

未经许可提供互联网终端点播服务的侵权责任认定

文/叶佳 毛水龙

内容提要 经营者未经许可提供视听作品互联网终端点播服务，不属于在初始“传播源”中传播作品的行为，而系在其创设的互联网点播终端设置的另一“传播源”中再现作品，落入放映权的规制范围。经营者是否应承担侵害视听作品放映权的侵权责任，取决于其对终端“传播源”的实质控制，如经营者对终端“传播源”存在实质性控制的，则对未经许可放映作品的行为存在过错，应承担侵害作品放映权的侵权责任。至于经营者是否对“传播源”实质控制，应当基于不同的传播场景，合理区分经营者对硬件和软件的实质控制，并结合其对终端“传播源”的注意义务，综合进行判断。如经营者仅提供在线点播设备，未提供点播软件或会员账号，其对于“传播源”的实质控制较弱，可不承担侵权责任。对于经营者有无提供点播软件即会员账号，应由权利人初步举证；权利人初步证明在线点播设备中存在相应软件和账号时，应由经营者举证证明上述软件和账户并非由其提供，如未尽到证明责任的，仍应承担侵权责任。

近年来，部分酒店、宾馆、民宿等经营者为提升住客消费体验，将合法购买的智能投影仪、机顶盒等在线点播设备安装在经营场所，以供消费者自行在线点播观看影视剧等视听作品。相关视听作品的权利人以上述行为侵害其作品的信息网络传播权或放映权为由，要求酒店、民宿等经营者停止侵权并赔偿经济损失。有别于传统经营者提供放映机或者幻灯机等技术设备公开再现视听作品，酒店、民宿等经营者提供点播投影设备供消费者自行在线点播放映，其并未直接

控制视听作品的点播，亦不控制互联网应用中的内容。该行为是否侵害权利人的著作权？如若构成侵权，究竟侵害视听作品著作权人何种著作权权利？在理论界以及司法实践中，主要存在3种不同的观点。

第一种观点认为，此种行为使得住客能够在“选定的时间和地点”获取作品，符合作品信息网络传播权的权利特征，落入信息网络传播权的规制范畴，应认定构成侵害作品信息网络传播权。第二种观点认为，“点播影院”或宾馆

等经营场所提供互联网终端点播服务,该行为创设了有别于视听作品初始“传播源”(互联网服务器)的另一“传播源”(互联网点播终端),该行为不涉及使用技术手段将作品传送至不在传播发生地的公众,属于现场传播而非远程传播,不能适用远程传播权中的信息网络传播权,应适用放映权予以规制。^①第三种观点认为,通过点播终端提供网上视听作品的行为不符合信息网络传播权控制行为所必须具备将作品上传网络的技术特征,也不符合放映权通过放映设备与片源控制放映的技术特征,不构成信息网络传播权和放映权的直接侵权。^②

除针对著作权权利类别的分歧外,此类行为的侵权认定也存在不同观点。第一种观点认为,经营者只要提供点播设备,导致消费者可以获取权利人的作品,即可认定为存在过错,不论是信息网络传播权还是放映权,均构成侵权。第二种观点认为,经营者提供点播设备,仍需考量其在消费者获取作品过程中是否存在侵权过错,如仅提供设备,不存在侵权过错,则不应认定为侵害著作权。

理论的分歧与司法实践的争议,其根源在于对提供互联网终端点播服务的行为性质和侵权认定标准不一,因此,有必要明确该种行为落入何种著作权权利的规制范畴,准确判断是否构成侵权,实现著作权、经营者经营权利及社会公共利益的平衡保护。

一、提供互联网终端点播服务的场景分析

传播权并非我国著作权法规定的一项专有权利,而是一类著作财产权的统称,它规制的是以不转移作品有形载体所有权或占有的方式使公众获得作品(即感知作品的内容)的行为。^③我国著作权法中属于传播权的专有权利包括表演权、放映权、广播权、信息网络传播权和展览权5项。传播权控制作品传播的行为,但并非所有与作品传播有关的行为均受传播权控制。例如,仅提供互联网接入、无线路由器等设施设备的行为虽对作品的网络传播亦有促进作用,但此类行为不属于传播权控制的传播行为。只有在作品传播过程中创设了“传播源”的行为才受传播权的控制。

