理论前沿

信息网络传播权框架下深层链接的法律性质探究

刘银良

内容提要:在信息网络传播权框架下,涉及网络深层链接的侵权行为判定在我国是个长期没有合理答案的法律难题,带来了广泛的司法困惑和两难选择,相应理论分析也多有不足之处。根据其技术基础和行为后果,可把网络链接分为指示链接和提供链接两类。“指示链接”仅向公众提供作品的网络地址信息,可在网络用户点击后指引用户跳转至被链网站获得作品。“提供链接”除可能提供作品网络地址信息外,还能够使网络用户可以在设链网站获得作品,从而构成作品提供行为并可能直接侵犯信息网络传播权。细分网络链接行为并界定其各自的法律性质和法律责任,可望有助于解决涉及网络深层链接之侵权行为判定的法律难题,相应的信息网络传播权法律适用困境亦可得到一定突破。

关键词:信息网络传播权　深层链接　加框链接　内链接　提供链接

刘银良,北京大学法学院院聘教授。

一　一个长期未解的法律难题

近年来我国信息网络传播权侵权判定标准之争主要集中在涉及网络深层链接或内容聚合平台的法律纠纷中,争议的主要问题虽然在表面上看起来是应该适用何种侵权判定标准界定网络深层链接或内容聚合行为是否侵犯信息网络传播权,但实质问题则是如何界定网络深层链接或内容聚合行为的法律性质。多样化的观点针锋相对,理论与实践中的冲突无可协调。[1] 该问题在我国网络著作权法学界和司法界已经存在十余年,似乎不再是一个著作权法律问题,而演化成为一个“世界观”难题。研究者的文章从

〔1〕 例如王艳芳:《论侵害信息网络传播权行为的认定标准》,《中外法学》2017 年第 2 期;崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,《政治与法律》2014 年第 5 期。

初论到“再论”和“三论”,进而再论,[2]法院的判决也呈现左右摇摆的局面,但无论如何界定,都会有激烈的批评声音。涉及网络深层链接的理论冲突和司法实践中的矛盾或平行或交叉地向前延伸,互联网空间和互联网产业的矛盾也依然存在。著作权法学界和司法界似乎到了山穷水尽的地步,一些未必有法理基础和法律基础的理论被提出。然而互联网产业实践中的巨大利益冲突毕竟绕不过,这提示我国著作权法学界和司法界仍不得不面临激烈的互联网利益冲突。那么该如何客观理解和界定网络深层链接行为的法律性质?该问题不解决,我国网络著作权的司法困境就难以突破,再缤纷的理论呈现亦属无用之举。

网络链接是互联网的基础,其功能在于促进互联网互通互联,其实现路径在于提供“统一资源定位地址”(URL)。网络链接的一般技术过程是,网络用户点击设链网站设置的链接,遂向被链网站服务器发出请求,该服务器随即向网络用户终端(计算机或移动设备)发送相关作品信息等,使网络用户能够在其终端浏览作品。网络链接和其他互联网技术共同促进了网络用户、设链网站和被链网站之间的交互性联系,推动了第一代互联网到第二代、第三代的发展。无数网站交织在一起,就组成遍布世界的互联网,维护着网络空间运行。没有网络链接就没有互联网,就没有互联网空间和互联网社会。“互联网的本质就是链接”。[3]

关于网络链接的结构与功能,北京知识产权法院曾有代表性论述:“包括深层链接在内的超链接是互联网的基本元素。超链接是指从一个网页指向一个目标的连接关系,这个目标可以是另一个网页,也可以是相同网页上的不同位置,还可以是一个图片,一个电子邮件地址,一个文件,甚至是一个应用程序。万维网是由无数个网络站点和网页通过超链接连接而成的集合,万维网的作用就是通过超链接从互联网海量数据中将用户需要的文件数据发送并展示给用户,同时为将超文本融入其中,用统一资源识别来标明这些资源的地址。超链接最终使万维网形成了一个网络,可以说,没有超链接就没有网络。”[4]

网络链接技术和应用虽然有多样化的发展,但关于网络链接的概念却并无国际条约文本予以界定。网络链接的基础概念是“超文本链接”或简称“超链接(hyperlink)”,其涵义广泛,包括几乎所有网络链接。直接指向被链网站首页的是浅层链接(surface link),指向被链网站次级网页的是深层链接(deep link),它们一般在网络用户点击后跳转至被链网站,可被称为“普通链接”。[5] 结合加框技术等,又有加框链接(framing link)、内链接(inline linking)或埋设链接(embodied link)等深层链接,它们在用户点击后不发生跳转而直接在设链网站展示作品,在埋设链接情形下甚至无需用户点击就可在设链网站展

〔2〕 参见王迁:《论“信息定位服务”提供者“间接侵权”行为的认定》,《知识产权》2006 年第 1 期;王迁:《论“网络传播行为”的界定及其侵权认定》,《法学》2006 年第 5 期;王迁:《再论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼比较“百度案”与“雅虎案”的判决》,《知识产权》2007 年第 4 期;王迁:《三论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼评“泛亚诉百度案”一审判决》,《知识产权》2009 年第 2 期;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。

〔3〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 24 页。

〔4〕 北京知识产权法院(2016)京知民终字第 143 号民事判决书。

〔5〕 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。

示作品。[6] 为方便论述,本文把用户点击后不发生跳转的加框链接或内链接以及无需点击的埋设链接等深层链接称为“特殊深层链接”,以区别于发生跳转的链向被链网站首页的浅层链接和链向被链网站次级网页的普通深层链接。易言之,根据网络用户点击网络链接后是否被引导跳转至被链网站,可把网络链接分为发生跳转的普通链接和不发生跳转的特殊深层链接两类。由于加框链接或内链接等特殊深层链接在技术上并无本质区别,本文以下将主要使用“加框链接”来代表特殊深层链接。[7]

研究者一般认可,普通链接具有信息定位功能,属于信息网络服务范畴,功能在于帮助网络用户在具有海量信息的互联网空间及时、准确地获得目标信息,普通链接行为本身因而不构成《世界知识产权组织版权条约》(WCT)规定的向公众提供作品的行为或我国《著作权法》规定的信息网络传播行为。美国《数字千年版权法》(DMCA)对作为信息定位工具的网络搜索和链接设置了间接侵权责任及例外。信息定位工具包括名录、索引、引用、提示或超文本链接,其功能在于为网络用户获得在线信息定位提供指引或链接。[8] 我国《信息网络传播权保护条例》(2013 年修订)第 23 条也为网络服务提供者(ISP)的网络搜索和链接服务规定了共同侵权责任及例外,尽管它也带来较大争议。[9]

然而对于不发生跳转的特殊深层链接行为的法律性质界定,研究者(包括法官)具有根本的意见分歧,并且对该问题的争议又与是否赞成信息网络传播权侵权行为判定的服务器标准相联系。服务器标准的支持者一般认为,无论浅层链接还是深层链接都属于网络空间定位工具。加框链接等深层链接虽然链向第三方网站服务器上的作品或录音制品等客体,但该行为仍然属于信息网络服务行为而非信息网络传播行为,仅可能构成间接侵权,不可能构成直接侵权。[10] 有观点认为无论《世界知识产权组织版权条约》(1996 年缔结)等国际条约还是我国《著作权法》第一次修订案(2001 年通过)或《信息网络传播权保护条例》(2003 年通过)及相关司法解释,其中使用的网络链接概念可能意指互联网早期使用的具有明显跳转过程的链接而非不发生跳转的特殊深层链接,但有研究者(法官)不予认可,其列举的理由包括深层链接“没有提供新的作品形式,只是提供了获取作品的链接方式,不会再次使公众获得该作品”,并非我国《著作权法》规定的信息网络传播行为或向公众提供作品的行为。[11] 也有研究者基本持相反观点,认为加框链接等深层链接可能构成作品提供行为或对作品传播带来实质替代后果,设链行为人需由此承担直接侵权责

---

〔6〕 参见 Emanuela Arezzo, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union—What Future for the Internet After Svensson? 45 *IIP* 524, 526 (2015); The US Copyright Office, *The Making Available Right in the United States-A Report of the Register of Copyrights*, February 2016, pp. 48 – 49, note 237, https://www.copyright.gov/docs/making_available/making – available – right.pdf,最近访问时间[2017 – 11 – 05]。

〔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 – 75 页;吕长军:《简析深度链接、加框链接与盗链——以信息网络传播权视角》,《中国版权》2016 年第 2 期,第 40 页。

