

Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.04.004

欢迎按以下格式引用:姚万勤,李灿.“法定犯”视角下著作权犯罪民刑衔接的限度[J].重庆大学学报(社会科学版),2024(5):249-260. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.04.004.



**Citation Format:** YAO Wanqin, LI Can. The limit of connection between civil law and criminal law about copyright crime from the perspective of statutory offense[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2024(5):249-260. Doi:10.11835/j.issn.1008-5831.fx.2023.04.004.

# “法定犯”视角下著作权犯罪 民刑衔接的限度

姚万勤<sup>a</sup>, 李 灿<sup>b</sup>

(西南政法大学 a. 智能司法研究院; b. 法学院, 重庆 401120)

**摘要:**在加大知识产权保护的时代背景下,为了实现对著作权的周延保护,《著作权法》与《刑法》相关条款纷纷修改。条文的修改亟需阐释,两法之冲突亦应梳理。因此,有必要探讨著作权犯罪的民刑衔接问题,以既符合法秩序统一的要求,又最大程度满足知识产权的刑法保护需要。然而,主张著作权犯罪的民刑衔接不具有限度的“否定立场”,将使刑法产生处罚漏洞,与罪刑法定原则发生逻辑背离,致《刑法修正案(十一)》的修法效果大打折扣。考察其立论基础,分析“法定犯”属性对犯罪成立的影响,可知侵犯著作权罪应当坚持缓和的违法一元论,但没有根基对相关概念作出含义统一的要求,没有理由对“附属刑事责任条款”施加限制入罪的效力,刑法可以独立解释“复制、发行、通过信息网络向公众传播”行为的内涵。因此,需要确立以“违反前置法”为前提,旨在“实现刑法目的”的民刑衔接之限度的教义学方案。第一,在通过“违反前置法”实现衔接这一环节,应当严格依据《著作权法》确定作品是否享有特定著作权,以及犯罪嫌疑人是否侵犯著作权。倘若在这一步骤作出了否定的回答,则侵犯著作权罪必然不能成立。第二,在通过“实现刑法目的”确立限度这一环节,则应当遵循刑法的目的,考虑构成要件的文字范围与处罚必要性的大小,最终决定犯罪是否成立。具体而言,其一,合理解释“复制发行”的含义,包括复制、发行或者既复制又发行的行为。其中,单独的复制行为不应被排除在处罚范围之外,“发行”应当限制为“首次发行”和“总发行”,且发表与出租行为也属于发行行为的一种,但是出租书籍与复制发行违法演绎作品之行为因未侵犯著作权而不能入罪。其二,探讨“《著作权法》第52条”规定行为的入罪可能,肯定处罚“剽窃他人作品”“以注释方式使用作品”“未经许可从现场直播或者公开传送其现场表演”等行为,排斥惩罚“未经合作作者许可,与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表”“录制表演”“以改编、翻译方式使用作品”等行为。其三,证成“网播”与“深度链接”行为被“通过信息网络向公众传播”所涵摄的观点。

基金项目:西南政法大学智能司法研究院2022年度合规专项课题“企业合规改革的试点动因、模式选择及规范优化”(ZNHG2022K05)

作者简介:姚万勤,西南政法大学智能司法研究院研究员,副教授,Email:yaowanqin@163.com。

关键词:侵犯著作权罪;民刑衔接;法定犯;附属刑事责任条款;违法一元论

中图分类号:D924.33;D923.41 文献标志码:A 文章编号:1008-5831(2024)05-0249-12

## 一、问题的提出

随着我国民众知识产权意识大幅提高,著作权作为知识产权中的易被任何人享有的权利,亟需法律的周全保护。我国在2020年修改《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》),在2021年施行的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)修改了著作权犯罪的罪状与法定刑,以适应社会对著作权保护提出的新要求。2024年7月18日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》(以下简称《决定》),《决定》第二部分第7条明确指出:“完善市场经济基础制度。完善产权制度,依法平等长久保护各种所有制经济产权,建立高效的知识产权综合管理体制。”法律对著作权的保护需要通过多部法律共同实现,为达成此目标,著作权犯罪民刑衔接的难题是亟需突破的其中的一环。

从比较视角看,《刑法修正案(十一)》关于侵犯著作权罪的规定,与《著作权法》的相关法条规定的内容并不一致。那么,又该如何思考侵犯著作权罪的民刑衔接问题,这是目前正确适用该罪名必然需要考虑的重点问题之一。过往司法解释承认二者在概念上存在一定分离,将“信息网络传播”解释为“发行”(以下简称“04年司法解释”)<sup>①</sup>,以适应信息时代侵犯著作权行为的新形式。然而,《刑法修正案(十一)》新规定了“通过信息网络向公众传播”行为类型,这是否意味着立法对司法解释的否认——面对著作权犯罪的民刑衔接问题,接受二者概念涵义的一致。而且,最高人民法院、最高人民检察院发布《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(征求意见稿)》,其中第10条对“通过信息网络向公众传播”(以下简称“信息网络传播”)的解释也与《著作权法》一致。同时,《著作权法》第52条与第53条明确区分了“承担民事责任”与“承担刑事责任”的行为,因此,《著作权法》中的“附属刑事责任条款”或许并非仅具有宣示效力,而应当起到限制入罪效果——仅有第53条规定的侵犯著作权行为可能构成犯罪,前条规定的行为则不能。

