

□ 民法典立法研究

网络服务提供者共同侵权连带责任之反思 ——兼论未来民法典的理性定位

马新彦 姜 昕

[摘 要] 依据《侵权责任法》第 36 条第 2、3 款的规定以及学界的通说,对于网络侵权行为,网络服务提供者承担共同侵权的连带责任。但是,连带责任性质的认定忽略了法律的效率价值与公平价值的平衡,忽略了请求权顺位的考量,也破坏了连带责任规则体系的严谨性;不仅如此,还导致了理论上与适用上的诸多难题。中国未来民法典应当以受害人对网络服务提供者的不当得利返还请求权取代共同侵权连带责任请求权,以达到法律的公平价值与效率价值完美的平衡。

[关键词] 网络服务提供者; 共同侵权; 连带责任; 不当得利返还

[基金项目] 国家社会科学基金一般项目(13BFX092)

[收稿日期] 2015-10-03

[DOI] 10.15939/j.jujss.2016.01.008

[作者简介] 马新彦,国家 2011 司法文明协同创新中心教授暨吉林大学法学院教授,法学博士;姜昕,吉林大学法学院民法法博士研究生。(长春 130012)

以共同侵权连带责任解决网络服务提供者对网络用户实施侵权行为的责任问题已经被立法所确认,并成为学界的通说,但连带责任的属性及其构成的立法界定却导致了理论的混乱及司法适用的难题。学者们对此进行了大量的研究^①,这些研究虽然在立法背景、条文解析、责任构成、适用规则上进行了解答,但仍旧有诸多关键性问题没有得到很好的解决。大数据时代给社会生活带来效率的同时,给 21 世纪的中国民法典立法也带来了巨大难题,网络侵权问题无异于是向民法典提出的最严峻的挑战性命题。本文拟对网络服务提供者共同侵权连带责任进行反思,在此基础上提出合理的建设性方案,以期为中国未来民法典的制度完善尽绵薄之力。

一、网络服务提供者共同侵权连带责任立法论之反思

(一) 责任性质的认定忽略了法律的效率价值与公平价值的平衡

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)于网络用户实施侵权行为之时之

^① 相关著述请参见王利明:《〈中华人民共和国侵权责任法〉释义》,中国法制出版社,2010年,第158页;杨立新:《侵权责任法》,复旦大学出版社,2010年,第367页;高圣平:《〈中华人民共和国侵权责任法〉立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社,2010年,第435页;杨立新:《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的解释与解释》,《国家检察官学院学报》,2010年4期;张新宝:《互联网上的侵权责任:〈侵权责任法〉第36条解读》,《中国人民大学学报》,2010年4期;吴汉东:《侵权责任法视野下的网络侵权责任解析》,《法商研究》,2010年6期;吴汉东:《论网络服务提供者的著作权侵权责任》,《中国法学》,2011年2期。

所以对网络服务提供者科以共同侵权的连带责任,并赋予受害人侵权赔偿请求权主要是基于效率。网络侵权具有隐蔽性的特征,受害人难以确定侵权人是谁,地处何方,查知侵权人的身份,要耗费大量的时间成本和金钱成本。但是,未尽到注意义务的网络服务提供者是确定的,可知的,以网络服务提供者作为被告对于原告而言是一种最便捷、最效率的方法;网络用户的侵权责任性质的认定是无可厚非的,从因果关系上看,似乎受害人的损失客观上是网络用户的积极行为和网络服务提供者的消极行为共同作用的结果,于是,顺理成章地得出结论:网络服务提供者的责任为共同侵权责任,可以向网络用户和网络服务提供者提出相同的侵权责任损害赔偿请求权。在一个案件中通过相同的请求权,认定同一种损害赔偿赔偿责任,对于法院作出判决而言无疑也是最高效率的一种选择。这种效率最大化的追求是对网络服务提供者适用侵权损害赔偿赔偿责任在立法论上的主要原因。加之借鉴了国外立法的态度,使得这种立法理由似乎具有无可辩驳的正当性。

不应当否认法律所追求的效率价值,但不能为了追求效率价值,而完全忽视了公平价值。从连带责任来看,在网络用户实施了侵权行为时,原告人可以不问侵权人是谁直接要求网络服务提供者承担网络侵权的全部赔偿责任,这就意味着通过连带责任将网络用户赔偿不能的风险全部转移到了网络服务提供者身上。非但如此,大数据时代网络侵权的损害程度与影响范围在一定意义上不完全取决于侵权行为本身,还取决于甚至更多地取决于网络信息的传播,即转发与转载。即便是网络服务提供者采取了必要的措施,也无法从根本上遏制通过转发、转载对损害结果的影响。因此,在网络服务提供者未采取积极有效措施的情况下让网络服务提供者与侵权人承担连带责任,还意味着将转发与转载中再度侵权的全部责任也转嫁到网络服务提供者身上;而在网络服务提供者及时采取措施的情况下,免除网络服务提供者的全部责任,意味着网络服务提供者因为侵权引发的点击率而获益,却无需承担任何责任。网络服务提供者因未尽到注意义务应承担一定的责任,但这种责任无论是在性质上还是在承担的数额上都完全不同于侵权损害赔偿赔偿责任,如果片面地追求效率而以牺牲判决的精准与公平为代价,那这种效率是不可取的。

