



中國人民大學
RENMIN UNIVERSITY OF CHINA

硕士学位论文

THESIS OF MASTER DEGREE

论文题目: 中加著作权刑法保护比较研究
(英文): The Research Study in
Comparing the Chinese and
Canadian Law Relating to the
Protection of Copyright

作者: 蒋松华

指导教师: 谢望原 教授

2012年4月10日

中国人民大学

硕士学位论文

论文题目：

(中文) _____ 中加著作权刑法保护比较研究 _____

(外文) The Research Study in Comparing the Chinese and Canadian
Criminal Law Relating to the Protection of Copyright _____

作者学号： _____ HKRULLM09047 _____

作者姓名： _____ 蒋松华 _____

所在学院： _____ 法学院 _____

专业名称： _____ 刑法学 _____

导师姓名： _____ 谢望原 _____

论文主题词： _____ 著作权；著作权刑事法律保护；加拿大；
中国；比较研究 _____

论文提交时间： _____ 2012年4月10日 _____

独创性声明

本人郑重声明：所呈交的论文是我个人在导师指导下进行的研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得中国人民大学或其他教育机构的学位或证书所使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

论文作者（签名）： 蒋松华 日期： 2012年4月10日

关于论文使用授权的说明

本人完全了解中国人民大学有关保留、使用学位论文的规定，即：学校有权保留送交论文的复印件，允许论文被查阅和借阅；学校可以公布论文的全部或部分内容，可以采用影印、缩印或其他复制手段保存论文。

论文作者（签名）： 蒋松华 日期： 2012年4月10日

指导教师（签名）： 谢望原 日期： 2012年4月10日

摘要

著作权犯罪是一种严重侵害权利人权益的行为，而且对于社会公共利益和国家的管理秩序造成较大的冲击，世界上普遍将其视为犯罪行为，并不断制定国际公约加以约束！

著作权与技术进步，著作权与国家竞争，著作权与文化繁荣，著作权与活跃舆论，著作权与健全民主都有着千丝万缕的联系。著作权还体现出作为现代社会产物的个人主义，凸显出个人在社会中的作用以及自我角色的认定。“个人主义还创生了对表达性作品和智慧作品需求的异质性，就像人们对有形产品和普通商业服务需求的异质性一样；而人们对多样性的需求越大——就是需要更多的新东西，而不只是对旧东西的不断改进——对原创性的要求也越来越高。”¹不仅如此，随着科技的发展和社会的进步，著作权与每一个个体都息息相关，我们不仅已经成为信息的被动接收者，而且也已成为信息的主动传播者。由此衍生出一个历史悠久并且经久不衰的话题——关于著作权保护问题。盗版行为可谓是人人都厌恶，特别是近年来在中国越演越烈的众多高校一角学者的剽窃事件，深深刺痛着公众的神经。仅对于剽窃这个事件，很可能随着时间的流逝而慢慢淡化，但是某某某作为一个剽窃者这一事实却是永远不会被忘记。“剽窃的污迹似乎永远不会完全褪去，这并非因为剽窃是一个极为可恨的罪过，而是因为，它令人难堪地表明了自己的次等属性；剽窃者是可悲的，甚至近乎滑稽。”²

中国有着悠久的历史，文化灿烂丰富，对于著作权也有着比较丰富的法律规制经验。但是，在真正意义上，著作权以及著作权法律的产生还是近代意义上的事情。随着中国改革开放政策的实施，特别是加入世贸组织以来，不断接受世界先进的经验和做法，著作权法也是从无到有，逐渐确立并完善起来。但是，对于著作权的保护，中国做的并非完美无缺，还需要很长的路要走。可能是习惯性的思维总是根据传统的思维方式来接受深刻的印象，而不是根据考察的方法。对于著作权之保护，中国在很大程度上仍然延续这样的思维方式。所以，改革开放以来，可能因政治、经济、文化，甚至法律渊源和法律体系的不

¹ 理查德·波斯纳著：《论剽窃》，沈明译，北京大学出版社，2010，第81页。

² 理查德·波斯纳著：《论剽窃》，沈明译，北京大学出版社，2010，第41页。

同，外国的法理学家至今仍无法明确该如何执行中国著作权法和保护著作权的刑法；多年来，中外法理学家的争论和对立亦无法解决，他们对中国著作权的保护，感到非常的失望和厌倦。英国律师事务所(HOGAN LOVELLS)在过去的十多年里无法，更感无力在中国为客户保护应有的知识产权，他于2010年8月在香港英国文化协会讲述了关于中国知识产权的保护，面对数十位外国法律学者及商务专家，其结论深得“民心民意”，就是劝告大家不要与中国的法律较劲，为了“生存”，基本上是要“顺应天命，力求自保”，并提议以下建议：

(1)在尚未进入中国市场前，必须先要注册和保护自己的知识产权；

(2)必须先查清楚外国那些名牌是否已经被剽窃者注册了，然后再决定是否入中国市场，准备越早越好；

(3)在中国发展业务，总要找中国合作伙伴，由于种种原因，所以必须要认识清楚自己的合作伙伴；

(4)多方面注册自己的知识产权；

(5)更要加以确定自己的知识产权是否被重重保护；

(6)保护自己机密的资料；

(7)所有合同必须首要合乎中国的合同法；

(8)最后，除了决定要退出中国市场不再回头，否则不管成与败，不管要花多久的时间、人力、物力，必须全力提出诉讼，保护自己的知识产权，加强中方认识保护知识产权的重要性及制裁侵权者等以起到有效地阻吓及震慑犯罪的作用。

会议最后的总结是：“对已经在中国的外国公司和将要到中国成立或发展业务的公司来讲，保护及加强知识产权是一件越来越严峻的事，在很大程度上已严重影响了企业自身的切实利益。”对于著作权提供更为有利的保护，这是我们刻不容缓的选择。³

中国有学者指出：“近年来，中国刑事法学界开始注意对外国刑法的研究，但所依据的资料以来源于间接渠道居多，而且很不系统。不仅如此，中国刑事法学的比较研究大多集中于欧洲大陆几个代表性国家的刑事法理论，对于英美法系国家刑事法的研究则关注较少。视野的狭隘性也就限制了中国比较刑事法

³ 英国律师事务所(HOGGAN LOVELLS): Birtain in Hong Kong, September 2010Vol.25.No.8. www.britcham.com。

学研究的发展，进而阻碍了中国刑法学界对于外国刑事法学先进理论的借鉴移植。所以，摒弃狭隘的观念、放宽比较的视野，全面地加强对外国刑事法的研究，扬弃、借鉴、移植，这对于中国刑事法律理论的发展、对于中国刑事司法实务的完善，作用重大、意义非凡。”⁴中国人民大学法学院谢望原教授更是指出现今知识产权诉讼劳民伤财，若是能加强刑法保护知识产权上的程序会更加有效阻吓侵权行为。⁵

加拿大是北美发达资本主义国家，从 19 世纪开始，加拿大就开始发展形成了自己的知识产权法律。经过两个多世纪的发展，加拿大终于形成了自己的刑法与著作权法律体系，在著作权保护问题上更是积累了丰富的经验。在著作权保护领域，加拿大有着自己独到的经验值得我们去借鉴，同时其自身也面临着寻求自己文化的安全和民族认同感等困惑。选择加拿大作为研究对象，可以取其长、去其短，为我们提供正反两方面的经验。

本文主要运用经济分析，历史考证，分析比较，理论实证的研究方法，以中加两国著作权刑事法律立法司法比较为出发点，从刑法学的角度进行比较研究，落脚于中国著作权刑事法律保护的完善。比较中加著作权的刑事法律保护，以对中国著作权立法模式、犯罪构成要素、刑罚措施等加以确认；从程序上、技术上严密法网，望能促使人们从心底尊重知识、尊重劳动；以期对中加两国对当前著作权犯罪的严重态势与法律研究的低迷状态有所警觉和改善。比较本身只是手段，不是目的，对中国而言，应该从根本上加强著作权保护的理念、强化著作权犯罪的意识，加大著作权犯罪立法与司法之间的连接，循序渐进，不断完善著作权犯罪处罚的刑罚措施，吸收他国先进理念和经验，拓展我们的研究思路，进而提升著作权犯罪刑事立法与司法的层次，最终实现保障著作人著作权益，调和社会公共利益，促进国家文化发展之目的！

对于事物之发展，应当满怀期待；对于法律之完善，应当永无止境！对于著作权刑事法律而言，也许是“没有最好，只有更好”！

关键词：著作权；著作权刑事法律保护；加拿大；中国；比较研究

⁴ 赵秉志：《面向 21 世纪的中国刑事法学》，<http://www.criminallaw.com.cn/foreland/meeting>。

⁵ 参见谢望原、张雅：《略论中国内地的知识产权保护》，载《现代法学》2003 年第 5 期。

ABSTRACT

Copyright infringement, besides being an act that seriously invades the rights and interests of the copyright holder, also has a detrimental impact on the societal and public interests and an adverse effect on the administration of a country's social order. It is generally regarded as a crime worldwide and there is continuous effort to curtail it by international conventions between many countries in the world.

It is intricately linked to technology improvement, international competition, cultural prosperity, open public opinion and healthy democracy. Copyright embodies the individualism which is the product of modern society, and highlights the value of the individual in society and recognizes the role of the self. Individualism fosters demand for the heterogeneity in creative works in expression and in wisdom, just like the collective public demand heterogeneity in tangible goods and business services. When the public's demand for diversity increases, the need for new products also increases, in which it is not met by simply improving on existing products. Consequently, the demand for originality is steadily increasing. In keeping with the advancement of science and technology and social progress, copyright becomes closely linked with each individual. We have become not only just passive recipients of information, but also active disseminators of information. Hence we have to revisit an old and persistent topic – the issue of copyright protection. Intellectual property piracy is disgusting to everyone, especially the escalation in China of high school academic plagiarism in recent years which has deeply hurt the sensibility of the general public. The particulars of the plagiarism acts will gradually fade with time, but the fact that certain individual has been a plagiarist will never be forgotten. The stain from plagiarism seems unlikely to be completely erased for good. This is not because plagiarism is a very detestable crime, but because it embarrassingly exposes the individual as belonging to an inferior class. Plagiarism is sad, to the degree that it is almost comical.

China has a long history and a rich culture. It also has an extensive experience with legal regulations on copyrights. However, in a real sense, copyright and copyright laws are recent concepts of China. With the implementation of China's policy of reform and opening up, especially since the accession to the WTO, China has accepted the advanced experience and practices of the world. Copyright laws have been established and perfected from scratch. However, it is not perfect in the protection of copyrights and China still has a long way to go. This may be due to habitual thinking blocking analytical thoughts. The brain depends on traditional thinking to accept deep impressions rather than relying on objective investigation. For the protection of copyrights, China still continues with this line of thinking to a large extent. Therefore, since the beginning of reform and opening up, perhaps due to political, economic, cultural, even legal tradition and legal system differences, foreign jurisprudence authorities are not clear about the implementation of copyright law and copyright protection in China's criminal code. For many years, the argument and opposing stands between Chinese and foreign experts in jurisprudence have not been resolved. Foreign experts are disappointed and tired of the copyright protection in China.

The United Kingdom law firm of Hogan Lovells has been unable and unsuccessful in protecting the intellectual property rights in China for its clients in the past ten plus years. In August of 2010, the firm held a talk in the Hong Kong British Cultural Society on the topic of intellectual property protection in China. The conclusion of the talk won over the hearts and minds of the audience which included dozens of foreign legal and business experts. "The advice to all is not to fight against the law in China. In order to survive, basically one needs to flow with the blow and seek to protect oneself." The following are the proposed recommendations:

(1) Before entering into the Chinese market, one must register and protect one's intellectual property rights.

(2) One must investigate thoroughly which foreign brand-names have been registered by plagiarists, and then decide whether to enter the Chinese market. This preparation should be done as early as possible.

(3) To develop business in China, one must find a Chinese partner for various reasons. One must have a clear knowledge and understanding of the partner.

(4) Register one's intellectual property in various venues.

(5) Must ensure that one intellectual property is protected by multiple layers.

(6) Must protect one's confidential information.

(7) All contracts must conform to Chinese contract laws.

(8) Finally, unless one decides to permanently withdraw from the Chinese market, otherwise one should pursue legal action relentlessly to protect one's intellectual property rights regardless of the outcome, the time, the energy and resources. This will strengthen the Chinese understanding of the importance of the protection of intellectual property rights and provide effective deterrence for violators.

The talk concluded: "For those companies already in China and those that will build and grow their business in China, protecting and strengthening intellectual property rights are increasingly important considerations. To a great extent, this has seriously impact on the real well being of the enterprises themselves."As a society, we have no alternative but to immediately increase the protection of copyrights.

Scholars in China have pointed out: "In recent years, Chinese criminal law scholars have started to research foreign criminal laws. However, the sources are usually indirect and not systematic." Moreover, comparative study of criminal law in China is mostly limited to the criminal law theory of several representative European countries. The research in British and American criminal laws is comparatively weak. To a large extent, this limits the progress of the research in comparative criminal law and the adoption of foreign advanced criminal law theories to the Chinese criminal code. For this reason it is important to explore and strengthen the study of foreign criminal law and comparative criminal law. This will play an important role in the development of criminal law theory as well as the practical execution of the criminal code. Professor Xie Wang Yuan of the Law School of Renmin University also pointed out that it is frustrating to launch a civil case in copyrights unless the criminal law in this respect could be strengthened.

Canada is a well-developed capitalist country in North America. Its intellectual law system can be traced to the 19th Century. Canadian copyright law has evolved into its own system after a long period of development. In this area Canada has accumulated a wealth of experience. In the field of copyright protection, Canada has its own unique wealth of experience worthy of our reference. At the same time, Canada has to seek its own cultural security and national identity which could be confusing issues. By selecting Canada as a research subject, one could adopt the good features and discard the bad, gaining insight from both the positive and negative experience.

This article relies on economic analysis, historical research, analytical comparison, and empirical evidence methods, centering on the copyright criminal law legislation and administration comparisons between China and Canada, to conduct a comparative study from the criminal law standpoint. The emphasis is to strive at perfecting China's copyright law protection. The comparison between the Chinese and Canadian copyright legal protection will contribute towards better copyright legislation, more in depth understanding of the criminal elements and the penalties involved. By using logistics and technology to strengthen the legal foundation, the public will learn to respect knowledge and labor. This will reverse the grave intellectual property infringement issue and the depressed state of legal research. This comparative study is only the means, but not the end. We should increase the awareness of copyright infringement crime, and strengthen the link between legislation and administration of the laws on this issue. We should perfect copyright infringement penalties. Advanced concepts and experience from other countries should help expand our research thinking, increasing the depth and breadth of the scope of the legislation and administration of the copyright laws.

The ultimate goal is to protect the interests of the authors' works and to harmonize it with social and public interests, promoting the cultural and economic development of the country. Perhaps, "Nothing is the best, only the better!"

Keywords: Copyright; Copyright Criminal Law Protection; China; Canada; Comparative Study

目 录

前言	1
0.1 对于著作权的基本认识	1
0.2 选题意义	2
0.3 国内外研究现状	4
0.4 研究方法和论文结构	5
第 1 章 中加著作权刑事法律保护立法	7
1.1 中加著作权刑事法律保护立法沿革	7
1.1.1 中国著作权刑事法律保护立法沿革	7
1.1.2 加拿大著作权刑事法律保护立法沿革	10
1.2 中加著作权刑事法律保护价值取向	12
1.2.1 中国著作权刑事法律保护价值取向	13
1.2.2 加拿大著作权刑事法律保护价值取向	15
1.3 中加著作权刑事法律保护立法模式	16
1.3.1 中国著作权刑事法律保护立法模式	17
1.3.2 加拿大著作权刑事法律保护立法模式	19
1.4 中加著作权刑事法律保护立法内容	20
1.4.1 中国著作权刑事法律保护立法内容	20
1.4.2 加拿大著作权刑事法律保护立法内容	23
第 2 章 中加著作权刑事法律保护司法	27
2.1 中加著作权刑事法律保护诉讼程序	27
2.1.1 中国著作权刑事法律保护诉讼程序	27
2.1.2 加拿大著作权刑事法律保护诉讼程序	29
2.2 中加著作权刑事法律保护被害人救济	32
2.2.1 中国著作权被害人刑事救济	32
2.2.2 加拿大著作权被害人刑事救济	33

第 3 章 中加著作权刑事法律保护的特点及其原因	36
3.1 中加著作权刑事法律保护的特点	36
3.1.1 中国著作权刑事法律保护的特点	36
3.1.2 加拿大著作权刑事法律保护的特点	38
3.2 中加著作权刑事法律保护特点的成因	41
3.2.1 历史文化的印记—价值取向之选择	41
3.2.2 法系传承的积淀—立法模式之成因	41
3.2.3 经济发展的阶段—保护内容之强弱	42
3.2.4 现实国情的选择—诉讼模式与被害人救济	43
第 4 章 中国著作权刑事法律保护的完善	45
4.1 著作权刑事法律保护宏观视野	45
4.2 著作权刑事法律保护之立法完善	47
4.2.1 著作权犯罪立法模式之完善	47
4.2.2 著作权犯罪构成要件之完善	47
4.2.3 著作权犯罪刑罚体系之完善	48
4.3 著作权刑事法律保护之司法完善	49
4.3.1 著作权刑事诉讼方式之完善	49
4.3.2 著作权刑事被害人刑事救济	49
结语	51
参考文献	54
致 谢	59

前言

0.1 对于著作权的基本认识

小时候曾沉迷于金庸武侠小说，还记得《倚天屠龙记》中的一幕，是当时书中的男主角张无忌正在面对列强，纵使一身神功，但仍感胜算无望。他的师祖张三丰虽身负伤，仍无惧地当众示范给他那套“新鲜出炉”的太极拳，慢慢地示范一遍 108 式之后问徒孙：“你还记得吗？”无忌微笑着回答：“只记得一半”，张三丰笑笑，再次慢慢地示范了一遍，之后再问无忌如何，无忌高兴地回答：“全都忘了。”张三丰高兴地笑曰：“那就成了”。想不到神功加上无形的“太极”，竟能不费吹灰之力就把强敌打得落花流水，片甲不留！对当今的学生而言，法学原理就像“太极”：集规范、事实和观念三位一体，是社会的当然之理或基本原理。不管是哪一门法律，都是植根于无处不在似是连贯一起，又似是完全分开无关的基本法学原理。不管是意识形态、事实关系或制度系统，法理总是长存的。只是由于政治、经济、文化、宗教、习俗、民风，甚至法律渊源和法律体系的不同，中外法理仍然存在很大的差异，尤其是中外争议最热门之一的著作权刑事法律保护，甚至有国家提出以刑法保护著作权。

