

【知识产权法】

# 论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制

王 迁

**【摘要】**某些“深层链接”可导致在不发生网页跳转的情况下,在设链网页展示被链作品,由此引发了提供“深层链接”是否构成“信息网络传播行为”的争论。任何著作权法意义上的传播行为都应当形成“传播源”,使作品从该“传播源”向公众传送。“深层链接”通常只是为用户提供了从同一“传播源”获得作品的不同途径,并未形成新的“传播源”,因此不构成“信息网络传播行为”。对于破解其他网站的技术措施并相应地提供“深层链接”的行为,著作权法中禁止规避技术措施的条款可进行规制。该方法不仅能够有效遏制利用“深层链接”损害著作权人与被许可人利益的不当行为,而且可以避免将提供“深层链接”认定为“信息网络传播行为”对正当行为的误伤,从而实现利益平衡。

**【关键词】**深层链接;实质呈现标准;传播源;技术措施;行为定性

**【作者简介】**王迁,华东政法大学。

**【原文出处】**《法学》(沪),2016.10.23~39

**【基金项目】**本文为国家社科基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(批准号:14ZDC020)的阶段性成果。

## 一、问题的缘起

互联网在技术和商业模式方面的发展给著作权法带来了持续的挑战,其中讨论时间最长、争议最大、形式不断翻新的问题就是对提供链接行为的法律定性。<sup>①</sup>

众所周知,链接(又称“超文本链接”)是互联网的核心要素。<sup>②</sup>在互联网中,包括网页与文档、图片和音视频等媒体格式文件在内的任何资源都有各自的网络地址,链接可以使用户便捷地从其所在网页访问其他网页或媒体格式文件,从而将网络中相互独立和分散的资源连结在一起,实现互联互通。对于链接而言,无论指向的是网站首页还是其中的次级网页或者媒体格式文件,其作用都是指示浏览器访问某特定网络地址。网站为使用户能够迅速找到其

内部不同次级网页中的内容,可以提供“站内链接”,引导用户在首页、次级网页和媒体格式文件中查询。对于用于访问他人网站的链接而言,指向他人网站首页,能够引导浏览器跳转至该首页,完整显示其内容及其网络地址的链接被称为“普通链接”或“浅层链接”,不指向网站首页,而是指向网站构架中更为深层次的网页(“次级网页”)或媒体格式文件的链接则被称为“深层链接”或“深度链接”。<sup>③</sup>在链接的分类上,“深层链接”还可能与“加框链接”和“埋设链接”发生交叉。“加框链接”是指将链接与“加框”技术相结合,在用户点击链接之后,其效果如同开了一个天窗的设链网页覆盖在被链网页之上,只将其中有价值的部分在天窗中显露出来;“埋设链接”是指一旦用户进入设链网页,设链网页就自动依据其中的链接展示被链内容,无需用户点击任何链接。<sup>④</sup>虽

然“加框链接”与“埋设链接”可以指向其他网站的首页,但两者在绝大多数情况下都指向其他网站中的次级网页或媒体格式文件,也属于“深层链接”。为表述简洁,下文仍以“深层链接”一词概括除“普通链接”之外的上述链接形态。

不同类型的链接引发了不同的著作权问题。“普通链接”被视为互联网中的常态,<sup>⑤</sup>并未引发争议。指向他人网站中次级网页的“深层链接”由于未将用户引导至载有广告的首页,曾引起被链网站(通常载有作品)经营者(通常是作品的权利人或被许可人)的不满。<sup>⑥</sup>但这类链接毕竟会使用户的浏览器跳转至被链网页并完整显示其内容及网络地址,在次级网页也普遍登载广告的当下其已逐渐获得认可。相反,在“深层链接”指向以媒体格式文件形式存在的各类作品的情况下,对被链作品的展示、播放和下载由于表面上并未离开设链网页,同时此类链接也往往不以网络地址的原始形式出现,而仅仅使用了作品名称、图标等文字或图形信息,使人无从知晓信息背后是一个指向其他网站中媒体格式文件的链接,由此造成不少用户误认为被链作品来自设链网站。<sup>⑦</sup>

我国《著作权法》第10条第1款第12项所规定的“信息网络传播权”是指“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”。上述“深层链接”给人的直观印象就是设链者“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”(以下称为“信息网络传播行为”)。因此,提供此类“深层链接”是否等同于直接将作品置于服务器中传播,即是否可能构成对信息网络传播权的直接侵权自始即引发了争议。<sup>⑧</sup>

在我国互联网发展的早期,网站经营者的著作权意识比较淡薄,未经许可将作品置于网站服务器中传播的现象相当普遍。因此,当时有关“深层链接”的著作权纠纷,主要涉及对其他网站中未经许可传播的作品提供链接。对此,未经许可传播作品的被链网站经营者自然不会提起诉讼,而涉案作品的权利人起诉的理由通常为链接提供者未经许可传播

作品,即认为对在其他网站中传播的作品提供“深层链接”与将作品置于自己控制的服务器中传播无异。<sup>⑨</sup>其时正值我国《信息网络传播权保护条例》的起草和颁布,由于该《条例》第23条借鉴了《美国千禧年数字版权法》为搜索与链接服务提供者规定的“避风港”规则,引入了间接侵权理念,将提供链接服务所可能导致的侵权行为规定为共同侵权,而非直接侵权,因此,多数法院认为,基于故意或重大过失对侵权作品提供“深层链接”构成间接侵权。<sup>⑩</sup>虽然追究链接提供者的间接侵权责任需要以证明存在直接侵权为前提,以及需要证明链接提供者具有过错,即知道或有合理理由知道被链作品属于未经许可传播,这与将提供“深层链接”定性为“信息网络传播行为”并追究链接提供者的直接侵权责任相比,对权利人举证责任的要求更高,但是由于当时被链接的电影、音乐等作品大都未经许可传播,直接侵权的情形显而易见,而且许多链接提供者为了追求良好的用户体验,所提供的链接大都以作品名称形式出现,并对明显未经许可传播的热门作品进行了推荐、排序等编辑处理,其促进侵权作品传播的主观过错十分明显,<sup>⑪</sup>认定提供“深层链接”构成间接侵权并不困难。间接侵权者与直接侵权者作为共同侵权者承担连带责任,权利人所获得的损害赔偿也并不因此而打折扣,所以多数法院未将提供“深层链接”定性为“信息网络传播行为”并不会影响权利人的利益。

然而,随着互联网内容提供者著作权意识的提高、商业模式的发展以及国家对侵权行为日趋严厉的打击,越来越多的网站都取得了著作权人对传播作品的许可。与此同时,以“深层链接”为基础的网络技术和商业模式也在更新,出现了“聚合”服务,如视频聚合、音乐聚合和新闻聚合等。所谓“聚合”,是指对在他人网站服务器中存储和传播的大量作品提供以作品名称形式出现的“深层链接”,并进行分类和排序。用户在点击作品名称(背后是“深层链接”)之后,通常在不脱离设链网页的情况下就可欣赏被链作品。

被链作品所在的网站在取得作品权利人的许可时,因受经济实力及权利人许可意愿等因素的限制,

不可能就某一领域中所有热门作品都获得许可,同时往往要求用户付费。而通过“深层链接”进行“聚合”,几乎可以将某一领域中分散于诸多网站中的热门作品全部汇集在一起,且使得用户能够便利地进行检索和免费欣赏。这就使“聚合”服务俨然成为欣赏海量作品的入口,对用户的吸引力更大。通过放置广告等方式,“聚合”服务提供者从中获得经济利益的事实也自不待言。未经许可的“聚合”服务对作品权利人和经其许可传播作品的网站经营者都会造成损害。首先,“聚合”服务提供者经常会先规避网站中注册用户的身份验证措施,再提供“深层链接”,使原本需要付费才能阅读或欣赏的作品可以通过“深层链接”被用户免费获得,这使被链作品的经营者无法再向用户收取费用,著作权人也因此丧失分成收益。其次,由于“深层链接”指向的是以媒体格式文件形式存在的作品本身,用户在点击之后,并不会进入载有被链作品所在网站商业标志和广告的网页,而是可直接欣赏作品。这就使用户误认为作品来源于“聚合”服务提供者,由此导致了作品来源的混淆并降低了被链作品所在网站的广告收入。最后,由于“聚合”服务在与已获许可传播相同作品的网站的竞争中具有上述竞争优势,这会进一步减少著作权人向这些网站授予许可的机会并降低其许可费收入。

在被链作品在其网站中的传播已获许可的情况下,并不存在直接侵权,“聚合”服务自然不可能构成间接侵权。对著作权人和已取得专有许可的网站经营者而言,在著作权法中规制“聚合”服务的最佳方法,就是将提供“深层链接”的行为界定为受信息网络传播权规制的“信息网络传播行为”。由于上述“聚合”服务损人利己的事实显而易见,司法实践中出现了将提供“深层链接”的行为界定为“信息网络传播行为”的倾向,<sup>⑩</sup>部分学者也提出了支持该做法的理由。

在著作权法中,对提供“深层链接”行为的定性是一个涉及互联网发展和利益平衡的重大问题。若提供“深层链接”构成受信息网络传播权规制的“信息网络传播行为”,那么不仅未经许可的“聚合”服

务,而且几乎所有基于“深层链接”的行为和商业模式(几乎都未经许可)都将被认定为侵害信息网络传播权。本文在分析国内学界将提供“深层链接”定性为“信息网络传播行为”的两种标准的基础上提出判断一种行为是否构成传播行为的理论,据此论证绝大多数提供“深层链接”的行为并不构成传播行为,自然也就不构成“信息网络传播行为”,最终觅得对提供“深层链接”行为进行著作权法规制的途径。

