

《比较法研究》网络首发论文

题目： 民法典网络侵权条款研究：以法解释论框架的重构为中心
作者： 薛军
网络首发日期： 2020-07-30
引用格式： 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. 比较法研究. <https://kns.cnki.net/kcms/detail/11.3171.D.20200729.1822.014.html>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

民法典网络侵权条款研究：以法解释论框架的重构为中心

薛军*

摘要：民法典在网络侵权的问题上，遵循一般性的过错责任原则。网络服务提供者在有过错的情况下，为网络用户的行为承担帮助侵权的责任，对有关损失承担连带责任。受到来自美国的避风港规则影响的通知—删除以及反通知规则，在中国民法典所确立的网络侵权的制度体系之下，应该被理解为是指示性的规定，其功能在于协助判断网络服务提供者是否存在过错。

关键词：中国民法典；避风港规则；反通知；网络侵权；帮助侵权

一、引言

伴随着《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的正式颁布，中国民法学理论与实践正式迎来了“后法典时代”。所谓后法典时代，主要是指在民法典编纂完成后，民法理论与实践，在很大程度上将依托于对民法典条文与制度的阐释而展开。民法典编纂并没有也从未追求将民事领域所有的法律规则毫无遗漏地纳入民法典之中，因此，在民法典之外不可避免地仍然存在大量的特别法、单行法规。但考虑到民法典在整个法律体系中所具有的基础性地位，在对民法典中的条文给出理解与适用方案时，应当追求相当程度的体系摄能力，也就是与民法典的整个制度体系，能够融合在一起，不存在矛盾与冲突。另外也要追求民法典中的规定，作为一般性法律适用方案的潜力，这与民法典所具有的“一般法”地位相适应。¹

但由于中国民法典编纂进程本身所具有的特殊性，民法典中的大多数条款和制度都有一个明确可追溯的“前身”，而这些“前身”都有与之相关的极其丰富，甚至已经相当固化的法学理论与司法判例体系。如何处理民法典与这些前民法典时代的理论与判例之间的关系，是“后法典时代”的法解释论体系建构者必须特别予以关注的问题。笔者曾专门撰文指出，如果民法典编纂之后的第一波法解释论，持有一种过于消极、保守的态度，只满足于针对所谓的新规则，进行查漏补缺式的研究，对于其他条文，满足于一种“萧规曹随式”的解读，那么很有可能抹杀这次民法典编纂所应具有的促进理论与实践反思与重构的积极价值。中国民法典编纂不应该被简单地理解为是一次捎带了些许新东西的汇编，而是实实在在地建构了一个新的体系。所有的民事法律制度，无论是全新的制度还是沿袭了先前规定，都应该放置于这一新体系之中来审视和分析。某些制度即使大体上沿袭了先前立法的规定，也完全有可能在一种新的体系视角下被赋予一种新的解释框架。²民法典应该成为我们的一个新的出发点，而不是一个中途路过的加油站。

*北京大学法学院教授，意大利罗马大学法学博士。本文在写作过程中与殷秋实、吴奕锋、洪国盛、余佳楠、许一君、夏江皓、王英州、刘庆文等人进行了深入讨论，他们对本文提出了诸多修改意见，特此致谢。当然，文章中所有的错误是我个人的。

¹关于大陆法系的民法典，特别是德国民法典在法律体制中作为一般法地位的论述，可参考[德]K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，中国法制出版社2017年版，第270页。

²关于民法典编纂之后的第一波法律解释应该如何展开，在展开的过程中需要注意什么问题，笔者曾经以《民法总则》的一个制度为例子作出尝试。参考薛军：《中国法上的行为能力宣告：制度内涵与解释论重塑》，载《学术月刊》2019年第12期。

在这一点上,《民法典》所确定的网络侵权条款(第 1194 条到 1197 条)是这方面的一个典型。这一组规范的“前身”在民法典编纂之前有着极其复杂的立法表达和司法实践。说这一制度是中国法上存在最大混乱与实务理解不统一的制度之一,毫不过分。但由于《民法典》中的这一组规范与先前的立法表达之间存在千丝万缕的联系,因此也极有可能被作出一种萧规曹随式的解读,但其直接后果就是把先前的混乱带入后法典时代。³为此,本文针对《民法典》中关于网络侵权的这一组规范进行研究。研究的中心在于,针对这一组规范为什么需要以及如何确立一个新的解释论框架。毫无疑问,这一解释论框架必须符合《民法典》侵权责任编所确立的体系,并且具有一般性适用的潜力。这一解释论框架应该成为中国未来涉网络侵权的一个基础性的分析框架。

二、网络侵权既有的解释论框架:问题与挑战

随着互联网信息技术的发展以及网络技术运用对生活领域的全面渗透,利用网络从事侵权行为,成为民事侵权领域理论和实践的一个新领域。但似乎从一开始,中国法上关于网络侵权的理论与实践,以及相应的立法立规,就走出了一条颇为奇特的发展路径。应该说,在整个侵权法的理论构造和制度框架上,中国都一直遵循大陆法系从罗马法——具体来说是阿奎利亚法——以来的侵权法思路,以过错归责为主导性原则,辅之以法定情形下的过错推定以及无过错责任。⁴为了实现侵权法的法政策层面上所要实现的,特定主体的法益保护与普通社会成员行为自由之认可,二者之间的平衡,大陆法系的侵权法通过“受侵权法保护的法益的范围”“过错”“因果关系”“违法性的认定”等构成要件来落实其潜在的法政策考量。虽然在实现的路径上——具体来说,是依赖侵权责任构成要件的哪一个范畴或哪几个范畴来实现评价性功能——大陆法系不同的法域有所不同,但基本上是在这一分析框架之内来展开其侵权法的解释论建构。⁵中国民法从 1986 年《民法通则》第 106 条第二款所确定的过错侵权责任的一般条款开始,到 2009 年制定的《侵权责任法》第 6 条第一款,再到不久前刚刚颁布的《民法典》第 1165 条第一款,都一以贯之地沿用了这一分析框架。⁶

但网络侵权似乎是个例外。源自美国 1998 年制定的《数字千年版权法案》(DMCA)中确定的避风港规则(也就是通知—删除规则,本文在相同的意义上指称避风港规则与通知—删除规则)从一开始就成为中国学者分析网络侵权的基本范式。这一理论范式的影响如此之大,以至于在相当大程度上影响了中国在网络侵权领域的立法以及司法解释的制定。⁷这些立法主要包括 2006 年制定的《信息网络传播权保护条例》、2009 年制定的《侵权责任法》、2018 年制定的《电子商务法》。最近颁布的《民法典》相关条文事实上也深受这一范式的影响。相关的司法解释主要有 2012 年《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》和 2014 年《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》。伴随着避风港规则被移植过来的是一套带有浓厚的美国侵权法特色的分析框架。这一分析框架包括但不限于:网络服务提供者(ISP)与网络内容提供者(ICP)的二分;直接侵权与间接侵权;红旗规则等。这一分析框架对中

³对相关条款的初步解读,可参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 119 页以下。

⁴ Cfr., M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, 614 ss.

⁵ Cfr., P.G. Monateri, *La Responsabilità Civile*, UTET, Torino, 2006, p. 19.

