

网络侵权“通知 - 删除”规则适用研究

张 露

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年5月10日; 录用日期: 2023年5月25日; 发布日期: 2023年7月18日

摘 要

网络的更迭催发了海量多样的网络侵权行为,“通知 - 删除”规则愈发重要,因此《民法典》制定过程中对其制度框架进行了重大调整。但该制度在运行的过程中显露出些许不足:各法院及学者对云服务商、小程序商等新型网络服务提供者的责任认定存在分歧,重复侵权现象仍数见不鲜,通知 - 删除规则被权利人、网络服务提供者以及网络用户滥用,错误通知规制不完善等问题久悬不决,为司法实践带来诸多困难。对此本文建议应尽快明确新型网络服务提供者的责任并完善错误通知与反通知规则,适当提高网络服务提供者的审查义务并加强其注意义务,实名认证制度也应尽快强化落实,以此来平衡各方利益。

关键词

“通知 - 删除”规则,网络侵权,网络服务提供者

Study on the Application of the “Notice-and-Remove” Rule for Online Infringement

Lu Zhang

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: May 10th, 2023; accepted: May 25th, 2023; published: Jul. 18th, 2023

Abstract

The notice-and-removal rule has become increasingly important as the Internet has given rise to a huge variety of online infringements, and the institutional framework was therefore significantly adjusted during the development of *The Civil Code*. However, the system has revealed some shortcomings in the course of its operation: courts and scholars have disagreed on the liability of new

online service providers such as cloud service providers and applet providers, repeated infringements are still common, the notice-and-delete rule has been abused by right holders, online service providers and online users, and the regulation of wrongful notices has been left unresolved for a long time, bringing many difficulties to judicial practice. In this regard, this paper suggests that the liability of new network service providers should be clarified as soon as possible and the rules of error notification and counter-notification should be improved, the duty of review of network service providers should be appropriately increased and their duty of care should be strengthened, and the real-name authentication system should be strengthened and implemented as soon as possible, so as to balance the interests of all parties.

Keywords

Notice-and-Delete Rule, Online Infringement, Online Service Providers

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

网络侵权行为发生于互联网这一特殊平台，网络传播的迅速性、侵权行为的隐匿性、网络用户的复杂性使得侵权成本低而维权成本高，且与传统型侵权相比网络侵权造成的损失更大、影响范围更广，权利人迫切需要转嫁损失，故而转向作为“中介”的网络服务提供者(Internet Service Provider, 下称 ISP)如百度、优酷等。然而 ISP 通常不构成直接侵权，且多数情况下更不具备主观过错，要求其一律承担侵权责任有失偏颇。“通知-删除”规则的引入切实有效平衡了三方利益，权利人和网络侵权服务提供者的关系得到缓和。2021 年《中华人民共和国民法典》(下称《民法典》)对“通知-删除”规则进一步修改，使其更适应网络高度发达的信息时代。

2. 网络侵权“通知-删除”规则概述

2.1. 我国“通知-删除”规则的概念及制度框架

“通知-删除”规则，也称为“通知-移除”规则、通知规则或提示规则[1]，是指当用户利用网络服务实施侵权行为，权利人有权通知 ISP 采取移除、屏蔽、断开链接等必要措施，ISP 未及时采取上述必要措施的，应对损害扩大部分负连带责任。

我国的“通知-删除”规则最早可以追溯至 2000 年。最高人民法院出台的《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》已可初见其身影，于 2006 年《信息网络传播权保护条例》(下称《条例》)颁布后正式确立。后《侵权责任法》将其适用领域拓展至民事侵权领域且实质上该规则的内核演变为“通知-必要措施”，即 ISP 可以有一定的自由衡量权采取除删除之外的其他与采取该措施能达到相同目的的措施，该规则的刚性被弱化[2]。

