

# 我国侵犯知识产权犯罪的立法完善

杨延超

(北京大学 博士后流动站,北京 100871)

**摘要:** 知识产权犯罪已成为时下社会热点问题。我国刑法也设专节保护知识产权,但相关规定调整范围过于狭窄,很多重要的知识产权都被排除在刑法保护范围;即便被列入刑法保护范围的知识产权,由于相关规定所列举的犯罪行为种类过于简单、罪状的规定不合理等原因,这些知识产权也无法最终获得刑法的周延保护。唯有对知识产权犯罪进行系统检讨,才能为完善相关立法不足提出切实可行的方案,这对于进一步健全和完善知识产权法律体系,维护权利人合法权益都将大有裨益!

**关键词:** 知识产权;犯罪;立法完善

**中图分类号:** DF523      **文献标志码:** A      **文章编号:** 1009-8003(2007)05-0097-08

**Subject:** Review and Legislation Perfection on the Crimes of Against Intellectual Property Rights

**Author & unit:** YANG Yan- chao(Law School Beijing University, Beijing 100871, China)

**Abstract:** As central social issues, crimes of intellectual property rights (IPR) have attracted public attention. China's criminal law on crimes of IPR has some shortcomings. This article conducted a comprehensive review of the deficiencies in that objects are too narrow, the lay-outs on criminal acts are too simple and the criminal requirements are unreasonable, proposed the idea to improve, and tried to construct a relatively reasonable system on the crimes of IPR.

**Key words:** intellectual property rights; crime; legislation perfection

## 一、问题的提出

我国知识产权犯罪数量呈逐年上升之趋势,1998年我国知识产权一审刑事案件为131件,2003年为401件,5年间上升了206%。<sup>[1]</sup>知识产权犯罪作为我国社会热点问题倍受关注。1997年修订的刑法第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第七节“侵犯知识产权犯罪”,一共规定了四类知识产权犯罪,第一类是著作权犯罪,包含侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪;第二类是商标权犯罪,包含假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪等三个罪名;第三类是专利权犯罪,仅有假冒专利罪一个罪名;第四类为商业秘密犯罪,只有侵犯商

业秘密罪一个罪名。2004年11月最高人民法院、最高人民检察院联合出台《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》(以下简称《若干问题的解释》)又对上述犯罪进行了解释。在此期间,我国《著作权法》、《商标法》、《专利法》分别在2000年和2001年进行大幅修改,然而1997年刑法中有关知识产权犯罪的规定都与现行知识产权制度“同床异梦”,本文立足于寻找现行知识产权犯罪规定与知识产权制度的不协调之处,并试图完善立法规定,构建和谐的知识产权犯罪体系。

## 二、对我国刑法知识产权犯罪的检讨

### 检讨一:保护对象过于狭窄

收稿日期:2007-08-01

作者简介:杨延超(1978-),男,黑龙江省绥化市人,北京大学法学院博士后研究员,北京大学深圳研究生院研究员,研究方向为知识产权法。

我国刑法中有关知识产权犯罪的规定,仅涉及著作权、商标权、专利权和商业秘密,所保护的知识产权权益过于狭窄。

#### (一)有关著作权犯罪的保护对象过于狭窄

1. 刑法只保护著作财产权,不包括著作人身权。大陆法系的著作权法大都将著作权分为著作财产权和著作人身权,其中著作财产权,是指作者通过复制、发行等方式使用作品或者允许他人使用作品,由此获得报酬的权利;而对于著作人身权,多数大陆法系国家将其界定为,署名权、修改权、保护作品完整权、发表权。我国刑法著作权犯罪的规定与著作人身权有关的内容仅有一项,即217条第4项规定,未经著作权人同意,制作、出售假冒他人署名的美术作品的,违法数额较大或者情节严重的,构成犯罪;此外217条前3项内容以及218条规定,都是保护有关著作财产权的规定。217条第4项的规定,与作者的署名权有关,但它到底是保护作者的署名权还是姓名权,还存在争议。<sup>①</sup>著作人身权与作者的名誉、荣誉、隐私等人格要素息息相关,刑法应当对著作人身权进行周延保护,体现刑法对人的终极关怀;同时,作品作为文化的载体,关系社会文化事业之繁荣,擅自修改、甚至是篡改作品的行为,会影响到作品质量,还会扰乱社会文化事业,刑法有必要对修改权等著作人身权予以保护,意大利著作权法相关规定可供参考。<sup>②</sup>