著作权，历来受到人们的重视，曹丕在《典论·论文》中曾经有言：“盖文章，经国之大业，不休之盛事。年寿有时而尽，苦乐止乎其身，二者必至之常期，未若文章之无穷。”著作权之作用，亦是不言而喻，正如伯尔尼公约前言中所言：“著作权是一个国家发展过程中不可缺少的因素。经验表明，民族文化遗产是否丰富直接取决于国家对文字和艺术作品提供的保护水平。保护水平越高，对作者创作的鼓励就越大；人民的智力创作数量就越多，其名望就越高；文字和艺术作品数量越大，它们在书籍、录音和娱乐方面的辅助者（auxiliaries，指出版者、表演者、录音录像制作者、广播和电视组织）就越多；诚然，归根结底，鼓励智力创作是所有社会、经济和文化发展的基本前提之一。”

随着世界经济一体化的发展和新科技的到来，各国著作权制度发生了很大的变化。特别是近年来，在世界贸易体系的构成之中，知识产权贸易异军突起，与传统的货物贸易、服务贸易三足鼎立，并且逐渐成为国际经济、国际贸易的战略制高点，并成为各国激烈竞争的重点之一。而各国各自通过法律对知识产权的保护，其根本目的都是为了推动该国科技的进步与发展，振兴国民经济，并保护社会的公共利益。西方大国在过去大半个世纪被数以千计的著作权案件搅得头昏脑胀，多次要求发展中国家必须加强相关的法律，以重刑制裁一切侵权者，从而真正起到对侵权的阻吓作用。著作权的刑事法律保护，对于中国而言，是顺应历史发展趋势主动选择进而占得先机，还是为了眼前利益而亦步亦趋处处被动，这是一个选择！

0.2 选题意义

40年前学生移居加拿大，一直认为加拿大国家地大物博，无尽的自然资源，石油存储量比沙特阿拉伯更多，人口才3千多万，是一个西方发达国家，建国历史中从来没有对外侵略任何国家，一直与世界和平共处；人民大都爱好和平，安居乐业，贫富悬殊不大，即使一名在麦当劳工作的服务员也有大学讲师一半的收入；人民教育普遍，奉公守法，不在话下；国家社会制度下保障老幼病残低收入人士与家庭的生活、社会救济福利、失业救济、12年免费教育、大学保送制度、免息进修金资助制度、医疗保险制度等等。除此之外，更令学生心中引以为傲的是，加拿大不仅仅只是一个西方发达国家，而且更是现如今在世界上能真正关心人民，以民为本的自由民主社会主义国家之一。大家可能会想象加拿大的公民大多都奉公守法，关心他人的权利，譬如，有完善的立法以刑事法律保护著作权。尽管这是事实，但意想不到的，也难以明白的就是多年来美国在其观察名单中，指责加拿大缺乏适当的立法保护互联网的知识产权，将其与委内瑞拉、俄罗斯、巴基斯坦和中国等国家并列，认为其都没有采取足够的措施保护知识产权。加拿大更被指控未能防止大量的假冒产品越过边界，似乎可以随时在加拿大街道上购买到假冒的DVD等产品。难道加拿大与中国真的缺乏适当的立法保护知识产权，而不关心别人的权利吗？

自 2000 年学生代表一家香港公司来中国投资，一直依照英国律师事务所 (HOGAN LOVELLS) 所言，努力保护我司的知识产权。但过往多年，学生被迫不得不采用一些法律的程序诉讼官司，从开始的准备工作到最终官司的判决，整个过程劳神伤财，费时费力，后来虽然赢了官司，但也差不多耗尽了精力，而且对方的赔偿也只不过是微乎其微，“马照跑，舞照跳”。反而在面对强权组织机构，虽勇于以刑事诉讼而以完全失败告终，但虽然诉讼期短，且对方胜诉，但对方反而最终销声匿迹，不再在市场出现。刑事法律对侵权行为之恐吓效果可见一斑。在长久的民事诉讼过程中，让学生疑惑的是中国社会与法律制度是否健全，保护知识产权是否乏力，理想与实践是否有天壤之别，更引起了让学生站在西方发达国家的立场来看今朝的中国的感慨，让学生这位加籍华裔更增添不少愁绪与失望。

所以自从学生成为中国人民大学法学院硕士研究生后，理论上更想研究中加著作权刑事法律的比较，以期在实践上有所指导。实行著作权制度是中国的一个国家战略，以营造一个鼓励创新，尊重知识，尊重劳动的社会氛围，创造良好的社会环境和健全的法制环境以引进更多的外资和先进的技术。同时，为自主创新打下坚实的基础。建立著作权制度，自然要与国际接轨，遵守国际社会有关著作权的共同规则，借鉴有益制度为我所用。世界经济一体化和贸易自由化为当今世界发展趋势，传统经济向知识经济转化是另一历史潮流，在此环境之下，各国知识产权的不同保护标准应当相互融合、实现一体化，这是大势所趋。中国著作权法律制度研究起步较晚，应当积极借鉴有益经验。

中国著作权制度的确立时间短，并且是外源性的而并非是内生性的，著作权法律形成发展过程中始终是外部压力大于内部动力，被动接受多于主动生成，学习借鉴国外制度多于自己设计规划。所以，我国著作权法律制度是外向型的，并且是不断与国际接轨的。作为北美发达资本主义国家的加拿大，其知识产权法律从 19 世纪到现在经过了长时间的酝酿发展，在著作权立法上形成了自己独特的体系，在著作权的保护上更是有自己独到的经验。虽然加拿大是英联邦国家，其法律隶属于英美法系，但是加拿大自国家独立以来一直积累着自己的法治力量，随着社会环境的变化对于英国法治传统的依赖越来越少，朝着独立化的方向发展，逐渐形成具有自己特色的立法和司法体系。而且，加拿大自独立以来，一直受到其强大的邻居美国的裹挟，难以有自己独立的声音。所以，寻

求自己文化的安全和民族认同感一直以来就是加拿大孜孜不倦的追求，这反映在著作权保护上表现为：一方面想通过加强著作权的保护形成自己的民族文化来加强民族文化认同；另一方面却又不甘心囿于美国的压力而被动地选择保护强度和方式。加拿大的著作权困境与中国很相似。对于著作权的保护，加拿大从文化的角度确立了自己的战略，这些需要我们加以分析。目前，中国对加拿大法制有了重要的认识⁶，加强了中加法制的比较，但目前中国对著作权法的研究仍然较为薄弱，因此，有必要加强中国和加拿大著作权刑事法律保护比较的研究，为中国著作权刑法保护制度研究提供更为丰富的合理经验。

0.3 国内外研究现状

随着知识经济的兴起和中国加入《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS 协定》)，著作权保护俨然成为中国学术界和实务界的一大热门话题，学者们纷纷著书立说，对著作权犯罪加以阐释，不论是在研究的数量上还是质量上都有很大的进步，在著作权法、刑法学以及犯罪学的联系和结合上有所扩展。就司法实践层面而言，著作权犯罪的认定标准以及如何认定始终是一个难题，而对于刑法规定具体词语语义的理解，如何量化犯罪标准，对于案件定性的依据等都是难以把握，难以寻找准确的切入点。此种状况，在一定程度上是与我们思维定势，实体法律与程序法律相脱节，还有学者与司法人员缺乏制度上以及心理上的衔接有关。更为严重的是，在中国现有社会之中，似乎对于著作权侵权普遍存在的是一种放任甚至是抱有同情的态度，其反应在著作权刑事法律领域就是反对著作权犯罪化，反对著作权犯罪刑罚化，认为现阶段盗版是中国国情的必然选择。虽然中国在 1997 年刑法已经将著作权刑法化，刑罚之标准也非常严格，但是真正落实情况确是让人堪忧，著作权刑事法律保护亟待一种能够使立法实践化的理论引导，需要全新的视角和研究范式。应该承认的是，刑法不应当好高骛远以消灭犯罪为目的，而应当之责任是尽可能的威慑犯罪，让更多的人避免刑法的处罚，所谓治病救人，莫过于此。面对严重的著作权犯罪以及国内外局势之挑战，刑事法律应该责无旁贷以积极之姿态应对。中国需

⁶ 谢望原：《加拿大刑事法典》，北京大学出版社 2008 年 1 月第 1 版，第 46 页。

要的并非仅仅是刑法条文的增加或者是处罚标准的提高，可能立法的完善是必要的，但是，刑法之任务并非止步于此，应重新审视著作权以及著作权的刑事法律保护问题，从现有的理论以及司法实践出发，寻求与域外的经验交流以及比较借鉴，开拓视野，主动突破，形成自己的著作权刑事法律保护体系。

0.4 研究方法和论文结构

本文立意为中加著作权刑事法律的保护，不同法系法律之比较，尤其是刑事法律制度与知识产权法律制度之重合比较，需要对其社会根基、思想渊源以及政治架构的深入了解。中加法系不同，政治制度不同，法律思想亦是不同，在立法模式、司法运作、法律传统也是差异很大，这亦是导致了中加著作权刑事法律保护问题上理论与实践之不同、立法与司法之差异。况且，加拿大的著作权犯罪与中国刑法中的著作权犯罪并非一一对应之关系，其犯罪的内涵要比中国刑法上犯罪内涵要广。同时，两者司法适用程序、刑罚之种类与轻重、犯罪性质之定性等亦是不同。加拿大著作权犯罪之设计目的主要是个人权利之维护，而中国著作权犯罪首要目的是维护市场运行秩序，而将作者权益退于次位。

因此本文作比较时，不仅关注在法律层面上两国法律规定或司法运作的异同，更注重从各自不同的经济发展状况、文化传统、价值观念、法律习惯等方面挖掘更深层次的原因，寻求造成差异的真正原因，从而寻找两者真正的差异、原因以及在是否进行借鉴，是否进行法律移植的问题上作出全面、慎重而不是局部、贸然的抉择。本文综合运用历史考证，分析比较，经济分析，理论实证的研究方法，文章结构如下：

第一章主要是分析及比较中加著作权刑事法律保护立法，如立法的沿革、价值取向、立法模式与内容。

第二章主要是分析及比较中加著作权刑事法律保护司法，侧重于诉讼模式以及被害人的刑事救济方面的分析。

第三章主要是分析及比较中加著作权刑事法律保护的特点及其成因。

第四章主要在分析比较的基础上对中国著作权刑事法律保护问题加以完善，论述角度主要是著作权刑事法律保护的宏观视野、著作权刑事法律保护的立法完善和司法建议三个方面。

最后一部分是结语，对本文进行总结。

第 1 章 中加著作权刑事法律保护立法

1.1 中加著作权刑事法律保护立法沿革

1.1.1 中国著作权刑事法律保护立法沿革

如果说版权之出现前提是印刷术之出现，那么，可以说最早之版权出现在中国，因为，现今无论东、西方的知识产权学者都毫无例外承认印刷术之出现为版权出现之基础。⁷但是，由于社会条件的原因，中国并未形成真正意义上的著作权制度，既无“版权”一词，也无“著作权”一说。清政府于 1910 年颁布了《大清著作权律》，是中国历史上第一部著作权法，可以说，中国著作权真正之立法肇始于清朝。之后，北洋政府颁布《著作权法》；继任之南京国民政府于 1928 年 5 月 14 日颁布了《著作权法》并于其后历次修正，至今仍然适用于台湾地区；同时，国民政府颁布《著作权法实施细则》，配合《著作权法》之实施。上述法律都规定了对于侵犯著作权行为之刑事处罚⁸，但是只是规定了罚金准则，并没有规定自由刑，加上当时时局动荡，执法环境及司法环境较差，对著作权之刑法保护比较薄弱。

从 1949 年中华人民共和国成立直至 20 世纪 90 年代，中国没有系统的著作权法。⁹在这四十余年中，著作权的保护主要是依据政策法规和宪法、民法等确

⁷ 郑思成：《版权法》，中国人民大学出版社，1990 年版，第 2 页。

⁸ 《大清著作权律》第 40 条规定，“凡假冒他人之著作，科以四十元以上四百元以下之罚金，知情代为出售者，法与假冒同”，首次规定了假冒著作权的刑事处罚。

⁹ 中国初期系以行政规定于出版方面要求尊重著作权，1950 年举行之第一届全国出版会议即已决议：“出版业应尊重著作权及出版权，不得有翻版、抄袭窜改等行为”。关于著作人之权益，该决议要求：“稿酬办法应在兼顾著作家、读者及出版家三方面利益的原则下与著作家协商决定；为尊重著作家的权益，原则上应采取卖绝著作权的办法。”详见国家版权局办公室编，《关于改进和发展出版工作的决议》，中国著作权实用全书，第 28~31 页（辽宁人民出版社 1996 年 1 月第 1 版）。至于著作权法的起草工作，其实可以追溯至一九五五年。当时成立之“著作权法起草小组”以出版总署署长胡愈之为首，筹备制定著作权法工作，惟不久即因政治整风反右运动而告停顿，一九五八年七月乃先试行了稿酬办法，但因给付标准之高低问题，其后对该办法之适用又作了反反复覆的变革，参见何山著《著作权法制定的回顾》及沈仁干著《有关中国著作权法制定的回顾》，分别刊载于中华人民共和国国家版权局与中国版权研究会主办之《著作权》双月刊（2002 年起改名为《中国版权》双月刊）2000 年第五期第 19 页及第 24 页，以及中国社会科学

立的保护著作权的基本准则。中国著作权刑事法律保护始于 20 世纪 80 年代,《1979 年刑法》并没有规定著作权犯罪,未对著作权进行刑法保护。随着社会经济的发展和著作权犯罪社会危害性的增加,最高人民法院和最高人民检察院于 1987 年 11 月 27 日联合下发《关于依法严惩非法出版犯罪活动的通知》,对于著作权犯罪做出最早的规定。最高人民法院、最高人民检察院和公安部亦于 1991 年 1 月 3 日,联合下发《关于严厉打击非法出版犯罪活动的通知》,将非法出版活动按照投机倒把罪予以处罚。但是为了照顾中国当时的国情¹⁰,与国际社会相比,中国著作权刑事保护法律明显落后于世界潮流,并且招致批评不断。¹¹1993 年 12 月,最高人民法院发布《关于深入贯彻执行著作权法几个问题的通知》,以司法解释的形式首次对于审理著作权案件做出了规定。在国际性著作权公约的加入方面,由于 1990 年通过的著作权法有部分尚不符伯尔尼公约的规定,在美国压力之下,1992 年 1 月 17 日双方签署《一九九二年中国政府与美国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》¹²,大陆承诺加入相关国际性知识产权公约,并将公约保护标准适用于外国人¹³,国务院乃于 1992 年 9 月 25 日发布《实施国际著作权条约的规定》,对外国人著作权保护作了进一步的规定以符合国际公约要求后,才先后加入相关公约,这也造成了大陆著作权法制对于外国人之保护优于本国人之保护。1992 年 10 月 15 日及 10 月 30 日,中华人民共和国分别加入《保护文学和艺术著作的伯尔尼公约》(简称《伯尔尼公约》)及《世界著作权公约》。中国在 1993 年 4 月 30 日加入了《保护录音物制作人防止未经许可重制其录音物公约》,成为其成员国之一。¹⁴

院知识产权中心的周林著《稿酬的故事》,刊载于二〇〇一年十一月九日《中华读书报》。<http://202.130.245.40/gate/big5/www.china.org.cn/chinese/RS/73861.htm>。

¹⁰ 中国于 1990 年颁布了第一部《著作权法》,规定了侵犯著作权的民事责任和行政责任,但是并未规定刑事责任。“中国内地长期缺乏一个有效的著作权保护体系,公民对无偿使用他人作品习以为常,立法者考虑到如果将侵犯著作权的行为规定为犯罪,会使公众难以接受。所以立法留有余地,待著作权法实施一段时间以后,如确有必要,可以在修改法律时,从实际出发,增加刑事责任条款。”刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社,1995,第 122 页。

¹¹ 1991 年 11 月,美国以中国知识产权立法不完备,保护不力为由,将我国列入“特殊 301 条款重点国家”,宣布制裁中国,后经协商达成关于保护知识产权的备忘录。1994 年 6 月,美国再次以我国知识产权执法环境不力为由将中国列为“重点国家”,中美双方不得不再次会谈。参见赵秉志主编:《侵犯著作权犯罪研究》,中国人民大学出版社,2008,第 56 页。

¹² 该备忘录全文内容可于:<http://www.copyrightnote.org/statute/cn0052.html>。

¹³ 参见刘杲著:《我国加入国际版权公约的前前后后》,《著作权》2000 年第五期第 37 页。

¹⁴ 至于 1996 年 12 月所通过的《世界知识产权组织著作权条约》(WIPO COPYRIGHT TREATY,简称 WCT)及《世界知识产权组织表演及录音物条约》(WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY,简称 WPPT),虽然 2001 年 10 月新修正通过的著作权已就各该二条约之落实加以纳入,但中国尚未正式加

1994年4月15日TRIPS协议通过之后,中国面临着履行国际条约对于侵犯著作权给予刑事处罚的义务。八届人大八次会议于1994年7月5日审议通过了《惩治侵犯著作权犯罪的决定》,首次以单行刑事法规的刑事确认了著作权犯罪,开始与国际接轨,规定了侵犯著作权罪和销售侵犯著作权的作品罪两个罪名并规定了相应的刑事责任,标志着中国对著作权的刑事法律保护的开始。最高人民法院于1995年1月16日颁布《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定〉若干问题的解释》,对于侵犯著作权罪作出了初步的明确的定罪量刑的标准。¹⁵《中华人民共和国刑法》于1997年3月14日经全国人大常委会修正,增订第217条及第218条著作权犯罪条款,完善了著作权的刑法保护。¹⁶1998年9月22日,中国版权保护中心正式成立。《全国人民代表大会常务委员会关于修改中华人民共和国著作权法的决定》于2001年10月经九届人大二十四次会议通过,修改后的著作权法自该日起施行,对于侵犯著作权罪的刑事责任作出了规定。¹⁷2004年11月,最高人民法院与最高人民检察院联合公布《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》,2005年9月23日《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》,进一步明确了此罪的定罪量刑标

入该二条约。

¹⁵ 参见李明山:《中国版权保护政策研究》,河南大学出版社,2009,第245-249页。

¹⁶ 《中华人民共和国刑法》第二百一十七条规定:以营利为目的,有下列侵犯著作权情形之一,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:(一)未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的;(二)出版他人享有专有出版权的图书的;(三)未经录音录像制作者的许可,复制发行其制作的录音录像的;(四)制作、出售假冒他人署名的美术作品的。第二百一十八条规定:以营利为目的,销售明知是本法第二百一十七条规定的侵权复制品,违法所得数额巨大者,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。

¹⁷ 修正后的著作权法第四十七条规定:有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任;同时损害公共利益的,可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,并可处以罚款;情节严重的,著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(一)未经著作权人许可,复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的,本法另有规定的除外;(二)出版他人享有专有出版权的图书的;(三)未经表演者许可,复制、发行录有其表演的录音录像制品,或者通过信息网络向公众传播其表演的,本法另有规定的除外;(四)未经录音录像制作者许可,复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的,本法另有规定的除外;(五)未经许可,播放或者复制广播、电视的,本法另有规定的除外;(六)未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可,故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的,法律、行政法规另有规定的除外;(七)未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可,故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的,法律、行政法规另有规定的除外;(八)制作、出售假冒他人署名的作品的。

