

第七届学术讨论会论文评选委员会编

刑事立法与司法 新问题

人民法院出版社

刑事立法与司法新问题

——全国法院系统第七届学术
讨论会优秀论文选

第七届学术讨论会论文评选委员会编

人民法院出版社

1995年11月

责任编辑：陈燕华

技术编辑：姚家清

封面设计：方 健

刑事立法与司法新问题

——全国法院系统第七届学术讨论会优秀论文选

第七届学术讨论会论文评选委员会编

人民法院出版社出版发行

人民卫生出版社印刷厂印刷

787×1092 毫米 32 开 19.125 印张 426 千字

1995 年 11 月第 1 版 1995 年 11 月第 1 次印刷

印数：0001—3000

ISBN 7-80056-370-7/D·442 定价：21.00 元

说 明

由中国高级法官培训中心、全国法院干部业余法律大学、中国应用法学研究所和人民法院出版社联合举办的全国法院系统第七届学术讨论会于1995年11月21日——25日在广西壮族自治区南宁市举行。本届学术讨论会的中心议题为：我国刑法与刑事诉讼法的修改与完善。

地方各级人民法院接到学术讨论会通知后，积极组织和发动干警撰写了约4000篇论文。经过逐级评选、推荐，共有511篇论文报送到第七届学术讨论会论文评选委员会。

学术讨论会主办单位组成了以最高人民法院副院长祝铭山为主任委员，马东、牛建华、刘会生、刘德权、张军、张泗汉、张建军、闵治奎、杨万明、柳福华、高憬宏、郭群、黄尔梅、熊选国、薛淑兰等同志为委员的论文评选委员会。评委们以科学、严谨的态度，依照各奖次论文评选条件、评选程序，认真评选每一篇论文。经过委员初评、小组复评后，论文评选委员会举行了四次全体会议进行集体评议。最后评出一等奖论文7篇，二等奖论文39篇，三等奖论文71篇，特别奖论文2篇。综观这些获奖论文可以发现，论文作者在坚持四项基本原则的前提下，立足于我国建立社会主义市场经济，将法学理论研究同我国的刑法、刑事诉讼法的立法与司法实际紧密结合，对如何修改和完善我国刑法、刑事诉讼法进行了有益的探讨和研究，其中不乏真知灼见。评委们相信，论文中的许多观点，对修改和完善我国刑法、刑事诉讼法具

有积极的意义。

正是基于此点,我们精选了部分获奖论文编选成此书。需要指出的是,论文中所阐述的观点系作者个人见解,仅供读者参考。

第七届学术讨论会论文评选委员会

1995 年 11 月

目 录

一 等 奖

- 论著作权的刑事法律保护 杨玉兰 (1)
- 论罪状与法定刑的立法完善 陈殿福 (17)
- 完善我国取保候审制度的几点思考
..... 汤友洪 揭 萍 (30)
- “计算机犯罪”及刑法遏制 张松涛 詹向民 (42)
- 论少年刑罚制度的完善 王宏印 (56)
- 侵犯财产罪新论 韩南生 (70)
- 论公司制经济发展的刑法调控 赵贵龙 (84)

二 等 奖

- 完善刑法中量刑规定的立法构想 胡学相 (97)
- 缓刑适用的现状与立法完善 王秋良 李泽龙 (108)
- 论罚金刑的立法完善 陈志远 (120)
- 罚金刑的改造与完善 周德音 (135)
- 论法官刑事自由裁量权的价值与
模式选择 夏成福 (147)
- 论我国刑法时间效力的立法完善
..... 罗书平 田小宁 (168)

