

网络法律文库

丛书主编：张 平

丛书副主编：郭凯天 Brent Irvin

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯互联网法律研究中心



网络服务商注意义务研究

A Study on the Duty of Care of
Internet Service Providers

宋 哲 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京大学互联网法律中心 主办
腾讯互联网法律研究中心

网络服务商注意义务研究

宋 哲 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

网络服务商注意义务研究/宋哲著. —北京:北京大学出版社,2014.5
(网络法律文库)

ISBN 978-7-301-24230-8

I. ①网… II. ①宋… III. ①网络服务-版权-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 090199 号



书 名:网络服务商注意义务研究

著作责任者:宋 哲 著

责任编辑:孙战营 刘雪飞

标准书号:ISBN 978-7-301-24230-8/D·3573

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

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者:三河市博文印刷有限公司

经 销 者:新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 13 印张 220 千字

2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

定 价:29.00 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



网络法律文库

丛书主编：张 平

丛书副主编：郭凯天 Brent Irvin



A Study on the Duty of Care of Internet Service Providers

《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
王小夏	张钦坤	黄晓锦	赵 治	曲柳莺
陈畸茵	程 艳	李 含	孟兆平	周 辉

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,也越来越多的受其困扰——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是必然。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相关法律。

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。

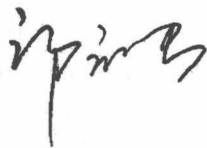
面对纷繁芜杂,甚至变幻莫测的互联网,人们对互联网普遍性法律规则与良性运行秩序的需求更加强烈。恰如哈耶克所言,只有在某个给定的行为规则系统内才可能对行为规则做出有效的批判或改进。对互联网未来发展的“无知”更加需要我们对已知且具体的结果进行归纳和总结,对维系互联网发展的基本规则、规律进行分析和阐释。在国家层面,为维护互联网秩序,各国都在不断地完善立法,打造网络监管的法律

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,向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来。



二零一二年八月

前 言

网络的本质特征,在于拥有数量众多的节点,且节点之间的通信不受某一个中心的控制。这一构思源自美国的核战思维,是为了保证在军队的控制中心被摧毁后,剩余部分仍然可以相互通信,但所建设的通信网络进行社会化普及后,该特征使得网络可以把世界上任何地方的普通人变成“一名从事世界范围内人与人平等对话事业的潜在参与者”。^①

美国在1995年对《通信道德法案》的违宪审查中首次肯定了网络言论自由的价值,为此后网络的监管奠定了基础。美国埃克森参议员因为发现小孩子在互联网上浏览色情网站而推动通过《通信道德法案》,对于带有色情性质的网络言论予以规制。美国法院在对该法案进行违宪审查时,认定《通信道德法案》全面违反了《宪法》所保护的言论自由:

互联网上一些言论的确能够突破传统言论的局限性。网络言论可以是未经筛选、未经修饰、非传统的,甚至可以带有强烈的感情色彩,它们可以是有关两性的,甚至是下流的。但是我们期望能通过这一媒介听到所有人的声音。我们应当保护这种能让每一位普通公民都能成为媒体大亨的媒介……作为一种拥有最广泛的参与者的世界性自由论坛,它应当从政府的介入中得到最强有力的保护。^②

网络不但推动了社会的进步,创造了一个“自由而不混乱,有管理而无政府,有共识而无特权”^③的虚拟空间,也创造了巨大财富。美国《FORTUNE》(财富)杂志评选的2010年全球40岁以下富豪榜中充满了高科技精英,榜首麦克·安德森是网络浏览器Netscape的共同创立者,榜眼扎克伯格是社交网站Facebook的创立者。前五名中唯一来自传统产业的是

① [英]约翰·诺顿:《互联网:从神话到现实》,朱萍等译,江苏人民出版社2001年版,第181页。

② AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION, et al., v. JANET RENO, Attorney General of the United States, CIVIL ACTION No. 96—963,译文引自[英]约翰·诺顿:《互联网:从神话到现实》,朱萍等译,江苏人民出版社2001年版,第185—187页。

③ [美]劳伦斯·莱格斯:《代码:塑造网络空间的法律》,李旭等译,中信出版社2004年版,第4页。

沃尔玛的劳尔·巴斯特斯,而他的职务是沃尔玛网站 CEO。^①但传统产业对互联网报以复杂的心态,他们认为网络创造了新的市场,而他们并没有因此获得更多的利益。这其中尤以知识产权产业为甚,例如,网络音乐多年居我国网络应用的首位^②,但是全球音乐产业的销售额却在持续衰退,国际唱片业协会(IFPI)《2010年数字音乐报告》中将之归咎于网络盗版行为的盛行。^③这是因为网络本身的特点使得网络环境下的知识产权侵权行为更加普遍,侵权损害后果更加严重,原有的当事人之间的利益平衡被打破,而现有的侵权法规则无法很好地应对网络环境下知识产品的传播行为。

