

著作权直接侵权认定中的“用户感知”因素

——从复制权到信息网络传播权

蒋 舸

内容提要:现有研究将“用户感知”视为信息网络传播权领域的专属话题,但实际上用户感知在著作权各种权能的直接侵权认定中一直发挥着关键作用。以复制权侵权判定为例,我国法上对“受众关于相似性感知和欣赏体验”的关心,以及比较法上的“非专业公众测试”“非专业听众测试”“普通观察者测试”“普通人测试”和“更细心的观察者测试”等,本质上都是对用户感知的考查。在直接侵权认定中考虑用户感知具有充分的正当性,因为这种做法体现了排他权范围与作品市场价值和社会价值之间的联系。认识到用户感知的重要性有助于优化各项权能的解释论框架,尤其有助于解决以深层链接为焦点的信息网络传播权边界之争。“服务器标准”排斥“用户感知”而将直接侵权判断建立在纯粹的技术细节分析之上,有违支配各种权能边界的共同原则,不值得提倡。信息网络传播权的界定应当与其他权能保持一致,在重视“用户感知”的基础上辅以“专家判断”。

关键词:信息网络传播权 公开传播权 复制权 用户感知 实质相似

蒋舸,清华大学法学院副教授。

著作权法正是在对十七种权能边界“斤斤计较”的过程中,逐步摸索到权利人独占和公众自由之间的微妙平衡。临时复制是否构成复制、网络传播是否构成发行、深层链接是否构成信息网络传播,^[1]对这些问题的探讨历来构成著作权法研究的重要组成部分。令人遗憾的是,针对具体权能的研究很少被引申为针对各种权能背后统一因素的探索。各自为政的研究既阻碍了整体权能理论的发展,也妨碍了各种权能解释论框架的构建。

以信息网络传播权遭遇的困境为例,我们可以清晰体会到权能研究碎片化的负面

[1] 下文以信息网络传播权指代深层链接可能涉及的各种公开传播权,包括信息网络传播权、广播权以及其他权利。

影响。尽管关于深层链接直接侵权责任的争论异常激烈,在国内外催生出“用户感知标准”^[2]“服务器标准”^[3]“专有权标准”^[4]“新公众标准”^[5]“实质替代标准”^[6]“实质呈现标准”^[7]“新用户感知标准”^[8]“间接提供标准”^[9]“指示链接/提供链接二分标准”^[10]“代码标准”^[11]“法律标准”^[12]“直接、完整、同质标准”^[13]等令人眼花缭乱的各种标准,但至今为止,针对深层链接直接侵权责任的讨论罕有超越信息网络传播权的视角。这意味着无论人们在研究其他权能的过程中积累了多少经验与教训,信息网络传播权的解释论构造都难以从中获得启发。

如果我们希望改变权能之间缺乏交流的现状,就需要找出具有跨权能解释力的因素,将这些因素在一种权能领域中积累的经验与教训迁移到另一领域。深层链接争论中反复出现的“用户感知”本是这样一项具有普遍意义的因素,有望起到传导经验的作用,可惜在碎片化研究的惯性下被局限在单一权能内部,提供经验的数量和质量大打折扣。在中国知网法律数字图书馆中以“用户感知”为关键词进行摘要检索,文章虽多,但均以深层链接和信息网络传播为研究对象。实际上,无论是复制权、演绎权还是各种公开传播权中都有用户感知因素的身影,只不过人们在其他权能的语境下没有采用“用户感知”术语而已。这或许与人们习惯于将互联网领域的消费者称为“用户”、而将其他领域的消费者冠以“受众”或其他称谓有关。但措辞差异不应掩饰“用户”可能具有的宽广含义,任何使用作品、消费作品的公众都可以被称为“用户”。假若人们能把散落于各项权能中的用户感知因素整合起来,将不仅能体会到用户感知通过作品市场价值来认定权利边界的正当性基础,而且能够借此反省信息网络传播权这一具体权能内部的争论。

通过分析“用户感知”在信息网络传播权语境中的不同表现形式可见,该因素引发的诸多问题难以在信息网络传播权的狭窄范畴内得到解答。为了回答这些问题,本文将用户感知因素的视野从信息网络传播权拓展到其他著作权权能,找寻各种权能在用户感知方面的共性逻辑。以此为基础,将视野再度限缩回信息网络传播权之内,也能更为清晰地确定用户感知在深层链接责任定性问题上的作用。

[2] 参见新力唱片(香港)有限公司与北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案,北京市高级人民法院(2004)高民终字第714号。

[3] 参见北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷二审民事判决书,北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终143号。

[4] 参见孔祥俊:《论信息网络传播行为》,《人民司法》2012年第7期,第67页。

[5] 参见范长军:《加框链接直接侵权判定的“新公众标准”》,《法学》2018年第2期,第42页。

[6] 参见石必胜:《论链接不替代原则——以下载链接的经济分析为进路》,《科技与法律》2008年第5期,第62页。

[7] 参见崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,《政治与法律》2014年第5期,第74页。

[8] 参见刘银良:《信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”》,《法学》2017年第10期,第107页。

[9] 参见万勇:《网络深层链接的著作权法规制》,《法商研究》2018年第6期,第167页;万勇:《深层链接法律规制理论的反思与重构》,《法律科学》2020年第1期,第36页。

[10] 参见黄汇、刘家会:《网络聚合平台深层链接著作权侵权责任的合理配置》,《当代法学》2019年第4期,第39-49页。

[11] 参见刘文杰:《信息网络传播行为的认定》,《法学研究》2016年第3期,第122页。

[12] 参见王艳芳:《论侵害信息网络传播权的认定标准》,《中外法学》2017年第2期,第456页。

[13] 参见杨明:《聚合链接行为定性研究》,《知识产权》2017年第4期,第3页。

一 信息网络传播权语境下的用户感知因素

早在深层链接的法律責任最初进入研究视野时,“用户感知标准”便吸引了相当数量的拥趸。随着认识逐渐加深,“用户感知标准”的弊端迅速暴露并因而遭到抛弃。然而,这并不妨碍用户感知因素改头换面后继续通过各种非服务器标准发挥影响力。探究用户感知在信息网络传播权语境下的演变,有助于我们了解用户感知因素的不同面貌。

