

论侵害信息网络传播权 行为的认定标准

王艳芳*

摘要 侵害信息网络传播权的认定必须回到法律要求与事实特征相结合的标准上来,即凡未经许可行使他人信息网络传播权,或者直接破坏权利人对其作品通过信息网络传播的控制权,不论是初始提供行为还是后续提供行为,均可构成直接侵权行为。就直接侵权而言,服务器标准是判断是否构成侵害信息网络传播权的一项重要的操作性标准,但不是唯一标准。

关键词 信息网络传播行为 服务器标准 聚合平台 深层链接

引言

互联网技术的迅速发展和商业模式的不断创新,总会为侵害信息网络传播权的认定带来新问题。迄今为止相关侵权形态大体经历了三个时代:即侵权 1.0 时代是最原始侵权方式,通过上传到自己的服务器直接向用户提供他人作品;侵权 2.0 时代是以 P2P 之类的深度链接涉侵权问题为标志;当前进入的侵权 3.0 时代,则是以视频聚合盗链涉侵权问题为典型标志。自侵权 2.0 时代开始,围绕搜索链接的侵害信息网络传播权案件是其主要情形。当时实施设链行为的通常是大型视频、音乐搜索网站,被链的通常是小型网站。小型网站未经许可将他人享有著作权的音乐、视频上传至服务器向公众提供,而大型网站对小型网站服务器上的侵权作品设链。随着我国不断加大著作权保护力度及著作权意识的提高,网络著作权保护状况有根本性改善,各类网站上的侵权内容大幅减少,各类大型视频、音乐网站转向购买版权,通过传播正版内容获取商业利益。网络视频、音

* 中国人民大学法学院博士研究生。

乐聚合平台也随之产生,在这其中有些平台的经营模式是自己并不购买版权,而是对大型网站的正版作品设链,以此吸引网络用户并谋取商业利益。信息网络传播权保护由此进入所谓侵权 3.0 时代。与此前设链行为不同,内容聚合平台针对大型网站的设链呈现出新的特点。例如,设链对象不再是非法传播的作品,而是大型网站花费巨资购买而享有版权、合法传播的作品;大型网站往往设置防止他人设链的技术措施,内容聚合平台的设链行为则是通过破坏该技术措施等方式而实施。

前些年学界和司法实务界曾对如何确定侵害信息网络传播权的认定标准进行过较多讨论和争论,但互联网行业商业模式的变化、产业利益格局的调整和信息网络传播技术的创新,既使一些已有的有关侵害信息网络传播权认定方面的问题产生了新争论,又导致一些全新的情况和问题。在新的技术背景和利益格局之下如何妥当地确定认定标准又引人瞩目,引发了理论和实务上的热烈讨论,随之出现的一些典型裁判也试图澄清侵权判断标准。这一现象再次说明,追求商业利润的商业企业是推动著作权制度发展的强劲力量。至少在网络著作权保护领域,在很大程度上如有的学者所说,“如今版权诉讼中已经基本上看不到艺术家、作者或者作曲家的身影了。主要的利益持有人是出版商、电影或者音乐制作者以及其他媒体公司,而他们的动机几乎无一例外是为了获得金钱回报”。〔1〕

例如,在 2015 年“快乐阳光诉同方案”中,北京知识产权法院梳理了 2003 年以来服务器标准与用户感知标准的不同裁判,认为服务器标准是裁判所坚持的主流标准,据此认定该标准是认定信息网络传播行为的惟一合理标准。〔2〕该判决大体上概括了十余年来有关这一争论的历史过程。此后,理论和实务上的争论仍然不断,经多方研讨,国外(欧盟)法院的一些新裁判标准也引起关注。在 2016 年“易联伟达公司与腾讯公司案”中,一审判决认为应当根据技术性发展而调整认定标准,二审判决则对于仍应坚持服务器标准进行了进一步论证。〔3〕其他法院也作出了有关认定标准的裁判。这些裁判无论是对于旧有争论的讨论和表态,还是对于新标准的探索,无论是主张继续坚持旧标准还是主张采纳新态度,都是在新的经济技术背景下进行的新思考。重新讨论本身即说明,侵害信息网络传播权的认定标准遇到了需要再思考和应对的新情况。

总之,当前流行的服务器标准、用户感知标准、实质替代标准等说法,都是裁判中用以指称侵害信息网络传播权判断标准的相关用语,也是司法实践中曾经或者正在争论的判断标准。学者和国外判例也对判断标准进行了一些新概括,如实质呈现标准、新公众标准等新的说法。鉴于当前对侵害信息网络传播权的判断标准仍众说纷纭,尤其是涉及深度链接和聚合网站等新技术、新商业模式的侵权判断标准问题仍值得深入研究,本文拟对此略述己见。

〔1〕 参见(美)克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无界限:促进创新中的自由与竞争》,兰磊译,法律出版社 2016 年版,第 2 页。

〔2〕 参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第 559 号民事判决书。

〔3〕 参见北京知识产权法院(2016)京 73 民终字第 143 号民事判决书。

一、侵害行为与判断标准

侵害信息网络传播权包括直接侵权与间接侵权,当前争论的侵权判断标准涉及的是直接侵权的判断,当然同时又涉及直接侵权与间接侵权的分界线。该侵权判断标准是以作品提供行为与侵害行为的关系为基础的。

(一)流行标准与提供行为的关系

在快乐阳光诉同方案中,二审判决认为,双方当事人对于信息网络传播行为分歧的实质在于用户感知标准与服务器标准之争。被上诉人主张采用用户感知标准,而上诉人则主张采用服务器标准。^{〔4〕}实际上,无论是服务器标准还是其他标准,其本质意义在于如何判断是否构成直接侵害信息网络传播权的行为,也即是此类直接侵权行为的判断标准。因为就权利人对信息网络传播权的行使而言,不存在服务器标准还是其他标准问题。

虽然著作权法及信息网络传播权保护条例均对于侵害信息网络传播权行为作出规定,但法律规定毕竟是抽象概括的一般性规范,如何确定这些规定的具体含义和评断标准,以及如何判断相关传输行为是否落入法律规定的范围,既需要通过法律解释澄清法律规定的具体含义,有时还需要确定操作性的具体判断标准。无论是服务器标准、用户感知标准还是其他标准,其本质都是具体判断侵害信息网络传播权行为的操作性标准。换言之,这些标准在性质上都属于侵权判断标准的范畴。具体判断标准是法律规定含义的具体落实,首先需要与法律规定的含义相吻合。

司法裁判首先是依法裁判,必须以法律规定为准绳。侵权判断标准需要依靠法律对信息网络传播权的规定以及对侵害行为的规定。著作权法首先确定了信息网络传播权的权利范围,这是认定相关行为是否落入权利范围而构成侵权的基础;^{〔5〕}侵害行为的规定则明确了侵权行为的性质和类型。两者结合起来可以形成判断侵权行为的完整依据。我国著作权法和行政法规都采取了这种逻辑,即先界定权利,再规定侵害行为,两相对照即可确定侵权行为的判断依据。根据《著作权法》第48条第2项规定,“未经著作权人许可……通过信息网络向公众传播其作品”构成侵害信息网络传播权的行为。^{〔6〕}《信息网络传播权条例》第18条第(1)项将“通过信息网络擅自向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品”的行为规定为侵权行为。正是基于法律和行政法规的规定,《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》(简称“信息网络传播权司法解释”)第3条第1款规定:“网络用户、网络服务提供者未经许可,通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音

〔4〕 见前注〔2〕。

〔5〕 例如,“如果某人实施的行为,并不能被公约(以及国内立法)所规定的某一权利直接涵盖,则该人显然就不应承担侵犯此项权利的直接责任”。(匈)米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康等译,中国大百科全书出版社2009年,第743页。

〔6〕 本条第(2)(3)项还有未经许可“通过信息网络向公众传播其表演”“通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品”的规定,本文不再单独表述。

录像制品,除法律、行政法规另有规定外,人民法院应当认定其构成侵害信息网络传播权行为。”该规定显然明确了此类直接侵权行为的构成要件,即未经许可、通过信息网络提供作品及不属于法定豁免情形,也即此类侵权行为是一种附加了这些要素的作品提供行为,提供行为是其核心和立足点,实践中的争议点也在于如何界定提供行为。为此,司法解释该条第2款对于提供行为作出如下解释:“通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式,将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中,使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的,人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为。”

以前及当前所提出的各种不同判断标准,本质上是如何对“提供行为”进行解释和认定。例如,服务器标准只是将置于服务器作为构成提供行为的唯一标准,也即将提供等同于“置于服务器之中”,其他标准的套路可以以此类推。但是,法律本身并未具体化为或者限定为“置于服务器”,该含义和判断标准是在解释和落实法律规定时附加的,是学理和司法上的认知。因此,是否构成“提供”乃是法律确定的标准即法律标准,服务器、用户感知等都是学理和实践对于法律标准所提出来的诠释性、落实性和操作性标准,两者属于不同层次的概念,后者必须服从于前者,不能背离前者。至于哪种解释和标准更符合法定标准,取决于哪种更匹配权利的属性、权利保护的需求、相关行为的特点等。当前理论和实践中有人将信息网络传播权司法解释第3条规定称为法律标准,并将其作为与服务器、用户感知等标准并行的标准。这显然是对于法律标准的误读,两者不属于同一位阶的概念。法律标准是裁判应当依循的唯一标准,只是法律标准需要解释和操作,所以才需要一些具体的标准加以落实,这些操作性标准是法律标准的下位标准,必须符合法律标准,而不能与法律标准分庭抗礼和鼎足而三。^{〔7〕}

