

论网络侵权中的通知规则

王利明

摘要:网络侵权是发生在互联网这一特殊平台上的新型侵权形态,其具有侵权主体匿名性、传播快捷性、影响广泛性和不可逆转性、造成后果严重性等特征。网络侵权通常都涉及直接侵权人和网络服务提供者,而网络服务提供者与侵权行为实施者在主观心态、损害预防能力和效果上都存在重大差异,网络侵权责任承担区别于一般侵权。通知规则作为网络侵权中的一般规则决定了网络服务提供者承担责任的界限,明确通知规则的产生、发展与责任特征以及与此相关的反通知规则及其效力,对于理解网络服务提供者违反通知规则的责任具有重要意义。

关键词:网络侵权 通知规则 互联网

中图分类号:DF521 **文献标识码:**A **文章编号:**1673 - 8330(2014)02 - 0034 - 11

网络侵权是指发生在互联网上的各种侵害他人民事权益的行为。^①通说认为,网络侵权是一种新型的侵权形态,但这并非意味着其在归责原则、构成要件、责任承担等方面存在特殊性,而主要是指此种侵权是发生在网络这一特殊的平台基础之上的。随着计算机和互联网技术的发展,人类社会进入一个信息高速膨胀和传播的时代。互联网深刻地改变了人类社会的生活方式,为人类的交往和信息获取、传播带来了巨大的方便。网络广泛收集、存储各类信息,并突破了地域、国家的限制,且具有无纸化、交互性的特点。^②这在为人类社会生活带来极大便利的同时,也在客观上为网络侵权活动提供了机会。而网络侵权往往具有侵权主体的匿名性、传播的快捷性、影响的广泛性和不可逆转性,以及造成损害后果的严重性等特征。这些都给互联网时代的法律提出了新的课题和挑战。尤其是网络侵权是借助网络服务提供者所提供的网络平台实施的,通常都涉及到两方当事人(直接侵权人和网络服务提供者),而网络服务提供者与侵权行为实施者之间在主观心态、损害预防能力和效果上都存在重大差异。这也就决定了网络侵权的责任承担者区别于一般侵权,需要特别规定。我国《侵权责任法》第36条对网络服务提供者的责任作出了全面规定,其中确立了通知规则。这些规则需要结合网络侵权的具体特点来加以理解和适用。

一、通知规则是网络侵权的一般规则

所谓通知规则,也称为提示规则,或者“通知—删除”规则,^③根据该规则,在网络用户利用网络服务者提供的网络实施侵权行为时,如果网络服务提供者不知道侵权行为存在,则只有在受害人通知网络服

[作者简介]王利明,中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国民商事法律科学研究中心研究人员。

① 参见张新宝:《互联网上的侵权问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第24页。

② See Douglas Thomas & Brain D Loader, *Cybercrime*, Routledge, London and New York, 2000, p. 10.

③ 参见吴伟光:《视频网站在用户版权侵权中的责任承担——有限的安全港与动态中的平衡》,载《知识产权》2008年第4期。

务提供者侵权行为存在,并要求其采取必要措施以后,网络服务提供者才有义务采取必要措施以避免损害的扩大。《侵权责任法》第36条第2款规定:“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”这就在法律上确立了通知规则。依据通知规则,网络服务提供者作为责任主体虽然没有直接参与侵权行为的实施,但仍可能因未履行法定注意义务而对损害扩大部分承担侵权责任。例如,某人利用网络服务提供者之服务建立博客,在博客中发表侵害他人名誉权的文章,受害人通知网站该行为构成侵权,要求删除该文章。网站接到该通知,一直未删除,该文章被其他网站转载,造成损害的扩大。受害人起诉要求网站承担责任的,法院应依据通知规则责令网站承担责任。

从比较法上来看,通知规则最早形成于美国。在互联网发展早期,美国法院曾将网络服务提供者视为与报社、出版社相同的出版者(publisher),要求其对网络用户上传的所有侵权信息承担直接侵权责任。^④然而,对于网络服务提供者课以过重的责任,将会妨碍信息的传播,也会限制人们的言论自由和表达自由,尤其是主动审查将增加网络服务商的负担,会妨碍网络技术的创新和发展,且与互联网快捷、便利地传播信息的特征不符。因为网络服务提供者所面临的审查压力明显过重,其往往无法以合理的成本对所有网上内容进行有效监管,从而难以正常发展。^⑤因此,美国国会于1998年通过了《千禧年数字版权法案》(Digital Millennium Copyright Act),该法案第512(m)条就确立了网络服务商对其传送和储存的信息不负有监督和主动审查侵权事实的义务。第512(a)、(b)、(c)、(d)条分别规定了暂时性数字网络传输商、系统缓存服务商、依用户指令存放系统信息服务商、信息定位服务商四类服务商,确定了四种免责事由。一般认为,由这些条款规定可知,美国法确立了以“通知与下架规则”(notice—take down procedure)为核心内容的避风港规则。^⑥根据该规则,在发生著作权侵权案件时,网络服务提供商如只提供空间服务,并不制作网页内容,则只有在被告知侵权时,才负有删除的义务。如果侵权内容既不在网络服务提供商的服务器上储存,又没有被告知哪些内容应该删除,则网络服务提供商不承担侵权责任。该规则的目的在于平衡版权人与网络服务提供者之间的权利义务关系。^⑦后来避风港条款也被应用在搜索引擎、网络存储、在线图书馆等方面。避风港规则的确立,极大地缓解了网络服务提供者承担责任的压力。根据该规则,网络服务商在他人利用其服务实施侵害版权行为的情况下,一旦受害人通知服务商,服务商必须采取措施删除侵权性信息或者断开该信息的链接。只要其对侵权信息进行了及时处理,就可以被免除责任。^⑧可见,避风港条款包括了通知规则的内容。由于通知规则很好地平衡了网络服务提供者与权利人之间的利益关系,因此被世界各国广泛采用。

