

网络服务提供者的损害赔偿責任 — 以日本法为中心*

萩原 有里**

[关键词] 网络服务提供者, 损害赔偿責任, 提供传输者信息

一、规定网络服务提供者的法律責任限制的必要性

说起对网络服务提供者的法律責任限制, 首先要提到美国《跨世纪数字化版权法》(Digital Millennium Copyright Act), 因为制定《跨世纪数字化版权法》以后, 大家就觉得需要限制网络服务提供者的法律責任。过去在美国侵害了著作權, 不论有无过错, 权利者可以要求损害赔偿, 在网络用户侵权的情况下, 责令服务提供者无条件地承担损害赔偿責任是不合理的。所以《跨世纪数字化版权法》不仅仅是修改美国版权法本身不合理的部分, 也是向版权所有人、网络服务提供者和用户提供更好的法律保护。虽然各个国家承担损害赔偿責任要件不同, 但是我们可以参考《跨世纪数字化版权法》的规定。

据笔者所知, 直到2003年11月止, 在日本还没有出现网络用户之间由于著作權受到侵害向网络服务提供者请求承担损害赔偿責任的判决, 只有一些损害名誉案件判决。为了进一步明确网络服务提供者承担責任的标准, 平成13年(2001年)11月30日, 日本政府颁布了《关于特定电信服务提供者的损害赔偿責任限制及向服务提供者请求提供传输者信息的法律》(以下简称《提供者責任限制法》), 2002年5月27日实施。对于网络服务提供者承担法律責任的立法, 有两种模式, 一种是水平立法模式, 即规定网络服务提供者对侵害他人的权利承担法律責任限制作出统一标准(如《欧盟电子商务指令》Directive on electronic commerce)。另一种是垂直立法模式, 即在不同的法律文件中对服务提供者不同类别的法律責任分别作出规定(如美国《跨世纪数字化版权法》)。日本选择前者, 不问用户侵害什么权利¹, 规定网络服务提供者的賠償責任限制。《提供者責任限制法》的对象是“特定电信”, 指以非特定人接收信息为目的的电信传输², 公众直接接收信息的电信传输(所谓广播、有线广播等广义的传播³)除外。“提供者”不仅是网络服务提供者, 也可以是以特定电气电信方式, 为他人提

* 本文受益于笔者的导师李顺德教授的悉心指导, 在此谨表示由衷的感谢。当然, 本文的一切观点包括汉语的表达, 皆由笔者本人承担责任。

** 中国社会科学院研究生院知识产权专业博士研究生, E-mail:faustin@mail@yahoo.co.jp, 邮编:100720

¹ 这里所说的侵权是指侵害个人法益, 符合民事法所规定的侵权要件。因此, 本法不覆盖如色情信息等损害社会法益、暴力表现等给社会以不良影响等情况。

² 按照东京地方法院平成15年(2003年)9月12日判决, 在所谓“点对点”(是指Peer to Peer或者Person to Person, 具备与别人共用计算机硬盘的技术。以下简称P2P), 侵权信息不通过服务器, 传输过程中没有发生中介性和暂时性存储, 只是存在网络用户之间直接传输信息, 但是本法所规定的“特定电信”是指以非特定人接收信息为“目的”的电信传输, 因此网络用户把侵权信息放在自己电脑共用文件夹, 然后某个人下载侵权信息的一系列过程也是特定电信。法院认定提供P2P服务提供者也是“特定电信服务提供者”, 法院责令P2P服务提供者提供网络用户信息。

³ 因为《广播法》、《有线广播法》、《利用电信服务传播法》等等另有规定, 本法不覆盖。

供通信中介服务的组织或者个人。例如向用户提供服务器、运营电子公告板、提供搜索工具等的企业、大学、机关等等。不管收不收钱，个人爱好运营电子公告板等的私人或团体也是提供者。在日本对于侵害著作权，不论有无过错，权利者可以要求停止侵害⁴，但是对于损害赔偿，按照民法第七零九条要举证有过错⁵，如同一般侵权行为一样。以下针对网络服务提供者的损害赔偿进行讨论。

