

“避风港”原则的案例分析及反思建议

——《民法典》“避风港”原则的探讨

◆凌铭泽

(中国地质大学(北京)经济管理学院, 北京 100083)

【摘要】电商的普及及服务类型的多元化,并随着 Web3.0 时代的到来,网络服务商类型经营种类更加细化,在其性质上呈现出跨界融合的特性,超越其原有界面,使其面目逐渐模糊化。许多服务商利用这一点,试图利用法律给无过错的服务商所圈定的“避风港”规避法律的惩罚。本文通过对司法判例的分析,对我国司法实践进行了反思,并结合我国的实际情况给出了建议。本文梳理了无效通知要件,辨析了未侵权的情况,对损害的扩大部分进行了界定,确定了网络服务商的平台义务,最后给出了立法司法上以及对网络服务提供者的建议。

【关键词】网络侵权;避风港;网络服务

一、案例及分析

(1)案例一:人民交通出版社股份有限公司、黄岛区固晶书店等著作权权属纠纷民事案件。交通出版社于 2021 年 7 月 15 日~2024 年 7 月 15 日独家享有《公共基础》《道路工程》《桥梁隧道工程》等图书的复制权和发行权。固晶书店的经营者在寻梦公司运营的“拼多多”平台上开设了两个店铺“雯雯图书经营店”“瑶瑶经营书店”,并出售相关侵权书籍,构成了侵权。

案件分析:交通出版社发出的通知是否为有效通知,一审青岛市黄岛区人民法院和二审山东省青岛市中级人民法院都认为发出的通知为无效通知。交通出版社虽然提交了相关材料,但并没有提交正版图书与侵权图书的侵权比对分析或检测报告等材料,因此,其并未完成侵权投诉的初步举证,发出的通知不属于有效通知。寻梦公司在收到一审法院的传票后,及时采取了删除、断开链接的必要措施,其已经尽到了合理的注意义务。

(2)案例二:北京华樾教育科技有限公司、黄岛区阅悦书店等侵害商标权纠纷。华樾公司是第 23277101 号注册商标专用权人,阅悦书店在寻梦公司的拼多多平台上出售的相关书籍封面上含有第 23277101 号注册商标,华樾公司以侵害商标权为由,将阅悦书店、寻梦公司直接上诉于法院。

案件分析:关于寻梦公司的民事责任,并无证据显示寻梦公司与阅悦书店共同实施了销售被控侵权商品的行为或共同获取了侵权利益,也无证据显示其应当知道阅悦书店销售的涉案产品系侵权产品。而且华樾公司在发现阅悦书店的侵权行为后,并未通知寻梦公司要求采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施,而是直接向人民法院提起诉讼,寻梦公司在参与诉讼后尽到了网络平台服务提供者应尽的合理义务,

已对涉案两个店铺的涉诉侵权商品采取了断开链接等必要措施,其无需承担赔偿责任。

(3)案例三:深圳市腾讯计算机系统有限公司、肖某福侵害作品信息网络传播权纠纷民事纠纷。上海阅文信息技术有限公司为 QQ 阅读平台的实际运营管理者,在未经授权的情况下,在 QQ 阅读平台上传肖某福的作品《脸色》,侵犯了肖仁福的信息网络传播权。2019 年 3 月 26 日,原告向阅文及腾讯发出《关于要求停止著作权侵权的律师函》,腾讯公司接到通知后,并未及时采取必要措施。

案件分析:被侵权人肖某福在通知腾讯公司后,腾讯公司未及时采取措施停止侵权,存在过错,依照法律规定,应对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。但是,肖某福未提供证据证明扩大部分损失的数额,腾讯依法不承担相应经济损失责任。

(4)案例四:北京微播视界科技有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司等非诉行为保全审查。深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯北京公司、重庆腾讯公司享有《斗罗大陆》信息网络传播权及维权权利,北京微播视界科技有限公司的网络用户未经授权直接搬运或剪切某一集《斗罗大陆》全部或部分内容而形成的视频,侵害了其相关权益,应承担相应的侵权责任。

案件分析:涉案侵权视频在抖音 App 上的传播,不属于微播视界公司的合法权益,在微播视界公司已经具备过滤和拦截侵权视频技术的前提下,要求其删除已有的侵权视频,并将涉案侵权视频纳入过滤和拦截范围,并不影响微播视界公司的正常生产经营,不会导致其与原裁定申请人之间的利益失衡。

二、我国司法实践中的反思

现有司法实践中的有效通知具体包括类型模糊,未做详

细规定；法律虽然明确规定了未侵权情况，但未穷举所有类型，存在一定的不足之处；对损害扩大的界定部分，本文通过数学模型将法律中的模糊不明状态具体阐释出来，帮助司法者等进行界定划分。对于互联网的发展，平台义务也具有一定的现实考虑因素。

