

网络服务提供者网络著作权侵权证明责任研究

包建华

(辽宁师范大学 法学院,辽宁 大连 116029)

摘要:通过对网络服务提供者进行界定,区分提供信息内容服务的网络服务提供者和提供技术服务的网络服务提供者,前者承担直接侵权责任,后者承担间接侵权责任和替代责任;进一步分析网络服务提供者直接侵权责任、间接侵权责任、替代责任的责任认定和侵权责任构成要件,以此来作为证明责任分配的基础。由此认为:第一,直接侵权责任构成要件包括行为、过错、损害和因果关系四要件,网络服务提供者仅就“合法来源”承担证明责任。第二,间接侵权责任构成要件包括行为、过错、损害和因果关系四要件,网络服务提供者就“过错”要件承担证明责任。第三,替代侵权责任构成要件包括行为、损害和因果关系,网络服务提供者不承担证明责任。第四,网络服务提供者就合理使用规则的两个判断要件承担证明责任。

关键词:网络服务提供者;网络著作权;侵权;证明责任

中图分类号:D923.41

文献标志码:A

文章编号:1008-5092(2021)03-0032-04

我国目前学界和司法实践界对网络著作权侵权案件中,网络服务提供者的侵权责任认定、证明责任分配存在争议,关于“避风港规则”是免责事项还是归责原则、在侵权责任构成上能否以行为的不法性这一客观要素吸收主观过错要素、不作为能否成为共同侵权构成的基础、直接侵权行为的司法认定标准应当是什么、间接侵权责任是否适用过错推定原则等问题,2020年新颁布的《民法典》和《著作权法》都回避了理论争议,为司法实践预留了弹性适用空间,也造成了司法实践中裁判标准的不统一。在北京慈文公司诉中国网通海南分公司案中,公众通过互联网进入海南网通公司的网站,点击其首页上的‘影视频道’,即可在进入的页面上进行操作观看电影《七剑》。从慈文公司及其他社会公众的角度看,播放《七剑》电影的网页至少从表面上属于海南网通公司,法院据此判定了海南网通公司侵权,该裁判实际适用了“用户感知标准”,这也源于网络技术发展造成的著作权法律规范的滞后性。本文试图通过梳理我国网络服务提供者在网络著作权侵权案

件中的责任认定和侵权责任构成要件,以此来进行证明责任分配。

一、网络服务提供者界定与分类意义

1. 网络服务提供者概念

网络服务提供者(Internet Service Provider, ISP)包括网络接入服务提供者,网络平台服务提供者(信息存储空间服务),网络信息定位服务提供者(搜索引擎、链接服务)和网络内容服务提供者(Internet Content Provider, ICP)四种类型。^[1]我国2010年《侵权责任法》,2020年《民法典》都在法律条文中明确使用了“网络服务提供者”的表述方法,《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条对“网络服务提供者”内涵进行了列举,包括:(1)网络接入、域名注册解析等信息网络接入、计算、存储、传输服务;(2)信息发布、搜索引擎、即时通信、网络支付、网络预约、网络购物、网络游戏、网络直播、网站建设、安全防护、广告推广、应用商店等信息网络应用服务;(3)利用

收稿日期:2021-02-26

基金项目:国家社会科学基金青年项目(16CFX060)。

作者简介:包建华(1983—),辽宁大连人,副教授,博士,研究方向:知识产权审判、诉讼法、证据学。

信息网络提供的电子政务、通信、能源、交通、水利、金融、教育、医疗等公共服务。在我国的法律条文表述中,网络服务提供者和网络用户是相对应的,网络用户是使用互联网技术获得互联网信息,运用并传播互联网信息,在获取和运用过程中创造互联网信息的分散化的个体和群体;网络服务提供者则是利用互联网技术为网络用户提供接入、存储、信息定位和信息内容服务的机构。

