

搜索引擎引发的版权危机

沈明*

- 一、问题及其意义
- 二、搜索引擎的法律属性与“安全港”立法
- 三、“安全港”法律在应用于搜索引擎时所存在的问题
- 四、中国的“安全港”立法及其与美国立法的比较
- 五、文字与图片搜索的版权问题
- 六、音乐文件搜索的版权问题
- 七、影视文件搜索的版权问题
- 八、搜索引擎网页快照的版权问题
- 九、结语

一、问题及其意义

搜索引擎的崛起是互联网产业发展历程中的传奇。

Google(谷歌)¹公司由斯坦福大学学生Larry Page和Sergey Brin两人于1998年9月创建,成立仅七年多时间,其股票市值就超过了传统制造业的代表福特和通用汽车公司的总和,而且还超过了老牌厂商可口可乐、百事可乐以及传媒巨头时代华纳。不仅如此,就在IT产业内部,谷歌也后来居上,股票市值超过了惠普(HP)和老对手雅虎(Yahoo!),并于2005年12月和2006年1月先后超过“蓝色巨人”国际商业机器公司(IBM)和全球半导体产业巨擘英特尔(Intel),成为仅次于微软(Microsoft)的全球第二大信息科技公司。² Google的迅速崛起堪称互联网时代的信息产业神话。这一商业传奇故事例证了搜索引擎在互联网应用领域中的异军突起。

本来,自1990年代网络逐渐普及以来,电子邮件一直是最重要的网络应用,而且大部分门户网站——它们占据了电子邮件服务的绝大部分市场份额——的电子邮件服务都是免费的。免费对普通用户来说当然是好事,但对提供该服务的企业来说,却是不得已而为之。互联网产业在兴起到初步繁荣这段时间里,网络公司一直未能开发出具有重要商业价值的新型应用及相关赢利模式,在此背景下,互联网产业发展遭遇瓶颈,而这正是2000年前后网

* 本文从动笔到发表,间隔约四年时间。在互联网时代,这样的时滞可能使一篇文章成为“古文”,为此,笔者尽力更新了文章所用的资料和数据,并据此修正了相关分析。特别感谢胡凌博士的约稿以及他对本文初稿的评论。文责自负。本研究曾获得北京大学法学院—雅虎互联网法律中心资助,特此志谢。

1 众所周知,Google(谷歌)是全球最著名的互联网搜索引擎;而百度、雅虎、微软(MSN, Live, Bing)等其他搜索引擎服务不论在技术原理还是用户体验上都与Google颇为类同。因此,在没有必要区分的情况下,本文将主要以Google为例,展开搜索引擎所涉及的版权问题的讨论。

2 需要说明的是,谷歌公司的股票市值后来又被苹果公司(Apple Inc.)反超。截至2009年11月16日,微软、苹果、谷歌的股票市值(美元)分别为2622.9亿、1861.1亿、1828.4亿。

络经济“泡沫”破灭，并陷入低谷的主要原因。经过那次商业风暴，不少中小企业纷纷倒闭，行业重新整合。此后，很多网络公司都寻求突破，但手段却不甚高明，比如，一些门户网站不过是将互联网的“王牌应用”——电子邮件由免费使用转变为收费服务，试图以此扭转亏损或者无法盈利的局面。就在这时候，Google在这一商业市场领域的角逐中逐渐脱颖而出，它以领先的搜索引擎技术为依托，推出大容量免费电子邮件服务Gmail，³ 由此完全打乱了竞争对手的阵角，市场重新洗牌。Google在市场上的成功进一步推动了搜索引擎领域的竞争与发展，雅虎、微软MSN等搜索引擎厂商全面跟进，技术不断提高。而这一次，由搜索引擎所引领的行业转型却抛弃了先前的“泡沫”特征，因为搜索引擎的高速发展有着充分的市场需求基础：面对海量的而且还在以几何级数增长的网络内容，搜索引擎已经成为人们在使用互联网获取信息时所必不可少的工具了。根据美国Pew Internet & American Life Project于2009年10月发布的统计数字，美国有77%的成年人使用互联网（数据截至2009年9月），其中88%的互联网用户使用搜索引擎（数据截至2009年8月），搜索引擎在美国已经基本成为和电子邮件并驾齐驱的两大互联网应用。⁴ 根据中国互联网络信息中心（CNNIC）第24次互联网络发展状况调查的数据，截至2009年6月底，中国网民数量达到3.38亿，规模跃居世界第一位。有69.4%的中国互联网用户经常使用搜索引擎。⁵ 而且值得注意的是，搜索引擎使用率与网民学历成正比：在学历在本科及以上的网民中，搜索引擎使用率已经超过93%，⁶ 就此而言，可以说，搜索引擎的使用者是互联网高端用户。⁷ 综上所述，搜索引擎

3 2004年4月1日，愚人节，Google推出了其容量为1G的Gmail免费电子邮件服务；使其他电子邮件服务商被迫放弃收费政策，并扩大邮箱容量；2005年4月1日，Google又使Gmail的容量以动态计数器的方式逐渐上升至2G，而且至今还每时每刻都在继续增加。这种极富创意的营销模式使其竞争对手疲于应对。Gmail与常见的电子邮件服务的一个不同之处在于，它在问世之后的近三年时间里一直采用邀请注册制，直到2007年2月才在全世界范围内完全开放注册。邀请注册制所带来的限制反过来激发了潜在用户的兴趣和需求，在Gmail刚推出的那段时间里，Gmail账号的注册邀请堪称“一号难求”，甚至有人公开上百美元的高价求购或出售。

4 美国有89%的互联网用户使用电子邮件（数据截至2009年9月）。参见“Internet Activities, Total”<http://www.pewinternet.org/Static-Pages/Trend-Data/Online-Activites-Total.aspx>。最后访问日期：2009年11月5日。

5 参见中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》（2009年7月），<http://research.cnnic.cn/img/h000/h11/attach200907161303030.pdf>，最后访问日期：2009年11月10日。根据该报告的数据，中国的十大互联网应用依次是：网络音乐、网络新闻、即时通信、搜索引擎、网络视频、网络游戏、电子邮件、博客应用、论坛/BBS、网络购物。

6 参见中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》（2008年7月），<http://www.cnnic.cn/uploadfiles/pdf/2008/7/23/170516.pdf>，最后访问日期：2009年11月10日。

7 “不同类型的网民使用搜索引擎的比例不同。搜索引擎用户与网民的网龄相关性很强，网民上网历史越久，则搜索引擎使用率越高，2000年及以前上网的网民搜索引擎使用率为89.1%，2007年新增网民的使用率仅有48.7%。由于2007年中国新增网民很多，新增网民较低的搜索引擎使用率，拉低了总体网民的搜索引擎使用率，目前72.4%的使用率略低于2007年6月的74.8%。此外，搜索引擎使用率与学历同样存在很强的相关性，学历越高，使用率越高。初中以下学历的网民搜索引擎使用率为54.7%，硕士及以上学历的网民搜索引擎使用率则升至97%，几乎人人都使用搜索引擎。”中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》（2008年1月），<http://www.cnnic.cn/uploadfiles/pdf/2008/1/17/104156.pdf>，第39页。最后访问日期：2009年11月10日。虽然在2007年6月至2008年6月一年间，搜索引擎的使用率从74.8%经由72.4%下降到69.2%，但如上所述，其原因并非搜索引擎逐步失去了其用户。

在互联网领域中的显赫地位已经成为不争的事实。⁸

在这种情况下,搜索引擎所隐含的版权法律问题就格外引人注目。本文以下将分七部分,对搜索引擎的法律属性,中美两国“安全港”立法及其比较,搜索引擎对于“安全港”制度的适应性,文字、图片、音乐、影视搜索以及网页快照所涉及的版权问题和重要案例分别加以分析和讨论,最后在结语部分试图超越法律技术分析,在总结全文的基础上,反思了作为网络版权制度核心的“安全港”在我国司法实践中的现实状态,并初步提出了针对搜索引擎和互联网发展的宏观法律政策考量。

二、搜索引擎的法律属性与“安全港”立法

本文所说的“搜索引擎”,是互联网搜索引擎的简称。它指的是设计用来索引万维网信息的一套计算机程序,被索引的信息包括网页文字、图片、音频、视频等多种类型的文件。在搜索引擎发展早期,网页目录(Web Directory)也算是一种搜索引擎,例如著名的Open Directory Project(又称为DMOZ,中文名“开放目录专案”)⁹,就曾经对Google、AOL等搜索引擎的搜索结果排序有较大的影响。雅虎也是一家以网页目录起家的“搜索引擎”。¹⁰当年的网页目录搜索主要是基于标题进行的,信息量相当有限——不像今天的搜索引擎,原则上能够针对网页包含的全部文字、图片、多媒体文件等众多元素展开搜索。鉴于当时的网页数量较少,使用互联网的人群以及人们对互联网的使用方式也远不像今天这样多元,目录式搜索引擎大体能够满足人们检索资讯的需求,因而也流行一时。但是,就像网络上很多曾经流行过的东西一样,目录式搜索的好景不长——尽管这项服务至今仍然存在,但已经明显衰落了,甚至到了几乎被人遗忘的地步。由于海量网络信息的涌现,而且信息增速日甚一日,网页目录索引早已不能胜任搜索服务。¹¹与网页目录不同的是,现如今的搜索引擎通常是由依据一定算法的计算机程序自动完成索引任务的(尽管可能存在少量人工干预)。具体来说是由网络漫游器¹²在万维网上搜集网页所包含的图文、链接等各种信息,在此基础上整理编排,建立索引,形成若干结构复杂、内容庞大的数据库。在用户发出搜索指令的情况下,搜索引擎依据索引而得的数据库信息返回搜索结果,完成搜索服务。¹³日常所说的“搜索引擎”,也指这一服务及其提供者。

⁸ 而且,搜索引擎和另一项方兴未艾且对网络日常应用与网络架构发展都有巨大影响的P2P(点对点)网络技术具有重要的结合点。利用P2P技术可以开发出强大的网络搜索工具,其技术特点在于,用户能够深度搜索文档,而且这种搜索无需通过Web服务器,也可以不受信息文档格式和宿主设备的限制,可达到传统目录式搜索引擎(只能搜索到20—30%的网络资源)无法比拟的搜索深度:理论上讲,P2P搜索可以涵盖网络上所有开放的信息资源。因此可以说,P2P为互联网的信息搜索提供了全新的、飞越性的解决之道。Google也宣称要采用P2P技术来改进其搜索引擎。参见龚帆、杨蕙:《从BT下载侵权看P2P文件交换技术的发展对网络知识产权的挑战》,中国法学网,<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=13463>,最后访问日期:2009年11月10日。

⁹ <http://dmoz.org>。最后访问日期:2009年11月10日。

¹⁰ 参见“Yahoo! Directory”:<http://dir.yahoo.com>;中文版:“雅虎网址大全”:<http://site.yahoo.com.cn>。最后访问日期:2009年11月10日。

¹¹ 参见“History of Search Engines: From 1945 to Google 2007”,<http://www.searchenginehistory.com>。最后访问日期:2009年11月10日。除非特别说明,本文所称搜索引擎不包括网页目录式的搜索引擎,这不仅因为这一模式的搜索已经落伍,还因为如果基于网页目录的搜索仍然算是搜索引擎的话,会使搜索引擎的概念极大泛化,难于界定,因为网页目录本身就是一个极为宽泛的概念。

¹² 又称“网络爬虫”、“网络蜘蛛”(spiders)、“网络机器人”(robots, bots)。

¹³ 参见http://en.wikipedia.org/wiki/Web_search_engine。最后访问日期:2009年11月10日。

互联网搜索引擎兴起于 1990 年代初，随着互联网的发展，其技术和产业也不断变迁。比如最著名的搜索引擎 Google，是以纯粹的搜索服务起家，如今已经成为网络业界巨擘，业务范围早已超出单纯的搜索，而是包括电子邮件、在线地图、在线图书、新闻聚合、电子金融支付工具、视频分享、在线翻译与词典、网络社区、网络购物、知识文库等，还有 Calendar、Chrome、Docs、Picasa、Reader、Talk 等功能繁多的在线和离线软件与服务，以及上述种种网络服务产品之间的相互整合，特别是与其核心业务——搜索——的整合。这样，当我们在版权法层面上讨论搜索引擎的时候，面临的问题可能相当复杂。尤其是如何把网络世界的种种元素纳入现有的法律体系和制度框架。这就涉及到搜索引擎的法律属性问题。

搜索引擎的法律属性是“网络服务提供者”(Internet Service Provider, ISP)。而“网络服务提供者”又是一个颇为宽泛的概念。根据美国《数字千年版权法》(Digital Millennium Copyright Act, 1998)第 512 条即“安全港”(又称“避风港”)条款的规定，“网络服务提供者”主要是指“网上服务或网络接入的提供者，或与此相关的设备的操作者”，包括“提供传输、路由服务，或者在用户设定的终端之间，在不改变收发内容的情况下，为用户选择内容的数字网络通信提供连接服务的实体。”¹⁴我国 2006 年颁行的《信息网络传播权保护条例》是迄今为止关于互联网版权问题的最重要的单行法规，它对于美国的《数字千年版权法》颇多借鉴，其中也有“网络服务提供者”这一术语，但未加定义。¹⁵

《数字千年版权法》有两个最具重要性的规定，引起了学者和法律实务界人士的广泛关注：第一，针对保护版权的技术手段所采取的规避或破解措施遭到法律的禁止，即反规避条款；¹⁶第二，关于第三方版权侵权行为给网络服务提供者带来的版权责任问题，即“安全港”条款。后者对于搜索引擎服务所牵涉的版权问题至关重要，我们将重点加以讨论。

《数字千年版权法》将“网络服务提供者”的服务或功能分为以下四类：(1) 瞬时数字网络通信；(2) 系统存储；(3) 根据用户指令在系统或网络上实现的信息驻留；(4) 信息定位工具。¹⁷很显然，虽然搜索引擎或多或少地具有前三类功能，但它与第四类功能即信息定位工具是最相契合的。如果想要获得“安全港”的保护，不论是上述哪一种网络服务提供者，都必须满足以下条件，才可能免责：第一，网络服务提供者必须“采纳并合理执行……某种政策，以确保在网络服务提供者的系统或网络的付费用户(subscribers)¹⁸或帐户所有

14 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(k)(1). 一般而言，“网络服务提供者”是与“网络内容提供者”(Internet Content Provider, ICP)相互区别的。就这一区分而言，搜索引擎本质上是一种“服务”，而不是“内容”。作为“网络服务提供者”搜索引擎本身不提供内容，它主要处理“网络内容提供者”的内容。因此，尽管 Google 电子图书馆及其内容搜索所涉及的版权问题在美国并且特别是在 2009 年秋的中国引起了巨大争议，但本文对此不予讨论；因为该服务是针对自身所提供的内容的搜索，这超出了现阶段人们对搜索引擎属性的界定和认同。

15 此前，国家版权局和信息产业部与 2005 年 4 月 30 日颁布了《互联网著作权行政保护办法》，其中关于“安全港”的条款使用的概念是“互联网信息服务提供者”。

16 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 1201. Circumvention of copyright protection systems. 我国《信息网络传播权保护条例》第 4 条也有这样的规定：“为了保护信息网络传播权，权利人可以采取技术措施。任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施，不得故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件，不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。但是，法律、行政法规规定可以避开的除外。”反规避条款与搜索引擎的版权责任问题关联很小，本文将略去不论。

17 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(a)-(d).