准。2005年4月国家版权局会同信息产业部颁布《关于在打击侵犯著作权违法犯罪工作中加强衔接配合的暂行规定》。国务院于2008年6月5日颁布《国家知识产权战略纲要》，规划了中国的知识产权目标——到2020年中国将会成为对知识产权的创造、保护、应用、管理水平较高的国家之一。¹⁸也就是说中国必须要不断的立法完善，才能逐渐使中国著作权的刑法保护体系能够被建立起来。

1.1.2 加拿大著作权刑事法律保护立法沿革

加拿大最早是法国、英国的殖民地，后来英法战争爆发，1763年之后完全被英国占领，成为英国的殖民地。1867年，英国议会通过了《英属北美法案》，决议成立加拿大自治联邦，标志着加拿大联邦的正式成立。至1931年，英国议会最终通过了《威斯特敏斯特法案》，宣布放弃对加拿大立法权和加拿大议会法案的最终否决权，加拿大终于获得了完全的独立。

加拿大对于版权的保护由来已久，最早可以追溯到1867年通过的《不列颠北美法案》，这部法案将制定法律的权限授予了联邦政府。其中第92款第23项规定加拿大议会全权处理有关版权的事宜，将版权立法权限授予联邦。因而，加拿大版权法适用于加拿大全境，各省没有单独的立法权限。1924年，加拿大联邦政府以英国1911年版权法为蓝本正式通过了第一部版权法，从此，该部法律加上其附录、附件与条约以及此后又多次颁布的《版权法》，并且不断加以修正共同构成了加拿大的版权法。1923年之前，加拿大管理版权的法律比较分散，

¹⁸ 中国在2008年6月5日由国务院发布一份《国家知识产权战略纲要》，揭示了将在2020年建设成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家。这项耗时三年，以政府组织汇集各方力量，面对经济全球化和知识产权国际化的发展，经过系统研究知识产权问题后，制定这项战略，将作为中国大陆经济发展的基础制度。知识产权战略的重点设定在制度体系的构建，包括法律法规、行政管理体制、司法执法体制、行政执法体制等等，其战略是由20个专题和一个纲要所构成，以这20个专题前期研究作为纲要之基础，并在中央层面搭建一个30多个政府有关机构合作的平台，在中央政府的领导下统一有效地具体推进实施。这项战略的指导方针，包括激励创造、有效运用、依法保护、科学管理，另一方面也强调防止知识产权的滥用，以达私权与社会公亦之均衡。在著作权方面，知识产权战略着重在以下数点(1)扶持新闻出版、广播影视、文学艺术、文化娱乐、广告设计、工艺美术、计算机软件、信息网络等版权相关产业发展，支持具有鲜明民族特色、时代特点作品的创作，扶持难以参与市场竞争的优秀文化作品的创作。(2)完善制度，促进版权市场化。进一步完善版权质押、作品登记和转让合同备案等制度，拓展版权利用方式，降低版权交易成本和风险。充分发挥版权集体管理组织、行业协会、代理机构等中介组织在版权市场化中的作用。(3)依法处置盗版行为，加大盗版行为处罚力度。重点打击大规模制售、传播盗版产品的行为，遏制盗版现象。(4)有效应对互联网等新技术发展对版权保护的挑战。妥善处理保护版权与保障信息传播的关系，既要依法保护版权，又要促进信息传播。参见：章忠信：《中华人民共和国著作权法制发展重要纪事》<http://www.copyrightnote.org/paper.htm>。

包括了联邦成立之前个别省的立法、联邦成立后的联邦立法、英国法律以及《伯尔尼版权公约》等。¹⁹加拿大联邦最近一次颁布《版权法》是在 1985 年，并于“颁布后的同年、1988 年、1992 年、1993 年、1995 年分别做了修正”。²⁰

1985 年《版权法》主要规定了：版权的概念和定义，版权法律保护的作品范围，进行版权保护的法律程序，侵犯版权的各种法律责任，准印证，版权的行政管理，出版合同，版权税等等。根据加拿大版权法的规定，作品产生之时，同时也就是该作品版权产生之时。在加拿大版权法中，版权保护版权利用前提是版权所有人的同意和允许，如果没有版权所有人的同意和允许，任何人不得以任何形式使用该作品。加拿大版权法规定了两种对于版权侵害之补救方式，其中一种重要的补救方式是停止侵权的强制令，强制令既可以以裁决之方式发出，也可以在诉讼过程中发出；另一种重要补救方法为补偿权利所有人的损失，将侵权人的非法所得作为权利人的损失，法院判定非法利润归版权所有人。²¹

1988 年作为提案 C-60，加拿大版权法有很大修改，被称之为修正案第一阶段，扩大了版权保护范围，同时增加了版权保护机构在保护版权方面的规定，主要涉及以下九项事务：对舞蹈作品、计算机程序以及在公开展览中艺术作品的保护；明晰工业设计和版权保护的界限；取消对录音制作的强制性许可证；集约化版权管理；版权局的作用；加强对创作者声誉的保护；对违反版权法的处罚。此后，提案 C-88 对音乐作品的定义做了修改，以符合《加美自由贸易协定》和《北美自由贸易协定》的要求。同时，《知识产权改进法》也对一些管理条款做了修改。²²

1997 年 4 月 25 日，《皇家对提案 C-88 的准许》再一次对加拿大《版权法》进行修改，被称作版权修正案的第二阶段，扩大了版权权利的内容，对版权期限也作出了补充或者变更，并且对版权侵权保证最低赔偿。²³而随着 2001 年两个报告《版权改革框架》和《数字版权问题的咨询报告》的出台，加拿大新一轮的版权法改革意见咨询也在进行。加拿大于 1996 年加入了《世界知识产权组

¹⁹ 杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社，2010，第 70 页。

²⁰ 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，第 551 页。

²¹ 参见杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社，2010，第 71-72 页。

²² 参见杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社，2010，第 72 页。

²³ 参见杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社，2010，第 72-73 页。

织表演和录音制品条约》以及《世界知识产权组织版权条约》，这一轮的改革最早可以追溯到该年。在此一轮的改革中，加拿大众议院遗产委员会和遗产部三任部长强烈要求尽快批准加入者两个条约，以便赋予权利人新的保护手段和获得报酬的手段。²⁴

加拿大版权法经过历次修改，基本上保持了1924年版权法的架构和条款。该版权法很好的处理了技术方面的版权问题，并且应对了计算机、复印技术、录像技术和互联网等新技术的出现，实属不易。²⁵例如，1988年对于该法修改之前，显然当时并没有涉及计算机问题，1924年版权法已经被解读为保护计算机软件。现在该法在处理计算机一级多媒体技术方面有进一步的体现，并且有一些非常重要的事项还需要重视，并在将来的版权法修正案中予以体现。²⁶

加拿大也积极参与相关版权保护的国际性公约的制定或者实施。1997年，欧盟专门成立了网络犯罪专家组(PC-CY)，用以确认和界定、应对网络传播兴起之后的新罪名、管辖权和刑事责任。加拿大与日本、南非、美国一起应邀参加了该组织，并且参加了相关的会议，最终于2001年11月8日制定了《打击计算机犯罪公约》，加拿大也于该年11月23日签署了该公约。加拿大是WTO是成员国，参加了《1994年与贸易有关的知识产权协定(TRIPS)》。

1.2 中加著作权刑事法律保护价值取向

在国际社会，任何一种政治、经济或者法律制度，都需要一种明确的并且是体面的理论支持。在著作权的领域中，以罗素的人性论为哲学基础，赫尔辛基学者胡斯科南(M.Huuskonen)在研究人类行为动机的基础上总结了四类动机：

²⁴ 加拿大遗产部部长莉莎·弗鲁拉(Liza Frulla)在2005年一次对加拿大俱乐部演讲中表示：“如果我们的创作者和艺术家无法从他们的作品中获得收益——如果版权得不到尊重——他们将无法全心继续他们的工作。他们作为个体失败了，而我们作为国家失败了。”参见：“Speaking notes for The Honourable Liza Frulla, P.C.M.P. Minister of Canadian Heritage and Minister Responsible for Status of Women before the Canadian Club of Toronto”,(9 May 2005), www.canadianheritage.gc.ca/pcch/min/discours-speech/2005-05-09-e.cfm.

²⁵ 在机械化生产的强制许可下，录音磁带取代了钢琴演奏和活页乐谱；自动唱机行业的兴起充分利用1909年版权豁免条款的结果，当时的法律规定“对投机机器所生成的音乐作品的复制与表演不属违法”。在人们还没有弄清不经授权的广播是否侵犯版权之时，收音机就已经进入千家万户的日常生活中；电视占据了我们的生活，当时还不清楚大多数电视节目是受版权保护的……。参见：Jessica Litman, *Digital Copyright* (Amherst: Prometheus Books, 2001) at 173.

²⁶ 参见杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社，2010，第73页。

利润动机——保护投资关系和作者的经济利益；发展动机——传播技术，鼓励传媒；人权动机——保护著作权人，维护精神权利；公共利益动机——保护私人利益（如言论自由、教育、少数民族权益等），在所有动机行为中必须有公平的法制来平衡公共利益。²⁷

1.2.1 中国著作权刑事法律保护价值取向

价值取向决定行为方式，现实生活中如此，在法制世界里也是如此。一国刑法对于哪种行为方式，何种行为程度给予刑罚，以及给予刑罚的强度不同，都取决于其刑事法律的价值取向，这又决定了刑法保护对象的范围、保护方式以及刑罚的不同。

中国近代由于种种原因决定了著作权法制诞生很晚，而且基本上是舶来品，没有在中国形成自发产生的土壤。从整个大的社会环境来看，对于知识产权的认识以及对其保护很长时间内都处于认识的空白期。直至上世纪八九十年代甚至今天，中国社会各界包括立法部门，以及行政部门对于著作权法还存在着排斥的思想，中国制定的很多法律法规存在着“看似面面俱到，实则本末倒置、重点不明”的问题，这实际上是由于立法价值取向上出现偏离和思想认识上的偏差导致的。中国刑法一向秉承的价值理念是“首先保护的是消费者的权益，其次是社会公共利益和管理秩序，再次才是权利人的利益。”²⁸在著作权刑法问题上同样如此，而却没有注意著作权刑法应当将权利人的所有权保护放在首位，其次才是惩治严重的侵权行为。就著作权而言，1991年《著作权法》只是规定了民事责任和行政责任，“这主要是考虑到当时中国公众的接受能力，以为在著作权法颁布之前，中国长期没有对著作权进行有效的保护，对于他人之作品无偿使用已经是习以为常，并且形成习惯，如果贸然在著作权法中规定了刑事责任条款，将严重侵害著作权的行为规定为犯罪，将其刑法化并处以刑罚，公民和有关单位难以接受，故立法留有余地。”²⁹直至到1994年八届人大，经过反反

²⁷ 参见杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社，2010，第73页。

²⁸ 王志广：《中国知识产权刑事保护研究（理论卷）》，中国人民公安大学出版社，2007，第267页。所谓公共利益，从中国刑法上来看，并非指的是国家对于知识产权的管理制度，而是指社会主义市场经济秩序以及广大消费者的利益。

²⁹ 赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社，1997，第802页。转引自龚培华：《侵犯知识产权犯罪构成与证明》，法律出版社，2004，第73~74页。

复复的八次会议才审议通过《惩治侵犯著作权的犯罪的决定》，最终将其刑法化。但总是有一些言论认为目前中国过于注重提高保护知识产权的水平而罔顾自己的国情，认为中国太过顺从全球化而屈从西方发达国家的压力，忘记当前中国的经济发展水平只及美国在 20 世纪 40 年代或日本在 20 世纪 60 年代的水平，而当时的美日两国的保护知识产权的水平都远远不及今日的中国那么高。所以，很多人认为中国如此地保护知识产权及其理念都是不合适的，反而认为部分发达国家今日通过合法途径，掩盖了它们在以往多年来通过非法途径获取的利益，若是中国屈从于这种规则，等同保护了这些国家通过非法作恶的渠道所获取的既得利益，并认同这些国家以掠夺手段获得强盛，强大之后制定合法的规则来约束弱者，这是一种不公平的逻辑。³⁰

而中国传统法学上重刑轻民，对于财产的保护意识远远落后于对于社会秩序和生命的保护意识。传统法治思想重视国家公共利益保护而轻视私有财产之保护，公法意味浓厚。所以将著作权保护的客体包括为既有他人的权利，也包括一国的著作权管理制度、市场经济秩序等国家利益，并且后者重于前者。而从现行刑法典的规定来看，并未将“侵犯知识产权罪”归入到分则第五章“侵犯财产罪”中，而是规定在分则第三章——“破坏社会主义市场经济秩序罪”中，可见这是将本罪定性为经济犯罪的。至少也反映了中国的传统似是偏向牺牲或损害个人利益来服从国家利益。而立法者的原意亦似是重视保护社会公共利益多于保护个人私有财产权利。当然在刑法理论上，中国也承认侵犯著作权犯罪实际上侵犯了公民个人的财产和国家管理秩序的双重利益，但价值观的选择的差异导致中西方在著作权刑法保护问题上持不同的意见。中国著作权刑法保护似是公权高于私权，维护社会秩序大于维护私人财产权，其后果就是阻碍社会的创造性、压抑国民的创造性以及科学技术的进步。因此，将侵犯著作权的犯罪行为引入到以保护个人权利为主的“个人权利本位”的范畴中来，兼顾国家本位，才能对知识产权的保护做出正确的定位；反之，一味强调国家利益优先所建立的知识产权的刑事法律保护体系，其保护作用只能是有限和残缺不全的。

³⁰ 何志鹏：《知识产权与国际经济新秩序》，载《法制与社会发展》，2003 年第 3 期。

法学理念以及社会环境两方面因素造成了著作权保护力量的偏差，也就造成了中国现行刑法对于著作权保护的不利。中国著作权刑事法律保护价值取向之选择应该坚持以下原则：平等性——主体地位界定中的法律正义；公平性——精神财富分配中的法律正义；公益性——价值目标追求中的法律正义；合理性——制度创设活动中的法律正义。以期真正达到保障著作人的著作权益，调和社会公共利益，促进国家文化发展之目的。

1.2.2 加拿大著作权刑事法律保护价值取向

著名的知识产权研究专家，美国哈佛大学教授威廉·费歇尔（William Fisher）曾经指出，当前大多数关于著作权的理论性阐述，无非在下列四种理论之中挣扎，试图择一而终或者出入其间：源自经济学理论的效益理论、备受洛克哲学熏染的自然财产理论、基于黑格尔意志论而产生的人格说以及特别注重社会福祉的社会规划说。此四种学说，最后一种尚未完全确立得到认可，黑格尔的哲学主要影响了欧洲大陆法系国家，只有效益注意以及自然财产理论深刻的影响了西方著作权理论的整个体系，最终影响波及全球著作权理论体系，而自然财产理论，则是影响最为深远、历史最为悠久的理论。³¹自然财产理论因为其拥有天然的优势而占据著作权理论的制高点，既然是个人付出自己的劳动而对成果具有不可动摇的财产权，那么，这一推论一样适用于智力成果。从经验上以及人们的直观感受上，这一理论无懈可击，不容分说。这也是符合自然法理论上的公平原则，每个人为了养活自己，通过付出自己的劳动来换取自己的资源，天经地义。

在著作权领域，自然财产权理论赋予了著作权道德上至高无上的地位，个人因劳动的付出对于其成果自然拥有所有权，具体到著作权领域，作品之产生乃是个人脑力劳动的结晶，自然会对其拥有不可侵犯之权利。基于劳动财产理论，著作权的法律保护拥有无懈可击的道德正当性。就此而言，如果一部法律不能很好的尊重劳动成果，那么其正义性以及公平性自然会受到质疑。在很大程度上，这种理论影响深远，不仅对很多国家国内立法产生了影响，对于国际协定亦是影响深远。显而易见的是，如果一种行为被定义为盗窃，那么，对于

³¹ William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, S. Munzer (ed.), Cambridge University Press, 2000.

侵犯著作权之行为的任何辩解都会显得苍白无力。而且更为重要的是，在此理论之下，经常将公众情绪引向道德化的情绪指责。一旦论证著作权与某种道德上的神圣权利相结合，那么反对者的说辞便是毫无力量的。这种强大的论说加上人们心中自然保存的公平正义观念让这样的观点无可置疑！

在此种理论的指引之下，在当代国际人权环境之下，著作权属于人权的观点，成为一种虽非通识、又被广受支持的观点。1948年《世界人权宣言》第27条第2款规定：“人人对于他所创作的科学、文学或艺术作品所产生的精神和物质利益，有权受到保护。”1966年的《经济、社会及文化权利国际公约》第15条第1款第3项基本沿用了上述表述。1991年，帕特森（L.R.Patterson）曾经指出：“版权与言论自由权……可以视为一枚硬币的相对两面，前者是所有权，后者则是社会的政治权利。它们被连在一起，是因为二者都涉及信息的流动，一个为营利，另一个为了自由。就像运河之闸，它可以促进信息流动，也可能阻碍流动。”³²

这一理论对于促进著作权制度的发展极为重要，加拿大政府的一份官方版权报告中的思路：“所有权就是所有权。版权所有人拥有他们的智力作品，一如地主拥有土地，实无差别。”³³在TRIPS决策过程中，自然财产理论被跨国集团及其说客们四处呈递，在说服各国政府采取有利于扩大其利益的知识产权制度方面，产生了极大的作用。³⁴所以，加拿大的著作权是吸取了西方权利本位的思想，注重著作权人个人利益的维护，兼顾社会公众利益，而不是将著作权视为其管理社会秩序的手段加以运用。

1.3 中加著作权刑事法律保护立法模式

立法模式之选择，对于著作权刑法保护之效果具有影响作用，科学的立法模式有利于刑法发挥其应有的功效。理性借鉴他国著作权刑事立法之经验，立足国内本土之特点，可以有助于中国科学立法。考察世界各国侵犯著作权犯罪

³² L.Ray.Patterson&Stanley W.Lindberg, The Nature of Copyright: A Law of USERS'Rights,pp.123-124(1991).

³³ Canada Sub-Committee on the Revision of Copyright, A Charter of Rights for Creators (Ottawa: Standing Committee on Communications and Culture,1985) at 9.

³⁴ A.SamuelOddi, TRIPS—Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism,29 Vand. J.Transnat'l L.415(1996),p.423.

