

论照片推荐行为对网络服务提供者注意义务的影响

——兼评“邓容英诉爱卡汽车网案”

况习源

华东政法大学知识产权学院，上海

收稿日期：2024年1月18日；录用日期：2024年2月18日；发布日期：2024年2月29日

摘要

“侵权事实明显”是所有网络服务提供者承担较高注意义务的前提，考察侵权事实是否明显需要结合案情具体分析。当被控侵权内容为可能构成摄影作品的照片时，摄影作品的创造性门槛、创造性程度及是否具有水印等权利标记会从“侵权事实是否存在”及“侵权事实的明显程度”这两方面影响推荐照片的网络服务提供者的注意义务范围。在侵权事实不明显的情况下，不能仅凭推荐照片的行为就推定网络服务提供者“应知”侵权事实存在，而应利用通知规则来确定网络服务提供者的主观状态。

关键词

照片推荐，摄影作品，红旗标准，注意义务

The Impact of Photo Recommendation on Internet Service Providers' Duty of Care

—Commentary on “Deng Rongying v. Aika Automotive Website”

Xiyuan Kuang

Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 18th, 2024; accepted: Feb. 18th, 2024; published: Feb. 29th, 2024

Abstract

“The fact of infringement is obvious” is the premise for all internet service providers to bear a higher duty of care. To examine whether the fact of infringement is obvious requires specific

analysis based on the circumstances of the case. When the content accused of infringement is a photo that may constitute a photographic work, the creative threshold, degree of creativity, and whether it has rights marks such as watermarks will affect the scope of the photo internet service provider's duty of care from two aspects: "whether the infringement fact exists" and "the degree of obviousness of the infringement fact". When the fact of infringement is not obvious, it cannot be presumed that the internet service provider "should have known" the existence of the infringement simply based on the act of recommending photos. Instead, notice and takedown rule should be used to determine the subjective status of the internet service provider.

Keywords

Photo Recommendation, Photographic Works, Red Flag Standards, Duty of Care

Copyright © 2024 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

推荐行为对网络服务提供者注意义务的影响这一话题向来倍受关注，早在长视频时代，若视频分享网站对用户上传的明显侵权视频进行推荐，则有极大可能因符合“红旗标准”而承担更高注意义务。在短视频风靡一时的新技术环境下，“算法推荐”能否因构成“推荐”而为网络服务提供者带来更高注意义务也成为了讨论的焦点。而在视听作品之外，司法实践中也出现了有关网络服务提供者对其他类型作品进行推荐时，其注意义务是否必然提高的情况。

“邓容英诉爱卡汽车网案”即是一例典型。该案中，用户在爱卡汽车网中发布了一篇游记，游记里未经许可使用了大量他人拍摄的照片，该游记被爱卡汽车网添加为“精华帖”，照片拍摄者遂将爱卡汽车网诉至法院。两审法院均认为大部分涉案照片构成摄影作品，爱卡汽车网的“加精”行为属于对被侵权摄影作品的“推荐”，此举扩大了被侵权摄影作品的传播范围，因此认为爱卡汽车网对涉案照片是否侵权应承担更高的注意义务。¹

尽管在针对视听作品的网络著作权纠纷中，对明显侵权的视频进行推荐可以认为网络服务提供者应知侵权内容存在，但鉴于作品类型、案件事实存在细微差别，对被诉侵权照片进行推荐是否一定能够提高照片存储平台的注意义务？本文将从网络服务提供者承担更高注意义务的前提为切口，梳理摄影作品这一具体类型作品在网络侵权环境下的特殊性，进而分析照片推荐行为对网络服务提供者的注意义务存在何种影响，并提出用于确定照片存储平台注意义务的建议。

2. “侵权事实明显”是网络服务提供者承担更高注意义务的前提

就网络服务提供者对其用户的知识产权侵权行为承担间接侵权责任而言，各界共识在于网络服务提供者仅负有注意义务而非审查义务。根据侵权判定的一般原理，网络服务提供者在实际注意到侵权事实存在，或应当注意到、且能够注意到侵权事实存在，却没有采取合理措施避免损害后果的发生时，即没有尽到注意义务。如何判断网络服务提供者“明知”，或“应知”且“能知”侵权事实存在，换言之，如何通过客观条件判断网络服务提供者的主观状态，这是确定网络服务提供者是否应承担更高注意义务的关键。

