

商业场所提供网络点播服务的法律定性

张圣雷, 周亦扬

宁波大学法学院, 浙江 宁波

收稿日期: 2023年1月13日; 录用日期: 2023年2月1日; 发布日期: 2023年3月3日

摘要

商业场所提供网络点播服务存在两种模式, 一是将视听作品上传至自建局域网服务器供公众点播, 二是连接互联网供公众点播视听作品。尽管二者的观影效果并无差异, 但二者所涉传播行为并不相同, 前者涉及信息网络传播和放映, 后者涉及信息网络传播的后续部分和放映。鉴于放映权受侵害的损失可被信息网络传播权受侵害的损失所吸收, 故擅自经营前一模式侵害信息网络传播权。信息网络传播的后续部分由上传者担责, 因此擅自经营后一模式侵害放映权。

关键词

视听作品, 点播, 信息网络传播权, 放映权

The Legal Qualitative of the Business Place Providing Network on Demand Service

Shenglei Zhang, Yiyang Zhou

Law School, Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Jan. 13th, 2023; accepted: Feb. 1st, 2023; published: Mar. 3rd, 2023

Abstract

There are two modes for commercial places to provide network on-demand services: one is to upload audio-visual works to self built LAN servers for public on-demand; the other is to connect the Internet for public on-demand audiovisual works. Although there is no difference in the viewing effect between the two modes, the communication behaviors involved are different. The former involves communication through information network and projection, while the latter involves the subsequent part of communication through information network and projection. In view of the fact that the loss caused by the infringement of the right of projection can be absorbed by the loss caused by the infringement of the right of communication through information net-

work, the unauthorized operation of the former mode infringes the right of communication through information network. The uploader is responsible for the subsequent part of communication through information network, so the unauthorized operation of the latter mode infringes on the right of projection.

Keywords

Audiovisual Work, On Demand, Right of Communication through Information Network, Right of Projection

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

随着传播技术的发展及应用,我国出现了一系列新兴的观影业态。例如,一些商业场所(如酒店、点播影院或 KTV)将视听作品存储于服务器,通过自建的局域网与包间内的终端(如内置机顶盒的网络电视机、电脑)相连,供客户点播(以下简称“局域网模式”)。另一种商业模式是通过机顶盒连接互联网,供公众点播互联网服务器中的视听作品(以下简称“互联网模式”)。

对受众而言,这两种商业模式产生的观影效果并无差异,都能使消费者根据个人需要点播网络(互联网或局域网)中的视听作品。然而,未经著作权人许可经营这两种商业模式,究竟侵害何种传播权,司法实践中出现了截然不同的判决。对于局域网模式提供网络点播服务,有些法院认为侵害信息网络传播权,也有法院认为侵害放映权。¹对于互联网模式提供网络点播服务,同样存在认定侵害信息网络传播权和侵害放映权的不同判决。²这说明对什么是侵害信息网络传播权的行为(简称“信息网络传播行为”),以及如何区分信息网络传播权与放映权等相关权利的问题缺乏统一认识。经营者寻求何种权利许可取决于商业模式涉及的专有权利,而法律适用的不统一将导致经营者对相关传播权的控制范围不甚明了,使其无法向适格的著作权人寻求恰当的专有权利许可,阻碍产业的良性发展。可见,实有必要对商业场所提供网络点播服务的法律定性进行研究。

2. 实施传播行为是侵害传播权的前提

实施传播行为是侵害传播权的前提,这与《著作权法》对著作财产权的定义有关,即“以受控行为界定专有权利”,每一项专有权利都规制着一种特定的使用作品的行为。只要未经许可实施受控行为,又缺乏权利限制等抗辩事由,就构成对著作权的直接侵权。

所谓的传播权并不是我国《著作权法》中明文规定的专有权利,而是学理上讨论的概念。传播权是一类著作财产权的统称,它规制不转移作品的有形载体而使公众感知作品的行为([1], p. 55)。除信息网络传播权和放映权外,我国《著作权法》中的传播权还包括表演权、展览权、和广播权。不同传播权各司其职,规制着不同的传播行为。需要注意的是,传播权只控制“公开”(面向“公众”)的传播行为。原因