2. 我国刑法保护邻接权的范围过于狭窄。邻接权是与著作权相邻、相近或类似的权利。我国刑法217条仅保护2项邻接权,即录音录像制作者的复制发行权和图书出版单位的专有出版权,对于表演者权以及广播电台、电视台的播放权则不予保护。对此,我国著作权法规定,表演者享有下列权利:(1)表明表演者身份;(2)保护表演形象

不受歪曲;(3)许可他人从现场直播和公开传送其现场表演,并获得报酬;(4)许可他人录音录像,并获得报酬;(5)许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品,并获得报酬;(6)许可他人通过信息网络向公众传播其表演,并获得报酬。<sup>③</sup>对于那些严重侵犯表演者的第(1)与第(2)项权利,即表明身份权和表演形象不受歪曲权利的行为,如果说可以通过刑法中的“侮辱罪”、“诽谤罪”来解决的话,对于严重侵犯表演者的第(3)到第(6)项权利,即表演者的财产权,则完全失去了刑法的保护,不利于对表演者权利的救济。同样,我国著作权法规定了广播电台、电视台的播放权,即有权禁止他人将其播放的广播、电视转播;有权禁止他人将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。刑法也未对广播电台、电视台的播放权给予刑法保护,其不当之处自不待言。相比较而言,德国刑法就将“非法使用艺术表演者之表演”以及“非法使用电台广播节目”纳入刑法保护范围;英国对表演者权也采取单独刑事立法的方式进行保护,<sup>④</sup>这些立法很值得借鉴。

#### (二)有关商标权犯罪的保护对象过于狭窄

1. 我国刑法只是保护商品商标,没有提到服务商标。按照trips协议的规定,侵害商品商标或是服务商标,都可能构成犯罪。<sup>⑤</sup>我国商标法分别规定了商品商标、服务商标等商标类型。我国刑法213条、214条仅提到商品商标,并未提到服务商标。诚然,可以将服务作为一种特殊的商品,并据此主张,刑法规定的商品商标适用于服务商标。然而,这种解释方法确有违反罪刑法定原则之嫌。尽管我国商标法规定“有关商品商标的规定,适用于服务商标”,<sup>⑥</sup>但该规定的效力仅限于商标法,并不包含刑法。罪刑法定原则要求刑法的规定必须是明确的,“使人确切了解违法行为的

① 对于假冒他人署名的行为,到底侵犯的是被假冒者的何种权利,在知识产权理论界有三种学说:(一)侵犯著作权学说;(二)侵犯姓名权学说;(三)双重侵犯说。

② 意大利著作权法第171条的规定,涉及他人不愿公开的作品,或者侵夺作品的身份,或者篡改作品致使损害作者声誉的,处以1年以下监禁,或者5000里拉的罚金。此外,我国台湾地区刑法也有类似的规定。

③ 参见我国《著作权法》第37条。

④ 英国法规定:未经表演者书面同意,故意将他们的表演实况录制成唱片,拍摄成电影,为商业目的复制、出租此类唱片或影片,或故意向公众广播他们的表演实况,除没收擅自录制的唱片和拍摄的电影及其复制品外,还将处以罚金。

⑤ Trips协议第16条规定,注册商标的所有人拥有独占权,有权禁止第三方在交易过程中未得到他允许在相同或相似的商品或服务上使用与其已注册商标相同或相似的标志;若在相同或相似的商品或服务上使用了相同的标志,则应推定为存在混同的可能。对于具有商业规模的故意的假冒商标行为,应予刑事制裁。

⑥ 参见我国《商标法》第4条第3款。

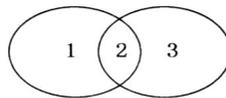
内容, 准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围, 以保障该规范没有明文规定的行为不会受到该规范适用的对象。<sup>[2]</sup> 由于刑法仅规定了商品商标犯罪, 人们会困惑, 侵犯服务商标的行为是否会构成犯罪。因此, 刑法规定不够明确的。