¹北京知识产权法院(2022)京73民终802号民事判决书。

“邓容英诉爱卡汽车网”案中，法院认为爱卡汽车网因其照片推荐行为承担更高注意义务的法律依据为《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9条，该规定用于判断网络服务提供者主观上是否构成“应知”，其中第3项明确将“是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等”作为判断网络服务提供者是否构成应知的情形之一(着重号为笔者所加，下同)。既然如此，能否将此条规定理解为：包括照片存储平台在内的网络服务提供者一旦对被诉侵权作品进行推荐，即必然构成“应知”，从而承担更高注意义务？

这一问题的答案是否定的。不论是本条第3项所述的“选择、编辑、修改、推荐”行为，还是本条列举的其他行为(如“是否采取预防侵权的合理措施”、“是否针对同一用户的侵权行为采取相应合理措施”等)，都仅仅是考察网络服务提供者是否应知的因素之一，换言之，推荐行为并非构成应知的充分条件。由于本条第1款开门见山地指出：“法院应当根据侵权事实是否明显来综合认定网络服务提供者是否应知”，因此，“侵权事实明显”才是网络服务提供者因任何推荐行为承担更高注意义务的前提。

事实上，因推荐行为推定信息网络服务提供者应知侵权内容存在是红旗标准的体现，适用红旗标准的条件则是侵权事实明显到已如鲜亮的红旗般飘扬在网络服务提供者面前^[1]。在针对长视频的侵权案件中，被诉侵权视频往往具有与热播影视剧相同的名称、时长等明显可见的侵权特点，因为网络服务提供者不可能不注意到明显的侵权内容，所以据此推定网络服务提供者对其一经推荐即构成“应知”并无不妥。例如在“成功多媒体诉雅虎案”中，当时的热播电视剧《奋斗》前15集被用户上传到雅虎网站中，网站随后还将该剧集推送至栏目首页。然而法院并没有仅凭网站的推荐行为认定其具有过错，而是首先指出雅虎网站在存储被诉侵权剧集的时候正是该电视剧在北京地区首轮播放期间，以此推定网站在推荐时一定知道被诉侵权剧集是未经许可被上传的，再结合网站的推荐行为认定其主观过错。²

相反，如果不存在相同的名称、时长等明显侵权特点，则不应当推定网络服务提供者应知侵权事实存在，也不应当要求其承担更高注意义务，这一点在司法实践中同样得到印证。在“银都公司诉优酷网案”中，法院认为由于涉案戏曲电影为地方戏曲剧种，其首映式在开封市通许县进行，宣传时间短，地域知名度不高，不属于被公众明显感知的作品，所以网络服务提供者优酷网并不应知侵权事实存在。³在以视听作品为作品类型的侵权案件中，网络服务提供者看似因对热门视听作品的推荐行为而被施加更高的注意义务，但究其根本，单纯的推荐行为和更高的注意义务之间并无严格对应的因果关系。实际上，不论是法律规定、学理探讨还是司法实践，网络服务提供者承担较高注意义务的前提均是“侵权事实明显”。

3. 单纯的照片推荐行为不会导致信息网络服务提供者注意义务提高

如前文所述，“侵权事实明显”是信息网络服务提供者因推荐行为承担更高注意义务的前提，同时也是一项高度依赖个案事实的复杂问题，要结合具体案件事实和涉案作品类型进行判断，而不能一概而论地认为“凡推荐即应知”。“邓容英诉爱卡汽车网案”中并不存在“侵权事实明显”这样的前提，这很大程度上与涉案作品类型相关。摄影作品天然地有其特殊性，这种特殊性会影响侵权事实是否存在、侵权事实的明显程度，进而影响到照片存储平台注意义务范围的判断。

3.1. 摄影作品的独创性门槛影响权利客体是否存在

并非所有照片都能当然成为摄影作品受到著作权保护，尤其是在大陆法系国家，区别于“额头流汗”标准，大陆法系国家对创造性的要求远高于英美法系国家，它们要求作品必须是作者独特精神、个性、

²北京市第二中级人民法院(2008)二中民终字第19082号民事判决书。

³河南省高级人民法院(2020)豫知民终397号民事判决书。

艺术观念和致力创造的反映[2]。摄影作品应当具有一定的独创性门槛已经成为理论上的共识，但这种抽象的共识并不能解决实践中所有涉及到摄影作品独创性判断的具体问题。司法实务中对摄影作品独创性的标准认定时常引发学界讨论[3][4][5]。

