

短视频平台强制性版权过滤义务的质疑与责任规则的优化

刘友华 李扬帆

(湘潭大学法学院知识产权学院 湖南湘潭 411100)

内容提要:面对短视频版权侵权乱象,各界呼吁对短视频平台苛以强制性版权过滤义务以治理侵权,其理由是算法推荐的特殊性、平台具备过滤技术能力以及“价值差”的存在。然而,包含算法推荐的平台并不能一概认定为脱离技术中立,其在技术上亦难以准确识别合理使用与侵权使用,设置强制性过滤义务将侵蚀用户的表达自由。从域外发展来看,美国经听证后未设定过滤义务,欧盟虽曾设置但招致持续质疑,且最新立法已显示出矫正态度。当前,我国也不宜对短视频平台设定强制性过滤义务,而应优化现行规则:一是完善“避风港”规则并灵活适用;二是重申“红旗”标准以防“避风港”规则被滥用,从主观和客观方面细化平台构成“应知”的情形;三是探索长短视频版权许可及收益分配机制,实现多方主体的利益平衡。

关键词:短视频平台 审查义务 过滤义务 “避风港”规则

据《2021 中国网络视听发展研究报告》显示,短视频已成为当前网络视听行业中占比最大、增长最快的市场构成,短视频平台的行业地位首次超过所有综合视频平台。^①短视频产业方兴未艾,随之而来的是短视频版权侵权现象剧增。例如,《2021 年中国短视频版权保护白皮书》显

作者简介:刘友华(1977—),男,汉族,湖南祁阳人,湘潭大学法学院、知识产权学院教授、博士生导师。

李扬帆(1994—),女,汉族,河南信阳人,湘潭大学法学院博士研究生。

本文为湖南省社会科学基金重点项目“总体国家安全观背景下知识产权保护制度研究”(项目编号:21ZDB007)的阶段性研究成果。

① 中国网络视听节目服务协会:《2021 中国网络视听发展研究报告》, <http://www.cnsa.cn/attach/0/2112271351275360.pdf>, 访问日期:2022 年 7 月 14 日。

示,2019年1月至2021年5月对1300万件相关二次创作短视频进行监测,累计监测到300万个侵权账号、1478.6万条二次创作侵权短视频。^②监测数据表明,2022年春节期间对热播网络剧《开端》的监测,疑似侵权链接中近四成为短视频。^③面对短视频侵权频发,越来越多的观点认为,现行的有关平台责任的“避风港”规则已经失灵,已异化成短视频平台规避责任的工具。考虑到包含算法推荐的短视频平台较之传统型网络服务提供者具有特殊性,其具备治理侵权的技术能力,加之“价值差”^④的存在,各界呼吁平台在版权侵权治理中应从消极、被动的事后审查角色转变为“主动者”的角色,承担强制性版权过滤义务,采取内容识别和过滤技术在事前阻止侵权短视频的传播。例如,有观点建议修改“避风港”规则,在法律层面对平台设定版权过滤义务。^⑤2022年两会期间,多位人大代表、政协委员也提出通过立法明确短视频平台事前审查的版权义务,^⑥确立合理的技术过滤标准,强化平台在侵权内容屏蔽、过滤等方面的义务。在司法实践中,也有法院认为平台有义务通过关键词搜索等方式注意并防止用户上传相关侵权短视频,^⑦推进版权过滤审核机制。在行业自治中,中国网络视听节目服务协会于2021年12月16日发布的《网络短视频内容审核标准细则(2021)》要求短视频平台审查版权合法性,^⑧一些大型短视频平台也已着手利用版权过滤技术主动治理版权侵权。

对短视频平台设定强制性版权过滤义务,作为当前短视频版权侵权治理的手段,是否迫切、必要及合理?现行规则是否已经失灵,是完全改变抑或完善优化?这些值得深入思考。本文基于平台属性及短视频侵权的特殊性,结合域外发展动态,就短视频平台设定强制性版权过滤义务进行深度审视,认为当前不宜引入,而应调适“避风港”规则,细化“红旗”规则,探索长短视频许可机制,为短视频版权侵权治理提供合理规则,为短视频平台健康发展提供持续动力。

一、短视频平台设定版权强制性过滤义务的新动向

现行规则将平台置于“中立者”定位,对平台的使用行为是否侵犯版权无主动审查义务,但随着短视频版权侵权纠纷频发,一些观点认为运用算法推荐技术的短视频平台,与传统网络服务提供者相比具有特殊性,在版权治理中应向“主动者”角色转变,承担强制性过滤义务。

② 参见《2021年中国短视频版权保护白皮书》,“二次创作短视频”为利用已有作品的视频素材再次创作形成的短视频,主要类型包括预告片类、影评类、盘点类、片段类、解说类以及混剪类。12426 版权监测中心:《2021年中国短视频版权保护白皮书》,https://mp.weixin.qq.com/s/OaQ8E4QkUB9ALa3rrOfvLQ,访问日期:2022年7月14日。

③ 12426 版权监测中心:《2022年春节期间电影等视听作品版权检测报告》,https://mp.weixin.qq.com/s/R4nNbeBdecph7U8GOKT8tQ,访问日期:2022年7月14日。

④ “价值差”意为平台通过版权作品获得的收益与其为相关版权人支付的许可费用之间的不平衡。

⑤ 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017年第2期,第215-237页。

⑥ 《人大代表政协委员关注短视频侵权 建议加大惩处力度》,https://m.gmw.cn/baijia/2022-03/15/35588784.html,访问日期:2022年10月17日。

⑦ 12426 版权监测中心:《电视剧〈冰糖炖雪梨〉短视频侵权一审,优酷胜诉并获赔46万元人民币》,https://mp.weixin.qq.com/s/BqWrJGKXJp1dejqrTDX50g,访问日期:2022年7月14日。

⑧ 中国网络视听节目服务协会:《网络短视频内容审核标准细则(2021)》,http://www.cnsa.cn/art/2021/12/16/art_1488_27573.html,访问日期:2022年7月11日。

(一) 平台审查义务与责任的现行规则及实践

依据网络版权侵权立法,用户利用网络实施侵害信息网络传播权的行为构成直接侵权,网络服务提供者明知或应知用户侵害信息网络传播权,未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的,承担帮助侵权责任。网络服务提供者是否承担间接侵权责任的重点在于对其主观过错的判断,即是否明知或应知用户上传了侵权短视频。^⑨其中,“明知”可通过“通知—删除”规则进行识别,平台在接到权利人的侵权通知后认定为明知或实际知道,未采取删除等必要措施的承担侵权责任,^⑩难点在于“应知”的判断。对此,我国借鉴美国《数字千年版权法》的“红旗”标准,以用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显,作为认定网络服务提供者应知的前提。《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》(以下简称《规定》)第9条列举了具体判断因素,如平台管理信息的能力、侵权信息的明显程度、平台是否存在主动干预行为、是否采取了预防侵权的合理措施、是否对侵权内容进行推荐等。第10条将网络服务提供者“对热播影视作品等以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式进行推荐”的主动推荐行为认定为应知。第12条专门针对提供信息网络存储空间服务者列举了三项构成“应知”的情形,包括将热播影视作品置于明显感知的位置,对热播影视作品进行选择、编辑、整理、推荐等主动干预行为以及其他可明显感知侵权仍未采取合理措施的情形。此外,根据《规定》第8条第2款的规定,网络服务提供者无须对用户侵权行为进行主动审查,且能够证明已采取合理、有效的技术措施后仍难以发现侵权行为的,应当认定其不具有过错。

根据上述规定,在短视频版权侵权纠纷中,用户未经许可擅自上传侵权短视频的行为构成侵犯信息网络传播权,属于直接侵权行为;短视频平台作为提供信息存储空间服务^⑪的网络服务提供者,在明知或应知用户存在侵害信息网络传播权的直接侵权行为后,未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的,构成帮助侵权行为,承担间接侵权责任。从该责任规则来看,短视频平台实质上承担的是“中立者”责任。平台对侵权短视频并不负有主动的事先审查义务,仅在主观上知晓,即接到权利人侵权通知而构成“明知”,或者对于侵权事实较为明显而构成“应知”,进而负有采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的义务。此外,根据“避风港”规则,网络服务提供者不知道也没有合理的理由应当知道侵权行为,或是接到权利人的侵权通知后删除侵权内容的,不承担赔偿责任。^⑫在司法实践中,诸多案例亦体现了上述思路,例如在“上海宽某数码公司与咪某音乐公司上诉案”中,法院认为,平台对短视频内容的一般性审查义务仅限于涉黄、涉暴以及违法的过滤审查,不包括对视频内容是否侵犯版权的审查。^⑬在“上海聚某传媒公司诉深圳某讯公司案”中,法院认为虽然被告作为专业的视频平台运营商,建立了用户实名

