

# 深层链接著作权侵权认定的实证研究

## ——以欧盟法下的新公众标准为视角

李光宇

(香港大学 法学院, 香港 999077)

**摘要:** 设置深层链接是否构成信息网络传播权直接侵权尚无定论。对信息网络传播行为的判定, 国内形成服务器标准和非服务器标准对立之局面, 而欧盟法下的新公众标准有截然不同的判定逻辑。基于 140 个中国法院案例的实证研究揭示: 被链作品不侵权的案例中, 是否产生“新公众”对于裁判结果有显著影响; 被链作品侵权的案件中, 裁判理念仍与新公众标准的判定逻辑相符。中国司法实践整体呈现出的裁判规律与新公众标准的隐性契合彰显司法智慧。深层链接是否使得作品向著作权人首次传播所预计的公众范围之外的“新公众”传播应当是判定直接侵权的依据。

**关键词:** 加框链接; 信息网络传播权; 新公众标准; 服务器标准; 直接侵权; 法律实证研究

中图分类号: D923.41

文献标识码: A

文章编号: 1008-7699(2024)04-0035-12

著作权法以实现创作激励与公共利益之间的平衡为目的。然而, 作为一种特殊的网络链接, 深层链接<sup>①</sup>对著作权侵权认定提出了挑战。网络链接一般是指超文本上信息之间的连接, 最常见的是网页上可点击跳转的文字。<sup>[1]</sup>网络链接帮助连接信息、定位信息, 是互联网的重要要素。不同于帮助连接信息的可点击跳转链接, 深层链接能够实现在设链者界面展示作品的效果, 因此引发设置深层链接是否构成信息网络传播行为的讨论。

中国《著作权法》(2020 年修正)第 10 条第 1 款第 12 项和《信息网络传播权保护条例》(2013 年修订)第 26 条规定了信息网络传播权。《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》(2020 年修正)(以下简称《信息网络传播权司法解释》)第 3 条第 2 款中规定:“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。”但如何解释和适用以上条款以规制深层链接尚无定论。

国内现有讨论形成了判定信息网络传播行为的服务器标准与各种非服务器标准之对立局面。欧盟法下的新公众标准有截然不同的判定逻辑, 以欧盟法下“新公众”的判定基础为要素的实证研究可以破解国内标准之争的僵局, 为当前的讨论作必要的补充。本文首先交待引入实证研究的逻辑起点, 接着介绍实证研究的设计、分析和结论, 揭示中国司法实践呈现出的裁判规律: 是否使得作品向初始传播的受众之外的“新公众”传播对于判定深层链接侵权与否有显著意义, 新公众标准的精神内核实际上是中国法院规制深层链接的逻辑, 这体现出中国法院的裁判智慧。这是因为“新公众标准”在根本上尊重著作权人控制其作品传播的意图, 合理赋予经济权利保护, 有助于实现创作激励和社会公共利益保护之间的平衡。

收稿日期: 2024-02-01

作者简介: 李光宇(1994—), 男, 内蒙古赤峰人, 香港大学法学院博士研究生。

<sup>①</sup> 这里的深层链接特指“加框链接”“内嵌链接”“嵌入式链接”“内链接”“聚合链接”。严格意义上, 这些链接均是深层链接, 但并非所有深层链接都引发争议。一些研究者和法院没有区分它们和其它深层链接, 故本文也使用“深层链接”的常见表述。

## 一、实证研究的逻辑起点:侵权判定标准的同一与割裂

### (一)作为主流标准的服务器标准

判断是否为信息网络传播行为时,服务器标准是指案涉作品的内容是否存储于被告的服务器中。<sup>①</sup>根据服务器标准,设置深层链接的行为不是提供作品的行为(信息网络传播行为),不构成直接侵权;设置深层链接的行为仅是《信息网络传播权保护条例》(2013年修订)第23条<sup>②</sup>下的提供链接服务的行为,仅可能在被链者直接侵权、设链人明知或应知侵权的前提下构成间接侵权。

有学者认为,基于对国际条约和各国著作权法的文义和体系的解释,信息网络传播行为应仅限于形成了“传播源”的首次使作品处于可为公众获得的状态的行为,即上传作品至服务器中的行为,而设置深层链接并不会产生新的“传播源”,故不构成信息网络传播行为。<sup>[2]</sup>也有学者从传播行为的物理特征角度<sup>[3]</sup>以及中国、美国司法实践的历史角度,证成服务器标准<sup>[4]</sup>。

服务器标准通常被认为是侵权判定的主流标准。“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……”<sup>[5]</sup>，“‘服务器标准’在我国有着较大的市场,被多数司法者认可……”<sup>[6]</sup>，“当前流行的观点认为,信息网络传播行为仅限于……将作品上传或者以其他方式置于向公众开放的网络服务器中……”<sup>[7]</sup>，但该标准的优势地位目前没有实证上的支撑。即便服务器标准确实为主流标准或称司法通说,也不意味着因主流地位而当然合理。支配性意见的存在只意味着持少数意见的人承担更多的论证义务。<sup>[8]</sup>

### (二)共同强调传播结果的非服务器标准

非服务器标准有用户感知标准、后续提供标准、新用户感知标准等,它们的基本立场是,设置深层链接构成作品提供行为而非单纯的网络链接服务提供行为。各个非服务器标准从不同角度强调同一个判定信息网络传播行为的基础——深层链接导致作品被传播的结果,即作品可被展示、可被网络用户获取,著作权人的利益因为深层链接的传播结果受到损害,著作权人作为传播者的地位被替代。

用户感知标准认为,“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。”<sup>③</sup>设链行为何以让用户认为内容是设链者提供?因为深层链接客观上使得用户可以获取作品。类似地,后续提供标准认为,“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……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,其性质与初始提供行为别无二致”,构成作品提供行为。<sup>[5]</sup>新用户感知标准认为,如果行为人通过深层链接等方式能够让公众成员感知作品,就认为他实施了向公众提供作品的行为。<sup>[9]</sup>“从‘效果’考察或验证‘行为’”是判断行为人直接侵权的“必经之路”。<sup>[9]</sup>新型消费者标准认为,“向公众提供”行为有两个要件需要被满足:行为人在提供作品访问路径上采取了必要措施+满足公众合理需求(后者的判断标准是公众是否能够直接观看主要内容或全部内容)。<sup>[10]</sup>该标准强调公众能否直接获取作品内容是判定依据,实际上也是以传播结果为中心。根据实质提供标准,不同于普通的链接,加框聚合链接可以使用户欣赏到作品;从用户能否获得作品的角度看,点击即下载的连接也与加框聚合链接一样,二者并没有不同。<sup>[11]</sup>在内容显示标准下,“任何在网页、移动客户端等界面向公众显示版权作品内容,并且使公众能在其选定的时间、地点依其需求获取作品的,构成信息网络传播行为。……加框链接形式将他人作品内置于自己界面进行显示,使用户可以在其界面直接欣

① 北京知识产权法院民事判决书(2015)京知民初字第559号民事判决书;Perfect 10 v. Google 416 F. Supp. 2d 828, 839.

