

我国著作权刑法保护问题研究

Research on Copyright
Protection in PRC Criminal Law

贺志军 著

武汉大学刑法博士文丛（21）



中国人民公安大学出版社

CPPSUP

武汉大学刑法博士文丛(21)

湖南省 2008 年社会科学基金项目“数字化条件下著作权的刑法保护”(编号:08YBB188)最终成果

我国著作权刑法保护 问题研究

Research on Copyright Protection

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

我国著作权刑法保护问题研究/贺志军著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 11

(武汉大学刑法博士文丛; 21)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0211 - 4

I. ①我… II. ①贺… III. ①著作权—刑法—研究—中国
IV. ①D923. 414②D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 197670 号

我国著作权刑法保护问题研究

Research on Copyright Protection in PRC Criminal Law

贺志军 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2011 年 1 月第 1 版

印 次: 2011 年 1 月第 1 次

印 张: 12. 375

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 333 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0211 - 4

定 价: 38.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像与数字出版分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

武汉大学刑法博士文丛

编 委 会

顾问：马克昌

主任：莫洪宪

委员：莫洪宪 林亚刚 康均心 许发民

刘艳红 皮 勇 陈家林

总 序

依法治国、建设社会主义法治国家已成为我国的基本治国方略，而刑事法治是社会主义法治的重要组成部分。因此，以刑事法治为研究内容的刑法科学也一直受到国家和社会的重视。改革开放以来，我国的刑法学研究取得了长足的进步，研究领域日益扩展，研究层次不断提高，呈现出空前繁荣兴旺的景象。这一大好局面的取得，离不开几代刑法学人的奋斗，其中也包括刑法学博士研究生们的努力。他们风华正茂、思想活跃、勤于探索、刻苦钻研，所撰写的博士论文一般来说选题合理、资料翔实、思路开阔、论证充分、精品迭出，为刑法理论的完善与发展作出了贡献。

武汉大学刑法学科从1987年开始招收博士生。在将近20年的时间里，为社会输送了一批又一批高质量的人才，同时也使博士点本身得以不断发展与壮大。武汉大学刑法学的博士生们关注刑法基础理论的研究，重视学位论文的撰写，他们的论文大多具有真知灼见，理论水平较高。一部分论文出版之后，在社会上得到好评。进入新的世纪，由于博士生招生规模的扩大，每年毕业的博士生数量大增，优秀博士论文的数量也相应增多，以往每年出版两本毕业论文的规模已经跟不上形势的发展变化。如果优秀的博士论文因各种原因不能付梓，研究成果无法与读者见面，既不利于理论成果的社会共享，也不利于年轻学者的脱颖而出。有鉴于此，我们与中国人民公安大学出版社洽商，设立“武汉大学刑法博士文丛”，出版社慨然允诺，给予支持。这样每年出版一批优秀的刑法学博士论文，

我国著作权刑法保护问题研究

形成规模效益，可以凝聚成一股学术力量，为刑法学界增添较有分量的学术成果。

“武汉大学刑法博士文丛”由武汉大学法学院刑事法研究中心的教授组成编委会，负责编辑出版事宜，以每年答辩的刑法学博士论文为选择范围，审慎选择其中优秀的博士论文逐年编辑出版。“武汉大学刑法博士文丛”的质量，取决于入选论文的水平。它的社会评价的高低，是检验武汉大学刑法学博士点教学研究水平的试金石。希望我们的博士研究生能够潜心治学、求真务实、重视创新、锐意进取，写出高质量的博士论文，使这套文丛不断有优秀著作问世。

最后需要提出的是，多年来中国人民公安大学出版社给予了武汉大学刑法学科的大力支持，“武汉大学刑法博士文丛”的顺利出版正是这种支持的又一具体体现。借此机会，我本人并代表编委会谨向中国人民公安大学出版社表示由衷的感谢！