^⑨ 参见《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7、8条的规定。

^⑩ 参见吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,载《中国法学》2011年第2期,第43页。

^⑪ 司法实践中,平台需证明其为提供信息存储空间服务的性质并提供用户相关信息,才被认定为提供信息存储空间服务者。

^⑫ 参见《信息网络传播权保护条例》第22条。

^⑬ 参见上海知识产权法院(2020)沪73民终103号民事判决书。

制等相应的信息管理机制,但平台中短视频数量巨大且上传用户众多,若要求平台对用户上传的短视频内容逐一审查过于严苛。^⑭ 在“上海翡某公司诉某度公司案”中,法院认为判断短视频是否侵权难以通过技术手段而只能依赖人工审查,由于短视频的时长较短且内容存在剪辑、拼凑甚至二次创作的可能,要求平台承担主动审查义务难度较大。^⑮

(二)疑虑:“避风港”规则在短视频领域已经失灵

面对短视频侵权乱象,越来越多的观点认为既有规则已不再适用,某些平台若“试图拿着‘通知与删除规则’这张旧船票,再也登不上开往避风港的客船”。^⑯ 短视频平台较传统网络服务提供者具有特殊性,应从中立者转变为主动者,理由主要有:一是包含算法推荐的短视频平台不能适用技术中立原则,应认定为平台主动推荐,甚至属于直接提供侵权内容的行为。平台对短视频的推送包含智能算法,这种包含个性化推荐的网络服务提供者已脱离技术中立,其行为属性接近于直接传播,因此,平台应承担更高的注意义务乃至审查义务。^⑰ 二是平台具备识别和过滤侵权内容的技术能力,可以承担与其信息管理能力相适应的注意义务。在平台具备审查能力的某些情形下,不能一概适用“通知—删除”规则。^⑱ 平台对算法推荐技术的运用被视为其信息管理能力提高,平台既然利用算法推荐短视频,那么就应履行利用算法识别和审查短视频是否合法的义务。^⑲ 也就是说,短视频平台的注意义务应考虑技术水平因素,引入版权过滤技术识别并阻止用户上传的侵权内容。^⑳ 三是“价值差”的存在,平台在通过侵权短视频带来的流量获益的同时,并未付出相应的版权成本。^㉑ “价值差”意为平台通过音乐作品获得的收益与其为相关版权人支付的许可费用之间的不平衡。^㉒ 在短视频领域的具体表现为,用户未经许可在他人影视作品的基础上再次创作形成二次创作短视频并上传至平台,即将长视频转为短视频,平台通过用户上传的短视频获得流量与收益,但却并未对取得授权支付成本。《规定》第11条也提到网络服务提供者从用户上传的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的,应对侵权内容负有较高的注意义务。平台通过用户上传的短视频获得经济利益,但在收获巨大流量红利的同时却没有为版权许可支付相应的成本,在这种“价值差”之下,认为强化平台责任使其负担一定的过滤成本预防侵权具有一定的合理性。

正因如此,强化短视频平台的版权过滤义务的呼吁不断出现。如有学者认为,不能再简单

^⑭ 参见上海市浦东新区人民法院(2020)沪0115民初14922号民事判决书。

^⑮ 参见上海市徐汇区人民法院(2020)沪0104民初8795号民事判决书。

^⑯ 李扬:《从“通知与删除规则”到“通知与必要措施规则”》, <https://mp.weixin.qq.com/s/t5ppFJlvCxioV0a0acEWyg>, 访问日期:2022年7月14日。

^⑰ 参见初萌:《个性化推荐服务商合理注意义务之重构》,载《科技与法律》2020年第2期,第92页。

^⑱ 参见李琛:《短视频产业著作权问题的制度回应》,载《出版发行研究》2019年第4期,第6页。

^⑲ 参见饶世权:《网络短视频产业的法治治理:理念、规则和机制——以著作权分享为视角》,载《中国编辑》2021年第1期,第19页。

^⑳ 参见田小军、郭雨笛:《设定平台版权过滤义务视角下的短视频平台版权治理研究》,载《出版发行研究》2019年第3期。

^㉑ 参见宋健:《UGC平台“通知—必要措施”规则的发展趋向》,载《科技·知产财经》2022年第2期。

^㉒ IFPI, “IFPI Global Music Report 2018,” April 24, 2018, <https://www.ifpi.org/ifpi-global-music-report-2018/>, 访问日期:2023年1月14日。

地以“避风港”为借口免责,短视频平台应由消极、被动的事后审查角色向主动者的角色转变,采取技术措施过滤平台内侵权视频。^{②③} 事后管控并不能有效治理侵权,应加重平台对内容监管的事前事中义务,在法律层面引入版权过滤义务。^{②④} 在2022年两会期间,多位人大代表、政协委员提出,应压实短视频平台主体责任,加强技术和审核手段,加大对侵权行为的打击力度,在立法上明确规定短视频平台对上传内容采取事前审查的法定义务。^{②⑤}

从司法实践来看,亦呈现出支持平台承担版权过滤义务的图景,对平台主观过错的认定日趋严厉,平台技术能力的进步被视为信息管理能力提高,成为其承担更高注意义务的理由。^{②⑥} 如在“北京微某公司诉某度公司案”中,法院认为平台不能仅依赖“避风港”原则,而是需采取更为积极有效的管理措施以履行其义务。^{②⑦} 在“深圳腾某公司诉北京字某跳动公司案”中,法院认为平台直接获得经济利益时负有更高的注意义务,应采取合理有效的技术对用户上传的短视频予以主动审查。^{②⑧} 在“湖南快某阳光公司诉北京快某公司案”中,法院认为平台在接到权利人的侵权通知并删除相关短视频后,还应采取视频内容及用户名称等关键词进行筛选、审查或其他合理措施,对平台上其他相关的侵权短视频予以过滤。^{②⑨}

从行业治理来看,《网络短视频内容审核标准细则(2021)》要求短视频平台承担主动审查义务,除涉及国家安全、社会公共利益的特殊审查义务外,还需审查短视频是否侵犯版权,对二次创作短视频进行内容审查,禁止“未经授权自行剪切、改编电影、电视剧、网络影视剧等各类视听节目及片段”。^{③⑩} 《2021年中国短视频版权保护白皮书》也提出短视频平台应履行主体责任,建立视听作品查询数据库,推进版权过滤审核机制。^{③⑪} 与此同时,一些大型平台开始探索主动监管机制,或者采用相关技术对版权进行事前审查,如抖音短视频平台发布的《2021年第四季度抖音安全透明度报告》提出,平台已针对涉嫌抄袭的“同质化博眼球文案”上线“粉丝抹除”和“同质化内容黑库”等两项安全功能,建立基于同质化内容的数据库智能分析并实时

②③ 参见冯晓青、许耀乘:《破解短视频版权治理困境:社会治理模式的引入与构建》,载《新闻与传播研究》2020年第10期,第66页。

②④ 参见田小军、郭雨笛:《设定平台版权过滤义务视角下的短视频平台版权治理研究》,载《出版发行研究》2019年第3期,第66-69页。

②⑤ 《人大代表政协委员关注短视频侵权 建议加大惩处力度》, <https://m.gmw.cn/baijia/2022-03/15/35588784.html>, 访问日期:2022年7月11日。

②⑥ 参见熊琦:《“算法推荐”与网络服务提供者共同侵权认定规则》,载《中国应用法学》2020年第4期,第127页。

②⑦ 参见北京互联网法院(2018)京0491民初1号民事判决书。

②⑧ 参见广州互联网法院(2019)粤0192民初1756号民事判决书。

②⑨ 参见湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01民终10636号民事判决书。

③⑩ 中国网络视听节目服务协会:《网络短视频内容审核标准细则(2021)》, http://www.cnsa.cn/art/2021/12/16/art_1488_27573.html, 访问日期:2022年7月11日。

③⑪ 12426 版权监测中心:《2021年中国短视频版权保护白皮书》, <https://mp.weixin.qq.com/s/OaQ8E4QkUB9ALa3rrOfvLQ>, 访问日期:2022年7月14日。

