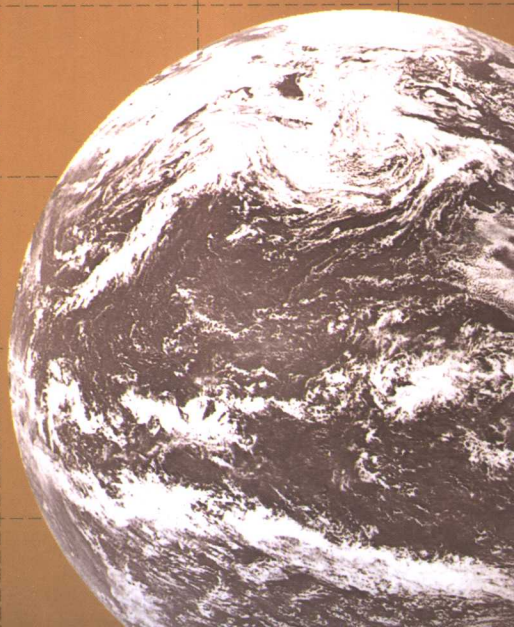


# 信息网络传播权研究

乔 生 / 著

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



# 信息网络传播权研究

■ 王 力 ■



# 信息网络传播权研究

乔 生 / 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

信息网络传播权研究/乔生著. —北京:法律出版社, 2004. 10

ISBN 7-5036-5154-7

I. 信… II. 乔… III. 互联网络—知识产权—侵权行为—研究  
IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 100255 号

法律出版社·中国

责任编辑/杨 琦

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/8.75 字数/218 千

版本/2004 年 10 月第 1 版

印次/2004 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939640

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5154-7/D·4872 定价:22.00 元

## 作者简介

乔 生,沧浪客,幼喜读诗书,崇尚学问;早年求学南北,冀揽中外文化。慕陶渊明之采菊东篱下,效莎士比亚之鞭挞旧礼教,然终喜李白之粪土王侯,斗酒放歌。权居南国,尝与高铭暄先生品味岭南火锅,伴朱奇武前辈漫步粤海滩头;邀新识飞赴里诺比较美澳之赌场规则,与旧友驱车鉴赏多伦多草原的雪裹民居。奈何浮日易逝,逾不惑之年,清家底,仅小书三册,译作一部,及在《中国法学》、《法律科学》、《政法论坛》、《法商研究》、《现代法学》、《政治与法律》、《知识产权》、《知识产权研究》、《国际经济法学刊》、《国际贸易问题》与台湾之《东吴法律学报》、《政大法学评论》等 20 余刊发表论文五、六十篇而已。自谓才疏学浅,建树全无;寄身学界,属肖俗挤兑之一类。然,偶沧海逐浪,玄武赋莫愁;结草乡里,问农于阡陌,其心泰怡,其乐融融。

## 序

2001年10月,中国为之奋斗了近15年的“复关”“入世”即将实现,在一种壮志酬,勒马鏖兵问他洋的气势中,面对国际互联网著作权利的压力,立法界摆脱国内知识产权保护向西方亦步亦趋的惯力,挣扎着做回了自己,向世人宣布了中国信息网络传播权的确立。谓其做回自己,是因她摆脱了西方发达国家立法的羁绊,独立创设了信息网络传播权;说她挣扎,是因为其定义又照搬照套WCT的权利含义,并未完成一项全新的网络著作权利的设置。

拥有960万平方公里的领土,占世界人口的近1/5,年进出口额进入世界前列的泱泱大国,在21世纪有可能成为国际贸易制高点的网络立法上,对相关权利当取独立创设的走势;这是不言而喻的。因此,作为这泱泱大国的子民,当为这种豪迈与尝试鼓与呼;然也当为其相关的实践求索与酌明。网络传播是一场新的革命,它集文字、语音、声音、图像于一体,涉及一个国家经济政治的公权利,也涉及每一位国民的私权益,特别是网络作品侵权,自美国泰尼斯诉纽约时报社以来,11年间讼事不绝,官司不断,更有该案三审终结,历时8年,浮沉反复,影响着包括中国在内的许多个国家。而其中,无论是舆论导向还是司法、立法实践,无不因原告的胜败而变化不已。

