

# 内容算法推荐服务提供者的版权注意义务探究

刘凯琪

长春理工大学法学院, 吉林 长春

收稿日期: 2024年3月8日; 录用日期: 2024年3月26日; 发布日期: 2024年4月30日

## 摘要

数字经济时代, 算法推荐是一种基于个性化算法和大数据分析的技术, 旨在为用户提供个性化、精准的推荐内容。通过分析用户的兴趣、行为和偏好, 算法能够自动筛选和推荐符合用户兴趣的信息、产品或服务。算法推荐服务提供者通过对用户提供一系列个性化内容, 极大地增加了用户黏性和每日活跃度, 与此同时, 算法推荐不当应用也会面临版权内容侵权风险, “算法推荐第一案”要求内容算法推荐服务提供者应承担较高的注意义务, 但未提供充分的理论依据, 因此对算法推荐内容版权的探究, 对于保护版权、促进创新, 有重要的理论和实际意义。本文旨在通过算法推荐技术对于我国算法推荐网络服务提供者所带来的挑战与困境, 从规则、理论, 实践三个层面来进一步分析其所应承担的注意义务, 并设定含有过滤机制的事前注意义务, 同时运用法经济学理论以及细化网络服务提供者举证证明责任来明晰其注意义务的承担。

## 关键词

算法推荐, 版权保护, 注意义务

# Research on Copyright Care Duty of Content Algorithm Recommendation Service Providers

Kaiqi Liu

School of Law, Changchun University of Science and Technology, Changchun Jilin

Received: Mar. 8<sup>th</sup>, 2024; accepted: Mar. 26<sup>th</sup>, 2024; published: Apr. 30<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

In the era of digital economy, algorithmic recommendation is a technology based on personalized

文章引用: 刘凯琪. 内容算法推荐服务提供者的版权注意义务探究[J]. 法学, 2024, 12(4): 2607-2617.

DOI: 10.12677/ojls.2024.124369

algorithms and big data analysis, aiming to provide users with personalized and accurate recommendation content. By analyzing the user's interests, behaviors, and preferences, the algorithm is able to automatically filter and recommend information, products, or services that match the user's interests. At the same time, improper application of algorithm recommendation will also face the risk of copyright infringement. The "first algorithm recommendation case" requires content algorithm recommendation service providers to bear a high duty of care, but it does not provide sufficient theoretical basis. Therefore, the exploration of the copyright of algorithm recommendation content has important theoretical and practical significance for copyright protection and innovation promotion. The purpose of this paper is to further analyze the duty of care from the three levels of rules, theory and practice through the challenges and dilemmas brought by algorithmic recommendation technology to China's algorithmic recommendation network service providers, and set the prior duty of care with filtering mechanism, and at the same time use legal and economic theories and refine the burden of proof to clarify the burden of proof of network service providers.

## Keywords

Algorithm Recommendation, Copyright Protection, Duty of Care

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 算法推荐技术应用场景与网络版权平台运行表现

### 1.1. 算法推荐技术的实际应用场景

根据国家互联网信息办公室等四部委于 2021 年 12 月 31 日《互联网信息服务算法推荐管理规定》(以下简称管理规定), 将应用算法推荐技术明确为, 生成合成类、个性化推送类、排序精选类、检索过滤类、调度决策类等算法技术向用户提供信息。依据管理规定可将算法推荐技术应用场景分为以下五类。

1) 生成合成类。根据其生成物或合成物种类可进一步进行划分, 生成合成类算法推荐技术根据生成物的种类可细分为: 文本内容生成或编辑技术, 如 ChatGPT 对话式人工智能, “Dream writer”, 聊天机器人微软小冰等; 语音内容生成或编辑技术, 如智影、讯飞快读等等。

2) 个性化推送类。个性化推送类算法推荐技术, 是由数字网络平台经营者, 通过用计算机算法和数据分析技术收集大量用户数据, 包括用户的个人信息、历史行为数据、评价和反馈等。进而进行数据预处理与特征提取, 特征可以包括用户的年龄、性别、地理位置、购买习惯、浏览历史等, 最终形成用户画像, 并依此向用户提供不同内容、商品和服务推荐。

3) 排序精选类。排序精选类算法推荐技术是一种用于优化和个性化推荐系统的算法, 旨在根据用户的兴趣和偏好, 对大量的内容进行排序和筛选, 将最相关和最有吸引力的内容呈现给用户。例如, 微博热搜榜单, 淘宝店铺及商品排序, 百度搜索引擎榜等, 这些榜单可以帮助用户和消费者了解大多数人的关注热点与选择倾向, 更容易获得用户和消费者的点击与商业转化。

4) 检索过滤类。检索过滤类算法推荐是一种常见的推荐技术, 用于根据用户需求和查询条件, 从大规模的内容库中检索和过滤出最相关的内容。例如, 采取关键词搜索, 对于敏感词的批量屏蔽, 以此达到不良信息过滤目的。

