

网络空间中 知识产权的刑法保护

WANGLUO KONGJIAN ZHONG
ZHISHI CHANQUAN DE XINGFA BAOHU

于志刚 ◎主编



中国政法大学出版社

网络空间中 知识产权的刑法保护

WANGLUO KONGJIAN ZHONG
ZHISHI CHANQUAN DE XINGFA BAOHU

主 编◎于志刚

副 主 编◎田 刚

撰写人员◎(以参编章节先后为序)

于志刚 于 冲 陈 强 蒋 璟
李彦宏 洪文光 孙 强 楚武龙
白利勇 于耀辉 张利平 刘丁瑞
吴先雄 田 刚 于志强



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

网络空间中知识产权的刑法保护/于志刚主编. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 5
ISBN 978-7-5620-5379-8

I. ①网… II. ①于… III. ①知识产权保护—刑法—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第092044号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	42.5
字 数	785 千字
版 次	2014 年 5 月第 1 版
印 次	2014 年 5 月第 1 次印刷
定 价	86.00 元

权利所在必有救济

——写在正文前面

法律和权利是一对密不可分的概念，法律创设权利并保护权利，而后者对于权利无疑更加重要。因为，如果法律没有规定有效的权利保护机制，法律所赋予人民的权利必然形同虚设。“权利所在必有救济”（Where there is a right, there is a remedy）这条古老的法谚，或许最能说明法律对权利的保护功能。而在法律对权利的保护体系中，刑事法律无疑是其中关键的一环，它是权利救济的最后防线和最有力手段，是权利实现的基础保障。

“权利所在必有救济”暗含着两个具体的理念：一是法律对于权利的保护应当是全面的；二是法律对于权利的保护应当是具体、可行的。而对这两种理念的践行也正是本书编写的初衷所在。

权利的救济在任何领域都不可缺失，法治社会亦不容“无法空间”的存在。我们的社会正在经历着全新的时代转型，网络时代和知识经济时代接踵而来。在新的时代背景下，知识产权不仅仅是个人财产性利益的体现，更是国家创新的动力，决定着国家和民族未来的发展潜力。网络空间是目前知识产权飞速发展的领域，然而，侵犯知识产权犯罪亦开始在网络空间中肆意横行。面对网络知识产权犯罪所带来的全新犯罪问题和传统犯罪的异化问题，刑事司法由于法律准备和刑法理论准备的双重不足而显得应对乏力，网络空间成为知识产权刑法保护中最为薄弱的领域。在法治社会的宏观背景下，网络隐隐成为知识产权犯罪的“无法空间”，知识产权的刑法保护明显地出现了缺口。如果说时代背景的转变是历史不可阻挡的洪流，刑事法律体系面临的冲击和挑战难以避免，那么，法学研究的使命则是在时代转型期这一纷繁复杂的社会实践中，抽象出问题的法律本质，回应司法和立法的困惑。持此信念，本书以“网络空间”这一知识产权犯罪高发领域中的疑难问题为研究对象，通过理论的梳理去正视和反思网络空间中知识产权刑法保护的不足，发挥理论的先导作用，为信息时代知识产权刑法保护的法律准备提供理论支撑，填补知识产权法律救济的空白，消除知识产权犯罪的“无法空

间”。

权利救济的途径必须具有可操作性，法律的保护功能不能流于形式。王阳明曾言“知是行之始，行是知之成”，法律的理论研究中往往也是“知之易，行之难”。独坐书斋，博览群书，指点江山，挥斥方遒是许多法学研究者所追求的意境。然而，看似蓬勃的学术研究往往只能停留在认知的层面，无法践行理论研究成果，只能自娱自乐，最后束之高阁。什么是法学理论研究？法学理论研究是原则、概念、特征、制度，但这只是法学理论研究的表象，单纯上的原则、概念、特征、制度不能解决司法实践中的问题。法学是一门实践性学科，法学理论研究必须能够直接应用于司法和立法实践，“知行合一”才是法学理论研究的本质。因此，本书研究的网络空间中的知识产权犯罪问题，无论是宏观架构还是微观选择，都以解决实践问题为出发点。网络空间中知识产权的刑法保护领域最缺乏的不是理论而是行之有效的司法和立法对策，其中尤其以立足于现有法律体系解决问题的需求最为迫切，而这也正是本书中网络知识产权犯罪疑难问题对策的研究重点。虽然部分问题的最终解决依然必须依托于立法的更新，但是本书对于网络知识产权犯罪在宏观上和微观上都提出了可行性的司法举措，能够迅速地提升网络空间中知识产权的刑法保护现状，而不是都推给刑事立法的更新。在一定程度上，本书在解决策略上追求的是“拿来即用”，这也是司法实践对学术研究最朴素的要求。笔者深知知易行难，才笃志力求知行合一，因此，本书的立足点绝非理论的展现，而是实践的检阅。

