

论网络服务提供者间接侵权责任的过错形态

冯术杰^{*}

内容提要 网络侵权法领域的“应知”应涵盖过失和故意两种过错形态。既有的法律规则将欧美法上网络服务提供者免责条款中的过错概念用于侵权责任构成条款,导致法律解释和适用的混乱以及免责条款的适用范围扩大。对于网络服务提供者的“过失”,应以“采取合理、有效的侵权预防措施”的注意义务来定义,而不必考察其对网络用户侵权行为的实际知晓情况。即便不构成帮助侵权,过失间接侵权产生连带责任的规则也符合我国侵权责任法的理论和规范体系。

关键词 网络服务提供者责任 间接侵权 过失 网络侵权

从相关法制的发展历程来看,著作权法领域的理论和实践是我国网络服务提供者民事责任制度的先行者。在商标法及其他民事法律对著作权法相关制度的碎片化借鉴之后,《侵权责任法》第36条参照著作权法的制度经验,为统一网络服务提供者民事侵权责任制度提供了一般性法律基础。但这些法律制度之间仍存在未被协调的体系化矛盾,形成了差异并存而又互相影响的局面,这主要体现在网络服务提供者间接侵权责任的过错形态方面。关于网络服务提供者就网络用户的侵权行为应承担的责任,商标法、著作权法和侵权责任法均适用过错责任原则,但三者就“过错”的规定却存在着未被调和的差别甚至矛盾。商标法采用的是帮助侵权规则,它规定“故意”为商标侵权行为提供便利(含网络平台服务)才产生侵权责任。^①著作权法借鉴美国法创设了不同于帮助侵权的特殊制度,即如果网络服务提供者“明知”或“应知”网络用户侵害信息网络传播权而未采取删除、屏蔽或断开链接等必要措施,则构成帮助侵权。^②因此,“明知(故意)”和“应知”(一般理解为“过失”)都可以构成著作权间接侵权的过错形态,但“应知(过

^{*} 清华大学法学院副教授,法学博士。

① 参见2002年颁布的《商标法实施条例》第50条第2项,2013年修正后的《商标法》第57条第6项,2014年修正后的《商标法实施条例》第75条。

② 参见最高人民法院2000年颁布并于2003年和2006年两次修正的《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》和2012年替代和废止该司法解释的《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》第7条(简称《信息网络传播权司法解释》),国务院2006年颁布、2013年修正的《信息网络传播权保护条例》第22、23条。

失)”的认定规则与一般侵权法差异很大。^③ 侵权责任法在立法形式上是为网络服务提供者这类主体或网络侵权这类行为设置了特殊规则^④,但实质上采用的仍是帮助侵权(及共同侵权^⑤)的规则,因为该法第36条第3款明确将“知道”规定为网络服务提供者连带责任的过错要件。^⑥

目前的司法实践一直努力地按著作权法的特殊制度安排来解释和适用侵权责任法和商标法,目的是能够有效推广和利用在网络著作权侵权领域积累的经验。^⑦ 北京市高级人民法院于2013年制定出台的《网络交易平台涉嫌侵犯知识产权纠纷若干问题的解答》,即尝试在知识产权法的范畴内建立网络服务提供者间接侵权责任的体系化制度。尽管借鉴和推广司法实践中形成的“较为成熟的”著作权间接侵权责任制度显然是最便捷的路径,但采取该路径也面临着几个必须回答的问题:既有制度和实践中的“应知”在侵权法理论上应被如何定性?其认定规则是否清晰完备?网络服务提供者承担注意义务的条件是什么?网络服务提供者因过失为网络用户的侵权行为提供帮助是否产生连带责任^⑧?通过对著作权法、商标法、人身权法中相关规则与实践的考察,本文拟对网络服务提供者间接侵权责任的过错形态,尤其是“应知(过失)”的性质、认定及责任性质进行探讨,以期推进相关制度的体系化。

一、著作权法上的过错条件——“明知”和“应知”

在著作权法领域,根据《信息网络传播权保护条例》^⑨及《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》^⑩)。如果网络服务提供者明知或应知网络用户利用其提供的网络服务侵害信息网络传播权,而未采取必要措施,就构成帮助侵权。这里的“应知”,在理论层面一般被按“过失”来解释^⑪,但在规则层面主要以故意来界定,而在实践层面却是被以故意与过失两种过错形态来适用。那么,网络著作权侵权领域的“应知”究竟对应着哪种过错形态?其认定标准应如何确定?

③ 参见《信息网络传播权司法解释》第9-12条。

④ 参见王利明《侵权责任法研究》(下卷),中国人民大学出版社2011年版,第25-27页。

⑤ 参见《信息网络传播权司法解释》第4条关于网络服务提供者与网络用户分工合作构成侵犯信息网络传播权的规定。

⑥ 参见王利明《侵权责任法研究》(上卷),中国人民大学出版社2011年版,第338-339页。

⑦ 最高人民法院副院长奚晓明在第三次全国法院知识产权审判工作座谈会上提出,深入研究和探索网络交易平台等网络环境下知识产权侵权问题,既要在类似情况下参考借鉴网络著作权司法解释的有关原则和精神处理该类纠纷,又要注意其差别,研究和总结其侵权判断规则的特殊性,不简单参照使用网络著作权司法解释的有关规则。

⑧ 帮助侵权仅在帮助提供者与被帮助者之间存在意思联络的情况下才成立,即帮助者主观上对于被帮助者的侵权行为应当是知道的状态。参见程啸《论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义》,载《法学家》2003年第4期。

⑨ 参见《信息网络传播权保护条例》第22、23条。

⑩ 参见《信息网络传播权司法解释》第7、8条。

⑪ 参见陈锦川《网络服务提供者过错认定的研究》,载《知识产权》2011年第2期。

(一) “应知”在规则层面仅包含“故意(很可能知道或推定的知道)”

在涉及更广泛民事权益保护的《侵权责任法》中,第36条第3款^⑫使用“知道”来定义网络服务提供者的过错形态。这里的“知道”在实践中也常被从“明知”和“应知”的意义上解释,而对其“应知”的讨论也总是与网络著作权间接侵权领域的前述“应知”一并进行。在这些讨论中,相对于“明知”(即实际知道 actual knowledge),“应知”被赋予两种不同的含义:一是指推定的知道(constructive knowledge),区别于客观上的实际知道。它在证据法上表现为:不能确定无疑证明但可以依据达到高度盖然性证明标准的证据来认定当事人很可能知道有关事实。二是指应当知道而不知道,即过失——因违反注意义务而不知道。^⑬

在网络著作权领域,从“应知”的认定规则来看,《信息网络传播权司法解释》第9条规定,网络用户的具体侵权行为是否“非常”明显,是判断“应知”的前提^⑭,这实际上是要求能够认定网络服务提供者很可能知道或可以推定其知道网络用户侵权行为的存在。在这个意义上,“应知”就属于知道的一种类型,构成故意而不是过失。《信息网络传播权司法解释》第10条规定,如果网络服务提供者推荐或编辑、审核并提供下载热播影视作品,则构成应知的情形;第12条规定,如果网络服务提供者将热播影视剧置于首页并提供下载,也构成应知的情形。这两种情形是该解释第9条的“应知”的认定规则的两个“实施例”,均属于“很可能知道或可以推定的知道”的情形。这表明,网络著作权侵权领域的“应知”针对的是故意的过错形态。

