

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2017.03.011

搜索引擎深度链接行为的刑法规制

——实然和应然层面的双重思考

杨彩霞

(华中师范大学 法学院, 湖北 武汉 430079)

摘 要: 著作权法领域对于深度链接行为属性的认定倾向于采取“服务器标准”而非“用户感知标准”,由此深度链接不是提供作品的信息网络传播行为。以此为刑法解释原点,则搜索引擎深度链接行为不能单独直接以侵犯著作权罪论处。从实然层面看,在《刑法修正案(九)》之前,深度链接入罪只能考虑共犯路径,但以片面帮助犯论处存在诸多障碍;之后刑法虽新设了罪名但亦不能完全突破共犯模式下的追责障碍。从应然层面看,当前刑法应谨慎介入搜索引擎深度链接行为的规制,共犯正犯化的立法模式过于急躁冒进,将彻底抛弃技术中立的立场,打破著作权人与公众利益的平衡状态并违背刑法的谦抑性原则。

关 键 词: 搜索引擎; 深度链接; 技术中立; 共犯正犯化

中图分类号: D 914

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2017)03-0292-08

Criminal Regulation of Deep Link Behavior of Search Engines

——Dual Reflection from the Actual and Ideal Perspective

YANG Cai-xia

(Law School, Central China Normal University, Wuhan 430079, China)

Abstract: The “server standard” rather than “user perception standard” was adopted to identify the nature of deep link behavior in terms of copyright laws. As a result, deep link is not regarded as an act of Internet-based information transmission. Starting from this view, deep link behavior of search engines cannot be directly punished for infringing upon copyrights. In fact, the accomplice theory was taken into account to criminalize it before the *Amendment IX* to the *Criminal Law* was enforced, but there are many obstacles when it is identified as a unilateral accessory crime. These responsibility barriers seem to break because of the addition of the new crime, but from the ideal perspective, the regulation of deep link behavior of search engines should be cautiously introduced into the current criminal law in that it is too rash to construct the legislative mode of accomplice perpetrators, which will completely abandon the principle of technological neutrality, break the interest balance between copyright owners and the public, and violate the modesty principle of the criminal law.

Key words: search engine; deep link; technological neutrality; accomplice perpetrator

收稿日期: 2016-10-23

基金项目: 中国法学会部级法学研究一般课题资助项目[CLS(2016)C15]; 中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(CCNU16A06011)。

作者简介: 杨彩霞(1977-),女,湖北宜昌人,华中师范大学副教授,法学博士,主要从事刑法学研究。

链接是网络服务尤其是搜索引擎的灵魂,搜索引擎靠链接来指引路径,同时又以链接方式将搜索结果呈现给用户。链接的形式多种多样,根据其是否链接到原网站,可分为“浅层链接”和“深度链接”。浅层链接即普通链接,因其只是提供了指引用户接触被链接内容的通道,点击该链接将直接跳转到目标网站,故这一链接行为一般不涉及侵权,除非设链者发现或被通知所链接的信息侵权,应立即采取措施断开链接而没有断开,这也是为了平衡著作权人利益和链接的公共利益之所需^[1]。而深度链接时,用户点击链接后在不脱离设链网页地址的情况下浏览器实际已直接显示被链网站内页的具体内容,因自动绕过了被链网站的首页,所以会导致使用者对网站的误判^[2]。根据技术不同,深度链接又以加框链接和在线链接为代表,前者被链接的其他网站的网页被加框显示在链接网页的单独区域中,而后者被链接的网页完全地加入本地网页中。由于深度链接的情况下设链者不仅可能主观上存在无视被链网站的版权声明而将其作品采取“拿来主义”做法的意图,且客观上往往也为盗版网站传播侵权作品提供便利,所以近年来深度链接引发的网络侵权案为数已不少。随着国家对网络管控的加强,注重运用刑法来强化版权执法的效果也成为政策上的重要要求,司法实践中亦有对视频网站采用深度链接方式随意盗链他人网站资源并从中牟利行为予以刑事惩处的先例^[3];而《刑法修正案(九)》则加重了网络服务商的责任,似有将搜索引擎服务商也囊括在刑法打击范围的迹象。但笔者认为,搜索引擎自有其技术特征和存在价值,故对搜索链接的深度链接行为是否能与普通盗链网站的同样行为相提并论,有必要在明确深度链接行为性质的基础上考虑其特殊性予以慎重对待。

