

刑民共治视野下的深度链接行为

费安玲 雷 达

摘要：随着网络信息技术的快速发展，深度链接行为在很大程度上冲击了信息网络传播权的边界，给著作财产权的保护和知识产权竞争秩序的维护带来诸多障碍。针对侵犯著作权罪而言，著作权法属于刑法的前置法，而深度链接行为在刑法与著作权法中存在定性不一的问题。鉴于深度链接行为与信息网络传播行为的认定核心一致，将其以侵犯著作权罪的实行行为入罪存在可能。在“三网融合”的“双层社会”背景下，须积极构建规制深度链接行为的刑民共治体系：在入罪层面，应当坚持法益侵害说和累积犯理论，同时贯彻“同等保护”与“严格保护”政策；在出罪层面，应当恪守刑法的谦抑性，并遵循利益平衡原则，清晰界定以深度链接为手段的犯罪行为与利用网络链接传播作品的合法行为。

关键词：刑民共治；深度链接行为；信息网络传播行为；侵犯著作权罪

[中图分类号] D923.41 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2022) 04-0055-17

一、问题的提出

双层社会是现实社会与网络社会并存的社会结构⁽¹⁾，这种社会结构的形成得益于“三网融合”⁽²⁾技术的发展。其中，网络技术最具有灵活性、可扩展性、可生存性特征，成为目前更为有效的社会存在形式。网络技术催生了依靠搜索引擎实现互联互通的链接技术，使得网络能依靠自身将其内部的交互作用不断扩展到人类活动的整个领域。⁽³⁾深度链接行为即以链接为核心，利用超文本（Hypertext）将资源相互联结，再通过使用通用资源定位符（URL）对互联网资源与信息进行搜索定位，使网络用户通过点击网站地址即可实现不同网页间转换。深度链接行为广泛存在于社

【作者简介】费安玲，法学博士，中国政法大学比较法学研究院教授，暨南大学讲座教授；雷达，中国社会科学院大学法学院刑法学博士研究生。

【基金项目】重庆市新型犯罪研究中心 2022 年度项目“双层社会背景下深度链接行为研究”（项目批准号：22XXFZ14）。

(1) 于冲：《网络刑法的体系构建》，中国法制出版社 2016 年版，第 24 页。

(2) “三网融合”也称“三网合一”，是指“目前的电信传输网、广播电视传输网、计算机互联网在向宽带通信网、数字电视网、下一代互联网演进过程中，其技术功能趋于一致，业务范围趋于相同，最终实现网络互联互通、各种资源共享的新型信息传播技术”。参见焦和平：《三网融合下广播权与信息网络传播权的重构——兼析〈著作权法（修改草案）〉前两稿的相关规定》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2013 年第 1 期，第 150 页。

(3) [美]曼纽尔·卡斯特：《网络社会：跨文化的视角》，周凯译，社会科学文献出版社 2009 年版，第 7 页以下。

会生活当中，既是人们获取信息资源的便捷渠道，也有可能被行为人恶意利用成为侵犯著作权罪的客观行为。然而，在刑民聚合的语境下，如何界分合法的信息网络传播行为与不法的侵犯著作权犯罪行为，是笔者研究深度链接行为的初衷。

实践证明，深度链接行为的出现与发展，直接冲击着信息网络传播权的边界。相对于传统的侵权方式而言，深度链接行为具有隐蔽性、即时性和链条化的新特征，著作权法规制框架面临更新重组的挑战。为了进一步规范深度链接行为，在刑事法方面，《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（下称《刑法修正案（十一）》）在侵犯著作权罪原有实行行为的基础上，明确纳入了信息网络传播行为，但相关规定仍然具有弹性。如该条所规定的“通过信息网络向公众传播”情形，亦未明确深度链接行为是否适用。同时，在审判实践中，采取何种标准认定深度链接行为，亦有疑问；若深度链接行为构成侵犯著作权罪，围绕帮助行为与实行行为展开的聚讼，哪一种观点更具合理性？当然，如何在罪刑法定框架内合理规制深度链接行为，同时又能考虑到不断发展变化的网络社会现状，也应当是解释论构造中的重中之重。纾解以上问题，将有助于厘清依靠深度链接行为的罪与非罪关系，界定民事合法行为与刑事不法行为的界限。

二、深度链接行为引发的现实挑战与理论困境

作为一类民事权利，著作权是近现代人类社会商品经济和科学技术发展的必然产物。在当前“三网融合”的“双层社会”背景下，著作权正面临着信息网络技术的双重影响：一方面，文化产品更易获取、手段更灵活、途径更广泛；另一方面，著作权被侵害的风险是泛在的，如依附新型网络技术而产生的聚合类网络平台野蛮生长，深度链接行为频繁出现在大众视野，成为获取信息的重要渠道。

（一）现实挑战：聚合平台和深度链接行为的出现

笔者在此运用群体类案的实证研究方式，分析当前网络语境下通过侵犯信息网络传播权而构成侵犯著作权罪案件的具体特征，发现该类案件在行为方式上的新变化。以“侵犯著作权罪”为案由、以“信息网络传播权”为关键词，共检索获得 58 份判决书^{〔4〕}，剔除两起^{〔5〕}未实施侵犯信息网络传播权的案件，本次实证研究的样本总数为 56 份。整体观察，在传播途径方面，行为主体通过创建独立的网络运营平台实施侵犯信息网络传播权的行为数量，已占据本次全部研究样本总数的 86%，而采用其他方式的案件不足 15%，说明网站运营商利用网站的集聚性、便捷性和低成本性特征获得可观收益已成为常态。在主要牟利模式方面，广告联盟、会员充值是本次研究样本中行为主体获利的最主要方式，占比达八成以上。牟利模式与传播途径紧密相关，因独立运营的聚合平台大量涌现，广告商基于与网站运营平台间的“共生关系”形成“广告联盟”，网站运营者借此获得巨大的附加利益，而会员充值是依托涉案作品最直接的获利途径。

〔4〕 实证研究样本全部来自中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/>，2022年3月27日访问。

〔5〕（2019）粤 1971 刑初 3039 号李波贤侵犯著作权案中，信息网络传播权是以法条引用方式出现，信息网络传播行为不是本案的行为方式；（2019）京 0105 刑初 1885 号徐志军侵犯著作权案中，信息网络传播权是原告被授权的部分著作权内容，与本次样本无关。

从微观视角考察 56 份有效样本，构成侵犯著作权罪的客观行为样态共分为两类，除采用传统的“下载+上传”模式外，其余案件是通过设置深度链接行为方式谋取非法利益。为明确深度链接行为特征，笔者以“袁某、谭某犯侵犯著作权罪”⁽⁶⁾为例，详细分析以深度链接行为构成侵犯著作权罪案件的犯罪样态。该案中，被告人袁某在互联网创建了虾滚电影网，用于影视剧情介绍和小视频的分享。为牟取非法利益，袁某未经合一信息技术有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司等著作权人许可，在虾滚电影网网站上增加了影视剧的在线播放功能，利用程序自动采集的方式，从境外影视网站上深度链接 7 000 余部影视作品，供用户在线浏览，并发布广告牟利。法院认为，本案被告人袁某以非法营利为目的，未经著作权人许可，通过信息网络传播影视作品，情节严重，构成侵犯著作权罪。本案属于较为典型的以设置深度链接方式侵犯著作权的案件，行为人通过搭建聚合平台，并设置深度链接，将其他网站的影视资源链接到自身网站，从而增加本网站点击量，以广告获利。