5) 调度决策类。调度决策类算法推荐是一种应用于调度资源与优化决策的推荐技术。它主要用于根据一定的规则和策略,为用户提供最优的资源分配和决策方案。例如,在生产制造领域,调度决策算法可以用于优化生产线上各个工序的调度顺序,以最大程度地提高生产效率和降低生产成本;在交通运输领域,调度决策算法可以用于优化交通路线和车辆调度,以提高交通运输的效率和减少拥堵。

## 1.2. 算法推荐技术网络版权平台运行表现

随着大数据时代的兴起,算法推荐技术为构建一个更加健全和公正的网络版权环境发挥了重要作用。智能算法的应用使得网络版权治理更加高效和精确。这些算法能够自动识别和监测侵权内容,减轻了版权人手动追踪和发现侵权的工作负担[1]。智能算法能够快速准确地定位侵权内容,并采取相应的屏蔽和删除措施,保护版权人的权益。此外,智能算法还能够分析和研究大量的版权数据,为版权治理提供更多的参考和决策支持。通过智能算法的应用,国家和平台能够更加有效地管理和规范在线版权侵权行为,维护良好的网络版权秩序。目前,算法推荐技术在网络版权平台运行主要表现一下三方面。

1) 内容推荐算法化。我国互联网行业目前正处于以人工智能为核心的算法驱动的分发时代。信息分发平台利用算法的个性化推荐功能,改变了传统的“人找信息”模式,转变为“信息找人”的模式。在各个领域如新闻资讯平台、短视频平台、社交媒体平台等,通过个性化内容推送,根据用户的信息偏好提供定制化的推荐内容,从而增强用户粘性,吸引更多第三方内容创作者,并激励更多的内容创作活动。此外,在电子商务平台中,个性化商品推荐根据用户的偏好和需求进行,成为提高商品销售率和开拓长尾市场的重要策略。在搜索引擎平台中,个性化内容推送体现在搜索结果页面的排序上。这种算法驱动的个性化分发模式正在推动我国互联网行业向更高水平发展,以更好地满足用户的搜索需求。算法推荐已经成为互联网平台提供个性化服务的关键工具,通过分析用户的行为和偏好,为用户提供更加符合其兴趣和需求的内容和商品。这种个性化推荐模式推动了互联网行业的快速发展,为用户提供了更好的使用体验和服务[2]。

2) 平台过滤检测算法化。版权内容过滤技术是智能算法在网络版权治理中的一种具体应用。在该技术中,网络服务提供商在接收用户上传的内容时,利用算法将其与平台内的版权数据库中的正版内容进行对比,并判断是否存在相似度较高的内容。美国视频网站 YouTube 最早采用了这种版权内容过滤技术,并推出了其知名的“内容身份系统(Content ID)”。在国内,一些知名网络平台也积极引入类似的过滤检测技术。同时,我国在行政执法和行业自律的政策要求中,明确要求网络服务提供商“主动屏蔽、移除侵权作品”[3]。

3) 版权侵权通知算法化。随着网络平台上内容的不断增加,传统的“通知-删除”规则面临一些挑战。该规则指的是版权人通过人工发出侵权通知,然后网络服务商通过人工操作删除侵权内容。然而,由于网络平台上存在大量的信息,版权人难以第一时间查找可能存在侵权的内容。对版权人来说,仅依靠人工搜索和追踪侵权内容,并发送侵权通知的方式是不可行的,因为这增加了维权的成本并降低了效率。同样地,对于网络服务商而言,仅依靠人工审核和删除海量的侵权通知也是不现实的。因此,需要寻求更有效的解决方案。一种可能的方式是借助智能算法和技术来进行版权侵权内容的检测和过滤。这种技术可以自动识别和定位侵权内容,减轻版权人的负担,并使网络服务商能够更快速和准确地处理侵权问题。通过采用自动化的版权内容过滤技术,可以提高维权的效率,减少版权人和网络服务商的成本,从而更好地保护知识产权。总之,对于传统的“通知-删除”规则,仅依靠人工操作存在一些局限性。通过引入智能算法和技术,可以提高版权侵权内容的检测和处理效率,为版权人和网络服务商提供更可行的解决方案。

## 2. 算法推荐技术下对网络服务提供者侵权认定的挑战

在算法推荐的过程中，系统自动完成信息匹配和内容推送，人工难以全面控制推荐内容。然而，这并不代表平台可以完全依赖算法推荐的自动性来免除对版权侵权的责任。“明知”指的是已知侵权行为的主观故意，“应当明知”一词指的是在本应有所了解的情况下却未加以注意，即对侵权信息未尽到应有的注意义务，属于主观上的过失行为。不同类型的网络服务提供者和所采用的算法推荐技术的网络服务提供者在算法使用过程中负担不同的注意义务。如果网络服务提供者未根据其服务类型和技术能力履行相应的注意义务，尽管在版权侵权方面存在问题，仍然可能被视为存在过失，并需要承担相应的版权侵权责任。因此，对于网络服务商来说，理解并遵守适用的法律规定，并根据其服务特性和技术实力采取必要的措施来防止侵权行为的发生，是至关重要的。通过明确自身的注意义务，网络服务商可以降低侵权风险，维护合法权益，促进网络平台的健康发展。