② 《信息网络传播权保护条例》(2013年修订)第23条规定:“网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务……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。”

③ 北京知识产权法院民事判决书(2015)京知民初字第559号民事判决书。

赏、获取作品的,则加框链接平台就应当被认为实施了信息网络传播行为。”<sup>[12]</sup>“内容显示标准实际上将信息网络传播行为的关注点放到了‘使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品’的传播效果上。”<sup>[12]</sup>

还有一些标准从经济利益的角度论证传播结果应为侵权判定依据。著作权人作为传播者的地位被设链者替代,其利益受损是作品可被公众获取的传播结果从经济利益角度观察的自然结论。比如,实质性替代标准认为,“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……构成信息网络传播行为。”<sup>①</sup>实质呈现标准认为,如果设链者通过深层链接“将他人作品作为自己网页或客户端的一部分向用户展示,使用户无需访问被链的网站,则设链者就应当被视为是作品的提供者。”<sup>[13]</sup>“从著作权人和用户的角度看,加框链接所实现的传播效果与直接的‘机械表演’、放映、广播或网络传输行为<sup>②</sup>几乎没有差别。”<sup>[13]</sup>

另有代码标准认为,“认定内容提供与否,可以通过分析服务商的网页代码编写方式来判断。”<sup>[14]</sup>“如果代码形成的网页呈现的只是一个链接标识,则属于技术支持,如果代码旨在将内容本身调入网页,则属于内容提供。”<sup>[14]</sup>“使用 iframe 技术得到的网页效果可以达到与从自己的服务器上调取内容并无二致的程度。”<sup>[14]</sup>“无论运用何种技术,如果其效果是造成对版权人作品传播市场的替代,就越过了技术支持的界限而步入内容提供之列。”<sup>[14]</sup>换言之,代码标准认为,因为深层链接使得作品内容被展示或呈现,所以设链行为构成内容提供行为,构成直接侵权,而原告和法院可以从被告网页的源代码编写方式上寻求证据支持。<sup>③</sup>

可见,以上各个非服务器标准达成的共识在于:传播结果应当是判定信息网络传播行为的依据。

综合前文论述可知,在“主流标准”服务器标准和强调传播结果的非服务器标准的对立下,深层链接问题无法得到解决。甚至最差的情况是,法院预设一种结论,再从两种无法互相驳斥倒对方的意见中择取一种。法官可能用看似合理的法律技术实现了一种偏见,比如策略性地解释和适用法律,从预先判定的判决结果反推事实认定。<sup>[15]</sup>

### (三)相去甚远的新公众标准

与上述标准不同的是,欧盟法院(Court of Justice of the European Union, CJEU)采用新公众标准。在新公众标准下,深层链接是否构成向公众传播行为<sup>④</sup>,以是否产生了一个“新公众”为前提:若深层链接使得作品被传播给著作权人首次传播所预计公众范围之外的公众,则构成向公众传播行为,构成直接侵权。<sup>[16]</sup>

新公众标准起源于 SGAE 案:一家酒店将广播电视信号转输给酒店每个房间的电视,CJEU 认为,酒店房间的客人并非原始的电视广播组织的最初传播所指向的受众(the recipient public was different from the one at which the original communication was directed),因此酒店是向新公众(a new public)传播。<sup>⑤</sup> 此标

① 北京知识产权法院民事判决书(2016)京知民终字第 143 号民事判决书。

② 根据上下文,“网络传输行为”应指上传作品至服务器的行为。

③ 代码标准的优势体现于此。根据《信息网络传播权司法解释》第 6 条,首先原告初步证明可以在从被告网站上获取作品,接下来被告要证明其提供的仅是链接服务且无过错。但在司法实践中,有些案件中并未适用这样的举证责任倒置规则,或者,一些案件中的法院会综合考虑涉案证据,判定被告已完成对其“提供的仅是链接服务”的举证,引发不确定性。如在“捷成华视网聚(常州)文化传媒有限公司与江西掌中无限网络科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷”案中,法院在考虑三个证据后认为,原告提供的证据不足以证明被告提供了案涉作品,被告提供的用以证明其提供的仅是链接服务的证据更具可信性。参见江苏省常州市中级人民法院(2018)苏 04 民终 1861 号民事判决书。代码标准可以在这类案件中帮助抵消司法过程中的不确定性,毕竟代码将以直白的方式呈现事实——只需看代码编写方式是 iframe 还是普通链接标识。

④ 欧盟 2001 年《信息社会版权指令》(Directive 2001/29/EC)第 3 条第 1 款规定了向公众传播权(right of communication to the public)。

⑤ See C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de Espana v. Rafael Hoteles SL, EU: C:2006:764 (CJEU (Third Chamber)) (SGAE).



准被后来的 FAPL 案确认,也在 TV Catchup 案、Svensson 案等中适用。<sup>①</sup>

涉及深层链接<sup>②</sup>的 BestWater 案中,CJEU 认为深层链接不构成向公众传播行为,因为没有新公众产生。<sup>③</sup>而传播行为必须产生了新公众。<sup>④</sup>根据 CJEU 的观点,如果行为人(被告)使用的技术与著作权人授权传播使用的技术不同,那么就推定产生了新公众;但本案中,设链者和被链者使用的是相同的技术(都是互联网传播技术),因此需要进一步根据其他事实判定深层链接是否创造了“新公众”,<sup>⑤</sup>即是否让初始传播的受众以外的公众成员可以获取作品。本案中,案涉作品已经在版权授权的情况下在被链网站上免费提供给所有互联网用户,被链网站和设链网站的潜在用户都是全体网络用户,二者的目标受众相同,所以不产生新公众。<sup>⑥</sup>

