制度规则的统一化。

## (三) 对权利人“善意”的判断标准缺失

在版权法领域引入“恶意”惩罚性赔偿责任,有助于抑制权利人滥用“通知—删除”规则的现象,促

进知识产权领域惩罚性赔偿制度的协调,但中国版权法必须配套地对“善意”的判断标准作出明确,否则现行立法中对权利人“善意”的判断标准的缺失将成为权利人逃避法律责任的漏洞。<sup>[20]</sup>

《中美经贸协议》中要求将权利人主观状态的“善意”作为免除赔偿责任的条件,对权利人“善意”的判断标准是调整错误通知的归责原则要解决的核心问题。美国在解释“善意”标准时适用了合理使用审查义务,可为中国所借鉴。美国第九巡回法院在“*Lenz v. Universal Music Corp*案”<sup>①</sup>中对DMCA第512条中的“善意相信”作出司法解释,要求权利人在发出通知前进行合理使用审查,如果没有这样做,则不符合“善意相信”的要求,构成“虚假陈述”,应承担损害赔偿。合理使用是公众合法自行利用作品的权利,将合理使用审查纳入对权利人“善意”的判断标准,意味着权利人既要确保自己没有对侵权内容作出相关许可,又要确保法律上也未对其作出相关许可。这一标准能够在一定程度上遏制滥用通知的行为,保护用户的合法权益。在实践中,相比权利人,用户大多处于弱势地位,《信息网络传播权保护条例》要求网络服务提供者在接到权利人通知后“立即”采取必要措施,在合理使用审查缺失的情况下,属于合理使用的作品可能被网络服务提供者迅速删除,用户的二次创作空间被挤压,最终斩断作品创作的连续性,伤及版权方的根本利益。因此,将合理使用审查纳入“善意”的标准确有必要。但美国对合理使用审查评价采取了完全主观的标准,不足以从根本上治理通知滥用行为,对此我们应发挥主观能动性,对合理使用审查的评价制度进行完善,避免“善意”主观要件成为纯粹的形式要求。在“*Lenz v. Universal Music Corp*案”中,法院指出:“权利人仅需在主观上相信涉案内容构成侵权,不要求其对合理使用审查的考虑达到客观上合理、正确的标准。”这一完全主观的标准,使得权利人很容易以“已考虑过合理使用,但认为不构成合理使用”为由进行抗辩,而由用户来证明权利人不是真正相信不构成合理使用,明显超出了其能力范围。<sup>[21]</sup>

## (四) 恢复上架等待期的设置阙如

《中美经贸协议》中对于恢复上架等待期的设置与《信息网络传播权保护条例》的规定存在较大差异,《信息网络传播权保护条例》中并没有恢复上架等待期的规定,而是采用了“声明未侵权即恢复”

<sup>①</sup> 参见 *Lenz v. Universal Music Corp., et al.*, Nos. 13-16106, 13-16107 (9th Cir. Sept. 14, 2015)。

的做法。在网络版权领域是否应当引入及如何引入恢复上架的等待期是落实《中美经贸协议》条约义务应解决的问题。

现行《信息网络传播权保护条例》中采取的“声明未侵权即恢复”的程序,使实践中存在着滥用未侵权声明的现象,在《信息网络传播权保护条例》中有必要引入恢复上架的等待期的规定。立法者在制定《信息网络传播权保护条例》的“通知—删除”规则时,并不指望一纸行政投诉就让平台上的内容消失,权利人若要实现其权利主张,须求助于司法途径,因此规定了“声明未侵权即恢复”的程序。但是“声明未侵权即恢复”的程序在一定程度上虚置了侵权通知的作用,侵权人在提供未侵权声明后即能够继续进行侵权行为,极易导致侵权行为卷土重来,难以实现对实际权利人权利的充分保护,并可能导致整个救济程序陷入无效率状态。

但恢复上架等待期的具体时长的设置应与著作权保护的特点相适应,《中美经贸协议》中二十个工作日的等待期对于著作权权利人来说并不是必需的。相对于专利、商标侵权纠纷,著作权纠纷的证据收集较为简单,权利人通过将涉嫌侵权作品与本人作品的标题、作者信息及主要内容进行比对,即可大致判断是否构成侵权,并不需要二十个工作日的时间才能提起司法诉讼或行政投诉。过长的等待期设置反而可能使权利人怠于诉诸专业的救济渠道,导致网络用户的作品长期处于下架状态,网络用户的正当利益受到损害。