### 2.1. 主观方面“应知”的认定

算法推荐技术增加了对网络服务提供者在互联网侵权行为中是否存在主观过错的判断的复杂性。对于采取算法推荐的网络服务提供者，法院倾向于让其承担更高水平的注意义务。在“算法推荐第一案”的“爱奇艺诉字节侵害《延禧攻略》信息网络传播权案”中，法院对提供算法推荐服务的网络服务商的注意义务和间接侵权责任做出了判决，裁判指出，相比于仅提供信息存储空间服务而不采用算法推荐的其他经营者，字节公司应对用户的侵权行为负有更高的注意义务。<sup>1</sup>法院在判断被告字节公司的主观状况时，具体而言就是判断其是否明知或应知平台内用户盗播《延禧攻略》剧集的版权侵权行为。据法院查明的事实，原告不仅向被告发送了预警函和律师函，要求采取必要措施来应对侵权行为。根据《信息网络传播权保护条例》第十四条第一款第二项的规定，原告的通知行为应被视为权利人发出的通知，因此被告在这一时刻应被推定为“明知”，并且有义务按照“通知-删除”规则立即采取必要措施来处理侵权短视频。

根据案件判决，法院确认涉案短视频明显出现在网页上醒目的“西瓜视频-推荐”栏目中。因此，字节公司只需要具备一般程度的注意力，即可视为满足“应知”的要求。进一步分析发现，在使用算法推荐技术向用户分发内容时，字节公司已经意识到推荐的视频可能存在侵权的可能性。从主观角度来看，可以合理推断字节公司应当察觉到侵权内容并采取相应措施，因为完全无视或袖手旁观侵权行为的发生将涉及字节公司作为网络服务商的过失责任。然而，推荐算法的不透明性和难以理解性为人们创造了一个所谓的“算法黑箱”，使得普通大众难以理解推送侵权内容背后的内在逻辑，也难以评估网络服务提供者在处理侵权信息时的实际干预和控制能力。无法确定算法是否存在偏向推送侵权内容的倾向性，给裁判者在判断网络服务提供者是否应知侵权行为的情况下带来了困扰。这种情况对相关案件的裁决产生了一定的影响和挑战。

### 2.2. 客观方面“必要措施”的认定

算法推荐技术的应用使得对网络服务提供者是否采取了“必要措施”来制止侵权行为的认定变得困难。在网络服务提供者的注意义务中，制止侵权的“必要措施”规则是其中的关键之一，而该规则本身具有一定的灵活性和开放性，给其认定带来了一定的挑战。例如上述全国首例算法推荐案中，法院对于判断字节公司是否履行了合理的注意义务，需要客观地考察其是否采取了必要的措施来制止侵权行为。在本案中，字节公司作为提供内容存储服务的网络平台，在技术水平和控制能力方面超过了行业一般水

<sup>1</sup>北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初49421号民事判决书。

平，并通过智能算法推荐技术向用户推荐和分发内容。虽然字节公司提供了删除和屏蔽措施的证据，表明其在收到原告关于侵权短视频的删除通知后采取了相应的行动，但法院认为这些措施的程度并未能实际控制侵权行为，未能满足“有效制止、预防明显侵权”的实质要求。因此，法院未接受字节公司所提供的证据，认定其未能证明自身充分履行合理的注意义务，也未能证明其没有协助侵权行为的发生。由此可见，采取制止侵权的必要措施与网络服务提供者的自身情况以及侵权内容的具体形式密切相关。然而，在使用算法推荐技术时，由于司法实践缺乏明确的指引，导致法院难以确定网络服务提供者所采取的措施是否符合“必要措施”的要求，并使网络服务商感到无所适从。这种情况下，法院缺乏明确的依据来判断网络服务提供者是否履行了必要的措施，从而给予他们合理的注意义务[4]。

算法推荐技术的原理是基于将选定内容推送给特定用户群体，并通过用户反馈结果修正算法，从而建立动态的交互联系，以提高信息匹配的准确性。在这个过程中，网络服务提供者对其平台中的信息具有较强的控制能力，并且算法推荐技术在平台内容与用户偏好之间发挥着重要作用。因此，将算法推荐技术使用视为“技术中立”的主张是难以成立的。然而，在现实中，由于算法的不透明性和网络服务平台对算法使用的难以控制，司法实践常常难以确定网络服务提供者是否具有主观过错，特别是在判断其是否具备“应知”和采取了制止侵权的“必要措施”时。这种情况给互联网版权保护带来了巨大的挑战和风险。因此，有必要对网络服务提供者的注意义务进行相应调整，以客观化认定标准来应对算法推荐技术对版权保护所带来的压力。