2002年,笔者申报了江苏省高校人文社会科学基金的一项自选课题。蒙评审组专家与省教育厅官员不弃,将这项一般课题荐为重大项目。两年之研究,勉力成此小书,付梓之际,自序寄言。诚,谢各

位师兄师长奖掖扶持之恩,言本书之缺陷与谬误甚多,作者汗颜,拜请读者原宥,或赐教。

本书出版获南京财经大学科研基金资助。

乔 生 顿首

二〇〇四年三月十八日

## 引 言

信息网络传播的技术基础是因特网,没有因特网及其快速发展,不可能有我们今天谈论的信息网络传播及其权利;而因特网的崛起与快速发展,应归功于万维网(World Wide Web)和友好用户浏览软件,它使一个没有任何技术知识的用户在短短的几秒钟时间内也可以访问世界上的任何一个网站。这里,特别需要提到的是20年前美国很普通的网络设计师蒂姆·伯纳斯·李,他发明了万维网<sup>①</sup>,并在网上向全世界公开其使用软件,尔后又悄悄地躲到了幕后,继续进行他认为有意义与价值的研究。他不像尔后出现的许多利用万维网发明大发其财的商贾富豪,他才是真正的世界和人类的一位造福者,拥有全世界最伟大的精神人格。

我在开篇之初特别提到了蒂姆·伯纳斯·李,并非仅仅因为他与我们今天享有的信息网络传播的技术有关,而且还因为他为了社会的发展与人类的幸福、欢愉,放弃了他所拥有的发明权。他本拥有世界上最伟大最富资源的一种知识产权,但他不像其他的一些人向人类和社会无限度无止境地索取。他使今天某些生活富足,却因为为了获取更多物质财富,以维护个人权利为名,不惜花费时间与精力,

---

<sup>①</sup> 万维网是一种采用图形界面,结合与强化互联网上多种信息传输协议(protocols)的新兴网络技术。它让用户使用安装在用户个人计算机或工作站上的浏览器(计算机程序),便可以通过个人计算机看到图文并茂、绚丽多彩的万维网网页。它的出现,是国际互联网发展历史上的一次飞跃,其超文本链接(hypertext links)技术不仅可以让用户远程访问储存在服务器中的信息,而且可以借助超文本链接“跳跃”访问储存在其他服务器中的信息。然而,也正由于这一新兴技术的发展及作用,它给信息网络传播权利的保护带来了挑战与威胁。

奔走于法庭内外的人们黯然失色。

这里,笔者并非鼓吹人们不要维护个人在互联网上的信息网络传播权。如是,当然与本书写作的本意大相径庭。但是,笔者在强调维护信息网络传播权的同时,也强调互联网上的资源共享,强调对信息网络传播权利的限制。在这个问题上,国内一些学者面对网络环境对知识产权制度形成冲击的现实,或有偏重于扩大保护范围,提高保护水平的倾向,忽视网络资源的共用与共享,忘记知识产权法的根本宗旨与立法目的。而年轻学者薛虹博士对此的认识堪称清醒,在其导师郑成思先生认为“长江后浪推前浪”的一本专著中,她明确提出了“知识产权法律的调整并不是盲目地扩大保护范围和提高保护水平,而是要把网络环境纳入知识产权法律的管辖范围之内,让人们可以预见自己行为的法律后果,懂得在网络实施哪些行为是自由的,哪些行为是被禁止的,让网络有序而健康地发展”的断论。<sup>①</sup> 这里最有价值的思想,我认为是让知识产权保护顾及人类与社会的利益。类似思想,在薛虹最近出版的另一本专著《知识产权与电子商务》中也有体现。<sup>②</sup>

