

海峽兩岸網路智慧財產犯罪之域外犯的處罰 --兼論兩岸刑事司法互助之突破及創新

國立臺北科技大學智慧財產權研究所教授 李傑清

目 次

- 壹、問題之所在
- 貳、我國處罰網路智慧財產域外犯之法律依據及執行缺失
- 參、中國大陸處罰網路智慧財產域外犯之法律依據及管轄權協商
- 肆、兩岸網路智慧財產犯罪之刑事管轄權爭議
- 伍、兩岸合理解決智慧財產域外犯之刑事管轄權衝突的省思---代結論

摘 要

由於兩岸智慧財產犯罪隨著通訊軟體等科技的日新月異及商業行銷、經營模式的不斷創新，已使具有高度跨域性、虛擬性及迅捷性等特徵之智慧財產犯罪在兩岸及國際之間快速蔓延。對此，本文擬從突破及創新兩岸刑事司法互助協議之架構內容的觀點，探討我國及中國大陸處罰網路智慧財產域外犯之法律依據與刑法空間效力規定之適用及競合等問題、兩岸如何務實協商網路智慧財產域外犯之刑事管轄權等爭議，最後則就兩岸合理解決智慧財產域外犯之刑事管轄權的衝突，提出符合國際立法趨勢，且利於突破現況及展望未來法制變革之芻議。

關鍵字：網路犯罪、智慧財產犯罪、域外犯、管轄權、刑事司法互助

壹、問題之所在

國際上智慧財產犯罪主要是指違反專利法¹、商標法、著作權法、營業秘密法及公平交易法等相關刑罰規定之行為。該等犯罪行為過去在以電腦作為機關內部或有限封閉區域內的操作及儲存工具時，已對個人、社會、國家造成一定程度之法益侵害。然近期由於網際網路、智慧型手機及網路行銷、電子商務等通訊軟體技術與商業經營模式不斷蓬勃發展及相互密切結合的結果，更加速了便捷、跨域（境）化智慧財產犯罪之猖獗，顯然早已成為海峽兩岸共同打擊犯罪之盲點或漏洞。特別是在當前兩岸政治、經濟等交流頻繁之際，雙方既合作又競爭的政、經關係是否能漸次促成兩岸共同打擊網路智慧財產犯罪，因牽動雙方極為敏感之管轄權問題，已是兩岸日後能否持續提升刑事司法互助成效的重要指標。無獨有偶，我國營業秘密法針對過去多藉由刑法妨害秘密罪章所處罰之犯行，為配合國際立法趨勢及對我國營業秘密等智慧財產之保護，特於 2013 年 1 月修法時，增加該法第 13 之 1 至之 4 的刑罰規定，並在第 13 條之 2 內明文處罰在外國及大陸地區、香港或澳門使用以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密等之行為²。上述智慧財產犯罪之域外犯的處罰，不僅涉及到行為地及結果地分屬兩岸的問題，也可能會發生行為人及犯罪地真實或虛擬跨域分離的情形，極易造成協調管轄權的爭議。因此，在面對該問題時，首先必須釐清的，即是管轄權歸屬的問題；其次，才會是依據兩岸於 2009 年 4 月在南京簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議（以下稱兩岸刑事司法互助協議，中國大陸則稱之為南京協議）」請求調查取證等刑事司法互助的核心內容。綜上，本文擬從兩岸如何強化打擊網路智慧財產犯罪之域外犯的觀點，依序探討我國處罰網路智慧財產域外犯之法律依據及執行缺失、中國大陸處罰網路智慧財產域外犯之法律依據及管轄權協商、兩岸網路智慧財產域外犯罪之刑事管轄

¹ 我國於 2001 年 10 月 24 日修正公布之專利法，即已廢除相關的刑罰規定（全面除罪化）。蔡瑞森，專利刑罰全面除罪化因應之道，智慧財產，46 期，2003 年 7 月，第 42-46 頁。惟主要先進國家及中國大陸之專利法仍有假冒專利罪等刑罰規定。

² 營業秘密法第 13 條之 2 規定，1.意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用，而犯前條第 1 項各款之罪者處 1 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 3 百萬元以上 5 千萬元以下之罰金。2.前項之未遂犯罰之。3.科罰金時，如犯罪行為人所得之利益超過罰金最多額，得於所得利益之 2 倍至 10 倍範圍內酌量加重。

權爭議，最後則就兩岸合理解決智慧財產域外犯之刑事管轄權的衝突，提出符合國際立法趨勢，且利於突破現況及展望未來法制變革之芻議，希冀能拋磚引玉，作為刑事法學界及實務界較少探討此重要課題之研究素材。

貳、我國處罰網路智慧財產域外犯之法律依據及執行缺失

國際上處罰域外犯之管轄權的法源依據雖可概分為國際法及國內法。然在國際法上，由於刑事管轄權源自國家主權，本於主權獨立原則，若非國際條約或國際習慣之特定重大犯罪（海盜、劫機、毒品、人口販運、恐怖活動等萬國公罪），通常各國刑事管轄權即不得在本國領域外行使之³，且為避免進一步擴大衝突，多以和平爭端解決機制處理之⁴。又在國內法上，由於涉及對外如何積極爭取處罰跨域犯罪之刑事管轄權的有、無或強、弱的問題，而非內國法院事務分配等問題，故與內國刑法空間效力原則之規定密切相關。

