

数字时代网络著作权犯罪刑法规制的 现状、困境与纾解*

王海军

【摘 要】在当前数字时代加强知识产权保护的背景下，需要协调好著作权人和社会公众的利益，妥善划定刑法规制著作权犯罪的边界。因应数字网络科技发展引发的著作权保护危机，《刑法》及时补充了对著作权侵犯行为的规制。在规范层面，网络著作权犯罪的犯罪对象、营利目的、归责模式类型等基本问题需要将争议解疑释明。为克服刑事保护的困境，未来可以考虑将著作权犯罪优化调整为抽象危险犯的立法模式，适时顺势拓展犯罪圈的合理边界。在司法实践中需要注意厘清行为主体的责任分配，阐明主观要素、情节严重等入罪标准和内涵。要配套构建数字作品预出版登记的行刑衔接前置制度，采取切实妥当的法律措施以实现网络著作权侵权行为行政处罚精准有力，打击刑事犯罪及时到位，达到国家知识产权战略保护、助益优化营商环境的中央政策要求。

【关键词】数字时代 网络著作权犯罪 刑法规制

【作者简介】王海军，法学博士，天津师范大学法学院教授。

【中图分类号】D924.3 **【文献标识码】**A

【文章编号】2097-1125（2025）09-0036-20

* 本文系天津市哲学社会科学基金项目“中国式现代化背景下轻罪治理的体系建构及实践机制研究”（TJFX24-006）的阶段性成果。

一、问题的提出

自党的十八届三中全会提出“推进国内贸易流通体制改革，建设法治化营商环境”^①以来，为充分保障民营企业合法权益、促进国家经济增长，相关部门制定、修改了各部门法，以法治手段优化营商环境。其中，保护知识产权是塑造良好营商环境的重要措施。为此，应当以优化营商环境为中心，从审查授权、行政执法、司法保护、仲裁调解、行业自律、公民诚信等各个环节入手，实现知识产权的全链条保护。著作权是知识产权的重要组成部分，近年来，著作权总体登记量呈现急剧增长趋势。随着信息技术和数据经济的高速发展，侵犯著作权的犯罪行为日益猖獗。最高人民检察院发布的《知识产权检察工作白皮书（2021—2023年）》显示，“2021至2023年，全国检察机关受理审查逮捕侵犯知识产权犯罪案件分别为6924件13485人、4098件7889人、7049件12729人，2023年同比分别上升72%、61.4%”，“但2023年侵犯著作权类犯罪、侵犯商业秘密犯罪人数同比分别上升1.4倍、96.6%，增幅明显高于整体侵犯知识产权犯罪案件”。^②

当下，网络科技飞速发展，风险也相应增加，失范行为增多。为了回应社会治理对安全与稳定的价值诉求，刑事立法越发呈现活性化态势，刑法保护日益前瞻，刑事处罚日趋严厉，刑法早已由事后惩治犯罪的手段变为事先预防犯罪的工具，积极预防主义成为当下刑法观的主流。^③“网络与数据技术的普及化正在造就一个过度互联的世界。人与人之间的过度互联以及虚拟空间与现实空间的交互作用，使得全社会系统往日趋复杂化的方向一路狂奔，而现有的包括法律在内的治理手段则日益显得捉襟见肘。”^④随着科技手段的不断更新，网络著作权犯罪和民事侵犯著作权行为之间的界限也日益模糊，如果不能明确区隔二者，将导致司法资源配置的错位和浪费，会严重妨害营

① 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，人民出版社2013年版，第12页。

② 最高人民检察院：《知识产权检察工作白皮书（2021—2023年）》，https://www.jl.jcy.gov.cn/tpxw/202404/t20240426_6436945.shtml，2025年3月1日。

③ 参见刘艳红：《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案（十一）〉为视角的分析》，《比较法研究》2021年第1期，第62页。

④ 劳东燕：《网络暴力刑法治理的基本立场》，《政法论坛》2024年第3期，第39页。

商环境的优化,阻碍我国市场经济的发展。正因如此,探讨数字时代网络著作权刑事保护的时局特点、规制疑难及其应对路径,对打击此类犯罪、有效保护民营企业合法权益、优化营商环境具有重要的理论意义和现实价值。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)的多次修正,“无论是对行刑违法类型的统一,还是对民刑法律关系的衔接,均加强了法律规范的体系化、完整性构建,加强了法秩序的统一性,也是对刑法保障法地位的再次宣示”。^① 本文拟以我国刑法修正案对著作权犯罪的修改为基础,进一步考察在数字时代网络著作权犯罪的保护法益,揭示其与民事侵犯著作权行为的区分要旨,廓清数字科技对网络著作权犯罪的影响,为司法实践认定著作权犯罪提供更为明确的规则与标准,以期助力高效打击规制此类犯罪行为,实现前瞻性的风险防范治理和对著作权周密的司法保护。

二、数字时代网络著作权犯罪的现实趋向与立法完善

(一) 数字网络科技对著作权犯罪的影响

作为当今社会智慧财产或者任何具有潜在价值的人类商品的一部分,著作权的对外表现形式与社会发展、市场偏向和科技进步密不可分。传统社会的活字印刷带来了复制传播发行,而数字网络的存在使成果的诞生与发行摆脱了时空限制。同时,通过互联网进行复制、传播的成本也相较传统著作权复制发行更为低廉,这在一定程度上对文化成果的输出与交流起到了促进作用,但同时也给著作权的保护带来新的冲击。著作权的保护史,在某种程度上讲正是重制技术的发展史。数字网络从诞生至今虽只有几十年,但由于技术的飞速进步与发展,当代的数字网络经济犯罪正以“窃取”智慧财产的方式迅速蔓延,带来著作权人与公共利益之间新一轮的权利博弈与利益平衡。

数字网络的进步既使几乎所有作品在网络环境下通过二进制计算技术实现数字化转换与大量复制与传播,也使重制、复制行为脱离传统物理媒介载体,变得更为简易且普及,间接导致著作权侵害风险的增加。以视频电影的侵权行为为例,在互联网时代,传统的DVD拥有者无须借助专业设备进行DVD的复制与拷录,也无须以假乱真的产品包装与设计,而是可以在未经授

