

我国网络知识产权犯罪 制裁体系检视与未来建构

于志强*

内容提要 通过对网络环境下知识产权犯罪罪名体系适用的司法实效考察,反思我国知识产权犯罪制裁体系,可以发现,在网络和知识经济的双重时代背景下,目前我国知识产权的刑法保护存在着法益保护范围过窄和犯罪行为定性混乱或缺失的问题。因而,在宏观上实现从“适度保护”向“同等保护”的刑事政策转化;在微观上继续进行知识产权犯罪罪名扩大解释的司法努力的同时,推动知识产权犯罪的刑事立法更新,是加强网络环境下知识产权的刑法保护、建构完善的知识产权犯罪制裁体系的必然选择。

关键词 网络知识产权 刑法保护 罪名体系

人类已然进入知识经济时代,知识产权作为知识经济环境下最为活跃的新兴权利,极大地推动了整个社会的进步。然而,由于知识产权本质上属于无形的精神财富,较之有形的物质财富,其更容易被不法行为所侵害;而信息技术的发展也给知识产权的保护带来了难题。传统的知识产权侵害仅限于现实环境下的物理性接触,但是,信息技术使通过网络对知识产权进行虚拟的接触成为可能,带来了脆弱的知识产权更容易被侵害的客观现实。如何应对网络时代知识产权的刑法保护,正视网络时代知识产权刑法保护所面临的挑战,积极的进行理论研究,进而指导刑事立法和刑事司法实践,及时填补网络环境下知识产权犯罪所造成的刑法制裁真空,是目前知识产权保护中最为迫切需要解决的问题^①。

一、网络知识产权犯罪的罪名体系

知识产权是新型的智慧财产权,直至上世纪 60 年代才被普遍承认;而网络同样是

* 浙江理工大学法政学院讲师、法学博士。本文系 2012 年教育部哲学社会科学重大课题攻关项目“信息时代网络法律体系的整体建构研究”(项目号:12JZD039)的阶段性成果。

① 为了行文的简洁,文中的“网络环境下的知识产权犯罪”简称为“网络知识产权犯罪”。

全新事物,从诞生至今仅仅二十余年。刑事立法和司法甚至刑法理论界对网络知识产权犯罪的认识和经验都略显不足。如在刑事法律体系中,网络知识产权犯罪的罪名体系依然处于模糊地带;而在司法实践中,网络知识产权犯罪的制裁依然过度依赖于非侵犯知识产权罪罪名。

(一) 网络知识产权犯罪的罪名体系特点——特殊保护和一般保护并存

我国刑法分则第三章第七节规定了侵犯知识产权罪,共包含七个具体侵犯知识产权犯罪的罪名,然而上述七个侵犯知识产权罪罪名的外延过窄,只能满足对部分知识产权的特殊保护,并不足以涵盖现实社会中的全部网络知识产权犯罪行为,因此,必须引入其它罪名对知识产权进行一般保护。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征。

1. 网络知识产权犯罪的特殊罪名

我国 97 年刑事立法之初,从全部知识产权中仅设定了部分知识产权进行特殊的刑法保护,具体来看,体现为以下四种特殊知识产权:(1) 著作权特殊保护罪名,包括侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪。著作权特殊保护罪名所制裁的是以营利为目的,直接指向侵犯著作权中的复制、发行权,美术作品的署名权的行为。(2) 商标权特殊保护罪名,包括假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪和非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪。商标权特殊保护罪名,保护的是注册商标的专用权,《商标法》第 57 条规定的七种侵犯注册商标专用权的行为,商标权特殊保护罪名对其中四种行为进行了制裁。(3) 专利权特殊保护罪名,包括侵犯专利罪。专利权特殊保护罪名保护的是专利权的标识权,实施许可权和转让权等其它权利未予以保护。(4) 商业秘密特殊保护罪名,包括商业秘密罪。商业秘密特殊保护罪名对商业秘密的保护比较全面,《反不正当竞争法》第 10 条规定中的商业秘密侵权行为全部纳入到了刑法的保护范围。

2. 网络知识产权犯罪的一般罪名

我国自 1980 年向世界知识产权组织递交加入书开始建构知识产权法律体系,一系列知识产权权利被民法通则、著作权法、商标法等法律所宣示。但是,由于现行刑法分则对特定知识产权保护的种类过少、保护面过窄的客观现实,司法实践中必然存在大量的严重侵害网络知识产权的行为无法以侵犯知识产权罪罪名评价,只能依靠其它罪名进行评价,以填补网络知识产权犯罪制裁真空的状况:

第一 特殊权利保护的补足——生产、销售伪劣商品犯罪和非法经营罪。由于侵犯网络知识产权犯罪往往同非法市场行为相联系,因此,对于以下两种知识产权犯罪行为可以通过其它经济犯罪罪名进行评价,扩展刑法对知识产权的保护范围:(1) 对于以生产、销售未经授权的商品侵犯知识产权的,可以视为以假充真、以次充好、以不合格商品冒充合格商品,运用生产、销售伪劣商品类罪名进行制裁;(2) 对于通过经营行为侵犯知识产权的,可以视为侵害了知识产权权利人的合法权益,扰乱了市场自由、公平、对等的秩序,运用非法经营罪进行制裁。

第二,手段行为的制裁——计算机犯罪罪名。网络知识产权犯罪大多属于网络犯罪,在犯罪的实施过程中,必然借助或利用网络空间的资源,而这种利用网络计算机技术实施的严重侵害知识产权的行为,其利用网络计算机技术的行为本身就有可能单独成立刑法分则第六章第一节的计算机犯罪罪名。不过,由于此时该行为属于侵害知识产权行为的手段行为,在侵害知识产权行为本身可以成立其它罪名时,手段行为所涉及的罪名一般不再单独评价,而是作为量刑情节考量。然而,由于目前我国网络知识产权犯罪罪名体系还存在着较大的不足,侵害知识产权的目的行为往往没有具体的罪名进行制裁,此时,只能选择对属于计算机犯罪罪名的手段行为进行制裁,从而达到间接实现制裁犯罪、保护网络知识产权的刑法功能。

(二) 网络知识产权犯罪罪名体系的实效考察

网络知识产权犯罪同网络信息技术相结合,在世界范围内被公认为是知识产权犯罪全新的发展趋势和新时期最为严重的威胁,^②需要指出的是,由于网络的虚拟性和技术性同知识产权的“无形财产”属性所具有的天然契合和联系,几乎所有知识产权犯罪都可以通过网络犯罪的方式实施。面对知识产权犯罪这一全新的发展趋势,有必要重新检视知识产权犯罪的司法实践,进而反思我国知识产权犯罪制裁体系的未来建构。^③

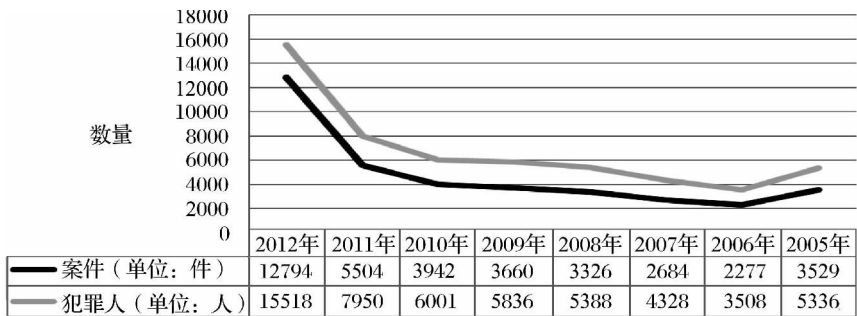
1. 知识产权犯罪的宏观数据分析

根据2005年至2012年我国知识产权犯罪的宏观数据显示,整体上看,我国知识产权犯罪形势严峻,知识产权案件数和人数逐年增加;而知识产权犯罪中共同犯罪趋势却有所回落。知识产权犯罪作为新型犯罪最初并未受到足够重视,虽然我国从1998年开始发布知识产权白皮书,但是,对于知识产权犯罪的统计却是从2005年才开始的,然而,知识产权犯罪的发展速度却极为迅速。从表一中可见,犯罪数量从2005年的3529件、5336人到2012年的12794件、15518人,增长了近三倍,尤其是近几年知识产权犯罪的数量以近乎直线的幅度上升。知识产权犯罪日益严重,其中原因自然是复杂的,但知识产权犯罪与网络相结合后,网络知识产权犯罪爆发出的巨大负能量亦不容忽视。目前,知识产权犯罪中,侵犯著作权犯罪最多,而其中大部分又都与网络相关。因此,结合相关数据我们不难得出这样的结论——网络在促进知识产权迅速发展的同时,也带来了巨大的知识产权犯罪问题。

