

论知识产权犯罪中网络服务商的刑事责任*

吕英杰**

【摘要】根据我国刑法的规定,应该对知识产权犯罪中网络服务商追究正犯的罪责。但这一规定有悖于当今世界立法的大趋势,违反了侵权责任法中的“避风港原则”,也不符合中立帮助行为的处罚原理。刑事立法对于网络服务商的责任应持谦抑性态度,只有在能够证明网络服务商对特定侵权事实存在故意的情况下,才能追究其帮助犯的责任,否则应该无罪。

【关键词】网络服务商;避风港原则;中立帮助行为

计算机与网络技术的发展,将人们越来越紧密地同网络联系在一起,也造就了许多新型的犯罪及犯罪方式。网络犯罪对于不同的法益冲击也有所不同,对于侵犯人身权的刑法保护的冲击较弱,而对知识产权刑法保护的冲击则最为明显。网络犯罪改变了侵犯知识产权行为的方式。传统的侵犯知识产权犯罪的主要特征是未经权利人许可,将他人智慧财产通过现实物质载体的形式予以固定,例如复制、发行、出售、出租侵权复制品,在自己的产品中非法使用他人的专利、商标等。由于网络和知识产权之间具有天然的契合性,网络和计算机技术使知识产权卸下了物质载体的“枷锁”迎来了全面的发展。同时,通过网络传播,侵犯知识产权犯罪的危害远超过传统方式。由于其犯罪活动影响范围广大,侵犯知识产权犯罪已被联合国列为17类跨国犯罪中最严重的犯罪活动之一。在此背景下,网络服务提供者(Internet Service Provider,简称ISP)^[1]的刑事责任开始受到关注,这也正是本文的研究对象。

一、我国当前的立法与司法解释

为有效惩治侵犯知识产权网络犯罪活动,2004年《最高人民法院、最高人民检察院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》规定,通过信息网络向公众传播他人作品的行为,应当视为刑法第217条规定的“复制发行”,情节严重的,构成侵犯著作权罪。但该规定规制的对象仅限于直接上传侵权作品的网络用户,并不包括为上传者提供网络存储空间等服务的网络服务提供商。2011年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》则规定,明知他人实施侵犯知识产权犯罪,而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、

* 本文受作者主持的2015年度中央高校基本科研业务费专项资金项目“中立帮助行为的认定——以经济犯罪为中心”(项目批准号20720151191)资助,也是作者主持的福建省社科一般项目“刑罚积极主义及刑法与侵权法的边界”(项目批准号FJ2018B007)的阶段性成果。

** 厦门大学法学院副教授,法学博士。

[1] 网络服务提供商是向广大用户提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的人和单位,它是网络空间里重要的信息传播媒介,支撑着网络上的信息通讯。网络服务商分为三类:网络连接服务商、网络内容服务提供商和网络平台服务提供商。

代收费、费用结算等服务的,以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。此“意见”首次明确网络服务商可以成为犯罪主体,即侵犯知识产权犯罪的共犯。在此基础上,《刑法修正案(九)》新设“帮助信息网络犯罪活动罪”,将“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的”的行为规定为独立罪名,开启了网络服务商帮助行为正犯化的通道。

由此可见,刑事立法对于通过网络侵犯知识产权行为的规制,从一开始只处罚侵权的网络用户本人,到为侵权者提供网络服务的帮助犯,最后到将帮助者作为正犯处罚,且突破了知识产权犯罪的范围,而加以一般化,适用于任何网络犯罪当中。这一过程是逐渐加大网络服务商刑事义务的过程,体现了刑事责任向网络中介者的扩张。这样的立法似乎顺应了刑罚积极主义的趋势,但究竟是否妥当并非没有争议。

