

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



直击网络著作权保护新型疑难问题 透析裁判背后蕴含的法律思维与方法



随着互联网技术的频繁革新和商业模式的不断发展，网络著作权保护的新情况新问题层出不穷。本书结合生动案例和丰富的审判实践，对网络著作权保护新司法解释进行了重点解读和剖析，对网络著作权的保护制度和规则进行了深入探讨，重在“使用”和“实用”上下工夫，旨在架设法律、法理与实际问题解决的桥梁。



法官裁判思维的修炼与提升 知识产权专业人士必修课



· 精品阅读 智慧分享 ·

中国法制出版社
官方微信

上架建议 知识产权法·法律实务

ISBN 978-7-5093-5858-0



9 787509 358580 >

定价:68.00元

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

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

(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)

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66072711

邮购部电话: 010-66033288

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，以及与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。

接权”这种知识产权制度。“邻接权观念的演变过程是缓慢形成的，最初提出这项原理是为了填补由严苛的作者权理论所造成的空隙，到后来却成为保护主义故意编织的一个谎言。它肇始于照相术，这是对作者权文化提出挑战的第一项技术。欧洲人最终巧妙地解决了关于这些以技术手段所产生的图片是否属于‘作品’的问题，方法就是称摄影师为作者，认定在照片上存在着他人的人格印记。电影也被归入了作者权的范围，只是证明起来稍费劲一些。录音制品最终把欧洲的立法者逼到了问题的墙角边上。表演者和录音棚内的音乐师可能属于所谓作者的这一撮人。但是，录音制作者权和录音技师又是什么呢？实时直播的电台电视台广播，尽管它们编辑制作过程中需要创造性，但也似乎被安置在作者权的殿堂之外了。解决的办法是宣布，在录音制品和广播节目上所存在的权利，根本就不是作者权，而是邻接权。”^①可见，产业发展和产业利益在著作权保护和发展中的重要作用。

在新的著作权保护领域，传统的著作权保护理论和法律标准有了与时俱进的新突破，如在计算机软件、数据库等著作权保护中，对作品的创造性（原创性）标准和可版权性或许有新解读，计算机软件被作为文字作品保护，而未必符合传统原创标准的数据库或者被作为作品进行保护，或者比照保护著作权的方式进行保护；原本在立法意图和制度设计上泾渭分明的著作权与专利权等其他知识产权，在其相互界限和立法政策等方面有了新的交叉和模糊，一些著作权裁判将促进科技创新这种原本属于专利权的固有元素纳入了新型著作权保护中的利益衡量，一些专利法原则被用于著作权领域（如通用产品原则等）。网络著作权保护就是代表这种新机制和新动向的新领域，促进技术创新和商业模式发展成为其利益平衡的重要支点。

例如，美国最高法院判决的索尼（Sony）案和 Grokster 案都是在当代新的技术背景下平衡版权保护与技术创新之间的利益关系的经典判例，这些判例均昭示了平衡此类利益关系的新转向，不仅成为美国版权法领域中的里程碑式的判例，而且产生了广泛的国际影响。特别是，美国最高法院在索尼案中率先将技术问题的考量纳入版权保护领域，为技术发展开辟避风港，所确立的规则被广泛地称为

^① [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152、158-159页。

技术时代的“大宪章”。索尼案规则是一项使革新者豁免非其控制事项的责任的大承诺。^①Grokster案则是在数字技术环境下对索尼案规则进行了再诠释，建立起新的利益平衡机制。

美国最高法院在Grokster案的判决中开宗明义地指出，“通过版权保护支持创造与通过限制侵权责任促进技术革新，这两种相互竞争的价值之间的紧张关系是本案的主题”。“两种价值之间存在的紧张关系是本案的主题，对版权材料的数字传播从未像今天这样威胁着版权人，因为每一份复制件都与原件一模一样，复制很容易，而且许多人（尤其是年轻人）使用文件分享软件下载版权作品。对此类软件使用的程度可能使公众直接进入对版权政策的辩论。有迹象表明使用诸如Grokster的软件复制音乐和电影的便捷性助长了对版权保护的蔑视。当本案呈送到我们面前时，有人认为这些担忧被其他不同的疑虑所抵消了，即不仅对侵权者，而且基于软件的非法用途潜能对软件的散发者施加责任会限制有益技术的进一步发展。”^②而该案“（原告）米高梅公司和许多法庭之友都指出上诉法院判决的错误在于：打破了在通过版权保护支持创造追求与通过限制承担版权侵权责任而在新通讯技术发展中促进技术创新这两种价值之间的合理平衡。对于文艺的保护越多，技术创新越可能被压抑；对版权法的实施就是在维持平衡中（对版权法的）运用”。^③

在索尼案中，美国最高法院借用专利法上的“通用产品规则”，解决了涉科技创新领域的版权保护利益平衡。该案判决认为，“通用产品原则”适用于版权法时，“必须在版权所有人有效而非仅为象征性的法定垄断权保护的合法需求与其他人在实质性非相关领域自由从事商业活动的权利之间达成平衡”。因此，“销

^① Lital Helman, “Pull too hard and the rope may break: on the secondary liability of technology providers copyright infringement”, *Texas Intellectual Property Law Journal* (Summer 2010) .

^② 该案判决在此处的注释指出：“但这些价值相互之间的排斥性不应被夸大。一方面技术创新者，包括那些编写文件分享计算机程序的人，可能希望（获得）对其作品的有效版权保护。另一方面创造性作品通过改进后技术的广泛传播也可能产生新作品或为刚刚起步的艺术家带来观众。”见METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. v. GROKSTER, LTD.545 U.S.913 (2005), 注释8.

^③ “The tension between the competing values of supporting creativity through copyright protection and promoting technological innovation by limiting infringement liability is the subject of this case.” METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. v. GROKSTER, LTD.545 U.S.913 (2005) .

