

网络等领域垄断看门人的替代责任

万 柯

内容提要:在网络以及其他领域中,垄断看门人是指有权并有能力将侵犯他人版权者排除出其服务网络的人。垄断看门人的行为可以起到有效防止侵权的作用。尽管一个垄断看门人不能直接控制侵害的发生,但是可以通过将侵犯他人版权者排除出网络的威慑来遏制侵权。本文依据三种不同的关系对替代责任的构成要素进行探讨:雇主与雇员的关系,经营场所提供者的情况和基础设施垄断提供者的情况。本文论述了版权侵权中垄断看门人替代责任的可取性,并且对诸如制止理论和矫正正义的理论基础进行了探究。垄断看门人应当建立一套责任制度,以平衡阻止侵权的需要和它们的风险。

关键词:垄断看门人 替代责任 版权侵权

万 柯,香港城市大学法学院助理教授。

互联网的兴起为违法者提供了新的机会,也对法律的实施提出了新的挑战。在互联网用户处于相对匿名状态的情况下,版权权利人和行政执法机构都试图通过向网络服务提供商主张权利的方式来维护自己的利益。为了平衡利益,美国于1998年通过了《千禧年数字版权法》(DMCA),该法为那些可能被判定需要为用户的侵权行为承担帮助侵权责任或替代侵权责任的网络服务提供商提供了一系列抗辩理由(又被称为“安全港”)。^[1] 在 Perfect 10 v. Visa 案中,虽然信用卡公司维萨对商户交易收取了费用,但法庭仍判定其无需对众多网站中的版权侵权行为承担帮助侵权责任或替代侵权责任。^[2] 但是,该案中的少数意见则认为:维萨应该被追究替代侵权责任。^[3] 百度和维萨的共同点在于,它们都提供了基础设施,并且法院也都开始考虑是否应该让它们承担替代责任。

最近的电子商务案件重新引发了人们对提供基础设施(例如搜索引擎或电子付款处理服务)的看门人是否应当承担替代责任的辩论。一般而言,在权衡相关制度的外部性后,如果让看门人承担责任是防止侵权最经济有效的措施,那么这种替代侵权责任制度就是可取的。究竟应当如何确定看门人责任的范围,则应当通过权衡看门人的成本与知识产权所有人的成本以及社会对侵权人不当行为所付出的成本来决定。一般而言,如果看门人缺乏控制侵权的权利和能力,就不应当让他们承担责任。但是,如果一个看门人提供的是基础设

[1] 参见 17 U.S.C.A. § 512。

[2] Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n, 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007)。

[3] Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n。

施,并且已经具备垄断地位,那么他们就有能力将侵权者排除至其服务网络之外,以维萨为例,本文讨论了垄断看门人版权替代责任的可取性,并探讨它的理论基础。

一 美国版权法上替代责任的提出

在 *After Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.* 案之后,美国法上有三种理由要求第三人承担侵权责任:帮助责任、替代责任和教唆。^[4] 帮助侵权的构成要件有二:(1)第三人知道侵权行为的存在;(2)第三人“引诱、造成、或实质上地参与到侵权行为中”。^[5] 替代责任的构成要件是:(1)第三人对直接侵权人有管理或控制的责任;(2)第三人从侵权行为中获得“直接的经济利益”。^[6] 至于“教唆侵权”,则是特指第三人向公众分发专门用于侵犯版权的设备,并且有证据证明第三人在分发的过程中存在明示或其他主动的行为鼓励获得设备者从事侵权行为。^[7]

要证明被告构成替代责任,版权人的证据中必须包括三个方面的要素:(1)直接侵权;(2)被告有(对直接侵权人)控制的权利和能力;(3)被告从直接侵权中获得了直接的经济利益。^[8] 第一个要素要求版权人证明直接侵权已经发生。^[9] 第二个要素要求版权人证明其所主张的替代侵权责任人有权利和能力控制或监管直接侵权人或直接侵权行为。^[10] 对于什么是“控制”,不同的法院有不同的理解。^[11] 狭义的理解认为,“控制”应当是指被告有“实际的”能力去“区分侵权和非侵权行为”。^[12] 而广义上的理解则把侵权责任扩展到那些拥有“法律意义上的”或者“潜在的”能力控制侵权行为的人,在这种理解下,“控制”就可能存在于各种各样的法律关系中——只要这些法律关系中的一方当事人明示或暗示其对另一方当事人(即版权侵权中的直接侵权人)保留控制的权利。^[13] 例如,Napster 案的法院就认为,Napster 有能力对列在其搜索索引上的侵权材料予以定位,并且有权利终止用户接入其系统,这就构成了替代责任中的“控制”要素。^[14] 第三个要素是版权权利人必须证明其所主张的替代侵权

[4] Alfred C. Yen, Third-Party Copyright Liability after Grokster, 91 *MINN. L. REV.* 184, 219 (2006), 239.

[5] *Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Management*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

[6] 参见 *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F.2d 304, 307 (2d Cir. 1963); 参见 *Demetriades v. Kaufmann*, 690 F. Supp. 289, 293 (S.D.N.Y. 1988)。

[7] 125 S. Ct. 2764, 2770 (2005)。

[8] 参见 Fred von Lohmann's 'IAAL: What Peer-to-Peer Developer Need to Know about Copyright Law', http://www.eff.org/IP/P2P/p2p_copyright_wp.php。

[9] Fred von Lohmann's 'IAAL: What Peer-to-Peer Developer Need to Know about Copyright Law'。

[10] Fred von Lohmann's 'IAAL: What Peer-to-Peer Developer Need to Know about Copyright Law'。

[11] 参见 *Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314, 1325-1326, 1328-1329 (D. Mass. 1994); *Artists Music, Inc. v. Reed Publ'g (USA), Inc.*, Nos. 93 CIV. 3428 (JFK), 73163, 1994 WL 191643, at *6 (S.D.N.Y. May 17, 1994); 参见 Charles S. Wright, Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998, 75 *WASH. L. REV.* 1005, 1012-1020 (2000)。

[12] Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyberwrongs? 87 *CORNELL L. REV.* 901, 910-911 (2002); Charles S. Wright, Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998, 75 *WASH. L. REV.* 1005, 1012 (2000)。

[13] Charles S. Wright, Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998, 75 *WASH. L. REV.* 1005, 1012 (2000)。

[14] *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1023-1024 (9th Cir. 2001)。

责任人从侵权中获得了“直接的经济利益”。^[15] 实践中对这个要素的要求并不高——利益不一定需要“直接”或者是“经济的”。^[16] 例如,在 Napster 案中,法庭认为“侵权材料能起到吸引客户的作用”。^[17] 至于 Grokster 案,则没有采用替代责任作为被告承担责任的理由,而是采用了上述“教唆”理论。^[18]