马克昌

2006年夏于珞珈山

目 录

导 论	(1)
一、选题背景	(1)
二、文献综述	(3)
三、研究方法	(8)
四、研究框架	(9)
第一章 我国著作权刑法保护制度变迁与主要挑战	(13)
第一节 我国著作权刑法保护制度变迁与制度逻辑	(13)
一、我国著作权刑法保护制度变迁	(13)
二、我国著作权刑法保护制度逻辑	(27)
第二节 我国著作权刑法保护主要挑战	(34)
一、正当性挑战：我国著作权刑法保护的正当性 问题	(35)
二、国际义务挑战：我国著作权刑法与 TRIPS 协定的符合性问题	(40)
三、技术挑战：我国著作权刑法在数字网络技术 下的完善问题	(44)
四、司法挑战：我国著作权刑法适用的实效问题	(49)
第二章 我国著作权刑法保护的正当性	(55)
第一节 著作权刑法保护的正当性	(55)
一、著作权保护正当性的法理之维	(55)
二、著作权保护正当性的经济之维	(61)
三、著作权成为我国刑法法益	(68)
第二节 著作权刑法保护的手段正当性	(76)

我国著作权刑法保护问题研究

一、著作权刑法在制裁体系中的特征与地位	(76)
二、著作权刑法的正当运用	(81)
三、我国著作权保护中“违法——犯罪”二元主义 模式	(86)
第三节 著作权刑法保护的社会道德支撑	(90)
一、著作权刑法缺乏社会道德支撑的原因及对策	(91)
二、著作权刑事立法的道德依据	(95)
三、著作权保护的道德正当性之促进与证成	(97)
第三章 我国著作权刑法与 TRIPS 协定的符合性检验	(105)
第一节 我国履行 TRIPS 协定刑事义务概说	(106)
一、TRIPS 协定刑事条款形成特点	(106)
二、我国履行 TRIPS 协定刑事义务总体策略	(108)
第二节 TRIPS 协定中“盗版”与我国侵犯著作权犯罪 行为要件	(113)
一、TRIPS 协定中“盗版”的含义	(113)
二、我国侵犯著作权犯罪行为要件与 TRIPS 协定的 符合性	(122)
三、侵犯著作权犯罪行为的扩张趋势与我国的应对	(131)
第三节 TRIPS 协定中“商业规模”与我国著作权刑事 门槛要件	(142)
一、TRIPS 协定中“商业规模”的含义	(142)
二、我国著作权刑事门槛的根据与数量标准	(151)
三、我国著作权刑事门槛要件与 TRIPS 协定的符合性	(162)
第四节 TRIPS 协定中“蓄意”与我国侵犯著作权犯罪 主观要件	(169)
一、TRIPS 协定“蓄意”的含义	(169)
二、我国侵犯著作权犯罪故意要件与 TRIPS 协定的 符合性	(172)

三、我国侵犯著作权犯罪“营利目的”要件与 TRIPS 协定的符合性	(175)
第五节 TRIPS 协定中“可使用的救济”与侵犯著作权犯罪刑罚规定	(185)
一、TRIPS 协定中“可使用的救济”的含义	(185)
二、我国侵犯著作权犯罪刑罚规定与 TRIPS 协定的符合性	(190)
第四章 我国著作权刑法在数字网络技术下的有限扩张 ..	(195)
第一节 数字网络技术下著作权刑法基本走向	(195)
一、条约应对：数字网络技术下的“因特网条约” ..	(195)
二、我国调整：数字网络技术下我国著作权法律制度	(202)
三、基本走向：数字网络技术下我国著作权刑法有限扩张	(205)
第二节 我国信息网络传播权刑法保护	(213)
一、侵犯信息网络传播权行为及对相关刑事司法解释之反思	(213)
二、网络服务商刑事责任	(220)
三、点对点传输 (P2P) 行为的刑法规制	(234)
第三节 我国技术措施及权利管理信息刑法保护	(247)
一、境外技术措施刑法立法与司法考察	(247)
二、我国技术措施刑法保护合理性	(258)
三、我国规避技术措施行为类型	(263)
四、我国破坏权利管理信息行为刑法规制	(272)
第五章 我国著作权刑法适用的实效	(278)
第一节 我国著作权刑法适用的实证分析	(278)
一、实证分析说明	(278)
二、研究样本中刑法适用特点总体分析	(282)
三、研究样本中“复制发行”的刑法适用模式	(289)

