

孔祥俊◎著

Judicial Philosophy
and Legal Methods in
Network Copyright
Protection



网络著作权保护 法律理念与裁判方法

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



孔祥俊◎著

Judicial Philosophy
and Legal Methods in
Network Copyright
Protection

网络著作权保护 法律理念与裁判方法

中国法制出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

网络著作权保护法律理念与裁判方法 / 孔祥俊著. —北京: 中国法制出版社,
2015.3

ISBN 978-7-5093-5858-0

I. ①网… II. ①孔… III. ①著作权—审判—研究—中国 IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 027913 号



责任编辑: 李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

封面设计: 李 宁

网络著作权保护法律理念与裁判方法

WANGLUO ZHUZUOQUAN BAOHU FALÜ LINIAN YU CAIPAN FANGFA

著者 / 孔祥俊

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 710 × 1000 毫米 16

版次 / 2015 年 4 月第 1 版

印张 / 20 字数 / 325 千

2015 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5858-0

定价: 68.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66072711

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

前言 / Preface

网络环境下的著作权保护（以下简称“网络著作权保护”）是著作权保护的前沿领域，也是随着互联网技术的发展而产生的著作权保护新领域。信息网络传播权的法律保护无疑是这一领域的核心。与传统著作权保护相比，网络著作权保护不仅是由互联网技术催生的，而且技术因素渗入了保护过程，成为伴随保护过程和影响保护标准的重要因素；与商业的关系更加紧密，在制度设计和利益平衡中融入更多的商业元素；技术和商业的快速变化性，也使具体保护问题充满变数。随着互联网技术的频繁革新和商业模式的不断发展，这一领域的新情况新问题层出不穷。各主要国家和国际条约业已确立了网络著作权保护的基本法律制度。近年来互联网技术和商业模式发生了重大的具体变化，但调整这一领域的基本法律框架基本无变化，而只是保护中的具体对象、情况和问题发生了诸多变化。例如，多年来美国变革网络著作权保护规则的呼声此起彼伏，但迄今尚未付诸实现。不过，判例在细化、丰富和发展网络著作权保护规则中扮演了重要角色，一个个代表性判例构成了保护中的航标，推动着保护的与时俱进。业内人士也就对判例及其确立的保护标准如数家珍和津津乐道。

我国网络著作权保护的专门规范是在新世纪以来陆续确立的，已形成了由著作权法、行政法规和司法解释构成的法律保护体系。多年来这一保护体系的基本框架和规则没有根本性变化，仍在不断地适应着网络环境的新发展。但是，随着互联网技术和商业模式的不断更新和发展，新矛盾和新纠纷不断出现，“你方唱罢我登场”式的热点难点不断转换，法律适用中不断出现新情况和新问题。例如，从国际范围看，上个世纪 90 年代初，随着互联网的出现和互联网服务的产

生，当时遇到的问题是传统版权规则如何适用于互联网活动。其中主要问题是版权规则是否和如何适用于用户活动，如版权法上的复制和发行规则是否适用于在线存储、传输等。此后第三方责任问题突出出来，除最初立法涉及的纯粹提供物理设施、通道、宿主等服务外，后来陆续表现为涉及链接、文件分享等服务的第三方责任^①，当今我国又有涉及开放平台的第三方责任等。但是，在网络环境下的著作权保护领域，也就形成不变与变化的独特景象，即基本制度没有颠覆性变化，包括利益平衡的基本机制、具体法律规则 and 标准没有变，但其具体内容、具体适用标准和适用方法却可能在不断与时俱进地调适，始终在进行适应性调整，以不断满足应对各种新情况新问题的解决。可以说，变中有稳和稳中有变，稳定与变化相互交织，变化的方式恰恰又是万变不离其宗。例如，网络著作权法律保护体系以兼顾权利保护与促进互联网产业发展为核心，构筑了协调权利人、网络服务提供者与公众利益的平衡机制，形成了支撑这种机制的通知与删除、限制网络服务提供者侵权责任（如间接侵权、具体知情和“红旗标准”）等独特的规则体系。法律的具体适用标准和方法都是可以适当调适的，但都是以实现特定的价值目标为指引，适用中的不断调适也是为了更好地实现价值目标。抽象的价值目标具有恒定性，但实现途径和具体法律标准则是在不断变化和调适中的。弄清楚保护中的这种辩证法，对于法律适用至关重要。

