

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

二〇一〇年第四辑总第十九辑

赵秉志◇主编

【本辑要目】

潘永渭

◇ 计算机软件侵权的定性

赵秉志

刘媛媛

◇ 「番茄花园」软件侵权案法理研究

周建军

◇ 盗窃空白支票并使用之行为定性

冯江菊

◇ 孙志华盗窃案

田甜

◇ 董某票据诈骗案

左坚卫

王帅

◇ 董珊珊被其丈夫施暴致死案

——对我国刑事和解模式的思考与构建
——兼评有关刑事和解的司法解解

人民法院出版社

2010 年第 4 辑（总第 19 辑）

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2010年. 第4辑. 总第19辑/赵秉志主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0274 - 1

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法 - 判例 - 研究 - 中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 165028 号

刑事法判解研究

2010 年第 4 辑(总第 19 辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

责任编辑 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745

电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 283 千字

印 张 15.75

版 次 2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0274 - 1

定 价 38.00 元

北京师范大学刑事法律科学研究院建院五周年志庆

“合抱之木，生于毫末；

九层之台，起于累土；

千里之行，始于足下。”

——《老子·第六十四章》

《刑事法判解研究》

学术顾问

高铭暄 马克昌 陈光中 王作富 储槐植
张 军 熊选国 南 英 朱孝清 孙 谦

编辑委员会

主 任 赵秉志

副 主 任 胡云腾 陈国庆

委 员 (以姓氏拼音为序)

高贵君 高憬宏 王尚新 李希慧
卢建平 彭 东 宋英辉 杨万明
张智辉 周 峰

主 编 赵秉志

主编助理 左坚卫

编 辑 李山河 廖 明 刘媛媛

特邀编辑 (以姓氏拼音为序)

陈 超 广东省高级人民法院刑一庭庭长
龚培华 上海市金山区人民检察院检察长
黄祥青 上海市第一中级人民法院副院长
孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长
万云峰 广州市中级人民法院刑一庭副庭长
翁跃强 浙江省义乌市人民检察院检察长
吴光侠 最高人民法院刑五庭审判长
詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长
张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长
周加海 最高人民法院研究室刑事处处长
邹开红 北京市人民检察院法律政策研究室主任

卷首语

无数次漫步在刑法这片辽阔的海滩，每次都能看到被汹涌的生活浪涛推上沙滩的千奇百怪、千差万别的名曰刑事法律事实或者案件的贝壳。其中有的被我们拾起，更多的则被我们或因懒惰，或因熟视无睹，或因能力有限而舍弃。这次呈现在读者面前的，是若干刑法学人海边漫步的点滴收获。

很多人以为，仅凭生活常识和经验就能在刑事审判中作出符合公平正义的裁判，甚至认为学了刑法以后反而不会断案了。殊不知，没有理论的实践是盲目的实践，而没有理论指导的刑法实践则不但盲目，而且危险。因为，刑罚已经成为一把公认的双刃之剑，“用之得当，个人与社会两受其益；用之不当，个人与社会两受其害”。所以，刑法理论的武器是任何刑事司法经验都不能代替的。对生效的既往判决进行理性的反思，就是用刑法理论的武器来检验刑事审判实践的合法性、合理性，因而具有重要价值。通过对生效判决进行反思，我们得以不断在刑法理论、刑法规范与刑事法律事实之间进行分析、比较、鉴别，在这种分析、比较、鉴别中发现法官断案的精彩或者不足之处，或者发现刑法理论的缺陷以及刑法规范的漏洞并加以弥补，同时找到最佳的处理刑事法律事实的方案，以推动刑事法治的进步和刑事司法实践水平的提升。

“祸患常积于忽微，而智勇多困于所溺”，刑事法治大厦的构筑离不开一砖一瓦的积累，而刑事法治大厦的垮塌也往往源于一梁一柱的腐朽。因此，我们需要始终将关注的目光投射在纷繁复杂、变化万千、生动具体的一件件细微的刑事法律事实的认定和处理上，始终做到以促进刑事法治现代化为宗旨，以公正合理、不偏不倚为尺度。《刑事法判解研究》就是基于这一

