



关于加强产权刑事保护的 几点思考



观点新解

张明楷就刑法学的沿用谈—— 在沿用过程中需进行必要的解构



概念的创造者对相关领域享有高度乃至绝对的话语权。对此,清华大学法学院张明楷在《法商研究》2021年第1期上发表题为《刑法学中的概念使用与创制》的文章中指出:

在当下,我国的刑法学仍然需要沿用源于国外刑法学的部分概念,但在沿用过程中需要进行必要的解构;应当注意我国刑事立法、司法现状与外国刑事立法、司法现状的区别;刑法学理论应当注意事实学与规范学的区别,不能将犯罪学的概念直接用于犯罪构成符合性的判断,否则必然违反罪刑法定原则;刑法学理论不应创制和使用没有影响力与实际意义的非概念、虚概念,不能用非概念、虚概念掩盖、转移刑法争议问题的症结与焦点。

王贵松就风险预防谈—— 在我国具有法律原则的重要地位



中国人民大学法学院王贵松在《比较法研究》2021年第1期上发表题为《风险行政的预防原则》的文章中指出:

风险预防不同于危险防御,其适用于科学上不确定的风险行政领域,在我国具有法律原则的重要地位。为了更好地保护基本权利,国家可以根据预防原则设计风险预防机制,并在特定条件下采取一定的风险预防措施。但因为风险的不确定性,国家在采取风险预防措施时存在较大的裁量空间,也容易侵害经营自由、科研自由或引发贸易纠纷。故而,如果某产品有潜在的负面效果,经风险评估表明存在科学上的不确定性,方可决定采取风险预防措施。

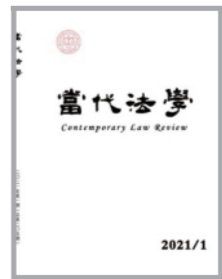
万毅就庭前证据调查准备—— 其关系着庭审实质化改革的效果



四川大学法学院万毅在《东方法学》2021年第1期上发表题为《论庭前证据调查准备》的文章中指出:

庭前证据调查准备是一套在法官主持下,以庭前会议为作业平台,内含控、辩、审三方互动合作及对抗而形成的一系列诉讼行为的诉讼工作机制,其关系着庭审实质化改革的效果。证据展示是庭前证据调查准备的基础与前提,包括了以“重要者优先”为原则的展示顺序,以控、辩双方为主的展示主体以及拟在庭审中出示的证据为限的证据展示内容。庭前调查准备的核心与内容涵括整理证据和归纳争点两部分。庭前证据调查准备亦涵盖调查新证据与排除非法证据两个专门事项。

常立飞就法学教育谈—— 在新工科人才培养中有重要作用



长春理工大学法学院常立飞在《当代法学》2021年第1期上发表题为《法学教育与新工科人才培养相融合之路径探索》的文章中指出:

当前,我国高等教育正处于深化改革的探索之中,其核心是构建多学科、多专业、多领域相交融的“新工科”,以培养新一轮科技革命和产业新业态所需要的复合型高端工程科技人才。长期以来,我国工程教育体系相对单一,使其培养的人才已满足不了新形势发展的迫切需要;其中因法学教育缺失,使得法学给予工科人才的必要教育和积极影响难以形成,新工科的构建,为法学教育融入工程教育提供了难得的契机。法学教育在新工科人才培养中具有重要作用,有助于新工科人才树立社会主义人权观,掌握必要的国内外法律知识并具备规则思维。

(赵珊珊 整理)

前沿聚焦

罗智勇(最高人民法院审庭庭长)

由于产权保护是一项非常复杂的长期工作,不仅涉及面非常广,而且政策性和法律性都很强,要做好这项工作实属不易。在产权保护过程中,刑事的手段既不可或缺,又必须严格审慎。因此,笔者从司法工作的角度就如何加强产权刑事保护谈几点思考。

一、加强产权刑事保护的重要性

产权刑事保护是产权司法保护的重要组成部分。所谓“产权”,简单来讲就是财产性权利,所以“产权保护”实质上就是财产性权利的保护。

实际上,产权保护包括立法保护、行政保护、司法保护、社会保护等多种形态,而产权司法保护又涉及刑事审判、民事审判、行政审判、执行工作等多个方面,作为产权司法保护重要组成部分的产权刑事保护,主要涉及产权保护过程中如何善用和慎用刑事手段的问题。产权刑事保护之所以在产权司法保护中最受关注,是因为刑事手段的采用涉及刑事责任的追究,而刑事责任是法律责任中最为严厉的一种,无论公民个人还是单位企业,一旦被追究刑事责任,对其所产生的影响要远比其他法律责任严重得多。正因为如此,在《中共中央 国务院关于完善产权保护的意见》等一系列文件中,都将产权刑事保护作为产权保护中的重要内容而予以特别强调。