18 笔者将“subscriber”译作“付费用户”，以与“user”(用户)相区别。附带说明，Google 公司将“account holder”译作“帐户持有人”；另将“subscriber”译作“订阅者”，但“订阅者”显然含义过狭，为笔者所不取。参见 <http://www.google.com/dmca.html>。最后访问日期：2008 年 8 月 30 日。

人 (account holders) 反复侵权的特定情况下终止服务”；¹⁹ 第二，网络服务提供者必须“通知该网络服务提供者的系统或网络的付费用户或帐户所有人”前述政策；²⁰ 第三，网络服务提供者采取的措施必须“符合标准技术手段，而不能与之抵触”。²¹

以上是网络服务提供者进入“安全港”避风的一般性适格条件 (conditions for eligibility) 此外，针对“信息定位工具” (information location tools)，《数字千年版权法》还规定了额外的条件：

网络服务提供者通过信息定位工具，包括目录、索引、征引、指针或超文本连接，将用户 (users) 引导或连接至存在侵权内容或侵权行为的网络地址的，不承担金钱赔偿责任……也不应当承担禁令或其他衡平救济的义务，如果该服务商：

- (1)(A)实际上不知道有关内容或行为构成侵权；
 - (B)由于实际上不知道，因而未注意到侵权行为得以彰显的事实或情境；或者
 - (C)知道或注意到侵权行为之后，迅速移除侵权材料或屏蔽其访问路径；
- (2) 未从该服务商有权利和能力加以控制的侵权行为中获得可直接归因于侵权行为的经济利益；并且
- (3)在接到c (3)所述的侵权通知以后，迅速移除被控侵权或将要成为侵权行为对象的材料或屏蔽该材料……²²

提供“信息定位工具”的网络服务提供者获得“安全港”保护的免责条件包括上述三项。第一项条件列举了两种情况，当事人应该符合其中一种。第一种情况是由(1)(A)和(1)(B)规定的，即主观要件：网络服务提供者不知道行为的侵权属性因而未注意到侵权行为得以彰显的事实。值得注意的是，这里的所谓主观上“不知道”有一个重要的限定词——“实际上”(actual)，这就变得比较麻烦：“实际上不知道”意味着法律并不问应不应当知道或者应不应当注意到，它只关注主观状态的客观事实性，因此不能把此处“不知道”、“未注意到”等同于疏忽大意的过失，尽管有这种可能。换句话说，这一规定并不涉及主观上是否有过失或其他的过错。在这个意义上，第一项条件中的所谓主观要件其实也是客观要件。但问题是，我们不太清楚应以什么标准来衡量“不知道”、“未注意到”的事实，如果以网络服务提供者的陈述为准，那么这一条件总能得到满足，因而是虚设的；可如果不以网络服务提供者的陈述为准，又如何能确定“实际上不知道”呢？这是令笔者感到疑惑的问题。第一项条件的第二种情况与第一种情况相反：在网络服务提供者知道或注意到侵权事实的情况下，应迅速采取行动，移除侵权材料或屏蔽其访问路径，以阻断侵权行为的延续。第二项条件要求网络服务提供者没有从它有权利和能力加以控制的侵权行为中获得经济利益。这一点对于搜索引擎来说格外重要。现如今，伴生于文字、图片、音乐、影视等搜索服务的商业广告已经司空见惯，在这种情况下，要满足第二项条件恐怕已经不太容易了。至少，要对法条涉及的概念做出精细的辨析：比如，什么叫“有权利和能力加以控制”？什么叫“可直接归因于侵权行为”？都是一些在纠纷解决和司法实践中亟待界定或澄清的问题。第三项条件与第一项条件的第二种情况类似，但不完全相同：网络服务提供者在借到权利人或其代理人发出的侵权通知以后，须迅速移除或屏蔽被控侵权材料，尽管这时候尚不能断定侵权通知所述权利声明在法律上是否是真实的。

19 参见 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(i)(1)(A).

20 同上。

21 参见 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(i)(1)(B).

22 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(d).

关于侵权通知的具体内容,《数字千年版权法》是这样规定的:

(3) 通知的内容

(A) 本条规定的侵权通知若为有效,必须以书面形式提交给网络服务提供者指定的代理人,并实质性地包含下述内容:

- (i) 声称专属权利遭到侵害者的授权代理人的物理或电子签名。
- (ii) 对声称被侵权之版权作品的认定 (identification); 或者, 如果在一个网络位置上有多件作品被侵权, 则列出该多件作品的代表清单。
- (iii) 对声称被侵权或成为侵权行为对象且将被删除或切断获取途径的材料认定, 以及使网络服务提供者可以确定该材料所在网络位置的合理充分的信息。
- (iv) 使网络服务提供者可以联络到申诉方的合理充分的信息, 如可以联络到申诉方的地址、电话号码, 以及如果可能的话, 电子邮件地址。
- (v) 声明申诉方善意地认为对方对被申诉材料的使用, 未经版权所有人、其代理人或者法律的授权。
- (vi) 声明该通知中所提供的信息是准确的, 并且承担作伪证的责任, 保证申诉方拥有合法授权, 代理声称专属权利遭到侵害者的行为。²³

上述 512(d)及相关配套条款确立了“通知—撤销”程序(Notice and Takedown Procedure)²⁴及相应制度,即“安全港”条款的核心内容,其重要性自不待言。一方面,由于互联网具有极强的传播能力(搜索引擎更是推波助澜,成为传播的重要媒介和加速器),侵权材料一旦在互联网上出现,可能在很短的时间内就流布极广,给权利人带来巨大损害,并使阻止侵权传播或弥补损失的成本变得高不可攀。在这样一种高风险情况下,“通知—撤销”程序使版权人可以迅疾的手段对抗侵权的网络内容提供者和搜索引擎及其他网络服务提供者。另一方面,由于搜索引擎每天都要处理海量信息,无法以合理的成本对其索引的网络内容的合法性加以甄别,“通知—撤销”程序排除了其合法性审核义务,搜索引擎等网络服务提供者据此可以有条件地免除版权责任,获得“安全港”的保护,大大降低了共同侵权的法律风险。

显然,“通知—撤销”程序维护的主要是版权人和网络服务提供者的利益。网络服务提供者在收到版权人的关于侵权的通知后,无需进行任何关于权利归属的辨析或审查,即可撤销涉嫌侵权的材料,并因此进入“安全港”,得以免责。版权人也可以得到极有效率的保护。由此可以看出,在“安全港”制度所涉及的三方当事人结构中,到目前为止,唯独(付费)用户的权益没有得到应有的关注。²⁵这一问题在立法过程中就凸显出来了。

1998年5月14日,在美国国会就《数字千年版权法》进行立法讨论的过程中,时任参议员的约翰·阿什克罗夫特(John Ashcroft)说:

²³ Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(c)(3)(A).

²⁴ 国内有学者将“Notice and Takedown”译作“通知删除”(例如,梁志文:《论通知删除制度——基于公共政策视角的批判性研究》,载《北大法律评论》,第8卷第1辑,2007年),亦无不可。但由于“Takedown”措施包括“移除侵权材料或切断获取该材料的途径”两种情况,其中前一种可称为“删除”,后一种则难以作为“删除”所涵盖,故笔者将其译作“撤销”。附带说明,在移植“安全港”制度时,针对“Takedown”,我国2005年颁行的《互联网著作权行政保护办法》的用语是“移除”,2006年《信息网络传播权保护条例》的用语是“删除”、“断开……链接”。

²⁵ 但这一问题也不应被夸大。网络服务提供者只有在过失共同侵权的情况下才可能获得“安全港”的保护,相反,如果是故意侵权或者直接侵权,就不适用“安全港”条款了。

尽管我支持相关产业为解决网络服务提供者责任问题的努力,但有一个问题是产业协议所没有提及的——普通的互联网用户将获得什么样的保护。协议保护了网络服务提供者的利益,也保护了版权所有人的利益,但对于错误地遭到违反版权法之指控的互联网用户却几乎或者完全没有提供保护。最初的法律草案仅给误遭损害的、无辜的用户配置了很有限的资源。他们不得不雇用律师上法院,通过法院要求网络服务提供者和版权所有人准许网页恢复原状——换句话说,终端用户必须通过法院才能证明自己的清白。我觉得这种状况是完全不能让人接受的……我的修正方案可以确保:如果最初的通知未能考虑到互联网用户仅仅是对版权作品加以合理使用,因而致使某材料被错误地从互联网用户的网页(home page)上撤销,那么终端用户将会获得上述撤销行动的通知,并有权启动程序,使其可以使被撤销的材料重新上线,而无需雇用律师、上法院。与产业妥协方案相比,这是一个关键性的改进。²⁶

问题还不仅在于相关当事人之间的利益冲突与博弈,值得注意的是,由于“通知—撤销”程序在实体法上具有侵害言论自由的潜质,在程序法上具有超越司法正当程序的嫌疑,²⁷因此——虽然它只是版权法领域中的一个很小的制度设计——还面临着宪政层面的合法性尺子的度量。有鉴于此,立法者在“安全港”制度框架中,还设定了抗辩通知程序(Counter-Notification Procedure),以求与“通知—撤销”程序达成基本的平衡。具体来说,抗辩通知程序在《数字千年版权法》中是这样规定的:

(1) 撤销行为原则上免责——在本子条第(2)款的限定条件下,基于外观属于侵权行为的事实或情况,网络服务提供者可善意地切断被控侵权材料或行为的获取途径或将之消除,无论该材料或行为最终是否被判定侵权,网络服务提供者不应对任何人针对上述切断或消除行为提出的任何指控承担责任。²⁸

对于第三类网络服务提供者,即“根据用户指令在系统或网络上实现的信息驻留”的网络服务提供者,该法在紧接着规定了免责的三项额外条件:

- (A) 采取合理措施迅速通知付费用户,相关材料被删除或屏蔽;
- (B) 在收到本子条第(3)款所述抗辩通知后,迅速向根据(c)(1)(C)规定发出侵权通知一方提供抗辩通知的复本,同时说明,在10个工作日内,将恢复被删除材料或解除屏蔽;且
- (C) 接到抗辩通知后,在不少于10个工作日、不超过14个工作日内,恢复被删除材料并解除屏蔽,除非:其指定代理人先收到依据(c)(1)(C)发出侵权通知之人的通知,即该人已经向法院起诉,请求法院禁止该付费用户继续从事与存在于网络服务提供者系统或网络中的材料有关的侵权行为。²⁹

26 144 *Congressional Record* S4889 (May 14, 1998).

27 参见 Alfred C. Yen, “Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment,” 88 *Georgetown Law Journal* 1833, 1889 (2000).

28 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(g)(1).

29 Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(g)(2).

随后第(3)款规定了抗辩通知的内容：

(3) 抗辩通知的内容——本子条规定有效的抗辩通知，必须是提交给网络服务提供者指定代理人的书面通知，并包括以下实质内容：

(A) 付费用户的物理或电子签名；

(B) 对被删除或者切断获取途径的材料的确切认定 (identification)，以及材料在被删除或者屏蔽之前的位置；

(C) 付费用户承担伪证法律责任的声明，声明自己善意地相信：该材料之所以被删除或者屏蔽是错误或者对出于对应被删除或者切断获取途径材料的误认。

(D) 该付费用户的名称、地址、电话号码；用户的声明，表示服从其地址所在地的联邦地区法院的管辖；如果其地址在美国之外，表示服从任何可以找到该网络服务提供者的地区的司法管辖权的管辖，表示自己接受依据(c)(1)(C)发出通知的人或者其代理人启动的法律程序。³⁰

以上就是《数字千年版权法》中关于“安全港”的主要规定。虽然《数字千年版权法》是美国的国内法，但鉴于美国在互联网产业的主导地位以及它的国际政治经济地位，该法对于世界范围的互联网版权法律的立法和司法实践所具有的举足轻重的影响是无需多言的。

三、“安全港”法律在应用于搜索引擎时所存在的问题

《数字千年版权法》在其“安全港”条款的主要构成部分中都用“付费用户”或“帐户所有人”指称“网络服务提供者”的服务对象。³¹ 尽管该法并没有给“付费用户”和“帐户所有人”下定义，但是这两个称谓显然不同于在该法其他部分出现的“用户”(user)。这里的问题在于，搜索引擎通常没有“付费用户”或者“帐户所有人”——互联网用户在使用搜索引擎服务的时候既不用付费也无需帐户，而且现实中既不付费也无帐户(或不登录帐户)的用户肯定占搜索引擎用户总数的绝大部分。与此类似，被搜索引擎索引的网站也无需采取什么积极手段或者付费就能被收录，因此也不是其“付费用户”或者“帐户所有人”。在这种情况下，作为“网络服务提供者”的搜索引擎服务商如何适用《数字千年版权法》获得“安全港”的保护，就是一个至少在学理上值得研讨的问题了。首先，就获得“安全港”保护的适格条件而言，如前文所述，既然在特定情况下网络服务提供者要中止其对“付费用户”或者“帐户所有人”的服务并要对他们尽到通知义务，那么一个当然的推论就是，像搜索引擎服务商这样的网络服务提供者，没有“付费用户”或“帐户所有人”，³² 或者换句话说，它所服务的对象不是“付费用户”或“帐户所有人”，当然就不用负担“安全港”的适格条件

³⁰ Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(g)(3).

³¹ 如前文所述关于适格条件的规定以及关于抗辩程序的规定。

³² 例如，Google 公司在其“数字千年版权法案”网页声明中说：“很多 Google 服务没有帐户持有人或订阅者。” <http://www.google.com/dmca.html>。最后访问日期：2008 年 7 月 20 日。

所要求的作为义务。³³ 其次,就“信息定位工具”获得“安全港”保护的附加条件而言,令人感到奇怪的是,如上文所述,《数字千年版权法》在这一部分又是用“用户”一语来指称网络服务提供者的服务对象。单就这一规定来看,搜索引擎服务商又是适用“通知—撤销”程序的。再次,在对于抗辩通知程序的规定中,用语不一致的问题重又出现:这一部分的法条虽然没有提及“帐户所有人”,但在提及网络服务提供者的相对人时,用的是“付费用户”一语。由于搜索引擎服务商通常没有“付费用户”,因此如果依逻辑严格适用法条的话,搜索引擎服务商在抗辩通知程序中无需在负担法律所述网络服务提供者针对“付费用户”的义务。综上所述,如果依照“安全港”条款规定的字面含义司法的话,那么结果将会是,即使搜索引擎服务商对反复侵权的用户不实行终止服务的政策(网络服务提供者获得“安全港”保护的一般条件),即使搜索引擎服务商在依据“通知—撤销”程序删除被控侵权材料后不通知其相对人(抗辩通知程序要求),也依然可以进入“安全港”,获得责任豁免。而现实中一旦真的发生这样的事情,就意味着,在某些特定的场合下,“安全港”基本条件和抗辩通知程序将会落空,进而可能造成“安全港”制度的动摇甚至坍塌。幸运的是,Google等主要的搜索引擎服务商都声明遵循《数字千年版权法》“安全港”条款中关于“通知—撤销”程序及抗辩通知程序的规定(或各国移植、仿制该规定的立法),³⁴ 尽管法律的语义解释并不要求他们这样做。³⁵

除了上述立法用语上的不协调及其为司法带来的潜在不确定性之外,“安全港”立法在应用于互联网搜索引擎的时候,还存在其他一些不应忽视的问题。

第一,由于在搜索引擎服务商与被指控侵权的人(通常是网络内容提供者,即ICP)之间不存在“付费”(subscription)关系,因此一旦它依据“通知—撤销”程序收到第三方的侵权通知,将可能比其他类型的网络服务提供者更加积极地删除被指控侵权的材料。因为在这种情况下,搜索引擎服务商的责任风险是比较大的,同时又不存在其他利益可以与这种风险相平衡。³⁶ 我们可以稍微具体分析一下可能的情况:收到侵权通知之后,如果搜索引擎服务商删除相关材料,可能会“得罪”网络内容提供者,但由于他们之间不存在直接的商业交易关系,再加上搜索引擎在网络世界中掌握的巨大权力,此外还有抗辩通知程序作为维护ISP权益的补救手段,所以一般不会给搜索引擎带来明显的不利后果;相反,如果搜索引擎服务商收到侵权通知之后不删除相关材料,则无法获得“安全港”的保护,等待它的将是共同侵权责任的潜在法律后果。网络内容提供者通常不是搜索引擎的“付费”客户,因此搜索引擎没有为之承担共同侵权责任的动机或者动力。两相权衡,搜索引擎删除被指控侵权的材料的行动可能会比其他类型的网络服务提供者更加积极,因而非侵权作品被错误删除的概率相应也更大,抗辩通知程序和司法诉讼程序启动的概率也就随之提高,更大社会成本耗费势

33 或许出于与《数字千年版权法》关于“付费用户”、“帐户所有人”的规定相关的原因,Google公司近年推出了Google帐户(Google Accounts)服务,并以此为枢纽,将其电子邮件、网络相册、文档、广告等大量搜索之外的其他服务整合起来(雅虎、微软等其他一些搜索引擎服务商也有类似的商业与技术整合措施)。但迄今为止,上述变化并未使搜索业务与“付费用户”、“帐户所有人”建立起实质性的关联。一个普通的互联网用户,无需付费或者建立帐户,一样可以获得质量上无差异的搜索服务。至于“搜索历史”这类基于帐户的衍生服务,严格说来,已不属于搜索的服务范围,而且基于隐私等原因,目前还未成气候。

34 Google的声明见于<http://www.google.com/dmca.html>。百度的“权利保护声明”见于<http://www.baidu.com/duty/right.html>。中国雅虎的“著作权声明”见于<http://cn.yahoo.com/copyright2007/index.html>。最后访问日期:2009年11月10日。

35 关于《数字千年版权法》条文中“用户”与“付费用户”、“帐户所有人”用语的不统一及其为“安全港”法律适用所带来的问题,参见Craig W. Walker, “Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines,” 9 *Virginia Journal of Law and Technology* No. 2, Part VII.A. (2004).