售复制设备，就像销售其他商业产品一样，如果该产品广泛地用于合法的、不受反对的目的，就不构成间接侵权。”在 Grokster 案中，Breyer 大法官在其撰写的意见中对于 Sony 案规则进行了如下阐述，“索尼案的规则，正如我所解释的那样，向企业家们提供了他们所需要的不会因为给市场带来了有价值的新技术而承担版权（侵权）责任的保障。”“索尼案的规则是清楚的。这种清晰度允许那些能够具有实质性非侵权用途的新产品开发者事先知道，提供他们的产品将不会导致巨额经济责任。”“索尼规则强烈地保护着新技术。这一规则有意使法院难以在涉及新技术的情形中认定间接责任。它确定法律将不会对提供具有双重用途技术的人施加版权（侵权）责任（他们本身并没有从事未经许可的复制），除非所涉产品将几乎只能被用于侵犯版权（或除非他们积极地引诱侵权行为）。索尼案因此承认版权法并不意图压制或者控制新技术的产生，包括（也许特别是）那些有助于更有效地和更广范围地传播信息和思想的人。因此索尼案规则保护了录像机、打字机、磁带录音机、复印机、计算机、磁带播放机、光盘刻录机，数字视频录像机、MP3 播放机、因特网搜索引擎，以及 P2P 软件。”“索尼案规则注意到了在面对涉及的技术问题时，法官（的能力）是有局限的。法官没有特定的技术能力去回答有关目前或未来技术可能性或商业前景的问题，而专业技术人员、工程师和风险投资者自己之间可能存在极端严重的分歧，不同的答案还可能取决于关注的对象是开发阶段的产品还是销售阶段的产品。例如，考虑是否可以在 Grokster 软件中附加一种可以过滤掉侵权文件的设备的问题。米高梅公司告诉我们这是非常容易做的事，几家制造和销售过滤技术（的公司）提交的法庭之友也是这么说。Grokster 公司说这样做根本不是容易的事，而且在任何情况下都没有一种有效的解决方案，几名明显没有利益关系的计算机科学教授也同意。法官应该相信哪一种观点？索尼案说法官无需进行判断。”^①

美国最高法院判决不厌其烦和小心翼翼地界定所涉侵权的构成要素，字里行间均充分体现了划清认定侵权与不妨碍商业发展和科技创新的界限和意图，用心可谓良苦，这些判决是在当代社会背景下平衡相关利益的裁判范例。

^① METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. v. GROKSTER, LTD. 545 U.S. 913 (2005).

三、利益平衡转变的革命性

新的利益平衡考量都是在传统利益平衡格局中破土而出的，它既可能带有传统利益平衡的气息，又可能是脱胎换骨的。就网络著作权保护中促进科技创新和经济发展的利益考量而言，在传统的合理使用等之外突出强调这种利益平衡，显然更多地具有脱胎换骨的成分和色彩。

这种新型的利益平衡一方面产生了革命性效果，赢得了技术时代“大宪章”之类的赞誉，另一方面也难免有与传统利益衡量有关的异议和反对。正如对于索尼案适用的技术中立规则（通用商品规则），在美国国内也有少数学者对此持批评态度。一项主要的批评意见认为，最高法院不应基于专利法与版权法之间的“历史亲缘关系”（均源于美国宪法的规定），而根据专利法的原则解决版权问题。根据版权法上的合理使用、缺乏对原告造成商业损害的证据等，也可以解决同样的问题。援引专利法上的通用商品原则，忽视了专利法与版权法的关键差异，包括其立法目的、立法史上的差异，以及该原则对各自法律的广泛的产业影响。“专利法寻求促进技术革新……而版权法寻求促进文化和社会进步，对于技术性的传播应持更为谨慎的态度，特别是在技术有促进广泛的作品盗版的威胁时。”“通用商品原则在1976年制定版权法时并未被引进到该法之中，这暗示着故意忽视了该原则。”也有人批评最高法院判决的措辞宽泛，使该原则的适用范围仍然模糊不清，即将“实质性非侵权用途”简单地界定为“商业上重要”，及对于合理使用的拙劣界定，使得技术避风港作用微弱。同时，该判决交叉使用“间接责任”和“替代责任”，导致了将索尼案规则适用于替代责任时的混淆。其结果，第七巡回上诉法院认为索尼案规则既适用于间接责任，又适用于替代责任，而第九巡回上诉法院认为其仅适用于间接责任。^①

其实，就与版权密切相关的科技创新和商业发展领域而言，版权对于科技创新和商业发展具有重大的促进和制约作用，甚至成为相关科技创新和商业模式的基础，界定版权保护的强度和政策直接关乎科技创新和商业发展，因此，在利益

^① Lital Helman, “Pull too hard and the rope may break; on the secondary liability of technology providers copyright infringement”, Texas Intellectual Property Law Journal (Summer 2010).

衡量中将促进科技创新和商业发展纳入考量范围也就是顺理成章和势所必然了，是绕不过去的，这是版权保护本身引发的问题，是专利法鞭长莫及的。但是，此类问题与专利解决的问题具有类似性，借用专利法中的相应规则有其恰当性，符合类似问题用类似规则解决的原则。因此，不论索尼案规则在具体运用中有多少局限和问题，但其宣示的原则精神在版权的新领域则是革命性的。这说明，行大事不必拘泥细节，历史具有许多偶然性，但其中必然的趋势不可阻挡。

对于新的科技经济背景下出现的新的著作权保护利益平衡，我国相关著作权立法有所体现。例如，《信息网络传播保护条例》较为明显地借鉴了美国等网络著作权保护立法经验，在有关避风港等规则中引入了这种利益平衡。我国法院在适用这些规则时，尤其是在处理法律界限不清或者模棱两可的问题时，更需要依靠这种利益平衡的指引，确保相关问题的妥善解决。只有在司法决策和判案中站在这种利益平衡的新角度、新高度和新层次上进行把握，以价值衡量的本质去认定眼花缭乱的现象，透过现象看本质及通过本质为现象定性，这样才能确保法律适用和司法决策的效果，避免头痛医头脚痛医脚，使规则的适用流于浅层化、机械化和简单化，才能够消除迷茫和困惑，做到心中有数和处乱不惊。倘若平衡不恰当，要么使版权保护受到不应有的伤害，要么会妨碍正当商业发展和科技创新。

可见，在现代社会，促进产业发展和科技创新或许不是所有版权问题的重要立足点，但在与商业化息息相关的版权领域，却是利益平衡的一个重要支点和中心话题，成为研究相关规则、制度的理念和精神。

第二节 网络著作权保护利益平衡的新架构

一、三种利益架构的平衡机制

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。《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》的引言明确指出：“依法保护信息网络传播权，促进信息网络产业健康发展，维护

公共利益”。其第1条开宗明义地规定：“人民法院审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件，在依法行使裁量权时，应当兼顾权利人、网络服务提供者和社会公众的利益。”这些规定充分体现了信息网络传播权保护利益平衡的新格局和新特点。

