

中国的数字化音乐网络传播：不仅仅是法律问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_AD_E5_9B_BD_E7_9A_84_E6_c122_484631.htm 唱片公司和网络公司大约从没有象现在这样同时产生共同的兴奋与紧张。一方面，大家看到，经过这几年的发展，尤其是网络泡沫之后，数字化音乐的网络传播市场正令人垂涎欲滴，坐在家里数钱的年代似乎为期不远了，网络精英们在早期唾沫横飞的路演中的功夫没有白费，活下来的网络精英们开始踏着先烈的足迹摘果子。另一方面，在这个市场上抢钱的人实在不少，而且都是个头不小的家伙，无论是网络公司还是唱片公司。尤其是唱片公司的老板们，当他们正发愁如何对付大街小巷抱着小孩贩卖盗版CD的妇女时，突然眼前一亮，看到网络公司已经铺好了黄金大道，于是撇开妇女、抄起家伙直奔这条大道而来。在这样的情景下，唱片公司、内容提供商、搜索服务商之间的摩擦在全球开始升级。从2000年左右在美国集中爆发的Napster和MP3.COM系列案件，在我国的华纳诉Myweb案件，到2003年左右的正东诉ChinaMP3案件，以及最近的台湾飞行网高管被判刑案件、步升诉百度案件，其中穿插着唱片公司诉卡拉OK经营者的案件，一片连续性的全球热闹景象。

一、网络公司的生意经 网络精英们的先驱已经总结出来，网络公司要挣钱，就要搞“眼球”、搞“注意力”，用我们的土话说，就是要瞄准人民大众的喜闻乐见，然后把人民大众尽可能团结到自己的周围。网络泡沫之后，网络公司们发现我国人民大众的“眼球”不是那么好吸引。由于中国地大物博、人口众多、底子薄，大部分人都很穷，连电脑都没摸

过的大有人在，而且还受到消费习惯和消费文化的影响，网络公司不投入巨资进行研发和广告的话，很难把人们忽悠过来。但是，一旦把人们忽悠过来、场面热闹了之后，以我国民众的淳朴和忠诚，一般就不大容易被忽悠走了，除非这一家发生了恶性变故。如此之后，收钱就好办了。新闻、网络广告、短信、邮箱、搜索，都大抵如此。因此，这个行业成了前期投入高、技术和资金壁垒高的长线行业，一旦成功，就很容易一两家独大，后进入的白手起家者几乎注定失败的命运。这种胜者通吃的诱惑也常导致这个行业有一些赌一把的心理。MP3数字化音乐显然也是如此规律，众多的城市青少年和白领成了消费的主力军。网络服务商本来盈利领域就很有限，好不容易瞄准了数字化音乐，就得卯足劲往上冲，来迟了就连水都喝不上了。网络公司们为了把场面做大，必须投这些人的所好。于是，MP3音乐的内容提供商、搜索服务商、P2P运营商中产生了一些捷足先登者，经过这几年的磨砺，逐渐成了气候。这一切，都被在一旁一直郁闷的唱片公司看在眼里。

二、唱片公司的套路

套路一：放水养鱼、秋后收网，或者俗称“猪养肥了再杀”，这些带有贬义和情绪化成份的词语，常被用来描述国外的知识产权巨头的中国策略。许多人认为，微软的操作系统和文字处理软件，AUTODESK的CAD/CAM软件，DVD专利战中的3C、6C，以及最近沸沸扬扬的MP3存储播放器专利，莫不如此，且屡试不爽。

套路二：利用本国政府、国际组织向中国政府施压，并且以软硬兼施的各种方式对中国的立法施加影响，这属于百姓无法觉察的高档套路。中国的知识产权立法、司法、执法的产生和发展全过程，似乎都带有这种无奈的色彩。近

