深度链接行为入罪化探究
——基于“能与不能”的考察*

赵　静

（华东政法大学，上海　200042）

摘　要：对于深度链接行为的入罪化问题，在“能与不能”的层面上，单独定罪有违罪刑法定原则，存在解释论上的困境；而作为共犯处理仅具有理论上的可行性，存在难以跨越的操作困境。因此，我们应当保持“克制”态度，不仅要正确理解刑法条文及其相关司法解释的规定，对其中的“复制”“发行”“信息网络传播”等词语作出合乎刑法目的的解释，更应当在实践中重视客观行为、谨慎适用关于共同犯罪的规定。在目前的法律框架下，我们应当根据犯罪的二次违法性特征，善于运用相关前置性法律对不法的深度链接行为进行必要的规制。

关键词：深度链接行为；入罪化；能与不能

DOI：10.3969/j.issn.1672－9846.2014.02.009

中图分类号：D924.3　　**文献标志码**：A　　**文章编号**：1672－9846(2014)02－0038－05

一、问题的提出

“链接又称超文本链接（Hypertext linking），它是指使用超文本制作语言编辑包含标记指令的文本文件，在两个不同的文档或同一文档的不同部分建立联系，从而使访问者可以通过一个网址访问不同网址的文件，或通过一个特定的栏目访问同一站点上的其它栏目。”[1]根据实现方式的不同，网络链接可以分为浅度链接和深度链接。浅度链接是指对第三方网站首页或其他网页的链接，即用户点击链接之后，便会脱离设链网站、进入被链接的网页。此时用户浏览器中显示的网络地址为被链接网站的地址，而不再是设链网站的地址。而深度链接则是对第三方网站中存储的文件的链接，即用户点击链接之后，可以在不脱离设链网站的情况下，从第三方网站下载该文件或者在线打开来自于第三方网站的文件，欣赏其中的作品。此时用户浏览器中显示的网络地址仍然为设链网站的地址，而不是被链接的文件所在的第三方网站的地址。[2]

在民事领域，对于深度链接行为的侵权性质认定，虽然理论上仍然存在“服务器标准”和“用户感知标准”的争论，相关规定也仍需要进一步的明确和细化，但是通过《著作权法》《侵权责任法》和《信息网络传播权保护条例》等一系列法律法规确立起来的间接侵权、主观过错等司法规则，基本肯定了“服务器标准”的主导地位，为深度链接行为的民事责任认定提供了统一的规范基础和实践指导。所谓“服务器标准”是指网络服务提供者的行为是否构成信息网络传播行为，通常应以传播的作品、表演、录音录像制品是否由网络服务提供者上传或以其他方式置于向公众开放的网络服务器上为标准。而所谓“用户感知标准”，则是指网络服务提供者的行为是否构成信息网络传播行为，通常以是否导致用户误认为该作品系由其提供为标准。按照“服务器标准”，深度链接行为并非信息网络传播行为，而按照“用户感知标准”，深度链接行为属于信息网络传播行为。

相较而言，深度链接行为在刑事领域的司法

*收稿日期：2014－04－20

作者简介：赵　静（1989－），女，浙江绍兴人，华东政法大学硕士研究生，主要从事刑法学研究。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

认定现状则不容乐观。在现行刑事立法和司法框架下,深度链接行为主要涉嫌侵犯著作权罪,然而,不同于传统网络传播的行为方式、对刑事立法和相关司法解释理解的分歧以及认定共同犯罪难以跨越的实践困境,使得深度链接行为的入罪化成为一个备受关注的刑法前沿问题,引发了理论界的激烈争议,也导致了实务界的无所适从。

笔者认为,就深度链接行为的入罪化问题而言,应当分为“能与不能”和“应与不应”两个层面。在本文中,笔者暂不讨论深度链接行为入罪化“应与不应”的问题,而是试图从实然层面出发,对其“能与不能”的问题展开探讨,以期为目前混乱的刑事司法实践提供参考。

在此问题上,笔者的基本观点是:在现行刑事立法和司法框架下,深度链接行为不能单独定罪,而将其认定为共同犯罪仅具有理论上的可行性,却存在难以跨越的操作困境,故应当谨慎适用。

二、问题的分析:深度链接行为入罪化存在的障碍

(一)单独定罪存在的障碍:有违罪刑法定原则,存在解释论上的困境

1.以现行刑法为视角

我国《刑法》第二百一十七条第(一)项规定:“未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的”,构成侵犯著作权罪。其后,《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释二》(以下简称《解释二》)第二条进一步规定,“刑法第二百一十七条侵犯著作权罪中的‘复制发行’,包括复制、发行或者既复制又发行的行为。”那么,在深度链接的操作过程中,是否存在上述条款所称的“复制发行”行为呢?