二、加强产权刑事保护的要点

应该说,产权保护的对象范围包括所有的单位和公民个人,产权刑事保护也是一样。然而,就企业单位而言,由于我国目前的经济形式是从以往公有制经济一统天下过渡而来的,当时的产权保护实际上主要是对公有制企业财产权利的保护,以致在后来的经济形式逐步发生变化以后,人们仍然侧重于公有制企业的产权保护,而对于非公有制企业特别是民营企业的产权保护,往往相对

薄弱;就公民个人而言,不仅民营企业相对其他一般公民而言财产的数量要大得多,而且因为他们与民营企业的经营活动紧密关联,受到侵害的概率也相对更高。因此,在目前阶段,强调加强产权保护,重点是要强化对民营企业和民营企业合法权益的保护,产权刑事保护也是如此。

改革开放以来,我国民营经济从小到大,从弱到强,不断发展壮大。习近平总书记在2018年11月1日主持召开民营企业座谈会时指出,“民营经济具有‘五六七八九’的特征,即贡献了50%以上的税收,60%以上的国内生产总值,70%以上的技术创新成果,80%以上的城镇劳动就业,90%以上的企业数量。”我国民营经济已经成为推动我国发展不可或缺的力量,成为创业就业的主要领域、技术创新的重要主体、国家税收的重要来源。然而,在一段时间里,社会上有人发表一些否定、怀疑民营经济的言论,有的部门在市场准入、审批许可、融资贷款、经营运行等方面未能对民营企业与公有制企业同等对待,有的执法司法机关对于民营企业和民营企业家在生产经营活动中出现的违规行为,不问情由一律从严处理。这些不正确的做法,一定程度上影响了一些民营企业和民营企业投资发展的积极性,从而也给我国的整体发展带来了不利。正因为如此,以习近平同志为核心的党中央审时度势,作出加强产权保护的重大决策,并高度重视民营企业和民营企业家的保护,极大增强了广大民营企业和民营企业家的信心,对于推动我国经济和社会持续健康稳定发展产生了非常积极的影响。

三、加强产权刑事保护的基本原则

笔者认为,加强产权刑事保护应当坚持以下原则:

(一)全面保护原则。第一,全面保护各类财产权,既要注重保护合法的物权、债权、股权,又要注重保护合法的知识产权及其他各种无形财产权。第二,全面保护各类市场主体,既要注重保护公有制企业的财产权,又要注重保护非公有制企业的财产权;既保护普通公众的财产权,又保护民营企业或私营企业主的财产权。通过案件审理,对与产权相关的行为是否构成犯罪以及是否应当承担刑事责任依法作出判断,从而明确产权归属,制裁各类侵犯产权的违法犯罪行为,特别是利用公权力侵犯私有产权的违法犯罪行为。

别是利用公权力侵犯私有产权的违法犯罪行为。

(二)依法保护原则。一方面,要严格依据刑法事实法的规定正确认定与产权有关的各种行为的性质,既惩治违法,又保护合法;另一方面,要严格依照法律程序办理案件,不能随意而为。要结合各个时期经济发展的形势和政策,准确把握立法精神,明确法律界限,严格公正司法,妥善处理好各类涉产权刑事案件。

(三)平等保护原则。即坚持各种所有制经济的权利平等、机会平等、规则平等,对各类产权主体的诉讼地位和法律适用一视同仁,确保各种所有制经济主体的财产权均不受侵犯,特别是要注重对非公有制产权的平等保护。同时,妥善处理各类涉外案件,平等保护中外当事人的诉讼权利和实体权益。

四、加强产权刑事保护的主要内容

加强产权刑事保护,应当重点做好以下工作:

(一)依法惩治各类侵犯产权的犯罪行为。在严厉打击侵吞、瓜分、贱卖国有、集体资产的犯罪行为的同时,对于侵犯非公有制企业产权以及非公有制经济投资者、管理者、从业人员财产权益的犯罪行为也必须严惩不贷。对于非法侵占、处置、毁坏财产的,不论是公有财产还是私有财产,均应当依法及时追缴发还被害人,或者责令退赔。同时,依法惩治知识产权犯罪,加大对链条式、产业化知识产权犯罪的惩治力度。

(二)客观看待企业经营者的不规范问题。对改革开放以来各类企业特别是民营企业因经营不规范所引发的问题,要以历史和发展的眼光客观看待,严格遵循罪刑法定、疑罪从无、证据裁判、从旧兼从轻等原则,对虽属违法违纪,但不构成犯罪,或者罪与非罪界线不清的,应当宣告无罪。对在生产、经营、融资等活动中的经济行为,除法律、行政法规明确禁止的,不得以犯罪论处。

(三)严格区分经济纠纷与刑事犯罪的界线。要充分考虑到非公有制经济的特点,严格把握刑事犯罪的认定标准,严格区分正当融资与非法集资、合同纠纷与合同诈骗、民营企业参与国有企业兼并重组中涉及的经济纠纷与恶意侵占国有资产等界限,坚决防止把经济纠纷认定为刑事犯罪,坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷。对于

私人复制的著作权法制度应对:

从机械复制到云服务

前沿话题

杨明(北京大学法学院教授)

问题的提出

既有研究在探讨构建私人复制补偿金制度的必要性时,思路大同小异:因为私人复制会导致著作权人利益的减损,互联网时代情况更为加剧,故为了恢复利益平衡,当务之急是建立补偿金制度。然而笔者认为,这样的解释非常不充分,补偿金制度在理论基础、征收标准、双重付费等方面受到的质疑也一直没有得到很好地解答。而且,补偿金制度自身的上述诸多缺陷,使得我们有理由怀疑其高昂的运行成本,双重付费等方面的质疑问难是否得到了很好解答。而且,补偿金制度本身存在的上述诸多缺陷,使得我们有理由怀疑其高昂的运行成本,双重付费等方面的质疑问难是否得到了很好解答。而且,补偿金制度本身存在的上述诸多缺陷,使得我们有理由怀疑其高昂的运行成本,双重付费等方面的质疑问难是否得到了很好解答。

基于此,笔者拟在考察私人复制进入著作权法视野之历史脉络的基础上,从“著作权财产权”的基本原理出发,立足于市场原则这一理论基石,尝试厘清著作权的边界,私人复制与著作权保护之间的关系;进而遵循技术变迁的思路,一方面努力廓清机械复制时代私人复制补偿金制度的理论缺陷与实践难题,另一方面紧扣市场原则,分别观察和判断私人复制在数字时代、云服务时代的“命运”,希冀论证新修订的著作权法未采纳构建补偿金制度之建议的合理性,并就我国现行立法调整私人复制行为时的解释和适用提出创见。

著作权法应对私人复制的理论基石:市场与复制

“市场”因素在著作权制度的理解和适用中之所以重要,是因为只有将著作权法的具体制度和条文置于特定的市场结构之下进行解释和分析,

我们才能回答“为什么需要该制度”“为什么应如此设计”这样的本源性问题,从而避免陷入立场导向的解释论之争。强调著作权保护的制度安排是建立在“市场原则”的基础之上,旨在揭示著作权财产权是为了在权利人、作品传播者及消费者之间合理分配作品传播所生之利益,忽视著作权法与市场之间的紧密关系,不在市场中考虑作品的传播行为,其结果必然是任何在技术上可被称为复制的行为都会受到著作权的控制,而这样的制度安排是没有意义的。当然,在技术发展的不同阶段,对“市场”的正确认知至关重要。

机械复制时代,作品传播必须借助于有形的载体,所以在此技术阶段,著作财产权体系的建构必须围绕对复制的控制而展开,其他诸如发行、表演、广播、改编、翻译等行为,对作品所生的传播效果都可以被理解为是立足于“复制”的。如今人类社会已步入互联网时代,但著作权法可以说仍然是以机械复制时代的理念和制度为基础,即使司法上越来越多地需要解决互联网环境下作品传播所产生的侵权纠纷,也是通过扩张解释“复制”“向公众传播”等概念来满足裁判之需的。

综上所述,著作权法是工业文明的产物,是机械复制产业化之后对著作权保护之诉求的制度回应,但是,著作权财产权只是为了使权利人得以控制市场,而非令其有权控制一切复制行为;简言之,只有行为入构成向公众提供作品(即传播作品,而无论行为是否实施了前述那些准备行为)时,著作权法才有介入的必要和实际意义。而对待作与市场行为相对应的私人复制行为,著作权法真的有必要作出制度回应吗?