监控。^{③②}

(三) 新动向:对平台课以强制性版权过滤义务

从以上可看出,现有观点倾向于对平台课以事前的强制性版权过滤义务,即要求平台采取过滤技术对侵权短视频进行识别并拦截,以预防侵权或阻止侵权内容进一步传播。一方面,无论是人工审查还是采取过滤技术审查,都未超出注意义务范畴,其本质属于“较高层级的注意义务”。^{③③} 由平台事先审查短视频是否侵犯版权,可以作为其主观过错的认定标准。^{③④} 另一方面,版权过滤技术越发成熟,能够利用技术性措施预防和阻止侵权行为的上传,^{③⑤} 替代成本较高且效率较低的人工审查方式。在具体义务设定上,可以是权利人提出过滤请求后的过滤义务;^{③⑥} 或者是主动的事先过滤义务;^{③⑦} 或者一般情况下在版权人提出过滤请求后才有义务过滤,但例外情况下对明显侵权的内容应主动过滤。^{③⑧}

对短视频平台设定强制性版权过滤义务的新动向,体现出平台定位已由“中立者”向“主动者”转变,具体而言:一是从“事后”到“事前”的变化。平台在既有规则下只需明知或应知,即接到权利人的侵权通知或是侵权事实较为明显的前提下再对侵权行为进行处理,而过滤义务要求平台在事前采取主动审查、过滤等相关措施,以预防或者阻止侵权行为。二是从“个别”到“一般”的变化。现行“通知—删除”规则指向的是特定侵权行为,权利人针对具体的侵权短视频向平台发出侵权通知,平台再对该特定的短视频采取删除等必要措施,而强制性过滤义务指向平台上可能构成侵权的不特定多数短视频,并非某一具体对象。三是从“消极”到“积极”的变化。强制性过滤义务的设定要求平台在短视频版权治理中的定位,由传统的消极角色转变为积极角色,主动预防和阻止侵权短视频的上传与传播。概言之,短视频平台正从消极的版权责任向积极的版权责任转变,版权过滤将成为平台承担积极版权责任的主要技术手段。^{③⑨}

二、对短视频平台的强制性版权过滤义务的质疑

短视频版权侵权治理中,一些观点认为短视频平台包含算法推荐技术,且具备治理侵权能力,因而要求其在事前识别并过滤侵权短视频,但对平台课以强制性版权过滤义务值得斟酌。

(一) 算法推荐不能一刀切地认为是直接提供侵权内容

在短视频行业中,平台主要依赖智能算法向用户个性化推送短视频,因而侵权短视频也通

^{③②} 抖音安全中心:《2021 年第四季度抖音安全透明度报告》, https://mp.weixin.qq.com/s/QYZIY9VKDYUxQipwfr_t-A, 访问日期:2022 年 7 月 14 日。

^{③③} 参见虞婷婷:《网络服务商过错判定理念的修正——以知识产权审查义务的确立为中心》,载《政治与法律》2019 年第 10 期,第 128 页。

^{③④} 参见张超、马宁:《互联网短视频平台著作权事先审查义务研究》,载《现代传播(中国传媒大学学报)》2021 年第 5 期,第 132 页。

^{③⑤} 参见宁园:《网络服务提供者著作权侵权中的双重注意义务》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2020 年第 5 期,第 155—156 页。

^{③⑥} 参见冯晓青、许耀乘:《破解短视频版权治理困境:社会治理模式的引入与构建》,载《新闻与传播研究》2020 年第 10 期,第 71 页。

^{③⑦} 参见初萌:《个性化推荐服务商合理注意义务之重构》,载《科技与法律》2020 年第 2 期,第 92 页。

^{③⑧} 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017 年第 2 期,第 215—237 页。

^{③⑨} 参见吴汉东、李安:《网络版权治理的算法技术与算法规则》,载《网络法律评论》2020 年第 23 卷,第 90 页。

常是推送的内容,基于此,有观点认为平台利用算法对于侵权短视频的推送行为,属于对侵权内容的主动干预,不能以“技术中立”为由主张“避风港”规则。^⑩ 平台对短视频内容从“被动呈现”转变为“主动规划”,具有较强的引导性和控制力,不同于技术中立原则下的工具属性。^⑪ 然而,包含算法推荐的平台是否就应被认定为脱离了技术中立原则? 算法推荐侵权短视频是否应被认定为对侵权内容的主动干预?

就短视频平台采用的算法推荐技术而言,其本身包含设计者等主体的价值取向,具有一定的倾向性,本质上难以做到完全中立。技术并非价值中立,特定的主体对特定技术赋予了特定的价值,不同的技术活动主体设定了不同的目的,负荷了不同的价值。^⑫ 不论是传统的技术还是短视频平台目前采用的主流算法推荐技术,其技术本身都是负载价值而非中立,体现的是短视频平台的管理者以及算法设计者的价值取向。^⑬ 换言之,平台采用的算法在开发与设计之初便是为了向不同用户推送符合其兴趣、爱好或其他特征的短视频,实现短视频内容的精准推送,本身就包含非中立的价值取向。因此,不能简单地以平台采用了算法推荐技术为由,即认定平台不再为技术提供者,而属于内容提供者,并因此而承担版权直接侵权责任。

从算法对短视频的推送机制来看,它是按照用户的喜好或选择、短视频的点击率等因素进行个性化推荐,而不是以识别短视频的内容是否侵权为前提。短视频平台采用的算法推荐较之传统人工推荐,其使得侵权内容的传播范围更广、速度更快,但算法推送机制仍是基于用户行为而非短视频的具体内容,在推送过程中并非以识别短视频内容是否侵权为核心要素,因此,不宜一概认定为算法本身主动推送侵权内容。以“抖音”短视频平台为例,其视频推荐主要依赖三种算法:第一种是基于用户信息的基本协同过滤算法,该算法对短视频的推送流程为平台先根据用户注册时的性别、年龄、地址和基本兴趣点等基本信息,描绘出大致的“用户画像”,再向包含相似特征的同类用户分发和推荐相似内容的短视频;第二种是基于“去中心化”的精准推送算法,主要依据内容和社交关系向用户精准分发短视频,内容包括相同的职业、爱好、话题组成的相近兴趣的集合,社交关系包括用户账号的好友等;第三种是基于“流量池”的叠加推荐算法,运行机理是以短视频的完播率、点赞量、评论量、转发量等关键指标作为综合权重的评估标准,得分较高的进入叠加推荐的行列,其中播放效果较好的短视频会再次加入流量池,进行更大范围的分发与推荐,而得分较低的短视频因未被推荐将跌至流量池底部。^⑭ 从以上内容可以看出,上述三种算法在推送短视频的过程中以用户的基本信息、兴趣爱好等特征,或以短视频的流量和反馈作为指标。

算法推荐通过向用户进行个性化推荐以获取流量,增加用户黏性。平台之间的用户黏性

⑩ 参见易健雄:《从算法技术看网络服务提供者的“应当知道”——也谈〈民法典〉第 1197 条的适用》,载《知识产权》2021 年第 12 期,第 36 页。

⑪ 参见刘雅婷:《短视频平台版权纠纷间接侵权责任的认定》,载《电子知识产权》2020 年第 9 期,第 48 页。

⑫ 参见远航:《技术的价值负荷过程》,载《自然辩证法研究》2003 年第 12 期,第 33 页。

⑬ 温凤鸣、解学芳:《短视频推荐算法的运行逻辑与伦理隐忧——基于行动者网络理论视角》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2022 年第 2 期,第 161 页。

⑭ 参见赵辰玮、刘韬等:《算法视域下抖音短视频平台视频推荐模式研究》,载《出版广角》2019 年第 8 期,第 76-78 页。

之争、用户之间的短视频流量之争,已成为当前短视频领域主流的商业模式和主要的获益方式。在此背景下,对于算法推荐侵权内容的行为,原则上仍应适用技术中立原则,不能一刀切式地将包含算法推荐的行为均认定为对侵权内容的主动干预,也不能轻易将包含算法推荐的平台看作内容服务提供商,应为短视频平台预留一定的容错空间,助力短视频行业健康有序地发展。