¹判定侵犯信息网络传播权。参见北京知识产权法院(2022)京 73 民终 627 号民事判决书;判定侵犯放映权。参见山东省滨州市中级人民法院(2021)鲁 16 民终 2894 号民事判决书。

²判定侵犯信息网络传播权。参见北京知识产权法院(2021)京 73 民终 2890 号民事判决书;浙江省宁波市鄞州区人民法院(2019)浙 0212 民初 8809 号民事判决书。判定侵犯放映权。参见上海市浦东新区人民法院(2018)沪 0115 民初 23717 号民事判决书、上海知识产权法院(2019)沪 73 民终 11 号民事判决书。

在于, 所有对传播权的规定都包含“公开”或“公众”的表述。³ 这就意味着, 传播权的构成要件有二, 一是实施传播行为, 二是面向“公众”。

据此, 对商业场所提供网络点播服务的定性进行研究, 首先需要明确商业场所实施了何种传播行为, 进而判断传播行为是否面向“公众”, 之后考察是否存在合理使用或法定许可等抗辩事由。鉴于酒店、点播影院或 KTV 等场所实施传播行为是为不特定多数人服务从而实现营利, 普遍认为这些传播行为属于面向“公众”, 也不存在合理使用和法定许可等抗辩事由, 因此, 关键在于判断商业场所实施了何种传播行为。

3. 商业场所提供网络点播服务涉及的传播行为

确定商业场所实施传播行为的种类, 即提供网络点播服务涉及哪些传播行为, 是本文的核心问题。提供在线观影服务主要有“局域网模式”(即上传视听作品至自建局域网供消费者通过终端设备点播)和“互联网模式”(即连接互联网供消费者通过终端设备点播互联网服务器中的视听作品)。从技术分析的角度来说, 这两种模式共涉及三种行为: 第一, 将视听作品“上传”至网络服务器; 第二, 将服务器中的视听作品“下载”至终端设备; 第三, 由终端设备“播放”视听作品。第一种商业模式实施“上传”、“下载”和“播放”的全过程, 第二种商业模式只实施“下载”和“播放”。图 1 描绘了视听作品从“上传”到“下载”到“播放”的过程([2], p. 14)。然而, 技术层面(或者说社会现实层面)的行为并不等同于传播行为, 故需要对其一一检视。

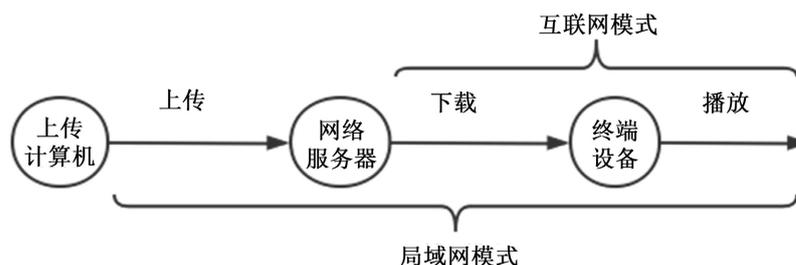


Figure 1. The process of “uploading”, “downloading” and “playing” audiovisual works
图 1. 视听作品“上传”、“下载”和“播放”的过程

3.1. “上传”构成信息网络传播行为

对于将作品“上传”至“互联网”服务器的行为, 只要服务器处于联网状态, 任何用户都能随时(选定的时间)通过联网计算机(选定的地点)获得作品, 该“上传”行为无疑构成“信息网络传播行为”。但是, 自建的“局域网”服务器的开放程度有限, 只有在商业场所营业时间内、局域网覆盖范围内, 公众才能获得作品。将作品上传至自建局域网服务器的行为是否构成“信息网络传播行为”呢?

根据《著作权法》对“信息网络传播权”的规定可以推出, 所谓的“信息网络传播行为”, 指的是“以有线或者无线方式向公众提供, 使公众可以在其选定的时间和地点获得作品”的行为。⁴ 由此可知, “构成‘信息网络传播行为’必须符合两个要件”, 一是向公众提供行为, 即“以有线或者无线方式向公众提供”作品, 二是行为的效果是“使公众可以在其选定的时间和地点获得作品”([3], pp. 62~63)。需要说明的是, 我国《著作权法》对“信息网络传播权”的定义直接来自《世界知识产权组织版权公约》(简称 WCT)第 8 条后半句对“向公众提供权”的表述([4], p. 95), 即“……将其作品向公众提供, 使公众中

