昆明学院学报　2019，41（2）：77～82　ISSN 1674－5639　CN 53－1211/G4
Journal of Kunming University　【法学】

数字版权技术措施规避行为的刑法评价

张　弟
（西南科技大学 法学院，四川 绵阳 621000）

摘要：规避技术措施行为可以分为直接规避行为和间接规避行为。我国《著作权法》未加以区分地将规避技术措施行为全部规定为侵权行为，但并不意味着刑法上应当全部入罪化。现阶段直接规避行为缺乏刑事制裁必要性，但间接规避行为应单独认定为犯罪。规避技术措施行为的后续行为触犯刑法的，应以侵犯著作权罪论处。为实现法益的契合，应当增设新的罪名规制间接规避行为，同时应当将“以营利为目的”作为主观要件，实现犯罪圈的限缩。

关键词：规避技术措施；直接规避；间接规避；刑法评价
中图分类号：D923.4　**文献标识码：**A　**文章编号：**1674－5639（2019）02－0077－06
DOI：10.14091/j.cnki.kmxyxb.2019.02.012

Criminal Evaluation of Avoiding Technological Measures of Digital Copyright

ZHANG Di
（Law School，Southwest University of Science and Technology，Mianyang，Sichuan，China　621000）

Abstract：The behavior of avoiding technical measures can be divided into direct evasion and indirect evasion. *The copyright law* of our country does not distinguish the act of circumvention of technical measures as tort without distinction，but it means that all the criminal law should be incriminating. At this stage，the indirect evasion should be identified as a crime alone，but the necessity of the direct evasion of the act is lack of criminal sanctions. The following acts of circumvention of technological measures behavior violated the criminal law，should be punished for the crime of copyright infringement. In order to achieve the coincidence of legal interests，new accusation should be added to regulate indirect evasion. Meanwhile，the subjective element of “profit as the purpose” should be used to achieve the narrowing of the crime circle.

Key words：avoidance of technological measure；direct evasion；indirect evasion；criminal law evaluation

随着数字化网络的发展，数字化作品能够被低成本和无限制地复制，并向社会传播，因此更易遭受侵害。版权人往往以技术手段保护版权权利和附着的经济利益，这一技术手段，被称为版权法意义上的“技术措施”（Technological Measure）。但是规避技术措施的行为与技术措施几乎同时产生和发展，为维护版权权利和社会公共利益，对于规避行为有必要进行法律规制。对于最为严重的侵权行为，则有必要加以刑法的制裁，以遏制犯罪。

一、规避技术措施行为的理论概述

学理上将规避技术措施行为划分为直接规避行为和间接规避行为。直接规避行为是指：故意避开或者破坏技术措施的行为。间接规避行为是指：故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件和故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务的行为。由于技术措施可以分为接触控制措施与版权保护措施，因此直接规避行为又可进一步区分为规避接触控制措施行为和规避版权保护措施行为。规避接触控制措施行为是指：规避版权人阻止他人在未经许可阅读、欣赏、运行作品所设置的技术措施的行为。[1] 规避版权保护措施行为是指：行为人通过非法的途径，规避版权人为阻止他人在未经许可情况下复制、发

收稿日期：2018－03－03
作者简介：张弟（1993—），男，四川简阳人，在读硕士研究生，主要从事中国刑法研究。

行、传播其作品所设置的技术措施的行为。目前学界对于规避技术措施行为的刑法规制，大致有三种观点：一是认为为切实保障版权，对于规避技术措施行为均应认定为犯罪。[2]二是认为间接规避行为应当入罪化，但直接规避行为缺乏刑罚必要性，不应作为犯罪处理。三是认为间接规避行为和规避版权保护措施行为构成犯罪，但规避接触控制措施的行为不应认定为犯罪。此外，对于规避行为究竟认定为何罪以及是否应当增设规避技术措施罪等问题，学界仍然争议不断，因此确有继续深入研究的必要性。

二、规避技术措施行为入罪化的问题

（一）各国对数字版权技术措施的保护力度概述

《世界知识产权组织版权公约》（*WIPO Copyright Treaty*）、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（*WIPO Performances and Phonograms Treaty*）要求各缔约国对版权技术措施进行适当法律保护。但各国版权立法不一，其中反规避条款大致可以分为三种模式：一是只禁止间接规避行为，不禁止直接规避行为，如澳大利亚 2000 年《数字议程法案》（*Digital Agenda Bill*）①、日本 1999 年《著作权法》和 2008 年新西兰《版权法》；二是同时禁止间接规避行为与直接规避行为，如欧盟《版权指令》（*The EU Copyright Directive* 2001）② 和加拿大《版权法》；三是禁止全部间接规避行为和对“接触措施”的直接规避行为，如美国《千禧年数字版权法》（*DMCA*），*DMCA* 不禁止对“版权保护措施”的直接规避行为，只禁止对“接触控制措施”的直接规避行为。[3]

