



知识产权学术前沿系列
Exploratory Series of Intellectual Property

网络环境中的 著作权保护研究

Copyright Protection in
the Network Environment

王 迁 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



知识产权学术前沿系列
Exploratory Series of Intellectual Property

网络环境中的 著作权保护研究

Copyright Protection in
the Network Environment



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

总 序

当今世界,随着知识经济和经济全球化深入发展,知识产权日益成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素,同时也是市场主体参与市场竞争的核心资源。为此,2008年国务院发布的《国家知识产权战略纲要》明确,将知识产权战略提升为国家重要战略,以提高我国知识产权创造、运用、保护和管理能力,从而提高国家的核心竞争力,满足人民群众日益增长的物质文化生活需要。知识产权制度是开发和利用知识产权资源的基本制度。知识产权制度的建设离不开人才建设。加强知识产权人才的培养成为国家知识产权战略的重要举措之一。这将进一步推进我国高校知识产权教学和研究的开展。

华东政法大学是国内最早设立知识产权专业的学校,现在拥有知识产权本科、硕士和博士三个层次学历教育并招收博士后研究人员。

为了提升知识产权专业教育水平,将知识产权前沿问题 and 应用问题与教学紧密结合,我院组织出版一套知识产权前沿系列,作为知识产权专业学习的拓展性材料。这些著作是每位教师长

期从事教学和研究的结晶,分别从不同视野研究知识产权的运用、保护与管理,具有一定的学术价值。我们也希望这些研究成果,不仅为我国知识产权学术研究贡献我们的力量,而且为我国知识产权政策和立法提供一定的参考。