有关直接侵权的经济学研究文献假定让违法行为人内化恶行所造成的社会成本是有好处的。原因在于,即使他们不能杜绝恶行,至少可以减少那些恶行的发生频率。^[19] 但对第三人来说,他们行为的频率不应当基于恶行给社会造成的成本。^[20] 第三人责任的目的是阻止恶行,而不仅仅是降低恶行发生的频率。^[21] 有学者认为,替代责任的正当性不在于公平,而在于以最低的成本避免恶行的发生。^[22] 一位支持间接责任的学者这样说道:间接责任不需要被当作解决直接责任所存在的种种问题的次优方案。如果一些很容易被确认身份的第三方比法院或其他政府机构更适合监督和控制直接侵权行为,那么间接责任甚至可以比运作良好的直接责任制度更有效率。^[23]

可以将可能承担替代责任的主体划分为两个得到广泛接受的类别:舞厅经营者和房东。很多案件都排除了房东的责任,而舞厅经营者则需要对演员所从事的侵权行为承担替代责任。^[24] 例如,一些舞厅聘请了表演者表演未获得授权的音乐作品。^[25] 尽管侵权行为人是表演者,但舞厅的经营者本可以控制其场所中的表演节目活动。^[26] 此外,舞厅经营者可以从顾客那里收入场费,从而直接从侵权表演中获得利益。^[27] 相反,房东没有对租客所租用的房间进行控制,也没有进行这种控制的便利条件。^[28] 房东所收取的月租金是固定的,因此没有从侵权行为中获得直接的经济利益。^[29] 一方面,网络服务提供商可以被当作舞厅经营者,因为它对于在其网络上的行为有很强的控制能力;另一方面,网络服务提供商也可以被看作房东,因为它通常收取固定的服务费用。不过,正如后文中会阐述的,决定性的因素是控制能力,而非“直接的”经济利益。虽然网络服务提供商没有从侵权中获得直接的经济利

[15] Fred von Lohmann's 'IAAL: What Peer-to-Peer Developer Need to Know about Copyright Law.

[16] Fred von Lohmann's 'IAAL: What Peer-to-Peer Developer Need to Know about Copyright Law.

[17] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1023-1024 (9th Cir. 2001), p. 1023; Fred von Lohmann's 'IAAL: What Peer-to-Peer Developer Need to Know about Copyright Law.

[18] 125 S. Ct. 2764, 2770 (2005), 2776.

[19] Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyberwrongs? 87 CORNELL L. REV. 901, 910-911 (2002), 912.

[20] Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyberwrongs? 87 CORNELL L. REV. 901, 910-911 (2002), 912; Alan O. Sykes, The Boundaries of Vicarious Liability: An Economic Analysis of the Scope of Employment Rule and Related Legal Doctrines, 101 HARV. L. REV. 563 (1988).

[21] Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyberwrongs? 87 CORNELL L. REV. 901, 910-911 (2002), 912.

[22] Gary T. Schwartz, The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability, 69 S. CAL. L. REV. 1739 (1996).

[23] Daryl J. Levinson, Aimster and Optimal Targeting, 120 Harv. L. Rev. 1148, 1154 (2007).

[24] 参见 Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 438 n. 18 (1984); Fonovisa, 76 F.3d, 262-263; Shapiro, 316 F.2d, 306-308; Banff Ltd. v. Limited, Inc., 869 F. Supp. 1103, 1108-1109 (S. D. N. Y. 1994); Polygram, 855 F. Supp., 1324-1325; 参见 Yen, 前注[4], at 1844.

[25] 参见 Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, 88 GEO. L. J. 1833, 1864 (2000), 1844.

[26] 参见 Fonovisa, 76 F.3d at 262.

[27] Fonovisa, 76 F.3d at 262.

[28] 参见 Artists Music, 31 U.S.P.Q.2d, at 1626; Yen, Third-Party Copyright Liability after Grokster, pp. 1844-1845.

[29] 参见 Shapiro, 316 F.2d at 307; Deutsch v. Arnold, 98 F.2d 686, 688 (2d Cir. 1938); Artists Music, 31 U.S.P.Q.2d, 1627; Vernon Music Corp. v. First Dev. Corp., No. 83-0645-MA, 1984 WL 8146, *1 (D. Mass 1984).

益,但侵权内容往往能起到吸引客户的作用。鉴于这一区别,网络服务提供商应当被当作舞厅经营者看待。

让网络服务提供商对版权侵权行为承担替代责任的优点还可从以下三个方面体现出来:法律所能规管的极限,交易成本,以及控制能力。^[30]

(一) 违法者处于法律所能规管的极限之外

威慑理论要求立法者把从事违法行为的人放在承担侵权责任的位置上。^[31]但是,互联网环境令法律难以处罚违法行为人。互联网用户相对匿名的状态大大增加了查找违法行为人的成本。即便能找到违法行为人,这些人往往也属于那种无力履行判决的人,或者说没有足够的财产去支付赔偿金的人。^[32]可能有人会说,刑事责任可以作为替代。但是,让那些无辜的版权违法者承受比医疗事故责任者更重的处罚是不公平的。^[33]还有其他一些相应的衡平考虑——设计一种让极少部分违法行为人承担极重的处罚的法律制度是不合适的。^[34]此外,极端的刑事责任制度可能会危害互联网的合法使用,进而造成制约技术进步的“寒蝉效应”。因此,在这个意义上,建立网络服务提供商责任制度是有价值的。

(二) 交易成本

科斯定律表明:在一个不存在交易成本的完美市场中,理性人的自愿交易会使得资源获得最优化的利用,因此法律规则会对效率产生影响。^[35]在一个完美市场中,政府干预在经济上是无益的。^[36]在版权侵权中,如果版权人有权从直接侵权中获得救济,那么他们可以出售这种权利。如果直接侵权人有权对版权侵权行为不承担责任,那么他们也可以出售这种权利。如果必要,“从事侵权行为”的权利也会被认为值得购买它的人所收购。^[37]但是,交易成本可能破坏版权人与直接侵权人之间的这种可能的交易。^[38]如果交易成本很低,同时直接侵权人有足够的财产,那么直接侵权人和第三人就可以有效地分配责任,而无论法律是怎么规定的。^[39]如果最佳的法律要求将责任施加到网络服务提供商身上,以令他们阻止用

[30] Doug Lichtman & Eric Posner, Holding Internet Service Provider Accountable, 14 *SUP. CT. ECON. REV.* 221 (2006).

[31] Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyberwrongs? 87 *CORNELL L. REV.* 901, 910-911 (2002), 910.

[32] Assaf Hamdani, Who's Liable for Cyberwrongs? 87 *CORNELL L. REV.* 901, 910-911 (2002).

[33] Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin Press 2004.

[34] Doug Lichtman & Eric Posner, Holding Internet Service Provider Accountable, 14 *SUP. CT. ECON. REV.* 221 (2006), 234 n. 36; Douglas Lichtman & William Landes, Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective, 16 *HARV. J. L. & TECH.* 395 (2003); Susan Freiwald, Comparative Institutional Analysis in Cyberspace: The Case of Intermediary Liability for Defamation, 14 *HARV. J. L. & TECH.* 569 (2001).

