

网络侵权案例研究

Research on Infringing Cases Related to Internet

▲ 汪涌 史学清/著



网络侵权案例研究

Research on Infringing Cases Related to Internet

汪涌、史学清/著

本书由清华大学出版社出版
Wang Yong & Shi Xueqing
汪涌、史学清 著

主编：史学清、汪涌
地址：北京市丰台区
邮编：100073 (编辑部)
电话：010-63925252 (编辑部)
http://www.tup.tsinghua.edu.cn
E-mail: zhixueqing@163.com

编辑：张华书
开本：16开 287毫米×1095毫米
印张：23.2 字数：380千字

版本：2008年3月第1版，2008年3月第1次印刷

印刷：永恆印刷有限公司

书号：ISBN 978-7-80219-302-8/D·1433

定价：43.00元

中国民主法制出版社

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

图书在版编目(CIP)数据

网络侵权案例研究/汪涌,史学清著. —北京:中国民主法制出版社,2009.3

ISBN 978 - 7 - 80219 - 502 - 8

I. 网… II. ①汪…②史… III. 计算机网络—侵权行为—案例—研究—中国 IV. D923.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 024717 号

网络侵权案例研究

书名/网络侵权案例研究

Wangluo Qinquan Anli Yanjiu

作者/汪涌 史学清 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里7号(100069)

电话/63055022(编辑部) 63057714(发行部)

传真/63056975 63056983

http://www.npc.gov.cn

E-mail:/MZfz@263.net

经销/新华书店

开本/16开 787毫米×1092毫米

印张/23.5 字数/380千字

版本/2009年3月第1版 2009年3月第1次印刷

印刷/永恒印刷有限公司

书号/ISBN 978 - 7 - 80219 - 502 - 8/D · 1472

定价/42.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序言

版权保护的新视野——互联网业的机遇和挑战

2000

上世纪90年代中后期以来,我国互联网信息产业的高速发展,既给版权事业带来新的发展机遇,也给版权法律保护带来新的挑战。作为那一时期主管和长期从事知识产权审判的最高法院资深法官,见证了我国网络版权法律保护从理论到实践、从无到有逐步完善的过程。

如今大家对在网络环境下作品/制品的使用也是使用的一种方式已没有争议。但在上个世纪90年代末大量网络版权纠纷起诉到法院的时候,由于著作权法还未修订,信息网络传播权尚未写入法律,各方就对法院是否应该保护网络著作权发生了争议。当然最终的意见是应当保护,既顺应国际经贸科技发展建立网络法制环境的潮流,也有力促进了我国信息产业和文化产业的发展。当时为适应这个形势,最高人民法院依据对修改前著作权法的相关规定,于2000年12月颁布了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》,比美国1998年千禧年著作权法(DMCA)晚2年。这个司法解释共十条,主要内容包括:案件管辖、作品的传播权属于作者(作品数字化后著作权仍然属于原作品的著作权人,未经许可、不支付费用的上载、传播、复制等都属于侵权行为。受到侵害的可以向享有管辖权的法院提起诉讼,也可以申请各种临时措施)、转载和摘编、网络服务提供者责任承担系统以及在难以计算赔偿额时,侵犯网络著作权最低赔偿额是500元,最高是50万元等等。该司法解释初步解决了网络环境下的著作权保护问题,开创了我国网络版权法律保护的先河。

该司法解释解决的最为疑难和颇为成功的法律适用问题,就是网络服务商对他人使用网络服务中的侵权行为是否和应当承担何种民事责任问

* 蒋志培博士,最高人民法院原审判委员会委员、知识产权庭原庭长。

题。这也是我作为主要起草者的最为得意之笔。该司法解释确立了我国网络服务提供者侵权民事责任承担系统,既借鉴了欧盟、美国发达国家的有益经验,又主要考虑从本国国情出发;既保护著作权人的权利,又考虑社会公众获得信息的权利。就这样,网络著作权保护先从司法审判开始,最后导致著作权法的修改和信息网络传播权保护条例的出台,符合实践在前立法在后的规律。然而,随着网络技术和附加服务的发展和开拓,新问题不断出现,在司法实践和理论研究中,有关网络服务商责任的讨论一直不断。这些讨论往往又关系到网络信息业和版权产业的发展,以及社会公众的利益,我们不得不给予更多的关注。