一、法律依據

刑事管轄權是國家主權的高度體現，亦為國家的基本權利之一，具有國際法及國內法的雙重性質。國際法決定國家可採取各種形式的管轄權及其可被允許的限度；國內法則規定國家在事實上行使管轄權的範圍及方式⁵。因此，針對兩岸人民在己方或對方法域內以智慧型手機在電子商務平台或公、私部門等內部非公開網站內實施侵害對方或己方之仿冒商標、侵害著作權或竊取營業秘密等犯行時，當前我國偵查實務多以非屬我方實質管轄權所及之法域；或對方並未來台提起告訴等，而輕易縱容之。然類此網路跨域智慧財產犯罪由於通訊科技及電子商務商業經營模式的日新月異，儼然已成為兩岸或全球最典型的跨域犯罪類型之一，特別是海峽兩岸間文字相同、語言相通，且該犯罪又具跨域（擴散）性、虛擬（數據）性及迅捷（完成）性等特徵，若無進一步建構確立管轄權之協商機制或法制，恐無法有效開啟後續之刑事司法互助，對該類型犯罪之防制更顯得一籌莫展。

³ 江世雄，論刑事司法互助之基本理論與其在海峽兩岸的實踐困境，涉外執法與政策學報，3期，2013年5月，頁162。

⁴ 陳守煌、陳荔彤，國際刑事管轄權法律制度，法學叢刊，29期，2013年1月，頁8。

⁵ 馬呈元，國際刑法論，中國政法大學，2008年1月，頁194、195。

（一）協商兩岸刑事管轄權之機制

海峽兩岸為因應雙方經濟、社會、政治等日漸頻繁交流發展的結果，必然會導致雙方人民涉及刑事或民事案件的增加，故於2009年4月簽署兩岸刑事司法互助協議。該協議作為協商平台的機制，以建構兩岸刑事司法互助法制基礎的成效已頗受兩岸人民肯定⁶，惟其本身僅是框架式、概要式的內容，針對刑事犯罪既未明確區分執行「偵查互助」或「司法互助」之差異，亦未對情資交換、調查取證、罪贓移交及罪犯移管（接返）等執行程序的細節及確保實體法律效力等有所規範。另在針對兩岸跨域犯罪問題時，雙方作為發動刑事偵查程序或啟動兩岸刑事司法互助協議前，均須以己方具有優先管轄權為前提，否則既無法依本國法發動偵查程序，亦無法啟動兩岸刑事司法互助協議而請求他方協助調查等。因此，如何在兩岸刑事司法互助協議內，建構管轄權之協商、確認；或是否接續協調刑事訴訟移轉管轄等機制，應是兩岸跨域犯罪最優先及最重要的前提，否則在無法順利啟動兩岸刑事司法互助協議的同時，任何一方亦難以單獨完成犯罪之偵查、起訴及審理等，顯然極易產生防制跨域犯罪之漏洞而助長、擴大其侵害法益之危害。

（二）爭取兩岸刑事管轄權之法制

我國在協調爭取兩岸網路智慧財產之域外犯時，可援引為據的主要是刑法第4至8條有關空間效力原則之規定。首先，順位最為優先且重要的是屬地管轄權⁷；其次，則為屬人管轄權⁸或保護管轄權⁹。惟必須特別留意的是：

⁶ 該協議於2009年6月25日生效迄2014年5月底為止的近5年來，經法務部之協議聯繫主體及其授權之各司法警察機關與大陸地區公（公安）、檢（檢察）、法（法院）、司（司法部）各部門間相互提出請求協助之總數為5萬3,260件，相互完成4萬4,618件，完成率83.77%；平均每月完成700餘件，每月自大陸遣返刑事犯6人；每日雙方往返送達司法文書20件，其數量龐大遠過我國與其他任何國家之合作情形，並以顯著快速之幅度繼續成長。例如兩岸緝捕遣返、送達文書、調查取證等請求，100年間雙方相互請求7,482件；101年增至9,087件；102年間已達1萬2,623件，協議請求件數，於近3年案件量成長近6成，可謂我國司法互助史上最有成效之協議。參閱法務部網站（<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=348087&ctNode=27518>，最後查閱日：2014年7月15日）

⁷ 刑法第4條「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」之規定，即為我國主張屬地原則之依據。惟較為困擾的情形是：中國大陸刑法第6條第3項亦有類似規定，雙方都援引法律依據提出屬地原則時，究應如何協調及確認管轄權，即為重要的研究課題。

⁸ 我國主張屬人原則的依據為刑法第7條「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前2條

我國刑法對於域外犯的處罰有明定 10 種犯罪類型¹⁰及公務員犯 4 種特定犯罪¹¹的限制，並未包括一般之詐欺取財等財產犯罪或網路智慧財產犯罪等。因此，我國改善爭取協商兩岸刑事管轄權法制之重點，即在於屬地管轄權、屬人管轄權及保護管轄權。

二、執行缺失

(一) 對外爭取管轄權的主張與對內法院判決的論理相互矛盾

上述我國對外爭取兩岸刑事管轄權之法制，在對內時因受限於我國憲法第 4 條、憲法增修條文第 1 條第 1 項及臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 2 條第 2 款明示大陸地區仍屬中華民國之領土之規定，以及我國立法委員迄今從未為領土變更案之決議，且中華民國自由地區選舉人亦不曾為領土變更案之複決的影響，致使我國各級法院向來均採「大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪仍應為我國法律所處罰¹²」之一致見解。然此看似符合我國法制之判決結論，事實上僅是遷就現行法制依法審判之必然結果。其對內有關管轄權之論理與我國對外爭取管轄權之主張大相逕庭的現況，不僅已嚴重背離現實，且與當前海峽兩岸簽訂刑事司法互助協議等顯然矛盾，大陸地區犯罪案件的數量也絕非我國法院所能負擔，完全無助於兩岸刑事管轄權競合時之協商。

(二) 兩岸刑事管轄權爭議之定位

兩岸刑事管轄權之爭議究竟是內國刑事管轄權的問題，還是區際或國際刑事管轄權的問題？因涉及憲政之法統等並不易釐清，但針對兩岸在事實行

以外之罪，而其最輕本刑為 3 年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」之規定。亦即須具：1. 本國人；2. 非刑法第 5、6 條之域外犯，且最輕本刑須為 3 年以上有期徒刑；3. 符合雙重犯罪原則。