二、损害赔偿分类

在网络服务提供者业务范围内，服务提供者被追究法律责任的主要情况有如下四个：第一是“传输管道”，（《跨世纪数字化版权法》第512条(a)；Transmission and Routing、《欧盟电子商务指令》第12条；Mere conduit），服务提供者对只通过网络服务提供者的计算机系统传输或者提供链接侵权信息，以及在其传输、提供连接过程中发生的中介性和暂时性存储，不承担损害赔偿责任。第二是“在缓冲存储器存储”（《跨世纪数字化版权法》第512条(b)；System Caching、《欧盟电子商务指令》第13条；Caching），对于网络服务提供者之外的人提供的信息，网络服务提供者在自己服务器将用户以前要求访问的信息材料存储一段时间，如果另一个用户也要求访问某个被存储的信息资料，可以从服务器下载该信息资料。因为不必返回该信息资料所在的服务器，传输速度快。因此对这些过程中发生的中介性和暂时性存储，不承担损害赔偿责任。第三是“提供服务器”（《跨世纪数字化版权法》第512条(c)；System Storage、《欧盟电子商务指令》第14条；Hosting），如网页、论坛或聊天室等等，网络服务提供者向用户提供其服务器空间的情况下，服务提供者是善意，而且无过错，对用户活动过程中在服务提供者计算机系统被存储某个信息造成损害，不承担损害赔偿责任。第四是“检索工具”（《跨世纪数字化版权法》第512条(d)；Locating Tools），如搜索引擎、用超文本语言提供网址表格等等，对用户提供别的系统上的侵权信息资料，不承担损害赔偿责任。《欧盟电子商务指令》中没有提到相当于《跨世纪数字化版权法》所规定的“检索工具”，因为这是有关帮助、教唆或者间接侵权讨论的问题。

日本《提供者责任限制法》没有规定赔偿责任分类，简单地规定服务提供者的损害赔偿责任要件。服务提供者在技术上能阻止传输，而且知道或者应该知道侵权的话，应当承担损害赔偿责任，换句话说服务提供者是善意，而且无过错的，不承担损害赔偿责任。

三、“警告和移除”程序

在法律中明确规定服务提供者收到侵权通知时，服务提供者有什么义务，这对权利人、网络服务提供者和用户都有利。

《跨世纪数字化版权法》第512条(b)(2)(E)、第512条(c)(1)(C)、第512条(c)(2)和(3)、第512条(d)(3)规定“警告和移除”。服务提供者一旦得到侵权通知，必须迅速地取消或阻止用户访问该信息、通知该信息传输者。如果服务提供者收到传输者的反警告，迅速地发给侵权通知者其反警告复印件，通知经过10个营业日后恢复原状。然后，除非通知侵权者向法院请求停止侵害，而且服务提供者收到其通知书，服务提供者10个营业日后14个营业

⁴ 参见文末《著作权法》第112条。

⁵ 参见文末《民法》第709条。

日以内应当恢复原状。《跨世纪数字化版权法》规定服务提供者知道侵权，就有警告、移除和恢复信息义务，只有履行义务，才能享受责任豁免。

在《欧盟电子商务指令》中没有相当于《跨世纪数字化版权法》所规定的“警告和移除⁶”，但是第二十一条第二款把“警告和移除”置于优先地位进行讨论。

日本《提供者责任限制法》借鉴美国《跨世纪数字化版权法》所规定的“警告和移除”，但内容不同，程序性质有所区别，不一定对服务提供者有利的制度。《提供者责任限制法》规定自己认为被侵权者出示具体的权利内容和理由向服务提供者要求阻止传输该信息，服务提供者对传输者可以问是否同意阻止措施，经过7天传输者没有答复不同意，为保护权利必要的范围内采取了适当的措施，服务提供者不承担损害赔偿。日本法所规定的“警告和移除”是服务提供者“可以”采取警告措施，但不是法律义务。《提供者责任限制法》规定服务提供者应该知道侵权的情况下，服务提供者应当承担损害赔偿。因服务提供者采取措施，反而使传输者受损害，只有服务提供者“有足够的理由相信因传输信息侵害他人权利”的情况下，才能享受免责，但没规定具体的要件。参照美国的立法或案例，服务提供者知道在自己的业务领域内有侵权，有取消该信息或阻止用户访问的义务，除非服务提供者故意或者严重过失没有采取阻止措施，不应该承担损害赔偿。责任。

