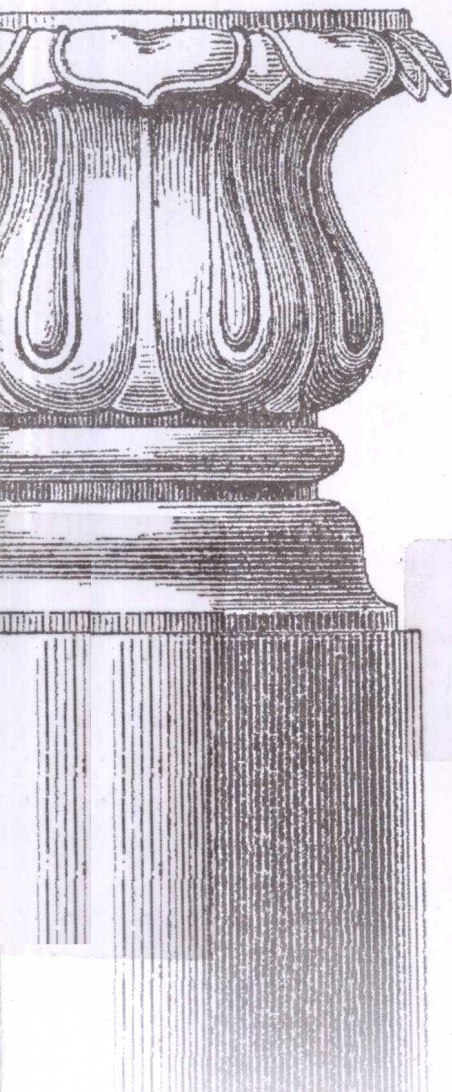


Intellectual Property
Right Law Research

知识产权法研究

第8卷
Volume 8

王立民 黄武双 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



华东政法大学知识产权研究中心 主办

East China University of Politics & Law
Research Center for IPR

知识产权法研究

Intellectual Property
Right Law Research



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法研究. 第8卷/王立民,黄武双主编. —北京:北京大学出版社, 2011.2

(知识产权法研究丛书)

ISBN 978-7-301-18531-5

I. ①知… II. ①王… ②黄… III. ①知识产权法-文集
IV. ①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第020236号

书 名: 知识产权法研究(第8卷)

著作责任者: 王立民 黄武双 主编

责任编辑: 姚文海 华 娜 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-18531-5/D·2795

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 18.5印张 322千字

2011年2月第1版 2011年2月第1次印刷

定 价: 36.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

知识产权法研究编委会名单
Intellectual Property Right
Law Research



顾问：

- 曹建明 中华人民共和国最高人民检察院检察长
教授 博士生导师
- 吴汉东 中南财经政法大学校长
教授 博士生导师

主 编：

- 王立民 华东政法大学副校长 华东政法大学知识产权研究中心主任
教授 博士生导师
- 黄武双 华东政法学院学院副院长教授 华东政法大学知识产权研究中心副主任 中南财经政法大学知识产权法博士后

本期助理编辑：

- 郑先彬 华东政法大学 2007 级民商法硕士研究生

序

2009年是《国家知识产权战略纲要》施行后的第一年。为了认真贯彻、执行这个纲要的有关精神和要求,在这一年中,各地的相关部门,包括一些地方的司法机关都积极行动起来,工作成果不少,成绩不小。据上海市高级人民法院统计,2009年上海市的各级人民法院所受理的有关知识产权民事案件的数量大幅度上升。全市各级人民法院受理的一、二审知识产权民事案件共2027件,审结1795件,同比上升了15.36%和9.86%。其中,受理的著作权案件达989件,占受理的一审知识产权民事案件的58%。一大批合法经营者受到知识产权法的保护。《喜羊羊与灰太狼之牛气冲天》是我国具有一定影响力的电影作品,可是土豆网在未经授权的情况下,擅自开展在线播放、下载等服务,而且还在影片的播放中发布广告牟利,明显属于侵权行为。2009年3月黄浦区人民法院通过对此案的审理,作出了判决,判令上海全土豆网络科技有限公司赔偿上海激动网络有限公司2万元,切实维护了上海激动网络有限公司的合法权益。