二、理论争议

(一) 网络服务提供者正犯说

支持将网络服务商的责任正犯化处理的代表是于志刚教授。其在2010年提出要“将网络空间中表象上属于犯罪行为的帮助犯、实质上已然具有独立性的、技术上的帮助犯等帮助行为,扩张解释为相关犯罪的实行犯,即不再依靠共同犯罪理论对其实现评价和制裁,而是将其直接视为正犯,直接通过刑法分则中的基本犯罪构成对其进行评价和制裁”,其理由包括:第一,网络帮助行为的危害性过大;第二,将网络帮助行为作为正犯处理可以不依赖于实行犯的违法性判断,即使侵权者由于没有达到犯罪程度,网络服务商也可构成独立犯罪的正犯。^[2]但为何社会危害性大就应该摆脱对实行犯违法性的认识而直接肯定帮助者的实行行为性,直接作为犯罪处理,他并未予以说明。与侵犯知识产权的犯罪相比,传统侵犯人身权的犯罪违法性必定更为严重,却未有人提出把故意杀人的帮助犯予以正犯化处理。

还有学者提出,网络服务商本来就不是侵犯知识产权犯罪的(片面)帮助犯,而是间接正犯,因为网络服务商的帮助都是事后的,而我国不承认事后帮助犯,同时,传统侵犯知识产权犯罪是一对一的关系,而网络世界则是一对多的关系,网络服务商面向的是大量不特定的网络用户,其对网络用户提供的是职业化、持续的技术帮助,这也改变了网络服务提供者在侵权作品传播中的地位,其并不是从属于网络用户,而是处于信息网络传播的核心,发挥着主导作用。^[3]

(二) 网络服务商帮助犯说

该说认为ISP在侵犯知识产权犯罪中处于辅助者角色,是帮助犯。例如在日本的“Winny软件案”中,被告人将自己开发的具有保护档案资料共享者的匿名性功能的档案共享软件(Winny软件)的最新版挂到自己的主页上,这种软件可供档案资料共享者自由下载使用,下载的档案资料中包括未经著作权人授权的档案资料,因而利用该软件的人涉嫌侵犯著作权罪,已被日本京都地方法院宣判有罪。该案争议在于,提供下载软件的被告人应否承担侵犯著作权罪帮助犯的责任。日本京都地方法院判决认定被告人上传Winny软件的行为构成侵犯著作权罪的帮助犯。^[4]

(三) 网络服务商无罪说

这一观点主要是基于“中立帮助行为”理论。例如,有学者认为,由于法律并无明文规定网络连接服务

[2] 参见于志刚:《网络犯罪与中国刑法应对》,《中国社会科学》2010年第3期。

[3] 金民珍、凌宗亮:《间接正犯而非片面共犯:网络服务提供者侵犯著作权刑事责任的解构与重塑》,上海市第二中级人民法院网站 <http://www.shezfz.com/view.html?id=76280>,最后访问时间2018年12月2日。

[4] 日本京都地方裁判所2006年12月13日判决。

商有事前拒绝接入和事后断开网络连接的义务,因此网络连接服务商无论是接入前知悉申请网络接入的用户的犯罪意图,还是事后得知网络用户利用网络实施犯罪的事实,原则上都不应承担帮助犯的责任。而且网络接入的行为属于正常的业务中立行为,不应科予其一般性的阻止犯罪的义务。会员利用这种服务从事侵犯著作权犯罪的行为,完全属于正犯的自我答责的行为领域。^[5]

三、追究网络服务商正犯责任之否定

(一) 追究网络服务商的正犯责任与世界立法趋势相悖

1994生效的《与贸易有关的知识产权协议》(简称“TRIPs协议”),成为将保护知识产权与国际贸易秩序相联系并加以调整的新规则。TRIPs协议中的第61条是唯一涉及刑事责任的条文,且只规定了侵犯商标权和著作权的本人的责任,而未提及网络服务商的刑事责任。

美国于1998年通过了《数字千年著作权法案》(简称“DMCA法案”),针对与网络有关的侵犯著作权的行为首次规定了网络服务商的刑事责任。根据该法案的规定,网络服务商承担刑事责任的条件非常苛刻,仅限于在主观上明知存在侵权行为且具有获取经济利益的目的,同时达到侵权作品的数量或价值标准的情况。但是,网络服务商有责任在接到著作权人的请求后删除其所提供的侵权作品,以及依著作权人的请求向其公开提供侵权作品行为人的资料。