② 参见毛庆《互联网成知识产权侵权重灾区》,载《南京日报》2013年4月24日。

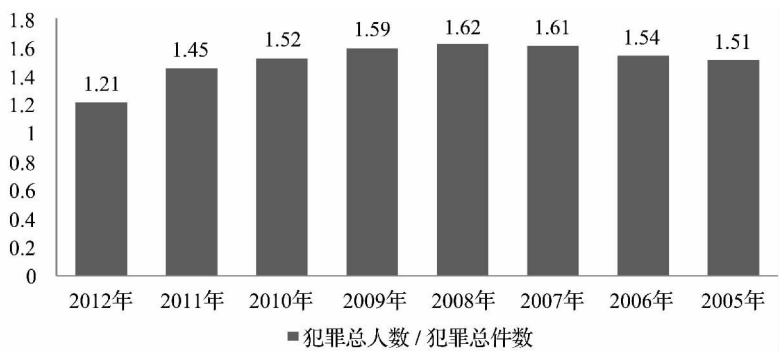
③ 本文中所使用的知识产权犯罪数据,除作特别说明的之外,所有数据来源于1998年-2012年《知识产权白皮书》,版权所有人:中国国家知识产权局,下载网址: <http://www.sipo.gov.cn/zwgs/zscqbps/>。《中国法院知识产权司法保护状况(2009年)》,载《人民法院报》2010年4月10日第2-3版;《中国法院知识产权司法保护状况(2010年)》,载《人民法院报》2011年4月19日第2-3版;《中国法院知识产权司法保护状况(2011年)》,载《人民法院报》2012年4月19日第2-3版;《中国法院知识产权司法保护状况(2012年)》,载《人民法院报》2012年4月23日第4版。

表一: 2005 年 - 2012 年法院一审知识产权犯罪案件和犯罪人数量



通过犯罪人总数和犯罪总案件数之间的比例(以下简称共同犯罪比例系数) ,我们可以知道某种犯罪类型在司法实践中是单独犯罪为主还是共同犯罪为主。从表二中我们可以发现 ,知识产权犯罪在整体上呈现出共同犯罪下降的趋势 ,从 2005 年到 2010 年 ,共同犯罪比例系数从未低于 1.5 ,而在 2011 年首次跌破 1.5 ,2012 年则达到 1.21 的历史最低点。

表二: 2005 年 - 2012 年法院一审知识产权犯罪总件数和总人数之比



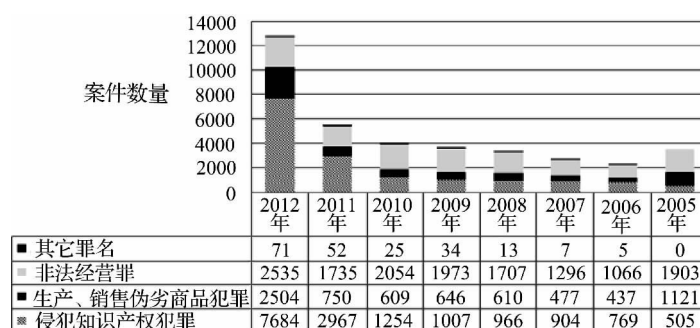
知识产权犯罪的共同犯罪趋势下降 ,应当说与知识产权犯罪越来越充分地利用网络资源有密切的联系。传统知识产权犯罪中 ,对于知识产权的侵害 ,往往需要通过一定的物质载体 ,如实施制作、销售、传播书籍、光盘以及制作假冒商标、专利号的产品等行为时 ,往往需要多人分工协作共同实施;而在网络空间中 ,网络的虚拟性推动了知识产权的信息化 ,脱离了物质载体 ,而网络的技术性则为实施知识产权犯罪提供了技术支持 ,使侵害知识产权犯罪的实施更为简单、便捷 ,而这种技术帮助和支持的获得 ,往往在帮助人和侵害实行行为人之间不具有共同的犯意 ,因此 ,不能视为传统的帮助犯。今后 ,借助于网络技术优势 ,知识产权犯罪单独犯罪的趋势会日益明显。

2. 知识产权犯罪具体罪名的分布特征

表三中显示了 2005 年至 2012 年作为特殊罪名的侵犯知识产权犯罪与作为一般罪名具有侵犯知识产权情节的生产、销售伪劣产品犯罪和非法经营罪以及具有侵害知识产权情节的其它罪名的案件数量。其中 ,侵犯知识产权犯罪的数量从 2005 年的 505 件

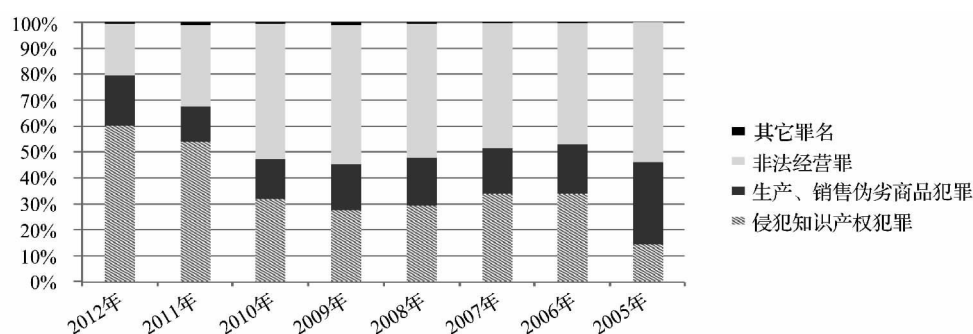
逐年增加直至2012年的7684件,短短八年间增长了15倍有余;生产、销售伪劣商品犯罪案件数量则呈现出不规律的态势;而非法经营罪的犯罪数量则相对稳定;其它罪名的数量虽然也是逐年增加,但是仍然属于边缘性罪名。

表三:2005年-2012年法院一审知识产权犯罪罪名分布数量



表四则显示了2005年至2012年上述四类罪名的分布比例。从中可以发现,整体上来看,作为特殊罪名的侵犯著作权犯罪,在全部知识产权犯罪的比例呈上升趋势;而生产、销售伪劣商品犯罪案件数量在2005年曾经达到最高的比例,随后几年一直在约14%-20%之间徘徊;而非法经营罪则长期属于知识产权犯罪案件中主要适用的罪名,从2005年-2010年基本上都占据了全部案件数量的50%以上;然而,从2011年开始非法经营罪所占的比例有了大幅的下跌,到2012年所占的比例仅为约20%;而其它罪名一直处于明显的边缘位置,所占的比例从未超过1%。因此,整体来看,作为特殊罪名的侵犯知识产权罪无论是从数量上还是比例上,在知识产权犯罪司法实践中的适用都是较低的,近两年虽然整体提升明显,但依然有40%的知识产权犯罪需要通过其它罪名制裁。可见,现有罪名体系的不协调非常明显。

表四:2005年-2012年法院一审知识产权犯罪罪名分布比例

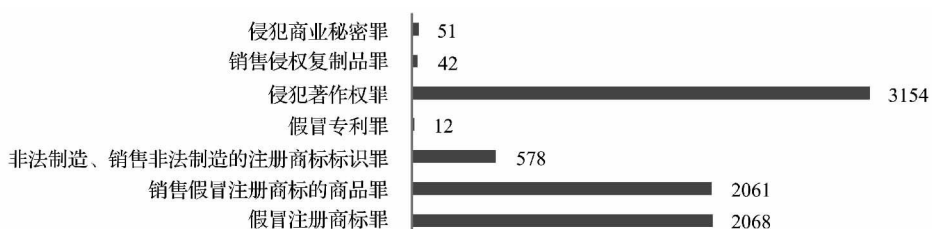


3. 特殊权利保护罪名的分布特征

根据表三和表四的数据我们可以发现,作为特殊保护罪名的侵犯知识产权罪罪名从2011年起在整个知识产权犯罪中的数量开始占据主要部分。为了进一步明确侵犯知识产权罪罪名的分布,笔者以2012年全国检察机关提起公诉的侵犯知识产权罪罪名

