

网络服务提供行为侵犯著作权罪的入罪路径

□范丹杰

网络技术的快速发展改变了著作权的表现形式，也使侵犯著作权犯罪的手段不断演进，网络服务提供行为在其中所起的作用也日益彰显。而现实中刑事立法滞后、制裁理念、手段匮乏等问题，造成司法应对困难。因此，如何准确定位网络服务提供行为刑事调整的模式和力度，形成相应的处罚认定体系是司法机关面临的一大紧迫挑战。

问题引入

网络服务时代著作权刑事保护之惑

传统上，网络著作权刑事处罚主要针对上传等传统侵犯信息网络传播权行为，而近年来司法实践也开始将网络服务提供行为纳入调整范围，谨以两起案件说明：

（一）典型案例

柳早清侵犯著作权案：被告人通过设立网站方式，非法复制、转载他人享有著作权的文字作品，并通过刊登广告的方式获取收益。检察机关以侵犯著作权罪提起公诉。法院审理后认为，被告人为谋取非法利益，未经著作权人许可，复制他人作品达到特定数量，并通过信息网络向公众传播，构成侵犯著作权罪。

张俊雄侵犯著作权案：被告人租用服务器并设立网站后，利用管理后台，以强制提供采用 P2P 技术的 QVOD 播放器形式，批量链接至境外第三方网站处提供的种子索引地址，并以加框链接的形式提供未经著作权人授权的影视作品，另以设置目录、索引等方式向用户推荐，为用户浏览、下载影视作品提供服务，并获取广告收益。检察机关以侵犯著作权罪提起公诉。法院审理后认为，被告人并非作品直接提供者，但其网络服务提供行为可使公众在其个人选定的时间和地点获得作品，符合信息网络传

播行为的实质要件，最终以侵犯著作权罪予以处罚。

（二）认定转变

两起案件的裁判结果反映出法院在审理侵犯著作权案件上的变化。前一案件即传统上对侵犯著作权罪案件的处理，调整直接实施复制、发行、信息网络传播的行为；后一案件则是对针对网络服务提供行为所进行的处罚。这种变化，既体现出司法机关对新类型案件所作出的司法回应，也反映出现有语境下著作权刑事保护存在的诸多困境。（详见图表 1）

（三）现实困境

1、侵权模式的演进。伴随网络技术更新，侵权方式由上传、复制向点对点传播、播放器分享等形式转变；侵害主体由单一的直接上传者向各类网络服务提供者、种子制作者等相结合的形式变化；法律关系从单一侵权关系向共同侵权、间接侵权等模式转变。

2、社会保护的需求。从权利主体角度，新技术形式下的侵权行为形式更多样，方法更简便，危害更严重，而私力维权效果不佳；从社会发展角度，大量侵权产品的存在冲击正版作品市场，抑制文化市场的繁荣；从国家治理角度，刑事保护的空白变相鼓励了违法获利行为，冲击著作权管理秩序，影响国际形象。

3、司法回应的无奈。现有法律下，《刑法》调整范围限于“复制发行”及拟制的“信息网络传播行为”，新类型的网络服务提供行为能否入罪存在争议；入罪路径上，共犯、间接正犯、概念解释等方法仍以理论探讨为主，缺乏实践积累。

法律依据	《刑法》第 217 条	《刑法》第 217 条
适用主体	复制、发行、信息网络传播行为 人	网络服务提供者
实施行为	实施上传、下载、种子制作等侵犯复制、发行、信息网络传播权行为	搜索、链接、文件分享、信息存储 等网络服务提供行为
承担责任	侵犯著作权罪刑事责任	侵犯著作权罪刑事责任

图表 1：侵犯著作权罪的司法认定变化

应然实然

网络服务提供行为的刑事该当性

网络环境下的著作权保护应体现著作权人、网络服务提供者和公共利益的平衡。以危害性由低到高，分别采用民事→行政→刑事手段正体现这种设计。而民事侵权是否应当上升为刑事犯罪，则应满足以下条件：（1）具有独立的法益侵害性；（2）民事、行政手段无法充分保障；（3）能纳入刑事法律调整范围。

1、行为具有法益侵害性

侵犯著作权罪规定于《刑法》第七章破坏社会主义市场经济秩序罪中，其法益为知识产权正常的经济和管理秩序。该罪名最早用以规制盗版商的盗印、私售盗版行为，而提供网络服务平台的出现改变了犯罪的主次作用和地位，成为信息网络传播的中枢，可对知识产权市场的经济和管理秩序产生重大危害，进而具备法益侵害性。

2、危害无法通过民事、行政方式解决

民事法律注重经济利益的修复，而以链接服务为代表的网络服务行为异化了侵权的责任与补偿体系，造成民事维权失灵。行政手段虽具有调整侵害著作权市场秩序的职权，但行政执法部门既

缺乏网络环境下执法所必须的侦查手段和能力，且处罚的方式和力度也十分局限，仅通过警告、罚款等有限方式无法有效提高违法成本，亦无法形成足够震慑。

3、刑事立法存在入罪空间

我国著作权刑事立法遵循了由简到繁，由宽到严的扩张过程。1997 年《刑法》第 217 条侵犯著作权罪仅调整“复制发行”行为；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》（以下简称《若干解释》）第 11 条以拟制为“复制发行”的方式，将信息网络传播行为纳入刑事调整；2011 年《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》（以下简称《若干意见》）第 15 条规定，网络服务提供者在满足明知等条件下，可构成侵犯著作权罪的共犯。而就侵犯著作权罪本身而言，也存在对信息网络传播行为的理解范围问题，如果认可网络服务提供行为构成信息网络传播行为，则也可直接用该罪进行调整。