[35] 参见 Alfred C. Yen, A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining, 26 *U. Dayton L. Rev.* 247, (2001); 264-265; R. H. Coase, The Problem of Social Cost, 3 *J. Law & Econ.* 1 (1960); Robert Cooter & Thomas Ulen, Law and Economics, 82-96 (2d ed. 1997); Marianne M. Jennings & Stephen Happel, The Post-Enron Era for Stakeholder Theory: A New Look at Corporate Governance and the Coase Theorem, 54 *Mercer L. Rev.* 873, 910-911 (2003).

[36] 参见 Alfred C. Yen, A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining, pp. 258-259.

[37] Alfred C. Yen, A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining, at 264-265.

[38] Alfred C. Yen, A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining.

[39] Doug Lichtman & Eric Posner, Holding Internet Service Provider Accountable, 14 *SUP. CT. Econ. Rev.* 221 (2006), 229.

户的版权侵权行为,那么网络服务提供商和用户也可能通过合同来达到这些目的。^[40]但是,在互联网空间,网络用户和网络服务提供商的数量都十分庞大,从而会让交易成本高得令人生畏。此外,有关版权的任何合同最终都会过期,而在高速的技术发展面前,更新一系列相互依赖的义务是非常困难的。^[41]因此,从交易成本方面考虑,让网络服务提供商承担责任也是有价值的。

(三) 控制能力

当第三人可以以低成本侦测和阻止违法行为的时候,间接责任便是有价值的。^[42]有学者列出了网络服务提供商可以作出的防范措施。网络服务提供商能侦测用户可疑的互联网使用行为模式,例如连续性地从一个家庭网络客户端流出通讯信息流,或者在大量外发的邮件中,出现完全相同的计算机代码。^[43]网络服务提供商还可以保存用户在一段时间内的行为记录,从而发现侵权行为人。^[44]此外,如果传输状态中存在可疑的变化,一个网络服务提供商还可以警告别的网络服务提供商或用户,以使他们确定威胁的来源,或者避免损害。^[45]

二 美国替代责任案件的回顾

在讨论对替代责任的不同解释之前,有必要先明确其理论基础。学者为替代责任提出了几个理论基础,包括企业责任、风险分担以及制止理论。^[46]替代责任在“雇主—雇员”的情况下成立,因为一个雇主能够控制应该做什么以及员工怎么做。Alfred Yen 指出,现代的法院判决“通常是把风险分担作为替代责任的理论基础”。^[47]他反对互联网服务提供商的替代责任,因为替代责任可能会迫使互联网服务供应商广泛地监控他们的用户,并且可能会抑制非侵权活动而造成社会的损失。^[48]“在大多数的案件中,责任存在与否取决于被告是否有过错。这意味着帮助责任以及诱导侵权将会主导大多数第三人版权责任案件,替代责任仅适用于那些如‘雇主—雇员’的代理关系中对被告施加严格责任的案件。”^[49]这种替代责任的有限应用是没有根据的。对接受替代责任的风险分担理论的法院而言,Yen 教授的论点可能是正确的。但是通过对如下案件的考察,笔者认为这些法院更可能是被替代责任

[40] Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Provider Accountable*.

[41] Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Provider Accountable*, pp. 235 - 236.

[42] Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Provider Accountable*, pp. 236 - 237.

[43] Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Provider Accountable*, p. 237.

[44] Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Provider Accountable*, pp. 237 - 238.

[45] Doug Lichtman & Eric Posner, *Holding Internet Service Provider Accountable*.

[46] 例如, Gary T. Schwartz, *The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability*, 69 S. CAL. L. REV. 1739, 1740 - 1749 (1996); Steven P. Croley, *Vicarious Liability in Tort: On the Sources and Limits of Employee Reasonableness*, 69 S. CAL. L. REV. 1705, 1706 - 1711 (1996); Robert B. Thompson, *Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise*, 47 VAND. L. REV. 1 (1994); Andrew Beckerman-Rodau, *A Jurisprudential Approach to Common Law Legal Analysis*, 52 RUTGERS L. REV. 269, 295 - 296 (1999); Alan O. Sykes, *The Economics of Vicarious Liability*, 93 YALE L. J. 1231, 1234 - 1236, 1240 - 1241, 1244, 1246 (1984).

[47] Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability after Grokster*, 219 (2006).

[48] 参见 Gary T. Schwartz, *The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability*, (1996); Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 TEX. L. REV. 1801 (1997).

[49] Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability after Grokster*, p. 239.

的制止理论所引导,即制止侵权者或侵权行为。^[50]

在 *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.* 案中,法院列出版权替代责任的现代构成要件,法院认为,“当监管的权利和能力与从版权作品获得明显直接的经济利益相结合……版权法的目的可能通过对这一受益者施加责任得到最好的执行”。^[51] 法院的判决并非以替代责任的制止理论为基础,因为法院认为在本案中,相比业主与承租人的关系模式,本案更加接近于雇主与雇员的关系模式。^[52]

Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc. 案可能是基于替代责任的制止理论的第一个版权替代责任的案例。^[53] 受版权保护的音乐未经过授权在哥伦比亚艺术家管理公司(CAMI)举办的音乐会上演出。^[54] 法院认为,“一个促进或诱导了表演者从事侵权行为的人应承担作为‘替代’侵权人的连带责任,即使他对于版权垄断正在被削弱没有切实的认识。”^[55] 法院假定哥伦比亚艺术家管理公司能够以低成本防止侵权行为,因为其对于侵权行为的推广。尽管哥伦比亚艺术家管理公司与直接侵权者的关系不同于雇主与雇员的关系模式,但是法院认为哥伦比亚艺术家管理公司应承担替代责任,^[56]很可能基于替代责任的制止理论。

在 *Artists Music, Inc. v. Reed Publishing, Inc.* 案中,被告里德以固定的价格将贸易展位租赁给 134 个参展商。^[57] 里德还向出席者收取了参观贸易展览的入场费。^[58] 展会期间,一些参展商在展览中播放了未得到版权人许可的音乐。^[59] 版权人声称,里德应当为参展商的侵权行为承担替代责任。^[60] 法院指出,“里德不得不雇佣具有认证音乐专业知识的调查人员来决定其是否受版权保护,或者决定使用是否已获得批准,最终确定使用是否是‘合理使用’。”^[61] 因此,法院不认为 Reed 应该承担替代责任。

与此相反,法院在 *Polygram International Publishing v. Nevada/TIG, Inc.* 案中认为贸易展览的经营者应承担赔偿责任。^[62] 在 *Polygram* 案中,Interface 出租展位给超过 2000 名参展商并收取租金费用。Interface 的规则和条例规定,为播放的音乐获得版权许可是参展商的责

[50] 参见 Gary T. Schwartz, *The Hidden and Fundamental Issue of Employer Vicarious Liability, 1740 - 1749* (1996); Steven P. Croley, *Vicarious Liability in Tort: On the Sources and Limits of Employee Reasonableness, 1706 - 1711*; Robert B. Thompson, *Unpacking Limited Liability: Direct and Vicarious Liability of Corporate Participants for Torts of the Enterprise*; Andrew Beckerman-Rodau, *A Jurisprudential Approach to Common Law Legal Analysis, 295 - 296* (1999); Alan O. Sykes, *The Economics of Vicarious Liability, 1234 - 1236, 1240 - 1241, 1244, 1246* (1984)。

[51] *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F. 2d 304, 307 (2d. Cir 1963)。

[52] *Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co.*, 316 F. 2d 304, 308 (2d. Cir 1963)。

[53] *Gershwin Pub. Corp. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F. 2d 1159 (2d Cir. 1971); Charles S. Wright, *Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, 1017。

[54] *Gershwin*, 443 F. 2d.

