

网络著作权犯罪的问题与完善

——基于刑法修正案(十一)视角

宋 鹏, 王聪慧

河北经贸大学法学院, 河北 石家庄

收稿日期: 2022年11月16日; 录用日期: 2023年1月9日; 发布日期: 2023年1月16日

摘 要

与传统的侵犯著作权相比, 网络著作权犯罪具有成本低、方式新颖、隐匿性强等特点, 这就需要对现行侵犯著作权罪进行相关调整。《刑法修正案(十一)》20条对侵犯著作权进行了相应的修改, 但仍然存在网络服务提供者规定较为模糊、仅以营利作为主观目的、入罪标准较为模糊等缺陷。对此, 应当通过明确网络服务提供者作为犯罪主体、扩大主观方面到非营利目的等方式对其进行完善。

关键词

侵犯著作权罪, 网络传播, 网络服务提供者

Problems and Perfection of Network Copyright Crime

—From the Perspective of Criminal Law Amendment (XI)

Peng Song, Conghui Wang

Law School of Hebei University of Economics and Trade, Shijiazhuang Hebei

Received: Nov. 16th, 2022; accepted: Jan. 9th, 2023; published: Jan. 16th, 2023

Abstract

Compared with the traditional infringement of copyright, the network copyright crime has the characteristics of low cost, novel ways, and strong concealment, which requires relevant adjustments to the current infringement of copyright crime. Article 20 of the Criminal Law Amendment (XI) has made corresponding amendments to copyright infringement, but there are still some defects, such as vague provisions on network service providers, only taking profit as the subjective

purpose, and vague criteria for criminalization. In this regard, we should improve the network service provider by making it clear that the network service provider is the subject of crime and expanding the subjective aspect to non-profit purposes.

Keywords

Crime of Copyright Infringement, Network Communication, Network Service Provider

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

近几年我国网络技术的不断进步,网络侵犯著作权犯罪的案件逐渐增多。网络技术的运用,使侵犯著作权罪呈现出了新的特点。网络侵犯著作权罪通常具有较高的技术要求,其犯罪成本较低,犯罪后果影响极大。网络侵犯著作权罪的犯罪主体也较为广泛,他们具有不同的犯罪目的,实施了侵犯著作权罪的行为[1]。对此,我国《刑法修正案(十一)》对侵犯著作权进行修改,扩大了侵犯著作权罪的打击力度。

2. 《刑法修正案(十一)》的修改

《刑法修正案(十一)》在原有侵犯著作权罪的基础上,增加了通过网络的方式向公众传播,增加了对于侵犯表演者邻接权的犯罪行为,增加了故意规避技术措施的犯罪行为,调整了侵犯著作权罪的处罚力度。从《刑法修正案(十一)》的修改力度来看,国家增强对侵犯著作权罪的打击力度,扩大了侵犯著作权罪的打击范围。

2.1. 增加了规定信息网络传播的方式

在《刑法修正案(十一)》发布之前,学界对于“复制、发行”与“信息网络传播”的关系存在争议,主要体现为包容说和区分说[2]。

包容说认为,信息网络传播与复制、发行并没有太大的区别,更加容易实施,并在《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》早已经将信息网络传播归入发行之中,因此,应当认定为包容关系[3]。通过信息网络传播擅自发布他人的作品,符合复制、发行侵犯著作权的行为特征。主张包容说的另一理由认为,网络传播权在《著作权法》中作为一项独立权利。这种观点过分夸大了前置法,刑法应当具有其独立性,不必完全根据前置法的规定来进行规制。

我国《刑法修正案(十一)》采用了区分说的观点,认为复制、发行与网络信息传播应属于两种相互独立的行为[4]。采取区分法主要有如下根据。第一,刑法应当保持自身的谦抑性,作为社会治理的最后手段。刑法的规制范围应当受到前置法的约束,即刑法规定复制、发行的范围不应大于或等于前置法,否则就无法界定刑法与前置法的界限。第二,通过语法解释,复制、发行通常需要一定实物载体来进行,网络信息传播通常是以网络信号作为传播载体,无需实物载体就能传播。本次《刑法修正案(十一)》对侵犯著作权罪进行修改,体现了我国刑法的精密性,有助于更好的打击网络中侵犯著作权的行为。

2.2. 增加了新型的犯罪方式

网络外挂是对于某一款网络游戏的数据进行修改以此来达获取非法利益目的的软件。网络外挂的存

在破坏了游戏中的公平, 如不对其进行必要的刑事惩罚, 会打击著作权人创造的积极性[5]。《刑法修正案(十一)》第 20 条与刑法 217 条相比, 增加了两种新型的犯罪方式, 即侵犯表演者权利的行为与故意破坏著作权人保护著作权的行为。这种修改在一定程度上弥补了刑法规定的不足, 此前没有对网络外挂的相关刑法规定, 对于外挂行为仅仅是行政处罚, 无法实现罪责刑相应。