(二) 法律规定与具体诠释的关系

就侵害信息网络传播权行为的判断而言,如何诠释法律规定并将其恰当地付诸实施,是法律解释问题。首先,法律规定的直接侵权是擅自“提供行为”,法律本身没有对提供行为作出进一步的规定和解释,提供行为需要在法律的具体应用中通过解释解决。无论是司法解释还是裁判中的解释,无非是澄清“提供行为”的内涵和外延,而“提供行为”只是抽象性的一般规范和判断依据,它本身并没有变化,只是在运用中如何赋予其具体含义,包括可以按照发展需求不断赋予其新含义。其次,对于提供行为的解释需要以妥当性为目标。实践中提出来的服务器等判断标准,无非都是为了更加清晰地阐释提供行为的含义。具体解释是否具有妥当性,关键看其是否符合文义和法律意图、是否符合权利的性质、是否能更好地适应实际情况和实现调整需要。而且,随着技术和经济的发展变化,时常遇到法律规定本身没变化,但需要解释新的内涵的情形。法律解释的如此变化本身却非改变法律的一般规定。尤其是,我国不是判例法国家,先例虽具有参考意义,但不具有法源意义上的拘束力,不当然拘束在后裁判。即使是判例

〔7〕 也有人认为,法律标准是一种政策选择标准,是事后的调整标准,其需要通过价值取向或者导向进行决断,与“用户感知标准”一样均是作为主观标准,是否构成提供行为存在很大的变动空间。参见冯刚:“涉及深度链接的侵害信息网络传播权纠纷问题研究”,《知识产权》2016年第8期,第20—28页。只是不知这种说法有何种来源和依据。

法国家,其判例也同样存在与时俱进的问题。过去裁判的主流观点采取的是服务器标准,但如果根据当前的新情况需要对判断标准进行新的调整,也只是使法定标准继续覆盖新情况,而并没有改变法律规定本身,也不表明以前坚持的服务器标准是错误的。法律规定的抽象性和一般性,使其足以涵盖不断发生的情况变化。著作权法和行政法规规定的“提供行为”及司法解释对于提供行为的解释,均具有这样的弹性和包容力。因此,根据当时的经济技术发展实际和产业发展需求,以服务器标准解释直接侵权的作品提供行为,有其合理性和恰当性;根据当前的经济技术条件和产业发展需求,如果在服务器标准之外有认定其他直接侵权情形的需要,则完全可以确定新的认定标准。坚持认定标准的前后一致固然重要,但法律适用基础和对象变化时,调适法律适用标准更为重要。

二、权利属性与侵权判断标准

侵害信息网络传播权的判断必须首先回到权利本身的属性上来,再看相关行为是否构成了法律规定的侵权行为,也即相关行为是否落入权利的保护范围。侵权判断是万变不离其宗的,必须回到法律规定和权利本身的属性中来,在其中寻求依据,而不能随心所欲构建话语体系和判断标准。

(一)著作权及信息网络传播权的法律属性

根据《著作权法》第10条第1款对著作权的规定精神,著作权是权利人控制作品(专有控制权)及获取经济利益的权利。亦如论者所说,“版权制度下长期实行的政策要求……确保作者能够控制对其作品进行复制和传播的专有权——通过传输或者其他方式——可以为其创作和传播提供激励和市场回报。如果他人可以在全球信息基础上对某作者的作品进行自由地、不加限制地复制和再传播,该作者就没有理由使用这种系统来传播他的作品,或者干脆从一开始就没必要创作作品”。〔8〕

信息网络传播权作为著作权的一种权利,则是权利人控制其作品通过信息网络传播(包括再传播)的专有权利。《著作权法》第10条第1款第(12)项对“信息网络传播权”的界定,源于《世界知识产权组织版权条约》(下文简称WCT)第8条后段规定的“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”。WCT第8条后段中的此类“提供”(make available)乃是以公众为对象,具有可使公众在个人选定的地点和时间获得的“点对点”的提供特征,并且属于本条规定的“向公众传播”的情形之一。信息网络环境下的“向公众传播”不限于“点对点”性的交互式传播,但“点对点”性的交互式传播无疑是当时信息网络环境下新出现的作品传播的典型形式,所以条约对此作出特别规定,并对其行为特征进行了界定。WCT第8条对于交互式传输采取了所谓“伞形解决方案”,即“对交互式传输进行中立的、不具有法律特征的规定”,其目的是“让缔约各方有权自由决定采用现有的专有权或者创设新的

〔8〕 罗伯特·霍利曼和杰弗瑞·施泰哈特在WIPO数字议程墨西哥城研讨会上的发言。菲彻尔,见前注〔5〕,第491—492页。

专有权来适用于交互式传输行为(例如采用发行权、向公众传播权、将发行权和向公众传播权结合适用、或者规定一种新的交互式的‘提供权’)”。只是因为伯尔尼议定书委员会准备工作的最后阶段及在外交会议上,大多数代表团都主张在WCT中应适用向公众传播权,因此对于交互式传输所作的中立规定就被纳入WCT第8条“向公众传播权”之中。^[9]可见,条约并未从权利属性的角度对于交互式传播行为涉及的权利进行定性,也即并未要求成员国必须将此信息传播权规定为独立的著作权权利类型,而允许成员国根据国内法的实际自行选择自己的处置方式,既可以将其归入现有的权利类型之中,又可以将其规定为独立的权利类型而创设一种新权利。

我国《著作权法》显然采取了规定一种新的交互式“提供权”的思路,即通过规定“信息网络传播权”这一全新的专有权的方式,落实条约的相应规定。从法律规定和网络传播的实际来看,信息网络传播权所调整的行为显然不是通过信息网络传播作品的所有行为(如网络定时播放),而只是“点对点”的交互式传播行为。而且,《著作权法》并未以信息网络传播行为称呼和界定此类行为,而仍以“提供”为核心,并以“向公众”进行点对点式提供的行为特征,限定和界定信息网络传播权所调整行为的特征。

无论是著作权还是信息网络传播权,它既可以是由权利人直接行使的原生权利,又可以通过许可和授权而产生的派生权利;既可以是权利的全部,也可以是部分权利。无论是权利人自行行使的权利还是授予他人的部分专有权,都是受保护的著作权。例如,《著作权法实施条例》第24条规定:“《著作权法》第二十四条规定的专有使用权的内容由合同约定,合同没有约定或者约定不明的,视为被许可人有权排除包括著作权人在内的任何人以同样的方式使用作品;除合同另有约定外,被许可人许可第三人行使同一权利,必须取得著作权人的许可。”著作权法第27条规定:“许可使用合同和转让合同中著作权人未明确许可、转让的权利,未经著作权人同意,另一方当事人不得行使。”可见,即便就被许可人而言,授权具有给权利划界的法律意义,超出授权范围的行为构成未经许可的使用行为,同样可以认定为侵权行为。

(二)权利属性与侵权行为的关系

侵害著作权行为有直接侵权与间接侵权之分,前者为直接侵害权利人对其作品的专有控制权,主要是非权利人未经许可(擅自)行使他人著作权的行为,后者是辅助(教唆或者帮助)他人直接侵权的行为。我国著作权法只是明确规定了直接侵权行为,特别是未经许可使用他人作品的行为。也从著作权法对于侵权行为的规定看,侵权行为是未经许可使用他人作品的行为。很显然,无论是原生的著作权还是其中授予和转让的部分权利,都属于著作权的组成部分,在直接侵权行为的构成上并无不同,著作权法并未对其进行区分,如并未将侵犯由作者自行行使的原生权利作为直接侵权,而侵害授予的部分权利的情形为间接侵权。直接侵权的根本判断标准是未经许可的使用,无论是作者自行行使的著作权权利还是授予的著作权权利,只要未经许可使用就是直接侵权,其在直接侵权的性质上并无不同。

在一般著作权侵权情形中,间接侵权问题并不突出,所以著作权法并无专门规定,其间接

[9] 菲彻尔,见前注[5],第725页。

侵权行为的解决需要依据侵权责任法。但是,网络环境下的作品传播情形复杂,尤其是网络服务提供者地位重要、作用特殊,成为信息网络传播的重要相关方,如何确定其侵权责任成为网络著作权保护的核心问题。《信息网络传播权保护条例》区分了作品提供行为与网络服务提供行为,并以此为基础确定相应的责任制度,将前者定位为直接侵权而将后者定位为间接侵权,形成了网络著作权保护的独特责任系统。就其直接侵权而言,在网络环境下直接提供他人作品的行为,或者说未经许可直接行使他人原始的或者派生的信息网络传播权的行为,构成直接侵权行为。未经许可的提供行为,是直接侵害信息网络传播权的核心行为。

(三)深度链接与直接侵权的判断标准

对于侵害信息网络传播权的判断标准之争,主要是源于涉深度链接的侵权判断问题。如有的判决所说,“对于何为信息网络传播行为,实践中一直存在不同认定标准,主要包括服务器标准、用户感知标准以及一审判决所持实质性替代标准等,这一争论集中体现在对本案所涉深层链接行为的性质认定上”。〔10〕对于以上传、分享等直接将他人作品置于服务器的初始提供行为,以服务器标准认定为直接侵权,当然不存在任何争议。问题在于构成直接侵权的是否仅限于作品的原始提供行为,一些所谓的深度链接行为是否构成提供行为。主张服务器标准的观点,是将“置于服务器”作为认定构成提供行为的唯一标准,而不再承认其他标准,因而所有的链接行为均不构成提供行为。如有的判决所说,“依据服务器标准,无论是深层链接行为,还是普通链接行为,均不属于信息网络传播行为。但不可否认的是,从外在表现形式看,深层链接行为与信息网络传播行为确实难以区分,如认定深层链接行为不属于信息网络传播行为似有不合理之嫌,这亦是长期以来用户感知标准存在的主要原因”。〔11〕