私人复制补偿金制度的理论缺陷与实践难题

由于引发补偿问题的根本原因是复制设备与介质的家庭化使得私人复制的量化并产生规模效应成为可能,因而各国很自然地选择通过“技术手段”以复制设备和介质作为计算补偿金的物质基础。将私人复制补偿金的计算与复制设备与介质相关联,采用“征税”的制度配置形式也就顺理成章了。但既有研究都没能解答将“庇古

税”施加于私人复制行为是否会产科斯质疑庇古的处理方式时所提出的问题。

庇古为矫正经济行为的负外部性而提出的政府干预,至少是建立在对社会和私人净边际产品的收益率与价值的深入分析之基础上的,但问题在于,私人复制补偿金制度的构建是否经得起这样的考验。笔者认为其存在如下之理论缺陷与实践难题:其一,对私人复制征收“庇古税”的理论基础备受批评。其二,征收主体与补偿金制度的性质不匹配。其三,补偿金征收主体的运行效率问题。其四,补偿金的计算难题。其五,私人复制补偿金制度造成双重付费问题。

基于以上诸多问题可以看出,无论有多少国家已经建立了私人复制补偿金制度,都不意味着该制度的正当性、合理性与必要性已经得到了充分证明,更何况我们看不到有关该制度运行效率以及权利人最终受益多少的实证支撑。不过,好消息是,技术的发展在很大程度上替我们消解了上述理论难题。

数字时代被压缩的私人复制空间

作品的数字化利用导致作品传播无需依赖有形的复制件,只要能触及作品信息即可实现利用,因此,著作权人实现和计算经济利益的基础从过去的复制件转变为现在的“接触渠道”;与此同时,数字技术也使得著作权人有能力控制接触作品的渠道,从而按其希望的方式引导用户流量。由此可见,在数字时代,著作权人不再仅仅满足于私人复制补偿金制度所能带来的些许额外收益(更何况还有上文论及的那些制度运行效率问题),而更看重对“接触渠道”的控制。无论作品以有形载体的形式传播,抑或以数字化的形式传播,著作权人都可以采取版权保护措施来对抗私人复制。此外,数字技术的发展对复制设备和介质的相关产业也造成了极大的冲击,社会公众对复制设备和介质的总需求是下降的。

作者创作出作品后实现其著作权价值可以通过两种方式:一是交易作品本身(即著作权转让),二是交易发行作品载体的权利(即著作权许可)。为了最大化地实现自身利益,著作权人会想尽一切办法来尽可能地控制这两种途径。在数字时代,作品主要在互联网环境下传播,著作权人采取技术手段来控制接触作品的成本大大降低,同时效率显著提高,因而被著作权人越来越多地所采用。传播市场的扩张挤压了私人复制的生存空间,补偿金制度在数字时代自然也就越来越没



云服务:压垮私人复制补偿金制度的“最后一根稻草”

相较于之前的互联网环境,云服务在作品传播的市场结构方面更加复杂,由过去的三方主体变为四方主体。云计算技术带来的是商业模式的变化,而著作权法所要解决的是调整制度及其运行以适应新的市场环境,从而确保新技术给社会整体福利带来增量收益。具体到云服务模式下作品的复制、传播与控制问题,我们应当从云服务的技术特征出发,分析由著作权人、内容平台经营者、云服务提供者、用户这四方主体所形成的市场结构,从而划分作品传播的市场与非市场行为;在此基础上,才能展开对云存储的著作权法性质的审视,探讨著作权人对作品的控制与私人复制之间的相互关系,进而判断云服务技术背景下私人复制在著作权法中的命运。

私人复制的产生原因在干复制设备和介质的家庭化,除此之外,笔者认为私人复制的出现实际上还需具备两个前提:一是个人对作品利用方式的偏好,二是著作权人限制个人获取作品的成本过高。而在云服务时代,这些条件都发生了质的变化,将无限压缩私人复制行为发生的可能性和必要性。从此趋势看来,著作权法未纳入私人复制合理使用补偿金制度显然具有前瞻性。