

文献检索报告

——深度链接的刑法定性问题研究

韦彦洁 22102070

1. 引言

随着数字时代的到来，深度链接行为作为一种新兴网络信息技术，具有广阔的实用空间和发展前景，它解决了传统聚合类应用软件和搜索引擎难以解决的问题，同时也带来了诸多法律问题。

依据链接路径的不同为标准，链接可分为“普通链接”与“深度链接”。普通链接是链接最常见的形式，用户通过选择(如鼠标点击等方式)当前交互界面上高亮显示的词或图片等锚定，跳转至其他交互界面，此时用户可以明确直接感知到网络平台域名的改变，也能同时感知到交互页面上网络平台相关明显标志的变化。在此种情况下，对于正在浏览中的网站所属运营主体，用户有正确认知。因此，对于普通链接的性质，学界和实务界均无争议，一般认为设置普通链接仅为信息网络传播行为的帮助行为，根据间接侵权理论，向合法传播的作品设置普通链接，不存在任何侵权问题，向未经许可侵权传播的作品设置普通链接的，若设链者明知或应知被链对象是未经许可侵权传播的，则构成帮助侵权，应与侵权传播承担共同侵权的责任。

而深度链接与普通链接最大的不同在于，当互联网用户借助深度链接访问新网络平台时，用户的交互界面上不会出现站点跳转提示，当前交互界面地址栏上的网络域名也不会改变，用户在使用过程中其主观上难以认识到，为其提供信息网络服务的网络服务经营者早已经在后台完成了主体的变更转换。因此，在链接跳转的过程中，用户获取到其所需的网络信息资源时，不仅无法明确真正提供信息网络资源的究竟是哪家网络服务经营者，更难以判断出被链内容资源与设置该深度链接的行为人之间的所属关系。

因为“深度链接”造成用户体验的迥异，以及“深度链接”给被链网站造成的访问替代效果，学界和实务界对“深度链接”的定性存在普遍且激烈的争论。有学者认为，“深度链接”与普通链接的性质并无二致，其仍属于帮助传播行为。但另有学者认为，“深度链接”不仅给用户造成了设链网站直接传播了作品的感受，或者根本就是设链网站“实质呈现”了作品，而且给权利人及合法获得授权的网站的经济利益造成了重大冲击，所以“深度链接”应当被认定为直接的信息网络传播行为，只要未经权利人许可，设置“深度链接”即构成信息网络传播权的侵权，不管被链对象是否为侵权传播。而在具体实务中，通过在裁判文书网上搜索“深度链接”、“加框链接”、“盗链”、“聚合盗链”等关键词，在检索到的裁判文书中，法院还常将深度链接行为认定为复制、发行行为。

对深度链接行为性质认定的分歧进而也导致刑法入罪的困难，不同的性质认定会得出不同的结论。比如：如果将其理解为“信息网络传播行为”，那么得出的结论则是对信息网络传播权的侵犯，可以用侵犯著作权罪加以规制；而如果认

为其不属于“信息网络传播行为”也不属于“复制发行行为”，那么将难以用侵犯著作权罪加以规制，可能构成帮助信息网络犯罪活动罪。因此，有必要对深度链接的刑法定性问题进行深入的研究，并在此基础上提出规制建议。

2. 中文检索报告

2.1 法律法规历史沿革

随着信息网络传播技术的不断更新，司法实践中出现了大量新型作品复制形式和传播手段，这意味着有关著作权的法律规范也必须进行相应调整，才能实现有效保护著作权的目的。

(1) 萌芽期（1992年-2001年）

1992年10月，中国成为《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》成员国，由此我国步入著作权保护的国际接轨时期，同时也保留了一定的本土化解读著作权概念的空间。97年3月，《中华人民共和国刑法》（下文简称《刑法》）以列举的形式明确规定“侵犯著作权罪”的内容，但具体条文中未对“侵犯信息网络传播权”行为进行规定。2000年12月，全国人民代表大会常务委员会（下文简称“全国人大常委会”）在《关于维护互联网安全的决定》中规定，“利用网络侵犯知识产权的犯罪行为”应依法追究刑事责任。