⁹ 刑法第 8 條「前條之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」雖是我國得以主張保護管轄之法律依據，但須具：1. 被害人為本國人；2. 所犯罪名須非刑法第 5、6 條之域外犯，且最輕本刑須為 3 年以上有期徒刑；3. 符合雙重犯罪原則。

¹⁰ 刑法第 5 條處罰域外犯之罪名有：1. 內亂罪；2. 外患罪；3. 妨害公務罪；4. 公共危險罪；5. 偽造貨幣罪；6. 偽造有價證券罪；7. 行使偽造文書罪；8. 毒品罪（但施用毒品及持有毒品、種子、施用毒品器具罪例外）；9. 妨害自由罪；10. 海盜罪。

¹¹ 刑法第 6 條明定我國公務員在中華民國領域外犯下列各罪者，適用之：1. 瀆職罪；2. 脫逃罪；3. 偽造文書罪；4. 侵占罪。

¹² 參閱最高法院 89 年度台非字第 94 號、90 年度台上字第 705 號刑事判決。

為上既依不同的法律治理不同的特定地區，且內部並無任何高度統合之立法及司法機構，足以統合雙方的法律，因此兩岸在實質上並非已統合為一的法治國家，故非為內國法院刑事訴訟管轄權的問題。另在現實上，我國的國家主權地位，雖受到多數國家的實質認同，但並未得到國際社會及主要先進國家的確認；特別是中國大陸及與其有邦交之國家，無不以「兩岸同屬一個中國」為前提。職是，兩岸為務實解決問題，開啟雙方在各方面共同合作的契機，遂以政治學上之大中國屋頂理論，強調兩岸是同屬於「一個(大)中國」，惟在認知上中國大陸是堅持「一國兩制」，我國則強調「一中各表」，故在兩岸「異中求同、共創雙贏」的共識下，兩岸的管轄權問題，似應定位在區際刑事管轄權的問題，但必須特別留意的是，在協商區際刑事管轄權時，並非一味嚴格禁止國際協商刑事管轄權之原則的適用，而應多所參酌，方能真正體現自主、平等協商及務實解決問題、共創雙贏的真諦。

參、中國大陸處罰網路智慧財產域外犯之法律依據及管轄權協商

一、法律依據

中國大陸依其刑法空間效力的相關規定，針對網路智慧財產之域外犯可能主張管轄權的依據為：(一)屬地管轄權，即其刑法第6條第3項「犯罪的行為或者結果有一項發生在中華人民共和國領域內的，就認為是在中華人民共和國領域內犯罪。」；(二)屬人管轄權，中國大陸刑法第7條第1項明文「中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑為3年以下有期徒刑的，可以不予追究。」但須特別留意的是，中國大陸為貫徹其「一個中國」之政治及法律觀點，是將我國籍者視為中華人民共和國的公民，故依其刑法是可對我國籍者主張屬人管轄權¹³；(三)保護管轄權，此為中國大陸刑法第8條「外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國國家或者公民犯罪，而按本法規定的最低刑

¹³2011年3月菲律賓政府曾將14名我國籍者之詐欺嫌犯遣送至中國大陸乙案，除與中國大陸與菲律賓有引渡條約、部分共犯為中國大陸籍，被害結果地為中國大陸等密切相關外，其在政治及法律上均將我國籍者視同為其公民，而就其主觀的觀點是得以對內(我國)、或對外(第三國)主張屬人管轄權。

為3年以上有期徒刑的，可以適用本法，但是按照犯罪地的法律不受處罰的除外。」此若依據中國大陸之觀點，犯罪的任一行為地或結果地有分屬兩岸時，即非屬在中華人民共和國領域外之犯罪，無保護管轄之適用。

上述針對兩岸網路智慧財產之域外犯的處罰雖依行為（或結果）地、人的國籍及罪刑等而可主張不同的管轄權，惟在論理及實務上各國大多主張屬地管轄原則或屬人管轄原則¹⁴。尤其是屬地管轄權在國際立法管轄權¹⁵內最具一般性的基礎，在與他國之其他管轄權競合時，其之優先性也是最無爭議¹⁶，較易形成協商管轄權的共識。然此國際社會的共識，因在海峽兩岸之內國法制卻是相互包括對方實質統治及管轄的領域，究應如何務實協商解決該問題，即為本文後續內容所探討的重要課題。

二、管轄權協商

我國究應如何與中國大陸協調管轄權，除植基於雙方得引以為據之各自刑法空間效力原則之規定外，尚須充分考察中國大陸為何創設區際管轄權的論述及如何實際落實於區際管轄權衝突的協商，以知己知彼、及早因應。尤其是，中國大陸與港、澳間如何在保障各法域之獨立司法權下，務實協商解決跨域刑事司法管轄權劃分的問題，攸關適用哪一法域實體刑法的前提，亦對該法域之刑法在懲治犯罪及法益保護，甚至法秩序的維持及法規範的確立等均具關鍵、複雜、深遠的影響，特分別探討如下：

（一）中國大陸區際管轄權衝突之原因

中國大陸所謂的「區際管轄權衝突」，乃泛指在「一個中國範圍內，兩個

¹⁴於2004年7月生效的網路犯罪公約（Convention on Cybercrime）第22條有關管轄權亦僅提及屬地管轄及屬人管轄原則。參閱
[http://aseanregionalforum.asean.org/files/Archive/17th/ARF-Cybercrime-Capacity-Building-Conference-BSB-27-28April2010/Annex%2016%20-%20Overview%20of%20Budapest%20Convention%20on%20Cybercrime%20\(ARF%20Brunei%202010\)%20Session%207.pdf](http://aseanregionalforum.asean.org/files/Archive/17th/ARF-Cybercrime-Capacity-Building-Conference-BSB-27-28April2010/Annex%2016%20-%20Overview%20of%20Budapest%20Convention%20on%20Cybercrime%20(ARF%20Brunei%202010)%20Session%207.pdf)（最後查閱日：2014年7月15日）

