



 IPKey

CHINA

关于中国著作权保护立法研究与
汇编的研究

Peter Ganea

同济大学法学院，德国 DAAD 讲师
中德国际经济法研究所德方研究所所长

www.ipkey.eu



Funded by the European Union
受欧盟资助



Directed by the European Commission, IP Key is implemented by the European Union Intellectual Property Office (EUIPO).

IP Key由欧盟委员会指导，欧盟知识产权局（EUIPO）实施。

本研究所述意见仅代表作者本人意见，不得视为代表欧盟委员会官方立场，也不得视为作者所属于组织的立场。

目录

执行摘要	3
1. 试论中国著作权侵权行为对欧洲权利人的影响大小	4
2. 中国著作权制度的最新改革、改革对欧洲创意产业的重要性以及与欧盟著作权法进一步对标的可能性	17
3. 结论：对欧盟贸易官员的建议	56
附件	63

执行摘要

本研究旨在研究会对欧洲著作权人产生影响的中国著作权侵权行为的形式，这些侵权行为能否在最近修改的著作制度下得到更好地控制，确定尚未解决的著作权保护缺漏，并尽可能根据欧洲示范法，特别是根据关于数字化单一市场著作权及相关权利及修订第 96/9/EC 号指令和第 2001/29/EC 号指令的第 2019/790/EU 号指令（以下简称“《数字化单一市场著作权指令》”），就如何进一步减少缺漏提出建议。

本研究包括一项调查及一项对成文法和判例法的“理论研究”审查。调查旨在探究世界范围内，中国著作权侵权行为对欧洲著作权人产生的影响，以及他们在中国著作权交易和执法方面的经验。为此，研究请求许多欧洲和国际权利人组织及一些个人权利人向其成员分发了一份调查问卷。遗憾的是，只有极少数人返回了调查问卷。这些回复远不具有代表性，但还是有助于证实理论研究得出的一些结果，并且提供了更多的见解。尽管回复数量很少，但本研究依然得到了实证支持。除其他外，本研究可以依据以前在欧盟主持下对欧洲知识产权密集型产业进行的调查，中国国家版权局（以下简称“国家版权局”）关于国内网络著作权保护的一份非常全面的报告（其中含有大量统计数据）及其他相关文件。这些经验知识及对本研究调查的回复构成了本研究第一部分——欧洲著作权人最易遭受的中国著作权侵权行为行式评估——的基础。除其他外，第一部分特别指出了影响全球著作权人（无论这些著作权人是否在中国文化市场中占据一席之地）的各种中国著作权侵权行为与中国国内主要关注的侵权行为的类型之间的差异。影响全球著作权人的中国著作权侵权行为主要通过针对特定使用者群体（如直播体育赛事观众或试图廉价获取学术出版物的学者）的、技术上高度专业化的恶意网络盗版平台实施，而中国国内主要关注的侵权行为主要通过《数字化单一市场著作权指令》所述“线上内容分享服务提供者”

对应平台上进行使用者上传实施。当然，欧洲权利人，特别是授权或直接（这种情况较少）在中国境内销售其著作内容的权利人，也会受使用者上传影响。例如，国际唱片业协会在对本研究调查的回复中，将使用者上传描述为最为猖獗的非法使用类型。然而，中国的共享服务主要针对的是中国国内使用者，而其他使用者则更倾向于使用在世界范围内占据主导地位的美国服务提供者的平台，因此在全球范围内比较，中国的共享服务似乎并不构成主要的侵权来源。至少，根据现有材料可以得出这一印象。

本研究第二部分为法律部分。此部分分析了在应对从上述报告、调查等中摘录出的、对欧洲权利人极具威胁的非法使用行为方面，中国现行法律和法律实践作出的应对。此部分指出了成文法和最近判例法中的一些积极进展，例如扩大了受保护作品的定义。就此，将通过两个假设案例研究说明这些新近修订可能对欧洲权利人产生的有利影响。此外，在民事诉讼法领域，特别是在证据要求和临时措施方面，有一些很有前途的新次级立法。但第二部分也指出了几个存在问题的领域，主要是线上内容分享服务提供者的责任和电子商务销售可用于侵权用途的设备。就此，将通过另两个假设案例研究说明这些缺陷可能怎样对欧洲权利人产生影响。中国的著作权制度还存在许多不足之处，并为此受到诟病。这些不足之处主要表现在执法领域，如损害赔偿不具威慑力，证据要求繁琐，程序实践阻碍权利人要求采取初步措施和证据保全。但中国最近对《著作权法》和次级立法进行的修订已经解决了这些问题。本研究第二部分详细解释了这些改革及其可能在司法实践中产生的效果，但由于修订后法律尚未在法庭审理中进行检测，因此笔者无法就如何进一步完善提出建议。

研究的第三部分，即最后一部分，将向欧盟官员提出具体建议，说明在就进一步改善中国著作权制度，使其向着有利于欧洲创意产业方向发展的磋商中，如何与中国代表进行协商。这些建议包括：在中国现行“通知并删除”制度中采用《数字化单一市场著作权指令》第 17 条规定的欧洲提供者新责任中的重要内容；如何促使最高人民法院等机构引入关于电子商务服务提供商在网站上托管销售可用于侵权用途的商品的责任的新规定；一种让权利人能够立即删除侵权内容的新工具。但是，由于目前还没有相应的欧洲示范立法或最佳做法，因此很难说服中国当局接受后两项改革建议。因此，第三部分还将提及支持中国国内政策、声明和法院判决。这些政策、声明和法院判决可能会促使中国合作伙伴考虑通过这两项改革建议。

1. 试论中国著作权侵权行为对欧洲权利人的影响大小

1.1 外界对中国在全球盗版活动中发挥的作用及其对欧洲权利人的影响的看法

1.1.1 全球范围内中国侵权行为比较

直到21世纪10年代中期，中国的著作权和邻接权侵权行为一直是中国和美国，以及中国和欧盟（较少）之间最具争议性的涉及贸易知识产权（IP）话题。然而，随着作品的合法或侵权使用转移至互联网，其他与知识产权有关的冲突掩盖了中美和中欧间分别有所缓解的紧张局势。在此之前，中国一直是全球主要实体盗版来源。只有在非法光盘厂等能够不受当局干扰地经营的安全处所，实体盗版才能蓬勃发展。现在，大部分人通过互联网购买作品和其他受保护内容。实体盗版这种侵权行为已经大大减少¹，中国不再是世界上主要的盗版来源。

但这并不意味着在一般情况下，中国已经成为知识产权人的天堂。欧盟委员会发布的《2020年假冒和盗版观察清单》²仍然称中国是全球交易的假冒产品的主要来源。这些假冒产品通过各种电子商务平台或实体市场销往世界各地，但仅少数此类电子商务平台或市场由中国人经营或位于中国。欧洲和美国贸易代表视为更大威胁的是针对专有技术和专利进行的高度复杂的侵权行为，以及对外国公司施加的与之有关的行政压力。施加这种压力是为了诱迫外国公司向当局或直接向竞争对手透露其最先进技术成果（所谓的“强制技术转让”）。2020年1月达成的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（第一阶段，以下简称“第一阶段协议”）及2020年12月达成的《中欧全面投资协定》（CAI）（在较小程度上）主要围绕这些问题，而著作权问题退居次位。第一阶段协议第1.29条涉及两个相当小的著作权相关诉讼方面，即：证明原告原创作者身份的便利措施，以及被告证明其已获得使用争议作品的合法授权的义务。第一阶段协议第1.13条（“打击网络侵权行为”）并不仅限于网络著作权侵权行为，还包括假冒商品电子商务贸易。就著作权而言，无需从根本上改变中国现行提供者责任制度，而只需要进行一些修改，具体见下文进一步概述。³在美国贸易代表每年提交的《特别301报告》的“优先观察清单”中，著作权问题也逐渐从其反复提及次数最多的关于中国的条目中消失了。⁴在2021年报告中，只有一段内容涉及著作权侵权行为，其重点提及了在中国各地所谓的“迷你视频点播（VOD）”影院非法视频点播播放视听内容，以及提供学术期刊文章查阅或为非法获取此类内容提供便利的平台。美国一家科学出版社在对本研究调查的回复中确认存在后一侵权行为，⁵将中国列为各种侵权行为的热点地区，特别是出售能够获取科学出版社内容的数据库。

¹国际唱片业协会在对这项研究调查的答复中称，通过分发装有侵权内容的 CD 或拇指驱动器的实体盗版是值得关注的问题，但最猖獗和对其会员造成损害的是使用者上传到分享网站的内容。

² https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159183.pdf.

³ 参见第 2.7.1.2.2 点。

⁴

[https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Special%20301%20Report%20\(final\).pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Special%20301%20Report%20(final).pdf).

⁵ 有关更多信息，参见下列条款。

显然，美国贸易代表的指控是基于国际知识产权联盟（IIPA）此前发表的一份报告。⁶该报告提到了一些其他类型的网络著作权侵权行为，即“……盗版应用程序和设备、盗版网站、盗录、云存储服务（如百度网盘）和社交媒体平台（如百度贴吧、微信、微博）上的侵权盗版、使用者上传内容（UUC）平台（如哔哩哔哩、秒拍）上的盗版内容，包括短视频流媒体网站（如抖音、西瓜、快手）……”，以及以非法制作书籍和音频/视听录制品实体拷贝并在世界各地分销的形式继续实施的“传统”盗版。然而，遗憾的是，美国贸易代表和国际知识产权联盟均未提供关于这些持续存在的中国著作权侵权行为形式对美国著作权人造成的影响的严重性的信息。同样，也没有提供更多的重要信息，例如，“云存储服务上的侵权盗版”的实际实施方法。

在此前的一次欧盟磋商——这次磋商构成了上文所述观察清单的依据——中，共收到了 72 份回复。根据这 72 份回复，可以初步了解全球著作权侵权行为对欧盟权利人造成的影响，以及中国在其中起到的作用。⁷约四分之三回复来自受假冒产品分销影响的产业，另四分之一来自著作权密集型产业（广播机构、出版商、音乐行业、电影和视听内容制作商及其代表组织）。⁸两家网络服务提供商也提交了回复，主要是为了反驳关于他们没有积极制止其客户或使用者实施的侵权行为的指控。这两家网络服务提供商一家是美国公司 Cloudflare——一家通过自己的服务器提供安全数据传输服务的提供商，其被指控为隐瞒侵权网站提供支持；另一家是中国公司阿里巴巴——电子商务平台全球速卖通和淘宝的母公司。全球速卖通和淘宝均因在收到删除假冒产品供货链接的要求时未作出及时适当的响应而受到批评。Cloudflare 和阿里巴巴均对指控进行了反驳。他们均称其一直努力通过内容技术措施、与当局合作等方式打击在其平台上发生的侵权使用。

就全球网络侵权地域起源而言，视听反盗版联盟（AAPA）、国际唱片业协会（IFPI，但其不是欧洲组织）、欧洲书商联合会、欧洲互动软件联合会（ISFE）或英国收费协会——音乐表演权协会（PRS for Music）等组织均将中国列为众多起源地之一。大多数被发现的侵权网站均设在俄罗斯、中东和北非地区、撒哈拉以南非洲地区。甚至有几个欧盟成员国也被称为是侵权活动的热点地区。例如，瑞典是若干侵权网络服务托管国；德国则被报道称其较大火车站附近的消费性电子产品商店出售能够实现侵权行为的实体设备，如广播信号解密设备。此外，这些回答还暗示全球众多直接侵权网络服务与美国知名科技公司（脸书、推特、优兔、谷歌、苹果）之间存在共生关系。除其他外，这些公司会提供关于如何访问侵权内容的教程，并默许传播侵权网站使用者上传指导。

⁶ <https://iipa.org/files/uploads/2021/01/2021SPEC301CHINA.pdf>；与其名称相反，国际知识产权联盟是美国创意产业的伞状组织。

⁷ https://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=262；答复（大部分为匿名答复）列于以下网站：https://circabc.europa.eu/ui/group/e9d50ad8-e41f-4379-839a-fdfe08f0aa96/library/3962473c-d9fb-4223-a470-ec8c05e4a785?p=1&n=10&sort=modified_DESC。

⁸ 视听反盗版联盟（AAPA）、国际唱片业协会（IFPI）等组织。

欧洲出版业报告了几名中国网络盗版侵权人。这些侵权人在未获授权的情况下提供电子书。欧洲书商联合会和英国出版商协会发现了几个非法电子书在线交易平台，如“b-ok.org”（据称此平台已改名为“Z-Library”）⁹、“道客巴巴”、“豆丁网”，但他们发现还有很多这样的平台设在中国以外国家和地区。¹⁰英格兰足球超级联赛指出，在提供足球比赛直播非法访问的全球流媒体平台长名单中，有两个值得关注的中国流媒体盗版网站。除盗版侵权人安装侵权频道的流媒体平台外，还会通过专用服务器提供商（这些服务提供商也会为侵权流媒体平台提供托管服务）进行侵权体育流媒体播放。作为在最短时间内打击非常实时流媒体的一项特别措施，英超联赛建议欧盟制定新的立法，不仅责成托管平台或服务器迅速响应侵权通知，而且向权利人提供“删除工具”，使其能够在发现侵权行为后立即自行快速阻止侵权流媒体。这是一条极具吸引力的提议，但由于欧盟似乎还没有制定相应的规定或最佳做法，即使体育赛事实时流媒体不仅对欧洲体育赛事行业，而且对中国国内权利人都是一个大问题，要引起中国当局对这种“干预权”的兴趣应该相当困难。在中国，至少自2008年北京奥运会以来，人们一直在激烈争论非法实时播放问题。因此，本研究的第三部分，也是最后一部分，将试图找出一种方法，说服中国立法机关引入成文法，至少促进提供商和权利人间的技术合作。

另一家体育转播和赛事组织公司 BEin 也认为其业务主要受到流媒体平台的威胁，但其指出的平台都设在中国以外的国家和地区，主要在中东和北非地区及撒哈拉以南国家。但 BEin 也暗示了一个与中国有关的问题，即解码加密广播信号所需的物理设备大多由中国开发和制造，然后在全球范围内销售。甚至有人在美国一家法院就提供此类物理设备的辅助侵权行为提起了诉讼。该法院认为，根据《数字千年版权法》（DMCA）等，中国机顶盒制造商提供接入加密广播的途径，侵犯了瑞典一家加密技术提供商的权利。¹¹欧洲和中国的法院可能也会认定这一做法侵权。欧洲和中国均禁止销售能够规避技术保护措施的设备。这一点将在本研究的法律部分进行更详细的讨论。此外，BEin 还指出，全球电子商务市场也是需要重点关注的问题。这些电子商务市场中，最首要的是中国的阿里巴巴。阿里巴巴允许在其平台上销售无授权的交互式网络电视（IPTV）流媒体等实体设备。其他权利人在对本研究调查的回复中，也表达了类似的关注。因此，本研究第二部分（法律部分）和最终建议章节将进一步讨论允许提供可用于侵权用途的设备的电子商务平台可能需要承担的责任。

1.1.2 审查制度对非法使用外国作品的潜在缓解作用

⁹访问他们的网站会让人怀疑这个平台是否只在中国运营，似乎背后有一个国际团队。

¹⁰来自出版界的第三个答复者——国际复制权利组织联盟（IFRRO）（也是一个集体管理组织协会），指出了许多国家（其中包括美国）的侵权平台，但没有一个在中国。

¹¹ *Nagravision SA 诉 Gotech Int'l Tech. Ltd.* 案，882 F.3d 494 (5th Cir.)

上述解释表明，至少从欧洲创意产业的角度来看，源于中国的全球网络侵权行为在某些领域非常突出，但迄今为止，还没有像一二十年前中国实体盗版那样占据主导地位。网络侵权人遍布世界各地，甚至存在于欧盟境内。中国盗版商在全球盗版活动中表现突出，其在技术上高度专业化，并专注于特定消费群体，如侵权体育频道的订阅用户、非法获取科学出版物的学者等。此外，很大一部分损害欧洲著作权人利益的商业活动侧重于制造实体设备及提供技术基础设施，以实现侵权行为或为侵权行为提供便利。在讨论全球侵权行为时偶尔会提及中国的内容共享平台（或用欧盟的术语来说，线上内容分享服务提供者）。但这些平台似乎并未起到主要作用。下节解释将说明，这些平台是中国国内网络著作权侵权行为的主要来源。

全球能够为人所知的中国侵权行为的主要类型与中国国内侵权行为的主要类型之间存在的差异，至少可以部分追溯到这样一个事实：就全球作品网络消费情况而言，中国与全球其他地区“分割”开来。中国屏蔽了优兔等大型美国内容共享平台，由优酷等平台取而代之。这些平台主要满足中国国内网络消费者的需求。此外，即使理论上，这些中国平台上分享的内容可以在全球范围内使用，但也不会有太多的非中国用户访问这些内容，因为他们基本上已经被在全球占据主导地位的美国“大科技”社交媒体环境“锁定”。

此外，有很多迹象表明，上文所述“分割”的情况因中国相当严厉的审查制度而加剧，这反过来也解释了中国侵权人在世界范围内相对不引人注意的原因。启用防火长城，雇用大量审查员，以及部署复杂程度与日俱增的技术手段，以追踪违规内容，确保了只有经过审查的作品才能在中国境内传输或以其他方式传播开来。世界贸易组织争端解决程序 WTO WT/DS362/R（2007-2009）首次暗示审查制度可能会加强著作权执法力度。在此争端程序中，美国要求中国删除中国上版《著作权法》中的一项条款。这项条款否认了“被禁”作品（包括外国电影、书籍等需经审查批准方可在中国出版或传播的作品）的著作权。中国反驳称，除其他外，剥夺著作权不会对外国权利人造成任何影响，因为无论如何，审查制度都会禁止传播未经批准或尚未批准的作品。然而，美国提到了一些案例。在这些案例中，尽管权利人尚未获批在中国发行其作品，但美国电影实际上已经被复制，并传播开来。在世贸组织争议中，中国最终在这一方面败下阵来，不得不同意从《著作权法》中删除了“被禁作品”条款规定，并在2010年修订《著作权法》的过程中实际删除了此条款。但可以假设，经过十多年的内容监督技术快速发展后，随着内容消费向互联网转移，网络平台提供未经审查的内容或让其使用者提供未经审查的内容而不被发现和控告的机会要小得多。

因此，举例来说，提供商如果向中国网络观众播放未经许可的欧洲直播，其不仅要承担著作权或和邻接权侵权责任，还可能因违反审查法而被追究责任。提供商们可以采取技术措施，确保在中国境内无法访问外国内容，希望这种预防措施能在事发之后安抚当局，从而试图逃避相关风险。一家从事体育赛事转播组织工作的公司在对本研究调查的回复中，实际确认中国的侵权流媒体平台确

实采取了这些技术措施，但其同时也暗示这可能是为了避免当地著作权执法部门的审查，而不是因为担心违反审查法而被追究责任。

无论如何，这种预防措施都会提高侵权成本。因此，至少可以想象，在中国，除了更严格的著作权执法外，与世界其他地区——这些地区要么没有审查制度，要么审查技术不够先进——相比，审查制度也使更多的潜在侵权人远离外国内容。当然，这种审查制度不适用于非法使用已获批准的内容。这种非法使用只是著作权执法问题，可以由地方著作权管理部门根据权利人的投诉¹²处理，或由民事诉讼或刑事法院¹³（在大规模侵权的情况下）审理。国内统计数据（相关讨论见下节）显示，消灭中国境内的网络著作权侵权行为确实还任重道远。然而，与中国欧盟商会（EUCCC）的磋商给作者留下了这样一种印象：几乎不存在有利于这种国内内容的欧洲在中国的著作权密集参与。中国欧盟商会知识产权工作组出具的 2019/2020 年和 2020/2021 年意见书证实了这种印象，因为对专利、商业秘密、商标和一般民事和刑事诉讼法方面的关注占据了主导地位，而著作权法和实践似乎不是一个主要问题。

缺乏欧洲电影制片人、广播公司等的一个主要原因，应该是对外国投资文化行业的苛刻限制。2019 年《中华人民共和国外商投资法》¹⁴第 4 条授权国务院制定外商投资准入负面清单，禁止或限制对某些行业进行投资。随后，国务院 2019 年和 2020 年颁布的两份外商投资准入负面清单¹⁵减少了多个行业的投资限制，这主要是为了安抚美国和欧盟，但没有修改针对文化、娱乐和信息著作权密集传播领域的、严格的外国投资禁令。根据 2020 年外商投资准入负面清单，明确禁止外国投资下述领域：电子出版物¹⁶；新闻机构，书籍、报纸、期刊、视听产品和电子出版物的编辑和出版，任何形式的广播（包括视频点播），广播和电视节目制作、电影制作、发行和进口；院线，文物拍卖、销售或展览，艺术表演团体¹⁷。这项禁令似乎并没有扩大到对音乐行业的投资。国际唱片业协会对本研究调查的回复表明，其成员不仅向中国发放许可证，而且还以合资企业和外商独资企业的形式在中国投资。不过，大部分国外视听内容、文字作品等应通过许可制度进入中国。一家科学出版社对本研究调查的回复也证实了这一点。该出版社在中国经营着一家外商独资子公司，但该公司只能授予许可，也就是说，不允许该公司独自从事任何出版活动。

1.2 中国内部看法：国内盗版的普遍形式

¹² 有关行政执法的更多信息，参见下文第 2.8.1.4 目。

¹³ 有关刑事著作权执法，参见第 2.8.1.3 目。

¹⁴ 可在中华人民共和国商务部网站获取该法及其实施条例以及《外商投资法》的英文译本：<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyjl/k/201912/20191202925792.shtml>。

¹⁵ 可在以下网站获得 2020 年的最新清单：http://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2020-06/24/content_5521520.htm。

¹⁶ 外商投资准入负面清单中的第 7 类。

¹⁷ 所有都在第 12 类“文化、体育和娱乐”下。

下文解释将概述中国的一般网络著作权保护情况，而不考虑侵权行为对象是外国内容、欧洲内容或国内内容。遗憾的是，目前没有关于侵犯外国作品著作权行为的单独数据。

根据国家版权局编写的《2020 年数字著作权执法报告》¹⁸的英文摘要，“剑网行动”是一项长期打击网络侵权盗版的年度行政活动。¹⁹国际唱片业协会在对本研究调查的回复中也对剑网行动表示了赞赏。这一行动删除了 3239400 个盗版内容链接，关闭了 2884 个侵权网站和应用程序。除上述行政活动外，向法院提起的著作权诉讼的增加速度也令人印象深刻。根据最高人民法院《2020 年度知识产权保护工作报告》，²⁰2020 年新收各类著作权案件 313497 件，较 2019 年增长 6.97%（2019 年“仅”受理专利案件 28528 件，商标案件 78157 件），其中著作权合同纠纷 4380 件，著作权归属和侵权纠纷 309104 件（可以认为几乎此类案件实际上均属于侵权案件），非侵权声明诉讼 13 件。

由于国家版权局 2020 年网络著作权保护工作报告全文没有或尚未公开，²¹只能获取上述摘要，因此，下文关于国内侵权情况的解释必须以 2019 年报告为依据。²²中国经济在很大程度上依赖于运行良好的著作权体系。国内著作权密集型产业的产值占国内生产总值的 7.37%，较 2018 年增长 9%。这一增长的原因在于网络使用者著作权意识增强。大多数网络使用者现在愿意为网络作品消费付费，特别是为网络音乐付费。据报道，2013 年至 2018 年期间，仅音乐网络消费收入就增加了 458%。然而，正如下文将进一步解释的那样，其他类别的作品，特别是图片、视听作品和文字作品，更容易遭受各种侵权。

可以假设，在 2020 年新冠疫情期间，著作权密集型行业与运行良好的著作权制度的重要性不成比例地增长。2020 年，特别是 2020 年上半年，长期封闭导致全球——当然包括中国——网络内容消费增长高于平均水平。遗憾的是，如前文所述，国家版权局尚未公布 2020 年网络著作权保护报告全文，而该报告可以证明这一假设。

此外，国家版权局在报告中对通过中国之外国家和地区——在这些国家和地区，运营商（很可能是中国运营商）更容易隐藏其身份——服务器托管的平台在全球范围内进行的猖獗的网络盗版表示关切。为了解决国外盗版中国内容的问题，国家版权局呼吁加强跨境执法，但没有进一步阐述这种跨界合作可能采取的具体形式。相互承认和执行民事判决可能是一条可行的途径，但中国分别与欧盟成员国签订的相应协议几乎不可能针对著作权问题。²³

¹⁸ <http://english.ipraction.gov.cn/article/ns/202106/346653.html>.