### 2.3 “通知 - 删除”规则的适用困境

美国制定的“通知 - 删除”规则旨在让版权人在发现网络内容侵犯其著作权时，向网络服务商发送侵权证据的通知，要求网络服务商设立侵权通知受理人并进行代理人登记。然而，随着自动化算法技术的应用，这一规则的运行基础发生了改变。现在，网络服务商提供在线系统，让版权人通过第三方代理机构利用算法技术在全网识别和定位侵权信息，网络服务商则自动处理删除请求，提高了处理速度和效率。虽然这种改变看似是进步，但也带来了一系列问题，如如何判断自动化通知的有效性要求，网络服务商是否能被认定为“明知”侵权行为，是否能使用算法执行“反通知 - 恢复”程序以及网络服务商如何承担机器删除错误的责任等。因此，依赖于智能算法的自动化技术改变了“通知 - 删除”规则的适用基础[5]。

## 3. 我国现行网络服务提供者版权注意义务存在的问题

为了应对技术发展对著作权保护带来的挑战，我国采取了修改司法解释和出台行政文件等措施，以打击互联网版权侵权问题。但网络服务提供者版权注意义务在算法技术的影响下出现了新的发展趋势，现行网络服务提供者版权注意义务在规则、理论以及实践三个层面产生了一系列相应问题。

### 3.1. 规则层面：注意义务水平较低与层次混乱不清

当前，网络服务提供者注意义务水平较低。网络服务提供者在评估其注意义务时主要依据于“通知 - 删除规则”和“红旗规则”，以判断其是否对侵权行为具有“明知”或“应知”的认识。一方面，网络服务商仅根据版权人的侵权通知来定位和删除侵权内容，主要侧重于事后的处理。另一方面，在司法实践中，对于“红旗标准”的判断相对较为保守，因此很难证明网络服务商对于平台上的侵权行为具有明显的知晓。此外，网络服务商往往避免主动发现平台上的侵权行为，因此无法满足“应知”的要求，缺乏主动履行注意义务的动力，红旗规则不能有效实施。目前的注意义务规定是基于 20 世纪 90 年代的网络环境制定的，当时处于互联网初期发展阶段，网络服务商的技术水平和控制能力有限。因此，制定了较低的事后注意义务成为当时立法者的选择，因为网络服务提供者并没有目前的大数据技术用来查找

网络用户侵权行为的能力。然而，随着时间的推移，现行的注意义务规定已经无法适应技术进步带来的挑战。网络环境发生了巨大变化，侵权行为数量剧增，网络服务商的技术能力和控制手段也得到了显著提升。

现在，算法技术赋予了网络服务商更强大的技术能力，应承担与其能力相适应的版权注意义务。司法裁判在认可了网络服务商对平台信息的算法过滤和推荐技术的控制能力时，更加强调网络服务商对侵权行为的主观知晓和能力控制的内心确信，再去推断网络服务商对侵权行为的过失状态，这似乎是合理的推理过程<sup>[6]</sup>。

随着互联网产业的发展和网络版权侵权的泛滥，司法实践逐渐意识到法定注意义务水平低的问题，因此以司法解释的形式规定了较高的注意义务的判断标准。较高的注意义务本质上是在司法实践中总结而来的针对已有的突破“通知-删除”规则和“红旗标准”的范围之外的、网络服务商可能对网络平台内的第三人版权侵权行为的可认识、可控制的行为应负的注意义务。事实上，这种规定与做法一方面暴露出我国长期以来一直处于立法规定和司法实践承认网络服务提供者不负审查义务，另一方面又对网络服务提供者提出应知要求，这显然是相互矛盾的。这种在司法实践中运用的注意义务判断标准造成的直接问题就是：第一是标准不易把握，出现裁判上的混乱与宽严不济。对网络服务提供者“注意义务”、“审查义务”、“较高的注意义务”的内涵和具体个案中的适用区分把认识混乱。法院在裁判中展现出了对注意义务的理解的矛盾状态，一方面无法直接突破法律规定的“网络服务提供者并无一般的事前审查义务”，另一方面却不可避免地表现出对网络服务商的更加宽泛的责任认定，如果法院没有采取有效的技术措施发现侵权内容，则倾向于认为被诉的网络服务商未达到勤勉的注意义务标准。法院对“采取合理的技术措施”这一客观标准的具体内涵的理解明显突破了《信息网络传播权保护条例》和《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》的规定，影响着网络服务商的注意义务的提高。类似的态度也反映在“北京中青文文化传媒有限公司与百度公司的侵权纠纷案”<sup>2</sup>中，法院对百度公司的“有效技术措施”的理解并没有止步于删除、下架，认为这种事后的做法没有有效地保护版权，是对版权侵权行为的放任，因此存在过错，承担于己不利的后果。这种规定和做法揭示了我国长期存在的矛盾问题。一方面，法律规定和司法实践一直承认网络服务提供者无需承担事前审查的义务，但另一方面规定网络服务提供者具有“应知”的技术能力，两者相互矛盾。

