

论互联网“提供作品”行为的界定

徐珉川*

摘要 互联网“提供作品”行为的界定,是以普通链接作为出发点,类推适用信息网络传播权的法律解释过程。“提供作品”行为界定的核心解释问题是保证类推解释的正当性及合理性。“提供作品”行为界定的具体结论,本质是界定著作权权利范围。在著作权侵权裁判的实践语境中,“提供作品”行为界定标准的正当性与合理性,藉由规范性目标在论证逻辑上的约束,及类比推理过程的妥当性加以实现。采取合目的性扩张解释方式更加契合类推解释的逻辑。互联网“提供作品”行为界定的解释方案,是由“实质呈现标准”来界定具体涉案行为是否构成“不法使用作品”行为,并辅以“合理使用”抗辩对具体结论的合理性加以调整。

关键词 提供作品 信息网络传播权 著作权侵权裁判 类推解释 实质呈现标准

一、“提供作品”行为的规则解释需求

从“六作家诉‘北京在线’著作权侵权案”〔1〕算起,互联网著作权侵权在我国已有了超过二十年的司法实践,尽管国内学术界对这一问题的研究几乎是同步的,〔2〕但互联网服务提供商的具体行为应予何种著作权法评价,依然是当前著作权法领域最为重要的问题之一。而且互联网信息技术高速演化,实践中的具体法律问题也愈发复杂。新技术往往会使原有信息生产传播实践发生变化,而新的社会实践会塑造新的社会关系,引发新的著作权法律问题。可以

* 东南大学法学院副研究员。本文系国家社科基金青年项目“司法标准化视野下的著作权侵权判定规则研究”(项目编号:17CFX079)的阶段性研究成果。

〔1〕 王蒙、刘震云等六位作家诉世纪互联通讯技术有限公司著作权侵权纠纷案,北京市第一中级人民法院民事判决书,(1999)一中知终字第185号。

〔2〕 最早的研究参见薛虹:“超文本链接引起的版权侵权责任”,《著作权》2000年第4期,第13—18页。

预见,越来越多新类型互联网著作权纠纷将诉诸法院,无疑会持续考验裁判者对著作权法具体规则进行解释适用的能力。司法实践若要及时回应日益高频的裁判需求,就不可能将所有问题都留待立法来解决。

《著作权法》所规定的权利形态,在现实法律实践中能够呈现出何种规范效果,最终还是要取决于个案中作品权利保护的具体情况。而进入司法裁判场景的互联网著作权纠纷法律问题,始终要面对两个不同侧面的关注:一方面,新技术常会引发内容产业、商业实践上的变革。^{〔3〕}解释适用著作权规则的司法实践就需要做出相应调整,以适应其多变、复杂的现实环境。另一方面,著作权法需要提供相对稳定的制度预期,裁判中的具体规则解释适用,也有必要保持既有规范整体上的连续性,维持著作权法规则整体的稳定。互联网著作权争议聚焦之处,正源于这两种需求间存在的张力。《著作权法》中信息网络传播权的字面规定相对笼统,再加上几乎所有制定法都有其时代局限性。新兴类型的互联网活动形态,显然是信息网络传播权规则制定之初无从预料的。对信息网络传播权进一步解释的空间,也正因此种“填补的需要”应运而生。

充分考察社会实践变化,并有针对性地对既定规则加以解释,以适用于变动的社会事实,是法律解释活动的基本功能。^{〔4〕}针对互联网虚拟空间中多样化的“链接”行为,在著作权侵权纠纷裁判中对其适用的定性标准,本质上也即“提供作品”行为的界定标准。^{〔5〕}“链接”行为作为具体实践形态,自然会随技术和商业形态的演化而变化。即便无需纠结于特定“链接”行为一时之间的定性问题,但作为整个制度稳定行为规范前提的“提供作品”,依然会是此类案件纠纷的争议焦点。正因为案件判决不可避免的要援引适用信息网络传播权的相关法条,故为司法裁判提供可资利用的理论支撑,仍然是研究互联网著作权侵权问题的当务之急。而将裁判实践的需求延伸到理论探讨层面,就要求学术研究对信息网络传播权中的“提供作品”行为界定做具体逻辑上的阐述。

界定互联网“提供作品”行为的著作权法内涵,目的在于明确现行条文及学理上信息网络传播权规则的适用问题,判断具体涉案行为是否构成著作权直接侵权。^{〔6〕}由于传统信息网络传播权直接规定的“通过互联网提供作品”行为,在该规则订立之初主要呈现为普通链接的形式,因此,当案件裁判需要处理“深度链接”“聚合链接”“加框链接”等新近互联网实践情形时,将“提供作品”涵摄于这些行为的具体裁判标准,很大程度上依赖于对“提供作品”行为自身法律意涵的解释。此即是在互联网新兴社会实践的条件下,对“提供作品”行为的重新界定。

〔3〕 See Emanuela Arezzo, “Hyperlinks and Making Available Right in the European Union: What Future for the Internet after Svensson?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 45, 2014, p. 525.

〔4〕 雷磊:“法哲学在何种意义上有助于部门法学”,《中外法学》2018年第5期,第1188页。

〔5〕 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’”,《法学》2017年第10期,第100页。

〔6〕 王迁:“论‘网络传播行为’的界定及其侵权认定”,《法学》2006年第5期,第62页。

二、“提供作品”行为界定的规范性目标

(一)规范性目标作为规则解释的约束

作为信息网络传播权调整范围所覆盖的关键性行为,“提供作品”的法律内涵采用何种标准,反过来也必将影响信息网络传播权自身涵盖的范围。^{〔7〕}因此,“提供作品”行为的界定,不应简单化理解为特定“链接”行为的孤立判定,而需要将其放到规则体系性语境之中,认真审视判决适用的具体标准与信息网络传播权自身的复杂关联。

一方面,所选择具体认定标准的合法性,需要建立在对实践中的具体技术、相关商业形态予以准确认知的基础之上。另一方面,所选择的认定标准本身应当体现裁判者对重要关联性事实在规范性层面上的恰当价值判断。当信息网络传播权规范解释的已有共识,包括裁判观点、法律学说以及学术理论等,均无法直接提供可靠的、具备充足说服力的界定结论的情况下,裁判者很大程度上需要超越《著作权法》信息网络传播权条款的固有解释,建立“提供作品”行为界定的新的有效法律判断。因此,针对“提供作品”行为,法官不得不在个案裁判中对其所要采用的特定界定标准展开充分论证,自然也就无法避免在论证过程中进行一系列规范价值的抉择。

这里涉及法律解释中更深层次的价值冲突问题。在条文字面解释不足以有效支撑裁判结论的情况下,拓展的解释方法尽管都具备各自论证的正当性来源,但通常也均带有各自不尽相同的价值倾向。而且,解释的推理过程越是采用冗长繁复的逻辑形式,越是依赖论证形式本身提供特定界定结论的合理性,具体解释结论的潜在价值倾向就越有可能干扰解释本身的规范目标。当然,不同解释方法自身隐含的先验价值预设,可能永远无法消除,而且裁判中的法律解释也没有必要追求绝对的“价值中立”。但不论是裁判实践还是学术论争,明确不同解释方式各自的价值追求和解释目标,并尽可能保持论证中的一致性,是合格法律解释的重要准则。^{〔8〕}从当前几种主流“提供作品”界定的论证情况来看,“服务器标准”“实质呈现标准”“实质替代标准”“法律标准”等观点都隐含了各自不同的解释目标。^{〔9〕}尽管它们的解释出发点,都是信息网络传播权在不同“链接”行为情形中的适用,都重点聚焦于“提供作品”行为界定的

〔7〕 这也是有研究者认为超出条文字面解释的“用户感知标准”可能会实际上创设出“设链权”的原因。王迁:“网络环境中版权直接侵权的认定”,《东方法学》2009年第2期,第16页。

〔8〕 需要指出,法律论证上的融贯性与逻辑一致性并非同义。侯学勇:“融贯论在法律论证中的作用”,《华东政法大学学报》2008年第4期,第8—10页。

〔9〕 有研究将现有认定标准总结为“立法论”和“解释论”两个不同的认识维度,间接反映出当前讨论在最终规范目的层面上的不一致。当然,以通常法学研究范式区分方法对现有观点做这样的二元化区分,对更加清楚认识现有研究的基本情况有一定帮助,但是同时也存在一定武断和不严谨之处。至少在对于如何界定信息网络传播权中的“提供作品”行为这个问题上,“立法论”和“解释论”区分算不上严谨,而且也并非是真的提供了知识增量的理论视角。张鹏:“规制网络链接行为的思维与手段”,《华东政法大学学报》2018年第1期,第38页。

分析,都是在将“提供作品”行为涵摄不同类型“链接”行为时,构建信息网络传播权规则适用尽可能合理的解释结论。但是除开这些形式目标的相同,几种主要界定标准均抱持不同解释方法内在的差异化价值倾向。在必须作出价值性抉择的关键论证节点,不同的界定标准虽然并没有共享的共同价值基础以及规范上的明确共同追求。