该标准与国内的各种标准——无论是强调传播结果的非服务器标准,还是以是否存储于服务器中作为判定基础的服务器标准——似乎都相去甚远,这种现象值得思考。毕竟,“人同此心,心同此理”,在比较法中常有相通之处,才是符合直觉的。<sup>[17]</sup>有学者指出:“无论这个世界有多大、人群有多少,我们的思想都必须从人出发,也就是说,必须将所有的人和所有的人群还原成一个基本元素——人(Mensch, human being)。因此,无论是西方或东方,其实都有一个共同的起点,这就是人。而用于调整人类社会各种关系,建立人类社会根本秩序的法律,也必然会因为有一个共同的起点而有普遍的共同之处。于是,所有的人或所有的人群都有或者必然有共同的追求和理想,都有一种可以达成共识和普遍确认的理性。正是因为人类这种共同本质和共同理性,使得一种普遍适用于人类社会的普遍法或共同法规则必然会在。”<sup>[18]</sup>

为何中国与欧盟就同一问题有看似截然不同的规制路径?为何现象与“心同此理”的朴素直觉相悖?此为以实证方法探究深层链接引发的著作权侵权判定问题的逻辑起点。在下文实证研究中,笔者将揭示,新公众标准的精神内核已在中国司法实践中发挥重要作用。

## 二、中国司法实践的实证检验——以“新公众标准”为视角

在威科先行法律数据库检索到 2483 项结果,<sup>⑦</sup>经过逐一阅读,剔除重复和无关的案例,得到 150 份以深层链接是否构成信息网络传播行为为争议焦点的裁判文书。其中有 10 份无法作为分析样本。<sup>⑧</sup>故纳入实证分析的样本数为 140 个。本文将 140 个案例分为两大类,一类是深层链接指向的作品即被链作品不侵权,一类是被链作品侵权。

### (一)深层链接指向的作品不侵权的案例

77 个被链作品不侵权的案例中,43 个案例认定构成直接侵权,34 个案例认定不侵权。本文欲检验在这些案件中,“新公众”对于裁判结果可能的影响。研究方法采用对有无新公众与裁判结果作卡方检验。

<sup>①</sup> See C-403/08 Football Association Premier League Ltd. and others v. QC Leisure and others, EU: C: 2011: 631 (CJEU (Grand Chamber)) (FAPL); C-607/11 ITV Broadcasting Ltd. and others v. TV Catchup Ltd. (No. 2), EU: C: 2013: 147 (CJEU (Fourth Chamber)) (TV Catchup); C-466/12 Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB, ECLI: EU: C: 2014: 76 (CJEU (Fourth Chamber)) (Svensson).

<sup>②</sup> 准确地说,是使用“加框技术(framing technique)”的链接。See C-348/13 BestWater International GmbH v. Mebes, EU: C: 2014: 2315 (CJEU) (BestWater).

<sup>③</sup> See C-348/13 BestWater International GmbH v. Mebes, EU: C: 2014: 2315 (CJEU) (BestWater).

<sup>④</sup> See C-348/13 BestWater International GmbH v. Mebes, EU: C: 2014: 2315 (CJEU) (BestWater).

<sup>⑤</sup> See C-348/13 BestWater International GmbH v. Mebes, EU: C: 2014: 2315 (CJEU); C-466/12 Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB, ECLI: EU: C: 2014: 76 (CJEU (Fourth Chamber)).

<sup>⑥</sup> See C-348/13 BestWater International GmbH v. Mebes, EU: C: 2014: 2315 (CJEU) (BestWater).

<sup>⑦</sup> 高级检索功能下,在关键词一栏输入“信息网络传播权”“链接”“直接侵权”;在“包含以下任意一个关键词(OR)”一栏输入“服务器”“用户感知”“替代”“呈现”“误认”“跳转”;审判日期未设置,故结果仅包括检索之日及之前审判的案例,即 2021 年 7 月 22 日及之前。

<sup>⑧</sup> 因为原告仅主张被告构成直接侵权,故法院在认定不构成直接侵权后并未说明是否构成间接侵权,故无法确定对本研究有意义的裁判结果。

待检验的原假设为“新公众”与裁判结果独立。

首先说明变量的设置方式,如表 1 所示。一个变量是裁判结果。法院认定深层链接是提供作品的行为,或者认定证据不足以证明是仅提供链接服务的行为,裁判结果均为设链行为构成直接侵权,记为 1;<sup>①</sup>认定不侵权的,记为 0。

表 1 变量设置

变量	定义
裁判结果 (DECISION)	指裁判结果是设置深层链接的行为是否构成侵权。直接侵权记为 1,不侵权记为 0。
是否产生新公众 (AUDIENCE)	当深层链接使得作品向初始传播的受众之外的“新公众”传播,即著作权人起初授权的传播范围不覆盖设链者的受众时,记为 1;否则记为 0。

另一个变量为是否产生新公众,即深层链接的受众是否被著作权人起初授权传播的范围覆盖。若产生了新公众,即深层链接的受众起初未被著作权人授权传播的范围覆盖,记为 1。以下四种情形中有新公众产生。

第一,深层链接避开技术措施。技术措施可以明确表明权利人不希望突破技术措施、未经许可的作品使用行为,此时设链者突破技术措施,将作品传播给本不可以获得作品的受众,这些受众没有被权利人所意图传播的范围覆盖。技术措施是指著作权人利用加密技术等方式制止未经著作权人或法律准许的作品使用行为使用的技术方法和手段,它可以确保著作权人对作品的控制。<sup>[19]</sup>其防止未经许可的作品使用的功能本身明确表明了著作权人对传播范围的控制意图。

第二,深层链接突破数字版权管理技术<sup>[20]</sup>,如付费门槛。非链接行为网络用户须付费、成为会员、观看片前广告或付费去广告后才可以获取作品,而深层链接却使得设链者的受众无需支付费用即可获取作品,而这些受众本在著作权人授权的传播范围之外。<sup>②</sup>

