

# 《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》的理解与适用

文/王艳芳

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》(以下简称《信息网络传播权司法解释》)经最高人民法院审判委员会第1561次会议讨论通过,已于2012年12月26日公布,自2013年1月1日起施行。该司法解释是最高人民法院在长期调研、总结审判经验的基础上,出台的一部对信息网络传播权进行系统保护的司法解释,对指导人民法院正确审理涉及信息网络传播权纠纷案件,依法保护权利人的信息网络传播权,保护和促进信息网络产业健康有序发展具有重要意义。本文拟对《信息网络传播权司法解释》的制定背景、起草原则和主要内容等进行简要介绍,希望有助于对该司法解释的正确理解和适用。

## 一、《信息网络传播权司法解释》的起草背景和过程

互联网及相关产业的迅速发展,产生了一种全新的作品传播途径,对传统的著作权保护制度带来了前所未有的冲击和挑战。在互联网环境下,如何保护著作权人和相关权利人的权利,规范作品等在互联网上的传播行为,成为迫切需要解决的问题。2000年12月19日,最高人民法院公布《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》,在该解释的第2条规定了“著作权法第十条对著作权各项权利的规定均适用于数字化作品的著作权”,对著作权人在互联

网环境下的权利进行了保护。可以说,在著作权法修订之前,最高人民法院制定的司法解释在法律规定比较原则的情况下,通过解释著作权法,对互联网环境下的著作权保护起到了重要作用。随着著作权法的第二次修订及信息网络传播权保护条例(以下简称条例)的制定,最高人民法院于2003年12月23日、2006年10月20日分别对该司法解释进行了修订。但由于审判实践的发展以及侵权责任法的颁布,该司法解释的一些内容已经不适应当前审判实际的需要,且和相关法律有不协调之处,迫切需要进行调整。此外,由于条例和侵权责任法对互联网环境下侵害信息网络传播权的相关问题仅进行了原则性的规定,加之近年来互联网技术和相关产业发展迅猛,新的商业模式不断涌现,涉及的著作权问题日渐突出,导致人民法院受理的涉及网络著作权案件大幅度增加。据统计,自2002年以来,人民法院受理的著作权案件数量一直位居其他各类知识产权案件数量之首。以2011年为例,全国地方法院共新收知识产权民事一审案件59882件,其中著作权案件为35185件,而涉及网络著作权纠纷的案件数量近年来又占全部著作权案件的60%左右。在审理这些涉及侵害信息网络传播权的案件时,如何界定侵害信息网络传播权行为,特别是如何确定网络服务提供者的法律责任,成为人民法院知识产权审判工作面临的巨大挑战。

为了有效应对网络著作权保护的新形势和新情况,加强对相关权利人信息网络传播权的保护,促进信息网络技术创新和商业模式发展,为审理日益激增的侵害信息网络传播权案件提供指引,2010年,最高人民法院将网络环境下著作权的司法保护作为重点调研课题,由民三庭组成课题组,在全国法院范围内展开了相关调研工作,并完成了相关调研成果,为司法解释起草工作奠定了重要基础。在前期调研的基础上,最高人民法院民三庭于2011年10月起草了《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》(初稿),并先后组织了由权利人、互联网企业代表、专家学者及部分法院法官参加的专题会议,对司法解释稿进行了研讨论证。在论证的基础上形成公开征求意见稿,并于2012年4月通过媒体向国内外进行为期3个月的公开征求意见。司法解释的起草受到国内外广泛关注,美国政府、美国商会、欧盟商会、日本辨理士协会、中国律师协会、中国互联网协会以及其他机构、团体和个人都提出了修改建议,汇集的修改意见多达500余条。在综合各方意见的基础上,又经反复修改和慎重论证,形成送审稿,提请最高人民法院审判委员会审议后通过。