通过以上分析可知，聚合平台和深度链接行为是导致侵犯著作权罪行为样态变化的直接原因，尤其是在传播途径和主要牟利模式异化的催生下，行为人利用深度链接行为增加网站点击量，形成广告联盟获取利益。由此看来，深度链接行为将传统著作权与网络因素融合，可能产生内涵更为广泛的社会风险，审判实践中也已出现较多案件利用此种方式构成侵犯著作权罪，为网络犯罪的治理带来了新挑战。

（二）理论困境：法律的滞后性与著作权的脆弱性

当前，数字化、网络化成为社会经济生活中的新生力量，尤其是在可供广泛链接、任意链接的网络链接技术催生下，“电子版权”逐步取代“印刷版权”，著作权的关注重点已由复制权、发行权转向信息网络传播权，传播利益逐渐成为著作权核心。然而，与不断革新变化的现实情况相悖，保护著作权的法律机制缓慢向前，尤其是在刑事规范中。面对网络时代的变迁和信息技术的迅猛发展，著作权内生缺陷也日益凸显，在法律滞后性因素的叠加作用下，著作权保护捉襟见肘，难以应对频繁发生的网络侵犯著作权行为。这主要体现在以下两个方面。

一方面，对深度链接行为的治理缺乏紧密的法律协同机制，突出表现在《中华人民共和国刑法》（下称《刑法》）与《中华人民共和国著作权法》（下称《著作权法》）衔接松散上，两法之间出现脱节甚至断裂，未能及时规制严重侵犯信息网络传播权的深度链接行为，刑法规范出现待弥补的立法漏洞。现行《刑法》以 1990 年《著作权法》为依据，确立了第 217 条侵犯著作权罪，囿于当时的科技水平处于起步阶段，《刑法》以列举方式仅明确未经著作权人许可的“复制发行”“出版”“制作销售”三类行为是侵犯著作权罪的客观行为方式。但随着网络技术侵入社会生活，侵害著作权法益的行为方式已发生翻天覆地的变化，经过《著作权法》三次修订与规范性文件出台的多轮博弈，在《著作权法》首次确立信息网络传播权的二十年后，《刑法修正案（十一）》终于对第 217

(6) 袁某、谭某犯侵犯著作权罪，江苏省徐州市中级人民法院刑事判决书（2015）徐知刑初字第 13 号。

条进行修订,在第1、3项增设“通过信息网络向公众传播”,并新设第4项也将该类行为囊括在内,刑法规范与《著作权法》实现初步衔接。就此,审判实践中混用“复制发行”与“信息网络传播行为”概念或超出文义解释射程扩大“复制发行”范畴的混乱局面得以改善。然而,不得不承认当前的网络空间是技术超前性与法律滞后性的综合体,随着新型网络侵权行为的迭代更新,仅单一规定“通过信息网络向公众传播”是侵犯著作权罪的实行行为仍然存在外延过窄的问题,《著作权法》的保护范围需要结合不断变化的网络犯罪新特征予以廓清。

另一方面,网络环境如同放大镜,通过深度链接行为,著作权的非物质性、公开性以及兼容性特征被放大数倍,加之对其保护受制于时间、地点、场域的多重限制,种种内生性弊端造成著作权的脆弱性和易受侵犯性。按照罗马法学家盖尤斯的理论,作为客体范畴的物被区分为有体物和无体物。其中,无体物是无法触摸的物品,体现为某种权利⁽⁷⁾,权利客体意义上的有形财产和无形财产概念也随之产生,成为现代法律体系,尤其是私法领域的研究起点。其中,著作权是意识形态领域最重要的无形财产,是由作者对其作品依法享有的各项专有权利组合而成的“权利束”,关涉诸多法益关系的“法律复合体”。⁽⁸⁾与有体物不同,著作权客体不具备易见性、固定性与可感知性等特征,无法通过事实状态下的占有方式对其进行保护。“世界知识产权组织对此的概括颇为形象:对于诸如一张桌子,所有人可以通过占有它而基本上达到保护自己的财产不受侵害的目的,而对于诸如一项发明、一部作品或一个商标,所有人基本上不能通过占有它们而达到保护它们不受侵害的目的。”⁽⁹⁾更何况,著作权作为仅可被认识和利用的定在,意味着多个侵权行为可以同时或先后作用于同一个著作权的权利对象之上。⁽¹⁰⁾

因深度链接行为的介入,著作权的存在方式摆脱了物质载体的束缚,网络平台运营者使数字作品仅仅占用微不足道的存储空间,却在传播上没有任何局限,“著作权所面临的现实危机不可同日而语”。⁽¹¹⁾然而,因法网的粗疏和著作权的软弱,在面对隐秘性、伪装性极强的新型侵权手段时,著作权人的利益被轻易地瓜分和掠夺。诚然,通过现实与理论的差距可以清晰地发现问题症结,但刑法理论研究的目的并不是教条式地批判现状,而是希望能够在现状中发现理论研究的新意义。正如学者中山信弘所言,当作品被广泛且大量利用,然而这种利用处于失控状态,以这种失控的利用为前提,著作权法必须重新构筑。⁽¹²⁾深度链接行为作为一种“虚拟的实在”与著作权的无形性特征相结合,导致信息网络传播行为的具体样态不断嬗变。通过梳理司法与理论现状,可进一步具象化为三个子问题:一是网络空间中的深度链接行为本质是什么?这是为了明确深度链接行

(7) 罗马法原始文献 Gai.2, 13-14. 参见费安玲:《罗马私法学》(第2版),法律出版社2020年版,第128页。

(8) J. Penner, *The Bundle of Rights Picture of Property*, 43 *UCLA Law Review* 711, 711-820 (1996).

(9) 郑成思:《知识产权法》,法律出版社2007年版,第77页。

(10) 曹博:《侵犯知识产权行为的非罪化研究》,中国社会科学出版社2018年版,第41页以下。

(11) Fei Anling, *I limiti alla trasmissione di informazioni via internet nel diritto cinese*, Regimi e tutela della proprietà intellettuale in Cina, A cura di Marina Timoteo, Tiellemmedia Editore, 2008, p.9.

