

新媒体时代下网络服务提供者的责任审视

——以网络视频著作权侵权为视角

陆可攀

浙江理工大学法政学院、史量才新闻与传播学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年9月14日; 录用日期: 2023年9月21日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

近年来, 互联网视频著作权侵权问题屡见不鲜。关于网络服务提供者的责任认定问题, 既是理论界的争论焦点, 也是实务界的判决要点。中国法律虽然规定了网络服务提供者的注意义务, 但并未明文规定其主动审查义务, 而对其通知审核义务与事后防范义务的规定也较为模糊。为促进网络视频产业的良性发展, 需要通过研发并运用过滤技术、明确合理使用制度、强调比例原则的方式, 来明确网络服务提供者的注意义务、通知审核义务以及事后防范义务。

关键词

网络服务提供者, 著作权侵权, 侵权责任, 规制建议

The Responsibility of Internet Service Providers in the New Media Era

—From the Perspective of Online Video Copyright Infringement

Kepan Lu

School of Law and Politics, Shi Liangcai School of Journalism and Communication, Zhejiang Sci-Tech University, Hangzhou Zhejiang

Received: Sep. 14th, 2023; accepted: Sep. 21st, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

In recent years, the problem of Internet video copyright infringement is commonplace. Regarding the responsibility of network service providers, it is both the focus of the theoretical debate and the key point of judgment in practice. Although China's law stipulates the duty of care of network

service providers, it does not expressly provide for their active review obligation, and the provisions of their notification and audit obligation and after-the-fact prevention obligation are also relatively vague. In order to promote the benign development of the online video industry, it is necessary to clarify the duty of care, the duty of notification and review, and the duty of prevention of network service providers through the research and development and application of filtering technology, the clarification of the fair use system, and the emphasis on the principle of proportionality.

Keywords

Network Service Provider, Copyright Infringement, Tort Liability, Regulatory Proposals

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. 新媒体时代下网络服务提供者的法律定性

1.1. 网络服务提供者的学术性界定

研究新媒体时代下网络服务提供者的法律责任，首先必须明确网络服务提供者的法律定性。网络服务提供者在不同国家的法律文本中有着不同的概念界定，学术界一般将其定义区分为广义和狭义。广义的网络服务提供者指的是为用户提供互联网服务的一切个体与法人，如欧盟的《电子商务指令》将网络服务提供者定义为“既定服务提供者” (established service provider)，意为在不确定期间内使用固定场所有效从事经济活动并为社会提供信息服务的所有自然人或法人。狭义的网络服务提供者通常指的是只提供中介技术服务，不以提供内容为运营方式的网络服务提供者，如美国的《数字千年版权法案》 (Digital Millennium Copyright Act，以下简称 DMCA) 第 512 条将网络服务提供者定义为“服务提供者” (service provider)，意为在用户指定的网络两点或数点间，以不修改材料内容为条件，提供传输、路由或数字在线通信连接的实体，而不包括在线网络接入提供商和因此而产生的设施运营商[1]。

1.2. 我国对网络服务提供者的术语使用

随着网络经济的发展和 Web3.0 时代(以 AI、区块链等数字技术为标志)的到来，网络服务提供者也成为了我国知识产权法学界炙手可热的术语之一。我国在《信息网络传播保护条例》(以下简称《条例》)、《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)、《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)、《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》(以下简称《规定》)等法律文书中均使用“网络服务提供者”这一称谓。为了同我国法律法规中的称谓相统一，本文以网络视频著作权侵权为视角，使用“网络服务提供者”这一称谓，研究其狭义主体的义务与责任，以期对网络视频著作权侵权乱象的治理有所助益。

2. 新媒体时代下网络服务提供者的法定义务

2.1. 网络服务提供者的注意义务与主动审查义务

注意义务指的是著作权侵权行为的事前预见义务和损害避免义务，要求网络服务提供者谨慎注意，及时发现其应当预见的侵权行为，并主动预防损害结果的发生。网络服务提供者的注意义务主要来源于