(1)深度链接与“复制”。在深度链接的操作过程中,设链网站本身并未上传作品,只为用户访问被链接对象(即作品)提供了网络地址,而真正上传作品的是被链接的第三方网站,只是当用户的浏览器在链接的引导下访问被链接对象时,被链接对象便会被截入到用户的计算机内存中,从而形成对被链接对象的“临时性复制”。[3]即在深度链接过程中,设链网站为用户提供的是一种“临时性复制”手段。那么,这种“临时性复制”是否构成刑法第二百一十七条所称的“复制”行为呢?对此,笔者持否定态度。其理由如下:

首先,无论从刑事立法意图、刑法用语的一致性还是从犯罪的二次违法性原理角度,都应当认为刑法第二百一十七条中所称的“复制”是指侵犯著作权人“复制权”的行为。而根据现行《著作权法》的规定,所谓复制权,是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。由此可知,刑法第二百一十七条中所称的“复制”是指以各种方式将作品长久固定在另一载体上、形成复制件的行为。显然,在深度链接过程中出现的“临时性复制”手段与复印、拓印、录音、录像等“永久性复制”手段在程度上并不存在相当性。况且,网络链接过程中的“临时性复制”在现有技术条件下根本无从避免,若为了保护著作权人的利益而将这种“临时性复制”纳入刑法意义上的“复制”行为之中,网络链接行为将动辄得咎,互联网存在的价值也将大打折扣,这绝非明智之举。因此,应当认为,深度链接过程中的“临时性复制”并不包括在刑法第二百一十七条所规定的“复制”行为之中。

(2)深度链接与“发行”。虽然多数学者认为,“发行”与“信息网络传播”是两种互不包容的行为,因为在网络世界中的上传、下载等行为根本不可能转移作品的有形载体。[4]然而,《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)第十二条却肯定了信息网络传播过程中的“发行”行为,其指出:“‘发行’,包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。”暂且不论该司法解释是否符合知识产权方面的相关理论,在实务过程中,在该解释框架下,深度链接的操作过程中是否存在刑法第二百一十七所称的“发行”行为呢?

对此,笔者认为:首先,与前文所述的“复制”相同,刑法第二百一十七条中所称的“发行”应当是指侵犯著作权人“发行权”的行为,而根据现行《著作权法》的规定,所谓发行权,是指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利,即发行行为的核心在于提供作品的原件或者复制件。其次,必须明确的是,在信息网络传播过程中,网站不可能提供作品的原件,而只能通过允许用户下载、共享等方式提供作品的复制件。因此,我们需要考虑的是:在深度链接的操作过程中,设链网站是否提供了作品的复制件?

而对于该问题,笔者同样持否定态度。其理由如下:一方面,设链网站本身并未提供作品的复制

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

件，只为用户访问被链接对象（即作品）提供了网络地址，而真正为用户提供作品复制件的是被链接的第三方网站；另一方面，当用户在链接的引导下访问被链接对象时，在用户的计算机内存中出现的“临时性复制件”也并不能构成对作品的“发行”。这是因为：第一，这种生成“临时性复制件”的操作方式与“发行”的传统含义相去甚远，已经超出了普通国民的预测可能性，强行将其纳入刑法规制的范畴有违罪刑法定原则的基本精神；第二，既然如前所述，“临时性复制”并不构成刑法意义上的“复制”行为，那么因此而生成的“临时性复制件”当然也不应当被纳入刑法的规制。质言之，没有刑法意义上的“复制”存在，就没有刑法意义上的“复制件”存在，当然也就没有刑法意义上的“发行”行为存在的可能。因此，应当认为，深度链接过程中生成的“临时性复制件”并不构成刑法第二百一十七条所规定的“发行”行为。

