

# 规制网络链接行为的思维与手段

张 鹏\*

## 目 次

- 一、对网络链接行为本质认识上的论争
- 二、立法论在宏观论旨上的缺陷与解释论坚持的初衷
- 三、网络链接行为中“规制焦点”的识别与确立
- 四、结语

**摘 要** 有赖于网络链接行为的助力,最终用户享受着精确获取信息之便捷,但不可否认的是著作权人的利益也面临着前所未有的侵害风险。在这一背景下,权利人试图通过排他权的设置,将网络链接行为所获取的收益纳入自身对价回流范围之内。但是此种制度设计可能破坏网络环境下由于“宽容性使用”现象的存在而自发产生的分化权利人不同权利诉求的功能,进而诱发“弱保护诉求主体”的机会主义行为,同时也可能导致扩大行政与刑事责任范围的现象发生。对此,应该在区分网络设链平台可能起到的“助长盗版行为泛滥”与“提供技术性便利”两种效果的基础上,针对前者将深度参与违法上传作品筛选,并从中获取利益的链接平台服务商拟制为“直接行为主体”,追究其著作权“直接”侵权责任;而针对后者则宜依据破坏技术保护措施与损害竞争利益等“规制焦点”来处理合法上传作品的链接行为。

**关键词** 网络设链行为 服务器标准 实质呈现标准 宽容性使用 规制焦点

在著作权法领域,近年来围绕视频聚合、加框链接、深层链接等新型商业模式,学界对“服务器标准”与“实质呈现标准”进行了一系列深入的研究和探讨。<sup>〔1〕</sup>这一问题事关网络环境下著作权法的体系构成,兹事体大,不可忽视。故而笔者欲从著作权法规制网络链接行为的思维模式与不同思维模式

\* 张鹏,中国社会科学院法学研究所助理研究员,中国社会科学院知识产权中心研究员。本文写作得益于与蒋舸、刘晓春、顾昕、许清等师友的讨论,在此一并致谢。本文的错漏之处,概由笔者文责自负。

〔1〕 王迁:《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》,载《法学》2016年第10期;崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,载《知识产权》2016年第8期;崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,载《政治与法律》2014年第5期;刘家瑞:《为何历史选择了服务器标准——兼论聚合链接的归责原则》,载《知识产权》2017年第2期。

下具有差异的规制手段选择角度,探究这一枢要问题的实质规律,最终尝试提出可供运用的规制网络链接行为的手段,以期解决网络链接行为这一困扰学界和实务界的热点问题。

## 一、对网络链接行为本质认识上的论争

在认识网络链接行为本质上,存在立法论思维与解释论思维的论争,两种思维分别对应于“实质呈现标准”与“服务器标准”两种规制手段的选择。前者主要是在中国语境下,以网络生态急剧恶化为背景,并从设链平台往往打着加框链接、聚合链接等技术幌子,实质从事诱发侵权作品传播的角度,建立自己的体系。同时该论者对著作权人一旦同意将其作品上传互联网,除非主张反不正当竞争法上的救济,否则将无法在著作权法下主张权利的现象,感到与朴素的逻辑格格不入(相当于一旦初次传播之后就在链接行为上“权利穷竭”了)。更关键的是,现实中对违法初次传播信息源的打击力度并不理想,这种在比较法上不遗余力打击的重点,在中国语境下却可以“打一枪换一个地方”,规范的震慑效果根本没有发挥,实际执法者往往叫苦不迭、望洋兴叹。因此不管是行政执法机关的实践参与者,<sup>[2]</sup>还是对中国语境了如指掌的学者都希望能够通过修法活动将链接平台纳入著作权法规制的范围。<sup>[3]</sup>

但是立法论思维却在学理上遭遇了解释论思维的质疑。在解释论思维下,立法论思维中的论理缺陷很容易找到。例如,立法论思维引导出的最具代表性的规制手段“实质呈现标准”,在笔者看来并不足以描述网络链接所代表的传播行为的本质属性。众所周知,著作权侵权的构成要件包括:接触+实质相似+法定利用行为。任何侵犯著作权的行为必然都实质呈现了作品的创作性表达,但并不是所有实质呈现了作品创作性表达的行为都构成著作权侵权行为。著作权侵权构成存在一种特殊构造,即著作权法并不是对作品的一切利用行为赋予排他权,而仅仅针对某些法定的利用行为设置了“专属领地”,只有未经许可实施这些法定利用行为,并在缺乏法律上免责事由的情况下,才构成著作权侵权。从著作权法的宗旨来看,建立一种与作品的使用价值相对应的对价回流机制应该是最为恰当的,也就是利用者每享受一次作品中的创作性表达,就实现了人类在科学、艺术、文化等领域的愉悦,因此就应该征收一次对价。但现实中对利用行为的每次计价无异于大海捞针,即使勉强制定出按次计价的模式,也会因难以执行而使该制度无异于具文。另一方面针对最终利用者实施的每次利用行为进行的监控也干预了其私人世界,侵犯了必须划定的私人自由空间。因此,著作权法从建立之初就只是针对作品使用行为的一小部分设置排他权。一般来说,这种法定利用行为是围绕“复制权”与“向公众传播权”两大支柱建立的。<sup>[4]</sup>但是到底“向公众传播权”体现出了何种本质属性,立法论者所采取的“实质呈现标准”并未给予任何回答。对此,解释论者则旗帜鲜明地指出:作为著作权法上法定利用行为之一的“信息网络传播行为”的本质特征就是初次向公众传播作品信息源的行为。其中特别强调了“初次”的重要性,<sup>[5]</sup>正是因为这一特征,可以断定链接行为不是网络传播行为。但这并不妨

[2] 杨勇:《深度链接的法律规制探究》,载《中国版权》2015年第1期,第54页。

[3] 这一派论者基本承认了其无意在现行规范基础上,通过对“信息网络传播权”的解释,而实现将实质呈现作品表达的聚合链接行为纳入其范围,参见崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,载《知识产权》2016年第8期。当然是否可以通过解释《著作权法》第10条第1款第17项中具有兜底性质的“其他权利”则仍有待新的解释论尝试。不管能否纳入“其他权利”的范围之内,在对此问题的实质看法上应该不存在本质区别。