年的G3技术标准之争，就显得更为明显了。难道这回轮到唱片公司使用上述套路了？但别人可能要说，难道权利就不要保护了？侵权反而有理了？中国自己的权利人还想不想活了？WTO还管不管用了？中国还要不要参与全球化？这无疑也对，谁叫我们必须认可那规则呢。那到底是谁错了？感觉总是有点别扭，也难以理直气壮地反驳，但就是感觉做法好像不大地道。在关键时候屡屡被别人用知识产权来掐脖子，还不敢大声喊救命，这就是中国下游产业（制造商、网络服务商、企业用户等）的尴尬。自主知识产权的创造无疑是根本途径，但那是一辈又一辈人的事，并非一朝一夕之功，解决不了目前的问题。即使解决了，也不一定就不存在现在的问题，只不过少了涉外因素，受欺负感就会减轻了而已。从阿Q的角度想，也有令人欣慰的地方，那就是下游产业毕竟有许多在国内。如果下游产业，比如MP3音乐的网络服务商都被国外控制了，那就是咱们连脖子都没有了，别人连掐的功夫都不用花，那就只剩下掏钱的份了。还有一点令人欣慰的地方：唱片公司在中国和美国采取法律行动所间隔的时间并不长，是否可以推断，两国在互联网服务领域的产业差距并不是很大。在众多的行当中，中国的网络服务商最与世界先进水平接近，好歹是个心理安慰，也是个谈判的筹码。

三、人民群众的位置往哪里摆 无论是唱片公司还是网络服务商，只有傻子才会把数字化音乐的网络传播市场给毁掉。而我国人口众多、市场潜力巨大，加上众怒难犯，这反而成了一种优势和吸引力。人民群众要听音乐，唱片公司和网络服务商就有义务、更有兴趣来考虑如何团结人民群众，更好地为人民服务，这是市场规则在起作用。在唱片公司和网络公司

的纠纷中，人民群众似乎是个默默的旁观者，实际上却是最有威慑力的无声力量，谁也得罪不起。谁要是想整人民，那就是在整自己。这也就决定了唱片公司阵营和网络服务商阵营的斗争是有限的斗争，甚至是人民内部矛盾。斗争的最终的结果，要么是继续合作，要么是各自单干（可能性较小），但这事肯定是要干的。因此，唱片公司不会去大街小巷地起诉那些怀抱小孩的妇女，甚至不去起诉那些鱼龙混杂、数量庞大的音乐下载网站，而是首先瞄准了有代表性的搜索服务商和P2P运营商，这一点无疑是准确地抓住了要害。在当前情况下，在唱片公司的眼中，搜索服务商和P2P运营商相当于是把那些散落在大街小巷、财力弱小的妇女们组织起来了，成立了一个组织，这是唱片公司们最希望看到的，也是他们对网络发展的一个意外惊喜发现。不过，人民群众该干嘛还是干嘛，大部分人都不会关心这些狭窄专业领域里的枯燥诉讼。但是，不管是谁，最终想从人民大众的口袋里掏钱，就还是要考虑人民大众的口味和习惯，最多只能慢慢引导，着急不得。法庭辩论无法适用于人民群众。但有一点，在可预见的一段时间内，要让人民大众花较多的钱去听数字化音乐，恐怕还有一定难度。这个问题上没有道理可讲，而是一个事实存在。即使把天下的录音机全砸了，我国的人民群众也不会因为听不到音乐而憋死，何况这不就是一个小孩玩的MP3吗？有耐心就慢慢引导和培育这个市场，没有耐心就一把火把这个市场给烧了，谁怕谁呀？

四、数字化音乐网络传播的商业模式

目前的数字化音乐网络传播的模式大致有：

- 1、内容服务商模式 即利用自己的网站，直接提供数字化音乐的上载、下载服务，一些专业的音乐网站和门户网站在做

这种模式。唱片公司或其组织最容易采取这种模式。但这种单一的模式能否有足够的影响力来盈利，还是一个问题。

2、专门的搜索服务商 现在一些搜索门户网站和综合门户网站常提供MP3搜索服务，具体的细节各有区别。有的只提供无歧视性的普通网页搜索结果，有的对搜索结果进行编排整理，有的必须到被链接的网页上下载，有的在自己的搜索页面上就可完成下载操作。