2.以刑事司法解释为视角

《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十一条第三款规定：“通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为刑法第二百一十七条规定的‘复制发行’。”在此，暂且不论该《解释》的规定是否存在“越权立法”的嫌疑，仅就司法实践而言，在该解释框架下，在深度链接的操作过程中，是否存在上述《解释》中所称的“通过信息网络向公众传播”的行为呢？对此，笔者同样持否定态度。其理由如下：

首先，就如何理解《解释》中的“通过信息网络向公众传播”行为，即“信息网络传播行为”而言，与前述“复制”“发行”行为相同，此处的“信息网络传播行为”并非指的是在网络世界中的所有行为，而仅指侵犯著作权人“信息网络传播权”的行为。而根据现行《著作权法》规定，所谓信息网络传播权，是指以有线或无线的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。即此处的“信息网络传播行为”需满足两个要件：一是通过网络提供作品；二是使公众可以在个人选定的时间和地点获得作品。

其次，虽然在深度链接中，用户浏览器中显示的网络地址仍然为设链网站的地址，而不是被链接对象所在的第三方网站的地址，因而在普通人看来，深度链接与上传作品的信息网络传播行为具有外观上的相似性。但是，无论外在表现上如何相似，深度链接究其本质而言，也只不过是一种网络链接行为，其与上传作品的信息网络传播行为在操作原理、实质内容等方面均存在差异，两者绝不可混同。在深度链接中，真正上传作品的是被链接的第三方网站，设置深度链接的行为仅仅是为用户访问第三方网站中的作品提供了更多的途径，扩大了第三方网站本就存在的“信息网络传播行为”的影响范围。具体而言，如果被链接的第三方网站将被链接对象删除或者设置访问权限，那么当用户点击链接时，只可能出现两种情况：一是提示用户所访问的页面不存在，二是提示用户输入访问权限密码，[5]而根本看不到任何有关被链接对象的具体信息。因此，应当认为，被链接的第三方网站才真正控制着作品的信息网络传播，决定着用户能否在其选定的时间和地点获得作品，而设链网站设置深度链接的行为并不能满足“信息网络传播行为”的两个要件，其实施的并非信息网络传播行为，而只是一种帮助性行为。

此外，如前所述，在民事领域，对于链接是否侵犯信息网络传播权的认定，虽然存在“用户感知标准”和“服务器标准”的争论，但是无论在理论界还是实务界，均将更具客观性、可操作性的“服务器标准”作为判断的依据，即将“是否存在上传作品的客观行为”作为判断是否存在信息网络传播行为的标准，由此认定深度链接只是一种“信息网络传播”的帮助性行为，并不构成直接侵权。这也为我们在刑事领域认定深度链接行为的本质属性提供了依据。

（二）共同犯罪的障碍：仅具有理论上的可行性，却存在难以跨越的操作困境

既然如前所述，深度链接属于一种“信息网络传播”的帮助性行为，那么当被链接对象为侵权作品，被链接的第三方网站涉嫌侵犯著作权罪时，设链方是否可能因其帮助行为而构成共同犯罪呢？对此，笔者认为，就理论上而言，上述论断是成立的，这也得到了相关司法解释的肯定。如《意见》第十五条规定，“明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。”然而，在具体实践过程中，将深度链接行为作为侵犯著作

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

权罪的共犯处理却存在难以跨越的操作困境。

1.“一般共犯”的认定困境

如所周知,一般共犯的成立要求两个以上行为人之间存在“通谋”,即双向犯意联络。然而,在现实生活中,如果被链接对象属于侵权作品,其设链方与被链方之间往往并不存在双向犯意联络,而通常是设链方出于自身利益的考量,擅自对第三方网站上的侵权作品设置链接,被链方对此并不知情。可以说,双方之间真正通过缔结合作契约、建立沟通渠道等方式进行共同犯罪的情形,在现实生活中是十分罕见的。因此,将深度链接行为认定为侵犯著作权罪的一般共犯在刑事司法领域几乎不可能实现。

