

深度链接入罪须谨慎

——以全国首例深度链接侵犯著作权案为视角^{*}

骆 琼

(华东政法大学,上海 200042)

摘要:深度链接不直接链接作品,只是绕过被链网站首页,属于间接地信息传播侵权。这种行为不宜认定为侵犯著作权罪,司法解释将信息传播行为视为复制发行具有类推解释之嫌,刑法的谦抑性也要求深度链接入罪须谨慎,可先以民事等手段救济。同时,深度链接不符合盗窃罪和非法经营罪的构成,深度链接可能构成不正当竞争。

关键词: 深度链接;侵犯著作权罪;刑法

DOI: 10.3969/j.issn.1672-9846.2014.03.009

中图分类号: D924.3

文献标志码: A

文章编号: 1672-9846(2014)03-0035-06

一、案件基本情况

(一)案情介绍^[1]

2009年底,章某申请注册网站域名后创建、开设www.1000ys.cc网站,通过搜索获得租用网络服务器网站,注册后以每月500元钱租用位于浙江绍兴某服务器,获取账号和密码后将马克斯软件安装于该服务器。嗣后,章某将哈酷资源网提供的与马克斯软件匹配的采集插件安装在网站管理后台,后台即显示哈酷资源网提供的影片播放地址,点击采集其提供的影片,再点击生成链接网页,从而实现从哈酷资源网上链接相关影视作品,并通过对影视作品等设置目录、索引、描述性段落、内容简介等方式向用户进行推荐,并为网络用户浏览下载强制提供qvod播放软件等技术性支持。经鉴定,www.1000ys.cc网站通过加框方式共计链接了943部影视作品供他人在线浏览和下载。

获利模式:章某在百度联盟上申请注册账号和密码,待百度联盟审核通过后获取相关广告代码,用户在观看www.1000ys.cc网站影视作品的

同时,可以选择性点击网页页面广告和自动弹出的广告。后百度联盟通过统计在www.1000ys.cc网站播放的广告的点击数,先后向章某分成广告费共计人民币10万余元。

上海静安区检察院认为,章某的行为属于民事间接侵犯著作权行为。为何要以侵犯著作权罪名起诉,检方提出,本案中的深度链接行为应认定为帮助信息网络传播行为,属于“通过信息网络向公众传播他人作品”的行为,应当视为刑法第217条规定的“复制发行”,进而可以构成侵犯著作权罪。

(二)案件分歧意见

本案涉及的行为方式比较特殊,是伴随着互联网普及而逐渐兴起的一种新型链接方式——深度链接,在理解深度链接的基础上,案件的分析过程中主要存在以下几种意见:

第一种意见认为,应认定为盗窃罪。认为章某的行为方式可以参考刑法第265条的规定,即以牟利为目的,盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使

*收稿日期:2014-04-21

作者简介:骆 琼(1989—),女,浙江杭州人,华东政法大学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

用的,依照盗窃罪的规定定罪处罚。章某的行为即为一种深度链接方式,通过深度链接方式,以掩盖哈酷视频网站的首页,使得浏览者点击之后,认为其是直接在本网页项下播放该视频,即盗用了哈酷资源网上的视频资源,应该依照刑法第 264 条盗窃罪的规定定罪处罚。

第二种意见认为,应认定为侵犯著作权罪。本案中,章某通过信息网络将哈酷资源网上的作品链接到自己的网站,使得公众可以点击观看,属于“通过信息网络向公众传播他人作品”,而根据《最高人民法院、最高人民检察院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》第 11 条第 2 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、录像制品、计算机软件及其他作品的行为,应当视为刑法第 217 条规定的‘复制发行’”,进而认定章某的行为为侵犯著作权罪。

第三种意见认为,章某的行为并未直接侵犯作品本身,不能构成直接侵犯信息网络传播权,只能是侵犯信息网络传播的帮助行为。认为章某设置的链接,从技术角度看,并没有上传作品本身,作品的播放依然是由原网页进行的,深度链接仅仅提供了一种视频资源路径的指引,在这之间仅仅是一种居间作用,并不能独立决定视频的播放与否。《著作权法》第 10 条规定:“信息网络传播权,即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”。根据网络信息权的定义,深度链接是不能符合的,深度链接紧密地依附于被链者,公众可以观看的时间取决于被链者本身的时间设置,深度链接者并不能抉择,深度链接只是构成侵犯信息网络传播的帮助行为,即间接帮助了被链者的信息网络传播行为。