2001年我国对著作权法进行了修改,修改后的著作权法肯定了信息网络传播权,承认网络传播是一种使用方式,并授权国务院制定相应的条例。这是涉及网络著作权的基础性重要立法。由于新修改的部分只有几个条文,比较原则,也未涉及纠纷中大量法律适用的具体问题。2003年12月最高法院根据著作权法的修改和审判实践作出了《关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定》,并重新公布了修改后的司法解释,使网络环境下著作权司法保护机制日臻完善。

根据修订后著作权法的规定,此次对司法解释的修改将法定赔偿额改成50万元以下依法确定,取消了最低赔偿额的规定,增加了保护技术措施的规定,网络服务提供者明知上载、传播、提供专门用于故意避开或破坏技术保护措施的,要承担民事责任,还删减了著作权法经修改已经明确的规定。这次修改后司法解释还剩9条。

《信息网络传播权保护条例》(《条例》)颁布实施后,最高法院于2006年12月对司法解释进行了第二次修改,删除了该解释的第三条,不再保留将著作权法报刊转载的规定适用到网络环境条件下的纠纷案件,现在该司法解释一共是八条。这样,我国在网络环境下涉及著作权保护的适用法律依据基本完善,既有全国人大常委会制定的著作权法、国务院颁布的信息网络传播权保护条例,还有最高法院就网络著作权纠纷案件适用法律作出的司法解释以及大量案例。应当说,是有法可依了。

《条例》实施后,处理相关纠纷中如何适用法律就成为更为突出的问题。最高法院明确要求《条例》有明确规定的,严格适用《条例》的规定,比如对搜索引擎、链接等问题。《条例》没有规定的但诉讼涉及的法律问题,应当严格适用相关的司法解释和修改后的网络著作权司法解释,比如关于管辖、网络服务商的法律责任和承担民事责任形式等等。对2006年7月1日《条例》

实施以前符合转载摘编条件的作品(排除软件、电影、小说等等),支付报酬、注明作者和出处不作为侵权处理;对《条例》实施以后,行为人未经许可转载摘编即使支付了报酬也认为是侵权,要依法承担民事责任。

应当说,在涉及网络著作权保护的法律法规和司法解释等已经完备的情况下,要根据特殊法适用在前的原则,首先适用特殊法的规定,特殊法没有规定的再适用一般法。因为在立法和制定司法解释的时候,都考虑一般法和其他部门法律规定的情况。特别是最高法院关于网络著作权法律适用的司法解释,首先明确规定根据“民法通则、著作权法和民事诉讼法等法律的规定”对网络案件适用法律若干问题进行解释。如果不严格适用,就会造成在不同的法院对同样已经明确规定的问题上法律适用不统一。对实践中出现的某些问题貌似新情况,已经被涵盖在著作权法、条例和司法解释等的规定中,就不必“百思不得其解”,不必再“创设”或者等待新法,而延误纠纷的处理。比如在涉及“定时网络播放影视行为”的定性上,其实网络播放更靠近于网络传播行为,是一种网络传播的形式。“定时播放”的所谓“定时”,并没有改变传播的性质,属于网络传播权条例调整的范围。断续的侵权行为,难道就不是侵权吗?在定时播放的过程中,其行为特征完全符合网络传播行为的实质和特征,符合法律条例和国际关于互联网传播的定义。定时就像机器的开与关或者延迟开启而已。这似乎又是重复当年网络环境下著作权要不要保护的误解……

