

對《北京市高級人民法院關於審理 網絡著作權糾紛案件若干問題的 指導意見(一)》的幾點說明

—北京市高級法院知識產權庭—

上世紀90年代末,北京市法院開始受理涉及網絡的著作權糾紛案件。近年來,網絡著作權案件已經佔到著作權案件總數的近50%,成爲全市法院著作權糾紛案件審判、乃至於知識產權案件審判的重要組成部分。更爲重要的是,網絡著作權糾紛通常與網絡技術發展和商業模式密切相關,新情況、新問題不斷涌現,常常引起國內外理論界、網絡界及司法實務界的激烈爭論。而且,實踐中,關聯、類似案件比例很高,存在法律適用標準不統一的現象。爲此,我院於2010年5月出台了《關於審理涉及網絡環境下著作權糾紛案件若干問題的指導意見(一)(試行)》(以下簡稱《指導意見》)。本文擬對《指導意見》中幾個主要問題作幾點說明。

一、信息網絡傳播行爲的判斷

根據法律規定,信息網絡傳播權所控制的是信息網絡傳播行爲。實踐中,被控侵權行爲可能涉及直接的信息網絡傳播行爲,也可能涉及網絡服務提供者通過網絡技術、設備參與他人實施的信息網絡傳播行爲。前者可直接構成信息網絡傳播權侵權。而對於後者,如果網絡服務提供者通過提供網絡技術、設備,參與、幫助他人實施信息網絡傳播行爲,其將與直接行爲人構成共同侵權。正確區分被控侵權行爲是信息網絡傳播行爲還是提供技術服務行爲,對於正確界定其行爲性質、正確適用法律至關重要,是正確審理案件的前提。

(一) 信息網絡傳播行爲的認定

實踐中,一種觀點認爲,只有證明存在過實際的信息下載、瀏覽或以其他方式在線獲得,才能證明實施過信息網絡傳播行爲。而信息網絡傳播行爲是指將作品、表演、錄音錄像製品上傳至或以其他方式將其置於向公衆開放的網絡服務器中,使公衆可以在選定的時間和地點獲得該作品、表演、錄音錄像製品的行爲。由於信息網絡傳播權所控制的信息網絡傳播行爲強調的是通過信息網絡向公衆“提供”的行爲,因此,《指導意見》特別明確指出,是否構成信息網絡傳播行爲,無需當事人舉證證明實際下載、瀏覽或以其他方式在線獲得過作品、表演或錄音錄像製品。

關於信息網絡傳播行爲的判斷標準,實踐中有兩種不同觀點,一種是客觀標準,一種是用戶感知標準,即主觀標準。客觀標準認爲,通常應以傳播的作品、表演、錄音錄像製品是否由網絡服務提供者上傳或以其它方式置於向公衆開放的網絡服務器上爲標準。主觀標準則認爲,由於用戶可以直接在設鏈者等網絡服務提供者的網站上獲得相關內容,而該網絡服務提供者的服務形式使用戶誤認爲相關內容爲該網站提供,可以以此認定該網絡服務提供者實施了直接的信息網絡傳播行爲。

《指導意見》採用了客觀標準。認定是否信息網絡傳播行爲時應堅持何種標準的問題,不但在涉及搜索鏈接服務時存在,在涉及信息存儲空間服務以及P2P(點對點)服務時亦存在。鑒於兩種標準的爭論首先是從深層鏈接開始的,故在此僅以深層鏈接爲例來說明理由。深層鏈接並不是一個法律用語,而只是一種技術手段,其實質在於,用戶在搜索服務商網站上直接獲

得的只是文件存放的地址(URL),而並非獲得內容,真正的內容來源於第三方。可見,深層鏈接服務在本質上是一種中立的技術服務,它既可以鏈接合法的信息,也可以鏈接侵權的、非法的信息。如果不採用客觀標準而採用主觀標準,僅以用戶可以直接在設鏈網站上獲得相關內容的主觀感受為標準,認定深層鏈接行為為直接的信息網絡傳播行為,則很可能會阻礙這種新技術的發展和應用。而且,採用主觀標準既無法解決合法作品的命運問題,也無法徹底解決盜版問題。

然而,這並不是說設鏈網站將不用承擔法律責任。《指導意見》規定,如果網絡服務提供者所提供服務的形式使用戶造成混淆、誤認,佔有他人勞動成果,可以依據《反不正當競爭法》進行調整。因此,被控行為不構成“信息網絡傳播行為”,不構成直接侵權,不等於不構成幫助侵權;被控行為不受《著作權法》的調整,不等於不受其他的法律調整。