第四种意见认为,应认定为非法经营罪。章某的行为方式很明显,即通过链接方式,获取其他网站的资源,而获取的视频资源并非章某的主要目的,章某的主要目的是通过网站视频的播放,在视频播放过程中,穿插广告的播放,由此获取其中因广告播放或者广告的点击数量来赚取广告费。这种行为显然是一种搭便车的行为,盗用了哈酷资源网上的内容,来增加章某自身设计网页的点击,以此来吸引更多人来看,双方如果都是以商业性的广告来获取收益的话,章某的这种行为无

疑扰乱了市场秩序,属于非法经营行为,对章某宜认定为非法经营罪。

二、深度链接行为本质探究

“链接,又称为文本链接、超链接,是指通过使用超文本标记语言(HTML,即 Hyper Text Markup Language)编辑包含标记指令的文本文件,通过通用资源定位符(URL,United Resource Location)指向其他内容,在两个不同的文档或同一文档的不同部分建立联系,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他栏目等。”^[2]这种链接伴随着互联网的发展,犹如家常便饭一般,十分常见。根据链接的技术特征和形式标准来区分,链接大致可分为普通链接和深度链接。普通链接即人们十分熟悉的,通常是由链接被链网站的首页,即从一个网页指向一个目标网页,通过普通链接,用户通常知道自己已经从一个网站跳到另一个网站上,深知这是一种链接行为。而深度链接区别于普通链接行为,“即所谓内链,又称为链入(Linking in),指的是用户在设链者的网站中阅读使用被链者网站信息的行为”^[3],可以看出深度链接是绕过被链接的网站首页直接链接到被链接深层网页的一种链接方式,只要用户点击了深度链接的标志时,计算机就会自动绕过被链接网站的首页,直接进入具体的指定的内容(如图 1)。

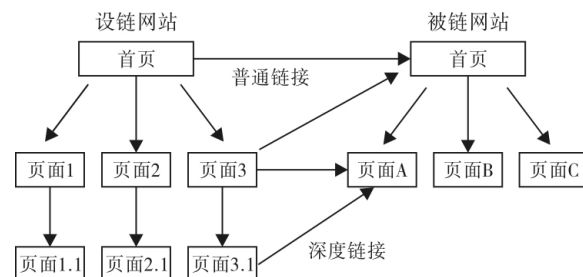


图 1 普通与深度链接示意图

从上述论述可以看出,深度链接与普通链接主要的区别是用户是否感知到已经跳到另一个网站,而深度链接的本质不是提供一种上传服务,仅仅是提供了一种资源的路径。就好比是需要在网络中查找某种资源门户,大千的网络世界中,有太多的资源门户,这时需要花费大量的精力去寻找,而深度链接是帮我们跳过一些不必要的麻烦,直接找到我们需要的资源门户,只是提供资源路径时,绕过本身网站的首页,就好比是一个直通的桥梁。而这种桥梁作用并不能控制资源的存在与

否,即深度链接对于被链者网页的依附性极大。例如资源的上传时间及地点,资源存在时间的长短,资源删除等直接与信息网络传播有关的行为都由被链者提供。

由于深度链接通过链接直接指向了被链网站的内容,使用户误以为内容来自设链网站的提供,致使权利人认为设链者通过深度链接侵犯了自己的著作权。而针对这种行为到底能否构成著作权的侵犯,众说纷纭。正如上述案件中,对于案件的定性争议一样,到底是侵犯了何种权利,是直接侵犯了著作权还是信息网络传播的一种帮助行为?《著作权法》第 10 条规定:“信息网络传播权,即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”,《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 3 条规定:“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。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。”依此可以看出,信息网络传播权的构成,本质在于提供了作品供用户可以在其选定的时间及地点进行下载、浏览等,而据上述论述深度链接的行为,深度链接本身并不能提供此种服务,它的行为模式仅仅是设置了链接,依附于被链网站资源的上传与管理。因此,深度链接并不是一种直接的信息网络侵权行为,只是作为一种路径的指引,而恰恰是被链者提供了作品。例如案件中的哈酷资源网站,视频是哈酷资源网站未经著作权人同意上传到网站上,章某的链接只是扩大了视频的传播范围,对于传播本身能否成立,不能起绝对作用。故深度链接只是一种网络信息传播行为的帮助行为,仅起到扩大受众面的作用。

三、深度链接入罪不能的研究

深度链接行为的本质已经探讨,即深度链接并不是一种直接的信息网络侵权行为,只是作为一种路径的指引,那么针对这种路径的指引,能否入罪,到底定什么罪处罚,都是值得研究的问题。