从比较法上来看,世界各国大多认为,网络服务提供者对用户上传内容并不负有一般性的审查义务(no general obligation to monitor)。^⑨欧盟很多国家都认为对网络服务提供者提供一定的保护,其仅承担“通知—删除”义务和责任。^⑩例如,法国《信任数字经济法》(Loi pour la confiance dans l'économie numérique)第6条第2款规定:“如果网络服务提供商对于违法信息不知情,则不得要求其承担责任;但是,自其知晓违法信息存在之时起,它应迅速采取措施删除此信息,或者采取屏蔽措施。”根据该条规定,网络服务商不承担一般性的审查义务,但同时规定自其知道信息构成侵权之日起,应有立即删除侵权信息的义务。如果其对侵权信息不知情,不应承担责任。德国1997年《规定信息和通讯服务的一般条件的联邦立法》(简称“IUKDG”,学者称之为“多媒体法”)规定,网络服务提供者一般不对第三人的信息承担责任,除非他们对信息进行了有意的利用。欧盟1998年发布了《电子商务指令》(DIREC-

④ Playboy Enterprises, Inc. v. Frena. 839 F.Supp. 1552 (M. D. Fla. 1993).

⑤ 参见刘文杰:《网络服务提供者的安全保障义务》,载《中外法学》2012年第2期。

⑥ 参见谢雪凯:《网络服务提供者第三方责任理论与立法之再审视》,载《中国民法学研究会2013年年会论文集》(下册),第858页。

⑦ 参见徐伟:《通知移除制度的重新定性及其体系效应》,载《现代法学》2013年第1期。

⑧ 参见高圣平主编:《中华人民共和国侵权责任立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第445页。

⑨ See DMCA § 512(m)(1)、DIRECTIVE 2000/31/EC article 15.

⑩ 前引③。

TIVE 2000/31/EC), 该指令第 12 条规定, 网络服务提供者一旦得到权利人提出异议的通知, 都应当迅速地删除侵权信息。如果信息服务商仅仅只是转发 (transmission), 并没有选择特定的发送对象, 对于转发的内容并没有作出修改, 对转发的信息内容将不承担责任。该指令第 14 条规定, 网络服务商对提供的信息是否构成侵权并不知情, 对信息造成的损害将不承担责任。但一旦知道信息构成侵权, 就应立即 (expeditiously) 采取删除 (remove)、屏蔽 (disable access) 等措施。该指令也宣告网络服务商没有一般性的审查义务, 成员国不得对网络服务商强加一般性的审查义务。^①这就采取了通知规则。

我国有关法律法规从中国实践出发, 借鉴国外先进立法经验, 也逐步确立了通知规则。早在 2000 年, 最高人民法院在《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 5 条中就规定, “提供内容服务的网络服务提供者, ……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。”从中可以看出已初步采取了“通知与下架”规则。国家版权局、信息产业部 2005 年颁布的《互联网著作权行政保护办法》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, 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。”而在 2006 年颁布的《信息网络传播权保护条例》中,^②通知规则在侵害信息网络传播权领域中得以正式确立, 此外, 该条例还对通知规则的运行原理、权利通知的内容要求、网络服务提供者的法定义务和法律责任等作出的具体规定, 为在司法实践中处理此类案件提供了明确的法律依据。在司法实践中, 法院已经开始直接援引了通知规则进行审理。例如, 在广东梦通文化发展有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵犯著作权纠纷案中, 被告在被告知侵权行为存在之后, 仅删除了原告提供的具体 URL 地址的 24 个侵权搜索链接, 法院认为其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, 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。^③2009 年, 我国《侵权责任法》在总结既有经验的基础上,^④于第 36 条第 2 款中再次引入通知规则, 将其适用范围扩大至该法保护范围内的所有民事权益类型, 并确立了通知规则在网络侵权案件中的一般规则地位。^⑤

通知规则是处理网络侵权行为的一般规则, 其不仅有利于准确认定网络侵权行为和责任, 而且有利于为权利人提供及时有效的救济途径。具体来说, 通知规则具有如下几个方面的功能。一是免除了网络服务提供者的事先审查义务。从网络媒体的特点和性质来看, 网络上信息是海量的, 网络服务提供者不可能一一鉴别每一项信息是否构成侵权。^⑥这也是网络媒体和纸质媒体的重要区别。事实上, 在人们在网上发表的无数网络信息中, 真正侵害他人权利的情形毕竟是少数。如果要求网络服务商承担普遍审查义务, 不仅审查成本高昂, 而且存在可操作性障碍。对绝大多数正常的网络言论的审查本身也是一种劳动浪费, 其结果将导致网络服务提供者运营成本激增, 并最终转嫁给用户。^⑦更严重的是, 这势必将妨碍互联网的创新和发展, 影响信息的传播和流通。二是有利于准确发现侵权事实并采取必要的救济措施。与网络服务提供者相比, 潜在受害人有更充分的信息和能力去发现和判断潜在的网络侵权信息。根据通知规则, 受害人有义务去主动发现权利损害的事实, 并有义务积极请求网络服务提供者采取措施。如果已通知网络服务提供者而后者并没有采取措施避免损害的扩大, 则受害人就可以向有过错的网络服务提供者请求赔偿。三是提供了一套程式化的权利救济方式, 降低了受害人寻求救济的难度和

① 参见 DIRECTIVE 2000/31/EC article 15.