上海的其他法院也加大司法力度,重视知识产权的保护。上海市第二中级人民法院紧紧围绕“发挥司法保护知识产权的主导作用”的宗旨,增强服务大局意识,用知识产权的“三合一”审判模式,即民事、行政和刑事案件的审判模式,着力打击侵犯知识产权的行为,有力地保护了当事人的知识产权。2009年,该法院还梳理出十大知识产权的典型案件,集中展示了此院知识产权审判的成果。这十大案例分别是:“嘉实多”侵犯注册商标专用权不正当竞争案、“微软”计算机软件著作权侵权案、“振动台”计算机软件著作权侵权案、“宜家”儿童椅凳著作权侵权案、“科奇”商标侵权案、“PUMA”商标侵权案、侵犯“板式换热器”发明专利权案、“SMC”侵犯发明专利权案、“空调整能雾化器”专利侵权行政诉讼案、“船坞技术”侵犯商业秘密罪案。这些案件审判的一个突出方面是在“三合一”审判模式(立体型的知识产权司法保护机制)下的审判。这样的审判模式很具有互补性,便于形成保护知识产权的合力,加大司法力度,更有效地保护当事人的合法权利。在这一方面,上海市第二中

级人民法院已有了成功的实例和经验。

2010年是上海的世博年,世博会要在上海展示六个月。保护涉博知识产权会是今年上海相关机关的一个重要任务。这一任务在几年前已启动,而且还有一些成果。2009年10月,浦东新区人民法院审结了一起涉博知识产权刑事案件,一家公司和一名被告人因销售假冒注册商标商品罪而分别被判罚和判刑。另外,据统计,2010年一季度,上海市公安局已破获涉博案件59起,追缴侵权物品的涉案总值达3510万元,捕获犯罪嫌疑人126人。世博会开幕以后,上海市公安局更会把侵犯涉博知识产权案作为重点侦破、处理的案件,并与烟草、工商、质监、知识产权、食药监等执法部门通力合作,开展对涉博知识产权的侵权行为的综合治理,联手打击这一侵权行为,形成一个全方面、多层次围剿打击的态势,为涉博知识产权筑起绿色屏障。

2010年,我们中心把研究保护涉博知识产权作为自己的工作重点,努力开展研究工作,着重解决其中的一些新情况和新问题,积极配合上海的行政执法和司法部门,提供力所能及的知识支持。这其中主要包括以下一些工作:首先,主动参与涉博知识产权案的讨论。我们中心的专家、教授都具有丰富的知识产权知识和一定的实务经验。他们参与涉博知识产权案的讨论,发表意见,有利于实务部门集思广益,作出正确的研判,依法处理案件。其次,积极开展涉博知识产权的宣传。世博会在上海召开,给上海一个提升保护知识产权水平的机会,也给上海广大市民学习知识产权知识的机遇。我们中心运用多种方法,向市民宣传涉博的知识产权知识;也在我校的世博会志愿者中,进行知识产权知识的宣传,使他们更好地履行志愿者的职能。最后,深入进行涉博知识产权问题的研讨。我们中心利用自己的工作平台,组织相关问题的研讨,并把研讨成果在《知识产权法研究》这一载体上与大家交流,不断推动涉博知识产权的保护工作。总之,2010年我们中心也要为上海世博会的顺利进行保驾护航,作出自己的贡献。

华东政法大学副校长、教授、博导
知识产权研究中心主任 王立民

2010年5月26日

目 录

▷ 专家论坛 ◁

知识产权司法保护“三审合一”的实证分析

- 以浦东新区法院 14 年立体审判实践为视角…… 丁寿兴 陈惠珍 1
- 我国台湾地区知识产权司法体制改革实践与启示 …………… 史新章 12
- 虚构角色和真人形象商业化利用的调整模式
- 以质疑商品化权为视角 …………… 祝建军 22

