中外法学 Peking University Law Journal
Vol. 37, No. 5(2025)pp. 1165－1184

危险犯构造下规避型侵犯著作权罪实行行为研究

贺志军*

摘 要 规避型侵犯著作权罪的“嵌入修法”模式确立了该罪法益上的“侵权关联要求”，这一要求塑造了其法益侵犯样态的危险犯构造。基于危险犯构造来认定规避型实行行为，需以存在技术措施为前提，进而对行为要素及其危险实质逐步审查判断：“技术措施”认定宜在著作权法上对其概念进行实质的扩大解释后适用于刑法中，接触控制措施需具有“双重效果”才满足“侵权关联要求”；“避开或者破坏”就是使技术措施失效，需区分于规避准备行为及后续侵权行为；“侵犯著作权或邻接权危险”不宜拘泥于传统的权能窠臼，需着眼于“著作权或邻接权”整体法益来判断。规避型实行行为不能涵摄间接规避的行为，从严打击间接规避的刑事政策需求不可逾越刑法藩篱。司法解释中的“间接规避条款”具有规范续造意义，实现了对提供型间接规避从共犯到共同正犯的规制模式转型，但仍需从理论上予以证立。

关 键 词 危险犯 侵犯著作权罪 规避技术措施 实行行为 间接规避

一、问题的提出

2020年12月，我国《刑法修正案(十一)》在《刑法》第217条中新增第6项规定，设置了规避型侵犯著作权罪。该项表述为：“未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的。”此前，我国对规避技术措施的刑法规制停留于《著作权法》上“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的准附属刑法规范层面，且所规制行为经历了从“单一行为”到“复合行为”的升级

* 湖南师范大学法学院教授。本文系国家社科基金项目“知识产权刑法解释的规范立场研究”(项目编号：23BFX109)的阶段性研究成果。

演进:2001 年《著作权法》第 47 条第 6 项仅涵盖“避开或者破坏技术措施”(理论上称为直接规避)行为,2020 年《著作权法》第 53 条第 6 项则进一步将“(为规避)制造、进口或提供有关装置或者部件”和“(为规避)提供技术服务”(理论上合称间接规避)行为纳入了规制范围。该准附属刑法规范因缺乏《刑法》对应规定而长期无从适用。为此,立法者通过“嵌入修法”模式实现了从“准附属刑法”向“刑法典”的转型,显著增强了司法可操作性。尽管从文本上看该罪仅涉及直接规避行为,但在规范演进上却不愧是看得见的重大立法进步。修法以来,规避型侵犯著作权罪行为如何认定,比如间接规避可否被涵摄、被规避的技术措施范围等,已在理论上引发很大分歧,亟待学界展开研究。

司法实务中,规避型侵犯著作权罪行为认定问题亦逐步显现。一个具有代表性的案例是上海市第三中级人民法院审结的“刘某生、刘某侵犯著作权罪案”(以下简称“医疗设备软件案”),该案被列入最高人民法院和最高人民检察院(以下简称“两高”)于 2025 年 4 月联合发布的“知识产权刑事保护典型案例”。该案案情大致是:〔1〕皇家飞利浦有限公司等系超声设备 Voyager 平台软件及 IntelliSpace Portal 星云工作站软件等系列涉案作品的著作权人,分别设置了安全认证系统、认证工具(俗称“加密狗”)、算码器等技术措施。被告人刘某生等自行制作用于避开上述作品技术措施的“加密狗”,提供维修手册等作品的下载链接,擅自复制星云工作站等软件,通过闲鱼账户等渠道销售加密狗和盗版软件给多人,销售金额达 106 万余元。生效判决将被告人提供规避技术措施工具和软件的行为认定为“故意避开著作权人为其作品采取的保护著作权的技术措施”情形,认为已构成侵犯著作权罪。该案被媒体报道后,学界对间接规避是否属于规避型侵犯著作权罪存在完全相反的观点。从社会效果看,该案判决所持的扩大解释做法契合我国强化知识产权刑事保护的政策需求,但从法律效果看,该解释是否滑向了罪刑法定原则所禁止的类推解释,值得理论检视。

2025 年 4 月,“两高”颁行的《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》(以下简称《解释》)第 13 条第 2 款规定:“明知他人实施侵犯著作权犯罪,而向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件,或者为他人避开、破坏技术措施提供技术服务,违法所得数额、非法经营数额达到前款规定标准的,应当以侵犯著作权罪追究刑事责任。”相对于规避行为入罪的立法进步来说,该司法解释条款在颇受争议的间接规避刑法定性上具有某种释法续造色彩,凸显进一步研究规避型侵犯著作权罪行为认定的重大价值。

诚如李斯特所言,“刑法是刑事政策不可逾越的屏障”,〔2〕如何将刑事政策这一外在视角“内化、转译为法教义学体系中的知识”,〔3〕涉及贯通刑事政策与刑法教义学之间鸿沟这一深刻学理问题。在本文看来,破解规避型侵犯著作权罪行为认定问题的关键,是要识别“嵌入修法”模式给其带来的既定法益要求及相应的危险犯构造;只有从危险犯视角来审视,才能找到

〔1〕 参见上海市第三中级人民法院刑事判决书,(2023)沪 03 刑初 23 号。

〔2〕 (德)克劳斯·罗克辛:《刑事政策与刑法体系》(第 2 版),蔡桂生译,中国人民大学出版社 2010 年版,第 3 页。

〔3〕 纪海龙:“法教义学:力量与弱点”,《交大法学》2015 年第 2 期,第 97 页。

正确的教义学解释路径。下文拟按法益基础、实行行为认定及除外行为分析的基本思路展开探讨。

二、规避型侵犯著作权罪的危险犯构造

“解释一个犯罪的构成要件,首先必须明确该犯罪的保护法益,然后在刑法用语可能具有的含义内确定构成要件的具体内容。”〔4〕规避型侵犯著作权罪的法益在内容与侵犯样态上存在固有的特殊性,对此予以准确厘定是认定该罪实行行为的基础。

(一)入罪范围限缩的法益根源

从规避行为入罪范围看,《刑法》第217条第6项在文本上并无涉及间接规避的表述,此种入罪范围限缩令人不免产生质疑:刑法修法时究竟是引用了2020年11月刚修订过的《著作权法》,还是此前的2010年《著作权法》?学界存在“(立法者)疏忽论”的看法,认为“或许是因为《刑法》和《著作权法》几乎在同一时间段修订,负责修法的机构和人员未能就两法衔接问题及时充分有效地沟通协调”,〔5〕以致“2020年《刑法》使用的是2001年和2010年《著作权法》有关技术措施法律责任条款中的表述”,不能不说是“舍近求远”了。〔6〕本文认为,这种疏忽论观点不符合事实,因为《刑法》第217条修法已对照引用现行的新《著作权法》内容。其一,该条的项前导语新增了“与著作权有关的权利”即邻接权的措辞,对应的正是新《著作权法》第4、5章的标题变动,即从原来的“出版、表演、录音录像、播放”和“法律责任和执法措施”分别修改为“与著作权有关的权利”和“著作权和与著作权有关的权利的保护”。其二,该条第1项将原来“文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品”修改成“文字作品、音乐、美术、视听作品、计算机软件及法律、行政法规规定的其他作品”,其中“视听作品”代替“电影、电视、录像作品”,正对应新《著作权法》第3条第6项由原“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”所演变而来的“视听作品”。由此,从侵犯“著作权”扩展到侵犯“邻接权”新表述和“视听作品”新概念入刑,都足以表明:刑法修法时不存在对新修的《著作权法》的“疏忽”。

疏忽论的主要理由却不容“疏忽”,即《刑法》第217条第6项采取了与2010年《著作权法》第48条第6项技术措施条款“相同”的措辞。本文认为,这种“相同”可能只是形式上的表象。一方面,该两项的表述并非完全相同,因为后者还包含“法律、行政法规另有规定的除外”之但书;另一方面,反过来该刑法表述也可理解为是从现行《著作权法》第53条第6项演变而来,即系对已扩容的技术措施责任规定进行刑法上“故意”的“二次作业”之结果。更重要的是在实质意义层面,既然就《刑法》第217条项前导语和第1项的修改已对标新《著作权法》,那么就同条

