

深層鏈接行爲直接侵權的認定

以用戶標準爲原則,以技術標準爲例外

—芮松艷—

並非所有的鏈接服務均屬於網絡服務提供行爲,均受到《信息網絡傳播權保護條例》簡稱《條例》第二十三條規定的避風港保護。認定具體的鏈接服務是屬於直接的信息網絡傳播行爲,還是屬於網絡服務提供行爲,不應以被傳播的內容是否存在於該網站的服務器上爲標準。如果用戶可以直接在該網站的網頁上直接獲得被鏈接網站的內容,原則上即應認定其實施了直接的信息網絡傳播行爲,除非該網站可以證明其僅被動地提供網絡技術服務,且未進行任何人工干預,同時提供給網絡用戶的展示具體內容的網頁表現形式是由被鏈接網站所決定的。

在2008年北京市海淀區人民法院審理的一起涉及鏈接搜索服務的案件中,法院未對被告提供的深層鏈接行爲提供《信息網絡傳播權保護條例》(簡稱《條例》)第二十三條中所提供的避風港保護,而是認定該行爲屬於直接的信息網絡傳播行爲。該案中,北京衡準科技有限公司(衡準公司)被訴未經許可在其經營的網站(e準網)上提供電視連續劇《士兵突擊》視頻播放的鏈接服務,侵犯了權利人中國三環音像社對該劇享有的信息網絡傳播權。衡準公司在其網站上提供《士兵突擊》的分集視頻鏈接,用戶可以點擊進行在線播放,在整個播放過程中用戶端的網頁地址始終在衡準公司的網站“ezhun.com”項下,但該視頻並不存儲於該網站中。三環音像社認爲衡準公司的行爲構成對其信息網絡傳播權的侵犯,但衡準公司稱e準網提供的是搜索引擎服務,採用嵌套式鏈接的方式,不直接提供內容,因此,其行爲未構成對三環音像社權利的侵犯。法院認爲,e準網在點擊播放《士兵突擊》劇的分集視頻時,網頁地址始終在“ezhun.com”項下,上述情形並非搜索引擎服務的提供方式,而是由e準網直接向用戶提供視頻內容的瀏覽,只是該內容由e準網從其他多家網站獲取。e準網的上述行爲應定性爲直接實施傳播的行爲,侵犯

了原告對《士兵突擊》享有的信息網絡傳播權,應當承擔停止侵權,賠償損失的民事責任。¹

該案涉及深層鏈接服務的概念、性質以及相關的侵權認定標準,司法實踐中對此存在不同的認識和做法,因此有必要就此進行更加深入的分析。

一、基本概念

深層鏈接服務行爲是指,設鏈網站所提供的鏈接服務使得網絡用戶在未脫離設鏈網站頁面的情況下,即可獲得被鏈接網站上的內容,此時在網頁地址欄里顯示的是設鏈網站的網址,而非被鏈接網站的網址。但該內容並非存儲於設鏈網站,而是存儲於被鏈接網站。

目前深層鏈接服務通常表現爲兩種形式:一種爲,在設鏈網站的網頁上無法看出用戶最終所獲得內容的來源網站,亦即僅從網頁頁面上無法看出該網站提供的是搜索鏈接服務。一種爲,網頁上清楚地顯示了被鏈接內容的來源網站。亦即從網頁頁面上可以看出該網站提供的是搜索鏈接服務。

二、司法實踐中對深層鏈接服務 行為性質的不同認定

1. 採用戶標準, 認定在未經權利人許可的情況下深層鏈接行為構成直接侵權。

該做法認為, 認定某一行為屬於直接的信息網絡傳播行為, 還是屬於網絡服務提供行為, 不以所傳播的客體是否存在於該網站的服務器上為標準, 而應以其外在表現形式所帶給網絡用戶的認知或用戶是否可以直接在該網站上直接獲得內容為標準。如果外在的表現形式使得網絡用戶認為是該網站在提供信息, 或用戶雖然可以意識到該網站上提供的是鏈接服務, 但用戶卻可以直接從該網站上得到該內容, 則無論該信息是否存在於其服務器上, 其行為均應被認為是直接的信息網絡傳播行為, 在未經權利人許可的情況下, 構成對信息網絡傳播權的直接侵犯。反之, 則該行為僅是網絡服務提供行為, 享受避風港保護, 僅在行為人明知或應知被搜索鏈接的內容構成侵權的情況下才承擔間接侵權責任。