根据独创性认定标准的不同，摄影作品可被分为再现型摄影作品、主题创作型摄影作品和抓拍型摄影作品，主题创作型摄影作品的拍摄对象是由拍摄者所创作出来的布景或主体；再现型摄影作品是以精确再现拍摄对象为目的的摄影作品；抓拍型摄影作品是拍摄者在合适的时间、合适的地点拍下了有价值的照片[6]。对于再现型摄影作品而言，如果仅仅是为真实再现文件或其他照片而进行翻拍形成的再现型照片没有独创性，拍摄过程仅仅是复制的手段[1]。其他类型摄影作品的创造性门槛存在着争议，对于抓拍型摄影作品，有学者认为，正如不属于著作权保护客体的“单纯事实信息”，单纯记录客观景物的照片也不具有独创性[6]。可见，“照片是否达到摄影作品的创造性门槛，是否能够成为著作权法的保护客体”绝非简单明了、显而易见的判断。“邓容英诉爱卡汽车网案”中，涉案41张照片中即有4张为对美术作品的纯粹翻拍，属于再现型照片，但又因不符合再现型摄影作品的独创性标准而不受著作权法保护。⁴连客体是否受著作权法保护都有待确定时，何来“侵权事实明显”之说？

在权利客体是否存在尚不明朗的情况下，推荐照片的平台的通知义务将受到何种影响？要回答这一问题，可以参考“短视频将如何影响平台注意义务”的分析。就间接侵权情形下平台应承担的通知义务而言，可能构成合理使用的短视频和不构成摄影作品的照片间存在相似之处。如果短视频构成合理使用，基于这项著作权法中最重要也是最常见的抗辩，对原作视听作品未经许可的利用行为并不构成直接侵权，平台也不必承担相应的间接侵权责任。可是由于构成合理使用的标准扑朔迷离(正如摄影作品的创造性门槛)，平台缺乏判断侵权内容是否存在的可能性，也不可能被要求作出专业的法律判断。因此，尽管存储大量短视频，仍然无法凭此拔高平台应承担的通知义务，认为平台“明知”或“应知”侵权事实存在[7]。相似的，摄影作品的创造性标准模糊不清，欲用著作权法保护照片，必须先对涉案照片进行“构成摄影作品与否”的法律判断，作为非法律专业的网络服务提供者，就算其对可能侵权的照片进行了推荐，也不应当据此要求平台就需要进行法律判断的行为承担较高的注意义务。

3.2. 摄影作品的创造性水平影响侵权事实的明显程度

随着手机拍照功能的发展和相机的普及，摄影已经成为了一项没有任何门槛的、普通人的兴趣爱好，任何人借助手机或相机都能进行拍照，照片并无与热播影视剧相同的名称时长等明显侵权特点。与之形成鲜明对比的是制作精良、投资巨大的视听作品。影视剧、电影等视听作品的创造性水平极高，明显已经超出了个人用户的制作水平，需要数个专业团队的配合。如果信息网络服务提供者在其网站上发现个人用户上传了一部影视剧，基于常识可知，作为需要盈利的公司，影视剧权利人一般不会将其视听作品上传至网上供用户免费欣赏，也不会许可给个人用户上传，更何况有的被上传的影视剧开头末尾还有作为制作者的影视公司的各种信息。在这种情况下，信息网络服务提供者当然能意识到由个人用户上传的影视剧存在侵权风险，此时若信息网络服务提供者未采取任何措施阻止侵权后果的发生和扩大，据此推定其具有过错是无可厚非的[8]。

相较之下，摄影作品的创造性水平较低，绝大部分摄影作品都是由个人而非团队拍摄完成。当权利人和侵权人同为个人用户时(与视听作品侵权纠纷不同)，照片存储平台无法直观判断用户是未经许可使用了他人的摄影作品，还是自行拍摄并上传了该摄影作品。然而在视听作品侵权纠纷中，个人用户一旦上传某部视听作品，视听作品存储平台可以毫无障碍地判断该个人用户一定不是视听作品的权利人，侵权事实存在的可能性较高。