[4] 郑成思:《版权法(上)》,中国人民大学出版社1997年版,第172页。

[5] 王迁:《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》,载《法学》2016年第10期。

碍立法论者针锋相对地提出:在广播权之外,著作权人也享有转播权。既然对传统传播行为可以在立法论上设置广播权与转播权,那为什么不能在网络传播行为上设置传播权和转链接权呢?在转播权的设置上为什么就不再强调“初次”的重要性了呢?〔6〕

事实上,从解释论者看来,上述类比存在一个本质区别。由于传统广播行为往往是单向的,受制于时间、地点与载体,故而可以享受广播行为的受众一定是有限的。也就是说,著作权人在广播权控制的行为之下获得的对价仅及于有限的主体,而再次通过有线或无线等技术手段转播他人作品的行为面对的一定是不同的主体,或者相同主体在不同时间、地点或载体上的不同需求。正因此,在著作权人亲自或许可他人初次广播之时,其对初次广播的对价征收肯定是面向一个有限范围的受众。也正是由于转播权的存在,著作权人从行使权利伊始就怀有向新公众呈现作品时要再次征收新对价的预期。而对网络传播行为,除非著作权人使用了技术保护措施而创设一个类似广播与转播的旧公众与新公众,当著作权人亲自或许可他人初次在网络上传播其作品时,就无法再次区分旧公众与新公众,任何主体都成了具有享受作品创造性表现的潜在对象,并可以突破时间、空间与载体而享受作品。

解释论者的上述论断看似有力,但是从立法论者角度看,信息网络传播所造成的任何不特定公众所能在任意时间与空间浏览作品内容的现象,仅仅是一种可能性。在现实生活中,互联网上存在的海量作品大都无人问津。且从现实性角度看,在任意一个时间和空间下都存在有限地浏览了作品的主体,而在另一个时间和空间下都存在另一部分有限的浏览作品主体。作为商业模式的设链行为之所以可以成立,也就是说有广告商通过观测设链网页浏览量的多少而给予其广告费,就是因为现实浏览上,相比于原有的初次上传事实上产生了新公众。这在本质上与广播权和转播权没有任何区别。因此应该在现实性上(而不是信息网络传播权所指的任意公众都可以浏览的可能性上)认定:初次传播行为所实际浏览的主体与设链行为所实际导致的新浏览主体,往往也存在旧公众与新公众的界分。

上述解释论者和立法论者的讨论并不是单纯的思维游戏,背后体现了两者对网络链接行为本质的不同看法。从笔者的理解来看,网络链接行为的本质就是:在互联网海量信息下,对某一特定创作性表达再次引起特定多数群体实际享受创作性表达的行为。而设链权的现实作用就在于:从任意不特定多数群体可以享受某一特定创作性表达的可能性(初次信息源)到实际上某一特定多数群体享受了这一特定创作性表达之间可以获取的商业利益的再次分配。通过立法论赋予著作权人类似“设链权”或者通过解释论扩大解释“信息网络传播权”的思维方式就是“事前”赋予著作权人再次分配这一商业利益的权利;而以“初次信息源”为本质特征界定的“信息网络传播权”则排除了设链主体承担著作权侵权责任,仅是“事后”根据权利人的“选择进入”(如采取技术保护措施或在证明存在竞争利益基础上依据反不正当竞争法或民法上的第三人故意侵害债权)而主张权利。

此外,从解释论者的角度看,网络链接的设链者之所以在著作权法上可以不用再次为其设链行为向著作权人获得许可的原因就是:从海量信息中抽取有价值、可以吸引最终利用者再次关注的各种投入,相比于作品湮没于信息汪洋大海,而掀不起任何波澜的结果来说贡献更大。因此至少从著作权法的体系考虑,理应排除著作权人再次染指设链过程中增值的利益分配。而立法论者则持相反论断,他们提出两种利益说的观点,所谓两种利益即著作权人的著作权利益和被链网站的非著作权利益。对于前者,立法论者指出,“在信息网络传播权的框架下,著作权人授权某一网站将作品置于开放网络中

〔6〕 崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,载《知识产权》2016年第8期。

免费提供”,著作权法继续阻止其他网站未经许可也通过网络对外提供该作品。<sup>[7]</sup>这一论断显然非常有力。当解释论者从网络传播行为的可能性(即任意主体都可能/有机会接触到已经上传了的作品)角度论证时,那么在自己的服务器上再次传播作品的行为和设链者实质呈现作品的行为,都是在原有初次传播造成的任意主体都可以浏览的基础上再次进行的,不再存在任何新公众,因此都应该不认定为在信息网络传播权的控制范围之内。而事实上解释论者却“依法”控制了前者,而放弃了后者。

当立法论者从网络传播行为的实际传播效果角度论证时,在某一特定时间和空间范围内,再次传播和设链传播两者都存在新公众,因此都应该受到著作权人的控制。这样的话立法论者的理论是可以自圆其说的,而解释论者则限制在了传播可能性下新公众理论的矛盾之上。

当然在实际传播效果角度上,是否一定要求再次传播行为与设链行为必须同等对待,也不尽然。且不说再次传播行为至少还涉及了一个复制权发挥排他权的过程,而复制权与私人复制的例外已经足够给予非营利性主体足够的自由空间;仅从再次传播和设链行为两者的差别来看,如果初次信息源被删除的话,再次传播行为仍可以使得任意公众浏览和欣赏作品,但是设链行为则无法再次存在。也就是说著作权人自力救济的实现成本是完全不同的。当然仅靠这个理由可能无法说服立法论者重新思考其选择的规制手段(赋予著作权人类似“设链权”的排他权)的合理性,还需要从更为宏观的论旨上进行补充。但是不管如何,在对网络设链行为本质的认识上,特别是放弃了强调信息网络传播权的受众可能性(也就是“初次信息源”的重要性),而是关注到了由于设链行为而使得实际浏览和欣赏产生了新的利益分配。因此笔者赞同立法论者对设链行为本质界定的基本论调。

