

从“盗版链接”谈网络著作权的刑法保护

李明鲁

(中国政法大学 刑事司法学院, 北京 100088)

摘要:以“盗版链接”形式侵犯著作权的现象正愈演愈烈,当运用民法或者行政法难以充分保护法益时,则有必要启动刑法以规制网络空间中的著作权犯罪。而明确盗版链接的违法行为究竟属于正犯行为还是帮助行为,对于认定链接服务提供者构成侵犯著作权罪的共同犯罪还是单独成立侵犯著作权罪或拒不履行信息网络安全管理义务罪,具有重要意义。我们应根据链接服务提供者所提供链接服务的内容,判断其是否违反了对于链接内容的审查义务,同时考察其主观上对于侵害事实的认知态度,最终确定其应当承担的刑事责任。

关键词:盗版链接;深度链接;网络著作权;共同犯罪

中图分类号:D924

文献标识码:A

文章编号:1008-7699(2019)05-0052-09

谷歌公司在2016年发布的报告中称,版权方要求谷歌移除侵权的搜索链接,12个月内谷歌一共移除了94.5万个域名的20多亿条侵权链接。^[1]在信息网络领域,搜索引擎提供的链接成为了引发知识产权纠纷的高危地带。盗版链接另一常见形式是视频聚合软件,网络用户可以通过该软件搜索和观看来自于其他视频网站的视频文件。在“搜狐诉风行网动漫侵权案”中,搜狐视频享有日本动漫《灌篮高手》的独家信息网络传播权,因风行网盗用其视频链接进行播放从而侵犯了其信息网络传播权,法院判决风行网向搜狐赔偿2.5万元人民币。^[2]具有版权的视频网站播放的视频,片头和片中都有长短不等的广告,想跳过广告的用户只能购买视频网站的会员,版权方正是通过广告费和会员费获得经济收入的。但是视频聚合网站中的有些视频上载方没有支付版权费,并采用技术手段使得没有购买会员的网络用户不用观看广告也能欣赏到完整视频资料。视频聚合软件之所以备受推崇,是因为受众有免费观看视频资料的需求。然而,由于视频聚合软件的存在,原视频网站可能会因用户减少而降低收益。视频聚合软件采取技术手段这一行为可能会侵犯原视频网站的信息网络传播权,从而构成侵犯著作权罪。视频聚合网站变成了大量侵权作品的聚集地,作为链接服务提供平台,却成为了侵犯著作权的媒介,其法律责任应当如何认定?

一、提供盗版链接行为的法律性质

我国《著作权法》共规定了十三项著作权人的财产权利,但不包括“设链权”,设置网络链接的权利既区别于复制权,也不等同于传统意义上的信息网络传播权。但是司法实践中已经出现了大量以提供链接方式侵犯著作权的案例。为了使著作权人在网络环境中的合法权利得到更好的保护,以推动文化事业的创新和繁荣,有必要对提供盗版链接这一行为的法律性质及其法律责任进行界定和分析。

“盗版”一词的传统含义是未经权利人许可而复制发行其作品或者录音录像制品的行为,而“盗版链接”虽然也是侵犯著作权的行为,但相比于传统意义上的“盗版”,已经具有了新的内涵。所谓盗版链接,是指被链接的内容侵犯了他人的著作权的情况,其中包括正常链接与深度链接,根据网络服务商提供链

接的性质不同,其对于链接内容的审查义务也有所不同。

(一)提供链接不同于复制发行

著作权人可以通过出售、赠与方式行使发行权,从而获得经济利益。传统的发行是向公众提供作品的有形载体,而提供链接这种通过网络将作品传送到用户终端的行为,仅仅只是对发行方式的变更,还是已经超出了发行的内容范畴?