¹⁵美國文獻將國家管轄權區分為：1.立法管轄權（jurisdiction to prescribe）；2.司法管轄權（jurisdiction to adjudicate）；3.執法管轄權（jurisdiction to enforce）。馬呈元，同註5，頁195。日文文獻亦區分管轄權為：立法管轄權、裁判管轄權及執行管轄權等三大類別，其中立法管轄權的範圍最廣泛，執行管轄權的範圍最狹隘。尾崎久仁子，國際人權·刑事法概論，信山社，2004年1月，頁67。

¹⁶馬呈元，同註5，頁200。

以上法域基於各自刑法關於空間效力的規定對特定刑事案件同時具有刑事管轄權，進而形成相互衝突的法律現象¹⁷。」其所產生的原因，主要有三：1. 法律原因：中國大陸與回歸前的香港、澳門都有各自隸屬的不同法系及刑法有關空間效力的規定，這些規定的適用，在傳統大陸法系的中國大陸刑法第6-9條及澳門刑法第4、5條又都以屬地管轄原則為主，兼採屬人、保護及普遍管轄原則為輔¹⁸，並也經常本於對國家利益及國民保護的解釋，不斷擴大其之域外效力。又即使是屬於英美普通法系的香港刑事司法管轄權條例¹⁹，雖參酌英國法制採取嚴格的屬地管轄原則（strict territoriality principle）²⁰，但亦透過判例及成文法也兼採屬人、保護及普遍原則，而能對毒品、酷刑、危害種族、海盜罪等部分特定犯罪具有域外效力²¹。綜上，原先基於各自法系及獨立法域之管轄權規定的本身，因基於各法域之整體利益或居民保護之目的，在本質上即具有涉外性及排他性，且為嚴密其在本法域內、外之效力，更在立法管轄權上高度擴張，致使各法域管轄權之規定相互間出現交叉性及重疊性，自然極易引發本法域與他法域適用刑法效力規定之衝突。2. 事實原因：上述原本各自存在於獨立法域內刑法空間效力的規定，本質上即隱含著與他法域發生靜態消極管轄權衝突的可能性。此隨著香港及澳門本於中國大陸「一國兩制」的方針相繼回歸後，由於跨域重大犯罪的增加，在同屬一國內之多法域基於憲政體制各自享有高度自治的立法權及獨立司法權後，更易

¹⁷ 時延安，中國區際刑法概念及基本體系，南都學壇（人文社會科學學報），26卷2期，2006年3月，頁91。

¹⁸ 中國大陸刑法第6-9條分別為屬地、屬人、保護及普遍管轄原則之規定。倪德鋒，論中國區際刑事管轄權的衝突與解決，福建政法管理幹部學院學報，1期，2000年1月，頁50。其中，屬人原則並未採用雙重犯罪原則。澳門刑法第4條規定屬地原則為刑法空間效力的一般原則，主要針對域內犯罪；第5條則規定有條件地補充採用屬人、保護及普遍管轄原則，主要針對域外犯罪。趙國強，澳門刑法的空間效力原則，法學評論，4期，1997年，頁40、41。

¹⁹ 香港法例第461章的刑事司法管轄權條例第5條即明定「以事情發生地點決定司法權」；第6條則「擴大對某些串謀、企圖犯罪及煽惑他人罪行的司法管轄權」。參閱 [http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/76A0C01CEF7BFFB5482575EF000A52A5/\\$FILE/CAP_461_c_b5.pdf](http://www.legislation.gov.hk/blis_pdf.nsf/6799165D2FEE3FA94825755E0033E532/76A0C01CEF7BFFB5482575EF000A52A5/$FILE/CAP_461_c_b5.pdf)（最後查閱日：2014年7月15日）；參閱梁玉霞，中國區際刑事司法協助研究，中國人民公安大學，2009年6月，頁88。

²⁰ 參照森下忠，刑法適用法の理論，國際刑法研究，9卷，成文堂，2005年11月，頁56。

²¹ 參閱成良文，中國區際刑事司法協助中刑事管轄權的界定，現代法學，24卷4期，2002年8月，頁45；莊勁，我國跨法域刑事管轄權競合研究，政法學刊，23卷6期，2006年12月，頁22。

激化法域內刑法空間效力規定發生動態積極管轄權衝突的機率。3.政治、社會原因：由於「一國兩制」的政策方針，短期內促成了中國大陸、香港及澳門三個不同社會體制的法域整合成一個主權獨立的國家，且在「一國兩制」的憲政體制下，雖然中國大陸憲法的權力與被賦予權力的港、澳基本法的方式有別，但卻無礙於對各法域間相對獨立、平等且完整的司法權及終審權的保障。因此，在發生跨域重大犯罪時，基於維護自身法域權力的觀點，極易對抽象政治概念「一國兩制」的內涵產生不同的詮釋及重點。此時，中國大陸觀點所重視的是「一國」，認其為「兩制」的基礎或前提，即「一國」若未真正確立，則無須確保「兩制」；而港、澳人士可能認為「一國」已是確定的事實，所期待的是對「兩制」的維護，特別是在協商管轄權衝突時，如何確實本於各法域獨立、平等的民主、法制程序確立管轄權或進行協商，才是真正解決中國大陸區際管轄權問題的關鍵核心。