2.3. 加大了处罚的力度

刑法第 5 条规定, 犯了多大的罪行, 就应当承担多大的刑事责任。《刑法修正案(十一)》20 条取消了侵犯著作权罪的拘役刑, 将法定最高刑提升到了有期徒刑 10 年。侵犯著作权罪的罪行通常体现在违法所得数额及其他情节上, 如《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)》第 1 条规定, 复制品数量合计在五百张(份)以上的, 属《刑法》第 217 条规定的“有其他严重情节”; 复制品数量在二千五百张(份)以上的, 属于《刑法》第 217 条规定的“有其他特别严重情节”。这些犯罪情节的认定是对此前刑法 217 条的限制, 在《刑法修正案(十一)》修改后, 应当进行适当的修改。

3. 网络侵犯著作权罪存在的问题

随着我国网络技术的不断发展, 著作权犯罪逐渐呈现出新的特点。我国《刑法修正案(十一)》对侵犯著作权罪进行立法上的调整, 但其仍存在一定的问題, 需要进一步完善。

3.1. 网络服务提供者规定较为模糊

网络服务提供者根据其使用技术的不同, 可以分为汇集式的网络服务提供者和通道型的网络服务提供者[6]。汇集型是指网络服务提供者通过汇集不同的资源, 进而进行整合提供下载储存服务。通道式是指网络服务提供者仅仅是为资源传送的双方提供一个渠道, 无需进行事先的下载, 无需进资源的内容进行主动审查, 而是仅仅为双方提供一个传输渠道。如德国的《远程服务法》规定, 在网络中提供服务的中介方不承担责任, 不需要对传送的信息进行监视与审查。

我国自《刑法修正案(九)》开始, 增加了一系列的以网络服务提供者为主体的犯罪, 如帮助信息网络犯罪活动罪。帮助信息网络犯罪活动罪是将帮助行为正犯化, 提供网络服务的行为属于提供帮助的行为。但并非所有网络服务提供者都属于帮助犯, 其中也存在不属于帮助犯的情况。帮助信息网络犯罪活动罪之所以不能完全适用网络服务提供者在侵犯著作权中的情况, 其主要原因有如下三点。首先, 根据共犯从属性原理, 如果实行犯无罪, 帮助犯就应当也认定为无罪。在利用网络平台侵犯著作权犯罪的过程中, 如果侵权作品的上传者要达到侵犯著作权犯罪的入罪标准, 就需要达到司法解释中规定的严重情节, 即上传的作品点击量到达五万次以上。这种标准对于普通的网络使用者而言很难达到, 因而网络服务提供者也不会受到刑事处罚。即使网络服务提供者明知上传者会构成犯罪或上传者没有进行牟利的目的实施了上传行为, 因没有达到严重情节的程度, 正犯无法成立, 帮助犯自然也无法成立。其次, 在网络侵犯著作权的过程中, 网络服务提供者自身就属于正犯。网络平台用户将侵权的作品发布到网络平台之上, 网络服务提供者将这些作品通过搜集并提供给其他的使用者, 增加了作品的曝光度, 因而侵犯著作权的结果应当是由使用者和服务者共同造成的。网络服务提供者在这一过程中发挥了重要作用, 因而应当将其作为正犯进行处理。最后, 网络服务提供者是否明知会造成侵权难以界定。在共同犯罪中, 需要作为共犯的主体具有共同的犯罪意识。在网络侵犯著作权中, 上传者与网络服务提供者通常互不相识, 一般不会具有共同犯罪的意思。因而造成了对网络服务提供者是否明知认定的困难。特别是对于一些提供通道式的服务器, 因没有负有审查信息的义务, 难以确定其是否具有明知的意识。

3.2. 仅以营利作为主观目的

与传统的侵犯著作权相比,网络侵犯著作权更为简单。一些犯罪分子为了追求刺激、满足自身的成就感,实施了侵犯他人著作权的行为。这种行为造成的社会影响在一定程度上强于以营利为目地侵犯著作权的行为,如果仅仅是因为侵权人不具有营利目的就不对其进行惩罚,就会对社会公平造成损害。特别是在一些影响及其严重的案件中,如果不对其进行刑事惩罚,就难以维护社会公平正义。因此,侵犯著作权罪不应当局限于以盈利为目的。