(一) 昙花一现的“用户感知标准”

在众多直接侵权说中,“用户感知标准”出现早、影响大,遭受的批评也多。早期的深层链接使得“用户在浏览时常常不知道他浏览的实际是另一网站的内容”。被告经常“绕过被链网站的网页,或者使用框架将被链网页上自己不需要的内容遮盖,并标注自己的相关商业信息”。^[14] 在早期法院看来,这种做法意味着设链网站“实施的实质上是将他入网站上的信息当成自己的信息在网络上向用户提供的行为,侵害了(原告)的信息网络传播权”。^[15]

不仅我国法院早期曾将消费者误解作品存储地址的可能性视为被告可谴责性的核心,外国法院也同样如此。德国法院早期将注意力集中在用户感知之上,强调用户被误导的事实。2007年,德国慕尼黑地区法院将加框链接展示他人版权照片的行为认定为直接侵权。法院指出:“设链网站使得用户无法识别其网页内容来自其他服务器,设链网站通过这种方式将他人内容据为己有。”在法院看来,普通用户无法识别作品来自于第三方网站这一事实远比被告没有在自己服务器上生成复制件的技术细节更为重要。法院以发行权为例展开说理,指出出版社在接到用户订单后指示印刷厂向用户提供侵权复制件就构成发行权侵权,出版社并不能以自己没有在物理意义上参与侵权复制件的印刷和交付为由进行抗辩。同理,信息网络传播权直接侵权也不以被告在物理上生成或者控制服务器上的复制件为前提。即使设链网站无法调取作品,它仍然需要承担直接侵权责任,犹如即使印刷厂有可能不向用户交付侵权图书,发出交付指示的出版社仍需承担责任一样。^[16]

美国法院早年也曾采取类似进路。第九巡回法院在2001年的 *Kelly v. Arriba I* 案中便根据“内嵌标准”(incorporation test)将搜索引擎展示原图的行为认定为侵害公开传播权。^[17] 不过法院很快在2003年的 *Kelly v. Arriba II* 案中撤回了直接侵权责任部分的意见,^[18]并在2007年的 *Perfect 10 v. Amazon* 案中全面肯定“服务器标准”。^[19] 比较这些判

[14] 石必胜:《论链接不替代原则——以下载链接的经济分析为进路》,《科技与法律》2008年第5期,第64页。

[15] 参见新力唱片(香港)有限公司与北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案,北京市高级人民法院(2004)高民终字第714号。

[16] Vgl. LG München I, Urteil vom 10. 1. 2007 - 21 O 20028/05.

[17] See *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 280 F. 3d 934 (9th Cir. 2001). 法院在本案中并没有明确提及“用户感知标准”,只是强调被告采取了积极主动的行为展示原告的照片,因此构成直接侵权。

[18] See *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F. 3d 811 (9th Cir. 2003). 法院在本案中既没有肯定也没有否定“用户感知标准”,只是宣布对深层链接原图行为的直接侵权定性问题不予评价。

[19] See *Perfect 10 v. Amazon, Inc.*, 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007).

决可以看出:服务器标准并不在意“用户感知”的影响,不过一旦法院承认深层链接构成直接侵权,判决的注意力便明显集中在“用户感知”之上。

早期“用户感知标准”强调深层链接让用户误以为作品复制件来自设链网站。这种视角最明显的不足在于,一旦设链网站以醒目方式将作品复制件的实际存储网站告知用户,便能消除用户误认,致使可谴责性基础不复存在。消除误认的措施对设链网站的商业目的几乎没有减损,而对版权利益的维护而言则近乎毫无帮助。巨大的规避漏洞,加上“用户感知标准以用户对作品提供者的印象为转移,混淆了著作权法与反不正当竞争法的区分”,^[20]“用户感知标准”遭受猛烈抨击也就不足为奇了。

正因为早期“用户感知标准”存在上述弊端,所以不仅“服务器标准”支持者会对“用户感知标准”提出批评,^[21]而且“实质呈现标准”^[22]“代码标准”^[23]等其他直接侵权说也都对“用户感知标准”提出了尖锐的批评。例如欧洲法院在 *Svensson* 案中阐述“新公众标准”时便指出,链接是否给用户造成了作品存储在设链网站服务器上的印象对于判断直接侵权而言并不重要。^[24] 误认意义上的“用户感知标准”虽然在中外司法实践中都产生了重大影响,但从其产生之初便成为了理论界和实务界的共同批评对象。

(二) 改头换面的用户感知因素

经过相对充分的司法实践与学术讨论,近年已不再有判例和学术文献支持误导消费者意义上的“用户感知标准”。但是,“用户感知标准”被抛弃,并不意味着“用户感知”因素销声匿迹。改头换面后的用户感知因素的影响力反而愈发强大。

在关于深层链接的各种标准中,只有“服务器标准”将设链者在自己的服务器上生成有形复制件这一技术细节作为直接侵权的必要条件,反对将用户感知作为认定因素。与之相反,各种非服务器标准多少都提供了考虑用户感知的空间。有些非服务器标准从名称就能看出对用户感知的重视,例如“新用户感知标准”的支持者指出:“‘用户感知标准’的合理性远非仅有现实需求和常识支持,它还有切实的国际条约和国内法基础”。“新用户感知标准”便是在重塑“用户感知标准”的基础上构建的标准。这一标准的核心在于“将行为人是否让网络用户以感知作品的形式获得作品作为判断其行为是否构成向公众提供作品的行为之标准”。^[25] 还有一些非服务器标准虽然从名称上无法观察到与用户感知因素的关系,但实际上持肯定态度,例如“实质呈现标准”的提出者承认:“‘实质呈现’标准与‘用户感知’标准在大多数案件中相互重叠,因为如果用户主观上认为设链者在提供,通常也就意味着设链者在自己控制的界面上实质呈现了著作权人的作品。”^[26] 即便对

[20] 刘文杰:《信息网络传播行为的认定》,《法学研究》2016年第3期,第138页。

[21] 参见王迁:《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》,《法学》2016年第10期,第25-26页。

[22] 参见崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,《政治与法律》2014年第5期,第90-91页。

[23] 参见刘文杰:《信息网络传播行为的认定》,《法学研究》2016年第3期,第123-124页。

[24] See *Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB*, 2014 Reports of Cases before the Court of Justice and the Court of First Instance 1, Case C-466/12 (2014), para. 29.

