

网络版权内容过滤措施的 言论保护审查

崔国斌*

摘要 网络版权内容过滤措施已经成为预防网络版权侵权的强有力工具,有望彻底改造现有网络安全港规则。它在过滤侵权内容的同时,也可能妨碍公众发表合法言论,引发言论保护方面的关切。由于版权侵权言论本身不受保护,同时“思想表达二分”、合理使用例外等版权规则已充分考虑言论保护的需求,决策者在设计内容过滤措施时无需考虑独立的言论保护抗辩。版权内容过滤措施属于内容中立的措施,应采用比较宽松的标准进行审查。只要网络服务商将过滤对象限制在复制作品实质部分后的传播行为,选择合理的内容过滤标准,并配以必要的人工补救措施,则内容过滤措施能够通过言论保护规则的审查。另外,网络服务商主动过度过滤的可能性微乎其微。版权内容过滤虽然属于限制言论的事前措施,但并不会实质增加公众发表合法言论的成本。从言论保护的角度看,版权法要求部分网络服务商承担版权内容过滤义务,是合理的制度选择。

关键词 版权侵权 内容过滤 言论保护 间接审查 事前限制

引言

网络内容过滤技术已经被网络服务商广泛应用于阻止各种违法信息的传播。这种代码层面的技术规制措施大幅度提高了服务商和权利人预防网络违法行为的能力,同时也可能因为错误或过度过滤而增加公众发表言论的成本,减少公众接触合法信息的机会。虽然网络服务商的过滤措施并非传统言论保护意义上的直接源自政府的审查或限制措施,但是它对公众言

* 清华大学法学院副教授。本文系国家社科基金资助项目“网络版权内容过滤措施的法律规制”(项目编号:16BFX140)的阶段性成果。

论有重大影响,应该受到言论保护规则的有效约束,已经成为社会共识。^{〔1〕}将来,著作权法将内容过滤义务规定为部分网络服务商的强制义务之后,则更是如此。

不同目的的内容过滤技术,工作原理不尽相同,对于公众言论的影响自然也不相同。本文集中关注基于内容或全文比对的网络内容过滤措施在预防著作权侵权方面的应用。^{〔2〕}现在,实务部门越来越多的意见认为,这一技术日趋成熟,立法者应当改革现有安全港规则,让网络服务商承担起版权内容过滤义务,帮助著作权人更有效地阻止网络侵权行为。立法者作出这一选择之前,必须认真评估内容过滤措施对于公众言论的负面影响,然后才能决定是否值得这么做,以及如何选择合理的过滤标准。

不过,学术界对版权内容过滤措施与言论保护的关系认识没有与时俱进。一些粗糙的内容过滤措施,比如利用作品标题和内容关键词实现的过滤措施,在决策者脑海中形成过度损害言论权利的刻板印象。^{〔3〕}比如,欧洲《电子商务指令》第15条就禁止成员国要求那些提供网络接入、缓存或内容发布服务的网络服务商采取措施监控其传输和存储的内容,并明确规定成员国不得规定网络服务商有义务主动调查是否有非法活动存在。^{〔4〕}欧盟法院在多个案例中指出,要求网络提供商采取过滤措施阻止盗版文件的传播,会损害用户传播和获取信息的自由,违反上述指令第15条。^{〔5〕}在美国,同样也有很多学者认为版权内容过滤措施损害言论权利。^{〔6〕}在内容过滤技术不够成熟的早期,过滤措施并不能有效区分版权侵权言论和合法言论,反对意见很有道理。

现在,网络技术有了长足进步,版权内容的技术比对更为准确,错误过滤几率大大降低。这大致意味着版权内容过滤措施保护版权的正面效用迅速增加,而损害言论权利的副作用逐步降低,正面看待它的时机可能已经到来。2019年的欧盟最新的版权指令要求网络服务商采取内容过滤措施,就是一个明确的信号。^{〔7〕}内容过滤措施五花八门。决策者需要一个可靠的理论分析框架,才能准确理解不同过滤措施对言论保护的负面影响。遗憾的是,到目前为止,学术界在这一方面的努力十分有限,此类分析框架无处可寻。这一尴尬现状与这一问题本

〔1〕 See Yochai Benkler, "Freedom in Systems", *Harvard Law Review Forum*, Vol. 127, No. 8, 2014, p. 355.

〔2〕 关于版权内容过滤技术的具体介绍,可以参考崔国斌:“论网络服务商版权内容过滤义务”,《中国法学》2017年第2期,第216—219页。

〔3〕 参见时飞:“网络过滤技术的正当性批判——对美国网络法学界一个理论论证的观察”,《环球法律评论》2011年第1期,第106—118页。

〔4〕 See Directive 2000/31/EC on Electronic Commerce, Article 15.

〔5〕 See SABAM v. Netlog NV, Case C-360/10 (2012); Scarlet Extended SA v. SABAM, Case C-70/10 (2011).

〔6〕 See Seth F. Kreimer, "Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, No. 1, 2006, pp. 11—102.

〔7〕 See EU DIRECTIVE 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market, Article 17(4)(b).

身的重要性极不相称。本文希望填补这一空白,为网络版权内容过滤措施的言论保护审查提供完整的思路。

在具体讨论展开之前,需要特别说明的是,讨论内容过滤措施的言论保护审查,需要有言论保护的语境和审查标准。到目前为止,我们在这一领域的法律实践非常有限,缺少可以作为探讨对象的本土资源。因此,本文选择强调言论保护并且具有丰富实践的美国法作为讨论语境。这单纯是为了讨论问题方便,并没有假定美国法代表中国法的未来。不过,本文相信,如果内容过滤措施能够通过相对严格的美国式的言论保护标准的审查,则很有可能也会满足中国法上相对宽松的审查要求。因此,法律语境的选择并不影响本文研究与中国实践的相关性。

一、版权侵权认定中的言论保护因素

网络版权内容过滤措施将版权侵权规则技术化或算法化,据以阻止版权侵权内容的传播。理解过滤措施是否损害公众的言论权利,需要从版权侵权规则与言论保护的关系着手。版权法禁止公众传播侵权表达,不可避免地要限制部分公众的言论。^{〔8〕}这是否会损害公众的言论权利,学术界的争论旷日持久。^{〔9〕}其中,与内容过滤措施合理性直接相关的核心问题至少有两个:其一,被过滤措施阻止的版权侵权内容是否属于受保护的言论?其二,在设计过滤措施时,是否要在合理使用抗辩之外,考虑独立的言论保护例外?接下来,我们逐一回答这两个问题。

(一)版权侵权内容的言论价值

版权侵权言论是否一定属于不受保护的言论?这对于版权内容过滤措施的设计是一个关键问题。如果版权侵权并非阻止一项言论传播的充分理由,则内容过滤者需要权衡版权保护利益与言论价值,以决定是否阻止该版权侵权言论。从技术上实现这一额外的主观的价值权衡过程,将使得过滤措施的设计极为复杂。

理解版权侵权内容的言论价值,需要从言论保护的终极目的出发。目前,学术界在这一问题上存在两种不同的认识:其一,强调保护言论是为了保护个人自由或个人功利,即法律之所以保护言论,是为了保证个人能参与文化活动和民主治理,实现自我和人格独立等;其二,强调保护言论是为了保护集体利益(collective good),促进思想市场的运作。^{〔10〕}在后者看来,检验真理的最好方法是让不同思想在市场上相互竞争、从而使得它被人们接受。^{〔11〕}

上述两种关于言论保护终极目的的不同认识,影响人们对于版权侵权内容的言论价值的

〔8〕 See Ned Snow, “Content-Based Copyright Denial”, *Indiana Law Journal*, Vol. 90, No. 4, 2015, p. 1506.

〔9〕 See Melville B. Nimmer, “Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?”, *UCLA Law Review*, Vol. 17, No. 6, 1970, pp. 1180—1204; Rebecca Tushnet, “Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It”, *Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 3, 2004, pp. 535—590.

〔10〕 See Snow, *supra* note 8, p. 1506.