的立法模式，对于著作权之刑事法律保护，主要采取三种立法模式：一为分散型立法模式，保护著作权之法律分散规定于民法、刑法等有关著作权之规范法律中，各规范相互独立，有自己的罪名和法定刑，以意大利为代表；二为集中型立法模式，保护著作权之法律规定于刑法典或单行刑法规范之中，以瑞典为代表；三为结合型立法模式，保护著作权之法律规定于刑法典和著作权法，兼顾刑法之稳定性与著作权法之特点，以法国为代表。³⁵

1.3.1 中国著作权刑事法律保护立法模式

在立法模式选择上，各国应根据本国的立法传统和所属法律体系，选择不同模式。

中国著作权的刑事保护采取了刑法典的立法模式，《著作权法》并没有详细规定犯罪罪状和法定刑，只是简单规定了“构成犯罪的，依法追究刑事责任”，所以，从严格意义上而言，这些并不属于著作权刑事法律规范。而在1997年《刑法》第三章第七节“侵犯知识产权犯罪”中，将关于侵犯著作权罪的单行法规以及附属刑法条款进行梳理，将其整理后的内容集中规定于刑法的分则，对侵犯著作权犯罪采用集中型立法模式。在此之前，全国人大常委会制定了在严格意义上属于著作权刑法规范的单行刑法——《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》，规定了侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪两个罪名。所以，中国著作权刑事法律保护模式不属于严格意义上的附属刑法，而是属于刑法典的立法模式。而在《著作权法》及其后的修正中，关于著作权犯罪的表述为“构成犯罪的，追究刑事责任”，这是不具有实质意义的表述方式，也没有设置相关的刑事责任条款。而1997年《刑法》对于侵犯著作权犯罪的调控范围上采取了审慎收缩的态势，只是规定了四种关于侵犯著作权罪的客观表现，相对于《著作权法》规定的八种侵犯著作权犯罪的客观表现无疑是倒退的，《刑法》只是适应当时形势的需要将侵犯著作权的行为有选择性的加以入罪，而不是将《著作权法》中所有涉及侵犯著作权的行为都加以入罪。尽管不能说刑法是应景之作，当时其保护力度显然是有限的。而在刑罚方式上，自由刑和罚金刑并用；对于单位犯罪，

³⁵刘科、程书兵编著：《侵犯知识产权犯罪专题整理》，中国人民公安大学出版社，2008，第19页。

则采取双罚制。³⁶就当时而言，相对于中国 1979 年刑法没有规定侵犯著作权犯罪，修订《刑法》对著作权犯罪的规定是积极的。

中国对于侵犯著作权犯罪采用的集中式立法模式，虽然可以保持刑法的整体性以及权威性和统一性的优点，但是缺点也是显而易见的，就是难以保持刑法的稳定性。相信这样的立法模式必会面临改变的，因为它的僵化性和滞后性是难以适应社会，加上经济形势的发展令单行刑法数量的增多。假以时日，其当初稳定性的优点将会持续被减弱，缺点会日益显露。³⁷刑法典作为基本法律不能轻易边打牌，要有稳定性和权威性的特点。知识经济时代，科技不断创新甚至加速发展，而侵犯著作权之手段的发展与新技术的发展同步而行。作为著作权保护最后一道防线的刑事法律，在保障科技发展的同时又面临技术发展的挑战，这是一个选择。随着网络媒体技术的发展，以及全球化趋势的发展更是使得著作权刑事保护不断面临新挑战。例如，合法软件的刑事保护、网络著作权的刑事保护等问题，都需要在相关的著作权刑事立法作出反应。所以，侵犯著作权犯罪的复杂多变性与刑法典要求的相对稳定性之间的矛盾无法调和，这实质上是著作权保护内容与形式上的矛盾。³⁸可以说，保守固执地保持一个落伍的法律或者制度而不肯放弃不肯正视时代的要求，那么，只有一个结果，就是被时代发展所淘汰。在一个急剧变化时代背景之下，如果仅仅持有工具论的思想，将法律视为治理社会的一个工具，那么，法律之作用是有限的。³⁹刑法典刚刚公布之初可能适应当时的需要，但是科技进步及其引起的侵犯著作权犯罪的变化，必然会导致刑法典与形势发展需要的差距，因而，中国著作权刑法之立法模式需要转变，不能仅仅依靠刑法典。进一步而言，目前中国《著作权法》之附属刑事条款规定是笼统的，并且可以说是没有实际效果的，仅仅说明了侵权者的行政及民事责任以及做出了“构成犯罪的，依法追究刑事责任”的说法，但是，这种说法是缺乏可操作性的，既没有规定犯罪要件，也没有规定刑事责任所依据的具体刑法规定，没有说明犯罪的构成要件以及所承担的刑事责任，从此而言，可以说是缺乏实践性的，很容易成为具文。反观国外，其立法模式值得借

³⁶ 即对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照自然人犯罪的规定进行处罚。

³⁷ 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

³⁸ 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

³⁹ 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

鉴，刑法中分开规定刑事犯（自然犯）与法定犯（行政犯），将刑事犯规定于刑法典，法定犯规定于刑法之外的法律，并且数量诸多，罪状周密。这也是刑事立法科学化的要求，法律用语要求简单明快，但是如果想让刑法包罗万象，毫无遗漏，这就与刑法之严谨性相悖。⁴⁰如果说只允许刑法典规定罚则条款而不允许其他任何的法律涉及罚则条款，那么，这可以说是典型的人治下的法治。⁴¹

1.3.2 加拿大著作权刑事法律保护立法模式

加拿大著作权刑事立法模式属于分散型，除去刑法典的规定之外，在相关著作权保护的行政法、经济法中都设立了关于著作权保护的独立罪名和刑罚措施。这种分散性的立法模式是普通法系国家大多采用的方法，分散性的立法模式，不仅为大多数的发达国家所采用，也为很多发展中国家所采用。采用此种立法方式可以保持刑法典的稳定性。作为基本法的刑法，其公正性的重要体现就是它的稳定性，不能在短时间内更改，其确立的罪刑关系必须能持久，刑法典一经颁布生效之后，必须适用于相当长的时间，只有当刑法典明显落后于社会现实的需要，以及无法体现和保证它的公正性时，才需要进行修改或废止。

典型的一个例子是 1810 年颁布的法国刑法典，一直到 1994 年才被新的刑法典所取代，一直适用了近两个世纪，虽然在近 200 年的时间里经过补充和修改，但是一直适用。⁴²所以，刑法典在一定时间段内的稳定性可以说是一种法律的客观需要，是不以人的意志为转移的。社会的稳定性以及社会发展的阶段性需要刑法的稳定性，所以，不到迫不得已，刑法典不应该轻易修改，尤其是被整体修改或者是被废止。⁴³采取分散性立法方式之另一优点是具有较强的操作性。

在加拿大刑事立法模式中，刑法典规定刑事犯（自然犯）规定，而行政犯（法定犯）被规定于刑法典以外的法律中，并且行政犯的较之于刑事犯而言是多出很多的，并且规定了比较细密的罪状。假设在刑法典中规定所有的法定犯，

⁴⁰ 法律出于语言的简单明快规定，如果将法定犯都纳入刑法典之中，那么，罪状即使是不采用空白格式，也只能是采用概括性的叙明罪状。参见储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

⁴¹ 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

⁴² 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

⁴³ 储槐植著：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社，1999，第 455 页。

罪状要么是空白罪状，要么是概括性的叙明罪状，缺乏可操作性。采取分散型立法另一优势是可以体现侵犯著作权犯罪的特点，随着新技术手段的发展以及新类型权利的不断出现，侵犯著作权犯罪的手段和方式以及类型也是不断发展的。

加拿大版权刑法，主要在加拿大版权法和加拿大刑法典中体现。现行加拿大版权法明文规定了侵犯版权的各种行为以及处罚措施。在加拿大版权法第四部分“刑事救济”(Criminal Remedies)一部分中，对于侵犯版权的行为做了详细的规定，并且相对于不同的行为不同程度规定了相应的处罚措施，同时也规定了相应的刑事救济的司法程序。这些规定主要体现在加拿大版权法第42条和43条之中。加拿大的著作权刑事法律保护主要体现在刑法典和版权法，采用此种分散型立法模式既能保持著作权法律体系之完备，又能对罪状做出较为详尽、细致的规定。充分考虑到了侵犯著作权犯罪专业性强之特点，又可把具体犯罪之刑事、民事、行政责任相互联系和衔接，结合规定于同一法规中，构成完整侵犯著作权法律制裁体系。加拿大做此种选择体现出侵犯著作权犯罪的法定犯罪性质，利于划分罪与非罪、此罪与彼罪，利于犯罪的定性。同时，著作权法中的关于著作权刑法保护之刑事条款也可随现实变更而变更，避免刑法规定滞后，也无需再另行制定单行刑法加以补充。

1.4 中加著作权刑事法律保护立法内容

1.4.1 中国著作权刑事法律保护立法内容

中国1990年的《著作权法》和1979年的《刑法》均无规定侵犯著作权的刑事责任内容。为了应对中国日益猖獗的盗版形势和越来越大的国际压力，八届人大八次会议于1994年7月5日通过了中国第一部专门就著作权进行刑事法律保护的单行刑事法律规范——《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》，弥补了中国1979年刑法没有规定侵犯著作权犯罪和1990年著作权法中没有刑事责任

条款的不足。在《决定》之前，也有法律解释将侵犯著作权作为刑事犯罪处罚过，但是并没有正式进入刑法的条文。⁴⁴

1997年3月14日，《中华人民共和国刑法》通过修订，修订后的刑法吸收了《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》中关于侵犯著作权犯罪的内容，在刑法第三章第七节专门规定了“侵犯知识产权罪”，规定了两个罪名：一种是刑法第217条规定的侵犯著作权罪，另一种是第218条规定的销售侵犯著作权复制品罪。

一、侵犯著作权罪，是指以营利为目的侵犯他人著作权，情节严重的行为。并且具体规定了侵犯著作权的几种行为。⁴⁵

在客观方面，根据刑法第217条的规定，就侵犯著作权罪而言，行为人在客观上必须实施了上述侵犯著作权的行为。上述行为中，除了制作、出售假冒他人署名的美术作品外，其余规定的几种类型都是非法复制发行他人作品、制品或者图书的行为，主要是通常所称的盗版行为。另外，对于上述行为还做出了量化的规定，即实施上述几种行为必须达到一定的行为程度，在违法所得上则规定具有数额较大或者巨大的特征，并且还要有其他严重情节或者其他特别严重情节的要求违法所得数额较大或者巨大⁴⁶，这样才能构成该罪。

⁴⁴ 虽然我国保护著作权刑事立法曾经长期滞后，但是司法实践中，对于严重侵犯著作权的行为也曾作为犯罪处理过，如1987年11月27日最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于依法惩治非法出版物犯罪的通知》，其中规定：“以牟取暴利为目的，从事非法出版物的出版、印刷、发行、销售活动，非法经营或者非法获利的数额较大，情节严重的，以刑法第一百一十七条的投机倒把罪论处；数额巨大的，适用刑法第一百一十八条；情节特别严重的，适用全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济犯罪的决定》第一条第一项的规定”。1991年1月3日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《关于严厉打击非法出版物犯罪活动的通知》，要求各级法院、检察院三章第七节专门规定了“侵犯知识产权罪”，其中，关于侵犯著作权的犯罪的规定主要是吸收了《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》中的内容，规定了两个罪名，即第217条的侵犯著作权罪和第218条的销售侵权复制品罪。公安机关严格执行“两高”《关于依法严惩非法出版物犯罪活动的通知》，对于从事非法出版活动构成犯罪的，依照投机倒把罪的罪名和数额标准追究刑事责任，坚决纠正和防止“有案不查、立案不结、以罚代刑、重罪轻刑”的现象。虽然《通知》的主要目的在于深入开展“扫黄打非”斗争，重点打击制作、贩卖、传播、走私淫秽物品的犯罪，并非重点针对侵犯著作权的犯罪，但非法出版活动除了上述内容外，还包括出版他人享有专有出版权的图书的情况。由此可知，对于某些严重侵犯著作权的行为，在立法规定侵犯著作权罪之前已作为犯罪处理过。

⁴⁵ 现行刑法第217条规定，以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：(1)未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；(2)出版他人享有专有出版权的图书的；(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；(4)出售假冒他人署名的美术作品的。

⁴⁶ 关于何为违法所得数额较大以及其他特别严重情节，根据最高人民法院于1998年12月11日发布的《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定：以营利为目的，实施刑法第217条所列侵犯著作权行为之一，个人违法所得数额在五万元以上，单位违法所得数额在二十万元以上的，

自然人和单位都可以作为该罪的犯罪主体。在犯罪的主观方面，法律规定了双重的限制条件：主观上处于故意，且以营利为目的。⁴⁷

二、至于销售侵权复制品罪，是指行为人在明知销售的是侵权复制品的产品的情况下，仍非法营利，所得数额巨大的行为。⁴⁸

自然人和单位都可以成为该罪的犯罪主体。主观方面如同侵犯著作权罪一样规定了出于故意和以营利为目的两个限制性要件。在客观方面该罪将犯罪人明知是刑法 217 条规定的侵权产品以及违法所得数额巨大作为限制条件。⁴⁹

属于“违法所得数额较大”；具有下列情形之一的，属于“有其他严重情节”：（一）因侵犯著作权曾经两次以上被追究行政责任或者民事责任，两年内又实施刑法第 217 条所列侵犯著作权行为之一的；（二）个人非法经营数额在二十万元以上，单位非法经营数额在一百万元以上的；（三）造成其他严重后果的。以营利为目的，实施刑法第 217 条所列侵犯著作权行为之一，个人违法所得数额在二十万元以上，单位违法所得数额在一百万元以上的，属于“违法所得数额巨大”；具有下列情形之一的，属于“有其他特别严重情节”：（一）个人非法经营数额在一百万元以上，单位非法经营数额在五百万元以上的；（二）造成其他特别严重后果的。同时，在中华人民共和国最高人民法院与最高人民检察院二〇〇四年十二月八日共同公告了「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」中，其与著作权侵害有关的刑罚认定标准如下：第五条规定：以营利为目的，实施刑法第二百一十七条所列侵犯著作权行为之一，违法所得数额在三万元以上的，属于“违法所得数额较大”；具有下列情形之一的，属于“有其他严重情节”，应当以侵犯著作权罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：（一）非法经营数额在五万元以上的；（二）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在一千张（份）以上的；（三）其他严重情节的情形。以营利为目的，实施刑法第二百一十七条所列侵犯著作权行为之一，违法所得数额在十五万元以上的，属于“违法所得数额巨大”；具有下列情形之一的，属于“有其他特别严重情节”，应当以侵犯著作权罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）非法经营数额在二十五万元以上的；（二）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在五万张（份）以上的；（三）其他特别严重情节的情形。」第六条规定：以营利为目的，实施刑法第二百一十八条规定的行为，违法所得数额在十万元以上的，属于“违法所得数额巨大”，应当以销售侵权复制品罪判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。第十一条规定：以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形，属于刑法第二百一十七条规定的“以营利为目的”。第十四条规定：实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当依照刑法第二百一十七条的规定，以侵犯著作权罪定罪处罚。实施刑法第二百一十七条规定的侵犯著作权犯罪，又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

⁴⁷参见章忠信：《中华人民共和国强化打击盗版之刑罚标准》，

<http://www.copyrightnote.org/statute/cn0054.html>。其中主观上“未经著作权人许可”指的是没有著作权人的授权或者是擅自伪造著作权人的授权、私自涂改著作权人的授权或者是超出了著作权人授权许可的范围等几种情形。该条中的“复制发行”：还包括以信息网络的方式向公众传播著作权人的文字作品、电影、录像、音乐、电视、计算机软件以及其他产品的行为。

⁴⁸ 现行刑法第 218 条规定：“以营利为目的，销售明知为 217 条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处或单处罚金。”

⁴⁹ 按照最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 4 条规定，个人违法所得数额在 10 万元以上，单位违法所得数额在 50 万元以上的，属于“违法所得数额较大”。在中华人民共和国最高人民法院与最高人民检察院二〇〇四年十二月八日共同公告了「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」中，其与著作权侵害有关的刑罚认定标准如下：第十二条规定：本解释所称“非法经营数额”，是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值，按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查

1.4.2 加拿大著作权刑事法律保护立法内容

加拿大版权刑法，主要在加拿大版权法和加拿大刑法典中体现。加拿大版权法规定：未经版权所有者的同意或者允许，任何人都不能以任何形式利用该作品。但是，法律也规定了一些例外的情形：个人在研究学习中可以复制某些资料，这不会被视为侵权。在加拿大，按照法律的规定，版权所有人版权一旦受到侵害，就可以寻求法律的帮助和赔偿。加拿大法律规定的版权保护期限是作者一生的时间加上其去世后的五十年。加拿大对于版权也是有约束的，其版权法规定：要受到版权法律的保护，必须要以书面等可见的形式将思想表达出来，思想本身并不受保护。如果其他人以不同的表达方式表达某种同样的思想，这并不被认为是侵权。在加拿大，版权被认为是作者的自然权利，所以并不需要申请、注册或者登记才可以获得保护，著作者在完成作品的同时就制动获得了版权的保护。美国恰恰相反，在美国，版权要受到保护，必须到指定的版权部门进行登记。⁵⁰当然，加拿大政府为了提前避免不必要的争议和麻烦，也鼓励版权所有人主动进行版权登记。而且经过申请确认的著作权能够得到更有效、充分的保护，保护期限为作者终生及去世后的50年。⁵¹加拿大版权除了刑事法律保护手段之外，加拿大版权法还提供了民事法律手段。权利人在发现侵犯版权的行为之后，有权利申请临时(interlocutory)和最终(final)禁制令(injunction)，特别是有权申请单方面的特别搜查证(Anton Piller Order)，从而可以未经警告进入被告人住宅搜查和取得物品和相关的文件。权利人还可以要求损害赔偿(damages)，要求交出侵权物品或者要求对此的替代性赔偿。⁵²加拿大版权法在第44条还规定了权利人申请国家财政部门禁止侵权物品进入加拿大的权利。

现行的加拿大版权法对于侵犯版权的各种行为以及处罚措施做出了明文的规定。在加拿大版权法第四部分“刑事救济”(Criminal Remedies)一部分中对于侵犯版权的行为做了详细的规定，并且相对于不同的行为不同程度规定了

清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。多次实施侵犯知识产权行为，未经行政处罚或者刑事处罚的，非法经营数额、违法所得数额或者销售金额累计计算。本解释第三条所规定的“件”，是指标有完整商标图样的一份标识。

⁵⁰ 参见：刘艺工、杨士虎：《加拿大知识产权法概论》，《社科纵横》，1999年第5期。

⁵¹ 加拿大版权法，见：

www.media-awareness.ca/english/resources/legislation/canadian-law/federal/copyright-act/cdn-copyright-ov.cfm

⁵² 参见加拿大版权法第34条~36条。

相应的处罚措施，同时也规定了相应的刑事救济的司法程序。这些规定主要体现在加拿大版权法第 42 条和 43 条之中。

加拿大版权法 42 条规定的主要是在制作、经营复制品罪和模板、表演侵权罪。在加拿大版权法第 42 条规定中，下列行为被视为制作、经营复制品罪：为了出售或者出租制作侵权复制品；⁵³出售或者出租侵权复制品，或者是为了出售或出租提供侵权复制品；⁵⁴以交易为目的的传播侵权复制，或者传播侵权复制的程度达到了损害版权人利益的程度；⁵⁵通过交易的方法向公众展示侵权复制品；⁵⁶为了出售或出租，非法将侵权复制品运至加拿大境内。⁵⁷

加拿大版权法规定的模板、表演侵权罪，主要包括下列行为：制造或持有专门用于制作侵权复制品的模板；⁵⁸未经版权人同意，为了个人营利的目的，公开表演已经获得版权保护的作品。⁵⁹

加拿大版权法第 43 条规定的是戏剧、歌剧、音像作品侵权罪和非法变更侵权罪。戏剧、歌剧、音像作品侵权罪，主要指的是未经版权所有人或者是其法定代表人的同意，明知或者是以营利为目的，故意公开表演或组织表演已经获得版权保护的戏剧、歌剧或者音像制品。非法变更侵权罪指的是变更或者造成变更在加拿大境内首版权法保护的戏剧、歌剧以及音响作品的标题或者作者姓名或者阻碍上诉内容的合法变更，以及未经作者或者其法定代理人同意，变更其作品，公开表演其全部或者是部分。

在加拿大，除去版权法对版权提供强有力的保护之外，加拿大刑法典对于版权也提供了相应的保护。在加拿大刑法典中，一般的诈骗犯（Fraud）和共谋罪（Conspiracy）都经常与版权侵权行为进行斗争。⁶⁰随着科技的发展，1985 年，加拿大刑法典中增加了“无权使用电脑和危害与电脑的关系罪”（Unauthorized use of computers and mischief in relation to computers），成为打击侵犯电脑软件犯罪的重要依据之一。在此类犯罪之中，法律禁止的行为主要包括：以欺诈手段

⁵³ 参见 Section 42(1)(a) of the Copyright Act.