(12) [日]中山信弘:《多媒体与著作权》,张玉瑞译,专利文献出版社1997年版,第102页。

为是否存在法律规制的必要性。二是在满足前述问题的条件下，需要厘清深度链接行为与信息网络传播行为的关系，这涉及规制深度链接行为的具体途径和落脚点。三是如果将深度链接行为认定为侵犯著作权罪的实行行为，其正当化根据何在？这牵连到行为入罪与出罪的紧张关系。

三、深度链接行为与信息网络传播行为的关系

上文通过现实与理论的对照，发现侵犯著作权罪的行为方式发生异变，而部门规范之间缺乏紧凑的协同机制，容易导致新型网络犯罪手段落于法网之外。深度链接行为作为网络科技现代化的典型代表，被广泛应用于侵犯著作权罪的行为当中，已然成为保护著作权的重要障碍。因此，规制深度链接行为十分必要，既是保障著作权人传播利益的要求，也是严密网络犯罪法网的必经之路。在此过程中，首先需要明确深度链接行为的本质，这不仅是厘清其与信息网络传播行为关系的逻辑起点，也是采取有效治理路径的先决条件。

（一）深度链接行为的性质判断

学界对网络链接已经形成丰富的分类谱系^{〔13〕}，尽管分类形式多样，但始终围绕链接对象和呈现形式展开讨论，笔者以此为划分标准，将网络链接分为普通链接和深度链接两类。其中，普通链接又称浅层链接，是被链接网站首页整体作为设链对象，用户点击浏览时须跳转回到被链网页，又称外链；而深度链接则是以被链网页的特定窗口或者分级网页为设链对象，用户无须跳转至源网页即可在设链页面进行浏览，又称内链。深度链接有诸多形式，如加框链接、盗链、聚合链接等。其中，盗链是最常见的深度链接方式，是指设链网站不在自己所有的服务器内存储资源，而是通过网络爬虫等手段破坏或者绕过被链网站的防御措施，从中盗取资源最终以自己网站地址的形式向网络用户展示作品。加框链接充分利用“加框”技术，在设链网站的页面分设数个独立的“框”，并根据设链网站的自身需求选择被链对象，最终呈现在不同的“框”内。如今，聚合平台数量激增，聚合链接被广泛应用，聚合平台的网络运营商即设链者对大量的离散作品设置深度链接，经过筛选、分类、整理和排序一系列重组活动最终形成新的网页内容。

通过对深度链接概念与类型分析，笔者试从网络用户、设链网站、被链网站三者视角进一步明确深度链接行为性质。首先以网络用户为观察视角。当网络用户进行搜索时，事先必然已经持有获得何种作品的模糊目的，促使其点击深度链接进行定位并获取，在此过程中，对所得到的作品是否有著作权人许可甚至是否构成侵权等都无任何审查义务，其目的仅仅是取得作品以满足主观需要。因此，对于网络用户而言，其所获得的作品来源于设链网站。其次以设链网站为观察视

〔13〕分类一：将网络链接分为浅度链接和深度链接。参见林清红、周舟：《深度链接行为入罪应保持克制》，载《法学》2013年第9期，第152页。分类二：将网络链接分为普通链接、深度链接和加框链接，并指出加框链接是深度链接行为的一种。参见王冠：《深度链接行为入罪化问题的最终解决》，载《法学》2013年第9期，第142页。分类三：将网络链接分为普通链接、加框链接、嵌入式链接或内链接，内链接的不同形式可统称为加框链接。参见崔国斌：《加框链接的著作权法规制》，载《政治与法律》2014年第5期，第74页。

角。设链网站根据一段时间内公众的需求有选择性地编辑、重组、链接相应网站，通过采集、爬取网站地址和作品最终得以呈现在自身网站页面之上，此时设链网站的目的是将原本属于被链网站的用户吸引至自己网站，以取代被链网站形成对部分用户的资源供给并以此谋取利益。最后以被链网站为观察视角。对被链网站而言，深度链接行为完全打破原有的传播利益格局，在获益外观上，设链网站成为与其并驾齐驱的网络作品提供者，作品浏览量、广告收入等均被设链网站分割。

综合上文可知，深度链接行为是指未经著作权人或被链网站的授权或许可，依靠网络技术手段，如爬虫、采集器等，躲避或主动破坏被链网站的防范措施，向公众提供作品或信息的行为，最终导致扩大作品受众范围和损害被链网站传播利益的双重结果。因此笔者认为，深度链接行为实质上是一种提供作品行为，无论是从网络用户、被链网站的感知效果角度，还是从设链网站的主观意图与客观结果角度，都足以说明深度链接行为与提供作品行为具有同质性。既然如此，深度链接行为同样具有法律规制的必要。

（二）信息网络传播行为的判断标准

作为民事单行法，《著作权法》中的信息网络传播权，是与复制权、发行权等相并列的作者财产权，即以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利。但是，信息网络传播权的边界十分模糊，原因在于由信息网络传播权控制的信息网络传播行为的认定标准众说纷纭，我国学界存在“用户感知标准”“服务器标准”“实质替代标准”以及“实质呈现标准”四类不同视角。

其中，服务器标准风靡一时，一度被误认为是我国判断信息网络传播行为的主流观点。然而这种错误导向由来已久。美国 *Perfect 10 v. Google, Inc.* 案^{〔14〕}首次提出服务器标准，该标准逐渐成为信息网络传播行为的国际标识，也被我国司法实践普遍接受，认为服务器标准“不仅能够有效地保护作者和其他权利人的合法利益，而且可以最大限度地促进网络信息传播，发挥网络互联互通的技术潜力”。^{〔15〕}但随着信息网络扩张式发展，服务器标准被不断修正甚至在部分案件中被取代。质疑服务器标准的声音接踵而至，认为“服务器标准只是抓住网络提供行为的外形，却失去了《民法典》及其《著作权法》保护作品传播利益的真意”。^{〔16〕}笔者还认为，服务器标准难以应对网络时代的急剧变化，更不能实现对著作权的全方位保护，基于以下四点对服务器标准的正当性提出质疑。

第一，服务器标准欠缺充实的法律依据。我国《著作权法》（2020年修正）第10条第1款第12项所规定的信息网络传播权是指通过有线或无线方式向公众提供作品的权利，《信息网络传播权保护条例》（2013年修订）第26条第1款再次释明信息网络传播权的内涵，以上法律、行政法规均未明确提及将作品上传服务器可构成信息网络传播行为。《最高人民法院关于审理侵害信息网络

〔14〕 *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006).