以上观点可以概括为,在著作权犯罪的民刑衔接问题上,不应当具有有限度,即对著作权民刑衔接限度采取“否定立场”。反之,认为二者之间的衔接应当具有有限度,侵犯著作权罪的构成要件涵义不必与《著作权法》的规定一致,《著作权法》第52条的行为如果符合了构成要件则也有构成犯罪的可能,这种观点便是“肯定立场”。这两种立场的分歧,涉及“法定犯”属性对犯罪成立的影响,也必然需要对以下诸多问题作出必要的解答:“复制发行是否能解释为‘复制且发行’或者‘复制或发行’”,“发表行为、出租行为能否构成犯罪”,“网播行为,深度链接行为是否属于信息网络传播”等。笔者支持“肯定立场”,将在下文采取“破—立”论证手法,首先,指出采取“否定立场”所造成的现实困境;其次,探讨“肯定立场”的理论基础;最后,就“肯定立场”对著作权犯罪民刑衔接的限度如何构建展开具体论述。

<sup>①</sup>参见:2004年12月8日最高人民法院、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》(法释〔2004〕19号第11条)。

## 二、民刑衔接限度否定立场及其问题

著作权民刑衔接限度“否定立场”主要核心观点有二:其一,对与著作权有关的刑事犯罪的认定应当遵从《著作权法》对相关术语的界定;其二,只有《著作权法》规定可构成刑事犯罪的行为,才可能根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)规定的罪状入罪<sup>[1]</sup>。然而,以上观点将会使侵犯著作权罪产生处罚漏洞,与罪刑法定原则发生逻辑背离,致《刑法修正案(十一)》修法目的难以实现。

### (一) 排斥惩罚单独的“复制”行为易产生处罚漏洞

根据《著作权法》第10条的规定,发行权是指,以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利。且著作权意义上的“发行”并不限于“首次发行”或“总发行”<sup>[2]</sup>。“否定立场”对刑法中的“发行”也作此解释,因此或者导致《刑法》第218条规定的销售侵权复制品罪没有适用的余地<sup>[3]</sup>,或者为了避免此法条被架空,承认《刑法》第217条中的“复制发行”系“复制且发行”<sup>[1]</sup>——如此刑法则无法处罚单独的“复制”行为,且难以对他人的“销售”行为合理量刑,而这显然不符合我国目前刑事立法的现状。

其一,不处罚单独的“复制”行为不符合立法原意。《著作权法》第53条规定,有下列侵权行为,构成犯罪的,依法追究刑事责任:“未经著作权人许可,复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的……”该法在复制与发行之间使用了顿号,这代表着它们都属于独立构成犯罪的行为<sup>[4]</sup>。虽然其他法律中的刑事责任条款,即“附属刑事责任条款”一般被认为仅具有“宣示效力”,但这也充分说明,立法原意始终认为:严重侵犯复制权的行为应当是刑法规定的犯罪行为。

其二,侵犯著作权罪处罚“复制且发行”行为,销售侵权复制品罪处罚“发行、销售”行为的应对方案不符合罪责刑相适应原则。《刑法修正案(十一)》将二罪的最高法定刑分别提高至10年和5年,因此,上述“否定立场”的方案会导致:销售同样数量的盗版书籍,是否同时搭配复制行为,将影响行为人被判处的刑罚上限出现5年的差异。然而,侵犯复制权行为本身的社会危害程度决定了行为人是否另外实施此行为,并不足以论证二罪的最高法定刑应有如此差距。

### (二) 承认“附属刑事责任条款”效力与罪刑法定相悖

以侵犯他人发表权的行为为例。根据“否定立场”的观点,此类行为并不属于《著作权法》第53条规定的应当“依法追究刑事责任”的行为类型,故不应当入罪。然而这种解释因不符合刑法条文文字含义,且没有论证发表行为之处罚必要性高低,而违背了罪刑法定原则的实质侧面。

其一,“发表”行为也属于“发行、信息网络传播”行为。《著作权法》第10条规定发表权系决定作品是否公之于众的权利。至于如何使一个作品公之于众,即在线下进行销售、赠送(即发行),在线上进行信息网络传播。换言之,侵犯“发表权”的行为外观,与侵犯“发行权”“信息网络传播权”的行为外观基本一致。因此,刑法中的“发行、信息网络传播”行为可以涵盖“发表”行为。

其二,以营利为目的发表他人作品的行为同样具有“处罚必要性”。基本理由有二:一是,既然侵犯发表权行为之外观与侵犯发行权、信息网络传播权行为之外观一致,那么各行为的社会危害性便不存在本质差异;二是,考虑到发表意味着该作品是“首次公布于世”,市场上缺少竞争对手,则侵权人获得的利益将更多,因此对原权利人的侵害也更严重。

### (三) 不当理解“信息网络传播”含义同修法目的背离

“否定立场”主张“非交互式网络传播”行为,比如网络服务提供者通过信息网络按照事先安排

的时间表向公众提供作品在线播放的定时播放行为(以下简称“网播”)不属于“信息网络传播”行为。理由为:第一,修正案增加“通过信息网络向公众传播”的规定,意味着立法对司法解释的否认;第二,此类定时播放的“网播”行为社会危害性较低,也不应入罪<sup>[1]</sup>。然而,上述理由皆不能成立。