3、P2P运营商 P2P模式是通过P2P终端软件进行硬盘搜索来实现查找和下载的，实际上也可以理解为一种广义的搜索服务。P2P运营商有两种略有区别的模式。Napster和台湾飞行网Kuro基本属于一种模式，可以称为“集中模式”，那就是运营商在自己的服务器中集中保存所有用户的数字化音乐的文件名（文件名由用户决定），用户在运营商服务器中找到文件名后进行点对点传输。Freenet等是另一种模式，可以称为“分散模式”，无须用服务商的服务器作为文件名的集中管理，直接进行点对点的硬盘搜索和下载。

以上三种模式中，所针对的市场各有微小区别，但有几个因素是无法回避的：一是必须有足够量的音乐上载和存储；二是必须让用户下载；三是必须有足够的影响力（主要是流量）和盈利来源（无论是对音乐直接收费还是通过广告等方式收费）。而问题也常发生在这三个环节。

五、网络服务商的责任 在以上三种商业模式中，内容提供商的法律责任相对好处理，著作权法及相关司法解释早已做好准备，争议仅仅是一些细节而已。

1、关于搜索服务商 搜索服务商的责任取决于服务商对搜索结果进行了什么样的干预。根据网络搜索的市场需要和技术状况，干预是必然的，是个度的问题。搜索服务商对搜索结果的干预，其目的必须是正当的，也就

是说其目的应当是有利于用户搜索目的的实现。这必须满足三个要求：一是搜索的信息量尽可能全面，二是搜索的结果排列和显示尽可能准确，三是搜索结果要体现无歧视的原则，即在合法的情况下对搜索的信息一视同仁。在满足这些条件的情况下，应当说对搜索结果的干预是正当的。（1）目前判例在叶延滨诉新浪网的案件中，法院认定搜索引擎提供作品所上载的网站的链接，并不构成侵权。在华纳唱片公司诉Myweb案件中，双方调解结果实际上确认了经精确分类和编排后的链接和本网页下载构成侵权，在正东唱片公司诉世纪悦博的案件中，法院通过判决基本确认了华纳唱片公司诉Myweb案件中的调解原则。从目前判例可以得出这样的结论：单纯的信息链接不构成侵权；精确到歌手或歌名的搜索结果编排再加上本地网页上操作的下载，会构成侵权。这两个环节任意稍加改动还会构成侵权吗？有待新的案例认证。

（2）对搜索结果的干预 上述判例之所以不一样，原因就在于搜索服务商对搜索结果的干预的度不一样。理论上讲，对搜索结果无论进行多么精心或精确的编排，都是应该鼓励的，看来问题出在下载环节，而下载环节又体现为对用户的感受的理解。谁都明白搜索服务商的服务器并不提供下载或上传歌曲，歌曲本身的上载、下载都要通过内容提供商的服务器实现。那么，仅仅是让用户感觉到是在搜索服务商的网站上下载的歌曲，或者说搜索服务商提供了足够详细准确的下载通道，或者理解成说内容提供商的服务器仅仅成了搜索服务商的存储工具，这样就使问题产生了颠覆性的变化吗？这么一想问题似乎确实严重了，搜索服务商甚至已经同时成了内容提供商。搜索服务商是否只能卖搜索结果，而不能卖被

搜索信息本身？问题似乎就悬在了下载方式这个环节。但是，搜索服务商就是以网络海量信息的网页作为加工对象的，其搜索结果和下载都依赖于这个海量信息里都装了些什么东西，而恰恰是这一点无法由搜索服务商来识别和控制的。因此，这个问题还是值得商榷的。