从法律条款字面上来说，服务提供者的压力还是很大，因为有的情况下，服务提供者很难判断到底有没有侵权。假如权利归属不明⁷，或者虽然归属明确，但没有侵权，即与权利人作品很像，但实际上独立创造作品等等的情况下，服务提供者取消该信息，也许会与用户合同发生矛盾，也许要承担违约责任。对按照判例或者常识容易判断侵权的（如有人把日本音乐著作权协会管理的流行音乐未经许可在某个服务器上存储而传输），服务提供者应当采取阻止措施，否则应当承担损害赔偿。责任。

因此一般服务提供者向传输者问是否同意采取阻止措施的情况是指服务提供者自己很难判断到底有没有侵权的情况，《提供者责任限制法》期待传输者答复之后，服务提供者自己判断，好好考虑下一步该怎么做。如果传输者同意措施，问题就得到圆满地解决。如果传输者的解释根本没有道理，令人怀疑侵权或者如果传输者答复不同意，就会引起争议，服务提供者在认为自己认为被侵权者和传输者之间，不知道该怎么办才好、该怎样回避损害赔偿⁸。从《提供者责任限制法》角度来分析，服务提供者向传输者警告，反而很难受到法律保护。有的学者开玩笑说法律好像促进服务提供者主动地检索侵权信息，法律好像推荐服务提供者成为日本宪法不允许的监察官⁹？其实，《提供者责任限制法》对采取措施如此慎重，意味着对表达自由的关注¹⁰。因为服务提供者大部分是私人服务提供商，所以在讨论实际问题的时候，涉及宪法的机会还不多，但一般说来不应该限制由宪法保证的表达自由。

日本《提供者责任限制法》，对于禁止监视信息没有明确的条款。按照《提供者责任限制法》第三条第一款第一项、第二项规定，服务提供者在善意的情况下，没有任何理由承担损害赔偿。这一条是为了避免服务提供者的全面检查信息或者提前删掉可疑侵权信息，即

⁶ 因为各个成员的国内诉讼程序不同，不能作出统一的标准。《欧盟电子商务指令》第16条只推荐在各个成员国规定行为准则或者规范。

⁷ 日本政府总务省《提供者责任限制法逐条解说》

www.soumu.go.jp/joho_tsusin/chikujyokaisetu.pdf，如果收到侵权通知，但未提供侵权证据的，不能认定服务提供者应当知道侵权。

⁸ 按照在本稿第六章提到的《电信服务协会方针》，服务提供者收到不同意措施的答复，不采取措施，除非反警告是没有道理的，可能没有赔偿责任。

⁹ 参见文末《日本国宪法》第二十一条。

¹⁰ 同注7，在电子公告板等服务提供者的业务内，即使有诽谤、中伤等损害名誉的事情发生，但为了明辨是非继续讨论的话，一般不能认定服务提供者应当知道侵权。

很重视传输者的表达自由¹¹。还有日本著作权法所说的“公众”包括特定的大多数者，“特定电信”的对象是非特定人，《提供者责任限制法》不覆盖向特定人的通信，因为与《日本国宪法》第二十一条第二款、《电信事业法》第四条所规定的“保证通信秘密”发生矛盾。由此可见，日本法律不允许监视信息。

美国《跨世纪数字化版权法》第512条(m)(1)规定禁止服务提供者监视信息、主动地搜索侵权信息。欧盟《欧盟电子商务指令》第15条规定对于成员国服务提供者提供传输管道、在缓冲存储器存储或者提供服务器，服务提供者不可以全面监视信息流通或者搜索侵权信息。但是对于正在侵害他人权利的行为，可以通知监督机关或者向监督机关提供该信息。

四、提供网络用户信息

在网络空间，网民可以隐瞒姓名、身份，使用虚假名字非常普遍。权利者为了起诉，确实需要特定对象，需要对方信息。如果有侵权，权利者不知道侵权人是什么人，除了起诉服务提供者以外，没办法受到法律救济。服务提供者没有主动地参与侵权行为的情况下，因在其服务内有侵权的，没有必要被卷进了纠纷。