综上所述，现行的注意义务规定已不符合当今技术环境和实际的版权治理需求。算法技术的应用使网络服务提供者具备更强的技术能力，而司法裁判也倾向于要求网络服务提供者承担更高的注意义务。因此，有必要重新审视并调整网络服务商的注意义务水平，以适应现代社会对版权保护的要求。

### 3.2. 理论层面：算法推荐技术动摇平台中立理论

有限的注意义务的依据之一是技术中立原则。技术中立原则强调的是当技术本身应用于合法的、不受争议的用途时，技术的提供者则不因用户的侵权行为承担侵权责任。<sup>3</sup>网络服务商提供的技术服务本身是非侵权的，因此当网络服务商作为单纯的提供信息传输通道或内容储存空间等服务的平台，应当因其中立性获得责任的限制，只需承担有限的注意义务。

随着算法推荐技术的不断发展，我们应反思目前各个平台运用算法推荐技术是否仍应处于中立位置，还是要刺破“中立面纱”使网络服务提供者承担相应的侵权责任。智能推荐算法的运用对网络平台中立

<sup>2</sup>北京市高级人民法院(2016)京民终 247 号民事判决书。

<sup>3</sup> 通常认为，“技术中立原则”源于美国联邦最高法院的“索尼案”。在该案中，美国联邦最高法院提出了“实质性非侵权用途”规则，即只要一种产品具有“实质性非侵权用途”，即使产品提供者知道有人可能会使用该产品去侵权，也不能仅以有用户使用该产品侵权为由，推定产品提供者具有主观过错。此后，该规则也被称之为“技术中立原则”。

性的动摇最为明显[7]。智能算法技术帮助网络服务商在信息传输过程中扮演着塑造性的角色，造成价值上的倾向。首先，算法影响了网络服务提供者对内容的干预与推荐。算法推荐技术的实际应用往往附着着相应平台的价值取向，互联网平台通过算法推荐技术来实施其行为，对于个体利益、市场竞争秩序，社会秩序都会产生持续的影响。算法通过一系列预设的计算机程序来实施，构成技术规则。网络平台通过算法运用收集或占有的数据，从而形成输出效果。算法规则事实上反映的是网络平台的意图，智能算法服务于平台经济。当能够证明网络服务提供者对算法的使用行为包含主观的价值倾向和算法使用行为造成的客观权利损害后果时，我们就无法对网络服务提供者的使用行为不予规制，也不应对网络服务提供者基于“技术中立”和“实质性非侵权用途”的抗辩予以支持。

从商业模式和实际后果来看，提供算法推荐的网络服务提供者扮演的角色已远远超出中间人的性质。其有义务为此承担更高的侵权风险治理责任。最后，算法推荐技术背后蕴含着网络服务提供者的价值选择，不可能完全中立。网络服务提供者将“热点”内容不断推送给用户，是基于获得点击率、增强用户粘度、提高经济利益的价值倾向，对智能算法推荐技术的运用并不中立。

### 3.3. 实践层面：网络服务提供者与版权人利益失衡

目前的“避风港”规则明确了网络服务提供者和版权人的义务：搜索和举报侵权通常由版权人完成，且版权人的投诉应当足够清楚，使得网络服务提供者可以仅凭投诉来识别和定位侵权；网络服务提供者一般而言只需要对投诉所针对的情况做出处理。但在算法时代，算法的个性化推荐不仅能在速度和范围上无限度扩张，而且存在及时性特征，侵权行为的快速扩散使版权人无法挽回损失的利益，且某些投机用户在采取技术措施后很可能对侵权行为进行二次传播。对版权人而言搜寻成本和侵权损失都更高。无论是侵权损失还是搜寻成本上讲，版权人的负担都远高于网络服务提供者。

网络服务提供者不仅没有发挥网络平台控制版权侵权行为的技术和管理上的优势，而且对缺乏有效识别和定位侵权内容的版权人而言负担过重。一定程度上讲，当对网络服务提供者的注意义务的要求愈低，就愈削弱网络服务提供者处理版权侵权行为的能力，将版权治理的压力进一步附加到了事后维权的一方，进而使得版权人的维权压力明显高于网络服务提供者。网络服务提供者的获利多但注意义务程度低，版权人的负担重，但得到保护效果不佳，因此现行事后注意义务模式对网络服务提供者和版权人的权利义务配置不甚合理，造成了双方利益的失衡，需要重新予以考量。

## 4. 域外网络服务提供者版权注意义务设定经验及本土适用探析

智能算法技术对网络服务提供商的版权注意义务构成了全球性的挑战。国际社会已经开始采取不同方式来完善现行规则，以适应新技术环境并保护版权利益，在确保网络服务提供商在算法推荐过程中更加注重版权保护。

