



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2016年第4期 (总第109期)



新法评述

- 1、《关于涉及网络知识产权案件的审理指南》评述
- 2、《慈善法》评议



1、《关于涉及网络知识产权案件的审理指南》评述(作者: 陈容、李绮慧)

2016年4月13日,北京市高级人民法院发布了《关于涉及网络知识产权案件的审理指南》(以下简称“《**审理指南**》”)。《审理指南》总结了北京法院在审理网络知识产权案件中的有益经验,内容涉及网络著作权、商标权、不正当竞争纠纷中的热点、难点法律问题,以期对日后的审判工作提供规范与指导。本文在此对《审理指南》的主要内容做概要介绍和分析。

一、网络著作权领域

《审理指南》在第1条到第4条明确了网络著作权案件中的举证责任分配、法院证据审查方式等基本问题。随后,《审理指南》围绕被告可能主张的最主要抗辩理由,即仅提供网络技术服务、不提供侵权内容因此不构成侵权,进行了重点分析,阐述被告应该如何完成自己的举证证明责任,以及法院在结合被告举证的情况下应当如何对被告是否属于仅提供网络技术服务进行判断。《审理指南》在第6条和第7条重点分析了判定被告提供信息存储空间服务和链接服务需综合考量的因素,较2013年《信息网络传播权保护条例》的规定更为具体、便于操作。

《审理指南》重点分析了网络著作权案件中常常涉及的“分工合作”行为。“分工合作”的典型方式包括视频内容提供者与视频平台合作(在实操中以合作协议的方式较为常见)提供侵权作品、表演或录音录像制品,以及游戏开发者与游戏渠道平台合作提供侵权游戏产品等。《审理指南》认为在“分工合作”模式下,各被告(特别是平台商)构成直接侵害信息网络传播权,不能适用有关网络服务提供者的免责条款。也就是说,在“分工合作”模式下,平台不能以仅提供网络技术服务为由进行抗辩。《审理指南》的这部分内容细化了2012年《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“《**信息网络传播权司法解释**》”)中的相关规范,通过对“分工合作”进行定义、定性、明确举证责任以及免责条款适用范围,将对实践中高发的信息网络传播侵权纠纷起到非常重要的指导作用。

《审理指南》在第12条到第14条细化了《信息网络传播权司法解释》中对提供网页“快照”行为的相关规定,认为应当以“快照”是否影响相关作品的正常使用、且未不合理损害权利人的合法权益为标准,判定提供网页“快照”行为是否构成侵权行为。

最后,《审理指南》在第15条明确将“网络实施转播行为”这一非交互式传播行为纳入其他著作权的保护范围,排除了长期争论的信息网络传播权和广播权的适用。

二、网络商标权领域

《审理指南》在网络商标权领域的最大亮点,在于明确并大幅度细化了“避风港”原则在网络商标权纠纷中的适用。众所周知,“避风港”原则最初适用于著作权案件中的信息网络传播权纠纷,《信息网络传播权保护条例》以及《信息网络传播权司法解释》中均包含了大量与此相关的制度规范。在以往的网络商标权纠纷中,法院一般通过援引《侵权责任法》第36条的规定进行突破适用,但一直缺乏明确的司法指引。

《审理指南》首先对“平台服务商”这一主体进行了定义,并明确了认定平台服务商承担商标侵

权责任的基本原则。其中，第 20 条是关于平台服务商举证以及法官认定侵权责任的关键条款。《审理指南》认为，在原告提供了初步侵权证据的情况下，如果平台服务商能够提供反证证明交易信息或者交易行为系由网络卖家提供或者实施，平台服务商无过错的，不应认定平台服务商承担侵权责任；反之，就可以认定平台服务商直接提供了被控侵权交易信息或者实施了交易行为，从而构成侵权。特别地，平台服务商的反证是指其可以提供能够确定网络卖家的主体身份、联系方式、网络地址等证据。