《跨世纪数字化版权法》第512条(h)规定如果权利者认为被侵权，为了起诉可以请求法院让服务提供者提供传输该侵权的用户信息。向法院一定要提交的是请求书和在公证人面前诚实陈述的宣誓书，通过形式审查符合法律要求，法院应当责令服务提供者向权利者提供用户信息。如果请求者在公证人面前撒谎，应当承担刑事责任，能一定的程度上防止无正当理由的信息请求¹²。

《提供者责任限制法》规定如果传输信息明显侵害自己权利，而且为了要求损害赔偿需要对方信息，或者有正当理由的情况下，自己认为被侵权者可以请求服务提供者提供他所掌握的用户信息。服务提供者对传输信息者应当问是否提供用户信息，跟传输者不能联系或有其他特别的情况除外。按照总务省令，服务提供者要提供的用户信息的内容是传输者姓名或名称、传输者地址、传输者的电子信箱、侵害信息有关的IP地址、传输侵权信息的日期和时间。这个程序是不通过法院判断，而让服务提供者自己判断的。如果服务提供者判断错了，拒绝提供信息，但是没有“故意或重大过失”，对请求者造成的损害不承担损害赔偿赔偿责任。法院很少认定过失，更不会认定重大过失，因此实际上“故意或重大过失”要件使服务提供者不提供用户信息，这个规定是没有意义的，不应该规定这个要件。还有《提供者责任法》覆盖的服务提供者范围非常广，而且服务提供者的法律知识水平不一定很高。这个条款从服务提供者有一定的法律知识前提出发，在法院认定重大过失，服务提供者的法律知识越多越难受到赔偿责任豁免，反过来即使服务提供者不熟悉法律，很显然法院也不可能给予赔偿责任豁免。如果服务提供者之间的法律知识差距很大的话，那么这个条款是没有意义的¹³。《提供者责任限制法》规定向服务提供者请求提供用户信息的权利是有意义的，但是服务提供者有义务保证通信秘密，自己判断能否向请求者提供用户信息非常困难，可能自己认为被侵权者先要向法院正式起诉请求提供用户信息，为起诉而起诉，确实浪费时间。提供用户信息规定

¹¹ 同注7

¹² 在这里所说的无正当理由的请求是指如为了威胁、强迫、报复等等或者为了做生意、找异性朋友、办什么事等等的请求。比如有人知道对方信息后，不怀好意地跟踪对方，有些行为还不构成犯罪，但是对人身、精神有相当的危险，不应该向这些人提供信息。

¹³ 白田秀彰《对于网络服务提供者法律责任法个人解说与考察》

<http://orion.mt.tama.housei.ac.jp/hideaki/provider.htm>

是在传输者和被侵权人的微妙紧张关系上设立的机制¹⁴。这样规定使大多数学者认为《提供者责任限制法》确实限制宪法所规定的人人享有通过法院解决纠纷的权利¹⁵。

在日本让服务提供者提供他所掌握的用户信息跟隐私权冲突，需要慎重对待。至少为了诉讼确实需要用户信息，即想知道传输者姓名和住所，一般不会侵害隐私权，只不过是有必要排除无正当理由的请求。像美国那样，请求者向法院提交负刑事责任的宣誓书对敢进行非法行为的人没有效果。为了让法院判断请求者是否诚实，向法院临时提交权利归属证明以及简单的侵权情况证明等等（与保全扣押差不多）是比较合适的方法¹⁶。

五、对损害赔偿过错认定

在日本还没出台《提供者责任限制法》的时候，已经出现了向网络服务提供者请求损害赔偿的案件。制定《提供者责任限制法》的契机就是这些案件，都是法院不承认服务提供者的损害赔偿责任。因为在日本一般侵权行为在善意、无过错的情况下，不承担损害赔偿。从下述判决我们可以看到法院的过错认定标准。

（一）、Nifty Serve(现在改为@Nifty)公司案件

案情

原告：女性会员

被告：男性会员、网络服务提供者 Nifty 公司、论坛管理者

Nifty Serve 公司向自己的会员提供网络论坛。Nifty 公司开设好多题目的论坛，每个论坛都有与题目有关的知识丰富的管理者，管理者不是 Nifty 公司的专门职员，是 Nifty 公司委托私人。平时管理者做别的工作，这就是他的业余工作。