首先,司法解释立法化不等于对司法解释的否认。司法解释立法化代表司法解释存在类推解释现象的观点<sup>[5]</sup>,其基本前提是只有存在处罚漏洞,才有必要增设或修改罪名,故在修法之前对处罚漏洞进行补足的司法解释属于类推解释——但是这一前提与立法现实不同,比如,虽然金融诈骗行为可以按照诈骗罪加以处罚,但1997年《刑法》依然设立了金融诈骗罪<sup>[6]</sup>。又如,“《刑法修正案(九)》增设虚假诉讼罪,并不是对诉讼诈骗行为成立诈骗罪的否认”<sup>[7]</sup>。

其次,“网播”行为与“信息网络传播”行为的行为外观完全一致,且具有严重的社会危害性。其一,“网播”行为同样是通过网络传播信息,只是因为“缺乏交互”,不符合《著作权法》关于“信息网络传播权”系使公众可以“在其选定的时间和地点获得作品”的要求,故被排除在外<sup>②</sup>。其二,“网播”行为因为限定了播放时间,造成的损害相比一般的信息网络传播行为确实更少。然而,正如一审判决书所指明:“显示播放时间分别为07:18、08:58、10:37、12:16、13:56、15:35、17:15、18:54,并提供该影片的在线播放和录制服务。”<sup>③</sup>即便是在同一天进行多次播放,也不会改变法院将其视为“不属于信息网络传播权”的定性。故侵权者可以通过在同一天设置多次定时播放时间来增加对权利人的损害,此时这类行为的社会危害性并不低。

以上否定立场的主张,使《刑法修正案(十一)》虽然增加了入罪的行为类型,处罚范围却反而缩小。在国家增强对著作权保护的背景下,致使一类具有处罚必要性的行为被排除在刑法处罚范围之外,显然会使刑法的修法目的落空。

### 三、民刑衔接限度确立的理论基础

“否定立场”的理论基础主要有二:一是,《著作权法》具有“赋权”功能,基于法秩序统一性的考虑,应当依据前置法的术语进行解释;二是,《著作权法》中的“附属刑事责任条款”应当具有“限制入罪”的效力<sup>[1]</sup>。而这两点结论,是基于对著作权犯罪为“法定犯”的判断。然而,即便承认著作权犯罪的“法定犯”属性,也可以得出完全相反的结论。

#### (一)“法定犯”属性对犯罪成立的影响

著作权犯罪属于“法定犯”<sup>[8]</sup>。作为一种犯罪分类,法定犯有着与自然犯不同的属性。至少而言,其必须“违反前置法”。然而,对这一特点的阐明必须进行“一次坚持”与“两次澄清”。“一次坚持”为:法定犯在违法判断的立场上,必须选择缓和的违法一元论;“两次澄清”为:一方面法定犯属性同样会否定“附属刑事责任条款”的效力,另一方面法定犯属性对构成要件解释的影响是有限制的而非必然的。

##### 1. 违法判断立场应当选择缓和的违法一元论

刑法的违法判断立场,如今主要在于缓和的违法一元论与违法相对论之间的抉择。缓和的违法一元论与违法相对论之间的核心区别在于,后者坚持刑法的独立性,承认前置法合法的行为也能

<sup>②</sup>参见:北京市高级人民法院《侵害著作权案件审理指南》第9.24条。

<sup>③</sup>参见:北京时越网络技术有限公司等与安乐影片有限公司侵犯著作财产权纠纷上诉案,北京市高级人民法院(2009)高民终字第3034号民事判决书。

成为犯罪行为。刑法独立性的内容在于,基于法目的的差异,有必要通过维持刑法的独立性来实现刑法自身的目的<sup>[9]</sup>。然而,一方面,不同的规范赋予同一案件事实相互排斥的法效果的此种“规范矛盾”必须被清除<sup>[10]</sup>;另一方面,即便更为注重目的解释的实质解释论,也应当接受罪刑法定理念的引导<sup>[11]</sup>。即便考虑类推解释,类推解释也只能限制于有利于被告人的场合,但违法相对论的结论无疑是将被告人入罪的措施。故而,就法定犯而言,由于其存在“违反前置法”的成文或者不成文的构成要件要素,因此,在违法判断的立场上,法定犯应选择缓和的违法一元论。

## 2. “附属刑事责任条款”不应具有限制入罪效力

“违反前置法”虽然属于法定犯的构成要件要素,但这并不意味着前置法中必须有附属刑事责任条款的相关规定。这是由附属刑事责任条款的先天缺陷所决定的(若其具有效力,势必会违背“适用刑法人人平等”原则)。

附属刑事责任条款若具有“限制入罪”效力,则不仅仅局限于在客观行为方面阻却犯罪,还会在其他层面阻却犯罪。根据附属刑事责任条款具有“限制入罪”效力之逻辑,“排除构成犯罪”不应当仅指排除构成与前置法相关的犯罪,而且也指排除构成刑法中的“其他任何犯罪”,比如渎职类犯罪。原则上,国家工作人员无论违反何种前置法,倘若滥用职权、玩忽职守致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失,都有构成犯罪的可能。但以2018年修正的《中华人民共和国妇女权益保障法》为例,其区分了侵害妇女合法权益的行为,与国家机关及其工作人员未依法履行职责处置侵害妇女权益的申诉等行为,并仅在前者规定了附属刑事责任条款。承认附属刑事责任条款的限制入罪效力,势必以不具有附属刑事责任条款为由否定相关国家工作人员构成渎职犯罪。虽然2022年修正的《中华人民共和国妇女权益保障法》对此进行了相应修改,但承认这类观点,依然会使相关渎职行为若在2023年1月1日之前发生,则可以逃脱刑罚。因此,在法秩序内设置这类“犯罪豁免条款”,与适用刑法人人平等原则相悖,显然不能被接受。