目前《民法典》规定了“通知-删除”的一般性条款，《电子商务法》和《条例》规定了“通知-删除”规则的特别条款，加上最高人民法院的司法解释，共同构建了当今网络侵权“通知-删除”规则体系。此外，《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》(下称《中美经贸协议》)对网络版权侵权“通知-删除”规则做出了许多全新的规定。

依据《民法典》侵权责任编的相关规定，“通知-删除”规则的结构可以概括为：通知-删除-转

通知 - 反通知 - 恢复或不恢复。权利人若认为网络用户的行为损害了自己的权利, 可以向 ISP 以书面形式发出通知, 要求其删除用户发表的侵权内容。权利人发送的通知应当包含权属凭证、侵权链接、足以证明网络用户构成侵权的初步证据以及自己的真实身份信息等。ISP 在收到通知后对其内容进行形式审查, 对合格通知所涉侵权内容进行删除或采取能达到相同目的的其他手段。ISP 将合格的通知转送通知所指向的用户, 认为自己未侵权的网络用户在接到通知后可以向其提交未侵权的声明。该声明也应包含其身份信息及证明自己未侵权的初步证据用以保证该声明的真实性。ISP 应当将该声明转送权利人, 并告知其可以起诉或投诉。ISP 在声明到达权利人后经过一定时间的等待期(《电子商务法》中规定为 15 日)若未收到其已起诉或投诉的通知, 应当协助网络用户恢复相关内容以免造成该用户权利的进一步损害, 反之则应继续保持对涉嫌侵权内容的必要措施。

2.2. 国外相关制度立法借鉴

2.2.1. 美国《数字千年版权法案》

DMCA 是美国为执行国际版权条约而制定的法律, 其中第 512 条在世界范围内首次提出了“避风港”原则, 明确了版权领域互联网侵权责任承担规则。该法案首次规定, 若 ISP 未实际知晓侵权事实并未因此侵权行为直接获利, 则其在收到有效通知后及时删除该内容就无须承担侵权责任。DMCA 明确其不必主动监控网络或者积极寻找侵权活动, 这也就意味着在通常情况下只有在权利人通知 ISP 后其才有义务协助权利人采取措施以避免损失的扩大。其中第 512 条(c)(3)(A)中的 6 个条款对合格通知的标准做出了较为详细的界定, 将 ISP 分为四类。

2020 年美国版权局就避风港原则发布了《“避风港”第 512 条款研究报告》(下称《报告》), 《报告》指出为适应时代发展“避风港”原则应当做出适当的调整^[3]。最初制定该条款时无人够预见到如今信息存储服务几乎是每个 ISP 必备的功能, 因此《报告》对 512 条(c)提供信息存储服务的 ISP 是否仍适用“避风港”原则的免责条款进行探讨。此外《报告》也对“避风港”原则的适用提出了诸多建议, 如敦促国会就对重复侵权采取更有效的措施等。虽然《报告》并没有明确要求 ISP 对用户上传的内容进行事先审核, 但表明了一种立法倾向, 即待时机成熟时预计进行有关版权过滤的立法。

2.2.2. 欧盟《电子商务指令》

根据“避风港”原则, 2000 年欧盟出台的《电子商务指令》做出了许多创新性的规定。其适用于信息社会服务, 即应接受个别服务者的要求通过电子设备远距离提供的有偿服务。该指令扩大了“避风港”原则的适用范围, 但明确规定不适用于税收、数据保护、赌博等领域, 并对 ISP 的归则原则、免责事由等事项进行了具体的规定^[4]。《电子商务指令》第 12~14 条将 ISP 划分为传输服务提供者、高速缓存服务提供者、信息储存服务提供者三类而排除了信息搜索服务提供者使之与美国的规定相区别, 但是该指令将刑事责任的承担纳入其中。

同样的, 《电子商务指令》是否应当修改引发了广泛的讨论。2019 版《数字化单一市场版权指令》第 17 条规定几乎推翻了《电子商务指令》原来的规定, 将在线内容分享服务商的义务提高到了一个新的境界, 即要求其通过人工审核或者采取技术措施主动进行版权过滤, 对用户上传的内容进行审核过滤, 避免侵权内容的上传, 《电子商务指令》走在了美国甚至是世界的前列, 也正因此规定迈出的步调过大, 引起了学界以及欧盟各国巨大的争议。