网络的价值在于信息的自由传播。在传统社会里,新产品的传播扩散速度受到习惯势力和制造及分销环节滞后的限制^④,但是互联网开创了一个新的时代,在这个时代里信息的自由传播降低了交流信息的成本,激发了哪怕是社会最底层民众的经济活力,例如在湘西农村支教的老师,可以帮助留守儿童的爷爷奶奶将农村当地的美食通过淘宝卖到城市,换取学习的费用,而西南的藏民也可以通过电子商务网站,将自己手工编织的围巾和餐垫卖到国外,成为时尚的亮点。网络允许任何人低成本地成为一名全球供应商,却触动了既得利益者的奶酪,因为高昂的信息交流的成本向来被既得利益者们用来阻挡那些创业者成长为有竞争力的对手。如今既得利益者们却无法独占网络这一新兴的、却是有史以来最有效率的信息交流渠道,很大程度上削弱了它们在现实世界里习惯享有的竞争优势。因此,决定互联网未来的,有两种力量:一种是公众对信息的渴望;一种是既得利益者向网络扩张的动机。这两种力量的较量,决定了互联网将来是用于满足人类从技术上和经济上共享信息的迫切需要,还是成为既得利益者的新的门槛。

① David Cohen: "Fortune 2010 40 Under 40 Rankings Full of Tech Execs", at http://www.mediabistro.com/webnewser/fortune-2010-40-under-40-rankings-full-of-tech-execs_b8203, 2011年1月3日访问。

② 中国互联网络信息中心(CNNIC):《第27次中国互联网络发展状况统计报告》,下载地址为 <http://www.cnnic.net.cn/research/bgxz/tjbg/201101/P020110221534255749405.pdf>, 2011年1月30日访问。

③ 国际唱片业协会: "IFPI Digital Music Report 2010", 下载地址为 <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2010.pdf>, 2011年2月1日访问。

④ [英]约翰·诺顿:《互联网从神话到现实》,朱萍等译,江苏人民出版社2001年版,第249页。

侵权法对网络服务商行为的规制,很大程度上决定了网络服务商是更多地满足对信息共享的要求,还是服从于在知识产权名义下加强监管的要求,也就决定了网络的未来并影响到社会的走向。虽然互联网不是真空,公众在网络环境下也并非可以为所欲为,但是对于互联网的管理和控制,并不能将在现实世界形成的传统做法和行为准则照搬到虚拟世界,而是应当虚心体认网络的特点,寻求网络环境下知识产权保护与创新的新的平衡之道,以促进社会的活力,保证社会的可持续发展。

在网络环境下,知识产权人针对实施直接侵权行为的网站或个人,维权都不存在法律障碍,但这是不经济的行为,因为侵权网站和个人地域分布广泛,而且停止侵权行为后马上又可以变换身份继续侵权,因此知识产权人希望网络服务商能够停止为侵权行为人提供网络服务,认为这是阻断侵权行为的最有效办法。而网络服务商或为坚持言论自由,或为通过侵权行为提高自身商业价值,倾向以技术中立为由拒绝介入知识产权人和侵权行为人之间的纠纷,导致网络环境下的侵权矛盾集中在知识产权人和为侵权行为人提供服务的网络服务商之间爆发出来。

但是要追究网络服务商的间接侵权责任,这是一个相当混乱的问题。不仅是由于这一问题与过错及因果关系等原理交错纠葛在一起,而且因为这一问题在快速发展的网络经济背景下,隐现出不同产业的利益争夺和实质公平的考量。同时,网络环境下的知识产权间接侵权源于层出不穷的网络技术应用模式,极其多样化的应用模式又导致侵权类型不断变化。学者抱怨法官任意造法,法官抱怨学者纸上谈兵,网络服务商等业界参与者则无所适用,不能从法律或案例中寻找出能用以指引新经济的教导。