此外,《指導意見》還明確規定,在適用客觀標準時,應注意舉證責任的分配。如果網絡服務提供者所提供的服務模式使用戶誤認為係其提供服務,而該網絡服務提供者主張其僅提供技術服務的,應由其舉證證明。如果該網絡服務提供者不能提供證據證明被訴侵權的信息是由他人提供並置於向公眾開放的網絡服務器中的,法院可以推定該服務提供者實施了信息網絡傳播行為。

(二)交互式傳播與信息網絡傳播行為的關係

有一種觀點認為,依據《著作權法》第三十七條、第四十一條、《著作權法》第四十五條第二項、《信息網絡傳播權保護條例》(以下簡稱《條例》)第二條關於“通過信息網絡傳播”的表述,“信息網絡傳播權”應當不限於交互式傳播。然而,結合《著作權法》第十條第一款第(十二)項關於“信息網絡傳播權”的定義進行解釋,不難發現,“交互式傳播”是信息網絡傳播行為的重要法律特徵。在法律明確規定信息網絡傳播行為限定為“交互式”傳播的情況下,不應將非交互式傳播行為也納入信息網絡傳播行為。

基於信息網絡傳播行為的“交互式傳播”特徵,《指導意見》對於以下兩類情況作了明確規定。

其一,《指導意見》規定,局域網傳播作品屬於信息網絡傳播行為。曾有觀點認為,網吧、校內網等局域網服務不符合“個

人選定的地點”的條件,不應屬於信息網絡傳播行為。實踐中有的法院將這類行為以侵犯放映權、廣播權、複製權為由認定被告侵權。但是,信息網絡傳播權所講的“公眾在其個人選定的時間和地點獲得”,其實質在於控制“交互式”網絡傳播行為。“使公眾可以在其個人選定的時間和地點獲得作品”即指“交互式”傳播的特徵。任何“交互式”網絡傳播行為都應受到信息網絡傳播權的控制。如果可以獲得信息的終端不止一個,則“選擇地點”的要求就可以滿足。因此,局域網傳播作品應屬於信息網絡傳播。

其二,對於定時傳播作品的行為,《指導意見》採用了適用《著作權法》第十條第一款第(十七)項進行調整的做法。由於《著作權法》將“信息網絡傳播權”限定於“交互式傳播權”,而定時傳播屬於以非交互式手段通過網絡傳播的行為,因此,定時傳播不屬於信息網絡傳播行為。由於定時傳播屬於通過有線方式進行直接廣播,而《著作權法》規定的廣播權並不包括通過有線方式進行直接廣播的情形,所以,定時傳播也不屬於現行《著作權法》規定的廣播權的範疇。因此,定時傳播的形式只能通過《著作權法》賦予作品的兜底權利來規制。

需要指出的是,《著作權法》第十條第一款第(十七)項僅適用於定時在線傳播作品的行為,而不適用於定時在線傳播表演及錄音錄像製品的行為。根據《著作權法》第三十七條(針對“表演者權”)和第四十一條(針對“錄音錄像製品製作者權”),表演者和錄製者沒有“兜底權利”,其權利不涵蓋非交互式傳播行為。應該說,我國《著作權法》賦予表演者和錄製者的“信息網絡傳播權”在保護範圍上與《世界知識產權組織表演與唱片條約》(WIPO Performance and Phonograms Treaty, WPPT)的規定是一致的,因為WPPT即是僅賦予了表演者和錄製者以“交互式傳播權”,而沒有賦予其非交互式傳播的權利。

(三)“快照”與信息網絡傳播行為的關係

實踐中涉及的與“快照”有關的問題主要有三個方面:“快照”的性質及其與搜索引擎服務的關係;“快照”與《條例》第二十一條所稱的提供系統緩存服務的關係以及快照的免責問題;“快照”與合理使用的關係。

“快照”與搜索引擎服務密切相關,網絡服務提供者在抗辯中常常主張“快照”是一種搜索引擎服務。但是,這種抗辯缺乏

事實依據。由於網絡服務提供者在提供搜索服務時提供“快照”，通常是在其服務器上生成作品、表演、錄音錄像製品的複製件，因此，“快照”已不是單純提供網絡技術、設備服務的行為，而是構成了信息網絡傳播行為。

