

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2020.05.019

# 设立非法出版罪之思考

吴真文, 闫清嘉

(湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410081)

**摘要:**基于非出版人非法出版图书行为的三重危险性、现行法律规定的不明确性、风险社会理论下新增罪名的佐证以及实现刑罚目的需要,应当对该行为设立非法出版罪。此罪的犯罪客体是正常的图书出版秩序以及文化市场的管理秩序;客观方面为非出版人非法从事图书的印刷、复制、发行、出版等行为;主体为非出版人,即未经出版主管机关许可而从事出版活动的单位或自然人;主观方面为故意且具有营利目的。在该罪的适用过程中应当遵循刑法谦抑性原则、合理区分其与侵犯著作权罪等相近罪名的构罪界限以及正确认定犯罪构成上的竞合问题。

**关键词:**非法出版罪;行为危险性;侵犯著作权罪

**中图分类号:**DF6      **文献标志码:**A      **文章编号:**1672-7835(2020)05-0129-07

图书非法出版行为根据实施主体的不同,可以分为合法出版人实施的图书非法出版行为和非出版人实施的图书非法出版行为。在立法、司法解释或者是司法实践中常论及并予以重视的是合法出版人实施的图书非法出版行为,事实上在利益驱使下不具有出版资格的非出版人实施图书非法出版的行为更为泛滥,正常的图书出版秩序以及文化环境深受其害。因此,对非出版人实施的图书非法出版行为进行单独立法已经成为亟待解决的问题。

## 一 设立非法出版罪之依据

任何行为单独成罪并非偶然,既有现存立法的原因,又有司法适用的需要;既有理论研究方面的背景衬托,还有基于实践的考量。非法出版罪的设立就是在这样的背景下提出的。

### (一)行为之严重社会危害性

笔者认为,非出版人图书非法出版行为具有三重危险性,包括对正常图书出版秩序的危害、对文化环境以及他人著作权侵害的直接性危险以及对社会大众身心健康侵害的间接性危险。非出版人的图书非法出版行为的这三重危险性是设立非

法出版罪的实质依据。

第一,对正常图书出版秩序的危害。《出版管理条例》中设置了对从事出版物出版活动的程序性主体许可条件,是对包括出版图书在内的出版物正常出版秩序的维护。非出版人是未经出版主管机关许可而非法从事出版活动的单位或者个人。非出版人作为没有出版资格的非法主体,如提供复印图书服务的文印店,违背《出版管理条例》的规定,非法进行印刷、复制等行为,无论其印刷、复制的图书内容合法与否,都不能否认此种行为是对正常图书出版秩序的破坏。邵连华非法经营案<sup>①</sup>中,邵连华未经其他出版社许可,私自委托他人出版、印刷并大量发行非法出版图书,情节严重,其行为严重扰乱了正常的出版秩序。

第二,对文化环境以及他人著作权侵害的直接性危险。当非出版人的行为对象内容具有非法性时,其不仅仅侵害正常图书出版秩序,更是危害建立在经济基础之上的上层建筑。非出版人由于尚未具备出版主管机关的许可,因此并不需要相关机关对图书进行内容上的实质审查,非出版人对其出版图书带有不可控的自我决定权,往往成为出版腐朽文化产品的主要阵地。带有反动性政

收稿日期:2020-01-20

作者简介:吴真文(1966—),男,湖南茶陵人,教授,博士,湖南师范大学出版社社长,主要从事刑法学研究;闫清嘉(1996—),女,河南南阳人,硕士生,研究方向为刑法学。

<sup>①</sup>北京市丰台区人民法院刑事判决书(2018)京0106刑初756号。

治内容、淫秽性、暴力性、邪教性等内容的图书被认为是腐朽文化产品,这些腐朽文化产品一旦流入文化市场,将会腐蚀文化环境。徐某某侵犯著作权、贩卖淫秽物品牟利案<sup>①</sup>中,徐某某以获取非法利益为目的,违法经营非法出版图书 13 371 本,其中淫秽图书 1 307 本,其行为严重扰乱了正常的图书出版秩序,并侵犯了国家对文化市场的管理秩序和社会道德风尚。若图书是其他出版单位享有专有出版权的图书或者是未经著作权人许可而复制、发行的图书,将会对其他出版单位的出版权或者他人的著作权造成侵犯。崔某某侵犯著作权案<sup>②</sup>中,崔某某并未取得行政主管部门许可出版资格,就擅自在李某某的印务公司出版、复制并发行未经著作权人许可的他人图书,以此获取一定非法利益,其行为既是对正常的图书出版秩序的侵犯,同时也是对他人著作权的侵犯。