▷ 行业报告 ◁

- 浅析视频分享网站服务商的著作权纠纷与注意义务…… 黄武双 李 媛 32
- 软件最终用户侵权的若干司法问题研究 …… 李进付 夏朝美 王 涛 57
- 计算机行业科技型中小企业知识产权状况与对策…………… 李秀娟 109

▷ 域外法制 ◁

- 印度商业秘密保护的法律框架及其评析…………… 蔡祖国 付庆强 166
- 论美国植物专利的获得要件…………… 李菊丹 179
- 知识产权国际保护 WIPO 体系与 TRIPS 体系的价值冲突与协调
- 以平衡发展中国家与发达国家的利益为视角…………… 李春锋 197

▷ 综合专题 ◁

论知识产权的立法本位·····	高荣林	208
关于知识产权法律价值的再思考		
——以罗尔斯“正义论”为理论基础·····	胡波	219
专利侵权赔偿数额在我国审判实践中的确定·····	钱曙伦	241
关于商标侵权案件中若干问题的思考·····	顾惠民	255
假冒伪劣农药犯罪侦查研究		
——从权利人维权打假的角度·····	马海舰	267
论我国网络环境下版权默示许可制度的不足与完善		
——兼评美国 Field v. Google 案·····	张璇	278
稿约·····		291

知识产权司法保护“三审合一”的实证分析

——以浦东新区法院 14 年立体审判^① 实践为视角

◇ 丁寿兴 陈惠珍

内容摘要 本文介绍了浦东新区法院“三审合一”的具体做法,分析了“三审合一”的优势所在,阐明了三类案件的同质性特点决定了由知产庭集中审理各类知产案件在权利是否存在及归属的判断、侵权行为及行为特征的把握和定性、庭审重点和秩序的掌控、同类案件适用法律的平衡与一致等方面都有其明显的优越性。最后根据浦东新区法院 14 年集中审判的实践感受与思考,就知识产权保护是否适用刑事附带民事诉讼,对侵权人追究法律责任是“先刑后民”还是“先民后刑”,以及在发挥三类案件同质性优势的同时还应充分注意其异质性特点等方面提出了个人见解。

关键词 知识产权 审判模式 三审合一 司法保护

2008 年 6 月 5 日,国务院颁布了《国家知识产权战略纲要》,其中第 45 条提出要“完善知识产权审判体制……研究设置统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的专门知识产权法庭”。这对知识产权司法体制改革提出了明确

* 作者单位:上海市浦东新区人民法院。

^① 经上海市高级人民法院批准,浦东新区法院从 1996 年 1 月起,由知识产权庭集中审理本辖区内涉及知识产权的民事、行政、刑事案件。当时,取“对知识产权实行全方位、立体化保护”之意,称之为“立体审判模式”。

要求。最近,最高法院又出台了《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》,部署了总结和探索集中审理各类知识产权案件工作。那么,这种设置专门知识产权法庭的制度设计,在实践中的可行性与合理性到底有多大?这不仅需要理论论证,更需要实践的检验。上海市浦东新区人民法院从1996年起就试行由知识产权审判庭集中审理涉及知识产权的民事、行政和刑事案件,截至2009年6月已受理各类知产案件1486件,其中知产民事1419件、知产刑事66件、知产行政1件,审结各类知产案件1264件,其中知产民事1199件、知产刑事65件。我国著名知识产权法学家郑成思研究员将这种集中审理各类知产案件的方式称为“浦东模式”。^①作为这一实践的直接参与者,笔者认为,“浦东模式”实施14年来的实践证明,知识产权保护“三审合一”这种制度构想,不仅在理论上是站得住脚的,^②在实践中也是可行的,且更符合知识产权专业性强的特点,有利于提高审判质量。