(二) 承担过滤义务将提升平台成本不利于公平竞争

平台应承担强制性过滤义务的主要理由是平台在技术上可以识别侵权内容,具备主动预防侵权的能力。实质上,从审查能力来看,平台难以准确判断、甄别短视频内容是否构成侵权。现实中,平台中短视频的类型主要包括原创短视频和二次创作短视频。前者较少使用第三方素材,而後者的创作基础主要是利用已有作品的视频素材或要素,具有合理使用的可能性。从二次创作短视频的内容来看,有的是对原作品作概要性的解说,有的则是评论甚至戏仿,是否构成合理使用需要对引用目的、引用状况以及引用效果等进行综合判断。^{④⑤} 在司法实践中,对合理使用的判断亦存在争议和难题,若将是否构成合理使用的区分交由平台审查,在操作中更是难以实现。于短视频平台而言,判断二次创作短视频究竟是属于合理使用还是侵权使用,以及是否需要获得许可才能使用等,无论是从识别成本还是从可操作性方面来看,均具有较大难度。

另外,从技术层面看,平台也难以识别短视频的内容是否构成侵权。譬如关键词提取、视频指纹识别技术等传统版权过滤技术的有效性较低,前者可以被用户通过改变名称规避技术监测,後者的逐帧对比技术难以适用于时长较短的短视频。^{④⑥} 随着内容识别和过滤技术的进步,虽然可以利用语言分析、图像处理、机器学习等技术对文本、图像或影音作品进行深度分析和自动识别,属于当前较为可行的内容过滤方案,^{④⑦} 但仍然难以准确识别侵权内容。以域外 YouTube 的 Content ID 过滤机制为例,Content ID 通过将用户上传的视频内容与权利作品数据库通过算法识别与比对后,对认为侵权的视频进行标记而后向权利人发送该视频为未经授权使用的通知,权利人在收到通知后可以自行选择是否阻止访问、获取经济利益或是追踪相关视频。^{④⑧} 域外大量实例表明,过滤技术并不能识别合理使用或者其他非侵权行为。^{④⑨}

换个角度来说,即使过滤技术的不断发展与进步,可以对侵权使用与合理使用作出更精确的界分,但是若将平台承担过滤义务作为其法定义务,那么行业内各平台之间能力的差距将导致过滤有效性的参差不齐,从竞争法上看,亦不利于形成公平竞争的秩序。行业内大型平台与小型平台囿于经济实力的差别,各平台愿意为过滤系统所支出的成本也会不同,而过滤系统成

^{④⑤} 参见徐俊:《类型化视域下短视频作品定性及其合理使用研究》,载《中国出版》2021 年第 17 期,第 16 页。

^{④⑥} 参见赵双阁:《区块链技术应用与短视频版权保护的优势与局限》,载《中国编辑》2021 年第 8 期,第 44-45 页。

^{④⑦} 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017 年第 2 期,第 217 页。

^{④⑧} Katrina Geddes: Meet Your New Overlords: How Digital Platforms Develop and Sustain Technofeudalism, The Columbia Journal of Law & The Arts, vol. 43, no. 4, 2020, pp. 455-485.

^{④⑨} Matthew Sag: Internet Safe Harbors and the Transformation of Copyright Law, Notre Dame Law Review, vol. 93, no. 2, 2018, p. 543.

本的高低会产生过滤程度有效性的差异,过滤系统越便宜,其过滤的有效性就越低,反之则越高。^⑤ Content ID 过滤机制的开发费用已经高达1亿美元,^⑥若要求平台承担过滤义务,那么过滤系统的开发者将因此享有极大的竞争优势,凭借自身主导地位自由选择是否授权他人使用过滤系统。^⑦如此一来,其后果是会导致过滤系统的许可价格猛增,其他平台将难以负担过滤成本,而拥有过滤系统的开发者会逐渐形成垄断地位。另外,过滤机制的有效性与权利作品数据库是否完备也密不可分,就目前而言,我国短视频平台尚不具备建立完备的作品数据库的能力和条件。数据库的搭建需要权利人的配合,权利人为了得到更好的版权保护,倾向于选择将其作品信息上传至更有管理能力、技术能力以及经济实力的大型平台,久而久之将使得大型平台占据行业内的有利地位,而其他平台则因此受损。这些差距将使中小型平台处于不利地位,因无法负担成本而被迫退出本行业,大型平台的主导地位得到进一步巩固,^⑧最终将损害各平台之间的公平竞争,有序竞争秩序将难以维系。

(三)过滤技术的应用一定程度上将侵蚀用户表达自由

在互联网时代,平台是公众发表言论和表达思想的重要渠道,若强制要求平台采取过滤技术对短视频内容进行事前或事中审查,将不适当地阻止构成合理使用的短视频的传播,在一定程度上会限制用户的表达自由。表达自由作为我国《宪法》赋予公民的基本权利之一,旨在保障公民采取各种媒介或方式自由地发表和传递自己的意见、主张、观点、情感等内容,属于思想自由的外在表现,是公民行使其他权利自由的重要前提和保障。^⑨在版权法领域,合理使用是保障公众表达自由的重要制度之一,我国《著作权法》第24条对此作了详细规定,从个人学习与研究、介绍与评论、报道新闻以及科学研究等方面,保障了公众的表达自由。合理使用制度对短视频平台同样适用,用户通过创作短视频并上传至平台的方式展现其思想,亦属于表达自由的一种方式。尤其是对于二次创作而言,譬如戏仿作品兼具评论与批评的重要表达自由价值,以合理使用为正当性依据,其创作无须征得版权人的同意。^⑩而过滤机制并不能精确识别短视频为合理使用还是侵权使用,这将导致合理使用的短视频被不当过滤,降低作品使用的效率,从而妨碍用户的表达自由。域外有学者通过考察 YouTube 的过滤机制,发现其中 Content ID 标记系统存在大量误报的情形,这种误报在很大程度上是技术自动化的产物,导致合法言论被压制,削弱了用户在平台上的话语能力,若平台越发加强并依赖包含算法等技术性的过滤机

^⑤ Angelopoulos C., Bently L., Gompel S., Husovec M., Kretschmer M., Senftleben M., and Stalla – Bourdillon S.: The Copyright Directive: Misinformation and Independent Enquiry, https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2018/06/Academic_Statement_Copyright_Directive_29_06_2018.pdf, 访问日期:2022年7月16日。

^⑥ Annemarie Bridy: The Price of Closing the “Value Gap”: How the Music Industry Hacked Eu Copyright Reform, *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. 24, no. 4, 2020, pp. 323 – 358.

^⑦ Pamela Samuelson: Pushing Back on Stricter Copyright Isp Liability Rules, *Michigan Technology Law Review*, vol. 27, 2021, pp. 299 – 343.

^⑧ Hannah Bloch – Wehba: Automation in Moderation, *Cornell International Law Journal*, vol. 53, no. 1, 2020, pp. 42 – 96.

^⑨ 参见杜承铭:《论表达自由》,载《中国法学》2001年第3期,第57页。

^⑩ 参见吴汉东:《知识产权领域的表达自由:保护与规制》,载《现代法学》2016年第3期,第13页。

制,将逐步侵蚀由法律规定的本应属于合理使用的空间。^⑤

为解决过滤技术的“误伤”问题,有观点提出,可通过设定合理的过滤标准并辅之配套的人工纠错机制,将版权过滤技术的出错率控制在合理范围内,^⑥或借鉴电子商务平台的“反通知—恢复”机制,在用户提交不存在侵权行为的声明并提交相关证据之后,平台对该短视频予以恢复。^⑦其背后逻辑是以一定的错误率换取对权利人版权的保护具有合理性。^⑧但是,版权归根结底在本质上属于私权,表达自由则属于公民的基本权利,因此,以牺牲基本权利作为版权保护的试错代价的做法值得商榷。在版权保护与表达自由的“法益优先保护”问题上,版权人对其作品享有的独占性保护不应构成表达自由的障碍。平台义务的设定要实现版权人、平台与公众之间的利益平衡,既要足以保护创作者的权利以激励创新,又要保护公众的表达自由,维护信息自由流动。对平台课以强制性过滤义务,既会让平台额外负担版权保护成本,也会妨碍公众的表达自由。对作为私权的版权的过度保护,并将其置于表达自由之上将侵蚀用户的言论自由和获取信息自由。^⑨更进一步说,若用户无法充分行使自由表达权则无法参与社会公共事务,就会导致网络社会管理的“善治”目标难以实现。^⑩

三、域外对平台设置版权强制性过滤义务的动向

从域外的情况来看,源于美国的“避风港”规则,被欧盟、中国等诸多国家或地区借鉴。但近年来,欧盟为平台设定强制性版权过滤义务,引发了美国等国的审视热议,其立法趋势与变革动态可为我国对短视频平台设定版权过滤义务提供参考。

(一)美国的审视与坚守:反复听证后未设定强制性过滤义务

美国1998年《数字千年版权法》(DMCA)第512条对提供接入、缓存、储存和链接四种类型的网络服务提供者设置了相应的免责条款,即“避风港”规则。其中,第512条(c)款规定了提供信息存储服务商的免责条件:主观上不知道侵权内容的存在或知道后立即删除;未从侵权内容中获得直接经济利益;在接到权利人的侵权通知后迅速删除或断开访问。^⑪第512条(m)款规定了网络服务者没有监测和主动寻找侵权的义务。^⑫可以看出,根据“避风港”规则,网络服务提供者无须对用户上传的内容承担主动审查义务,在主观知晓或是收到权利人的侵权通知后,采取了删除等必要措施后就无须承担侵权责任。DMCA设定“避风港”规则的原因在于,免

^⑤ Katrina Geddes: Meet Your New Overlords: How Digital Platforms Develop and Sustain Technofeudalism, The Columbia Journal of Law & The Arts, vol. 43, no. 4, 2020, pp. 455 – 485.