本套专著受上海市教委高水平特色项目(第三期)的资助。

华东政法大学知识产权学院

2010年12月8日

目 录

第一章 网络环境中专有权利适用问题 研究/1

第一节 专有权利概述/2

第二节 网络环境中复制权适用问题 研究/7

一、传统复制行为的构成要件/7

二、数字环境中的复制行为/10

三、各国立法及司法实践比较及背景分析/14

(一) 美国与加拿大/14

1. 白皮书及其他立法建议/14

2. MAI 诉 Peak 案/19

3. Cable News Network 诉 Cartoon Network 案/20

4. Parker 诉 Yahoo 案/23

(二) 欧盟/24

1. 《版权指令》之前的各种建议/24

2. 欧盟《版权指令》的规定/26

3. 索尼诉保尔案/28

(三) 澳大利亚/29

1. 《数字议程报告》的建议/29

2. 2000 年《版权法》的规定/31

3. 索尼诉史蒂文斯案/31

4. 2005 年《版权法》的规定/34

(四)世界知识产权组织的两个版权条约/35

1. 《基础提案》中关于复制权范围的第 7 条/35

2. 关于复制权范围的“议定声明”/40

四、对内存中“临时复制”的正确定性/45

(一)内存中的附带性复制是客观技术现象/48

(二)内存中被临时存储的作品没有“独立”的经济价值/58

(三)用法律调整“浏览”行为不具有现实可行性/64

第三节 网络环境中发行权适用问题研究/65

一、传统“发行”行为的构成要件/66

二、各国立法中“网络传播”与“发行”的关系/69

(一)美国/70

1. 白皮书与多数判例/70

2. 唱片公司诉 Jammie Thomas 案/73

(二)世界知识产权组织的两个版权条约/76

(三)其他国家与地区/79

三、我国《著作权法》中的发行权不能适用于网络环境/81

(一)发行权无法在网络环境中适用/81

(二)我国的司法判例正确区分了“发行”与“信息网络传播”/83

1. 王蒙等六作家诉世纪互联案/83

2. 华夏电影公司诉湖南在线案/84

3. 源泉诉百度案/84

(三)评“两高”对“通过网络传播作品”的司法解释/85

(四)评“全球首宗 BT 刑事犯罪案”/87

四、网络环境中的“首次销售原则”/96

(一)关于“首次销售原则”是否可适用于网络环境的不同观点/98

(二)“首次销售原则”源于“发行权”与“所有权”的表面冲突/101

(三)网络环境中“首次销售原则”缺乏适用的基础/107

第四节 信息网络传播权适用问题研究/110

一、国际条约和各国立法对“向公众传播权”的规定/111

- (一)世界知识产权组织版权条约的规定/111
- (二)“伞形解决方案”与各国的实施/114
- 二、正确地理解与适用信息网络传播权/116
 - (一)该权利只控制“交互式”传播/116
 - 1.对“定时播放”不能适用信息网络传播权/118
 - 2.成功多媒体诉时越公司案(《奋斗》案)/122
 - 3.对“定时播放”不能适用广播权/124
 - 4.对“定时播放”应适用“兜底权利”/127
 - 5.安乐影片公司诉时越公司案(《霍元甲》案)/128
 - 6.应修改《著作权法》以规制“非交互式”传播/129
 - 7.表演者和录制者的信息网络传播权只能是交互式传播权/132
 - (二)该权利控制的是使公众获得作品的可能性/134
 - (三)“获得作品”包括对文学艺术作品的在线欣赏或对计算机软件的运行/135
 - (四)不能将“在指定的时间和地点”理解为任意时间和地点/136
 - (五)信息网络传播权与复制权的关系/140

第二章 网络环境中间接侵权基本问题研究/144

第一节 “间接侵权”概述/145

- 一、“间接侵权”的概念/146
- 二、“间接侵权”的特征/147
 - (一)构成“间接侵权”的行为均不受专有权利的控制/147
 - (二)“间接侵权”以主观过错为构成要件/148
 - (三)“间接侵权”以“直接侵权”的存在或即将实施为前提/148
- 三、“间接侵权”的类型/149
 - (一)教唆、引诱或帮助他人侵权/150
 - (二)“直接侵权”的预备行为和扩大侵权后果的行为/153
 - (三)许可侵权/154