⁴北京知识产权法院(2022)京73民终802号民事判决书。

这种视听作品和摄影作品之间不同水平的创造性给信息网络服务提供者注意义务带来的差异化影响在于：较之于视听作品，摄影作品侵权事实的明显程度更低，平台注意到摄影作品侵权事实存在的可能性也就更低。例如在秦智渊诉江山公司等案中，被告江山公司作为直接侵权者，未经许可销售由权利人摄影作品制成的信息历，被告亦隆公司作为市场管理服务提供者，为直接实施摄影作品侵权行为的被告江山公司提供市场管理服务。法院在判断亦隆公司的注意义务时认为，涉案摄影作品并不知名，社会公众对作品的来源没有普遍认知，无法判断作品到底是销售者自己拍摄，还是销售者使用了他人的作品，因此，被告亦隆公司没有能力判断侵权事实的存在。⁵尽管本案并不涉及网络环境，但“侵权事实是否明显”对间接侵权者的注意义务的影响是具有普适性的，摄影作品的创造性水平决定了其侵权事实的明显程度一般不如视听作品。

3.3. 摄影作品的权利标记影响侵权事实的明显程度

司法实践中还存在通过照片水印判定照片存储平台应承担较高注意义务的做法。⁶这实际上反映出摄影作品的权利标记会对侵权事实的明显程度产生一定影响：如果被上传的照片中具有与上传用户 ID 不同的水印或其他标记，便可以初步认为上传用户并非摄影作品权利人，此时照片存储平台应当主动核实上传用户的身份并确认其是否取得摄影作品权利人的授权。与之相反，如果涉案照片上并没有权利人的水印或其他标记，照片存储平台就没有理由怀疑上传用户并非权利人本人。

实际上，摄影作品的权属判断较为复杂，就算能够通过署名推定规则初步推定水印标注的即为权利人，但该推定可以被相反证据推翻，实际权利人极有可能与摄影作品上的水印不一致，有时甚至只有通过对比摄影作品的原始技术参数，或追溯错综复杂的代理关系才能最终确定权利人。⁷“邓容英诉爱卡汽车网”一审判决书认为网络服务提供者具备核实涉案行为的条件和能力，⁸然而在没有任何摄影作品的权属证明材料时，要求照片存储平台进行这样的核实显然是不合理的。

鉴于以上原因，由于侵权事实并未明显到“如鲜亮的红旗般飘扬”，即便照片存储平台对涉案照片进行推荐，也不能由此推定照片存储平台知道侵权事实存在。换言之，缺乏“侵权事实明显”的条件时，即使照片存储平台有推荐行为，也无法对其施以红旗标准下较高的注意义务。若要求照片存储平台对并不明显的侵权内容采取措施，无异于要求其在大量用户上传内容中主动筛选并排除可能侵权的内容，这事实上是变相要求照片存储平台承担审查义务，无疑有违间接侵权中照片存储平台仅承担注意义务的基本原则。

如果不考虑涉案摄影作品的创造性门槛、创造性水平较低，也不考虑涉案摄影作品是否存在权利标识，仅凭照片存储平台的推荐行为即推定其应知侵权事实存在，那么权利人不需要通知便可获得侵权损害赔偿。这种做法可能导致权利人故意将自己的照片设置为无标识并上传到开放图片库，一旦这些照片因为点击量、浏览量大而被照片存储平台进行推送，权利人无需通知即可进行大规模“维权”，由此将产生助长钓鱼维权的不良后果[9]。

4. 应用通知规则确定推荐照片的信息网络服务提供者的注意义务

不论是《信息网络传播权保护条例》中早有规定的通知与移除规则，还是由《民法典》、《电子商务法》新确立的通知与必要措施规则，都需要权利人首先发出合格通知，再由网络服务提供者采取移除

⁵上海市黄浦区人民法院(2009)黄民三(知)初字第 177 号民事判决书。

⁶北京市石景山区人民法院(2017)京 0107 民初 2148 号。

⁷如视觉中国案中，一审法院和二审法院凭借涉案图片的水印、属性信息等证据认定摄影作品的权利人，但由于被告举出相反证据，判决结果被再审法院推翻。见最高人民法院(2021)最高法民再 355 号民事判决书。

⁸北京互联网法院(2021)京 0491 民初 43247 号民事判决书。

等其他必要措施，因此本文将这两个规则统称为“通知规则”。在不存在明显侵权的情况时，虽然不能通过红旗标准来拔高推荐侵权摄影作品的照片存储平台的注意义务，但这并不意味着没有途径认定照片存储平台的过错。网络著作权侵权案件中被广泛使用的通知规则同样适用于这类型案件，且相较于红旗标准，通知规则在以下方面具备更大的优势。