36 参见Craig W. Walker, “Application of the DMCA Safe Harbor Provisions to Search Engines,” 9 *Virginia Journal of Law and Technology* No. 2, Part VII.B. (2004).

必难免。此外，由于误删内容的增加，合法的网络资源和社会信息量将会减少，即网络空间的公共善品减少，因此社会公共利益将间接受到损害，即使不考虑言论自由等宏大的宪政叙事话语。

第二，尽管抗辩通知程序是设计用来防止合法内容被错误撤销的，但在将该制度运用于搜索引擎的时候，却不易像原初设想的那样发挥出应有的作用。与前述第一点理由类似，由于在搜索引擎服务商与被指控侵权的网络内容提供者之间一般不存在直接的商业关系，因此搜索引擎服务商可能难以完全按照“通知—撤销”程序的要求，及时充分地对网络内容提供者履行其通知义务。随之而来的结果是，网络内容提供者将更少有机会为自己的行为和权利辩护，相应地，误删的概率将会提高。总而言之，抗辩通知程序这一《数字千年版权法》“安全港”制度中重要的利益平衡机制在搜索引擎的领域中将更加可能失灵。³⁷

四、中国的“安全港”立法及其与美国立法的比较

在美国的《数字千年版权法》出台两年以后，即2000年开始，我国先后以多种立法形式引进了“安全港”制度，其具体规定，先后出现在以下法律中：

2000年11月22日通过、12月21日起生效的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条规定：“提供内容服务的网络服务提供者，明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经著作权人提出确有证据的警告，但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的，人民法院应当根据民法通则第一百三十条的规定，追究其与该网络用户的共同侵权责任。”第八条规定：“网络服务提供者经著作权人提出确有证据的警告而采取移除被控侵权内容等措施，被控侵权人要求网络服务提供者承担违约责任的，人民法院不予支持。著作权人指控侵权不实，被控侵权人因网络服务提供者采取措施遭受损失而请求赔偿的，人民法院应当判令由提出警告的人承担赔偿责任。”这是我国最早的“安全港”立法，³⁸ 尽管与《数字千年版权法》细密、繁复的规定比起来简陋到令人难堪的地步，但毕竟算是有了雏形。它初步设立了“通知—撤销”程序，并据此给予了网络服务提供者免责的“安全港”保护。但该规定尚未涉及抗辩通知程序，它只是在实体法上依最终的权属认定，来裁断过错者的责任。基于前文关于《数字千年版权法》抗辩通知程序的讨论所述及的道理，搜索引擎将会可能比其他类型的网络服务提供者更加积极地删除被指控侵权材料的问题，在这种情况下，也是存在的。《解释》虽然只是司法机关的一小步，但却是中国网络知识产权立法的一大步。考虑到时隔五年之后，真正的“安全港”立法才在中国正式出现，这短短二百余字的“解释”，对互联网版权法律制度空白的填补以及对解决网络版权纠纷的司法实践来说，实在是太“宝贵”了。

国家版权局和信息产业部联合制定的《互联网著作权行政保护办法》(以下简称《办法》)于2005年4月30日公布、5月30日起生效，该《办法》第一次正式以法律³⁹的形式确立了“安全港”制度，其具体规定是：

第五条 著作权人发现互联网传播的内容侵犯其著作权，向互联网信息服务提供者或者其委托的其他机构……发出通知后，互联网信息服务提供者应当立即采取

³⁷ 参见，同上。

³⁸ 此后，该《解释》先后于2003年12月23日、2006年11月20日修订过两次，但该条内容均没有变化（第一次修订后，第八条变为第九条；第二次修订后，这两条规定分别被列为第四条和第八条）。

³⁹ 这是一个部门规章。鉴于《立法法》涵盖了部门规章，因此其法律属性和权威性是不容置疑的，尽管其适用范围和法律效力很有限。

措施移除相关内容.....

第六条 互联网信息服务提供者收到著作权人的通知后,应当记录提供的信息内容及其发布的时间、互联网地址或者域名。互联网接入服务提供者应当记录互联网内容提供者的接入时间、用户帐号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息。.....

第七条 互联网信息服务提供者根据著作权人的通知移除相关内容的,互联网内容提供者可以向互联网信息服务提供者和著作权人一并发出说明被移除内容不侵犯著作权的反通知。反通知发出后,互联网信息服务提供者即可恢复被移除的内容,且对该恢复行为不承担行政法律责任。

第十二条 没有证据表明互联网信息服务提供者明知侵权事实存在的,或者互联网信息服务提供者接到著作权人通知后,采取措施移除相关内容的,不承担行政法律责任。

由此可见,我国政府在借鉴《数字千年版权法》的基础上,首先以部门规章的形式对“通知—撤销”程序和抗辩通知程序以及侵权通知和抗辩通知的具体内容⁴⁰做出了明确的规定,“安全港”法律制度由此正式诞生。虽然上述条款与美国“安全港”立法比起来还相当简略,但已经具备了其核心框架。这一《办法》并没有区分不同类型的网络服务提供者,但——至少对于解决搜索引擎的版权问题来说——这未必不是一件好事。“宜粗不宜细”的立法指导思想,在技术迅速变迁的互联网领域,似乎仍然有其合理性。尽管如此,《办法》所设立的“安全港”制度也存在着明显缺陷:由于立法主体自身所受的限制,《办法》仅免除了当事人的行政法律责任,极大地限制了其适用范围——使它只能成为行政诉讼的法律规范。这样一来,其效力也随之大打折扣了,因为对于法官来说,它只有“参照”的价值。⁴¹对于互联网领域中的版权保护来说,这显然是远远不够的。《办法》在司法实践中几乎没有发挥出多少作用。

国务院2006年5月10日通过、7月1日生效的《信息网络传播权保护条例》是我国第一部关于《著作权法》上的信息网络传播权保护的专门立法。该法对互联网领域的版权保护做出了迄今为止最为详尽的规定,其中自然包括重要的“安全港”制度:

第十四条 对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者,权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品,侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的,可以向该网络服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。通知书应当包含下列内容:

(一) 权利人的姓名(名称)、联系方式和地址;

(二) 要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址;

40 《互联网著作权行政保护办法》第八条:“著作权人的通知应当包含以下内容:(一)涉嫌侵权内容所侵犯的著作权权属证明;(二)明确的身份证明、住址、联系方式;(三)涉嫌侵权内容在信息网络上的位置;(四)侵犯著作权的相关证据;(五)通知内容的真实性声明。”第九条:“互联网内容提供者的反通知应当包含以下内容:(一)明确的身份证明、住址、联系方式;(二)被移除内容的合法性证明;(三)被移除内容在互联网上的位置;(四)反通知内容的真实性声明。”

41 参见《行政诉讼法》第53条。

(三) 构成侵权的初步证明材料。

权利人应当对通知书的真实性负责。

第十五条 网络服务提供者接到权利人的通知书后,应当立即删除涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品,或者断开与涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品的链接,并同时将通知书转送提供作品、表演、录音录像制品的服务对象;服务对象网络地址不明、无法转送的,应当将通知书的内容同时在信息网络上公告。

第十六条 服务对象接到网络服务提供者转送的通知书后,认为其提供的作品、表演、录音录像制品未侵犯他人权利的,可以向网络服务提供者提交书面说明,要求恢复被删除的作品、表演、录音录像制品,或者恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接。书面说明应当包含下列内容:

- (一) 服务对象的姓名(名称)、联系方式和地址;
- (二) 要求恢复的作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址;
- (三) 不构成侵权的初步证明材料。

服务对象应当对书面说明的真实性负责。

第十七条 网络服务提供者接到服务对象的书面说明后,应当立即恢复被删除的作品、表演、录音录像制品,或者可以恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接,同时将服务对象的书面说明转送权利人。权利人不得再通知网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。

第二十三条 网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。

显然,与《互联网著作权行政保护办法》相比,这里的规定更加详尽完备,但就“安全港”制度设计本身而言,谈不上有什么实质性的改进。然而由于这一立法是国务院颁布的行政法规,级别和实际效力都明显高于先前作为部门规章的《互联网著作权行政保护办法》,因此在网络版权纠纷解决及相关司法实践领域具有极为重要的现实意义,因而是不应低估的一大制度进展。与此相关,值得附带一提的是,这一《条例》还在另外一个方面比先前的网络版权法律移植更进一步:它将《数字千年版权法》中“安全港”之外的另一项重要内容——禁止采用技术手段规避或破解版权保护措施的规定——做了明确的规定。⁴²

中国的知识产权制度是改革开放以来最早与西方“接上轨”的法律部门之一,其中的功劳应该归于被动与主动所为的法律移植。而这一通过法律移植实现的制度变迁过程在互联网版权法领域表现得尤为典型。中国不仅是一个经济上的发展中国家,也是一个政治上的发展中国家,我们的互联网产业和技术、版权立法与司法保护水平与发达国家仍有明显差距。面

⁴² 《信息网络传播权保护条例》第4条:“为了保护信息网络传播权,权利人可以采取技术措施。任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施,不得故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件,不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。但是,法律、行政法规规定可以避开的除外。”虽然《著作权法》(2001年)第47条第(六)项规定对“未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可,故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施”的行为做了禁止性规定,但考虑到该法同时规定“信息网络传播权的保护办法由国务院另行规定”,上述第47条对于网络版权法的意义就大打折扣了。

对这样的社会现实,相关的法律移植的必然是一个极为复杂的过程——它涉及到的不仅仅是法律技术问题,更有政治上的价值取向和经济上的利益争夺蕴含其中。当然,我们也不应该由此走向极端,以过分政治化或经济化的态度来理解法律。中国的立法与司法水平至少在目前是不能高估的,尽管其中的原因很复杂,而且超出了本文主题,无法在此展开讨论。

五、文字与图片搜索的版权问题

文字与图片搜索是最早出现的也是最常用的搜索服务。对此,人们首先要问是个是非的问题:互联网搜索引擎的服务侵犯被索引网站及其作品的版权了吗?这个问题有点复杂,笼统地说,搜索引擎服务商至少在某些时候是侵犯版权的。具体可以从以下几个方面来讨论:

首先,搜索结果页面对于享有版权的作品的引用。搜索引擎的工作是“索引”,用户在输入搜索关键词(也可能是短语、句子及它们相互之间的组合,为了表述方便,这里笼统以“关键词”指代)并点击搜索按钮之后,几乎所有的搜索引擎在返回的搜索结果页面中都要引用关键词所在网页的少量语句,即关键词的上下文。这一功能是相当重要的,因为否则的话,用户可能就不得不依次打开搜索得到的每一个链接,然后才能确定它是否对自己有用。一般来说,上述搜索结果页面中的少量语句引用可能属于版权法上的“合理使用”,因此并不构成侵权。但随着Google AdWord、百度“竞价排名”、雅虎“搜索竞价”等搜索引擎关键字广告服务的全面推出,⁴³网络搜索服务如今已经带有浓重的商业色彩。而不论是我国的《著作权法》还是《信息网络传播保护条例》规定的“合理使用”都排除了以营利为目的的商业使用。因此,就搜索结果页的文本引用的属性来说,至少在理论上可能存在着法律瑕疵。与此相关,还有另外一个值得探讨的问题:在被引用的作品十分简短的情况下(例如泰戈尔《飞鸟集》中的短诗或者顾城的名诗《一代人》),搜索结果页面就会不可避免地引用该作品的全文,这时候恐怕就更难以“合理使用”作为对抗版权人的抗辩理由了。当然,从立法和社会政策的角度来说,我们也不能因噎废食,因为,一旦离开了“引用”,搜索引擎将无法生存。而互联网发展到了今天,如前所述,搜索引擎已经成为网上冲浪必不可少的“发动机”了。因此,搜索引擎的引用所隐含的版权问题确实是一个极具现实意义、有待研究并给予恰当的法律界定的问题。与此相联系的是,用户使用某些关键词的搜索返回的结果可能触发商标使用权的争议,事实上,在版权和商标权之间,有一个狭窄的连接和过渡区域,而这正是搜索引擎必经的法律地带。⁴⁴

⁴³ 广告主依据自己的产品或者服务向搜索引擎公司购买“关键字”,并支付广告费;然后,当普通用户搜索涉及该关键词时,广告主的广告就会展示出来。这些广告展示的此书与位置随着广告主出价的不同而有差异:出价越高,展示次数越多,排列位次约靠前,因此也越容易被访问者注意到。搜索引擎“关键字”广告有两个展示位置:一是搜索结果页面右侧的“赞助商链接”(Google)或“推广链接”(雅虎)栏(百度的该广告栏没有标题);二是搜索结果页面左侧居于非广告搜索结果之上的广告商链接。不论是哪一个位置,广告包括其网站链接和少量文字说明,形式与一般的即非付费的搜索结果极为类似。可以推测,左侧与搜索结果并列的广告的价格会更高,因为对普通用户来说,它更易与搜索结果混淆,尤其是百度的左侧广告,仅在广告末行网址末尾以不起眼的“推广”取代“百度快照”,只有非常细心的用户才会注意到这一差别。Google和雅虎的左侧广告使用了与正常搜索结果不同的底色,相对来说较易于为用户所辨识。根据笔者的测试,Google、百度、雅虎三个搜索引擎右侧广告最多可达8条,Google的左侧广告较少出现,即使出现,也很少超过2条,雅虎左侧广告多可达4条,百度左侧广告多可达8条。测试日期:2008年3月30日。

⁴⁴ 互联网搜索引擎所涉及的商标使用权问题超出了本文的主题,这里不能展开讨论。但这一问题启示我们,有必要对搜索引擎的本性加以探究,在此基础上,或许能超越现有的知识产权部门的划分,从技术角度对法律问题做出新的阐释和理解。

事实上，搜索引擎服务商大概已经注意到了搜索结果页引用文本所潜在的版权问题。笔者有这样一个简单的观察和统计：2006年时，Google中文搜索结果页引用文本的长度大约是116—118个汉语字符⁴⁵，而两年以后，其引用文本的长度变为大约78个汉语字符⁴⁶，引文篇幅缩短了三分之一，变化不可小觑。尽管据笔者所知尚未出现与搜索返回结果引文直接相关的版权诉讼，但像Google这样大幅度缩减引文数量是没有什么显而易见的理由的，这样做，只能在一定程度上损害用户的搜索体验。而且特别值得注意的是，Google中文搜索服务的直接而且是有力的竞争对手⁴⁷——百度仍旧保持着与Google两年前数量相当的引文篇幅。为什么在搜索服务的这一维度上Google会不顾对手的现状而单方面“撤退”？我们可以揣测，很可能是中外不同的版权和网络法律环境使然。

关于文字搜索的版权问题，有一个特别值得考察的案件，就是刘京胜诉搜狐爱特信信息技术（北京）有限公司侵犯著作权纠纷案（2000年）。该案案由与争议是：原告“刘京胜诉称：被告搜狐爱特信公司开办的搜狐网站在未经许可的情况下，擅自将其1995年出版的译著《唐吉珂德》以三种版式在网上登出，供人阅读下载。该行为侵害了其享有的著作权，故向法院起诉，要求被告（1）立即停止刊登上述作品；（2）在搜狐网站的显要位置和《北京晚报》上公开致歉；（3）赔偿经济损失10万元。搜狐爱特信公司辩称：该公司从未将原告的作品在网上登载，网上确有原告作品的三个版式，经过不同的访问路径发现，在www.shuku.net、www.cj888.com、www.chenqinmyrice.com等网站都登载该作品，搜狐网站只是与这些网站有链接关系。法律并未规定链接是一种侵权行为，因此，原告的指控没有事实依据和法律依据，应依法驳回其请求。”⁴⁸