^① 陈庆安:《〈刑法修正案(十一)〉的回应性特征与系统性反思》,《政治与法律》2022年第8期,第111页。

权的情况下拷贝 DVD 中的影视化成果并在互联网传播。这种犯罪物理成本的降低一定程度上也会对犯罪分子产生巨大诱惑,使著作权侵权行为的低风险、高收益性更加明显,最终的结果必然是著作权人向潜在用户收取报酬的机会大大降低。同时,网络中的浏览、搜寻、下载、转寄等信息的分享与交换使用行为也是在数字信息重制的基础上进行的,这无疑给传统著作权中“未经授权则是侵害”的概念带来新的挑战。

以上冲击也迫使著作权人必须依托加密等技术措施对成果进行保护与控制。例如,网络小说作者通过与平台签约,由平台对其小说成果以加密或者设置防盗章节等方式抵制盗版爬取复制行为。影视平台在每一部电影的复制品上植入“科技锁”,以阻挡合法的购买者再行复制无数免费的电影。虽然目前反盗加密技术日新月异,但是事实上这些“锁”仅是暂时为著作权提供保障,再精密的防盗程序也会随着犯罪分子技术的精进而被破解。实施科技保护措施并非一劳永逸的方式,由此也引发学界对网络使用与著作权保护之间关系的思考:如果消费者通过数字网络技术就能够免费获得著作权人付出大量时间和金钱取得的成果,那么创作者前期的投资与牺牲的时间和精力就会缺少正向的市场回馈,创造积极性也会流失。若缺乏法律的额外保护,对创作的投资就变得无所获利且不具吸引力。假如全世界的使用者都能够轻易重制并散布这些数字作品而不必受到任何法律上的制裁,又怎么会有人愿意付出时间、金钱及劳动力来创作作品呢?

在社会层面,与传统领域的犯罪不同,作为法定犯的网络著作权犯罪主要侵害的是著作权人的利益。公众通过犯罪分子的侵权行为以极低甚至无须付出代价的方式获得著作权成果的使用利益,对著作权犯罪人的道德上的否定评价也远低于杀人、抢劫、诈骗等自然犯。在日常生活中,公众对侵犯著作权的违法犯罪行为进行举报的积极性也低于普通犯罪。例如,在某次美国法院对陪审团的民意测验中,有近一半的被调查者赞成在网上可以免费使用有著作权的作品,而有近五分之一的被调查者认为网上商业性使用有著作权的作品不应当收费。^①由此,面对犯罪分子日益精进的侵权技术,对著作权人在互联网上的权益进行保护就十分必要,如何在著作权刑事保护领域因应数字网络技术的新变化做出及时而有效的回应,使之在保护著作权人权利

^① 参见崔立红、秦野:《网络时代知识产权犯罪问题研究及其对策》,《知识产权》2001年第4期,第3页。

的同时又能激励知识创新和传播,协调好著作权人和社会公众之间的利益平衡,成为刑法应对数字网络科技发展的挑战亟须解决的时代问题。

(二)立法对网络著作权犯罪行为的调整

因应数字网络科技发展引发的著作权保护危机,刑法修正案对网络著作权侵权行为进行了规范层面的修缮,这一立法进展与近年来我国刑法修正案偏向安全刑法的发展趋势存在内在关联。^①一方面,针对著作权的侵权行为类型,刑法修正案将通过信息网络传播的著作权侵权行为正式纳入刑法规制范畴,这一修改使交互式传播模式下的著作权人权益保护在刑事领域有法可依,有效化解了我国在早期立法中因通过信息网络传播被“复制发行”语义涵盖而产生的理论争议。另一方面,刑法修正案首次在著作权犯罪中明确将未经著作权人或相关权利人许可而故意规避或者破坏保护著作权或与之相关的技术措施行为入罪,与《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)中最新的相关修改形成及时有效的衔接。

1. 将通过信息网络传播行为纳入行为类型

通过信息网络传播行为被正式规定为侵犯著作权的行为方式之一,是《刑法》第217条修改的焦点所在。立法者通过增加该行为类型以更好地解决在交互式传播成为主流传播方式后著作权人合法权益的刑法保护问题。在机械时代,伴随印刷技术诞生的复制发行行为是著作权保护制度建立的诱因,而工业的进一步发展和科技的进步也影响了犯罪的手段。尤其是近年来,互联网的普及使著作权成果由客观物理载体转变为数据信息,通过互联网进行传播,传统的点对点交互式传播模式发生变动,客观上影响并带动了智慧财产的非交互式传播,给著作权犯罪提供了极大便利。对这种利用互联网实行的信息网络传播行为,早期各国法律和《伯尔尼公约》都没有明确规定,直到世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization,简称WIPO)1996年通过《世界知识产权组织版权条约》(World Intellectual Property Organization Copyright Treaty,简称WCT),终于将“通过信息网络传播”纳入著作权保护的规制范围。

不同于域外其他国家沿用现有发行权保护著作权人的合法权益,我国

^① 参见刘艳红:《中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法》,《政法论坛》2023年第2期,第60~72页。

《著作权法》将信息网络传播权增加到专有权利之中,但由于各部门法律修订过程不同步,《刑法》并未及时进行修改,而是通过司法解释将信息网络传播行为视为“复制发行”。^①但由于刑法学界和知识产权法学界对刑法与著作权法的关系的理解存在偏差,该规定也由此引发学界争议,就信息网络传播行为能否被解释为“复制发行”、是否应当通过修改法律的方式将信息网络传播行为规定为侵犯著作权罪的行为手段展开了旷日持久的争论。有的学者站在刑法独立的立法目的与规范目的角度,认为不应将刑法中“信息网络传播行为”的含义囿于其他部门法束缚之下,将其解释为“复制发行”具有合理性。^②有的学者则站在刑法作为保障法的地位角度,认为刑法用语应当与著作权法等相关部门法律规定相协调,实现著作权与刑法之间的有效衔接。^③刑法修正案将信息网络传播行为视为独立于“复制发行”的行为方式无疑是对学界当下争议的最有力回应与终结,同时也表明了著作权犯罪领域“刑民衔接”的立法指向。刑法是具备独立任务与目的的法律,刑法用语的解释并不必然与其他部门法完全一致,但后者至少为前者提供了一种先见的理解,^④在没有足够充分的理由做不同理解的情况下,对刑法用语的理解应当尽可能与其他部门法保持一致。将信息网络传播行为视为独立于“复制发行”的行为方式也符合数字网络时代广大民众的朴素认知和法律观感。