1.刑法意义上的作品“发行”与著作权意义上的作品“发行”内涵不同

刑法和知识产权法分属两个不同的独立的法律部门,在比较二者对于同一法律问题的处理方式之前,首先需要明确的是二者对同一术语的法律涵义之界定是否一致,只有在同一话语体系之下作出的研究分析才是科学和有价值的。不同的法律部门或者不同的学科之间由于缺乏必要的交流与相互学习,容易产生一词多义的现象,从而导致学科教学与司法适用产生思维逻辑上的混乱。

根据《著作权法》的规定,发行是指“以出售或赠与方式向公众提供作品的原件或复制件”,所以发行包括两种方式,即出售和赠与,故销售作品原件或复制件的行为属于作品的发行。《刑法》第 218 条将销售侵权复制品的行为规定为犯罪,若按照著作权法对于发行的规定,该犯罪行为具体是对于发行权的侵犯。虽然根据“发行权一次用尽原则”^①,著作权人在首次销售或者赠与自己的作品原件或复制件之后,便无权再控制已转让所有权的原件、复制件的销售流转。但是,发行权一次用尽以作品原件、复制件的合法取得为前提,如果销售的是未经著作权人许可的侵权的作品原件或复制件,那么著作权人仍享有发行权,所以不管经几次销售辗转,都构成对著作权人发行权的侵犯。因此,如果对于两种行为的分析采用著作权法上对于发行的理解,那么“销售侵权复制品罪”实际上构成的是侵犯发行权的犯罪。但是,《刑法》第 217 条已经对未经许可而复制发行作品、录音录像等行为规定为侵犯著作权罪,如果仍把销售理解成发行,那么刑法第 217 条和第 218 条便形成法条竞合关系。

虽然立法技术允许法条竞合的存在,但是换一种思路,立法者可能对发行作出的是不同于著作权法意义上的理解,换言之,刑法规定的“发行”与著作权法规定的“发行”具有不同的法律内涵。因此,考虑到刑法条文之间的逻辑一致性,按照体系解释的精神,我认为刑法中的发行应作首次发行理解。如果将发行理解为首次发行,就不会出现侵权复制品可以多次发行的情况,那么《刑法》第 217 条与第 218 条便不构成法条竞合。因此,《刑法》第 217 条只调整第一次发行未经著作权人、录音录像制作者许可的作品和录音录像制品的行为,而第 218 条则调整第 217 条之外的首次发行后的销售侵权复制件的行为。

2.“临时复制”不构成对复制权的侵犯

认定提供链接行为究竟是否构成发行,从根本上其实是关于数字化的作品本身是复制件,还是存储数字化作品的硬盘是复制件的问题。如果认为复制件是数字化后的作品,那么提供链接等网络传输行为就构成发行;如果认为只有将作品固定在有形载体之上才是复制,那么存储数字化作品的硬盘就是复制件,可是硬盘在网络传输过程中并未发生所有权转移,因此认为没有发行行为产生。

著作权意义上的复制,要求作品必须被相对稳定、持久地固定下来,而信息网络背景下的在线浏览文件或者在线欣赏音乐等,数据被暂时复制在随机存储器(RAM)上,由于关闭计算机后储存的信息便会丢失,所以不应认为在线浏览行为即构成了对网络作品的复制。提供链接包含了数字化作品的“临时复制”,既然“临时复制”不属于著作权法的复制行为,那么提供链接也就不构成发行。

(二)提供链接属于行使信息网络传播权的行为

迄今为止,除了美国承认通过网络向公众传播作品属于发行行为之外,其他各国都没有对发行权作

^① “发行权一次用尽原则”又称“首次销售原则”,基本含义是:著作权人享有作品原件及复制件的发行权,但经其许可,首次向公众销售或赠与之后,著作权人便无权再控制该特定原件或复制件的进一步流通。

出扩张解释^[3],而都选择将其纳入到信息网络传播权的调整范畴。《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^①,对于信息网络传播行为作出了“视为复制发行”的解释规定。由于刑法规定的侵犯著作权罪不包括侵犯信息网络传播权的行为,而根据该解释,侵犯信息网络传播权则构成对于复制、发行权的侵犯,从而也可能构成侵犯著作权罪。在此基础上,若要把情节严重达到犯罪程度的链接侵权行为以侵犯著作权罪定罪论处,首先应分析提供链接行为是否成立对信息网络传播权的侵犯。而判断提供链接的行为是否侵犯信息网络传播权,关键在于提供链接行为是否构成通过网络直接向公众传播作品。如果提供链接的行为能够等同于实施了网络传播行为,那么在被链网站内容侵犯他人著作权时,链接服务提供方方便构成对信息网络传播权的直接侵犯;反之,链接服务提供方仅可能构成帮助侵权。前一种情形便属于提供深度链接的行为,后一种则属于提供正常链接的情形。