第三,著作权人授权给被链方,并在授权协议中禁止被链方以深层链接等形式与第三方合作,或者约定了合作范围,该范围不包括设链者的平台。在此情形中,著作权人起诉设链方。

第四,著作权人或者被链者在其作品页面声明“未经许可请勿转载”“禁止设置深层链接”等。在此情形中,著作权人或者被链者起诉设链方。

以上体现了本文所认可的“新公众”产生的逻辑。就前述第一、二种情形,技术措施和付费门槛可以非常清晰地表明设置者的授权范围,以至于有观点认为突破技术措施的设链行为以保护技术措施条款规制便足够。<sup>[21]</sup><sup>③</sup>就前述第三、四种情形,著作权人的版权许可协议或者以链接等方式传播作品必须得到授权,虽不如技术措施清晰,但也足以表明深层链接的受众起初是否被著作权人授权传播的范围覆盖。德国法院为授权协议约定的传播范围判定是否有新公众产生的做法提供了借鉴:即便 CJEU 已经作出深层链接不构成向公众传播行为的判决,德国联邦最高法院仍然在“真相案”中认为,若首次传播经过著作权人许可,但著作权人通过相应的提示已告知其许可传播范围只限于特定网站的,那么不得进行深层链接,设置深层链接将产生新公众。<sup>[16]</sup><sup>47</sup>只要著作权人对于其作品传播的决策没有被干涉,设链行为就不是违

① 这里不仅有裁判结果为直接侵权的,还包括“即使不构成直接侵权,也构成间接侵权”的 12 个案例。

② 一般来讲,付费门槛也是通过数字版权管理技术实现的,属于技术措施。但是裁判文书没有明确使用技术措施的表述而仅提及有付费门槛,故单独构成一类。

③ 甚至认为设置深层链接不构成信息网络传播行为的观点(服务器标准)也赞成以保护技术措施条款规制。参见王迁:《论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制》,载《法学》2016 年第 10 期,第 23-39 页。有类似的观点主张设链行为不构成向公众传播,但会因突破技术措施引发其他责任。See European Copyright Society. Opinion on the reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson[EB/OL]. [2024-02-04]. <https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/>. 由此,可以说服务器标准、中国司法界和学界提出的非服务器标准、欧盟法院的新公众标准实际上在对基本问题的判断上保持了一致。

法的,相反,在以下三种情形中设链行为违法:被链作品侵权、技术保护措施被突破、对作品设置链接进一步传播有违著作权人明示或者默示的意图。<sup>①</sup>

若未产生新公众,即深层链接的受众已被著作权人起初授权传播的范围覆盖,记为0。这些案件不涉及前述四种产生新公众的情形。另外几起案件中,可以推定法院的观点是著作权人授权传播的范围覆盖了设链者的受众,<sup>②</sup>即未产生新公众。

表2和表3共同呈现了卡方检验的结果。通过卡方检验可知,裁判结果与新公众是否产生有关。具言之,表3显示,在0.01的置信水平上,“有新公众”与“直接侵权”的裁判结果关联,“无新公众”与“不侵权”的裁判结果关联,在统计学上有较高的显著性(卡方检验P值为0.07)。通过表2可知,深层链接案件中,若无新公众产生,则裁判结果是直接侵权的概率约为35.7%,而有新公众产生的案件裁判结果是直接侵权的概率约为67.3%,二者之间差异明显。故有理由认为,新公众存在的事实更可能导致直接侵权的裁判结果,新公众不存在的事实更可能导致不侵权的裁判结果。

表2 AUDIENCE \* DECISION 交叉表

		DECISION		总计
		不侵权	直接侵权	
AUDIENCE	无新公众	18	10	28
	有新公众	16	33	49
总计		34	43	77

表3 卡方检验结果

	值	自由度	渐进显著性(双侧)
皮尔逊卡方	7.231 <sup>a</sup>	1	0.007

a. 0个单元格(0.0%)的期望计数小于5。最小期望计数为12.36。

## (二)深层链接指向的作品侵权的案例

在140个相关案件中,被链作品侵权的案例有63个。以下是对此63个案件的实证分析。

### 1. 初步分析

若被链作品侵权,设置深层链接的行为是否构成侵权,理论上三种裁判结果:构成信息网络传播行为,是直接侵权;不构成信息网络传播行为,仅为提供网络(链接)服务的行为,且因设链者明知或应知被链作品侵权而构成间接侵权;仅为提供链接的行为,且因设链者不明知且不应知被链作品侵权而不构成侵权。

如表4所示,在被链作品侵权的63个案例中,15个认定了直接侵权,31个为间接侵权,17个结果为不侵权。这意味着,当被链作品侵权,多数的(73%)法院认定设链者侵权(包括直接侵权和间接侵权)。其中,认定间接侵权的案件占比最多,占比近半(49.2%)。

<sup>①</sup> See Association Littéraire et Artistique Internationale. Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment - focus on linking techniques on the Internet[EB/OL]. [2024-02-04]. <https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>.

<sup>②</sup> 北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书(法院明确说明该案不考虑突破技术措施的问题,即为了本研究的目的可认为该案裁判结果的前提是被告并未突破技术措施);上海市闵行区人民法院(2012)闵民三(知)初字第552号民事判决书(原告与被链者的许可协议规定仅可在被链者的“自身平台”传播作品,法院认定设链者与被链者的合作方式仍然属于“自身平台”的范围);北京知识产权法院(2019)京73民终2076号民事判决书;北京市西城区人民法院(2018)京0102民初31855号民事判决书(法院基于被链者设有声明禁止使用作品的事实认定构成默示许可)。



表 4 被链作品侵权案件的裁判结果统计

裁判结果	直接侵权	间接侵权	不侵权
案件数(个)	15	31	17
占比(%)	23.8	49.2	27
主观状态	12 个案件中明知或应知, 3 个案件未说明	明知或应知	不明知且不应知

多数案例的结果是侵权,这仍然符合新公众标准的判定逻辑。如前所述,“新公众”是否产生取决于深层链接的受众是否起初被著作权人授权传播的范围覆盖。在被链作品侵权的情形下,被链作品的传播首先就未经授权,对未经授权的作品设置深层链接,是在扩大原本未被著作权人授权的作品传播范围,一定产生了“新公众”。<sup>①</sup> 德国联邦最高法院据此认为,对未经著作权人同意而由第三人传播的作品设置深层链接,产生了新公众。<sup>[16]47</sup>

## 2. 进一步分析

表 4 显示,所有认定为侵权的案件中,设链者均有明知或应知侵权的主观状态,而所有认定为不侵权的案件中均无此状态。这符合一般侵权判定规则。<sup>②</sup> 甚至,在无过错责任原则适用的直接侵权案件中,12 个案件仍讨论了设链者的主观过错。实际上,若进一步检视法院关于设链者主观过错的认定,可以发现法院隐藏的裁判理性。

