



WANGLUO FUWU TIGONGZHE
JIANJIE QINHAI ZHISHICHANQUAN ZHI
ZEREN ZHIDU YANJIU

网络服务提供者 间接侵害知识产权之责任制度研究

刘庆辉◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



WANGLUO FUWU TIGONGZHE
JIANJIE QINHAI ZHISHICHANQUAN ZHI
ZEREN ZHIDU YANJIU

网络服务提供者 间接侵害知识产权之责任制度研究

刘庆辉◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

网络服务提供者间接侵害知识产权之责任制度研究/刘庆辉著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 9

ISBN 978-7-5130-5805-6

I. ①网… II. ①刘… III. ①知识产权—侵权行为—民事责任—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 202403 号

内容提要

网络环境下的知识产权侵权治理问题一直是理论研究和司法实践的一个热点和难点。本书运用了多种研究方法, 对网络环境下知识产权侵权治理的现行立法和司法进行了批判性研究, 提出了改革和完善的理论和路径。

责任编辑: 龚卫

责任印制: 孙婷婷

封面设计: sun 工作室 韩建文

网络服务提供者间接侵害知识产权之责任制度研究

刘庆辉 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

电 话: 010-82004826

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-82000860 转 8120

发行电话: 010-82000860 转 8101

印 刷: 三河市国英印务有限公司

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2018 年 9 月第 1 版

字 数: 195 千字

ISBN 978-7-5130-5805-6

编 号: 100081

责编邮箱: zhangwei@ipph.cn

发行传真: 010-82000895

经 销: 新华书店及相关专业书店

印 张: 8

印 次: 2018 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

| 序 言 |

刘庆辉是我指导的北京师范大学法学院民商法专业知识产权法方向毕业的博士。本书是由庆辉根据他的博士论文修订而成。

网络服务提供者间接侵害知识产权的责任，应当说是一个老话题，研究成果并不少，既有专著，也有论文。在这个老话题上，要写出新意，写出深度，并不容易。在博士论文选题时，庆辉提出要写这个题目，并说明了他的理由，我觉得他的想法是可行的。庆辉既有较深的理论功底，当时又工作在司法第一线，能接触到很多鲜活的司法案例，这为论文的写作奠定了很好的基础。庆辉非常勤奋、刻苦，在规定的时间内提交了博士论文，并顺利通过了博士论文答辩。总体上来说，我觉得该书的创新和学术意义体现在以下几个方面。

首先，本书的研究在既往研究的基础上，将我国网络服务商间接侵害知识产权责任问题的研究向前推进，系统地研究了网络服务商间接侵害知识产权责任的类型化、体系化问题，论证教唆侵权责任、帮助侵权责任及替代责任构成的三元责任制度的合理性，而且对三种责任的法律构成和司法适用进行系统深入的研究，具有一定的学术意义。

其次，我国当前的网络服务商间接侵害知识产权责任制度存在一些问题，现行法律在解释和适用上存在困境，无法适应网络侵权治理的需要，本书的研究能为将来修改、完善我国的

网络服务商间接侵权责任制度提供理论支撑，具有实践意义。

再次，本书对于各种责任类型尤其是帮助侵权责任的法律构成和司法适用进行了深入研究，对于人们理解和适用《侵权责任法》第36条第2、3款的规定具有重要的参考意义，可以消除人们对于前述条款的误读。

最后，本书对《侵权责任法》第36条第2款规定的“通知与删除”规则在知识产权侵权案件中的解释和适用进行了研究，指出“通知与删除”规则原则上可以适用于侵害信息网络传播权案件和侵害商标权案件，但无法适用于侵害专利权案件；同时指出应当根据著作权、商标权和专利权案件的特点，构建适用于各自领域的“避风港”规则，《商标法》和《专利法》中不应照搬著作权法领域的“避风港”规则，而应当建立“通知—转通知—删除”规则。