## 二、“用户感知标准”和“实质呈现标准”之辨

近期,在国内司法界和学术界产生较大影响的将提供“深层链接”定性为“信息网络传播行为”的两种观点是“用户感知标准”和“实质呈现标准”。实际上,两者在本质上是相同的,只是侧重点不同。前者认为,如果“深层链接”会使用户在不离开设链网页的情况下欣赏被链内容,导致“从用户感知的角度,会以为是设链网站在提供该作品”,<sup>⑪</sup>就应当认定链接提供者实施了“信息网络传播行为”。<sup>⑫</sup>后者则认为,此类链接“实质性地改变了作品呈现方式,损害著作权人的利益”,就算“设链者以合理方式提示作品地址信息,可能可以消除用户的误解”,但由于“设链者控制的用户界面实质呈现他人作品”,“将他人作品作为自己网页或客户端的一部分向用户展示,使用户无需访问被设链的网站”,“设链者就应当被视为作品的提供者”。<sup>⑬</sup>由此可见,两者都认为提供链接使用户点击后能在设链网页中展示作品的行为属于“信息网络传播行为”,差异仅在于前者强调用户的主观感受,即用户会误认为被链作品来源于链接提供者,后者则强调客观效果,即实质呈现了被链作品。<sup>⑭</sup>

笔者认为,将“用户感知标准”和“实质呈现标准”作为推定“信息网络传播行为”的方法是合适的。这是因为经营者将作品直接置于服务器中传播,与对他人网站中的作品提供“深层链接”,在许多情况下其在获得作品的外在表现和用户体验方面并无二致。权利人和法院也很难判断相关经营者究竟实施了何种行为。从举证责任分配的角度,可以推定该经营者将涉案作品置于自己的服务器中传播,

如果其以仅提供“深层链接”为由进行抗辩,则应承担举证责任。<sup>⑩</sup>由此,“用户感知标准”和“实质呈现标准”就可成为分配举证责任的合理依据。

但是,将“用户感知标准”与“实质呈现标准”用于判断“深层链接”是否构成“信息网络传播行为”并不恰当。是否实施了受专有权利控制的行为,如复制、发行和网络传播等,应当以客观事实为依据。外部表现当然可用于推定客观事实,但如果外部表现与客观事实存在差异且客观事实可以查明,当然应以客观事实为准。“用户感知标准”以用户的感知作为界定行为性质的依据,不符合行为评价的客观准则。“实质呈现标准”表面上强调行为的客观性,但其中的“实质”并不是指提供“深层链接”的行为与公认的“信息网络传播行为”(即将作品置于服务器中供用户获得)在行为方式上具有同一性,而是强调提供“深层链接”的效果是展示作品的内容。对于设置了众多专有权利,且必须在鼓励创作与促进传播之间维系精妙平衡的著作权法而言,在受专有权利规制的行为中区分此行为与彼行为,以及区分受专有权利规制的行为与不受专有权利规制的行为,恰恰必须考虑实施行为的方式与手段,而不能仅仅以效果为依据。这是因为使用不同方式或手段利用作品,即使可能实现类似甚至相同的效果,对利益平衡的影响往往也有区别,著作权法给予权利人的控制力就可能有所不同。如销售正版音乐CD与提供相同音乐下载的效果相差无几,即都能使消费者获得作品复制件,但前者属于“发行”,可以适用“发行权用尽”,即权利人无权制止二手CD的公开销售;后者属于“信息网络传播行为”,不存在权利用尽,权利人可制止用户将其下载的音频文件重新上传至网络。这两种效果类似的行为在著作权法中存在不同定性,说明在著作权法中,行为的实施方式或手段对于行为的定性可能具有实质性影响。

更为重要的是,“实质呈现标准”难以对提供“深层链接”所导致的定性差异作出合理解释。“实质呈现标准”主要是为了解决“视频聚合”等“聚合”类服务损害著作权人和被许可人利益的问题。<sup>⑪</sup>引本文开篇就陈述了各类以“深层链接”为基础的“聚合”服

务导致的利益失衡情形,对其进行法律规制的必要性是毋庸置疑的。但是,著作权法对行为的定性应具有普适性,即对同类行为应给予相同评价,不能仅因其中某一行为具有特殊效果而区别对待。试举一例,假设某音乐网站首页的网络地址为“www.abc.com”,次级网页的网络地址为“www.abc.com/music”,其中一首歌曲的网络地址为“www.abc.com/music/song.mp3”。根据“实质呈现标准”,另一网站贴出“www.abc.com”的链接,当然不构成“信息网络传播行为”。如其贴出“www.abc.com/music”的链接,虽然在技术上属于提供“深层链接”,因为它并不指向他人网站的首页,但由于在用户点击之后会发生网页跳转,用户的浏览器会完整显示被链网页及其网络地址,该行为也不属于“信息网络传播行为”。<sup>⑫</sup>但该网站贴出“www.abc.com/music/song.mp3”就构成“信息网络传播行为”,因为该链接直接指向以媒体格式文件形式存在的音乐作品,在用户点击之后,被链歌曲所在的服务器将自动作出回应,启动该首歌曲音频文件向用户计算机的传输过程,用户可以不离开设链网页而欣赏该首歌曲。在上述三种情形下,链接提供者实施的行为是相同的,都是贴出了一个网络地址。但依“实质呈现标准”,对三者的评价截然不同。这说明该标准对“信息网络传播行为”的定性依据并不是行为本身的特征,而是行为的效果。

正是由于“实质呈现标准”以效果而非行为特征为依据对提供链接行为进行定性,它无法精准地将打击范围限于那些触及业界道德底线并损害著作权人与被许可人利益的不当行为。相反,它会导致所有对作品提供“深层链接”的行为都被界定为“信息网络传播行为”,在事实上形成针对此类“深层链接”的“设链权”,这将不可避免地误伤许多正当行为并损害未来的互联网创新。例如,在博客的评论文章中嵌入对他人文章的链接,使用户可以点击链接阅读被链文章,这已成为博客的生态。假如文章以word文件形式存在,有自己独立的网络地址如“www.abc.com/paper.doc”,根据“实质呈现标准”,博主嵌入该链接的行为“实质性地改变了作品呈现方式”,属于“将他人作品作为自己网页或客户端的一部分向

用户展示,使用户无需访问被设链的网站”,<sup>⑩</sup>且因未经许可提供链接,其行为构成侵权。<sup>⑪</sup>在微信朋友圈中的“转发”在许多情况下也属于提供指向特定内容的链接,这些链接并不会导致网页跳转并引导用户访问被链内容所在的网页。若认为该行为因“实质呈现”被链内容而构成“信息网络传播行为”,则社交媒体将受到极大影响。基于同样道理,讲授某一课程的教师要求学生阅读他人论文,并在自己的教学网站上将他人论文 word 文件的网络地址列出,使学生在点击后就可直接在线阅读,则依“实质呈现标准”,该名老师的行为将构成侵权。<sup>⑫</sup>提供对媒体格式文件的“深层链接”将由此成为行为的禁区。

“实质呈现标准”的倡导者可能也意识到了该标准会损及上述正当行为,为此提出了两种解决方案。第一种方案是缩小“实质呈现标准”的适用范围,认为提供“.mp3、.doc、.pdf、.gif等格式的文件URL地址后,点击后通常就是直接的下载提示或简陋的访问页面。……此类深度链接实际上并非本文所说的加框链接或聚合链接”。<sup>⑬</sup>这意味着对于仅提供一部电影的网络地址的行为,由于其访问页面较为“简陋”,并不构成“信息网络传播行为”。但只要附加其他行为,包括将可点击的对象变成电影海报照片(背后是电影的网络地址)并进行编辑与整理,使访问页面变得“华丽”,同时设置媒体播放程序,<sup>⑭</sup>就可以构成“信息网络传播行为”。“实质呈现标准”的倡导者对此特别强调,“导致聚合平台的设链者角色变化的,并非‘设链行为’本身,而是其控制网页或客户端、对外宣示控制者身份并对第三方提供的信息数据进行加工呈现等一系列行为。”<sup>⑮</sup>这等于认为提供链接是否构成“信息网络传播行为”并不取决于其自身的特征,而是取决于其他行为。

任何著作权专有权利都必须以特定行为作为规制对象,而且对这些行为必须进行类型化,归纳出其构成要件,使专有权利可对同一类行为具有普适性,这样才能使公众了解专有权利的界限,避免未经许可实施受专有权利规制的行为。对含有链接的访问页面进行华丽设计,对链接进行加工整理,以及宣示自己是作品提供者等并不是引发作品传播的行为,

将它们作为认定“信息网络传播行为”的依据,就无法实现“信息网络传播行为”的类型化,也难以在此行为与彼行为之间划出清楚的界限。对提供链接的行为,著作权法应当给予其独立的评价。无论链接提供者实施了何种其他行为,都不应改变对提供链接行为本身的定性。这正如在判断某行为是否构成“表演”时,不能以行为人穿了何种衣服,观众是否发笑,声音是原声还是配音作为依据。