一、浦东法院“三审合一”的具体做法

(一) 在审判组织的构建上,打造综合合议庭,发挥不同审判人员各自的优势

在浦东新区法院14年的实践中,从一开始的审理知产刑事案件时向刑庭借审判人员参与审理,后来在知产庭内部确定专人审理,又在两年前从刑庭挑选法官充实到知产庭,与知产法官组成固定的综合合议庭,经历了不同的尝试和组合,我们认为组成固定的综合合议庭,辅之以针对不同的法官专长,分配难易程度不同的案件,更能发挥他们各自的优势。这避免了原来临时组合的不确定性和排期、工作量考核等方面的难题,也避免了知产法官对刑事程序的具体操作事项比较生疏的缺点。这也可以使他们在各自承办的案件

① 我国已故著名知识产权法学家郑成思研究员生前对浦东新区法院集中审理各类知产案件的方式十分关心和推崇,称之为“浦东模式”。他曾经多次亲临浦东新区法院调研、指导工作。他不仅悉心研究各国知识产权司法保护体制,还以全国人大法律委员会委员的身份在不同场合呼吁有关部门重视知识产权司法体系建设。

② 关于理论上的可行性,国内知识产权学者已进行了多年研究,他们从各类知识产权案件的特点及国际上相关国家的知识产权司法保护体制及TRIPS协议的要求等角度的分析,已得出了肯定性的结论。可参见郑成思:《民法、民诉法与知识产权法研究》,载《郑成思文选》,法律出版社2003年版;陈惠珍、徐俊:《论我国知识产权立体审判模式的构建》,载《法律适用》2006年第4期,第11—13页;中国社会科学院知识产权研究中心编著:《中国知识产权保护体系改革研究》,知识产权出版社2008年版。

上,知产民事法官在知产专业问题上多发挥作用,而刑事法官在学习知产审判业务的同时,在刑事程序的把握上发挥更多的作用。这样可以互相融合、各有相长。在我院近年审结的知产刑事案件中,每年都有一至二件被评为上海市的十大知产案例或十大版权案例,去年一件刑事案件被最高院公布为改革开放三十年百件知产案例之一和2008年全国十大知产案例之一。

(二) 在工作机制上,加强与公安、检察部门的联系沟通,协调知识产权刑事司法关系

多年来,我们与公安局、检察院的相关职能部门已形成了良好的工作关系,对在侦查、起诉、审判过程中碰到的疑难问题共同研究、探讨,以便提高以后同类案件的侦查、起诉和审判的质量;知识产权刑事司法解释出台后,公、检、法三家的相关部门集中进行了学习、研讨,对一些具体执法标准,也进行了研究、协调,以统一辖区相关案件的司法标准。如在销售假冒注册商标商品罪案件的未遂问题的确定、假冒顶级商标商品的一般价格与被假冒商品的市场价相差悬殊案件的非法经营额的计算等问题上,都经过研究协调达成共识。这种良好的工作关系,为我们开展“三审合一”的司法实践营造了良好的氛围。

(三) 注重加大罚金刑的适用力度并提高执行到位率,铲除其再犯罪的经济基础

知产犯罪属于贪财型犯罪,与其他犯罪相比对社会安全的危害性较小,故具备判处缓刑条件的比例较高,如果不注重对其在经济上进行制裁,判处缓刑的被告人受到处罚的教训并不深刻,在经济上未触及其痛处,可能使他产生刑事处罚也不过如此的感觉,甚至还会再犯。因此,我们对那些能真正悔改的、具备缓刑条件的被告人,只要是初犯,一般还是考虑对其判处缓刑。但在罚金刑的科处上,严格按相关法律和司法解释规定的标准,并力求执行到位,以铲除其再次犯罪的经济基础。近三年来,我们判处刑罚并附加适用罚金刑的案件,罚金执行到位率达80%以上,远远高于其他刑事案件罚金刑的执行到位率。在十多年处理的刑事案件一百多名被告人中,只发现一人重新犯罪。这也从一个侧面说明了这些被告人绝大多数确实已经悔改,达到了刑事惩罚和教育的效果。