现在，庆辉将其博士论文修订、出版，这是他的学术成果，我为此感到由衷的高兴。最后，祝愿庆辉在今后的工作中取得更多更好的成绩。

韩赤风

2018年7月9日于北京师范大学后主楼

| 前 言 |

网络环境下的知识产权侵权治理问题一直是理论研究和司法实践的一个热点和难点。我国现阶段一般依据《侵权责任法》第9条、第36条第2、3款和《信息网络传播权保护条例》第23条来处理网络服务提供者间接侵害知识产权的责任问题。上述条款确立了网络服务提供者的教唆侵权责任和帮助侵权责任，这两种责任均为故意侵权责任，以教唆人、帮助人具有教唆、帮助的主观故意为要件。这种责任制度的规制效果并非尽善尽美，应当检讨、改进。

为了提升网络环境下的知识产权侵权治理效果，我国部分学者主张将《侵权责任法》第36条第3款中的“知道”解释为包括“明知”和“应知”，并将“应知”的认定与注意义务的违反相对应。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》（法释〔2012〕20号）亦持此种意见，司法实践中很多法院亦如此裁判。这种解释实际上是将违反注意义务的过失帮助行为纳入帮助侵权责任的调整范围，属于突破《侵权责任法》第36条第3款规定的造法行为，正当性依据不足，应当检讨。

目前我国的网络服务提供者间接侵害知识产权的责任制度在立法和司法层面都存在一定的问題，为了研究和解决这些问题，笔者运用比较研究、经济学分析、法解释学和案例研究等

方法，对现行责任制度的立法和司法进行批判性研究，提出了改革和完善的理论和路径。本书主张构建由网络服务提供者的教唆侵权责任、帮助侵权责任和替代责任组成的三元责任制度，并针对著作权、商标权和专利权的特点，分别构建适用于网络服务提供者的“避风港”规则。网络服务提供者教唆网络用户侵害他人知识产权的，应当与该网络用户承担连带责任；网络服务提供者故意帮助网络用户侵害他人知识产权的，应当与该网络用户承担连带责任，但该责任不适用过失帮助行为；网络服务提供者能够监督和控制网络用户侵害他人知识产权的行为，又从该侵害行为中直接获得经济利益的，应当承担替代责任。这种三元责任制度可以较好地平衡网络服务提供者和知识产权权利人之间的利益，既可以较好地保护知识产权，又不会对网络服务提供者施加过重的义务进而妨碍网络服务业的正常发展。

本书分为绪论、正文、结语三大部分。正文包括六章。第一章概括我国目前的网络服务提供者间接侵害知识产权之责任制度的立法及司法现状，并进行检讨，指出其存在的问题。第二章提出完善我国网络服务提供者间接侵害知识产权之责任制度的路径，并论证由教唆侵权责任、帮助侵权责任和替代责任组成的三元责任制度的合理性。第三、四、五章分别对网络服务提供者的教唆侵权责任、帮助侵权责任和替代责任的法律构成和司法认定进行阐述。第六章分析我国“避风港”规则的问题，并针对著作权、商标权、专利权各自的特点，讨论如何构建网络服务提供者的“避风港”规则。