将“应知”作推定的知道(constructive knowledge)的解释与美国著作权法和欧盟信息社会指令就有关网络服务提供者免责条款中的规定相一致。美国法对于信息存储和信息定位服务提供者或欧盟法对于信息存储服务提供者的免责条件之一,就是它们既不知道(actual knowledge)某信息或某活动侵害他人权益,也不知晓那些表明侵权行为很明显的事实或情形(constructive knowledge)。在信息网络传播权司法解释将“应知”界定为“推定的知道”的背景下,网络服务提供者的注意义务就是一个不相关的因素,因为侵权法对“故意”的认定是按照侵权主体的实际知晓能力和知晓的信息来确定其是否知道致害行为^⑮,而不是按照拟制的合理人、标准人或善良家父的标准来认定其应当具有的知晓能力和应当知晓的信息。正如有学者所指出的,知道是一种现实的认识,而不

^⑫ 该款规定,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。

^⑬ 参见吴汉东《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,载《中国法学》2011年第2期。胡晶晶《论“知道规则”之“应知”——以故意/过失区分为视角》,载《云南大学学报(法学版)》2013年第6期。

^⑭ 参见前引^⑪陈锦川文;张新宝《侵权责任法》,中国人民大学出版社2006年版,第177页。

^⑮ 《美国数字千年版权法》即在该意义上认定网络服务提供者对于侵权事实是否“应知(很可能知道)”。如,该法第512节(c)项关于信息存储系统或网络服务(information residing systems or networks at direction of user)提供者和(d)项关于信息定位工具(information location tools)服务提供者的免责条件中规定,服务提供者既不明知侵权行为的存在,也不知道那些表明侵权行为很明显(apparent)的事实或情形(facts or circumstances)。

是潜在的认识,不包括应当知道某事实的存在,否则就是混淆了故意与过失。^{①⑥}

(二) “应知”在实践层面也包含“过失”

尽管《信息网络传播权司法解释》第9条将“应知”作“推定的知道”解释,但该解释第8条规定,法院应当根据网络服务提供者的过错,确定其是否承担教唆、帮助侵权责任,过错包括明知或者应知。一方面,这一规定是从侵权行为主观过错的角度规定了应知,而过错在一般侵权法理论上是包含过失的,对该规则的解释也不能偏离一般法^{①⑦};另一方面,司法实践中,如果仅在网络服务提供者明知或可以被推定知道的情形下才让其承担侵权责任,则意味着完全免除了此类主体的注意义务,有失公平。基于这两个理由,法院在司法实践中也将“应知”作“过失”来解释和适用。

在大量有关网络著作权侵权案件中,法院更多的是分析网络服务提供者是否应负有注意义务以及是否尽到注意义务,并据此认定其是否有过错,而并不总是按照《信息网络传播权司法解释》第9条的规定探寻其对侵权行为的主观知晓状态,因为网络用户的侵权行为在很多案件中并不“非常”明显^{①⑧}。于是,网络服务提供者的注意义务是否存在及其范围和程度就成为“过失”认定中的关键点,也正是在这个关键点上,法院既掌握着很大的自由裁量权,又怕该裁量权的行使出现纰漏。从有关网络著作权侵权的很多判决书中可以看到,法官对于网络服务提供者是否存在注意义务以及尤其是注意义务的内容和范围的论证往往说理不够充分。在有些判决中,法官直接断言网络服务提供者已经尽到注意义务或者没有尽到基本的注意义务。

(三) “应知”:两种过错形态与一种认定规则

这样,《信息网络传播权司法解释》将故意和过失两种过错形态置于“应知”这一个词汇里,并将两者的认定标准不加区分地糅合在一个规则中。这不仅引起理论上的混乱^{①⑨}和法律适用相对于法律规则的错位,并且导致了某些情况下法律适用的不合理结果。比如,处于同样情形下的甲、乙两个网络服务提供者,都没有对同一情形下的某网络用户的侵权行为采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施,但甲积极采取了合理的侵权预防措施,而乙没有采取任何侵权预防措施。在严格适用该司法解释规则所作的裁判

^{①⑥} 参见张明楷《刑法分则解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第53页。

^{①⑦} 亓蕾《著作权侵权中审查注意义务的司法认定——以民法上的注意义务为基石》,载《山东科技大学学报》(社会科学版)2009年第4期。

^{①⑧} 比如,在广东中凯文化发展有限公司与广州数联软件技术有限公司、上海卡芙广告有限公司著作权纠纷案((2008)沪高民三(知)终字第7号民事判决书)中,作为一个专业提供P2P软件的网站,被告宣称其是中国绝对领先的免费电影、音乐、动漫等多媒体分享平台,千万好友分享无限量影音资源;其“影视交互区”内,被告设置了电影交流区、电视剧交流区等栏目,其中电影交流区按电影的类型又细分为动作片、科幻片等子栏目,涉案电影作品就来源于电影交流区的动作片一栏资源列表中。在这种情形下,被告就应当具备对网络用户上传或分享的作品进行一定审核,未采取适当的侵权预防措施就违反了注意义务,存在过失。在华纳唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司案(北京市高级人民法院(2004)高民终字第1303号民事判决书)中,法院认为,世纪悦博公司在其所提供的链接服务的情况下,完全有能力对被链接信息的合法性进行逐条甄别。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,理应负有对所提供服务的合法性的注意义务。

^{①⑨} 比如,这导致了信息网络传播权领域的“过失”与一般著作权法和一般侵权法领域的“过失”不再是同一个概念。

中可能会发生以下情况:在网络用户的侵权行为明显符合《信息网络传播权司法解释》第10条和第12条(类型化适用)所规定情形的情况下,甲和乙都构成“很可能知道”的故意侵权,这样的适用结果将不利于鼓励侵权预防措施的采用。在侵权行为“表面看起来”不明显的情况下,法院应先确定甲由其所采取的侵权预防措施所获得的信息和事实,再由此确定该侵权行为对甲而言是否明显,如是,则甲的过错形态就是故意(很可能知道)。乙未采取任何侵权预防措施,法院应认定由乙所掌握的信息不能认定侵权行为对其是明显的,因而不能推定其很可能知道;但法院会进而从“过失”的角度分析乙应承担何种范围和程度的注意义务,并假设乙履行了这些注意义务会知晓哪些信息,再由这些信息确定该侵权行为是否是明显的,从而认定其过错形态为“过失”。通过对比会发现,采取了侵权预防措施的甲在过错形态上比乙更严重,这是不合理的。^{②①}再假设法院认定侵权行为是不明显的,则甲和乙均不构成侵权,因为根据《信息网络传播权司法解释》第9条,网络用户侵权行为的明显性是认定“应知”的前提,而原则上网络服务提供者又不负有一般性的注意义务。^{②②}这一适用结果也不利于鼓励侵权预防结果的采用。

因此,在网络著作权侵权领域,规则和实践层面上都应当承认网络服务提供者的间接侵权责任存在两种过错形态:故意和过失。在厘清了这一关系的情况下,就不应再将“网络用户的侵权行为明显”这一条件适用于对过失意义上的应知的认定。

二、商标法上的过错要件——从故意到过失

(一) 法律规则

就侵权责任法与商标法在适用上的关系而言,在侵权责任法出台之前,网络服务提供者的商标侵权责任应当适用商标法关于故意提供便利构成帮助侵权的规定^{②③},商标法和民法通则^{②④}作为特别法和一般法都以帮助侵权制度调整此类行为。侵权责任法出台后,则应当适用该法第36条,因为该条在帮助侵权制度之外单独为网络服务提供者这类侵权类型设置了特殊条款。而原商标法关于故意提供便利构成侵权的规定一般被理解为对应于侵权责任法和民法通则的帮助侵权规则,因此,不应被适用,除非对其做新的解释^{②⑤}。2014年修改后的《商标法实施条例》即对该条款作了扩充性的新解释从而将网络服务提供者纳入到了其适用范围^{②⑥}。因此,新商标法及修订后的实施条例生效后,

