

网络知识产权犯罪的挑战与应对

——从知识产权犯罪的本质入手

王志远

(中国政法大学刑事司法学院 北京 100088)

摘要: 网络知识产权犯罪对传统知识产权犯罪的犯罪圈划定提出了新的挑战,因此有必要回归到对知识产权犯罪的本质进行深入探究。我国现行的刑法制裁体系实际上是将知识产权犯罪作为侵财犯罪的“子项目”,过度强调对权利人的财产权益进行保护,忽略了对市场竞争秩序的维护。打击知识产权犯罪保护的法益是市场竞争秩序,但其最终的目的是维护知识产权人因知识创新等获得的在市场竞争中具有的优势地位。基于我国知识产权的刑事保护应当秉承“竞争秩序优位”的价值理念这一前提,应当重新审视网络知识产权刑事保护中的疑难问题,合理界定犯罪圈。

关键词: 网络知识产权; 罪质; 竞争秩序; 竞争优势

中图分类号: D924 文献标志码: A 文章编号: 1009-8003(2020)05-0114-10

伴随着互联网经济时代的到来,如何有效防治计算机网络犯罪尤其是网络知识产权犯罪,成为了社会治理面临的一个较为突出的问题。网络空间的虚拟性与知识产权的非物质性紧密结合,网络环境下原本脆弱的知识产权更加容易受到侵害,这给传统知识产权刑事保护体系带来了新的挑战。与此同时,网络环境下行为人的犯罪成本降低而收益扩大,对权利人造成的损害也进一步扩大。因此近年来“如何应对网络时代下知识产权刑法保护所面临的挑战”成为了理论界和司法实务界普遍比较关注的话题之一。

一、前提: 回归知识产权犯罪的本质思考

当前,网络知识产权犯罪制裁主要面临着实践与理论的双重挑战,这两方面的挑战促使我们反思将研究视角回归知识产权犯罪本质的必要性。从司法实践层面来看,网络知识产权犯罪的认定主要面临着以下两个方面的困难:一是网络环境给知识产权犯罪行为方式带来挑战;二是网络环境给认定知识产权犯罪危害后果认定带来困难。

关于网络环境给把握知识产权犯罪行为方式带来挑战,在侵犯著作权犯罪中体现的最为明显。随着我国网络游戏市场的急剧扩张和用户数量的快速增加,与此相伴兴起的是网络游戏外挂产业,尽管相关部门多次出台了要求严厉打击“外挂”产业的通知文件,但收效甚微。由于司法实务界和学术界对“外挂”的性质认定并不统一,实务部门往往为了追求审理结果的“稳定性”,舍弃侵犯著作权犯罪而适用非法经营罪予以规制。“外挂”的英文名称是 plug-in,原是指一种能增强功能的软件,即通过修改服务器端程序、客户端程序和修改客户端程序与服务器端程序之间传送的数据的方法作弊,以增强游戏的效果。^①困扰实务界

收稿日期: 2020-07-10

基金项目: 本文系国家社科基金一般项目《依法治国背景下的刑法规范确证功能及其实现原则研究》(16BFX086)的阶段性研究成果。

作者简介: 王志远(1977-),男,山东昌邑人,法学博士,中国政法大学刑事司法学院教授、博士生导师,研究方向: 刑法学;

感谢中国政法大学刑事司法学院硕士研究生陈昊为本文资料收集、整理所做的贡献。

① 参见于同志《网络游戏“外挂”的认定与处罚》,载《政法论丛》2008年第6期。

的问题正是这里的“修改作弊”的行为是否属于侵犯著作权罪中的“复制发行”行为?以“007 外挂软件案”^①为例,被告人谈某等人未经版权人许可私自开发了一种能够使得用户在游戏升级过关中取得优势地位的软件,并在网络上大量销售以牟取暴利。审理法院认为检察机关指控的罪名并不适当,理由是行为人调取并修改原始数据的行为并不符合侵犯著作权罪中的“复制发行”行为要求,因此最终将被告人的行为认定为非法经营罪。有学者对此提出质疑:在外挂的开发过程中,尽管游戏外挂的开发使用了许多高端技术,外挂本身具有一定的技术含量,但从本质上看,外挂是行为人在未经网游著作权人许可的情况下,进行的破坏他人技术保护措施、破译、调用他人核心源代码和复制利用他人数据的行为,这无疑侵犯了他人的著作权。^②

网络环境也给认定知识产权犯罪危害后果带来困难。一是犯罪数额的认定。以销售假冒注册商标的商品罪为例,当前该罪名主要适用于在网络交易平台上大量销售假冒商品的情形,但由于“刷单”等行为的存在便给犯罪数额的认定制造了困难。在最高人民法院公布的指导性案例“郭某等假冒注册商标案”^③中,被告人在网络平台上私自销售假冒的三星手机非法获利 200 余万元。本案的争议焦点之一便是被告人存在“刷单”以虚增交易额的行为,犯罪数额的认定是否应当去除这一部分?如果应当去除,那如何认定去除部分的数额?这便成为了困扰司法机关的难题。二是刑事法网的严密性面临挑战。以侵犯著作权罪为例,根据当前刑法规定,倘若行为人违法所得数额未达到较大标准,侵权复制品数量也未满足“情节严重”标准,但其行为已经造成侵权作品在互联网平台上广泛传播和扩散,行为人也无法构成侵犯著作权罪。这种行为显然已经严重侵犯了著作权人的合法权益,严重扰乱了正常的市场竞争秩序,理应受到刑事制裁。