罪刑关系立法完善的理论思考	李少平 邓修明	(187)
试论修改和完善刑法必须全面彻底贯彻		
罪行法定原则	稽福飞 岳龙海	(206)
剥夺特定职业从事权的立法思考	曹卫东	(219)
立功问题研究及立法建议	陈 荣	(229)
关于对我国刑法类推制度的再思考	金 彪	(238)
市场经济体制下犯罪客体的重构	王 晨	(250)
侵犯财产罪的客体修正	陈明祥	(260)
论市场经济与职务犯罪的主体嬗变	张作平	(269)
试论贪污罪客体要件之特性	张建军	(280)
论贪污罪	李振琦	(292)
对设立“挪用证券款罪”的构想	陆晓峰	(322)
侵占罪初论	赵健民	(332)
关于增设侵占罪的立法思考	李冬明	(345)
试论行贿罪的立法完善	曹 洁	(361)
受贿罪中“为他人谋取利益”的探讨	罗锁堂 杨泽民	(374)
妨害票据犯罪的立法完善	李国庆	(383)
证券市场犯罪的刑事立法完善	陈筱洁	(394)
试论信用卡犯罪的法律特征及其立法建议	丁寿兴 丁洪泉	(406)
论发票犯罪	何彦瑛	(421)
论侵犯著作权罪	陈学晏	(437)
关于在我国刑法中增设侵犯知识产权罪 专章的构想	董邦林	(454)
论计算机犯罪及其刑法调控	张秀萍	(467)
期货欺诈犯罪的几个法律问题刍探	何能高	(477)

论期货犯罪及惩治	高明生	(493)
关于完善我国破产犯罪制度的几点思考	张士顺 褚红军	(506)
论暴利行为的刑法遏制	丘富圣	(520)
刍议增设虚报、瞒报、伪造、篡改 统计资料罪	岳龙海	(532)
刑法增设泄露商业秘密罪刍议	姚仁安	(539)
浪费国家财产罪的立法思考	陈万才 张正伟	(550)
论刑事被告人供述的若干问题及其 立法完善	黄健明 周 冕	(558)
刑事诉讼中视听资料的审查与运用	王平铭 徐安欣	(570)
关于设立刑事审判简易程序初探	贾振起 任全胜	(582)
浅谈侦查圈套合法辩护制度的建立	黄冬阳	(592)
附：全国法院系统第七届学术讨论会三等奖名单.....		(598)

论著作权的刑事法律保护

云南省高级人民法院 杨玉兰

1994年7月5日，全国人大常委会通过并颁布了《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》（以下简称《决定》），从而宣告了我国从《刑法》到《著作权法》对著作权刑事保护为“零”状态的结束。本文即试图从《决定》颁布的意义，如何正确理解、适用《决定》以及进一步完善著作权刑事立法的建议等方面作一粗浅的学习探讨，以期得到专家、同仁的赐教。

一、全国人大常委会《决定》的制定颁布，填补了我国刑事法律在著作权保护方面的空白

《中华人民共和国著作权法》问世于1990年9月，并于1991年6月施行。这标志着自1982年以来，随着《技术合同法》、《商标法》、《专利法》以及《反不正当竞争法》等五部法律的制定与实施，我国以商标、专利、版权为三大支柱的知识产权法律制度框架已初步形成。然而，我国著作权法与商标法、专利法相较，却没有对侵犯著作权刑事责任追究的规定。1994年7月5日，全国人大常委会通过并颁布了《决定》，从而填补了我国刑事法律在著作权保护方面的空白。笔者认为，其重要意义主要体现在以下三方面：

（一）《决定》的颁布实施，使刑法保护与其他法律保护相协调统一，形成了对著作权保护的配套法律整体

著作权，亦称版权。是指作者依法对其创作的文学艺术

和科学作品享有的专有权利。根据我国著作权法规定，这种专有权利包含两部份：一是著作人身权，亦称精神权利或是人格权利。是指作者依法享有的对其创作的作品不直接具有财产内容的但却与作者人身不可分离的权利。二是著作财产权，也称为著作经济权。是指作者本人或者许可他人采取各种方式使用作品而获得报酬的权利。把著作人身权和著作财产权进一步具体化，就是我国著作权法第10条所规定的五种权利。即作品的发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、以及作品的使用权和获得报酬权。上述五种权利是作者依法享有的正当权利，也是我国法律所要保护的社会关系。但是，同属于知识产权三大内容之一的著作权却不象商标权、专利权那样，除了具有民事的、行政的法律保护手段外，还具有刑事法律的保护手段，法律保护体系比较配套完整，因而就难免给人有种在著作权保护方面存在“重民轻刑”倾向的感觉。因此，同其他知识产权的法律体系一样，著作权的保护也应需要完善各种法律手段。而全国人大常委会《决定》的颁布实施，正是在保护手段方面弥补了我国《刑法》、《著作权法》的不足，与我国民事法律、行政法律组成了一个既相互独立又彼此协调的，具有适度原则的保护著作权的有机法律整体。