由于网络上侵犯著作权的行为和方式极为复杂,如何依法确定网络侵权行为的内涵和外延,司法实践中不同法院还是有不同理解和观点。有的将网络传播权的原(始)侵权行为扩大到把链接和搜索视同为网络传播权,实际上扩大了对原网络传播权外延的理解,偏离了当时立法和制定司法解释对此概念的含义界定。侵犯著作权的本质行为类别是复制(COPY),相应的在网络环境下立法将此种行为规定为传播。其实网络中无时不在重复着无数的“复制”,但立法已经将这些在网络环境下的相同的行为界定为“传播”。如果在传播行为中,再分解出复制,是否妥当,是否过于吹毛求疵?对传播行为外延的侵权行为不是不能予以调整控制,依法也当然可以制裁,但还不到需要颠覆整个制度的时候。传播行为外延的侵权行为应当满足构成要件,即必须是网络服务商的行为与原(始)侵权行为构成共同侵权时,才可以追究网络传播权行为外延的侵权行为。这里关键条件就是行为人的主观过错的问题,即其是否知道与应当知道用户传播的内容侵权,有无应尽的义务未尽。这个要件也已成为国际网络版权侵权法律规制和司法认定的共识。

关于对与网络侵权一些相关行为法律责任的确定,或者说对网络侵权行为外延的确定以及对此种外延的限制,网络著作权司法解释第三条其实已经做了规定,网络服务提供者通过网络参与他人侵犯著作权行为,或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权行为的,人民法院应当根据民法通则第一百三十条的规定,追究其与其他行为人或者直接实施侵权行为人的共同侵权责任。从此条规定可以推断出,未经许可的网络传播行为,以及对其明知或已知的帮助行为等,都已经被司法解释规定所涵盖。网络上对著作权威胁侵害最大的行为,都应当被规制,在需要时权利人都能获得司法救济。比如一直争论不休的网络搜索服务商的法律责任问题、P2P问题,以及最近闹得沸沸扬扬的竞价排名经营模式和“人肉搜索”引发的问题等等。

我在2001年5月出版的《网络与电子商务法》一书中涉及网络服务提供者民事责任时写道,“民事责任是以民事义务为前提的,因此,要确定网络中介服务者的民事责任,必须先明确网络中介服务者负有那些民事义务。”当时我提到他们的民事义务应当包括监控义务和协助调查义务,其中监控义务是最主要的义务。同时,他们承担民事责任的主观方面应当具有过错。而未履行其应尽的民事义务,是确定其主观过错的客观判断标准。网络环境下著作权保护事业发展到今天,无论从国际到国内,还看不出此种侵权要规制为“无过错”民事法律责任的需要和基础。而平衡权利人著作权和社会公众获取信息权益的趋势,则看得越来越清楚。

汪涌律师和史学清律师,长期从事知识产权法律服务工作,代理过上述提到的多种类型的网络侵权案件。两位律师于实务工作之余,收集和整理了自己和他人代理过的一些典型案例,并且通过对这些案例的深度剖析,给互联网企业如何应诉提供了可资借鉴的做法和经验。这当然是一个很好的角度,因为我们在考虑如何保护内容产业的同时,也不应忘记著作权法立法的目的在于实现版权人、传播者以及社会公众利益的平衡。这也是实现和谐社会、以民为本、社会公平正义的基本保障条件之一。

因此我乐意为之序。

2009年2月

前言

法律的背后是利益。法律的形成或制订过程是利益攸关方表达利益诉求并相互博弈的过程,最终形成的法律往往也是平衡各方利益的结果。随着社会的发展特别是技术的进步,新兴行业会不断涌现。由于未充分参与以前的立法过程,新兴行业的利益诉求也就难以通过现行法律规范来实现,新兴行业的发展就不可避免地会给现有制度带来冲击与挑战。表面上看,新兴行业是在“破坏”规则,但实质上却是建立新的利益平衡和格局的必然过程。这一过程中,旧的利益格局被打破,新的利益平衡被建立。面对新兴行业的冲击,现行制度下的既得利益者往往会利用对它们有利的规则维护自己的利益,排挤打压新兴行业。然而,历史规律一再告诫我们,无论是后发展的行业还是后发展的国家,都必然有一个打破旧规则重建新秩序的过程。这个过程不会一帆风顺,甚至有时充满腥风血雨和激烈冲突。