〔11〕 See *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

看法。倾向个人自由理论的意见,强调个体自由表达的重要性;个人复制并传播他人先在的版权作品,虽然没有向市场提供新的思想,但是对于个人表达自己的个性、社会态度和政治立场依然有重要价值。比如,有意见强调,合理使用范围之外的复制作品表达的行为本身就具有重要的自我表达与自我定义的言论价值。^[12] 在个案中,这一意见很可能认为版权法没有充分考虑言论保护的需要,希望在合理使用之外设立独立的言论自由抗辩。

接受思想市场理论的意见,对限制利用侵权表达的版权规则更为宽容。在它看来,保证思想市场的运作的关键是保证不同思想的自由交流,而不是特定表达的自由利用。更多的新思想进入市场所产生集体收益会超过部分侵权表达被限制的集体成本。^[13] 如果后来者直接采用他人先在的相同表述,表达相同的思想,则对言论市场而言价值有限,并不值得保护。到目前为止,思想市场理论是言论保护领域最广为接受的理论。^[14]

沿着思想市场理论的方向,美国主流意见倾向于认为,版权侵权言论不受宪法保护。版权法的相关学说已经足以保护言论价值。^[15] 正如美国最高法院 Ginsburg 法官在 *Eldred v. Ashcroft* 案中所说的那样,“思想和表达的二分学说”与合理使用学说是版权法内在的自由言论保护机制,只要国会停留在版权法的传统框架内,就没有第一修正案(言论保护)的问题。^[16] 美国最高法院在更早的 *Harper & Row* 案中,也表达了类似的意见,认为版权法本身内含了宪法第一修正案的要求。^[17] 本文在后续讨论中,接受美国最高法院的看法,认为内容过滤措施没有必要在版权侵权规则之外,额外考虑言论保护的问题。

(二)合理使用之外的言论保护抗辩

接受思想市场理论的指引,依然有人认为版权保护规则没有充分保护合法言论。典型的意见有几类:

其一,强调思想和表达不能完全分开,认为保护表达必然会在一定程度上影响思想的自由交流。在某些情形下,公众需要引用著作权人的确切表达来表达自己的意思,而不能以重新表述来代替。^[18] 比如,前面提到的 *Harper & Row* 案中,被告杂志需要引用福特总统自传中的原话来描述他赦免前任尼克松总统的决策过程。要求政治言论的表达者避免直接复制他人的作品表达,对表达者而言构成实质性的负担,很可能损害其表达的积极性。

其二,强调合理使用抗辩缺乏对言论价值的权衡因素,无法充分保护言论。合理使用学说

[12] See Tushnet, *supra* note 9, p. 538.

[13] See Snow, *supra* note 8, p. 1507.

[14] See C. Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York: Oxford University Press, 1989, p. 5.

[15] See Neil Weinstock Netanel, “Locating Copyright within the First Amendment Skein”, *Stanford Law Review*, Vol. 54, No. 1, 2001, p. 3.

[16] See *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 221 (2003).

[17] See *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 560 (1985).

[18] See James Boyle, “The First Amendment and Cyberspace: The Clinton Years”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 63, Nos. 1-2, 2000, p. 348.

通常要求作品的使用行为具有转换性,不得对作品市场价值造成实质性损害等。强调言论保护的意見则认为,在某些情况下,要以牺牲作品的市场价值为代价来保护言论。因此,著作权法合理使用抗辩不足以保护言论。^[19] 美国很多学者利用 Diebold 案来说明这一点。在该案中,被告通过网络传播黑客从原告内部邮件档案中窃取的版权文件。该文件讨论原告电子投票机存在的技术漏洞。原告以侵害版权为由阻止被告传播该文件。法院认为,传播该文件具有重要的公共利益——如果机器有缺陷,选举的合法性就成问题;原告也没有传播该作品的计划,因而作品市场价值未受损害;被告的传播是为了支持对原告电子选票机的批评,属于转换性使用。最终,法院认为被告传播行为构成合理使用。^[20] 这一案件虽然是在合理使用的框架下处理的,但是它让部分学者意识到,如果法院在认定合理使用时,不考虑传播行为本身的重要言论价值,则权利人以保护版权的名义制止该传播行为,将实质损害言论权利。在他们看来,可能的改革思路是,在合理使用限制之外,引用言论保护抗辩对版权进行额外的限制。^[21]

其三,强调版权法侵权规则的模糊性可能导致表达者因担心侵权而放弃合法的言论表达。^[22] 其实,这一模糊性并没有办法通过引入言论保护抗辩的方式来消除。模糊性的威胁也并不像想象的那么严重,后文第 4 节中还有进一步的讨论,本节后半段不再回应。

本文认为,上述前两项质疑意见并没有足够的说服力,在版权法之外创设新的言论保护例外是不可取的。理由如下:

首先,特定版权作品的具体表达在公共讨论中并不像很多学者想象的那么不可替代。虽然思想与表达的区分有一定的难度,但是,必须依赖特定表达来传达思想的情形并不常见。在绝大多数情况下,公众总是可以重新表述再传播而无需担心版权侵权。这应该是版权法几百年来没有明显抵触民主讨论的原因所在。思想与表达二分界限模糊,使得部分公众在边缘案例中难以确切区分思想和表达,对权利人也同样如此——在此类诉讼中让法院相信他人利用的是表达而不是思想,同样不易。因此,思想与表达二分界限的模糊性并非单方面地对公众的表达自由不利。更重要的是,如前所述,引入新的言论保护例外,规则边界的模糊性同样无法消除,并不能保证对保护公众自由更有利。

公众重新表述作品中的思想需要负担一定成本,这实际上也是著作权机制发挥作用的前提。著作权保护下的表达成本使得公众不能轻易和作者竞争,从而使得有获利动机的作者产生创作积极性,消费者因此能够通过合法途径更早地获得该作品及其背后的思想观点。如果轻易以言论保护的名义限制作品的著作权,促进思想观点的传播,则会损害了该作者一开始的创作动机,反而会推迟该作品的面世和思想的传播。因此,即便言论保护与著作权保护存在冲突,也应当适度限制言论保护以保护著作权。社会得到的补偿是对著作权人创作的激励。这

[19] See Netanel, *supra* note 15, p. 13.

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

[21] See Nimmer, *supra* note 9, p. 1204.

[22] See Alfred C. Yen, "A First Amendment Perspective on the Idea/Expression Dichotomy and Copyright in a Work's 'Total Concept and Feel'", *Emory Law Journal*, Vol. 38, No. 2, 1989, p. 396.

一交换符合社会更大的公共利益的需要。^[23]

其次,著作权法的合理使用例外实际上充分考虑了各种情形下的言论保护关切,包括前面提到的电子投票机案等极端情形。依据典型的合理使用四要素判断法,法院在判断作品使用行为是否构成合理使用时,要考虑使用目的与特点、作品性质、使用的量、对作品潜在市场和价值的影响等。^[24]其中,法院对作品使用目的、作品性质等因素的权衡,为言论保护留下足够空间。比如,为了介绍和评论为目的的合理使用,就属于典型的保护言论的例外。在判断引用是否合理时,有相当的弹性,在绝大多数情况下能够满足公众的表达需要。在特殊情况下,甚至可以完整复制版权作品。比如,在前面提到的电子投票机案中,直接提供完整的公司内部文件,远比间接转述有更好的传播效果和证明力度,因此被认定为合理使用。在著名的 Google 图书馆案中,美国法院也确认,完整地数字化复制图书依然构成合理使用。^[25]在前面提到的 Harper & Row 案中,著作权法是否有必要阻止被告从 500 页的作品中多处累计引用 300 至 400 字,其实有很大疑问。更合理的解决思路可能是从版权法的角度认定合理使用,但是从侵害商业秘密的角度提供替代救济。该案法院没有适用合理使用,并不能证明合理使用例外在保护言论方面缺乏足够的弹性。

在涉及言论保护时,著作权法能够容忍的市场价值损害其实有很大的弹性。比如,他人引用原作对原作提出严厉的批评,即便严重损害甚至完全消灭原作的市场价值,法院依然会认为这一引用构成合理使用。再比如,在某些特殊情形下,当言论具有重要政治价值时,著作权法设置“公众集会讲话”例外,许可更自由的传播——“报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话”,无需获得著作权人许可,也无需支付报酬,“但作者声明不许刊登、播放的除外”。^[26]批评意见认为,著作权法不容忍对作品市场价值的实质损害,所以无法有效保护言论,^[27]其实并没有坚实的法律和事实依据。

最后,在网络环境下,新的传播技术也降低了基于言论保护目的限制著作权的必要性。现在,网络已经成为言论传播的主要渠道。言论一旦通过网络发布,几乎永不消失,全球公众可以随时获取。在很多情况下,如果公众希望借助该言论来表达自己的政治主张,不再需要像过去那样在新的媒介上复制该作品本身,仅仅需要转发链接或提供该作品存储的网络地址信息,就可以让后续的读者了解该作品内容。每天无数的微信、微博或其他社交媒体用户以这种方式发表各种自己支持或反对的言论,以实现自我表达。这一新的传播方式的出现,大大降低了“先复制再传播”的必要性,进而导致著作权保护对言论自由保护的威胁大大降低。

以上分析表明,著作权侵权内容本身并非受保护的言论,同时我们也不需要著作权法的框架外设置单独的言论保护抗辩。因此,仅仅阻止版权侵权言论传播的内容过滤机制本身,并

[23] See Nimmer, *supra* note 9, pp. 1192—1193.