[25] 刘银良:《信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”》,《法学》2017年第10期,第106-107页。

[26] 崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,《政治与法律》2014年第5期,第91页。

“用户感知标准”提出激烈批评的“代码标准”也强调“在今后的实践中,将注意力更多地放在‘使公众可以在其选定的时间和地点接触作品’要件上”,^[27]仍然绕不开对公众选择和公众感受的考查。

既然误导消费者意义上的“用户感知标准”明显不合时宜,为什么用户感知因素仍然在信息网络传播权侵权判定中挥之不去?进一步地,用户感知在信息网络传播权侵权认定中应当发挥什么作用?修正后的“用户感知标准”是否真的应当是“纯粹的行为判断标准,不应附加额外的价值内涵”^[28]在用户感知基础上重塑的理想直接侵权标准,能否“避免主观性和不确定性”^[29]

这些问题对于信息网络传播权的边界认定有着重要影响,但现阶段并未获得解答。在我们向国际条约和比较法经验等领域寻求帮助之前,不妨再次审视著作权法内部,看能否从邻近规则中获得启发。我们或许需要对以下问题感到好奇:“用户感知”术语固然只出现在信息网络传播权讨论中,但难道“用户感知”因素也只在特定权能内才发挥作用吗?其他著作权权能在判定直接侵权时难道不考虑用户感知吗?有没有可能用户感知的意义和局限早已在其他著作权权能下积累了大量经验与教训,只不过尚未与信息网络传播权发生勾连呢?沿着上述问题的指引,我们将首先考查著作权经济权能的基础——复制权,以便确认用户感知因素在其直接侵权认定中发挥的作用;继而延伸到其他经济权能,观察用户感知因素在著作权直接侵权乃至整体著作权利益平衡中发挥作用的正当性基础与表现形式。在打破权能藩篱和术语隔阂之后,“用户感知”因素将以更加饱满、更加连贯也更加有力的面貌呈现在研究者面前,其价值、局限和恰当的内涵也将随之展现。

二 其他著作权权能语境下的用户感知因素

除了信息网络传播权,著作权人还享有十二项经济权利。^[30]用户感知因素在这些权能的直接侵权认定中一直发挥着重要作用。

(一) 用户感知因素在复制权侵权认定中发挥关键作用

我们首先观察最基础、最重要的经济权能——复制权。通过对这项核心权能的观察,我们能体会到著作权直接侵权的一些核心关切。

在版权侵权案件中,字面复制不难判断。但正如汉德法官所言,著作权的排他范围“不可能局限于文本的字面表达,否则抄袭者稍加改动就能逃避追究”。^[31]一旦脱离字面

[27] 刘文杰:《信息网络传播行为的认定》,《法学研究》2016年第3期,第138页。

[28] 刘银良:《信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”》,《法学》2017年第10期,第100页。

[29] 刘银良:《信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”》,《法学》2017年第10期,第105、111-112页。

[30] 2020年修改的《著作权法》第10条第1款第5—17项。“用户感知”因素在精神权利侵权认定中同样发挥作用,例如在认定保护作品完整权时,被告是否歪曲篡改作用不能单纯依赖作者的感受,而必须充分考虑公众的感受。不过受篇幅所限,本文仅就经济权利展开分析。

[31] Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, at 121 (2d Cir. 1930).

复制,侵权判定骤然变得复杂起来。针对非字面复制,学界发展出“接触加实质相似”的侵权认定原则。在大部分案件缺乏关于接触的直接证据的情况下,采取谁的视角来判断被告是否接触过原告作品以及双方作品是否实质相似,便成为难以回避的问题。针对同样事实,普通用户与行业专家可能会得出不同答案。本部分尝试借鉴美国法上最有影响力的五种侵权测试法来佐证如下判断,即用户视角在复制权侵权的认定中必不可少。^[32]以美国法为样本的重要原因在于陪审团制度使用户感知因素在侵权认定中的作用格外清晰可辨。虽然法官也可能将自己置于普通用户的角度来认定侵权,但在一种测试法明确将某些事项交给陪审团认定的情况下,这些事项对用户感知因素的重视更是毋庸置疑。

第一种测试法是 Arnstein 案提出的“抄袭+不当挪用”测试。这一针对流行音乐侵权发展起来的测试法历经七十余年的考验,虽屡遭批评,却始终维持着经典测试法的地位。^[33]第二巡回法院将复制权侵权判断分解为两个步骤:第一步由音乐专家通过比对双方作品来认定接触;假如答案是肯定的,第二步再由陪审团来判断挪用是否不当。^[34]判决指出,不当挪用应当采用“普通非专业听众测试法”,“专家证言无关紧要”。法院需要关心的不是音乐专家的观点,而是“构成原告作品目标受众的非专业听众们”的看法。^[35]判决中反复出现的普通非专业听众(ordinary lay hearer)、非专业听众(lay listeners)和非专业公众(lay public)都代表流行音乐用户,Arnstein 测试法显然对普通用户的看法极为重视。

第二种测试法是 Krofft 案提出的“外部证据/内部证据”测试。^[36]第九巡回法院在判断商业短片侵权问题时提出应当首先对“美术作品的类型、使用的材料、主题以及对主题的安排”等外部证据进行客观考查,这一步允许专家对原被告作品进行拆解,区分其中受保护的与不受保护的因素。接下来的“内部证据”环节“不再依赖于对于外部测试而言至关重要的外部标准和外部分析”,而更接近“印象主义决策”。^[37]这种“印象主义决策”不再仰赖专家对技术细节的看法,而是求助于普通用户对原被告作品相似程度的直观印象,也是用户感知因素的明显体现。

第三种是 Roth Greeting Cards 案提出的“整体观念与感受”(total concept and feel)测试法。本案双方都是贺卡公司,被告明显接触过原告作品。法院同意被告关于原告贺卡的构思及简单措辞不受保护的看法,但随即指出“贺卡的全部要素,包括文本、对文本的安排、美术作品以及美术作品和文本的结合必须作为整体加以考虑”,而实施这种“整体观念与感受测试”的主体应当是“普通观察者”(ordinary observer)。法院指出,非字面侵

[32] 美国法上存在多种关于非字面侵权的测试法,本文涉及的五种在权威学者看来影响最大。See Pamela Samuelson, A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement, 107 *Northwestern University Law Review* 1821 (2013).