#### 四、中国网络版权立法对《中美经贸协议》“通知—删除”规则的回应

《中美经贸协议》“通知—删除”规则对中国网络版权立法形成了一定挑战,但其规定与中国所倡导的“全面加强知识产权保护工作”的目标相一致,有助于促进网络服务提供者提高处理侵权纠纷的效率,完善防止“通知—删除”规则滥用的相关制度。因此,借助落实《中美经贸协议》条约义务的契机,中国可在法律层面对《中美经贸协议》中提出的新要求作出回应,补强现行立法中的疏漏,形成更加符合知识产权领域发展规律的法律制度和体系。

##### (一) 细化有效、合格通知的标准

进一步细化《信息网络传播权保护条例》中有效、合格通知的标准,在保证相关规定一致性的同时,适当提高权利人对侵权成立所负担的证明责任,解决网络服务提供者处理侵权纠纷的时效问题。有效、合格的侵权通知书能够帮助网络服务提供者确

定实际权利人并及时了解网络服务中的侵权情况,在尽可能快的时间内采取删除、屏蔽侵权材料等阻断措施。第一,权利人的初步证明材料应包含对侵权事实的描述。权利人通过请求网络服务提供者采取必要措施来寻求救济的前提条件是侵权事实的存在,因此,权利人对侵权事实的描述应当包含侵权行为的方式、损害后果、侵权行为与损害后果之间的因果关系。初步证明材料的证明程度需达到一般的民事诉讼的证明标准,即网络服务提供者根据所提供的证明材料能够确认侵权的可能性较大。第二,权利人的初步证明材料应包括对受侵害的权利客体的描述。权利人应对受侵害客体的内容予以详细阐述,以方便网络服务提供者采取与之成比例的必要措施。权利人通知合格标准的适当提高能够合理地减轻网络服务提供者的负担,使其更加准确、全面地了解侵权行为,进而提高处理侵权投诉的效率。

##### (二) 引入“恶意”错误通知和反通知的惩罚性赔偿制度

在《信息网络传播权保护条例》中增加“恶意”提交通知和反通知的赔偿义务,并对其适用条件、惩罚性赔偿数额的确定作出规定。

第一,应明确惩罚性赔偿责任的适用条件。首先,《信息网络传播权保护条例》应规定主观“恶意”是适用惩罚性赔偿的前提条件。目前《关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》已对“恶意”的认定标准进行解释,经过司法实践检验后,《信息网络传播权保护条例》应对现行司法解释中的合理部分进行吸收,在《信息网络传播权保护条例》中对“恶意”的考量因素作出规定。其次,应在主观“恶意”之外增加情节严重作为适用要件,防止惩罚性赔偿的泛化。在适用惩罚性赔偿时应当遵循谦抑原则,不能轻易通过和使用惩罚性赔偿制裁行为人。单纯考虑主观要件,过于片面和绝对,可能导致惩罚性赔偿在“通知—删除”规则中的过度适用,导致行为人负担加重,影响作品的正常流通与再创造。<sup>[22]</sup>同时,将情节严重纳入惩罚性赔偿责任的适用要件,也有利于促进《信息网络传播权保护条例》与《中华人民共和国著作权法》(简称《著作权法》)、《中华人民共和国商标法》(简称《商标法》)、《民法典》的有效衔接,增强法律之间的一致性。《商标法》第63条、《民法典》第1185条、《著作权法》第54条中对惩罚性赔偿的规定均以情节严重为要件,控制惩罚性规则的适用,尽量平衡知识产权保护与知识流通的关系。

第二,应明确惩罚性赔偿金额的确定方法。著作权被侵犯的数量和规模难以量化,侵权损失边界非常模糊,著作权保护的难点之一在于损失数额难以证明。在惩罚性赔偿金额的确定上,不宜用固定的数额或标准来限定,而应为法官规定一定的考量因素,并赋予法官一定的自由裁量权。惩罚性赔偿数额的确定应与行为人的主观恶意、损害后果的严重程度成比例,不得畸高畸低。在司法实践中,法院需要适当转变有关损害赔偿认定的司法观念,应当接受即使适用三种传统的损害赔偿计算方式也会有不确定的存在,结合当事人提供的证据行使适当的自由裁量权,在符合合理精度的基础上探索恰当的损害赔偿规则,尽可能使法律事实接近客观事实,使惩罚性赔偿制度落到实处。

