

云计算开放平台的知识产权问题研究

杨莉萍¹ 熊文聪²

(1. 中央民族大学 法学院, 北京 100081; 2. 上海交通大学 凯原法学院, 上海 200240)

摘要: 开放平台是云计算环境下为满足网络用户个性化需求的一种全新技术手段和商业模式, 它能为第三方应用开发商以及用户提供便利的信息传播网络服务和技术支持, 而为此带来的知识产权问题值得关注与应对。笔者谨以《腾讯开放平台开发者协议》为例证, 综合国内外相关法律规定, 对开放平台服务提供者的法律地位以及可能涉及的知识产权问题展开探索性思考, 以期对开放平台的运营有一定的借鉴。

关键词: 开放平台; 知识产权; 网络服务提供者; 间接侵权

中图分类号: DF523 文献标识码: A 文章编号: 1005-8036(2015) 01-0040-05

在互联网飞速发展的今天, 为满足用户不断变化的需求, 一种新的技术手段和营销策略——开放平台(Open Platform)应运而生。所谓开放平台, 根据美国国家标准和技术研究院(National Institute of Standards and Technology, NIST)权威研究, 是指“平台即服务”(Platform as a Service, PaaS), 即用户可以利用云服务提供者提供的平台, 使用云服务提供者支持的语言和工具, 开发应用程序, 并将其部署到云服务提供者的云基础设施之上; 用户不管理此应运用软件的底层基础设施, 包括网络、服务器、操作系统或者存储, 但是, 用户可以控制所部署的软件以及软件运行的配置。面对网络中数以百万计的形形色色的个性化需求, 单凭一家公司自身的力量显然力不从心, 开放平台则把网站的服务封装成一系列应用程序接口(API), 供第三方应用开发者使用。在开放平台中, 平台服务提供者(Platform Providers)提供硬件、软件、操作系统、软件升级、安全及应用程序托管等服务, 第三方应用开发者(Application Developers)则可以运用和组装平台接口, 不断开发出新的应用, 并在平台上运营。这是一种双赢模式: 第三方应用开发者, 既可借助平台的市场影响力, 又无需介入平台的维护和管理; 平台服务提供者, 既可借助不断推出的新产品让平台价值不断增长, 又可通过向第三方开发者收取费用或分享收益而获得丰厚回报^[1]。简言之, 开放平台凝聚了众人的智慧, 大大降低了信息传递成本, 提高了创新效率, 满足了用户个性化的需求, 代表了互联网发展的新趋势。无论是国外的 Facebook、Twitter、谷歌 Android Market、苹果 App Store, 还是国内的腾讯、百度、新浪、淘宝等, 都视开放平台为新宠。

然而, 开放平台甫一推出, 就面临诸多法律困扰, 如信息利用、用户权益保护、产权归属等问题, 而知识产权也无疑是其中一大难题。在开放平台中, 第三方应用开发者可能复制、使用未经知识产权人许可的作品、技术方案、商标或外观设计, 网络用户也可能借助平台传播、分享涉嫌侵权材料。此时, 平台服务提供者将承担什么样的法律责任, 就值得深入研究。笔者谨以《腾讯开放平台开发者协议》^[2](以下简称

收稿日期: 2014-12-05

基金项目: 中国博士后科学基金项目(No. 2013M531159)、(No. 2014T70412)。

作者简介: 杨莉萍(1962-), 女(汉族), 河南平顶山人, 中央民族大学法学院党总支副书记, 讲师, 主要从事大学生思想政治工作研究。

通讯作者: 熊文聪(1978-), 男(汉族), 江西临川人, 上海交通大学凯原法学院博士后, 讲师, 主要从事知识产权法研究。

《开放平台协议》) 为例证。综合国内外相关法律规定和近期司法实践, 对开放平台服务提供者的法律地位以及可能涉及的知识产权问题展开探索性的思考, 以求抛砖引玉。

1 平台服务提供者的法律地位

开放平台是一个互联网及 IT 技术领域的新名词, 但是, 这并不影响通过分析和归纳相关主体的行为性质来确立其法律上的地位。开放平台涉及平台服务提供者、第三方应用开发者、网络用户以及著作权人等四方主体, 其中最关键的便是如何界定平台服务提供者的内涵, 这就有必要探讨现有的法律概念——网络服务提供者(Internet Service Providers, ISP) 能否涵盖平台服务提供者。

