

# 网络环境下侵犯著作权罪主观要件废除研究

程恋淇

南京理工大学知识产权学院, 江苏 南京

收稿日期: 2025年8月4日; 录用日期: 2025年8月28日; 发布日期: 2025年9月5日

## 摘要

网络环境下, 现行著作权刑法保护制度在主观要件方面面临两大难题: 间接营利难以认定、非营利性侵权治理失灵。对于“以营利为目的”要件的去留, “废除论”学者的观点最符合网络侵权特点、顺应时代发展趋势。著作权刑事规制的现代化转型需实现二重突破: 废除“以营利为目的”, 消解主观要件带来的证明困境; 确立“短期自由刑 + 惩罚性罚金刑 + 行业资格刑”的复合刑罚结构, 构建责任形态多元化、轻缓化的刑法规制体系。

## 关键词

侵犯著作权罪, 以营利为目的, 著作权保护, 网络环境

# Study on the Abolition of the Subjective Elements of the Crime of Infringing Copyright in the Network Environment

Lianqi Cheng

School of Intellectual Property, Nanjing University of Science and Technology, Nanjing Jiangsu

Received: Aug. 4<sup>th</sup>, 2025; accepted: Aug. 28<sup>th</sup>, 2025; published: Sep. 5<sup>th</sup>, 2025

## Abstract

In the network environment, the current criminal protection system for copyright faces two major difficulties in terms of subjective elements: the difficulty in identifying indirect profit-making and the failure in governing non-profit infringement. Regarding the retention or abolition of the element of “for the purpose of profit”, the viewpoint of scholars advocating the “abolition theory” is most in line with the characteristics of network infringement and conforms to the development trend of The Times. The modernization transformation of criminal regulation of copyright needs to achieve two

文章引用: 程恋淇. 网络环境下侵犯著作权罪主观要件废除研究[J]. 争议解决, 2025, 11(9): 54-60.

DOI: 10.12677/ds.2025.119278

breakthroughs: abolishing the “for the purpose of profit” to eliminate the proof dilemma caused by subjective elements; establishing a composite penalty structure of “short-term imprisonment + punitive fine + industry disqualification” to build a criminal regulation system with diversified and lenient liability forms.

## Keywords

Crime of Infringing Copyright, For the Purpose of Profit, Copyright Protection, Network Environment

Copyright © 2025 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. 网络环境下“以营利为目的”的现实困境

### 1.1. 间接营利难以认定

侵犯著作权犯罪的行为模式可依据营利实现路径划分为直接营利和间接营利两种基本类型。直接营利指的是行为人直接从其犯罪活动中获取经济收益，这种收益是犯罪行为直接带来的结果，表现形式多样，如销售盗版书籍、音像制品等侵权商品直接赚取利润，其典型特征在于犯罪所得与侵权行为的时空一致性。直接营利多发生于传统环境，在司法实践中也相对容易认定。

与之形成对比的是间接营利，其本质是通过“流量 - 收益”的二次转化实现经济目的，具有收益延迟性和行为复合性两大特征。典型的手段包括：以盗版资源引流，通过广告点击获取收益、构建付费会员体系，提供盗版资源访问权限、植入恶意代码，劫持用户流量进行变现等。行为人实施侵权行为后，并未立即获得经济利益，而是需要进一步采取其他辅助措施，如嵌入收费广告、捆绑其他软件或收取会员费等，才能实现经济收益。因此，此类营利方式被归类为间接营利。

互联网技术的更新迭代导致著作权犯罪的异化，最直观的表现就是营利方式日趋隐蔽化、虚拟化，并且往往附带较高的技术性。通过爬虫、解析、转码等技术，行为人可以更便捷地实施著作权犯罪，同时也为司法机关的取证、出证带来新的困难。司法机关难以收集到原始的证据材料，因此，在证据角度很难达到《刑法》第 217 条的认定标准。而“以营利为目的”这一主观状态由于其深藏于内心，难以通过客观证据直接证明，导致许多具有社会危害性的著作权犯罪行为难以被司法机关有效规制，从而逃避法律制裁<sup>[1]</sup>。