## 二、立法论在宏观论旨上的缺陷与解释论坚持的初衷

在论及宏观论旨前有必要了解传统著作权侵权判断的机制,即在传统著作权侵权判断上存在着利用人的“选择进入”(opt-in)规则。利用人欲使用权利人作品之前,除非其利用行为符合著作权法上关于合理使用、法定许可或强制许可等特别规定以外,都必须事先取得权利人的许可,否则对作品的利用行为构成侵权行为。<sup>[8]</sup>也就是说,传统著作权侵权判断上的立法“预设规则”(default rule)是将首先做出某种行为的义务施加于利用人之上,当其不为某种行为而利用作品时则意味着违反著作权法。与此同时,对权利人来说,同样存在着与利用人相反的“选择退出”(opt-out)规则,除非权利人通过知识共享(creative commons)计划的实践外,利用人都必须事前获得许可。由上可见,传统著作权侵权主张是建立在一般性的利用人“选择进入”与权利人“选择退出”这一“预设规则”之下的。

而在网络时代,在著作权侵权主张问题上,普遍存在着与传统“预设规则”相反的权利人“选择进入”现象。举例来说,现实生活中广泛存在着事实上的宽容性作品利用行为(tolerated use)的现象。<sup>[9]</sup>互联网上存在着数以亿计的作品违法上传行为,但真正通过著作权人的通知删除程序撤下的远不及依然存在的违法作品上传现状。因此与著作权法条文所设置的“预设规则”相反,只要是著作权人不主动站出来维护自己的权利,违法作品的上传现象将会持续存在。也就是说,事实上存在一种著作权人的“选择进入”机制,使得保护意识分化的权利人自动得以区分,其中积极主张其权利保护的著作

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

[8] 梁志文:《版权法上的“选择退出”制度及其合法性问题》,载《法学》2010年第6期。

[9] [日]田村善之:《日本の著作権法のリフォーム論》,载《知的財産法政策学研究》2014年第44号。

权人需要承担发现以及制止侵权行为的成本,主动实施某种行为,“选择进入”权利保护的过程,这样才能使其权利得以维护;而对作品使用现状漠不关心的权利人,因其未“选择进入”权利主张过程,因此事实上等同于放弃权利保护,使其作品能够被公众自由利用。<sup>[10]</sup>

当然,立法论者可以反驳说:所谓的“宽容性利用”现象在传统著作权侵权语境下也有出现,民事诉讼奉行不告不理原则,只要权利人未主张侵权,事实上相当于宽容他人自由利用其作品。但是这忽略了在效果上的显著差别。举例来说,在任何社会形态下能够以“有形”载体发表创作性表达的主体都是整体社会群体中的一小部分,出版图书至少要付出一定的出版成本,因为这些成本的存在就实现了将“强保护诉求主体”从社会大众中区分出来。可以显见的是相比于有形载体形式的发表,互联网上信息的发表付出的成本就可以忽略不计了,因此这种自发形成的权利人意识的分化就不复存在了。

论者亦可能主张对作品使用现状漠不关心的权利人可以通过“知识共享”来释放权利。著作权人自由选择其作品的利用形式,并通过“知识共享”所提供的表达机制,不仅确保了作品的自由利用,更将政策形成过程中难以上升为立法意志的分化了的权利人利益予以表达。但是毕竟“知识共享”计划参加与否取决于著作权人的意思表示,对作品使用现状漠不关心的权利人也许绝大多数根本没有精力去理解知识共享机制的涵义,因此期待“知识共享”解决这一问题难谓釜底抽薪。

可以说上述权利人的分化现象是网络时代著作权领域最为突出的特征,因为这种分化程度是前所未有的。数字技术与互联网的结合不仅使得一般用户利用作品的机会大幅增加,同时也导致了所利用作品类型的多样化。其具体体现在:数字技术的普及不仅仅使得文字作品,也对于视听作品等前数字时代一般用户的利用尚不普及的作品利用显著增加(表达手段的普及化),进而借助互联网技术的勃兴,使得前数字时代一般用户难以接触到的作品传播大为增进(传播手段的多样化)。表达手段与传播手段的多样化,导致了著作权人对于权利行使意识的分化。一方面,强烈要求保护其著作权的权利人通过技术保护措施等防止其作品在网络上被滥用;另一方面,对于著作权行使毫不关心的权利人也广泛存在。<sup>[11]</sup>从朴素的逻辑上就可以断定,后者的比例是远远高于前者的。

相比于立法论者的规范适用,解释论者在宏观论旨上则维护了低成本区分“强保护诉求主体”和“弱保护诉求主体”的体系构建。立法论者支持的赋予著作权人类似“设链权”的排他权,“事先”将再次参与被链行为利益分配的过程赋予著作权人,如果利用人不“选择进入”或权利人未“选择退出”的话,那么链接行为几乎满足了著作权侵权的所有构成要件。<sup>[12]</sup>也就是立法论者不作区分地赋予了

[10] 例如,就著作权延伸性集体管理制度来说,利用者在利用作品前无需谋求个别授权。该制度将权利人的搜寻成本转嫁于集体管理组织,并由其承担分配许可费的成本。而集体管理组织可以将其平摊于运营成本之中,进而实现了与个别授权相比的效率性运营。而只有在著作权人明示自己的作品不希望他人利用的情况下,利用人不能利用非会员作品。因此将作品的交易成本由利用者转嫁于权利人,即在“选择进入”制度下,不愿他人利用自己作品的权利人承担了在市场上监视他人对于自己作品利用的费用。延伸性集体管理制度所代表的这种由利用者“选择进入”模式向权利人“选择进入”模式的转变标志着著作权法新的潮流。这与美国谷歌图书馆诉讼和解案中有关绝版图书的对策有异曲同工之妙。尽管和解案未被法院认可,但是其理念昭示了著作权保护预设规则的变更。在该和解案中,利用集团诉讼制度,将未明确表达“选择进入”意愿的权利人的图书(选择进入的意思就是著作权人需要表达他要不要退出,如果不表达的话,就视为他同意被纳入)也纳入到谷歌图书馆所收集的范围内。被纳入的权利人可以通过登记自身信息,确定自己作品被使用的情况,并从谷歌得到许可费用。而一定宽限期经过之后,仍未登记自身作品被利用情况的权利人所应得许可费用将进入基金,用来支付谷歌图书馆计划的管理费用以及登记作品的权利人的许可费用。