深度链接的提法由来已久,但其始终处于概念模糊的状态,而不是一个确切的概念。〔12〕近年来随着链接技术、网络服务和商业模式的不断创新,由此生发了新的网络服务和商业模式,随之出现了有关链接的新类型侵害信息网络传播权案件,学界和实务界又开始对于“深度链接”“加框链接”“盗链”“聚合平台”的新一轮热烈讨论。该问题既涉及技术事实,又涉及法律上的认识和定位,仅从一个方面进行认识必然出现偏差。从技术事实看,当前常见的深度链接通常为目标页面跳转式链接、加框链接和盗链。技术事实仅是法律认识的基础,法律定性因含有价值判断和目标取向的规范需求,通常需要源于事实而又高于事实。

深度链接的本意是指从设链网站页面绕过被链网站主页(home page),直接链到目标网页的链接方式(业界多称其为“跳转”)。如果只是提供跳转和信息定位的链接服务,并不对所链接的信息和权利人设定的用户获取信息途径或方式做任何更改,包括更改技术参数、UI界面等,此种深度链接只是作为用户找到资源或信息的渠道,也只是作为权利人信息或资源发布的渠道,本质上是增加了用户获取权利人享有信息网络传播权的作品桥梁,客观上也帮助了

〔10〕 见前注〔3〕。

〔11〕 见前注〔3〕。

〔12〕 例如,曾有人“将他人内容嵌于设链者自己的网站”的链接方式称作深度链接,但与“加框链接”“内链接”“盗链”等概念发生重叠。国外的“deep linking”概念,是指一个网页与目标网页的直接链接。

权利人传播作品,此时链接不能认定为作品提供行为,明显属于网络服务提供行为。

加框链接是绕过被链网站的主页,链接目标网页的一部分内容(如一个文件、一个视频播放器),通过对该部分内容进行加“框”,使其“嵌”在设链网站自己的网页或客户端应用上。就用户感知而言,会以为是设链网站在提供该作品。加框链接包括“设置链接”和“加框”两个行为。从技术角度看,“加框”是对目标页面进行技术干预,如修改页面参数、UI界面等。根据干预目的的不同,设链者干预的程度不尽相同,有的对目标页面外面整体设置一个框,将整个目标页面全部嵌进自己网页,有的是只嵌套目标页面上的某一内容。就网络视频行业的加框链接而言,设链网站往往只链接被链网站的目标页面上的视频播放器,同时在自己的页面上设置一个窗口,使该视频播放器正好“嵌”在窗口上进行播放。视频行业内称之为“嵌套”。这也是聚合视频上常见的播放方式。^[13] 由于对搜索结果(目标网页)进行了技术干预,使得实施加框链接的行为有了不同于提供“信息定位搜索”或“导航”的性质,而是明显具有在本网站(或客户端)下直接为用户呈现被链网站的内容的意图,也使用户在设链者自己的网站(或客户端)上接触、获得(access)作品。

盗链是以抓取他人内容地址、占用他人带宽、版权内容等硬、软件资源,在其设定的网页(或客户端)上进行展示、播放的一种行为。盗链多发生于网络视频行业。其技术原理是,正版视频网站企业将视频内容上传至自己的服务器,视频聚合软件通过破解技术措施获取该视频流数据,并通过在自己的客户端软件进行相应的程序和代码设计,使用户可以获得该视频内容,从而进行在线观看或下载。盗链与加框链接都是使用户在不脱离设链网页(或客户端)的情况下,可得到被链接网站的内容,都使用户误以为仍在原网页(或客户端)播放或提供内容。但二者的根本区别是,盗链搜索、抓取的是内容(如视频)地址(“内容地址”),加框链接则是与网页地址的链接。比如,某视频网站的网页地址好比是商店的店面,视频地址是仓库,一般的用户访问是先登录网页(进入店铺),点击设在网页上的播放器,而后播放器调用后方仓库的货物(视频)给用户。盗链则是不经过店面(网页地址),直接就抓取、链接到了仓库(视频地址),并将内容(以视频流形式)由被盗链网站的服务器直接传输至设链网站的网页或客户端上,由设链网站自己的播放器进行解读、播放。盗链者主导、操纵了整个传播流程,被盗链者对于服务器向外输送视频流的过程并不知情,而被当做“傀儡”或“工具”使用。因而是盗链者实际上窃取了作品传播者的地位,实施了网络内容的提供行为。

从当前理论与实务观点看,对于深度链接涉及的作品传播情形的侵权认定,有着不同的认识。其中,服务标准与用户感知标准之争是认定侵害信息网络传播权行为的旧有争议,当前背景下该争议仍被提及。在此之外又出现了一些新的认定标准。

主张服务器标准者认定“置于服务器”是认定构成作品提供行为的唯一合理标准,深度链接均属于网络服务提供行为。例如,在快乐阳光诉同方案中,^[14]二审判决认为:

[13] 国外有学者,将“加框链接”(framing link)与“内链链接(嵌入链接)”进行区分。两者在本质上是一样的,都是对目标页面进行了技术干预,并实现在自己页面上使用户接触内容的目的,只是加框大小的问题。

[14] 见前注〔2〕。

服务器标准是指,判断被诉行为是否为信息网络传播行为,应考虑的是被诉内容是否存储于上诉人的服务器中。无论被诉行为的外在表现形式是否使得用户认为被诉内容系由上诉人提供,只要被诉内容未存储在上诉人服务器中,则不应认定上诉人实施了信息网络传播行为。需要指出的是,此处的“服务器”系广义概念,泛指一切可存储信息的硬件介质,既包括网站服务器,亦包括个人电脑、手机等。

在易联伟达公司与腾讯公司案中,二审判决认为,采用服务器标准仅意味着深层链接行为不应被认定为信息网络传播行为,相应的侵权认定不应适用著作权直接侵权的认定规则:

链接行为的本质决定了无论是普通链接,还是深层链接行为,其均不涉及对作品任何数据形式的传输,而仅仅提供了某一作品的网络地址。用户是否可以获得作品完全取决于被链接网站,如果被链接网站删除了作品,即使该链接地址仍然存在,网络用户仍不可能获得作品。但反之,如果链接提供者删除了该链接,则只要被链接网站实施了初始上传作品于信息网络的行爲,且未删除该作品,则该作品仍然处于公开传播状态,用户仍然可以获得这一作品。这一情形充分说明,任何链接行为本身均不会使用户真正获得作品,无法如初始上传行为一样,满足信息网络传播权定义中有关使用户“获得作品”的要求。^{〔15〕}

服务器标准的学理依据是,深度链接并不使作品处于网络传播的状态,仅使已处于网络传播状态的作品进一步扩大其传播范围。

用户感知标准是另一个早已提出的认定标准。例如,在快乐阳光诉同方案中,^{〔16〕}二审判决认为,双方当事人对于信息网络传播行为分歧的实质在于用户感知标准与服务器标准之争。被上诉人主张采用用户感知标准,而上诉人则主张采用服务器标准。“用户感知标准是指,判断被诉行为是否为信息网络传播行为,应考虑网络用户的感知,如果被诉行为使得用户认为被诉内容系由上诉人提供,即应认定上诉人实施了信息网络传播行为。该标准通常考虑的是被诉行为的外在表现形式,至于被诉内容是否存储于上诉人服务器中则在所不论。”

随着经济技术发展,最近又提出了新的认定标准。例如,“易联伟达公司与腾讯公司案”一审判决采取了“实质性替代标准”。如该案二审判决所说,一审判决采用的实质性替代标准的具体含义可概括为:因选择、编辑、整理等行为、破坏技术措施行为及深层链接行为,对著作权人所造成的损害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无实质差别,因此,上述行为构成信息网络传播行为。二审判决认为实质性替代标准存在误区。无论是对信息网络传播行为,还是对链接行为以及破坏、避开技术措施的认定,均属于对客观事实的认定,而非对行为合法性的认定。上述行为之间相互独立,无论上诉人是否实施了选择、编排、整理以及破坏技术措施等行为,均不会使链接行为成为或者不再成其为链接行为。一审判决未将各行爲进行区分,这一做法使得本案在认定基础上便存在偏差。因一审判决对于选择、编辑、整理行为以及破坏技术措施行为的论述均围绕着被诉行为是否属于链接行为这一核心,故一审判

〔15〕 见前注〔3〕。

〔16〕 见前注〔2〕。

决所持观点的实质仍在于认定深层链接行为构成信息网络传播行为。^{〔17〕}

有人主张实质呈现标准,即网络服务商未经许可通过加框链接在自己的网页或客户端软件界面上向公众实质呈现他人的版权作品,属于直接利用他人作品的行为,构成直接侵权。^{〔18〕}

欧盟法院判决采取了新公众标准和非商业不明知标准。根据新公众标准,如果设链网站的用户原本无法接触到作品,设链行为使这些用户得以规避被链网站采取的作品接触限制措施,由于版权人在初始提供作品时没有考虑为这些用户授权,这些用户构成作品传播的新公众。^{〔19〕}非商业不明知标准是指,为了确定对他人可自由获得作品的链接行为是否构成作品提供行为,需要确定链接设置之人非为商业目的且不知道也无合理理由应当知道被链接的作品的违法性,抑或相反,这些链接是为了商业目的而设置,在此情形可推定知情。^{〔20〕}

服务器标准、用户感知标准、实质替代标准、新公众标准等显然都是以技术特征或者行为特征作为标志的形象说法,用以界分作品提供与网络服务提供以及直接侵权与间接侵权行为。其中,服务器标准和用户感知标准是两个极端,即前者完全依靠技术因素和客观事实,将服务器标准唯一化和绝对化,后者以具有很大不确定性的用户感知作为判断标准,使行为定性缺乏基本的确定性和稳定性,过于主观化。实质替代标准和新公众标准考虑了行为特性,既有其客观性,又立足于行为特性,其判断思路比较适合从法律意义上对于提供行为进行界定,但侵害行为的判断标准必须通过将权利与行为结合起来加以确定,如此才能更符合判断标准的法律本质。