② 参见《信息网络传播权保护条例》第 14—17 条。

③ 参见北京市海淀区人民法院 (2007) 海民初字第 25496 号民事判决书。

④ 前引②。

⑤ 王胜明:《中华人民共和国侵权责任法释义》, 法律出版社 2010 年版, 第 191 页。

⑥ 参见王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》, 法律出版社 2005 年版, 第 92 页。

⑦ 前引②, 第 441 页。

成本。也便利了受害人对网络服务提供者主张责任,从而有利于实现受害人的救济。¹⁸也就是说,通知规则给受害人提供了一条明确的法律救济途径,让权利救济有章可循。四是有效协调了网络服务提供者、受害人和网络用户等各方的利益。通知规则在为网络服务提供者设定合理的积极作为义务的同时,为其提供了有效的免责范围,使其不至于因第三人的侵权行为而承担过重的运营负担和法律责任。而网络用户可通过反通知规则来遏制滥用“通知规则”的行为,维护其正常的网络利用权利。此外,采取通知规则也有利于保护公民的表达自由以及公众的知情权和监督权。因为如果将网上发布的任何信息都纳入事先审查的范围,就会导致许多信息难以及时在网络上发布,影响信息的发布和传播。¹⁹

二、违反通知规则的责任特征

从性质上说,违反通知规则的责任属于侵权责任的一种类型。虽然网络用户和网络服务提供者之间也可能发生合同关系,但是,侵权行为的发生往往并非网络服务提供者违反合同义务的结果。违反通知规则的责任具有如下几个特点:

第一,责任主体是网络服务提供者。违反通知规则的责任是一种特殊的责任,它并非确立了直接侵权人的责任,而是确立了第三人对于侵权行为所承担的责任。严格地说,网络用户的责任是比较容易确定的,因为网络用户利用网络侵害他人权益,属于一般的过错侵权,应当按照过错责任的一般条款来确定责任。但是,认定网络服务提供者的责任比较困难,因为网络服务提供者并没有直接实施侵权行为,且难以对信息进行审查,所以,网络服务提供者只有在接到受害人的通知或以其他方式知道侵权行为存在后,才能够对其采取措施。为此,法律才确立通知规则以明确网络服务提供者的责任。毕竟网络服务提供者作为侵权信息的传播提供了技术和平台的支持,侵权行为的发生与其网络服务之间存在一定的关联性,所以,在其接到受害人通知之后未及时采取措施的,要求其承担一定的责任也是合情合理的。²⁰特别是在知道侵权信息存在的情况下,更应当主动采取必要措施,防止损害后果扩大,否则将导致受害人所遭受的损失进一步扩大。

因为通知规则确立的是网络服务提供者的责任认定规则,这与直接侵权人对自己的行为承担责任存在区别,从而在责任主体方面表现出特殊性。正是因为这一原因,《侵权责任法》将网络侵权置于第四章“关于责任主体的特殊规定”中。在《侵权责任法》第36条第2款规定的侵权责任中,网络服务提供者本身并没有实施发布侵害他人的信息等侵权行为,只是因为未履行法定注意义务,采取有效措施避免网络用户继续利用网络侵害他人而承担责任。换言之,由于除了直接侵权人外,网络服务提供者是最容易控制损害行为的主体,且控制成本相对低廉,因此,法律要求其在接到受害人的通知以后及时采取措施防止损害扩大,如不及时采取措施,其本身就是有过错的。从这个意义上讲,网络服务提供者是对自己的过错行为承担责任,而非为他人行为承担责任。

第二,从责任性质上来看,其属于过错责任的范畴。在《侵权责任法》制定过程中,对于网络服务提供者究竟应承担过错责任还是严格责任,存在一定的争议。立法者最终采纳了过错责任的观点,这主要是为了防止向网络服务提供者施加过重的责任负担。从本质上讲,网络服务提供者只是损害活动的平台提供者,而其提供该平台的初衷是为了服务于广大网民。如果采严格责任,对网络服务提供者课以重责,则不仅加重了其对海量信息的审查成本和义务,而且将严重妨碍平台提供者的网络发展和网络创新活动。因为,大量的责任诉讼将使得其难以应对,严重影响其经营活动。²¹采过错责任是平衡了网络服务提供者、网络用户以及社会公共利益的结果。一方面,一旦发生侵权行为,就要求网络服务提供者承担侵权责任,对其未免不公,但另一方面,要求受害人证明网络服务提供者的过错,对受害人来说也可能

¹⁸ 黄慧敏:《安全港真的安全吗?——从美国DMCA第512条安全港条款看我国网络服务提供商责任限制之设计》,载《万国法律》2007年6月。

¹⁹ 参见谢鸿飞:《言论自由与权利保护的艰难调和——〈侵权责任法〉中网络侵权规则之解读》,载《检察风云》2010年第3期。

²⁰ 前引^⑤。

²¹ 参见张新宝、任鸿雁:《互联网上的侵权责任》,载《中国人民大学学报》2010年第4期。

比较困难,而通知规则的确立,使对网络服务提供者过错的判断比较容易。受害人通知网络服务提供者,而后者不采取必要措施的,就可以认定其具有过错。因此,只要网络服务提供者在知道侵权行为存在后及时采取必要措施,防止损害后果的扩大,其就无须对此前造成的损害承担责任。^②

问题在于,违反《侵权责任法》第36条的责任与违反该法第6条第1款的过错责任之间是什么关系?《侵权责任法》第6条第1款规定:“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任。”该条确立了过错责任的一般条款,而且形成了过错责任的兜底条款。因此,该规则对于网络侵权责任具有指导意义。第36条所确定的违反通知规则的过错责任,实际上是第6条第1款的具体化,两者属于一般规范与特别规范的关系。对于网络侵权而言,原则上应当适用《侵权责任法》第36条,只有出现了新的侵权类型且无法适用第36条时,才应适用该法第6条第1款的规定。