思路在进行艰苦的探索。

在本辑的名案法理研究栏目中,刊登了湖南省人民检察院干部潘永涓同志的长篇案例研究文章《计算机软件侵权的定性》,对名噪一时的“番茄花园”计算机软件侵权案涉及的刑法理论问题进行了深度思考,值得认真研读。

本辑对疑难案件的探讨有了新的突破,除了在疑难案件探讨栏目中刊登九篇颇有见地的案例研究文章,还开辟了“个罪专题探讨”和“疑难案件争鸣”两个栏目,在前一个栏目中,组织了两篇文章,通过两个不同案件,对敲诈勒索罪认定中的若干疑难问题进行了深度思考。在后一个栏目中,则组织了两篇文章对同一个案件的定性问题进行了交锋,旨在提示读者从不同角度思考相同的问题。

在本辑的“热点案件透视”栏目中,刊登了田甜同志的文章《家庭暴力中的虐待罪与故意伤害罪之辩》,对社会影响极其恶劣的董珊珊被其丈夫施暴致死案进行了沉重反思。在“死刑个案专论”栏目中,则刊登了林燕同志的文章《李长河雇凶伤害案反思》,对另一个社会影响极大的案件进行了深度思考。刘媛媛同志在“案例比较研究栏目”中发表的《“碰瓷”案件的司法定性比较》一文,以及孟军博士在“域外名案评析”栏目中发表的《技术侦查中的隐私权保护》一文也颇具新意,值得一读。

另外,在本辑的“司法解释研究”栏目中,刊登了一组研究宽严相济刑事政策、刑事和解制度以及上下级人民法院审判业务关系的文章,结合有关司法解释,对当前的一些刑事热点问题进行了探讨,也颇有理论和实践价值。

《刑事法判解研究》主编 赵秉志

二〇一一年五月十六日

目录

名案法理研究

计算机软件侵权的定性 ——“番茄花园”软件侵权案法理研究	赵秉志 潘永涓(1)
--	------------

疑难案件探讨

盗窃空白支票并使用之行为定性 ——孙志华盗窃案	赵秉志 刘媛媛(39)
假冒他人身份伪造票据背书转让如何定性 ——董某票据诈骗案	周建军(51)
强迫交易罪若干问题研究 ——以唐文等强行乞讨案为例	冯江菊(61)
防卫过度及其罪名的认定 ——陈某故意伤害案	廖 丹(71)
自发性群体事件中个人刑事责任的认定 ——从李某非法拘禁案件切入	王玉涛(76)
绑架罪中“杀害被绑架人”的界定 ——王杰、何流、向林、汪雄、王卯绑架案	杨 光(89)
盗窃网络虚拟财产案件定性 ——张晋之等人盗窃案	赵秉志 袁 慧(97)
强拿硬要型寻衅滋事罪与抢劫罪的区别 ——以陈某抢劫案等个案为视角的分析	许光勇(105)
私借公款收受利息行为的司法认定 ——王晓成、崔宝成挪用公款案	林少波(112)

个罪探讨专栏

敲诈勒索罪手段的认定 ——陈世裕等人敲诈勒索案	仇芳芳(121)
关于抢劫罪和敲诈勒索罪区分难点的实证分析 ——顾欣等人敲诈勒索案	夏 鹏(129)

疑难案件争鸣

- 将收取的保险费用于个人的定性
——仝敏职务侵占案争鸣
将收取的保险费用于个人构成职务侵占罪
..... 赵秉志 王 君(138)
将收取的保险费用于个人构成诈骗罪
..... 左坚卫 侯冉冉(144)

热点案件透视

- 家庭暴力中的虐待罪与故意伤害罪之辩
——董珊珊被其丈夫施暴致死案 田 甜(150)