（二）中國大陸區際管轄權衝突之特徵

中國大陸區際刑事管轄權的衝突，通常被認為有下列四個主要特徵：1.衝突類型為主權國家內部不同法域間之衝突；2.衝突性質為個別平等法域間的衝突；3.衝突法源為不同法系之法域衝突；4.衝突本質為各法域刑事立法權適用後的必然結果²²。對此，個人淺見以為，中國大陸區際刑事管轄權衝突的最大特徵不在於發生衝突的現象，而在於解決衝突的政治方針「一國兩制」過於簡略、空泛，導致在學理上欠缺刑法空間效力原則的法理論述（實體法制）；在實務運作上亟需創設可供協調、確認管轄權之相關機制（程序法制），致使特區政府的「獨立」司法權在中國大陸區際內一般性的跨域犯罪是否具有絕對效力，亟待釐清。此乃由於中國大陸是本於「一國兩制」的政治方針，對於特區政府實施「高度自治」的內涵及範圍並非毫無限制的。亦即，一是必須「按照法律」，即高度自治的實現須符合憲法層級之基本法規定的程序及實體；二是為限縮行政權而僅明文享有「行政『管理』權」的同時，明確強調「獨立」的司法權和終審權。因此，綜合上述二點，港、澳特區政府在遵循基本法的前提下，應有貫徹法域內司法效力不受干涉之獨立性及完整性的意涵。惟港、澳政府「獨立」司法權的範圍是否因其源自間接授權之基本法，而導致其與中國大陸法域在管轄權發生衝突時，在法理上即無法堅持其完整

²²參閱時延安，同註17，頁91。

的獨立性，而必須限縮於法域內的司法獨立性，似仍有疑慮。職是，中國大陸國家刑事管轄權的主體應是為遂行「一國兩制」的政治方針，而本於憲政體制將國家原本單一刑事管轄權進行劃分或分配的結果，當前應同時歸屬於中國大陸、香港及澳門三地的政府。不應在中國大陸的國家刑事管轄權及中國大陸法域的區際管轄權的區分上有所混淆，而任意對特區政府之刑法空間效力規定的域外效力強行限縮，而影響其之獨立性及完整性。特別是針對過去已發生一般性的跨域重大犯罪觀察之，其多因涉及中國大陸內部法域間因相互獨立，並無上、下、主、從之隸屬或位階關係，且既沒有類似聯邦制國家在各法域明訂管轄權之實體規定；亦沒有單一法制國家內部明訂指定或協商管轄之程序規定，實為中國大陸難以真正解決區際刑事管轄權衝突的最大特徵。

肆、兩岸網路智慧財產犯罪之刑事管轄權爭議

一、雙方刑法空間效力的規定

(一) 兩岸刑法空間效力規定的相似

兩岸刑法空間效力的規定大致上可區分為屬地、屬人、保護及普遍管轄權，但由於普遍管轄權經常是國家基於簽署國際公約、條約或協定等所產生之本國管轄權。我國因非聯合國的成員國，現行刑法並無與其直接相對應之規定，僅有保護管轄權的部分條文可與國際公約等略為對應。其中，1.屬地管轄原則²³，乃指在無特別情況下，凡在本國領域內所犯之罪，不論行為人之國籍或住所，均適用本國刑法，目的在確保本國法秩序的維持²⁴。另就訴訟法之觀點，屬地管轄權最有利於犯罪證據之蒐集，便利訴訟當事人之傳喚等，且各國法院對他國籍者的審理，通常也多可維持公平、公正之立場，致使其較易融入近代國家之主權概念，得以獲得國際普遍認同，其在學理上之依據為：a.維持主權國家之法秩序；b.便於蒐集證據²⁵。2.屬人管轄原則²⁶乃

²³又稱為領土原則，參閱林欣、李瓊英，國際刑法新論，中國人民公安大學，2005年5月，45-48；Arvinder Sambei/ John R.W.D. Jones, Extradition law handbook, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2005, p1.

²⁴森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁55、56。

²⁵吳景芳，犯罪地之決定基準，蔡墩銘編，刑法爭議問題研究，五南，1999年，頁3。

指一切與本國人（含在本國有住所之外國人）有關之犯罪，包括積極的屬人管轄（本國人犯罪時，不論犯罪地為國內或國外）及消極的屬人管轄（本國人在外國為特定犯罪之被害人時），均可適用內國刑法，以補屬地管轄之不足。前者（積極的屬人管轄）正當化根據之學說有：a.符合國家利益說；b.忠誠義務說；c.防制犯罪相關之國家連帶說²⁷；後者（消極的屬人管轄）為典型的代理處罰管轄，在適用條件上必須符合：a.雙方可罰性（雙罰性）要件²⁸，特別是具體的雙罰性；b.為兼顧正義及衡平觀點，採認輕法原則²⁹。3.保護管轄原則³⁰則指本國不論犯罪人是否為本國人或犯罪地是否在本國，只要其危害國家法益或國民利益，為達保護國家或國民之目的，均可適用本國刑法。又保護管轄因以維持本國法秩序為目的，而適用本國刑法，故與屬地管轄同具有第一次性質（primary nature）的基本原理；且其之對象犯罪通常多為侵害國家存立之基本、重要的利益，不以行為地法存在追訴可能性為必要³¹。

（二）兩岸刑法空間效力規定的差異

兩岸刑法空間效力的規定具有高度的相似性，特別是屬地及保護管轄權之規定。惟在屬人管轄權方面，1.中國大陸刑法第7條因排除雙重犯罪原則³²之適用，在類型上是屬於絕對的積極屬人管轄原則³³，極易導致³⁴：a.因在當

²⁶吳景芳，刑法適用法之重要原則，蔡墩銘編，刑法爭議問題研究，五南，1999年，頁3、4；森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁112-117。

²⁷森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁119-125。

²⁸即請求引渡之犯罪，須依引渡國及被引渡國雙方之刑罰法規，均具有可罰性。此乃基於外國人之國外犯唯有在本國內犯應該被處罰之罪時，方能將其引渡給有正當審判權的國家，此原則利於對本國刑法秩序之維持、尊重。森下忠，國際刑事司法共助の研究，成文堂，1981年9月，頁81、82。

²⁹此原則源自瑞士刑法第6條「行為地的法律對犯人較輕時，適用該法律」，亦即在行為地法的範圍內，適用本國法律。森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁126、127。

³⁰吳景芳，刑法適用法之重要原則，同註26，頁4；森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁165；亦稱安全原則。林欣、李瓊英，國際刑法新論，同註23，頁51-53。