我国司法始终在网络著作权保护中独树一帜和独当一面。早在《著作权法》专门规定信息网络传播权之前，面对亟待解决的网络著作权保护新问题，司法和司法解释及时介入该领域，为后来的立法积累了经验和素材。《著作权法》相应修订及《信息网络传播权保护条例》陆续出台以后，人民法院裁判了大量的网络著作权案件，既将法律规定落到实处，又丰富和发展了法律规定，使我国网络著作权保护多彩多姿和引人注目。为适应网络著作权保护的新需求和回应国内外的新关切，最高人民法院又及时制定了《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（2012年11月26日最高人民法院审判委员会第1561次会议通过，自2013年1月1日起施行），新司法解释使司法

^① “Peer-to-peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law”, Edited by Alain strowel, Edward Elgar, pp.21-24.

保护更趋完善，赢得了国内外的高度关注和赞誉。当前，网络著作权保护中的一些老问题仍存在争论，新情况新问题也层出不穷，人民法院仍然一如既往地积极探索创新，不断开拓网络著作权保护新领域。

本书着重就网络著作权保护中的突出问题进行专题性研究。法律、行政法规和司法解释的条文是高度凝练的，但背后的法理和实际却是丰富复杂的。尤其是法律适用经常是创造性的。新类型和疑难复杂案件的裁判，更是经常要统筹兼顾各种法律内外的因素。因此本书对于有关问题的研究也是开放性的，力图兼顾宏观与微观、历史与现实、理论与实践以及价值与规则。本书既注重制度和规则的历史联系，又关注了当下的新发展。

本书作者是具有浓厚理论兴趣的实践者，不仅在本书中重视重要理论观点的提出和梳理，更重视对于重要保护机制的分析，以及对于实际问题的解决。解决实际问题需要一整套“工具箱”和“使用手册”，这是架设法律、法理与实际问题的桥梁。本书结合已有案例和新情况新问题，对于网络著作权保护新司法解释进行了重点解读和剖析，重在“使用”和“实用”上下工夫。

第一章 利益平衡机制与基本法律生态

- 第一节 网络著作权保护利益平衡的新取向 // 003
 - 一、由传统到现代的转变 // 003
 - 二、利益平衡的历史脉络 // 005
 - 三、利益平衡转变的革命性 // 009
- 第二节 网络著作权保护利益平衡的新架构 // 010
 - 一、三种利益架构的平衡机制 // 010
 - 二、利益平衡的双向性 // 014
 - 三、立法与司法的利益平衡 // 021
 - 四、利益平衡的局限性 // 022
- 第三节 利益的实质性与法律表达的形式性 // 022
 - 一、利益平衡中理念与规则的关系 // 022
 - 二、理念依靠规则来落实 // 027
 - 三、正确对待利益的实质性与表达的形式性 // 029
 - 四、理想与现实的差距 // 034
- 第四节 我国网络著作权保护的基本法律生态 // 035
 - 一、为什么强调法律生态 // 035
 - 二、法律保护生态中的“互联网精神” // 038
 - 三、法律适用要维护互联网法律生态 // 044

第二章 信息网络传播行为

- 第一节 司法实践中的信息网络传播行为 // 051
 - 一、围绕信息网络传播行为的实践争议 // 051
 - 二、流行界定溯源 // 053
 - 三、对信息网络传播行为的评价 // 054
- 第二节 作品提供行为与网络服务提供行为 // 055
 - 一、法定分类已很清晰 // 055
 - 二、与 2000 年司法解释有关分类的关系 // 056
 - 三、网络服务提供行为的信息网络传播属性 // 059
- 第三节 两类行为划分的法律和法理分析 // 060
 - 一、从积极权能与消极权能的角度分析 // 061
 - 二、行政法规的分解式规定 // 062
 - 三、与条约规定及其解读的关联关系 // 064
- 第四节 两类行为的划分标准及制度建构价值 // 067
 - 一、法律标准与技术标准之辨 // 067
 - 二、新司法解释的逻辑结构 // 070
 - 三、两种行为划分的制度建构价值 // 070
 - 四、开放性法律适用的方法论价值 // 072