3.3. 入罪标准较为模糊

当前,我国侵犯著作权的犯罪认定标准主要是根据数额进行认定。《刑法修正案(十一)》第20条将侵犯著作权罪界定为结果犯,即作为犯罪标准的数额应当根据犯罪结果来确定。现有的犯罪结果主要规定在四部司法解释中。侵犯著作权罪的入罪标准是“违法所得数额较大或有其他严重情节”,结果加重情节是“违法所得数额巨大或有其他特别严重情节”。2004年《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》规定,违法所得数额三万元以上属于“数额巨大”,违法所得数额十五万元以上属于“数额特别巨大”。2007年《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)》规定,复制侵权作品的数量在五百张(份)以上的,属于“其他严重情节”;复制数量在二千五百张(份)以上的,属于“其他特别严重情节”。随着网络著作权犯罪的出现,2011年发布的《意见》又进一步规定了通过信息网络传播侵权作品行为的定罪标准,其中增加了通过信息网络传播的作品传播量五百部以上、实际点击量五万人次以上和注册会员一千人以上的标准。这些准确量化的入罪标准在网络著作权犯罪中的作用有限,具体为如下方面。

将入罪标准规定的过于精准可能导致无法处罚严重犯罪。第一,网络著作权犯罪同常规的著作权犯罪相比,其最大的特点在于不以营利为目的。所以,不以营利为目的的行为人因没有违法所得,没有达到入罪标准,所以无法对其进行惩罚。第二,违法所得数额的计算存在争议。实践中计算标准分为违法所得计算以及非法经营数额计算两种。非法经营的数额主要规定在“其他严重情节”的司法解释中,违法所得数额规定在刑法条文中。违法所得是否应当只计算利润还是应当将成本一并计算一直存在争议。司法实践中,违法所得数额计算的方法很少进行适用,多数判例采用的以犯罪人的非法经营数额以及复制发行的数量等作为入罪标准。

4. 网络侵犯著作权犯罪的完善措施

对于数据网络时代侵犯著作权的问题,侵犯著作权罪呈现出新的特点,刑法应当根据这些特点进行相应调整。现将调整措施列举如下:

4.1. 明确网络服务提供者作为犯罪主体

帮助信息网络犯罪并不能解决网络服务提供者侵犯著作权的问题,当网络服务提供者作为犯罪正犯时,就应当作为帮助行为正犯化进行处理[7]。具体而言,网络服务提供者对侵犯结果做出了巨大贡献,可以将网络服务提供者作为侵犯著作权的正犯进行处罚。正犯是在共同犯罪中对于犯罪的结果起到了决定作用的犯罪分子。如果网络服务提供者的传播行为,在侵犯著作权中做出了巨大贡献,并和犯罪结果的实现具有相当因果关系,那么网络服务提供者就对犯罪结果的发生有决定作用。

网络服务提供者作为侵犯著作权罪的正犯,主要有两种方式实施犯罪,即汇集型服务与通道型服务。汇集型服务是网络服务提供者根据客户的需求,进行搜集信息并向客户服务的行为。这种方式属于典型的“通过信息网络向大众传播”,需要积极的作为才能实现。通道式服务仅仅是为双方提供搜索的媒介,

刑法没有规定通道式网络服务提供者具有审查义务。同时,应当将通道式网络服务提供者界定为不真正的不作为犯。不作为犯罪的前提是行为人具有作为义务而没有履行作为义务。因此,应当在刑法中规定网络服务提供者的合理审查义务。拒不履行网络信息安全管理义务罪,这一罪名的成立前提是没有履行法律、行政法规规定的义务。随着网络环境的不断变化,通道式网络服务提供者不再仅仅是一个媒介,更多是提供一种信息管理服务。因此,应当参考拒不履行网络信息安全管理义务罪,设定网络服务提供者的审查义务。

同时,应当通过设置“避风港”规则,判断网络服务提供者是否履行了信息审查义务[8]。“避风港”规则是网络服务提供者的免责规定,主要内容是网络服务提供者在经营的过程中不提供信息,而是通过提供相关的服务,如果其在经营过程中收到相关通知并删除侵权内容就可以免于承担相应的责任。网络“避风港”规则的实质是赋予网络服务提供者进行审查删除的义务。如果网络服务提供者收到通知后,没有对违法内容进行删除,那么就可以将其认定为不作为,认定为侵犯著作权罪的实行犯进行处罚。对于汇集型网络服务提供者,其应当对自己搜集的信息内容进行审查,否则就应当作为侵犯著作权罪的实行犯进行处罚。

对于网络服务提供者的责任,要结合其在侵犯著作权罪中的作用进行认定[9]。如果其是帮助犯,那么应当将其认定为帮助信息网络犯罪活动罪。如果其对于犯罪结果起到了重大作用,那么应当将其认定为侵犯著作权罪和拒不履行网络信息安全管理义务罪,二罪想象竞合,择一重罪进行处罚。

