

网络法律文库

丛书主编：张平

丛书副主编：郭凯天 [美] Brent Irvin

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯研究院法律研究中心



网络服务商知识产权 间接侵权研究

Study on Internet Service Provider's Indirect
Infringement of Intellectual Property Rights

司晓著

大学出版社
UNIVERSITY PRESS

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯研究院法律研究中心

网络服务商知识产权 间接侵权研究

司 晓 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

网络服务商知识产权间接侵权研究/司晓著. —北京:北京大学出版社, 2016. 12
(网络法律文库)

ISBN 978-7-301-27733-1

I. ①网… II. ①司… III. ①互联网服务提供商—知识产权—侵权行为—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 266241 号

- 书 名 网络服务商知识产权间接侵权研究
WANGLUO FUWUSHANG ZHISHICHANQUAN JIANJIE
QINQUAN YANJIU
- 著作责任者 司 晓 著
- 责任编辑 孙战营
- 标准书号 ISBN 978-7-301-27733-1
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 三河市北燕印装有限公司
- 经销者 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 16.25 印张 275 千字
2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 40.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

谨以此书献给爱妻范露琮，爱子司正，爱女司念。

“网络法律文库”编委会

名誉顾问：吴汉东 陈一丹

主 任：张 平

副 主 任：郭凯天 Brent Irvin

执行主任：司 晓

委 员：

阿拉木斯	李 旭	薛 军	杨 明	吴伟光
赵晓力	张 今	江 波	谢兰芳	徐 炎
张钦坤	黄晓锦	赵 治	张金平	崔亚冰
王 融	蔡雄山	杨 乐	刘 净	柳雁军
彭宏洁				

总 序 一

著名诗人北岛曾写过一首题为《生活》的诗，全诗只有一个字——网。

的确，用网来形容现代社会生活是再合适不过了，而互联网的诞生更是将世界“一网打尽”。横向上，互联网作为一个全球信息系统，让人们克服物理距离而使彼此生活紧密联系在一起；纵向上，互联网对人类生活的影响力和塑造力从文化到政治再到经济的深入，使这一时代的文明被重新定义。

曾经的互联网，因其架构与代码的开放性仿佛是一片不可触摸的“净土”，人们在其中自由“冲浪”，鲜有现实法律的触手可以对其规制。然则，当人们惊叹互联网日新月异的发展和享受种种便利时，也越来越多地受其困扰——网上欺诈、诽谤、假冒现象比比皆是，泄露他人个人信息、侵犯他人知识产权更是司空见惯……法律对互联网的规制已势在必行。特别是当互联网、电信网、广播网三网融合后，法律问题变得更为复杂，网络法治的需求也就更为迫切。

科技的发展需要法律的调整，但法律本身的滞后性导致网络自身的创生性得以体现。首先，在开放、共享的基础上，网络在法律缺位的情况下通过自身调整来调试因发展而产生的各种问题，因自身调试而产生的相应规范由立法机关予以肯认而成为具有强制执行力的社会规范；其次是法律的强势介入，针对某些涉及国计民生的领域，如国家安全、信息安全、金融安全等，法律预先介入规范产业的发展方向，使相关产业的发展能够符合最广大人民的基本利益。网络法律法规不仅能较好地规范网络社会，还能不断对网络的发展方向适当校正，使之健康发展和不断造福人类生活。两者并不仅仅是一个规范和被规范的关系，更是双向良性互动的关系。国家根据网络的发展趋势制定相关的法律法规，而对于新技术、新商业模式、新法律问题也应等待其出现后才能研究和完善与之相关的法律。

本文库由北京大学互联网法律中心、腾讯互联网法律研究中心主办,旨在促进中国互联网法治建设,引导和推动中国互联网产业的健康发展。

面对一个我们还无法预计其发展前景的网络社会,“良法善治”尤显得重要。



二零一二年八月

总 序 二

互联网是一张神奇的网。

这张神奇的网，网住了 21 亿全球互联网用户，让全世界任何人，跨越语言、种族、宗教、血统、信仰、政治等的藩篱，相互学习沟通。对于普通人来说，虽不能九天揽月、遨游太空，但当思维插上互联网的翅膀，天涯却能成为咫尺。

这张神奇的网，为我们展现了一幅波澜壮阔的发展画卷。新技术、新应用、新模式层出不穷，并且加速向各行业、各领域渗透融合。时至今日，互联网俨然已经成为人类的一种习惯，一种意识，一种生活，甚至成为成长中必然的新陈代谢。我们正在互联网编织的虚拟世界和现实世界中游历，亲历着互联网深刻改变世界这一伟大进程。