第三,对社会大众身心健康侵害的间接性危险。上述腐朽文化产品的传播从短期来看是对文化环境的直接性破坏,但是从长远来看,这些腐朽文化产品会对社会大众,尤其是青少年的精神世界产生间接性和深远性的影响。青少年特别是儿童对腐朽文化的抵御能力比较弱,一旦对其传播反动性政治内容或淫秽、暴力、邪教等内容,是对其身心健康的严重腐蚀,就相当于动摇了社会下一代的文化根脉。此时,危及的不仅仅是下一代的身心健康,更是危及整个社会和国家的命脉。如北京赵春广等七人侵犯著作权、窝藏案<sup>③</sup>中,被告人侵犯的包括国内与国外的著作权人著作一共 100 多万册、出版社 50 多家、盗版图书达 360 万本,并且盗版图书中绝大部分属于儿童绘本,这些盗版的儿童绘本不仅使用劣质纸张和油墨,对正处于成长期的儿童身体健康造成伤害,而且还有较多错别字,会对儿童的价值认知产生负面影响。

## (二) 风险社会理论下新增罪名之佐证

从一定程度上讲,法律是对社会现实的映射,社会的变迁总是不可避免地触及立法上的变动。随着新的风险社会的到来,此时的“风险”不再是工业时代的事故型风险,亦不单单是后工业时代的技术风险,而是面对社会上频发的食品药

品安全问题、环境安全问题、交通安全问题等产生的新的风险。新的风险社会显然将安全问题置于举足轻重的位置,社会公众对上述频发的安全性问题表现出强烈的不安和慌乱,这种感觉在社会中蔓延,致使社会整体对安全提出了更高要求<sup>④</sup>。立法者对此要求的回应体现在立法层面就是对相关领域新罪名的增设、入刑起点的降低以及处罚范围的扩大。《刑法修正案(八)》中增设的危险驾驶罪、取消生产销售假药罪“足以严重危害人体健康”的这一入罪标准等皆为典型。据统计,我国出台的十部刑法修正案中一共增设 55 个新的罪名,并且主要集中于刑法分则的第二章危害公共安全犯罪、第三章破坏社会主义市场经济秩序犯罪以及第六章妨害社会管理秩序犯罪<sup>⑤</sup>。立法者在立法层面的回应相当于是对风险社会中社会公众不安感在立法上的确认和安慰,从增设罪名的章节分布就可以看出立法者对于公共安全、市场秩序以及社会管理秩序的重视。非出版人的图书非法出版行为,一旦实施与其说是对正常的图书出版秩序的破坏,更进一步来讲是文化根脉传承之阻碍。面对非出版人非法出版图书行为的严重危害性,其行为风险是比安全风险更深层次的存在,正常图书出版秩序以及文化根脉得以完好延续是关乎民族生死存亡的大计,立法机关应当予以重视。此外,危险驾驶罪是典型的行为犯,或者称之为抽象危险犯,是基于其行为本身的严重危害性进行考虑,即便结果尚未出现或尚未出现致使结果出现的危险,仍对此类行为处以刑罚。立法上存在这样的先例,并且不止一例,那么对于具有严重社会危害性的非出版人图书非法出版行为亦可作为行为犯而入罪。

## (三) 现行法律规定的不明确性

对于非出版人的图书非法出版行为,应当如何定性和处理,我国刑法并没有直接和专门的规定。若抛开主体不论,即便对于非法出版行为如何认定和处理,也没有专门的立法,仅有《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)所做的

①广东省广州市中级人民法院刑事裁定书(2009)穗中法刑二知终字第4号。

②山东省淄博高新技术产业开发区人民法院刑事判决书(2017)鲁0391刑初122号。

③北京市第三中级人民法院刑事裁定书(2018)京03刑终332号。

④劳东燕:《风险社会理论与功能主义的刑法立法观》,《法学评论》2017年第6期。

⑤姜涛:《社会风险的刑法调控及其模式改造》,《中国社会科学》2019年第7期。

司法解释。尽管在该《解释》的第15条<sup>①</sup>将非法从事出版物的出版行为认定为非法经营罪,但是笔者认为此种规定看似明确实则并不明确,且有失妥当,依据如下。