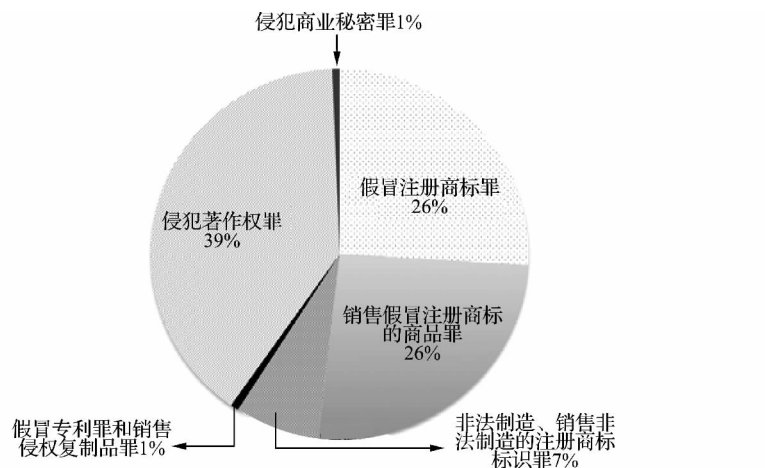
数据为基础进行了统计。如表五所示,在全部侵犯知识产权罪中,侵犯著作权罪的数量最多达到了3154件;随后依次是侵犯注册商标权的三个罪名;余下的三个罪名在数量上明显较少,从高到低依次是侵犯商业秘密罪、销售侵权复制品罪和假冒专利罪。

表五:2012年检察院提起公诉的侵犯知识产权罪罪名数量



表六则显示出了每类具体罪名在全部提起公诉的侵犯知识产权罪的比例,侵犯著作权罪是侵犯知识产权罪提起公诉中最常适用的具体罪名,而假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪和非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪也占据了比较重要的比例。因此,在侵犯知识产权罪罪名的适用中,侵害商标权和著作权的行为占有主导性。

表六:2012年检察院提起公诉的侵犯知识产权罪罪名比例



(三) 网络知识产权犯罪制裁的整体特征

整体来看,司法实践中网络知识产权犯罪的制裁具有以下两方面特征:

第一,网络知识产权犯罪的特殊罪名适用比例较低。依照立法原意,刑法分则第三章的侵犯知识产权罪应当是制裁知识产权犯罪的主要罪名体系,而生产、销售伪劣商品罪和非法经营罪作为一般罪名,应当属于“拾遗补漏”性质的兜底性罪名或者是补充性罪名,但是,却长期成为主导性罪名,直至2012年才有所改观。而实际上,著作权、商标权和专利权虽然是知识产权的三大主要权利与核心权利,长期以来商标权犯罪占据了侵犯知识产权犯罪的主要部分,2000年至2004年,全国公安机关共破获侵犯知识产权

犯罪案件 5305 起,涉案总金额近 22 亿元人民币,抓获犯罪嫌疑人 7100 人。其中破获侵犯商标专用权案件 4269 起,涉案总价值 11.8 亿元人民币,抓获犯罪嫌疑人 5564 人,^④可见 2000 年至 2004 年期间,商标权犯罪占侵犯知识产权犯罪的近 80%。这种局面虽然在近年来已然有所改观,侵犯知识产权罪中专利权犯罪适用一直在低位徘徊,这种侵犯知识产权罪中内部罪名之间适用的不协调值得我们思考。

第二,作为制裁网络知识产权犯罪手段的一般罪名,计算机犯罪相关罪名在知识产权犯罪司法实践中几乎不存在。需要注意的是,上文所探讨的网络知识产权犯罪罪名中的第二种一般罪名即计算机犯罪罪名,在统计数据中几乎未曾出现,这也说明了基于法条和刑法理论的论证,同司法实践往往存在着较大的差异,因此,我国目前的计算机犯罪罪名,并未像生产、销售伪劣商品罪和非法经营罪一样,在网络知识产权犯罪的制裁中起到积极的补充性作用。

二、网络知识产权刑法保护的不足

(一) 法益基础问题: 知识产权刑法保护的范围过窄

我国目前侵犯知识产权罪中所保护的具体知识产权无论是在数量上还是程度上都存在严重的不足,刑法对于具体知识产权保护范围的过窄已经成为不争的事实。

1. 刑法特殊保护知识产权种类的空白

整体来看,我国相关法律、法规共规定了以下 12 种具体的知识产权: 著作权、邻接权、商标权、企业名称权、专利权、发现权、商业秘密权、植物新品种权、集成电路设计布图权、地理标志权、技术措施、特殊标志权。^⑤然而,我国刑法典规定的侵犯知识产权罪,仅对其中四种具体知识产权的部分内容进行了明确的保护,构建了知识产权的特殊罪名体系,刑法所保护的具体知识产权仅占全部知识产权的三分之一,结合前述实效检验中特殊罪名适用比例的不足,可见,部门法之间的不协调已经极为明显。目前有八种具体知识产权被立法所忽视,只能依靠一般罪名进行保护,然而,无论是非法经营罪还是生产、销售伪劣商品罪,都不是专门为了制裁侵犯知识产权犯罪而制定的罪名,只具有辅助性和补充性质,不能对知识产权提供充足的刑法保护,然而,通过前述已知,目前对于知识产权犯罪,司法实践中存在着过度依赖一般罪名的情况,这也是由于立法上纳入特殊罪名保护范围的具体知识产权种类过少而造成的司法尴尬。

^④ 参见国务院新闻办公室《中国知识产权保护的新进展》白皮书, http://news.xinhuanet.com/zhengfu/2005-04/21/content_2858983.htm 2013 年 3 月 7 日访问。

^⑤ 其中,著作权、商标权、专利权、发现权、企业名称权由《民法通则》所宣示,邻接权是由《著作权法》所宣示;商业秘密权由《反不正当竞争法》所宣示;植物新品种权由《植物新品种保护条例》所宣示;集成电路设计布图权由《集成电路布图设计保护条例》所宣示;地理标志权由《商标法》所宣示;技术措施由《著作权法》以侵权行为方式宣示;特殊标志权由《特殊标志管理条例》所宣示。

2. 刑法特殊保护知识产权程度的缺陷

已经被纳入到刑法特殊保护范畴的著作权、商标权、专利权和商业秘密权,侵犯知识产权罪也并未对其进行充分、全面的保护,而是选择则性的保护了上述权利的一部分,具体来看:

第一,从著作权的刑法保护来看,对于著作权的保护实际上限定在复制权、发行权和美术作品的署名权,而《著作权法》则对著作权规定了16种具体的权益,还规定了兜底性的“应当由著作权人享有的其他权利”,而《著作权法》第47条明确规定了八种应当追究刑事责任的侵犯著作权的行为,而侵犯著作权罪实际上仅制裁其中四种,并且还是部分制裁,例如,《著作权法》第47条规定的“制作、出售假冒他人署名的作品的”侵害署名权的行为,在刑法的侵犯著作权罪中则被限定为“制作、出售假冒他人署名的美术作品的”,即刑法仅保护美术作品的署名权。

第二,从商标权的刑法保护来看,新修正的《商标法》第57条规定了六种具体的侵犯商标权的行为,还规定了兜底性的“给他人注册商标专用权造成其它损害的”条款,但是侵犯知识产权罪中的商标犯罪罪名,仅制裁了其中的三种具体行为。

第三,从专利权的刑法保护来看,侵犯知识产权罪中对于专利权的保护是最弱的,仅仅保护了专利权中的标识权,而对于专利权中最为核心的许可权和转让权却不加以保护;前述统计数据中,侵犯专利权的犯罪在全部知识产权犯罪中比例不到1%,这与刑法对于专利权保护范围过窄有直接的关系。

第四,从商业秘密的刑法保护来看,刑法对于商业秘密的保护比较全面,《反不正当竞争法》第10条所规定的侵害商业秘密的行为全部纳入到了刑法的制裁范围。然而,对于商业秘密的全面保护则进一步体现出对于其它知识产权权益保护的不足。关于知识产权法和反不正当竞争法的关系,尽管存在一定的争议,但是通说还是认为反不正当竞争法是对知识产权提供保护的补充功能,是对知识产权法律规定未能充分保护的权益予以补充性的保护。^⑥而现行刑法无疑是将作为补充性权利规定的商业秘密权进行了全面的保护,而对于更为重要的著作权、商标权、专利权等权益实行弱化保护,更加凸显了刑事立法对于知识产权保护选择不合理。