（二）《决定》的颁布实施，促进了我国著作权刑法保护制度与国际著作权刑法保护制度的接轨

包括著作权在内的知识产权法律制度是人类社会特别是科技发展到一定阶段的产物。知识的快速传播，使知识产权从一开始就带有国际化特征。以著作权而言，当前世界各国，尤其是发达国家越来越重视对著作权加大保护力度。首先，是普遍通过立法形式确定了对严重侵犯著作权行为要予以刑事

保护的制裁手段；其次，是“重刑主义”的影响更趋明显。我国已于1992年加入了世界保护著作权的《伯尔尼公约》和《世界版权公约》；1993年4月加入保护录音制品的《日内瓦公约》。1994年4月15日又签署了关贸总协定乌拉圭回合最后文件中的“知识产权协议”。在该协议第61条规定里，就明确和突出了对盗版行为和有意假冒商标行为应当采取监禁或处以罚金，或并处罚金的刑事惩戒手段。因此，《决定》的颁布实施，正是通过立法形式，表明了我国加强对著作权保护的态度和行动。同时，也由于《决定》的颁布施行，使我国著作权刑法保护制度与国际著作权刑法保护制度接轨和趋同，这对于改善我国对外经济、文化、科技合作交流的环境条件，消除知识产权保护方面的误解，加强与国际组织、发达国家的合作，进一步改善我国著作权保护状况都起到了积极的促进作用。

（三）《决定》的颁布实施，确立了侵犯著作权犯罪的认定标准和刑罚尺度

当前，由于各种侵权行为造成对文化市场的污染、冲击是比较严重的。首当其冲，危害最烈的就是非法复制，尤其是音像，图书作品更为突出。随着计算机软件市场的发展，计算机也将成为被非法复制的主要对象。非法复制被国内外舆论谴责为“海盗”行为，足以说明这种侵权行为由于侵权人主观恶性的导致已完全是贪利性、掠夺性的行为。这种不正当竞争手段不但给著作权利人造成精神和物质的极大损失，而且欺骗了社会和公众，严重扰乱了文化市场的正常秩序。此外，还有假冒他人作品，销售侵权复制品等侵权行为也呈现上升势头。但由于我国刑事法律在著作权保护方面的空白，使司法机关追究侵权刑事责任没有法律依据，因而对于那些侵

犯著作权已造成严重危害达到犯罪的行为，却仍然只能作民事或行政侵权处理，其结果是使侵权行为人更加胆大妄为。因而人们在呼唤修改、完善法律时，特别要求对严重的盗版等侵权行为适用刑罚。《决定》的颁布施行，正是顺应了这种民意和客观实际的需要。《决定》以简洁的文字和精炼的条文，对侵犯著作权犯罪的客观表现、主观要件、刑种适用、刑罚尺度等都作了明确规定，这就使司法机关在查处和打击各种侵犯著作权犯罪时有了法律依据。当民事、行政手段的保护不足以扼制侵权行为的危害时，刑罚就将发挥其应有的惩戒作用。司法机关就能依照《决定》规定的条文正确定罪量刑，对那些非法复制、假冒他人作品以及销售侵权复制品等严重侵犯著作权行为给予应有的打击，从而净化市场，整顿秩序，维护和巩固社会主义精神文明建设成果，保障我国社会主义文化市场的健康发展。

二、如何正确理解、适用全国人大常委会《决定》

（一）罪名确定

罪名是对犯罪本质特征或主要特征的高度概括。《决定》第1、2条均是对侵犯著作权构成犯罪所作的规定。那么，《决定》究竟规定有哪几种犯罪，其罪名又是什么？目前，认识不一致的主要是对第1条规定的理解。归纳起来，主要有三种意见：第一种意见认为，《决定》第1条只规定了一个“侵犯著作权罪”（也有学者认为应称“盗版罪”）；第二种意见认为，根据对侵犯著作权客观行为的叙明，《决定》第1条规定了两个罪名，即一是非法复制发行他人作品罪，二是制作出售假冒他人署名的美术作品罪；第三种意见认为，按照《决定》第1条所叙明的罪状，只规定了一个罪名，即“非法复制发行他人作品或制作出售假冒他人署名的美术作品罪。”