2. 故意规避或者破坏技术措施行为入罪

作为与《著作权法》几乎同时修正完毕的法律条文,《刑法》中技术措施保护条款的出现,可以说是立法者在数字时代对技术措施作为著作权刑事保护重要对象的肯定。数字时代作品的复制发行摆脱传统时空成本也给盗版技术的存在与发展提供了条件。在网络环境下,技术措施可能有助于解决技术带来的挑战,由此技术措施成为当下能够对网络著作权进行直接有效保护

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条第3款规定:“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’。”

② 参见贾学胜:《著作权刑法保护视阈下“复制发行”的法教义学解读》,《知识产权》2019年第6期,第25~34页。

③ 参见全其宪:《网络著作权犯罪刑事立法的反思与完善》,《西安电子科技大学学报》(社会科学版)2016年第2期,第79~84页。

④ 参见冯军:《刑法教义学的立场和方法》,《中外法学》2014年第1期,第190~191页。

的方式。但保护著作权技术措施的出现也相应伴生规避破坏技术措施的技术,由此,对技术措施的保护也就成为著作权法保护体系的重要内容。始于世界知识产权组织在1996年通过的WCT第11条和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WIPO Performances and Phonograms Treaty,简称WPPT)第18条的要求,技术保护措施成为各成员国著作权立法中的重要内容,其中最具代表性的是美国1998年通过的《数字千年版权法案》。该法案从“获得作品”和“维护作者权利”两个层面对技术措施提供保护,其中关于技术措施的保护条款也被直接被纳入《美国版权法》第1201条的规定中。我国在2001年对《著作权法》进行修正时将技术措施保护纳入法律保护范围,并在2020年第三次修改时直接纳入《信息网络传播权保护条例》对技术措施的定义,以此进一步明确技术措施保护的概念、禁止性规定和合理使用的范围。《中华人民共和国刑法修正案(十一)》的相关规定无疑为故意规避或破坏技术措施的行为入罪提供了法律层面的正当化依据,有效纾解了之前存在的入罪争议,也能在司法实务中将该犯罪行为与非法经营罪和提供侵入计算机信息系统的程序、工具罪进行界分,“不仅从立法上确认了从司法实务中获取的经验,也在司法上明确了刑法对故意规避或者破坏技术措施的规制路径”。^①

三、数字时代网络著作权犯罪刑法规制的争歧困境

数字时代的社会风险问题逐渐呈现领域性、复合性、交叉性等特征,与更为公众熟知的传统著作权相比,网络著作权是在科技支持的数字环境下著作权人对自身通过数字媒介存储、传输的作品享有的权利,数字作品通过互联网传播,具有内容复杂、传播迅速、传播范围广泛等特点,总体来说版权保护难度较大。^②因此,下文从犯罪对象、营利目的、归责模式三个层面,探讨数字时代在网络著作权犯罪刑法规制中存有争议的犯罪对象、营利目的、对网络服务提供者是否归责以及如何归责等疑难问题。

^① 周树娟、利子平:《网络环境下著作权犯罪的立法扩张与司法限缩——以〈刑法修正案(十一)〉为切入点》,《江西社会科学》2022年第3期,第181页。

^② 参见周佑勇:《从部门立法到领域立法:数字时代国家立法新趋势》,《现代法学》2024年第5期,第1~16页。

（一）关于犯罪对象的厘清

著作权的法律保护措施具有两面性。一方面，著作权属于私权，权利人可以同意、许可他人行使自己的专有权利，当存在著作权纠纷时往往适用民事侵权规则进行追责。另一方面，著作权保护也体现了一定的公法属性，法律规定合理使用、法定许可等情形以避免著作权滥用，并且行使权利的行为不得侵犯公共利益。^① 为加大著作权保护力度，《著作权法》制定的行政措施也从原先的一种扩展为行政检查、行政强制与行政处罚三种，并由主管部门行使行政检查的权力。对严重侵犯著作权的行为，国家早已通过立法将其纳入公法性质强烈的刑法规制之中。

对侵犯著作权罪，按照《刑法》第217条的规定，未经著作权人许可，复制发行、通过信息网络向公众传播其作品的，即可适用该罪。刑法的目的是保护法益，也即刑法禁止某种行为是因为其侵害或者威胁了某种法益。^② 犯罪实行行为通过作用于犯罪对象达到侵害法益的目的，犯罪对象成为罪名保护法益的物质载体，因此释明侵犯著作权罪的法益内容必须先明确侵犯著作权罪的犯罪对象。从一般意义上讲，著作权的保护对象是作品。根据《著作权法》第3条的规定，作品指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，该规定强调的是作品的独创性和可表现性。在权利获得方面，依据《著作权法》第2条的规定，中国公民、法人或者非法人组织的作品，不论是否发表，依照该法都享有著作权。因此，权利人不需要经过行政登记、审批等程序即可获得著作权。但是若依该规定理解侵犯著作权罪的犯罪对象，后果便是混淆民事侵权与刑事犯罪的界限，因为侵犯著作权罪的客体包括著作权、邻接权和与著作权有关权利的管理秩序，所以侵犯著作权罪显而易见是危害管理秩序类的法定犯。侵犯著作权罪属于侵犯知识产权犯罪的一种，依据体系解释的规则，该罪与知识产权保护体系中的假冒注册商标罪、假冒专利罪、侵犯商业秘密罪具有本质属性上的共通性。这些罪名的犯罪对象都以司法认定、行政登记、行政审批或者行政认可等方式受主管部门的前置保护。另外，图书、美术作品、录音录像制品、计算机软件作为侵犯著作权罪列明的犯罪对象，其管理

