

# 深层链接行为的著作权法规制

江璐迪

华东政法大学, 上海

收稿日期: 2022年12月21日; 录用日期: 2023年1月19日; 发布日期: 2023年1月30日

## 摘要

深层链接行为能够使用户在设链网站直接获得被链作品, 该行为实质替代了被许可人和著作权人的作品提供行为, 损害了著作权人的利益。新传播源理论是服务器标准的底层逻辑, 其中“传播源”仍然停留在对传播行为的本质追寻, 忽视了著作权法对规制交互式传播行为的意义, 由此诞生的服务器标准一刀切地否定所有链接行为构成信息网络传播权直接侵权的可能, 不考虑设链行为的目的和效果, 违反了WCT的技术中立原则。对设链行为的定性应考察不同链接利用行为的经济效果, 区分技术中介行为与作品提供行为。以作品提供为目的设链行为所产生社会福利主要源于著作权人, 应构成信息网络传播行为, 承担著作权直接侵权责任。默示许可制度与合理使用制度的互动关系能有效调节因信息网络传播权扩张带来的不良影响, 实现网络空间的互联互通。

## 关键词

深层链接, 信息网络传播权, 服务器标准, 作品提供行为, 技术中介行为

# Copyright Regulation for Deep Linking Behaviour

Ludi Jiang

East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Dec. 21<sup>st</sup>, 2022; accepted: Jan. 19<sup>th</sup>, 2023; published: Jan. 30<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

Deep linking enables users to obtain the linked works directly from the websites where embedding links set up, which essentially replaces the works provided by the licensee and the copyright owner and damages the interests of the copyright owner. The “server rule” standard is based on the “new dissemination source” theory, which is derived from physical definition of “communication source”, ignoring the significance of copyright law in regulating interactive dissemination behaviors. This

standard does not consider the purpose and effect of the technology; therefore, all acts of providing deep links cannot constitute direct infringement of the right of information network communication. This violates the technology-neutral principle of WCT. The characterization of the act of setting up links should examine the economic effects of different acts of link utilization and distinguish between the act of technical intermediation and the act of providing works. The social benefits generated by the act of linking for the purpose of providing works mainly originate from the copyright owner; therefore, this kind of deep linking behaviour should constitute an act of information network communication. The implied license system and the fair use system can effectively regulate the adverse effects brought about by the expansion of information network communication rights.

## Keywords

Deep Linking, Right of Information Network Communication, Server Rule, Act of Providing Works, Act of Technical Intermediation

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出：深层链接行为能否构成信息网络传播行为

互联网的发展不断催生着新的技术与商业模式，网络环境中版权相关方的利益格局在动态的互联网环境中也随之发生变革，著作权法的利益平衡机制在此背景下持续面临着挑战。“深层链接”技术关乎着网络环境中的信息流动，对“深层链接”的定性问题近年来在理论与实务界持续引发热议。

一方面，不同学术观点层出不穷，包括“服务器标准”“用户感知标准”“实质替代标准”“实质呈现标准”“提供标准”“实质提供标准”“新公众标准”“法律标准”“间接提供标准”等。另一方面，针对性质相同的聚合设链行为，不同法院的判决结果截然不同，有的法院认为构成直接侵权<sup>1</sup>，有的法院以间接侵权予以定性<sup>2</sup>，有的法院认为不构成侵权<sup>3</sup>。

根据维基百科的定义，“深层链接”是指绕过被链网站主页面而直接链接到网站上特定的、一般可搜索或可链接的网页内容的链接方式<sup>4</sup>。因此，与普通链接(ordinary link)相比，“深层链接”(deep link)仅在链接对象上存在差异。与维基百科所界定的“深层链接”不同，法学界对“深层链接”的定义关注的是设链行为所产生的效果，而非是链接所指向的对象。根据用户能否通过链接在设链网站上直接下载或呈现作品，可以分为跳转型链接与非跳转型链接。前者在于指示欣赏或下载作品的渠道，需要跳转至作品的来源网页方可欣赏或下载作品，后者则直接提供作品，用户可以直接在设链网页欣赏或下载作品。



Figure 1. Types of links

图 1. 链接的类型划分

<sup>1</sup> 参见上海知识产权法院(2018)沪 73 民终 432 号民事判决书、北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第 40920 号民事判决书、北京知识产权法院(2015)京知民终第 1874 号。

<sup>2</sup> 参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第 00476 号民事判决书。

<sup>3</sup> 参见上海知识产权法院(2017)沪 73 民终 165 号民事判决书。

<sup>4</sup> 参见维基百科, [https://en.wikipedia.org/wiki/Deep\\_linking](https://en.wikipedia.org/wiki/Deep_linking), 2022 年 10 月 9 日访问。

从技术原理来看,非跳转型链接主要包括两类链接,第一类是嵌入链接(inline link),嵌入链接一般为“深层链接”,链接所指向的目标对象一般为媒体文件,通过设置嵌入链接,用户能在不改变网页背景的情况下,直接在设链网站上打开被链接的图片或视频等内容文。网页中的内容呈现与所编写的网页代码有密切关系,以链接图片为例,设链者在编写网页代码时会以“img src=”开头,其他网站中的 JPEG 或 GIF 等图像(被链对象)能够直接显示在设链网页中<sup>5</sup>。第二类是加框链接(framing),加框链接可能是“深层链接”,也可能普通链接,其是指在设链网页形成多个不重叠的窗口,每个窗口通过设置不同的超链接,以实现在一个界面上呈现多网页内容的效果。因此,用户点击链接后被链网页或其他文件虽然被完全打开,但由于设链网页的一部分仍然在屏幕上予以保留,其以形成“框”的形式覆盖部分被链网页的其他内容(比如广告、网站标识等),达到多个网站融为一体的状态[1]。为了明晰研究对象,本文所指的“深层链接”主要是指非跳转型的链接(图 1)。