2. 我国刑法只保护注册商标, 缺乏对非注册驰名商标的保护。根据驰名商标的扩大保护制度, 对于在我国未注册的驰名商标仍然获得保护, 禁止他人在未经权利人许可的情况下, 在相同或近似的商品上使用未注册的驰名商标。<sup>①</sup> 从实践来看, 在我国侵犯知识产权犯罪案件中, 侵犯商标专用权案件最为突出。从 1998 年至 2003 年, 全国公安机关共立此类案件近 5000 起, 占侵犯知识产权犯罪案件立案总数的 80%, 涉案金额超过 12 亿元, 占侵犯知识产权犯罪案件涉案总额的 64%。其中通过假冒驰名商标获取暴利成为一个显著特点。<sup>[3]</sup> 因此, 增加对非注册驰名商标的刑法保护, 势在必行。

### (三) 我国刑法欠缺对专利权的保护

我国刑法 216 条是有关专利权犯罪的规定。该条规定, 假冒他人专利, 情节严重的, 构成犯罪。对于“假冒”的理解, 在刑法上历来有存在争议。<sup>②</sup> 2001 年, 我国《专利法实施细则》第 84 条以及 2004 年《若干问题的解释》对“假冒”作出明确解释, 根据该解释, “假冒他人专利”的行为包括以下四种: (1) 未经许可, 在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人的专利号; (2) 未经许可, 在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号, 使人将所涉及的技术误认为是他人的专利技术; (3) 未经许可, 在合同中使用了他人专利号, 使人将合同涉及的技术误认为是他人的专利技术; (4) 伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。依据上述规定, 单纯的专利权侵权行为还不能被视为假冒他人专利行为, 只有具备“未经许可, 标注他人专利号”的特征, 才能被视为假冒他人专利权。同样, 单纯的假冒他人专利行为不等于专利权侵权行为, 即便是假冒者明确标出自己的产品是某某第三者的专利产品, 他确实侵犯了第三者的某种权利, 但仍不属于我国专利法所规

定的专利权的侵权行为。<sup>[4]</sup> 假冒人在假冒他人专利行为同时, 也可以实施专利权侵权行为。有关侵权行为与假冒行为的逻辑关系可用下图诠释:



图中, 1: 单纯的假冒行为 2: 假冒行为与侵权行为并存的情形 3: 单纯的侵权行为

我国刑法只规定了“假冒他人专利”作为犯罪, 却没有将其他严重“侵犯专利权的行为”纳入刑法保护范围, 这样, 那些没有实施假冒行为, 但却严重侵害专利权的行为, 即区域(3)的情形无法得到刑法的规范, 显然我国刑法对专利权的保护极不周延。

### (四) 我国刑法欠缺对其他知识产权的保护

我国刑法并未涉及地理标志、集成电路布图设计、动植物新品种权等知识产权。《保护工业产权巴黎公约》第 10 条规定: 对带有假冒原产地和生产者标记的商品进口时予以扣押。Trips 协议第 22 条也对地理标志的保护做了规定, 不过并不是强制要求刑法保护。我国《反不正当竞争法》对地理标志作出的规定也仅限于“依照商标法处罚”, 但这不属于刑法保护范围。以地理标志误导消费者的行为与假冒商标的行为, 无论是从行为性质还是危害结果, 都是极其类似的, 有必要进行刑法保护。此外, 我国加入了《关于集成电路的知识产权条约》, Trips 协议也将集成电路布图设计列入保护范围。我国于 2001 年 4 月 19 日颁布了《集成电路布图设计保护条例》, 确定了对集成电路布图设计的保护内容、法律责任, 集成电路布图设计未纳入刑事保护范围。Trips 协议第 27 条还规定: 给予植物新品种以专利制度或者有效的专门制度, 或者以任何组合制度的保护。我国于 1997 年 4 月 30 日公布了《中华人民共和国植物新品种保护条例》, 对植物新品种采用专门法进行保护, 其中对于假冒动植物新品种的行为以及侵犯动植物新品种权的行为都进行相应规范, 但我国刑法仍未涉及有关动植物新品种权保护问题。为了更加有力地保护集成电路布图设计专有权和动植

① 参见我国《商标法》第 13 条。

② 有二种学说: 第一种是一形式说, 认为假冒他人专利只有一种表现形式, 即未经专利权人许可, 在非专利产品或者其他包装上标注专利权人的专利号或者专利标记, 以非专利产品假冒专利权人的专利产品。第二种是多形式说, 认为除了上述一种形式外, 还包括未经专利权人许可, 为生产经营的目的而非法制造、使用或者销售其专利产品或者使用专利方法, 以欺骗手段在专利局登记, 骗取专利权。

物新品种权,促进科学技术的发展,提高知识产权保护的水平,应当将上述权利纳入刑法保护。

检讨二:犯罪行为规定过于简单

我国刑法有关犯罪行为的规定过于单一,具体体现在以下几个方面:

(一) 著作权犯罪行为规定过于简单

刑法第 217 条规定了 4 种侵犯著作权的犯罪行为,第 218 条规定了以营利为目的销售犯罪,合并起来,我国刑法一共规定了 5 种著作权犯罪行为。与这种 5 种犯罪相类似的行为,甚至危害程

度还超过它们的行为,均未在刑法中得到体现,这造成了刑法与著作权法规定的不协调:

1. 我国著作权法第 47 条规定了 8 种著作权行政违法行为,同时规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,然而这 8 种违法行为中,仅有 4 种在刑法中得到体现,其余的违法行为,无论情节如何严重,均不能在刑法中找到规范依据。

2. 即便是我国刑法 217 条规定的 4 种犯罪行为,其具体的行为内容也过于简单。详见下表:

著作权法规定构成犯罪行为	1、侵犯复制权、发行权、表演权、放映权、广播权、汇编权、信息网络传播权	2、侵犯图书专有出版权	3、侵犯录音录像制作者的复制权、发行权、信息网络传播权	4、制作出售假冒他人署名的作品	5、侵犯表演者的复制权、发行权、信息网络传播权	6、侵犯广播、电视的播放权	7、故意避开或者破坏著作权保护措施	8、故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息
刑法中规定构成犯罪行为	1、侵犯复制权、发行权	2、侵犯图书专有出版权	3、侵犯录音录像制作者的复制权、发行权	4、制作出售假冒他人署名的美术作品				
差异规定	刑法缺乏对表演权、放映权、广播权、汇编权、信息网络传播权的保护	相同	刑法缺乏对录音录像制作者信息网络传播权保护	刑法对假冒美术作品之外其他作品不予保护	刑法中无相关规定	刑法中无相关规定	刑法中无相关规定	刑法中无相关规定

由上表可知,刑法中所规定的犯罪行为过于简单:(1) 尽管刑法对著作财产权保护,但缺乏有关“非法表演”、“非法放映”、“非法广播”、“非法汇编”、“非法信息网络传播”等犯罪行为的规定。(2) 尽管刑法对录音录像制作者权进行保护,但缺乏“非法信息网络传播”犯罪行为的规定。(3) 尽管刑法关注到假冒他人署名的犯罪行为,但只规定了“假冒美术作品署名”一种犯罪行为,而排除了“假冒其他作品”的犯罪行为。(4) 刑法对于“破坏著作权保护措施”和“删除或者改变权利管理电子信息”的犯罪行为没有规定。(5) 刑法对于“侵犯表演者权”和“侵犯广播电视播放权”的犯罪行为未予规定。

(二) 有关商标权的犯罪行为规定过于简单

我国刑法保护注册商标,但只规定了三种犯罪行为: 1. 在同一种商品上非法使用与注册商标相同的商标; 2. 销售明知是假冒注册商标的商品; 3. 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售上述注册商标标识。<sup>①</sup>

首先,在我国刑法中,有关非法使用商标的犯罪行为,仅限于在“同一种商品上”非法使用“相同商标”,才能够成犯罪,该犯罪行为的规定,内容过于简单。这会导致与之相类似的其他商标侵权行为置身于刑法之外。我国商标法第 52 条第一款规定: 未经权利人许可,在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的,均构成商标侵权。据此,该款规定了 4 种商标侵权模式: 1. 即在相同商品上非法使用相同商标; 2. 在相同商品上非法使用近似商标; 3. 在近似商品上非法使用相同商标; 4. 在近似商品上非法使用近似商标。而刑法只对第一种模式作出规定,而忽略了其他三种犯罪模式,对此,可列表如下:

商标法规定的商标侵权行为	相同商品 相同商标	相同商品 近似商标	近似商品 相同商标	近似商品 近似商标
刑法规定的非法使用的犯罪行为	有	无	无	无

① 参见我国商标法第 213、214、215 条。

根据现行刑法,实务中与2、3、4情形相符合的行为,无论情节如何严重,都无法认定为犯罪,这显然不利商标权保护。为此,《若干问题解释》对刑法213条中相同商标进行了扩大解释,该解释第8条规定:相同的商标,是指“与被假冒的注册商标完全相同,或者与被假冒的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”。根据该解释,相同商标不仅包括完全相同商标,甚至还包括与注册商标相近似的商标,这样,该解释就把序号2的犯罪模式纳入到刑法调整范围,但无论如何,序号3和4的侵权都无法适用于刑法。反观德国、日本等国家,均把上述行为规定为犯罪。<sup>①</sup>