在“环球音乐公司诉Cooper案”中,澳大利亚高等法院主审法官在判决书中指出:“Cooper网站提供指向含有侵权音乐文件的第三方网站的链接,并不是以电子方式向公众传播的行为,而只是提供了指明远端网站和选择音乐文件的便利。”^[4]被链接的第三方网站才是向公众传播作品这一行为的实施者,链接提供方提供的只是访问第三方网站的媒介通道,而不是侵权行为的直接实施者。如果不存在链接提供方,公众仍能够直接访问第三方网站,因为公众都有免费下载电影或者音乐文件的欲望,于是自然会花心思去寻找免费下载的路径。搜索引擎只是提供了获取下载资源的便利,并不是导致侵害信息网络传播权的关键。而只有第三方网站删除了文件,才能彻底停止对著作权人信息网络传播权的侵害,因此提供链接服务并不是网络传播行为。在此基础上,我们可以得出以下结论:由于提供的是正常链接,所以,在被链内容合法时,链接服务提供者不成立侵权,只有在被链网站提供的内容侵犯了著作权人或录音录像制作者的信息网络传播权且链接提供者对此明知或者应知的情况下,链接提供者才依法构成帮助侵权。

对于深度链接则另当别论,因其本质上属于信息网络传播行为,正常链接就像路标,将问路人引向他们寻找的目的地,而深度链接不再仅仅是媒介而已,它其实充当了“目的地”的角色。在被链网站侵权的情况下,深度链接提供方与被链接方成立共同侵权。深度链接提供的不是链接,而是将被链网站的内容为自己所用,用户在点击链接时,页面也不会跳转到被链网站的地址,浏览器的地址栏显示的还是设链网站的网址。所以,深度链接与被链网站是一种“一荣俱荣,一损俱损”的法律关系,如果被链网站内容侵权,那么深度链接提供方也同时构成对著作权的直接侵犯。

二、主观认知与客观归责

2015年深圳市南山区人民法院就“飞狐诉迅雷案”作出判决,认为被告迅雷公司以提供搜索链接服务的方式对影视作品进行在线播放,不属于提供作品的行为,所以不构成对飞狐公司信息网络传播权的直接侵权。但是,迅雷公司提供的链接加入了编辑和管理工作,而非基于技术自动生成,对被链网站的内容是否侵权应当承担较高的审查义务,从而认定间接侵权成立^[5]。通过前文的分析得知,提供正常链接服务的行为由于没有提供作品本身,所以不构成对权利人信息网络传播权的直接侵犯,但在明知或者有合理理由应当知道被链接网站的内容侵权的情况下,可能成立间接侵权即帮助侵权;而深度链接由于其本身就是提供作品的行为,所以只要被链接网站侵犯了著作权人的信息网络传播权,深度链接提供者与被链接方便共同成立直接侵权。在认定侵权责任的时候,对属于正常链接还是深度链接的判断成了解决问

① 《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:“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’。”

题的关键,而且如何客观地判断成立帮助侵权的主观心理——“明知或者有合理理由应当知道”,也是关键之所在。

(一)避风港原则在确定主观心态中的适用

“避风港原则”在《信息网络传播权保护条例》^①和《侵权责任法》^②中都有规定,所表达的思想都是网络服务提供者经权利人通知,如果断开与侵权的作品、录音录像制品等的链接的,不承担赔偿责任;如果仍不采取断开侵权链接等必要措施的,对因此扩大的损害与直接侵权人共同承担责任。上述情况适用的前提是网络服务提供者对所链接内容的侵权事实一开始并不知情,但若存在事前知情的情况,即网络服务提供者主观上明知或者应当知道被链接的内容违法,却仍为其提供链接服务的,就不能引用避风港原则免责。