## 3. 构成要件解释应有限制地依据前置法

首先,从缓和的违法一元论的立场出发,不能推导出构成要件的解释应当与前置法统一的观点。就“缓和的违法一元论”的立场而言,违反前置法的行为欲成为犯罪行为,既要求具有构成要件符合性,也需要具有可罚的违法性<sup>[12]</sup>。然而,“这并不意味着凡是具有可罚的违法性的行为,都必须被解释到构成要件中去。因为刑法并非处罚任何违法行为,而是仅处罚符合构成要件的违法行为”<sup>[13]</sup>。也正因为可罚的违法性与构成要件符合性之间不存在绝对关联,故,即便承认“可罚的违法性”这个概念,也不妨碍对构成要件作出与前置法概念不一致的解释。

其次,在以下情况构成要件应当依据前置法进行解释:(1)当对某个构成要件的解释会导致刑法的违法判断与前置法的违法判断相左时,该构成要件的概念必须与前置法的概念统一。譬如,《刑法》第223条招投标罪中规定的“串投标人”必须与前置法保持一致。这是由于,《招标投标法》规定招标人为“法人或者其他组织”(科研项目例外),一旦刑法认为自然人一概可以成为招投标罪的犯罪主体,则属于将前置法合法的行为作了刑法上违法的判断。这与法定犯的违法判断立场相悖,不能接受。况且,串通投标罪在实务中并不存在单纯的自然人犯罪的情况<sup>[8]</sup>,故将自然人主体排除在外并不违背适用刑法人人平等原则的要求。(2)以下二类犯罪根据罪刑法定原则,其构成要件解释应当与前置法的一致。第一类为,单列一款,明确规定相关概念依据前置法进行解释的犯罪。比如《刑法》第180条内幕交易、泄露内幕信息罪规定:“内幕信息、知情人员的范围,依照法

律、行政法规的规定确定。”第二类为,通过前置法修饰相关概念的犯罪。比如,《刑法》第286条规定:“网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务……”这类规定在相关概念前面明确以“国家法律、行政法规”等内容进行限制。

最后,以上情形之外,构成要件的含义与前置法相关概念的含义之间便失去了必然的联系,其既可能与前置法的规定一致,也可能不同。得出上述判断有两点理由:一方面,刑法中并没有纯粹的空白罪状,另外的构成要件既然被独立规定,本身就预设着其不能通过前置法进行解释,否则,立法者不必新增这些条款以增加刑法的冗余;另一方面,无疑不能否认刑法与前置法目的的不同。即便在法定犯领域,刑法往往也并非仅仅为保护前置法秩序而设置犯罪,所以需要增设不同于前置法规定的构成要件,以将对违反前置法的行为的处罚,控制在不违背刑法法益保护目的的范围之内。

## (二)“法定犯”属性对侵犯著作权罪的影响

### 1.《著作权法》决定“著作权”是否成立

著作权的独特性在于,其存在伊始便在考虑创作者与公众之间的利益平衡。因此,《著作权法》属于“赋权之法”,社会公众的某种使用行为只要未被《著作权法》禁止,就属于合法行为。刑法若对这类行为入罪,则属于将前置法合法的行为定性为犯罪行为,违背了缓和的违法一元论的要求,不应采取。何况,《刑法》第217条明确规定:“以营利为目的,有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一……”“著作权”作为一种专业术语,对其进行文理解释也应当基于专门的理解,根据前置法来进行。

### 2.“附属刑事责任条款”并不影响《著作权法》第52条之行为

虽然《著作权法》第52条和53条之间,一个明确规定了附属刑事责任条款,一个仅规定承担民事责任。但正如前文所述,附属刑事责任条款并不具有限制入罪效力,在著作权领域也同样如此。

这一点,亦可以根据立法权限进行说明。首先,即便认为“附属刑事责任条款”属于附属刑法规范,其也应当受到罪刑法定原则的约束。如前所述,仅以《著作权法》第53条的规定为由限制入罪,将违背罪刑法定原则的实质侧面。其次,倘若因为《刑法》第101条规定了“本法总则适用于其他有刑罚规定的法律,但是其他法律有特别规定的除外”,故认为《著作权法》第53条属于其他法律的特别规定,对刑法基本原则进行了修改。但是,根据《中华人民共和国宪法》第67条,全国人民代表大会常务委员会虽可以对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。而2020年修改的《著作权法》系由第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过,故而该法不能存在修改罪刑法定原则的条文。最后,倘若需要对现行的罪刑法定原则进行修改,也应当通过修改刑法本身而非其他法律来进行。

### 3.刑法应当独立解释“复制、发行、信息网络传播”行为的内涵

侵犯著作权罪虽规定了多种行为类型,但除了“故意避开或破坏”技术保护措施以外,其余方式都可以被归于“复制、发行、信息网络传播”的范畴之下。本文主要探讨对“复制、发行、信息网络传播”这三类概念的解释。

第一,根据法条表述,刑法惩罚的是以“复制、发行、信息网络传播”的行为类型侵犯“著作权”的行为,而非仅惩罚“侵犯复制权、发行权、信息网络传播权”的行为。一方面,对“行为的自然外观”的判断不等于对“行为的规范属性”的判断。《刑法》第217条对于具体侵犯著作权的行为类型,规定的是比如复制、发行“行为”,而非复制、发行“权”。以发表行为为例,如若刑法将侵犯发表权的行为