(四) 发挥集中审理的优势,给权利人全方位救济

在刑事案件审理过程中,我们充分发挥集中审理的优势,遇到权利人询问民事赔偿问题,我们都会予以认真的解答和耐心的指导。在处理违法所得收缴、退赔等问题时,注意与民事权利的保护相衔接,如判决违法所得发还权利人或责令被告人退赔等。在权利人与被告人有意向协商侵权赔偿问题时,我们也积极做案外和解工作,促成其就民事赔偿问题达成协议。这既可以有效挽回权利人的损失,又因被告人主动弥补罪错而创造了从轻处罚的有利条件,有利于教育、挽救被告人。

(五) 加强知产审判业务的学习,全面提升知识产权综合审判水平

在庭内定期组织业务学习,讨论实务问题,鼓励督促法官加强对疑难问题的研判,学习研究国际条约、国际惯例,了解国外有影响力的判例并予以适当参鉴,使法官既立足本国的审判实际,又具有国际视野。先后办理了一批颇具社会影响的知产民事和知产刑事案件。知产民事案件中,如“Volvo”、“彭博”等一批影响较大的商标侵权案,以及网上销售论文、涉及第一股歌《死了都不卖》等有代表性的著作权纠纷。知产刑事案件中,我院审理了“NIKE”、“BP”、“中华”等侵犯商标罪,邦捷公司等侵犯商业秘密罪,龙联公司、徐楚风等侵犯著作权罪等一批类型新、影响大的案件。从2006年上海开始评十大知产案例和十大版权案例后的三年内,我院共有八件(次)民事、刑事案件榜上有名。

二、“三审合一”的优势

浦东新区法院当时进行这种制度设计的出发点是:知识产权庭对各类知产民事案件的审理有专门的职业训练和研究,对审判思路有长期的思考和积累。而知产行政案件、刑事案件首先都有对知识产权利的认定和行为是否构成侵权的认定,这是知产民事审判中基本和基础的工作,也是知产行政、刑事案件审理中需要审查的基础性事实。由知产民事法官依照行政诉讼法和刑事诉讼法审理知产行政、刑事案件,应该比行政庭、刑庭法官去熟悉知识产权法律更为便捷。浦东新区法院14年“三审合一”的实践收到了预期的效果,其主要优势体现在:

(一) 在知识产权是否存在的判断上

在知产刑事案件和行政处罚类知产行政案件中,基础性事实就是知识产权的侵权行为。侵犯知识产权行为成立的前提是存在法律应予保护的知识产权,而构成知识产权需要符合法律规定的相关要件。这就不同于一般侵权行为中对权利是否存在的判断。如对人身权的侵犯几乎无需作人身权是否存在的审查和判断,正常情况下,每个公民都拥有宪法和法律赋予的人身权利;而对财产权的审查,只要不是法律禁止持有的财产,一般情况下,动产的持有人或不动产的登记人即拥有相应的财产权利。但知识产权权利是否存在的审查和判断则要复杂得多。其他庭的法官由于对知识产权接触较少,一方面在审理思路对权利审查重视不够;另一方面,判断商业秘密是否构成对知产民事法官也是个难点,对其他法官其难度可能更大。