形式上解释目标一致,也都是针对相同裁判语境下信息网络传播权规则的解释,不同“提供作品”行为界定标准之所以会得出迥异的结论,一方面原因在于对事实认知存在前见的认知差异。但更为核心的另一方面缘由,则是不同标准论证在解释的推理过程中,都缺少规范性目标约束的自觉,免不了“公说公有理,婆说婆有理”,不自觉间退化成规范解释上纯粹价值取向的立场之争。这正是我们讨论“提供作品”行为界定标准之时,特别强调要将规范性目标作为规则解释论证约束条件的原因。归根结底,所有法律解释结论最终都要回应社会实践中的具体争议,是借由规则的解释适用,来提供纠纷解决的可预测方案。信息网络传播权规则“提供作品”行为的界定问题,直接指向互联网服务提供商“链接”行为的定性,实际上是要提供互联网实践可供参考的行为界线,从而为参与或准备参与互联网内容产业市场竞争的不同主体提供制度环境,以便它们更好地评估和预测盈利空间和行为限度。“提供作品”行为界定的解释结论,最终是要解答在互联网著作权侵权司法裁判的情境中,如何判断特定互联网服务提供商所应当承担的著作权法律责任,尤其是要明确它们所承担著作权法律责任的性质及其范围。

因此,“提供作品”行为的界定标准,就要避免解释立场对解释结论的过度侵蚀,规则解释研究要努力让规则适应现实,帮助处在争议漩涡中心的裁判者从容做出更具说服力的判决。对此最为有效的理论检验途径,是要求特定“提供作品”行为的认定标准在其解释论证的逻辑及其推理的层面上,有更为详细的阐述。因此,要通过对论证过程具体内容的学术检验,对信息网络传播权的具体解释方案在规范目标、解释方法和逻辑构造上做比较全面的检视,观察法律解释过程和规范性目标之间论证逻辑的融贯性是否得到了保证。

(二)主流“提供作品”认定标准解释上的缺陷

如果以规范性目标融贯论证作为参照,来考察当前“提供作品”行为的主流界定标准,就能够发现缺少了规范性目标作为论证推理逻辑上的约束,几种主流认定标准的解释过程多少都存在一定缺陷。虽然形式上达成了解释的目标,但是潜在的论证推理逻辑上的不连贯,使得解释结论的正当性或证明力受到了减损。

1. “服务器标准”解释引致非解释性推论

“服务器标准”是以坚持条文教义解释的方式,重点界定了《著作权法》所规定的信息网络传播权构成要件。以信息网络传播权关联规则条文及国际条约为基础,抽象归纳出信息网络传播行为应具备“初始提供”意义的“传播源”性质,^[10]并将“传播源”作为信息网络传播权“提供行为”层面的构成要件。当新类型“链接”行为客观上不满足这一“提供作品”行为的抽象构

[10] “传播源”理论所强调的“形成新传播源”,在一定程度上似乎也可以理解为“新公众”理论从另一个角度上进行的重述。See Case C-466/12 Svensson, February 13, 2014, para. 26-29.

成,就不能认定为信息网络传播权规则所规定的“提供”行为。^[11]

“服务器标准”采取这种严格的规则字面解释立场,^[12]就决定了最终处理现实互联网著作权纠纷时,司法权力性质中的决断性要求将会迫使裁判者在著作权法规则之外来做出判断。而这一解决方案的正当性,一部分来源于非著作权法规则的有效适用,另一部分则源于对具体“链接”行为技术性事实认定的准确性。^[13]作为论证核心的教义学解释本身,在这个解决方案的完整逻辑链条中,反倒无法为判决的核心法律判断,提供真正有力的理论支持。从这个角度看,“服务器标准”否定现行信息网络传播权规则条款对“链接”行为的适用,反而会让我们推论信息网络传播权条款本身可能存在修改的必要。由“严格文义解释”方案所呈现出来的解释结论,实际上倒向了立法层面。而不论是立法所要采用的考量标准,还是信息网络传播权的制定规则做出修订后,“服务器标准”现有的解释显然又需要结合新规则做出调整。也即是说,“服务器标准”并没有提供足够稳定的解释性结论。

2. “实质呈现标准”解释偏向政策性“造法”

“实质呈现标准”采用的论证思路正好相反,它首先是跳出既有信息网络传播权条文的桎梏,将论证重点放在阐释特定“链接”行为事实上的效果,及其行为上的合理法律评价两个方面。^[14]特定“链接”行为造成了作品实际传播的效果,以及新类型“链接”区别于普通链接的行为本质,构成了通过“提供作品”界定来调整“链接”行为的两大基础。^[15]

由于并没有拘泥于特定规则层面抽象构成要件的特定表达,而是采取更偏向实用主义的价值立场,“实质呈现标准”因此并没有追求严格意义上的教义推理。根据该观点,之所以需要采用该标准,论证的基本出发点是通过著作权法规范对新兴的互联网实践予以调整的必要性。^[16]在这种偏向结果主义导向的逻辑下,著作权法规范本身的形式化推理放在了相对次要的位置。“实质呈现标准”的解释论证,因而更多体现出工具理性的价值趋向,力图在现实中寻求更为合适的“政策性”判断以辅助制度选择。这是该标准的核心诉求。

尽管仅仅通过信息网络传播权规则的字面解释,可能较难为“实质呈现标准”提供完整论

[11] 王迁,见前注[6],第29—36页。

[12] See Jane C. Ginsburg & Luke Budiardjo, “Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 41, 2018, p. 180.

[13] 王迁,见前注[6],第27—28页。

[14] 参见崔国斌:“加框链接的著作权法规制”,《政治与法律》2014年第5期,第77—85页。

[15] 参见崔国斌:“得意忘形的服务器标准”,《知识产权》2016年第8期,第4—7页。

[16] 崔国斌,见前注[14],第77—80页。

证,但是在具体司法裁判中,仍然能够通过扩张解释,^[17]扩充现有传播类著作权具体权利内容涵盖的范围,^[18]来为“实质呈现标准”提供更加充分的理据。本质上,“实质呈现标准”属于相对宽松的体系解释方式,试图在现有的规则框架中提供解释性的解决方案,只不过这种解释本身更加强调价值选择的“政策性”。

这样来看,“实质呈现标准”过于强调了有着高度立法考量色彩的“政策性”理由,以减轻自身更为沉重的解释论证负担。并没有将这种相对充分考虑到立法目的、规则意图和规范目标的论证过程,纳入到更为普遍性的法律解释框架中,以提供“实质呈现标准”适用可能具备的规范解释力。这就可能在一定程度上使得个案裁判中解释适用规则的过程带上“法官造法”^[19]的风险。

3. 其他标准的低区分度

至于“实质替代标准”和“法律标准”,二者最大的问题在于其最终结论都实际上表现为新瓶旧酒式的标准。

“实质替代标准”意在通过法经济学分析的进路另辟蹊径,摆脱教义层面的过度纠缠。但是将经济学相关结论挪用于现实案件中的法律规则分析,诸多概念和论证所隐含的预设都需要加以澄清和重新界定。“实质替代标准”的论述,显然并没有完成这些任务。^[20]因此,该标准最终只是对教义学解释中“合理使用”构成要件的复述。而且,由于实际并没有创设新的行为判定标准,最终的规范效果只是使“合理使用”适用标准,扩大化为整个侵权判定的标准。换一个角度理解,“实质替代标准”也可以认为是直接界定具体涉案行为构成侵权,再通过“合理使用”加以矫正的方案。也即是变相放弃了对“提供作品”行为本身作出界定,也自然谈不上提出了什么新标准。

[17] 也有学者提出“有利于作者的解释可能并不是‘扩张’解释”。需要指出,该文指出条约中的“提供”在字面上较为宽泛,可以从字面上解释出“直接提供”和“间接提供”。但是,这种理解本身就已经进入到规范目的层面的理解,并不能归为严格意义上文义解释的范畴,毕竟所有法律解释最终都要回到对规则的表述加以解释的层面。同时,该文提出的“间接提供标准”并没有加以充分的阐述,所提出的支撑性论据也存在混淆了“间接侵权”和“间接提供”的问题。万勇:“论国际版权公约中‘向公众提供权’的含义”,《知识产权》2017年第2期,第37—38页;万勇:“网络深层链接的著作权法规制”,《法商研究》2018年第6期,第174页。

[18] 崔国斌,见前注[14],第87—91页;崔国斌,见前注[15],第11页。

[19] 参见崔国斌:“知识产权法官造法批判”,《中国法学》2006年第1期,第147—148页。在近期的讨论中,持“实质呈现标准”的讨论更强调从立法论的层面来批评“服务器标准”。崔国斌,见前注[15],第19页。

[20] 建立在交易成本基础上的成本收益分析,是国内法经济学最常见的分析范式。但是具体涉案行为侵权与否判断,不仅涉及多方主体间权益分配和市场博弈,更同时涉及整个互联网版权内容市场的长期博弈。不仅需要准确界定在这个特定场景下的社会成本构成,充分考虑多次博弈条件下的均衡模型本身也更为复杂。而现有研究并不具备承担这样复杂任务的能力,因而最终还是将论证转换为“按照权利义务对等原则”的法律教义逻辑,经济学上的论证只停留在了概念表面。石毕胜:《数字网络知识产权司法保护》,知识产权出版社2016年版,第176页。

“法律标准”则属于模糊化处理适用争议的解释方式。其淡化了教义解释中特定要素所具备的决定性地位,转而将多个关联条文视为组合在一起的规范性集合规则,依此确定侵权判断标准。^{〔21〕}从严格适用规则的意义上讲,规则条款本身当然是裁判所必须依据的直接标准。在字面上,前面提到的几种标准都需要受到条文本身的限制。^{〔22〕}但是除开文字表述上差异,所谓“法律标准”并没有提供具体案件事实认定上,区别于现有几种判断标准的差异化方案。而其最终结论既没有与“服务器标准”相区别,也没有具体说明“服务器标准”之外还有什么其他可能的选择。^{〔23〕}这就使得所谓的“法律标准”,只是说明了不论何种类型行为都需要“依据法律”来做出侵权判定,因而缺少具体的解释细节,缺乏可操作性。