其实,不论技术事实和经济效果如何,侵害信息网络传播权行为的判断标准毕竟属于法律性质意义上的标准,也即必须符合法定要素和根据法律特征进行衡量。如前所述,侵害信息网络传播权的本质是未经许可擅自行使权利人的信息网络传播权,或者直接破坏权利人对其专用权的控制。其侵权判断标准的确定应当从这种本质出发,而不能缘木求鱼。据此,擅自“置于服务器”的初始提供行为固然是作品提供和直接侵权行为;破坏他人合理技术措施而擅自扩大他人作品传播权限的深度链接行为,其本质在于对权利人的信息网络传播权造成直接侵害,构成未经许可的作品再提供,该再提供行为使作品传播超出了权利人本来的控制权范围,构成对于权利控制权的直接侵害,在法律属性与侵害效果上与初始提供无异,同样应当构成作品提供行为,只不过属于在原始提供基础之上的再提供,可以构成直接侵权。

是否直接侵害专有权控制权是认定直接侵权的根本依据,至于是通过链接技术实施的,以及因原始提供的存在而存在、原始提供的删除而删除等技术特征,并不影响依据侵害专有控制权的本质属性对于再提供行为而言足以定性为直接侵权。此时后种情形虽然仍以链接作为技术手段,但因为在链接之上附加了其他有意识的行为因素,具有对权利人专有权的直接破坏效果,使信息网络传播权遭到未经许可的再传播,其性质与初始提供并无二致。如果说由非破坏技术措施的扩大范围式传播只是传播行为的量变,破坏技术措施式

〔17〕 见前注〔3〕。

〔18〕 参见崔国斌:“得形忘意的服务器标准”,《知识产权》2016年第8期,第3—19页。

〔19〕 Svensson, Case C-466/12 Svensson, February 13, 2014.

〔20〕 Playboy, Case C160/15, 8 September 2016.

的再传播即因违背权利人控制传播的意愿,就构成传播行为法律属性的质变。在此,链接技术只是手段,决定行为性质的关键是对信息网络的传播权的直接行使或者损害,这在定性上具有根本意义。权利人通过技术措施(被链网站采取的作品接触限制措施)控制信息网络的传播权的权利行使主体及权利范围,如果他人擅自通过盗链等破坏技术措施的方式改变权利行使主体和扩张其传播范围,就此而言是对专有权的直接侵害,显然构成作品提供和直接侵权。实质替代或者新公众标准立足于行为自身的一些特性,但问题的本质是未经许可对于信息网络的传播权本身的侵害。与“置于服务器”的原始提供相比,这是一种继发性提供,即从技术特征和效果来看,只是将已置于信息网络之中的作品的再传播,但从权利人的权利意志而言,扩大的传播行为与初始提供的意义和损害效果无异,设链者实质上窃取了作品提供者的位置,由非权利人行使了权利人的权利,因而需要在法律定性上等量齐观。破坏技术措施之后的再提供乃是破坏了本由权利人专有的提供,性质上属于介入他人著作权专用权的范围,构成擅自直接行使专有权,所以构成提供和直接侵权。

例如,以盗链方式进行的视频聚合,盗链者并不直接将视频内容下载或缓存到其控制的服务器上,而是通过技术手段破解正版网站的反盗版防御体系、破解加密算法、修改技术参数或者修改了UI界面等,模拟正常的用户请求,侵入正版网站的服务器,链接播放内容并提供播放或缓存、下载等。用户如果从盗链者的网站或者APP上发出视频播放请求,盗链方会直接调用正版网站服务器上的视频内容,通过盗链方自身的播放器产品和推广方式提供给用户。就其技术本质和效果而言,其与用户在正版网站发出视频播放请求一样,但此时盗版方已然通过技术手段实质性替代了正版网站提供内容,而这是权利人防止的传播行为,该行为直接侵害的是权利人的信息网络传播权,即从权利人权利意志的意义上,在其意愿之外扩张了作品的传播范围,构成对信息网络传播权的专有控制权的直接侵害。此种后续提供行为立足于原始提供之后的超权利范围的传播。因其属于超越权利范围的后续提供行为,为称谓上的简便,可以称其为后续提供标准。

后续提供标准是一种主客观及权利与行为相结合的侵权判断标准。首先,被损害的权利是客观存在且边界清晰的。无论是原始权利还是被授予的权利,权利主体清晰,法律或者合同均明确了权利范围。如实践中权利人将作品授权他人使用时,通常会约定使用的形式、范围、期限等内容。其次,它立足于权利的实际保护边界,并依托技术措施的法律功能。由于网络环境下奉行互联互通原则,允许权利人通过合理的技术措施设置划定权利边界的“篱笆墙”,为他人的链接行为立界碑。如果链接者不能止步而通过破坏技术措施“登堂入室”,则侵入他人专有权范围,构成直接侵害。就实际情况而言,正版网站通常会对自身享有信息网络传播权的内容实施防盗链等防盗版措施,比如在客户端或服务器端进行加密验证,或者用robots协议禁止访问等。这些措施是可以识别和举证的。对于未采取技术措施的作品深度链接,则不构成对于专有控制权的介入,仅是网络服务提供行为。如果是被许可人擅自开放端口,可以构成未经许可的作品提供行为。被许可人与第三人通谋开放端口和定向链接的,构成共同侵权。再次,立足于未经许可使用他人作品的法律判断标准。因此,认定后续提供行为符合直接侵权的法理,也符合侵害行为的法律性质。

尽管当前服务器标准是比较主流的裁判观点,但仍有一些裁判根据行为的本来性质认识后续提供行为。例如,在腾讯公司与易联伟达公司案中,一审法院认为,在技术飞速发展的背景下,不能将“提供”行为仅限于“上传到网络服务器”一种行为方式,还必须合理认定技术发展所带来的其他“向公众提供作品”的行为方式,科学界定聚合平台提供服务的性质。易联伟达公司对乐视网上的涉案电视剧采取了盗链措施,其盗链行为实质打破了原网站、权利人对作品播出范围的控制,改变了作品的目标用户群体和传播范围,违背了权利人对作品进行控制的意志,使得被链网站中的作品突破网站自身域名、客户端等限制范围而扩散传播,导致权利人丧失了对作品网络传播渠道、入口的控制力,不合理损害了权利人对作品的合法权益。因此,易联伟达公司并非仅在其聚合平台快看影视APP上提供了设链服务,易联伟达公司的一系列行为相互结合,实现了在其聚合平台上向公众提供涉案作品播放等服务的实质性替代效果,对涉案作品超出授权渠道、范围传播具有一定控制、管理能力,导致独家信息网络传播权人本应获取的授权利益在一定范围内落空,不属于合理使用,给腾讯公司造成了损害,构成侵权。^[21]在迅雷公司与飞狐公司著作权侵权案中,一审判决认为:

实践中权利人将作品授权他人使用时,通常会约定使用的形式、范围、期限等内容,并会要求使用人支付相应的对价;因此,即使上述作品如被告主张来源于“搜狐视频”,但被告并未提交证据证明其与“搜狐视频”存在相关技术合作协议或许可使用协议,“搜狐视频”对其使用涉案作品的情况亦不知情,被告在未告知视频播放网站并未取得其许可,亦未取得作品权利人的授权许可的情形下,通过技术手段分析、破解“搜狐视频”的相关代码后私自取得涉案影视作品信息,使得公众无需登录“搜狐视频”、通过被告的“迅雷HD”软件即可实现涉案作品的在线观看,其本身就是一种新的作品使用方式,理应取得相关权利人的授权许可。综上,被告的行为扩大了涉案影视作品的传播范围,造成了权利人的收益损失,侵害了其信息网络传播权,依法应当承担相应的侵权责任。^[22]

这种新的作品使用方式的认定符合此类行为的本质属性。在乐视公司与千杉公司案中,^[23]千杉公司经营的电视猫视频软件以“盗链”的形式通过互联网向公众传播乐视公司享有著作权的作品,一审法院认为,“上传到网络服务器”的行为不是唯一的作品提供行为。千杉公司的涉案行为,没有将涉案作品存储在其服务器上,但其行为显然是将他人的服务器作为其向用户提供视频资源的存储来源,达到了向用户提供视频资源的目的,其行为构成对乐视公司涉案作品信息网络传播权的直接侵权。这种透过表象看实质的认识,符合法律思维的方式。

[21] 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。

[22] 参见深圳市南山区人民法院(2015)深南法知民初字第498号民事判决书、深圳市中级人民法院(2016)粤民终字第4741号民事判决书。

[23] 参见北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(知)初字第44290号民事判决书。

综上,无论深度链接的具体形式如何及如何发展,判断是否提供行为的根本依据是是否构成擅自行使他人的信息网络传播权,或者是否直接侵害他人对其作品的控制权。这是万变不离其宗的判断依据。链接技术只是工具和手段,但被用于擅自行使他人的信息网络传播权时,即加入了侵权意志,其行为定性就不能再停留在链接技术层面,而要根据利用技术手段的行为及其损害性进行定性。对于不能构成直接侵害的深度链接行为,当然仍需按照网络服务提供行为进行定性。

三、服务器标准不是唯一的合理标准

服务器标准是一种没有任何弹性的客观标准,是纯粹的技术性标准。它对于侵犯信息网络传播权的判断具有重要意义,但不能将其绝对化,不应该是认定作品提供行为和直接侵权的唯一标准。