(二) 行为定性问题: 网络知识产权犯罪认定的混乱和缺失

知识产权的保护由于刑法本身保护范围的狭窄而被弱化,而在现有的罪名体系下,知识产权犯罪一旦同网络因素相结合,往往会对现有的刑事立法体系带来严峻的挑战,司法实践中的网络知识产权犯罪的认定普遍存在以下几方面困难: 其一,定性难。侵权行为和合法行为、合法所得和非法所得混杂在一起,难以认定侵权金额; 其二,调查难。电子数据易复制,难以认定最初侵权的嫌疑人; 其三,法律适用难。侵权犯罪在网络上

^⑥ 参见吴汉东《论反不正当竞争中的知识产权问题》,载《现代法学》2013年第1期。

发生异化,传统立法难以与网络犯罪相适应。^⑦因此,由于网络因素介入后导致侵犯知识产权行为定性的混乱和缺失,使知识产权刑法保护的弱化更加明显。

1. 网络异化后的知识产权犯罪认定混乱

信息时代的到来,深刻地改变了社会结构和人与人之间的联系,给法律体系带来了全新的挑战,传统犯罪的网络异化就是其中的典型。由于网络技术性和虚拟性的介入,传统犯罪的行为方式、危害后果都产生了异化,传统的刑事法律是否能够涵盖这些异化之后的犯罪事实?如何自圆其说?成为司法机关适用刑法时必须思考的问题,而在网络知识产权犯罪领域,问题则更显突出,主要表现在:

第一,网络环境下知识产权新型侵害方式的认定混乱。信息时代的到来使知识产权终于挣脱了物质载体的束缚,可以自由扩散和传播,也使得网络知识产权犯罪的侵害方式开始多样化、虚拟化,而传统的刑法罪名显然对此措手不及。以侵害著作权罪为例,刑法条文的规定实际上是以制裁非法复制、发行行为为中心,重点保护著作权的复制权、发行权。刑事立法之初并未能顾及到著作权的信息网络传播权,而实践中大量的网络著作权犯罪正是通过侵害信息网络传播权而实现的,但是由于侵犯著作权罪的罪状中未作规定,司法机关在面临此类案件时无所适从,不得已,2004年两高颁布《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用若干法律问题的解释》(以下简称《具体应用法律问题解释》),将“通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为”涵盖在侵犯著作权罪的复制发行之中。然而,信息网络传播权实质上是独立于复制权、发行权的新型权益,有着自己独特的内涵和权利行使方式,《著作权法》、《信息网络传播权保护条例》等相关法律中已经予以明确,司法机关强行将其放在复制、发行下理解,必然使对信息网络传播的认识出现混乱。例如,司法实践中目前常见的架设游戏私服非法牟利的行为,是一种典型的侵害信息网络传播权的行为,但是司法机关对其能否属于复制、发行则产生了争议,部分司法机关不承认其属于复制、发行,对于此类行为以非法经营罪定罪处罚;^⑧而部分司法机关则认为其应当属于复制、发行,以侵犯著作权罪定罪处罚。^⑨

第二,网络环境下知识产权危害结果的评价困难。危害结果的评价是知识产权犯罪网络异化后所带来的另一个难题,信息化后的知识产权可以在网络空间中被任意的重组、分割、集合,传统侵犯知识产权罪名作为评价犯罪危害结果常用的侵权物质载体数量、违法所得数额、非法经营数额的认定都产生了不同程度的异化。以侵犯知识产权犯罪中的“违法所得数额”为例,“违法所得”是多个侵犯知识产权罪名危害结果的评价标准,然而,传统知识产权犯罪中违法所得大部分来自出售侵权物质载体,在网络空

^⑦ 参见柳树康《2006年专项行动新动态 打击网络侵犯知识产权犯罪》,载《人民日报》2006年4月12日。

^⑧ 参见(2012)洪法刑初字第152152号判决。

^⑨ 参见(2012)宁刑初字第543543号判决。

间中,通过侵犯知识产权的行为获取收益的行为方式也更加多样化。例如,通过在网站上发布侵犯他人著作权的作品、侵犯他人商业秘密权的商业秘密等,增加网站的点击量,吸引广告商获得收入,此时,行为人在网站上向社会公众提供侵犯他人知识产权的信息是免费的,广告收入能否视为“违法所得”?如果不视为违法所得,有放纵侵犯知识产权行为之嫌;如果可以视为违法所得,随之而来的问题更为复杂。网站上全部内容都是非法传播的作品或者非法披露的商业秘密还比较容易认定,但是,当网站上传播的作品既有合法的作品、又有侵权的非法作品,可能同时还有侵权的商业秘密时,上述综合的网站信息共同吸引了大量的点击率,网站所有人获得了大量的广告费用,如何区分哪些是合法所得、哪些是侵犯著作权罪的违法所得、哪些是侵犯商业秘密罪的违法所得无疑更是司法难题。

2. 网络知识产权犯罪帮助行为制裁的缺失

网络是一个“技术为王”的空间,没有一定的技术支持,任何简单的网络行为都无法实施,网络知识产权犯罪亦是如此。然而,由于网络空间中帮助行为的异化,传统刑事法律对技术帮助行为往往难以有效制裁。

第一,网络知识产权犯罪技术帮助行为与实行行为的分离。由于网络空间中人与人交往的虚拟性和便捷性,网络知识产权犯罪中提供技术支持的帮助行为人,同直接实施侵害知识产权的实行行为人之间,往往并不成立共同犯罪,主要理由:(1) 行为人之间主观上并不具有必然联系。在互联网时代,网络空间中的主体都是虚拟的,他们各自独立的利用网络共享资源,实施帮助行为的行为人只是网络空间中无数提供帮助行为个体中的一个,获得技术帮助实施侵害知识产权的行为人,在绝大多数情况下对向其提供帮助的主体没有任何认识,不需要有主观上的联系,二者主观上的联系具备与否不影响实质上的帮助行为的实施和帮助行为的接受。(2) 行为人之间的目的不要求一致性。虽然帮助行为和实行行为客观上共同的促成了侵害知识产权的事实,但是二者的目的和动机往往不同,实行行为人的目的一般是非法利用相关的知识产权权益,而帮助行为的行为人则可能出于牟利、炫耀技术等多种目的。(3) 行为人的客观行为并不必然统一。在信息高度发达的现代,技术帮助行为往往是通过一种广泛传播方式进行的,而实行行为人获得帮助并不具有必然性,有时实行行为人是同时寻找多种技术帮助,从中选择最为适合自己的方式。因此,由于网络知识产权犯罪中技术帮助行为和实行行为之间往往是分离的,双方行为人无法成立紧密的共同犯罪,无法对帮助行为进行有效的刑事制裁,大量的网络知识产权犯罪的技术性支持行为的制裁处于缺失的状态。

第二,网络知识产权犯罪技术帮助行为的具体类型。从主体上来看,网络知识产权犯罪的技术帮助行为主要可以分为两类:其一,间接网络服务的提供商。常见的有网站搭建服务、网络信息存储服务、搜索引擎服务等,网络知识产权犯罪大多无法脱离网络服务商而存在。例如,在网络中发行侵犯著作权的作品,往往需要一个宣传的网络平台和存储侵权作品电子信息的存储空间,几乎所有行为人都不会使用自己的主机实施上

述行为,而是通过网络服务提供商来实现,而当网络服务商明知自己的服务被用于侵犯知识产权犯罪而依然提供上述服务时,无疑属于网络知识产权犯罪的帮助行为,尤其在网络服务提供商向多名独立的侵犯知识产权行为人提供网络服务时,其行为的危害性更会倍增。其二,直接侵害技术的提供者。部分网络知识产权犯罪行为除了需要网络服务提供商提供的一般网络技术支持外,还需要特殊的技术支持,犯罪行为才能得以实现,例如,尽管计算机软件以信息的形式存在,但是为了避免计算机软件被无限的复制和传播,计算机软件往往都存在一定的技术措施,限制软件被任意复制或仅限于特定授权主机使用,此时行为人想非法复制、传播计算机软件,就必须获得破解技术措施的技术支持,而明知他人意图破解技术措施侵害软件版权所有人的权益,依然提供技术支持的行为人,就属于为网络知识产权犯罪提供直接侵害技术的帮助行为人,而这种技术支持同样可以在网络空间中轻易的实现“一对多”的帮助。