我国《信息网络传播权保护条例》作为《著作权》的授权立法，其第 4 条规定：“为了保护信息网络传播权，权利人可以采取技术措施。”综观我国著作权立法，可知立法上将直接规避行为和间接规避行为均认为是一种版权侵权行为。规避技术措施行为的入罪化依据来源于《著作权法》第 48 条：“构成犯罪的，依法追究刑事责任”，《著作权法》作为附属刑法对直接规避行为与间接规避行为同样未做区分地加以入罪化。是故，我国对数字版权技术措施的保护模式与欧盟《版权指令》和加拿大《版权法》相似，全面禁止间接规避行为与直接规避行为。但是在刑事集中化立法的大前提下，一切犯罪行为的认定与处罚都必须依照《刑法》，《著作权法》中的刑事条款属于“注意规定”而非“罪刑规范”，因此不能当然地认为直接规避行为与间接规避行为均已被犯罪化。

（二）直接规避行为不宜单独认定为犯罪

1. 技术措施根本属性的要求

数字版权技术措施本身既不是权利，也不是著作权的权能，其仅仅是一种版权保护措施。

因此单纯规避技术措施而不涉及对版权的非法利用和造成重大风险的行为，不能被认定为犯罪。直接规避行为本身并不涉及对作品的复制、发行和网络传播，不应认为构成版权侵权。我国《著作权法》对于技术措施的保护力度过大，一定程度上限制了公民对作品的合理使用，有学者批评道：“我国《著作权法》对于技术措施的保护甚至超过了对版权本身的保护，几乎将技术措施视为‘新版权’‘超版权’。”[4]因此，应当避免这种过度保护在刑法中蔓延。例如，行为人实施规避行为以后，对版权内容进行合理使用的，显然不属于版权侵权行为，更不能认定为版权犯罪。

2. 刑法补充性的要求

直接规避行为中的规避接触控制措施行为和规避版权保护措施行为都不宜认定为犯罪。理由在于直接规避行为中的“故意避开或破坏技术措施的行为”全然是出于自身目的的，而无涉他人，影响范围极为有限。倘使为他人“故意避开或破坏技术措施”则应属于间接规避行为。因

①具体法律信息详见澳大利亚联邦政府网站 Federal Register of Legislation. https://www.legislation.gov.au/Details/C2004B00540/

②具体法律信息详见欧盟法律网 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do? uri = CELEX:32001L0029:EN:HTML

此，直接规避行为造成的法益损害难以达到刑事制裁所需的程度。规避接触控制技术措施行为往往造成本需付费阅读、欣赏、运行的作品未经付费流程即被使用，将造成版权人一定程度的经济损失。但不会对版权本身造成损害，因为只要侵权人事后补交使用费，原本的侵权结果即告消灭。刑法作为补充法，应当在其他法律无法实现救济目的时，才得以适用。而上述情形，显然可以通过民法或者行政法加以规制，而无须依靠刑法。此外，规避版权保护措施的行为将导致作品能够在未经许可的情形下复制、发行和传播，似乎具有刑法规制的必要性。但进一步分析，不难发现由于直接规避行为的影响范围有限，因此相较于将规避版权保护措施行为认定为犯罪，不如直接将其后的复制、发行和传播行为依照侵犯著作权罪加以处罚。与 DMCA 认为禁止未经授权规避技术措施行为无需与版权侵权存在合理关联从而确立的“无关联规则”不同，[5]我国刑法目前并无专门的规避技术措施罪与之衔接，而现有的侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪都是以版权侵权为前提的，承认规避技术措施行为与后续版权侵权行为之间应具有“关联关系”是刑法目的解释的必然要求。因此现实中大量存在的侵权人规避了版权保护措施，但对作品复制、发行和传播的情形，并不构成版权侵权。若无后续行为则法益受损程度有限，不宜适用刑法。相反，无论规避或者破坏的是接触控制措施还是版权保护措施，只要行为人以营利为目的将作品通过网络对外复制、发行和传播的，都可以独立成立侵犯著作权罪。由此可见，前行为只有与后行为结合才具有刑法意义，且往往被后行为所吸收，因此确无必要单独认定前行为构成犯罪。