2001年10月，在《著作权法》第一次修正时，增设了“信息网络传播权”，明确了信息网络传播权是以有线或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；与此同时还规定，未经著作权人、表演者及录音录像制作者许可，通过信息网络向公众传播其作品、表演及录音录像制品等构成犯罪的，依法追究其刑事责任。这表明信息网络传播权是著作权的一项子权利，同时也具体界定了信息网络传播权的内容，明确了信息网络传播权的刑法保护范围。

(2) 发展期（2002年-2011年）

2004年12月，最高人民法院与最高人民检察院通过了《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》（下文简称2004年《解释》），将“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”视作《刑法》第二百一十七条规定的“复制发行”内容。2005年10月，最高人民法院与最高人民检察院下发的《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音、录像制品有关问题的批复》（下文简称2005年《批复》）指出，未经作者许可，对制作的录音录像进行网络传播行为，应视作《刑法》第二百一十七条第三款“复制发行”规定的侵犯著作权犯罪行为。2006年5月，国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》列举了可能构成犯罪的侵犯著作权人、表演者、录音录像制品信息网络传播权的行为，明确了“严重侵犯信息网络传播权的行为人”应承担刑事责任。2007年4月，最高人民法院与最高人民检察院出台的《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（二）》（下文简称2007年《解释（二）》），对《刑法》第二百一十七条中的“复制发行”进行了扩大解释，指出“复制发行”既包括单独复制或发行的行为，也包括复制且发行的行为。2011年1月，最高人民法院、最高人民检察

院联合公安部发布了《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》（下文简称 2011 年《意见》），明确将“信息网络传播行为”纳入《刑法》第二百一十七条“发行”一词之下，并强调侵犯著作权罪案件以营利为目的的判断标准¹。根据上述司法解释，侵犯信息网络传播权的行为应当认定为侵犯著作权罪中的“复制发行”或“发行”来定罪量刑。这一阶段，司法实务部门虽然已经认识到信息网络传播行为在侵犯著作权罪中具有一定的特殊性，但尚未明确其在定罪量刑中的真正“地位”，也未对信息网络传播行为进行具体分析和细化分类。

（3）细化期（2012 年至今）

2012 年 12 月，最高人民法院公布了《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》（下文简称 2012 年《规定》），明确规定“通过上传服务器、设置共享文件、利用分享软件等方式，将作品置于网络环境，使公众可以自由浏览、下载等方式获得，应当认定为‘提供行为’”²。基于此，信息网络传播行为可以分为两类，即提供行为与其他行为，其中“提供行为”如 2012 年《规定》所述，“其他行为”则指以其技术、设施提供网络中间性服务行为，即服务行为。这种分类对构建全媒体环境下著作权保护的责任体系具有基础性意义，即将侵权责任区分为直接侵权责任与间接侵权责任，而直接侵权责任对应提供行为，间接侵权责任对应服务行为。2015 年 11 月，在《刑法修正案（九）》第二百八十七条下，增设“帮助信息网络犯罪活动罪”，以“共犯行为正犯化”方式，将信息网络犯罪的“帮助行为”确定为独立犯罪行为，在国内引发了广泛讨论³。2016 年 11 月，全国人大常委会通过了《网络安全法》，进一步强调《刑法》对网络知识产权保护体系的重要性。2020 年通过的《刑法修正案（十一）》对著作权犯罪进行了系统性的修改，调整了之前与前置法《知识产权法》脱离的情况，在罪状中增加了“或者与著作权有关的权利的”，扩大了侵犯著作权罪的规制范畴，在具体罪状行为（一）和行为（三）中增加了“通过信息网络向公众传播”的要件，并增加了行为（四）和行为（六）。