一、搜索引擎深度链接行为的 规制现状与分歧根源

1. 搜索引擎深度链接行为的规制现状

国外多年的司法实践在深度链接侵权与否的问题上态度一直摇摆不定。如在美国,法院对同类案件的处理结果就前后不一。2002年的 Kelly v. Arriba Soft Corp. 案中,被告通过深度链接原告的摄影作品使用户能够点击缩略图而欣赏位于第三方网站中的“大图”,起初法院认为原告的行

为构成版权法意义上的“展示”行为,但最终却因判决广受批评而撤销了这一判决。2006年的 Perfect 10 v. Google 案中,Google 以缩略图形式排列了其搜索到的第三方网站中存储的照片并对其设置了“埋链接”,法院则认为之后用户点击链接欣赏的图片并非 Google 服务器存储提供的,所以该行为只构成对图片的间接侵权而非直接侵权。而在德国著名的“报童”案中,原告指控被告的“paperboy”搜索引擎服务设置“深度链接”使用户可以直接进入所搜索论文的具体网页,因而侵犯了原告的著作权且构成不正当竞争,法院几经反复,最终判决认定被告只提供了搜索服务而缺乏著作权法意义上的传播行为;事实上这些论文未被采取技术保护措施而在网络上公开时,就意味着它允许人们搜索使用,用户的点击才是获取论文的关键,Paperboy 网站不过是响应了用户要求排列搜索结果,故并没有侵犯相关作品的复制传播权等权利,换言之,深度链接原则上是合法的,是应该被容忍的^[4]。但 2007 年德国慕尼黑地方法院在另一个案件中却又认为,加框链接使访问者不知晓自己是在访问第三方网站时已构成直接侵权。之后德国地方法院在 2011 年的一个案件中继续明确指出,在博客上未经许可利用嵌入式链接呈现图片直接侵犯了著作权^[5]。欧盟为了解决链接所带来的法律争议,在 2014 年的 Svensson 案中提出了一个“新的公众”标准,即除非该链接的用户对于版权作品来说属于“新的公众”,否则设置链接只是使公众接入访问其原本就可随意访问的其他网页时不属于向公众传播^[6]。据此,设置链接的行为似乎仅在被设链的原始网站设置访问限制而链接的情况下,才构成向新的公众传播作品进而可能成立侵权。

近年来,深度链接引发的著作权纠纷在我国也逐渐增多,而法院处理方式亦不相同:一种做法是否定直接侵权,例如在上海聚力传媒技术有限公司(以下简称聚力公司)诉天津津报传媒网络发展有限公司(以下简称津报公司)侵犯作品信息网络传播权纠纷案中,法院认定津报公司在不改变页面地址栏所显示地址的情况下,通过嵌入式加框技术,即深度链接技术播放了由聚力公司授权新浪公司播放的云视频中的有关电视剧,但实际并未直接提供权利人的作品,涉案电视剧的内容及页面设置都仍由新浪公司云视频完全控制,故只能认为津报公司以其技术提供了网络中间性服

