

# 网络侵权中转发者责任考察

马新彦 姜 昕

〔摘 要〕我国《侵权责任法》第三十六条所界定的网络侵权责任是建立在 Web2.0 环境下的侵权模式基础上,而如今网络已经进入 Web3.0 时代,网络环境已经发生了较大变化,因此建立在 Web2.0 环境下的网络侵权责任并不能囊括 Web3.0 环境下的所有网络侵权问题,尤其是对 Web3.0 环境下网络侵权责任的规制捉襟见肘。解决这一问题的途径在于理清 Web3.0 环境下的侵权模式,并根据该侵权模式建立起相应的网络侵权责任,以达到全面规制 Web3.0 时代网络侵权行为的目的。

〔关键词〕网络侵权; Web3.0; 转发者责任

〔作者简介〕马新彦,吉林大学法学院教授,博士生导师;姜昕,吉林大学法学院博士研究生(吉林 长春 130012)。

〔中图分类号〕D92 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1001-6198(2015)02-0053-04

## 一、转发者模式提出的原因

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)以第三十六条规制网络侵权中的法律关系。其第一款规定了网络用户和网络服务提供者的直接侵权责任,第二、三款则参考美国“避风港”规则规定了网络用户直接侵权时网络服务提供者的责任承担问题。因此,当今学界几乎所有关于网络侵权的研究都是围绕着《侵权责任法》第三十六条展开的,从适用方法到完善建议等多方面进行了大量的研究,并取得了丰硕的成果。但遗憾的是既有的研究成果都未能跳出《侵权责任法》第三十六条制定的 Web2.0 环境下的侵权法律关系的局限,忽视了《侵权责任法》第三十六条已经无法囊括当前全部的网络侵权法律关系的现实。《侵权责任法》第三十六条的制定的时代背景是 Web2.0 网络。Web2.0 网络的突出特点是海量的信息是由网络用户借助网络服务提供者提供的平台上传的。这与 Web1.0 形成了鲜明的对比。由于 Web1.0 时代网络用户发布的信息量较少,因此基本都经过了网络服务提供者的审查,所以网络服务提供者承担的责任与传统的出版发行者并无本质区别,即责任承担形态是唯一的,网络用户与网络服务提供者承担连带责任。对网络服务提供者适用无过错责任原则。而在 Web2.0 时代,网络用

户上传的信息是海量的,网络服务提供者没有能力审查网络用户发布的每条信息,因此就演变为三种责任形态:第一种是网络用户侵权中网络服务提供者不知道侵权存在,在权利人通知网络服务提供者要求删除的时候对存在侵权的内容及时进行删除、屏蔽、断开链接等必要措施时,只有网络用户承担侵权责任;第二种是网络用户利用网络实施侵权,网络服务提供者知道侵权或者网络服务提供者在接到权利人通知后未对侵权的内容及时进行删除、屏蔽、断开链接等必要措施的时候,网络服务提供者与网络用户承担连带责任;第三种是网络服务提供者直接侵权承担自己责任。对网络服务提供者适用过错责任。《侵权责任法》第三十六条的规定顺应了当时网络的发展状态。从 Web1.0 的唯一侵权责任形态到 Web2.0 三种责任形态,从网络服务提供者的归责原则的严格责任到过错责任无不体现了法律关系要适应网络主体间关系才能具有准确的针对性。因此网络社会实践的高速发展对传统的法律关系的稳固性提出了严峻挑战。

Web3.0 的信息传播形态和特征相比 Web2.0 发生了巨大变化。根据 Web3.0 的失控理论,一旦信息发出,信息发布者就会失去对信息的控制,就会表现为去中心化的特征,删除一个点上的内容并不能从根源上制止侵权损害的结果发生,相反根据稀缺理论会刺激侵权信息的加速传播。因此,无论



通过追究网络用户、网络服务提供者的自身责任还是网络用户与网络服务提供者的连带责任,使得其采取对侵权内容及时进行了删除、屏蔽、断开链接等必要措施,都不能有效实现侵权损害的防控。而且如果再一味强调网络服务提供者和网络用户的连带责任,只会凸显侵权责任与损害的不相匹配。因此将全部的注意力都放在二者的关系承担上也就势必失去了网络侵权责任研究的重心。由此可见《侵权责任法》第三十六条在规制网络侵权时会面临失灵的局面。笔者认为有必要理清 Web3.0 时代信息传播的特点,并以此为基础对 Web3.0 网络侵权所涉及的新主体及其法律关系进行研究。

