

信息网络传播权及其与 广播权的界限

刘银良^{*}

内容提要：《世界知识产权组织版权条约》（WCT）规定的向公众传播权和向公众提供权是信息网络传播权的国际法渊源，在立法目的指引下对其进行文本解读有助于界定信息网络传播权的范畴并厘清其与广播权的界限。WCT 和著作权法规定的向公众提供作品使公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品，应依据法律本文进行解释，不宜附加额外要求。信息网络传播权和广播权属基本平行的两种传播权，其界定应以承载作品的信号在传播介质中保留的时间长短为依据。网络实时直播或转播属广播权范畴，而把作品提供于互联网空间使公众可在个人选定的时间和地点获得之行为，包括网络定时循环播放影视作品，属信息网络传播权范畴。著作权法第三次修订宜扩展广播权，使之包括有线广播及对有线广播的有线转播等传播方式，藉以弥补我国著作权法下广播权的缺陷。

关键词：信息网络传播权 广播权 向公众提供权 向公众传播权

为适应互联网技术的发展，在《伯尔尼公约》基础上，世界知识产权组织（WIPO）于1996年主持通过“互联网条约”即《世界知识产权组织版权条约》（WCT）和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT），从而把著作权保护延伸至互联网空间。^{〔1〕}我国著作权法第一次修订（2001）亦因应互联网发展，直接借鉴WCT第8条后半段规定的“向公众提供权”，为作者增设信息网络传播权，使之能够控制作品在互联网等信息网络中的传播，网络著作权保护从此有了确定的法律依据。^{〔2〕}然而遗憾的是，在信息网络传播权条款实施后迄今十多年间，关于如何理解和界定信息网络传播权的范畴却一直有理论分歧，这直接导致信息网络传播权法律适用的困局。针对传播方式、传播媒介和侵权后果相似甚至完全相同的网络传播行为，不同法院在不同案件中分别认定其侵犯信息网络传播权、广播

^{*} 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见李明德等：《欧盟知识产权法》，法律出版社2010年版，第275页以下。

〔2〕 参见著作权法（2010年修订）第10条第1款第12项。关于表演者和录音录像制作者的信息网络传播权，见著作权法第38条第1款第6项、第42条第1款。

权或者其他权利,这不仅增加了法律适用难度,也与公众期盼的统一司法标准相去甚远。^{〔3〕}虽然有较多的研究与论证,但问题的根本仍没有被揭示,然而人们对于法律理解的裂痕却被固定,司法应有的指引作用阙如,这并非良好的法律适用现象。鉴于信息网络传播权是互联网环境下的一项基本著作权,理论阐释不足和司法适用混乱已经对网络著作权保护产生不利影响,也使互联网版权产业面临法律上的不确定性。

在与信息网络传播权法律适用相关的问题中,尤以信息网络传播权的范畴界定最为基础,它是理解其他法律问题(包括侵权标准界定)的关键。为求正本清源,本文将首先对WCT规定的向公众传播权和向公众提供权进行解析,然后结合我国著作权法规定和司法实践论述信息网络传播权的范畴,其中包括它与广播权的界限。本文亦将同时辨析一些关于互联网传播或信息网络传播权的观点,它们虽然可能属我国当前网络著作权法学界和司法界的“主流”认识,但却未必有国际条约或著作权法基础。由于我国著作权法赋予作者的信息网络传播权和赋予表演者及录音录像制作者就其固定的表演或录音录像制品所享有的信息网络传播权具有基本相同的法律属性,本文将主要阐述作者的信息网络传播权。在WCT和我国著作权法下,向公众提供权和信息网络传播权基本等义,本文亦如此视之,并在WCT语境下主要使用前者,在我国著作权法语境下主要使用后者。

除《伯尔尼公约》、WCT和我国著作权法文本外,还有几个权威文献值得参考。WIPO出版的《伯尔尼公约指南》是理解《伯尔尼公约》的标准参考物。^{〔4〕}WIPO专家委员会对WCT实质条款基础提案的说明为WCT谈判文本提供了基础性解释,其中尤以“关于第10条的说明”(基础提案第10条即WCT第8条)为重要。^{〔5〕}还有深度参与WCT和WPPT谈判的版权法专家的著述,其一是届时负责互联网条约谈判且最早提出向公众传播权“伞型权利方案”的原WIPO助理总干事米哈依·菲彻尔的解释,^{〔6〕}其二是欧盟专家莱因伯特和莱温斯基的评注。^{〔7〕}

一、WCT规定的向公众传播权解析

《伯尔尼公约》分别为部分文学和艺术作品的作者赋予控制其作品被表演与传播的权

〔3〕 参见李瑞钦:《信息网络传播权制度适用的实践困境及其完善构建——从非交互式网络传播行为的侵权认定切入》,《法律适用》2014年第12期,第60页以下。

〔4〕 See WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, WIPO Publication No. 615 (E), 1978.

〔5〕 See WIPO, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to Be Considered by the Diplomatic Conference (December 1996)*, prepared by the Chairman of the Committees of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, CRNR/DC/4, August 30, 1996, “Notes on Article 10”.

〔6〕 See Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press, 2002, para. C8.11, note 179. 本书的中译本见〔匈〕米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》(上、下),郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社2009年版。

〔7〕 See Jörg Reinbothe and Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, 2d ed., Oxford: Oxford University Press, 2015. 本书的部分中译本见〔德〕约格·莱因伯特、西尔克·冯·莱温斯基:《WIPO因特网条约评注》,万勇、相靖译,中国人民大学出版社2008年版。该中译本译自Jörg Reinbothe and Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty*, Reed Elsevier, 2002.

利：针对戏剧、戏剧音乐作品和音乐作品的现场公开表演权（第 11（1）（i）条）和机械表演权（第 11（1）（ii）条）；针对文学和艺术作品的广播权（第 11 之二（1）条）；针对文学作品的现场公开朗诵权（第 11 之三（1）（i）条）和机械朗诵权（第 11 之三（1）（ii）条）；针对由文学和艺术作品改编的电影作品的公开展映权和有线公开传播权（第 14（1）（ii）条，第 14 之二（1）条）。

这些权利非常重要，但它们作为控制作品传播的权利体系却是不完整的。第一，这些权利较为分散，系统性较差。第二，公约仅为部分文学和艺术作品的作者设置了表演权或机械表演权等权利，却没有对所有种类作品的作者赋予相应权利。第三，鉴于传播技术不断发展，由《伯尔尼公约》所赋予的权利难以覆盖所有电讯传播行为，如直接通过有线电视播放的有线节目就难以归入《伯尔尼公约》规定的广播权范畴。^{〔8〕}按照《伯尔尼公约指南》的解释，如果广播组织直接（无线）广播作者的作品或其表演（如现场音乐会），就属（无线）广播权范畴（由第 11 之二（1）（i）条管辖）；如果是其他组织利用有线或无线方式转播广播组织的广播信号，就属广播权中的有线或无线转播权范畴（由第 11 之二（1）（ii）条管辖）；但如果是广播组织或其他组织直接通过有线方式播放作品或现场音乐会，就属机械表演权范畴（由第 11（1）（ii）条管辖）。^{〔9〕}第四，自 20 世纪 90 年代初开始兴起的互联网传播更是超越了公约规定的各项传播权：尽管也可以把它解释为属公约第 11 之二（1）（i）条规定的通过任何无线传播方法向公众传播作品的行为，^{〔10〕}但信息网络传播与广播毕竟不同，把它列为广播权的一项子权利在逻辑上不自洽。

在欧盟代表团建议的基础上，经过缔约国广泛讨论，WCT 最终以“伞型权利”的形式赋予所有作品的作者控制通过有线或无线方式向公众传播其作品的权利，以弥补《伯尔尼公约》关于作品传播权分散且不周延等缺陷。^{〔11〕}在“不损害”之前缀后，WCT 第 8 条前半段规定了广泛的向公众传播权（right of communication to the public），后半段规定了向公众提供权（right of making available to the public）。我国著作权法第 10 条第 1 款第 12 项关于信息网络传播权的规定几乎直接源自 WCT 第 8 条后半段，因此有必要对该条款进行全面解析。