2. 分类意义

对于网络用户和网络服务提供者这样的主体进行区分意义在于:网络用户和网络服务提供者对网络著作权侵权的责任认定和责任构成要件不同。网络用户仅就自己的侵犯网络著作权行为承担责任,即承担直接侵权责任;网络服务提供商不仅应当就自己提供的网络信息内容侵犯网络著作权行为承担责任(直接侵权责任),还要在有过错的情况下对使用自己提供的技术服务的网络用户的侵权行为承担责任(间接侵权责任),以及对在自己控制下并因其获利的网络用户的侵权行为承担责任(替代责任)。尽管我国《侵权责任法》和《民法典》并未对网络服务提供者的间接侵权责任和替代责任进行明确区分,但是在司法实践当中,我国部分判例已经支持了网络服务提供者承担替代责任的观点,如“大百科全书公司诉苹果等公司侵害作品信息网络传播权纠纷案”^[2]中,北京市第二中级人民法院认定苹果公司在服务平台上提供第三方设计的应用软件服务,并与之协议收费获利,第三方应用软件侵权,苹果公司应当承担赔偿责任。

二、网络服务提供者网络著作权侵权责任认定与构成要件

1. 直接侵权责任认定及构成要件

网络服务提供者提供的服务主要包括四种类型:(1)接入服务;(2)信息存储服务;(3)信息定位服务;(4)信息内容服务。这四种服务可以分为两类,一是技术服务提供,一是信息内容服务提供。直接提供信息内容服务侵犯他人网络著作权的,属于就自己的侵权行为承担责任,即直接侵权责任。对于网络著作权直接侵权的归责原则,从我国目前法律规范和学界研究来看,仍旧坚持以过错责任原则为主流观点。^[3]网络服务提供者就直接提供信息内容服务承担直接侵权责任的,其责任构成要件如下:(1)侵权行为;(2)过错;(3)

造成的损害结果;(4)行为与损害结果间的因果关系。对于网络服务提供者的直接侵权行为认定标准,我国立法和司法都回避了这一问题,选择为司法实践和以后立法留有弹性空间。在我国司法实践当中,主要采取三个标准:服务器标准、用户感知标准和实质呈现标准。“服务器标准”以是否上传服务器作为侵权行为的认定标准,对目前新类型如缩略图、深度链接、转码服务等侵权手段而言已经较为陈旧。“用户感知标准”以“用户感知”作为侵权行为的认定标准,较为主观,不易作为主要判断标准采用。“实质呈现”标准以网络服务提供者是否向大众实质性地呈现了侵权作品作为认定标准,与“实质替代性提供”作品实际上是一致的。对于侵权行为的认定标准应当是“提供作品或实质替代性作品”,其判断方式应当是两个:①提供行为;②处于公众可以获得状态。^[4]

2. 间接侵权责任认定及构成要件

网络服务提供者提供网络技术服务,因使用其技术服务的网络用户的侵权行为而承担责任,属于间接侵权责任。网络服务提供者承担间接侵权责任,是因为它的特殊地位,能够为网络用户的侵权行为提供预备、帮助、甚至是教唆行为。我国《侵权责任法》和《民法典》没有明确区分帮助和教唆侵权,实际上帮助侵权行为,基于网络服务提供者的放任、不作为,从主观上来看,是一种间接故意或过失。教唆侵权行为,基于网络服务提供者的作为,包括但不限于运用商业模式如推介、奖励等方式鼓励网络用户侵权。从《民法典》1195条“通知-删除规则”,1197条“明知、应知规则”的规定,《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》第八条网络服务提供者“过错”的证明责任分配来看,我国在司法解释和司法实践当中已经在适用过错推定原则。

网络著作权间接侵权的构成要件如下:(1)间接侵权行为。主要包括两种:①帮助行为。网络服务提供者为用户的侵权行为提供了技术辅助。②教唆行为。网络服务提供者鼓励网络用户实施侵权行为,并为此提供技术支持。(2)过错。网络服务提供者承担间接侵权责任,以过错作为构成要件。①在帮助行为的间接侵权责任中,网络服务提供者的过错是“知道要件”。我国《民法典》第1195条“通知-删除规则”,即“避风港规则”。避风港规则是为了促进互联网技术发展

