

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.11.003

欢迎按以下格式引用:宁园.网络服务提供者著作权侵权中的双重注意义务[J].重庆大学学报(社会科学版),2020(5):  
156-167. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.11.003.**Citation Format:** NING Yuan. Internet service providers' dual duties of care in copyright infringement[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition),2020(5):156-167. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2019.11.003.

# 网络服务提供者著作权侵权中的 双重注意义务

宁园

(中国人民大学民商事法律科学研究中心,北京 100872)

**摘要:**《民法典》侵权责任编对原有通知删除规则进行了科学修正,但事前保护缺位与事后救济程序失范的问题仍然存在。随着网络服务提供者完成角色转型和技术升级,其作为网络侵权风险的控制者和参与者,有必要且有能力承担未通知阶段的主动预防义务和已通知阶段的证明材料审查义务,以弥补著作权保护和用户利益保护的漏洞。双重注意义务应分别与网络服务提供者对侵权危险的预期和控制能力以及材料审查能力相适应。未通知阶段之注意义务以技术措施为主要履行方式,其注意标准的认定应综合考量技术水平、服务类型、内容介入程度、是否直接获取收益等要素,未尽该注意义务仅为过错认定的考量因素而非唯一标准,并不必然导致侵权责任。已通知阶段之注意义务仅限于对提交的证明材料进行形式审查和有限的实质审查,尽到此注意义务的,可以免于承担侵权责任。

**关键词:**新通知规则;主动预防义务;证明材料审查义务;合理注意标准

中图分类号:D923.41

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2020)05-0156-11

《民法典》第1194—1196条秉承保护权利人的利益,同时平衡好网络用户和网络服务提供者之间的利益<sup>[1]</sup>的立法意旨,对原有通知规则进行改进,确立了“通知—删除—未侵权声明—有条件恢复”<sup>①</sup>的新程序(以下简称“新通知规则”)。新通知规则在程序设计上无不体现权利人与网络用户

修回日期:2020-07-05

**基金项目:**国家法治与法学理论研究项目“数据确权与交易法律问题”(18SFB2031);武汉大学网络治理研究院2018年度研究项目“网络空间主体结构及其法律地位研究”**作者简介:**宁园(1992—),女,湖南邵阳人,法学博士,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,主要从事个人信息与数据保护法研究,Email:ny4959456@163.com。

①“通知—删除—反声明—有条件恢复”程序仅为对新通知规则的简要概括。实际上,依据《民法典》第1195—1196条的规定,上述程序的最完整形态为:权利人发送侵权通知—网络服务提供者采取必要措施的同时向网络用户转送通知—网络用户发出未侵权的反声明—网络服务提供者向权利人转送通知—权利人未在法定期限内向网络用户提供者发出投诉或起诉通知—网络服务提供者恢复原有内容。

利益的平衡保护:增加网络用户未侵权声明程序以为其提供抗辩途径,同时增设错误通知者的侵权责任,遏制通知滥用行为;以“有条件恢复”取代“声明未侵权即恢复”<sup>②</sup>,纠正错误删除的同时防止侵权行为反复不禁;设置证明材料提供义务,规范通知和反声明行为,确保程序利用的正当性。然而,新通知规则的设置也将原本仅限于未通知阶段的注意义务争议引向已通知阶段,网络服务提供者转而面临双重注意义务问题。

## 一、新通知规则面临旧患新疾

### (一) 未通知阶段之注意义务争议未决

我国原有《侵权责任法》第36条,网络服务提供者除直接实施侵权行为以及知道侵权行为存在外,在未收到侵权通知前无须承担侵权责任。此种明显倾向于网络服务提供者的规则设计遭到质疑,不少学者主张为网络服务提供者设置预防侵权的积极注意义务,与坚持严格的“避风港”规则的学者争锋相对<sup>③</sup>。上述争议在《民法典》中仍悬而未决。《民法典》所设置的新通知规则整体上维系了现有通知删除规则的“避风港”本质,就是否在未通知阶段为网络服务提供者设置预防侵权注意义务的问题上模棱两可。尽管《民法典》第1197条将避风港规则之例外从网络服务提供者“知道”扩充至“知道或者应当知道”侵权行为存在,为网络服务提供者承担未通知阶段之注意义务提供了可能的解释空间,但注意义务是否设置以及如何设置仍待明确。

### (二) 已通知阶段之注意义务问题又生

与原有《侵权责任法》相比,《民法典》第1195条、第1196条要求权利人在发出侵权通知的同时提交证明侵权的初步证据材料及权利人的真实身份信息,网络用户发出的未侵权声明则必须包含不存在侵权的初步证据。初步证明材料提供义务的设置,有助于督促通知人和声明人谨慎行使权利。然而,作为侵权通知和未侵权声明的接收者、转达者,网络服务提供者是否负有证明材料审查的义务,不仅直接关系到新通知规则的程序运转和作用发挥,同时影响着网络服务提供者的责任担当,应当在《民法典》解释和适用中予以明确。