以互联网为代表的新技术产业,在中国发展非常迅猛,当然也给现行法律制度带来了无从回避的挑战。由于互联网传播方式彻底改变了传统的信息拥有者、传播者、使用者三者之间的利益格局,引起版权拥有者与网络技术产业之间的激烈冲突。知识产权问题,尤其是版权问题已成为网络产业的“阿喀琉斯之踵”,成为网络产业发展中必须去面对和解决的问题。目前排名前十位的网络应用包括:网络音乐、网络新闻、即时通信、网络视频、搜索引擎、电子邮件、网络游戏、博客/个人空间、论坛/BBS和网络购物。这些网络应用,无一不和知识产权问题密切相关,其中涉及网络音乐、网络视频及搜索引擎的商业模式更是成为产业利益矛盾的风暴中心。一方面依赖版权保护的传统内容产业要求严格执行现有著作权法律制度,因为现行法律制度充分体现了它们的利益诉求,甚至很多条文内容就是在它们的推动之下制定的(无论是在国内立法过程中,还是像 TRIPS 协定这样的国际规范制订过程中,利益集团的影子都无处不在)。另一方面新兴的互联网行业在发展初期尚显弱小,没有太多的机会和能力将自己的诉求和声音带进当时的立法中。这就造成了天然的不公平,如果要参与游戏,新兴互联网产业就需遵守业已制定的主要是代表内容产业利益的现行游戏规则,否则要么按照权利人的要求跟他们合作,当然这种合作要以内容产业的利益最大化为代

价;要么就会被内容产业利用现行规则打压甚至打垮。

内容产业,尤其是国外的内容产业及代表它们利益的行业组织,如国际知识产权联盟(IIPA)、美国电影协会(MPA)、国际唱片业协会(IFPI)、商业软件联盟(BSA),一方面分享技术进步带给它们的新的商业机会,另一方面为了维护其所代表产业的垄断地位和定价权,必然会利用对它们有利的法律规则打击敢于跟它们抗衡并试图争取话语权和定价权的企业,迫使中国的互联网产业按照它们的规则行事,以维护它们利益的最大化。2005年底,继国际唱片业协会发动对提供音乐搜索的百度公司的诉讼后不久,代表好莱坞主流电影公司的美国电影协会针对中国互联网企业又提起了大规模的侵权诉讼。不少中国互联网企业在应对这场由国外行业巨头发动的法律危机时茫然无助、被动挨打,不仅输了官司要赔偿,而且使得这些外国产业组织因此可以更加有恃无恐地指责中国互联网产业商业模式的合法性乃至指责中国政府在打击侵权盗版上措施不力。两个本应共生共赢的产业却成了冤家对头打得难解难分,除了要反思我们互联网产业的一些商业模式,是不是也应该引起我们对目前知识产权司法保护政策进行重新审视和评估呢?自1997年一段时期以来,在相关利益团体尤其是以美国电影业为首的外国版权产业组织的推动下,我国知识产权保护一味地被强化。作为一个文明的国度,作为一个致力于以创新孜孜以求中华民族伟大复兴之国家,我们的确需要完善和加强保护知识产权。但同时我们也应该看到知识产权过度保护和知识产权人滥用权利给我们新兴产业带来的危害,过犹不及,这种危害将不仅损害新兴产业创新的步伐,最终也会损害到包括知识产权权利人在内的整个社会的共同利益。如果每一个创新的先进传播工具和技术,仅仅因能够方便或可能帮助用户获取侵权作品(尽管这不是它的主要功能),就要其面临无穷无尽的法律指控和承担侵权赔偿责任。试问,谁还敢创新,谁还有能力创新?如果我们不坚持奉行“技术中立”的侵权判定规则,人们在作技术创新时将如履薄冰甚至禁若寒蝉。如果没有传播技术的创新发展,我们今天将看不到电视,用不上MP3和IPOD,我们获取音乐和电影的途径将仍然是去演出现场或电影院。而内容产业也不能从电视发行、家庭娱乐产品(Home video)发行、数字发行中获得滚滚利润。可以说,每一次传播技术的创新,都给内容产业带来了新的渠道、新的商机和新的利润。作为长期从事知识产权法律实务的执业律师,我有幸先后为娱乐内容行业的领先企业——美国好莱坞七大电影公司和诸多中国本土领先的互联网企业提供过法律服务,深知作为一种新兴的传播工具和发行渠道,互联网企业对于美国电影工业来说是机遇而不是灾难,双方本应是伙伴而不是对手。国外内容