第三,此种责任主要是不作为侵权责任。《侵权责任法》第36条第2款的规定在法律上确立了网络服务提供者负有作为义务。根据该条确立的通知规则,网络服务提供者在收到受害人的通知以后,疏于采取删除、屏蔽等必要措施的,应当为损害的扩大负责。这就是说,如果网络服务提供者在收到受害人的通知之后没有积极作为,导致了损害的扩大。在法律上要求网络服务提供者负担一定的作为义务是由网络技术和网络侵权本身的特点所决定的。一方面,由于互联网具有多维、多向、无国界、开放性以及受众的无限性等特点,通过网络手段侵害他人合法权益,一旦侵权信息在网上公布,就可能迅速在网上广泛流传,甚至向全世界传播,影响极为广泛。^③而网络传播的迅捷性、受众的无限性都决定了侵权损害会出现放大效应。尤其是网络上的侵权信息可能被许多网站转载、链接,导致损害后果无法确定。只要在互联网的任何一个角落有人发布了侵害知识产权的信息,那么几个小时之后,全世界就都能够共享这一资源。^④因此,最有效的救济方式就是立即采取措施予以制止。这就有必要建立通知规则,由受害人及时将侵权信息通知网络服务提供者,并要求其采取必要措施。另一方面,网络侵权发生以后,损害后果通常具有不可逆转性,而网络服务提供者的积极作为将有助于降低此种不可逆损害发生的可能性。例如,某网页浏览者在接触到关于某人的不真实诽谤信息后,很可能对其形成负面评价,即便网站后来删除该不实信息,或者发布更正信息,原浏览者可能因未再浏览该网页,而无法更正此前已经对受害人形成的负面评价。再如,在侵害知识产权的情况下,一旦既有知识产权被非法公开,就可能被他人免费利用。而利用者本身也不一定是有过错的,但的确给权利人造成了损失。在不少情形,赔礼道歉、更正等救济方式并不能及时、完全消除损害后果,恢复到权利未受侵害的状态。^⑤而在这些情形下,平台提供者根据受害人的通知在第一时间内积极删除、屏蔽侵权信息,可以尽量避免或防止损害的扩大化。

第四,此种责任是网络侵权的一般责任。《侵权责任法》第36条第3款规定:“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任”,这就在法律上确立了网络侵权中的知道规则。那么,知道规则与通知规则之间是什么关系?笔者认为,从适用范围来看,通知规则适用于一般情形,而知道规则适用于特殊情形。如果知道规则的适用范围过于宽泛,将任何网络上发布的侵权信息,都推定为网络服务提供者的明知,则通知规则的存在就没有意义了。还需要指出的是,在受害人通知以后,网络服务提供者自接到通知之时起,如果经过初步审查认为构成侵权,此时应当认为其构成明知。从《侵权责任法》第36条的内容来看,将通知规则置于第2款,而将知道规则置于第3款,这表明立法者的意图就是要将通知规则适用于一般情况,而知道规则适用于特殊情况,两款之间实际上是一般和特别的关系,即在通常情况下被侵权人都应当按照通知规则,将网络中的相关侵权信息告知网络服务提供者,而不能直接援引第36条第3款的规定向法院直接提起诉讼。当然,如果被侵权人有确切的证据证明网络服务者知道网络侵权行为的存在,例如,网络服务者明知相关信息构成对他人知识产权、隐私权的侵犯,而仍然在网页的醒目位置加以表明或者强调,受害人

② 前引④。

③ 参加张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第258页。

④ 参见李艳主编:《网络法》,中国政法大学出版社2008年版,第18页。

⑤ 前引②,p.22.

则可以援引该条规定向法院提起诉讼。正是因为通知规则是网络侵权的一般规则,所以,受害人通常应当依据通知规则请求网络服务提供者承担责任,除非有证据证明网络服务提供者知道侵权行为,才能适用知道规则。^⑥

网络服务提供者的责任与《侵权责任法》第37条所规定的违反安全保障义务责任之间关系比较密切,因为二者都属于不作为侵权,且都违反了法定的保护性义务。^⑦只不过前者发生在现实生活中,而后者出现在虚拟空间。网络服务提供者在接到受害人通知后,若未采取必要措施,就违反了其应尽的保护义务。但是两种责任的差异也比较明显:一是是否需要通知。网络服务提供者承担责任的前提是受害人的通知,而安全保障义务人承担责任并不需要接到类似的“通知”。二是与承担责任的范围有关。网络服务提供者只是对其接到通知以后损害的扩大部分负责,而安全保障义务人承担责任的范围是全部损害,只不过法律上为了限制责任,规定了“相应的补充责任”。

三、通知与反通知规则

(一) 适格的通知行为

如何理解《侵权责任法》第36条规定的“被侵权人有权通知”?笔者认为,立法者使用“有权”的表述,就是强调通知是受害人的权利,受害人一旦通知,网络服务提供者就应当采取措施。如果被侵权人向直接的侵权人主张权利,则不需要通知;但如果其向网络服务提供者主张权利,则必须先进行通知,否则难以认为网络服务提供者存在过错。这就是说,网络发布的任何侵权信息,除非是网络服务提供者明知或知道构成侵权的以外,都应当首先由被侵权人向其进行通知。如果被侵权人不进行通知,除了存在《侵权责任法》第36条第3款的情形以外,其就无权要求网络服务提供者承担侵权责任。

由于潜在受害人的通知行为将引发网络服务提供者的积极作为义务,且在后者怠于积极审查和对侵权行为采取措施的情况下,将引起后者的侵权法律责任,因而,在整个网络侵权责任规则中,“通知”是一项关键因素,故有必要对“通知”的形式和内容,以及需要满足特定的法律要求进行探讨。而我国现行立法并没有就“通知”的适格性作出具体的规定。笔者认为,构成《侵权责任法》第36条第2款中的“通知”,至少应当符合如下条件:

第一,主体适格。这就是说,通知的主体应当是受害人而不是其他人。如果受害人委托他人通知,也可以视为受害人的通知。如果不是受害人通知侵权行为人,而是其他人通知侵权行为人,则能否作为侵权行为的认定依据?例如,某人看到一条消息之后,认为该消息侵害了其朋友的名誉权,并主动通知网站,要求处理该信息。笔者认为,若非代理人,该通知者显然是不适格的。从通知规则确立的目的考量,其就是要适当限制网络服务提供者的责任,因此,在解释上应当采严格解释,而不能任意扩张。如果任何人都可以发出“通知”,则网络服务提供者的义务过重,不利于网络事业的发展。更何况,网络侵权大多是名誉、隐私等人格权的侵害,既然受害人不通知,表明受害人能够容忍此种损害,法律也没有必要再给受害人提供保护。如果其他人发现潜在的网络损害行为,其可以先通知潜在受害人,让受害人自身决定是否构成侵权和是否采取维权行动。在个别情况下,所谓“受害人”对网上发布的言论并不认为构成侵权,甚至可能使自己从中获利。

第二,形式适格。2012年11月26日《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“侵害信息网络传播权司法解释”)第13条规定:“网络服务提供者接到权利人以书信、传真、电子邮件等方式提交的通知,未及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的,人民法院应当认定其明知相关侵害信息网络传播权行为。”由此可见,该条要求通知应以书面形式发出。所谓书面形式,包括了书信、传真、电子邮件等方式。法律之所以要求书面形式,是因为口头通知不利于证据的保存,也容易在事后发生争议,所以,不宜采取此种方式。就是否通知发生争议的情况下,应当由请求人自己收集相关证据,证明其已经通知。当然,有的网站要求受害人按照一定的格式提出通

^⑥ 前引④。

^⑦ 参见杨立新:《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的解释与理解》,载《国家检察官学院学报》2010年第2期;前引⑤。

知的内容。如果这些格式要求符合常理,并不会给通知者造成不必要的负担,也并无不可。但只要受害人是^{②8}以书面形式作出的通知,都可以认为是合法有效的。

第三,内容完整。在比较法上,大多对通知的内容作出明确的要求。^{②9}依据《信息网络传播权保护条例》第14条,^{③0}通知至少应当包括如下内容:一是受害人的姓名或名称、联系方式和地址。二是侵权的网站名称、页面,以便网络服务提供者查找并采取措施。三是侵权的内容和构成侵权的理由,以便网络服务提供者审查判断是否构成侵权。虽然发出通知是受害人的权利,但为了防止权利人滥用通知权利,网络服务提供者有权要求受害人在发出通知时提供必要的证据,证明网络用户确已利用网络实施了侵权。这不仅有利于网络服务提供者审查,而且可以打消网络服务提供者担心网络用户与其发生纠纷的顾虑。毕竟,相较于那些较为明显侵权的信息,有些涉嫌侵权的行为,仅凭网络服务提供者有限的专业能力,确实难以作出十分准确的判断。^{③1}在整个通知中,关键在于如何确定必要的证据。被侵权人通知网络服务提供者时,就应当证明网络用户确已利用网络实施了侵权。如果通知者没有提供任何证据,网络服务提供者就有权拒绝。而如果有一定的证据,能够证明其构成侵权,即便证据尚不十分充足,网络服务提供者也应当及时采取必要措施。这里涉及到证据判断的标准问题,即是按照常人的一般理解来判断,还是按照具有一定法律专业水准的标准来判断。例如,某知名网站转载了法院依法公开的判决书,判决书涉及到一家公司的违约败诉行为。败诉者发现该网站转载的判决书后,认为损害了其名誉权,要求该网站删除该转载判决。对此,很多非法律专业人士可能认为该请求是正当的,然而,根据我国《民事诉讼法》关于判决书要公开的规定,只要不涉及国家安全和个人隐私,司法判决都需要公开。因而,转载法院已经公开的判决是合法的,并不构成对名誉权的侵害。所以,对通知中证据的判断,应当由具备一定法律专业知识的人士来予以判断,并作出处理意见。在实践中,确实有许多网站都有一定的法律工作者或者对外雇佣了一定的法律服务者,来处理通知的适格性问题。当然,这里的证据判断并不一定要求达到司法裁判所持有的水准。只要按照一般的法律常识来判断可能构成侵权,网络服务提供者就有义务和理由对相关信息予以处理。四是要求采取措施的内容,即要求采取何种必要措施。有的受害人可能仅要求道歉,有的受害人仅要求删除。网络服务提供者的积极作为义务应视受害人的要求具体而定,以尽可能地避免或救济损害为目标。如果不能满足上述要求,可以认为,受害人并没有发出有效的通知,且不能推定网络服务提供者知道侵权信息存在。^{③2}

适格通知的效力是,在受害人进行通知之后,就引发了网络服务提供者的义务,即网络服务提供者在接到受害人的适格通知之后,有义务审查核实相关信息是否侵权,然后根据受害人的要求对侵权的信息及时采取删除、屏蔽、断开链接等措施。网络服务提供者在接到通知之后,可以要求受害人就通知书的真实性作出承诺,也可以将受害人的通知提交给网络用户,要求网络用户作出答复。如果网络用户认为,其行为不构成侵权,不允许网络服务提供者采取必要措施,网络服务提供者是否应采取措施?笔者认为,在此情况下,网络服务提供者应当自行审查,如果其认为网络用户的行为不构成侵权而拒绝受害人的请求,网络服务提供者要自行承担可能构成侵权的风险和责任。

此外还有两点需要说明。一方面,在司法实践中,受害人必须证明网络服务提供者已经接到了通知。当然,网络服务提供者的工作人员接到通知,也应视为其已经接到通知。另一方面,所谓“及时”采取必要措施的含义,是指在接到利害关系人的侵权通知后的合理期限内采取合理的技术措施,以防止侵