## 二、双重注意义务设置之正当性

新通知规则下的双重注意义务以权利人是否发出侵权通知为分界点,在权利人未通知前,网络服务提供者负有的主动预防侵权行为的注意义务,是谓未通知阶段之注意义务;在权利人发出侵权通知后,网络服务提供者应对侵权发生、不存在侵权(当用户提交未侵权声明时)的初步证明材料进行审查,此即为已通知阶段的注意义务。上述两阶段的义务具有相互联结的必要性和合理性。首先,网络侵权同时面临事前保护缺位、权利人保护不足和恶意通知泛滥、用户利益保护不足的双重问题,网络服务提供者之义务缺位乃问题之根源;其次,网络服务提供者早已不是内容中立者,其作

<sup>②</sup>我国《信息网络传播权保护条例》第17条设置了“声明即恢复”规则,即网络服务提供者一旦收到未侵权声明后,应当恢复用户内容,取消相关必要措施。

<sup>③</sup>赞成设置未通知阶段之注意义务的观点参见梁志文《网络服务提供者的版权法规制模式》(《法律科学(西北政法学报)》,2017年第2期第105页);刘文杰《网络服务提供者的安全保障义务》(《中外法学》,2012年第2期第401页)。相反观点参见胡晶晶《论“知道规则”之“应知”——以故意/过失区分为视角》(《云南大学学报(法学版)》,2013年第6期第61页);徐伟《网络服务提供者知道认定新论》(《法律科学(西北政法学报)》,2014年第2期第165页)。

为网络侵权风险产生和发酵的重要推手,理应承担相应的责任,在日臻成熟的技术支撑之下,也早已具备承担合理注意义务的能力。

### (一) 双重注意义务设置之必要性

#### 1. 弥补事前保护之缺漏——未通知阶段注意义务设置之必要

网络世界是大众共享资源的平台,也是各种著作权侵权行为肆意滋生的平台。网络世界的隐蔽性使其成为伦理道德问题、违法行为的集中发生区域,可以轻易逃避约束的网络用户极易滥用网络实施侵权行为<sup>[2]</sup>。著作权人的作品一旦暴露于网络世界,著作权便极易因作品的广泛传播、转载和利用而遭受侵犯。网络服务提供者若只扮演等待通知的消极保护者,著作权侵权之严峻形势难以得到根本扭转,隐匿于网络背后的用户,仍在以极低的侵权成本实施著作权侵权行为,擅自转载、盗版横行依旧是网络社会顽疾<sup>[3]</sup>。仅依靠通知规则提供的事后救济远不能有效规制侵权行为。首先,网络传播的即时性、开放性往往导致侵权后果蔓延甚至不可逆转,事后救济局限明显。如网络用户传播侵权图片或音频、视频作品,在权利人发现侵权行为并发出侵权通知期间,即使网络服务提供者及时采取必要措施,作品也可能早已被其他网络用户下载、储存,并有进一步非法传播的风险。其次,不对网络服务提供者施加任何事前保护义务,也将削弱事后救济的功效。网络服务提供者没有主动寻找“红旗”的义务,完全可以以不知情为由逃脱大量责任,而著作权人要证明网络服务提供者知道侵权行为之存在,似乎不比寻求直接侵权行为人来得轻松<sup>[4]</sup>。

因此,要求网络服务提供者在未收到通知前承担合理注意义务十分必要。一方面,未通知阶段注意义务之设置有利于及时制止侵权行为的进一步传播,甚至将其扼杀于摇篮之中,弥补事后保护之缺漏。另一方面,未通知阶段注意义务之设置也有利于防止通知规则完全沦为网络服务提供者的挡箭牌,降低权利人的维权难度,促进事后救济机制的顺利开展。

#### 2. 纠正事后救济失范——已通知阶段注意义务设置之必要

与事前救济缺失、权利人保护不足相反的是,原有《侵权责任法》中的通知删除规则作为事后救济机制似乎将一切通知者视为实际权利人,并为其设置简便直接的维权路径,进而走向诱发侵权通知滥用、无视网络用户利益的另一个极端,也因此遭受不少学者批判<sup>[5-7]</sup>。为了保证网络救济路径的时效性,侵权通知的合格要件通常较易满足。原有《侵权责任法》第36条未设置任何通知合格要件,《信息安全条例》第14条所列明的必要通知内容也难以发挥抑制恶意通知的作用。除必要的权利人身份信息和作品信息外,该条还要求权利人提供构成侵权的初步证据材料(通常为权利证书),但由于我国实行著作权自愿登记制度,加之登记审查以形式审查为主,这一要件在预防恶意通知上效果也十分有限。更何况,现实中还不乏伪造权利证书以冒充权利人发送侵权通知的现象<sup>④</sup>。因此,侵权通知的低门槛容易遭到恶意利用。更糟糕的是,单向的通知删除程序下,恶意通知往往会导致合法用户内容被采取删除、屏蔽措施。一方面,网络服务提供者倾向于删除用户内容以避免对损害扩大部分承担连带责任;另一面,网络用户抗辩机制缺失,一旦网络服务提供者按照侵权通知删除合法的用户内容,网络用户只能向恶意通知人主张权利。可见,原有通知删除规则所诱发的恶意通知泛滥问题,将用户利益置于易受侵害且难以救济的境地。实践中恶意通知侵害用户利益