司法实践中,酒店、民宿等经营者在其经营场所内提供了合法购买的智能投影仪、机顶盒、数字智能电视等在

线点播设备,但提供互联网终端点播服务的实际场景并不一致,主要包括以下情形:1.酒店、民宿等经营者仅提供在线点播设备,未在该设备中下载并安装点播软件,系住店消费者入住酒店或者民宿后自行下载、安装点播软件,或者前一住客下载、安装点播软件后未进行卸载删除,仍存放于该在线点播设备中,住店消费者在该设备中自行搜索点播相关影视作品;2.酒店、民宿等经营者提供的在线点播设备中自带点播软件,住店消费者未登录会员账号,直接在点播软件中搜索并点播相关影视作品,无需住店消费者动手操作下载并安装;3.酒店、民宿等经营者提供的在线点播设备自带点播软件或者由经营者下载、安装上述点播软件供住店消费者搜索点播,经营者未向住店消费者提供点播软件的会员账号以供消费者观看影视作品,住店消费者使用自有会员账号登录以观赏相关影视作品;4.酒店、民宿等经营者提供的在线点播设备中自带或者下载并安装点播软件,由酒店、民宿等经营者提供会员账号供住店消费者在线点播观看影视作品。

上述场景中,酒店、民宿等经营者均仅提供互联网终端在线点播服务,并不自行搭建局域网并向消费者提供点播、放映服务,相应的视听作品系由点播软件直接提供,而经营者提供的是让点播软件运行并显示相关作品的设备。因此,此时经营者提供的互联网在线点播服务实际是由两个不同的“传播源”共同组合而成。第一个“传播源”系传播链的起点,即在线点播软件,上述软件中存储了相关视听作品,运营商架设的用于存储作品的服务器即第一个“传播源”。经营者提供的在线投影设备供观众点播网络影视剧的行为发生在上述传播链的另一端,该设备是该传播链条中的第二个“传播源”,产生的是有别于初始传播的另一个传播行为。^④因此,在经营者提供互联网终端在线点播服务的情形中,对由初始“传播源”形成的传播行为与点播终端产生“传播源”再现作品的行为应分别予以评价,并依此认定著作权的权利类别。同时,不同场景中经营者对终端点播设备中点播软件的下载、安装及管理方式不同,影响到经营者对“传播源”的实际控制力,应基于此合理确定经营者的注意义务和管理责任,并最终判断是否构成侵权。

①王迁:“论提供互联网点播终端服务在《著作权法》中的定性”,载《法律科学》2022年第4期。

②张子非、刘铁光:“点播终端提供网上视听作品行为的定性——基于著作权侵权认定的方法论”,载《科技与法律》2024年第6期。

③王迁:“著作权法中传播权的体系”,载《法学研究》2021年第2期。

④王迁:“著作权法中传播权的体系”,载《法学研究》2021年第2期。

二、提供互联网终端点播服务行为的著作权定性

在传播权的范畴下,不论是放映、信息网络传播还是广播,均是对权利作品的有效传播。随着互联网技术的发展,放映设备与通过信息网络传播所使用的设备逐渐融合,未经许可的播映究竟侵害权利人的哪项权利尚存疑问。^①这主要是因为对于不同“传播源”的功能的认识仍不统一,容易将点播软件和在线点播设备所实现的技术效果相混同,并导致对于著作权权利的认定产生分歧。结合传播行为的特征、向公众提供作品的界定、作品公开再现3个角度,宜将提供互联网终端点播作品的行为纳入放映权的规制范围。