^⑦ 参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,载《中国法学》2017年第2期,第227页。

^⑧ 参见宋健:《UGC平台“通知—必要措施”规则的发展趋向》,载《科技·知产财经》2022年第2期。

^⑨ 参见任安麒:《网络服务平台算法推荐的著作权侵权认定规则》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》, <https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3979.C.20211214.1624.012.html>, 访问日期:2022年7月14日。

^⑩ Julie E. Cohen: The Zombie First Amendment, William & Mary Law Review, vol. 56, no. 3, 2015, p. 1120.

^⑪ 参见吴汉东:《知识产权前沿问题研究》,中国人民大学出版社2019年版,第444 – 456页。

^⑫ See 17 U. S. C. 512 § (c).

^⑬ See 17 U. S. C. 512 § (m).

除平台因用户行为而担责的忧虑,有利于当时互联网产业的发展。^④在司法实践中,美国法院倾向于严格解释“知道”标准,进一步明确平台对用户的侵权内容不负有审查义务。

随着互联网产业与平台商业模式的发展,出现越来越多对现行规则有效性的质疑,认为平台多利用“避风港”规则逃避责任。尤其是在司法实践中,长期对“避风港”规则采取较为宽松的解释,使得网络服务提供者的免责范围不断扩大,这实际上逐渐偏离了版权立法的预期。碍于近年来持续不断的质疑声,尤其是欧盟《数字化单一市场版权指令》于2019年3月26日通过后,美国参议院知识产权委员会于2020年2月11日专门召开听证会,反思现行“避风港”规则在当前应否继续适用,是否应参照欧盟《数字化单一市场版权指令》的规定,对平台课以版权强制性过滤义务。^⑤在听证会上,多数观点认为,美国现行规则无须作出改变,平台不应承担类似于欧盟规定的强制性过滤义务那样更为严格的责任。例如,曾参与过1998年DMCA审议的Jonathan Band在此次听证会上就提出了反对更改现行规则的理由:一是现行规则治理侵权的作用并未失效,若法官在司法审判中得出平台对明显侵权“视而不见”的结论时,可以依据“红旗”标准要求其承担侵权责任;二是加重平台责任将增加互联网运行的成本且降低运行效率;三是任何针对现行“避风港”规则的改动都将对中小型平台产生极为不利的影响,却不会对侵权行为的治理产生明显作用;四是相较于20多年前DMCA出台时,人们在今天对其在线隐私更为关切,却不希望平台通过监测用户信息以寻找侵权行为。^⑥哈佛大学Rebecca Tushnet教授也认为,平台不应承担版权过滤义务,理由主要为:一是过滤义务需要平台承担开发和不断更新过滤系统的成本,高昂的技术授权损害竞争和创新;二是过滤系统所依赖的数据库并不完整,版权声明也可能存在多个权利主体的争议;三是过滤机制属于自动化系统,无法识别合理使用以及其他非侵权使用,将损害用户的创作自由,实践中大量关于错误识别和滥用Content ID的报告也已证实这一点。^⑦密歇根大学Jessica Litman教授则认为,欧盟《数字化单一市场版权指令》要求平台承担过滤义务的目的在于解决“价值差”,但该问题的本质是议价能力的差距,属于竞争法上的问题而非版权问题,依赖版权过滤义务并不能解决此问题,且忽视了用户和小型平台的利益。^⑧

经过多次听证会的深入讨论,到目前,DMCA第512条(m)款仍未变动,并未对平台设置过

④ 参见熊琦:《著作权法“通知—必要措施”义务的比较经验与本土特色》,载《苏州大学学报(法学版)》2022年第1期,第101页。

⑤ Subcommittee on Intellectual Property: The Digital Millennium Copyright Act at 22: What is it, why was it enacted, and where are we now, <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/the-digital-millennium-copyright-act-at-22-what-is-it-why-it-was-enacted-and-where-are-we-now>, 访问日期:2022年9月22日。

⑥ Subcommittee on Intellectual Property: Responses of Jonathan Band to Chairman Tillis's Questions for the Record, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Band%20Responses%20to%20QFRs.pdf>, 访问日期:2022年9月22日。

⑦ Subcommittee on Intellectual Property: Statement of Professor Rebecca Tushnet, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Tushnet%20Testimony.pdf>, 访问日期:2022年9月22日。

⑧ Subcommittee on Intellectual Property: Statement of Jessica Litman, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Litman%20Testimony.pdf>, 访问日期:2022年9月22日。

滤义务。此后,美国版权局于2020年5月21日发布的研究报告显示,版权局在审查了92000多条书面意见并举办了五场听证会后,认为现行DMCA第512条的“避风港”规则仍然有效,结论是无须对该条款作全面修订,建议对该条涉及的相关领域进行微调,以便平衡平台与版权人之间的利益,以期符合“避风港”规则的设立目的。^{⑥9} 这表明,美国经过深入论证,仍审慎地坚守“避风港”规则,未对平台设置强制性版权过滤义务。

(二) 欧盟的转变与矫正:曾设定强制性过滤义务但遭持续反对

欧盟在2000年颁布的《电子商务指令》借鉴了美国DMCA的“避风港”规则,规定提供信息存储空间的网络服务提供者在不知道存储内容不合法且在被通知(告知和删除要求)后立即删除相关内容,不承担版权侵权责任,即平台不承担一般性审查义务。^{⑦0} 2019年3月26日,欧盟通过的《数字化单一市场版权指令》突破了这一边界,要求平台承担过滤义务。该指令第17条规定:平台需尽最大努力获得授权;尽最大努力确保权利人的作品或其他内容不被获得;在收到权利人的侵权通知后迅速移除或断开链接,尽最大努力防止未经授权的内容将来被上传。^{⑦1} 一般认为,上述指令第17条的规定并不导致一般监控义务,不强制要求在线内容分享服务提供者设置上传过滤器,也不要求服务提供者采用任何特定技术识别非法内容,但在新规则下服务提供者需要与权利人签订许可协议;否则服务提供者将不得不尽最大努力确保未经授权的内容不在其服务器上被提供,而尽最大努力义务没有规定任何具体的技术或手段,在事实上对平台课以“过滤义务”,要求其实施过滤技术,以阻止未经版权人许可的内容向公众传播,只有主动采取过滤技术才能免责。^{⑦2} 上述“过滤义务”条款在立法过程中始终遭受质疑,各界观点普遍认为,《数字化单一市场版权指令》对平台施加过滤义务过于严苛,将破坏言论自由以及获取知识、文化自由的基本权利,^{⑦3} 超过145个民间社会组织签署了反对该条款的请愿书,^{⑦4} 多达240家企业联名发表反对意见,认为如强制要求平台开发或使用内容过滤措施,将使得中小型企业承担过重的经济成本和运营负担。^{⑦5} 迫于这些压力,“过滤义务”条款在立法过程中被多次调

^{⑥9} U. S. Copyright Office: Section 512 of Title 17, May 2020, <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>, 访问日期:2022年6月20日。

^{⑦0} 参见《电子商务指令》第14条第1款。2000/31/EC (Directive on electronic commerce) (OJ L 178, 17. 7. 2000, p. 13), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2000:178:FULL&from=EN>, 2022年7月15日。

^{⑦1} Copyright Directive (2019), 2019/790, 2019 O. J (L 130), art. 17(4).