〔8〕 参见 17 USC 512 (d)。

〔9〕 参见史学清、汪涌:《避风港还是风暴角——解读〈信息网络传播权保护条例〉第 23 条》,《知识产权》2009 年第 2 期。

〔10〕 参见王迁:《再论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼比较“百度案”与“雅虎案”的判决》,《知识产权》2007 年第 4 期,第 6 – 7 页。

〔11〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 24 页。

任。[12] 双方观点冲突明显,并且理论的冲突和司法的困境业已干扰互联网版权产业的正当发展,对于内容聚合平台而言尤为如此,如有业界研究人员认为聚合类软件对网络内容产业的危害不言而喻。[13]

综上,关于网络深层链接的法律性质界定一直是我国网络著作权法学界和司法界的难题,而本文将探究如何解决该问题。本文将主要在《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》分别规定的向公众提供权和信息网络传播权框架下,探讨网络深层链接行为的法律性质及其法律责任界定。由于内容(新闻或视频等)聚合行为主要是网络深层链接技术的应用,展示的也主要是作品、表演或录音录像制品等,其法律性质及其所可能涉及的法律责任也基本与网络深层链接行为相同,所以本文将主要论述网络深层链接的法律性质及其法律规制。[14] 本文以下将首先结合此前 10 年间我国涉及网络深层链接的代表性案例考察相关司法困惑及理论缺陷,继而分析如何通过细分网络链接行为并分别界定其法律性质和法律责任等方式,探究关于该法律难题的解答。

二　涉及网络深层链接的立法和司法案例评析

在直接借鉴《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)基础上,我国《著作权法》第一次修正案(2001)分别赋予作者、表演者和录音录像制作者针对其作品、表演和录音录像制品在互联网空间传播的信息网络传播权。《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项规定,“信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。”[15] 这是著作权法关于作者享有的信息网络传播权的主要法律规定,但并未涉及网络链接的法律性质。《信息网络传播权保护条例》第 23 条规定,网络服务提供者在接到权利人通知后依照本条例规定断开与侵权作品等链接的,不承担赔偿责任,但是如果它明知或应知所链接的作品等侵权则应承担共同侵权责任。一般认为这规定了涉及网络服务提供者赔偿责任豁免的“安全港规则”,而它涉及的网络搜索与链接服务也基本属全网搜索与自动链接行为,与专门设置特殊深层链接的设链行为关联性不强,本条款也较少适用于解决与网络深层链接相关的法律纠纷。研究者所称《信息网络传播权保护条例》第 23 条的“用语清楚地表明”提供链接并非网络传播行为、“不可能构成‘直接侵权’”的判断也仅适用于普通链接行为,而难以适用于特殊深层链接。[16]

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

---

〔12〕 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。

〔13〕 曹建峰、孙那:《界定聚合盗链侵权 该不该放弃“服务器标准”》,《中国新闻出版广电报》2016 年 9 月 29 日第 6 版。

〔14〕 参见崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 3 页及注释 1;吴永祺、万小丽:《聚合平台深层链接:以“链接服务”掩饰“内容提供”》,《电子知识产权》2016 年第 8 期,第 49 页。

〔15〕 关于表演者和录音录像制作者的信息网络传播权,见《著作权法》第 38 条第 1 款第(六)项、第 42 条第 1 款。

〔16〕 参见王迁:《再论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼比较“百度案”与“雅虎案”的判决》,《知识产权》2007 年第 4 期,第 7 页。

题的规定》第 3 条第 2 款规定,“通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式,将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中,使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的”,法院应当认定其实施了作品等提供行为。从该司法解释条款的文本看,虽然它规定了可被法院认定实施了作品等提供行为或信息网络传播行为的重要类型,其中包括把作品等客体提供于服务器中,但它却并未排除可能属于信息网络传播行为的其他情形,从中并不能够推出“只有”将作品等上传至网络服务器等“才能”构成信息网络传播行为。这既说明服务器标准并非该司法解释所唯一支持的侵权界定标准,也说明该司法解释条款并未排除网络深层链接行为亦属作品提供行为的可能性。

由此可见,我国《著作权法》及相关行政法规和司法解释皆未明确规定特殊深层链接行为的法律性质及其可能的法律责任,其解释仍需回归至《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》的具体规定,其中尤以《世界知识产权组织版权条约》第 8 条和《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项的规定为重要。然而由于不同法院或法官对这些条款规定理解的差异,甚至法官对该问题并无确切理解,导致不同法院甚至同一法院在相关案件中就网络深层链接行为的法律性质得出差别化界定,相关司法困境和乱象也由此而生。为便于比较,以下主要评析此前十几年间由北京市法院审理的三个代表性案例,由于其二审主审法官相同,所以可以基本略去案件终审中法官个体之间的差异,从而有利于集中分析其中的关键法律问题及认识分歧。

2004 年的“正东唱片公司诉世纪悦博公司案”(以下或称“正东唱片公司案”)应该是我国涉及网络深层链接是否侵犯信息网络传播权的第一个较有影响的案例。在本案中,被告作为音乐平台网站设置的网络链接链向存储于第三方网站的盗版歌曲,网络用户可在其网站下载存储于第三方网站的歌曲。北京市一中院认为,需要根据被告的链接方式、主观过错、链接行为的客观后果等因素以及权利义务相一致原则,确定其网络链接行为是否侵权。被告直接参与了信息的收集、选择、编排等加工处理,并通过深层链接链向被链网站,使网络用户可跟随其逐步引导完成作品下载,具有主观过错。设链网站与被链接网站的链接如同前台与后台之间的服务关系。网络用户下载作品的过程都是在设链网站完成,设链网站并未显示被链网站页面等信息。该链接行为的结果是网络用户仅需通过被告网站就可实现下载过程,被链网站仅起到“异站存储或外置存储器”作用。[17] 然而在本案二审中,北京市高院认为被告虽然逐层递进引导用户从被链接网站下载涉案歌曲,但被告“不能完全控制被链接网站的资源,一旦被链接网站网址发生变化或者网站采取加密等限制访问措施,访问要求就会被拒绝”,因此其服务在本质上仍然属链接通道服务,在其服务器上被告没有“复制、向公众传播被链接的录音制品”。但被告设置链接的行为提供了传播渠道,能够便利用户下载侵权录音制品,主观过错明显,客观上参与及帮助了被链网站实施侵权行为,应承担停止侵权和赔偿损失等法律责任。[18]

---

〔17〕 参见北京市一中院(2004)一中民初字第 400 号民事判决书。

〔18〕 参见北京市高院(2004)高民终字第 713 号民事判决书。

可见在本案中北京市一中院并未拘泥于服务器标准,而直接以公众成员能否在被告网站获得作品为标准来考察其行为是否构成直接侵权,从而认定被告通过网络深层链接方式使网络用户可在其网站直接下载涉案作品的行为构成直接侵犯信息网络传播权,应承担直接侵权责任。这正是《著作权法》规定的标准。二审法院虽然表示基本认同一审法院的判决理由,但却认为被告构成帮助侵权,应承担间接侵权责任。两审法院适用的侵权界定标准及判决结论大相径庭。综合而言,本文基本认同一审法院的判决理由,其判决符合侵权行为及侵权责任判断的一般逻辑,也考虑到了权利与义务相一致的基本原则,符合著作权法关于信息网络传播权的规定。北京市高级人民法院虽然认为被告实施了深层链接行为,但却认为由于它"不能完全控制"被链网站资源,如被链网站网址一旦变更或采取限制访问措施,则网络用户将难以通过该深层链接获得录音制品,再加上被告没有在其服务器上复制被链录音制品,它因而也没有向公众传播被链录音制品,判决基本体现了服务器标准,即只要行为人未把作品或录音制品等上载于其网站的开放服务器,就不构成侵权。但这些理由却未必成立。

"新力唱片公司诉世纪悦博案"(以下或称"新力唱片公司案")与正东唱片公司案的案情和诉讼程序等基本相同,北京市一中院的判决理由和结论也基本相同。[19] 但北京市高院的判决理由和结论则与正东唱片案显然不同,这构成了强烈对比。[20] 该院认为,被告对第三方网站的内容进行了甄别和接收,为网络用户搭建了内容完整、信息齐全、服务全面的音乐平台,用户在其网站上可直接获得所需歌曲,被链网站上的音乐制品基本处于被告控制之下。其服务"完全起到了直接向用户提供涉案歌曲下载的作用和效果,与把涉案歌曲的档案文件储存在其自身服务器中从事下载没有任何区别",因此法院认定被告实质上实施的是将被链网站上的信息当成自己的信息向网络用户提供的行为,直接侵害了原告的信息网络传播权。[21]