⁶参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 6 页。

⁷相关的研究可参考刘文杰:《从责任避风港到安全保障义务:网络服务提供者的中介人责任研究》,中国社会科学出版社 2016 年版。

国立法与司法的影响可以说是压倒性的。⁸

但是，这种带有“混合继受”特征的制度移植带来了一系列的问题。第一，源自美国 DMCA 的避风港规则本身是内嵌于美国既有的判例与制定法交织在一起的制度体系之中的规则。脱离具体语境，“切片式”地借鉴这一制定法规则，很可能使得相关规则在实际适用中变形与扭曲，进而导致矛盾、失衡。⁹事实证明，这一不完整的制度移植所导致的不良后果，已经在中国的司法实践中显露无疑（后文详述）。

第二，这一规则即使在其发源地美国，最初也主要用来处理网络上发生的版权侵权问题。运用这一规则来处理网络上发生的针对其他类型的知识产权权利，比如专利权，是否妥当，一直存在不同看法。反对意见的主要理由在于，相对于版权作品而言，某一产品是否侵犯了他人的专利权，尤其是发明专利，更加不直观、不容易判断，因此，适用“通知—删除”规则，其实给网络服务提供者哪怕是作出初步判断，也提出了巨大挑战，存在很大的误伤无辜的可能性，明显不合理。¹⁰但何止是知识产权，在网络上发生的侵权行为可能侵害的权益类型多种多样，不仅包括知识产权，甚至也包括了诸如姓名、名誉、肖像、隐私在内的人格权。对于涉嫌侵犯这些权利的情形，如果适用避风港规则，会涉及更加复杂的人格权保护与公众知情权、言论自由的协调等高度敏感的公共政策选择问题，也会涉及互联网企业的营业自由如何得到恰当保障的问题。就此而言，即使我们认为避风港规则对于网络上侵犯版权的行为是大体合适的，对于网络上侵犯其他权益的行为是否一定是合适的呢？这一规则面对形态多样的网络侵权行为，是否都能够大致应对自如？对这一问题毫无疑问要打上一个大大的问号。

第三，避风港规则在当下适用的场景，与其最初提出时所预设的适用场景相比，已经发生了翻天覆地的变化。从网络服务提供者的角度看，“服务”的形态已经不再是简单的存储、接入、缓存、定位、搜索、设链等，还包括了提供网络交易场所，协助进行网络交易等更加复杂的形态。其中最突出的就是网络交易平台型企业的兴起。这种平台型企业在法律属性上，当然也可以看作是网络服务提供者的一种，但其内涵比避风港规则设立之初所预设的网络服务提供者的那种相对简单的形象要复杂得多，相应的治理机制也更加复杂。¹¹在网络服务提供者形态日益多元和丰富的情况下，支持避风港规则的网络服务提供者（ISP）与网络内容提供者（ICP）二者之间的界限也变得日益模糊。举例来说，带有竞价排名性质的网络搜索服务提供者，究竟应该被理解为是 ISP 还是 ICP，似乎并不是那么确定。另外，在中国现实语境中，搭载有海量小程序的社交媒体，是否应该被界定为网络服务提供者？这个问题的答案也并非那么清晰。¹²从网络用户的角度看，情况也发生了深刻变化。在 DMCA 所预设的规则适用场景中，网络用户更多地表现为一种与版权相关的文化消费者形象，在网络上听歌、看电影、打游戏、阅读下载作品等。但随着互联网产业的发展，网络用户的类型发生了变化。利用电商平台从事经营活动的网商，当然也可以被理解为网络用户，但同样是用户，通知—

⁸参见王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社 2013 年版，第 200 页以下。

⁹参见崔国斌：《网络服务商共同侵权制度之重塑》，载《法学研究》2013 年第 4 期。

¹⁰相关讨论中代表性观点，可参见王迁：《论“通知与移除”规则对专利领域的适用性》，载《知识产权》2016 年第 3 期；詹映：《“通知—移除”规则在专利领域的适用性分析》，载《法商研究》2017 年第 6 期；刘建臣：《“通知—移除”规则适用于专利领域的理论困局及其破解》，载《知识产权》2019 年第 1 期。

¹¹相关研究可参见周学峰、李平主编：《网络平台治理与法律责任》，中国法制出版社 2018 年版。

¹²在这方面的著名的案例是所谓“微信小程序第一案”。案件的基本信息为：刀豆网络科技有限公司与长沙百赞网络科技有限公司、深圳腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，杭州互联网法院（2018）浙 0192 民初 7184 号。对此案的一个系统评论，可参见刘文杰：《“通知删除”规定、必要措施与网络责任避风港——微信小程序案引发的思考》，载《电子知识产权》2019 年第 4 期。

删除规则对不同性质网络用户的影响程度存在巨大差别。对于一个 BBS 的用户、博客用户、微博用户来说，这一规则的适用可能就是自己分享的作品被删除，但对于网商来说，却可能意味着自己赖以生存的网店经营无以为继，产生巨大的经济损失。对于社会经济后果上如此巨大的差异，如果仍然坚持整齐划一地适用避风港规则，似乎难以避免会发生削足适履的问题。

第四，避风港规则背后所预设的网络服务提供者不承担对于网络上可能发生的侵权行为的预先审查义务的政策判断，在技术迭代发展、网络的社会经济功能深刻转换之后，是否仍然具有可以在一般性意义上成立的妥当性，这本身就值得怀疑。如果随着信息技术的发展，网络服务提供者对可能存在的侵权行为进行事先审查和控制的能力大大增强，并且成本不再那么高企，那么从社会整体福利最大化的角度看，课加网络服务提供者事先审查义务，比采取避风港规则，将更具实质的制度合理性。而这一点正是在最近几年来日益受关注的话题。¹³退一步说，由于网络上的侵权行为涉及的权益形态丰富而且多样，是否在所有的权益侵害形态中，网络服务提供者都一概不承担预先审查义务，也仍然需要具体分析，并不能一概而定。还要看到，即使在其起源地，美国最近发布的关于避风港规则适用情况的分析评估报告也揭示，避风港规则这些年来的实践效果上存在一些不容忽视的结构性的利益失衡的问题。¹⁴在这样的情况下，我们仍然坚持这一规则的机械适用，其合理性就存在疑问。我们至少需要考虑如何合理地限定其适用的场景。

第五，撇开上述所有实质性问题不论，从法律继受、体系整合的角度看，在中国侵权法的体系中，在网络侵权领域，引入美国法上的避风港规则，并且作为一种主导性的分析框架，仍然造成了相当多的学理层面上的混乱与概念体系上的冲突。举例来说，避风港规则在美国法上的背景，乃是特定的严格责任背景之下的免责要件。这一框架以直接侵权与间接侵权的分类为基础。这些分析也伴随着避风港规则的引入，成为中国学者分析网络侵权的基本框架。但在中国侵权法上，基本上不使用所谓的直接侵权与间接侵权的分析框架。如果涉及多个主体，大陆法系更多地采用共同侵权的分析框架，在共同侵权的具体形态中包括了教唆、帮助等特殊共同侵权。¹⁵由于分析框架的不接榫，导致在网络侵权中熟悉大陆法系侵权法思维的法官与学者，在理解与转换来自美国法的避风港规则的时候，产生了很多误解，对避风港规则的性质，究竟作为一种归责条件还是免责条件，发生重大分歧。¹⁶这种误解与分歧进一步影响到司法实践并且传导到互联网产业领域，甚至形成了有中国特色的“避风港困局”：权利人、网络服务提供者与网络用户都对避风港规则的适用抱怨连天，而法官也感觉左右为难。