在欧盟,普遍认为网络服务商极易被第三方利用进行侵权活动,同时服务商也是最容易制止侵权活动的主体。因此,《欧盟信息社会著作权指令》(简称“欧盟指令”)第8条第3款针对网络中间服务商的责任,规定各成员国应当保证权利人有权申请禁令以制止中间服务商因第三方利用其服务侵犯著作权或其他相关权利,而未涉及刑事责任。^[6]

综上,世界范围内对于ISP犯罪的立法普遍持保守、谨慎态度。TRIPs协议和欧盟指令未规定服务商刑事责任,美国对追究ISP的刑事责任从主观、客观到违法程度都设定了严格条件。同时,可以发现,各国几乎都规定ISP在接到权利人请求后有删除侵权作品、排除侵权的责任,而无事前的审查权。在此世界趋势下,我国在刑法上规定ISP对于他人利用网络犯罪而提供服务的,承担正犯罪责,实有不妥。

(二) 追究网络服务商的正犯责任与侵权责任中的“避风港原则”相悖

网络侵害知识产权的行为通常由网络用户(Internet User)实施,即用户实施直接侵害行为,而ISP通常扮演技术提供者(即提供链接、平台、搜索等服务)的角色。在某些情况下,由于ISP的技术支持可能在实质上为用户实施侵权行为提供了帮助,由此各国立法责令ISP只在一定条件下承担第三方责任,即“间接侵权责任”。而承担间接侵权责任的条件较为严格,除设定各种条件之外,还普遍规定了“避风港原则”这一免责条款。

在侵犯知识产权的违法行为中,对于ISP适用“避风港”原则是世界各国普遍适用的规则。避风港条款最早来自美国1998年制定的DMCA法案,其在责任限制(Limitation on Liability relating to Online Material)部分明确免除ISP的主动审查义务,即ISP无须对其传输或储存的信息负担主动监督或审查侵权事实的义务。可以说,避风港原则自始就是旨在保护ISP利益的免责条款。同样的,欧盟指令也直接将避风港原则称为网络服务商的责任限制或责任豁免。

德国最早在1997年颁布《信息和通信服务规范法》中,将ISP予以分类并确定相应的侵权责任:(1)对信息提供者,应该依法对自己制作和编辑的内容负全部责任;(2)对于中间服务商,一般不对第三人发布

[5] 参见陈洪兵:《网络中立行为的可罚性探究》,《东北大学学报(社会科学版)》2009年第3期。

[6] 王世洲:《关于著作权刑法的世界报告》,中国人民公安大学出版社2008年版,第115页。

的信息承担侵权责任,除非该服务商对这些信息进行了有意识的利用;此外,如果该服务商已经知晓侵权信息存在而没有采取措施禁止该信息被其他用户接触,那么他应当与该信息的制作者承担共同侵权的责任;(3)对仅提供接入服务的ISP,原则上不对第三方的侵权承担责任,但是一旦得知有侵权信息存在,仍有依照一般的法律义务阻止侵权信息继续扩散的职责。

至今,避风港原则已为各国所普遍接受,其核心内容就是免除ISP的事先审查义务,对于存在网络侵权的行为,只是通过“通知—移除”规则予以排除,是对ISP侵权责任的限制。

我国的《信息网络传播权保护条例》也承认了避风港原则。该条例的第20-23条分别针对网络自动接入或传输服务的提供者、网络自动存储服务的提供者、信息存储空间出租服务的提供者、搜索引擎服务的提供者等ISP在什么条件下可以免责、享受避风港待遇作出规定。同时,2010年开始实施的《侵权责任法》第36条对所有通过网络侵犯他人民事权益的行为中的ISP责任也作出规定,使避风港原则不再仅适用于侵犯知识产权的行为,该规定也表现出了明显的法律移植的痕迹。第36条的通知与取下规则(notice and takedown)、知道规则(knowledge rule)等均源于美国DMCA法案。其内在逻辑是,ISP作为技术提供方仅在接到被侵权人通知后才负有删除、屏蔽、断开链接等作为义务;在未接到被侵权人通知前,法律推定ISP对已经发生的侵权事实不知晓,除非被侵权人能提供有力证据证明ISP主观上“知道”用户的侵权行为而未采取必要措施。

