



知识产权学术前沿系列
华东政法大学知识产权博士论文丛书

网络中介服务商知识产权 法律义务研究

Study on the Obligations of Internet Intermediaries under
the System of Intellectual Property Rights

于波著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



知识产权学术前沿系列
华东政法大学知识产权博士论文丛书

本书受作者主持的第59批博士后项目
“协调商业创新与侵权风险的网络服务商知识产权义务研究”（2016M590339）支持。
本书受上海市“青年东方学者”项目支持。

网络中介服务商知识产权 法律义务研究

Study on the Obligations of Internet Intermediaries under
the System of Intellectual Property Rights

于 波 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

网络中介服务商知识产权法律义务研究 / 于波著
—北京:法律出版社,2017.3
(知识产权学术前沿系列)
ISBN 978-7-5118-9918-7

I. ①网… II. ①于… III. ①网络服务—知识产权法—研究 IV. ①D913.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 208670 号

网络中介服务商知识产权法律义务研究
WANGLUO ZHONGJIE FUWUSHANG
ZHISHICHANQUAN FALÜYIYU YANJIU

于 波 著

策划编辑 韩满春
责任编辑 韩满春
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 王沁陶
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 9.625
字数 261 千
版本 2017 年 3 月第 1 版
印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978-7-5118-9918-7

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

众所周知,知识产权法是调整因智力成果、商誉和其他特定相关客体的归属、利用、管理和保护等活动而产生的社会关系的法律。因其调整对象的特殊性,知识产权法律制度不仅关系到社会主义文化的发展繁荣,还关系到科学技术的创新升级以及市场经济秩序的规范稳定。总的来说,在新一轮全球科技革命和产业变革的背景下,知识产权法律制度对我国国民经济和社会发展起着至关重要的作用。

党和国家一贯重视知识产权的运用和保护,党的十八大明确提出“完善知识创新体系,实施知识产权战略”,十八届三中全会要求“加强知识产权运用和保护,健全技术创新激励机制”。国务院于2015年发布《新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》,明确要求“深入实施创新驱动发展战略,深化知识产权领域改革,加快知识产权强国建设”。中共中央、国务院在2016年上半年印发《国家创新驱动发展战略纲要》,就“建设知识产权强国”明确提出了“深化知识产权领域改革,深入实施知识产权战略行动计

划,提高知识产权的创造、运用、保护和管理能力”等具体要求。

当然,知识产权的运用和保护,离不开对知识产权法律制度的实践和研究。在我国,知识产权法律制度属于“舶来品”,对我国而言,知识产权法是一套既古老又年轻的法律制度。所谓“古老”是指知识产权法律制度在西方已有三四百年的立法史,西方国家已经建立了较为完善的知识产权法律体系;而所谓“年轻”是指知识产权法律制度在我国建立的时间较短,我国对西方知识产权法制建设成果的吸收和借鉴仍显不足。因此,如何跨越这一“时代鸿沟”——在积极吸收借鉴国外优秀法制建设成果的基础上,进一步完善我国的知识产权法律制度,正成为广大法学院校应当担负的历史重任。同时,随着科学技术的发展和全球化进程的加快,国内知识产权领域的新案件、新问题和国际知识产权领域内的地区性、全球性议题不断涌现。如何提高国内知识产权问题的治理能力和国际知识产权规则的话语能力,也成为广大法学院校必须担负的时代重任。

多年来,华东政法大学一贯重视知识产权的教学和研究工作。2003年,华东政法大学在国内率先成立知识产权学院,经教育部批准设立了全国第一家知识产权本科专业,目前已拥有知识产权本科、硕士和博士三级学位授予权。知识产权学院自2004年开始招收本科生,每年招收100人左右,至今已毕业650人左右。2014年,知识产权学院开始实施卓越知识产权本科(卓越人才实验班)人才培养计划,着手培养复合型、应用型和国际化的知识产权高端专业人才。知识产权专业硕士研究生自2008年开始招生,每年招生45人左右;同时从法律硕士研究生中遴选30-40人攻读知识产权方向,至今已毕业300人左右。知识产权专业博士研究生自2008年开始招生,每年招生5人,同时招收3名到5名知识产权博士后研究人员。