目前我國審判實踐中涉及的“網頁快照”是一種臨時存儲，在技術上也可被稱為“緩存”。但是，此種“網頁快照”不同於《條例》第二十一條所稱的“緩存”。《條例》第二十一條所稱的“緩存”，是指網絡服務提供者為提高網絡傳輸效率，減少網絡擁堵，在其服務器中將用戶以前訪問的網頁存儲一段時間，以便下一個用戶訪問同一網頁時可以從該服務器中直接獲得，從而提高效率。網絡服務提供者所提供的系統緩存服務是自動、中間型和暫時的存儲，這是一種單純的技術服務。從純技術角度看，《條例》第二十一條所稱的“緩存”，與《美國千禧年數字版權法案》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA)所規定的“緩存”的含義並無不同。但是，目前我國審判實踐中涉及的“網頁快照”在性質上與《條例》第二十一條所稱的“緩存”存在根本區別：這種“快照”是事先存儲在網絡服務器中。為此，《指導意見》特別指出，如果“快照”服務係網絡服務提供者事先把被訴侵權作品、表演、錄音錄像製品存儲在網絡服務器中，或者其行為不符合《條例》第二十一條規定的三個免責條件，則不能夠援引該條款免責。

上述所謂“不能夠援引該條款免責”並不意味着該網絡服務提供者一定不能免責。例如，在特定情況下，其可以基於“合理使用”主張免責。我國《著作權法》和《條例》對於合理使用均採取了明確列舉的方式，網絡服務提供者以提供網頁“快照”的形式使用他人網站上傳播的作品、表演、錄音錄像製品並不在這些明確列舉的情形之中。但是，《著作權法實施條例》第二十一條規定，“依照著作權法有關規定，使用可以不經著作權人許可的已經發表的作品的，不得影響該作品的正常使用，也不得不合理地損害著作權人的合法利益”。該條規定了構成合理使用的條件。該規定與《與貿易相關的知識產權協議》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)等國際知識產權協議規定的“三步檢驗法”的實質內容有類似之處。《指導意見》依據這條規定對“快照”構成合理使用的認定作出了指引。《指導意見》規定，網絡服務提供者

以提供網頁“快照”的形式使用他人網站上傳播的作品、表演、錄音錄像製品，未影響他人網站對作品、表演、錄音錄像製品的正常使用，亦未不合理地損害他人網站對於作品、表演、錄音錄像製品的合法權益，從而未實質性代替用戶對他人網站的訪問，並符合法律規定的其他條件的，可以認定為構成合理使用。

二、網絡技術、設備服務提供行為的法律性質及服務提供者的過錯判斷

(一) 網絡技術、設備服務侵權行為的法律性質

關於網絡技術、設備服務侵權行為的法律性質，有人藉助英美法中的直接侵權、間接侵權理論，認為服務提供者構成的是間接侵權；有人主張網絡服務提供者應承擔共同侵權責任。就責任形式而言，有人主張網絡服務提供者不應承擔連帶侵權責任，而應承擔補充責任。但是，我國相關民事法律並沒有確立直接侵權、間接侵權制度。根據我國《民法通則》、《條例》及相關司法解釋，應當適用共同侵權制度來調整網絡服務提供者利用其設施、技術幫助、參與網絡信息傳播的行為。另一方面，補充責任是一種主從責任形式，當主責任人不足以清償全部債務時，由次責任人對不足部分承擔補充性清償責任。我國《侵權責任法》在第三十七條規定了補充責任，針對的是安全保障義務人未盡到安全保障義務的情況。而在侵權責任法涉及到網絡著作權的規定是第三十六條，該條規定很明顯已經排除了“補充責任”的適用。

就侵權構成而言，《指導意見》明確，提供信息存儲空間、搜索、鏈接、P2P(點對點)等服務的網絡服務提供者構成侵權應當以他人實施了直接侵權行為為前提條件，即第三人利用信息存儲空間、搜索、鏈接、P2P(點對點)等服務傳播作品、表演、錄音錄像製品的行為係侵犯他人的信息網絡傳播權的行為。

(二) 過錯“形式”和過錯的判斷“標準”