^① 参见王海军：《检察民事公益诉讼“等外”领域的规范拓展及保障机制》，《政法论坛》2023年第6期，第39~49页。

^② 参见张明楷：《刑法学》上册，法律出版社2021年版，第26页。

细则也散见于《计算机软件保护条例》《出版管理条例》之中。因此,侵犯著作权罪的犯罪对象应当界定为依法受到主管部门监督管理或认可保护的作品。

但是与当前数字时代不同的是,“在传统的侵犯著作权犯罪中,其犯罪行为涉及复制、出版、发行、二次销售等多个环节”。^①盗版来源于正版,而正版面世的唯一途径是出版。正版具有相应的书号、刊号、版本号作为行政机关认可的证明。传统意义上侵犯著作权罪的犯罪对象实际上与出版物高度重合。即使在作品数字化、电子化日趋成为主流的今天,合法发行仍免不了经过行政主管机关的内容审查、登记、许可等流程。然而,网络用户无须经过具有许可资质的出版单位统筹,不用经历漫长的审批流程即可将作品公之于众,这意味着网络作品公开发表的渠道更加多元,面向公众的难度大大降低。在法律规制层面,若将该类作品无一例外纳入著作权犯罪保护范围,不仅与刑法惩罚的最后手段性相悖,而且与我国当前案多人少的刑事司法现状相冲突。尤为值得注意的是,数字时代著作权人也存在懈怠维权的情形,原因在于相对于传统营利模式,他们主要通过收取会员费、广告费作为主要盈利来源。为了获得作品传播带来的知名度提升、工作机会增加等正面影响,著作权人反而会故意纵容侵权行为,主动放弃获利机会。当被害人不值得保护或不需要被保护时,刑法介入显得不合时宜,有费力不讨好之嫌。因此,在数字时代,与该类作品有关的网络著作权纠纷应以民事侵权规则处理优先,慎重决定直接上升到刑事司法层面。

(二) 关于“以营利为目的”的实质内涵

侵犯著作权罪的主观方面要求“以营利为目的”,该规定将个人以学习、研究、欣赏、科研为目的少量复制已经发表作品的行为排除在犯罪圈外。从司法程序角度看,该规定也避免了民事审理成为著作权犯罪案件认定的前置程序。然而,在数字时代,关于著作权犯罪的“以营利为目的”的存废问题一直为学界争论。学界的分歧主要集中在以下两种观点。持保留论的观点认为,废除“以营利为目的”将使所有用户成为潜在的著作权犯罪主体。网络时代著作权人的私权已经得到扩张,刑法保护不应再向其倾斜。^②持废止

① 于志强:《网络空间中著作权犯罪定罪标准的反思》,《中国刑事法杂志》2012年第5期,第50~55页。

② 参见杨彩霞:《网络环境下著作权刑法保护的合理性之质疑与反思》,《政治与法律》2013年第11期,第54~65页。

论的观点认为,发达国家和地区并未将“以营利为目的”纳入著作权犯罪的构成要件。而且规定“以营利为目的”与《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,以下简称《TRIPS 协定》)规定的国际义务不符合,我国应该修订《刑法》以与《TRIPS 协定》第 61 条的规定相协调。^①

对此,笔者认为,遵循罪刑法定原则,在既定立法将“以营利为目的”明文规定为主观构成要素的前提下,应结合数字时代的网络特性实质界定侵犯著作权罪中“以营利为目的”的内涵。根据《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》第 10 条的规定,利用他人上传的侵权作品,在网站或者网页上提供刊登收费广告服务,直接或者间接收取费用的,可以认定为“以营利为目的”。因此即使是在数字时代作品存储介质倾向于数字化、电子化的今天,“以营利为目的”作为侵犯著作权罪的构成要素,仍有其存在的必要。原因在于,犯罪人利用网络实施著作权犯罪的同时,也有网络用户通过信息网络以法定许可的形式合理使用著作权,如果没有主观营利目的的限定,就会把合法使用著作权的行为不当纳入犯罪领域。但是上述意见第 10 条的规定只是将传统著作权犯罪模式置于网络场景予以规制,并没有深刻理解数字时代著作权犯罪模式的新型样态和特殊情形。随着网络共享平台的快速发展,互联网用户更能接受并贯彻网络共享理念。提供原始侵权作品的用户便是这种理念的践行者,他们或许不具有直接营利目的,可能只是基于单纯的爱好分享,或是为了获得更多关注度,但是这些网络用户和侵权作品的集合催生了庞大的网络共享平台,在网络共享平台上诸多犯罪人往往借学习、研究、科研、欣赏的幌子大行侵权之实,极易造成重大损害,尤其是通过流媒体、社交媒体、网盘、论坛、盗版网站、即时通讯工具等可以在极短时间内将侵权作品传播给全球范围内海量用户的高传播型著作权犯罪,更会对著作权保护管理秩序形成巨大冲击。实施高传播型著作权犯罪的犯罪主体往往具有一定的相关技术背景,他们完全有可能零成本搭建犯罪平台,通过深度链接、数据爬取等方式获取侵权作品,在此种情形下,作品一旦失控传播,定会造成著作权人经济利益面临紧迫现实风险,所以在高传播型平台提供原始侵权作品的用户即便主观上没有直接营利目的,由于明知自己的上

^① 参见任军民:《法国信息网络刑事保护对我国有关立法的启示》,《知识产权》2006 年第 5 期,第 80~86 页。

传行为一定会因果性地导致作品的无限失控而促使他人以此营利，也应当评价为属于“以营利为目的”的规范内涵，也即“以营利为目的”既包括以自己直接营利为目的，也包括以促使他人营利为目的。当行为人实施高传播型著作权犯罪时对主观上的营利目的应做适当的扩大解释，以有效规制惩治数字时代网络著作权犯罪的新样态。