〔4〕 张明楷:《刑法分则的解释原理》,高等教育出版社2024年版,第348页。

〔5〕 杨馥铭:“法教义学视野下技术措施保护规则的刑民衔接路径”,《电子知识产权》2024年第5期,第19页。

〔6〕 王迁:“立法修改视角下的技术措施保护范围”,《中外法学》2022年第3期,第661—662页。

第 6 项增修再舍近求远回归旧《著作权法》,不合正常思维逻辑。

在本文看来,刑法修法体现了规避行为入罪范围从前置法到后置法的刻意限缩,根本上与所采取的“嵌入修法”模式有关。1997 年《刑法》第 217 条早已设置“(有下列)侵犯著作权(的情形之一)”的项前导语,2020 年修法时被扩展为“(有下列)侵犯著作权或者与著作权有关的权利(的情形之一)”(以下简称“侵犯著作权或邻接权”),“嵌入修法”模式决定了其作为构成要件内容必然适用于新增第 6 项之规避行为,可称之为“侵权关联要求”。据此,只有符合“侵犯著作权或邻接权”之法益属性的规避技术措施行为,才能成为新设的规避型侵犯著作权罪的实行行为。鉴于法定犯属性和法域衔接需求,该刑法表述中的“著作权”对应《著作权法》第 10 条所列举的 17 项权能,所称“与著作权有关的权利”则指《著作权法》第 4 章所列举规定的 4 类“邻接权”即图书/报刊的出版、表演、录音录像和广播电台/电视台播放。可以说,正是“嵌入修法”模式下原有罪名在法益上固有的“侵权关联要求”,使立法者不得不对“直接—间接规避”两类行为本身的“侵犯权利属性”差异进行评价,才导致了它们在该罪实行行为设计上的不同地位,即间接规避并未被纳入该罪构成要件中。

(二)不同入罪模式与法益要求比较

从比较法角度看,主要外国法域对规避行为入罪大多采取“独立设罪”立法模式,并无“嵌入修法”所附带的给定条件,在入罪行为类型上呈现出很大差异性。以美、英、德、日等国为例:其一,美国相关立法主要体现于 1998 年《千年数字版权法》(Digital Millennium Copyright Act,DMCA)第 1201 条。相比其他版权犯罪而言,该条系独立设罪,且区分“直接—间接规避”行为类型及“接触控制—权利保护”措施类型,分别设置实行行为样态。就直接规避仅第 1201(a)(1)条对接触控制措施有禁止规定;涉权利保护措施的第 1201(b)条则并无禁止直接规避的规定,理由是“美国国会寻求保留人们合法获取作品复制件后的合理使用权利”。〔7〕就间接规避而言,第 1201(a)(2)条和第 1201(b)(1)条分别禁止制造或交易用于规避接触控制和权利保护措施之产品或技术的行为(合称“anti-trafficking provisions”即反交易条款)。其二,德国相关立法主要体现于《德国著作权法》第 108b 条。该条相比第 106 条至第 108a 条的其他著作权犯罪而言属于独立设罪,亦采用“直接—间接规避”的“二分法”框架:第 1 款第 1 项和第 2 款分别就直接规避和间接规避设置入罪规定。但是,德国并未像美国那样区分“接触控制—权利保护”措施类型分别设置实行行为样态。其三,英国和日本的立法则明显不同于美国或德国。虽然规避行为入罪同样区别于其他著作权犯罪而作出专门规定,但它们对直接规避均采取否定态度,仅对“提供规避技术措施的方法或手段”的间接规避设置刑法规范。具体设罪条款体现在《英国版权、设计和专利法》(Copyright, Designs and Patents Act 1988,CDPA)第 296ZB 条第 4 款和《日本著作权法》第 120-2 条。

比较可知:美、英、德、日等国就规避犯罪采取与其他著作权犯罪相并列的“独立设罪”模式,利于避免受到原有犯罪的法益要求及某些构成要件要素的不当制约;以“直接—间接规避”

〔7〕 Peter Toren, *Intellectual Property and Computer Crimes*, New York: Law Journal Press, 2016, Chapter 3, p. 7.

行为框架“分立式”设置入罪条款，可以使入罪条件“类型性”地具有相对独立性。相反，我国“嵌入修法”模式不可避免地受到原有罪名在法益上的“侵权关联要求”的制约，短期内难以通过行为类型扩容进行“分立式”入罪设置。由此，各国关于规避行为入罪模式的选择影响到其法益厘定及构成要件设置，其中最为根本和突出的是，相应的规避行为入罪是否存在“侵权关联要求”。由于美、德两国就“直接—间接规避”均涉及有入罪规定，故再以该两国为例就“侵权关联要求”作进一步比较考察。

在英文中，跟“侵权关联要求”具有对应性质的表述是“infringement nexus requirement”，这一术语在美国联邦巡回上诉法院审理的 Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc. 案中得到了有代表性的阐释。该案原告主张，被告销售的通用遥控器规避了其制造和销售的车库开门器所带的滚动码(rolling code)技术措施，构成违反 DMCA 第 1201(a)(2)条。法院对此指出：第 1201(a)条并未赋予版权人一项新的反规避权(a new anti-circumvention right)，相反只是当被告未经授权接触版权作品的行为导致侵犯版权人依照第 106 条所享有的版权时，为其确立了一些新的法律责任之诉由(new causes of action for liability)。[8] 该类原告被要求证实“与侵权之间的关联”(a nexus to infringement)，即被告的规避技术交易行为与版权法所授予版权人的保护之间有“合理的联系”(a reasonable relationship)。[9] 概言之，“侵权关联要求”指的是原告须证明规避行为侵犯或帮助侵犯了其版权。美国判例法根据“接触控制—权利保护”措施类型的差异而就“侵权关联要求”的态度不同(虽然该要求多在民事判例中得以讨论，但也适用于刑事领域)：其一，对规避接触控制措施，呈现出从早期肯定而后来逐渐否定“侵权关联要求”的演进特点。早期持肯定立场的典型判例还比如 Storage Technology Corp. v. Custom Hardware Engineering and Consulting, Inc. 案，法院指出，在被告不构成版权侵权或帮助版权侵权的范围内，原告在 DMCA 下的诉由即被取消(foreclosed)。[10] 相反，持否定立场的判例有：在 Universal City Studios, Inc. v. Corley 案中，法院认为，“DMCA 旨在为捍卫版权材料而禁止规避数字墙的规避行为(及规避工具的交易行为)，但对规避行为后对所涉材料的使用并不关注”。[11] 后来的 MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc. 案是转向否定立场的典型判例，法院指出第 1201(a)条并不要求原告须证明规避技术侵犯或帮助侵犯其版权，该条设立了不同于传统专有权利的一项崭新的反规避权(a new anti-circumvention right)。[12] 其二，对权利保护措施的间接规避，则一贯地否定“侵权关联要求”。如在 United States v. Elcom 案中，法院认为“为合理使用而实施规避行为是合法的，但从事

---

〔8〕 See Chamberlain Group v. Skylink Technologies, Inc., 381 F. 3d 1178, 1192-1194 (Fed. Cir. 2004).

〔9〕 Ibid., 381 F. 3d 1178, 1202-1203.

〔10〕 See Storage Technology Corp. v. Custom Hardware Engineering and Consulting, Inc. 421 F. 3d 1307, 1319 (Fed. Cir. 2005).

〔11〕 Universal City Studios, Inc. v. Corley, 273 F. 3d 429, 443 (2d Cir. 2001).

〔12〕 See MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, Inc., 629 F. 3d 928, 950 (9th Cir. 2010).