[11] [日]田村善之:《日本の著作権法のリフォーム論》,载《知的財産法政策学研究》2014年第44号。

[12] 除非再由利用人证明其满足著作权限制与例外的要求,而立法论者虽然经常提到著作权限制与例外,但是对于怎样设置著作权限制与例外却语焉不详,体现了企图通过著作权限制与例外一般条款解决问题的决心,参见崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,载《知识产权》2016年第8期。从笔者角度看,可能根本无法通过限制与例外条款实现低成本的区别与过滤。

所有权利人一把尚方宝剑(而事实上权利人在权利意识上产生了严重的分化),著作权侵权的风险转嫁到链接平台的经营主体之上。

尽管通过“宽容性利用”可以缓解这把尚方宝剑的威慑,但是却难以阻止机会主义等行为的发生。因为在现实中广泛地存在着这样的权利人:他们起初把自身作品内容上传到互联网,本来也没有抱有强烈的实现经济利益的诉求,或者即使抱有这种诉求,著作权人上传的内容很快就湮没于信息的汪洋大海而掀不起任何波澜。而正是依靠链接平台而建立的商业模式,通过链接平台的整理分类与编辑筛选,使得被湮没的某一信息(尽管这一信息具有被任何不特定的主体自由阅览的可能性)为精准特定主体阅读与欣赏,进而实现了作品经济利益上的回馈。在这种情况下如果不加区分,一概赋予所有著作权人“设链权”的话,“宽容性使用”的脆弱性就会凸显,特别是对商业性提供这种服务的平台来说,不得不将每一个起初看似不主张权利,而是有赖于链接平台才产生经济利益的主体可能会从事的机会主义活动的成本纳入最初从事链接行为的成本核算之内,这样无数多的传播主体的不可特定性,造成了成本核算的不可能,因此作为商业模式存在的链接平台服务可能将无法维系。

而解释论者尽管未曾明确坚持著作权法体系上“直接行为”与“间接行为”二分法等一系列教义的原因,但发掘其初衷,无外乎珍视否定将设链行为纳入排他权范围而可以实现的低成本区分“强保护诉求主体”和“弱保护诉求主体”的价值。现实中大多数利用人从宽容利用作品中享受了文化发展所带来的利益,因此应该维护事实上存在的这种权利人“选择进入”机制。解释论者的逻辑在于:只要不是初次信息源的传播,都不可能构成直接行为。对于违法上传提供链接的(不管是普通链接还是实质呈现作品内容的聚合链接)都只能追究间接侵权/共同侵权责任;而对于合法上传提供链接的只能请求非著作权利益(竞争利益或合同利益)。这样“弱保护诉求主体”在任何情形下都丧失了从事机会主义行动的尚方宝剑(因为可能根本不享有诉之利益),只有那些“强保护诉求主体”能通过各种“选择进入”的手段主张利益。这样事实上形成的“宽容性使用”被原封不动地维持了,而更重要的是维护了宽容利用得以存在的以视频分享网站、设链平台为代表的利用平台。在利用平台之上不仅提供了通过权利人许可的作品上传行为,也包含了大量宽容利用作品的上传行为。

此外,立法论者在脑海中想象的模型可能仅仅是设链行为损害著作权人利益这一种情况,对于现实中是否广泛地存在着著作权人希望对其上传的作品更多地设链从而扩展作品传播的需求,或者是否广泛存在对于设链不设链都漠不关心的主体都没有过多地考虑。从朴素的直觉就可以感到两者数量可能基本相同,后者占了最大比例。仅仅为了打击第一种情况,不应使得本可以不产生任何纠纷的后两种情况,纳入排他权的范围之内。

更为重要的是在中国语境下,不同于比较法上的共识,我国文化领域存在强大的行政执法力量,并且著作权法也赋予了行政执法力量针对他人侵害信息网络传播权的执法权限。在绝大多数著作权人的宽容性许可下,即使著作权人不去主张权利,文化执法机构也可以借用那些不关心自身权利的主体手上的“尚方宝剑”,对商业性从事链接的平台进行执法活动。特别是在文化行政执法机关看来,单个上传主体是“打一枪换一个地方”的,以聚合等为商业模式的主体则具有执法的效率性。<sup>[13]</sup>此外,适用《刑法》第217条有关侵犯著作权罪的规范的“张俊雄侵犯著作权案”<sup>[14]</sup>的判决书中指出:尽管其并非直接作品提供者,而是链接至哈酷资源网获取影视作品种子文件的索引地址,并通过向用

[13] 杨勇:《深度链接的法律规制探究》,载《中国版权》2015年第1期。

[14] 参见上海市普陀区人民法院(2013)普刑(知)初字第11号刑事判决书。

户提供且强制使用 QVOD 播放软件,供 www.1000ys.cc 网站用户浏览观看影视作品,从而完成涉案影视作品在网络上的传播;但是其上述网络服务提供行为,可使公众在其个人选定的时间和地点通过 www.1000ys.cc 网站获得作品,符合信息网络传播行为的实质性要件,属信息网络传播行为,因此符合侵犯著作权罪中“发行”(通过信息网络向公众传播)的行为性质。

该案将最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕19号)第11条“通过信息网络向公众传播”解释为包括并非直接在自身服务器上存储作品,而是通过 P2P 视频播放软件实施加框链接的网络服务提供行为。如果将链接行为纳入“通过信息网络向公众传播”范围之内的话,那么加框链接性质的网络服务提供行为实施主体在现行法律框架内将以侵犯著作权罪的正犯入罪。此种情况下如果仍旧采取“实质呈现标准”的话,可能导致刑法规制丧失谦抑性。也有可能将初次上传是经著作权人许可,仅链接行为未经著作权人许可的情况也纳入其中。因此笔者认为,立法论者在强调维护互联网生态,给予权利/权力的同时,也不应该忘记如何控制放出去的权力/权利。

解释论者维护体系的解释以极低的成本(可能仅仅是给“强烈要求行使权利主体”在救济上增添了负担,事实上对于权利人来说把自身或者许可他人初次上传的内容删除下来的成本几乎可以忽略不计,除非已经为了作品的传播也投入了平台建设的投资)轻易地实现了对“强保护诉求主体”和“弱保护诉求主体”的区分。而立法论者的见解只考虑了一种商业模式下利益的损害,即某一平台无视他人投入而聚合性地链接他人支付许可费合法传播的作品,没有考虑到影响力较小的著作权人或其平台期望影响力较大的平台聚合性链接其作品,从而扩展其作品实际传播效果的情况。如果一概赋予排他权,将会促进机会主义行为的频发,进而极大地增加网络平台未知的运营风险。