视为发行行为进行保护,只是肯定二行为的“自然外观”一致,并不等同于判断二行为的“规范属性”也相同——此举并不代表刑法承认发表权属于发行权。另一方面,《刑法》第217条规定的系“以营利为目的,有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一……”故该罪对“行为的规范属性”的要求是属于“著作权”即可,而非属于“特定著作权”。而侵犯发表权的行为亦侵犯了著作权,刑法将“发表行为”解释为“发行行为”进行处罚并没有违背这一前提。

第二,“复制、发行、信息网络传播”这三类行为类型并没有受到法定犯属性的限制,可以站在刑法的独立立场进行解释,不必受制于前置法的规定。其一,对“复制、发行、信息网络传播”的解释可以不违背缓和的违法一元论的要求。本文欲坚持以下两种解释路径,以避免任意对这类行为类型进行扩大解释,致使不违反著作权法的行为转变为犯罪行为:一是对“复制、发行、信息网络传播”进行相较于著作权法定义的限缩解释;二是在扩大解释时,将站在著作权法角度属于其他类型的行为(比如发表)解释为这三类行为之一。第一种解释路径为限缩解释,不会将前置法合法的行为解释为犯罪行为;第二种解释路径虽为扩大解释,但属于选择已经违反著作权法的其他行为类型,将之囊括在“复制、发行、信息网络传播”这类本身外延便极其广泛的概念之下,也坚持了刑法只能将违反前置法的行为入罪化的基本立场。其二,不能认为“复制、发行、信息网络传播”属于专业术语。一方面,并非与前置法一致的用语即属于专业术语。比如生产、销售假药罪中的“假药”;另一方面,“复制、发行”这二类用词在其余犯罪中也经常被使用,分散在刑法各个章节之中<sup>④</sup>,而这并不属于专业术语的用法。“信息网络传播”看似属于专业术语,然而,这只是学界讨论时的一种简化用词,刑法条文原文为“通过信息网络向公众传播”。而类似表述早在《刑法修正案(九)》出台时,立法者便用以描述侮辱罪、诽谤罪,编造、故意传播虚假信息罪的罪状。可见,“通过信息网络向公众传播”(即“信息网络传播”)属于普通用语。

#### 四、民刑衔接限度确立的教义学方案

民刑衔接限度的建构应遵循以下两个基本步骤:第一,受制于《著作权法》的“法定犯”属性及侵犯著作权罪的罪状表述,必须存在“著作权”,且“侵犯著作权”即“违反前置法”,才有成立犯罪的可能;第二,犯罪最终是否成立,需遵循刑法的目的,考虑构成要件的文字范围与处罚必要性的大小,这便是限度的存在之处。

##### (一) 通过“违反前置法”实现衔接

###### 1. 是否存在著作权的判断

是否存在著作权,必须根据《著作权法》进行判断。否则,刑法便有可能将没有侵犯任何著作权的行为,以“侵犯著作权罪”定罪处罚。据此,应当将部分出租行为的人罪化予以否定,仅肯定出租视听作品、计算机软件和录音录像制品的行为可以构成犯罪。

司法政策性文件规定“发行”包括出租活动(以下简称“11年司法政策性文件”)<sup>⑤</sup>。然而,“出租”行为虽然可以被涵摄在“发行”行为之内,但并非出租任何作品的行为皆能够入罪。其一,1991

<sup>④</sup>关于“复制”的使用,参见《刑法》第265条、第363条、第364条;关于“发行”的使用,参见《刑法》第160条、第178条、第179条、第180条、197条、第229条、第403条。

<sup>⑤</sup>参见:2011年1月10日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《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》(法发[2011]3号)第12条。

年发布的《著作权法实施条例》规定出租行为属于发行,如今将出租解释为“发行”也不超出公众的预测可能性。故这种解释可以成立。其二,虽有学者认为,《著作权法》将出租从发行行为中分离出来是基于发行权一次用尽理论,但发行权在违法作品的流转中并不用尽,故出租盗版图书的行为也可能构成犯罪<sup>[14]</sup>。然而,一个行为必须侵犯了“著作权”,才有成立犯罪的可能。根据《著作权法》的相关规定可知,并非所有作品都存在出租权,而仅限于视听作品,计算机软件和录音录像制品。

## 2. 是否侵犯著作权的判断

有些行为看似侵犯了著作权,但仔细研读《著作权法》的规定,则可以否定这类行为对著作权的侵犯。又因为侵犯著作权罪的构成要件明确要求“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的”,故而,以下两类行为将被排除在侵犯著作权罪的成立范围之外。

其一,对于“没有参加创作,为谋取个人名利,在他人作品上署名”的行为,其并没有与前项一致,规定“未经著作权人或者合作作者许可”的条文。比较而言似乎是表明,凡是此类署名行为,即便获得了权利人许可,也违反了《著作权法》。但由于著作权属于“支配权”,权利人可以任意处分,因此,在获取著作权人同意的情况下,此类行为便不会“侵犯著作权”,也不可能构成犯罪。