为减轻“实质呈现标准”不利影响所提出的第二种方案,是认定部分提供“深层链接”的行为构成合理使用。“某些网络多媒体作品的创作和呈现……(通过不发生网页跳转的链接)引用源自世界各地的第三方网站的文字、图片、声音、视频等作品,使之融为一体,成为一个新的多媒体作品……就非常接近传统著作权法所说的介绍和评论目的的使用。”该种方案同时还要求在分析链接行为合理性时考虑作品的类型,“关于视频作品的分析结论并不一定适用于图片、MP3 音乐作品等”。<sup>⑯</sup>代表作者群体的“国际文学与艺术协会”(简称 ALAI)也持类似观点,其认为一方面可认定提供“深层链接”构成“信息网络传播行为”,另一方面可适用“转载政治、经济、宗教问题的时事性文章”以及“适当引用”的限制与例外,使部分此类链接提供者免责。<sup>⑰</sup>然而,提供“深层链接”往往并不是为了“在(自己创作的)作品中”对他人作品进行“引用”,以介绍、评论或说明某一问题,<sup>⑱</sup>而是为了使用户快速定位他人作品,而且即使为了介绍、评论或说明而“引用”,“引用”的量也必须适当。对他人完整作品的传播,除非与介绍、评价或说明的需要相适应,否则很难被认定为合理使用。<sup>⑲</sup>将他人作品作为创作素材聚合到自己作品中,而不是将他人作品作为介绍、评论的对象使用,就难以构成合理使用。至于“转载政治、经济、宗教问题的时事性文章”的合理使用,由于其受到作品类型的限制,更难以成为消除“实质呈现标准”负面影响的主要手段。只要认定提供“深层链接”构成“信息网络传播行为”,则该行为与直接将作品上传至网络服务器中予以传播无异,难以构成合理使用,这与被链作品是电影作品还是摄影、美术或音乐作品无关。因为无论是前述最

高人民法院有关合理使用的司法政策,还是该政策的主要参照依据即《美国版权法》,都只要求考虑“被使用作品的性质”,即被使用的作品是具备高度创造性的作品,还是基于大量客观事实的作品,由于前者应受到较高等度的保护,因此对其未经许可的使用被认定为合理使用的可能性相对较小。<sup>③</sup>

由此可见,根据“实质呈现标准”,用户点击链接后只要在设链网页中呈现了被链作品,则提供相关链接的行为都将构成“信息网络传播行为”,其中只有极少数可能属于合理使用。这就意味着当作品以媒体格式文件形式在网站上向公众传播时,任何未经许可在其他网站中公布该媒体格式文件网络地址的行为即提供“深层链接”的行为,几乎都将构成对信息网络传播权的侵权。“实质呈现标准”的打击对象将超出“视频聚合”服务的范围,而扩大至其他正当行为和商业模式。

### 三、传播行为应以客观形成“传播源”为构成要件

我国《著作权法》规定的“信息网络传播权”源于《世界知识产权组织版权条约》第8条规定的“向公众传播权”,后者规定:“文学和艺术作品的作者应享有专有权,以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播,包括将其作品向公众提供,使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品。”显然,“包括”之前规定的是广义的“向公众传播权”,可规制任何“向公众传播行为”;“包括”之后规定的是其中的子权利,在国际上通常被称为“提供权”,用以规制交互式传播行为,<sup>④</sup>即本文所称的“信息网络传播行为”。由于该项子权利的内容与“信息网络传播权”一致,下文在提及国外立法或判例时,仍将其称为“信息网络传播权”。由于“信息网络传播行为”也是一种“向公众传播行为”,要判断提供“深层链接”是否构成“信息网络传播行为”,首先需要判断其是否属于传播行为。国际条约和我国《著作权法》虽然规定了各类传播权,但未对相关传播行为的共性予以规定,可这并不妨碍从对各类传播权的定义及相关权威解释中归纳、总结出传播行为的共性,并用于

对提供“深层链接”行为的定性。

#### (一)传统传播权中隐含了对“传播源”的要求

在《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》中,“向公众传播”(communication to the public)的含义与其中文的字面意思有所差异,它仅指向不在传播发生地的公众传送作品。<sup>⑤</sup>这就意味着对作品公开进行的现场表演、机械表演和影院对电影作品的公开展映都不属于“向公众传播”。但是,在中文习惯中,“传播”并不意味着只能面向不在现场的公众,向在现场的公众表演和放映都被称为“传播”,我国的相关论著也将表演权和放映权划入“传播权”之中。<sup>⑥</sup>此处的“传播权”针对的就是广义的传播行为,不仅包括向不在场的公众传播,也包括向现场的公众传播。有些国家的著作权法中也有广义“传播权”的概念,如《德国著作权法》就将朗诵权(在我国属于表演权)、表演权、放映权归入“公开再现权”,<sup>⑦</sup>实际上就是广义的“传播权”。<sup>⑧</sup>同样,《法国知识产权法典》第122-1条将作者的经济权利概括为“复制权和表演权”,而第122-2条规定“表演权”就是“以任何方式向公众传播作品”的权利,其中既包括公开朗诵、音乐演奏、戏剧表演和放映,也包括以各种电信传送的方式传播作品(含卫星传播)。<sup>⑨</sup>显然,该“表演权”就是广义的“传播权”。<sup>⑩</sup>为了归纳、总结出传播行为的共性,同时也为了回应有学者提出的“整合表演权、放映权”等以规制提供“深层链接”的观点,<sup>⑪</sup>下文使用的“传播”一词涵盖面向在现场和不在现场的公众进行的传播,并相应地采用广义“传播权”的概念。

考察国际条约及各国著作权法对表演权、放映权和广播权等传统传播权的规定可知,它们所规制的传播行为具备一个共性,即客观上形成了一个“传播源”,使作品以该“传播源”为起点向公众传送。如果把向公众传播作品的技术过程比作一条直线,直线的起始位置就是“传播源”,直线的终点就是“接收端”。构成传播行为的要件就是创造“传播源”,使直线获得伸展的起点,仅对“接收端”施加影响的行为并不是传播行为。

对于演员演唱歌曲,餐厅播放唱片,影院放映电

影以及电台、电视台播放预先录制的节目等初始传播而言,“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”。呈现作品内容的声音、图像或载有该声音、图像的信号从表演者或上述设备中传出,供公众直接欣赏或借助相关设备欣赏。对于上述初始传播当然可以再次利用,但这种利用必须要形成另一个“传播源”才可能构成传播行为。比如,电台、电视台对现场表演进行直播,会形成有别于初始“传播源”(表演者)的另一个“传播源”即信号传输装置,“现场直播”由此成为区别于现场表演的一个独立的传播行为。又如,对其他电台、电视台的广播电视信号以无线或有线方式转播,会导致载有作品的信号从转播者控制的无线信号发射装置或有线基站中传出,从而形成新的“传播源”。同样,只要餐厅等经营场所打开收音机、电视机,播放电台、电视台正在播出的广播或电视节目,进入该场所的公众就可以欣赏其中的作品,此时场所经营者控制的收音机、电视机就是有别于电台、电视台的“传播源”。这就是为什么无论《伯尔尼公约》第11条之二规定的“广播及相关权”,还是我国《著作权法》第10条第1款第11项借鉴该条规定的“广播权”,在将其作为一种传播行为纳入传播权的规制范围时,用语都是“通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的工具向公众传播广播的作品”的原因。该表述正是为了强调要构成这种传播行为,必须形成一个新的“传播源”,即收音机、电视机等“传送符号、声音、图像的工具”,它们在接收载有作品的信号后,会将作品播放给公众欣赏。

需要强调的是,要求传播行为形成“传播源”,对于利用初始传播的行为而言,就是要求形成独立于初始“传播源”的新“传播源”,但并不意味着新的“传播源”在发挥功能时,必须完全独立于初始“传播源”。上文提及的对现场表演的直播,对广播电视信号的转播,以及用收音机、电视机等设备播放接收的广播电视节目,都是对初始传播的再利用,其能否起到让公众欣赏作品的作用,取决于初始传播是否持续存在。如果初始“传播源”消失了,则上述再利用

行为形成的新“传播源”也会自然消失。但这并不影响上述再利用行为构成传播行为,因为这些行为在客观上都能形成有别于初始“传播源”的新“传播源”。换言之,一种行为客观上形成了“传播源”,与该“传播源”发挥作用必须依赖于初始“传播源”的持续存在,并不是一回事。前者才是传播行为的构成要件,而后者不是。

与之形成鲜明对比的是,如果一种行为没有形成“传播源”,则无论该行为的实施手段和效果如何,都只可能对传播的“接收端”产生影响,因而不能构成著作权法意义上的传播行为。比如,在有围墙的露天球场内放映电影,且需购票入场时,周围楼房中住宅窗户面向球场的业主允许他人进入,并出租望远镜以使其免费观赏电影,规避了围墙和检票口这类物理性限制手段。<sup>⑨</sup>该行为虽然损害了球场经营者的利益,但并不侵害著作权法中的放映权或其他传播权,因为它并没有形成有别于球场中放映设备的新“传播源”,因为望远镜不是“传播源”,电影也并不源于望远镜。<sup>⑩</sup>该行为改变的是公众欣赏作品的途径,而非作品传播本身。又如,有人破解了卫星信号中的加密措施,制作并提供专门用于解密的“智能卡”,使购买者无需付费就能欣赏收费卫星节目,其是否实施了“广播”或其他传播行为?答案显然是否定的。因为对于使用该“智能卡”者而言,载有作品的卫星信号仍然来源于卫星,不是来源于“智能卡”,“智能卡”并没有创造出一个有别于卫星的“传播源”,它影响的只是传播的“接收端”。该行为曾在许多国家受到电信管理法的规制,甚至可以构成刑事犯罪,现已普遍被认为属于著作权法所禁止的规避技术措施的行为,<sup>⑪</sup>但未被认定为“传播行为”。

在各种纷繁复杂的行为特别是在对初始传播进行再利用的行为之中,对于“传播源”的要求清晰地区分了传播行为和非传播行为。没有形成“传播源”的行为虽然也可能对初始传播进行了某种程度的利用并使行为人从中受益,甚至还可能构成违法或其他侵权行为,但它只能使公众接收初始传播。换言之,使行为人从中受益的,只是该行为对传播“接收端”的影响,而不是对传播的发起。与之相反,形成