## 二、起草《信息网络传播权司法解释》坚持的基本原则

《信息网络传播权司法解释》是严格依据著作权法、侵权责任法和条例等法律、行政法规的规定及其精神进行起草的。由于信息网络传播权保护的特殊性,最高人民法院在起草《信息网络传播权司法解释》时主要坚持了以下原则:一是遵循法律规定。首先以著作权法的相关规定为基础,结合侵权责任法、信息网络传播权保护条例等法律、行政法规,将信息网络传播行为划分为作品等内容提供行为和网络服务提供行为,在此基础上规定了直接侵权与间接侵权,重点规定了网络服务提供行为的责任形态、归责原则和责任要件,还对于实践中需要规定的其他情形做出了规定。二是将司法成熟经验和保持适当的前瞻性相结合。在起草过程中,总结了人民法院审理信息网络传播权案件中认可度较高的审判实践,对于成熟的、没有争议的问题进行了规定便于司法实践适用;对于实践中争议较大、一时还不明确或者实践需求不大等问题没有规定,留待审判实践中根据实际情况解决。同

时,该司法解释通过对直接侵权与间接侵权的科学划分、各类侵权行为认定标准的具体设计等,为调整各种新出现的行为和法律问题提供依据。三是体现利益平衡精神。针对网络环境下著作权保护的实践,最高人民法院在起草《信息网络传播权司法解释》时,特别强调了人民法院在审理此类案件行使裁量权时,应当兼顾权利人、网络服务提供者和社会公众的利益。除此之外,司法解释中关于网络服务提供者过错的认定、相关举证责任的分配等具体条文也充分体现了利益平衡精神。

## 三、《信息网络传播权司法解释》的主要内容

《信息网络传播权司法解释》共16条,主要对人民法院审理信息网络传播权纠纷案件的原则、侵害信息网络传播权的行为构成、网络服务提供者的教唆侵权、帮助侵权行为及其判定标准、人民法院对此类案件的管辖等问题进行了规定。

关于利益平衡原则。网络环境下的著作权保护是著作权保护在网络环境下的延伸,传统著作权保护主要涉及著作权人与社会公众之间的利益平衡,而网络著作权保护则涉及著作权人、网络服务提供者及社会公众三者利益之间的平衡。互联网环境下数字传播技术的运用和发达大大提升了网络用户传播侵权复制品的能力,但由于网络用户的侵权行为具有隐蔽性,又多数不具有赔偿能力,因此追究网络用户的法律责任不可行且不具有经济性。而网络服务提供者客观上为大量分散用户的网络传播行为提供了便利条件,使其侵权行为迅速传播,给权利人的利益带来更大的危害,并直接或者间接从网络用户的侵权行为中受益,因此转而追究网络服务提供者的法律责任成为相关国际公约及各国网络著作权保护的趋势,让网络服务提供者对于用户不正当利用其服务进行的侵权承担间接责任,也就成为一项重要的制度选择。但是网络服务提供者对于促进信息网络技术创新和商业模式发展具有极其重要的作用,对其行为的控制也应当适可而止,防止不适当妨碍技术的发展创新并为相关互联网产业的发展留下空间。因此,既让网络服务提供者承担相应的责任,但又避免使其过重地承担责任,是网络环境下著作权保护中平衡著作权人与网络服务提供者之间利益的基本原则。因此,如何在网络环境下保护著作权人等相关权利人权利的同时,又不妨

碍科学技术的发展及社会公众获取信息自由的权利,已成为世界各国网络著作权保护要解决的重要课题,其中如何界定网络服务提供者的法律责任又成为网络环境下著作权保护的重中之重。为此,包括欧美在内的许多国家均针对互联网环境下的特殊利益格局,设定了信息网络环境下著作权保护的特殊规则,为相关网络服务提供者规定“避风港”,并在此基础上辅之以通知、删除规则。我国著作权法及条例、侵权责任法亦针对网络环境下的特殊利益格局,在借鉴欧美国家经验的基础上,设定了一系列体现特定利益平衡关系和价值取向的法律规则,如通知与删除规则、限制网络服务提供者侵权责任的“避风港”规则、有利于减轻网络服务提供者责任的过错标准等。这些具体规则的设立,体现了立法者针对互联网环境下的特殊利益格局,在权利人、网络服务提供者、社会公众之间所作的平衡。因此,利益平衡原则也是人民法院审理此类案件的基本原则。除此之外,当今时代,科学技术的发展速度已经远远超过了人们的想象,例如美国在1998年制定DMCA时尚未出现的P2P技术,现已成为广泛使用的互联网文件分享工具。因此,针对以后有可能出现的新技术及其新的商业模式与权利人的信息网络传播权的保护及社会公开利益之间发生冲突的情形,为了维护三者之间的利益平衡,司法解释第1条即强调了“人民法院审理侵害信息网络权民事纠纷案件,在行使裁量权时,应当兼顾权利人、网络服务提供者和社会公众的利益。”需要注意的是,本条的规定仅在法律法规不明确,需要法官运用自由裁量权裁判案件时才适用。当著作权法、相关行政法规、相关司法解释已有明确规定时,人民法院审理案件应遵守著作权法、实施条例及有关司法解释的相关规定,不能直接援引利益平衡原则进行裁判。