(一)交互式传播行为的判断

针对经营者提供互联网终端点播服务的场景,实践中容易产生误判的一个重要原因即认为在提供互联网终端点播服务情形中,经营者提供在线点播设备即导致进入该经营场所的不特定消费者可以在自己选定的时间和地点观看相关视听作品,符合信息网络传播权交互式传播的行为特征,因此,该行为应纳入网络传播权规制范畴。如前所述,经营者提供在线点播设备,由消费者选择观看影视剧等视听作品,存在两个不同的“传播源”。针对终端的传播源,并不存在将作品从服务器传播至设备的远程传播,实际是对于作品从软件展现至屏幕的现场传播,远程传播则来源于点播软件这一传播源,而交互式传播和非交互式传播是对远程传播的分类,对于现场传播来说,这一区分并无意义。^②

(二)“向公众提供作品”的认定

我国著作权法中规定的信息网络传播权来源于《世界知识产权组织版权条约》(WCT)第8条“向公众传播权”,该条规定:“文学和艺术作品的作者应享有专有权,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,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品。”信息网络传播权规制的行为特征除交互式传播以外,还需具备“向公众提供作品”的要件。如前所述,在初始“传播源”与点播终端“传播源”共同组合而成的传播链中,两个“传播源”虽然不同且互相独立,但涉及作品相同且均来源于初始“传播源”即点播软件,没有初始“传播源”中提

供的视听作品,在后续点播终端中不可能产生新的传播源。因此,在连贯的初始“传播源”和点播终端“传播源”组合中,符合信息网络传播权构成要件中“向公众提供作品”的仅是初始提供者,后续仅是再现作品的行为,不符合信息网络传播权的特征。

(三)是否符合“作品公开再现”

我国著作权法对放映权的定义为“通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、视听作品等的权利”,放映权旨在规制作品的现场传播行为,“公开再现”则明显是指现场放映。^③与信息网络传播权“以有线或无线方式向公众传播”不同,放映权规制的行为无需具备该条件,即放映权不规制远程传播行为。在经营者提供互联网终端点播服务的情景下,点播软件中的视听作品系通过有线或者无线方式传输至点播终端,并借助投影仪等智能放映设备公开再现作品,作品并非点播终端经营者提供,若初始“传播源”的软件运营商删除或者停止提供作品,必然导致点播终端无法进行点播。因此,经营者提供智能投影仪等互联网点播终端设备播放作品,属于通过有线或者无线的方式从初始“传播源”传输至放映现场,并进行现场公开再现作品的行为,符合放映权“公开再现作品”的构成要件,应落入放映权的规制范畴。

三、提供互联网终端点播服务的著作权侵权认定

提供互联网终端点播服务的终端“传播源”与初始“传播源”不同,初始“传播源”创设主体以提供作品网络播放作为主营业务,如其在未获许可情形下擅自提供作品的行为构成侵害作品的信息网络传播权,自应承担相应的侵权责任。然而,创设互联网终端“传播源”的经营者并非以提供作品播映作为营利手段,而仅是作为服务消费者的方式之一,同时其所提供的在线点播设备大多系合法购买,若对未经许可提供互联网终端点播服务行为不加区分均认定构成侵权,将导致权利人的著作权与社会公共利益保护失衡,亦不利于作品的传播,故在司法认定中应坚持侵权认定的基本原则,结合具体的传播场景和行为,判断是否构成侵权。

(一)经营者提供终端“传播源”构成侵权的基本原则

民法典第一千一百六十五条规定,行为人因过错侵害他

①管育鹰:“商业场所提供视听作品观看行为的著作权争议——对新著作权法中视听作品几种传播方式的思考”,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第4期。

②管育鹰:“商业场所提供视听作品观看行为的著作权争议——对新著作权法中视听作品几种传播方式的思考”,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第4期。