〔15〕 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》，载《知识产权》2017年第2期，第32页。

〔16〕 崔国斌：《得形忘意的服务器标准》，载《知识产权》2016年第8期，第79页。

传播民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕19号，下称《侵害信息网络传播权规定》）第3条第2款明确，通过上传到网络服务器可作为信息网络传播行为的一种情形，表面上该司法解释肯定了服务器标准，但又随后明确上传到服务器与设置共享文件或者利用文件分享软件等方式并列存在。该规定的起草者之一又进一步说明，服务器标准“对于侵犯信息网络传播权的判断仅具有重要意义，但不能将其绝对化”。^{〔17〕}因此，仅以服务器标准认定信息网络传播行为有以偏概全之嫌，以致可能造成其他侵权行为逃脱法律责任。

第二，服务器标准有悖信息网络传播权本义。无论采取何种路径判断侵权行为，明确信息网络传播权的权利内涵才是首要前提。信息网络传播权是由《世界知识产权组织版权条约》（WCT，下称《版权条约》）第8条创设而来，该条认可“提供行为”是认定信息网络传播行为的核心标志。然而，与提供行为相比，上传至网络服务器的行为在时间上有明显的迟延性，采取服务器标准将贻误对信息网络传播权的保护，将致使权利范围被不当限缩。

第三，服务器标准偏离《著作权法》的立法原意。《著作权法》的立法目的在于，希望通过保护作者的著作权以及与著作权有关的权益，以达到鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播，最终实现社会主义文化和科学事业的发展与繁荣。服务器标准的滞缓、粗疏与即时、广泛的网络环境形成巨大反差，无法为信息网络传播权的保护配置严密体系。而如今，著作权的保护正在经历聚合平台的侵扰，盗版者利用网络技术实施的侵权行为更加猖狂肆意，服务器标准难以担当保护著作权、繁荣社会主义文化的重大使命。

第四，服务器标准徒增司法适用障碍。在服务器标准的框架下，当行为人利用非法手段将涉案作品上传至服务器时，即构成直接侵权；反之，仅构成间接侵权。依据《中华人民共和国民法典》第1195条、第1197条以及类比专利权领域的《中华全国律师协会律师办理专利侵权业务操作指引》行业规范，构成间接侵权须满足以下两个条件：一是间接侵权人主观上具备侵权故意；二是以直接侵权的发生为前提。首先，面临如何识别间接侵权人具有主观故意疑难问题，有观点提出以“违法所得数额”推定间接侵权人主观心态，但以客观损害后果推定主观内容的“唯结果论”本身就存在隐患；其次，随着网络文学中“正版联盟”日益兴起，涉案作品的来源网站往往是享有正版授权的网络平台，如此，位于前端的直接侵权行为无法成立。

目前，通过信息网络技术向公众传播作品的深度链接行为正在不断挑战正版权威，服务器标准既无法理基础也无实定法根据，进而以此认为深度链接行为不是信息网络传播行为的结论不攻自破，亟须重新审视深度链接行为与信息传播行为之间的关系。不言而喻，明确信息网络传播行为判断标准具有重要意义：一方面是为认定该类行为提供操作指引；另一方面，是肯定在未经著作权人许可的情况下，该行为构成对信息网络传播权的直接侵权。因此，采取何种标准事关著作权人信息网络传播权的保护，标准失当将导致权利被不当限缩或合法行为被过度限制。然而，

〔17〕王艳芳：《论侵害信息网络传播权行为的认定标准》，载《中外法学》2017年第2期，第468页。

一味追求形式化的判断标准并陷入立场争锋，将模糊信息网络传播行为的本质。是故，应当果断放弃服务器标准等形式判断，从而转向对信息网络传播行为的本体论思考。下文，将明确本文所主张的信息网络传播行为判断立场，同时积极回应深度链接行为与信息网络传播行为的关系。

（三）深度链接行为是信息网络传播行为

论及深度链接行为是否为信息网络传播行为，否定说与肯定说各执一端。否定说^{〔18〕}认为，深度链接行为作为沟通网络用户与被链网站之间的纽带与桥梁，仅仅是信息网络传播的帮助行为。换言之，设链网站是被链网站扩大传播的附属工具。相反，肯定说^{〔19〕}认为，无论是作品呈现形式还是用户使用效果，深度链接行为与信息网络传播行为没有本质差异。总的来说，以上两种见解是“围绕深度链接行为是提供网络服务行为抑或是提供作品行为”而展开。

深度链接行为终究承担何种功能，需要回归到深度链接行为与信息网络传播行为关系这一元问题，因为只有信息网络传播行为的体系内部进行讨论才具有实际意义，若仅就深度链接行为本身进行探寻，必然落入循环论证的陷阱。而厘清二者关系，必须清晰信息网络传播行为的内涵与外延。信息网络传播行为是信息网络传播权控制的原生行为，而信息网络传播权滥觞于《版权条约》第8条的规定，尽管学界对本条前后两部分内容的关系持不同见解^{〔20〕}，但是对信息网络传播权的本质立场保持一致，均认为该项权利的本体是“向公众的提供行为”。而涉及提供行为，我国《著作权法》第10条以及《侵害信息网络传播权规定》第3条均突出强调，提供行为应当包括以下两个方面：首先，表现形式为将作品置于信息网络中；其次，深层目的是为了满足不同用户主体需求。按此逻辑，无论是初始提供行为还是后续提供行为，均可构成信息网络传播行为，这为深度链接行为的归入预留了充足空间。同时，从《版权条约》的立法史来看，似乎不妨碍成员国向

〔18〕深度链接行为只是为用户提供了从同一“传播源”获得作品的途径，未形成新的“传播源”，因此不构成信息网络传播行为。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32页。深度链接行为作为网络服务提供行为，属于技术输出方式。上传作品的盗版网站是共同犯罪的实行犯，提供技术支持的设链网站是共同犯罪的帮助犯。参见徐松林：《视频搜索网站深度链接行为的刑法规制》，载《知识产权》2014年第11期，第29页。深度链接行为并未直接侵犯作品本身，不能构成信息网络传播行为，即不构成对信息网络传播权的直接侵权，只能认定是侵犯信息网络传播的帮助行为。参见林清红、周舟：《深度链接行为入罪应保持克制》，载《法学》2013年第9期，第152页以下。深度链接行为是帮助型的间接信息网络传播行为，属于间接侵犯信息网络传播权。参见王冠：《深度链接行为入罪化问题的最终解决》，载《法学》2013年第9期，第143页。

〔19〕设链人的主观意图是直接向公众传播作品，即通过自己的浏览工具向用户展示作品；而客观上，公众可以通过深度链接行为在设链网站直接读取相关作品，这无疑是提供作品的行为。参见刘晓光、金华捷：《“深度链接行为”刑法规制中的刑民交叉问题》，载《检察日报》2020年3月3日，第003版。将深度链接行为认定为直接侵犯信息网络传播权的情况下，可以对著作权人的传播利益给予最大限度的保护。参见赵俊梅：《聚合平台深度链接的法律适用问题》，载《法律适用》2019年第15期，第79页。作品深度链接行为的行为属于信息网络传播行为，未经授权的作品深度链接行为属于直接侵权。参见何炼红、尹庆：《关于作品深度链接行为法律性质的再思考》，载《甘肃政法学院学报》2019年第6期，第20页。

〔20〕《版权条约》第8条前半段以“伞型权利”的形式规定了“向公众传播权”，后半段是“向公众提供权”所规范的行为要素。参见刘银良：《信息网络传播权的侵权判定——从“用户感知标准”到“提供标准”》，载《法学》2017年第10期，第101页。本条前半段与后半段分别是公众传播权与信息网络传播权，即二者是广义与狭义的关系。参见杨勇：《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》，载《知识产权》2017年第2期，第4页。信息网络传播权是《版权条约》第8条所规定的“向公众传播权”的子权利。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7页以下。