关于信息网络的界定。传统的互联网主要指将两台计算机或者是两台以上的计算机终端通过计算机信息技术互相联系起来。现在随着科技的发展及互联网、广播电视网、通信网的三网融合,电视机、移动电话机甚至是固定电话机都成为终端而可以接入互联网。因此,在界定信息网络的范围时,司法解释采用了例式列举相关终端并同时将与相关终端对应的互联网、广播电视网、通信网一并予以列举的规定方式来界定信息网络。在起草过程中,局域网是否属于本司

法解释规定的信息网络是一个饱受关注的问题。征求意见稿曾表述为“向不特定公众开放的局域网”属于本司法解释规定的局域网。在公开征求意见的过程中,很多意见提出由于大容量的数据服务器的广泛应用,使得盗版内容得以在局域网内传播,信息网络的范围应当包括在企业、机构、大学或其他社区内使用的局域网。如果仍以其是否向不特定公众开放为标准,会产生司法实践对特定公众如何界定的问题。经研究,最高人民法院取消了“不特定”的限定条件,规定了只要是向公众开放的局域网,均属于本规定范围内的信息网络。

关于直接侵害信息网络传播权行为。

1.提供行为。著作权法第十条第(十二)项规定了信息网络传播权的含义,即“以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”。第四十七条规定了“未经著作权人许可,通过信息网络向公众传播其作品的”属于侵权行为。因此,在网络环境下的著作权保护中,信息网络传播行为的界定是一个基本问题。在我国司法实践中,对于信息网络传播行为有不同理解。曾有流行观点认为信息网络传播行为仅限于在信息网络环境下提供作品的行为,而“提供”则是将作品等上传至或者以其他方式置于向公众开放的网络服务器中。除此之外的提供服务行为均不属于信息网络传播行为。经过调研,最高人民法院认为,随着技术的发展,不经过服务器的存储或中转,通过文件分享技术等方式也可以将相关作品置于信息网络之中,以单纯的服务器标准技术标准界定信息网络传播行为不够准确,也难以应对网络技术的飞速发展。因此,应将信息网络传播行为作广义的理解,以是否直接提供权利人作品的法律标准取代服务器标准来界定信息网络传播行为。将信息网络传播行为区分为作品的提供行为与其他信息网络传播行为。其他信息网络传播行为则是以其技术、设施提供网络中间性服务的行为,即是一种提供服务而非直接提供作品等的行为。将信息网络传播行为区分为作品提供行为和网络服务提供行为,对于构建网络环境下著作权保护的责任体系具有基础性意义。在这种区分的基础之上,产生了直接侵权责任与间接侵权责任的区分,直接侵权责任对应作品提供行为,而间接侵权责任对应网络服务提供行为。因此,司法解释规定了网络用



户、网络服务提供者未经许可,将权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音录像制品置于信息网络之中,使公众能够在其个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的,属于内容提供行为,直接侵害了权利人的信息网络传播权。

关于提供的具体方式,司法解释对其进行了列举,即将相关作品、表演、录音录像制品上传到网络服务器、在本地电脑或者网络服务器设置公众共享文件以及通过文件分享软件等方式,将相关作品、表演、录音录像制品置于信息网络中,使公众能够在其个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的,均属于提供行为。