### (三) 调整错误通知的归责原则并明晰“善意”的判断标准

修改《信息网络传播权保护条例》中权利人错误通知的归责原则,将权利人发出通知时的主观状态纳入承担责任的条件,并将合理使用审查义务作为衡量权利人“善意”的标准。首先,要求权利人在发出通知时进行必要的合理使用审查,并由其承担善意的举证责任。在发出错误通知的情况下,如果权利人能够证明自己为善意时,则可免除其赔偿责任。其次,“善意”是指权利人在发出通知时,认真地进行了合理使用审查,基于专业的判断而合理信赖用户侵犯其知识产权的主观状态。对合理使用审查结果的评价应适用主观标准,并辅以客观标准。原则上,满足合理使用审查的要求为权利人在主观上有理由相信被通知人的使用行为不属于合理使用,但如果在客观上被通知人的行为明显构成了合理使用,权利人却仍然发出了通知,应认定为权利人没有尽到合理使用审查义务,不符合“善意”要求。<sup>[23]</sup>此外,权利人在发出通知时应考虑合理使用的时代背景。在网络2.0时代,用户具有读者和作者的双重身份,用户生成内容成为网络作品的重要组成部分,普通用户参与创作更多是作为一种参与社会生活的方式,并非以盈利为目的。<sup>[24]</sup>因此,权利人在发出通知时,应将在原作品基础上增加新的表达、赋予作品新的意义或功能的用户生成内容纳入合理使用的范围,以更好地发挥著作权法促进作品传播的作用。<sup>[25]</sup>

### (四) 增设恢复上架的等待期并明确网络服务提供者的审查义务

对《信息网络传播权保护条例》“声明未侵权即

恢复”的规定作出修改,增设恢复上架的等待期,并要求网络服务提供者对未侵权声明的证明材料进行适当审查,权利人在“合理期限内”未提起司法诉讼或行政投诉的,网络服务提供者应及时恢复内容。《信息网络传播权保护条例》应对网络服务提供者对未侵权声明的审查义务作出明确,如果网络服务提供者只是被动地机械地转送未侵权声明,而不对声明的内容进行审查,将诱使实际侵权人利用未侵权声明故意拖延维权程序,导致侵权行为反复发生,权利人的正当利益持续受损。此外,《信息网络传播权保护条例》应将权利人采取后续措施的时间规定为“合理期限内”。《信息网络传播权保护条例》可借鉴《民法典》侵权责任编中对恢复等待期的灵活表述,将等待期设置为“合理期限内”。合理期限的确定应当从规范目的出发,权衡比较期限对权利人及网络用户双方利益的影响。如作品涉嫌侵权的可能性较大,则应赋予作品权利人较宽泛的“合理期限”进行取证、起诉等活动;如网络用户提交由权威机构出具的不侵权说明、权利比对表等不侵权的声明,则应适当缩短“合理期限”的时间。同时,在面对跨国的著作权争议时,可以酌情给予权利人更长的期限进行司法诉讼或行政投诉的准备,有效地保障权利人的利益,而在简单的著作权争议中,可以视具体情况,适当缩短等待期时长,以避免权利人拖延维权程序。因此,无论是《中美经贸协议》中提到的二十个工作日,抑或是《电子商务法》中要求的十五日都应当是网络服务提供者在实际操作中考量的基础,而非必须遵守的期限。<sup>[26]</sup>

## 五、结语

《中美经贸协议》是中美双方在利益平衡的基础上,在推动全球经济持续发展的共同愿景下签订的互惠的、包容的阶段性经贸谈判成果。履行协议承诺的过程,本质上是中国国内法与国际法规则、美国法的又一次互动与对话的过程。<sup>[27]</sup>提升网络版权保护立法水平,加强知识产权保护,不仅仅是美国的利益诉求,也是推动中国数字经济发展、激发内容创新、促进文化繁荣的重要保障。《中美经贸协议》对“通知—删除”规则进行了详细规定,对中国版权领域立法形成了一定挑战。《中美经贸协议》“通知—删除”规则中有关提高纠纷处理时效、抑制权利人滥用该制度的机制等要求,有助于促进中国相关制度的进一步完善。<sup>[28]</sup>当前,中国正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变,应辩证地看待这些条款的具体内容,主动求变,在国内法层面作出回

应,细化有效、合格的通知的标准,引入“恶意”通知和反通知的惩罚性赔偿制度,对“善意”的判断标准加以具体规定,并增设恢复上架的等待期,使中国知识产权立法内容更加科学。<sup>[29]</sup>