### 三、网络链接行为中“规制焦点”的识别与确立

通过前两部分的分析,读者可能会产生这样的疑问:为什么笔者在网络链接行为的本质认定上,赞同立法论者的看法(即单纯强调网络传播行为的初次信息源可能意义不大,应该关注的不是公众范围的可能性,而是实际浏览与享受作品的公众),但是却在具体规制手段上又赞同解释论者的见解,即认为对于合法上传的作品的链接行为(不论是否实质性呈现了作品的本质性表达)都不构成著作权侵权。也就是说,在对某一行为本质认识不同的情况下,如何能够在结论上相类似呢?对于这一朴素的疑问。下文将以“规制焦点”为新的命题,具体论证笔者在结论上与解释论者间存在的区别。

#### (一)链接行为是网络信息中介平台提供的服务

链接的行为主体本质上与其他提供网络信息的中介者一样,是以平台形式存在的。在平台性质上,链接平台不同于搜索引擎的根本特点在于:搜索引擎需要实现完全的中立性,不对检索和显示的内容进行筛选,需要尽可能地将一切互联网上的信息纳入检索的大数据库之内。而链接平台无论链接内容的多寡,本质上都是由链接平台经历了一次筛选,存在将不特定的海量信息转化为特定的具体信息的步骤。也就是将任何互联网上可能存在的海量信息的任意主体的阅读与欣赏可能性,变成了现实的特定精准主体的现实阅读与欣赏。比如对财经类信息感兴趣的读者,仅购买聚合平台的服务,可以不用检索或在互联网上海量浏览,就能够依据平台专业知识得到可供使用的信息。

在这一点上可以进行一个思维上的类比:假设一名读者从图书馆内借阅了心仪的《著作权法教程》,在复印店内利用其提供的服务取得图书的复印件。在这种情况下,无论实际上操作复印机的人

是读者自己,还是复印店的员工,笔者认为在著作权法的评价上是不会出现疑问的。而另一种情况是复印店内摆放有一个书架,里面根据复印店既有的经验(比如来印某一本书的顾客特别多),陈列了王迁教授的《著作权法教程》,任意顾客可以在书架上取下这本书在店内进行复印,在这种情况下,无论操作复印机的是顾客自己,还是复印店的员工,笔者认为在著作权法上的评价也是不会出现疑问的。也就是对于前一种情况,都会评价为是顾客在私人范围内从事的复印活动,而对于后者都会评价为复印店提供了商业性复制活动。两者的本质区别就在于从海量图书中特定某一种图书的选择过程是由哪个主体从事的。有形图书的种类毕竟是有限的,但是在有限范围内提供了代替最终用户选择某一本书或是诱发了最终用户极其便捷地从事复印行为的,<sup>[15]</sup>都应被著作权法严厉打击。

而在网络环境下,网络上的作品内容则是几何级数地扩展,某一特定信息向特定利用者提供,并使其实现精准销售作品表达的行为,也就更加值得著作权法规制。在上述类比中,网络搜索平台可以类比为图书馆,其目的就是尽可能多地收集、储存和展示图书,读者进入图书馆内到底最终选择了哪一本书享受其创作性表达是由读者自己决定的;而网络链接平台则可以类比为自带书架陈列特定图书的复印店,链接行为的对象一定是特定信息,其中必然包括了设链主体的选择性活动,因此从信息的汪洋大海中特定某一具体创作性表达的活动是由链接主体实现的,不管最终的点击过程是否需要网络用户的帮助,在著作权法上的评价都不应该存在实质区别。也就是说对于普通链接(比如仅在设链者的网页上罗列了一系列被设链者信息储存的网站,需要用户点击这个网站链接后才会跳转到被链者的网页使得用户可以享受创作性表达)和聚合链接(比如直接就可以在设链者的网站上享受到作品的创作性表达,而不用跳转到被链者的网页)来说,两者的共同点在于设链者都提供了从海量信息到特定信息的选择过程,但是两者的区别就在于一个在自身网页上呈现了作品创作性表达,而一个并没有。前者在著作权法上的评价应该是一样的;而后者在著作权法上的评价应该是不同的。具体来说又回到了著作权侵权要件的构成上,即接触+实质相似+法定利用行为(这里具体化为传播行为),也就是说对于前者应该评价为不管是普通链接还是聚合链接都是由设链主体实施了传播行为;对于后者应该评价为普通链接没有实现实质相似要件,而聚合链接实现了实质相似要件。

这样评价的结果导致笔者在具体标准的设定上与立法论者和解释论者都显著不同。对于立法论者的“实质呈现标准”,笔者认为其仅是说明了普通链接和聚合链接在“实质相似”要件上的不同,并没有说明两者在传播行为上的相同,也就是说立法论者没有抽象出关于向公众传播行为的本质衡量标准;而对于后者“服务器标准”,由于其强调信息网络传播行为必须是传播了初次信息源的“作品”,而对于普通链接来说,传播的仅仅是作品行踪的标志,因此不能够被评价为实现了传播行为(笔者的观点与解释论者在效果上是一致的,因为对于传播作品地址的行为最终都不可能直接侵犯著作权,因此可能只是思维论辩)。当然在解释论者的视野下,聚合链接尽管形式上传播了作品,但是由于不是

---

[15] 当然这里存在一个对于私人复制例外本质的理解问题。传统上对于私人复制例外的存在,主要有两种对立的立法理由:一种是在个人、家庭以及类似闭锁范围内微量作品利用行为应予免责。也就是说本来私人复制行为也应纳入著作权人排他权范围之内,未经著作权人许可的利用行为也构成侵权行为,但是考虑到权利行使成本较高等市场失败现象,而通过立法放弃对此领域的规制。一旦私人复制对于著作权人造成的损害不再是轻微程度,抑或私人复制的权利处理费用由于数字化许可模式的发展而骤减的情况下,理应废除私人复制例外。另一种是对于利用者已经支付过对价的作品确保其后续私人范围内的利用自由。也就是说,私人复制行为本身并不是违法行为,而是维护私人自由活动空间的体现,只有在私人复制活动给权利人造成过大损失,进而影响著作权法激励创作活动的宗旨之时,才例外地依政策性目的进行调整。对于前者,他人使得私人复制行为极其便捷的行为是不能够被容忍的,因此一般会将从事复制的行为评价为商业性主体从事的,哪怕在现实中的确是私人用户在操作。