这是一个典型的因网络链接而产生的版权纠纷案件。北京市第二中级人民法院在该案《判决书》中认为：“链接是在互联网上实现快捷的传递和获取各种信息的一种技术手段，是互联网的重要功能。网站的经营者利用这个技术，将网站甚至是各网站的信息内容连接在一起，以实现信息资源共享的目的，极大的方便了上网用户。……被告提供的只是分类搜索引擎链接服务。被告网站仅是利用这种链接技术，将用户引导到提供信息内容服务的网站。……由于在互联网上网站之间具有互联性、开放性，网上的各类信息内容庞杂，数量巨大，要求网络服务商对所链接的全部信息和信息内容是否存在权利上的瑕疵先行作出判断和筛选是不客观的，网上的信息内容有权利上的瑕疵时，主要应由信息提供者或传播者承担法律责任，仅提供网络技术或设施的服务商，一般不应承担赔偿责任。因此，本案被告设置链接的行为不侵害原告人的著作权。”但是，“被告在得知原告的权利被侵害后，仍未积极的采取措施，致使侵权状态得以延续，这种结果对权利人是公平的，有悖于民事主体的合法权益不受侵害的法律原则，被告应对其过错承担相应的法律责任。”因为“当得知侵权行为发生或可能发生时，任何与该侵权行为或结果发生关系的人，都有义务必须采取积极的措施，防止侵权行为结果扩大。……在原告人提出其链接的网页上有未经权利人许可上载的作品的指控时，被告有责任及时地采取技术措施，停止链接，抑止侵权。”⁴⁹

45 测试日期：2006年3月10日。

46 测试日期：2008年3月29日。同日测试，百度搜索引擎（Baidu.com）的搜索结果页文本引用长度大约是114个汉语字符。2009年11月20日，再次对这两个最大的中文搜索引擎测试，所得数据与前次测试基本相同。

47 在中文搜索服务市场上，百度公司占据并至今一直保持着第一位的市场份额。作为全球头号搜索引擎的Google长期以来在中文搜索领域只能屈居第二。

48 刘京胜诉搜狐爱特信信息技术（北京）有限公司侵犯著作权纠纷案，〈北京市第二中级人民法院民事判决书〉（2000）二中知初字第128号。法官：王范武（审判长）、邵明艳、何暄。

49 引自前注判决书。该案一审判决后，原被告均未上诉，判决生效。

本案大概是我国第一宗网络链接版权责任案件，⁵⁰ 该案判决是在 2000 年 12 月 19 日做出的，彼时尚没有最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）⁵¹，更不用说《网络著作权行政保护办法》（2005 年 5 月 30 日）和《信息网络传播权保护条例》（2006 年 7 月 1 日）了。而且，当时的《著作权法》（1990 年）尚未规定“信息网络传播权”。就在这种法律很“不健全”的情况下，法官在《判决书》中声称其判决依据是——这时候的找法作业显然是不易完成的——《著作权法》第 45 条第（八）项“兜底”条款⁵²和《民法通则》第 106 条第 2 款关于过错责任的一般性规定⁵³。我们看到，实际上可以说这一判决没有什么明确的法律依据，法官是在自行创造法律——在判决中为本案当事人“立法”。在这个意义上，即使在像中国这样的大陆法系国家，法官“立法”也不是一种偶然发生的例外情况，而是司法审判活动的常态。

这一案件的判决确立了两点原则：（1）网络链接行为本身一般来说不构成侵权。这一原则看似简单，但却极为重要。在互联网的内容层⁵⁴上，链接无所不在：如果没有了链接，互联网又如何“互联”？超文本传输协议（HTTP）本身就是链接，在这个意义上，可以说链接是互联网的本质属性。链接——包括本案所涉及的站际深度链接——是互联网存在的常态，也是互联网信息得以迅速增长的条件。包括搜索引擎在内的所有网络服务提供者都难以事前审查（互联网发展到今天，事前审查已经成为不可能）他所管辖的所有链接指向目标内容的合法性，因为其成本显然是高不可攀的。正是由于这一原因，很多国家才出台了“安全港”立法。不管学者出于怎样的理由对“安全港”制度提出何种批评，从根本上看，该制度的必要性是不能动摇的。否则，互联网的面貌将发生难以想象的改观——甚至是一场灾难。此外，链接本身是一个指针、路标，一种技术性的言论（*expression*）、陈述（*statement*），抽象来讲，它还应受到言论自由权的保护。⁵⁵ 综上所述，就法律的一般原则来说，必须豁免链接

50 此前虽有中国唱片广州公司诉迈威宝网络系统（北京）有限公司网络侵权案，但该案于 2000 年 3 月 17 日以调解结案，没有留下什么值得研讨的司法意见。参见《北京市第二中级人民法院民事调解书》（1999）二中民初字第 126 号。

51 该司法解释第 5 条规定：“提供内容服务的网络服务提供者，明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经著作权人提出确有证据的警告，但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的，人民法院应当根据民法通则第一百三十条的规定，追究其与该网络用户的共同侵权责任。”这是我国借鉴《数字千年版权法》安全港条款确立“通知—撤销”制度的最早“立法”。但请注意，该《解释》是在本案判决次日即 20 日公布、21 日生效的。

52 《著作权法》第 45 条第（八）项：“其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。”

53 《民法通则》第 106 条第 2 款：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的应当承担民事责任。”

54 尤柴·本科勒教授把包括互联网在内的任意一个信息环境（*information environment*）划分为物理设施层（*physical infrastructure layer*）、逻辑结构层（*logical infrastructure layer*）和内容层（*content layer*）三个组成部分。参见 Yochai Benkler, “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation,” 52 *Federal Communications Law Journal* 561, 562–563 (2000). 劳伦斯·莱西格教授把这一结构概括为物理层、代码层、内容层。参见 Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, 2001, pp. 23–25.

55 法院认为，该案“被告提供链接服务并不是将原告作品直接上载的复制的行为，也不是传播。”见前注 48 引该案《判决书》。虽然此案审理的时候中国尚没有任何“安全港”立法，但那时的《著作权法》也没有信息网络传播权的规定，因此本案法官所谓“不是传播”不太可能是一种为保护网络服务提供者而做的策略性修辞表达，更可能是一种认识错误。链接不是对作品的复制，这毫无疑问，但认为链接“不是传播”恐怕就不恰当了。笔者认为，链接是传播方式或者手段的一种，因此应该把链接行为归属到“传播”的范畴之中。否则的话，链接行为还存在违法可能性么？“安全港”制度又有什么必要性设立呢？国务院 2006 年颁布的《信息网络传播权保护条例》第 26 条规定：“信息网络传播权，是指以有线或者无线方式向公众提供作品、表演或者录音录像制品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品、表演或者录音录像制品的权利。”从这一法律明文给出的定义中也可看出，链接行为属于“传播”的范畴。

的侵权责任。⁵⁶而这正是本案司法意见首先阐明的立场。(2)“出链者”(网络服务提供者)在得知链接侵害他人权利之后,应当采取措施,阻断侵权状态的延续,否则应当承担过错责任。如本案被告的抗辩理由所述,当时的法律并未就链接的侵权责任问题做出明确规定,因此不能直接判定链接行为的违法性。在“无法可依”的情况下,法官追究了被告的“主观过错”,进而诉诸过错侵权责任的一般原理和“民事主体的合法权利不受侵害的法律原则”,判定被告承担侵权责任。这一逻辑推理结构虽然表面上看与“安全港”制度稍有不同,但其内在理路却并无二致。“曲线救国”有时候可能是不得已而为之,因为中国法官毕竟处在大陆法系的司法裁判语境之中,必须甘当成文法的奴仆,尽管服从常常只是在表面上。考虑到前述立法与司法的时间因素,我们不得不佩服法官的眼光和判断。可以说,这一案件的判决为后续一系列链接责任纠纷的处理开了一个好头,而且由于它是由北京这样一座中国信息产业最发达的城市的一个中级人民法院做出的,对网络知识产权案件的审判就有格外重要的示范意义。

以上讨论的是文本搜索的情况。图片搜索的原理与文本搜索类似:搜索引擎将用户提供的搜索关键词与其索引网页数据库中包含的图片的文字说明或者图片上下文相匹配,并根据其复杂的算法,形成一个结果的序列,返回给用户。对于图片搜索来说,与文本搜索类似的版权问题同样存在:图片搜索的返回结果不可避免地要引用图片本身,尽管搜索引擎在图片搜索结果页面所引用的仅是原图片的缩略图(thumbnail image)——尺寸比原图小,分辨率比原图低,但这同样很难直接纳入到“合理使用”的范畴。首先,虽然是一个清晰度较低的缩略图,但搜索引擎服务商毕竟在自己的网站上大量再现了他人拥有版权的美术和摄影作品,而且这种使用并不符合版权法所谓“合理使用”的条件。⁵⁷在点击缩略图展现的新窗口中,Google和微软的“必应”(Bing.com)搜索用网页框架(frame)技术将目标图片所在网页的全部内容原封不动地框入自己的网站,从而涉嫌对更多的版权内容和元素构成侵权。⁵⁸不过也不能一概而论。现如今,雅虎和百度图片搜索服务已经不或者不再使用框架引用第三方网页内容,⁵⁹说明图片搜索引擎的运行机制发生了分化,其背后的主要原因,显然也是版权。因为,以框架援引第三方网页的做法可以零成本提高用户的搜索服务体验,但Google之外的几大搜索引擎放弃了这一做法,仅以一个URL文本地址取而代之,除了版权的原因之外,难有什么好的理由。

图片搜索服务中的缩略图所隐含的版权法律问题并不只是学理上的思辨与推演,现实的法律纠纷与诉讼已经上演:2008年4月,摄影师闻晓阳状告北京阿里巴巴信息技术有限公司,⁶⁰称该公司经营的雅虎网站上“通过深层链接的方式复制并传播了”其拍摄的享有版权的一张明星许晴的照片,既未署名,也未支付报酬,侵犯了其对涉案照片享有的署名权、复制权和信息网络传播权,要求阿里巴巴公司停止通过网络传播涉案摄影作品并公开赔礼道歉,赔偿经济损失等。被告阿里巴巴公司根据“安全港”制度为自己辩护,并且获得了两审法院的一致支持,最终胜诉;但被告辩称其

⁵⁶ 这一原则为此后2005年颁行的《互联网著作权行政保护办法》所确认,该法第12条规定:“没有证据表明互联网信息服务提供者明知侵权事实存在的……不承担行政法律责任。”

⁵⁷ 百度、雅虎的图片搜索结果页面同样存在着商业广告。

⁵⁸ 这一点与下文谈及的“网页快照”问题具有关联和相似性,具体的分析将在那里展开。

⁵⁹ 最后测试日期:2009年11月18日。

⁶⁰ “闻晓阳诉北京阿里巴巴信息技术有限公司侵犯著作权纠纷案”,《北京市朝阳区人民法院民事判决书》,(2008)朝民初字第13556号,2008年10月15日。法官:谢甄珂(审判长)。以下本案讨论的直接引语出自该判决书。

并未对涉案图片进行复制、存储，也未对涉案图片进行编辑和改变图片的权利管理电子信息。我公司提供的网络服务是搜索引擎服务，即利用蜘蛛程序从互联网上自动搜索到含有图片信息的网页，并从中提取出图片文件的统一资源定位符，并自动生成一个缩略图，收录到图片索引数据库中，当用户输入搜索指令后，系统自动检索数据库中与指令相匹配的缩略图和原图片的统一资源定位符，并将缩略图显示于结果页面中，在详情页面中引用原图片的统一资源定位符。涉案图片并不存放在我公司服务器中，而是存放在第三方网站上，网络用户只能从第三方网站上下载该图片。上述缩略图是由程序自动生成的，并临时存储在我公司的服务器上，目的仅仅是为了显示搜索结果，并非复制，也不能传播。

这一辩解存在自相矛盾和不实之词。至为显然，不经过“对涉案图片进行复制”就不可能“生成一个缩略图”，而且随后被告就承认缩略图存储于其服务器；换句话说，缩略图的生成过程是自动完成的这一事实并不能否定“对涉案图片进行复制、存储”的事实。而后一事实，依照现行的版权法来衡量，显然存在法律瑕疵。但被告的下述辩解——虽然乍看起来没有法律含义——是十分有力因而不能忽略的：“这种以缩略图的方式显示搜索结果也是图片搜索行业的通用方式，如无缩略图的显示，就完全失去了图片搜索的意义。”一审法院对此做了进一步的阐发：

阿里巴巴公司本质上提供的是搜索引擎的搜索服务，而不是闻晓阳诉称的通过深层链接方式的复制涉案照片。……阿里巴巴公司网站上产生缩略图的目的不在于复制、编辑照片，而在于向网络用户提供搜索。涉案反映的缩略图的方式符合图片搜索目的，也最方便网络用户选择搜索结果。故图片搜索所形成的涉案缩略图仅仅是搜索结果的一种表现方式，并未改变其是搜索引擎搜索技术的本质。

这里隐隐显出了法律与无法撼动的社会现实之间的张力：法院其实相当于委婉认定了缩略图在被告方服务器上的形成和存储是一种复制行为，但更主要的是要强调这种复制行为并非出于不法目的，而是图片搜索服务必不可少的一个步骤。这一张力泄露了法院说理与法律规定之间的不合拍，因为严格说来，法院所强调的被告方缩略图符合搜索目的和搜索属性的事实本身并不能为复制行为争取到合法性。鉴于被告成功躲入了“安全港”，原告在上诉中部分地转变了战略，有意根据《信息网络传播权保护条例》第23条但书的规定，强调被告行为在主观上的过失，企图绕开“安全港”，但未获二审法院的支持。⁶¹

在某些情况下，搜索引擎所制作的缩略图构成了与原作具有竞争关系的替代品。搜索引擎所涉及的此类版权问题已经点燃了法律的确烟。

看一个著名的案例：Perfect10 公司是美国的一家成人杂志出版商，同时运营着一家成人图片网站Perfect10.Com。该网站实行会员制，只有付费的会员才能够访问该网站的由 Perfect10 享有版权的成人图片。但是，其中一些图片在未经 Perfect10 许可的情况下，被复制并展示于第三方网站，而这些第三方网站上的图片又被图片 Google 等图片搜索引擎索引并复制形成缩略图，点击缩略图链接，即进入了 Google 用网页框架展示的包含有该图片的第三方网站的网页。2004 年 11 月和 2005 年 7 月， Perfect10 公司分别将 Google 和亚马逊（它拥有 A9.com 搜索引擎）两家公司告上法庭，称它们的互联网搜索服务非法使用了该网站享有版

⁶¹ “闻晓阳诉北京阿里巴巴信息技术有限公司侵犯著作权纠纷案”，《北京市第二中级人民法院民事判决书》，(2009)二中民终字第 00010 号，2009 年 2 月 20 日。法官：冯刚（审判长）、葛红、张剑。

权的图片。⁶² Perfect 10 的提出的指控包括两个方面：首先，Google 图片搜索服务对 Perfect 10 的版权构成直接侵权，因为（1）Google 展示并且传播了第三方网站上的完全尺寸的图片，（2）Google 生成、展示并传播了 Perfect 10 享有版权的完全尺寸图片的缩略图。其次，Google 图片搜索服务构成基于下述直接侵权行为的代位（vicarious）和帮助（contributory）侵权：（1）第三方网站未经授权复制、展示、传播 Perfect 10 享有版权图片及用以进入会员专区的用户名、密码组合，（2）Google 的用户从第三方侵权网站上下载、复制上述图片。2006 年 2 月，美国洛杉矶联邦地区法院 A. Howard Matz 法官做出判决，否定了 Google 的合理使用抗辩，判定 Google 图片搜索的缩略图直接侵犯了 Perfect 10 的版权，但同时否定了原告提出的代位和帮助侵权的主张。⁶³ 一审判决之后，双方都提出了上诉。2007 年 5 月 16 日，美国联邦第九巡回区上诉法院做出判决⁶⁴，部分地推翻了（同时部分地确认了）一审判决，强调了合理使用的重要意义，并否决了 Perfect 10 的下述主张：版权所有人对搜索引擎和其他网络服务商使用其图片和链接享有完全的控制权。二审之后，该案被发回地区法院重审，以确定 Google 是否构成帮助侵权。这一案件迄今未有最终结果，但可以预见，它必将对图片搜索引擎服务的模式甚至在某些维度上对互联网的发展产生重要影响。