⁵⁴ 参见 Section 42(1)(b) of the Copyright Act.

⁵⁵ 参见 Section 42(1)(c) of the Copyright Act.

⁵⁶ 参见 Section 42(1)(d) of the Copyright Act.

⁵⁷ 参见 Section 42(1)(e) of the Copyright Act.

⁵⁸ 参见 Section 42(2)(a) of the Copyright Act.

⁵⁹ 参见 Section 42(2)(b) of the Copyright Act.

⁶⁰ 加拿大刑法典，参见 www.efc.ca/pages/law/cc/cc.html。

直接或者间接获得任何计算机服务；⁶¹通过电磁、声学、机械或者其他设备，直接或者间接截获或导致截获计算机系统的任何功能；⁶²直接或者间接使用或导致使用计算机系统，以便实施本法规定的犯罪或者本法规定的关于数据或计算机系统之犯罪；⁶³使用、占有、交易或允许其他人进入计算机密码，导致其他人实施了本法规定之犯罪。⁶⁴与这个犯罪相联系，为计算机的无权使用提供便利的，也构成相应的犯罪。这些行为包括没有法律规定的正当理由，制造、持有、销售或者以销售及传播为目的来提供的旨在实施本法规定的犯罪所需要的任何形式的工具、设备或者其他零部件。⁶⁵对于这种犯罪行为，构成公诉犯罪应该承担刑事责任的，判处最高刑期为 2 年的监禁；或者处以简易程序审判。⁶⁶

加拿大也积极参与相关版权保护的国际性公约的制定或者实施。1997 年，欧盟专门成立了网络犯罪专家组（PC-CY），用以确认和界定、应对网络传播兴起之后的新罪名、管辖权和刑事责任。加拿大与日本、南非、美国一起应邀参加了该组织，并且参加了相关的会议，最终与 2001 年 11 月 8 日制定了《打击计算机犯罪公约》，加拿大也与该年 11 月 23 日签署了该公约。加拿大是 WTO 的成员国，参加了《1994 年与贸易有关的知识产权协定（TRIPS）》。

随着科学技术的发展，电子行业兴起，带动音像制品和电脑产业发展，加拿大与时俱进制定了相应的刑法保护措施。“有关统计表明，加拿大的商业软件在 2006 年有 34% 受到了盗版的侵害，损失达 5 亿多美元；电影行业在 2005 年有 8% 受到了盗版的侵害，损失达 1 亿多美元。”⁶⁷加拿大除了对电脑版权提供保护之外，对于音像制品也提供了刑法保护，主要规定了以下几种新型犯罪：一、卫星盗版(Satellite Piracy)，其行为构成主要包括一下几个方面：1、窃取电信服务，或占有、生产、销售、传播及以销售为目的而提供窃取电信服务的设备；⁶⁸ 2、未经授权而对加密程序服务进行解码；⁶⁹ 3、未经授权而生产、进口、传播、

⁶¹ 参见 Section 342.1(a) of the Criminal Code.

⁶² 参见 Section 342.1(b) of the Criminal Code.

⁶³ 参见 Section 342.1(c) of the Criminal Code.

⁶⁴ 参见 Section 342.1(d) of the Criminal Code.

⁶⁵ 参见 Section 342.2(a) of the Criminal Code.

⁶⁶ 参见 Section 342.2(b) of the Criminal Code.

⁶⁷ 参见 International Intellectual Property Alliance 2007 Special 301 Report Canada, <http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301 CANADA.pbf>.

⁶⁸ 参见 Sections 326 and 327 of the Criminal Code.

⁶⁹ 参见 The Radio communication Act states in Section 9(1)(c), www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/ICPages/SubjectSpectrum.

租赁、销售、安装、修改、运作、持有或以销售为目的而提供设备、工具对加密程序服务进行解码。⁷⁰加拿大最高法院在 2002 年 4 月 26 日的判决中进一步表明，除去具有合法、有效的授权之外，对任何加拿大公民的解码加密程序服务行为均应当被严厉禁止。⁷¹二、光盘盗版（Optical Disc Piracy），其行为构成主要是：以出租或者出售为目的，复制拥有版权的音像制品（包括音像磁带、DVD、VCD 等）；⁷²以出售或者出租为目的，进口、传播或者制造盗版音像制品，或者出售、出租盗版音像制品。三、背对背复制（Back-To-Back Copying），主要是指以出售或出租为目的，复制拥有版权的音像制品。⁷³四、未经授权的公共表演（Unauthorized Public Performance），此种行为主要是指加拿大版权法规定的保护为了满足个人、家庭或宾客娱乐需要，向公众出售或出租的电影复制品仅为家庭使用。五、滥用样带（Screener Abuse），主要指零售商在公映之前或之后出租样带（音像制品公开上市后，对于样带的限制条件仍然生效）；零售商、跳骚市场卖主、二手商品经销商等人员出售样带；零售商向消费者“出借”样带；零售商向消费者提供“特殊优惠”，如租借 2 个普通音像制品，免费出借 1 个样带；零售商未正当管理样带，如无条件地允许其员工任意接触样带。⁷⁴六、违反公映日期（Street date violations），主要是指零售商在公映日期之前向消费者提供音像制品的行为。此种行为伤害了其他拥有权力的零售商，获得了不当利益，因此，此种行为构成刑事犯罪。七、在特殊场合使用的音像品（Special Occasion Videos），这类音像制品也受到版权法律的保护，未经授权制造复制品构成违法，法律保护对象不仅仅是整部的电影，而且也适用于电影的片段。⁷⁵

⁷⁰ 参见 The Radio communication Act states in Section 10(1)(c), www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/ICPages/SubjectSpectrum.

⁷¹ 参见 Criminaloffence, Satellite Piracy <http://www.rcmp-grc.gc.ca/fio/intellectuai-e.htm>.

⁷² 参见 Section 42(1) of the Copyright Act.

⁷³ 参见 Section 42 (1) of the Copyright Act.

⁷⁴ 参见 Criminaloffence, ScreenerAbuse, <http://www.rcmp-grc.gc.ca/fio/intellectual-e.htm>.

⁷⁵ 参见 Criminaloffence, Special Occasion Videos, <http://www.rcmp-grc.gc.ca/fio/intellectual-e.htm>.

第2章 中加著作权刑事法律保护司法

2.1 中加著作权刑事法律保护诉讼程序

2.1.1 中国著作权刑事法律保护诉讼程序

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》以及最高人民法院的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》和《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释（二）》的规定，被害人有权证明的侵害知识产权的刑事案件，属于自诉案件；而严重危害社会公共秩序和国家利益的侵犯知识产权的刑事案件则属于公诉案件。但是，从法律规定上来看，侵犯著作权的犯罪并不属于刑法规定中告诉才处理的自诉案件（包括：侮辱罪、诽谤罪、暴力干涉婚姻自由罪、侵占罪、虐待罪），但是法律又同时规定只有严重危害社会秩序和国家利益的侵犯知识产权犯罪案件属于公诉案件。⁷⁶可以说，中国对于侵犯著作权的犯罪的诉讼程序中同时存在着公诉、自诉两种诉讼方式。但由于上述规定是司法解释，不仅有侵犯立法权的嫌疑，更重要的是其法律效力和强制程度的低下必然会对司法实践之具体执行效果造成影响。⁷⁷而且司法解释之间的一致规定，经常导致公诉、自诉之间界限的混乱给司法实践带来麻烦。

⁷⁶ 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释第一条规定：人民法院直接受理的自诉案件包括：（一）告诉才处理的案件：1、侮辱、诽谤案（刑法第二百四十六条规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；2、暴力干涉婚姻自由案（刑法第二百五十七条第一款规定的）；3、虐待案（刑法第二百六十条第一款规定的）；4、侵占案（刑法第二百七十条规定的）。（二）人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件：1、故意伤害案（刑法第二百三十四条第一款规定的）；2、非法侵入住宅案（刑法第二百四十五条规定的）；3、侵犯通信自由案（刑法第二百五十二条规定的）；4、重婚案（刑法第二百五十八条规定的）；5、遗弃案（刑法第二百六十一条规定的）；6、生产、销售伪劣商品案（刑法分则第三章第一节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；7、侵犯知识产权案（刑法分则第三章第七节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；8、属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。对上列八项案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。对于其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处三年以上有期徒刑以上刑罚的，应当移送公安机关立案侦查。（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。

⁷⁷ 赵秉志，田宏杰：《侵犯知识产权犯罪比较研究》，法律出版社，2004，第86页。

就自诉而言,从中国目前的整体法治环境、侵犯著作权犯罪的状况以及著作权利人的自我保护取证能力来看,就我国现行刑法要求的违法所得数额巨大等客观要件,就是专门的侦查机关都难以发现、取得和固定,何况是没有侦查职权并且取证能力薄弱的权利人。⁷⁸作为受害人的著作权利人本身没有侦查权,但证明标准并未因此而降低,权利人很难达到刑事自诉的证据要求标准。最高人民法院在2003年发布的《知识产权刑法保护有关问题的调研报告》曾经概括了现今中国知识产权犯罪的特点:公共犯罪、单位犯罪多,犯罪手段复杂、多属智能型犯罪,连续性和跨区域犯罪多等特点。⁷⁹犯罪手段的复杂性和权利人的易受侵害性使得自诉方式难以达到应有的效果。

虽然法律规定了知识产权案件中自诉和公诉两种诉讼模式,但是由于法律规定的模糊性和法律之间的相互矛盾从而导致两种诉讼模式之间界限模糊并且满意有效的衔接。尽管法律对于公诉的情形作出了规定,检察院对于严重危害社会秩序和严重危害国家利益的侵犯知识产权的案件提出公诉,但是对于何为“严重危害社会秩序和国家利益”并未作出规定和解释。而且,不同的法律及司法解释之间对于自诉人证据不足而如何处理的规定是相互矛盾的。⁸⁰因而,在法院审判工作中,对于如何处理证据不足的情况,裁定驳回还是移送公安机关,显得难以是从。

⁷⁸ 赵国玲、王海涛主编:《知识产权犯罪中的被害人—控制被害的实证分析》,北京大学出版社,2008,第288页。

⁷⁹ 最高人民法院民三庭2003年5月19日《知识产权刑法保护有关问题的调研报告》指出侵犯知识产权犯罪案件具有以下特点:第三,共同犯罪、单位犯罪较多。在已受理的知识产权犯罪案件中,共同犯罪和单位犯罪所占比例较大。各共同犯罪人和单位犯罪人分工配合、密切合作,涉案金额巨大,不仅给权利人造成了巨大的经济损失,而且还严重破坏了社会主义市场经济秩序。第四,犯罪手段复杂,多属智能型犯罪。许多涉案侵权产品技术含量高,造假手段越来越高明,有的假冒产品的质量、外观、装潢等与真品几无区别甚至更好。犯罪隐蔽性强,行为人之间多采用单线联系,频繁变换手机和窝点,很难抓到主犯。案值难以彻底查清,犯罪人使用假名、做假帐或者不做帐的情况普遍。第五,连续性犯罪和跨地区犯罪现象较突出。有不少被告人曾因侵权受过行政处罚或者被判处过民事责任,甚至是多次被罚。有被告人既销售侵权产品,又贩卖假标识,一人构成数罪。为逃避打击,犯罪人往往选择在不同地区组织生产零部件、组装成品和销售。参见:http://news.xinhuanet.com/legal/2004-12/22/content_2367057.htm。

⁸⁰ 根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第171条第1款第2项和1998年9月2日发布的最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》的相关规定,缺乏证据的自诉案件,如果自诉人提不出补充证据,应当说服自诉人撤回自诉,或者裁定驳回。但是1998年1月9日发布的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第4条第2款的规定,对于知识产权自诉案件,“被害人直接向人民法院起诉的,人民法院应当依法受理,对于其中证据不足、可由公安机关受理的,应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的,公安机关应当受理。”参见:赵国玲、王海涛主编:《知识产权犯罪中的被害人—控制被害的实证分析》,北京大学出版社,2008,第289页。

就中国目前情况而言，知识产权被害人通过诉讼方式来追究侵权者的责任来保护自己的权益的情形还比较少见，大多数的侵犯著作权案件都是在公安、工商、海关等机关在运动式的专项执法活动的方式中发现的。出于著作权的私权性质，虽然中国将其规定为自诉案件，但是从目前的执法现状以及犯罪特点来看，被害人的自诉权并不能很好的行使，这在一定程度上放纵了侵权犯罪行为，助长了犯罪分子的嚣张气焰。

2.1.2 加拿大著作权刑事法律保护诉讼程序

加拿大对于著作权犯罪之刑事处罚程序，主要是取决于侵权行为的性质以及该罪是刑法规定的重罪或者轻罪来追诉的。检察官必须适用的程序、被告所能获得的保护以及法律所规定的刑罚决定了轻罪和重罪的分别。轻罪指控通常适用于较轻的犯罪以及初次犯罪。任何人只要对著作权构成侵害，侵权人将有可能被定为轻罪或者是重罪。对于轻罪的处罚是对侵权人处以不超过 25,000 加元的罚金或者是不超过 6 个月的监禁；对于重罪的处罚是对侵权人处以不超过 100 万加元的罚金或者是不超过 5 年的监禁，或者并处罚金和监禁。⁸¹但是下列

⁸¹ 在加拿大版权法第四部分“刑事救济”(Criminal Remedies)一部分中对于侵犯版权的行为做了详细的规定，并且相对于不同的行为不同程度规定了相应的处罚措施，同时也规定了相应的刑事救济的司法程序。这些规定主要体现在加拿大版权法第 42 条和 43 条之中。加拿大版权法 42 条规定的主要是制作、经营复制品罪和模板、表演侵权罪，加拿大法律规定，如果是通过简易程序定罪案件，处以不超过 2.5 万加元的处罚，或者判处最高刑期为 6 个月监禁，或者并罚。简易程序案件的诉讼时效是从侵权之日起 2 年。如果制作、经营复制品罪是通过起诉被定罪的，处以不超过 100 万加元的罚金，或判处最高刑期为 5 年监禁，或并罚。区分简易程序案件和被起诉案件的依据在于商业规模 (commercial scale) 的判断。根据加拿大相关政策规定：对于生产商、批发商和进口商，优先适用被起诉案件程序；而对于零售商，即使其行为属于侵犯版权的严重犯罪行为，也不适用于被起诉案件程序优先性。加拿大版权法规定的模板、表演侵权罪的处罚，根据法律规定，如果通过简易程序定罪案件，处以不超过 2.5 加元的罚金，或判处最高刑期为 6 个月的监禁，或并罚。如果模板、表演侵权罪是通过起诉程序定罪的，处以不超过 100 万加元的罚金，或判处最高刑期为 5 年监禁，或并罚。此外，对犯前两类罪的，法院经过严格诉讼程序之后，可以对全部侵权复制品或主要是用于制作侵权复制品的模板进行销毁，或要求侵权人将其全部归还版权人，或者以法院认为合适的方式进行处理。加拿大版权法第 43 条规定的是戏剧、歌剧、音像作品侵权罪和非法变更侵权罪。对于此类犯罪的处罚，加拿大版权法规定相应的财产性和自由刑。除了版权法对于版权的刑法保护之外，加拿大刑法典对于版权也提供了相应的保护。在加拿大刑法典中，一般的诈骗犯 (Fraud) 和共谋罪 (Conspiracy) 都经常与版权侵权行为进行斗争。随着科技的发展，1985 年，加拿大刑法典中增加了“无权使用电脑和危害与电脑的关系罪”(Unauthorized use of computers and mischief in relation to computers)，成为打击侵犯电脑软件犯罪的重要依据之一。无权使用电脑和危害与电脑的关系罪，在通过公诉加以认定时，所承担的刑事责任最高刑期可以达到 10 年监禁；检察官也有可能以简易程序进行起诉。与这个犯罪相联系，为计算机的无权使用提供便利的，也构成相应的犯罪。对于这种犯罪行为，构成公诉犯罪应该承担刑事责任的，判处最高刑期为 2 年的监禁；或者处以简易程序审判。此外，加拿大还规定了若干新型版权犯罪：卫星盗版 (Satellite Piracy)、光盘盗版 (Optical Disc Piracy)、背对背复制 (Back-To-Back Copying)、未经授权的公共表演 (Unauthorized Public Performance)、滥用样带

行为的处罚例外：任何人以为表演或者使之表演戏剧作品、歌剧作品或者音乐作品，根据著作权法第 43 条第 1 款的规定，对侵权人将处以轻罪之处罚，并处以不超过 250 加元的罚金；如果是再犯或者是多次犯罪，则被处以不超过 250 加元的罚金或者不超过 2 个月的监禁，或者并处罚金和监禁。任何人篡改或者隐瞒作者的名字或称号，这被处以不超过 500 加元的罚金，再犯或者多次犯罪的，则被处以不超过 500 加元的罚金或者处以不超过 4 个月的监禁，或者并处罚金和监禁。⁸²

在刑事追诉的情况下，检察官具有以下证明的必要性，并使他们没有合理怀疑：侵权行为发生之时，被侵权作品上存在著作权；发生了侵害著作权的行为；合法的著作权所有权的存在；被告是在未经著作权所有权的授权的情况下实施了其被控诉的行为；被使用的著作权不属于法律规定的著作权的合法使用的范围。⁸³在加拿大，检察官在证明侵权著作权之时负有上述举证责任。如果著作权的登记日期早于侵权行为发生日期，则可以推定检察官已经完成这个举证任务。⁸⁴对于侵犯著作权犯罪的主观状态，如果构成要件中规定了“故意”的主观要件，这个“故意”是指被告知道被侵权的作品是受到法律保护的，所以，在这些犯罪中，“故意”的主观要件是这些犯罪的实质性要件。⁸⁵此种“故意”并非指的是要知晓法律，对于法律的无知并不能作为违法的抗辩理由。证明被告的违反著作权法的主观状态是检察官的责任。

以上规定的诉讼程序及举证责任，在著作权法规定的罪名中可以适用外，也可以在刑法典中规定的若干罪名中适用。刑法典第 308 条规定了与侵犯著作权罪相关的禁止以欺骗、虚构或者其他欺诈方式榨取他人或者公众的任何财产、

(Screener Abuse)、违反公映日期 (Street date violations)、在特殊场合使用的音像品 (Special Occasion Videos)，对于这些侵权行为，法律都规定了相应的财产刑和自由刑并规定了对于盗版物品的处理和对于受害人的民事赔偿。参见王世洲：《关于著作权刑法的世界报告》，中国人民公安大学出版社，2008，第 550-559 页。

⁸² General Editor Dennis Campbell: Copyright Infringement, Printed and bound in great Britain By Athenænm Press Ltd., Gateshead, Tyne&wear, 1998.p.45,p.68,p.69.