¹⁹有关中国特色行政执法的更多信息，参见第 2.8.1.4 目。

²⁰已于 2021 年 4 月公布，尚未在任何官方网站上发布，但可通过非官方网站获取，比如 http://www.h2l.cn/news/202104/newsif_16838.html.

²¹上述摘要似乎基于国家版权局编写的演示稿，网址：http://m.cyol.com/gb/articles/2021-06/01/content_G9WbNSzxw.html.

²² <http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/upload/files/2020/9/16184424444.pdf>.

²³有关更多信息，参见下文。

就网络著作权诉讼而言，据国家版权局报告统计，2019 年受理网络著作权案件 6906 件，较 2018 年（约 4900 件）²⁴增长显著，但与上文所述最高人民法院司法知识产权保护报告所称新收近 30 万件著作权案件（包括网络和其他著作权案件）相比，这一数量仍然低得惊人。目前尚无法解释这一差异。一个原因可能是，国家版权局报告将“网络著作权案件”限制为“侵犯网络传播权”（即“提供权”）构成争议核心的案件，而不是争议内容是否构成著作权意义上作品的问题，即使这些争议内容也是通过网络传播的方式受到侵犯。无论如何，考虑到至少在 2020 年上半年，大多数中国人因为新冠疫情不得不呆在家里，他们可能比平时消费更多的网络内容，因而为营利性网络侵权提供了更多获利的机会，2020 年网络著作权诉讼增幅应该更大。

此外，统计数据显示，超过 90% 的网络著作权诉讼由原告胜诉，尽管有些诉讼只是部分胜诉，因为在大多数情况下，法院不会支持原告的所有主张。判决赔偿金低是人所共知的。国家版权局报告没有进一步说明原因，但最有可能的原因应该是，在知识产权案件中，计算赔偿金额时，法院通常坚持采用“法定损害赔偿”法。后文将阐释这种方法，以及最近为体现更切实际的损害赔偿计算而在立法方面作出的努力。²⁵在各种损害赔偿中，视听作品侵权赔偿金最高（平均为 50000 元），非法再发布新闻的赔偿金最低（平均为 13000 元）。据报道，非法使用图片的赔偿金也是出了名的低，约为每张图片 800-2500 元，特别是在非法使用国外图片的情况下，赔偿金甚至不足以支付外国原告的诉讼费，因为国外权利人要证明其所有权等必须经过复杂和花费高昂的公证和法律程序。²⁶但另一方面，目前已经大幅简化了这些程序，具体见下文进一步解释。²⁷

绝大多数网络著作权案件实际上是非法提供图片（占 44%，中国最大微型博客平台“微博”记录在案的侵权案件中，90% 以上与图片有关），其次是文字作品（占 33%）和视听作品（占 19%）。图片著作权由中国摄影著作权协会（ICSC）集体管理。该协会于 2019 年加入国际作者和作曲者协会联合会（CISAC）。但除此之外，人们对该协会的活动所知甚少。²⁸

²⁴其中约有 1700 起案件是在新类别的最低基层法院即在北京、杭州和广州设立的互联网法院进行诉讼的，这一点将在下文第 2.8.1.1 目中进一步概述。

²⁵有关更多信息，参见下文第 2.8.1.2.1 点。

²⁶因此，如果只有一张或几张图片遭到侵权，即使采用比法院倾向于采用的“法定赔偿”更现实的，参照该权利使用费来计算，也不会产生很高的赔偿金额；例如，天津市中级人民法院在其 2019 年 7 月 10 日的判决书中（（2019）津 01 民终 1865 号判决书）（https://mp.weixin.qq.com/s/fG9uVVgWDtg9_ON1o_hw4g），按照不同分辨率图片的各种用途而向盖帝图像公司支付的费用类比，计算应向原告（即盖帝图像公司某些图片的独家许可持有人，因此有权利以自身名义对侵权使用提起诉讼）支付的损害赔偿，但采用参照该权利使用费来计算的赔偿总额也只有几百元人民币。

²⁷有关更多信息，参见第 2.8.1.2.2 点。

²⁸有关更多信息，参见第 2.5 款。

文字作品是第二大国内侵权行为对象。然而，国内非法使用的主要形式并不是欧盟利益相关者所抱怨的电子书非法网络传播，也不是美国贸易代表、国际知识产权联盟和回复本研究调查的学术出版商所抱怨的非法获取学术文章，而是网络传播新闻和网络期刊文章。侵权人复制此类文字作品时，经常进行所谓的“洗稿”，即对所复制的文字略加修改，使其不会被剽窃检测软件等追踪。这种做法表明，网络盗版侵权人肯定面临着较大的诉讼压力，否则他们不会采用如此周密的措施。受这种侵权行为影响最大的应该是新闻出版商（不过，几乎没有欧洲或其他外国新闻出版商，因为中国不允许他们在中国开展业务，而且他们的外国网站应该被中国屏蔽了）。国家版权局希望通过区块链技术等来遏制洗稿这种做法。未来，区块链技术应能将“洗稿”后的文本与原始文本联系起来。

2019年只有3%的纠纷涉及音乐作品侵权。如上文所述，这意味着尽管非法音乐使用没有完全得到控制，但情况相对较好。此外，国家版权局报告没有说明这3%是否包括涉及卡拉OK的纠纷——这种纠纷有可能被归入涉视听作品纠纷。音乐盗版相对不引人注意的一个原因可能是中国音乐著作权协会（MCSC）和中国音像著作权集体管理协会（CAVCA）在代表其成员的利益时非常强硬。中国音乐著作权协会是负责管理音乐作者权利的中国集体管理机构（以下简称“集体管理机构”），而中国音像著作权集体管理协会负责管理音乐机械卡拉OK表演。下文将进一步讨论这两个问题。²⁹电子游戏著作权也经常受到侵犯，但通常会在刑事法庭上对这种侵权行为进行公诉。在2019年网络著作权刑事案件中，电子游戏著作权的故意商业规模侵权行为占比最大，达68%。另外，在2019年的所有著作权刑事案件中，36%的案件属于网络著作权侵权。国家版权局报告没有说明刑事案件的具体数量，但鉴于上述事实（即每年30多万起民事著作权纠纷中只有一小部分涉及网络侵权），即使在《刑法》本身甚至没有将非法网络传输定为犯罪行为的情况下，刑事公诉似乎在打击网络著作权侵权行为方面也起到了非常重要的作用。³⁰

对于各类网络侵权，国家版权局报告指出，绝大多数网络侵权（2019年为47%）通过各类接收设备都能访问的共享网站实施，受此类侵权影响的主要作品类型是影像和文学作品。据报道，通过即时通讯和多用途应用程序微信实施的的网络侵权占到27%，通过其他应用程序实施的的网络侵权占到12%。对于通过微信实施的有记录网络侵权，超过一半的涉及文学作品，其次是影像。据报道，院线电影的著作权也经常受到侵犯，侵权方式主要包括盗录加网络传播（因为疫情原因，至少在2020年上半年，此类侵权方式应比较少见）、原始来源处泄露视听内容（可能是通过规避技术保护措施实现）、传播国外首次上映的电影并在微博和其他平台上发布电影的部分内容。国家版权局还抱怨到，87%的侵权视听内容通过国外服务器提供。专门从事视听内容的侵权网站有58%由外国服务器运营，其中一半以上来自美国。对本项研究调查的回复在一定程度上证实了

²⁹ 参见第2.5款。

³⁰ 有关更多信息，参见第2.8.1.3目。

国家版权局的说法。根据调查，为了防止被发现侵权，越来越多的中国侵权者将其平台转移到国外服务器上，这实际上说明中国正加大对未经授权的在线使用进行起诉的力度。另一方面，如果假设，涉嫌未经授权从国外获取的视听内容已经获批在中国境内发行，那么屏蔽侵犯著作权的内容似乎不如屏蔽未经批准、审查的内容有效。

在中国，另一种常见的侵权是未经授权的网上直播，但国家版权局报告中没有具体提到体育赛事的实时直播是否涉及侵权，这是过去几年颇具争议的一大问题，下文将在受保护作品部分进一步解释。相反，它指出第三方提供的应用程序和物理设备才是主要问题，这些应用程序和物理设备能够解码并随后访问加密内容。国家版权局还报告称，它已经捣毁数个贩卖网络电视（IPTV）设备的窝点，多个地方著作权管理部门对支持侵权流媒体的应用程序提供商处以罚款。国家版权局还引用法院判决，确认促成侵权（例如提供流媒体内容的链接）的提供商将承担间接侵权责任，甚至可对提供此类内容深度链接的提供商进行刑事定罪。³¹

据国家版权局称，40%的网络侵权刑事案件，即根据最近修订的《刑法典》第217条和第218条可提起公诉的严重侵权，³²均为有组织的犯罪，个人如因网络侵权刑事案件而被定罪，平均监禁时间为2.23年，平均罚款金额为500,000元，远高于民事案件原告可预期的平均赔偿金额。然而，正如下文所述，由于引入惩罚性赔偿最高达五倍的规定和趋向于采用对权利人更友好的损害计算，上述这种情况可能会改变。

在中国，不仅可以在民事和刑事法院提起侵权公诉，而且还可以在专门的行政机关提起侵权公诉，这是中国特有的。³³地方版权局负责此类行政执法工作，受中央版权局监督。通常，地方版权局会根据权利人的投诉采取行动，但根据国家版权局的上述报告，绝大部分网络著作权侵权行为是依职权检查的，越来越多地借助复杂的内容识别技术。一旦发现侵权，地方版权局就会自行移除侵权链接或通知权利人。大部分执法工作也“外包”给几大内容共享平台，即最有可能适用《数字化单一市场著作权指令》第17条的平台。在国家版权局的指导下，*阿里巴巴*或*微信*等部分平台与权利人建立合作机制，还启用智能内容识别技术，以便移除侵权内容。*阿里巴巴*对上述欧盟咨询的回复证实了这一点，在其回复中，*阿里巴巴*指出其内部监控技术甚至获得了多项技术奖项。在欧洲，公众十分抵制此类技术，声称此类技术的应用将过度限制言论和信息自由，但在中国却不存在此类抵制。此外，内容共享平台和权利人似乎已经开始技术合作，这可能有助于引入上述“移除工具”。平台与权利人合作是一家专门组织体育赛事的公司针对欧盟立法提出的建议。*阿里巴巴*已经授权权利人进入其网站，监督打击假冒和盗版措施的进展、移除程序等，但权利人无权自行移除侵

³¹不巧的是，没有标明档案编号，因此无法追踪这些判决。

³²有关刑事执法的更多信息，参见下文第2.8.1.3目。

³³有关更多信息，参见下文第2.8.1.4目。

权内容。对于为进一步促进互联网服务提供商和权利人之间的技术合作而可能采取的立法措施，就在本研究报告第 3 部分详细讨论。

总而言之，国家版权局报告显示，2019 年网络侵权严重程度因作品类别而异。虽然音乐著作权侵犯似乎在很大程度上已得到控制，但影像、电影和文学作品（主要是报刊文章）等其他作品类别的著作权人大多仍然面临著作权被侵犯的情况。报告还揭示，中国境内的未经授权使用和在世界范围内中国对外国和欧洲内容的侵权，无论是在侵权主题，还是主要侵权类型方面都是不同的。在侵权主题方面，就文学作品而言，在中国多为报刊文章，国外多为学术出版物和电子书；在主要侵权类型方面，在中国多为内容共享，国外多为技术成熟、高度专业化的侵权，后者一经发现，可以直接追究侵权人的责任。

为了进一步改善这种情况，国家版权局建议加强平台运营商对其使用者行为应负的责任，但不是像欧盟那样，要求某些在线内容共享服务提供商根据《数字化单一市场著作权指令》（第 17 条）的规定，与权利人签订许可协议。相反，国家版权局建议根据一直施行的安全港制度履行更高的注意义务，因为技术先进、有能力监测其平台上使用者活动的大型运营商不应像小型运营商那样容易逃脱责任。³⁴换言之，对于有能力应用涉及最高行业标准的内容识别技术的大型在线内容共享服务提供商，中国当局并不反对加大他们应承担的责任。这与《数字化单一市场著作权指令》第 17 条第（4）款的要旨相近，该款规定，在线内容共享服务提供商必须“根据专业尽职调查的高行业标准，尽最大努力，确保权利人已提供必要和相关信息的特定作品和主题不被盗用”，才能免于承担责任等。国家版权局认为大型服务提供商应采取特别完善的技术措施，这一观点也几乎与欧盟委员会关于《数字化单一市场著作权指令》第 17 条的指导意见³⁵一致，根据该指导意见，“与其他受众和资源有限的服务提供商相比，拥有大量受众的大型服务提供商应部署更先进的解决方案/技术。”因此，中国当局和司法部门很有可能积极响应欧盟的建议，即次级法（最高人民法院解释和国务院将颁布的行政规定）应规定有经济和技术能力的共享平台履行特别严格的监督义务，³⁶本研究报告第 3 部分将进一步介绍对欧洲贸易官员的建议。

有趣的是，早在 2019 年，国家版权局报告的起草者大胆预计，在《著作权法》经过第三次修订后，服务提供商的责任将直接按照《著作权法》执行。正如我们今天所知，修订后的《著作权法》并未对这种责任作出规定，这种责任依然根据一般侵权责任法以及与著作权相关的次级行政和司法规定执行。³⁷

最后，如前所述，国家版权局还在其建议中强调，应在执法领域加强国际合作。由于欧盟和中国当局的执法体系截然不同，欧盟和中国当局可能无法成功进行较大规模的联和打击跨境侵权行为。在欧盟，法律执行几乎只能由法院实施，

³⁴国家版权局还援引了相应的法院判决书，但不巧的是没有指出其出处。

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2021:288:FIN>.

³⁶ 有关该点的更多信息，参见下文第 3.1 款。

³⁷ 参见下文第 2.7.1 项。

而在中国，还存在行政执行方式。因此，像欧盟-中国“剑网行动”这样的联合行动几乎不可想象。然而，根据近期在相互承认和执行外国判决方面的事态发展，我们有理由相信能在更具体的领域取得进展。据报道，中国承认的外国判决以及外国法院，特别是欧盟成员国法院承认的中国判决的数量都在增加，此类相互承认主要是基于对等原则，而不是基于相应的协议。³⁸为了将此类相互承认建立在一个更稳定的基础上，确保例如瑞典法院执行中国对在瑞典运营的中国盗版网站执行的判决，与中国就相互承认法院裁决和仲裁裁决达成协议，或许是一个可行的选择。评估欧盟委员会是否能协助或甚至参与此类协议的制定，以及欧盟委员会能在多大程度上协助或甚至参与此类协议的制定，超出了笔者的专业知识范围，但这很可能是单个成员国的国家立法问题。此外，这类协议很难就著作权等具体主题事项一一作出规定，但必须涵盖民法的所有领域。因此，本报告只简单提及在相互承认和执行判决方面进行更好合作的选择及该选择对国际著作权保护的潜在积极影响，不再进一步探讨。

1.3 本研究调查的其他见解

如上文解释的那样，与本研究同时进行的调查只收到少数回复，缺乏代表性，无法全面了解对欧洲创意产业产生具体影响的著作权侵权问题。除了代表世界唱片业的国际唱片业协会（IFPI）外，体育赛事界和科学出版界给出的回复基本证实了以上分析的结果。尽管所有回复都无法准确地说明中国在全世界的侵权情况，但均称中国的著作权侵权问题“严重”。

因此，在中国，未经授权进行体育赛事转播的最有害形式是实时直播，但也包括提供重播的情况。一家专门组织体育赛事的公司认为中国是各种侵权行为的主要中心，这些侵权行为包括通过实时直播或提供重播的方式进行的直接侵权和促成或协助侵权的预备行为。后者包括制造实体“非法流媒体设备”、管理让第三方进行侵权行为的技术基础设施、向经销商提供视听内容以及移除权利人附加防止侵权的合法数字水印。也就是说，所述行为很大一部分难以归入《著作权法》第 10 条规定的未经权利人许可不得实施的专有权目录，只能有限地归入《著作权法》禁止的其他行为。这还引起了有关电子商务市场的问题，因为在这些市场上可以进行侵权实体设备的交易。本研究稍后将提出建议，即把提供此类设备的电子商务平台归入应对使用者/客户所犯行为负有责任的在线运营商类别，但是，我们非常明白，由于欧洲没有相应的最佳做法或模范法案，这些建议的说服力可能会降低。

³⁸ 《民事诉讼法》第 281 和 282 条规定，中国法院可以根据相应的协议或互惠原则承认和执行外国判决；最迟从 2017 年开始，就在准备澄清最高人民法院的司法解释，参见：Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in China: Challenges and Developments 宋建立，《在中国承认与执行外国法院判决：挑战与发展》，Zeitschrift für chinesisches Recht (ZchinR)，2017 年，第 279 页，在线版本可从以下网站获取：<http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/203/1048.html>。

相比之下，科学出版界所称的大多数重大侵权很容易归入《著作权法》的专有权利目录。这些侵权包括未经授权“简单”在网上提供科学研究文章；提供访问侵权盗版内容离线存储库的路径；以及提供未经授权访问当地在线市场上出版商内容平台的路径并收取费用。此外，中国网站专门复制同样非常可疑、尽管非中国影子库 *Sci-Hub* 和 *Library Genesis* 的内容，并在国内提供。这些侵权属于《著作权法》的网络传播权范畴，也属于禁止规避技术保护措施的范围，是由相关服务提供商本身而非内容共享平台使用者实施的高度专业化、有针对性的侵权形式。

国际唱片业协会代表唱片业给出了回复，但它澄清说，使用者在中国共享平台上传内容也对著作权和邻接权利人产生了重大影响。该协会称音乐分享，特别是通过平台上的短视频和应用程序分享音乐的情况十分“猖獗”。也就是说，中国关于内容共享服务提供商问责的制度对欧洲权利人也应该具有重要意义，尽管这种意义并不适用于所有与著作权相关的领域。除此之外，侵权媒介还包括流媒体网站、对等网络/文件共享网站、直接下载网站、链接网站、汇聚侵权内容的应用程序和网盘。

此外，实体盗版，特别是通过网上市场销售的预先载入数字文件的光盘和 U 盘进行的盗版，仍然是一个令人关切的问题，尽管近期对允许在其平台上销售侵犯知识产权产品的电子商务服务提供商实施了“通知并移除”责任制度，稍后将在本研究的法律部分对此进行讨论。³⁹

对调查的回复也证实了国家版权局的说法，即中国侵权运营商花费大量精力隐瞒身份，这再次表明在国内执法的压力相当大。如前所述，一家体育赛事公司回复称，中国侵权人将其提供的非中国内容仅通过非中国渠道或在境外销售，原因可能是为了避免中国著作权执法机构的审查，而不是为了避免根据审查法被起诉，这也证明了中国著作权执法机构的效力。

1.4 临时结论

上文试图描述和量化中国著作权保护对欧洲权利人的重要性，可归纳如下：

- 中国全球网络著作权侵权行为在某些领域较为严重，但总体在国际上并不突出；
- 主要影响国外权利人的中国网络著作权侵权行为技术复杂且高度专业化，例如，使学术数据库的内容可供某些使用者群体访问，并包括从犯行为，如制造和分销能够访问受技术保护内容的实体设备，此类实体设备在大多数情况下应构成用于规避技术保护措施的设备，其制造和分销根据中国法律应予以

³⁹ 参见第 2.7.1.3 目。

禁止；

- 在中国，主要侵权方式是使用者在国内共享平台上传相关内容，此类侵权主要影响在中国以内容为销售商品的欧洲权利人，他们主要通过授权给国内合作伙伴的形式进行内容商品销售；
- 文化和教育界的审查制度加上外国投资限制，阻止了欧洲著作权人直接中国的活动，这也可能是为什么没有在中国获得分销许可等的外国内容只遭到适度侵权的一个原因；
- 从国家版权局关于如何改善中国著作权保护的一些建议来看，人们有理由期望中国当局或将对欧盟代表的意见持开放态度。

2. 中国著作权制度的最新改革、改革对欧洲创意产业的重要性以及欧盟著作权法进一步对标的可能性

2. 保护欧洲著作权的中国法律和机制环境

2.1 中国《著作权法》的基本特征

自 1991 年颁布以来，《著作权法》的结构基本保持不变。除了少数例外情况，它以欧洲大陆的“重点在于作者”为基准，因为它区分了作者的著作权与表演者和从事作品传播的企业的邻接权，承认作者的人格权，赋予他们一系列全面、非穷尽的财产权，同时著作权的限制受法律界定且必须经三步检测。最后，该法承认集体管理是著作权保护的重要支柱。

2020 年，《著作权法》进行了第三次重大修改，扩大了可作为作品保护的主体范围，改善了对广播组织和录音制品制作者邻接权的保护，并大大加强了执法力度等等。该法还提出了一些专门针对网络侵权的规定，例如关于技术保护措施的规定，但大多并非真正的新规定，而是从现有的次级法中转移过来的。修订的著作权法之外，关于民事和刑事执法的新二级法规也带来了大的改进。为了简洁起见，以下将仅对中国著作权制度中对欧洲创意产业至关重要的几个方面予以解释。