笔者倾向第三种意见。

笔者认为，第一种意见所言“侵犯著作权罪”，是直接根据《决定》用语选择的罪名。其用较为简炼的语言明确地反映出了《决定》中规定的犯罪行为所侵犯的客体。但运用刑法理论分析，这一罪名只能是《决定》中所有侵犯著作权犯罪的类罪名。从字面理解，它应包括一切侵犯著作权及邻接权等的犯罪，相似于刑法中诸如“危害公共安全罪”、“侵犯财产罪”等类罪名。如果以此罪名理解《决定》第1条规定，就会容易误解为该罪名包括了《决定》所规定的全部犯罪。而事实上，《决定》第1条、第2条规定的却是两个完全不同的犯罪。由此可见，用类罪来确定罪名，就难以区别此罪与彼罪，这是不科学的。至于有学者所言应称“盗版罪”，尽管“盗版”一词在知识产权领域里广为使用，但从规范法律用语而言，再考虑到“盗版”对具体犯罪行为内涵的难以准确界定，因此，笔者认为，以此作为规范的罪名称谓是不合适的。

第二种意见所言笔者亦不敢苟同。因为，不论是“非法复制发行他人作品”还是“制作出售假冒他人署名的美术作品”，其犯罪所侵害的客体、犯罪的客观要件、主观要件和主体等都是相同的。换言之，即二者都是性质相同的犯罪，只要行为人实施了其中某一种行为，其危害达到一定的程度，就可以构成犯罪，并相应确定罪名，而并非是性质不相同，彼此间没有任何内在联系的犯罪。因此，应将其视为选择性罪名而非排列式罪名。否则，两罪间就将存在有数罪并罚的问题。按照数罪并罚理论分析，如果几个行为彼此联系，结合成一个整体的犯罪过程，那就只能按一罪认定而不并罚。如果行为人以两个以上的故意，实施两个以上行为，具备两种以上犯罪构成，就应当认定数罪而予并罚。显然，“非法复制

发行他人作品”和“制作出售假冒他人署名的美术作品”的犯罪行为，都是只有一个犯罪故意，实施一个犯罪行为，当然只能以一罪论处，而不能实施并罚。顺此而推，第三种意见就自然成立。也就是说《决定》第1条规定的是一个选择性罪名，即为非法复制发行他人作品罪或制作出售假冒他人署名的美术作品罪。

《决定》第2条规定的是一个罪名，即为“销售侵权复制品罪”。概括起来，《决定》共规定了五种侵犯著作权（含其邻接权）的犯罪形式，可用两个罪名认定。

（二）犯罪构成

1. 关于非法复制发行他人作品或制作出售假冒他人署名的美术作品罪的犯罪构成。该罪是指任何单位和个人，以营利为目的，违反《著作权法》规定，非法复制发行他人作品或制作出售假冒他人署名的美术作品，侵犯他人著作权或与著作权有关的权益，违法所得数额较大或情节严重的行为。其犯罪特征：

第一，从犯罪客体看，虽然《决定》第1条1至4项规定了四种侵权行为表现形式，但归根到底该罪侵犯的客体就是他人合法享有的著作权以及与著作权有关的权益。行为人通过非法复制发行他人作品或制作出售假冒他人署名的美术作品，损害了著作权人的人格形象，侵犯了著作权人的著作人身权；损害了著作权人对其作品拥有的经济价值，侵犯了著作权人的著作财产权，使著作权人对其作品的使用和获利受到影响。而且由于该犯罪行为的实施还使社会和公众受到欺骗，使文化市场的正常秩序受到了干扰和破坏。

第二，从犯罪的客观方面看，该罪表现为行为人通过非法复制发行他人作品或制作假冒他人署名的美术作品的行

为，使著作权人依法享有的著作权及有关权益受到侵犯，而且该行为还是情节严重的行为。这里要特点注意，我国《著作权法》第45、46条所列侵权行为共有十四种，这并不能理解为所有侵犯著作权及有关权益的行为都要受到刑事追究。按照《决定》规定，要予以刑事追究的有以下四种行为：