(三) 根本原因: 双重时代背景下知识产权刑法保护的时代更新需求

客观地讲,知识产权刑法保护的上述种种不足,并非完全是刑事立法技术的原因,究其根本,在于新的时代背景下,知识产权由于其本身的无形智慧财产属性,同传统权益相比,其在信息时代同网络的结合异常的紧密,异化亦更为明显,在信息时代和知识经济时代的双重时代背景下,传统的知识产权法律规则显然已经不足以满足知识产权的保护需求。

1. 网络知识产权犯罪的独特性: 网络和知识产权的天然契合

网络犯罪对于不同的法益冲击是不同的,相关法益同网络结合的越紧密,受到网络犯罪的冲击就越明显,网络犯罪对于生命权、健康权刑法保护的冲击显然较对名誉权、财产权的冲击要弱。而在刑法所保护的所有权益中,网络犯罪对于知识产权刑法保护的冲击可谓最为明显,这是由于网络和知识产权之间具有天然的契合性,网络和计算机技术使知识产权卸下了物质载体的“枷锁”迎来了全面的发展。由于受到的冲击最大,知识产权刑法保护的缺陷也就更为明显,刑事立法更新的需求亦更强。

2. 网络知识产权刑法保护挑战的全面性: 新生法益的产生与传统法益的异化

根据是否侵害了新生的法益,我们通常可将网络犯罪划分为侵害新法益的新型网络犯罪和侵害传统法益的网络化犯罪。^⑩而网络犯罪的这两种表现都显著的体现在网络知识产权犯罪上:一方面网络和知识产权两种新兴事物互相促进、紧密结合衍生了新的法益——数据库、计算机软件、多媒体、网络域名、数字化作品,这些新的法益虽然不同于传统的智慧财产,但是都具有明显的财产利益属性,对于具有严重社会危害性的侵害这些法益的行为,在刑事法层面应当予以合理的评价;另一方面,传统犯罪行为方式同网络行为的虚拟性和技术性相结合带来的传统犯罪异化,例如网络传播行为、网络制造、网络销售等行为都同传统的复制、发行、制造、销售的行为有所不同,在行为的定性

^⑩ 参见于志刚《网络犯罪与中国刑法应对》,载《中国社会科学》2010年第3期。

和定量上与传统知识产权犯罪产生异化,刑事司法也应调整传统的法律评价模式。

在人类社会已经全面进入信息时代和知识经济时代的背景下,新的知识产权法益不断产生,这与传统的知识产权刑法保护范围过窄形成了鲜明的对比;而传统的知识产权罪名亦无法制裁由于网络因素介入后在行为方式、犯罪结构上产生异化的网络知识产权犯罪,知识产权刑法保护的缺陷被极具放大,因此,网络知识产权犯罪的刑事立法更新势在必行。

三、网络知识产权刑法保护的宏观刑事政策转化

知识经济和信息时代对刑法规范的影响是不可逆的,刑法规范必须顺应这一时代背景进行网络知识产权刑法保护的时代更新,而首先需要实现宏观刑事政策的转化。

(一) 从“适度保护”到“同等保护”——知识产权保护刑事政策的基本立场

我国一直秉承知识产权保护弱于传统有形财产的保护刑事政策理念,导致网络知识产权刑法保护的严重不足,在刑事法律层面,逐步对知识产权实施同其它财产权“同等保护”的措施应当是未来知识产权刑法保护的基本立场。

1. 知识产权保护理念的误区

长期以来,我国一直在加强保护知识产权的同时,亦不断强调我国是发展中国家的客观现实,言外之意,我国知识产权保护不能向发达国家看齐。这种基于国家发展水平保护的差异性,并不是由于同发达国家相比我国能投入的法治资源有限,而是许多人相信适当放宽知识产权保护的力度,有助于我国的经济发展,发挥后发优势赶超发达国家。然而,关键的问题在于,对知识产权保护力度的加强是否必然会阻碍经济的发展和技术的创新?有学者以中国1985-2005年的经济发展数据为样本,开展中国经济发展同知识产权保护之间的关系调查,结果发现,“知识产权对中国经济增长具有显著正向促进作用……保护知识也是中国由粗犷型到集约型发展的必然要求。中国经济发展已经到了需要为知识产权提供足够保护的时候。”^①由此看来,知识产权保护程度的加强有助于经济、社会的发展,尤其是有助于促进知识产权领域的发展,在知识经济时代的今天,这将是决定国家发展潜力和国际竞争力的关键因素。可见,知识产权只能“适度保护”的法律理念存在一定的误区。

2. 刑事政策转向“同等保护”的必要性

目前,民事法领域和行政法领域已经在不断的通过立法指出部分侵犯知识产权的行为具有严重社会危害性,应当追究刑事责任,而刑事立法却不为所动,因此,亟需调整现有的刑事政策。在知识经济时代,加强知识产权的保护是社会发展的主旋律,而刑法

^① 陈春晖、曾德明、朱丹《知识产权与中国经济增长的协整关系研究》,载《湖南大学学报(自然科学版)》2007年第7期。

保护更是其中最为关键的一环。然而,目前的问题在于,由于长期秉承“适度保护”甚至是“弱保护”的刑事政策,目前我国严重侵犯知识产权的犯罪呈现出高发和泛滥的态势。根据美国海关的统计,美国海关每年查获的盗版软件80%来自中国。^⑫不可否认,我国的盗版问题严重阻碍了我国相关软件产业的发展,同为发展中国家,印度对于网络知识产权的保护与软件产业的迅猛发展值得我们反思,^⑬因此,我们现在要求加强网络知识产权的刑法保护,从“适度保护”向“同等保护”转换,并不是扩大网络知识产权犯罪的刑法打击范围,将危害性不严重的行为规定为犯罪行为,而是此类行为危害性已然十分严重,但是却得不到有效的刑事制裁。

综合考察知识产权相关的法律制度可以发现,我国部门法之间存在着严重的差异性:一方面《著作权法》、《商标法》等知识产权法在不断的扩张知识产权的权利范围,加强对侵害知识产权行为的制裁;另一方面,从1997年至今,在法律修订完善的过程中,我国知识产权刑事法律保护程度和保护对象基本没有变化,刑事法领域的“加强保护”未能体现。目前审议中的著作权法修改草案进一步扩大了著作权的保护范围和保护力度,我国《著作权法》中的“刑事责任条款”由于自身的“柔性”性质而难以成为实质刑法,不能发挥实际作用,需要刑事立法的跟进性保护。可以预见,一旦新的《著作权法》颁布,这种部门法之间的差异将更为明显,因此,从法律的整体协调来看,知识产权犯罪刑事政策的调整已经刻不容缓。

3. 避免走向“过度保护”的极端

在今后刑事法律转向对无形财产的知识产权和有形财产的动产、不动产进行“同等保护”过程中,应当注意的是,由于知识产权自身的权利属性特征和我国的二元法律体系特征,对于知识产权的刑法保护理念应该避免向“过度保护”转向。目前部分西方发达国家对于知识产权的保护有从“以民法为中心”向“以刑法为中心”转化的趋向,如2008年美国国会就通过了《2008年资源和机构为知识产权优先法》,法案的第二章强化了知识产权犯罪的刑罚处罚,明确规定侵犯知识产权犯罪为“重罪”,以替代“犯罪”这一含糊不清的表述,从而有效地排除了将知识产权犯罪视为“轻罪”的做法^⑭。

我国未来知识产权犯罪刑事政策的转变主要还应体现在保护范围的扩张,而不是保护强度的增加。“当前,出现侵犯知识产权行为多发且危害严重的原因是多方面的,其中既有刑事司法与行政执法、民事司法的衔接不畅,大量的犯罪案件没有被及时移送的原因;也有随着新技术的发展导致的侵权行为方式不断发生变化而现有立法没有及

^⑫ See Donald P. Harris, 'The Honeymoon Is Over: The U. S. - China WTO Intellectual Property Complaint', Fordham International Law 2008.