[33] 批评意见参见 Shyamkrishna Balganes, The Questionable Origins of the Copyright Infringement Analysis, 68 *Stanford Law Review* 791 (2016)。

[34] See *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), cert. denied, 330 U.S. 851 (1947).

[35] See Shyamkrishna Balganes, The Questionable Origins of the Copyright Infringement Analysis, 68 *Stanford Law Review* 791 (2016).

[36] See *Sid & Marty Krofft Television Productions, Inc. v. McDonald's Corp.*, 562 F.2d 1157 (9th Cir. 1977).

[37] See Pamela Samuelson, A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement, 107 *Northwestern University Law Review* 1821, at 1829 (2013).

权的判断方法是考查“普通观察者能否识别出(被告)作品来自版权作品”。^[38]“整体观念与感受测试法”在判断主体方面强调消费者而非专家,在判断方法上强调主观感受而非客观分析,在判断角度方面侧重考查消费者是否感受到被告向市场提供的价值来自原告。总之,“整体观念与感受测试法”同样明显包含用户感知因素。

第四种是汉德法官在 Nichols 案中提出的著名的抽象测试法。^[39] 尽管判决没有明确表示究竟应当通过文学专家还是普通公众的视角来进行抽象测试,但我们可以有把握地断定,汉德法官绝不会排除用户感知在侵权认定中的作用。第一,汉德法官认为,与文学专家相比,普通读者更适合对剧本是否侵权做出评价。他对原告提交的双方作品要素详细对照表不屑一顾,批评其“不是通向答案的恰当途径”。在他看来,侵权对比应当反映“一名依赖于他对每个角色的整体印象来作出决策的观察者可能采取的态度”。^[40] 第二,在漫长的法官生涯中,汉德法官始终强调对普通消费者判断力的尊重,从未动摇。早在任地区法院法官时,他就曾在 Hein v. Harris 案中指出,虽然原被告双方作品的音调有所不同,但“这种不同只对那些在音乐方面接受过特殊训练的人才有意义,而在其他人听来毫无影响”。^[41] 假如双方作品“在普通人(average person)听来相同,那么(被告作品)便在实质上构成了对在先作品的复制”。^[42] 在前述 Arnstein 案中,汉德也是合议庭成员。针对不当挪用应由陪审团查明还是由法官审理这一重大分歧,他赞同法兰克福法官交给陪审团处理的多数意见,而没有提出异议。^[43] 他始终认为普通用户的意见才是判定版权侵权的决定性因素,而对将侵权认定交给专家的做法有所保留。第三,在 Hein 案和后文将要提及的 Peter Pan 案中,他甚至为用户感知因素在侵权判定中的正当性作出了有力的论证。综上所述可以看出,学界耳熟能详的抽象测试法同样包含着浓厚的用户感知因素。

第五种侵权判定方法是 Computer Associates v. Altai 案针对计算机程序侵权提出的“抽象—过滤—比较”测试法。^[44] 人们很容易怀疑前述针对音乐、视频和贺卡等普通人容易理解的作品类型的方法是否适用于计算机程序这种对于非专业“用户”而言难以理解的客体。对此,Altai 案给出了肯定答案。法院认为,即使在高度技术性的计算机程序侵权判定中,用户感知因素的重要性也只是有所减弱,而非完全消失。专家判断固然重要,但并不能替代普通人的理解。对于高度技术性的作品而言,不仅陪审团扮演着拟制“用户”的角色,甚至连法官的角色也更接近于“用户”而非“专家”,因为“计算机程序对于非专业观察者(lay observer)来说多少是高深莫测的,无论他们是陪审团还是法官”。^[45] 法官不具备专业技术知识的事实并不妨碍他掌握裁决权,法官与普通消费者相接近的理解

[38] Roth Greetings Cards v. United Card Co., 429 F.2d 1106 (9th Cir. 1970).

[39] See Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930), cert. denied, 282 U.S. 902 (1931).

[40] Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, at 123 (2d Cir. 1930).

[41] Hein v. Harris, 175 F. 875, at 876 (C. C. S. D. N. Y. 1910).

[42] Hein v. Harris, 175 F. 875, at 877 (C. C. S. D. N. Y. 1910).

[43] See Shyamkrishna Balganes, The Questionable Origins of the Copyright Infringement Analysis, 68 *Stanford Law Review* 791, at 821-825 (2016).

[44] See Computer Associates International, Inc., v. Altai, Inc., 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

[45] See Computer Associates International, Inc., v. Altai, Inc., 982 F.2d 693, at 713 (2d Cir. 1992).

力和判断力反而有助于他作出符合市场逻辑的判断。况且,无论是法官还是陪审团,他们与普通用户接近的技术理解力通常足以使其胜任侵权判定的任务。计算机程序的非字面侵权并不发生在难以阅读的代码层面,而往往需要就代码背后相对抽象的“结构、顺序与组织”(structure, sequence and organization)作出判断。^[46] 在这种相对抽象的层面,法院需要判断的对象是计算机程序的任务、子任务和算法基本流程图等符合日常逻辑的内容,而非难以理解的技术问题。第九巡回法院在 Apple v. Microsoft 案中指出:在比对计算机程序宏观结构时,“法院必须根据希望实现的保护水平来确定主观比较的适当标准,以判断双方作品作为整体是否相似到能够触发非法抄袭的地步”。^[47] 美国版权法专家萨缪尔森(Pamela Samuelson)^[48]和知识产权法学者莱姆利(Mark Lemley)^[49]也都认为,即使对于计算机程序这类表面上看高度技术性的作品类别而言,专家视角和普通消费者视角也缺一不可。