(1) 未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、音像作品、计算机软件及其他作品的行为。这里的“复制”，依照我国《著作权法》第52条规定，是指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的行为。但是按照工程设计、产品设计图纸及其说明进行施工、生产工业品的，则不属于此列；所谓“发行”，是指通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件的行为；所谓“其他作品”，包括戏剧、曲艺、舞蹈、美术、摄影等作品。而且根据法律规定，“复制”和“发行”必须同时具备，缺一不可，即行为人必须是既“复制”又“发行”，才能构成此种犯罪行为。此外，还有一个重要因素在实践中也要注意弄清楚，即“著作权人”的内涵。因为“未经著作权人许可”，这是构成该犯罪行为的一个必要前提。通常情况下，创作某一作品的人，理所当然就是该作品的著作权人。但是，实践中有几种作品的“著作权人”则要根据作品创作的具体情况分析。一是由法人或非法人单位主持，代表其意志创作，并由其承担责任的单位作品。按照著作权法规定，著作权人只能是该法人或非法人单位，而不是直接参加创作的人员；二是由公民为完成法人或非法人单位工作任务所创作的职务作品，按照著作权法规定，著作权由作者享有，但法人或非法人单位有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人

以与单位使用的相同方式使用该作品，否则，就将视为“未经著作权人许可”。但这类职务作品依照法律规定有两种情况例外，即利用法人或者非法人单位的物质、技术条件创作，并由法人或者非法人单位承担责任的工程设计、产品设计图纸及其说明、计算机软件、地图等职务作品，或法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或非法人单位享有的职务作品，作者只享有署名权，而著作权的其他权利则由法人或非法人单位享有；三是由两人以上的多人联合创作的合作作品，其著作权属合作者共同所有。如要复制发行该作品，就要取得所有合作者的许可。但当合作者对著作权行使协商不一致时，根据著作权法规定，任何一方无正当理由都不得阻止他方行使。如果合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部份可以单独享有著作权；四是电影、电视、录像作品的导演、编制、作词、作曲、摄影等作者只享有署名权，著作权属于制片人；五是改编、翻译、注释、整理、编辑作品，著作权就由上述人员享有。未征得上述人员许可而复制发行其作品，即为“未经著作权人许可”。

(2) 出版他人享有专有出版权的图书的行为。这一行为的实施使专有出版者的权利和著作权人的权利均同时受到侵犯。这里所言“出版”，是指将作品经编辑加工复制向公众发行的行为。“专有出版权”是指图书出版者根据著作权人的授权在合同约定期限内，独家享有的对著作权人的某一作品在一定地域范围内以某种方式复制发行的权利。这是一种独占的、具有排他性的专有使用权，在理论上也有称其为广义上的著作权。依照著作权法规定，这种专有权以订立出版合同方式取得，且期限不得超过十年。在专有权有效期限内，非专有权出版者如以与专有权图书出版者相同的方式出版同一

作品，即为侵犯他人专有出版权，同时也侵犯了著作权人所依法享有的著作权。

(3) 未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的行为。这里所言“录音制品”，系指任何声音的原始录制品；“录像制品”系指电影、电视、录像制品以外的任何有伴音或无伴音具有连续形象的原始录制品。如行为人未经上述作品制作者同意而复制发行其作品，即为侵犯了上述作品制作者的著作权。

(4) 制作出售假冒他人署名的美术作品的行为。这里首先要区分，所言“制作”是一种模仿行为，而并非“创作”。“出售”即为销售出卖。“美术作品”包括绘画、书法、雕塑、建筑等以线条、色彩或其他方式构成的造型艺术作品。“假冒他人署名”是指把自己或其他人的模制品署他人之名。而且要特别强调，该行为的认定要求“制作”与“出售”亦须同时具备，并且制作出售的对象是假冒他人名称的美术作品。显然，该行为不仅以其模制品损害了被冒名者的声誉和署名权，而且也使被冒名者创作的美术作品的经济收入蒙受了直接损失。以上即是对《决定》第1条规定的四种侵害行为客观表现的探析，以利实践中分析犯罪构成时便于具体掌握和准确认定。

第三，从犯罪的主观方面看，行为人具有刑法理论上所指的犯罪故意。具体体现在两方面：一是行为人在主观上明知自己并没有某作品的著作权，也并未获得著作权人的许可而仍然故意非法复制发行其作品，或者对明知该美术品并不是某人的，却故意署某人之名而予以销售；二是行为人的主观动机是为了营利。应当指出，在认定本罪时，行为人是否具有主观上的故意，是区分罪与非罪的一个重要界限。即本