使合理使用成为可能的规避工具之交易行为却是违法的”。〔13〕在 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios 案中,法院指出“消费者对版权材料的下游合法使用并非软件生产者违反第 1201(b)(1)条的抗辩理由”。〔14〕

德国就“侵权关联要求”存在“直接—间接规避”行为类型上的鲜明差异。《德国著作权法》第 108b 条第 1 款第 1 项就直接规避犯罪明文强调“侵权关联要求”要件,主要体现在:其一,从入罪看,须“以使自己或第三方接触或利用……成为可能为目的”,可概括为“以规避为目的”;还要求至少轻率地(wenigstens leichtfertig)对著作权或邻接权之侵害(Verletzung,指“实害”)“被导致、成为可能、变得便利或受到掩饰”[veranlasst, ermöglicht, erleichtert oder verschleiert (wird)],可概括为“导致著作权或邻接权的实害或危险结果”,足见其强调“直接的侵权性”。其二,从出罪看,要求规避行为不是为了行为人或与其有人身关系的人之私人使用目的,或未与这种使用相关联;换言之,基于后续“不侵权”的私人使用依据,就可以出罪。相反,第 108b 条第 2 款就间接规避犯罪的构成要件设计则没有“侵权关联要求”。

比较而言,在“侵权关联要求”上我国具有自己的鲜明特色,仅将直接规避行为入罪(不区分“接触控制—权利保护”措施类型)且明文列出了该项要求。我国的做法可谓已跟美国“分道扬镳”,而与德国就直接规避犯罪的“侵权关联要求”具有很大相似性。但是,我国与德国在该要求上也存在以下差异:其一,从明确性程度看,德国采取“构成要件”模式将直接规避入罪跟“侵权”勾连,成为司法认定中的客观构成要素。我国系按照“提取公因式”模式置于第 217 条的项前导语中,可能容易在司法认定时被不当轻视或忽略。其二,从具体形态看,德国涉及侵权的有 4 种情形;其中,(实害)“被导致”系针对实害本身,“成为可能”针对造成实害的具体危险,“变得便利”或“受到掩饰”则可能针对实害或者危险的择一情形。我国则以“侵害之危险”为已足,实害与危险逻辑区分更清晰。其三,从消极效果看,德国针对不侵权的私人使用明确赋予出罪效果,我国《刑法》欠缺明确的类似规定,需结合前置法来认定。

上述分析有助于揭示各国不同设罪模式所带来的给定条件之制约差异,深入认识我国立法者在“侵权关联要求”下对可罚的规避行为予以有意限定的背后动因,从而消除可能产生的“为何各国对间接规避之刑法规制更为看重和严厉,而我国刑法上的侵犯著作权罪却更看重直接规避”的理解迷雾,亦为该罪行为认定打开法益维度上的突破口。

(三)法益侵犯的危险犯样态

规避行为符合“侵犯著作权或邻接权”(“侵权关联要求”)要件,是其构成该罪实行行为的内在法益要求。问题是,技术措施在《著作权法》中是作为“专有权利”的保护手段进行规定的,本身既非著作权,又非邻接权;该法第 53 条第 6 项规定性质相异的“直接—间接规避”两类行为,却在项前导语中被统一定性为“侵权”。著作权法理论就规避行为究竟该如何定性,也存在较大争议:“间接侵权说”主张,将直接规避以及间接规避均视为间接侵权;“额外权利说”主张,

〔13〕 United States v. Elcom, 203 F. Supp. 2d 1111, 1125(N. D. Cal. 2004).

〔14〕 321 Studios v. Metro Goldwyn Mayer Studios, Inc., 307 F. Supp. 2d 1085, 1097-1098(N. D. Cal. 2004).

反规避技术措施是权利主体依据著作权法所享有的一种基于作品与邻接权客体配置权利之外的专有权；〔15〕“违法论”主张，直接规避和间接规避都既不构成直接侵权，也不构成间接侵权，应属于违反法律规定的“违法行为”。〔16〕可见，如何弥合前述前置法、后置法及理论之间的差距，是本罪法益厘定的重要基础。

在本文看来，如学者所言，“民法规范之生活资源，不以权利资源为限，尚包括法益资源及自由资源”，〔17〕“广义侵权论”可实现对《著作权法》第53条“侵权”定性的逻辑涵摄。技术措施实质上是权利人为保护自身利益采取的技术型自力救济手段，虽然规避行为在多数情况下并不实际侵害“专有权利”，但会损害权利人的“法益”。着眼于“著作权”和(或)“邻接权”，可从“横向”角度将“技术措施”置于“专有权利”之外的“广义法益”位置上，则《著作权法》的“侵权”定性便可得到维护。实质上，我国的立法例与国外一般采取规避行为“违法”定性的做法已相差无几，即均已经不合于法律规范之要求而逸出于法定“专有权利”范围之外。然而，以此解读《刑法》的“侵犯著作权或邻接权”定性，则会遭遇障碍。故不能拘泥于著作权法上的相关理论争议，宜从时间线的“纵向”角度，将“规避技术措施”行为置于“侵犯专有权利”之前的“侵犯之危险”的阶段位置上。换言之，《刑法》上规避行为“侵犯著作权或邻接权”，指向“侵犯”的危险样态而非实害样态。

由此，需要就《刑法》第217条之侵犯法益进行“危险—实害”类型化意义上的理论重构。从文本看，该条以犯罪对象为标准将行为样态列举为6项。但从专有权利行为的标准来分析，则可概括出新的实行行为类型：一是第1、3、4项都是“复制发行型”(第2项“出版”也可归入这里)或“信息网络传播型”；二是第5项“制售假冒美术作品型”(因涉及侵犯姓名权而与严格意义的“专有权利”侵犯有差异，下文对此类型不再涉及)；三是第6项“规避型”。有学者指出，该第6项行为较其他5项行为的“法益侵害程度明显有异”，〔18〕但未作深入揭示。其实，一旦实施复制发行或者信息网络传播的专有权利行为，对应的“著作权或邻接权”权能就受到实际损害，即构成“实害”结果。相反，实施规避行为只是侵犯著作权人之专有权利的前置行为，不像“复制发行型”“信息网络传播型”那样会实际损害对应的专有权利。因此，该条各种类型的实行行为所侵犯的法益包括危险和实害双重样态，二者在时间关系上显著不同：第1、2、3、4项行为针对实害样态，故属于实害犯；第6项规避行为针对危险样态，故属于危险犯。可以说，刑法修法实际上是在第217条原有实害犯(Verletzungsdelikt)基础上，新增了危险犯(Gefährdungsdelikt)类型，使其从原来的单一“实害犯”构造升级为“危险犯—实害犯”双重构造。

规避型侵犯著作权罪的危险犯构造无疑是前述“嵌入修法”模式所致的结果。在给定的修

〔15〕 参见刘铁光：“著作权民刑保护之间的法域冲突及其化解”，《法律科学》2023年第5期，第178页。

〔16〕 参见王迁：《知识产权法教程》(第7版)，中国人民大学出版社2021年版，第326页。

〔17〕 曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第61页。

〔18〕 喻海松：“网络外挂罪名适用的困境与转向——兼谈《刑法修正案(十一)》关于侵犯著作权罪修改的启示”，《政治与法律》2021年第8期，第70页。

法模式下，原有罪名固有的“法益类型”成为新增的规避型实行行为之具体法益厘定的前提；唯有通过“法益侵犯样态”的“调试”，才能满足侵犯该法益的实质要求。由此，将“侵犯著作权或邻接权”样态从实害犯扩张至危险犯，便顺理成章了。此种扩张的实质依据在于，数字时代的著作权保护场景中，作为避免作品等免受侵害的技术性防护手段，技术措施属于“技术保护层”而渐成权利人“标配”；但规避行为使其应有的功能丧失即让作品等回复到未采取技术措施的最初状态，造成法益侵害的“危险升高”。《刑法修正案(十一)》“相关立法说明”就此指出，规避行为“实际上为侵权行为清除了障碍，同样是损害权利人利益，扰乱市场秩序的违法行为”，〔19〕这正是对前述“广义侵权论”和“危险犯”构造的有力印证：一方面，其所述“损害权利人利益”，正视了并无“专有权利”受侵犯的事实和转向“广义侵权论”思路；另一方面，其所述“为侵权行为清除了障碍”，指向的并非著作权的实际“侵权”而是其现实和紧迫的“危险”，从而为增设危险犯提供了实质理由。当然，规避行为是否造成危险，还需要在个案中结合事实进行实质判断。

三、危险犯构造下规避型实行行为的教义学认定

“规范、解释与体系是刑法教义学的核心”，〔20〕即以刑法规范为研究对象、刑法解释为研究方法和体系化为研究目标。认定规避型实行行为，需以存在法定的技术措施为前提，进而对构成要件的行为要素及其危险实质进行判断。故下文依次对“技术措施”“避开或者破坏”和“侵犯著作权或邻接权危险”的审查确认予以阐释。