可见,在复制权这一最古老、最基础、最核心的权能领域,用户感知因素始终在直接侵权判定中发挥着重要作用。在前述五种影响最大的测试法之外,一些相对小众的测试法也包含着对用户感知的重视。例如 Boisson 案判决指出:对于明显包含大量共有领域信息的作品而言,“普通观察者”测试需要被修正为“更细心的普通观察者”测试(the “more discerning” ordinary observer test),以排除公有领域信息的干扰。^[50] 我国法上虽然没有针对判定主体的系统讨论,但非字面侵权领域的代表性案例也体现出法院对用户感知的重视。例如在庄羽与郭敬明案(《梦里花落知多少》案)中,法院指出对于抄袭认定“应进行整体认定和综合判断”,^[51]这与 Roth Greetings Cards 案中的“整体观察与感觉测试法”相似。在琼瑶与于正案(《宫锁连城》案)中,法院更是以“受众”指代“用户”,明确说道:“在著作权侵权案件中,受众对于前后两作品之间的相似性感知及欣赏体验,也是侵权认定的重要考量因素。”^[52] 总之,当我们把“非专业听众”“普通非专业听众”“非专业公众”“非专业观察者”“普通观察者”“普通人”“更细心的普通观察者”和“受众”等概念放在一起时,它们作为“用户”的共同身份呼之欲出。贯穿于所有“用户”别名背后的主线,都是法院在判定复制权直接侵权时对用户认知状态的关注。

(二) 用户感知因素在其他权能的侵权认定中不可或缺

法院不仅在考查复制权侵权时关注用户的认知状态,在考查其他权能时也莫不如此,因为无论对于哪种受控行为而言,法院都需要借助用户视角来考查谁是法律意义上的实

[46] See Oracle America, Inc. v. Google LLC, 886 F.3d 1179 (2018).

[47] Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 35 F.3d 1435, at 1443 (9th Cir. 1994), cert. denied, 513 U.S. 1184 (1995).

[48] See Pamela Samuelson, A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement, 107 *Northwestern University Law Review* 1821, at 1840-1842 (2013).

[49] See Jeanne Fromer, Mark Lemley, The Audience in Intellectual Property Infringement, 112 *Michigan Law Review* 1251, at 1251 (2014).

[50] See Boisson v. Banian Ltd., 273 F.3d 262 (2d Cir. 2001).

[51] 庄羽与郭敬明等侵犯著作权纠纷上诉案,北京市高级人民法院(2005)高民终字第539号。

[52] 陈喆与余征、湖南经视文化传播有限公司等侵害著作权纠纷案,北京市高级人民法院(2015)高民(知)终字第1039号。

施者。

在分工细致的当代社会,受控行为很少是单一主体的单一行为,而常常由多个主体实施的多项行为共同构成。以前述复制为例:参与复制的可能有内容选取者(例如读者)、设备提供者(例如复印店)、设备操纵者(例如复印店工作人员)或者活动组织者(例如出版社)等众多主体,其中哪一个或者哪一些被认定为法律意义上“将作品制作一份或者多份”^[53]的主体,需要结合用户或者说公众对交易习惯和社会利益的理解才能确定。再以发行为例:表面上看,发行是“通过出售或者赠与的方式转移作品有形复制件”的行为;但实际上,无论是有形复制件的产生还是其转移,在经济现实中往往都是多主体协同作用的结果,缺乏任何环节都难以实现发行的效果。法律不可能将所有行为人都认定为传播者,而必须借助某种标准将传播行为的效果归属于特定主体,将该主体认定为直接侵权人,而将其他参与者认定为间接侵权人甚至非侵权人。在决定效果归属时,法院固然需要从技术层面关心众多参与者中谁对选择内容、实现传播效果的干预程度足够高,但这种判断与用户感知不仅不排斥,而且往往依赖对用户感知的考查来完成。用户感知到的传播链中最重要的参与者,往往正是决定传播作品、促成传播效果的主体;而其他不被用户视为传播者的参与主体,常常对作品传播的干预程度有限。借用慕尼黑地区法院的说理:就发行这一传播行为而言,承接订单、发出印刷指示、实施印刷行为和将印刷好的书籍交付到用户手中,固然都是“发行”的必要环节,但这并不意味着相关主体都是作品的传播者。有些环节的社会效果与作品传播效果的重叠度相当有限(例如最终实现交付书籍效果的快递行为),这类行为的实施者无论在用户还是专家看来都不会被认为是著作权法意义上的传播者。在漫长的传播链条中,用户只会将获得图书的效果归属于部分环节的实施者,比如出版社。用户并不关心出版社是否实施了传播链上的所有行为,而只关心自己能否从出版社获得图书。在用户的感知中,是出版社而非印刷厂或者快递公司向自己提供了书籍。出版社不能因为自己既没有印刷书籍也没有运输书籍,就否认自己实施了发行行为。^[54] 裁判者在认定出版社是传播者的过程中,不可能置用户感知于不顾。同理,其他受控行为也常常涉及很多参与者,法律将其中哪些主体认定为受控行为实施者并要求其承担直接侵权责任,同样不可能在不考虑用户感知的情况下仅仅从技术层面进行分析。虽然从表面上看,法律是从行为本身的角度在描述直接侵权行为,但实际上描述中的模糊性只有加入用户的判断才能消除。

虽然在信息网络传播权之外的其他权能没有使用“用户感知”的术语,但始终需要借助用户感知来认定直接侵权,因为用户感知能够帮助法院就一系列重要问题展开分析:原告作品和被告作品在用户眼中(而不仅仅是在专家眼中)是什么关系?用户希望从原告的创作行为中获得什么价值?被告的利用行为是否影响了原告向用户提供价值?以及,究竟哪个主体的行为应当被认定为法律定义的受控行为?虽然在信息网络传播权之外的

[53] 《著作权法》第 10 条第 1 款第(五)项规定,“复制权,即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利”。

[54] Vgl. LG München I, Urteil vom 10. 1. 2007 - 21 O 20028/05.