³¹森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁131、177。

³²又稱為雙方可罰性（雙罰性）原則，即請求引渡之犯罪，須依引渡國及被引渡國雙方之刑罰法規，均具有可罰性。此乃基於外國人之國外犯唯有在本國內犯應該被處罰之罪時，方能將其引渡給有正當審判權的國家，此原則利於對本國刑法秩序之維持、尊重。森下忠，國際刑事司法共助の研究，同註28，頁81、82。

³³積極屬人原則上可區分為：1.絕對的積極屬人原則、2.無限制的積極屬人原則、3.限制的積極屬人原則。德國刑法第7條原採行絕對的積極屬人原則，在1975年即已廢除。森下忠，刑法適用法における屬人主義，日本刑事法の理論と展望（上卷），信山社，2002年8月，

地法域並未犯罪而難以遣返；b.產生無期待可能性之疑慮；c.恐與保護管轄原則的規定失衡，致使中國大陸公民容易遭受不平等刑罰待遇等問題³⁵。2.兩岸的屬人管轄權規定，在外觀上雖無以被害人為本國籍者，而處罰外國人之消極屬人管轄權的規定，但由於其本質上乃為保護管轄原則的一種，我國刑法第8條之準用規定與中國大陸刑法第8條對其公民犯罪者之規定，事實上即為國民保護管轄原則之規定³⁶，已符合多數先進國家之立法趨勢³⁷。另在普遍管轄原則³⁸(universality principle)方面，乃各國為保護一切重要的基本法益，不問犯罪地、犯人或被被害人之國籍，均由犯人所在國行使審判權之原則。中國大陸與其相對應的法條為刑法第9條的規定，我國雖無相對應的法條，但針對國際公約之犯毒品罪、偽造貨幣及海盜罪者則在刑法第5條有處罰的規定。

二、兩岸網路智慧財產犯罪之管轄權爭議與刑法空間效力規定之適用

(一) 網路智慧財產犯罪適用刑法空間效力規定之障礙

網路智慧財產犯罪具有網路犯罪之跨域(擴散)性、虛擬(數據)性及迅捷(完成)性外，尚有一般財產犯罪之利益性及特定智慧財產所具之公益性或秘密性等，故對於兩岸差異不大之刑法空間效力規定的適用，極易產生下列障礙：1.屬地管轄原則：由於網路被認為是對應於陸地、海洋、空中、

頁13-15。

³⁴顏宏輝、曹賢信，刑法中屬人原則的立法與司法反思及重構，北京人民警察學院學報，6期，2007年11月，頁16。

³⁵相關案例，參閱張明楷，國民對國家的忠誠與國家對國民的保護---屬人主義的理解與適用，社會科學，4期，2008年，頁67以下。

³⁶渡辺卓也，消極的屬人主義による国外犯処罰，清和法學研究，12卷2号，2005年12月，頁113。

³⁷例如：德國刑法第7條第2項之規定及日本於2003年增設之刑法第3條第2項的規定，均為重視本國人保護，而處罰國外犯的法制。Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Jörg Albrecht, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Auf. 3, Nomos, 2010, Rn.18; 保坂和人，「刑法の一部を改正する法律」の概要--国民以外の者の国外犯処罰規定の新設等，Keisatsukoron, 58卷10号，2003年10月，頁10-15。

³⁸又稱為世界法主義(Weltrechtsprinzip)。森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁178；參閱吳景芳，刑法適用法之重要原則，同註26，頁5；David McClean, Transnational organized crime, Oxford University Press, 2007, p164.

宇宙等之虛擬的第五度空間，且藉由網路不斷的連結，行為地、中間（經過）地及（可能多數的）結果地等快速完成或交互變換的結果，已使傳統刑法領域管轄的概念變得模糊、不易界定；2.屬人管轄原則：國際上屬人管轄權的主張多是針對本國領域外的犯罪，因無法主張屬地主義，遂改以犯罪行為人之國籍為由，提出該主張。惟由於全球通訊、電腦及傳媒等多元結合之網路科技的盛行，已使各國在本國內無法有效監督網路行為，遑論確認行為人之真實身分或其國籍，故以屬人管轄原則確認管轄權亦屬窒礙難行。又屬人管轄原則在兩岸網路智慧財產域外犯之管轄權爭議上，由於在法理面，因雙方均認為兩岸人民都是本國人，但在實際治權行使上雙方均侷限於本國之法域，除非在第三地（國）否則應不至於向對方依屬人管轄原則主張管轄權；3.保護管轄原則：主要是指國（域）外犯罪行為若侵害本國或本國公民的利益，在符合雙重犯罪原則下，方可據以主張而適用本國刑法。然各國為因應科技、文化產業發展之智慧財產犯罪化的歷程及法制化的結果，特別是在先進國家與開發中國家多所不同；且由於網路犯罪普遍所涉及之人及利益具有不易確認性、過於分散性及複雜性等，已對該犯罪的追訴及管轄權的確認，造成相當的困難；4.普遍管轄原則：旨在保護世界各國共同利益的普遍管轄權，通常是針對國際公約等明定之萬國公罪，網路所具手段性、跨域性、便捷性等特徵，雖然利於包括智慧財產犯罪在內之一切犯罪的實施，但其為個人生活、產業及社會亦帶來諸多效益，顯然有別於萬國公罪而無適用普遍管轄原則之餘地。

（二）網路智慧財產犯罪刑事管轄權理論之探討

國際上對於網路犯罪與刑事管轄權的學說³⁹爭議有：1.新主權理論：認為網路的虛擬世界有別於真實世界，該空間的主權不屬於任何國家，故現實世界的各國法律不得介入，而應由其日漸成形之全球性的市民社會，建立自己的組織原則、道德準則及價值標準；2.管轄權相對論：主張網路空間應可成為類似公海、國際海底區域及南極大陸般之特殊區域，在其內應可建立不同於傳統規則之新的管轄原則；3.有限擴大的屬地管轄原則：認應可將傳統刑法有關領土、領海及領空的概念擴大至網路空間，以擴大適用認定犯罪行為地或結果地的標準，是當前各國解決網路犯罪刑事管轄的基本方法；4.有限