(一)行为对象：“技术措施”界定

《刑法》第 217 条第 6 项之实行行为内置了“技术措施”这一行为对象，却并未作出界定。但该概念的内涵界定与外延划定深刻影响着规避型实行行为的认定。在内涵上，刑法上该如何适用前置法的“技术措施”定义？在外延上，是否涵括“接触控制—权利保护”措施双重类型？理论和实务上对此存在较大争议。

首先，刑法上的“技术措施”是否应适用现行《著作权法》第 49 条第 3 款之定义条款？该款定义表述为“(技术措施是指)用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件”。有学者对该定义条款提出批判，认为“升格《信息网络传播权保护条例》中的技术措施的定义属于‘改劣’”。〔21〕原因是该定义只涉及防止、限制“浏览、欣赏”和“通过信息网络向公众提供”情形的技术措施，导致在子类型上是否包含“防运行”接触控制措施与“防复制”权利保护措施出现分歧，即限缩论认为不包含，扩张论则认为包含。理论上主流观点是限缩论，认为前置法的“不完整定义”导致保护“防运行”和“防复制”两类技术措施在我国丧失了法律依据，相应规避

〔19〕 许永安：《〈中华人民共和国刑法修正案(十一)〉解读》，中国法制出版社 2021 年版，第 193 页。

〔20〕 刘艳红：《网络犯罪的法教义学研究》，中国人民大学出版社 2021 年版，第 36—37 页。

〔21〕 王迁，见前注〔6〕，第 649 页。

行为并不导致民事责任，也不可能构成侵犯著作权罪；〔22〕并担忧对“技术措施”作扩大解释会违背法秩序统一性原则，导致不负民事侵权责任而要负刑事责任的错位评价结果。〔23〕相反，实务上倾向于扩张论。如涉软件接触控制措施类案件的处理可予印证：刑法修法前，对于行为人在网络中实施出售软件序列号或破解程序的行为，一些法院往往以属于“发行”新形态而认定构成侵犯著作权罪。〔24〕刑法修法后，司法上多直接适用规避型侵犯著作权罪，如“医疗设备软件案”便属于计算机程序接触控制措施犯罪。

本文认为，限缩论对技术措施概念采取过于形式的严格理解，不当忽视释法所具有的排除“漏洞”作用而难以被认同。如恩吉施所指出，“漏洞”的缺陷将通过“法律补充”(Rechtsergänzung)来排除，在此法官将起着“超越制定法”(praeter legem)和“补充法律根据”(supplendi causa)的作用。〔25〕解释者应当追求将本来不完美的法律解释得完美。因此，可行思路是，通过前置法扩大解释技术措施概念，以纳入“防运行”措施和“防复制”措施，再对标前置法来解释刑法上的技术措施范围。

一方面，采取扩张论具有必要性。从立法旨趣看，《著作权法》第50条列举的规避例外包括“加密研究或者计算机软件反向工程研究”，主要涉及对“防运行”措施的研究型例外。原因是，诸多软件开发者都会施加技术保护措施，而“通过反向工程研究软件代码是一种改善软件兼容性的有效途径”，“若不对此规定例外，则很容易削弱其他软件爱好者或有关组织对不同软件兼容性进行研究的兴趣”。〔26〕由此，应可反推出立法已将此类接触控制措施纳入保护范围。从内外接轨看，扩张论也是我国履行《世界知识产权组织版权条约》(WIPO Copyright Treaty，WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WIPO Performances and Phonograms Treaty，WPPT)(合称为“因特网条约”)技术措施保护义务的需要，因为规避行为入罪修法及后续释法都不应出现使我国违反该等条约义务的情形。

另一方面，扩张论具有可行性。其一，表面上看，立法定义条款就接触控制措施的“浏览、欣赏”之表述限制了“接触”的范围，无法涵盖“单纯控制他人的技术性或物理性的使用和接触”。〔27〕但在本质上，“接触”应理解为消费作品或利用作品使用价值的行为。〔28〕“阅读”文字作品，“观看”影视作品，“运行”计算机程序作品，都只是“接触”的典型“类型”。限缩论俨然是以“阅读—观看—运行”的“三分法”经验框架，来概括接触控制措施的“子类型”体系，进而得出立法上“浏览—欣赏”的“二分法”框架有“漏洞”的结论，这不免显得以偏概全和过于主观。

〔22〕 参见王迁，见前注〔6〕，第652—654页。

〔23〕 参见汪叶、周子实：“著作权法视野下《刑法》中规避技术措施规则的教义学分析”，载欧阳本祺主编：《东南法学》(第7辑)，社会科学文献出版社2023年版，第157页。

〔24〕 参见王迁：“论出售软件序列号和破解程序的行为定性”，《法学》2019年第5期，第120页。

〔25〕 参见(德)卡尔·恩吉施：《法律思维导论》(修订版)，郑永流译，法律出版社2014年版，第167页。

〔26〕 黄薇、王雷鸣：《〈中华人民共和国著作权法〉导读与释义》，中国民主法制出版社2021年版，第252页。

〔27〕 崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社2014年版，第844页。

〔28〕 参见刘颖：“版权法上技术措施的范围”，《法学评论》2017年第3期，第101页。

在此意义上,如何合理阐释该“二分法”立法框架才是更现实的破解之道。比如,“防运行”措施能否被包含之争,实际上可转化为“浏览”能否包括机器阅读的问题,从而带来扩大解释为包含“防运行”措施的可能。“浏览”词条的一般含义是略观大意,与精读相辅相成;现今也指通过“统一资源定位器”(Uniform Resource Locator,URL)检索资源。编程语言中有“browse”即“浏览”命令。现在大多数的编程语言是编译型,即在应用源程序执行之前就将程序源代码“翻译”成目标代码(机器语言)并保存在独立的“.OBJ”目标文件中,可脱离其语言环境直接多次独立运行;同时,大多数软件产品都以目标程序形式发给用户。此种场景下,通过计算机“运行”目标程序实质上是机器“browse”即浏览“.OBJ”目标文件进而执行程序。由此,著作权法上的“浏览”可被合理地扩大解释为包括计算机程序场景下的机器浏览,“运行”程序就必然实施了“浏览”行为。其二,字面上权利保护措施被限定于防信息网络传播,但亦可能扩大解释为包含“防复制”措施。“通过信息网络向公众提供”势必要上传网络,一般都会存在“复制”的先行行为;能起到“防复制”控制作用的技术措施[如“内容扰乱系统”(Content Scramble System,CSS)],广义上也是防止信息网络传播措施。立足于功能主义立场和不拘泥于概念预设差异,就可在扩大解释意义上将“防复制”措施纳入权利保护措施范畴。

至此,在著作权法上通过实质的扩大解释可避免限缩论者解释出来的所谓“漏洞”。扩张后的技术措施概念,自然可适用于刑法上对规避实行行为对象的认定了。

其次,刑法上的技术措施类型是否适用“接触控制—权利保护”的“二分法”框架?尽管理论上尚有商榷声音,如认为“二分法”不是从整体角度和体系化高度出发的,难以形成逻辑体系的自洽,〔29〕但现行《著作权法》已采纳自 WCT 及美国 DMCA 以来建立的“二分法”类型。对此,需以“侵权关联要求”为依据对刑法中的“二分法”差异进行探讨。

“权利保护”措施是著作权人保护“专有权利”的正当手段,内在地具有“权利关联”属性,故相应的规避行为都在《刑法》第 217 条可能涵摄的范围之内。该条第 6 项还为“技术措施”规定了前置定语即“权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的”,该表述曾见之于 2001 年《著作权法》第 47 条第 6 项和 2010 年《著作权法》第 48 条第 6 项;前置法上此种表述隐含了“限定”技术措施类型范围之意,被认为“实际上是对 WCT 第 11 条的回应,提供‘版权保护措施’”。〔30〕可见,刑法基于“侵权关联要求”更关注“二分法”中的“权利保护”措施类型。对规避后进一步侵犯专有权利的“规避→侵权”型情形,足以认定“侵权关联要求”条件;对“规避→不侵权”型情形,比如规避后进行“合理使用”等,因不符合“侵权关联要求”条件而不应入罪处理。

相反,在《刑法》第 217 条“侵权关联要求”下,对“接触控制”措施需进行实质的限缩解释。理论上关于“接触控制”措施保护的正当性存在不同学说,主要包括保护复制权说、保护接触权