在教学方面,经过十多年的探索,知识产权学院已经形成了科学合理的知识产权专业核心课程体系。目前,《知识产权法》、《著作权法》、《商业秘密法》三门课程被评为市级精品课程,《商标法》、《商业秘密法》、《专利法》三门课程被评为上海市教委重点课程,《知识产权法》、《数字版权法》被评为市级全英语示范课程。

在科研方面,知识产权学院专业教师主持国家社科基金项目5项(其中国家社科重大项目一项),教育部人文社科项目3项,上海市哲学社会科学项目4项。发表CSSCI级别以上核心刊物论文95篇,其中权威期刊4篇,出版专著、译著29部。学院专业教师获得过霍英东教育基金会第十三届高等院校青年教师奖一等奖、钱端升法学研究成果奖、上海市哲学社会科学优秀成果奖、上海市法学优秀奖等学术奖项,取得过全国优秀教师、全国知识产权领军人才(两名)、上海市优秀中青年法学家(两名)、新世纪教育部优秀人才、上海市青年东方学者、曙光学者、“浦江人才计划”、上海市社科新人等荣誉称号。

在智库建设方面,知识产权学院通过依托人才优势组建专业团队,围绕国家和上海经济社会发展中知识产权领域的重大问题进行长期跟踪研究,为中央和上海在知识产权方面的重大决策及时提出对策建议。目前,知识产权学院已经与国家工商总局、国家版权局、上海市高级人民法院、上海知识产权法院、上海市科委、上海市知识产权局等单位建立了长期的合作关系,相关科研成果已经为这些国家部门采用。

在国际交流方面,知识产权学院与美国、法国、英国、澳大利亚等国的著名法学院校有着良好的合作关系。2015年4月,世界知识产权组织联合我校在中国上海举办“世界知识产权组织知识产权暑期学校”,为全球优秀学生与青年执业人士提供了学习、分享、交流知识产权专业知识的机会。

可以说,经过10多年的发展,华东政法大学知识产权学院已经成为在国内科研领域处于领先地位、在国际上有较大影响力、在重大立法决策领域发挥重要作用的知识产权教学科研基地。

为展示我校知识产权法学博士的培养成果,我校推出了知识产权法学系列专著——“华东政法大学知识产权法学博士文库”,文库将陆续出版华东政法大学培养的知识产权法学博士的研究成果。广大博士的研究成果的出版,一方面展示了我校知识产权法学博士卓越的科研能力,另一方面反映了我校知识产权法学博士点优异的

建设成绩。

科学研究本非易事,人才培养更是难中之难。但随着党和国家对知识产权法制建设的进一步重视,可以说,知识产权法学的理论研究和人才培养正当其时。希望知识产权学院全体教师和博士研究生抓住机遇,努力实践,执着追求,多出精品,努力将“华东政法大学知识产权法学博士文库”这一学术平台建设成为展示我校知识产权人才培养能力和理论研究成果的重要学术窗口。愿我们牢记“笃行致知,明德崇法”的校训,以自己的“笃行”无愧于这个伟大的时代。

是为序。

华东政法大学党委书记

知识产权专业教授、博士生导师

曹文泽

2017年2月

序

互联网为知识产权的发展既带来了机遇也带来了挑战。在中国,丰富的产品结构、庞大的消费群体以及便利低廉的快递造就了比国外更为发达和复杂的网络经济。这就决定了中国的网络知识产权侵权范围更广、程度更深、类型更新更快更复杂而且救济难度更大。

该难题如何破解?长期以来,中国知识产权法学界围绕着“避风港”规则和网络中介服务商的侵权责任开展了大量的研究。同时,中国借鉴美国的 DMCA、欧盟的《电子商务指令》等代表性国外立法制定了相关法律法规。但是,多年以来,中国的网络知识产权侵权形势仍然没有发生根本性的变化,良好的网络知识产权秩序仍然没有建立起来。

面对这一网络难题,面对当时铺天盖地的归责研究,本书作者于波博士在八年前另辟蹊径,选择从义务角度引导网络中介服务商及其用户以尊重知识产权的方式从事电子商务,以期实现对网络知识产权侵权的预防和遏制。近一两年,无论是美国 DMCA 的修法动向,还是欧盟的最

新立法,均明显地倾向于通过完善网络中介服务商的事前义务来引导网络知识产权秩序的构建,不再一味地探讨网络中介服务商侵权责任的事后课加。这充分说明作者的博士学位论文选题具有前瞻性。

