

网络深层链接的著作权法规制

万 勇*

摘要:知识产权法学界对于网络深层链接的法律性质及规制方式认识不一。通过对美国、欧盟的判例进行梳理和比较,以及全面分析我国法院判决及学术界主要观点,发现分歧的深层次原因在于“形式主义解释论”与“功能主义解释论”的应用冲突。我国司法实践中形成的相关现有判断标准均存在一定缺陷。结合正反两方面的经验,要使网络深层链接的规制方案具有合法性和更强的实效性,应当采用以功能主义为导向、兼顾形式主义的“间接提供理论”。

关键词:网络深层链接 服务器标准 用户感知标准 实质性替代标准 间接提供理论

近年来,涉及网络深层链接的法律论战在世界各地展开。^① 欧洲法院在过去几年就链接的问题作出了多个判决,但标准一直在变。对此,欧洲版权协会与国际文学和艺术联合会发表了针锋相对的意见。^② 中国的“战火”更加猛烈:“服务器标准”“用户感知标准”“实质性替代标准”“实质性呈现标准”等各种理论“你方唱罢我登场”。^③ 尽管观点各异,新的理论也层出不穷,但现有讨论主要集中在技术、术语等形式化问题,而忽视了从法律的系统功能视角进行思考。在各部门法学中,受到新技术发展最大冲击的恐怕就是知识产权法学,因此知识产权法学界一直疲于应对各种新技术带来的挑战,无暇进行系统性的认识与把握。透过现象看本质,前述关于网络深层链接规制的各种理论基本上可以归为两类,即“功能主义解释论”与“形式主义解释论”。功能主义关注的是技术引起了什么后果,而不是技术如何运作,强调技术对现实世界的影响,而不纠缠于细节。形式主义关注的则是技术的错综复杂之处,强调技术的精准架构。^④ 那么,究竟应当采用哪种解释论,还是可以有第三条道路? 本文拟围绕前述问题,展开讨论。

一、网络深层链接规制的域外判例考察

我国法院以往所采用的“服务器标准”和“用户感知标准”借鉴了美国法院的相关审判思路,因此有必要追本溯源,考察美国法院的相关判决。此外,《欧盟关于协调信息社会中版权和相关权若干方面的第

* 中国人民大学法学院教授、未来法治研究院研究员
基金项目:上海市教育发展基金会和上海市教育委员会“曙光计划”(13SG15)

① 从术语使用情况来看,国外学术界或法院判决有时将深层链接、加框链接与内链(埋设链接)并列使用,不过国内基本上是从广义上使用“深层链接”一词,将之概括为除普通链接之外的其他链接形式。因此,在国内讨论时,普通链接是指向其他网站首页的链接;深层链接则是指向网站构架中更为深层次的网页或媒体格式文件的链接。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8期。

② See European Copyright Society, Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson, 15 February 2013; ALAL Executive Committee, Report and Opinion on the Making Available and Communication to the Public in the Internet Environment—Focus on Linking Techniques on the Internet, 16 September 2013.

③ 相关学者论述,参见王迁:《网络环境中版权侵权的认定》,《东方法学》2009年第2期;崔国斌:《得形忘意的服务器标准》,《知识产权》2016年第8期。相关法院判决,参见北京市第一中级人民法院(2003)一中民初字第12189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。

④ See Copyright Act of 1976—Transmit Clause—ABC, Inc. v. Aereo, Inc., 128 Harvard Law Review, 377 (2014).

2001/29/EC 号指令》(以下简称为《信息社会指令》)规定的“向公众传播/提供权”与《世界知识产权组织版权条约》(以下简称为《版权条约》)第 8 条的规定几乎完全一样,而《中华人民共和国著作权法》(以下简称为《著作权法》)中“信息网络传播权”的定义也来源于《版权条约》第 8 条,因此欧洲法院的判决对于我们理解“向公众传播/提供权”的含义具有重要的参考意义。