从理论研究层面来看,纵观中国大陆过去十年间对知识产权犯罪问题的讨论,刑法学界的精力主要集中于以下方面:知识产权犯罪的性质(是否属于目的犯)、保护对象的范围、行为模式、危害后果的判断标准、刑罚的配置与适用、网络服务提供者的刑事责任以及知识产权的保护理念等具体问题。关于知识产权犯罪是否属于目的犯这一问题,当前学界较为一致的认为在网络环境下知识产权犯罪的目的往往具有多样性,因此不应再将“以营利为目的”作为知识产权犯罪的主观要件,否则将会削弱刑事法网的严密性,无法有效发挥刑法的保障功能。^④关于知识产权犯罪的保护对象,学界已经达成“当前我国知识产权犯罪的保护对象和范围过于狭窄,应当与民事、行政法律规范中知识产权的种类、权利内容保持一致”这一共识。^⑤关于网络环境下的知识产权犯罪的行为模式,较为一致的观点认为传统的知识产权犯罪的行为类型已经无法涵盖网络环境下的犯罪行为模式,例如在侵犯著作权及销售侵权复制品犯罪中,原有的“复制、发行”这一行为要件无法涵盖信息网络传播行为,因此司法解释不得不将网络传播这一犯罪行为解释进“复制、发行”的概念范围内。^⑥关于危害后果的判断标准,有学者指出知识产权犯罪以违法所得、非法经营数额等因素来判断已经无法适应网络空间犯罪的特征,因此应当建立考虑侵权规模等因素的多元化判断标准。^⑦也有学者认为仍然应当以销售数额作为判断知识产权犯罪的构成要件要素,理由在于其具有客观性和可量化性,而且在一定程度上可以直观的反映某种行为的社会危害性。^⑧关于刑罚的配置与适用,较为一致的观点是应当进一步提升罚金刑的适用范围和金额,并且增加

①参见罗鹏飞《擅自制作网游外挂出售牟利如何定性——北京一中院判决谈文明等非法经营案》,载《人民法院报》2008年3月6日。

②参见于志刚、陈强《关于网络游戏中“外挂”行为的刑法思考》,载《山东警察学院学报》2009年第1期。

③参见贺志军、莫凡浩《涉“刷单”网络假冒注册商标犯罪数额之推定证明——以最高人民法院第87号指导性案例为切入点》,载《中国刑警学院学报》2019年第3期。

④参见龚义年《网络知识产权犯罪对传统刑事法之挑战及应对》,载《科技与法律》2017年第6期。当然也有少数学者对此提出质疑,例如西南科技大学法学院的廖勇副教授就曾撰文从刑法谦抑性这一立场对“取消知识产权犯罪的营利目的限制”这一观点表达了不同观点,参见廖勇《网络知识产权刑法保护的基本理念》,载《民主与法制》2013年第2期。

⑤参见郭丹、高立忠《网络知识产权的刑事法保护》,载《甘肃政法学院学报》2006年第3期。

⑥参见于志强《网络空间中著作权犯罪定罪标准的反思》,载《中国刑事法杂志》2012年第5期。

⑦参见阴建峰、张勇《挑战与应对:网络知识产权犯罪对传统刑法的影响》,载《法学杂志》2009年第7期;于志强《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构》,载《中国法学》2014年第3期;程莹、孟文玲《网络文化视域下知识产权的刑法保护》,载《学术探索》2018年第7期。

⑧参见李兰英、高扬捷等《知识产权刑法保护的理论与实践》,法律出版社2018年版,第185页。

资格刑的适用。^①宏观上关于知识产权的保护理念,有学者提出当前我国刑法对知识产权保护不足,应当从刑事政策上寻找根本原因,即由“适度保护”转向“平等保护”的立场之上。^②应该说,对我国知识产权犯罪制裁体系所面临的实际问题,已有研究成果的关照是全面的,所思、所议也不乏建设性。

然而,无论是网络知识产权犯罪对传统知识产权犯罪行为构成要件带来的挑战,还是对危害后果的判断标准造成的认定难题,抑或是对知识产权犯罪的保护对象和范围带来的突破,实质上都是对知识产权犯罪圈的重新划定。因此如果只是将研究视角置于知识产权犯罪的犯罪构成内部,或者单纯的从网络犯罪这一角度出发进行探讨,进而采取一种“头痛医头脚痛医脚”的对策式研究范式,尤其是缺少对知识产权犯罪所保护的法益及其规范保护目的的系统性检视,就会出现遗漏本该纳入刑事惩罚的行为或过度扩张侵犯知识产权罪名适用范围的乱象。

回顾我国网络知识产权犯罪的研究现状,笔者认为立法者对于知识产权犯罪的制裁体系缺少一贯性的规范构想,而这正是深刻检讨所面临的问题,也是妥当提出有效的解决方案之关键所在。无论是立法者还是法学研究者,如果脱离了目的理性思考,或者缺乏合理的目的理性构想,都将无法保证其所构建的“制度性存在物”的积极实践效果。实际上,我国学者对此已经有所认识,例如寇占奎教授明确指出,当前将我国知识产权犯罪置于破坏社会主义市场经济秩序犯罪一章,淡化了知识产权的私权属性,应当在归类问题上充分体现知识产权的私权本位,将侵犯知识产权犯罪从第三章犯罪分离出来。^③这实际上就是一种罪质层面的思考。

二、检视:现行知识产权犯罪的罪质观

知识产权是与人身权、物权、债权并列的一种重要的私权利,其内容与外延是丰富而复杂的。当前学界较为流行的观点认为知识产权是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称。^④知识产权法学者普遍将其视为一种特殊的民事权利(私权利),知识产权的私权性要求对知识产权这类专有权利应当给予适当的、公正的保护,避免私法保护不足与私法过度保护两种极端。^⑤