第二节 网络环境中认定“帮助侵权”的特殊问题/158

- 一、“实质性非侵权用途”规则及在网络环境中的适用/159
 - (一)索尼案与“实质性非侵权用途”规则/159

(二)对“实质性非侵权用途”规则的争论/163

(三)“实质性非侵权用途”规则在网络环境中的适用/168

1. 网络接入与信息传输通道服务/171

2. 信息存储空间服务/171

3. 信息定位服务/172

二、网络服务提供者没有监控网络活动的一般义务/176

第三节 网络环境中的引诱侵权规则/180

一、网络环境中引诱侵权规则的引入:Grokster 案/181

(一)Grokster 案的技术背景:第二代 P2P 技术/181

(二)Grokster 案的法律背景:提供 P2P 软件本身难以构成帮助侵权/184

(三)Grokster 案确立的引诱侵权规则/186

二、网络环境中引诱侵权规则的发展:Grokster II 案/189

三、网络环境中引诱侵权规则的适用/194

(一)Arista 诉 Lime 案/194

(二)哥伦比亚影业公司诉 Gary Fung 案/197

(三)Arista 诉 USENET. com 案/201

四、我国借鉴引诱侵权规则的可能性/203

第三章 “避风港”规则/207

第一节 “避风港”/“免责条件”的效力/208

一、DMCA 规定“避风港”的背景:网络服务提供者承担严格责任之争/209

二、DMCA 中的“避风港”:糅合 Netcom 案与 Frena 案的结果/216

三、《条例》中的“避风港”并非是对“侵权者”的“免责”/219

四、正确地解读“免责条件”的效力/223

(一)与归责条件对应的“免责条件”/223

1. 与帮助侵权责任对应的免责条件/223

2. 与替代责任相对应的免责条件/225

3. 与直接侵权责任相对应的免责条件/229

(二)与归责条件无关的“免责条件”/230

1. “标示”与“未获利”与侵权责任的归责条件无关/230
2. “标示”与“未获利”是免责的“充分但非必要条件”/235
- 第二节 特殊法定义务与网络服务提供者的责任/238
 - 一、公开网络服务提供者的名称和联系方式/239
 - 二、披露用户身份信息/241
 - 三、停止向反复侵权者提供服务/246
- 第三节 “通知和移除”规则/250
 - 一、“通知与移除”规则的含义与原理/251
 - 二、“通知”的形式要件/253
 - (一) DMCA 和《条例》对通知形式要件的不同规定/253
 - (二) 不完整通知与网络服务提供者主观过错的认定/255
 1. 泛亚诉百度案/257
 2. 十一大唱片公司诉雅虎案/259
 3. 三大唱片公司诉百度案/262
 - 三、根据“通知”进行“移除”并非法定义务/263
 - 四、按照“反通知”进行“恢复”并非法定义务/271
- 第四节 网络服务提供者过错的认定/274
 - 一、“通知”并非认定主观过错的唯一方法/274
 - 二、“应知”与“有合理的理由应当知道”的关系/281
 - 三、“知道”与“明知”、“应知”及“合理的理由应当知道”的关系/283
 - 四、过错的认定标准/286
 - (一) 引诱侵权与帮助侵权中不同的过错认定规则/287
 - (二) “红旗标准”和对“红旗标准”的超越/289
- 第四章 各类网络服务提供者承担责任的具体规则/297
 - 第一节 网络接入与信息传输通道服务/297
 - 一、Netcom 案的观点:接入服务可构成帮助侵权/298
 - 二、DMCA 和《条例》的规定:单纯的接入服务应完全免责/299
 - 第二节 “系统缓存”服务/302
 - 第三节 信息存储空间服务/306
 - 一、信息存储空间服务与直接侵权/306

(一)“审查机制”对直接侵权认定的影响/307

(二)对“改变作品”的认定/311

二、信息存储空间服务与间接侵权/313

(一)网络服务提供者的“审查义务”与“注意义务”/314

(二)对内容合法性的审查义务对注意义务的影响/318

(三)适用“红旗标准”的情形:用户上传的侵权内容明显可见/319

(四)超越“红旗标准”的情形:设立“影视”和“流行音乐”频道/322

(五)总结:对过错的认定与商业模式有关/330

第四节 信息定位服务/336

一、对深层链接性质的认定:是直接传播还是帮助传播/336

(一)“服务器标准”符合“信息网络传播权”的立法原意/339

(二)采用“服务器标准”能最大限度地维系利益平衡/344

(三)多数国家认同“服务器标准”/349

1. 美国/349

2. 澳大利亚/352

3. 西班牙/354

4. 德国/355

5. 挪威/355

(四)我国以往的司法实践已多次采用“服务器标准”/356

(五)不应将推定上传者的标准与“用户感知标准”相混淆/363

1. 中凯诉中搜索/364

2. 激动网诉聚力传媒案/364

3. 慈文诉网通案/365

二、信息定位服务与间接侵权/368

(一)纯粹通过搜索引擎自动提供链接/369

(二)通过目录索引提供链接/372

1. “红旗标准”的适用/373

2. “十一大唱片公司诉雅虎案”与“泛亚诉百度案”的比较/377

三、提供“快照”服务的侵权问题/383

(一)“系统缓存避风港”对“快照”的适用/385

(二)制作与提供“快照”的免责理由/391

1. 不将制作“快照”视为复制行为:Parker 诉 Google 案/391

2. 适用“默示许可”: Blake 诉 Google 案及 Parker 诉 Yahoo 案/394	
3. 适用“合理使用”或“限制与例外”/397	
(1) 美国的 Blake 诉 Google 案、Perfect 10 诉 Google 案和 Kelly 诉 Arriba 案/398	
(2) 比利时 Google 新闻案、德国与西班牙的 Google 缩略图案/401	
(三) 对我国现有判例的分析/404	
1. 王路诉雅虎案/404	
2. 闻晓阳诉雅虎案/407	
3. 泛亚诉百度案和音著协诉百度案/408	
(四) 在我国判断“快照”合法性的思路/410	
四、其他特定类型的信息定位服务与侵权/412	
(一) 链接者与被链者在内容提供方面有合作关系/412	
(二) 对特定网站中的特定内容设置深层链接/415	
第五节 提供 P2P 服务和 P2P 软件/419	
一、提供 P2P 服务与间接侵权/422	
(一) 提供编目与检索服务: Napster 案与 Aimster 案/423	
(二) 提供作品榜单或作品 BT 种子文件索引: 飞行网案和 POCO 案/424	
二、单纯提供 P2P 软件与间接侵权/428	
(一) “引诱侵权”规则的局限/429	
(二) 认定 P2P 软件等产品提供者“间接侵权”的新思路/431	
1. 颁布适用于高科技产品的技术标准/431	
2. 补偿金制度/436	
附录一: 本书缩略语或简称索引/441	
附录二: 本书引用案例索引/443	
附录三: 作者相关论文与评论/457	
后记/461	