(三)信息网络传播权规则解释的规范性目标确定

对于“提供作品”行为的界定这个具体法律问题,其解释逻辑上的复杂之处在于,裁判中有待处理的实践问题与法律问题并不直接关联。从信息网络传播权规则的规范层面上去界定“提供作品”行为,或者反过来从实践角度去认定互联网服务提供者不同“链接”行为的性质,表面上可以视为同一个法律问题的两面。但细究起来,论证路径上的相反趋向可能间接造成了不同学术观点的激烈对峙,一定程度上使得不同论证陷入自身理论推理,以致忽略了法律解释原本的规范性目标。

不同“提供作品”行为界定标准在解释目标、价值立场、方法路径上均有所区别。但是所有具体标准的论证过程,都首先需要明确“提供作品”行为界定,应当处于何种特定解释情境的规范性目标约束之下,如此才能够更加清楚判断不同界定标准的结论及其解释论证是否具备充分的规范合理性。

当然,回到纯粹的现实司法实务中,要求“提供作品”行为界定标准保证论证的严谨性和逻辑上的融贯性,可能显得太过苛刻。现实地说,相较于裁判应当具备的说服力,严密的逻辑推理也算不上判决说理中最为必要的需求。^{〔24〕}但从另一个方面讲,相对于已经形成共识性结论的裁判标准,信息网络传播权规定的“提供作品”行为采用何种界定标准,仍然有待学术讨论的继续深入,并由学术形成的理论性学说也需要获得司法实践的普遍认可。不论“服务器标准”“实质呈现标准”还是其他特定标准,即便能够通过具体规则觅得各自的确定结论,通过论证过程为界定标准结论提供充分的正当化理据,也依然是一个完整解释所必须完成的核心任务之一。^{〔25〕}而即使在法律形式教义层面上能够自圆其说的法律解释,也不能自然消解掉该解释在论证逻辑之中所可能存在的缺陷。更不可能因为教义层面上具有解释的可能性,就

〔21〕 孔祥俊:《网络著作权保护的法律理念和裁判方法》,中国法制出版社2015年版,第298—302页。

〔22〕 王艳芳:“论侵害网络传播权行为的认定标准”,《中外法学》2017年第2期,第458—460页。

〔23〕 同上注,第475—479页。

〔24〕 苏力:“判决书的背后”,《法学研究》2001年第3期,第4—6页。

〔25〕 (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第28页。

当然地推论其解释结论的合理性。

正因为“提供作品”行为界定的法律解释结论,往往是现实的互联网著作权侵权纠纷中,用以判断侵权责任的重要规范基础,“提供作品”行为界定标准的论证过程中,每一个环节的理论抉择和价值判断,都始终与著作权侵权的司法判断密切相关,进而要同侵权裁判的功能意义和规范效果建立起稳定关联。唯此方能保证“提供作品”行为界定标准在著作权权利规范层面上的解释最终能够服务于“侵权判断”的司法实践,而非脱离实际裁判情境单纯去追求“定性标准理论”的构筑。

三、基于类推解释的“提供作品”行为界定

一旦明确了针对“提供作品”行为的法律解释,要以著作权侵权纠纷裁判需求作为解释的规范性目标,“提供作品”行为界定的问题就得以进一步具体化为信息网络传播权规则对特定涉案行为的涵摄适用问题。

尽管不同于信息网络传播权传统规制的普通链接形式,不同类型之互联网实践行为仍然并不因此就豁免著作权相关规则的调整。^[26] 这里需要借助解释上的充分论证,具体阐明新兴互联网行为较之于普通链接,在信息网络权所调整的规范功能领域中,是否能够得出相同或不相同的规范性判断,进而判断新兴互联网行为与普通链接具备相同或不同的规范性价值,这样就能获得信息网络传播权适用的正当性与合理性。

(一)从“链接”的一般事实到“提供”的类型化事实

“提供作品”行为的界定争议,首先源于适用具体规则时相关事实的认知差异。

这里所说的事实,主要是指不同类型“链接”的类型化事实,而非具体纠纷的案件事实。而且从规则适用的角度上看,不同类型“链接”行为具体技术性细节也并非关注的重点,应聚焦处乃是采用不同技术的互联网实践形成的、具备共同特征的、相对普遍的规范性事实,特别是相关实践可能涉及著作权权利调整范围,需要适用具体著作权规则来进行法律上评价的行为事实。由于我们界定“提供作品”行为是寻求对所有类别互联网行为较为一致的处理方案或裁判标准,因此,不论是技术性层面上的行为,还是商业实践中的行为,都只是进行法律解释和法律评价的规范性事实中的组成部分。作为有效法律解释的论证基础,首先应将不同互联网实践

[26] “深度链接”“加框链接”等行为侵犯了著作权人或被链网站的合法权益,对此司法实务和学术界并没有争议,关键性分歧在于该行为是属于对著作权人的著作权侵犯,还是损害了被链网站的竞争性权益。崔国斌,见前注[14],第77—80页。

行为的所有关联行为转化为规范上“提供作品”行为的类型化行为事实。^{〔27〕}而之所以要以“类型”为纲来串联规范与实践,乃是由于任何法律规则都不可能精确描绘社会现实。在既定规则适用在个案裁判之中,利用既有规则剥离无关规范性判断的细枝末节,“聚类”形成能够帮助裁判者在不同个案中合理作出规范上相同判断的法律事实。

在现实裁判中,从普通事实到法律事实并据此做出裁判,是普通事实经规范中相应要素、特征或构成要件的过滤,^{〔28〕}进而对形成的法律事实进行规范上价值判断的过程。^{〔29〕}作为判决最原始起点的普通事实,在整个法律适用过程中是重要的论证基础,但同时又不足以成为判决所做出规范性决断的唯一理据。裁判过程中对具体涉案行为的定性,明显区别于立法或司法政策的论证逻辑,呈现为更加复杂的“抽象—涵摄—再抽象—再涵摄”,在“规范与事实之间往返”的双重乃至多重的反馈验证,进而对具体适用标准加以修正的过程。^{〔30〕}对新兴的互联网实践形成的普通事实在裁判中做出准确评价,当然也需要经过多个层面的司法判断。从这个角度上来说,准确认识关于“提供作品”行为的类型化事实,既关系到信息网络传播权规范的恰当解释,也关系到不同“链接”行为相关事实的正确认知。二者缺一不可。

(二)“提供作品”行为类型化事实的认定

具体到著作权纠纷个案侵权判定中,涉案行为是否满足信息网络传播权所规定的“提供作品”行为要件,进而能够认定为侵害著作权法定权利的行为,构成著作权直接侵权,这一系列司法判断,都首先建立在适用信息网络传播权规则所要依据的“提供作品”类型化事实基础之上。

对于并不具备专业技术知识的法官来说,准确认识涉案行为的相关事实,进而在既定的著作权规范框架中进行解释,一方面要对信息网络传播权本身调整范围做出准确界定,也即是要对通过互联网“提供作品”行为所涵盖的范围做出界定,另一方面也需要对具体涉案行为在著作权侵权裁判的情境下,进行合理的法律评价。即对个案中的具体涉案行为,在既有信息网络传播权规范框架下作出合理法律判断。“提供作品”行为类型化事实的准确认知,不仅仅作用于案件基本事实或证据事实认定的环节,更是贯穿于侵权裁判的解释论证的整个过程。它不

〔27〕 类推是解决法律问题的基本方式,甚至可以说是个案判决中最为核心的方法之一。张骥:“论类似案件的判断”,《中外法学》2014年第2期,第523页。对于法律解释方法中的类型化方法,可参见拉伦茨,见前注〔25〕。

〔28〕 陈杭平:“论‘事实问题’与‘法律问题’的区分”,《中外法学》2011年第2期,第326页。

〔29〕 王艳芳,见前注〔22〕,第465页。

〔30〕 一般性规则或者规范,在具体情境中的适用不可避免地需要补充具体的适用标准和例外情形。但是,这种非一般化的规范内容补充,并不会就此消解一般性规则的效力,反而是普遍抽象规则本身的具体化,当然地归于该规范的内涵。对这个问题的详细论述可参见(英)理查德·麦尔文·黑尔:《道德语言》,万俊人译,商务印书馆1999年版。

单支撑个案裁判中的基本案件事实认定,也服务于具体规则适用时法律解释层面的论证。^[31]

按照通常信息网络传播权下对互联网行为的理解,普通链接仅限于为互联网用户提供访问地址,属于互联网技术服务而非通过互联网“提供作品”行为。^[32]目前,实务和学术界对普通链接的认定已经基本达成共识。^[33]但新型“链接”行为认定问题之所以复杂,不仅仅是因为其相对于普通链接的传统技术形式而言属于较为新颖的技术应用方法。更重要的是,这些新兴实践在具体行为形态层面上与普通链接之间存在差异,直接套用信息网络传播权规则对普通链接的认定结论来处理,在规范效果上存在较大的争议。^[34]著作权侵权纠纷案件对“提供作品”行为类型化事实正确认知并准确界定,不只是互联网技术性事实的澄清,还需要解释信息网络传播权规则,并经由规范引导作出法律判断。界定结论上存在区别,往往决定了不同的具体规则适用方案,不可避免会造成迥异的规范效果。表面“标准”的争议背后是深层次著作权规范理解上的分歧。