[55] *Gershwin*, 443 F. 2d.

[56] *Gershwin*, 443 F. 2d at 1162 - 1163.

[57] *Artists Music, Inc. v. Reed Publ'g, Inc.*, 31 U. S. P. Q. 2d 1623, 1626 (S. D. N. Y. 1994)。

[58] *Artists Music, Inc. v. Reed Publ'g, Inc.*

[59] *Artists Music, Inc. v. Reed Publ'g, Inc.*, 31 U. S. P. Q. 2d 1623, 1626 (S. D. N. Y. 1994)。

[60] *Artists Music, Inc. v. Reed Publ'g, Inc.*

[61] *Artists Music*, 31 U. S. P. Q. 2d at *6; Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 *GEO. L. J.* 1833, 1849 - 1850 (2000)。

[62] *Polygram Intern. Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1314 (D. Mass. 1994)。

任。^[63] 原告以参展商使用未经授权的音乐起诉 Interface 并要求其承担替代责任。^[64] Artists Music 案和 Polygram 案的不同点在于: Interface 通过提供电脑业者博览会 (COMDEX) 规则和条例具有契约上控制侵权行为的能力并且对贸易参展商以安排雇员的方式施行实际控制来确保规则的遵守。法院认为 Interface 应承担替代责任很可能是因为实际控制使得 Interface 处于制止未经授权音乐的使用的有利位置。

Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc. 案是替代责任扩大解释的开创性案例,之所以说是开创性的,是因为该案并没有建立在制止理论的基础上。^[65] Cherry Auction 开办了一个跳蚤市场,顾客们可以在此直接向个体卖主购买商品。^[66] 个体卖主与 Cherry Auction 签订了展位租借合同,合同约定 Cherry Auction 按天收取租金,向卖主提供停车位及广告服务,同时还约定 Cherry Auction 保留以任何理由驱逐任何卖主的权利。^[67] 原告主张 Cherry Auction 应该为个体卖主销售假冒音像制品的行为承担替代责任。^[68] 法院支持了原告的主张,认定 Cherry Auction 需要承担替代责任,其理由是 Cherry Auction 有权以任何理由终止与卖主间的契约关系,将卖主逐出市场。^[69]

Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc. 案也是一个值得反思的案例。^[70] 在该案中, Cybernet 公司提供一种名为“成人检查”的年龄验证服务,成人在通过验证后,可以访问色情网站,该服务还可以为成人网站提供收款的功能。^[71] 一些安装了“成人检查”程序的网站在它们的页面上未经许可使用了一些名人的肖像,原告主张 Cybernet 应该为此承担替代责任。法院经审理查明,在运行“成人检查”程序的过程中, Cybernet 会对使用该服务的网站上的图片进行监测,以保证这些图片有其服务所需的构图、外观和内容。^[72] 基于此,法院认为 Cybernet 应当承担版权侵权替代责任。其原因在于它有能力和终止侵权人使用其服务,并且可以通过密码控制客户的访问。^[73] 尽管 Cybernet 的监控程序可以保证用户网站上的图像达到其“成人检查”服务所需的质量,但是 Cybernet 没有能力移除或是阻拦对侵权资料的访问,因为每一个客户网站应对其本身的内容负责。此外,因为监控程序只是用来监控图像质量而非检测版权问题,所以在判断图像是否侵权的问题上, Cybernet 也不处于有利的地位。因此, Cybernet 案的判决可能产生不可思议的“寒蝉效果”。

Netcom 案是第一个考虑互联网服务提供商版权替代责任的案件。在 Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc 案中,一个用户在一个 BBS 上上传了

[63] *Polygram Intern. Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*, 855 F. Supp. 1319.

[64] *Polygram Intern. Pub., Inc. v. Nevada/TIG, Inc.*

[65] *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996).

[66] *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*

[67] *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*

[68] *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*

[69] *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*

[70] Jennifer Bretan, *Harboring Doubts about the Efficacy of § 512 Immunity under the DMCA*, 18 *BERKELEY TECH. L. J.* 43, 61 (2003); *Cybernet*, 213 F. Supp. 2d, 1158.

[71] Jennifer Bretan, *Harboring Doubts about the Efficacy of § 512 Immunity under the DMCA*, 18 *BERKELEY TECH. L. J.* 43, 61 (2003); *Cybernet*, 213 F. Supp. 2d at 1158.

[72] *Cybernet*, 213 F. Supp. 2d at 1173; Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability after Grokster*, 91 *MINN. L. REV.* 184, 206 (2006).

[73] *Cybernet*, 213 F. Supp. 2d at 1171 - 1172; Alfred C. Yen, *Third-Party Copyright Liability after Grokster*, 206 (2006).

侵权内容,该 BBS 是通过网络服务提供商 Netcom 访问互联网的。^[74] 原告指控 Netcom 应为用户未经授权使用他们的作品承担替代责任。法院接受了原告的证据,该证据显示 Netcom 能够中止进行商业广告、上传淫秽资料和不相关话题用户的账户,而且 Netcom 能够删除特定的帖子。^[75] 法院认为,因为 Netcom 有能力制裁这些滥用其服务的行为,所以它也是有可能低成本地控制侵权行为的。尽管如此,法院仍然认定 Netcom 不承担替代责任,理由是 Netcom 只是向用户收取固定的月租费,没有从侵权行为中直接获得经济利益。^[76]

A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. 案也是一个重要的案例,因为在该案中,法院第一次判定互联网服务提供商应对版权侵权承担替代责任。^[77] Napster 通过点对点(P2P)文件共享过程,促进了 MP3 文件在它的使用者之间的传输。^[78] 法院认为 Napster 应承担替代责任因为 Napster 有能力监控在其“搜索索引中列出的”侵权资料的名称。^[79] 在 Gershwin 案中,哥伦比亚艺术家管理公司促进了侵权行为的发生,但该案不同,Napster 没有给予侵权者任何指引。法院认为 Napster 应承担替代责任可能基于其监控文件名和以低成本防止版权侵权的能力。