《民法典》第 1197 条和《规定》第 10 条、第 11 条以及第 12 条：(1) 《民法典》第 1197 条修改并扩大了《中华人民共和国侵权责任法》第 36 条之规定中的网络服务提供者构成侵权的知情情形，将“知道”扩大为“知道或应当知道”。这一扩大体现了红旗规则，系避风港原则的例外情形，即当侵权行为像红旗飘扬般显而易见时，网络服务提供者必须采取必要措施，否则将与侵权人一同承担连带责任。由此可见，《民法典》在红旗规则下，明确了网络服务提供者“应知”的预见义务性，对其赋予了注意义务；(2) 《规定》第 10 条和第 12 条具体地规定了网络服务提供者的“应知”情形，更是在第 11 条明确使用“注意义务”一词，并对注意义务的高低标准提供了重要参考因素，即是否直接获得经济利益。如上所述，网络服务提供者的注意义务于法有据。

那么，网络服务提供者具有注意义务是否意味着其同时具有主动审查义务呢？首先需要明确的是，注意义务并不等同于主动审查义务。主动审查义务，指的是在用户上传内容时，网络服务提供者积极地、主动地对内容进行形式审查与实际审查，确认是否存在侵权情形，倘若审查结果显示侵权行为存在，且网络服务提供者未主动、及时地删除该内容，则须承担间接侵权责任。本质上，主动审查义务是一种严格程度更高的注意义务，主动审查义务对网络服务提供者的积极性与主动性要求远高于注意义务。根据红旗规则以及《规定》中对“应知”的界定，网络服务商的注意义务都针对非常明显、昭然若揭的侵权行为，而在我国现行法律规定下，尚没有法律明文规定网络服务提供者应承担主动审查义务。因此，本文认为，法律并未赋予网络服务提供者主动审查义务。

2.2. 网络服务提供者的通知审核义务

通知审核义务指的是，网络服务提供者在接到权利人发出的有效通知后，对初步证据和疑似著作权侵权内容进行形式审核与实质审核，并对审核结果做出退回通知或采取“必要措施”的处理。网络服务提供者是否具有通知审核义务体现在《条例》第 15 条、第 17 条以及《民法典》第 1195 条：(1) 《条例》第 15 条规定了网络服务提供者接到权利人的通知后，应当立即删除相关内容，《条例》第 17 条则规定了网络服务提供者接到服务对象的书面说明后，应当立即恢复被删除的内容。从这个角度看，《条例》并没有规定网络服务提供者应当对相关内容进行审核；(2) 《民法典》第 1195 条规定了网络服务提供者在接到通知后，应根据构成侵权的初步证据和服务类型采取必要措施，但并未明确指出网络服务提供者应当进行实质审核。该在沿袭《侵权责任法》第 36 条第 2 款的基础上，在“通知—必要措施”程序中增加了权利人所做通知应包含的必要信息，即构成侵权的初步证据和权利人的真实身份信息，同时增加了当权利人做出错误通知并造成网络用户或者网络服务提供者损害时因承担的侵权责任。然而，对于初步证据的标准以及必要措施的具体内容，法律并没有明确规定，这无异于赋予了网络服务提供者一定的“自由裁量权”。由此可见，网络服务提供者的通知审核义务在法律上的规定并不十分明确。

2.3. 网络服务提供者的事后防范义务

事后防范义务指的是，面对已经明确的著作权侵权行为，网络服务提供者不仅要处理此次的内容，还应采取有效措施，预防再次出现与该内容相同或类似的侵权情形。网络服务提供者是否具有事后防范义务，关键在“通知—必要措施”规则之“必要措施”的范围是否包含事后保障措施。《侵权责任法》第 36 条第 2 款规定了网络服务提供者采取的 necessary measures 包括删除、屏蔽、断开链接等，该规定在《民法典》中被继续沿用。首先，《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》)仅规定了部分网络服务提供者须适用“通知—删除”规则，而《民法典》则顺承“通知—必要措施”规则，《民法典》和《条例》是一般法和特别法、上位法和下位法的关系。同时，相较于《条例》，《民法典》无论在有效通知的条件、错误通知的责任等方面都进行了明确和较为完善的规定。因此，本文认为“通知—必要措施”规则上位