无论如何，出现这种现象都让人倍感困惑。因为大陆法系以过错责任为主导的侵权法制度框架，虽经历现代工业革命的挑战，但在作出一些调整之后，仍然能够得到很好的适用，并未发生大的问题。这与过错责任原则本身所具有的巨大弹性与包容性有莫大关系。法官与学者根据技术的发展，产业形态的变迁，不断调适从事各种社会活动的行为人所应该承担的注意义务的内涵，以此来合理分配风险。相应的归责方案，借助于过错内涵的发展、因果关系的划界限责功能、不法性概念的评价功能，可以相当好地回应社会发展对侵权法体系所提

¹³崔国斌：《论网络服务商版权内容过滤义务》，载《中国法学》2017年第2期。

¹⁴ See DMCA REPORT, <https://www.copyright.gov/policy/section512/section-512-full-report.pdf>, 访问时间：2020年7月20日。

¹⁵参见陈啸：《侵权行为法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第406页。

¹⁶参见王迁：《〈信息网络传播权保护条例〉中“避风港”规则的效力》，载《法学》2010年第6期。作者在论文中比较细致地分析了我国相关立法中对这一问题的理解上存在的混乱，以及可能的解决思路。

出的新课题。¹⁷这一套成熟的分析框架为什么在网络侵权领域就行不通呢？不可否认，网络侵权相对于其他的侵权行为，的确具有自己的特殊性，但这些特殊性，真的到了无法通过大陆法系的侵权法分析框架来予以容纳的程度了吗？似乎并不是这样。

笔者认为，现在是到了让中国法上的网络侵权回归通常的解释论框架的时候了！而这一回归绝不意味着对避风港规则的完全否认，而是重新定位其在网络侵权制度体系中本来应该具有的角色。随着解释论框架的重构，许多倍感困扰的问题，将获得新的解释视角，因此不再成为难题。

三、民法典网络侵权条款解释论框架的重构：概要分析

在讨论这一问题之前，需要说明的是，因为网络侵权问题本身已经发展成为一个相当大的体系，因此，这里所讨论的解释论框架的重构只限于概要分析，而不可能详细地论述和展开每一个问题的细节。更加细致的解释论层面上的工作，需要后续的一系列论述去展开和丰富。

（一）在整体框架上回归侵权法上的过错责任

民法典网络侵权条款解释论的展开，首先需要解决的问题就是在整体框架上回归侵权法上的过错责任这一基本出发点。之所以提出这一问题，是因为《民法典》第 1165 条第 1 款所确定的过错归责原则是统摄所有侵权行为类型的一般条款。无论行为人侵犯的是何种民事权益（包括知识产权、人格权在内），以何种方式实施侵权行为（通过网络实施侵权行为也包括在内），原则上都应该基于《民法典》第 1165 条所确定的过错责任的归责原则来承担责任。除非法律有特别规定采取过错推定，或者规定无过错责任，否则《民法典》第 1165 条对所有类型的侵权行为具有普遍适用性。

因此需要讨论《民法典》第 1194 条的规定，该条提到“网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。法律另有规定的，依照其规定”。由于这一条在表述上没有提到“过错”，也没有提到“造成损害”，因此似乎有一定的解释空间，有人尝试将其理解为立法上针对网络侵权，确立了某种形式的无过错责任。但这种解释显然是不能成立的。该条中同时提到了网络用户与网络服务提供者两类主体。对于网络用户而言，通过网络侵权是一种常见的侵权形态。如果将这一条解释为确立了无过错责任，那就意味着对于普通网络用户的网络侵权行为，都采取无过错责任，这显然不符合基本的法律逻辑以及立法政策。迄今为止，没有任何立法例支持对通过网络实施的侵权行为采取普遍性的无过错责任的归责原则。在社会生活普遍互联网化的时代，这将对网络用户行动自由的一种无可忍受的不当限制。对此无须作过多讨论。对于网络服务提供者而言，如果其是作为普通的网络侵权行为的行为人，让其承担无过错责任，也显然是不合理的。其道理与让网络用户承担无过错责任不合理是相同的。如果是网络服务提供者，为网络用户的网络侵权行为提供条件，帮助、诱发了用户的网络侵权行为，考虑到《民法典》第 1197 条已经明确规定了网络服务提供者的过错责任的归责原则，因此说基于第 1194 条，让其承担无过错责任也是不成立的。

那么应该如何理解《民法典》第 1194 条的立法目的？应该认为这一条在性质上类似于 2009 年制定的《侵权责任法》第 2 条第一款，¹⁸属于一个注意性规定。这一条列出网络用

¹⁷ Cfr., M.F. Cursi, *Per una storia critica della tutela acquiliana dei diritti assoluti*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* (2), Napoli, 2006, 104 ss.

¹⁸ 《侵权责任法》第 2 条第一款规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。”这一款也没有提到承担侵权责任需要有过错，也没有提到损害，但是理论上从来没有人认为这一款针对中国的侵权责任确立了普遍性的无过错责任的归责原则。参见王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社 2010 年版，第 91 页。

户与网络服务提供者这两个主体，其目的是指出网络侵权在侵权主体和侵权形态上，通常会具有的特殊形态，以此为下面的三个条文做出铺垫。同时该条明确法律另有规定的，依照其规定，是明确在这个领域可能存在的特别法上的规则问题。除此之外，该条并无其他特别意义。¹⁹

归纳一下，对于网络用户通过网络实施的侵权行为而言，适用普通的过错归责的侵权责任构成要件体系来认定其是否构成侵权行为，是否需要承担相应的民事责任。对此不存在任何疑问。对于网络服务提供者而言，如果其利用网络实施侵权行为，同样适用普通的过错归责原则来判断其是否承担侵权责任，对此也不存在任何疑问。

（二）网络服务提供者基于过错责任对网络用户的侵权行为承担帮助侵权责任

需要特别加以考虑的是，当网络用户利用网络服务提供者所提供的网络服务来从事侵权行为时，后者是否需要承担责任；如果需要承担责任，是基于何种归责原则，承担何种责任。

由于网络用户与网络服务提供者是两个彼此独立的法律主体，根据大陆法系侵权法的基本逻辑，除非二者之间存在某种形式的意思联络或者特殊的法律上的关系，才得以让二者承担连带责任。考察《民法典》关于网络侵权相关条款的规定，可以发现有两处提到了网络用户与网络服务提供者的连带责任问题。一处是《民法典》第 1195 条，提到网络服务提供者在接到权利人的通知后，未及时采取措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。另外一处是《民法典》第 1197 条，提到网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

这两处的连带责任的法理基础值得深入探讨。从这两个条文的表述看，处理的都是网络服务提供者帮助侵权的责任承担问题。帮助侵权，是共同侵权的一种形态。根据《民法典》第 1169 条的规定，教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。这里所提到的帮助，从字面意思看，包括为他人从事侵权行为提供条件，使得他人的侵权行为能够发生，或者已经发生的行为得以持续。帮助侵权是共同侵权的一种形态，帮助侵权者承担侵权责任的前提有二：首先是在事实层面上对于他人侵权行为的实施提供了帮助，如果没有这种帮助，相关的侵权行为要么无从发生，要么已经发生的侵权行为不能持续，要么不能以某种特定方式发生，不能产生特定的后果。其次是帮助人对于他人所从事的行为在性质上属于侵权行为，有主观上的认知，也就是主观上知道或者应当知道他人从事的行为是权益侵害行为，却仍然提供了帮助。根据大陆法系侵权法关于过错的基本学理，这种心理状态是对他人合法权益的保护没有尽到其应当尽到的注意，属于主观上存在过错。基于这种过错，帮助人对于其帮助行为导致的损失，应当承担责任。²⁰