本书重点研究和论证了网络服务提供者间接侵害知识产权之责任的类型化和体系化构建的问题，并提出了立法和司法建议，既具有一定的理论价值，也具有实践意义。

| 目 录 |

绪 论 / 1

第一章 网络服务提供者间接侵害知识产权之责任 制度检讨 / 31

第一节 网络服务提供者间接侵害知识产权的法定 责任类型及检讨 / 31

第二节 法律适用的动向及检讨 / 41

本章小结 / 57

第二章 网络服务提供者间接侵害知识产权之责任 制度构建 / 59

第一节 责任制度构建的基本原则 / 60

第二节 责任制度构建的考量因素 / 68

第三节 责任制度构建的域外经验 / 74

第四节 责任制度构建的路径 / 113

本章小结 / 119

**第三章 网络服务提供者教唆网络用户侵害知识产权的
责任 / 120**

第一节 教唆侵权责任的界定 / 120

第二节 网络服务提供者教唆侵权责任的构成 / 122

本章小结 / 130

**第四章 网络服务提供者帮助网络用户侵害知识产权的
责任 / 131**

第一节 帮助侵权责任的界定 / 131

第二节 网络服务提供者帮助网络用户侵害知识产权
的责任构成 / 133

第三节 帮助侵权责任的司法适用 / 143

本章小结 / 185

**第五章 网络服务提供者对网络用户侵害知识产权的
替代责任 / 188**

第一节 替代责任的法律界定 / 188

第二节 网络服务提供者替代责任的合理性分析 / 195

第三节 网络服务提供者替代责任的构成和认定 / 200

本章小结 / 203

第六章 网络服务提供者间接侵害知识产权之责任限制 / 204

第一节 责任限制的立法例 / 205

第二节 我国“避风港”规则的解释与完善 / 209

本章小结 / 226

结 语 / 228

参考文献 / 237

后 记 (一) / 243

后 记 (二) / 245

绪 论

一、研究背景

(一) 个人工作及研究经历

笔者曾是北京市高级人民法院知识产权庭的一名法官^①，在司法实务中经常接触涉及网络服务提供者承担间接侵权责任的案件，这类案件在司法实务中存在很多争议，比如，网络服务提供者是否应当负担注意并预防网络用户的侵权行为的义务（即注意义务）？如果负担注意义务，则注意义务的标准如何确定？网络服务提供者在什么情况下应该承担责任？承担什么样的责任？责任依据是什么？如何确定网络服务提供者的责任范围和责任程度是公平合理的？这些争议和问题在司法实务中确实是个难题。笔者平时也经常参加上述问题的研讨会，通过研讨活动，笔者觉得网络服务提供者的责任问题仍然是一个有待探讨和研究的领域。经过进一步的文献阅读，笔者发现这个问题不仅在国内而且在国际上也是一个既时髦又有争议的主题，理论上值得探讨，实务上期待研究成果。因此，笔者对这个问题萌发了兴趣。

(二) 网络侵权治理实践的需要

互联网兴起之后，随着各大门户网站、搜索引擎、网络交易平台等网络业务的快速发展，网络环境下的知识产权侵权问题日

^① 笔者撰写博士论文时是一名法官。

益突出,各类侵权问题层出不穷。针对网络环境下的知识产权侵权问题,美国依据其法律传统发展出了网络服务提供者引诱侵权责任 (Inducement Liability)、辅助侵权责任 (Contributory Liability)^① 及替代责任 (Vicarious Liability); 英国有许可侵权责任、共同侵权责任等; 德国、法国等大陆法系国家一般依共同侵权责任予以处理。我国现阶段一般依据《侵权责任法》规定的教唆侵权责任、帮助侵权责任来处理网络服务提供者间接侵权责任问题。对于侵害信息网络传播权行为,法院也依据《信息网络传播权保护条例》第 23 条规定的共同侵权责任予以处理。但是,实践中对于网络服务提供者到底应该承担多大的知识产权保护义务以及在多大的范围和限度内承担责任,争论不休。互联网公司在开展业务尤其是开发一些新的业务类型时,对法律风险总是感到苦恼和困惑,无法明确自己的行为边界。近年来兴起的电子商务平台,对于网络知识产权侵权问题的治理也感到非常苦恼。总之,网络服务业的发展,迫切需要理论界加强对网络知识产权侵权治理的研究。

一方面,围绕网络侵权治理这一主题,许多专家学者、法官发表了大量的专著和论文,极大地推动了这一领域的研究。这些研究成果也被我国的立法和司法实践所吸收,如《侵权责任法》和《信息网络传播权保护条例》,以及最高人民法院《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》(法释〔2012〕20号,简称“最高人民法院法释〔2012〕20号文

① 关于 Contributory Liability, 有的翻译为帮助侵权责任,有的翻译为辅助侵权责任,还有的翻译为协助侵权责任,由于美国有一种观点认为 Contributory Liability 包括引诱侵权责任,如果将 Contributory Liability 翻译为帮助侵权责任,与我国的法律概念不协调(我国的帮助侵权责任无法包含教唆侵权责任),故本书主张将其译为辅助侵权责任。

件”）、北京市高级人民法院《关于审理电子商务知识产权纠纷案件若干问题的解答》（京高法发〔2013〕23号）等。但是，梳理这些法律法规，可以发现现行责任制度在责任的类型化和规范的体系化方面还有欠缺。例如，《侵权责任法》对于网络服务提供者的责任仅规定了一条即第36条，显得非常单薄，这种立法状况无法满足司法实践的需要。为此，需要加强理论方面的研究，为今后的法律修订工作提供理论支撑。