(二) 责任性质的认定忽略了对请求权顺位的考量

当事人遭受损害时常与致损一方发生纠纷,于是法律赋予遭受损害的一方当事人向对方当事人以请求权。王泽鉴先生主张,于当事人遭受损害,赋予何种请求权应当遵循以下顺序予以考量:1) 契约上请求权;2) 无权代理等类似契约关系上请求权;3) 无因管理上请求权;4) 物权关系上请求权;5) 不当得利请求权;6) 侵权行为损害赔偿请求权;7) 其他请求权。之所以有考量的顺序,目的在于尽量避免在考量某特定请求权基础时,须以其他请求权基础作为前提问题。例如,甲将某花瓶交乙无偿保管,因乙未尽善良管理人之注意而灭失,问甲得否向乙请求损害赔偿。甲乙之间是一种无偿保管契约关系,按照我国台湾“民法典”第590条规定“受寄人保管寄托物,应与处理自己事物为同一之注意,其受有报酬者,应以善良管理人之注意为之”。即无偿受寄人仅于未尽与处理自己事物为同一注意时,方可认定其对标的物的灭失有过失。在这样一种情境下,如果以民法典第184条第1项关于侵权行为规定作为损害赔偿请求权基础认定甲的请求权,势必要解决的前提是,那就是甲乙之间的合同是否有效,无偿的受寄人有怎样的注意义务,无偿受寄人是否对任何过失均须负责等等。经过审查无偿受寄人尽到与处理自己事物一样的注意义务,若以契约请求权作为损害赔偿请求权基础,则可避免此项困扰。^{[1]88-89}

王泽鉴先生之所以将损害赔偿请求权置于顺位的最后,实际上是以减少请求权认定成本、实现效率最大化为目的的。行为人利用网络平台实施侵权行为,这种侵权的信息传播的越快、越广,网络服务提供者越能够因为点击率的提高而获得高额的不当得利,其因点击率高而获得的不当得利越多意味着对受害人造成的损害越大。受害人究竟应当向网络服务提供者主张不当得利返

还请求权，还是主张侵权损害赔偿请求权，从请求权顺位的考量而言无疑应当是前者。因为考察不当得利请求权的基础，无须以网络服务提供者主观过错为要件，无须对其主观是否知道或应当知道进行探究，无需对受害人损失的多寡进行甄别，只要有点击率，因此而获得的利益即可认定为不当得利的存在，不当得利请求权便具有正当性基础。相反，若主张侵权损害赔偿请求权，则不仅要网络服务提供者的主观过错进行认定，而且要对受害人损失的多寡以及网络服务提供者的过错造成损失的多寡进行确定。更为困难的是，网络侵权给受害人造成的损失通常是无法用金钱衡量的。立法者丝毫不顾及请求权认定的成本，而将责任的性质界定为共同侵权的连带责任，显然是忽视了对各种请求权适用顺序的考量。

（三）责任性质的认定破坏了连带责任规则体系的严谨性

在《侵权责任法》中，连带责任条款不是孤立存在的，是一个规则群形成的、有理论支撑的严谨的规则体系。纵观《侵权责任法》总则与分则，连带责任条款可划归为两大类：第一类是共同侵权行为的连带责任。包括共同加害行为的连带责任和共同危险行为的连带责任。《侵权责任法》的第8条、第9条是共同加害行为连带责任的规范条款^①，《侵权责任法》第10条是共同危险行为连带责任的规范条款^②。第二类是非共同侵权的连带责任，具体包括所有人与行为人之间的连带责任、对同一对象分别实施侵权的数人之间的连带责任，以及违规实施交易行为的数人之间的连带责任。《侵权责任法》第74条、75条和第86条是所有权人与行为人之间连带责任的规范条款^③，《侵权责任法》第11条是对同一对象没有意思联络分别实施侵权行为的若干行为人之间连带责任的规范条款^④，《侵权责任法》第51条是违规交易的双方对标的物造成的损害承担连带责任的规范条款^⑤。连带责任的本质内涵在于每一位责任人都负有义务向受害人承担全部的赔偿责任，这实际上为受害人获得赔偿增加了一份保险，只要有一人有赔偿能力，其他任何人丧失赔偿能力，均不会危及受害人债权的实现。但是，法律绝不会片面地保护一方而牺牲他方的利益。因此，《侵权责任法》规定行为人的连带责任，必定具有正当性根据。那就是：其一，侵权人对损害结果的发生有过错，这种过错可能是共同的过错，也可能是分别的过错，即各行为人虽有有过错，但相互之间缺乏共同的意思联络；其二，损害结果究竟是哪一位行为人的行为所致，行为人自己难以证明，法院无法确定。不具备此正当性根据，连带责任便不应当成立。

然而，《侵权责任法》第36条第2款、第3款规定的网络服务提供者的连带责任完全不具有连带责任的正当性基础。其一，于网络用户实施侵权行为时，网络服务提供者主观上完全没有过错，尽管未采取删除等积极有效措施可以认定为主观过错，但是，损害结果的存在与扩展实际上

^① 《侵权责任法》第8条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。第9条 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。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。

^② 《侵权责任法》第10条 二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为，其中一人或者数人的行为造成他人损害，能够确定具体侵权人的，由侵权人承担责任；不能确定具体侵权人的，行为人承担连带责任。

^③ 《侵权责任法》第74条 遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。第75条 非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。第86条 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。

^④ 《侵权责任法》第11条 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害的，行为人承担连带责任。