务,其行为不构成直接侵权^①。另一种做法是肯定直接侵权,例如在北京七色彩虹广告公司诉浙江淘宝公司的著作权纠纷案中,法院就认为,用户在按照淘宝指引逐层点击后可在淘宝网内直接看到七彩虹公司享有著作权的摄影作品图片,用户只会认为是在浏览淘宝网而非浏览原本享有权利的OnlyLady网站,这无异于通过加框链接方式从而以链接服务之形实现提供内容服务之实,因此其怠于履行合法性审查义务,应对侵权直接承担责任^②。当然也有另辟蹊径,撇开著作权侵权而将深度链接以不正当竞争行为论处的主张^[7]。

2. 规制分歧的根源:深度链接的行为属性之辨

中外关于深度链接案件处理的争议其实主要源于对深度链接行为性质的不同理解。深度链接的技术特性在于其并没有真正上传作品,如百度曾辩解其搜索页面能够直接提供所搜索歌曲的下载只是采用了“重定向技术”,后台仍然链接的是音乐网站^[8],但通过这种技术公众的确可以在其个人选定的时间和地点获得作品从而貌似符合“信息网络传播行为”的本质特征。而著作权法领域在信息网络传播行为的认定上存在“服务器标准”与“用户感知标准”之争,前者以行为所传播的内容是否存储于服务器为标准认定行为是否是直接的信息网络传播行为;而后者则基于用户感知进行判断,只要用户感觉链接结果为某网络服务商提供即认定其有网络信息传播行为。由此采用不同的标准,就会对深度链接的行为属性有不同认识进而影响到对搜索引擎服务商的责任认定,因为根据“链接说”,网络传播行为的核心在于“提供”作品,特指将作品上传至服务器中供用户下载、浏览,则深度链接不属于信息网络传播行为^[9],也就不能构成直接侵权而只有当设链者知晓第三方网站中的作品侵权而仍然设置或保持链接时,才能构成“帮助侵权”或“帮助犯罪”;相反根据“传播说”,深度链接实质上就是向公众提供作品的信息网络传播行为^[10],则可成立直接侵权或侵犯著作权罪的直接实行犯。

笔者认为,这一先决问题的解决必须以著作权法的法理为基础,而我国著作权法领域更多学

者倾向于采纳严格的“服务器标准”而非主观色彩浓厚的“用户感知标准”。笔者亦赞成这一见解,理由在于以下三个方面。

第一,用户感知标准不符合有关立法的本意。“信息网络传播权”从词源上可追溯至《世界知识产权组织版权条约》(WCT)第8条所规定的“向公众提供权”,而WCT的基础提案对此明确指出,构成向公众提供作品的行为应是提供作品的“初始行为”。深度链接行为虽然让公众在误认来源的情况下可直接获取作品,但不能认为用户可获得作品就一定存在设链者的提供行为,因为其获得效果是完全依赖于被链者的,即远端被链网站的作品存储情况直接决定了公众能否获得作品及获得作品的质量,设链网站无非是响应了获得作品的请求。当被链者对作品未采取保护措施时,公众是否通过深度链接对其获取作品没有丝毫影响,完全取决于个人的偏好;而一旦被链者移除了作品或对作品运用了技术保护措施,则设链者就无法保证公众能随心所欲获得作品。换言之,深度链接作为一种路径指引的传播方式,只是使已在其他服务器中处于为公众可见状态的作品的传播范围进一步扩大从而增强了该作品的影响^[11]。这一显著的依附性特征表明其并非真正的提供作品行为。

第二,以用户感知标准来认定深度链接的性质不符合著作权法利益平衡的基本精神。首先,用户感知标准的采用会让深度链接提供者遭受灭顶之灾从而在法律上宣告这种链接技术的死刑^[12]。因为如果将深度链接视为信息网络传播行为,则其直接受到信息网络传播权的控制,只要未经权利人授权而予以链接,则无论被链接的作品本身是否是侵权作品,深度链接行为都将构成直接侵权,而由于我国在著作权侵权者的主观过错认定上普遍采用过错推定方式,设链者由此很难证明自己主观无过错而免责,为此搜索引擎等网络服务商只能选择放弃这一技术从而有碍搜索技术的发展。其次,采取用户感知标准不仅是对技术本身的摧残,还会造成公众利益的减损。本来自由链接已成为网络空间的惯常,借助于深度链接技术用户可以在搜索引擎指引下遨游网络,快捷地获得网上各种作品;而一旦基于用户感知