(一)美国法院的实践

1. “完美十公司诉谷歌公司案”:“服务器标准”的再审视

“完美十公司诉谷歌公司案”^①(以下简称“谷歌公司案”)是美国法院审理的为数不多涉及网络链接的案件,也是国内学者经常援引并作为判断美国法院采用“服务器标准”的重要案例。该案争议的焦点问题之一是:谷歌公司对于存储在其他网站上并由其他网站供应(serve)^②的内容设置了内链或加框链接这一行为,是否构成版权法上的“展示”行为,从而是否构成侵犯展示权?加利福尼亚州中区法院认为:至少有两种不同的方法来解释“展示”,即所谓的“服务器标准”和“纳入标准”;从技术角度来看,可以将“展示”解释为通过网络供应内容的行为,即通过互联网以物理方式将“0 和 1”发送到用户的浏览器;从纯粹视觉角度来看,可以将“展示”解释为将内容纳入网页之后通过浏览器“拉出”的行为。加利福尼亚州中区法院认为“服务器标准”和“纳入标准”作为“光谱”的两端,都可能导致极端结果产生。法院在综合考虑多种因素之后,最终认为采用“服务器标准”更为合理。这些因素包括:浏览器在技术层面如何运作、网站经营者是否容易理解、法院是否容易适用、是否能在鼓励作品创作与信息传播之间建立平衡。加利福尼亚州中区法院之所以在该案中适用“服务器标准”,是因为该案的事实存在特殊之处。首先,被告谷歌公司是总部位于加利福尼亚州的搜索引擎巨头,且涉及的链接行为是搜索引擎进行正常运作所不可避免的。其次,谷歌公司进行链接的对象是未经权利人授权传播作品的网站。如果设置链接的并非提供搜索引擎服务的公司,或链接的对象是权利人自己的网站或获得合法授权的网站,那么美国法院在进行利弊权衡的功能分析时,是否还会选择“服务器标准”,将是一个未知数。

国内学术界似乎只看到美国法院在“谷歌公司案”中采用了“服务器标准”,而忽视了法院在选择标准之前所进行的功能主义分析:法院之所以选择“服务器标准”,其中一个重要因素是认为该标准能在促进创造性的作品创作与鼓励信息传输之间维系精细平衡。加利福尼亚州中区法院并不像国内持“服务器标准”的学者那样认为该标准放之四海而皆准,而只是认为在该案中,适用该标准比适用“纳入标准”获得的结果更合理。

国内学术界忽略的另一点是《美国版权法》规定的专有权类型和定义与《著作权法》不一样。美国没有专门针对互联网传播的专有权,而是用复制权、发行权、展示权、表演权来共同规制互联网传播行为。在《美国版权法》第 101 条中,“展示”是指“直接或通过胶片、幻灯片、电视图像或任何其他设备或方法显示作品的复制品……”;“复制品”是指“除唱片之外,以现在已知或以后发展的任何方法将作品固定在其中的有形客体,通过该有形客体,作品可以被感知、复制或以其他方式直接或者借助于机器或设备被传播”。因此,只有存储了复制品的计算机,才可能“展示”复制品。从这一点来看,将“展示权”与“服务器标准”相关联具有一定的道理,但这仅仅是在美国法的框架下才具有意义。《著作权法》对“信息网络传播权”的定义是:“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”。该定义并没有强调“复制品”的概念,只要求向公众提供(使公众可以获得)作品即可。因此,将美国法院所采用的“服务器标准”作为中国法院审理相关案件的指导标准,可能存在一定的“水土不服”。

此外,即便对美国法院所采用的“服务器标准”,也有学者认为该标准应被抛弃或者将适用范围限于搜索引擎,原因是该标准违反美国宪法精神。美国宪法授权国会制定法律以促进有用艺术与科学的发展。

^① See Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C. D. Cal. 2006).

^② 由于《世界知识产权组织版权条约》《欧盟关于协调信息社会中版权和相关权若干方面的第 2001/29/EC 号指令》的中文译本通常将“making available”翻译为“提供”,为避免读者混淆,笔者将“serve”翻译为“供应”。

从版权法的主要立法目的来看,“服务器标准”可能违反了国会意图。因为自1976年以来,美国国会一直通过相关修正案来确保版权法的立法目的不至于因新的技术发展而受到损害。例如,1995年版权法修正案增加了数字音频传输权;1998年版权法修正案增加了禁止规避技术措施的条款。这些版权法修正案清楚地表明美国国会试图阻止因新技术的产生而导致版权法存在法律漏洞的意图。显然,美国国会不希望法院适用一种仅仅通过增加一些额外步骤的方式即可规避相关责任的标准——“服务器标准”。^①

2. “美国广播公司诉空中网络电视公司案”:“功能主义解释论”与“形式主义解释论”的正面交锋

尽管“美国广播公司诉空中网络电视公司案”^②(以下简称为“空中网络电视公司案”)并不直接涉及网络链接的问题,但由于该案件是美国最高法院审理的互联网传播的最新案件,同时其讨论的是公开表演权的问题,因此与网络链接也具有重要关联。^③在此案中,美国最高法院9位大法官的意见出现了分歧,最终以6:3的结果判决空中网络电视公司的行为侵犯了美国广播公司的公开表演权。多数派法官与少数派法官的观点之所以出现对立,原因在于多数派法官采用的是“功能主义解释论”,而少数派法官采用的是“形式主义解释论”,该案可以说是两种解释论的正面直接交锋,最终“功能主义解释论”占据了上风。