于“通知-删除”规则，即网络服务提供者同时应履行删除之外的屏蔽、断开链接等义务。再者，《民法典》对必要规则的定义中包含了“等”这一字眼作为兜底，意味网络服务提供者的必要措施包括但不限于删除、屏蔽、断开链接，还可以采用其他防范措施，例如一定时间内甚至永久封禁多次侵权的账号，或运用技术手段拦截同类侵权作品等，为理论界与实务界探讨网络服务提供者的事后防范义务留下了空间[2]。

3. 新媒体时代下网络服务提供者的过错与责任判定

3.1. 注意义务下的过错及责任判定：应知

注意义务要求网络服务提供者在保持中立的前提下，谨慎注意，对应知的著作权侵权行为及时做出主动限制，并达成实质上的限制效果，以保护平台用户的知识产权，否则将承担因其疏忽大意而产生的过错责任。根据《民法典》第1197条中“应知”的主观过错，网络服务提供者违反注意义务，则与直接侵权人一般性地构成共同侵权，承担连带责任，即“侵权事实 + 损害后果 + 网络服务提供者应知 + 未采取必要措施”。同时，《规定》第10条和第12条具体地规定了网络服务提供者的“应知”情形。

然而，在司法实践中，网络服务提供者属于中立角色这一论断已逐渐无法站稳脚跟，其角色已逐渐由“中立者”向“伪中立者”转变，这将归因于网络科技发展带来的算法推荐技术。算法推荐技术涉及内容分析、用户标签、评估分析、安全内容，运用大数据对用户偏好进行分析，综合评估内容热度以及协同特征，将内容有筛选地推荐给不同的用户。算法推荐技术虽然是一种客观无意识的编程方法，但其涉及和应用都是由平台操纵的。以内容安全机制为例，在这一机制下，不论是UGC(企人生产内容)还是PGC(专业生产内容)，都将经过平台的审核与筛选，不合格的内容将会被召回¹。在“北京爱奇艺科技有限公司诉北京字节跳动科技有限公司侵权案”中，海淀法院聚焦UGC推荐平台的合理注意义务，指出相比于不采用算法推荐、仅提供信息存储空间服务的其他经营者相比，北京字节跳动科技有限公司理应对用户的侵权行为负有更高的注意义务。因此，在此案件中，北京字节跳动科技有限公司对侵权情况应属于应知事件，构成间接侵权²。

3.2. 通知审核义务下的过错及责任判定：明知

上文中阐述的法律对网络服务提供者的通知审核义务规定并不明确，《民法典》第1195条第2款规定了其在权利人进行了通知程序后未及时采取必要措施，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任的归责情形，即“侵权事实 + 损害扩大部分 + 权利人通知 + 未采取必要措施”。有学者认为，在“通知-必要措施”规则下，可以依据《民法典》第1197条中“明知”的主观过错追究网络服务提供者的连带责任。“明知”作为主观故意的特征之一，属于网络服务提供者具有主观过错的要件，虽然明知这一主观因素很难被认定，但权利人的有效通知能够推定网络服务提供者对“疑似侵权情形”的主观明知。判定网络服务提供者是否明知的标准一般有三：(1) 网络服务提供者自身明确承认，而为了追求利益最大化与损失最小化，少有当事人会主动承认其主观过错；(2) 当事人的“通知”程序，权利人提交初步证据和权利人真实身份后，能够推定网络服务提供者在接到适格通知后就已经知晓疑似侵权行为的存在，倘若未及时采取必要措施，则可推知其存在主观过错；(3) 可以证明网络服务提供者接触过侵权信息的其他证据。因此，“通知-删除”规则中权利人的有效通知能够具像化地推定网络服务提供者的主观的明知情形。

对于初步证据的标准以及必要措施的具体内容，法律并没有明确规定，在学理上，网络服务提供者

¹ 全国首例算法推荐案：“算法外衣”难言“技术中立”[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/bzriy4owul0tUh6JoEraiA>, 2022-02-26.