死刑个案专论

- 李长河雇凶伤害案反思 林 燕(158)

案例比较研究

- “碰瓷”案件的司法定性比较 刘媛媛(194)

域外名案评析

- 技术侦查中的隐私权保护
——凯茨诉合众国案(Katz v. United States)评析
..... 孟 军(201)

司法解释研究

- 试论对初犯、偶犯的从宽初犯
——对《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》
第十九条的解读
..... 赵秉志 彭新林(211)
试论对未成年人犯罪从宽处理
——对《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》
第二十条的解读
..... 黄晓亮(218)
对我国刑事和解模式的思考与构建
——兼评有关刑事和解的司法解释
..... 左坚卫 王 帅(226)
《关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干
意见》评析
——以刑事审判业务为视角 廖 明(235)

计算机软件侵权的定性

——“番茄花园”软件侵权案法理研究

潘永涓*

目 次

- 一、基本案情
- 二、裁判要旨
- 三、引发的理论问题
- 四、“复制发行”问题
- 五、“以营利为目的”问题
- 六、本案共同犯罪问题分析
- 七、防治侵犯计算机软件著作权犯罪的刑事政策问题
- 八、结语

洪磊等人侵犯计算机软件著作权案，即“番茄花园”软件侵权案，是国内较为典型的侵犯计算机软件著作权的案件，也被称为“中国反盗版刑事第一案”。行为人洪磊等人非法修改微软正版XP软件生成“番茄花园”系统软件后上传至公共网络供用户免费下载，同时亦制作了大量“番茄花园”软件光碟用于销售，并通过网站点击广告、

* 湖南省人民检察院检察官，法学硕士。

捆绑插件、流氓软件等方式收取广告费营利。由于“番茄花园”软件的实际用户与潜在用户数量极多，而本案的主要受害人又是在世界软件领域内占据霸主地位的微软公司，因此，本案的诉讼过程一直受到社会各界的关注。如今，本案的案犯均已获刑，但关于这一典型案例的讨论却未停止。在知识产权领域，规制网络盗版行为和提升民众反盗版意识是完善著作权法的重要课题；在经济领域，反垄断和本土科技产业的振兴成为当前经济战略的首要环节；在软件行业，各品牌都将提升软件反盗版系数、丰富反盗版手段作为行业发展的必要前提。而从刑法学的角度看，本案最值得关注的是刑法如何实现对计算机软件的保护问题。

我国刑法于第二百一十七条中规定了严重的侵犯计算机软件著作权行为应受刑罚处罚，此后最高人民法院在1998年《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》、最高人民法院和最高人民检察院在2004年《关于办理侵犯知识产权刑事案件的解释》中对软件著作权犯罪的相关问题也作出了规定。从法律规定和司法解释的变化中不难看出，作为入罪标准之一的违法所得数额，由1998年的“个人违法所得五万元以上，单位违法所得二十万元以上”降至2004年的“违法所得三万元以上”，这表明侵犯著作权罪的入罪门槛正逐步减低，而刑法也不再刻意强调自然人犯罪与法人犯罪之间的区别。与此种法律趋势相伴而生的，是学者们针对日益泛滥和多样化的侵犯计算机软件著作权行为，也纷纷提出要降低知识产权犯罪的入罪门槛，完善知识产权犯罪立法，如主张取消“以营利为目的”的主观要件、取消“违法所得数额”等数额标准、增加客观方面的行为类型、增设严重犯罪行为的抽象危险犯等等。在实践中，层出不穷的软件侵权案件，手段多样的软件侵权方式，尤其是发生在网络环境下错综复杂、媒介众多、难辨真假的侵权行为，也着实暴露出法律的滞后性在现实车轮碾轧后留下的尴尬。许多新型软件侵权行为在现有法律框架内难以认定，许多表现出严重社会危害性的侵权行为因不符合侵犯著作权罪的构成要件得以逍遥法外，诸多法律空白使得实务界、理论界都不得不正视软件著作权侵权行为的刑法规制问题。