于波是我的博士研究生,在华东政法大学求学十载,接受了系统的法学教育,民商法功底扎实。新颖的选题和良好的研究基础,使他在华政以优异的成绩获得了博士学位,在法国继续从事网络知识产权法研究并以 *très honorable* (非常优秀) 的答辩成绩获得法国博士学位。

现在他又对论文进行了完善,使之成为一本颇有见地、富有开创性观点的专著。该书的研究特色如下:

第一,研究目的具有开拓性。该书的目的并不仅仅在于通过完善网络中介服务商的知识产权义务从而准确界定其过错类型进而精准课加其知识产权侵权责任,更在于通过多元的义务类型来规制网络中介服务商的商事行为,进而引导网络中介服务商在尊重知识产权的前提下进行商业模式创新和开展商业活动。

第二,研究方法具有新颖性。作者没有照搬欧盟、美国及法国不同的立法,而是借助系统论对移植自不同法系的制度进行本土化融合,将系统思维引入网络服务商知识产权义务分配关系的研究中,有效避免了将源自不同法系的制度进行生硬组合的问题。

第三,对网络中介服务商的定义进行了系统研究。鉴于民事主体与商事主体在责任承担上的不同会影响到义务分配的准确性,该书摒弃了我国知识产权法学界长期使用的“网络服务提供者”、“ISP”和“ICP”等概念,主张知识产权法主要是商法,强调网络服务提供者的商主体身份。同时,在“ISP”概念体系下对网络中介服务商的概念进行了准确定位和界定。

第四,对知识产权的基本权利属性进行了应用性研究。该书引入并拓展德国法国宪法理论中著名的客观价值秩序理论,论证知识产权是一种基本财产权利,代表了知识经济时代的基本财产秩序。网络中介服务商在消极地不侵害知识产权的同时,还负有积极的知识产权保护义务。

第五,对网络中介服务商的知识产权义务体系进行了系统性研究。本着义务设定的多元性、渐进性、开放性及系统性目标,作者从必要性和适度性两个方面对网络服务商知识产权义务设定的合理性进行了论证。在对信息保存与披露义务、注意义务、审查义务及断网或封帐义务进行功能定位的基础上,分别论证了其各自的适用要件并构建了一个有机的义务系统。

现在,于波的博士论文形成专著即将出版,作为导师,我感到十分欣慰!相信该书对网络中介服务商的界定,知识产权的基本权利属性,义务设定的合理性、层次性、系统性等问题的创新性研究成果,一定会对我国网络知识产权法的立法完善带来积极的参考价值和借鉴意义。

于波博士选择了一个值得长期深耕的研究方向。博士学位论文的出版仅是研究的第一步。作为导师,我建议他在接下来的研究工作中以本书作为总论,分别对网络中介服务商的信息保存与披露义务、注意义务、审查义务和断网义务进行专题研究,最终形成五本系列性专著。

研究无止境,希望于波博士继续努力,为我国知识产权学术研究做出新的贡献!

是为序!