^{②①} 参见叶名怡《侵权法上故意与过失的区分及其意义》,载《法律科学》2010年第4期。

^{②②} 从这个角度看,《信息网络传播权司法解释》第8条第3款仅仅是对第9条关于“网络用户侵权行为明显”这一条件的反面规定,而不构成对于后者的免责例外规定。因为第9条的规定表明,侵权行为不明显的情况下网络服务提供者就不存在过错。

^{②③} 2002年修订后的《商标法实施条例》第50条第2项。

^{②④} 《民法通则》第130条。

^{②⑤} 参见杜颖《网络交易平台商标间接侵权责任探讨》,载《科技与法律》2013年第6期。

^{②⑥} 该条例第75条规定,为侵犯他人商标专用权提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所、网络商品交易平台等,属于商标法第57条第6项规定的提供便利条件。

网络服务提供者的商标侵权责任应适用商标法关于故意提供便利构成商标侵权的规定,而不应再适用侵权责任法第36条,因为前者相对于后者构成特别法^{②6}。

就商标法与侵权责任法的相关实体规则而言,2002年修订后的商标法实施条例第50条第2项或现行商标法第57条第6项均明确规定,故意为商标侵权人提供便利才构成帮助侵权。对比侵权责任法第36条第3款和商标法中该规则的适用条件,也会发现二者没有差别:前者的适用条件是知道网络用户的侵权行为+(不采取必要措施=仍然或继续提供网络服务=提供便利)(从而希望或放任侵权发生),后者的适用条件是(故意=知道商标侵权行为而希望或放任其发生)+提供便利^{②7}。这明确表明,过失提供帮助不产生商标侵权责任。

(二) 司法实践

在司法实践中,商标权人能够证明网络服务提供者明知网络用户的商标侵权行为的案件毕竟为少数,多数案件中,法院只能根据相关情形来推定网络服务提供者的知晓状态,而对于这种“推定的知道”经常以“应当知道”来表述,从而形成了将故意(知道-应知)的认定和论证滑向了注意义务和过失的现象。在衣念(上海)时装贸易有限公司诉浙江淘宝网络有限公司公司、杜某侵害商标权纠纷案^{②8}中,原告七次向作为网络销售平台的淘宝公司投诉杜某的网店售假,而淘宝也多次删除或屏蔽杜某的侵权产品信息,但却没有采取进一步措施制止或预防该网店继续发布假货信息。法院认为,在同一网店重复侵权的情形下,淘宝公司有条件、有能力针对特定侵权人采取预防措施,但淘宝公司依然为其提供网络服务,这是对其继续实施侵权行为的放任、纵容,属于故意为杜某销售侵权商品提供便利条件,构成帮助侵权。实际上,本案中淘宝公司的过错形式是过失而不是故意,因为淘宝公司的过错核心在于其未对重复侵权者采取预防措施,这是对特定注意义务的违反;网络服务提供者间接商标侵权责任的过错要求的是其对具体侵权信息的知晓^{②9},而重复侵权者再度发布侵权信息的可能性较大仅是一种一般性的认知,在未采取特定预防措施的情况下,淘宝对于具体侵权信息客观上是不知道的,而这正是过失。

法院在审判实践中对于网络服务商利益、商标权人利益和公众利益的平衡政策和

^{②6} 根据一般法与特别法关系的区分方法,特别法一般是针对特定的主体、事项、时间或地域范围而对一般法做出不同规定。因此,就网络服务提供者的商标侵权责任而言,相对于侵权责任法第36条,商标法的规定属于针对商标权这一特定民事权利(特定事项)作出的规定。王竹:《论实质意义上侵权法的确定与立法展望》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期。也有学者主张适用《侵权责任法》第36条,参见张今、郭思伦:《商标间接侵权责任中电子商务平台商的过错认定》,载《电子知识产权》2013年第9期。

^{②7} 故意包括直接故意和间接故意,即知道侵权行为却希望或放任其发生或存在。由于提供便利的帮助侵权者对于侵害的发生本身并不需要直接利益,而仅通过提供便利而获利。因此,放任的状态即可。不需区分直接故意或间接故意。

^{②8} 一审见上海市浦东新区人民法院(2010)浦民三(知)初字第426号民事判决书,二审见上海市第一中级人民法院(2011)沪一中民五(知)终字第40号民事判决书。

^{②9} 参见孔祥俊:《网络著作权保护法律理念与裁判方法》,中国法制出版社2015年版,第199页。

做法,已经使得将故意滑向过失的做法成为网络商标侵权领域过错认定实践的常态。正如有研究者指出的,法院在此类案件中需要确定网络服务提供者是否应当知道侵权行为而未采取必要措施。而是否应当知道的判断,并非单纯的事实认定,其前提是界定电子商务交易平台应当承担的知识产权审查义务。在界定了审查义务后,如果认定电子商务交易平台违反了其应当承担的义务,就应当认定其有过错^{③①}。在这方面,典型的案件就是“大众搬场诉百度”网络商标侵权案^{③②}。该案中,两被告通过购买百度公司的竞价排名服务以实现使用原告的商标作为搜索关键词的广告推广目的。法院认为,与搜索引擎通常采用的自然排名相比,“竞价排名”服务不仅需要收取费用,还要求用户在注册时必须提交选定的关键词,因此,百度网站有义务也有条件审查用户使用该关键词的合法性,在用户提交的关键词明显存在侵犯他人权利的可能性时,百度网站应当进一步审查用户的相关资质,例如要求用户提交营业执照等证明文件,否则就是未尽到合理注意义务,从而主观上存在过错,应与网络用户共同承担商标侵权责任。可见,尽管法院适用的是《民法通则》关于帮助侵权的规则,但却是明确的将过失作为网络服务提供者帮助侵权责任的过错形态,而对于过失何以作为帮助侵权责任的过错形态则未予说明,对于注意义务的范围和程度也语焉不详。实际上,法院在这里适用的美国法上替代责任(vicarious liability)的法理:百度公司从网络用户的侵权行为中直接获利同时有能力和权利对其行为予以监控,因此应当承担责任。

综上,司法实践表明,尽管商标法和侵权责任法仅将故意或知道作为网络服务提供者间接侵权责任的过错形态^{③③},但实际中和理论上都认为并且已经接受过失作为第二种过错形态,而且这种过失在司法实践中的适用频率要远高于故意。

三、侵权责任法上的过错要件——“知道”

(一) 侵权责任法第36条中的“知道”的解释

《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。关于该款的争论主要集中在“知道”的解释:它仅指“明知(知道)”还是也包括“应知”?“应知”是指推定的知道还是指过失。与知识产权司法界的观点相反^{③④},目前民法学界的多数观点认为

^{③①} 石必胜《电子商务交易平台知识产权审查义务的标准》,载《法律适用》2013年第2期。

^{③②} (2007)沪二中民五(知)初字第147号判决书。另参见黄武双《搜索引擎服务商商标侵权责任的法理基础——兼评“大众搬场”诉“百度网络”商标侵权案》,载《知识产权》2008年第5期;邓宏光、易健雄《竞价排名的关键词何以侵害商标权——简评我国竞价排名商标侵权案》,载《电子知识产权》2008年第8期。

^{③③} 参见胡开忠《网络交易平台商标间接侵权责任探讨》,载《法学》2011年第2期。

^{③④} 关于侵权责任法第36条的适用,目前尚没有有权解释。原最高人民法院副院长奚晓明在2010年4月28日的在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话中指出,侵权责任法第36条第3款规定的“知道”这一主观要件,包括“明知”和“应知”两种情形,这与信息网络传播权保护条例第22条和第23条的规定精神并无本质不同。但该观点也只是从知识产权法角度的看法,并且受信息网路传播权保护制度及其现阶段司法实践影响很大。