刑法学界有学者基于以上原理认为知识产权的私权属性不仅是知识产权法律体系的基点,同样也是建立知识产权犯罪刑事制裁体系的着眼点,并且进一步指出我国传统的将以国家利益、社会利益为中心展开的知识产权刑事保护体系,忽视知识产权权利人的个人利益,因此应当将其单独成立一个章节。^⑥笔者对此持有疑问。在本文看来,尽管我国现行刑法将知识产权犯罪作为一节置于破坏社会主义市场经济秩序罪之下,但从其罪名设置、规制的行为对象以及危害后果的判断标准进行审视便不难得出与论者论断恰恰相反的结论,即我国立法者实际上并未突破“知识产权犯罪最终侵犯的是权利人对此所享有的财产权”这一观点的桎梏,实质上仍然将知识产权犯罪作为侵犯财产犯罪的一种特殊行为进行处理,从而过度的将焦点置于权利人的财产权益之上,忽略了行为对市场秩序尤其是竞争秩序所造成的危害。笔者将以上立法出现的“怪象”概括为形式与实质之间的“错位”,具体来讲就是立法者形式上将知识产权犯罪视为不同于一般财产犯罪的扰乱市场秩序的行为,实质上在对具体罪名的构成要件设置时却将其置于侵犯财产犯罪的视野之下。

首先,从罪名的设置和保护对象的范围上来看,我国知识产权犯罪体系实际上仅仅保护商标、著作权、专利和商业秘密这四种权利,这也是多数学者诟病我国刑法对知识产权的保护范围过于狭窄的直接原因。知识产权具有无形性,这一特征也正是其区别于一切有形财产及以此为对象产生的权利之所在,因此,知识产权法学者常常强调应严格区分知识产权本身与权力载体,因为知识产权虽然是无形的,但其总是要通过一定的客观形式展示出来,即物质化的载体,知识产权的价值属性也正是以此表现出来

^①参见程莹、孟文玲《网络文化视域下知识产权的刑法保护》,载《学术探索》2018年第7期。

^②参见于志强《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构》,载《中国法学》2014年第3期。

^③参见寇占奎、路红兵《我国知识产权犯罪体系的反思与重构》,载《河北师范大学学报(哲学社会科学版)》2014年第6期。

^④参见刘春田主编《知识产权法》,中国人民大学出版社2002年版,第6页。

^⑤参见冯晓青《知识产权法(第三版)》,中国政法大学出版社2015年版,第9页。

^⑥同^③。

的。

这里的“物质化载体”则主要是指有形财产,以著作权为例,著作权是指作者或其他权利人对其创作的作品依法享有的权利,权利内容具体包括人身权和财产权两大部分,人身权主要是指作者对其创作的作品享有的非财产性的权利,例如发表权、署名权、修改权和保护作品完整权等;财产权则主要包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权等。著作权的物质载体则主要是指作品(客体)所展现出来的形式,包括书籍、照片、电影光盘、美术作品、工程设计图等图形作品或模型以及建筑物等。《刑法》第217条侵犯著作权罪的保护对象是著作权权利本身,具体包括权利人的复制权、发行权以及美术作品的署名权,而第218条销售侵权复制品罪的保护对象直接指向的是承载著作权的物质载体。再以商标权为例,《刑法》第213条假冒注册商标罪的保护对象是商标专用权,而《刑法》第214条销售假冒注册商标的商品罪的保护对象则直接指向承载商标权的商品本身。由此不难看出,我国刑法在知识产权犯罪一节中不仅设置了针对知识产权物质载体的罪名(还包括《刑法》第215条的非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪),而且在保护的具体权利内容上也更加偏重于与财产权有关的权利,或者是说与能够为权利人创造财富密切相关的权利内容。这一点较为集中的体现在侵犯著作权罪所保护的人身权利仅限于美术作品的署名权(即部分署名权),保护的重心则放在了能够为权利人带来大量财富的复制、发行权上。因此,与其说是我国刑法忽视了对知识产权人私权利的保护,不如说是现行体系过分注重财产权的维护而轻视了对权利人人身权的保护,后者显然更为恰当。

其次,从危害后果的判断标准来看,我国刑法“唯数额论”的单一判断标准正是过分注重权利人的财产权利的进一步表现。已有研究表明,这种单一的判断标准不利于互联网时代下对知识产权犯罪的认定与打击,例如有学者一针见血的指出危害结果的评价是摆在知识产权犯罪网络化后的难题之一,传统知识产权犯罪基于物质载体有形性和权利的财产属性所作出的以侵权物质载体的数量、违法所得数额、非法经营数额为核心的认定标准也产生了一定程度上的异化。^①笔者赞同论者的上述结论,但对其论据的合理性存有疑问:难道仅仅是因为网络环境下通过知识产权侵权行为获得收益的方式更加多元化?还是因为合法财产与违法所得之间的界限愈加模糊导致传统标准操作上的难题?笔者以为上述论证还只停留在现象的表面,而忽略了“异化”的症结在于立法者实际上并未将知识产权犯罪作为侵犯市场秩序犯罪来对待,而是将视角集中在知识产权的私权属性尤其是财产权属性之上。无论是违法所得还是非法经营收入,实际上都是为了使得行为人不得因其侵权行为获得利益,从而避免受害人因此丧失原本应当由其享受的财产性利益。尽管立法者也将情节严重作为危害后果的判断标准,但司法解释在对“情节”进行解释时也无一例外的将其判断最终归结于数额或数量的认定之上。不少学者所提倡的将“网页浏览量”“下载次数”“点击次数”等作为知识产权犯罪危害性的判断因素,实质上也正是为“侵犯市场秩序尤其是竞争秩序”这一危害后果提供更加具体、清晰的判断资料 and 标准,将原有只重视财产结果的一元化危害程度判断标准转变为“财产结果+秩序损害”的综合标准。