六、音乐文件搜索的版权问题

文字与图片搜索尽管隐含着不少潜在的版权法律问题，而且在国外也发生了一些纠纷和诉讼，但在中国的互联网语境之中，这一领域的法律问题迄今为止并不突出。相比之下，搜索引擎在中国市场上所面对的频起的诉讼硝烟，主要来自音乐与影视文件的搜索。影音搜索可以说是一项深具“中国特色”的搜索业务，百度、雅虎等土生土长或者本地化程度较高的搜索引擎一直都有音乐搜索的业务，而且由于竞争者较少，一直占据着音乐搜索市场的很大份额，并因此获得了可观的经济收益。⁶⁵ 搜索业巨头 Google 迟至 2008 年 8 月才在中国市场 google.cn 域名之下推出其音乐搜索服务，⁶⁶ 但只是与巨鲸音乐网（www.Top100.cn）合作，使用该网站享有版权的音乐作品，数量相当有限，因此仍然不能与百度、雅虎等老牌音乐搜

62 参见 Elinor Mills, “Adult site sues Amazon over sexy images,” http://news.com.com/2100-1030_3-5772128.html; Dawn Kawamoto, “Adult-site publisher takes action against Google,” http://news.com.com/2100-1030_3-5843006.html. 最后访问日期：2006 年 3 月 20 日。以 Google 和 Amazon 作为分别作为被告的两案后来被合并审理。见 Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

63 参见 Declan McCullagh, “Nude-photo site wins injunction against Google,” *CNET News*, February 21, 2006, http://news.com.com/2100-1030_3-6041724.html. 最后访问日期：2006 年 3 月 20 日。

64 Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir 2007). 该判决曾于 2007 年 12 月 3 日修订。

65 MP3 搜索业务一度占到百度总流量的 30% 左右。参见〈音乐界借挺谷歌 MP3 搜索制衡百度〉，该报道称 MP3 搜索业务占百度总流量的 1/3，载“新浪科技”（2008 年 8 月 6 日）：<http://tech.sina.com.cn/i/2008-08-06/02122373888.shtml>。另参见朱雨晨：〈在线音乐搜索惹得百度官司缠身 菜刀论出台〉，该报道称 MP3 搜索业务占百度总流量的 28%， “新浪科技”转载《法治早报》报道（2008 年 7 月 6 日）：<http://tech.sina.com.cn/i/2005-09-27/0930729864.shtml>。最后访问日期：2008 年 7 月 10 日。

66 <http://www.google.cn/music>。虽然此前 Google 英文网站就有音乐搜索的入口：<http://www.google.com/musicsearch?q=>，但这是音乐信息的搜索，而不是音乐文件的搜索：它的搜索返回结果包括专辑名称、曲目、出版时间、作者、时长等，此外还有提供歌词的第三方网站链接（注意 Google 只给出歌词开头的一两句，并不提供歌词全文，这显然是出于版权原因）和购买电子音乐文件的 iTunes Music Store 等第三方网站链接。最后访问日期：2008 年 8 月 1 日。

索引引擎同日而语。到目前为止,主要中文门户网站都推出了音乐与影视文件搜索服务,⁶⁷这与版权发达国家的影音搜索服务不发达的状况形成了鲜明的对照,其中的原因是显而易见的。我国目前的知识产权保护水平与欧美国家相比仍然较低,这给影音搜索业务提供了生存空间。但是另一方面,由于互联网是一个全球化程度很高的公共领域,相互冲突着的资本利益即使在中国这块知识产权保护屡遭诟病的土地上也都不可能和平共处。版权是音乐、影视等文化娱乐产业赖以生存和盈利的图腾,在中国这样一个知识产权保护“后进”国家,出于种种原因,他们不得不有所退让(表现在图文搜索领域的相对“太平”),但却不能不“求其次”,在高经济附加值的音乐影视作品领域抵制由搜索引擎推波助澜的侵权浪潮。因此中国的互联网搜索引擎所遭遇的官司与其外国同行颇有不同:后者在文字(商标)、图片等搜索业务所遭遇的纠纷与诉讼在中国几乎从来没有发生过,可以说,在这些领域中搜索引擎服务所潜在的版权问题在中国还仅仅是潜在的问题,⁶⁸但是,在具有中国特色的影音搜索领域,2004年以来,搜索引擎服务商频遭版权人起诉,官司此起彼伏,成为互联网法律问题的热点之一。

就本文所讨论的版权问题而言,搜索引擎的服务可能构成帮助或者共同侵权,这一潜在的版权责任在网络法上属于链接责任的范畴。换句话说,搜索引擎的版权责任只是链接责任的一种。因此,在正式进入搜索引擎版权案件的讨论之前,有必要对此前发生的几个重要的网络链接责任案件⁶⁹稍加回顾,就此理清我国对涉及版权问题的链接责任的立法与司法的脉络与变迁。

就音乐搜索来说,必须加以考察的是有“中国的Napster判决”⁷⁰之称的Chinamp3.com案(2004年)。该案基本案由是:被告北京世纪悦博科技有限公司被两家香港唱片公司——正东唱片有限公司和新力唱片有限公司——指控在其经营的“音乐极限”网站(chinamp3.com)上提供了由正东唱片公司享有版权的35首歌曲和由新力唱片公司享有版权的11首歌曲的“下载服务”⁷¹,侵害了原告的版权(录音制品制作者权)权益。原告由此提出要求被告停

67 例如:新浪公司爱问音乐搜索(<http://m.iask.com>)、搜狐公司搜狗音乐搜索(<http://mp3.sogou.com>)、腾讯公司搜搜音乐搜索(<http://music.soso.com>)、迅雷公司狗狗音乐搜索(<http://mp3.gougou.com>)、TOM集团公司的音乐搜索(<http://mp3.tom.com>)、网易公司的有道音乐搜索(<http://mp3.youdao.com>) (网易的音乐频道也提供搜索服务:<http://mp3.163.com>)。此外还有奇虎音乐搜索(<http://mp3.qihoo.com>)、SoGua音乐搜索(<http://www.sogua.com>)等。最后访问日期:2009年11月10日。

68 但是,随着中国的知识产权保护水平的逐步提高——这即是不可避免的也是不可逆转的——潜在的问题必将逐步浮出水面。图文搜索是一个广阔的领域,美国知识产权法学者针对Google Book Project版权问题所做的大量研究彰显了这一领域的重要性。

69 有必要加以说明的是,本文所论搜狐网站以及北京世纪悦博科技有限公司“音乐极限”网站(chinamp3.com)被诉侵犯版权承担链接责任的案件,根据各案判决书所述法院查明的事实,实际上都属于广义的搜索引擎版权责任案件,因为在这些案件中作为被告的网站都属于本文第一部分所述目录式“搜索引擎”。

70 参见刘晓春:《中国的Napster判决》,载《互联网法律通讯》2005年第8期。

71 一审《判决书》援引二原告诉讼主张。参见“正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案”,《北京市第一中级人民法院民事判决书》(2004)一中民初字第400号;“新力唱片(香港)有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案”,《北京市第一中级人民法院民事判决书》(2004)一中民初字第428号。以下关于案件一审的讨论,凡直接引语,均出自这两份判决书。

止侵权、公开道歉、经济赔偿等诉讼请求。⁷² 此案发生的时候, 最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》已经发布并经过第一次修订, 以通知—撤销制度为核心的“安全港”已经建成。在此背景之下, 原告在诉讼中将被告的链接行为定性为“下载服务”, 以求绕过“安全港”, 实现其诉讼目的。针对原告的指控, 被告在答辩中首先断然否认链接是“下载服务”: “在‘下载’链接页中, 被告声明了‘下载’只是链接, 不提供本地下载, 通过点击‘下载’, 用户将被链接到其它网站, 并与其它网站产生数据交换。互联网上的链接实质是起到通道作用。对于设置、使用这种链接, 并不会导致被链接内容在世纪悦博公司的服务器中产生复制品, 也就不存在未经著作权人许可复制或传播涉案歌曲的行为。”其次, 被告指出: “我国目前的法律并没有对链接设置者的注意义务进行明确规定, 没有要求链接设置者审查被链接内容来源的合法性以及用户使用链接目的合法性, 而且本案中, 正东唱片公司并没有提供证据, 证明被链接网站提供涉案歌曲下载服务是侵犯著作权的行为。因此, 世纪悦博设置涉案歌曲的‘下载’链接不违反法律规定。”再次, 被告“在收到起诉书后已经断开了与涉案歌曲的全部链接”, 根据最高法院《解释》第五条的规定, 可获得“安全港”保护, 不应承担侵权责任。

两相对照, 可以看出, 原告的指控与被告的答辩相比明显乏力。但一审此案的北京市第一中级人民法院置原告的有力答辩主张于不顾, 判定“被告未经原告许可, 为其商业目的, 对原告享有录音制作者权的音乐作品通过互联网的方式, 向公众传播的行为, 主观上具有过错, 客观上给原告的权利造成了损害后果, 构成了对原告权利的侵犯, 应当承担停止侵权、赔偿损失等相应的民事责任。”法院的判决理由主要有两点, 但论证过程十分混乱:

其一, 被告与他人网站的链接方式: “从被告链接的方式可以确认如下事实: 第一, 在被告网站的页面上, 提供了下载服务; 第二, 被链接下载的网站也是被告事先选定并推荐给网络用户的; 第三, 下载的操作步骤是被告逐层递进引导的; 第四, 所下载作品是被告事先通过搜索选编、并整理的。由此可以认定, 被告的链接行为, 已经不是提供链路通道服务, 而是直接参与了相关信息的加工处理, 并对加工处理后的信息通过异站进行深层次的链接。”即, 法院认定被告的链接行为不是“提供链路通道服务”而是“进行深层次的链接”, 但我不知道这一区分除了措词上的差别之外在语义上有什么实质性的不同, 也不知道“通过异站进行深层次的链接”这一事实定性有什么法律含义。法院支持了原告关于被告链接行为属于“下载服务”的主张, 但这一立场明显是站不住脚的(因此被二审法院恰当地推翻), 因为如果可以像这样把“下载服务”泛化到链接——即使是站际深度链接——的程度, 那我真不知道互联网上还能找到几个没有提供“下载服务”的网站。而且, “下载服务”本身是一个有待在事实和法律双重维度上加以界定的概念。⁷³

其二, 被告行为的主观过错: “被告作为专业性的大型音乐网站, 理应对其选定网站歌曲下载服务的合法性负有注意义务, 然而本案中, 被告以其网站的名义, 在其网站页面上向公众传播其搜索、选定并编排整理的网站, 使用被链接网站的信息资源, 却疏于对被链接网站资源的合法性进行合理审查, 其主观上具有过错。”看来法院认为被告应负过失侵权的责

⁷² 正东唱片有限公司和新力唱片有限公司是对世纪悦博公司分别起诉的, 两个案件又都先后经过了北京市第一中级人民法院和北京市高级人民法院的两审才终结, 因此一共有四个判决。但两宗案件四个判决有诸多共同之处: 两案原告是由同样律师代理的, 被告的情况亦然; 两案一审合议庭均由刘勇(审判长)、张晓霞、仪军三位法官组成, 并在2004年4月23日同一日基于同样的理由做出判决; 两案二审则均由陈锦川(审判长)、魏湘玲、张冬梅三位法官组成, 并先后于2004年12月2日和12日分别做出判决, 但两案二审判决理由的表述有所不同, 下文将加以比较和讨论, 除此之外, 以下将主要以原告正东唱片公司的诉讼为例将两案四决合并讨论。

⁷³ 笔者初步认为, 可将“下载服务”限定于提供链接者能够或者应该能够控制该链接所指向的被下载文件的情形。

任。在笔者看来，这是相当武断的。尽管在此案之前最高人民法院的《解释》已经确立了“安全港”制度，对网络服务提供者基于故意或过失的共同侵权责任做出了较为明确的规定，但法院仍然认为“目前我国法律对网络链接行为是否构成著作权侵权尚无具体、明确的规定”(!)，而且也没有借鉴 2000 年“刘京胜诉搜狐爱特信信息技术(北京)有限公司侵犯著作权纠纷案”确立的通知—撤销规则。像刘京胜案一样，本案法官也在“立法”，但人们不易看出其创设规则及其依据到底是什么，因而是一种难以理解和接受的不良立法。

在这种情况下，一审判决后原告提出上诉就是毫不奇怪的了。正东唱片公司与新力唱片公司在其各自的二审判决中也均获胜诉，但北京高级人民法院给出的判决理由却一审法院有很大不同，有必要加以辨析和讨论。

在被上诉人为正东唱片公司的二审判决书⁷⁴中，法院首先否定了一审判决中对被告链接行为属于“下载服务”的认定：“世纪悦博公司不能完全控制被链接网站的资源，一旦被链接网站网址发生变化或者网站采取加密等限制访问措施，访问要求就会被拒绝。因此，世纪悦博公司在本案中所提供服务本质上依然属于链接通道服务，在其服务器上，世纪悦博公司没有复制、向公众传播被链接的录音制品。”⁷⁵我们看到，在这里，法院就是根据链接者对于被链接文件的控制权来界定“下载服务”的，如前文所述，笔者认为这是一种比较恰当的界定方式，否则的话——像本案一审法院的立场——可能造成“下载服务”的极大泛化，进而造成法律适用的疑难或者混乱。

虽然北京高院在此案中恰当地界定了“下载服务”，并因此将世纪悦博公司的链接行为定性为“链接通道服务”，但令人匪夷所思的是，十天之后，由同样的法官组成的合议庭，在对以新力唱片公司被上诉人的二审判决书中却又这样写道：“世纪悦博公司对第三人网站的具体内容进行了单个的甄别和接收；为网络用户搭建了一个内容完整、信息齐全、服务全面的音乐平台，向用户提供了为寻找和下载所需要服务的所有信息；用户在该网站上即可以直接获得所需要的歌曲；被链接网站上的音乐制品基本上处于世纪悦博公司的控制之下。”⁷⁶根据两审法院对案件事实的描述和认定，世纪悦博公司对正东唱片公司和新力唱片公司享有版权的音乐文件的链接方式并没有任何实质性不同，我们刚刚在前一判决书中读到“世纪悦博公司不能完全控制被链接网站的资源”，但紧接着在这里突然来了一个大逆转：“被链接网站上的音乐制品基本上处于世纪悦博公司的控制之下”。在我看来，这才真正堪称“不可预测的判决”。⁷⁷

尽管世纪悦博公司在二审中摘掉了提供“下载服务”的帽子，但仍被法院判定承担共同或帮助侵权责任。法院的理由是：“因为世纪悦博公司设置链接的行为，为侵权录音制品的传播提供了渠道和便利，使用户得以下载侵权的录音制品，从而使被链接网站的侵权行为得以实施、扩大和延伸，因此，世纪悦博公司客观上参与、帮助了被链接网站实施侵权行为，侵害了正东唱片有限公司对其录音制品享有的合法权益。”笔者认为，道理固然可以这样讲，但法院在如此推理的同时忽视了网络链接的一般功能——就是提供渠道和便利。如果这种链接要承担潜在的侵权责任的话，互联网上不计其数的网站都要陷入相当大的法律风险，因为如上所述，对于绝大多数网络服务提供者来说，——检视、核实链接目标文件的合法性在事

74 “正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷上诉案”，〈中华人民共和国北京市高级人民法院民事判决书〉(2004)高民终字第 713 号。

75 同上。

76 “新力唱片(香港)有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷上诉案”，〈北京市高级人民法院民事判决书〉(2004)高民终字第 714 号。

77 参见赵晓力：〈不可预测的判决〉，载《互联网法律通讯》，第 2 卷第 6 期，2005 年 10 月。正如赵晓力老师在该文中所说，他所讨论的“不可预测的判决”“或许可以从中国的二审终审制得到解释”，因此我们看到，“不可预测的判决”并不是真正不可预测的。