我国著作权刑法保护问题研究

四、研究样本中特定侵犯著作权行为的刑法适用模式	(296)
第二节 我国著作权刑法的罪名适用	(310)
一、罪名适用迷思：《非法出版物解释》第11条和 第15条之惑	(310)
二、“侵犯著作权犯罪”与非法经营罪的关系	(313)
三、侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关系	(323)
第三节 我国侵犯著作权行为的刑罚必定性	(329)
一、侵犯著作权行为刑罚必定性的意义与影响因素 ...	(329)
二、侵犯著作权犯罪的行政移送问题	(335)
三、著作权刑法保护的司法体系有效运作	(344)
结 语	(357)
参考文献	(361)
后 记	(381)

导 论

一、选题背景

1994年签署的《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, 以下简称 TRIPS 协定)规定了成员对具有商业规模的蓄意盗版案件提供刑事程序和救济的义务。随着进入知识经济阶段,打击盗版越来越成为全球颇为关注的问题。一方面,近年 WTO 成员利用刑事手段打击盗版呼声很高,著作权刑法保护在国际和国家层面都在走向强化。在国际层面,世界海关组织(WCO)、国际刑警组织(INTERPOL)和世界知识产权组织(WIPO)等自2004年以来已召开5届“全球打击假冒和盗版大会”,对治理包括盗版在内的知识产权犯罪进行国际协调与探讨。国际刑警组织设有“知识产权犯罪行动组”并建立运行“国际知识产权犯罪数据库”,八国集团(G8)建立了“对严重和有组织的知识产权犯罪合作侦查与起诉”机制,也都将打击盗版作为重要任务。“中美知识产权 WTO 争端案”(以下简称“争端案”)就涉及我国著作权刑事门槛问题,从2007年4月10日启动争端解决程序至2009年3月20日争端解决机构(DSB)通过专家组最终报告(WT/DS362/R),历时近两年。欧盟正在着手制定《关于旨在确保执行知识产权的刑事措施的指令》,已于2007年4月25日欧洲议会一读通过其草案,并于2008年3月20日在欧盟官方公报上公布其案文(以下简称欧盟《指令

我国著作权刑法保护问题研究

草案》)^①。晚近许多双边经贸条约 (FTA) 包含不少高于 TRIPS 协定义务标准的著作权刑法保护条款。在国家层面, 若干国家专门对打击包括盗版在内的知识产权犯罪进行了战略研究与实施。例如: 英国自 2004 年启动“打击知识产权犯罪国家战略”并进行年度报告; 美国国家知识产权法执法协调委员会也发表年度报告, 并日趋强化其知识产权刑事司法追诉机制, 尤其是美国《优化知识产权资源和组织法案》(Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act) 于 2008 年 10 月生效, 从 2009 年起至 2013 年间每年拨款 5500 万美元用于对包括著作权犯罪在内的知识产权犯罪之调查与追诉, 五年达 2.75 亿美元。另一方面, 数字网络技术给网络版权带来严峻挑战。从 1994 年美国大学生莱马奇亚 (La Macchia) 上传电脑软件和提供免费下载而被无罪释放为起点, 直到十年后的 2005 年香港公民陈乃明通过 P2P 上传三部电影而被判入狱, 网络著作权刑事责任从宽容趋向苛刻的走向渐为清晰。

我国著作权刑法保护面临新挑战和出现新问题。随着科学发展观和建设创新型国家任务的提出, 我国正着力实施《国家知识产权战略纲要》, 版权战略是其中重要组成部分, 包括“核心版权产业产值占国内生产总值的比重明显提高”、“盗版等侵权行为显著减少”等多方面目标。但是, 盗版侵权严重已成为阻碍我国版权产业发展的一个致命因素。^② 我国著作权刑事司法实效亟待提高, 如从 1998 年至 2004 年 7 年间全国各级法院共审结侵犯著作权罪案