三、竞争秩序:知识产权犯罪罪质的应然把握

(一) 知识产权犯罪制裁体系的价值取向

从理论上讲,在刑事法律中保护知识产权一般是基于以下两种理论:一是保护私人财产权;二是维护竞争秩序。^②在价值取向上的不同侧重决定了知识产权刑事立法上的差异。以美国知识产权保护的刑事立法规定为例,根据美国的《假冒商标法》等立法规定,区分知识产权犯罪危害程度的标准在于侵权行为对权利人专有权侵害的严重性程度,即以侵权复制品的数量和零售价值为标准进行衡量,因此可以据此推断出美国的知识产权刑事保护体系是建立在保护私人财产权这一立场之上的。于是根据我国现行的刑事立法规定,有学者认为我国的刑事立法偏重于对市场竞争秩序的维护,只有危害了社会主义

^①参见于志强《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构》,载《中国法学》2014年第3期。

^②参见于田宏杰《论我国知识产权的刑事法律保护》,载《中国法学》2003年第3期。

市场竞争秩序的侵权行为才能够纳入到刑事处罚范围内。^① 笔者对此结论表示质疑:正如前文所述,实际上论者所关注到的只是表面现象,即仅仅以知识产权犯罪所处的章节为判断依据,忽视了蕴含在具体的各种知识产权犯罪构成要件之中的立法者的价值取向,从而理所应当认为我国的知识产权犯罪实际上保护的主要是竞争秩序,进而提出我国知识产权刑事保护的价值理念应当适时转变为以保护个人权利为中心,并以此为基础对我国知识产权犯罪的具体构成要件进行相应的调整。根据我国刑法规定,区分知识产权犯罪危害程度的标准主要是违法所得、非法经营数额以及侵权制品的数量,这一点与美国的立法规定并无实质差别,那为何论者会得出前者注重保护的私人财产权而后者注重的是维护市场竞争秩序这一结论呢?这显然是缺乏依据和违背正常逻辑的。

对价值取向的不同侧重还会影响到知识产权刑事保护的权利范围。已有研究表明我国学界一致认为当前阻碍我国知识产权犯罪治理不力的重要因素在于我国刑法保护的知识产权种类、权利内容小于或少于《著作权法》《商标法》《专利法》《反不正当竞争法》等民事或行政法律法规所规定的范围。笔者对这一结论同样存在疑问:难道说民事侵权行为或者行政违法行为必然会成为刑法所要规制的对象吗?答案显然是否定的,因为刑法中存在着大量行政犯,行政违法行为并非必然会构成刑事犯罪,也并非所有违反国家行政或民事管理规定的知识产权侵权行为,只要具备“情节严重”这一要件就会构成犯罪。由于民事法律、行政法与刑法在立法目的和价值追求方面均存在较大差异,民事侵权、行政违法与刑事违法之间并不存在必然的因果联系。

刑法的补充性并不能否定其独立性,其是规定犯罪与刑罚的法律规范,制裁手段也是最为严厉的。刑法的目的在于打击犯罪和保障人权,与民事法律恢复受侵害的状态和补偿的目的、行政法调控行政管理行为和追求效率的目的不同,因此决定了罪刑法定原则和意思自治原则、比例原则分别是三种法律体系的基本原则。三种法律各有其立法目的和原则,断然的一律与民事或行政法律法规保持一致会导致刑法独立性的丧失,也不符合刑法的价值追求。刑法中一些概念的内涵和外延与民事法、行政法中的概念也并不相同,例如有学者强调刑法中的“信用卡”与行政法中的“信用卡”范围并不一致,中国人民银行发布的《银行卡业务管理办法》中规定,银行卡分为两种即信用卡和借记卡,而司法解释采用的“信用卡”概念实际是行政法中的银行卡概念。^②

2018年地方各级人民法院共新收和审结知识产权民事一审案件283414件和273945件,新收和审结知识产权行政一审案件13545件和9786件。^③ 与前文所列举的刑事案件的数据对比便不难发现,对于知识产权侵权行为现阶段更多依靠的是民事法律、行政法律等手段予以规制的。正如有学者指出,我国当前通过民事法律、行政法律和刑事法律对知识产权的分层保护、逐级递增、由弱到强“三位一体”的保护机制并不违背TRIPS的相关规定,而将民事侵权行为、行政违法行为一律纳入到刑事制裁体系违背了TRIPS的规定,其初衷是希望成员国将知识产权侵权案件尽量划入民事和行政制裁体系之内。^④ 另外将目光移至域外立法实践,也不难发现很多国家知识产权刑事保护的权利范围与民事、行政法律法规的种类范围并非一致,例如美国立法对商标权的刑事保护也只规定了假冒商标罪,对于其他的侵权行为一般并不纳入刑事程序,而是通过民事保护实现对权力人的救济。但需要注意的是,笔者并不否认我国知识产权刑事保护体系的范围存在问题,而是反对盲目提倡刑事扩张。

笔者认为,我国知识产权犯罪制裁体系应当坚持以维护市场竞争秩序为出发点,理由是既然立法者将知识产权犯罪单独成节放置于破坏社会主义市场经济秩序犯罪一章之下,那么社会主义市场经济秩序就当然的成为了打击知识产权犯罪应当保护的法益内容,但由于社会主义市场经济秩序这个概念既模糊又抽象,违背了刑法的明确性原则,应当对其进一步细化。在经济刑法中,如果说金融犯罪刑法规范的价值目标是维持金融秩序,知识产权犯罪刑法规范的价值目标就是维持知识产权秩序。^⑤ 进一步而言,现代社会下