本书系国家社会科学基金青年项目“网络空间中知识产权的刑法保护”的最终研究成果，由项目负责人于志刚教授担任主编，在研究分工和撰写执笔上，由主编拟定研究的总体思路和主要结构，并由各个课题参与人分工研究、执笔撰写。各章的撰写执笔人如下：第一章、第二章，于志刚（中国政法大学教授、博士生导师；北京市顺义区人民检察院副检察长）；第三章，于冲（中国政法大学刑法学博士研究生）；第四章第一节，陈强（上海市青浦区人民法院法官）；第四章第二节，蒋璟（江苏省无锡市中级人民法院法官）；第五章，李彦宏（北京市东城区人民法院法官）；第六章第一节，洪文光（北京市第一中级人民法院法官）；第六章第二节，孙强（北京市西城区人民检察院检察官）；第七章第一节，楚武龙（山西省人民检察院检察官）；第七章第二节，白利勇（中国南方航空公司河南公司）；第八章第一节，于耀辉（天津市高级人民法院法官）；第八章第二节，张利平（广东省人民检察院检察官）；第九章第一节，刘丁瑞（黑龙江省人民政府对外联络办公室）；第九章第二节，吴先雄（安徽省高级人民法院法官）；第十章，田刚（法学博士，中央民族大学法学院讲师）；第十一章，于志强（法

学博士，浙江理工大学法政学院讲师)。本书统稿阶段，田刚博士承担了具体的编务工作，特此感谢。

人类社会发展至今经历了几次历史的转型，而我们正身处于时代的转型期，新型犯罪和传统犯罪异化所带来的冲击，使传统的刑法体系和刑法理论面临着前所未有的挑战。然而，对于法学理论研究者与实践工作者而言，这同时又是一个践行自己法学理念，推动理论和法律更新的宝贵契机。本项目能够得到国家社科基金的资助，完成网络知识产权刑法保护领域的七十万字的著作，何尝不是一种时代的幸运！笔者浸淫法学研究二十余载，从未及弱冠到年至不惑，对法治理想的追求丝毫未改，但却深感法治理想的践行难以一蹴而就，只能跬步前行。信息时代的刑事法律转型问题是一个宏大的课题，也是所有法学理论研究者与实践工作者所肩负的责任，愿本书的出版能够引起更多的理论关注和实践回应，继续推进和深化相关领域的刑法研究，成为践行中国法治进程的一小步。

于志刚

2013年12月19日于北京

Contents

目 录

第一章 网络环境下知识产权犯罪的全新趋势和刑法挑战 / 1

第一节 网络知识产权刑法保护的时代底色:

双重时代背景下的犯罪更新 / 2

第二节 网络知识产权犯罪的发展趋势: 新型犯罪的

涌现和传统犯罪的异化 / 8

第三节 网络知识产权犯罪的刑法挑战: 刑事立法更新和

司法变革的时代性需求 / 15

第二章 侵犯著作权罪中“以营利为目的”的网络异化 / 23

第一节 从腾讯 QQ 与第三方软件的法律地位说起 / 23

第二节 腾讯公司与珊瑚虫 QQ 案的法理分析 / 25

第三节 网络空间中侵犯著作权罪“以营利为目的”的异化及其解读 / 27

第四节 以广告插件并收取广告费用与“以营利为目的”的关系 / 32

第三章 网络空间中商标冒用行为的刑事责任分析 / 37

第一节 商标权在网络空间中的延伸 / 38

第二节 网络商标冒用行为的法律性质分析 / 42

第三节 网络商标冒用行为法律责任认定 / 51

第四节 网络商标冒用行为制裁体系中的刑法功能 / 60

第五节 网络商标冒用行为刑事制裁体系的完善 / 66

第四章 网络游戏领域犯罪行为的刑事责任认定 / 75

第一节 网络游戏中“外挂”行为的刑法分析 / 75

第二节 网络游戏私服的刑法审视 / 120

第五章 网络 BT 下载的刑法评价体系重构 / 155

第一节 BT 下载的事实分析 / 157

网络空间中知识产权的刑法保护

第二节 BT 下载的社会危害性分析 / 170

第三节 BT 下载相关行为的刑法分析 / 175

第六章 网络空间中文学作品的刑法保护思路 / 197

第一节 网络“盗贴”行为的刑事责任认定 / 197

第二节 网络空间中非法传播电子书的刑法学思考 / 273

第七章 侵害网络影视行为的刑法学思考 / 322

第一节 网络在线影视盗版的刑法规制 / 322

第二节 网络空间中“恶搞”行为的刑法性质及其刑事责任 / 396

第八章 网络搜索服务商和最终用户的刑事责任反思 / 444

第一节 网络搜索服务提供商侵犯著作权的刑事责任 / 444

第二节 网络最终用户的刑事责任分析 / 483

第九章 计算机软件法律性质及刑法保护 / 515

第一节 刑法学视野中的第三方插件 / 515

第二节 网络空间“源代码”的刑法保护 / 557

第十章 侵害技术措施的刑事责任研究 / 595

第一节 知识产权保护与技术措施的关系概述 / 596

第二节 侵害技术措施的类型分析 / 609

第三节 侵害技术措施的刑法制裁考察 / 615

第四节 现行刑法制裁体系及其不足 / 621

第五节 填补立法缺陷的短期举措——传统犯罪的扩张解释 / 630

第六节 完善刑事立法制裁的理想模式——独立入罪化 / 636

第十一章 网络空间知识产权刑法保护体系的完善思路和未来建构 / 642

第一节 当代网络知识产权犯罪的罪名体系和实效考察 / 642

第二节 网络知识产权刑法保护的不足——网络知识经济
时代背景下的反思 / 650

第三节 网络知识产权刑法保护的宏观刑事政策转化 / 657

第四节 网络知识产权刑法保护的微观刑事对策 / 662

第一章



网络环境下知识产权犯罪的 全新趋势和刑法挑战

犯罪是一个动态发展过程，在社会变革时期，特定类型的犯罪会获得发展的契机，产生巨大的变化，释放前所未有的破坏能量，在人类社会向网络时代和知识经济时代迈进时期，网络知识产权犯罪就是代表性犯罪之一，因此，在网络知识产权成为知识产权发展的时代性特征的同时，知识产权犯罪也进入全新的阶段——网络知识产权犯罪，同传统知识产权犯罪相比，二者存在巨大的差异性，横亘着时代的鸿沟，而这一切都是伴随着网络的普及和知识产权的发展在短短十几年期间实现的。

知识产权本质上是一种无形的智慧财产，但是传统的知识产权的各种权益都必须借助于物质载体才能实现，从而导致了知识产权的利用受到了限制，不能充分发挥无形财产的特性，而网络和计算机技术的产生改变了一切。一方面，网络所营造的虚拟空间，使知识产权打破了物质载体的禁锢，可以更加自由的利用和传播，极大地释放了已有知识产权的活力；另一方面，借助于网络信息技术，人与人的信息交流和传输更加便捷，在网络信息海洋中，促进着人类思维的创新，也推动着新的知识产权的产生。因此，尽管网络和计算机技术给人类社会所带来的深刻变革是全面性的，但是在知识产权领域，由于网络和知识产权的天然性契合，这种变革和影响显然更加明显和突出。然而，技术的中立性再次展现出其无情的一面，网络给知识产权所带来的不仅仅是正面影响，同样带来了知识产权的保护更加脆弱的现实。网络空间中的知识产权在摆脱了物质束缚的同时，也变得容易被非法接触和利用。网络知识产权犯罪开始兴起，网络因素迅速地介入到全部传统知识产权犯罪之中，成为知识产权犯罪的全新发展趋势，更进一步来看，网络知识产权犯罪已经成为网络犯罪的主要领域之一，因此，网络和知识产权的天然契合，实质上也带来了网络和知识产权犯罪的“相得益彰”。网络和

知识产权都是新兴事物，但是却以其独特的生命力，引导着人类社会迈入网络信息时代和知识经济时代，而网络知识产权犯罪则是双重时代背景下犯罪的全新发展趋势，并给知识产权的刑法保护带来了全面挑战。