首先,先看《解释》第11条的规定。根据《解释》的条文文字描述,第11条的适用对象仅为出版物内容非法的情形,至于主体是否具备出版资格则在所不论,即使两者皆有包含,其入罪标准仅为“情节严重”。换言之,根据该条的规定,不论出版人还是非出版人,只要其出版的图书内容非法,且达到了“情节严重”的标准,就可以以“非法经营罪”论处。

其次,再看该《解释》第15条的规定。根据《解释》第15条,这一条是专门为“非法从事”出版的行为人(即非出版人)所做的规定,并未强调“出版物”内容合法与否,若两者皆有包含,那么非出版人非法从事出版活动且出版图书内容非法,入罪标准必须达到“情节特别严重”。换言之,非出版人从事非法出版行为如果仅仅达到“情节严重”还不能入罪,必须达到“情节特别严重”才能入罪。

由《解释》的上述规定可见,存在两个明显的缺陷:第一,《解释》的两条款之间具有适用主体和内容的重叠性。第11条强调的是出版物的内容是否非法,没有考虑行为的主体是否合法。而第15条规定了行为主体的合法与非法,却没有限定出版物的内容是否非法。从文理上来说,两法条都可以做出扩张解释。第二,即便定性结果均为非法经营罪,然而不同的人罪标准就产生了司法适用时的选择困难。这还是次要的,更主要的是会出现倒置的入罪标准,因为根据《解释》第11条和第15条现有的逻辑,出版人只要达到“情节严重”就可以以“非法经营罪”论处,而非出版人必须达到“情节特别严重”才能以“非法经营罪”论处,在某种程度上会对非出版人的非法出版行为形成立法上“纵容”的印象。

#### (四) 刑罚目的之实现

对于刑罚之根据或者说刑罚之目的,存在报应主义与功利主义之争。报应主义认为刑罚的目的在于对行为人罪过的惩罚,主要有两个基本观点:一为行为人所受刑罚与其行为所产生的社会

危害性相称,二为行为人所受刑罚与其主观恶性相称。功利主义又称预防主义,更加注重的是预防犯罪,认为刑罚的目的在于防卫社会或者是防止犯罪分子再次实施犯罪,宗旨是通过通过对犯罪分子实施刑罚来实现社会效益的最大化。

非出版人图书非法出版行为若在立法上进行规制,能够同时实现报应与预防的双重刑罚目的。首先,从报应主义的角度来讲,非出版人的非法出版行为是对正常图书出版秩序的破坏,那么对此种行为设立罪名与相应的刑罚是对其实施非法行为的报应。当前我国是“行政—刑事”二元制处罚体系,一般违法的情况下仅仅适用行政处罚,一旦行为满足刑法分则的犯罪构成时就处以刑罚。在高额且相对稳定利益的驱使下,非出版人非法出版图书的行为屡禁不止,足以证明对此种行为实施行政处罚已经力所不及,在尚未发生其他危害结果的情况下此种行为就应当被处以刑事处罚。从预防主义的角度来讲,一方面对此种行为设立罪名和与其行为相当的刑罚能够使犯罪分子在严厉的刑罚中痛改前非、悔过自新;另一方面能够警示并规范上引导潜在的正在实施以及将要实施非法出版行为的非出版人走向正途,在这两个方面中实现对正常图书出版秩序的间接性保护。此外,对此种行为进行立法规制能够预防和保护文化环境、文化市场以及社会大众的身心健康免受腐朽文化产品的污染,使文化传承得以延续。

## 二 非法出版罪设置之思考

非法出版罪是指非出版人以营利为目的,实施图书的印刷、复制、发行、出版等图书非法出版行为。鉴于该行为具有三重严重的社会危害性,因此该罪作为行为犯,不以发生法益侵害结果为必要。对非法出版罪的设置主要从罪名及所处刑法分则的章节、罪状及犯罪构成的具体描述和法定刑设置三个方面进行考虑。

### (一) 罪名及所处章节之考虑

对于非法出版罪之设立存在现行法律规定的不明确性、行为的三重危险性、风险社会理论下多个新增罪名的辅助证明以及实现报应与预防双重刑罚目的等方面的依据。因此,应当设立非法出

<sup>①</sup>《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第15条:“非法从事出版物的出版、印刷、复制、发行业务,严重扰乱市场秩序,情节特别严重,构成犯罪的,可以依照刑法第225条第(三)项的规定,以非法经营罪定罪处罚。”