^{⑦2} Natalia E. Curto: Eu Directive on Copyright in the Digital Single Market and Isp Liability: What's Next at International Level?, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 11, 2020, p. 84.

^{⑦3} Christina Angelopoulos: On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, Centre for Intellectual Property and Information Law, 2017, pp. 1-47.

^{⑦4} Save the Internet, <https://www.savetheinternet.info>, 访问日期:2022年6月24日。

^{⑦5} Jos Poortvliet, : 240 EU Businesses Sign Open Letter Against Copyright Directive Art. 11 & 13, <https://nextcloud.com/blog/130-eu-businesses-sign-open-letter-against-copyright-directive-art-11-13>, 访问日期:2022年7月20日。

整,2016 年的提案建议平台使用“内容识别技术”,^{⑦6}2018 年的提案要求平台应当“避免对内容进行自动化屏蔽”,^{⑦7}最终通过的文本采用了未明确定义的“最大努力”模糊表述,但实际上仍要求平台承担过滤义务。

《数字化单一市场版权指令》通过后,遭到持续不断的质疑和反对,如有的认为,强制要求平台采取过滤技术的规定实则是对其实设定了审查义务,这种审查忽视了对用户自由的保护。^{⑦8}有的认为,强制要求平台采取过滤技术的规定损害了《欧洲人权公约》《欧洲基本权利宪章》赋予个人的言论自由与信息自由两项基本权利。^{⑦9}还有的认为,中小型平台无法负担过滤系统的运行成本,其与大型平台之间的成本差距会损害市场的公平竞争。^{⑧0}在司法实践中,也有对平台承担过滤义务的反对方观点,如有的法院在判决中认为,强制要求平台采用过滤技术识别并阻止侵权内容的上传,会严重干涉用户接受或传递信息的自由,也会侵犯平台的经营自主权。^{⑧1}也有判决指出,强制要求平台使用过滤技术来阻止用户下载侵权内容,违背了《电子商务指令》不承担审查义务的规定。^{⑧2}

然而,2022 年 7 月 5 日通过的《数字服务法》却保留了最早的《电子商务指令》中关于平台不承担一般性审查义务的规定,着重强调该法案中的任何内容都不应被解释为一般性监测义务或积极查询信息的义务,也不应被解释为对非法内容采取主动措施的一般义务。《数字服务法》第 7 条规定,网络服务提供者没有监视其所传输或储存信息的义务,也没有积极寻找非法事实或情况的一般性义务,无须采用任何自动化技术手段进行内容审查。如此规定的目的在于平衡网络空间的基本权利,一般性审查义务可能会过度限制用户的言论自由和获取信息的自由,且给网络服务提供者带来过多的负担,从而过度干涉经营自由。^{⑧3}《数字服务法》作为网络平台监管领域的最新立法,虽不能取代或修改《数字化单一市场版权指令》,^{⑧4}但从上述变化可以看出,立法上对平台义务的态度转变,呈现出矫正平台承担强制性过滤义务的动向。

^{⑦6} See Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, at 20, COM (2016) 593 final (Sept. 14, 2016).

^{⑦7} Amendments Adopted by the European Parliament on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, Recital 39b, COM (2016) 593 (Sept. 12, 2018).

^{⑦8} Martin Senftleben: Institutionalized Algorithmic Enforcement – the Pros and Cons of the Eu Approach to Ugc Platform Liability, FIU Law Review, vol. 14, no. 2, 2020, p. 299.

^{⑦9} Alexandra Brooks: Liable for Anonymous: The Danger of Holding Digital Platforms Liable for Copyright Infringement of Third – Party Users, George Washington International Law Review, vol. 52, 2020, p. 129.

^{⑧0} Maria Lillà Montagnani & Alina Trapova: New Obligations for Internet Intermediaries in the Digital Single Market – Safe Harbors in Turmoil?, Journal of Internet Law, vol. 22, no. 7, 2019, pp. 2 – 21.

^{⑧1} See Case C – 360/10, SABAM v. Netlog NV (Feb. 16, 2012).

^{⑧2} See Case C – 70/10, Scarlet Extended SA v. SABAM, 2011 E. C. R. I – 12006.

^{⑧3} 参见欧盟《数字服务法(提案)》, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>, 访问日期:2022 年 7 月 14 日。

^{⑧4} An official website of the European Union: Questions and Answers: Digital Services Act, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348, 访问日期:2022 年 7 月 15 日。

四、短视频平台版权侵权治理与责任规则优化

从技术中立、技术水平以及技术风险等方面来看,对短视频平台设定版权强制性过滤义务不具合理性,考察域外态度,美国审慎反思“避风港”规则的运行效果后仍选择坚守,并未设置更严格的过滤义务;欧盟从最初不负主动审查义务的立法规定,转变为实质上要求平台承担过滤义务,但遭到持续质疑后,呈现矫正过滤义务的动向。就我国而言,既要考虑技术发展的现实需求,又要充分考量全球竞争视域下的产业发展,无须一刀切地对短视频平台课以强制性过滤义务,而应调适现行规则,完善版权许可机制,强化平台版权治理,提升产业竞争力。

(一)“避风港”规则的优化及适用

基于短视频领域侵权乱象的冲击,有观点认为现行“避风港”规则已然失灵,平台应转变为主动治理侵权的角色,^⑧承担更为严苛的版权强制性过滤义务,采用过滤技术阻止侵权短视频的上传或传播,起到预防侵权的作用,但这种事前的义务将压缩“避风港”规则为技术服务提供者预留的免责空间,“避风港”规则作为平台义务边界的一道防线,仍需坚守。一方面,短视频平台不承担主动发现和寻找侵权内容的义务,即坚守不承担普遍审查义务的规则,作为网络产业蓬勃发展的基石。^⑨“避风港”规则本质上是在平台与版权人之间搭建治理在线侵权的合作机制,由版权人发现侵权行为后再由平台处理,否则将承担相应责任。其作用在于促进版权人与用户更便利地解决版权纠纷,平台在“避风港”规则中居于中立者的地位,旨在满足为权利人以及用户提供行为规则,处理平台中的版权纠纷。立法者秉承技术中立原则在网络版权领域为技术服务者设定可以免责的“避风港”,以防止单纯将技术服务与责任承担直接挂钩。^⑩当前,短视频平台普遍采取算法推荐技术向用户个性化推送,其中难以避免存在侵权内容,对此不能一概认定为平台提供了侵权内容,原则上仍应适用技术中立原则,短视频平台符合“避风港”的要件即可免责。另一方面,坚守“避风港”规则并非表明平台处于完全被动的位置,而是可以定位于“协助者”的角色,促进版权人与用户之间便捷、高效地处理侵权纠纷。作为版权人,首先需为制止侵权付出一定成本,在发现侵权内容后向短视频平台发送侵权通知,不能将寻找、发现或处理侵权内容的成本主要由平台方负担。作为短视频平台,可以设置便捷的接收侵权通知的通道、配置高效响应机制、提供侵权通知及处理的程序性指引等,积极协助版权人定位并处理侵权纠纷。面对短视频平台侵权泛滥的困境,在坚守“避风港”规则的同时,需对其规则适用作进一步优化,以兼顾版权人与短视频平台的利益,可采取以下两项措施:

一是提升“通知”的有效性。实证研究显示,实践中权利人发送侵权通知的比例极少,大多是发现侵权内容后直接起诉平台,以此获得赔偿而非要求停止侵权。^⑪美国版权局的研究报告也显示,“避风港”规则在运行过程中遇到的一个重大问题是,实践中平台收到的侵权通知普遍

^⑧ 参见冯晓青、许耀乘:《破解短视频版权治理困境:社会治理模式的引入与构建》,载《新闻与传播研究》2020年第10期,第57页。

^⑨ 参见王杰:《网络存储空间服务提供者的注意义务解析》,载《法律科学》2020年第3期,第105页。

^⑩ 参见吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,载《中国法学》2011年第2期,第46页。