^⑬ 参见王鑫《印度的知识产权保护》, <http://in.mofcom.gov.cn/aarticle/ztdy/200507/20050700148243.html>, 2013年11月3日访问。

^⑭ 参见赵赤《从“民法中心”到“刑法中心”的转变与实现——评析美国知识产权刑事立法的演进与最新发展》,载《天津行政学院学报》2010年第5期。

时跟进等原因。因而,侵犯知识产权行为多发且危害严重,与我国刑法对侵犯知识产权罪规定的法定刑高低并无必然联系。”^⑮目前大量具有严重社会危害性的侵犯知识产权的犯罪行为得不到刑事制裁,这是刑事立法应当关注的重心,而不是加强已有知识产权犯罪的刑事制裁。我国奉行行政违法与刑事犯罪二元体制,这是我国的法律特色之一,在这种二元体制下,刑法需要保持一定的谦抑性,处于加大的处罚目的,将所有侵害知识产权的行为都作为犯罪处罚,不适合我国现有的法律体制。

(二) 保护权益范围的扩张——加强网络环境下知识产权刑法保护的基础

保护范围过窄已经成为阻碍网络知识产权刑法保护的首要问题,因此,知识产权刑法保护权益的扩张,是未来知识产权刑事政策转变后刑法保护加强的主要内容和基础。

1. 知识产权刑法保护权益扩张的合理性

知识产权权益扩张的合理性体现在以下几个方面:(1) 网络时代的知识产权的刑法保护需求增加。网络时代下,知识产权极速发展的同时,也带来了更加脆弱的现实。知识产权作为智慧财产,权利人对其的掌控远不如对有形财产紧密;而在网络时代,知识产权这种天然的“缺陷”被进一步放大,网络知识产权更加容易被侵害。因此,著作权法、商标法、专利法等法律都在进行着法律更新,扩大对知识产权的保护,而在刑事法律层面,如果说在传统社会,刑法出于自身谦抑性的考量,对于部分具体知识产权未进行刑法层面的特殊保护,在网络和知识产权结合越来越紧密的今天,则必须要对知识产权权益进行全面的保护。(2) 网络知识产权犯罪危害性倍增。网络空间中,行为人可以轻易的实现未经相关权利人授权,接触、利用知识产权,并可以将其在网络空间中进行无限的传播,侵犯知识产权危害性倍增,知识产权权利人权利受到严重损害,出现了大量具有严重社会危害性的侵犯知识产权的行为,刑法理应介入。(3) 网络环境下知识产权中诞生的新型权益处于法律模糊地带,需要刑法尽快确认。传统社会中,一个新型权益的产生,往往需要漫长的积累和社会观念的认同过程,但是,由于网络技术和知识产权权益的天然契合,迅速的产生了许多新型的知识产权权益,例如电子数据库、域名等,这些权益目前尚处于法律的模糊地带,因此,对不法分子的大量侵害,刑法有必要进行时代更新,将上述新型权益涵盖在刑法保护范围之内。

2. 知识产权刑法保护的扩张思路

在全新的双重时代背景下,未来的知识产权刑法保护权益的扩张,应当遵循以下思路:(1) 逐步将知识产权法规定的知识产权纳入到刑法的保护范围。前文已述,我国知识产权法律明确宣示和规定了12种具体的知识产权,如果考虑到我国参加的国际条约,那么我国实质上认同和承诺保护的知识产权会更多,然而,我国刑法目前仅对其中的四种进行了特殊的保护,其它的只能依赖于一般罪名进行保护,在保护的效果和范围上都存在较大的差距。因此,有计划的逐步完善知识产权刑法保护体系,将目前我国承

^⑮ 刘科、高雪梅《刑法谦抑视野下的侵犯知识产权犯罪》,载《法学杂志》2011年第1期。

认的具体知识产权纳入到刑法保护的范畴,是未来知识产权刑法保护权益扩张的方向之一。(2)进一步扩大刑法特殊保护知识产权的保护范围。我国刑法目前对著作权、商标权、专利权和商业秘密权四种权利进行了特殊的刑法保护,然而,这三种权利刑法对其保护的范畴同《著作权法》、《商标法》和《专利法》对刑法保护的期待存在着较大的差距,刑法的滞后明显,有必要尽快对目前刑法已经特殊保护的几种知识产权进一步扩大保护范围。(3)尽快确定网络新型权益的刑法保护。随着网络社会的发展,以电子版权、域名、数据库为代表的新型网络知识产权开始出现,上述新型知识产权代表着信息时代知识产权最新的发展趋势和发展方向,刑法有必要对其进行保护,而对于上述新型权利的刑法保护可能需从两方面着手:一方面,充分发挥司法机关的能动性和法律条文的普适性,以司法解释的方式将上述新型知识产权纳入到传统知识产权的保护范围中去,从而将其纳入到刑法的保护范围之内;另一方面,对于部分新型网络知识产权,将其解释为传统知识产权并无大碍,例如将电子版权解释为著作权,但是,对于部分新型知识产权,例如能否将域名解释为商标权、企业名称权等,则存在一定的争议,对此,刑法不宜走的过前,暂时应当考虑以一般罪名的方式对其进行保护,并且期待并呼吁相关知识产权法律尽快对上述新型权利进行确定和立法规定。

四、网络知识产权刑法保护的微观刑事对策

刑法解释和刑事立法在完善网络知识产权刑法保护的过程中,有着不同的价值,刑法解释具有经济性和及时性的特征,能避免刑事立法周期过长、成本过高的缺陷,而刑事立法则能保证对新型权益的保护和新型犯罪行为的有效制裁。要构建顺应信息时代和知识经济时代的网络知识产权刑法保护体系,在宏观刑事政策调整的基础上,需要刑事司法解释的充分运用和刑事立法更新共同协作,二者不可或缺。

(一) 网络知识产权犯罪的司法对策:继续和扩大司法解释

笔者认为,通过对刑法规范进行一定的扩张解释,可以弥补相当一部分网络知识产权刑法保护的缺陷和不足,“法律作为规范,其内容是抽象的、概括的、定型的,制定出之后有一定的稳定性。法律不能频繁变动,更不能朝令夕改,否则就会失去其权威性和确定性。”^{①⑥}司法机关应当充分发挥司法能动性,加强司法解释的努力,这并不是一时的权宜之计和短期的举措,而是司法解释自身功能的体现。

1. 网络知识产权犯罪定性的扩大解释

网络和知识产权犯罪相结合后,司法机关最大的难题则是面对新型知识产权权益、新型犯罪行为能否将其纳入传统的知识产权犯罪罪名体系之中。因此,最高司法机关及时制定和颁布相关的司法解释,指导和统一新型网络知识产权犯罪的定性具有重要

^{①⑥} 张文显《法理学》,高等教育出版社1999年版,第207页。

的意义。

第一,网络知识产权犯罪行为方式的扩大化解读。由于目前侵犯知识产权罪在立法设置上制裁面过窄,最高司法机关实际上已经多次对侵犯知识产权罪具体罪名的罪状进行了扩大化的解释,未来最高司法机关应当坚持和继续这种司法努力。例如,刑法典第213条规定的假冒注册商标罪的罪状是“未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,……”,而《商标法》对于此类侵犯“相同”的注册商标和侵犯“近似”的注册商标是作为两种独立的行为来规定的。因此,如果遵循严格的字面解释,“相同的”和“近似的”是两种不同性质的侵害商标权行为,而刑法条文只规定了前一种成立犯罪,然而,2004年“两高”在《具体应用法律问题解释》中将“相同的商标”解释为“完全相同或者视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标”,实际上将假冒注册商标罪中的“相同的商标”进行了扩大化的解释,使该罪的罪状包含了侵犯相同商标和侵犯近似商标的行为。

需要注意的是,在未来网络知识产权犯罪的司法解释中,应当注意司法解释同网络因素相结合。例如,2011年最高院、最高检和公安部《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《适用法律问题意见》)中,对于侵犯著作权罪中的“以营利为目的”的解读,在传统的销售目的之外,又新增了收取网络广告、提供会员服务等行为同样可以视为“以营利为目的”,显然就是考虑到了在网络空间中侵犯著作权行为借此牟利的多样化形态,这种司法解释的努力应当肯定并进一步加强。