首先，在发现侵权事实可能性方面，当侵权事实并不明显时，照片存储平台就算知道涉案摄影作品存在的事实，也无法做出被指称侵权的照片是否侵权的法律判断，此时根据推荐行为推定照片存储平台应知侵权事实存在是不合理的。更为合理的过错认定方式是通知规则，即通过权利人发出的合格通知推定照片存储平台“明知”侵权内容存在，若照片存储平台未及时采取必要措施阻止侵权内容的进一步传播，则可被认定为存在过错。通知规则蕴含着精妙的成本考量，由于权利人最熟悉作品，就算法律把监控不明显侵权行为的义务分配给权利人，其成本并不会过分增加。相反，若这种义务被分配给照片存储平台，则会将其本应承担的注意义务升格成审查义务。

其次，针对照片可能因独创性不足不构成作品的问题，如果照片存储平台慑于红旗标准之下较高的注意义务，主动移除由用户上传的点击量、浏览量较高的照片，可能会将本不应该作为摄影作品受著作权法保护的错误照片移除，损害平台用户的自由。与之相反，得益于通知规则中“反通知与恢复”环节及基于此的免责机制，若照片存储平台根据通知移除了可能不构成摄影作品的照片，平台用户仍可向网络服务提供者发出“反通知”，要求恢复被错误删除的照片。如果“反通知”是正确的，照片存储平台便保障了平台用户的自由，即便“反通知”是错误的，在免责机制的保障下，照片存储平台也不会因错误的恢复行为承担责任，由此则能最大限度地减少因摄影作品模棱两可的独创性判断标准带来的困扰。

再次，就摄影作品权属确定困难这一问题而言，由于通知规则中的有效通知包含了构成侵权的初步证明材料和权利人的真实身份信息，⁹照片存储平台可以凭借权利人发出的有效通知中所附的材料对摄影作品的权属做出初步判断。权属证明材料对于通知是否具备有效性十分重要，在“郑巧云诉百度公司案”中，原告初次发出的通知中没有附带任何权属证明材料，故该通知不被法院认为是有效通知。¹⁰需要注意的是，尽管仅凭水印等权利标记无法百分百确定摄影作品的真实权利人，然而在司法实践中，若无相反证据，作品登记证书、同期拍摄的系列图片、¹¹摄影作品发表截图、电子底稿等证据¹²均可作为摄影作品权属的初步证明材料。换言之，有效通知中对权属证明材料的要求不会过高增加权利人的负担，反而有助于更好地分配权利人和照片存储平台各自承担的义务。

5. 结语

如上所述，在确定网络环境下著作权间接侵权纠纷中网络服务提供者注意义务的范围时，需要从作品类型、平台商业模式等客观的具体要素出发，综合考虑各要素对网络服务提供者主观上是否“明知”，或“应知”且“能知”侵权事实存在的影响。对于摄影作品侵权案件而言，摄影作品的创造性门槛、创造性程度和水印等权利标识会影响侵权事实是否存在及其明显程度。在侵权事实并不明显的情况下，就算照片存储平台存在推荐行为，也不能推定其知道侵权内容存在，只能适用通知规则来判断摄影作品存储平台的过错。

参考文献

[1] 王迁. 视频分享网站著作权侵权问题研究[J]. 法商研究, 2008(4): 42-53.

⁹《民法典》第1195条，《信息网络传播权实施条例》第14条。

¹⁰广州互联网法院(2019)粤0192民初1539号民事判决书。

¹¹广州知识产权法院(2021)粤73民终1878-1884号民事判决书。

¹²北京互联网法院(2021)京0491民初4106号民事判决书。

- [2] 王迁. 知识产权法教程[M]. 第7版. 北京: 中国人民大学出版社, 2021: 123.
- [3] 梁志文. 摄影作品的独创性及其版权保护[J]. 法学, 2014(6): 32-41.
- [4] 马一德. 再现型摄影作品之著作权认定[J]. 法学研究, 2016(4): 137-151.
- [5] 喻玲. 德国摄影作品著作权保护的历史发展及其启示[J]. 知识产权, 2014(12): 89-95.
- [6] 孙昊亮. 全媒体时代摄影作品的著作权保护[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2021, 39(3): 109-119.
- [7] 陈绍玲. 短视频版权纠纷解决的制度困境及突破[J]. 知识产权, 2021(9): 17-30.
- [8] 王迁. 视频分享网站著作权侵权问题再研究[J]. 法商研究, 2010, 27(1): 85-94.
- [9] 来小鹏, 马晓明. 网络环境下摄影作品著作权保护探析[J]. 中国出版, 2019(21): 49-52.