3. 客观现实的要求

从我国目前的社会现实来看，如果对规避技术措施行为不作区分地统一评价，那么，无疑扩大了打击圈也不具有现实的执法可能性，因为在行为人仅存在直接规避行为，但未进行复制、发行和传播的情形下，要发现并追究法律责任并不现实也无必要。现实生活中大量存在的情形包括：使用“锅盖”将卫星降频器 LNB 输出信号转换为音频视频信号或者射频信号以实现对电视节目的无偿浏览和欣赏；微软黑屏（Microsoft black）技术措施是 Windows 正版增值计划的组成部分，该技术措施会把未通过正版验证的用户的电脑桌面背景变为纯黑色，但现实中大量存在通过“一键激活”等软件刷新验证码从而继续正常使用盗版软件的行为；利用“压缩包密码破解工具”破解压缩文件等行为十分普遍。因此为避免司法资源的浪费，现阶段对于直接规避行为与间接规避行为应当作出不同的法律评价，配置不同的法律后果，特别是对于入罪问题，更应当慎重。

（三）间接规避行为本身成立犯罪

绝大多数学者均认可间接规避行为本身成立犯罪。但是既然直接规避行为都缺乏单独入罪的必要性，为何往往仅起到“帮助”作用的间接规避行为却有必要单独入罪呢？有学者从风险刑法的角度出发，认为在网络环境下，间接规避行为本身为众多侵权人提供了打开“锁”（技术措施）的“钥匙”，使得版权处于遭受随时侵害、大量侵害、不特定侵害的可能性，因此基于对风险的控制和防范，以刑法规制的方式从源头上防止规避工具的泛滥和规避服务的失控是风险刑法下的必然选择。[6]有学者从犯罪预防的角度出发，认为与其规制直接规避行为，不如强化对间接规避行为的监管和处罚，更符合法律功利主义的要求。[7]

笔者认为间接规避行为作为直规避行为的帮助行为，在“正犯”尚不构成犯罪的情形下，“帮助犯”尚且需要入罪的根本原因在于间接规避行为在数字网络空间中的异化。在网络环境下，规避工具一经上传，往往便脱离上传者的控制，并借由网络通道辐射与蔓延，造成重大风险。此外还可以通过比较不同规避行为的方式来加以论证。直接规避行为与间接规避行为之间无论是行为、目的、法益侵害程度还是社会现实情形都存在很大的差异。首先，间接规避行为是为直接规避行为提供“技术支持”的行为，其往往因具有营利的目的而反复实施，对法益的侵害程度远高于直接规避行为，有单独纳入刑法制裁的必要性。其次，以营利为目的的间接规避行为于合理使用无涉。营利性质的间接规避行为本身并不获取版权内容，而是为他人获取

版权内容提供便利，因此无关合理使用的问题。最后，如果没有间接规避行为提供的装置、部件或者服务，那么直接规避行为往往无法完成。譬如，若没有人制造黑“锅盖”“一键激活”软件、“压缩包密码破解工具”，那么普通大众几乎无法完成规避行为。正因为此，全世界范围内几乎没有国家不禁止间接规避行为。譬如澳大利亚政府认为：“对版权最大的威胁来自于规避的准备行为（间接规避行为），诸如制造、进口、在网上提供，以销售（规避工具），而不是分别实施的规避技术措施的行为（直接规避行为）。”[8]因此，间接规避行为单独入罪化是一个基本共识，值得深入研究的仅仅是确定罪名的问题。

三、规避版权技术措施的罪名问题

正如上文所言，由于直接规避行为缺乏刑事制裁的必要性，因此只探讨间接规避行为的罪名问题。目前学界存在两类观点：一类主张增设新的罪名以规制规避技术措施行为，学者们提出罪名包括“非法提供规避版权技术措施设备、服务罪”或者“向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置、部件或技术罪”[9]。另一类主张在现有罪名体系内解决罪名问题。间接规避行为可能涉及的罪名包括：侵犯著作权罪、非法经营罪或者破坏计算机信息系统罪。笔者支持第一类观点，并认为只有具有“营利目的”的间接规避行为才具有刑法规制的必要。理由在于：虽然两种观点并非绝对的对立关系，从立法论而言，增设新的罪名当然可以解决诸多问题，但也存在浪费立法资源的问题，而且在一定程度上挤压了其他罪名的适用空间。主张在现有罪名内解决罪名问题，实质是从刑法解释学的立场出发。但是刑法解释必须遵循罪刑法定原则，因此存在解释的局限性。就间接规避技术措施行为而言，无论解释为侵犯著作权罪抑或非法经营罪还是破坏计算机信息系统罪，都存在诸多问题。相关理由分述如下：