非跳转型链接之所以引发争议是在于该行为所具有的双重属性,一方面,该类链接仍然发挥着信息整合、检索的功能,聚合的链接能够使用户更高效、便利地获取作品,另一方面,该类链接又具有作品提供功能,设链者能够直接在其设链的网站上呈现作品,其能够以极低的成本分享作品传播所带来的利益,从而对著作权人的利益造成严重损害。一旦著作权人许可其作品在网络环境中予以分享,其他设链者将能够自由通过设链行为从著作权人的利益市场中进行分流,从而剥夺了著作权人从利用作品中获取利益的能力[2]。概言之,非跳转型链接所发生的功能不再局限于单纯的信息渠道提供,而已异变为对信息本身的提供,这使得该问题在著作权法上变得尤为棘手[3]。

对提供“深层链接”行为的定性是涉及网络环境中著作权人、网络服务提供者以及公众的利益平衡,决定了互联网未来的发展,具有重大意义。对此,本文以“深层链接”行为的著作权法规制为主题,首先分析司法实践中主流的服务器标准为何面临被摒弃的境遇;其次,遵循著作权扩张的历史逻辑,厘清国际条约对“向公众提供权”的解释,主张应根据利用链接行为所产生的经济效果区分技术中介行为与内容提供行为,并对非跳转型链接予以规制;最后,考察现行法中免责事由的适用空间,以期最小限度地损害因链接技术所带来的公共福祉。

## 2. 服务器标准之辨

服务器标准诞生于美国的 Perfect 10 诉谷歌案(以下简称“谷歌案”),仍然是当前司法实践中的主流标准<sup>6</sup>。服务器标准依据行为的方式和手段界定信息网络传播行为,新传播源理论是服务器标准的底层逻辑,该理论认为著作权法意义上的“传播行为”应当以客观形成“传播源”<sup>7</sup>为要件,区分初始传播行为与后续传播行为的关键在于是否形成有别于初始“传播源”的另一“传播源”[4],“传播源”是指能够载有作品内容的光线、声音或信号等介质。对交互式传播行为来说,只有将作品上传到服务器的行为形成了有别于初始“传播源”的新“传播源”,构成信息网络传播行为[5]。

基于此,主张服务器标准的学者将关注“深层链接”的技术原理,其认为“深层链接”和普通链接在技术实质上是一致的,设链者只是向用户提供了网络地址(URL),而非作品。用户在点击该链接后之所以能够在线欣赏作品,是因为被链网站的服务器所发射有线信号向公众提供作品,被链网站才是真正实

<sup>5</sup> 参见维基百科, [https://en.wikipedia.org/wiki/Copyright\\_aspects\\_of\\_hyperlinking\\_and\\_framing](https://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_aspects_of_hyperlinking_and_framing), 2022年10月9日访问。

<sup>6</sup> 在当前司法实践中较为普遍的做法是,在形式上采用服务器标准,在程序上采用“实质呈现标准”。参见北京知识产权法院(2021)京73民终3678号民事判决书、北京知识产权法院(2015)京知民初字第1444号民事判决书、天津市高级人民法院(2021)津民终1209号民事判决书、天津市高级人民法院(2021)津民终1109号民事判决书、上海知识产权法院(2022)沪73民终172号民事判决书、上海知识产权法院(2021)沪73民终755号民事判决书、广州知识产权法院(2021)粤73民终5842-5845号民事判决书、广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03民终28802-28806号民事判决书、广州知识产权法院(2021)粤73民终4719号民事判决书。

<sup>7</sup> 主张新传播源理论的学者王迁教授并未对“传播源”做出一般性的概念界定,其仅以举例的方式对“传播源”的内涵进行了描述,“‘传播源’的形成是显而易见的:以声音或形象展现作品内涵的表演者,带有扬声器或屏幕的播放设备以及发射塔等信号传输装置都是‘传播源’”。

施信息网络传播行为的主体[6]。因此，设链行为仅向公众提供了同一“传播源”获得作品的不同途径，并未成新的“传播源”，不构成信息网络传播行为。

## 2.1. 司法实践中对服务器标准的抛弃

链接技术的换代更新引发了网络环境下传播模式的变革，面对多元的设链行为，服务器标准一刀切的否定使得著作权人在网络环境中对作品传播的控制显得力不从心。对此，一直坚持服务器标准的美国法院，也因为数字网络环境下作品传播方式的变革，转而否定该标准是判定向公众提供作品的唯一标准。