（三）关于归责模式的类型界定

网络服务提供者是横亘于著作权提供人与著作权使用人之间的平台桥梁，而明确网络服务提供者的范围有助于形成类型化处理数字时代著作权新型犯罪的理论模式。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》，从事信息网络接入、计算、存储、传输服务、信息网络应用服务，利用信息网络提供公共服务的单位和个人是网络服务提供者。不同类型的网络服务提供者对著作权的侵害程度不能一视同仁。例如，网络服务提供者提供连线服务、IP地址分配、电子布告板等网络接入服务对法益的侵害很难造成直接、紧迫、现实的危险。这种服务行为是日常的，一般不具有不法性。然而，业务范围涉及提供网络信息的经营者往往决定了用户内容能否上传至网络平台，直接支配了法益的危险进程。由此可见，对法益侵害的危险程度会基于提供的网络服务不同而有所差别。

在司法实践中，网络服务提供者的法律角色认定主要有间接正犯的被利用方、帮助犯或不真正不作为犯三种，分别对应三种刑事责任模式：无责任模式、共犯责任模式和单独责任模式。

首先，所谓间接正犯，指利用他人为工具而实行犯罪的情况。据此，若认为通过信息网络向公众传播侵犯著作权之行为存在间接正犯的情形，那么网络服务提供者作为被利用者可能不具有责任能力、主观缺乏可归责性或者其提供行为本身欠缺违法性。然而，这一推论可能存有疑问。第一，最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定，“提供下列服务的单位和个人，应当认定为刑法第二百八十六条之一第一款规定的‘网络服务提供者’”，由此可知网络服务提供者包括单位和个人。单位具有抽象的单位认知和单位意志实施单位行为，并且以独立的财产承担刑事责任。因此可以认为单位具有刑事责任能力。至于个人网络服务提供者，国家互联网信息办公

室《互联网用户账号信息管理规定》第10条第1款规定,“互联网信息服务提供者应当对互联网用户在注册时提交的和使用中拟变更的账号信息进行核验,发现违反本规定第七条、第八条规定的,应当不予注册或者变更账号信息”。由以上规定可知,网络服务提供者对用户的违法行为具有辨认识别的义务,故网络服务提供者,不论个人还是单位,事实上都必须具有刑事责任能力,如果没有刑事责任能力,国家审批时也不会给予其网络服务提供者的身份和资格。第二,网络服务提供者承担了“通知—取下”的义务,即它不承担对信息数据内容进行主动审查的义务,但如果被通知存在违法信息,则它应当立即采取断开链接、删除等措施以阻止违法信息进一步扩散传播。^①若网络服务提供者不履行该义务,则它很难成为无犯罪意思类型的被利用者。第三,由于数字时代信息传播速度快、范围广,网络服务提供者的提供行为会扩大侵权范围,使侵权后果无法预测,损害程度大大加深。前文已经提及,成立侵犯著作权罪的前提是对前置法规范的违反,对其提供行为视法益损害程度而纳入刑法的调整范围,此时其行为的规范违反程度也逐步上升,难以认定其提供行为本身欠缺违法性,因此网络服务者很难成为侵犯著作权间接正犯犯罪的被利用方。

其次,帮助犯的成立要具有帮助故意,为实行犯提供工具、场所等有形的帮助,或提供信息、创造条件、强化犯意等无形的帮助。“帮助犯的帮助方式也没有定型的限制,不仅物理的帮助可以成立,而且精神的帮助也足以建构帮助犯的不法基础。”^②若查明网络服务提供者具有帮助故意,则该主体当然与侵权者成立共同犯罪。问题的关键在于,在司法实践中往往很难查明网络服务提供者与侵权者存在帮助的合意。因此,对网络服务提供者行为性质的认定主要围绕是否构成中立帮助行为展开。根据刑法理论,中立帮助行为是“为满足社会生活的一般需要而提供的,从外观上看,通常可以反复继续实施,具有匿名性、可替代性的业务行为”。^③在社会运行过程中,此类行为确实不可或缺,但是当其客观上帮助了正犯时,行为主体是否构成帮助犯?

① 参见童德华、马嘉阳:《拒不履行信息网络安全管理义务罪之“义务”的合理性论证及类型化分析》,《法律适用》2020年第21期,第92页。

② 方军:《从实务案例检视共谋共同正犯与共犯的区分》,陈兴良、车浩主编:《刑事法判解》第24卷,人民法院出版社2024年版,第100页。

③ 周光权:《中性业务活动与帮助犯的限定——以林小青被控诈骗、敲诈勒索案为切入点》,《比较法研究》2019年第5期,第34~49页。

根据溯及禁止理论,只有中立行为人的态度与他人的实行行为相符合,具有规范的共同性时,参与者的态度方被视为不被允许,才成立共犯。只有二者行为形成与犯罪特别适合的关联时,才具有共同性。据此,网络服务提供者的提供行为有可能构成中立帮助而不需要承担刑事责任。此外,片面共犯理论也是化解该难题的重要路径。片面共犯指在参与同一犯罪的人中,一方认识到自己在和他人共同实施符合构成要件的违法行为,而另一方没有认识到他人和自己共同实施的情形。对是否承认片面共犯以及包括哪些类型,学界一直存在争议,但主流观点至少承认片面帮助犯,以减少帮助者实施犯罪行为却不会受到刑罚处罚的情况。^①由此可知,网络服务提供者完全有可能构成侵犯著作权罪的片面帮助犯。但是,就刑事处罚而言,将网络服务提供者仅作为帮助犯定罪量刑很难达到惩罚与预防的目的。网络服务提供行为造成的危害远非常规侵权行为所及,甚至会反客为主成为实行犯罪的主要力量,故立法者更倾向于选择共犯正犯化的立法模式或者依据想象竞合的刑法理论,以帮助信息网络犯罪活动罪为网络服务提供者定罪量刑,实现罪责刑相适应。^②

最后,不真正不作为犯指行为因不作为构成法定作为之罪的情形。不真正不作为犯的成立有两个重要因素:作为义务和实行行为性。作为义务对不真正不作为犯而言属于最核心的问题之一。没有作为义务的人的不作为即使导致了结果的发生,也不成立不真正不作为犯。就作为义务而言,网络服务提供者负有的主动义务包括落实制度、技术措施,发现、处置违法信息,信息备份、留存;负有的被动义务包括被侵权人通知后实施删除、屏蔽、断开链接等必要措施的义务和违反法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务,以及针对监管部门的责令采取改正措施的义务。就作为能力而言,网络服务提供者具有实时管控信息网络内容、将侵权通知转送相关侵权人、阻止并抑制犯罪行为及其影响扩大的能力。因此,若网络服务提供者有能力履行作为义务而不履行并最终造成损害后果发生,其行为当然构成该罪的不真正不作为犯。