在 Nifty 公司开设的“现代思想论坛”的题目之一——〈社会性别平等〉的讨论上，男性会员的发言诽谤了女性会员。管理者知道侵权后，想删掉发言，但是其删掉方式不能得到原告的同意，所以没有采取措施，原告诉讼代理人要求删掉后，才删掉。原告向被告请求删掉发言、公开道歉、精神损害赔偿。

第一审东京地方法院¹⁷

按照管理者的地位和权限，管理者明知道在论坛有人发言侵害他人名誉的时候，产生删掉义务，应当采取适当的措施，可本案中，管理者对被告男会员一次警告，以后一个多月没有删掉，没有采取其他措施。论坛管理者应当有赔偿责任，所以 Nifty 公司也有作为雇用者的责任，法院承认原告请求。

¹⁴ 西村综合法律事务所 编《IT 法大全》486 页，山口裕司《网络服务提供者的法律责任》日经 BP 出版社 2002 年。

¹⁵ 参见文末《日本国宪法》第三十二条。

¹⁶ 山本隆司《〈提供者法律责任限制法〉的功能与问题—从比较法角度》Copyright 495 号著作权信息中心 2002 年。

¹⁷ 东京地方法院判决 1997 年 5 月 26 日判例时报 1610 号 22 页

第二审东京高等法院¹⁸

关于删掉义务：管理者不仅是有权删掉发言，而且有负责删掉这些发言的义务。但是按民主主义社会讨论的规则，为了提高讨论水平，论坛运营方针允许管理者可以一段时间放置。这个规则不一定不合理。论坛管理者对本案原告的删掉发言要求，没有迅速地采取措施，也不能说违反删掉义务。

因为论坛管理者没有责任，所以 Nifty 公司也没有责任。只有被告男性有赔偿责任。结果当事人没上诉。

(二)、东京都立大学案件¹⁹

案情

原告：东京都立大学学生

被告：东京都立大学学生及东京都地方政府

在东京都立大学，学生之间有了伤害事件。被告学生在大学网站上载了那个伤害事件的内容。原告学生要求学校采取相当的措施，但是学校回答对在大学网站学生自己制作的网页，学校不应该干涉。以后被告学生继续在大学网站上载该内容。原告学生向被告请求损害赔偿和恢复名誉。

法院的判断

关于删掉义务：在网络传输反社会常识的信息，就会损害整个网络的信誉，所以网络管理者为了阻止传输这些信息，有权删掉信息。但是不一定有权删掉信息，就有删掉义务。行使删掉权由管理者斟酌处理，除非权利滥用，不属于非法。

关于防止侵权义务：按照情况，判断有没有防止发生损害义务。假如传输电脑病毒、非法进入计算机等等，网络管理者明明知道这些情况的话，应当采取相当的措施。不过名誉损害行为损害当事人之外利益的可能性非常少，而且网络管理者很难判断传输信息是否侵害他人的名誉，所以网络管理者只知道在大学网页有人也许损害了他人的名誉，原则上没有采取相适当的措施义务。只有一看就知道加害行为非常严重、被害范围非常广的情况下，管理者才能采取阻止措施。

由此可见，这个案件没有上述情况，都立大学老师没有阻止义务，不承担损害赔偿。

六、《电信服务协会指导方针》

为了进一步了解《提供者责任限制法》，社团法人电信服务协会（Telecom Service 协会）和其他有关团体组织了《提供者限制责任法》研讨会（协会会员是网络服务提供商、著作权有关团体、网络服务有关团体。学术专家、实际业务专家、外国有关团体以观察员身分参

¹⁸ 东京高等法院判决 2001 年 9 月 5 日判例时报 1786 号 80 页

¹⁹ 东京地方法院判决 1999 年 9 月 24 日判例时报 1707 号 139 页

与研讨会), 2002年5月24日公开了指导方针²⁰。电信服务协会只不过是向自己的成员提供指导方针(向服务提供者提供行为准则、向网络用户提供侵权通知书格式等等), 这个方针没有法律约束力, 亦即按方针做什么, 不一定受到法律保护。但是协会希望非成员参考该方针、法院尊重该方针。