规制路径

网络服务提供行为的入罪方式

一般认为，刑法理论为网络服务提供行为的刑事入罪提供了三种可行路径。

1、一般共犯模式

由于我国立法只规制复制、发行及直接的信息网络传播行为，因此网络服务提供行为主要通过共犯中的帮助犯入罪，《若干意见》第 15 条也认可了这种模式。由于共犯模式要求主体间有交集，同时具备直接的意思联络，因而共犯模式适用范围就十分有限，因而有学者提出以片面共犯加以调整。然而即使适用片面共犯模式，网络服务提供行为也会因正犯缺乏刑事可罚性等原因而影响使用效果。

因此，共犯模式应仅调整直接实施复制、发行等侵犯著作权罪行为的帮助行为，其调整范围有限，无法涵盖前述案例中的行为。

2、间接正犯模式

为解决片面共犯模式的局限，有学者建议将网络犯罪中的共犯行为以正犯视之，即共犯行为正犯化。其方法是将表象上属于犯罪行为的帮助犯扩张解释为相关犯罪的实行犯，直接通过刑法分则中的基本犯罪构成对其进行评价和制裁。虽然网络服务提供行为有刑事入罪的必要和可能，刑法上也有适用先例，但作为一种法律拟制，其

体系构建

行为主导的民刑衔接入罪路径

明确可供选择的路径后，如何整合其适用条件以完善体系，即是网络服务提供行为刑事入罪体系化的必要考虑。笔者认为这一过程应以行为划分为起点，以民刑衔接为主要路径。

1、对网络服务提供行为的区分

信息网络传播行为既包括作品的提供行为，也包括其他信息网络传播行为即网络服务提供行为。按照相关司法解释，网络服务提供行为的主体可进一步区分为连接服务提供者和内容服务提供者并以此为基础区分民事侵权责任：一种是教唆和帮助侵权的行为，应根据《民法通则》第 130 条追究共同侵权责任；另一种是内容服务提供行为，即在明知或应知网络用户侵权行为存在，或经著作权人提出确有证据的警告仍不清除侵权后果的，追究间接侵权责任。（详见图表 2）

2、民刑衔接的操作路径

基于民、刑在行为性质和法律责任的对应关系，我们可以作如下对比（图表 3）。

	承担责任	共同侵权责任	间接侵权责任
民事	法律适用	《网络侵权司法解释》第 7 条	《网络侵权司法解释》第 10 条至第 14 条
	行为类型	连接服务提供行为：教唆、帮助	内容服务提供行为：明知、应知而不移除
刑事	行为类型	连接服务提供行为：提供服务	内容服务提供行为：提供服务
	法律适用	《若干意见》10 条	《刑法》217 条
	承担责任	存在共犯，共同犯罪	直接犯罪，独立犯罪

图表 3：网络服务提供行为的民、刑责任对比

对比可见，网络服务提供行为的民、刑责任体系存在一定对应关系。其中，对参与度较低的连接服务提供行为，民、刑领域以共同侵权、共同犯罪为责任要件，并课以较高的证明标准以限制责任范围；对参与度较高的内容服务提供行为，民事领域通过“通知移除”、“红旗规则”、“推定提供”等方式作出特别规定，以提高其注

适用严格限定于法律有明文规定的特定情形，不能类推到其他罪名。因而与其说该模式是一种适用路径，不如说是一种可选的立法模式。现有条件下，该模式无适用可能。

3、概念解释模式

所谓概念解释模式即是通过通过对信息网络传播行为定义的理解寻求突破。当前流行观点认为，信息网络传播行为仅限于将作品等上传至或者以其他方式置于向公众开放的网络服务器中的行为，主要依据是《著作权法》对信息网络传播权的定义及相关判例。但从最高法院意见来看，似乎更倾向将信息网络传播行为作广义理解，即包括作品的提供行为与其他信息网络传播行为，而其他信息网络传播行为则是以其技术、设施提供网络中间性服务的行为。如果说提供作品属于原始传播，提网络服务的行为则属于继发传播。信息网络传播权应当被界定为通过信息网络向公众传播其作品的权利，此中既包括专用权，又包括排斥权。相应地，信息网络传播行为既包括作品提供行为，又包括网络服务提供行为。

正是基于相同的理解，前文案件中，法院最终认定涉案的行为属信息网络传播行为，最终判决被告人侵犯著作权罪成立。

主体	直接上传者	连接服务提供者	内容服务提供者
行为	作品提供行为：直接上传作品等	其他网络传播行为 连接服务提供行为：教唆、帮助上传等行为 内容服务提供行为：明知、应知存在作品而不移除	
	《著作权法》第 10 条、第 48 条	《网络侵权司法解释》第 7 条	《网络侵权司法解释》第 10 条至第 14 条
民事责任	直接侵权责任	共同侵权责任	间接侵权责任

图表 2：网络服务提供行为及其民事责任

意义务。刑事领域则以概念解释方法将网络服务提供行为纳入刑事调整。

连接服务提供行为应当不适用侵犯著作权罪一般条款，原因在于其缺乏内容服务提供行为的行为参与度，仅起次要、非关键性作用。同时，信息网络传播的概念源自《世界知识产权组织版权条约》第八条，该条同时指出，“仅仅为促成或者进行传播提供实物设施不致构成本条约或者伯尔尼条约意义下的传播。”从民、刑衔接角度来看，两种责任体系也应有一定梯度，因此以共犯方式调整较为合适。

3、体系构建

结合以上分析，网络服务提供行为的刑事处罚体系构建如下（图表 4）：



图表 4：网络服务提供行为刑事责任体系

（作者单位：上海市普陀区人民法院）