从司法层面上看,我国法院早在2000年的《大学生》杂志诉李翔、京讯公司案中便指出:京讯公司并未向用户免费空间提供任何信息,该空间的内容完全由用户李翔个人制作,根据互联网技术特点及应由行为人对自已的行为后果承担责任的法律原则,仅提供网络技术和设施的网络服务商一般不应对网络使用者的侵权行为承担法律责任,但在权利人提出合理请求时,应及时采取技术措施消除侵权信息,否则将承担侵权赔偿责任。^[7]

由上可知,ISP在侵权法上尚有“避风港”可以驶入,可免除侵权责任,我国却在刑法中积极追究ISP的正犯罪责,使其民事侵权中从极为有限的“间接侵权责任者”变成刑事犯罪的“正犯者”,从而僭越了其他部门法,并违反了民法的立法精神。虽然刑法并不一定受制于民法,但是刑事立法不能不顾及整个法秩序的统一;而且,对于“刑罚不一定受制于民法”这一命题,也只能从法解释学的角度去理解,即对于刑事条文的解释不需完全遵从对民法规范的理解,如刑法上的“占有”不一定等同于民法上的“占有”,因为刑法和民法各自的立法目的不同,语词含义便也未必相同,但不能由此便赞同刑事立法将民法上的合法行为规定为犯罪。

(三)追究网络服务商的正犯责任与“中立帮助行为”的原理相悖

“中立帮助行为”,是指行为人实施了中立的、继续性的、非针对特定对象性的、日常可替代的行为,事实上却对他人犯罪有所帮助。如面包店老板为组织卖淫者提供食物,五金店老板卖给斗殴者螺丝刀,快递业者为销售商递送伪劣产品等。学界对于中立的帮助行为是否可罚存在争议,也从主客观不同角度提出了

[7] 参见北京市第二中级人民法院民事判决书(2000)二中知初字第18号。

解决路径,比较有影响力的包括社会相当性说^[8]、职业相当性说^[9]、客观归责理论^[10]、主观故意说^[11]等。但各学说均受到批判,并未达成一致见解。均认为对于具有职业性的、中立性的、不针对特定对象的日常行为,不能仅仅因为事实上对于犯罪有所促进,就成立帮助犯(当然更不可能成立正犯),而是必须严格限定帮助犯的成立范围。

笔者认为,应综合主客观两方面确定中立帮助行为可罚与否。客观上要考察行为人是否有义务避免使自己的行为被犯罪者所利用,或者说行为人是否有预测并审查正犯行为合法性的义务。一般的日常行为从业者,如饮食店老板、五金店老板并没有义务去审查监督购买者的用途,出租车司机也无义务审查乘车人达成出租车的目的,但(合法)出卖枪支的人有防止枪支落入犯罪分子并被加以利用的义务,快递业者有避免帮助他人递送毒品、枪支、爆炸物等违禁品的义务(但没有审查物品是否为伪劣产品的义务)。在行为人有审查、监督义务的场所,如果行为人明知自己对他人的犯罪行为起到促进作用,则应成立帮助犯。在行为人没有义务的场所,即使行为人明知自己对他人的正犯行为有一定的作用,通常也不构成帮助犯,因为行为人此时只处于“中立者”的角色。这同时符合规范保护目的的原理,当不协同正犯一起造成某种法益侵害处于行为人注意规范(即义务性规范)的射程范围之内时,则其行为就不得被归责。以上述“审查监督义务”的有无与规范目的为核心所构建的评价标准,在确立中立帮助行为的可罚性时,是客观的标准,是第一位的标准,是决定性的标准。