其他权能领域没有直接出现“用户感知”这一表述,但用户感知因素却无处不在。

三 用户感知因素的制度逻辑与解释论运用

用户感知因素在各项权能的直接侵权认定中都体现出难以忽视的重要性。这种现象不禁引人探究其背后的制度逻辑。本部分将在考查用户感知因素的正当性与局限性之基础上,提出其应当具备的内涵。

(一) 用户感知反映了作品社会价值对权利边界的影响

无论从功利主义还是劳动财产权学说的角度看,在认定著作权直接侵权时考查用户感知都有着坚实的正当性基础。

从功利主义的角度观之,“用户感知”因素反映出市场在决定权利范围问题上的重要性。社会之所以愿意付出巨大的成本维护权利人的排他权,并非出于某种神圣的道德律令,而是为了实现激励创作的功利目标。对于权利人而言,排他权只是工具,通过行使排他权获得市场利益才是目标。而市场利益以用户需求为支撑,如果用户对作品毫无需求,那么著作权人的排他权不过是一纸空文,无法带来任何切实的利益。只有当用户需求旺盛而且这种需求只能通过著作权人来满足时,著作权才会为权利人带来丰厚回报。如果用户有需求但这种需求可以被其他人满足,那么著作权人的市场回报就会减少。在纸面权利转化为现实利益的过程中,用户需求是至关重要的环节,而作品对用户需求的满足程度就是作品的社会价值所在。

正因为用户需求是版权激励的来源,所以用户感知当然会对版权范围产生影响。使用者是否侵蚀版权利益,取决于使用者给用户带来的好处会不会减少用户对版权作品的需求。用户对特定作品及其传播的需求是有限的,他从被告处获得的满足越多,对权利人的需求就越少,权利人获得的市场回报就越小。通过用户视角来认定原告的权利范围,至少在直接面对普通消费者的非技术类作品类别上能够更好地反映被告对原告造成的影响。前述 *Arnstein* 案判决就论证道:“原告受保护的利益并非其作为音乐家的名誉,而是非专业公众对乐曲的喜爱可能给他带来的潜在财务回报。”^[55] 因此在判断双方作品是否相似时,用户感知角度比专家角度更能反映原告应当独占的市场范围。又如在 *Peter Pan Fabrics v. Martin Weiner Corp.* 案中,汉德法官需要就原被告双方的波斯风格挂毯是否构成实质相似作出判断。他承认被告的地毯与原告的并不相同,但随即指出,“普通观察者除非刻意甄别,否则很容易忽视这些不同之处,而以为它们具有同样的美学吸引力”^[56] 这种美学吸引力与商业吸引力互为表里。如果用户认可被告地毯在美学吸引力方面的替代性,就可能转而购买被告的地毯。用户的视角和用户观察的细致程度决定了原被告地毯在美学吸引力和商业吸引力方面的可替代性。法官对用户视角的认同,本质上是对市场运行规律的尊重。

[55] *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946), cert. denied, 330 U.S. 851 (1947).

[56] *Peter Pan Fabrics v. Martin Weiner Corp.*, 274 F.2d 487 (2d Cir. 1960).

即使我们不采功利主义观,而将著作权视为对作者劳动的奖励,用户感知因素仍然具有正当性。劳动之所以值得奖励,原因同样在于它满足了公众的需求。洛克在谈论劳动与财产的关系时说道:“如果没有劳动,土地的多寡就只有很小的价值。”^[57]“在绝大多数的东西中,百分之九十九全然要归之于劳动。”^[58]洛克将劳动称为“这一有所增益的东西”,这说明并非任何体力和脑力活动都能被称为“劳动”,而只有那些能在自然状态之上增进人类福祉的活动才有资格成为财产权的基础。^[59]假如脱离用户感知,我们很难回答某种劳动是否对社会有好处、有多大好处以及相比他人劳动成果的边际增益有多少等等一系列问题。只有将用户感知因素纳入排他权范围的认定过程,才能判断作品对社会的价值有多大、值得为其匹配多大的排他效力。

著作权法设置受控行为、认定直接侵权,根本目的是通过激励具有市场价值的创作行为来提升社会福利,而用户感知恰恰能够反映原告作品的市场价值以及被告对市场价值的挪用。因此,将用户感知作为认定直接侵权时的考虑因素不仅仅是为了提高判断的可操作性或者正确性,更是由作品排他权性质所决定的。无论从激励论还是劳动财产权学说出发,用户感知都对权利边界的确定发挥着重要作用。如果抛开用户感知而纯粹从技术层面研究直接侵权,颇有舍本逐末之感。

(二) 用户感知可能导致排他权范围的不当扩大

我们在肯定用户感知重要性的同时,也应当认识到它的局限性。用户感知的局限性表现在用户容易受到直觉支配,不如专家那么习惯展开技术分析。以复制权侵权认定为例:用户在判断实质相似时,不像专家那么擅长区分双方作品中相似的元素是受著作权法保护的表达还是根本不受保护的思想、事实或者功能性元素。这意味着用户可能只关心双方作品在直观层面是否相似这一表象,而不深究这种相似是否指向著作权法关心的受保护元素,从而错误地要求被告为挪用原告不受保护的元素而承担责任。换言之,如果在直接侵权判定环节完全依赖“用户感知标准”,可能不当地扩大排他权范围,过度限制公众行动自由。

正因如此,著作权法在认定直接侵权时,既重视用户的感受,也借助专家的力量。用户视角和专家视角相辅相成才能得出正确的著作权保护范围。早有学者注意到这一事实并总结道:根据侵权判定者的视角不同,知识产权法基本可以分为由专家充当侵权判定者的技术进路和由消费者充当侵权判定者的市场进路。专家更倾向于从技术细节层面来考查双方成果是否相似,消费者则通常只关心双方成果是否具有市场替代性,而不深究双方成果产生效果的具体机制。专利法原则上采取技术进路,由“本领域普通技术人员”来充当侵权判定的主体;商标法遵循市场进路,以“相关公众”的意见为准;著作权法则兼采两条进路。^[60]

[57] [英]洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2012版,第23页。

[58] [英]洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2012版,第26页。

[59] 参见[英]洛克:《政府论(下篇)》,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆2012版,第18页。

[60] See Jeanne Fromer, Mark Lemley, The Audience in Intellectual Property Infringement, 112 *Michigan Law Review* 1251, at 1251 (2014).