2.2. 重点在于作者和个体作者的地位

由于上述欧洲著作权密集型产业在中国市场上的代表性不足，相对于雇主和其他商业作品使用者，对个体作者法律地位的详细解释基本无法给本研究的目标群体带来值得了解的内容，因此下述解释将相当简短。

如前所述，中国《著作权法》坚持《作者权》传统，以作品的作者为中心，尽管也有特殊，使它接近美国《版权法》传统，尤其是职务作品方面。对于职务作品，《著作权法》第18条第（1）款乍一看似乎对雇员相当友好，因为它规定作者享有作品的著作权，雇主只有在其业务范围内优先使用作品的权利，并规定，在两年内，作者不得将其作品提供给任何其他方用作相同用途。然而，第18条第（2）款严格限制了这种对作者的友好性，规定除了作者的署名权之外，对于在雇主监督下和通过使用其物质设施创作的作品，所有著作权都属于雇主。第18条还提到了几类商业作品，如图纸、地图、软件，以及自《著作权法》第三次修订以来，在报纸、杂志、新闻报道服务和广播组织就职期间创作的作品，并明确规定雇主享有这些作品的著作权。在相当古老的国务院软件条例中，职业软件作品的著作权是单独规定的，第13条规定，只要满足以下三个前提条件之一，软件作品应被视为在雇用情况下创作，著作权应属于雇主，即：（1）软件是明确分配的工作任务的结果；（2）软件是正常职业职责的可预见或自然结果；或（3）软件主要是在使用雇主提供的资金、设备、非公开可用的文件或其他材料或技术设施的情况下开发的。有些欧洲公司从事高度商业性质作品（如软件），或其与著作权无关的主要经济活动产生受著作权保护的副产品（如图纸），仍活跃于中国市场，并雇用当地创作者，尽管在本研究过程中没有发现任何此类公司。这些公司应该相当乐意接受上述有利于雇主的规定。

《著作权法》第11条第（3）款在前三次修订中基本保持不变，根据该款，法人或无法人资格的组织甚至可以成为经其监督产生的作品的“作者”，这意味着公司可以代替实际作者主张人格权。然而，现有的判例法表明，在实践中很少适用这一规定。

对作者非常友好的一点是承认《著作权法》第10条第（1）款第1-4项中的人格权。人格权包括署名权、发表权、保护作品完整权，以及独特的修改权，这与作者撤回其作品的权利相当，但两者之间不能完全划等号。这些权利一般是不可剥夺的，但法人或雇主拥有这些权利的上述情况除外，而且针对创造性贡献者众多的电影作品，对这些权利也有界限。

对于《数字化单一市场著作权指令》第3章关于提高个体作者和表演者相对于作品使用者地位的规定，本研究报告作者认为，这些规定不应成为未来与中国代表磋商的中心议题。正如本研究报告第一部分所解释的那样，在中国，欧洲著作权相关业务的环境已经足够困难了，这种业务只能由企业部门进行，而不是由个体作者和表演者进行。如果中国在出版或电影业等对外资开放，指令第20条所述合同调整机制或者受到作者或表演者根据第22条因利用不足而撤销许可的权利等规定会阻碍中国文化市场的占领，主要原因是这些新机制和工具尚未在法院试用，会造成新的法律不确定性。

2.3 受保护作品

经过第三次修订,《著作权法》将受保护作品的定义从《实施条例》⁴⁰第 2 条转移到《著作权法》第 3 条,并显著扩大其含义,纳入迄今为止未受保护的主体。对欧洲著作权人来说,修改受著作权保护的作品概念可能比与执法有关的各种改进更为重要,后者将在稍后讨论。

根据《著作权法》第 3 条,任何“智力成果”今后都可以作为作品受到保护,这一术语比以前的“创作”更为宽泛,因为现在更清楚的是,任何需要智力劳动的结果都可以受到保护,而不必满足一定的艺术性水平。此外,新定义规定的先决条件为“以某种方式表达”,取代了《实施条例》第 2 条中关于作品必须“以有形形式可复制”的先决条件。

根据这一更广泛的定义,更多的创作会被归入“受保护作品”,被指控的侵权人会发现更难否认内容(例如从未打算以任何形式固定的内容或不超过某些艺术水平的内容)的作品性质。最后,《著作权法》第 3 条第 9 项中的追加条款放宽了规定,即除前第 1-8 款所界定的作品类别(如文学作品、视听作品等)外,“其他作品”也应受保护,因为这类“其他作品”不必再由法律或行政法规加以界定。相反,如果这类作品属于“符合作品特征的其他智力成果”,这条规定就更佳足以适用。

关于具体内容,甚至在《著作权法》改革之前,司法机构就已经预料到作品的定义会如此扩大。直到几年前,法院还要求至少提供有替代性保护文书的标的物,如对应用艺术作品有争议时,则应提供外观设计保护,或对视听记录的标的物有争议时,则应提供音像制作者的邻接权,表现出特别高的创造性,将此类作品与受这些替代性保护文书保护的标的物区分开。然而,最近的几项法院判决引发了体育赛事转播这一特定领域的显著范式转变,这也可能让欧洲体育转播商和体育赛事公司受益。

如上文解释的那样,在应对欧盟委员会就 2020 年假冒和盗版观察名单展开的咨询,一些受访者指出,中国侵权流媒体平台向全世界转播体育直播节目。这种未经授权的转播会极大地影响欧洲权利人在中国市场的地位,例如,会影响他们向中国体育频道 CCTV 5 和 CCTV 5+收取的许可费。

2008 年北京奥运会期间,全国各地的互联网流媒体提供商实时转播奥运会赛事,体育赛事保护遭遇明显缺口。与电视连续剧或电影不同,体育节目或娱乐节目等现实生活中的事件在直播时最令人兴奋和充满悬念,而几乎没有人想看重播。因此,未经授权的直播会给体育广播公司和其他权利人造成巨大损失。然而,长期以来,他们都未能胜诉。首先,法院断然否认体育节目具有原创作品的性

⁴⁰《实施条例》尚未根据修订后的《著作权法》进行调整,因此其 2013 年的最新修订版目前仍然有效,其第 2 条暂时与《著作权法》第 3 条中新的、更广泛的定义共存。

质，⁴¹因为体育节目没有详尽的商业权利清单，所以无法像原创作品一样受到保护，不受任何形式的商业性利用。其次，体育节目也仍然不受广播组织邻接权的保护，原因是法院紧紧从技术上对其转播权进行解释，称其为互联网以外的传统节目，因此不包括互联网上的实时转播。在《著作权法》于 2020 年进行第三次修订之前，广播组织没有互联网转播权，但即便有，根据第 10 条第（1）款第 12 项的定义，它也只包括接收者可以自行选择观看地点和时间的转播方式，这不适用于赛事实况的实时转播⁴²（修订后，这一定义仍保持不变）。最后，在大多数情况下，也无法适用录像制作者邻接权的保护，因为“录制品”一词已经意味着这种邻接权的标的物必须是固定的，这与现场直播的情况通常不一样。⁴³

将体育广播节目作为作品加以保护的一个主要障碍是上述的要求被给予其他保护的内容（如非原创性录像制品的邻接权）具有更高层次的创造性的趋势。⁴⁴然而，正如我们所见，尤其是对现场直播而言，几乎不存在上述其他保护。⁴⁵司法机构不愿将体育赛事现场直播纳入受保护作品的另一个原因是，根据修订前的《著作权法》第 3 条第 6 款，体育赛事现场直播最适用的作品类别是“电影作品和以类似摄制电影方法创作的作品”。在 2020 年进行修订后，这一类别更名为“视听作品”，可能更多标的物可以归入这一作品类别，包括体育赛事的视听转播。2013 年《实施条例》第 4 条第 11 款规定，为了保护视听作品，视听作品的标的物必须固定，然而，即将出台的新《实施条例》是否会作出相同要求还有待观察。2013 年《实施条例》目前仍然有效，但已过时。对于直播节目来说，要满足这种要求可能非常困难。因为在节目播放时，节目至多被短暂记录下来。另一方面，即使有这一固定要求，北京知识产权法院承认体育赛

⁴¹典型的是北京知识产权法院 2018 年 3 月 30 日的两份判决书，即（2015）京知民终字第 1818 号判决书（<http://www.jintiankansha.me/t/uFHjVrPibT>）和（2015）京知民终字第 1055 号判决书（http://www.iprdaily.cn/article_19189.html）。这两份判决书都推翻了当年两个地方法院相当大胆的一审判决，即证实体育广播在摄像工作等方面具有足够高的原创性，可以定性为作品。

⁴²最后由杭州市中级人民法院在其 2020 年 9 月 10 日关于 IPTV 转播问题的(2019)浙 01 民终 10859 号二审判决书（https://mp.weixin.qq.com/s/_uJvQ93WuAWjEAtJ8_lzSA）中确认。

⁴³在上述 2018 年 3 月 30 日的一份判决书（（2015）京知民终字第 1055 号判决书）中，北京知识产权法院认为待裁决的广播节目是录像制品，因此受邻接权保护，并且由于广播节目的播出有延迟，所以必须以某种方式固定，并认为被告的流媒体侵犯了原告的复制权和网络传播权。

⁴⁴最明显的是四川省高级人民法院在 2019 年 11 月 29 日（2019）川知民终 176 号判决书（<https://mp.weixin.qq.com/s/NhlKO8q74C-FIaiKw2Uw7w>）中对实用艺术作品的表述。该判决书中指出，只有独创性特别高的标的物才应作为实用艺术进行保护，而其他所有标的物的创作者则应申请外观设计保护。

⁴⁵ China's Copyright Protection for Audio-Visual Works – A

Comparison with Europe and the U.S. 宋海燕，《中国对视听作品的著作权保护——

与欧洲和美国的比较》，IIC（2015），410（426），该文章提供了大量的部分矛盾的法院判决，这些判决试图划分值得著作权保护的视听标的物和受邻接权保护的非创造性音像制品之间的界限。

事直播至少是受邻接权保护的录像制品。在此案中，节目应符合固定要求，当然，该要求也适用于“录像”制品，因此法院认为，广播期间的重播证明节目内容实际上是录制的。⁴⁶

新的判例法，尽管仍然以以前的《著作权法》为依据，但对保护体育赛事节目更为积极。2020年9月23日，⁴⁷北京市高级人民法院推翻了北京知识产权法院的上述判决之一，⁴⁸称争议的体育节目实际上充分利用了通过镜头切换、特写视角、回放、旁白等方式表达创意的余地。2021年3月16日，⁴⁹下级法院北京市海淀区法院对此案作出了最新判决，该法院甚至引用了上述高级人民法院的判决来支持自己的推理，这在中国法院中是极其罕见的。以下研究案例将对一个欧洲体育赛事转播商相应法院判决的潜在结果进行说明。

研究案例一

事实：爱尔兰私营体育广播公司 *O'Hoolihan Inc.* 与爱尔兰橄榄球联盟签署了一份排他性许可合同，向付费客户播放 2021 年整个赛季的比赛。2021 年秋，*O'Hoolihan* 发现，一家总部位于上海的公司——秋波正实时直播它的节目。秋波是一家专门从事体育赛事流媒体的互联网提供商，该公司显然是在绕过阻止非付费方访问的技术保护措施后对上述节目进行直播。*O'Hoolihan* 决定在上海知识产权法院提起诉讼。

原告观点：根据《著作权法》第 3 条，原告的节目足以构成原创作品，或者根据《著作权法》第 3 条第（6）款构成“视听作品”，或者根据同一条款第 9 项构成未具体说明的“其他智力成果”，因此，原告应享有充分的著作权保护，免受任何形式的商业使用。但是，即使作为一个广播组织，它也应受到保护，免受《著作权法》第 47 条第（1）款第 1 项规定的“转播”的影响，因为使用互联网实时转播节目与传统的无线广播或有线广播具有相同的效果，或者免受《著作权法》第 47 条第（1）款第 3 项规定的互联网转播权的影响。或者，根据《著作权法》第 44 条，原告也可以作为录像制品制作者受到保护，因为现场直播也涉及持续的同时录制。被告应停止继续直播，并赔偿原告的重大损失，因为被告的行为，导致原告的橄榄球节目在世界各地播放。此外，因原告为了阻止不付费观众观看，实施了封锁机制，被告还应对规避此类封锁机制承担责任，并承担《著作权法》第 49 条第（1）款规定的民事后果。

被告回应：原告的指控毫无根据，其节目甚至算不上著作权意义上的作品，而仅

⁴⁶ 2018 年 3 月 30 日（2015）京知民终字第 1055 号判决书。

⁴⁷ （2020）京民再 128 号判决书，

https://mp.weixin.qq.com/s/QQwXNLPuO7HLH_OYmiy2bg.

⁴⁸ 对 2014 年巴西足球锦标赛转播的判决根本没有授予任何保护，甚至没有根据音像制作者邻接权授予保护。

⁴⁹ （2019）京 0108 民初 21297 号判决书；

<https://mp.weixin.qq.com/s/ZBFMvitVJSxudodmOjHPVA>.

就其作为一个广播组织而言，只能保护它免受无线或有线同步转播，以及观众可以选择收看地点和时间的互联网转播。此外，原告并不享有作为“录像”制品制作人的保护。即使节目涉及录制，在本案中也有争议的是在互联网上转播现场直播，而不是转播持久的视听固定物，后者才是属于制作者邻接权保护的标的物。既然未侵害著作权及邻接权保护的标的物，原告因规避技术保护措施而追加民事责任的诉讼请求应予以驳回。

法院推理：原告的节目构成《著作权法》第 3 条第（9）款追加条款所述受著作权保护的作品（“符合作品特征的其他智力成果”）。根据修订前的《著作权法》，该节目已经构成一部作品，在《著作权法》经第三次修订后更是如此。原告对摄像机位置的选择、特写镜头和回放的时机、球员背景故事、球员关系等，组合在一起，确实构成经修订的《著作权法》第 3 条第（9）款所规定的“智力成果”，创作者已经充分利用了选择和安排的余地。即使被告的行为没有侵犯第 10 条第（1）款所列的具体权利之一，如互联网传播权，但其行为仍可视作侵犯《著作权法》第 10 条第（1）款第 17 项所述的“应当由著作权人享有的其他权利”。此外，被告规避了原告的技术保护措施，应根据《著作权法》第 49 条第（1）款和第 53 条第（6）款承担相应的民事责任。被告不得再转播原告的作品。由于原告的损失无法计算，被告的非法收入或合理的许可收入也无法计算，法院结合本案情况，依照《著作权法》第 54 条第（2）款的规定，判定被告赔偿原告 500,000 元的法定赔偿额。

本案的经验教训：民事法庭在解释法律时越来越有创造性和自信，往往有利于权利人。承认体育赛事节目为作品的趋势在《著作权法》修订之前就已经出现，而《著作权法》第 3 条进一步扩大作品定义就是对这一新趋势的大力支持。根据第 3 条第（9）款中的追加条款“非详尽的作品类别目录”，上述判决将原告的体育节目定性为未具体说明的“其他作品”，与前面提到的“真实”判决不同，北京市高级人民法院根据修订前的《著作权法》（经修订的《著作权法》仅指“视听作品”）将有争议的节目纳入“以类似摄制电影方法创作的作品”，并根据《实施条例》第 4 条第 11 款规定，认定此类作品符合“摄制在一定介质上”的要求，因为作为广播节目的技术组成部分，录制是一定存在的。由于上述虚构的判决是依据新《著作权法》作出，与正式生效的旧的、过时的《实施条例》不再协调，虚构的法官在上述判决中采取了更稳妥的方式，将原告的节目归入“其他智力成果”项下，此类成果并未明确要求需要摄制在一定介质上。最后，研究案例还指出了一个持续存在的问题，即以“法定损害赔偿”方法计算的损害赔偿额低得出奇。根据修改后的《著作权法》，上限为 500 万元。只有在无法根据实际损失、侵权人的违法所得或者权利使用费进行更现实的计算时，才以“法定损害赔偿”方法进行计算。然而，事实上，法院在几乎所有知识产权案件中都采用这种计算方法，尽管最初只是将其作为“最后手段”。这一点将在下文中的执行部分进一步解释。

应当指出，尽管在承认体育赛事为视听作品方面出现了所述的积极信号，但欧洲体育甚至体育界的一名代表在对本研究调查的回复中称，其对这一新的判例法是否真的开创了一种新的趋势表示怀疑。人们仍然希望最高人民法院会在某个时候表示同意这些下级法院的判决，具体做法包括将它们列入其年度“10大知识产权案件和50件典型知识产权案例”名单。然而，即便如此，类似案件的这种采纳甚至最高人民法院的最终判决也不会产生明确的法律确定性，因为中国的法律体系坚持成文法传统，不承认先例是有约束力的法律渊源。

然而，如果上述情况演变成一种新的趋势，根据作品的新定义，法院也许会重新考虑是否拒绝保护其他标的物。例如，到目前为止，中国司法机构断然拒绝电视节目模式进行保护，⁵⁰这将形成电视节目不受保护的纯粹思想，也缺乏《实施条例》第2条所规定的“再现性”。如上文解释的那样，经过第三次修订，《著作权法》规定作品必须“以某种方式表达”，取代了这项要求。“以某种方式表达”原则上也是一种电视节目模式，即在几个电视节目中反复播放。还应当指出，即使根据修订前的《著作权法》，司法机构也认为，文学作品的事件顺序、人物互动等具有足够高的独特性，其本身应受到保护，以免被另一作品采用。⁵¹第三次修订可能进一步推动了在“思想-表达”二分法中对电视节目模式的保护，以下案例研究将证明这一点。

研究案例二

事实：法国电视制作公司 *Soleil* 开发了一种新的歌曲比赛节目模式 *RéAnimation*，与现有的歌曲比赛形式不同，它旨在给那些早已被遗忘的流行歌星重操旧业的机会。每一季，三位前流行歌星会在几周内相互竞争，他们首先按照时间顺序演唱对方过去的热门歌曲，期间会插播对明星、其以前的同伴和竞争对手的采访、演唱会片段、关于丑闻的背景故事等等。节目最后，三位明星每人献上一首新创作的歌曲，获胜者将获得一份唱片合约。该节目在法国一经播出，很快在法国和国外广受欢迎。*Soleil* 向几个欧洲国家和美国授权使用该节目模式和实现该节目模式的专有技术。大约在该节目在法国首播一年半后，*Soleil* 发现中国电视上正播放歌唱比赛 *复活*，这项比赛的形式与 *Soleil* 的节目模式完全相同，没有丝毫偏差。*Soleil* 决定在北京知识产权法院对这家中国广播公司提起诉讼，主要原因是预计收入将出现损失，因为该公司原计划将该节目模式授权给中国另一家电视节目制作

⁵⁰ 参见北京市海淀区人民法院2005年的总结（具体日期、档案编号和原文不可用），网址：<https://www.chinacourt.org/article/detail/2006/01/id/192117.shtml>；可在百度上输入中文标题“北京市高级人民法院关于审理涉及综艺节目著作权纠纷案件若干问题的解答”获得《北京市高级人民法院关于审理涉及综艺节目著作权纠纷案件若干问题的解答》第10项（62/2015号公告），该条明确规定，综艺节目模式属于思想的，不受著作权的保护。

⁵¹ 北京市高级人民法院（2015）高民（知）终字第1039号判决书；英文摘要载于WIPO Collection of Leading Judgments on Intellectual Property Rights《世界知识产权组织知识产权典型案例集》，网址：https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1065.pdf，第104页及后文。

公司。

原告观点：*Soleil* 声称对该节目模式拥有完全的著作权，该节目模式不仅仅是一个思想，即元素的严密结构组成，其元素的选择及组成都表现出高度的独创性，因此符合《著作权法》第 3 条的要求。*Soleil* 援引了北京市高级人民法院早些时候的一项判决，根据该判决，将一部文学作品中的事件顺序、人物互动等内容移植到另一部作品中构成侵权，因为这些结构要素的整体，即使不是可立即复制的表现形式，也具有足够高的独特性，可以单独构成作品。此外，根据第 3 条第 3 款，*Soleil* 的节目模式可以被定性为戏剧作品，而根据第 3 条第 9 款，无论如何都可以构成未具体说明的“其他作品”。

被告回应：原告的作品只能构成一个思想，实用功能属于思想范畴不应受著作权保护。如果著作权保护允许法国电视节目制作公司阻止在遥远的中国针对受众完全为中国观众的电视节目，尽管这个电视节目在具体表现上与原始节目完全不同，则将是明显的过度保护。此外，中国法院过去的判决以及北京市高级人民法院的答复都支持被告的观点，即节目模式应绝对不受著作权保护。

法院推理：修订后的《著作权法》扩大了受保护标的物的定义，纳入了迄今为止未受保护的内容。纯粹的“简单”思想将不受保护，但完整的创意想法和思想，由固定的事件序列组成，通过将讲故事和视频剪辑与现场表演的歌曲结合起来，创造性地提高观众的兴奋程度，并最终在壮观的结尾达到高潮，是一种极具个性和独特性的形式，即使与类似的歌曲比赛形式也有明显不同。原告的节目模式反而应被视为《著作权法》第 3 条所规定的“可以表达”的智力劳动结果，因此是受《著作权法》保护的作品。此外，法院还支持原告的主张，即被告未经许可，逐个采用了电视形式的所有要素，无论是让前流行歌星相互竞争的基本思想，还是原创形式的事件顺序和其他所有戏剧要素，都侵犯了原告的著作权。判定被告停止播放复活，并赔偿原告经济损失。

本案的经验教训：中国有其独特的法律环境，尽管过去受到了许多批评，但有时比欧盟成员国的著作权法律更有利于权利人。大多数欧盟成员国的法院不愿意保护电视节目模式的著作权，但不能因此就片面推导中国更不可能实施这种保护。此外，由于中国法院很少根据判例作出判决，即使之前的判例法给出不同的判决，也有可能得出有利的结果，就像本案一样（尤其是在此期间，关于受保护作品定义的相应法律条款发生了变化，且此类变化有利于原告）。但当事人如要援引判例，建议引用由同一法院判决的案件，或者最好是由同一司法管辖区内级别较高的法院判决的案件。在本案中，原告引用了北京市高级人民法院的“思想-表达二分法”判决，北京市高级人民法院是继北京知识产权法院之后，在非技术性知识产权案件中的上级法院。

必须强调的是，上述示例纯属假设。其目的是说明扩大作品定义的潜在影响。由于经修订的《著作权法》最近才生效，目前无法预测法院是否会坚持认为电

视节目模式是不受保护的思想。事实上，这项研究很大一部分都是基于推测，因为它所依据的大多数法律和次级条文都是最近才修订的，而且这些修正案尚未在实践中进行尝试和检验。