### 4.1. 美国：从“通知-删除”到“通知-屏蔽”

经过二十多年的实践，“避风港规则”已经跟不上数字经济的快速发展，人们开始对这一制度是否能够实现既定目标提出了质疑。为了调研“避风港规则”版权人和在线服务提供商两者之间利益是否平衡，是否符合这项规则设立之处的目的，美国版权局进行了长达五年的调研工作，其中包括2020年发布的关于《数字千年版权法》第512条改革的研究报告。这份报告指出，“避风港规则”在当今存在着系统性的不平衡。针对这一问题，美国国会于2020年2月11日召开了《数字千年版权法》现代化修订的听证会，重点讨论了“避风港制度”现代化的议题。通过这一过程，人们希望能够寻找到适应当前数字环境的新解决方案，以平衡各方利益并推动版权保护的发展。核心内容是以“通知-屏蔽规则”为基础，

要求网络平台在收到侵权通知后提高注意义务，不仅需要移除特定侵权内容，还应采取过滤技术来检测和阻止相同版权作品的再次上传。这次从“通知-删除”转向“通知-屏蔽”规则的升级得益于版权过滤技术的发展以及平台对在线侵权行为治理能力的显著提升[8]。

#### 4.2. 欧盟：《数字单一市场版权指令》

为了解决互联网著作权侵权问题下网络服务提供者与权利人之间的利益平衡，欧盟于2019年颁布了《数字单一市场版权指令》(以下简称《指令》)。该指令旨在建立有效的沟通和利益共享机制，特别引发争议的是其中的第17条。该条款从规范层面明确了网络服务提供者的过滤责任，并将算法推荐列为“向公众传播或提供服务”的行为。相较于传统的接入、搜索、链接和存储服务，这种服务与侵权行为之间更为紧密，因此网络服务提供者应承担更高的著作权侵权注意义务。

《指令》规定了在线内容分享服务提供商的定义和责任。这些服务商以营利为目的存储用户上传的作品，并使这些作品对公众可获取。然而，与仅提供中间服务的中立信息媒介不同，这些服务商被认为是在向公众传播受著作权保护的作品。因此，当平台用户在其平台上侵犯著作权时，这些服务商不再受《电子商务指令》第14条第1款的责任豁免条款的保护。

然而，这些服务商仍有可能享受责任豁免，前提是它们能够证明已履行合理的注意义务。这些合理的注意义务包括以下要求：首先，平台必须尽最大努力在用户上传内容前获得著作权授权。其次，平台在收到著作权侵权通知后必须采取适当的措施，例如删除相关内容。最后，平台必须按照较高的行业标准，采取措施防止公众获取到权利人已通知存在侵权风险的内容。《指令》的规定意味着在线内容分享服务提供商在用户侵犯著作权时不再享有完全的责任豁免，但通过履行合理的注意义务，他们仍有可能减轻责任[9]。

#### 4.3. 启示与借鉴

目前，我国作为全球互联网发展最具生机的市场之一，国内各大网络平台在高速发展的同时，也应积极主动寻求网络服务提供者的间接侵权责任制度的调整与变革，以满足新环境的需求。基于上述欧美国家版权立法的趋势，我国对注意义务的研究应立足于本国实际。

对我国网络服务提供者版权注意义务的启示，首先是顺应技术发展潮流，提高网络服务提供者的注意义务。网络技术背景发生了日新月异的变化，算法推荐技术以及生成式人工智能的不断迭代更新，网络版权的治理也既应直面技术对网络服务提供者版权侵权责任认定和承担的影响，又要积极借助技术的力量使其成为治理的手段。欧盟《版权指令》中过滤义务的提出以及美国对网络服务商版权侵权责任制度的现代化改革不仅仅是考虑到当下的现实需求，更是出于对于未来的技术发展方面的期待。网络服务提供者版权间接侵权责任制度同样应当顺应技术发展，从过低注意义务水平的“避风港”向符合技术能力的事前注意义务转变。

其次是对网络服务提供者加以分级分类的注意义务。欧盟和美国的版权立法中不约而同地对网络服务提供者的类型进行调整与扩充，在此基础上加以不同层次的注意义务。美国国会在制定“避风港制度”时指出，希望通过设定四个宽泛的服务类型(接入服务、缓存服务、存储服务、链接服务)以适应未来可能不断涌现的新型在线平台商种类。美国版权局认为从司法实践来看，既有“避风港制度”的服务类型划分实际上已经无法适应信息服务行业翻天覆地的变化，因此此次听证会建议扩充网络服务提供者的类型。我国互联网发展中各网络平台类型存在差异、技术能力各有不同，则相应的在版权侵权责任的边界上也应当有所区别。因此要分级分类。应当在对网络服务提供者进行分类的基础上依据不同的技术能力和控制水平对其加以不同程度的注意义务。