前文关于复制权直接侵权认定的各种测试法佐证了上述观察结论。每种测试法都既有专家的技术分析,也有用户的主观感受:Arnstein 测试法要求先由专家判定抄袭,再由用户判定不当挪用。Krofft 测试法将侵权判断分为由专家对客观证据作出的所谓“外部判断”和由用户根据主观感受作出的所谓“内部判断”。Roth Greeting Cards 案中的“整体印象和感受”测试法强调用户的主观感受,但并不妨碍法官从专家视角出发将思想、事实和功能性要素排除在保护范围之外。汉德法官在 Nichols 案中提出的抽象测试法既需要透过版权专家的视角区分思想与表达,也不排除用户的感受。而 Altai 案针对计算机程序提出的“抽象—过滤—比较”测试法只是强调专家视角在技术类作品中的重要性,并没有排除用户感知的适用。纵观各种侵权测试法可以看出,用户感知因素在任何一种版权侵权测试法中都既不能缺席,也不能独断。考查用户感知因素是判断侵权的必要条件,但不是充分条件。由于用户不能精细地区分应当归属于原告的价值份额和应当保留在公有领域的价值,因此纯粹的用户感知决定论可能会不当扩大信息生产者的控制范围,将本应属于公众的行动自由错误地交给权利人。只有和专家视角相结合,融入一定的技术分析,用户感知因素才能导向正确的版权排他范围。

可能有论者认为模糊性才是用户感知因素的重大缺陷,如诸多关于深层链接的文献在批评“用户感知标准”时都将模糊性视为不能容忍的缺陷。不仅服务器标准的支持者认为“用户感知标准”和其他的非服务器标准“很难清楚地划分侵权与非侵权的界限”,^[61]甚至其他非服务器标准的支持者也认为“用户感知标准”或者其他具有模糊性的标准不堪重任。例如“提供标准”的倡导者就认为:“‘实质呈现标准’和‘实质替代标准’的缺陷也体现在判断的主观性及其不确定性方面,因为既然是‘实质呈现’或‘实质替代’,就需要当事人或裁判者对作品呈现行为或提供效果予以评价,从而不可避免地伴有主观性和不确定性。”^[62]这种批评尽管不是直接针对用户感知因素提出的,但确实有可能被用作对用户感知因素的质疑,因此有必要予以回应。本文并不认为模糊性会给用户感知因素的正当性造成严肃威胁。在著作权侵权认定中重视用户感知虽然会导致判断结果“伴有主观性和不确定性”,但这不应当被视为阻碍考查用户感知因素的理由。一方面,用户感知因素在其他权能认定中同样有着“主观性和不确定性”,但这并不妨碍其发挥作用,例如复制权并没有因为“接触加实质相似”判断具有模糊性就抛弃用户感知因素。另一方面,即使是技术专家或者商业专家作出更加精细的分析,最多也只能降低而不能消除不确定性。既然各种因素都难以避免不确定性,用户感知因素带来的不确定性也不应当成为绝对禁忌。因此,本文并不将“主观性和不确定性”视为用户感知因素的重大缺陷。

(三) 用户感知与专家判断共同决定权能边界

用户感知在直接侵权认定中扮演着至关重要但并非一锤定音的角色。在用户感知这一视角之外,直接侵权认定标准还应容纳从技术角度进行利益衡量的空间,我们不妨称之为“专家判断”。依据权能和作品不同,“用户感知”和“专家判断”在具体的直接侵权认

[61] 刘家瑞:《历史为什么选择了服务器标准》,《知识产权》2017年第?期,第29-30页。

[62] 刘银良:《信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”》,《法学》2017年第10期,第111页。

定中的权重也有所不同。

当案件涉及复制和演绎这两种信息生产型权能时,“用户感知”和“专家判断”的比重主要受作品性质的影响。此处所称作品性质,指作品中不受保护的信息有多少。不受保护的信息越多,用户感知越容易出错,专家判断显得越重要。当作品非常接近抽象思想或者技术性、事实性很强时,作品中便有大量信息处于不受保护的公有领域。科学论文、新闻报道、计算机程序、工程设计图和产品设计中都包含有大量不受保护的信息。对这些类型的作品而言,由于用户通常着眼整体、不善于区分作品中受保护和不受保护的元素,所以容易以为被告作品与原告作品“实质相似”。此时法院有必要适当降低用户感知的重要性而加强专家判断的力度,以便剔除不受保护的抽象思想、事实和功能性要素。当用户与专家就直接侵权是否成立、尤其是双方作品是否构成实质相似发生分歧时,应以专家意见为准。但是对于小说、戏剧、绘画和雕塑等典型文学艺术作品而言,法院固然需要借助专家判断来排除不受保护的思想、事实和功能性元素,但更应重视用户对于双方作品整体相似程度的感知。^[63] 当专家从细节出发否认侵权,但对于用户而言被告作品对原告作品的替代程度极高时,法院应当认真考虑被告作品构成侵权的可能性。

当案件涉及发行、广播或者信息网络传播等信息传播型权能时,“用户感知”和“专家判断”同样缺一不可。需要特别说明的是,与深层链接之争中早期的“用户感知标准”不同,法院需要考查的用户感知不是用户所感知的物理技术细节,而是用户感知到的作品传播效果。假如用户认为自己获得作品的愿望是由被告满足的,那么即使被告在物理意义上没有采取传播链上的全部行为,也可能构成用户感知意义上的传播者。以深层链接为例:假如被告认为获得作品的需求由被告所满足,那么无论用户是否感受到作品复制件不在被告服务器上,被告都有可能被认定为用户感知意义上的作品提供者。这和在非网络环境下的分析思路一致:无论用户有没有意识到出版社没有印刷、没有开展快递任务,只要用户认为自己是出版社手中获得作品有形复制件,出版社就是用户感知意义上的发行者。线上环境中的作品复制件存储在哪里、线下环境中的印刷和快递由谁实施,这些因素虽然对于在物理意义上澄清传播链上各主体的行为有意义,但对于从法律层面分析用户将谁视为传播者意义有限。用户并不关心传播链上的每个技术细节,只习惯于将名义上与自己进行交易、效果上满足自己获得作品需求的主体视为传播者。即便出版社明确告诉用户,书籍的印刷者和运输者另有其人,用户也不会因此认为出版社不是书籍的发行者。同理,即使深层链接设链者明确告诉用户作品复制件存储在第三方网站上,用户也不会因此觉得设链网站没有提供作品。用户感知因素应当聚焦对于用户而言重要的事实,而不应纠结于对用户而言无关紧要的细节,例如谁从物理意义上印刷或者投递了书籍,或者谁在物理意义上存储了作品复制件;应考查的是对于用户而言重要的事实,即谁实现了传播效果、谁满足了用户对作品的需求。在效果意义上实现了作品传播的主体,很可能落入公开传播权的权能控制范围。