社会,人类与文明,不仅仅尊重比尔·盖茨,更会尊重蒂姆·伯纳斯·李。

当然,社会需要蒂姆·伯纳斯·李,也需要比尔·盖茨。<sup>③</sup>

---

① 参见薛虹:《网络时代的知识产权法》,法律出版社2000年版,第3页。

② 在薛虹博士2003年出版的《知识产权与电子商务》的序言中,郑成思先生对其研究作出了更高的评价,甚至将之作为“国内的先行者”与“国际上的先行者”的世界知识产权组织相提并论。尽管笔者并不认为这种“组织”与“个人”及其作用具有可比性,但薛虹博士在国内研究的先行却是事实。至于对专著、论述学术价值的评价,我历来认为是仁者见仁,智者见智,大可不必强求一律。

③ 知识产权保护与公共利益,永远处在一个矛盾的统一体中。

# 目 录

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| 引言                                 | 1  |
| 一、信息网络传播权的提出与问题                    | 1  |
| 1. 信息网络传播权的现实基础                    | 2  |
| 2. 《著作权法》关于信息网络传播权的第一次修改           | 5  |
| 3. 《著作权法》关于信息网络传播权的第二次修改           | 6  |
| 4. 《著作权法》修正的原则与外力影响                | 7  |
| 5. 《著作权法》有关信息网络传播权的规定              | 8  |
| 6. 中国确立信息网络传播权的依据                  | 10 |
| 7. 中国信息网络传播权定义析评                   | 13 |
| 二、国际社会关于信息网络传播权利的立法与价值取向           | 17 |
| 1. 欧盟的“向公众传播权”与 WIPO 的抉择           | 17 |
| 2. WIPO 的网下“复制”延伸与美国的复制权与发行权<br>结合 | 20 |
| 3. 中国的信息网络传播权与美国的“既有权利”涵盖<br>取向    | 23 |
| 4. 网上浏览与瞬间存储是否复制侵权                 | 25 |
| 5. 欧美技术措施保护对中国立法的影响                | 27 |
| 三、信息网络传播权与信息网络传输权、传统著作权及邻接<br>权的比较 | 31 |
| 1. 信息网络传播权与信息网络传输权的比较              | 32 |
| 2. 信息网络传播权与传统著作权的比较                | 33 |
| 3. 信息网络传播权与传统邻接权的比较                | 36 |
| 4. 信息网络传播权与传统著作权、邻接权保护趋势           |    |

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 比较 .....                                | 38  |
| 5. 现实生活中亟须廓清酌明的几个传统案例 .....             | 47  |
| 四、信息网络传播权与反网络垃圾立法 .....                 | 61  |
| 1. 信息网络传输权利与信息网络传播权的区别 .....            | 61  |
| 2. 垃圾邮件的定义与法律定性 .....                   | 63  |
| 3. 网络垃圾的类型及法律界定 .....                   | 64  |
| 4. 国外反网络垃圾的立法与趋势 .....                  | 67  |
| 5. 中国反网络垃圾立法的思考 .....                   | 69  |
| 6. 美国贝克案的启示 .....                       | 73  |
| 五、网络服务商的法律地位与侵权责任 .....                 | 77  |
| 1. 网络服务商在信息传播中的作用、权利与义务 .....           | 77  |
| 2. 网络服务商不承担直接侵权责任的情况分析 .....            | 86  |
| 3. 网络服务商承担直接侵权责任的案例分析 .....             | 92  |
| 4. 网络服务商间接侵权责任的界定 .....                 | 96  |
| 六、电子数据库的著作权保护 .....                     | 99  |
| 1. 电子数据库与信息网络传播权 .....                  | 99  |
| 2. 数据库立法保护现状与问题 .....                   | 104 |
| 3. 数据库选择与编排的原创性 .....                   | 112 |
| 4. 中国数据库客体规定与数据库保护实践 .....              | 114 |
| 5. 数据库特殊权利保护与反盗版不正当竞争法 .....            | 123 |
| 七、网络链接与信息网络传播权保护 .....                  | 132 |
| 1. 网络链接的层次与种类 .....                     | 133 |
| 2. 未经许可的网络链接是否侵犯网络著作权 .....             | 134 |
| 3. 网络链接侵权与不侵权之辩 .....                   | 137 |
| 4. 结论与存疑 .....                          | 149 |
| 八、陈兴良索赔案与数字图书馆生存思考 .....                | 151 |
| 1. 陈兴良索赔案的省思:立法明确,传统邻接权吞并<br>新生权利 ..... | 151 |
| 2. 新生媒体数字图书馆“作品收藏授权书”蕴含权属               |     |