④参见:(2016)川06民初140号民事判决书。

的现象也不胜枚举。如在陈曦诉江海不正当竞争纠纷案中,被告私刻印章制作侵权通知材料,冒充权利人主张原告擅自使用其商品图片,导致被告相关商品链接被淘宝删除<sup>⑤</sup>。因此,要求网络服务提供者履行证明材料审查义务,及时筛除明显不合格的侵权通知,避免通知合格要件虚置,对于遏制侵权通知滥用、保护网络用户的合法权益、实现权利人与用户利益的平衡保护十分必要。

《民法典》规定的新通知规则增设了未侵权声明的发出和转送程序,为网络用户维权开辟了后续渠道。但仅仅建立用户反馈机制,不为网络服务提供者设置未侵权声明之审查义务,只会再次重蹈覆辙,诱发未侵权声明的滥用。我国《信息网络传播权保护条例》第16条设置了未侵权声明程序,但“声明即恢复”的规则设计反而架空了侵权通知的作用,侵权人只需提供未侵权声明即可继续实施侵权行为。新通知规则尽管摒弃了“声明即恢复”规则,但仍然保留了未侵权声明对权利人的限制:未侵权声明一旦被转送,权利人必须在合理期限内投诉或者起诉并通知网络服务提供者,以避免必要措施的终止。网络服务提供者若只机械地传达未侵权声明而不作任何审查,将诱使侵权人滥用未侵权声明以拖延维权程序,逃避侵权责任甚至继续实施侵权行为,被侵权人的正当权利主张反屡屡受阻。

## (二) 双重注意义务设置之合理性

### 1. 网络服务提供者之角色转型

“网络服务提供者”这一概念最初是以“服务/内容”的区分为标准所提出的,网络服务提供者仅提供技术通道或存储服务,既不实际接触内容,也不从内容本身获利。网络服务提供者多数时候仅被动地作为侵权工具。正因如此,不少国家在设置网络服务提供者之著作权侵权责任时均持谨慎克制态度。然而,随着网络技术和网络经济模式的革新,网络服务提供者早已不再是传统的“纯通道”。在网络行业竞争加剧的背景之下,网络服务提供者早已不是单纯的传输通道和储存空间,其在利益驱使下开始积极介入用户内容的形成和传播,以提高内容质量,吸引更多用户,如对已上传、储存的内容进行整理、编辑、排列、加精,精准匹配用户需求,改善用户体验,又如通过物质奖励、话题引导等方式鼓励和引导用户上传、传播吸引力强的内容。完成角色转变的网络服务提供者不再是开启侵权风险的被动工具,转而成为开启和维系风险的积极参与者、助推者,并从中获取更为可观的收益。因此,作为危险的开启者和获益者,网络服务提供者承担合理注意义务、分担侵权风险有其正当性。

事实上,随着网络服务提供者之角色转型,通知规则的庇护力度也早已有所减缓。其中德国网络服务提供者侵权责任制度的嬗变最具代表性。德国依据欧盟《电子商务指令》架构其网络服务提供者著作权侵权责任制度,最初同样在《远程媒介法》(Telemedia Act, TMA)第7条第2款确立了网络服务提供者不负审查义务的原则性规定<sup>⑥</sup>,但此后德国司法实务界对网络服务提供者是否负有主动保护义务再度产生分歧,最终,德国联邦法院回归传统民法理论,通过扩张适用《德国民法典》第1004条确定了网络服务提供者的“妨害者责任”(Störerhaftung)<sup>[8]</sup>。网络服务提供者负有以预防直

<sup>⑤</sup>参见:(2018)川06民初139号民事判决书。相似案例还可参见:(2018)川06民初141号民事判决书,(2018)川06民初142号民事判决书。

<sup>⑥</sup>See German Telemedia Act, Section 7(2): Service providers within the meaning of Sections 8 to 10 are not required to monitor the information transmitted or stored by them or to search for circumstances indicating an illegal activity.