² 北京市海淀区人民法院(2018)京0108民初49421号民事判决书。

收到权利人的通知后,最便捷有利的处理方式有二:(1)判断通知符合《条例》第14条的形式要件标准,不进行实质审核,直接删除相关内容,躲在避风港规则的保护伞下;(2)判断通知不符合《条例》第14条的形式要件标准,不进行实质审核,也不删除相关内容,由于没有进行实质审查,网络服务提供者仅对“疑似侵权情形”具有主观明知,而不导致对“确有侵权情形”的明知,亦可不承担赔偿责任^[3]。最终招致两种损害结果,一是使得遭受恶意举报或构成合理使用的网络用户无端受过、遭受损失;二是使真正的被侵权人维权无果、遭受损失。在“北京爱奇艺科技有限公司诉北京字节跳动科技有限公司侵权案”中,北京海淀区人民法院则是认为,网服务提供者是否采取了必要措施应从以下两个方面判断:(1)形式要件:网络服务提供者是否根据用户侵权行为的方式以及自身所提供服务的性质、技术水平、信息管理能力等,实际采取了包括但不限于删除、屏蔽、断开链接等方式的措施;(2)实质要件:上述措施的采取是否产生了制止和预防明显侵权的处理结果³。

3.3. 事后防范义务下的过错及责任判定:已知

事后防范义务要求面对已经明确的著作权侵权行为,网络服务提供者不仅要处理此次的内容,还应采取有效措施,预防再次出现与该内容相同或类似的侵权情形。在巨大的利益推动下,互联网侵权行为屡禁不止,可谓是“野火烧不尽,春风吹又生”。以东京奥运会为例,活动期间,中央广播电视总台针对侵权内容的发函率为98.1%,下线率为86.9%，“通知-删除”力度不可不谓之大。但直到赛事闭幕之日,单日新增侵权数并未明显减少。法律虽然没有详细列举出网络服务提供者在事后防范义务下的过错及责任判定,但以不完全列举的方式规定了必要措施的内容,为实务界对互联网侵权行为提供了一定的法律依据。

司法实践中,法院往往会赋予网络服务提供者一定的事后预防义务,并逐步确立了以“网络服务的类型、侵害权利的性质、侵权的具体情形和情节、技术可行性、成本等因素”综合确定必要措施的规则⁴。在腾讯诉抖音侵害《斗罗大陆》动漫信息网络传播权一案中,重庆市第一中级人民法院不但判令被告方删除侵权视频,还应当立即采取有效措施过滤和拦截用户上传的侵权视频,预防用户重复侵权。该行为保全裁定已被最高人民法院选为2021年中国知产法院50件典型案例⁵。重庆市自由贸易区人民法院则认为,今日头条在已经接到权利人通知之后,未按照运营规范或惩罚制度封禁侵权用户的账号,导致重复侵权情形的发生,应作为加大侵权赔偿数额的变量因素⁶。由此可见,为适应当下多样化的视频侵权事实,避风港原则已经在司法实践中被不断突破,网络服务提供者被赋予了一定的事后防范义务,但就其具体范围存在差异。

4. 新媒体时代下网络服务提供者的规制建议

4.1. 以过滤技术为核心的注意义务

网络服务提供者运用一般性技术对用户上传的内容进行审查,审查的效果则完全依赖技术的进步以及网络服务提供者自身的经济能力与技术实力。因此,需要从技术可行性与平台承受能力两个方面进行规制。

首先,网络服务提供者应加强对过滤技术的研发和运用。目前,各大亚台均运用算法技术对用户进行内容的精准推送,同样,算法技术也能够被用于著作权侵权内容的发现与过滤。国外已有不少平台运

³ 案例报告:全国首例算法推荐案,UGC推荐平台“技术中立”难抗辩[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/LnkmnvKzLxxSPx1cp3X-yA>.