[24] See 17 U.S. Code Title 17—Copyrights, Article 107.

[25] See *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F. 3d 202 (2015).

[26] 参见《著作权法》(2020年)第22条第1款第5项。

[27] See Netanel, *supra* note 15, p. 13.

不需要考虑言论保护问题。不过,这样的理想情况并不存在。网络过滤机制在阻止侵权内容传播的同时,也不可避免地会影响到一些合法内容的传播。比如,类似自动投票机案的版权作品的合理使用,就很可能被内容过滤机制阻止。这是否意味着内容过滤机制就无法满足言论保护规范要求呢?接下来,我们进一步分析现实中的版权内容过滤机制的合理性。

二、版权内容过滤的合理性评估

依据传统的言论保护框架,一项限制言论的措施是否合理,首先要看它是否内容中立,然后决定采用相对宽松或非常严格的审查标准,最终权衡选定的审查标准中的各项要素给出答案。假定将来的著作权法将版权内容过滤设定为部分网络服务商的义务,则这一法律规则的合理性审查,也可以采用类似的分析思路。

(一) 内容中立

限制言论措施是否内容中立,关键在于它是否因为言论所表达的思想或观点不同而作区别对待。^[28] 比如,只对言论发表的“时间、地点和活动方式”进行管制,就是内容中立的限制措施。^[29] 而限制下列言论的措施通常并非内容中立的措施:很可能立即引发违法行动的言论、挑衅言论、淫秽内容、儿童色情、诽谤、误导性商业言论等等。^[30]

非内容中立的言论限制措施推定违法,受到最为严格的审查(strict scrutiny)。从美国的司法实践看,此类规则很少能通过合宪性审查。^[31] 在美国最高法院看来,“一般而言,政府没有权力因为言论所表达的思想内容而限制该言论”。^[32] “作为第一修正案下的基本原则,不能仅仅因为社会认为某项思想具有冒犯性或不同意该思想,政府就禁止该思想的表达。”^[33] 在这一严格标准下,有限的例外是,政府证明该限制规则被剪裁得很窄,实现迫切的国家利益。^[34]

对于内容中立的言论限制措施,美国法采用较为宽松的中间审查标准(intermediate scrutiny or mid-level scrutiny)。^[35] 审查时,主要考虑下列五项要素:①限制措施是否落入政府的职责范围?②限制措施是否实现重要或实质性的政府利益?③政府利益是否与言论保护的限制有关?④限制是否足够窄——没有超出必要的范围?⑤限制之外是否留下充分开放的交流机会或实质性的替代选择?^[36]

[28] See *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U. S. 622, 642–643 (1994); *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U. S. 781, 791 (1989).

[29] See *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984).

[30] See William Fisher, “Freedom of Expression on the Internet”, <https://cyber.harvard.edu/ilaw/Speech/>, last visited on 20 November 2020.

[31] See Snow, *supra* note 8, p. 1484.

[32] See *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729, 2733 (2011).

[33] See *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105, 118 (1991).

[34] See *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 469 (2009).

[35] See *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 529 (2001).

[36] *United States v. O'Brien* 案规定了前 4 项要件, *Ladue v. Gilleo* 案增加了第 5 项要件。

美国联邦最高法院并未就版权内容过滤措施是否内容中立作出过判决,学理上,可以参考法院在其他领域类似问题上的判决。在 *Bartnicki v. Vopper* 案中,诉争的是一项为保护隐私而禁止披露明知或应知是窃听所得的通讯内容的法律。法院认为,这一管制规则的合理性并不建立在被窃听的通讯内容之上,而是单纯基于该通讯内容源于非法窃听这一事实,因此它是内容中立的管制规则。^[37] 与上述保护隐私而限制言论的措施类似,服务商应权利人的侵权通知采取过滤措施阻止特定的版权侵权言论,也仅仅是因为该言论侵害版权这一事实,与该言论所表达的内容或思想无关。因此,过滤版权侵权内容也应该是一项内容中立的管制规则。美国也的确有很多学者主张著作权侵权规则内容中立,^[38]将这一结论延伸到内容过滤措施顺理成章。

在确认内容比对类的版权内容过滤措施属于内容中立的限制措施之后,我们套用前述较为宽松的中间标准中的五项要素来分析它的合理性。在网络环境下有效地保护著作权,落入了政府的职责范围;采取内容过滤措施对于实现版权保护的目标或政府利益实质相关;过滤措施能够有效地达成保护版权的目标。这意味着版权内容过滤措施通过上述五项考虑要素中第1、2、3项要素的审查应该没有太多疑问。剩下的重点应该是剩下的两项要素的权衡:第4项,过滤措施是否能够剪裁得足够窄?第5项,过滤措施是否给发表言论者留下实质性替代选择?到目前为止,这两项要素并未被充分讨论。以下具体展开:

(二)剪裁适度

1.合理的宽度

一项旨在制止违法言论的法律措施,并不损害该言论表达者的表达权利,但是如果该法律在制止该违法言论时,不合理地限制了合法言论,则该法律措施不能接受。^[39] 正因为如此,美国最高法院在一些案件中不否认立法禁止淫秽内容传播的必要性,但是常常认为该法律措施会过度损害合法内容的传播。^[40] 此即所谓“过于宽泛”学说(overbreadth doctrine)。

在讨论言论保护时,有些学者利用“过于宽泛”学说,对内容过滤系统可能的错误或不当过滤持非常苛刻的零容忍态度。比如,有意见认为,全世界广泛接受的网络安全港以及“通知删除”规则,虽然限制甚至免除了部分网络服务商的版权侵权责任,依然对言论保护不力。^[41] 为了证明这一点,他们常常会列举网络服务商错误删除合法内容的个案。比如,Youtube 在收

[37] See *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 526 (2001).

[38] See Yochai Benkler, “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, *New York University Law Review*, Vol. 74, No. 2, 1999, p. 446; Netanel, *supra* note 15, pp. 54–59; Christina Bohannon, “Copyright Infringement and Harmless Speech”, *Hastings Law Journal*, Vol. 61, No. 5, 2010, p. 1114.

[39] See *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288, 307 (1964).

[40] See *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 36 (1973).

[41] See Jack M. Balkin, “Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, No. 8, 2014, p. 2314.

到侵权通知后,即便没有可靠的侵权指控,也可能选择移除被控侵权的内容。^[42]其中,Lenz案是经常被引用的例子。在该案中,原告将自己拍摄的孩子在家听音乐跳舞的视频上传到Youtube。被告给Youtube发送侵权通知,宣称原告侵害自己的音乐版权,导致该视频被Youtube删除。法院认为,权利人在发出侵权通知前,有义务考虑合理使用的可能性,否则要为错误删除承担责任。^[43]在没有仔细评估法院明确裁判标准后,此类错误的个案在将来究竟有多普遍的情况下,反对意见就得出“通知删除”规则损害言论权利的结论。在他们看来,错误案例所占比例的大小并不影响这一结论。^[44]更极端的强调言论保护的意見甚至认为,在美国版权下的“通知删除”程序中,著作权人的侵权通知并未经过司法确认就导致服务商删除内容,不能有效保护言论。^[45]沿着这些极端思路,版权内容过滤措施很可能难以通过审查,因为它也是在司法判决前就阻止了侵权内容的传播,同时也会在个案中犯错误。

其实,在判断言论限制措施是否“过于宽泛”的关键,并不在于它是否会在零星个案中限制合法言论,而是它在整个社会范围内产生的寒蝉效应的严重程度。法院需要对过度审查的后果与保护合法权利所带来的收益进行权衡。^[46]只有对合法言论的损害达到实质程度时,该法律措施才无法通过言论保护方面的审查。^[47]比如,在美国图书馆协会案中,美国国会通过《儿童互联网保护法》,要求公共图书馆在接受政府资助的网络服务前,应当安装过滤软件,过滤淫秽或儿童色情内容,防止未成年人接触对他们有害的内容。但该过滤软件可能会错误地阻止图书馆用户接触那些原本受宪法保护的不应被过滤的内容。有权利接触被过滤内容的成年人用户,遇到网站被屏蔽的情形时,需要请求图书管理员解锁或停止过滤功能。这些用户不需要解释他为什么请求停止过滤功能。地区法院认为,部分顾客可能觉得请求解禁会很尴尬,因此这一措施并不足以保护言论;联邦最高法院专门针对过度屏蔽的问题发表意见,认为美国宪法并不保证用户在公共图书馆获取信息时不承担任何尴尬的风险。^[48]这一案例表明,美国联邦最高法院其实并不认为,过滤措施只有在完全避免合法内容被过滤的情况下才被认为剪裁得当。实际上,法院能够容忍一定程度的错误,然后看纠正该错误的难度或者说成本。

对照美国联邦最高法院在上述案件中意见,版权过滤系统的批评者极端地强调言论保护,并没有现实的法律基础和公众政策上的合理性。在版权保护与言论保护的相互冲突时,言论

[42] See Joshua A.T. Fairfield, “The God Paradox”, *Boston University Law Review*, Vol. 89, No. 3, 2009, p. 1017.