〔29〕 参见李晓阳:“重塑技术措施的保护——从技术措施保护的分类谈起”,《知识产权》2019 年第 2 期,第 69—70 页。

〔30〕 同上注,第 72 页。

说、间接保护版权说和维护权利人在版权法中的正当利益说等。〔31〕分歧原因在于，接触控制措施的功能是防范和控制对作品等的“浏览、欣赏”行为，不涉及“著作权或邻接权”之专有权利保护。专有权利保护权利人通过作品等的“交换价值”来实现其经济利益，而接触控制措施的功能在于限制他人利用作品等的“使用价值”。〔32〕由此，要对接触控制措施的规避行为进行“侵权关联要求”判断，似乎内在地具有悖论性。

本文认为，化解思路在于认识到前述“二分法”类型之间并非互斥关系，外延上具有交叉。换言之，某些接触控制措施同时具有防复制等双重效果，即能间接防止著作权或邻接权侵权（第一类接触控制措施）；其余的则不具有防止侵权效果（第二类接触控制措施）。以“加密锁”为例：实质上其通过在软件作品中内嵌“接触控制措施”来控制对作品的接触，同时也能间接地阻止其被非法传播利用，谓之具有“间接保护著作权”效果并不为过。世界知识产权组织（WIPO）出版的《世界知识产权组织管理的版权与相关权条约指南》（以下简称《WIPO 指南》）这一官方解释，还专门提出“接触控制措施可能具有兼及防复制的双重效果（double effect）”，〔33〕体现出“双重效果的接触控制措施”概念的国际共识。可见，主张将前述两类接触控制措施全部纳入《刑法》第 217 条“技术措施”范围，是没有法律依据的。

（二）行为要素：“避开或者破坏”厘定

《刑法》第 217 条第 6 项就作为构成要件要素的行为，表述为“避开或者破坏（技术措施）”，对应现行《著作权法》第 53 条第 6 项中直接规避的表述部分；理论上则一般概括为“规避”。刑法及司法解释对此未有进一步界定，故其认定至少需从内涵和外延层面展开探讨。

从内涵看，规避型实行行为的“定型性”并不确定，认定“规避”的总体标准是，行为人通过某种机制或手段使本来有效的技术措施失效。著作权法理论将“直接规避”界定为“直接针对技术措施进行破解的行为，或是利用规避手段使技术措施无法实现其预期的效果”。〔34〕在本文看来，规避行为与其说是一种实行行为的具体内容描述，还不如说是一种“结果导向”的行为定性表述，即“使技术措施失效”（invalidate）。技术措施原本可防范于未然，从根本上切断未经许可的利用作品等途径；但是，规避行为使这种防范丧失有效性，给著作权或邻接权带来巨大危险，从而提供可罚性的实质依据。由此，认定“使技术措施失效”的前提是，该技术措施本来符合“正当”和“有效”的适格条件（这也可从《著作权法》上“技术措施”定义条款所推出）：技术措施的正当性源于保护著作权或邻接权法益；如果是对技术措施的滥用，则偏离了著作权法的目的，应排除于该罪范围之外。技术措施的有效性需从多个维度来判断：从设置者看，须在功能上能阻止对作品等实施特定行为；从规避者看，应当对涉案的具体接触或使用作品等行为

〔31〕 参见王迁：《版权法对技术措施的保护与规制研究》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 117、149 页。

〔32〕 参见刘颖，见前注〔28〕，第 101 页。

〔33〕 World Intellectual Property Organization, “Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights and Terms,” 2003, p. 218, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf, last visited on 1 September 2025.

〔34〕 王迁：《著作权法》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 464 页。

进行个别分析而得出具体结论;从判断者看,应当以能有效阻止普通计算机用户侵权或接触作品为标准。〔35〕在比较法上,美国 DMCA 第 1201 条分别就“接触控制措施”和“权利保护措施”的“规避”(circumvent)术语设置了两个专门定义条款来界定,其特点是:行为方式具有开放性,列举了“还原”(descramble)内容已被扰乱作品、“解密”(decrypt)已加密作品及兜底的其他方式;行为效果具有同质性,即均须符合“避开、绕过、清除、破解或损坏(to avoid, bypass, remove, deactivate or impair)技术措施”的条件。此种立法可谓是对规避行为“结果导向”认定模式的印证,对我国认定“规避”具有一定的参考性。

从外延看,认定刑法上的“规避”行为,关键是从行为发展的时间维度区分两个相关概念:“规避”实施之前阶段的“规避准备行为”和之后阶段的“后续侵权行为”。

一方面,“规避”本身应当区别于“规避准备行为”,从而形成两种不同的行为类型。在称谓上,向他人提供规避设备、工具或者服务的行为有多种表述,“提供规避手段”“间接规避行为”或“预备行为”都被认为是同一的所指。〔36〕前引《WIPO 指南》明确区分“规避行为”(acts of circumvention)和“(使规避成为可能的)准备行为”(“preparatory activities” rendering such acts possible)。其中,后一类行为被描述为“制造、进口及销售规避工具和提供规避服务”,指的就是间接规避;缔约国通过禁止这类行为来“切断非法规避设备或服务的供应线(supply line)”,从而可以履行公约的义务。〔37〕可见,该指南实质上将间接规避定性为直接规避的“准备行为”。“因特网条约”是我国规避行为入罪修法的重要因素,其“规避行为—规避准备行为”的“二分法”分类颇具影响。国外理论一般也赞成此种定性,如德国学者将提供规避设备行为解读为“规避有效技术措施的预备行为”(Vorbereitungshandlungen zur Umgehung wirksamer technischer Massnahmen);〔38〕相反,规避行为作为犯罪的“实行”则指的是“着手实现构成要件”(Verwirklichung des Tatbestand ersetzen)。“刑法将准备行为作为基本犯罪构成要件行为(实行行为)之前的行为予以规定的情形,就属于从属预备罪。”〔39〕由于“规避行为”本身属于我国《刑法》第 217 条明确规定的实行行为,而间接规避因未被规定为构成要件行为,故可归入“实行行为之前的行为”范畴。

另一方面,基于《刑法》第 217 条的“危险犯—实害犯”双重构造,直接规避行为与(对著作权或邻接权的)“后续侵权行为”的区分,很大程度上涉及“侵犯著作权或邻接权”之“危险”与“实害”的区分,故纳入下文“侵犯著作权或邻接权危险”部分展开分析。

(三)行为实质:“侵犯著作权或邻接权危险”认定

“实行行为并不仅仅意味着形式上符合构成要件的行为,而是具有侵害法益的紧迫危险的行为。”〔40〕规避型实行行为的“紧迫危险”属性的认定,需先识别属于何种危险“类型”;如系具

〔35〕 同上注,第 444、454—456 页。

〔36〕 参见王迁,见前注〔31〕,第 41 页。

〔37〕 See World Intellectual Property Organization, supra note 33.

〔38〕 Bernd Heinrich, in: MünchKomm StGB, 2. Aufl., 2015, UrhG § 108b Rn. 11.

〔39〕 张明楷:《刑法学》(第 6 版),法律出版社 2021 年版,第 432 页。

〔40〕 同上注,第 188 页。

体危险，则需进一步根据所涉法益内容来审查认定。

首先，从“类型”看，规避型实行行为到底是属于抽象危险犯还是具体危险犯？“属于危险犯之结果的法益侵害危险，是指发生法益侵害的客观的盖然性或者可能性，不过这是个可能附加程度的概念”，明文要求引起“危险”的犯罪成为具体的危险犯，法律条文上规定一般的危险的行为的犯罪成为抽象的危险犯。〔41〕具体到规避型侵犯著作权罪来说，有观点认为属于抽象危险犯。〔42〕

本文认为应当定性为具体危险犯。理由在于：在文本上，规避型实行行为属于《刑法》第217条项前导语“(有下列)侵犯著作权或者与著作权有关的权利(的情形之一)”意义上的“情形之一”，代入后的完整概念可表述为“侵犯著作权或邻接权的避开或者破坏技术措施”行为。虽然该条第6项未明文设置“危险”要素，但既然该条将危险犯与实害犯一体化设置，就只能要么对整体构成要件进行限缩解释，要么对共享的“侵犯著作权或邻接权”这一项前导语中的“明文规定”要素作出差异化的解释；基于该条的“危险犯—实害犯”双重构造，后一种思路更为可行。由此，在危险犯意义上，前述完整概念可置换成“(有)侵犯著作权或邻接权‘危险’的避开或者破坏技术措施”行为，从而识别出规避型实行行为内含了“(准)明文规定”的“危险”要求，故应当归属于“具体危险犯”。基于此定位，司法适用上需对有无“侵犯著作权或邻接权”之“具体危险”及其程度进行识别。