避风港原则在民法中是根据一方主观上是否具有过错来确定其责任的分担,那么刑法是否也能够引用避风港原则来判定其是否应当承担刑事责任呢?刑法秉承谦抑性思想,是保障社会公平正义的最后一道防线,只有严重危及社会秩序和公民人身或财产安全的行为才可以被纳入犯罪圈。而刑法中引用避风港原则的责任豁免,则可以防止犯罪圈被无限制地扩大。行为人在不知道或者不应当知道链接的作品、录音录像制品侵犯了信息网络传播权的情况下,经权利人通知后仍不采取断开链接等必要措施的,才应当承担刑事责任。换言之,链接服务提供者只有明知或者应当知道被链接内容侵权而又不及时断开链接的情况下,才能够依法追究其作为帮助犯的刑事责任。与民事侵权责任在责任分配方面的思想相同,刑法中的责任主义原则要求帮助犯仅对经通知后不断开链接而产生的损害结果承担责任,权利人通知前的由实行犯的侵权行为造成的损害后果不应当由帮助犯承担,即帮助犯对认定主观心理为明知之前已经产生的损害事实不承担责任。

刑事责任引用避风港原则,是否意味着提供链接服务一方只要在接到权利人通知后断开链接便不成立故意犯罪?主观方面的“明知”需要借助客观化的标准进行明确,具体应当通过判断行为人对侵权链接内容是否履行了相应的审查义务,进而认定其对侵权事实的认知态度。如果经通知后链接服务提供者虽然断开了链接,但是能够证明其对被链接内容的合法性没有尽到合理的审查义务的,仍应追究其相应的刑事责任。

(二)审查义务与主观心态

一般认为,提供正常链接的网络服务提供者不具有审查义务,因为事前审查设链内容是否合法不具有实践的可能性。2014年的《著作权法(修订草案送审稿)》第73条规定,网络服务提供者提供搜索、链接等单纯网络技术服务,没有对著作权或相关权利的有关信息进行审查的义务。我国的法律规定与国际上有关立法的理念趋于一致,欧盟《电子商务指令》第15条明确规定了网络服务提供商不承担监视其传输的信息的义务。该法律规定符合信息网络时代方便信息传播与交流的价值理念。如果苛求网络服务提供商对其存储或者传输的信息合法性进行审查,那么信息的传播与交流无疑会受到阻碍,而且如果网络服务提供商投入大量人力资源负责审查,网络运营费用将会大幅度增加,进一步导致网络用户需要缴纳高额的网络服务费,严重影响网络服务的普及与发展。

1.“单纯的网络技术服务”是区分深度链接与正常链接的关键

① 《信息网络传播权保护条例》第23条:“网络服务提供者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。”

② 《侵权责任法》第36条:“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。”

2016年11月16日深圳中院就“飞狐诉迅雷案”作出二审判决,认为迅雷软件面对用户提供的链接服务因加入了飞狐公司的编辑和管理工作,而并非基于系统技术自动生成,所以不符合“单纯的网络技术服务”的要求,故应当对其所链接的第三方网站提供的内容是否侵权承担较高的审查义务,据此判决迅雷构成侵权。深度链接的网络服务提供者对被链接内容进行了编排和整理,比如对音乐作品按照流行热度、风格和年份等进行分类整理,同时提供下载选项,逐步引导公众在其网站页面完成试听、下载,实际上是对权利人的资源进行了控制和盗窃而不仅仅是提供网络技术服务,因此有义务对其所链内容有关著作权或相关权利的有关信息进行审查。而且在审查的可操作性方面,对于浏览过这些网站内容之后才建立链接的网络服务提供方来说,很容易就能发现所链接内容是否具有侵权性质。例如,版权方不会授权任何网站免费下载其音乐资源,合法地下载音乐作品必须向版权方支付一定报酬,那么负有审查义务的深度链接网络服务提供方应当知道所链接的提供免费下载服务的网站存在侵权的违法事实。但文学作品不同,由于文学作品资源数量庞大,内容千差万别,我们不能要求网络服务提供者进行有效辨别,因为一个理性、谨慎并具有网络专业知识的人客观上也不可能完成。

如果搜索引擎对收录的世界范围内的网站提供网络链接,均由系统自动完成,未对收录范围内的网站采取禁止或限制的技术措施,用户可以通过搜索引擎获取所要搜索的信息,这种情况下的链接服务提供者即搜索引擎运营商并未对收录的网站内容进行编排、整理或者筛选,而只进行了技术性的控制,属于提供正常链接的网络服务提供者。