^{②8} 例如,法国《信任数字经济法》(Loi pour la confiance dans l'économie numérique)第6条对通知作出了明确要求。具体包括:(一)通知必须记载明确的日期。(二)通知必须记载通知人的信息,自然人包括姓名、住址、国籍、出生日期和地点;法人包括企业名称、住所、法定代表人;被通知人的姓名、住址,如果是法人包括商号和住所。(三)对违法信息的描述或违法信息在网上所处位置的具体描述。(四)阐明要求删除的理由,其中包括所要援引的法律和相关违法事实的确认。(五)与违法信息的作者或编者联系的证据,包括要求这些作者和编者删除、撤回、修改或采取其他措施的记录。这些经验都是值得借鉴的。

^{②9} 《信息网络传播权保护条例》第14条规定:“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;(三)构成侵权的初步证明材料”。

^{③0} 梅夏英、刘明:《网络服务提供者侵权中的提示规则》,载《法学杂志》2010年第6期。

^{③1} 梅夏英、刘明:《网络侵权中通知规则的适用标准及效果解释》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期。

权行为损害后果的不当扩大。该期限可以根据网络服务的形式、侵权行为的内容、受害人遭受损害的情况等多种因素来判断。对于具体情形下“及时”的认定,要根据技术上可能性来具体确定。^⑩也要考虑所要保护受害人的民事权益、采取措施的难度大小等。质言之,是否构成“及时”,应由法官通过案件的基本情况综合考虑技术信息、管理方式等因素来加以判断。例如,对于一般的网络服务和搜索引擎的网络服务,搜索引擎服务提供者的时间可能需要较长的时间;再如,对于信息真实性的判断和言论是否恰当的判断,后者所需时间可能较长。但无论如何,合理期限内应当包括网络服务提供者的审查时间在內。

(二)反通知及其效力

网络服务提供者在接到通知之后,信息发布者坚持反对采取删除等措施,此时,网络服务提供者能否自行删除?应当看到,对于较为明显侵权的信息,网络服务提供者在接到通知之后,应当及时采取删除、屏蔽、断开链接等措施。而对于一些难以通过常人标准判断是否构成侵权的信息,例如某些带有纪实性质的小说等,其不涉及人身攻击的内容,一般人不熟悉具体情况,很难判断其是否属实、是否构成侵权。在信息发布者坚决反对采取删除、屏蔽等措施的情形下,可适用反通知的规则。

根据反通知规则,在权利人对涉嫌侵权内容发出权利通知,且网络服务提供者对该内容采取必要措施之后,应允许上传系争内容的信息发布者通过反通知对抗权利人,要求网络服务提供者恢复被删除内容。例如,美国《千禧年数字网络版权法》(DMCA)第512(c)条第3款赋予侵权网络用户反通知的权利,^⑪由于引入这一权利,从而将举证和抗辩分配给了网络信息发布者。通知者认为构成侵权,反通知者则认为不构成侵权,如此,网络服务提供者可在侵权与不侵权之间居间评判。^⑫虽然我国《侵权责任法》第36条第2款未与通知规则一起明确规定反通知规则,但从逻辑上看,应当认为,该法也允许发出了信息的网络用户提出反通知。^⑬确实,在网上信息海量的情况下,即便网络服务提供者具有专业知识,其也难以对具体信息是否构成侵权作出判断。通知者提供的证据应当满足基本的要求,可以初步证明网络信息构成了侵权。一般来说,网络服务提供者接到适格通知后就应对涉嫌侵权内容采取必要措施,以防止损害进一步扩大。在此之后,网络服务提供者应当通知发布信息的网络用户,信息发布者如果认为该信息并不构成侵权,则可发出反通知,要求网络服务提供者恢复信息。反通知规则的引入,既可以及时有效地遏制侵权信息传播,也给予了信息发布者对其行为进行辩护的机会,有效平衡了权利人与其他网络用户之间的关系,对于保护网络用户合法权益、限制通知规则滥用、探明事实真相、维护网络信息自由流通,以及最终解决侵权纠纷均具有重要制度意义。^⑭此外,该规则也有利于减少网络服务提供者的审查成本,降低其面临的法律风险。

从实践来看,面对通知者和反通知者对于争议内容的矛盾,网络服务提供者一般可以通过采取一定的方式避免自身陷入过重的法律争议之中。最好的办法是在网络服务协议中,网络服务提供者可以与网络用户约定,在接到适格通知后其可以删除涉嫌侵权的信息,并不构成对信息发布者的违约。鉴于我国现行《合同法》中对于此种免责事由未作规定,故当事人有必要在合同中作出特别约定。如果服务提供者未作该约定,网络服务提供者根据通知规则取下涉嫌侵权信息,是否可能构成违约,有可能会产生争议。笔者认为,根据我国《侵权责任法》第36条规定的通知规则,网络服务提供者应该可以获得责任豁免,否则,网络服务提供者将可能因为担心承担违约责任而对通知规则采取消极态度,使其制度效用难以充分发挥。总而言之,从本质上来说,网络服务提供者不是损害发生的根本原因,法律不应当将其深陷争议之中,而通过签署合同安排,网络服务提供者可以将争议回归给真正当事人,以便有更多精力提供更好的网络服务。

^⑩ 参见王利明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社2010年版,第160页。本条为刘德良教授撰写。

^⑪ 该条规定,在网络服务提供者根据被侵权人的通知对其用户发布的信息删除、屏蔽或断开链接时,认为自己没有侵权的侵权网络用户和其他相关网络用户可以向网络服务提供者发送证明自己没有侵权的反通知。