何 敏

2017年2月12日于华政园

目 录

总 序 /1

序 /1

绪 论 /1

第一章 网络中介服务商法律义务基本理论 范畴 /11

第一节 “ISPs”概念体系下的网络 中介服务商 /11

一、网络中介服务商 /12

二、网络内容提供商 /20

三、网络服务提供商 /23

四、三者之间的关系 /26

第二节 网络中介服务商与网络相关主体 的利益平衡 /37

一、法理基础:权利义务相一致原则 /37

二、政策考量:保证不同产业间的均衡发展

/40

第三节 法律义务与侵权过错类型的对应机理/42

一、法理基础:法律义务直接引起法律责任/43

二、义务类型与过错类型的对应关系/45

第二章 网络中介服务商知识产权义务制度比较/51

第一节 信息保存与披露义务/51

一、适用主体:范围各异/51

二、义务内容:判例对立法的拓展/55

三、义务性质:一元与二元并存/56

第二节 监督义务与审查义务/58

一、基本立法态度:不承担监督义务/58

二、司法态势:审查义务与较高注意义务间的徘徊与纠结/68

第三节 注意义务与“删除义务”/90

一、注意义务的立法阙如与司法扩张/90

二、“删除义务”:适用条件各异/98

第四节 断网或封帐义务/103

一、法国 Hadopi 首创的义务类型/103

二、DMCA 的类似规定及 SOPA 的突破/105

第三章 网络中介服务商知识产权义务分配的合理性/108

第一节 外部系统:必要性判断/109

一、基本权利双重性质理论下的义务分配/111

二、网络中介服务商知识产权保护义务的必要性/119

第二节 内部系统:适度性判断/131

一、区分传播的对象/131

二、区分经营模式/136

三、区分获益因素/139

第四章 网络中介服务商知识产权义务的系统化分配 及立法构想/143

第一节 保存并提交用户身份信息义务的细化/143

一、法律性质界定:多重属性/143

二、适用要件分析/146

第二节 注意义务的回归/150

一、本旨功能的特定性决定着适用范围的有限性/151

二、注意义务的适用条件/154

第三节 审查义务的确立/158

一、设立审查义务的合理性/158

二、与政府监督义务的关系/165

三、审查义务的适用要件/166

第四节 断网或封帐义务的引入/170

一、引入的必要性与可行性/171

二、断网或封帐义务的适用要件/173

第五节 义务的系统化分配与修法建议/176

一、“删除义务”并不是独立的义务类型/176

二、审查义务与注意义务的关系/180

三、义务的层次与系统化/182

四、立法完善建议/184

结 语/187

参考文献/189

案例表/201

相关法律条文/210

后 记/291

绪 论

义务明,则责任清、秩序稳。在“互联网+”时代,网络服务商知识产权义务分配的正义性俨然已成为网络有序运行的必要前提,它不仅是网络服务商的行为准则,也是司法机关及权利相对人的判断准则。然而,有关网络服务商的知识产权义务,目前至少存在三方面问题:一是义务类型莫衷一是;二是义务边界模糊不清;三是有限规定散见于多部法律。因而,构建一套类型齐全、结构合理的义务体系,既能有效引导网络服务商在尊重知识产权的前提下进行商业模式创新,又能使权利相对人与司法机关具有明确精准的判断准据。本书以义务体系的完善为核心,旨在构建一套网络服务商“不想侵权、不敢侵权”的知识产权义务规则。

一、选题依据

(一) 本书主题国内外研究现状述评

长期以来,针对网络知识产权侵权问题,学界的研究重点主要集中在网络服务商侵权责任构成要件和引进“避风港”规则方面,专门从网

络服务商义务角度探讨如何引导商业模式的发展和侵权责任界定的研究较少。

从2009年开始,先后从事这方面研究的学者有李雨峰、刘家瑞、邓宏光、张今、王迁、黄武双、胡开忠、眭鸿明、鲁晓明等,法官和律师有陈锦川、芮松艳、姚建军、袁秀挺、史三军、史学清、张心泉、宋哲、李颖、宋鱼水等。下文主要从注意义务、审查义务、信息保存与披露义务及断网或封帐义务四个方面进行简要述评。

对于注意义务,尽管法国司法界在判断服务商主观过错时通常采用勤勉的商业理性人标准,但是学者很少使用注意义务这一术语进行分析。同样,尽管注意义务源于英美侵权法,但是美国学者在分析网络中介服务商“明知”或“应知”时通常也不使用注意义务这一分析工具。

中国学者对服务商注意义务的讨论较为广泛,但仍缺乏系统性。第一篇专题探讨网络服务商知识产权注意义务的论文是李雨峰教授的《迷失的路——论搜索引擎服务商在商标法上的注意义务》。该文不仅认为搜索引擎服务商并无审查广告主递交的广告内容是否侵害他人权利的实体义务,而且认为审查义务与注意义务并无二致(李雨峰,2009)。类似的观点还有,应在条件成熟时在立法中明确宣布服务提供商无监控网络的义务,将“合理人”的注意义务作为评价服务提供商有无过错的标准(胡开忠,2009)。应该仅赋予视频分享网站事后的注意义务,而非事先的监控义务(芮松艳,2012)。这些观点代表了很大一部分学者的态度,即在审查义务与注意义务的关系方面,注意义务这一义务类型足以用来界定网络服务商的过错,无须设立审查义务。

关于注意义务的适用,部分学者认为注意义务是变动的。不同类型的网络服务商承担的合理注意义务不尽相同(王栋、眭鸿明,2009)。在判断网络服务提供者是否成立间接侵权责任的“红旗标准”上,依业务性质不同而负有不同的注意义务(梁志文,2011)。李颖、宋鱼水两位法官结合“百度文库”案论证了网络服务商在不同情况下应该承担“变动的”合理注意义务(李颖、宋鱼水,2013)。