[63] 类似观点参见 Pamela Samuelson, A Fresh Look at Tests for Nonliteral Copyright Infringement, 107 *Northwestern University Law Review* 1821, at 1849 (2013)。

“用户感知”在信息传播型权能中得出的推定,需要结合“专家判断”加以完善。假如人们单纯依赖用户感知来判断信息传播型权能中的被告是否构成直接侵权,则将和在复制权与演绎权判断中过度依赖用户感知一样有不当扩大保护范围之虞。因为用户只习惯从直觉与微观视角判断被告在实然层面有没有实施传播行为,而不擅长于从理论与宏观视角判断被告在应然层面该不该被视为侵权者。而直接侵权行为并非单纯针对利用行为本身的事实判断,而是混杂着价值判断的综合评价。某种行为是否构成直接侵权行为不仅与这种行为本身的物理形态有关,还与它的技术背景、商业环境、利益相关方之间的交易成本甚至当时社会的产业政策有关。如果不从事实判断与价值判断相综合的角度来看待直接侵权行为,我们就难以解释为什么同样的作品利用行为(例如翻译或者表演)在不同历史时期有着不同的侵权行为定性。

正因为直接侵权行为认定其实是对诸多因素的综合判断,而用户对其中的很多因素未必足够敏感,所以法律在用户感知之外还会加入更多的利益衡量因素,以便将通过用户感知得出的初步判断修正得更加全面。例如就出租而言,无论客体是哪种类型的作品,从用户感知角度看出租者都实现了向公众提供作品的效果。但是立法者会在考虑作品类型对权利人和公众之间利益平衡的影响之后,在出租权的权能中纳入额外限制因素,从而将出租权的控制范围限制在视听作品和计算机软件作品两类作品中。再例如就信息网络传播而言,用户的感知既不够精确(大部分用户不会仔细区分技术提供行为和作品提供行为),也不能全面反映影响利益平衡的各种因素。所以法院在参考用户感知的前提下,还需要考虑其他因素,例如链接是否跳转、设链网页源代码是否意在调入作品本身^[64]等技术因素,以及被告设链行为给社会带来的福利增值、对原告造成的可预期利益减损以及原被告双方达成交易的交易成本等商业因素。这意味着即使被告始终采用技术相同的设链行为,用户感知也维持不变,直接侵权责任也仍然可能随着其他因素而有所变化。总之,完全依赖用户感知来判定直接侵权是对这一因素的滥用,但彻底否定用户感知则是因噎废食。重视但不盲信才是有效发挥用户感知因素的正确途径。

四 代结语:结构化分析思路的认知优势

现有关于用户感知的讨论几乎完全发生在与深层链接相关的信息网络传播权框架之下。参与讨论的各方立场有别、视角各异,争论多年也难有定论。但当我们跳出信息网络传播权,放眼各种著作权权能所构成的整体时,用户感知在直接侵权认定中所起的作用瞬间显得脉络清晰。从复制权、发行权到演绎权,各种著作权权能的直接侵权认定都对用户感知因素给予高度重视。同时,著作权权能的正确范围总是在结合用户感知与专家判断之后才能予以划定,否定任何一项而单纯依赖另一项的做法都无法导出恰当的著作权排他范围。这一原则在与深层链接相关的信息网络传播权认定上同样适用。通过超越下位概念(信息网络传播权)、回溯上位概念(著作权权能)的做法,原本困难的问题能够获得

[64] 参见刘文杰:《信息网络传播行为的认定》,《法学研究》2016年第3期,第122页。

更加容易并且更加确定的解答。

从著作权制度的结构性认知价值出发,尽管关于用户感知因素的争议表面上看发生在信息网络传播权这一子范畴内,但如果要全面理解该标准的内涵、价值和可能面临的质疑,最好将其置于著作权权能这一上位范畴之中。毕竟,包括著作权法在内的具体知识产权部门法之价值不仅在于从本体论层面说明信息成果的分配应当遵循何种原则,而且在于从认识论层面为我们提供一套结构化的思维框架。这套框架中每个环节的基本原则与具体制度都相互依存、相互促进,不断提升知识产权作为一套认知工具的质量。因此,用户感知因素的价值,可以从它在其他著作权权能划界时所起的作用中类推;用户感知因素的局限,也可以从它在其他著作权权能划界时遭遇的难题中推断。对用户感知因素的判断,应当与其他直接侵权行为认定的基本逻辑保持一致;而对用户感知因素的质疑,只有在能够动摇其他直接侵权行为公认标准的情况下方为有效。如果我们放弃相对成熟的其他权能在原理和制度层面提供的启示,仅仅在深层链接或者信息网络传播权这样的子范畴中研究用户感知因素,未免是对宝贵认知资源的浪费。

著作权制度经过数百年发展,蔓延出众多细分领域和技术细节,人们有可能轻易陷入某个局部问题,而忘记环顾周围。我们未必需要在每点细节争议上都回到整个著作权法的原点,但至少应当在面对重大问题时尝试从邻近规则中借鉴经验。只有在从具体问题到一般原则、再从一般原则回到具体问题的反复打磨中,知识产权法结构化认知框架才能不断完善,信息成果利益分配这一复杂问题才有望趋于解决。

[本文为作者主持的 2017 年度国家社会科学基金一般项目“创新社会化趋势对知识产权法的挑战及应对研究”(17BFX113)的研究成果。]

[**Abstract**] “Consumer perception” is a concept which currently appears only in the context of deep links and is rejected by “server test”. The narrowed perspective prohibits us from seeing the important role that consumer perception has played in the context of all other exclusive rights. Take the right of reproduction for example, “lay listener test”, “lay public test”, “ordinary observer test”, “reasonable observer test” and so on all point to “consumer perception”. Consumer perception is the most convenient tool to measure the level of market substitution and thus the impact of market harm. It is a vital element in copyright infringement. Back to the discussion of deep links, the proper way of decision-making is neither relying solely on “consumer perception” nor abolishing it altogether, but combining “consumer perception” and experts’ opinion regarding technical and business analysis.

(责任编辑:余佳楠)