① 参见天津市第二中级人民法院(2012)二中民三知初字第382号。

② 一审判决书参见(2011)杭余知初字第21号;二审判决书参见(2011)浙杭知终字第58号。

的深度链接被认定为违法提供作品而不被允许,则用户必须进行网站之间的跳转,这中间可能遇到各种意想不到的技术障碍,致使用户信息定位效率大幅降低。相反采用服务器标准,客观地认定真正的传播行为实施者,才能在享受链接便利的同时着力打击盗版传播行为。

第三,以用户感知标准来认定链接行为的性质将导致侵权的泛化与不同类型网络技术行为评价的失衡。通常用户关心的只是作品的可获得性而不是作品的实际具体来源,采用高度主观的用户感知标准,会完全无视互联网互连互通的属性和搜索技术存在的价值,使大多数深度链接行为可能被认定为违法提供作品构成侵权。而与之同为搜索引擎重要功能的网页快照行为,在原网页已被修改、移除后,用户点击“网页快照”仍能看到内容,其后果不亚于甚至还要重于深度链接,假如深度链接技术都应该被放弃,那么网页快照更应该被禁止,但根据2012年最高院《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》(以下简称《侵害信息网络传播权规定》),网页快照“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”即可以免责。既然网页快照行为都有免责空间,那么从技术对比角度看,仍应将深度链接行为视为提供链接的行为。

至于域外新出现的“新的公众”标准本身还不成熟,存在不明确性且有待实践检验。所以笔者认为,尽管深度链接为版权人所不喜,但基于公共利益考虑,理应为搜索引擎的这一主要运作方式留有空间。故相较而言,以严格的“服务器标准”而不是宽松的“用户感知标准”来界定深度链接的性质,进而将其排除在直接侵权之外是比较可取的做法。

二、我国搜索引擎深度链接行为 刑法规制的实然分析

鉴于本文旨在解决搜索引擎深度链接是否应当及如何运用刑法规制,所以在结合著作权法厘清深度链接行为的性质之后,我们直接将目光转向搜索引擎深度链接行为的刑法评价问题。

1. 刑法解释与著作权法的契合性之争及问题澄清

根据“两高”2004年颁布的《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》,“通过信息网络向公众传播”他人各类受著作权法保护作品的行为应视为刑法第217条侵犯著作权罪中列举的“复制发行”;2011年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》也有类似规定,这就使侵犯著作权罪的行为方式涵盖了“通过信息网络向公众传播”行为,由此深度链接行为直接以侵犯著作权罪论处看似就具有了可能。

然而上述解释中的“通过信息网络向公众传播”行为是否就是著作权法中的“信息网络传播行为”呢?这一问题对于认定深度链接行为是否可成立侵犯著作权罪变得至关重要。因为如果作肯定回答,按照前文对于深度链接行为属性的分析,因采用服务器标准而肯定其链接而非传播的本质,则设置深度链接就不在该解释的约束范围之内,也就是说深度链接行为不可能单独直接成立侵犯著作权罪;而若作否定回答,则深度链接行为虽严格来讲不是“信息网络传播行为”,但基于其客观的传播效果却可能属于解释中的“通过信息网络向公众传播”的行为,进而依照该有权解释,深度链接行为仍可被视为侵犯著作权罪中的“复制发行”,只要能够证明设链者主观上具有营利目的,客观上行为达到相当严重程度,设置深度链接完全可以直接成立侵犯著作权罪。