其次，从危险的具体内容看，规避型实行行为到底是跟实害犯一样只造成“著作权或邻接权”中的“复制发行”和“信息网络传播”权能的具体危险，还是不需局限于该等具体“权能”？理论上的主流观点是“统一权能说”，认为不需针对规避型犯罪的受危险之权能进行类型化确定，如“本罪的保护法益是著作权以及与著作权相关的权利”〔43〕或“本罪侵犯的是复杂客体，既侵犯了国家对著作权及与著作权相关的权利的管理制度，也侵犯了著作权人的著作权或者与著作权相关的权利”，〔44〕均采取仅作统一归纳的做法。相反，“具体权能说”认为，著作权作为法益只是一个笼统与宽泛的概念，须具化为某一种专有权利才“精确且有边界”；规避型侵犯著作权罪的侵犯法益主要涉及著作权的三种具体权能，即复制权、信息网络传播权和接触权。〔45〕

基于前述危险犯构造，本文认为：一方面，规避型实行行为的侵害法益危险值得类型化地予以差异性确定，故“统一权能说”不利于将对本罪之具体危险的研究引向深入，应不足为取。另一方面，“具体权能说”在逻辑上与本罪的危险犯构造相悖，其“三权能”观点呈现的是对《刑法》第217条的“实害犯—实害犯”构造的并列逻辑(即误读为单一“实害犯”构造)；提出的所谓“接触权”观点亦存在无实定法依据的根本缺陷。从国际条约看，“由于WCT无意创设一种新的知识产权及其第11条之表述跟该条约其他条款中的专有权利具有关联性，故该条约并未为

〔41〕 参见(日)山口厚：《刑法总论》(第3版)，付立庆译，中国人民大学出版社2018年版，第46页。

〔42〕 参见胡春健、陆川：“提供规避著作权技术措施行为的刑法应对”，《中国检察官》2021年第14期，第25页。

〔43〕 张明楷，见前注〔39〕，第1070页。

〔44〕 《刑法学》编写组编：《刑法学·下册(各论)》(第2版)，高等教育出版社2023年版，第105页。

〔45〕 参见汪叶等，见前注〔23〕，第152—153页。

著作权人规定一种接触权(access right)来禁止对接触控制措施自身进行规避的行为”,〔46〕接触权不可能成为刑法法益内容。

在本文看来,认定“侵犯著作权或邻接权”之“具体危险”这一行为实质,既要作出类型化的区分厘定,又不宜拘泥于传统“权能”窠臼的理解。一方面,《刑法》第 217 条中“规避型”与“非规避型”是不同的实行行为类型,其侵犯法益上的差异并非是法益权能的凭空重构,只是同一法益之“危险→实害”的历时性差异。危险犯相对于实害犯存在着实质差异,即尚不能具体确定是“著作权或邻接权”的何种权能实际受到侵害;相反,只是以给“著作权或邻接权”整体法益造成现实且紧迫的危险即已足够。规避行为使何种“专有权利”受到现实和紧迫的“危险”,可能不必局限于、甚至也不能细化为复制发行或信息网络传播之具体“权能”。跟实害犯能确定“专有权利”的特定权能受侵害不同,危险犯情形下“整体的著作权或邻接权”面临“具体危险”时当然地已包含复制发行和信息网络传播之“权能”。另一方面,该“具体危险”所涉之“权能”亦宜适度合理限制。有学者认为,“规避技术措施阻碍权利人基于权利实现正当利益,也因此使得权利本体陷入了现实、紧迫的危险之中”。〔47〕其可商榷之处是,将“具体危险”指向“权利本体陷入的危险”显得过于笼统,不利于权利人与公众之间的利益平衡;相反,应限于与“向公众传播”相关的权能为妥。各国著作权法上规定各项“专有权利”的主要目的,是在于控制向公众提供作品等的行为,却并不存在一项专门限制消费者私人利用作品等的权利。〔48〕在规避技术措施场景中,当规避人打开技术措施的大门后,作品等的使用人(可能与规避人是同一人或不同人)才有机会和能力进入到技术措施的大门之内;当行为人对此种“使用”无法规制或不易规制时,就实质上形成“向公众传播”的“危险”,进而成为刑法的关注所在,方可启动适用规避型侵犯著作权罪的审查流程。

四、规避型侵犯著作权罪对间接规避的规制审视

间接规避能否被涵摄于规避型实行行为,是该罪行为认定的重大争议所在。此种涵摄性被否定后,如何适用规避型侵犯著作权罪尤其是 2025 年《解释》中相应的新规则,来对间接规避进行合理规制,是值得深入探讨的问题。

(一)间接规避的不被涵摄性

前述“医疗设备软件案”判决将间接规避认定属于规避型实行行为,可谓是刑法修法以来实务上的代表性做法。理论上则存在涵摄肯定论和否定论的重大争议。肯定论认为,刑法若仅将直接规避行为入罪“意义寥寥”,“完全可以进行广义解释,使之涵盖提供规避手段的行

〔46〕 Jerry Jie Hua, “Toward A More Balanced Model: the Revision of Anti-Circumvention Rules,” *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, Vol. 60, No. 3, 2013, p. 334.

〔47〕 马文博:“规避技术措施型侵犯著作权罪的法教义学构造”,《北京理工大学学报(社会科学版)》2024 年第 5 期,第 55 页。

〔48〕 参见王迁:“版权法保护技术措施的正当性”,《法学研究》2011 年第 4 期,第 94 页。

为……在保护技术措施方面实现‘刑民衔接’”。〔49〕也有学者担忧“会导致在著作权民刑保护之间产生新的法域冲突”。〔50〕否定论提出的不同依据主要有三种：一是“刑法未禁止说”，认为“《刑法》未规定禁止‘间接规避’”。〔51〕二是“独立实行行为说”，认为间接规避不能适用侵犯著作权罪，单设罪名是其刑法规制的最优解。〔52〕三是“共同犯罪说”，认为间接规避应作为直接规避的“共犯或者共同正犯”来处理。〔53〕本文认为，间接规避不能被涵摄（但这并不等于不能通过侵犯著作权罪来规制，在这一意义上否定论中的“共同犯罪说”更具合理性，容后文分析）。主要理由是：

一方面，直接规避旨在对一项规避技术（a circumvention technology）的“使用”而非其“交易”，〔54〕间接规避则与之相反；二者构成法律上不同的独立行为类型，文义上无从涵摄。“直接—间接规避”的“二分法”类型已是著作权法理论上的共识；相应地，《著作权法》就禁止义务、规避例外及法律责任等规范设置，体现出“二分法”旨趣。基于知识产权法定主义，刑法上应当以著作权法为依据来认定规避型实行行为的分类；现行《著作权法》的准附属刑法规范具有“衔接桥梁”功能，显示出从前置法到后置法的规避行为“二分→单一”演变系“犯罪定义”限缩操作的结果。这些都决定了，前置法上的“二分”行为不可能在刑法上被解释为“合一”行为。实质解释具有其限度与边界，“在相似性终止之处，在本质区别显露之时，类比就有其疆界，且所谓的反向推理也可能有机会发挥作用，这种推理即是从前提的不同性推出法律结果的不同性”。〔55〕由此，涵摄肯定论已超出“文义的最大射程范围”和逾越国民预测可能性，蜕变为不利于被告人的类推解释，有悖于罪刑法定原则。

另一方面，间接规避在法益侵犯上与直接规避存在重大差异，故实质依据上亦无从涵摄。修法前，实际侵害“专有权利”才是侵犯著作权罪的实行行为；直接规避大体可视为“准备行为”，相应地间接规避则是“准备的准备”行为。修法后，“规避型”与“非规避型”实行行为合并设置在同一罪名中，属于“预备行为与实行行为一体化”规定，意味着直接规避已是“预备的既遂化”了。但是，间接规避并未同样地被既遂化，本质上仍属加功于直接规避的准备行为。当然，犯罪预备行为也存在着法益危险的问题，只不过需用“萌芽”等词来描述，与“形成”还存在着“危险距离”。〔56〕将刑罚权发动时间点提前到规避准备行为，就变成有学者所称的处罚“前置的前置”行为了。〔57〕由于间接规避带来的并非构成要件类型化的“侵犯著作权或邻接权危

〔49〕 王迁，见前注〔6〕，第660页。

〔50〕 刘铁光，见前注〔15〕，第183页。

〔51〕 江海洋：“数字时代规避型侵犯著作权罪的司法适用”，《中国刑事法杂志》2023年第6期，第78页。

〔52〕 参见谷永超、张恒飞：“间接规避著作权保护措施行为的刑法规制”，《电子知识产权》2024年第11期，第23、29页。

〔53〕 参见张明楷，见前注〔39〕，第1074页。

〔54〕 See Toren, supra note 7, p. 6.