展,对仅采用互联网技术提供服务的网络服务提供者不需要像传统出版商那样尽主动审查义务,主动审查义务在信息量巨大的互联网时代成本过高。只需在著作权人提供初步证据要求协助停止侵权的时候,进行协助即没有过错。《民法典》1197 条规定了“明知、应知”规则,即“红旗规则”,红旗规则指的是在侵权行为比较明显的情况下,只要网络服务的提供者尽到了一般注意义务,就应该能避免侵权发生,如果网络服务提供者没有停止侵权行为的,应当认定其有过错。②在教唆行为构成的网络著作权间接侵权中,网络服务提供商有直接故意,通过奖励积分、进行推荐、推介评价等商业模式,鼓励网络用户实施侵权。在“优朋普乐公司诉 TCL 集团和迅雷公司案”中,北京市高级人民法院根据迅雷公司在迅雷影音资料库中人为输入涉案影视作品《薰衣草》的具体信息,认定迅雷公司有直接故意。^[5](3) 损害事实。(4) 侵权行为与损害结果之间的因果关系。

3. 替代侵权责任认定及构成要件

替代侵权责任本源于大陆法系传统民法制度中的雇佣关系、监护关系,出于保护弱势群体的公平和有助于风险控制的考量,后被美国引入著作权法律制度当中,“其核心原则是一个人应当为代表他的利益行事时所犯的错误承担责任”。^[6]网络服务提供者与网络用户之间处于一种特殊的社会关系时,网络服务提供者就应当负有监督义务,未尽到该义务应当就网络用户的侵权行为承担替代侵权责任。^[7]也有学者认为这种情况下网络服务提供者与网络用户并未构成共同侵权,这种情形类似违反安全保障义务中的安全保障义务人的责任。^[8]按照我国《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》第十一条规定的“控制加获利”,认为网络服务提供者因网络用户获利时,应当承担较高的注意义务。与间接侵权责任相比较,间接侵权行为是基于网络服务提供者的作为包括帮助或教唆行为,而替代责任则是基于网络服务提供者的不作为,应当进行监督管理而没有控制风险。网络用户替代侵权责任构成要件如下:(1) 侵权行为。网络服务提供者因网络用户上传作品、表演、录音录像制品获得经济利益。该行为至少可以拆解为两个方面,一是约定获得经济利益的合同关系,网络服务提供者有权利和能力监督管理用户上传作品的网络用户行为而不作为;二是因该行

为而直接获得经济利益的事实。(2) 损害事实。(3) 行为与损害事实之间的因果关系。

4. 免责事由—合理使用规则

合理使用制度是为了平衡公众对信息的接触权、社会的发展和著作权人的权利保护而设置的允许在部分情况下不经著作权人许可,不向著作权人支付报酬即可使用作品的规则。该规则在网络著作权侵权认定体系中,一般被认为是对权利的一种限制,可以作为免责事由提出抗辩。我国 2020 年《著作权法》第四节“权利的限制”中第二十四条,运用列举的方法规定了可以在不影响该作品的正常使用,不会不合理地损害著作权人的合法权益,且标注作品的权利管理信息的情况下,允许合理使用作品的十三种情形。在对合理适用规则的判断标准上,大陆法系采用“三步法”的判断标准,美国采用“四要素”的判断标准。《伯尔尼公约》采用“三步法”的检验标准:第一步列举合理使用的特殊情形;第二步和第三步是两个一般检验标准,即“不影响该作品的正常使用”,“不会不合理地损害著作权人的合法权益”。我国 2020《著作权法》也采用了该检验标准。但是该检验方法严格限制了法官的自由裁量权,缺乏灵活性和解释空间,近年来欧盟和我国学界也有学者提出借鉴美国的“四要素”标准,规定一般性的合理使用规则。^[9]“四要素标准”是指美国 1976 年著作权法第一百零七条规定的“四要素”标准:(1) 使用行为的性质和目的;(2) 被使用作品的性质;(3) 被使用部分的数量和质量;(4) 使用对作品潜在市场或价值的影响。

三、网络服务提供者在网络著作权侵权中承担的证明责任

1. 证明责任概念及一般分配规则

我国立法和司法实践中长期对“证明责任”概念含混不清。2017 年《民事诉讼法》第 64 条使用的是“证明责任”表述方式,但 2019 年修改的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》采用“举证责任”的表述方式,2020 年修订的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》沿袭 2015 年解释中使用的是“举证证明责任”杂糅式表述。法律和司法解释中表述的混乱来源于司法实践和学界对证明责任概念认识不清晰。证明责任有双重含义:一层是当事人对自己的事实主张提供证据,被认为是当事人举