第一节 网络知识产权刑法保护的时代

底色：双重时代背景下的犯罪更新

网络知识产权犯罪是网络犯罪和知识产权犯罪的结合，网络知识产权犯罪之所以给知识产权的刑法保护带来严峻的挑战，关键在于，随着“网络 2.0 时代”和知识经济时代的到来，网络犯罪和知识产权犯罪都在经历着迅速的更新，本身就具有一定滞后性的刑事立法在面对两种全新犯罪的结合时，必然应对失措、甚至举步维艰，因此，我们在思考网络知识产权的刑法保护之时，首先应当对网络知识产权犯罪背后的时代背景有清醒的认识。

一、时代底色之一——“网络 2.0 时代”的网络犯罪变化

网络是极具活力的新型事物，尽管互联网的普及仅仅二十余年，然而，互联网却已经实现了自身的更新换代，从早期的由大型商业机构和门户网站主导的“网络 1.0 时代”，跨入了以普通网民为主要参与者的“网络 2.0 时代”，“网络 1.0 时代”网络被定性为一种新型的信息媒介，网络被视为一种工具；而在“网络 2.0 时代”，网络则成为基本的生活平台，网络脱离了工具属性，网络空间成为人类社会的全新社会形态。在网络自身实现着从 1.0 时代向 2.0 时代转换的同时，网络犯罪也实现了自身的代际更新。

（一）网络犯罪形态的更新：“点对点”成为犯罪的主流

在网络发展的早期，大型商业机构、政府机关、科研单位最先开始大规模使用网络和计算机技术，在网络空间中处于主导地位，网络个体参与者大部分只是被动地接收上述机构利用网络提供的信息和服务，而不会主动参与网络活动，因此，早期的网络犯罪也主要表现为极少数精通计算机和网络技术的网络个体参与者，针对上述大型机构实施的犯罪行为，在形式上表现为“弱者”（个人）对于“强者”（机构）的挑战，网络犯罪的技术性特征显著。网络犯罪人需要具备一般社会公众所不具有的技术能力，而网络犯罪实施往往也具有显示、炫耀技术的目的。20 世纪 90 年代以凯文·米特尼克为代表的黑客们多次侵入国防军事网络系统、各大公司网络系统、司法部门系统，就是此类犯罪的典型。^{〔1〕}由于此类网络

〔1〕 参见高美：“凯文·米特尼克 最黑的黑客”，载《新京报》2013 年 8 月 4 日，第 B4～B5 版。

主体的高超的网络技术和传奇的经历，社会中普遍存在一定的“黑客崇拜”思想，也使早期网络犯罪的危害性被人们所忽视。

而随着网络进入 2.0 时代，网络空间成为一个成熟的社会生产、生活领域，普通个体成为网络活动的主要参与者，而由于大型机构的网络安全保障较强，网络犯罪的对象也逐渐从大型机构向普通网络个体参与者转换。虽然网络犯罪的技术性依然存在，但是普通网络个体，往往可以通过网络轻易地获得技术支持，例如黑客学校可以传授网络攻击技术，网络空间中大量出售的网络病毒、木马程序则可以作为网络犯罪工具。因此，“点对点”的犯罪，即网络普通个体针对网络普通客体开始成为网络犯罪的主流，网络犯罪实现了由“精英化”向“平民化”的过渡，随之而来的则是网络犯罪数量的迅速增加和整体危害性的急剧扩大。

（二）网络犯罪领域的更新：犯罪平台和犯罪工具的扩张

“网络 2.0 时代”是网络的全面进化，新的时代背景下，网络犯罪不仅在犯罪形态上产生了变化，更随着网络空间的发展和计算机技术的进步，实现了犯罪平台和犯罪工具的更新，网络犯罪的领域也随着迅速扩张。

1. 网络犯罪平台的扩张——由信息媒介转向生活平台

“网络 1.0 时代”，网络被作为增加资源共享、促进信息交流的工具性平台，普通公众的网络行为主要是通过网络接收各种信息和服务，网络实质上是一个虚拟的信息媒介。对于普通个体网络参与者而言，互联网和传统的电视网络并无本质上的区别，网络犯罪的平台是较为有限的，因此，犯罪对象局限于大型机构，因为以普通个体网络参与者为犯罪对象，几乎没有任何非法利益可图。而随着“网络 2.0 时代”的到来，网络开始成为生活平台，普通个体网络参与者同网络的联系紧密程度大大增加，网络不再是虚拟的信息媒介而是具有现实意义的生活空间，越来越多的网络普通个体参与者开始运用网络银行，开始在网络空间中获得虚拟财产，网络自身的社会价值和经济价值也开始凸显，网络犯罪的犯罪对象自然也扩张到全体网络参与者，网络犯罪的平台迅速扩张。