由此可见，信息网络的蓬勃发展使侵犯知识产权犯罪的具体形态发生巨大变化，特别是“深度链接”成为网络传播的重要方式之后，通过已有的法律规范认定侵犯著作权罪出现了新的障碍。这给信息网络传播权的刑法保护提出了更高的要求。

2.2 相关案例

（1）深度链接的性质认定

【案例 1】被告人段某某在互联网上设立名为“窝窝电影网”的视频网站，未经著作权人许可，利用视频“搜索爬虫”技术，针对各大知名视频网站的影视作品设置加框链接，为提高网站的知名度和被链影视作品的点击量，在网页内设置目录、索引、内容简介、排行榜等方式推荐影视作品，吸引用户点击播放，利用技

¹ 杨小兰.网络著作权研究[M].北京:知识产权出版社, 2012:255-356

² 参见 2012 年 12 月最高人民法院公布的《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》第三条第一款和第二款规定。

³ 扈力.信息网络传播权的刑法保护[J].人民论坛,2017(29):99.

术措施屏蔽权利人设置在部分影视作品上的片头广告，非法收取广告费用共计74万余元。法院经审理认为被告人段某某的行为侵犯信息网络传播权，构成侵犯著作权罪。

【案例2】华视聚合公司经合法授权取得涉案影视作品的信息网络传播权。思达云创公司提供链接服务，通过其提供的链接，用户可以进入“电影营”影视播放平台观看涉案作品。“电影营”平台是通过深度链接的技术手段将芒果TV网站中的涉案作品予以链接，实现在线播放服务。二审法院认为“电影营”平台、思达云创公司仅提供链接的行为不构成对涉案作品信息网络传播权的侵害。

（2）构成犯罪的深度链接行为的罪名选择

【案例3】被告人吴某以营利为目的，先后注册了www.onlytvb.com等多个视频网站，在未经著作权人许可的情况下，在www.aigangju.com等盗版视频网站内搜索电视广播公司电视剧视频链接，采取解析播放等技术手段非法获取视频真实播放地址，再嵌入其租借的云服务器数据库内，通过上述视频网站向用户免费提供在线播放。其通过提供广告服务获利30余万元。经鉴定，上述由被告人吴某注册的视频网站内可供播放的盗版电视剧共计600余部，点击播放量达到4千万余次。法院经审理认为被告人吴某构成侵犯著作权罪。

【案例4】被告人王某某非法利用某软件的“自动切片上传”技术将热门影视剧集视频文件切割，分段上传至“图虫”APP服务器，并在其搭建的“皮特影院”网站提供播放链接，利用“图虫”APP服务器的宽带流量，供网络用户观看上述视频。被告人王某某通过在“皮特影院”网站投放广告收取广告费的方式非法获利5万余元，造成被害单位宽带流量费用损失共计39万余元。法院经审理认为被告人王某某构成非法控制计算机信息系统罪。

2.3 学术观点

2.3.1 深度链接行为的性质认定

我国关于深度链接行为性质认定标准的理论研究发展脉络大致可分为以下三个阶段：（1）“服务器标准”与“用户感知标准”法律适用冲突之讨论；（2）“链接不替代标准”与“实质呈现标准”不同理论视角之分析；（3）“法律标准”与“提供标准”回归法律本质之探索。

（1）服务器标准与用户感知标准

“服务器标准”最早源于美国“Perfect 10 诉 Google 案”，通常以是否通过上传或其他方式将作品置于公开的网络服务器中从而使其能被相关公众接触作为网络服务提供者侵权与否的判断标准。澳大利亚“环球音乐公司诉 Cooper 案”、西班牙马德里“Sharemula 案”、德国“Paperboy 案”随后亦采用此标准⁴。在我国，法院判断是否侵犯信息网络传播权，长期以来同样以“服务器标准”

⁴ 王迁.网络环境中版权直接侵权的认定[J].东方法学,2009(2):17-19.