⁴ 平台责任:删除链接非唯一必要措施,应综合侵权情节等确定[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/pKtDbpVHqvh5OAvHoA6bRw>, 2023-7-27.

⁵ 重庆市第一中级人民法院(2021)渝01行保1号民事裁定书。

⁶ 重庆市自由贸易区人民法院(2019)渝0192民初10862号。

用过滤技术进行内容审查：视频共享网站(YouTube)使用了内容编号(Content ID)系统；听觉魔术公司(Audible-Magic)开发的过滤技术也受到视频共享网站每日影像(Dailymotion)、视频分享网站维梅奥(Mimeo)以及音频社交网站声云(Sound-cloud)的青睐[4]。在我国，很多平台也不断研发过滤技术：2011年“百度文库”在线文字分享平台采用了“DNA反盗版文档识别系统”；2015年微信公众号亚台建立了原创内容保护系统和抄袭举报制度；2018年字节跳动公司首次公开其自主研发的“灵识系统”，抖音、西瓜视频、火山视频等平台均接入了该系统。网络服务提供者在发展自身并获得巨大收益的同时，应当关注过滤技术的发展与应用，合理利用算法技术，打击用户的侵权行为。其次，不同网络服务提供者之间的经济能力与技术实力相差悬殊，而过滤技术的运用非常昂贵，倘若对所有平台赋予同样的注意义务，一来不符合实质公平，二来对于小型平台而言无异于断其生路。对此，可以采取分层级适用的方式，由大型平台率先引入过滤义务，较小平台则继续适用“通知-必要措施”规则，并强化侵权治理意识，逐步过渡至过滤义务规则[5]。

4.2. 以合理使用为核心的通知审核义务

用户上传的内容可以分为明显侵权内容、疑似侵权内容以及不侵权内容，当网络服务提供者合理运用过滤技术删除了明显侵权内容后，未被检测出的疑似侵权内容及不侵权内容将会成功上传至平台。当权利人发现或怀疑自己的著作权受到侵害时，将会“通知”网络服务提供者，要求通过“必要措施”维护自己的权益。要验明疑似侵权内容真身，则需要网络服务提供者对其进行实质审核，其中最大的争议便是是否构成合理使用。为将合理使用制度从理论研究和制度规定转化到司法实践中，需要结合技术发展实践与法律制度环境两个方面进行探讨。

首先，在技术层面，要根据实施效果与监管需求选择适宜的技术路径。面对海量的视频，依靠人工对合理使用进行判断与筛选显然是天方夜谭，进入技术对合理使用进行算法化势在必行：(1) 选择算法模型。在分类和回归两种模型下，前者用于得出某种情形是否构成合理使用，而后者则用于得出某种情形构成合理使用的可能性大小。合理使用算法的目的为判断某一行为构成合理使用的可能性大小，进而决定是否采取侵权处置措施，选择回归模型更为适宜[6]。(2) 选择数据样本。为训练算法模型，需要适宜且充足的样本，可以利用裁判文书网，将目前已有的关于合理使用的判决添加入库。当样本数量缺乏时，可引入合成数据(synthetic data)，更廉价、更高效地批量生产制造训练所需的海量数据，作为对真实数据的补充或替代⁷，提升算法训练的成效。其次，在法律层面，要协调我国的著作权法律制度。我国现行的《著作权法》第24条在表面上采取“一般条款”与“具体列举”并行的综合立法模式，但实质上仍然对合理使用情形一一列举的封闭式立法模式[7]。可以借鉴融合“三步检验法”与“四标准法”，引入真正的开放式一般条款，在具体列举的条款中没有符合实际的法律规定时，能够运用一般条款对案件进行分析，判定其是否构成合理适用。

4.3. 以比例原则为核心的事后防范义务

比例原则要求网络服务提供者在应对违法违规的内容或行为并根据情况和需求及时采取适当的措施时，平衡网络秩序维护、信息网络服务者发展与用户权益三方之间的关系，追求三方共赢的发展方式。在比例原则下，既要求必要措施能够有效地防止反复的著作权侵权行为，维护好用户的权益，又不能对网络服务提供者施以超出合理范围的要求，造成不成比例的负担，既应当合理规制，也需要适度激励。

首先，以硬法为基准规制软法。当前，各类网络服务提供者都自行设有不同的“在线协议”，协议中往往具体罗列了的网络服务提供者声明和侵权投诉指引，具有较强的自治性。国家工信部、信网部等

⁷ChatGPT爆火背后，再看合成数据与人工智能的未来[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/I6ryFm2jd7MuKBhuuFsuNw>.