在帮助侵权的形态下，侵权人与帮助侵权人对于侵害他人权益都存在主观上的过错，二者构成广义上的共同侵权行为，应当对于其行为所导致的损失承担连带责任。对此，《民法典》第 1169 条有明确规定。从体系上看，《民法典》第 1197 条关于网络服务提供者帮助网

¹⁹在民法典编纂中，针对第 1194 条，在起草过程中有很多学者认为该条文纯粹是一个宣示性的条文，并没有实际的规范性意义，因此建议予以删除。虽然最后该条文被保留，但其主要目的仍然是宣示性的。从民法典编纂的参与者对该条文起草背景的说明来看，也不能得出该条规定了无过错责任。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 119 页。

²⁰关于帮助侵权，学理上的讨论主要聚焦于数人之间是否需要共同的故意，还是各有相应的故意或过失即可构成。本文作者采取广义的帮助侵权概念，也就是在行为人各自行为都具有过错情况下，他们因对损害结果的发生都存在因果关系，而发生责任连带。之所以将其界定为帮助侵权，主要是因为在这种侵权形态中，网络用户是积极的侵权行为人，而网络服务提供者的侵权行为则是故意或过失地未能阻止、防范主侵权行为的发生。对这一问题，在美国法上，通常用直接侵权与间接侵权来分析。大陆法系相关的分析可参见[德]马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，法律出版社 2006 年版，第 232 页以下。

络用户侵权时，需要承担连带责任的规定，是对《民法典》1169条的规定在网络侵权领域可以适用的确认与重申，也是以明确的法律条文，确认了网络服务提供者在帮助侵权的情况下，系基于过错责任的归责原则来承担责任。

在这样的分析视角之下，再来看《民法典》第1195条第二款所规定的另外一种连带责任，也就是网络服务提供者在接到权利人发出的侵权通知后，如果未及时采取必要措施，对损害的扩大部分与相关的网络用户承担连带责任。基于体系性解释，《民法典》第1195条第二款所规定的连带责任，如果要成立的话，必须满足以下条件：①相关网络用户的行为构成了侵权行为，给权利人造成了权益侵害。因此，如果相关网络用户的行为不构成侵权行为，网络服务提供者接到侵权投诉之后，未采取必要措施，并不意味着网络服务提供者将仅仅因为这一不作为本身而承担责任。②网络服务提供者未采取相应措施的行为，需要被认为存在过错（具体来说，这种过错表现为，知道或者应当知道别人利用自己提供的网络服务在从事侵权行为，但没有及时制止）。这种过错的有无，需要根据具体情况来加以判断，但无论如何，不能与“未采取措施”划上等号。换言之，网络服务提供者接到侵权通知之后，未采取措施，并不必然意味着网络服务提供者存在过错。对这一点无论怎么强调也不为过，正是由于对此存在误解，导致以电子商务平台经营者为典型形态的网络服务提供者认为接到侵权投诉之后的删除义务是法定的强制性义务，仅仅因为不采取措施就足以使自己承担责任。这完全是一种误解，既不符合侵权责任归责原则的一般性要求（行为人存在过错），也不符合帮助网络用户侵权成立的基本前提条件（网络用户构成侵权）。但这种误解甚至被恶意利用，一些外部的权利人集团一直试图将移除义务变成一种无条件的强制义务。²¹这样做的逻辑后果是使得权利人的投诉行为，变为一种变相的、不需要任何审查即可发挥作用的禁令。

就与《民法典》第1197条的逻辑关系而言，《民法典》第1195条所适用的情形，应该认为网络服务提供者在接到相关投诉通知之前，不知道并且也不应当知道用户侵权事实的存在。之所以作出这一限定，是因为如果在接到权利人侵权投诉通知之前，网络服务提供者就知道或者应当知道用户侵权行为事实之存在，那么应该适用的是《民法典》第1197条而非第1195条。从这个角度来看，《民法典》第1197条的规定具有一般性特征，而第1195条的规定所处理的是一种特殊情况。也正是因为这种特殊性，在相应的法律后果上，《民法典》第1195条规定网络服务提供者仅对损害的扩大部分与存在侵权行为的网络用户承担连带责任。这毫无疑问是有道理的。因为网络服务提供者在接到侵权投诉之前，不知道而且不应当知道用户侵权事实的存在，其不存在过错，其行为与这一阶段的损害不存在因果关系，因此不需要对这一阶段的损害承担法律责任。

综合上述对《民法典》第1197条与第1195条关于网络服务提供者承担责任机制的分析来看，可以很明显地看到过错责任原则始终是贯穿于其中的基础性归责原则。这一处理方案，与《民法典》侵权责任编的整体框架完全一致。整个民法典网络侵权条款的解释论建构，毫无疑问必须以此作为出发点。

（三）将《民法典》第1197条作为网络侵权一般条款

将《民法典》第1197条作为网络侵权制度解释论建构的核心条款，明确其作为网络侵权一般条款的属性，抛弃先前的“红旗标准”的解释框架。上文已经分析，无论从体系性的角度还是从一般适用性的角度看，《民法典》第1197条都应该成为未来中国的网络侵权的核心条款、一般性条款、基础性条款。但非常有意思的是，在前民法典时代的解释论体系中，

²¹参见王迁：《荒谬的逻辑，无理的要求——评2008年度美国〈特别301报告〉要求我国政府对网络服务提供商施加“强制移除义务”》，载《中国版权》2008年第3期。

类似条款的地位却颇为边缘化。2009年制定的《侵权责任法》第36条第三款的表述与《民法典》第1197条的表述是相类似的（当然也存在重要差别）。2018年制定的《电子商务法》第45条的规定，与《民法典》第1197条的规定也高度相似。但这些立法中的相关条文，都没有引起足够重视。其最主要的原因在于，受到源自美国的避风港规则的学理框架的影响，中国的立法中类似条款的表述，无不被想当然地解释为中国式的“红旗标准”规则，作为对避风港规则的一种限制性的、补充性的规则而存在。这一点，即使从相关条文的排序和在单个条文内部各款之间排序中，也可以明显地看出来。

但问题在于，美国法上的红旗标准与中国法上的侵权归责体系是难以接榫的。就其内涵而言，红旗标准并不能严格对应于我们所理解的“应当知道”的标准。它是一种比“应当知道”的范围更加狭窄和严格的标准。在美国法上，只有当网络用户的侵权行为像鲜艳的红旗一样在网络服务提供者面前飘扬的时候，才能认为网络服务提供者“应当知道”该侵权事实的存在。换言之，必须是相关侵权事实的存在达到非常明显的程度。但对应于中国法上的普通的过错归责原则的“应当知道”标准，却没有这样的显著性要求，而是根据正常的理性人的标准，能够注意到，就属于“应当知道”。²²