### 参考文献:

- [1] 习近平. 全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局[J]. 求是, 2021(3):4.
- [2] 张晓君. 坚持统筹推进国内法治和涉外法治[N]. 重庆日报, 2020-12-08(14).
- [3] 廖丽. 美国知识产权执法战略及中国应对[J]. 法学评论, 2015, 33(5):130.
- [4] 徐明, 陈亮. 中美经贸协议背景下电商知识产权保护优化路径研究[J]. 国际贸易, 2020(3):38-39.
- [5] 万勇. 人工智能时代的版权法通知—移除制度[J]. 中外法学, 2019, 31(5):1257.
- [6] 岳嘉文. 美对华特别 301 报告中的版权问题研究[J]. 电子知识产权, 2019(7):27.
- [7] 阮开欣. 网络版权法下滥用“通知与移除”程序的规制——兼评美国“跳舞婴儿”案[J]. 中国版权, 2015(6):48.
- [8] 刘文杰. 《电子商务法》“通知—删除”规则之检讨[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2019, 32(6):14.
- [9] 孔祥俊. “互联网条款”对于新类型网络服务的适用问题——从“通知删除”到“通知加采取必要措施”[J]. 政法论丛, 2020(1):52.
- [10] 郑万青. 从 TPP 建议案版权条款看美国的版权扩张政策[J]. 知识产权, 2015(1):93.
- [11] URBAN J M, SCHOFIELD B L, KARAGANIS J, et. al. Takedown in two worlds: an empirical analysis[J]. Journal of the Copyright Society of the USA, 2017, 64(4):486.
- [12] 董新凯, 王树磊. 网络版权侵权中“通知—删除”的合理时间判断[J]. 南京理工大学学报(社会科学版), 2017, 30(3):8.
- [13] 沈一萍. 错误通知的认定及其赔偿责任研究——以《电子商务法》草案送审稿第 54 条第 1 款为中心[J]. 电子知识产权, 2017(3):52.
- [14] YI C. Keeping up with the times: integrating innovations in criminal copyright infringement into the *Federal Rules of Criminal Procedure*[J]. Journal of Law, Economics & Policy, 2014, 10(2):492.
- [15] 王烈琦, 唐艳. 论著作权法上“通知—移除”规则的移植问题[J]. 知识产权, 2017(7):44.
- [16] BENON H. A peek under the hood: why lawmakers should strengthen the current DCMA exemption for security and safety research into car software[J]. Hastings Business Law Journal, 2019, 15(1):155.
- [17] 范艳伟, 王珏. 电商法来了, 平台怎么办? ——论《电子商务法》下电商平台“通知—删除”规则的适用[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2019, 32(6):22.
- [18] 刘敬东, 王路路. 中美经贸协议中的遵守机制研究[J]. 学术论坛, 2021, 44(1):64.
- [19] 杨立新. 民法典侵权责任编草案规定的网络侵权责任规则检视[J]. 法学论坛, 2019, 34(3):95.
- [20] 丁丽柏, 陈喆. 论 WTO 对安全例外条款扩张适用的规制[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版), 2020(2):135.
- [21] 周念利, 李玉昊. 数字知识产权保护问题上中美的矛盾分歧、升级趋向及应对策略[J]. 理论学刊, 2019(4):61.
- [22] 王利明. 论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则[J]. 政治与法律, 2019(8):101.
- [23] 蔡元臻. 论合理使用对滥用通知现象的遏制——美国“跳舞婴儿案”的启示与反思[J]. 知识产权, 2019(1):30.
- [24] 刘珊, 黄琴. 网络用户生成内容版权侵权自治模式的法治化探索[J]. 中国出版, 2018(12):62.
- [25] 熊琦. “用户创造内容”与作品转换性使用认定[J]. 法学评论, 2017(3):64.
- [26] 周园, 谭丽玲. 通知删除规则适用之阙如及其完善[J]. 科技与法律(中英文), 2021(3):99.
- [27] 张相君, 魏寒冰. 海洋微塑料污染的国际法和国内法协同规制路径[J]. 中国海商法研究, 2021, 32(2):100.
- [28] 管荣齐. 中美经贸协议下加强知识产权保护的对策建议[J]. 学术论坛, 2021, 44(1):60.
- [29] 马忠法, 谢迪扬. 《中美经贸协议》与我国知识产权法律应对[J]. 武大国际法评论, 2020, 4(6):82-83.