为主流意见，且被多数司法实务工作者所认可⁵。例如，在“快乐阳光诉同方公司案”⁶的二审判决中，北京市知识产权法院曾明确将信息网络传播权的侵权认定标准确立为“服务器标准”。“正东唱片诉百度案”⁷的二审判决也采用“服务器标准”判定深度链接仅作为技术服务，并未涉及音乐作品上传行为，故不构成直接侵权。总而言之，国内外法院大多采用“服务器标准”的理由是：符合技术中立规则⁸。

“用户感知标准”主要以普通用户的一般感觉来判断是否混淆了网络服务的提供者和内容的提供者。与“服务器标准”相反，它并未把提供作品的行为狭义理解为必须将作品上传并存储于服务器内，而是从用户角度出发，认为即使网络服务提供者仅仅实施了设链行为，但只要能够令相关网络用户误以为获取内容是直接来源于设链网站，就可以认定该网站未经许可提供了作品内容，构成直接侵权。毕竟在上传作品之后直到被删除的一段时间内，设置深度链接的行为已经使得该网站用户具备了获得该作品的可能性⁹。例如：“北京三面向公司诉重庆涪陵图书馆”¹⁰一案，重庆高院就曾以“用户感知标准”来认定涪陵图书馆应当对其设置深度链接行为承担较高的注意义务，从而判定其构成侵权。

采用“服务器标准”还是“用户感知标准”一度在我国司法实践过程中引发法律适用的冲突。如：“华纳唱片诉世纪悦博案”就出现过同案不同判的情况，一审和二审法院的观点截然不同。客观而言，“用户感知标准”因主观成分过强且容易忽视用户感知注意力和网络熟识度等一些不确定性因素的影响而逐渐遭到摒弃。但是，随着网络技术超速发展侵权日益多样化复杂化，“服务器标准”同样面临愈发难解决实际案件的法律适用问题。正如已有学者提出质疑，若网络技术发展到了作品提供行为不需要经过服务器的阶段，又当如何判断网络作品的提供行为¹¹。

（2）链接不替代标准与实质呈现标准

鉴于“服务器标准”和“用户感知标准”在深度链接纠纷中法律适用的缺陷，我国司法界和学术界逐渐开始将研究重点聚焦于案件事实的具体细节认定上来。在我国首例深度链接著作权刑事个案“1000 影视侵犯著作权案”¹²中，法院最终的判决从链接方式、服务内容、对设链的影视作品的控制力以及经济利益等多个方面进行了综合考量。此时，有学者从经济学分析角度提出“链接不替代标准”。由于深度链接在不点击被链网站作品的情况下就可以直接下载或播放作品，作品传播利益由设链网站所窃取。社会成本大于社会收益的模式不符合经济效率原则，因此深度链接应遵守“不替代原则”¹³。尽管这一标准为深度链接侵权认定标准研究开辟了新思路，但其仅从案件事实结果来判定侵权，避开了对涉及深度链接法律概念和技术细节方面的探究。故此标准仅具参考价值，难以成为确切的判定

⁵ 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.

⁶ 参见北京知识产权法院(2015)京知民终字第 559 号判决书。

⁷ 参见北京第一中级人民法院(2005)一中民初字第 7978 号判决书。

⁸ 孔祥俊.网络著作权保护法律理念与裁判方法[M].北京:中国法制出版社,2015.

⁹ 杨柏勇.网络知识产权案件审判实务[M].北京:法律出版社,2012:39.

¹⁰ 参见重庆市高级人民法院(2008)渝高法民终字第 146 号判决书。

¹¹ 孔祥俊.论信息网络传播行为[J].人民法学,2012(7):56-59.

¹² 参见上海市普陀区人民法院(2013)普刑(知)初字第 11 号判决书。

¹³ 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.