笔者选取“番茄花园”软件侵权案这一影响较大的案件作为理论研究的引子，以法律解释的视角，分析“番茄花园”案中行为人特殊的侵权方式和营利模式，对我国刑法第二百一十七条规定的“复制发行”行为、“以营利为目的”的内涵以及在计算机软件著作权侵权行为中的具体认定等问题进行探讨。笔者试图通过理论与实践相联系的方法，讨论如何适用现有的

刑法规定来解决侵犯计算机软件著作权犯罪中呈现的新问题,探求侵犯计算机软件著作权犯罪的立法完善问题,考量规制和防范侵犯计算机软件著作权犯罪的刑事策略问题,以期更好地实现对计算机软件这一高端科学技术的刑法保护,推动国家科技竞争力的不断提升。

一、基本案情

番茄花园网站是由洪磊于2004年5月11日进行域名注册、专门提供盗版软件下载、在国内享有极高知名度的网站。为逃避政府部门的打击,该网站采用论坛形式发布侵权内容,只有会员才能进入侵权内容页面,并且每年只有特定几天开放会员注册。在番茄网站页面上有大量中外知名软件公司的侵权盗版信息,其提供的侵权内容基本涵盖商业软件联盟旗下主要成员公司如微软、奥多比、塞门铁克、欧特克等公司的主要软件产品,以及国内知名软件公司如金山、方正等公司的软件产品,并将这些盗版软件集成在“番茄DVD工具盘”上。经番茄花园盗版产品侵权行为人的多年研发,其盗版产品的WINDOWS XP安装系统十分方便,不需要输入CD-KEY或可自行生成CD-KEY,软件自身可升级或可免升级,并可以加快系统的运行速度,在盗版产品安装完成后还可以在系统中形成番茄花园标志,用户在使用时其产品同正版产品基本无区别。由于番茄花园盗版软件的上述“优点”,致使其在市场中具有很大的影响力。

番茄花园网站除了提供网络盗版下载外,还与某不法企业勾结,生产销售盗版光盘,其盗版光盘分无包装、简单包装、精美包装三个档次,销售价格从5元到150元不等,其精美包装的盗版产品,销售商均以正版的名义销售。同时,洪磊还与四川网联互动广告有限公司和成都共软网络科技有限公司合作,未经微软公司的许可,复制微软WINDOWS XP计算机软件后制作多款“番茄花园”版软件,并以修改浏览器主页、默认搜索页面、捆绑他公司软件等形式,在“番茄花园”版软件中分别加载百度时代网络技术(北京)有限公司、北京阿里巴巴信息技术有限公司、北京搜狗科技发展有限公司、网际快车信息技术有限公司等多家单位的商业插件,通过互联网在“番茄花园”网站、“热度”网站发布,供公众下载累计达十多万次,由百度时代网络技术(北京)有限公司、北京阿里巴巴信息技术有限公司、北京搜狗科技发展有限公司、网际快车信息技术有限公司支付四川网联互动广告有限公司和成都共软网络科技有限公司广告费共计人民币2924287.09元。

由此,番茄花园盗版产品已经形成和发展为网站下载、光盘贩卖等多角

度、全方位的侵权模式，具有较高市场占有率和完善的销售网络，对商业软件联盟主要成员公司的正版软件的售卖造成巨大冲击，造成了难以估量的经济损失，并在国际上也有相当负面影响。2008年6月在国家版权局和公安部组织的打击网络侵权专项治理工作中，商业软件联盟代表其成员公司微软等公司向国家版权局及公安部进行了投诉。苏州市公安局依法对番茄花园网站采取了行动，对番茄花园网站负责人洪磊依法采取强制措施，查获其利用互联网侵犯知识产权牟利的犯罪证据，并依法查扣了其相关所得款项人民币200余万元。同案案犯四川网联互动广告有限公司和成都共软网络科技有限公司的法定代表人和主要责任人员也纷纷落案。