2. 网页快照提供行为。司法解释第5条是关于实践中从事搜索服务的网络服务提供者在提供搜索链接等服务时提供的网页快照、缩略图是否构成著作权法意义上的提供的问题。网页快照,英文 Web Cache,也称为网页缓存,是指搜索引擎按照一定的技术将其其他网站中的内容自动存储在自己的服务器中,以供网络用户直接访问的一种技术。通俗来讲,其生成原理是搜索引擎在收录网页时,对网页进行备份,存在从事搜索引擎服务的网络服务提供者的服务器缓存里。当网络用户使用搜索引擎在互联网上搜索时,其实就在搜索引擎的网页数据库中搜索,并不一定是搜索引擎瞬间在互联网上找到了包含关键词的网页。一般情况下,当网络用户输入关键词进行搜索时,搜索引擎既提供正常的链接结果,也同时提供相关网页的快照。通过正常的链接,网络用户可以离开搜索引擎网页访问目标网站;网络用户也可以直接在搜索引擎网页上访问快照而直接浏览相关信息。当用户在搜索引擎中点击“网页快照”链接时,搜索引擎将蜘蛛系统(Spider)当时所抓取并保存的网页内容展现出来。由于网页快照是存储在搜索引擎服务器中,所以查看网页快照的速度往往比直接访问网页要快。网页快照中,搜索的关键词用亮色显示,用户可以点击呈现亮色的关键词直接找到关键词出现位置,便于快速找到所需信息,提高搜索效率。当搜索的网页被删除或连接失效时,可以使用网页快照来查看这个网页原始的内容。快照一般可以分为两类:一类是对网页的快照,即搜索引擎事先存储的网页;另一类是对网页的特定内容,如图片或歌词、短小文字作品等的快照,或称之

为缩略图,代表网页上或计算机中图片经压缩方式处理后的小图,其中通常会包含指向完整大小的图片的超链接。缩略图用于在 Web 浏览器中更加迅速地装入图形或图片较多的网页。因其小巧,加载速度非常快,故用于快速浏览,相当于图片文件预览及目录的作用。网络用户点击缩略图,可以从图片所在的服务器中调取原始图片。司法实践中,对搜索引擎提供快照或缩略图的行为是否侵犯了权利人的信息网络传播权有不同的认识。最高人民法院经过调研认为,由于网络服务涉及的快照、缩略图的复杂性,不能一概地认为构成侵权,也不能一概地认为不构成侵权,需结合具体案情分析网络服务提供者的此种行为是否替代了其他网络服务提供者向公众提供相关作品。如果已经实质上替代了其他网络服务提供者的作品提供,如在“音著协与百度公司”案中涉及的百度公司将其其他网站中的歌词完整地提取出来,复制到自己的服务器中直接向网络用户提供,其后果是直接代替了该网络服务提供者向网络用户提供相关歌词,此时人民法院可以根据案件具体情况认定其构成提供行为。但是需要注意的是,并非所有的网页快照、缩略图提供行为均构成侵害信息网络传播权,如果该提供行为未影响相关作品的正常使用,亦未不合理损害权利人对该作品的合法权益,考虑到权利人与网络服务提供者、社会公众之间的利益平衡,此时一般不认定搜索引擎的网络服务提供者提供网页快照、缩略图的行为构成侵害信息网络传播权。

3. 提供行为的判定及相关举证责任。司法解释第6条是关于权利人与网络服务提供者之间就是否提供相关作品的举证责任如何分配的规定。互联网的相关网页是由无数个链接互相进行链接联系在一起的。具体而言,链接一般是指从一个网页指向一个目标的连接关系。在一个网页中用来链接的对象,可以是一段文本或者是一个图片。当浏览者单击已经链接的文字或图片后,链接目标将显示在浏览器上,并且根据目标的类型来打开或运行。一般来说,链接有普通链接和深层链接等。普通链接是以被链接网站的整体为目标,如友情链接、网站导航等,其主要表现网络上的一个站点、网页的完整路径。而深层链接是绕开被链接网页的主页而使用户直接进入其某一个分页或者某个具体内容的链接方式。司法实践中产