红旗标准的引入，在中国法的理论与实践上引发了诸多问题。《侵权责任法》第36条第三款提到的是，“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任”。从该法律颁布一开始，学界和实务界对于这一条款中所采用的“知道”一词应该如何理解，就发生了重大分歧。²³受美国法上的“红旗标准”理论影响的学者，不同意将这一条文中的“知道”扩展到“应当知道”的情形。这当然有一定的道理，因为美国法上的红旗标准比应当知道的情形更加严格，不允许对这一标准进行普遍性的扩张。但是，即使不包括“应当知道”，似乎也不能将其局限为“明知”的情况，因为这也与红旗标准是不吻合的。而且“明知”的事实，证明起来极其困难，所以将“知道”狭义解释为“明知”，也就是实际知道，也是不合理的。那么是否可以将这一标准解释为“明知”加上“应当知道但因为重大过失而不知道”呢？撇开大陆法色彩浓厚的重大过失标准与红旗标准如何对接这一难题不论，这一解释方案还绕不开另一个更难以面对的问题：为什么在立法上要对网络服务提供者承担责任给予这种优惠待遇？这种立法政策背后的价值选择究竟有没有实质的正当性？因为，一般来说，侵权法上提高归责所需要的过错的门槛（例如从因为普通的过错而承担责任，变为只是在有故意或重大过失的情况下才承担责任），往往对应着利益格局的重大差别。但这样的情况在网络侵权领域并不存在。因此，从2009年的《侵权责任法》之后，一直有强有力的学理上的呼吁，将《侵权责任法》第36条第三款所提到的“知道”，进行扩张解释，涵盖“应当知道”，从而与大陆法系一般意义上的过错归责原则相匹配。这一呼吁在2018年制定的《电子商务法》第45条中得到了落实。该条明确规定：“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的，应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施；未采取必要措施的，与侵权人承担连带责任。”虽然这一法律规范的只是“电子商务平台经营者”这种特殊类型的网络服务提供者，针对的被侵犯的权利，也限于知识产权，但这毫无疑问是中国法上的网络侵权制度体系向着大陆法系“回归”迈出的重要一步。²⁴在这一基础上，《民法典》第1197条将《电子商务法》第45条的规定扩展适用于一般性的网络服务提供者，并且被侵害的对象是所有类

²²参见张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第452页。

²³参见吴汉东：《论网络服务提供者的著作权侵权》，载《中国法学》2011年第2期。

²⁴电子商务法起草组编著：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社2018年版，第134页。

型的民事权益。这可以说就彻底完成了向着大陆法系侵权责任体系的回归。在这样的背景之下，就当然不能“萧规曹随”地仍然用美国法上的“红旗标准”法理去界定和解释《民法典》第 1197 条，而是必须要运用一般的侵权法原理中的过错责任的原理来解释该条文。

作出上述判断，并不意味着美国法上相关制度对中国法上的网络侵权制度的建构毫无借鉴价值。笔者认为，源自美国的法理，在具体制度层面上仍然具有不可否认的积极意义。例如，在将“应当知道”的标准予以具体化的时候，当然可以参考美国的诸多判例中所阐发的基于经济效率考量、推动技术发展、社会总福利最大化之类的原理。因为这也是大陆法系过错归责原则具体适用中不可避免的政策选择的背景因素。²⁵

（四）新的解释论框架之下“避风港规则”的解构与重构

关于避风港规则在美国法语境中的属性，已经有不少讨论，但在中国的语境中仍然存在认识上的巨大混乱。如果说在前提上已经明确了《民法典》第 1197 条作为网络侵权的核心条款以及过错责任原则作为网络侵权的一般性归责原则，那么也必须在这一框架之下来重新理解通知—删除规则。

首先，《民法典》第 1195 条与第 1196 条所确立的通知—删除规则与反通知规则，无论在构造上多么复杂，其目的都无外乎是处理网络用户是否构成侵权行为，以及相应的网络服务提供者是否构成帮助侵权行为，从而是否承担连带责任的问题。而在网络侵权的归责原则上，不可能有独立于过错责任之外的其他标准。相应的条款也必须在这一框架下来处理，才符合基本的法理与形式逻辑。就此而言，必须要明确，《民法典》第 1195 条所规定的通知—删除规则，不可能、也不应该被解释为独立的归责体系，而只能发挥一种辅助性功能，作为评价网络服务提供者是否存在过错的参考因素而发挥作用。所以，当权利人向网络服务提供者发出网络用户存在侵权行为之通知的时候，依《民法典》第 1195 条第二款的规定，“网络服务提供者接到通知后，应当及时将该通知转送相关网络用户……”这里的“应当”不能被解释为是一种真正的、可以被独立诉请要求履行的、独立的义务，而只是一种提示性的、注意性的规定。²⁶道理很简单，即使网络服务提供者对相关侵权投诉置之不理，也并不意味着网络服务提供者必然会承担帮助侵权的责任。因为帮助侵权得以成立的前提条件是：相关被投诉的网络用户，的确被证明存在应该由其承担责任的侵权行为。然后在这一判断的基础上，再去看看网络服务提供者对于相关的侵权行为的防范，是否存在过错；如果网络服务提供者在某时间节点有过错，就需要对该部分损失承担连带责任等。但如果相关的投诉在事后被证明根本不成立，那么网络服务提供者怎么可能会因为没有对投诉及时采取回应措施而承担责任呢？这是一个再浅显不过的逻辑问题。但非常令人不解的是，对于这一问题，中国的许多学者与法官存在严重误解，认为网络服务提供者接到侵权通知之后采取删除措施，是一种严格的法定义务，不采取措施，就必然要承担责任。这种理解没有任何根据。值得一提的是，即使在美国法上，通知—删除规则也只是消极的责任免除规则，而非积极的责任构成规则，也就是说，即使网络服务提供者对于相关的侵权行为投诉未采取任何措施，也只意味着其不

²⁵基于风险效用的分析框架来界定网络服务提供者的注意义务的范围和强度，参见崔国斌：《网络服务商共同侵权制度之重塑》，载《法学研究》2013 年第 4 期。

²⁶需要注意的是，法律条文中即使出现了“应当”的表述，并不必然意味着对应着一个法定的、可以独立诉请履行的、具有独立法律后果的义务。法理上阐述的不真正义务，就属于这种情况。合同法领域的减损义务，也要求非违约方“应当采取适当措施防止损失的扩大”，但这里所提到的“应当”并不对应于一个可以单独诉请履行的法定义务。不履行减损义务的相应后果，只是对扩大的损失不能请求赔偿。就此而言，对《民法典》第 1195 条第二款的解释，需要注意相关表述的上下文以及具体语境，而不能望文生义地将其理解为强制性义务。

享受这个责任免除规则的保护，但也绝不意味着其就因此必然要承担责任。是否承担责任仍然需要看是否构成美国法意义上的间接侵权，而这一点其实有很大的不确定性，取决于直接侵权是否成立。²⁷即使从日常生活的常识看，我们也可以知道，有大量的侵权投诉最终会被证明是不成立的，对于这些不成立的侵权投诉，网络服务提供者怎么可能因为没有采取措施而要承担帮助侵权的责任呢？

在中国法上，很多人从一开始就严重误解了通知—删除规则，以及后来增加的所谓反通知规则中的相关表述的法律内涵，把法律规则对这一过程的描述，理解为严格的法定要求，由此引发了所谓的避风港规则在适用上的困局。²⁸一种流传甚广的说法就是：电子商务平台面对大量的恶意投诉，无可选择，不得不采取删除措施，但这样又对平台内的商家产生巨大危害。但问题在于，在中国之外的任何法域，从来没有人这么来理解通知—删除规则，从来没有人说网络服务提供者（平台）在接到投诉之后必须采取措施，如果不采取措施，就必然地、百分之百地因为这种不作为而承担责任。上述所谓避风港困局，严格来说与这种错误的理解有密切关系。²⁹