2009年8月20日，苏州市虎丘区人民法院依法判决洪磊和两被告单位侵犯著作权罪成立，判处洪磊有期徒刑三年六个月，并处罚金一百万元。被告单位四川网联互动广告有限公司和成都共软网络科技有限公司也分别被处罚金，其主要责任人员张天平被判处有期徒刑两年、孙显忠被判处有期徒刑三年六个月。

二、裁判要旨

1. 以营利为目的，未经著作权人许可，复制、发行其计算机软件，违法所得数额巨大，情节特别严重，构成侵犯著作权罪。
2. 在共同犯罪中，如果单位与个人均起主要作用，则均应当认定为主犯，应按照其参与的全部犯罪处罚。受他人指使复制、发行他人计算机软件，在共同犯罪中起辅助作用，只应认定为从犯，应减轻处罚。
3. 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，可减轻处罚。

三、引发的理论问题

本案作为典型的在网络环境下软件著作权侵权案件，在事实认定和法律适用上存在许多争议性问题，主要有以下几点：

（一）软件著作权侵权中“复制发行”行为的具体认定问题

主要包括如下几个方面的问题：第一，洪磊并未原封不动地复制微软正版操作系统，而是对系统主题、桌面、按钮等外观进行美化，对不常用功能进行关闭或卸载，打开原版系统中的功能模块限制，取消了正版验证程序。通过这一系列大费周章的修改而生成的“番茄花园”操作系统大大提高了微软正版系统的运行速度，美化了操作系统的外观，克服了正版软件存在的

缺陷,在用户中大受好评。此种对他人的软件进行一定的改动后予以复制发行的情况,是否属于刑法第二百一十七条规定的“复制发行”?洪磊的改良行为是否具备独立的著作权价值?第二,“番茄花园”盗版系统主要通过网络传播,侵害的是著作权人的信息网络传播权,并非复制发行权,这与刑法第二百一十七条规定的“复制发行”并不相符,未经许可通过信息网络向公众传播计算机软件的行为能否认定为侵犯著作权罪中的复制发行行为?

(二) 番茄花园网站的三种获利模式是否应认定为“以营利为目的”

根据洪磊的供述,番茄花园的盈利模式有三种:第一是番茄花园网站的点击广告;第二是洪磊通过番茄花园网站提供包括XP美化包在内的软件下载,这些软件中捆绑了流氓软件以及部分需要推广的软件或者插件,由软件厂商支付推广费;第三是通过预装在番茄花园版的流氓软件,为广告主带去流量或注册用户,按照流量收取广告费。以上三种获利方式都不是传统的直销式营利模式,而是间接营利模式。由于间接营利的隐蔽性、复杂性,在认定过程中容易存在争议,如插件问题就涉及插件设计者自身的著作权利益,因此,需要具体问题具体分析。此外,将间接营利纳入刑法范畴,也引起了是否不当扩大了犯罪圈的争论。^①

(三) 本案中的共同犯罪问题

本案的被告是自然人洪磊,单位成都共软网络科技有限公司和成果红果科技有限公司。自然人洪磊主要负责产品研发和技术支持,而两被告单位并未参与盗版软件的制作和维护过程,只是为其联系广告客户,签订软件推广合同。这种明知他人实施侵犯著作权犯罪而为其赚取广告费进行商业运作并按约分成的行为,能否认定为侵犯著作权罪的共同犯罪行为?此外,本案中百度、阿里巴巴等广告客户明知对方利用盗版软件为媒介进行广告宣传仍然参与其中,与之进行商业广告往来,此种行为是否应受刑法谴责?