2. 归责原则与主观心态

对提供链接一方的归责不应采取过错推定原则,不能仅以客观上造成侵犯著作权的危害后果便推定其主观上具有未尽到合理审查义务的过错。采取过错原则对举证责任分担具有重大意义,受害一方必须举证证明被告具有审查其存储、传输的信息的义务且能够完成却没有尽到合理的审查。一般说来,深度链接的网络服务提供者具有审查义务,权利受侵害一方如果能够证明链接服务提供方提供的是深度链接,且没有对所链接内容的合法性尽到合理的审查义务,那么就可以认定链接服务提供方对于侵权损害事实主观上具有故意。如果是正常链接的网络服务提供方,由于其不具有审查信息合法性的义务,不知道也没有合理理由知道侵权行为存在,经权利人通知后及时采取措施停止侵害的,应当认定其主观上不具有过错。

需要注意的是,对于提供深度链接的网络服务商,认定其主观上存在过错不以权利人通知为必要,接到通知后仍不停止侵权行为只是证明其主观具有过错的其中一种情况,即使权利人未通知,只要有合理根据认为其知道或者应当知道所链接内容侵权的,依然可以认定其具有主观过错。因此,深度链接的网络服务提供者在接到权利人通知后断开链接并不意味着其不具有主观故意,权利人有证据证明其未履行合理审查义务的,即使其及时断开链接,停止侵权行为,也不影响认定其存在主观上过错。只有对正常链接的网络服务提供者,经通知后及时采取断开链接等必要措施,才能认定其主观上不存在故意和过失。

三、提供盗版链接行为与共同犯罪

著作权的民事侵权行为分为直接侵权和间接侵权。民法领域的直接侵权概念对应刑法领域的正犯概念即实施构成要件行为的行为人,而间接侵权则对应共犯概念。构成民法上的直接侵权不以行为人主观上存在过错为必要,只要客观上造成了对著作权人依法享有的专有权利的损害事实,就必须承担停止侵害的侵权责任,而主观过错只是承担侵权损害赔偿的必要条件;间接侵权的成立则要求行为人必须具有主观过错。而在刑法中,根据责任主义的要求,无论成立正犯还是帮助犯,都要求行为人主观上必须具有故意或者过失,否则便不能够就客观上造成的法益侵害结果对行为人进行非难。首先,侵犯著作权罪

和销售侵权复制品罪只能以故意构成;其次,对于故意犯罪的共犯,“通说认为过失的帮助犯不能成立”^[6],所以帮助犯的罪过形式也只能是故意。民法中的间接侵权的成立也以存在直接侵权为前提;相应地,按照刑法中的共犯从属性理论,共犯的成立也必须以正犯实施了符合构成要件的违法行为为前提。以下针对在被链方构成符合侵犯著作权罪构成要件的违法行为之情况展开:

(一)提供正常链接:侵犯著作权罪的帮助犯

1.片面帮助犯

根据《信息网络传播权保护条例》第23条的规定,链接服务提供者明知或者应当知道所链接的作品等侵权的,将与被链接者承担共同侵权的责任。如果被链接的网站内容严重侵犯权利人的信息网络传播权,并达到刑事犯罪的程度,依法成立侵犯著作权罪,那么链接服务提供者的行为定性也从“共同侵权”变为“共同犯罪”。根据民事立法的相关规定,共同侵权是指对他人的侵权行为实施教唆或者帮助^①,对应的其实是刑法中的共犯概念。按照共同犯罪的刑法理论,被链接方即直接侵权者是实行犯,而提供链接一方不应当被认定为共同正犯,而是帮助犯。因为通过前文的分析,可以得知只有直接提供作品的行为才可能构成直接侵权,提供正常链接服务并没有直接提供作品,所以不直接构成对信息网络传播权的侵犯,因而只可能成立间接侵权或者说帮助侵权。相应地,提供正常链接的行为也不属于侵犯著作权犯罪的实行行为,因为链接服务提供者没有直接侵犯该罪所保护的信息网络传播权这一法益,而只是参与到被链接方侵犯他人著作权的违法行为中,从而发挥了扩大侵权后果范围的帮助作用,所以仅构成帮助犯。