《审理指南》大幅度借鉴了信息网络传播权制度中对“避风港”原则的相关规定，构建了详实、易于操作的网络商标权“避风港”体系。重点内容包括，第 21 条确认了平台服务商的教唆商标侵权行为以及帮助商标侵权行为的两种侵权类型，并认定在教唆、帮助情况下平台服务商需要与网络卖家承担连带责任。第 22 条到第 25 条构建了网络商标权纠纷的“通知-删除”制度，明确了权利人侵权通知中应当包括的内容、平台服务商接到通知后应当采取的的必要措施以及通知错误情况下的法律责任分担。特别地，第 26 条规定，平台服务商侵权以“知道”为主观构成要件，判断主观要件应当考虑的因素包括被控侵权交易是否被置于明显可见位置，平台服务商是否对交易信息进行了编辑、选择、整理、排名、推荐或者修改等，权利人是否发出了有效的侵权通知，对网络卖家的重复侵权行为是否采取的合理措施，是否以明显不合理价格出售/提供知名商品或服务，以及是否从被控侵权交易中直接获得经济利益等。

除“避风港”原则外，网络商标权领域另一具有重要指导意义的是，《审理指南》指出通过应用软件 APP 提供商品或服务，不应当然认定其与计算机软件商品或者互联网服务构成类似商品或服务，而应当结合应用软件具体提供服务的目的、内容、方式、对象等方面进行综合认定。目前在实践中，出现了大量以注册在第 9 类的计算机软件商品或者第 42 类互联网服务主张应用软件构成商标侵权的情况。比如通过应用软件提供网络订餐服务，而被认为在第 9 类计算机软件商品上使用了相关商标，但应用软件运营商实际上提供的仅是订餐服务。在互联网行业大繁荣的背景下，很多时候应用软件只是提供特定商品、服务的渠道或者方式，并不意味着只要运营应用软件就可能在第 9 类、第 42 类上构成商标侵权。

三、 网络不正当竞争领域

在不正当竞争方面，《审理指南》首先对相关定义以及审判原则进行了规定。在第 31 条对竞争关系做出了扩大性解释，认为经营的商品/服务具有直接或间接替代关系，或者经营活动存在相互交叉、依存或其他关联关系的，都可以认定经营者之间构成竞争关系。实际上，在以往的司法审判中，法院早已突破了字面上的竞争关系定义，此次做出的扩大性解释是对审判实践的总结。

《审理指南》从两个维度对《反不正当竞争法》第 2 条进行了细化。一是明确了“公认的商业道德”定义、尺度和参考内容。二是总结了司法实践中一些不能被《反不正当竞争法》细则所涵盖、但又违反了诚实信用和公认商业道德的具体行为，统一认定为《反不正当竞争法》第 2 条规定的不正当竞争行为。以上内容为《审理指南》首创，既有助于指引法官如何适用原则性条款，又在一定程度上限制法官的自由裁量权，利于保持司法审判工作的一致性。除此之外，《审理指南》在第 41 条规定了在根据《反不正当竞争法》第 2 条认定构成不正当竞争的情况下，如何确定被告应当承担的损害赔偿数额及相关举证责任。

《审理指南》同时也在第 36 条、第 37 条总结了虚假宣传行为和商业诋毁行为的不同表现形式，并在第 38 条到第 40 条着力于规制实践中高发的竞价排名问题。《审理指南》认为竞价排名服务属于信息检索服务，如果搜索引擎服务提供者没有实施选择、整理、推荐、编辑关键词等行为的，其就无需承担事前的主动审查义务。但搜索引擎服务提供者作为网络服务提供者，还是需要承担相应的事后义务，如采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。而从竞价排名服务购买、使用者的角度，《审理指南》认为在判定是否构成不正当竞争时，需要综合考虑的因素包括是否使用了他人商业标识作为关键词，使用是否具有正当理由，搜索结果以及其推广页面是否包含该关键词等。

综上，《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》在总结司法经验、反映互联网经济发展情况的基础上，在著作权、商标权及不正当竞争领域对法院的审判工作做出了有益的指引。虽然《审理指南》并不是正式出台的司法解释，其法律效力较为有限，但我们有理由相信其将会在全国范围内产生正面、积极的示范效应。

希望以上对您有所帮助，若有任何问题，欢迎随时联系我们。

2、《慈善法》评议(作者：陈汉)

2016 年 3 月 16 日闭幕的十二届全国人大四次会议表决通过了《慈善法》。该法共计 12 章 112 条，相比于 1999 年的《公益事业捐赠法》，无论是条文数量还是内容的丰富性，都有着显著的进步。值得注意的是，《公益事业捐赠法》与《慈善法》的内容虽然在很大程度上重合，但并未因《慈善法》而失效。