(一)服务器标准不是司法解释的唯一标准

信息网络传播权司法解释的制定不能脱离当时的时代背景,必然体现和反映侵权2.0时代的特色。当时网络服务是以P2P等为典型的网络技术特征,服务器标准更符合当时的网络传播实际,且着重考虑了当时互联网产业的发展需求,在利益平衡上更多向网络服务提供者倾斜,如当时搜索链接是主流行业,内容产业还不发达,司法解释更多考量了当时的产业利益和发展需求。经营正版内容产业不是当时的主要商业模式,甚至有些成长中的互联网企业客观上依靠网络盗版而在搜索链接等服务中赚取流量,获得了积累和发展。当时裁判的主流标准是服务器标准,该标准尤其适合了当时的网络技术和商业模式,最大限度地适应那个时代保护产业发展的需求。司法解释对于提供行为的界定反映了那个时代的技术和商业模式特点,如司法解释第3条第2款列举的提供行为是“上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件”,这些都是当时最为典型的提供行为。但是,构成直接侵权的提供行为并不以此为限。例如,信息网络传播权司法解释第5条规定:“网络服务提供者以提供网页快照、缩略图等方式实质替代其他网络服务提供者向公众提供相关作品的,人民法院应当认定其构成提供行为。”“前款规定的提供行为不影响相关作品的正常使用,且未不合理损害权利人对该作品的合法权益,网络服务提供者主张其未侵害信息网络传播权的,人民法院应予支持。”此处的网页快照、缩略图等通常不是作品的复制件,但此类提供仍被认定为作品提供行为,显然是因其与提供作品具有实质相同的价值和意义,而从法律上拟制为提供,这就是“实质替代”的涵义。而且,在“不影响相关作品的正常使用”及“未不合理损害权利人对该作品的合法权益”的条件下豁免侵权责任。这种提供行为显然并不是将他人作品“置于服务器”的原始提供。

但是,司法解释规定毕竟是抽象、开放和具有前瞻性的,它受当时经济技术发展阶段的影响,同时有前瞻性,并不拘泥于当时的经济和技术,所以该款规定只是将“上传到服务器”作为提供方式之一,所列举的提供方式都是例示情形,例示之后以“等”字进行概括,且将提供行为

定位于“置于信息网络”，而不是“置于服务器”。^{〔24〕} 这足以说明，该解释对提供行为持开放态度，并不以“置于服务器”为限。将该解释理解为“置于服务器”的服务器标准，在理解上是狭窄的，不符合该规定既反映当时情况、又保持开放性的意图。司法解释对“上传到服务器”之类的典型提供方式的列举，显然反映了当时的技术和商业模式特征，说明司法解释具有时代特色、不能超越时代，但不能因此认为应局限于这些方式，其“等”字概括规定及立足于“置于信息网络”之中的最终定位，说明解释有意使其规定有开放空间和适应性，使其能够适应日新月异的技术发展变化，且并不简单依托于特定技术现象，不会因技术变化而转瞬即逝。这是起草司法解释的常识性做法。将突破权利人对于信息网络传播权的专有控制范围而再提供的行为，涵摄于提供行为的该解释之内，无论是与司法解释的字面含义还是与其需要与时俱进的客观意图，都可以相符合，而并不当然抵触。事实上现在的情况正在发生重大变化，尤其是技术和商业模式不断创新，网络服务提供者经营正版内容产业成为主流。产业需求和利益格局在调整，对于是否适当调整保护取向和利益平衡目标，需要认真考虑。根据当今的时代背景和产业需求，可以主要立足于服务器标准，但并不限于服务器标准，而司法解释以抽象概括的语言对于提供行为的界定，完全可以使其适用具有伸缩性，能够与时俱进地覆盖新情况和注入新内涵。

对于当时已经存在并引起争议讨论的深度链接行为，司法解释也有相应的反映。例如，解释第6条规定：“原告有初步证据证明网络服务提供者提供了相关作品、表演、录音录像制品，但网络服务提供者能够证明其仅提供网络服务，且无过错的，人民法院不应认定为构成侵权。”起草过程中的原本措辞是具有作品提供行为的“外观”，审判委员会讨论时有的委员提出“外观”不好界定，遂改成现表达方式。该规定至少蕴含三层含义：首先，它所针对的是所谓的深度链接，即已具有提供行为的外观或感知，但事实上通常是深度链接的行为；其次，“仅”字至关重要，它意味着，“仅提供网络服务”的深度链接行为仍然属于网络服务提供行为，而不是作品提供行为；再次，它通过举证责任分配的方式解决深度链接的定性问题，即权利人仅负责证明有作品提供行为的外观，或者说看起来像作品提供，如加框链接的情形，提供者予以否认的，由其负举证责任。显然，该规定只明确了“仅提供网络服务”的情形，像前述后续提供行为，就不再是“仅提供网络服务”的范围，即如果破坏技术措施而抓取他人作品，就不再是仅提供网络服务，在技术服务之外附加了其他人为元素即侵权意志，在法律判断上可以不受“仅提供网络服务”的局限，亦即不妨碍此种提供行为的定性。

（二）服务器标准并无条约规定上的直接依据

主张服务器标准者经常以《世界知识产权组织版权条约》（WCT）的有关规定及其背景作

〔24〕 在起草司法解释的当时，对于信息网络传播行为的流行界定是“置于向公众开放的网络服务器中”。例如，上海市第一中级人民法院为承担最高人民法院重点调研课题所撰写的《关于信息网络传播权纠纷案件若干问题的规定（建议稿）》第2条为：“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。”但司法解释显然并未接受“置于服务器”的说法，当时即有保持前瞻性和开放性、不受服务器标准局限的意图。况且，当时的司法实践也并不绝对局限于服务器标准。例如，当时的司法实践通常将“虽未存储在服务器上，但网络服务提供者对信息的上传、修改、删减等行为可以控制”的行为视为作品提供行为。

为重要的支撑理由。因此,有必要梳理一下条约与服务器标准的关系。

例如,在快乐阳光诉同方案中,^[25]二审判决认为:

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。《著作权法》第十条第(十二)项系我国履行国际公约义务的结果,源于世界知识产权组织1996年12月20日通过的《世界知识产权组织版权公约》(简称WCT)。该公约第8条规定,在不损害伯尔尼公约有关条款规定的情况下,“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”。该条款整体是针对传播权的规定,但其后半句系我国著作权法中信息网络传播权的来源。

这一立法渊源表明对于《著作权法》第十条第(十二)项中“提供行为”的理解,WCT缔结过程中的相关文件具有参考意义。关于WCT的“基础提案”在针对WCT草案第10条(最终通过的文本中为第8条)的说明中指出,构成向公众提供作品的行为是提供作品的“初始行为”(the initial act of making the work available),而不是单纯提供服务器空间、通讯联接或为信号的传输或路由提供便利的行为(the mere provision of severe space, communication connections, or facilities for carriage and routing of signals)。^[26]

因该文件对于条约的解释具有很高的权威性,故依据上述记载,该条款中的“提供”行为指向的是“最初”将作品置于网络中的行为,亦即将作品上传至服务器的行为,而非提供信息存储空间、链接以及接入设备等行为。基于此,《著作权法》第十条第(十二)项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。可见,我国著作权法中信息网络传播行为的确定标准应是服务器标准,而非用户感知标准。

如果国内法的特定规定是转化和落实条约条款的,条约规定当然对于国内法的解释具有意义,包括国内法必须与条约规定作同样的解释,以及条约的背景资料对于澄清国内法具有参考意义。但是,依据条约及其背景解释国内法规定时,当然首先需要准确理解条约及其背景情况,而不能似是而非。因此,有必要澄清一下WCT第8条是否含有服务器标准的精神。

WCT第8条只是宣示将交互式传播纳入“向公众传播权”的范围,至于成员国以哪些权

[25] 见前注[2]。

[26] 参见世界知识产权组织:《供外交会议考虑的〈有关保护文学艺术作品特定问题的条约〉实体条款的基础提案》,第10段。(WIPO, 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 (1996), para 10.10)。但是,这段引述有不准确之处。WCT之前的基础提案第10条包括两部分内容:即首先是将专有权扩展适用于所有类型的作品,包括以有线和无线方式的任何传播;其次是向公众传播包括交互性的按需传播,与这部分相关的“行为是:用规定可以获得作品的方式而提供作品。重要的是提供作品的初始行为;仅仅提供服务器空间、传播的链接或者传输和信号路由的设施,则并不重要。”(“The relevant act is the making available of the work by providing access to it. What counts is the initial act of making the work available, not the mere provision of severe space, communication connections, or facilities for carriage and routing of signals.”) Mihaly Fiscor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002, p. 143. 中译文可参见菲彻尔,见前注[5],第350页。

利涵盖该情形,以及以什么样的责任方式保护权利,则属于成员国自己的事情,条约并无具体的指导,也不必从中推导出其他含义。这正是所谓的“扇形解决方案”的应有之义。

WCT 第 8 条议定声明仅“对只提供实物设施(physical facilities)的行为作出规定”,即“不言而喻,仅仅为促成或进行传播提供实物设施不致构成本条约(WCT)或《伯尔尼公约》意义下的传播(communication)”。就其规定的背景而言,如菲彻尔所说:

考察外交会议的非正式谈判,我们会发现:上述议定声明的通过,是代表互联网服务提供商和电信公司利益的非政府组织积极游说的结果。这些非政府组织希望在两个条约的正文——或者,至少在议定声明——中作出一些规定,以确保互联网服务提供商和电信公司不会因为其用户实施了侵权行为而承担责任。不过,在这一问题上,这些非政府组织最终并没有成功;因为议定声明并没有就责任问题,尤其是这些非政府组织最希望得到某些豁免的责任形式——帮助和/或替代责任——作出规定。^[27]