“传播源”的行为尽管有时离不开初始传播源的持续存在,但它使公众接收的并不是初始传播,而是以新的“传播源”为起点的另一传播行为。出售破解加密卫星信号的“智能卡”并不是传播行为,但安装“智能卡”的餐厅等经营场所使用电视机播放卫星电视节目则构成传播行为,<sup>④</sup>因为其“通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品”,形成了有别于卫星的新“传播源”。

应用上述“传播源”理论,可以对一些新类型行为作出合理的认定和解释。例如,美国的“Aereo案”和欧盟的“ITV案”都涉及网络经营者将接收的电视节目信号转换成数据流,供网络用户在计算机或移动设备上收看。虽然美国联邦最高法院和欧盟法院都认定相关行为构成“向公众传播”<sup>⑤</sup>,但也引起了很大争议,作为网络经营者的两案被告都辩称自己只是提供了用于接收电视节目的技术手段。<sup>⑥</sup>但是,两案被告的行为与仅提供天线甚至是用于破解加密卫星信号的“智能卡”都不具有可比性,其网络服务器形成了一个有别于电视节目原有“传播源”的新“传播源”。电视节目信号在被转换为数据流后,是从新的“传播源”中传送出去的。因此,尽管该行为与通过无线电波或有线电缆实施的转播行为在技术手段上有所差异,但仍然属于“向公众传播”。<sup>⑦</sup>

(二)“向公众传播权”对“传输”的要求等同于对“传播源”的要求

“传播源”理论与世界知识产权组织有关“向公众传播权”必须涉及“传输”的解释可以相互印证,两者具有本质上的同一性。《世界知识产权组织版权条约》第8条规定了“向公众传播权”,对其中“传播”的含义,世界知识产权组织在《基础提案》中清楚地指出,“传播”一词意味着向不在传播发生地的公众进行传输。由于传播总是涉及传输,“传输”本可被选为描述相关行为的关键术语。但是,“传播”一词仍然被继续使用,因为它是《伯尔尼公约》英文文本中所有相关条款的用语。值得说明的是,在《伯尔尼公约》的法文文本中,第11条和第13条之三使用的表述都是“la transmission publique”即“向公众传输”,第14条使用的表述是“la transmission par fil au public”

即“通过有线方式向公众传输”,而与之相对应的英文表述是“communication to the public”和“communication to the public by wire”。“传输”是指技术上的传送过程,“传播”则意味着除了技术传送过程之外,某种东西被传播了。对于被提议通过的《世界知识产权组织版权条约》而言,这种细微的差异是无关紧要的,因为被传送或传播的就是作品。<sup>⑧</sup>

由此可见,世界知识产权组织认为“向公众传播权”中的“传播”必须是“传输”,即注重技术上的传送过程。“向公众传播权”原本应被表述为“向公众传输权”,只是为了与《伯尔尼公约》的英文文本保持一致,才使用了“向公众传播权”的表述。<sup>⑨</sup>而且“传播”等同于“传输”加上作品被传输的结果,说明“传输”是“传播”的核心要件。那么,“传输”的起点在哪里呢?当然是“传播源”。世界知识产权组织指出“传播总是涉及传输”,实际上就是要求传播行为必须在客观上形成“传播源”,并引以为起点传送作品。如果不强调“传输”是向不在现场的公众传送,也就是将机械表演和放映纳入广义的“传输”,同时不要求“传输”必须通过机器设备进行,也就是包括演员的表演,则传播权所规制的所有行为必然涉及广义的“传输”。演员表演,播放音乐和电影,用收音机或电视机播放广播电视节目,以及电台、电视台对信号的传送,无不属于广义的“传输”,也就是形成了“传播源”。上文列举的因未形成“传播源”而不构成“传播”的实例,如露天球场周围楼房中的业主向他人出租望远镜,供其免费欣赏露天放映的收费电影,以及向他人提供“智能卡”供其免费收看收费卫星电视节目,则都不涉及对作品的“传输”。

(三)“信息网络传播权”对“初始行为”的要求等同于对“传播源”的要求

“传播源”理论对于世界知识产权组织有关“信息网络传播权”只规制“初始传播”的解释也提供了理论支撑。如前所述,《世界知识产权组织版权条约》第8条规定的“向公众传播权”是一项广义的权利,其中“信息网络传播权”是其子权利,它的作用在于控制“交互式传播”。与广播等传播形式相比,“交互式传播”具有一个鲜明特征,即传输过程由接收者

(网络用户)的行为触发,而不是由传播者启动。例如,将一首歌曲上传至服务器,并设定为供用户点击欣赏或下载的状态后,服务器并不会就此向任何用户的计算机传送该歌曲,只有在用户点击歌曲,即发出请求之后,服务器才会作出回应,启动传输过程。换言之,“信息网络传播行为”只能使作品处于其传输过程可被用户触发的状态,这与电台、电视台根据节目时间表主动发射信号,向公众传输作品的情况完全不同。《世界知识产权组织版权条约》第8条在定义“信息网络传播权”时,其关键用语“making available to the public of their works”的直译是“使他们的作品可被公众获得”,<sup>⑧</sup>强调的也是使作品处于“可被公众获得”的状态。《基础提案》对此作出如下解释:“相关行为是通过提供对作品的访问途径而使作品被获得的行为。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>⑨</sup>

那么,何种行为属于“初始行为”呢?如果将“初始行为”理解为在整个互联网中首次使作品处于可为公众获得的状态的行为,就意味着第二次使作品处于可为公众获得状态的行为不是“信息网络传播行为”。这会导致“信息网络传播行为”只能像发表行为那样实施一次,即作者只有一次发表作品的机会,作品一旦被作者公之于众,该公开状态就不可逆转,不存在第二次发表作品的可能。该结论显然不能成立,否则未经许可对权利人在网络中传播的作品进行网络转载就不可能侵害信息网络传播权。

采用“传播源”理论就能使“初始行为”获得圆满的解释,因为“初始行为”就是形成“传播源”的行为,它关注的是作品所处状态的转变,即从不能为公众获得的状态变成可为公众获得的状态,也就是形成了“传播源”,从而使服务器能够根据用户的请求启动传输过程,而无论作品此前是否已在其他服务器中处于可为公众获得的状态,即是否存在其他“传播源”。换言之,即使权利人已经首次将作品置于某服务器中传播,本人或他人将同一作品置于另一服务器中传播,仍然属于“初始行为”,因为它形成了不同于前一服务器的“传播源”。《基础提案》以非穷尽方

式列举的行为,包括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,都不能形成有别于原始“传播源”的另一“传播源”,因此都不属于“初始行为”,无法构成“信息网络传播行为”。《日本著作权法》的规定从一个侧面清楚地揭示了“初始行为”与“传播源”之间的关系。该法第23条第1款规定:“作者享有公开传输其作品的专有权利,使其作品在自动进行的公开传输(即“交互式传输”)状态下,处于可被传输的状态。”该法对“使作品处于可被传输的状态”的定义是,将作品置于这样一种状态,使交互式传输可以通过以下三类行为得以实现:(1)将作品存入或输入已与供公众使用的电信网络连接的“传输服务器”。(2)将已存储作品的存储器添加到已与供公众使用的电信网络连接的“传输服务器”。(3)将存有作品的“传输服务器”与供公众使用的电信网络连接。<sup>⑩</sup>这三类行为显然都是《基础提案》所述的“初始行为”,虽然行为手段存在差异,但它们都形成了“传播源”,使公众可以从中获得作品。

由此可见,传播必须在客观上形成“传播源”,是隐含在各类传播权中的要求。对向公众传播权的“传输”要求以及对其子权利即信息网络传播权的“初始行为”要求,实际上就是对“传播源”的要求。

#### 四、未形成“传播源”的“深层链接”与“信息网络传播行为”无关

根据上述“传播源”理论,一个网站在其服务器中存储作品(以媒体格式文件形式存在)之后贴出网络地址,供用户点击获得的行为,因形成了“传播源”,构成“信息网络传播行为”。但对于在他人服务器中公开传播的作品,无论该作品的获得是否受到技术措施的限制,对该作品提供“深层链接”的行为均不会在客观上形成有别于初始“传播源”的新“传播源”,因此不构成“信息网络传播行为”,当然也不可能构成对信息网络传播权的侵权。下文将区分被链接的作品是否受到技术措施的保护加以论述。

##### (一)对已自由传播的作品提供“深层链接”

任何含有作品的网页和以媒体格式文件形式存在的作品都有其网络地址,在没有采取限制访问的

技术措施的情况下,用户在浏览器中输入该网络地址就能获得该作品。无论是“普通链接”还是“深层链接”,其本质都是网络地址,两者只在引导用户获得被链作品的途径方面有所不同。如果将他人网站比作可任意进入的美术馆,“普通链接”的作用就是将参观者(用户)送入大厅(首页),参观者需要自己推开各展厅的门(点击“站内链接”)进入其中(进入次级网页)欣赏画作。“深层链接”的作用则类似魔法师的飞天扫帚,可使参观者飞过美术馆和各展厅打开的窗户,直接落入展厅欣赏画作。该名参观者可能并不知道自己身处何处,并误认为这是飞天扫帚提供者的场所(对作品的来源产生了混淆),但无论飞天扫帚造成了何种损害,画作都是在美术馆公开展览的,这一客观事实并不因为飞天扫帚提供了不同的参观路径而被改变。基于同样道理,“深层链接”也没有改变被链作品是从其所在网站的服务器中向用户传输的客观事实。<sup>⑤</sup>换言之,作品并不是从设链网站向用户传输,提供“深层链接”没有形成有别于被链作品所在网站服务器的“传播源”。<sup>⑥</sup>