依据。

还有学者从作品传播的具体方式角度提出“实质呈现标准”。如果设链者通过加框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,使用户无须访问被设链的网站,则设链者就应当被视为是作品的提供者¹⁴。这种无须进入被链网站主页即向用户直接呈现他人作品内容行为完全符合信息网络传播提供行为。其依据来源于我国《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播民事权纠纷案件适用法律若干问题的规定》第五条:网络服务提供者以提供网页快照、缩略图等方式实质替代其他网络服务提供者向公众提供相关作品的,人民法院应当认定其构成提供行为。因此,“实质呈现标准”认为,信息网络传播行为并非仅仅是上传作品的提供行为,还应当包括对作品的展示行为。若设链者通过深度链接将他人作品置于一种向相关公众展示的状态,则设链者身份无疑将从“服务提供商”转变为“内容提供商”。

(3) 法律标准与提供标准

随着探讨与研究的不断深化,我国理论界观点众说纷呈。但目前司法实践中各法院对此却并未形成统一认识,甚至各地法院裁判案件时出现法律适用混乱的现象。当然,也有法院选择谨慎采取回避态度,如“大众点评网诉爱帮网系列案”¹⁵在历经了一审、二审和再审后,最终的判决结果既未适用“服务器标准”也未采纳“用户感知标准”,反而将其纳入《中华人民共和国反不正当竞争法》的范围进行规制。因此,要求回归法律本质来解决司法困境的呼声日益高涨,“法律标准”和“提供标准”随之出现。“法律标准”认为对深度链接侵权行为的判断应当回归到法律要求与事实特征相结合的标准上来,凡是未经许可行使他人信息网络传播权,或者直接破坏权利人对其作品通过信息网络传播的控制权,均可构成直接侵权行为。¹⁶对于是否属于网络作品提供行为,应当以是否构成对著作权专有权的行使或者直接侵犯行为标准来进行判断。然而,对于深度链接是否构成“提供作品”行为的具体判定,在我国现有法律框架下存在事实依据往往无法主导事实定性的问题,仍待解决。

“提供标准”本质上类同于“法律标准”,但更加侧重考察行为人是否实施向公众提供权中的两个构成要素,即“提供行为”和“使公众可获得状态”¹⁷。并且同时吸取“用户感知标准”的合理成分,将用户对作品处于可获得状态时的感知程度也纳入判断行为人是否提供作品的考量因素当中。因此,在具备对涉案行为进行侵权认定的客观性要件,同时主观上也免除对具体技术细节的举证要求的情况下,“提供标准”的法律适用的可操作性相对较强。

2.3.2 深度链接行为的刑法定性

目前我国针对深度链接行为的刑法入罪规制主要有以下几条路径:

若认定深度链接行为是直接侵犯信息网络传播权的帮助行为,即构成间接侵权,遂以帮助行为正犯化、片面共犯、行为共同说等理论作为深度链接行为的入

¹⁴ 崔国斌.加框链接的著作权法规制[J].政治与法律,2014(05):74-93.

¹⁵ 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书。

¹⁶ 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.

¹⁷ 刘银良.信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”[J].法学,2017(10):113-114.

罪事由。

虽然在深度链接行为中，设链网站与被链网站往往互不认识，无意思联络，但有观点认为，意思联络的明示、暗示、容忍三种表现情形均可以适用于链条型的网络犯罪之中¹⁸，可以以侵犯著作权罪的共同犯罪入罪，但这种观点受到多数学者的反对，帮助行为正犯化便被提倡用以缓解深度链接行为无法以间接侵权入罪的尴尬局面，即通过立法模式将帮助行为拟制为独立的正犯行为，从而实现法益保护的前置化¹⁹。除共同犯罪、帮助行为正犯化两种观点外，也随之出现片面共犯与行为共同说主张²⁰。按照片面共犯理论，设链者首先需要认识到被链网站所实施的是侵犯著作权犯罪行为，并在被链网站不知情的情况下帮助传播。强调个人责任的行为共同说则刻意回避了犯意联络评价不能的困境，认为不宜将共同犯罪中的“共同”认定为“犯罪共同”，而应当认定为“行为共同”，以处理无意思联络的深度链接行为。