著作权人提供更强保护，即不妨碍成员国将信息网络传播行为的覆盖范围延伸到加框链接。⁽²¹⁾ 所以，无论是对提供行为进行文本解读还是依据《版权条约》的立法原意，将深度链接行为认定为信息网络传播行为并不存在障碍。

但必须要承认，仅以提供行为一种要素圈定信息网络传播行为仍然过于单薄，需要进一步细化。有学者提出信息网络传播行为包括以下要素，即“提供作品的原因要素、展示作品的结果要素、链接原因与结果的控制要素”。⁽²²⁾ 也有学者将其认为是“提供作品、交互式使用方式、获得作品”⁽²³⁾ 三者的结合。但笔者认为，将信息网络传播行为内核限定为“提供+控制”两种要素足矣。因为只要行为人实施提供作品行为且网络用户有获取需求并进行检索，获得作品或者展示作品的效果即可满足，所以结果要素本身已经暗含在提供行为之中。同时，以“提供+控制”判断，符合技术中立原则，即未对信息网络传播行为设定任何技术因素的界定，具备极强的适用性和包容性，足以应对不断翻新变化的现实。

综上，笔者认为，信息网络传播行为的核心要素应当是“提供+控制”。首先，提供行为应当既包括初始提供行为也涵盖后续的再提供行为。网络社会中的作品已经脱离实物载体走向电子化和数字化，传播利益逐渐成为著作权保护的核心利益，而无论是初始提供行为还是再提供行为，在本质上对传播利益都产生了实质影响，甚至后者的传播效果更加明显。因此，无论将深度链接行为认定为初始提供行为还是再提供行为，都符合信息网络传播行为“提供”的认定。其次，关于控制行为，是指主体能够控制作品的上传和删除⁽²⁴⁾，通常是信息网络传播行为的主导因素。在深度链接行为中，为了满足网络用户需求追求利益最大化，设链者会自主选择被链网站的种类和内容，自行决定链接或删除相应作品，因而上传和删除行为是由设链者自身掌控的。持深度链接行为紧密依附于被链者⁽²⁵⁾的观点，仅看到了深度链接行为的表象，却忽视了设链者的主观能动性，设链者正是通过传播行为，最终侵害了被链网站的非版权利益，在貌似帮助行为背后是设链者追逐更大经济效益的动机。的确，设链的作品内容来源于被链网站，但并不能阻碍将深度链接行为认定为信息网络传播行为。

尽管有观点提倡将信息网络传播行为分解为信息网络提供行为与作品展示行为，进而将深度链接行为定性为独立的作品展示行为⁽²⁶⁾，与笔者将深度链接行为直接认定为广义的提供行为观点不尽相同，但此种差异并不影响深度链接行为是信息网络传播行为的定性结论。通过以上分析，

(21) 笔者注：加框链接即为内链，与本文的深度链接行为可作相同对象解读。参见[德]约格·莱茵伯特、[德]西尔克·冯·莱温斯基：《WIPO 因特网条约评注》，万勇、相靖译，中国人民大学出版社 2008 年版，第 133 页以下。

(22) 欧阳本祺：《论网络环境下著作权侵权的刑事归责——以网络服务提供者的刑事责任为中心》，载《法学家》2018 年第 3 期，第 160 页。

(23) 杨勇：《从控制角度看信息网络传播权定义的是与非》，载《知识产权》2017 年第 2 期，第 9 页。

(24) 张玲玲：《网络服务提供者侵犯著作权责任问题研究》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 169 页。

(25) 林清红、周舟：《深度链接行为入罪应保持克制》，载《法学》2013 年第 9 期，第 152 页以下。

(26) 崔国斌：《得形忘意的服务器标准》，载《知识产权》2016 年第 8 期，第 4 页。

深度链接行为完全契合信息网络传播行为的核心要素，将深度链接行为纳入信息网络传播行为的范畴，是兼顾理论与现实的理性选择，并且是可检验和可控制的方法论，由此肯定二者关系不存疑问。就此，深度链接行为本质得以明确，其与信息网络传播行为的关系得以厘清，为下文所主张的深度链接行为规制路径提供坚实基础。

四、刑民共治视野下深度链接行为的入罪与出罪

依据现行《刑法》第 217 条的规定，未经著作权人许可，通过信息网络向公众传播作品的可能构成侵犯著作权罪。随着聚合平台的出现，“十盗版，九聚合”成为著作权领域的切肤之痛，聚合平台为行为人实施网络侵权甚至是犯罪行为提供了新的可能。当民事侵权责任无法实现规制网络侵权行为的目的或者侵权行为已达到侵犯著作权罪的严重程度时，需要及时启用刑法。规制深度链接行为需要不同部门法发挥合力，为“保障行为导向的确定性以及法律和平，就不可以是自相矛盾的，并且各项规范之间要能够互相协调”⁽²⁷⁾，最终形成一个“互相啮合”的规则体系。笔者认为，规制深度链接行为，须认识刑法与民法规范目的的差异性，平衡刑法谦抑化与民法扩张化的关系。下文将在刑民共治视野下展开讨论深度链接行为的规制路径。

（一）入罪：刑事立法与知识产权政策的双重要求

如上文所述，有观点认为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罪事由。笔者将以不同观点为视角，解读和思考以间接侵权即帮助行为的入罪根据。

1. 质疑与反思：深度链接行为以帮助行为入罪的障碍

按照我国传统的共同犯罪理论，深度链接行为以帮助行为入罪不存在现实可能性。根据《刑法》第 25 条以及犯罪构成理论，二人以上共同故意犯罪才可以认定为共同犯罪。由此，构成共同犯罪必须要求共犯之间存在犯意联络。

但在网络空间，“原本面对面实施的犯罪以一种背对背的形式呈现”⁽²⁸⁾，设链网站与被链网站互不认识，更无谈犯意联络，不符合共犯的主观要件。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⁽²⁹⁾，但以后两者认定行为人的主观心态不无疑问。根据暗示或容忍的意思联络理论，被链网站在没有设置反盗链、反爬取等技术措施的情况下，便推定被链网站主观上对设链行为是放任的，即模糊地肯定设链网站与被链网站达成了合意。这种内涵主观臆测因素的认定结论，与实际情况相左——被链网站对被链作品的传播范围以及点击下载量是不可预知的，何谈与设链网站之间存在合意呢？同时，将被链网站是否设置防范措施的自由转化为构成共犯合意的假设，逻辑证成十分牵强甚至存在对共犯理论的认知偏差。由此，以