接侵权行为为内容的合理注意义务,若其未能尽到合理注意义务,将承担侵权责任<sup>[9]</sup>。即使是在开创“避风港”规则的美国,网络服务提供者侵权责任也出现明显严格化趋势。美国法院提高了“避风港”规则的适用条件,网络服务提供者有必要采取更为有效的措施防止重复侵权,仅流于形式者将不能受到庇护<sup>⑦</sup>。我国理论界主张为网络服务提供者在未通知阶段设置主动预防义务之观点也开始兴盛起来<sup>[10-14]</sup>。

## 2. 网络服务提供者之技术水平提升

在技术尚未成熟阶段,预防侵权行为可能还是网络服务提供者难以承受之重,强行对其施加主动预防义务恐过分限制网络经济发展。然而,随着网络服务提供者在内容筛查技术上的整体升级,其承担主动预防义务也不再是“强人所难”,技术受限导致的能力障碍得以缓解。如阿里巴巴通过运用语义情感分析、商家全景视图、直播防控体系等新型技术,对疑似侵权链接的封杀率已经高达96%<sup>[15]</sup>。当网络服务提供者之审查能力足以使其在未通知阶段承担合理注意义务时,已通知阶段之注意义务履行的技术障碍也就微不足道,因为后者审查对象明确,审查结果的判定也更为简单,并不需要先进技术支撑。

# 三、双重注意义务的合理限度

网络服务提供者既是著作权人与网络用户的利益守护者,同时还肩负着推动网络经济发展的重要使命。无限制地强化注意义务,将使网络服务提供者疲于应付各种网络侵权,无暇顾及网络产业经营发展。因此,注意义务的设置应当与网络服务提供者预防能力和审查能力相一致。

## (一) 未通知阶段的合理注意标准

网络服务提供者未通知阶段之注意义务标准应当与其危险认知能力和预防控制能力相适应<sup>[16]</sup>。显然,网络服务提供者倚靠专业的技术支撑、充足的网络经营经验,对著作权侵权之危险有更强的认知能力和控制能力,其注意标准应当高于一般理性人的通常标准。就注意标准的具体判定而言,应当充分考虑影响其危险预期能力和控制能力的因素,包括网络服务提供者的技术水平、服务类型、运营模式、是否属于重复侵权等因素。具体而言,第一,技术水平直接影响网络服务提供者对侵权行为的预防控制能力。由于不同网络服务提供者之技术实力存在差异,尖端技术通常仅由少数网络行业巨头掌握,而有些网络服务提供者之技术实力甚至不及技术安全标准线,因此技术水平之判断应以技术安全标准为通常基准,仅当网络服务提供者具有明显高于安全标准之技术水平时,以更高者为判断基准。第二,网络服务提供者的服务类型、运营模式往往影响其专业能力和用户内容接触程度,进而影响其危险预期能力和控制能力。如专营网络视听传输的网络服务提供者,应当对音乐视频著作权有更为专业的审查能力,又如对用户内容进行选择、编辑、整理的网络服务提供者,对内容的解除程度更深,注意标准也就更高。当然,内容介入需区分技术介入和人工介入,若仅依靠技术算法介入用户内容(如按上传时间、文件名称、点击数量排列作品目录),则不能贸然提高网络服务提供者的注意标准。第三,是否属于重复侵权也应当作为认定注意标准的考量因

<sup>⑦</sup>BMG Rights Management v. Cox Communications. 该案中,法院对于COX关闭侵权用户之账户而又随之激活的阻止措施予以否认,认定其未落实“重复侵权政策”,并不能适用避风港规则。

素,网络服务提供者对于实施过著作权侵权行为的主体以及易被非法使用、传播的作品应当尽更高的注意义务<sup>⑧</sup>。此外,当网络服务提供者从用户内容中直接获取收益时,也应当承担更高注意义务。此既有经济上的合理性,又符合分配正义之要求。有关直接获取收益的认定,我国立法并未明确规定。从网络服务提供者的收入来源看,用户付费使用和运营用户服务收费是最为典型的直接获益方式,前者即网络用户下载、观看具体内容时向网络服务提供者支付费用(如从百度文库上下载收费文档),后者即作为内容提供者的运营用户在网络平台投放相关内容时向网络服务提供者支付费用或者进行收入分成(如 App store 从软件运营商的用户上传收入中收取 3 成作为服务费用)。即使网络服务提供者免费向网络用户提供服务,也有可能被认定为直接获取经济利益,如网络服务提供者在特定侵权内容中投放广告以获取广告收益。必须明确的是,并非所有广告投放行为都属于直接获取收益的行为,只有当广告与用户内容存在特定联系,如广告投放指向特定内容而非随机投放、广告收入与内容点击量正相关等,才能被认定为直接获益<sup>⑨</sup>。除此之外,在认定侵权内容带来的用户数量和流量增加是否属于收益时,应当持谨慎态度。美国在 *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 一案中判定被告 Napster 通过侵权音乐文件传输所积累的用户量属于直接获益情形<sup>⑩</sup>。我国司法实践中亦有相似判决<sup>⑪</sup>。不可否认,用户数量和用户流量是网络服务提供者的重要收益来源,但用户数量和流量的稳定增加也可能是网络平台长期精心经营的结果,与用户内容不存在特定关系。因此,除非用户数量和流量显著增加与特定的用户内容有直接联系并可以转化为具体收入,否则不应将此视为直接收益。