WCT 第 8 条规定（各条款后的权利或行为为本文所加）：“在不损害《伯尔尼公约》第 11（1）（ii）条（机械表演权）、第 11 之二（1）（i）与（ii）条（广播或无线传播、对广播的有线转播或无线转播）、第 11 之三（1）（ii）条（机械朗诵权）、第 14（1）（ii）条和第 14 之二（1）条（电影的公开展映权和有线公开传播权）规定之情形下，文学和艺术作品的作者应当享有专有权，以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播，包括将其作品向公众提供，使公众成员可以在其个人选定的地点和时间获得这些作品。”该规定内容丰富，从中可以推导出向公众传播权和向公众提供权的要点与范畴。对基础且广泛的向公众传播权而言，第 8 条前半段的规定有多方面的涵义。

首先，它用“任何”来界定向公众传播行为，对《伯尔尼公约》规定的机械表演、机

〔8〕 前引〔5〕，WIPO 文件，Notes 10.01 - 10.06；前引〔7〕，Reinbothe and Lewinski 书，paras. 7.8.10 - 7.8.19。

〔9〕 前引〔4〕，WIPO 文件，paras. 11.5, 11bis.9, 11bis.10。

〔10〕 前引〔5〕，WIPO 文件，Notes 10.04 and 10.13；前引〔7〕，Reinbothe and Lewinski 书，para. 7.8.6。

〔11〕 前引〔5〕，WIPO 文件，Notes 10.07 - 10.08；前引〔6〕，Mihaly Ficsor 书，paras. C 8.02, C 8.03；前引〔7〕，Reinbothe and Lewinski 书，paras. 7.8.1 - 7.8.9。

械朗诵、广播等远程机械传播行为予以补充,藉以弥补可能存在的传播权缺陷,其中包括第8条前缀所述的由《伯尔尼公约》规定的机械传播条款没有覆盖的作品类型以及有线广播、对有线广播的有线转播、发射初始广播信号的广播组织对其广播节目的无线和有线转播等行为。这意味着,向公众传播权覆盖了所有作品类型和所有电讯传播行为,扩展了《伯尔尼公约》规定的传播权范畴。当然仅就其规制的广播行为而言,与《伯尔尼公约》第11之二(1)条涵盖的广播行为种类相比,由WCT第8条前半段所额外涵盖的广播行为种类范围要小得多,它仅属于对《伯尔尼公约》规定的广播权的补充。^[12]

其次,“向公众传播”意指通过各种有线或无线的电讯传输手段向公众提供作品。作品承载信号可为模拟信号或数字信号,传播介质可以是电磁波或引导光束等。“公众”意味着针对超越了家庭或私人范围的不特定传播对象。“传播”意味着把作品传输至非原产地,属远程传播,不涉及现场公开表演,相应地第8条前缀亦无需声明对规定现场公开表演的《伯尔尼公约》相关条款不构成损害。在缔约国的国内法中,使用的概念可能是“传输”(transmission)或“传播”(communication)。虽然一般来说传输注重技术上的转移,而传播则除技术上的转移外还提示传播了作品,但在WCT层次它们并无区别,都意指传播或传输了作品。作品传播可能涉及信号传输和临时存储等环节,如果临时存储是作品传输之必需步骤,它就可能无需权利人许可,但如果存储时间超过了必要限度从而相当于向公众提供作品,临时存储就可能落入向公众传播权(包括向公众提供权)或复制权的范畴。^[13]

再次,WCT第8条前半段虽然规定了广泛的向公众传播权,足以覆盖所有通过有线或无线方式传播作品的行为,但鉴于缔约国著作权(版权)体系的多样性,并且围绕各项传统的传播权已形成稳定的利益平衡体系,因此在国际条约层面也不宜简单地以向公众传播权替代《伯尔尼公约》规定的各项传播权,第8条前缀因而明确规定由《伯尔尼公约》规定的机械表演权、机械朗诵权、广播权和电影公映权等权利不应受到损害。^[14]不唯如此,WCT还在第8条的议定声明中明确由《伯尔尼公约》第11之二(2)条规定的广播权例外不受第8条规定的影响。^[15]这有两方面的涵义。第一,WCT第8条虽然规定了广泛的向公众传播权,其中包括对广播权范畴的扩展,但它却不影响由《伯尔尼公约》规定的广播权限制,即针对广播权的强制许可仍然可以适用。第二,由《伯尔尼公约》规定的对作者广播权的限制,也不对由WCT第8条规定的向公众传播权(尤其是第8条后半段规定的向公众提供权)构成限制。^[16]从向公众提供权(信息网络传播权)角度视之,由它所规范的信息网络传播行为不应受到《伯尔尼公约》规定的广播权例外的限制,因此网播组织不能像广播组织一样当然享有相应的广播权强制许可,这点非常重要。

最后,需严格界定广播权的强制许可范畴。《伯尔尼公约》第11之二(2)条规定了针对广播权的强制许可。我国著作权法相应地规定了广播权的法定许可:广播组织可以不经著作权人同意就播放其已发表的作品,但需支付报酬。^[17]这看似简单的法定许可,却是众

[12] 前引[5],WIPO文件,Notes 10.13,10.18;前引[7],Reinbothe and Lewinski书,paras. 7.8.10-7.8.21。

[13] 前引[5],WIPO文件,Notes 10.14,10.16。

[14] 前引[5],WIPO文件,Note 10.09;前引[6],Mihaly Ficsor书,para. 4.86。

[15] See WCT, Article 8 and the Agreed Statement concerning Article 8。

[16] 前引[7],Reinbothe and Lewinski书,para. 7.8.44。

[17] 参见著作权法第43条第2款(针对作品)、第44条(针对录音制品)。

多广播组织的运行基础。为维护作者的合法利益,《伯尔尼公约》对于广播权的强制许可也规定了限制条件,包括广播权例外的效力仅限于规定了该强制许可的国家境内、作者的精神权利应该得到保护和作者应当获得合理补偿。^[18]广播权强制许可作为一项重要的利益平衡机制,在WCT谈判过程中也曾遭遇挑战。WCT草案第6(1)条曾试图废除《伯尔尼公约》规定的广播权强制许可,但却遭到中国和非洲国家集团反对,在讨论表决中也未得到多数支持,因此未能成功。^[19]这反过来表明,在很多国家的著作权体系下,它仍是一种不可或缺的利益平衡制度。

概言之,WCT通过设置向公众传播权以弥补《伯尔尼公约》规定的传播权缺陷,再通过设置专门的向公众提供权以适应互联网时代。^[20]《伯尔尼公约》成员国著作权体系各异,并无统一的传播权体系,如果WCT要完全取代《伯尔尼公约》规定的传播权体系,势必带来条约谈判的艰难甚至使其不可能,也可能会因为打破了原有的权利与限制平衡而带来履约困难。^[21]概括性的向公众传播权再加上针对互联网环境的特别权利的立法策略因而具有较大程度的合理性与可行性。

二、WCT规定的向公众提供权解析

在WCT第8条前半段规定的向公众传播权之下,第8条后半段为作者规定了“向公众提供权”,使其可以控制互联网下的作品传播:在不损害《伯尔尼公约》规定的广播权等权利之情形下,文学和艺术作品的作者应当享有专有权,以授权“将其作品向公众提供,使公众成员可以在其个人选定的地点和时间获得这些作品”。基于以上对向公众传播权的分析,再加上第8条后半段的规定,可推知互联网环境下向公众提供权的范畴。