2.“片面共犯”的认定困境

既然将深度链接行为认定为一般共犯在刑事司法领域几乎不可能实现,那么,是否可以依据深度链接属于一种单方面的帮助性行为而将其纳入片面共犯的规制范畴呢?对此,笔者认为,从外在表现来看,深度链接行为似乎合乎片面共犯的特征,可以运用片面共犯理论来加以解决。然而,在现实实践中,深度链接行为所具有的特殊性导致其在适用片面共犯理论进行定罪量刑的过程中同样存在无法回避的问题。

其一,共犯从属性原理导致的困境。在深度链接行为中,设链方通常不存在特定的链接对象,只要哪个网站有符合要求的作品,其便会对该作品设置深度链接,即设链方的链接行为往往指向多个不特定的第三方网站。这就导致在现实生活中常常出现这样的情形:被链接的第三方网站由于不具有营利目的或者行为未达到“违法所得数额较大或者有其他严重情节”而不构成犯罪,但是设链方的违法所得数额或者情节严重程度却已经达到了刑事追诉标准。

笔者认为,在这种情形下,作为帮助者的深度链接行为同样不能认定为侵犯著作权罪的片面共犯。这是因为:根据共犯的从属性原理,共犯的刑事责任从属于实行犯(正犯)的刑事责任,即当实行者的行为尚不构成犯罪时,帮助者的行为当然也不可能认定为犯罪。

其二,主观罪过认定导致的困境。即便被链接的第三方网站的行为已经达到了侵犯著作权罪的追诉标准,也不能依此轻易认定设链方成立共犯。这是因为:虽然片面共犯的成立并不需要行为人之间存在“通谋”,但仍然要求设链方在设置链接时具有单方面帮助第三方网站实施犯罪的主观故意。然而,在现实生活中,虽然设链方的行为在客观上帮助了被链接的第三方网站实施犯罪活动,但是其主观上往往只具有利用链接牟取经济利益的故意,而没有帮助被链方犯罪的故意,甚至可以说,出于自身利益的考虑,大多数的设链方是不希望、也不愿意帮助被链接的第三方网站从事犯罪活动的。更何况,主观罪过的认定向来是刑事案件处理过程中最为棘手的难题之一,案发后,设链方对于是否知晓被链接对象为侵权作品的事实几乎都是矢口否认的,此时,如何证明其存在帮助的故意无疑是一个无法回避的困境。

必须指出的是,虽然在民事领域,我们通过一系列的法律法规创设了深度链接的间接侵权规则,确立了行为人主观过错的认定方法,如《信息网络传播权保护条例》第二十三条规定:“网络服务提供者为服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。”但是这些规则和方法是否可以适用于刑事领域对设链方主观罪过、帮助故意的认定仍然需要进一步的探讨。对此,笔者认为,民事领域中设链方主观过错的认定规则并不能适用于、至少不能全盘适用于刑事领域,这是因为:法律后果的不同会导致注意义务的不同,通常而言,法律后果越重,行为人的注意义务越小;同样,法律后果的不同也会导致证明标准的不同,通常而言,法律后果越重,证明标准的程度越高。而作为法律后果最为严重,关乎人之自由、尊严甚至生命的刑事领域,行为人对于危害结果的注意义务、控方对于行为人主观罪过的证明程度,当然应当与民事领域侵权行为的认定存在程度上的差异。因此,贸然将民事领域的认定规则适用于刑事领域,不仅容易扩大犯罪圈、导致刑罚权的滥用,更容易诱发司法人员的恣意擅断,造成冤假错案的产生。

三、问题的出路

综上所述,对于深度链接行为的入罪化问题,在“能与不能”的层面上,我们应当保持“克制”态度,不仅要正确理解刑法条文及其相关司法解释的规定,对其中的“复制”“发行”(下转第51页)