^⑫ 杨立新、李佳伦:《论网络侵权责任中的反通知及效果》,载《法律科学》2012年第2期。

^⑬ 前引⑩。

^⑭ 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》2008年第8卷第1辑。

四、网络服务提供者违反通知规则的责任

依据《侵权责任法》第36条的规定,网络服务提供者在侵权人利用网络实施了侵权行为的情形下,才可能采取必要的措施。所谓利用网络实施了侵权行为,就是指借助于互联网来发布信息,或实施其他的侵权行为。此处所说的网络是指网络服务提供者所经营管理的网络,如果在非网络上实施侵权行为,则不能要求网络服务提供者对他人控制的网络负责。例如,通过手机短信的发送而侵犯他人名誉权等,在手机短信没有联网的情形下,短信侵权就不属于网络侵权。当然,随着微信、易信等新型短信平台的日益出现,短信可能与网络功能结合起来,也有可能构成网络侵权。

网络服务提供者在接到通知以后负有两种义务:一是积极审查的义务。如前所述,通知必须适格,尤其是要有必要的证据说明特定网络信息构成了损害。当然,即便在通知适格的情况下,网络服务提供者不愿意审查并采取相应措施,其将面临承担法律责任的风险。二是根据受害人的要求采取必要措施的义务。当网络服务提供者审查初步认为被通知的信息构成侵权时,就应当在第一时间采取有效的措施处理该信息,以避免损害的扩大。问题在于,如果受害人没有具体提出,网络服务提供者应当采取何种措施?笔者认为,如果经审查已经认为构成侵权损害,那么网络服务提供者采取的“必要措施”要尽可能地消除损害或者防止损害的进一步扩大。具体来说,《侵权责任法》第36条规定的“必要措施”应包括“删除、屏蔽、断开链接”等多种可能的方式,这些方式都是网络服务提供者应当综合考虑和采取的措施。

第一,删除。删除是直接将有侵权行为的网页内容进行删除,使侵权信息的文字、图片、音频、视频等内容不再在网页上出现。需要指出的是,在有些网络上,信息被搜索引擎所保留,即便网络服务提供者已经删除了相关信息,搜索引擎也仍然保留下来。受害人是否可以要求网络服务提供者联系其他转载的网站予以删除?笔者认为,受害人可以自行要求其他转载的网站删除,但是,不应要求网络服务提供者来联系其他转载的网站采取措施。

第二,屏蔽。屏蔽本意是指遮挡、遮蔽,在网络技术上是指有针对性地阻止某些网站、网页或信息出现在特定的网站上,因此,屏蔽一般是特定的网站主动针对某些信息作出的技术处理,可以防止本网站对某些侵权信息的扩散。但屏蔽只是将涉及侵权信息的部分加以屏蔽,而非要屏蔽所有的网页。

第三,断开链接。断开链接一般是在难以直接删除侵权信息的情况下,通过将搜索网站与该网页内容之间的链接切断的形式,阻止该网页具有的侵权信息进一步散布。例如,当登载侵权信息的网页,其网站建立在位于国外的服务器上时,往往难以直接将其删除,此时可以通过断开国内网站与该网页之间的链接的方式,使该信息不再在国内散布传播,从而阻止侵权后果的扩大。断开链接是指断开的范围限于含有侵权内容的页面,或者能够断开页面的某一部分就不应当影响到其他部分的内容。也就是说,在实施断开链接的情形,要尽可能减少对其他网络信息的影响。

第四,其他必要措施。此处所说的其他必要措施是指停止侵害的必要措施,而不是赔礼道歉等补救措施。对于“必要”的判断,应当根据具体情形进行。一般来说,凡是足以阻止侵权信息的传播,都属于其他必要措施。但是,《侵权责任法》第36条所说的“必要措施”只限于避免对他人侵权的合理措施。例如,某用户经常在其博客中攻击他人,该网站与博客作者多次交涉未果,后来,网站停止为其服务,拒绝该用户在该网站开博客的申请。笔者认为,停止服务原则上超出了避免侵权的必要限度,所以,不属于必要的措施。这里必要措施的确定,并非仅考虑受害人的保护,而是要综合考虑各种因素,包括信息自由、网络产业发展等。

网络服务提供者在接到通知后应及时采取措施。所谓及时,是指在收到通知后的合理期限内采取措施。^⑤而合理期限应如何判断?根据《侵害信息网络传播权司法解释》第14条规定:“人民法院认定网络服务提供者采取的删除、屏蔽、断开链接等必要措施是否及时,应当根据权利人提交通知的形式,通知的准确程度,采取措施的难易程度,网络服务的性质,所涉作品、表演、录音录像制品的类型、知名度、数

^⑤ 前引②。

量等因素综合判断。”由此可以看出,在司法实践中,应根据案件具体情况对合理期限进行认定。权利人发出的通知内容越详细、要求采取的措施越容易实现、侵权证据越明显,网络服务提供者应采取必要措施的合理期限就越短。反之亦然。此种规定较好地平衡了网络服务提供者与权利人之间的利益关系,不仅合理地减轻了网络服务提供者对于侵权内容的搜索和审查义务,也能鼓励权利人更为积极主动地保护其合法权益。

需要指出的是,这些措施都是法定的义务,而并不是侵权责任。由于不同网络服务者提供的服务类型不同,那么采取必要措施的类型也不尽相同。比如对于提供存储空间的服务者就可以删除信息,而提供搜索引擎服务的提供者可以采取屏蔽信息方式。有观点认为,受害人向网站申请对相关信息的审查和删除,是其行使停止侵害请求权的行为。如果网站满足了受害人的要求,则是满足了受害人的停止侵害请求权。笔者认为,在受害人发出通知的情况下,是否认定侵权行为的存在还不确定。《侵权责任法》赋予受害人享有通知的权利,并不意味着受害人就可以决定某种行为是否构成侵权,一旦其发出通知,网络服务提供者就必须采取措施。毕竟判断是否构成侵权最终仍需法院决定,因而不能认为受害人已享有停止侵害的请求权。如果在其提出申请之后,网络服务提供者经过初步审查,认为不构成侵权,就谈不上请求停止侵害的问题。只有在网络服务提供者接到通知以后,拒不采取必要措施,或者不及时采取必要措施,导致损害的扩大,在此情况下才能认为网络服务提供者的行为构成侵权。受害人有权请求其停止侵害,或请求其承担其他责任。