与正东唱片公司案判决相比,北京市高院在新力唱片公司案中显然采取了不同的判断路径:在正东唱片公司案中其适用的是服务器标准,而在本案中其采取的似乎是"相同的效果标准",即被告的网络链接行为起到了直接向网络用户提供歌曲从而使其获得的作用和效果,与其把歌曲文件上载于自己的网络服务器向公众提供"没有任何区别"。可以理解,北京市高院在本案中采取的"相同的效果标准"和下述海淀区法院在适用"实质替代标准"时所称的"实质性替代效果"基本相通,[22] 它们考察的都是权利人(或其被许可人)对作品的合法传播是否被实质替代。

与前述两个案件基本处于数字版权产业起步期相比,2015 年"腾讯公司诉易联伟达

---

〔19〕 参见北京市一中院(2004)一中民初字第 428 号民事判决书。

〔20〕 研究者的观点也在变化,比如,研究者起初认为,在"这三起诉讼(包括正东唱片案、新力唱片公司案和另外一案——本文作者注)的上诉审中,北京市高级人民法院却对上文所述的问题作出了否定的回答,从而与北京一中院的观点形成了鲜明的对照。"参见王迁:《论"网络传播行为"的界定及其侵权认定》,《法学》2006 年第 5 期,第 66 页。后似乎又发生了一定观点上的变化,参见王迁:《再论"信息定位服务提供者"间接侵权的认定——兼比较"百度案"与"雅虎案"的判决》,《知识产权》2007 年第 4 期,第 5 - 6 页。

〔21〕 参见北京市高院(2004)高民终字第 714 号民事判决书。

〔22〕 参见北京市海淀区法院 2015 海民(知)初字第 40920 号民事判决书。

公司案”(以下或称“腾讯公司案”)则处于数字版权产业的快速扩张期,不仅网络深层链接技术已有较大发展,网络传播作品的正版化也已得到社会公众和产业界的广泛认可和支持,那么法官对于网络深层链接行为法律性质的认识是否亦有实质进步?在本案中,海淀区法院认为在技术快速发展的时代,人们不能将作品“提供”行为仅限于上传到网络服务器一种方式,还必须合理认定其他提供方式,“科学界定聚合平台提供服务的性质”。被告不仅提供了深层定向链接,还进行了选择、编排、整理等工作,如制作节目列表、提供节目简介、设置播放界面和观看模式等,还去除了视频来源的权利管理电子信息及被链网站广告,其行为已超出单纯提供搜索、链接服务的范畴。从传播效果看,被告的行为扩大了作品传播渠道和用户群体等网络传播范围,分流了获得合法授权视频网站的流量和收益,客观上起到了向用户“提供”视频的作用,产生了“实质性替代效果”。[23]

北京知识产权法院对一审判决所适用的“实质替代标准”不予认可,仍坚持适用服务器标准。[24] 本文认为,北京知识产权法院的判断所依赖的事实与逻辑基础有两个根本缺陷,从而使其论证不具说服力。第一,它认为网络链接行为的本质决定了无论是普通链接还是深层链接均不涉及对作品任何数据形式的传输,而仅提供了某作品的网络地址。这显然是先入为主的认定,并不符合网络深层链接的现实,因为加框链接等深层链接行为并非仅提供作品的网络地址,它已经深度参与到作品等客体的网络传播过程(见第三部分)。第二,北京知识产权法院并未认清加框链接等深层链接行为的二元性,其一是它既提供了作品链接信息,其二是它同时也向公众提供了作品从而使公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品,北京知识产权法院见其一不见其二,并以其一的存在否认其二的存在,因而忽略了被告的行为事实及其使作品处于可为公众所主动获得状态的后果,造成对被告行为的法律性质及其法律责任的不当认定。如有研究者认为,针对内容聚合平台及深层链接行为,仅强调其网络服务性质就“忽略了设链者控制网页或服务端并以自己名义对外展示作品的一面”,加框链接或内容聚合行为“实际上就是利用自己的网页或客户端程序变相地截取信号,只是名义上依旧号称是‘链接’。链接实际上只是整个技术方案中的一小部分而已”。[25]

此外,在 2013 年的“张某某侵犯著作权案”中,上海市普陀区法院认为,被告网站服务器上虽然并未存有涉案影视作品拷贝,但被告通过其网站管理后台链接至盗版网站获得盗版作品文件的索引地址,供网络用户在其个人选定的时间和地点观看被链作品,实施了涉案作品在互联网上的传播,被告的行为符合信息网络传播行为的实质要件,属信息网络传播行为,构成侵犯著作权罪。[26] 本案也显然突破了服务器标准,而回归至《著作权法》和《刑法》具体规定来界定被告的行为。本案曾被最高人民法院评选为“2014 中国法院十大创新性知识产权案件之一”,可见其判决理由和结论亦受到最高人民法院肯定。

在其他国家或区域组织也有涉及网络深层链接是否直接侵犯向公众传播权或提供权

〔23〕 参见北京市海淀区法院 2015 海民(知)初字第 40920 号民事判决书。

〔24〕 北京知识产权法院(2016)京知民终字第 143 号民事判决书。

〔25〕 崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 8 页。

〔26〕 参见上海市普陀区法院(2013)普刑(知)初字第 11 号刑事判决书。

的判决,欧盟法院审理的斯文森(Nils Svensson)案就是其中较为知名的案例。与《世界知识产权组织版权条约》第 8 条相一致,《欧盟信息社会版权指令》第 3(1)条为作者规定了广泛的向公众传播权,其中包括向公众提供权。[27] 在斯文森案中,原告是记者,其作品已在某报纸及报纸网站合法发表,被告网站设置的链接指向报纸网站刊登的原告作品,并且在网络用户点击链接后不跳转至被链网站,从而使网络用户认为他是在被告网站获得作品,因此本案涉及的主要法律问题也是加框链接是否直接侵犯了向公众传播权或提供权。[28] 欧盟法院认为,根据《版权指令》第 3(1)条规定,只要是向公众提供作品从而使公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品,就构成"向公众传播",而"向公众传播"包括"传播作品"和"向公众传播作品"两要素。对于"传播作品"需要在宽泛意义上进行解释,目的是保证与《版权指令》要维护高水平版权保护的目标相一致。据此逻辑,提供链向受保护作品的可点击链接,"一定需要被认定为'提供'"了作品,并因而构成作品传播行为。被告网站设置链接指向报纸网站上的受保护作品,从而让其网站用户可以直接获得这些作品,就构成向公众提供或传播作品。[29] 然而欧盟法院由于坚持适用"新公众标准"而最终认为被告网站没有侵犯向公众传播权或提供权。[30]

针对斯文森案涉及的核心法律问题,知名版权法专家、世界知识产权组织前助理总干事米哈依·菲彻尔(Mihály J. Ficsor)认为,虽然欧盟法院最终因适用"新公众"标准而认为本案被告没有实施向公众传播作品的行为,但它却明确了根据《版权指令》第 3(1)条规定,只要行为人向公众提供了作品从而使公众成员可以获得作品,就构成向公众传播作品,而提供指向受保护作品的网络链接"必需"被认定为提供了作品,从而构成作品传播行为。这意味着,欧盟法院判定被告设置网络链接的行为属于作品提供行为,只不过因为它仍坚持"新公众"标准而认定被告不构成直接侵权。[31] 意大利埃姆努埃拉·阿雷佐(Emanuela Arezzo)教授也认为斯文森案判决具有逻辑上的矛盾,表面上看欧盟法院的判决不认为深层链接行为侵犯了向公众传播权或提供权,但深究其论述却发现正相反,即深层链接行为构成向公众传播或提供作品。[32]

以上主要评析了涉及网络深层链接行为的几个代表性案例,旨在呈现我国信息网络传播权司法实践中的争议焦点,当然也说明在欧盟及其成员国也有类似的法律适用冲突。我国信息网络传播权的法律文本自 2001 年实施以来,虽然历经十几年,但关于如何界定

---

〔27〕 参见 *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Art. 3 (1)。

〔28〕 参见 *Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB*, 13 February 2014, Case C-466/12 ("Svensson"), para. 8。