产业巨头发动大规模针对互联网领先企业的诉讼,表面上看起来是再正常不过的依法维权,实际上是借此打击中国的新兴产业,迫使中国的新兴产业按照满足其产业利益最大化的方式进行商业合作,并以此掌握未来商务谈判的主导权和定价权。对此我们应该有清醒的认识,断不可人云亦云,任何一个国家的法律制度和司法制度都应该首先立足于维护本国自己的核心利益和优势产业利益。

以互联网为代表的新技术产业,代表了人类技术进步的方向,但命运多舛。自诞生发展至今,就已遭遇过两次重大危机的考验。一次是2000年全球互联网泡沫破灭,第二次是当下全球正在经受的百年不遇的金融危机。一些“身体单薄”的中国互联网企业恐怕很难度过这个极其寒冷的冬天。如果把金融危机视作天灾,那么近年来版权人特别是以维权为业的“商业维权人”在全国各地、各级法院对中国互联网企业发动的一轮更比一轮猛烈的侵权诉讼和动辄上百万的赔偿请求,将众多中国互联网企业推到了生死存亡的悬崖边。在这个大家需要抱团过冬的特殊时期下,一些互联网企业甚至以侵权诉讼作为打击竞争对手的利器,不免有点以邻为壑的意味。据最高人民法院统计,2008年1至10月全国地方法院受理知识产权民事一审案件20806件,较2007年同比增长36.9%,其中网络著作权侵权案件较2007年同期增长了一倍多。面对如此严峻的形势,中国的互联网企业要么在沉默中爆发,要么在沉默中灭亡。

互联网企业要化解目前愈演愈烈的版权危机,根本出路在于商业模式的进一步创新,找到一条和内容产业和谐共生、互利双赢的正确发展道路。在版权问题上切不可采取“鸵鸟”政策。由于版权问题根本上是个法律问题,互联网企业一方面要积极参与有关法律和司法政策的研究和讨论,推动相关法律的修订和完善,以期将自己的利益诉求体现在未来的法律规范中。另一方面在法律未能修订前(这一过程可能很漫长,因为产业间要达成新的利益平衡并将之体现在法律规范中,绝非一朝一夕的事情),为解决迫在眉睫的版权诉讼危机,涉诉的互联网企业仍可在现行法律制度的灵活性中找到法律适用的弹性空间,据理力争,从而在个案中争取对自己有利的结果。

作为律师,我们无法改变立法也无法左右司法结果,唯一能做的就是贡献出我们的法律实务经验,给互联网企业提供一些实用可行的应对策略和方法,以期能帮助到互联网企业应对这场愈演愈烈的版权侵权危机。不过如何写好一本通俗易懂并可活学活用的法律读物确实让我颇为踌躇,好在我的同事,现在中国人民大学攻读知识产权法学博士学位的史学清律师,学识渊博,又曾和我一起共同代理过很多类似案例。虽然书中的观点是我们

多次碰撞和讨论的结果,也吸收和参考了我们过往代理一些案件的代理意见,但我们的案例梳理工作依然非常繁复,史博士在理论深度上的把关为本书的出版打下了坚实基础。考虑到这本书的读者主要是互联网企业的法务人员和管理人员,艰深的理论探讨可谓费力不讨好,于是我们最终决定根据互联网服务商的不同类型,搜集相关典型且有针对性的案例,采取以评点案例为主,结合法条和法学基础理论进行分析的方法,以案说法,以法释案。希望读者读起来不会觉得枯燥,并有所帮助。

感谢《互联网天地》杂志社周朝晖主编的鼓励,正是他的动议,我们才有了从互联网企业应对版权侵权诉讼的角度写作这本书的想法,这也给了我们系统总结梳理我们过去几年里处理和研究过的一些案例的机会。对我们来说,写作这本书也是重新学习和加深理解著作权法的过程。感谢中国民主法制出版社陈时恩副总编对出版本书的热情支持!也感谢在这本书写作过程中,北京市立方律师事务所于跃律师帮我们搜集案例。这本书的写作和出版还得到了新闻出版总署(国家版权局)法规司于慈珂司长的关心和支持,在此一并致谢。