首先，在 2014 年美国广播公司诉 Aereo 案(以下简称“Aereo 案”)中，美国联邦最高法院确立了功能性标准，其指出：第一，不能从技术的差异性角度来考察一行为是否构成作品传播行为进而构成直接侵权；第二，从市场角度来看，如果一种传播行为损害了权利人对作品的传播本应享有的利益，就应当予以规制<sup>8</sup>。随后，在 2018 年发生的“Goldman 诉 Breitbart 公司案”中，纽约州南区法院直接援引了上述裁判观点，并指出 Aereo 案强有力地支持了“法律责任承担与否不应当依赖于公众难以察觉的技术过程”这一观点，即应当从技术中立的角度，根据法律所规定的行为特征来认定是否构成侵权。纽约南区法院进一步指出，Aereo 案的判决直接否定了服务器标准的成立前提，即作品所在的服务器位置而不是用户对作品内容的感知决定了是否构成直接侵权。从美国版权法的法律文本和规范意旨来看，构成作品的展示行为并不要求传播者一定拥有作品的复制件。被告设置嵌入链接的行为已经使公众能够在推特平台上直接欣赏涉案作品，构成直接侵权<sup>9</sup>。再如，在“Leader’s Institute 公司诉 Jackson 案”中，法院也以类似理由拒绝适用 Perfect 10 案中确立的服务器标准<sup>10</sup>。从上述案例中可以看出，这种由技术变革所推动的版权法制度变革，已经在 WCT 缔约之时被预见到，因此才会以技术中立的方式在 WCT 第 8 条后半段规定向公众提供权，以规制除了将作品上传至服务器以外的其他“向公众提供行为”。

此外，在我国，个别法院也在司法实践中抛弃服务器标准，转而关注设链行为的实质效果，区分单纯的技术链接与作品提供型链接。法院认为非跳转型链接具有内容提供的目的，与单纯的链接服务不同，构成信息网络传播权直接侵权。比如北京知识产权法院指出，“涉案‘逗点影视’所提供涉案电视剧信息行为，已不同于通常意义上的搜索链接服务，并不适用《信息网络传播条例》规定中的‘避风港’原则。……应当认定其构成侵害信息网络传播权的行为。”<sup>11</sup>比如上海知识产权法院指出，“涉案作品各章节的内容系由神马公司从不同网站获得后直接提供给用户，上述作品在‘神马搜索’上的传播是神马公司基于自己的意志主动选择的结果。神马公司的行为使公众可以在自己选定的时间和地点通过信息网络在‘神马搜索’上直接获取涉案作品，符合前述司法解释规定的通过信息网络向公众提供作品的行为特征。”<sup>12</sup>

综上所述，由于服务器标准仅将作品上传至“服务器”的初始行为认定为信息网络传播行为，以服务器标准界定信息网络传播行为对设置深层链接行为的打击力度十分有限，使著作权人的利益遭受了不合理的损失。基于此，美国法院和我国法院开始了对服务器标准的反思，并基于当前商业、技术环境在司法实践中逐渐抛弃服务器标准。

## 2.2. 服务器标准违反了技术中立原则

我国《著作权法》对信息网络传播权的规定系我国履行国际公约义务的结果，直接来源于 WCT 第

<sup>8</sup>American Broad. Cos., Inc. v. Aereo, Inc., 573 U.S. 431 (2014).

<sup>9</sup>See Goldman v. Breitbart News Network, LLC., 302 F. Supp. 3d 585 (S.D.N.Y. 2018).

<sup>10</sup>Leader’s Inst., LLC v. Jackson, No. 3:14-CV-3572-B, 2017 WL 5629514 (N.D. Tex., 2017).

<sup>11</sup>北京知识产权法院(2015)京知民终字第 296 号民事判决书。

<sup>12</sup>上海知识产权法院(2020)沪 73 民终 51 号民事判决书。



8 条的后半段[7]。国际公约对“向公众提供权”的解释将直接影响着国内立法对信息网络传播权边界的确定[8]。

WCT 第 8 条规定的向公众提供权未使用任何互联网技术特征界定“提供行为”。该条款的立法原意是，以技术中立为原则，涵盖所有可能的交互式传输行为[9]。弹性的“向公众提供权”能够积极应对互联网技术的快速发展，保护著作权人的作品传播利益，只要行为人向公众提供了作品，并对著作权的利益造成了实质损害，就能被纳入到向公众提供权的范畴[10]。

自“索尼案”<sup>13</sup>以来，“技术中立原则”是著作权法回应技术变革所遵循的重要原则，其是指“法律对行为的评价应当根据行为自身的特征，如实施目的和效果，而不能仅由实施行为的技术手段决定。”[11]“利益平衡”是著作权法的基本精神，对公众利益的保护正是在保护著作权人的前提下所实现的，因此判定某一技术利用行为是否构成侵权，应主要考虑该技术利用行为是否对著作权人利益造成了影响。

“技术事实是法律认识的基础，法律定性因含有价值判断和目标取向的规范需求，通常需要源于事实而又高于事实。”[12]技术实质的相同并不意味着技术利用行为性质的相同，是否对著作权人的利益造成实质的影响是定性技术利用行为的关键。

服务器标准仅将作品上传至服务器的初始提供行为认定为信息网络传播行为，仅在技术层面关注设链行为，而忽视了从著作权法的规范价值考察对著作权人利益所造成损害。这种附加技术限制的行为界定模式会天然形成著作权保护的“避难所”，所有设链行为都能有效规避信息网络传播权直接侵权的规制。由此催生了滥用设链技术的作品提供行为，从而对著作权人的利益造成毁灭性的打击，因为一旦著作权人允许将作品上传至网络空间，其他网站便能通过设置“深层链接”对著作权人产生实质替代效应，向公众直接提供该作品。正如有法院鲜明地指出，“如果仅从涉案作品是否存储在神马公司的服务器上这一技术角度来判断其行为是否构成网络提供行为……在硬件水平不断提升、云技术不断发展的今天，将很轻易地被服务商规避。”<sup>14</sup>