WCT设置向公众提供权主要是为适应互联网技术时代。然而考虑到网络技术发展的不可预测,为对未来技术发展保持开放性,WCT并未使用互联网技术特征界定该新型传播模式,此为技术中立原则,其目的主要是为维护国际条约的稳定性。考虑到各缔约国具有不同的传播权保护路径,为避免明示或暗示其倾向性,第8条后半段也没有利用法律特征界定该新型权利,而只是规定了相关行为,即向公众提供作品使公众成员可在其个人选定的地点和时间获得作品。此为法律中立原则,即不把该行为规定为发行或传播,从而使缔约国可以自由选择适用发行权或传播权等权利形式规制互联网环境下向公众提供作品的行为。^[22]

虽然WCT第8条后半段并未明确界定向公众提供权的适用范围,然而在当前阶段它显然主要是指互联网环境下向公众提供作品的行为,如欧盟专家认为,第8条后半段规定的就是“在线”向公众提供作品权的最低标准。^[23]这也是我国著作权法称之为“信息网络传播权”的缘故。人们在理解向公众提供作品这一行为时,亦需结合互联网技术特征,否则就难以全面界定此种传播行为及相应的权利范畴。作为数字通讯工具,互联网具有开放性、公共性、非同

[18] 前引〔4〕,WIPO文件,para.11 bis.16。

[19] 前引〔5〕,WIPO文,Note 6.05;前引〔6〕,Mihaly Ficsor书,paras.2.56-2.57。

[20] 前引〔7〕,Reinbothe and Lewinski书,para.7.8.10。

[21] 前引〔7〕,Reinbothe and Lewinski书,paras.7.8.1-7.8.9;前引〔6〕,Mihaly Ficsor书,para.4.84。

[22] 前引〔6〕,Mihaly Ficsor书,paras.C 8.06,PP 10.02。

[23] 前引〔7〕,Reinbothe and Lewinski书,para.7.8.10。

步性和交互性等特点,它们是理解向公众提供权的前提。^[24]这些特点让互联网成为迄今最具包容性的通讯工具和信息存储基地。基于其开放性和公共性,行为人一旦把作者的作品提供于对公众开放的互联网空间,公众成员就可以在其个人选定的时间和地点获得作品,并且只要作品持续存在于网络空间,公众就可以随时获得作品。此即WCT第8条后半段规定“向公众提供”作品、使公众可主动获得作品的涵义。向互联网空间提供作品的行为一旦完成,是否有人登录网站获得作品并不重要。这与广播组织的广播信号一旦发射就构成广播行为,是否有人收看或收听其节目也不重要属相同的逻辑。《伯尔尼公约指南》强调,“关键是信号的发射;它们是否被实际接收并不重要”。^[25]从著作权保护角度看,只要权利的设置能够控制人们未经著作权人许可向网络空间提供作品,就能够保护著作权人在互联网空间的传播权益免于被侵犯。就此而言,防止他人未经许可把作品置于互联网空间就是该权利所应规范的关键。

WCT第8条后半段规定了向公众提供行为的多种因素,对其分析可有助于理解“向公众提供行为”和界定“向公众提供权”的范畴。以下同时比较我国著作权法的相关规定,并分析一些流行但却未必正确的理解。

首先是客体,即人们通过信息网络提供和获得什么。WCT第8条前半段规定的是“文学和艺术作品”,后半段的用语是“这些作品”(these works)或具有指代意义的“他们(作者)的作品”(their works)。根据WIPO专家委员会的解释,行为人向公众提供的是“作品”,相关用语包括“这些作品”或“所有种类的作品”。^[26]可见无论是针对广泛的向公众传播权还是专门的向公众提供权,WCT均从作品的归属、作品本身或种类方面予以强调,此外并无任何限定。这意味着,对于WCT第8条规定的向公众传播权和向公众提供权所涉及的“作品”,仍需从《伯尔尼公约》或著作权法的一般原理出发予以理解,即无论是作品的整体还是部分,只要作品或其部分属于作者的原创性表达,就属于“作品”的范畴,行为人把它向网络空间提供就可能构成向公众提供作品的行为。相应地,WCT第8条后半段对于向公众提供作品行为的界定,也未规定行为人对他人作品的整体或任意部分的提供才构成提供。合乎著作权法的理解应当是:只要行为人未经著作权人许可将其作品(无论是电影作品还是音乐或文字作品)提供于互联网空间,即使它仅是作品的部分或片段,也构成在互联网空间提供作品,从而可能侵犯著作权人的向公众提供权。

和WCT第8条后半段相一致,我国著作权法第10条第1款第12项规定:“信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”。和WCT一样,我国著作权法对于“作品”也未给予更多限定。这意味着,行为人未经许可在互联网空间对于作品或其独创性部分的提供均构成信息网络传播行为,从而可能侵犯信息网络传播权。然而,有研究者认为,在信息网络传播权纠纷中,网络用户在任何时间所能够获得的必须是作品的全部或其任何部分,“在个人指定的时间(在一部电视连续剧中)选择其中一集加以欣赏”,^[27]或按照其“个人的需要”决定“获得哪些内

[24] 参见[美]理查德·斯皮内洛:《铁笼,还是乌托邦——网络空间的道德法律》,李伦等译,北京大学出版社2007年版,第34页以下。

[25] 前引[4],WIPO文件,para.11bis.3。

[26] 前引[5],WIPO文件,Notes 10.09-10.13。

[27] 王迁:《论“信息网络传播权”的含义:兼评“成功多媒体诉时越公司案”一审判决》,《法律适用》2008年第12期,第65页。

容”以及“主动‘按需’对获得的内容予以选择”,^[28]否则就不构成侵犯信息网络传播权。显然这是研究者在理解或解释著作权法规定的信息网络传播权时所附加的额外要求,并无WCT和著作权法规定的支持。

其次是作品“提供”行为。按照WIPO专家委员会的解释,向公众提供权规范的是以提供“获得作品(的可能性)”的方式(by providing access to it)向公众提供作品的行为,其关键是“提供作品的初始行为”,而非提供服务器空间、通讯链接、信号运输与路由等设备或服务的行为。^[29]从行为效果看,只要行为人把作品提供于对公众开放的互联网空间,就完成了作品提供行为,该行为就落入向公众提供权范畴。基于不同的技术设置,公众或许能够把作品下载或存储至个人终端形成复制件,或许只能在线浏览或感知作品,或许只能在有限的时间(如一星期内或每天的固定时间段)或地点(如ISP可把能够获得作品的终端IP范围限定在一国境内或一所大学内)获得该作品,皆无关紧要。

第三,是“获得”作品的行为。根据《韦伯斯特词典》的解释,无论作为名词或动词,在互联网环境下,“获得”作品的涵义仅意味着人们可以在互联网上获得、打开或利用某作品。WIPO专家委员会也阐明,考察行为人对作品的提供与网络用户是否可以获得作品复制件或只能简单地感受作品(如观看)无关。^[30]人们一般认可,“获得”作品有下载、浏览、观看等形式。^[31]只要公众可以在其个人选定的时间和地点下载、浏览或观看提供于互联网空间的作品,就认为他们可以或者能够获得相关作品。除此之外,无论WCT第8条后半段还是我国著作权法第10条皆未为“获得”作品规定更多条件或要求,其中包括公众对于浏览或观看过程的控制。一些研究者把“获得”作品理解为公众对于作品播放过程的随意控制,或对作品内容的主动选择,认为“如果受众根本不能自由选择节目内容加以个性化的观赏”,^[32]就不构成获得作品,也不侵犯信息网络传播权。这样的观点既无WCT或著作权法文本的支持,也难以符合向公众提供权或信息网络传播权的立法目的。

第四,是公众成员可在其“个人选定的时间和地点”获得作品的涵义。如上所述,互联网传播具有非同步性与交互性等特点,这与广播电视等传统媒体不同。为避免人们对向公众提供作品行为的机械理解,WIPO专家委员会特别说明,WCT第8条后半段规定公众成员在获得作品时的个性化选择条件,目的在于排除广播行为,即明确互联网环境下的作品提供行为不同于广播。^[33]该说明有助于避免向公众提供权和广播权的混淆,对于界定向公众提供权范畴极为重要。WCT第8条后半段对公众获得作品的个性化选择条件的规定,表明条约之所以为作者设置向公众提供权,目的在于设置一种可适用于互联网环境的向公众传播权——该权利有别于广播权,且与广播权互补——藉此完善作者在电讯环境下的向公众传播权。在向公众传播权之下,向公众提供权和广播权共同规范着基于电讯技术的应用的作