我们要声明的是,书中所选资料及观点仅为作者对目前互联网产业版权法律问题的探索性结果,并不代表对有关案例或判决的最终官方结论。相信随着资料的积累,研究的深入,作者的一些观点包括法官的观点都难免会有修正。

需要说明的是,由于检索的资料有限,书中援引的部分案例尚未找到终审判决,一些素材来源也无法一一核实。所以,书中的内容与实际情形可能存在出入,有关评点和看法难免有瑕疵,敬希读者诸君指正。

汪涌

2009年2月

(14) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第三章
 第一节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第一节
 (14) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第二章
 第一节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第二章
 (17) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第三章
 (18) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第三章
 (20) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章
 第一节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章
 第二节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章
 第三节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章
 第四节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章
 第五节 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章

目 录

序言:版权保护的新视野——互联网业的机遇和挑战 蒋志培(1)

前言 汪涌(1)

(150) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 第四章

第一章 掀起面纱:互联网产业的法律身份 第一节

(151) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 (1)

第一节 网络服务商的技术身份 (2)

第二节 网络服务商的法律身份 (5)

第三节 网络服务商的现实分类 第三章

(152) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 (6)

第四节 ISP 还是 ICP,谁说了算?
 ——ISP 与 ICP 的法律身份认定 (7)

第五节 别让身份欺骗了你!
 ——游离于“避风港”不等于远离侵权责任 (12)

第二章 重点目标:互联网内容服务提供商 (21)

第一节 局域网是不是“网”?
 ——网吧局域网传播他人作品行为之法律定性 (21)

第二节 “图书馆”不是护身符
 ——数字图书馆服务商面临的法律困境 (28)

第三节 苍蝇不叮无缝的蛋
 ——互联网信息服务行业“转载侵权”之痛 (35)

第四节 谁打开了论文版权的潘多拉魔盒?
 ——互联网数据信息服务行业不能承受的侵权赔偿之重 (47)

(153) 网络服务提供者对用户上传内容的侵权责任 (57)

第六节 网络定时播放服务,游离于侵权责任之外? (57)

第三章 监督用户:互联网信息存储服务提供商	(64)
第一节 博客侵权,服务商埋单?	
——信息存储服务商的审查义务	(64)
第二节 用户信息,服务商如何审查?	
——用户商标侵权情形下的网络服务商审查义务	(72)
第三节 视频分享,侵权规则冲突下何去何从?	(84)
第四节 用户侵权,服务商如何免责?	(95)
第五节 免责声明:掩耳盗铃还是护身符?	
(1) 网络服务商侵权免责声明能免责吗?	(103)
第四章 众矢之的:互联网搜索服务提供商	(120)
第一节 音乐搜索:百度“进港”、雅虎“搁浅”	
(1) ——从“明知”走向“明知与应知”的侵权判断规则	(120)
第二节 都是“教唆”惹的祸?	
(2) ——P2P 网络服务商版权侵权责任解析	(139)
第三节 图片搜索,风景这边独好?	
(3) ——避免港规则庇护下的图片搜索(缩略图)服务	(152)
第四节 网页快照,该如何“拍”?	
(4) ——网络搜索服务商网页快照业务中的 著作权法律问题	(158)
第五节 竞价排名:谁动了谁的奶酪?	(162)
第六节 善意维权还是合法洗牌?	
(5) ——生活信息搜索引发的著作权侵权纠纷	(173)
第七节 人肉搜索:隐私侵权案件中网络服务商 能否独善其身?	(178)
第八节 注意义务不断加大,网络服务商如何因应?	
(85) ——上海优度诉深圳迅雷侵权案	(183)
第五章 据理力争:侵权诉讼中的抗辩策略	(193)
第一节 认真审查权利来源	
——侵权诉讼中的首要、根本问题	(193)
第二节 据理力争,依法抗辩	
(72) ——现行著作权法律制度下的网络侵权抗辩	(212)