综上所述，服务器标准将各种设链行为视为“同一行为”，未考虑相同技术实质的行为可能对著作权人的利益产生截然不同的影响，混淆了对客观的技术事实与“法律事实”的认定，是典型的技术决定论思维，违背了著作权法一以贯之的技术中立原则。

### 2.3. 新传播源标准不能用于界定交互式传播行为

新传播源标准是服务器标准的底层逻辑。该标准来源于学者对国际公约中关于传统传播权的解读[5]，并结合《世界知识产权组织版权条约》(以下简称“WCT”)以及相关立法背景文件由此推出，著作权意义上的“传播行为”应当以客观形成“传播源”为要件[4]。“服务器”是能够发射载有作品内容信号的“传播源”，将作品上传至服务器的行为是唯一能够形成“传播源”的交互式传播行为，换言之，信息网络传播行为仅限于初始传播行为。

本文认为，新传播源理论是界定现场传播行为与非交互式的传播行为的有效标准，并不必然意味着该标准能够被一以贯之地用于界定信息网络传播行为。

首先，信息网络传播行为不仅限于将作品上传服务器的初始行为，还应当包括后续传播行为。主要理由有如下三点：第一，《基础提案》第 10.14 目对“向公众传播权”的解释指出，“任何一个节点，一旦将所存储的作品(the stored work)向公众提供，这个行为本身(such making available)就构成另一个须获得许可的传播行为。”<sup>15</sup>其中“存储的作品”表明了作品已上传至服务器中，初始提供行为已经完成，

<sup>13</sup>Sony Corporation of America *et al.* v. Universal City Studios, Inc, *et al.* 464 U.S.417 at 423 (1984).

<sup>14</sup>上海知识产权法院(2016)沪民终字第 146 号民事判决书。

<sup>15</sup>See WIPO, Doc. CRNR/DC/5, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, para. 10.14.

此时将已存储至服务器中的作品向公众再次传播时，需要另外获得著作权人的许可。第二，WCT 条约的权威解释指出，“交互式传输仅发生在‘提供’行为开始的地方(笔者注：将作品上传服务器的初始提供行为)，这显然与‘向公众传播’的概念相悖，因为人们可能选择‘版权避难所’(没有提供适当的版权保护的地方)来实施使交互式传输成为可能的行为。”[13]由此可见，在认定交互式传播行为时，以附加技术限制的方式将提供行为限定在作品上传至服务器的初始提供行为是有失偏颇的，可能导致他人利用该认定规则，滥用特定的技术手段实施有效规避著作权法的作品提供行为，本文所讨论的“深层链接”行为就是典型案例。第三，《基础提案》第 10.10 目对作品初始提供行为的强调并非指“提供行为”应仅限于将作品上传至服务器的初始行为。有学者通过对《基础提案》第 3.11 目、3.12 目以及第 10.10 目的体系解释指出，该条目对初始提供行为的强调是为了指出该行为相较于提供通讯链接等技术中介的行为更有意义，而并不是指“向公众提供行为”仅限于“初始提供行为”，此“意义”的内涵包含两个方面，“一是实现了作品源文件的首次对公众提供，二是可以确定这种向公众提供的作品构成‘已出版作品’，起算其保护期。”[14]。

由此可见，互联网环境中的作品交互式传播行为主要包括两类行为：第一，将作品上传至服务器的初始传播行为。第二，在网页中呈现作品或供用户下载作品的后续传播行为。由于传播行为是多节点的，在互联网空间中，极低的传播成本使得任何作品的接收者都有可能成为作品传播者，即在接收作品之后再以自己的名义后续公开传播作品，在缺乏免责事由的情况下，后续的传播行为应当再次获得著作权人的许可。

其次，网络环境中的作品交互式传播对著作权人的影响要远大于非交互式传播行为，两者在性质上存在差异，即使“传播源”的要件在界定非交互式传播行为中是合理的，也并不必然代表该要件能恰当地用于界定交互式传播行为。正如有学者指出，交互式传播行为能够在相当程度上代替对作品有形载体的购买，而非交互式传播难以达到这一效果[15]。具体来说，交互式传播行为与复制、发行行为在性质上类似，具有“延期”使用的特性，即著作权人向公众提供作品的行为与公众感知作品的行为在发生时间上是不同的，这意味着公众在利用作品上具有更大的自由空间，其能够在自己选定的时间和地点随心所欲地欣赏作品。与之对应，非交互式传播行为则并不具有“延期”使用的性质，公众仅能够在作品被提供时直接感知作品[13]。正是基于交互式传播行为对著作权人利益的重大影响，专家委员会在制定 WCT 时达成一致意见，以不附加技术限制的方式规定了“向公众传播权”，对技术发展保持开放的态度，将通过互联网以及其他未来可能出现的网络系统传输作品行为都纳入到作者专有权的控制范围。