〔29〕 参见 *Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB*, 13 February 2014, Case C-466/12 ("Svensson"), paras. 16-20。

〔30〕 参见 *Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB*, 13 February 2014, Case C-466/12 ("Svensson"), paras. 25-28。

〔31〕 参见 Mihály J. Ficsor, *Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks-spoiled by the erroneous "new public" theory*, pp. 26-38, published 5 May 2014, http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=63,最近访问时间[2017-11-05]。

〔32〕 参见 Emanuela Arezzo, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union—What Future for the Internet After *Svensson*? 45 *IIP* 524, 538, 546-548 (2015)。

网络深层链接行为的法律性质仍有不同认识,且矛盾与冲突并未随时间而趋缓和,互联网版权产业的正当发展也受到影响。无论如何,要厘清深层链接行为的法律性质及其法律责任问题,仍需回归至《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》的具体规定。

三 理论谬误辨析

网络链接是互联网的重要技术基础,涉及网络深层链接的案件判决也理所当然地引起研究者、法官、产业界和公众的广泛关注和讨论。然而伴随有关司法案件的判决,也有一些研究者(包括法官)给出了未必有法律基础的评价与指导,本部分将对一些观点及其论证予以辨析。

(一)内容控制与传播之可能性

如以上正东唱片公司案、新力唱片公司案和腾讯公司案判决所显示,内容控制与传播的关系是不少法院在审理涉及网络深层链接案件时重点考虑的方面,具体问题包括:设链网站如果无法控制被链网站上存储的作品或录音制品等资源,它是否就不可能传播作品,从而不可能构成作品提供行为或信息网络传播行为?如果被链网站删除了存储于其上的作品等资源从而使设链行为不再能够传播作品,是否能够说明仅被链网站能够实施作品提供或信息网络传播行为,而设链网站没有或不能实施信息网络传播行为?该问题持续存在于上述案例,说明从 2004 年到 2016 年的十多年间,有些法院在这个问题上都没有清晰认识。

例如,关于正东唱片公司案判决,有研究者认为,北京市一中院认定被告网站实施了录音制品提供行为"经不起推敲",因为"寻根溯源,只有将歌曲文件'上传'或以其他方式置于服务器中的网站才使公众有了获得作品的'可能性'。而对第三方网站中歌曲文件设置链接的网站只能'帮助'公众发现和实现这种获得作品的'可能性'。如果被链接的网站删除了歌曲文件,或是关闭了网络服务器,那么设置链接的网站即使保持原有的链接,也无法使得公众通过点击这些链接来获得歌曲文件。相反,即使设置链接的网站移除了原有的链接,公众也依然可以通过直接登录原先被链接的网站而获得歌曲文件。显然,决定公众获得歌曲文件'可能性'的只能是被链接的网站,而不是设置链接的网站"。[33] 该研究者的论述或许借鉴了澳大利亚高等法院在 Cooper 案中的部分论述,即如果被链网站关闭了服务器,则即使设链网站保持原有链接,网络用户也无法获得相关客体。[34]

该观点可能至少存在三方面的问题。

第一,无论追根求源到我国《著作权法》或相关司法解释的规定,还是到《世界知识产权组织版权条约》或《世界知识产权组织表演和录音制品条约》的相关条款,似乎都难以

---

〔33〕 王迁:《论"网络传播行为"的界定及其侵权认定》,《法学》2006 年第 5 期,第 66 页。类似的论述,参见王迁:《再论"信息定位服务提供者"间接侵权的认定——兼比较"百度案"与"雅虎案"的判决》,《知识产权》2007 年第 4 期,第 6 页。

〔34〕 参见 Universal Music Pty Ltd v Cooper [2005] FCA 972, para. 75。

得出“只有”将作品或录音制品上传或以其他方式置于某网站服务器中才使公众有在此网站获得作品之可能性。如上所述(见第二部分),并未有国际条约或《著作权法》条款支持服务器标准是界定向公众提供作品或信息网络传播行为之唯一判断标准。研究者混淆了作品的复制和传播,把传播者拥有作品复制件当作他在互联网环境下实施作品传播行为的前提条件。互联网环境下的作品传播固然需要依赖作品数字复制件的存在,但无论《世界知识产权组织版权条约》还是我国《著作权法》都没有要求传播者本人需要拥有作品复制件才可实施作品传播行为,在互联网技术支持下,作品的传播者完全可以利用他人网站上存储的复制件实施作品传播行为,恰如加框链接等特殊深层链接的设链者所实施的那样。正因为如此,北京市一中院在正东唱片公司案中认为,设链网站与被链接网站如同前台与后台之间的服务关系,而被链网站仅起到“异站存储或外置存储器”作用。[35] 在新力唱片公司案中,北京市高院也认为,被告虽然没有在其服务器上复制被链歌曲,但其服务完全起到了直接向用户提供涉案歌曲的作用和效果,与把涉案歌曲储存在其自身服务器中“没有任何区别”。[36] 即使服务器标准的支持者也认为,“如果某一网站可以通过技术手段截取其他网站载有作品的信号,并向公众以网络数据的形式转播这些信号,那么该网站就实施了著作权法意义上的传播行为”。[37]

第二,与此相关,即使加框链接等深层链接设链者不能控制被链网站上的作品或录音制品,他仍然可以面向公众实施作品等提供行为或信息网络传播行为。即使该研究者自己也承认,“表面上看,对歌曲设链与‘上传’歌曲一样,都将导致该歌曲能够被公众所获得”。[38]

第三,如本文以上对北京知识产权法院的腾讯公司案判决所做的评述,在被链网站删除了被链作品(或录音制品)或关闭了网络服务器的前提下,设链网站不再能够实施作品提供或传播行为的事实,并不能够否认在被链网站存在作品的前提下设链网站能够传播作品的事实。研究者或法院既不能以某命题的否命题来否证某命题,也不能以未来行为之不能否证既发行为之违法性。未来侵权可能性不存在并不能够否定在先的侵权行为,亦不能免除其侵权责任。例如,如果未经著作权人许可播放其视听作品的某盗版网站改变了网址或者新设置了技术保护措施,使网络用户不再能够随意访问其网站下载或观看视听作品,是否能够否证其在先的侵权行为?答案显然是否定的。这也说明,为该研究者所反复引用的澳大利亚高等法院在 Cooper 案中的论证亦有逻辑缺陷。[39]

由此来看,从该研究者的论述中并不能够推出决定公众具有获得作品可能性的“只能”是被链网站,而排除设链网站的可能性,其认为只有自身拥有作品复制件的网站才可实施面向公众的作品提供行为,这与 21 世纪的互联网现实显然不符。因此无论是北京市

〔35〕 参见北京市一中院(2004)一中民初字第 400 号民事判决书。

〔36〕 参见北京市高院(2004)高民终字第 714 号民事判决书。

〔37〕 陈绍玲:《论网络中设链行为的法律定性》,《知识产权》2015 年第 12 期,第 35 页。

〔38〕 王迁:《再论“信息定位服务提供者”间接侵权的认定——兼比较“百度案”与“雅虎案”的判决》,《知识产权》2007 年第 4 期,第 6 页。

〔39〕 参见 Universal Music Pty Ltd v Cooper [2005] FCA 972, para. 75。

高院在正东唱片公司案中的判决或北京知识产权法院在腾讯公司案中的判决,还是该研究者的论述,其列举的理由及结论即设链网站不能独立于被链网站实施作品传播因而其深层链接不构成作品传播行为并不成立。概言之,被告“不能完全控制”被链网站资源的事实,并不能够否认它作为设链网站能够向网络用户提供作品的可能性。由此观之,反倒是北京市一中院在正东唱片公司案中、北京市一中院和北京市高院在新力唱片公司案中、海淀区法院在腾讯公司案中以及普陀区法院在“张某某侵犯著作权案”中,能够突破“控制与传播”的思维,认定被告的行为构成信息网络传播行为,从而直接侵犯了权利人的信息网络传播权。