（一）无效通知

《民法典》第一千一百九十五条第一款、《电子商务法》第四十二条中指出，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。若只有其中的一种，都无法构成侵权的初步证据，如人民交通出版社股份有限公司、黄岛区固晶书店等著作权权属纠纷民事案件中，一审青岛市黄岛区人民法院和二审山东省青岛市中级人民法院都认为交通出版社发出的通知为无效通知，无法构成侵权的初步证据。证据材料中只有权利人交通出版发送的网络用户销售被诉侵权图书信息，亦不能证明其主体资格的真伪性，与其对该图书商品的复制权和发行权的独有性。因此，有效证据中应当包含权利人与网络用户的双重证据材料。若无有效证据，则权利人发出的通知为无效通知。

（二）未侵权的情况

在我国司法实践中，网络服务提供者对未侵权情况分为以下四种：当权利人通过“避风港”原则给其发送包括初步证据的通知后，通知网络用户并采取相应的必要措施，使自己免于过错；当网络用户给其发送不侵权行为的初步证据及真实身份信息的反通知后，通知权利人并告知起诉的相关事项后，在合理期限内未收到投诉或起诉通知的，终止之前采取的必要措施，使自己免于过错。当权利人直接向人民法院起诉后，已经明知网络用户存在过错，法院判决宣告前，其及时采取必要措施，使自己免责；当其根据自身经营的范围及性质，应有审核权限时，其不存在过错便能适用“避风港”原则。

北京华樾教育科技有限公司、黄岛区阅悦书店等侵害商标权纠纷中，寻梦公司为不侵权情况中的第三种情况，无需承担民事责任。首先，我国并没有法律法规强制性规定网络服务提供者具有审核的义务，且作为网络服务媒介提供者的寻梦公司拼多多平台，只向阅悦书店提供技术支持，并没有提供涉及知识产权的内容服务技术，因此，其未进行审核是合理的。其次，也无证据证明寻梦公司与阅悦书店具有共同故意侵害权利人商标权进行获利，故寻梦公司并没有过错，无需承担侵权责任。最后，北京华樾教育科技有限公司并未通过拼多多平台的投诉渠道发出通知给平台及网络用户，作为网络服务媒介提供者的寻梦公司拼多多平台，其自然不可能采取必要措施。

（三）损害的扩大部分界定

在深圳市腾讯计算机系统有限公司、肖某福侵害作品信

息网络传播权纠纷民事案件中，腾讯作为网络服务提供者中的媒介服务提供商，其在接收到侵权通知后，并未根据初步证据及服务类型采取必要措施，存在一定过错，应承担侵权赔偿责任。腾讯应当对损失的扩大部分承担连带责任。扩大损失为隐形损失，一为所涉案件中的不确定损失数额。比如，肖某福侵害作品在往年同一时间段所获得的收益，可利用大数据分析模型将以往3~5年内同一时间段的数据进行分析，得出可靠的模拟经济效益，再减去已获相应赔偿的金额，得出相应的隐形损失，确定扩大损失的部分。

$$\overline{TS} = \frac{\lim_{t \in [x_1, x_2]} \sum_{t=x_1}^{t=x_2} TS_t}{x_2 - x_1}$$

$$IC = \overline{TS} - C$$

说明： t ：年份； IC ：隐形损失； C ：已获相应赔偿； $\overline{TS}$ ：平均年收益额； TS_t ： t 年的收益额。

然而，肖某福并未提供证据证明扩大损失部分的数额，并未有证据证明经济损失未得到实际赔偿的情况，也就是说肖某福已经获得阅文集团的全部赔偿，并且也不能证明还有扩大损失部分。因此，基于肖某福并未有扩大损失的情况，腾讯无需承担对其的经济责任。另外，扩大损失为隐形损失，二指侵权用户虽未利用侵权行为进行盈利收益，但是却给权利人造成了实际的销量下滑、阅读量下滑等情况，而权利人是基于实际销量、通过阅读量赚取广告等收益。权利人可通过数据分析模型将以往3~5年内同一时间段的数据进行分析，得出可靠的模拟经济效益，结合今年市场经济情况，减去今年的实际销售收益，得出相应的隐形损失，确定扩大损失部分。

$$\overline{TS} = \frac{\lim_{t \in [x_1, x_2]} \sum_{t=x_1}^{t=x_2} TS_t}{x_2 - x_1}$$

$$IC = \overline{TS} - TS_{x_3}$$

说明： t ：年份； IC ：隐形损失； C ：已获相应赔偿； $\overline{TS}$ ：平均年收益额； TS_t ： t 年的收益额。

（四）“通知—删除”规则下，平台义务的确认

北京微播视界科技有限公司接收到侵权告知函超过200次，从当时的其抖音平台《新鲜出炉》数据载明“拦截违规视频内容超过2.64亿条”。因此，过滤和拦截侵权视频技术系现有技术，微播视界公司亦具备过滤和拦截侵权视频的能力，且其未提供证据证明其使用该技术的成本无法承受。其应立即采取必要措施，有效过滤和拦截用户上传和传播侵害《斗罗大陆》信息网络传播权的作品，其平台具有过滤和拦截侵权作品的义务，保护相关权利人的利益。