^① See Official Journal of the European Union C74E/527 - 533, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:074E:0527:0533;EN:PDF>. 由于 2009 年 12 月 1 日生效的《里斯本条约》修订了《欧洲联盟条约》(TEU) 和《建立欧洲共同体条约》(已转变为《欧洲联盟运行条约》, 即 TFEU), 作为欧盟常设执行机构的欧盟委员会 (European Commission) 在 2010 年 4 月 12 日《欧盟委员会向欧盟理事会和欧洲议会的通报》(COM (2010) 147 final) 中, 将该《指令草案》增加到议案附件一中。但截至目前, 该《指令草案》尚未能在欧盟理事会一读审议通过。

^② 参见沈仁干:《加强版权法律保护, 促进版权产业发展》, 载《中国版权》2009 年第 1 期。

件 111 件，销售侵权复制品罪案件 13 件，与盗版侵权实际相差甚远。我国公众对盗版宽容度仍然较高，7 次“中国国民阅读调查”显示，公众盗版购买率在 1999 年至 2007 年的 9 年间一直徘徊在 40%~46% 之间，而 2008 年和 2009 年盗版出版物购买率分别下降到 25.2% 和 16.1%；著作权刑法保护急需社会道德等非正式制度支撑。从国际义务来看，我国承担着在立法和司法层面履行 TRIPS 协定著作权刑法保护义务；需要塑造世界水平和世界标准的中国版权刑法。^① 在网络环境下，网络著作权刑法保护成为我国必须解决的新课题。截至 2010 年 6 月底，我国网民规模居世界第一，人数达 4.2 亿，普及率达 31.8%，超过全球平均水平。打击网络盗版方兴未艾：“私服”、“外挂”及“珊瑚虫 QQ”、“番茄花园”、“威海爱昵奔”等网络版权刑事案件接二连三，网络著作权保护任重道远。

在这种背景下，我国学界急需从深入制度的内在逻辑入手，找出我国著作权刑法保护所面临的主要问题，通过结合规范与实证方法及比较方法等研究，来探寻著作权刑法保护的应对策略。以此作为本书选题，切合我国加强包括著作权在内的知识产权刑事保护的时代需求。本选题可及时、全面吸收利用国内外相关理论研究与实务成果，有利于完善和提升著作权刑事保护基础理论，还可为相关决策如在著作权刑法保护问题上准确履行 TRIPS 协定和“因特网条约”（指《WIPO 版权条约》和《WIPO 表演和录音制品条约》）义务、签署双边经贸条约（FTA）等提供参考，故有很强的理论和实践意义。

二、文献综述

从境外研究来看，著作权刑法保护在欧美等发达国家历史长、

^① 参见王世洲：《塑造世界水平和世界标准的中国版权刑法》，载《中外法学》2008 年第 3 期。

我国著作权刑法保护问题研究

创新多，其学界探讨也甚热烈。

其一，境外学者重视规范层面研究。自1994年TRIPS协定就打击盗版问题设置刑事条款（第61条）以来，美欧等国家不断调整版权刑事法律。美国1998年颁行《千年数字版权法》（简称DMCA）更是触发版权刑法的研究，学界就其刑事条款探讨几未中断，如对其宪法根据与罪刑规范本身含义（Clark，2006）、对版权犯罪“蓄意”要件阐释（Lydia Loren，1999）、对技术措施规避行为犯罪化的反思（Jason Schultz，2000）、与合理使用的平衡（Jacqueline Lipton，2005）等众多问题，都展开了有深度的探讨。欧洲议会于2007年一读通过前述欧盟《指令草案》，引发欧盟各机构、成员政府及各学术机构等的热烈讨论；欧美以外其他国家也纷纷仿法设置版权刑事条款。