《侵权责任法》第36条中的“知道”不包括“应知”,即不包括因违反注意义务而不知的过失。^{③④}法律解释学的多种论证也支持这一观点。首先,从文意解释来看,知道是一种实际知晓的事实状态,过失实际上是不知道。如果把“知道”解释为包括“过失”,就是把“知道”解释为包括“不知道”,这在逻辑上也是不通的。知道的事实需要用证据来证明:如果有关证据能够确定无疑地证明网络服务提供者实际知道网络用户利用其网络服务侵害他人权利^{③⑤},该情形就属于“明知(actual knowledge)”;^{③⑥}如果不能证明“明知”,但当事人的举证达到了民事诉讼中所适用的高度盖然性证明标准,那就属于前面所说的“推定的知道”或“很可能知道”(constructive knowledge)的情形。因此,这里的“知道”包括实际知道和推定的知道或很可能知道两种情形,后者是前者在证据法上的一种衍生类型。^{③⑦}其次,从立法资料的角度来看,《侵权责任法》草案第一稿和第二稿均使用“明知”,第三稿改为“知道”,第四稿改为“知道或应当知道”,而最终改为“知道”。这似乎表明,要么“知道”应当广于“明知”而不包括“应当知道”,要么是立法者故意回避“明知”和“应知”的选择问题而采用“知道”,从而为法律的解释留下了空间。再次,从上下文解释的角度来看,《侵权责任法》第6条规定,行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任,而过错包括故意和过失,该法第36条“知道”的用语表明其过错类型仅限于故意。再有,对于网络服务提供者责任本来就适用帮助侵权规则的历史渊源却表明,网络服务提供者和网络用户之间的关系仅是帮助者和直接侵权者关系中的一种类型而已,应适用同样的法理。如果一般帮助侵权规则采用故意作为过错形态,那么为什么能够对网络服务提供者这类主体适用过失的过错形态?这需要在理论上被证成,并在立法上被单独规定。

但也有人认为这里的“知道”包括“明知”和“应知”,网络服务提供者在故意和过失的过错形态下都要承担责任^{③⑦}。在“应知”的情况下,网络服务提供者承担一定的注意义务,采取措施来预防和阻止侵权行为的发生,这样才有利于保护民事权益^{③⑧},而且适当的注意义务并不会加重其负担^{③⑨}。司法实践经验表明,就网络用户侵害他人权益的行为,如果一概免除网络服务提供者的注意义务,则有失公平。比如,在网络人身权侵权领域,无论是最高人民法院的司法解释还是处理侵权纠纷的司法判决都认定:网络服

^{③④} 参见王胜明《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159页;张新宝、任鸿雁《互联网上的侵权责任〈侵权责任法〉第36条解读》,载《中国人民大学学报》2010年4期;杨明《〈侵权责任法〉第36条释义及其展开》,载《华东政法大学学报》2010年03期;李雨峰《迷失的路——论搜索引擎服务商在商标法上的注意义务》,载《学术论坛》2009年第8期;袁雪石、陈怡《〈侵权责任法〉第36条第3款研究》,载《电子知识产权》2012年第2期。

^{③⑤} 比如,有电子邮件或聊天记录证据表明,某音乐网站的版主或编辑曾明确表示知道某个网络用户上传的某热播新歌的音频是盗版的。

^{③⑥} 参见前引^{③④},胡晶晶文。

^{③⑦} 参见前引^{③⑨},孔祥俊书,第224-226页。

^{③⑧} 程啸《侵权责任法教程》,中国人民大学出版社2014年版,第176页。

^{③⑨} 参见前引^{③④},王胜明书,第194-195页。

务提供者就网络用户的侵权行为应根据具体情形承担一定范围和程度上的注意义务^⑩。

(二) 网络人身权侵权领域的实践

2014 发布的《网络人身权司法解释》没有从法理的角度对《侵权责任法》第 36 条第 3 款中的“知道”做出解释,而是直接对这一过错要件的认定标准给出了规则。该解释第 9 条规定了法院在认定网络服务提供者是否“知道”时应当综合考虑的若干因素。尽管《网络人身权司法解释》的制定重点参考了《信息网络传播权司法解释》,但可以看到,在网络服务提供者的主观过错形态的规定上,前者的规定已经与信息网络传播权领域的规定明显不同。这主要体现在:一方面,前者没有使用“明知”和“应知”来解释《侵权责任法》第 36 条第 3 款中的“知道”;另一方面,前者没有把“网络用户的侵权行为是否明显”作为认定网络服务提供商是否“知道”的必要条件。该司法解释的主要起草者就该文件的解释和适用所给的权威解读也明确表明,促进网络服务提供者履行注意义务是过错认定标准宽严的决定因素^⑪。在不能认定网络服务提供者对其明知或“很可能知道”的情形下,依据相关因素来确定网络服务提供者的注意义务存在、范围和程度就成为关键。比如,被侵害的人身权益的类型这一因素。首先,由于人身权与知识产权的性质不同,前者处于更高的权利位阶,也因此应受到更高程度的保护,网络服务提供者也因此应承担比在知识产权领域更高的注意义务。《网络人身权司法解释》即体现了对人身权益极端重要性的高度重视“在各项民事权益中,人身权益是最重要的民事权益之一,它涉及自然人、法人的尊严、名誉等基本人格利益,严重的甚至涉及到生命权。利用信息网络侵害人身权益的案件对当事人影响巨大,其损害后果的深度、广度和速度,都与传统侵权手段不可同日而语。”^⑫

最高人民法院在发布《网络人身权司法解释》的同时,还公布了该领域的八个典型案例,其中多个案件涉及网络服务提供者的过错认定。但是,即便在这些典型案例中,法院对于网络服务提供者注意义务的认定依据和标准也与一般侵权法上的理论和实践相去甚远,值得商榷。在蔡继明与百度公司侵害名誉权、肖像权、姓名权、隐私权纠纷案^⑬和闫某与北京新浪互联信息服务有限公司、北京百度网讯科技有限公司侵犯名誉

^⑩ 杨临萍、姚辉、姜强《〈最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》,载《法律适用》2014 年第 12 期。

^⑪ 《网络人身权司法解释》第 9 条规定,人民法院依据侵权责任法第 36 条第 3 款认定网络服务提供者是否“知道”,应当综合考虑下列因素:(一)网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理;(二)网络服务提供者应当具备的管理信息的能力,以及所提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小;(三)该网络信息侵害人身权益的类型及明显程度;(四)该网络信息的社会影响程度或者一定时间内的浏览量;(五)网络服务提供者采取预防侵权措施的技术可能性及其是否采取了相应的合理措施;(六)网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为或者同一侵权信息采取了相应的合理措施;(七)与本案相关的其他因素。

^⑫ 参见前引^⑩杨临萍、姚辉、姜强文。

^⑬ 北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 5934 号判决书。

权、隐私权纠纷案^④中,要解决的核心问题都是,作为个人博客或网络贴吧的网络服务提供者,百度和新浪是否应就网络用户对他人的人格权侵权行为承担连带责任。尽管由于两案发生在《侵权责任法》生效前因而法院没有将该法第36条作为裁判依据引用,但两案实际上都适用了该条中的三个规则。法院在两案中均认为审理的焦点之一是,被告是否存在“知道网络用户利用其网络服务侵害原告民事权益且未尽到法定注意义务的过错”。这里对于“过错”的内容表述是很独特的,因为,《侵权责任法》第36条第3款中的过错要件仅是“知道”,而这里还将“未尽到法定注意义务”作为另一个要件。其实应该用“或”替代“且”,即要认定被告是否既无故意也无过失。法院在说明被告面对海量信息而又无逐一审查的义务和可能性的情况下,认为不能推定被告知道侵权信息;而原告又没有证明被告对涉案侵权行为明知,因此法院认定被告不存在“知道”的过错形式。