在国外司法实践中,美国联邦第九巡回上诉法院、澳大利亚联邦高等法院、德国联邦最高法院和挪威最高法院在相关判决中均认为对已自由传播的作品提供“深层链接”并不构成“向公众传播行为”。美国联邦第九巡回上诉法院不认为谷歌对其他网站中的图片提供“加框链接”属于《美国版权法》中的“传输或传播”,<sup>⑦</sup>因为“谷歌提供的链接仅仅将用户的浏览器指引至存储并展示图片的网站,谷歌自己并没有传播对图片的展示”。<sup>⑧</sup>澳大利亚联邦高等法院针对指向其他网站中侵权音乐作品的“深层链接”指出,对音乐的传输是在被链网站启动下载过程时开始的,并不是在设链网站中进行的,设链网站并没有将作品传输给公众。<sup>⑨</sup>德国联邦最高法院拒绝认定对其他网站中的文章提供“深层链接”构成“向公众传播行为”,并强调提供链接“既没有根据需要保存作品,也没有应他人的请求自行传输作品。是那些将作品置于网络中的人决定了作品是否持续处于向公众提供的状态”。<sup>⑩</sup>挪威最高法院认为,链接的形式是“深层链接”还是“普通链接”无关紧要,关键在

于作品是如何通过技术手段被获取的,而仅提供网址(链接)并不属于向公众提供作品。<sup>⑪</sup>由知名学者组成的“欧洲版权协会”同样认为,由于“传输”是构成“传播”的前提条件,而提供链接并不等于“传输”,因此其并不构成传播行为。<sup>⑫</sup>

在2014年的“斯文森案”中,欧盟法院认为只要被链网站对作品的访问未采取限制措施,点击“深层链接”获得作品的用户就未超出权利人在授权被链网站传播时所预期的公众范围,也就未导致向“新公众”传播,因此并不构成对向公众传播权的侵权。<sup>⑬</sup>该判决结果被认为“挽救了互联网”,<sup>⑭</sup>“包容了互联网未来的创新”。<sup>⑮</sup>但是,欧盟法院在没有作出任何实质论证的情况下认定提供“深层链接”本身属于“向公众传播行为”,<sup>⑯</sup>这一定性在欧盟内部也受到了质疑。欧盟委员会、德国政府、葡萄牙政府和斯洛伐克政府都表达了不同意见。<sup>⑰</sup>欧盟委员会的调查也表明,多数欧盟成员国都不认为提供链接本身构成传播。<sup>⑱</sup>值得注意的是,在欧盟法院审理的另一起涉及“深层链接”的案件中,负责向欧盟法院提供意见的欧盟法务官也否认对已自由传播的作品提供“深层链接”属于“向公众传播行为”或其中的“信息网络传播行为”,并明确指出将“向公众传播行为”的概念扩展到对已在其他网站中自由传播的作品提供链接的行为,需要欧盟议会修改立法。<sup>⑲</sup>

由此可见,当被链作品在其服务器中处于自由传播状态时,任何获得该作品的请求都会得到服务器的回应从而触发传输过程,“深层链接”只是为用户提供了从同一“传播源”获得作品的不同途径,并不会使作品从不能为公众获得的状态转变成可为公众获得的状态。由于提供“深层链接”利用的仍然是原始的“传播源”,没有形成新的“传播源”,因此并不构成“向公众传播行为”。

## (二) 规避技术措施并设置深层链接

在许多情形特别是向用户收费的情形下,网络经营者在将服务器中存储的作品设定为传播状态的同时,会采用技术措施以确保只有输入正确的用户名和密码或以其他方式验证了身份的用户(下文统称为“注册用户”)才能在线欣赏或下载作品。在技

术措施本身有效的情况下,该作品的真实网络地址时常会被隐藏起来,即使利用搜索引擎也搜索不到,注册用户在线欣赏或下载该作品时同样无法用常规手段找出,因此他人也无从提供直接指向该作品的“深层链接”。

所谓“道高一尺,魔高一丈”,任何技术手段都可能被规避。如果有人破解了验证用户身份的技术措施,自然可以找出作品的真实网址并提供“深层链接”。非注册用户在点击该链接后,就可以避开验证用户身份的程序,在线欣赏或下载作品。此时“深层链接”起到的作用,就是使用户能够避开技术措施从而获得作品。

提供此类“深层链接”,表面上似乎实现了“使公众获得作品”,属于“向公众传播行为”。欧盟法院在“斯文森案”中认为,如果进行初始传播的网站采取了限制公众访问作品的措施,将能够获得该作品的受众限于该网站的注册用户,而“深层链接”能使用户规避该限制措施,则提供该“深层链接”就必须得到权利人的授权。<sup>⑥</sup>该观点也是基于点击此类“深层链接”的用户原本无法直接获得作品的现实。德国联邦最高法院和部分欧洲学者也认为提供能够避开技术措施的“深层链接”构成传播行为。<sup>⑦</sup>

上述结论忽视了一个重要的事实,即只要被链作品已在其所在服务器中传播,“传播源”就已经存在。用户可以完成注册和登录程序,从该“传播源”获得作品。如果用户选择点击“深层链接”,仍然是从同一“传播源”获得作品,只是省去了注册和登录过程(当然还可能避免了付费)。他人规避技术措施并提供“深层链接”的行为,当然违反了著作权法中有关禁止直接规避技术措施和提供规避服务的规定(下文对此有分析),但提供“深层链接”并没有形成有别于原始“传播源”的新“传播源”。作品仍然是从原始“传播源”中传输出去的,“深层链接”所在的服务器并不是作品的“传播源”,传输过程也与该服务器无关。这与进入餐厅等经营场所的公众打开里面的收音机、电视机欣赏正在播出的广播电视节目是完全不同的,因为经营场所内的公众在欣赏作品时,利用的是收音机、电视机这一新的“传播源”,作品是由

该新“传播源”传出的。

上文在讨论“对已自由传播的作品提供深层链接”的性质时,曾将该“深层链接”比作魔法师的飞天扫帚,将被链作品所在的服务器比作人们可任意进入的美术馆,对于避开了技术措施的“深层链接”而言,它仍然像魔法师的飞天扫帚,只是此时的美术馆有验票员把守,只有持票参观者(“注册用户”)才能进入。这把飞天扫帚则能够载着参观者“穿越”美术馆外墙和各展厅的墙壁,直接落入展厅。飞天扫帚利用的仍然是美术馆对作品的公开展览。尽管它对美术馆造成了明显的损害,包括降低了美术馆的收入,误导了参观者对画作所在位置的认识,但并没有将画作搬出美术馆另行展览,展览行为还是由美术馆实施的。基于同样的道理,对于一家设置了自动点唱设备并对外售票经营的卡拉OK厅而言,有人撬开锁闭的后门,在营业时间将客人带入包厢,谎称这是自己经营的卡拉OK厅,供其使用点唱设备进行娱乐,此人也没有实施新的传播行为,因为只要卡拉OK厅营业,所有包厢内的点唱设备都是对公众开放的,其中所有的歌曲也自然处于为公众所获得(点唱)的状态。引路者利用的仍然是卡拉OK厅对作品的公开传播,其并没有创造新的“传播源”。

依据“传播源”理论,提供用于避开技术措施的“深层链接”也并非完全不可能构成“信息网络传播行为”。将作品上传至网络服务器使公众获得,当然属于典型的“信息网络传播行为”。除此之外,还可通过其他方式使作品在服务器中从不能为公众获得的状态变成可为公众获得的状态。对于在他人服务器中存储,但因受技术措施的限制并未处于向公众传播状态的作品而言,其没有被置于“向公众开放的”网络服务器中(如优酷网中用户上传后尚在审核期内的视频),与存储在尚未联网的计算机中的作品无异。在这种情况下,存储相关作品的服务器并不是向公众传播该作品的“传播源”。如果在破解技术措施后对该作品提供具有避开技术措施效果的“深层链接”,相当于将作品“置于向公众开放的网络服务器中”传播,<sup>⑧</sup>也类似于前述《日本著作权法》规定的第三类“信息网络传播行为”,即将存有作品的“传

输服务器”与供公众使用的电信网络连接。该行为形成了“传播源”，构成“信息网络传播行为”。仍以卡拉OK厅举例，假设某卡拉OK厅尚未对外营业，有人撬开了门锁将客人带人包厢使用点唱设备，其行为会使尚未处于公开传播状态的歌曲开始向公众传播，“传播源”由此形成。

由此可见，即使是在破解技术措施之后提供“深层链接”，其定性也不能一概而论。只有当该行为将作品从原先不能为公众获得的状态转变成可为公众获得的状态，即形成了“传播源”时，才可能构成“信息网络传播行为”。

### 五、对提供“深层链接”行为的法律规制

无论对提供“深层链接”行为的定性存在何种争议，有一点是十分清楚的，即某些以“深层链接”为基础的行为和商业模式（如某些“视频聚合”服务）损人利己，导致了严重的利益失衡。<sup>⑥</sup>问题在于，既然在多数情况下提供“深层链接”并不构成“信息网络传播行为”，对此类行为应如何合理地进行规制？

对此，首先需要指出的是，如果链接提供者意图“搭便车”，利用“深层链接”不当攫取被链网站的利益、造成作品来源混淆，完全可适用我国《反不正当竞争法》对其行为进行规制。<sup>⑦</sup>我国《反不正当竞争法》具有个案认定的特征，并非任何未经许可提供“深层链接”的行为均构成违法。但在个案中根据链接提供者的主观恶意和行为的不正当性认定不正当竞争，<sup>⑧</sup>恰恰可以适应“深层链接”的复杂性，为正当的行为与合理的商业模式留下空间。