三、结合我国实际境况的一些建议

本文将从立法者、司法者、网络服务提供商的角度谈谈对于网络侵权中的“避风港”原则的建议。

（一）必要措施的延伸与有限审核相结合

基于北京微播视界科技有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司等诉非诉行为保全审查案，本文认为“避风港”之必要措施须兼顾技术发展现状及当事人之间利益格局的变化，其内容是动态的、可变的与发展的。当新的技术出现且成熟的情况下，应当及时将新的技术纳入必要措施的范畴内。

关于“避风港”原则的必要措施，我国权力机关将其进行扩大解释，分为两部分：一部分为当网络用户上传作品时，网络服务提供商进行有限审核义务；一部分为当权利人将初步证据通知送达网络服务商后，网络服务商采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。另外，本文所建议的审核为“有限义务”，而非完全审核义务，即根据“避风港”原则制定的初衷，网络媒介服务提供者基于“中立无过错”的行为，可以适用“无审核义务”。

当然，根据实际情况的不同，法院在司法实践中，可在网络服务提供商援引“避风港”原则进行抗辩时，对其进行严格审查，必要时基于维护网络空间的绿色健康发展原则，突破“避风港”原则的限制，主要体现在审查义务上，这一般针对经营性质为网络媒介服务提供与内容服务提供相混合的服务商。比如，当网络技术服务主体的经营方向专门为对外出租网站、提供网络技术服务，若在网络出租时，对属于他人内容是否清除未进行审查，这便有了过错，让网络用户有了侵权的可能，并在一定程度上实现了共同侵权。

因此，本文认为我国的“避风港”原则应该根据实际情况出发，规定网络服务提供者基于本身经营性质，具有“有限审核”义务。

（二）“过错归责原则”的适用与突破

《民法典》规定所有类型的侵权行为都普遍适用其第一千一百六十五条第一款规定的“过错归责原则”，侵权责任编以“过错归责原则”为主导性原则，“避风港”原则便自然适用“过错归责原则”。因此，不论是基层法官还是中高级人民法院法官，大多都采用这一原则，能很好地处理常见的电子商务侵权纠纷。

我国司法实践中，法官也可以根据具体情况适当突破现有规则，发挥其自由裁量权，让其具有动态平衡的特点。在网络侵权的“避风港”原则适用中，本文认为庭审法官若是明显感觉到权利人处于极度弱势的地位时，可以主张“过错推定原则”来维持公平，让网络服务商举证自己无过错，从而走进网络侵权的避风港。

（三）网络服务商应采取相同的审核标准——“一般可能性”标准

在审核侵权通知或者不侵权声明是否有效时，网络服务商的经营者应当采取低于民事诉讼标准的“一般可能性”标准，秉持“中立原则”，做到公平无过错。在我国，作为网络服务提供者的电子商务平台经营者，对《民法典》及《电子商务法》规定的初步证据的审核具有一定的自主空间，有各自不同的判断标准。参考民事诉讼证据标准，具有一定的可能性与必要性。

但是，此纠纷与诉讼程序还是有一定区别的，故不能直接套用最高人民法院公布的《关于民事诉讼证据的若干规定》的高度盖然性证明标准。基于制度设计初衷、“审慎合理”原则以及“初步证据”认定的事实，电子商务争议中的有关不侵权声明的初步证据证明标准应当低于高度盖然性标准，采取“一般可能性”标准，对不侵权声明所附证据进行审核。

四、结束语

初步证据的具体划分与未侵权情况的具体阐释，可以给与网络服务者更加明确的指导，帮助其更好地处理网络用户与权利人之间的矛盾。损害的扩大部分界定有助于帮助网络服务提供者规避不必要的损失，保护自己的合法权益。平台义务与有限审核机制的结合，可以促进我国互联网空间的健康发展，良好的法治网络环境将会促进当今盛行的虚拟网络技术的发展。纵观整个网络发展现状，可以发现我国司法实践中网络侵权的案件鲜有适用“过错推定原则”这一标准的尴尬局面。但不可否认的是，确有法官突破现有司法实践，创造性地运用法律，维护相关权益者的合法权利，极大地保护了无过错群体与弱势群体。

参考文献：

- [1] 刘晓, 叶宇皓. 民法典背景下我国“避风港原则”的适用困境及破解路径[J]. 电子知识产权, 2022(05): 28-38.
- [2] 杨立新. 民法典侵权责任编草案规定的网络侵权责任规则检视[J]. 法学论坛, 2019, 34(03): 89-100.
- [3] 蔡东键. 民法典网络侵权中的避风港原则之研究[D]. 广州: 广东外语外贸大学, 2021.

作者简介：

凌铭泽(2000—), 男, 汉族, 四川达州人, 大学本科, 研究方向: 法学。