造成这种局面主要基于两个原因:传统制度沿用于网络环境的不合理以及外来制度移植入我国法律传统的不融合。为判定网络服务商的侵权责任,虽然一般侵权行为法规则仍然可以适用,但网络环境毕竟有其自身的特殊性,很多情况下如果严格解释传统规则,可能对网络服务商过于严苛,而在另一些情况下则会放纵侵权。造成混乱和矛盾的原因,表象为概念不清,实则为各国知识产权法律制度存在国际化趋势,立法日益趋同,而我国在立法过程中将国外法律概念生搬硬套进来,消化了国外先进立法经验,却还没有用本土理论去吸收它,结果就是侵权法理论与知识产权立法的脱节。为避免在个案中出现不公平的结果,有的法院在判决书论述部分,不谈网络服

务商的行为是否符合实体法的规定,也不谈是否符合侵权责任构成要件,而是谈网络服务商是否尽到了注意义务,正是侵权法理论与实体法都落后于网络现实的印证。但这又引出了新的问题,使用注意义务来分析网络服务商的侵权责任,是否具有必要性?是否具有合法性?如何适用才具有公平性?

为回答这个问题,本书在此反思流行的研究视野和方法,试图建立以注意义务为核心的网络环境下知识产权间接侵权规则,以求教于大家。

目 录

第一章	网络服务商侵权行为的归责原则 / 1
第一节	网络服务商的概念和分类 / 1
第二节	侵权行为的概念 / 5
第三节	对我国知识产权侵权归责原则的反思 / 24
第二章	网络服务商注意义务的确立 / 53
第一节	注意义务的产生 / 53
第二节	我国注意义务立法成例及立法草案 / 63
第三节	确立网络服务商注意义务的作用 / 66
第四节	网络服务商注意义务的特征 / 70
第三章	注意义务的判断标准 / 74
第一节	注意义务的渊源 / 74
第二节	注意义务的判断原则 / 81
第三节	注意义务成立的判断标准 / 88
第四节	注意义务违反的判断标准 / 105
第五节	网络服务商的免责事由 / 126
第四章	与不同权益相关的注意义务 / 140
第一节	言论自由与注意义务 / 140
第二节	与著作权相关的注意义务 / 144
第三节	与商标权相关的注意义务 / 167
	结语 / 182
	参考文献 / 185

第一章 网络服务商侵权行为的归责原则

第一节 网络服务商的概念和分类

一、网络服务商的概念

互联网是一个技术概念,特指广域网、局域网及单机按照一定的通讯协议组成的国际计算机网络。网络环境则是一个丰富的社会学概念,它不仅包涵由互联网所连接起来的各种硬件设备,而且包涵了互联网用户的行为、文化和精神。网络服务商作为网络服务的提供者,为互联网的运作提供技术支持。互联网用户的所有网络行为,包括借助网络进行的侵权行为,都借助于网络服务商提供的服务进行。

网络上的参加者大致被分为三类:网络内容提供者 ICP(Internet Content Provider)、网络服务提供商 ISP(Internet Service Provider)和信息获取者。^① ICP 是选择各类信息并通过网络向公众传播的主体;ISP 是为网络信息的传播提供设备和技术支持的主体;信息获取者是指一切从网上获取信息的组织和个人。

ICP 和 ISP 构成了广义的网络服务商概念。狭义的网络服务商,则仅指 ISP。将网络服务商进行 ICP 和 ISP 的区分,便于将其分别与信息发布者和传播者相对应。发布者是指以自己的名义发布信息的人,如报社;而传播者则是指为信息发布者和受众提供信息传递渠道的人,如报亭。这是传统法律对信息流动过程中所有当事人的基本分类。^②

信息发布者和传播者具有完全不同的法律地位。在美国 Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo 案^③中,美国联邦最高法院指出,报社编辑有控制和判断的权利,可以选择在报纸上发表的文章以及决定长度和内容。对于一般书店、报刊亭、图书馆等信息的传播者而言,其经营者不可能对其出售、出

① 薛虹:《网络时代的知识产权法》,法律出版社 2000 年版,第 199 页。

② 王迁:《论 BBS 的法律管制制度》,载《法律科学》1999 年第 1 期。

③ Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241; 94 S. Ct. 2831; 41 L. Ed. 2d 730; 1974.