以侵犯商业秘密为例,笔者曾见到过多个案件的刑事判决书,对商业秘密是否构成不作审查、判断,却对被告人作出侵犯商业秘密的定罪和处罚。这里当然存在受害单位的相关信息确实构成商业秘密,被告人既然进行了获取、披露、使用等行为,对被告人的判刑“歪打正着”的可能性,但毕竟也还存在这些信息不构成商业秘密的可能性。某地法院就曾遇到过刑事案件判处被告人构成侵犯商业秘密罪,而在“权利人”之后提起的民事诉讼中,商业秘密是否存在成了双方的诉辩焦点。^① 在本院的司法实践中,也曾遇到过民事被告作不侵权抗辩,而刑事案件中据以认定遭其“犯罪行为”侵犯的商业技术秘密既未进行过构成要件分析,也未做过技术鉴定的情况。这就会导致审理民事案件的法院进退两难的局面:要么将错就错认定民事侵权而产生又一个错案,要么重新审查商业秘密和侵权行为是否构成,这或可导致推翻刑事判决的结果。

(二) 在知识产权归属的判断上

权利属于谁,在侵犯人身权和有形财产权案件中一般情况下是不难回答的,因为这些权利与人的身体、身份及财产持有人或登记人关系紧密。而在

^① 参见广东省高级人民法院民三庭:《知识产权民事诉讼证据若干问题》,载《人民司法》2006年第1期,第11—14页。该文例举了广东某公司诉被告梁钦江等侵犯商业秘密纠纷案,原告起诉认为被告侵犯了公司的商业秘密,请求判令被告停止侵权、赔偿损失,而被告则作不侵权抗辩。原告的主要依据是认定被告有罪的刑事判决书。而翻开该判决书却发现,刑事判决并未就该公司的商业秘密进行分析认定,就直接认定被告梁钦江等掌握了公司的商业秘密。

知识产权权利归属的判断上,却存在着诸多难点。因为知识产权的权利常常因许可、转让等合同关系而与权利人分离。在知产行政、刑事案件中,会遇到被处罚人、被告人辩称获得了权利人的许可,这就有对权利归属及是否是真正的权利人进行了许可的判断;在按刑法规定判决被告人违法所得收缴后发还权利人时,也有知识产权权利归属的判断问题。知产民事法官在对这些问题的判断上有其优势。

(三) 在侵权行为及行为特征的把握和定性上

各类知识产权案件在判断侵权行为及行为特征方面的原则其实是一样的,审理知识产权民事案件的法官对此有大量的经验积累,可以更为准确地区分不同的行为特点,从而准确地确定不同的罪名和不同的行政违法行为。笔者所在的浦东法院在14年的集中审理实践中就曾多次纠正了公诉机关起诉的罪名。如王一辉等被告人修改网络游戏数据库的数据,使游戏装备增加或产生高级装备,然后销售牟利。公诉机关认为,被告人的行为是对计算机软件的复制,故以侵犯著作权罪起诉。通过审理和对被告人的行为特征进行分析,我们认为,三被告人的行为不符合侵犯计算机软件著作权罪的构成要件。因为被告人是通过修改数据库中的数据的方法复制了武器、装备,但武器、装备是软件运行的结果,不是软件程序本身,故本案涉及的武器、装备的复制实际上是对软件运行结果的复制,而不是对软件程序的复制。根据我国《计算机软件保护条例》第6条,对软件著作权的保护不延及开发软件所用的处理过程、操作方法等,软件运行结果属于软件的处理过程的范围,因此被告行为涉及的内容不属于计算机软件著作权保护的范畴。既然被告人无复制计算机软件的行为,三被告人的行为不应以侵犯计算机软件著作权定罪。

笔者也注意收集了部分法院的一些知产刑事判决书,从中学到了相关法院在刑事程序把握上的有益经验,但也发现了其中存在知识产权专业知识明显欠缺而产生的不足甚至错误。一是有些案件的判决书反映出定罪不够准确。有的法院将符合《刑法》第213条规定的假冒注册商标罪的构成要件的行为,适用《刑法》第214条的规定认定为销售假冒注册商标的商品罪。如某判决书中查明的事实是:被告人把购进的冷轧板重新包装后,贴上伪造的某公司标签,假冒成“宝钢”冷轧板进行销售。该案以销售假冒注册商标的商品定罪。但判决书对被假冒的是何注册商标这一关键行为特征缺乏描述,也未说明伪造的标签上无他人注册商标。因为若标签上无他人注册商标,就不存在假冒注册商标的问题;若有,则应构成假冒注册商标罪,而不是销售假冒