2.4 新的商业权利和限制

中国《著作权法》与欧洲大陆的著作权制度相似，其第10条第（1）款第5-17项中的经济权利清单并不详尽，最后的第17项提到“应当由著作权人享有的其他权利”。根据这一公开目录，中国法院早在20世纪90年代末就将未经授权就在网上上传和转播作品定性为侵权行为，远早于在2001年《著作权法》改革过程中明确将其列为侵权行为。与其他欧洲大陆著作权制度一样，第24条第（1）款第1-13项的限制清单和若干法定许可对此权利目录进行了补充。

以前的草案建议在限制清单中增加一个美国式的“合理使用”，规定只要满足某些条件，任何其他使用都应获得许可和无需支付报酬。法院发现《著作权法》列举的限制之外的某些使用不会干扰作者对作品的正常利用或以其他方式损害作者的合法利益等等，不存在侵权事实，因此几项法院判决事实上承认了此类合理使用，而这至少在欧洲大陆著作权传统主义者看来，使事情变得更糟。⁵²这种对使用者友好的裁决可能是因为公众批评所谓的限制制度过于僵化，会压制所谓的“使用者生成内容”（即使用作品创作新作品，例如将电影片段与歌曲剪辑拼凑在一起）。

然而，2020年修订《著作权法》时，立法机构没有引入成熟的合理使用条款。相反，显然是为了平息上述公众对著作权的怀疑，它在限制目录中新增了一项，即第13项，从此允许在“法律、行政法规规定的其他情形【除前面第1-12项所列举的情况外】”获得许可合理使用且无需支付报酬。这种自由化大大便利了仅仅通过法令引入新的限制，这当然不符合著作权人的最佳利益，但在立法实践中，甚至在修订之前，行政规定就已经引入了《著作权法》限制目录之外的新限制。⁵³但是，至少可以避免一项成熟的合理使用条款，因为这将大大增加法院判决的不可预测性。新的限制不能由法院随意确定，而应至少由二级法规加以规范。当然，法院继续以上述方式进行裁决是有一定危险的，即像以前一样，即使没有明确的相应限制，也承认许可的使用。正如上面关于网上直播的内容所示，中国法院在创造法官所制定的法律方面越来越自信，有时对权利人有利，有时不那么有利。

2.5 集体管理

⁵²本作者在 Peter Ganeva, Danny Friedmann, Jyh-An Lee & Douglas Clark 合著、Christopher Heath 编辑、Kluwer Law 出版社出版的 *Intellectual Property Law in China* 《中国的知识产权法》（2021 年第二版）Peter Ganeva 所撰 Copyright 《著作权》总结了相应的判例法（第 360 页及后文）。

⁵³国务院《信息网络条例》（详见下文第 2.7.1.2.1 点）包含若干限制，超出了根据《著作权法》的限制目录允许和无偿使用的范围。

欧洲大陆的另一个著作权特征在于集体管理。尤其是，按照2019年的《数字化单一市场著作权指令》，确认将集体管理用作对作者与使用者之间各种用途相关利益进行平衡的机制。其中一个主要特征在于目前该《指令》明确允许成员国建立延伸性集体管理。按照某些网上内容分享服务提供者与权利人达成许可协议义务相关的第17条规定，在该《指令》第12条范围内，上述延伸性集体管理可能进一步推动实现足够广的许可覆盖范围，不仅能够使网上内容共享服务提供者开展其自身的业务，还能让使用者上传内容，而无需担心被当成侵权者而被起诉。

按照中国《著作权法》（修正案），在第8条中新增了与集体许可有关的两条新规定。目前，第8条第（2）款明确授权集体管理机构向使用者收取费用，其中应与“使用者代表”就此类费用的收取标准进行协商，可将相关争议提交至国家版权局裁决，并且如果某一方对国家版权局作出的判决结果不满意，则其可以进一步向法院起诉。或者，在出现这方面争议的时候，当事方可直接向法院起诉。从这条规定来看，似乎尤其有点强迫使用者履行谈判义务，即在集体管理机构与使用者接触时，使用者只能遵照规定进入谈判。一些不够明了的，需要分别进一步确定的方面仍然是术语“使用者代表”，即哪些代表有义务进入谈判，是否同时包含网上内容分享服务提供者（如优酷或哔哩哔哩）以作为实际个人使用者的“代表”而履行谈判的义务。若能清晰理解这方面定义，则有助于使相关规定在某种程度上接近于《数字化单一市场著作权指令》第17条的规定，即网上内容分享服务提供者有义务与权利人（或者其集体管理机构，具体取决于该作品的类别和用途）达成许可协议。

如何通过更为详细的次级立法，尤其是即将出台的《国务院集体著作权管理条例》（按照《著作权法》第8条第（4）款规定，应详细说明关于集体管理的规定）对此条规定进行解释，仍有待观察。按照《著作权法》中新增的第（3）款规定，应由集体管理机构定期将费用的收取、分配、降低以及其他情况向公众报告，提供权利人与使用者相关的权利信息，并且使国家版权局有义务以合法的方式对集体管理协会实施管控。

现行有效的上述《条例》，系颁布于2004年12月28日，最后一次于2013年12月12日完成修正。⁵⁴由于可能会在短期内再次对此《条例》进行修正，使其与《著作权法》相符，因此下列的解释内容仅仅是对条例内容的汇总。按照目前的版本，主要规定了建立集体管理机构的最低要求和在全中国范围内只能有一个集体管理机构负责特定的作品使用，以及在极少数情况下由两个集体管理机构对一项权利进行管理时（如卡拉OK业务中，其中一个集体管理机构负责音乐作品，另一个则负责视听作品），应确定在协商中由哪方担任责任方。这即是

⁵⁴ 可从以下网址获得中文现行版：http://www.gov.cn/gongbao/content/2011/content_1860740.htm；可从WIPOLex数据库网址（<https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/6340>）获得2004年第一版的英文译本。

说，不允许多个集体管理机构在同一个领域的著作权开发工作中互相成为竞争关系，这与欧洲的制度截然不同，即2014年2月26日颁布并实施的第2014/26/EU号《指令》中，有关著作权和邻接权集体管理的规定。当然，对于国际联盟而言起到至关重要作用的集体管理的某些方面（如跨领土许可制度），很难复制到中国这样的民族国家，但是与其他民族国家（如日本，按照2000年《著作权等管理事业法》规定，可推动在几个集体管理机构之间出现竞争关系（尽管目前尚未取得成功））相比，目前中国的制度也显得相当保守。

从与权利人和使用者之间的相互交流方面来看，按照中国的规定，使集体管理机构有义务与希望其权利得到管理的权利人以及希望获得使用许可的使用者签署合同。一旦某作者成为了集体管理机构的成员，则此作者不再能够自行行使委托权利。⁵⁵此作者可随时退出集体管理机构的成员身份，但是也不会对继续按许可使用其作品造成影响。按照此类许可使用作品的持续时间内，必须具有非排他性质，且持续时间不得超过两年，但可续期。按照目前《著作权法》中的明确规定，除非国家版权局已经确定了某特定法定许可相关的收费标准，否则应由集体管理机构与使用者（或其“代表”）之间就许可费用进行谈判。⁵⁶

最后，按照《条例》的要求，集体管理机构应遵守透明度和财务方面的纪律，尤其是与使用费收入降低（管理费应当随着使用费收入的增加而逐步降低）相关的纪律。不仅仅是成员，使用者或者其他相关方以及普通公众也可以就集体管理机构的非法行为进行举报。由国家版权局负责对集体管理机构进行管控，目前《著作权法》第8条新增的第（3）款也有所规定。

目前，中国的集体管理制度正在经历快速的增长，但是与全球的水平相比，规模仍然一般。中国音乐著作权协会（MCSC），作为成立时间最长且最具影响力的集体管理机构，其成员数量已经超过1万名，在2019年成功收取了接近4.05亿元人民币（约5330万欧元）的许可费，其中一半以上（接近2.14亿元人民币）为数字许可费。⁵⁷通过与80个左右集体管理机构签署的互惠性协议，从海外收取了1230万元人民币，相较于中国音乐著作权协会在同一年支付给前十名外国集体管理机构的费用，少了三倍至四倍。从海外获取收入的主要部分来自于东亚邻国，但是从欧洲集体管理机构（如法国音乐作者作曲者与出版商协会或德

⁵⁵这与最高人民法院早些时候对下级法院的答复相矛盾，根据该答复，如果集体管理机构仍然什么都不做，集体管理机构的成员可以自行在法院主张权利，（1993）法民 35 号判决书；另见 Music Copyright Society of China has Legal Right and Standing to Bring Lawsuit in its Own Name, 李亚虹的评论“中国音乐著作权协会有合法权利和资格以自己的名义提起诉讼”，来源：Annotated Leading Copyright Cases in Major Asian Jurisdictions, 刘孔中（编），《亚洲主要司法管辖区主要著作权案例注释》（香港城市大学出版社，2019），第 98 页及后文。

⁵⁶此类标准适用于以下法定许可：用于学校教育的教科书里的使用、在报纸或期刊上重印、制作已出版音乐作品的录音制品、播放已出版作品和录音制品。

⁵⁷ 可从以下网址下载中国音乐著作权协会年报（中英文）：
http://www.mcsc.com.cn/about/annual_report.html.

国音乐作品演出权与机械复制权协会)收取的费用也占比较大。中国音乐著作权协会主要向亚洲邻国的集体管理机构付款,尤其是香港和台湾的集体管理机构,但也将部分收入分配给两个美国机构,即美国作曲家、作家和出版商协会(ASCAP)和广播音乐公司(BMI)。除此之外,向韩国和日本集体管理机构分配的收入占比也较大,从这方面能够看出这些邻国的音乐作品也较为受欢迎。而对于欧洲地区,进入中国音乐著作权协会付款前十名的只有德国音乐作品演出权与机械复制权协会。与源远流长的欧洲集体管理机构能够达到的年度交易量相比,中国音乐著作权协会收取和分配的费用还不太高,但是每年的增速却让人印象深刻。中国音乐著作权协会同样也是相当积极的著作权执行者。2019年,其参与了381项著作权相关的案例,其中123项涉及到机械复制和网络侵权行为。

颁布《国务院集体管理条例》后,越来越多的集体管理机构应运而生,提到的有2005年成立的中国音像著作权集体管理协会(CAVCA)、2008年成立的中国文字著作权协会(CWWCS)、2008年成立的中国图像著作权协会(ICSC)以及2009年成立的中国电影著作权协会(CFCA)。

作为负责“视听著作权”(但事实上,几乎专门负责卡拉OK音乐电视相关的著作权)的集体管理机构,中国音像著作权集体管理协会也实现了让人印象深刻的增速。2019年,中国音像著作权集体管理协会共计获得了2.79亿元人民币的收入,其中卡拉OK厅占比最大,其次是卡拉OK视频点播、采用专用设备/接收装置的“迷你卡拉OK”以及智能互联网电视卡拉OK业务,相较于2018年管理仅276名成员的135916项作品,整体实现了44%的增长。⁵⁸此协会的成员主要包括来自于媒体和录制行业的大型企业,这也说明了为什么其成员数量较少。

在中国音像著作权集体管理协会2019年年报中,提到非成员方对获得中国音像著作权集体管理协会卡拉OK经营许可的经营者提出的“商业诉讼呈爆炸式增长”——很显然,很多非此协会成员的权利人认为其具有足够的能力自行对卡拉OK业务的侵权行为进行起诉。除此之外,按照以上的报告,此协会自身也面临着来自卡拉OK行业的诸多反对势力,指控该协会滥用市场主导地位,违反了《反垄断法》规定。中国音像著作权集体管理协会为一个相当积极的集体管理机构,一直热心代表其成员,外国的权利人也发现了这点。上文所述的国际唱片业协会(IFPI)在本次研究调查中答复称,其各成员目前正在与中国音像著作权集体管理协会就其公开播送内容的机械录制品而新产生报酬权的集体管理进行谈判。

在上文所述的卡拉OK相关著作权诉讼案例激增的背景下,从法院最近作出的判决来看,从中国音像著作权集体管理协会获得许可的卡拉OK经营者,因使用中国音像著作权集体管理协会管辖范围外的卡拉OK制品而支付的赔偿金数额大大

⁵⁸ 可从以下网址下载中国音像著作权集体管理协会 2019 年报中英文版本：<https://www.cavca.org/newsDetail/1389>。

降低，这是相当有趣的现象。⁵⁹甚至有报道称，浙江省高级人民法院与中国音像著作权集体管理协会进行协商后，在一个关于在知识产权诉讼领域中实施改革创新的意见中表示准备将此类诉讼业务编成法典。在最近的一项案例中，即有关中国音乐著作权协会授权使用者未经授权使用非中国音乐著作权协会成员的音乐，广东省高级人民法院也作出了类似的判决⁶⁰，尤其是该法院考虑到该侵权人证明了其对所用音乐付费的主观意愿、实际上已经向中国音乐著作权协会付费的客观事实以及应鼓励权利人加入集体管理中从而推动著作权交易的观点，证明降低赔偿金额为合理的做法。

上述减轻部分责任的判决，在某种程度上与《数字化单一市场著作权指令》起草者设想的结果具有相似性，即规定网上内容分享服务提供者应有义务从权利人获得使用授权，从中国音像著作权集体管理协会和中国音乐著作权协会获得许可并向其支付费用，这与《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款中所述“尽最大努力获得授权”大致类似。也就是说，对于已经努力从尽可能多权利人获得授权，但仍然使用了未经授权的作品的使用者而言，减轻其部分责任的想法在中国的司法机构中已经有所呈现。将在本研究第3部分中提出建议，目的在于使更多中国司法机构能够逐渐认识到，在确定内容共享平台上大规模使用作品而需要承担的责任时，应将“尽最大努力获得授权”的行为纳入考虑。

另一个集体管理机构，即中国文字著作权协会（负责文字著作权管理工作），在成立不久后（即2009年），与谷歌因其图书工程产生了冲突，因此也引起了公众的关注。2020年，中国文字著作权协会共计收取了2240万元人民币的费用，大约四分之三来自于网络授权使用以及其管辖范围内的其他商业权利，剩余四分之一则来自于合法使用许可。⁶¹按照上文所述国家版权局2020年关于数字著作权保护的报告，中国文字著作权协会已经相当成功地建立起数字图书许可相关的一站式服务，与超过100家出版社和文化企业就数字图书的集体许可签署了279份相关协议。⁶²

应注意的在于，欧洲著作权“行业”范围内，并非所有类型的受保护内容均构成集体管理的标的物。举例说明，欧洲的电影制片人很可能会自行对其各种权利进行管理，在中国也同样如此。鉴于对于中国的电影制片人而言也是如此，

⁵⁹比如广东省高级人民法院 2021 年的一份判决书；根据中国音像著作权集体管理协会网站上的案例摘要（<https://www.cavca.org/newsDetail/1507>），法院还认为，在确定待裁决的关于相应作品使用的著作权侵权诉讼中主张的赔偿时，通常应参考集体管理协会确定的标准费用；另见中国音像著作权集体管理协会代理总干事周亚平在上海举行的 IP Key 圆桌会议上的发言，网址：https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2019/Session-3.2_ZHOU-Yaping-%E5%91%A8%E4%BA%9A%E5%B9%B3-EN%26CN.pdf。

⁶⁰ 2020 年 8 月 6 日（2019）粤民再 277 号判决书；<https://mp.weixin.qq.com/s/yCYFw27Cg6yqwoxwSNDYmQ>。

⁶¹ 参见中国文字著作权协会年报（全中文），网址：<http://www.prccopyright.org.cn/staticnews/2021-05-10/210510140951719/1.html>。

⁶²然而，在其网站 <http://www.prccopyright.org.cn/default.aspx> 找不到相应的功能或链接。

这就能够解释为什么几乎不知道中国电影著作权协会⁶³（负责对电影作品的著作权进行管理）的工作是什么。中国音乐著作权协会与中国文字著作权协会的成员中，大部分为个人创作者，少部分为出版者和商业实体。欧洲的集体管理机构也存在这种情况，例如德国音乐作品演出权与机械复制权协会和文字著作权管理协会。考虑到所管理作品的性质，诸如中国音像著作权集体管理协会这样的其他机构则对企业成员更加开放。如上文解释的那样，目前国际唱片业协会的成员正在与中国音像著作权集体管理协会接触，希望后者能够就新录音制品制作者权利而代表其就公共播送的录音制品获得报酬。

按照《条例》中第22条第（1）款规定，允许外国人或者无国籍人“通过与中国的著作权集体管理组织订立相互代表协议”而委托中国的著作权征收协会在中国境内对其著作权进行管理。在上述同一条规定的第（2）款中，将“相互代表协议”定义为同领域中国与外国机构之间达成的协议，用以互相委托代表各自的成员在各自的国家/地区内进行著作权管理工作。这条规定的释义略微开放，原因在于其并未明确说明在两个协会之间达成“普通”程度的相互代表协议是否足以代表另一方收取著作权费，或者是否需要达成进一步的协议以明确地对所需的互相代表行为进行说明。但是，总体来看，中国的集体管理机构应能够代表欧盟成员国的居民或国民。但是即便如此，也必须牢记从目前的五个集体管理机构来看，只有其中三个在积极行事，另外两个，即中国图像著作权协会（ICSC）以及中国电影著作权协会（CFCA）则鲜有动作。国家版权局在其2019年关于网上著作权保护的报告中，提到了一个新建立的公私联盟，主要包括电影行业协会和诸如阿里巴巴这样的大型平台，目的在于打击网上电影盗版行为，但在此报告中甚至都没有提到中国电影著作权协会是否加入了这个联盟。对中国图像著作权协会的工作几乎一无所知，这一点尤为让人遗憾，原因在于如上文解释的那样，在网上网络环境中，图像为最容易受到侵害的著作权保护标的物。在国家版权局的报告中，也暗示存在对国外权利人图像的相关侵权行为，同时强调在较低的赔偿金额下，甚至都无法抵消公证和认证程序相关的费用。

而在其他三个相对积极行事的集体管理机构中，中国音乐著作权协会主要代表的是个人作者和作曲者，而中国音像著作权集体管理协会则专门负责非常特殊的视听作品类，即卡拉OK音视频。理论上，中国文字著作权协会也能代表欧洲出版者在文字作品方面的利益，而从整体来看，欧洲出版者有些担心中国平台被侵入后，会在网上以未经授权的方式发布电子书。按照中国文字著作权协会的章程⁶⁴，并没有将成员的资格限定在中国个人或出版者，而仅仅要求在中国境内达到最低要求的合法出版物数量即可，即必须通过审查制度才能获得著作权保护。显然，此项要求系以2010年以前的《著作权法》版本⁶⁵为依据。

⁶³在其网站 <http://www.cfca-c.org/>上找不到关于会员、会费收取和分配等方面的信息。

⁶⁴ <http://www.prcopyright.org.cn/staticnews/2010-01-28/100128150538781/1.html>，与会员有关的要求见第3页。

⁶⁵参见上文第1.1.2项。

2.6 邻接权

考虑到暴露在全世界网上侵权风险（具体来讲可认为是来自中国的侵权）的许多欧洲权利人为广播企业、音视频内容制作者等，因此在此也需要简短提及邻接权。尽管收到了很多批评观点，立法机构却并未对《著作权法》第四章中对应的特定规定进行修改。在2020年的修正案中，仅仅将标题改为“著作权相关的权利”，甚至之前的标题“出版、表演、录音录像、播放”都能更好地反映出其内容，其不仅仅涉及到与著作权有关的“权利”，还形成独特的邻接权，对各方权利和义务进行规定的特定合同法（如出版或表演相关合同），以及在支付报酬后即使未获得许可（法定许可）也能使用作品的情况的组合。

2.6.1 “版式设计”方面出版者的特定邻接权

按照《著作权法》第37条规定，出版者有权允许或禁止使用其出版的图书、期刊的版式设计。无论出版物自身的内容是否受到著作权保护，出版物首次出版后的版式设计权均在十年内有效。这即基本上形成一种依据，出版者可以此为据对未经授权使用其出版物副本的行为进行起诉，之前这种行为对应的是盗版书籍，而现在则还可有效地对网络上流通的扫描件进行起诉。尚未发现存在对应的案例，因此很显然版式设计权并未在著作权相关实践中发挥重要作用。

不得将中国出版者的权利与《数字化单一市场著作权指令》第15条中新闻出版者的权利混为一谈，并且中国的限制制度也存在相反的规定，即尽可能提供许可可以使用新闻出版物而无需支付报酬。在《著作权法》第24条第（1）款第4项中，充分利用了《伯尔尼公约》第10条（之二），允许报纸、期刊、广播机构以及“其他媒体”就政治、经济或宗教问题相关的，已出版或已广播的现期时事材料进行转载或转播。但是，著作权人可提前对这种使用方式表示反对。按照国务院于2006年5月18日颁布的《信息网络传播权保护条例》（以下简称《信息网络条例》，最后一次修正时间为2013年1月30日）中的第6条第7款⁶⁶，将上述许可和无需支付报酬的规定扩大至网络环境，允许将政治经济（但不包括宗教）相关的现期时事文章向公众进行传播。与《著作权法》中转载和转播相关的规定不同，按照《信息网络条例》，新闻出版物的著作权人并没有权利反对此类使用形式。这即是说，网络服务提供者能够免费地对新闻出版者在网上出版的大部分书面材料部分进行传播。但是，应注意的在于《信息网络条例》第6条第7款中允许使用的情况，应限于*已经在网上出版后*的时事新闻文章。因此，至少在未获得授权的情况下扫描新闻文章的打印资料，并随后在网上向公众提供的行为，应视为违反《著作权法》第10条第（1）款第12项中著作权人相关的复制和信息网络传播权，以及上文所述的，出版者允许

⁶⁶http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=chl&Gid=194533；第64条授权国务院制定这些规定以及关于软件著作权保护的规定，这些规定是对地方著作权行政管理部门以及人民法院具有约束力的法律渊源。

使用其版式设计的权利。如果在光学字符识别软件的协助下仅仅对出版物中的内容进行复制，并且以不同的版式形式在网上进行发布，则出版者对版式设计方面的权利将不再适用，但是著作权人相关的复制和信息网络传播权将仍然适用，其中在大部分情况下，按照上述特定出版合同规定，出版者已经成为了著作权人，因此很可能由出版者行使上述权利。

中国将采用欧盟式的新闻出版者权利，甚至包括除了“非常短的摘录”之外的新闻文章的摘录，这几乎是不可想象的。这也被广泛认为是国内信息协会提供者无法进一步发展壮大的障碍所在。考虑到中国的新闻界完全由国家管控，加上上文所述的审查制度和所有权限制制度，几乎完全禁止欧洲或者其他国外出版者进行内容传播，尤其是《数字化单一市场著作权指令》的中心保护对象——新闻出版物（见第 56 部分），因此本研究作者认为就这方面努力使中国和欧洲的法律达成一致，不会对欧洲著作权人带来任何有利的影响。

2.6.2 表演者

在第三次修正后，从很大程度上扩大了“传统”邻接权人享有的权利范围。作为表演者，其享有财产性权利（详尽列出），同时作为自然人，其还享有人身权其中与作者的人身权相比，表演者的人身权很大程度上不受限制，而对于电影演员而言同样如此，其与独立电影作者不同，例如在电影院上映的电影进行改编从而在电视屏幕上播放时，理论上电影演员可禁止对其表演形象进行歪曲。但是，从实践来看似乎并没有造成这方面的重大问题。

只要涉及到表演者的经济权利，按照《著作权法》（第三次修正案）的规定，已经向视听节目表演者授予了出租权，从而使《著作权法》与《视听表演北京条约》相符。在对录制的表演者所表演节目进行广播（以声音或视频方式）时，表演者仍然无权获得相关报酬，更不用说对此类广播行为进行管控的权利。中国已经提出了对应的保留意见，即其不会适用《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第15条第（1）款中，有关以广播或其他方式将表演者和录音制品制作者以商业目的发布的录音制品传播给公众而向表演者和录音制品制作者提供单一公平报酬的规定⁶⁷，以及《北京条约》第11条第（1）款和第（2）款中，有关以广播和其他形式将表演者视听录制品（关于其表演的内容）传播给公众时表演者的专有权或获得对应报酬的权利的规定。⁶⁸

2.6.3 录音录像制作者

与欧盟的《著作权法》一样，中国不仅会将邻接权授予录音制品制作者（符合全球范围内的最低标准），还会将邻接权授予录像制品的制作者。已经在“视听作品”的相关内容中提到了录像制品的制作者，其中难以分别区分原创性

⁶⁷ https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/wppt/treaty_wppt_66.html.