⁸³ 参见江伟主编：《知识产权刑事保护研究》，法律出版社，2004，第 212 页。

⁸⁴ 参见江伟主编：《知识产权刑事保护研究》，法律出版社，2004，第 212 页。

⁸⁵ 当犯罪构成要件中包括“以交易为目的的展示或者邀约销售”，法庭对此的解释是宽泛的。在 LAURIER OFFICE MART 一案中，被告经营着一个复印社，为学生复印由附近一所大学的教授们提供的资料。这些资料保存在复印社后部的一个锁着的文件柜里。只有当学生们提出要求的时候，才为他们复印。被告辩称，因为这些资料（他们的作品）是保管在复印社的非公共区域，所以并没有展示他们以供销售。法庭认为，这些作品即展示出来以供销售，又被被告邀约销售。所以，被告构成了侵犯著作权罪。参见江伟、张为安、元明主编：《知识产权刑事保护研究》，法律出版社，2004，第 494-495 页。

金钱或者有价证券的欺诈罪。⁸⁶刑法典第 465 条（1）款（c）项规定了共谋犯，任何人与他人共谋犯轻罪或者重罪，那么此人也会被定为轻罪或者重罪，并且处以同样的处罚。侵犯著作权罪名同样适用于此条款。随着形势的发展，刑法典也处于不断的修改之中，以顺应科技进步所带来的新的侵犯著作权犯罪。⁸⁷

加拿大版权法虽然对知识产权的保护有详尽的规定，但是在发达国家的版权刑法保护中，加拿大的著作权刑法还是较为简单的。加拿大虽然是各种世界性条约的主要参加者之一，很早就加入了 WIPO（世界知识产权组织的成员国），加入了 WTO，并且很早就是《TRIPS》协定的成员国。但是，美国在最近几年一直对加拿大的知识产权保护状况提出批评。美国电影协会以及国际知识产权联盟（IIPA）等知识产权团体，从 2007 年开始就一直建议具有监督世界各国知识产权保护状况职能的美国贸易代表办公室在“特别 301 报告”中，在优先观察国家的名单之中将加拿大列入。从加拿大司法部发布的“版权执法政策”来看，加拿大将版权刑事执法的重点放在了“商业规模的版权盗版”上，并且对“商业规模的版权盗版”做出了明确的界定：“生产商、批发商或者进口商的商业性侵犯”。监管知识产权监管部门及执法部门已经意识到“对零售商的执法可以证明是一种查明对更严重盗版犯罪的有用手段”。但是在这个报告中，加拿大明确的表示，仍然将商业规模的知识产权犯罪作为执法重点，而对于街头零售行为可谓是网开一面。在著作权的刑法保护中，加拿大还要求，版权执法至少需要两个关键证据：一是知道侵权，即表明被告人知道自己正在为销售、出售、发行、展览或者进口而生产的作品是侵权产品，这一点是绝对要求的；二是版权的存在，即要求提出告诉的人必须证明被侵权的作品是依法享有版权的作品。⁸⁸加拿大对于著作权犯罪要求达到商业规模的做法以及将侵犯著作权人进行划分的做法可能从规范意义上来看的确是值得商榷，但是，加拿大这种有选择性

⁸⁶ 此罪名关键的要素是不诚实和对受害者的剥夺。在 R vs Stern 一案中，被告依据此条款被定罪，以为他出租电影“星球大战”，从而侵犯了所有人的著作权。参见江伟主编：《知识产权刑事保护研究》，法律出版社，2004，第 212 页。

⁸⁷ 如刑法典于 1985 年修改，规定了对未经授权而使用计算机和与计算机有关的不当行为的处罚，以欺诈方式使用计算机，或故意毁坏、修改、干扰他人对计算机数据的合法使用，均构成犯罪。参见 General Editor Dennis Campbell: Copyright Infringement, Printed and bound in Great Britain By Athenæm Press Ltd., Gateshead, Tyne&wear, 1998.p.45,p.68,p.69.

⁸⁸ 参见：COPYRIGHT ENFORCEMENT POLICE, <http://www.justice.gcca/en/dept/pub/fps/cep/index.html>, 参见加拿大报告。这里暗含的意思是，这个重点将使得对零售商的执法，尤其是对跳骚市场、摇滚音乐会、街头小贩、车库甩卖等各种形式的执法，处于较低的有限地位。

的执法方式是为了“更有策略的应对规模庞大的侵权行为和更有效地利用不足的执法资源”⁸⁹，此种模式对中国的著作权刑事法律执法政策具有借鉴意义。

2.2 中加著作权刑事法律保护被害人救济

2.2.1 中国著作权被害人刑事救济

在刑事诉讼中，被害人参与诉讼的程度、被害人对于自己受到侵害程度的陈述状况、被害人向法院的举证程度以及要求如何处理犯罪人这些都在很大程度上影响了著作权的保护程度和著作权人的利益维护程度。在中国现行的刑事诉讼法律中规定著作权被侵害人是诉讼关系的主体，是参与诉讼的当事人之一，虽然其诉讼地位在法律规定中有所提高，但是其权利并未得到更多的实质性的保护。传统观念通常认为，著作权往往被视为私权利，而著作权人的赔偿问题也通常被认为是民事诉讼需要解决的问题而非刑事诉讼问题。所以，在现今情况下，更重要考虑的是在现今中国刑事司法领域，如何从实践上赋予著作权受害人更多的诉讼权利，以保障其参与诉讼的积极性，以切实提高著作权受害人的诉讼地位和参与能力，使得被害人的损失尽可能的得到赔偿等问题，应该得到重视。

边沁认为：刑事损害赔偿优先于罚金，个人利益高于国家财政利益，这并非世俗法律的规定，而是理性选择的结果。⁹⁰在著作权刑事案件中，中国1997年修订的刑法在处理国家利益与个人利益关系的指导思想上首次产生变化，确立民事赔偿优先的原则，有利于更好的维护受害人的利益。根据刑法的规定，民事赔偿优先只限于一种情形之下，那就是其与刑法规定的罚金、没收财产这两种财产刑同时适用。但是这并不能保障著作权案受害人优先获得权利保障。在司法实践中，很多侵犯著作权的案件是在行政执法过程中发现的，之后才是公安机关的处理程序。而从现今国情出发，地方保护主义和部门利益横行，行

⁸⁹ COPYRIGHT ENFORCEMENT POLICE, <http://www.justice.gcca/en/dept/pub/fps/cep/index.html>. 参见加拿大报告中《无权执法政策》前言。

⁹⁰ [英]边沁：《立法理论——刑法律典原理》，李贵方、陈兴良等译，中国人民公安大学出版社，1993，第64页。

政机关在案件移交之前往往就先对侵权人进行高额行政处罚，导致刑事诉讼中受害人难以获得赔偿。

当前，中国著作权犯罪的设计模式仍然是以犯罪人为中心的一元化控制模式，著作权保护政策的设计也是以犯罪人为中心。著作权刑事保护政策仍然是围绕控制犯罪和罪犯以减少侵权现象的发生，还没有认识到加害人与被害人之间的互动关系以及其对著作权侵权现象产生的影响，更没有考虑对于受害人的补救。而且政府现在往往寄希望于运动式的专项执法活动来对著作权提供保护。⁹¹从打击盗版的各项活动成果总结可以看出，政府的宣传点在于专项整治活动中收到的成效以及其完成的政策的任务，更加可以总结出政府对于著作权保护的导向。⁹²从此种表述可以看出著作权刑事保护政策在对于相关物品的保安处分，以及对相关责任人员法律责任的追究，强调的是事后惩罚用以补救著作权人的权益损失，很少关注帮助著作权人整改内部问题的内容或者是防范风险的提示，更鲜见对著作权人经济损失的评估和赔偿。所以，对于著作权被害人的补偿以及事先预防都没有得到应有的重视，或者说，尽管在著作权保护政策中有涉及，但是在实践层面被搁浅，无从很好落实。在著作权被害人救济程序中，如何提高著作权权利人在刑事案件中的诉讼地位、注重保护被害人权利的思路要引起认真的思考。

2.2.2 加拿大著作权被害人刑事救济

加拿大版权刑法，主要体现在加拿大版权法和加拿大刑法典中，对于著作权被害人救济亦在其中体现。现行加拿大版权法明确规定了侵犯版权的各种

⁹¹ 运动性执法活动具有选择性，受到处罚的著作权犯罪人一般不会将惩罚看作是侵害行为应付出的代价，而往往是看做运气欠佳，或者看作是不得不容忍的商业风险。而社会上潜在的加害人的规范意识也不会因为对于其他犯罪人的处罚而被唤醒。威慑的效果短期内可能存在，但是经历多次运动式的洗礼之后，人们的洗礼也会趋于麻木，可能被处罚的幻觉消失了，转眼间危机又转化为不可多得的商机。而且此种运动式的执法活动公平性也值得怀疑，此种执法运动具有对象上的选择性、时间上的集中性等特点，使得受害人在运动中被惩罚的概率提高，受惩罚的程度也会重于非运动时期的其他受害人，造成了行为人因被惩罚的时间不同而被赋予不同待遇的结局，与正义的要求相悖。正义要求同等情况同等对待，而运动性执法、司法活动具有选择性与公正的价值观相悖。参见：赵国玲、王海涛主编：《知识产权犯罪中的被害人——控制被害的实证分析》，北京大学出版社，2008，第68页。

⁹² 这些总结成果一般措辞为：关闭非法出版物销售市场和经营单位xxx家，收缴盗版音像制品、计算机软件等xxx件，收缴非法光盘生产线xx条，破获各类侵权盗版案件xxx余起，查处涉案人员xxx名，移送司法机关追究责任的xxx名。参见：赵国玲、王海涛主编：《知识产权犯罪中的被害人——控制被害的实证分析》，北京大学出版社，2008，第68页。

行为以及处罚措施，在加拿大版权法第四部分“刑事救济”（Criminal Remedies）一部分中对于侵犯版权的行为做了详细的规定，并且相对于不同行为不同程度的规定了相应的处罚措施，同时也规定了相应的刑事救济的司法程序。加拿大版权法以及刑法除了对于侵权人的刑罚问题做出规定之外，对于侵权物品以及被害人的救助问题都做出了规定。

对于加拿大版权法 42 条规定的制作、经营复制品罪和模板、表演侵权罪，加拿大法律规定，法院经过严格诉讼程序之后，可以对全部侵权复制品或主要是用于制作侵权复制品的模板进行销毁，或要求侵权人将其全部归还版权人，或者以法院认为合适的方式进行处理。对于加拿大版权法第 43 条规定的戏剧、歌剧、音像作品侵权罪，加拿大版权法规定了相应的民事赔偿措施。

除了版权法对于版权的刑法保护之外，加拿大刑法典对于版权也提供了相应的保护。在加拿大刑法典中，一般的诈骗犯（Fraud）和共谋罪（Conspiracy）都经常与版权侵权行为进行斗争。随着科技的发展，1985 年，加拿大刑法典中增加了“无权使用电脑和危害与电脑的关系罪”（Unauthorized use of computers and mischief in relation to computers），成为打击侵犯电脑软件犯罪的重要依据之一。无权使用电脑和危害与电脑的关系罪，在通过公诉加以认定时，所承担的刑事责任最高刑期可以达到 10 年监禁；检察官也有可能以简易程序进行起诉。与这个犯罪相联系，为计算机的无权使用提供便利也构成相应的犯罪。对于这种犯罪行为，构成公诉犯罪应该承担刑事责任的，判处最高刑期为 2 年的监禁；或者处以简易程序审判。

随着科学技术的发展，电子行兴起，带动音像制品和电脑产业发展，加拿大与时俱进制定了相应的刑法保护措施。加拿大除了对电脑版权提供保护之外，对于音像制品也提供了刑法保护，并对权利人规定了救济措施：对于卫星盗版（Satellite Piracy），制造、传播、销售、修改盗版卫星电视设备行为中，非法的盗版卫星设备将被没收或者冻结、销毁，在给予侵权人刑事处罚的同时，还可能要对权利人进行民事赔偿。对于光盘盗版（Optical Disc Piracy），对于光盘盗版行为中的非法复制品，用于制造复制品设备以及“母盘”进行查封、没收或者销毁，同时，侵权人还可能面临民事赔偿的问题。对于背对背复制（Back-To-Back Copying），对非法复制品、用于制造复制品之设备及“母盘”进行查封、没收或销毁，侵权人还可能面临对于版权所有人的民事赔偿问题。

对于未经授权的公共表演 (Unauthorized Public Performance), 除去刑事处罚外, 侵权人还可能面临对版权人的民事赔偿。对于滥用样带 (Screener Abuse), 此种行为会受到行业性的制裁, 主要是丧失利用样带的特权。还有, 这样滥用行为将会在行业内及零售业内曝光。对于违反公映日期 (Street date violations), 在加拿大以及美国, 无论商业规模的大小, 公映期要保证一致, 适用于所有的零售商。对于在特殊场合使用的音像品 (Special Occasion Videos), 如果版权所有人可以怎么故意侵权, 那么法院可以判处惩戒性损害赔偿。对于制造侵权复制品的设备以及“母盘”要没收, 对于复制的侵权音像产品没收并交还被侵权人。

93

⁹³ 参见王世洲: 《关于著作权刑法的世界报告》, 中国人民公安大学出版社, 2008, 第 550-559 页。

第3章 中加著作权刑事法律保护的特点及其原因

3.1 中加著作权刑事法律保护的特点

通过上文对中加著作权刑事立法和刑事司法的分析可以看出中加著作权刑事法律保护所具有的不同特点。

3.1.1 中国著作权刑事法律保护的特点

分析中国著作权刑事法律保护的刑事立法以及司法运作，可以看出中国著作权刑事法律保护具有以下特点：

一、价值取向上，中国采纳国家本位主义态度，从中国现行刑法典的内容来看，“侵犯知识产权罪”规定没有放在刑法分则的第五章“侵犯财产罪”中，而是将其归于分则第三章——“破坏社会主义市场经济秩序罪”中，显而易见的是讲侵害著作权的行为认定为经济犯罪，而不是侵害私人财产的犯罪。由此观之，虽不能定论说立法者当时只考虑了社会公共利益的保护而完全忽略了个人私有财产权或财产利益的保护，至少可以认为，立法者对于前者的重视程度是大于后者的。当然，这也是与中国一贯的传统相迎合——集体利益大于个人利益，国家利益高于一切，完全采取的国家本位主义。

二、立法模式上，中国采用了刑法典的立法模式，在刑法典中专门规定了侵犯著作权罪，而在其他法律中不作规定。这虽然强化了对于侵犯著作权犯罪的打击力度，但是缺点也是显而易见的，罪状规定比较简单疏漏，造成刑法规范的滞后性与著作权犯罪的发展性之间的矛盾，对于著作权犯罪出现的新情况、新问题不能及时灵活的予以反映应对，立法上的滞后性与现实发展相矛盾，刑法规范与与之依托的著作权法不能对应。

三、保护强弱上，自20世纪90年代以来，中国陆续颁布了一系列保护著作权的法律法规，逐步建立起以行政法律、民事法律为主体并以刑事法律为保

障的著作权法律保护体系。⁹⁴在著作权整个保护体系中，刑事法律因为其手段的最后性和处罚的严厉性起着最后保障的作用。20多年来，中国著作权刑事法律结合自身需要，在比较、借鉴、移植世界各国的先进立法经验的基础上不断进行改革完善。但是，中国著作权刑事法律保护起步晚，距离有关国际公约的要求以及与发达国家相比较仍然差距较大，并在一定程度上影响中国著作权刑事保护的效果。美国等西方国家也多次以中国著作权刑事保护达不到国际公约的要求为由要挟中国，引发贸易争端。

四、罪名体系上，中国刑法规定具有以下特点：在罪状设计上，我国对于侵犯著作权罪构成要件要求较为严格。在客观方面，中国规定了严格的界限，采用结果犯或者是情节犯的立法模式，构成侵犯著作权罪要求“违法所得数额较大或者其他严重情节”，而“违法所得数额较大”是构成销售侵权复制品的客观要件；就主观方面，不仅要求故意，而且要求“以营利为目的”。在罪名设计上，中国侵犯著作权罪单薄而疏漏，现行刑法典第 217 条仅仅确定了侵犯著作权罪一个罪名，⁹⁵而且以一个罪名来概括现行刑法典 217 条规定的形式上互不包容的 4 种侵犯著作权的行为，既不能科学的揭示侵犯著作权罪的本质特征，同时却抹杀了侵犯著作权罪各种行为之间的却别，造成的后果就是在司法实务之中难以界定侵犯著作权罪的犯罪形式以及定罪量刑。⁹⁶

五、刑罚配置及受害人救济上，刑罚配置上，规定了自由刑和罚金刑两种刑事责任方式，并且刑事责任较为严重。⁹⁷对于被害人之刑事救济上，中国著作

⁹⁴ 邵小平：《著作权刑事保护研究》，华东政法大学出版社，2011，第 55 页。

⁹⁵ 对于刑法典第 217 条的规定，学术界主要存在以下几种意见：一罪名说，主张确定为侵犯著作权罪或者盗版最。参见高铭暄、莫开勤：《论侵犯著作权犯罪》，载《法制与社会》，1996 年（1）。二罪名说，主张确定为非法复制发行他们作品罪与制作、出售假冒他人署名美术作品罪。参见杨玉兰：《应当重视和发挥我国刑事法律在著作权领域里的保护作用》，载《现代法学》，1995（5）。三罪名说，主张确定为非法复制发行作品罪、非法出版罪与制作、出售假冒他人作品罪。参见龚望林：《论著作权和著作权有关权益的刑法保护》，载《江西法学》，1995（1）。四罪名说，主张将刑法 217 条规定的 4 种行为方式分别确定罪名，即非法复制发行作品罪、非法出版他人享有专有出版权的图书罪、非法复制发行他人录音录像制品罪与制作、出售冒名美术作品罪，参见周蕊：《新刑法第 217 条：罪名如何定》，《中国律师》，1999 年第 11 期。