^⑤ 《侵权责任法》第51条 以买卖等方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。

与网络服务提供者及时采取措施没有实质性关系,因为即便其采取了有效措施,也根本无法控制侵权信息的传播与蔓延。其二,于网络用户实施侵权行为时,尽管侵权人为何人、地处何方,对于受害人而言不得而知,但是,完全可以确定侵权行为不是网络服务提供者所为,仅因原告人难以得知侵权人为何人,即认定完全可以确定没有实施侵权行为的网络服务提供者承担连带责任,这完全不符合《侵权责任法》连带责任规则体系的内在要求。况且,从第36条在《侵权责任法》所处位置看,它实际上是处于补充责任的规范体系中,这无不反映出立法者内心的纠结。立法者试图将网络服务提供者责任的性质等同于《侵权责任法》自第31条到第40条所规定的因监督、监护职责的不履行或者履行不当而要承担的责任,但又要解决原告人无法知道侵权人是何人的困扰,于是,将仅负有监督或安全保护职责的网络服务提供者作为连带责任的承担人,结果便是严重破坏了《侵权责任法》连带责任规则体系的严谨性,以及《侵权责任法》内部规范的逻辑性。而且,这种制度设计存在潜在的巨大风险在于,一旦微博贴吧推行实名制,当初设计连带责任的政策基础将荡然无存。

二、网络服务提供者共同侵权连带责任理论之反思

(一) 无意思联络的不作为能否认定连带责任的问题

理论界通说认为,共同侵权行为指二人以上行为人共同不法加害于他人的共同侵权行为,共同加害行为为共同侵权行为的典型形态,有简单共同行为与复杂共同行为之分。前者,侵权行为人均均为实行行为人,而后者则可分为实行行为人、教唆行为人和帮助行为人。^{[2]645}《侵权责任法》第36条规定了网络服务提供者的共同侵权的连带责任,依第1款的规定,网络服务提供者以实行行为人的身份承担共同侵权的连带责任;第2款、第3款非指实行行为人,亦非教唆行为人。那么只能理解为它是以帮助行为人的身份实施侵权行为,承担共同侵权的连带责任的。帮助行为人与实行行为人共同承担连带责任的法律依据是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第148条的解释“教唆、帮助他人实施侵权行为的人,应当承担连带民事责任。”按照这一司法解释,与实施了侵权行为的人成为共同侵权行为人须为一定的帮助或教唆行为,即为一定积极行为的人方可以成为共同侵权行为人。将网络服务提供者的责任界定为共同侵权的连带责任,必须解决网络服务提供者消极的不作为能否认定为帮助行为的问题。《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权侵权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第5条规定“提供内容服务的网络服务提供者,明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为,或者经著作权人提出确有证据的警告,但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的,人民法院应当根据民法通则第130条的规定,追究其与该网络用户的共同侵权责任。”显然,《解释》将网络服务提供者未积极采取移除措施的消极行为默认为帮助他人实施侵权行为的积极行为,结论是应该承担连带责任。其后《侵权责任法》第36条第2、3款将网络服务提供者的责任界定为连带责任,实际上是继承了《解释》的精神,将网络服务提供者的不作为的消极行为视为积极的帮助行为。审判实践亦以帮助行为的认定判定网络服务提供者的侵权责任。如在“乐视网公司诉时越公司侵犯著作权纠纷案”中,法院认为“时越公司的行为客观上帮助了和促进了公众用户通过悠视网及UUSee网络电视软件在选定的时间、选定的地点获得《我》剧……时越公司应当承担相应的侵权责任”^①。

^① 参见北京市海淀区人民法院民事判决书,(2011)海民初字第5934号。

立法上将网络服务提供者的不作为强行性地认定为对网络侵权的帮助行为的做法得到一些学者的支持,这些学者为这一立法态度在理论上予以诠释,形成了共同关系说和间接侵权说等学说。

共同关系说认为“网络服务提供者在网络侵权中与网络用户的关系是侵权行为实行人与帮助人之间的‘共同关系’”^[3]。因为网络用户提供者除了基于对侵权行为的发生在主观上有可归责的原因,且与网络用户的积极行为共同造成他人的同一损害^[4]¹³⁷外,更主要的原因在于网络服务提供者的不作为实际上为网络用户的侵权行为提供了条件或可能,这无形中帮助了网络用户实施侵权行为。由此,网络服务提供者连带责任的基础解释为帮助的共同侵权:可以认定为帮助侵权^[5]¹⁸⁷。但是,“共同关系说”忽略了一个重要问题:共同侵权行为似乎应当仅仅解释为有意思联络的共同侵权行为,而不包括无意思联络的数人实施的侵权行为。^[6]⁴⁹质言之,共同行为的必要条件,是存在对行为的共同作用的意识和愿望。^[7]共同帮助他人实施侵权行为,帮助行为应当在侵权行为发生前或与侵权行为同时发生,而且主观上有帮助的故意。这种情况下帮助侵权方能成立。网络服务提供者的不作为发生在侵权行为实施之后,提供网络服务的目的不是帮助行为人实施侵权行为,而且,行为人实施侵权行为网络服务提供者根本不知道,或者说根本不是网络服务提供的意愿,何谈帮助?酒吧经营者以合法盈利为目的开设酒吧,在酒吧酗酒之人酒后争斗将人打伤,是否因为酒吧老板提供了让人能够喝酒且酒后易于滋事的地方,就可以界定酒吧老板帮助侵权?从《侵权责任法》立法体例来讲,第四章责任主体的特殊规定存在的价值应是规定了前述总则中的规定所无法囊括的内容,即不存在共谋因而不构成共同侵权的情形。试想,如果网络服务提供者和网络用户之间存在共谋,那么就可以根据第8条或者第9条追究其共同侵权责任而没有在此重复规定的必要。总之,《侵权责任法》第36条第2、3款中规定的显然是网络服务提供者没有帮助的意愿,与网络用户之间没有共同的意思联络的情形,“共同关系”不能成立,理论上竭尽全力将网络服务提供者的不作为行为解释为帮助侵权是没有道理的。