① 参见张明楷:《刑法学》上册,法律出版社2021年版,第597~598页。

② 参见刘艳红:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张趋势与实质限缩》,《中国法律评论》2023年第3期,第58~72页。

四、数字时代网络著作权犯罪规制的 优化建议与当前路径

（一）未来立法上适时优化调整为抽象危险犯的罪质模式

现代科技是产生难以预料的严重损害后果的风险来源，网络空间也已成为一种与现实世界对等的空间形式。在网络空间里，网络用户不仅能够实施以前仅能在现实世界中实施的行为，而且还拥有在现实世界中不存在的新兴法益。基于风险社会理论，在我国数字时代网络科技日益发达的当下，未来立法修缮对著作权犯罪可以考虑采取抽象危险犯的立法保护模式，只要行为人实施了《刑法》分则中规定的具有产生某种后果的危险行为，就无须再结合具体案情加以判断。“不需要司法上的具体判断，在某些场合只需要以一般的社会生活经验为根据，认定行为具有发生侵害结果的危险即可。”^①

从当前著作权犯罪情态看，采用上述立法保护模式具有一定的现实合理性。首先，从法益保护的角度看，抽象危险的本质其实是行为侵犯了法益安全存在的条件或者法益主体自由支配必要的条件。所谓抽象危险，是一种立法预设，本质上也是一种法律评价。^② 著作权犯罪的保护客体包括著作权及与著作权有关的权利，其私权属性决定了权利主体与著作权之间的支配关系和支配可能性。作品载体的虚拟化、可复制化、高传播性导致网络盗版的猖獗，严重影响著作权人安心支配著作权的原有状态，这种影响和干扰成为一种观念预设上的抽象危险。其次，网络盗版造成的法益损害往往不可控，并且不随侵权行为停止实施而终结。若刑法仍坚持只有在该侵权行为达到损害实际利益的程度才选择介入，即使侵权人承担了刑事责任，对著作权人造成的损害也难以弥补。而抽象危险犯的构成要件设置是对法益保护的前置措施，将刑法介入时间提前，有利于在网络盗版作品达到爆炸性传播之前就进行刑事追责，有效控制损害扩大。再次，从国际贸易角度看，以抽象危险犯的立法模式处罚著作权犯罪案件实际上也是完整实现著作权的重要保证。它不仅保护处于孤立或静止状态的个人利益，而且保障著作权人及正版授权人得以支配与运用著作权的机会。国内著作权贸易反不正当竞争的需求和国际贸易

① 张明楷：《刑法学》上册，法律出版社2021年版，第214页。

② 参见夏伟：《“但书”出罪运行机制实证研究》，《中国法学》2023年第4期，第252页。

条约协定共同促进了著作权刑事规则的诞生和发展。周全的著作权刑事保护有利于各国涌入我国进行著作权经济贸易活动,促进我国社会主义市场经济的蓬勃发展,助益优良营商环境的形成,平等保护企业尤其是民营企业的知识产权合法权益。最后,抽象危险犯的处罚原理在于违反刑法的行为对法益侵害具有独特的危险性。在网络空间中的著作权犯罪具有高度匿名性,很难证明行为和结果之间的因果关系,因此采取抽象危险犯的立法模式使法官在审理著作权犯罪案件时,证明行为实施与损害发生存在密切因果关系的要求降低,有利于处理网络著作权犯罪案件。

对法益的前置保护既是抽象危险犯的特点,也是法定犯的特质,侵犯著作权罪兼具二者的特点使该类犯罪在维护秩序方面效果显著。行政法的调整重点在于行为的程序违法性,而刑法侧重评价行为的实质危害性。过于依赖行政法规必将影响刑法的独立性,造成刑事司法审判权旁落的窘境。加之行政法与刑法立法目的不同,前者与政治现状的高度相关性可能导致刑法入罪标准动荡不定。判断行政犯构成要件符合性的大前提既包括《刑法》分则规定的构成要件,也包括相应的行政法律、法规等作为大前提,判断顺序以行政法律、法规为先,《刑法》分则条文为后。^①由此可知,在未来调整适用抽象危险犯的处罚模式扩张著作权犯罪圈的同时,应兼顾行政犯从属性原则和刑法最后手段原则,在严厉规制著作权犯罪的同时也应当避免陷入激进式、无节制地随意扩张犯罪成立的场域。

(二) 明确当前司法中网络著作权犯罪之入罪条件

1. 明确网络服务提供者的责任分配

在数字时代,侵犯著作权犯罪中的原件获取、复制发行、网络传播等阶段均可通过技术手段实现。在流量为王的网络潮流下,网络盗版犯罪更趋向集团化和产业化。在实践中,犯罪人意图通过移动端搜索引擎、盗版网站和浏览器向平台用户提供盗版作品以实现引流目的。^②在整个犯罪过程中,网络服务提供者很少构成共同犯罪的主犯,甚至很难查明存在联络意思,入罪极度依赖当庭法官的办案经验判断。以快播案为例,在该案中快播公司主张其仅是网络平台提供者,依据技术中立原则不应对其平台上的淫秽信息承担