（一）不宜认定为侵犯著作权罪

依照刑法第 217 条的规定，侵犯著作权罪是指以营利为目的，未经著作权人许可复制发行其文字、音像、计算机软件等作品，出版他人享有独占出版权的图书，未经制作者许可复制、发行其制作的音像制品，制作、展览假冒他人署名的美术作品，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。其核心在于“未经允许复制发行他人作品”，而虽然按照 2004 年《知识产权案件刑事解释（一）》中的规定，复制发行还包括网络传播行为。但是无论如何不能将规避版权技术措施的装置、部件或者服务解释为“作品”。此外，相关法益也存在一定程度的不对称。侵害著作权罪保护的是对著作权的实害，而间接规避行为仅是对著作权的侵犯风险，而且这种风险往往是抽象的风险，而非具体风险。最后，即便主张侵犯著作权罪为情节犯的学者，也不会认同侵犯著作权行为中的“违法所得”与间接规避行为中的“违法所得”并无二致。

（二）不宜认定为非法经营罪

依照《刑法》第 225 条的规定，非法经营罪是指未经许可经营专营、专卖物品或其他限制买卖的物品，买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，以及从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。非法经营罪中的“其他非法经营活动”理论上而言确实可以囊括间接规避技术措施行为，但是非法经营罪本身因为“口袋罪”而背负恶名，如果将间接规避行为也以非法经营罪论处，那么无疑将加重非法经营罪的“口袋罪”之嫌。此外，法益的不对称也是明显的。非法经营罪打击的是扰乱市场秩序的行为，而间接规避行为虽也可能扰乱市场秩序，但是其危害性更多地体现在造成侵害著作权的重大风险之上。认定为非法经营罪存在法益取舍中的舍本逐末的问题。

（三）不宜认定为破坏计算机信息系统罪

依照《刑法》第 286 条的规定，破坏计算机信息系统罪是指违反国家规定，对计算机信息系统功能或计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行破坏，或者故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的行为。固然某些规避装置、部件本身属

于“计算机病毒等破坏性程序”，故意制作、传播该类规避工具的行为当然构成破坏计算机信息系统罪，但是这实际上是罪的竞合问题，不能简单地以此认定全部间接规避行为属于破坏计算机信息系统罪。因为，绝大多数的规避工具本身不具有对计算机信息系统的破坏性。依照《计算机信息系统保护条例》第 28 条的规定，计算机病毒（Computer Virus），是指编制或者在计算机程序中插入的破坏计算机功能或者毁坏数据，影响计算机使用，并能自我复制的一组计算机指令或者程序代码。其最为核心的特征在于“破坏性”，即导致正常的程序无法运行，把计算机内的文件进行增、删、改、移。规避技术措施行为实际上往往不需要破坏计算机信息系统，实际上反而是遵从信息系统规律的。以“压缩包密码破解工具”为例，其工作原理十分简单，即不断地生成密码进行验证，直到完成破解为止，而这一破解过程并不会对计算机信息系统造成破坏。

（四）新罪名应包括“以营利为目的”

由此可见，若承认间接规避行为单独入罪的必要性，则必须增设新的罪名。在立法论上，提出“非法提供规避版权技术措施设备、服务罪”或者“向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置、部件或技术罪”均无不可。学界普遍认为：在构成要件上，主观上应坚持故意说，客观方面以“违法所得”“严重情节”作为认定标准。但在是否设置“以营利为目的”上存在一定程度的争议。在笔者看来，增设的新罪名必须包含“以营利为目的”这一主观要件。相关理由分述如下：

1. 既有著作权刑事立法保护体系的要求

如上所述，侵犯著作权罪要求“以营利为目的”，虽然众多学者均主张取消该要件，以将主观上不以营利为目的，但客观上侵害了著作权的行为纳入刑事制裁范围。但是立法者似乎不为所动，在数次修订经济类犯罪的情形下，却对侵犯著作权罪只字不改。而新近的研究则表明：在网络环境下不能无底线地降低定罪的门槛，尤其不能取消著作权犯罪的营利目的。[10]此外，还有学者主张基于实质解释论的立场，在不违背罪刑法定原则的前提下，对“以营利为目的”进行扩大解释即可，无需取消该要件。[11]对于实际造成著作权损害的行为尚且需要“以营利为目的”，而间接规避行为乃是对著作权造成重大风险的犯罪，因此更缺乏不设置“以营利为目的”这一主观要件的实在理由。