第三章 信息网络传播权的范围

- 第一节 信息网络传播权的界定 // 077
 - 一、信息网络传播权的界定 // 077
 - 二、信息的范围 // 078
 - 三、与条约规定的联系 // 079
- 第二节 交互性与非交互性的争议 // 081
 - 一、信息网络传播权与交互性传播 // 081
 - 二、非交互式传播引发的法律调整困惑 // 083

三、司法实践中的歧见 // 085

第三节 如何考量法律的适用问题 // 091

一、法律适用的基本思路 // 092

二、法律适用考量因素的深度分析 // 093

第四章 避风港制度与责任限制

第一节 “避风港”制度 // 101

一、专设限制责任的“避风港”条款 // 101

二、免责事由与抗辩事由 // 104

三、“避风港”规则的适用 // 105

四、网吧经营者的特殊避风港 // 106

第二节 “通知与移除”规则 // 109

一、“通知与移除”规则与过错归责 // 109

二、我国法上的“通知与移除”规则 // 111

三、“通知与移除”规则与承担赔偿责任的关系 // 113

四、对于“通知”的要求 // 115

第五章 直接侵权与间接侵权的区分

第一节 划分直接侵权与间接侵权的来由 // 123

一、司法实践中的直接侵权与间接侵权 // 123

二、划分两者的意义 // 125

三、从条约规定看两者的划分 // 127

四、美国法上的直接侵权与间接侵权 // 129

第二节 我国法上的直接侵权与间接侵权 // 137

一、我国区分直接侵权与间接侵权的必要性 // 137

二、直接侵权与间接侵权的归责差异 // 139

三、直接侵权、间接侵权与共同侵权的关系 // 142

第六章 提供行为与直接侵权

- 第一节 提供行为概述 // 155
 - 一、提供行为的含义 // 155
 - 二、各种特殊的提供行为 // 156
- 第二节 合作提供行为与共同侵权 // 158
 - 一、实践中的合作行为 // 159
 - 二、司法实践中的态度和争议 // 161
 - 三、合作行为与共同侵权 // 163
- 第三节 选择提供行为 // 167
 - 一、实践中的审查编辑等行为 // 167
 - 二、选择提供行为 // 169
- 第四节 “快照”服务与提供行为 // 170
 - 一、快照服务的种类 // 170
 - 二、快照服务与内容提供行为 // 172
 - 三、快照服务与合理使用 // 181
 - 四、“三步检验法”的适用 // 183
- 第五节 提供行为的推定 // 187
 - 一、司法实践中的处理方式 // 187
 - 二、司法解释的规定及其运用 // 189

第七章 间接侵权的过错归责

- 第一节 间接侵权适用过错归责 // 195
 - 一、避风港与过错归责的关系 // 195
 - 二、过错归责的具体定位与改造 // 199
- 第二节 过错的形态：“明知”与“应知” // 200
 - 一、“知道”与“明知”、“应知”的关系 // 200
 - 二、“应知”与“有合理理由知道” // 202

- 第三节 知道、应知与具体知情 // 203
 - 一、国外法上的“具体知情” // 203
 - 二、我国法律中的“具体知情” // 211
 - 三、不能以一般知情替代具体知情 // 219
- 第四节 “红旗标准”、重大过失与过错判断 // 222
 - 一、当前实践中的分歧 // 222
 - 二、“红旗标准”意义上的过失判断标准 // 223
 - 三、“红旗标准”与侵权法上注意义务的关系 // 224
- 第五节 过错的具体判断 // 226
 - 一、过错判断的考量因素 // 227
 - 二、司法解释规定的考量因素的具体运用 // 229
- 第六节 特定经营模式意义上的过错 // 243
 - 一、问题的提出 // 244
 - 二、国外的新动态 // 244
 - 三、对我国相关问题的思考 // 247
- 第七节 自我保护与不主动审查 // 249
 - 一、权利人的自我保护 // 249
 - 二、实践中对于是否主动审查的歧见 // 252
 - 三、不负主动审查义务 // 255
 - 四、不负主动审查的其他意义 // 257