当然，这并不意味着我国《著作权法》不能对提供“深层链接”的行为进行规制，如果被链作品在其网站中未经许可传播，那么提供链接的行为就可能在提供者有过错时构成间接侵权，本文开篇对此已作论述。与此同时，由于越来越多的网站通过支付不菲的许可费获得对作品的传播许可，其经营者当然希望通过向用户收费或让用户浏览广告的方式获得回报，因此倾向于采取技术措施，以确保只有在其网站中注册或付费的用户才能在线欣赏或下载作品，并防止他人对以媒体文件格式存在的作品

提供“深层链接”。如果他人在破解该技术措施后提供“深层链接”，使用户在点击后可以直接获得作品，则可以适用《著作权法》中保护技术措施的条款规制此类行为。

#### （一）依据保护技术措施的规定进行规制

根据公认的分类方法，受著作权法保护的技术措施可分为两类：第一类是防止未经许可阅读、欣赏文学艺术作品或运行计算机软件（即防止未经许可“接触”作品）的技术措施，简称“接触控制措施”。第二类是防止未经许可可以复制、传播等方式利用作品（也即阻止侵权行为）的技术措施，简称“版权保护措施”。<sup>⑨</sup>我国《信息网络传播权保护条例》第26条第2款将受保护的“技术措施”定义为：“用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。”其中“用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件”明显是指“接触控制措施”，而“用于防止、限制未经权利人许可通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件”则属于“版权保护措施”。<sup>⑩</sup>

那些确保只有注册用户在完成对用户名和密码等信息验证过程后才能在线浏览、欣赏作品的技术措施起到了“防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品”的作用，当然属于“接触控制措施”。一些经营者对作品的媒体格式文件或其获取机制进行加密处理，并在自己提供的应用程序中嵌入“密钥”，使得用户只有在使用该应用程序时才能正常浏览、欣赏作品，并根据用户付费情况，调节应用程序中的广告播放功能，如对于未付费用户先播放广告再提供作品。这种技术措施类似于电影DVD中的“内容扰乱系统”，该系统会对电影内容通过“扰乱”的方式进行加密。只有使用经许可制造并安装了“密钥”的DVD播放器或光驱，才能在播放DVD时将被“扰乱”的内容复原。<sup>⑪</sup>此类技术措施仍然属于“接触控制措施”。还有一些经营者并不限制用户浏览、欣赏其网站中的作品，但用技术手段防止对作品媒体格式文

件的下载,其采取的就是“版权保护措施”。

上述技术措施只要由著作权人或被许可人采取,用于防止著作权侵权行为或保护权利人在著作权法中的正当利益,即从公众对作品的利用中获得报酬,<sup>⑤</sup>且无法被普通用户轻易规避,也即“有效”技术措施,<sup>⑥</sup>就应当受到著作权法的保护。他人如要提供“深层链接”,使用户能够通过链接浏览、欣赏或下载作品,就必须破解这些技术措施。破解技术措施和提供能够避开技术措施的“深层链接”,<sup>⑦</sup>均属于受法律禁止的行为,<sup>⑧</sup>应根据我国《著作权法》第48条承担停止相关行为和赔偿损失的法律責任。

在不少纠纷中,有人破解了被许可人在其网站中对作品采取的技术措施并提供了“深层链接”,著作权人对其提起诉讼。<sup>⑨</sup>问题在于,在提供“深层链接”不构成“信息网络传播行为”的情况下,没有直接对作品采取技术措施的著作权人是否享有诉权?

对此问题的回答应当是肯定的。著作权法对专有权利和技术措施采取了不同的保护机制。设置技术措施本身不是一项与信息网络传播权等并列的专有权利,<sup>⑩</sup>技术措施也只是权利人用于实施自力保护的手段。其中“接触控制措施”针对的并不是侵犯著作权的行为,而是未经许可阅读、欣赏作品等“接触”行为。这些行为本身不构成侵权,因为著作权法中并无所谓“阅读权”“欣赏权”等可被称为“接触权”的权利。只是这些行为损害了权利人在著作权法中的正当利益,<sup>⑪</sup>如阅读盗版电子书会降低权利人的合法收入,因此权利人可以采取“接触控制措施”加以防范。正是因为技术措施针对的并不一定是侵犯著作权的行为,规避技术措施本身也不是对著作权的直接侵权,在多数情况下也不是间接侵权,<sup>⑫</sup>在以规避技术措施为诉因的诉讼中,诉权的行使无需遵循著作权侵权诉讼的相关规定。其中最典型的表现就是非专有被许可人无需获得著作权人的许可,即可对规避技术措施的行为提起诉讼。如某网站获得了对一部电影信息网络传播权的非专有许可,其可以采取技术措施确保只有付费用户才能在线欣赏该部电影,也当然有权起诉他人规避该技术措施的行为。基于同样道理,他人规避“接触控制措施”的直接后

果并不是对复制权等专有权利的侵权,而是可能导致权利人的合法利益受损。此际,即使技术措施是由被许可人采用的,著作权人也享有诉权。

我国立法虽然对此未作出明确规定,但是有国外立法与司法实践可供借鉴。《英国版权法》规定,对于受技术措施保护的作品,向公众传播者或其复制件发行者可对技术措施的规避者提起诉讼,如果版权人或其专有被许可人不是上述传播者或发行者,也有权提起诉讼。<sup>⑬</sup>可见,该法明确赋予版权人自己提起规避技术措施之诉的权利,而无论技术措施是否由其本人所采取。《美国版权法》也规定,任何因他人违反保护技术措施的规定而受损害的人,都可以在适合的美国联邦地区法院就该违法行为提起民事诉讼,<sup>⑭</sup>其中当然包括版权人本人。加拿大、新加坡等国则笼统地规定,版权人对规避技术措施的行为享有诉权。<sup>⑮</sup>

如果有人破解了被许可人采取的技术措施,并相应地提供“深层链接”,则该行为一方面对被链网站造成了影响,如使其无法向用户收取费用或向其展示广告,另一方面还可能损害著作权人的利益,如其从被许可人处获得的收益分成由此降低,以及他人获得许可的意愿由此减弱。在这种情况下,著作权人对此种规避技术措施的行为理应享有诉权。

(二)依据保护技术措施的规定进行规制的合理性

既然破解权利人对作品采用的“接触控制措施”并提供“深层链接”,使用户在点击后获得作品的行为违反了著作权法有关保护技术措施的规定,那么著作权人和被许可人当然可以追究链接提供者的法律责任,包括要求其赔偿损失。<sup>⑯</sup>对于同时损害公共利益的行为,还可依法进行行政处罚。<sup>⑰</sup>权利人只要证明无法利用搜索引擎等通用工具找到涉案作品的真实网络地址并提供“深层链接”供用户点击后获得作品,就尽到了有关自己采取了有效技术措施而他人规避了该技术措施的举证责任。被控规避技术措施者则必须证明,可以使用通用工具轻易找到作品的真实网络地址并提供可用的链接。这一举证责任分配机制,对于权利人举证而言简便、易行,对那些

将提供“深层链接”作为其商业模式的经营者而言,要求其保留被链网站未采取有效技术措施的证据也并不苛刻。这样的保护机制不会给权利人造成实质性损害,同时更有利于利益平衡。

如果认为提供具有避开技术措施效果的“深层链接”构成“信息网络传播行为”,就意味着普通用户对他人提供的“深层链接”进行转发的行为相当于转载作品,只要未经许可就构成直接侵权,无需考虑其是否有过错或有营利目的,此时很难找到使其免责的法律依据。相反,如果不认为该行为属于“信息网络传播行为”,而是适用保护技术措施的规定,结果就会较为合理。因为相关的违法行为是指未经许可“故意避开或者破坏”技术措施,包括“故意”向他人提供规避手段。<sup>⑧</sup>这就意味着普通用户转发已在网络中传播的“深层链接”,在通常情况下并不构成规避技术措施的违法行为,这是因为普通用户并无法律义务和技术能力查明该链接是否用于规避技术措施,很难认定其“故意”提供规避手段。这样一来,对于提供“深层链接”的行为就可以区分情况进行合理的规制,避免一概将其认定为侵权行为而导致过于严苛的法律后果。

上述规制方法还可以同时向权利人和链接提供者传递明确的信息。一方面,权利人可以采取技术措施,以确保用户进行注册、登录或使用含有密钥的应用程序,并从用户的付费或对广告的浏览中取得正当收益;另一方面,链接提供者不能规避技术措施,否则将招致与侵害“信息网络传播权”类似的法律后果。有一种观点认为,通过保护技术措施的规定规制“深层链接”,会导致对著作权人利益的损害,因为“著作权人在许可网站通过网络传播作品之前,或者作品从授权网站流向非授权网站之后,均没有机会表达自己反对加框链接的意思”。<sup>⑨</sup>笔者认为,在法律规则明晰的情况下,著作权人会基于维护自身利益的考虑,视情况选择是否要求被许可网站采用技术措施。特别是对于有较大商业价值的作品而言,在“聚合”模式已为著作权人所普遍知悉的情况下,理性的著作权人会要求被许可人采取技术措施。至于对未经许可传播的作品提供“深层链接”的

情形,完全可以根据间接侵权规则加以应对,本文开篇对此已有论述。

## 六、结语

“对于每一个复杂的问题,都有一个明确、简单和错误的答案”,用H. L. 门肯这句被广为引用的名言概括围绕着提供“深层链接”的定性之争再合适不过了。“深层链接”的复杂性在于,它既能被用于严重损害著作权人及其被许可人利益的商业模式,也可成为互联网世界中正常活动的组成部分。在技术上,甚至无法用一个词汇对那些公认为需要打击的行为进行界定,无论这个词汇是“深层链接”(因为多数人不反对指向次级网页,但能发生网页跳转的“深层链接”)、“加框链接”(因为许多受到强烈反对的、指向媒体格式文件的链接并不属于“加框链接”),还是“聚合服务”(因为前文提及的教师在教学网站中列出指向论文 word 文件的链接集合,也是“聚合服务”)。将提供“深层链接”的行为定性为“信息网络传播行为”固然提升了对权利人的保护水平,但不可避免地会造成误伤。运用“传播源”理论,把那些对他人网站中自由传播的作品提供“深层链接”的行为排除在“信息网络传播行为”之外,同时将其中明显违反商业道德、损害竞争秩序的行为认定为构成不正当竞争,并适用禁止规避技术措施的规定,打击那些规避技术措施并相应地提供“深层链接”的行为,虽然略显复杂,却实现对不当行为的精准打击,并为正当行为及合理的商业模式留出空间。对复杂问题的复杂回应,也许是在复杂的网络世界中无可避免的艰难选择。

### 注释:

<sup>①</sup> See Taina Pihlajarinne, Setting the Limits for the Implied License in Copyright and Linking Discourse— the European Perspective, 43 IIC 700(2012), p.700.