[28] 芮松艳:《信息网络传播权的理解适用与第三次〈著作权法〉修改:以国际公约及司法实践为视角》,《电子知识产权》2013年第Z1期,第127页以下。

[29] 前引[5],WIPO文件,Note 10.10。

[30] 同上。

[31] 参见《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》(法释[2012]20号)第3条。

[32] 前引[27],王迁文,第65页。

[33] 前引[5],WIPO文件,Note 10.12。

品传播。由此可理解, WCT 第 8 条后半段对于网络用户获得作品的个性化选择条件的规定, 不仅“提示”作品传播的交互性,^[34]也基本划定了向公众提供权和广播权的界限。

与此相关, 公众能否在“个人选定的时间”获得作品是信息网络传播权纠纷中的争议焦点。如上所述, WCT 和我国著作权法之所以如此规定, 目的在于界定信息网络传播与广播的不同。广播节目一播而过, 公众不可能在其个人选定的时间主动获得节目; 但对于信息网络传播来说, 只要作品被提供于向公众开放的互联网空间, 人们就可以在其个人选定的时间和地点获得作品。因此, 对于信息网络传播下的作品获得而言, 只要公众具有高于广播行为下的作品获得主动性即可, 研究者不宜将之理解为公众可以随意在其个人选定的时间获得作品的全部或任何部分, 否则可能让信息网络传播权难以成为维护作者在互联网空间的作品传播权益的工具, 从而有违信息网络传播权的立法目的。

第五, 是向公众提供权和广播权的关系。很多研究者在分析向公众提供权(信息网络传播权)时都忽略了 WCT 第 8 条的前缀部分。该前缀很重要, 它不仅限制向公众传播权, 也同样限制互联网环境下的向公众提供权。正如 WIPO 专家委员会所阐述, 设置向公众提供权主要是为明确互联网环境下的作品传播属向公众传播权范畴, 并且 WCT 也不打破由《伯尔尼公约》规定的广播权及其限制所维持的利益平衡。^[35]在现代著作权体系下, 表演权与机械表演权(包括朗诵权和机械朗诵权)虽然也属广义的传播权范畴, 但它们基本自成表演权体系, 并且固定的表演也是传播的客体。^[36]因此在 WCT 第 8 条前半段规定的向公众传播权之下, 运用电讯手段的作品远程传播在当前只有广播和信息网络传播两种。相应地, 向公众传播权基本包括广播权和向公众提供权两种权利(当然在不同国家它们可能有不同的保护路径和权利形式, 此亦上述法律中立原则之原因^[37])。英国版权法在向公众传播权之下规定了广播权和向公众提供权这两种基本平行的权利就是证明。^[38]

在当前的电讯传播环境(包括互联网)下, 如果相关行为可被归于广播权调整的行为, 它就属于广播权范畴, 而不应纳入信息网络传播权范畴; 但是如果相关行为属于在互联网环境下向公众提供作品, 它就应由信息网络传播权予以规范, 而不能归入广播权范畴。在 WCT 规定的向公众传播权框架下, 非广播权(由《伯尔尼公约》第 11 之二(1)条规定并由 WCT 第 8 条前半段予以补充)规范的行为, 就属向公众提供作品的行为。此即信息网络传播权和广播权的界限, 这也说明在 WCT 第 8 条规定的向公众传播权之下, 并无“其他权利”的空间。

三、信息网络传播权与广播权关系再探究

(一) 行为与权利之比较

事实上, 广播和信息网络传播具有较多一致性。作为一种公共传播手段, 广播(包括广播和电视)的特点包括公共性和节目内容的丰富性, 广播也因此改变了人类的知识和娱

[34] 前引〔5〕, WIPO 文件, Note 10.11。

[35] 前引〔5〕, WIPO 文件, Notes 10.09, 10.11; 前引〔7〕, Reinbothe and Lewinski 书, para. 7.8.44。

[36] 前引〔5〕, WIPO 文件, Note 10.18。

[37] 前引〔6〕, Mihaly Ficsor 书, paras. C 8.06, PP 10.02。

[38] See UK Copyright (2003), Sections 16 (1) (d) and 20(2)。

乐获得模式。^[39] 这些特点信息网络传播也具备, 并且在传播地域之广和内容之丰富方面均已超越广播。从传播内容看, 广播和信息网络传播行为传播的都是作品(或固定的表演或录音录像制品等)。从著作权人享有的权利性质看, 广播权和信息网络传播权皆属排他性专有权。而从传播形式以及传播与公众的关系看, 二者都是传播组织向公众提供信号或作品供公众选择获得。

再从技术和信号角度看, 广播等传统媒体和互联网皆属有线或无线的电子信息传播媒体。广播是以无线或有线方式向公众传播广播信号或有线广播信号的行为(广播信号可以是模拟信号或数字信号), 互联网等计算机信息网络传播则是基于其特有的架构(包括传输协议)以无线或有线方式传播数字信号(数据包)的行为, 二者的根本差别在于广播信号属单向传输, 只能从广播电台(电视台)传递至信号接收者, 而互联网传播则属数据包的双向传输, 这也是互联网被称为交互性传播的基本理由。在这方面两者看似有别, 但在“三网融合”的数字时代, 随着流媒体技术的广泛应用, 广播信号和互联网信号及其传输方式已经发生交叉与重叠, 流媒体技术使网络实时播放节目或转播广播节目成为可能, 很多电视台或网络电视台都同时提供实时网络直播和事后点播服务(回看时间可以是几分钟或数年)。^[40] 这表明在信号及其传输方面, 广播和信息网络传播的界限已经交融, 区分变得越来越没意义。

但另一方面, 广播和信息网络传播却至少在信号呈现方式、对作品的使用方式、信号在传播介质中保存时间长短等方面表现出不同。相应地, 其市场后果、自由许可的必要性及权利限制等制度安排也有所不同。广播信号一播而过, 无法在传播介质中保留, 对作品的使用属一次性使用, 作为信息接收者的公众只有一次收听或收看机会, 错过了就只能等重播或再次广播, 公众因而不能依赖此方式获得他想欣赏的作品。在流媒体技术支持的网络直播或互联网电视系统中也是如此, 节目的一段数据只在网络用户的终端缓存中存续几秒钟甚至更短时间就被其后的数据所覆盖。因此网络广播虽然使用了互联网作为信号传播介质(并因而具有互联网传播的基础交互性), 但它在本质上仍属于广播而非向公众持续提供作品的行为(对网络直播或转播节目同时或延迟提供的回看服务则可能属信息网络传播行为)。信息网络传播克服了该缺陷, 它让作品等信息持续提供于向公众开放的互联网空间, 使作品持续暴露在公众的获得可能性之下, 只要作品被提供于互联网空间, 公众就可在其个人选定的时间和地点获得作品, 并且可以多次重复获得作品, 因此信息网络传播属于对作品的持续使用。这是互联网传播的本意, 也体现了信息网络传播和广播的真正差别。

因此在传播介质都是互联网的情形下, 区别广播和信息网络传播的要点应在于作品(或承载作品的数字信号)是否在网络空间保留足够长时间, 从而使公众能够主动地在其个人选定的时间和地点获得作品。这也因而决定了公众在获得节目或作品时的主动性差异: 在广播行为下公众只能被动观看广播节目而几乎没有主动性, 而在信息网络传播行为下公众具有较大的获得作品的主动性。米哈依·菲彻尔认为, 信息网络传播之所以不同于广播, 仅在于人们假定广播有一个主动的传播者和被动的接受者。^[41] 由此角度看, 公众是否具有获得节目或作品的主动性似乎可作为广播和信息网络传播的区别性特征。然而若进一步分