三 替代责任的构成要素

(一) 控制要素

制止理论为非“雇主—雇员”关系下看门人的替代责任提供了正当性,但是该理论并没有告诉法院何时应当要求看门人承担这种责任。如上所述,替代责任出现于当第三方有权利和能力监督直接的侵权者或者侵权行为;以及从侵权行为获得“直接的经济利益”。^[80]

关于控制要素,美国法院确立了两项不同的标准:事实控制和法律控制。事实控制“要求第三方能实际辨别侵权行为和非侵权行为”。^[81] 这种控制能力“不仅仅要求第三人有能力在不考虑哪些行为侵权、哪些行为不侵权的条件下停止其用户的行为的潜在权利或终止其他行为的权利,此外,如果第三人在有证据证明侵权行为发生后才能有效终止侵权行为,则也不能被认为拥有事实控制的能力”。^[82] 然而,法律控制要求的仅仅是限制所有行为的合同能力。^[83] A. 汉姆达尼这样解释法律控制:“在这种方式下,这种‘控制’要素仅要求第三方拥有控制侵权的技术上的能力。所以,这种要素存在于任何第三方有技术控制的关系中(例如,第三方为获取产品或实施某项行为提供便利),即使当有效地进行这种控制(区分侵权行为和非侵权行为并且只防止前者的发生)是不切实际时,仍然认为第三方有能力进

[74] Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1365 (N.D. Cal. 1995).

[75] Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.

[76] Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.

[77] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004.

[78] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004.

[79] A & M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004.

[80] 参见 Shapiro, Bernstein & Co. v. H. L. Green Co., 316 F.2d 304, 307 (2d Cir. 1963); 参见 Demetriades v. Kaufmann, 690 F. Supp. 289, 293 (S.D.N.Y. 1988)。

[81] Assaf Hamdani, Gatekeeper Liability, 77 S. Cal. L. Rev. 53, 101.

[82] Charles S. Wright, Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998, 1013 (2000); Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 847 F. Supp. 1492, 1497 (E. D. Cal. 1994), rev'd, 76 F.3d 259, 264 (9th Cir. 1996).

[83] Polygram Int'l Publ'g, Inc. v. Nevada/TIG, Inc., 855 F. Supp. 1314, 1328-1329 (D. Mass. 1994); 3-12 Nimmer on Copyright § 12.04.

行控制。”

在制止理论为替代责任提供理论基础的前提下,控制要素应当被限制地解释为在可接受成本下的控制,这是实际控制和法律控制的一个折中。^[84] 无需正在进行的和先前控制的证据,只要有一种低成本的潜在预防就足以满足控制要素。^[85] 法院应该依潜在的阻止能力认定控制要素而不是依法律关系的存在。^[86] 这样,它应当是事实的控制而非只是法律上有控制的权利。在互联网服务提供商责任的情境中,这是指以低成本有效地区分侵权用户或行为与非侵权用户或行为的能力。如果互联网服务提供商能够以低成本防止不当行为,那么它就不会在不能从用户发表的内容中得到直接经济利益的时候过于主动地去阻止侵权行为。过度防止有损互联网服务提供商的声誉,相反的,理性的阻止侵权行为常常提高它的地位,并且产生诸如更大用户群的间接经济利益,因为在互联网服务提供商网络上的内容越多,吸引到的终端用户就越多。由于对版权侵权的严厉制裁,互联网服务提供商不会为了满足那些想要获得侵权内容的用户而对侵权行为无动于衷。

(二) 直接的经济利益要素

对于经济利益,一些法院对其进行限制性解释。例如,在 *Artists Music* 案中,法院在审理中查明“里德是向参展者出租摊位,并按摊位大小收取固定费用。里德从展出获得的收入与参展者是否播放任何音乐并无关系”。^[87] 法院驳回了原告认为音乐创造出展览成功必要氛围的诉称,法院同时认为原告没能证明被告从参展者的受版权保护的歌曲演出中获取任何经济利益。^[88]

相反,一些法院没有对经济利益要求设置高标准。在 *Polygram* 案中,法院认为音乐可以被用来“与展览中的参与者交流”,“当音乐在这种交流中起辅助作用,它则为展览提供了经济利益,满足了替代责任的经济利益标准方面的要求”。^[89] 此案中法院接受了被 *Artists Music* 案法官否定了的求偿理由,也就是音乐增强了展览的效果。^[90]

在 *Ellison v. Robertson* 案中,尽管未授权地上载哈兰·埃利森的小说有助于扩大 AOL 的用户基础,这样可以增加其收入,但上载产生的吸引力仅达到“大约 AOL 总用量的 0.00000596%”。^[91] 法院认为,“确定‘直接经济利益’有一个重要条件,即侵权行为和被告获得的经济利益间是否存在着因果关系,不管该经济利益占被告的总利润多大比例。”^[92] 由于

[84] 参见 Charles S. Wright, *Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, 1013-1018 (2000); *The United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947)。

[85] 参见 *Demetriades*, 690 F. Supp. 292 (S. D. N. Y. 1988)。

[86] Charles S. Wright, *Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, 1014.

[87] 31 U. S. P. Q. 2d 1623 (S. D. N. Y. 1994)。

[88] 31 U. S. P. Q. 2d 1623 (S. D. N. Y. 1994)。

[89] *Polygram*, 855 F. Supp. 1314, 1331-1332.

[90] 参见 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); cf. *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996); *Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*.

[91] *Ellison v. Robertson*, 189 F. Supp. 2d 1051 (D. Cal. 2002), rev'd, 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004); 3-12 *Nimmer on Copyright* § 12.04.

[92] *Ellison*, 357 F.3d at 1079.

原告没有提供足够的证据证明这种因果关系,法院认为 AOL 不负替代责任。^[93]

汉姆达尼认为,如果法院对直接经济利益进行限制性解释,那么追究互联网服务商替代责任所可能导致的负面影响会减少。^[94] 他注意到,“与其他第三方相比,从任何发布在他们网络上的额外作品中获取利益的互联网服务提供者将能够更好地自我评估成本和监控收益”,并且将不会从事过度监控。^[95] 直接的经济利益仅仅为互联网服务提供者提供一个合理防止侵权的动机,但是不能提供任何制止过度防止的保证。因为过度防止是由高监控成本引起的,只有当法院把控制要素解释为以低成本加以控制时才能避免。

四 垄断看门人的替代责任

(一) Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 案和 Perfect 10, Inc. v. Visa 案

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc. 案是少数讨论搜索引擎对版权侵权承担替代责任的案例之一。^[96] Perfect 10 是一个拥有裸体女模特照片版权的成人娱乐公司。^[97] 用户必须缴纳会员费才能登陆系统和浏览照片。^[98] 一些网站在没有获得授权的情况下在网上公开 Perfect 10 的照片,这些照片随后自动被 Google 编入索引。^[99] 因此,Perfect 10 对谷歌提起版权侵权之诉。^[100] 法院认为构成替代责任需要两个方面的“控制”要素:“停止和限制直接侵权行为的法定权利”和阻止直接侵权的实际能力。^[101] 与第三方网站的协议将授予 Google 阻止第三方侵权的法律上的权利。^[102] 由于“Perfect 10 没有证明 Google 拥有与第三方签订的使自己有权阻止或限制他们复制、展示和传播 Perfect 10 网上照片的侵权复制品的合同”,法院认定控制要素的要求没有满足。