該案中, 雖然在判決中並無明確表述, 但法院實際上採用的是用戶標準, 其基於用戶可以直接在被告網站頁面下獲得被鏈接內容這一事實, 認定被告的設鏈方式不屬於《條例》第二十三條中所規定的提供搜索鏈接服務的方式, 從而認定其行為構成直接侵權。

2. 採用服務器標準, 認定在深層鏈接服務提供者明知或應知的情况下, 其行為構成間接侵權。

該做法認為, 認定某一行為屬於直接的信息網絡傳播行為, 還是僅屬於網絡服務提供行為, 應以行為人所傳播的內容是否存在於其網站的服務器上為標準。具體而言, 如果內容存在於行為人的服務器上, 則該行為屬於直接的信息網絡傳播行為, 在未經權利人許可的情況下, 其傳播行為將會構成對信息網絡傳播權的直接侵犯。但如相關內容並未存儲於其服務器上, 則其行為僅是網絡服務提供行為, 享受避風港保護, 僅是在行為人明知或應知被搜索鏈接的內容構成侵權的情況下才承擔間接侵權責任。實踐中亦有很多案件中採取的是這種做法, 認定深層鏈接行為構成侵權。如雅虎 mp3 搜索系列案件²、新浪 mp3 搜索案³等, 法院均採用了服務器標準。

三、服務器標準與用戶標準的分歧根源

上述兩種標準的出現源於對“信息網絡傳播權”的不同理解。我國《著作權法》規定, 信息網絡傳播權是指以有線或無線的方式向公眾提供作品, 使公眾可以在其個人選定的時間或地點獲得作品的權利。上述兩種標準根本分歧即在於如何理解該規定中的“提供作品並使公眾獲得”。

採用服務器標準的觀點認為, “提供”一詞譯自《世界知識產權組織版權條約》(簡稱 WCT) 第 8 條中的“making available”, 是指使公眾獲得作品的可能性。只有將相關作品上傳或以其他方式置於服務器中的網站才使公眾有了獲得作品的“可能性”。如果被鏈接的網站刪除了相關作品, 或是關閉了網絡服務器, 那麼設置鏈接的網站即便仍保護原有的鏈接, 也無法使得公眾通過點擊這些鏈接來獲得作品。相反, 即使設置鏈接的網站移除了原有的鏈接, 公眾也依然可以直接登錄原先被鏈接的網站而獲得相關作品。顯然決定公眾獲得相關內容“可能性”的只能是被鏈接的網站, 而不是設置鏈接的網站⁴。鑒於此, 直接實施信息網絡傳播行為的只能是被鏈接網站。相應地, 以該觀點為基礎會導出如下結論: 即鑒於鏈接服務提供者並未在其服務器上複製相關內容, 因此其所提供的鏈接服務, 必然屬於《條例》第二十三條規定的情况, 只在主觀明知或應知的情况下構成間接侵權。

採用戶標準的觀點則認為, 不能把提供作品的行為狹義地理解為必須以服務器中存在該作品為前提。雖然最終決定公眾是否可以獲得該作品的是存儲了相關作品的第三方網站, 而非設鏈網站, 但不可否認的是, 在第三方網站上傳作品直至刪除的這段時間內, 設鏈網站的行為同樣使得公眾可以獲得作品。在法律中未明確規定應以服務器中存在作品為前提的情况下, 可以將提供作品的行為不僅理解為上傳且傳播的行為, 同時亦應包括不上傳但亦傳播的行為。在此基礎上, 該觀點認為, 並非使用了鏈接技術的服務行為均屬於《條例》第二十三條規定的鏈接服務提供者, 技術概念與法律概念並不同: 即便服務提供者在提供服務過程中使用的是鏈接技術, 且未在服務器中複製相關內容, 但只要其提供服務的行為使得用戶認為是服務提供者在傳播信息, 則應認定服務提供者實施的是直接的信息網絡傳播行為, 在未經權利人許可的情况下構成直接侵權。

四、應採用“以用戶標準為原則，以技術標準為例外”的認定方式

筆者認為，相對而言，用戶標準更有利於維護權利人的利益，因此，筆者對於該案中法院所做的認定持贊成態度。但理論上講，絕對地適用服務器標準或用戶標準，均可能損害權利人或內容傳播者的正當權益，因此，較為合理的做法是在原則上適用用戶標準的基礎上，在特定情況下引入技術標準。