第一章 网络环境中专有权利 适用问题研究

数字时代对著作权法的最大冲击,在于它彻底改变了作品复制和传播的方式。在此之前,复制件与原件相比都会出现一定程度的失真,如对文字作品,无论是手抄、印刷还是使用复印机复印,复制件在质量上总是与原件存在差异。同时,制作作品复制件需要一定的机器、设备,操作程序比较复杂,普通人并不具有大规模复制作品的的能力。而计算机的产生完全改变了这种状况,当传统作品以扫描等方式被“数字化”后,其即成为1和0两个二进制代码的排列组合。数字化作品被存储在硬盘和光盘等计算机存储介质上后,任何人都可以通过相当简单的操作,对其进行无限次数的复制。而且复制件在质量上与原件没有任何区别,“原件”一词对于数字化作品而言几乎失去了意义。互联网出现后,任何网络用户都可以在“复制”作品的同时通过网络“传播”作品,“复制”过程和“传播”过程合为一体。如一位网络用户将一部数字化小说以电子邮件的形式发向另一用户,此用户在收到该电子

邮件时,其硬盘中会出现小说的数字化复制件。发送小说既是复制作品的过程,也是传播作品的过程。可以说,在网络环境中,人们复制作品和通过复制向他人传播作品的能力已接近于传统传媒。用户可以无限次数地向其他用户通过网络发送数字化的作品,也可以将作品复制后发送到互联网网站上,供任何用户浏览或下载。如法律不对网络环境中的复制和传播行为作出适当的规制,著作权人的经济利益可能会因为其作品无限次地在网络中被复制和传播而受到巨大损失,从而打击其创作作品的积极性。因此,如何合理地以著作权法调整发生在网络环境中的各种复制与传播行为,充分保护著作权人权利,是现代著作权法的重要研究课题。

第一节 专有权利概述

著作权法保护权利人经济利益的主要手段是赋予权利人一系列专有权利。虽然各国著作权法规定的专有权利在数量和名称上有很大差异,如我国《著作权法》规定了13项财产性专有权利(即“经济权利”),而美国《版权法》只规定了5项专有权利,但这些专有权利仍然具有共性,这给比较研究提供了良好的条件。

首先,各国立法中的财产性专有权利均可以被划分为四个类别,即“复制权”、“发行权”(广义)、“向公众传播权”(也称“公开传播权”)和“演绎权”(广义)。其中“复制权”控制的是在物质载体上制作作品有形复制件的行为。广义“发行权”控制的是以转移作品物质载体所有权或占有的方式向公众提供作品原件或复制件的行为,其中只控制以转移作品物质载体所有权方式向公众提供作品原件或复制件的权利被称为狭义“发行权”;控制以有偿临时转移作品物质载体占有方式向公众提供作品原件或复制件的权利被称为“出租权”。“向公众传播权”控制的是以不转移作品物质载体所有权或占有的方式向公众传播作品,使公众得以欣赏或使用作品内容的行为。“演绎权”控制的则是根据原作品的基本表达创作出新作品并加以后续利用的行为。

无论各国立法中规定了多少种财产性专有权利,均可以被归为这四类。只不过有的国家将某一类或某几类权利进行了细致的拆分,导致该国专有权利数量较多,但这并不意味着该国对著作权的保护水平就较高。以“向公众传播权”为例,美国《版权法》将“向公众传播权”拆分为“表演权”和“展示权”两项权利,“表演权”不仅用于控制舞台表演和机械表演,还控制广播、放映和网络传播等行为。而多数国家则拆分得比较细,如日本《著作权法》将“公开传播权”拆分为“表演权”、“广播权”和“朗诵权”。英国《版权法》则拆分成了“表演权”、“放映权”、“播放权”和“广播权”4项权利。德国《著作权法》则分得更细:“表演权”、“朗诵权”、“放映权”、“广播权”和“电台传播权”。^[1]而我国《著作权法》中属于“公开传播权”的专有权利包括“表演权”、“放映权”、“广播权”、“信息网络传播权”和“展览权”5项权利。