实上是一件不可能完成的工作。正是因此，在网络版权法领域才有了不可或缺的“安全港”制度。

在本案上诉理由中，上诉人世纪悦博公司除了重申一审答辩所述抗辩理由外，还明确提出：“《民法通则》、《著作权法》不能完全适用于网络知识产权纠纷案件的审理，本案应当优先适用最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条的规定”。⁷⁸ 这一诉讼主张遭到二审法院的否决，其理由是：“本条规定并非适用于提供各种服务的网络服务提供者。本条规定所依据的事实基础是：作为按照用户的选择传输或接受信息、本身不组织、筛选所传播信息的网络服务提供者，通常必须借助于技术手段才能对通过其系统或网络的信息加以监控，但技术手段本身有局限性；网上信息数量太大，内容又在不断变化、更新，要求监控能力有限的网络服务提供者逐条甄别信息的合法性根本不可能。这是本条规定只要求网络服务提供者依法处理已知内容而不要求他们对内容监控的理由。因此，该司法解释第五条的规定是针对难以负担起对所提供服务的信息的合法性尽注意义务的网络服务提供者而言的。但是，就本案世纪悦博公司所提供的服务……世纪悦博公司完全有能力对被链接信息的合法性进行逐条甄别，有能力注意到被链接信息的合法性。同时，世纪悦博公司作为专业性音乐网站，其提供服务亦具有明显的商业目的，理应负有更高的对所提供服务的合法性的注意义务。因此，世纪悦博公司不具备作为上述司法解释第五条规定所依据的事实基础，对其过错及其侵权责任的判断，不能适用上述司法解释第五条的规定。”在这里，北京高院“代替”最高法院阐释了“安全港”制度的立法理由，但就本案而言，却存在着重大的认识错位。

如前文关于“安全港”立法的分析所示，《解释》第五条针对的是三方当事人的情况：

(1) 网络服务提供者，(2) 网络服务提供者的“用户”，(3) 版权人（被侵权人）。其规则是：网络服务提供者在知晓（可能是“明知”，也有可能是在接到版权人通知之后得知）其用户通过它所提供的网络服务侵害他人版权，但却不采取措施“消除侵权后果”（实际应为中止侵权状态）的，应与其用户一起承担共同侵权责任。但在本案中，被告世纪悦博公司要么是(1) 网络服务提供者，要么是(2) 网络服务提供者的“用户”，而不可能同时是两者。必须存在第三方，可以与原、被告共同构成《解释》第五条所描述的三角主体结构，才可能适用该规定。我们不妨分别推演一下上述两种假设：如果世纪悦博公司是(1) 网络服务提供者——如上所述，这正是二审法院的立场——那么它被指控的链接所指向的侵权音乐文件的提供者必须是它的“用户”，但没有任何证据或迹象表明存在这样的关系，法院或者原告也根本没有提及要适用《解释》第五条所必须存在的“用户”。这是一个令人惊奇的忽略。事实上，假如存在这种“用户”关系的话，原告的指控将变得更加简单，被告的败诉也更加没有悬念，两造在诉前容易形成较为一致的预期，因此很可能就不会发生这场诉讼，或者至少不会有上诉。再看另一种可能：如果世纪悦博公司是(2) 某个网络服务提供者的“用户”，那么原告或者法院应该指出该网络服务提供者，将其列为共同被告。这种可能是现实存在的，令人遗憾的是，在本案诉讼过程中，并没有人探寻过它。综上所述，就《解释》第五条规定在本案的适用来说，二审法院的司法意见考察了第一种可能性，但在根本没有理会三角结构所必不可少的“用户”的情况下，通过释法的方式排除了被告对“网络服务提供者”身份的适用，即否决了上诉人关于法律适用的具体主张。如上面分析所说，这一结论是正确的，但达到该结论的路径却是不恰当的，甚至很可能是武断的。因为由本文第一部分关于“安全港”立法的论述可以看出，在绝大多数情况下，“网络服务提供者”的含义都不是像本案二审法

⁷⁸ 该《解释》2003年12月23日经由最高人民法院审判委员会修订，但第五条没有变化，参见前注38。

院北京高院界定的那么狭窄。⁷⁹对适用《解释》第五条所存在的第二种当事人三角结构可能，在原告的诉求理由和法院判的决理由中都只字未提，不论有意还是无意，这都是本案二审中又一个令人吃惊的忽略。

在判决理由的结尾部分，判决书有一段后来被广为引用的话：“在本案的情况下，本院看不到要求提供类似服务的网络服务提供者对所提供服务的信息尽注意义务会产生妨碍技术进步、损害第三人及社会公众的利益的结果。相反的，如果免除提供类似服务的网络服务提供者的注意义务，只能导致网络服务提供者漠视他人的合法权益，轻慢对其行为的谨慎和注意义务，从而放纵侵权行为，最终损害社会公众的利益。”这样的道理大致是对的，但却是修辞性的“万金油”：把它作为句式模板，可以用在许多侵权案件的判决理由中。“社会公众的利益”常常只是一面政治正确的大旗。而且重要的是，在像本案这样一宗链接责任纠纷中，谈论“注意义务”或多或少是文不对题的（即使不考虑它的法律依据）。除非怀有侵权的故意，一般而言，链接者当被豁免侵权责任，也就是说，网络服务提供者不承担事前审查的所谓“注意义务”，这是1998年美国《数字千年版权法》“安全港”条款的核心内容，也是在国家版权局、信息产业部《互联网著作权行政保护办法》（2005年）和国务院《信息网络传播权保护条例》（2006年）通过正式立法出台这一制度之前，2000年由最高法院通过司法解释这种变相立法的方式实现的法律移植所引进的规则。但在这一案件的二审判决中，我们看到，北京高院对于“安全港”制度及其中国立法的理解，都存在着不小的偏差，而此时已经是2004年底。

2005年的上海步升音乐文化传播有限公司诉北京百度网讯科技有限公司录音制作者权侵权纠纷案是互联网音乐搜索领域中的另一个广受瞩目的案子。与前述以世纪悦博公司为被告的Chinamp3.com案不同的是，此案的被告百度公司是一家名副其实的搜索引擎服务商，本该对音乐搜索领域的版权问题具有更大的示范意义和学理价值，但遗憾的是，本案在纠纷的本质属性上Chinamp3.com案并无不同。

从此案《判决书》⁸⁰公开的信息来看，被告百度公司在一审答辩意见中似乎有意借鉴北京高院在对Chinamp3.com案二审判决中对最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条的解释，即该条“规定是针对难以负担起对所提供服务的信息的合法性尽注意义务的网络服务提供者而言的”，因为被告特别强调了自己所提供服务的“搜索引擎”属性：“搜索引擎是指自动从互联网搜集信息，经过一定整理以后，提供给用户进行查询的系统。用户向搜索引擎发出查询请求（或指令），搜索引擎按照用户的请求（或指令）在索引数据库中检索，进行必要的逻辑运算，最后以链接的方式给出查询结果。……答辩人是一家中立的搜索引擎服务提供商，按照技术规则为网络用户提供全面有针对性的搜索结果，供用户查询和使用；答辩人没有提供涉案歌曲的下载服务，只是以链接形式为搜索用户提供动态的搜索服务；答辩人的搜索引擎服务系统依据技术规则对搜索结果

⁷⁹ 北京市高级人民法院认为，《解释》第五条的规定“并非适用于提供各种服务的网络服务提供者”，而是适用于“难以负担起对所提供服务的信息的合法性尽注意义务的”、“按照用户的选择传输或接受信息、本身不组织、筛选所传播信息的网络服务提供者”——这是对最高法院《解释》中的“网络服务提供者”一语做出的重大的、实质性的限定。这样做显然需要有充分的理由。虽然北京高院对它所做的这一限定给出了理由，但却根本是文不对题的：其理由说的是某些网络服务提供者为什么对其所提供服务的信息的合法性难以尽到充分的注意义务，而没有解释为什么最高法院《解释》中的“网络服务提供者”仅仅指这种难以尽到充分的注意义务的网络服务提供者。

⁸⁰ “上海步升音乐文化传播有限公司诉北京百度网讯科技有限公司录音制作者权侵权纠纷案”，〈北京市海淀区人民法院民事判决书〉（2005）海民初字第14665号。2005年9月16日。法官：李东涛（审判长）、卢正新、王克楠。

自动生成链接列表, 答辩人没有对任何被链接网站(页)进行非技术性的选择与控制”。⁸¹ 但是根据原告提供的经过公正程序且为法院所采纳的事实证据⁸², 法院否定了本案纠纷所涉及的被告服务的搜索引擎属性:“搜索引擎是指自动从互联网搜集信息, 以目录分组或全文检索的方式提供给互联网用户进行查询的系统……搜索引擎的服务范围限于搜集整理信息并向互联网用户提供查询服务, 而不是利用搜集到的信息内容营利。在本案中……向‘百度’搜索系统发出查询指令并非下载MP3文件的必须操作步骤, 用户可以通过点击相关网页上的‘MP3’、‘歌手列表’、‘歌手姓名’等链接标识访问到‘歌曲列表’的网页, 被告对此在其搜索引擎的定义中并未给予明确”。⁸³ 由此可见, 本案中百度公司涉嫌侵权的音乐文件链接服务, 在性质上Chinamp3.com案中的世纪悦博公司并无不同。如果一定要牵强附会到“搜索引擎”上来, 那么本案涉及的服务更加可能是目录式的“搜索引擎”, 但如前文所述, 在今天, 目录式搜索已经基本不被人们当作搜索引擎了, 再说, 被告百度公司在其答辩意见中似乎并没有把自己的涉案服务当作目录式“搜索引擎”, 因为它特别强调了自身服务的技术特征: 自动从网络收集信息, 经过计算机程序处理后形成索引数据库, 供用户检索使用。然而这一辩解是文不对题的: 正如法院指出的那样, 用户下载MP3音乐文件与其搜索服务并无必然关联。此案发生的时候, “安全港”制度已经由《网络著作权行政保护办法》确立⁸⁴, 根据案件公开的事实来看, 原告在诉前并没有通过向被告发送侵权通知的方式依法启动“通知—撤销”程序, 因此, 除非原告能够证明被告的链接行为具有侵权的故意, 否则被告不应承担侵权责任。遗憾的是, 不论原告还是法院, 都既没有谈及“安全港”, 也没有讨论与此相关的被告行为的主观要件。明乎于此, 本案与Chinamp3.com案的类同之处就彰显无遗了, 因而百度公司败诉也就是顺理成章的结果了。⁸⁵

真正意义上的互联网音乐搜索版权纠纷, 在中国, 是在 2005 年揭幕的。此时, “安全港”法律制度已经在中国完全建立起来, 但是出于种种原因, 此后发生的一系列音乐搜索版权纠纷案件的判决依然难以“预测”, 司法机关对于“安全港”制度的运用存在较大差异, 有的时候甚至南辕北辙。以下以百度和雅虎两大中文音乐搜索引擎所遭遇的版权诉讼为例, 加以简要分析。

81 同上。

82 法院在《判决书》中认定了下述事实:“2005年4月19日, 原告的代理人孙黎卿在上海市静安区公证处, 在公证员的监督下, 通过百度的搜索引擎下载了与涉案的46首歌曲内容相同或实质上的相似的MP3文件, 主要操作步骤如下: 1、输入 <http://www.baidu.com>, 进入首页; 2、点击首页正上方的‘MP3’, 进入‘百度MP3搜索’网页; 3、点击其右下方的‘歌手列表’, 进入‘百度MP3歌手列表’网页; 4、点击‘百度MP3歌手列表’网页中H项下的‘胡彦斌’, 进入‘胡彦斌歌曲列表’; 5、依次用右键点击‘胡彦斌歌曲列表’中的三十三首歌曲本身并‘另存为’, 将其全部下载, 同时进行网页打印; 6、点击‘百度MP3歌手列表’网页中X项下的‘许巍’, 进入‘许巍歌曲列表’, 进行网页打印; 7、依次用右键点击‘许巍歌曲列表’中的二十一首歌曲本身并‘另存为’, 将其全部下载, 同时进行网页打印; 8、点击‘百度MP3歌手列表’网页中H项下的‘黑棒’, 进入‘黑棒歌曲列表’, 进行网页打印; 9、依次用右键点击‘黑棒歌曲列表’中的十首歌曲本身并‘另存为’, 将其全部下载, 同时进行网页打印……上述下载过程中, 相关歌手的‘歌曲列表’网页上自动弹出下载框, 注明相关MP3文件来自‘mp3.baidu.com’, 同时此网页右侧刊载有雀巢咖啡、摩托罗拉手机等商品的广告。”

83 前注 80 引判决书, 着重号为引者所加。

84 前注 82 所述原告提供的作为案件主要证据的事实发生于 2005 年 4 月 19 日, 《网络著作权行政保护办法》是在同年 5 月 30 日生效的。据此有理由认为, 被告被指控侵权的行为很可能持续至《网络著作权行政保护办法》生效以后。遗憾的是法院在《判决书》中并没有讨论与此相关的法律适用问题。

85 该案二审以调解结案。参见《北京市第一中级人民法院民事调解书》(2006)一中民终字第 2491 号。2006 年 12 月 19 日。

2005年7月,国际唱片业协会(IFPI)旗下的华纳唱片有限公司、环球唱片有限公司、EMI集团香港有限公司、SONY BMG音乐娱乐(香港)有限公司、金牌娱乐事业有限公司、正东唱片有限公司、新艺宝唱片有限公司七家唱片公司将百度公司告上法庭,⁸⁶称其音乐搜索服务提供了原告享有版权的音乐作品的“在线播放和下载服务”,侵害了原告作为录音制作者所享有的信息网络传播权,要求被告“立即停止提供涉案歌曲的在线播放和下载服务”,并对原告给予经济赔偿。百度公司在一审答辩意见中重申了搜索引擎的技术原理和特征:“被告提供的搜索引擎服务对被收录的网页信息本身不进行任何的加工或处理,都是由程序自动完成的,被告只提供网络链接,不提供实际内容;被告的搜索引擎只是针对不被禁止或不被限制搜索的世界范围的中文网站,如果该网站不采取禁止或限制的技术措施,被告的搜索引擎就能从中获得用户所搜索的有关信息;被告没有对被链接网站的内容进行非技术性的选择与控制,对所链接的内容没有进行任何的识别、筛选或整理,不存在侵权的主观故意或过失。”⁸⁷此外,百度还根据“安全港”制度对于侵权通知内容的要求,⁸⁸指出原告未能适当履行其通知义务,因此被告“不存在任何主观过错”,不应承担责任。并声言:“原告的主张如果成立,将导致整个搜索引擎行业所有搜索服务被迫停止服务的毁灭性后果”。

法院的判决意见主要是从四个方面展开的:(一)就涉嫌侵权的行为而言,被告百度公司并不存在主观过错:搜索引擎为提供服务,要索引“整个互联网空间中未被禁链的每个网络站点……搜索引擎服务与上载作品网站之间能否建立链接关系,取决于网站是否上载了音频数据格式文件及该网站是否未被禁链这两个主要因素。第一,从搜索的内容看,其来源于上载音频数据格式文件的网站,并受控于上载作品的网站。搜索引擎对搜索内容的合法性不具有预见性、识别性、控制性。第二,如果被链接网站没有建立禁链的协议,对搜索引擎服务系统而言,意味着对该网站可以互联互通、信息共享。”(二)搜索引擎的“试听”功能应当视为音乐搜索服务的组成部分,搜索结果中可供“下载”的作品也并非来自被告网站,因此被告没有侵犯原告的信息网络传播权。(三)原告未能对被告尽到适当的侵权通知义务。

(四)“在搜索引擎对其搜索结果无法预见和控制的情况下,法律在鼓励和保护技术发展的同时,亦要求权利人采取技术措施,以保护其信息网络传播权。”如果权利人怠于自我保护,不应要求搜索引擎对未被禁链的网站的链接行为承担责任。结果是原告败诉。一审败诉之后,五家唱片公司提出上诉(EMI和金牌公司上诉之后又撤诉),北京市高级人民法院于2007年12月20日做出终审判决:维持原判,搜索引擎服务商百度公司胜诉。依国际与国内的“安全港”立法来评判,这样的诉讼结果是适得其所的。

2007年3月,由国际唱片业协会牵头,十一家唱片公司将雅虎搜索网站经营者北京阿

⁸⁶ 以百度公司为被告的这一系列案件是由各家唱片公司分别起诉的,2006年11月17日,北京市第一中级人民法院刘勇(审判长)、仪军、芮松艳三位法官组成的合议庭基于相同的理由对七宗案件同样性质的判决。本文将以华纳公司为原告的诉讼为代表加以讨论。