1. “以用戶標準為原則，以技術標準為例外”的具體含義

所謂“以用戶標準為原則”，是指如果權利人能夠證明用戶在不脫離設鏈網站頁面的情況下即可得到被鏈接網站的內容，則應初步認定該網站所提供的服務屬於內容服務行為，該行為是直接的信息網絡傳播行為。

所謂“以技術標準為例外”，是指如果設鏈網站可以證明其用戶之所以可以在不脫離該網站頁面下即可得到被鏈接網站的內容，完全且僅僅是基於設鏈網站使用的鏈接技術，其並未進行任何人工干預，則在此種情況下可以認定設鏈網站所實施的是鏈接服務行為，可以適用《條例》第二十三條。

判斷是否符合技術標準，要看設鏈網站提供給用戶的展示作品的頁面是否完全是基於設鏈網站的鏈接技術。如果是，則應認定設鏈網站僅提供的是鏈接服務，未進行任何人工干預，符合技術標準的要求。如果不是，則應認定設鏈網站進行了人工干預，不符合技術標準的要求。

舉例而言，百度和 GOOGLE 所提供的特定格式的高級搜索服務(如 doc 文件、ppt 文件)，即屬於符合技術標準的深層鏈接服務。以“.doc”文件的高級搜索為例，當用戶在搜索框中輸入“信息網絡傳播權保護條例”後，點擊其中任一搜索結果時，可以直接得到《信息網絡傳播權保護條例》的下載或打開窗口，可以直接將其下載或以 word 文檔的方式打開，而無須進入被鏈接網站。但用戶之所以無須進入被鏈接網站即可以得到這一頁面，並非是百度和 GOOGLE 在使用鏈接技術的同時進行了其他人工干預行為，而是因為設鏈網站本身給用戶提供的即是該頁面。因為用戶如果將該文件的絕對地址鍵入到瀏覽器中的網絡地址欄中時會發現，其所得到的同樣的下載或打開窗口。此種情況下，即應認為百度和 GOOGLE 此時的行為屬於《條例》

第二十三條所規定的搜索鏈接服務。

將此認定方式具體適用於該案，如果被告網站能夠證明其之所以能夠在其網頁上提供涉案視頻的播放，完全是因為設鏈網站所決定的，則可以認定此種情形能夠適用《條例》第二十三條避風港條款。但就目前網絡技術的現狀來看，這種視頻內容深層鏈接的表現形式基本上均非由被鏈接網站所決定，而是由設鏈網站自行適用某些技術措施而得到的。因此，在適用該原則的情況下，被告基本上不可能享受《條例》第二十三條的避風港保護。

2. 採用“以用戶標準為原則，以技術標準為例外”的認定方式符合《著作權法》對信息網絡傳播行為的規定

鑒於採用該認定方式，會導致在一定情況下認定深層鏈接行為構成直接的信息網絡傳播行為，故其實際的含義是，不以複製為前提的傳播行為會構成直接的信息網絡傳播行為。因此，該認定方式是否成立的首要前提是，按照我國《著作權法》的規定，信息網絡傳播行為並不必然以直接複製(上傳)行為為前提，其同時亦包括不上傳但同樣傳播的行為(如搜索鏈接行為)。

下面我們從《著作權法》的規定出發予以分析。我國《著作權法》規定，信息網絡傳播權是指以有線或無線的方式向公眾提供作品，使公眾可以在其個人選定的時間或地點獲得作品的權利。鑒於該規定中所使用的用語是“提供作品，使公眾可以獲得”，其並未要求這種提供行為必須是先上傳再提供的行為，因此筆者認為將其理解為任何提供作品，使得公眾具有獲得該作品的可能性的行為都符合這一規定，而無須以上傳(複製)為前提。

筆者認為，服務器標準認為直接的信息網絡傳播行為的構成須以上傳(複製)為前提，這種理解過於片面。雖然我國《著作權法》中信息網絡傳播權的定義完全來源於《世界知識產權版權公約》(簡稱 WCT)第八條的規定，筆者亦認可當時所欲解決的就是上傳且傳播的行為，但筆者同時認為，這種情形的出現僅是因為深層鏈接等技術當時尚未出現，該條規定並不代表亦不能由此而當然地認為其僅能被用於調整當時存在的技術所帶來的侵權行為，而將之後出現的新技術所帶來的傳播行為當然地排除在外。