间接侵权行为说认为,网络服务提供者虽没有直接侵权,但其不作为应解释为间接的侵权行为,网络用户的行为是直接的侵权行为,直接侵权与间接侵权共同造成损害后果,网络服务提供者与网络用户应当承担连带责任。然而,这样的一种共同侵权行为连带责任的解释受到学者的批评:一个直接的侵权行为何以与另一间接侵权行为构成共同侵权。^[8]诚然,网络服务提供者并没有实施直接侵害他人合法权益的行为,但因未履行自己合理注意的义务,客观上对损害的扩大起到了一定的作用,应当承担补充责任^[9]³³;如同《侵权责任法》第37条第2款和第40条规定的第三人侵权违反安全保障义务的侵权责任和第三人对未成年人实施侵权行为教育机构有过失的侵权责任一样^[8],而不应当界定为共同侵权行为。姑且不说“补充责任说”是否严谨与可行,但它揭示了一个道理,那就是积极的直接侵权行为与消极的间接侵权行为不可以构成共同侵权行为。

总之,无论将网络服务提供者的不作为在理论上解释为“共同关系”,还是解释为“间接侵权”,以此为根据将网络服务提供者的责任界定为共同侵权的连带责任都是非常牵强的。

(二) 连带责任的承担与原因为关系问题

侵权责任以侵权行为与损害结果的因果关系为重要条件,因果关系最为复杂,有一因一果,也有一因多果;因原因力的不同,原因有主要原因与次要原因、直接原因与间接原因的区分。法理要求责任的承担应与造成的损害的原因力成正比,在一因多果的情况下,要对多因与损害结果的原因力进行判断,从而决定责任承担的多寡,“行为的原因力不同,行为人所承担的责任也就有所不同”^[2]⁶⁰⁴。共同侵权的连带责任,责任人任何一方都有义务向受害人承担全部赔偿责任。

因此只有在原因力相差不大的时候才有适用连带责任的可能性。然而,网络用户和网络服务提供者对损害结果的原因力的差距甚大。第一,侵权的始作俑者是网络用户,其是损害造成的根本原因,受害人通知后网络服务提供者没有采取措施和受害人没有通知的损害后果是相同的,因此网络服务提供者对损害结果并没有缺一不可的地位。第二,网络服务提供者能起到的作用是阻断性的。由于网络传播呈网状结构,网络服务提供者即便采取删除等措施对于损害造成的影响也很可能微乎其微,因为消息在当前的传播模式下飞速传播,可能涉嫌侵权的网络服务提供者只是信息传播网络上的一个结点,在网络服务提供者或者受害人发现之前信息可能就已经传播到其他平台,并通过其他平台加以散播。易言之,网络服务提供者阻断性作用对防止损害结果的扩大不具有主要的影响力。第三,网络服务提供者充其量为侵权行为提供了一个平台,但网络服务提供者提供平台的目的是为了与侵权人共同实施侵权行为,它对损害结果称不上具原因力。鉴于此,对于网络用户实施的侵权行为,网络服务提供者的不作为与侵权实行人的侵权行为对损害结果的原因力相差甚远,令两个原因力根本无法匹配的主体承担连带责任,在理论上是完全错误的。

三、网络服务提供者共同侵权连带责任适用之反思

(一) 难以适用的“知道”

《侵权责任法》第36条第3款将网络服务提供者“知道”而不作为作为承担侵权责任的主观过错要件。美国《第二次侵权法重述》将“知道”解释为“明知”(“Know”),“有理由知道”(“Have Reason to Know”)和“应知”(“Should Know”)三个层次。^①我国《侵权责任法》第36条所指“知道”究竟是哪个层面的“知道”,立法者没有任何解释。侵权责任法草案第一次和第二次审议稿规定以“明知”作为主观要件。在起草过程中,有的意见建议将“明知”修改为“知道或者应当知道”,最终又将“明知”修改为“知道”。^{[5]185}立法者之所以纠结于此,源于网络服务提供者对网络信息审查义务取舍的犹豫不决。肯定审查义务就会加重网络服务提供者的责任,否定审查义务又会在客观上增加了被侵权人获得侵权救济的难度,进而陷入两难境地,索性采用了这样一个模糊的概念。学界试图在理论上厘清这一模糊概念。有学者主张网络服务提供者主观认知的过错,应包括“明知”和“应知”两种状态,前者系“实际知道”……而后者系“推定知道”^[10];另有学者主张《侵权责任法》第36条所指的“知道”应当解释为“明知”,只是针对不同类型的网络服务提供者和不同的权利保护对象,其“明知”的标准不同而已。^[11]还有学者主张在一般情况下,知道规则的适用范围限于明知。但是,这并不排斥其在特殊情况下包括应当知道。^{[4]142-143}立法上的模糊与理论上认知的不同,使得主观过错认定的难题全部抛给了审判实践。或许,通过“知道”来揭示网络服务提供者主观过错本身就是根本行不通的。

(二) 原告人难以承担举证责任

就一般的侵权损害赔偿而言,原告需要就侵权行为、过错、因果关系、损害后果四个方面负举证责任。与一般侵权一样,网络侵权的受害人也需就此四个方面负举证责任,但就被告人的主观过错而言,网络侵权案件中的原告人负有更具挑战性的举证责任。

被告人实施积极的侵权行为是对受害人现状的一种不利的改变,因行为的存在,至少被告人的过失可以不证自明,受害人往往无需单独证明作为侵权人的主观过错。在网络侵权中,网络服务提供者的行为是消极的对现状保持不变的不作为,要证明网络服务提供者有过错,需要证明两

^① 参见美国《第二次侵权法重述》第12条。

个环节：其一，证明被告知道网络侵权的事实，其二，证明被告基于故意或过失未及时删除。前者是后者的前提，前者存在，方有可能存在后者；但有前者，不当然意味着有后者。因为被告人知道网络侵权的事实时，还存在着被告主观上积极、客观上基于多种原因无法删除的可能。