③王迁:“论提供互联网点播终端服务在《著作权法》中的定性”,载《法律科学》2022年第4期。

人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。过错责任是认定构成侵权的基本原则,侵害著作权亦属于广义的侵权,同样应适用这一原则。在侵害著作权案件中,除了界定存在侵权行为、损害后果及侵权行为与损害后果之间的因果关系外,过错责任亦是不可或缺的要件。《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》规定,认定被诉侵权行为是否构成侵权、被告是否承担侵权责任,一般应审查被诉侵权行为的内容、被告是否实施了被诉侵权行为、被告有无过错、是否造成损害、被诉侵权行为与损害之间有无因果关系等。因此,著作权侵权案件的审理中,考察经营者在其创设终端“传播源”以及对终端“传播源”的管理是否具有过错是认定构成侵权的重要原则。需要指出的是,未经权利人许可创设终端“传播源”对作品进行放映的,该行为与网络服务提供者承担的注意义务不同。依据民法典第一千一百九十五条第二款的规定,网络服务提供者的注意义务是“应当知道著作权侵权事实发生时及时采取有效必要措施”,即权利人在著作权受到侵害时采取有效手段通知网络服务提供者,网络服务提供者应当及时采取措施防范侵权行为,亦即适用“通知—删除”规则,其注意义务系在收到通知后产生,而创设网络终端的经营者不属于网络服务提供者,其创设终端“传播源”的行为并不适用“通知—删除”规则,只要存在主观上的过错,则应承担相应的侵权责任。

(二) 兼顾著作权保护与经营者合法经营权利

司法实践中,被诉侵权酒店等经营者往往提出其均系合法购买的商用点播设备、难以识别在点播终端获得的视听作品是否具有相应授权的抗辩。而此类诉讼的维权主体通常成立时间短,也无自己的视频软件或者运营平台,且在全国各地提起批量诉讼,具有比较明显的商业维权、批量诉讼的特征,有违知识产权保护的初衷。同时,被诉侵权影视作品往往知名度很低,缺少商业价值。放映权在“只论放映、不问源头”的情境下,实质上是直接指向酒店等第三方经营场所,而这将导致严重的利益失衡。^①实践中,大多数商业维权的权利人或者授权维权主体往往不从源头上进行诉讼维权,而是从末端的酒店等经营场所进行取证维权,并因此获利,其明知被控侵权内容的来源,可以查询到实际侵权主体,却不向源头主张权利,及时在源头上制止侵权,反而就单一影视作品向不同的终端酒店分别起诉。该种维权模式已

经偏离了知识产权诉讼维权的初衷,不仅不能及时有效制止侵权,反而放任、扩大侵权后果和影响,既不利于真正保护知识产权,也容易造成权利义务的失衡。

在前述所列司法实践中的四类场景中,创设点播终端“传播源”的经营者注意义务的范围不一,应根据其对终端“传播源”不同的注意义务界定责任范围。该注意义务的程度构成经营者是否承担责任的基础,因此,在审判实践中,不应一刀切地认定创设终端“传播源”的经营者均构成侵害权利人视听作品的放映权,否则在著作权权利保护与经营者合法经营权利之间将产生保护失衡。主要考量以下因素:其一,经营者在其经营的酒店、民宿等场所提供智能点播设备,其来源是否合法。若其采购的智能点播设备具有合法来源,则相应的注意义务程度低于其他类型的点播设备。其二,应区分经营者经营场所的性质,若经营者使用在线点播设备设置观影房或者其主要是以观影服务作为营业卖点,则其对应的著作权审查义务应高于非以观影为目的的经营模式。在司法实践中,部分酒店、民宿通过智能点播设备创设终端“传播源”,并在酒店宣传过程中重点突出观影房,并以此作为卖点进行推广和宣传,此种情形下应对经营者科以更高的注意义务。其三,应审查权利人批量诉讼的情形,如权利人将相关视听作品的放映权等著作权转让或授权相关主体进行诉讼维权,并进而提起大量的诉讼,试图通过批量诉讼起诉末端的酒店、民宿等主体,而非直接向点播软件等源头侵权主体主张侵权责任,此种维权方式难谓合理,在把握裁判尺度时也应加以考量。