<sup>②</sup> See Raphael A. Gutierrez and Les G. Hilger III, Deep Linking: Integral Design or Infringement?, 6 Intell. Prop. L. Bull.

9(2001), p.9.

③ See Michael Travis, *What Is the Legal Status of Hyperlinking and/or Deep Linking?*, 9 *Auckland U. L. Rev.* 976 (2000-2003), pp.976-977. 链接既可出现在网页中,也可出现在应用程序中,但为表述简洁,下文仍使用“设链网页”或“设链网站”的用语。

④ See Brian D. Wassom, *Copyright Implications of "Unconventional Linking" on the World Wide Web: Framing, Deep Linking and Inlining*, 49 *Case W. Res. L. Rev.* 181(1998-1999), p.193.

⑤ 有国外学者将此类链接之外的链接称为“非常规链接”,也反映了此类链接被普遍接受的现实。同上注,第191页。

⑥ 早在2000年,美国的一个售票网站就因其竞争对手提供了指向其购票网页的“深层链接”而起诉对方侵犯其版权。美国法院认为:“深层链接本身并不违反《版权法》,因为其并不涉及复制。”See *Ticketmaster Corp. v. Tickets. Com, Inc.*, 2000 WL 525390, at2.

⑦ See Alain Strowel, Nicolas Ide, *Liability with Regard to Hyperlinks*, 24 *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts* 403 (2001), p.407.

⑧ 早在2000年发生的“刘京胜诉搜狐案”中,权利人就认为提供链接构成侵权行为。参见北京市第二中级人民法院(2000)二中民初字第128号民事判决书。

⑨ 参见北京市第一中级人民法院(2004)一中民初字第400号民事判决书、北京市第一中级人民法院(2005)一中民初字第7978号民事判决书。

⑩ 参见北京市高级人民法院(2004)高民终字第01303号民事判决书、北京市高级人民法院(2007)高民终字第1184号民事判决书。

⑪ 参见北京市高级人民法院(2007)高民终字第1184号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2006)沪一中民五(知)初字第384号民事判决书。

⑫ 近期的判决参见北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第40920号民事判决书、北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(知)初字第44290号民事判决书。

⑬ 吕长军:《简析深度链接、加框链接与盗链》,《中国版权》2016年第2期。

⑭ 参见上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第150号民事判决书。

⑮ 崔国斌:《加框链接的著作权法规制》,《政治与法律》2014年第5期。

⑯ 但“实质呈现标准”也要求“设链者控制网页或服务端并以自己名义对外展示作品”。参见崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,《知识产权》2016年第8期。

⑰ 参见上海市浦东新区人民法院(2009)浦民三(知)初字第304号民事判决书、北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第9288号民事判决书。

⑱ 参见前注⑮,崔国斌文;冯晓青:《视频聚合平台盗链行为直接侵权的认定》,《人民法院报》2016年8月3日。

⑲ 同前注⑮,崔国斌文。

⑳ 同上注。

㉑ 代表作者群体的“国际文学与艺术协会”(简称ALAI)持有类似观点,其认为“(提供)直接指向特定受保护作品的链接,也就是使用了该作品独一无二的URL地址的链接……属于向公众提供作品”。See ALAI, *Report and Opinion on the Making Available and Communication to the Public in the Internet Environment- Focus on Linking Techniques on the Internet*, p.9, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>, last visit on July 14, 2016.

㉒ See Gerrie Ebersöhn, *Hyperlinking and Deep-linking*, 11 *Juta's Bus. L.* 73(2003), p.75.

㉓ 同前注⑱,崔国斌文。

㉔ “设链者有时还会提供一些辅助的服务。比如,对于在客户端无法直接播放被链接的格式文件,设链者可能提供转码或格式化服务以实现播放。”同前注⑮,崔国斌文。

㉕ 同前注⑱,崔国斌文。

㉖ 同前注⑮,崔国斌文。

㉗ See ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible Reconciliation of Hyperlinking and the Communication to the Public Right on the Internet*, pp.5- 8, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/201503-hyperlinking-report-and-opinion-2.pdf>, last visit on July 14, 2016.

㉘ 我国《著作权法》第22条第1款第2项规定,“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在作品中适当引用他人已经发表的作品”可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。

㉙ 最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第8条借鉴了《美国版权法》第107条,要求在判断是否构成合理使用时应考虑四个因素,“被使用部分的量”是其中之一。美国法院认为,对作品进行整部复制的行为虽然并不必然构成侵权,但通常不利于认定合理使用(See *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F. 3d 605, 613 (2d Cir. 2006))。

⑩ See 17 U. S. C. 107(2); *Stewart v. Abend*, 495 U. S. 207, 237(1990).

⑪ 世界知识产权组织用于详细解释该条约各条起草意图和含义的《基础提案》(Basic Proposal)对此指出,“向公众传播权”定义中后半句的主要目标是澄清交互式的按需传播行为属于该条规制的范围。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.

⑫ 同上注,第10.14段。欧盟《版权指令》中“向公众传播”的含义与之完全相同(See Directive on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, recital 23)。

⑬ 参见郑成思:《版权法》第2版,中国人民大学出版社1997年版,第151页、第194~197页;李明德、许超:《著作权法》第2版,法律出版社2009年版,第80~85页。

⑭ 《德国著作权法》第15条中“公开再现权”的译法,参见《十二国著作权法》翻译组:《十二国著作权法》,清华大学出版社2011年版,第149页。

⑮ 参见 [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=126255](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126255), 2016年7月22日访问; Adolf Dietzn, Germany, §8(1)(b) (ii), in Paul Edward Geller(ed.), *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc., 2006.

⑯ 法国学者对此指出,该条中的“表演权”不是一般意义上的“表演权”,而是包含了放映权、卫星传播权、有线传播权和网络传播权在内的向公众传播权。See Andre Lucas, Pascal Kaminan & Robert Plaisantn, France, §7, in Paul Edward Geller (ed.), *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc., 2006.

⑰ 欧洲有学者认为,德国法和法国法的传统是区分以有形方式利用作品的权利(复制权、发行权)和向公众传播的权利,这不同于欧盟《版权指令》和《伯尔尼公约》中“向公众传播权”的概念。See Ansgar Ohlly, *Economic Rights*, in Estelle Derclaye(ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2009, pp.224-225.

⑱ 同前注⑮,崔国斌文。

⑲ 该假想例是北京知识产权法院陈锦川副院长在2016年7月15日北京市高级人民法院举办的“‘深度链接’法律问题研讨会”中提出的,可谓切中要害。

⑳ 薛虹教授曾针对类似现象指出:“被告的行为如同有人打开自家房间的窗户,让来访者看到对面人家的风景,不论外

面的景致看得多么真切,毕竟不是这房间的真实组成部分。”薛虹:《因特网上的版权及有关权保护》,载郑成思主编:《知识产权文丛》第1卷,中国政法大学出版社1999年版,第171页。

㉑ See Peter Schonning etc., *National Reporter for Danmark*, submitted to ALAI 2001 Congress, New York: Adjuncts and Alternatives to Copyright, [http://www.alai-usa.org/2001\\_conference/Reports/Denmark\\_ic\\_en.doc](http://www.alai-usa.org/2001_conference/Reports/Denmark_ic_en.doc), pp.2-3, last visit on February 1, 2012; Séverine Dusollier, *Situating Legal Protections for Copyright-related Technological Measures in the Broader Legal Landscape: Anti-Circumvention Protection Outside Copyright*, in International Literary and Artistic Association(ALAI) Congress, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Columbia University Press, 2001, p.128.

㉒ See *Football Association Premier League Ltd. v. QC Leisure*, Joined Cases C-403/08 and C-429/08, para.207.

㉓ 《美国版权法》没有规定“向公众传播权”,但其“表演权”的范围较大,涵盖了相当一部分“向公众传播行为”。See 17 U. S. C. 101, “perform”; Melvive B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc., 2003, § 8.14-8.18.

㉔ See *American Broadcasting Companies, Inc. v. Aereo, Inc.*, 134 S. Ct. 2498(2014), p.2504, pp.2514-2515; *ITV Broadcasting Ltd. v. TVCatchup Ltd.*, Case C-607/11, para.27.