^① 参见张明楷:《刑法学》上册,法律出版社2021年版,第168页。

^② 参见刘晓梅:《网络著作权刑事法保护的新思考——基于132份侵犯著作权罪刑事判决书的分析》,《山东社会科学》2022年第4期,第138页。

责任，而法院认定快播在淫秽信息传播中应承担内容管理者的角色，鉴于当时立法尚无明确规定，该认定引起了广泛争议。^①

为应对司法实践中的种种疑虑，对网络服务提供者的行为进行类型化区分和归责已刻不容缓。用户进入网络上传信息需要经过网络接入和登录平台两个过程，分别对应三类主体：网络接入服务商、网络平台服务商和网络内容服务商。网络接入服务商负责提供网络接入服务，服务对象几乎囊括所有网络用户，要求其分辨实施侵犯著作权犯罪的犯罪主体，或者在犯罪主体实施犯罪行为时停止网络接入服务，不仅在情理上强人所难，而且难有刑法理论作为支撑。若贸然将网络接入服务行为认定为犯罪预备行为，则极可能重演将超链接这类互联网基本要素纳入网络传播权控制范围内而造成的悲剧。所以立法将网络接入服务商预先排除在犯罪圈外，既符合刑法理论，也减轻了司法负担。网络平台服务商为用户上传、下载和搜索相关内容提供服务，该主体的出罪可以参照“合理使用”“法定许可”等规定。根据《著作权法》第53条的规定，侵权行为同时损害公共利益，构成犯罪的，依法追究刑事责任。网络平台服务商在不停止侵权行为的情况下具有入罪可能性，理应纳入侵犯著作权罪的犯罪主体范围。网络内容服务商作为第三类网络服务提供者，具备上传作品和提供作品两种功能，它通过聚集海量深度链接供平台用户以点击的方式实施著作权犯罪，其行为对侵犯著作权危害结果的扩大和蔓延起决定性支配作用，依法可以按照正犯或主犯论处。

2. 以行政犯视角阐明网络传播型著作权犯罪的主观要素

由于以信息网络手段侵犯著作权的成本极低，即使侵权人的初衷是合理使用，但若其放任行为严重危害社会公共利益，仍有被追究刑事责任的可能。因此，对以信息网络手段侵犯著作权犯罪的主观要素应当限定为故意。将犯罪主观要素限定为故意虽然足以囊括网络场景下的侵犯著作权犯罪，但是仍面临着如何理解“未经著作权人许可”的问题。犯罪故意包括认识因素与意志因素，据此，著作权犯罪的主观方面要求行为人明知其行为并未得到著作权人的许可。该罪的主观要素其实包含两个方面：存在未经著作权人许可的事实，侵权人明知此事实。在民法领域，如何认定网络作品著作权人许可已成为学者讨论的热点。有学者认为，数字时代著作权人许可应当分情况讨论，

^① 参见上海市普陀区人民检察院课题组：《网络服务提供者的刑事责任问题研究》，《犯罪研究》2021年第6期，第93~94页。

根据民事法律行为理论区分为明示许可和默示许可,但是如果将该标准贸然用于著作权犯罪案件,难免陷入许可意思难以查明的司法困境。^①从民法理论讲,创作者不需要经过任何行政机关登记、审查即可成为其作品的著作权人。网络作者很少能在作品发表时确定是否许可他人传播。在实践中,这类作者可能通过聊天记录、私信记录表明其态度,这在民法领域是否具有法律效力尚有疑虑,更难将此作为侵权人入罪、出罪的依据。然而,根据《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》第11条的规定,“未经著作权人许可”一般应当依据著作权人或者其授权的代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书,或者证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据,结合其他证据综合予以认定。此外,我国也设置了著作权合同备案制度以预防因著作权许可、转让而产生的纠纷,并能帮助权利人有效追究侵权人的侵权责任。从法益保护角度看,侵犯著作权罪作为典型的行政犯,其保护法益理应具有强目的性。^②因此,侵犯著作权犯罪中的“未经著作权人许可”并非民法上的意思自由问题,而是行政法领域客观上是否经过公示、备案的问题,从而不会使主观故意的认定陷入进退维谷的困境。

3. 以支配性传播为著作权侵权入罪之情节严重标准

对数字时代著作权犯罪的刑事规制应当保持合理扩张的态度,在民法足以解决著作权纠纷的情形下,减少刑法的介入,在保护著作权和促进网络创新发展之间寻求平衡稳定。相关司法解释规定从传播数量、点击率、注册会员人数等因素量化著作权的传播性,作为情节严重的判断依据。但这种做法在司法实践中饱受争议,单纯以侵权行为传播数量为情节严重的标准很难确保其数据设置的合理性。而点击率的计算标准既不统一也不权威,个别网站为了吸引流量、推荐作品甚至会主动注水点击率,而操纵点击率的难度又极低。因此,将点击率作为情节严重判断标准的最大隐忧在于并无专业权威的统计机构、统计方法作为托底。所以司法解释对网络上侵犯著作权传播造成的重大损失和严重后果判断标准并未触及本质,这无疑会严重妨碍司法机关办理著作权犯罪案件的质量和效能。

^① 参见冯晓青、邓永泽:《数字网络环境下著作权默示许可制度研究》,《南都学坛》2014年第5期,第64~69页。

^② 参见张明楷:《行政刑法辨析》,《中国社会科学》1995年第3期,第94~117页。

我国作为WTO成员方，知识产权立法受到《TRIPS协定》的影响和约束，而《TRIPS协定》关于知识产权犯罪的入罪要件可以作为著作权刑事立法的重要参考。该协定对著作权犯罪客观表现方面关注的重点是商业规模，而《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，简称CPTPP）对商业规模的规定有一定的对比参考价值。依照CPTPP的规定，对“具有商业规模”的蓄意版权或相关盗版至少包括：第一，为商业利益或经济收入目的而从事的行为；第二，并非为商业利益或经济收入目的而从事的，对版权或相关权利人市场相关的利益产生重大不利影响的行为。可以认为，在“营利”和“情节严重”两个入罪要素方面，CPTPP取并集，而我国刑法取交集。但是，若我国贯彻如此高标准的刑法保护，恐怕会影响获取有利于发展的信息知识，造成著作权人与社会公众之间利益失调。^①因此，理解商业规模的关键在于侵权作品无限共享造成的传播利益损害应该采取何种标准。对此，笔者赞成运用支配性传播标准作为判断侵权行为入罪的依据。所谓支配性传播指著作权人有权利自行决定其作品的传播范围，这是由著作权的私权属性决定的。在作品载体大多还是实体的情况下，著作权人的传播范围可以通过发行的载体数量、下游经销商所在区域确定。在物理空间上，传统著作权犯罪表现为未获得权利人授权，其生产制造、复制发行的盗版作品实际上挤占了正版作品的市场份额。而在网络空间中，正版作品传播本身也符合著作权人利益，网络盗版平台的侵权行为事实上在变相压缩正版作品的传播范围。从反不正当竞争角度看，网络盗版平台对正版平台造成损害的极限就是取而代之。如此便可以考虑将正版及正版授权平台的传播量作为对照参数，灵活确定网络著作权犯罪情节严重之入罪门槛。以网络文学为例，著作权犯罪的入罪标准可以比照正版平台的传播量，通过一定比例的计算进行动态调整，以应对各种类型的著作权正版平台与盗版平台之间传播数量对比的复杂情况。这种做法既兼顾了著作权的私权保护特质，又确保了刑法介入的及时性和有效性，有利于发挥刑法的惩治与预防功能。