这张神奇的网，也在不断地冲击着人类的社会和道德认知，冲击着传统的法律规则和社会秩序。在社会层面，网络实名举报、人肉搜索、网络盗版、海量虚假信息传播等等问题带给了人们众多困惑和无奈；在经济层面，互联网在帮助企业提高生产力、促进企业发展的同时，也在信息安全、数据保护、法律遵从等方面给企业提出了严峻的问题与挑战。从 web1.0 到 web2.0，以至于未来的 web x.0，谁也无法预知未来的互联网将给人类带来多少震撼和颠覆。

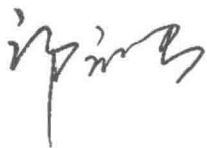
面对纷繁芜杂，甚至变幻莫测的互联网，人们对互联网普遍性法律规则与良性运行秩序的需求更加强烈。恰如哈耶克所言，只有在某个给定的行为规则系统内才可能对行为规则作出有效的批判或改进。对互联网未来发展的“无知”更加需要我们对已知且具体的结果进行归纳和总结，对维系互联网发展的基本规则、规律进行分析和阐释。在国家层面，为维护互联网秩序，各国都在不断地完善立法，打造网络监管的法律

框架,在信息安全、个人数据保护、数据跨国转移等方面制订明确的管制制度和行为规则。在社会层面,互联网给社会生活带来的激烈变化也引起了经济学、社会学、心理学、法学等领域内专家学者的诸多思考,从多维度对互联网发展进行解读。

作为互联网领域的积极探索者,通过互联网服务提升人类生活品质是腾讯的使命。多年来,腾讯一直在努力承担企业社会责任、推动网络文化的健康发展。

为助推我国互联网社科研究的现代化与国际化,在北京大学出版社的大力支持下,腾讯与北京大学互联网法律中心合作推出了“网络法律文库”丛书。本套丛书将择优资助出版国内外在互联网制度建设、实务发展和学术研究领域的最新成果,以便于我国读者从多层次认知、思索和研究互联网的历史、现在与未来。我们希望各领域的专家学者、业界贤达能够支持我们的追求,为这套丛书提供高质量的作品,为提高中国互联网的学术研究水平而共同努力。

与其在别处仰望,不如在这里驻守,我们和大家一起关注着中国互联网的未來。



二零一二年八月

序 一

知识产权制度是近代商品经济与科学技术发展的产物。近四百年来,知识产权制度不断发展、演变和扩张,并因其客体的非物质性、可分享性、易传播性等特征,发展成为全球化程度很高的法律制度。如同其他产权制度一样,侵权是知识产权制度无法回避的重大问题,尤其是权利人创造的信息财产一旦公开,其传播和使用则很难加以控制。因此侵权问题对于知识产权制度而言是内生性的,并且随着现代传播技术的发展演变,此类侵权行为有无限扩大的趋势。

互联网技术的发展带来了一场知识产权革命,线下消费商品、服务和内容的传统模式逐渐为在线消费模式所取代。iPod 的横空出世让音乐唱片实体经营者逐渐成为小众,乃至没落;在线流媒体的盛行让曾经遍布大街小巷的影碟商贩没了踪影;互联网电视开始蚕食传统电视的天下;数字阅读和电子书使得传统纸媒举步维艰,甚至预示着纸质书籍走向没落的命运;3D 打印技术的成熟让产品制造进入寻常百姓家;电商的繁荣让很多传统实体店生意凋敝,乃至于有人断言,在不远的将来,无所不在的超市将被尘封于历史,成为遗迹。然而,这样的过程并非一帆风顺,网络盗版和假冒无时无刻不在困扰着网络知识产权的发展。网络虚拟空间的自由开放,使得知识产权侵权现象丛生、规模扩大、程度加剧:一方面,P2P 文件共享、BT 下载、云存储、电商平台等新信息技术带来了新的网络侵权问题;另一方面,网络侵权的大规模、反复性出现,动摇着网络知识产权制度的根基。可以说,互联网技术的发展将知识产权侵权带入了空前的数字侵权时代。

网络服务提供者在数字侵权中扮演着重要角色。人们很早就意识到,对于网络用户利用网络服务提供者所提供的网络服务实施的知识产权侵权行为,网络服务提供者不可能始终处于超脱地位而不承担任何责任。但是,对于网络服务提供者应当承担什么样的责任,以及适用什么样的侵权规则,人们的认识却经历了一个循序渐进的过程。在互联网发展早期,由于对网络服务提供者的作用和地位认识不足,法官常常要求其为用户的侵权