首先, 应明确 ISP 的含义及范围。ISP 与网络内容提供者(Internet Content Providers, ICP) 有着显著差异。ICP 指信息内容由自己复制、选择、编辑, 并通过网络向他人提供、传播, 因此, 可能构成所谓的直接侵权; 而 ISP 不直接提供信息内容, 其系统中的信息内容是由其用户产生和提供的, ISP 仅仅为这些信息内容的存储、接入、搜索、链接、传播和分享等提供技术支持与便利条件。如果 ISP 就其用户利用此便利而产生的直接侵权行为存在主观过错(故意、明知或应知), 则可能承担所谓的间接侵权责任。可见一方面, ISP 的范围足够宽泛, 可以容纳提供网络设施服务、提供接入服务、提供主机服务、提供社交通讯服务、提供搜索链接服务等各类信息技术和商业模式, 其不仅包括传统意义上的万维网, 还包括各种内联网、校园网、网络拍卖和第三方交易平台; 另一方面, 这些类型又共有一个实质性内涵, 即仅提供服务, 不提供内容^[3]。

我国 2006 年颁行的《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》) 将 ISP 分为四类——即自动接入网络服务提供者、自动缓存网络服务提供者、信息存储网络服务提供者和搜索链接网络服务提供, 并分别规定了免于承担赔偿责任的不同情形。基于开放平台的技术特点和商业模式, 有学者结合国内外比较典型的开放平台(如亚马逊、微软、腾讯、百度) 在实践中扮演的角色得出, 平台服务提供者并没有突破目前著作权法, 特别是信息网络传播权制度的规则体系, 仍然扮演着单纯的提供网络技术的角色^[4]。

(1) 提供信息存储服务。为了能够快捷安全地满足网络用户海量的需求, 一些不能独立承担高标准要求的机房、不能配置足够运维人员的第三方应用开发者会将其产品存放在开放平台的云服务里, 从而集中精力于产品研发。此时, 平台服务提供者便是信息存储空间服务提供者, 从而符合《条例》第 22 条“网络服务提供者服务对象提供信息存储空间, 供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品”之界定。

(2) 提供搜索链接服务。通过开放的 API 接口, 第三方应用开发者和网络用户都能够便捷地接触、获取更多的信息。例如, 腾讯开放平台开放了用户信息、好友关系、推广、页面导航、窗口尺寸、安全等 API 大类, 数十个 API 接口函数, 涵盖了腾讯的基本业务流程。换言之^[5], 网络用户通过开放平台主界面的搜索引擎服务找寻并点击自己感兴趣的第三方应用图标, 就可以进入该第三方应用的产品界面, 欣赏或使用相关产品。此时, 平台方只是提供了特定信息的搜索链接服务, 符合《条例》第 23 条所列“提供搜索链接网络服务提供者”这一类型。

(3) 提供数据传输服务。开放平台方通过为第三方应用开发者提供云计算服务和网络硬件体系的支撑, 使得第三方应用开发者的产品数据能够更加快捷安全地到达网络用户的客户端, 这完全符合《条例》第 20 条所列“自动接入网络服务提供者”之类型。

可见, 平台服务提供者本质上仍然属于 ISP, 即通过提供信息网络服务, 使得用户可以向互联网提供信息或者从互联网获取信息, 其仅为这些信息内容的存储、接入、搜索、链接、传播和分享等提供技术支持与便利条件。

2 平台服务提供者的间接侵权责任

一般而言,间接侵权包括三种情形,即引诱侵权、替代侵权和帮助侵权。笔者分别就这三种情形的构成要件,分析平台服务提供者可能面临的侵权风险。

(1) 引诱侵权

引诱侵权是美国联邦最高法院在著名的 *Grokster* 案^[6] 中创立的概念,有两个构成要件:其一,行为人主观上有希望或纵容他人实施侵权的故意;其二,行为人客观上有积极诱导、鼓励他人实施侵权的行为。就平台服务提供者而言,很难从常态中推出其满足这两个要件。相反,《开放平台协议》中腾讯强调自己是“中立的平台服务提供者”,“因用户使用应用产生的任何问题、责任等,由开发者单独向用户负责并承担全部责任,与腾讯无关”^[2];开发者的应用程序,或者由用户使用应用服务产生的内容,如果违反法律法规,损害他人权益,“引起的纠纷、赔偿责任等一概由开发者自行承担”^[2]。除此之外,为防范法律风险,腾讯还设立了“通知—删除程序”^[2]。

但是,腾讯开放平台是否真正“中立”呢?笔者注意到《开放平台协议》直接将推广规定为开放平台服务的组成部分。腾讯提供有所谓的“广点通服务”,通过“QQ空间”、“朋友”(pengyou.com)等推广资源平台,向其用户推荐第三方开发之应用^[2]。不过,这种推广并不能被视为是积极诱导和鼓励第三方实施侵权,因为并非所有应用都包含侵权内容,创造开放平台的初衷也只是为了促进信息的获取与传递、降低搜索与交易的成本,故具有“实质非侵权用途”。因此,很难就此得出腾讯具有引诱侵权的主观意图和客观行为。