3. 我国网络侵权“通知 - 删除”规则实践困境

3.1. 新型 ISP 责任承担分歧

我国关于“通知 - 删除”规则 ISP 的分类见于《条例》, 与美国 DMCA 的分类基本类似, 《民法典》

对 ISP 没有进行划分。然而随着时代的发展以及网络技术的普及,ISP 的类型和服务模式趋向多元化,网络交易平台异军突起,ISP 与网络内容提供者的界限开始模糊[5],新型 ISP 如云计算服务提供者、微信小程序开始出现,这些新型 ISP 的出现造成了实践中法院的适用混乱。

《条例》对知识产权网络传播权案件处理做出了更详细的规定,在不违背《民法典》的立法精神和立法原则的情况下,法院会优先选择适用该条例来避免《民法典》一般条款的概括适用。而《条例》关于 ISP 的分类考虑的仅仅是当时的立法情况,没有也不可能将新型的 ISP 纳入其中。“阿里云案”¹中,一审法院认为阿里云公司应当承担责任,二审法院在认定云计算服务提供者并不属于《条例》所规定的 ISP 四种类型之一的基础上而适用基本法。“小程序案”²中,两审法院观点天壤悬隔,一审法院企图将小程序类比为《条例》第 20 条所规定的自动接入、传输服务而排除“通知-删除”规则的适用,但二审法院则认为其不属于《条例》所规定的四类 ISP 主体而不能排除该规则的适用。

但是,拿“阿里云”案来举例,云计算服务属于底层网络技术服务,与网络自动接入(传输)服务、自动存储类似但不等同,主要是技术规范以及行业规范的差别。云计算是以网络技术、虚拟化技术、分布式计算为基础,以按需分配为业务模式的新一代网络化商业计算模式[6]。包括该案的承办法官在内的部分学者[7]认为,云服务商承担着较为严格的保密义务且行业内对其有较高的道德要求,加上其对用户的信息控制技术较弱,实际上并不能直接对用户存储个别数据进行更改、删除,若需处理权利人的通知则必须关停服务器,其严厉程度远超传统的删除措施,如果要求云服务商适用“通知-删除”规则显得过分苛责,且 ISP 租用云服务商的服务器提供的服务种类繁多而覆盖面广,一味要求云服务商关停服务器将会对 ISP 产生巨大的损失,这显然不符合比例原则且不利于激励产业的发展[8]。

二审法院认为云服务商可以借助转发权利人的通知来驶入避风港,这种观点为许多学者[6]所不赞同。其一,若云服务商适用“通知-删除”规则,转发通知难以达到删除、屏蔽的效果,不足以避免损害的扩大,手段的严厉性天悬地隔;其二,该案件办理时以及二审法官所引用的最高法指导案例第 83 号在处理纠纷时适用的均是《侵权责任法》,而《民法典》时代仍将该判决的解决措施作为参考笔者认为有失妥当。

小程序商与云服务商非常类似,也只提供底层网络技术服务,并不能触及开发者服务器中的内容来进行定点清除。从上述两个案例中不难发现,由于法律未对新型 ISP 进行规定,不同法院观点冲突,法院之间对新型 ISP 的责任承担存在分歧。

3.2. “通知-删除”规则被滥用

滥用“通知-删除”规则行为广泛存在于各个平台各个领域,其行为模式主要有以下三种:

3.2.1. 权利人恶意发送虚假通知

该情形又可以分为三种类型。第一种是权利瑕疵的权利人滥用权利。一些通知人凭借有瑕疵的权利凭证对正常经营的商家进行投诉,如在拜耳关爱公司与李庆不正当竞争³一案中,李庆恶意抢注商标长时间、持续性、大规模地在淘宝平台上进行投诉使得淘宝下架拜耳关爱公司产品并企图通过投诉将商标高价卖予拜耳关爱公司进行“敲诈勒索”。第二种是有权利的恶意通知。在卢俊跃与牧如公司侵权纠纷案⁴中,卢俊跃以同一外观专利(该专利已由卢俊跃授权牧如公司)三次向天猫投诉牧如公司侵犯专利权并导致牧如公司产品多次下架来进行不正当竞争。第三种是无权利的恶意投诉。通知人以伪造权利凭证

¹(2017)京 73 民终 1194 号。

²(2019)浙 01 民终 4268 号。

³(2017)浙 0110 民初 18627 号。

⁴(2020)浙 07 民终 283 号。

的方式欺骗 ISP 来达到不正当竞争损害用户的目的。

虽然《电子商务法》规定了恶意通知的加倍赔偿程序，但实践中法院对“恶意”的定义存在差异，容易导致适用混乱；虽然在其他民事侵权领域《民法典》规定了错误通知的赔偿程序，但这并不能从根本上解决问题。

3.2.2. ISP 滥用“通知 - 删除”规则

在“通知 - 删除”规则这块免死金牌的庇护下，ISP 难免会认为：若不采取必要措施自己有可能承担败诉的风险；但若采取必要措施，即使删除内容的行为错误法律责任仅由通知人承担。因此，ISP 会趋利避害而只进行形式审查并且更倾向于协助其删除或屏蔽。

3.2.3. 网络用户滥用反通知规则

网络用户接到 ISP 转送的通知后恶意发出声明致使 ISP 终止所采取的措施以达到不法目的，虽然《最高人民法院关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复》(下称《批复》)明确知识产权领域用户恶意反通知的惩罚性赔偿，但并没有规定具体赔偿金额计算方法，且也只是“可以”赔偿，这使其抱有侥幸心理。

3.3. 重复侵权悬而未决

ISP 接到通知后采取删除等措施主要是达到停止侵害的目的，然而一些侵权人并不因此停止侵害。网络的便捷性使得侵权成本较低，侵权人只需更换账号、关键字甚至更换链接重新上传即可继续进行侵权行为。如快手与华悦汇龙信息网络传播权⁵一案中，在《三千鸦杀》电视剧播放期间，大量用户上传侵权视频，经华悦汇龙公司投诉并由快手公司删除后仍有多名用户再次上传侵权内容，更甚至直接有博主如“LessCity 城少”直接明确发表“已被删除两次，此次为补发链接”等言论，由此可见重复侵权行为之猖狂。

重复侵权人表现出较大的主观恶意，权利人通常需要对侵权内容进行多次比对并反复通知，显然这种行为的危害性高于一般的网络侵权行为，通知人的行为不但损害了权利人的合法权益也造成了司法资源的浪费。

3.4. 错误通知规制不完善

《民法典》1195 条规定了错误通知造成损害应当承担赔偿责任，但实践中存在不仅有权利人滥用通知权利进行恶意通知，也有因主观认识错误等善意错误通知。《条例》《电子商务法》以及《民法典》均未对主观善意进行免责，但事实上权利人并不能完全保证其通知的正确性，一律要求所有发出错误通知的权利人承担赔偿责任则会降低他们的维权积极性，过分苛责权利人。且他们均未考虑到网络用户恶意错误反通知的情形。《电子商务法》对恶意错误通知规定了加倍赔偿责任，但并没有明确赔偿的标准。《批复》则与《中美经贸协议》相衔接规定了知识产权侵权恶意反通知惩罚性赔偿责任以及善意通知错误免责，然而却并没有对何为主观善意做出具体界定。各种规定之间错综复杂容易导致法院适用中产生混乱。