(四) 由本案引发的防治侵犯知识产权犯罪的刑事政策问题

本案的发生曾在网民中引起轩然大波,多数用户为“番茄花园”喊冤。有人认为“番茄花园”软件比微软正版更加实用,某种程度上已经超越微

^① 刘科:《计算机软件著作权的刑法保护研讨会综述》。

软,对这种技术创新性行为没必要动刑;^①也有人认为本案的判决更加稳固了微软在软件行业的垄断地位,本案的实质就是微软借机打击新锐,抢夺其在华的市场占有率,这种情况极不利于反垄断工作的进行和本土技术产业的提高。^②这场关于反盗版与反垄断的论战极为深刻地表明了当前国民的知识产权意识不成熟的现状。也正是这样的现状,决定了知识产权犯罪尤其是软件著作权犯罪的刑事防治策略应当从我国国情出发,在现有知识产权犯罪的法律版图下,合理地划定犯罪圈,有效地衔接侵权责任、行政责任和刑事责任,逐步培养国民的版权保护意识,最终提高对计算机软件的保护水平。

四、“复制发行”问题

(一) 复制行为、发行行为的内涵及两者的关系

1. 复制行为、发行行为的内涵

复制,是对作品的最初始、最基本也是最重要和最普遍的传播利用方式,所以,复制权是著作财产权的一项最基本权利。^③我国刑法条文中并未对复制的概念进行规定,刑法学界对复制行为内涵的界定一般借鉴我国1991年著作权法实施条例第五条第一项的规定:“复制,是指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻拍等方式将作品制作一份或多份的行为。”2001年新的著作权法通过后,基本采用了原有概念的内容,只是将临摹这一方式删除。有论者认为,临摹作为一项技艺性智力成果,对古书画艺术的保护有重要意义,因此应当与普通的复制行为有所区分,故著作权法将临摹剔除出复制行为。^④但笔者认为,临摹技艺的运用过程实际上仍是对原本的再现,没有独立的创作成分。临摹固然对古书画艺术的保护意义重大,但任何超出合理使用制度限制的临摹行为,都是侵权行为。新著作权法也并未明确将临摹排除在复制行为之外,它使用“等方式”这一开放的表达方式,完全可以将临摹涵盖在复制行为之内。

关于复制行为的形式,按照载体是否相同,可分为狭义的复制行为和广

① 魏雅华:《“番茄花园案”:一个阴险的法律陷阱》,载《中国高新区》2009年第4期。

② 刘兴东:《微软的反攻战 谁杀死了“番茄花园”》,载《品牌》2008年第10期。

③ 刘春田:《知识产权法》,高等教育出版社、北京大学出版社2008年版,第67页。

④ 刘春田:《知识产权法》,高等教育出版社、北京大学出版社2008年版,第67页。

义的复制行为。狭义的复制行为一般仅指以同样形式制作成品，如将文书加以手抄、印刷，将录音带、录像带加以翻版录制等等。广义的复制行为则是指以不同于作品的原来形式来表现该作品，如将工程设计或产品设计等平面图形作品制作成立体形式的工程或产品，将纸质图书电子化等等。狭义的复制属于原封不动的再现行为，为法律所不容，但广义的复制不是再制与原作品形态完全相同之物，仅其旨趣具有同一性，是否属于刑法条文中的复制行为呢？笔者认为，刑法将复制行为视为不法，是因为复制行为侵害了著作权人的复制权，而复制权的核心是再现作品的权利，作品的再现与载体无关。这是因为著作权所保护的是作品的表达，而非作品的载体，正如一幅名画无论是画在墙上还是被转化为电子文档，法律所要保护的都不是作为载体的墙和电子数据，而是名画本身所表达的智慧。因此，无论复制行为的载体如何变化，无论是从平面到立体，从有形变无形，只要行为不法地实现了对作品的再现，就应视为复制行为。