其次,财产性专有权利的作用并不在于确认权利人本人有积极从事某种行为的自由,而在于控制他人的特定行为。例如,即使一国根本不承认和保护著作权,或者《著作权法》没有规定复制权、发行权和表演权,但只要作品内容和作者的行为方式不违反其他法律,作者就可以自行对作品进行复制、发行和表演,因为这原本就是作者的自由。可以想象,在尚无著作权观念和《著作权法》的清朝,曹雪芹对其创作的《红楼梦》可以以手抄或印刷等方式进行复制,可以通过书商出版发行,也可以将其改编成戏剧后演出。上述活动可能需要符合有关作品内容审查和传播的规定,但却根本不需要以《著作权法》规定作者享有复制权、发行权和表演权为前提。

财产性专有权利的意义在于使著作权人能够控制他人利用作品的特定行为,从而确保著作权人能够从他人对作品的利用中获得报酬。仍以复制权、发行权和表演权为例,如果《著作权法》不规定这3项专有权利,不会妨碍作者自行复制、发行和表演作品。可是作品

[1] 在网络出现之后,通过网络传播作品的行为也属于“向公众传播权”,对此多数国家采用了扩大现有专有权利的方法对其加以控制,也有的国家为此新增一项权利。本文在“信息网络传播权”一节对其进行专门研究。

一旦公之于众,作者就无法依靠自己的力量阻止他人对作品的复制、发行和表演行为,也无法从中获得报酬。而如果《著作权法》规定了这3项专有权利,对作品的复制、发行和公开表演行为就会分别受到复制权、发行权和表演权的控制。他人在未经著作权人许可,也缺乏特殊法律依据(合理使用、法定许可)的情况下实施这三种行为,就会构成对著作权的侵权,应承担相应的法律责任。可见,专有权利是著作权人阻止他人对作品为特定行为的依据。正因为如此,著作权法上的专有权利与排他权利是同一用语。^[1]

正是由于专有权利的作用在于控制他人的行为,因此专有权利与直接侵权之间存在密切联系。如果某种特定行为落入了某种“专有权利”的控制范围,则他人在没有法律特殊规定(如“合理使用”、“法定许可”等)的情况下,擅自实施这种特定行为就会构成对此种“专有权利”的直接侵权。^[2]例如,“表演权”控制公开表演或公开播放被录制的表演的行为,除了“免费表演”等有法律特殊规定的“公开表演”行为之外,对作品进行未经著作权人许可的“公开表演”即构成直接侵犯“表演权”的行为。与此相适应,各国著作权法定义“专有权利”的方法,就是对受“专有权利”控制的行为加以界定。美国、加拿大和澳大利亚等英美法系国家的《版权法》首先在“定义”条款中对各种特定行为加以界定,然后在“专有权利”条款中从正面规定版权人享有实施某种特定行为的“专有权利”,或从反面规定何种特定行为受到“专有权利”的控制。仍以“表演权”为例,这三个国家的《版权法》均首先在“定义”或“释义”条款中对“(公开)表演行为”作出界定,然后又在“专有权利”条款中规定版权人有公开表演作品的专有权利。^[3]其他没有在《著作权法》中单独设立“定义”条

[1] “专有权利”的英文表述为 *exclusive right*, 而 *exclusive* 的含义就是“排他的”。因此, *exclusive right* 既可以被译为“专有权利”,也可以被译为“排他权利”。

[2] 有些国家的《版权法》对此作出了非常清楚的规定,如“任何人未经版权人许可即实施了根据本法规定只有版权人才有权从事的行为,构成版权侵权”。See (Canada) Copyright Act, Sec 27(1).