空中网络电视公司是一家以提供有偿电视订阅服务为主业的公司,它的系统由成千上万个小天线以及其他设备组成,如果用户想观看某一档正在实时播放的电视节目,他只要从空中网络电视公司网站的菜单中进行选择,服务器就会根据用户的选择,向用户的显示器传输数据流。空中网络电视公司系统特别的地方在于:它是通过个人天线向用户一对一传输复制件,每一次传送都只针对一位用户。空中网络电视公司之所以采用此种系统架构,就是为了规避《美国版权法》第101条有关“公开表演”定义后半段中的“传输条款”。根据该定义,只有在向公众开放的地方,或者在正常范围内的家庭成员以及关系密切的社交朋友之外的大量人群聚集的地方进行表演,再或者将作品的表演向前述地方或公众传输或以其他方式传播,才构成“公开”表演。

多数派法官并没有太多讨论具体技术的细节,而是重点关注技术的功能。多数派法官主要考察了以下几项因素:(1)空中网络电视公司系统的商业目的;(2)使用该系统的用户体验;(3)该系统对权利人的影响。在考察了以上三个因素之后,多数派法官认为:空中网络电视与有线电视一样,都具有“商业目的”;空中网络电视与有线电视在技术上的差异,不会对用户的“观看体验”产生重大影响;如果国会希望保护版权权利人,既要制止有线电视公司未经授权的行为,也要制止空中网络电视公司未经授权的行为。鉴于国会立法的规制目的,空中网络电视与有线电视在技术上存在的差异,并不会导致其系统在法律上与有线电视具有不同性质。在互联网上点击链接来观看电视,与20世纪70年代打开电视机开关观看电视是一样的。由于有线电视属于公开表演,因此空中网络电视公司的传输或播放行为也应属于公开表演。

少数派法官则详细分析了空中网络电视公司系统的技术原理,指出空中网络电视公司向用户提供的是自动系统,该系统一直处于“休眠”状态,直到订购用户激活它。当用户选择某一节目之后,空中网络电视系统将选取相关电视节目信号,并将其音频和视频部分转换成数字数据,再将该数据存储在专门为每一用户设定的文件夹中,随后通过互联网将该文件夹中的内容传输给订购用户。此时,用户的计算机或其他设备将像普通电视机一样展示广播节目。空中网络电视系统是由特定用户在特定的时间主动要求空中网络电视公司传输特定的节目,而有线电视是主动地、不间断地向受众传输节目。从技术上看,空中网络电视系统与有线电视并不一样,不能将之类比于有线电视而认为传输或播放行为构成公开表演。另一方面,即使认为空中网络电视系统的传输或播放行为构成公开表演,由于空中网络电视公司自己并未选择内容,而是类似于复印店一样向其顾客提供复印件和自助复印卡,空中网络电视公司对于表演行为并不存在“意

^① See Jason J. Lunardi, *Guerrilla Video: Potential Copyright Liability for Websites that Index Links to Unauthorized Streaming Content*, 19 *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, 1107-1108 (2009).

^② *ABC, Inc. v. Aereo, Inc.*, 134 S. Ct. 2498 (2014).

^③ 如上文所述,美国法是用复制权、发行权、表演权、展示权结合起来规制互联网传播行为。表演权与上文讨论的展示权的主要区别在于:表演权的客体是连续图像(如视频),而展示权的客体则是单幅图像(如图片)。

志”,因此也就不必承担侵权责任。

当然,有学者认为少数派法官的“形式主义解释论”本身在“形式上”即存在问题,因为他们“错误地将以往判例中仅在涉及复制权的意志要件适用于表演权,同时又没有讨论传输条款”。^①有人可能质疑多数派法官的判决将损害技术创新,但是空中网络电视公司的所谓“创新”,并不是为了提供更为便利与高效的服务,而只是为了规避法律、不支付版税。这是否真正意义上的“创新”呢?^②

(二)欧洲法院的实践

欧洲法院先后在“斯文松案”^③“百仕可案”^④“GS媒体案”^⑤中就网络链接的法律性质作出了判决,但判决意见并不一致。这三个判决讨论的核心问题是:链接是否构成《信息社会指令》第3条第1款中的“向公众传播”?根据该条款的规定,各成员国应为作者提供专有权,以授权或禁止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。