在接到权利人的通知后,正常链接的网络服务提供者仍不断开链接的,对通知后产生的危害后果应当承担故意的罪责,此时可能以不作为方式构成侵犯著作权罪的帮助犯^②。而且,提供网络链接服务是一种片面帮助行为,被链接的网站往往没有与链接服务提供方形成共同犯罪的意思联络,更多的是链接服务提供方单独并且主动地实施了帮助行为,被链接网站可能根本不知道他人帮助其扩大了行为的危害后果^[7]。通说认为,片面帮助犯虽然缺乏与正犯之间的意思联络,但只要在客观上对于实现犯罪发挥了促进作用,即帮助行为与正犯结果具有物理上的因果关系,同样能构成帮助犯。^[8]

2.帮助犯的成立要件

2016年11月16日,深圳中院就“飞狐诉迅雷案”作出二审判决,认为上诉人迅雷公司不构成对被上诉人飞狐公司信息网络传播权的直接侵犯,因为迅雷软件在播放涉案作品的时候,网站地址跳转到了搜狐视频网站的地址,而且画面左上角也出现“搜狐视频”的字样。于是,迅雷只是提供搜索链接服务,而非向网络受众提供了权利人的作品,因而不构成直接侵权。在违法行为依法构成刑事犯罪时,以侵犯著作权罪的帮助犯追究其刑事责任。本案中的迅雷软件如果播放版权方的视频文件而没有作出有效标示使得网络用户知晓该视频的来源,视频网址没有跳转到原视频网站的地址,而仍停留在自己的网址上,那么行为的性质就会改变。此种行为不再是提供正常链接服务,而是直接提供权利人作品的行为,也就是深度链接,而提供深度链接的行为成立对信息网络传播权的直接侵犯;在行为后果的严重性达到应予科处刑罚的严重程度时,则依法构成侵犯著作权罪。

因为提供正常链接的网络服务者不具有审查所链信息违法性的义务,不知道也没有合理理由知道有侵权事实发生,所以不具有结果预见的可能性,也就不可能具有侵犯著作权的犯罪故意。其主观犯罪故意只可能在经权利人通知后、其对于不采取必要避免措施将引起的危害后果存在认识时产生。链接服务

① 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第148条:“教唆、帮助他人实施侵权行为的人,为共同侵权人,应当承担连带民事责任。”

② 义务犯不一定只能构成过失犯罪,义务犯也可以表现为故意地不履行相应义务,所以义务犯既可以是过失犯罪,也可以是故意犯罪。

提供者经通知后如果自动断开链接的,可以推定其主观上不具有犯罪故意,因而不构成侵犯著作权罪;如果仍不断开链接停止侵害,就应当认定行为人对于通知后产生的危害后果具有明知的故意,行为人应当对经通知后扩大的后果承担故意的罪责。

简言之,提供正常链接服务不构成直接侵犯著作权人信息网络传播权的违法行为,在其明知或者应当知道被链接内容侵权或者经权利人通知后仍不断开链接的,才可能成立帮助犯罪。成立侵犯著作权罪的帮助犯应当满足以下三个条件:(1)第三方网站直接侵犯著作权人的信息网络传播权;(2)链接服务提供者经权利人通知后不及时采取有效的避免措施;(3)链接服务提供者主观上对于其被通知后不采取避免措施的扩大后果系明知或者应知。

3. 侵犯著作权罪的帮助犯与帮助信息网络犯罪活动罪之竞合

《刑法修正案(九)》增加了帮助信息网络犯罪活动罪作为第287条之二,对网络犯罪的帮助行为设立独立的罪名加以规制,这样某一帮助实施网络犯罪的行为既符合帮助信息网络犯罪活动罪的构成要件,同时又满足其他犯罪帮助犯的成立条件,所以提供深层链接的行为可能成立侵犯著作权罪的帮助犯与帮助信息网络犯罪活动罪之竞合。根据刑法对于帮助信息网络犯罪活动罪的规定,“同时构成其他犯罪,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

(二) 提供深度链接:侵犯著作权罪的共同正犯

如果网络服务商提供的是深度链接,经前文分析得知,深度链接的网络服务提供者对所链接内容的合法性具有审查义务,那么其对于他人侵犯著作权的行为便具有预见之可能,并且其原本可以采取删除链接或者通过降低深度链接的认证等级使深度链接不出现在网页的靠前位置等措施却未实施的,则认定其对于被链网站侵犯他人著作权的危害后果至少具有放任的间接故意。因此,可以认定提供深度链接的链接服务商与被链接方构成侵犯著作权罪的共同正犯。