生的纠纷主要是深层链接是否构成侵害信息网络传播权。曾有判决认为,如果相关作品未经权利人许可上传,只要网络用户能够从相关网站上直接获得该作品,则该网站就构成了侵害信息网络传播权。例如北京市海淀区法院曾经在审理中国三环音像社与北京衡准科技有限公司侵犯著作权纠纷中认为,“e 准网直接向用户提供视频内容的浏览,只是该内容由 e 准网从其他多家网站获取。e 准网通过上述方式,为用户提供《土》剧的分集视频,上述行为应定性为直接使用传播的行为”。最高人民法院经过调研认为,以此用户标准来界定相关网站提供了相关作品,实质上是将互联网中普遍存在的链接纳入了直接侵权的范畴,超出了侵权责任法及条例的相关规定。但是,由于网络技术的复杂性,要求权利人来分辨相关网络服务提供者是具体从事了提供作品的侵权行为,还是仅为该提供行为提供网络服务,是不现实的,也超出了权利人的举证能力。考虑到对权利人信息网络传播权的保护,并在权利人和网络服务提供者举证能力之间作出平衡,司法解释规定了权利人(原告)承担证明网络服务提供者提供相关作品、表演、录音录像制品的初步证明责任。如网络服务提供者以其提供网络服务为由进行抗辩的,则由网络服务提供者承担其提供的是网络服务的举证责任。

4. 间接侵害信息网络传播权行为。由于网络服务提供者在客观上为侵权作品的传播提供了便利条件并使侵权行为迅速传播,网络环境下的侵权行为较传统环境下的侵权行为会使权利人的利益受到更大的损害。此外,在当前环境下由于商业模式等原因,网络服务提供者在提供网络服务时有可能直接或者间接从侵害权利人信息网络传播权中受益,同时其又有能力迅速控制侵权行为的蔓延并知晓侵权行为的相关线索,因此在网络环境下保护著作权人的信息网络传播权,网络服务提供者的法律责任的确定是一个重要的课题,也是本司法解释要解决的核心问题。侵权责任法第九条、第三十六条是本司法解释关于网络服务提供者因其教唆、帮助行为而承担侵权责任的法律依据。根据这两条法律的规定,司法解释第7条规定了网络服务提供者的两种间接侵权行为,其一是教唆侵权行为,即网络服务提供者以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网

络用户实施侵害信息网络传播权行为的,人民法院应当认定其构成教唆侵权行为;其二是帮助侵权行为,即网络服务提供者明知或者应知其服务的网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权,未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施,或者提供技术支持等帮助行为的,人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。

关于网络服务提供者过错的认定。根据侵权责任法第六条关于“行为人因过错侵害他人民事权益,应当承担侵权责任”的规定,对网络服务提供者在提供网络服务时侵害权利人信息网络传播的行为,实行的是过错责任原则,只有其具有过错时才承担相应的侵权责任。对其过错具体如何认定,侵权责任法第三十六条第三款规定:“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”从该条的规定可以看出,当网络服务提供者知道其网络用户利用其提供网络服务侵害他人信息网络传播权,仍不采取必要措施的,则与该网络用户构成共同侵权并需要承担连带责任。

但是,对于该款规定的“知道”如何解释,在学术界和实务中均存在不同看法。有观点认为侵权责任法该款规定的“知道”与条例规定的“明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权”中的“明知或者应知”有相同含义,即“知道”包括明知或者应知两种情形;也有人结合侵权责任法相关审议稿认为,“知道”仅包括明知而不包括应知。的确,侵权责任法草案第一次审议稿和第二次审议稿均规定以“明知”作为主观要件:第一次审议稿在其第十章第六十三条规定:“网站经营者明知网络用户通过该网站实施侵权行为,或者经权利人提出警告,仍不采取删除侵权内容等措施消除侵权后果的,网站经营者与该网络用户承担连带责任。”第二次审议稿第四章第三十四条规定:“网络服务提供者明知网络用户利用其网络服务实施侵权行为,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”但此后的第三次审议稿及第四次审议稿均不再将明知作为主观要件,甚至在第四次审议稿第三十六条中还明确规定了“网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责