[39] 前引〔4〕, WIPO 文件, paras. 11bis. 6, 11bis. 7。

[40] See Rolf Auf der Maur, *Internet Distribution of Music Performance*, 27 *International Business Lawyer* 165, 166 (1999)。

[41] 前引〔6〕, Mihaly Ficsor 书, para. C 8.05。

析就可发现,公众是否具有获得作品的主动性,其基础仍在于相关的信息或信号在传播介质中保留的时间长短。

从市场后果看,广播由于其一播而过的特性难以成为公众可依赖的作品获得途径,它因而难以对著作权人的作品市场产生竞争性的消极影响。但是在作品被持续提供于互联网的情形下,网络空间就可成为公众可依赖的作品获得途径,消费者也就可能不再去购买作者的图书或DVD等音像载体,也可能不去电影院欣赏电影或购买在线播放许可,从而使作者的作品市场(包括许可市场)受到持续的消极影响。从自由许可的必要性以及权利限制角度看,广播组织为制作广播节目每天都需使用大量作品或作品片段,如果每件作品都需事先经过著作权人许可,就可能让广播组织支付过高的时间成本和谈判成本,从而不利于广播节目制作,公共利益也可能受到影响。因此,《伯尔尼公约》为广播权设置了强制许可,让广播组织可以在支付费用的情形下利用作品制作广播节目,公众亦可由此受益。此种强制许可在多国著作权法中均有体现。但在WCT等国际条约下,尚难以针对互联网环境下的向公众提供权设置强制许可。从权利及其制约角度看,广播的消极市场效应低,广播权可以被强制许可,但在互联网环境下向公众提供作品行为的消极市场效应高,因而难以通过强制许可限制向公众提供权,仍需把它保留在自由许可领域,藉此维护著作权人的利益。

从作品角度视之,作品是否处于持续向公众提供的状态应是划分广播和信息网络传播界限的基本标准。从行为人角度看,需考察他是否未经著作权人许可将其作品提供于互联网空间,从而使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品:如果是,即使公众能够选择获得作品的时间只有一天或数小时乃至更短时间(如一小时),其行为也可能构成在网络空间向公众提供作品,从而侵犯作者的信息网络传播权;但是如果作品在网络空间停留时间较短,只有数秒钟乃至更短,就可认为它是广播而受到广播权规制。从公众角度看,就是考察人们是否可在其个人选定的时间和地点获得作品,此即WCT第8条和我国著作权法第10条规定的标准。

以上方面是信息网络传播权与广播权的不同之处,它们也应是判断信息网络传播权和广播权界限以及界定信息网络传播权范畴的标准。这些因素分别源自作品、行为人、公众、作品传播的市场后果四个方面,其实质一致,而最终判断标准就是考察作者的作品市场是否受到相关作品传播行为的消极影响。

(二) 对一些观点的辨析

有些研究者论述的信息网络传播的特点或者信息网络传播与广播之间的区别,或属无关紧要的细节,或属似是而非的观点,并无著作权法意义。例如,有研究者认为在信息网络传播和广播之间的“唯一区别在于电视台使用的传输媒介是电缆,而网站使用的是网线”,^[42]还认为信息网络传播的特点包括“点对点”传播,以及和广播相比,互联网传播属“窄播”等。^[43]也有不少研究者和法官对此予以认可。不可否认,认为点对点传播和窄播(narrow-casting)等属于互联网传播特点的观点源自国际论坛,如WIPO专家亦认为这些是

[42] 前引[27],王迁文,第65页。

[43] 王迁:《我国〈著作权法〉中“广播权”与“信息网络传播权”的重构》,《重庆工学院学报》2008年第9期,第25页以下。

互联网传播的特点。^[44] 本文认为,把这些方面理解为互联网传播的一般特点尚可,但是如果把它们作为界定信息网络传播权范畴必须考虑的要素,就需认真斟酌。

从启动互联网数据信息传输过程来看,每台联入互联网的计算机终端和目标服务器(或其他具有类似功能的设备)之间的数据传输,皆属点对点传播。但如果从作品传播的方式和受众范围看,互联网并非单纯的点对点传播,因为它还有点对多和多对多等传播方式。如联合国(UN)网站的网页可能在每时每刻都有来自世界各地的多个网络用户在访问,其网页信息也因而能够在同一时间同时传播至每个用户的终端,此即典型的点对多传播。这意味着,点对多传播是广播和信息网络传播均具备的特征:广播固然是“广播”,但信息网络传播却未必是“窄播”。众多网站与无数网络用户的交织和互动,就使互联网空间跨越了国界,延伸至现实社会的各角落,其传播范围要远大于传统的广播电视和卫星传播。这是互联网空间的真实,也显示互联网是典型的点对多和多对多传播模式。亦有专业人士认为,无论是互联网还是局域网,作品的传播都是面对不特定多数的公众,点对点传播并非互联网传播的主要形式。^[45] 在互联网环境下,有多对多、点对多、点对点多种通讯模式,点对点传播并非互联网传播的唯一模式。研究者不宜把互联网环境下视听作品播放的个别特点无条件延伸为互联网传播的特点,然后再以之限定信息网络传播行为及信息网络传播权。

对互联网交互性的强调也是如此。传播学专业的艾略特教授认为,人们所称的互联网交互性,包括用户控制内容的交互性和信息生产者与接收者之间信息反馈的交互性。这两种交互性的涵义既不相同,也不相关。信息接收者与生产者之间反馈的交互性是真正意义的交互性:与单向度的广播等传统媒体相比,双向传播的互联网在较大程度上改变了信息生产者与接收者的关系。但用户控制内容(user control over content)的交互性仅指用户在获得作品或信息方面具有一定的主动性,如在网络电台的网站上制作个性化节目列表等,从而使其个性化网页成为符合个人品味的个性化信息库。但是此种交互性概念具有内在缺陷,它相当于把用户获得作品的行为混淆为交互性。用户虽然可以主动获得信息或作品,但他所获得的信息仍基本依赖于信息生产者提供(真正的交互性网站除外),用户对于获得信息的时间和地点的主动性选择难以改变两者之间的关系,即在两者之间并无必然的交互性。^[46]

考察互联网环境下网络用户的行为,可知他在个人选定的时间和地点获得作品的涵义仅体现了他获得作品的主动性。该特点使信息网络传播迥异于广播,因为在广播模式下人们只能被动接受节目而无获得节目的主动性。但是在互联网环境下人们具有获得作品的主动性并不必然使他与信息生产者或提供者之间产生交互效果,就如人们对联合国网站的访问并不必然对联合国或其网站产生影响一样。WIPO 专家委员会也说明,网络用户在其个人选定的地点和时间获得作品仅“提示”(implies)作品传播的交互性。^[47] 也有研究者把此理解为作品的再现性或连续性传播行为。^[48] 其实该特点就是互联网传播非同步性的体现,

[44] 前引[6], Mihaly Ficsor 书, para. 4. 81。

[45] 参见阿拉木斯:《关于“信息网络传播权”及其他》,《电子知识产权》2002 年第 1 期,第 55 页。

[46] See Elliot King, *Redefining Relationship-Interactivity Between News Producers and Consumers*, 4 (4) *Convergence* 26 - 29 (1998)。

[47] 前引[5], WIPO 文件, Note 10. 11。

[48] 前引[45], 阿拉木斯文, 第 54 页; 梁志文:《信息网络传播权的谜思与界定》,《电子知识产权》2008 年第 4 期,第 11 页以下。

它因而也是在互联网空间向公众提供作品的验证标准。

有研究者认为,互联网的交互性就是“按需传播”,即网络用户根据自己的需要启动作品传播过程。^[49]这仅有部分意义,即仅在网络用户发现了他想获得的信息或作品(如一部小说或电影)后才适用,此时的传播才属按需传播,而在很多情形下,他只是在互联网上浏览一些他未必真正希望获得的信息,那么此时是否属“按需传播”?如果是,则“按需传播”涵义极为泛滥,几乎所有互联网传播行为都属按需传播,因为它们都需网络用户登录相关网站获得信息。如果不是,此类传播又属何种传播?