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 纷争·····                                | 153 |
| 3. 侵权行为的利益驱动机制:作品引用、阅读次数的<br>评估体系····· | 154 |
| 4. 限制侵权:以法律为基石与标尺 ·····                | 155 |
| 5. 侵权赔偿:陈兴良冤不冤? ·····                  | 156 |
| 九、知识产权滥用限制与信息网络传播权立法限制 ·····           | 160 |
| 1. 中国限制知识产权滥用立法的背景·····                | 161 |
| 2. 知识产权保护与知识产权滥用之分野·····               | 165 |
| 3. 限制知识产权滥用的国际合法性·····                 | 170 |
| 4. 中国限制知识产权滥用立法的意见·····                | 172 |
| 5. 法律对信息网络传播权的限制·····                  | 179 |
| 6. 中国网络版权合理使用的几点意见·····                | 202 |
| 十、信息网络传播权的司法保护 ·····                   | 213 |
| 1. 信息网络传播权立法前司法保护的价值取向·····            | 213 |
| 2. 信息网络传播权司法保护的热点问题·····               | 218 |
| 3. 国外信息网络版权保护对中国的启示·····               | 224 |
| 4. 网上侵权案件的司法管辖·····                    | 230 |
| 5. 信息网络传播权司法保护之省思·····                 | 238 |
| 十一、信息网络传播权保护条例的制定 ·····                | 243 |
| 1. 保护条例应当厘定酌明的几个问题·····                | 244 |
| 2. 司法实践给中国立法提出的要求·····                 | 250 |
| 3. 网络发展与社会进步要求对新兴权利作出限制·····           | 259 |
| 跋·····                                 | 266 |

## 一、信息网络传播权的提出与问题

作品在互联网上传播属于一种什么样的权利?权利所有人如何控制这种传播并因此获得一定的经济利益?这种权利与其他著作权利的关系,它们之间表现形式及特点有何不同以及如何对新兴权利作出限制?这是国际社会纷争多年并未能在各国的立法实践中得以完全统一与解决的问题。

加入世界贸易组织(下简称WTO)前夕,中国修订《著作权法》,<sup>①</sup>第一次鲜明地提出了信息网络传播权,并授权国务院另行制定信息网络传播权保护办法。<sup>②</sup>这无疑是根据中国法律文化的特点,又充分重视作品在网络传播的权利与保护的一项立法创设,比之传统“复制权、发行权的含义延伸”<sup>③</sup>及“向公众传播权”<sup>④</sup>、“向公众提供权”<sup>⑤</sup>的提法更为准确与明朗。

然而,如何理解国际社会关于信息网络传播权利的立法趋势及中国确立信息网络传播权的依据与意义,学术界迄今似未作出深入的探讨;信息网络传播权立法的完善,包括技术措施的保护,权利共享与权利限制等,均不断地令人产生新的困惑,有待进一步地讨论,廓清与酌明。

中国信息网络传播权利的确立,结束了中国互联网络多年无法

---

① 2001年10月27日第9届全国人大常委会第24次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》,2001年10月29日新华社发布。本书简称《著作权法》。

② 参见《著作权法》第10条第1款第12项,第58条。

③ 美国对作品在网上传播的立法取向。

④ 世界知识产权组织(WIPO)对作品在网上传播确立的权利概念。

⑤ 日本与欧盟立法对作品在网上传播确定的一种邻接权利。

可依的混乱局面,既是著作权人、表演者和录音录像作者们一大喜讯,也是 IT 业界的一大幸事。其深远意义与重大效应,将随着科学技术的进步与互联网络的发展,益发彰显。然而,中国信息网络传播权的提出及其法律地位的尊重,却经历了一个曲折的过程。