³⁹ 谷永超，網絡犯罪刑事管轄權初探，科技與法律，100卷6期，2012年，頁80、81。

管轄原則：是指在屬人管轄之外，以該犯罪行為是否對本國或本國公民造成侵害或影響的關聯性，作為判斷管轄權的基準；5.最密切關聯地原則：係指網路犯罪可適用該犯罪行為人實施犯罪時，與其最密切關聯地域之法律，此最密切關聯地通常是指行為人在實施犯行時所需伺服器、螢幕設備等之所在地。

上述刑事管轄權學說的主張，雖各有其立論的依據及理由，但個人以為：1.網路虛擬的世界，並不完全與真實的社會完全脫節而各自獨立，且成員眾多、溝通不易，甚難期待其本身能完全自治或建立全新的管轄原則。因此，新主權理論及管轄權相對論在當前應不具有實現可能性。2.上述主張的後三者，均源自傳統刑法的空間效力原則，僅針對部分網路犯罪的特徵提出其主張，但有限擴大屬地管轄原則的界線如何具體劃定、有限管轄原則之關聯性如何更臻明確，均攸關是否違反罪刑法定原則之明確性。又最密切關聯地原則在當前使用智慧型手機即可在遠端實施網路犯罪，導致行為人著手或實施行為所在地及最終犯罪結果地可輕易分離的情況下，如何具體判定管轄權亦存在頗多疑慮。3.綜上，網路世界雖是一個可以在形式上自成一格的虛擬空間，但運作其之主體、客體仍與現實社會內適用傳統刑法空間效力規定之人、行為及保護法益等並無差異。因此，若能較全面的針對網路犯罪的特徵，以屬地管轄原則為主，並在決定犯罪地標準上，輔以須具客觀上的實害及主觀上的直接故意之實害關聯原則⁴⁰判斷之，當可解決多數包括智慧財產犯罪在內之跨域網路犯罪。

（三）兩岸網路智慧財產犯罪如何克服適用刑法空間效力規定之障礙

兩岸針對跨域智慧財產犯罪之處罰，通常是採取屬地管轄原則。特別是所謂「單純跨域犯罪⁴¹」之處罰，因犯罪行為並未跨越兩岸空間效力之法域，故多以主要犯罪行為之發生或影響等決定犯罪地，進而遂行屬地管轄權。其中，較為弔詭之處有二：1.兩岸屬地管轄權的規定雖高度競合，但實務上並

⁴⁰ 中國大陸文獻稱之為「實害聯繫原則」。于志剛，"信息化跨國犯罪"時代與《網絡犯罪公約》的中國取捨——兼論網絡犯罪刑事管轄權的理念重塑和規劃重建，法學論壇，28卷2期，2013年3月，頁102。

⁴¹ 單純跨域犯罪係指犯罪主體具有跨域性，而犯罪行為並未跨域。前者，例如台灣人在大陸犯罪、大陸人在台灣犯罪或台灣人與大陸人共同在台灣或大陸犯罪。後者，乃指犯罪行為地和結果地、預備地和實行地、主要犯罪地和次要犯罪地均未分離的情況。張淑平，海峽兩岸刑事司法互助研究，九州，2011年12月，頁26。

未被主張或實踐。此乃由於兩岸各自對於「一個（大）中國」的主張，不論是大陸的「一國兩制」或我國「一中各表」的意涵，法理上都是相互涵蓋的，但事實上卻互不否定治權。2.一方在放棄屬地管轄權的同時，通常亦不主張屬人管轄權。國際間若一國針對跨域犯罪難以主張屬地管轄權時，通常都會主張屬人管轄權，以期待本國人得到本國法院可能更為公平、公正審理的機會，並善盡國家保護國民的職責。然在兩岸單純跨域犯罪發生時，即使是台海兩岸簽署刑事司法互助協議5年後的今日，雙方似乎已形成對於已放棄屬地管轄權的案件，同時亦不主張屬人管轄權之慣例。

複雜跨域犯罪相較於單純跨域犯罪，其之犯罪主體及犯罪行為均具跨域性，包括網路「虛擬跨域」犯罪之情況。此時，屬地管轄有關犯罪地的決定，學理上主要有：1.行為說⁴²；2.結果說⁴³；3.普遍說⁴⁴之見解。其中，在複雜跨域犯罪時，行為說有時因無法將直接目的地解釋為犯罪地，導致發生法益侵害行為之結果地的刑法效力無法擴及行為地之缺失；且其與結果說相較，尚有：1.就刑事實體法之觀點，不利於被侵害法秩序之回復；2.就刑訴法之觀點，不利於犯罪調查、蒐集證據及勘驗等之進行；3.就刑事政策之觀點，不利被害人提起自訴或刑事附帶民事訴訟等請求損害賠償之作為⁴⁵。然結果說對於僅發生於本法域之著手未遂行為，因不同於已在他法域實現部分構成要件之實行未遂行為，故是否得以他法域作為犯罪地，極具爭議。對此，在立法例方面，雖有採行「依行為人想像應會發生構成要件結果時」之地為犯罪地之普遍說主觀表示（die subjective Ausprägung der Ubiquitätstheorie）的見解⁴⁶，惟該擴大行為地之見解，乃以行為人主觀要素為基準，進而採行屬地管轄，

⁴²行為說之犯罪地，在作為犯時以行為人的行為地為準；不作為犯時則取決於作為義務的發生地。森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁69。

⁴³結果說之犯罪地，乃以構成要件結果之發生地為犯罪地。森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁73。