初次信息源,因此也不该被评价为实现了法定利用行为要件。

## (二)网络中介平台的类型化与网络链接平台

对于网络信息提供的中介平台来说,存在两种较为典型的区分:(1)平台所从事的行为是诱发“直接侵权行为”大量发生的中介;(2)平台所从事的行为仅仅扩大了私人用户合法利用作品行为的范围。<sup>[16]</sup>

链接行为中,如果初次上传的作品是未经著作权人许可的,也就是违法作品上传的问题,可以将链接平台视为诱发“直接侵权行为”大量发生的中介;而如果初次上传的作品是经过著作权人许可的,也就是合法作品的上传问题,本质上是扩大私人用户合法利用作品现实范围的行为,因为链接平台能够将分散于网络中的内容集中在一起。对最终用户而言,可以一次性浏览所有需要的信息,而无须漫无目的地搜索所需信息。

对于前者,将设链平台纳入诱发“直接侵权行为”大量发生的中介是有一定道理的。例如有学者指出:“现在,中国很多知名网络服务商不希望直接从事盗版侵权活动,但是依然抵挡不住变相盗版的诱惑。于是,它们与一些无名网站甚至个人合作,由后者冒险提供盗版作品内容,前者提供加框链接。”<sup>[17]</sup>因此对于违法作品的设链行为通过一定要件的设置使其承担著作权法上的责任追究还是存在合理性的。但是对于后者,则要考虑链接平台到底创造了何种服务,是否属于在时间、空间、载体、精度等角度扩展了最终用户在合法范围内实施行为的自由。对于信息源的初次传播来说,虽然实现了传播可能性,产生任意私人用户可以跨越时间、空间与载体利用作品的可能性就纳入了向公众传播权的范围,但是并不意味着任意公众都实际享受了作品。互联网创造了随时随地地互联互通,但也由于信息的海量性,使得私人用户目不暇接,还没来得及关注某一内容,就湮没于信息的汪洋大海。对于合法作品的链接平台仅仅是依据其甄别与编辑重新将可能被湮没的著作权内容呈现在了最终用户面前,因此将其分类于仅仅扩大了私人用户合法利用作品行为的范围的范畴是较为合理的。

## (三)网络链接行为中“规制焦点”的识别

“规制焦点”概念是著作权法体系上的重要概念。从著作权法的宗旨来看,建立一种与作品的使用价值相对应的对价回流机制应该是最为恰当的,也就是利用者每享受一次作品中的创作性表达,就实现了人类在科学、艺术、文化等领域的愉悦,因此就应该征收一次对价。但事实上,对于浩瀚的利用行为的每次计价都面临着交易成本过高,监视成本过大的现实,即使设计出了按次计价的制度,也会因为无力执行而形同具文。另一方面,针对利用者每次利用的监控也干预了其私人世界,侵犯了必须划定的私人自由空间。因此著作权法从建立之初就只针对一部分使用行为设置排他权。这种经过挑选的“一部分使用行为”往往是最具有规制效果的“焦点”,可以实现低成本使著作权人获得相应收益,并维持私人用户的自由空间。

仅以复制权为例,在著作权制度诞生伊始,由于复制技术尚未普及,真正可以从事复制的主体仅仅是少数具有投资复制设备能力的主体,因此只需要针对这些主体从事的复制行为征收对价,就可以实现著作权法的功能,所以早期著作权法在功能上等同于针对出版行业的版权法。“复制权”就是“规制焦点”。随着复制技术的普及,一般最终用户也可以轻易地实现模拟复制或数字化复制。诚然,单

[16] 这一区分是笔者在借鉴和综合了已有研究(参见[日]前田健:《著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察》,载《知的財産法政策学研究》2012年第40号)后,独立提出的划分标准,笔者认为这一划分很具有解释力,但似乎未在学界产生反响。参见张鹏:《网络著作权侵权中“直接侵权主体”判断的规范构成——以“私人复制例外”的合法范围确定为中心》,载《华东政法大学学报》2016年第1期。

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

个最终用户家庭内私人复制行为由于对著作权人造成的损害轻微,且考虑到权利行使成本极高等市场失败现象,一般均承认个人用户在私人领域的复制自由,但是针对提供复制设备的主体导入了补偿金制度,因此“补偿金”就成为了新的“规制焦点”。上述例子在著作权法的发展过程中不胜枚举,可以说一部著作权法的发展就是伴随着因应技术变革,识别和调整“规制焦点”的过程。

如果具体到网络链接行为的“规制焦点”识别上来的话,首先需要识别网络链接所涉及的具体利益。链接行为在促进享受作品的可能性向实际享受与否转换的过程中,实现了一系列独立的经济利益。著作权人(或其许可的平台)与链接行为主体之间的利益纠纷的本质就在于对可能性与实际效果之间商业利益的争夺。这一利益就是法律所应调整的对象,而调整它的政策工具就是“规制焦点”。

尽管没有明确“规制焦点”这一概念,但立法论者和解释论者都提出了其“规制焦点”。前者以“作品创作性表达的实质呈现”为“规制焦点”,只要创造了实质呈现作品的本质性表达的可能性,进行呈现的主体就是著作权排他权项下应该规制行为的实施主体。对于这一“规制焦点”的缺陷,前文已经谈到“实质呈现”是任何著作权侵权的必要要件,它并不能体现不同传播行为的本质区别;针对初次信息源的实质呈现性质的链接如果都纳入著作权人的排他权范围内的话,不利于不同利益诉求的权利人的分化,也无法对违法上传的作品和合法上传的作品实施的链接行为起到实际的区别。此外,立法论者提供的“著作权限制与例外”并不是一个恰当的“规制焦点”,因为它的存在是一个权利人“选择退出”与利用者“选择进入”的过程。在赋予著作权人类似“设链权”的权利之后,任意权利人都具有了主张权利的尚方宝剑,而“著作权限制与例外”很难针对占大多数的普遍主体作出例外规定,也无力依据某一要件对普遍主体进行区分。至少限制与例外要件在权利人一端是完全无法实现针对权利人的不同利益诉求创设要件的。而在设链主体一端以“营利性/非营利性”区分设链主体可能是一个可以尝试的手段,<sup>[18]</sup>但是即使提出这一主张的学者也承认这一建议仅是描述著作权法未来形象的设想,可能远没有达到能够实现的技术与社会环境。