从设链者是否承担责任的角度讲,间接侵权与直接侵权的裁判结果指向相同的结果:若构成直接侵权,则设链者承担直接侵权责任;若构成间接侵权,则设链者承担连带责任。

基于此,笔者猜想:至少一部分法院认定设链者构成间接侵权而非直接侵权,并非因为法院确实认为设置深层链接仅属于提供网络链接服务因而在设链者明知或应知侵权时构成间接侵权,而是由于法院想要实现相同的效果,同时避免不恰当的表述,以减少说理的负担和裁判的阻力。“深层链接是提供作品的行为而非提供网络连接服务的行为”的裁判观点与有一定影响力的“主流标准”——服务器标准——冲突而受到批判。换言之,考虑到服务器标准的影响力,法院会避开与服务器标准冲突的意见,并不以直接侵权的形态规制深层链接,而是认定构成间接侵权。这个猜想可从一些案件中获得例证。

首先,有些法院反常地摒弃了间接侵权的分析框架。比如,在一起案件中,被告设链者突破了原告被链者的技术措施,使得原本需要支付会员费才能在原告网站上获得作品的受众免费在设链者网站获得作品,法院认定设链者使用了深层链接,但认为不构成直接侵权,而构成间接侵权。在并无直接侵权人的前提下,此认定不当。<sup>③</sup> 再如,有法院认定深层链接不构成直接侵权,但构成间接侵权;但反常的是,法院的理由是被告明知自己(而非直接侵权人)可能侵权,因此有过错。<sup>④</sup> 《信息网络传播权保护条例》第 23 条

<sup>①</sup> 这是依据 Svensson 案判决逻辑的必然结论。若遵循 Svensson 案中关于新公众的裁判思想,对侵权作品设置深层链接的被告构成直接侵权,因为著作权人起初没有授权传播其作品,著作权人根本没有设想一个在许可传播范围内的受众,通过链接传播作品到达的受众必定在著作权人起初授权的传播范围之外,故设链行为必定产生新公众。See ROSATI E. Linking and copyright: Easier at last? First national applications of the CJEU GS media judgment[M]//SYNODINOU T E, JOUGLEUX P, MARKOU C, et al. EU Internet law in the digital era. Cham: Springer, 2020: 68. 值得注意的是 GS Media 案采取了完全不同的认定方法:被告对未经授权的作品设置链接的行为是否构成向公众传播,要考察被告是否以营利为目的,或者知道或者应当知道被链接作品的非法状态。See C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and others, EU: C:2016:644 (CJEU (Second Chamber)) (GS Media). 但 CJEU 在 GS Media 案中采取不同判定方式的原因及正当性,属本文讨论范围之外。

<sup>②</sup> 《中华人民共和国民法典》第 1169 条规定:“教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任……”《信息网络传播权司法解释》第 8 条规定:“人民法院应当根据网络服务提供者的过错,确定其是否承担教唆、帮助侵权责任……过错包括对于网络用户侵害信息网络传播权行为的明知或者应知……”

<sup>③</sup> 上海市浦东新区人民法院(2019)沪 0115 民初 73463 号民事判决书。

<sup>④</sup> 湖北省高级人民法院(2014)鄂民三终字第 00106 号民事判决书。在直接侵权与间接侵权的二元结构下,法院对被告主观过错的分析确实值得商榷。但该案判决并非无本之木:法院关于被告知晓其自己行为的后果的说理与 CJEU 在 GS Media 案中的转变如出一辙。在 GS Media 案中,CJEU 认为被告对其行为可能造成的后果是否有明知或应知的主观状态(in full knowledge of the consequences of its action)对于侵权判定是必要的。See C-160/15 GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and others, EU: C:2016:644 (CJEU (Second Chamber)) (GS Media).

规定的“明知或应知”是指行为人明知或应知他人直接侵权的事实,而非明知或应知行为人自己可能侵权的结果。有法院在认定不构成直接侵权后,就间接侵权问题,认为设链者被告网易有道公司“通过预先提供知名视频网站列表并在用户搜索时予以优先选择,对作为搜索对象的视频资源网站进行了筛选,可见网易有道公司明知通过其提供的服务能够让网络用户观看到相应影片,亦应知道播放相应影片需要获得授权、其提供的影片存在侵权播放的可能”<sup>①</sup>。上述三个案件中,法院不关注设链者明知或者应知他人是否直接侵权,甚至不关注有没有他人直接侵权的前提,就认定设链行为构成间接侵权,背离了间接侵权规则的应然逻辑。

其次,在一些案件中,法院对于设链者明知或应知的主观过错的分析较为简略。<sup>②</sup>证明网络服务提供者实际知道他人侵权不易,法院通常以“应知”认定主观过错,而“应知”作为判定依据为法院提供了很大的裁量空间。<sup>[22]</sup>《信息网络传播权司法解释》第9条规定,认定网络服务提供者的“应知”应综合考虑以下因素:管理信息的能力,作品类型、知名度和侵权信息的明显程度,是否有选择、编辑、修改、推荐等主动行为,是否采取预防侵权的合理措施,是否有便捷的侵权通知接收程序并及时反应,是否对重复侵权行为采取措施。在应当充分说理的前提下,法院笼统地判定设链者的主观状态,有为间接侵权规则的适用创造条件之嫌。

另外,有些法院会刻意减轻设链者的举证负担。根据《信息网络传播权司法解释》第6条,首先原告初步证明可以从被告处获取作品,接下来被告要证明其提供的仅是链接服务且无过错。在认定设链者仅提供网络链接服务后,间接侵权的分析才能展开。但是,一些法院对用于证明被告提供的仅是链接服务的证据要求畸低,只需要提供作品上的水印、设链界面作品来源的标注等这些可以在技术上被设链者人为修改的信息即可,<sup>③</sup>降低了设链者的举证负担,为顺利进入间接侵权的分析消除障碍。这与一些裁判结果是直接侵权的案件中法院的观点截然相反。<sup>④</sup>

对于以上情况,若考虑到法院面对“主流标准”时的潜在压力及其援引间接侵权规则的应对策略,便不难理解法院看似不妥的说理背后的理性。

总之,本部分的结论是,被链作品侵权的案例中,多数法院的裁判结果是直接侵权或间接侵权,即多数法院认定构成侵权。因为被链作品侵权的情形必然产生新公众,故法院认定直接侵权的裁判结果契合新公众的逻辑。有些法院认定构成间接侵权,可能是为了避免与有一定影响力的“主流标准”(服务器标准)冲突,并不认为设链行为确应构成间接侵权。