(三)“提供作品”行为解释中的事实认定问题

从信息网络传播权既定规则中抽象出“提供作品”行为的基本行为模式,进而涵摄个案特定行为,是通常情况下的法律适用方式,也是裁判的通常推理逻辑。信息网络传播权规则的条文表述,并没有对具体互联网传播行为本身作出限定,重点关注的对象仍然是作品价值实现的基本方式,也没有必要将条文规定的权利范围具化到某种互联网实践的实际行为形态上。

普通链接行为的性质认定标准属于经裁判法律解释后形成的裁判规则。处理具体涉案行为问题,普通链接认定标准自然会成为新类型案件裁判的重要参考。将普通链接作为处理涉案行为的解释起点,是对作为裁判规则的判定标准进行类推适用,并且经合理的类比论证才能得出相对合理的判定结论。这个过程首先是要准确认知技术性事实,进而经合理过滤排除不具备规范意义的细节,形成准确法律事实后再将裁判规则进行类推适用。而且,规则对具体行为事实的过滤,也无法通过其字面含义的简单解释而直接实现,而是高度依赖于对信息网络传

[31] 当前知识产权裁判中“事实”与“法律”之间在规则解释适用层面的关联,仍然是亟待澄清的问题。如对于“思想表达二分”的判断,就存在类似争议。卢海君:“论思想表达二分法的法律地位”,《知识产权》2017年第9期,第20—21页。从我国偏向于大陆法系的一般民事规范传统来看,以制定法规则为起点,通过类型化方法来处理事实问题和法律问题的转换,表明类型化事实对规范价值判断的论证处于不可替代的位置。陈杭平,见前注[28],第336页。

[32] 王迁,见前注[6],第66—68页;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”,《知识产权》2016年第10期,第20页。

[33] 崔国斌,见前注[14],第75页。

[34] 也有将问题放在更为宽泛的“公开传播权”或“传播权”下进行类型化的讨论,从而部分规避了类推的问题。但是“公开传播权”至多是学术上的归纳,并不真的存在这样一项法定权利。而且归纳出的抽象意义上的公开传播行为依然存在具体适用时的解释问题,在理论上并没有特别的优势。陈绍玲:“论网络中设链行为的法律定性”,《知识产权》2015年第2期,第34—35页;陈绍玲,见前注[32],第21页;焦阳:“传播权视野下深度链接的定性问题研究”,《中国版权》2016年第3期,第56—57页。

播权规定的作品价值实现方式做更为具体的解释。因此,这个解释要能够充分考虑著作权侵权裁判的实践情境和规范目标。

因此,在适用信息网络传播权规则时,不能混淆规则规定的行为构成要件与个案裁判中侵权判定的法律事实依据。解释“提供作品”行为的过程中,明确规范层面法定行为的构成,并以此作为推理的大前提当然重要。但从规则中抽象出的行为构成要件,并不能简单等同于裁判中对涉案行为定性的全部事实依据。从技术性事实的层面上看,基于超文本的链接依然属于“链接”形式,单就其采用的技术性事实来说,仍然属于向互联网用户提供地址,本质上和普通链接并没有根本性的差别。^[35] 若要以普通链接的技术性事实作为界定基准,那么所有“链接”行为都与著作权主要调整的作品“传播”实践存在差异。而根据“技术中立”的原则,解释必须摆脱技术形式上的影响,基于客观传播行为构成要件所确立的标准做出判断。这样似乎能够更客观准确地界定权利涵盖行为的范围,因此更加符合信息网络传播权规范层面的理论和实践。^[36] 按这个论述逻辑,信息网络传播权规则规范内涵的“传播行为”及其规范构成要件,是界定“提供作品”行为的关键。《著作权法》规范意义上的传播行为,应当解释为客观上形成了“传播源”的行为。^[37] 以此为参考的基准,似乎就建立起“提供作品”行为更为客观的判定标准。

然而,“传播源”的客观性,并不会当然延伸为“提供作品”行为界定标准的客观性。如果说信息网络传播权直接调整的是普通链接行为,而相关事实并不需要借助规范层面的价值判断,就能够保证解释适用过程中关联事实较为准确的定位,那么将其他“链接”行为同普通链接进行类比,^[38]进而得出这些“链接”行为都与普通链接类似,不属于信息网络传播权规定的交互式传播行为这个结论,则显然需要建立在规范性价值抉择的基础之上。通过类比来进行解释的情境下,片面强调界定标准具有的客观性其实已经不再有那么强的说服力了。准确认知类比解释依赖的类型化事实,对裁判作出准确判定结论更为关键。

从规则中抽象出客观形成“传播源”的传播行为,属于规则规定的法定行为模式。但是一旦用这个模式直接涵摄不同类别的互联网行为,就很容易忽略多样化的互联网实践样态。进一步讲,忽略互联网现实活动中的具体实践,使用高度简化的“要件化”事实来界定特定“提供作品”行为,自然会将类型化“行为事实”误解为“技术性事实的效果”。这就使得各种具体行为完整的类型化事实中相当大的一部分,被不正确地排除在法律价值评价的范畴之外。换言之,

[35] 北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京知识产权法院二审民事判决书,(2016)京73民终143号。

[36] 王迁:“论提供‘深层链接’行为的法律定性”,《法学》2016年第10期,第26页;陈绍玲,见前注[32],第21—23页。

[37] 王迁,同上注,第29—33页。

[38] 对“服务器标准”论证的不同文献针对的对象略有差别。但不论是“内部链接”“深度链接”,还是“加框链接”的著作权法侵权问题,在相关争议事实以及类比适用规则方面都是相同的。

类型化事实的形成和认知,本身就应当成为规范解释以及价值判断的一部分,不能预先通过裁判规则加以排除。

(四)类推逻辑中规范与事实关系的准确定位

“提供作品”行为类推解释中第二类值得注意的问题是具体互联网行为类型化事实的规范性认定之中,规范与事实的关系究竟为何。既定规范和类型化事实于类推解释中发挥什么作用,且二者如何相互配合形成类推解释的合理论证结构,是做出确定类型化事实之后需要继续澄清的问题。

这里涉及类推解释出发点的选择问题。^{〔39〕}对现行信息网络传播权规则进行类推适用,就是将既有规则扩张适用于各种互联网行为的新类型化事实,并做出著作权规范层面上价值判断的过程。这种理论的展开形式与类比推论的逻辑结构相同,属于扩张性的论证结构。究其本质,依然是针对现有规则缺少明确规定的个案事实情形,进行规则的扩张/限缩解释,在将关联事实加以比较、推论的基础上,实现既有规则延伸适用的过程。^{〔40〕}也即将信息网络传播权规则作为类推准用规则的前提下,对既有规则所调整的“提供作品”行为进行阐释,从而建立进一步论证所必要的大前提。^{〔41〕}这是几乎所有寻求充分法律规范解释力的论证方式,在确定自己解释路径时都必须做出的选择。但是应当明确不同情境中具体论证的差异,尤其是具体到涉案行为性质判定的纠纷情境中。这种信息网络传播权规则本身的解释及其关联“提供作品”行为类型化事实的归纳,只有结合规则内涵在规范层面的价值判断,明确类推适用的行为事实之间比较的特征(要件),才能得出涉案行为与“互联网交互式传播”行为相似与否的结论。

信息网络传播权规定的“提供作品”行为的界定标准,应当立足于规范规定的行为构成要件。但不论是信息网络“交互式传播”行为与不同涉案行为类比点的选择,还是进行比较的各类比点之间相似与否的判断,都无法消除其中的裁判者主观因素影响。^{〔42〕}更为重要的是,这种源于规则字面解释建立起来的“客观标准”,除了“上传至服务器”行为在证据层面具备客观证明可能性之外,并没有真正使得“提供作品”行为本身性质的界定获得更加客观的标准。由于只在证据证明力上实现相对客观,因此同其他标准立论的客观性相比也仅是程度上有所区别。一旦将“提供作品”行为界定标准的客观化要求放在不那么重要的位置,规范上客观行为

〔39〕 在更为基本的法律解释方法的视野中,“服务器标准”和“实质呈现标准”在更深层次上体现的是严格文义解释与目的解释之间的争论。但本文并不打算深入到一般法律解释层面进行过于宽泛的讨论。

〔40〕 这里的规则解释更多表现为“裁判者考察法律规则之立论依据”的形式。陈林林:“裁判上之类比推论辨析”,《法制与社会发展》2007年第4期,第3页。

〔41〕 同上注,第5页。

〔42〕 陈林林,见前注〔40〕,第7页。

要件就退化为固守技术形式要件的教条,从而脱离了互联网实践。^{〔43〕}

法律规则往往落后于社会实践,^{〔44〕}高速变化的互联网技术条件下更是如此。^{〔45〕}就法律规范演化发展的自身规律而言,借助法律解释来平衡制定法规稳定性与社会实践发展新需要之间的矛盾,是现实司法裁判活动的基本动力之一。^{〔46〕}那么,针对新兴互联网实践中的争议界定“提供作品”行为的法律解释,也是类推适用既有信息网络传播权规则,对规范法定行为类型事实和个案涉案行为根据“评价上的相似性”来作出界定。^{〔47〕}