(二)特殊深层链接是否仅提供关于被链网页或作品等网址信息的指令文本

国内对特殊深层链接本质的认识存在较大分歧。有研究者认为,无论浅层链接还是深层链接,设链网站提供的都是关于被链网页或作品网址信息的指令文本。[40] 北京知识产权法院在腾讯公司案中也陈述了该理由。[41] 有研究者认为该理解忽略了网络链接的技术细节,将用户依据设链者指引访问被链接作品的行为简化为单纯获取互联网地址信息的行为,忽略了网络用户与设链网站之间的互动,“将用户端电脑屏幕上发生的所有事情都归结为用户的自主行为,而与设链者无关”,“有意无意地忽略了加框链接与普通链接的重要差异”。[42] 在网络深层链接中,设链网站除可以引导用户访问被链网站外,还可能为网络用户提供转码或格式化服务,也可能提供推荐作品、弹出广告或提供支付平台等服务。[43] 也有研究者认为,人们需要认清网络深层链接行为的本质,“链接服务商通过在自己的网站上播放作品,已然成为事实上的作品传播者,其服务性质已经从技术服务转变为内容服务,与信息网络传播、广播、放映等传播方式在实施效果上没有本质差异”。[44]

针对一些研究者和法院仍把网络深层链接视为简单的链接文本设置的问题,具有版权行政执法经验的研究者(官员)评价认为:“部分学者一直误以为设链网站不提供作品信号的传输,只是增加了链接而已。事实上,远远没有如此简单,从提供作品的目录、设定作品的链接、盗链、调用他人服务器作品内容、获得模拟普通用户访问作品地址、过滤广告插件播放等行为来看,设链网站与被链网站之间有大量的信号沟通……最终设链网站以深度链接、盗链的形式,将被链网站的作品信息向设链网站域名控制下的公众提供作品,并以交互式使用方式传播作品,使访问设链网站域名的特定公众在其控制的终端设备内存内在线浏览、观看作品。”[45]

这意味着,加框链接等深层链接的设链网站远非单纯的互联网位置信息提供者,它还可以是深度参与网络链接过程以及作品提供过程并由此获得商业利益的行为人,它不仅

---

〔40〕 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 26 – 27 页。

〔41〕 参见北京知识产权法院(2016)京知民终字第 143 号民事判决书。

〔42〕 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 85 – 86 页。

〔43〕 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 85 – 86 页。

〔44〕 吕凌锐:《深度链接行为民事责任的思考》,《中国版权》2015 年第 1 期,第 70 – 73 页。

〔45〕 杨勇:《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》,《知识产权》2017 年第 2 期,第 18 页。

可实质参与网络用户和被链网站之间的信息交互传播过程,也可实质促进和干预网络用户获得作品的行为(见第四部分)。在相关技术和商业模式早已成熟的情形下,研究者或法院如果仍继续坚持认为设链网站仅是网页位置信息的单纯提供者,就脱离了互联网现实,相关的理论阐释或司法裁决亦难有正当性。

(三)深层链接行为判断中的服务器标准与用户感知标准

对特殊深层链接行为法律性质的界定,离不开对服务器标准的判断。按照服务器标准支持者(法官)所主张,服务器标准已经从行为人把作品等"置于向公众开放的网络服务器中"演化为行为人将作品等"上传到具有网络传输功能的硬件与软件的结合体供网民获得"。[46] 且不说始终在演变的"服务器"概念或"服务器标准"是否能够满足该法官所主张的"法律的稳定性",[47]仅就该标准是否属于能够获得《世界知识产权组织版权条约》等国际条约或我国《著作权法》所唯一支持的侵权判定标准,就值得深究。

研究者认为,《世界知识产权组织版权条约》第 8 条规定的向公众提供作品的行为是指"对作品提供访问的行为且是最初的行为",而非单纯提供服务器空间、通信连接或传输等设备的行为,"可见其采取的判决标准为服务器标准"。[48] 本文认为,该论断并无《世界知识产权组织版权条约》的文本基础。该条约第 8 条后半段的规定和我国《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项的规定几乎一致(后者源于前者),仅规定作者享有专有权以授权他人向公众提供作品从而使公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品。此规定和"服务器标准"并无必然联系,其中所说的向公众"提供"作品也不意味着行为人需首先把作品置于向公众开放的服务器。从第 8 条所附议定声明也推导不出网络链接(尤其是网络深层链接)被排除在信息网络传播行为之外。[49] 从《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》中也无法推导出服务器标准是唯一能够得到支持的标准:它强调的仅是把作品等客体"置于信息网络中",而这与服务器标准并无必然联系(见第二部分)。[50] 正如该研究者所说,最高人民法院并未明确肯定服务器标准。而不少地方法院(包括一些高级人民法院)坚持适用服务器标准也无助于论证该标准属唯一合理的侵权判定标准。[51]

还有研究者认为,把设链行为视为信息网络传播行为的认识是错误的,这是因为该认识是以用户感知标准为判断基础,而用户感知标准已被最高人民法院颁布的上述司法解释所终结。[52] 该认识也需辨析。

首先,似乎很少有研究者主张所有网络链接设置行为即设链行为都属于信息网络传播行为,人们强调的也基本是一些深层链接行为其中尤其是本文所称特殊深层链接才属信息网络传播行为,批评者把人们主张的行为范畴无限扩大,可能希望加强论证力度,但

---

〔46〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 23 – 24 页。

〔47〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 25 页。

〔48〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 23 – 24 页。

〔49〕 参见 WCT, Article 8 and the Agreed statement concerning Article 8。

〔50〕 参见《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》(2012 年)第 3 条。

〔51〕 参见冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 23 – 24 页。

〔52〕 参见陈绍玲:《论网络中设链行为的法律定性》,《知识产权》2015 年第 12 期,第 31 页。

如此假定的后果却是批判了一个未曾存在的目标。

其次,用户感知标准并非如此不堪,亦非没有必要的法理基础和法律基础,最高人民法院的上述司法解释也并未评述用户感知标准。如第二部分所述,虽然该司法解释第 3 条第 2 款规定了可被法院认定实施了作品等提供行为的重要类型,但却并未排除其他也可能属于信息网络传播行为的情形。即使从该条款规定本身看,它也并未唯一规定服务器标准并排除其他侵权界定标准:它既包括开放式的表述“等方式”,也规定了其验证标准即将作品等“置于信息网络中”从而使公众能够在其个人选定的时间和地点获得。因此可推知,行为人通过该条款未曾列举的其他方式将作品等提供于信息网络中使公众可以主动获得,也可能满足本条款的要求从而被法院认定为作品提供行为或信息网络传播行为。该司法解释未曾终结用户感知标准,而用户感知标准也没有“基本被抛弃”。[53] 因此亦可知,认定部分深层链接行为即本文所称特殊深层链接行为属于信息网络传播行为也未必“与现行司法解释是冲突的”。同样地,“很多学者”赞同服务器标准也同样不能保证该标准就是唯一正确的标准。[54]

(四)网络深层链接行为是否需要合同义务约束或技术措施规制

针对涉及网络深层链接的著作权纠纷案件处理,有研究者认为:“现在的聚合链接等状况,与其说是搜索链接服务商进行违法抓取,不如说是被链网站未能履行合同的义务所致。……而如果只苛责搜索链接服务商,无异于缘木求鱼,使得搜索链接服务商动辄得咎,进而难以进行服务创新。”[55] 该研究者虽然也承认一些深层链接行为对于信息网络传播权的危害性,但却不主张权利人藉此路径维权:“深层链接等新问题的确给被链网站以及作品权利人带来了一定的损失,但该损失完全可以通过其他途径获得救济,并不一定要主张信息网络传播权。”取而代之,该研究者主张权利人可通过合同约定要求被链网站通过技术措施承担侵权防范责任,而“如果被链网站未采取相应的技术保护措施,权利人可以主张其构成侵权”。[56]

实际上,面临侵权行为,法官不是支持权利人起诉侵权人,而是要求权利人通过合同约定其利益亦可能受到侵害的第三人承担侵权防范义务,并且主张如果它没有尽到合同约定的相应义务,它就可能对权利人造成“侵权”。此种侵权救济路径似乎匪夷所思。网络深层链接的设置者或可由此感到庆幸,因为在此救济程序中并无其法律责任,而合法传播作品的被许可人却可能需支付较高的成本,否则它就可能侵犯了著作权人或邻接权人的权利——只是不知道这会侵犯权利人的何种权利?假如作者等著作权人(如 CCTV6)在自己的网站上向公众提供作品,但却没有实施相应的技术保护措施,从而被未经许可的设链网站通过加框链接方式向公众提供,那么在此情形下著作权人该向谁主张权利?是设链网站,还是著作人自己?