版罪,置于《刑法》第217条中,作为第217条之一<sup>①</sup>。之所以将非法出版罪作为第217条之一,当然与行为方式存在一定关联性。与图书出版相关联的仅仅是刑法分则第217条侵犯著作权罪中的第(二)项<sup>②</sup>,鉴于刑法并未就非法出版设置独立章节以及非出版人图书非法出版行为与侵犯著作权罪第(二)项的密切关联性,故将该罪名作为第217条之一。

## (二) 罪状及犯罪构成之描述

非法出版罪作为刑法分则第217条之一,分为两款。第一款规定:“非出版人实施图书非法出版行为,处三年以下有期徒刑或拘役,并处或者单处罚金;非法出版图书数量较大或者有其他严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;非法出版图书数量巨大或者有其他特别严重情节的,处七年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”第二款规定:“单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照上述规定处罚。”

### 1. 犯罪客体

非法出版罪的犯罪客体应当是图书的正常出版秩序、文化市场秩序以及社会大众的身心健康。犯罪客体存在单一客体与复杂客体之分,笔者认为此罪应当是复杂客体。如前所述,非出版人图书非法出版行为应当作为行为犯,若尚未发生危害结果,此时侵犯的客体为图书的正常出版秩序,然而,虽然实害结果并未发生,但是存在影响文化市场秩序的危险,对于行为犯着重考虑的是其实行行为存在的严重危险性;若已经发生不可挽回之危害结果,非出版人之行为不可避免地侵犯图书的正常出版秩序,实害结果已然发生,此时对文化市场秩序的影响不再停留于危险阶段,而是进入了实质的危害阶段。非出版人图书出版的行为对正常的图书出版秩序以及文化市场秩序的破坏体现为直接性和现实性的破坏;从长远的方面考虑,鉴于非出版人出版的图书并未经过质量和内容上的审查程序,一方面,非出版人往往使用的劣质纸张以及油墨会对社会大众的身体健康产生一定损害。另一方面,图书内容的非法

与否难以监测,一旦内容非法的图书大量流入市场,会对社会大众的心理健康形成负面影响,尤其是对本应继受优秀文化的青少年的心理健康造成不可估量的腐蚀,使文化根脉的传承受阻。因此可以认为,非法出版罪侵犯的犯罪客体是图书出版秩序、文化市场秩序以及社会大众的身心健康三个方面的法益,是复杂客体。对于复杂客体中诸个客体并非是并列或者说并非是并重的关系,而是具有主次之分。图书的正常出版秩序、文化市场的管理秩序以及社会大众的身心健康之间亦存在主次之分,前者为主,后两者为次。原因在于此罪设置为行为犯,应当以行为本身所触犯的直接法益为主,非出版人非法出版图书的行为直接侵犯的就是正常的图书出版秩序,并且无论实害结果出现与否,均不影响其行为对正常的图书出版秩序的破坏。

### 2. 犯罪客观方面

非法出版罪的客观行为内容是实施图书非法出版的行为。出版是指将作品进行一定的编辑与加工之后,经过复制环节然后向公众发行的行为<sup>③</sup>。因此,从张明楷教授这一描述来看,出版包括图书的印刷、复制、发行等一系列的环节,此处的“出版”不单单指最终的出版成书,还包括其行为组成之具体环节,非法实施任何一个环节都应认为是“非法出版”。此行为构成具有选择性,不是必然满足所有环节才可构成。“印刷”包括对图书的设计工作、校对工作、印刷成册以及进行整体装订。“复制”就是对图书原件的内容通过印刷、扫描等方式进行多份的制造。“发行”在通常意义上意味着对图书进行第一次的印制以及进行定量的销售。无论是行为人实施上述任何一种行为,都是对正常图书管理秩序的破坏。

从另一个维度思考,对于行为对象的性质应如何定性,即是否应对行为人非法出版的图书内容合法与否做限定呢?笔者认为,不宜对其做限定,应当从以下两个方面考虑:第一,非法出版图书的内容合法与否并不影响其行为对出版秩序造成的损害,即便非法出版的图书内容并不具有非

①吴真文,张伶:《图书非法出版定罪问题研究》,《现代出版》2018年第3期。

②《刑法》第217条:以营利为目的,有下列侵犯著作权情形之一,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:(二)出版他人享有专有出版权的图书的。