第二,侵犯新型知识产权权益的扩张保护。网络时代的许多新型权益能纳入到刑法已有罪名的保护范围,而司法解释在此方面也已经进行了积极的尝试,例如,刑法典第217条的侵犯著作权罪仅规定了侵犯文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件几种特定作品的复制、发行权的行为,但同时又规定了“其他作品”作为兜底性条款,而《适用法律问题意见》则进一步规定“以营利为目的,未经著作权人许可,通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、美术、摄影、录像作品、录音录像制品、计算机软件及其他作品,……”属于侵犯著作权的罪状表现,司法解释中则不仅新增了美术、摄影、录像作品、录音录像制品属于“其他作品”的范畴,更为重要的是《适用法律问题意见》明确将“信息网络传播权”这一新型权利纳入到刑法对著作权的保护之中。而未来的司法解释应当秉承这一思路,进一步将一些新型网络知识产权权益归于传统刑法所保护的权益之中。例如,对于电子数据库权利属性的认识,电子数据库是指经系统或有序安排,并可通过电子手段访问的独立的作品、数据或其它材料的集合,其主要功能在于向用户提供一定的信息。^{①7}信息社会中,“信息就是金钱”,而电子数据库通过对信息的有序整合,可以帮助人们更好的收集和掌握信息。电子数据库的建设越

^{①7} 参见董炳和《数据库法律保护在中国——兼评中国法院审理的两起涉及数据库的案件》,郑成思主编《知识产权研究:第8卷》,中国方正出版社1999年版,第190页。

来越受到重视,世界知识产权组织于1996年颁布了《数据库公约草案》,提出应当对电子数据库予以独立的保护。^⑮美国也对电子数据库进行了特殊的保护,规定了数据库权利人对于数据库拥有引用、发行、复制、传播等一系列权利。^⑯我国虽然没有明确对电子数据库进行界定,但是《著作权法》中明确规定了汇编权,电子数据库可以视为汇编作品的电子化,因此,最高司法机关完全可以充分发挥司法能动性,将电子数据库置于侵犯著作权罪的刑法保护之中。

2. 网络知识产权犯罪定量标准的司法重构

我国犯罪成立秉承定性+定量的模式,重构网络知识产权犯罪的定量标准,同样是司法解释所应当努力和探索的方向,整体上来看主要有以下两种思路:

第一,建构符合网络空间行为特征的量化标准。传统社会中,对于知识产权的侵害必然要通过一定的物质载体来实现,因此,对于侵犯知识产权犯罪的量化标准,更多的依照侵权物质载体的数量或者是非法销售物质载体的数额。然而网络空间中,由于接触方式和传播途径的虚拟化,传统的“数量”和“数额”已经不能全面、准确的评价犯罪的危害性,亟需新的量化标准,而司法机关也已经在这方面做出了积极的尝试,《适用法律问题意见》中就规定了侵犯著作权罪中“其他严重情节”的新的认定标准。考察该司法解释的规定可以发现,最新定量因素不仅有传统的“数额”、“作品数量”,还包括了“点击次数”、“注册会员人数”等全新的量化标准,这两个新量化标准具有鲜明的网络时代特征。

第二,评价网络空间的行为由定量转化为定性。在网络环境下,知识产权信息载体的非法接触、传播也产生了显著的变化:一方面,从难易程度来看,非法接触和传播变得更加便捷和简单;另一方面,从传播途径和方式来看,非法接触和传播则变得更加多样化和复杂化,给行为危害性的准确界定带来困难。例如,行为人利用自己架设的网站实施非法软件的网络传播行为,对于在行为人网站上直接被下载和点击的数量比较好计算,但是他人下载后再次转发或者转发网页链接后产生的下载和点击是否应该计算?如何计算?对此,司法机关在司法解释中进行了另一种尝试,即考虑到网络行为具有的特殊危害性,对于网络行为不再考察定量因素,而是将网络传播的事实直接作为定性因素定罪处罚。例如2010年最高检、公安部颁布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准(二)》第74条规定,对于侵犯商业信誉罪的立案标准“(一)给他人造成直接经济损失数额在五十万元以上的;(二)虽未达到上述数额标准,但具有下列情形之一的:1.利用互联网或者其他媒体公开损害他人商业信誉、商品声誉的;2.造成公司、企业等单位停业、停产六个月以上,或者破产的。”该司法解释中,显然是考虑到了网络空间

^⑮ See Basic proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Intellectual Property in Respect of Databases, WIPO Doc. CRNR / DC / 6(Aug 30, 1996), Article 1.

^⑯ See Database Investment and Intellectual Property Antipiracy Act of 1996, H. R. 3531, 104th Cong 2d Sess.

中传播的难以控制和传播的巨大危害性,对于网络空间中实施的损害商业信誉的行为,不再具体考察危害的量化因素,直接将其认定为犯罪,这种新的思路,在未来网络知识产权犯罪的司法解释制定中可以进一步借鉴。

(二) 网络知识产权犯罪的立法选择: 推动和完善刑事立法更新

我国知识产权法律体系正在进行全新的建构,知识产权法律的重构是信息时代和知识经济时代来临的时代背景下所必须经历的法律更新,这种更新是全局式的,而不是仅仅限定在知识产权法领域。刑法虽然由于自身谦抑性和稳定性的要求,在法律修正上不可能同民事法律、行政法律一样频繁,但是,新的双重时代背景下的刑事法律更新同样是不可逆转的时代发展趋势,特别是在知识产权刑法保护领域。而随着知识产权法律的更新,刑事立法如果不进行跟进性的立法更新,这种部门法之间的不协调会更为严重。因此,知识产权犯罪尤其是网络知识产权犯罪领域内的刑事立法更新,是我国进入信息时代和知识经济时代的必要法律准备。

1. 法律更新内容之一: 侵害知识产权行为的入罪化

由于刑法自身的谦抑性,对于行为的入罪化、增设新罪名应当高度谨慎。“当一种制裁直接或潜在地涉及到剥夺人身自由的时候,立法者是不能随心所欲的,只有在最适当的情况下,立法者才有权规定刑事制裁;在不用刑事制裁措施就足以有效地处罚和预防某种行为时,就不允许将该行为规定为刑事制裁,即刑法具有辅助性和补充性。”^②然而,在全新的时代背景下,外部环境已经深刻的改变,出现了全新的具有严重社会危害性的侵犯知识产权的行为,在无法以司法解释来解决时,立法机关则不应沉默,应当积极介入,增设新罪名,推动入罪化,避免刑事立法滞后。整体来看,未来知识产权犯罪的入罪化应当遵循以下两个思路:

第一,入罪法益的重要性。未来的刑事立法更新时,推动的入罪化一定要为了增强对重要法益的保护,刑法是最后的保障法,不可能保障全部的法益,而只是对人类社会中最重要权益予以刑法保护。对于重要的知识产权权益,在知识经济的时代背景下,刑法必须予以积极的保护。以专利权为例,专利权是知识产权中的主要权利之一,刑法有必要对其进行全面的保护,然而,目前刑法仅仅规定了假冒专利罪,仅仅保护了标识权,而对于更为核心的许可使用权和转让权则根本不予以保护。随着网络时代的推进,计算机和网络技术是推动社会进步、保障国家竞争力的重要领域,而此类技术专利又是最容易被侵害和滥用的,刑法有必要进行罪名调整,将专利的许可使用权和转让权纳入刑法的保护。此类刑事立法早有先例。例如,德国就对非法实施他人专利的行为用刑罚手段加以制裁,其《专利法》第49条规定,凡在法定许可情况外,未经专利权人许可而使用其发明者,即可构成非法使用他人专利罪。犯本罪的,应当判处罚金或一年以下监

^② [意]杜里奥·帕多瓦尼《意大利刑法学原理》陈忠林译,法律出版社1998年版,第3-5页。

禁。^②因此,对于专利权等重要的知识产权法益,现有的刑法罪名体系下无法全面保护;为了避免这些重要权益被侵害,制裁严重的侵害这些权益的行为,有必要增设新的罪名,对这些权益予以保护。

第二,入罪行为方式的严重危害性。推动新的侵害网络知识产权的行为入罪化时,还必须考虑到行为的严重社会危害性,这是成立犯罪的实质性条件。而在判断侵害行为的危害性时,应当结合网络空间的特征和犯罪行为表现综合考量。例如,对于侵害技术措施的行为和帮助侵害技术措施两种行为的危害性进行比较,根据传统的刑法理念,实行行为的危害性要大于帮助行为的危害性,但是,在网络平台中,网络的虚拟性特征、网络空间中的网络资源共享性和信息传输交流的便捷,客观上促成了帮助行为的实行。帮助行为本身所具有的社会危害性远超过其所帮助的行为,但帮助行为人和实行行为人之间往往不能成立共同犯罪。因此,在未来的刑事立法更新中,不能对侵犯网络知识产权的行为随意、盲目地进行刑事入罪化,应当结合网络的判断对犯罪行为的危害性有充分的认识,并且在入罪化的过程中注意理论基础的建构,前文所提及的帮助侵害技术措施行为的入罪化,其实质是遵循了帮助行为实行化的立法思路,《刑法修正案(七)》中对于提供用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪进行了立法尝试,在未来网络知识产权犯罪的入罪化过程中,也要重点考虑将无法纳入到共同犯罪理论进行评价的网络空间中的帮助侵害知识产权行为的入罪化问题。