任。”虽然正式通过的侵权责任法第三十六条删除了“应当知道”的表述,将网络服务提供者的主观要件规定为“知道”,但根据立法机关的解释,其中的“知道”包括明知和应知两种主观状态。全国人大常委会法制工作委员会编著的《中华人民共和国侵权责任法释义》对该立法用语的变更进行了详细的解释:“其一,要求被侵权人证明网络服务提供者具有‘明知’的主观状态,难度太大,可能使得网络服务提供者逃脱责任,这显然不符合制定这条规定的本意。其二,虽然网络上的信息是海量的,侵权信息混杂其中,难以逐一辨别,但有些侵权信息是可以通过技术措施进行控制的,某些领域的过滤技术已经比较成熟,而且运用这种技术不会给网络服务提供者在经济上造成过重的负担,目前很多网站正在以技术措施加人工审查的方式对网络用户上传的信息进行过滤,取得了很好的效果。其三,网络上的某些侵权事实已为大众所共知,如盗版音乐、盗版影视作品、明显具有恶意攻击意图的文章广泛传播,但很多网络服务提供者却视而不见,甚至以此获得高额利润。长此以往,不利于净化网络环境,也不利于培育行业道德规范,更不利于网络行业的正常发展。其四,要求网络服务提供者在过错而不仅在故意的情形下承担侵权责任,符合其他国家和地区的发展趋势以及国际惯例,并没有给我国网络服务提供者加以过重的义务。基于这些考虑,我们将‘明知’修改为‘知道’。”<sup>①</sup>考虑到立法过程中对网络服务提供者注意义务要求的变化、司法实践及学术界对“知道”含义的争论,以及最高人民法院曾在2000年《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》的第5条将提供内容服务的网络服务提供者的主观状态规定为“明知”等因素,为澄清侵权责任法该款“知道”的含义,从而在涉及信息网络传播权保护的相关著作权案件审理中正确适用侵权责任法,司法解释明确规定了网络服务提供者的过错包括对于网络用户侵害信息网络传播权行为的明知或者应知。明知一般是指有证据证明网络服务提供者明知其服务的网络用户可能利用其网络服务侵害权利人信息网络传播权,仍然积极鼓励网络用户实施侵权行为,以及在已经明知网络用户利用其提供网络服务实施

侵害信息网络传播权行为的情况下,不采取相应的删除、断开链接、屏蔽等措施而仍然为其提供服务的行为。

在实践中,一般而言,权利人向网络服务提供者发送符合条例及司法解释规定的通知即可认定网络服务提供者明知其网络用户侵害信息网络传播权。至于应知,与明知的判断相比,相对难以有比较客观化的标准。为此,司法解释根据司法实践总结的经验,归纳了人民法院从网络服务提供者应当具备的管理信息的能力,其传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度,是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等,是否积极采取了预防侵权的合理措施,是否设置便捷程序接收侵权通知并及时对侵权通知作出合理的反应,是否针对同一网络用户的重复侵权行为采取了相应的合理措施等方面的因素,来认定网络服务提供者对其网络用户侵害权利人信息网络传播权是否应知。需要注意的是,司法解释规定的考虑因素是根据审判实践所总结归纳的指引性考虑因素。在根据该条规定认定网络服务提供者是否应知其网络用户侵害信息网络传播权时,司法解释中规定的考虑因素并不需要机械地一一全部进行考虑,人民法院应当根据个案的具体情况进行认定。在某些情况下,司法解释规定的考虑因素一个或几个的满足即可以认定网络服务提供者应知其网络用户侵害信息网络传播权。

关于网络服务提供者的过错认定与主动审查的关系。司法解释在制定过程中,关于网络服务提供者对其服务的网络用户侵害权利人信息网络传播权的行为是否有监控或者主动审查义务是一个比较受关注的问题。经过反复的调研论证,司法解释明确规定了网络服务提供者未对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的,人民法院不据此认定其具有过错。其主要考虑是著作权是私权,一般应由权利人积极保护其私权。同时,由于网络技术发展的基本目标和价值趋向是便于信息的交流与传播,网络服务提供者对网络上的海量信息是否侵害权利人信息网络传播权没有主动监控的义务,已经成为国际上普遍的认识和做法。例如欧盟电子商务指令中规定了“成员国不得规定网络服

<sup>①</sup>全国人大常委会法制工作委员会编,王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2010年版,第194~195页。