《慈善法》从提出立法规划到正式出台，历时十年，称得上十年磨一剑。

一、 开创新时代

本部《慈善法》整体而言带来的亮点不少。

首先，“慈善组织”设立的开放化。至少从形式上看是开放了慈善组织的设立。过去对社会组织的设立实行“双重许可”制，即社会组织的设立既要取得业务主管机关的许可，又要获得民政部门的审批和登记，慈善组织现在可以依法直接登记了，大大简化了设立程序。这也彰显了本届政府对管理的自信，以及进一步推动慈善事业的决心。

其次，“公募”权利的开放化。在《慈善法》之前，向社会公众募集资金的资格，事实上是为数不多的几个“国家队”慈善组织与公募基金会的“垄断性”权利。此前获得“公募”的程序相当复杂，而《慈善法》第 22 条的规定，实际上给予了所有慈善组织公募的可能性。这对慈善组织之间形成有序、良性竞争、鼓励民众募捐具有相当的积极意义。

第三，告别粗线条，出现了诸多细节性规定。例如在《慈善法》第 14 条、第 40 条明确了关联交易的限制与禁止；在第 27 条对通过互联网进行募捐做了限制性规范；第 63 条规定了从事专业性慈善服务的标准。这一些细节性的规定，彰显了这是一部较为成熟且关注当下现实生活的立法。

整体而言，无论是立法水平还是立法的内容，《慈善法》都开创了一个关于慈善事业的新时代，改变了过去国家主导慈善的局面，打开了人人直接参与慈善事业的新局面。

二、 尚有诸多不足

当然，从苛刻的角度看，《慈善法》也存在着诸多显著的不足。

首先，从《慈善法》的定性来看，还是属于一部慈善管理法，即以规范慈善行为，管理慈善组织为其核心目标。这从《慈善法》相关条文的比重可以清晰地看出：对慈善行为的鼓励还处于碎片化立法的阶段。从国际视野来看，从税务角度来规范、鼓励慈善行为是当代慈善法的发展趋势。而在这部《慈善法》中我们虽然看到了放松管制的痕迹，但是在鼓励慈善行为方面还处于“精神鼓励为主，税务优惠为辅”的阶段。

其次，关于慈善信托的规定过于单薄。慈善信托与《信托法》所规定的公益信托的具体关系，并未因“本法所称慈善信托属于公益信托”这一句表述而清晰。并且关于慈善信托的立法并未明确是否豁免了此前公益信托必须得到有关公益事业的管理机构批准的要求。此外，关于慈善信托期满后的财产去向、特别税务政策等细节问题，都未有体系化的规定。

关于在税收优惠方面的不足，下文将专门论述。

三、 税收是短板

《慈善法》全文7处提到了“税收优惠”这一表述，但是相对于过去的《公益事业捐赠法》并无任何实质性的改进，整体还处于“宣传”的水平。对于慈善或者公益行为的税务特别对待，还继续由《财政部 国家税务总局 民政部关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》及若干补充来调整。但这种局面可能会面临《慈善法》的调整。

第一，如果慈善组织的设立开放化，未来继续由财政部、国家税务总局、民政部来共同公布获得年度公益性捐赠税前扣除资格的公益性社会团体名单，从技术上看会很困难，并且也与现任政府的精简审批的改革不符。因此，诸多新设立的慈善组织将首先面临能否取得公益性捐赠税前扣除资格的问题。

第二，慈善法明确规定“捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠”。如果认定直接向受益人捐赠也构成慈善行为，那么推理也能获得税收优惠对待，那么作为自然人的受益人在现行税务征管体制下很难申请并使用公益性捐赠票据。

第三，设立慈善信托之时，具体如何操作税务优惠，还处于一个完全空白的领域。

除了荣誉之外，税收优惠是推动慈善事业的重要动力。在《公益事业捐赠法》时代，整个慈善、公益事业处于国家主导的状况，因此优先的税前扣除资格的管理还能在中央政府层面顺利展开。在《慈善法》开创了“大慈善”的局面，国家的角色从“主导”转变为“管理与监督”。在这样的背景下，如何完善税收优惠待遇对于慈善的激励的实现，开创“受益人与捐赠人双赢”的局面，还需要拭目以待。

■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街 1 号东方广场办
公楼 C1 座 906 室

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路 1266 号
恒隆广场 5709 室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区中心四路 1-1
号嘉里建设广场第三座 21 层 03 室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏慤道 10 号和记大厦
20 楼 2001-02 室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com