㉕ 需要指出的是,有观点认为“加框链接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’”(同前注⑯,崔国斌文)。该观点将提供链接与网络转播等同视之,故难以成立。因为链接不可能使作品在链接所在的网络服务器中传出,这与“Aereo案”和“ITV案”中被告将电视信号转换成数据流后从自己的服务器中传出具有本质的区别。

㉖ 同前注⑲,第10.14~10.16段。

㉗ 此外,欧盟《版权指令》序言在解释“向公众传播权”时指出:“该权利应当涵盖任何将作品通过有线或无线方式向公众进行传输(transmission)或再传输(retransmission)的行为,包括广播。该权利不应涵盖任何其他行为。”同前注⑳,欧盟《版权指令》序言第23段。

㉘ 我国《著作权法》第10条第1款第12项中定义信息网络传播权的用语“向公众提供作品”,显然是“making available to the public of their works”的意译。

㉙ 同前注⑲,第10.10段。

㉚ See Japan Copyright Act, Article 2, ix-5(a), ix-5(b).

㉛ 正因为如此,美国著名版权学者戈斯坦教授和荷兰著

名版权学者休根霍茨认为,对于已可从其他网站中获得的作品设置链接,并不是一种独立的传播行为。See Goldstein P, Hugenholtz PB, International Copyright: Principles, Law and Practice, third edition, Oxford University Press, 2013, p.336.

⑤我国有法院对此也认定:“通过技术手段将案外网站上的视频文件链接到其网站上实现在线播放,其提供的是网络链接服务,并不存在将作品置于网络中的行为,故不构成作品提供行为”(参见上海知识产权法 ITS(2015)沪知民终字第 269 号民事判决书);“判断兔子视频(被控侵权的‘视频聚合’服务提供者——笔者注)提供被诉内容的行为是否属于信息网络传播行为,关键因素在于被诉内容是否存储于兔子视频的服务器中。”(参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第 559 号民事判决书。)

⑥《美国版权法》并未规定“向公众传播权”或其中的子权利“信息网络传播权”,因此在该案中,图片的权利人指称谷歌的“加框链接”行为侵害了其“展示权”(right of display)。根据《美国版权法》的规定,“公开表演或展示作品”包括“以传输或其他方式向公众传播对作品的表演或展示”。See 17 U. S. C. 101, "to perform or display a work publicly".

⑦See Perfect 10 v. Google, 508 F. 3d 1146, 1161, footnote 7 (9th Cir. 2007).

⑧See Universal Music Australia Pty Ltd. v. Cooper[2005] FCA 972, paras.66, 67.

⑨See Paperboy site, BGH, 17 July 2003, Case I ZR 259/00, para.42.

⑩See Tono et al. v. Bruvik, 37 IIC 121(2006).

⑪See European Copyright Society, Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson, p.2, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2220326](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2220326), last visit on April 2, 2015. 该份意见由 19 名欧洲知名著作权法专家署名。

⑫See Nils Svensson v. Retriever Sverige AB, Case C-466/12, paras.24-31. 欧盟法院在此后发生的涉及“加框链接”的案件中采用了相同立场(See BestWater International GmbH v. Michael Mebes, Case C-348/13)。德国联邦最高法院此后也认定,对已在 YouTube 网站中自由传播的视频设置加框链接,虽然构成传播行为,但不属于向“新公众”传播,因此不构成侵权(See Reality II, BGH, 9 July 2015, Case I ZR 46/12)。笔者不赞同所谓“新公众标准”,受篇幅所限,此处无法全面介绍和评述该标准(国外学者对该标准的批评参见 Mihály J. Ficsor, Svensson: Honest Attempt at Establishing Due Balance Concerning the Use of Hyperlinks- Spoiled by the Erroneous "New Public" Theory, pp.2-26, <http://www.copyrightseesaw.net/>

archive/?sw\_10\_item=63, last visit on July 15, 2016)。

⑬同上注, Mihály J. Ficsor 文, 第 1 页。

⑭See Mira Burri, Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union After Svensson, 5 Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law 245(2014), p.251.

⑮同前注⑬, Svensson 案判决, 第 17~19 段。正如批评者指出的那样,“使该判决的读者立即感到吃惊的是,法院……在作出‘设置链接构成传播行为’这一对链接的法律定性至关重要的论述时,没有任何深入的法律推理……法院没有作出解释,为什么链接就构成了对作品的传播,其分析的贫乏令人难以置信。”(See Emanuela Arezzo, Hyperlinks and Making Available Right in the European Union- What Future for the Internet After Svensson?, 45 IIC 524(2014), p.539.)

⑯See GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV, Case C-160/15, Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 7 April 2016, paras.23, 26.

⑰See Directorate General for Internal Market and Services of the European Commission, Report on the Responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, p.19.

⑱同前注⑬, 第 54 段、第 60 段和第 79 段。但欧盟法院在该案判决中并未接受这一意见(同前注⑬, 第 12 段)。

⑲同前注⑬, Svensson 案判决, 第 31 段。

⑳See Session-ID, BGH, 29 April 2010, Case I ZR 39/08, paras.27, 30; P. Bernt Hugenholtz, Sam C. van Velze, Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a "New Public", p.13, <http://ssrn.com/abstract=2811777>, last visit on July 19, 2016.

㉑因此,北京市高级人民法院《关于网络著作权纠纷案件若干问题的指导意见》第 2 条中“信息网络传播行为是指将作品、表演、录音录像制品上传至或以其他方式将其置于向公众开放的网络服务器中,使公众可以在选定的时间和地点获得作品、表演、录音录像制品的行为”的规定殊值赞同。

㉒参见杨勇:《深度链接的法律规制探究》,《中国版权》2015 年第 1 期。

㉓北京市高级人民法院《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见》体现了这一思路,其第 7 条规定:“提供搜索、链接服务的网络服务提供者所提供服务的形式使用户误认为系其提供作品、表演、录音录像制品,被链网站经营者主张其构成侵权的,可以依据反不正当竞争法予以调整。”美国法院则在涉及“加框链接”的“谷歌缩略图案”中

指出：“与商标法不同，版权法并不帮助版权人制止导致消费者混淆的行为。”同前注⑤④，第1160页。

①奥地利联邦最高法院曾认定一种提供“深层链接”的行为构成不正当竞争，而且适用的是其《反不正当竞争法》第1条(原则性条款)。See OGH 19.12.2000, 4 Ob 225/00t.

②《美国版权法》明确采取了该分类(See 17 U. S. C. 1201(a)(2), 1201(b))。因“版权保护措施”控制的是以复制、传播等方式对作品的使用，也被称为“使用控制措施”(参见郭禾：《规避技术措施行为的法律属性辨析》，《电子知识产权》2004年第10期)。

③我国《信息网络传播权保护条例》之所以只规定了保护信息网络传播权的技术措施，而没有涉及保护复制权等其他专有权利的技术措施，是因为其作为授权立法，只能就信息网络传播权的保护作出规定(参见我国《著作权法》第59条)，并不意味着保护其他专有权利的技术措施不能受到《著作权法》的保护。

④See RealNetworks v. DVD Copy Control Association, 641 F. Supp. 2d 913, 918(N. D. Cal. 2009).

⑤参见王迁：《版权法保护技术措施的正当性》，《法学研究》2011年第4期。

⑥我国《信息网络传播权保护条例》第26条第2款将受保护的“技术措施”限定为“有效技术、装置或者部件”。据此，根本无法发挥保护作用，可轻易被用户以常规操作手段规避的技术措施，不能受到法律保护。

⑦我国《信息网络传播权保护条例》的参与制订者指出：“避开是指绕过技术措施，使得技术措施对自己失去效用……”参见张建华主编：《信息网络传播权保护条例释义》，中国法制出版社2006年版，第16页。

⑧根据我国《信息网络传播权保护条例》第4条的规定，直接规避技术措施和提供规避手段均属于受禁止的行为。

⑨参见北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第40920号民事判决书。

⑩我国《信息网络传播权保护条例》第4条第1款规定“为了保护信息网络传播权，权利人可以采取技术措施”，但该条

款并不能被解读为创设了属于专有权利的“设置技术措施权”。因为是否设置技术措施是权利人的自由，属于“法无禁止皆可可行”的范围。

⑪北京市高级人民法院《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见(一)》第32条指出：“《信息网络传播权保护条例》第26条规定的技术措施是指为保护权利人在著作权法上的正当利益而采取的……技术措施。”

⑫参见王迁：《论提供规避技术措施手段的法律性质》，《法学》2014年第10期。我国现行《著作权法》第48条第6项将规避技术措施作为与侵犯复制权等专有权利的行为并列的“侵权行为”并不合适，在国际上也没有类似立法例。《著作权法修改草案(国务院法制办公开征求意见稿)》对此进行了修改，其第77条列举了侵害复制权等专有权利的“侵权行为”，其中并不包括规避技术措施的行为，第78条则将直接规避技术措施和提供规避手段规定为“违法行为”，这说明立法者意识到了规避技术措施并不是侵害著作权专有权利的行为。

⑬See UK Copyright, Designs and Patents Act, Section 296ZA(3).

⑭See 17 U. S. C. 1203(a).

⑮See Singapore Copyright Act, 261C(2); Canada Copyright Act 41.1(2).

⑯我国《著作权法》没有明确规定如何计算因规避技术措施造成的损失，但民法中有关损害赔偿的一般原则应可适用，国外立法例也印证了这一点。如《美国版权法》规定，违反禁止规避技术措施规定者应承担赔偿责任，权利人可就实际损失及违法者的额外获利请求赔偿，或者选择请求获得法定赔偿，法定赔偿的计算方法为对于每次规避行为、每次规避服务或每一规避设备，视情况赔偿200美元至2500美元不等。See 17 U. S. C. 1203(c).

⑰参见我国《著作权法》第48条第7项；《信息网络传播权保护条例》第18条第2项、第19条第1项。

⑱参见我国《著作权法》第48条第6项、《信息网络传播权保护条例》第4条。

⑲同前注⑮，崔国斌文。