## 二、转发者责任体系的内容

Web3.0 网络具有上网设备普及度高和网络产品功能丰富的特点,网络主体不再像以往一样仅仅是单纯的主题浏览而是更多地参与到信息的传播中来,Web3.0 环境下传播的模式也发生了变化,即传播的模式不仅限于主题模式而是“主题+关系”模式。“主题+关系”的模式关键在于信息的传播并非仅依靠主题吸引受众,而且加入人与人之间的特殊关系的传播,例如微博、微信。微博的信息传播的受众群体不太确定,微信的朋友圈信息传播则是在特定人群中进行传播。它们从信息传播的广度和深度上深刻地影响权利人的切身利益。具有公众影响力的关系传播在某些时候的实际作用甚至超过主题模式。

无论是主题传播模式还是关系传播模式,“转发”是当今 Web3.0 环境下信息广泛传播的关键。在这个过程中,转发者理应成为网络侵权法律关系中的第三个主体,它与网络信息发布者和网络服务提供者共同构成 Web3.0 环境下承担侵权责任的主体。因此对转发者承担侵权责任的构成要件以及转发者之间如何承担责任进行深入研究势在必行。

(一) 转发者侵权责任的构成要件。侵权责任的构成要件是损害后果、侵权行为与损害后果的因果关系和过错。<sup>(1)</sup> 损害即因为信息的转发而导致的人格利益受损或者知识产权损失。针对具体损害来说,虽然损害后果是唯一的,即权利人的人格权或者知识产权遭到的实际的损害。但是损害是累积的结果,因此在分配责任的时候要考虑各转发人实际造成的损害大小,这一点可以通过对各转发人对于损害原因力的大小进行考察。目前,考察原因力大小的度量方法是点击量,点击量不仅是唯一

可以计量的单位,而且能够直观地反映信息的接受者数量。信息接受者数量与对包括知识产权和人格权在内的客体的损害是成正相关的,因而点击量和损害是成正相关的。在考察各转发类侵权人的责任的具体分配时,应该考虑自身帖子的点击量以及转发其帖子的转发人的帖子的点击量的总和,以确定责任承担的范围。理想化状态下,转发者承担相应责任的计算方法是用自身的点击量加上转发者的点击量除以总的点击量,得出在损害中应占的份额。

在因果关系方面,转发者的侵权行为事实上就是某些转发人的转发行为,且这些转发行为具有被浏览和转载的能力;行为与损害的因果关系并不要求转发行为是造成全部损害结果的原因,而只要造成了部分的损害结果即只要作为造成全部损害结果的部分原因力即可。

对于过错方面,因网络侵权的客体不同即知识产权和人格权会对归责原则产生不同的影响,因此适合分开讨论。其中知识产权依然适用无过错责任,即转发人的过错与否都不是其承担责任应予考量的。而对于人格权来说,根据《侵权责任法》,在相关法律法规和司法解释并没有直接规定的时候,应该适用《侵权责任法》第六条第一款的过错原则而不能适用《侵权责任法》第六条第二款的过错推定原则和第七条的无过错原则。但由实际考察权利人可能面临的举证责任可知,权利人可能需要面对的是人数众多的转发类侵权者,其人数可能大大超过普通侵权的规模,在这种情况下如果再按照过错原则来分配举证责任,即由权利人一一证明各转发人的过错。对于权利人来说这样的工作量将是无法承受的,也有违程序公正,因此套用《侵权责任法》第六条第一款的过错原则同样存在不妥之处。那么是否可以适用过错推定原则呢? 过错推定原则仍然是过错责任原则<sup>(2)</sup>,过错原则有狭义和广义之分。狭义过错原则只包括过错,而广义过错原则包括过错和推定过错原则。广义的过错原则和无过错原则的区别在于过错是否作为构成要件,因此过错推定并没有改变构成要件,与过错原则的区别仅在于证明责任分配方面。其中过错责任和过错推定责任都规定在《侵权责任法》第六条,而无过错责任是规定在《侵权责任法》第七条。如果立法者认为过错推定原则是过错原则和无过错原则外的第三种独立的原则就应当以独立的法条予以规定并放置于过错原则和无过错原则中间。因此可知适用过错推定并不会对构成要件造成本