其二,复制发行违法演绎作品的行为不能入罪。一方面,演绎行为体现了演绎者的独创性表达,我国法律和相关国际条约都会强调对演绎者的演绎作品的权利保护。据此,应当将演绎作品视为与原作品不同的“新作品”。另一方面,最高人民法院发布的“2016年中国法院50件典型知识产权案例”第32号案例的一审判决与二审判决皆认为,复制发行改编作品的行为仅构成对原作品改编权的侵害,而不构成对原作品的复制权、发行权的侵害<sup>⑥</sup>。据此可知,由于原作品著作权人并不享有“行为人所发行新作品的复制权、发行权”,根据前文确定的规则,复制发行违法演绎作品的行为不能入罪。

## (二) 通过“实现刑法目的”确立限度

### 1. “复制发行”应然含义的教义学阐释

司法解释规定“复制发行”包括复制、发行或者既复制又发行的行为<sup>⑦</sup>。“11年司法政策性文件”规定“发行”包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。其中,对“复制发行”的解读并无不妥,但对“发行”的阐释需要进行一定修正。

第一,反对司法解释,认为不应当处罚单独的“复制”行为的理由之一是:本罪需要以“营利”为目的,发行是实现营利的必经环节,而单纯的复制行为不可能具有“营利”目的<sup>[15]</sup>。然而,自计算机软件成为了著作权的保护对象,上述结论便无法成立。以余某、曹某某等侵犯著作权犯罪案为例<sup>⑧</sup>,本案审理焦点之一为“被告人并未直接销售侵权外挂软件,如何认定其非法经营额”,法院将本案被告人销售“侵权外挂软件”所生产的衍生物品(虚拟货币)的销售额,认定为非法经营数额。由此可以看出,并非必须“发行”相关作品才可以实现营利目的:行为人可以通过低价销售相应衍生物品,使公众将原本用于购买原软件的消费转投于己方。这既实现了行为人的营利目的,也对著作权人

⑥参见:叶宗毓与浙江冠素堂食品有限公司著作权权属、侵权纠纷二审民事判决书,浙江省高级人民法院(2016)浙民终118号民事判决书。

⑦参见:2007年4月5日最高人民法院、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(二)》(法释[2007]6号)第2条。

⑧参见:余刚、曹志华等侵犯著作权犯罪案,上海市徐汇区人民法院(2011)徐刑初字第984号刑事判决书。



的利益造成了巨大损害。

第二,“发行”应限制为“首次发行”和“总发行”。有观点认为,将“复制发行”限制为“复制且发行”是反对虚置销售侵权复制品罪的策略<sup>[16]</sup>,也是体系解释的要求<sup>[15]</sup>。但是一方面,为了避免《刑法》第218条被架空,将“发行”限制解释为“首次发行”和“总发行”也是一种方法。虽然“11年司法政策性文件”将“总发行、批发、零售”等行为均纳入“发行”的范畴,但也可以将这里的“零售”理解为侵权复制品制作者复制侵权作品后直接向社会公众零售,即应以“首次销售”加以理解,而不涵盖后续的再次销售行为<sup>[17]</sup>。另一方面,“体系解释”并不是对概念进行一致解释的充分证明。法律概念的意义以其所碰到的“关系”来决定<sup>[18]</sup>,《著作权法》与《刑法》调整的对象并不相同,对概念的解释并不要求统一。以上解释结论也是对前置法的“发行”概念的限缩解释,故不会将前置法合法的行为入罪化。最后,侵犯著作权罪是比销售侵权复制品罪更为严重的犯罪,应将严重的销售行为归于侵犯著作权罪,如此才能与两罪的最高法定刑的差距、入罪数额的不同相匹配。

## 2. 《著作权法》第52条入罪与否的教义学阐释

### (1) 否定入罪之行为。

首先,以下行为因为不被既有行为类型所包含而不能入罪,即第52条规定的“歪曲、篡改他人作品”“展览、摄制视听作品”“录制表演”“以改编、翻译方式使用作品”这四类行为。有争议的是,“改编、翻译”此种演绎行为是否属于“复制”行为?一方面,《著作权法》将复制权定义为以印刷、复印、拓印等方式将作品制作一份或者多份的权利。虽然复制的具体方式并不限于上述情形,但是其他的复制方式应当是与这几种情形相类似、能达到相似效果的复制方式,也即相同作品的再现<sup>[19]</sup>。“改编、翻译”则与此不同。另一方面,演绎权具有独立性,《著作权法》同样承担鼓励公众进行创作活动以促进文化的发展的任务,故对于非法演绎行为,承担民事责任已足,施加刑事责任过于严苛,不利于这一任务的实现。因此,演绎行为不属于复制行为。

其次,“未经合作作者许可,将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表”的行为因为不符合构成要件的规定而不能入罪。不能以“发表行为”属于“发行行为”为由将其入罪。这是由于,侵犯著作权罪规定的是“未经著作权人许可,复制发行相关作品”——而基于《著作权法》第14条,合作作品中的任何一位作者皆有权将作品进行发表,故这类发表行为因为必然“取得许可”而不满足构成要件的规定。故而,此种侵犯合作作者署名权的行为不能构成侵犯著作权罪,只能承担相应民事责任。

### (2) 肯定入罪之行为。

如前所述,“未经许可发表他人作品”“出租视听作品、计算机软件、录音录像制品”这两类行为可以被解释为属于“发行行为”而构成犯罪。除此之外,第52条规定的“剽窃他人作品”“以注释方式使用作品”“未经许可使用出版的图书、期刊的板式设计”“使用他人作品,应当支付报酬而未支付”“未经许可从现场直播或者公开传送其现场表演”这五类行为也具有构成犯罪之可能。