(2) 替代侵权

著作权法中的替代侵权源自一般侵权法中的监管者责任,同样具有两个构成要件:其一,对侵权行为有监督和控制的权利和能力;其二,从侵权行为中获得直接经济利益。笔者注意到《开放平台协议》约定:开发者在应用发布前,需要向腾讯提交能够证明自己应用享有版权或同等权利的证明材料和经营资质证明^[2]。而且,在发布应用、相关信息、内容及其进行编辑、修改和更新之前,开发者都必须经过腾讯的“确认”^[2]。如果发现违法行为或侵权行为,腾讯可以根据自己的判断,随时单方面地删除任何有关信息和内容,甚至于终止提供平台服务,并可以惩处第三方开发者^[2]。

从这些约定能否推出腾讯具有监控的能力和权利呢?笔者认为这值得思考。首先,这些约定是腾讯为了避免遭受侵权指控的事先防御措施,对第三方开发者起到一种警示和威慑作用,很难说现实中腾讯能够对第三方开发者发布的所有信息内容进行一一审查;其次,即使腾讯能够做到一一审查,那也是因为开放平台是一个新鲜事物,计划或能够在开放平台上发布应用的开发者目前为数不多,腾讯因此能够做出事先及同步监控。但开放平台一旦技术成熟,并且获得广泛认知后,网络的扩散效应是无法比拟的。此时,腾讯便很难做到事先及同步监控;最后,替代侵权中的“监督和控制的能力和权利”是立法者的认定,而非当事人的约定,这里面有价值考量的因素。也就是说,当一种新技术出现时,立法者是应该将其扼杀在摇篮里还是让其有一定的发展空间,然后再评判其对权利人的损害程度?著作权法的历史告诉我们,无论是立法还是司法,对传播技术的革新都保持了一种歉抑态度,从而大大地推动了社会的进步。

至于第二个构成要件——从侵权行为中获得直接经济利益,从《开放平台协议》和腾讯目前的实际操作来看,腾讯的确从应用开发者那里获得了直接的经济利益。如作为开放平台推广服务的回报,第三方开发者需要向腾讯支付平台服务费。具体来说,如果第三方开发者应用运营月收入人民币10万元以下,腾讯不参与分成;月收入10~100万元之间,腾讯享受30%;月收入100~1000万元之间,腾讯享受50%^[7]。而腾讯开放平台又已经形成规模。据称,2011年11月起,腾讯开放平台应用安装量开始以200%的速度增长,总安装超过38亿人次,日均安装超1000万人次^[1]。但是,很难就此认定腾讯的这些收入是直接来自应用开发者的侵权所得。如果腾讯真正做到了协议中提及的事先及同步审查、监管的

话,就更明确否定了这一推论。退一步讲,即使著作权人有充分的证据证明腾讯确实从应用开发者的侵权所得中获得了直接的经济利益,且腾讯目前也有能力和权利监控实施该侵权行为的应用开发者,符合美国法中的替代侵权构成要件,却很难在中国法中找到裁判依据。因为不论是我国《著作权法》还是《民法通则》,都找不到“替代责任”这一用语,即使《侵权责任法》的第32条(监护人责任)、第34条(用人单位责任)及第35条(接受劳务者责任)在一些学者看来属于“替代责任”而非“自己责任”,但是,显然没有将ISP间接侵犯著作权归入“替代责任”。

(3) 帮助侵权

帮助侵权也有两个构成要件:其一,知道或理应知道他人正在或着手实施侵权行为;其二,为他人侵权提供了必要的设备、工具或其他便利^[8]。应该说,帮助侵权最难分析的便是第一个构成要件,特别是何谓“理应知道”?这是判断平台服务提供者有无过错,进而可否援用“避风港”免责的关键。对此,欧盟的态度是,虽然ISP不承担事先主动审查和搜寻侵权活动义务,但又规定,成员国可以根据自己的国内法,要求ISP为了监督和防止某种特定的非法活动承担合理注意义务^[9]。至于“合理”的标准,则是留待欧盟各成员国通过各自的立法与司法加以解释和发展的。而美国的DMCA则规定,ISP“没有明知侵权信息或侵权活动在网络系统中的存在,也不知道任何可以明显体现出侵权信息或侵权活动存在的事实情况”。可见,如果相关信息仅仅达到了“可能侵权”程度,但没有达到“显而易见”或“一目了然”的程度,ISP仍可获得避风港的庇护。