1. “斯文松案”与“百仕可案”:形式主义分析进路

“斯文松案”涉及的是在某一网站上设置可点击的链接,链接的对象是已在另一网站上公开且该网站没有施加任何限制的受版权保护的作品。对于此类链接行为是否构成向公众传播的问题,欧洲法院指出《信息社会指令》第3条第1款中的“向公众传播”包括两个要件:(1)存在传播行为;(2)指向“公众”。关于第一个要件,欧洲法院认为,只要作品以使得公众可以获得的方式提供,而不管公众是否实际获得了该作品,即构成“传播行为”。因此,在本案中,对于受保护的作品设置可点击的链接应当被认为构成“提供”,从而构成第3条第1款项下的“传播行为”。^⑥关于第二个要件,即传播是否向“公众”进行。欧洲法院首先指出,第3条第1款项下的“公众”是指人数不确定的潜在接收者,它暗示有数量相当多的人。由网站经营者实施的通过可点击的链接进行的传播行为的对象是该网站的所有潜在用户,也就是人数不确定且数量相当多的接收者,因此可以认为网站经营者实施了向公众传播行为。接着欧洲法院笔锋一转,根据以往的判例,类似本案在传播的技术手段与初始传播一样的情况下,要构成第3条第1款项下的“向公众传播”,必须指向的是“新公众”,即版权权利人在授权初始传播时没有考虑到的公众。在本案中,初始传播指向的公众包括原网站的所有潜在访问者,由于原网站没有采取任何限制措施,因此所有互联网用户都可以自由地获得作品。设置链接的网站的用户应当视为初始传播的潜在接收者,也属于版权权利人在授权初始传播时考虑到的公众的一部分,而并非“新公众”。由于不存在“新公众”,因此系争行为不属于向公众传播。

“百仕可案”涉及的是加框链接的情形。欧洲法院在该案中延续了其在“斯文松案”中的审判思路,认为由于系争作品并没有向“新公众”传输,而且也没有使用与初始传播不同的特殊技术手段进行传播(都是在互联网环境下进行),因此,加框链接不构成“向公众传播”。显然,这一判决理由更明确地采用“形式主义解释论”,分别针对“向公众传播”的两个术语确定构成要件:初始传播之外的其他传播行为,如要构成“向公众传播”,则其或者是采用与初始传播技术不同的其他技术进行传播,或者是向“新公众”进行传播。

2. “GS媒体案”:从形式主义走向功能主义

不同于“斯文松案”的判决径自讨论“向公众传播”的两个要件,“GS媒体案”判决指出,《信息社会指令》第3条第1款中“向公众传播”的含义和范围必须根据该指令的目的以及相关条款的上下文来进行解释。根据《信息社会指令》序言第3段和第31段,在数字环境下应在以下两种利益之间建立合理的平衡:一种是版权权利人保护其知识产权的利益,另一种是保护使用者的利益与基本权利以及公众利益。以往的判决往往主张“向公众传播”包括两个要件,即“传播”行为以及作品的传播是向“公众”进行。

① Devlin Hartline, On Scalia's Aereo Dissent, <http://lawtheories.com/?p=1675>, 2017-08-17.

② See Lois F. Wasoff, The Aereo Decision—Exploiting the Implications, http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2014/05/article_0003.html, 2017-08-17.

③ See Case C-466/12, Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB, EU: C: 2014: 76.

④ See Case C-348/13, BestWater International v. Mebes and Potsch, EU: C: 2014: 2315.

⑤ See Case C-160/15, GS Media v. Sanoma Media Netherlands BV and Others, EU: C: 2016: 644.

⑥ See Case C-466/12, Nils Svensson and Others v. Retriever Sverige AB, EU: C: 2014: 76.

之后,欧洲法院并没有简单进行形式主义分析,而是强调法院在以往的案例中曾明确指出:“向公众传播”这一概念需要进行个案分析。在进行个案分析时,需要考虑多项补充性因素。在不同的情形下,这些因素可能以不同的程度存在,因此既要单独适用,也要考虑它们相互之间的作用。这些补充因素包括:用户是否起到必不可少的作用以及是否故意介入、是否有大量人群、传播是否具有营利性等等。根据以上考虑的各方面因素,判断在某一网站上针对另一网站未经版权人同意而自由提供受版权保护的作品设置链接的行为是否构成向公众传播,需要考察设置链接是否以营利为目的。如果不以营利为目的,则应确定设置链接者是否不知道也没有合理理由应当知道另一网站非法提供作品;如果以营利为目的,则推定设置链接者具有此种认知。