网络服务提供者成为利益衡量的中心环节。其中，就后两者而言，对于网络服务提供者的利益考量涉及互联网产业的发展，对于社会公众利益的考量涉及网络资源的公共使用、公共创新空间、言论自由等公共利益。当然，这些利益格局的构造直接涉及著作权保护的边界（或者说应予保护的“度”）、互联网产业的发展空间及公共利益的保障。这些利益的具体架构及其相互之间边界的划定应当通过法律规则的设定和适用而实现。只有具有清晰明白的法律架构和权益边界，才能够使著作权人有合理的权利预期，使法律调整具有确定性，使网络服务提供者避免动辄得咎，使社会公众有享受公共信息资源的充分自由，从而使三方各得其所和避免纷争。

在网络环境下，网络服务提供者是信息网络传播的中枢，是连接版权人、用户及公众的桥梁和媒介，在网络传输中具有举足轻重的作用。这一新的经营主体和法律主体成为相关权利义务关系的连接点。数字传播技术的运用和发达大大提升了单个用户传播侵权复制品的能力，且用户的行为具有隐蔽性，是版权侵权行为的重要推手和始作俑者，但又容易溜掉或者没有赔偿能力，如美国最高法院在Grokster案的判决中所说：“通过向所有的直接侵权人行使版权来有效地保护版权人的作品几乎是不可能的”；而网络服务提供者客观上为大量分散的用户的网络传播行为提供了便利条件，在许多情况下难辞其咎，成为被追究责任的对象。权利人提起诉讼更多的是针对网络服务提供者而不是用户，而网络服务提供者承担的基本上是间接侵权责任。而且，之所以将间接责任视为一种有效的执法机制，其原因主要有三个：首先，以起诉网络服务提供者的方式替代起诉无数未知的直接侵权行为人，是一种更为有效节约成本的诉讼机制（a more cost-effective mechanism for litigation），即起诉一个间接侵权人比向直接侵权人提起大量诉讼更为有效，至少从理论上说，起诉这样一个间接侵权人可使起诉无数未知的用户不再有必要性，可起到以一石击杀无数侵权之鸟的作用。其次，它可以从间接侵权人的深袋中获取有效的补偿。再次，它可以将潜在的间接侵权人用作防护侵权人的“守门人”。“守门人”或者通过完善技术以阻止侵权（如过滤版权内容），或

者用从用户那里收取的费用补偿侵权人和阻止侵权。^①这种特殊的网络环境造就了网络著作权保护的利益平衡机制。

无论是世界知识产权组织的互联网公约 [即《世界知识产权组织版权条约》(WCT)及《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)],还是各国关于网络著作权保护的国内立法,在将著作权保护引入互联网领域的同时,又对于网络著作权的保护进行了一定的限制。诸如,WCT序言在强调加强版权保护的同时指出:“有必要按《伯尔尼公约》所反映的保持作者的权利与广大公众的利益尤其是教育、研究和获得信息的利益之间的平衡”^②。其中,平衡的核心和枢纽是如何对待网络服务提供者及其背后的互联网产业的发展。这就出现了一种独特的现象,即有关立法均缘起于如何在网络环境下有效保护著作权,但却往往立足在如何划定网络服务提供者的责任界限,从而为互联网产业的发展营造一个相对宽松的空间。基本的利益平衡态度是,不能不在网络环境下加强著作权保护,但同样不能不适当地限制互联网产业的创新和发展。

于是,尽管世界知识产权组织互联网条约(WCT和WPPT)着重强调了著作权的保护,但美国以贯彻这些条约为名制定的数字千禧年版权法(DMCA)却通过“避风港”等制度的精心设计,为互联网产业的创新和发展拓出了一片空间。避风港之类的规定就是按照网络环境下版权保护的新需求,所进行的平衡相关利益的一项重要制度设计。如,美国版权法第512条确立的几个避风港,“目的在于平衡版权所有人在互联网上的广泛侵权中需要获取有效救济的需求与服务提供

^① Lital Helman, “Pull too hard and the rope may break: on the secondary liability of technology providers copyright infringement”, *Texas Intellectual Property Law Journal* (Summer 2010). “为什么权利人选择对于侵权行为不负直接责任的因特网中间商而不是实施侵权行为的最终用户提起诉讼? 权利人基于多种原因而主张间接侵权。他们之所以起诉中间商,是因为中间商对于这些行为起着信息的和进入的门户的作用,对他们提起诉讼比起诉个人用户在成本上更划算。他们起诉中间商未能防止或者付出足够的努力阻止利用其设施和服务实施侵权活动洪流。他们起诉是因为中间商从‘侵权活动’中赚钱和以侵犯他们的权利为代价谋利。正如欧盟版权指令解释的,‘在数字环境的许多情况下,中间商的服务可能越来越多地被第三人用来实施侵权活动,这些中间商处于终结这些侵权活动的最佳位置’。”见 Daniel Seng, “COMPARATIVE ANALYSIS OF THE NATIONAL APPROACHES TO THE LIABILITY OF INTERNET INTERMEDIARIES”, p.5.

^② 条约的制定者(外交会议)是先通过条约的实质性条款,再通过序言的。因此,更应将序言视为各代表团在外交会议的最后发表的具有总结性质的宣言,是对各代表团此前“讨论、谈判以及取得共识的内容进行‘反向工程’的结果”。序言是条约约文的组成部分,同时也是解释条约的基础。参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》(下册),郭寿康等译,中国大百科全书出版社2009年版,第599~600页。

者无需以付出高昂成本进行审查而进行主要为非侵权活动的需求”。^①这种立法理念和模式迅速产生了世界性影响，以至于在该领域中大多数国家的立法大同小异，甚至如出一辙，尽管在执行中仍然难以避免差异。

DMCA 立法史清楚地表明，美国网络著作权保护中互联网产业的发展受到了高度关注，被摆在了突出位置。诸如，美国参议院司法委员会报告指出：

“由于数字作品可以轻而易举地在全球瞬间复制和传播，如果没有防止大量盗版的合理保障，版权所有人在互联网上提供作品就会心存顾忌。为实施条约而进行的立法提供这种保护，为版权作品进行全球在线市场交易创设法律平台。它将促进快捷和便利地通过互联网提供作为美国创造性天才的产物的电影、音乐、软件和文学作品。通过确立强有力的国际版权标准，它也将鼓励现有版权作品以数字形式在非在线全球市场上的继续增长。”“与此同时，不澄清其责任，服务提供者将在为扩展因特网的速度和能力进行必要的投资上心存顾忌。在其通常的经营过程中，服务提供者必须从事可能使其承担责任的各种行为。例如，服务提供者仅在互联网上传播信息中，就必须进行无数的电子复制。”“1998年，国会确立了几项额外的版权豁免，这是确保因特网继续运转和增长所必需的。”

在1998年DMCA中，国会确立了几项“责任限制”（limitations of liability），根据现行法律原则应当认定网络服务提供者承担责任时，可以适用这些限制予以豁免。正如作为DMCA的关键推动者的一位参议员所言：“因特网作为信息高速公路和市场的潜力，取决于其速度和能力。不澄清其责任，服务提供者在为此进行的必要投资上就会望而却步。在其通常的运转过程中，服务提供者必须从事各种使其可能承担版权侵权责任的行为。例如，为在互联网上简单地传输信息，服务提供者必须进行无可计数的电子复制。进行某些电子复制是为了加速信息向用户的传送。”

网络环境下著作权保护涉及的利益平衡，反映了技术发展对于责任体系（格局）的影响。随着技术的进步，通过技术手段实施的侵权行为越来越普遍，如何确定技术提供者的责任变得越来越突出，成为利益平衡的重要领域。法律为从根本上遏制侵权行为，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

^① Paul Goldstein On Copyright, 2007 Supplement, 8: 32.