(五)类推逻辑中类型化事实的规范功能

在类推解释的逻辑中,裁判者对涉案行为新事实的准确规范评价,一方面基于信息网络传播权规范上法定事实要件的类型化解读,另一方面也是对个案事实的类型化处理。当二者呈现的规范意义交叠,也即类型化事实作为类比判断之桥梁,就能实现信息网络传播权规则蕴含的著作权权利范围上理念与不同类型互联网具体实践加以“耦合”,进而赋予新类型行为的新事实以既有规则的法律效果。^{〔48〕}当然,如果上述一系列判断结论都是否定的,那么判决就不赋予案件中特定行为以“提供作品”行为相同的法律效果。而不论最终判定的结论为何,只有准确评价信息网络传播权规范以及涉案行为事实这二者的法律意义,“在规范与事实、方法与结果之间寻求一种反思性平衡”,^{〔49〕}才能够较为合理妥当地处理既有信息网络传播权规范中“提供作品”行为与个案事实之间的不协调。从信息网络传播权规则中抽象出网络传播行为的构成,构建针对“行为自身特征”的普适化的“提供作品”行为之构成,对各种互联网行为给予相同的规范性评价。^{〔50〕}在这里,准确进行信息网络传播权规范所调整行为的类型化,就成为“提供作品”行为界定标准的关键。

如果只是借助抽象的“公开传播权”或“传播源”理论,将规范本身并没有明确的“传播行为”及其构成固定下来,形成以“传播行为本身特征”为类型化构成要件的“提供作品”行为界定

〔43〕 近期上海知识产权法院在“神马搜索”案二审判决中就指出:“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,并仅仅因为无法判定涉案作品是否存储在神马公司的服务器上,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,将很轻易地被服务商规避。”尽管在完整判决论证中,上海知识产权法院并没有直接反对“服务器标准”,但是这段意见指出了“服务器标准”过度依赖抽象的技术化事实存在的局限。上海知识产权法院二审判决书,(2016)沪73民终146号。

〔44〕 张志铭:“当代中国的法律解释问题研究”,《中国社会科学》1996年第5期,第66—67页。

〔45〕 See Aurele Danoff, “The Moral Rights Act of 2007: Finding the Melody in the Music”, *Journal of Business Entrepreneurship & Law*, Vol. 1, 2007, p. 182.

〔46〕 孙笑侠:“法解释理论体系重述”,《中外法学》1995年第1期,第14页。

〔47〕 陈林林,见前注〔40〕,第9页。

〔48〕 陈林林,见前注〔40〕,第8页。

〔49〕 陈林林,见前注〔40〕,第8页。

〔50〕 王迁,见前注〔36〕,第26页。

标准，^{〔51〕}其本质上依然属于类推逻辑，要准确归纳“提供作品”类型化行为事实以作为论证中的支配性论点，才能够实现类比的准确。^{〔52〕}因此，类型化行为事实的发现或建构，也就不能仅仅只是规范字面演绎，还需要充分考察信息网络传播权所调整的具体行为事实。从形而上的“传播行为”构成出发，用抽象层面规范形式要件来处理互联网实践具体行为，自然很容易形成“行为”和“行为效果”这种本质上源于“传播”定义差异化理解所引起的论争。^{〔53〕}但从概念上区分来限定具体行为的分析，进而使用这种已经作出过规范价值判断的区分标准对“提供作品”行为进行界定，会偏离互联网多元化实践本身。过度强调要对独立的“行为”本身进行评价，反对行为效果或者“其他行为”进入“提供作品”行为定性标准的具体考量范围，^{〔54〕}实际上体现了排斥目的论扩张解释的价值立场选择。但是坚持文义解释的价值立场，也同样极易囿于规范字面演绎出来的行为构成。这不但无法完整还原应当给予规范评价的全部事实，^{〔55〕}其结论也已预先隐含在对完整事实裁剪的过程中了。

若要在类推适用规则的框架中，通过准确的类型化事实来界定采用特定技术所实施的具体涉案行为，就需要充分考察现有互联网传播行为的多样化实践，并在信息网络传播权的规范指引下，分析涉案行为与传统信息网络传播行为间的异同。^{〔56〕}特别是需要关注各个相同或不同的类比点在多大程度上相同或相异，以至于需要对不同具体行为作出相同或不同的规范评价。而不论是借助抽象理论构建的“公开传播行为”，^{〔57〕}还是更为具体的“客观传播源”概念，^{〔58〕}都只实现了对实践中互联网传播行为不完整的考察。在规则类推适用中，这类概念对澄清具体传播行为之间的异同并没有提供更多帮助，而且在确定个案类型化事实与这些概念间具体涵摄关系时，会引发更多待解释的问题。这迫使个案裁判在规则适用时不得不引入更多新概念或标准，以澄清诸如“公开”“传播”“传播源”这些构成要件各自适用的范围。这些规范上判断对类推论证的完整逻辑而言，只是规范层面上选择作为类比指引的类型化事实，并不能代替类比中必要的价值判断。

以规范上的行为构成，而非具体的行为事实作为逻辑推理的起点，坚持规范“客观性”，会使得“提供作品”行为界定的解释从互联网传播行为实践的认知评价简化为技术性事实特征。而这种实际上相对具体化的认定标准，既受到特定时空条件下特定技术条件限制，^{〔59〕}又将其

〔51〕 王迁，见前注〔36〕，第27—28页。

〔52〕 陈林林，见前注〔40〕，第5页。

〔53〕 陈绍玲，见前注〔32〕，第20—21页。

〔54〕 王迁，见前注〔36〕，第27—28页。

〔55〕 Ginsburg et al., supra note 12, pp. 180—181.

〔56〕 类比推理建立在准确比较的基础上，因而在现实的个案裁判中，明确“异中之同”发现“同中之异”，才能够更好地实现类推适用的妥当性。陈林林，见前注〔40〕，第6页。

〔57〕 陈绍玲，见前注〔34〕，第30页。

〔58〕 王迁，见前注〔36〕，第29页。

〔59〕 刘良良：“服务器标准的局限”，《法学杂志》2018年第5期，第60页。

他可能具有规范价值的行为事实评价排除在了规范适用的范畴之外。对于个案裁判者的现实需求而言,技术性事实细节上的纠缠并不会更好地提供建立在行为事实之坚实基础上的规范性理论。裁判者面对现实个案中具体行为的不同实践样态时往往不得不转而求助于程序规则。^{〔60〕}

是规范优先于实践,还是实践来引导规范,这往往是既定规则解释中必然的取舍。坚持采取规则字面解释的立场,就更倾向于提供现有规则范围内相对稳定的解释方式。但这样的倾向就决定了解释本身对技术性事实的依赖,超越了对行为的规范价值评判。既有规范因此处在相对更为重要的位置,^{〔61〕}而不是更多关注实践中新类型行为在规范上的妥当评价。对于裁判活动实践而言,这种倾向似乎有些本末倒置。^{〔62〕}现实互联网著作权纠纷案件的社会实践构成规则解释的实践场域,也组成了规范性目标的结论指向。在这个意义上去理解“提供作品”行为的界定,从互联网实践活动中甄别出的类型化事实既是解释的基础,也是解释的过程。关于具体涉案行为的类型化事实,不仅是规范性目标指引下对一般社会实践事实的提炼,也应作为合乎规范性目标解释的推理基础。

四、“提供作品”行为类推解释的实践面向

(一)合目的性扩张与类推解释的妥当性检验

当然,要准确区别技术性事实和具有规范意义的行为事实,由规范本身的准确解释提供的引导性功能依然重要。但是,具体规则解释合理性的评价则要源于类推解释的整体逻辑。换言之,“提供作品”行为的解释合理性取决于、同时也服务于规则的类推适用,因而不能脱离其自身具体的规范适用语境。单纯从规则中寻求普适性的客观行为构成,更多是在普通链接这种相对确定的既有行为类型及其个案案情具体化的情况下较为有效。一旦现实中社会实践的发展变化超越了现有规则的既定范畴,凸显出信息网络传播权规则自身历史局限时,重新梳理实践中的行为“类型”,特别是“发现”既有规则字面之外的规范性意涵,进而在司法裁量权限内

〔60〕 北京市第一中级人民法院民事判决书,(2013)一中民终字第3142号;上海知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终146号。

〔61〕 在经典美国宪法解释学说中,坚持文义解释和立法目的解释等不同立场间的冲突很大程度上根本分歧是一个“概括度”的问题。陈林林:“在艺术和巫术之间的宪法解释:对《解读宪法》的再解读”,《政法论坛》2010年第5期,第161页。当然,美国宪法解释的语境同本文的讨论并不相同,但今天关于“链接”行为著作权上认定标准看上去立场和结论截然迥异的各方观点,背后真正的区别也可能只是对部分权利或原则进行解释的“概括度”上的差异而已。

〔62〕 当然,一切法律推理的前提依然是法律规则,最终裁判结果所包含的法律判断都应从既有规范中推导出来。但是,这并不意味着推理本身论证囿于既定规则字面上的演绎,法律推理自身的证成是一种教义、司法实践和普遍实践论辩的综合体。雷磊:“法律推理基本形式的结构分析”,《法学研究》2009年第4期,第38页。

进行规则“续造”，^{〔63〕}才是更有必要的解释。因此，具体涉案行为的技术性事实只起到辅助认识具体传播行为实践的作用，澄清不同行为涉及的技术性事实，目的在于帮助裁判者更加准确认知互联网具体实践的样态，进而准确区分各个具体行为事实具有的规范意义。^{〔64〕}对于需要适用规则类推解释以便做出规范性判定的具体涉案行为而言，从技术到行为形成可供规范评价的类型化事实，这个过程需要经过充分的阐释，才能够真正使规范与事实有效联结，构筑起个案裁判结论的坚实论证基础。