其次，需要深入研究避风港规则如何作为判断网络服务提供者是否存在过错的辅助性标准而发挥作用。一般而言，网络服务提供者针对权利人向自己发出的侵权通知，如果及时采取了必要措施，使得相关的侵权行为不再得以持续发生，那么在这种情况下，原则上应该认为网络服务提供者不存在过错，相应地，也不承担帮助侵权责任。但这种认定并非一成不变，也不是无条件、无例外的。这一认定虽然与网络服务提供者不在一般意义上承担对于其网络上是否存在侵权行为的事先审查义务有一定联系，但要尤其注意的是，这种说法并不总是能够成立。网络服务提供者是否承担帮助侵权的责任，是否存在过错，在整体上仍然受到《民法典》第 1197 条规定的约束。如果相应的侵权行为多次发生在网络服务提供者所建构的网络空间中，虽然针对每次投诉，网络服务提供者都采取了必要措施，在这种情况下采取删除措施，也不一定可以使其免责，因为其行为仍然可能被评价为存在过错。³⁰

基于同样的道理，《民法典》第 1196 条所规定的反通知（不存在侵权行为的声明）规则，也应该被纳入到上述框架之中予以解释和适用。从功能上看，侵权通知与相应的反通知，其实是给网络服务提供者作出判断的一些初步资料和依据。网络服务提供者基于这些资料，

²⁷参见刘文杰：《从责任避风港到安全保障义务》，中国社会科学出版社 2016 年版，第 88-89 页。相关的表述是这样的：“起草者特别指出，通知—移除程序不是认定或排除责任所必需。对于服务提供者已经实际知道或者满足‘红旗’标准的侵权，即使版权人并未发出侵权通知，服务提供者若想继续享受责任限制，那么必须迅速移除或者阻止访问。另一方面，即使收到版权人发出的侵权通知，服务提供者也可以拒绝移除材料或网址，如果服务提供者选择拒绝移除，那么责任避风港规定不再适用，负责任与否依版权法的一般规定处理。”

²⁸相关的讨论可参见司晓：《“通知—删除”规则的理解与适用——兼评“十一大唱片公司诉雅虎案”》，载腾讯研究院主编：《互联网+时代的立法与公共政策》，法律出版社 2016 年版，第 346-348 页。

²⁹一个值得讨论的问题是，《民法典》第 1195 条是否可以理解为与有关的绝对权保护相对应的“排除妨碍请求权”在网络侵权领域的一种特殊表现形态。如果作这样的解释，那么即使网络服务提供者没有过错，也没有构成侵权，但受制于这种排除妨碍请求权，要采取相应的措施。对于权利人而言，这种排除妨碍请求权，只能支持其要求网络服务提供者采取断开链接之类的措施，达到停止侵害，而不能要求其损害赔偿。但严格来说，将相关的思路运用到那些权利边界并不清晰，因此相关行为的违法性、非该当性的特征并不容易判断的权利类型，例如知识产权领域，会产生很大的负面作用，特别是对用户和网络服务提供者的行为自由产生不合理的约束。考虑到这样的背景，笔者还是倾向于在基本框架上把《民法典》第 1195 条解释为过错侵权的一种特殊形态。然后，通过涉及不同类型权利的情况下，网络服务提供者注意义务标准的不同设置来处理这一问题。从最终效果来看，对在网络上涉嫌侵犯名誉权、隐私权等问题上，侵权投诉的初步效果，就大约等同于排除妨碍请求权行使的效果。

³⁰参见陈锦川：《网络服务提供者过错认定的研究》，载《知识产权》2011 年第 2 期。作者坚持从过错的判断的角度来把握网络服务提供者是否应当承担责任，并且阐释了一套具有可操作性的过错有无的判断标准。

来决定对网络用户采取或者不采取必要措施。如果相应的网络用户最终被评价为存在权益侵害行为，那么网络服务提供者是否存在过错，是否构成帮助侵权行为，上述资料都可以而且应该作为辅助性参考依据。对此，我们可以假设一种情况，如果权利人发出了侵权的通知，相应的被投诉人发出了反通知。如果网络服务提供者认为反通知有非常确凿的依据，具有很高的可信度，那么其完全可以基于这一事实拒绝采取任何措施。在这种情况下，网络服务提供者不会仅仅因为没有采取措施，就要承担帮助侵权的责任。但是，反过来假设，如果权利人的投诉材料是扎实而且有依据的，被投诉的网络用户仍然发出了一份浮皮潦草的、并没有什么可信度的反通知；但接到反通知的权利人因为各种原因并没有能够在《民法典》第 1196 条所规定的合理期限内提起诉讼，于是网络服务提供者终止了所采取的措施，那么在这种情况下是否就必然意味着网络服务提供者没有过错，不承担任何责任呢？未必如此。如果在后来的诉讼中，发出反通知的网络用户被认定应当承担侵权责任，那么网络服务提供者仍然可能要因为其轻率地终止了所采取的措施，被认为存在过失，从而要承担帮助侵权的责任。

在上述解释论框架之下，通知—删除规则和反通知规则仍然具有积极意义。但在整体上被置入网络侵权归责的一般性框架之下来重新定位其功能与法律意义，更多地作为评价网络服务提供者是否存在过错的重要因素而存在。这才是其合适的定位。也只有这样的定位，才可以解开实践层面上的诸多困局。

四、新的解释论框架对若干实务问题的回应

检验一个解释论框架是否能够良好运作的重要标准是，对于实务上的相关疑难问题是否能够给出妥当的，同时也富有逻辑性的回应。基于上文阐述的基本框架，笔者试图针对网络侵权领域，特别是作为一种特殊的网络服务提供者的电子商务平台在运营中遇到的相关问题，作出初步回应。

（一）关于“合格通知”的标准应该如何界定的问题

关于“合格通知”的标准应该如何界定的问题，《民法典》第 1195 条规定，“通知应当包括构成侵权的初步证据及权利人的真实身份信息”。这是该条文中对合格通知的初步规定。按照一般的理解，对于不合格的侵权通知，网络服务提供者不予以回应，不采取措施的话，可以不承担责任。这样的理解没有错，但需要强调的是，这里所说的不承担责任，不是因为网络服务提供者的行为，遵从了法律上的关于合格通知的规定的规定，从而不承担责任，而只是因为网络服务提供者在这种情况下被认为没有过错，从而不承担责任。就此而言，《民法典》第 1195 条关于合格通知的这些规定，只是提示性的、注意性的规定，而非强制性要求，更不可能也不应该追求一个针对所有场景、所有类型的权益侵害情况下，都统一适用的合格通知的法定标准。再进一步说，《民法典》第 1195 条关于合格通知的规定，只是一个最大限度的公约数：任何发起投诉的人，至少需要表明自己的身份（这样也有利于因不当投诉遭受损害的网络用户，依据《民法典》第 1195 条第三款对其主张损害赔偿）；另外，也要有一定的初步证据，来证明自己的权益被网络用户所侵害。道理很简单，一个不包含任何哪怕是初步证明其权利被网络用户所侵害的投诉通知，一般来说，不应该对网络服务提供者的注意义务产生实质性影响。³¹

但严格来说，立法者应该放弃针对“合格通知”制定更加详细的法定标准的努力。这种努力不仅不可能获得成功，而且会干扰网络服务提供者自主决策的空间。不同的网络服务提

³¹如果将权利人的投诉看作是一种信息告知，当然会对接到投诉的网络服务提供者对相关侵权事实的存在与否的认知，产生影响。对于那些故意地、不合理地提高通知的门槛，从而回避自己知情之嫌疑的做法，美国法上将“故意的无视”视为知情。大陆法系则通过对“应当知道”的解释来处理这种情况。