《电信服务协会方针》对申请阻止传输侵害著作权信息的措施有两个途径。一个是权利人直接申请的途径; 另一个是通过“确认可信性团体”²¹的途径。对于侵权判断, 有一定的社会信用和技术知识的团体代替申请人提供证据比较好。服务提供者收到著作权人的直接申请之后, 应当确认的事项如下:

首先, 要确认申请人是否当事人。有资格申请向服务提供者采取阻止传输信息的是自己认为被侵权人(包括权利人委托的著作权集体管理组织)和其诉讼代理人。确认申请书上有签名和盖章, 能证明有效身份的证件复印件²²。著作权集体管理组织申请时, 还要写组织登记号码。如果事前双方同意以电子邮件方式申请, 而且经常联络和信用的话, 视为与书面申请同等效力。

其次, 应当确认申请人是否著作权人。日本法律对著作权保护采取自动保护原则, 一般不需要申请、注册或登记²³。如果有登记, 申请人应当提供登记证复印件, 如果出版或者销售时, 明确标记权利人姓名的话, 申请人应当提供其复印件, 如果以前向公众提供的产品或产品说明书等资料上, 明确标记权利人姓名的话, 申请人应当提供其复印件, 或者如果有能查权利人和作品之间关系的数据库, 而且其数据库在适当的管理下提供的话, 申请人应当提供其数据库记录证明书。

最后, 最难认定而最重要的是确认是否侵害著作权等权利。服务提供者怀疑著作权已经进入公共领域的话, 可以要求申请人提供能证明其在保护期内的证据, 还有申请人在申请书上一定要写未经许可将侵害什么权利。《电信服务协会方针》将侵权情况区别为两种: 一种是容易判断侵权的, 即无需说明传输者自己认为侵权的, 还有复制作品的全部或者完全复制作品的一部分, 容易对申请人作品和侵权信息进行比较的类型(以下简称“自明型”²⁴)。另一种是需要一定的技术, 通过视听等鉴定, 才能认定是否侵权的, 即不是复制作品的全部或者完全复制作品的一部分, 需要通过专业方法判断侵权的类型(以下简称“鉴定型”²⁵)。申请人本人(包括著作权集体管理组织)向服务提供者直接申请并且是自明型侵权的情况下, 服务提供者按照申请书认定侵权, 如果认定侵权, 应当采取删掉信息等适当的措施, 采取措施前后, 服务提供者可以通知申请人和传输者, 如果传输者有意见, 服务提供者可以要求申请人协

²⁰ 著作权有关的指导方针如下;

www.telesa.or.jp/019kyougikai/html/01provider/01images/provider_020524_1.pdf

名誉和隐私有关的指导方针如下;

www.telesa.or.jp/019kyougikai/html/01provider/01images/provider_020524_2.pdf

²¹ “确认可信性”的意思是确认“是否当事人”、“是否著作权所有人”和“有没有侵权”。确认可信性团体要具备以下要件(1)法人(包括没有法人资格, 但有代表人的社团)(2)能确认申请人的权利内容(3)有与著作权有关的专业知识和经验(4)有能力确认申请书所写的内容。具体说, 著作权集体管理组织、按照著作权法所授权的文化厅(政府部门)指定团体、保护著作权的组织, 包括与上述组织有关的国际组织。

²² 在日本制度上没有统一的身份证, 所以证明本人身份的资料包括诸如护照、驾驶证等各种各样的证件。

²³ 为了有利于权利保护, 也有登记制度, 例如可以登记权利的转移、对于使用笔名发表的作品真名、首次发行作品的时间或者计算机软件创作时间等等。

²⁴ 在《电信服务协会方针》上没有这个称呼, 为了解释方便, 笔者给它取了这个名字。

²⁵ 同注 24

助。为了认定鉴定型侵权要通过“确认可信性团体”，使用以下方法认定申请人和传输者作品的同一性：(1)以视听等方法比较；(2)使用专门软件分析；(3)对于压缩文件，以同样方式压缩申请人作品，然后认定是否产生同一压缩文件。如果认定侵权，服务提供者应当采取删掉信息等适当的措施，采取措施前后，服务提供者可以通知申请人和传输者，如果传输者有意见，服务提供者可以要求申请人协助。