(一)深度链接行为不能认定侵犯著作权罪

对于深度链接入罪的模式探讨主要集中于是否构成刑法第 217 条的侵犯著作权罪,有学者提出,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第 11 条第 2 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、录像制品、计算机软件及其他作品的行为,应当视为刑法第 217 条规定的‘复制发行’”。网络传播行为与复制发行的主要区别在于用户获取作品内容的方式不同,这种不同并不影响刑事当罚性。有学者认为,间接侵权也可上升为刑事犯罪,因为间接侵权对法益的侵害并不一定比直接侵权小,并且直接侵权与间接侵权是民法上因侵权形式与要件不同而进行划分,在刑法上侵权的要件并没有不同。^[4]笔者不赞同这种观点。对于信息网络中的传播行为是否直接定义为刑法上的“复制发行”,笔者表示疑问。虽然根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》第 11 条第 2 款规定,信息网络传播权的侵犯可以侵犯著作权定罪处罚,但仔细分析,其中不乏欠妥的地方。

1. 违反罪刑法定原则。罪刑法定原则要求“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,因此,坚持罪刑法定原则要求禁止进行类推解释。而该条将信息网络传播行为定为复制发行的行为,有类推解释之嫌,违反了罪刑法定原则。正如贝卡利亚那样,要求刑法规定明确到不允许解释的程度,^[5]这样一幅图景必然是最理想的状态,没有所谓的什么立法解释、司法解释等等,法官适用法律都从一而终的按照刑法的规定来。但是,由于刑法是由文字构成的,文字的含义又很复杂,因此对于解释,是必不可少的。对于法律的解释,需要遵循法律文理与原旨主义的要求。对立法的解释不能超出立法文字可能所有的含义,即使在原旨主义解释观那里或者目的性解释那里,超出含义的射程以及刑法协调性要求的解读都不能被允许。^[6]

众所周知,复制在各国传统的著作权法上都被严格地定义为必须有复制件的生成^[7],且《当代汉语词典》规定,复制指依照原件进行临摹、拍摄、复印等,制作成同样的一份或多份,发行指发出新印制的货币、邮票、债券、书刊或新制作的电影等^[8]。复制发行本身的含义射程范围,是不可

能包括信息网络传播行为的,信息网络传播行为是超出国民会想到的复制发行可能具有含义。信息网络传播行为区别于其他的复制发行等双向的行为模式,传播作为一种单向的行为模式即可,并不必然产生复制件,特别是涉及的深度链接行为,通过跳过被链接网站的首页,依然在原网页项下进行视频播放,并没有产生新的复制件,定义为复制发行,十分不妥,是一种类推解释,不可取。

2. 与《著作权法》等相关法律不协调。刑法第三章第七节侵犯知识产权罪是为了保护知识产权领域相关法益,刑法的规定须结合《著作权法》等相关法律进行研读。法律是由语言堆砌而成的,而语言具有其本身特定的含义,并且由于法律之间的关系,作为社会保护的最后一道屏障,刑法用语和《著作权法》等相关法律保持用语的协调性和一致性。《著作权法》第10条概括了著作权的权属种类,其中分别规定了:发表权指决定作品是否公之于众的权利;复制权指以印刷、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;信息网络传播权指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。以《著作权法》的相关规定可以看出,复制权、发表权、信息网络传播权,三种权利是并列的,表明信息网络传播权是独立于著作权与发表权之外的著作权,三者之间并不存在对等,并且信息网络权是2001年《著作权法》修改时的产物,是伴随着互联网的发展而兴起的一种新型权利类型。而复制权与发行权,作为著作权的最重要的基本的权利类型,与信息网络传播行为具有明显的不同,刑法的司法解释却将信息网络传播行为视为复制发行,即认可复制发行包括新型的权利信息网络传播权,这种用语的含义已经脱离了前置法的概念与范畴,与前置法相悖。当然,不可否认,刑法用语需要有自身的独立性,但是刑法用语也没有独立到完全背离民法等相关前置法的地步,民法等相关法律中的权利类型、范围等许多用语,之于刑法而言,应该是互通的。没有民法相关理论的基本概念,是不能有刑法的立法参照和解释基础的。

(二)深度链接认定盗窃罪的质疑

正如上述案件中,其中一种意见认为应认定为盗窃罪,认为这种行为要参考刑法第265条的规定,即以牟利为目的,盗接他人通信线路、复制

他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的,依照盗窃罪的规定定罪处罚。我国刑法没有将无体物排除在侵犯财产犯罪之外,财产罪的对象中包括无体物,特别是随着社会的发展,很多虚拟财产的经济价值越来越明显,财产犯罪也多倾向于无形财产,例如实践中将盗打电话的行为认定为盗窃罪,说明刑法第265条是注意规定,盗接他人通信线路、复制他人电信码号等行为模式本身是符合盗窃罪的构成。盗窃罪是以非法占有为目的,窃取他人占有的数额较大的财物,无论是盗窃何种财物,都应当符合盗窃罪的构成要件。