对此有学者否认两者的一致性,认为不需要将刑法中的信息网络传播行为完全依照著作权法上信息网络传播行为的特征予以限定,即不能根据深度链接不是著作权法意义上的信息网络传播行为来得出不构成侵犯著作权罪的结论^[13]。笔者对此不敢苟同。侵犯著作权罪作为一种法定犯,具有“二次违法性”的特征,以违反著作权法为前提。因此著作权刑法规范也应具有二次规范属性,即只有在著作权法力有不逮时才可以作为后盾法予以适用。既然如此,对于侵犯著作权罪这一典型的“出于著作权法而入于刑法”的犯罪而言,其行为的性质、类型应当与著作权法的规定一脉相承,刑法规范的解释也必须以前置的著作权法为依托,不应脱离著作权法对专有名词的界定独创刑法解释,否则就是违背二次违法性原理^[14]。据此,尽管刑法解释中的表述与著作权法稍有差异,但鉴于只有被著作权法所调整的行为才有可能上升为刑法中的犯罪,故深度链接在此须以著作权法为解释的原点,即其并不属于解释

涵盖的行为。前述《侵害信息网络传播权规定》也侧面印证了这一点,根据其第四条,如果网络服务提供者与他人不存在分工合作,能够证明其仅提供链接等网络服务的,就不构成共同侵权行为,此处未提及单独直接侵权,同理就表明深度链接行为直接以侵犯著作权罪论处也是不合时宜的。

2. 搜索引擎深度链接入罪的路径及其障碍分析

虽然深度链接行为不能直接依解释构成侵犯著作权罪,但是由于深度链接行为的叠加、聚拢和倍增效应,以及搜索引擎服务商的职业性、持续性和不特定性,不少学者认为深度链接行为具有比网络用户的上传行为更为严重的危害性,同时搜索引擎对用户侵权作品不仅具有支配性也具有链接以利用的故意,与直接上传侵权作品的做法在刑法评价意义上具有等价性^[15],故仍然主张应当用刑法规制。由此产生了两种规制路径。

(1) 传统共犯路径

按照传统共犯理论,典型的共同犯罪要求共犯双方在客观上存在着共同的犯罪行为且主观方面存在共同的犯罪故意。据此对搜索引擎欲以共犯者论处,主要取决于两点:一是被链者的行为要构成侵犯著作权罪,否则深度链接者不可能存在帮助侵犯著作权的行为,因为帮助犯的成立从属于正犯的成立,帮助犯的不法和可罚性源于正犯行为对法益的实际侵害。由此如果搜索引擎深度链接的网站本身得到了著作权人的授权,提供的均为版权作品,则搜索引擎深度链接的行为不能以犯罪论处。此外,在被链网站虽有侵犯著作权的行为,但不具备侵犯著作权罪的主观营利目的要件或达不到数额情节要件时,同样也无法追究设链者的刑事责任。二是在被链者为盗版者且构成犯罪,搜索引擎客观上帮助了侵权的情况下,则关键取决于设链者和被链接者有无意思联络及设链者本身主观上有无营利目的和是否达到情节要求。然而现实案件中,搜索引擎的营利目的并不明显,并且设链方往往与被链方没有任何沟通,功能强大、业务众多的设链方搜索引擎不会主动联系被链方,而被链方为了推广网站作品、增加作品受众范围一般只是对设链行为默认许可,因此设置深度链接的双方无法形成双向的犯意联络^[16]。那么在设链者一方可能明知是盗版网站而仍然链接时,能否处罚设链者呢?这就涉及刑法中的片面共犯问题。