AdSense 是一个广告程序,“Google 付费给参与的商家在他们的网站上刊登第三方的广告”。^[103] 尽管 Google 的 AdSense 协议称 Google 保留“监控和终止与侵犯其他人版权的实体合伙关系的权利”,法院认为“Google 终止 AdSense 合伙的权利并未使它有权阻止直接的第三方网站的侵权行为”。^[104] Perfect 10 v. Visa 案中法官的少数意见进一步说明被排除出 AdSense 意味着收入的损失,但是几乎对网站的商业运作本身没有任何影响。^[105] 因此,AdSense 协议并没有给予 Google 控制商家网站上侵权行为的能力。

然而,法律上控制侵权行为的权利只能存在于合同中吗? 尽管雇主责任原则要求雇主

[93] Ellison, 357 F.3d 1072.

[94] Assaf Hamdani, *Who's Liable for Cyberwrongs?* 946-947 (2002).

[95] Assaf Hamdani, *Who's Liable for Cyberwrongs?*

[96] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007).

[97] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.

[98] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.

[99] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.

[100] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.

[101] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.

[102] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.; 参见 Charles S. Wright, *Actual Versus Legal Control: Reading Vicarious Liability for Copyright Infringement into the Digital Millennium Copyright Act of 1998*, 1013-1018 (2000); *Banff, Ltd. v. Limited, Inc.*, 869 F. Supp. 1103 (S.D.N.Y. 1994).

[103] Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n, 494 F.3d 788, 820 (9th Cir. 2007).

[104] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 at 730.

[105] Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n, 494 F.3d 788, 820 (9th Cir. 2007).

对雇员的违法行为承担责任以双方存在合同关系为条件,这样的要求在非雇佣关系中可能并不合理。假设内容识别技术先进到足以监测到第三方网站上的版权侵权行为,立法者可以要求搜索引擎在其和第三方网站之间没有合同的情形下进行过滤吗?如果我们认为制止理论是替代责任的逻辑依据,那么合同关系的存在就不是一个必不可少的要求。^[106] 因为“Google 不能阻止任何第三方网站从事复制、展示和传播未授权的 Perfect 10 的照片拷贝”,法院判定 Google 不承担替代责任。^[107] 但是,Perfect 10 v. Visa 案中的少数意见指出:“我们从不要求一个‘阻止侵权的绝对权利’作为替代责任的必备要件;如果被告有‘实际能力’这样做,那就足够了。”换句话说,替代责任的一个要素应当是使侵权行为明显减少的能力而非彻底消除侵权行为的能力。由于 Google 有能力将侵权网站从搜索结果中移除,它可以大大减少它们的曝光率,从而减少版权侵权。

在 Perfect 10 Inc. v. Visa 中,许多在不同国家的网站窃取并非法在线销售 Perfect 10 的照片。^[108] 出售侵权内容的交易通常以被告 Visa 所运营的信用卡为支付手段,Visa 对商家收取交易费。Perfect 10 对金融机构 Visa 提起版权侵权之诉,而非起诉直接的侵权人。法庭中多数人认为 Visa 不需要承担替代责任,但是科津斯基(Kozinski)法官提出了很有说服力的少数意见。

多数法官对 Visa 拒绝进行信用卡支付会减少侵权销售表示认同,但是这是“间接经济压力的结果而非对合同权利的直接行使”。^[109] 然而,防止指的是直接地或者间接地防止侵权。间接的经济压力同样是一个有力的防止手段。正如少数意见中指出的,“对侵权行为的实际控制是对侵权者的一种阻止方式,但肯定不是唯一的方式。收回至关重要的服务,例如经济支持,也可以很有效,甚至有时比可以规避的技术方法更加有效。”^[110] 法庭多数方担心太多主体会被卷入替代侵权的诉讼中。^[111] 尽管像软件运营商、网络技术人员甚至公共事业公司等许多基础设施提供商能够限制侵权,但不是他们中所有人都从侵权中获得直接的经济利益。例如,软件运营商的收入并不随着软件使用的增长而增加,它并没有从侵权中获取直接的经济利益。因此,并非每一个基础设施的垄断供应者都应当承担替代责任。多数意见还认为 Perfect 10“把阻止牟取暴利的能力与控制侵权的权利和能力合而为一”。^[112] 如上所述,替代责任的目标不是消除侵权,而是尽最大可能有效地减少侵权。失去获取利益的能力,侵权网站的数量会大幅度减少。因此,阻止牟取暴利的能力与控制侵权的权利和能力是相一致的。

科津斯基法官的少数意见指出经营方式的可替代性不重要,因为可替代性在判定替代责任的 Fonovisa 和 Napster 案中也存在。笔者不同意该少数意见。在 Fonovisa 和 Napster 案中,侵权发生在第三方的场所或网络而且第三方能够防止侵权。Visa 之所以应被认定承担替代责任,主要是因为它的市场垄断地位和以现金或者支票支付的付款方式的不切实际性。毕竟,有

[106] 参见 Frederic Reynold, *Negligent Agency Workers: Can There Be Vicarious Liability?* 34 *INDUS. L. J.* 270, 272 (2005)。

[107] Frederic Reynold, *Negligent Agency Workers: Can There Be Vicarious Liability?*

[108] *Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n*, 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007)。

[109] *Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n*, 494 F.3d 805 (9th Cir. 2007)。

[110] *Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n*。

[111] *Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n*。

[112] *Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n*。

多少人愿意寄支票到外国,并且等待数周后才下载色情照片呢?^[113] 尽管 Mastercard, American Express, Discover, Paypal and ACH checking 提供类似的服务,但是它们目前不可能取代 Visa。替代责任的要素可能不尽相同,取决于三种不同的关系:雇主—雇员关系,经营者的场所提供者和提供信用卡处理服务的基础设施垄断提供者。用以下图表加以说明:

关系	要素	理论基础
雇主/雇员	监督雇员的权利和能力 + 从侵权获得的直接经济利益	主要的理论基础—制止理论, 次要的理论基础—矫正正义
经营场所提供者	防止侵权的权利和能力 + 从侵权所获得的直接或者间接的经济利益	制止理论
基础设施的垄断提供者	排除侵权者的权利和能力 + 市场支配能力 + 从侵权获得的直接经济利益	矫正正义