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

为维护统治阶级利益服务的,没有超阶级的、超历史的抽象道德。在人类社会形成发展的过程中,人们在物质生产活动中逐渐形成一定的劳动关系,在劳动关系的基础上形成各种各样的社会关系。在纷繁复杂的社会关系中,必然会产生个体与个体、个体与集体、个人与社会的利益矛盾与利益冲突。这些矛盾与冲突的协调与解决过程,亦是调节人们社会关系的行为准则和观念意识的形成过程,这就是道德的产生。在阶级社会中,统治阶级的道德在社会中占据统治地位。可见,包括伦理道德在内的社会意识形态逐步形成,归根到底,是从人们的物质生产活动为基点发端而来的,以物质生产活动的为基础的社会存在决定了一定社会的意识形态。“思想、观念、意识的生产最初是直接与人们的物质活动,与人们的物质交往,与现实生活的语言交织在一起的。人们的想象、思维、精神交往在这里还是人们物质行动的直接产物。表现在某一民族的政治、法律、道德、宗教、形而上学等的语言中的精神生产也是这样。”[26]人们的道德观念、思想意识从他们自己的现实的物质生产活动中产生而来。马克思“新唯物主义”对道德起源的揭示以人的感性实践活动为出发点,认为伦理道德是由人的社会性决定、以经济关系为基础的一种社会现象。这种社会现象是人类所特有的,它以善恶为评价标准,由人们的内心信念、传统习俗和社会舆论所维系,伴随人类社会始终,随着人类社会的变迁而发展变化,并反映和维护特定阶级的利益,从而从根本上超越费尔巴哈伦理道德观。

参考文献:

[1][2][4][25]路德维希·费尔巴哈.费尔巴哈哲学著作选集:下卷[M].荣震华,等,译.北京:商务印书馆,1984:415,416,416,76.

[3][5][6][7][8][9][10][11][12][14][15][16][19][20][21][22]路德维希·费尔巴哈.费尔巴哈哲学著作选集:上卷[M].荣震华,等,译.北京:商务印书馆,1984:560,536,589,569,569,536,536,553,573,572,571,572,233,569,205-206,569.

[13][17][23][24]马克思恩格斯文集:第四卷[M].中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译.北京:人民出版社,2009:281,292,293,293-294.

[18]江畅.幸福与和谐[M].北京:人民出版社,2005:1.

[26]马克思恩格斯文集:第一卷[M].中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译.北京:人民出版社,2009:524.

(上接第41页)

“信息网络传播”等词语作出合乎刑法目的的解释,更应当在实践中重视客观行为、谨慎适用关于共同犯罪的规定。

那么,这是否意味着,对于愈演愈烈的不法链接行为,除了寄望于立法的完善,我们只能无所作为了呢?当然不是的。在目前的法律框架下,虽然将深度链接行为入罪化存在困境,但是这并不妨碍我们运用其他法律手段实现救济。根据犯罪的二次违法性特征,我们应当善于运用相关前置性法律对不法的深度链接行为进行必要的规制和追责。

具体而言:若被链接对象为合法作品的,则可以适用《反不正当竞争法》等相关法律法规,追究设链方的行政责任和经济责任。当然,在具体追责的过程中,对于深度链接行为是否构成不正当竞争的判断,应当主要以用户是否因链接而对设链网站、被链接对象和被链网站等内容造成混淆为标准,即只有在设链网站与被链网站经营相同或相似业务,链接导致用户对信息来源产生混淆的情况下,设链网站才有可能构成不正当竞争。

若被链接对象为侵权作品的,则可以适用《著作权法》《侵权责任法》和《信息网络传播权保护条例》等相关法律法规,追究设链方的民事责任。当然,在具体追责的过程中,如何证明设链方的主观过错仍需要谨慎对待,在此不再赘述。

参考文献:

[1]官文娟,江向东.对深度链接的思考[J].山东图书馆学刊,2009,(1):10-16.

[2]王迁.网络环境中版权直接侵权的认定[J].东方法学,2009,(2):12-21.

[3]黄晓勇.深度链接的版权问题及应对策略[J].江西图书馆学刊,2009,(2):74-76.

[4]王迁.论著作权法中“发行”行为的界定——兼评“全球首宗BT刑事犯罪案”[J].华东政法学院学报,2006,(3):57-64.

[5]钱识琛.深度链接引发的著作权侵权行为研究[D].武汉:华中科技大学,2010.

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net