所谓片面共犯,是指只有一方行为人以参与的意思分担犯罪实行行为的情况^[17]。虽然刑法学界对此素有争议,但大多学者已经较为务实地承认这一概念尤其是肯定片面帮助犯。然而搜索引擎的深度链接行为由于发生在网络环境之下,网络作为一种新型的社会模式,改变了传统共犯的犯意发起方式和犯意联络,从而增加了网络共同犯罪故意认定的复杂性^[18]。其突出表现就是“明知”的认定仍然相当困难:首先,搜索技术的运作只能让技术本身认识到搜索的对象,这种认知并不必然转化为搜索服务商对被链对象的认知,因此对于被链对象认知的缺位使得意思联络的形成缺乏前提。其次,即使对被链对象有所认知,但是在开放的网络环境中,有许多资源可供网络用户免费享用,但资源来源是否合法却很难查证。深度链接行为人在对作品设置链接的时候,往往不会也不可能对设链作品的合法性一一查证,更不用说去考虑被链者上传作品的主观故意及该行为的性质。再次,搜索引擎与网络用户之间是一对多的关系,搜索引擎居于网络信息传播的核心,如果要承认这种帮助侵权的意思联络,则必然是一种辐射型的意思联络且意思联络的内容模糊,换言之,要证明搜索引擎对如此之多的被链对象的著作权犯罪行为及其主观上的营利意图等有所明知进而产生帮助的意图是不可行的。可见,对搜索引擎的深度链接行为以片面帮助犯论处存在无法克服的诸多障碍。

不过也不是任何情况下都不存在这种片面帮助的故意,关键在于要能够认定链接者主观上对于侵权作品的明知。实践中,如果著作权人向搜索服务商提供了网站或网页作品侵权的初步证明,此时搜索引擎尽管缺少专业的审查能力,但笔者认为其根本无须审查而只需要断开链接,因为深度链接本身就不是在提供作品,也不会真正阻止用户直接到原网站获取作品内容,此时就应认定其有了具体的明知,如果仍然予以深度链接,就是以不作为的方式在帮助犯罪。此外,也可能存在“应当知道”的情形,如果其在一段时间内频繁地接到对某个网站断开链接的主张,此时我们应该推定搜索服务商有理由知道该网站为盗版网站,如其不断开链接,也有可能构成帮助犯。当然对于推定明知的情况适用时应当特别谨慎,如果该网站提出相反证据,则不能认定其符合“明知”要件。

(2) 共犯正犯化路径

由于深度链接行为基于共犯理论陷于入罪困境之中,所以有些学者着眼于这一问题提出了新的规制思路,即将这一“帮助行为”基于其技术特性和独立化、主动化特征而直接解释为“实行行为”,也就是将“共犯行为”予以“正犯化”解释,或者直接规定为独立的犯罪。同时论者还指出:“共犯行为的正犯化解释”模式已经开始被实际接受,并以2010年“两高”颁行的《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》中传播淫秽物品的网络技术支持行为,不再作为帮助行为定性,而是直接作为传播淫秽物品罪、传播淫秽物品牟利罪的实行行为加以评价和制裁为例来说明这一思路的正确性^[19]。《刑法修正案(九)》中帮助信息网络犯罪活动罪的增设则表明当前立法也有接纳这种规制路径的趋势。虽然有学者认为这只是确立了帮助犯的量刑规则而不是所谓的共犯正犯化^[20],但主流意见均认为这就是关于网络犯罪共犯正犯化的立法安排。据此,只要搜索引擎服务商明知他人利用信息网络实施犯罪还提供搜索链接服务帮助的,就有成立该罪的可能。

三、搜索引擎深度链接行为 刑法规制的应然思考

在笔者看来,共犯正犯化模式下其实刑法是否能够有效规制搜索引擎的深度链接行为还是疑窦丛生,而其实践效果某种意义上说将直接决定搜索引擎技术的未来命运。因此我们不应将目光局限在现有立法,而应站在更高的应然层面对搜索引擎深度链接的刑事责任问题进行深入反思。