担间接责任，也就成为一项重要的制度选择。^①对于网络服务提供者的行为加以控制，是为了更加有效地保护著作权，但这种控制又是适可而止的，其目的是为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，又避免使其过重地承担责任，这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的利益的基本精神。

我国著作权法对于网络著作权的保护仅做出了宣示性的规定，缺乏更为具体明确的法律规则，只是授权国务院制定专门的保护办法。《信息网络传播权保护条例》在明确信息网络传播权保护规则的同时，较多地立足于信息网络传播权的限制，如以大量的条文规定合理使用、法定许可以及网络服务提供者免责情形。这些限制性规定恰恰体现或者承载了网络环境下著作权人、网络服务提供者及社会公众之间的利益平衡。凡著作权权利限制之处，均是网络服务提供者和社会公众的自由空间。特别是，《信息网络传播权保护条例》关于网络服务提供者责任限制的规定，体现了划清网络服务提供者的法律责任界限、促进互联网产业发展和创新的立法意图。对此我们应当通过准确的法律适用，实现这种立法意图。

二、利益平衡的双向性

在新的利益平衡格局中，促进科技创新和产业发展固然是一项重要的出发点和立足点，但我们之所以突出这一平衡的支点，首先是因为这是著作权保护新领域的新变化和新特点，而不是强调其高高在上和凌驾于其他支点之上，不是要求抓住此点不及其余，不是因为要促进技术创新和商业发展，就对网络服务提供者的行为听之任之，对于著作权保护放松要求。这种利益平衡从来都是双向的，而不是单向的。这种双向的利益平衡既要为科技创新和产业发展留下空间与提供有效保护，同时又要促进利用技术创新避免侵犯著作权及有效保护著作权，使创新和发展的成果同样由著作权人分享，而不是一味地对于网络服务提供者的行为包容纵容，一味地让著作权人让渡和限缩权利，甚至因因特网的发展和作品传播的便利而给著作权人带来灾难。因此，在网络著作权保护的利益平衡中，我们应当

^① Lital Helman, "Pull too hard and the rope may break: on the secondary liability of technology providers copyright infringement", Texas Intellectual Property Law Journal (Summer 2010).

以发展的和动态的眼光看待已有的法律规则，根据科技和经济发展的新需求，在法律适用中不断引入新的考量因素，实现新的平衡。

例如，按照网络著作权保护立法的通例，网络服务提供者对于所传播的作品是否侵权不负一般性的主动审查义务。但是，如果网络服务提供者积极主动地进行审查，或者主动采取过滤等保护著作权的措施，却有助于其免责。Grokster 案将是否采取过滤措施等纳入认定侵权行为的考量因素，就反映了这种新的平衡动向。美国最高法院在该案判决中认定 Grokster 公司侵权意图时，考虑了特别值得注意的被告行为的三个特征，在其第二个特征中指出：“米高梅（本案原告—引注）证明了两家均没有试图开发过滤工具或其他机制以减少使用其软件进行的侵权行为，这显著增强了对（两公司具有）非法目的的证明力。虽然第九巡回上诉法院将被告未能开发这种工具的事实视为是无关紧要的，理由是被上诉人并没有独立的义务去监督其用户的行为，但我们认为该证据凸显了 Grokster 和 StreamCast 公司协助其用户进行侵权的故意”。^① 这种不简单和机械地运用不负审查义务的规则的做法，显然有利于鼓励网络服务提供者积极采取预防措施阻止侵权行为。这种做法可以为我国司法实践借鉴。《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》第 8 条第 2、3 款的规定体现了这种精神，即“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，人民法院不应据此认定其具有过错”；“网络服务提供者能够证明已采取合理、有效的技术措施，仍难以发现网络用户侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当认定其不具有过错”。

再如，在适用“通知与移除”规则时，我国法院在坚持有效的通知需要符合法定条件的同时，也根据案件具体情况实事求是地对待不符合条件的移除通知，倘若此类通知虽然因不具体而不符合法律要求，但结合网络服务提供者的技术能力及案件的具体情况，仍然可以将此类通知作为认定构成“应知”侵权的考量依据。在司法实践中，一些法院以区分“通知”与“告知”的方式，另辟蹊径地根据告知等因素认定构成“应知”，不失为一种具体平衡利益的智慧性做法。如

^① 该判决在此处的注解（注释 12）中指出：“在缺乏其他证明意图证据的情况下，如果设备能够具有实质性的非侵权用途，法院将无法仅仅基于未能采取积极措施阻止侵权的事实认定帮助侵权责任。这一结论与索尼案安全港十分接近。”