〔55〕 恩吉施，见前注〔25〕，第180页。

〔56〕 参见马荣春：“犯罪着手的教义学重述：学说对决、命题重证与具体解答”，《交大法学》2022年第2期，第79页。

〔57〕 参见萧宏宜：“防盗拷措施与刑法保护”，《月旦法学杂志》第133期（2006年），第139页。

险”，故不具有侵犯著作权罪的实行行为性。据此，立法者选择仅将直接规避入罪的修法进路，欲在释法上主张涵摄肯定论也根本行不通。

值得注意的是，涵摄肯定论者还试图在教义学层面来论证该涵摄效果的实现过程。一种方案认为，“提供行为确实建立起行为人对被害法益的现实性支配”，从而肯定其保证人地位，行为人其后未中止提供规避手段构成该罪的“不真正不作为犯”。〔58〕另一种方案“通过解释‘破坏’将向公众提供规避手段纳入《刑法》规制范围”，〔59〕以“扩张类型”来部分地实现扩张性规制。

本文认为：其一，“不真正不作为犯”方案并不妥当。一方面，入罪行为依据到底是作为还是不作为，存在逻辑矛盾。如果是“提供规避手段”，就不应借助于不作为犯理论来入罪；如果是不阻止接受人实施规避等后续不作为，则明显无期待可能性而最终无法实现可罚性。另一方面，关于被害法益之现实性支配的论证，尚缺乏事实根据。提供行为造成侵犯法益的“具体危险”，根本离不开接受人实施直接规避行为；“支配的另一面就是答责（Herrschaft hat Verantwortung als Kehrseite）”，〔60〕接受人的犯罪支配及答责性不应被忽视。其二，“扩张类型”方案的核心依据是“在使技术措施失效这一点上，向公众提供规避手段和直接破坏公众可及之作品的技术措施没有本质区别”。〔61〕然而，这实质上等于取消了前置法上规避行为的二分“类型”，会不当造成法域冲突；且提供规避手段仅造成“使技术措施失效”之可能，而直接“破坏”则使之变成现实，称其“没有本质区别”不合事实。由此，上述肯定论者的努力不能实现其所欲的涵摄效果。

（二）间接规避的著作权刑法规制比较

考察典型外国对间接规避的著作权刑法规制情况，可为我国对间接规避能否及如何适用侵犯著作权罪提供经验借鉴。鉴于《刑法》第 217 条采取直接规避的“单一”模式，选择参考对象时须以有可比性为前提：仅将间接规避入罪国家（如英、日）的做法不具有可比性；美国刑法规制以间接规避为主、直接规避仅涉及接触控制措施且无“侵权关联要求”，亦相去甚远；德国的做法则有很强的可比性，值得深入分析。

《德国著作权法》第 108b 条第 2 款是关于间接规避犯罪的规定，主要特点是：其一，就构成要件而言，要求对“设备”等（第 95a 条第 3 款系其释义规定）“制造、进口、发行、销售或者出租”（herstellt, einführt, verbreitet, verkauft oder vermietet），且明确地一律要求“商业目的”（zu gewerblichen Zwecken）。其二，就刑罚幅度而言，该条第 2 款按照第 1 款即直接规避犯罪的法定刑处罚（1 年以下自由刑或罚金），但不像直接规避那样另设加重犯。其三，间接规避还可“分流”至刑法以外按秩序罚处理，即该法第 111a 条“罚款规定”针对“设备”等“无商业目的”之“销售、出租或超出范围之外发行”及“为商业目的占有、为销售或出租进行广告或提供服务”情

〔58〕 马文博，见前注〔47〕，第 57 页。

〔59〕 杨馥铭，见前注〔5〕，第 24 页。

〔60〕 Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 11 Rn. 22.

〔61〕 杨馥铭，见前注〔5〕，第 25 页。

形，纳入“秩序违反法”处罚范围。此种“分流”规定体现出对间接规避分化进行“刑法—秩序违反法”二元定性和“刑罚—罚款”区分制裁。与之对照，直接规避犯罪在上述特点上均不相同：第108b条第1款的基本犯并不要求“商业规模”（gewerbsmäßig）；“商业规模”情形属于其加重犯，单独在第3款加重刑罚（3个月到3年之间自由刑或罚金）；亦不存在分流至秩序罚处理的出罪规定。由此，德国对“直接—间接规避”的立法评价，可谓分属刑法上的不同“类型”，且直接规避被评价为比间接规避不法程度更高，可罚性也更大；对间接规避通过设置“商业目的”以提高其可罚性，同时刑罚幅度更轻且保留“转送”至非刑罚处理的制度空间。原因是，德国要求直接规避犯罪必须符合“导致著作权或邻接权的实害或危险结果”；而间接规避犯罪无此要求，可能是认为间接规避对著作权或邻接权尚无类型化的实质危险。

比较可见，核心问题便回归到如何评价间接规避的不法（危害性）程度上来了。各国立法差异征表出对“直接—间接规避”二者危害性认识的重大分歧：在德国，间接规避相对于直接规避的不法评价更轻。同样地，在我国“嵌入修法”模式下间接规避尚未及受到入罪回应，亦彰显出“不法评价轻”的立法取向。相反，在英国、日本，只有间接规避的不法才达到可罚的程度；在美国，总体上间接规避的不法程度更大，就权利保护措施而言则只有间接规避才达到可罚程度。然而，国内不少学者认为，间接规避“实质危害结果更严重、范围更广，有刑法规制的必要性”。〔62〕这种理论上“不法评价重”与我国立法上“不法评价轻”便形成了相悖局面。在本文看来，此种相悖可能源自前述论者在“不法评价范围”上出现的偏差：尽管相比于直接规避的“内向性”，间接规避具有“一对多”加功的“外向性”，但后者的法益侵犯之具体危险离不开下游侵权者行为的“介入因素”。所谓“间接规避不法更大”的论断，是建立在“间接规避人行为之不法＋（多个）直接规避人行为之不法”的双因素复合基础上的；脱离了后一因素即“（多个）直接规避人行为之不法”事实，则“间接规避人行为之不法”仅是可能性而非现实性。那种以“同质性解释”以及“入罪举轻以明重的当然解释”为依据，主张将间接规避纳入《刑法》第217条的观点，〔63〕就难以成立了。

（三）司法解释中“间接规避条款”的理论阐释

2025年《解释》第13条第2款可称为“间接规避条款”，肯定了规避型侵犯著作权罪对间接规避规制的有限适用。其特点是：其一，行为范围精确锚定为“提供型”子类型，即“故意向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件，或者故意为他人避开、破坏技术措施提供技术服务”行为；相反，排除了对故意制造、进口规避设备之“准备型”的规制适用（《刑法》第22条从属预备罪为可能的选择）。其二，犯罪场景设定于实质意义上的“共同犯罪”情形，体现于“明知他人实施侵犯著作权犯罪”之构成要素上，“他人实施”也表明提供人以外的直接规避人才是“实行行为人”。其三，规制模式是对提供人“应当以侵犯著作权罪追究刑事责任”。联

〔62〕 高卫萍：“间接规避技术保护措施行为的刑法定性问题探析——以首例制售盗版‘加密狗’侵犯著作权罪案为例”，《法律适用》2024年第8期，第171页。

〔63〕 参见朱铁军、朱鹏锦：“间接规避技术保护措施应纳入侵犯著作权范围”，载《检察日报》2023年3月31日，第3版。

系《解释》第 22 条对帮助行为“以共同犯罪论处,但法律和司法解释另有规定的除外”规定来看,虽然间接规避本质上属于帮助行为,但属于“司法解释另有规定”,故成为“以共同犯罪论处”的“除外”情形。