随后,法院分析了新浪公司和百度公司在日常运营过程中是否尽到了法定注意义务。而对于法定注意义务的存在、范围和程度,法院都援引了《互联网电子公告服务管理规定》第10条^⑤,认为网络服务商仅需对其电子公告平台上发布的涉嫌侵害私人权益的侵权信息承担“事前提示”及“事后监管”的义务,提供权利人方便投诉的渠道并保证该投诉渠道的有效性。法院认定,百度公司尽到了法定注意义务;^⑥新浪公司未能证明尽到了上述法定义务,应承担相应不利的法律后果。法院进而判决新浪公司承担侵权责任。这里存在三个主要问题:其一,作为过失认定依据的注意义务不应仅限于法定注意义务,还应包括法院根据案件具体情形确定的注意义务,除非法定注意义务条款明确表明其是针对某些情形或某类法律关系中的全部注意义务^⑦。因此,即便本案审理时还不存在《互联网电子公告服务管理规定》这样的文件,法院也不能认为被告没有注意义务;该规定所不能涵盖的非电子公告服务提供者也不应因为没有具体规定而被一概免除注意义务;同时,即便百度公司履行了前述所谓法定注意义务,也仍要根据案件情形分析其是否存在其他注意义务。其二,《互联网电子公告服务管理规定》要求电子公告服务提供者采取的事前提示和事后监督措施,并不能作为民法上“过失”的认定依据。

^④ 北京市海淀区人民法院(2011)海民初字第00987号判决书。该案中,某新浪博客博主发表涉及原告个人隐私的文章,原告先后向新浪公司和百度公司发出律师函要求采取必要措施,新浪公司在诉讼中未提交证据证明其采取了删除等必要措施,百度公司则提供证据证明采取了断开链接、删除等措施。原告起诉要求两公司提供博主的个人信息。

^⑤ 《互联网电子公告服务管理规定》第10条规定:“电子公告服务提供者应当在电子公告服务系统的显著位置刊载经营许可证编号或者备案编号、电子公告服务规则,并提示上网用户发布信息需要承担的法律后果。”根据该条第2条第2款,该规定所称电子公告服务,是指在互联网上以电子布告牌、电子白板、电子论坛、网络聊天室、留言板等交互形式为上网用户提供信息发布条件的行为。

^⑥ 百度公司在百度网站首页权利声明中公示了权利人的投诉渠道和投诉步骤,“百度知道”首页设置了“知道协议”及“百度知道投诉吧”的链接,在“百度百科”首页公示了“百科协议”、“百度百科投诉中心”、“百度百科吧”及权利声明,在“百度空间”首页设置了“百度空间协议”等,并明确提示网络用户不得发表法律法规禁止发表的信息及网络用户应对发布的信息负责,故百度公司已尽到了法定的事前提示和提供有效投诉渠道的事后监督义务。

^⑦ 屈茂辉《论民法上的注意义务》,载《北方法学》2007年第1期。

过失,是指因主体的疏忽没有注意到其本应注意到的违法行为而导致损害发生的过错,注意义务就体现在其应采取的能使其注意到违法行为的有关措施,而前述事前提示行为与与过失意义上的这种注意义务功能不符。至于事后监督措施,则属于侵权责任法第36条第2款适用范围内的条件,与第36条第3款的过错认定没有关系。其三,前述所谓注意义务的违反也与损害的发生及后果不具有侵权责任法意义上的因果关系。民法上的过失应是针对具体某一侵权行为而言的,而不是一般性的或广泛性的侵权风险,其与损害的发生也应当有紧密的和直接的因果关系。就好比,如果法律要求旅馆经营者要告知入住者不能从事违法活动,那么某个没有做告知的酒店不会因此而对入住者侵害他人权益的行为承担责任。

可见,尽管网络人身权司法解释参考网络著作权司法解释制定了网络服务提供者间接侵权责任过错认定的新规则,但司法实践对于过失的认定仍基本停留在之前民法学界对《侵权责任法》第36条第3款中“知道”的解释论中,即原则上认为该知道不包含过失的过错形态。司法实践的新近发展又表明,法院并没有将网络服务提供者的注意义务排除在过错认定之外,只是对于注意义务的存在、范围及程度的认定上仍在探索之中。在网络人身权司法解释生效后,法院对网络服务提供者的注意义务或应知的认定开始发生变化。比如,在何某等与北京百度网讯科技有限公司名誉权案纠纷案中^{④⑧},一审法院仍沿用以前的思路认为百度履行了事前提示和事后通知删除义务,因此没有过错;二审法院则更清楚地指出,百度对于百度贴吧提供的是网络存储空间服务,不对网络用户发布的信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理,侵权帖子的被浏览量和影响力并不很大,因此没有注意义务。但未分析网络服务提供者应当具备的管理信息的能力,以及所提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小。实际上,百度公司对于某些贴吧是有推荐的,也有针对性广告投放并从中直接获利,因而并非单纯的信息存储服务提供商。在某些案件中,法院需要分析百度对于涉案的具体贴吧是否承担注意义务。在时间更近的案件中,法院进一步强化了根据网络服务提供者的注意义务来认定其过错的做法,对于网络服务提供者的注意义务程度也有了更符合司法解释的认识,尽管规则解释层面的论证仍有待细化。比如,在曾某和曾某诉北京古城堡图书有限公司名誉权纠纷案^{④⑨}中,网络用户在被告经营的旧书网络交易平台上拍卖两原告的父亲在“文革”中的政治材料和自杀照片,两原告认为该交易平台经营者应承担侵犯名誉权的法律责任。法院认为,尽管网络服务提供者不对海量信息承担实质性的审查义务,但对于明显涉及违法、违禁、违背公序良俗的内容和侵犯个人隐私权的物品负有审查义务。被告的商品审核规则中明确规定:涉及解放后数次政治运动内容的图书资料禁止销售,法院据此认为,被告没有履行审核义务导致涉案资料上传销售,因此

^{④⑧} 一审北京市海淀区人民法院(2014)海民初字第20808号民事判决书,二审北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第03452号判决书。

^{④⑨} 一审海淀区人民法院(2015)海民初字第10889号民事判决书,二审北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第07710号判决书。

违反注意义务,应承担侵权责任。

四、过失作为网络服务提供者责任的过错形态

从以上对著作权、商标权和人格权网络侵权领域的规则和实践考察可知,实际上,在网络用户侵犯他人权益的情况下,网络服务提供者间接侵权责任的过错形态包括过失,即应当在违反注意义务的情况下承担责任。^{⑤①}这意味着网络服务提供者对于网络用户的侵权行为是承担注意义务的。这一结论似乎与网络服务提供者不负有一般审查义务的原则相矛盾,因为,借鉴国外制度的理论观点认为,网络服务提供者没有对网络用户上传或发布的信息进行主动审查的义务,原因是该义务会给网络服务提供者造成沉重的负担,从而不利于互联网产业的良好发展。其实不然。

首先,根据侵权法的一般理论,危险是注意义务产生的根源,危险的制造者或管控者应承担损害预见义务和损害防止义务。^{⑤②}由于网络的便捷性、广泛覆盖性和网络用户高度的行为自由性,网络服务不仅给侵权行为提供了便利或必要条件,而且在很多情况下会诱发网络用户的侵权行为。另一方面,尽管范围和程度不同、技术手段和成本要求不同,网络服务提供者对于其提供的服务范围内的风险具有管控的能力,而且网络服务提供者总是直接或间接从网络用户对其服务的使用(包括被用于合法行为和非法行为的服务)中获得利益(经济利益和非经济利益)。因此,作为危险的制造者、管控者和获利者,不采取措施预防和控制其服务给他人和社会带来的风险,是不公平、不合理的。^{⑤③}在著作权法和商标法领域,由于既有立法与司法实践的原因,网络服务提供者的注意义务与过失侵权责任已经基本被接受。涉及更广泛民事权利(包括商标在内)的网络侵权司法实践也并不排斥网络服务提供者注意义务的存在,而且总是通过审查该义务的履行情况来认定网络服务提供者过错的存在与否。这表明,在政策和实践层面,网络服务提供者对网络用户的侵权行为负有的注意义务是被认同的。^{⑤④}在目前的司法实践