---

〔53〕 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 104 – 108 页。

〔54〕 参见陈绍玲:《论网络中设链行为的法律定性》,《知识产权》2015 年第 12 期,第 31 – 32 页。

〔55〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 25 页。

〔56〕 冯刚:《涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究》,《知识产权》2016 年第 8 期,第 25 页。

四　网络链接之类型化及其著作权涵义：技术、行为与法律定性

基于以上论述，可知网络用户在点击网络链接后，如果被引导跳转至被链网站获得作品，则无论是跳转至被链网站的首页还是次级网页，一般属可接受的网络链接行为，此时作品传播系由被链网站完成，设链行为仅是在帮助信息定位、链接和促进作品传播。引起争议的主要是加框链接和内链接等特殊深层链接行为。[57] 可认为，关于网络深层链接行为的法律性质界定及其法律责任承担问题，在我国历经十几年争论和司法困境，现在已经到了不得不突破思维窠臼，重新加以探究的历史时期。本文认为，这仍需回归至《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》等法律文本及立法目的进行理解，并基于网络链接技术的差异而对网络链接行为及其法律责任予以细分。

应该理解，普通链接和深层链接虽然都被称为是网络链接，但在技术属性和行为目的方面二者并不相同，其著作权法意义上的法律属性及法律责任承担亦可由此不同。普通链接（无论是链向被链网站首页的浅层链接还是链向被链网站次级网页的一般深层链接）属于单纯的技术链接，在点击后会跳转至被链网站首页或次级网页，其链接目的在于帮助用户快速找到所需要的网页信息，它也因而处于技术中立地位。与普通链接不同，特殊深层链接是在深层链接技术上又施加了加框技术或其他技术，包括对被链网站上的作品或其呈现方式进行干预，如修改被链网站的页面参数从而改变其用户界面等，所以特殊深层链接行为已非单纯的网络信息定位搜索或链接行为，其目的除了提供网络地址信息外，还在于能够在网络用户点击链接（甚至无需点击）后能够在设链网站直接展示或播放被链网站服务器存储的作品等。它也因而并不当然处于技术中立的地位。[58] 从作品及其提供角度看，特殊深层链接的效果就是让网络用户能够在设链网站直接获得被链网站存储的作品，而无需跳转至被链网站。[59] 这是实施特殊深层链接行为所导致的著作权法后果。

不同类型的设链网站对于被链网站上的作品等内容亦有不同控制力。在普通链接情形下，设链网站对于被链网站没有控制力，网络用户在点击链接后会被直接引导跳转至被链网站，其后的作品提供行为是在被链网站完成。在特殊深层链接情形下，设链网站由于能够把位于被链网站的内容直接设置为设链网站的组成部分，从而实现被链网站内容在设链网站的“选择性传播”，设链网站因而对于被链网站的内容具有较强的控制力。虽然该控制亦受制于被链网站对作品的在线提供，但不可否认，从面向公众提供作品角度而

---

〔57〕 杨勇：《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》，《知识产权》2017 年第 2 期，第 17 页。

〔58〕 参见吕长军：《简析深度链接、加框链接与盗链——以信息网络传播权视角》，《中国版权》2016 年第 2 期，第 40 页。

〔59〕 参见吕长军：《简析深度链接、加框链接与盗链——以信息网络传播权视角》，《中国版权》2016 年第 2 期，第 40－41 页；吴永祺、万小丽：《聚合平台深层链接：以“链接服务”掩饰“内容提供”》，《电子知识产权》2016 年第 8 期，第 47－48 页。

言,设链网站可以对位于被链网站的作品资源等具有一定控制力。因此有研究者认为,网络深层链接是内容提供行为,设置深层链接的行为是直接的信息网络传播行为,如果未经著作权人许可就可能构成直接侵权。[60]

服务器标准支持者之所以坚持把特殊深层链接等同于普通链接,原因之一是研究者(或法官)仍把所有网络链接视为具有相同技术基础、目的和法律属性的互联网服务行为,进而认为应该赋予其相同的法律地位,即视之为提供网络信息定位和指引的服务,而非作品提供行为。该认识在缔结《世界知识产权组织版权条约》、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》或制定美国《数字千年版权法》的 20 世纪 90 年代或许是正确的,因为当时的网络链接基本是普通的超链接,相应的信息定位和指引被视为有益于作品推广和公共利益而被归于侵权例外,美国《数字千年版权法》和我国《信息网络传播权保护条例》亦为此设置了“安全港规则”。

然而进入 21 世纪以来,网络链接技术得到多样化发展,它们虽然在技术上都可被归在“网络链接”标签下,但其中的特殊深层链接早已不仅是单纯的网络信息定位和指引工具,而是在其他技术支持下,演变为能够以一定形式提供作品的行为。[61] 换句话说,加框链接等特殊深层链接行为不仅是信息定位和指引服务,它还可同时构成作品提供行为。研究者或法官认识不到这点,也就跳不出“信息定位或指引服务与间接侵权”的“行为与法律责任”的法律规制模式,思维的僵化由此可期。然而互联网技术、互联网产业乃至互联网侵权人又不会在等待研究者或法官改变思维后再发展或再实施侵权行为,则法律解释与法律适用落后于互联网现实就不可避免。本文认为,这无关《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》立法文本的缺陷或不足,而仅由研究者或法官在解释《世界知识产权组织版权条约》第 8 条规定的向公众提供权或我国《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项等条款所规定的信息网络传播权时的机械理解所导致。

关于“盗链”或“盗播”行为人们并无较多争论。“盗链”即设链者直接抓取存储于被链网站的目标视频并在设链网站(或 APP 客户端)播放的行为,被链网站的带宽与版权资源等皆被设链者盗取。虽然从作品提供角度看,在“盗链”和加框链接行为之间并无本质差别,因为二者均属设链或盗链网站把存储于被链网站的作品向公众提供从而使之处于可被公众获得的状态,因而均属向公众提供作品的行为或信息网络传播行为。然而盗链行为又与加框链接具有差别:加框链接直接链至被链网站的网页,可能仍然使用被链网站的播放器播放视频,盗链网站则直接抓取存储于被链网站服务器的视频资源,并可能利用盗链网站自己的播放器播放被链视频,被链网站在其带宽、服务器和版权资源皆被盗链者无端占有的情形下,其广告收益和商誉累积(通过网站 Logo 等体现)利益等也为盗链者所占有,而盗链者却几乎不用支付相关成本,因此盗链行为有更为严重的后果。[62]

---

〔60〕 参见马晓明:《网络视频深度链接侵权定性再探讨》,《中国版权》2015 年第 4 期,第 48 页;徐松林:《视频搜索网站深度链接行为的刑法规制》,《知识产权》2014 年第 11 期,第 28 页。

〔61〕 参见杨勇:《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》,《知识产权》2017 年第 2 期,第 18 页。

〔62〕 参见吕长军:《简析深度链接、加框链接与盗链——以信息网络传播权视角》,《中国版权》2016 年第 2 期,第 41 页。

从作品的正当传播被实质替代角度看,盗链行为或加框链接行为都利用了存储于被链网站的作品资源,且都是独立于被链网站的作品提供行为。如果认可盗链网站实际窃取了被盗网站的作品传播者地位,实施了作品提供行为,那么同样地也应该认可设置加框链接等深层链接的设链网站也实施了作品提供行为,并在一定程度上替代了被链网站的作品传播者地位。因此有研究者认为,聚合平台的深层链接行为削弱了著作权人对信息网络传播的控制力,使被链网站的作品提供者地位被实质替代,其行为实质上是以"链接服务"掩饰"内容提供"行为。[63] 从互联网产业生态看,盗链者和特殊深层链接的设链网站均可能不当地占有了权利人在互联网空间的传播权益,这也是海淀区法院在腾讯公司案中适用实质替代标准的根本理由。[64]

如上所述,十几年来我国涉及网络深层链接的著作权纠纷案件判决之所以引起较大争议,在于一些研究者或裁判者概括地认为所有网络链接都属信息定位与指引服务,并视该类行为当然具有被免除直接侵权责任的法律地位。然而网络链接技术的进步早已发展出该法律性质所难以涵盖的作品提供行为,"网络链接"也难以在向公众提供权或信息网络传播权框架下被视为一个整体。如果研究者或法官无视网络链接技术及商业模式的多样性,仍以网络信息定位与指引界定所有网络链接行为的法律地位,就可能导致本来属不同性质的法律行为被混同处理的后果,法律因而不能得到良好实施。这意味着,现在已有必要对网络链接技术及行为进一步细分,并分别界定其法律性质和赋予其不同的法律责任。这是从技术到行为,再到行为之法律性质界定并赋予其法律责任的逻辑。