关于注意义务的称谓,司法实务界和学术界的界定不够明确。在中国的判决书中,可以经常发现“合理的注意义务”“较高注意义务”“较重的注意义务”“较高的合理注意义务”及“概括性注意义务”等用词较为随意,表达不够规范的称谓。此外,在中国司法界,经常存在着将审查义务与注意义务置于同一语境下交替使用的现象(谢雪凯,2013)。这表明知识产权学术界对于网络环境下注意义务的界定还不够充分和令人信服。

对于审查义务,我国立法界和学术界整体上持保留态度。不管是正在修订中的《著作权法》还是已经修订的《刑法修正案(九)》中均未明确规定审查义务。有学者认为,应该仅赋予视频分享网站事后的注意义务,而非事先的监控义务(芮松艳,2012),应在条件成熟时在立法中明确宣布服务提供商无监控网络的义务(胡开忠,2009)。

很大部分学者对审查义务的设立比较谨慎。比如,对网络服务提供商是否应负担事先审查的义务进行探索是必要的,但是对待审查义务的确立应该慎重(陈锦川,2011)。刘家瑞教授结合美国《千禧年数字版权法》(DMCA)和Napster案对主动审查义务表达了谨慎的支持意见(刘家瑞,2009)。只有部分学者支持审查义务的设立。在特定条件下将有限的主动审查义务赋予搜索引擎服务商符合利益平衡的原则(王栋、眭鸿明,2009)。网络中介服务商在特定的情况下承担审查义务具有宪法基础,具有合理性(于波,2014)。搜索引擎服务商应该承担中等程度的审查义务(宋亚辉,2014)。

最近20年,美国立法对审查义务的态度经历了过山车式的变化。可以说,美国从白皮书确认直接侵权从而全面肯定审查义务,到DMCA全面否定审查义务,是从一个极端走向了另外一个极端,目前正在两个极端之间徘徊(SOPA),走向平衡。欧盟《电子商务指令》明确规定网络服务商不负有监督的一般性义务。法国《数字经济信任法》(LCEN)仅是将《电子商务指令》第15条进行了内国法转化,并未做出任何突破。这表明了法国立法者在审查义务问题上的谨慎态度。

在法国学术界,学者对审查义务的设立也存在较大争议。大多数学者对审查义务持否定态度,比如有学者结合 *Scarlet* 的判决意见强调网络接入服务商不应该承担一般的监督义务 (Frédéric Pollaud-Dulian, 2008)。然而,DERIEUX Emmanuel 是为数不多的几位支持审查义务设立的法国教授之一,其在一系列论文中强调网络中立原则已经过时,应该有条件地设立审查义务 (DERIEUX Emmanuel, 2010、2011、2012)。

通过分析可以发现,关于注意义务和审查义务,以下是目前学术界讨论较少或者应该重点讨论的问题:注意义务和审查义务的定义、注意义务或审查义务分别与界定故意或者过失的关系,注意义务与审查义务的关系、设定注意义务和审查义务的影响因素、审查义务与技术审查措施的关系以及网络中立理论与审查义务的关系等。

随着网络知识产权侵权打击难度的日益凸显,信息保存与披露这一存在已久但被立法者和司法者长期忽视的义务类型逐步受到重视。北京市海淀区法院的李颖为代表的法官已经开始从实质要件和程序规则两方面探究这一义务的司法适用 (李颖, 2013)。随着打击网络犯罪的手段创新,陌生的断网或封帐义务开始走入法学界的研究视野。已经有学者从适用前提和程序要件方面分析这一规则在中国的法律移植与本土化问题 (于波, 2013)。可以说,这两类义务的研究在中国还刚刚起步,需要学界倾注更多的关注和探索。

(二) 研究意义和价值

1. 理论意义:有助于完善我国知识产权权利义务认知体系

知识产权法学是一门新兴的法学学科,是一门权利义务体系尚不成熟的正在发展中的法学学科。进入网络时代,新型的经济关系催生了新的权利形态,需要研究与之相对应的义务形态;同时,新型的利益格局也拷问着前网络时代所形成的本不完善的权利义务结构。作为最重要的网络参与者,网络服务商知识产权义务体系的明晰有助于网络环境下知识产权权利义务体系的完善。