注意义务的具体履行应当以技术性措施为主。尽管网络服务提供者之危险控制能力有所加强,但显然难以承受人工审查带来的巨大负担。根据中国互联网络信息中心 2018 年 7 月公布的《中国互联网络发展状况统计报告》,截至 2018 年 6 月,网络音乐用户、网络文学用户、网络视频用户规模分别达到 5.55 亿、4.06 亿、6.09 亿<sup>[17]</sup>。巨量用户必然产生巨量内容,要求网络服务提供者对此进行精准全面的甄别、审查,人力、物力、时间成本不可估量,不仅有损知识信息的即时流通,也存在侵犯用户人格利益的风险。以技术性措施作为注意义务之主要内容,以自动化处理对相关网站、内容进行过滤和甄别,可以降低注意义务履行的经济成本,提高义务履行的效率。随着技术措施的日臻成熟,技术性措施预防和制止侵权行为的功能也有显著增进。可见,技术性措施是平衡著作权人和网络服务提供者利益的最优解。

就具体技术而言,可用于预防和制止侵权行为的技术性措施除了防拷贝技术、数字水印技术外,还包括目前应用广泛的内容过滤技术。常用的内容过滤技术包括 Url 站点过滤技术(即事先拟定网站黑名单,提前对被列入黑名单的网站进行过滤)、关键字的过滤技术(即对含有关键字的内容进行过滤)<sup>[18]</sup>。随着数据计算、人工智能技术的发展,过滤技术的语义分析和内容分级能力均有所

<sup>⑧</sup>德国法院在 *Jugendgefährdende Medien bei eBay* 一案中,即明确网络服务提供者对于同一用户所实施的侵权行为或者主要特点相同的侵权行为应当进行合理充足之筛查。See BGH GRUR 2007, 890 -Jugendgefährdende Medien bei eBay.

<sup>⑨</sup>参见:(2012)沪一中民五(知)终字 182 号民事判决书。

<sup>⑩</sup>See *A&M RECORDS, Inc. v. NAPSTER, INC.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

<sup>⑪</sup>参见:(2018)京 73 民终 922 号民事判决书。该案中法官认为网络服务提供者对用户内容进行编辑、整理、加精,有助于吸引更多用户以获取收益,应当承担更高的注意义务。

突破,网络服务提供者可以通过分级机制对网络内容进行选择,更加准确地预防和制止侵权行为的发生。然而,技术性措施仍然存在一定缺陷。一方面,一些技术性措施仍有待优化,如关键词过滤技术可以通过谐音、增加字词间隔予以规避;另一方面,技术性措施的不当运用恐侵害用户的人格权益,如网络服务提供者依托不当的内容分级体实施用户内容选择技术<sup>⑫</sup>,可能将合法内容排斥在网络空间之外,侵害网络用户的言论自由<sup>[19]</sup>。为克服上述障碍,首先需要继续推进技术措施的优化升级,提高甄别筛查能力,降低技术措施的误判率;其次要对分级体系进行规制,通过行业自律、行政监管等方式推动行业领域内统一标准的制定。此外,著作权人与网络服务提供者的积极合作,有助于克服技术措施之局限性,提高著作权事前保护的精准性。我国已有网络服务提供者主动与著作权人寻求合作,创建著作权申报平台,建立版权比对库、完善版权筛选系统。政府也成为推动合作的重要力量,如河北省建立了统一的版权信息数据库平台,将整合版权资源提供给企业,以促进版权保护和版权产业发展<sup>[20]</sup>。

需要特别说明的是,在注意义务的判定上,必须防止公法性审查义务向私法性注意义务渗透。近年来,国家对网络安全愈加重视,在公法层面为网络服务提供者设置了诸多审查义务:既包括概括式审查义务<sup>⑬</sup>;又包括具体式审查义务<sup>⑭</sup>。公法性审查义务审查范围广、精准度要求高可见一斑。若将普遍化的公法审查义务转化为私法注意义务,网络服务提供者需要同时承受来自公私法规制的双重压力,最终被困于法律责任的牢笼之中:不履行公法审查义务,要承担行政责任;履行了公法审查义务,却可能因实际接触用户内容而极易被判定为知道侵权内容存在,而承担侵权责任。司法实践中,以公法性审查义务加重注意义务的案例大量存在,如直接以公法审查义务作为注意义务的内容<sup>⑮</sup>,或以未履行公法审查义务作为认定违反注意义务的依据<sup>⑯</sup>,或以公法审查义务加重私法层面的注意义务<sup>⑰</sup>,被泛化的注意义务早已超出网络服务提供者的承受能力,进而造成著作权人利益与互联网行业发展利益的反向失衡。因此,把握注意义务之合理限度,应当守住注意义务之私法界限,防止公法性审查义务向注意义务转化。公法性审查义务通常仅在公法层面发生效力,不能因其负有公法审查义务而认定其负有较高的注意义务,也不能因其未尽公法审查义务而认定其未尽到注意义务,更不能以其尽到公法审查义务,满足“应知”要件而认定侵权责任成立<sup>⑱</sup>。