行为承担直接侵权责任,而不问其主观过错如何。

对权利人过度保护的做法可能会造成知识产权保护和技术发展之间的失衡,不利于互联网技术的创新发展。后来,法官逐渐认识到不加限制地要求网络服务提供者对网络用户的知识产权侵权行为承担责任于法理、情理不合。在历史上,侵权责任从来不仅仅只是针对直接侵权行为,而且还制裁那些可追究责任的帮助、教唆的间接侵权行为。所以,作为传统侵权理论基础的过错责任同样适用于网络服务提供者。在这种思潮的推动下,传统侵权理论被适用于网络服务提供者,并逐步建立了网络服务提供者的间接侵权责任制度。在美国知识产权立法例上,商标法和专利法以成文法的形式规定了间接侵权责任,此类责任形态应同样适用于版权法。在美国,网络服务提供者的版权间接侵权责任虽然没有成文化,但法院通过判例法构建了版权法领域的三大间接侵权责任形态。

国内学者此前对网络服务提供者的知识产权侵权责任的研究主要集中在版权领域,相关司法判例也以版权领域居多。2009年《侵权责任法》第36条奠定了网络服务提供者侵权责任的基调,并且从行为主义的角度区分了网络服务提供者的直接侵权责任和共同侵权责任(连带责任)。知识产权如果遭到侵害,权利人可以依据第36条的规定,主张相应主体承担法律责任。在这样的背景下,实证主义研究者往往从法律解释和实证分析的角度,围绕共同侵权和连带责任理论进行网络服务提供者知识产权侵权责任的建构,并在很多场合将“避风港”规则和侵权归责混为一谈,这种解释学上的含混性往往加重了网络服务提供者的责任范围,造成知识产权保护和技术创新之间的失衡。正所谓,法律乃是利益平衡之结果,古罗马法学家乌尔比安亦曾说过,法律乃良善允正之术。所以,作为分配利益损害之责的侵权规则,亦应当兼顾各方利益,确保公平正义之实现。

司晓博士在其新著中批判性地吸取前人理论研究精华,以间接侵权统领网络服务提供者的责任,并以过错归责为依归,实现了知识产权间接侵权理论的统一。本书在多个方面充实、升华了既有理论研究。

第一,网络服务提供者承担知识产权侵权责任的正当性基础。网络服务提供者不仅是网络社会交往的开启者和维持者,同时也是特定危险的开启者和维持者,因此负有采取必要、具有期待可能性的防范措施保护第三人免受侵害的义务。与商场对进入其内的消费者负有一定程度的安全保障义务一样,作为网络虚拟空间的经营者,网络服务提供者亦需负担一定的交往安全义务,这是其承担知识产权间接侵权责任的正当性基础。正当性限定

了网络服务提供者的责任范围,需要在正义、自由、秩序、安全以及效率等法律价值之间寻求平衡。

第二,从“身份”到“行为”的转变。英国法学家梅因在其传世名著《古代法》一书中写道:“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动。”而所谓的契约,其实就是一种基于自由意志的行为;在更广泛的意义上,法律并不在乎你是平民还是贵族,只要你作出了特定的行为,就要受到法律的约束。在一个相似的层面,反垄断法经历了从结构主义到行为主义的转变,市场支配地位并非反垄断法规制的对象,只有市场支配地位被滥用、竞争被限制时,反垄断法才会介入。本书遵循同样的逻辑,从行为主义的角度界定网络服务提供者,并将其予以类型化,符合行为立法的现代法律思潮。

第三,间接侵权的解释路径。不同于以往的共同侵权理论,本书坚持间接侵权理论,将其细分为帮助侵权和教唆侵权,并将不要求过错的替代责任排除在外。共同侵权理论在认定网络服务提供者知识产权侵权责任上存在天然的不足:首先,网络服务提供者和网络用户之间并不存在共谋或者意思联络;其次,双方并没有作出步调一致的侵权行为;最后,无过错的直接侵权责任与要求过错的网络服务提供者侵权责任不具有构成共同侵权的主观要素。间接侵权理论则符合自己责任和过错归责这两个最基本的侵权法观念,与朴素的自然正义相吻合。

第四,网络服务提供者间接侵权过错的细化。过错归责作为现代侵权法的基础,要求个体在社会交往中善尽注意义务,否则就需要为自己蓄意或者疏忽导致的损害负担相应的法律责任。网络服务提供者知识产权间接侵权过错的认定一直备受学者关注,一方面是因为现行知识产权法律体系在这个问题上存在诸多矛盾;另一方面是因为过错是一个很难客观化的概念。本书遵循注意义务与过错大小相统一的原则,在网络服务提供者的应知过错认定上提出了很多有益的判断标准。