4. 网络侵权“通知 - 删除”规则完善建议

4.1. 完善新型 ISP 的法律责任

正如上文所述，云服务商这类新型 ISP 根本没有能力单独就某些数据进行单独删除，且不参与后续

⁵(2021)湘 01 民终 10636 号。

的运营，用户侵犯网络传播权后要求其一律删除或冻结整个程序显得过于苛刻。

笔者认为云服务、小程序与《条例》所述第 20 条极为类似，甚至其提供的服务更为基础，举重以明轻，其不应适用“通知 - 删除”规则。关于如何完善其责任，笔者认为可以从修改条例《条例》入手。距《条例》的制定已过近十五年，而新型 ISP 的出现暴露出《条例》关于 ISP 分类的时效性不足，其突破了原有的分类，为此《条例》关于其分类应当进行更新，完善关于新型 ISP 进行分类并做出相应的规定，笔者认为对其可以比照第 20 条相关规定，将其排除“通知 - 删除”规则的适用。

有学者^[9]认为新型 ISP 的法律适用可直接类推《条例》第 20 条，只要其条件满足该规定即可完全免责。但是笔者认为，其仍需“转权利人通知”才可以免责。许多被侵权人直接向新型 ISP 发出的通知原因主要是难以找到开发者的信息而无法发送通知，若其不适用“通知 - 删除”且不转送权利人的通知将使得权利人维权无门，云服务商、小程序商掌握了开发者的信息且转送通知完全处于的能力范围之内，因此为了平衡多方利益应由其“转权利人通知”并可以向权利人提供开发者的联系方式。

4.2. 采取有限实质审查模式

出于节省资源的考虑 ISP 往往更倾向于对权利人以及网络用户的通知进行形式审查，同时法律也仅规定了形式审查，然而这却恰恰是权利人滥用“通知 - 删除”规则的主要原因之一。实质上并没有不合理的规则，只有既追求零风险又不愿承担后果的不合理诉求^[5]，ISP 为了规避风险而选择“有投诉必删”，但如若其履行实质审查义务将可以遏制部分的恶意通知与反通知。

互联网服务供应商在接到权利人的通知或者网络用户的反通知后首先进行形式审查，对通知的要件是否齐备、材料的形式是否符合法律规定进行审查，这是其应尽义务，这也意味着权利人应当以书面形式通知。同时，其应当对通知人的身份信息资料进行比对，还应对其权属凭证进行审查。但是某些知识产权侵权，因其表现出过强的专业性而往往使得 ISP 没有能力对其进行判断，比如专利侵权，再加上我国对实用新型和外观专利进行仅形式审查，这极易导致权利瑕疵致使 ISP 产生错误判断，因此不能一味要求其进行实质审查，且不能要求 ISP 保证审查的绝对正确，只要 ISP 能够证明其尽到合理的审查义务即可，但是笔者认为可以通过法律规定鼓励其在收到通知后提交专业机构进行鉴定。

4.3. 提高 ISP 的注意义务

提高 ISP 对重复侵权用户的注意义务有助于减少该用户再次侵权的可能性。我国对于网络重复侵权并没有明确定义。根据字节跳动与新梨视公司纠纷⁶一案的判决来看，若权利人、网络用户与 ISP 完整地进行了两次“通知 - 删除”程序且网络用户两次都未进行反通知或反通知不合格，ISP 再次收到同一权利人对同一用户的投诉，且该用户仍未提交合格声明，即可认定该用户进行了重复侵权行为。

重复侵权使得权利人遭受的损失较大且其主观恶性较高，在此情境下 ISP 理应提高对该用户的注意义务，主动采取措施避免损害扩大。ISP 在对网络用户进行两次完整地“通知 - 删除”程序后，应当对该用户着重标记并向其发送警告，要求其不得再次实施侵权行为，并阐明再次实施侵权的后果，此时 ISP 应当具有较重的注意义务，应对其发布的内容进行一段时间的技术过滤，减少该用户再次侵权的可能性。而当网络用户避开技术过滤措施第三次上传侵权内容，权利人第三次向 ISP 对该网络用户进行投诉后，ISP 应当根据通知的内容认定其行为属于重复侵权，在删除侵权内容的同时应采取必要措施。但此时的必要措施不能仅是删除、屏蔽，应做扩大处理，可以采取禁言、封号等措施。同时应当要求 ISP 对该用户的真实身份信息进行标注，继续保持对该用户较高的注意义务，主动在一定期限内对重新创建账号的该用户采取技术过滤措施。