2. 网络犯罪硬件的扩张——“三屏合一”和“三网融合”

网络的诞生依托于计算机技术，长期以来网络和计算机成为一对密不可分的概念，相当一段时期内计算机犯罪就是网络犯罪的同义词。然而，随着各种终端设备技术的进步，目前一部普通手机的运算能力都是 10 年前计算机运算能力的数倍甚至数十倍。根据中国互联网信息中心 2012 年 7 月发布的《第 30 次中国互联网络发展状况调查统计报告》显示，截至 2012 年 6 月底，中国手机网民规模达到 3.88 亿，手机首次超越台式电脑成为第一大上网终端。而根据 2013 年 7 月发布的《第 32 次中国互联网络发展状况调查统计报告》显示，截至 2013 年 6 月底，我国

网民规模达到 5.91 亿,手机网民规模达 4.64 亿。^{〔1〕}因此,过去相对独立的电视、计算机和手机,开始共同向智能化的方向发展。所谓的“三屏合一”就是打破上述终端的独立性,实现功能的互动和信息的共享,同时连接电话的电信网、电视的广播电视网和计算机互联网三大网络,通过技术改造,使其技术功能趋于一致、业务范围趋于相同,实现“三网融合”。网络空间是虚拟的平台,但是也必须依托于一定的硬件设施,即接入互联网的终端和连接终端的信息网络,而网络硬件的“三屏合一”和“三网融合”趋势,大大地促进了网络的运用范围,而同时难以避免的网络犯罪的范围也随之扩大,过去需要在计算机上实施的网络犯罪,现在用手机就可以实现,因此,“三屏合一”和“三网融合”带来的不仅仅是社会管理的问题,更对网络空间的法律规范带来全面的冲击和深刻的影响。

二、时代底色之二——知识经济时代的知识产权犯罪发展

知识产权是一种新型的权利,虽然知识产权相关权益的雏形可以追溯到数百年前,但是直至 20 世纪 60 年代,知识产权才被普遍视为一种具有智慧财产属性的独特权利,并且围绕着知识产权的法律保护体系才逐步建立。作为新型权利,知识产权的发展极为迅猛,在经历了以农业为基础的农业经济、以工业为基础的工业经济后,人类社会开始迈向以知识产业为基础的知识经济时代。2013 年 7 月 31 日,美国商务部经济分析局正式调整国内生产总值(GDP)统计方式,首次将知识产权整体作为资本纳入到 GDP 的统计数据之中,被视为知识经济时代走向成熟的标志。^{〔2〕}然而,在人类社会进入了知识经济时代之后,知识产权犯罪也随之迅速发展,这是时代更替的必然现象,我们应当对此有所认识。

(一) 知识产权犯罪危害性的加剧

在知识经济时代的背景下,知识产权不仅是一种极富生命力的创新型权利,更是人类社会发展的动力。知识产权不再是边缘性权利,而是主导性权利,其在人类社会中价值和功效的增加的同时,知识产权犯罪的危害性也随之加剧。例如,国际商会 2010 年 3 月公布的一份题为“构建数字经济:欧盟创新产业保障就业岗位的重要举措”的报告显示,2008 年,欧盟范围内包括数字经济在内的创新产业共创值 8600 亿欧元,占国内生产总值的 6.9%,但实体盗版(直接购买假冒或本地复制光盘)和数字盗版(从非官方渠道下载)致使该产业损失近 100 亿欧元同时丧失 18.5 万个就业机会。该报告亦称若盗版趋势得以持续到 2015 年,

〔1〕 参见中国互联网信息中心:“第 30 次中国互联网络发展状况调查统计报告”、“第 32 次中国互联网络发展状况调查统计报告”,载 <http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzbg/hlwtjbg/>。

〔2〕 参见刘仕国、曹永福:“国际视野:美国 GDP 新标准彰显知识经济特色”,载《人民日报》2013 年 10 月 16 日,第 23 版。

欧盟范围内将有 120 万个就业机会因此丧失,并造成 2400 亿欧元的损失。^[1]又如,根据上文美国新的 GDP 计算标准,歌曲、影视等作品创新的投入,将被记入到投资成本之中,而唱片业估计每年在全球 300 亿美元的营运收入中,至少损失 40 亿美元(这还是未充分考虑互联网下载这一因素,因为网络非法下载的行为难以统计)。电影业估计在 2002 年的 150 亿美元收入中,损失 50 亿美元以上。PC 软件业估计在 2003 年中损失 290 亿美元。游戏软件业估计在 2001 年 63.5 亿美元收入中,损失 30 亿美元。^[2]随着知识经济时代的到来,知识产权犯罪的危害性已经不仅仅限于对个体财产权益的危害,其开始对社会创新投入和产出,社会正常发展进步产生重大不利影响。