“知道”是一种内心的确信，是一种心理活动。心理活动是看不见摸不着的东西，难以被别人查知，证明难度不言而喻。通常在无法查知被告人的内心确信或者心理活动情况下，原告人可以借助客观证据的分析证明被告人的主观过错。然而，在网络侵权案件中，受害人不熟悉网络服务提供者内部运营方式，且缺乏必要的专业知识，欲通过捕捉网络服务提供者网页上的蛛丝马迹，并将这种蛛丝马迹和运行者的主观联系起来，证明其主观过错，其难度可想而知。申言之，即便被告的“知道”可以证明，如果被告基于不可抗力或技术上的难题未及时删除，而不是基于主观上的故意或过失不作为，则被告的侵权责任不成立，因此，原告在证明了被告主观心理确信之后，尚需证明被告未及时删除基于其主观故意或过失。对于一个非专业技术人士，证明此点谈何容易。

（三）损害赔偿数额难以认定

就损害赔偿数额的认定，网络侵权较之现实一般侵权有立法者难以预料的难度。

1. 依据《侵权责任法》第36条第3款难以认定损害赔偿额。网络侵权是以信息传播的方式对知识产权和人格权的侵犯。两种权利的侵犯均具有损害后果难以计算、难以衡量的特征。现实侵权如此，以信息传播方式的网络侵权更是如此。现实侵权中，对于人格权侵犯精神损害赔偿数额的认定最高人民法院提出了诸种参考因素：包括侵权人的过错程度，侵害的手段、场合、行为方式等具体情节，侵权行为所造成的后果，侵权人的获利情况，侵权人承担责任的经济能力，受诉法院所在地平均生活水平^①；而对于知识产权侵权的损害赔偿数额的认定责令原告举证证明自己的损失，原告无法证明的，按照法定的赔偿标准确定。而无论是法定的赔偿标准，还是司法解释确定的认定数额的参考因素，均为损害赔偿额无法确定的一种无奈选择。网络侵权较之现实侵权，侵权手段的不同，传播方式的不同，损害后果必定不同，损害赔偿额究竟如何认定，立法者并没有提出清晰、可操作的方案，但这不是立法者的无能，而是网络侵权的特殊性决定的。因此，暂且不论《侵权责任法》第36条第3款规定在网络服务提供者承担连带责任的份量上有何不妥，在损害赔偿额的认定上是不具有可操作性的^②。

2. 依据《侵权责任法》第36条第2款难以认定损害赔偿额。《侵权责任法》第36条第2款规定网络服务提供者仅对其接到通知后未采取积极有效措施而引起的损害的扩大部分承担连带责任^③，这给审判实践损害赔偿额的认定提出了更大的难题。因未采取措施而扩大的损失在合同违约中可以计算，但在网络侵权中仅仅是貌似公平的一种说法，根本不具有可操作性。这一规定无非是将网络侵权造成的损失以网络服务提供者接到通知后未采取措施为时间节点分为两部分，前者由网络侵权人个人承担，后者由网络服务提供者与侵权人承担连带责任。本款适用的难题不

^① 最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第10条规定：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；（二）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受诉法院所在地平均生活水平。”

^② 《侵权责任法》第36条第3款：“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。”

^③ 《侵权责任法》第36条第2款：“网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。”

仅仅在于受害人遭受多大损失的认定,更在时间节点的确定以及受害人遭受损失在时间节点前后的分布。该款规定的时间节点为接到通知后未及时采取措施之时。接到通知后的多长时间视为及时?及时认定的标准如何?立法均未有阐述,司法实践难以把握;即便是时间节点依强制性的方法予以认定(如接到通知后的第二天),认定哪部分损失发生在节点之前,哪些损失发生在节点之后也是十分困难的事情。通过网上传播他人隐私照片,受害人遭受的损失与信息传播范围成正比这应当是没有异议的定论,即信息传播的越广,给受害人造成的损失越大。如果通过点击率可以确定多少人获得此信息,但认定多少人在节点前获得此信息,多少人在节点后获得此信息,多少人通过查看点击率可以确定以外的方式获得此信息,仍然存在无法克服的技术难题。因此,就扩大的损失部分由网络服务提供者承担连带责任根本就是一个伪命题。

(四) 连带责任适用的法律效果不利于受害人合法利益的保护

网络服务提供者共同侵权连带责任的立法初衷是最大限度地保护被侵权人的利益,但在很多情境下事与愿违。

1. 原告因举证难致其所受损害难以获得救济。网络侵权案件中,原告所承担的举证责任远较一般侵权责任严峻得多,关于举证责任难的问题上文已有讨论,在此不再赘述。原告难以证明网络服务提供者有过错就无法认定网络服务提供者侵权责任的成立。加之损害赔偿额的难以确定,原告欲如愿获得赔偿将付出超额代价,故原告甘愿自认倒霉,也不愿提起诉讼主张自己的权利,原本为保护原告利益而做的制度设计,无法有效地保护被侵权人的利益。