最后，针对不同类型的传播行为，新传播源理论在考察初始传播行为与后续传播行为的因果关系上也存在自相矛盾之处。在界定非交互式的广播行为时，新传播源标准认为，初始传播是否存在并不是认定转播是否形成传播源的必要条件。也即在转播行为的场合，即使初始的无线广播信号突然消失了，仍然不会影响转播者形成新的传播源[5]。这是在说，只要发生了转播，初始传播是否存续，与作品是否被公众接收到没有因果关系。然而，当界定交互式传播行为时，新传播源标准认为，如果没有服务器中提供的作品，即使设置了“深层链接”，公众仍然无法欣赏到作品，这就相当于在深层链接的场合，承认了初始传播行为(笔者注：上传服务器的行为)与作品是否被公众接收到具有了因果关系。在交互式传播中承认初始传播与公众欣赏作品的因果关系，却转而在广播行为中否认这种因果关系，很难说新传播源理论能够无差别地适用于包括交互式传播在内的向公众传播权。

综上所述，交互式传播行为不仅包括将作品上传至服务器的初始行为，还包括后续传播行为。在 WCT 及其相关立法文件中没有一处明示传输行为必须要形成传播源的情况下，将解释非交互式传播行为的新传播源标准直接用于界定信息网络传播行为，将对著作权人的利益造成重大影响的设置“深层链接”行为排除在著作权法的规制范畴，有违“向公众提供权”的立法价值。

### 3. 深层链接行为的定性应当区分技术中介行为与作品提供行为

#### 3.1. 信息网络传播权的扩张是著作权利益再分配的结果

“深层链接”行为定性所引发的关于信息网络传播行为界定的讨论本质上是问应当如何确定著作权法的保护范围。要回答上述问题，应当以历史纬度把握著作权的制度功能，并由此分析是否应当以信息网络传播权规制设置“深层链接”的行为。

“制度的主要功能，应当是该制度确立的根本原因，对制度功能的描述应当是客观的利益分析，即支撑制度的核心利益诉求。”<sup>[16]</sup>纵观著作权法的历史演进，便能发现著作权制度诞生的根本原因，书商们的利益诉求是推动著作权制度发展的最大动力，决定作品进入市场的著作权人是该制度运行的最大受益者<sup>[17]</sup>。十七世纪末期，图书成为资本市场的交易对象，印刷技术的发展极大降低了作品复制的成本，书商们在作品市场失去了基于先占优势而获得利益的机会，起初书商们通过游说的方式设立了特许出版制度。在该制度被废除后，书商们为了能够继续维持图书交易秩序，需要重新为其权利寻找新的源头，《安妮法》由此诞生。《安妮法》确立了作者的核心地位，赋予了作者作品出版的专有权利。之所以为作者确立著作权专有权主要有两方面的原因：一方面，当作品成为私产后，就能沦为资本市场中的交易对象，书商们能够通过与作者达成交易来控制作品的流通<sup>[16]</sup>；正如有学者指出，“只要书商能够说服作者将其权利转让给他们，上述规定的效果就是给书商提供了一个机会，可以收回他们以往在图书交易上所行使的某些控制权”<sup>[18]</sup>。另一方面，作者作为作品的创作者，原始地享有作品所带来的利益，这是一种能为社会公众所普遍接受的理念，有利于产权制度的设立<sup>[16]</sup>。由此可见，作品作为产业要素的市场催生了著作权制度的诞生，以作品为对象的产业利益是支撑著作权制度的核心利益，确认、分配作品市场化所带来的利益是著作权的制度功能<sup>[16]</sup>。

基于著作权的制度功能，功利主义理论能有效诠释著作权制度的正当性。著作权制度之所以要满足作品市场的商人所提出的利益诉求，是因为公众确实需要版权业、影视业等文化产业，为他们持续供给价格合理的产品。产业利益的满足是产业可持续发展的基石，能够激励更多投资者在作品市场予以投资，从而保障作品市场能够产出更多优质的产品来反哺公众。这一制度运行的逻辑契合功利主义理论，该理论认为著作权人和公众的利益并非是简单的对抗关系，在某种程度上，两者应当是一致的，通过赋予著作权人利用作品的专有权利推动作品市场的发展，从而使公众从稳定、发展的作品市场中持续获得价格合理的新作品，作品利用行为的私有化对社会福利的影响是决定著作权权利边界的重要因素。“当作品的利用行为私有化带来的收益率越高时，越有可能被纳入著作权的范畴；反之，收益率越低则越有可能被保留在公有领域。”<sup>[19]</sup>其中，对收益率的考察在于比较作品的利用行为私有化与公共利用行为所带来的社会福利。

由此可见，著作权制度与以作品为产业要素的市场具有天然的联系，该制度的有效运行是法律与市场机制互动平衡的结果，当出现市场失灵的现象时，著作权法介入作品市场，确认、分配作品市场化的利益。功利主义理论有效诠释了著作权制度运行的正当性，之所以设立著作权以满足文化产业的利益诉求，是为了促进该产业的可持续发展，满足社会公众对欣赏作品的需求，最大限度地实现作品利用的社会福利，对作者利益的优先保护是著作权制度的题中应有之义。

在“深层链接”的场景下，非跳转链接的聚合行为对著作权人所造成的利益损害是有目共睹的<sup>16</sup>。由于网络环境中的数字化作品具有较高的创作成本和几乎为零的传播成本，内容提供型设链者能够实质替代著作权人及被许可人对作品内容的提供，打破了版权市场中旧有的利益格局<sup>[20]</sup>。设置“深层链接”<sup>16</sup>我国对“深层链接”行为的分歧，不在于是否要追究其法律责任，而在于如何追究。由此可见，对设置“深层链接”行为的不法性和可责性是达成一致意见的。