⁹⁶ 赵秉志、田宏杰：《侵犯知识产权犯罪比较研究》，法律出版社，2004，第 260 页。

⁹⁷ 仅从法律规定上而言，中国刑法规定的法定刑处于世界中上等水平，但是，我们必须看到，中国刑法及相关司法解释规定了较高的定罪量刑标准，而国外立法并没有这方面的规定，因而，在司法实践中，侵权行为能否受到刑事处罚以及受到刑罚的眼里程度值得研究。如，按照 2007 年 4 月最高人民法院、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（二）》的规定，以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在一千张（份）以上的，属于《中华人民共和国刑法》第 217 条规定的“有其他严重

权法对于侵权复制品以及犯罪工具、设备等的处理并未做规定，仅规定了停止侵害、消除影响、赔偿损失、公开赔礼道歉等民事责任。⁹⁸

六、诉讼模式上，中国规定较为模糊，根据中国刑法规定“告诉处理”的自诉案件只有下列五种情形，即诽谤罪、侮辱罪、虐待罪、暴力干涉婚姻自由罪、侵占罪。因此，根据刑法，侵犯著作权的两种犯罪都为公诉之罪。但是《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》又规定了著作权犯罪案件的自诉形式。⁹⁹但是这又与刑法相冲突，导致界限难以划分，并在实践中导致行政、民事案件中涉及犯罪的移送较少，¹⁰⁰自诉证据不足时的法条冲突等问题。¹⁰¹

3.1.2 加拿大著作权刑事法律保护的特点

分析加拿大著作权刑事法律保护的刑事立法以及司法运作，可以看出加拿大著作权刑事法律保护具有以下特点：

情节”。参见王志广著：《中国知识产权刑事保护研究（理论卷）》，中国人民公安大学出版社，2007，第311页。

⁹⁸ 我国刑法对于侵权复制品以及侵权工具、设备等处理则未作规定，我国刑法第64条规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”所以对于犯罪物品之处理，收归国有而非对受害人补偿。

⁹⁹ 《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第一条规定：“刑事诉讼法第一百七十一条第二项规定由人民法院直接受理的‘被害人有证据证明的轻微刑事案件’是指下列被害人有证据证明的刑事案件：……(七)侵犯知识产权案件(严重破坏社会秩序和国家利益的除外)。”

¹⁰⁰ 在行政案件方面，尽管国务院于2001年7月9日发布了《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》，要求行政执法机关在依法查处违法行为过程中，发现违法事实涉及的金额、违法事实的情节、违法事实造成的后果等，涉嫌构成犯罪，依法需要追究刑事责任的，必须依照该规定向公安机关移送。但是由于有关部门对相应刑事责任标准的模糊认识和考虑部门利益等原因，常常将大量应当移送司法机关作为刑事案件处理的只作一般刑事违法案件予以行政处罚而结案。另外也存在司法机关以证据不足不予接受行政执法机关案件移送的情形。致使屡禁不绝的盗版行为得不到有力的刑事制裁。在审理民事案件过程中，即使发现被告的同一侵权行为可能达到犯罪的程度，在原告自己没有提出刑事自诉的情况下，是否应当将案件作为刑事案件移送公安机关处理也没有明确法律依据。所以实践中很少有将审理中的知识产权民事侵权案件作为刑事案件移送的情况。

¹⁰¹ 刑事诉讼法第171条第1款第(2)项规定：“缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回。”1996年12月20日发布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》第186条第1款第(4)项也规定，“人民法院受理的自诉案件必须有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。”但依据1998年1月19日发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第4条第2款，对于知识产权等刑事自诉案件，“被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理，对于其中证据不足、可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。”因此，法院对于受理的知识产权刑事自诉案件，发现证据不足的，是应当直接裁定结案还是需要移送公安机关立案侦查，也需要进一步明确。

一、价值取向上，在财产权劳动理论的影响下，加拿大将著作权视为私权利，在刑事立法指导思想中，亦是将著作权纳入个人权利为主的“个人权利本位”的范畴中来，兼顾国家本位。这是加拿大在著作权刑事立法价值取向中的价值定位。

二、立法模式上，加拿大采取了附属刑法与刑法典相结合的立法模式，除去在著作权法中专门规定了侵犯著作权的刑事责任条款之外，在刑法典中也予以相应的规定。这种立法模式充分考虑了侵犯著作权犯罪专业性强、变化快的特点，对于保持著作权法的完整性，对著作权犯罪做出完整、详尽规定的同时，也有助于根据侵犯著作权出现的新情况和新问题进行规制、及时作出反映，使得著作权罪可以与时俱进，及时满足司法实践的需要。这种模式在司法运作中便于司法机关准确定位侵权与犯罪的界限，确定行为人的行为性质。对于著作权人和普通公民而言，也有助于他们分清侵权和犯罪的界限，及时和准确地采取诉讼措施，维护自己的合法权益。

三、保护强弱上，就目前而言，加拿大版权保护法律制度内容丰富，规定较为细致，但是刑事法律保护比较薄弱。就国内法来看，关于版权保护的相关法律法规，涉及刑事内容的较少，对于各种侵犯版权的行为规定不够细致，定罪量刑也不够充分，刑事法律适用上也较为薄弱，对于侵权行为以及盗版行为的处罚力度薄弱，缺乏足够的威慑，亟需改进。“此外，仅从适用对象上加以区别，较之于许多国家以数量作为标准的立法例，显得含混不清。”¹⁰²从国际法上来看，尽管加拿大是很多知识产权保护条约的缔约国，参加了很多知识产权条约、公约，但是将其转化为国内可执行的法律法规方面还有差距。直到今日，加拿大仍然没有签署 1997 年的《世界知识产权组织版权公约》。据报道，加国内市场假冒、盗版商品猖獗，每年流通的假冒、盗版商品市值大约为 200 亿至 300 亿加元。¹⁰³在国内，加拿大境内的制造商和出口商协会等组织也多次向政府提交报告，要求呼吁加拿大政府尽快制定或者修改相关法律，加强版权的保护工作，特别是加强刑事立法、执法力度，加强对盗版犯罪的打击力度和强度。经过上述的分析可以看出，加拿大就版权保护的实践已经证明通过民事诉讼的

¹⁰² 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，第 559 页。

¹⁰³ 参见 International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report Canada
<http://www.iipa.com.rbc.2007/2006SPC301 CANADA.pbf>。

手段对版权进行保护成本高昂，并且其可行性和有效性也是值得怀疑的。通过行政执法手段打击盗版问题，由于法律的空白面临同样的问题。所以，加拿大在版权刑事法律保护中的经验和教训是值得中国借鉴和参考的！¹⁰⁴

四、罪名体系上，加拿大刑法规定具有以下特点：在罪状设计上，侵犯著作权罪的主观要件上仅仅要求行为人故意的状态，而不是要求营利为目的；在客观要件上，规定了多种行为状态，并且采用行为犯的立法模式，对于侵犯著作权犯罪的成立不要求犯罪数额和犯罪情节上的强制性要求。在罪名体系上，基本上涵盖了侵犯著作权犯罪的各种行为方式，有关侵犯著作权犯罪的罪名体系内容比较丰富，罪种多样。在实践中出现的侵犯著作权有必要给予刑事规制的各种行为，都在刑法典和著作权法中有相应的罪名可以适用。

五、刑罚配置和受害人救济上，在刑罚配置上，从加拿大规定的著作权刑事制裁来看，以短期自由刑和罚金为核心，包含罚金刑和监禁刑两类，罚金刑数额较高，体现了严厉打击侵犯著作权犯罪的思想。受害人救济上，对于侵犯著作权犯罪除去刑罚措施之外，还规定了没收侵权复制品、用于侵权的工具、设备、材料、装置等，并规定了对于被害人的侵权损失。加拿大侵犯著作权罪的立法规定对于权利人的救济是比较充分和及时的，加拿大在通过刑罚惩罚侵

¹⁰⁴ 美国对于加拿大版权法的评价：“特别 301 报告”是美国贸易代表办公室公布的关于世界各国知识产权保护状况的年度报告，主要针对盗版软件、盗版光盘等问题。主要目的是审查世界各国是否对于知识产权提供有效的保护以及对于知识产权贸易是否提供公平开放的市场机制。报告根据各个国家的保护状况，将其分为三类：“一般观察国家”、“优先观察国家”、“306 条款监管国家”，美国政府据此决定时候进行贸易报复。2006 年，美国贸易代表办公室在发布的“特别 301 报告”中，将加拿大列为一般观察国家，并提出下列批评意见：加拿大作为世界知识产权组织互联网条约的缔约国，但是其国内程序没有批准该条约，也没有制定相关法律来执行该条约，使得其不能在加拿大国内适用。加拿大应当对版权法进行修改，以便于对通过电子形式传播的作品提供更加有效的保护。加拿大应当改善版权保护执法体系，以便有效的打击盗版，组织此类产品在市场上的流通。目前，加拿大边境服务署只能在接到法庭的司法指令之后，才能对盗版产品采取行动。因此，加拿大应该改善其边境执法体系，强化边境服务署的执法职能，使其能够掌握主动权，采取及时、有效的行动参与知识产权保护工作，并加强服务署同皇家骑警在该领域的合作。加拿大应当增加版权保护工作的人员配备，并使执法人员得到必要的培训，从而有效地开展工作。在 2007 年的“特别 301 报告”中，加拿大仍然被列为一般观察国家。但是，部分业界团体，如国际知识产权联盟（IIPA）以及美国电影协会，在 2007 年初已经向美国贸易代表办公室提出建议，建议将加拿大提升至优先观察国家名单，因为加拿大境内已经成为“盗版电影的天堂”，而且形成了较为严密的盗版犯罪网络，并由此推断出加拿大政府并没有尽力打击盗版犯罪，对于盗版电影的制作和倾销持默许态度。美国贸易代表办公室知识产权助理代表维多利亚·埃斯派（Victoria Espine）在 2007 年 4 月 30 日的记者招待会上表示，美国愿意相信加拿大政府将会尽快解决这些问题，并表示加拿大已经在版权保护上做出努力。参见：International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report Canada <http://www.iipa.com.rbc.2007/2006SPC301 CANADA.pbf>；International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report Canada <http://www.iipa.com.rbc.2007/2006SPC301 CANADA.pbf>；周绍伟编译：《USTR 特别 301 报告未能符合美国业界期望》，2007 年 5 月 4 日，www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no55/1.pbf。

犯著作权犯罪人的同时，注重对于被害人物质上所遭受损失的补偿。根据加拿大相关法律的规定，对于犯罪所得的财物以及犯罪财产，不同于中国的统一收归国有，而是交给著作权受害人，以补偿著作权受害者的损失，这样不仅做到物尽其用，避免社会资源的无端浪费，而且有利于补偿当事人受到的损失。

六、诉讼模式上，加拿大采用公诉模式。对于较为严重的侵犯著作权行为，加拿大采用公诉主义模式，当然，这并不排除著作权人个人对于侵权行为以及侵权者的起诉追偿的权利。加拿大这种公诉为主，自诉补充的诉讼模式可以充分利用国家资源来完成对著作权人保护的任務，同时，保障了著作权权利人的自我起诉追偿的权利，有利于社会资源的合理有效配置。

3.2 中加著作权刑事法律保护特点的成因

中国和加拿大在著作权刑事法律保护上的种种异同是由两国历史文化以及现实国情所决定的，是内因与外因，历史与现实综合作用的结果。

3.2.1 历史文化的印记—价值取向之选择

中国传统法律以秩序为最高的法律价值，传统法律亦是社会本位之法律。中国侧重于社会公共利益的维护，视侵犯著作权的行为不仅是对个人利益的侵害，更为严重的是对社会公共利益和社会秩序的侵害，并且将侵犯著作权罪置于破坏社会主义市场经济秩序一章中，而不是置于侵犯财产罪一章。在中国刑法的价值取向中，社会利益重于个人利益，社会本位色彩浓厚。

加拿大刑法理论注重于私人的私权，认为著作权是个人的私权利，侵犯著作权是对私权利的一种侵犯，给个人造成严重的经济损失。在刑法的人权保障机能和社会保护机能、维护个人私权与维护公共利益相冲突的时候，加拿大更加重视对于人权保障功能和私权的维护。因而更加注重保护私权，根据权利人遭受的损失程度决定犯罪行为的社会危害性。因此，加拿大刑事立法采纳个人权利本位，注重对于私权之维护。

3.2.2 法系传承的积淀—立法模式之成因

中加法律传统是不同的：从形成时间上，中国法制传统根源于夏商周，成型于春秋战国秦汉，成熟于魏晋隋唐，发展固化在宋元明清；加拿大受英法影响深远，特别是英国法律制度，脱胎于英国法制传统。从哲学基础上说，中国法治以儒家为基础，礼法合一，将国家、民族利益置于个人利益之上；加拿大则同英美法系传统一致，注重国家集体与个人之分野，并且注重利益均衡之维护。从法律形式上来说，中国法律以成文法为基础，并且重视刑法之作用，以刑罚维护国家集体之利益，不重视个体利益之保护；加拿大法律则以判例法为基础，重视私人利益之维护。

中国传承大陆法系之传统，注重成文法之制定，并且严格法律部门之划分，刑事法律部门与其他法律部门区分明确。在著作权刑法立法模式上，采纳刑法定典之立法模式。加拿大长期作为法国和英国的殖民地，其法律的形成与英国和法国有十分密切的关系，其法律制度是以判例法为基础的普通法系为基础，加拿大法律制度主要是以英国普通法为基础发展而来，如同加拿大阿尔伯塔大学法学院教授杰拉尔德·高尔（Gerald Gall）所言：“英国法律传统的影响在我们制度中的许多方面都能让人感觉到，英国传统是我们的制度得以运转的许多程序和观念的基础。”¹⁰⁵这从加拿大法治的发展途径可以看出。¹⁰⁶在著作权刑法制定中，加拿大采纳附属刑法与刑法典相结合的立法模式。

3.2.3 经济发展的阶段—保护内容之强弱

强保护和弱保护都是相对而言的，从经济分析的角度进行分析，强保护和弱保护的划分标准就是能否通过法律的正当程序来保证知识资本投资者的私人投资能否得以回报。激励私人投资是强保护之目的，用法律保证知识资本投资

¹⁰⁵ Gerald Gall, *The Canadian Legal System*, Carswell, 1990, p.49.

¹⁰⁶ 加拿大法制基础是源于英国法的。1670年，英国殖民者根据哈德孙湾公司宪章，英国法首次被引入加拿大西部；之后的1758年，新不伦瑞克和新斯科舍引进英国法；1756年至1763年，英法之间进行“七年战争”，法国战败之后将其北美殖民地割让给英国，此后至1867年的百年间，加拿大成为英国殖民地；1763年英国颁布《皇室公告》，代议制和英国的法律制度在加拿大推广；英国法于1773年在爱德华太子岛、1792年在安大略省、1858年在不列颠哥伦比亚省、1870年在阿尔伯塔和萨斯喀彻省先后得到推广；英国的刑法和民法也在魁北克省得到实施，直到1774年英国颁布《魁北克法案》才使其法国法传统得以恢复，并延续至今，但是刑法上却长期采用英国法。1865年，英国议会通过《殖民地法律有效法案》，规定除去英国制定的专门针对殖民地的法律继续有效外，其他法律无效；1867年，《不列颠北美法案》颁布，加拿大建立了联邦，成为英国的一个自治领，并朝着独立的方向发展；1931年，《威斯敏斯特法》颁布，除非应加拿大请求，英国议会不得为加拿大立法；并且规定即使加拿大联邦及各省的法律与英国法抵触也一样有效。加拿大及其法制逐渐走向了独立发展的阶段。

者的利益得以保证，从而提供生产之驱动；弱保护之目的设想在于首先保证公众以较为低廉的价格获取知识财产，比较之下其对于知识投资者的投入能否收回并不那么关心。尽管这样的设想未必成为现实，一个显而易见的例子就是尽管中国对于知识产权保护是较弱的，但是普通群众仍然感觉知识产权产品价格难以承受。¹⁰⁷

从中国现阶段经济发展阶段处罚考察中国著作权法律保护现状，对于著作权保护战略一方想要与国际水平接轨，融入世界潮流的发展趋势，切实加强著作权保护水平；一方面却屈从于国内种种压力，害怕陷入技术包围的怪圈，存在一种犹豫不决、忽左忽右的心里状态。导致的后果就是著作权的保护忽紧忽松，很不稳定。这样的心理状态不仅不利于中国知识产权的保护，不利于民族文化的复兴，并且直接影响了中国在国际上的声誉和地位。对于著作权保护，运用何种战略应当权衡其所带来的利弊，尤其要考虑的是其对长远发展的影响。对于著作权实行弱保护肯定是短视的，如果仅仅是为了暂时降低成本，节省资金，从表面上看是减少了对外的依赖，达到了“保护”民族产业的目的，但是对侵权行为甚至是犯罪行为却进行放任；所以从更深层次而言，从本质上来说，其主张了不思进取、消极懈怠的文化氛围和社会环境，对于创新社会的形成是致命的。如果创新成果得不到很好的保护，那么，无人再去投入巨大的人力物力从事创新科研，新的成果不能出现，最终国家的经济增长以及文化产业都要受到拖累。

加拿大自 19 世纪 60 年代成立后，致力于发展统一的民族文化，但是加拿大内部面临民族认同的问题，外部面临美国的文化渗透。¹⁰⁸所以，虽然加拿大处于发达国家的序列，但是在文化策略上实行的并非是很强的保护策略，以引导国内文化产业的发展。

3.2.4 现实国情的选择—诉讼模式与被害人救济

¹⁰⁷ 刘茂林著：《知识产权法的经济分析》，法律出版社，1996，第 83 页。

¹⁰⁸ 加拿大的文化安全不仅有内部的挑战，也面临着外部的威胁。就外部的威胁而言，美国文化的渗透是最为严重的问题。美国文化对加拿大的影响首先源自两国地理与文化上的接近，其次是美国大陆主义思潮的泛滥，再次是美国的强大所带来的文化压制和诱惑。加拿大政府一直致力于创建一个不同于美国的民族，然而扬基文化不仅越过了加拿大的边界，还在其国土上大行其道，对其民族文化造成了极大的冲击。

由于法治基础以及执法资源等现实国情的原因，中国在著作权刑事立法及司法中更为关注著作权犯罪行为对于社会管理和经济秩序所造成的侵害，而对于著作权权利人的损失却很少考虑，对于侵权行为给权利人人身权和财产权所造成的危害更是无从关注，立法上规定了主观上的营利为目的、客观上规定了违法数额较大等要件，司法上以公诉程序为主。同样，过分强调刑法的社会本位色彩也导致在刑事司法过程中，立法机关和司法机关认为刑事司法和刑事立法之全部目的在于通过法庭的正当刑事程序以及相对合理的证据来给犯罪人进行定罪处罚。这种观点将处理犯罪行为、处罚犯罪人仅仅认为是国家公权力机关的事情，而将被害人忽视，将被害人利益边缘化。