(27) [德] 齐佩利乌斯：《法学方法论》，金振豹译，法律出版社 2009 年版，第 52 页。

(28) 陈兴良：《网络犯罪的类型及其司法认定》，载《法治研究》2021 年第 3 期，第 11 页。

(29) 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。

暗示或容忍方式认定设链者与被链者间存在犯意联络有待商榷，并不能从根本上解决深度链接行为以间接侵权入罪的难题。在虚拟的网络空间，网络主体的关系不具有真实社会的现实性，双方处于隐名的疏离状态，设链者与被链者之间主观上并不具有必然联系，对二者目的更无法强加使其具有一致性，并且客观行为并不必然统一^{〔30〕}，将二者认定为共同犯罪的可能性极小。

因共同犯罪无法成立，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。“无论是刑法理论还是司法解释中将某种共犯行为径行以某罪的实行犯入罪的所谓‘共犯行为正犯化’的思维路径都是对基本理论立场的背叛，而‘共犯行为正犯化’这样的说辞除了将正犯、共犯混淆、徒增理论混乱度之外，并无任何实益。”^{〔31〕}按照帮助行为正犯化逻辑，对“前手”进行帮助的行为人都可能因帮助行为正犯化而受到处罚。尤其在深度链接行为的语境下，并不仅仅存在被链网站—设链网站—层传导关系，在设链网站背后还可能隐藏多个次设链网站，由此形成“被链网站—设链网站—一次设链网站……”依次递进的层级关系，如果将“后手”多个次设链行为都纳入刑法当中，罚当其罪的正当性何在？退一步讲，即使帮助行为正犯化的思路能在一定程度上弥补法律漏洞，但也可导致深度链接行为随意成为网络犯罪的辅助手段，与帮助信息网络犯罪活动罪相似，成为网络犯罪中的又一“口袋罪”。

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。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。成立片面共犯必须以被链网站成立侵犯著作权罪为前提，如果被链网站没有达到犯罪程度，或者无证据证明存在犯罪行为时，片面共犯便成为一纸空谈。而强调个人责任的行为共同说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”，似乎能够妥当处理无意思联络的深度链接行为。然而，面对多元化的主体目的，将共同故意的主观要件架空并与共同犯罪的概念分割理解，将共同犯罪理解为“数人数罪”的简单相加，相较于“数人一罪”的犯罪共同说，必然扩大了共同犯罪的成立范围。^{〔32〕}

2. 回应与矫正：深度链接行为以实行行为入罪的法教义学分析

深度链接行为作为信息网络传播行为在网络空间的异化表现，以侵犯著作权罪的实行行为入罪具有正当性。尽管民事审判针对深度链接行为定性摇摆不定，有的案件认定为直接侵权，而有的案件可能认定为间接侵权，甚至利用避风港原则免于侵权责任。但刑法对深度链接行为是否有调整的必要性？答案是肯定的。利用刑法手段调整深度链接行为是维护利益、公正且与民法不冲突

〔30〕于志强：《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构》，载《中国法学》2014年第3期，第165页。

〔31〕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。

〔32〕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。

的解决方法。运用刑法手段治理深度链接行为的目的在于实现刑法机能，而为了保证刑法机能的实现，必然需要从法教义学视角分析深度链接行为。法教义学视角下的深度链接行为所面临的问题包括：首先，侵犯著作权罪所保护的法益是什么，与深度链接行为可能侵害的利益是否一致？其次，侵犯著作权罪的实行行为如何认定，深度链接行为能否被囊括在内？最后，侵犯著作权罪所要求的“违法所得数额较大或者有其他严重情节”如何界定，深度链接行为所造成的损害能否达到此种程度要求？下文，将对深度链接行为进行刑法教义学分析。

首先，侵犯著作权罪的保护法益具有复合性，深度链接行为符合侵犯著作权罪的罪质。侵犯法益是犯罪行为的处罚根据，也是深度链接行为何以以实行行为入罪的根本原因。侵犯著作权罪位于《刑法》“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章中，学界普遍认为该罪兼具保护个人财产权和维护市场竞争秩序双重法益属性，但关于两种法益孰轻孰重，观点不一。有学者认为，知识产权的刑事法律保护只有立足于权利本位的立场，在倡导私权的同时，兼顾秩序，一种真正科学、有效的知识产权市场体系和市场机制才能建立起来。⁽³³⁾也有学者认为，应当坚持“竞争秩序优位”突出对市场秩序的维护，因为正常的市场竞争秩序背后保护的是知识产权给权利人在市场竞争中带来的优势地位，而这种优势地位主要表现为权利人因技术创新或智力成果所享有的市场竞争利益。⁽³⁴⁾尽管对本罪法益内部位阶存在不同见地，但学界一致认为本罪法益应当既包含秩序法益也包含个人财产法益。

笔者倾向将二者认定为递进关系，市场竞争秩序可以还原为不特定多数著作权人的个人财产法益，侵犯作品的专有财产权实质上是侵犯市场竞争秩序的必经阶段。从深度链接行为的行为特征来看，设链网站在未取得著作权人和被链网站任何一方许可的情况下，对作品设置链接并在聚合平台网站展示，通过增加流量等方式以广告牟利，直接侵犯了权利人的传播利益以及附随产生的孳息收入；从深度链接行为的发展进程来看，作为一种一对多的职业化、专业化行为，可以实现将多个侵权作品集聚到一个网站或者网页之内，所产生的法益侵害性具有累积性、聚合性特征，通过多次侵犯著作权人财产权利行为的累积发展，逐渐演化为对市场竞争秩序的破坏。因此，从行为特征到发展进程，深度链接行为不仅会侵害特定著作权人的财产法益、被链网站的传播利益，也会危害正常的市场经济秩序。

其次，侵犯著作权罪的实行行为之一是“通过信息网络向公众传播”，深度链接行为属于信息网络传播行为。形式说认为，实行行为是指符合构成要件的行为⁽³⁵⁾；实质说认为，实行行为是造成法益侵害的行为⁽³⁶⁾；也有学者将以上两种观点融合采取“形式+实质”定义实行行为，即“实

(33) 田宏杰：《论我国知识产权的刑事法律保护》，载《中国法学》2003年第3期，第145页。

(34) 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。

(35) [日]大塚仁：《刑法概说（总论）》（第3版），冯军译，中国人民大学出版社2003年版，第134页。

(36) [日]高桥则夫：《刑法总论》，李世阳译，中国政法大学出版社2020年，第89页。

行行为并不仅仅意味着形式上符合构成要件的行为，而是具有侵害法益的紧迫危险的行为”。⁽³⁷⁾ 本文选择以“形式+实质”的综合说认定侵犯著作权罪的实行行为，既是坚持罪刑法定原则的要求，又能实现刑法保护法益的目的。以综合说为立场认定侵犯著作权罪的实行行为，既要该当侵犯著作权罪的构成要件，还要对本罪所保护的法益造成现实侵害。

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。通过本文分析，深度链接行为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，前文也已分析，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。