9 771001 619003



质的影响,作用旨在调节双方的证明责任分担,在权利人和转发类侵权者之间的适用过错推定原则是更加合理的。为了适用《侵权责任法》第六条第二款,应该在相关法律、法规中对网络侵权中转发人的过错应适用过错推定原则做出明确规定。

(二)转发者间的责任分配。为了方便探讨转发者之间的责任分配问题,我们建立了如下转发者模型:设定A为转发者,A的下级转发者为B1、B2……,B1的转发者为C11、C12……,B2的下级转发者为C21、C22……并依此类推。

1. 对于同一层级的转发者来说,由于转发行为是各转发人的单独行为,并不存在有意识联络,因此即便造成了同一损害后果也不构成共同侵权。各单独行为是造成损害后果的部分原因,即各单独行为并不足以造成全部的损害后果而且侵权人是明确的并不存在侵权人无法查明的情况,排除了共同危险的适用。因此应该按照各主体实际造成的损害即各主体对损害的原因力来计算应该承担的损害份额。具体应该适用《侵权责任法》第十二条的规定“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定责任大小的,各自承担相应的责任;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。”

2. 对于不同层级且存在转发关系的转发者间的责任承担,例如模型中A、B1、C11的关系。A、B1、C11既不符合共同侵权的构成要件,也不符合共同危险的构成要件,因此排除共同侵权和共同危险。如果从结果的角度观察,以C11为例,C11造成的损害的直接原因就是C11的转发行为,因此C11理应对自己的转发行为承担全部责任。又由于A作为一般理性人对自身转发行为的结果具有预测能力,具体而言是能够认识到所转发的内容可能侵犯他人权利以及对被自己转发后很可能被别人转发均具有认识的情况下仍然进行转发,等同于从主观上认可了损害结果的发生,符合主观上的因果关系,C11的损害结果可以看作是A转发行为的必然结果,因此A应该对C11的损害结果承担全部责任。同理B1也应该对C11的全部损害承担全部责任。从这种角度上来看,似乎符合《侵权责任法》第十一条的“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”。但通过对比法条与A、B1、C11的情况可知,A、B1的转发行为对C11的损害结果是具有紧密联系的。根据“必要条件”测试程序进行的,根据必要条件理论,没有A就不会有B时,A就是B的原因。(3)可知A是B1

转发的基础,即没有A就不会有B1的转发,同理没有B1也不会有C11的转发,因此A对于B1、C11以及B1对于C11都符合必要条件因果关系,因此具有客观上的因果关系,即虽然C11的损害仅是C11行为直接作用的结果,但没有A、B1的转发行为的作用是不会发生的,即造成C11的损害是在A、B1、C11三者行为的共同作用下才产生的。因此各行为不具有独立发生的性质。而《侵权责任法》第十一条强调了行为的独立性,即各行为都应该与损害结果直接作用,因此不适用。而应该适用《侵权责任法》第十二条承担相应责任或者平均责任,即A、B1、C11对于C11造成的损害承担相应或平均责任。A、B1对于B1造成的损害应承担相应或平均责任,其中B1的损害包括C11的损害,因此不同层级但存在转发关系的转发者间应该向下逐级承担相应或平均责任。

3. 不存在转发关系又不在同一转发层级的各主体之间应该承担怎样的责任问题呢?例如B1、C21之间的责任分配,B2与B1承担相应责任或者平均承担责任,然而C21在B2的责任范围内,因此C21和B1也应该承担相应责任或者相应责任,既不存在转发关系又不在同一转发层级的各主体间应该适用《侵权责任法》第十二条承担相应责任或平均责任。

综上所述,各转发人之间以及转发人与被转发人间的责任分配可以按照上述三种情况综合运用加以解决。针对现实情况中各主体与主体间的关系的并不一定能够完全查清的情况可以遵循下列方法:

第一,法院在诉讼中应该要求涉案相关网络服务提供者提供涉案信息的发布和转载情况。首先通过该情况法院可以基本掌握信息发布或转载的情况,然后再根据以上三种情况的责任分配方式确定被告所应该承担的责任,并可以适当地追加被告。其次,权利人可以首先通过搜索引擎检索侵权人,选取其中显著的侵权人进行诉讼,并要求其承担平均责任。最后,如果被诉主体不服,可以自行查找并追加其他侵权人来共同承担责任。如果认为自己的责任显然低于要求平均赔偿的其他责任人,也可以通过举证的方法来减轻或免除自己的责任。