证本位的证明责任观,也被称为主观证明责任,举证责任。另一层是在事实真伪不明时由哪方当事人承担证明不能的风险,被认为是法官裁判本位的证明责任观,也被称为是客观证明责任。^[10]主观证明责任是客观证明责任一种投射,^[11]在客观证明责任分配风险的压力下,当事人对自己的事实主张提供证据,并凭借法官心证在当事人双方之间主观证明责任发生转移。我国《民事诉讼解释》第91条采用了罗森贝克的“法律要件分类说”,^[12]该说认为实体法律规范分为权利发生规范、权利妨碍规范、权利制约规范和权利消灭规范。主张权利的当事人应当对权利发生规范承担证明责任,主张权利受到妨碍、制约、消灭的当事人对权利妨碍规范、权利制约规范、权利消灭规范承担证明。

2. 网络服务提供者网络著作权侵权案件中应承担的证明责任

根据罗森贝克的“法律要件分类说”和我国《民事诉讼解释》第91条的规定,网络服务提供者应当对以下事实要件承担证明责任:(1)直接侵权责任中的“合法来源”。直接侵权责任应当由原告即著作权人就侵权责任构成要件(损害赔偿请求权发生规范)承担证明责任,网络服务提供者仅就《著作权法》规定的“合法来源”要件承担证明责任。《著作权法》第59条规定,复制品的出版者、制作者、发行者以及视听作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明自己有合法授权或者合法来源的,应当承担法律责任。该条规定实际上把“过错”倒置给了被告。(2)间接侵权责任中的“过错”要件。我国《民法

典》、《著作权法》并未直接采用间接侵权责任的观念。但是《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》第八条规定,过错包括“明知、应知”。间接侵权责任中过错包括了帮助行为中的“知道要件”和教唆行为中的“故意”要件,两者对原告著作权人来说,举证都比较困难。同时该规定第九条规定“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。”可以看出,司法机关倾向于将间接侵权责任中的“过错”要件分配给网络服务提供商。(3)合理使用规则的两个要件。网络服务提供者应当就自己符合《著作权法》第二十四条列举的特殊情形之一,并对“不影响该作品的正常使用”、“不会不合理地损害著作权人的合法权益”两个判断标准承担证明责任。

四、结语

文章从民事诉讼和证据学的角度梳理网络著作权侵权案件当中,网络服务提供者的侵权责任认定和侵权责任构成要件。认为网络服务提供商可能承担直接侵权责任、间接侵权责任和替代责任三种侵权责任形式。据此,提出了网络服务提供者应当在直接侵权案件中,仅就“合法授权”承担证明责任;在间接侵权案件中,就“知道要件”和“教唆故意”承担证明责任;在合理使用规则中,就“不影响该作品的正常使用”、“不会不合理地损害著作权人的合法权益”两个判断标准承担证明责任。

参考文献:

- [1] 杨小兰. 网络著作权研究[M]. 北京:知识产权出版社,2012:250-251.
- [2] 张剑. 大百科全书公司诉苹果等公司侵害作品信息网络传播权纠纷案评析[J]. 中国版权,2012(6):28-31.
- [3] 吴汉东. 知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定——以举证责任规则为视角[J]. 法学评论,2014(5):124-130.
- [4] 朱开鑫. 网络著作权间接侵权规则的制度重构[J]. 法学家,2019(6):114-195.
- [5] 王迁. 超越“红旗标准”——评首例互联网电视著作权侵权案[J]. 中国版权,2011(6):36-48.
- [6] 吴汉东. 论网络服务提供者的著作权侵权责任[J]. 中国法学,2011(2):38-47.
- [7] 毛瑞兆. 论雇主的替代责任[J]. 政法论坛,2004(10):129-137.
- [8] 杨立新. 《侵权责任法》规定的网络侵权责任的解释与理解[J]. 国家检察官学院学报,2010(2):3-10.
- [9] 熊崎. 著作权合理使用司法认定标准释疑[J]. 法学,2018(1):182-192.