本文第一部分依据用户点击网络链接后是否发生跳转,把网络链接分为发生跳转的普通链接(包括浅层链接和普通深层链接)和不发生跳转的特殊深层链接,这看似简单的区分却可有积极的著作权法涵义。从公众获得作品角度看,在普通链接情形下,网络用户被引导至被链网站获得作品,而在加框链接等特殊深层链接下,由于不发生链接跳转,网络用户可以直接在设链网站获得(欣赏或下载)被链作品。从作品提供者角度看,在普遍链接情形下,被链网站向公众即网络用户提供了作品,然而在特殊链接情形下则是由设链网站向公众提供了作品。从网络用户角度看,在普通链接情形下,他可以清楚地意识到网络跳转以及他是在被链网站获得作品,然而在特殊深层链接情形下,由于不发生跳转,被链作品是"如何能够通过该浏览器或客户端呈现在用户的电脑屏幕上,用户一无所知,甚至也漠不关心",并且网络用户也被限制在设链者的网页或客户端界面上,直到特定作品呈现或播放结束。[65] 如上所述,北京知识产权法院亦认可,"从外在表现形式看,深层链接行为与信息网络传播行为确实难以区分,如认定深层链接行为不属于信息网络传播行为似有不合理之嫌。"[66]

就加框链接等深层链接而言,设链网站虽然并未在其服务器上存储作品(或录音

〔63〕 参见吴永祺、万小丽:《聚合平台深层链接:以"链接服务"掩饰"内容提供"》,《电子知识产权》2016 年第 8 期,第 50 页。

〔64〕 参见北京市海淀区法院(2015)海民(知)初字第 40920 号民事判决书。

〔65〕 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 85 页。

〔66〕 参见北京知识产权法院(2016)京知民终字第 143 号民事判决书。

制品等),但它通过加框链接等方式却可在其网站实现直接向公众提供作品的效果,使公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品。它虽然利用了存储于第三方网站的作品资源,但它所实施的行为却的确是以提供获得可能性的方式向公众提供作品,这正符合《世界知识产权组织版权条约》第 8 条后半段或我国《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项分别对于向公众提供行为或信息网络传播行为的界定,并且无论《世界知识产权组织版权条约》还是《著作权法》皆未以作品提供者或传播者自己占有作品拷贝为前提(见第三部分)。

关于如何界定网络深层链接行为的法律性质及其可能的法律责任,本文认为,国际文学和艺术联合会(ALAI)关于斯文森案相关问题的评论与建议可资参考。针对加框链接是否属作品提供行为以及是否可能侵犯向公众提供权,该联合会认为,问题的关键在于考察行为人是否通过链接行为向公众传播或提供了作品:如果仅提供了指示链接,没有达到提供作品的效果,就不构成向公众提供作品;但是如果链接行为提供了作品,其行为就构成侵犯向公众提供权。被链作品是否已在互联网空间公开,或是否被技术措施所保护,以及网络用户是否误解他获得作品的网站,皆属无关。"(向公众)提供权覆盖能够使公众成员获得特定受保护作品之链接行为,而不覆盖仅指示可获得作品来源之链接行为。作品提供与被链作品本身是否侵权无关:是作品提供行为触发了提供权,被提供作品的著作权形态并不影响提供行为。"[67]该联合会的理解可为我国《著作权法》在信息网络传播权框架下规制网络深层链接行为提供借鉴。

基于《世界知识产权组织版权条约》第 8 条和我国《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项等规定,本文主张,从是否能够在互联网空间提供作品的角度出发,可把网络链接分为指示链接(referring link)和提供链接(making available link)两种,它们分别对应着上述普通链接和特别深层链接。"指示链接"是仅指示被链网页或信息地址(URL)的链接,在用户点击后跳转至被链网站的主页或次级页,包括浅层链接和一般深层链接。[68] "提供链接"是既能够指示被链网页或信息的网络地址、又能够在设链网站框架内提供作品等信息的链接,包括在用户点击后不发生跳转的加框链接或内链接以及无需点击即可在设链网站呈现作品的埋设链接等特殊深层链接。基于不同的网络链接技术和干预程度,还可能有介于二者之间的链接,如对被链网页实施不完整屏蔽的链接等。[69] 此类中间类型的链接在技术上接近于或等同于加框链接,本文也把它们归入提供链接。

从作品提供及其著作权涵义看,指示链接仅提供网页地址信息并指引网络用户访问承载作品等信息资源的被链网站,其本身不涉及作品提供,也不构成直接实施向公众

---

〔67〕 参见 ALAI (International Literary and Artistic Association), *Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment-focus on linking techniques on the Internet*, 2013, http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf,最近访问时间[2017-11-05]。

〔68〕 ALAI 仅把跳转至被链网站首页的浅层链接称为指示链接,范围较窄,不利于公有领域。参见 ALAI, *Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment-focus on linking techniques on the Internet*, 2013, http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf,最近访问时间[2017-11-05]。

〔69〕 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 74-75 页。

提供作品的行为或信息网络传播行为,仅可能涉及侵犯信息网络传播权的间接侵权责任。与之相比较,提供链接既可能提供相关网页或作品的网址信息,又可以向网络用户提供作品,是以“链接服务”之名同时实施“作品提供”之行为,因此属于直接向公众提供作品的行为或信息网络传播行为,可能构成直接侵犯向公众提供权或信息网络传播权。本文对网络链接进行细分并继而主张赋予其不同的法律地位和法律责任,既根植于网络链接技术,也基于《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》分别规定的向公众提供权或信息网络传播权内容。依此,加框链接等深层链接行为属于向网络用户即公众成员提供作品等从而使之可在个人选定的时间和地点获得之行为。《世界知识产权组织版权条约》等国际条约和我国《著作权法》可被理解为细分网络链接行为并赋予其不同法律地位和法律责任的法律渊源,尤其是该版权条约第 8 条和《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项。

从必要性角度理解,本文对于网络链接的细分源自三方面的原因。

第一,从技术应用及其效果看,自《世界知识产权组织版权条约》等国际条约缔结后至今已有 20 多年时间,网络链接技术已有多样化发展,它们使互联网的便利性和交互性得以大幅度提高,其应用显然有利于互联网空间的理性发展,这体现了互联网技术进步的涵义。

第二,从作品传播角度看,多样化的网络链接为作品在互联网环境下的传播同时提供了机遇和挑战,既有助于作品等信息资源传播,但也可能使作品等传播变得难以控制。

第三,从作品传播的著作权涵义看,加框链接等特殊深层链接行为确实能够让作品处于可为公众成员所主动获得的状态,它们可对作品的许可传播产生替代效果,如果对特殊深层链接行为不加限制,将可能对著作权人或邻接权人在互联网空间的传播权益产生消极影响,从而有违向公众提供权或信息网络传播权的立法目标。

也可从法律行为主体需为其行为后果负责角度理解在点击后不发生跳转的特殊深层链接设置者需为其作品提供行为承担直接侵权责任的理由。如上所述,在加框链接等特殊深层链接设置过程中,设链网站需要主动参与信息的选择、编排与加工,并可能修改被链网站的相关参数,它因而能够在较大程度上控制加框链接等深层链接行为,并由此需为该行为之法律后果承担法律责任。有研究者从设链网站的控制力角度理解网络深层链接行为:“深度链接和普通链接对域名控制的传播内容与传播结果完全不同。对普通链接来说,地址对应的是域名控制外的他方域名控制下的网页内容;对深度链接来说,地址对应的是己方域名控制下的读取、调用他方服务器存储的作品内容。即普通链接的传播结果是跳转至他方域名控制的网页内容,深度链接的传播结果是自身域名控制下获得他方域名控制的作品。显然,普通链接与深度链接对通过网络传播作品的控制管理能力完全不同,并导致承担的责任、义务不同。”[70]这可作为本文主张设置特殊深层链接之行为人需为其行为承担直接侵权责任的法理基础,即具有主体意识且能够控制其行为的法律行为实施者需为其行为承担法律上的后果,其中包括承担直接侵犯信息网络传播权的

〔70〕 杨勇:《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》,《知识产权》2017 年第 2 期,第 17 页。

法律责任。[71]