而解释论者则提供了一系列明确的“规制焦点”,具体包括:“传播源”“技术保护措施”“主观的过错(过失/故意)”和“竞争利益与诉之利益”。<sup>[19]</sup>首先,“服务器标准”实际上也是对“信息源”的另一种表达。所谓“皮之不存、毛将焉附”,如果删除服务器上的信息源,链接也不能实现“作品的实质性呈现的话”,那么就不是著作权法意义上的传播行为;如果链接上还可以实质性呈现的话,那么它就是在以自身为主体从事著作权法意义上的传播行为。因此以王迁教授为代表的一些学者提出的“信息源”概念摒弃了一切技术细节,抽象出了传播行为的本质特征。这一本质特征不仅适用于各种形式的网络链接,也涵盖了其他形式的可以跨越时际、区际与载体的交互性传播行为。另一方面,对于网络传播行为来说,著作权人最为重要的,可以低成本实现控制的手段就是决定是否将作品上网。因此解释论者将初次向公众传播,并使公众具有跨越时间、空间与载体而享受作品创作性表达可能性的行为列为“规制焦点”。因为其中包含了权利人的“选择进入”,“初次”也成了界分直接行为与间接行为的唯一标准。其次,以“技术保护措施”为代表的自力救济手段是一个明确的“规制焦点”,其中也包含了权利人的“选择进入”。他人破坏技术措施的行为可以纳入著作权法、反不正当竞争法甚至刑法的规制之中。再次,主观的过错(过失/故意)是另一个“规制焦点”,对于违法上传他人作品的链接行为(不管是普通链接,还是实质呈现了作品创作性表达的聚合链接)都依据民法共同侵权责任/间

[18] Jessica Litman, “Real Copyright Reform” 96 *Iowa L. Rev.* 1, 18 (2010).

[19] 王迁:《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》,载《法学》2016年第10期。

接侵权责任的判断标准予以衡量,使得著作权间接行为的违法性基础只能来源于间接行为人对于直接行为违法性的主观认识程度。最后,强烈要求权利保护的主体可以主张非著作权利益的侵害,这需要描述竞争秩序中的损害或者债权等相对权中的损害。

#### (四) 规制网络链接行为的妥当手段

笔者对规制网络链接行为手段的理解还是寓于网络链接作为平台活动的类型化之上。其中对平台可能大量诱发的违法上传行为,要给予最为严厉的打击;同时要维护平台所从事的行为仅仅扩大了私人用户合法利用作品行为的范围。对于违法作品的上传来说,在中国语境下,无法实现对“初次信息源”的违法传播进行震慑的情况下,对具有“管理与收益”要件的链接主体可以拟制成为直接传播行为主体,并将其作为具有区别性的“规制焦点”。也就是在违法上传作品的情况下,如果设链平台实质性呈现了作品的创作性表达的话,笔者在手段上认同立法论者的结论,也就是认定链接行为就构成直接侵权行为。但是在论据上,通过著作权侵权要件中实质性相似(立法论者所持“实质呈现标准”)来区分一般链接(如仅仅在自己的平台上呈现了违法作品的网址)与聚合链接(如在自己的平台上呈现了违法作品本身),对于前者只可能追究著作权间接侵权责任,对于后者可以通过将聚合平台主体“拟制”为传播主体从而追究著作权直接侵权责任。事实上,若想将链接行为纳入传播行为范围之内,对于提供链接平台的主体只能是通过“拟制”的方式认为构成直接传播行为主体。这种“拟制”的手法被各国司法实践较为积极地采用。即由于服务提供商的商业实践深度参与了“直接行为人”的复制行为,因此在满足一定要件的前提下,比较法上不少实践通过扩张解释“直接行为主体”的范围,将朴素的物理意义上“直接行为主体”判断,即何者在物理意义上亲自实施作品的创作性表达的重现,扩张到经济价值或社会通识意义上的判断,即何者可以拟制为直接行为人。将物理意义上或自然属性上非直接行为主体的间接行为人拟制为直接行为主体,可以避免由于物理意义上的直接行为主体构成私人复制例外免责的困境。对于“直接行为主体”进行扩大性拟制的手法是解决上述问题的较为朴素的想法,而且也在比较法上被普遍使用,其区别只在于拟制的程度上。从比较法上看,日本通过“卡拉ok”法理全面拟制性的运用判断“直接侵权主体”,<sup>[20]</sup>而德国则是在维持以物理意义判断“直接行为主体”的原则下拟制了例外性质的“直接行为主体”。<sup>[21]</sup>此外,违法作品的上传本身就不能够实现划分不同保护诉求权利人的功能,因此令设链平台针对实质呈现了作品创作性表达的链接行为承担直接侵权责任也不会打破权利意识分化带来的益处。

而在我国背景下这种解释还有利于民刑事针对链接行为判断上的统一。在刑法上对于链接行为的评价不能脱离著作权法中所规定的权利范围而单独设置规范。当然刑法所规制的行为在范围上可以小于著作权法所规制的范围,也就是说刑法具有一定的谦抑性,仅在最能够发挥刑法预防和抑制侵权行为发生的范围内设置才能最合理地运用资源。因此前文所述将链接行为纳入侵犯著作权罪正犯处罚的实践也可以解释为仅承认了实质呈现作品形式对于违法作品的深度链接行为构成“通过信息网络向公众传播”行为。在违法上传作品的情况下,如果设链平台实质性呈现了作品的创作性表达的话,笔者认同认定链接行为就构成直接侵权行为。这样的话并不会出现著作权法尚未规制的行为却