[43] See *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F. 3d 1126 (2016).

[44] See Wendy Seltzer, “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 24, No. 1, 2010, p. 221.

[45] See Christina Mulligan, “Technological Intermediaries and Freedom of the Press”, *SMU Law Review*, Vol. 66, No. 1, 2013, pp. 188.

[46] See Felix T. Wu, “Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 87, No. 1, 2011, p. 329.

[47] See Junichi P. Semitsu, “Burning Cyberbooks in Public Libraries: Internet Filtering Software vs. The First Amendment”, *Stanford Law Review*, Vol. 52, No. 2, 2000, p. 540.

[48] See *United States v. American Library Assn., Inc.*, 539 U.S. 194, 209 (2003).

保护并非总是不可妥协。在过滤措施所要保护的合法利益足够重要时,社会甚至会容忍错误率很高的过滤措施。美国或澳大利亚法院对待 P2P 音乐软件的态度就是一个典型的例子。2005 年前后,P2P 网络技术兴起导致盗版 MP3 音乐作品内容在网络上泛滥。美国法院要求 P2P 服务提供商采取措施阻止诉争的作品再次出现在 P2P 网络上。^[49] 通过人工实现这一点是不可能的,只能通过过滤措施阻止盗版内容再次出现在网络中。不过,当时准确的内容比对过滤技术并未成熟,只能基于文件哈希值、音乐专辑的名称、作品标题或作者之类关键词等进行过滤。其中,关键词过滤措施并不能避免妨碍合法的音乐传播行为,因此很可能阻止相当数量的合法言论的传播。不过,在这些案例中,言论保护并没有成为网站的救命稻草。网络服务商深知一旦采取过滤措施,就意味着商业模式的彻底灭亡,因此选择关闭网站。这一结局并没有引发言论保护方面的普遍争议。类似地,澳大利亚联邦法院也认为,利用音乐作品的标题、作曲者或表演者等关键词进行过滤是合理的选择,并没有损害言论权利。^[50] 这些案例表明,在非法言论和合法言论混合的场合,过滤措施其实并非言论保护的当然敌人。在 P2P 网络造成严重侵权后果而无法为社会所接受时,引入有效的内容过滤机制倒是有可能成为拯救此类表达途径的有效措施。

2. 过滤方式选择

在网络内容比对和过滤技术成熟之前,文件名过滤、内容关键词过滤、文件哈希值过滤等是常见的过滤版权侵权内容的技术方案。不同的过滤措施对言论保护的威胁不尽相同,不能一概而论。

以文件名或关键词进行过滤,如果不和其他识别机制相互配合,则准确性很低。这里的关键词通常是预先设定的作品名称、作者、内容关键词等有限的内容。关键词与文件内容之间并无必然的对应关系,出错率高到一定程度,从言论保护的角度就不再能接受。即便有人工纠错机制,依然会让太多的合法言论的传播者承担纠错成本。学者们对于此类网络过滤技术的担心和批评大多是有道理的。^[51]

以文件哈希值比对进行过滤能够实现更大的准确性。典型的做法是,权利人直接通知服务商将版权文件的特征哈希值存入数据库,然后阻止其他未经授权的用户上传并提供具有相同哈希值的文件。只要网络服务商在版权文件哈希值特征纳入数据库时,对著作权人的身份进行有效核实,同时对错误过滤提供救济措施(反通知措施),则过滤措施对言论保护的影响并没有明显超出现有安全港规则许可的范围,是可以接受的。不过,这类措施仅仅能够阻止跟数据库中哈希值一模一样的文件。只要用户稍稍修改文件,就会导致哈希值变化,从而规避掉过滤措施。从著作权法保护的角度看,这类过滤机制的应用价值有限,并非本文关注的重点。

通过内容比对实现的过滤方案,则消除了上述过滤技术的缺陷,可以更准确地识别侵权内

[49] 比如, Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 518 F.Supp.2d 1197, 1239 (C.D. Cal., 2007).

[50] See Universal Music Australia Pty Ltd v. Sharman License Holdings Ltd, FCA 1242(2005).

[51] 参见时飞,见前注[3],第 116 页。

容,而且不容易被规避,有更好的应用前景。不过,为了尽可能避免错误地阻止合法言论,在可预见的未来,过滤措施应该仅仅针对那些复制作品实质部分并对外传播的侵权行为,演绎或接近合理使用的行为则不在控制之列。之所如此,是因为前一类侵权行为比较容易通过内容比对方式识别,后者则很难判断。在现有技术和法律背景下,利用技术过滤系统准确区分思想与表达,识别出合理使用行为,几乎是不可能的任务。^[52] 现有研究也的确表明,代表性的 YouTube 内容识别系统并不能识别出合理使用行为。^[53] 过滤措施不能识别出演绎或合理使用行为,但可以避免判断此类行为。当复制的内容达到实质的量以后,使用行为就很可能远离演绎或合理使用的模糊地带。^[54] 同时,容忍一定的漏报率,则错误过滤合法内容的几率就可以被控制在合理范围内。这时,过滤措施妨碍合法言论的可能性就微乎其微了。从公众的角度看,这实际上意味着通过过滤措施比通过网站基于著作权侵权规则的人工审查更容易。当然,即便单纯的全文复制并对外传播,也有构成合理使用的可能性,比如前面提到的电子投票机案就是一例。不过,到目前为止,这样的案例非常罕见,过滤措施因此犯错误的几率会非常小。即便将来发生此类个案,通过人工措施纠正过滤措施的错误,也是合理的选择。部分对技术过滤措施持怀疑或批评态度的意见,可能对过滤措施抱有不切实际的想法,以为它需要像普通人甚至法官那样去处理复杂的著作权侵权判断问题,从而得出非常悲观或负面的结论。^[55]

最后,过滤系统一般并不自动地针对所有作品进行内容过滤,只有权利人提出过滤请求时才对特定的版权内容进行过滤。对于网络直播内容的过滤,也应该予以避免,因为此类过滤一旦出错,可能会对用户的合法权益有过分的影响。^[56] 这些制度安排将实质限制过滤措施的适用范围,从而大大减少它限制合法言论的机会。

(三)替代性选择

对于内容中立的言论限制措施进行审查时,需要考虑的最后一项因素(第5项)是看争议法律是否给合法言论留下“充分的替代性选择”。即,争议法律在限制言论的表达时间、地点或媒体的利用方式等方面时,是否给言论者留下其他充分的替代性表达机制。这是美国联邦最高法院通过个案判决所确定的规则。^[57]

版权内容过滤措施与限制言论表达的时间、地点或媒介的利用方式等传统措施相比,还是有些差别。不过,如前所述,它并不限制特定思想内容的传播,还是大致可以看成是对公众表

[52] 关于利用技术措施自动识别合理使用的挑战,可以参考 Peter K. Yu, “Can Algorithms Promote Fair Use?”, *FIU Law Review*, Vol. 14, No. 2, 2020, pp. 329–364.

[53] See Leron Solomon, “Fair Users or Content Abusers? The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on YouTube”, *Hofstra Law Review*, Vol. 44, No. 1, 2015, pp. 257–259.

[54] 关于具体过滤标准的讨论,可以参考崔国斌,见前注[2],第233–235页。

[55] See Giancarlo Frosio, “To Filter, or Not to Filter—That is the Question in EU Copyright Reform”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 36, No. 2, 2018, p. 357.

[56] See Louis DiIorenzo and Marc S. Werner, “I, (DRM) Robot: How DRM Systems Threaten the Viability of Online Live-Streaming Content”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 26, No. 4, 2013, p. 644.

[57] See *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U.S. 56 (1994).