4.2. 扩大主观方面到非营利目的

网络犯罪不同于日常生活中的犯罪,日常生活中的侵犯著作权往往以营利为目的,但网络犯罪中人们的目的是多种多样的。在司法实践中,侵犯著作权罪以营利为目的的规定较为狭隘,主观方面以营利为目的的规定严重限制了侵犯著作权罪的适用。对于一些非营利目的但造成重大影响的侵犯著作权行为,难以对其进行刑事处罚,同时加剧了司法机关在诉讼过程中的举证难度。因此,应当将侵犯著作权罪的主观方面修改为以侵犯著作权的目的,即明知会侵犯他人的著作权仍然积极实施侵权行为或放任侵权结果的发生。其中的明知,应当采用一般社会成员的认知标准来进行认定。

《著作权法》第24条规定了对于作品合法使用和法定许可的情形,即符合了其中的情形就能认定其不具有主观上侵犯著作权的故意,可以免于承担侵权责任。对于行为人时候具有侵犯著作权的故意,应当结合其具体的犯罪条件来确定,如复制、发行作品的用途及数量等因素来确定。即使因为人实施侵权行为时不具有侵权故意,但其行为客观上造成了重大影响,之后没有积极采取补救措施,在此情形下应当认定其具有侵犯著作权罪的故意,应当对其进行刑事处罚。

4.3. 明确处罚标准界定为危险犯

当前侵犯著作权犯罪的主要认定标准是其违法所得的数额、非法经营的数额及其发布后的点击量等。这些认定标准主要依据是侵犯著作权行为的社会危害性,侵犯著作权的行为造成了权利人利益的损害,刑法应当将遭受损失的人作为首先应当考虑的判断标准[10]。同时,侵犯著作权犯罪的危害性不仅体现在其犯罪的结果上,更多的是体现在其犯罪的过程中,因此将侵犯著作权的行为作为结果犯可能会造成处罚上的遗漏。侵犯著作权的行为严重损害了著作权人的创作环境,若等犯罪结果的发生后才对其进行惩罚,可能为时已晚。因此,应当将侵犯著作权罪的入罪标准进行一定程度的前移,将其作为一种危险犯进行惩罚。具体而言,只要侵犯著作的行为足以产生严重后果就应当将其作为犯罪。

在扩大侵犯著作权犯罪的处罚范围的同时,也应当保持刑法的谦抑性,防止侵犯著作权罪的滥用。首先,正确认定“复制、发行”的时间。侵犯著作权犯罪中的发行与《著作权法》中的发行具有不同的

含义, 侵犯著作权罪中的发行仅仅指的是对侵权作品的首次销售, 而《著作权法》中的发行不限于首次销售。同时, 刑法也在 218 条规定了销售侵权复制品罪。如果将多次销售的范围纳入侵犯著作权罪的打击范围, 会造成销售侵权复制品罪的销售所混淆, 同时也会造成销售侵权复制品罪没有存在的意义。因此, 应当将“复制、发行”的时间界定为首次销售。其次, 正确界定侵犯著作权罪中的“危险”。侵犯著作权罪中的危险, 不能通过抽象的事实来进行评价。如果采用抽象的事实来进行评价, 可能会导致生活中一些没有产生紧迫危险行为遭受刑事处罚。最后, 将侵犯著作权罪变成危险犯进行惩罚, 本质是将侵犯著作权罪的未遂犯作为普通犯罪进行惩罚, 既遂犯作为结果加重犯来进行惩罚。侵犯著作权罪虽然属于经济犯罪, 但其危害结果首先指向著作权人, 对于著作权人自身的损害可能大于财产上的损害。因此, 作为加重犯的犯罪标准考察应当以被害人自身所受的损失为判断标准, 结合犯罪数额、点击量、造成的社会影响等多种因素进行判断。

参考文献

- [1] 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[J]. 山东社会科学, 2022(4): 136-141.
- [2] 曹波. 网络环境中“复制发行”司法认定新论[J]. 西部法学评论, 2019(5): 1-8.
- [3] 栾莉. “信息网络传播行为”视为“复制发行”的正当性分析[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2018, 34(5): 81-85.
- [4] 郑承友. 著作权刑事司法解释的反思与优化——基于“复制发行”司法解释及相关判决的分析[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2022(3): 163-173.
- [5] 储颖超. 网络游戏外挂行为司法认定问题的探讨: 基于 134 件案例样本的分析[J]. 法治论坛, 2019(4): 83-95.
- [6] 包建华. 网络服务提供者网络著作权侵权证明责任研究[J]. 盐城工学院学报(社会科学版), 2021, 34(3): 32-35+39.
- [7] 付晓雅. 数字时代知识产权刑法保护的挑战与回应[J]. 当代法学, 2020, 34(2): 67-74.
- [8] 王迁. 论著作权保护刑民衔接的正当性[J]. 法学, 2021(8): 3-19.
- [9] 王秀华, 王奥琪. 侵犯著作权犯罪处置的未来面向[J]. 人民检察, 2022(5): 72.
- [10] 魏昌东. 情节犯主导与知识产权刑法解释体系转型[J]. 中国刑事法杂志, 2022(1): 17-35.