从宏观的视角看,著作权法需因应互联网技术应用效果,从而对相关的互联网技术应用行为予以规范。就本文讨论的主题而言,法律所需规范的是应用特殊深层链接技术提供作品的行为,它属法律行为的范畴,因此法律的介入与《世界知识产权组织版权条约》和我国《著作权法》在规定向公众提供权或信息网络传播权时所秉持的技术中立原则并不冲突。这或可提示,对网络链接行为及其著作权法涵义的进一步细分属于著作权法因应互联网技术发展的必然。也有研究者认为,"加框链接实质性地损害了著作权人的利益,版权人采取自助措施消除加框链接负面影响有难度,著作权法需要主动干预加框链接行为"。[72] 本文也认同著作权法或其司法适用应当干预以作品提供为唯一目的或主要目的之特殊深层链接行为。

服务器标准的支持者认为,认定网络深层链接属于信息网络传播行为则意味着赋予著作权人"设链权"或"深层链接权",从而不利于搜索技术发展,也可能妨碍互联网创新或互联网环境下的正当行为。[73] 研究者的担心或可理解,但其担忧并无著作权制度上的必然。因为合理使用等著作权法中的成熟制度仍可适用于调整加框链接等特殊深层链接行为,只要加框链接行为等不影响著作权人对其作品的正当使用,也不会不合理地损害其合法利益,则相关设链行为可属合理使用之列。[74] 回顾来看,当初在《世界知识产权组织版权条约》或我国《著作权法》设置向公众提供权或信息网络传播权时,人们也曾担心该权利之设置可能不利于互联网信息的自由传播,并妨碍人们获得信息的自由和表达自由等,然而基于著作权制度的相关设置,人们所担忧的严重不利情形并没有发生。现实的情形是,如果对于非法侵犯著作权人或邻接权人权利的行为不加制止,反而可能不利于网络空间的理性发展,也可能不利于互联网版权产业的依法经营。

本文认为,在向公众提供权或信息网络传播权框架下,网络链接行为的法律性质界定其实涉及作品的初始提供行为和再传播问题。在互联网环境下,未经著作权人许可的作品首次提供行为侵犯了作者的向公众提供权或信息网络传播权,对此人们并无异议,但针对作品已经被提供于互联网空间的再次提供行为(包括通过设置加框链接等深层链接方式)是否也属侵犯信息网络传播权,人们却有不同理解。本文认为,作品再提供行为也属于在互联网空间向公众提供作品的行为,满足《世界知识产权组织版权条约》或《著作权法》对于作品提供行为或信息网络传播行为的界定。未经许可的作品再提供行为也可能与作品的正当使用相冲突,并且可不合理地损害著作权人的合法利益。如果不把再提供行为认定为侵权行为,也将使作者的信息网络传播权失去实质意义,使作者等权利人试图通过许可控制市场的愿望落空。欧盟版权法专家莱因伯特和莱温斯基认为:"在解释向公众传播权或向公众提供权时,一定需要考虑其立法目的,以覆盖利用作者独占权的重要

---

〔71〕 参见杨勇:《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》,《知识产权》2017 年第 2 期,第 18 页。

〔72〕 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 76 – 77 页。

〔73〕 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 27 页;王迁:《发达国家网络版权司法保护的现状与趋势》,《法律适用》2009 年第 12 期,第 59 页。

〔74〕 参见 Berne Convention, Art. 9 (2); TRIPS Agreement, Art. 13;《著作权法实施条例》第 21 条。

行为;因此,对任何利用技术设计而试图规避此类权利适用的商业模式之考察,均应考虑到该立法目的。”[75]

应该认识到,无论《世界知识产权组织版权条约》第 8 条规定的向公众提供权或我国《著作权法》第 10 条第 1 款第(十二)项规定的信息网络传播权,其规范的根本行为都是行为人未经许可在互联网空间向公众提供作品从而使公众成员可在其个人选定的时间和地点获得的作品提供行为,其判定要素也仅是面向公众提供作品的行为,检验标准仅是公众成员可在其个人选定的时间和地点获得作品。除此之外,无论《世界知识产权组织版权条约》还是我国《著作权法》皆没有对行为人如何提供、利用何种技术提供、行为人自己是否拥有作品复制件等有所要求。研究者或法官之所以提出各种侵权界定标准,无非是希望它们能够帮助人们(尤其是法官)在侵权纠纷中正确判断行为人是否在网络空间实施了作品提供行为,从而侵犯著作权人的信息网络传播权。但是研究者或法官在探讨各种侵权标准及其在具体案件中的适用时,也不宜置《世界知识产权组织版权条约》或我国《著作权法》规定于不顾,而孜孜追求应该专注于何种侵权界定标准,那样的话就可能本末倒置,偏离了向公众提供权或信息网络传播权的立法目的和司法目标。无论是沉溺于技术细节,还是热衷于新概念创制,或是执着于一种侵权界定标准,皆无助于研究者或法官正确理解法律文本并把握立法目的,从而使之更有可能落入机械法律解释与法律适用的束缚。研究者及法官应对此有所警醒,以免落入僵化的思维而不自知,而且还会越发执着地为自己的错误认识辩护。

五　结　论

当今网络链接技术复杂多样,既有单纯的网络信息定位与指引服务,也有可以同时提供网络信息定位服务和提供作品的情形,从而使网络用户可以在其个人选定的时间和地点获得作品。互联网技术不断发展,产业模式亦趋多样化,网络链接行为亦可有不同的法律性质。研究者如果无视网络链接的多样性而仍然以一般信息定位与指引工具的角色对待特殊深层链接,并赋予它们与普通链接相同的法律性质,就难以保障著作权人或邻接权人在互联网空间的传播权益,从而导致著作权制度落后于互联网技术时代。传统的认识已经不再能够适应当今时代,现在已到有必要细分网络链接行为并区别界定其法律性质的时期。

本文主张,在信息网络传播权框架下,可以根据网络用户点击后是否发生跳转,把网络链接分为普通链接和特殊深层链接两类。普通链接在网络用户点击后可跳转至被链网站的首页或次级页,包括浅层链接和一般深层链接。特殊深层链接包括加框链接和内链接等深层链接,在被点击后不发生跳转,被链作品等可以在设链网站直接展示从而可为公众成员获得。普通链接和特殊深层链接分别对应着指示链接和提供链接。指示链接仅向

〔75〕 参见 Jörg Reinbothe and Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, 2nd Edition, Oxford: Oxford University Press, 2015, para. 7, 8, 18。

公众提供被链网页或作品的网络地址信息,并不直接引发作品提供行为,而是引导网络用户跳转至被链网站获得作品,其行为不构成直接侵犯信息网络传播权,仅可能涉及间接侵权责任。提供链接对应着特殊深层链接,用户在点击相关链接后(甚至无需点击)可以在设链网站直接以加框或不加框的方式获得作品,其行为可能直接侵犯信息网络传播权。

概言之,在信息网络传播权视角下,不同的网络链接行为并不具有完全相同的法律性质,其中普通链接或指示链接属于信息网络服务范畴,加框链接与内链接等特殊深层链接则可同时实施作品提供,属提供作品之行为。如果认识不到这点,并在信息网络传播权的法律适用中加以区别对待,就可能使法律适用陷入两难选择。细分网络链接行为并界定其各自的法律性质和法律责任,可有助于解决我国当前涉及网络深层链接的信息网络传播权法律适用困境,并为网络深层链接行为之法律性质认定及其法律责任界定的法律难题提供可行的解答。在著作权法规定的合理使用制度等制约下,类型化网络链接行为并赋予其不同的法律定性和法律责任的做法,未必会产生不可预期的不利后果。

[**Abstract**] Under the framework of the right of communication over information networks, how to judge infringements in cases involving deep links remains a legal conundrum in the judicial practice in China, which has led to judicial dilemmas in the past decade. Meanwhile, numerous deficiencies also exist in the corresponding theoretic analyses. According to their technical basis and effect, hyperlinks can be divided into "referring links" and "making available links". While the "referring links" only provide the public with the URL information of the relevant works, which may lead members of the public to visit the linked websites and access the works on these websites, the "making available links" can additionally make the relevant works available to the public on the linking website where members of the public may access the works at a time or in a place individually chosen by them. Correspondingly, acts of making available linking can be acts of making available to the public, which may further constitute direct infringement upon the right of communication over information networks. Classification of hyperlinks and determination of their legal nature and corresponding legal liabilities may help provide a possible solution to the legal conundrum and consequently to current judicial dilemmas faced by the enforcement of the right of communication over information networks in China.

(责任编辑:姚　佳)