供者在针对网络用户的问题上（在电商背景之下，这一问题转化为，不同的电子商务平台经营者，对于其平台上的商家），在面对第三人发出的侵权投诉的时候，采取何种应对策略，是更多的“风险共担型”，还是哪怕可能导致平台内商家遭受损失，也要“绝对撇清”，都是不同的。³²这取决于平台自身的经营策略选择以及市场竞争因素，法院不应该过多地去干预。法院需要做的就是，在遇到具体案件的时候，如果网络用户（平台内经营者）被证明存在侵权行为的时候，综合考虑各种情况，来判断网络服务提供者是否存在过错。通过对法院裁判思路的归纳和总结，相应的网络服务提供者（平台经营者）会自主调适自己所设置的投诉标准，最终形成一个相对稳定的框架。

举例来说，如果某个平台设置的合格通知的标准非常严格，导致一些权利人的正常投诉都不被接受，因此平台也没有采取相应措施。在这种情况下，权利人基于《民法典》第 1197 条起诉，要求平台承担连带责任。法院经过审查，可以将不合理的高门槛作为判断平台存在过错的因素之一。在这样的判例的推动之下，平台自然会去调整相应的标准。

上述关于合格通知的分析，对于《民法典》第 1196 条规定的反通知的理解也是同样的道理。什么才是“不存在侵权的初步证据”，其实很难在法律上给出整齐划一的标准，只可能由平台作出判断。对于裁判者来说，相应的反通知的最主要的意义就在于，如果是一个理性的人，对于相关的反通知，应该作出何种解读，作出何种回应。如果平台的回应不符合通常情况下理性人的回应，比如说，相对于一个非常严谨扎实的侵权投诉声明，将一个根本没有任何实质内容但在形式上的确是反通知的文件很当一回事，这毫无疑问就是一种主观过错的表现。

概言之，在未来的网络侵权制度的建构中，包括最高人民法院在内的裁判者在基于《民法典》第 1195 条和第 1196 条发展出更加细致的规则的时候，要时刻注意不要把本来应该属于网络服务提供者自主决定的事项，当作自己可以去立法立规的事项，不要代替当事人去设立法定的合格通知标准，而是应该通过类案的方法，将网络服务提供者在合格通知上的具体实践措施，与过错有无的判断紧密联系起来，进行一种反馈式的引导，只有这样才一方面尊重了企业的自主决策，另外也使得自己作为裁判者，掌握真正的主动权。

（二）关于如何治理日益猖獗的恶意投诉问题

关于如何治理日益猖獗的恶意投诉问题，最近一段时期，在一些著名的电子商务平台经营者所制造的舆论推动之下，这个问题日益成为一个话题，并且影响到法院的实践和司法裁判规则的形成。³³但正如前文已经分析的那样，这个问题在很大程度上是一个伪命题。如果平台知道或者大概率知道相关投诉是不能成立的恶意投诉，那么平台完全可以不采取任何措施。平台不会仅仅因为没有采取措施，就要承担责任。在这种情况下，恶意投诉本身就不成其为问题。使得恶意投诉成为问题的恰恰是，现在某些平台经营者，为了追求绝对的“零风险”，绝对的免责，对外部投诉者“有求必应”，有投诉就删除。这样的策略使得恶意投诉的确在事实上成为困扰网络用户（平台内经营者）的大问题。

但问题是，并没有任何法律规则要求，网络服务提供者面对侵权投诉，必须无条件地删除。网络服务提供者承担责任的最终条件是用户的行为构成侵权行为，并且自己存在过错，构成帮助侵权。而这一点并不总是成立的，在涉嫌恶意投诉的情况下，甚至可以说绝大多数

³²参见司晓：《网络服务商知识产权间接侵权研究》，北京大学出版社 2016 年版，第 91-92 页。在这里，该书作者详细列举了备选的八种方案，而各种方案其实对应了网络服务提供者的不同策略。

³³相关的学理讨论，参见徐伟：《网络侵权治理中通知移除制度的局限性及其破解》，载《法学》2015 年第 1 期。杜颖：《网络交易平台上的知识产权恶意投诉及其应对》，载《知识产权》2017 年第 9 期。

都是不能成立的。就此而言，网络服务提供者（电子商务平台经营者）不能把自己对零风险的追求所导致的消极后果（误伤无辜的网络用户）转嫁到通知—删除规则的身上，去指责相关的规则不合理。事实上，并没有不合理的规则，只有既想追求平台型企业经营中的零风险同时又不愿意承担相应的后果这种不合理的诉求。

那么究竟如何解决所谓恶意投诉问题呢？首先还是要非常明确，网络服务提供者（平台经营者）对于投诉可以采取更加有针对性的应对措施。如果网络服务提供者基于自己的技术能力，能够识别出相应的投诉人是恶意投诉人、低质量的投诉人，那么平台经营者完全应该对相关恶意投诉置之不理。如果在作出判断的过程中存在误判，也要看平台是否有相应的过错，如果没有过错，仍然不应该仅仅因为其未采取措施而被认为存在过错。当然，在这种情况下需要结合其他因素予以综合考虑。如果平台自己并不能判断相关的投诉是否为恶意投诉，那么指责对方为恶意投诉本身就缺乏基础，这时应该结合其他标准来决定是否采取措施，以及采取何种措施。总的来说，如果准确认知了我国网络侵权的基本制度框架，恶意投诉问题本来不应该成为一个所谓的困局。

在这里有必要稍微讨论一下最近一段时间以来某些地方的法院为了解决所谓的恶意投诉问题而创造出来的一种所谓的“反向行为保全”的做法，也就是为了保护无辜的平台内经营者不被恶意投诉所伤害，向法院申请发出禁令，要求特定的人不得对自己发出恶意投诉。³⁴笔者认为这是为了解决一个错误的问题，而犯下另外一个错误。道理很简单：会影响到平台内经营者正常经营活动的是平台经营者所采取的类似于下架、删除、断开链接之类的措施。既然能够证明（或者是有所认知）相关的侵权投诉是恶意投诉，那么平台经营者不采取措施即可，有什么必要让作为司法机构的法院来提前介入呢？法律上从来没有要求平台对于恶意投诉也要采取措施。另外，恶意投诉人的投诉是向平台经营者发起的，为什么需要平台内经营者去申请反向的行为保全？这样做的逻辑何在？再退一步说，当事人如果认为自己的权利受到侵害，可以采取其认为合适的任何维权措施，这是任何一个正常的法律体制都必须遵循的基本规则。怎么能够仅仅因为其涉嫌恶意投诉，就动用司法者的力量，去禁止其发出投诉通知？何况立法上早已经规定了，对于错误的投诉导致的损失，需要承担赔偿责任，对于恶意的投诉，还需要承担惩罚性赔偿责任。

总而言之，要解决所谓的恶意投诉问题，唯一的出路是在准确理解通知—删除规则的基础上，给予网络服务提供者（平台经营者）作出灵活的自主判断以及相应的采取或者不采取措施的空间。原则上应该认为这些都属于平台自主决策的空间，但是法院通过对于过错标准的掌握，来对网络服务提供者的措施的妥当性进行间接的审查和调整。这才是理解和处理这一问题的合适思路。