在马义词侵犯著作权案中<sup>1</sup>，被告人以一审法院对“以营利为目的”认定不当为由提起上诉，主张其传播的游戏素材包并不构成司法解释规定的直接营利。控方则依据《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》(下称《意见》)第 10 条，论证被告通过用户流量聚合实现商业变现的运营模式，虽未直接收取费用，但实质服务于核心产品的市场扩张战略，符合“其他利用作品实现间接商业利益”的情形，应适用兜底条款予以规制。二审裁定发回重审，理由是：控方未充分证明流量增长与商业收益之间的因果关系，亦未对“其他牟利情形”的适用边界作出合理解释，导致违法性判断未达刑事证明要求。

该案彰显司法裁判对侵犯著作权罪主观要件扩张适用的审慎立场——既要求对用户增长到商业利益

<sup>1</sup>(2015)苏知刑终字第 00005 号。

的转化过程提供完整的证据链支持，又强调兜底条款的规范适用，严守罪刑法定原则。

2011 年颁布的《意见》第 10 条通过“明示列举 + 兜底解释”的立法技术，构建了“以营利为目的”的认定框架：除明确将广告收益、会员付费等间接营利模式纳入规制范畴外，还创设开放性条款应对新型牟利形态。这一制度设计虽为网络空间著作权保护提供了初步规范，却为司法适用带来解释学困境：什么情况属于“利用他人作品牟利”？正如上述案件，立法语言的高度概括性，使得司法实践中的一些具体情况难以把握，引发了不少争议。

另一个需要考虑的问题是法律本身的滞后性。据《意见》出台已经十余年，面对日新月异的技术迭代，新的侵权手段层出不穷，司法解释难以覆盖到实践中的方方面面，难免会出现司法解释未列举但又难以评断为不具有营利目的的客观情况。

## 1.2. 非营利性侵权治理失灵

犯罪目的多元化是网络著作权侵权有别于传统著作权侵权的一大特征。网络环境下的侵权行为往往具有迅速传播、难以溯源的特征，这种特征极大地降低了侵权人实施侵权行为所需投入的成本，使得侵权行为变得易于实现且难以受到法律的制裁。这种困境本质上是传统刑法危害结果认定标准与数字时代损害形态的冲突。传统刑法中，危害结果可分为物质性危害结果与非物质性危害结果。物质性危害结果往往是有形的、可以具体认定和测量的，如致人死亡、致人伤害、毁损财物等；而非物质性危害结果则是无形的、难以具体认定和测量的，如对人格的损害、名誉的毁损等。在网络著作权侵权中，非营利性侵权往往不给原作者带来物质损失，而是通过技术手段转移原创作品的观众注意力或扭曲其市场价值：某医生在某平台发布科普视频后，其内容被多个账号盗用并恶意混剪成带货视频，导致大量粉丝误购产品，不仅损害了原作者的声誉，还因虚假内容导致原创视频的播放量和用户信任度下降，这种流量劫持虽未直接获利，却实质剥夺了作品潜在的商业合作机会，其危害性已符合刑法中抽象危险犯的特征。

更复杂的情形在于，侵权者利用深度伪造技术制作的戏仿内容，可能导致原作者社会评价指数断崖式下跌。韩国首尔中央地方法院在 2024 年判决的两起案件显示，朴某和姜某利用深度伪造技术将 61 名女性的面部与淫秽内容合成，并通过社交平台传播。尽管这些行为直接导致受害者社会评价断崖式下跌，但法院主要依据《性暴力处罚法》和《青少年性保护法》定罪，刑期分别为 10 年和 4 年。值得注意的是，此类案件的刑事追责依赖于“性犯罪”或“淫秽内容传播”的罪名，而非单纯的“社会评价损害”。若戏仿内容未涉及上述二者，仅造成名誉贬损，则可能因缺乏营利目的而难以入刑。

对比司法解释中构成诽谤罪的条件“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到 5000 次以上，或被转发次数达到 500 次以上”，深度伪造导致的市场替代率下降、用户黏性衰减、社会评价降低等危害结果却尚未被纳入刑事违法性评价体系，但其客观上对著作权人造成的损害以及对社会秩序的破坏，都符合传统刑法中危害结果的认定标准。刑法本应予以惩戒，却囿于罪刑法定原则，鉴于缺失“营利目的”的主观构成要件，无法启动刑事程序。法律责任层面的不均衡，或将加剧非营利性侵权之泛滥，有碍创作者权益的维护。