(三) 互联网点播终端“传播源”的实质性控制认定

如前所述,酒店等经营者创设点播终端“传播源”的行为有别于初始“传播源”,终端“传播源”的作品输出虽然依赖于初始“传播源”,但两者隶属于不同的传播源,不能认定为同一个传播源。酒店、民宿等经营者虽然通过智能点播设备创设了一个新的传播源,但在不同情形下,其对传播源的实质控制力不一。对传播源的实质控制力决定了经营者应承担的注意义务大小,经营者对传播源实质控制力越高则其应承担的注意义务随之更高,反之亦然。司法实践中应作精细化的区分,根据对终端“传播源”的实质性控制程度区分是否构成侵权。

(下转第067页)

^①冯刚:“经营场所提供视听作品点播服务有关版权问题研究”,载《中国版权》2024年第1期。

在线点播终端“传播源”包含了硬件设备及软件。硬件设备包括机顶盒、投影仪等,软件则以点播软件为主。经营者仅提供硬件设备而未提供相应的点播软件,其对点播“传播源”实现现场放映的控制力较弱,换言之,仅有硬件设备而未同时提供软件设备的难以实现现场放映,自然无法控制涉案作品的现场播放,此时不应认定经营者构成侵权。如在宁波声某公司与广州鹤某酒店侵害作品放映权纠纷案中,法院认为,广州鹤某酒店在其客房内配置的网络投影设备实际上类似手机、电脑的硬件设备,任何人可通过该投影设备下载、安装适配的软件进行使用,该酒店无法知晓入住的房客利用投影设备下载、安装、使用软件的情况^①。因此,经营者仅提供硬件设备、未同时向消费者提供软件下载等服务情形下,无法认定其对传播源存在实质性控制。即使消费者自行下载并观看视听作品,也超出了经营者的预见和控制范围,故不应对其超出其义务范围的行为承担责任。

在经营者提供的点播终端硬件设备中包含点播软件的情形,经营者是否均对终端“传播源”具有实质控制力?对此不应一概而论。实践中,大多数合法购买的商用在线点播设备中均自带安装了相应的点播软件,部分点播设备还会强制绑定点播软件。此类点播软件系点播设备生产商内置安装于点播设备中,经营者对该传播源的实际控制能力较弱,故不应科以经营者在购买合法设备时的审查义务,只要经营者没有另行下载安装其他点播软件,即不应承担侵权责任。相对地,如果经营者自行安装了点播软件,其对于该传播源的控制力明显较强,且给消费者获取作品提供了便利,故应承担

相应的侵权责任。

在厘清对硬件和软件实质控制的基础上,还需对点播终端“传播源”的实质控制作进一步的细分。在大多数情形下,在点播软硬件兼具时还需提供会员账号以完成视听作品的放映,无会员账号则无法实现作品的欣赏,因此,会员账号的设置系对终端“传播源”控制力的重要考量因素。在经营者购买商用账号提供给消费者使用的情形下,其对终端“传播源”的实际控制远大于未提供会员账号的情形,此种情形下经营者对传播源达到实际控制程度,应承担相应的侵权责任。如果消费者入住酒店后,使用自有会员账号登录后观看会员权限内的视听作品,则属于经营者无法控制及预见的情形,经营者不应承担侵权责任。

此外,由于终端“传播源”处于经营者控制的经营场所,经营者对其创设的终端“传播源”负有管理义务,应承担相对较重的证明责任。一般而言,权利人主张经营者实施了侵权行为,应提供初步证据证明经营者提供在线点播设备、软件或会员账号的事实。只要权利人提供初步证据证明经营场所存在相应设备、软件或会员账号,举证责任即转移给经营者。在安装点播软件的情形中,经营者应提供证据证明在线点播设备中的点播软件并非其下载及安装,如无法举证的,则应承担侵权责任。在提供会员账号的情形中,对于存储于点播软件中的会员账号,对该账号的来源应由经营者予以举证证明,如其无法证明该账号并非消费者使用后留存于设备中,亦应承担侵害作品放映权的侵权责任。

(作者单位:上海市高级人民法院 上海市松江区人民法院)

^①参见广州互联网法院(2022)粤0192民初17773-17775号民事判决书、广州知识产权法院(2023)粤73民终1246-1248号民事判决书。