^⑪ 参见聂振华:《视频分享网站著作权侵权案件的实证研究》,载《中国应用法学》2021年第5期,第218页。

缺乏有效性。^⑧ 平台实际上收到的通知数量较少且有效性较低,大量通知为无效通知,导致平台无法对侵权行为进行处理。^⑨ 或是有些通知较为泛化,不能识别具体的侵权短视频,如权利人发送的预警函名单并不能等同于权利人的“通知”,因为一般预警函中只有影视名称,平台仅以名称并不能识别疑似侵权的短视频。^⑩ 对此,随着算法技术能力的发展与进步,目前已出现专门的第三方通知机构,可以根据权利人的委托代其向短视频平台发送侵权通知,将通知交由第三方机构代为发送具有专业性,能够提升通知的有效性,也可以针对平台上同一作品的相关疑似侵权短视频批量发送通知,由版权人付出一定的成本制止侵权亦存在合理性。同样,面对收到的海量侵权通知,平台也可以利用算法技术进行自动化处理,提升接到侵权通知后的处理效率。在通知有效性的认定上,还需灵活认定合格通知。根据《信息网络传播权保护条例》的规定,权利人发送的侵权通知需包括权利人的个人信息,要求删除或断开链接的侵权短视频的名称和网络地址,以及构成侵权的初步证明材料。^⑪ 但在司法实践中,如何认定为有效通知存在分歧:一种观点认为有效通知必须符合上述条例所规定的要求,包括准确的侵权内容的名称和网络地址等,另一种观点认为只要平台可以根据通知的内容定位到具体侵权视频即可。^⑫ 对于普通用户而言,严格拘泥于程序和实体要件,要求其发送没有任何瑕疵的通知才启动“通知—删除”规则,不符合版权人利益保护的需要。总体上,平台作为具备一定信息管理能力的专业性网络服务提供者,较之用户对于平台的程序要件及实体要求更清楚,因此,平台在接到侵权通知时不应苛求通知内容的形式规范,而应侧重于关注通知内容的实际有效性,譬如对于有些未包含统一资源定位符(Uniform Resource Locator, URL)的侵权通知,如平台根据通知中的其他证明材料可以准确定位到相应短视频的,也可视为合格通知。

二是合理确定“必要措施”的范围。司法实践中,多数判决将“必要措施”认定为删除、屏蔽或断开链接等“定位清除”类措施,认为平台在接到权利人的侵权通知后,应采取删除、屏蔽或断开链接的必要措施,较少使用“定位清除”之外的措施。^⑬ 然而,短视频平台中侵权短视频的数量巨大,且传播速度较快,一般情形下,在接到权利人的侵权通知后可以采取删除等定位清除类的措施,即可防止损害的继续扩大,但在某些特殊情形下,如平台接到侵权通知后仅采取删除等措施无法应对的,仍需扩大必要措施的范围,针对具体侵权情形采取与其服务性质、技术水平等相适应的措施。在必要措施的认定上,需同时满足形式要件和实质要件,前者要求平台根据用户侵权行为的方式、平台所提供服务的性质、技术水平、信息管理能力等,采取不限于删除、屏蔽、断开链接等合理的手段与方式,后者要求平台所采取的措施达到了制止和预防明

^⑧ U. S. Copyright Office: Section 512 of Title 17, <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>, 访问日期:2022年6月20日。

^⑨ Subcommittee on Intellectual Property, Statement of Professor Rebecca Tushnet, <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Tushnet%20Testimony.pdf>, 访问日期:2022年6月22日。

^⑩ 参见孙磊:《从短视频生态模式谈电影版权分层保护》,载《中国版权》2021年第5期,第36页。

^⑪ 参见《信息网络传播权保护条例》第14条。

^⑫ 参见聂振华:《视频分享网站著作权侵权案件的实证研究》,载《中国应用法学》2021年第5期,第218页。

^⑬ 参见李扬、陈铄:《“通知删除”规则的再检讨》,载《知识产权》2020年第1期,第29页。

显侵权的实际效果。^⑤当然,采取何种必要措施是合理的,还需要根据具体侵权情形加以判断。例如,对于同一用户的重复侵权行为,仅采取删除等定位清除类的措施已不足以产生威慑与预防再次上传的效果,则可以采取如封禁账号等更严厉的措施;再如,对于涉及热播影视节目的侵权短视频,热播期内是该影视节目最具价值的时间段,因此采取必要措施的及时性就最为关键。

(二)“红旗”标准的重申与细化

有观点认为若短视频平台仅根据“通知—删除”规则,在接到权利人的侵权通知后才产生删除等处理义务并进入“避风港”,将会架空“红旗”标准。^⑥实际上,“通知—删除”规则与“红旗”标准并非相互排斥的关系,仅满足“通知—删除”规则并不能为平台免责,还需根据其他相关事实判断其主观上不构成应知。根据我国现行相关法律规定的“红旗”标准,可以起到过滤义务的功能,现行规则不需要作根本性改变,“避风港”规则并不会成为短视频平台不当的免责工具。实际上,通过强化“红旗”标准,作为补充适用规则,还可以防止“避风港”规则被滥用。“红旗”标准包括两个方面:主观上以网络服务提供者“是否意识到侵权情境”为判断标准,客观上以“从该情境看侵权是否明显”为判断标准。^⑦细化“红旗”标准主要从以下两个方面进行:

在主观方面,需考虑平台能否意识到构成“红旗”的相关事实,如是否看到过侵权短视频,或是主动接触、干预过侵权短视频,也可能为了逃避责任故意不看该侵权短视频。对此,《规定》列举了一些具体情形,如第10条将“对热播影视作品等以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式进行推荐”的主动推荐行为,作为平台构成主观应知的情形。第12条专门针对提供信息网络存储空间服务者,“将热播影视作品等置于……明显感知的位置”“对热播影视作品等的主题、内容主动进行选择、编辑、整理、推荐”等主动干预行为认定为侵权事实明显,平台构成主观应知。但是,以上规定所规制的是人为的主动推荐,意为平台有目的性地将侵权内容向其他不特定用户推送,具有公开性和统一性,而算法推荐并不同于传统的人为推荐,其针对不同用户的偏好和选择进行个性化推送,具有个性化和私密性,不能等同于《规定》中的“主动编辑”或“设置榜单”行为。^⑧因此,一般情形下,算法自动根据用户的点击、点赞等进行调整,将涉及热门影视节目的短视频不断加入流量池进行推送,即使推送过程中包含侵权内容,亦不能直接认定为平台实施了主动推荐或是干预行为,而是应根据具体情形予以判断:其一,平台利用算法直接向用户提供侵权内容的。实际上,平台利用算法直接向用户提供侵权内容的行为属于直接侵权行为,而非主动推荐或干预这种间接侵权行为。譬如,侵权短视频是由平台主动上传并加入算法推荐,并非用户上传或是平台无法证明侵权短视频是由用户上传的行为;再如,平台以算法推荐为名,实际上却是与用户达成合意,通过分工合作提供侵权短视频,并利用算法进行个性化推荐的。其二,平台利用算法干预了侵权内容的推送,主动干涉侵权短

^⑤ 参见北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初49421号民事判决书。

^⑥ 参见陶乾:《短视频平台“避风港规则”与过滤义务的适用场景》,载《中国出版》2022年第8期,第68页。

^⑦ DMCA H. R. Rep. No. 105-551(II), pt. 2, at 53(1998), DMCA S. Rep. No. 105-190, at 44(1998)。

^⑧ 参见熊琦:《“算法推荐”与网络服务提供者共同侵权认定规则》,载《中国应用法学》2020年第4期,第133页。

视频的推荐过程,如主动将某类热播影视节目的短视频加入算法推送中,此时相当于平台利用算法技术主动介入侵权短视频的传播,属于对侵权内容的整理、编辑或推荐等积极干预行为,应认定为平台实施了主动推荐。其三,可以推定平台主观应知的其他情形。譬如,侵权事实较为明显符合“红旗”标准,如侵权短视频在短时间内被高频次推送,或是算法自动推送的侵权短视频的浏览量、点赞量等达到一定阈值时,则可推定其主观上应知。