必须再次强调,对于完善网络知识产权犯罪的刑事制裁,必须坚守刑法的谦抑性,只有在刑法解释的范畴下无法解决的,才能使用立法手段。而立法的更新,也必须分轻重缓急、分层次地系统化推进。结合目前网络知识产权的犯罪形势,笔者认为,未来立法更新的重点应当是现有罪名体系无法有效制裁的“非法使用专利行为”和“帮助他人侵害技术措施的行为”,无论是从法益的重要性还是行为的严重危害性上来看,都有必要增设新的罪名。而为了同我国目前的侵犯知识产权犯罪罪名体系相一致,未来可以考虑增设第二百一十六条之一“非法使用专利罪”,对于非法使用他人专利情节严重,给合法权益人造成重大财产损失的行为,参考假冒专利罪的刑罚设置,规定刑事处罚措施;可以考虑增设第二百一十七条之一“非法提供侵害技术措施的装置、技术服务罪”,对于非法向他人提供主要用于避开、破坏保护知识产权的技术措施的装置或者技术服务,情节严重的行为,参考侵犯著作权罪的刑罚设置,予以刑罚处罚。当然,知识产权犯罪的罪名更新是一个时代性的课题,随着社会的发展和犯罪形势的变化,刑事立法更新依然会逐步推进,而未来的刑事立法更新也同样需要遵守上述的立法更新原则。

2. 法律更新内容之二: 现有刑法条文的修正

未来对网络知识产权犯罪的制裁,仍然需要以现有的知识产权犯罪罪名体系为基础,而对于现有罪名体系在司法实践中体现出的不足和滞后,在无法以扩大司法解释的

^② 参见聂洪勇《知识产权的刑法保护》,中国方正出版社2000年版,第28页。

方式解决时,有必要进行一定程度的立法修正,而从立法更新成本和难易程度来看,对现有罪名的修正往往也比新罪名的设立更容易实现。

第一,侵犯著作权罪“以营利为目的”的去留。应当指出,在传统社会中,由于侵犯著作权的行为只能通过一定的物质载体如书籍、光碟等而实施,因此,大规模的、严重的侵犯著作权行为,需要一定的资金、时间、人工成本的投入,犯罪成本较高,往往具有营利的目的才会实施,所以对侵犯著作权罪限定以营利为目的,在早期世界许多国家的知识产权刑法中都有所体现。然而,在网络信息时代,借助网络和计算机的资源共享特点和信息传播的便捷性,实施大规模的侵犯著作权的行为变得十分容易,只需要极低的成本,甚至不需要任何成本的投入,此时,严重侵犯著作权行为的目的也开始多样化。此种背景下,美国于1994年最早以司法判决的形式,开始思考在侵犯著作权犯罪中,尤其是在严重侵害网络知识产权的行为中去除“以营利为目的”才能成立犯罪的限制。^②而随着司法实践中出现了越来越多的不以营利为目的而实施的严重侵害著作权的行为,英国以及中国香港地区等纷纷修订其著作权法律,其中一个显著的趋势就是逐步取消了“以营利为目的”作为侵犯著作权犯罪的主观构成要件要素。^③因此,网络时代背景下去除侵犯著作权罪中的“以营利为目的”正在成为世界范围的知识产权刑法更新的趋势,我国在未来的刑法修正中应当予以考虑,顺应时代发展带来的著作权保护的新需求。

第二,“平等保护”下社会危害性评价标准的调整。传统的财产都是实体财产,如动产和不动产,而知识产权所代表的智慧财产属于无形财产,但这并不妨碍知识产权的财产权利属性。为了加强对知识产权的保护,未来我国的刑事政策应当从“适度保护”转为“平等保护”,也就是对知识产权给予同实体财产同等的重视和刑法保护,这不仅体现在通过刑法制裁更多的侵犯知识产权的犯罪行为,还包括对社会危害性评价标准的调整。我国目前侵犯知识产权犯罪的罪名中,对于行为的危害性评价,“违法所得”是一个重要标准,有的罪名直接在刑法条文中规定,例如侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪;有的罪名虽然没有在刑法条文中明确规定,但是司法解释中同样将“违法所得”作为定罪量刑的重要标准,如假冒专利罪、侵犯商业秘密罪等。而这种对侵犯知识产权的行为强调“违法所得”而非所侵犯知识产权的实际价值抑或权利人的损失,反映了立法指导思想的偏差,实际上就是对实体财产和智慧财产采取了“区别保护”的方针。

以盗窃罪为例,根据2013年两高颁布的《关于办理盗窃刑事案件适用若干法律问题的解释》,对于盗窃罪危害性的认定标准的数额,应当根据被盗窃财物的价格证明来确定,即被盗窃财物的实际价值。实际上,我国大部分的传统财产犯罪,对其危害性的评价标准基本上都依照犯罪对象——财物的实际价值大小,而对侵犯智慧财产的侵犯知识产权犯

^② See *United States v. La Macchia*, 871 F. supp. 535 (D. Mass., 1994). 转引自廖中弘《中美知识产权刑事保护的比较研究》,载《法律科学》1997年第3期。

^③ 参见赵秉志主编《侵犯知识产权犯罪比较研究》,法律出版社2004年版,第79页。

罪危害性的评价,却忽视了其财产属性。实际上,随着网络空间中侵犯知识产权行为成本的降低,行为人侵犯知识产权犯罪的违法所得往往远低于权利人的实际损失。例如正版的 WINDOWS 操作系统正常销售途径动辄上千元,而在淘宝上出售的盗版软件售价往往仅不到其十分之一,以违法所得对其行为进行评价,明显对权利人严重不公。因此,在“平等保护”的刑事政策理念下,调整现有侵犯知识产权犯罪罪名体系中以“违法所得”为判定社会危害性的主要标准的不合理现象,应当是未来刑事立法修正的方向之一。

第三,罪名体系一致下的刑罚设置平衡。著作权、商标权、专利权是知识产权的主要与核心权利,三种权利本身在知识产权之中并没有轻重之分,然而,在我国刑法侵犯知识产权犯罪的罪名体系中,却对三种权益进行了差异性的刑罚设置,主要表现在两个方面:其一,对于同样的侵犯知识产权的销售行为,侵犯商标权的,销售假冒注册商标的商品和非法制造的商标标识的,法定最高刑设置为七年,而对于侵犯著作权的,销售侵权复制品的法定最高刑则只有三年;其二,同样直接侵犯知识产权的行为,直接侵犯商标权、著作权甚至是作为补充权利的商业秘密权,法定最高刑都为七年,而侵犯专利权的法定最高刑只有三年。刑罚设置的差异性体现了刑法在知识产权保护上的不合理区分,不仅违背了《TRIPS 协定》所规定的同等严重性的犯罪所受到的处罚水平一致性的要求,^{②4}更阻碍了知识产权犯罪罪名体系的协调和统一,因此,需要通过刑事立法修正的方式重新平衡设置法定刑。

Abstract: Through investigating the application judicial effectiveness of intellectual property crime charge system under the background of network, introspecting our intellectual property crime sanction system. We can see, under the background of network and knowledge economy, that there are still problems of legal interest protection scope being too small, nature determination of criminal behavior being in chaos or absent in criminal protection of intellectual property. Therefore, at the macro level, we need realize the macroscopic criminal policy transformation from “appropriate protection” to “equal protection”; at the micro level, we need to continue the judicial effort to expand the charge explanation for intellectual property crime, at the same time, promoting the updating of criminal legislation of intellectual property crime. These are all necessary choices to strengthen criminal protection of intellectual property, and establish sophisticated intellectual property crime sanction system.

(责任编辑:白岫云)

^{②4} 《TRIPS 协定》第 61 条规定,成员方应规定刑事程序和惩罚,至少适用于具有商业规模的故意的商标仿冒和盗版案件。可资利用的补救措施应包括足以构成一种威慑的与对相应程度的刑事犯罪适用的处罚水平相同的监禁或罚款措施。