一些研究者把网络用户获得作品的主动性认定为“交互性”,又把此种“交互性”视为信息网络传播的最大特征乃至“本质特征”。^[50]曾任最高人民法院知识产权庭庭长的蒋志培法官质问,交互性“怎么可能属于网络传播的唯一特点或者最大、最突出的特点呢”?^[51]也有研究者认为,公众对于获得作品的个性化时间和地点的选择并非信息网络传播必备且本质的特征,把它作为唯一特征可能以偏概全,引起人们误解。^[52]对点对点、窄播和交互性等特征的过分强调,都会产生此种效果。

(三) 信息网络传播权与广播权的界限及范畴

基于由《伯尔尼公约》和WCT规定的广播权、向公众传播权和向公众提供权(信息网络传播权)之间的关系,就可理解广播权和信息网络传播权的界限与范畴。基于以上论述,本文认为界定广播权和信息网络传播权的基本原则是:如果相关行为属广播权范畴(包括广播、对广播节目的有线或无线转播、有线广播及对有线广播的有线或无线转播等),就需由广播权予以规制(包括相关的权利限制,但如果是有线广播节目,则未必能够适用强制许可^[53]);如果相关行为属在互联网环境下向公众提供作品,就需纳入信息网络传播权范畴予以规范。换言之,信息网络传播权规制互联网环境下向公众提供作品的行为,但它不应当对《伯尔尼公约》规定的广播权及其限制所维系的利益平衡产生影响。这有两方面的涵义。从广播权的角度看,信息网络传播权不应介入其范畴,如果某些作品传播行为属于广播或其转播,即使该转播可能是通过互联网等信息网络实施,如网络电视台或ISP对于电视节目的转播,它仍应该由广播权予以规范(强制许可亦未必能够适用)。^[54]从限制广播权的角度看,信息网络传播权亦不应干扰《伯尔尼公约》规定的广播权强制许可。只有如此,才能继续维持《伯尔尼公约》下的广播权利益平衡,并同时保护作者在互联网环境下的传播权益。

在我国著作权法语境下,如何界定广播权和信息网络传播权的界限与范畴,情形更为复杂,因为除广播权和信息网络传播权外,著作权法第10条第1款第17项还规定了开放式的“应当由作者享有的其他权利”。无论把本应属于信息网络传播权范畴的行为界定为属广播权范畴还是“其他权利”范畴,皆会损害作者的信息网络传播权益,因为界定为广播权

[49] 前引[43],王迁文,第25页以下。

[50] 前引[28],芮松艳文,第127页以下;前引[48],梁志文文,第10页以下。

[51] 蒋志培:《我国网络版权司法保护的回顾与展望》,《中国知识产权》2016年3月(总第109期),第73页。

[52] 前引[45],阿拉木斯文,第54页。

[53] 前引[6],Mihaly Ficsor书,paras. C 8.05, C8.07;前引[7],Reinbothe and Lewinski书,paras. 7.8.8, 7.8.44。

[54] 相关案例参见“央视国际诉百度和搜狐侵犯著作权纠纷案”,北京市海淀区人民法院(2012)海民初字第20573号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2013)一中民终字第3142号民事判决书。

可能使之受到法定许可（强制许可）的限制，界定为“其他权利”则可能损害著作权人自由许可其信息网络传播权的权益，因为此时其权利被转换为无名权利，不利于其自由许可和定价。反之亦然，如果把本应属于广播权范畴的网络广播或转播行为界定为信息网络传播，就会让可能伴随广播权的强制许可落空，从而不利于广播组织或网播组织，公共利益亦可能受到消极影响。

综合两方面可知，合理把握信息网络传播权和广播权之间的界限非常重要。虽然在表面上看，这仅涉及如何区分适用广播权或信息网络传播权，仅是一个技术或法律问题，但实质上这可能涉及作者、广播组织、网播组织和公众之间的利益平衡，因而是一个立法或司法政策问题。

四、信息网络传播边缘行为性质之认定

在以上论述的基础上，就可讨论网络定时、定集循环播放影视作品的性质，以有助于界定它们在作品传播意义上的行为属性和法律性质。此类影视作品播放行为虽然是通过互联网等信息网络实施，但它又与通常的信息网络传播行为不同，而在某些方面与电影院或电视台的播放模式相似，所以可称之为信息网络传播边缘行为。此问题是我国信息网络传播权法律适用中的争议焦点，值得深入探究。

关于网络定时、定集循环播放影视作品的知名案例是涉及电视剧《奋斗》的“北京时越网络技术有限公司与宁波成功多媒体通信有限公司侵犯著作权纠纷案”（以下称“《奋斗》案”）。在本案中，被告定时、定集在线循环播放32集电视连续剧《奋斗》，北京市海淀区人民法院认为，“法律并未规定要使公众在其选定的时间获得作品的全部或任意一部分内容”才属信息网络传播行为，因此无需认定公众一定要在选定的时间获得作品的全部或任意部分才构成侵权，只要网络用户通过信息网络可以在其个人选定的时间获得涉案作品的“部分内容”，相关行为就属信息网络传播行为，就可构成侵犯信息网络传播权。北京市一中院对此予以认可，认为即使被告的播放方式是定时定集播放，亦可构成侵犯信息网络传播权。^[55]但在案情几乎相同、涉及电影《霍元甲》的“安乐影片有限公司与北京时越网络技术有限公司等侵犯著作权纠纷案”（以下称“《霍元甲》案”）中，北京市二中院和北京市高院均认定被告在线定时循环播放《霍元甲》的行为侵犯了“应当由著作权人享有的其他权利”。^[56]这些案件涉及信息网络传播边缘行为，对其分析有助于界定信息网络传播权范畴并厘清其与广播权的界限。

针对《奋斗》案判决，有研究者批评法官没有理解信息网络传播固有的交互性特点，误解了信息网络传播权。^[57]该批评者的论证与结论为不少研究者和法官所引用，成为之后法院判决的理论依据。^[58]有法官认为，网络定时播放是典型的“点对多”与非交互式网络

[55] 参见北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第4015号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2008）一中民终字第5314号民事判决书。

[56] 参见北京市第二中级人民法院（2008）二中民初字第10396号民事判决书；北京市高级人民法院（2009）高民终字第3034号民事判决书。

[57] 前引〔27〕，王迁文，第66页。

[58] 参见孔祥俊：《网络著作权保护法律理念与裁判方法》，中国法制出版社2015年版，第89页以下。

传播行为,根本不符合“点对点”与“交互式”的传播模式,《奋斗》案判决将其认定为侵犯信息网络传播权于法无据。^[59]此后,“应当由作者享有的其他权利”似乎成为此类案件标准的法律适用路径。^[60]如何认识这些批评理由和诉诸“其他权利”的司法路径,仍需回归至WCT第8条和我国著作权法第10条的具体规定予以解释。

如前所述,WCT不希望向公众提供权侵入广播权范畴,从而打破关于广播权的权利与限制平衡。针对互联网传播,流媒体技术的应用克服了数据下载后才可播放的技术瓶颈。网播组织一般需把采集的视听作品或其他信号(现场信号或广播信号)进行转码压缩,并对内容进行必要编辑,再把作品的数字化信息存储在对公众开放的服务器或其他具有类似功能的设备上(为保证信息安全ISP也可能实施其他技术措施,如把信息存储在其他服务器上),然后就可根据网络用户的请求把载有视听作品或节目的数据流持续发送至网络用户终端,使其在多媒体播放器上观看。^[61]这是ISP定时、定集循环播放电影或电视剧以及网络广播或转播的基础,具体方式包括直接播放数字节目的网播(webcasting)、实时网络直播(演唱会或综艺节目等)或转播广播电视节目等。这些基本属直接利用互联网架构(包括通讯协议)传播作品或节目的行为,在影视作品播放、网络直播或转播节目期间,公众可登录该网站获得该作品或节目。然而就网络直播或转播广播电视节目而言,这些行为又可能属于利用有线或无线方式转播广播节目的广播行为(由《伯尔尼公约》第11之二(ii)条规制),或者利用有线方式播放节目的有线广播行为(由WCT第8条前半段规定的向公众传播权规制,在有些国家由广播权规制)。