务提供者负有监视其传输或存储信息的义务,以及积极发现相关侵权事实的义务。”美国司法实践也持这种态度。我国著作权法和条例虽然没有明确写明网络服务提供者没有监控义务,但其采用的通知删除规则事实上是认可网络服务提供者没有主动监控义务的。鉴此,司法解释也规定了人民法院在审理侵害信息网络传播权案件时,不能因网络服务提供者未对其服务对象的行为是否侵犯权利人的信息网络传播权予以主动审查就认定其具有过错,网络服务提供者是否具有过错应根据具体案情结合司法解释第9条规定的因素及其他条款予以认定。

关于直接经济利益与网络服务提供者责任承担的关系。司法解释第11条是关于网络服务提供者获取的经济利益与其注意义务关系的规定。条例第二十二条第四项规定了“未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益”为网络服务提供者免除赔偿责任的条件,但是如果网络服务提供者直接获取了经济利益,是否意味着网络服务提供者对传播该作品具有过错并应承担相应的民事责任?对此曾有不同的认识。司法解释在征求意见稿中曾经采用了“提供信息存储空间服务的网络服务提供者从其网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的,人民法院可以推定其对该网络用户侵害信息网络传播权的行为具有过错”的意见,但经过进一步的调研和征求意见,了解到实践中的情况复杂多样,且理论和实务界关于信息存储空间服务提供者直接获利是否能认定为过错存在较大争议。如不作区分即将获得直接经济利益推定为网络服务提供者具有过错,不符合实际,也将会对网络产业的商业模式产生较大的影响。经研究,考虑到权利与义务相适应及权利人与网络服务提供者之间的利益平衡,规定了“网络服务提供者从网络用户提供的作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益的,人民法院应当认定其对该网络用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务”,从而将网络服务提供者是否具有过错,由审理具体案件的法院根据具体案情中网络服务提供者的具体商业模式或者直接获利情况等因素个案进行判定。

关于信息存储空间网络服务提供者责任的判定。司法实践中,由于信息存储空间的网络服务提供者为

网络用户上传的内容提供存储空间,与其他网络服务提供者提供的网络服务相比,引发的纠纷也相应较多。针对审判实践的需要,司法解释将审判实践比较成熟的经验进行总结,对针对信息存储空间的网络服务提供者构成应知的情形进行了归纳,具体为:将热播影视作品等置于首页或者其他主要页面等能够为网络服务提供者明显感知的位置的;对热播影视作品等的主题、内容主动进行选择、编辑、整理、推荐,或者为其设立专门的排行榜的;其他可以明显感知相关作品、表演、录音录像制品为未经许可提供,仍未采取合理措施的情形。在制定过程中,对本条的意见主要集中在作品的种类。有意见认为,实践中发生纠纷较多的是热播影视作品被侵权的情况,因此仅规定热播影视作品即可;但也有意见认为知名度较高的文学作品、音乐作品被侵权的可能性也比较大,因此应一并规定。最高人民法院经研究认为,司法实践中发生纠纷较多的作品类型为热播影视作品,文字作品、音乐作品被侵权的情况亦有,但并不是非常突出。因此,在司法解释中仅明确列举了热播影视作品,并以“等”字概括规定留有余地,实践中可视情况将文字作品、音乐作品、表演、录音录像制品涵盖其中。之所以将热播影视作品特别列明,主要考虑是影视作品制作成本较高,权利人投资较大,特别是正值热播期间的电影,权利人一般不会将其无偿置于信息网络中供社会公众免费使用。因此如果相关网络服务提供者经营管理的网站上显著位置出现了热播的影视作品,或者相关网络服务提供者在该网站对该作品进行了相关选择或者推荐,一般而言,该网络服务提供者应当知道该影视作品系未经权利人许可提供,如其仍不采取相应的措施,可以认定其在提供存储服务时具有过错,应当承担相应的民事责任。

关于通知删除规则的具体适用。根据条例第十四条的规定,权利人认为相关网络服务提供者提供网络服务时所涉及的作品、表演、录音录像制品侵犯自己的信息网络传播权,可以向该网络服务提供者提交书面通知,要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品,或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。条例仅规定了权利人应提交书面通知,但对通知的具体形式未做规定。司法实践中关于传真、电子邮件是否符合条例规定的书面形式,认识不一。在司