其二，境外学界也颇重视深入探讨版权刑法的基本原理，尤其数字网络技术下盗版刑法惩治更是引发争议。如学界研究视角现已包括侵犯版权犯罪的道德分析与损害原则（Geraldine Moohr，2003）、成本收益等经济分析（Robin Andrews，2005；Geraldine Moohr，2005）、网络盗版特殊问题（Shahram Shayesteh，1999；Eric Goldman，2003）、直接和间接侵权类型（Cheng Saw，2007、2008；Salil Mehra，2004）以及版权犯罪典型判例研讨（Paul Sugden，2008）等。我国台湾地区学者晚近对著作权刑法保护问题研究颇有独特成果，如探讨著作权侵权与其刑事责任的关系（蔡蕙芳，2008）。著作权面临数字时代冲击下的刑事立法，尤其是科技保护措施与点对点传输等问题的刑法规制（萧宏宜，2008）等。

其三，境外学界为促进其版权利益在中国得到刑法有效的保护，近年开始涉足对中国知识产权包括著作权的刑法保护问题进行专题研究（Frederick Abbott，2007；Paul Torremans，2007），其主要依据是中国履行TRIPS协定刑事义务。此外，有关国际组织对学界关于版权刑法保护研究起了推动作用，如自2004年以来至今，世界知识产权组织（WIPO）等已组织了5次“打击假冒和盗版”

全球大会 (Global Congress Combating Counterfeiting & Piracy)。

从境内研究来看,学界研究受相关立法、司法解释制定影响较大,大体可依“单行刑法——刑法典——国际刑事义务规范”划分为以下研究阶段:一是1994年著作权单行刑法颁行以前,学界就研究并建议运用刑法来保护著作权问题(王光,1989;杨玉兰,1991),但发表论文数量极少,只有几篇。二是单行刑法颁行后至1997年刑法以前,学界对崭新的著作权刑法规范展开深入系统研究,发表论文达30余篇;但相比民事法领域的繁荣景象,^①刑法领域显得薄弱。三是1997年刑法增设“侵犯知识产权罪”专节后,至2001年年底我国加入世贸组织以前,学界重视知识产权刑法保护的综合研究^②(著作权刑法研究往往包含于其中),专门研究著作权刑法保护论文达10余篇。四是我国加入世贸组织以来至今,适应履行TRIPS协定刑事义务需要,出台了数个知识产权刑事司法解释和经历“争端案”审理,著作权刑法保护的重要性和紧迫性日益凸显,8年间共发表论文70余篇。自2002年以来公安部等已连续主办过多次“中国知识产权刑事保护论坛”,境内还召开过多次与知识产权刑事保护有关的研讨会。

境内迄今有4篇关于著作权犯罪研究的博士论文,即郑军的《著作权犯罪研究》(1996),胡驰的《侵犯著作权罪研究》(2005),蒋廷瑶的《数字化环境下中国著作权的刑法保护》(2007)和汤显明的《侵犯著作权犯罪研究——以中国香港地区为视角》(2008)。最早的专著是学者杨玉兰的《论著作权的刑法法律保护》(1991);近年先后有王世洲教授的《关于著作权刑法的

^① 如研究著作权等知识产权专业学术期刊《知识产权》于1987年1月、《电子知识产权》于1991年10月、《版权公报:版权和媒体》于1995年、《中国版权》于2001年分别创办。但是,这些涉及著作权研究的刊物上,关于著作权刑法保护的论文却凤毛麟角。

^② 1998年至2009年年底,国内出版的有关知识产权犯罪和刑法保护的著作共达30余部。

我国著作权刑法保护问题研究

世界报告》(2008),赵秉志教授的《侵犯著作权犯罪研究》(2008)等。至2009年年底,境内期刊发表著作权犯罪和刑法保护专题论文共130余篇,还有10余篇专题硕士论文。已有研究多是对我国刑法第217条和第218条进行规范研究,司法实用性较强。近几年,逐渐将视角转向TRIPS协定刑事条款及其在全球各个国家和地区版权刑法中的落实情况(王世洲,2008),“争端案”关于刑事门槛问题也引起研究兴趣(贺小勇,2008;李晓明,2007;张乃根,2007、2008);网络环境新问题研究受到关注(张伟君,2004),还涉及技术措施刑事规制(柯葛壮,2007)、P2P刑事责任问题(关壮,2008)等;实证调查方法初步得到运用,如有学者完成了侵犯著作权犯罪调研报告(赵秉志,2008)等,但这些新视角和新方法的研究尚不充分,亟待深化。