达特定思想的方式的限制。因此,在审查过滤措施的合理性时,也要看特定表达方式被阻止后,公众是否还有足够的替代性选择。这里的替代性选择不是指是否存在其他不阻止该特定表达的网站存在,而是指公众无法利用特定表达后,是否可以有替代性的不受妨碍的方式表达相同的思想。在前面讨论著作权保护与言论保护的关系时,我们已经充分论述了,著作权保护仅仅限制了公众对特定表达的利用,并没有限制公众传播特定表达背后的思想内容。版权内容过滤措施也接受这一原则的约束。因此,在被过滤措施阻止后,公众完全可以以新的文本来表达相同和类似的思想。因此,公众拥有其他充分的替代性表达机制。

值得一提的是,常见的基于有限关键词的过滤措施,则很可能无法通过这一环节的审查。表达者在表达某些思想,尤其是针对具体的公众人物或公众事件行评论时,如果过滤的关键词覆盖了人名、事件内容,避免使用这些关键词进行表达,就会使得准确的替代性表达变得非常困难。同时,此类过滤机制中的关键词本身常常不能有效公示,否则公众很容易规避这一过滤机制。这意味着,公众在遇到错误过滤时,并不轻易知道哪些是应该避免的敏感关键词,寻找替代性表达要经历反复试错的过程,成本很高。换言之,关键词过滤机制实际上并没有给表达者留下足够的选择余地,很可能无法通过这一环节的审查。

三、服务商过度过滤的风险控制

前文借用内容中立的言论限制措施的审查框架,分析了内容比对类型的版权内容过滤措施的合理性,认为只要设置适当的过滤标准,就能满足“裁剪适度”和“充分的替代性选择”两项要件,从而避免损害言论权利。不过,上述分析框架没有考虑内容过滤措施通常由网络服务商作为中间机构来落实、而非由著作权人自行实施这一事实。在确认版权内容过滤义务的正当性之前,我们还要分析服务商过度过滤的可能性。

(一)应对间接审查的思路

从言论保护的角度看,一项内容过滤措施由著作权人自己实施,还是由中间机构来实施,有显著的差别。学术界将那些由于政府管制私人主体 A 而导致它审查私人主体 B 言论的审查行为称作“间接审查”(collateral censorship)。主体 A 在进行审查时,常常并不考虑主体 B 的言论价值,所以在面对可能的法律责任时,主体 A 可能为谨慎起见而限制 B 的言论,甚至是合法言论。^[58]为了保护公众的合法言论,决策者应当努力避免采用导致主体 A 过度审查的制度措施。

网络服务商属于上述的主体 A 类型的媒体中介。如果法律规定媒体中介有义务阻止用户侵权行为,则它很可能要为用户或第三方违法行承担民事、行政甚至刑事责任。媒体中介机构通常不能获得用户发表内容(言论)的全部社会价值,而只是获得其中的一部分,比如作品传播时的广告价值。因此,它通常不愿意在该内容全部价值的范围内承担法律风险。换言之,合

[58] See Balkin, *supra* note 41, p. 2309.

法言论的自由传播在社会上产生正面的溢出效应,媒体中介机构只能攫取部分价值。^[59] 在此背景下,如果区分合法与非法内容的标准不够明确,法院判决结果也有很大的不确定性,媒体事先难以有效区分合法与非法内容,而被动应诉的成本又高昂,则媒体中介机构为了避免承担法律责任,有可能过度审查,将部分合法言论挡在门外。^[60] 即便这些言论对社会而言很有价值,服务商也不认为对自己有意义。^[61]

出于对间接审查的担心,言论保护领域的学者本能地对法律赋予出版社、图书馆、书店、网络服务商等中介服务机构内容审查义务或其它注意义务的做法,保持警惕态度。如果一项法律规则过于模糊,赋予审查者过度的裁量权,则法院可能宣布它违反言论保护原则。此即所谓“模糊性学说”(vagueness doctrine)。这一学说审查的重点是,法律是否将基本政策事项交给警察、法官或陪审团,由他们在个案作出主观判断从而有武断或歧视性地适用法律的风险,威胁到合法言论。^[62] 如果法律有限制合法言论的潜在效果,法院将适用更严格的标准对该法律条文模糊性进行审查。^[63]

关于“模糊性学说”的具体适用,可以参考美国过去处理反淫秽内容立法的司法案例。如前所述,淫秽内容在美国不受宪法保护,并无疑问。^[64] 但是,美国国会或各州限制淫秽内容传播的立法常常被联邦最高法院否定,原因是该立法过于宽泛或模糊,对合法言论构成威胁。比如,在 *Reno v. ACLU* 案中,美国联邦最高法院推翻了国会关于反儿童色情的立法。该法律第 223 条(a)款禁止网络服务商在明知的情况下向未成年人传输或许可自己控制的电讯设施被用于传输淫秽内容。^[65] 如果服务商采取了“善意、合理、有效和适当措施”限制未成年人获得此类传输服务或采取某种形式的年龄审查措施,则可以免责。法院并不否认阻止未成年人获得淫秽内容有一定的正当性。但是,法院认为,在描述受限制的内容时,该法案分别采用的“下流”(indecent)和“明显冒犯”(patently offensive)的表述过于模糊,会产生明显的寒蝉效应。网络服务商的审查措施会过度损害成年人在非淫秽内容的表达和传播自由。只有准确定义边界的服务商责任规则才可以接受。同时,因为该法给予严厉的刑事制裁,这会促使部分合法的言论者保持沉默。^[66]

在名誉权保护领域,为了避免出版社或报社的过度审查,美国法院为针对政府或公众人物的言论设置了更高的保护标准:当报社出版的言论涉及政府官员或公众人物时,对于社会的公

[59] See Brett M. Frischmann and Mark A. Lemley, “Spillovers”, *Columbia Law Review*, Vol. 107, No. 1, 2007, pp. 262–264.

[60] See Assaf Hamdani, “Gatekeeper Liability”, *Southern California Law Review*, Vol. 77, No. 1, 2003, p. 106.

[61] See Wu, *supra* note 46, p. 301.

[62] See *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 108–09 (1972).

[63] See *Smith v. California*, 361 U.S. 147, 151 (1960).

[64] See *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 36 (1973).

[65] See 47 U. S. C. § 223(a) (1994 ed., Supp. II).

[66] See *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844, 871–876 (1997).

共讨论具有极其重要的价值,受到更大的重视和更严格的保护。为此,美国法院判例偏离最初各州普通法原则——出版社为自己最初出版的诽谤性内容承担严格责任,选择了明显偏好言论保护的立场;刻意减轻报社的注意义务,消除它们过度审查的动机。^{〔67〕}著名的 *New York Times v. Sullivan* 案就是这方面的代表性案例。法院认为,在出版的内容涉及公众人物时,除非公众人物证明报社有实际恶意(actual malice),报社无需承担诽谤侵权责任。^{〔68〕}所谓实际恶意,是指实际知道内容虚假或明显无视事实(reckless disregard for the truth)。^{〔69〕}对于非公众人物,则只需证明出版社存在过错,出版社就要承担诽谤责任。当然,除了言论保护之理由外,法院如此选择,还可能有另外的原因:公众人物有更多机会接触媒体,有更多机会去反驳诽谤言论;同时,成为公众人物通常是他们自愿选择的结果,自愿引起关注和评论。^{〔70〕}因此,法院不愿意让公众人物通过行使私权的方式来过度审查媒体言论。这在客观上保护了针对政府官员和公众人物的公开言论。这类案例表明,在私法上习以为常的私权保护规则,也可能是宪法上不能接受的言论限制措施。这一发现被认为是 *Sullivan* 案的重大贡献。^{〔71〕}

(二)网络服务商间接审查

在网络时代,信息生产的过程和言论表达的机会急剧民主化。现在,最有影响力的媒体公司是 Google 和 Facebook 之类的平台。它们的首要目的不是发表平台自创内容,而是为终端用户创造发言机会。影响力从出版者向平台的过渡,引发了自由表达的基础设施革命。^{〔72〕}人们不再依赖为数不多的控制报纸或电视的编辑。^{〔73〕}公众彻底摆脱了传统出版机制的约束,公开传播言论的成本急剧降低,言论机会因此急剧扩张。数十年前,就有学者指出,技术进步使得言论以过去无法想象的规模被传播,公众的教育和文化需求也在迅速增加。这迫使我们不断重新考虑法律上版权保护和言论保护的边界。^{〔74〕}网络时代的公众很快习惯了无处不在的廉价的表达自由,对中间机构(网络服务商)的言论审查的容忍态度也发生根本改变。于是,重新定义言论保护的边界就不可避免了。

服务商间接审查的影响所及远超传统出版社,应该受到更认真的对待。网络服务商所面对的群体不再是是可以近距离观察的少数的精英作者,而是数以亿计的完全陌生的网民。强化网络服务商的版权审查义务后,间接审查的影响所及远远超过传统出版社的版权审查行为。如上所述,过去数以亿计的普通公众本来就无法发出自己的声音,对于版权审查所导致的言论方面的不便,没有直接感知。现在,则完全不同。网络服务商的任何一项版权审查措施稍有不

〔67〕 See Wu, *supra* note 46, p. 301.