但仅以此标准做出最终结论仍过于草率,仍需在此之外设定例外,即必须引进主观的限制要素。当行为人明知正犯的违法行为现实地指向特定犯罪(或特定类型的犯罪)或者由被害人向行为人提出排除违法的帮助行为而不予排除时,法益面临紧迫危险,便不再适用上述原则。因为犯罪的特定化与危害排除要求的提出使得行为人不再具有中立性地位,而是处于加功于犯罪人的违法帮助立场。例如,五金店老板看见甲对乙实施暴行,遇到乙的抵抗,此时甲冲进店里要买刀具,老板若卖给其刀具,则明显是站在了犯罪人的立场,而非中立角色。但是要排除的是,对于那些虽然行为人明知特定犯罪正在威胁法益,但无论如何其行为也不能被评价为是帮助“犯罪”的行为,便不成立帮助犯。例如,向饥饿或口渴的犯罪人出卖饮食任何时候都不能视为是对“犯罪”的加功,而只是减轻了其饥饿和口渴的感觉,为其提供了身体上的能量而已。为他人提供身体上的能量只是日常生活上的行为,并未制造法所不能允许的危险,应予以排除。

对于ISP第三方责任这一问题,同样适用上述判断规则。ISP的行为明显具有业务性和技术中立性的特点。所谓技术中立,最早可追溯到电子商务领域,是指法律对电子商务的技术手段应当一视同仁,不限定使用或不禁止使用某种技术,也不对特定技术在法律效力上进行区分。我国学者通常认为美国联邦最高法院在1984年索尼案中所确立的“实质性非侵权用途”标准构成版权法上的技术中立。^[12]事实上,技术中

[8] 该说主张从中立帮助行为是否具有社会相当性的角度进行分析,这是沿用了Welzel所倡的“社会相当性”概念和内涵,即行为只要没有逾越通常的社会秩序范围,便仍属于社会上运作的正常与可接受的状态。所以,中立帮助行为如果处于通常的社会秩序范围内,即使产生了法益侵害的结果,也应当认为具有社会相当性,从而不应认定为帮助犯,反之,若超出了这一秩序范围,则应认定为帮助犯。

[9] 该说强调对职业规范的重视,以限缩帮助犯的成立范围,可以被认为是社会相当性理论的特殊化。这种学说认为,既然中立帮助行为大部分集中产生于职业上的行为,那么通过对该行为的职业进行免责就可以限制有责的范围。通常的、中立的、在社会中具有可接受和保持社会正常运作的行为如果发生在公认的职业准则范围内,且为国家和社会所接受,则即使客观上对正犯行为有所促进,也应当认为属于职业上的相当行为。

[10] 该说认为行为是否可罚,应视其是否制造法律上所不容许的风险,且以风险实现的结果为判断依据。当然,具体犯罪中如果超出了刑法构成要件的保护范围或保护目的,即使制造并实现了风险,依然不可罚。因此,如果中立帮助行为创造出了特殊的危险,使得正犯实行着手之后的危险实现,则成为促进正犯结果发生的帮助犯。

[11] 该说提出,应当将中立帮助行为区分为两种情况,即认识到正犯的犯罪决定以及仅仅估计到正犯的犯罪性举止行为,即区分确定的故意和不确定的故意。

[12] 王洪:《网络服务商第三方责任之现代展开——立法演进、立法思想与理论基础》,《河北法学》2013年7月。

立只是一种立法上的认识结果,即网络提供者不对其传输的内容进行区别对待;网络就好像公路,并不区别也不关心任何驾驶员,其目的不是提供新闻或天气预报等特定信息或服务,而是将网络上的事物进行互联。^[13]而版权法领域确立技术中立的目的,是在版权人的私权与社会公共利益之间确立理性平衡,从而使版权法在不同的技术环境下具有一致性和可预见性,立法者无须为印刷技术、模拟复制技术、数字复制技术、网络传播技术或数据库等制定特别法。^[14]

ISP 技术中立的特点恰恰符合“中立帮助行为”的特点,按照上文提及的主客观判断标准,ISP 只负责提供技术支持,而不负责审查所传输内容的合法性,因此即便 ISP 客观上为网络侵犯知识产权提供了便利,也不构成帮助犯,遑论正犯。而如果能够证明 ISP 对于特定的侵犯知识产权的犯罪行为存在故意(而不仅仅是一般地对违法行为有抽象的明知),或者在已经被告知存在侵犯知识产权的行为而不采取措施排除侵害致使侵害进一步扩大的,可以追究其侵犯知识产权犯罪的帮助犯的罪责。