(二) 知识产权犯罪总量的激增

尽管我国 1997 年刑法就在刑法分则第三章中专门设立了侵犯知识产权罪罪名,但是知识产权犯罪长期未得到足够的重视,直至 2005 年之前,司法机关对于知识产权犯罪都是同淫秽物品犯罪一同进行统计的,2005 年才首次将我国的知识产权犯罪进行独立统计。根据统计资料显示,2005 年我国法院一审判决知识产权犯罪案件共计 3529 件,判决犯罪人 5336 人。从 2006 年到 2012 年我国一审法院判决的知识产权犯罪案件数量依次为 2277 件、2684 件、3326 件、3660 件、3942 件、5504 件、12 794 件;从 2006 年到 2012 年我国一审法院判决的知识产权犯罪人数依次为 3508 人、4328 人、5388 人、5836 人、6001 人、7950 人和 15 518 人,整体趋势如图 1-1 所示。^[3]

整体来看,我国的知识产权犯罪数量呈现出明显的激增态势,2005~2012 年的 7 年时间,知识产权犯罪的案件总数和犯罪人数量增长为原来的 3 倍,知识产权犯罪数量激增的背后是宏观社会经济模式的转变。人类社会进入知识经济时代之后,必然面临着知识产权犯罪数量的激增,正如从农业经济时代向工业经济时代转型后,犯罪分子将犯罪对象从农业产品向工业产品转移一样。知识经济时代,由于智慧财产价值的凸显,犯罪分子也开始将注意力由传统财产权转向知识产权。可以预见,随着知识经济时代的不断深化,知识产权犯罪数量依然会继续增长,知识产权的刑法保护将是一个长期的时代性课题。

[1] 参见任晓玲:“知识产权犯罪造成巨大经济损失——英国公布最新《知识产权犯罪报告》”,载《中国发明与专利》2010 年第 11 期。

[2] 参见[美]约翰·冈茨、杰克·罗切斯特:《数字时代 盗版无罪?》,周晓琪译,法律出版社 2008 年版,第 18 页。

[3] 参见中国国家知识产权局:《知识产权白皮书》(1998 年~2012 年),载 <http://www.sipo.gov.cn/zwgs/zscqbps/>。

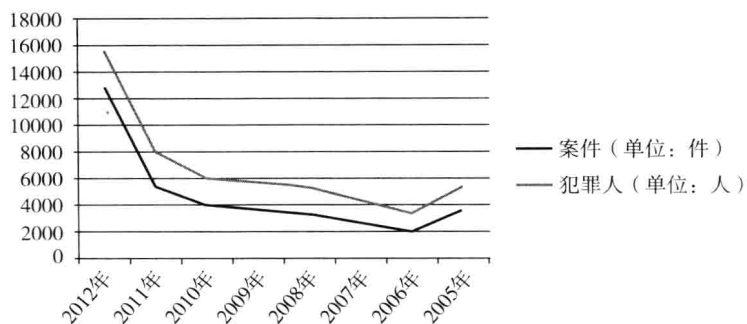


图 1-1 2005 年~2012 年法院一审知识产权犯罪案件和犯罪人数量

三、双重时代背景下网络知识产权的刑法保护

由上述可知,我们正处在网络 2.0 时代和知识经济时代的双重时代背景之下,网络犯罪和知识产权犯罪的更新不是孤立的,正如知识产权能在短短几十年期间,成为引导人类社会转型的重要权利,同网络和计算机技术的迅速发展有着极为密切的联系一样,网络犯罪和知识产权犯罪的更新实质上也是紧密联系,相互促进的,二者共同组成了网络知识产权犯罪的特性。