^{⑤①} 吴伟光《网络服务提供者对其用户侵权行为的责任承担——不变的看门人制度与变化的合理注意义务标准》,载《网络法律评论》2011年1期。

^{⑤②} 参见前引^{④⑦}屈茂辉文。廖焕国《注意义务与大陆法系侵权法的嬗变——以注意义务功能为视角》,载《法学》2006年第5期。《侵权责任法》也是遵循这一法理,比如该法第37条规定的安全保障义务,第38条至40条规定的教育机构管理职责,第51条规定的拼装或改装机动车引发的交通事故责任及第九章的高度危险责任。

^{⑤③} 网络服务提供者的注意义务与安全保障义务在性质上是不同的:从发生原因看,公共场所的管理者或群众性活动的组织者仅是危险的管控者而非制造者,并且它们不会从第三人的侵害行为中获利反而会受害。从保护对象来看,安全保障义务所保护的是义务人管控范围内的主体,而网络服务提供者的注意义务保护的是适用网络服务的网络用户之外的第三人。将这两种义务做同质看待的观点,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。

^{⑤④} 比如,《信息网络传播权司法解释》第1条即明确指出,法院依法行使裁量权时,应当兼顾权利人、网络服务提供者和社会公众的利益。这里的裁量权除了涉及损害赔偿的数额斟酌,更涉及侵权行为认定中对网络服务提供者注意义务的确定。北京高院的《电子商务解答》第5条也指出,应知是指按照利益平衡原则和合理预防原则的要求,电子平台经营者在某些情况下应当注意到侵权行为存在。

中,法院在很多情况下给网络服务提供者设置了不同程度的注意义务,但没有现象表明这给相关的互联网产业发展造成不利影响。这种注意义务是一种采取有关措施的行为义务,而非一定要发现侵权行为的结果义务,而且法院在确定注意义务的程度和范围时需要考虑特定网络服务提供者在特定情形下应承担的对他人和社会的责任与其应具备的对危险的管控能力。^{⑤4}

其次,一般审查义务免除规则在法律适用上仅意味着:如果网络服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查,法院不能把这一事实本身作为依据来认定其具有过错^{⑤5}。但是,法院可以而且应当根据有关因素来认定其是否负有主动审查的义务,而现实的情况往往是,很多网络服务提供者同时也实施了基本而单纯的网络服务之外的其它行为,正是这些其它行为给它们创设了注意义务,这适用的就是民法上根据具体情形确定注意义务以认定过失的一般做法^{⑤6}。纽约南区法院在 Tiffany 案^{⑤7}中指出,根据帮助侵权(contributory liability)的法理,法律并不要求 eBay 公司基于“假冒商品有可能在其网络平台销售”这一笼统的认知来采取一般性预防措施,而是要求其基于哪个商品侵权和哪个商家侵权这一更具体的认知来采取行动。而对于具体侵权商品和侵权主体的认知,就存在明知(actual knowledge)和有理由知道(have reason to know)两种过错状态,美国第七巡回法院在 Hard Rock 案^{⑤8}中指出,帮助侵权(contributory liability)制度中的“有合理理由知道”,就是要求跳蚤市场就其中店铺的商标侵权行为要能注意到一个合理的谨慎人(reasonably prudent person)会注意到的情况;而且,如果跳蚤市场对于其中店铺的侵权行为“故意视而不见(willful blindness)”,则其主观过错就与明知相当。不论是“合理的谨慎人”还是“故意视而不见”的认定,都要以相关案件中的具体情形作为前提或依据,比如 eBay 网络平台上或跳蚤市场里的假货概率。这里涉及到的其实就是根据这些事实因素来认定帮助提供者对特定侵权行为的特定注意义务。因此,一般审查义务免除规则并不一概免除网络服务提供者在所有情形下的注意义务。这实际上是注意义务的范围和程度问题。《信息网络传播权司法解释》和《电子商务解答》明确否定主动审查义务的普遍性存在,但同时又规定网络服务提供者“在某些情况下”负有注意义务^{⑤9}。

⑤4 《信息网络传播权司法解释》第9条和第11条中所列举的多种因素其实是为了规范和引导有关注意义务的自由裁量权的行使的。这些用于认定网络服务提供者注意能力和注意责任的因素包括,网络服务提供者基于其提供的服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小而应当具备的管理信息的能力,其是否主动介入到侵权客体的选择、编辑、推荐等,其是否直接从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中获利、被侵害权利的性质(比如人身权)等。

⑤5 参见《信息网络传播权司法解释》第8条第2段。

⑤6 殷少平《论互联网环境下著作权保护的基本理念》,载《法律适用》2009年第12期。

⑤7 Tiffany, Inc. v. eBay, Inc. [576 F. Supp. 2d 463 (S. D. N. Y. 2008)]. 该案涉及到网络拍卖 eBay 公司就网络平台用户的商标侵权行为而应承担的责任问题。

⑤8 Hard Rock Café Licensing v. Concession Services [955 F.2d 1143 (1992)]. 该案涉及跳蚤市场对于其中的店铺的商标侵权行为所应承担的责任的问题。

⑤9 而“某些情况”被界定为两种情况:一是网络用户的侵权行为明显或足以使人相信侵权的可能性较大的情况(这种情况属于“很可能知道”意义上的故意,与注意义务无关);二是网络用户与经营者合作或从侵权活动直接获利等情况。

再者,就欧美法上的一般审查义务免责条款而言,其适用范围也仅限于特定的几种网络服务提供者,更准确的说,是仅适用于特定的几种网络服务。根据《欧盟信息社会指令》第15条的规定,(欧盟)成员国不得要求三类网络服务提供者承担监控其所传输或存储的信息或主动发现表征非法活动的事实或情形的一般性义务,这些服务包括网络接入和信息传输服务、缓存服务或存储服务^⑥。这意味着,对于其他类型的网络服务,法院需要根据一般法来确定其是否承担审查网络信息和活动的义务。在同一网络服务主体同时提供多种服务的情况下,就不能将一般审查义务免除规则适用于非法定的服务类型。正如巴黎大审法院(Tribunal de grande instance de Paris)^⑦在Ebay案中所指出的,对于Ebay作为网络拍卖平台所提供的多种服务应当分别予以定性:其所提供的商品信息和交易信息存储服务属于信息存储服务,但其同时也提供了商品促销和广告相关的服务,性质上的差别决定了对不同的服务应适用不同的责任制度。

网络服务提供者的注意义务似乎也与相关的免责条款^⑧相冲突,其实不然。网络服务提供者的注意义务,是在过失作为侵权责任的主观要件的角度而存在的。而免责条款是侵权责任构成条款适用中的特殊规则,这就存在一个“两步走且二选一”的操作过程:首先,对免责条款所针对的情形,应优先适用免责条款,而不再适用侵权责任构成条款;免责条款所不能涵盖的情形,一律适用侵权构成条款,此时就需要根据有关因素确定网络服务提供者的注意义务及其履行情况以确定其是否存在过失^⑨。第二步的过程中包括两种情形:一是网络服务行为不满足免责条款的适用条件(比如,缓存服务提供者修改了所存储的信息),这就需要适用侵权构成规则来认定信息修改行为是否赋予缓存服务者注意义务或可以由此推定其对存储信息侵权的知晓;二是网络服务行为符合免责条款的适用条件,但网络服务提供者还提供了其他的网络服务或者实施了其它非网络行为,这就需要适用侵权构成条款要认定其过错(故意或过失)。在欧莱雅诉Ebay公司的案件^⑩中,欧盟法院认定,Ebay所提供的信息存储服务满足《欧盟信息社会指令》第14条所列的免责条件,但是其所提供的拍卖信息优化和促销服务使其对出售信息有所了解和控制,这对该公司产生注意义务。

民法上的“过失”作为网络服务提供者侵权责任的过错形态之所以会成为一个问题

⑥ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, Article 15 No general obligation to monitor 1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity. (…)

⑦ TGI Paris, 3e ch., 3e sec. jgt, 13 mai 2009, L'Oréal et autres c/ eBay France et autres, legalis.net.