[20] 有关日本“卡拉ok”法理的详尽介绍请参考李扬:《日本著作权间接侵害的典型案列、学说及其评析》,载《法学家》2010年第6期。

[21] 参见[日]横山久芳:《ドイツ著作権法における間接侵害の規律のあり方》,载高林龍:《知的財産法の国際交错》,日本評論社2012年版,第135页。

被纳入刑法规制的现象;刑法上对于实质呈现违法上传作品的链接行为的规制具有实效性,而这种行为在诱发侵权行为发生的恶性上也远高于独立上传的单个主体。正是因为链接平台的存在导致了侵权效果的集聚,并在其对热播影视作品等以设置榜单、目录、索引、描述性段落、内容简介等方式进行推荐等行为下更加便利了他人接触侵权作品。这样将此类行为纳入刑法规制范围之内并不违反罪责刑相适应的原则。尽管笔者主张将实质呈现作品形式对于违法作品的深度链接行为纳入“通过信息网络向公众传播”行为,但不意味着对于实质呈现性质链接他人合法作品初次上传的行为也应该纳入刑法规制范围之内。也就是在著作权法上对著作权人自身或许可他人实施的合法作品上传,链接平台仅仅起到了由浏览可能性到浏览现实性的中介工作,属于扩张最终用户私人利用合法范围的行为,不应一律拟制为直接传播行为主体,在刑法上也应该将其出罪。这样出罪与入罪的标准就在于对于被链主体上传的作品是否是著作权人自身或许可他人实施的合法作品上传,这一要件的认定则显得尤为重要。只能够通过著作权人或者许可的平台在举证存在诉之利益或竞争利益的基础上,通过反不正当竞争法,或民法上的第三人侵害债权来实现利益的回流。而背后更为重要的理由就在于上文宏观论旨所提及的:这一做法有利于维护权利人间的自然分化,降低平台运营的成本,从而维持宽容性使用带来的促进文化传播的益处。

笔者的上述规制手段选择,如果采取类比说明的话,可能是将初次传播行为与设链行为的权利关系,类比为了复制权、发行权与发行权一次用尽的关系。众所周知,在著作权人自身或许可他人制作并转让作品有形复制件后,该复制件之后的流通过程发行权均用尽,著作权人不得再主张排他权。但是对未经著作权人许可的作品复制件发行行为,则发行权在违法作品的流转过程中并不用尽。对于合法作品复制件和违法作品复制件的区别对待,正如同笔者在解释设链行为的规制手段一样,对于违法上传的作品的实质呈现性质的设链行为赋予著作权人类似“发行权”的排他权;而对于合法上传的作品则使著作权人的排他权“用尽”。当然立法论者可能提出反驳意见,从规范上看,即使对于合法作品复制件的流通也并不在任何情况下都用尽。例如出租权就再次赋予了著作权人针对某些作品再流通环节的使用排他权。那么为什么不能够相类似地对合法上传作品的设链行为给予排他权呢?

事实上,围绕“复制权”与“向公众传播权”两大法定利用行为支柱的规范设计背后也存在一种本质性的思维。以“发行权用尽”为例,之所以产生这种制度,就是因为著作权人在第一次使他人获取复制件过程中已经获得了收益,而这种收益得以确定的前提是著作权人估计今后同一部复制件在流通过程中对作品创作性表达的享受幅度也不会过多地超过平均次数与范围。当有一种行为使得对于复制件在流通环节的利用超出了著作权人在第一次许可时所预计的前提时,那么著作权人可能就会选择提高第一次许可的对价,这使得对作品利用频度较低的主体无力承受获得复制件的负担,进而无法享受作品的创作性表达。因此立法才通过对高频度利用主体与行为,特别是超出了著作权人第一次许可时预计的频度的行为设置排他权。出租行为就是这种行为的典型,出租店铺只需购买一次复制件,就可以利用这一份复制件反复商业性扩张享受作品创作性表达的受众范围,这与一份复制件流转 to 二级市场交易的情况相比,极大地超出了著作权人第一次许可时预计的频度。

如果以上思维探讨“向公众传播权”的话,除非初次上传的平台可以通过有效的技术保护措施实现最终用户针对每一次享受作品创作性表达而支付一笔对价,否则著作权人在许可其作品初次上网时可以预期的许可收益,可能也是一笔“糊涂账”。对于这笔“糊涂账”,权利保护意识强烈的主体可能斤斤计较穷尽一切利益回流手段(如以点击量计费的广告收入),而对自身权利漠不关心的主体则可能分文不取。正是因为现实中对这笔“糊涂账”看法的千差万别,商业模式的五花八门,因此法

律很难创设一种排他权将其区分开来,而只能采取“全有或全无”的模式。相比来说,在作品有形复制件的流转中,拥有作品的著作权人在利益诉求上基本是一致的,分化的严重性并不强烈,且作品使用的平均频度和范围是可以观测到的。更为重要的是可以依据行为所面对的市场不同而低成本划定排他权的作用范围(二级市场还是出租市场)。因此对于合法上传作品在实质呈现作品创作性表达上设置类似“出租权”的排他权项并不合理。

#### 四、结语

互联网作为一个开放的平台,每天有数以亿计的信息往来其间,而最终用户之所以能够自由且便捷地获取这些信息,一则有赖于搜索引擎平台的存在,二则有赖于网络链接平台的助力。利用者在享受链接技术带来的精确获取信息便捷的同时,不可否认著作权人的利益也面临着前所未有的侵害风险。在这一背景下,权利人试图再次取得排他权从而将网络链接行为所获取的收益纳入自身对价回流的范围之内的做法,也就不难理解了。

一方面,对链接平台可能造成的诱导违法作品大量上传的现象,法律赋予权利人类似“设链权”的做法无可非议;另一方面,如果包括合法上传作品在内全面地赋予权利人这一排他权的话,可能破坏网络环境下由于宽容性使用现象的存在而自发产生的分化权利人不同权利诉求的功能。对此笔者提出应该从网络链接行为的本质入手,区分网络链接平台的不同类型,对违法作品的设链,且实质呈现了该作品的创作性表达的,应将深度参与作品筛选并从中获取利益的链接平台服务商拟制为“直接行为主体”,追究其著作权“直接”侵权责任。而对于合法作品的设链行为只能依据其他可以区别的“规制焦点”予以规制。只有这样才能在区分设链平台可能起到的“提供技术性便利”与“助长盗版行为泛滥”两种功能的基础上,找到平衡著作权人利益与公众享受技术进步便利的连接点。

(责任编辑:肖崇俊)