从司法实践来看,我国台湾地区曾发生一起著名的涉及 ISP 侵犯知识产权的刑事案件,但最后法院否定了被告成立帮助犯。该案的大致案情是,网络业者全球数码科技股份有限公司 L 经营 P2P 平台,提供 ezPeer 软件供付费的会员相互交换、分享各自计算机主机内的档案,包括各种音乐电子文件。会员 M 等利用该 P2P 平台服务而交换由他人享有著作权的音乐电子文件。L 因此受到起诉。法院判决认为,L 提供的 ezPeer 软件有多种用途,而非以供会员违法侵害他人著作权从事犯罪为目的,凭借现存证据,无法证明 L 基于侵害他人著作权之意图而提供 ezPeer 服务机制,也无从确认采取 P2P 传输方式的 ezPeer 机制只适用于著作权侵害或以此为主要用途,此外,也无充足证据证明 L 知悉各会员所传输的档案,并能以之判断各会员是否正欲或者所欲从事违犯著作权法的犯罪,因此,L 不知道特定会员如何利用其提供的 ezPeer 软件犯罪,或者仅知道有可能被用来犯罪,无从被评价为帮助犯。^[15]

对于该案的判决,有学者根据中立帮助行为原理对判决结果表示支持,同意判决所指出的,根据现有证据不能认定 L 具有侵害他人著作权之意图,因而不能确定具有帮助的故意,因而不能认定为帮助犯。^[16]本文认为,法院的判决将 L 提供 P2P 平台的行为认定为中立帮助行为是正确的,该平台是中立的提供服务的平台,更何况该平台本身并不提供没有著作权的音乐电子文件。从 L 的行为来看,其只是提供 ezPeer 软件供会员进行下载,也就是会员下载文件的一个工具。L 并不是针对 M 等会员专门为其提供交换无权音乐文件所使用的平台,其原本的目的只是为会员提供交换平台,并收取会员费,可以说这一行为独立且无害。

四、结论

知识产权侵权行为与网络的结合大大扩展了法益侵害的范围和程度,因此国家着力打击网络侵权行为,无疑符合社会需要。但网络只是平台、通道,是中立的服务器。保证网络道路安全的正确做法不是约束构建道路、提供道路的人,而是惩罚道路通行过程中的违法者。因此,加强对直接侵权人本身的监管方为正途。目前的刑事立法着眼于网络服务商的刑事责任追究,是刑事犯罪过剩化的表现,是过度依赖刑事处罚手段的结果。这不仅无益于提高网络安全,更有损网络技术的健康发展,无法实现立法目的。

总而言之,刑事立法对于追究网络服务者的刑事责任应该持谨慎态度,原则上应该肯定网络服务者的中立地位,排除其刑事责任。只有当有充分证据证明网络服务者对特定的侵害知识产权行为有加功的故意时,才能追究其帮助犯而非正犯的刑事责任。

[13] Michael P. Murtagh. The FCC, the DMCA and Why the Takedown Notices Are Not Enough, 61 Hastings L.J. 233 (2009).

[14] 同注 12,王洪文。

[15] 台湾地区士林地方法院 2003 年诉字 728 号判决。

[16] 参见蔡蕙:《P2P 网站经营者之作为帮助犯责任与中性业务行为理论之适用》,《东吴法律学报》2008 年第 1 期。

On the Criminal Responsibility of Network Service Providers in Intellectual Property Crimes

Lv Yingjie

Abstract: According to the provisions of China's criminal law, Internet service providers in intellectual property crimes should be investigated for criminal responsibility. However, this regulation is contrary to the general trend of the current world legislation, violates the "safe harbor principle" in tort law, and does not meet the punishment principle in terms of neutral help behaviors. Criminal legislation should be modest towards the responsibility of network service providers. Only when the deliberate intention of network service providers towards specific infringement facts is proved, can providers be held accountable for its help. Otherwise they should be considered innocent.

Keywords: network service providers; safe harbor principle; neutral help behaviors

(责任编辑: 陈鹏)