2. 移除后不承担任何责任对受害人不利。《侵权责任法》第36条以两款篇幅对网络服务提供者与网络用户的连带责任做了规定。两款规定的区别是责任范围的不同:第2款规定侵权行为已发生,网络服务提供者接到被侵权人通知后未采取删除等必要措施的,对损害扩大的部分承担连带责任;第3款规定在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而未采取必要措施的情况下,就全部损害与该网络用户承担连带责任。两款在责任范围上的区别在理论上无可厚非,但在实践中,因原告人无法举证证明被告人知道,故第3款基本上不具有可适用性;原告人只能依据第2款主张责任,而第2款在立法设计上以被告不知为假定条件,因此对接到通知前发生的侵权损害,网络服务提供者不承担侵权责任;在接到通知后未积极采取必要措施的,方对扩大的损失承担责任,若被告采取了删除等补救措施则免除连带责任。易言之,依第2款,被告接到通知后采取了必要措施,可以不承担任何责任。然而,删除真的能够避免损失或者避免损失的扩大吗?回答应当是否定的。张柏芝“艳照门”事件发生后,尽管网络服务提供者采取了必要的补救措施,但在必要措施采取后,艳照视频仍在私下广泛流传。网络侵权行为一经发生,想要避免损害的扩大或者恢复至损害没有发生的状态,是根本不可能的。这样一来,《侵权责任法》第2款实际上成为网络服务提供者的“避风港”,不利受害人的补偿。

四、网络服务提供者的责任在未来民法典中的界定

(一) 民法典界定的理论缘由

网络用户实施侵权行为造成受害人的损害,这种损害无疑具有可救济性。但是因为网络侵权的隐蔽性,受害人难以确定侵权人的身份,无法向侵权人主张赔偿请求权,于是,《侵权责任法》基于政策考量允许受害人直接向因未尽注意义务而具有可归责原因的网络服务提供者提出诉讼请求。^[12-13]不能否认的是,在难以查知侵权人的情况下,直接向网络服务提供者提出诉讼请

求不失为保护受害人合法利益极好的方法。但是，向网络服务提供者主张共同侵权的连带责任所引发的理论上与适用上的诸多难题却是实际存在的。为此，不乏学者主张适用补充责任，认为网络服务提供者补充责任相当于《侵权责任法》第37条2款规定的第三人侵权违反安全保障义务的侵权责任等类似的责任。^[7]但安全保障义务的程度和范围的确定又是一个难题。2011年颁行的《浙江省高级人民法院关于审理网络著作权侵权纠纷案件的若干解答意见》第30条试图解决这一问题：“如何判断网络服务提供者已尽到合理的注意义务：判断网络服务提供者是否已尽到合理的注意义务，可以综合考虑以下几个因素：1) 网络服务提供者的信息管理能力……2) 网络服务提供者对侵权信息是否存在选择、编辑、修改、分类列表及推荐等行为。3) 侵权信息的明显程度。4) 在链接侵权的情况下，可以考虑被控侵权人是否将被链接网站作为自己网站上的一个频道或栏目、与被链接网站间是否存在合作经营或利润分成等关系，以及对被链接网站具体内容的控制程度等。”从上述模糊的、不确定的、难以操作的考量因素看，将以上标准落实到具体案件中并形成判断仍然困难重重。

这样一来，界定网络服务提供者责任的性质便处于两难境地，未来民法典究竟应当如何抉择，这是我们当下应当思考的重要问题。网络服务提供者对侵权行为的发生有可归责的原因，而且，因网络用户的侵权行为获得了利益。网络服务提供者向受害人承担一定的“款项支付”的责任无疑具有无可辩驳的正当性，问题的关键是未来民法典对此责任应当如何定位，这不仅涉及民法理论的理顺、审判实践的操作，更涉及受害人利益的恢复。

抛开拿来主义思想的束缚，恢复对请求权适用顺序的考量，我们会发现：在网络用户侵权中网络服务提供者和受害人之间并不存在契约、类似契约、无因管理关系以及物权关系，受害人对网络服务提供者的请求权不具有契约关系、无因管理关系或物权关系等请求权基础，唯有值得考量的便是不当得利返还请求权了。不当得利归纳起来可分为二类：一类为给付不当得利，即基于一方的给付行为而使另一方受利益，且此种利益的获得没有法律依据；二类为非给付不当得利，包括因受损失者自己的事实行为造成的他方获得不当得利、因受益人实施的侵权行为而发生的利益的，以及由第三人的行为以及自然事件等原因而发生的不当得利。^{[14]300}行为人利用网络平台侵犯他人知识产权或人格权等，就经济利益而言，直接获益的甚至不是侵权行为人，而是网络服务提供者。行为人将他人生活隐私通过网络平台传播，行为人除了享受被侵权人遭受人格侮辱的快感之外，没有任何经济收益，除非其受人指使有偿传播侵犯他人隐私权的信息，网络服务提供者因点击率大增而获得巨大收益。在这个意义上说，网络服务提供者是最大的经济利益受益人，这种利益的获得是以被侵权人的人格权或知识产权遭受侵犯并以此而遭受损失为代价的，而且没有任何法律依据。《中华人民共和国民法通则》第92条规定：“没有合法依据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”受害人对网络服务提供者主张不当得利返还具有合理性。不仅如此，就请求权顺位考量而言，不当得利返还请求权位于侵权损害赔偿请求权之前，在两种请求权都可能存在的情况下，我们没有理由不适用不当得利返还请求权而适用侵权行为损害赔偿请求权。尤其是经过上述所做的反思，已经认识到侵权损害赔偿请求权具有诸多理论上以及适用上的难题与困境，与其让受害人在主张侵权损害赔偿请求权的过程中遭遇困难，不如一开始就适用不当得利返还请求权。由此，我们也更充分地验证了王泽鉴先生的请求权顺位考量理论的价值所在。鉴于此，笔者主张，未来民法典应当将网络服务提供者向受害人承担的款项支付责任界定为不当得利返还，即以不当得利返还取代侵权损害赔偿。