另一方面，随着网络服务业的快速发展，网络用户侵权引发的网络服务提供者责任案件也呈上升趋势，各种类型的纠纷层出不穷，各地法院对于此类案件的处理面临许多棘手的问题。应当如何解释和适用现行法律？应当如何平衡知识产权权利人、网络服务提供者及社会公众之间利益？诸如此类的问题，不断地困扰着法官。因此，司法实践也提出了加强网络侵权治理研究的需求。

二、问题的提出

（一）与本研究相关的现实存在的问题

伴随着互联网服务业的快速发展，网络服务业的发展与知识产权保护之间的矛盾日益凸显。如何治理互联网上的知识产权侵权问题？如何平衡网络服务提供者与知识产权权利人之间利益？这些问题一直是理论界、司法界关注的热点。美国于世纪之交制定的《数字千禧年版权法》（*Digital Millennium Copyright Act of 1998*，简称DMCA）最早规定了“避风港”规则，旨在对严格责任原则下的网络服务提供者的版权责任进行限制。^①2000年，欧盟制定了《欧洲电子商务指令》（*Directive 2000/31/EC*

① See 17 U.S.C.A. § 512.

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), 对网络传输通道服务、系统缓存服务和宿主服务提供者的间接责任进行限制。^①

我国于 2006 年 7 月施行的《信息网络传播权保护条例》(2013 年 1 月修订)也针对网络服务提供者的网络传播行为规定了“避风港”规则。^② 2010 年 7 月施行的《侵权责任法》第 36 条对网络服务提供者的责任作出了明确规定,其中第 2 款为“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”。第 3 款为:“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。”这两款与第 9 条一起,规定了网络服务提供者的帮助侵权责任,即网络服务提供者对网络用户利用其网络服务实施的直接侵权行为负有帮助侵权责任。另外,该法第 9 条“教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任”之规定,也为网络服务提供者规定了教唆侵权责任。因此,根据我国《侵权责任法》的规定,我国网络服务提供者承担的间接侵权责任包括教唆侵权责任和帮助侵权责任。

但是,我国的网络服务提供者间接责任制度仍然存在一些问题,需要检讨。

首先,我国网络服务提供者间接侵害知识产权的责任类型

① See Catherine Fancher and G. Harvey Dunn, III, The Trend Toward Limited Internet Service Provider (ISP) Liability for Third Party Copyright Infringement on the Internet: A United States and Global Perspective, 2002 Bus. L. Int'l 143 2002, at 152-153.

② 参见《信息网络传播权保护条例》(2013 年修订)第 20、21、22、23 条。

仅有两种,即教唆侵权责任和帮助侵权责任,类型化不足,未形成完善的责任体系,是否足以治理网络环境下的知识产权侵权责任,尚有检讨的余地。

关于网络服务提供者的间接侵权责任,美国法规定了三种责任形态,一是引诱侵权责任,二是辅助侵权责任,三是替代责任。引诱侵权责任是积极引诱网络用户实施侵权行为应当承担的故意侵权责任,辅助侵权责任是网络服务提供者在知道^①网络用户的侵权行为后还积极促成或者提供实质性帮助的情况下要承担的侵权责任。替代责任是严格责任,是网络服务提供者在有权利和能力控制网络用户的侵权行为且从其侵权行为中直接获得了经济利益的情形下应当承担的责任。此外,美国DMCA还规定了“避风港”制度^②,免除一定条件下网络服务提供者的责任。上述三种责任形态和“避风港”制度,形成了一个比较合理的制度体系,对于有效规制网络服务提供者责任、合理平衡网络服务提供者和网络用户之间的利益,发挥了重要作用。

与美国相比,我国《侵权责任法》仅有2条法条可以用于调整网络服务提供者间接侵害知识产权的行为,一是第9条规定的教唆侵权责任和帮助侵权责任,二是第36条第2、3款规定的连带责任。基于法律的体系解释,第36条第2、3款规定的连带责任应当解释为与第9条相对应的帮助侵权责任。^③

① 知道包括事实上的知道 (has actual knowledge of) 和推定知道 (has constructive knowledge of)。

② 17 U. S. C. § 512.