这段论述显然与 WCT 第 8 条议定声明内容相吻合,即议定声明只是将“仅仅为促成或进行传播提供实物设施”排除在“本条约(WCT)或《伯尔尼公约》意义下的传播”之外。^[28]实际上,既然这不属于这种传播意义上的行为,自然也就豁免相应的法律责任。“physical facilities”显然可以翻译为“物理设施”,其含义和范围应该是狭窄的,显然不能包括所有的存储、搜索、链接等网络服务,因为网络服务行为一旦加入网络服务提供者的意志,就不再单纯是事实性的技术行为,也就不可能完全豁免法律责任。^[29]例如,搜索链接行为一旦超越其信息定位的正当范围,成为网络服务提供者按照自己的意图传播他人作品或者侵害他人著作权的手段,就不再视为单纯的技术事实行为,其法律属性就会因其增加的人为因素而发生变化。技术中立具有重要的理念意义,但技术毕竟常常被人为控制,构成完全中立的单纯技术未必多见。这

[27] 菲彻尔,见前注[5],第 743 页。

[28] 据称,WCT 基础提案第 10 条第二部分注释澄清,即仅仅为传输和信号的路由选择提供服务器的空间、传播连接或者设备,都是无关的行为。WCT 第 8 条议定声明重复了基础提案注释 10.10 所表达的思想。例如,那些制造或者销售电缆、计算机或者其他从事 WCT 第 8 条中提供作品的行为所需要的设备的人,并没有参与提供作品的行为。然而,“该议定声明并没有豁免网络运营商在其网络上提供作品的责任。某一网络运营商、电信公司或者网络服务提供商,是否侵犯了作者在线提供作品的权利,或者在什么条件下构成侵权,这些问题都取决于相关行为,而且应当根据有关的国内法作具体分析。议定声明只是将提供实物设施的行为排除在了传播之外,并没有排除运营网络以及使用作品的行为。使用‘仅仅’这一用语,表明应当严格解释被排除在传播行为之外的行为。此外,从一般意义上讲,议定声明的这一句话应当理解为,不应损害国内法中责任条款的适用。”参见(德)约格·莱茵伯特、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 136、149—150 页。这段话看似对于基础提案的注释与 WCT 第 8 条议定声明的关系作出了与菲彻尔前述解读不尽一致的解读,但从其对议定声明的理解及责任问题的态度的其他解读看,实际上又是一致的。

[29] 该议定声明并未豁免所有使传播成为可能的行为,而只是豁免了通过提供“实物(物理)设施”使传播成为可能的行为。但是,“实物(物理)设施”(physical facilities)的含义很不清晰,最可能指的是电信公司和网络服务提供者提供的硬件基础设施(hardware infrastructure),正是这些人游说通过了该议定声明。链接之类的数字路由由代码(the digital rerouting code)并不包括在内。“Intellectual Property in the New Millennium”, David Vaver and Lionel Bently eds., Cambridge University, pp. 242—243.

正是 WCT 谈判过程中网络服务提供商的游说并未达到其豁免责任目的的原因。

前述法院判决认为基础提案将传播行为限定于初始提供行为,显然与最终通过的文本不一致。基础提案是此后外交会议进行磋商和谈判的基础草案,事实上外交会议又提出来多个修正建议案。其中,非洲集团提交的修正案建议,在 WCT 草案规定的向公众传播权条款(第 10 条,最终文本第 8 条)中增加了一个新的第(2)款,即在本款中,“就任何传播而言,‘向公众传播’这一表述是指向公众提供作品的初始行为,它不包括仅仅为促成或进行此种传播提供设施或手段的行为”。新加坡代表团提交的修正案建议增加的新的第(2)款,只提到了上述非洲集团修正建议中的第二项要件,即“仅仅为促成此种传播提供设施,不构成侵权”。在通过 WCT 之前的外交会议非正式磋商过程中,各方一致同意,对 WCT 第 8 条(草案中的第 10 条)规定一个议定声明;随后在正式会议上,该建议作为新加坡、南非、拉丁美洲及加勒比海地区代表团的共同提案向大会提交。该议定声明内容建议经通过而成为最终的文本。^[30]当然,最终通过的议定声明与基础提案注释并不相同,其差异是磋商讨论之后形成的,即按照最后通过的议定声明,它并未强调初始提供行为,只是排除了“仅仅为促成或进行传播提供实物设施”。一些网络服务提供行为仍可以纳入传播行为之中。这也与前文所分析的信息网络传播行为文义相符合。前述判决以基础提案注释为依据认定 WCT 采用服务器标准,显然是不符合事实的。

知识产权侵权责任问题比较复杂,各国情况不尽相同。如菲彻尔所说,“责任问题十分的复杂,需要了解各国大量的成文法和判例法以后,才能对个案作出正确的判断。因此,知识产权领域的国际条约都没有对责任问题作出规定”,“这种做法是比较明智的”。“WCT(及 WPPT)也遵循了这一惯例,没有涉及责任问题。”^[31]WCT 第 8 条议定声明仅止于从传播行为中排除了实物设施提供行为,并未进一步涉及法律责任问题。当然,排除于传播行为之外,自然也就豁免了责任。如菲彻尔所说,WCT 及第 8 条议定书“并不涉及责任问题”,但“限制服务提供者的责任的范围和条件”。菲彻尔指出,“该议定声明的上述规定,显然是不言自明的;因为如果某人实施的行为,并不能被公约(以及国内立法)所规定的某一权利直接涵盖,则此人显然就不应承担侵犯此项权利的直接责任”。“当然,如果符合了其他条件,此人有可能仍然需要承担其他形式的责任,例如帮助责任或者替代责任;但这是另外一个问题。”^[32]按照菲彻尔的说法,即便是实物设施提供行为,只是豁免其直接侵权责任,是否存在间接侵权另当别论。

权利保护由权利界定和责任规定两个环节完成的,权利界定只完成了权利保护的一半任务。WCT 第 8 条只解决了权利界定问题,责任体系则由国内法来构建。对于责任形态,我们不能从条约之中得出。我国著作权法及行政法规规定了侵害信息网络传播权的责任制度,即根据侵害行为性质的不同,区分了不同的责任形态,即惯常所称的直接侵权与间接侵权,两者只是责任体系的构成部分。落入直接侵权的行为,都是由非权利人擅自行使他人信息网络传

[30] 菲彻尔,见前注[5],第 355、361 页。

[31] 菲彻尔,见前注[5],第 743 页。

[32] 菲彻尔,见前注[5],第 743 页。

播权的行为,也即直接侵害了权利人对其权利客体实施控制权的行为。间接侵权则并未直接侵害权利人的控制权,而只是辅助直接侵权的行为。而且,在著作权法的其他领域,间接侵权问题并未像在信息网络传播权保护中如此重要,也从未受到过更多关注。这是由网络服务提供者在信息网络传播中的特殊地位所决定的。美国千禧年数字版权法最早对于适当限制网络服务提供者的侵权责任进行了规定,其制度架构对于其他国家产生了重要影响。我国信息网络传播权的制度框架显然借鉴了美国制度,直接侵权与间接侵权的侵权责任制度设计亦然。无论是立法、司法和相关理论均深受美国的影响,如判断侵权的服务器标准也是借鉴自美国判例。但是,网络服务提供者提供服务的情况复杂,究竟应当构成直接侵权还是间接侵权,关键在于行为的实质特性或者其致害的性质,不能简单地认为服务器标准之外便无其他提供行为或直接侵权。

(三) 信息网络传播与复制权的渊源及其误读

在“腾讯公司与易联伟达公司案”中,二审判决认为,“因任何上传行为均需以作品的存储为前提,未被存储的作品不可能在网络中传播,而该存储介质即为服务器标准中所称‘服务器’,因此,服务器标准作为信息网络传播行为的认定标准最具合理性”。^[33] 这种认识显然与复制问题有深刻的渊源,无论是有意还是无意,应该是以复制的思维和标准认识所谓的信息网络传播行为,并以此作为服务器标准的理论基础。这种认识很有代表性。因此,有必要从复制与信息网络传播权的关系上,分析侵害信息网络传播权行为的判断标准。

服务器标准与复制有观念意识上的紧密联系,即以复制的观念理解、认识和限定通过信息网络提供行为,因“置于服务器”以外的传播行为与复制的类似属性相去甚远,所以被断然排除于提供行为之外。这种认识与缔结 WCT 的数字议程先从网络环境下的复制问题讨论开始,在此基础上不断深入并最终形成“伞形解决方案”的历程有关。而且,网络环境下的作品传播当初客观上是从复制开始并在复制基础上进行,置于服务器之中确是其基础行为,但在此基础之上还需要其他传播环节,因而又涉及其他权利,因为各国立法和认识不一,由此导致不能等同划一地确定纳入同样的权利进行调整。

复制权是著作权的最基本的权利。“复制是利用作品的基本形式。设立复制权的原因和根本目的是为了赋予作者或者其他版权权利人控制向公众提供作品的复制品的权利;这是以复制权为基础,正常利用作品的精髓所在。”^[34]《伯尔尼公约》第 9 条规定了复制权。随着计算机技术的出现,1971 年开始国际社会对于在计算机中存储作品构成复制问题进行讨论。1980 年代伯尔尼联盟执行委员会与世界版权公约政府间委员会多次召开联席会议进行讨论,还设立政府专家委员会,并于 1982 年通过“解决由于使用计算机系统获得或创作作品而产生的版权问题的建议”,其中指出计算机中存储和调取(输入和输出)受保护的作品,涉及复制作品等权利,且“输入受保护的作品包括将作品复制到机器可读的有形载体上,以及将作品固定在计算机系统的存储器中这两个行为”,这些行为(如复制行为)应受到作者的专有权的约束。