## (二) 已通知阶段之注意义务的合理注意标准

未通知阶段之注意标准受网络服务提供者自身诸多因素影响,因此判定起来较为复杂。相比较而言,已通知阶段注意标准之确定则简单明确得多。原因在于,收到通知后,网络服务提供者履

<sup>⑫</sup>内容分级体系的不适当性主要表现在不适当的道德价值判断和经济价值评估,前者导致消极性内容(如负面情绪发泄)被认定为违背道德而被拒绝发布,后者则导致经济价值低的用户内容被直接过滤。

<sup>⑬</sup>参见《网络安全法》第47条,《互联网信息服务管理办法》第14条。

<sup>⑭</sup>参见《互联网信息服务管理办法》第15条,《互联网视听节目服务管理规定》第16条,《网络视听节目内容审核通则》第9条第1项、第2项。

<sup>⑮</sup>(2004)苏中民三初字第098号民事判决书。

<sup>⑯</sup>(2008)穗中法民三终字第119号民事判决书。

<sup>⑰</sup>(2008)沪高民三(知)终字第62号民事判决书。

<sup>⑱</sup>公法性审查义务并非对侵权责任认定毫无影响,其可以借助民法上的转介条款,间接影响责任成立。我国未来《侵权责任编》若引入“违反保护他人法律”的侵权责任类型,网络服务提供者违反公法性审查义务则可能产生侵权责任。当然,此公法审查义务必须以保护著作权人利益为目的,如《电子商务法》第38条第2款所规定的电子商务平台的审核义务即以保护消费者的生命健康利益为目的。除此之外,以保护国家安全、民族团结或者进行行政管理等为目的的审查义务,不能作为网络服务提供者侵权责任认定的要件。

行注意义务的对象具体化,判定其是否尽到注意义务,仅需考量审查范围是否全面、审查方式是否合理。

从审查范围看,网络服务提供者的审查仅限于通知主体抑或反声明主体实际提供的证明材料,对于相应主体未提供的必要证明材料,网络服务提供者不负主动收集并进行审查的义务。显然,要求网络服务提供者主动收集侵权或者未侵权之证明材料,不仅违背举证责任分配规则,还可能诱发新的通知抑或反声明滥用,且客观上阻碍了事后救济程序的高效运行。对于缺乏必要证明材料的通知和反声明,网络服务提供者可以拒绝传达、转送和采取必要措施,但应当告知相关主体补充材料,并不得拒绝其再次发出通知抑或反声明。

从审查方式看,网络服务提供者首先有义务进行形式审查。形式审查的主要内容包括两个层次。首先,网络服务提供者需审查证明材料是否符合法律的形式要求,包括材料是否以书面形式提交、材料是否完备。通常而言,通知人和声明人需要提交身份证明材料以及侵权抑或未侵权的初步证据材料。身份证明材料应包含姓名、联系方式、地址等,可以通过填写表格并附身份证照片的形式完成,通知人、声明人为企业的,还需提交盖有印章的营业执照,通知人、声明人的代理人还需提供授权委托书及相关身份证明。初步证据材料则区分侵权通知的证据材料和未侵权声明的证据材料,前者包括权属证明、侵权内容的名称及网址,以及未授权的说明等,后者则因具体抗辩事由而有所不同,包括合法权属证明(如权利证书、许可使用合同等)、合理使用的说明和证据等。其次,网络服务提供者还需审查证明材料间是否存在不一致,这就要求网络服务提供者审查证明材料外观上的正确性,如表格填写是否正确,材料之间是否存在相互矛盾(如表格内的姓名是否与身份证件一致)等。

此外,网络服务提供者还需要对证明材料的真实性、合法性、时效性进行有限的实质审查,以弥补形式审查之规制力度。要求网络服务提供者确保证明材料的真实性、合法性和时效性又会产生前述义务过重的问题。尤其是我国采著作权自动取得模式,著作权登记人可能并不是实际权利人,网络服务提供者履行完全实质审查义务更是难上加难。因此,有限的实质审查是较好的折中方案。实质审查的有限性是指网络服务提供者仅在其审查能力范围内对证明材料进行实质审查,并无确保审查结果正确的义务,尽到审查义务仍作审查错误的,并不承担责任。具体而言,网络服务提供者应当具有基本的实质审查能力,了解相关材料的合法性要件、真实性要件和有效期限,熟知有关材料必要内容,甚至在成本合理、渠道便捷时适当强化实质审查。如网络服务提供者应当知晓作品登记证书的基本形式、必要内容和登记机构印章,以便辨别权利证书真伪;必要时,应网上查询相关企业的基本信息以核实通知人抑或声明人身份等。证明材料在外观上符合合法、真实、有效要件的,网络服务提供者可以推定证明材料的真实、合法、有效。

## 四、双重注意义务之适用规则

### (一) 未通知阶段注意义务的适用规则

即使未通知阶段注意义务之设置符合合理性标准,其适用不当仍然可能过分加重网络服务提供者之侵权责任。我国司法实践中,未通知阶段注意义务之适用不当表现在注意义务违反之后果