## 1.3. 主观要件存废的理论分歧

数字技术革新持续解构传统侵权行为的主观动机，在此背景下，“以营利为目的”的存废成为学界争议的焦点。尽管《刑法修正案(十一)》最终维系了此要件，但对该问题的讨论并未因此消弭。

关于“以营利为目的”的存废，学界归纳起来有四种主流观点：“保留论”、“废除论”、“折中论”和“加重情节论”。

1) “保留论”：维系传统法理的价值立场

保留论学者从多维视角构建了保留“以营利为目的”要件的理论体系。有学者主张将刑事司法手段与非刑事法律手段相结合,在刑事司法层面对“营利目的”进行目的性扩张解释,将流量变现、数据增值等新型间接营利模式纳入规范射程,要求司法机关运用经验法则与相当因果关系理论进行司法推定。同时,对于非营利目的的行为,建议通过民事和行政手段进行应对[2]。

另一理论视角强调构成要件的过滤功能与制度适应性。保留“以营利为目的”具有双重规范价值:这一要件能够有效地缩小犯罪范围,使有限的刑罚资源能够更集中地用于打击那些真正具有营利性质的侵权行为。其还考虑到社会文化背景对刑罚实施效果的影响,认为在缺乏相应社会文化支撑的情况下,我国应该谨慎地扩展刑事法网,以避免其反噬司法公信力[3]。

另有观点从平衡维度切入,提出著作权刑事保护应遵循专有权利与公共领域的二元平衡。若径行取消“以营利为目的”要件,可能将合理使用、学术传播等对社会有益的行为不当纳入刑事打击范围。其认为,我们应该在保护创作者权利的同时,考虑到知识的传播和共享的重要性[4]。

## 2) “废除论”:解构传统要件的革新主张

在技术变革的背景下,有学者从技术革新、国际义务与法益衡平三个维度证成废除“以营利为目的”要件的必要性。他们认为分布式存储与智能算法极大降低了侵权行为的实施门槛,使得潜在侵权主体在决定是否实施侵权行为时,营利动机的考量地位可能有所下降,即便不存在直接的营利意图,低成本也足以驱动个体实施侵权行为。同时,网络信息的高度流通性加速了侵权内容的广泛传播,造成更广泛的影响和损害,这种损害结果呈现出不可控的扩散态势,其形态已从单一财产权损害演变为包含商誉贬损、市场秩序破坏的复合型损害。三是从司法实践的角度出发,证明侵权者具备营利目的的过程往往复杂且艰巨,过度强调营利目的将过分加重控方举证责任[5]。

从国际义务角度分析,现行“以营利为目的”的犯罪构成要件被认为与 TRIPS 协定的客观标准存在冲突。大陆法系国家普遍采用“商业性利用”的客观判断标准,将行为模式而非主观意图作为刑事可罚性基础。这种立法模式更符合网络空间侵权行为的非中心化特征,能够更有效地应对新型侵权形态[6]。

从法益保护本位出发,未经授权的使用或复制行为直接侵害了著作权人的核心权益。侵权人是否营利与著作权人受损之间并无必然关联,现行要件可能不当限缩刑法保护范围,忽视了精神权利与传播控制权的独立价值。这种立法模式可能为非营利性侵权行为提供逃避制裁的空间,削弱了对著作权人全面保护的立法初衷[7]。

此外,《著作权法》第五十三条已实现去营利化改造,八类侵权行为均取消主观目的限制并明确刑民衔接机制,而刑法仍固守传统犯罪构成,形成民刑责任体系的规范断层。

## 3) “折中论”:平衡刑法效益与改革需求

“折中论”学者为著作权犯罪构成要件设置提供了类型化的解决方案,主张在处理传统环境中的著作权犯罪时,必须坚持“以营利为目的”,这符合刑法效益原则对犯罪逐利本质的精准打击需求,又保持刑法谦抑性过滤非商业合理使用的行为,避免将文化共享行为不当犯罪化,从而维系著作权制度公益与私益平衡的立法初衷。