“作品”属于抽象的权利对象，通过互联网“提供作品”的行为自然也继承了其内在的抽象特性。技术性事实层面的数据或信号传输并非是决定作品传播的唯一要素。^{〔65〕}因此，在界定“提供作品”行为的规范性判断中，克服单纯技术性事实因素对行为规范价值判断的影响，排除不具有规范性意义的技术细节，就显得尤为重要。^{〔66〕}而这需要将行为事实、规则构成与类推适用的整体逻辑结合起来加以考虑。在著作权侵权裁判中对“提供作品”行为的界定时，回避规范目的和规则内在意旨的探究是不合理的。反过来看，“提供作品”行为界定的解释，以具体技术所呈现的行为样态为基础加以展开，^{〔67〕}就是从互联网上作品传播的具体实践出发，而非仅将规则规定的传播行为及该规则上的构成要件作为类推适用的逻辑起点。这个逻辑推理起点的变化，虽然存在着扩张解释的倾向，但类推解释大多会存在一定程度的扩张或限缩的趋势。为了处理新兴互联网行为，裁判者在解释适用既有信息网络传播权规则时，被迫进行扩张性类推解释的合理性依据在于这种类推解释本身的“度”是否妥当。^{〔68〕}

这里涉及的类比推理妥当性检验，不仅是对事实认知、规范解释的妥当性检验，也是适用逻辑的妥当性检验。首先，要准确认知信息网络传播权规则调整传统互联网传播的行为事实，而非单纯技术形式；进而以该“行为事实”对互联网传播行为的规范解释加以指引，归纳出通过互联网“提供作品”行为的类型化事实；最后再以“提供作品”行为的类型化事实来处理涉案行为，作为类比解释的基础。如果借助这个逻辑推理排除掉具体行为技术性事实层面的差异，就能观察到互联网传播行为的基本规范性形态，也就有了进行妥当法律评价的基础。

（二）合目的性扩张解释的内在正当性

不可否认，各种法律解释方法之间的立场和价值预设通常存在分歧。但是，处理“提供作品”行为定性问题时严格文义解释只是诸多解释方式中的一种。如果从当前的互联网实践出发，为了尽可能维护互联网环境中著作权法规范秩序的稳定性，那么完全抛弃规则效果层面的考量就存在背离著作权规则意图的风险。归根到底，法律规则总是要调整具体行为，生成合理

〔63〕 拉伦茨，见前注〔25〕；陈林林，见前注〔40〕，第10页。

〔64〕 雷磊，见前注〔62〕，第35页。

〔65〕 崔国斌，见前注〔15〕，第5—6页。

〔66〕 王迁，见前注〔36〕，第29页；陈绍玲，见前注〔34〕，第30页。

〔67〕 崔国斌，见前注〔14〕，第85页；崔国斌，见前注〔15〕，第4—5页。

〔68〕 陈林林，见前注〔40〕，第9—10页。

的法律效果。裁判者在司法裁判权限的有效范围内,运用自由裁量来解释既定规则,回应不断变化的社会实践,也是司法活动的应有之义。^{〔69〕} 裁判中过度扩张解释规则,可能会实质性改变信息网络传播权的调整范围,对规则本身规范性意涵构成曲解。这种“扩张”,当然是所有解释都要尽力避免的。但同时也不能因噎废食,拒斥一切形式的扩张解释。在类比逻辑结构下,通过探求规范性“目的”和“意义”,强调裁判实践中规范性目标赋予的约束,就能够释放扩张解释潜在的解释力。^{〔70〕}

因此,回到类推解释的逻辑结构中,对“提供作品”行为的界定,做目的性的规范适用效果考量就变得非常关键。这是因为现行信息网络传播权规则并没有规定一种或几种固定的、完全具备客观形态的互联网传播技术形式,而且互联网实践利用各种新旧技术实现作品传播的方式本身也会不断发展演化。^{〔71〕} 同时,作为区分互联网技术服务和通过互联网传播作品这两种行为之依据的“技术中立”原则,也并非强调具体技术事实层面的相似性比较,而更多只是表明各种行为背后的技术性事实应当在对行为的规范性评价中保持“沉默”。^{〔72〕} 在个案裁判中,信息网络传播权规则的准确类推适用取决于事实上类比点的选择及其相似性的合理比较。而类比合理性的判断,显然并非单纯源于直观上技术事实形态的观察,而必须回到规范意旨指引下的规范评价与规范意义的比较。^{〔73〕} 进言之,对规范意旨的合理解释,也即是对目的论扩张解释正当性的有效保证。

在类推解释阐明的新兴互联网虚拟社会实践条件下,信息网络传播权可能的规范性价值追求也就当然延伸到“提供作品”行为的界定标准层面。换言之,规范性目标的约束,内在于类比推理的逻辑构造,它与合目的性扩张解释组成了共生的正当性结构,共同支撑起基于类比推理的“提供作品”行为解释方案。

(三)“提供作品”行为界定标准的规范解释力来源

在类推的逻辑结构中,“提供作品”行为界定的法律解释始于互联网实践,服务于信息网络传播权规则适用产生的实践成效。信息网络传播权通常可归为著作权法定权利内容中调整作品传播行为的权利类型,其最基础的规范性目标是保护作品传播利益。因此,应当依据作品传播性权益保护这个规范意旨,^{〔74〕}充分考察相对普遍的互联网传播行为实践,并形成相应的类型化事实。同时,对不同涉案行为也应采用相同的方式进行类型化处理。以此二者为基础进

〔69〕 李雨峰:“知识产权民事审判中的法官自由裁量权”,《知识产权》2013年第2期,第6—8页。

〔70〕 张金平,“信息网络传播权中‘向公众提供’的内涵”,《清华法学》2018年第2期,第139—141页。虽然该文并没有提及“实质呈现标准”,但是源于条约解释所提出的“新型消费者标准”,本质上同“实质呈现标准”是类似的。

〔71〕 See Shannon McGovern, Aereo, “In-line Linking, and a New Approach to Copyright Infringement for Emerging Technologies”, *Catholic University Law Review*, Vol. 64, 2015, p. 778.

〔72〕 刘银良,见前注〔59〕,第67页。

〔73〕 陈林林,见前注〔40〕,第6页。

〔74〕 崔国斌,见前注〔15〕,第19页。

行类比,并按照具体规则实现的效果,来判断类比中相似性比较的妥当性。

明确了规范目标系著作权人于作品之上的实质利益这一前提,接下来我们应将更具普遍性意义的互联网传播行为进一步区分为提供和展示行为。^{〔75〕}这种区分一定程度上确实受到了美国著作权规则中有关展示权之规定的影 响,但更主要地还是为了满足实践之需。具体案件中,为了判断被诉行为对著作权人在互联网传播层面上所享有之实质利益的影响,需要审视“作品传播”的各种方式能否实现对该行为的完整覆盖。强调行为的“展示”内涵在评价具体行为时起着重要作用,本质上并非意图去创设“展示权”,且实际上也不需要创设独立的“展示权”。^{〔76〕}正因为是类推适用信息网络传播权规则,明确了著作权规则是对作品传播性实质利益予以保护的规范意旨,故才有必要从运用互联网技术所实施之传播行为的完整实践角度^{〔77〕}对互联网传播行为实效加以考量。采取目的论解释的立场,恰好为类推解释“提供作品”行为时所依据的类型化事实建构提供了规范性目标的指引,同时也支撑起了类推推理中相似性比较的妥当性。

偏向于实用主义目的论的解释路径,在论证中通常倾向于对规则效果加以考量。如果据此将自身定义为“政策性”的,^{〔78〕}就自觉与严格意义上裁判适用“规范性”理据做了区别。“政策性”的阐述立场自然削弱了规范解释力,被评价为“应然”“立法论”方案也就不属意外。^{〔79〕}但是正如上文已经谈到的,在司法裁判实践不得不对信息网络传播权规则进行类推适用的场合,“扩张”很难避免。但关键不在于法律解释是否应当做扩张性的解释,而在于类推本身的妥当性。而这种“合目的性”解释的妥当性,又取决于对既有规范意旨的准确阐释。因此,有必要进一步阐明通过何种理论才能对信息网络传播权规则的规范意旨加以更为具体的准确界定,进而解决类推解释的妥当性问题。

五、以著作权侵权判定为语境的“提供作品”行为界定

(一)作为“实践问题”的著作权侵权

对直接适用于个案裁判的信息网络传播权规则而言,界定“提供作品”行为,探究著作权法意义上这种抽象行为性质界定源于何种规范上的需求,是这一部分讨论首先需要明确的问题。

〔75〕 崔国斌,见前注〔15〕,第7—8页。

〔76〕 有观点认为将互联网传播行为进行“提供”和“展示”行为的二分变相创设了“展示权”。陈绍玲,见前注〔32〕,第20页。但这里提到的“提供”“展示”行为同“提供作品权”或是“公开展示权”实际上是完全不同的概念。在行为具体解释过程中对特定行为拆解化分析与真正建立起特定的法定权利之间还是存在很大差别的。

〔77〕 “链接实际上只是整个技术方案中的一小部分而已。”崔国斌,见前注〔15〕,第8页。Ginsburg et al., supra note 12, pp. 184—186.