〔68〕 See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964).

〔69〕 See *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 344-345 (1974).

〔70〕 See *Comedy III Productions, Inc. v. Gary Saderup, Inc.*, 25 Cal. 4th 398 (2001).

〔71〕 See Benkler, *supra* note 1, p. 352.

〔72〕 See Balkin, *supra* note 41, p. 2304.

〔73〕 See Anupam Chander and Uyên P. Lê, "Free Speech", *Iowa Law Review*, Vol. 100, No. 2, 2015, p. 506.

〔74〕 See Nimmer, *supra* note 9, p. 1204.

当,就可能直接对无数公众的日常表达产生负面影响。比如,如果 Facebook 之类的平台来选择过滤某些内容,一下子就会影响数百万人。如果版权过滤措施让普通公众发表内容的等待时间延长数分钟或者更长,则可能导致无数人因此放弃发表言论。显然,在网络时代,人们对服务商版权审查行为的担心或不满,会被技术放大。稍微强化网络服务商的注意义务,就很容易被解读为重新限制或剥夺新技术所赋予公众的个人自由。网络言论的捍卫者所担心的不是失去的纸质出版时代的原本就有限的表达自由,而是担心失去网络时代新获得的更普遍的更廉价的表达自由。

鉴于网络服务商间接审查的影响远甚传统出版社,决策者大大降低了它的著作权侵权风险,以降低服务商过度审查的冲动。众所周知,著作权法并没有将网络服务商(不含内容提供商)类比为出版社,而是将它类比为传输管道。这样,网络服务商只为用户的直接侵权行为承担间接侵权责任。这是一种过错责任,远不及出版社的严格责任严厉。网络服务商过度审查的冲动自然受到抑制,对言论保护有利。从保护言论的角度看,网络服务商所受到的优待并不止于过错责任一项,它还获得了网络安全港以及与之配套的“通知删除”规则的庇护。

(三)过度过滤的可能性

关于服务商版权内容过滤义务的建议,在一定程度上背离了现有安全港规则,增加了服务商承担版权侵权责任的风险。那么,这会不会导致网络服务商作过度过滤呢? 本文认为,网络服务商是否主动或屈服于著作权人的要求而过度过滤,取决于一系列因素,至少包括:网络服务商承担侵权责任风险的大小(版权人提起侵权诉讼的可能性、侵权责任的严厉程度与试错成本、转嫁侵权责任的可能性等)、作品传播对网络服务商的商业价值、市场竞争的压力(严厉的过滤标准对用户体验的影响、处理用户异议的成本、商业竞争对手的过滤策略)等。著作权人的诉讼威胁仅仅是影响网络服务商选择过滤标准的一项因素,并非决定性的,甚至不是主要的,不太可能引发系统性的过度过滤。以下具体说明理由:

其一,有限的间接侵权责任风险不会激发过度过滤。从言论保护的角度看,违法后果的严厉程度直接影响法院对于规则模糊性的态度。在诽谤案件中,内容侵权造成的损害可能远远超过出版社的实际获利。^[75] 而淫秽内容传播,常常有严厉的刑事责任。如果损害赔偿或刑事责任过于严厉,则可能导致出版社过度审查,从而威胁合法言论。^[76] 如果模糊性并不产生严厉的法律后果,则可能无需干预。比如,在 Finley 案中,政府法令规定,是否给予资助的标准是看内容是否“体面和庄重”(decency and respect)。法院认为,虽然该标准不是很清晰,但是,违法后果仅仅是得不到资助,而不是刑法或行政法上的严厉后果,后者才会引发对模糊性的实质关切。^[77] 再比如在 Simith v. California 案中,法院暗示如果不是严格责任和严厉

[75] See Douglas Laycock, “The Death of the Irreparable Injury Rule”, *Harvard Law Review*, Vol. 103, No. 3, 1990, p. 744.

[76] See Ariel L. Bendor and Michal Tamir, “Prior Restraints in the Digital Age”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 27, No. 4, 2019, p. 1167.

[77] See *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 588–89 (1998).

的刑事责任,禁止商业场所出售淫秽出版物或许就是可以接受的选择。^[78] 整体而言,在民事责任方面,美国法院通常并不适用“模糊性”学说宣布一项民事法规违反宪法。^[79] 在缺乏惩罚性赔偿或严厉的刑事责任的情况下,法律规则的不确定性所激发的间接审查并不对言论保护构成实质威胁。

具体到网络服务商的过滤义务,虽然版权侵权风险可能会增加服务商的审查动机,但是整体而言,普通作品的著作权侵权损害赔偿的数额范围相对较低并且可以预测。在非故意侵权的情况下,服务商承担的损害赔偿数额大致接近真实获利或合理许可费等,一般不会给它带来意想不到的巨额损失。中国市场上的实际的损害赔偿情况已经说明了这一点。在将来的实际立法中,立法者不太可能设定具体而明确的过滤标准,这意味着服务商必然有选择合理过滤标准的空间。当网络服务商放宽过滤标准,导致部分侵权行为漏网时,著作权人在个案中要证明服务商因过滤措施不合理因而存在过错,比较困难。因此,技术过滤措施过于宽松导致服务商承担侵权风险的风险不会很高。另外,网络服务商作为一个平台,很容易将版权侵权责任转嫁给用户或者商业客户,从而降低商业风险。因此,服务商为了避免不算严厉的著作权侵权赔偿责任,选择过度过滤的动机不会十分强烈。

即便在个案中法院认定网络服务商的过滤标准过于宽松,网络服务商依然有从容的试错机会。在无法准确感知法律所要求的过滤尺度时,服务商并不会无休止地提高自己的过滤标准以降低侵权风险。服务商会根据实际上发生的侵权诉讼的数量,来调整自己的过滤策略。服务商甚至可以选择承担侵权责任而放弃过滤,或者更多的依赖人工纠错机制的补充。只要此类试错或反馈机制存在,有一定规模的网络服务商就不会武断地提高过滤标准,而是在与著作权人的博弈试错中寻找合理的过滤标准。服务商们对内容过滤标准不确定性的质疑,更像是它们游说政府放弃过滤义务立法的一种策略。

其二,作品商业价值会打消服务商过度过滤的积极性。如前所述,典型的怀疑论者认为,网络服务商只在乎作品的商业价值,而不在于作品本身的言论价值。当作品商业价值低于言论价值时,服务商很容易因为侵权风险而选择过度过滤。实际上,这一推论并不可靠。只要间接侵权责任处在可控范围之内,即使服务商从单个作品中直接获利有限,他们依然有足够的动力利用法律边缘地带,进行最小限度的过滤以最大化自己的商业利益。中国过去有大量的视频网站冒着直接侵权的风险上传盗版的影视作品内容以吸引公众免费访问,就很能说明问题。^[80] 过去,迅雷与美国电影协会之间的纠纷,也说明网络服务商对于技术过滤措施的本能

[78] See *Smith v. California*, 361 U.S. 147, 153—54 (1960).

[79] See *Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489, 498—99 (1982).

[80] 参见“优酷网卷入版权诉讼,张朝阳曝盗版‘潜规则’”,载搜狐新闻网, <http://news.sohu.com/20090916/n266756188.shtml>,最后访问日期:2021年2月6日。

的排斥。^{〔81〕}

对于那些商业价值较低的作品,比如学术论文,网络服务商从传播中获利的程度更低。但是,有意思的是,对于网络服务商而言,商业价值较低通常也意味着被诉侵权的风险以及败诉后损害赔偿的数额更小。学术论文损害赔偿的额度有限,作者提起诉讼的可能性微乎其微。正因为如此,很多网站自愿冒这一风险对外提供学术论文;Google 在面对版权侵权风险时有要挑战著作权法上合理使用规则的极限,去推动 Google 图书馆项目。在个别个案中,网络服务商收到著作权人的警告通知后,可能会选择立即移除(过度过滤)争议内容,以避免一项现实的侵权风险。但是,这只是个案,不具有统计学意义。^{〔82〕}整体而言,没有理由相信,选择系统性偏向著作权人的过度过滤标准,符合网络服务商的利益,因而服务商会主动这么做。

其三,市场竞争会抑制网络服务商过度过滤的冲动。有学者认为,用户在选择网络服务商的时候,并不考虑版权侵权或言论保护之类的问题,因而服务商之间不会为了保护用户的权利而展开竞争。^{〔83〕}这一结论并不可靠。网络服务商是否将保护言论当做首要目标,并不重要,重要的是网络服务商必须重视多数用户的体验。如果服务商的过滤标准过于严厉,拒绝大量用户传播并不侵权的作品,就会导致很多用户不满,从而转向其他提供更好服务的服务商。同时,受影响的用户投诉可能迅速增加,这也会增加企业处理用户投诉的成本,损害网络服务商的竞争力。因此,市场竞争的压力会迫使网站理性地选择过滤标准,从而保证公众的言论机会。没有理由相信,网络服务商在综合权衡这些因素时,会一面倒地偏好过度过滤。