然而,网络空间著作权犯罪的规制需突破传统主观要件框架。在网络环境中,著作权犯罪行为的营利目的往往难以证明。取消“以营利为目的”有助于建立以创作保护为核心的数字伦理体系,填补民事救济与行政规制间的制度真空,同时也与 TRIPS 协定第 61 条“商业规模”标准及 WIPO《版权条约》第 14 条的制度接轨[8]。

## 4) “加重情节论”:增强法律威慑力

加重情节论学者主张将“以营利为目的”从犯罪成立要件转化为刑罚加重事由。该理论通过二元评

价机制实现规范目的：在构成要件层面确立“法益侵害客观标准”，在量刑层面构建“主观恶性层级化评价体系”[9]。这一主张的理由有：较之“保留论”，更具灵活性，避免因主观要素的证明困境导致实质违法行为逃避刑法制裁。较之“废除论”，实现刑事责任的梯度化配置，重罪重罚、轻罪轻罚，既体现了司法公正，又有效震慑了犯罪分子。

## 2. 著作权犯罪构成要件设置的多维考量

### 2.1. 删除“以营利为目的”并未突破刑法谦抑性原则

“保留论”的观点只适用于传统环境却不适用于网络环境，这是因为网络空间中信息的传播方式和载体有所变化。在传统环境中，著作权犯罪规制模式植根于物理空间的“成本-收益”逻辑，多体现为复制销售，为此侵权人需要付出一定的印刷成本，因此侵权行为往往带着营利目的。但在网络环境下，数字复制的边际成本趋近于零，侵权行为的营利性特征不再具有显著性。侵权目的趋向多元化，非营利性侵权活动频发，且造成的损失日益显著，不容忽视，固守营利目的将架空刑法对法益的保护机能。

再者，立法须根植于本国社会文化背景，这是各国法学界的共识。“保留论”学者认为当前我国的网络著作权保护缺乏社会文化支撑的背景，应该谨慎地扩张刑事法网，保持刑法的谦抑性。但必须意识到，《刑法》初次设置侵犯著作权罪的主观要件是在1994年，彼时互联网还并未广泛运用，公众知识产权意识处于启蒙阶段。随着网络生态系统的成熟化与法治文化的演进，民众权利意识正不断提升，权利主体数量及权利对象体量急速增加，加强网络领域的著作权保护，并非是对刑法谦抑性的违背，反而是顺应时代趋势之必要举措。

### 2.2. “折中论”与刑法教义学的规范冲突

“折中论”试图在传统与现实环境之间找到一种平衡，看似是“废除论”与“保留论”的结合，但实际上并不能解决网络和现实双层社会所带来的挑战。我国刑法在设定罪名时，遵循明确性、具体性和针对性的原则，即每一个罪名都对应着一种特定的犯罪构成。“折中论”主张在传统环境下保留主观目的要素，而在网络环境下转向纯客观归责，实际上突破了《刑法》第3条确立的构成要件明确性原则，形成“同一罪名双重标准”的规范异化现象，可能会引发法律适用上的混乱[10]。

同时，“折中论”与我国目的犯理论也发生冲突。在刑法目的犯中，行为人既要有特定的犯罪行为，还要有特定的犯罪目的。依据“折中论”会导致同一罪名在归责层面出现目的犯与行为犯的割裂：传统环境下坚守“主观目的+客观行为”的双重标准，而网络环境下转向“客观行为”的单一归责模式。这将动摇目的犯理论在著作权犯罪中的教义学根基。在司法实践中，“折中论”也面临难题：如何界定传统环境与互联网环境？两者之间的界限并非截然分明，而是存在一定的模糊地带。同一侵权行为可能同时作用于两个环境(如实体书籍扫描后于网络传播)，依“折中论”可能会导致对同一行为的重复归责，从而扩大了犯罪的处罚范围，违背“禁止重复评价原则”。因此，单纯在传统刑法框架内寻求解决方案，难以有效应对网络社会中的侵权犯罪问题。