需要注意的是,即使欧洲法院认为本案涉及的行为应当被视为“向公众传播”,通过对版权权利人提出的理由进行形式主义分析也可以得出这一结论。理由是尽管文件工厂(Filefactory)网站未经版权权利人同意提供了享有版权的照片,但该网站的受众很少。在GS媒体管理的网站吉恩斯太尔(GeenStijl)(荷兰在新闻领域访问数量排名前十的网站)设置链接之后,将有更多的公众获得照片。这样,也就存在了“新公众”,从而也可以得出GS媒体的设链行为构成“向公众传播”。不过,欧洲法院并未如此分析,而是指出应根据《信息社会指令》的目的来进行解释,并强调在解释时应确保版权权利人的利益与使用者及社会公众利益之间的平衡。在此基础上,欧洲法院又引入多个补充性因素中判断是否构成“向公众传播”。欧洲法院在“GS媒体案”的判决中从以往的形式主义分析走向了功能主义分析,从而能更好地应对互联网环境错综复杂、不断发展的情势,同时也能更好地协调各方利益。但是,其片面地强调功能主义,在某些方面完全背离了传统的法律原理,将是否以营利为目的作为直接侵权构成要件,似乎走得太远。

二、网络深层链接规制的中国司法实践

我国法院在涉及深层链接的审判实践中发展出了多种判断标准,呈现出百花齐放、百家争鸣的态势,主要有“服务器标准”“用户感知标准”“实质性替代标准”这三种标准。^①

(一)“服务器标准”

“服务器标准”的基本内容是,判断系争行为是否信息网络传播行为,应考虑相关内容是否存储于被告的服务器中。当然,“服务器标准”也有一个范围逐渐扩大的过程:“服务器”从最开始的仅指网络服务器,到后来扩展到包括个人电脑、手机等一切可存储信息的硬件介质。^②

持“服务器标准”的学者认为:“在法律无明确规定的情况下,对于法律规定的具体理解,可参考该规定的立法渊源。”由于《著作权法》第10条第12款的“信息网络传播权”的定义源于《版权条约》第8条的规定,因此对于信息网络传播权中“提供行为”的理解,《版权条约》缔结过程中的相关文件具有参考意义。^③

《版权条约》条款草案注释指出:“重要的是提供作品的初始行为,至于服务器空间、传播的连接、传输设备以及信号的路由选择,则是无关紧要的”。鉴于外交会议的记录对于条约的解释具有很高的权威性,《版权条约》第8条中的“提供行为指向的是‘最初’将作品置于网络中的行为,即将作品上传至服务器的行为。……基于此,《著作权法》所规定的信息网络传播行为亦应指向的是最初将作品置于服务器中的行为”。^④

(二)“用户感知标准”与“实质性替代标准”

国内最早为反对“服务器标准”而提出的是“用户感知标准”。该标准认为:判断相关行为是否信息网络传播行为,应考虑网络用户的感知,如果相关行为使得用户认为系争内容由相关当事人提供,即应认为

^① 参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

^② 参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

^③ 参见北京知识产权法院(2015)京知终字第559号民事判决书。

^④ 北京知识产权法院(2015)京知终字第559号民事判决书。

该当事人实施了信息网络传播行为。^① 该标准通常考虑的是“相关行为的外在表现形式,至于系争内容是否存储于权利人的服务器中则在所不论”。^②

“实质性替代标准”属于用户感知标准的“升级版”,该标准的提出主要是为了解决“用户感知标准”无法克服的问题,即深层链接提供者在提供链接服务时,采用各种使用户可以感知的方式明确表明其并非原网站(如通过声明等方式表明相关作品来源于第三方网站),而仅是提供链接者的情形。^③ “实质性替代标准”的基本内容是:深层链接行为对权利人所造成的损害以及为行为人所带来的利益,与直接向用户提供作品的行为并没有实质性差别,因此深层链接行为构成信息网络传播行为。^④ 该标准无需考虑用户是否足以认识到相关行为是链接行为,而只考虑提供链接者的获益以及著作权人受到的损害。根据该标准,具有经营性质的深层链接行为必然属于信息网络传播行为。^⑤ 这一结论与“GS媒体案”的判决具有一定的相似之处。