若认定深度链接行为是侵犯信息网络传播权的实行行为，即构成直接侵权。有观点认为可直接以侵犯著作权罪规制²¹，我国《刑法》第 217 条明确规定侵犯著作权罪客观行为共包括六项，可归纳为复制发行行为、信息网络传播行为、避开或者破坏技术措施行为三类。若认定深度链接行为是侵犯信息网络传播权的实行行为，那么与本罪实行行为之一“信息网络传播行为”相同，皆是以“提供+控制”为核心要素，具有同质性。因此，深度链接行为具有构成要件该当性，满足形式意义上实行行为的条件。同时，深度链接行为具有侵害著作权法益的特质，符合实质意义上实行行为的要求。

【检索心得】

这一部分的文献检索我用“北大法宝”和“威科先行”两个数据库查找相关的法条以及案例；用“知网”、“万方数据库”、“维普期刊”几个数据库查找文献资料；一些比较实务的观点则是在“微信”上检索一些公众号的文章得来的。总体来说，个人觉得“北大法宝”、“知网”以及“微信”是更加好用的数据库，内容更全面、检索的效率也更高。

3. 比较法检索报告

国外关于深度链接的研究并没有比我国早很多，有的甚至晚于我国。

3.1 美国法情况

美国作为互联网技术最发达的国家，关于深度链接的案例较多。首先是 200

¹⁸ 王志刚、高嘉品：《链条型网络犯罪中的“共同故意”证明》，载《法律适用》2020 年第 15 期，第 113 页以下。

¹⁹ 阎二鹏：《共犯行为正犯化及其反思》，载《国家检察官学院学报》2013 年第 3 期，第 110 页。

²⁰ 陆诗忠：《我国〈刑法〉中的“共同犯罪”：“犯罪共同说”抑或“行为共同说”》，载《华东政法大学学报》2016 年第 1 期，第 133 页。

²¹ 王志远：《网络知识产权犯罪的挑战与应对——从知识产权犯罪的本质入手》，载《法学论坛》2020 年第 5 期，第 120 页。

0年的Ticketmaster Corp. v. Tickets. Com, Inc案,法院认为深度链接“并不构成版权侵犯的行为”²²。在2003年的Kelly v. Arriba Soft Crop案中,上诉法院判决被告的深度链接行为构成对原告作品的“展示”,但后来法院又撤销原判并重新判决“构成合理使用”²³。2006年的Perfect10v. Google案中,再次涉及了深度链接是否侵权的问题,无论是地区法院还是上诉法院均拒绝适用用户感知标准,依据服务器标准认为被告不构成侵权,还指出被告设置链接的行为只能构成间接侵权²⁴。可以说,在该案以后的2007—2017年间,服务器标准在判决中得到了相对一致的遵循。情况在近两年出现了变化,典型的如2018年的Justin Goldman v. Breitbart New Network一案,法院不再遵循原来的服务器标准,判决被告在未获得权利人授权的情况下在网站embedding权利人的照片侵犯了其“公开展示权”²⁵。同时美国也有学者指出,服务器标准影响了版权人使用互联网发表作品的的能力,剥夺了其对作品进一步传播的控制。批评主要集中于以下三点:第一,服务器标准使第三方通过技术,在没有付费或许可的情况下,吸引和留住用户。第二,这些做法转移了原网站的流量,让用户甚至“通常不知道内容实际并不在链接网站上”,不仅减少了权利人的广告收入,也损害了其为自己作品争取良好信誉的努力。²⁶第三,这些做法引发了用户的期望,即互联网上提供的内容的获取和享受是免费的,或者应该是免费的,从而进一步抑制了创作者的获利前景²⁷。