③张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2016年版,第825页。

法性,但是非出版人的图书非法出版的行为已然对图书的正常出版秩序造成一定的破坏,需要刑法进行规制;第二,在非法出版的图书内容并不具有非法性的情况下,非出版人的图书非法出版行为就应当规制,那么根据当然解释规则,在非法出版的图书内容具有非法性时,更应该对其图书非法出版行为进行刑事处罚。非法出版的图书内容具有非法性可以作为法定刑的升格条件之一。关于“非法性”的具体内容可以参照《解释》第1-11条规定的行为对象,包括涉及反动性政治内容、侵犯著作权、侮辱歧视性、淫秽性、著作权人不明、邪教性等具有非法性质内容的出版图书。如果非出版人非法出版这些特定非法内容的图书的同时涉及其他罪名的,应当认定为其他罪名与非法出版罪的想象竞合,择一重罪进行处罚。

### 3. 犯罪主体

非法出版罪的主体应当是未经出版主管机关许可的非出版人,并且非出版人包括不具有出版资格的自然人和单位,其中不具有出版资格的单位包括两种,一为仅仅具有编著或者出售图书权限的文化经营性公司,根据其经营范围之限制,并不具有出版权限,因此此种非出版人通常情况下通过与合法出版人,如出版社,建立一种合同关系从而使图书得以出版。在此种情况下,文化经营公司虽然被称为是非出版人,但是其文化市场主体身份是合法的,然而若其并不与合法出版人合作,擅自对图书实施出版活动,那么此时其就应当被认为是非法出版罪的犯罪主体。二为单位并未经出版主管机关的许可而设立,并且其主体经营业务是进行图书的非法出版活动。

需要说明的是,此罪不包括合法出版人,原因就在于,合法出版人实施的出版他人享有专有出版权的图书、审查或者校对程序的不正当进行、编辑内容出现严重误差或者错列出版作者的姓名等行为均是侵犯著作权罪的客观行为表现,应当认定为侵犯著作权罪。

### 4. 犯罪主观方面

非法出版罪的责任形式是故意,即非出版人明知其自身并不具备出版资格,而实施非法印刷、复制、发行等与出版相关的出版行为,认识到自己的行为会发生破坏正常的图书出版秩序的结果,并且希望这种结果发生。

该罪要求以营利为目的,具有以下两个方面的意义。首先,实现了罪与罪之间的协调。将非

法出版罪作为《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的罪名,如果行为人并不具有营利目的,那么其行为就难以认定为经济活动,进而难以认定其破坏市场经济秩序。比如,如果其行为形式上符合非法出版罪的犯罪特征,但是并不具有营利目的,单纯是用于科研或者教学,那么此种行为就不认为触犯非法出版罪。并且非法出版罪作为《刑法》第217条之一,第217条的侵犯著作权罪要求具有“以营利为目的”,为了实现章节罪名之间的协调性,应当要求非法出版罪具有“以营利为目的”的主观要件。其次,遵循了刑法谦抑性原则。“以营利为目的”作为本罪的主观要件,对入罪具有一定的限制作用,如果不加上这一主观性要件,那么本罪的处罚范围将会不合理地扩大。在此种情况下,单纯用于科研或者教学任务的复制行为将会被认为触犯本罪,将违背社会公众朴素的法感情。因此,对本罪“以营利为目的”要件的要求是对刑法谦抑性原则的遵循。

进一步考虑,法定刑升格条件中“非法出版图书内容具有非法性”是否需要非出版人认识到这一事实呢?笔者认为,应当要求行为人认识到这一事实。“非法出版图书内容具有非法性”属于情节加重的构成要件,非出版人对图书内容并不违法的非法出版活动是基本的犯罪构成要件。对于同一犯罪基本犯罪构成不同情节之间以及同一犯罪的加重犯罪构成不同情节之间的认识错误,属于具体的事实认识错误情形,即行为人所认识到的事实和实际上发生的客观事实并不一致,两个事实仍然没有超出同一个犯罪构成的范畴。此种情形下并不影响对故意的认定以及基本法定刑或加重法定刑的适用。然而,在同一犯罪的基本情节与加重情节之间的认识错误,属于抽象的事实认识错误,只能按照基本犯进行处罚。因此,非出版人非法出版的图书内容具有非法性,而行为人并未认识到并且仅仅认为是内容合法的图书,那么此时就应当认为此种情形属于基本情节与加重情节之间的认识错误,属于抽象的事实认识错误,只能认为是非法出版罪的基本犯。因此,应当遵循责任主义的要求,要求非出版人对法定刑升格条件中“非法出版图书内容具有非法性”这一事实具有认识。