(三)评述

“服务器标准”曾经为解决深层链接的规制问题提供了较为合理的理论框架,但是随着技术的不断发展,该标准已经不能良好适用。例如,有法院鲜明地指出:“如果仅从涉案作品是否存储在……服务器上这一角度来判断其行为是否构成网络提供行为,并仅仅因为无法判定涉案作品是否存储在……服务器上,就认定其不构成作品提供行为,在硬件水平不断提升、云技术不断发展的今天,将很轻易地被服务器规避”。^⑥ 持“服务器标准”者认为保护著作权人利益是著作权法的重要制度价值之一,利益平衡同样也是著作权法所追求的制度价值。^⑦ “人民法院审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件,在依法行使裁量权时,应当兼顾权利人、网络服务提供者和社会公众的利益。”^⑧ 事实上,法院在相关判决中,已经扩张性地对权利限制与例外进行了解释,^⑨ 为了恢复权利人与网络服务提供者和社会公众之间这一失衡的法律关系,相应扩张性地解释权利内容也是合理的。

“用户感知标准”来源于美国,但美国法院是在判断是否侵犯展示权时引入这一标准的,毕竟“展示”与用户的体验、感知存在一定的关联。然而,《著作权法》关于专有权的类型和内容与美国法并不相同,该标准在我国著作权法的专有权中找不到相对应的权利基础。此外,这一标准受到的最大质疑是过于主观,不符合行为评价的客观准则。^⑩ 同时,是否造成混淆是适用于判断侵犯商标权的构成要件,而不是侵犯著作权的构成要件。

“实质性替代标准”的主要问题则在于,其不是围绕信息网络传播权的定义来界定其权利范围,而是关注“专有信息网络传播权人分销授权的商业逻辑”和“影视聚合平台经营获益的商业逻辑”。这是采用了不正当竞争案件的分析思路,以获益与损害完全代替了侵权归责原则。^⑪

三、网络深层链接规制理论的新发展

尽管“空中网络电视公司案”的判决并非直接针对网络链接技术,但是法院判决的有关内容可以为我

① 参见北京市第一中级人民法院(2003)一中民初字第12189号民事判决书。

② 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。

③ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

④ 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。

⑤ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

⑥ 上海知识产权法院(2016)沪73民终146号民事判决书。

⑦ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

⑧ 《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》第1条。

⑨ 《中华人民共和国著作权法》对于权利限制采用的是封闭式的立法模式,而多个法院在审判实践中引入了开放式的因素。例如,北京市第一中级人民法院在审理“王莘诉北京谷翔信息技术有限公司、谷歌公司案”中明确指出:“在特定情况下,如果他人未经著作权人许可而实施的著作权所控制的行为并未与作品的正常利用相冲突,也没有不合理地损害著作权人的合法利益,则通常可以认定此种使用行为构成对著作权的合理使用,不属于侵犯著作权的行为”。参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第1321号民事判决书。

⑩ 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。

⑪ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书;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》,《知识产权》2017年第2期。

们理解网络链接的法律性质提供参考。在该判决中,法官提出了如下问题:“希望观看电视节目的订购用户会关心图像和声音究竟是通过大的多用户天线还是小的单一用户天线传送到其屏幕上吗,会关心这些节目是同时还是延迟了几秒之后才到达吗,或者会关心这些节目是直接传输还是在制作了个人复制件之后才传输吗?”这些问题从某种意义上呼应了我国持“功能主义解释论”者的部分观点。如果美国法院在未来审理涉及深层链接的案件中适用美国最高法院在“空中网络电视公司案”中所采用的“功能主义解释论”,显然将会裁定深层链接构成侵权,从而背离所谓的“服务器标准”。至于欧洲法院的判决,也具有从形式主义到功能主义的趋向。从对“公众”作出“新公众”的解释到引入“特殊技术手段”,都是对“向公众传播权”或“向公众提供权”中的“公众”与“传播/提供”这两个术语在规范层面进行的形式主义解释。不过,在“GS媒体案”中,欧洲法院在“向公众传播/提供权”的法律规范之外引入主观要件与“赢利”标准,显然采取的是“功能主义解释论”。

需要指出的是,功能主义分析不能完全不顾形式化要求,仍然需要受到法律文本的约束。欧洲法院关于“GS媒体案”的判决以及我国法院采用的“实质性替代标准”,尽管从积极方面来看,是背离了机械的形式主义分析,代表了从形式主义走向功能主义,但是它们已经超出了“硬性约束”,完全颠覆了直接侵权判定的基本原则,从而走得过远。

在综合域外判例与我国法院判决和学者观点的基础上,笔者提出以功能主义为导向、兼顾形式主义的“间接提供理论”。该理论的提出与论证仍然是建立在对法律文本的法律解释基础之上,即“信息网络传播权”定义中的“向公众提供”既包括向公众直接提供,也包括向公众间接提供,后者可以作为规制深层链接的法律工具。无论是负责《著作权法》修法的立法机关负责人,还是负责起草《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》的最高人民法院法官均认为:《著作权法》有关信息网络传播权的定义直接来自于《版权公约》第8条“向公众提供权”的表述。^①有学者还认为:“如果国内法的特定规定是转化和落实条约条款的,条约规定对于国内法的解释当然具有意义”,而且“国内法必须与条约规定作同样的解释”。^②