租和出借的大量书籍和报刊内容作出全面的审查。因此除非有证据表明他们明知或有理由知道出版物含有诽谤他人的内容,否则传播者的传播行为就不构成侵权。^① 在《关于欧盟电子通信政策现状的报告》中,欧盟对于由信息技术促成的产业结构和产业运作的变化及其对社会的影响作出了分析和总结,亦提出对信息内容及其传输需分开管理。

信息发布者和传播者责任的不同,源自传统侵权法在确定信息发布者和传播者对侵权后果的法律责任时,是以他们发布和传递信息时是否知道和有理由知道信息包含侵权内容,即是否具有主观过错为判断依据的。^② 信息发布者在发布信息前,有充分的机会,同时亦有对应的义务,对信息内容的真实性和合法性进行审查,所发布的信息体现了发布者的意志。而信息传播者是在未审查信息内容的前提下,消极、中立、原封不动地将信息从发布者传递到受众,因此信息本身正确与否和传播者的意志无关。如侵权人通过电信线路将侵权作品传真至报社并发表,电信公司不能被认为实施了侵权行为,而报社由于对刊登的内容负有事先审编的责任,则有可能侵犯著作权人的权益。德国 1997 年颁布的《为信息与电信服务确立基本规范的联邦法》是典型的立法例,其第 1 章第 5 条规定:对于网络上的信息内容,根据不同情况,电信服务的供应商承担不同的责任:电信服务的供应商对于自己提供的信息内容应依法承担全部责任;对于来自第二者的信息,只有在电信服务的供应商了解信息的内容、在技术上有可能而且理应阻止其使用时,应承担责任;对于来自第三者的信息,如果电信服务的供应商只起连接线路的作用,则不负责。^③

现实中很多企业同时提供多种服务,因此需要根据企业的具体服务内容确定其在个案中的角色。例如,新浪网同时提供作为 ICP 的新闻服务和作为 ISP 的博客服务。按照美国国会关于 DMCA 的报告,一个服务商承担一些 ISP 功能的事实,并不意味着该服务商的并不符合 ISP 的其他功能,也够资格受到 ISP 的责任限制。^④

① Jessica R. Friedman, *A Lawyer's Ramble Down the Information Superhighway: Defamation*, Fordham Law Review, Vol. 64, 794. (1995); Douglas B. Luftman, *Defamation Liability for On-Line Services*; *The Sky Is Not Falling*, George Washington Law Review, Vol. 65, 1071 (1997).

② Christopher Butler, *Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers*, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 6, 247, at 250 (2000).

③ 应明:《今世界第一部网络单行法诞生》,载《电子知识产权》1998 年第 2 期。

④ H. R. REP. NO. 105—551, pt. 2, at 64 (1998).

本书讨论的网络服务商采狭义概念。因为本书对网络服务商的注意义务进行研究,而 ICP 发布信息的行为性质并不局限于网络^①,只是传统信息发布者的网络化运营而已,网络环境对其侵权认定和侵权责任的构成要件并无实质影响,可以直接适用传统知识产权侵权理论。因此,虽然网络服务商存在直接侵权行为和间接侵权行为,鉴于对网络服务商直接侵权行为的规制已经有了成熟的讨论,本书仅针对狭义的网络服务商(ISP)的间接侵权责任进行研究。

美国立法历史表明,网络服务商的概念并未试图用于包括网络上的任何商业形式。在国会报告中所列举的那些网络服务商形式,都仅仅包括那些为第三方提供服务的企业,而不是第三方本身。^②我国《信息网络传播权保护条例》中只有“网络服务提供者”的概念,其中除第6条至第9条规范构成合理使用的网络服务提供者以外,其余条款所规范的网络服务提供者类型与本书所称的网络服务商一致。我国《最高人民法院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》中出现了“网络服务提供者”和“提供内容服务的网络服务提供者”的概念,从条文具体内容分析,其中“网络服务提供者”与本书使用的“网络服务商”概念同一,而“提供内容服务的网络服务提供者”并非指 ICP,而是指 ISP 中与内容相关的服务商,也就是除去基础电信业务以外的 ISP,亦属本书讨论范围。

网络服务商的服务对象,是指使用网络服务商提供的网络服务的主体,包括被提供搜索、链接服务的网络服务商设置链接的网站的运营者,也包括信息存储空间服务商的注册用户、搜索引擎竞价排名服务的付费用户等。服务对象在知识产权侵权纠纷中,对于网络服务商和知识产权人而言属于直接侵犯知识产权的第三人。《最高人民法院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3条规定:“网络服务提供者通过网络参与他人侵犯著作权行为,或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权行为的……”第4条规定:“提供内容服务的网络服务提供者,明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为……”其中的“他人”“网络用户”,就属于网络服务商的服务对象。

① Jane C. Ginsburg, *Separating The Sony Sheep From The Grokster Goats: Reckoning The Future Business Plans Of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs*, Ariz. L. Rev. 593.

② Ibid., Ariz. L. Rev. 594.