关于在发出通知以后,因审查、判断网络侵权而支付的费用应由谁来承担也存在争议。实践中,此类费用一般都是由网络服务提供者承担的,有学者对此提出了不同观点。³⁸从比较法上来看,有些国家也确实存在不同的做法。例如,在“英国电信公司诉英国商务大臣案”中,³⁹怀特法官认为,由于网络服务提供者负担的费用过高,唱片公司、消费者联盟等主体应当部分分担该笔费用。笔者认为,从原则上说,网络服务提供者为防止损害后果的进一步扩大而支出的必要费用,应当由侵权行为人承担。但是,如果有证据证明通知者本身具有恶意,或者通知者不能完全证明他人的行为构成侵权,则网络服务提供者也可以要求通知者分担这些费用。

根据《侵权责任法》第36条第2款的规定,“网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任”。据此,在网络服务提供者未及时采取合理措施的情况下,其仅仅是就损害的扩大部分承担连带责任。这就在法律上界定了网络服务提供者所应承担责任的范围。具体而言,一是责任的范围限于接到通知以后的损害部分。这就是说,确定网络服务提供者的责任,必须要区分损害的发生与扩大。所谓对损害的扩大部分承担责任,就是指在通知以后网络服务提供者应当采取必要措施而未采取,在此之后所发生损害部分应当承担责任。⁴⁰因为在接到通知之前,网络服务提供者只要不是明知侵权行为的存在,就不负有积极的作为义务(如审查、采取必要措施等),也不对其消极的不作为承担侵权责任。但是,在接到通知之后,网络服务提供者就依法负有采取必要措施的义务。只有从这个时候开始,其不履行法定义务的行为与损害的扩大之间才具有因果关系,所以,网络服务提供者应当对该部分损害负责。需要注意的是,损害扩大部分应以网络服务提供者采取必要措施的合理期限已过时,而非接到通知之时为起算点,否则无异于对网络服务提供者课以一定程度的严格责任。二是责任的形态是与网络用户承担连带责任。根据《侵权责任法》第36条第2款的规定:对于损害的扩大部分,网络服务提供者与网络用户承担连带责任。之所以要采用连带责任,主要原因在于:一方面,网络服务提供者在接到通知以后,其已经知道了侵权行为的存在,而仍然不采取必要措施。这实际上为网络用户的侵权行为提供了条件或帮助。从性质上看,其与网络用户之间已经具有共同过错,并造成了对他人的同一损害,构成了共同侵权。因此,在法律上应当承担连带责任。另一方面,采用连带责任有利于对受害人的保护。因为在网络环境中,查找网络用户往往比较困难,特别是在非实名制的

³⁸ 参见蔡唱:《网络服务提供者侵权责任规则的反思与重构》,载《法商研究》2013年第2期。

³⁹ BT v. Secretary of State for Business, Innovation and Skills [2011] EWHC 1021 (Admin).

⁴⁰ 前引²⁰。

情况下,甚至网络服务提供者自身都无法确定网络用户的身份,要求受害人查明网络用户就更为困难。在此情况下,民事权益保护方式以及侵权责任机制已经发生了重要的变化,由传统的直接侵权责任向新型的间接侵权责任转变,^④通过规定连带责任,受害人既可以请求网络服务提供者承担责任,也可以请求网络用户承担责任,获得救济的机会明显提高。三是网络服务提供者在承担超出自己份额的责任以后,享有对网络用户的追偿权。依据《侵权责任法》第14条第2款的规定,“支付超出自己赔偿数额的连带责任人,有权向其他连带责任人追偿”。因此,网络服务提供者或网络用户只要承担了超出自己份额的责任,都有权向网络用户追偿。毕竟网络用户是借助于网络服务提供者的网络实施侵权行为,要求后者承担连带责任,有利于督促服务提供者通过加强对网络的控制来避免损害的扩大。但在服务提供者承担连带责任之后,其应当可以向网络用户追偿。但因为内部各方是按过错分担责任的,所以网络服务提供者不能要求网络用户承担全部的责任。

作为网络时代的新型侵权类型,对该类侵权行为采取必要法律治理手段有助于净化网络空间,保证人们的网络生活安全性,促进互联网的有序、健康发展。而通知规则的引入,充分考虑了该类侵权行为相关当事人的行为特征,平衡了各方网络当事人的利益需求,有助于协调网络技术进步和网民权利保护之间的矛盾。从这个意义上说,《侵权责任法》第36条确立的“通知规则”,是对社会现实需求的及时和准确的回应。当然,由于网络侵权行为本身具有新颖性和复杂性,需要根据实践情况予以不断发现和总结各种具体问题,以不断完善《侵权责任法》第36条所确立的“通知”规则。

On Doctrine of Notice in Cyber Torts

WANG Li - ming

Abstract: The cyber torts are a new type of tortious behaviors conducted in network, with such features as the anonymous tortfeasors, rapid transmission, extensive and irreversible influences and severe consequences. The direct tortfeasor and network providers are often involved in cyber torts, but they have major differences in subjective state, ability and effects of undertaking precautions from damage. Besides, cyber torts differ from general torts in assuming tortious liabilities. As the general doctrine for cyber torts, the doctrine of notice is to determine the liability limit assumed by network providers. Therefore, it is of vital importance to specify the introduction, development process and liability features of notice doctrine as well as the counter - notice rule and its effects so as to better understand the network provider's liability in violation of the doctrine of notice.

Key words: cyber torts doctrine of notice internet

^④ 吴汉东:《侵权责任法视野下的网络侵权责任解析》,载《法商研究》2010年第6期。