⑧ 参见《信息网络传播权条例》第20-21-22条。See Directive 2000/31/E, articles 12, 13, 14 and United States Code, Title 17, Chapter 5, Section 512 (a) (b) (c) (d).

⑨ 司法实践中,法院对于侵权责任构成条件和免责条件整体上是明确区分的,比如,华纳唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司案(北京市高级人民法院(2004)高民终字第1303号民事判决书)。参见前引⑪,陈锦川文。

⑩ CJEU Case C-324/09, 12 July 2011, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Limited v eBay International AG, eBay Europe SARL and eBay (UK) Limited.

并导致诸多混乱,主要原因在于,在借鉴欧美网络著作权法特殊制度的时候,我们忽视了存在于该特殊制度之外的所在国的一般制度^{⑥5},并将特殊制度一般化。这主要表现在,在确立网络服务提供者侵权责任构成条款的时候,《信息网络传播权司法解释》不适当地采用了欧美法上作为免责条款之条件的主观过错概念(“明知”和“应知”)及其定义,加之对网络服务提供者一般审查义务免除条款的理解偏差,最终导致在规则层面排除了一般侵权法中的过失作为网络服务提供者的过错形态。

五、以注意义务来认定网络服务提供者的过失

采用主观标准判定过失是古典侵权法的做法,现代侵权法采用过失认定客观化的理论,过失被定义为未尽应尽之注意义务。^{⑥6}正如有学者指出的,“从归责的意义上说,民事过失的核心不在于行为人是否处于疏忽或懈怠而使其对行为结果未能预见或未加注意,关键在于行为人违反了对他人的注意义务并造成对他人的损害,行为人对受害人应负的注意义务的违反,是行为人负过失责任的根据。”^{⑥7}根据注意义务的一般理论,注意义务包括致害结果预见义务和致害结果避免义务,与之相对应的就是网络服务提供者采取合理、有效措施预见侵权行为的义务和采取必要措施制止或避免侵权行为的义务。但《信息网络传播权司法解释》第7条及《侵权责任法》第36条第3款的结构表明,制止侵权行为的义务(采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施)与过失侵权的客观行为(为网络用户的侵权行为提供帮助)相对应,因此,需要考虑的就是对侵权行为的预见义务。

从《信息网络传播权司法解释》的规定本身来看,网络服务提供者仅在侵权行为明显的情形下才负有采取合理措施予以预防的义务(第9条第4项)。但是,这种预防义务实际上没有现实意义:一是明显的侵权行为不需要预见措施就能被发现;二是哪些行为需要被采取预见措施和哪些行为构成明显侵权,对于网络服务提供者来说是同一个判断。也正是在这个意义上,作为司法解释第9条所规定的应知认定的必要条件,“网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显”不应被从网络服务提供者能否发现与侵权相关的事实的角度来理解,而应当从网络服务提供者能否很容易的判断所发现的网络信息或网络用户的行为构成侵权的角度来理解和适用。只有在有关信息或行为明显构成侵权的情况下,网络服务提供者对于其所帮助的行为的违法性才能有所认知,

^{⑥5} 美国法上除了数字千年法所设置的特殊免责条款外,网络服务提供者的责任认定适用教唆和帮助侵权责任规则(contributory liability)和替代责任规则(vicarious liability)。欧盟国家则在免责条款之外适用一般侵权责任法及可以类比适用的下位法规则(比如,法国对于网站编辑者的过错认定类推适用1982年7月29日的视听传播法中的编辑者责任认定规则)。See Castets-Renard C., *Droit de l'internet : droit français et européen*, Montchrestien, 2012, p. 310-311; 王迁《〈信息网络传播权保护条例〉中“避风港”规则的效力》,载《法学》2010年第6期。

^{⑥6} 参见前引^{④7},屈茂辉文。

^{⑥7} 王利明主编《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第157页。

也才具有过错^⑥。《信息网络传播权司法解释》第8条第3款规定,网络服务提供者能够证明已采取合理、有效的技术措施,仍难以发现网络用户侵害信息网络传播权行为的,人民法院应当认定其不具有过错。该条款可以被认为是以隐含的方式规定了网络服务提供者在网络用户的侵权行为不明显的情况下也负有采取合理、有效的技术措施来预见侵权的义务,否则该条文中的“已”字前面应当加上“即使”一词表示假设^⑦。这里的“难以发现”包含两种情况:一是网络服务提供者所采取的措施履行了注意义务,但不能发现表征侵权活动的事实或情形;二是履行注意义务的措施使其得以发现这些事实或情形,但从这些事实或情形并不能明显地判断网络用户的行为构成侵权^⑧。前者其实是注意义务的程度和范围问题,而后者是网络服务提供者对于网络用户行为的违法性认知问题。在司法实践中,法院其实也是通过判决来确立可以类型化适用的注意义务规则,尽管判决只针对具体个案。^⑨正是从法律适用的社会效果来看,即便注意义务的违反与对致害行为的预见或致害后果的发生没有必然因果关系,它仍然是应予惩罚的过错行为,因为这增加了权利被侵害的社会风险。^⑩而过失认定的客观化也将借助法律规范的引导功能促进侵权法从裁判法学向预防法学的转变,^⑪这一积极效果对于网络侵权行为的法律规则再好不过。因此,应当将网络服务提供者的过失定义为注意义务的违反,而注意义务仅指应当采取合理、有效的措施预防网络用户利用信息网络服务从事侵权行为,而不应考虑网络服务提供者是否因注意义务的履行而知道侵权行为的存在。

六、网络服务提供者的过失与连带责任

如前所述,将过失作为帮助侵权的过错形态是侵权法理论上尚不被广泛认可,但这并不意味着过失侵权不能产生连带责任,后者的适用范围远不限于帮助侵权和其它要

^⑥ 违法性认知不是直接侵权或共同侵权责任的必要条件,但应当是帮助侵权或间接侵权责任的必要条件。比如,甲和乙共同实施对从超市盗窃财产的行为,则加害人对其行为的违法性认知并不影响对其侵权责任的认定。但如果甲给乙提供推车服务以搬运乙从超市盗窃的财产,则只有在甲对乙的行为违法性存在认知的情况下才构成帮助侵权。

^⑦ 如果加上“即使”以做修改,其适用就会出现不合理的结果:甲网络服务提供者实际履行了注意义务,但仍难以发现侵权行为,因而没有过错;而处于同样境况下的乙网络服务提供者未履行注意义务,也无过错,因为即便履行了注意义务也不能发现侵权行为。