在环球国际唱片股份有限公司诉北京阿里巴巴信息技术有限公司歌曲著作权纠纷案中，一审判决指出：“原告曾于2006年4月10日和7月4日分别向被告发函，告知其侵权事实的存在，提供了有关权利人录音制品信息的网址、含有涉案9首歌曲的音乐专辑及演唱者的名称，同时提供了《Beautiful Day》等7首涉案歌曲的具体URL地址各一个作为示例，要求被告删除与涉案专辑有关的所有侵权链接。被告收到上述函件后，即可以获取原告享有录音制作者权的相关信息及被控侵权的相关歌曲的信息，应知其网站音乐搜索服务产生的搜索链接结果含有侵犯原告录音制作者权的内容。但被告仅删除了原告提供了具体URL地址的7个侵权搜索链接，怠于行使删除与涉案歌曲有关的其他搜索链接的义务，放任涉案侵权结果的发生，其主观上具有过错，属于通过网络帮助他人实施侵权的行为，应当承担相应的侵权责任。”二审判决指出：“阿里巴巴公司是按照自己的意志，在搜集、整理、分类的基础上，对相关的音乐信息按不同标准制作了相应的分类信息。阿里巴巴公司作为搜索引擎服务商，经营包括音乐搜索服务在内的业务，向用户提供专业的音乐搜索服务并从中盈利，属于专业性音乐网站。综合上述因素，依照过错的判断标准，阿里巴巴公司应当知道也能够知道其搜索、链接的录音制品的合法性。尤其是在环球公司几次书面告知阿里巴巴公司，其雅虎中国网站上提供的各种形式音乐搜索服务得到的涉案歌曲录音制品均为侵权，并要求阿里巴巴公司予以删除后，阿里巴巴公司更应注意涉案9首歌曲录音制品的合法性并采取相应的措施，但阿里巴巴公司仅将环球公司提供了具体URL地址的7个搜索链接予以删除，而未删除与涉案歌曲录音制品有关的其他搜索链接，阿里巴巴公司怠于尽到注意义务，放任涉案侵权结果的发生的状态是显而易见的，应当认定阿里巴巴公司主观上具有过错”。^①根据网络服务提供者删除被诉侵权作品的实际能力等具体情况，将不完全合格的通知作为认定网络服务提供者应知侵权事实的重要考量因素，而不是简单地否定这种通知，显然有利于保护著作权和遏制侵权行为，是一种公平合理地平衡相关利益的具体实例。

还如，在技术中立原则的运用中，对于运用具有多种用途的技术的行为，不因此承担责任，但如果利用技术进行侵权或者鼓励侵权，则可能丧失其中立性，

^① 北京市高级人民法院（2007）高民终字第1190号民事判决书。

需要承担责任。换言之，技术本身的开发和运用并非违法，但利用技术从事违法则是另一回事。要从技术中立的一面看到与此关联的另一面，透过现象看本质，不能为技术的外表所惑。同样，如果商业模式的主要意图是侵权，或者主要建基于侵权活动之上，则不能以技术中立为由免除责任。正如美国最高法院对于 Grokster 案的判决所说：“发布某种工具的人如果有意地强调该工具的版权侵权用途，并有明确的鼓励他人侵权的意思表示或者采取了其他现实步骤鼓励他人侵权，则应对第三人的侵权行为承担法律责任”。技术中立这种以保护技术创新和商业发展为取向的原则，在具体运用中不能绝对化和简单化，而同样需要兼顾网络服务提供者与著作权人的利益。美国的索尼案确立了所谓“实质性非侵权用途”的技术中立规则，但这一规则在以后的判例中有时被简单化地运用，一些网络服务提供者也总是以此作为护身符，甚至在开发新技术中为试图免责而刻意设计技术上不能控制的系统（如下文提及的 Aimster 案涉及的被诉网络服务系统中的加密技术），但美国主导性的判例显然未被技术问题所左右，在认定是否构成侵权行为时仍然立足于被诉行为的法律特征的评价。尤其是，在 Grokster 案中，美国最高法院指出，下级法院将索尼案规则看成具有排他的效力是错误的，“索尼案规则是从所提供的产品的使用或者特征中来确定法律上的恶意。但是，如果已有的证据证明有这样的意图存在，那么索尼案从没有要求法院忽略这些证据，该案从不意味着放弃了从普通法中产生出来的过错责任原则”。该案引进了引诱侵权，美国最高法院在澄清何为引诱侵权时指出：“仅仅知道潜在的侵权行为或者仅仅知道实际的侵权使用还不足以承担责任，提供产品的一般行为，例如为消费者提供技术支持或者产品升级，也不足以承担侵权责任。引诱规则是将责任基于有目的、恶意的表示或者行为上，并且因此与提供合法的商业活动无关或者不是阻止有合法前景的创新”。该案被评价为使美国法院脱离被技术牵着鼻子走的被动局面，而又回到了对行为人行为的判断上，即根据主观状态和行为特征进行侵权判断。如果主观上有引诱侵权的故意，客观上其行为对于侵权行为有实质性贡献，那么就按照间接侵权认定其构成侵权。^①我国司法实践中也有在侵权判断中过于依赖技术的倾向，有时甚至忽视或者忽略了被诉侵权行为自身的法律特征，而一

^① 吴伟光：《数字技术环境下的版权法危机与对策》，知识产权出版社 2008 年版，第 133 页。

些网络服务提供者也动辄以技术中立、不能给技术创新造成毁灭性打击等为由进行抗辩，此时需要透过现象看本质，不为“技术”遮望眼，不能为危言耸听的话语所惑，真正回到法律标准上进行判断，避免技术中立规则被过于宽泛地利用。

网络环境下的著作权保护的历史，在很大程度上就是促进技术创新和商业发展与加强著作权保护之间相互博弈的历史，期间一些经典性判例见证、记载和展现了在著作权人与网络服务提供者之间进行的此种博弈。科技和经济发展总是迅速的，大体上说，每一种新技术和新商业模式的产生，通常都会带来一些新的版权争议，出现一些法律上的新的模糊点，案件随即会送到法院，法院会作出一些定纷止争的里程碑式裁判。总体上说，法院裁判不可能阻挡新技术和新商业模式的滚滚向前，这既有法院审时度势的原因，又有新技术和新商业模式发展所具有的不可阻挡性的品格，但良好的司法裁判既会为新技术和新商业模式拓展出法律空间，又会为著作权保护争得一席之地，因而既是著作权的守护神，又是科技经济发展的清道人。在法院的居中裁判中，充满了这种利益平衡双向性的纠结和争论，也不乏妥善处理这种利益平衡的杰作。

例如，索尼案涉及的是电磁介质的模拟录像技术，还不是数字技术，但已是数字技术的前奏，并由此拉开了内容与技术之间纷争的序幕。由于问题和原理的相同性，索尼案经常为网络环境下版权保护的判例所引用，成为这一领域中里程碑式的先例。

在 2001 年由美国联邦第九巡回上诉法院裁判的 Napster 案中，利用 P2P 传输技术实现 MP3 文件在用户之间进行交换的 Napster（该交换系统的名称），可以帮助用户进行下列行为：（1）允许其他用户复制自己电脑上的 MP3 文件；（2）搜索其他用户电脑上的 MP3 文件；（3）通过互联网传输不同用户电脑上的 MP3 文件的复件。此外，还为用户索引、搜索 MP3 的功能及其他功能（包括讨论音乐的“聊天室”、提供艺术家音乐信息的目录）提供技术支持，构成间接侵权（帮助侵权和替代侵权），法院发出禁令要求其停止服务，而在法院禁令的压力下，Napster 宣告破产。但该案版权人的胜利意味着所涉新技术和新信息传播模式的失败，引起了轩然大波，以至于版权制度再次成为众矢之的。^①