(一) 网络和知识产权的天然契合

网络信息技术是一个同知识经济密切相关的概念,“正如种植和养殖技术革命推动人类进入农业经济时代,蒸汽机和电气技术革命推动人类进入工业经济时代,信息技术革命推动人类进入知识经济时代。知识经济的关键是知识生产率,即创新能力。只有信息共享,并与人的认知能力——智能相结合,才能高效率地产生新的知识。所以,知识经济的概念,更突出人的大脑,人的智能。反过来,人的智能,只有在信息共享的条件下,才能有效地产生新的知识。所以,信息革命——数字化、网络化、信息化——为信息共享,高效率地产生新的知识,打下了坚实的技术基础”^[1]。信息技术推动了知识经济的发展,是知识经济的重要组成部分,作为虚拟空间的网络和作为无形智慧财产的知识产权具有天然的契合性。在网络时代,知识产权迅速实现了“数字化”,网络知识产权所涵盖的权益的范围实质上同传统知识产权是相同的,网络知识产权成为新时代下知识产权的主要表现形式。“网络技术的出现,不但改变了人类的生活方式和经济社会发展模式,而且对当代各国的法律制度提出了挑战。正是在这个意义上,人们赋予知识产权制度以鲜明的时代技术特征,将其称为‘网络知识产权’。”

[1] 参见百度百科:“知识经济”词条,载 <http://baike.baidu.com/view/487.htm>。

（二）网络知识产权犯罪刑法保护的特征

网络犯罪的冲击是新的时代背景下传统刑法必须面临的挑战，网络犯罪对刑法保护的全部法益展开了冲击，但是针对不同的法益，网络犯罪的冲击强弱程度是有区别的，法益同网络结合得越紧密，受到网络犯罪的冲击就越明显。因此，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，而由于网络和知识产权之间具有天然的契合性，网络犯罪对于知识产权法益的冲击，可以说是刑法所保护的所有法益中最为显著的。

1. 网络知识产权刑法保护的难度加大

双重时代背景下，借助于网络的优势，知识产权获得了迅速的发展，但是知识产权的脆弱性也更加凸显。知识产权是一种无形的智慧财产，相关权利人对它的控制本身就同有形财产有一定的差距，有形财产公开后权利人依然能对其进行紧密的占有、使用和收益，但是无形财产，例如作品，一旦公开后，作者阻止他人非法接触就将十分困难。而在网络空间中，知识产权的这种天然“缺陷”被进一步放大，网络知识产权更加容易被侵害，脱了物质载体的束缚，网络著作权犯罪的实施容易程度递减而破坏性则激增。在网络知识产权犯罪面前，刑法的滞后性亦更加明显，网络知识产权的刑法保护难度加大。

2. 网络知识产权犯罪刑法评价出现缺失

网络空间中，行为人可以轻易地未经相关权利人授权，接触、利用网络知识产权，并可以将其在网络空间中进行无限传播，侵犯知识产权的危害性倍增。以侵犯著作权罪为例，在现实社会中，非法复制发行他人的书籍作品的，根据《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）》的规定，复制发行2500份以上属于特别严重的情节。由于需要物质载体，犯罪人想要发行2500份以上书籍，必须投入大量的时间和资源在非法排版、印刷、运输、销售等环节上，但是在网络空间中，犯罪人只需将书籍作品扫描上传到网络空间，理论上连接网络的数十亿网络参与主体，都可以获得一份作品的拷贝，其危害性影响是传统知识产权犯罪难以想象和企及的，但是刑法却难以在无边的网络空间中确定其传播的具体数量。因此，网络侵犯知识产权犯罪使知识产权权利人受到严重损害，而传统刑法却难以对其进行有效、准确的评价。

3. 网络知识产权刑法保护范围亟待扩张

刑法保护的客体是各种权益，大部分权益并不是天然存在的，而是随着社会的发展而产生的，而权益的内涵和范围亦随着社会环境的改变而改变。传统社会中，刑法所保护的权益外延的扩张，往往需要漫长的社会发展的积累，而社会公众对于新的权益范围亦存在一个认同的过程。然而，在网络知识产权领域，由于

网络技术和知识产权权益的天然契合,知识产权获得了迅速的发展,外延不断扩张,产生了许多新型的网络知识产权权益,例如计算机软件、技术措施、电子数据库、域名等,而上述许多新型权益目前尚处于法律的模糊地带,受到不法分子大量的侵害,刑法却由于刑事立法之初未能预见而无法将其纳入到刑法的保护范围。

第二节 网络知识产权犯罪的发展趋势:

新型犯罪的涌现和传统犯罪的异化

根据侵害法益性质的不同,网络犯罪可以划分为侵害新型法益的犯罪和侵害传统法益的犯罪,二者体现了网络犯罪对于刑事法律体系的不同侧面的冲击。前者是由于网络空间中诞生了新型的法益,犯罪分子侵害全新法益的犯罪行为,此类新型法益虽然具有重要价值,但是由于刑法的滞后性,刑法未能将其纳入保护范围,此类犯罪属于实质意义上的新型犯罪;而后者则是针对刑法已经明确保护的法益,借助网络空间的特性,实施的侵害传统法益的行为,此类犯罪实质依然属于传统犯罪,但是由于网络因素的介入产生了异化,在一定程度上对传统刑法造成了冲击。^{〔1〕}在网络知识产权犯罪领域,侵害新型法益的犯罪和侵害传统法益的犯罪都显著存在,成为当代网络知识产权犯罪的发展趋势。

一、新型犯罪的涌现——侵害新型网络知识产权犯罪不断产生

网络和知识产权都是极具生命力的新事物,自身都在不断地发展变化,知识产权的发展重点表现在不断产生新型的网络知识产权权益。例如技术措施、数据库、计算机软件、网络域名、数字化作品等,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。因此,针对此类新型网络知识产权的犯罪行为亦接踵而来。

(一) 新型网络知识产权犯罪的基础:新型知识产权

网络和知识产权具有天然的契合性,网络时代和知识经济时代的“风云际会”是时代发展的必然,而网络和知识产权两种新兴事物互相促进、紧密结合,例如,计算机软件作为一种知识产权权利人的创新性作品,一方面利用了现有的网络和数字技术,另一方面又会促进网络优势的充分发挥,因此,在量刑的互动作用下,网络和知识产权都获得了长足的发展。

网络知识产权不仅扩展了传统知识产权权益的范围,更诞生了新型的网络知

〔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。

知识产权权益。新型知识产权法益的产生整体上可以分为两个类别：①网络空间自然衍生的知识产权，例如计算机软件、域名、技术措施等，此类新型权益是人们运用传统经验和创新思维，依照网络空间特性产生的新生事物；②传统知识产权的“数字化”过程中，传统知识产权异化的新型产权，例如电子数据库，实质上是汇编作品在网络空间中的“数字化”表现，但是由于其自身的“异化”，开始具有了不同于汇编作品的全新特性，实质上属于新生权益。

（二）当代新型知识产权犯罪的最新领域

网络知识产权犯罪是新时期最具创新性和活力的犯罪形态之一，其随着和社会和技术的发展不断地实现着自我更新。计算机软件属于网络新型知识产权，计算机软件已经被纳入到刑法保护的法益范围，但是单纯针对计算机软件实施的知识产权犯罪已经不再属于最新的犯罪趋势。结合新型知识产权的发展和司法实践，新型网络知识产权犯罪突出表现在以下几个领域，而这些法益却仍然还处于模糊地带。

1. 知识产权的私力救济——技术措施

技术措施，是指著作权人及法律规定的相关权利人，为了保护其合法权益免受非法侵害而采取的技术上的举措。技术措施是知识产权权利人为保护其合法的知识产权不受侵害而采取的一种私力救济，是对未经权利人许可而获得相关权利行为进行限制而采取的技术上的方法或装置。技术措施对于知识产权的保护具有重要意义，社会的发展尤其是网络时代的开启，数字化的作品已经逐渐代替了传统的纸质作品或其他具备物质载体的作品，数字化作品的无限复制性和网络快捷的传播性相结合，使传统的知识产权保护面临着巨大的挑战，如果不对数字化作品附加一定的技术措施，其侵权的结果可以迅速在全球范围内扩散，这是对知识产权权利人的合法权益的巨大损害。因此，版权人和邻接权人在网络时代越来越没有安全感，不得不求之于技术手段的保护。而从另一个角度而言，技术措施已经是网络时代知识产权生存和发展的必要手段。因此，在网络时代，技术措施对知识产权保护日益重要，没有技术措施，网络空间中的任何人都可以肆意侵害他人的知识产权，而网络空间中大量侵害著作权的行为实际上就是通过侵害技术措施实现的。技术措施已经由一种单纯的技术手段，逐渐转化为一种同知识产权密切相关、必不可少的新型权益。虽然我国《著作权法》、《计算机软件保护条例》、《信息网络传播权保护条例》等法律中规定了技术措施权，同时亦规定了侵害技术措施应承担刑事责任，然而，由于刑事法律中未将技术措施纳入到保护范围之内，对于司法实践中大量侵害技术措施的行为，刑法的制裁出现了空白。

2. 网络信息的整合——电子数据库

电子数据库是随着网络的普及衍生出的新的智慧财产，它是指经系统或有序