欧盟专家认为,WCT第8条后半段强调公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品,有助于排除网络电台或电视台的网播、直播或实时转播等情形。^[62]在这些情形下,承载作品或广播信号的数字信号只在互联网空间短暂停留,其存在时间不会超过技术上必要的时间(几秒至零点几秒),人们虽然是通过互联网获得数字信号,但是和面对广播信号一样没有主动性,因此这些行为皆应属于广播而被纳入广播权范畴。^[63]然而在网络直播音乐会后,如果网播组织再将其保存的音乐会录制品在互联网上向公众提供,就应适用向公众提供权。^[64]研究者认为,网播组织通过流媒体技术既可以直播现场音乐会,也可以在直播后把文件存储于服务器向公众播放,供人们登录其网站按照播放的音乐会顺序观看(这与上述《奋斗》案中的循环播放过程类似,即网络用户都不能控制播放进程)——此种近于“按需提供音乐”的服务(close to the “music on demand” service),也可能侵犯著作权人的向公众提供权。^[65]事实上,WIPO专家委员会在关于WPPT第10条(草案第11条)和第14条(草案第18条)的解释中曾引入“准交互式”(near to interactive)传播的概念,意图

[59] 前引[3],李瑞钦文,第63页。

[60] 参见《北京市高级人民法院关于网络著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)》(试行,2010年5月19日发布)第10条;《山东省高级人民法院关于审理网络著作权侵权纠纷案件的指导意见(试行)》(2011年1月6日)第18条。

[61] 参见李晓明:《网络播放及其管理技术》,《现代电视技术》2007年第7期,第90页以下。

[62] 前引[7],Reinbothe and Lewinski书,para.7.8.33。

[63] 国内关于网络实时转播行为及其侵权责任的争议,参见苏志甫:《从著作权法适用的角度谈对网络实时转播行为的规制》,《知识产权》2016年第8期,第30页以下。

[64] 前引[7],Reinbothe and Lewinski书,para.7.8.33,note 394。

[65] 前引[40],Rolf Auf der Maur文,第167页。

澄清相关信息网络传播边缘行为的法律性质，外交会议也曾就该问题进行讨论。^[66] 随着流媒体技术和存储技术发展，ISP 可以在服务器上存储大量作品，并通过不同播放方式向公众提供。涉及“准交互性”传播的情形，例如在很多案件中，录音制品的播放方式并不给予网络用户在获得作品时的充分主动性，而是对其获得作品的时间有所限制。在充分的交互性和准交互性之间，存在的差别仅是获得作品的“时间”上的自由度：在前者情形下，网络用户具有充分的选择自由；而在后者情形下，网络用户获得作品的选择自由受到限制。但是由于 ISP 能够在服务器空间存储大量作品，并提供多频道播放，就能够让公众容易获得相关作品。外交会议强调，此种“准交互式”传播显然与录音制品的正当利用相冲突，并有损权利人的利益。^[67] 针对准交互式传播是否属向公众提供权范畴，欧盟专家的论述更为明确：“必须从整体上考虑向公众提供行为，包括实际的传输（如果发生的话）。如果孤立地看，即使某种实际的传输未被认为是‘面向公众’提供（意指公众成员不得不同步接收该传输），但是如果该传播的初始行为（即‘提供作品行为’）是面向公众实施，则足可适用向公众提供权。”^[68] 这些论述说明，所谓“定时播放”或“点对多播放”并非信息网络传播权的禁忌，北京市高院和山东省高院的相关“指南”或“指导意见”未必有必要的法律依据。^[69]

根据欧盟专家的说明，如果网播组织每隔 20 分钟就重复广播每周音乐排行榜的上榜歌曲，也属广播行为，不适用向公众提供权。^[70] 这可以理解，因为在此情形下网络用户接受的仍然是一播而过的“网播节目”。这和广播电台重复播放某些流行歌曲的安排类似，如网络电台安排的重复播放行为一般仅持续有限的时间，并且一般地它还会随着音乐排行榜的调整而更换歌曲。因此就此种间隔而重复的网络播放而言，网播组织仍然是在“广播”音乐作品。尽管这些“网播节目”是有间隔地重复，但它们仍然是一播而过，并未被持续提供于对公众开放的互联网空间，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得，因此此类行为并不构成互联网环境下向公众提供作品的行为。

网络定时、定集循环播放影视作品的问题看似复杂，但依据以上论述就可得以厘清。有研究者引用上述欧盟专家对于网络电台有间隔但却重复播放音乐排行榜歌曲的论述，试图类比论证网络定时、定集循环播放电视剧的行为也应属于网播行为。^[71] 然而网播组织重复广播排行榜歌曲的行为与网络定时、定集循环播放影视作品的行为至少在三方面有所不同。第一，播放模式不同：前者对于排行榜歌曲的重复播放并非针对一首或几首流行歌曲

[66] 前引 [6]，Mihaly Ficsor 书，para. 4. 46。中文“准交互式（传播）”的概念，参见前引 [6]，米哈依·菲彻尔书，第 353 页。“near to interactive”也被译为“接近于交互性”，参见前引 [7]，约格·莱因伯特等书，第 427 页。

[67] 前引 [6]，Mihaly Ficsor 书，para. 4. 146；WIPO, *Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms to be Considered by the Diplomatic Conference* (December 1996), prepared by the Chairman of the Committees of Experts on a Possible Protocol to the Berne Convention and on a Possible Instrument for the Protection of the Rights of Performers and Producers of Phonograms, CRNR/DC/5, August 30, 1996, Note 18. 06.

[68] 前引 [7]，Reinbothe and Lewinski 书，para. 7. 8. 40。

[69] 参见《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》（2016 年 4 月 13 日发布）第 15 条；《山东省高级人民法院关于审理网络著作权侵权纠纷案件的指导意见（试行）》第 18 条。

[70] 前引 [7]，Reinbothe and Lewinski 书，para. 7. 8. 33。

[71] 前引 [27]，王迁文，第 66 页。

的简单循环播放,而是通常会在歌曲播放之间插播其他节目,它更像传统电台的节目播放模式;后者一般是一部电视连续剧、一部电影或几部电影的循环播放,虽然它也可能在每集电视剧或每部电影循环播放之间插播广告,但它更像电影院的播放。第二,循环播放持续的时间不同:前者可能仅持续有限的时间(如一天或更短),这又和传统的广播节目安排类似;后者则可能持续较长时间(如数天、数月或更长时间),如在《奋斗》案中被告在线播放电视剧《奋斗》的时间就至少持续了40天。第三,涉及的作品市场价值不同:前者一般涉及音乐作品(尤其是流行歌曲)或录音制品,后者则涉及电视连续剧或电影作品,其市场价值通常相差巨大。综合三者,则可知重复网播排行榜歌曲的行为与网络定时、定集循环播放影视作品的行为模式既不相同(前者更像广播而后者更像电影院放映),其涉及的作品类别及市场价值也根本不同,在著作权法的立法框架下,两者不可能适用相同的调整模式和立法路径,就如在非互联网环境下音乐作品可适用广播权的法定许可而电影作品却不能适用一样。〔72〕