①参见田宏杰《侵犯知识产权犯罪的几个疑难问题研究》,载《法商研究》2010年第2期。

②参见涂龙科《论经济刑法解释的独立性》,载《政治与法律》2011年第5期。

③参见最高人民法院知识产权审判庭《中国法院知识产权司法保护状况(2018年)》,人民法院出版社2019年版,第3-4页。

④参见张心向《我国知识产权刑事保护现象反思》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2010年第4期。

⑤参见谢炎《知识产权刑法法益分析》,载《北方法学》2017年第4期。

的知识产权是权利人参与市场竞争最为有利的“武器”,是其在竞争中具有优势的集中体现,因此这里的“知识产权秩序”可以细化为“市场竞争秩序”。有论者对此提出了质疑:过分的强调“超个人”的集体法益,而忽视了对权利人个人利益的保护,知识产权犯罪首先侵犯的是权利人的利益,其次才是国家的管理制度,进而才是知识产权秩序。^①事实上,承认打击知识产权犯罪保护法益的“超个人”属性并非否认知识产权权利本身,这正是以保护权利人知识产权权益、维持其竞争优势为出发点所得出的结论。如果进一步追问为什么要保护知识产权秩序,最终还会落脚在知识产权的私权属性之上,但并不能因此直接否认掉知识产权刑事保护的维持秩序这一价值目标。日本学者西原春夫曾提出“妨害国家利益或社会利益的不良行为如果作为刑罚法规的对象,也应当以国民的欲求为基础而不是以国家或社会欲求为基础。刑罚是为了保护国民的利益而存在就应当考虑把公共利益还原为个人的法益,否则处罚的范围就有扩大的趋势”。^②因此知识产权犯罪的客体应当是市场竞争秩序,犯罪对象则是知识产权权利本身。

(二) 知识产权犯罪的规范保护目的

既然打击知识产权犯罪重点保护的是市场竞争秩序,那这种秩序就必然能够还原为个人的法益,否则知识产权刑事保护的主体就超出了国民的正常欲求。

从知识产权诞生与演进的历史进程中可以看出知识产权制度的创设就是为了保护权利人的市场利益,即权利人参与市场竞争或将要参与时所具有他人并不享有的竞争优势。以著作权为例,著作权制度产生是以造纸术和印刷术为核心的技术手段在全世界范围内的传播,导致作者的作品有机会广泛出版传播为前提的。在15世纪前期罗马教皇、法国国王和英国国王都先后颁布过保护印刷商印刷特权的法令,英国还批准成立了专门出版书籍的公司,其他企业、私人不允许未经特许擅自出版他人作品,可以看出这一阶段著作权制度实际上主要是用来保护出版商的合法权益。18世纪初英国颁布的《安娜女王法》则规定了作者是享有著作权的主体,尤其是强调保护作者享有的与市场利益息息相关的复制发行权。^③伴随着后期作品传播手段的不断更新,“作品”竞争的市场也得到有效扩展,为保护作者在市场竞

争中凭借“作品”这一优势所享有的财产性或人身性利益,“广播权”、“信息网络传播权”随之出现在各国法律规定之中。同时知识产权的国际开放性与互动性不断提升,为防止权利人的市场利益遭受不法侵害,“翻译权”也被逐渐纳入到各国著作权权利体系之中。

当前我国社会主义市场经济体系已经基本确立,市场经济在资源配置中起决定性作用。市场主体若想在激烈的市场竞争环境中谋求一席之地,就必须对产品、生产技术、管理方式等进行革新,扩大自身的竞争优势,尤其是伴随着互联网经济时代的到来,创新便成为了一切发展的动力,而作为创新发展的重要载体,知识产权逐渐成为了市场竞争主体尤其是企业的核心资产。企业等主体通过获得版权、商标权、专利权以及商业秘密的使用实现在市场竞争中获得优势地位的目标,进而获得财富、创造价值。以华为与中兴两家互联网手机公司的2014年专利之战为例,华为在全球多地起诉中兴公司侵犯其研发的第四代通信系统专利,并且未经授权在其商品上使用其已经注册的商标。实际上近年来类似科技公司之间的专利纠纷数不胜数,曾经在全国掀起巨大反响的王老吉与加多宝公司商标权纠纷一案,事实上争抢的都是专利、商标等知识产权背后所代表的一种权利,而这种权利恰恰是能够为权利人带来巨额利润的,并使其在市场竞争中占据主动地位的不可或缺的优势。

从笔者搜集到的侵犯著作权犯罪的典型案例来看,行为人的网络侵权行为多是集中体现为以下三种类型:一是网络游戏私服的提供者未经许可复制发行他人游戏软件的;二是行为人未经著作权人许可,通过网络平台提供小说、视频、音乐等浏览、阅读、下载等服务的;三是未经权利人许可,私自开发用于使他人正常使用正版软件的程序的。^④行为人的以上行为不仅会分流著作权人的用户,影响著作

^①参见寇占奎、路红兵《我国知识产权犯罪体系的反思与重构》,载《河北师范大学学报(哲学社会科学版)》2014年第6期。

^②[日]西原春夫《刑法的根基与哲学(增补版)》,顾肖荣等译,法律出版社2017年版,第146-147页。

^③参见冯晓青《知识产权法(第3版)》,中国政法大学出版社2015年版,第60页。

^④以上归类的代表性案例分别为:(2012)深中法知刑终字第35号“燕亚航侵犯著作权案”、(2013)普刑(知)初字第11号“张俊雄侵犯著作权案”、(2015)深中法知刑终字第133号“袁某某等侵犯著作权案”。