^⑧ 比如,在李某诉吴某与北京微梦创科网络技术有限公司名誉权纠纷案件中,被告吴某在新浪微博发表了关于原告抄袭他人作品的言论,被法院认定侵害原告名誉权。该案中,名誉权侵权的认定取决于抄袭言论的正当性认定,而抄袭的认定技术性很强,因此,涉案侵权行为的违法性不明显,网络服务提供者的注意义务不能适用于此类行为。法院尽管没有展开论证,但正确的直接适用了侵权责任法第36条第2款而没有适用第3款。一审成都市锦江区人民法院(2014)锦江民初字第2620号判决书,二审成都市中级人民法院成民终字第2947号判决书。

^⑨ 实际上,法院针对个案设置的注意义务同样具有一般性意义,处于同样情形下的其他网络服务提供者尽管不是被告,但也会参照判决形成的规则采取或修改其对网络用户侵权行为的预防措施。否则,下一个败诉的就是他们。

^⑩ 参见周光权《结果假定发生与过失犯——履行注意义务损害仍可能发生时的归责》,载《法学研究》2005年第2期。

^⑪ 参见前引⑤,廖焕国文。

求侵权者之间有意思联络的情形。^⑭ 首先,从连带责任本身的理论来看,连带责任的目的是惩罚侵权人和保护受害人。这里的惩罚不是针对主观恶意的责任加重,保护受害人也不是让其获得更多的赔偿,而是让侵权人一方做风险分配的不利承担,从而让受害人尽可能从多个来源(连带责任人)获得赔偿,而让连带责任人之间分担赔偿不能的风险。在网络用户利用网络服务侵害他人权益的法律关系中,一方是无辜的权利人,另一方是直接实施侵权的加害人,提供了诱发和(或)便利侵权或作为侵权行为必要条件的服务并从中获利的网络服务提供者。由于网络用户的分散性和隐蔽性,赔偿不能的风险始终是该领域的重要问题。为保护被侵害人的利益,让网络服务提供者与其网络用户承担连带责任符合该制度的目的。至于有观点认为连带责任会让网络服务提供者难以从网络用户处最终求偿从而影响互联网行业发展,^⑮这是多虑了。连带责任制度并不需要考虑连带责任人之间的赔偿不能问题,赔偿不能的风险是一种社会风险,法律不能消除,只能安排其分配机制。

其次,为评价连带责任适用于网络服务提供者的恰当性,我们也可以将网络服务提供者的间接侵权形态与《侵权责任法》中无意思联络但承担连带责任和补充责任的其他过失间接侵权形态作个对比,如下图:

就第三人所实施的侵权行为而担责的责任形式	侵权行为	责任主体	客观上诱发侵权、提供便利或必要条件	危险的制造者/或管控者	从侵权活动中直接受益	意思联络	过失
连带责任	网络侵权	网络服务提供者	是	制造者和管控者	是	否	是
	高度危险物致害(《侵权责任法》第74、75条)	危险物所有人/管理人			否		
补充责任	安全保障义务(《侵权责任法》第37条)	公共场所的管理人或群众性活动的组织者	否	管控者	否		
	幼儿或学生在校受侵害(《侵权责任法》第40条)	教育机构					

^⑭ 参见李永军《论连带责任的性质》,载《中国政法大学学报》2011年第2期;杨立新《论不真正连带责任类型体系及其规则》,载《当代法学》2012年第3期。

^⑮ 参见徐伟《网络服务提供者连带责任性质之质疑》,载《法学》2012年第5期。

通过对比可以发现,安全保障义务人与网络服务提供者都是过失责任,但所处的情形差异很大:前者不是侵权危险的制造者而后者是;前者的过失行为仅给第三人侵权增加了机会,而后者在网络服务客观上为侵权行为提供了必要条件;前者不从第三人侵权活动中受益反而受害,而后者直接或间接从侵权活动中获利,利益机制本身决定了前者不会希望或放任侵权行为发生,而后者在法律责任过轻的情况下对侵权活动会至少持放任态度。因此,补充责任对网络服务提供者显然过轻^{⑦⑧}。高度危险物的所有人或管理人在危险的制造和管控、对侵权行为的必要条件提供和侵权诱发、过错等方面都与网络服务提供者相同。两者的差别在于:高度危险物的所有人或管理人从不从第三人的侵权行为中获利;网络服务的危险性比高度危险物小,这决定了网络服务提供者的注意义务在程度上要低于高度危险物的所有人或管理人。因此,与高度危险物的所有人和管理人相比,网络服务提供者仅在注意义务的程度上的为低(网络服务的危险性低于高度危险物),但客观上对侵权风险的诱发和管控、侵权行为必要条件的提供、过错责任等方面均类似,而且网络服务提供者还直接或间接从侵权活动中受益,因此,对其适用连带责任是符合侵权责任法制度安排的。

结 语

“明知”和“很可能知道”作为网络服务提供者间接侵权责任的过错形态,其认定核心标准有两个:一是网络服务提供者是否注意到了或者应当注意到与侵权行为相关的行为或事实;二是从它所注意到或应当注意到的行为或事实来看,网络用户行为的侵权性质是否明显或容易判断^{⑦⑧}。司法解释的相关规则应当按此完善,即应进一步明确:网络用户行为的侵权性质明显性或易于判断性是这两种过错的必要认定条件,因为,对于直接侵权行为的违法性认知是间接侵权责任或者帮助侵权责任的必要构成要件。

将过失明确为网络服务提供者间接侵权责任的过错形态,基于四点理由:一是承认网络服务提供者应采取合理、有效措施预防网络用户利用其网络服务侵害他人权益,该义务的违反产生连带责任(即便不构成帮助侵权),因为网络服务增加了侵权的风险,网络服务提供者对该风险有一定管控能力,客观上为网络侵权提供了必要条件,并从侵权活动中直接或间接获利。二是过失宜采客观主义定义方式,以作为行为义务(合理、有效的措施)而非结果义务的注意义务的设置为核心,以此引导网络服务提供者预防侵权行为。三是网络服务提供者的注意义务范围和程度取决于被保护的权益类型、网络服务的性质、网络服务提供者应具备的风险管控权利和能力、其客观上对侵权行为的参与

^{⑦⑧} 相反的意见,参见张凌寒《网络服务提供者连带责任的反思与重构》,载《河北法学》2014年第6期。

^{⑦⑧} 网络服务提供者间接侵权责任的这一过错认定标准与一般侵权法理论中的帮助侵权制度并没有本质差别。另参见王迁《论版权“间接侵权”及其规则的法定化》,载《法学》2005年第12期。

程度、其从网络用户侵权行为的获利情况等。四是网络服务提供者的该种注意义务不与网络服务提供者一般审查义务的免除原则相冲突,也不与网络服务提供者免责条款相矛盾,其性质也不因被侵害的民事权益不同而不同^{⑦⑧}。基于此,网络服务提供者过失间接侵权责任制度可以在整个侵权责任法体系内作一般性适用。

Abstract: Legal awareness in the field of network tort law should cover two fault forms , namely , negligence and deliberation. The existing legal rules apply the concept of fault in exception clause for network service provider in Euro-American law into the clause of constitute of tort liability , resulting in the confusion of legal interpretation and application and the expansion of application scope of exception clause. “Negligence” of network service provider should be defined as the duty of care of “taking reasonable and effective preventive measures for tort” , without investigating the actual knowledge and awareness of its infringement act on network users. Even if indirect negligence does not constitute contributory infringement , the rule that it produces joint and several liabilities conforms to the theoretical and standard systems of China’s law on the liability of infringement.

(责任编辑:朱广新)

^{⑦⑧} 尽管被侵害的民事权益的性质将影响到网络服务提供者注意义务的范围和程度的确定。比如,网络服务提供者对于名誉权、隐私权等人格权,负有高度关注义务,如同海滨浴场瞭望台里的救生员;对于普通的商标权、著作权、邻接权等负有一般的关注义务;对与大众日常用品或服务领域驰名或知名商标负有较高的关注义务。