欧盟与美国的率先变革给予了我国网络服务商版权注意义务完善的思路与经验，我们既要顺应技术发展，修正网络服务提供者的注意义务，又要基于对网络服务商的新的分类施以不同层次的注意义务，同时也要注意立足本国实际进行改革。

## 5. 算法推荐下的网络服务提供者版权注意义务设定路径

对网络服务提供者所设定的注意义务不是一味的扩张其边界，而是将该义务设定与网络服务提供者能力相匹配的路径上来。同时，对于算法推荐服务提供者履行注意义务设定路径的探讨，从规则、理论、实践三个层面入手，不仅要关注算法运行环节的侵权预防，还要关注算法设计环节的逻辑构造。

### 5.1. 规则层面：设立版权过滤机制的事前注意义务

网络服务提供者基于其技术条件，对于网络中侵权行为的控制能力和防范侵权的成本是远大于一般版权人的。对网络服务提供者课以删除侵权内容的义务，是基于公共政策考量的结果。随着网络服务商控制能力的提升，在网络版权治理中，距离侵权行为最近、最具控制力的网络服务提供者具有迈向“治理主体”的转变趋势。为了平衡版权人和平台双方的利益需求，并促使双方达成治理侵权内容的新合作机制，版权过滤措施作为一种技术手段可以弥补这些缺陷。过滤机制的适用分为两种模式。

第一种是版权人主动申请。版权人提供的版权人应当配合网络服务提供者对正版作品数据库进行构建，主要的方式是版权人通过声明的形式。在这同时，应当将网络服务提供者对版权人所属正版作品内容和平台内容进行筛查、比对、过滤等一系列行为进行允许。换句话说，应当将版权人主动纳入正版作品数据库的内容作为需要认真参考的范围采取过滤。第一点，版权人配合网络服务提供者建构正版作品数据库。版权人不仅仅需要提供版权作品，还应当将权属信息列举出来，以及出具关于权属的诚信保证说明，这三种具体行为是配合正版作品库进行构建的必要措施。其中，对比过滤是需要基础材料来源的，而这一来源主要是版权作品和权属信息。版权人应当对其提供的信息具备真实性、有效性负责任，诚信保证恰恰说明了版权人对真实性负责的意思表示。当正版作品数据库通过在版权人和网络服务提供者二者之间通过合作的方式进行了建立之后，应当将平台内的相近内容同正版作品数据库中的内容进行比对。

第二种是网络服务提供者应当对算法推荐内容、实际接触并控制或介入的内容、以及属于预警范围内的重点保护作品等因素由网络服务提供者主动过滤。这类内容由于具有十分明显的侵权风险，因此应当引起网络服务提供者的事前的注意义务[10]。

事前注意义务是依赖算法过滤技术予以落实，虽然过滤技术的可靠性已经是被证实的，但也不能仅从过滤的后果判断网络服务商是否尽到过滤义务，那种认为“只要出现侵权内容就等同于网络服务商应当承担侵权责任”的观点是不合理的。正确的责任判定方式，是由网络服务商举证证明自己客观上已经采取了合理、达标、有效的过滤措施，主观上没有放任侵权或共同侵权的故意。

### 5.2. 理论层面：运用法经济学理论刺破技术中立面纱

在版权人同网络服务提供者之间将侵权预防的成本合理地进行分配，是著作权法所要追求的价值。但是后来随着互联网技术的发展和算法技术的进步，二者之间在预防侵权上的相对应的成本俨然发生了变化。

从法经济学的角度来理解网络服务提供者版权注意义务提高的正当性可以借助这种理论：最便宜避免方理论。根据法经济学理论，为了追求社会效用最大化，应该由更方便、更低成本来避免事故发生的一方来承担侵权责任。在网络著作权侵权纠纷中，社会的整体效用是著作权人的收益、网络服务提供者的收益与公众的收益之和。倘若在公众利益不受影响的前提下，版权人的收益与网络服务商的收益之和

并不会因为之间的合作分配收益而减少,相反,合作减少了诉讼,从而减少了这些外部成本,相应的收益就会增加,社会总体收益也会得到提高。因而,在网络著作权纠纷中适用“最便宜避免方”规则是合乎实际、合乎效率的[11]。

从承担更高注意义务的成本看,“避风港”制度下,平台应当承担的审查成本和侵权的风险是较低的,但是当网络服务提供者将版权的审查职责进行履行之后,平台的审查成本和风险相应的就会更低。同时“避风港”制度还能带来流量变现等在内的巨大的利润。避风港规则在为网络服务商节省了一大笔开销的同时,也为其带来了包括用户付费、广告收益、流量变现等在内的巨大的利润。但其实侵权获利是潜在的风险损失,海量的侵权通知造成人工处理大量侵权通知而产生的巨额成本,网络服务提供者若常应版权侵权纠纷处于诉讼之中,可以直接感受到的是需要在律师代理费、诉讼费、经济赔偿或补偿等方面的投入越来越大。当然,也会间接地影响企业在社会中的形象,使其商业信誉水平大打折扣,使社会利益受到损害等。因此,即使前期对于版权侵权内容的监测和处理会造成网络服务提供者营业时额外的负担,也会与事后出现侵权行为时通知、转通知、恢复等人工投入和侵权诉讼和赔偿的成本相抵消,因此网络服务提供者承担事前注意义务是负担最小、经济合理的。