人财产权的顺利实现,而且损害了权利人因知识创新等享有的在市场竞争中原有的竞争优势,消解了知识产权本身存在的市场价值,是对市场竞争秩序的严重破坏。以最高人民法院公布的2014年十大知识产权案件之一“思路网侵犯著作权罪”一案^①为例,审理法院认为被告人所经营的“思路网”表面上是介绍电影技术和资讯的网站,实际上通过链接可以向用户提供付费下载服务,其行为侵犯了多家影视公司的电影版权,吸引了数量庞大的用户群,使得这些用户不再选择通过正规途径观看电影,进一步侵犯了电影制作人、发行人等权利人的合法权利,瓦解了其本应享有的市场竞争优势,进而严重扰乱了正常的电影放映市场秩序。

具体到专利权犯罪,我国《专利法》第63条规定:假冒专利的,除依法承担民事责任外,由管理专利工作的部门责令改正并予公告,没收违法所得,可以并处违法所得四倍以下的罚款;没有违法所得的,可以处二十万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。由此可以看出,权利人因侵权行为遭受的财产损失已经由行为人承担的民事责任所弥补,除此之外,还需要接受行政部门的没收与罚款等行政处罚措施,情节严重的,还需要承担刑事责任。假冒专利罪的保护对象实际上指向的是专利标识权,问题是为什么刑法要保护权利人的标识权呢?这是因为行为人冒用专利标识,误导消费者陷入严重认识错误,基于对先进技术或外观新颖产生的信赖而选择购买这种假冒商品,从而对权利人的商誉造成损害,降低了消费者对技术创新的信赖。因此假冒专利罪所关注的并非仅仅限于权利人因假冒行为遭受的财产损失,而是侵权行为对知识产权管理制度与以此形成的良好的市场竞争秩序的破坏,其实质是为了保护专利权人因创新而产生的市场竞争优势,从而保护权利人的智力成果,激发创新的活力。正如有学者所概括的,这类行为所具有的共同特征是,损害了专利权人基于专利技术而享有的市场竞争优势,导致市场利益的减损。^②

对于侵犯注册商标罪而言,行为人的行为固然侵害了商标权人的专有权利,但商标专用权实际上正是权利人参与市场竞争的优势所在,实际上是侵害了权利人由此获得的应有的市场份额和收益,消解了商标权应有的财产价值,最终破坏了商标权的管理制度,扰乱了正常的市场竞争秩序。这一点从司法实践中对“相同商标”的认定标准上也能够得到印证,即“与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导”,这一标准正是立足于“商标权的实质是权利人在市场竞争中享有的优势地位”所提出的。^③以陈某某销售假冒注册商标的商品罪一案^④为例,尽管权利人实际上并未使用或授权他人在行为人销售的同一种商品上使用,因此市场上并未存在真实对应的产品,因此行为人的行为不会对消费者产生误导,也并未侵害到商标所有权人的实际利益。但是在该案中不容忽视的是行为人的假冒行为侵犯了商标权管理制度,损害了权利人未来投放市场的潜在竞争优势和未来的市场份额,因此陈某某的行为构成了侵犯商标权的犯罪。侵犯商业秘密罪保护的客体是具有经济价值的商业秘密,这类商业秘密往往涉及到企业的核心技术、管理架构、客户资料等直接影响企业经营状况的因素,我国《反不正当竞争法》中也对侵犯商业秘密的行为予以规制,不难看出我国对商业秘密的司法保护的出发点也在于其在市场竞争中所发挥的重要作用。

综上,至少可以得出一个结论:我国知识产权犯罪的刑事制裁体系的价值取向不仅仅在于保护权利人的财产权益,更在于维护正常的市场竞争秩序,而其背后保护的是知识产权给权利人在市场竞争中带来的优势地位,这种优势地位则主要表现为权利人因技术创新或智力成果所享有的市场竞争利益。因此也可以说,知识产权犯罪保护的客体是市场竞争秩序,但其最终的目的是维护知识产权人因知识创新

^①参见(2014)一中刑终字第2516号。

^②参见何鹏《漫谈知识产权的权利边界:缺乏目的性变形的使用权能》,载《知识产权》2018年第6期。

^③最高人民法院、最高人民检察院2011年发布的《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6条对“相同商标”的认定作出了以下规定:具有下列情形之一,可以认定为“与其注册商标相同的商标”:(一)改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列,与注册商标之间仅有细微差别的;(二)改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距,不影响体现注册商标显著特征的;(三)改变注册商标颜色的;(四)其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

^④参见周洁《无实际被假冒对象的销售假冒注册商标商品行为不宜入罪——以“梅兰日兰”商标案为例》,载《知识产权》2016年第2期。转引自李兰英、高扬捷等《知识产权刑法保护的理论与实践》,法律出版社2018年版,第116页。

等获得的在市场竞争中具有的优势地位。

四、应对:网络知识产权犯罪的突出问题

为了有效应对网络空间下知识产权犯罪的变异,解决知识产权犯罪适用过程中的疑难问题,在厘清刑法保护现状、找出症结所在的基础上,需要重新审视我国的知识产权犯罪制裁体系,进而将其构成要件的设置和适用回归到以保护市场竞争优势和秩序为价值取向的应然模式之上。

(一) 知识产权犯罪个罪的具体调适

从知识产权犯罪案件的具体类型来看,侵犯商标权的案件数量占比较大,侵犯著作权和商业秘密的案件数量占据一定比重,侵犯专利权的案件数量占比最小。^①网络环境下的侵犯知识产权犯罪罪名分布与以上比重基本一致。网络知识产权犯罪可以大致分为两种类型:一是将网络作为媒介或者犯罪手段实施的侵犯知识产权犯罪;另一种则是将网络知识产权作为行为对象的犯罪,例如侵犯域名专有权、销售“私服外挂”等行为。在当前实质合理主义视野下,罪质分析不仅是定罪量刑过程中的不可或缺的环节,也是立法者修订刑法条文时不得不重点考量的因素和主要依据。因此,为充分发挥罪质的以上功能,应对网络环境下知识产权犯罪的“异化”,下文将针对我国刑法第三章第七节“知识产权犯罪”中的具体罪名提出相应的调适措施,具体如下:

1.制作、销售网络游戏“私服外挂”的行为应当以侵犯著作权罪论处。如前文所述,将制作、销售网络游戏外挂的行为定性为侵犯著作权罪面临的障碍是能否将制作、销售行为视为“复制发行”?笔者对此持肯定态度,理由是无论是研究者还是司法实务者在对刑法条文进行解释时,必须把握两个原则:一是遵循罪刑法定的基本原则,不能突破条文本身的文义射程;二是解释者不宜随意对刑法条文的含义提出质疑,而是应当尽最大努力合理利用各种解释方法和技巧得出公正的结论。因此,在对制作、销售网游“私服外挂”的行为进行定性时,应当从形式到实质做出综合性的把握,即充分结合侵犯著作权罪的罪质进行分析。就上述“007 外挂案”而言,行为人并非直接将正版游戏直接上传至个人服务器进行传播,也并未以其他方式直接复制正版游戏软件,而是通过修改和调取部分函数为用户提供升级通关上的便利进行牟利。但需要注意的是行为人的修改并销售的行为是在未经权利人许可的前提下,私自调取、复制并进一步加工利用游戏运行商的原始数据,所谓的“外挂”程序是以复制网络游戏原有程序为基础的,因此从形式上被告人的行为符合“复制发行”的要求。从结果上来看,毫无疑问的是行为人的上述行为已经扰乱了正常的网络游戏参与体验的秩序,降低正常玩家的游戏体验,最终会减少网络游戏的参与用户数量,导致游戏运营商的市场份额减少。因此从实质上来讲,上述行为严重扰乱了正常的市场竞争秩序,损害了权利人本应因为其智力成果获得的市场竞争利益,因此,笔者认为对于严重扰乱市场竞争秩序、损害著作权人竞争利益的开发、销售网游“私服外挂”的行为,应当以侵犯著作权罪论处。

2.侵犯著作权罪的合理适用。重新审视我国著作权刑法保护体系,就会发现在司法实践中存在着两种不合理的现象:一是如果行为人不具有营利的目的,即使损害了权利人的竞争优势,严重扰乱了市场竞争秩序,其行为仍然不构成侵犯著作权罪;二是行为人将作者并未公开发表的作品擅自复制发行的,情节严重的将以侵犯著作权罪论处。第一种情形的不合理之处在于将营利目的作为侵犯著作权犯罪的主观构成要件要素,忽略了网络时代犯罪目的多元化的现实,会不当的限缩犯罪圈的成立,造成刑事法网的不周延。行为人是否具有营利目的,并不影响对其侵权行为性质的认定,只要其行为形式上符合侵犯著作权罪的构成要件,客观上侵害了权利人的市场竞争优势,扰乱了市场竞争秩序,主观上具有故意,其行为理应构成侵犯著作权罪。第二种情形的不合理之处在于尽管行为人侵害了作者的发表权、

^①2018年在地方各级人民法院审结的侵犯知识产权犯罪的一审案件中,假冒注册商标罪案件1852件,同比上升9.78%;销售假冒注册商标罪案件1724件,同比上升15.39%;非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪案件305件,同比上升17.31%;假冒专利罪案件2件;侵犯著作权罪案件136件,同比下降20%;销售侵权复制品罪案件6件,同比上升50%;侵犯商业秘密罪案件39件。参见最高人民法院知识产权审判庭《中国法院知识产权司法保护状况(2018年)》,人民法院出版社2019年版,第5-6页。

发行权等人身财产权利,但我国《出版管理条例》第9条明确规定报纸、期刊、图书、音像制品和电子出版物应当由专门的出版单位出版发行。这也决定了如果仅是未经作者允许将他人未公开发表的作品复制发行的行为,并未侵犯我国的出版管理制度,对权利人造成的损失完全可以通过民事法律解决。况且,在未授予出版单位发行权的情形中,作者也并未参与市场竞争之中,何谈“竞争优势”?因此,第二种情形应当作出罪化处理。

3.假冒注册商标罪的保护对象范围扩大化。根据刑法条文及相关司法解释,侵犯商标权犯罪中的商标仅限于商品商标且已经注册的商品商标,这一规定实际上忽视了在市场竞争中存在着商家在经营使用过程中已经具有一定知名度、区分度的商品标识,这些标识常常代表着商家自身良好的声誉、口碑,因此使得商家在市场竞争中往往凭此具有一定的优势地位,有着较为稳定的客户来源和收入。但是现行刑事保护体系并未将其纳入保护范围之内,这意味着即使有人假冒这类未予注册的知名商标,损害了商家的市场竞争优势,导致商家严重受损、市场竞争秩序混乱,也无法得到有效救济,显然并不符合知识产权犯罪的立法目的。这也是基于我国当前知识产权保护意识仍然薄弱、存在着一些知名(或驰名)商标使用人怠于注册现象的现状所作出的考量,因此对于虽未注册但经过使用产生一定声誉、使得商家获得相对竞争优势的商标,我国刑法也应予以一定程度上的保护。此外,我国《商标法》第3条规定,注册商标不仅包括商品商标,还包括服务商标、集体商标,后者与前者一样也具有区分来源的功能,同样能够为商家参与市场竞争获取竞争优势,理应纳入到刑法保护范围。