监管部门应当采取对话的方式，督促大型网络服务提供者依照法律规定细化其自制规范，合理承担一定的事后防范义务，不能限缩必要措施或简单采取“一刀切”的处理方式。其次，要依据比例原则设立明确合理的事后防范义务，根据侵权情节的轻重程度采取不同的措施：对与情节较轻的侵权行为，采取断开链接、扣除用户积分、要求提供保证金等措施；对情节较重的侵权行为，采取一定期限内监控、封禁账号等措施；对情节严重的侵权行为，采取永久封禁账号的措施。最后，激励网络服务提供者主动承担义务。政府可以设立创新基金或提供研发支持，激励网络服务提供者开发新技术、新功能或者改进现有服务，使其有机会、有能力、有动力地预防反复侵权，降低其承担事后防范义务的运营成本，从而积极主动地承担义务，创造出更有利于网络视频产业生态系统的环境。

5. 结语

互联网视频侵权问题以“野火烧不尽，春风吹又生”之势屡禁不止，对我国对理论界与实务界都带来了挑战。现有的法律规范赋予了网络服务提供者一定的注意义务，即“应知”的义务，这也是红旗规则的体现。网络服务提供者违反注意义务，则与直接侵权人一般性地构成共同侵权，承担连带责任。法律并未赋予网络服务提供者主动审查义务，即不要求网络服务提供者积极地、主动地对内容进行形式审查与实际审查。在“通知-必要措施”规则下，可以依据《民法典》第1197条中“明知”的主观过错追究网络服务提供者违反通知审核义务的连带责任，法律也以不完全列举的方式规定了必要措施的内容为“已知”状态下的事后防范义务留下了空间。为促进网络视频产业的良性发展，需要从技术可行性与平台承受能力两个方面规制研发并运用过滤技术，需要结合技术发展实践与法律制度环境两个方面明确合理使用制度，需要从合理规制和适当激励两个方面强调比例原则，从而明确网络服务提供者的注意义务、通知审核义务以及事后防范义务。

参考文献

- [1] 张玲玲. 网络服务提供者遣返著作权责任问题研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2019: 33-34.
- [2] 林星阳, 胡延杰. 数字版权时代下短视频平台义务范围研究[J/OL]. 电子科技大学学报(社科版), 2023: 1-11. [https://doi.org/10.14071/j.1008-8105\(2022\)-4016](https://doi.org/10.14071/j.1008-8105(2022)-4016)
- [3] 司晓. 网络服务商知识产权间接侵权研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016: 91-92.
- [4] 刘宇晖. 网络服务提供者内容审查义务的相关法律问题研究[J]. 山东社会科学, 2023(5): 100-106. <https://doi.org/10.14112/j.cnki.37-1053/c.2023.05.010>
- [5] 曹帅帅. Web3.0时代短视频产业版权过滤义务探析[J/OL]. 长江师范学院学报, 2023: 1-8. <http://kns.cnki.net/kcms/detail/50.1195.Z.20230724.1512.002.html>
- [6] 邵红红. 著作权合理使用算法化: 必要、可能与限度[J]. 财经法学, 2023(4): 149-164. <https://doi.org/10.16823/j.cnki.10-1281/d.2023.04.011>
- [7] 秦俭. 创新驱动背景下我国互联网合理使用制度研究——兼论《著作权法》第24条修订建议[J]. 科技与法律(中英文), 2022(5): 76-84+122. <https://doi.org/10.19685/j.cnki.cn11-2922/n.2022.05.009>