第三节	50万,封顶了? ——侵权赔偿中的游戏规则	(243)
第四节	合理开支,多少算合理? ——著作权网络侵权案件中的合理费用及赔偿标准	(262)
第五节	管辖异议——程序抗辩的有效策略	(272)
附录:		
一、法律法规规章		
	中华人民共和国著作权法	(284)
	中华人民共和国著作权法实施条例	(295)
	著作权集体管理条例	(299)
	信息网络传播权保护条例	(307)
	互联网著作权行政保护办法	(313)
	出版文字作品报酬规定	(315)
	国家版权局关于贯彻实施《出版文字作品报酬规定》的意见	(318)
二、司法解释		
	最高人民法院关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见	(321)
	最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释	(327)
	最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释	(329)
三、司法指导意见		
	北京市高级人民法院关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见	(333)
	北京市高级人民法院关于审理著作权纠纷案件若干问题的解答	(339)
	北京市高级人民法院关于审理知识产权纠纷案件若干问题的解答	(348)
	安徽省高级人民法院关于审理商标、专利、著作权侵权纠纷案件适用法律法定赔偿的指导意见	(350)
	江苏省高级人民法院关于知识产权侵权损害适用定额赔偿办法若干问题的指导意见	(352)
	重庆市高级人民法院关于确定知识产权侵权损害赔偿数额若干问题的指导意见	(355)

第一章 掀起面纱：互联网产业的法律身份

——网络服务商

网络中,浩如烟海的信息,无所不包的内容,花样不断翻新的传播方式等,这一切纷繁芜杂的背后都不过是一个简单到不能再简单的事实:信息传播只是信息提供者到信息接收者之间的传递过程。在这个过程中,无论是信息的生成,网络交流平台的建立,各种网络设施的架设与维护,还是不断更新的服务技术与服务内容,每一环节都离不开网络服务商。网络服务商正是连接信息提供者与信息接收者之间的不可缺少的桥梁。从技术角度,不难理解网络服务商,但法律上该如何定性网络服务商呢?

自诞生以来的短短几十年里,互联网的发展与普及速度令人瞠目。对绝大多数人来说互联网已不再陌生,从 Email 到 MSN、移动 Fetion,从门户网站到虚拟社区,从 BBS 到博客、播客,从今天“你上网了吗”到遇事都要“Google 一下”、“百度一下”……互联网已经从神秘莫测的军事领域应用发展成为人类社会生活中不可或缺的重要组成部分。被社会冠之以“新媒体”的网络媒体已经超越传统媒体如出版、广播、电视等,搜索引擎的发展改写了传统门户确立的商业规则,智能化搜索、社会化搜索、垂直搜索等成为新的亮点。博客、播客、维客的发展,动摇了传统门户的霸主地位,影响了其信息的生产传播方式,使门户不得不重新审视互联网的竞争环境,重新进行布局。群组、社区等领域,使用户全面体验虚拟的信息生活、社会生活和物质生活的互动。移动互联网让用户可以随时随地接入网络,尤其是在即将到来的 3G 时代,更快的网速、更加丰富的服务为用户提供了多样的选择。网络电话(VOIP)、“点对点”网络技术(P2P)、通过 IP 宽带网传送的电视类业务(IPTV)、即时通信等新技术新业务的迅速发展。移动互联网的快速发展促使传统互联网发生巨大变迁,传统互联网上的资讯、游戏、电子商务等等服务都可以顺利地延拓到移动互联网上等等。Web2.0 的出现使得社会化搜索成为主流应用,如 Wiki、RSS、Blog 等。百度通过知道、百科、空间、搜藏等产品正在构建社会化搜索的框架。根据 2008 年 7 月发布的《中国互联网

络发展状况统计报告》显示,截至2008年6月底,中国网民数量达到2.53亿人,网民规模已经跃居世界第一位。比去年同期增长了9100万人,同比增长56.2%。仅2008年上半年,中国网民数量就净增4300万人。与此同时,网络产业规模急剧扩大。2001年中国网络产业的市场规模仅为3000万元,而据艾瑞市场咨询最新发布的《2008年第三季度中国网络经济市场监测报告》显示,第三季度网络经济市场规模为146.3亿元,同比增长52.2%,环比增长9.8%,虽然中国网络经济受全球金融危机的影响,增速放缓,但由于有中国2.5亿网民的庞大数量做保障,前景依然值得期待。从产业角度来看,网络广告、网络出版、网络游戏、网络搜索、数字视频、数字音乐、网络软件、在线购物等互联网产业市场规模已达10亿,几十亿,百亿,千亿……整体规模已经超过万亿等等。这一切都昭示着互联网正在也将会继续深刻地影响整个社会与经济的发展。