过重。《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《信息网络传播权司法解释》)第9条仅将未采取预防侵权措施作为“应知”判定的考量因素之一,但有法官沿用一般过失认定所采取的过错客观化方法,将注意义务作为“应知”认定的唯一客观依据<sup>⑩</sup>。

### 1. 未履行注意义务不能作为“应知”判定的唯一客观标准

侵权责任功能的现代演变使得过失的认定逐渐成为利益衡量、风险分配的根据,加之探求主观心理状态存在难以克服的困难,客观过失逐渐取代主观过失,客观的注意义务成为认定过失的依据。此种客观过失在网络服务提供者著作权侵权的司法实践中也备受推崇。然而,以网络服务提供者是否违反注意义务作为过错认定的客观标准,既忽略了预防措施的局限性,又排除了其他过错认定的合理标准,导致网络服务提供者应当承担而逃脱责任或者不应当承担而需要承担责任的后果。过失包括认识要素和意愿要素,前者指对于行为造成损害可以预见而未预见,后者指对于损害发生可以避免而未避免,二者缺一不可,客观过失亦如此。因此,能够作为过失认定依据的注意义务,不仅在认识要素上需要符合预见标准,而且要在意愿要素上达到可避免标准。然而,网络服务提供者之注意义务不具备客观过失的要素,注意义务的履行并不能达到完美预防侵权行为的效果,始终受技术水平限制。网络服务提供者履行了注意义务,仍未能防止侵权行为的情形并不少见。若仅以未尽到注意义务认定过错存在,无异于变加重网络服务提供者的注意义务,要求其注意程度达到必须防止和制止侵权行为的效果。与此相反,履行相应注意义务,未能预防侵权行为发生,但网络服务提供者仍存在明知或者应知直接侵权行为发生的可能,却可以得到技术性庇护,逃脱法律制裁。

### 2. 未履行注意义务仅为过错认定的考量因素之一

网络服务提供者之过错认定应当尽可能探寻其主观状态,注意义务仅为过错认定的考量因素之一。网络服务提供者未履行注意义务的,不能直接认定其应当知道直接侵权行为,还需要结合合理注意义务的具体内容,考量注意义务履行的效果,若即使网络服务提供者尽到合理注意义务仍然不能预防或制止直接侵权行为的发生,则不能仅以未履行注意义务认定其应当知道直接侵权行为发生。网络服务提供者尽到合理注意义务的,也不能断然认定网络服务提供者不具有过错,还须探寻网络服务提供者的主观状态,如网络服务提供者采取合理的技术措施仍不能防止侵权发生,但其所提供服务的目的在于引诱、鼓励作品的非法使用,也应当承担侵权责任。

## (二) 已通知阶段之注意义务的适用规则

### 1. 未尽审查义务之侵权责任

网络服务提供者在收到通知或者未侵权声明后,未履行相应审查义务或者审查未达到合理标准,造成权利人抑或网络用户利益受损的,应当恢复或者取消必要措施,并承担相应的侵权责任。如网络服务提供者审查侵权通知或者未侵权声明时,对于缺少身份信息、权属证明,或者身份信息与权利人或其代理人不符,权利证书印章与颁发机构不一致等明显瑕疵置若罔闻,错误删除用户内容、错误恢复必要措施给权利人或者网络用户造成损害的,应当承担相应侵权责任。

<sup>⑩</sup>参见(2018)沪73民终121号民事判决书。

## 2. 履行审查义务之责任免除

由于网络服务提供者所履行的审查义务并非结果义务,在尽到合理审查义务后仍有可能误判侵权通知和反侵权声明的合格性,造成应当删除侵权内容未被删除(抑或相反),应当转达的未侵权声明未被转达(抑或相反),应当恢复的用户内容未被恢复(抑或相反)。尤其当通知人伪造齐全的证明材料,或者著作权的登记状况与实际权属状况不一致时,网络服务提供者即使尽到审查义务也会落入恶意通知人的陷阱。此时若仍对尽到合理审查义务的网络提供者科以侵权责任,则履行审查义务与否的侵权风险相当,反促使网络服务提供者逃避注意义务,扮演消极的信使。因此,因判定错误导致用户内容被错误删除或者错误恢复,若网络服务提供者尽到合理审查义务的,可以免于承担侵权责任。当然,网络服务提供者需承担相应的举证责任。

## 五、结语

《民法典》完善了原有《侵权责任法》的通知删除规则,使原本单薄片面的著作权人利益保护程序得以进化为兼顾用户利益的平衡保护规则。然而,网络服务提供者在其中扮演消极还是积极角色,直接影响新通知规则利益衡平的最终效果。若网络服务提供者仍扮演消极角色,网络著作权侵权规制依旧会陷入事前保护缺位、事后保护失范之问题的僵局,与平衡保护之目的相去甚远。新通知规则应当及时适应技术革新、网络经济发展的新变化,积极挖掘和利用网络服务提供者在网络秩序构建中的能力和作用,为其设置适当的双重注意义务,以确保新通知规则之利益衡平功能得以顺利实现。