其次,对于其他典型的商标权犯罪行为,刑法未予规定。在我国商标法上较为典型的变相侵权行为还包括:1.将与他人商标相同或近似的文字作为企业的字号在相同或近似的商品上突出使用,容易使相关公众产生误认的。<sup>②</sup>2.将与他人注册商标相同或近似的标志在相同或类似商品上作为商品装潢或者商品名称使用的。<sup>③</sup>在上述侵权行为中,行为人虽未将权利人的商标标志作为自己商品的商标使用,但在客观上仍会导致混淆,淡化权利人商标标志,这在实质上仍就侵犯权利人的商标权,对于情节严重的,亦应按犯罪处理,然而我国刑法并未对上述情形作出规定。相反,我国商标法却规定,销售侵权的会构成犯罪。销售侵权是以上述侵权为前提和基础的,上述侵权行为在社会危害性上与销售侵权相当,甚至还会大于销售侵权,显然刑法有必要将上述行为纳入调整范围。

再次,对于“反向假冒商标”的犯罪模式,刑法未予规定。商标法第52条第2款规定了“反向假冒商标”的侵权模式,所谓反向假冒商标,是指“未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场”。反向假冒商标行为不仅损害了商品生产者和消费者的合法权益,而且严重损害了他人的商品声誉,扰乱了市场竞争秩序,因此,世界多数国家和地区的法律均十分重视用刑罚手段予以规制。例如,法国知识产权法典

第713-2条明确规定:注册商标权人享有正、反两方面的权利,即有权禁止他人未经许可使用与自己相同或近似的商标,也有权禁止他人未经许可撤换自己依法贴附在商品上的商标标识。希腊1994年《商标法》第18条、第26条的规定与法国完全相同。澳大利亚1995年《商标法》第148条,意大利1992年《商标法》第11、12条,葡萄牙1995年《工业产权法》第264条也有类似的规定。<sup>[5]</sup>但迄今为止,我国刑法仍缺失这一商标权犯罪行为规定。

最后,缺乏针对保护驰名商标的特殊犯罪行为规定。前文已述,我国刑法在保护对象上缺乏对未注册的驰名商标的保护,仅对已注册的商标进行保护,但缺乏保护驰名商标的特殊犯罪行为规定。基于Trips协议对驰名商标“反淡化”特殊要求,我国商标法规定了驰名商标的扩大保护制度。对于在我国已注册的驰名商标,不仅禁止他人在相同或类似商品上非法使用,还禁止他人在不相同或不类似商品上非法使用。目前,世界上大多数国家还仅是将此种“反淡化行为”规定在民事和行政领域,但一向对世界各国商标立法有指向意义的英国1994年通过的新的商标法则规定:对于在英国已享有声誉的“驰名商标”,未经该商标所有人或被许可人同意而在非类似的商品或服务上使用相同或近似的商标的行为也构成犯罪。英国商标法的这一规定,突破了传统商标法将刑法手段仅限于混淆行为的樊篱,对商标淡化行为实施刑事制裁,在商标权发展史上有标志性意义,符合现代社会知识产权侵权领域“犯罪化”的趋势。<sup>[3]</sup>我国刑法也有必要针对驰名商标进行特殊保护。

(三)有关专利权的犯罪行为规定过于简单

我国刑法仅在216条规定了假冒他人专利一种犯罪行为。前文已述,我国刑法并未把专利权作为保护对象,也就缺乏保护专利权的犯罪行为规定。我国专利法赋予了发明和实用新型专利权人5项权利:制造权、使用权、许诺销售权、销售权、进口权;赋予了外观设计专利权人3项权利:

① 参见《日本商标法》第37条和78条规定;德国《商标和其他标志保护法(商标法)》第14条、143条。

② 参见《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条。

③ 参见我国《商标法实施细则》第50条。

制造权、销售权、进口权。<sup>①</sup>我国刑法却没有对上述权利进行保护。刑法中缺少犯罪行为规定,这在专利权犯罪中显得尤为突出,这可以专利权犯罪的数量上得到证实。从1998年到2002年期间,各知识产权一审刑事案件总计为1273件,其中,专利权犯罪仅有16件,占1.2%。<sup>[6]</sup>