⁴⁴普遍說乃結合行為說及結果說之理論，意即行為地國的刑法得適用於在外國發生結果的全行為；結果地國的刑法亦得擴及在外國犯罪之行為，故亦被稱為統合說或無差別說。森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁77。普遍說在我國亦有沿用日文遍在說之用語，被解釋為「構成要件行為之實行地、結果發生地，以及期間之因果關係經過的中間影響地，均為犯罪地。」吳景芳，犯罪地之決定基準，同註25，頁3。

⁴⁵森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁74。

⁴⁶森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁89。

易被認為有擴大本國刑法適用範圍之疑慮，應有所限制⁴⁷。又當前普遍說已為德國、日本等主要大陸法系國家之通說⁴⁸，其之優點在於行為與結果間或時間與場所間存有差距時，各國均可在本國主權下適用本國刑法，較為各國所認同⁴⁹；其之缺點過去主要在於各國隨著本國刑法適用範圍的日漸擴大，必然會產生管轄權競合的問題，而此問題亦因當前一事不再理原則（ne bis in idem）之確立及國際間刑事訴送移轉管轄（transfer of criminal proceedings）制度⁵⁰的活用，亦逐漸邁向解決之途⁵¹。

（四）兩岸共同處罰跨域智慧財產犯罪之突破及創新

當前我國雖有處罰智慧財產犯罪域外犯之規範，但因缺乏有效協商管轄權的機制及法律依據，或礙於我國民不應受中國大陸之管轄審判之法感情等因素，而難以在兩岸協商共同打擊犯罪之刑事司法互助事務上有所突破及創新。例如：當前兩岸司法機關對於其國民在該國以網路直接或間接（迂迴第三國）侵入對方競爭對手的公司竊取機密資料之虛擬跨域犯罪發生時，通常因管轄權爭議問題，即無法順利開啟後續之司法互助。對此，根據本文上述之見解，若能以兩岸既高度相似又相互競合之刑法空間效力原則之規定為基礎，建構以屬地管轄原則為核心，輔以實害關聯原則作為最終判斷犯罪地之標準。另若有不符引渡法通常要求法定最重本刑1年之下限，或國民法感情等情況下，雙方若能建構刑事訴訟移轉管轄的機制或協議內容等，亦可適度緩和國民之法感情等，並利於我國開展與中國大陸其他法域（香港、澳門）或他國之刑事司法互助。

⁴⁷德國限制普遍說的理論，除了立法例之限制主觀要素的普遍說（Oehler）外，尚有：1.將犯罪地限定於結果犯及具體危險犯之最初結果發生地（Larenz）；2.客觀限定結果地範圍的普遍說（BGH NStZ 1994, S.233. Makarov, Lackner）；3.狹義解釋屬人主義連結點的普遍說（Breuer）；4.結果犯亦類推適用雙方可罰性要件的普遍說（Larenz, Jescheck/Weigend, Lackner）。森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁90、98。

⁴⁸吳景芳，犯罪地之決定基準，同註25，頁4。森下忠，國際刑法學的課題，成文堂，2007年2月，頁2；高山佳奈子，國際刑法の展開，山口厚、中谷和弘編，安全保障と國際犯罪，東京大学，2005年9月，頁8。

⁴⁹香川達夫，國際犯罪と刑法，現代刑事法，29号，2011年9月，頁6；參閱香川達夫，場所的適用範圍の法的性格，學習院大学，1999年11月，頁209以下。

⁵⁰刑事訴訟移轉管轄制度可謂對應於「本國人（本地居民）不引渡」及「或引渡或起訴」原則的實踐。

⁵¹森下忠，刑法適用法の理論，同註20，頁102。

伍、兩岸合理解決智慧財產域外犯之刑事管轄權衝突的省思——代結論

兩岸合理解決智慧財產域外犯之刑事管轄權衝突的問題，事實上是深刻糾結了敏感政治意識與務實法律適用的二大課題，不能視而不見，任憑該犯罪之危害日益蔓延、擴大，必須積極在協商刑事管轄權方面掌握契機、積極主動，方能進而在強化刑事司法合作方面有所突破，俾利於真正、合理、和諧解決大中國法域內刑事管轄權衝突的問題，亦能促進大中國各法域內共同協調與他國之刑事管轄權衝突的問題。茲研擬具體建議如下：

- 一、兩岸應本於體現相互平等、尊重的精神，共同簽訂（或增修）一個包括協調管轄權在內的協議（或機制），以迅捷、有效開啟協商程序，並確立後續刑事司法互助之義務，俾利於確實強化區際共同懲治犯罪的成效。
- 二、兩岸區際管轄權協商建立以屬地管轄為優先，屬人管轄次之，保護管轄再次之，普遍管轄最後⁵²之優先順序的位階應有參酌的必要，使其在保障人權及懲治犯罪間能依法理權衡，並兼顧各法域人民欲積極維護區際法域內個人及整體法益之法感情。
- 三、對於兩岸智慧財產域外犯之處罰，無論是單純或複雜之跨域犯罪，原則上仍應以當前雙方「擱置主權、重視治權」之共識下的屬地管轄原則為主，並在決定犯罪地標準上，輔以須具客觀上的實害及主觀上的直接故意之實害關聯原則判斷之。另兩岸智慧財產跨域犯罪之懲治，若有不符引渡法刑期下限之規定；或背離國民法感情等情況時，雙方及早在兩岸刑事司法互助協議內增設刑事訴訟移轉管轄的機制或另行創設兩岸刑事訴訟移轉管轄協議等，均可務實解決跨域智慧財產權犯罪之問題，亦可適度緩和國民之法感情等，俾利於我國與中國大陸其他法域或他國之刑事司法互助。

⁵² 蔣慧玲，區際刑事管轄權衝突：協調的基本原則與具體路徑分析——以刑事實體法的視野和角度，中國區際刑事司法協助新探，趙秉志主編，中國人民公安大學，2010年1月，頁209。