### 三、“新公众标准”的功能优势及完善方向

基于140个样本的实证研究的结论可以归纳出:中国广泛的司法实践与欧盟法院的做法类似,即中国法院的裁判原理与“新公众标准”契合,此发现为我国借鉴欧盟经验提供了支持。引入“新公众标准”以解决深层链接引发的信息网络传播权侵权判定难题,现实阻力和成本低,具有实证基础。破解思路在于引入“新公众标准”的视角,确保认真对待著作权人关于其作品如何传播、在多大范围内传播的意图。

本文还将进一步揭示借鉴“新公众标准”的必要性和正当性。已有学者主张中国应当采纳“新公众标

① 北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第03476号民事判决书。

② 比如有法院认为“视畅公司系专业的视频搜索链接服务提供者,显然应具有较高的信息管理能力,应对其搜索链接的涉案节目负有一定的注意义务……视畅公司的链接服务行为客观上促进并便利了侵权节目的网络传播,因此,视畅公司应知侵权仍搜索链接了涉案电影。”上海市徐汇区人民法院(2016)沪0104民初20062号民事判决书。

③ 比如上海市徐汇区人民法院(2015)徐民三(知)初字第57号民事判决书。

④ 比如北京市高级人民法院(2020)京民再142号民事判决书(法院认为视频播放页面出现的“搜狐视频”水印不足以确认视频来源,被告并非仅提供链接服务);北京知识产权法院(2015)京知民终字第1444号民事判决书(法院认为涉案节目播放视频画面显示了“搜狐视频”的水印,仅凭该水印并不足以证明涉案节目系链接自“搜狐视频”,被告并非仅提供链接服务);北京知识产权法院(2019)京73民终1959号民事判决书(法院考虑到涉案来源网页地址可由其自行编辑和其他事实,认定被告并非仅提供链接服务)。



准”,从该标准的起源、政策功能、教义学基础等方面展开了详细论证。<sup>[16]</sup>并且,该学者指出“新公众标准”可与其他标准如“实质替代标准”(即本文所指“非服务器标准”)“服务器标准”共存,检验了三者联系。<sup>[16]54-55</sup>笔者在此补充指出为何应采“新公众标准”而不是“服务器标准”或“非服务器标准”。这与“新公众标准”的作用、适用价值和意义密不可分。

根据服务器标准,设置深层链接不构成直接侵权;只有链接行为同时突破了被链者设置的技术措施时,才引发著作权法下规避技术措施的责任。<sup>[2]</sup>但是,此标准等同于鼓励使用技术措施,有碍作品传播和信息流动。当著作权人不利用技术措施、而是使用“法律措施”表示其不希望被链接的意图时,<sup>①</sup>坚持服务器标准使该意图完全被忽视,著作权人的权利将被架空。另外,防止规避技术措施条款能否实现著作权人的完全救济,以及仅以该条款规制具有作品传播(展示)功能的深层链接,是否有损对信息网络传播权内涵和外延的正当理解,均有待进一步商榷。

而根据非服务器标准,设置深层链接使得设链者可以在其自己的网站界面展示作品,使得深层链接展示作品的功能被认可。但是,采非服务器标准不顾著作权人意图以何种方式、在什么范围内传播作品,一概地认为设置深层链接的行为构成侵权,可能会赋予著作权人本不需要的权利保护,导致权利人按其意图许可传播作品的可能性丧失,不利于互联网信息流通和作品传播,有损社会公众对于作品的获取利益。比如,某作者上传其视频作品到互联网时,未使用任何技术措施,也没有任何关于禁止链接的声明,这意味着其默许了深层链接或其他传播行为。<sup>②</sup>此时,认定链接侵权而提供不必要的著作权保护,将对链接产生寒蝉效应,有损互联网的基本运行,妨碍作品的传播。因为即便默许有适用的空间,但其解释适用有不确定性并且起诉主动权在著作权人,潜在设链者担忧其事后起诉、主张侵权。

“新公众标准”的判定逻辑其实是在各种非服务器标准基础上的更进一步:关注深层链接造成的传播结果,在此基础上看作品传播范围大小,即设链者的受众是否在著作权人授权传播的范围之外,其判断逻辑为“在著作权人意图传播的范围之外的传播→产生了‘新公众’→直接侵权”。这既关照了深层链接的作品传播功能,也完全尊重了著作权人的传播意图,从而避免了前述服务器标准与非服务器标准的弊端。这与一位学者的观察相符:实质呈现标准(属本文所指“非服务器标准”)与欧盟新公众标准相似,二者均涉及深层链接究竟何以构成传播行为,以及深层链接对于作品传播的介入在什么程度上才构成传播行为。<sup>[23]</sup>深层链接何以构成传播行为?因为其具备作品传播的功能,可以实现作品传播的结果。根据非服务器标准,“加框链接在结果上都构成对向公众传播权的直接侵权。”<sup>[16]55</sup>在此基础上,深层链接对于作品传播的介入在什么程度上才构成传播行为?根据“新公众标准”,当设链者的受众不能被著作权人起初授权的传播范围所覆盖——即产生了“新公众”时,构成传播行为。

一个深层链接是否导致作品向著作权人意欲使其作品到达的范围之外的受众传播,即是否向“新公众”传播,应当成为判定该深层链接侵权的依据。著作权的本质是传播控制权,<sup>[14]</sup>核心是保护著作权人的财产权益。<sup>[24]</sup>著作权法以实现创作激励和社会公众的利益为目标。在本质上,著作权法就是将作品和作者获得市场回报的商业化过程联系起来的法律制度。<sup>[9]</sup>著作权人对于其作品传播的控制,必然在传播市场中通过经济利益实现。考虑经济利益,就无法避开对传播者地位的替代关系的讨论。深层链接的设链者替代了被链者的作品,截取了传播产生的经济利益。<sup>[25]</sup>CJEU 在一系列案件中对向公众传播行为的判断,包括对作品使用者角色的强调,也是在基于经济和物质回报(remuneration)考量的总体评估中完成

<sup>①</sup> 比如,通过网站告示声明表示禁止链接,参见范长军:《加框链接直接侵权判定的“新公众标准”》,载《法学》2018年第2期,第47页。再如,许可人通过许可协议指出其许可传播的范围不包括被许可人或者其他第三方通过加框链接传播作品,参见上海第一中级人民法院(2013)沪一中民五(知)终字第126号民事判决书。该案中,法院不当地基于服务器标准认定被告设置加框链接不构成侵权,无视了作为许可人的原告许可案外人时表明的不希望超越特定范围传播作品的意图。

<sup>②</sup> 这正是欧盟法院裁判的 Svensson 案中的事实。See C-466/12 Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v. Retriever Sverige AB, ECLI:EU:C:2014:76 (CJEU (Fourth Chamber)), paras. 26-28.