（三）构建数字作品预出版登记的行刑衔接前置制度

刑法的保护法益范围虽广但并非面面俱到，尤其身处各项新兴权利与法

^① 参见谭洋：《我国知识产权刑事犯罪门槛问题研究》，《南海法学》2023年第2期，第24~33页。

益丛生的数字时代，积极立法适度扩张犯罪圈以回应社会需求虽无可厚非，但坚持刑法处罚的最后性仍应该是考虑入罪的首要前提。如前文所述，数字时代获取他人著作权的难度大大降低，若将所有符合罪状描述的著作权侵权行为都纳入犯罪圈，无疑会造成司法资源极大的耗费负担。若将著作权犯罪的犯罪对象限缩为出版物的著作权，这种做法又不利于保护网络文学平台的合法权益。例如，以笔趣阁为代表的盗版网站通过爬取正版网站的方式引流、推广渠道以及和广告联盟按照一定比例瓜分违法收益，自成一套地下灰色产业营利模式，严重冲击了市场秩序，污染了营商环境。

事实上，网络作品出版路径与传统出版路径有本质不同，前者先向网络平台用户公开其作品，平台用户通过点击、投票、评论等形式将心仪的作品推送至宣传位，该作品才会有被更多平台用户推荐的可能。网络文学作品自带的流量与受众基础无疑让出版行业的商业风险降到最低，随后网络平台根据用户反馈对该作品进行影视改编、图书出版、周边生产等营利活动。网络盗版的核心是引流，而引流的关键在于聚合各正版平台的作品并以远低于在正版平台获取作品的代价获取盗版作品。可见，数字时代作品发布呈现先野蛮生长再正规收编的特点，这导致当刑法介入时网络盗版往往早已泛滥成灾，形成覆水难收之势，因此构建数字作品预出版登记机制是实现行政管制著作权侵权和犯罪提前防控的理想方案。

“所谓预出版，是指为加快出版速度，抢占学术制高点和优先刊发权，对经过严格‘三审制’审查初步录用的稿件进行优先数字出版。”^① 凭借即时性、不确定性、驱动创新等特征，预出版机制在学术领域得到广泛运用。该机制的构建应由著作权主管部门带头下设数字作品预出版登记机构，积极建设信息共享云平台。通过该平台，行政机关能够及时调查处理案件情况，开展检查监督，有利于后续执法和移送刑事处置工作。权利人在每个季度末可向数字作品预出版审批机构提交申请名单进行预审查，有资质的权利人每个申请周期能申请的预出版作品应当保持定额定量，审批机构严格审核后依规进行权属备案登记。行政执法过程中若发现对著作权行使有重大影响或重大嫌疑的案件，公安机关可以主动或受邀提前介入并收集固定证据，为之后的刑事诉讼工作奠定基础，及时制止网络盗版的传播。数字作品预出版登记制度的建立从根本上可前置防控网络盗版发生的抢先性，也为行政部门执法设定了

^① 张海生：《预出版的实践探索与可能模式》，《编辑学报》2019年第4期，第434页。

预警防护机制，彻底做到行政处罚精准有力、刑事打击及时到位，真正实现网络信息的传递带给我们更多的是思想的解放，而这种发展将直接促进文明的发展。^①

五、结语

“一个现代国家必然是一个法治国家，国家要走向现代化必须走向法治化。法治化与现代化具有内在逻辑关系。从价值逻辑上，国家治理现代化就是要实现以良法善治为核心价值追求的法治化治理。”^② 中国式法治现代化是法治模式的现代化，它以良法为本质属性，以善治为规范目标。“现代社会更加重视公民的权利保护，同时为了社会发展，也赋予了公民越来越多的规范义务。”^③ 数字时代，人类的生存发展空间从原先的现实世界扩展至虚拟世界，利用信息网络手段实施犯罪的情况也屡见不鲜。由于网络的开放性，犯罪行为造成的危害结果往往并不会随着处罚措施的落实而消失，反而存在持续的可能，不法侵害人很难预测、控制其行为带来的损害后果。因此，应当从国家治理现代化的目标和刑法惩罚与预防的目的出发，重新审视著作权的保护核心，立足著作权犯罪行政犯的法律属性，合理框定入罪范围，以实现著作权的周延保护。虽然在中国式法治现代化的发展过程中，晚近以来我国社会治安状况持续向好，在刑法领域呈现轻微犯罪立法的“活性化”，^④ 但是当前数字时代的犯罪样态必定处于不断发展之中，如何对网络著作权犯罪评判定位并进行精准有效的惩治应当是一个连续且具创新的探索过程，在司法因应的立场上既要对内秉持刑法的谦抑性，也要对外不断适应社会急速发展的节奏，采取切实妥当的法律措施以达到数字时代国家知识产权战略保护的政策要求。

（责任编辑：方 军）

-
- ① 参见陈庆安：《网络谣言刑事治理的理念、路径与方案》，《法律科学（西北政法大学学报）》2024年第3期，第160~170页。
- ② 周佑勇：《推进国家安全治理现代化的法治逻辑》，《江汉论坛》2023年第10期，第5页。
- ③ 杜小丽：《提供虚假证明文件罪的立法技术研究》，《法学》2023年第2期，第85页。
- ④ 参见王海军：《涉民营企业背信犯罪的立法拓展与司法限定——以〈刑法修正案（十二）〉为中心》，《法学杂志》2024年第3期，第47页。