⁸⁷ “华纳唱片有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案”,《北京市第一中级人民法院民事判决书》(2005)一中民初字第8995号,2006年11月27日。着重号为引者所加。以下关于本案的讨论,凡直接引语,均出自判决书。

⁸⁸ 法院认为:“在本案诉讼中,原告指控被告侵犯其信息网络传播权的行为发生在2005年6月期间,因而解决本案纠纷应当适用我国《著作权法》和最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》。”在《网络著作权行政保护办法》2005年5月30日生效,“安全港”制度已经确立的情况下,法院在其法律适用意见中竟然没有提及这一法律(但在其判决意见中似乎事实上适用了其具体规定),这是一件令人或多或少感到奇怪的事情。另一方面,这也表明了,作为法律渊源的部门规章在司法实践中的地位是卑微而尴尬的。

里巴巴信息技术有限公司告上法庭,⁸⁹ 指控其对原告享有录音制作者权的音乐作品提供“试听及下载服务”、“进行人为的搜集、整理、分类和编排,按照歌曲风格、流行程度、歌手性别等标准制作诸如‘歌曲排行榜’、‘最佳男歌手’、‘最佳女歌手’等不同的分类链接,便于网络用户搜索;提供涉案歌曲……的音乐盒服务,存储用户的歌曲链接,并可以实现共享等功能,方便其他网络用户通过‘音乐盒’直接试听和下载。”本案与上述百度被诉侵权案件的主要不同之处在于:原告对被告发出了适当的侵权通知,但被告仅删除了原告通知所列举的侵权链接,而没有删除其全部侵权链接。由于搜索引擎对互联网音乐文件的索引所形成的数据库是动态的,因此,原告难以对全部侵权链接加以详尽的列举;但在原告明确列出其享有版权的音乐作品清单之后,要求被告据此删除所有涉案侵权音乐作品的链接,在技术上并没有难度。被告阿里巴巴公司因仅仅删除原告通知所列举的URL地址而未能如原告要求的那样删除所有涉案作品侵权链接。法院据此认为被告“怠于行使删除与涉案歌曲有关的其他侵权搜索链接的义务,放任涉案侵权结果的发生,其主观上具有过错,属于通过网络帮助他人实施侵权的行为,应当承担相应的侵权责任。”原告胜诉;被告上诉。2007年12月20日北京市高级人民法院做出了维持原判的终审判决,搜索引擎服务商阿里巴巴公司败诉。

这个案子中原告获得两审法院支持的诉讼主张,其实是封锁了被告进入“安全港”避风的可能。根据“安全港”制度的要求,搜索引擎删除链接的义务来自于权利人的删除通知。而删除通知,根据《信息网络传播权保护条例》第14条第(二)项的规定,应当指明侵权作品的网络地址。这一规定是合理的,因为如前所述,搜索引擎的索引过程是自动完成的,要求搜索引擎在索引之前或者同时审核其索引对象的法律属性是不现实的要求,这会完全扼杀掉搜索引擎服务。那么,这样的规定与解释是否会偏袒搜索引擎服务商,并使权利人陷入被动的局面——为搜寻和通知侵权材料的网络地址而疲于奔命呢?我认为不会。原因是,根据《信息网络传播权保护条例》第23条但书的规定,获得“安全港”保护的前提条件是提供搜索或者链接服务的网络服务提供者主观上没有共同或者帮助侵权的故意或者过失,即对其链接对象的侵权属性既不“明知”也不“应知”。在权利人依法向搜索引擎服务商提出其享有版权的作品列表并要求删除侵权链接之后,搜索引擎有义务一揽子删除已经列举的作品的全部链接,否则就不再能满足既不“明知”也不“应知”的主观条件,从而失去安全港的保护。因此上述案件的判决是相当恰当的。当然,一揽子删除全部链接从理论上讲有误删合法链接的可能,但这种可能性非常小,因为如果合法链接的删除会给权利人带来明显不利影响的话,那么他就会在删除通知中明示合法链接地址,并要求搜索引擎将之排除到删除地址列表之外;另一方面,如果合法链接的删除不会给权利人带来不利影响的话,那么立法者和司法者就更加没有必要为此而操心。事实上,就影视等商业利益巨大的作品而言,权利人可以通过技术措施将其合法购买的网络地址排除在搜索引擎的索引范围之外——他们在商业实践中确实就是这么做的,因此,为搜索引擎所“俘获”的链接地址几乎没有合法的,这是不会误删合法地址的另一重原因。最后,即使上述可能都落空了,真的发生了误删合法链接的情况,也不是就没有办法了,“安全港”还有附带的“抗辩通知”作为补救措施。版权是知识产权进而是财产权的一种。鉴于界定产权本身需要成本,世界上有很多财产的权利都没有获得充分的界定。⁹⁰“安全港”制度其实也反映了这一现实,我们无需为此而感到烦恼或者惊慌。

⁸⁹ 以阿里巴巴公司为被告的这一系列案件是由各家唱片公司分别起诉的,2007年4月24日,北京市第二中级人民法院张晓津(审判长)、葛红、何暄三位法官组成的合议庭基于相同的理由对十一宗案件同样性质的判决。本文仍以华纳公司为原告的诉讼为代表加以讨论。“华纳唱片公司诉北京阿里巴巴信息技术有限公司侵犯著作邻接权纠纷案”,《北京市第二中级人民法院民事判决书》,(2007)二中民初字第02630号,2007年4月24日。案件讨论直接引语出自该判决书。

⁹⁰ 参见 Yoram Barzel, *Economic Analysis of Property Rights*, 2ed edition, Cambridge University Press, 1997.

七、影视文件搜索的版权问题

随着搜索引擎服务商业的逐步拓展,版权纠纷如今已经从音乐搜索领域毫无悬念地蔓延到了影视文件搜索领域。当然,就我们讨论的这种影视文件搜索而言,它也是一项深具中国特色的互联网服务。国外的视频搜索,著名的如Google Video⁹¹、Yahoo! Video Search⁹²,针对的基本上都是提供在线播放服务的网页的搜索,而不是电影等多媒体文件本身的搜索。迄今为止,与影视搜索服务直接相关的典型案件当属上海优度宽带科技有限公司诉深圳市迅雷网络技术有限公司侵犯信息网络传播权案。

2006年12月22日,由香港影星梁朝伟、金城武主演的电影《伤城》正式公映,票房收入颇丰。12月28日,原告优度公司以60万元的“保底费用”取得《伤城》影片的网络传播权和收益权,为保证影片档期内的票房不受影响,优度公司在公映一个月后才有权将《伤城》在自己的网站上线。然而令优度公司始料不及的是,该影片公映之后数日内,被告经营的迅雷网上已经出现了《伤城》的搜索及下载链接服务。⁹³2007年1月4日,《伤城》在迅雷网站的搜索次数高达59808次;次日,迅雷在线网站“伤城—DVD版全集”网页中显示“伤城—DVD版全集”总下载量已达到了惊人的520869次。优度公司随即于15日向迅雷公司发出律师函,要求迅雷网停止侵权,但迅雷迟迟没有回音,仍然“链接”着《伤城》的免费下载地址。6月21日,优度公司将迅雷公司告上法院,提出赔偿要求。⁹⁴2008年1月26日,上海浦东新区法院作出一审判决,支持了优度公司的全部诉讼请求。

被告在诉讼中为自己所做的辩解是毫无新意的,甚至有时候出尔反尔、逻辑混乱:“被告作为一家提供网络搜索和链接服务的公司,主观上无意伤害他人的网络传播权。第三方网站提供影片下载是否获得授权并非公开信息,被告无法查证。其从未收到过原告律师函,⁹⁵而且原告诉讼中提交的律师函也不符合法律规定的通知形式。在原告提起诉讼之后,被告已及时断开影片《伤城》的下载链接。所以其在提供涉案影片的搜索链接过程中并没有过错。”⁹⁶本案中被告行为的客观侵权属性和主观“明知”态度再显明不过了,也不为“安全港”所容,⁹⁷因此从法律的角度来说,这是一桩没有什么“油水”的案件:权利义务关系相当清楚,没有

91 <http://video.google.com>。最后访问日期:2009年11月10日。

92 <http://video.search.yahoo.com>。最后访问日期:2009年11月10日。

93 严剑漪、周凯:〈链接免费下载《伤城》迅雷被判赔15万元〉,
http://news.xinhuanet.com/internet/2008-02/18/content_7621081.htm。最后访问日期:2009年11月20日。

94 刘丹:〈网络深度链接案 迅雷赔偿优度15万元〉,
http://news.xinhuanet.com/newmedia/2008-02/21/content_7636198.htm。最后访问日期:2009年11月20日。

95 在诉讼的质证阶段,被告称“其从未收到过该律师函,[但]确曾收到过原告委托律师邮寄的函件,但该函件中并没有任何内容。”见“上海优度宽带科技有限公司诉深圳市迅雷网络技术有限公司著作财产权侵权纠纷案”,《上海市浦东新区人民法院民事判决书》,(2007)浦民三(知)初字第69号,2008年1月26日。法官:李莉(审判长)、徐俊、倪红霞。

96 同上。

97 但有一个事实值得注意,在这一纠纷发生之后,法院正式受理案件之前,2007年5月23日,迅雷公司推出了其《著作权保护声明》,依照《信息网络传播权保护条例》“安全港”的规定,公示了其受理“权利通知”和“反通知”的细则。参见<http://www.gougou.com/duty/copyright.html>。最后访问日期:2009年11月10日。但如上所述,这一行动的法律意义是针对未来的,它对抗辩优度公司的指控来讲是于事无补的。

多少诉讼价值。但由于“法不责众”，权利人成为难以与侵权人相抗衡的弱者，⁹⁸ 不得已诉诸法律。因此我们就不必感到奇怪，法院没有怎么理会“安全港”制度——它主要是一个程序性的规定——而是强调了两造间实体上的权利义务关系和被告的主观过错。此外法院还指出，“在对第三方网站链接的过程中，被告实施了嵌入式框架技术，将第三方网页的框架和内容嵌入在被告现有的网页中，也就是将含有搜索内容下载链接的页面‘嵌入’到迅雷网站自己的页面中。该技术的实施使网络用户对涉案影片的搜索和下载始终没有离开被告网站的网络环境，也使第三方网站的内容直接为被告所用。”⁹⁹ 这实际上表明，原告的行为超出了一般搜索引擎的服务范围和方式，它不但明目张胆地侵害了原告的权利，而且还侵害了第三方网站的版权。但由于——套用贝克莱的哲学名言，稍微夸张一点说——在互联网上，存在就是被搜索引擎感知，而网络企业通常又以点击和流量为王，所以不太可能与搜索引擎发生正面冲突，主张版权。多少让人感到遗憾的是，本案二审最终以调解结案，没有为业界和学界留下可以研讨的法律判例。

2009年10月，中文视频网站之间的版权冲突再度成为媒体的焦点。距前述《伤城》一案已有近三年时间，但迅雷公司在视频搜索和下载服务领域的侵权状况并没有多大改变：“中国网络视频反盗版联盟”于28日在深圳举行的新闻发布会上

抛出厚厚几叠“证据”，声称迅雷对“盗版”影视作品进行了加工、整理、编排，并且提供免费在线观看、下载，对播放过程实施了控制，因此，迅雷并非单纯提供视频搜索和下载工具的网络服务提供商，同时也是内容提供商之一，但迅雷“明知”、“应知”盗版内容的存在，却放任其传播。

联盟律师还指责迅雷直接参与了盗版，“一是以网友的名义上盗版传视频，提供在线播放；二是通过来历不明的、没有真实姓名登记的服务器名发布盗版内容，但名义上只提供搜索。”¹⁰⁰

这场乱局的另一方面则是迅雷公司起诉“反盗版联盟”的主力成员搜狐公司“盗播了其拥有版权的影片《铁三角》，发函通知删除仍不予理睬”。¹⁰¹ 联想迅雷当初与优度的诉讼，可谓“三年河东，三年河西”。

尽管视频搜索的版权纠纷尚未出现对司法和产业发展广有影响的重大案件，但从上述分析仍然可以看出，就影视文件搜索来说，其所涉及的版权问题在原理上迄今为止与音乐搜索并无二致。但由于法律之外的复杂社会原因，司法无法与立法有效对接，结果纠纷迭出，增加了社会成本。从企业的角度来说，为牟利不择手段、商业道德沦丧，¹⁰² 可能是造成侵权现象大量存在，将法律辱为具文的重要原因之一。

98 耐人寻味的是，2009年11月20日——笔者最后修订文稿的时间，在迅雷公司旗下的“狗狗搜索”(<http://www.gougou.com>)网站上，搜索“伤城”，返回结果有1619项，其中“影视资源”有534项。

99 注95引判决书。

100 巫伟、马芳：《视频网站陷入诉讼混战 搜狐迅雷“擦枪走火”引来警方》，《南方日报》，2009年10月29日，A23版。

101 同上。

102 因此，互联网企业经营中的版权法律瑕疵是广泛存在的，在程度上常常只是五十步和一百步的差别。一边当原告一边当被告的现象已经屡见不鲜。最近的一则业界报道可为佐证：“反盗版联盟因盗版被起诉，以及盟友之间相互揭底，意味着该联盟已经瓦解。”任思强：《视频版权官司“混战”反盗版联盟事实上瓦解？》，《每日经济新闻》，2009年11月18日，<http://www.nbd.com.cn/newshtml/20091118/20091118034643141.html>。最后访问日期：2009年11月19日。

八、搜索引擎网页快照的版权问题

除了常规搜索服务之外,最后,再谈一下网页快照(又称“缓存页面”,Cached Snapshot Page)对于享有版权的作品的使用。就版权而言,这里的问题也不小。网页快照功能是搜索引擎通过网络漫游器¹⁰³的索引,将被索引网站的网页内容(代码)较为完整地复制、保存于搜索引擎服务器实现的(这正是搜索引擎的后台工作即索引并建立索引数据库的过程),其目的通常是在被索引网页无法正常访问的情况下,搜索引擎可以通过其“备份”的文件向用户再现目标网页内容。网页快照本身并非搜索服务必不可少的组成部分,而是一种具有附加值的额外服务。¹⁰⁴而且,网页快照的目的与功能也与搜索没有直接关联,而是为了向用户提供目标网页的替代性展示。我们知道,网页的组成元素通常包括文字、图片、动画、音乐、版式设计等,这些东西都是版权的载体,而且版权(与商标、专利不同)是一种“自动”产生的权利,因此可以说网页上的版权是无处不在的,搜索引擎对于被索引网页的复制与再现就至少涉嫌侵犯了我国《著作权法》和《信息网络传播权保护条例》所保护的“信息网络传播权”。而且,由于网页快照和与之对应的真实网页的内容是不同步的,因此它就不能反映(至少是不能及时地反映)版权人在“真实网页”上对于自己作品的修改、删除等行为,尤其是当这些行为具有法律涵义时(例如某作品因侵害他人隐私权或对他人构成诽谤而在原始发布网站上被删除),那些由于“时差”而与“真实”世界不相符合的网页快照就可能引发更多的纠纷。

2006年美国的“菲尔德诉Google公司案”¹⁰⁵就是网页快照版权纠纷的一个重要案例:律师布莱克·菲尔德(Blake Field)将自己拥有版权且已经事先在美国版权局注册的51篇作品发布于自己的网站,并故意设置网页,使其能够被Google的网络漫游器索引并生成网页快照。2004年4月6日,菲尔德向位于内华达州的联邦地区法院提起诉讼,指控Google公司的网页快照服务未经许可使用了其享有版权的51篇作品,侵犯了其版权,要求Google公司承担侵权责任,并支付数额为255万美元(每篇作品5万美元)的法定赔偿金。这是一个典型的网页快照版权纠纷案,而且带有明显的试验诉讼(test case)的意味——原告的胜负将对搜索引擎未来的服务模式产生重大影响。针对这一利益攸关的案件,Google公司提出了四点抗辩主张,概括来说,即:一,默示授权(implied license)抗辩:菲尔德对Google以网页快照方式使用其网页内容有默示授权,他明知自己的网页会被Google索引并形成网页快照,但却没有采用技术措施阻止,相反却在其网站的robots.txt文件中允许Google的网络漫游器访问该网站的所有网页并为为之建立索引,进而形成快照;二,禁反言抗辩:基于第一点相关,应禁止菲尔德对Google提出侵权的指控;三,合理使用抗辩:网页快照对版权作品的使用属于版权法上的“合理使用”;四,“安全港”抗辩:网页快照服务属于《数字千年版权法》的“安全港”保护的范畴。Google的抗辩理由基本上得到了法官的支持,最终赢得了这场诉讼。关于这个案件,值得关注的是它对“安全港”制度的应用。要考察这个问题,我们就需要在回到《数字千年版权法》的第512条,该条(b)规定:网络服务提供者不因其系统或者网络中居间(intermediate)或临时存储了版权材料而承担版权侵权责任,只要——

103 又称“网络爬虫”、“网络蜘蛛”(spiders)、“网络机器人”(robots, bots)。

104 Google的“网页快照”服务在中国大陆就长期被屏蔽,但这并未对其在搜索引擎市场上的重要地位产生明显影响。偶尔,“网页快照”亦有再现网页历史面貌的功能,但这一功能并不突出,因为“网页快照”会随目标网页的变化而变化,尽管存在着时滞,但这个时滞并不很长。

105 Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006).