最后，构成侵犯著作权罪要达到“违法所得数额较大或者其他严重情节”的入罪标准，累积犯原理是深度链接行为入罪的正当化根据。“违法所得数额较大或者其他严重情节”实质上是对侵犯著作权罪法益侵害程度的要求。《刑法》对本罪设置此项规定，并通过司法解释予以明确。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5条第1款规定，“违法所得数额达到三万元以上的”属于“违法所得数额较大”；“非法经营数额在五万元以上”或者“复制品数量合计在一千张（份）以上”等其他严重情节的情形的属于“有其他严重情节”。《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）》第1条将“有其他严重情节”所要求的复制品数量降低为五百张（份）。经历两次司法解释，本罪的入罪标准已经明确，可具体化为违法所得数额、非法经营数额和复制品数量标准。

针对深度链接行为，以上三类标准除复制品数量外，其他两类标准均可以适用。在衡量深度链接行为所致使的结果是否在“违法所得数额较大或者其他严重情节”的射程范围内时，需要考虑到多次深度链接行为具有累积性。在累积犯中，单个行为无法一般性地满足对所保护法益的实际侵害，甚至连与法益最为松散的抽象危险犯都无法构成。⁽³⁸⁾ 但是，因网络空间具有聚集性、兼容性、开放性的特点，使大量仅具有一般行政违法性的行为，通过积累、融合“量变”引发“质变”成为具有法益侵害性的犯罪行为，如《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》第13条明确“点击数”“会员人数”作为《刑法》第217条的“其他严重情节”也确证了这点。网络具有强大的聚集功能，使多次、累积的深度链接行为与信息网络的传播行为的法益侵害性等量齐观。以累积犯作为深度链接行为入罪化根据，既能有效修复共同犯罪评价体系的阙如，又能弥补惩治力度不足的弊端。

3. 应然与实然：刑事实体法承接与知识产权政策要求

从应然层面，将深度链接行为入罪有法律规范承接。无论是从法益侵害性还是累积犯原理出发，深度链接行为完全可以成为信息网络传播行为的具体类型。立足于保护著作权人作品法益的

(37) 张明楷：《刑法学（上）》（第6版），法律出版社2021年版，第188页。

(38) [德]洛塔尔·库伦：《法益理论与新形式犯罪类型》，唐志威译，载《苏州大学学报（法学版）》2021年第2期，第140页。

全面性，尤其是在网络信息化的视域下，《刑法修正案（十一）》已将侵犯著作权罪的行为方式扩展至信息网络传播行为，与《著作权法》接洽。侵犯著作权罪属于典型的法定犯，民法与著作权法是刑法的前置法，对违反著作权管理规定又符合侵犯著作权罪犯罪构成要件的高度链接行为，应当认定为《刑法》第217条明文规定的“通过信息网络向公众传播”行为。

从实然层面，将深度链接行为入罪是“同等保护”和“严格保护”知识产权政策的要求。针对著作权的保护应当改变“适度保护”理念，确立“同等保护”立场。著作权作为一种智慧型财产，即使归类于无体物，也与有体物具备相同的本质属性——“以可以用金钱评价者为限”⁽³⁹⁾，在实现个人价值和促进社会发展中的地位甚至高于有形财产。因此，著作权的保护范围与保护强度应当与有形财产保持一致。将深度链接行为入罪，正是织密著作权保护法网的必要举措，是促成“同等保护”政策落地的正确方向。2020年最高人民法院发布《关于依法加大知识产权侵权行为惩治力度的意见》（法发〔2020〕33号）强调，以知识产权为落脚点，依法加大对知识产权侵权行为的惩治力度和打击力度，与现实社会相比，开放性的网络社会更应当坚持知识产权“严格保护”的政策导向。

综上所述，将深度链接行为入罪既符合侵犯著作权罪罪质又与“同等保护”和“严格保护”的基本政策相符，累积犯理论和现行《刑法》为其提供可靠的法理基础和实定法支撑。深度链接行为是运用网络技术提供作品的行为，将虚拟的网络空间与无形的著作权相结合，可直接认定为侵犯著作权罪的实行行为。具体而言，若设链内容仅限于一般文学作品或者视频资源，可根据作品来源进一步类型化：设链作品是正版网站的正版资源，设链作品是正版网站中的盗版资源以及设链作品是盗版网站的盗版资源，以上三种类型的不法性依次增强；但如果同一作品内容还涉及国家秘密、商业秘密或者淫秽色情等内容，造成对其他法益的侵害时，可能构成故意（过失）泄露国家秘密罪、侵犯商业秘密罪、传播淫秽物品罪等，应当按照竞合犯处理；但如果不同作品涉及以上不同种内容的，则应当数罪并罚。

（二）出罪：刑法谦抑性与利益平衡原则的双向印证

通过以上分析，将深度链接行为入罪有其必要性和可行性，但深度链接行为本身错综复杂且具有双面性，既是实施侵犯著作权罪的行为方式，也是大众获得作品的便捷渠道，因此需要审慎划定入罪的边界，不可忽视刑法的谦抑性和网络知识产权基本原则的作用。

1. 入罪前反思：保持刑法的谦抑性

面对日益严峻的网络犯罪态势，刑法在扩展自己“射程”的同时，需要平衡罪名扩张的需要与限度。⁽⁴⁰⁾刑法的谦抑性是以“法律的一般视角”指导调整深度链接行为，对可能出现的扩张式入罪进行事前反思。对深度链接行为入罪应当秉持刑法的谦抑性，坚守刑法作为保障法和最后法的地位，及时扮演法益保护最后守护者的角色。贯彻刑法的谦抑性原则，确认刑法补充性作用，

(39) 周相：《罗马法原论》（上册），商务印书馆2014年版，第320页。

(40) 江湖主编：《中国网络犯罪综合报告》，北京大学出版社2021年版，第111页。

对于刑法的机能不能过于苛刻，不能强迫刑法超越法律功能以外的范围去履行使命。^{〔41〕}在刑法谦抑性的引导价值下，更应当充分尊重刑法与民法在立法目的和价值追求方面的差异。民法作为私法，重点关注权利保障，以意思自治为基础展开民事法律关系；而刑法是以惩罚与预防犯罪为目的，处理国家与行为人的关系，以定罪量刑为核心。刑法与民法功能不同、性格各异，这就要求：一方面，不同法律规范对深度链接行为应当保持相对独立的思考方式，并非任何承担民事侵权责任的深度链接行为都会进入侵犯著作权罪的范畴；另一方面，调整和规制深度链接行为，需要重视和发挥民法与著作权法的应有作用。北京市海淀区人民法院正积极开展知识产权“三合一”综合审判试点工作，打通著作权案件中刑民审判分界带来的差异和固化，在民事审判中借鉴刑事惩罚的严谨与规范，在刑事审判中引入民事关于事实技术查明的经验，为网络空间侵犯著作权行为治理树立典范。