### 参考文献:

- [1] 朱宁宁. 六编 1034 条民法典各分编草案亮相[N]. 法制日报, 2018-08-28(2).
- [2] 米平治. 网络时代社会交往的变化以及问题初探[J]. 大连理工大学学报(社会科学版), 2002, 23(1): 60-63.
- [3] 肖悦. 电影盗版: 顽疾与新患[EB/OL]. (2019-03-07) [2019-04-08]. <http://finance.sina.com.cn/roll/2019-03-07/doc-ihrfqzkc1939376.shtml>.
- [4] 刘文杰. 网络服务提供者的安全保障义务[J]. 中外法学, 2012, 24(2): 395-410.
- [5] 浙江省宁波市中级人民法院课题组. “通知-删除”规则的区别适用[J]. 人民司法(应用), 2018(4): 61-65.
- [6] 刘铁光, 李志达. 电商领域适用“通知-删除”规则的利益失衡及其矫正: 一种回归技术的方案及其制度构建[J]. 常州大学学报(社会科学版), 2017, 18(4): 14-22.
- [7] 蔡元臻. 论合理使用对滥用通知现象的遏制: 美国“跳舞婴儿案”的启示与反思[J]. 知识产权, 2019, 29(1): 24-34.
- [8] SMITH E, Lord of the files: International secondary liability for internet service providers[J]. WASH. & LEE L. REV., 2011, 68: 1555-1587.
- [9] MATTHIAS L, Structural aspects of secondary (provider) liability in Europe[J]. Journal of Intellectual Property Law Practice, 2014, 9(1): 75-90.
- [10] 魏小雨. 论侵权法中网络服务提供者的安全保障义务[J]. 国家行政学院学报, 2013(1): 81-84, 105.
- [11] 徐实. 美国网络平台承担知识产权间接侵权责任的经验与启示[J]. 北方法学, 2018, 12(5): 71-79.
- [12] 司晓. 网络服务提供者知识产权注意义务的设置[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2018, 36(1): 78-88. ]
- [13] 谢光旗. 普遍与特殊: 网络服务提供者的著作权审查义务[J]. 西部法学评论, 2013(3): 71-77.

- [14] 薛杉. 网络中介服务提供者知识产权侵权责任的发展与革新[J]. 科技与法律, 2015(6): 1134-1152.
- [15] 阿里巴巴知识产权保护平台. 2018 阿里巴巴知识产权保护年度报告[R/OL]. (2019-01-10) [2019-04-09]. <https://files.alicdn.com/tps/service/8d50874f56b43919e4cfa2256c93dd96.pdf>.
- [16] 杨垠红. 侵权法上作为义务: 安全保障义务之研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 71.
- [17] 中国互联网络信息中心. 第 42 次《中国互联网络发展状况统计报告》[R/OL]. (2018-08-20) [2019-04-09]. [http://www.cac.gov.cn/2018-08/20/c\\_1123296882.htm](http://www.cac.gov.cn/2018-08/20/c_1123296882.htm).
- [18] 宋振源. 计算机信息网络内容过滤技术探析[J]. 中国科技信息, 2009(23): 86, 96.
- [19] 时飞. 网络过滤技术的正当性批判: 对美国网络法学界一个理论论争的观察[J]. 环球法律评论, 2011, 3(1): 106-118.
- [20] 张云. 河北版权信息数据库平台正式上线.[EB/OL]. (2018-04-27) [2019-03-12]. [http://hebei.hebnews.cn/2018-04/27/content\\_6861995.htm](http://hebei.hebnews.cn/2018-04/27/content_6861995.htm).

## Internet service providers' dual duties of care in copyright infringement

NING Yuan

(*Research Center of Civil and Commercial Jurisprudence, Renmin University of China, Beijing 100872, P. R. China*)

**Abstract:** The tort liability part of Civil Code (second draft) has made scientific amendments to the existing rules of notice-and-takedown, but the problems of lack of prior protection and loss of post relief procedures remain unresolved. With the role transformation and technology upgrading of ISPs, as the controller and participant of the risk of network infringement, they are necessary and able to bear the obligations of actively preventing infringements during the uninformed phase and reviewing the materials during the notified phase, to make up for the loopholes of copyright protection and user interest protection. The dual duties of care should be compatible with ISPs' expectation and control ability to the infringement risk and the ability of material review. In the uninformed phase, technical measures are the main methods of performance, and technical level, service type, content involvement level, and direct benefit should be comprehensively considered. Violation is the consideration for fault rather than a sole criterion, and it does not necessarily result in infringement liability. In the notified phase, only formal review and limited substantive examination are necessary, and those who have fulfilled the duty of care can be exempted from tort liability.

**Key words:** new notification rule; the obligation to prevent direct infringements; the obligation to review materials; reasonable standards of care

(责任编辑 胡志平)