- (A) 该材料是由网络服务提供者之外的其他人上载至网络的；
 - (B) 该材料是通过 (A)项所述的人经由系统或网络向(A)项所述的人之外的其他人传输；
- 且
- (C) 存储是通过自动的技术过程实现的，其目的在于使系统或者网络中的用户获得该材料，而该材料在经由(B)项所述传输之后，用户须从 (A) 项所述之人处获取该材料。¹⁰⁶

这一针对网络存储规定是非常重要的，否则电子邮件、电子相册、网络硬盘等目前十分流行的网络服务，以及甚至网络浏览本身，都可能会面临法律困境，甚至根本不会发展起来。应该说，“安全港”制度及后来的“菲尔德案”，基本上为网页快照扫除了版权障碍，尤其是在美国。

那么，中国的情况是这样的呢？原则上讲，根据《信息网络传播权保护条例》第 14 条的规定，网页快照也在“安全港”之内。先看一个晚近的案例：清华大学人文学院教授王路因雅虎搜索引擎的网页快照收录了其享有版权的三篇文章而将雅虎公司告上法庭，指控其网页快照侵犯了版权。¹⁰⁷ 就法律争议而言，这是一个与前述“菲尔德案”十分相似的案件。北京一中院在此案审理中强调了网页快照与搜索引擎的技术关联以及其生成的自动性特征：

搜索引擎能否向用户提供某一网页的快照，取决于原网站是否上载有该网页及该网页是否被禁止快照这两个主要因素；网页快照的内容来源于上载网页的原网站，并受控于原网站，搜索引擎对网页快照的内容是否具有合法性并无预见性和识别性；搜索引擎根据技术安排自动对互联网中所有未被禁止快照的网页设置快照，对搜索引擎而言，其并不知晓为哪些网站的哪些网页设置了快照。

由此入手，法官进而推论被告雅虎公司没有主观过错，并且在原告起诉后“已经在其网站上屏蔽了涉案作品的网页快照链接”，因此可以获得“安全港”的庇护。虽然一审法院最终做出了有利于被告的判决，但值得注意的是，它在司法意见中同样确认：

由于互联网中的网页不计其数，网页快照和与之对应的原网页的内容因技术原因无法达到绝对同步，但两者间的刷新延时应在一个合理期限内。如果原网站中的某网页已被修改、删除或屏蔽多时，而搜索引擎急于保持与原网站的同步，仍在提供该网页的快照，则网页快照已失去了其合理存在的基础，网页快照服务已经从一种技术服务转化成一种信息提供服务，网页快照提供者应当承担相应的法律责任。¹⁰⁸

尽管法院随后否认了原告关于雅虎公司提供网页快照已经超过了合理期限的主张，但那对本文的分析来说是一个无足轻重的细节问题，我们在此特别关注的是，法官敏锐地指出了网页快照服务的商业属性——网页快照与其复制的版权材料之间存有潜在的商业竞争关系，并在这一属性和法律责任之间建立了关联。这和审判“菲尔德案”的美国法官的见解存在明显差

¹⁰⁶ Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(b)(1). 此外，免责还须满足五项条件，详见 17 U.S.C. § 512(b)(2)(A)-(E).

¹⁰⁷ “王路诉雅虎公司侵犯著作权纠纷案”。一审：《北京市第一中级人民法院民事判决书》，(2005)一中民初字第 5761 号，2007 年 7 月 26 日。二审：《北京市高级人民法院民事判决书》，(2007)高民终字第 1729 号，2008 年 6 月 20 日，法官：张雪松（审判长）、莎日娜、焦彦。笔者没有找到该案一审判决书，但二审判决书对一审判决书多有引述，以下讨论均基于二审判决书。

¹⁰⁸ 前注引二审判决书。着重号为引者所加。

异。在认定Google的网页快照服务是否属于“合理使用”时，法官认为网页快照服务营利特征不明显，因为Google的使用是一种转换性（transformative）使用，而且法官还用这种转换性为网页快照对版权材料的全文复制——认定是否“合理使用”的另一个要素——辩护，颇有修辞的色彩，因而说服力并不很强。美国就有学者担忧“菲尔德案”中法官对搜索引擎保护得可能过多了，¹⁰⁹ 但美国的法官也许有其政策上的考虑。在这个问题上，中美两国虽然具有相似的立法，但在司法推理上却有相当大的差异，由此可以推断，恐怕还有不少法律之外的因素在对司法过程产生影响——所有疑难案件最终的症结都不是法律问题。

上述北京一中院的司法意见可以表明，搜索引擎网页快照与版权之间的矛盾已经在中国的司法实践领域得到了初步确认。网页快照潜在的法律瑕疵和责任，至少在中国，可能是一颗隐藏的“定时炸弹”：虽然它所涉及的商业利益在现阶段还不像影视搜索那样突出，但随着网络文化产业模式的快速演变、商业竞争的日趋激烈，网页快照问题可能会在未来的某一时间以更为剧烈的方式爆发出来。

包括网页快照在内的前述所有搜索引擎版权问题虽然头绪繁多，其中有一些技术问题对大部分法律人来讲还颇为复杂，但前景并非一片混沌。技术问题常常仍需技术解决，搜索引擎的版权难题因此可能还存在着与法律相结合的技术解决途径。限于知识背景，笔者在此仅扼要作一点粗浅讨论，以期抛砖引玉。

尽管网站所有者可以通过网站服务器根目录下robots.txt文件¹¹⁰或者在网页文件中设置元标记（meta-tags）代码¹¹¹的设置拒绝网络漫游器索引和保存“网页快照”的协议，但问题是，从法律的角度来说，该robots.txt文件或元标记代码的设置并不是被索引网站的义务。版权问题的症结恰恰就在这里！笔者甚至认为这可能成为解决搜索引擎所面临的版权困境的一把钥匙：robots.txt文件和元标记代码设置的管理与规则实际上是搜索引擎与一般网站之间的明示与默示约定，这一机制的存在使合同法超越了版权法，成为规制搜索引擎版权问题的准据法。¹¹² 现在的默认状态是，搜索引擎索引一切可以访问的网站，退出索引须经选择（opt-out），除非被索引网站通过robots.txt文件或元标记代码宣告拒绝索引。¹¹³ 一个可行的替代性方案是：把针对网络漫游器的协议由默示接受索引改为默示拒绝索引，加入索引须经被索引网站以技术手段向搜索引擎宣告（opt-in），即，仅当网站所有人通过robots.txt文件或元标记代码指示（允许）网络漫游器索引自己网站的时候，搜索引擎才对该网站加以索引并

109 参见 Ben Kociubinski, “Legal Update: Copyright and the Evolving Law of Internet Search - Field V. Google, Inc. and Perfect 10 V. Google, Inc.,” 12 *Boston University Journal of Science and Technology Law* 372, 386 (2006).

110 例如，可以使用代码“User-agent: * Disallow: /”，其中“User-agent: *”表示该命令针对所有搜索引擎的网络漫游器，“Disallow: /”表示拒绝网络漫游器访问整个网站的任何网页。

111 例如，代码“<meta name="robots" content="noindex, nofollow">”，表示禁止网络漫游器索引；代码“<meta name="robots" content="noarchive">”，表示禁止搜索引擎生成并存储网页快照。

112 但是，迄今为止，由 robots.txt 文件设定的“网络漫游器排除协议”（The Robots Exclusion Protocol）并没有明确的法律效力。参见 <http://www.robotstxt.org/faq/legal.html>。最后访问日期：2009年11月15日。在这种情况下，基于 robots.txt 文件，能否在搜索引擎和 robots.txt 文件设定者之间形成合同，是一个不能一概而论的问题。中文世界两大最重要的搜索引擎——百度和 Google——都明示了它们所接受、认可的 robots.txt 文件设定方法（相当于公开要约），因此有理由认为依据相应规则设定 robots.txt 文件的网站和百度、Google 之间存在合同关系。参见：百度：《网页搜索帮助—禁止搜索引擎收录的方法》。<http://www.baidu.com/search/robots.html>；Google：《使用 robots.txt 文件拦截或删除网页》，<http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?hl=cn&answer=156449>。最后访问日期：2009年11月15日。

113 参见“A Standard for Robot Exclusion,” <http://www.robotstxt.org/orig.html>。最后访问日期：2009年11月15日。

保存“网页快照”。¹¹⁴ 这样一来，就可以把robots.txt文件或元标记代码要求索引的指示视为网站对于搜索引擎的版权授权，上述大部分版权问题由此可以迎刃而解。¹¹⁵ 循此思路，可以为所有网页和多媒体文件链接设置元标记代码来声明其版权合法性。由于搜索引擎在网络世界拥有事实上的巨大权力（请回想笔者仿制的格言：“在互联网上，存在就是被搜索引擎感知”），如果它推行这样的规则（如在博客世界中为防止垃圾留言和链接而设置的“nofollow”规则，就获得了Google等搜索引擎的接受¹¹⁶），互联网内容提供商（ICP）们不可能坐视不理。接下来，就看搜索引擎服务商们如何权衡利弊了。

上述建议是一种从立法视角建构的方案，可能带有理想色彩，因为，要改变目前搜索引擎与网站之间基于robots.txt文件或元标记代码的协议，其成本在实践中到底有多大，至少对笔者来说，是难于精确评估的（尽管我不认为这一成本会高到令网络企业无法接受的程度）。此外更重要的原因是，在更多此类纠纷出现之前，即在网页快照服务引发更多商业利益冲突之前，搜索引擎和大部分网站并没有动力去改变现状。如“菲尔德案”所示，搜索引擎服务商在目前的法律框架之下已经可以躲入“安全港”，可以成功主张自己享有网站的默认授权，就不会感到有必要去改变现状。Google电子图书项目广受争议的“先斩后奏”的做法，也是类似的道理。产业巨头的商业实践对法律变迁有深刻的影响。

九、结语

本文关于互联网搜索引擎版权问题的分析主要是围绕“安全港”制度展开的，这并非大题小做。互联网搜索引擎的工作原理和服务机制决定了它所面临的版权诘难基本上都是能否进入以及如何进入“安全港”的问题。¹¹⁷ 我们早就说过，搜索引擎本身不创造内容（经营搜索引擎的公司的其他业务可能创造内容，但那是另外一个问题），它的服务内容是对各种版权材料的收集、加工、处理、整合、输出，因此在版权法上天然处于一种“侵害”并“防御”权利人的地位。以上对近年来该领域一些重要案件的分析已经表明了这一点。

此外，通过本文对网络“安全港”中美立法的梳理与比较分析，以及搜索引擎版权纠纷若干典型案例的讨论，可以看出，对于互联网的发展来说，针对一般链接行为的免责必须作为网络版权法的一般性原则。换句话说，“安全港”制度是必不可少的，甚至堪称互联网版权制度的基石。从搜索引擎所面临的版权危机来看，“安全港”既不能放弃也不能破坏，否则将可能使网络产业蒙受灾难性法律后果，从而对互联网的发展造成极大的负面影响。

我国虽然自2000年起就有了“安全港”法律，并以多种立法形式逐步完善了这一制度，

¹¹⁴ 事实上，我国法院在司法审判中已经开始涉及这一技术措施了：“告知网站禁止被搜索引擎收录的方法，如：网站可以通过创建robots.txt文件，声明该网站中不想被访问的部分，可以不被搜索引擎收录，或收录指定的内容。”见“华纳唱片有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案”，〈北京市第一中级人民法院民事判决书〉（2005）一中民初字第8995号。

¹¹⁵ 互联网上的网络漫游器不仅来自于搜索引擎——尽管搜索引擎的网络漫游器是最主要的——也有一般的商业网站施放网络漫游器，而且因为不遵守被索引网站的robots.txt文件的指示而引发了现实的法律纠纷，如*eBay Inc. Bidder's Edge Inc.*, 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000). 关于此案法律问题的简要讨论，参见Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, 2001, pp.169-171.

¹¹⁶ 必须加以限定的是，HTML中nofollow属性标签的作用是有限的：一方面，它即没有获得所有主流搜索引擎的接受；另一方面，接受nofollow规则的搜索引擎也没有严格遵守它。参见<http://en.wikipedia.org/wiki/Nofollow>，及其引证的文献。最后访问日期：2008年8月26日。

¹¹⁷ 合理使用是另一个常用的抗辩，但如本文分析所示，在网络环境中，合理使用的重要性在很大程度上已经让位给“安全港”了。

但该制度在法院的司法审判实践中始终未能获得应有的重视,因而一度造成了一些不适当的判决。司法活动对“安全港”的轻视还相应造成了社会公众及潜在的利害关系当事人对该制度及相关法律持一种忽视的态度。在网络版权纠纷的诸多诉讼之中,尤其是在《信息网络传播权保护条例》正式颁行之前(但如上文所述,该法并不是“安全港”制度的起点,即使在中国,也不是),我们很少看到当事人严格依照“安全港”法律提出诉讼主张或者据此为自己的合法权益辩护。在这个意义上,甚至可以说,“有法不依”的问题依然存在,尽管其中的原因是复杂多样的。当然,这种状况在最近两三年中逐步改观了,但在中国,非常遗憾,我们恐怕仍然不能对网络法领域至关重要的“安全港”制度在司法实践中的作用有太多的期待。

就网络服务提供者的版权责任而言,我们有一个与以美国为代表的西方知识产权大国迥然不同的国情,那就是第三方版权侵权行为的广泛存在。这一事实极大地危害到了搜索引擎和其他中介网络服务的合法地位。从理论上说,第三方侵权行为的广泛存在甚至使搜索引擎的主观过错排除在大部分纠纷中都成为一个有待解决的问题。没有办法,这就是我们现实的法律环境和商业环境。在诚信道德“基础设施”不完备的情况下,“安全港”制度甚至有可能为金钱和权势所用,成为恶人作恶的辅助工具。这就是使“安全港”制度在中国难以发挥出其应有的促进互联网产业发展和技术创新之积极作用的深层原因。

互联网及其搜索引擎都是价值不可估量的巨大公共善品;与此同时,所有享用这一善品的消费者也都必须明白,天下没有免费的午餐,商业伦理从来不是真实世界的逻辑,所以法律在这样的领域中永远不能缺位。可是不管怎么说,搜索引擎终究为善远远大于作恶,而且我们这个世界已经离不开它了,就像离不开互联网一样。因此我们别无选择,必须在立法和司法领域为搜索引擎从而也是为互联网的未来预留发展空间。就此而言,不论——比如说——缩略图和网页快照这些搜索引擎所赖以运行的关键技术手段在法律上存在多么大的现实或者潜在争议,法律人都必须以政治智慧跨越法律障碍;在对未知世界获得成熟理解之前,只能继续以实用主义的态度化解纠纷甚至模糊争议,因为有很多此类问题最终都会被随时间发展的技术所化解。从这个角度来说,法律人对自己的社会功能必须保有限度感——他们的社会工程(social engineering)活动在历史上一直名声欠佳。每到疑难、彷徨和抉择的关头,最重要的是不能忘记卡多佐法官的名言:法律的终极目的是社会福利。¹¹⁸

二〇〇六年四月初稿,二〇〇八年十月二稿,二〇〇九年十一月三稿。

本文载《法律和社会科学》第六卷,法律出版社 2010 年。

118 参见 Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1960, p. 66.