的。<sup>[26]</sup>不仅如此,构成作品市场的替代(market substitution)方面的经济考量在著作权法中的地位举足轻重,在调节社会公众和著作权人利益平衡上发挥重要作用的合理使用制度中也应是要件之一。<sup>[27]</sup>“新公众”超出了著作权人对作品传播范围的控制,在授权传播范围之外,若放任产生新公众的深层链接行为,则著作权会受到侵蚀甚至架空。将产生新公众的、未经许可、通过深层链接方式实现的作品传播,置于信息网络传播权条款涵摄范围内,符合著作权法的宗旨和目的。

有必要指出,对于深层链接突破技术措施、数字版权管理技术以及被链作品属侵权的情形,法院认定深层链接使得作品向初始传播的受众之外的“新公众”传播,其合理性不言自明;然而在著作权人与被链者的版权许可协议禁止以深层链接的方式使用作品,或者著作权人声明未经许可不得转载的情形下,法院对产生新公众的判断是否合理,值得进一步研究。不同于技术限制(technical restriction)或者技术措施(technical measure),版权许可合同中禁止第三方以设置链接等方式商业利用属于法律限制(legal restriction)或者法律措施(legal measure),其对认定产生新公众的作用如何,根据 CJEU 的判决是不确定的。<sup>[28-29]</sup>

本文认为,有“未经许可不得设置深层链接”的网站声明、版权许可合同中的禁止设置深层链接条款等法律限制的情形下,法院应当认定深层链接使得作品向初始传播的受众之外的“新公众”传播。

在中国业界,存在通过网站声明的法律措施表明其不希望被链接的做法。<sup>[30]</sup>违背网站声明的设链行为,其法律评价有三种可能性。路径 1:无论有无网站声明,第三方均可以设链;路径 2:没有网站声明,第三方才可以设链,有网站声明则不能设链;路径 3:无论有无网站声明,第三方均不能设链。

根据网站是否存在声明来判断是否产生新公众,即路径 2,是较为合理的利益分配规则。若潜在的被链者并无网站声明,则设链者可以自由设置链接,这样的认定实际上是认可被链者的行为构成默示许可;若有网站声明,则法院尊重著作权人的意志,认定设置深层链接不当地扩大了著作权人意图传播的范围。路径 1 完全僭越了著作权人的意愿,考虑到深层链接的传播结果,该路径架空了著作权人对以网络方法传播其作品的控制力。相反,路径 3 不考虑默示许可的可能性,赋予著作权人绝对的控制力,姑且不论可能违背著作权人的本意,也损害公众对作品的获取利益。路径 2 更易实现著作权人与设置深层链接者及其他社会公众之间的利益平衡。在深层链接技术普遍使用的现实下,只要设置深层链接者能够识别网站声明中表明传播范围,便可以在确保不侵犯著作权的同时,尽可能保证深层链接的正常使用、促进作品的获取和信息交流。在确定著作权边界的现实难度方面,利益相关方和法院借助网站声明确定传播范围,以新公众是否存在为标准,识别和判定侵权行为。

类似地,在版权许可协议中有禁止设置深层链接条款的情形下,法院对待禁止条款的方式仍然是前述三种,且合理的方式仍然是路径 2。版权许可协议中的禁止条款与网站声明无异,可以表明著作权人意图授权传播的范围。第三方设链者均有不侵犯作者划定的传播范围的义务。需要注意的是,前述分析有一个假设,即著作权人与被链者之间的版权许可协议中禁止第三方设置深层链接的条款,是能够被第三方潜在设链者知晓的。相较于版权许可协议,潜在设链者更容易通过必要审查发现被链者的网站声明。可能的反对观点是:对于版权许可协议,第三方设链者没有义务或能力识别著作权人的“宣誓”。基于合同的相对性,著作权人与被链者之间的版权许可协议无法约束第三方设链者未与被链者合作的单方行为。版权许可协议仅表现了著作权人对传播范围的控制意图,设链者很难清楚协议的内容,确实无法明确知晓著作权人意图传播的范围。

如何克服此障碍?可能的路径是创设一个机制,使得著作权人合理、清晰地表达其是否希望被设链,降低潜在设链者对该传播意图的审查负担,实现著作权利益保护与公众审查义务之间的平衡。<sup>[31]</sup>著作权人可以将版权许可协议公示,以对抗第三人的不知情抗辩。作品登记制度已通过《著作权法》(2020 年修

正)第12条第2款<sup>①</sup>实现。依据该款,登记的功能主要是证明著作权的存在和归属,登记可作为纠纷中关于权属的初步证据。<sup>[32]</sup>依据该款,版权登记仅适用于作品权属认定,且仅有证据认定方面的积极意义,无法解决版权交易中的问题。然而,此前有观点主张,公示对抗主义应当扩大适用到版权领域,认为版权许可协议因当事人的意思表示合意达成,但协议公示后应当可以对抗第三人。<sup>[33]</sup>因此有理由以现行规定赋予登记后的版权协议对抗第三人的效力。版权交易公示可以克服交易各方及相关第三方信息不对称的问题,更好地明确权利的归属。<sup>[34]</sup>

总之,在未设置技术措施的前提下,著作权人也应当借助法律限制,比如网站声明和授权协议中禁止深层链接的条款,宣告其对传播范围控制的意图,而不必面对司法不确定性。

#### 四、结束语

在整体上,新公众标准的精神内核已体现在中国的司法实践中,引入和借鉴欧盟“新公众标准”来解决深层链接侵权认定难题具有实证基础。在一定程度上,中国法院能够自发地尊重著作权人对以什么方式、在什么范围内传播其作品的意图,促进实现创作激励与社会公共利益之间的平衡。这彰显了中国法院面对持续十余年仍然悬而未决的深层链接疑难问题的裁判智慧,也又一次诠释了法律界应对一个世界性问题的共同理性。<sup>②</sup>