行为的产生并关乎着作品市场中的利益分配，设链者能否无偿分享网络环境中丰富的作品资源所带来的传播利益，是著作权法所需要回答的问题。事实上，未经许可直接在设链网站上呈现作品的行为，在效果上既损害了著作权人的利益，又破坏了版权市场的秩序，且对社会福利的增加极为有限的情况下，法律应当及时介入，及时遏制该类行为对版权市场所带的不良影响。

### 3.2. 采取“必要措施”是“向公众提供权”的题中应有之义

区分技术中介行为与作品提供行为，以此界定信息网络传播行为的要求在国际公约中也能找到相应的依据。《基础提案》第 10.10 目对向公众提供行为的解释“相关行为是通过提供对作品的访问途径(by providing access to it)而使作品进入可以获得的状况。”<sup>17</sup>由此可见，“向公众提供行为”要满足两个要件，在行为上提供有效的作品访问路径，在结果上使公众获得作品。

WCT 草案的第 3 条和第 10 条在涉及交互式向公众提供行为时采用了相同的表述<sup>18</sup>，根据体系解释，《基础提案》对 WCT 草案第 3 条对“交互式提供行为”的说明对理解第 10 条“向公众提供权”的内涵同样具有意义。

首先，根据《基础提案》第 3.12 目对“作品提供行为”的正面解释，有效的作品提供行为应当采取了“必要措施”，即要求因提供作品访问路径所实施的技术手段要与作品提供效果之间具有直接关联。《基础提案》第 3.12 目指出，行为人“对作品采取了必要措施使其进入公众可获取状态……‘必要措施’术语是为了强调这些步骤对公众获得作品是必不可少(*conditio sine qua non*)的条件。仅仅是链接或者提供路由的行为是不够充分<sup>19</sup>。根据该解释，“必要措施”要件不仅是在事实层面上对所实施的技术手段予以考察，同时关注该技术手段的实施与作品提供效果的关系，只有当采取该技术手段在促成公众获得作品各项因素中的作用力足够明显时，该技术手段才构成“必要措施”，这就要求利用该技术手段的主要目的在于向公众提供作品。

其次，为促进作品传播而提供信息存储、定位服务等技术中介行为的，不满足“必要措施”的要件。根据《基础提案》第 10.10 目对“提供对作品访问路径”的解释，“有意义的是使作品被公众获得的初始行为，而不是单纯提供服务器空间、通讯连接或为信号的传输或路由提供便利的行为。”<sup>20</sup>该条目以列举的方式将纯粹地为作品传播提供便利的技术中介行为予以排除，认为该类行为不属于“提供作品访问路径”的有效行为。此外，WCT《议定声明》第 8 条第 1 句也表达了相同的意思<sup>21</sup>。由此可知，虽然技术中介行为为公众获得作品提供了实质性帮助，但由于其仅发挥着便利作品传播的功能，有利于促进网络空间中信息传递的效率，不构成传播行为。为了防止不合理地增加该类技术中介服务商的审查义务，从而保障信息传播的便利与自由，各国著作权法采取的统一做法是，只有在网络服务提供商具有主观过错且存在直接侵权的情况下认定其提供的技术中介行为构成间接侵权。

综上所述，在网络环境中，判断为促进作品传播所实施的技术手段是否构成“必要措施”，关键在于考察利用该技术手段的目的及效果，区分技术中介行为与作品提供行为，技术中介行为以提供安全顺畅的信息服务为目标，后者以提供丰富优质的内容资源为根本<sup>[21]</sup>。技术中介行为是对内容和传播方式的

<sup>17</sup>See WIPO, Doc. CRNR/DC/5, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, para. 10.10.

<sup>18</sup>WCT 草案第 3 条规定了交互式向公众提供作品构成已出版作品，WCT 草案第 10 条规定了应当用向公众提供权规制交互式向公众提供行为。

<sup>19</sup>See WIPO, Doc. CRNR/DC/5, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, para. 3.12.

<sup>20</sup>See WIPO, Doc. CRNR/DC/5, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, para. 10.10.

<sup>21</sup>WCT《议定声明》第 8 条第 1 句指出，“不言而喻，仅仅为促成或进行传播提供实物设施不致构成本条约(WCT)或《伯尔尼公约》意义下的传播。” See WIPO, Agreed Statements concerning the WIPO Copyright Treaty adopted by the Diplomatic Conference on December 20, 1996, p 2.