[33] 见前注[3]。

[34] 伯尔尼议定书委员会有关文件,参见菲彻尔,见前注[5],第 304 页。

“建议”认为,国家应考虑在版权法中规定保护从计算机系统输出受保护的客体的行为,只要这种输出构成复制或相应的行为、向公众提供此种(受保护的)客体(如视觉图像或者其他可感知的作品的表现形式)的行为,国内立法有关复制和向公众直接传播的规定必须能够正常适用于这些行为。尤其是,“建议”明确提出“各国应考虑在其国内立法中明确承认授予作者专有权以授权通过计算机系统的方式向公众传播作品,使得人们通过该计算机系统能获得可感知的作品。此种专有权既可以同时适用于输入和输出行为,也可以只适用于输入行为。‘输入’是作者对其作品的目的地施加控制的初始阶段”。该内容成为1996年外交会议解决数字传输法律性质的先声,是“提供权”的雏形,其思想后来为“伞形解决方案”所吸收。尤其是,“建议”提出授予“作者通过计算机系统向公众提供作品的专有权利,公众通过该计算机系统能获得作品的可感知的版本”,这种“提供……”的权利,最终成为“伞形解决方案”的基础。

1990年代,随着计算机和通信技术的迅猛发展,各国国内、各地区以及国际社会开始对“数字议程”展开讨论。例如,美国发布的绿皮书指出,信息基础设施大多涉及复制权,将作品置于计算机内存等多个环节均涉及复制,这些情形都可以通过合理解释现行法律而适用复制权加以解决。《欧共体绿皮书》强调,“对作品或其受保护的客体进行数字化,以及将此种数字化形式上传到计算机的中央存储器,一般而言,都应属于复制权的涵盖范围”。WIPO展开的一系列数字议程(哈佛研讨会、卢浮宫研讨会、墨西哥城研讨会、那不勒斯世界论坛等)中,对于数字环境下的复制和临时复制进行了充分讨论。那不勒斯世界论坛开始讨论适用于数字环境下存储和传输的各种候选权利,会议总结时提出,存储及传输的行为都涉及复制,数字化、上传、下载及制作离线的有形复制品,均构成复制。后来伯尔尼议定书委员会开始讨论发行权议题,建议考虑将复制的概念扩展到只是在数字传输的接受端屏幕上展现作品的情形,但也有人建议将发行权扩展到数字传输的发行。在WCT和WPPT议程的外交会议中,复制尤其是临时复制仍是讨论和谈判的重心,欧共体率先提出数字网络的交互式传播议题的“向公众传播权”,但此后对于是否引进该种新权利仍存较大争议。找到一种各方普遍接受的某种或某些权利适用于数字传输,成为为数字网络环境制定新的国际条约最棘手的问题。当时负责筹备制定“因特网条约”的WIPO助理总干事菲彻尔,在最先提出“伞形解决方案”时曾指出,“适用数字技术所引发的一个最重要的后果,可能是使复制权、发行权和向公众传播权之间的界限变得越来越模糊”。最终采纳的解决方式也是“伞形解决方案”。如美国代表团针对WCT第8条规定的向公众传播权和向公众提供权所进行的发言时所说,“国内立法可以通过适用任何特定的专有权的方式来实施这两项权利,当然也可以采用不同于向公众传播权和向公众提供权的权利类型,或者采用将几项专有权相结合的方式实施,只要这些权利能够涵盖[WCT草案]第10条……所规定的行为”。〔35〕

从数字议程与复制问题的关系来看,将提供行为限定于“置于服务器”的服务器标准,显然具有浓厚的复制属性,即置于服务器实质上就是数字复制或者网络环境下的初始复制。但是,鉴于WCT第8条对于交互性传播行为的权利归类采取了伞形解决方案,将其纳入之前既有

〔35〕 菲彻尔,见前注〔5〕,第360页。

权利的国内法很可能仍通过复制权等保护交互性传播的权利,而创设新权利的国家则是在复制权等现有权利的基础上创设新权利,不再依赖复制权保护此类权利,此时再以复制的思路界定新权利之下的交互性传播行为,就会出现問題。

我国采取了创设新权利的做法,即信息网络传播权是在现有权利基础上创设的,是对于现有相关权利的提炼和升华。它留有现有权利的痕迹,整合了现有相关权利,但在此基础之上塑造了一种新权利。这种做法便于保护传播控制权,可以免去在传统的版权权利之中对号入座的麻烦,但可能与传统版权权利中已有的具体权利存在一定程度的重合。既然是新权利,它当然具有与现有权利的差异之处。如论者所说:

法律特征的变化不可能超越向公众提供作品的两种基本的经济权利类型,即与复制有关的权利(copy-related rights)和与复制无关的权利(non-copy-related rights)。数字传输混淆了上述两种合理安排、表达适当的权利类型之间的界限。在数字交互式传输时,会出现一些含混的“提供”行为,这些行为并不遵守“与复制有关的权利”和“与复制无关的权利”之间业已明确的界限:一方面,通过电子信号的传输,人们可以获得和下载作品来“延期”使用;另一方面,仅仅是为了允许他人在线观看和/或收听而不希望他人在线观看和/或收听以后还拥有任何复制品,而提供作品的行为,也会在接收端的计算机中产生临时复制品。因此,在上述情况下,超越传统的“与复制有关的权利”和“与复制无关的权利”之间的界限,而适用在确定有关的法律特征上享有相对自由的原则,不仅不令人惊讶,而且似乎还是完全正当合法的。^[36]

综上,或许是信息网络传播权与复制权的特殊渊源,以及上传等行为是信息网络传播的基础,服务器标准比较轻易地成为侵害信息网络传播权的认定标准。而且,由于复制权在美国版权法中的特殊重要性,美国判例采用的服务器标准与其复制权观念关联很大。欧洲法院并无“服务器标准”与“用户感知标准”之分,欧盟法院创立了“新公众标准”。我国判例借鉴美国做法,采纳服务器标准也被视为当然。但是,我国著作权法将信息网络传播权单独列为一项权利,对其侵害标准的确定更需要符合我国的立法实际,简单地吸收借鉴他国做法就可能在基础和前提上发生误差。因此,应当对我国信息网络传播权的特殊性有清醒的认识,不能将其复制权化。

四、与侵权判断有关的几个问题

在信息网络传播权侵权性质的判断中,还有一些典型认识与此相关并对判断产生实际影响。因此,有必要进行认识上的澄清。

(一)约定的授权范围与侵权认定问题

盗链之类的行为能否构成擅自提供他人作品的行为,关键之一是如何认识授权行使信息网络传播权的授权范围的属性。如果认为超出被授权范围即为擅自提供,被授权人擅自超出

[36] 菲彻尔,见前注[5],第727—729页。

授权范围对外开放接口提供作品的行为,显然可以构成擅自提供的直接侵权行为。但是,一些法院对此不予认可。例如,在盛世骄阳诉动艺时光案中,法院指出:

知识产权遵循权利法定原则,受信息网络传播权控制的行为的范围应由法律规定,合同双方无权自由约定侵权行为的构成。……上述“视为爱奇艺公司超授权范围使用授权节目”的约定,是爱奇艺公司基于合同意思自治原则对自身行为的拟制性和限制性约定,这种限制性约定……非对信息网络传播权本身的限制。上述“其他链接网站为侵权”的约定……对合同外第三方不产生任何效力。”〔37〕

北京知识产权法院在“易联伟达公司与腾讯公司案”中持同样的观点。〔38〕实际上,权利法定只解决权利类型及权利范围由法律规定,但并不排除在法定权利范围内当事人对于权利行使的约定,在此范围内权利人对于被授权人的权利限制,构成被授权人行使权利的界限,可以作为判断被授权人是否越权的依据,超出该范围即构成擅自行使行为,同时构成侵权与违约的竞合。换言之,就侵权而言,超出授权范围的作品提供当然可以认定擅自提供行为。确定是否超出授权范围只是认定侵权行为的一个步骤,这与知识产权的权利法定不是一回事,不能据此认定当事人约定了侵权行为。至于第三人是否侵害该权利,依据侵权规则认定,亦不涉及授权范围是否能够对抗第三人问题。

(二)与破坏技术措施的关系

WCT及国内法对于技术措施专设保护性规定,构成网络著作权保护的独特制度。我国信息网络传播权保护条例规定了技术措施的保护规定,尤其是未将破坏技术措施行为与擅自提供作品的行为在侵权属性和侵权责任上进行区分。这与有些国家作出区分性规定的做法有所不同。因此,对于破坏技术措施的深度链接而言,从破坏技术措施的角度认定为侵权可以达到构成直接侵权的同样效果,无需打破服务器标准而再研究其是否构成作品提供和直接侵权。这是当前理论和实务界的一种观点。如在迅雷公司与飞狐公司著作权侵权案中,一审判决认为上诉人破坏技术措施传播他人作品,构成新的作品使用行为,但二审判决认为上诉人提供的是搜索链接服务,但其故意避开或破坏被上诉人为保护涉案作品采取的技术措施,构成侵权。〔39〕

但是,在破坏技术措施具有直接侵权效果的情况下,之所以还要认定后续提供行为,这既涉及理论上的严谨性,又涉及实务中对于侵害行为属性的正确认定。这不仅是一个“必也正乎名”的问题,而且涉及是否会曲解法律以及权利人的合法权利能否得到法律保护的问题。符合直接侵权的法律标准,因为固守习惯做法或者认识上的不足,而以服务器标准绕开争议,必然使性质上属于直接侵权的行为不能名副其实,导致法律适用标准的扭曲,不能使行为的定性实至名归。而且,还可能使权利不能获得本应有的保护。如在“易联伟达公司与腾讯公司案”中,二审法院认为,因本案乐视网系合法授权网站,其传播行为属于合法行为,故虽被诉行为对乐视网的传播行为起到帮助作用,但被诉行为仍不符合帮助侵权行为的认定要件,该行为不构成