第二,对于无法查清全部侵权人的情况。一般被侵权人都是针对某些比较明显的侵权现象提起诉讼。由于信息在网络中传播的路径不同,导致信息的传播是不均衡的。在主题传播的情况下,往往



只有在大型网站上发布的信息因具有广大受众会产生较大影响,而在关系传播中也会因为传播者的公共影响力较大而产生较大影响,因此绝大部分的损害都是由上述途径的发布或转载造成的,其他人的作用可以忽略不计,所以追究上述行为人的责任就可以弥补权利人大部分的损失。实际侵权损害本身随着点击量的增加而增长或者随着时间流逝而消减,损害总量在二者的作用下处于不稳定的状态,仅对被诉侵权人应该承担的份额的估算是完全可以接受的,因此不应苛求因担心遗漏个别侵权人而因噎废食地放弃对责任份额进行分配。

第三,对于无法分清主体层级关系的情况。转发者间应承担平均责任。因为根据前述的构成要件,只要权利人证明了损害的发生、侵权人有侵权行为、侵权行为和损害之间有因果关系,那么就不用证明过错问题,因此证明自己对于损害结果的原因力,即过错大小的证明责任应该在侵权人方面;如果侵权人不能证明,那么就应承担平均责任,如此有利于保护权利人。

任何一种法律计量方法都力求最大程度地接近客观的损益分配,但没有任何一种计算方法可以做到分毫不差。权利人主动或者被动放弃就受权利索赔的情形也屡见不鲜。然而在将转发者责任遗漏的空白领域建立起一套责任分配方法时,虽然可能存在不足,但无论如何,对于权利人的保护较之遗漏转发者责任来说,会因为能够让权利人多一种选择渠道而使得损害赔偿更容易圆满,因此在没有更优方法提出之前都是必要的。

### 三、转发者责任体系的价值

从宏观角度上看,将转发者责任纳入法制范围不但顺应了当前网络传播模式,而且符合《侵权责任法》补偿损害以及对损害的防控的价值追求。无论补偿损害还是防控损害的发生,其着力点都应该放在实际的侵权人身上。根据当前的网络传播模式,“转发”构成了网络传播的关键,因此将转发者责任囊括进网络侵权的法律关系中势在必行。

从微观角度而言,将转发者这一主体纳入了网络侵权法律关系体系有利于权利人寻找能够承担责任的法主体,使其有更多的获得补偿的机会。此外,将转发者这一主体纳入了网络侵权法律关系体系可以消除《侵权责任法》第三十六条中对于追究不了实际侵权人责任而是让网络服务提供者承担全部责任这种让网络服务提供者代人受过的制度缺陷。有针对性的法律规制可以减轻网络服务提供者的责任,易于平衡网络各方主体的利益,有利于网络产业的发展。遏制网络侵权行为的发生是侵权责任法最终要达到的目的,将转发者列入网络侵权法律关系体系后,转发者就会出于自身利益的考虑,更加审慎地对待转发行为,从而有效地防控损害后果的形成和扩大。从长远来看,在网络侵权领域追究转发者责任,有利于公民网络素质的提高以及网络总体环境的健康发展。

### 四、结语

我国网络侵权的相关法律法规、司法解释都是从国外立法和司法经验中借鉴而来。在如今我国网络事业蓬勃发展的背景下,不断涌现出的网络侵权法律关系的新问题对我国的法律规制既是挑战又是机遇。完善网络环境的侵权制度必须引入侵权行为责任理念,<sup>(4)</sup>我国的立法规制不应甘于在国外已有理论背后亦步亦趋,而应以敏锐的视角主动发现问题,尝试用创新的思路解决问题,以期在网络侵权法律关系领域作出我们中国的贡献。

#### (参考文献)

- (1) 王利明《侵权行为法研究》上卷,北京:中国人民大学出版社,2004年,第348页。
- (2) 杨立新《侵权行为法》,上海:复旦大学出版社,2005年,第82页。
- (3) 克里斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》下卷,焦美华译、张新宝审校,北京:法律出版社,2001年,第525页。
- (4) 刘超《论环境标准制度的环境侵权救济功能》,《华侨大学学报》(哲学社会科学版)2014年第3期。

【责任编辑:灵 希】



9 771001 619003