干预程度较低，构成间接侵权，反之，作品提供行为对内容和传播方式的干预程度较高，使公众因该行为直接获得作品，构成直接侵权。

### 3.3. 现行法所提供的免责事由是网络互联互通的实现径路

服务器标准的主张者认为，以效果要件界定信息网络传播行为将误伤许多利用链接技术的正当行为，阻碍以链接技术为核心的商业模式创新，不利于建构未来开放的互联网环境[5]。本文认为，著作权制度是分配作品传播利益的最优制度，深层链接行为以作品为利用对象，设链者无偿分享着作品的传播利益，从而对著作权人产生了实质影响，扩张信息网络传播权是以法律之手对作品市场的传播利益进行再分配的机制。由于著作权的制度体系不仅限于专有权，还包括对专有权的限制机制，网络信息的自由流通应主要依赖于著作权法中权利限制规则的构建以及网络实践习惯的形成。

#### 1) 默示许可制度

默示许可制度是实现网络环境下利益平衡的有效机制。该机制所采用的是一种“选择退出”机制，即在著作权人将作品上传至网络空间，且未声明禁止他人传播或设置相关技术措施的情况下，推定其默示同意作品在网络空间被自由利用[22]。这一机制以效率原则与信赖理论为核心，将网络环境中所形成的行业惯例、常识性理念作为指引，有效契合着网络环境下的作品使用方式，使得海量作品的复制和传播都无需经过著作权人的明确授权即可在网络环境中被自由传播，保障了网络空间作品传播的开放性、自由性。

一方面，默示许可机制能够使网络空间中的作品利用行为更具有可预期性，更符合网络版权市场的商业现实。默示许可机制依托于技术的发展与商业惯例的形成，因此该制度的诞生就意味着其已经建立了一定的技术支持和社会共识，有效地保障了该制度的运行。目前，默示许可机制已经成为搜索引擎行业的惯例与产业标准[23]，较为典型的默示许可机制包括“Robot 排除协议”<sup>22</sup>、元标记(meta-tags)<sup>23</sup>等，著作权人、被许可人能够基于自己的意愿选择其作品在网络环境中被利用的方式，并有效率地将该信息向搜索引擎的服务商传达。另一方面，默示许可制度关注著作权人的意图，能够使著作权人根据自己的意愿行使权利，有助于实现网络版权市场的利益平衡。数字化的作品在网络空间中能够以不减损质量的方式被广泛复制、传播，著作权制度的排他性、封闭性在网络空间中面临前所未有的挑战，著作权人的利益也受到了广泛的影响。默示许可制度能够让著作权人自由地选择是否参与默示许可机制，给予了著作权人根据市场衡量是否发放免费许可的空间，当作品广泛传播的利益远大于著作权人仅通过自己的渠道传播作品所获得受益时，著作权人自然会发放更多的免费许可，从而有效保障了网络版权产业的利益诉求。

#### 2) 合理使用制度

合理使用的“适当引用”条款是对默示许可制度的有益补充。如果说默示许可制度能够使用户转发部分作品的行为免于著作权侵权责任，并排除符合行业惯例、产业标准、以提供搜索引擎服务为主要目的的设链行为。那么合理使用的“适当引用”条款能有效嫁接“转换性使用”的抽象规则，并结合“三步检验法”的基本原则，从而有效地扩张了我国封闭的合理使用体系[24]。“转换性使用”规则的本土化极大地扩展了“思想”市场自由利用的空间，当公众的作品利用行为并未替代原作品的市场，且该作品利用行为所带来的价值超过对著作权人所造成的损害时，该行为就构成“转换性使用”。

对转换性使用的考察仍然植根于某一利用行为所产生的经济效果，该规则的意涵是丰富的，不仅包括公共利益维护型合理使用，而且还包括交易成本障碍型合理使用。其原因在于“转换性使用”规则

<sup>22</sup>网站可以创建一个名为“robots.txt”的文件告知搜索引擎允网站中许搜索的部分。可适用整个网站。

<sup>23</sup>网站可以在每个页面上加入元标记告知搜索引擎可以如何使用此页，仅适用于单个网页。

内部的正当性基础是分裂的，一方面，“转换性使用”规则的设立在维护言论自由、社会公益等公共政策目标，*Campbell v. Acuff-Rose Music* 案便是典型的例子，美国联邦最高法院在该案中指出，“从版权保护的初期起，人们就认为在一些情形中可以合理使用版权材料来实现版权的目的，‘促进科学和实用艺术的进步’”<sup>24</sup>。另一方面，“转换性使用”规则也适用于交易成本过高所导致的市场失灵之情形，以 *Estate of Smith v. Cash Money Records* 案为代表的私人复制行为就是该类合理适用的代表，在该案中，被告 Drake 在未经授权的情况下，在他 2013 年发表的歌曲《Pound Cake》中借鉴了《Jim Smith rap》里的一段音乐。法院并未认定该行为构成侵权，理由是 Drake 在其歌曲中引用这段音乐的目的与原作创作目的截然不同，构成“转换性使用”<sup>25</sup>。

“转换性使用”规则的引入回应了主张服务器标准的学者所提出的“适当引用”条款在网络空间中适用不足的批评。其认为，只有极少数提供深层链接的行为可以构成合理使用，因为大多数提供深层链接的行为是为了使用户快速定位他人的作品，而非基于介绍、评论或说明某一问题对他人作品的“引用”，且即使出于上述目的，“引用”的量也必须适当<sup>[5]</sup>。对此，本文认为，首先“介绍、评论某一作品或者说明某一问题”的外延是模糊的，其具有通过一般条款加以扩大解释的潜力，只要利用行为并未对原作品的市场产生完全的替代效应，且有利于社会福利的增长，均属于该情形下的合理使用。其次，“引用”的量是否适当应当结合具体的作品使用行为予以考察，法院在适用该条款时具有一定的自由裁量空间，对该条款的解释应当充分考虑该条款中所蕴含着言论自由、社会公益等基本价值。举例来说，用户基于免费分享目的的作品转发行为，该类设链行为是言论表达的一种形式，合理使用制度中所蕴含的言论自由的基本价值使得用户即使“引用”的是整部作品，该“引用”的量也是适当的，构成合理使用。