1. 深度链接帮助行为正犯化的理论主张及其反驳

按照共犯正犯化的立法思路,搜索引擎深度链接予以刑法规制可能面临如下问题。

首先,共犯正犯化意在解决因正犯的行为不构成犯罪而不能处罚共犯的问题,也就是采纳这种模式无需考虑其所链接的网站是否是盗版网站且本身成立犯罪的问题,但是根据刑法第287条之二,实际仍然要求“明知他人利用信息网络实施犯罪”。这就意味着网络服务商的帮助行为直接以该罪论处仍然是依托于他人网络犯罪的实行行为的,一旦他人的行为本身不具备构成要件符合

性与违法性,则网络帮助行为也就失去了相应的归责基础,从而仍然会陷入共犯处理模式的困境。而且搜索服务商的主观“明知”本身也恰恰最难被证明。因为深度链接作为搜索引擎的主要功能,最大特点就在于这种技术自动处理网络上所有不加限制的信息,搜索服务商如果不是主动介入的话,对搜索的结果是不可能明知的。况且信息技术天然地具有被犯罪分子利用从事社会危害行为的危险^[21],作为中立的搜索业务服务商虽然客观上可能起到帮助、促进他人犯罪的效果,但这是风险社会法律容许的风险,则基于刑法中的信赖原则,不能因搜索服务商对其信息网络服务可能被犯罪活动利用有抽象、模糊的认识就认定其与他人存在通谋或犯罪的明知。而要求搜索服务商对全部搜索结果逐一审查亦根本不可能,即便赋予其审查义务,如果没有著作权人的协助,对盗版作品的判断也是难于登天,至少比淫秽作品的判断要困难许多。所以可以预想正犯化的规定在实践中对搜索引擎适用的几率和以帮助犯论处的几率一样,都会非常低下。

第二,共犯正犯化模式可能会导致原本为帮助者的搜索引擎的刑事责任重于直接的盗版网站。在盗版网站都不能定罪的情况下,转而追究搜索引擎的责任,就会使打击盗版的重心发生偏移,由源头转向技术运用者。特别是很多盗版网站是主动使自己能够被搜索引擎搜索链接到从而意在扩大其影响力,对于居心叵测的这些盗版网站的恶意行为不去关注而紧咬搜索引擎服务商不放,最终导致的就是罪责不均衡。

第三,如果将搜索引擎的深度链接行为正犯化,由于搜索链接只是网络服务商的一项服务,那么针对另外的譬如点对点软件技术提供服务、网络快照服务等就可能类似的主张。如果区别对待这些网络技术,则对网络服务商而言不够公平,当然实际上有很多网络服务商本身已经身兼多职;如果一视同仁,则技术中立的原则就将被彻底抛弃,而众所周知,自索尼案所确立的“实质性非侵权用途原则”被适用于版权法领域,网络服务商只要符合条件都能驶入“避风港”。既然技术本身并无善恶之分,完全看行为人如何运用;技术发展也是势不可挡的,因深度链接导致的网上盗版后果扩散的局面可能是技术的开发者始料未及的,则法律必须使已有规则在迅速发展的技术面前尽可能保持稳定,而不能将一种尚处于激烈争议中

的行为直接入罪。

第四,链接技术多种多样,如果只是将深度链接行为正犯化,那么理论上还会存在对链接技术为何不能一视同仁的疑问,司法适用中还将存在深度链接与一般链接如何区分及一些特殊的链接形式是否属于深度链接的问题。在这些问题没有得到圆满解答之前,显然深度链接帮助行为并不适宜直接作为正犯论处。

2. 刑法应谨慎介入搜索引擎深度链接行为的规制

深度链接行为正犯化的主张是建立在深度链接行为应该用刑法规制这一前提之下的,而实际上,刑法究竟应不应该介入本身就是有必要深思的。笔者认为,在著作权法利益平衡的指导思想下,刑法应谨慎介入搜索引擎深度链接行为的规制。