替代责任传统上适用于雇主—雇员的关系,其中直接侵权人遵循第三方的指示。雇主可以控制雇员工作的内容以及雇员如何做,雇主还被期待采取成本合理的预防措施以培训和监督雇员。在讨论替代责任时,学者们的重点集中在因果关系上而不是经济利益上。^[114] 欧内斯特·威因利普(Ernest Weinrib)指出,“因为矫正正义是标准的行为人和受害人的关系,从某种意义上来说,只有当雇主被认为是伤害的施害者时,雇主负责制才符合矫正正义。矫正正义要求我们认为有过错的雇员与雇主联系紧密,对于前者行为承担的责任可归于后者。”^[115] 威因利普的矫正正义理论侧重于相关性,强调因果关系,而 J. 科尔曼(Jules Coleman)的理论集中于不法行为产生的得失,放宽因果关系的要求。^[116] 科尔曼指出,“威因利普的理论和我的一个不同方面是:他认为矫正的目标是‘过错’,而我认为是‘不当损失’。”替代责任在雇主—雇员的情况下大致可以用制止理论佐证,因为大部分事故可以通过谨慎的招聘和培训加以预防。即使雇主不能完全控制风险,如果从侵权行为中获取直接的经济利益,法院也可以在矫正正义的基础上认定替代责任。

在经营场所提供者情境中,尽管经营场所提供者不能控制直接的侵权者,但它可以通过监控或系统结构实际控制经营场所的行为。这种结构控制指的是物理环境或网络空间中的编码,特别是人类建造的环境。^[117] 例如,马路上的减速装置就是对速度的一种结构限制。^[118] 互联网服务提供商可以使用内容识别技术来过滤网络上侵犯版权的材料。^[119] 结构是“自动的,即时的,可塑的”。^[120] 它是自我执行,限制了法律赋予的自由裁量权。^[121] 除非人们能规避这种结构,否则他们不可能进行侵权行为。^[122] 因此,这种结构和法律相比在监督和执

[113] Perfect 10, Inc. v. Visa Intern. Service Ass'n.

[114] Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* 186 (1995); Catharine Pierce Wells, *Corrective Justice and Corporate Tort Liability*, 69 *S. Cal. L. Rev.* 1769, 1774 (1996).

[115] Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* 186 (1995); Catharine Pierce Wells, *Corrective Justice and Corporate Tort Liability*, 1774 (1996).

[116] Jules L. Coleman, *Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits* (pt. 2), 2 *LAW & PHIL.* 5, 10-14 (1983); Jules L. Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, 67 *IND. L.J.* 349 (1992).

[117] Ke Steven Wan, *Gatekeeper Liability Versus Regulation of Wrongdoers*, 34 *OHIO N. U. L. REV.* 483 (2008).

[118] Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* 92 (1999).

[119] Google intros Youtube video Identification, 参见 <http://www.earthtimes.org/articles/show/124974.html>.

[120] James Grimmelmann, *Regulation by Software*, 114 *YALE L.J.* 1719, 1729-1730 (2005).

[121] James Grimmelmann, *Regulation by Software*.

[122] James Grimmelmann, *Regulation by Software*.

行上更符合成本效益。^[123] 经营场所提供者可以有权利和能力防止侵权,即使它不能直接控制侵权人。

与经营场所提供者不同,基础设施提供商缺乏对直接侵权实际控制的能力,因为侵权行为不发生在它的经营场所。但是,如果它在相关市场有市场支配力,它就能将侵权者排除出它的服务网络,这也是一种有效的防止。因此,即使缺少防止侵权的能力,基础设施的垄断提供商也有权利和能力阻止直接的侵权者。

关于替代责任的经济利益方面,如果第三方是经营场所提供者,间接的经济利益就可以导致替代责任的认定。如果侵权发生在第三方的营业场所,可以说它是有责任监管的。以制止理论为基础,确定责任的标准要权衡有关替代责任的成本和收益。

在第三方是缺少控制侵权能力的垄断看门人时,替代责任的理论基础应当是矫正正义而非制止理论。只有直接的经济利益才能导致替代责任的认定。有学者指出替代责任与制止理论和补偿理论相一致,而与矫正正义不相一致。^[124] 根据亚里士多德的观点,矫正正义适用于一方因为另外一方造成对他的损害而得到比他的合法份额更多(或更少)的情况。^[125] 它矫正了双方之间的道德失衡,^[126]但是在原告与第三方之间不存在道德失衡。^[127] 然而,有两种类型的矫正正义:矫正错误和矫正非法所得。^[128] 如果第三方从侵权中获得直接的经济利益,第三方应对直接侵权者的侵权行为承担责任。第三方是否有过错或者故意侵权并没有关系。笔者认为,直接经济利益方面已经为矫正正义提供了足够的理由。^[129] 如果替代责任的标准是建立上面提到的制止理论的基础上,那么从侵权所获经济利益就不一定要求是直接的。

按照科尔曼的矫正正义的理论,不法所得和损失被限制在经济所得和损失的范围内。^[130] “矫正正义要求一个以他人的损失为代价使自己不当得利的人有道德义务使被害人恢复到损失发生前的状态。”^[131] 在矫正正义和不当得利之间存在着混淆。直接的经济利益使得一方不当地在经济上得利,而侵权的故意使得一方道德上获得了不当利益。不当得利,或者不法所得可以有形的也可以是无形的。^[132] 当一方过度地行使其自由,便可能侵犯到他人的自由且使他人蒙羞。^[133] 这种无形的所得比确定的所得更加普遍并且存在于几乎所

[123] James Grimmelmann, *Regulation by Software*.

[124] Christopher J. Robinette, Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin, 14 *GEO. MASON L. REV.* 329.

[125] Aristotle, *The Nicomachean Ethics*, Book V at 1130b30 to 1131a1 (D. Ross Trans. 1963, 1980).

[126] 参见 Joseph H. King, Jr., Pain and Suffering, Noneconomic Damages, and the Goals of Tort Law, 57 *SMU L. REV.* 163, 193 (2004); Joseph H. King, Jr., Limiting the Vicarious Liability of Franchisors for the Torts of Their Franchisees, 62 *WASH. & LEE L. REV.* 417, 476-477 (2005).

[127] Christopher J. Robinette, Torts Rationales, Pluralism, and Isaiah Berlin, 351 (2007).

[128] Catharine Pierce Wells, Tort Law As Corrective Justice: A Pragmatic Justification For Jury Adjudication, 88 *MICH. L. REV.* 2348, 2370 (1990).

[129] Catharine Pierce Wells, Tort Law As Corrective Justice: A Pragmatic Justification For Jury Adjudication.

[130] Jules Coleman, *Moral Theories of Torts: Their Scope and Limits* (pt. 2), 2 *LAW & PHIL.* 5, 6-11 (1983).