就我国的法律规定而言,《侵权责任法》第36条第3款规定“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”这里的“知道”指“已然明知”还是“不知但理应知道”,确实较为模糊。而《条例》第22条第3款规定ISP为服务对象提供信息存储空间的免责条件之一是“不知道也没有合理的理由应当知道”服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权的,第23条但书条款则明确规定:ISP为服务对象提供搜索或者链接服务时“明知或者应知”所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。所谓“明知”即实际知道,它包含两层含义:第一,直接且清楚地知悉某种事实或状况;第二,指知晓某种信息或情况,而该信息或情况会引起一般理性人对事实作进一步的探究或查询^[10]。所谓“应知”,指推定知道,即对于某人基于合理的注意就能了解的事实,法律推定其应该且已经了解该事实,而不论其事实上是否知情(朝民初字第21731号民事判决书,北京市朝阳区人民法院,2008)。不仅如此,推定知道也即赋予了被告相应的提供证据责任,以抗辩自己不知道,恰如研究者所言,“应当知道”属于推定故意,它是相对于现实故意而言的。现实故意是指有证据证明的故意,而推定故意是指没有证据能够直接证明,但根据一定的事实可以推定行为人具有某种故意,行为人如果否认自己具有此种故意,必须提出反证^[11]。笔者认为,第22条的“知道”等同于第23条的“明知”;第22条的“有合理的理由应当知道”等同于第23条的“应知”。

3 结 语

开放平台虽然属于云计算环境下一种新的技术手段,但其引发的侵犯著作权问题并没有超越现有法律规则的适用范围。通过对平台服务提供者作为第三方应用开发者及网络用户提供信息内容传播的技术支持和便利条件这一行为属性的分析与归纳,不难看出其仍然属于ISP的某一类型,在涉嫌共同侵权的原因力上是间接的。当然,如果其满足引诱侵权、替代侵权或帮助侵权的具体构成要件,则应当承担“间接侵权”责任。在我国现有著作权立法文本中,ISP与ICP的概念混淆、“间接侵权是否属于共同侵权及是否承担连带责任”的不确定性、替代责任中欠缺“有监督和控制侵权的权利和能力”要件、帮助侵权中的“应当知道”的判定标准不一等诸多不足是导致困扰司法实践、威胁法制公平、效率、稳定和权威性的主要问题,理应及时加以澄清与修正,为中国互联网技术的健康有序发展铺平道路。

参考文献:

- [1] 腾讯. 2012 中国互联网开放平台白皮书 [EB/OL]. (2014-09-18) [2014-11-25-26]. <http://open.qq.com/>.
- [2] 腾讯. 腾讯开放平台开发者协议 [EB/OL]. (2014-09-18) [2014-11-26]. <http://open.qq.com/>.
- [3] IAN C. Ballon. E-Commerce and Internet Law: Treatise with Forms, West Legal Works Publishing 2nd Edition, 2009.
- [4] 张钦坤. 云计算、开放平台与服务商版权责任 [J]. 电子知识产权, 2012, 12.
- [5] 宋誉. 基于腾讯开放平台的第三方应用研究 [J]. 科技创业, 2012, 5: 67-69.
- [6] Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005).
- [7] 新华网: 腾讯调整开放平台分成 [EB/OL]. (2012-01-07) [2014-12-01]. http://news.xinhuanet.com/tech/2012-01-07/c_122549897.htm/.
- [8] Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F. 2d 159 (2d Cir. 1971).
- [9] EU Directive on Electronic Commerce, (2010-03-09) [2014-10-11]. http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_Commerce_Directive.
- [10] 薛波. 元照英美法词典 [M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [11] 陈兴良. 应当知道的刑法界说 [J]. 法学, 2005, (7): 80-84.

Research on the Intellectual Property Right of the Open Platform in the Cloud Computing

YANG Li-ping, XIONG Wen-cong

(Law School of Minzu University of China, Beijing 100081, China)

Abstract: Open platform, a kind of new technologies or business models in the cloud computing environment used to meet with the personalized needs of the network users, can provide the convenient network service of the information dissemination and the technical support for the third party application developers as well as common users, which brings about the intellectual property right problems being worth attention and response. Taking “Tencent open platform developers agreement” as an example, and synthesizing the domestic and foreign relevant legal regulations, the legal status of the open platform service providers and intellectual property right issues are explored and researched deeply in this paper, from which it is expected that some benefits can be obtained for running the open platform.

Key words: open platform; intellectual property right; network service providers; indirect infringement

[责任编辑: 关紫烽]