### (三) 法定刑设置

如前所述,应当将非法出版罪置于第217条中作为其“之一”,可以对非法出版罪设置三个等

级的法定刑,第一个等级:非出版人实施图书非法出版行为,处三年以下有期徒刑或拘役,并处或者单处罚金;第二个等级:非法出版图书数量较大或者有其他严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;第三个等级:非法出版图书数量巨大或者有其他特别严重情节的,处七年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。

至于“非法出版图书数量较大”“非法出版图书数量巨大”“其他严重情节”以及“其他特别严重情节”的具体认定标准可以参照《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》第5条和《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条的相关规定。“非法出版图书数量较大”是指非法出版的图书数量达到五百册以上。“其他严重情节”包括非法经营数额五万元以上、违法所得数额三万元以上或者其他严重的情节。“非法出版图书数量巨大”是指非法出版的图书数量达到2500册以上。“其他特别严重情节”包括非法经营数额二十五万元以上、违法所得数额十五万元以上或者其他特别严重的情节。

### 三 适用非法出版罪时应注意的问题

非法出版罪的设置不仅仅需要明确的犯罪构成,还需遵循刑法谦抑性原则并合理界定其与侵犯著作权罪等相近罪名的边界。

#### (一) 遵循刑法谦抑性原则

##### 1. 本罪增设并不背离刑法谦抑性原则

首先面临的问题就是增设非法出版罪是否会与刑法谦抑性原则相背离?这是对本罪设立的合理性的探讨。笔者认为,增设此罪并不背离刑法谦抑性原则。首先,非出版人实施的图书非法出版行为具有如前文所述的三重严重危险性,对于正常的图书出版秩序以及合法出版人的合法出版地位来讲存在极大的威胁,会对文化市场秩序产生直接性的危险,并且对社会大众尤其是青少年的身心健康可能会产生间接性的影响。因此对于此种行为具有以犯罪进行立法规制的实质条件。其次,刑法谦抑性原则的最大特征就在于其经济性,其他制裁方式对某一行为已有规定,就适用此种制裁方式,不再动用刑法。在非法出版行为屡禁不止的今天,适用行政处罚的方式根本不足以

抑制,其他的制裁方式也无法替代刑法,只有通过刑法这一途径才能维护正常的图书出版秩序以及文化市场环境。即便《解释》第十五条中规定非法从事出版行为适用非法经营罪,而“情节特别严重”入罪标准的具体情形尚无规定,具有很大的模糊性,并且非法经营罪的兜底性会使此种行为丧失其独特的行为特征,因此应对此种行为设置单独的罪名与法定刑。最后,即便刑法将此种行为予以单独立法规制,亦不会侵犯或限制公民合法权益及自由,仅仅限制的是对正常的图书出版秩序予以破坏的非法出版行为,并不阻碍合法出版人的自由出版行为。同时非法出版罪之设置也能够对社会中的此类行为进行抑制以及预防。从上述的三个方面考虑足以证明非法出版罪的增设并不背离刑法谦抑性原则。

##### 2. 本罪适用应当遵循刑法谦抑性原则

刑法谦抑性原则并非法定的刑法原则,却是在刑法适用的过程中必须遵循的非成文刑法原则。在适用非法出版罪时亦应当遵循刑法谦抑性原则,应当注意以下两个方面:第一,遵循刑法谦抑性原则并非是指在刑法规范已经对此种行为亦有规定的情况下,仍旧适用对此种行为在其他部门法中已有的较轻制裁性规定。在非出版人非法出版图书的行为已经满足非法出版罪的犯罪构成时,便不当再考虑对其他部门法的适用。因此,刑法谦抑性原则并不适用于同一行为同时满足刑法以及其他部门法的相关规定的情形,但适用于刑法单独适用的全过程。第二,在适用非法出版罪时,司法机关应当注意刑法适用过程中遵循刑法谦抑性原则。首先,判断罪与非罪时,如果非出版人行为与“出版”有所关联,但其行为又不能完全囊括在“出版”这一语义之中的,根据刑法谦抑性原则,恰当的处理办法是不作为犯罪处理。其次,在考虑是否处以刑罚时,非出版人的行为情节较为轻微,并且是迫于生计或者其他不得已的原因时,根据刑法谦抑性原则,并非必须选择刑罚处罚,可以选择适用非刑罚处罚措施,甚至是免除处罚。最后,在较重刑罚与较轻刑罚的选择之中,可以考虑非出版人的犯罪具体情节、自首情节等具体情节,根据刑法谦抑性原则,可以通过对具体情节的整体考虑,适用较轻的刑罚。