第五,对“通知—删除”规则滥用的关注。“通知—删除”程序虽然为权利人及时制止侵权提供了便利,但是作为一种门槛极低的制度,被滥用的风险很高。权利人滥用侵权通知的现象具有相当的普遍性、严重性和危害性,尤以与商标权有关的侵权通知之滥用为甚。本书对此进行了深入的梳理,并提出了相应的规制规则,有助于人们重新认识、改进这一制度。

本书之研究于我国知识产权侵权立法和司法实践不无助益,尤其是在数字侵权已经成为阻碍知识产权制度发展的最大障碍的今天,批判性地建

构网络服务提供者的知识产权侵权责任对于统一各个法院之间不无分歧的司法实践而言意义重大。法谚有云：“一次不公的裁判比多次不平的举动为祸尤烈，因为这些不平的举动不过弄脏了水流，而不公的裁判则把水源败坏了。”希望这样的研究有助于实现司法的稳定性，确保个案正义，从而树立起司法的权威。

司晓是我的学生，从他博士论文选题到最终答辩通过并取得优秀成绩，我很欣然地看到他的研究逐步深化。本书是他博士阶段研究成果的集成，我非常愿意为其作序，并向大家推荐他的研究成果。同时，希望司晓博士继续潜心于网络知识产权问题研究，取得更大的成绩。

是为序。



2016年10月25日·武汉·中南财经政法大学

序 二

读完司晓博士的论文,引发我的几点思考:

过去十几年,有幸自己能够一起与中国的互联网共同经过成长历程,看到了中国的互联网产业从 PC 互联网发展到移动互联网,从提供信息服务到线上线下服务的融合,从各家企业单独打拼发展到以开放平台为基础的互联网生态体系,从仅提供平台化的信息服务,到互联网与经济、金融、公共服务、智慧城市等深度融合的“互联网+”这一新的阶段。特别是当我发现中国的互联网已经像水和电一样,日益成为中国经济社会发展的基础设施,快速融入了经济社会生活的各个领域。我更加感到兴奋和自豪的是,能够和中国的互联网一起成长!

当然,中国互联网 20 年的发展也不是一帆风顺的,当信息的传播变得如此迅捷和简单时,当用户习惯于在网络上进行分享和购买廉价商品时,各类知识产权方面的问题便开始爆发。用户在网络上随意分享他人的音乐、电影、图书等,一度使得网络世界成为了版权虚无主义的乌托邦,给权利人的版权利益带来了巨大的冲击;电子商务卖家大肆销售假冒他人商标的商品,不仅造成了商标权人利益严重受损,对于消费者利益也造成了极大的伤害。作为腾讯的创始人之一,我曾同时兼任了公司的第一位法务,亲历了很多具体问题的不同阶段,也经历了建立腾讯知识产权保护的架构体系的过程。在这些问题的处理过程和思考过程中,我发现互联网的平台责任是一个核心问题,只有妥善解决这一问题,才能在产业的发展、知识产权人的权利保护和公众利益之间找到合适的平衡点。

在民事法律领域,2006 年实施的《信息网络传播权保护条例》奠定了互联网平台责任的基础。虽然其仅涉及内容平台的版权责任问题,但是其在我国第一次将网络平台划分为:网络接入和传输服务提供者、信息存储空间服务提供者、链接和搜索服务提供者,并且在该划分的基础上,针对不同的平台规定了不同的注意义务和免责事由,特别是确立了“通知—删除”规则



和“红旗规则”，让各家公司对于如何设计自身平台规则有了明确的指引。《信息网络传播权保护条例》所确立的各项规则，在后续的《侵权责任法》《消费者权益保护法》《广告法》等法律的制定或修改中，都得到了借鉴和吸收。我们看到，在《信息网络传播权》所确定的各项行为规则的指引下，各级法院处理了大量的网络版权、网络人身权、网络商标权的纠纷，社会各界对于平台义务问题不断进行着思考和争辩。在诸多判例和学术思想的指引下，各家新闻网站、内容分享网站、电子商务平台、搜索引擎平台等，也在不断调整和完善自身的规则，使得其更加符合产业发展实际。除了在司法诉讼中与各地的法官探讨平台责任外，在与互联网有关业务的主管机关进行沟通时，我发现各级政府对互联网最关心的也是平台责任问题，出台的相关部委规章多是围绕平台的管理义务来展开的。