法解释征求意见的过程中,绝大多数意见认为传真特别是电子邮件因方便快捷,已经成为普遍使用的通讯方式,以电子邮件方式发送的通知应当属于条例规定的书面通知。同时,也有意见认为,电子邮件属于电子证据,与书面证据稍有不符。经研究认为,根据电子签名法第四条“能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式”的规定,电子邮件符合法律、法规要求的书面形式,因此在司法解释中采用了“书面通知可以采取书信、传真、电子邮件等方式”的表述方式。除了对书面形式的争论之外,由于条例第十五条规定了网络服务提供者接到通知后,应立即采取相关措施,侵权责任法也规定了网络服务提供者接到通知未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分承担连带责任,是否接到通知并及时采取措施,直接关系到网络服务提供者责任的承担,网络服务提供者收到通知后采取措施是否及时、如何判定是否及时也是实务界争论激烈的问题之一。

在司法解释的起草过程中,相关互联网企业、权利人及地方法院纷纷提出,希望最高人民法院能够在司法解释中确定一个关于合理期限的指引性方案。为此,在本司法解释的征求意见稿中曾规定了“除有正当理由外,涉及热播影视作品的,网络服务提供者应在收到符合法律、行政法规要求的通知一个工作日内采取必要措施;涉及其他作品的,采取必要措施的期限一般不应超过五个工作日。”但经后期论证,最高人民法院认为,虽然确立指引性期限有利于增强司法解释的可操作性,但实践中涉及的作品类型差别较大,删除的难易程度不一,且规定期限并无法律依据。最终在司法解释中仅规定认定网络服务提供者是否及时采取了合理措施的具体考量因素即可,即“应当根据权利人提交通知的形式,通知的准确程度,采取措施的难易程度,网络服务的性质,所涉作品、表演、录音录像制品的类型、知名度、数量等因素综合判断。”至于具体多长时间为“及时”,由人民法院在审理具体案件中根据司法解释中所列因素具体认定。

关于侵害信息网络传播权民事案件的管辖。根据民事诉讼法的相关规定,侵权案件一般由被告住所地或者侵权行为地人民法院管辖,侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。在最高人民法院 2000

年公布的《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》中,规定了侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。当侵权行为地和被告住所地均难以确定的,规定了原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。在本次司法解释的制定过程中,考虑到司法实践中发生的很多涉外案件,被告住所地和侵权行为实施地均在国外,而侵权结果发生在国内,如果人民法院对此类案件无法行使管辖权,则不能保护权利人的合法权益。为此,经研究,增加规定了如果侵权行为地和被告住所地均在外国的,人民法院对此类案件享有管辖权,便利权利人在我国提起诉讼,切实保护权利人的合法权益。

关于新旧司法解释的衔接适用。在 2001 年著作权法修订之前,最高人民法院考虑到在互联网环境下著作权人合法利益的保护问题,在法律规定非常原则的情况下,在 2000 年 12 月公布了《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》,规定“著作权法第十条对著作权各项权利的规定均适用于数字化作品的著作权”,对互联网环境下的著作权保护起到了重要的作用。但随着实践的发展,互联网经营者经营方式趋于复杂化和综合化,有的网络服务经营者既是内容服务的提供者,又是网络服务的提供者,如仍按照该司法解释规定的以互联网经营者的身份界定其归责原则,容易带来操作中的极大困难且产生逻辑上的混乱。此外,由于该司法解释的部分内容与侵权责任法及条例有不协调之处,加之最高人民法院已分别于 2003 年 12 月 23 日、2006 年 10 月 20 日对该司法解释进行了修订,对其不再有修改的必要,因此本司法解释在吸收了其合理规定的前提下将其废止。同时,关于本司法解释与前司法解释衔接的问题,为给各级人民法院提供明确指引,便于其在审理此类案件中正确适用法律,司法解释明确规定了在司法解释施行之后尚未终审的侵害信息网络传播权民事纠纷案件,人民法院直接适用新司法解释审理。但是新司法解释施行前已经终审的案件,如果当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的,则不适用本司法解释的相关规定。

(作者单位:最高人民法院)