〔37〕 参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第796号民事判决书。

〔38〕 见前注〔3〕。

〔39〕 见前注〔22〕。

共同侵权行为。因被上诉人并未单独针对破坏技术措施行为提出侵权诉请,故对于破坏技术措施行为本身是否侵害其权利不予审理,被上诉人可另行选择救济方式。^{〔40〕}可见,选择诉请破坏技术措施的救济途径虽可能替代通过直接侵权的救济,但不选择该途径时即难以获得侵权救济。如果能够认定构成直接侵权,对于权利人的救济更为充分和彻底,而按照行为的性质,本来是可以认定构成后续提供的直接侵权的,因认识原因不予认定只能是法律救济没有到位。因此,以能够通过破坏技术措施寻求救济,而回避对于更本质属性的追根溯源,不利于更加充分地保护权利。

否认后续提供的直接侵权性质,还会导致不能通过侵权和共同侵权制止擅自开放接口的再提供行为。例如,在盛世骄阳诉动艺时光侵害信息网络传播权纠纷案中,^{〔41〕}盛世骄阳公司将其享有信息网络传播权的涉案电影许可爱奇艺公司在其网站上传播,但禁止其以任何方式授权第三方传播涉案作品,以及禁止第三方就涉案作品建立指向爱奇艺网站的链接。爱奇艺公司与动艺时光公司签订合同,允许动艺时光公司就涉案作品建立指向爱奇艺网站的链接。盛世骄阳公司认为动艺时光公司的深度链接是提供作品行为而非技术服务行为,侵害其信息网络传播权。争议焦点在于设置深度链接是否为信息网络传播行为。一审判决认定被诉行为不是单纯的网络服务行为,而是侵害信息网络传播权的行为。二审判决认为爱奇艺公司向动艺时光公司提供链接接口行为,客观上扩大了被链接作品的传播范围,但链接行为本身不属于受信息网络传播权控制的行为,向链接服务提供者提供链接接口以便链接服务提供者建立指向其网站作品链接的行为,不属于受信息网络传播权控制的信息网络传播权行为。权利人与被许可使用人之间的“限制链接”的约定不产生法定意义上的侵权后果,该约定对第三方设链网站不产生效力。被链接网站提供作品的行为是主行为,链接服务提供者的行为是辅助行为。主行为不侵权,辅助行为自然不侵权。因此,改判驳回盛世骄阳公司的全部诉讼请求。此案中,爱奇艺公司因被授权而享有提供作品的权利,但超出授权范围开放链接接口向第三方提供,即属于未经许可的再提供行为,该项行为本应构成直接侵权,或者说构成直接侵权与违约的责任竞合。爱奇艺公司与盛世骄阳公司约定定向深度链接,可以认定为共同实施再提供行为,构成共同侵权。爱奇艺公司擅自开放链接接口,不只具有客观上扩大被链接作品传播范围的定量意义,更具有定性意义,即构成擅自提供行为。

(三)著作权保护与不正当竞争问题

就涉视频聚合软件侵权纠纷而言,当前司法实践中除纳入侵害信息网络传播权的救济途径外,还有按照反不正当竞争救济的情形。如在“爱奇艺诉 VST 全聚合软件不正当竞争纠纷案”中,法院认为,“VST 全聚合”软件通过破解视频网站密钥的方式对爱奇艺网站中作品设链的行为,构成不正当竞争行为。在纳入侵害信息网络传播权的救济中,法院裁判又细分为三种不同情形,即有的认定属于链接行为,按照帮助、教唆之类的间接侵权标准进行认定;有的认定属于新型的作品提供行为,按照直接侵权认定;有的认定视频聚合行为不属于搜索链接,但所

〔40〕 见前注〔3〕。

〔41〕 见前注〔37〕。

采取的破解措施构成直接侵权。对于同样的行为出现了如此多样的救济路径和认定标准,显然是认识不一致的直接结果。这种状况导致同样的行为有不同的法律归类和定性,适用不同的认定标准,导致不同的法律后果,显然不利于权利救济,在法律适用上很不严肃。

如此情形还会导致反不正当竞争与著作权保护关系的紊乱。一方面,在能够纳入著作权法专有权保护的情况下就不宜再以反不正当竞争法的一般条款予以保护,否则不但会削弱著作权专有权,还会以制止不正当竞争为名,行保护专有权之实,有悖反不正当竞争法的调整目标,且引发法律适用上的不确定性。如有的学者所说,“如果规定法定许可,则对专有权产生直接的威胁;如果采用竞争法的保护,则将对专有权产生间接的威胁”。〔42〕另一方面,鉴于反不正当竞争法本意不在于保护专有权,著作权法与反不正当竞争法不宜定位为竞合关系,充其量只在极为特殊的情况下存在补充保护的关系。上述涉视频聚合软件侵权行为本来属于如何通过信息网络传播权规范加以解决的问题,以反不正当竞争法进行替代性保护,实质上使反不正当竞争与保护著作权处于竞合状态,这种在著作权法保护之外的另辟蹊径,很容易抵触立法政策。因此,有必要通过认定后续提供行为的直接侵权性质,从根本上解决相关行为的著作权保护属性,以此理顺法律适用关系。

(四)提供行为认定中法律与事实的关系

有的法院认为作品提供行为(即一些法院所说的信息网络传播行为)的认定属于客观事实的认定,服务器标准最为契合其事实特性,且据此批驳实质替代标准等加入法律评价因素,而背离行为定性的事实属性。例如,“腾讯公司与易联伟达公司案”二审判决认为,“信息网络传播行为是信息网络传播权所控制的行为,对该行为的认定属于事实认定范畴,服务器标准最为符合信息网络传播行为这一客观事实属性”;“初始上传行为是网络传播过程中一切其他行为的基础及根源,如果初始上传行为不存在,则其他行为均将成为无源之水,信息传播过程亦将不复存在”,以及无论是普通链接还是深层链接行为,均不涉及对作品任何数据形式的传输,用户是否可以获得作品完全取决于被链接网站,“任何链接行为本身均不会使用户真正获得作品,无法如初始上传行为一样,满足信息网络传播权定义中有关使用户‘获得作品’的要求”。正是基于这种将提供行为作为纯粹事实问题的认识,得出服务器标准唯一合理的结论,且据此认为用户感知标准不符合客观事实认定的客观性和确定性,“与信息网络传播行为的客观事实属性相距甚远”,而不能成立;实质替代标准因加入了合法性认定而背离了客观事实认定。〔43〕这种将事实与法律截然分开的分析思路,显然是将服务器标准绝对化和唯一化的立论基础。

但是,就行为定性而言,法律与事实往往相互结合、相辅相成。尤其是,“一个法律人的思维,就是来回于案例事实跟法律规范之间,从案例事实去找法律规范,从法律规范去认定事实”。〔44〕法律标准必须以事实为依据,受制于事实,但必须主导事实的定性。法律标准必须

〔42〕 安德里·卢卡斯在WIPO数字议程卢浮宫研讨会上的总结。菲彻尔,见前注〔5〕,第487页。

〔43〕 见前注〔3〕。

〔44〕 王泽鉴:“我在德国学习民法的第一课”,http://www.360doc.com/content/16/1124/22/31530813_609284734.shtml,最后访问日期:2016年11月12日。

是超越事实存在状态的价值性或者评价性标准。就提供行为的认定而言,它首先是确定事实,即提供行为需符合哪些事实特征,但这种事实必须是法律要件事实,即符合法律评价的事实。就侵害信息网络传播权而言,法律与事实的关系体现在行为与权利之间的关系上,即侵害行为与信息网络传播权之间的关系,乃是判断是否构成直接侵权的根基。只要构成事实的侵害行为为满足未经许可行使他人权利、或者破坏权利人对其作品传播的专有控制权的要求,就可以构成直接侵权行为。因此,事实与法律是不可分割的。破坏技术措施或者超出授权范围的再提供行为虽然不是初始提供,但未经许可的扩大传播已背离了权利人控制作品的权利意志,构成对专有权的直接侵害,也即在法律要件事实的意义上构成了作品提供行为,此类侵害行为与服务器标准无涉。换言之,原始提供行为并不排斥其他符合法定要件的提供行为,原始提供只是一种典型的提供行为,但不是提供行为的全部,并未穷尽作品提供行为。

五、结 语

侵害信息网络传播权的判断标准既要历史地和动态地看待,更要依照法律要求进行确定。就直接侵权而言,服务器标准是判断是否构成侵害信息网络传播权的一项重要的操作性标准,但不是唯一标准,即具体判断标准并不都是基于服务器标准和由服务器标准所派生,仍有一些此外的独立判断标准不为服务器标准所涵盖。侵害信息网络传播权的认定必须回到法律要求与事实特征相结合的标准上来,即凡未经许可行使他人的信息网络传播权,或者直接破坏权利人对其作品通过信息网络传播的控制权,不论是初始提供行为还是后续提供行为,均可构成直接侵权行为。

Abstract: There are great controversies around the determination of the infringement of the right of communication through information network in academic and judicial circles. The author of this article holds that in order to determine such an infringement we must come back to the criteria of combining together legal requirements and factual characteristics, that is, the act of communication through information network without authorization and the act of destroying the copyright holders' direct control of the communication of their copyrighted works through information network, whether they are initial or subsequent acts of making available, both constitute direct infringement. Server criteria can be a practically useful criteria for the determination of direct infringement, but not the only criteria.

Key Words: Right of Communication through Information Network; Server Criteria; Internet Content Aggregation Platform; Deep Link

(责任编辑:薛 军)