尽管互联网产业如此迅猛,但对于主导这个产业的主体,“网络服务商”究竟是个什么身份,或者说应该如何界定它的身份,技术界、产业界和法律界等尚还没有统一的界定。

第一节 网络服务商的技术身份

网络服务商,通常指网络服务提供者,英文中称 Internet Service Provider 或 Online Service Provider,一般直译为“网络服务提供者”,被简称为 ISP 或 OSP。我国信息产业部2003年修订的《电信分类目录》对电信服务作了详细的分类。根据目录,可以大致将互联网服务划分为两大类:基础电信服务(运营商)和增值电信业务(运营商),提供相应服务的服务商也可以据此予以区分。

☆基础电信业务

1. 第一类数据通信业务中的因特网数据传送业务。数据通信业务是通过因特网、帧中继、ATM、X.25 分组交换网、DDN 等网络提供的各类数据传送业务。因特网数据传送业务是指利用 IP 技术,将用户产生的 IP 数据包从源网络或主机向目标网络或主机传送的业务。经营者必须自己组建因特网骨干网络和因特网国际出入口,无国际或国内通信设施服务业务经营权的运营商不得建设国际或国内传输设施,必须租用有相应经营权运营商的国际或国内传输设施。因特网数据传送业务的经营者可以为因特网接入服务商提供接入,也可以直接向终端用户提供因特网接入服务。提供因特网数

据传送业务经过的网络可以是同一个运营者的网络,也可以利用不同运营者的网络共同完成。因特网数据传送业务经营者可以建设用户驻地网、有线接入网、城域网等网络设施。基于因特网的国际会议电视和图像服务业务、国际闭合用户群的数据业务属因特网数据传送业务。

2. 网络接入业务。网络接入业务是指以有线或无线方式提供的、与网络业务节点接口(SNI)或用户网络接口(UNI)相连接的接入业务。网络接入业务在此特指无线接入业务、用户驻地网业务。

3. 国内通信设施服务业务。国内通信设施是指用于实现国内通信业务所需的地面传输网络和网络元素。国内通信设施服务业务是指建设并出租、出售国内通信设施的业务。国内通信设施主要包括:光缆、电缆、光纤、金属线、节点设备、线路设备、微波站、国内卫星地球站等物理资源,和带宽(包括通道、电路)、波长等功能资源组成的国内通信传输设施。

4. 网络托管业务。网络托管业务是指受用户委托,代管用户自有或租用的国内的网络、网络元素或设备,包括为用户提供设备的放置、网络的管理、运行和维护等服务,以及为用户提供互联互通和其他网络应用的管理和维护服务。

☆增值电信业务

1. 因特网接入服务业务。指利用接入服务器和相应的软硬件资源建立业务节点,并利用公用电信基础设施将业务节点与因特网骨干网相连接,为各类用户提供接入因特网的服务。用户可以利用公用电话网或其他接入手段连接到其业务节点,并通过该节点接入因特网。因特网接入服务业务主要有两种应用:一是为因特网信息服务业务(ICP)经营者等利用因特网从事信息内容提供、网上交易、在线应用等提供接入因特网的服务;二是为普通上网用户等需要上网获得相关服务的用户提供接入因特网的服务。

2. 信息服务业务。是指通过信息采集、开发、处理和信息平台的建设,通过固定网、移动网或因特网等公众通信网络直接向终端用户提供语音信息服务(声讯服务)或在线信息和数据检索等信息服务的业务。信息服务的类型主要包括内容服务、娱乐/游戏、商业信息和定位信息等服务。信息服务业务面向的用户可以是固定通信网络用户、移动通信网络用户、因特网用户或其他数据传送网络的用户。

3. 国内多方通信服务业务。国内多方通信服务业务是指通过通信网络实现国内两点或多点之间实时的交互式或点播式的话音、图像通信服务。包括国内多方电话服务业务、国内可视电话会议服务业务和国内因特网会