^① 吴伟光：《数字技术环境下的版权法危机与对策》，知识产权出版社 2008 年版，第 127 页。

Napster 案以后，为接受 Napster 文件交换系统的教训，其他的 P2P 网络服务提供者开始尝试设计新的系统以避免承担帮助侵权和替代责任，Aimster 就是这样的一家公司。该公司利用美国在线即时传讯系统的文件分享软件，帮助用户通过即时通讯服务进行文件交换。该公司运用加密技术，阻止其用户之外的任何人包括它自己的监控，其目的是使自己确实不知也不应知用户的行为。用户的文件以附件形式传输给即时通讯，该公司的服务器从未托管或者传输过这些音乐文件。在 2003 年 Aimster 案中，第七巡回上诉法院判决认为对交换文件加密是“故意装瞎”（“视而不见”），在版权法中等于知道，故仍构成间接侵权。这种掩耳盗铃的做法，终究未逃脱法院要保护著作权的法眼。

2005 年由美国最高法院裁判的 Grokster 案通过引进引诱侵权规则，在索尼案“实质性非侵权用途”规则之上，在技术与版权之间达成了新平衡。该案避开了“实质性非侵权用途”这一避风港，至少在对等传输系统（P2P）环境中再次将系统提供者或者设计者承担责任模式的大门打开。特别是，根据引诱侵权规则，不对侵权行为进行限制可能证明有非法目的，这实际上暗示了有开发遏制侵权行为发生的工具的义务，即在一定条件下，网络服务提供者也许有义务采取禁止措施。美国其他一些判例对此也表示认可，如在 Aimster 案中，波斯纳法官在讨论网络服务提供者责任时认为：“即使有互连网络文件分享系统的非侵权使用者存在时，但如果侵权使用是大量存在的，那么作为共同侵权人的服务提供者为了避免其责任，必须表明去消除或者至少减少大量侵权使用对他来说将是不合理的高成本的”。^①

索尼案之后的上述判例也表明，在互联网技术发展的同时，法院始终在与时俱进地保护版权，也即对于版权的保护并未放松，反而通过各种法理为保护版权提供依据。

我国司法实践中也不乏进行双向性利益平衡的杰作，当然也始终伴随着促进科技经济发展与保护权利之间的纠结和争议。这种双向性的利益平衡仍将始终是动态的，且技术创新和商业发展仍将不断地带来利益平衡的新课题，因而要求我们不能凝固僵化地固守已有的平衡标准，既要根据新情况新形势不断反思和修正已有标准，又要及时考虑新要素。利益平衡的基本态度是著作权人与网络服务提

^① In re Aimster, 334 F.3d 643 (7th Cir.2003) .

供者之间的利益的统筹兼顾、相互协调和相互平衡，主要体现为以下方面：（1）技术的发展需与著作权保护水平相协调，技术水平越高、商业越发达，对于著作权的保护水平也应当越高，网络服务提供者相应地也应在著作权保护中付出更多的成本或者代价，达到“水涨船高”的效果。（2）网络服务提供者在追求技术创新和商业发展的同时，要善尽保护他人著作权的注意，在技术允许而又不会过多增加网络服务提供者负担的情况下，要适当加重网络服务提供者保护著作权的注意义务，尤其是在侵权行为较为多发的领域，更应如此。要使网络服务提供者成为保护权利的积极参与者，而不是消极的袖手旁观者、对于侵权行为的视而不见者。（3）网络服务提供者在技术创新和商业发展中具有侵权的意图或者行为的，应当承担侵权责任；网络服务提供者纯粹中立的技术创新和商业发展，应当不受侵权责任的困扰。

在双向性的利益平衡中，保护权利与促进创新究竟孰轻孰重，也是一个颇有争议的问题。例如，在美国 Charter 案中，法官们对此进行了讨论和争论，多数意见法官与异议法官意见对立。多数意见法官将网络服务提供者的避风港理解为是一种社会契约的结果，是一方面促进电子商务的发展，免除网络服务提供者对于用户违法行为的需要的需要，另一方面是保护知识产权，减少在线盗版行为的需要，达到两者之间的平衡。异议法官则认为 DMCA 的主要目的是打击网络盗版行为，免除网络服务提供者为其承担责任的条件是帮助版权人实施版权法，网络服务提供者的义务和责任对于保护版权、消除侵权更为重要，甚至是保护版权权利的唯一可行途径。避风港的目的是鼓励和激励网络服务提供者与版权人相互合作，以此发现和处理网络环境下发生的侵权行为。^① 其实，两种观点可以结合起来。保护权利与鼓励发展并重，这与要求网络服务提供者善尽保护义务、促进相互合作是并行不悖的。避风港制度的诞生就是这种利益平衡的结果，网络服务提供者免除责任从来都是有条件的，而根据经济技术发展情况适当加重网络服务提供者的责任，也在一些判例中有所体现，所有这些都是调和这些目标的例证。利益平衡所追求的重要目标则是著作权保护与科技经济发展的互利共赢。

^① Inre Charter Communications, 393 F.3d 771 (8th Cir. 2005). 参见吴伟光：《数字技术环境下的版权法危机与对策》，知识产权出版社 2008 年版，第 123 页。

我国法院在促进这种互利共赢中已很有收获。2011年7月19日,北京百度网讯科技有限公司与国际三大唱片公司(索尼音乐、华纳唱片、环球音乐)在华合资企业签署为期两年的许可协议,国内用户将有望免费下载或在线播放逾50万首音乐。三家唱片公司授权百度上传其所有正版歌曲至“百度Ting”音乐平台,供用户下载和收听,百度将根据在线播放及下载次数,向音乐版权人支付相应报酬^①。双方约定共同致力于互联网音乐作品的运营模式创新,以及互联网音乐作品著作权保护模式创新,并就此展开合作;百度公司同意投入一笔款项,用作支持国际唱片业协会(IFPI)的反盗版基金。^②但是,这仅仅是开始,我们更希望将来在这方面大有作为并硕果累累。未来还必将充满著作权人与网络服务提供者之间的利益博弈,我们不奢望一劳永逸,但我们希望并相信这种博弈能够不断取得好的结果,在互利共赢上再入新境界。

三、立法与司法的利益平衡

就法律格局而言,网络著作权保护中的利益平衡涉及立法与司法两个层面。立法进行了一般性的利益平衡,设定了利益平衡的基本法律框架,但并未终结利益平衡,司法仍负利益平衡之责,既需要在裁判案件中进行具体的个别的利益平衡,又需要在法律的总体把握(如制定司法解释和司法政策)中进行一般性的利益平衡。