⁶(2019)沪 73 民终 124 号。

4.4. 完善错误通知与反通知规则

首先,关于善意的错误通知,由于网络侵权的形态多种多样,权利人不能保证其通知的完全正确性,一味要求权利人承担错误通知的所有损失则会降低其维权的积极性;但也不能一味完全免除其责任,许多情况下,特别是电子商务领域,因错误通知造成的损失往往是难以估量的,由无过错的网络用户承担也是不合理的,笔者认为可以规定根据情况酌情减轻或者是免除善意错误通知的权利人的责任。

其次,对于恶意的错误通知,仅有《电子商务法》规定了加倍赔偿制度,且仅有其中涉知产案件中的“恶意”被明确。通知人恶意发出错误通知如重复侵权,其危害性和主观恶性较高,相交于传统侵权更为便捷,对网络用户的权利侵犯更大,笔者认为可以将恶意错误通知的加倍赔偿责任纳入《民法典》以起到惩戒作用。

再次,对于恶意反通知,除《中美经贸协议》外几乎没有法律对其进行规定,然恶意反通知可能会使得权利人损害的进一步扩大,不对其规定将导致利益失衡,理应由法律进行规制。因此笔者建议立法者将恶意反通知的惩罚性赔偿纳入法律规定。

5. 结语

在进入《民法典》时代后,立法者根据理论与实践的多次碰撞结论对“通知-删除”规则做出了重大的修改,完善了诸多以往适用过程中的不足。但是新的时代总会出现新的问题,新法的修订也会伴随着新的法律漏洞的出现。新型ISP的出现令法院对其责任的认定左右为难,不同法院的观点判若水火,滥用“通知-删除”规则和重复侵权的现象仍未有较好的解决方法,关于错误通知的规制问题又引发热议。

近年来最高人民法院对“通知-删除”规则在某些领域的适用做出了较多的司法解释、指导意见以及批复,如同打补丁一样对其中的漏洞缝缝补补,这也表现出我国网络侵权“通知-删除”规则立法分散,仍需要进行系统性的梳理与整合。

参考文献

- [1] 吴伟光. 视频网站在用户版权侵权中的责任承担——有限的安全港与动态中的平衡[J]. 知识产权, 2008, 18(4): 62-69.
- [2] 周学峰. “通知-移除”规则的应然定位与相关制度构造[J]. 比较法研究, 2019(6): 21-35.
- [3] 宋海燕. “避风港”原则何去何从——论欧盟及美国对在线内容分享服务商侵权责任的立法改革及趋势[J]. 中国版权, 2020(6): 3.
- [4] 周伟萌. “避风港”何以避风?——我国网络交易平台商标侵权案件适用避风港规则的具体路径[J]. 社会科学家, 2021(5): 115-120.
- [5] 薛军. 民法典网络侵权条款研究: 以法解释论框架的重构为中心[J]. 比较法研究, 2020(4): 131-144.
- [6] 蔡元臻, 白睿成. 云计算服务平台适用避风港规则的局限性及其破解[J]. 知识产权, 2020(4): 42-52.
- [7] 孔祥俊. “互联网条款”对于新类型网络服务的适用问题——从“通知删除”到“通知加采取必要措施”[J]. 政法论丛, 2020(1): 52-66.
- [8] 刘佳佳, 冯刚, 刘维. 云计算服务提供者侵权的责任边界在哪里? [J]. 中国版权, 2019(5): 105-108.
- [9] 姚震. 论“通知-删除”规则对云服务器提供商的豁免——兼议“转权利人通知” [J]. 南通大学学报(社会科学版), 2020, 36(5): 61-70.