〔78〕 崔国斌,见前注〔14〕,第84页。

〔79〕 张鹏,见前注〔9〕,第38页。

类比推理直观上的论证过程首先表现为对“相似”案件的比较。但对案件进行比较的真正目的还是在于确定如何适用在先裁判中形成的裁判规则。因此,类比解释过程中相似性并非基于非单纯客观化的行为事实构成,而是指向个案具体行为事实间“所要解决之实践问题的相似”。〔80〕为此,需要确定进行类比的具体实践及其背后规则适用的规范性意义,然后再进一步展开规范性评价来协调类比的妥当性。〔81〕在这一过程中,具体涉案行为事实的正确认识以及信息网络传播权规则的合理解释,均受到互联网商业实践的著作权纠纷争议这一“实践问题”的影响,故需要将它们纳入著作权侵权判定的语境中加以理解。

在当前互联网著作权纠纷的语境中,“提供作品”行为界定的“实践问题”通常呈现为“信息网络传播行为”和“网络服务提供行为”在著作权规范体系上的区别化处理。〔82〕通过这种规范上评价的区分来判断个案中具体行为是否属于著作权直接侵权。〔83〕司法实务和学术界对观感上接近传播作品的行为,均认可其涉及著作权人及互联网产业的相关权益。而争论的关键点,在于特定行为本身是否能够成为著作权专有权利范围的直接调整对象。多数讨论聚焦于信息网络传播权的“传播行为”,或《世界知识产权组织版权条约》规定的“向公众传播”的解释,也正缘于此。〔84〕实际上,不论是直接解释通过互联网“提供作品”行为,还是将解释对象命题转换为“向公众传播”行为,所得出的规范性结论都是对著作权法定权利内容的类型化界定,也即是对信息网络传播权所调整之行为类型的阐释。因此,聚焦于新兴互联网传播实践的著作权侵权判定之核心问题,并不能简单理解为传统著作权侵权认定规则的适用,〔85〕而更多地关乎著作权边界的判定。〔86〕

(二)著作权侵权判定与著作权的边界

单从国内法的角度来讲,现行《著作权法》中规定的著作权专有权利,以特定行为作为其法定权利具体内容,旨在调整针对作品的特定行为行使。〔87〕《著作权法》以列举加兜底条款的

〔80〕 雷磊,见前注〔62〕,第35页。

〔81〕 这种妥当性可由规则目的和文义来共同决定,即表现为“实践问题”。陈景辉:“类比推理的结构与正当化”,载2008年《第三届全国法学方法论文集》,第183页,转引自雷磊,见前注〔62〕,第36页。同时,这种评价的过程也可以转化为一种“权衡”的论证结构。这也可以印证本文主张的定性解释中的“度”或者说妥当性的问题。雷磊,见前注〔62〕,第36页。

〔82〕 如北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案二审判决在裁判论证的重点“信息网络传播行为的认定标准”中明确指出“区分两类行为的性质,正确适用法律,明确法律责任”。北京知识产权法院,见前注〔35〕。

〔83〕 Ginsburg et al., supra note 12, p. 191.

〔84〕 杨勇:“从控制角度看信息网络传播权定义的是与非”,《知识产权》2017年第2期,第5—6页;张金平,见前注〔70〕,第139—141页;万勇,见前注〔17〕,《法商研究》文,第173—174页;万勇,见前注〔17〕,《知识产权》文,第34—37页。

〔85〕 经典知识产权侵权的认定规则为“实质性相似+接触”。吴汉东:“试论‘实质性相似+接触’的侵权认定规则”,《知识产权》2015年第8期,第63页。

〔86〕 杨明:“聚合链接行为定性研究”,《知识产权》2017年第4期,第6—9页。

〔87〕 王迁,见前注〔7〕,第12页。Ginsburg et al., supra note 12, pp. 1019—1021.

形式,对属于著作权权利范围的具体行为作出规定。这样的规则构造和规范传统,在一定程度上影响了我们对著作权边界的认识。^{〔88〕} 尽管学界传统上对一种普遍意义上整体性的著作权权利观存在疑虑,而倾向于认为由具体权利内容确定下来的各种行为类型构成了著作权专有权利的控制范围。^{〔89〕} 但另一方面,司法裁判不得不正视在互联网环境下版权内容产业及其关联的互联网实践对既有著作权权利内容的行为界定不断提出了挑战,以至于兜底条款适用愈发频繁。^{〔90〕} 从法理上说,兜底条款当然需要发挥自身功能,但是过于频繁进行兜底性规则适用,就意味着我们需要在立法或者解释上做相应调整。不过,将裁判的现实问题全部留待立法来处理,显然并非总是最佳选择,原因在于立法天然的滞后性以及耗时费力的制订过程所带来的延宕。面对高速发展的互联网实践,具体规则也不宜反复地变动修订,以致牺牲了稳定性。除非现有规则的解释空间太小,已经难以承载司法实践的现实需求,否则应在现行规范允许范围内尽量协调规则条款同社会实践之间的“裂隙”。这正是司法裁判者进行规则解释的重要任务。

在著作权侵权判定中对“提供作品”行为加以解释,无论判决适用何种规则,最终的规范效果或多或少都将体现出裁判对具体著作权范围的规范性界定。在直观上对信息网络传播权规则的解释,其实际的规范性功能仍是通过侵权纠纷的裁判,明确个案中著作权专有权利的具体行为界限。^{〔91〕} 尽管个案判决结果及其解释结论的规范性效力并不会延伸到个案之外,但是一旦我们试图从中寻找更具普遍意义的适用标准时,侵权纠纷所具备的界权性质就会凸显出来。每一个特定涉案行为在著作权侵权纠纷个案裁判中所适用的“提供作品”行为界定标准,都会成为抽象著作权边界的具体化实践。而著作权侵权判定作为“提供作品”界定标准的规则解释语境,经由裁判者作出的具体规范性抉择,就成为个案具体情境条件下的信息网络传播权规则的具体实例或反例。它们并不会因其个案规范效力范围的限制,而自然丧失了作为先例裁判规则的规范解释力。更进一步讲,这些个案判决中的具体认定结论,与信息网络传播权规则本身,共同组成了信息网络传播权边界的规范性体系。

〔88〕 戈斯汀教授曾形象地比喻:著作权就如同半杯水,有的人认为它是半满的,有的人则认为它是半空的。(美)保罗·戈斯汀:《著作权之道:从谷登堡到数字点播机》,金海军译,北京大学出版社2008年版,第3页。

〔89〕 李杨:“著作权法上的‘个人使用’界定”,《电子知识产权》2010年第7期,第49页。

〔90〕 本文讨论涉及的深度链接、加框链接只是诸多问题中的一个,比较突出的争议还有网络直播等。对于无法由个人选定获取作品时间地点的通过网络实现的广播或直播,不能适用信息网络传播权,而需要借助兜底条款来加以解决。参见王迁:《网络环境中的著作权保护》,法律出版社2011年版,第127—129页。北京高院2018年颁布的《侵害著作权案件审理指南》也遵循了这种处理方式。

〔91〕 界权问题不仅仅是应然的、理论的、立法的,它同时也是实践的,个案裁判中具体规则解释适用背后所蕴涵的裁判思路、观点或者标准,具备超越个案判决结论影响后续裁判的规范能力。知识产权领域内对界权问题的专门讨论,可参见凌斌:“‘肥羊之争’:产权界定的法学和经济学思考——兼论《商标法》第9、11、31条”,《中国法学》2008年第5期,第170—189页。

因此,在侵权纠纷裁判中适用的“提供作品”行为界定标准,就不仅仅是在应然层面对某个特定涉案行为应否受著作权调整或信息网络传播权规则有无修订必要的论证。它同时也是经由司法裁判对新兴互联网实践给出必要的规范意义上的回应,是经由司法裁判提供行为规范效果的法律评价,从而以司法裁判的具体实践稳定制度预期。

(三)基于著作权界权目标的融贯论证结构

一旦明确了著作权侵权纠纷裁判中蕴涵的“著作权边界的具体化界定”这一规范性目标,个案裁判中对涉案行为的事实认知、对信息网络传播权规则的解释、类比推论类型化事实的界定以及最终的判决结论等等,就都时刻需要考虑规范性抉择对著作权权利边界可能造成的影响。

通过界权目标对规则解释方向性上的指引,在具体个案裁判的解释中,我们就能够相对妥当地处理“提供作品”行为界定标准解释的逻辑融贯性问题,^[92]包括:新类型互联网活动与普通链接在技术和行为事实上存在的差别是否具有相应的规范性意义;信息网络传播权规则中“向公众传播”的准确理解;类比推论中相似性的妥当判断。以提供清晰的著作权边界作为规范性目的约束条件,^[93]在针对不同涉案行为时,上述问题都要以规则意旨作为参照来解释“提供作品”行为,从而应对多元互联网实践的变化趋势,^[94]稳定既有的著作权边界。

具体来说,技术性事实相较于行为事实而言规范意义更小,只能起到事实认知层面上的辅助性作用。^[95]信息网络传播权核心调整的“提供作品”行为,需要放到更本质性的“传播”框架中进行理解,从而需要完整考量特定涉案行为的技术实现方式及其行为的实践后果。不同类型互联网实践与传统普通链接之间相似性的比较,需要充分考虑“市场”的因素,即具体技术之上商业活动的运行机制及其商业模式形成的利益形态间的差别。如此,我们就建立起一个“事实—规范—效果”多层次紧密关联的、融贯论证的理据构造,以利于形成特定涉案行为是否构成“提供作品”之行为的判断标准;同时,这个构造也为裁判中的规则解释和适用提供了具备充分解释力的基础,便于法官形成解释“提供作品”的妥当方案。

六、“提供作品”行为界定的解释方案

涉案特定行为是否属于信息网络的传播的行为,最直接的判断依据依然是“提供作品”行为,但是侵权纠纷语境下“提供作品”行为的界定则取决于著作权之合理边界的确定。

[92] 法律论证意义上的融贯性更多表现为裁判理由之间存在相互支持的结构,能够形成一个融贯整体。而这种裁判理据间逻辑上的联结,能补强裁判中衡量判断的解释力,并集中处理规范性抉择中的妥当性问题,提供关联更为紧密的类比判断。蔡琳:“法律论证中的融贯论”,《法制与社会发展》2006年第2期,第118—119页。

[93] 目前主流的著作权理论认为对著作权的保护采取的是产权模式。著作权的权利边界问题,也即是要厘清“该权利之排他性究竟及于何种范围”。杨明,见前注[86],第7页。

[94] See *American Broad. Cos. v. Aereo, Inc.*, 134 S. Ct. 2498 (2014), 2506—2507.