首先,司法的利益平衡总要保持与时俱进。立法进行的利益平衡具有静态性和凝固性,其利益平衡的格局已经固定在法律条文之中,而司法中的利益平衡则是动态的和发展的,在法律保持相对稳定性的前提下,司法必须不断地适应利益格局调整变化的需要,不断地调整利益平衡标准。例如,网络技术和产业发展迅速,对于新出现的技术和商业模式的法律调整,要么在现有规定中设法对号入座,要么需要另起炉灶。无论哪一种情形,都涉及新的利益平衡。法院在处理涉

^① 参见王康:“百度为正版音乐‘埋单’获认可”,载《中国知识产权报》2011年7月29日。该文指出:“与国际三大唱片公司签署授权协议,通过中国音乐著作权协会向词曲权利人支付费用。近段时间,百度在网络音乐正版化方面动作频频,一直以来为人所诟病的版权问题取得了突破性的进展,也有望为国内网络音乐发展长期面临的版权问题寻求一个有效地解决途径。”

^② 参见北京市高级人民法院(2010)高民终字第1699号民事调解书。

及 P2P、网页快照等新类型纠纷中，都在利益平衡上进行了很好的探索。

其次，司法的利益平衡需要实现立法的一般调整与案件中的个别调整相结合。立法中的利益平衡具有优位性，在法律明确规定的情况下，司法必须服从，但立法毕竟不可能事无巨细、完美无缺和随时而变，在立法中的利益平衡不能满足实践发展的需求时，需要司法发挥能动性和创造性，弥补法律的不足，使法律与时俱进。在具体案件的裁判中，主要是那些涉及法律界限不清的疑难复杂和新类型案件的裁判中，利益平衡是裁判的中心问题，决定着裁判的方向和结果。这种利益平衡既需要依据立法目的和法律精神，又需要结合网络环境的新发展和新变化。

四、利益平衡的局限性

衡量政策与规则好坏的重要标准是其成本与收益比较。尽管法律已通过具体规则达成利益平衡的意图，但这些规则究竟能够达到多大的满意程度，仍然是很难评估和断定的问题。而且，总体上说，著作权保护中的利益平衡就是一个很难量化的问题，很难用确切的利益与成本比较的方式确定。如果对于著作权保护较弱，我们很难确切地说出会对创作影响到何种程度；如果加强保护，我们同样很难说网络服务提供者能够得到明显的发展促进，以及公众的言论自由等公共利益受到多大影响。

当然，虽然我们以量化的方式确定利益平衡方式及其利弊，但我们在确定利益平衡规则时还是有依据的，如实践和经验规则的效用，以及各方利益的妥协都是平衡利益的重要途径。特别是，在规则的适用中经常调适，也是确保利益平衡适当的重要保障。

第三节 利益的实质性与法律表达的形式性

一、利益平衡中理念与规则的关系

网络著作权保护中的利益平衡涉及理念和规则两个层面。当然，理念、理论、价值取向、立法目的等大体上是同一层面的东西，为行文上的便利，本文对于这

些词语有时是交叉使用的，但主要以理念或者价值一词代表这一层次的概念。总体上说，理念是规则的指引和向导，规则是理念的体现和落实。

理念具有统领作用。曹禹先生曾说过：“一个剧作家应该是一个思想家才好。一个写作的人，对人，对人类，对社会，对世界，对种种大问题，要有一个看法。作为一个大作家，要有自己的看法，自己的思想，有自己的独立见解。不然，尽管掌握了很多的、很丰富的生活积累，但他没有一个独立见解，没有一个头脑来运用这些东西，从中悟出一个道理，悟出一个主题来，那还是写不出深刻的作品。”资料或者材料只有用一个思路作为统领，才具有创造性意义。材料本身不一定新鲜，但在此基础上得出一个新思想，或者用来说明、论证一个新思想，这些材料的运用也就会具有脱胎换骨的创造性意义。如果没有一个新鲜的思想作为主导，就只能是一种资料的堆积，就没有创造性。就网络著作权保护及其涉及的利益平衡规则而言，已经存在的规则需要按照特定的思想和理念来驾驭和把握，需要创设的规则（如填补法律漏洞和空白）也需要以特定的思想和理念作为指引，无论是运用规则还是创设规则，首先都必须澄清思想和理念。对于相同的规则，如果以不同的思想和理念作为指引，其运用结果就会判然有别。这些规则就像曹禹先生所说的素材和生活积累，而理念和思想是统领这些规则、决定这些规则的适用方向和效果的主导和灵魂。我们或许都明了已经确定的法律规则，但如果不能准确地把握规则背后的理念和思想，在规则的具体运用中，尤其是遇到模棱两可的情况时，就可能不能准确地理解和把握这些规则，不能确保这些规则的正确适用。因此，在网络著作权保护中，要注意从思想和理念的角度研究和把握相关制度和规则。

理念是靠规则落实的，规则是落实理念的工具和桥梁。如果不能选择恰当的规则来落实，再好的理念也只是空中楼阁和幻影。下文将要研究的“避风港”等规则，都是落实网络著作权保护利益平衡理念的具体规则。在这些规则的具体运用中，还会出现各种纷繁复杂的现象，这些现象都是在理念的指导下纳入规则来衡量，然后做出法律属性的判断。

如在 *Grokster* 案中，美国最高法院对于所涉行为侵权属性的认定，典型地体现了利益平衡中理念与规则关系的具体运用。该判决指出：“米高梅公司主张的观点是：考虑到通过 *Grokster* 和 *StreamCast* 公司网络获得的作品中 90% 都被证明

是享有版权的，就两公司目前的行为作出有利于两公司的简易判决过分重视了创新性技术的价值，而过分忽略了被两公司软件用户侵犯的版权。假设（下载）剩余10%的作品是（软件的）非侵权用途，米高梅公司认为这不能成为‘实质性的’，而且本院应当将索尼案规则加以量化，以认定一种‘主要’被用于侵权的产品并不能享受（索尼案规则）。Grokster 和 StreamCast 公司在答辩中引用了他们的软件被用于复制公共领域作品的证据，并指明了那些实际鼓励复制的版权人。他们认为即便使用他们的软件侵权在今天为主要用途，非侵权用途也是显著的，而且还会增长。”美国最高法院同意“米高梅公司的观点，即上诉法院错误地适用了索尼案规则，上诉法院解读的用于限制间接责任的索尼案规则远远超出了索尼案规则（本应）适用的范围”。^① 该案直接涉及相关利益的平衡点放在何处，即上诉法院更多地关注技术创新，对于被告公司的行为过于宽容；而最高法院把平衡点调整到适当加强保护版权人利益方面，认为“当清楚的（语言）表述或采取的其他促使侵权行为的积极措施证明一个人是为了达到促进版权侵权用途的目的而提供设备的，此人应当为由第三方使用该设备导致的侵权行为承担责任”。此处是以间接侵权责任的方式约束被告行为的，而适用间接责任所附加的这些条件，恰恰是为了平衡两种价值所设定的“度”，这些条件是一种调节器，决定着鼓励技术创新与保护版权之间的法律界限。可见，价值之间的平衡是靠法律因素的具体把握来实现的。