(一)“向公众提供权”的条约法解释与“间接提供理论”的提出

1. 文义解释

在《版权条约》中,“向公众提供”的英文为“make(making)available to the public”。根据《牛津词典》的解释,“make”具有以下含义:“通过将各部分放在一起或将各实体结合而形成;使……产生或成为;强迫(某人)做某事;构成;赢得;成功到达(某地)或赶上(火车或其他交通工具);准备”等。^③“Available”的含义指:“可用的或可获得的;未被占有的、空闲的”。^④“Public”作为名词的含义是指:“一般普通民众;社区”。^⑤因此,从文义解释来看,“向公众提供”的含义是:使一般普通民众可以获得。

2. 系统解释

从《版权条约》的上下文来看,由于“向公众提供权”规定在第8条后半段,且前面使用了“包括”一词,因此一般认为,在《版权条约》中,提供权属于向公众传播权的子权利。但是,在《世界知识产权组织表演与录音制品条约》(以下简称《表演与录音制品条约》)中,提供权是作为单独的条款——第10条(“提供已录制表演的权利”)和第14条(“提供录音制品的权利”)——来规定的。也就是说,《表演与录音制品条约》第2条中的“向公众传播”并不包括第10条和第14条规定的“提供”表演和录音制品的行为。^⑥

事实上,在缔结《版权条约》和《表演与录音制品条约》时,对于选择哪一(些)权利适用于数字网络环境

^① 参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社,2002年版,第56页;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。

^② 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。

^③ The Concise Oxford English Dictionary,外语教学与研究出版社,2004年版,第859页。

^④ The Concise Oxford English Dictionary,外语教学与研究出版社,2004年版,第91页。

^⑤ The Concise Oxford English Dictionary,外语教学与研究出版社,2004年版,第1156页。

^⑥ 参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社2009年版,第877页。

下的交互式传输,缔约各方意见不一致。为了协调各方立场,时任世界知识产权组织负责版权事务的助理总干事米哈依·菲彻尔提出了“伞形解决方案”,并得到了各方的采纳,从而为缔结这两个公约铺平了道路。“伞形解决方案”的目的是提供一把“伞”(即多种选择),使得权利人在数字环境下享有充分和有效的保护,同时便利各种不同制度之间的“兼容”。“伞形解决方案”最重要的两个基本要件是:(1)应当将有关的行为表述为“向公众提供”;(2)此种向公众提供的权利的性质应当是专有权,而不能是获得报酬权。^①

由于“提供”一词是技术中立的,且涵盖范围广泛,因此缔约国法律为了规制交互式传输行为,可以采用作为向公众传播权子权利的提供权模式、作为发行权子权利的提供权模式,也可以采用单独的提供权模式(可使用其他名称)。申言之,在缔约国国内法中,“提供”的含义不必受制于公约中“传播”的含义。

3. 目的解释

《版权条约》序言第 1 句指出缔结《版权条约》的目的之一是“缔约各方出于以尽可能有效和一致的方式发展和维护保护作者对其文学和艺术作品之权利的愿望”。这一措辞与《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)序言第 1 句的规定基本一样。“以尽可能有效的方式保护”是指“提供高水平的保护”。由于《版权条约》规定的只是最低保护标准,因此所谓的“一致”从逻辑上讲,也暗含要求高水平的保护,因为最低保护标准越高,超过这个最低标准的空间就越有限,从而也就越容易获得一致的保护。因此,在出现两种以上可能的解释时,应当采用有利于为作者提供更高水平保护的解释方式。^②

4. “间接提供理论”

由于“提供”的字面意义是指“使……可获得”,并没有限制为仅可直接获得。因此,可以将“提供”解释为既包括向公众直接提供(上传至服务器),也包括向公众间接提供(网络深层链接)。从条约目的来看,即使存在两种以上的解释,也应作出有利于为作者提供更高保护水平的解释。从系统解释来看,“提供”并不需要受制于“传播”,因此“间接提供理论”完全符合各种条约解释方法。