3.2 欧洲地区情况

欧洲地区早期也采取“服务器标准”。如2003年,在德国最高法院判决的Paperboy案中,法院最终认定:对原本已经能够为公众获得的内容设置深层链接并不侵犯任何专有权利²⁸。2005年挪威最高法院在Tono v. Bruvik案中指出:“仅仅在互联网上提供网址使公众知晓并不是使公众获得作品的行为”,判决被告的行为不构成对权利的侵犯。在西班牙2007年的Microsoft v. Sharemula案中,法院认为被告可能构成间接侵权但是不构成对作品的传播²⁹。

近几年来,欧盟法院判断“向公众传播”的标准也有所变化。在2014年的Nils Svensson一案中,法院认为只有存在“新公众”时才构成著作权法意义上的“传播”,这就是“新公众标准”。该标准具有三个构成要件:传播行为、传播给公众和新的公众³⁰。在后来的Sanoma与Gs Media公司一案中³¹,被告未经摄影者Sanoma的许可违法将其拍摄的图片放到网络服务器上,法院在最终判决书上提出了“非商业不明知标准”: (1)判断设链者是否以营利为目的; (2)判断设链者是否不明知、或有合理理由不知道该作品未经授权。有研究者将这两个案件进行了对比研究,指出“新公众标准”的客观性和“非商业不明知”标准的

²² Ticketmaster Corp.v.Tickets.com.Inc.,2000WL1887522(C.D.Cal.2000).

²³ Kelly v.Arriba Soft Corp.336F.3d811(9thCir.2003).

²⁴ Perfect10 v.Google.Inc. 416F.Supp.2d828,850-51(C.D.Cal2006).

²⁵ Goldman v.Breitbart News Network 5LLC,No.17-CV-3144(KBF);2018WL911340(S.D.N.Y.Feb.15,2018).

²⁶ Shannon McGovern, “Aereo ,In-line Linking,and a New Approach to Copyright Infringement for Emerging Technologies” ,Catholic University Law Review,Vol.64(2015),pp.785-786

²⁷ Jane C.Ginsburg;Luke Ali Budiardjo, “Embedding Contentor Interring Copyright:Does the Internet Need the Server Rule,” Columbia Journal of Law&the Arts 42,no.4(2019):p.431.

²⁸ Paperboy,BHQ,17,July2003,IAR259/00(2005)ECDR7.

²⁹ Microsoft v.Sharemula.com,1089/200628,Court of Instruction n.4 of Madrid(September2007).

³⁰ Nils Svensson and others v.Retriever Sverige AB,Case C-466/12.

³¹ GS Media BV v.Sanoma Media Netherlands BV et al.,ECL1:EU:C:2016:644(Sept.8.2016).

主观性，并分析了二者的优缺点，最后提出：如果一项作品，最初是在征得权利人同意的情况下在网上发表的，则适用 Svensson 中的客观标准；如果该作品最初未经权利人同意在网上发布，则适用 GS Media 案中的主观标准³²。

【检索心得】

外文文献这一部分我主要用了“Westlaw”、“Lexis Advance”以及“Heinonline”三个数据库。个人觉得 Westlaw 在检索案例方面更加方便，Lexis Advance 的网页设计则更方便检索一些 Secondary source，而且它对于关键词的检索规则更加全面。

4. 总结

从国内外的研究现状来看，当前对于深度链接行为的性质尚未达成一个统一的观点。虽然我国在司法实践中普遍采用“服务器观点”，但随着技术的发展以及对深度链接行为的深入了解，该观点也逐渐被越来越多的学者所批判，提出了新的诸如“实质呈现标准”、“新公众标准”等，但这些观点各有其利弊，尚未出现一个公认的标准。而深度链接行为性质的悬而未决也进一步导致刑法定性的困难，我国当前实务界对深度链接行为的刑法定性较为混乱，存在同案不同判的情况。因此有必要回归深度链接的行为本身进一步探究其性质，从而能有效地规制当前刑事司法中的混乱情况。

³² Launders, Julia “Hyper linking and Copyright Infringement in the EU” .King's Student Law Review.Vol.10.Issue2(Spring2020),pp.50-63.