③ 最高人民法院法释〔2012〕20号文件即采这一见解,参见第8条。司法实践基本上也持这种见解,参见上海玄霆娱乐信息科技有限公司与山东机客网络技术有限公司侵害著作权纠纷案,一审案号为(2011)济民三初字第329号,二审案号为(2013)鲁民三终字第36号。

概括起来,我国网络服务提供者承担的间接侵权责任类型只有教唆侵权责任和帮助侵权责任,与美国法相比,缺少了替代责任。

与司法实践中的复杂情况相比,教唆侵权责任和帮助侵权责任构成的责任制度并不周延,无法适应司法实践的需要。举例而言,在网络服务提供者不存在故意教唆、帮助的情形下,其具有控制网络用户的侵权行为的权利和能力,但又从网络用户的侵权行为中直接获得了经济利益,如何确定网络服务提供者的责任,是一个特别明显的现实问题。例如,某互联网公司运营网络服务器,提供存储空间服务,甲将其开发的网站(一些程序和网页的集合)存储、运行于该公司的网络服务器上,该公司收取一笔固定的服务器出租费,另外再根据网站的访问量按比例收取费用。假设甲的网站上提供了一部侵权电影,该公司并不知情,如果甲无力赔偿权利人的损失,此时应当如何处理?要不要追究该公司的责任?由于该公司既未教唆、帮助甲实施侵权行为^①,亦未实施《侵权责任法》第8、10、11、12条意义上的侵权行为^②,因此可能面临无法追责的局面。但是,该公司在提供存储这项服务上具有控制甲的权利和能力,也从甲的侵权行为中直接获得了经济利益^③,如果不追究该公司的责

① 帮助侵权行为以帮助人具有主观故意为要件,详见后述,该公司显然没有帮助甲实施侵权行为的主观故意。

② 《侵权责任法》第8条调整分工合作的狭义共同侵权行为,后文将详细阐述;第10条调整共同危险行为;第11条调整2人以上分别实施且均足以造成同一损害后果的侵权行为;第12条调整2人以上分别实施、结合起来造成同一损害后果的侵权行为(单个行为均不足以造成损害后果)。该公司的行为不符合前述法条调整的情形。

③ 根据网络访问量收取一定比例的费用,属于直接获得经济利益的情形。

任,似乎与公平正义不符。此种情形与替代责任相符,如果我国也规定了网络服务提供者的替代责任,则此种情形可以适用替代责任。由此可见,我国的间接侵权责任类型比较少,类型化不足,无法涵盖网络服务提供者应当承担责任的全部情形。我们应当根据司法实践的需要,参考借鉴域外的法制经验,研究和完善我国的间接侵权责任制度。

其次,网络服务提供者的知识产权间接侵权责任制度的法律体系也存在问题。《侵权责任法》中明确涉及网络服务提供者责任的仅有第36条,法律条款单一,虽然第9条也可以作为间接责任的一般条款予以适用,但总体上仅有第9条、第36条可供适用,法律规则比较简单。与之相比,《信息网络传播权保护条例》中涉及网络服务提供者责任的法律规则更加丰富,但是《信息网络传播权保护条例》是一部行政法规,而且仅适用于著作权领域的信息网络传播权保护。网络环境下的侵权对象除了著作权,还有商标权、专利权等,对于商标权、专利权等知识产权的网络侵权治理,《侵权责任法》第9条、第36条确立的规则无法满足实际的需要。这里就存在一个明显的问题,即网络服务提供者的知识产权间接侵权责任制度的法律体系不完善,《侵权责任法》的规则过于简单,是否可以把《信息网络传播权保护条例》的相关规定上升到《侵权责任法》或者移植到《商标法》和《专利法》中,法律规范的外部体系应当如何调整,这些问题都需要研究。

再次,《侵权责任法》第36条规定的连带责任的适用存在很多问题和争议,该责任的法律构造和司法适用还需要进一步研究。法解释学上,《侵权责任法》第36条规定的连带责任是帮助侵权连带责任。帮助侵权责任在法律性质上是故意侵权责