就网络定时、定集播放影视作品而言,网播组织既可以设置一播而过的播放模式,也可以设置循环播放模式,如果是前者,其行为就更接近于网络广播行为,这传统电视台的电影播放行为并无不同。为加强其论证,研究者还假设了时长为一小时的电影的网络播放以及一部24集的电视剧以每小时播放一集的方式在每天固定时间播放某一集的案例,并反问此种行为属于何种行为。〔73〕问题的答案显然要看具体的播放模式如何设置(假设网络用户都不能够控制播放过程):如果该电影或电视剧是一次性播放,就是网络播放或广播行为;如果是循环播放,就属信息网络传播行为。有律师认为,如果照此逻辑,网播者就可能因不同的节目编排方式而落入不同的权利范畴。〔74〕其实这正是法律规范涵义的体现,即权利设置与适用一般针对行为模式而非技术或其他因素予以调整,不同的行为模式当然可能适用不同的权利予以规范。在我国著作权法框架下,由于向公众传播作品的方式不同而适用不同的权利予以调整,正是分解式著作权立法所导致的结果。〔75〕

考察网络定时、定集循环播放影视作品行为的性质,最根本的标准仍然是我国著作权法第10条关于信息网络传播权的具体法律规定。该循环播放行为属行为人把电视剧或电影置于向公众开放的服务器,且持续足够长时间,使作品始终处于可被公众持续获得的状态,对于这点人们应该没有异议。与广播或网播相比,循环播放并非一播而过,承载作品的数字信息被持续存储于互联网空间,并向公众提供。如上所述,WIPO专家委员会在解释向公众传播权时已阐明,在作品传播涉及临时存储的情形下,如果作品在传播介质中的存储时间超过必要限度,就相当于向公众提供作品而可能落入向公众提供权的范畴。〔76〕这意味着,作品在传播介质中的存储时间长短是界定相关作品传播行为法律性质的要素。

事实上,人们对于网络定时、定集循环播放影视作品是否属信息网络传播权范畴的争

〔72〕 参见我国著作权法第43条第2款、第44条、第46条。

〔73〕 前引〔27〕,王迁文,第64页以下;前引〔43〕,王迁文,第23页以下。

〔74〕 参见戎朝:《定时在线播放行为之权利属性探究——仅限于有线信息网络传播视野下》,《2009中华全国律师协会知识产权专业委员会年会暨中国律师知识产权高层论坛论文集》,2009年10月,第291页。

〔75〕 参见刘银良:《论著作权法中作者经济权利的重塑——以比较和实践为视角》,《知识产权》2011年第8期,第7页以下。

〔76〕 前引〔5〕,WIPO文件,Notes 10.14, 10.16。

论主要集中在“获得”和“作品”两要素上：“获得”是否意味着公众对于作品的播放进程需有绝对控制能力？“作品”是否意味着在某具体时间公众可以获得所涉电视剧或电影的全部或任何部分？无论从法律文本审视还是从信息网络传播权的立法目的看，“获得”作品仅意味着人们可以在网络空间下载、浏览、感知或欣赏某作品，其中并无控制作品播放进程的涵义，而对“作品”的理解亦需根据著作权法原理，即无论是作品全部或其独创性部分皆属“作品”范畴，认为使公众在某具体时间需要获得作品的全部或任何部分才构成侵犯信息网络传播权，显然偏离了著作权法的一般原理，也背离了著作权侵权判定标准法定的基本准则。上述 WIPO 专家委员会和外交会议对于“准交互式”传播的讨论，也说明在选择获得作品的时间方面，即使公众不具有充分自由，也可能构成信息网络传播。^[77]

在涉及互联网传播的数字版权领域，美国国会提出了可预测性标准以帮助判断网络服务是否具有交互性，在其基础上联邦法院又发展出市场替代理论。^[78] 美国联邦第二巡回法院认为，如果某网站对一首歌曲设置的提供方式能够让网络用户预测他能够在该网站获得该歌曲，从而使其购买该歌曲的需求减弱，就可认为该传播方式可能损害版权人的市场价值，从而侵犯其权利。^[79] 从可预测性标准看，如果电视剧《奋斗》或电影《霍元甲》持续在某网站循环播放，观众就可以随时登录该网站观看该电视剧或电影，而不管它正在播放哪一集或哪一幕。就如在《奋斗》案中，被告曾连续在线循环播放《奋斗》至少 40 天，如果按每集电视剧 40 分钟计算（外加 5 分钟广告），在此期间内整部电视剧被循环播放了大约 40 次，对于喜欢《奋斗》电视剧的观众而言，他既可以跟随被告网站设置的播放顺序一次欣赏整部作品，也可以有足够的自由，在其个人选择的时间登录网站多次欣赏作品。从市场后果看，网络定时、定集循环播放影视作品的方式完全可以成为人们获得作品的可依赖渠道，人们也就可能没有动力再去购买该作品的音像载体或播放许可。因此，从美国的可预测性标准看，亦可知网络定时、定集循环播放影视作品的行为构成对信息网络传播权的侵犯。

结 论

本文主要依据 WCT 和我国著作权法的文本，并结合其立法背景和立法目的，具体解析信息网络传播权的范畴，并探究其与广播权的界限。本文认为，在“三网融合”及流媒体技术时代，作为向公众传播权框架下基本平行的两种权利，信息网络传播权和广播权的界定应以承载作品的信号在传播介质中保留的时间为基本考察标准，它也同时决定了公众获得作品的主动性。以此为认定标准，则实时的网络播放、直播或转播是广播行为，属于广播权范畴；而把作品提供于互联网空间使公众可在其个人选定的时间和地点获得作品的行为，包括网络定时、定集循环播放影视作品以及网络播放、直播或转播节目之回放（超过合理期间），是信息网络传播行为，属信息网络传播权范畴。研究者和法官不宜把公众在其

[77] 前引 [6]，Mihaly Ficsor 书，para. 4.146；前引 [67]，WIPO 文件，Note 18.06。

[78] See Mary Ann Lane, “Interactive Services” and The Future of Internet Radio Broadcasts, 62 Ala. L. Rev. 459, 469 – 470 (2011).

[79] See Arista Records v. LAUNCH Media, 578 F.3d 148, 162 (2d Cir. N. Y. 2009).

“个人选定的时间和地点获得作品”的条件无端拔高，以至于超出 WCT 和著作权法文本的规定，从而可能限制信息网络传播权的适用范围。

我国著作权法规定的信息网络传播权直接源于 WCT，其本身并无缺陷，是机械的理解与错误的法律解释导致了信息网络传播权法律适用的困局。著作权法第三次修订宜保留信息网络传播权的现行规定，但需要把广播权的范畴进行明确扩展，使之包括有线广播（包括网播），即可弥补现行著作权法关于电子环境下向公众传播权的缺陷。这应是保护著作权人在互联网空间的向公众传播权益的最佳修法路径。如果著作权法对信息网络传播权和广播权的范畴界定都较为清楚合理，在当前阶段也未必需要规定广泛的向公众传播权，以免造成权利叠加，抑或不利于著作权许可和司法实践。在著作权法修订前，法院宜发挥司法能动性，合理扩展现行著作权法关于广播权的规定，使之包括有线广播及对有线广播的有线转播等传播方式，实时网络直播或转播行为就可被纳入广播权范畴。

Abstract: The right of communication to the public and the right of making available to the public prescribed by the WIPO Copyright Treaty (WCT) are international legal sources of the right of communication over information networks in the Chinese Copyright Law. Textual interpretation guided by legislative purpose is conducive to determining the scope of the right of communication over information networks and its boundary with broadcasting right. The condition of “making available to the public of works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them” in the WCT and in the Chinese Copyright Law should be interpreted according to the texts of the treaty and the law, not according to any additional element. The right of communication over information networks and broadcasting right are basically parallel and their boundary should be determined according to the length of the time in which the signals carrying the works are made available in the media. While real-time webcasting and rebroadcasting on the Internet is covered by broadcasting right, the act of making available of the works over information networks and making them accessible by the public at a time and from a place individually chosen by them, including repeated online displaying of audiovisual works, falls within the scope of the right of communication over information networks. The Third Amendment to the Chinese Copyright Law should expand the broadcasting right to cover cable-casting and cable rebroadcasting, so that the deficiencies of the right of communication to the public may hopefully be remedied.

Key Words: the right of communication over information networks, broadcasting right, the right of making available to the public, the right of communication to the public