(二) 民法典界定的现实意义

未来民法典将网络服务提供者的责任界定为不当得利返还，实际上不仅具有理论上的合理性

与正当性,还具有重要的现实意义。

1. 责任及数额的认定简便、快捷。网络用户利用网络服务提供者提供的网络服务实施了了对受害人的侵权,只要网络服务提供者因此获得了收益,在网络服务提供者与受害人之间便产生了不当得利之债,受害人因此对网络服务提供者享有不当得利返还请求权,网络服务提供者对受害人负有不当得利返还之责任。法院受理受害人的诉讼请求之后,无须对网络服务提供者是否知道侵权,是否积极采取必要的避免损害扩大的措施等进行认真审查;更无须受害人对网络服务提供者的主观过错负举证责任,只需证明侵权行为的存在以及网络服务提供者因侵权信息的传播而有所收获,法院即可认定债权债务关系的成立,于网络服务提供者未自动履行返还之义务时,便负有返还不当得利之责任。在责任的认定上较之侵权损害赔偿减少了网络服务提供者主观过错的证明这一最致命的环节,大大地减少了诉讼成本,在确保法律的正义价值的同时,又实现了法律的效益价值。相反,侵权损害赔偿在认定上的困难将使所有诉讼参与者承受过重的诉讼成本,即便判决无误也会因迟来的正义而导致正义目的的落空,影响判决的法律和社会效果。

加拿大著名传播学者麦克鲁汉在20世纪60年代就明确指出:传媒所获得的最大经济回报来自于“第二次售卖”,即将凝聚在传媒版面或时间段上的受众注意力出售给广告商。互联网注意力营利模式,既是对传统媒介营利模式的传承,又把这一营利模式发挥得淋漓尽致,推向巅峰。为吸引受众注意力,互联网经营者八仙过海、各显神通,新招数层出不穷、五花八门,总体可以分为两类:其一为免费内容供给。目前主要包括:新闻、百科全书、音乐、动画、电影、科普生活知识、黄页,等等。如以新闻为主要内容供给的人民网便是成功典范,还如百度百科、腾讯在线等等。其二为免费网络应用软件工具供给。目前主要包括:电子邮箱、BBS、博客、聊天工具、MSN、网盘、翻译工具、搜索引擎、游戏等等。如谷歌搜索引擎、中国博客、网易邮箱、QQ聊天工具等等。免费内容、免费网络应用软件直接使用者是各类网民,其目的是吸引网民注意力。网民注意力的使用价值是广告商的广告活动,其购买者当然是广告商。^①由此可见目前网络服务提供者的营业收入主要来自广告,而广告收入和用户的点击量成正相关,因此网络服务提供者的收入就和点击量成正相关。故网络服务提供者不当得利计算的方法可用被侵权的页面的点击量除以网站总点击量,然后乘以广告总收入就会得出网络服务提供者因该被侵权获得的不当得利。总之,以不当得利返还界定网络服务提供者责任的性质更重要的现实意义在于,它具有一个科学而便捷的计算不当得利返还数额的方法,解决了侵权责任损害结果无法计算的难题。可操作性应当是辨别制度良莠的最后一道底线,不当得利返还性质的界定经得起最后的检验。

2. 有利于保护受害人的利益。侵权损害赔偿以网络服务提供者主观过错为要件,依据《侵权责任法》第36条,在网络服务提供者声称他不知情或者接到通知后在合理的时间内采取了删除等有效措施,受害人便无法自网络服务提供者处获得任何赔偿。然而,不当得利返还可以确保受害人获得救济:第一,不当得利返还可以使那些因无法对网络服务提供者的主观过错承担举证责任而遭致侵权损害赔偿不能成立,从而无法获得补偿的受害人如愿从网络服务提供者

^① 网络服务提供者注意力营利模式的理论基础是注意力经济学。注意力经济学最早见于美国加州大学学者 Richard A. Lawbarn 在 1994 年发表的一篇题为《注意力经济学》(The Economics of Attention) 的文章。“注意力经济学”的概念,最早正式提出者是美国的迈克尔·戈德海伯 (Michael H. Goldhaber), 1997 年他发表了题为《注意力购买者》的文章。文章指出,当今社会是一个信息极大丰富甚至泛滥的社会,而互联网的出现加快了这一进程,信息不仅不是稀缺资源,反而是过剩的。相对于过剩的信息,有一种资源是稀缺的,那就是人们的注意力。著名的诺贝尔奖获得者赫伯特·西蒙在对当今经济发展趋势进行预测时也指出“随着信息的发展,有价值的不是信息,而是注意力。”这一观点被 IT 业和管理界形象地描述为“注意力经济学。”参见覃进、向芳《网络媒体营利模式研究》,《新闻前哨》2010 年 1 期。

处获得补偿。因为即便网络服务提供者因不知道而没有采取积极有效措施，只要网络服务提供者因侵权信息的传播而受益，它就应当承担不当得利返还的责任，受害人无须对其过错负举证责任便可获得救济。第二，不当得利返还可以在网络服务提供者采取了有效措施的情况下也能获得救济。依据《侵权责任法》第36条，采取删除等有效措施给网络服务提供者不承担责任创造了合理的机会，只要网络服务提供者在他声称的合理时间内采取了必要的有效措施，即便他已经获得了巨大的不当得利，受害人也无法获得补偿。而不当得利返还请求权，无须考察网络服务提供者是否采取有效措施，是否在合理的时间内采取有效措施，只要在侵权信息传播中受益，就应当向受害人承担不当得利返还的义务，避免了受害人适用侵权行为损害赔偿而赔偿不能的风险。