在这一过程中我也注意到，虽然法律法规有了基本明确的规定，但是由于互联网技术发展的日新月异，商业模式的纷繁复杂，在面对很多新型问题时，各地法院对于平台的注意义务问题也有不同的见解，有些法官认为平台应该承担较高的注意义务，以保护知识产权人利益，有些则认为平台义务应适度，避免对产业造成误伤。那么，在诸多新问题中，有无一个相对客观中性的分析路径可以提供给大家参考呢？我认为要回答这一问题，需要对互联网行业近年来的发展情况，以及法律平台规则制度是否取得预期效果，切实进行深入地梳理和思考。司晓博士的论文在积累了大量的前沿法律实践的基础上，对这方面的研究取得了较大的进展，非常值得参考。

首先，其认为平台注意义务的设定应该坚持个案判断原则、相当性原则以及期待可能性原则，较为符合行业的实际情况。互联网产业发展中遇到的新问题，不能从某个单一角度来考虑解决方案，而应充分考虑制度实施的成本问题。例如，在《消费者权益保护法》的制定过程中，立法者便从利于消费者维权这一角度出发，将电商平台定位为展销会、柜台租赁，要求其对商品或服务质量承担连带责任，这明显违背了互联网平台的基本特性，会对电子商务造成巨大的打击。庆幸的是，最后立法者认识到这一问题可能带来的不利影响，修改完善了相应制度。此外，互联网产业的更新换代非常快，特别是在移动互联网时代，互联网产品的新陈代谢周期已经从摩尔定律的 18 个月，快速演化为 6 个月，未来可能还会更快。在此背景下，很多互联网产品的特性和商业模式，与以往我们熟悉的产品可能有很

大的不同,如果不对具体问题予以具体分析,贸然坚持固化观念,容易产生错位风险。

其次,文章提出了影响网络服务提供者注意义务设定的几个因子:服务类型、行为类型、权利客体及客体特征。并将其抽象为一个完整的公式:网络服务提供者的注意义务=服务类型 $\times$ 行为类型 $\times$ 权利客体。这种认定模式在实践中具有重要的参考价值。例如,目前我国的《专利法》修改草案中,直接参考《侵权责任法》第36条,规定“网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其提供的网络服务侵犯专利权或者假冒专利,未及时采取删除、屏蔽、断开侵权产品链接等必要措施予以制止的,应当与该网络用户承担连带责任”。这恐会造成“橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳”的情况。例如,在开放平台这种商业模式中,判断某个第三方开发者的应用是否侵犯他人专利,其难度是非常之高的。司晓博士文章中指出,在权利客体因子中,需要区分版权、商标与专利的不同,并且要结合各个权利客体的特征做具体区分,则较好地指出了上述立法中应当注意的问题。

第三,文中认为目前的“通知—删除”制度应予以完善,增加“反通知”制度,被控侵权的网络用户可以向网络服务提供者发出“反通知”以证明其传播信息的合法性。这点在实践操作中尤为重要。目前各家公司在接到侵权通知后,都会进行居中判断,对于版权等容易判别的侵权信息直接采取处理措施,而对于商标、商号等难以判别的,会要求被投诉方提交相关材料,以便于作出认定。可以说,“通知—反通知—处理”这一模式是行业实践的智慧总结,需要得到立法者的认可。目前浙江省的《专利条例》第34条便吸收了这一建议,明确规定平台在收到“通知”后,要在3个工作日内要求被投诉方提交“反通知”,以便于投诉处理。这说明该文的研究结论与一些立法者的认识“不谋而合”。

总之,本书的研究对于未来我国互联网立法、行政管理和司法实践有非常好的参考价值。特别是在互联网融入到经济生活的各个领域,国家对互联网的管理日益精细化的今天,希望这样的研究有助于各界更充分地认识到互联网产业实际,更深入地思考相关制度的运行成本和效率问题,进而助力我国“互联网+”战略的实施。

司晓博士加入腾讯公司以来,在法律政策研究上的敏锐性、专业性以及前沿探索的积极性,给我留下了深刻的印象。从2010年公司遭遇3Q大战,到2013年微信的迅猛发展所引发的“信令风暴”问题,再到2015年以来的

“互联网+”，他和他的团队作出了很多高质量的研究成果。本书是他个人在互联网知识产权制度方面的阶段性成果，我乐意为之作序。但互联网是一个快速创新的行业，未来还会有更多新的挑战等待着我们，希望司晓博士再接再厉，持续保持开放创新的心态，在互联网社科研究领域取得更大的成绩！

是为序。



2016年10月28日