（三）关于反通知之后的“等待期”问题

关于反通知之后的“等待期”问题，《电子商务法》第43条在引入反通知规则的同时，引入了15天的“等待期”制度。该条第二款第二句规定：“电子商务平台经营者在转送声明到达知识产权权利人后十五日内，未收到权利人已经投诉或者起诉通知的，应当及时终止所采取的措施。”这一规定大体上被《民法典》第1196条第二款第二句所沿用，但存在不

³⁴参见谭君：《阻击“知产流氓”：多地法院发“投诉禁令”，弥补电商法不足》，载澎湃新闻，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_7863431，访问时间：2020年7月20日。国内在这方面比较积极的法院主要是浙江杭州的一些基层法院，例如余杭区法院。该法院的法官将其作为成功经验予以介绍。参见《反杀“知产流氓”！对话余杭法院：解读反向保全机制！》，参见自媒体“知产力”公众号2020年6月22日发布的相关信息。

同的是，对于“等待期”，民法典没有明确规定为 15 天，而是规定了更具弹性的“合理期限”。³⁵在实践中，自从《电子商务法》实施之后，这个等待期，就遭受到来自各方的批评。从权利人的角度看，认为该期限太短，不足以让权利人——特别是海外权利人——向有关部门投诉或者去法院起诉，准备必要的材料，因此呼吁要延长。从被投诉的网络用户（平台内经营者）而言，又认为该期限太长，15 天的等待期，很可能意味着其失去很多商业机会、关注热度以及对于网络经营者而言最为宝贵的流量。因此呼吁要缩短。这些激烈的批评意见，使得等待期制度陷入了极为尴尬的境地。《民法典》在这一问题上采取了更具弹性的规定，这当然更加合理。但要真正解决这一问题，仍然必须回到根本层面上，正本清源。

等待期制度，以及等待期结束之后，是否必须终止所采取的措施，这些制度在逻辑上讲，都应该是网络服务提供者（平台经营者）自主决策的空间。如果网络服务提供者信任被投诉的网络用户的声明与不侵权保证，完全可以立即采取恢复的措施，而根本不必等待 15 天。因为即使如此，也绝不意味着网络服务提供者会因此承担责任。道一千，说一万，网络服务提供者要承担责任的前提是网络用户的确构成了侵权行为。如果网络服务提供者根据网络用户的不侵权声明，认为有相当大的把握，相关的投诉根本不能成立，那么为什么还要求其等待 15 天呢？如果愿意承担相应的连带责任风险，甚至对投诉都可以置之不理，为什么要认为“等待期”是一个强制性的要求呢？这是根本不符合逻辑的。因此，对于反通知之后的等待期的长短，以及等待期结束之后网络服务提供者应该如何作出反应，《电子商务法》与《民法典》所确立的规则，都只可能是一种提示性、注意性的规则，其主要价值在于协助判断网络服务提供者是否存在过错。只有这样，我们才能够跳出自设的逻辑困局。而这种困局的最大根源在于将本来应该属于网络服务提供者发现、控制和管理风险的手段，理解为立法者可以去措手的领域，而且即使进行了立法，又错误理解相关立法的属性，把提示性、注意性的规定理解为严格的义务性规则。如果不在解释论框架和方向上作出大的调整，我们只能在错误的道路上越来越努力，也因此错得越来越离谱！

（四）关于什么措施才是必要措施以及何时采取措施的问题

关于什么措施才是必要措施，以及何时采取措施，是在接到投诉通知之后就要立即采取，还是在转送被投诉的网络用户（平台内经营者），结合反通知的情况之后再采取必要措施的问题，与前面讨论的逻辑是完全一致的。立法不应该、不可能、也没有必要对此给出一个刚性规则。这应该完全属于网络服务提供者（电子商务平台经营者）自主判断，自主决策的领域。举例来说，如果是一个涉及侵犯他人隐私权的投诉，原则上在接到投诉之后，网络服务提供者应该立即采取删除措施。但如果投诉涉及的是专利侵权，那么由于所涉权利的复杂性，完全可以在将侵权通知转送被投诉者，收到反通知之后，结合双方说法，决定采取或者不采取措施，以及采取何种措施。这都是需要具体分析的，不可能有一个包打天下的单一方案。需要再次强调的是，在这些问题上，具有决定性意义的是：这些对于认定网络服务提供者是否存在过错，是否尽到相应的注意义务，是否产生影响。

在这样的思路之下，也可以顺带讨论一下，是否可以引入类似的责任担保制度。笔者认为，这种思路是值得尝试的，但是不应该成为一种强制性的规定。换言之，如果投诉人一方愿意为自己可能发生的错误投诉给他人造成的损失，提供责任担保，以及网络用户（平台内经营者）一方愿意为自己可能发出的错误的反通知，给他人造成的损失，提供责任担保，原则上都是应该允许的。相关当事人提供了责任担保这一事实，能够作为衡量网络服务提供者

³⁵值得注意的是，在最高人民法院于 2020 年 6 月 15 日发布的《最高人民法院关于审理涉电子商务平台知识产权纠纷案件的指导意见（征求意见稿）》第 11 条规定的等待期是 25 个工作日。

注意义务是否因此发生变化的重要因素。如果在具体案件的裁判中法官将其作为判断过错有无的因素纳入考虑，那么就自然会激励当事人运用这种方法，来传达/担保自己的投诉或反通知的质量。这会有助于网络服务提供者作出更加合适的应对措施。

五、结语

通过分析民法典网络侵权相关条款，可以发现中国的网络侵权制度，告别美国的避风港规则的分析框架，回归大陆法系侵权法的一般性的过错责任的分析框架是一个妥当的选择。在这一解释论框架之下，相关的通知—删除规则、反通知规则、合格通知的标准、必要措施的内涵等因素，都将获得一种新的内涵和体系定位。网络服务提供者的自主决策的空间得到充分的尊重，与此同时，基于过错责任的归责原则，对权利人所提供的保护，并未在任何程度上被弱化。如果这一框架被接受，那么需要做的就是，针对网络侵权的各种具体形态，发展出丰富而且具有弹性的“过错”认定的标准体系。不要说这很难。其实在侵权法的每一个领域都有这样的问题。举例来说，在医疗侵权领域关于过错的判断，其难度并不比判断网络服务提供者是否有过错来得更加容易。

那种以网络服务提供者（电子商务平台经营者）没有作出判断的能力因此不得不借助于类似于通知—删除与反通知之类的极其形式化的规则来进行治理，其实是不切实际的。即使在美国，相关问题也日益转化为网络服务提供者在特定场景之下的注意义务之判断的问题。事实上，只要我们明确了合理的分析框架，那么通过案例的积累与学说的归纳，一个看上去捉摸不定的“过错”，会逐渐丰满起来。这就是我们所应该期待的后法典时代法学与实践的通常打开方式。

The Study of the Internet Infringement Clause of the Civil Code: Centered on the Reconstruction of the Framework of Legal Dogmatic

Xue Jun

Abstract: The Civil Code of the People's Republic of China follows the general principle of fault liability in the area of internet infringement. If the internet service provider is at fault, it shall be jointly and severally liable for contributory infringement. Notification and counter-notification rule which affected by the safe harbor rule from the United States, under the system of internet infringement established by the Civil Code, should be understood as indicative provisions. Its function is to assist in determining whether the internet service provider is at fault.

Keywords: The Civil Code of the People's Republic of China; safe harbor rule; counter-notification rule; internet infringement; contributory infringement