⁶⁸ https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/beijing/treaty_beijing_5.html.

视听作品与非原创性单纯录像制品。在《著作权法》的以前修正案中，确实提出过废除视听制品相关的邻接权，这样的话，今后大概也不会以作品的形式对不那么“艺术性”的视听内容进行保护。但是在 2020 年版的修正案中，还是保留了此项邻接权。在《著作权法》第 44 条第（1）款中，对录音制品和视听制品相关的专有邻接权进行了规定。在第 48 条中，包含专门给予录像制品制作者的权利，即进行播放的机构有义务从制作者获得许可，并且就此而提供报酬。在 2020 年之前，通过广播方式传播录音制品时，录音制品的制作者甚至无权获得对应的报酬。按照《著作权法》（修正案）规定，最终使此类制作者有权就其录音制品的传播（通过有线或无线的方式）以及通过传送声音的技术设备（如卡拉 OK 设备）将其录音制品播送给公众而获得报酬。正如上文中反复提到的那样，通过这种新的法定许可，使大量国际唱片业协会成员就相关报酬的收取和分配方面而与中国音像著作权集体管理协会进行协商。

2.6.4 广播电台，电视台

在《著作权法》第 47 条第（1）款中列示了广播电台，电视台的邻接权。在《著作权法》（第三次修正案）中，进行了部分重新规定，对此类权利的部分进行了延伸。相关内容包括有权禁止转播其广播，电视，有权禁止其广播，电视的录制以及复制，以及新规定的有权禁止网络广播传播行为。但是，如上文中已经提到的那样，这种权利很难采用于最具争议使用方式，即实时网络传播，因为《著作权法》第 10 条第（12）项中对网络传播权力的定义为“以公众可以在其选定的时间和地点获得作品的方式向公众提供受保护的内容”

2.7 网络专用著作权法

2.7.1 网络服务提供者提供网上服务并承担相关责任

在《著作权法》第10条第（1）款第12项中，对上文中提到的网络传播权进行了规定，但即使在第三次修正后，也没有对网络服务提供者的使用者在侵权进行网络传播时，此提供者需要对应承担的责任进行单独规定。相反，在更为通用的《民法典》中与侵权行为相关的规定以及著作权专用二级管理和司法规定（如下文中进一步所述），对提供者需要承担的责任进行了规定。

2.7.1.1 网络传播权

乍一看，《著作权法》第12条第（1）款第12项中术语“网络传播权”（实际上为“信息网络传播权”）意味着著作权人仅仅受到作品实际传播相关的保护，但是在此术语的定义中，即“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”，则清楚表明该术语实际上包含了“提供”作品的含义。在最高人民法院《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》（以下简称为《网络侵权司法解释》，于2020年12月23

日按照新《民法典》进行调整)⁶⁹中第3条规定，通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了提供行为。。此为相当开放的定义，法官可将各类使用途径（包括目前尚不得知的未来使用途径）归为网络传播权。北京知识产权法院在2016年10月21日作出的判决⁷⁰中，将上述第3条规定解释为不包括提供已经合法上传内容相关的链接，这即是说基本上将侵害网络传播权的行为限定为在网络上提供过去尚不存在的新内容，从而推翻了北京市海淀区法院之前作出的判决，即判网络服务提供者（被告方）应承担侵权责任，尤其是与其高度参与提供此类链接相关的责任。⁷¹北京知识产权法院作出的判决与欧盟法院（EUCJ）在斯文松（Svensson）案例（C-466/12）中的调查结果非常类似，其中从该调查结果中发现通过视框链接在自身的网站上提供在权利人的同意下上传的内容，即使是嵌入的内容，也不构成对著作权的侵害行为。当然在中国也同样如此，即仅仅提供合法上传作品和其他受保护内容相关的链接，不会产生侵权相关的责任，但是不得提供以侵权方式上传内容相关的链接。

正如将在下文中进一步介绍的那样⁷²，因网络传播侵权行为而发出了相当多的临时禁令，而对于其他各类知识产权，却极少使用此类禁令。

2.7.1.2 网络服务提供者的责任

如上文所述，即使在《著作权法》（第三次修正案）发布后，也没有对网络服务提供者自身或其使用者使用相关服务时所实施行为而产生的责任进行任何规定。相反，在新《民法典》《侵权行为法》第1194-1197条（其中第1195-1197条具体关于使用者以侵权方式使用其平台时，所有各类网络服务提供者应承担的责任）中，对使用者上传侵权行为相关的上述责任（即传统的“通知并删除”责任）进行了规定，其适用于民事权利的所有各类网上侵权行为。可在两项次级条文，即上文所述的国务院《信息网络条例》（目前大部分内容已过时）以及最高人民法院的《网络侵权司法解释》（已经按照最近更高等立法进行调整）中找到上述一般民事条款的著作权相关司法解释内容。

⁶⁹ 可从以下网址获取《网络侵权司法解释》的原始版本：http://www.cac.gov.cn/2014-10/11/c_1112781468.htm；可从以下网址获取2020年修正案：<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-282671.html>。

⁷⁰ (2016)京73民终143号判决书 (http://blog.sina.com.cn/s/blog_6e3ff8d00102xrf5.html)，Providing Hyperlinks to Watch Illegal Videos on YouTube Does not Communicate Works to the Public in Taiwan，陈思廷的评论“提供观看YouTube上非法视频的超链接并不构成向台湾公众传播作品”，来源：Annotated Leading Copyright Cases in Major Asian Jurisdictions，刘孔中（编），《亚洲主要司法管辖区主要著作权案例注释》（香港城市大学出版社，2019），第54页及后文。

⁷¹ 有关提供者积极参与侵权行为的更多信息，参见下文第 b) 小节。

⁷² 参见第 2.8.1.2.3 点。

在上文所述的《民法典》条款中，对“通知并删除”机制进行了规定，若涉及到大规模且具有影响力的网上内容分享服务提供者（如哔哩哔哩）的责任，其与《数字化单一市场著作权指令》第17条中的新制度截然不同。按照第1195条规定，向网络服务提供者发送的侵权通知中，应包含侵权行为的初步证据以及被侵权方的个人信息，并且规定提供者应在下一步向被指控的使用者发送通知并采取必要的断开措施，两项工作均应迅速进行，否则随着侵权行为造成的损害不断扩大（显然系指侵权通知发送之后产生的额外损害），提供者将承担连带责任。从另一方面来看，如果由于通知内容有误而对提供者和使用者造成了损害，权利人也应承担这方面责任。与上文所述《侵权责任法》第36条规定不同，《民法典》第1196条内容中新规定了一项程序，供使用者向提供者提出异议，但使用者必须提供其不存在侵权行为的初始证据。随后，必须将异议内容转发给权利人，并且请求采取行政或者法院方面的手段。换句话说，在将被指控的侵权人告知于提供者之后，权利人向被指控的使用者提起诉讼时会面临压力（前提是使用者提出异议时）。如果提供者在合理期限内未收到关于采取进一步手段的通知，则提供者应（而不是“可”）迅速解除断开措施。这即是说，实际上中国的网络服务提供者必须（或者至少建议其）建立一种投诉处理程序，此类程序与《数字化单一市场著作权指令》第17条第（9）款中规定的投诉补救机制相类似。最后，在《民法典》第1197条中明确规定，不仅是明显知道侵权行为的提供者，而也是应当知道的提供者（但没有履行其注意义务），均应承担连带责任。

应注意的在于在2018年中国《电子商务法》的第42条内容中⁷³，已经包含与通过电子商务平台在网上侵害一般知识产权（而不仅仅是著作权）相关的类似规定，但是由于著作权相关的《网络侵权司法解释》和《信息网络条例》涉及到更一般的侵权相关规定，因此在本阶段内不会对《电子商务法》进行任何进一步的审查。相反，将对上述两项次级条文中有关服务提供者责任的规定进行更为详细的讨论。

《著作权法》本身并没有对提供者在著作权方面的责任作出规定，而是将相关规定授予次级法律，乍一看有理由通过新的最高人民法院司法解释或对现有次级法律进行修正从而灵活轻易地引入使大规模网上内容分享服务提供者有义务从权利人获得授权的制度，即与《数字化单一市场著作权指令》第17条项下的制度相类似。但是，这是一种相当不现实的期望，原因在于中国与欧盟不同，中国拥有自身本土的大规模网络服务提供者，几乎每一个美国的科技巨头在中国均设立有本地的对应物，并且中国也几乎不会有兴趣使其国家顶尖企业承担过于严格的责任相关规定。即使从过去几个月来看中国主管部门会毫不犹豫地对其国家高科技顶尖企业（如腾讯或蚂蚁科技）采取强硬路线，但是却几乎不会通过修改著作权法来间接实施此强硬路线。但是，这并不意味着无法将欧盟新制度（至少相关元素）移植到中国目前的制度内。从上述解释内容可以看出，

⁷³ 可在 IP Key 网站访问 英文版本：
https://ipkey.eu/sites/default/files/documents/resources/PRC_E-Commerce_Law.pdf

国家版权局并不反对对大规模和实力强大的内容共享提供者实施更为严格的注意义务，从方式来看将接近于《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款的要点，其中按照此款规定，提供者只有在按照高行业专业尽职标准确保其经营处不存在侵权内容时，才能免于承担责任。除此之外，对于如上文所述获得中国音像著作权集体管理协会授权的卡拉OK厅经营者，中国的司法机构至少会赞同《数字化单一市场著作权指令》第17条规定所依据的另一种想法，即如果努力尝试从权利人获得授权，则应降低对侵权行为承担的责任风险。因此本研究第3部分内容为欧盟贸易官员的建议，寻求确定一种将欧洲理念移植到现行中国法律中的方式。

2.7.1.2.1 国务院的《信息网络条例》

如上文所述，尚未按照新《民法典》对《信息网络条例》进行调整，因此仍然参照老版本的内容，即2009年《侵权责任法》第36条中网络服务提供者责任相关的民事条例（最初的条例，目前已不再有效）。在现行版本中，对各类不同的网络服务提供者进行了区别，即提供者应基于其所提供服务的技术特征而承担不同程度的责任，在某种程度上方式与欧盟《电子商务指令》（第2000/31/EC号指令）中第12-15条规定相类似。按照《条例》第20条和第21条规定，在使用者要求时提供接入受保护内容的服务，或者在使用者要求时提供自动内容传输相关服务时（应对应于《电子商务指令》第12条中“纯粹传输服务”的提供者），以及对从其他网页服务中收到的受保护内容提供自动储存相关的缓存服务时，如果他们使接入侵权内容成为可能，则不承担赔偿损失的责任，但前提在于传输和接入服务提供者并未选择或改变相关内容并确保其只为提出要求的特定使用者提供服务，而没有向其他方提供服务，缓存服务提供者并未对缓存内容进行修改并确保其提供的服务不会对原始网页服务与使用者之间的相互作用造成影响，并且在受保护内容被原网页服务修改、删除或屏蔽时，自动修改、删除或屏蔽对应的受保护内容。不要求迅速删除侵权内容作为另一个先决条件。在法院的实际工作中，提供直接或者间接协助以获取侵权内容的服务提供者，在某些情况下将其归类为单纯提供技术服务的消极提供者，因此未使其承担责任。在新成立的杭州互联网法院（在法院中属层级最低的法院）于2019年2月27日作出的判决中⁷⁴，按照上述第20条规定，对于微信即时通信软件小程序（只能通过使用者手机端设备在线访问，而未储存在手机中的一种程序）相关的著作权侵权内容，未使腾讯公司承担相关责任。该法院认为按照第20条规定，腾讯公司仅仅构成“自动访问或传输服务”相关的提供者，因此对于微信小程序相关的侵权内容，无需承担责任。此外，必须切断使用者与相关整个小程序的连接才能断开对侵权内容的访问行为，这将超出《侵权责任法》第36条（老版，现在为新《民法典》第1195条）中要求的“必要”措施范围。

⁷⁴ 不巧的是，北大法宝网站上只提供了该判决书的免费摘录：http://www.pkulaw.cn/Case/pal_a3ecfd5d734f711d853207585d4cbb24c71f77d095387105bdfb.html?match=Exact.

考虑到腾讯公司服务提供者对微信应用环境中嵌入式小程序的第三方开发者提供高度的协助，法院作出的这项判决相当大胆。

提供第三类服务，即为使用者提供“信息存储空间”的服务（但应将此与云服务区分开来，即将此服务理解为托管/内容共享服务），以及提供链接和搜索相关服务的提供者，承担的责任风险更高。按照第22条规定，此类提供者只有在明确表明其涉及业务为使用者托管内容，同时以清晰透明的方式公布其业务、联系人名称和网站地址，不会改变/操纵托管的内容，不知道或者不应当知道使用者上传了侵权内容，不会直接从所上传的内容获得利益，并且最重要的是及时回应全案离任的告知，才能免于承担赔偿责任。在《条例》第14-17条中进一步详细地对“通知并删除”程序进行了说明。提供第四类服务的提供者，即是第23条中所述提供链接或搜索服务的提供者。第四类服务提供者，在迅速删除侵权内容相关的链接后，能够以与提供托管服务的提供者相类似的方式免于承担责任，但前提在于其既不知道也没有合理的理由应当知道其引导其使用者获取内容所对应的侵权性质。这一条规定相当有趣，很显然其包含了“通知并删除”责任相关的服务，即并未将侵权内容托管在提供者自身的服务器中，而是提供便利以获得在别处托管的侵权内容。很显然，此条规定与所谓的“服务器规则”相矛盾，其中按照此服务器规则，只有实际上将侵权内容储存在自身服务器中的提供者才需要承担责任，有报道称大部分中国的法院均遵照此规则。因此，第23条规定也同样适用于“盗版app”的经营者（如国际知识产权联盟报告中所述），例如使智能手机使用者能够获取app运行环境外储存的侵权内容。

在较老版本的《条例》中，并未进一步提及尤其要求后两类服务提供者遵守的某种程度的注意义务，甚至没有提到需要采取的技术措施，例如内容识别技术，以便使“应知”侵权行为的提供者免于承担责任。无法对第14-17条中所述“通知并删除”程序的每一个细节都进行介绍。其中有意思的规定在于“通知并删除”程序使提供者有义务允许认为被错误指控存在侵权行为的使用者就删除/链接移除事宜而提出异议，但此类使用者必须提供其不存在侵权行为的初始证据（第16条）。在收到正确的异议后，提供者应恢复被删除的内容或者被断开的链接，并且向权利人进行告知，其中权利人可对此进行起诉，但不得要求再次删除或断开相关链接（第17条）。此外，按照第14条规定，若发出的侵权通知有误，则权利人应承担对应的责任。

2.7.1.2.2 《网络侵权司法解释》

已经按照新《民法典》对最高人民法院的《网络侵权司法解释》进行了调整，因此相较于上文所述的行政《条例》应更具有实际相关性，但某些时候法院（例如作出上文所述判决的杭州互联网法院）也会采用该《条例》。与行政《条例》不同的地方在于，《网络侵权司法解释》旨在为全国的法院提供准则，即如何对各不同案件中的事实进行权衡，从而作出公平的判决，例如被告声称其没有理由已经知道在其平台上出现侵权使用行为时，是否能成立。

在《网络侵权司法解释》第3条中，将网络服务提供者“供应”（提供）受保护内容的行为定义为“通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的”。看起来上述定义足够开放，不仅包括在提供者自身的服务器中托管侵权内容，还包括提供便利以获得在别处托管的侵权内容，例如通过文件共享软件或者“盗版app”（如国际知识产权联盟报告中谴责的对象）得以实现。也即是说，《网络侵权司法解释》与《信息网络条例》一样也不要求遵守上文所述的“服务器规则”。

在《网络侵权司法解释》第4条第1款中包含一项通则，即合作向公众提供受保护内容的网络服务提供者和其他各方应承担侵权相关的连带责任，但是在第2款中，则规定*能够证明其仅提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务*，可免于承担上述责任。这即是说，对于《网络侵权司法解释》：a) 与《信息网络条例》不同，并没有以详尽的形式预先确定能够免于承担侵权责任的某些提供者，而是在技术方面更加中立；b) 重点强调应由提供者负责证明其所提供服务的性质，以排除与其使用者之间的任何合作关系。

在《网络侵权司法解释》第7-9条中，规定了适用于人民法院的准则，供人民法院对提供者是否涉及到对第三方侵权行为而进行评估，从而决定提供者能否适于按照“通知并删除”原则免于责任，或者应对侵权行为承担责任。其中心点在于服务提供者实施的行为，能否将其解释为存在“教唆或者帮助”性质。按照第7条第（2）款规定，如果提供者以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络使用者实施侵害信息网络传播权行为的，则应确定提供者存在“教唆”行为。而按照第（7）条第（3）款规定，如果提供者在明知或者应知网络使用者利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为，，则应确定提供者存在“帮助”行为。在第8条和第9条内容中，明确规定了何种情况下法院应假定提供者明知或者应知某使用者存在侵权行为。在第8条内容中明确规定，仅仅未能积极地寻找侵权行为，尚不能形成相关责任，并且如果提供者能够提供证据表明其采取了有效且适当的技术措施（例如内容识别技术）以避免出现侵权行为，但仍然未能阻止以侵权方式上传内容等侵权行为时，提供者不应承担对应的责任。按照第9条内容，法院应遵循以下准则对提供者是否“应知”侵权行为而进行评估：

- 基于网络服务提供者提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；
- 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；
- 网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等；
- 网络服务提供者是否积极采取了预防侵权的合理措施；
- 网络服务提供者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；

- 网络服务提供者是否针对同一网络使用者的重复侵权行为采取了相应的合理措施；
- 其他相关因素。

提供者在特定情况下承担更多的注意义务。按照第11条内容，如果提供者从其经营网站上提供的受保护内容而获得了直接的利润，则其应承担明显更多的注意义务。上述直接的利润系指因提供服务而获得的直接款项，例如在按观看次数付费的制度下获得的款项，但不包括广告、服务费等相关收入，这些费用与特定侵权内容无关。如果在未获得授权的情况下对热播影视作品等进行托管，若提供者主动以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式进行推荐，且公众可以在其网页上直接以下载、浏览或者其他方式获得，则法院应认定该提供者应知侵权行为（第10条）。除此之外，如果将热播影视作品等在提供者的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，或者提供者主动对其内容进行选择，编辑等，或者其他可以明显感知相关内容为未经许可提供，仍未采取合理措施的情形，则法院应认定该提供者应知侵权行为（第12条）。

第13条和第14条内容具体涉及“通知并删除”义务。按照第13条内容，在收到权利人以书面形式、传真、电子邮件等方式发送的通知后，如果提供者并没有迅速采取必要的措施并且将收到的通知转发给声称存在侵权行为（按照权利人提供的初步证据以及提供者所提供服务的性质）的使用者，则法院应认定提供者明知在其平台上存在侵权使用行为。其中应主要按照权利人通知的形式和明确性、删除的难度、提供者所提供服务的性质、有争议作品的知名度和数量等，来确定提供者是否做到了“迅速”（第14条）。

最高人民法院于2020年8月24日发布了《关于涉网络知识产权侵权纠纷几个法律适用问题的批复》⁷⁵，其中进一步详细说明了在通知并删除程序中，权利人、服务提供者与使用者之间的相互影响，不仅仅局限于著作权法，还涵盖所有各类的知识产权，即在《批复》的意见中，还将电子商务平台视为可能存在的中介机构。鉴于电子商务平台的具体作用（即此平台能够成为促进著作权侵害行为的中介机构）而对其实施监管为明智的做法，具体理由将在下文中技术保护措施相关的部分进行讨论。在《批复》内容中，还落实了《中美“打击网上侵权行为”第一阶段协议》第1.13款中所述的，美国提出的要求⁷⁶。按照《批复》中第2条内容，服务提供者或者电子商务平台，如果未能按照权利人的删除要求行事，则应为不断产生的损失承担连带责任。在被指控的使用者发送反向通知或者无侵权行为通知后的合理期限内，服务提供者或平台并未收到权利人关于向法院提起诉讼等的通知时，则该提供者或平台应解除断开链接等。如果权利人出于其控制范围以外的原因（例如难以提供经公证后的证据等（最近降低了

⁷⁵ <http://gongbao.court.gov.cn/Details/1e25d4d7107b8c691497c1ed531adb.html>.