综上,从法经济学的角度出发,网络服务提供者应当积极承担和积极履行注意义务,将侵权行为通过主动筛选和过滤的方式进行有效地减少。不仅有利于减少相应的损失,也有利于降低成本和风险的等级。这是具有经济上的合理性的,同时也是平台主张免责的有利条件。

### 5.3. 实践层面:细化网络服务提供者举证责任减轻版权人维权负担

鉴于网络服务提供者作为技术的掌握者,应当对是否采用自动化技术手段进行实施承担证明责任,因此,在事后救济中,评价算法推荐的重要依据是网络服务提供者对推荐算法技术的“合理性”举证。平台需要穿透技术的表面,明确“合理性”举证的内涵,以便更好地评估算法推荐。

对于“合理性”举证的内涵,需要进一步明确。这涉及到平台证明其采用的推荐算法技术是否符合一定的标准和准则,是否经过合理的设计和测试,并考虑了多种因素,如用户需求、个人偏好、内容质量等。平台应该能够证明其推荐算法技术是基于充分的研究和分析,经过合理的权衡和测试,并具备一定的可预见性和透明度[12]。

在评价算法推荐时,法律需要考虑网络服务提供者对推荐算法技术的“合理性”举证,并在此基础上进行判断。这样可以确保网络服务提供者在应对事后救济时透明地展示其推荐算法技术的可行性和合理性,促使网络服务提供者在采用算法推荐技术时更加审慎和负责,同时保护用户的权益。

网络服务提供者作为技术的掌握者,在事后救济中应当承担证明责任,证明其采用的推荐算法技术的“合理性”。法律应进一步明确“合理性”举证的内涵,以确保网络服务提供者透明地展示其技术的可行性和合理性,推动网络服务提供者在算法推荐方面更加审慎和负责,保障用户的权益。

## 6. 结语

在当下科技革新和平台经济蓬勃发展的时代,算法推荐技术作为一种商业工具的应用引发了公众对版权侵权问题的关注,反映了技术创新与知识产权保护之间应该如何维系平衡的问题。相对于没有采用算法推荐的网络服务提供者,算法推荐服务提供者在面对版权侵权问题时需要承担更高的注意义务。然而,这种注意义务并非没有界限。在评价注意义务时需要综合考虑各种因素,并平衡技术创新和知识产权保护之间的关系。在法律框架下,对于算法推荐服务提供者的注意义务,需要进行适度的界定。这意味着不仅要确保服务提供者承担一定的责任,同时也要避免过度限制创新和发展。因此,在制定法律规定时,需要考虑到技术的特点和发展趋势,为算法推荐服务提供者提供明确的指引,以平衡创新和保护的关系。

## 参考文献

- [1] 张惠彬, 仲思睿. 数字经济时代算法推荐技术的应用风险与规范进路[J]. 杭州师范大学学报(社会科学版), 2022(5): 122-130.
- [2] 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[J]. 知识产权, 2021(12): 28-39.
- [3] 冯晓青, 刘政操. 技术创新视野下网络著作权保护的困境及其破解[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2021, 50(6): 114-124.
- [4] 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[J]. 政治与法律, 2019(10): 123-133.
- [5] 熊琦. 著作权法“通知-必要措施”义务的比较经验与本土特色[J]. 苏州大学学报(法学版), 2022, 9(1): 97-109.
- [6] 华劼. 自动版权执法下算法合理使用的必要性及推进[J]. 知识产权, 2021(4): 34-44.
- [7] 郑玉双. 破解技术中立难题——法律与科技之关系的法理学再思[J]. 华东政法大学学报, 2018(1): 85-97.
- [8] 朱开鑫. 从“通知移除规则”到“通知屏蔽规则”——《数字千年版权法》“避风港制度”现代化路径分析[J]. 电子知识产权, 2020(5): 42-52.
- [9] 谭洋. 在线内容分享服务提供商的一般过滤义务——基于《欧盟数字化单一市场版权指令》[J]. 知识产权, 2019(6): 66-80.
- [10] 叶亚杰. 网络服务商版权内容过滤的基本设想与实现路径[J]. 编辑之友, 2018(9): 90-93.
- [11] 司晓. 网络服务提供者知识产权注意义务的设定[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2018(1): 78-88.
- [12] 邵红红. 算法推荐服务提供者的著作权注意义务探究[J]. 苏州大学学报(法学版), 2023(1): 26-39.