

對《北京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

(接上期)

三、關於網絡服務提供者侵權責任構成要件與免責條件的關係

明確侵權責任構成要件與免責條件的關係對網絡著作權審判具有重要意義。《著作權法》及《信息网络传播权保护条例》(以下稱《條例》)沒有專門就提供系統緩存、信息存儲空間、搜索鏈接服務等的中介網絡服務提供者的侵權責任構成作出規定,但《條例》卻對關於賠償責任的免責作了特別規定。由此,網絡技術服務提供者的侵權責任構成與免責的關係問題,即不符合免責條件的服務商是否一定承擔侵權賠償責任,實踐中爭議較大。

《北京高級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)》(以下稱《指導意見》)認為,就民事侵權責任構成要件而言,在任何情況下,不論是一般民事案件還是網絡著作權糾紛案件,不論是針對網絡服務商直接提供內容服務的行為還是網絡服務商通過提供技術設備服務幫助他人進行信息內容傳播的行為,認定被控侵權者是否構成侵權,並承擔賠償責任,都應當堅持民事侵權構成要件的要求,應當考慮其是否具有過錯。為此,《指導意見》第一條明確規定,網絡服務提供者構成對信息網絡傳播權的侵犯、承擔侵權的民事責任,應具備違法行為、損害後果、違法行為與損害後果具有因果關係和過錯四個要件。《指導意見》將此置於整個規定的首要位置,意義正在於此。而就網絡技術服務提供者的免責問題而言,《指導意見》認為,《條例》規定的各種技術服務提供者的各項具體的免責條件的類型和性質並不相同。有的免責是基於侵權責任的免

責,包括基於《指導意見》第十五條所稱的直接侵權責任的免責和基於《指導意見》第十四條所稱的共同侵權責任(下稱共同侵權)的免責,在此情況下,“免責條件的反面就是侵權責任的構成”的觀點可以成立。但是,有的免責卻與是否構成民法意義上的侵權沒有關係,既不是基於直接侵權的免責,也不是基於共同侵權的免責,此時“免責條件的反面就是侵權責任的構成”的觀點不成立。因此,在一般情況下,應當首先考慮網絡服務提供者的行為是否構成侵權,在此基礎和前提下,將網絡服務提供者的行為是否符合《條例》規定的免責條件與是否符合民事侵權構成要件結合起來進行認定。換言之,《條例》規定的網絡服務提供者的免責條件只是一個“避風港”,免責條件與侵權責任構成之間的關係相當於“避風港”與“風浪風險”之間的關係。符合《條例》規定的免責條件的,“停泊”在“避風港”中,通常不會承擔侵權賠償責任;但是不符合或不完全符合《條例》規定的免責條件,不在“避風港”中的,可能承擔侵權賠償責任,也可能不承擔侵權賠償責任。需要具體情況具體分析,具體認定。

實踐中,對《條例》第二十二條和第二十三條的適用問題分歧較大。適用《條例》第二十二條的難點在於對該條第(二)項所稱的“未改變服務對象所提供的作品、表演、錄音錄像製品”以及第(四)項所稱的“未從服務對象提供作品、表演、錄音錄像製品中直接獲得經濟利益”兩項免責條件如何理解。

對於該條所稱“改變”,分歧主要集中在視頻分享網站在用戶上傳的視頻一角自動嵌入或疊加網站標識的問題上。一種觀點認為,只有自動加註數字水印等網站標識,才不構成“改變”。另一種觀點認為,應當根據數字水印係網絡服務提供者還是用戶添加的,添加的數字水印是依附於涉案內容還是依附於播放

軟件上的情況,具體確定是否構成改變。《指導意見》認為,從該項免責條件和侵權責任構成的關係來看,該項免責條件應當理解為“未改變作品的內容”,應屬於直接侵權的免責條件。換言之,該條中的“改變”應僅指在人為改動了用戶上傳的作品、表演、錄音錄像製品的內容後,再將其在網站中發佈。而視頻分享網站在視頻的一角自動嵌入或疊加網站標記,以及自動在視頻播放之前或之後插入廣告,相當於倉庫管理系統自動在入庫貨物的一角蓋上印記,不應被認為“改變”了視頻內容或被視為視頻的上傳者。為此,《指導意見》明確列舉了不應視為對服務對象提供的作品、表演、錄音錄像製品進行了“改變”的三種情形,包括:僅對作品、表演、錄音錄像製品的存儲格式進行了改變;對作品、表演、錄音錄像加註數字水印等網站標識;在作品、表演、錄音錄像之前或結尾處投放廣告以及在作品、表演、錄音錄像中插播廣告的情形。