复制行为是否意味着对作品内容一成不变的照搬照抄呢？现实生活中，侵权行为发展的多样性、隐秘性，已经使得复制行为的判断存在盲点。行为人可能会对作品进行修改后再复制发行，文字作品、音乐作品等识别度较高的复制品尚可通过比对来定性，较为复杂的是本文即将重点讨论的计算机软件侵权行为，其中涉及计算机高级语言的转换、源代码和源程序的比对、软件叠合复制等专业领域的问题。因此，未来的侵权形式绝不可能表现为单一的照抄照搬，乔装打扮、改头换面的复制行为将是刑法规制的重点。笔者认为，复制行为不仅包括传统意义上的完全抄袭，还应当包括各种未作实质性更改的剽窃行为。也即是说，虽然复制品与原作相比有所变动，但只要未作实质性更改（这种实质性判断在软件著作权侵权中更难判断），都是窃取他人智慧的产物，都应视为复制行为。^①

发行权，是著作权人的另一项法定的绝对权利。发行，通常意味着作品走向市场，走向大众。何为发行行为呢？由新闻出版署颁布的出版物市场管理规定第二条曾规定了“发行”包括总发行、批发、零售以及出租、展销等活动。此可以看成是发行行为的一般概念。根据我国1991年著作权法实施条例第五条的规定，“发行，是指为满足公众对作品的需要，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件的行为”。2001年新著作权法

^① 关于对计算机软件进行修改行为的定性问题，笔者将在本文第五部分第二章第一节中具体论述。

第十条修正了这一概念,它认为“发行是指以出售或赠与向公众提供作品的原件或复制件的行为。”由此可见,发行行为的法律概念将其行为方式限定在出售和赠与,而将出租行为排除在外,将其行为对象规定为作品原件或是复制件。

那么,侵犯著作权罪中的发行行为是否也应当限定为出售和赠与行为呢?行为人非法出租他人作品严重侵害著作权的行为是否应受刑罚处罚呢?笔者认为,发行行为作为法律概念,体现的是对现实生活的高度概括,其内涵应当是丰富的。例如出售行为,就包涵了批发、零售、代销、推销、搭售、展销、贩卖等各种有偿性的交换活动,又如赠与行为,不仅指具备对向性的无偿施受行为,也应包括散发、张贴等具备无偿性特征的发布行为。因此,发行既不以作品受众的合意为前提,也不以受众是否有偿获得作品为条件,只要提供的方式合法,作品原件或复制件发生了转移,都属于发行行为。^①因此,按照发行行为的通常含义,出租也应当属于发行的一种。但新著作权法将其从发行权中删除,作为一项单独的权利——出租权予以规定,这是因为出租和出售或赠与等行为虽具备本质目的的一致性,即为了满足公众欣赏文学艺术作品的需要,但是二者还是存在不同。出售或赠与行为的后果是作品的原件或复制件的买受人获得了该物的所有权,出租关系中的承租人则是在约定的期间内通过租赁物权而对载于该物之上的作品享有非商业性的利用权,法律特征的不同决定了著作权法对二者区别保护。^②因此,笔者认为,对侵犯著作权罪行为方式的理解应当与著作权法保持一致,因为“任何能被解释和需要解释的法律概念都不再是日常用语意义上的概念,因而不能按照日常的理解来解释这些概念,而必须根据法律确定的保护目的来进行解释。这种规范性的解释可能会明显地背离日常使用的词语意思”^③。法律既然将出租权独立出来进行特别保护,意味着出租与发行已然在刑法上具备了不同意义,也即非法出租行为与非法发行行为相比,表现出的社会危害性程度是有所不同的。因此,按照罪刑法定的要求,对于未经权利人许可出租其作品的行为不宜认定为“发行行为”。

2. 复制行为、发行行为的关系

我国刑法第二百一十七条规定了侵犯著作权罪的四种行为方式,其中第

① 刘春田:《知识产权法》,高等教育出版社、北京大学出版社2008年版,第68页。

② 刘春田:《知识产权法》,高等教育出版社、北京大学出版社2008年版,第68页。

③ [德]魏德士:《法理学》,丁小春等译,法律出版社2005年版,第92页。