显然,专利犯罪之所以所占比例极低,并非是由于符合犯罪条件的专利致害行为较少,据统计,仅2002年我国各省、自治区、直辖市知识产权(专利)管理机关,受理专利纠纷1442件,其中侵权纠纷1390件<sup>[7]</sup>,而2002年一年,我国专利权犯罪却只有2件,这也足以说明专利侵权犯罪行为规定的欠缺。其实,不少大陆法系的一些国家,在其专利法中对于专利侵权行为的规定则包括有刑事处罚条款。例如,联邦德国专利法第49条,日本特许法(即专利法)第196条,瑞士专利法第1条等。此外,WIPO在1979年为发展中国家起草的《专利法示范法》第164条也规定了对专利侵权的刑事处罚条款,即“任何明知某行为构成专利侵权而为之者,即构成违法,应处以罚金或监禁,或二者并处”。<sup>[8]</sup>

### 检讨三:知识产权犯罪罪状设计不合理

罪状是分则罪刑规范对犯罪具体状况的描述,指明适用该罪刑规范的条件,行为只有符合某罪刑规范的罪状,才能适用该规范。<sup>[9]</sup>我国知识产权犯罪的罪状有诸多不尽合理之处:

#### (一)有关著作权犯罪“营利目的”的规定不合理

我国刑法规定,无论是通过直接侵权的方式进行著作权犯罪,或是通过销售方式进行著作权犯罪,都要求行为人具有营利目的。不少学者对此都曾提出过批评意见,的确,这种限制条件的立法选择时至今日显得过于苛刻,把大量非营利目的严重侵犯著作权的行为排除在刑法调整范围之外。<sup>[10]</sup>在美国成立版权犯罪,也要求构成该罪需要在主观上具有“经济利益”的目的。但后来发现这一规定确有漏洞,不得不对这一规定进行重

新解释。<sup>②</sup>我国刑法也应取消这一犯罪目的要求。

#### (二)有关商业秘密过失犯罪的规定不合理

我国《刑法》第219条第2款规定:“明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论。”其中,所谓“应知”,是指应当知道由于疏忽大意而不知道的情形,这无疑是一种疏忽大意的过失心理。因此,在我国,即使是过失侵犯商业秘密的行为,同样应当作为犯罪承担刑事责任。考察世界各国各地区刑事立法,特别是大陆法系国家的立法,也均只处罚故意侵犯商业秘密的行为。我国台湾地区的《公平交易法》规定只有故意侵犯商业秘密的行为才应受刑事处罚。

笔者认为,在商业秘密犯罪中,过失犯不具有刑事可罚性。“近代以来,各国从刑法处罚的正当性原则和谦抑与人道的价值取向出发,都奉行在具体犯罪的设立上以处罚故意行为为原则,以处罚过失行为为例外,这就决定了所有拟给予刑罚处罚的过失行为应当具有较为明显的刑事可罚性。”<sup>[11]</sup>侵犯包括商业秘密在内的知识产权案件,如果行为人的侵权是基于过失,与一般地过失侵犯财产行为无异,没有刑法处罚的必要,只适宜按侵权行为处理。不仅如此,在行为人过失侵权的情况下,如果行为人能够尽到合理的“说明义务”或“挽救义务”,甚至可以免除他的赔偿责任。

#### (三)关于商业秘密罪罪状的规定不合理

世界上主要发达国家以及我国台湾地区就侵犯商业秘密犯罪都规定了多个罪名,而我国刑法将各种侵犯商业秘密情形统一规定为一罪,即侵犯商业秘密犯罪。时下,不少学者主张,将现有的商业秘密罪的罪状分解,分别规定若干个商业秘密犯罪,如抢劫商业秘密犯罪、盗窃商业秘密犯罪、泄漏商业秘密犯罪、非法使用商业秘密犯罪、刺探商业秘密罪等新罪名。<sup>[12]</sup>侵犯商业秘密的不

① 参见我国专利法第11条规定

② 有关著作权犯罪中以“经济利益”为目的弊端,美国1994年United States v. Lamacchia案件即为明证。在该案发生以后,为了弥补现有版权刑事规定的漏洞,进一步保护版权所有者的利益,美国1995年《刑事版权修正案》对美国关于版权保护的刑事规定作了修改,对构成版权犯罪的主观条件予以重新解释。根据该《修正案》的规定,所谓“经济利益”不仅包括接受任何有价值的东西,以及接受另外版权专有的作品,还包括交换和交易盗版软件制品。这样,就把主观上纯粹的为了个人经济利益扩大到交换、交易版权专有的作品,即赋予版权犯罪构成主观条件新的法定含义,从而将故意但不一定以个人经济利益为目的的严重侵权行为纳入了版权刑事犯罪的范畴。