對於該條第(四)項所稱的“從服務對象提供作品、表演、錄音錄像製品中直接獲得經濟利益”,《指導意見》認為,網絡服務提供者為服務對象提供信息存儲空間服務時按照時間、流量等向用戶收取的標準費用,相當於房租,不屬於“從服務對象提供作品、表演、錄音錄像製品中直接獲得經濟利益”。網絡服務提供者因提供信息存儲空間服務而收取的廣告費涉及經營模式問題,是信息存儲空間服務商主要的獲利方式。如果簡單認定做廣告就是直接獲得經濟利益,則會導致動輒侵權,從而會阻礙信息存儲空間服務這種模式的發展,所以規定因提供信息存儲空間服務而收取的廣告費,一般不應認定為直接獲得的經濟利益。基於同樣的理由,對於網絡服務提供者針對特定作品、表演、錄音錄像製品而投放廣告的情況,一般也不宜認定為直接獲得經濟利益,但可以根據案件的具體情況,在認定網絡服務商是否具有過錯時酌情予以綜合考慮。原因在於,根據我國《民法通則》和《侵權責任法》,該項免責條件與是否構成侵權沒有關係,既不是基於直接侵權的免責,也不是基於共同侵權的免責。而針對特定作品、表演、錄音錄像製品投放廣告本身,可能會導致網絡服務提供者接觸內容,故,可以將其作為認定網絡服務商是否具有過錯的一個因素予以考慮。

關於《條例》第二十三條,實踐中比較普遍的一種觀點認為,如果權利人未發出通知的,搜索、鏈接服務提供者就不需要

承擔賠償責任。就此,《指導意見》第26條同樣基於侵權責任構成與條例所規定的免責的關係,對搜索、鏈接服務提供者不承擔損害賠償責任應當具備的免責條件進行了明確規定。

四、“通知”規則的適用

權利人向提供信息存儲空間、搜索、鏈接服務的網絡服務提供者提交的通知應符合《條例》第十四條的規定,否則應視為發通知不符合條件。權利人的通知有的信息全面、準確,完全符合《條例》第十四條所列的內容,有的不完全具備,前者無疑可以起到通知的作用,那麼如何看待後者呢?《指導意見》認為,權利人的通知不完全符合《條例》第十四條規定的通知在一定條件下可以作為認定網絡服務提供者是否有過錯的重要因素。由於網絡服務提供者所提供的服務的性質及技術限制,一般不能要求其負有監控、審查網絡上傳播的信息是否合法的義務,客觀上其也難以注意到信息是否侵權。權利人向其發出通知可以起到告知侵權的作用。網絡服務提供者在接到權利人通知後採取置之不理的態度,如果權利人所發通知係符合《條例》第十四條規定的通知,則其存在明知的過錯;如果權利人所發通知不完全具備《條例》第十四條所規定的內容,則其可能存在應知的過錯。實踐中比較常見的是,權利人所發“通知”未包含被控侵權信息的網絡地址的情況。《指導意見》認為,如果網絡服務提供者根據通知提供的信息對被訴侵權的作品、表演、錄音錄像製品能夠足以準確定位的,可以認定權利人提交的“通知”屬於最高人民法院《關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》(簡稱《網絡司法解釋》)第四條所稱的“確有證據的警告”。對於如何認定對被訴侵權的作品、表演、錄音錄像製品“足以準確定位”,應當考慮網絡服務提供者提供的服務類型、權利人要求刪除或斷開鏈接的文字作品或者表演、錄音錄像製品的文件類型以及作品、表演、錄音錄像製品的名稱是否具有特定性等具體情況認定。關於網絡服務提供者在合理期限內未及時刪除或斷開鏈接的法律後果,《指導意見》認為,如權利人通知的內容屬實,可以認定網絡服務提供者存在過錯,對損害的擴大部分承擔相應的法律責任。這與《侵權責任法》第三十六條規定一致。關於如何確定網絡服務提供者及時

刪除或斷鏈的“合理期限”，由於服務性質、作品性質、通知內容等不同，需要根據權利人提交的通知的形式、通知的準確性、通知中涉及的文件數量、刪除或者斷開鏈接的難易程度、網絡服務的性質等因素綜合認定。

五、其他問題

(一)關於技術措施

由於實踐中對《著作權法》和《條例》關於著作權法意義上的技術措施的規定的含義有不同的理解，導致法律適用不統一。為此，《指導意見》明確，著作權法意義上的技術措施應當是為保護權利人在著作權法上的正當利益而採取的技術措施，不僅指為保護作品著作權而採取的控制使用作品的技術措施，還包括控制用戶瀏覽、欣賞的技術措施。基於對國內外司法實踐中的典型案例的總結概括，本條規定以列舉的方式明確了不應認定為著作權法意義上的技術措施的情形。《指導意見》還同時規定，受著作權法保護的技術措施應為有效的技術措施。技術

措施是否有效，應以一般用戶掌握的通常方法是否能夠避開或者破解為標準。技術專家能夠通過某種方式避開或者破解技術措施的，不影響技術措施的有效性。

(二)關於網站經營者的認定

對於網站登記備案信息與網站中標示的信息所載明的經營者不一致、責任應由誰承擔的問題，《指導意見》規定：“網站登記備案信息、網站中標示的信息載明的經營者，是網站經營者。網站登記備案信息、網站中標示的信息所載明的經營者不一致的，除有相反證據證明外，可以認定網站登記備案信息、網站中標示的信息所載明的經營者為共同經營者。”針對實踐中通過網站登記備案信息以及網站中標示的信息無法確定網站經營者的情況，《指導意見》還規定：“域名持有者註冊信息可以作為證明網站經營者身份的初步證據，但有相反證明的除外。”這兩條規定一方面考慮了具體案件中被控的網站經營者的舉證問題，另一方面考慮了加大對著作權人的保護力度，防止網站經營者推卸責任，有利判決的執行等多種因素。■

執筆人 張冬梅