##### (二) 合理界定本罪与侵犯著作权罪之边界

首先,本罪与侵犯著作权罪最大的区分之处在于,本罪是行为犯,一旦其实行行为既遂,即便

侵害法益的结果未出现,仍认为其符合本罪的犯罪构成,应以本罪论处。然而侵犯著作权罪是结果犯,只有在满足特定情形下违法所得“数额较大”或者具有“其他严重情节”的才会构成此罪。其次,合法出版人实施的出版他人享有专有出版权的图书、审查或者校对程序的不正当进行、编辑内容出现严重误差或者错列出版作者的姓名等行为均是侵犯著作权罪的客观行为表现,应当认定为侵犯著作权罪。而非出版人的图书非法出版行为认定为非法出版罪。就图书出版这一层面来讲,侵犯著作权罪与非法出版罪同时置于第 217 条之下也是鉴于两罪在行为方式上存在的特殊联系,即根据出版主体合法与否,可以分为合法出版人与非出版人,对于合法出版人实施的非法出版活动通过侵犯著作权罪进行规制,对于非出版人实施的图书非法出版行为通过非法出版罪进行处罚。非法出版罪的法定刑设置也大多参考侵犯著作权罪,并且对于“情节严重”以及“情节特别严重”的具体情形也是根据关于知识产权的两个司法解释进行设置。

### (三) 本罪与他罪之竞合问题

此外,鉴于非出版人的非法出版图书的内容具有非法性,正如上述所说的带有反动性政治内容、淫秽性、暴力性、邪教性等内容的图书,从而致

使非出版人的图书非法出版行为同时符合他罪的犯罪构成时,比如同时符合煽动颠覆国家政权罪、侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪、侮辱罪、诽谤罪、非法歧视、侮辱少数民族作品罪、传播淫秽物品牟利罪、非法经营罪等罪名,又该在非法出版罪与这些他罪之间如何选择呢?究竟是法条竞合,抑或是想象竞合?例如非出版人的非法出版图书事实上为他人具有著作权的图书,那么按照《刑法》第 217 条应当认定为侵犯著作权罪,而非出版人的图书非法出版行为同时也符合非法出版罪的犯罪构成。笔者认为非出版人的该行为属于一行为触犯两罪的想象竞合,并非是法条竞合,因为侵犯著作权罪与非法出版罪虽然设置在刑法分则第 217 条之下,但是两罪所保护的具体法益并不相同,侵犯著作权罪保护的法益侧重于知识产权的具体内容即他人的著作权,而非法出版罪的保护法益是正常的图书出版秩序以及文化市场秩序。由此可见,两罪保护法益并非属于同一种类,法益之间也并不存在特殊与普通的关系,因此应当认为上述行为属于一行为触犯两个犯罪构成且其保护法益之间不存在交叉关系的想象竞合,非出版人的行为同时符合两个犯罪构成且法益之间不存在交叉时,只有将其认定为想象竞合犯才能实现对其犯罪行为完整评价。

## Reflections on the Establishment of the Crime of Illegal Publication

WU Zhen-wen & YAN Qing-jia

(School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

**Abstract:** The crime of illegal publication should be established based on the triple dangers of non-publishers' illegal publication, the uncertainty of current laws, the evidence of new charges under the risk society theory and the need to achieve the purpose of the penalty. The criminal object of this crime is the normal order of book publishing and the management order of the cultural market. The objective aspect is that the non-publisher illegally engages in the printing, copying, distribution, and publishing of books. The subject is a non-publisher who is that an entity or natural person engaged in publishing activities without the permission of the competent authority for publication. Subjective aspects are intentional and have a profit-making purpose. In the application process of the crime, the principle of modesty and restraint of the criminal law should be followed, the boundary between the crimes of infringement of copyright and other similar crimes should be reasonably distinguished, and the problem of co-operation in the constitution of the crime should be correctly determined.

**Key words:** the crime of illegal publication; behavioral risk; crime of copyright infringement

(责任校对 游星雅)