反观深度链接行为,设置链接的行为到底是窃取了别人的什么财物?这个其实是没法判断,他没有通过窃取的方式来获得本身属于权利人或者权利被授予人的财物,他只是提供了一种资源的路径,没法认定盗窃罪的行为手段和对象,因此盗窃罪的认定存在质疑。例如就本案例中,章某设置链接的原因是为了利用优酷网的视频资源,并没有要占有这种资源,而真正获利的方式是通过百度联盟的广告收益,这与盗窃完全是两码事。盗接他人的通信线路或者复制他人的电信码号,都是通过直接盗取别人的无形财产来达到盗窃的目的,跟利用网站的视频资源而另外获得广告的收益,是完全不同的。换句话说,盗接他人的通信线路或者复制他人的电信码号,是直接导致被害人财产的减少,而利用网站的视频播放,获得百度联盟的广告收益,并不能直接认定为是由于章某的行为,而造成优酷网财产的减少,广告的收益和播放并不必然由优酷资源网获得,两者之间截然不同。因此,章某的行为并不符合盗窃罪的构成,认定为盗窃罪有诸多不妥。

(三)深度链接认定非法经营罪不合适

一种意见认为应认定为非法经营罪,而非法经营罪由我国刑法第225条规定:刑法第225条规定了非法经营罪:“违反国家规定,有下列非法经营行为之一,扰乱市场秩序,情节严重的……”。依据这种深度链接行为的方式,只能依据第4款“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。刑法225条第4款的设计明显是刑法的一种立法技术的体现,为自己的灵活适用留下余地。表明的是严重扰乱市场秩序的非法经营行为,刑法不在另外单设罪名即罪状规定了,仅由该条囊括了。

那么这么一种严重扰乱市场秩序的行为,到底怎么理解?笔者以为应该坚持以下三点:第一,“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”前提跟前三款一样,必须是违反国家规定;第二,“其他”必须是与前三款所列行为性质相当的行为,即是一种达到严重扰乱社会秩序且达到犯罪程度的社会危害性行为,一般的扰乱市场,违反市场秩序的行为不可一并纳入,那样会造成该罪的无限扩大,不符合立法精神;第三,该种行为必须发生在经营领域,即在市场经济的生产、流通领域内的行为。章某的设置深度链接,链接了哈酷资源网的视频资源,而最终的行为收益是来自于正常的百度联盟的广告收益,这种收益的行为方式是法律允许的,只是为了实现这个利益时,行为的手段是通过链接视频获取的。这种行为并没有扰乱正常的市场秩序,如若有可能,可能构成不正当的竞争。

(四)深度链接行为不宜由刑法调整

刑法的谦抑性决定了只有行为的违法性达到了非常严重程度,且其他部门法无法进行遏制、制裁的时候,才能认定该种行为的违法性,即刑法是补充法,是社会的最后一道保护屏障,在刑法中的犯罪应该是“出于他法而入刑法”之中。换句话说,只有除刑法之外的其他救济途径无法救济这种侵权行为,刑法才可介入。根据《著作权法》第四十八条规定:“有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任;同时损害公共利益的,可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,并可处以罚款;情节严重的,著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”可以看出,针对著作权的侵权责任可能构成民事处罚、行政处罚、刑事处罚,而这其中最严厉的为刑事处罚。并且法条中已经明确了,构成犯罪的,依法追究刑事责任,而根据刑法的相关规定,并没有针对著作权法规定的所有的权利类型设定犯罪,刑法 217 条仅针对其中的 4 种行为规定为犯罪,可见刑法针对行为是否构成犯罪是进行筛选的。而对于其他类型的行为救济,可以通过民事等一系列的手段进行救济,无须将他们一并纳入刑法的保护。

作为知识产权保护中一种重要的介入力量,刑法是一柄双刃剑,运用得当,对科技进步、经济

发展可以发挥促进作用;运用失当,则可能造成对科技活动的不当干预,桎梏社会经济正常有序的发展。^[9]网络链接技术作为促进互联网发展的一项重要手段,在推动互联网发展方面,具有不可磨灭的作用。正是由于网络链接技术,才将网络上原本分散、孤立的信息资源天衣无缝地结为一体,将原本杂乱纷繁的网络世界变成了一个井然有序的系统化的信息集合体,为人们提供无限便利。深度链接作为一种链接手段,在链接网络、扩大链接内容影响力方面发挥了重要作用。刑法切不可轻易涉足深度链接领域,应以民法等相关法律进行解决为妙。