[3] See (US) Copyright Act, Sec 101, 106(4), (Canadian) Copyright Act Sec 2, 3(1), (Australian) Copyright Act, Sec 27(1), 31(1)(a)(iii).

款的国家,则都在规定各“专有权利”时明确地划定受控制的特定行为,许多大陆法系国家以及我国的《著作权法》就是如此。

无论采用何种方法规定专有权利,对受该权利控制行为的界定都是法院正确适用该权利的关键,因为这直接关系到法院对于一种行为是否构成直接侵权的判断。如果一种行为根本不在某种专有权利的控制范围之内,则他人实施这一行为不可能对其构成“直接侵权”。此时只能考察行为人是否在具有“主观过错”的状态下帮助或引诱他人实施直接侵权,从而构成“间接侵权”。反之,如果一种行为本身受到某种专有权利的控制,则他人在没有法律依据的情况下,未经许可地实施这一行为当然构成直接侵权。

需要着重强调的是:在英美法系的《版权法》中,行为人的心理状态如何,是否具有主观过错,只影响损害赔偿数额或救济方法,并不影响对行为构成直接侵权的认定。如美国《版权法》规定:当法院认为侵权者没有意识到,也没有理由认为其行为构成版权侵权时,法院可以将法定赔偿金降至不低于 200 美元。^[1]显然,美国《版权法》中的“侵权”认定与行为人是否“意识到或有理由认为其行为构成侵权”并无关系。

假设某作家甲创作了一部小说,其友某乙将书稿借去阅读,却在某甲不知情的情况下,在书稿上署上自己的名字,并送至出版社。出版社虽然进行了合理的审查,却仍然没有发现事实的真相。那么,出版社将小说予以出版并署上某乙的姓名是否构成侵犯某甲著作权的行为?显然,出版社已经尽到了合理审查义务,并无故意或过失的主观过错。但是,出版社在未经著作权人某甲许可的情况下,将其作品予以出版的行为至少受到两项专有权利的控制:首先,将作品印刷在纸张上是典型的复制行为,受到“复制权”的控制。其次,出版意味着向公众出售已印刷装订成册的书籍,即作品的复制件,这又是一个受“发行权”控制的发行行为。对于上述受专有权利控制,而未经许可而实施的行为,均不属于“合理使用”或“法定许

[1] 17 USC 504(c).

可”的范围。因此,尽管出版社没有主观过错,但其行为仍然构成对某甲复制权和发行权的直接侵权,应当承担相应的法律责任。

当然,如果直接侵权者确无主观过错,其承担法律责任的方式与有过错的侵权者有所不同,无须承担损害赔偿责任。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》第20条明确指出:“出版物侵犯他人著作权的,出版者应当根据其过错、侵权程度及损害后果等承担民事赔偿责任。出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务的,依据《著作权法》第48条的规定,承担赔偿责任。出版者尽了合理注意义务,著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的,依据《民法通则》第117条第1款的规定,出版者承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任。”这说明即使出版社无任何主观过错,其行为仍然构成直接侵权,应当承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任,但却无须承担赔偿责任的民事责任。

因此,在网络环境中对著作权的保护,首先涉及《著作权法》规定的各项专有权利在网络环境中的适用,而这又需要考察哪些在网络环境中实施的行为是受到特定专有权利控制的。如果一种在网络环境中实施的行为落入了一种专有权利的控制范围,则在没有法定免责理由的情况下,未经权利人许可实施这种行为就会构成对特定专有权利的直接侵权,行为人应当承担法律责任。在我国,目前在网络环境中可能涉及的专有权利主要有三项——复制权、发行权和新兴的网络传播权;^[1]本章主要对以上三项专有权利分节阐述。

[1] 并非所有国家都专门规定了“网络传播权”,如美国是以“发行权”、“公开表演权”和“公开展示权”三种传统权利来控制“网络传播行为”的;欧盟采取的是对著作权人的传播权作改革和重组,规定了“公众传播权”既包括新兴的“网络传播”,也包括广播等传统的传播行为。为了便于讨论,本书采用大多数国家的分类,区别之处会在下文详细讨论。