同形式, 具有不同的构成要件、不同的社会危害结果, 法定刑也都有所区别。如盗窃商业秘密和抢劫商业秘密构成要件不同: 盗窃商业秘密的, 应当要求被害人造成重大损失的, 才构成犯罪; 抢劫商业秘密的, 则不要求给被害人造成重大损失。此外, 刺探商业行为与泄露商业秘密的构成要件亦不同, 前者可适用一般主体, 后者则只适用于对于商业秘密有保密义务的主体, 即基于法律规定和合同约定具有保密义务的主体。两罪所要求的犯罪结果也不应相同: 如果刺探商业秘密罪要求给“商业秘密权利人造成重大损失”, 泄露商业秘密罪, 基于主体违反保密义务, 只要达到给商业秘密权利人造成较大损失即可, 无需达到“重大损失”程度。此外, 行为人明知他人违法获得商业秘密, 还获取、使用、披露商业秘密的, 有时未必会给商业秘密权利人造成重大损失, 但非法使用人获益较大的, 也应构成犯罪。基于上述原因, 应当规定若干个罪名, 但对于类似的侵犯商业秘密行为, 其社会危害性、构成要件相同的, 可适用相同法定刑的, 可统一作为一个罪名规定。对此, 日本、德国和我国台湾地区的立法例颇值借鉴。<sup>①</sup>

### 三、我国刑法知识产权犯罪之立法完善构想

针对我国知识产权犯罪存在的诸多不足之处, 笔者提出如下立法完善措施:

#### (一) 有关著作权犯罪的立法完善

1. 取消该罪以营利为目的构成要件, 无论行为人出于何种目的, 只要其情节严重, 符合犯罪要求的社会危害性, 均应构成犯罪。

2. 增加该罪的保护对象和犯罪行为规定。

(1) 建议增加有关著作人身权的刑法保护条款。规定: 对于侵犯署名权、发表权、修改权、保护作品完整权, 情节严重的, 处×××;(2) 建议将 217 条第 1 款“未经著作权人许可, 复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的”修改为“未经著作权人同意, 复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络传播其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的”(3) 建议将 217 条第 3 款“未经

录音录像制作者许可, 复制发行其制作的录音录像的”, 修改为“未经录音录像制作者许可, 复制发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像的”;(4) 建议将 217 条第 4 款“制作、出售假冒他人署名的美术作品的”, 修改为“制作出售假冒他人署名的作品的”;(5) 建议 217 条增加第 5 款“未经表演者许可, 复制、发行录有其表演的录音录像制品, 或者通过信息网络传播向公众表演其表演的”;(6) 建议 217 条增加第 6 款“未经许可, 播放或者复制广播、电视的”;(7) 建议 217 条增加第 7 款“未经著作权人或者与著作权人有关的权利人许可, 故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的”;(8) 建议 217 条增加第 8 款“未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可, 故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的”。

#### (二) 有关商标权犯罪的立法完善

1. 将服务商标纳入刑法保护。为表述上的方便, 建议在刑法上增加一条, 规定: 有关商标权犯罪的规定适用于服务商标。

2. 修改 213 条的罪状部分。建议将 213 条罪状“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, 情节严重的”修改为“未经注册商标所有人许可, 在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标, 情节严重的”。

3. 将其他变相侵犯商标权行为作为一类犯罪规定。建议增加一条规定, 如可规定为“具有以下行为, 情节严重的, 处×××:(1) 将与他人商标相同或近似的文字作为企业的字号在相同或近似的商品上突出使用, 容易使相关公众产生误认的;(2) 将与他人注册商标相同或近似的文字注册为域名, 并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务, 容易使相关公众产生误认的;(3) 将与他人注册商标相同或近似的标志在相同或类似商品上作为商品装潢或者商品名称使用的。”