(五)深度链接可能构成不正当竞争

深度链接作为一种链接手段,运用得当,本身是没什么问题的。但是由于深度链接是绕过被链接网站首页,直接链接内容,而目前网站的盈利多半是依靠在网站的广告收益等,深度链接很可能涉及不正当竞争。这种情况存在于设链网站与被链网站都是具有经营性质的网站,网站的收益主要依靠相同的或者相类似的业务,这样链接的设置,就导致被链网站收益的减少,这样就构成了不正当竞争。北京高法指导意见第 7 条也持该观点,该意见第 7 条规定:“提供搜索、链接服务的网络服务提供者所提供服务的形式使用户误认为系其提供作品、表演、录音录像制品,被链网站经营者主张其构成侵权的,可以依据反不正当竞争法予以调整。”而相对于双方是没有竞争关系的网站,链接造成的可能就是侵权,不构成不正当竞争。

四、案件评析

针对全国首例以深度链接侵犯著作权的案例,正如上文论述一样,深度链接定义为侵犯著作权是由于将深度链接看成是一种信息网络传播侵权行为,又通过《最高人民法院、最高人民检察院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》第 11 条第 2 款规定,将通过信息网络进行的传播视为刑法第 217 条规定的“复制发行”,而这样的司法解释本身具有类推解释的嫌疑,并且根据刑法谦抑性等原则,深度链接都不应该纳入刑法范畴。并且,根据深度链接本身的属性探究,行为本身并不属于直接的侵权行为,只是作为侵权的一种帮助行为,本身并不能决定链接内容是否存在。而将案件定义为盗窃罪或者非法经营也极为不合适。

该案中,很明显章某的深度链接行为构成了间接侵犯网络传播权,一般而言,制片公司在拍摄、生产影视作品的过程中投入了大量的人力物力,按照正常的商业习惯,影视作品的播放都不是随意可以进行的,肯定是需要经过著作权人的许可和授权。而被链的哈酷网站上的资源,不同于一般正规渠道的优酷、搜狐等视频网站,没有相关视频的授权,章某在明知或者应当知道哈酷资源网站的资源可能构成侵权的情况下,依然设置了深度链接,虽然这种传播并不是由章某直接上传导致的,但是章某的行为无疑帮助了哈酷资源网传播作品,扩大了作品内容的受众面,是一种帮助型的间接信息网络传播行为。这种侵权行为可以通过民事救济实现救济,并不必然需要动用刑法来保护。

深度链接伴随着互联网的兴起而不断运用,对于深度链接可能涉及的侵权行为,应当通过民法等相关途径进行救济,信息网络传播权的侵犯,尚不需要动用刑法来进行保护。轻易将深度链接入罪,会导致刑罚权的任意扩张,同时也不利于互联网络的发展。

参考文献:

- [1]上海开审首例此类侵犯著作权案 “深度链接”获利10万元[EB/OL]. (2014-01-28)[2014-04-02]. <http://sh.eastday.com/m/20140128/u1a7911893.html>.
- [2]刘凯,李洁.如何判定网络链接的著作权侵权[N].江苏法制报,2012-03-01.
- [3]牛继舜,陈贵生.网络信息资源的合法使用[J].情报理论与实践,2001,(2):86-88.
- [4]王冠.深度链接行为入罪化问题的最终解决[J].法学,2013,(9):144-145.
- [5]贝卡利亚.论犯罪与刑罚[M].黄风,译,北京:中国百科全书出版社,1993:12.
- [6]孙万怀,卢恒飞.刑法应当理性应对网络谣言——对网络造谣司法解释的实证评估[J].法学,2013,(11):9.
- [7]王仁云.深度链接的争议及应用前景[J].电子商务,2007,(4):44.
- [8]侯笑如,方颐,李晓燕.当代汉语词典[M].北京:中华书局出版社,2009:402-465.
- [9]管瑞哲.网络环境下知识产权刑法保护问题[J].江苏警官学院学报,2008,(1):62.

本刊启事

本刊已被《中国学术期刊综合评价数据库》《中国学术期刊(光盘版)》《中国核心期刊(遴选)数据库》《中国科技期刊数据库》《万方数据库》

《中国期刊网》收录,作者著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。如作者不同意文章被收录,请在来稿时向本刊声明,本刊将做适当处理。