3. 採用“以用戶標準為原則，以技術標準為例外”的認定方式符合《條例》中的避風港條款。

鑒於《條例》第二十三條中對於鏈接服務的法律責任已進行了規定,因此,上述認定方式是否合理還要看其是否符合《條例》第二十三條的規定。

《條例》第二十三條有關搜索鏈接服務的避風港條款中並未對何種技術屬於該條款所規定的搜索鏈接技術作出明確的規定,但《條例》第二十條至第二十二條避風港條款卻均規定了相對明確的免責條件,從中可以看出,《條例》雖然通過上述條款對於技術的發展提供相應的法律空間,但《條例》對於網絡技術的保護是有條件的,即只有被動、無人工干預的網絡服務行為才會獲得避風港的保護。鑒於各條款對於技術保護的標準應是一致的,因此第二十三條中規定的對搜索鏈接技術的避風港保護,亦應理所當然地理解為僅限於對純粹的、無人工干預的搜索鏈接服務的保護。

在這種情況下,我們需要判斷何種鏈接服務屬於純粹的鏈接技術。實踐中,與鏈接有關的技術多種多樣,且發展迅速。但有的鏈接技術是將用戶帶到被鏈接網站的相關頁面獲取內容,而有的鏈接技術則可以使用戶直接在設鏈網站上得到被鏈接網站的內容(即本文所述麼層鏈接)。那麼是不是只要具有了鏈接功能的技術均可以被認為是《條例》所保護的純粹的鏈接技術呢,筆者認為,答案應是否定的。技術層面的鏈接技術與法律層面的鏈接服務並非同一概念。

筆者認為,判斷是否為純粹的鏈接技術,仍要回到《條例》規定技術保護的立法本意來分析。《條例》之所以要保護鏈接技術服務,其根本目的是為了保護互聯網信息的交流以及用戶獲得互聯網信息的便利。但這種保護並非無限度,基於這一目的而給予保護的鏈接,應能體現出網站與網站之間的聯繫。因此,純粹的鏈接其本質上的要求應是,不僅僅在實質上鏈接網站可以通過鏈接服務使得用戶可以從被鏈接網站上獲得內容,同時在形式上亦應使得用戶能夠認識到是在被鏈接網站上得到這一內容,而非設鏈網站。如果不能達到這一本質要求,即應合理地推知設鏈網站在使用鏈接技術的同時進行了人工干預,加入了其他技術手段。當然,技術發展的現狀必然會使得原則之外存在例外情況,但這一例外的存在須由設鏈網站舉證證明,即其須證明這一情形的出現完全是由於技術原因所導致,而非進行了人工干預。以前文所舉的百度及 GOOGLE 高級搜索為例,之所以在

設鏈網站上而非被鏈接網站上可以直接得到被搜索內容,其根本原因在於對於相應格式的文件,目前的瀏覽器界面與之並不兼容,因此,即便是在被鏈接網站的網頁下也不可能直接獲得相應文件。此種情形下,雖然深層鏈接服務提供者使得用戶未進入到被鏈接網站即可得到該內容,亦應認定其提供的是純粹的鏈接服務。

由上述分析可知,筆者所主張的“以用戶標準為原則,以技術標準為例外”的認定方式,顯然是符合《條例》規定技術保護的立法本意。而採用服務器標準將只要具有鏈接功能的服務一概納入到《條例》第二十三條的保護範圍中,顯然對於該條款的理解過於寬泛,有悖法律提供技術保護的本意。

4. 採用“以用戶標準為原則,以技術標準為例外”的認定方式符合利益平衡原則。

利益平衡原則是知識產權法的核心原則。相對於絕對的服務器標準及絕對的用戶標準,本文所主張的“以用戶標準為原則,以技術標準為例外”的認定方式能夠最大限度地維護權利人與鏈接服務提供者之間的利益平衡,亦不會對網絡用戶的利益造成不當影響。

筆者認為,如果採用絕對的服務器標準,將會極大地損害權利人創作的熱情,不利於維繫《著作權法》所保護的利益平衡的狀態。其不合理的後果主要體現在以下兩個方面:

首先,相對於直接的內容提供行為,深層鏈接行為會對權利人造成更大的損害,相應地會給深層鏈接服務者帶來更多的利益。

在互聯網發展的初期,受制於當時技術的發展,損害權利人利益的主要是網絡服務提供商直接上傳並傳播作品的行為。但是隨着技術的發展,深層鏈接搜索技術的普遍應用,現在真正使得大量網絡用戶獲得作品的服務實際上已並非是真正上載作品的網站,而是提供鏈接搜索服務的網站,尤其是深層鏈接服務提供網站。由於此類網站本身的服務器上不用存儲具體內容,因此,其提供給用戶的內容遠遠大於直接的內容提供網站,且傳播範圍更廣,因而對權利人的損害也更大。

同時,因為互聯網經濟的實質是眼球經濟,而深層鏈接服務給用戶帶來的視覺感觀與內容提供網站無異,再加上考慮到深層鏈接服務提供者因本身並不存儲內容,與直接的內容提供者

不同的是,其不用支付服務器成本,由此我們可以合理地推知,在同樣情況下,深層鏈接網站從用戶處所獲得的利益並不少於直接的內容提供網站,甚而更多。

其次,雖然相對於直接的內容提供者,深層鏈接服務提供者會獲得更多利益,亦會對權利人造成更大的損害,但在採用服務器標準的情況下,其所須承擔的義務卻遠遠低於直接的內容提供者。

如果採用服務器標準,深層鏈接服務提供者提供鏈接服務時,無須得到被鏈接內容的著作權人(或鄰接權人)的許可,而僅在主觀明知或應知被鏈接網站構成侵權的情況下才應承擔賠償責任。採用這一標準,對於很多會對權利人(尤其是作品的權利狀態並非顯而易見的文字作品、攝影作品、美術作品等作品的權利人)造成損害的行為,鏈接服務提供者僅因主觀上對被鏈接網站是否構成侵權不具有認知能力,即無須為此承擔責任。相反,對於損害後果基本相同或相對較輕,而獲益並不大於深層鏈接服務網站的真正上傳內容的網站,卻須主動取得著作權人(或鄰接權人)的許可,否則即被認定為主觀具有過錯,從而要承擔賠償責任。這種做法顯然有失公平,不僅會對權利人造成巨大損害,亦會使深層鏈接搜索提供者因此得到其不應得到的利益。

相對而言,採用用戶標準則會彌補服務器標準的上述缺陷,因為用戶標準使得深層鏈接服務行為被視為直接的信息網絡傳播行為,設置深層鏈接的網站只有在獲得被鏈接內容權利人的許可的情況下,才能免除責任。這樣做顯然有利於保護權利人的利益。但絕對地採用這一標準同樣有其弊端,採用用戶標準會使得深層鏈接技術的使用者與直接的內容提供網站面臨同等的法律責任,使得前者在僅提供純粹的鏈接技術服務的情況下,亦要承擔相應的直接侵權責任。這種責任的認定原則會使得鏈接技術本身缺少基本的法律保護空間,其結果勢必對網路技術的發展造成一定阻礙。

採用“以用戶標準為原則,以技術標準為例外”的認定方式,則既可以通過對僅提供純粹的、未進行人工干預的鏈接服務提供保護,使得這一技術的提供者只在明知或應知被鏈接內容侵權的情況下,才承擔間接侵權的賠償責任,免除直接侵權的責任,從而為純粹的技術的發展留有一定空間,而當深層鏈接服務提供者採用人工干預的情況下要求其承擔直接侵權責任,又可

以儘量維護權利人的利益,以避免技術的不正當使用對權利人的利益造成不合理的損害,從而在保護權利人利益與促進行業技術發展之間獲得平衡。同時,採用上述認定方式使得純粹的深層鏈接技術的合法性得到了認可,為深層鏈接技術預留了合理的發展空間,使得網絡用戶依然可以繼續享用這一技術所帶來的便利。■

作者:北京市第一中級人民法院知識產權庭法官

¹ 見北京市海淀區人民法院(2008)海民初字第22561號民事判決書。

² 見北京市第二中級人民法院(2007)二中民初字第02628號民事判決書。

³ 見北京市第二中級人民法院(2007)海民初字第9276號民事判決書。

⁴ 王遷:《知識產權法教程》第167頁,中國人民大學出版社2007年9月第1版。