2. 衡平版权人和社会公众利益的要求

数字版权技术措施的运用固然可以增强版权人对其版权内容的保护力度，但是数字版权技术措施的泛滥却也是不得不面对的现实问题。技术措施运用的泛滥实际上损害了社会公众基于合理使用对著作权的正义抗辩。从公众利益来看，广大用户对于网络资源的共享性相当推崇，也对免费的资源共享习以为常，因此，不以营利为目的的间接规避行为往往存在一定的社会认同。此外，有学者曾指出：“只有以直接危害社会公众利益的方式侵害知识产权的行为、以社会成员感到威胁的方式侵犯知识产权的行为以及以极端蔑视国家权威的方式侵犯知识产权的行为才应认定为犯罪，极具参考意义。”[12]因此出于爱好兴趣等不以营利为目的的间接规避行为显然不存在“直接危害社会公共利益”“社会成员感到威胁的方式”“极端蔑视国家权威”，因此不宜认定为犯罪。

四、结语

虽然《著作权法》笼统地将规避技术措施行为认定为版权侵权行为，并以附属刑法的形式规定了“构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但鉴于我国刑事集中化立法的现状以及该规定并没有罪刑规范，不能认为是真正意义上的刑法规定，因此不能借此就认为我国应当将全部的规避技术措施行为予以刑事制裁。笔者认为应当综合考量法益保护必要性、版权人和公共利益的衡平、刑法的歉抑性，我国刑法对于间接规避行为应当入罪化，但单纯直接规避行为缺乏刑事制裁必要性。立法上，应当尽快制定规制间接规避行为的专门罪名，以解决定罪量刑的障碍。现阶段，新罪名应当设置“以营利为目的”的主观要件，通过目的犯实现对犯罪打击圈的合理限缩，实现版权人和社会公众的利益衡平。

［参考文献］

［1］刘颖．版权法上技术措施的范围［J］．法学评论，2017（3）：96－106.

［2］赵加兵．论规避技术保护措施的刑法规制［J］．湖北警官学院学报，2016（1）：98－101.

［3］王迁．论禁止规避技术措施的范围［J］．法学家，2016（6）：133－145.

［4］班克庆，李晓明．版权技术措施保护模式的刑法取向［J］．广西社会科学，2011（12）：82－85.

［5］覃斌武．评美国版权法技术措施规则的司法分歧［J］．知识产权，2016（11）：98－104.

［6］孟磊，单芳．规避版权技术措施行为的刑法规制［J］．科技与出版，2016（3）：70－73.

［7］董慧娟．对技术措施直接规避行为构成独立的版权侵权的质疑［J］．知识产权，2015（5）：14－20.

［8］王迁：论禁止规避技术措施的范围［J］．法学家，2016（6）：133－145.

［9］杨彩霞．规避著作权技术措施行为刑法规制的比较与思考［J］．政治与法律，2012（12）：52－61.

［10］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［J］．政治与法律，2013（11）：54－64.

［11］李永升，袁汉兴．网络云端服务提供者侵犯著作权罪的刑法应对［J］．吉首大学学报（社会科学版），2017（2）：65－71.

［12］陈忠林，陈可倩．关于知识产权刑法保护的几个问题［J］．中国刑事法杂志，2007（3）：14－18.

（上接第 25 页）

［参考文献］

［1］周琼．清代云南瘴气与生态变迁研究［M］．北京：中国社会科学出版社，2007.

［2］张文．地域偏见和族群歧视：中国古代瘴气与瘴病的文化学解读［J］．民族研究，2005（3）：68－77.

［3］刘祥学．当今边疆地区环境史视野下的“瘴”研究辨析［J］．江汉论坛，2013（6）：77－88.

［4］DR NEIS P. The Sino-Vietnamese Border Demarcation 1885－1887［M］．Bangkok：White Lotus Press，1998.

［5］黄铮，萧德浩．中越边界历史资料选编［Z］．北京：社会科学文献出版社，1993.

［6］佚名．中法战争资料［Z］//近代中国史料丛刊：第4辑．台北：文海出版社，1966.

［7］张凯嵩．抚滇奏疏：卷1［M］//近代中国史料丛刊：第15辑．台北：文海出版社，1966.

［8］严璩．越南游历记［M］．［出版地不详］：［出版者不详］，1905：8.

［9］谢晓钟．云南游记［M］//近代中国史料丛刊：第9辑．台北：文海出版社，1967.

［10］越南阮朝国史馆．大南实录正编第二纪圣祖仁皇帝实录［M］．影印本．东京：日本庆应义塾大学语言文化研究所，1973.

［11］越南阮朝国史馆．大南实录正编第三纪宪祖章皇帝实录［M］．影印本．东京：日本庆应义塾大学语言文化研究所，1977.

［12］越南阮朝国史馆．大南实录正编第四纪翼宗英皇帝实录［M］．影印本．东京：日本庆应义塾大学语言文化研究所，1980.