首先,一旦用严厉的刑法惩治搜索引擎的深度链接行为极可能昭示这一技术的终结命运,由此使得公众借助这一技术所能享受到网上冲浪的便利荡然无存,这将打破著作权人与公众利益的平衡状态。利益平衡是现代著作权立法的基本精神,深层链接较之于普通链接明显方便了用户,提高了搜索速度,代表着互联网技术提升方向,这种技术发展可以看做是公共利益的实现渠道。现实也表明公众对搜索引擎的依赖越来越重,强行掐断这一技术生存的土壤,公众利益将大大受损,而同时著作权人的利益并不会有明显增益,因为盗版的源头网站可以依然逍遥法外,因此这种改变也是不经济的。而从前文关于深度链接的经典案例可见,法院也在努力寻找个案中的网络利益平衡,并不轻易将深度链接认定为共同侵权行为,既然如此,刑法的介入适用就应该严格把握规范界限,以实现公共利益与技术创新的均衡保护。

其次,刑法本身的性质及其与其他部门法的关系决定刑法不能在追究搜索引擎网络服务商的责任中单兵突进。深度链接行为固然具有一定的社会危害性,可以说为盗版网站提供了便利,更加密切了网民与盗版网站的关系,但是刑法带给犯罪人的痛苦远远超过民事、行政的制裁,所以刑法的谦抑性要求只有行为的危害性达到非常严重的程度,其他部门法已不足以制裁、遏制该行为时,才能动用刑法这一最后手段。而对于深度链接行为,即使在民事法律领域,其违法性及相应的责任尚存在颇多争议,更遑论刑事违法性了。因此,深

度链接行为在我国目前暂时还是应该以考虑其间接侵权的责任为主,我们不能在未穷尽民事、行政救济手段之前就急于去追究其正犯的刑事责任。

当前《刑法修正案(九)》中关于“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重”直接构成犯罪的规定,在笔者看来,既没有考虑网络服务商“明知”证明上的困难,也没有考虑各种不同类型网络业务的特点,如深度链接本身引发盗版的可能性大小及搜索引擎等网络服务商管理网络的实际能力,更加没有考虑到前述《侵害信息网络传播权规定》中也仅仅规定“网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权,未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施,或者提供技术支持等帮助行为的”可构成帮助侵权行为的现实,这种直接以实行犯对待的做法实在过于急躁冒进。故单就搜索引擎的深度链接而言,笔者的最终主张是,刑法应最大限度地保持克制与谨慎,犯罪控制应当力争追溯源头的盗版始作俑者而非搜索服务商。

参考文献:

- [1] 冯晓青. 知识产权法利益平衡理论[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2006:418.
- [2] 王迁. 网络环境中版权直接侵权的认定[J]. 东方法学, 2009(2):13.
- [3] 孙超. 网络“深度链接”侵犯影视著作权,网站经营者被判有期徒刑[N]. 人民法院报, 2014-06-10(3).
- [4] 江清云. 从德国司法判决比较超链接的著作权侵权界定[J]. 德国研究, 2008(2):54-55.
- [5] 崔国斌. 加框链接的著作权法规制[J]. 政治与法律, 2014(5):76.
- [6] 龙井琰. 探析链接版权法律责任在欧盟和英国的新发展——兼评中国相关版权司法实践[J]. 法学杂志, 2014(12):128.
- [7] 赵竹青. 专家:“今日头条”深度链接属转载,涉不正当竞争[EB/OL]. (2014-08-01)[2016-11-10]. <http://ip.people.cn/n/2014/0801/gc136655-25382113.html>.
- [8] 刘芝秀. 从“步升诉百度案”判决看——搜索引擎网络经营者的法律责任[N]. 检察日报, 2005-12-23(3).
- [9] 王宇斐. 深度链接的民刑界定[J]. 中国版权, 2014(4):49-50.
- [10] 徐松林. 视频搜索网站深度链接行为的刑法规制[J]. 知识产权, 2014(11):28.
- [11] 林清红,周舟. 深度链接行为入罪应保持克制[J]. 法学, 2013(9):153.