“间接提供理论”也可以从权威学者的著作中得到理论支持。澳大利亚学者山姆·里基森和美国学者简·金斯伯格在《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》一书中指出:“提供权可能还可以涵盖某些间接地提供文学和艺术作品的行为,从而具有更广泛的适用范围……,《版权条约》第 8 条规定的提供权,授予了作者享有允许公众中的成员‘在其个人选定的地点和时间’获得文学和艺术作品的专有权。‘地点’一词,最有可能是指公众中的成员所处的地点(例如,家里或者网吧)。不过,从第 8 条的文本来看,也可以认为‘地点’一词,是指网络‘地点’,例如,用户为了获得作品而访问的网站……,尽管传播源最终是其他网站,但用户的选择才具有决定意义。如果是这样,则《版权条约》规定的‘提供权’可以涵盖某些间接侵权行为。”^③

(二)“间接提供理论”在中国法语境下的适用

《著作权法》有关“信息网络传播权”的定义来源于《版权条约》中的“向公众提供权”,而且二者的措辞几乎完全一样,因此适用于条约的“间接提供理论”也可适用于《著作权法》中的“信息网络传播权”的解释。当然,为了互联网的正常运行,采用“间接提供理论”还需要配之以宽泛、灵活的权利例外制度。事实上,无论是法院的司法实践、^④最高人民法院的司法文件、^⑤还是《中华人民共和国著作权法修订草案》(送审稿)^⑥都已经采用开放的权利例外模式(具体因素不完全一样),从而可以解决这一问题;只要深层链接没有与作

① 参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康、万勇、相靖译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 298~299 页。

② 参见[德]约格·莱因伯特、西尔克·冯·莱温斯基:《WIPO 因特网条约评注》,万勇、相靖译,中国人民大学出版社 2008 年版,第 32 页;世界知识产权组织:《保护文学和艺术作品伯尔尼公约指南》,刘波林译,中国人民大学出版社 2002 年版,第 8 页。

③ [澳]山姆·里基森、[美]简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》,郭寿康等译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 662~663 页。

④ 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第 1321 号民事判决书,北京市高级人民法院(2013)高民终字第 1221 号民事判决书。

⑤ 参见《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。

⑥ 参见《中华人民共和国著作权法修订草案》(送审稿)第 43 条第 2 款。

品的正常利用相抵触,也没有不合理地损害权利人的合法权益,则属于例外的范围,不构成侵权。

如果采用“服务器标准”,认为未经授权对合法内容设置深层链接不构成侵权,只有当行为人破坏技术措施才构成违法行为,将不得不迫使所有网站采取技术措施,这样反而将损害互联网的互联互通。如果认定未经授权设置深层链接构成直接侵权,一方面可以令权利人或合法内容提供者不必非得采用技术措施,从而保证了正常范围内的互联网运行的互联互通(对于非商业性、自用或用于引用、研究等目的设置深层链接,可以视为例外),另一方面也可引导聚合平台与权利人通过单独许可或通过集体管理组织进行一揽子许可的方式进行谈判。

法院判决对于其审理的个案而言是“事后的”,但对于未来的案件以及市场上的行为而言却又是“事前的”,因此法官应贴近社会生活、了解市场,准确判断相关利益主体将受到的具体影响和将采取的行为策略,洞察特定时空背景下相关利益主体的行为选择逻辑。^① 如果用 0 和 1 来表示专有权的控制范围,采用“服务器标准”认为设置深层链接不构成侵权,只能令权利人采取一刀切的方法,因为它什么都不拥有。采用“间接提供理论”,则可以令权利人在 0—1 的区间对设链者进行区别对待:需要获得单独授权和付费(1),不需要获得授权和不付费(0),以及通过集体管理组织获得授权和付费(0—1)。显然这种区别对待的方法能够发挥更优的指引功能。

中国的网络环境与文化、内容市场与技术,与美国、欧洲等国家或地区存在较大差异,简单地将域外的某种做法甚至若干年前某一法院的判决视为范本,显然是不可取的。在我国当下盗版问题较为严重且法律规避措施层出不穷的环境下,盲目地沉迷于技术中心主义,迷信某种技术标准之类的教条,不仅将阻碍创新社会的建立,也会影响人们对法治社会的功能性期待。更为有效的办法是透过技术的表象看本质,加大对侵权行为的威慑力度。“间接提供理论”与“用户感知标准”“实质性替代标准”都是立足于功能分析,而不是僵化地固守形式。但是,“间接提供理论”更契合法律文本,它是以功能主义为导向,同时兼顾形式主义;它关注技术的功能效果,同时又建立在对法律文本的法解释学基础之上,并未突破传统的著作权法、侵权法基本原理,从而更为合理。

责任编辑 黄玉烨

^① 参见熊丙万:《法律的形式与功能》,《中外法学》2017年第2期。