质言之，对深度链接行为入刑应当保持适度的谨慎态度，把握刑法规制深度链接行为的广度和深度，针对“新型的、现行刑法遗漏的严重侵犯知识产权的行为，做到必要的、适度的、合理的犯罪化”。^{〔42〕}刑法适度介入，能够有效遏制侵犯著作权罪行为的发生，对鼓励创作和繁荣社会主义文化发挥实效；而过度干预，将会限制网络信息技术的进步，束缚网络革新与知识产权经济的发展。坚持刑法的谦抑性原则，并不代表刑法在网络犯罪中的作用减弱或消失，而是要求最大限度内发挥刑法的积极功能，克服消极效应，避免刑法过度活化而不当侵蚀国民的自由空间，以最终实现刑法治理向刑法善治的良性转变。

2. 入罪后检验：遵循利益平衡原则

最高人民法院《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》（法发〔2009〕16号）中强调，有效应对互联网等新技术发展对著作权保护的挑战，准确把握网络环境下著作权司法保护的尺度，妥善处理保护著作权与保障信息传播的关系。链接是互联网的本质，是网络用户获取信息资源的重要索引，保障链接自由是网络信息发展的条件。极力倡导“自由文化”的劳伦斯·莱斯格教授认为，将网络建构为一个拥有公共资源领域的空间，对文化有极大的价值。^{〔43〕}如果一切网络链接行为都需要以被链者或者著作权人的同意为前提，会使互联网的实用功能大打折扣。因而，清晰界定“利用深度链接侵犯著作权的行为与合法使用网络链接传播作品的行为”十分必要。

平衡深度链接行为中的各方利益有助于划清二者界限。利益平衡原则是知识产权法中的关键性原则和机制，以平衡精神为指针，其内部存在固定的层次结构：“当事人利益、群体利益、制度利益和社会公共利益，是一种由具体到抽象的递进关系，也是一种包容和被包容的关系。”^{〔44〕}具体到深度链接行为的规制路径，需要在知识产品的创造者、传播者和使用者之间维持利益上的平衡，

〔41〕 于冲：《网络刑法的体系构建》，中国法制出版社2016年版，第72页。

〔42〕 刘仁文等：《立体刑法学》，中国社会科学出版社2018年版，第264页。

〔43〕 [美] 劳伦斯·莱斯格：《代码》，李旭译，中信出版社2004年版，第173页。

〔44〕 梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，载《法学研究》2002年第1期，第57页。

在私人垄断与公众分享之间保持平衡，从而实现社会利益总量的最合理分配。^[45] 深度链接行为利用网络空间开放性、跨时空性的优势，逐步成为信息网络传播作品的重要渠道，极大满足了社会公众对公共知识的强烈渴望。公众对知识的需求是一种具有集体性和广泛性的社会公共利益，而深度链接行为的出现激发了社会公共利益背后的使用者即网络用户与设链传播者、著作权人三者的矛盾，即当事人的具体利益与社会公共利益以及社会公共利益内部的市场秩序与公众获取知识间的冲突。

为妥当解决以上矛盾，一方面需要保证知识自由流动以满足公众需要，另一方面要确保网络空间中著作权人的合法权益和公平的竞争秩序。利益平衡原则是以私权保护作为前提，但这种个体利益、私人利益必须受到公共利益的制约^[46]，将利益平衡原则作为深度链接行为的出罪事由，目的是为了在相对粗疏的犯罪圈中精准识别合法的网络传播行为并将其予以剥离，最大程度地保障公众获得作品的权利。

五、结语

面对深度链接行为引发的现实挑战与理论困境，在刑民共治视野下，如何定性深度链接行为是解决问题的先决条件。通过考察深度链接行为与信息网络传播行为的关系，二者在“提供+控制”的核心要素上具有同质性，说明深度链接行为具有信息网络传播行为的法律属性，为依法规制深度链接行为提供落脚点。而信息网络传播行为作为刑民规范聚合下的概念，以刑民共治观讨论深度链接行为成为无法回避的话题。基于刑民共治的理念，需要妥当把握刑法与民法的边界，辨明合法的信息网络传播行为与不法的侵犯著作权犯罪行为关系。因此，在入罪层面，以刑法教义学为价值指引，廓清侵犯著作权罪法益、实行行为和入罪标准，证明深度链接行为以侵犯著作权罪实行行为入罪的可行性；在出罪层面，适时发挥刑法的谦抑性与民法利益平衡原则的作用，针对不具有法益侵害性或尚未达到入罪标准的深度链接行为除罪化，以保障公民享有公共知识产权利益。

“犯罪是社会变动的‘晴雨表’。”^[47] 网络社会的发展，给侵犯著作权罪带来全新挑战——实行行为的异化，迫使传统的刑法理论吐故纳新，不仅扩充了著作权的内涵，同时扩展了信息网络传播行为的外延。法律体系应当因时因势而变，中共中央、国务院印发的《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》也强调，要构建门类齐全、结构严密、内外协调的法律体系；适应科技进步和经济社会发展形势需要，依法及时推动知识产权法律法规立改废释，适时扩大保护客体范围。^[48]

[45] 曹世华：《网络知识产权保护中的利益平衡与正义解决机制研究》，合肥工业大学出版社2011版，第48页。

[46] 冯晓青：《知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究》，载《中国法学》2007年第1期，第70页以下。

[47] 陈兴良：《网络犯罪的刑法应对》，载《中国法律评论》2020年第1期，第89页。

[48] 国家知识产权局：《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》，载国家知识产权局官网，https://www.cnipa.gov.cn/art/2021/9/23/art_2742_170305.html。

故而，规制深度链接行为，需要部门法之间相互支撑、相互维系，完善部门法联动机制，从而建构刑法与民法、著作权法“层层推进、分级治理”的格局。但需要再次强调的是，刑法的谦抑性和民法的利益平衡原则固然重要，但是“刑罚处罚范围也并非越窄越好”⁽⁴⁹⁾，刑法对网络空间的治理应当“有所不为”，更要“有所为”。

Deep Linking Behavior from the Perspective of Criminal and Civil Co-governance

FEI Anling LEI Da

Abstract: With the rapid development of network information technology, deep linking behavior has largely impacted the boundaries of information network communication behavior, bringing many obstacles to the protection of indigenous property rights and the maintenance of intellectual property competition order. For the crime of copyright infringement, the copyright law is the front law of the criminal law, but the deep linking behavior has the problem of qualitative difference between the criminal law and the copyright law. Since the identification core of deep linking behavior is consistent with that of information network communication behavior, it is possible to identify it as a crime of copyright infringement. Under the background of the “double-layer society” of “triple play”, it is necessary to actively construct a criminal-civil co-governance system that regulates deep-linking behaviors on the aspect of conviction, the theory of legal interest infringement and accumulative offense provide sufficient legal basis, and it is also the requirement of implementing the policies of “equal protection” and “strict protection” on the aspect of exoneration, it is necessary to follow the modesty of criminal law and the principle of interests balance, and then clearly distinguish between criminal acts by means of deep linking and legal acts of using network links to disseminate works.

Keywords: Criminal and Civil Co-governance; Deep Linking Behavior; Information Network Communication Behavior; Crime of Copyright Infringement

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)

(49) 张明楷:《网络时代的刑法理念——以刑法的谦抑性为中心》,载《人民检察》2014年第9期,第6页。