[131] Richard Ausness, Conspiracy Theories: Is There A Place for Civil Conspiracy in Products Liability Litigation? 74 *TENN. L. REV.* 383, 412 (2007); 参见 Alan L. Calnan, Distributive and Corrective Justice Issues in Contemporary Tobacco Litigation, 27 *SW. U. L. REV.* 577, 602-605 (1998); Jules Coleman, Corrective Justice and Wrongful Gain, 11 *J. LEGAL STUD.* 421, 423 (1982) (“矫正正义的原理要求同时取消不法所得和损失”); Donald G. Gifford, The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Products Torts, 62 *WASH. & LEE L. REV.* 873, 886 (2005); Aristotle, *The Nicomachean Ethics* bk. V, ch. VII, 154-155 (J. E. C. Welldon trans., Prometheus Books 1987).

[132] 参见 Alan L. Calnan, Distributive and Corrective Justice Issues in Contemporary Tobacco Litigation, 602-605 (1998); Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* 116 (1995).

[133] Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* 116 (1995).

有的侵权中。^[134] 如果科尔曼的理论涵盖无形所得,它就能为被告不获得经济利益的传统的过失案件提供理论基础。被告由于原告某种意义上的平等感的丧失而获得某种优越感,所以应当要求被告承担责任以在原告与被告间矫正失衡的状态。

直接侵权者和第三方都可以从侵权行为中获取无形的所得。其中在第三方有助于侵权并且有侵权的故意时,它就获得了某种意义上的优越感。^[135] 没有侵权的故意,即使它有助于侵权,也不能被视为是获得一种优越感。“侵权意图”的要求为矫正正义提供了正当理由。科尔曼指出,“根除道德的错误是一个惩罚性正义的问题,而不是矫正正义的问题。”^[136] 笔者的观点与科尔曼的一致,因为第三方不应当被判承担替代责任,除非原告遭受的损失是有形的。下面的图表说明笔者的观点。

	第三方获取有形的所得	第三方获取无形的所得
原告遭受有形的损失	替代责任	替代责任
原告遭受无形的损失	无替代责任	无替代责任

然而,对侵权行为的知晓可能不足以使第三方获得无形利益。如果第三方事实上知晓侵权行为并且对侵权提供帮助,那么侵权的意图可以从帮助中推断出来。如果第三方只是被推定了解侵权行为,法院在没有它对侵权进行诱导的证据时不能认定第三方有侵权的意图。例如,在点对点软件的情境中,软件开发商被推定对版权侵权行为有所了解,如果他们不积极诱导侵权即不应当承担责任。在 *Grokster* 案中确立的诱导规则可以为矫正正义所佐证。^[137]

这一部分以信用卡公司为例讨论拟议的垄断看门人责任制度。^[138] 有人提议对信用卡公司实行一种有条件的责任豁免制度,这与互联网服务提供商的“通知与移除”制度类似。“一种解决方式是要求信用卡公司向被指控侵权的成员转发一份侵权的通知,并且一并发送终止支付服务的警告——除非被指控的成员立即回复一个反通知,否则服务将会被终止。但是,如果信用卡公司收到了反通知,版权所有人只能起诉直接的侵权者。信用卡公司只有在法院认定相关内容侵权的情形下才终止服务。如果版权所有人由于侵权者在国外而不能遵循程序或者执行判决,他们可以告知信用卡公司,然后信用卡公司可以终止服务。”^[139]

笔者认为,信用卡公司应当承担替代责任。如果侵权发生,信用卡公司与侵权者应当承担连带责任。为减少替代责任的负面效应,在商家第一次侵权时,可以要求信用卡公司支付很少的损害赔偿。如果同一商家第二次实施了版权侵权行为,信用卡公司可以被要求承担全部损害赔偿。这种拟议制度的一种可能结果是信用卡公司会采用一种政策。这种政策规定,一旦商家实施了侵权行为,这个商家将被排除出信用卡处理网络。这个拟议的制度能平衡信用卡公司的风险和防止版权侵权的需要。

[134] Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* 116 (1995).

[135] Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* 116 (1995).

[136] Jules L. Coleman, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, 77 *IOWA L. REV.* 427, 442 (1992).

[137] *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.*, 125 S. Ct. 2764 (2005).

[138] 17 U.S.C. § 512.

[139] David Haskel, *A Good Value Chain Gone Bad: Indirect Copyright Liability in Perfect 10*, 23 *BERKELEY TECH. L. J.* 405, 435 (2008).

五 结 论

一般认为,由于基础设施的提供者缺少监督的能力,所以不应当将他们包括在可能的替代责任承担者的范围内。然而,如果基础设施的提供者在相关市场上获得了垄断地位,结论或许会发生改变。以 Visa 为例,本文探讨了垄断看门人的替代责任。笔者认为,垄断看门人应当被要求承担替代责任,因为它能够通过排除威慑方式防止侵权。直接经济利益要素应当予以限制性解释,因为替代责任的理论基础是矫正正义。替代责任潜在的不利影响可以通过拟议的制度得以减少。

首先,尽管监控侵权人行为的能力有限,一个垄断的看门人能够通过排除威胁阻止侵权者。与舞厅所有者不同,基础设施的垄断供应商缺乏对侵权者的行为进行实际控制的能力,因为行为并不发生在其经营场所。然而,如果它在相关市场具有市场支配力,它可以将侵权者排除出其服务网络。由于垄断看门人缺乏监管的能力,所以让其承担替代责任的理论基础不是制止理论而是矫正正义,它要求对直接经济利益方面进行限制性解释。

其次,对科尔曼矫正正义的理论有所扩展并且将其适用于第三方从侵权中未获得有形收益的案件。科尔曼的理论仅仅涵盖了有形收益并且没有为在常规的过失案件中对没有获得有形收益的被告施加责任提供正当理由。如果第三方故意帮助侵权,它就会获得一种优越感,这使得它在道义上不当得利。因此,笔者认为,尽管第三方没有获得有形的收益,“侵权的故意”证明矫正正义也是有道理的。

最后,提议建立一个垄断看门人的责任制度来平衡他们的风险与防止侵权行为的需要。如果侵权行为发生,看门人和侵权者将承担连带责任。垄断看门人在侵权者初犯的情形下可能被允许支付少量的损害赔偿。如果同一侵权者第二次侵权,垄断看门人可以被责令支付全部赔偿。替代责任的不利影响可能以此方式得到减轻。

[Abstract] Recent cases have reignited debate on vicarious liability for gatekeepers providing essential facilities such as electronic payment processing service. Generally speaking, gatekeeper liability is undesirable where a gatekeeper lacks the right and ability to control infringement. A monopolistic gatekeeper of essential facility, however, is able to exclude infringers from its service network, which may act as an effective deterrence. Thus, although a monopolistic gatekeeper is not able to control infringement directly, it can deter infringers by threat of exclusion. This essay sets forth different prongs for vicarious liability, depending on three types of relationship: the employer-employee relationship, premise providers and monopolistic providers of essential facilities. Taking Visa as an example, this essay discusses the desirability of monopolistic gatekeepers' vicarious liability for copyright infringement and explores the rationales such as deterrence and corrective justice. The essay also proposes a liability regime for monopolistic gatekeepers to balance their risk with the need to prevent infringement.