(二) 危害后果判断标准的重新设置

传统犯罪在网络空间中往往会出现一定程度的变异现象,这种“异化”具体表现为犯罪对象的网络变异、犯罪行为的网络变异、犯罪目的的网络变异和犯罪结果的网络变异。^①已有研究也是多从网络知识产权犯罪在犯罪结果的认定上出现“异化”这一角度出发,得出知识产权犯罪危害后果不宜再以非法经营收入、违法所得等财产计算作为判断标准的结论。^②笔者赞同论者的结论,但对其论据的合理性存在疑问:网络环境中的确存在着难以判断行为人的收入是否系其犯罪行为带来的收益这一证明上的难题,要么造成对犯罪人的轻纵要么造成对其定罪量刑上有失公允。但这并不是网络知识产权犯罪特有的司法难题,而是网络环境下传统犯罪普遍面临的问题,难以作为对知识产权犯罪构成要件进行修改的有力依据。按照论者的逻辑,难道对所有以违法所得数额为危害后果判断标准的传统犯罪都要单独设置一套在网络环境下的犯罪后果判断标准?答案显然是否定的。因此笔者认为应当调整论证的出发点,从“知识产权刑法保护的价值取向是维护权利人市场竞争优势、维护社会主义市场经济秩序”这一认知出发,也能得出现有标准与立法价值取向相悖,需要对其进行调整的结论。

在网络环境下,由于网络环境下的虚拟性和开放性,侵权行为对权利人市场竞争优势的损害不再单体现为物质载体的数量或者非法销售侵权的物质载体的数额等财产结果,而是转化为导致权利人网络用户量的减少、关注度的下降等与市场竞争优势密切相关的损害结果。基于互联网的基本定律—梅特卡夫法则^③,网络的价值与用户数量的平方成正比,也就是 $V=K \times N^2$ (其中V是一个互连网络的价值,K是价值系数,N是客户数量),浏览网页的用户量越大,互联网的价值会随此呈现指数型增长。在网络经济时代,谁能够在短时间内争取到最大的用户量,谁就能够在激烈的市场竞争中获得优势。值得注意的是,相关司法解释也对此作出了一定调整,在侵犯著作权犯罪中将“点击次数”、“注册会员数量”作为“严重情节”的构成要素之一。^④遗憾的是,上述解释仅仅针对网络侵犯著作权的犯罪后果认定,因此在未来对知识产权犯罪立法或司法解释活动中,应当将“点击次数”、“用户数量”、“网页浏览量”等体现权利人市场竞争优势受到削减的因素,作为“情节严重”的重要考量因素。

① 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。

② 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》,载《中国法学》2014年第3期。

③ 参见董晓松等《中国数字经济及其空间关联》,社会科学文献出版社2018年版,第16页。

④ 《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》第13项规定具有下列情形之一的,属于《刑法》第217条规定的“其他严重情节”:(三)传播他人作品的实际被点击数达到五万次以上的;(四)以会员制方式传播他人作品,注册会员在1000人以上的。

以侵犯商业秘密罪案件为例,最为困扰司法实践的就是“权利人重大损失”这一定量标准的认定,尤其是网络环境下给权利人造成的损失、违法所得以及商业秘密自身价值的认定,成为了这一类案件定性的关键要素。^① 笔者以为这里的“重大损失”必须结合其罪质“市场竞争秩序”予以实质把握:根据最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第17条^②规定,计算权利人的损失主要考虑以下因素:权利人因侵权行为遭受的财产损失、侵权人因侵权行为获得的利润、商业秘密的综合价值。这里需要注意的是,上述三个判断因素并非并列关系,而是层层递进的,只有在权利人遭受的损失无法计算时,才能够借助侵权人获得的利润进行判断;在前两个因素都无法确定时,才可以考虑商业秘密的综合价值予以认定。^③ 所以,司法实践中主要适用的判断标准仍然是权利人因侵权行为遭受的财产损失。结合侵犯知识产权犯罪的罪质,在认定权利人财产损失时,应当着重考虑权利人的原有市场占有份额是否稳定,若能够证明因为商业秘密被侵犯导致权利人市场占有份额明显下降,这时就可以结合市场占有率的减少来确定财产损失。

Subject: The Challenge and the Countermeasures of the Network Intellectual Property Crime——On the Essence of the Crime of Intellectual Property

Author & unit: WANG Zhiyuan(School of criminal justice ,China University of political science and law ,Beijing 100088 ,china)

Abstract: The crime of network intellectual property rights poses a new challenge to the delineation of the criminal circle of traditional intellectual property crime , so it is necessary to return to the essence of intellectual property crime. In fact , the current criminal law sanctions system in our country regards intellectual property crime as a " sub-project " of the crime of infringing money , overemphasizes the protection of the property rights and interests of the obligee , and neglects the maintenance of the order of market competition. The legal interest of intellectual property crime protection is the order of market competition , but its ultimate purpose is to maintain the dominant position gained by intellectual property rights people because of knowledge innovation in the market competition. Based on the premise that the criminal protection of intellectual property rights in our country should adhere to the value concept of " competitive order superiority " . We should re-examine the difficult problems in the criminal protection of network intellectual property rights and reasonably define the criminal circle.

Key words: network intellectual property rights; the essence of crime; competitive order; competitive advantage

[责任编辑: 孙敏]

① 参见于冲《网络刑法的体系构建》,中国法制出版社2016年版,第243页。

② 确定《反不正当竞争法》第10条规定的侵犯商业秘密行为的损害赔偿额,可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行;确定《反不正当竞争法》第5条、第9条、第14条规定的不正当竞争行为的损害赔偿额,可以参照确定侵犯注册商标专用权的损害赔偿额的方法进行。因侵权行为导致商业秘密已为公众所知悉的,应当根据该项商业秘密的商业价值确定损害赔偿额。商业秘密的商业价值,根据其研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素确定。

③ 参见北京市海淀区人民检察院《知识产权犯罪案件办理指南》,中国检察出版社2018年版,第243页。