（3）内容提供商和搜索服务商的责任关系 搜索服务商的侵权与否，直接取决于内容提供商的侵权与否。如果内容提供商不侵权，那么通过搜索服务商的下载也不会侵权，这符合发行权一次用尽原则。如果内容提供商侵权，那么搜索服务商也只有在明知（比如被权利人通知）的情况下才承担侵权责任，这符合我国民法中共同侵权的规定。因此，判断搜索服务商的侵权，就要先判断内容提供商的侵权。搜索服务商承担侵权责任应当晚于（至少不能早于）内容提供商，如果内容提供商承担了侵权责任，搜索服务商就无需再承担。同时，如果在确定内容提供商是否侵权并承担责任之前，而就由搜索服务商承担侵权责任，那么权利人就可以从一次侵权中获得两次以上的赔偿，这显然违背了我国民事赔偿的原则。而如果认定搜索服务商承担责任后，内容提供商就可以免责，这样似乎又将事情本末倒置了。

（4）告知 根据最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003年修订后的文本）第5条：“提供内容服务的网络服务提供者，明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经著作权人提出确有证据的警告，但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的，人民法院应当根据民法通则第一百三十条的规定，追究其与该网络用户的共同侵权责任。”而根据国家版权局、信息产业部于2005年4月30日发布的《互联

网著作权行政保护办法》（该办法中的互联网信息服务提供者包括搜索、链接等行为，而互联网内容提供者不是指内容提供商，而是指上载内容的互联网用户）第五条：著作权人发现互联网传播的内容侵犯其著作权，向互联网信息服务提供者或者其委托的其他机构（以下统称“互联网信息服务提供者”）发出通知后，互联网信息服务提供者应当立即采取措施移除相关内容，并保留著作权人的通知6个月。该办法第七条：互联网信息服务提供者根据著作权人的通知移除相关内容的，互联网内容提供者可以向互联网信息服务提供者和著作权人一并发出说明被移除内容不侵犯著作权的反通知。反通知发出后，互联网信息服务提供者即可恢复被移除的内容，且对该恢复行为不承担行政法律责任。该办法第十二条：没有证据表明互联网信息服务提供者明知侵权事实存在的，或者互联网信息服务提供者接到著作权人通知后，采取措施移除相关内容的，不承担行政法律责任。由此可见，搜索服务商承担法律责任，都应是在明知侵权或得到侵权通知后未断开链接，或者未收到反通知后仍不断开链接的，才承担责任。而内容提供商一旦移除了侵权内容，搜索服务商自然就无法侵权了。（5）辅助侵权 我国民法中有共同侵权的规定（《民法通则》第130条），最高人民法院关于《民法通则》的司法解释第148条规定了教唆和帮助侵权的共同侵权责任，最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2003年修订后的文本）第4条以此为依据，构成了著作权辅助侵权的法律依据。在美国AM RECORDS等唱片公司诉Napster案例。该案例中大致存在以下观点：（1）用户的行为不属于合理使用，因为其向陌生

公众进行了发行行为；（2）Napster存在辅助侵权，因为其明知用户侵权而提供实质性帮助；（3）Napster存在代理侵权，因为其未尽监管职责；（4）Napster不享受DMCA中的“安全港”保护，因为其不属于ISP，也未制定符合版权法的政策。而在台湾关于IFPI针对Kuro和ezPeer的刑事诉讼中，都暗示两被告要承担民事侵权责任，只不过前者是故意直接侵权，故构成犯罪，而后者是辅助侵权，不构成犯罪。

3、关于技术中立 无论是搜索服务商还是P2P运营商，都希望通过援引技术中立来为自己辩护。技术中立是一个美国的理念，在我国尚无明确法律依据，不可完全据此来免除责任。另外，技术中立是相对的，搜索服务商和P2P运营商均难以完全超脱于技术之外，也并不是单纯出卖技术营利，最终还要体现为技术的应用和控制，因此不建议在我国的民事诉讼中过于依赖技术中立的说法进行解脱。本人曾专门撰文论述互联网软件技术措施的合法性问题。总体上讲，目的非法的技术丝毫不能用技术中立抗辩，而对于目的合法的技术，也只有在出售技术产品是可以引用该抗辩。