在客观方面,需考虑平台看到相关短视频后,能否合理地认定该短视频属于侵权。《规定》将热播影视作品作为“红旗”标准的客观判断对象,此外,还应增加知名度较高的影视节目以及国家版权局发布的重点作品版权保护预警名单中的作品,然后再根据短视频的内容区分具体类型,判断能否合理地认识到侵权的可能。实践中短视频的侵权类型主要包括两类:一类是背景音乐侵权,短视频使用的背景音乐未取得版权人的许可;另一类是视频内容侵权,分为原创短视频的侵权与二次创作短视频的侵权。⁹⁹ 首先,对于背景音乐侵权的短视频而言,判断其是否侵权较为简单,平台应能意识到用户是否经过音乐作品或录音制品的权利人的授权。值得注意的是,有些背景音乐虽由用户上传,但而后收录至平台的自带乐库,对于这种情形应认定为平台构成直接侵权,无须考察平台是否构成应知,实践中亦是如此,如“某讯公司诉某播公司案”中,法院认为涉案背景音乐无论是平台自行上传还是用户上传,上传后均汇总进入“抖音短视频”曲库,其他用户制作新的短视频是从平台自带曲库中而非上传用户处获取,因而平台构成直接向其他用户提供未经许可的录音制品的侵权行为。¹⁰⁰ 其次,对于原创短视频侵权,平台对此类型短视频合法性的判断可以其是否属于同质化内容为标准,如此就能够合理地认识到其是否构成侵权。而对于二次创作短视频,囿于短视频的制作和传播有构成合理使用的可能性,平台难以判断其合法性,因此,“红旗”标准很难适用。对此,很难要求平台合理地认识到该类短视频是否属于侵权,在这种情况下可通过权利人或其委托的第三方专业机构代为通知的方式,而后平台在满足初步证明材料的前提下采取删除等必要措施。其实,对于以长视频为基础形成的二次创作短视频,可以通过建立长短视频的版权许可机制,强化版权平台产业,平衡各方利益。

(三) 长短视频版权许可机制的探索

基于“价值差”的存在,部分观点认为平台理应为预防侵权支付成本,采取版权过滤技术阻止侵权短视频的传播,但考虑到二次创作存在合理使用的可能性,且考虑到对用户表达自由的保护,当前不宜对平台课以强制性过滤义务。在完善现行规则的同时,进一步强化版权许可机制,将是长短视频之争优化路径,可使用户的表达和创作更具活力,平台获得流量收益并减少担责忧虑,版权人也可以获得更大收益。建立长短视频的版权许可机制具有合理性:一方面,短视频能够为长视频带来流量与收益。《2021 中国网络视听发展研究报告》显示,短视频平台的行业地位首次超过所有综合视频平台,超六成用户因在抖某、快某等短视频平台上刷到相关

⁹⁹ 参见周书环:《我国短视频著作权纠纷的现状、问题及其完善建议》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第79页。

¹⁰⁰ 参见广东省深圳前海合作区人民法院(2018)粤0391民初1202号民事判决书。

精彩片段,转而观看完整的网络视频节目。^⑩可以看出,大量用户是由于短视频的缘故而选择观看长视频,那么长视频才很可能由此获得新的流量与收益。对于浏览量较高的短视频可以通过“红旗”标准得以控制,或经权利人的侵权通知后予以删除。另一方面,强化平台责任并不是有效治理侵权的关键,取得合法授权是较优路径。有学者对全球 13 个国家和地区作了实证研究,其结论是网络盗版现象正在下降,原因是消费者愿意为受版权保护的内容付费,而不是打击侵权的执法措施发挥了作用,因此,应将重点从打击网络侵权转向促进合法授权的政策和措施上。^⑪实际上,对于版权方而言,利益最大化的方式并非全面删除侵权作品,而是许可使用和分享利益。

促进长短视频的版权许可宜以鼓励为主的非强制性方式进行,原因在于长短视频双方的不信任、寻求授权的难度较大等都是其影响因素。因此,我国目前也无须采取欧盟《数字化单一市场版权指令》的做法,可将积极寻求版权许可作为平台法定义务。事实上,近期已出现长短视频的合作实例,2022 年 3 月 17 日,作为短视频平台的“抖某”发布声明,称其已与长视频平台“搜某”达成二次创作版权合作,获得搜狐平台上全部自制影视作品二次创作的相关授权,抖音平台及其用户可对获得授权的影视作品进行剪辑、编排或改编,不必担心因再次创作而引发侵权风险。^⑫2022 年 7 月 9 日,抖音再度发布其与长视频平台“爱某艺”达成合作的声明,抖某集团旗下的抖某、西某视频、今某头条等平台用户都可以对被授权的长视频进行二次创作,双方对解说类、混剪类等二次创作短视频作出具体约定,以期共同推动长视频内容知识产权的规范使用。^⑬2023 年 4 月 7 日,抖某与长视频平台“腾某”达成合作,腾某视频向抖某授权其享有信息网络传播权及转授权权利的长视频,以满足用户需求为中心,推动长短视频互促共赢。^⑭

推动长短视频的版权合作,不仅能有效缓解当前短视频的侵权乱象,更能充分激发短视频创作者的创作热情,促进产业融合发展。在具体版权许可机制上,需兼顾长视频方、短视频方及用户三方主体的利益。其一,细化授权内容。尤其是需约定具体授权内容、方式及范围,明确二次创作短视频的创作方式和发布规则,以避免后续纠纷。其二,明确付费主体。平台作为当前因用户生成内容获得流量与收益的一方,作为长短视频版权许可机制中支付版权许可费的主体具有合理性,能够在一定程度上缓和“价值差”,也可以减少因用户上传侵权内容而承担间接侵权责任的担忧。其三,合理界定许可费。二次创作短视频的制作者多为个人或小型工

^⑩ 中国网络视听节目服务协会:《2021 中国网络视听发展研究报告》,http://www.cnsa.cn/attach/0/2112271351275360.pdf,访问日期:2022 年 7 月 14 日。

^⑪ João Pedro Quintais & Joost Poort, “The Decline of Online Piracy: How Markets – Not Enforcement – Drive Down Copyright Infringement,” American University International Law Review, vol. 34, no. 4, 2019, p. 807.

^⑫ 抖音:《关于抖音与搜狐达成二创版权合作的说明》,https://mp.weixin.qq.com/s/z4OtYaoT8GLTFYrTwl4Tug,访问日期:2022 年 7 月 19 日。

^⑬ 抖音:《关于抖音与爱奇艺达成合作的说明》,https://mp.weixin.qq.com/s/uXnOcr52fdXXjytnnRMwkw,访问日期:2022 年 7 月 19 日。

^⑭ 腾讯视频行业透观:《腾讯视频与抖音达成合作:携手长短视频互促,推动产业融合共赢》,https://mp.weixin.qq.com/s/xicxZNM8fWLSrL2ZBTvApw,访问日期:2023 年 4 月 7 日。

作室,其经济基础较差且不一定能够获得商业回报,因而长短视频的版权许可费不能参照长视频的价格标准。其四,确立收益分享规则。短视频作为当前的主流内容,平台虽为版权许可提前支付了一定成本,但由二次创作短视频带来的收益亦极为可观,对此情形,长视频方、短视频方及用户三方主体均可以根据贡献程度共享收益。

五、结语

算法推荐作为短视频平台主流的商业模式和主要的获益方式,已成为平台之间用户黏性之争、用户之间短视频流量之争的竞争武器,应客观看待技术应用带来的利益失衡与规则失范的难题。从短视频行业的长远发展考量,短视频版权治理需考虑多方主体的利益协调与技术水平,当前不宜苛责平台承担版权强制性过滤义务。在坚守“避风港”规则以及细化“红旗”标准的基础上,探索完善版权许可机制,推动版权利用的合法化与规范化,方能使用户的表达和创作更具活力,也可以实现长短视频双方的共赢,这或许是缓和长短视频之争的最优路径。

The Query on Mandatory Copyright Filtering Obligation of Short Video Platform and the Optimization of Its Responsibility Rules

Liu Youhua Li Yangfan

Abstract: In the face of the chaos of copyright infringement in short videos, all circles call for short video platform copyright filtering obligations and strengthen its responsibility to control infringement. The main reasons include the application of algorithm recommendation technology and the progress of platform technical ability and the existence of “value gap”. However, platforms containing algorithm recommendations cannot be uniformly deemed to be deviated from “technology neutral”, nor can they accurately identify fair use and tortious use through technology. And setting up filtering obligations will erode users’ freedom of expression. From the perspective of extraterritorial development trends, the United States did not set up filtering obligations after hearing. In the EU, setting strict filtering obligations has faced constant opposition and has been rectified by the latest legislation. At present, China should not set filtering obligations on platforms, but should optimize the existing rules: first, improve the “safe harbor” rule and apply it flexibly; second, reiterate the “red flag” standard to prevent the abuse of the “safe harbor” rule, and detail the “should know” situation of the platform from subjective and objective aspects; third, explore the copyright licensing and revenue distribution mechanism for long and short videos to achieve the cooperation and benefit balance of various subjects.

Keywords: short video platform; duty of review; filtering obligation; the “safe harbor” rule

(责任编辑:刘宇琼)