[95] McGovern, *supra* note 71, pp. 798—799.

因此,“提供作品”行为界定标准的确定,不能仅仅只建立在技术性事实的基础上。^[96]从著作权侵权纠纷的整体来看,互联网领域内的著作权侵权行为并没有超越侵权裁判具备的基本权利界定功能。放到更为完整的侵权纠纷背景中观察,信息网络传播权侵权仍然只是著作权侵权的诸多类型之一,当然要遵循著作权侵权纠纷体系性共同规则的适用标准。^[97]进言之,对一切互联网实践行为进行著作权侵权判定的内在逻辑,依然要遵循“行为构成作品使用—该使用行为非法”的论证过程。^[98]虽然从权利调整行为的层面看,“提供作品”行为的界定,需要借助于著作权一般意义上的“传播”行为。^[99]但究其本质,判定特定涉案行为构成侵权与否,还是要基于该行为是否属于未经著作权人授权许可的“不法使用”(unlawful copying)作品的行为。^[100]进入到个案裁判中,核心争议焦点即转化为对具体涉案行为“合法/不法”的判断。如果仅仅只是从“提供作品”行为客观化事实构成这个角度作出判断,就无法体现“提供作品”行为中蕴涵的“使用作品”这个规范意义。

故此,著作权侵权判定中界定“提供作品”行为的完整裁判推理,首先是确定个案具体涉案行为是否属于著作权规范层面的“使用作品”,而这其中就包含了“实质呈现/介入”^[101]等判断标准。其次是对该行为是否具备合理抗辩事由进行检验,确定行为是否属于作品的“不法使用”。这里会涉及“合理使用”规则的适用,其中比较重要的考量因素是涉案行为对作品的使用是否可以认定构成了“转换性使用”,^[102]且同时不构成对来源作品的“市场替代”。^[103]当然,具体案件中并不是都需要考虑“合理使用”的问题。

[96] McGovern, supra note 71, pp. 798—799. 另参见崔国斌,见前注[15],第6—7页。美国最高法院在 Aereo 案中也有类似的论述:“平台功能的运行,在现实中,……对消费者而言没有意义。”See American Broad. Cos. v. Aereo, Inc., 134 S. Ct. 2498 (2014), 2507.

[97] Ginsburg et al., supra note 12, pp. 220—221.

[98] See Mark A. Lemley, “Our Bizarre System for Proving Copyright Infringement”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, Vol. 57, 2010, pp. 720—722.

[99] 李杨:《著作权法个人使用问题研究:以数字环境为中心》,社会科学文献出版社2014年版,第21页。

[100] 虽然这种抽象的所谓“使用作品”侵权行为的概念更多源自美国法,但对我国《著作权法》所规定的具体权利内容也可以作类似的理解,其规则依据是《著作权法》第二十四条“使用他人作品应当同著作权人订立许可使用合同,本法规定可以不经许可的除外”这个原则性规定。

[101] Ginsburg et al., supra note 12, pp. 165—168.

[102] “转换性使用”的概念目前主要还是体现在美国司法实践中,我国现行合理使用制度相关规则是否能够真正解释适用“转换性使用”这个概念还是存在一定疑问的。对将“转换性使用”吸收进我国现行《著作权法》规则体系中的尝试,可参见熊琦:“‘用户创造内容’与作品转换性使用认定”,《法学评论》2017年第3期,第64—74页。

[103] 这里就可以参考“实质替代标准”的相关论述,参见石必胜:“论链接不替代原则:以下载链接的经济分析为进路”,《科技与法律》2008年第5期,第62—67页。需要指出的是,在合理使用的规则框架下,市场替代因素的检验规则主要来源于美国法上的“四要素”检验法,尽管我国司法实践中出现过类似对合理使用进行判断的方式,但并不是在我国著作权法规则体系中得到文本层面上确定的合理使用判断方法。参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第579—580页。

用上述“提供作品”行为界定的解释方案来考察裁判实例。如在“北京易联伟达科技有限公司与深圳市腾讯计算机系统有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷”的二审判决中,法院颇费了一番功夫解释“信息网络传播行为”的认定属于“事实认定”,需要判断被诉行为是否在“客观事实属性”上属于“传输作品”的“初始上传”行为,故“服务器标准”是契合信息网络传播行为性质的。^[10]但法院并没有意识到,这样解释信息网络传播权规则,本质上就是界定“提供作品”行为。“传输作品”的“初始上传”行为,实际上是建立在普通链接的预设前提下的。因此其提出的“事实认定”,并不自然等同于“提供作品”行为的合理界定。判决书大篇幅论述了具体涉案行为性质认定应当采用“服务器标准”的理由,但其立论几乎没有围绕案件事实本身,而更多是宽泛抽象的形式教义推理。

在著作权法定权利内容所界定的行为模式不存在重大争议的条件下,规范对具体行为涵摄的解释重点当然是事实认定,而且“复制、发行、表演”等行为在裁判中的事实认定,也并没有消除在侵权判定时的规范性评价。更何况“深度链接”等新兴互联网活动并不是典型信息网络传播权规定的行为模式,作为侵权判定规范基础的“提供作品”行为界定本身就需要进行类推解释。结合“快看APP”聚合平台的运营实践来考察涉案具体行为,首先仍应将之与普通链接进行类比,检验将行为认定为“提供作品”是否契合信息网络传播权界定的权利范围,即聚合平台的“深度链接”行为是否实质性影响了著作权人在互联网环境下的作品传播利益,如果“实质性呈现”作品达到了传播结果,被诉行为即属于未经授权对作品的“不法使用”。其次是综合检验聚合平台的链接行为是否能够纳入“转换性使用”的范畴,若对原作品传播没有构成“实质性替代”“不影响原作正常使用,也没有不合理的损害原作合法权益”,则合理使用抗辩得以成立。

总结起来,“提供作品”行为的界定,取决于在裁判中类推适用信息网络传播权规则。在“保护作品传播利益”这个规范目标的约束下,以合目的性扩张解释具体的行为模式,将具体涉案行为与普通链接类比,以尽可能不改变信息网络传播权权利范围为理念,确定其合理的相似性比较,得出具体涉案行为是否属于“实质性呈现作品”的提供作品行为。

七、结 论

本文并不试图提出界定“提供作品”行为的具体新标准。从前文阐明的类推逻辑框架看,“实质呈现标准”已经是较为妥当的界定标准。而且通过类比推理的逻辑支撑,“实质呈现标准”也能够获得裁判中规则适用的解释力。当然,在裁判过程中,采用相对更加抽象的原则性规范来处理具体涉案行为侵权判定的方式,确实可能扩大了法官自由裁量的空间,存在一定程度上的不确定性。但是,在过于保守的“服务器标准”之下,诸多案件中被告提出毫无依据的

[10] 北京知识产权法院,见前注[35]。

“未上传至服务器”之主张,^{〔105〕}迫使裁判者不得不高度依赖程序性条款才得否定这种明显不合理的诉称。相较之下,在本身就不可避免的法官自由裁量过程中,^{〔106〕}通过相对严谨的类推逻辑对判决推理加以规范,未必不是更为妥当的处理方式。

Abstract: Defining Making Work Available, is the legal interpretative process for analogically applying the right to communication through information network, which is based on this doctrine applied to the external link. The legitimacy and plausibility of the analogical interpretation is the core for defining Making Work Available, and its conclusion is essentially about the scope of copyrights. In copyright infringement decision-making, the legitimacy and plausibility come from the constraints of the normative goals and the proper reasoning process that leads to the interpretation of purposive expansion. The interpretation solution of defining Making Work Available is to clarify the action involved is the “unlawful use of the work” through “substantial presenting test”, supplemented with Fair Use doctrine for reasonable application.

Key Words: Making Work Available; Right to Communication through Information Network; Judgment for Copyright Infringement; Analogical Interpretation; Substantial Presenting Test

(责任编辑:杨 明)

〔105〕 自2016年采用“服务器标准”的一系列典型案例公布以来,大量涉及网络信息传播权纠纷的案件中,被告往往会主张自己属于“深度链接”或“加框链接”,同时也没有将作品上传存储在自己的服务器中,并为此“制造”证据。对这种难以证实或明显存在瑕疵的证据,法院往往是予以认定的。近期典型案例可参见玄霆公司诉神马公司等侵害作品信息网络传播权纠纷案,上海知识产权法院民事判决书,(2016)沪73民终146号。同时,当前互联网实践中也存在大量利用深度链接传播未授权作品、直播信号的网站,在其页面上注明“本站视频数据均调用第三方资源,不提供任何视听上传服务……”,试图利用“服务器标准”的界定来免除自身责任的现象。

〔106〕 李雨峰,见前注〔69〕,第5-7页。