前三类行为皆对原作品进行了复制,故可以构成侵犯著作权罪。以“剽窃”行为为例,司法实践中虽存在无罪判决,但该二审法院明确否认了一审法院的无罪理由——“剽窃”属于违法行为而非侵犯著作权罪的“发行”行为,而是以无确实的证据证实被告人违法所得数额达到相应数额标准为

由判决无罪<sup>⑨</sup>。在有罪判决中,法院不仅明确反对辩护人所提出的“其行为充其量属于修改或剽窃,不构成对计算机软件著作权的侵权犯罪”此类无罪抗辩,更否认了“剽窃与复制是不同概念”这一观点,坚持认为只要实质相同,即属于复制行为<sup>⑩</sup>。

第四类行为本意是指“法定许可”相关行为。但是,对于“法定许可”制度,也并非任何有关行为都没有入罪之可能。比如《著作权法》第46条对“法定许可”的限制是广播电台、电视台播放他人已发表的作品,“应当按照规定支付报酬”。如若行为人通过电视台播放他人已发表的作品,故意不支付报酬,则依然有侵犯著作权、违反前置法,进而构成犯罪的可能;第五类行为在《刑法修正案(十一)》新增“未经表演者许可,复制发行录有其表演的录音录像制品,或者通过信息网络向公众传播其表演的”此款后,只要直播或传送表演是通过信息网络进行,则被认为符合构成要件的规定也不存在任何障碍。

### 3. “信息网络传播”涵盖范围的教义学阐释

“网播”与“深度链接”行为也属于“信息网络传播”。前文已经论述了“网播”行为的入罪原因<sup>⑪</sup>,下文集中对“深度链接”行为的探讨。

深度链接与普通链接的区别在于,没有跳转到被链网站,而是在设链网站中直接打开被链接网站中的文件<sup>[20]</sup>。至于“深度链接”行为是否属于“信息网络传播”行为,基于是否预设“信息网络传播”的“提供作品”行为必须是“向服务器上传作品”的技术方式,存在不同的答案<sup>[21]</sup>。

然而,当依据“04年司法解释”将“信息网络传播”解释为“发行”时,不能认为“深度链接”属于“发行”行为。因为,相比“信息网络传播”可以具有“是否预设‘向服务器上传作品’的技术方式”的理论争议,“发行”行为的定义毫无争议地被认为是向公众提供作品原件或复制件的行为。因此,在通过扩大发行的概念而将信息网络传播行为纳入其中时,对信息网络传播的阐释便不能脱离“发行”的文字边界,脱离“提供作品”的本质特征。故而,并不上传作品本身只是提供作品的路径指引的深度链接行为,不可能属于“发行行为”<sup>[22]</sup>。

但是,侵犯著作权罪新增“信息网络传播”的行为类型后,便不再存在突破罪刑法定原则的隐忧。“信息网络传播”能够涵摄“未向服务器上传作品”的“深度链接”行为。其一,基于《刑法修正案(十一)》新增了“信息网络传播”的规定,而以“向服务器上传作品”为核心含义的“信息网络传播”行为可以被司法解释解释为是“发行”行为。故而,如若认为“信息网络传播”的含义依然局限于“提供作品上传至服务器”的方式,则立法者不必在《刑法修正案(十一)》新增此条款;其二,深度链接可使点击深度链接的公众无需依照著作权人指定的途径获取作品,故设链者同时也是内容服务提供者<sup>[21]</sup>。据此,将“深度链接”行为作为“信息网络传播”予以规制并不会超出文字的可能语义。如此也可以使刑法更加适应社会发展,不至对此类具有严重社会危害性的行为产生处罚空白。

## 结语

在探讨著作权犯罪民刑衔接问题的过程当中,应当强调侵犯著作权罪的文字含义不必与前置

<sup>⑨</sup>参见:王燕卿被控侵犯著作权宣告无罪案,广西壮族自治区玉林市中级人民法院(1999)玉中刑终字第26号刑事判决书。

<sup>⑩</sup>参见:鞠文明等侵犯著作权案,江苏省无锡市中级人民法院(2011)锡知刑终字第1号刑事判决书。

<sup>⑪</sup>一般会“网播”行为界定为侵犯广播权的行为,如此便不违背以侵犯“著作权”为基础的要求;所以仅需要分析实现刑法目的是否要求其入罪——这一点前文已经完成。

法统一,入罪范围也不应受“附属刑事责任条款”的限制,如此一来便可以大胆地站在实现刑法目的的角度,分析侵犯著作权罪各构成要件的含义。民刑衔接如何处理是一个常青的话题,“法定犯”属性如何对犯罪成立产生影响更是不可忽视的难题,“肯定立场”与“否定立场”的争议也不会仅在著作权犯罪的领域中存在。但笔者坚信,刑法具有自己的独立地位,且能在坚守罪刑法定原则的前提下平衡其社会保护机能与人权保障机能。而更有可能为实现此目标发力的不会是使刑法失去独立性的主张民刑衔接不具有限度的“否定立场”,而是视角扩展于整个法秩序,同时不忘实现刑法目的的,主张在民刑衔接的道路上具有限度的思考方式。