可见“折中论”所提倡的传统-网络二分法虽然试图兼顾两者，但实际上仍存在一定的局限性。

### 2.3. “加重情节论”的主观恶性评价逻辑断裂

我国《刑法》第62条、第63条明确规定量刑情节仅包含从重、从轻、减轻以及免除处罚四种形态，“加重处罚”作为独立量刑情节已于1997年刑法修订时被废止。因此，“加重情节论”试图在现行规范框架外创设新的量刑基准，与现行刑法规定存在冲突。此外，在“废除论”的基础上，“加重情节论”主张对具有营利目的的行为施以更重的法定刑，预设了这样一种逻辑：“以营利为目的”的侵权行为相较

于非营利性使用，具有更高的法益侵害性和主观恶性，因而应当配置更高的责任刑。然而这种逻辑是缺乏科学支撑的，主观恶性的大小应结合行为人的认知状态与意志因素综合判断，营利目的仅反映行为的经济属性，不能直接推导出更大的可谴责性。非营利性侵权行为(如恶意剪辑导致作者人格权受损)也可能对权利人产生更为严重的复合型损害。因此，对主观恶性的评价应该是动态的，“加重情节论”的认定方式显然具有片面性。

综上所述，“废除论”不仅是对网络环境下侵权行为特点的适应，也是强化刑法保护法益机能、顺应时代发展趋势的必然选择。

### 3. 主观要件废除导向的刑罚体系重构

#### 3.1. 刑罚多样化与轻缓化的法律改革路径

主观要件废除后，犯罪圈适度扩张，需通过刑罚多样化和轻缓化实现罪刑相适应的原则。在这一原则下，各国在侵犯著作权犯罪的主观要件设置和刑罚量刑方面采取了不同的态度和措施。大陆法系国家普遍通过“宽入轻罚”实现制度平衡：意大利以罚金刑替代自由刑的单一责任形态；德国、日本将刑期上限设定为三年以下有期徒刑；韩国对于著作财产权与人格权分别设置五年及三年差异化刑期；加拿大、瑞士则采用五年以下自由刑与罚金并科模式；美国立法虽保留对再犯加重处罚的十年刑期，但基础刑期仍控制在五年以下。相比之下，我国刑法对侵犯著作权罪的入罪标准仍保留了“以营利为目的”的主观要件，并规定了最高不超过十年以下有期徒刑的刑罚上限，同时可并处罚金刑，可见，我国设立“以营利为目的”的入罪门槛是以比其他国家更为严厉的刑度为代价的。

刑事法治发展须严格遵循刑法谦抑性原则的本质要求。如前所述，废除“以营利为目的”降低入罪门槛与刑法的谦抑性原则并不冲突，需要做到的是在扩大犯罪圈的同时，优化刑罚配置，调节刑罚力度，向刑罚多样化、轻缓化过渡。

在刑罚配置方面，需要引入“从业禁止”的司法条文。可以借鉴域外的成熟经验，建立“再犯危险性评估－禁止范围限定－执行效果反馈”的动态调整机制。同时，可以从适用前提、功能定位和执行机制三个方面参考《刑法修正案(九)》中关于“从业禁止”的规定<sup>[11]</sup>。

在刑法力度方面，可以适当提升罚金刑的比重，构建“基础罚金＋惩罚性罚金”的双层结构：基础罚金对应直接侵权所得，惩罚性罚金则基于侵权行为对市场秩序的破坏程度进行倍数追缴。在国际刑法体系中，罚金刑已成为经济犯罪中短期自由刑的重要替代措施。根据世界知识产权组织《刑事程序示范条款》中“财产剥夺优先于人身限制”的制裁原则，罚金刑不仅可以使犯罪分子遭受财产损失，更能剥夺其再次犯罪的物质基础，从而有效抑制其再犯可能性。因此，应当推动罚金刑从附加刑到主刑的功能转型。

#### 3.2. 复合责任形态的规范设计

为回应数字时代著作权保护需求，建议对《刑法》第217条作如下系统性修改：

修改后的第一款：“有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一，具备法定情节的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大、具备其他特别严重情节或造成权利人破产等严重后果的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”。