“间接规避条款”对规避型侵犯著作权罪具有释法续造的重要意义:其一,间接规避没有直接被“涵摄”于规避型实行行为中,可谓摒弃了此前 2023 年“两高”公布的《解释》“征求意见稿”曾经拟采取的涵摄肯定论,显示出对罪刑法定原则的维护。其二,“提供型”行为的可罚性建立在与“他人实施侵犯著作权犯罪”相关联的基础上,似乎与前引“共同犯罪说”相契合;但是,“间接规避条款”的“除外”地位却表明并非如此。由此,该条款“应当以侵犯著作权罪追究刑事责任”的规定彰显出独立的适用价值,即提供人需承担理论上所说的“正犯”责任。

既然提供人未实施规避型实行行为,其承担“正犯”责任的理论依据是什么?本文认为,对此的论证有两种可能的思路。一种是认为“间接规避条款”具有使提供行为获得“帮助犯的正犯化”效果,从而既与涵摄否定论相契合,又满足“正犯”责任的需求。但是,这有使司法解释逾越权限而涉入立法领域之嫌,因为理论上一般认为,此类“帮助犯的正犯化”只能通过立法的方式进行;〔64〕增设“向他人提供非法规避技术保护措施的设备、服务罪”的主张还提出了具体路径。〔65〕因此,前述正当性风险使这一论证思路并不可取。另一种是认为“间接规避条款”转采了“共同正犯说”。与对直接规避人可按单独正犯处理不同,对提供人“不能分解为单独正犯必须按照共同正犯处理”,才能让其承担正犯责任;〔66〕如果分别认定或对其进行分解,就不能予以妥当地处理。基于对共同正犯的“部分实行全部责任”处罚原则,提供人就“他人实施”直接规避所造成法益侵犯的全部结果也要负责,是否构罪可直接单独判断;也无共犯从属性原理制约,不需以直接规避的正犯被认定处置为前提。由此,应当说“共同正犯说”思路更为合理。

不过,上述“共同正犯说”也可能面临以下质疑,值得从理论上予以澄清。其一,共同正犯属于“共同犯罪”,与“间接规避条款”的“除外”地位相悖。对此的弥补方案可能是,将《解释》第 22 条中的“以共同犯罪论处”限缩理解为“以共犯(帮助犯)论处”。其可行性在于,该第 22 条原本就是 2004 年“两高”《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》(已失效)第 16 条与 2011 年“两高”、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》第 15 条的“内容合成”,后二者均规定以“共犯”论处。司法实践中“以帮助犯论处”亦是常态模式。如刑法修法前判决的“王某侵犯著作权罪”案中,王某架设网站为会员盗版网站提供在线视频解析服务,通过绕开权利人的技术措施来获取真实播放地址用于在线播放服务,生效判决便是以侵犯著作权罪的共犯(帮助犯)定罪处刑的。〔67〕《解释》在措辞上将原来的

〔64〕 参见江海洋,见前注〔51〕,第 77 页。

〔65〕 参见李国权:“数字时代著作权刑法保护的机制向度——兼论从回应到预防的范式演变”,《电子知识产权》2020 年第 4 期,第 101 页。

〔66〕 参见张明楷,见前注〔39〕,第 541 页。

〔67〕 参见上海市第三中级人民法院刑事判决书,(2020)沪 03 刑初 31 号。

“共犯”改为“共同犯罪”，不能改变其主要指狭义“共犯”（帮助犯）的实质。至此可以说，前引的“共同犯罪说”在《解释》中已发生适用场景的“新分化”：其中的“共同正犯”规制模式适用于“间接规避条款”，而“共犯（帮助犯）”规制模式适用于该第22条的一般帮助情形。其二，证立提供人之共同正犯地位有无实质依据。对此应从“侵犯著作权或邻接权危险”的“作用程度”来诠释，“提供型”间接规避跟一般帮助行为存在重大差异：由于普通的直接规避人难以有规避工具或技术的自行供给能力，需以外部人提供规避手段为“先决条件”，“提供型”行为在直接规避人的构成要件实现中起着同样的“主要作用”（限于对直接规避或后续侵权有重大贡献的行为）；一般帮助行为则仅起“次要或辅助作用”。这样，提供人“虽然没有直接实施构成要件的实行行为，但对构成要件的实现起到了重要或者关键作用的，可谓重要作用的共同正犯”。〔68〕其三，事实上可能会出现共同故意证明不能等情形，造成该条款适用困难。对此，在行为共同说等多元理论逐渐被接受的背景下，可以研究和考虑认定提供人是否成立“片面的共同正犯”等对策，以解决复杂的具体事实情况所可能带来的某些难题。

需要指出的是，“间接规避条款”宜理解为提示规定，从而允许在侵犯著作权罪之外另行“找法”。比如，预备行为与实行行为一体化立法例下，“如果制造条件的预备行为构成其他犯罪的既遂犯或者未遂犯的，按其他犯罪追究刑事责任”，〔69〕以便确保预备犯处罚的例外性。又如，“特殊保护和一般保护并存”成为网络知识产权犯罪罪名体系的显著特点，〔70〕对因某些原因依侵犯著作权罪思路处理间接规避而规制不能或不充分时，可考虑补充适用相应的“一般罪名”即计算机犯罪。质疑者可能会提出，在应然意义上间接规避到底是合于“侵犯著作权罪”还是分于其他罪名呢？其实，在没有独立的间接规避罪刑规范条件下，刑法规制的“合”还是“分”只能取决于在具体条件下能否有效避免“规制不充分”之弊。

五、结　语

《刑法修正案（十一）》以“嵌入修法”模式实现了规避行为入罪的立法进步，也确立了规避型侵犯著作权罪在法益上的“侵权关联要求”之特色，从而在法益侵犯样态上塑造出其特有的危险犯构造。“医疗设备软件案”作为标杆案件，客观上起到了推动对规避型侵犯著作权罪行为认定争议讨论的作用。然而，规避型实行行为认定难题的合理解决，尚需站在该罪属于具体危险犯的立场，来论证和构建全新的教义学认定规则，本文关于该罪实行行为主要要素的认定分析，只是规则构建的初步尝试。《解释》的“间接规避条款”实现了对规避型侵犯著作权罪规范的释法续造，即就“提供型”间接规避的侵犯著作权罪规制，创新性地由“共犯（帮助犯）”规制模式转型为“共同正犯”规制模式；但仍需运用理论资源予以深入证立。今后，从严打击规避行

〔68〕 张明楷：《刑法学》（第5版），法律出版社2016年版，第397页。

〔69〕 张明楷：“预备行为与实行行为一体化立法例下的实质解释”，《东方法学》2023年第4期，第98页。

〔70〕 参见于志强：“我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构”，《中国法学》2014年第3期，第157页。

为仍需进一步处理有效贯通刑事政策与刑法教义学之间鸿沟的问题，以适用侵犯著作权罪为基础来深入探讨多元释法乃至修法规制等综合方案。

Abstract: The "embedded amendment" legislative technique of circumvention-type criminal copyright infringement has produced an "infringement nexus requirement" at the level of the protected legal interest, thereby shaping the offense as an endangerment crime. To establish a circumvention-type constituent conduct, the existence of technological measures is a necessary premise, followed by a stepwise inquiry into the conduct element and its risk substance: the notion of "technological measures" should receive a substantively expansive interpretation in the copyright law and then be applied in criminal law; access-control measures must possess a double effect to satisfy the infringement nexue requirement. "Evading or destroying" means rendering the technological measure ineffective, and must be distinguished from preparatory circumvention and subsequent infringing exploitation. The "danger of infringing copyright or related rights" should not be confined to the traditional bundle-of-rights taxonomy, but assessed with reference to the overall legal interest in copyright and related rights. Acts of indirect circumvention do not fall within the circumvention-type constituent conduct; a policy preference for severe repression of indirect circumvention cannot overstep the limits of criminal law. The "indirect circumvention clause" in the judicial interpretation has a norm-creating/continuity function, shifting the regulatory model for provider-type indirect circumvention from accessory liability to co-principal liability, though this move still requires theoretical justification.

Key Words: Endangerment Offense; Criminal Infringement of Copyright; Circumvention of Technological Measure; Constituent Conduct; Indirect Circumvention

(责任编辑:车浩)