索尼案是限制间接侵权责任适用的，它禁止基于以下情况认定间接侵权，即设计或销售的产品能够用于实质性合法用途，但仅从销售者知道其事实上用于侵权就推定或者归咎其引起侵权行为的意图。在Grokster案中，美国第九巡回上诉法院将索尼案的解读限定于，只要产品能够用于实质性合法用途，就绝不能认定生产者对于第三方的侵权性使用承担间接责任。按照这种宽泛的解读，即使设计和销售以外的证据证明促成侵权性使用的实际意图，（也认为销售者不承担责任），除非销售者“在促成侵权时具体知道侵权行为（specific knowledge of infringement），且未根据该信息采取行动”。该法院就是据此认定两被告公司不承担侵权责任，即不能证明两公司在缺乏中心服务器的情况下，其软件能够使其知

^① METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. v. GROKSTER, LTD. 545 U.S. 913 (2005).

晓特定的非法使用。

但是，如果另有足以认定侵权的行为，则仍可根据行为人的意图和行为特征认定构成侵权。正如美国最高法院在 *Grokster* 案的判决中所说：“我们采纳这一原则（即引诱侵权规则），认定那些以促使用于侵犯版权为目的而销售设备的人，应当为由此导致的第三方侵权行为承担责任，只要其目的被清楚地表述或者鼓励侵权的其他积极措施所证明。我们当然没有忘记不能扰乱商业秩序或者抑制兼具合法和非法的可能用途的技术的发展。因此，正如尽管录像机制造者知晓其设备可用于侵权，索尼案也没有认定其故意引诱（侵权），仅仅知晓可能的或者实际的侵权用途在此并不足以使销售者承担责任。产品销售所附带的常规行为，如向消费者提供技术支持或产品更新，本身也不会导致责任。相反引诱（侵权）规则将责任建立在故意的、有过错的（语言）表达和行为之上，因此并没有损害合法的商业或者抑制具有合法前景的创新。”^①“本案与索尼案有显著的不同，依据索尼案作出有利于 *Grokster* 和 *StreamCast* 公司的判决是错误的。索尼案针对的诉讼请求是：（只要）在销售一种可具有合法和非法用途的产品时知晓一些用户非法使用产品，就应承担责任。该案通过认定产品能够具有的实质性合法用途可阻止对过错的推定和由此对他人非法行为的间接责任，在（版权）保护和创新的利益之间达到了一种平衡。”^②在此，法院基于“故意的、有过错的（语言）表达和行为”，认定不适用技术中立，而构成侵权，显然强化了对行为的法律评价，由此树立了利益平衡的新标准（引诱侵权标准），体现了司法对于相关利益关系所进行的审时度势和与时俱进的调整。

可见，理念和目的是靠制度和规则支撑的，只有设计恰当的制度和规则，才可以确保理念和目的落到实处。理念是灵魂，制度和规则是框架和躯壳。为特定理念和目的而设计的制度和规则，必须按照符合理念和目的的精神来理解、判断和把握，确保其恰如其分地付诸实施。脱离开理念和目的，尤其是在遇到疑难复杂和出现的情况时，对于制度和规则的实施就可能会茫然无措。

例如，对于深层链接涉及直接侵权还是间接侵权（又说是否构成信息网络传

① METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. v. GROKSTER, LTD. 545 U.S. 913 (2005).

② 同上。

播行为), 有所谓的服务器标准与用户感知标准之分。论者多从技术层次解读该问题, 如以是否在服务提供者的服务器上存储涉案作品, 作为认定其是否构成信息网络传播行为的依据; 或者认为只有将作品上传到向公众开放的服务器, 才能使作品处于“能够为公众获得的状态”, 而包括深层链接在内的链接只是扩大了作品传播范围, 并非新的传播行为。其实, 无论是服务器标准还是用户感知标准, 本质上还是利益衡量和政策考量的结果, 即加重还是减轻网络服务提供者的责任。如果试图强化著作权保护, 采取用户感知标准并无不可; 如果试图减轻服务提供者的责任或者使服务提供者的责任界限更加清晰, 便利和促进搜索链接技术及互联网产业的发展, 采取服务器标准更为合适。至于是否存储在被告(服务提供者)的服务器上, 或者是原始传播还是继发传播, 这并不是根本的判断标准, 是为根本的判断标准即利益衡量服务的, 无非是实现这些利益平衡的工具和手段, 其背后还是要考量如何更利于实现权利保护与促进经济发展之间的平衡。前者为本, 后者为末。

再如, 在以直接获利作为判断是否构成侵权行为的一项要件的情况下, 涉及到何谓直接获利的标准的宽与严的问题。实践中网络服务提供者获利的方式主要有两种: 一种是网络服务提供者向用户收费, 如按照时间、流量、内容等标准进行收费, 这是一种直接获利的方式; 另一种是网络服务提供者免费向用户提供网络服务, 但在网站页面或者在线播放的窗口上存在广告, 这是一种间接获利的方式。早期互联网服务直接向用户收费的情况较为常见, 现在通常是采取后一种方式。如果将网站为他人做广告当做直接获利的方式, 会产生两个问题: 一是在立法上承认直接获利和间接获利的区别, 但司法实践中基本上(甚至全部)是直接获利, 立法上的区分在实际中变成形同虚设; 二是现实中的相关网络服务提供者基本上(甚至全部)不能进入避风港。^① 究竟如何认定获利标准, 是从宽还是从严把握, 归根结底还是要考虑要达到什么样的法律效果和目的。如果从加强权利保护的角度考虑, 可以放宽获利标准, 让网络服务提供者更多地承担责任; 如果从促进网络产业发展的角度考虑, 可以从严把握获利标准, 如将间接获利的方

^① 冯刚(北京市第二中级人民法院知识产权审判庭):“网络服务提供者请求损害赔偿责任的构成要件和免责条件”,载北京市高级人民法院编:《网络著作权审判实务研讨会发言材料》(2009年11月17~18日),第11页。