⁷⁶ 参见第 1.1.1 项。

公证和认证相关的要求，尤其对于外国权利人而言是好消息⁷⁷)而尚未提起诉讼，则应延长断开链接的时间等，但延长时间不得超过20个工作日(第3条)。在《中美第一阶段协议》中第1.13 2 c)目中，也存在此类20天相关的要求。在《批复》第4条内容中的表述不是很清楚，按照相关内容，如果服务提供者或者电子商务平台因使用者发送的不实通知(显然关乎于被指控的使用者认为其不存在侵权行为)而解除删除的内容，从而对权利人造成了损害，则法院应支持原告(权利人)关于惩罚性赔偿的索赔，实际赔偿额度可达到实际损失金额的五倍⁷⁸。考虑到恶意行为显然是使用者实施的，而不是提供者或者电子商务平台，而在《著作权法》(修正案)第54条第(3)款规定中则对需要进行惩罚性赔偿的“蓄意”侵权行为和严重情况进行了假设，即应向具有侵权行为的使用者索赔，而不是提供者，但是从上述内容的表述来看，却无法完全清楚地表现出这一点。上述内容很明显是为了遵守并实施《第一阶段协议》第1.13 2 d)目中的要求，即应对恶意发送的不实通知和反向通知加以处罚。如果某原告(权利人)发送的通知在后来庭审期间被发现与事实不符，《批复》中第5条内容提出了对权利人而言十分有利的规定。如果原告能够证明其以诚信真诚态度发送通知，并且请求免于承担责任(《民法典》第1195条中的责任)，即使对收取通知的提供者和被指控的使用者造成了损害，法院也应支持此类请求。另外，很显然系按照《第一阶段协议》而制定此项新规定，即对于以诚信真诚态度发送的，内容有误的删除通知，应要求免于承担对应的责任(第13. 2 b项规定)。

与网络服务提供者责任相关的判例法内容丰富，但一致性(尚)不完美，可通过某些判决看出这方面缺陷，例如上文所述关于腾讯的案例判决，主要仅仅参照《信息网络条例》进行；而其他法院则更偏向于参照最高人民法院的《网络侵权条例》或者《民法典》中相关适用的规定以作出判决，其中法院并不会参照一个以上的次级法规。从上述法院专门化偏向行为来看，不大可能提高裁决的统一性，而大部分网络著作权侵权行为与目前最高人民法院知识产权法庭承担的全国二审管辖权所对应的“技术性标的物”无关。但是，看起来如果原告有幸能够在其中一个新设立的专业化知识产权法院中处理其案件，则法官同意其索赔要求的概率就会高一些。为了简洁起见，在本阶段中仅仅对网络传输权利和服务提供者就其使用者出现侵权行为而承担责任相关的几个案例进行讨论。上海知识产权法院在其于2016年1月13日作出的判决中⁷⁹，认为在其自身网站上嵌入被其他方以侵权方式上传的内容时，此网站对应的这方存在从属侵权行为，尤其是该方主动诱导使用者停留在其自身网站上使用侵权内容，而不是跳转至侵权内容最初被上传的网站，这对于该方(被告)而言可获得大量直接的经济利益。看起来，即使没有正式引用，但法院在作出上述判决时，还是部分参考了《网络侵权司法解释》中的规定。除此之外，在作出该判决时，很显然拒绝参考上文所述的“服务器规则”。在此案例中作出判决的方式，与美国纽约南

⁷⁷参见第 2.8.1.2.2 点。

⁷⁸有关惩罚性损害赔偿的更多信息，参见下文第 2.8.1.2 目。

⁷⁹(2015)沪知民终字第 213 号判决书。

区法院于2021年7月30日就“*Nicklen与Sinclair*”案件⁸⁰而作出判决的方式相类似，即要求传播在其他地方托管的侵权内容的一方，承担对应的责任。从北京知识产权法院于2019年11月25日作出的另一项判决来看⁸¹，该法院实际上参照的是《网络侵权司法解释》，即法院认为被告需要就托管原告字体软件，对侵权内容进行“选择和布置”的行为而承担责任（按照《网络侵权司法解释》第9条第（3）项规定），即按照《网络侵权司法解释》第7条规定，认为被告存在“教唆和帮助”行为。从另一方面来看，提供者的注意义务，并不包括对被许可人授权使用的范围进行检查。从北京朝阳区人民法院于2019年11月20日作出判决的一起案件来看，将网络传输权限许可转发给了提供者，而从原始许可来看，并不包括给予分许可的授权规定。⁸²按照本法院的说法，没有理由表明提供者已经“知道”从属许可方超出了其许可相关的授权范围行事。

目前，中国实施的服务提供者责任制度与《数字化单一市场著作权指令》中第17条规定的制度大相径庭，尤其是与大规模以及源远流长的网上内容分享服务提供者相关的规定。中国的制度，其核心问题在于提供者在收到权利人发送的侵权通知后，是否迅速采取措施对侵权内容实施删除架，而按照《数字化单一市场著作权指令》的内容，核心则在于提供者有义务从权利人处获得授权，从而在其各自平台上提供权利人的作品。可由权利人直接进行上述授权，或者由代表权利人的集体管理机构进行授权，具体取决于相关作品的类型。毕竟，如果发现未经授权的内容仍然悄悄进入了提供者的平台，如果能迅速采取措施删除，则仍可免于承担责任，但是前提在于之前确实尽力寻求获得相关授权，确保按照高行业专业尽职标准行事，并且权利人并未将未经授权内容相关的必要和对应信息提供给提供者（《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款规定）。相反，对于中国而言，任何提供者，只要其不知道或者不应知道其网站上存在侵权内容，只要此类提供者能够迅速采取措施将侵权内容删除，其也能免于承担责任。按照当前的法律框架，可根据下列说明对网上内容分享服务提供者所承担责任相关的典型案例进行处理：

研究案例三

事实：德国电影制片公司 Fritz Studios 制作了自己的第一部大片《Goethe reloaded》。电影在中国正式上映后不久，Fritz Studios 接到通知，中国知名的视频分享平台视频库正在播放该片。从视频库网站上对该片的“内容介绍”里可以看到，影片不是整部播放，而是分九个部分在两个月内播放，同时该网站将该片

⁸⁰ <https://www.leagle.com/decision/infdc020210423b69>.

⁸¹ （2018）京 73 民初 494 号判决书，<https://mp.weixin.qq.com/s/ivewkjfqREBc1xQGoAViQ>。

⁸² （2019）京 0105 民初 12496 号判决书（<https://mp.weixin.qq.com/s/Ze-hXlmQ-QEazZ2SAILcvg>）；因此，网络服务提供者获得不包括分许可权的广播许可的持有人的授权传播受保护内容的，没有理由知道网络传播的侵权性质，因此不承担损害赔偿责任。

与其他五条受欢迎的视听内容列为“热门内容”。使用者一打开视频库的主页，就能看到 Goethe reloaded 的海报——Fritz Studios 发行的原始海报，但用中文覆盖了，并取名《Xin Guode》，这与电影的官方中文片名略有出入，而且翻错了“歌德”这个名字。前两部分已经在视频库上发布，每部分都有大约 50 万使用者观看。Fritz Studios 要求视频库立即删除侵权内容，并关闭上传影片使用者的频道。视频库的做法是通知相应使用者，在四天内（包括周末）将上传内容删除，但没能阻止在这四天内上传第三部分。根据视频库网站的统计数据，在侵权使用者的频道最终关闭之前，有 35 万使用者观看了第三部分。Fritz Studios 对视频库采取的措施不满意，认为视频库应该在第一部分上传后立即采取更多措施，从一开始就防止侵权行为的发生。Fritz Studios 希望追究视频库的连带责任，并起诉至广州知识产权法院。

原告观点：被告没有对原告的通知作出迅速反应，致使被告损失进一步扩大。除此之外，被告没有尽到注意义务，因为被告没有充分管控其平台是否有侵权内容。电影分多个部分放在被告网站首页显眼的位置，吸引了大量观众，被告本应警惕存在侵权内容。我们这部电影全球闻名，甚至获得了奥斯卡最佳外国电影提名。被告经营着中国著名的视听内容平台，有着极高的侵权风险，而且被告有资源利用先进的技术手段浏览平台上的侵权内容，我们的电影一出现在被告平台上，就该立马引起被告注意。根据《网络侵权司法解释》第 8 条和第 9 条，在判断被告是否应该知道侵权行为时，这些都是考虑因素，而根据同一司法解释的第 11 条，由于我们的电影是一部受欢迎的电影，而且被放在被告主页显眼的位置，因此被告负有更高的注意义务。因此，根据《民法》第 1197 条，被告不仅应对上传第三部分所产生的损失负责，而且还应该对播放所有三部分所产生的全部损失负责，因为根据《民法》第 1197 条，被告属于应该知道侵权行为的提供者。

被告回应：应驳回原告的主张。我们在第一时间对原告的通知作出了反应，而我们之所以能够做到这样，是因为我们建立了有效的投诉受理机制。我们也长期浏览平台，及时发现侵权内容，因此，根据网络侵权司法解释第 8 条，我们对使用者的侵权行为不承担任何责任。此外，我们还与国家版权局合作。版权局定期向我们提供有关在中国合法出版和传播的最新受著作权保护内容清单，并对反复侵权的使用者采取措施。根据《网络侵权司法解释》第 9 条，所有这些因素都对我们有利。对于这部电影被放在我们网站显眼的位置，我们感到遗憾，但我们可以解释。首先，侵权使用者（顺便提一下，该使用者已经被网站永久封禁）采取了预防措施，将电影分成几部分，模糊了影片原本的中文名字；此次，将内容上传到“热门内容”而不是“热门电影”，增加了我们检测侵权内容的难度。“热门内容”下的各类视听内容，主要是使用者生成的内容，如教程、网红视频等，会自动排列，随着观看人数的增加，在人气列表上的排名自动上升，直到成为主页上最受欢迎的五个“热门内容”，我们对这一过程全程不参与。

法院推理：本院支持原告的主张，被告从一开始就应采取更加严格的措施，清除平台上的侵权内容。原告电影非常受欢迎，而被告，正如原告指出那样，根据

《网络侵权司法解释》第 11 条，对防止这样一部视听作品被侵权负有较高的注意义务。根据《网络侵权司法解释》第 8 条，被告采取的措施，至少对原告的作品而言，算不上“合理、有效”。此外，本院不支持被告影片被拆分、列入不同分区、形成混淆，不易检测的借口。同时，对于被告让使用者可以选择将电影分集放到“热门内容”而不是“热门电影”的平台内部组织机制妨碍了其检测侵权内容的论点，本院不予支持。如果本院接受这种说法，那今后服务提供者都会故意将自己的服务设计成难以检测侵权内容的模式，来规避责任。从使用电影海报可以明显看出，侵权内容，尤其是还被放到被告网站首页显眼的位置，极有可能是一部电影作品，无论是放在“热门内容”下还是“热门电影”下。这一点以及十来万点击量这一事实，本应触发被告引以为豪的内部侵权预防机制。就这一点而言，被告忽视了注意义务，根据《民法》第 1197 条，应被视为应当知道侵权行为的提供者。最后，本院不支持原告关于被告没有及时对原告的通知作出反应的说法，考虑到本案的跨国性质，四天（包括一个周末）已经够快了。但是这不影响被告的责任，被告本应从比收到原告通知更早的时间开始更加注意预防其平台上出现侵权行为。

由于无法评估被告从侵权中获得的违法所得，原告也没能证明其因损失约 50 万观众带来的票房损失的主张，因此只能按“法定赔偿数额”确定赔偿金。由于该片在被告平台上播放比例还不到三分之一，原告的计算无法说服本院。本院根据本案情节、侵权严重程度以及被告未预防侵权的情况，确定赔偿金额为 15 万元人民币。

本案的经验教训：视频库是《数字化单一市场著作权指令》第 17 条定义的网上内容分享服务提供者。从判决结果来看，中国现有法律已经为法院提供了一些可以考虑的因素，这些因素也是《数字化单一市场著作权指令》新赔偿责任制度的核心，特别是结合平台的服务性质、涉案作品的知名度等来判断提供者是否采取了充分的措施，防止其平台上出现侵权内容等因素，虽然仍有诸多差异，但已经接近《数字化单一市场著作权指令》第 17 条第 4 款第 b 项的要点。但是，最大的区别在于中国完全没有像《数字化单一市场著作权指令》第 17 条第 4 款第 a 项一样要求提供者寻求权利人的授权。正如 KTV 案例里讨论那样，使用者（不是提供者）通过集体管理机构取得大量权利人授权，也是现行中国判例法减少赔偿责任的理由。然而在本案中，由于电影业务的性质，视频库不能通过集体管理机构寻求授权，不得不试着直接向电影制片公司寻求授权，而且很可能从来没有取得过一次授权，至少没有取得过能让他们上传热映内容的授权。如果是欧洲法院根据《数字化单一市场著作权指令》来评判这桩纠纷，他们可能会认为即使视频库没有取得 Fritz 上传其电影作品的授权，也依然符合《数字化单一市场著作权指令》第 17 条第 4 款规定的“尽最大努力取得授权”的前提条件。⁸³此外，视频库仅在四天内就删除了侵权内容，可能也符合《指令》第 17 条第 4 款第 c 项的“尽快删除”的前提条件。但是，视频库不符合《指令》第 17 条第 4 款第 b 项规定的第三个前提条件，即“按照行业的高专业勤勉标准，尽力确保（使用者）无法获取具

⁸³欧盟委员会关于第 17 条的指导意见。

体作品以及权利人提供了相关必要信息的其他标的物，”因此，视频库会被视为侵权人，因为它没有同时满足 a、b、c 三个前提条件。可以看出，视频库也没有满足中国法律的相关条件：提供者对其平台上的侵权行为“不应知”，而“不应知”的前提条件之一是提供者努力确保侵权内容难以获得。前面已经解释过，最高人民法院《网络侵权司法解释》要求知名影视作品的提供者承担特别高的注意义务。另外，和《数字化单一市场著作权指令》第 17 条第 4 款第 b 项不同的是，中国对这种注意义务的要求不考虑权利人是否向提供者提供了“相关必要信息”。然而，在该案中，被告视频库自己也承认与国家版权局有合作，后者向其定期提供在中国合法出版发行的视听内容清单，这意味着被告间接收到了相关必要信息。这些清单上应该也包含了 Fritz Studio 的新电影。最后，该案再次展现了定损难度，以及法庭的“法定赔偿数额”倾向。更麻烦的是，视频库作为网上内容分享服务提供者，并不直接从平台上的作品获得收入，而是间接从广告中获得收入，这使得根据侵权人的违法所得计算赔偿额变得极其困难。也就是说，在提供者赔偿责任案件里，新《著作权法》在最终损害证据掌握在被告手里时简化证据的倾向（这一点将在下文有关执法部分详细论述），不太可能产生更加务实的赔偿金额。

可以看出，中国的现行提供者责任制虽然采用的是完全不同的机制，但也能够实现与新版《数字化单一市场著作权指令》责任制所设想的结果。不过，欧盟贸易官员以后在与中国代表磋商时，应试着进一步促进中国现行责任制在不作根本变动的前提下，与《指令》第17条的要点保持一致。其中一个调整途径是《网络侵权司法解释》，其对法院在认定提供者是否“应知”侵权行为时应考虑因素是开放的，这方面将在本研究最后一部分，即第3部分进一步论述。

2.7.1.3 技术保护措施和权利管理信息的保护

之前的《著作权法》有关技术保护措施和权利管理信息法律保护的规定十分粗浅，当时寄希望于国务院制定更加详细的规定，最后国务院在《信息网络条例》中对此做了详细规定。2020年修订版《著作权法》将这些行政规定转入《著作权法》第49至51条，并作了若干调整。现在，《著作权法》第49条第2款禁止故意避开或者破坏技术措施，经2020年的修订后，还禁止以避开或者破坏技术措施为目的制造、进口或者向公众提供有关装置或者部件，“故意”为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。也就是说，制造、进口或向公众提供有关装置或者部件并不一定是“故意”的才会被禁止。虽然无意制造规避装置几乎不可能，但硬件商家或互联网交易商在销售此类装置时很可能不知道装置可能被用于侵权行为。然而，这些行业会被追究责任。

中国《著作权法》列举的此类违禁行为不像欧盟2001年5月22日颁布的《统一信息社会著作权及相关权利若干方面指令》（指令2001/29/EC）（以下简称《信息社会指令》）第6.2条那样详细。《信息社会指令》将“经销、销售、出租、

为销售或出租做广告或为商业目的占用”也列为禁止行为。然而，更令人担忧的是，中国目前没有规定什么样的装置是真正与著作权有关的装置，即没有明确是仅限于那些只能用于避开技术措施的装置，还是也包括《信息社会指令》第6.2款所说的“以避开技术措施为卖点推广、宣传或营销的，除避开技术措施以外商业目的或用途极小的，或者主要以帮助避开技术设施为目的而设计、生产、改造或执行的”装置。《著作权法》第49条第3款仅将技术保护措施定义为用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。这一定义对广播标的物著作权人及邻接权人尤其不利，因为网上有各种主要用于解密受保护广播信号（而且甚至经常明确这样宣传）但又不一定只用于侵权目的的各种设备出售。因此，欧洲官员在与中国代表会谈议题中应加入一项澄清，明确禁止制造和经销专门宣传用于侵权目的或侵权目的以外用途有限的设备。

此外，对电商平台不对付商家提供帮助侵权但没有直接侵犯特定权利人著作权的装置，特别是可用于避开技术措施的装置的责任，也没有明确规定。2018年8月31日颁布的《电子商务法》⁸⁴第41至45条虽然规定了“通知并删除”程序，但是专门针对侵害知识产权的商品，重点放在直接侵害具体知识产权的假冒商品上，而不是帮助他人未经授权获取受保护内容的装置上。《电子商务法》第42条规定“知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据。”毫无疑问，能提出“通知并删除”申请的知识产权侵权标的物仅限于直接侵犯了具体知识产权的标的物，如未经授权的作品。另外，2020年9月10日印发的《最高人民法院关于审理涉电子商务平台知识产权民事案件的指导意见》⁸⁵也没有相应的说明。在目前的制度下，以下情况是完全可以想象得到的：

研究案例四：

事实：爱尔兰付费电视体育广播公司 O'Hoolihan Inc.赢了对中国直播平台的诉讼（见研究案例二）。但是，它希望进一步起诉销售网卡共享装置的商家。被告正是通过这些装置解密 O'Hoolihan 的卫星信号，然后通过互联网向更多的受众重新传输 O'Hoolihan 的卫星信号。经进一步研究，O'Hoolihan 发现这些装置是广东的几个厂家生产，然后在中国知名电商平台“买卖蚂蚁”上推广并销售。O'Hoolihan 决定不仅起诉明显违反《著作权法》第49条2款的厂家，而且还通知买卖蚂蚁按照《电子商务法》第42条规定销售这些装置。然而，买卖

⁸⁴可从以下网址下载英文版：https://ipkey.eu/sites/default/files/documents/resources/PRC_E-Commerce_Law.pdf#:~:text=Article%20%20This%20Law%20is%20formulated%20with%20a,promoting%20the%20continuous%20and%20sound%20development%20of%20ecommerce.

⁸⁵<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-254931.html>.

蚂蚁拒绝删除被指控商品的广告，于是 O'Hoolihan 向北京知识产权法院提起诉讼。

原告观点：被告电子商务平台上宣传和销售的装置除了用于未经授权获取受《著作权法》保护的内容外，明显没有其他用途。向公众提供这些装置明显违反《著作权法》第 49 条第 2 款规定，因此买卖蚂蚁有责任根据《民法》第 1195 条第 2 款以及《电子商务法》第 42 条第 2 款及时屏蔽这类装置在其平台上的广告。

被告回应：原告不能证明被告平台上目前提供的装置“对其权利有任何侵害”。此外，没有证据表明这些装置本身如原告所说，只能用于非法用途。无论是《民法》、《电子商务法》，还是《著作权法》，都没有规定电子商务平台有义务删除本身并未明显侵犯知识产权的商品，如假冒受商标保护的商品。

法院推理：法院驳回了原告的主张。由于很正当的理由，《著作权法》对技术措施的保护仅限于实际避开或删除技术保护措施本身和之外的若干准备行为，即制造、进口或提供有关装置等，或提供辅助服务。另外，原告援引的《民法》和《电子商务法》条款的措辞明显表明，电子商务平台的责任只及于直接侵害知识产权的商品，如假冒商标的产品，不包括可用于侵权目的但没有直接侵害具体知识产权的装置。否则这种责任会让电商平台疲于应对，危及中国电商业务的健康发展。

本案的经验教训：该案表明，电子商务平台对容忍商家在其平台上销售主要用于帮助未经授权获取受保护内容的解密装置没有明确责任，无论平台多么清楚这些产品可能被用于侵权目的。现有法律规定可能虽然足够开放，能够根据《著作权法》第 49 条第 2 款作出纳入这种服务商不行动的解释，但是如果法院认为这种解释会危及中国某个重要产业的发展，则不太可能采用这种解释。在此案中，法院援引了“利益平衡”的论点，即不应以牺牲其他经济或创造性活动为代价对著作权进行过度保护。其他许多国家也存在同样的保障落差，但在中国，这个问题尤其严重，因为前面已经解释过，欧洲和美国那些注重著作权的行业将中国的电商平台视为可用于侵权目的的实体设备在全球流通的主要原因。如果中国法律扩大电商平台对其平台上所售装置的责任，有助于在这些装置还未进入全球在线市场前，就从源头抑制这些装置在全球范围内的流通。

一些欧洲权利人认为中国的电商平台（如阿里全球速卖通等）是侵权用途装置全球流通的中介机构，欧盟贸易官员应力求（中国的）二级法律（最高人民法院司法解释和行政法规）作出明确、毫不含糊的规定，要求电子商务平台对其平台上提供的避开技术措施的装置承担一定的注意义务。本研究第3部分将对此提出相应建议。

此外，修订版《著作权法》第50条根据《信息网络条例》略作修改，通过了一份限制清单，列出了允许直接避开技术保护措施的情况。⁸⁶允许避开技术措施的情形有：a) 为学校课堂教学或者科学研究，提供少量已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，而该作品无法通过正常途径获取；b) 以阅读障碍者能够感知的无障碍方式向其提供已经发表的作品（这条限制的原版已经改用《马拉喀什条约》的术语）；c) 国家机关依照行政、监察、司法程序执行公务；d) 对计算机及其系统或者网络的安全性能进行测试；e) 进行加密“研究”或者计算机软件逆向工程研究。也就是说，只允许以逆向工程研究为目的而避开技术措施，不允许以逆向工程本身为目的避开技术措施，无论这种区别在实践中意味着什么。最后，根据修订版《刑法》第217条第6款，故意避开或者破坏技术保护措施，情节严重的，也会受到处罚，但不涉及出售或以其他方式提供能够实现避开技术措施的软件或硬件。

关于技术保护措施的公开法院裁决很少。现有的、不是太新的判例法显示，法院对是否实际采用了技术保护措施以及被告如何避开或删除这些措施的证据要求相当严格。⁸⁷此外，还有一种不太可靠的可能性：如果避开技术保护措施能够获取不受著作权或邻接权保护的标的物，则可能被定性为不公平竞争。⁸⁸