当然,网络服务商主观上是否会过度反应而采取过度的过滤措施,并非简单的逻辑问题,而是一个经验性的问题。上述分析更多的还是理论推测。实际结果可能与预测有一定的差距。比如,在美国国会通过《儿童互联网保护法》前,很多人认为这一法案所要求的淫秽内容过滤措施会过度损害用户的言论。事后对美国 24 个公共图书馆的调查表明,每月仅仅有 1.6 起抱怨错误过滤的事件发生。^{〔84〕}过滤系统对言论保护的 actual 影响,比实现很多人的预期要小很多。上述事实表明,脱离实际证据支撑,单纯宣称过滤技术会出错从而妨碍言论,说服力很可能有限。

当然,上述淫秽内容过滤案例并不能证明版权过滤措施在实际运行过程中一定会产生类似的效果。不过,全文比对的版权内容过滤应该比淫秽内容过滤技术要成熟,在进行版权内容

〔81〕 迅雷与 MPAA 协议约定采取技术手段阻止用户下载未经授权的影视资源,但后来迅雷拒绝按照 MPAA 要求进行过滤,发生纠纷。参见“迅雷被告,胜面很大,业绩令人愁”,载虎嗅网,<https://m.huxiu.com/article/106923/1.html>,最后访问日期:2021年2月6日。

〔82〕 See Kate K. Lonick, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 131, No. 6, 2018, p. 1609.

〔83〕 See Rebecca Tushnet, “Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment”, *George Washington Law Review*, Vol. 76, No. 4, 2008, pp. 986—1016.

〔84〕 See Candice J. Spurlin and Patrick M. Garry, “Does Filtering Stop the Flow of Valuable Information?: A Case Study of the Children’s Internet Protection Act (CIPA) in South Dakota”, *South Dakota Law Review*, Vol. 54, No. 1, 2009, p. 92.

过滤时,技术过滤措施判断出错率应该比淫秽内容判断的出错率更低。

四、过滤措施的事前限制审查

前文从实体法上分析版权内容过滤措施在言论保护领域的合法性问题,结论是正面的,即版权内容过滤错误并不会实质损害的公众的言论权利。不过,问题并没有因此终结。从言论保护的角度看,还有一个非常重要的程序性问题,即内容过滤措施作为一种限制言论的“事前限制”(prior restraint)措施,^[85]应该受到事前限制学说的有效约束。^[86]在过滤非法言论的同时,事前限制也会作用于所有的合法言论。即便不出现错误结果,如果实质增加了合法言论的合规成本,则也可能被认定为妨碍言论。过去,这是很多内容过滤措施很难越过的障碍。因此,我们有必要在这里具体分析内容比对型的过滤措施通过这一审查的可能性。

(一)“事前限制”规则的合理性

“事前限制”学说成型于旧媒体时代,^[87]是英美法上言论保护的基础原则。^[88]依据这一学说,一项事前限制言论的措施,即便它在实体法上具有正当性,在程序上未必能够被接受。即,很多时候,对于事后会受到惩罚甚至应当追究刑事责任的违法言论,政府也不能采取事先措施加以限制或排除。^[89]

事前限制措施之所以被严格限制,是因为它将发表前的合法和非法的言论一起置于审查机构宽泛的裁量权之下,增加合法言论的成本:在事前限制程序下,政府不批准,言论就会被限制;而在事后审查程序下,言论首先被发布,政府不采取行动,言论就不会被阻止。这事实上改变了阻止言论的成本的分配,影响了合法言论面世的机会和时机;事后审查措施只是针对部分违法内容,执法行为受到较为严格的司法审查的限制,审查机构的执法意愿通常不是很高,事实上只有真正过分的言论才会被纳入执法者视野。而事前限制措施导致所有言论都事先呈现在执法者面前,大大降低了执法者寻找非法内容的行动成本,同时受影响者事后挑战的成本很高,政府容易过度执法;事先或事后限制措施引发的公众关注程度也有很大差异,从而政府受到的压力也不同;言论者对事前审查措施的藐视常常会冒犯审查者的权威,从而可能导致更严格的限制和更严厉的处罚。^[90]

[85] See Jack M. Balkin, “Free Speech is a Triangle”, *Columbia Law Review*, Vol. 118, No. 7, 2018, pp. 2017–2019.

[86] See Dawn C. Nunziato, “I’m Still Dancing: The Continued Efficacy of First Amendment Precedent and Values for New-School Regulation”, *Harvard Law Review Forum*, Vol. 127, No. 8, 2014, p. 372.

[87] See Bendor et al., *supra* note 76, p. 1164.

[88] See Nunziato, *supra* note 86, p. 389.

[89] See John Calvin Jeffries, “Rethinking Prior Restraint”, *Yale Law Journal*, Vol. 92, No. 3, 1983, p. 410.

[90] See Thomas I. Emerson, “The Doctrine of Prior Restraint”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 20, No. 4, 1955, pp. 656–660.

基于以上原因,美国法对事前限制措施持比较严厉的态度,一般推定不合法。只有在特殊情况下,比如出版内容涉及国家安全等重大利益,此类事前措施才可能通过宪法第一修正案的审查。^[91] 不过,从事先限制学说自身的逻辑看,并非只有受保护的利益达到国家安全等重大利益时,才有引入事先限制措施的必要性。一项事先措施是否合理,应该是多要素综合权衡的结果,比如,事先措施是否赋予审查者宽泛的裁量权,是否导致合法的言论者承担普遍的合规成本以及受保护利益的重要性程度。如果事先措施执行者的裁量权能够受到严格限制,则此类事前限制措施受到的质疑就会小一些。^[92] 事前限制措施在阻止有限数量的违法言论时,如果没有让合法的言论者承担事先批准的实质性程序成本,则可能是合理的。事前措施保护的利益的重要性应该也是一项重要考量因素。如果事前限制对于言论的威胁并不严重,而缺乏事前限制措施则权利人遭受的损害很严重时,法院可能会批准事前限制措施。^[93] 接下来,我们利用上述权衡思路来分析网络版权过滤措施的合理性。

(二)网络过滤措施的事先限制评估

网络版权内容过滤措施没有赋予过滤者宽泛的裁量权,也没有让合法的言论者普遍承担实质性成本,同时,在网络时代对于著作权人而言重要性日益增加,因此它能够通过事前限制学说的审查。

首先,版权内容过滤措施赋予过滤者的裁量权有限。如前所述,可接受的版权内容过滤措施必须基于内容全文而不是关键词比对的技术措施。在设计过滤措施时,过滤者能够自由裁量的空间有限,仅仅是文本长度(音频或视频时长)、侵权内容的比例等非常有限的技术性参数,并不拥有传统事前措施下的审查者的宽泛裁量权。^[94] 同时,这一过滤措施自动执行,不会产生传统事前审查措施下的人际互动中的冒犯问题,不会刺激审查者过度执法。过滤措施的内容比对日益精确,同时著作法也并不要求它阻止所有侵权行为,事前过滤者的裁量权对合法言论的威胁,会被进一步压缩。

其次,更为重要的是,网络技术进步之后,事前的版权内容过滤措施并没有实质性增加合法言论者的合规成本。在典型的新闻出版、电影审查等领域,事前审查所需要的时间常常要数日乃至数月,为应对审查而作的文本工作和其他投入也都不能忽略。因此,此类事前审查制度给很多原本就能通过审查的合法言论者带来实质负担,同时也实质延误言论进入思想市场的时间,对社会而言是重要损失。与传统事前审查不同,典型的网络内容过滤审查流程只有几秒钟的时间延误。^[95] 这对普通用户而言,几乎可以忽略不计。同时,版权内容过滤机制的主要成本都发生在著作权人(证明权属、提供作品复制件并请求通知)和网络服务商这一端(开发、

[91] See *New York Times Co. v. United States (Pentagon Papers)*, 403 U.S. 713, 723 (1971) (per curiam).

[92] See Jeffries, *supra* note 89, p. 423.

[93] See Bendor et al., *supra* note 76, p. 1164.