综上所述，默示许可制度和合理使用制度分别是免于著作权侵权责任、限制专有权利扩张的重要制度。在信息网络传播权扩张的背景下，这两大制度的互动平衡将有效缓解著作权制度的排他性、封闭性与网络的开放性、自由性之间的紧张关系，从而保障网络空间中公平有序的作品流转秩序，实现利益平衡。

#### 4. 结论

正如有学者指出，在信息网络时代，相比控制作品复制，控制作品传播对著作权人来说具有更大的意义。因此，著作权法需要重新定位，以防止向公众传播为中心<sup>[25]</sup>。著作权法上对“传播行为”的界定应具有规范意义，区分客观事实与法律事实。著作权的制度功能在于确认、分配作品市场化的利益，作品作为版权市场的核心要素，源源不断的作品提供是版权市场发展的根本动力，基于公众对版权产业的需求，为激励作品的创作与对作品创作的投资，著作权制度应以保障著作权人的利益为手段，以实现版权市场的繁荣为目标。对此，著作权的权利边界取决于不同行为的经济效果，当设置“深层链接”的行为以提供作品为目的时，该行为对社会福利的增进主要来源于版权人，在缺乏默示许可或合理使用等免责事由的情形下，该行为就应当构成著作权法意义上的“传播行为”。

由于网络空间中作品传播的成本极低，每个掌握上网技能的用户都具有未经许可传播作品的可能，面对海量的作品传播行为，一方面，著作权法应扩张信息网络传播权，将损害著作人利益的不当行为纳入直接侵权的规范范畴，另一方面，著作权法应扩张现行法中默示许可和合理使用制度的适用空间，将未对著作权人的利益未造成严重影响予以排除，以此实现网络空间中的利益平衡。

#### 参考文献

[1] 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[J]. 中国版权, 2016(2): 39-42.

<sup>24</sup>*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S.569, at 575.

<sup>25</sup>See *Estate of Smith v. Cash Money Records, Inc.*, 253 F. Supp. 3d 737, 2017 Copr. L. Dec. P 3 1105 (S.D.N.Y.2017).

- [2] Scherb, M. (2004) Free Content's Future: Advertising, Technology, and Copyright. *Northwestern University Law Review*, 98, 1787-1823.
- [3] 杨明. 聚合链接行为定性研究[J]. 知识产权法, 2017(4): 3-13.
- [4] 王迁. 著作权法中认定传播行为的“新公众标准”批判——兼论“新传播源标准”[J]. 当代法学, 2022, 36(1): 111-124.
- [5] 王迁. 论提供“深层链接”的法律定性及其规制[J]. 法学, 2016(10): 23-31.
- [6] 陈绍玲. 再论网络中设链行为的法律定性——兼与崔国斌先生商榷[J]. 知识产权, 2016(10): 17-24.
- [7] 胡康生. 中华人民共和国著作权法释义[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 56.
- [8] 张建华. 信息网络传播权保护条例释义[M]. 北京: 中国法制出版社, 2006: 6-7.
- [9] 世界知识产权组织. 世界产权组织(WIPO)管理的版权及相关权条约指南以及版权及相关权术语汇编[M]. Genève: WIPO, 2003: 164.
- [10] 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”[J]. 法学, 2017(10): 100-114.
- [11] 王迁. 提供IPTV回看服务的法律定性——兼评“乐视诉杭州电信案”[J]. 中国版权, 2020(2): 28-31.
- [12] 王艳芳. 论侵害信息网络传播权行为的认定标准[J]. 中外法学, 2017, 29(2): 456-479.
- [13] (匈)米哈依·菲彻尔. 版权法与因特网[M]. 郭寿康, 万勇, 相靖译, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 2009: 727-743.
- [14] 张金平. 信息网络传播中“向公众提供”的内涵[J]. 清华法学, 2018, 12(2): 125-143.
- [15] 王迁. 网络著作权专有权利研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2022: 363.
- [16] 李琛. 著作权基本理论批判[M]. 北京: 知识产权出版社, 2013: 25.
- [17] 黄海峰. 知识产权的话语与现实——版权、专利与商标史论[M]. 武汉: 华中科技大学出版社, 2011: 1.
- [18] (澳)布拉德·谢尔曼, (英)莱昂内尔·本特利. 现代知识产权法的演进——1760-1911 英国的历程[M]. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2006: 12.
- [19] 蒋舸. 深层链接直接侵权责任认定的实质提供标准[J]. 现代法学, 2021, 43(3): 155-170.
- [20] 石必胜. 论链接不替代原则——以下载链接的经济分析为进路[J]. 科技与法律, 2008(5): 62-67.
- [21] 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[J]. 当代法学, 2019, 33(4): 39-49.
- [22] 李捷. 论网络环境下的著作权默示许可制度[J]. 知识产权, 2015(5): 67-71+108.
- [23] 吕炳斌. 网络时代的版权默示许可制度——两起 Google 案的分析[J]. 电子知识产权, 2009(7): 73-76.
- [24] 熊琦. 著作权转换性使用的本土法释义[J]. 法学家, 2019(2): 124-134.
- [25] 吕炳斌. 数字时代版权保护理念的重构——从以复制权为中心到以传播权为中心[J]. 北方法学, 2007(6): 127-131.