4. 增加反向假冒商标犯罪的规定。建议增加

<sup>①</sup> 如日本刑法规定了侵犯商业秘密罪的条文, 在 1973 年确定的刑法修改案第 318 条中, 增加了泄露商业秘密的处罚条文。德国刑法关于侵犯商业秘密犯罪规定了两个罪名, 即侵害他人秘密罪和利用他人的秘密罪。我国台湾地区刑法上关于侵犯商业秘密犯罪的规定, 有刺探商业秘密罪和泄露业务上的工商秘密罪, 此外还可以根据背信罪、盗窃或侵入住宅罪等罪名获得保护。

一条,规定:未经注册商标人同意,更换其注册商标标识或者销售仿造、擅自制造的注册商标标识的,情节严重的,处×××。

5. 增加驰名商标的刑法保护条款。对于未注册的驰名商标,在未经商标所有人许可的情况下,行为人在相同或类似商品上使用驰名商标,情节严重的,处×××;对于注册的驰名商标,在未经商标所有人许可的情况下,行为人使用驰名商标,情节严重的,处×××。

(三) 有关专利权犯罪的立法完善

1. 增加发明与实用新型专利犯罪的规定。建议增加一条,规定:未经专利权人许可,为生产经营之目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品,情节严重的,处×××。

2. 增加外观设计专利犯罪的规定。建议增加一条,规定:未经专利权人许可,为生产经营之目的制造、销售、进口其外观设计专利产品,情节严重的,处×××。

(四) 有关商业秘密犯罪的立法完善

1. 删除商业秘密犯罪的过失的罪过形式。

2. 在刑法中设定多个商业秘密犯罪的罪名。

(1) 设立抢劫商业秘密罪,规定:以暴力、胁迫或者其他方法抢劫商业秘密的,处×××;(2) 设立刺

探商业秘密罪,规定:以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密,给商业秘密的权利人造成重大损失的,处×××;(3) 设立泄露商业秘密罪,规定:依法律规定或者协议约定负有保密义务的主体,故意泄露商业秘密给商业秘密的权利人造成较大损失的,处×××;(4) 设立恶意获取、使用、披露商业秘密罪,规定:明知前条所列行为(抢劫商业秘密行为、刺探商业秘密行为、泄露商业秘密行为),获取、使用或者披露他人的商业秘密,情节严重或者受益数额较大的,处×××。

(五) 增设其它知识产权犯罪

1. 增加保护地理标志的刑法规定。建议增加条款保护地理标志,规定:仿造或者冒用地理标志,作引人误的虚假表示,情节严重的,处×××。

2. 增加保护集成电路布图设计的刑法规定。建议增加条款保护集成电路布图设计,规定:集成电路布图设计人许可,使用其布图设计,情节严重的,处×××。

3. 增加动植物新品种保护的刑法规定。有关动植物新品种犯罪,建议增加两个罪名:一是假冒动植物新种罪,规定:假冒已授权的动植物品种,情节严重,构成犯罪;二是侵犯动植物品种权罪,规定:未经动植物新品种权人许可,生产或者销售授权品种的繁殖材料,情节严重的,处×××。

参考文献:

[1] [EB/OL]. <http://www.chinaiplaw.com.spxx/spxx201.htm>/2006-09-20

[2] [意]杜里奥·帕多瓦尼. 意大利刑法学原理[M]. 陈忠林译. 北京:法律出版社,1998. 24.

[3] 肖中华、涂龙科. 论我国驰名商标刑法保护制度的完善犯罪研究[J]. 犯罪研究,2006(1):2.

[4] 郑成思. 知识产权论[M]. 北京:法律出版社. 2003(10):330.

[5] 郑成思. 知识产权论[M]. 北京:法律出版社. 1999(1):321.

[6] 最高法院民三庭. 知识产权刑法保护有关问题的调研报告[EB/OL]. <http://www.chinaiplaw.com/spxx/spxx232.htm>./2006-10-1.

[7] 中华人民共和国专利局2002年年报[EB/OL]. <http://211.157.104.66/sipo/gk/ndbg/2002NB/>

200304/t20030424\_66611.htm/2006-09-21.

[8] 聂洪勇. 知识产权的刑法保护[M]. 北京:中国方正出版社,2000:10.

[9] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社,2003:507.

[10] 赵秉志,田宏杰. 侵犯知识产权犯罪比较研究[M]. 法律出版社,2004:267-268.

[11] 唐稷尧. 罪刑法定视野下的侵犯商业秘密罪[J]. 四川师范大学学报(社科版),2003(3):41.

[12] 辛军. 论我国侵犯商业秘密罪的立法不足与完善[J]. 人民检察,2004(9):70.

[责任编辑:李锡海]