#### 参考文献:

- [1] 李恪. 超文本和超链接[M]. 北京: 新星出版社, 2021: 25.
- [2] 王迁. 论提供“深层链接”行为的法律定性及其规制[J]. 法学, 2016(10): 23-39.
- [3] 孙栋. 著作权法中的传播行为界定研究[D]. 上海: 华东政法大学, 2018.
- [4] 刘家瑞. 为何历史选择了服务器标准—兼论聚合链接的归责原则[J]. 知识产权, 2017(2): 22-32.
- [5] 王艳芳. 论侵害信息网络传播权行为的认定标准[J]. 中外法学, 2017(2): 456-479.
- [6] 詹启智. 信息网络传播权论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 45.
- [7] 孔祥俊. 论信息网络传播行为[J]. 人民司法, 2012(7): 59-69.
- [8] 黄卉. 论法学通说(又名: 法条主义者宣言)[M]//北大法律评论: 第12辑第2卷. 北京: 北京大学出版社, 2011: 334-382.
- [9] 刘银良. 信息网络传播权问题研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2018: 121.
- [10] 张金平. 信息网络传播权中“向公众提供”的内涵[J]. 清华法学, 2018(2): 125-143.
- [11] 蒋舸. 深层链接直接侵权责任认定的实质提供标准[J]. 现代法学, 2021(3): 155-170.
- [12] 王小夏. 视频聚合平台版权侵权认定研究[D]. 武汉: 中南财经政法大学, 2018.
- [13] 崔国斌. 加框链接的著作权法规制[J]. 政治与法律, 2014(5): 74-93.
- [14] 刘文杰. 信息网络传播行为的认定[J]. 法学研究, 2016(3): 122-139.
- [15] 李学尧, 刘庄. 矫饰的技术: 司法说理与判决中的偏见[J]. 中国法律评论, 2022(2): 91-106.
- [16] 范长军. 加框链接直接侵权判定的“新公众标准”[J]. 法学, 2018(2): 42-58.
- [17] 孙维飞. 人同此心, 心同此理[EB/OL]. (2023-05-17)[2024-02-04]. [https://mp.weixin.qq.com/s/G8HkzMExhjM2YxTSEJ\\_bgg](https://mp.weixin.qq.com/s/G8HkzMExhjM2YxTSEJ_bgg).
- [18] 米健. 比较法·共同法·世界主义[J]. 比较法研究, 2011(1): 1-10.
- [19] 冯晓青. 技术措施与著作权保护探讨[J]. 法学杂志, 2007(4): 20-23+37.

<sup>①</sup> 该款规定:“作者等著作权人可以向国家著作权主管部门认定的登记机构办理作品登记。”

<sup>②</sup> 最近的一次共同理性的体现,可见于中美两国法院对生成式 AI 作品的可版权性问题的探索。与北京互联网法院认可 AI 生成式作品的可版权性的做法似乎相反的是美国版权局连续四次驳回 AI 作品的著作权注册申请。但实际上,“两个法域之间的差异可能并非本质的”:中美均强调人在 AI 作品创作过程中的参与程度(人的重要性)。参见 James Grimmelman:《生成式人工智能治理高峰对话系列——知识产权》,载微信公众号“HKUCCL”,2024年2月2日。关于人在 AI 作品创作中的参与度或贡献(human contribution),参见 SUN H C. Redesigning copyright protection in the era of artificial intelligence[J]. Iowa law review, 2022(3): 1213-1251.



- [20] 范科峰,莫玮,等. 数字版权管理技术及应用研究进展[J]. 电子学报,2007(6):1139-1147.
- [21] 曾凤辰. 聚合平台作品再现行为的规制路径[J]. 科技与法律,2021(2):68-75.
- [22] 崔国斌. 网络服务商共同侵权制度之重塑[J]. 法学研究,2013(4):138-159.
- [23] LONG J R. Different solutions for similar questions: Hyperlinks and the right of communication to the public in China and the EU[J]. *International review of intellectual property and competition law*,2018 (4):413-435.
- [24] 杨勇. 深度链接的法律规制探究[J]. 中国版权,2015(1):53-59.
- [25] 石必胜. 论链接不替代原则——以下载链接的经济分析为进路[J]. 科技与法律,2008(5):62-67.
- [26] LEISTNER M. Copyright at the interface between EU law and national law: Definition of “work” and “right of communication to the public”[J]. *Journal of intellectual property law and practice*,2015(8):632-636.
- [27] SUN H C. Copyright law as an engine of public interest protection[J]. *Northwestern journal of technology and intellectual property*,2019(3):123-188.
- [28] HEADDON T. An epilogue to Svensson: The same old new public and the worms that didn't turn[J]. *Journal of intellectual property law and practice*,2014(8):662-668.
- [29] KOOLEN C. The use of hyperlinks in an online environment: Putting links in chains?[J]. *Journal of intellectual property law and practice*,2016(8):585-598.
- [30] 芒果 TV. 关于反盗版和防盗链等技术措施声明 [EB/OL]. [2024-02-04]. <https://www.mgtv.com/v/2017/antipiracydeclaration/>.
- [31] LI G Y. A compromise approach to linking regulation in VG Bild-Kunst and lesson learned: A comparison with China[J]. *European intellectual property review*,2024(5).
- [32] 石宏.《著作权法》第三次修改的重要内容及价值考量[J]. 知识产权,2021(2):14.
- [33] 钟山,刘远山. 影视作品著作权许可使用探究——以授权许可合同制度的完善为视域[J]. 天津法学,2016(4):62.
- [34] 梅术文,曹文豪. 我国统一化数字版权交易平台的构建[J]. 科技与法律,2020(6):9-15.

## An Empirical Study on Determination of Copyright Infringement by Deep Links: A Perspective of the New Public Test in EU Copyright Law

LI Guangyu

(Faculty of Law, The University of Hong Kong, Hong Kong Special Administrative Region 999077, China)

**Abstract:** The issue of whether creating deep links constitutes a direct infringement on the right of communication of works via information networks is still unsolved. The server test and tests opposite to it are proposed by the existing literature. Comparatively, the EU seems to adopt a test based on a fundamentally different logic. However, an empirical study based on 140 cases held by Chinese courts reveals that: As for those linked-to works that do not infringe copyright, the emergence of a new public has a significant impact on decision outcome regarding direct infringement; as for those non-infringing linked-to works, the guiding principle still complies with the logic of the new public test. The implicit consistency with the EU new public test as presented by the Chinese judiciary authorities indicates judicial wisdom and rationality. Therefore, the new public test should serve as the standard for determining an infringement arising from the creation of deep links.

**Key words:** framing link; right of communication of works via information networks; new public test; server test; direct infringement; an empirical legal study

(责任编辑:董兴佩)