如前所述，以前的《著作权法》关于操纵权利管理信息的规定也同样粗略。以前的《信息网络条例》只禁止删除或更改权利管理信息，而将更详细的规定，如关于如何处理被删除权利管理信息的作品的进一步利用等规定，留给国务院颁布的《信息网络条例》。《著作权法》2020年的修订将这些行政规定转移到了《著作权法》第51条。修订案不仅禁止除由于技术上的原因无法避免之外故意删除或者改变权利管理信息，而且还禁止在知道或者应当知道权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供相关的作品和其他给予保护的内容；中国的《著作权法》并没有将这种保护局限于表演者和录音制品制作者，而是将视听制品制作者和广播机构也纳入其中，超出了在《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（简称《表演和录音制品条约》）的要求。

⁸⁶ 该条款还明确规定，用于实施侵权行为的装置等的流通以及权利人依法享有的其他权力的侵犯不在该特权范围内。

⁸⁷ 例如，参见湖北省高级人民法院（2008）鄂民三终字第 23 号判决书维持的武汉市中级人民法院（2007）武知初字第 59 号判决书；不巧的是，未找到这些判决书的全文，但中级人民法院的判决书在 *Case Studies of Technological Protection Measures for Computer Software*，刘桂岑 2011 年 4 月 25 日提交给上海交通大学的硕士论文《计算机软件著作权技术保护措施案例研究》中得到总结和评论，该论文可在中国知网数据库订阅后查阅，网址：<http://kreader.cnki.net/Kreader/CatalogViewPage.aspx?dbCode=cdmd&filename=1011299489.nh&tablename=CMFD2012&compose=&first=1&uid=>；对这种证明更严格但当时相当宽宏的判决是对不受著作权保护的标的物给予了反不正当竞争法下的替代保护，参见北京市高级人民法院 2006 年第 1 号判决书（（2006）一终民初字第 8569 号），网址：http://www.cnipr.net/article_show.asp?article_id=4454

⁸⁸ 北京市高级人民法院的上述判决书承认了这种保护，但上海市高级人民法院 2007 年的判决书（（2006）沪高民三（知）终字第 110 号判决书）否定了这种保护，网址：http://www.law-lib.com/cpws/cpws_view.asp?id=200401177969。

2.8 执法：基础设施、程序和损害赔偿

在执法方面，对诉讼法（证据、诉前和诉中行为保全以及证据保全）、损害计算和刑事执法作了重大修订。其中一项重要修订涉及司法机构内部的体制调整，以加强法院的知识产权专业化，这一点将在下一章中讨论。

2.8.1 司法保护

2.8.1.1 体制改革：法院专业化及对著作权保护的影响

中国法院的知识产权专业化程度正在上升。越来越多的中级和高级人民法院配备了知识产权法庭，北京、上海和广州三个工业中心还分别设立了三个中级人民法院层面的知识产权法院，对“技术性”知识产权（即专利、技术秘密、植物新品种、半导体布图设计，但也包括“软件”，这也与著作权有关）拥有专属管辖权，而广州知识产权法院对整个广东省拥有管辖权。⁸⁹2018年，最高人民法院内部增设中央“知识产权法庭”⁹⁰，对中级人民法院层面之后所有“技术性”知识产权案件拥有专属的二审管辖权。也就是说，全国范围内所有涉及技术性知识产权案件的二审都集中在这个新的知识产权法庭。2020年，中国在海南自贸港设立了第四个区域性知识产权法院。但是，根据《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》⁹¹第3条，地方中级人民法院不再受理任何知识产权案件，包括著作权案件，无论是技术性的还是非技术性的，因此，实际上北京、上海和广州三地的知识产权法院已经接管了一审，如果案件先由基层法院处理，也接管了所有知识产权的二审管辖权。根据前面提到的国家版权局关于网络著作权侵权行为的报告，这意味着著作权诉讼将高度集中在北京和上海的两个知识产权法院，让人有理由希望上文提到的网络服务提供商责任相关诉讼的不一致将很快成为历史。2019年，北京知识产权法院的著作权案件数量比上一年增加37%，上海知识产权法院的案件数量甚至增加了50%。然而，“传统”著作权案件的次审仍由高级人民法院处理，而最高人民法院的新知识产权法庭则对所有涉及技术标的的软件著作权案件拥有专属管辖权。

另一种新型法院，即基层人民法院的“互联网法院”，也值得一提，因为它们与著作权诉讼高度相关。这些新型法院被叫作互联网法院有两方面的原因。首先，它们处理各类与互联网有关的纠纷，包括网络著作权侵权行为纠纷；其次，各类文件、证据、简报等都可以在网上交换，审判通过互联网公开传送。网络著作权纠纷往往先在互联网法院提起诉讼。杭州互联网法院是第一个互联网法院，成立于2017年，已经作出了一些引人注目的著作权判决，比如上面提到的关于腾讯对第三方小程序上侵权内容的责任的判决。北京和广州也相继设

⁸⁹全国人大常委会的相应决定，网址：<https://wipolex.wipo.int/en/text/343717>。

⁹⁰ 最高人民法院的相应规定见 <https://www.chinacourt.org/law/detail/2018/12/id/149825.shtml>。

⁹¹ <https://wipolex.wipo.int/en/text/350716>。

立了互联网法院。根据上文提到的国家版权局网络著作权保护年度报告，三家法院共审理了1700起网络著作权案件，数量令人印象深刻（但不能说明判决的质量，如上文提到的腾讯案），著作权诉讼案在其案件总量中的占比最高（北京：46%；杭州：41%；广州：66%）。另外，据报告，由于在准备和审理阶段使用了先进的IT技术等原因，互联网法院的诉讼时间相对较短，平均审理时间为“传统”法院的五分之二。

2.8.1.2 民事诉讼的改革

2.8.1.2.1 损失计算中举证责任的倒置

如上述案例研究所示，迄今为止，法院裁定的赔偿金额出了名的低，主要是因为法院更倾向于按“法定赔偿数额”而不是其他计算方法确定赔偿金。如果无法根据实际损失、侵权人违法所得计算，或者如2020年修订后规定的，无法参照该权利许可使用费计算⁹²，法院很容易按法定赔偿金额确定（《著作权法》第54条第1款）。也就是说，“法定赔偿数额”原本是没有更务实的损失计算方法时的最后手段，但在过去几十年的司法实践中却成了所有知识产权领域最常用的赔偿金确定方法，而这些金额往往低于实际损失。所谓“法定”，只是《著作权法》规定了此类损害赔偿金的最高数额，以前是50万元，第三次修订后是500万元（《著作权法》第54条第2款）。更令人担心的是，根据《著作权法》第54条第3款的规定，赔偿数额应只包括原告为制止侵权行为所支付的“合理”开支而不是实际开支，而在大多数情况下实际开支远远高于法院认定的“合理”开支。虽然最近看到有将律师费、专家费等费用按实际费用加入原告赔偿数额的趋势，但这一趋势纯属法官所为，因为《著作权法》关于“合理”赔偿数额的规定没有改变。

不过，第三次修订将最高法定赔偿金额大幅提高十倍，这一点前面已经提到过，最重要的是，此次修订还简化了原告对实际损失的举证责任，因此，法院今后难以仅声称没有其他合适的计算方法，就直接按法定赔偿数额认定赔偿金。根据第54条新增的第4款，如果原告尽了必要举证责任，法院应责令侵权人交出其掌握的账簿和其他计算损失的材料。侵权人不提供，或者提供虚假的账簿、资料等的，人民法院可以参考原告（不完整）提供的证据确定赔偿数额。然而，适用这种举证责任倒置的前提条件是，侵权人实际掌握着相关文件。从网上内容分享服务提供者的责任来看，如果实际侵权行为是使用者实施的，而提供者只是从其平台上的广告中赚取间接利润，则很难适用这种举证责任倒置。

⁹²甚至在修正案之前，损害赔偿偶尔也会采用按照合理的许可费的计算方式，参见 Peter Ganea, Danny Friedmann, Jyh-An Lee & Douglas Clark 合著、Christoper Heath 编辑、Kluwer Law 出版社出版的 *Intellectual Property Law in China* 《中国的知识产权法》（2021年第二版）Peter Ganea 所撰 Copyright 《著作权》中列举的案例（第397页及后文）。

法院主要以“法定赔偿数额”的方式确定赔偿金是知识产权诉讼普遍存在的问题。前文已解释过，中国的立法机构已经在努力解决这个问题，这对中国和外国权利人的影响一样大，但新规定可能需要一段时间才能反映到判例法中。

2.8.1.2.2 减少“使领馆认证”要求

之前的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》⁹³第 11 条规定，所有海外形成的证据在提交法院之前，必须先所在国进行公证，然后由中国使领馆认证，这对外国诉讼当事人来说是一个相当大的负担。好消息是，在 2019 年的大修⁹⁴中，这一规定（现在的第 16 条）已经显著放宽。2020 年 11 月 16 日新出台的《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》⁹⁵（以下简称《知识产权证据规定》）第 8 条有一项影响更为深远的规定。该条规定对此前已为发生法律效力的大陆法院裁判所确认的证据、已为仲裁机构生效裁决所确认的证据、能够从官方或者公开渠道获得的公开出版物、专利文献及其他证据能够证明真实性的证据不作任何认证要求。根据该《规定》第 9 条，可通过当事人之间认可或以接受伪证处罚为前提的证人证言来引入或确认真实性的证据，应至少免除“使领馆认证”手续。后一规定执行了上文提到的中美第一阶段协议的 1.30 条的精神。尽管有了这些纸面上的改进，美国贸易代表仍然批评一些法院以旧方式处理“使领馆认证”要求，而且北京知识产权法院甚至会拒绝接受经过公正和“使领馆认证”的证据。⁹⁶

尽管如此，这里仍要提一下国际唱片业协会对本研究调查的回答：合法出口到中国并在中国合法发表的外国内容著作权人至少应该不难证明自己的专利人身份，因为法院一般会接受到相关部门办理审批时提供的证据。

2.8.1.2.3 临时措施和证据保全

前面已经提到过，临时措施，特别是“行为保全”，即责令被告不作或作某些行为，也包括冻结财产等，至少目前在中国法院很少用，主要是由于难以证明申请采取的临时措施的紧迫性。2012 年《民事诉讼法》经全面修订后（最后一次修订是在 2017 年），现在包含了关于诉中和诉前证据保全的规定（第 81 条）以及关于请求法院责令一方作出或不作出某一行为或扣留或冻结其财产的行为措施的规定（第 100 条规定了一般的措施，第 101 条具体规定了诉前措施），但情况并没有明显改善。至少在法院实际采取行为保全或证据保全措施的极少数情况下，法院自此多援引《民事诉讼法》中对权利人更为友好的一般规定，而

⁹³ 可从以下网址获取 2001 年版本：
<http://gongbao.court.gov.cn/Details/0d82ddc253c5a8a44fba92ea600bb.html>.

⁹⁴ <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201912/9bce4fdad6734765b316f06279aba6b8.shtml>。

⁹⁵ <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-272241.html>.

⁹⁶

[https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Special%20301%20Report%20\(final\).pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Special%20301%20Report%20(final).pdf)（第 42 页）。

不再援引旧的《著作权法》和其他知识产权法律中仅限于诉前措施的具体规定，例如，后者规定，申请人必须在行为保全或证据保全令下达后15天内提起诉讼（而《民事诉讼法》规定的期限为30天）。

《著作权法》经2020年的修订后，不再包含关于诉前措施的具体规定，而只是在第56和57条中提到了关于诉前临时措施和诉前证据保全的一般民事诉讼规则。不过，最新的两次最高人民法院解释对知识产权做了更加详细具体的规定：2018年12月12日发布的《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《行为保全规定》）⁹⁷，仅解释了《民事诉讼法》中关于禁止作出或必须作出一定行为的保全（不是保全财产）；2020年11月16日发布的《知识产权证据规定》，在第11至18条中规定了（诉中和诉前的）证据保全。

下面我们只强调中国新著作权制度在临时措施和证据保全方面的几个特点。一般来说，如果一方当事人申请采取诉中措施，不一定要交纳保证金。如果申请采取诉前临时措施，情况就不同了，因为相关紧迫性更高，法院必须在48小时内就临时措施作出决定。为了弥补错误采取行为保全措施的可能性，申请人须交纳保证金（诉前证据保全不用，因为这种情况下造成重大损失的风险较低）。

《行为保全规定》第6条要求法院根据几个因素判断是否属于“情况紧急”，从而对根据《民事诉讼法》第100条第3款申请的诉中保全或根据《民事诉讼法》第101条申请的诉前措施迅速采取措施。特别是在著作权案件中，如果发表权等人身权或者“时效性”较强的热播电视节目即将受到侵害，应当认定为“紧急情况”。后者应包括直播，特别是体育赛事的直播，在直播赛事结束前及时删除非常重要，但是即使是最仁慈的法官也很难在如此短的时间内责令立即删除。这种情况就需要具体的手段，这些手段在时效和刚性上甚至需要超出目前的“通知并删除”制度，比如上文提到的“删除工具”。

《行为保全规定》第7条规定了在审查行为保全申请时（无论是否紧急），应当考量的因素。基本要求是证明采取初步措施的必要性以及采取这种措施的法律依据，特别是要证明对知识产权的所有权。此外，法院须评估：有关知识产权的存在和稳定性（这在专利领域相当重要，在著作权案件中则不那么重要）；如果不采取保全措施，是否会发生不可挽回的损害或造成案件裁决难以执行等损害；如果不采取保全措施，对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害；采取行为保全措施是否损害社会公共利益。最后一项在著作权案件中几乎不可想象，但在专利领域，如果行为保全可能导致必需品供应减少，则会被认为损害社会公共利益。⁹⁸著作权领域比较重要的是“便利平衡”测试：法院须比较行为保全给被告造成的损害与不采取保全措施给原告造成的损害，后者往往相当于原告胜诉后可能得到的赔偿金额。如前所述，在过

⁹⁷ <http://gongbao.court.gov.cn/Details/3485741fc1d04e68f9df633dc791e6.html?sw>.

⁹⁸ 例如，参见经常被引用的“2009年关于武汉晶源环境工程有限公司诉日本富士化水工业株式会社案判决书”（民三终字第8号判决书）。在该案中，无待裁决的诉前或诉中禁令，但下令被告停止实施侵权行为的最终判决将危及当地的能源供应。

去的几十年里，中国法官判决的赔偿金额一直被批过低，主要原因是法官偏好按照“法定赔偿数额”的方法确定赔偿金额。此外，2020年修订版《著作权法》有助于采用更加务实的方法计算出更高的赔偿金额（第54条第4款）。此次修订还规定，对故意侵害著作权，情节严重的，可以按照实际损失一倍以上五倍以下给以惩罚性赔偿⁹⁹（第54条第1款），从而将最高“法定赔偿数额”提高十倍，从50万元增加到500万元（第54条第2款）。所有这些今后都会产生到更高的赔偿金额——赔偿金额将由对临时保全申请作出判决的法官预计，并按照便利平衡测试结果与被告的潜在损失比较。

《行为保全规定》第10条进一步规定了判断如果不采取措施，是否会造成“难以弥补的损害”的标准，其中包括：1）未发表作品是否即将发表，或者其他人身权等将受到侵害；2）是否存在损害不可控制地增加的情况；3）是否会影响权利人的市场份额。假设在上文提到的研究案例三中，视频库没有对Fritz Studios的通知作出反应，那么Fritz Studios很可能会毫不费力地说服法院责令视频库立即封锁侵权使用者的频道，防止其继续上传，以免造成更大的损失。

申请临时措施时应提交申请书，载明申请所依据的理由，为行为保全提供担保的财产信息或资信证明等（《行为保全规定》第4条）。如果对被申请人造成的潜在损害高于预期，法院也可以追加担保金额（《行为保全规定》第11条第3款）。除非被申请人同意，否则采取的行为保全措施，一般不因提供反担保而解除（《行为保全规定》第12条）。《行为保全规定》还对其他几方面做了进一步规定，例如，临时措施的期限、许可人申请临时措施的法律能力、被申请人的反申请以及在申请诉前行为保全时的当地管辖权，但是，为了简洁起见，这里不再一一赘述。

虽然临时措施作为一种执法手段还不够普及，但是具体到网络著作权侵权案件，法院似乎越来越多地适用临时措施，而且最高人民法院似乎也愿意更加积极地促进这种保护手段。最高人民法院选入《世界知识产权组织 知识产权典型案例集 中华人民共和国卷》（2011-2018；与世界知识产权组织合编）¹⁰⁰的6个主要著作权案件中，有3个涉及临时措施。其中一个武汉市中级人民法院的判例¹⁰¹，要求一家云音乐平台停止通过其服务传播涉嫌盗版的音乐。法院责令采取措施的主要理由是，由于被告的平台快速普及，有可能对权利人造成重大损失，而快速普及是最高人民法院在上文提到的规定中明确列出的一项判断标准。在著名的广州知识产权法院2015年3月9日的暴雪裁决中，¹⁰²法院发布了另一项禁令，

⁹⁹ 有关更多信息，参见下文第 2.8.1.2 目。

¹⁰⁰ 可从世界知识产权组织网站获取：<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4477>。

¹⁰¹ （2014）鄂武汉中知禁字第00005号判决书，英文摘要载于WIPO Collection of Leading Judgments on Intellectual Property Rights《世界知识产权组织知识产权典型案例集》，第93页及后文。

¹⁰² （2015）粤知法著民初字第2-1号判决书，英文摘要载于WIPO Collection of Leading Judgments on Intellectual Property Rights《世界知识产权组织知识产权典型案例集》，注90、98及后文。

禁止网上传播“克隆”的著名电脑游戏《魔兽世界》，原因包括申请人有可能胜诉，且有可能遭受不可挽回的损害。

如前所述，关于证据保全的知识产权具体规定，无论是诉中保全还是诉前保全，在最高人民法院的《知识产权证据规定》第11至18条作了单独的规定。《知识产权证据规定》与其法律依据《民事诉讼法》第81条的不同之处在于，它没有区分一般证据保全和诉前证据保全，尽管主要知识产权法都将临时措施限制在诉前阶段，包括《著作权法》第57条的一般性规定，这样做显然是为了确认中国与《与贸易有关的知识产权协定》相应的要求保持一致。但是，没有理由仅仅依据《民事诉讼法》就认为不能在诉中申请证据保全。在诉前阶段被申请人尚不知道自己即将遭遇法律灾难时保全证据应该更为有效。根据《知识产权证据规定》第11条，法院应审查申请人是否为其索赔提供了初步证据；申请人能否收集证据；未来证据灭失或者难以取得的可能性及其对证明待证事实的影响；可能采取的保全措施对证据持有人的影响。根据《知识产权证据规定》第12条，法院应当尽量减少被申请人负担。根据第13条，拒不配合的被申请人，法院可确定由其承担“不利后果”，这可能意味着法院至少在在一定程度上可以在诉中认可申请人提供的初步证据。至于拒绝交出密码是否构成拒不配合的行为，尚不清楚。根据第15条，在采取保全措施时，法院可以要求当事人到场。此外，如果当事人申请，法院也可以通知有专门知识的人到场，法院也可主动咨询技术专家。根据第15条规定，不涉案的第三方也可以成为证据保全措施的对象。保全程序、扣押材料、在场人等须详细记录。诉前证据保全是在软件著作权案件的重要的执法手段，因为重要的证据大多是由容易删除的数字数据组成。¹⁰³

2.8.1.2 惩罚性赔偿

如前所述，修订版《著作权法》第54条第1款最新规定，对故意侵权，情节严重的，最高可以按照权利人实际损失、侵权人违法所得或参照该权利许可使用费的五倍确定惩罚性赔偿（不是按“法定赔偿数额”计算）。自《著作权法》第三次修订以来，中国所有的知识产权法、《专利法》、《商标法》，甚至《反不正当竞争法》中关于商业秘密侵权的规定，都对惩罚性赔偿作出了规定。人民法院如何适用这种欧洲著作权制度里所没有的新型救济，载于2021年2月7日发布的《关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》。¹⁰⁴《解释》第2条明确规定，权利人可申请惩罚性赔偿，但须明确赔偿数额、计算方式以及所依据的事实和理由。《解释》第3条包含了法院在认定侵害知识产权是否“故意”时（申请惩罚性赔偿的两个前提条件之一）应当考虑的因素。其中与著作

¹⁰³参见 Mark Cohen 对关于中国知识产权执法（特别是关于软件诉讼）的数据驱动报告的总结，网址：<https://chinaipr.com/2020/07/13/an-update-on-data-driven-reports-on-chinas-ip-enforcement-environment/>

¹⁰⁴中文版：<https://www.ccpit-patent.com.cn/zh-hans/node/12431/12430>.