³ 参见《著作权法》(2020 年)第 10 条第 1 款第 8、9、10、11、12 项。

⁴ 参见《著作权法》(2020 年)第 10 条第 1 款第 12 项。

的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品”。且 WCT 于 2007 年在我国正式生效, 因此 WCT 第 8 条的含义对理解我国著作权法中的“信息网络传播权”具有重要意义。全程参加缔结 WCT 的欧盟专家指出, “如果可以获得作品的终端不止一个, 则‘选择地点’的要求就可以被满足” ([5], p. 148)。

“根据个人需要选择获得作品的时间, 并不要求作品必须在任何时候都可以获得; 如果服务器只在一天中的某几个小时开放, 这种情况也符合按照个人需要的要求。” ([6], p. 146) 由此可知, 尽管局域网的范围不及互联网那么广泛, 但是仍满足上述第二个要件, 因此无论将作品上传至互联网服务器还是局域网服务器, 该行为都构成信息网络传播行为。

3.2. “下载”属于信息网络传播行为的后续部分

与第一种商业模式相比, 第二种商业模式未将作品“上传”至网络服务器, 而是提供终端设备, 供公众能够向网络服务器发出“下载”(即“传输”)指令, 服务器根据指令将服务器中的作品“传输”至商业场所中的终端。但是它同样从网络服务器获得了视听作品, 而且实现了“使公众可以在其选定的时间和地点获得作品”的效果。那么“下载”构成信息网络传播行为吗?

对此, 有法院认为“包厢内播放影片所使用的设备及设备内所带有的点播系统或软件系被告提供, 使消费者可在该点播系统中自行选择影片, 符合通过信息网络提供作品的特征……即使点播系统中的影片来自于互联网……被告的行为构成侵害信息网络传播权的行为”。⁵

笔者认为, 这种观点对“信息网络传播行为”的理解有误。“下载”行为并不符合信息网络传播行为的第一个构成要件, 即实施“以有线或者无线方式向公众提供”作品的行为。完成“信息网络传播行为”的不是商业场所的经营者, 而是将视听作品上传至网络服务器的主体。时任世界产权组织助理总干事、WCT 主要起草者米哈依·菲彻尔也指出: “只要公众通过按需传输能够获得作品, 就算完成了以‘提供’形式出现的‘向公众传播’的行为。如果作品的确按需的方式被传输了, 则并不意味着实施了两种行为——‘提供’和‘向公众传播’; 而是应当将实施的整个行为都视为‘向公众传播’。” ([6], pp. 741~742) 换言之, 在 WCT 第 8 条的语境下, 向公众提供行为(即“信息网络传播行为”)是向公众传播的一种形式, 只要将作品“上传”至对公众开放的服务器就构成“向公众提供行为”。如果作品被按需“传输”(也就是“下载”), 并不意味着“下载”是另一个实施行为, 而是与“上传”构成一个完整的传播行为。因此, “下载”行为不构成信息网络传播行为, 而是属于信息网络传播行为这一向公众传播行为的后续部分。

3.3. “播放”构成放映行为

商业场所提供在线观看服务的目的是为了消费者欣赏视听作品。然而, 仅仅将视听作品从网络服务器传输至终端设备并不能达成这一目的。原因在于, 网络传输的只是数字信号, 必须通过终端设备将数字化作品转换成公众可以感知的形式, 这一过程诉称“播放”。问题在于, “播放”究竟构成何种传播行为?

传播行为可以分为两类, 一类是向公众传播, 即面向不在传播发生地的公众的传播行为; 一类是公开传播, 即面向传播发生地的公众的传播行为。显然, “播放”属于后者。“播放”可能涉及的公开传播有三种, 机械表演、广播权第二项子权利控制的行为、放映。但是机械表演的对象是“对作品的表演”, 广播权第二项子权利所控行为的对象是“广播的作品”, 唯有放映行为的对象包括视听作品。因此, “播放”构成放映行为。

可能存在一种质疑, 即认为信息网络传播行为使公众可以“获得作品”这一表述包括使公众可以“感知作品”的含义。笔者认为, 这种质疑的错误之处在于混淆了公开传播和向公众传播, 也就是认为信息