境内学界关于著作权刑法研究呈以下特点:第一,规范研究比较深入。这方面最突出和最主要的成就在于,以刑法和著作权法规范及相关司法解释为研究对象,从解释论的角度,对相关规定的确切含义进行阐释,体现出研究的较强司法实用性。这些研究多涉及犯罪构成论述和认定,尤其是司法疑难问题,如“复制发行”、“销售”等行为的准确阐述,“违法所得数额”及“其他严重情节”的认定与把握,侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪与非法经营罪的区别适用,本类犯罪的特殊形态及各种特殊情形等。这种规范研究对促进统一的著作权刑事司法大有裨益,很多研究成果在一系列司法解释中得到了不同程度的体现。第二,立法论研究取得进展。针对立法中存在的一些缺陷,在比较外国立法的基础上,以国际条约义务要求、外国立法趋势以及法律规范比较、行为社会危害性等为根据提出立法完善意见。第三,基本理论逐渐受到重视。例如:从著作权犯罪与刑罚的价值取向切入,提出与社会发展相协调、平衡个人与社会利益、实现公正与谦抑原则三种价值取向(易继明,2000);从刑事违法性理论和法益保护原则出发,提出社会发展与著作权利益保护应相平衡,网络环境下著作权刑法不应

过度扩张保护（葛磊，2007），著作权刑法谦抑思想受到重视。

境内研究存在的不足主要有：第一，研究视角有待拓宽。一方面，较多拘泥于注释性规范研究，未能从刑法之外、刑法之上来拓深研究层次；另一方面，又较为忽略著作权部门法理论基础，不少现有研究仅取其法律责任条文展开刑法探讨，未处理好刑事、行政、民事责任之间的关系，缺乏与著作权法学界的互动。第二，比较研究有待深化。一方面，多局限于外国法条而忽略其刑事司法及犯罪学等层面分析，未能处理好外国著作权附属刑法与刑法典关系；另一方面，对国外学界关于著作权刑法研究成果和资料的利用不够，境内现有研究基本上局限于大陆学术圈争锋，未把握好境外著作权学术发展现状。境内刑法界对外国刑法典翻译甚繁荣，但对外国著作权法译介却滞后，这制约着刑法学者对外国最新立法动态的把握，至于外国学术动态更是如此。第三，“问题性思考”有待加强。境内有学者仅取 TRIPS 协定第 61 条字面含义，就认为我国刑法与协定不符，对刑事义务理解过于形式化。事实是，2009 年 3 月“争端案”专家组最终报告裁定，我国知识产权刑事门槛与 TRIPS 协定刑事义务并无不符，这或许应引起学界反思。我国著作权刑事司法实效成为面临巨大挑战的现实问题，数字化条件下著作权刑法保护的应对，实施国家版权战略的刑法关注等问题，都需要有深度的系统研究。

知识产权刑法保护分论性研究正向纵深发展，^① 境内学界对著作权刑法保护的现有研究与境外相比尚存差距，与研究需求相比也远未达到“终点”，许多问题尚未真正深入展开探讨。同时，盗版问题不可能一劳永逸地得到解决，著作权刑法保护的国别利益较量

① 例如，专利权、商标权、商业秘密的刑事保护都已展开深入研究。参见于卓民：《专利权的刑事保护》，社会科学文献出版社 2005 年版；李萍：《商标权刑法保护研究》，武汉大学 2008 年博士学位论文；赵天红：《商业秘密的刑事保护研究》，中国政法大学 2006 年博士学位论文；周铭川：《侵犯商业秘密罪研究》，武汉大学 2007 年博士学位论文。