《指導意見》認為網絡服務提供者的過錯形式包括“明知”和“應知”，即故意和過失。2010年7月1日實施的《侵權責任法》第三十六條第三款規定：網絡服務提供者知道網絡用戶利用其網絡服務侵害他人合法權益，未採取必要措施的，與該網絡用戶承擔連帶責任。然而，對於其中的“知道”如何理解，說法

不一,但目前主流的觀點是,“知道”包括“明知”和“應知”。王勝明主編的《中華人民共和國侵權責任法解讀》一書中提出,“知道”包括“明知”和“應知”。最高人民法院奚曉明副院長在2010年4月28日召開的全國知識產權審判工作座談會上指出:《侵權責任法》第三條規定的“知道”這一主觀要件,包括“明知”和“應知”兩種情形。《指導意見》採用了這種觀點,但是使用了“知道”與“有合理理由知道”的用語。此用語根源於《條例》第二十三條,《條例》第二十三條同時使用了“明知”和“應知”。《指導意見》所稱的“有合理理由知道”與“應知”係同一含義。具體而言,“知道”指網絡服務提供者實際知道侵權行為存在;“有合理理由知道”指因存在着明顯侵權行為的事實或者情況,網絡服務提供者從中應當意識到侵權行為的存在。

就“過錯”的認定,《指導意見》認為,民法上的合理人標準仍然適用於網絡服務提供者。的確,網絡服務有其特殊性。網絡技術、設備服務提供者為服務對象在網絡上傳播信息提供技術、設備服務,通常須藉助技術手段才能對通過其網絡的信息加以監控,但技術手段有限,網絡上信息量大,內容不斷變化。因此,對其過錯的認定,應特別考慮網絡服務的特點。但不論情況如何,判斷網絡服務提供者有無過錯,應審查網絡服務提供者對其行為的不良後果是否知道或者有合理理由知道。是否知道或者有合理理由知道應以網絡服務提供者的預見能力和預見範圍為基礎,又要區別通常預見水平和專業預見水平等情況。

(三)判斷“過錯”的原則

在明確技術、設備服務提供者的過錯應堅持合理人標準的基礎上,《指導意見》根據技術、設備服務提供者的地位、作用,提出了判斷過錯須把握的兩個原則。一是過錯的判斷應與特定的作品相聯繫,避免僅僅從網站經營模式出發推斷服務提供者存在過錯,導致阻礙互聯網行業的發展。例如,不能僅僅以目前網絡上搜索到的大部分MP3是未經權利人授權的錄音製品而在榜單中並不存在涉案錄音製品的情况下,認定提供搜索鏈接服務的網絡服務提供者“有合理理由知道”。

二是過錯的判斷應注意把握網絡本身的發展規律和特點。首先,不對提供技術、設備服務的網絡服務提供者施加事先進行主動審查、監控的義務。網絡服務提供者對他人利用其技術

服務傳播作品、表演、錄音錄像製品是否侵權一般不負有事先進行主動審查、監控的義務,即網絡服務提供者是否有過錯,只能通過相關事實來證明,不能僅僅從網絡服務提供者沒有監控網絡,沒有事先發現和制止侵權行為這一事實本身推定其有過錯。其次,“應知”的前提是侵權事實非常明顯,即只有網絡服務提供者具有重大過失時,才認定其具有過錯。

《指導意見》採取的這一原則和美歐發達國家的做法基本一致。比如,美國《千禧年數字版權法》第512條(m)款規定了網絡服務提供商沒有監控網絡,尋找侵權活動的義務。歐盟《電子商務指令》第15條也要求成員國不得規定網絡服務商負有監視其傳輸或存儲的信息的義務,以及積極發現相關事實的義務。

此外,鑒於個案中如何認定技術、設備服務提供者是否有過錯,非常複雜,《指導意見》在提出了過錯判斷的一般標準和原則的基礎上,通過總結審判實踐經驗,對幾種具體情形下過錯的認定提出了法律適用的意見。其中,《指導意見》第19條是關於提供信息存儲空間服務的網絡服務提供者的過錯判斷;第20條是關於搜索、鏈接、P2P(點對點)等服務經常涉及的信息的分類、列表等服務形式的問題。需要明確的是,這幾種列舉的情況都屬於侵權事實非常“明顯”的情形,實踐中認定過錯往往需要綜合考慮多種因素,要結合具體案件看網絡服務提供者是否應當知道,也能夠知道被訴作品、表演、錄音錄像製品侵權。

(未完待續)

執筆人:張冬梅

編者註:《指導意見》全文見本期第89頁。