四、链接服务提供者单方构成犯罪时的责任认定

根据共犯从属性理论,在被链接的侵权网站尚不成立犯罪的情况下,提供链接的行为就无法根据刑法进行规制,这不利于打击目前网络环境中层出不穷的恶意链接的违法行为,信息网络时代背景下权利人的著作权难以得到充分保护,所以有必要对提供链接的行为进行单独评价,将帮助行为直接评价为独立的犯罪——侵犯著作权罪或者拒不履行信息网络安全管理义务罪。

(一) 提供正常链接:拒不履行信息网络安全管理义务罪

正常链接作为一种传播媒介,并没有直接提供权利人的作品和录音录像制品,故没有直接侵犯法益,所以不构成著作权犯罪的实行犯,而只可能成立帮助犯。片面帮助犯成立以实行犯构成犯罪为前提,所以评价正常链接的提供构成侵犯著作权罪的片面帮助行为,必须满足被链接网站侵犯著作权的违法事实仍在进行这一条件。如果被链接网站已经自行删除侵权作品的,即使链接服务提供者经权利人通知后仍未采取相应措施,也不成立侵犯著作权罪的帮助犯。但是否可以构成帮助信息网络犯罪活动罪?因为帮助信息网络犯罪活动罪并非共犯行为的正犯化,而只作为一种量刑规则^[9],成立此罪仍要求被帮助的特定犯罪成立符合构成要件的违法行为(限制从属性说),所以同样不构成帮助信息网络犯罪活动罪。然而,在这种情况下有可能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪。

对于过失犯罪的实体即违反注意义务这一内容的认识,学界存在“旧过失说”“修正的旧过失说”“新过失说”和“新新过失说”这四种不同学说。“旧过失说”和“修正的旧过失说”都认为注意义务的核心是结果预见义务,即只要行为人应当预见而没有预见的则构成对于注意义务的违反,从而成立过失犯罪。而“新过失说”和“新新过失说”则认为注意义务的核心在于结果避免义务,即使行为人违反了预见义务,但

如果能够确定其在履行预见义务的情况下仍不可能避免危害结果发生的,那么认定其没有违反注意义务,也就不构成过失犯罪。“新过失说”相比于“旧过失说”的进步意义,在于其贯彻了责任主义原则,而且符合网络空间的自由秩序与发展规律,面对浩繁复杂的数据和信息,不能苛责网络服务提供者对其平台中的每一项内容均进行审查,否则不利于智力成果的普及和文化的传播,并严重阻碍网络技术的创新与发展。因此,对于提供正常链接的网络服务提供者,其注意义务的来源是在被通知后产生,即经通知采取避免措施而未采取的,违反了客观注意义务而应对此承担过失责任。

根据“新过失说”,不作为犯罪成立过失犯罪,故拒不履行信息网络安全管理义务罪的主观心态为过失。认定链接服务提供是否构成拒不履行信息网络安全管理义务罪,关键在于其是否违反了客观的注意义务,根据社会一般人的客观标准进行判断,如果被链接内容的侵权违法事实对于理性谨慎的网络专业人士也不可能发现,危害结果的发生不具有避免可能性,行为人也就没有违反注意义务,行为不符合构成要件,从而不能要求行为人承担拒不履行信息网络安全管理义务罪的罪责。

(二)提供深度链接:侵犯著作权罪

深度链接实际上提供的是权利人的作品和录音录像制品,直接侵犯了权利人的信息网络传播权,如果被链接内容尚不构成犯罪,而提供链接行为的危害性已经达到了刑事犯罪的严重程度,则可以追究网络链接服务提供者侵犯著作权的正犯责任。