注册商标的商品罪。

二是有的判决书对犯罪事实的叙述不符合对其所定罪名的法律事实要件。如某判决书中认定被告人和被告单位非法印制他人注册商标标识,还生产了二十余万支标有假冒注册商标标识的胶水管后予以销售,最后定非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪。这里,按照所定罪名,犯罪行为应仅限于非法制造商标标识和销售所制造的商标标识的范围。但按判决书的描述,既有非法印制商标标识,又有生产假冒商标商品,还有销售假冒商标商品的行为。从被告单位的企业名称看,是一家生产包装材料的公司,很可能仅仅是为他人非法印制了假冒的注册商标标识于产品包装材料上,所定罪名可能确实符合其行为本质,但判决书如此描述又确实使人难以准确判断其真正的行为特征。

(四) 在庭审重点和秩序的掌控上

由于知识产权大多涉及专业性、技术性问题,使得案情特别复杂、侵权行为隐蔽性强、行为特征难以判断。知产刑事、行政案件的被告人、被处罚人甚至其代理人或由于对知识产权知识和法律不了解,或出于避重就轻、转移交锋重点的本能反应,在庭审中往往纠缠于枝节、避开重点问题。若公诉方或行政机关一方也缺乏专业知识,不能在法庭上形成有效的对抗,经验不足的法官在控制庭审方面可能会显得力不从心。而集中审理各类知产案件,可以充分发挥法官在知识产权民事审判中积累的丰富经验,按照知识产权权属审查、侵权行为审查、侵权结果审查的步骤及各步骤本身所特有的各要素确定刑事案件、行政案件在事实审理上的重点,不受当事人纠缠于枝节问题的干扰,有效地控制庭审秩序和节奏。这在我们审理商业秘密犯罪、侵犯软件著作权犯罪等案情复杂、技术性强的案件中,表现尤为明显。

(五) 在保证同类案件适用法律的一致性上

笔者在收集到的一些刑事判决书中发现,不仅不同法院的刑事判决对行为定性、量刑和罚金上差异较大,即使同一法院相同时期的判决也存在相当的差异。集中审理有利于在这些问题上的认定及适用法律的一致,也有利于在法官酌定事项方面的相对平衡与一致。我们将14年来审理的所有刑事案件的事实要点、案值、从重从轻因素、所判刑期、罚金数额等都予以列表,每次量刑都要进行综合平衡。通过努力,基本做到了所审判的刑事案件在适用法律上的一致,保持了案件与案件之间的平衡,杜绝了畸轻畸重的现象。

三、“三审合一”实践中值得探讨和注意的问题

基于知识产权案件技术性、专业性强的特点,学术界、实务界对于“三审合一”的审判机制还是有较大的认同度的。但即使在认同“三审合一”的前提下,对有些问题还是存在不同的看法。这里探讨几个比较突出的、争议较为明显的问题。

(一) 关于知识产权保护中是否适用刑事附带民事诉讼的问题

有观点认为,应在知识产权保护中允许刑事附带民事诉讼。审判实践中,也有法院作出了刑事附带民事诉讼的判决,《中华人民共和国最高人民法院公报》也刊登了相关案例。^①虽然公报案例不具有判例法的效力,也不一定代表最高法院支持案例的所有观点,但公报的权威性使案例的刊登还是在理论界和实务界产生了较大的影响。笔者注意到,该案例对侵犯商业秘密犯罪予以了严厉打击,是个充分保护知识产权的成功案例。但笔者并不赞同将刑事附带民事诉讼范围扩大到知识产权保护领域。理由如下:

一是我国刑诉法和最高法院相关司法解释的现行规定对刑事附带民事诉讼范围的界定中不包括知识产权犯罪。我国《刑事诉讼法》第77条规定了刑事附带民事诉讼制度,最高法院则对其适用范围进行了界定,在《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条规定:“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的,可以提起附带民事诉讼。对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的,人民法院不予受理”。这里,“人身权利”受侵犯也好,“物质损失”或者“财物被犯罪分子毁坏”也好,与知识产权侵权的情形是有相当的距离的。因此,从现有的规定看,不难得出这种结论,现有的刑事附带民事诉讼制度的适用范围是相当有限的,并没有扩大到知产保护的领域。

二是知产民事权利的复杂性及可能带来的权利人的复杂性,会使刑事附带民事诉讼产生较为复杂的程序性难题和复杂的实体问题。知识产权有财产性权利和人身性权利,其中财产性权利可能会因转让、许可等合同行为而与权利人分离,而财产权利的权项又有很多项,转让、许可的情况往往也较为

^① 参见《陕西省西安市人民检察院诉裴国梁侵犯商业秘密案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2006年第12期,第28页。

复杂多样,可能是一项,也可能是多项或全部财产权的转让或许可,在许可的情况下,还有独占许可、排他许可、一般许可等,这就导致可能在同一项知识产权上存在多个权利人。那么,哪些权利人可以成为附带民事诉讼的原告、哪些或多少财产利益可以归属于或赔偿给哪个权利人等等,这些民事程序上和实体上的问题附带于刑事案件中审查处理,可能有点“喧宾夺主”,不利于快速、有力地打击知识产权犯罪行为。

三是根据现行法律,独立民事诉讼与刑事附带民事诉讼的赔偿范围不同,相应的承担责任的方式也不同。最高人民法院关于刑事附带民事赔偿范围的司法解释对民事赔偿范围有两处显著的限制性规定。一处是最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第1条第2款,此处排除了遭受精神损失的附带民事赔偿;另一处是最高人民法院《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第2条,此处划定了“物质损失”的范围为“因犯罪行为已经遭受的实际损失和必然遭受的损失”。而在独立的民事诉讼中,由于知识产权不仅有财产权,还有人身权,在知识产权遭受侵犯后,权利人要求承担民事责任既可以要求承担赔偿损失等对财产权利侵犯的民事责任,也可要求承担赔礼道歉、消除影响等对人身权侵犯的民事责任,在知产审判实践中还出现了精神损害赔偿的实例。由于现行规定对刑事附带民事赔偿的范围明显小于独立民事诉讼中民事赔偿的范围,在知识产权侵权这种特殊领域,适用刑事附带民事诉讼并不能体现出对知识产权权利人的全面保护和充分保护。

(二) 关于对侵权人追究法律责任是“先刑后民”还是“先民后刑”的问题

有些观点基于刑事犯罪和民事侵权都有权利认定和侵权行为判断的相同特点,在肯定民事诉讼对此有独特优势的前提下,提出应该“先民后刑”。他们认为这样既发挥了知产民事诉讼的优势,又可以防止刑事诉讼中对侵权人先进行刑事惩罚(如违法所得收缴、判处罚金等)后,影响民事权利的实际执行。上述观点确有一定的道理,但笔者认为,是“先民后刑”对权利人有利,还是“先刑后民”对权利人有利不能一概而论,而应区别不同的情况作出不同的选择。

第一,在刑事诉讼是权利人自诉的情况下,“先刑后民”还是“先民后刑”,两者对权利人权利的保护影响不大。因为无论是刑事诉讼还是民事诉讼,都是由权利人发起,起诉者的诉讼能力、所拥有的证据等都是相同的。

第二,在刑事公诉的情况下,“先刑后民”对权利人的民事救济应该更为有利。在刑事诉讼是由公安局进行侦查、检察院提起诉讼的情况下,因国家机关介入了侦查、起诉环节,在起诉能力上明显较提起民事诉讼的权利人有