## 1. 信息网络传播权的现实基础

信息网络传播权的现实基础是信息技术的发展,国际互联网的诞生及其对世界各国的影响。

### 1.1 “银河网络”与李克利德

美国麻省理工学院李克利德先生(J. C. R. Licklider)1962 年在他出版的系列备忘录中提出了“银河网络”的概念与设想。这是今天国际互联网的雏形。按他的设想,世界各国的计算机都进行联网,而所有的人都可以通过这互联的网络查询资料与共享数据及程序。同年,李克利德被任命为隶属于美国国防部的 ARPA (Advanced Research Projects Agency)的计算机项目研究的负责人。

### 1.2 ARPA 与计算机联网试验

在 ARPA,另一个计算机科学家克列恩克络(Leonard Klienrock)将他以前提出的“信息分别打包、分别独立发出,到达目的地后再重新组装恢复原样”的设想付诸实验并作进一步发展。这就是我们今天分组交换网的基本思路。

1965 年由 Thomas Merrill 和 Roberts 完成的计算机联网试验,通过低速拨号电话系统将位于美国西海岸的加州大学伯克利分校的 Q-32 计算机同东部新英格兰地区的麻省理工学院的 TX-2 计算机进行了联网,该实验实现了计算机程序共享与数据传输,证明了分时系统的计算机可以通过联网以运行在远距离的计算机中的程序并提取其中的数据,同时引发了广域网的概念与设想。

1967 年,关于计算机联网系统的“ARPANET”计划推出。该计划实施期间,吸收了麻省理工学院、英国国家物理实验室和兰德公司等几个独立完成的课题组的研究成果;1969 年,加州大学洛杉矶分

校网络测试中心被作为“ARPANET”计划的第一个节点,并同时在洛杉矶分校和斯坦格大学的计算机上安装了界面信息处理器(Interface Message Processor),使两校的学生可以相互接入对方的数据库并传输数据。<sup>①</sup>美国远在千里之外的计算机联网成功,是国际信息传播的跨时代杰作,标志着美国国际互联网络的信息传播从空想成为了现实。同年12月,接入ARPANET的主机达到4个,1971年发展到23个,1972年华盛顿召开第一次国际计算机通讯会议(International Computer Communication Conference)时,ARPANET已与40个不同地点的计算机进行了联网。

1973年,ARPA启动了Internetting Project并发展了著名的TCP/IP协议,直接反映了当初李克利德所提出的“银河网络”,实施开放性结构(Open Architecture)思想。1982年,以TCP/IP协议为基础的因特网的诞生。此后,计算机联网发展迅猛,在美国,1986年联网的主机数量仅超过5000台,1987年便达到了28,000台。1988年,美国网络数据处理能力也从第一台计算机投入时的每秒5.6万字节,达到了每秒154,400万字节。1993年,美国政府制订了《国家信息基础设施的行动计划》,<sup>②</sup>把信息与基础设施联在一块,导致了日后“信息高速公路”这一含义丰富、风行世界的词组的出现。当年出于军事目的而研制ARPANET的美国国防部(DOD),其时并未意识到计算机互联这一跨时代事件,在今天所形成的网络传播将会给世界带来多么巨大的变化。

### 1.3 第5次信息传播革命

人类历史上,曾经经历了语言传播、文字传播、印刷传播、模拟式电子传播等4次信息传播革命,如今,集计算机技术、信息技术和通讯技术于一身的信息网络传播将成人类有史以来影响最为深远的第

<sup>①</sup> 参见郭禾:“网络技术对著作权制度的影响”,刘春田主编:《中国知识产权评论》第1卷,商务印书馆2002年版,第283页。

<sup>②</sup> National Information Infrastructure: Agenda of Actions.