修改后的第一款第一项：(一) 未经著作权人许可，复制发行、通过信息网络传播其作品，传播量达到五万次以上或者注册会员数达到五千人以上的。

在原有刑罚后增补第二款：“因利用互联网信息服务、数字内容传播等职业便利实施本条之罪的，人民法院可以依法禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起一年至五年内从事网络平台运营、数字内

容制作、信息技术服务等关联职业”。

对于资格刑的适用规则，建议补充相关司法解释：利用职业身份或技术能力实施犯罪且经评估具有再犯风险的行为人，应在刑事判决中单独载明禁止其自刑罚执行完毕或假释之日起一年至五年内从事网络平台运营、数字内容制作、信息技术服务等关联职业。同时将禁止令抄送网信部门及市场监管总局备案并接入全国身份认证系统实施动态管控；确已采取销毁侵权工具、完成合规培训等有效预防措施的，可缩短禁止期限至一年，而对职业化犯罪团伙主犯或利用新技术实施规模化侵权者可延长至五年。

同时，建议通过司法解释确立惩罚性罚金计算标准：以违法所得一倍以上五倍以下或权利人实际损失三倍以上确定罚金数额。无法计算违法所得或实际损失的，按涉案作品正常许可费用的5倍以上10倍以下计算。涉及到单位犯罪的，对单位按违法所得2倍以上5倍以下判处有期徒刑；直接责任人按个人犯罪标准的1.5倍处罚。

#### 4. 结语

数字技术正在重塑创作与传播的边界，传统著作权保护规则面临前所未有的挑战，刑罚体系亟需通过三重制度革新破解现实难题：删除“以营利为目的”要件，采用“传播量 + 注册会员数”的复合量化标准，解决网络环境下非营利性大规模侵权规制难题；参照《刑法修正案(九)》第37条的从业禁止制度，构建适应网络著作权犯罪的资格刑体系；采用“惩罚性罚金”替代定额罚金，增强刑罚威慑效能，同时设置阶梯式量刑标准，体现罪刑均衡；通过司法解释确立“短期自由刑 + 罚金刑 + 资格刑”的复合责任形态，替代现行十年有期徒刑的单一刑罚上限，实现责任主义与特殊预防的规范平衡。此改革路径既消解了网络犯罪主观要素的证明困境，又通过多元化的刑罚责任实现了宽严相济的刑事政策，为全球数字版权治理贡献自洽的、可操作的制度样本，实现知识创造保护与信息自由流动的平衡。

#### 参考文献

- [1] 鲁力, 潘永涓. 论侵犯计算机软件著作权犯罪中的“以营利为目的”[J]. 湖南社会科学, 2010(6): 215-218.
- [2] 马勇, 梁木生. 再论侵犯著作权罪中营利目的要件的存废改——基于实践整体性的视角[J]. 中国出版, 2017(13): 52-55.
- [3] 王敏敏. 论网络著作权的刑法保护[J]. 中州学刊, 2014(6): 57-61.
- [4] 高荣林. 论侵犯著作权罪“以营利为目的”的哲学依据[J]. 湖北警官学院学报, 2009, 22(1): 36-38.
- [5] 莫洪宪, 胡骞. 技术变革背景下从数据价值保护迈向数据版权保护——以侵犯著作权罪的构成要件补足为进路[J]. 出版广角, 2018(15): 6-9.
- [6] 程莹, 孟文玲. 网络文化背景下著作权刑法保护的困境与出路——基于近10年著作权犯罪相关案件的实证分析[J]. 理论导刊, 2018(11): 88-93.
- [7] 刘叶. 网络著作权刑法保护的完善设计[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2015, 30(4): 25-30.
- [8] 邵培樟. 侵犯著作权犯罪之主观要件设置的反思与重构——数字网络环境下著作权刑法保护之有限扩张[J]. 湖北社会科学, 2014(4): 149-153.
- [9] 田宏杰. 侵犯著作权犯罪法律适用的三个重点[J]. 人民检察, 2019(2): 47-48.
- [10] 杨加明. “以营利为目的”存废论下网络著作权的刑法保护[J]. 海峡法学, 2017, 19(1): 54-62.
- [11] 曾粤兴, 魏思婧. 我国知识产权刑法保护现存问题分析与完善[J]. 知识产权, 2017(10): 82-86+108.