3. 有利于法律公平价值的实现。可以说，不当得利返还责任较之侵权损害赔偿责任，对于网络服务提供者而言是一种更加严厉的责任。尽管网络服务提供者不知道网络侵权的事实，或者在知道侵权后积极采取删除等措施，仍应当将其获利返还给受害人，网络服务提供者不再有以某种合理的理由摆脱责任的机会。不当得利返还尽管对网络服务提供者是一种严厉的责任，但又不失为最公平的责任。第一，网络服务提供者的不当得利返还以其受益为前提，返还数额以其受益数额为准计算。即便是应受害人的请求返还了不当得利，也仅仅是在受益范围内返还，不至于承担受益范围以外的更大的责任；而共同侵权连带责任常常将侵权人应当承担的责任都转嫁给网络服务提供者，其所承担的连带责任可能远大于其受益。第二，受害人向网络服务提供者主张不当得利返还，不影响向侵权人主张侵权损害赔偿责任，也不会影响停止侵害、排除妨害请求权的行使，可以保证受害人的权益得到圆满而公平的保护。不仅如此，不当得利返还无形中成为网络服务提供者提高网络技术和网络服务质量的激励与动力，从而有利于将侵权行为扼杀在摇篮中，使网络平台真正呈现和谐的气象。

[参考文献]

- [1] 王泽鉴 《法律思维与民法实例：请求权基础理论体系》，北京：中国政法大学出版社，2003年。
- [2] 郭明瑞 《民法》，北京：高等教育出版社，2009年。
- [3] 吴汉东 《侵权责任法视野下的网络侵权责任解析》，《法商研究》，2010年6期。
- [4] 王利明 《侵权责任法研究》（下），北京：中国人民大学出版社，2011年。
- [5] 王胜明 《中华人民共和国侵权责任法解读》，北京：中国法制出版社，2010年。
- [6] 张新宝 《侵权责任法》，北京：中国人民大学出版社，2010年。
- [7] 宁子昂 《论无意思联络数人侵权行为责任形式的理论基础》，《当代法学》，2015年3期。
- [8] 杨立新：《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的解释》，《国家检察官学院学报》，2010年2期。
- [9] 张新宝 《互联网上的侵权问题研究》，北京：中国人民大学出版社，2003年。
- [10] 吴汉东 《论网络服务提供者的著作权侵权责任》，《中国法学》，2011年2期。
- [11] 张新宝、任鸿雁 《互联网上的侵权责任：〈侵权责任法〉第36条解读》，《中国人民大学学报》，2010年4期。
- [12] 杨立新：《〈侵权责任法〉规定的网络侵权责任的解释》，《国家检察官学院学报》，2010年2期。
- [13] 吴汉东 《侵权责任法视野下的网络侵权责任解析》，《法商研究》，2010年6期。
- [14] 王利明 《改革开放中的民法疑难问题》，长春：吉林人民出版社，1992年。

[责任编辑：李佳欣]

Keywords: governance; sense of happiness; government performance; the level of ruling with law; regulatory quality

Internet Service Provider's Joint Liability Due to Joint Tort and the Rationale of Chinese Civil Code

MA Xin-yan , JIANG Xin (71)

Abstract: According to Item 2 and 3 in Article 36 of Chinese Tort Liability Law and academic consensus , internet service provider may assume joint liability due to joint internet tort. Nevertheless , the recognition of the joint liability fails to maintain the equilibrium between efficiency and just , ignores the priority issue among different claimants , and jeopardizes the coherence of the tort liability law. What's more , a great number of cumbersome theoretical and practical problems also arise. To replace the joint liability approach with an unjust enrichment solution may serve well to achieve both efficiency and just.

Keywords: internet service provider; joint tort; joint liability; return of unjust enrichment

Partnership Legislation in the Context of Civil Law Codification

FANG Shao-kun , ZHANG Xu-xin (82)

Abstract: In the civil code making , partnership legislation should distinguish agreements partnership from organization partner and , civil partnership from commercial partnership. In the general provisions of Civil Code , the civil subject system should take organization partnership and civil partnership as the basic objects , while commercial partnership shall be regulated by relevant commercial law , and agreement partnership should be mainly governed by the law of obligations. Generally , rules of civil partnership apply to commercial partnership , while rules of commercial partnership should not apply to civil partnership. Silent partnership should also be provided in the civil code.

Keywords: partnership legislation; civil partnership; commercial partnership; silent partnership

The Jimi Relationship between the Jin Dynasty and the Northern Nomadic Tribes

CHENG Ni-na (94)

Abstract: The relationship between the Jin Dynasty and the nomadic tribes living in Mongolian grasslands began in the third year of Tianhui in Jin Taizong , and later gradually it developed and turned out to be the northern nomadic tribes' tributary relationship , which had existed for about eighty years until the third year of Da'an in Jin Weishao wang when Mongolia and the Jin Dynasty began to fight on all fronts. The Jin Dynasty adopted both suppression and placation to manage the northern nomadic tribes' Jimi relationship , and it was based on the three Zhaotaosi of northeast , northwest and southwest in north borders to manage the nomadic tribes' tributary. Quechang was established for trade , implementing the system of canonization and giving dinner , but the tributary members were not allowed to enter inland and they were rewarded at tributary field in sector trench. The Jin Dynasty dispatched numbers of troops to suppress the rebel of grasslands nomadic tribes , which showed the strong Jimi relationship. With the gradually strengthening of the northern nomadic tribes , the sector trench between the directly controlled areas and grasslands nomadic tribes was retreated to the south. The war that Genghis Khan waged to the Jin Dynasty ended the Jimi tributary relationship between the northern nomadic tribes and the Jin Dynasty.

Keywords: Jin Dynasty; Northern Nomadic Tribes; Jimi Relationship; tributary

Official Retirement Scheme in the Jin Dynasty

WU Yu-huan (105)

Abstract: The official retirement scheme in the Jin Dynasty went through a historical process of formation , devel-