⁵浙江省宁波市鄞州区人民法院(2019)浙 0212 民初 8809 号民事判决书。

网络传播行为包括了公开传播。误认为信息网络传播行为能使公众“感知作品”的原因,可能与《著作权法》对“广播权”的规定有关。《著作权法》第10条第11项规定“广播权,即以有线或者无线方式公开传播或者转播作品,以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利,但不包括本款第十二项规定的权利”。可以推知,广播权控制的行为既包括向公众传播,又包括公开传播。同时,但书条款将第12项规定的“信息网络传播权”排除出去。这一规定很容易引起误解,使人以为“信息网络传播权”控制的“信息网络传播行为”也包括了向公众传播和公开传播。但事实并非如此。如前所述,“网络传播行为”其实就是WCT第8条规定的“向公众提供行为”,属于向公众传播的一种,而与公开传播无涉。能实现使公众感知作品的是公开传播而非向公众传播。对此,全程参加了缔结WCT的欧盟专家早已在其专著《WIPO因特网条约评注》中指出。⁶可见,“播放”属于放映行为而非信息网络传播行为。

综上所述,商业场所提供在线观影服务分为“局域网模式”和“互联网模式”。前者涉及信息网络传播行为和放映行为,后者涉及信息网络传播行为的后续部分和放映行为。

4. 商业场所提供网络点播服务侵害的传播权

尽管商业场所提供网络点播服务的两种商业模式产生的观影效果并无差异(使消费者根据个人需要点播网络中的视听作品),但是涉及的传播行为并不相同,而且同一种模式涉及不同的传播行为。那么,两种商业模式究竟侵犯何种传播权呢?

4.1. 自建局域网提供网络点播服务侵犯信息网络传播权

局域网模式提供网络点播服务涉及的传播行为有两种:一是信息网络传播行为,二是放映行为。然而法院审理此类案件时,却并未对此作出区分,而是将两者视为整体看待,因此有些法院认定侵犯信息网络传播权,有些法院认定侵犯放映权。由此产生的疑问是,商业场所经营者未经许可实施这两种传播行为,是否意味着同时侵犯信息网络传播权和放映权?

笔者认为,此种经营活动确实同时构成信息网络传播行为和放映行为,而且明显不属于合理使用和法定许可。然而,在这种情况下,法院不宜认定此种经营活动同时侵犯两种传播权,而应适用信息网络传播权。理由如下:第一,在这种情况下,放映行为是信息网络传播的后续行为,停止信息网络传播行为就失去了视听作品的来源,放映行为也无法继续,因此,法院只需判定被告停止侵犯信息网络传播权的行为即可;第二,在计算赔偿金额时,由于“实际损失”、“违法所得”难以计算,“许可使用费”也差异较大,所以法院往往综合考虑涉案作品的商业价值、被告的商业模式、主观过错程度和具体侵权情节等因素酌情确定赔偿金额,因此法院仅判定侵犯信息网络传播权也不会减少赔偿金额。

因此,当权利人同时以侵犯信息网络传播权和放映权为由时,法院当然可以在认定被告侵犯了信息网络传播权的同时,认定其侵犯放映权。只是在这种情况下,未经许可放映给权利人造成的损害,可以认为已经被未经许可进行信息网络传播给权利人造成的损害所吸收。法院仅判定被告侵犯信息网络传播权并追究相应法律责任就足以保护原告的权益,而无须单独认定侵犯放映权。

4.2. 通过互联网提供网络点播服务侵犯放映权

在互联网模式下,虽然视听作品源于互联网中的服务器,但是将视听作品“上传”至互联网服务器的不是商业场所的经营者,而是“上传”者。由于“下载”属于信息网络传播行为的后续部分,因此,

⁶约格·莱茵伯特、西尔克·冯·莱温斯基在其书第145页指出:“如果公众中的成员通过扬声器传输他/她获得的音乐作品,使公众听到,或者他/她将图像或文本投放在大银幕上,使国会议员可以看到,这些行为就不再能够被包括在提供行为中,也不能被包括在广义的向公众传播中。这些行为可以构成广义上的‘公开表演’。”

“上传”者承担实施整个信息网络传播行为(“上传” + “下载”)的责任, 商业场所只需承担实施放映行为的责任。在此种情况下, 明显不存在合理使用和法定许可的抗辩事由, 那么商业场所是否构成对放映权的侵犯?