5次信息传播革命,其借助计算机、多媒体和网络技术,对包括语言、文字、声音、图画和影像的各种信息进行数字化处理,然后通过网络传播到世界的每一个角落。真真只有“横空出世”4字可以概括和包含。至于其意义,则是通过改变人类原有信息生产、传播方式,进而改变人类的生产、生活方式,带动社会的变迁和技术的进步,把人类送入高度社会化的轨道。

美国是计算机互联网络的发源地,也是国际互联网络的促进地。1993年,上述美国政府《国家信息基础设施的行动计划》出台后,引起世界各国的关注与跟进,在全球范围内迅速掀起“信息高速公路”的热潮,<sup>①</sup>当年的美国总统克林顿,不仅致力于国内的信息化建设,还亲身参加世贸组织大会,为促进信息高速公路的发展游说各国发表电子商务宣言。<sup>②</sup>中国也从1993年起开始实施金桥、金卡、金关的“三金工程”,为推动国民经济信息化作出努力。

20世纪90年代中期,因特网(Internet)正式为世界各国人民所接受,套用,并成为全球最大的最流行的计算机信息网络。它打破了传统的地缘政治、地缘经济、地缘文化的概念,形成了虚拟的以信息为主的跨国界、跨文化、跨语言的全新空间。<sup>③</sup>几乎是所有的作品,无论是文字的还是声音的,静态的还是动态的,只要将其相关信息数字化,均可通过网络进行传播。1994年,中科院高能物理研究所网络(IHEP)和中关村地区教育与科研示范网络(NCFC)正式接入因特网;1995年,邮电部宣布向所有用户提供因特网服务,使中国的网络发展由封闭性的科研教育网络阶段进入到开放性的市场化网络阶段。截止1999年6月30日,中国因特网网民已达到400万;2000年6月30日,这个数据便翻了4番,达到1690万;截至2002年12

① 沈木珠著:《国际贸易法研究》,法律出版社,2002年版,第270页。

② 沈木珠著:《国际贸易法研究》,法律出版社,2002年版,第274页。

③ 闵大洪:“中国网络传播研究现状及前瞻”,[http://www.cddc.net/shownews.asp?](http://www.cddc.net/shownews.asp?newsid=3133)

月 31 日,中国共有网站 37.16 万个,网上数据库 8.29 万个,网页 2.24 亿个(除去内容重复的网页后为 1.57 亿个)。<sup>①</sup>

网站、网页、网民,数据库相互间的信息传递、播放、展示,凸显了信息网络传播权利在国际互联网上的作用。

## 2.《著作权法》关于信息网络传播权的第一次修改

中国第一部《著作权法》是 1990 年 9 月 7 日第七届人民代表大会常务委员会会议通过,1991 年 6 月 1 日生效的《中华人民共和国著作权法》。1991 年 5 月 24 日国务院批准,5 月 30 日国家版权局令 第 1 号发布了《中华人民共和国著作权法实施条例》(下简称《著作权法实施条例》);1991 年 5 月 24 日国务院第 83 次常务会议通过,6 月 4 日国务院第 84 号令发布了《计算机软件保护条例》。1992 年 9 月 25 日,又出台了《实施国际著作权条约的规定》。这些法律法规,与《民法通则》、《刑法》中的有关条款,共同构成了中国著作权保护的法律法规。

但是,由于科学技术的发展,更由于以美国为首的发达国家版权立法修订的影响,中国著作权法实施数年后,便开始显露其对某些领域著作权益保护之不逮。特别是“计算机、数码化、光纤通讯等新技术的运用,为使用者提供了方便,但依当时的法律,著作权人的利益却受到了损害。”<sup>②</sup>1990 年《著作权法》中的规定,显见不能涵盖新技术条件下的网络信息传播。例如 1990 年著作权法规定:“本法所称的复制,指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份的行为”,这种复制,就与现行将他人作品数码化制成光盘的复制行为不同。又如 1991 年《著作权法实施条例》对“播

---

<sup>①</sup> 参见《光明日报》2003 年 7 月 10 日, A4 版,《第二次网络信息资源调查结果公布》。

<sup>②</sup> 沈仁干:“纵谈著作权法成功修改”,<http://www.sipo.gov.cn/sipo/zscqb/lzkj/200111190019.htm>。