权相关是，法院应考虑被告在经原告或者利害关系人通知、警告后，是否仍继续实施侵权行为，以及被告实施的行为是否构成盗版、假冒注册商标。除此之外，法院须综合评估所涉知识产权的类型、知识产权的稳定性（专利领域尤其重要）和所涉产品的知名度。后者也适用于著作权案件，例如，如果所涉被侵权标的物构成知名电影作，应假定侵权意图较高。《解释》第4条为法院提供了在认定侵权是否达到可以申请惩罚性赔偿的严重程度时，应当考虑的因素。其中与著作权有关的是：a) 因侵权被行政处罚或者法院裁判承担责任后，再次实施相同或者类似侵权行为；b) 被告以侵害知识产权为业；c) 侵权获利或者权利人受损巨大。第5条明确规定，原告的诉讼费用不计入惩罚性赔偿金的计算基数，即只考虑原告实际损失数额、侵权人违法所得数额或参照该权利许可使用费。惩罚性赔偿的倍数，即是按参照该权利许可使用费的2倍、3倍还是5倍等计算，应当综合考虑被告“主观过错”程度（例如恶意程度）和侵权行为的情节严重程度等因素（第6条）。最后还有十分重要的一点：第6条还明确了惩罚性赔偿与刑事罚金或行政罚款之间的相互依赖关系。本着“刑先民后”原则，《解释》规定，因同一侵权行为已经被处以行政罚款或者刑事罚金且执行完毕，被告主张减免惩罚性赔偿责任的，法院不予支持，但是，法院在确定惩罚性赔偿金的倍数时，可以综合考虑。

惩罚性赔偿特对欧洲权利人而言意义非凡，尤其是对那些深受专业直播平台或服务商侵权行为困扰的权利人（前面已经提到过，这些平台故意提供访问受技术保护内容的机会），但是很难证明让使用者能够上传侵权内容的分享服务提供者有足够高的恶意。

2.8.1.3 刑事执法

为了遵守《与贸易有关的知识产权协定》第61条的规定，成员国有义务至少对商业规模的商标伪造和盗版行为的刑事责任作出规定，中国为了遵守这一规定，在1997年的《刑法》中包含了两个关于著作权侵权的刑事条款。《刑法》在2020年修订之前只规定了实体侵权行为的刑事责任，如未经授权的复制发行，条件是这些行为是故意的，而且令侵权人获得了极高的违法所得；因此，从《刑法》第217条原来的措辞中，并不清楚是可以单独就发行提起刑事诉讼，还是只有在发行与复制同时存在时，才能提起刑事诉讼。2004年最高人民法院和最高人民检察院联合发布的解释，消除了这种模糊性。《解释》明确可以对复制和发行这两种行为分别进行起诉。

直到2020年对《刑法》进行修订后，才对网络传播犯罪作了规定，但前面提到的最高人民法院和最高人民检察院的《解释》将这种行为归入了“发行”犯罪（第11条第3款）。这种解释扩大了《刑法》中一个含义明显有限的著作权术语（即发行有形的复制品）的范围，使之同时包括非物质传播（《著作权法》第10条对此有单独的定义），这种做法很值得怀疑。即使中国《立法法》第104条规定，最高司法机关制定的各种解释、规定等都是具有约束力的法律，但其存在

[2. 中国著作权制度的最新改革、改革对欧洲创意产业的重要性以及与欧盟著作权法进一步对标的可能性

的理由是对全国人民代表大会通过的上位法进行解释，而不是制定没有现行法律依据的新规则。这对于刑法来说更是如此，刑法不会无故受禁止通过参照制定法律的约束。尽管有这样的担忧，¹⁰⁵

2011年1月11日最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》，¹⁰⁶进一步承认了网络“传播”犯罪，其中第13条规定了网络著作权侵权应受惩罚的几个门槛，即非法销售额达到5万元以上，传播作品500件（部）以上，非法传播内容被点击5万次以上或传播给1000名以上的使用者。如果没有一个门槛完全达到，但至少有两个门槛达到了一半以上，也可以确定刑事责任。该条所列门槛甚至是开放的，它提到了其他未规定但可以确定刑事责任的严重情节。由于这个法律依据不够完备，法院在过去几年中对“网络著作权犯罪”作出了为数不少的刑事定罪。如前所述，视频游戏侵权几乎完全是一个刑事执法问题。还有几个案件中，被告方因民事法庭甚至都不认为是侵权的行为被从严刑事定罪。¹⁰⁷

前面提到的《刑法》2020年12月修正极大地提高了网络著作权侵权行为的法律确定性。现在，第217条第1项和第3项明确将通过信息网络向公众传播各类作品和录音录像（但不包括受其他邻接权保护的标的物）列入应受惩罚的行为清单，前提是违法所得数额较大或者有其他严重情节。在这种情况下，侵权人可被判处有期徒刑和/或处以罚金。如果违法所得数额巨大，或者有其他特别严重情节，可处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。根据这一最新修正，立法机关追溯性地批准长期以来确立的司法惯例——将未经授权的网络传播纳入“发行”犯罪之下，相应的门槛设为“超过5万次点击”等，目前正在成为法律依据。

2.8.1.4 行政执法

在中国，著作权侵权不仅是民事诉讼的问题，情形严重的还是刑事诉讼的问题，而且还可以由专门的行政管理部门（即国家版权局监督下的地方著作权行政管理部门）处理。行政执法是中国的特色，是一种比向法院提起民事著作权诉讼

¹⁰⁵参见刘孔中编辑、香港城市大学出版社2019年出版的Annotated Leading Copyright Cases in Major Asian Jurisdictions《亚洲主要司法管辖区主要著作权案例注释》中崔国斌所撰Distribution of Copyrighted Works by Framed Links and Peer-to-Peer Service Constitutes a Crime of Copyright Infringement under Chinese Criminal Law《通过加框链接和点对点服务分发著作权作品构成中国刑法中规定的侵犯著作权罪》（第227页及后文）。崔国斌还提到，《刑法》在1997年（《刑法》颁布年）和2000年之间已修订了9次，因此，如果立法机构确实有意引入网络盗版方面的刑事责任，机会相当多。

¹⁰⁶ <http://gongbao.court.gov.cn/Details/55559be2150804415cf7add7b4f0c8.html>（中文版）。

¹⁰⁷Peter Ganea, Danny Friedmann, Jyh-An Lee & Douglas Clark 合著、Christopher Heath 编辑、Kluwer Law 出版社出版的Intellectual Property Law in China《中国的知识产权法》（2021年第二版）Peter Ganea 所撰 Copyright《著作权》中引用的案例（第293页、397页及后文）。

成本更低、速度更快的替代手段，特别吸引那些首先看重快速终止正在实施的侵权行为而非损害赔偿的权利人。损害赔偿不能由行政管理部门决定，但行政管理部门有权在侵权行为被确定后对损害赔偿问题进行调解。

《著作权法》第三次修正案显著扩大了地方著作权行政管理部门的权限。在起诉侵权行为时，地方著作权行政管理部门现在有权询问当事人，检查侵权地点和侵权物品，检查和复制合同等文件，查封和扣押侵权场所与侵权物品，当事人有义务配合，不得阻挠（《著作权法》第55条）。《著作权法》第53条规定了对各种可被行政查处的行为的行政措施。《著作权法》中详尽地列出了这些行为，其中特别包括侵犯网络传播权、规避技术保护措施以及操纵权利人的信息。行政措施包括“警告”、终止令、没收非法收入、没收或销毁非法作品副本以及用于实施侵权行为的材料、工具、设备等；营业额高于5万元的，可处以侵权人非法营业额5倍以下的罚款；营业额低于5万元或无法确定的，可处以25万元以下的罚款。

地方行政管理部门根据权利人的投诉采取行动，但也可以依职权采取行动，因为地方行政管理部门的主要任务是维护公共利益，而不是权利人的个人利益。上述国家版权局2019年报告显示，国家版权局以及地方著作权行政管理部门浏览互联网上的侵权内容、删除侵权链接等。在发出的33个关于侵权提供电影的警告中，有11个与“进口作品”有关。尽管没有明确规定，但可以假定这些电影作品的盗版发生在通过审查并在中国合法销售之后。不论属于哪种情况，国家版权局和地方著作权行政管理部门主动打击盗版行为的工作，都对外国和欧洲的权利人应该有一定的意义。很不巧的是，目前还没有关于根据权利人的要求进行的行政诉讼的件数。然而，最新公布的数据显示，大多数权利人更倾向于法庭诉讼而不是行政诉讼，国家版权局的报告也证实了这一点。¹⁰⁸

3. 结论：对欧盟贸易官员的建议

该研究强调了《著作权法》改革和新判例法对实质性著作权和邻接权所带来的最新改进，例如对可以作为作品得到保护的内容作出更广泛的定义，或者录音制品制作者有权因其播放和公开表演而获得报酬。该研究还阐述了各领域民事执法、刑事执法和行政执法的进一步改进，包括诉前和诉中的初步措施、证据保全、减少对证据的正式要求、惩罚性损害赔偿和刑事执法。

尽管取得了这些积极进展，但从欧洲的角度来看，仍有进一步改进的余地，特别是在共享平台提供者和电子商务提供者的责任方面。在即将与中国当局进行的协商中，欧盟代表应尽量参考欧洲示范法的规定来解决这些问题。然而，这些解释也表明，并非所有这些问题都能得到欧洲示范法或最佳实践的支持。因此，欧洲贸易官员也有必要参考中国支持其观点的现行实践。

¹⁰⁸ 报告的第13页。

a) 线上内容分享服务提供者的责任

正如所解释的那样,《著作权法》本身没有任何针对网络服务提供者的条款。国务院和最高人民法院制定专门针对著作权的次级法对网络服务提供者进行监管。这对欧盟贸易官员来说实际上是个好消息,因为修正次级法比修正全国人民代表大会制定的法规更灵活。

该研究表明,那些符合《数字化单一市场著作权指令》第2条第(6)款中“线上内容分享服务提供者”定义的中国平台,确实一定程度上扮演了侵权内容寄存平台的角色,因此对欧洲权利人(特别是音乐领域的欧洲权利人)造成损害。然而,这些平台主要面向中国用户,而世界范围内可感知的源自中国的侵权行为则更有针对性、更专业、技术上更复杂,目标是直接通过订阅者获得收入,而且明显是蓄意行为。显然可以将实施此类侵权行为的人作为直接侵权者进行起诉,而不是根据欧盟和中国各自对内容共享平台的责任制度对其进行监管。然而,正如对上述欧盟咨询和本研究调查的回应所揭示的那样,这些侵权人确实也经常作为专用服务器提供者的商业客户(而非用户),依赖这种提供者提供的基础设施。这些提供者也应承担一定的注意义务,确保其设施中不含侵权内容,并根据现行《网络侵权司法解释》和国务院互联网条例对权利人的通知迅速作出反应。

关于《数字化单一市场著作权指令》中定义的线上内容分享服务提供者,可以假定中国很可能不会用更严格的欧盟责任制度来取代其现行的“通知并删除”制度。然而,正如所讨论的那样,更严格的欧盟责任制度的某些内容可能会通过不要求作出根本改变的方式纳入中国现行的次级法。

首先,欧洲贸易官员应说服中国代表,有必要对平台运营商规定更严格的义务,要求平台运营商按照尽可能高的行业标准部署内容识别技术。因此,欧洲贸易官员可以参考国家版权局在其2019年网络著作权保护报告中所作的声明。根据该声明,今后在确定提供者是否履行了监督义务时,应更多地考虑其利润以及技术和管理能力等。在这种情况下,国家版权局的报告中甚至提到了《数字化单一市场著作权指令》和共享提供者的新义务,即“在内容识别技术的帮助下进行过滤”¹⁰⁹(该报告的确切措辞),并建议相应地调整国内“避风港”提供者的责任制度(但不放弃这一制度,甚至不放弃针对特定网络内容共享提供者的这一制度)。

欧盟代表可能会建议将这种更严格的义务加入《最高人民法院关于网络侵权的司法解释》第8条,该条目前解除已采取“适当和有效”措施以保持其平台无侵权内容的提供者的责任。今后,第8条新增的第4款可以要求法院考虑技术措施是否确实“适当和有效”。如果市场上有行业标准比被指控提供者采用的技术措施的行业标准更高的技术措施,而且根据提供者的市场地位、技术能力等,可以实际预期提供者会采用这些技术措施,则应否定这种适当性和有效性。

¹⁰⁹ 报告的第35页及后文。

或者，可以建议法院在确定提供者是否“应知”侵权行为时，必须考虑新的因素，这一因素即“提供者为确保在其场所内无法获得侵权内容，根据其组织和财务能力并按照尽可能高的行业专业尽职调查标准所作出的努力”。这一新因素可以添加到《最高人民法院关于网络侵权的司法解释》第9条的因素列表中，甚至可以与该列表中的第一个因素合并，即“提供者根据其服务的性质和方法以及其服务产生侵权的可能性管理信息的能力”。

作为第三种选择，可以在《解释》第11条中新增法院承担特别严格的提供者注意义务的情形，比如，“提供者的强大市场地位和部署最先进内容识别技术的强大能力”。第三种选择可能是最好的解决方案，因为在这种选择中，法院必须将提供者部署最先进内容识别技术的能力考虑作为加重其注意义务的一个因素，不能再按照第9条的要求仅与其他因素进行权衡。

如果法院考虑这一新因素，中国的法律框架就已经能够对《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款中关于免除线上内容分享服务提供者责任的三个前提条件中的两个进行规定，即“迅速删除”和“尽最大努力确保不可获得”，尽管是以一种非常不同的方式系统性地规定。

下一步，可以建议引入《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款的第三个前提条件，同样以适合中国现行提供者责任制度的方式引入。正如所解释的那样，减轻先前已努力获得权利人授权的侵权人的责任，这一想法对于中国的司法机构来说并不陌生。参照卡拉OK和其他与音乐有关的法院判决，可以说服中国当局和最高人民法院，将这一想法扩展到大型在线共享服务提供者（而非单一卡拉OK场所经营者）已尽最大努力获得权利人授权的情形。根据“努力获得大量权利人授权的提供者，几乎没有理由知道尽管其作出一切努力仍然蒙混过关进入其平台的未经许可的内容”这一假设，这种“最大努力”同样可以添加到法院在确定被指控的提供者是否应知侵权行为时需要考虑的《网络侵权司法解释》因素列表（第9条）中。

如上所述，《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款中的三个前提条件a）、b）和c）都将由中国的次级法进行规定，不过尚未以令人满意的方式进行规定。这三个前提条件仍然只是法院交替和全面考虑的因素，而不是像《数字化单一市场著作权指令》那样必须累计满足的严格前提条件。此外，特别是“提供者是否已尽‘最大努力获得授权’”这一因素，如果简单地按上述方式执行，可能会变成一把双刃剑。从中长期来看，这可能会产生积极的影响，即更多的服务提供者将努力获得尽可能多的权利人的授权，以避免责任，从而也为上传者创造更多的法律确定性。然而，提供者在具体纠纷中能够证明尽“最大努力获得”个别权利人的授权，但未能获得授权的，即使其没有浏览其平台上的侵权内容或迅速删除侵权内容，仅凭“最大努力”也足以免除其责任。例如，像上述研究案例三中视频库这样的视听内容提供者，可以在形式上请求几家电影制片厂（包括Fritz-Studios）授权其上传它们的电影作品，因为这些提

供者非常知道其永远不会获得上传新发行电影的授权，但在证明其“尽最大努力”之后，仍然可以逃避责任。

由于上述原因，即不愿意扼杀本土互联网产业，中国的立法机构和司法机构相当不可能采用《数字化单一市场著作权指令》第17条第（4）款中的机制。因此，更好的主意是建议将“最大努力获得授权”这一因素限制在“最大努力获得并证明获得与同一作品类别相关的具有代表性的权利人的授权”。换言之，对于尽管尽了“最大努力”但侵权内容仍然蒙混过关进入其平台的提供者，只有证明其与大量具有代表性的权利人（主要是通过集体管理机构）签订了合同后，才能获得降低责任的奖励。对“最大努力”要求的这一解释将比欧盟委员会关于第17条的指导意见更严格。根据该指导意见，如果提供者与个人权利人接触但未能获得授权，也应被视为已尽“最大努力”。

上述建议的责任制度将使中国的次级法更接近第17条的要旨，但仍然低于第17条非常高的责任标准。这种责任制度将继续以提供者是否对权利人的通知作出迅速反应为中心，并鼓励法院只考虑提供者是否为保持其平台不含侵权内容和获得权利人的授权而作出的努力，作为法院在评估提供者在收到权利人的通知之前是否“应知侵权行为”/是否履行了注意义务时需要考虑的若干其他因素中的两个。换言之，即使法院发现提供者未尽足够努力来保持其网站不含侵权内容，或者未尽足够努力寻求具有代表性数量的权利人的授权，但在综合考虑所有其他因素（比如“传播内容的受欢迎程度和相应的侵权明显程度”，“提供者积极参与选择、编辑、修改或推荐上传到其平台的内容的程度”，等等）后，仍然可以得出结论：提供者可能不知道其平台上的侵权行为，因此不应承担责任。

b) 扩大电子商务平台因主办可用于实施侵权行为的设备的供应而承担的“通知并删除”责任

正如所解释的那样，凡规避技术保护措施以获取受保护内容的人，以及制造或分发可用于实施这种规避行为的设备的人，均违反了经修订的《著作权法》第49条第（2）款。大多数能够访问加密广播信号并且据欧洲权利人和国家版权局称在中国和全球流通的机顶盒，可能都属于这种规避设备。然而，正如所解释的那样，这些机顶盒的制造商主要位于中国，似乎并没有受到相应的执法处理。造成这种不足的原因之一可能是没有对这类设备作出规定。不仅应禁止完全用于规避技术保护措施的设备，而且还应禁止可能用于非侵权目的但事实上主要用于实施侵权行为的设备。

遗憾的是，找不到处理这一问题的判例法，但国家版权局在其2019年报告中提到对许多能够通过互联网观看广播节目的机顶盒制造商以及相应应用程序的开发者进行调查。这意味着促进广播内容网络流的技术设备也是国内权利人关注的问题。建议仿照《信息社会指令》第6.2条对被禁设备作出明确的定义：被禁设备包括在有限范围内也可用于非侵权目的的设备。对被禁设备作出明确的定

义，将有助于减少这类设备在世界范围内的可获得性。相应的定义最好应在即将出台的国务院《互联网条例》中得到体现。该条例将取代现行的、现已过时的2013年《互联网条例》。

从欧洲的角度来看，还需要在反规避立法方面再作出一项改进，即，出台专门针对电子商务平台的责任制度，因为电子商务平台容忍规避设备和其他可用于侵权目的的装置在其平台上流通。在对欧盟咨询的回应中，一些欧盟权利人对主要由阿里巴巴支配的中国市场表示担忧，因为这类设备将通过该平台在中国和世界各地进行交易。

因此，电子商务平台也应承担监督其平台上是否存在对可用于实施侵权行为的设备的供应和广告的一般义务。权利人能够初步证明这些产品的持续流通会增加其权利受到严重侵权的危险的，还应根据这些权利人的要求迅速删除这些产品的供应和广告。

这种特定的电子商务提供者责任可能会再次引入《最高人民法院关于网络侵权的司法解释》，并同时引入即将出台的《信息网络条例》。例如，新的条款可以明确规定，根据《著作权法》第49条第（2）款的规定，“公开提供设备和部件”应被视为上述《电子商务法》中通知并删除条款下的“侵权行为”。因此，电子商务市场也将承担一定的注意义务，主动删除可用于实施侵权行为的设备供应，并在权利人提出请求时迅速作出反应。然而，这种请求的形式和内容、将其转发给电子商务平台客户的程序以及其他的程序事项，必须与适用于向线上内容分享服务提供者提出的删除请求的程序分开管理。要求从电子商务平台删除可用于实施侵权行为的产品，必须满足独特的、非常具体的要求，例如有初步证据证明请求方的技术保护措施确实有效，而且被指控的设备可用于规避这些措施，或有可能对请求方的权利和利益造成重大损害。

这种次级规定将使更多的著作权人能够采用“通知并删除”这一程序，在发现规避设备后迅速避免其公开流通，以免对著作权人造成更大的伤害。当然，与中国当局协商的一个主要问题最终可能变成欧盟本身还没有制定相应的规定。这些规定可能载于欧盟委员会提议的即将出台的《数字服务法》中。¹¹⁰

3.3. 促进服务提供者和权利人之间的技术合作，特别是防止未经授权的直播

正如本研究第一部分所解释的那样，来自体育赛事部门的代表提出了这样的想法，即要求专用服务器提供者、流媒体服务提供者等为权利人配备“删除工具”，使权利人能够在发现流媒体内容后立即将其删除，这在实时直播的情况下尤为重要。如果至少为欧洲体育广播公司的中国被许可人配备这种工具，则

¹¹⁰ 有关更多信息，参见 https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en#what-is-the-impact-of-new-obligations.

肯定有助于减少未经授权的直播造成的损失。欧洲权利人和国家版权局在其2019年报告中都认为未经授权的直播这一情况很猖獗。然而，可以发现，无论是欧盟法律还是成员国的国家法律，都没有规定某些权利人有强大到足以干涉其他人提供服务的特权。不过，欧盟贸易官员可能会部分根据国家版权局在其2019年报告中作出的声明，使中国代表相信在权利人和网络服务提供者之间加大合作的背景下的作用。

当然，只有在确定法院将继续承认体育广播公司为受著作权保护的主体时，专门保护体育赛事组织者和体育广播公司利益的删除工具才有意义。正如解释的那样，直到最近这种确定性就不存在，目前还不能确定最高人民法院的终审判决和未来立法是否会支持高级人民法院层面承认这类著作权的现行判例法。但即便如此，如果没有明确规定直播涉及著作权的具体内容，也不能完全确定，这是因为中国遵循成文法传统，先例不具有约束力。

因此，建议作出一条永不过时的规定，不特别考虑删除流媒体直播节目的工具，但将所有类型的著作权和邻接权保护内容包括在“技术合作”这一总括术语中。此外，这种规定不应规定服务提供者今后容忍权利人闯入其服务的明确“义务”，而应向服务提供者提供某些条件（比如减轻责任），作为允许权利人进入其场所的交换。

国家版权局的报告和阿里巴巴对欧盟委员会咨询的回应显示，中国的这种技术合作已经有了很大的进展，阿里巴巴甚至允许权利人有特权进入其平台，以监测删除和其他措施的进展。这些都是令人鼓舞的信号。

从立法角度来看，鼓励进一步的技术合作，同样也最好在最高人民法院的解释甚至是已有的网络侵权司法解释中予以考虑。正如本研究法律部分的解释所表明的那样，这些司法解释的重点是为下级法院提供相关标准，供其在确定提供商是否“应知”侵权行为、侵权行为是否严重到足以实施惩罚性损害赔偿、情形是否紧急到足以合理采取临时责令等问题时进行考虑。因此，建议再增加一个因素供法官考虑，以确定服务提供者是否“应知”侵权行为或者是否遵守了其注意义务，例如“服务提供者确定其平台上不存在侵权内容而与权利人进行技术合作的程度”。或者，更明确的规定可以是：“服务提供者对某类作品的权利人配备了允许权利人主动确定不存在这类作品的技术手段的，其对该类作品的注意义务应大大降低”。这种新规定可以在《网络侵权司法解释》第11条之前或之后进行对立调整。正如所解释的那样，《网络侵权司法解释》第11条规定了服务提供者承担“特别高的注意义务”的情形。无论情况如何，这种新规定在技术上都是中立的，足以包括向权利人提供“删除工具”，也包括权利人和服务提供者之间目前还无法想象的其他具体技术合作形式。

为了进一步鼓励服务提供者参与这种技术合作，同时也为了向权利人发出明确信号，提醒其最好不要滥用其可在其他平台上操作的特权，也可以在《网络侵权司法解释》或未来类似的解释中明确规定，权利人错误地或恶意删除服务提供者场所中的合法内容的，应单独承担所有责任。该规定也符合《民法典》第

1195条第（3）款。

最后，可以想象的是，相当多的服务提供者为了换取对其平台的其余作品使用负责的较低风险，会非常乐意将其相当大部分的监测任务外包给权利人。

摘要

本研究旨在探讨中国现行著作权制度对欧洲著作权密集型产业带来的主要挑战。本研究确定了对欧洲权利人具有特别威胁的几种侵权类型，并分析了最近尚未尝试和测试的著作权制度改革与欧盟示范立法相比，是否以及在多大程度上能够处理这些侵权类型。在摘录了需要进一步改进的现行著作权立法，特别是线上内容分享服务提供商的责任、技术保护措施的规避以及加强权利人和互联网平台之间技术合作等领域的现行著作权立法之后，将针对未来中欧代表之间的协商提出建议。这些建议尽可能以欧盟示范法为基础。

附件

调查问卷