综上所述,当被链接网站的行为不符合侵犯著作权罪的构成要件,而链接服务提供者行为的违法性已达到刑事违法的严重程度时,对于提供链接服务的网络服务商的责任有两种认定路径:(1)如果提供的是正常链接而非深度链接,不能认定链接服务提供者构成侵犯著作权罪,当其不履行法定的信息网络安全管理义务的行为符合拒不履行信息网络安全管理义务罪的构成要件时,以拒不履行信息网络安全管理义务罪追究其不作为的刑事责任;(2)在被链接网站的行为尚不构成侵犯著作权罪的情况下,如果网络服务提供者提供链接的行为能够等同于直接提供侵权内容,即提供深度链接的情况,在侵权作品数量较大或者对权利人造成严重经济损失并达到刑事违法的严重程度时,如果链接服务提供者能够通过采取技术措施避免危害结果发生,那么其行为便不再属于帮助实施侵犯著作权,而是直接构成侵犯著作权罪。

结语

网络时代的到来极大地推动与促进了文化的传播,但同时也给著作权的法律保护带来了前所未有的挑战,网络著作权侵权案件频繁发生,为了维护著作权人的合法权益,保障知识产权领域的不断创新与发展,法律必须对此提出有效的解决方案,并与时俱进地作出符合网络环境发展状况的合理解释。刑法是维护社会公平正义的最后一道防线,因其手段的严厉性,所以刑法的适用必须坚持谦抑性原则,只有当运用其他救济手段不足以充分保护法益时,才能启动国家刑罚权。刑罚具有惩罚犯罪与预防犯罪的双重功能,但在适用刑法保护法益时,法益已经受到了不法侵害或者遭受到了不法侵害的严重威胁,故不能作为保护法益的最佳方式,而且网络侵权具有传播速度快、波及范围广、技术性强、隐蔽性高等特点,因此借助行业监管的力量可以及时、准确地发现针对网络著作权的不法行为。为了有效保护著作权人的利益和减少网络侵权行为的发生,应当在著作权被实际侵害之前采取预防措施,完善网络监督管理机制,建立行业内部的版权审核机制,明确网络服务提供者的监管义务及其不履行相应义务所应承担的责任,健全司法救济机制,并引导网络服务提供者自觉遵守信息网络安全管理规范。

参考文献:

- [1]腾讯研究院. 互联网前沿法律动态周报[EB/OL]. (2016-12-05)[2018-12-18]. http://mp.weixin.qq.com/s/clE0-L1PlmTpJtQ_RWoXQ.

- [2] 王晓易. 搜狐视频起诉风行网动漫侵权一审胜诉[EB/OL]. (2015-04-30)[2018-12-18]. <http://money.163.com/15/0430/14/AOF55MO700253B0H.html>.
- [3] 王迁. 论著作权中“发行”行为的界定——兼评“全球首宗 BT 刑事犯罪案”[J]. 华东政法大学学报, 2006(3): 61.
- [4] 王迁. 论“网络传播行为”及其侵权认定[J]. 法学, 2006(5): 67.
- [5] 腾讯研究院. 聚合盗链侵权案例研究报告[EB/OL]. (2016-08-24)[2018-12-23]. <http://www.tisi.org/4713>.
- [6] 陈家林. 外国刑法: 基础理论与研究动向[M]. 武汉: 华中科技大学出版社, 2013: 280.
- [7] 于志刚. 搜索引擎恶意链接行为的刑法评价[J]. 人民检察, 2010(12): 8.
- [8] 张明楷. 刑法学: 第 5 版[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 435.
- [9] 张明楷. 论帮助信息网络犯罪活动罪[J]. 政治与法律, 2016(2): 2-15.

On the Protection of Internet Copyright Under Criminal Law from the “Linking to the Pirated Materials”

LI Minglu

(School of Criminal Justice, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The copyright infringement in the form of “linking to the pirated materials” becomes increasingly rampant. When the civil law or the administrative law fails to fully protect the interests of the copyright owner, it is necessary to resort to the criminal law to regulate the copyright crime on the Internet. The clarification of whether the illegal act of “linking to the pirated materials” is a principle criminal behavior or a helping criminal behavior plays an important role in determining whether the link service provider commits a joint offence against the copyright, or constitutes a copyright infringement alone or constitutes a crime of refusing to fulfill the obligation that he bears in information network security management. The criminal liability of the link service provider should be determined by the fact whether the link service provider fulfills his obligation to examine the content of the link, and at the same time, by his attitude on the infringement.

Key words: linking to the pirated materials; deep linking; Internet copyright; joint offence

(责任编辑:董兴佩)