第八章 技术中立与侵权行为认定的关系

- 第一节 一种重要的理念和规则 // 263
 - 一、技术中立与工具中立 // 263
 - 二、技术与著作权制度的关系 // 264
- 第二节 索尼案与技术中立规则 // 265
 - 一、索尼案的缘起 // 266
 - 二、索尼案的有关背景 // 268

三、索尼案的影响 // 273

第三节 技术中立的恰当运用 // 275

一、技术中立与使用行为的不中立 // 275

二、我国司法对于技术中立的基本态度 // 276

三、我国司法中技术中立的实际运用 // 277

四、国外判例及条约的一些态度 // 282

第四节 技术标准与法律标准 // 287

一、服务器标准与用户感知标准之争 // 287

二、美国判例对于两种标准的分析和适用 // 288

三、我国司法实践中采纳的判断标准 // 291

四、由事实标准向法律标准的回归 // 298

附录：最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定 // 303

后记 // 307

| 第一章 |

利益平衡机制与基本法律生态



网络著作权保护法律理念与裁判方法

Judicial Philosophy
and Legal Methods
in Network Copy-
right Protection

利益平衡是网络著作权保护的重要支点。总体上说,网络著作权保护要适度,核心是平衡权利人、网络服务提供者与社会公众三者之间的利益关系。如有的学者所说:“我们需要具有均衡和协调感的法律。用亚里士多德的话来说,法律的目标应该是‘中道的’,不能太过(夸张)或不足(简约)。也就是说,要避免太强或太弱的保护。”^①这同样适用于网络著作权保护。当然,网络环境和网上传播的特殊性和复杂性,使得网络著作权(下文将根据语境的不同将著作权与版权混用)保护涉及的利益平衡更复杂、更特殊、更敏感和更突出。准确地认识网络著作权保护中的利益平衡、恰当地进行制度设计并通过正确的法律适用确保其实现,都是网络著作权保护中最重要和最基本的问题。

第一节 网络著作权保护利益平衡的新取向

一、由传统到现代的转变

利益平衡是著作权保护中的永恒话题,平衡的中心点是如何激励创作和创新^②。但是,激励创新和创造的中心点并非一成不变,而是随着时代的发展而不断发展变化着。网络技术和互联网产业的发展,催生了网络环境下著作权保护的新机制。

就传统著作权保护中的利益平衡而言,其基本立足点在于如何激励创作;就现代著作权而言,如何激励商业发展和科技创新又成为其重要关注点。保护著作权的重要意图是鼓励创作和创新,但对于著作权的过分保护则又会走向它的反面,即限制创作和创新。这是一个悖论,恰恰又是需要利益平衡的根本原因,也

^① [美]理查德·斯皮内洛:《铁笼,还是乌托邦——网络空间的道德与法律》,李伦等译,北京大学出版社2007年版,第123页。

^② 如美国最高法院Breyer大法官在Grokster案判决附带撰写的意见中所指出的:“宪法本身就强调了版权在促进‘有用艺术’中的关键性作用。没有人会对‘奖励作者或艺术家起着鼓励向公众释放其创造性天才产品的作用’持有异议。”见METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. v. GROKSTER, LTD. 545 U.S. 913 (2005)。当然,这是以功利主义为基点的。

是利益平衡的基点和轴心。

就传统著作权而言，其基本上关注于促进文学、科学和艺术作品的繁荣，保护著作权是为了激励作者的创作积极性，而适当地限制著作权，又是为了创作者有更好的可资利用的创作空间、基础和源泉。诚如英国作家卢瑟福所说，“科学家不是依赖于个人的思想，而是综合了几千人的智慧”。^①其他创作亦然。

但是，在现代社会，著作权与商业的联系更加紧密^②，它与经济和科技密切相关，既成为塑造新的商业模式和促进科技创新的重要纽带，又成为其重要约束和激励力量，对于著作权的保护已超越了传统意义上的文学、艺术和科学作品的创作，而直接与经济发展和科技创新相关联，与此相适应，利益平衡的重要支点转换成如何促进商业发展和科技创新，商业发展和科技创新成为利益平衡的热议话题和重要考量因素。诸如计算机软件、数据库、网络环境下的著作权保护等，都是充分展现这些新型利益平衡的新领域。与传统著作权保护与生俱来的“阳春白雪”、“温文尔雅”、“象牙塔”之类的“书卷气”相比，这一新领域的利益平衡充满了市场气息和商业杀机，再次显示了经济发展需求的催动力、杀伤力和不可抗拒性，也充分展现了著作权法功利性或者实用主义的一面。