#### 参考文献:

- [1] 王迁.论著作保护刑民衔接的正当性[J].法学,2021(8):3-19.
- [2] 王迁.网络著作权专有权利研究[M].北京:中国人民大学出版社,2022:105.
- [3] 张明楷.刑法学[M].6版.北京:法律出版社,2021:1072.
- [4] 胡云腾,刘科.知识产权刑事司法解释若干问题研究[J].中国法学,2004(6):133-145.
- [5] 张明楷.《刑法修正案(十一)》对司法解释的否认及其问题解决[J].法学,2021(2):3-18.
- [6] 陈兴良.刑法的知识转型(学术史)[M].2版.北京:中国人民大学出版社,2017:471.
- [7] 张明楷.三角诈骗的类型[J].法学评论,2017(1):9-26.
- [8] 刘艳红.法定犯不成文构成要件要素之实践展开:以串通投标罪“违反招投标法”为例的分析[J].清华法学,2019(3):42-55.
- [9] 简爱.从“分野”到“融合”刑事违法判断的相对独立性[J].中外法学,2019(2):433-454.
- [10] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003:212.
- [11] 李军.兜底条款中同质性解释规则的适用困境与目的解释之补足[J].环球法律评论,2019(4):116-130.
- [12] 高铭暄,曹波.保险刑法规范解释立场新探:基于缓和违法一元论的展开[J].中国应用法学,2019(3):1-16.
- [13] 张明楷.实质解释论的再提倡[J].中国法学,2010(4):49-69.
- [14] 张鹏.《刑法》第217条“复制发行”概念的解析与适用[J].知识产权,2018(4):58-71.
- [15] 郑承友.论刑法中“复制发行”概念的体系解释[J].法律方法,2021(2):368-379.
- [16] 杨帆,张海宏.销售侵权复制品罪虚置之争的再思考:基于功利主义知识产权刑事政策立场的评析[J].政治与法律,2014(3):49-59.
- [17] 刘蔚文.销售侵权复制品罪的弃用现象与启用路径研究[J].政治与法律,2013(5):43-49.
- [18] 阿图尔·考夫曼.法律哲学[M].刘幸义,译.北京:法律出版社,2011:120.
- [19] 霍文良,冯兆蕙.侵犯著作权罪之复制发行的司法认定[J].知识产权,2017(10):53-58.
- [20] 莫洪宪,刘芷含.深度链接行为的法律评价问题研究[J].山西大学学报(哲学社会科学版),2018(3):114-118.
- [21] 郭鹏.深度链接侵害信息网络传播权再思考:从技术解析窠臼趋向权利保护本位[J].法学论坛,2021(4):71-80.
- [22] 林清红,周舟.深度链接行为入罪应保持克制[J].法学,2013(9):152-159.

## The limit of connection between civil law and criminal law about copyright crime from the perspective of statutory offense

YAO Wanqin<sup>a</sup>, LI Can<sup>b</sup>

(a. Intelligent Justice Research Institute; b. Law School, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, P. R. China)

**Abstract:** In the era of increasing intellectual property protection, in order to achieve comprehensive protection of copyright, relevant provisions of the Copyright Law and the Criminal Law have been amended. The revision of the provisions urgently needs to be explained, and the conflicts between the two laws should also

be sorted out. Therefore, it is necessary to explore the connection between civil law and criminal law about copyright crimes, in order to not only meet the requirements of the unification of legal order, but also meet the needs of criminal law protection of intellectual property to the greatest extent. However, the negative stance of advocating that the connection is not limited will not only create loopholes in criminal law, but also logically deviate from the principle of statutory crime and punishment, and will reduce the effect of the amendment of the Criminal Law Amendment (11). By examining the basis of its argument and analyzing the influence of the attribute of statutory offense on the establishment of the crime, it is found that the crime of copyright infringement should adhere to the moderate monism of illegality, but there is no basis for making a unified meaning for the relevant concepts, and there is no reason to impose the effect of limiting criminalization on the subsidiary criminal liability clause. The criminal law can independently explain the connotation of the act of copying, distributing, and disseminating to the public through information networks. Therefore, it is necessary to establish a doctrinal plan that aims to achieve the purpose of criminal law and the limit of the connection, based on the premise of violating the preceding law. Firstly, in the process of achieving connection by violating the preceding law, the Copyright Law should be strictly followed to determine whether the work enjoys specific copyright and whether the suspect has infringed on copyright. If a negative answer is given at this step, the crime of copyright infringement cannot be established. Secondly, in the process of establishing limits through achieving the purpose of criminal law, it is necessary to follow the purpose of criminal law, consider the textual scope of the constituent elements and the necessity of punishment, and ultimately determine whether a crime is established. Specifically, first, reasonably explain the meaning of reproduction and distribution, including the act of copying, distributing, or both. Among them, individual copying activities should not be excluded from the scope of punishment, distribution should be limited to initial distribution and total distribution, and publishing and renting activities also belong to one type of distribution activities. However, renting books and copying and distributing illegal deductive works cannot be criminalized because they do not infringe copyright. Second, explore the possibility of incriminating the acts specified in Article 52 of the Copyright Law, affirm the punishment of plagiarizing the works of others, using the works in the form of annotations, broadcasting or publicly transmitting live performances without permission, and reject the punishment of publishing a work created in collaboration with others as a work created by oneself without the permission of the co-authors, recording and performing, and using the work in the form of adaptation or translation. Third, prove that the behavior of webcasting and deep linking is implied by spreading to the public through information networks.

**Key words:** crime of copyright infringement; connection between civil law and criminal law; statutory offense; subsidiary criminal liability clause; monism of illegality

(责任编辑 胡志平)