不管侵权形态，对于通过确认可信性团体的申请，即该团体已经确认上述事项的情况下，服务提供者不用再重复确认，按照申请书可以直接采取措施。对通过著作权集体管理组织等在社会上有一定的信用组织进行申请，服务提供者容易判断侵权，问题不大。

如果申请不符合上述的确认要件，服务提供者可以要求申请人补正、提供其他证据等等。如果申请人未提供补充资料，最好是服务提供者跟申请人或者确认可信性团体联系，以申请书不具备要件为理由通知不能采取措施。

七、结语

总之，《提供者责任限制法》条款还不完善，法律到底回避什么风险？保护谁？对此，该法的规定不是很明确，笔者认为，法律应该为当事人提供通过法院迅速解决纠纷的机制，将侵权判断委托给某个服务提供商或者某个个人代办是不合理的，提前把服务提供者排除纠纷之外。虽然电信服务协会订了方针，但毕竟是民间规则，只提供努力目标，法律上不能给予赔偿责任豁免条件。为了保护权利人、网络服务提供者和用户，应当给予进一步明确的赔偿责任豁免条件。在法律规定不是很明确的情况下，对于服务提供者的法律责任，只能由法院在个案中依据法律的原则予以解决。在笔者即将完成本文之际，获悉日本东京地方法院已经有了相关的判决²⁶，对此，笔者将另行文讨论。

参考条款

《关于特定电信服务提供者的损害赔偿责任制 及向服务提供者请求提供传输者信息的法律》^{***}

平成13年(2001年)11月30日 法律第137号 2002年5月27日实施

<宗旨>

第一条 本法针对通过特定电信的信息流通²⁷，他人权利被侵害的情况下，就特定电信服务提供者的损害赔偿责任制及向特定电信服务提供者请求提供传输者信息的权利，作出规定。

<用语定义>

第二条 本法所称的下列用语的含义：

²⁶ 东京地方法院平成15(2003)年12月17日判决。在本案审理过程中，原告主张虽然侵权行为时，《提供者责任限制法》还没有实施，但是鉴于立法宗旨，应当适用。法院没有正式适用该法，只涉及到原告被告双方的观点。法院认定本案P2P服务提供者也是侵权行为主体，即构成共同侵权。法院认定作为共同侵权人P2P服务提供者承担损害赔偿责任。

^{***} 为便于中国读者理解条款内容，在译文中增加了注释。

²⁷ 按照注7逐条解说，信息流通是指传输、传播以及接收信息，即三个方面的总称。

- (一) 特定电信,是指以非特定人接收信息为目的的电信(《电信事业法》²⁸第二条第一项所规定的电信,以下同)的传输(公众直接接收信息的电信传输除外²⁹)。
- (二) 特定电信设备,是指为了利用特定电信提供的电信设备(即《电信事业法》第二条第二项所规定的电信设备)。
- (三) 特定电信服务提供者,是指使用特定电信设备,中介他人的通信或者给他人提供特定电信设备的人。
- (四) 传输者,是指在特定电信服务提供者使用的设备的记录媒体上(只限于在该记录媒体上被记录的信息向非特定人传输的媒体)记录信息,或者在特定电信设备的传输装置上(只限于在该传输装置上被输入信息向非特定人传输的装置),输入信息的人。

<损害赔偿限制>

第三条 通过特定电信的信息流通,他人权利被侵害时,为其通信使用其设备的服务提供者(以下简称为“有关服务提供者”),对其通信过程中发生的损害,技术上能阻止向非特定人传输侵权信息的情况下,除非符合下列各项之一,不承担损害赔偿责任,但该有关服务提供者是侵害该权利的传输者除外。

- (一) 有关服务提供者知道通过特定电信的信息流通,侵害他人权利。
- (二) 有关服务提供者知道通过特定电信,与纠纷有关信息流通的事实,而且有足够的理由认定服务提供者应当知道通过特定电信的信息流通侵害他人权利。