六、司法的角色 互联网相关产业的案件，往往涉及一个新兴产业、新兴技术，而且在技术和商业模式上变化极快。这些产业大多前途巨大但眼下竞争激烈、生存不易。在处理此类纠纷上，本人建议法院注意以下事项：

1、从鼓励和扶持行业健康发展的角度处理纠纷，尤其要注意产业发展的快速和易变特性，多了解产业的社会现状，不要就法律问题处理法律问题。

2、法院的纠纷处理方式上，多采取调解的方式。判决有时是个双刃剑，对于快速变化中的新问题，不期望毕其功于一役，不急于下判为妥。

3、在应对纠纷的理念上，要充分相信并大胆地多

发挥市场的自我调节和行业竞争中的自律机制，不要企图依靠法院一家力量来包揽公平和正义。从乱到治是个必然的和渐进的过程，无需心急。

4、鉴于我国在互联网服务商的产业中与世界基本同步走，与先进水平差距不大，十分难得，应在司法中注意保持和发挥该趋势。

七、立法和司法中的独立思考能力

在我国的一些制度建设过程中，存在一些不良的趋势，那就是照搬（或者简单组合后照搬）发达国家的制度，没有充分考虑中国的实际情况，在制度建设上几乎丧失了自我独立思考和价值判断的能力，甚至觉得移植于国外本身就是一个充分的理由。这种思路导致我国一些制度创建上脱离国情，导致无法操作，或者因理论化过强而失去立法上的应用意义。最严重的制度移植失败的例子就是我国的证券制度，这些制度无不看上去很美，但没有考虑中国的实际情况，没有结合中国国情，导致恶劣的后果，几乎沦为笑话。另外，我国合同法中的要约、承诺制度，由于学理考虑过重，虽然逻辑上很完美了，但实践中的合同纠纷并未因此条款而产生过什么变化，这种过于理论化的设计导致立法资源的浪费，而该下力气解决的实际问题却无法解决。网络服务商纠纷中的通知、反通知的制度也与此类似，看上去逻辑很严，但难以操作。比如，因通知和反通知会在操作上消耗企业怎样的资源，如果就通知和反通知本身产生争议就会引发新的纠纷，通知和反通知的对方不承认收到怎么办，通知和反通知的形式和内容如何审核，实际应用情况如何。所有这些问题在没有仔细论证之前就拍脑袋立法，不仅浪费资源，还可能添乱。而我国的农村土地联产承包，虽然没有发达国家的先例，但这种根据国情的制度创新却能激发农民的积极性，

照样很好地解决了13亿人的吃饭问题。互联网领域的立法更需要深入到社会生活的各方面去体验，而不是在办公室空想着国际上的先进条款和理论上的逻辑关系拿来就用。我们应当有面对复杂的社会现实进行自我价值判断和独立思考的能力，而不是一味跟在别人后面亦步亦趋，照搬西方发达国家的东西来解决中国问题。司法中也一样，并不是美国的判例中的理念就必然适合中国，或者说就必然能解决中国的问题。我们还是要在我们的田间地头、街头巷尾寻找适合我们的司法理念。当然，这需要我们下力气去调查、体验和思考。

八、大结局 唱片公司和网络服务商最终当然不会成为仇人，谁也不会和钱过不去。两个阵营如何实现优势互补和市场利益共享，恐怕是要反复谈判和判断的问题。如何授权，如何收费等实际操作应该抓紧研究。由于中国有13亿人想听音乐，在如此天文数字的市场面前，相信商人们没有解不开的疙瘩。但这其实不是唱片公司和网络服务商就能自行解决的问题，“沉默的大多数”是谁都要掂量的现实问题。所以，各方理想的团圆大结局虽然不要寄望于很快到来，但毕竟会向越来越团圆的方向走。（作者：杨安进，北京优仕联律师事务所合伙人）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com