[94] 关于人工补救措施的基本思路,可以参考崔国斌,见前注[2],第236页。

[95] 参见王震、陈键:“冠勇科技演示‘智能版权内容大数据监测平台’”,载人民网, <http://capital.people.com.cn/n1/2020/0105/c405954-31535013.html>, 最后访问日期:2021年2月6日。

安装并维护这一过滤系统),并没有给合法言论者带来实质负担。

最后,在网络时代,事前限制措施对于保护著作权人利益的重要性也显著增加,从而增强了这一措施的正当性。至少有两方面的原因导致著作权人更加依赖事前措施:其一,网络时代自媒体发达,版权侵权更容易发生。在传统媒体时代,公众直接发表言论的渠道或机会并不多。而主流传统媒体通常会对编辑进行专业培训,使之受到较为严格的职业伦理束缚。^[96]这里自然包括避免侵害他人著作权的要求。在网络时代,公众可以轻易对外发布言论,他们大多没有经过严格的专业培训,也没有养成良好的职业伦理,因此侵害著作权的机会大大增加。这意味着,适应传统媒体时代的事前限制学说,进入网络时代后,应该被重新塑造。^[97]其二,网络空间的侵权更容易造成事后难以挽回的损害。在传统媒体时代,出版物的发行是一个相对漫长的过程。受出版物负面影响的权利人,在损害达到实质程度之前,就可以通过事后的司法程序阻止言论的进一步传播。除此之外,在社会层面,传统印刷或广播媒体所处的是一个只有短期记忆的媒体环境。出版物退出流通渠道或媒体停止广播后,侵权言论比较容易被遗忘,造成的损害一般不是很持久。而在网络时代,从出版到发行完毕的时间间隔很短。侵权内容一旦进入网络,就会像病毒一样无限制地扩散开来,被无数人留存或转发。这导致互联网很少会忘却,侵权后果一旦发生,事后很难消除。^[98]在网络环境下,机械地坚持事前限制学说,排斥任何事前的限制措施,很容易给权利人造成无法挽回的损害。

(三)网络用户自我审查的威胁

到目前为止,充分保护版权,有效吓阻网络用户侵权,依然是社会的既定政策。如果立法者不愿意强化网络服务商的注意义务,则必然要强化网络用户的直接侵权责任以震慑侵权。具体而言,立法者可能会引入惩罚性赔偿,增加行政执法,降低刑事责任门槛等等。美国法就大致走这一条路,在限制网络服务商责任的同时,强加给网络用户相当严厉的惩罚性赔偿或刑事责任。^[99]

以言论保护的名义反对事前措施的意见,通常并不反对强化网络用户的直接侵权责任。在他们看来,在网络服务商不承担事前过滤义务的情况下,事后追究网络服务商或用户的侵权责任,并不会对用户言论产生类似事前措施的负面影响。实际上,并不总是如此。

反对事前措施的意见常常忽略用户自我审查的负面影响。理论上,如果公众能够准确地判断著作权侵权的界限,并调整自己言论以避免侵权,则相对事前措施而言,事后法律责任的增加并不会产生损害合法言论的后果。不过,著作权法或刑法关于理性人的假设很多时候并

[96] See “The Society of Professional Journalists Code of Ethics”, <https://www.spj.org/ethicscode.asp>, last visited on 6 February 2021.

[97] See Bendor et al., *supra* note 76, p. 1170.

[98] See Bendor et al., *supra* note 76, p. 1172.

[99] 2009年在美国,有人通过网络分享24首歌曲,结果被判赔192万美元;而在另一案子中,分享30首歌曲被判赔67.5万美元。这在中国是不可想象的。See Ben Depoorter, Alain Van Hiel and Sven Vanneste, “Copyright Backlash”, *Southern California Law Review*, Vol. 84, No. 6, 2011, p. 1261.

不符合实际。很多人实际上不能准确估计侵权规则的合理边界,并预测自己行为被追究的几率。^[100] 风险厌恶型的网络用户,为了避免承担过于严厉的版权侵权后果,很可能会加强对自己言论的自我审查。比如,原本计划复制少量版权内容,游走在合理使用边缘地带的用户,很可能会因为严厉的版权责任而放弃使用该作品。在这一意义上,用户自我审查对言论的限制与网络服务商的事前限制措施,很多时候并没有太大的差别。^[101] 相对事前措施,事后的高额损害赔偿和严厉的刑事责任甚至会产生更严重的寒蝉效应。^[102] 如果存在过滤机制,前述复制量较少的使用行为,原本会被事前的过滤措施放过,事后即便被确认侵权,使用者也仅仅承担并不十分严厉的版权侵权责任,因为事先过滤机制会有效阻止侵权发生,事后侵权的法律责任就可以规定得相对温和。

过度强化事后的版权侵权责任,除了增加风险厌恶型用户的自我审查而损害言论权利外,还可能导致风险偏好型用户被过度惩罚的悲剧。很多风险偏好型的网络用户可能并不能理性地预计自己侵权行为被追究的几率,从而不能合理地控制自己在网络空间的行为。在法律过度强化用户的版权侵权责任之后,这些用户可能在事后突然发现自己要面对非常严厉的版权侵权后果,难以接受,甚至会制造人间悲剧。^[103] 著作权法要求网络服务商采取事前的内容过滤措施,类似一种父爱主义安排,可以在一定程度上减少著作权法对事后过度严厉的个人责任的依赖,从而减少此类非理性悲剧的出现。

在事前过滤机制下,网络服务商在著作权法领域的经验和掌握的侵权风险信息远远超过一般公众,它们在选择过滤标准时更为客观或专业。而没有经验的公众实际上依据各自对行为违法可能性的判断进行自我审查,容易反应过度或反应不足。从避免寒蝉效应或非理性悲剧的角度看,让网络服务商的采取合理的事前预防措施,也可能是合理的选择。当然,这里的前提是版权内容过滤机制并不实质增加公众发布合法言论的成本。

五、结 论

网络版权内容过滤技术进步为著作权人预防网络著作权侵权行为提供了新的选择,同时也对言论保护构成一定的威胁。不过,利用网络过滤措施阻止著作权侵权言论这一行为本身,并不直接损害公众的言论权利。在设计过滤措施时,决策者并不需要在著作权法的框架下引

^[100] See Christine Jolls, Cass R. Sunstein and Richard Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, No. 5, 1998, pp. 1471—1550.

^[101] See Wu, *supra* note 46, p. 339.

^[102] See Ariel L. Bendor, “Prior Restraint, Incommensurability, and the Constitutionalism of Means”, *Fordham Law Review*, Vol. 68, No. 2, 1999, pp. 289—360.

^[103] 比如,才华横溢的黑客英雄 Aaron Swartz 的例子就很有代表性。2011 年,他利用 MIT 个人账户大量下载 JSTOR 期刊库里的论文而受到严厉的刑事指控——累计高达一百万美元的罚金、35 年监禁和没收财产等。他在拒绝“监禁六个月”的辩诉交易后,上吊自杀,年仅 26 岁。2013 年,他成为互联网名人堂的一员。参见维基百科, https://en.wikipedia.org/wiki/Aaron_Swartz, 最后访问日期:2021 年 2 月 6 日。

人或考虑额外的言论保护抗辩。版权内容过滤措施属于内容中立的言论限制措施,应采用比较宽松的言论保护标准进行审查。只要将过滤对象限制在复制作品实质部分后的传播行为,选择合理的内容过滤标准,并配以必要的人工补救措施,则内容过滤措施不会对言论保护构成威胁。网络服务商不太可能主动选择过度过滤。版权内容过滤虽然属于限制言论的事前措施,但是,它并不会实质增加公众发表合法言论的成本。本文期待这一言论保护分析框架能够为决策者设计版权内容过滤措施提供可靠的指引。

Abstract: Content filtering technologies have become a powerful tool for Internet service providers to prevent copyright infringement in cyberspace, and might lead to a complete overhaul of current Internet safe harbor rules. While filtering out infringing contents, such a tool might also restrict protected speech of the public, therefore raise concerns about its threat to freedom of speech. Since copyright-infringing content is not protected speech, and copyright law rules, such as the idea-expression dichotomy and fair use doctrine, already prevent copyright from running afoul of freedom of speech, decision makers, when designing copyright filtering systems, need not to consider a separate freedom-of-speech defense under copyright law. Copyright filtering systems are content-neutral and should be subject to intermediate or mid-level scrutiny. As long as a content filtering system is designed to filter only contents that embed a material part of copyrighted works with a reasonable filtering standard, and implements necessary manual measures to correct false filtering, it should be able to pass intermediate scrutiny under the law of free speech. The possibility for Internet service providers to over-filter is very slim. Although copyright filtering is a prior restraint on speech, it would not substantially increase the general public's cost of speech. Therefore, requiring Internet service providers to implement copyright filtering systems would be a reasonable institutional choice under the law of free speech.

Key Words: Copyright Infringement; Content Filtering; Freedom of Speech; Collateral Censorship; Prior Restraint

(责任编辑:杨 明)