第二款 特定电信服务提供者采取阻止传输信息措施,对传输者其措施造成损害的情况下,只要该措施是为了阻止向非特定人传输的、在必要的范围内进行的,而且符合下列各项之一,对其损害不承担赔偿责任。

- (一) 特定电信服务提供者有足够的理由相信因特定电信的信息流通,不正当地侵害³⁰他人权利。
- (二) 自己认为被侵权者³¹出示认为侵权的信息(以下称为“侵害信息”)、认为被侵害的权利和其理由(以下在本项内称为“与侵权有关信息”),对特定电信服务提供者请求采取阻止传输侵权信息措施(以下在本项内称为“传输阻止措施”),特定电信服务提供者对传输该信息者出示与侵权有关信息,警告是否同意传输阻止措施的情况下,从传输该信息者收到警告起经过七天,该传输者没有答复不同意传输阻止措施。

<请求提供传输者信息>

第四条 只有符合所有下列各项,自己认为被侵权者对为特定电信使用其设备的服务提供者(以下称为“提供信息有关服务提供者”),才能请求对提供信息有关服务提供者提供他所掌握的侵权有关的传输者信息(由政府机关总务省令规定的姓名、地址、为了认定侵害信息其他传输者信息,以下同)。

- (一) 请求服务提供者提供其所掌握的传输者信息的人受到侵权,显然是由于侵害信息的流通造成的。

²⁸ 参见文末《电信事业法》。

²⁹ 参见注3。

³⁰ “不正当”是指不仅仅是违法,也包括没有正当防卫等排除违法性(正当化)事由。

³¹ 因为法院还没判定侵权,所以在法律上不能说“被侵权人”。

(二) 为了请求损害赔偿, 需要传输者信息或者有正当的理由³²知道传输者信息。

第二款 提供有关服务提供者收到上述所规定的请求时, 除了跟侵害信息的传输者不能联系或者有其他特别的情况之外, 应当对传输者问能否提供信息。

第三款 按照第一项, 被提供传输者信息的人, 以滥用传输者信息不得进行损坏传输者名誉或者影响传输者的正常生活。

第四款 在提供有关服务提供者拒绝第一项所规定的请求, 对请求传输者信息的人造成损害的情况下, 除非有故意或者严重过失, 对其损害不承担赔偿责任, 但是提供有关服务提供者是侵害信息的传输者除外。

《电信事业法》

第二条

(一) 电信是指以有线、无线其他电磁方式, 传输、传播或接收符号、音响或影像。

(二) 电信设备是指为了电信的机器、器具、线路其他电气式的设备。

第三条 对电信事业者的事业有关的通信不得进行审查。

第四条 不得侵害电信事业者的事业有关的通信秘密。

《日本国宪法》

第二十一条

第一款 保证集会、结社、言论、出版以及其他一切表达自由。

第二款 不得进行审查³³, 不得侵害通信秘密。

第三十二条

不得被剥夺任何人通过法院接受审判的权利³⁴。

《民法》

第七百零九条

故意或者过失侵害他人权利的人, 对其侵权行为造成的损害, 应当承担损害赔偿责任。

《著作权法》

第一百一十二条 (停止侵权)

第一款 作者、著作权所有人、出版者、表演者或者著作邻接权所有人, 对侵害或者有可能侵害其作者人格权、著作权、出版者人格权或著作邻接权的人, 可以请求停止或者防止侵权。

³² 按照注7逐条解释, 例如请求采取名誉恢复措施、删掉信息措施、或者停止侵害等等。

³³ 按照昭和59年(1984年)12月12日最高法院大法院判决, “审查”是指具备下述特征, 行政机关对作品所表达的思想, 在作品发表之前以禁止发表部分或者全部为目的而进行全面审查, 在审查之后, 不允许发表认为不适合发表的作品。为了公共利益目的也不例外。

³⁴ 从当事人有权向法院请求对该纠纷的权利关系判断出发, 保证只有通过宪法或其他法律承认的、独立公正的法院, 才能接受审判。可以从以下两个角度考虑, 第一是人人有权在法院为了得到法律救济可以进行诉讼, 第二是人人有权在由独立公正的法院作出最后判决之后, 再也不会被追究法律责任。