在“北京华视聚合文化传媒有限公司诉宁波市鄞州中河悠康饮品店案”中, 被告辩称: “公众……仅仅只能在被告经营的店铺内通过被告设备登录其他网站并观看网站内的视频, 被告经营的店铺实际上类似于网咖。”⁷ 该案中, 涉案行为正是通过互联网提供网络点播服务, 实施的是放映行为。被告的逻辑是, 此种商业模式与网吧如出一辙, 既然网吧提供电脑供客户上网欣赏视听作品是合法经营, 那么这种商业模式也不侵权。

笔者认为, 互联网模式所涉及的放映, 与网吧用户自行上网欣赏视听作品所涉及的放映是不同的。区别在于, 网吧的放映不符合“公开”或面向“公众”的要求。与“公众”相对的词语是“私人”, “公众”与“私人”之间并无清晰的界限, 《著作权法》也并未规定“公众”的含义。不过可以明确的是, 传播行为面向的受众范围越广、越分散, 对著作权人在相关“公众”(即愿意为欣赏作品而付费的人)中利用作品的能力的影响就越大, 该传播行为就越符合“面向”公众的要求([7], p. 623)。在网吧环境中, 虽然存在许多计算机终端处于同一物理空间的情况, 但是绝大多数用户都在各自的计算机前上网。即使用户能登陆视频网站在线观看影视剧, 也极少出现同一网吧内多次放映同一部视听作品, 该行为并不符合“公开”的要求。可能有人认为, 网吧客流量大, 不同的客户在不同时间通过不同的计算机终端点播同一视听作品, 日积月累, 会使不特定多数人感知视听作品, 因而构成“公众”。但是, 这种情况过于极端, 在司法实践中也出现此种情况被判定侵犯放映权。而酒店、点播影院等商业场所则不同, 它们主营业务就是为不特定多数人提供观影服务, 往往导致同一视听作品被多次放映, 符合面向“公众”, 对此并无争议。因此, 商业场所未经许可提供网络服务侵犯放映权。

5. 结论

从表面上看, 无论是将视听作品上传至自建局域网服务器供公众点播, 还是连接互联网供公众点播视听作品, 都是营业场所为公众提供观影服务的商业模式, 观影效果并没有什么区别。然而, 司法适用应当遵循法律的规定和逻辑。从现有的法律规定来看, 判定一种行为侵害传播权需要满足两个构成要件, 一是实施传播行为, 二是面向“公众”。对商业场所提供法律服务进行定性的关键在于判断传播行为的类型。就前一种商业模式而言, 涉及信息网络传播和放映, 鉴于放映权受侵害的损失可被信息网络传播权受侵害的损失所吸收, 故擅自经营前一模式侵害信息网络传播权。就后一种商业模式而言, 涉及信息网络传播的后续部分和放映, 由于信息网络传播的后续部分由上传者担责, 因此擅自经营后一模式侵害放映权。这也意味着经营前一种商业模式应寻求对信息网络传播权的许可, 而经营后一种商业模式应寻求对放映权的许可。

参考文献

- [1] 王迁. 著作权法中的传播权体系[J]. 法学研究, 2021(2): 55-75.
- [2] [澳]安德鲁·克雷斯特, [澳]伊洛易丝·戴爱斯, 李静. 网络时代澳大利亚版权法中的新型传播权[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2008(5): 11-20.
- [3] 王迁. 论“网络传播行为”的界定及其侵权认定[J]. 法学, 2006(5): 61-72.
- [4] 黄薇, 王雷鸣. 《中华人民共和国著作权法》导读与释义[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2021.
- [5] [德]约格·莱因伯特, [德]西尔克·冯·莱温斯基. WIPO 因特网条约评注[M]. 万勇, 相靖, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.

⁷浙江省宁波市鄞州区人民法院(2019)浙 0212 民初 8809 号民事判决书。

- [6] [匈]米哈依·菲彻尔. 版权法与因特网[M]. 郭寿康, 万勇, 相靖, 译. 北京: 中国百科全书出版社, 2009.
- [7] [澳]山姆·里基森, [美]简·金斯伯格. 国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展[M]. 郭寿康, 等, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2016.