例如，在索尼案中，美国最高法院认为法律从未预料到这种“利益交织”的情况。因为在廉价和高质量的家用复制设备出现之前，个人消费者复制作品的能力极其有限，不太可能严重威胁版权人利益，所以版权人在以往的诉讼中都是针对商业性复制，很少将矛头指向为个人使用目的进行少量复制的个人消费者，更不曾起诉印刷机、复印机、照相机之类的复制设备的制造商和销售商。但是，录像机的出现，使得个人消费者可以轻松地在家中复制自己喜欢的电影，由此触动了原有的利益格局，如可能影响电影公司的出租市场，还可能因为消费者使用“暂停”、“快进”功能跳过广告而影响广告商对电视台的赞助，由此减少版权人的收入。这使得版权人感到有必要控制消费者复制作品的行为，但起诉个人消费

^① 贺年主编：《世界经典名著妙语》，内蒙古人民出版社2003年版，第269页。

^② “版权原本意在保护诸如图书、绘画和音乐作品之类的文化创作物。但是，过去二十余年来，在录制娱乐（音乐、电影、电视）、图像游戏和软件行业，版权已经具有像最经常用的保护创新的手段那样的商业重要性。商业活动日益增强的全球化，伴随着数字化日益广泛的影响，对于版权产业提出了新的挑战 and 提供了新的机会。”见 Lee Davis, “Globalization, Digitisation and the Changing Role of Copyright”, 载 “New Directions in Copyright Law”, Volume 2, Edwar Elgar, p.79.

者有客观上的困难，因而试图通过追究索尼公司的间接侵权责任而获得救济。可见，这是场背后利益关系错综复杂，由复制设备家庭化的高科技时代引发的试图重新调整利益格局的法律纷争。^①

二、利益平衡的历史脉络

当然，从历史渊源看，著作权保护与产业发展的联系从来都是密切的，著作权法律制度要么是由产业推动的，要么反映了产业的声音和利益。

例如，英国早期版权法是由出版商推动发展和变革的。美国版权法奉行实用主义（功利主义），其法律发展变革无处不有产业的身影，更是产业利益直接作用的结果。“在美国著作权的政治圈内，通过相互冲突的利益集团之间达成共识而完成立法，已经成为主导性方法。”^② 例如，美国著作权的每一次随技术发展而通过立法进行的扩张，无不与代表著作权所有人的产业推动直接相关，而合理使用等制度的发展无不与使用作品的相关产业的推动相关。例如，电影公司与录音录像制作等产业的较量，塑造了相关版权制度。美国一直坚持版权保护的手续要求，尤其是印制条款，是其迟迟不能加入伯尔尼公约的重要原因，而这背后是由于印刷商和装订商工会等强大的院外游说集团，自1922年起就开始一再反对作出让美国著作权法符合伯尔尼公约要求的努力。

以作者权文化为标志的欧陆国家，在高度强调作者权的同时，也自降标准，为产业发展留出空间。例如，作者权理论有两项原则：其一，只有有血有肉的自然作者，而不是像电影公司或者唱片公司这样的法人，才具备著作权保护的资格；其二，某一作品欲获得某种保护，必须真正是创造性的，显示出“作者人格的印记”。它们对于创造性采取高门槛，录音制品或者电台、电视台的广播可能缺乏构成作者权所必需的创造性的个人因素，但这些国家毕竟需要培育它们自己国内的唱片业和广播事业，并且想给予它们某种知识产权保护。为此，它们创设了“邻

^① “‘索尼案’实际上是在复制设备走向家庭的高科技时代，版权人试图限制个人消费者的复制行为，以及和设备制造商和销售商分享利益的第一场法律诉讼。”见王迁：《网络环境中的著作权保护研究》，法律出版社2011年版，第161页。

^② [美] 保罗·戈斯汀：《著作权之道——从谷登堡到数字点播机》，金海军译，北京大学出版社2008年版，第148页。