加拿大出于经济发展阶段以及文化战略选择等现实国情，在著作权刑事法律保护诉讼模式上同意采纳公诉模式，但是加拿大刑法以及著作权法等法律对于著作权权利人却规定了较为完善的救济措施。

第4章 中国著作权刑事法律保护的完善

4.1. 著作权刑事法律保护宏观视野

从抄袭模仿到创新，再从创新到自主，可以从两个方面对一个国家著作权刑事法律保护的状态进行考察：一是纵向之比较，从历史发展的角度来看一个国家著作权刑法保护状态的变化发展；一是横向比较，从整个世界来比较一国对于著作权保护的力度以及重视程度。一般而言，如果一个国家的知识经济在一个国家经济上占据重要的地位，那么，这个国家著作权刑法对于著作权保护的广度就越广，力度也就越强。一个国家在其主要的支柱产业上以及经济增长方式上是否将“知识经济”视为其发展战略，并且其对于著作权进行何种水平的刑事法律保护方面上，可以判断出这个国家的经济发展水平以及经济前景。当然，任何的制度选择都会隐含着社会的成本，且不说制度转型以及视为转变所需要的时间，仅仅是中国现今的著作权刑事法律保护，其法律成本就是高昂的，因为，这是成长的代价或者说是战略转型必然要做出的选择。换言之，以短时间的阵痛换取长远的发展，我们必须要有战略眼光。因此，无论从著作权发展自身的需要还是国际潮流的发展而言，著作权刑事法律保护必须进一步发展，“爱之切，故言之也苛”，使中国今后刑事立法进一步完善，是我们讨论刑法修改的心境。¹⁰⁹

时至今日，著作权创造者和著作权消费者的区别已经不再是泾渭分明，两者呈现融合的趋势。发展中国家应该顺应国际形势的变化，重视著作权对于文化促进的功能，将著作权视为发展其独立的文化特性并积累发扬民族文化遗产的重要工具。阿里克汉曾经有言，任何希望激发本国作者、作曲家或艺术家，从而希望增进本民族文化遗产的国家和民族，对于其版权必须提供有效的保护。从经验出发可以得知，著作权的保护在一个国家的发展中占有重要的地位，国家的文化遗产丰富与否，国家创新的程度如何，在很大程度上依赖于著作权的

¹⁰⁹ 范忠信：《刑法定应力求垂范久远》，《法学》1997年第10期。

保护水准。保护水准越高，越是能够鼓励创作，激励创新，文化产品越是丰富，创新动力越强，由此，国家声誉越高，文化越是发达，国家竞争力就越强。著作权实在是社会、经济、文化发展的重要条件。制度创新决定技术创新，正是制度的不断进步促进了技术的不断发展，如果没有强有力的版权保护，繁荣的文化事业也就不会出现。金钱的鼓励可以为创新提供刺激¹¹⁰，但是，只有制度的完善和法律的保护才会让创新的源泉永不枯竭。著作权是作者的自然的财产权利，对于著作权的强有力的保护同样是国家文明的象征：如果对于国外的著作权不加以保护，就会损害作者的权利，这样就有悖于公平正义的理念；加强对著作权的保护可以激励本国文化科技的发展，因为如果对于国外著作权保护不利，那么，价格低廉的国外作品就会源源不断的冲击国内市场，本国的文化事业永远不会发展强大。

对于著作权太过简单的保护方法不能满足其多样性的需求，或者说是其被侵害的复杂性以及救济请求的复杂性要求的风险。民事以及行政的救济可能会满足某些需要，但是，其并非能够适应所有的侵害者救济，不能提供强有力的最后保证。另一方面，狭隘的保护视角应该也要避免，这样不仅会与全球的发展趋势相违背而陷入孤立的境地。而从长远来看，自己国家的利益也最终会受到侵害。对于著作权在中国立法保护而言，必须认识到单方面立法可能导致的局限性，此种立法只是存在于一国之内，并且适用于一国之内，其并不被国际社会所接受。因此，如果一国的立法不能与国际社会规则相适应，只能是被动的孤立，而且永远也不会在国际社会上争取到主动性的地位，只能被动的去适应。只有当第三方的侵权发生于国内之后，该国的法院才可以应用国内的相关法律予以解决，进行处理案件。与此相反，如果侵权行为发生在其他国家境内，那么，只能适用于该第三国的国内法律，不能争取到国际规则的使用，更何况本国法律。有形可见利益的损害无论何其巨大，都是可见的并且是可以计算的，但是无形损失就难以计算了。一个国家如果不能与国际潮流相适应，那么，其很有可能陷入孤立的境地，不仅仅是与法律相关，并且在政治、经济、文化等

¹¹⁰ “付给数学家的报酬和提供奖金是刺激努力出成果的人为办法，而一项专为包括新思想、发明和创新在内的知识所有权而制定的法律可以提供更为经常的刺激。没有这种所有权，便没有人为社会利益而拿出财产冒险。”参见[美]诺斯·托马斯：《西方世界的兴起》，华夏出版社，1999，第8页。

一系列相关的国际事务中，都会给人以不负责任的印象，那么，这个国家将永远不会有巨大的国际影响力，也永远不会成为世界性的大国。

就中国而言，著作权是否需要刑法的保护，可能涉及很多理论问题和复杂的社会讨论，但是，在当今世界潮流之下，以及中国融入世界的步伐之下，特别是参加《TRIPS》后，问题会变的很简单：融入世界，争取先行，既然著作权的刑法保护已经成为世界潮流并被写入国际性的文件，那么只有尽快去适应，争取主动。当然，法律要与特定国家的政治、经济、文化、历史传统相适应，著作权刑事法律保护亦不能例外。在中国著作权刑事法律保护完善过程中，也要从国情出发，合理借鉴和移植，准确立法目的，完善立法模式，严密刑事法律，并且与著作权法等相关法律保持协调和一致。

4.2 著作权刑事法律保护之立法完善

4.2.1 著作权犯罪立法模式之完善

考察世界上主要著作权刑事立法模式，各有利弊。结合中国著作权刑事立法实际，在立法模式上可以采用设置附属刑法的模式。附属刑法可以作为著作权法等单行刑法的组成部分，又因其性质而与刑法典以及单行刑法相照应，构成完整的刑法体系。其能够伴随非刑事法律，及时适应形势的变化并得以贯彻实施，可以及时完善弥补刑法典的滞后性及缺陷不足，已经被很多国家所采用。¹¹¹采用附属刑法的立法模式，可以调节刑法典的稳定性和不断变换的社会关系之间相适应的矛盾。刑法典与附属刑法相结合的立法模式可以及时、灵活地对新出现的犯罪予以刑法规制，既可以有效弥补刑法典对于社会反应的滞后性之缺点，保障刑法典的稳定性和严肃性，又可以跟进社会形式的变化，及时给权利人以相应的救助，因而可以作为完善著作权刑事立法模式的合理选择。¹¹²

4.2.2 著作权犯罪构成要件之完善

¹¹¹ 参见储槐植著：《附属刑法规范集解》，中国检察出版社，1992，前言部分。

¹¹² 参见刘科著：《中国知识产权刑法保护国际化研究》，中国人民公安大学出版社，2009，第144-145页。

对于侵犯著作权罪在主观要件上取消“以营利为目的”的限制。著作权刑事法律保护目的在于制裁侵权以维护权利人利益，并不以制裁营利为重点。营利与侵权行为之间并无直接的因果关系，“以营利为目的”的限制是从犯罪人的角度而非从受害人的角度着眼。¹¹³

对该罪客观方面，取消数额限制的要求，从而使得该罪由情节犯和结果犯向行为犯转化，使得侵犯著作权罪有更大的包容性。同时，改变从犯罪人的角度考察犯罪对社会危害性的模式，而是从被害人或者被害人所受损失的角度来考察犯罪。¹¹⁴对于侵犯著作权罪罪名体系上应该增加新的类型。中国现行刑法只是将侵犯著作财产权的行为规定为犯罪，对于著作人人身权和作者精神权利则未作规定，这种保护是不全面的，要考虑加以完善。

4.2.3 著作权犯罪刑罚体系之完善

贝卡利亚曾经对于刑罚之目的做出过精彩的论述，可以概括为惩前毖后、治病救人。¹¹⁵中国侵犯著作权罪刑罚体系是以自由刑为主，并且与世界其他国家相比相当严厉，但是，刑罚体系不合理、不严密，并未达到很好的效果。¹¹⁶应

¹¹³ “以营利为目的”的主观要件设定的结果就是将大量未营利，但是严重侵害著作权人利益的行为排除在刑法制裁的范围之外，这有悖于刑法保护的本来目的。同时，取消“以营利为目的”的限制可以更好的制裁网络侵犯著作权的行为，网络侵权行为操作容易，破坏性大，但很多不是以营利为目的。从刑法体系的协调上看，同属知识产权的商标权、专利权、商业秘密等犯罪并未设定此主观目的，仅仅对著作权做出限制，造成了刑法体系的不协调；而世界上多数国家并未将营利为目的，作为侵犯著作权罪的主观要件，取消此目的可以使刑法体系更为协调科学并更好的与世界接轨。

¹¹⁴ 赵秉志著：《侵犯著作权犯罪研究》，中国人民大学出版社，2008，第317页。

¹¹⁵ 贝卡利亚认为，刑罚的目的不是要摧残、折磨一个感知者，也不是要消除已经犯下的罪行，刑罚的目的仅仅在于：阻止犯罪人重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙。参见[意]贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社，1993，第42页。

¹¹⁶ 世界主要国家侵犯著作权罪的刑事处罚：

国家或地区	刑事立法规定的最高刑期及罚金数额上限	刑事立法规定的最低刑期及罚金数额下限
日本	3年有期徒刑或100万日元罚金	1年以下有期徒刑或10万日元以下罚金
德国	5年监禁或罚金	1年以下监禁或罚金
法国	10年有期徒刑或150万欧元罚金	
印度尼西亚	5年监禁或500万之印尼盾	9个月以下监禁
美国	10年监禁或100万美元罚金	
韩国	7年有期徒刑或7000万韩元罚金	
英国	2年监禁，并处或者单处罚金	6个月以下监禁，并处或单处罚金
中国香港地区	8年有期徒刑，并处或者单处50万港币罚金	
中国台湾地区	7年有期徒刑，并处或者单处45万新台币罚金	3万元新台币以下罚金
中国澳门地区	4年徒刑，并处或者单处480日罚金	1年以下徒刑，并处或者单处240日罚金
中国内地	7年有期徒刑，并处罚金	3年以下有期徒刑、拘役或单处罚金
加拿大	5年监禁，并处或者单处100万加元以下罚金	2年监禁，或者单处25000加元以下罚金

表格数据参见刘科著：《中国知识产权刑法保护国际化研究》，中国人民公安大学出版社，2009，第96

该完善著作权罪刑罚体系，改变现行刑罚种类单一、刑罚幅度不合理等问题，重视罚金刑的作用，辅以其他刑罚类型，合理构建著作权犯罪刑罚体系。

4.3 著作权刑事法律保护之司法完善

4.3.1 著作权刑事诉讼方式之完善

中国著作权刑事诉讼形式为公诉、自诉相结合的模式，但是由于法律规定的模糊性和冲突，并非明确，对于权利人保护自己的权利和维护社会公共利益的保护也是不利的。建议中国应该建立自诉为主、公诉为辅的诉讼模式，除了著作权罪常业犯、累犯等对于社会公共利益和国家管理秩序造成严重侵害的侵犯著作权行为之外，其余实行自诉。这样既可以充分保护著作权人的利益，也节省国家的诉讼资源，便于公诉机关集中精力针对严重的侵犯著作权犯罪行为，充分实现著作权犯罪的立法目的。

对于证据规则方面，在著作权罪自诉模式中，可以考虑举证责任倒置的方式以减轻权利人的举证负担。前文已经分析，侵犯著作权罪严重侵害了权利人的人身权和财产权，实行自诉方式可以更便于权利人维护自己的利益，但是由于权利人自身力量的限制，在搜集证据、取得证据方面会存在困难，举证责任倒置可以解决这个问题。¹¹⁷

4.3.2 著作权刑事被害人刑事救济

在中国著作权刑事法律保护中应该确立受害人补偿优先的原则。中国现行刑法规定对于查获的违法所得和侵权复制品一律予以没收，同时可以对被告人

页。通过数据分析可以看出，大多数国家对于侵犯著作权罪除去自由刑之外，对于罚金刑都作出了数额的要求并且侧重于罚金刑。

¹¹⁷ 新修订的《著作权法》就采取了举证责任倒置的方式，第52条规定：“复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。”在刑事诉讼中可以参照立法，自诉人提出犯罪人犯罪和需要追究刑事责任的证据，此后的证明责任转移到被告身上，必须提出自己无罪的证据，否则可以认定其有罪，以实现举证责任的转移。这样可以解决自诉人自身力量单薄难以取证而不能追究犯罪人责任的问题，也可以节约诉讼成本，实现对于私权和公权的双重维护。

单处或并处罚金，司法实践中更是注重对于侵权人的处罚而忽视对于受害人的补偿。确立受害人补偿有限的原则，首先，当民事赔偿与刑事处罚产生竞合时，民事赔偿优先。刑事责任本质上是对国家的责任，但是鉴于著作权的私权性质，侵犯著作权的行为对于被害人的利益侵犯相较于国家管理秩序更为直接，不能牺牲遭受侵害的权利人的利益追求对市场秩序的维护。其次，对于没收的供犯罪人使用的本人财物即犯罪工具，优先赔偿被害人的损失。对于没收的侵权物品以及违法所得，收缴之后优先用于对被害人的赔偿。¹¹⁸

¹¹⁸ 在我国司法实践中，很多侵权物品仅仅是因为缺乏权利人的授权而在知识产权方面存在瑕疵，但是物品本身仍然具有价值，甚至与正品无异。我国很多地方的行政机关和司法机关为了显示打击盗版的决心和态度，制造声势，威慑其他犯罪人，通常是将侵权物品通过碾压、焚烧等方式予以破坏，变成废物甚至是垃圾。这种处理方式不仅浪费资源、污染环境，而且也不利于保障受害人的利益。如果将具有价值、不会产生不良影响的侵权物品交给被害人处置，则可以做到物尽其用的同时，有保障了被害人获得赔偿提供了途径。参见赵国玲、王海涛主编：《知识产权犯罪中的被害人—控制被害的实证分析》，北京大学出版社，2008，第292页。

结语

对待事物之态度，我们需要的是冷静的分析和准确的判断，而不是简单的辩护或者是强烈的指责，后两种情绪常常使人陷入错误的认识和判断。

就著作权刑事法律保护而言，用国家政策容忍盗版行为，为盗版寻找借口，那么，后果很可能是这个国家在未来的竞争中将难以有立足之地，在世界未来的知识经济创新竞争中难以有所作为，继续受制于人。著作权难以创作，易于复制，表面来看，容忍盗版可能是最为快速便捷的方式，但是，对于盗版行为的纵容开脱，其实并不能保护较为弱小的本地版权所有者，因为，软弱的著作权保护水平使得盗版猖獗，外来的强大的版权所有者可以承受暂时的损失，但是这将是弱小的本地版权所有者所难以承担的。

长此以往，外来的强大的著作权所有者在广泛的市场和资本支持下，以及在本国强有力的版权保护下仍然可以继续发展，但是对于本国的著作权所有者来说，没有强有力的国家保护，也没有强大的资本支持和市场支撑，那么，就难以发展，永远处于被扼杀的状态。版权所有者为了保护自己的版权，为了维持生存，不得不花费额外的时间和精力来采取保护措施，加大的成本最终影响自己的竞争力和生存力。

信息时代的到来，加剧了很多隐忧，如果没有自己的核心知识产权，在盗版产品的基础上发展起来的重大信息产品，其安全性无从保证，没有信息之安全，创新发展又从何谈起？遗憾的是，人们往往注重眼前之小利，而不见将来之前景。盗版方便、快捷、便宜，可以带给人们眼前的满足，能够获得低廉的产品，这是可以眼见的现实；国家创新能力的发展，未来竞争的能力，这是将来的事情。

在中国当代前工业化时代，农耕时代的思维方式会占据上风，选择前者是正常的。著作权的保护在欠发达的国家里，经常是难以进行的，著作权的受害人也经常成为受人鄙视和谴责的对象。这些理念上的定势以及社会上的风气使得发展中国家在著作权的保护上，以及在立法司法上经常难以取得社会的支持

和群众的认可，所以难以有效的取得足够的资金支持，时常面临政治性和社会性的难题。¹¹⁹

在著作权的保护方面，如果继续迁就于所谓的中国现实国情与历史包袱，仅仅是维持现有的著作权保护水平，或者是后退。那么，中国著作权的前景可以预测的后果是：在高科技领域难以创新从而丧失由世界性竞争优势的核心技术，在文化领域难以产生具有影响意义的优秀作品从而使得民族文化难以复兴。一个国家，单单是依靠有形财富的积累是难以成为具有巨大影响的世界性大国，且被广泛承认。只有通过无形资产的积累，才可以真正实现民族的复兴，成长为真正的大国。

就中国著作权的刑事法律保护而言，最恰当之政策为从实际出发、事实求是，立足国情、放眼世界、审时度势、适当超前，著作权保护战略要符合国情、维护民族利益、引领世界潮流，真正有利于科学技术的研发，优秀文化的创作。在著作权的保护方面，与其是畏缩不前去被动适应，不如去制定具有世界水平的著作权保护战略来引领潮流。

国际著作权制度发展的一个重要趋势是符合国际公约的最低保护要求，使得各国著作权保护制度呈现了日益接近的趋向。对于著作权，人们的认识有着共同的基础，差别只是在于各国的步伐不一致。从长远来看，在当今世界一体化趋势的形势下，只有尽早顺应国际潮流的发展才可以有利于自身的发展并占尽先机。如果不顾及国际上大多数国家的做法，在国内使用著作权时，有可能损害外国作者的权益，引起国际争端，同时也是对自身在国际上发展的限制。

通过世界性的著作权刑法比较，并不是去照抄什么或者是单纯的去模仿，而是作为一个参照。也不是夜郎自大的心态去鄙视国外，或者是妄自菲薄盲目借鉴，在著作权刑事法律保护问题上，如果没有宽广的胸怀和长远的眼光，不能认识世界水平的著作权保护，那么，塑造世界水平的著作权刑法也就是天方夜谭。只有通过比较、参照，才可以看清楚中国的著作权保护水平以及初级阶段的保护水平，才能够真正取长补短，让中国著作权的保护“像钢铁一样坚硬，而不是像豆腐那样软弱”。¹²⁰

¹¹⁹ 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，第28页。

¹²⁰ 参见国务院总理温家宝2006年9月5日接受欧洲五家媒体的联合采访时的讲话：“知识产权定能像钢铁一样硬”。

在结语之际，今年 2 月欧洲十多个城市有数以万计的民众冒着严寒游行，抗议备受争议的反盗版贸易协议(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA)，批评有关协定变相对互联网作审查，限制资讯自由，侵犯人权及私隐。ACTA 旨在支持国际社会保护知识产权，形式包括打击翻版货，但协议中打击网上非法下载的条款被炮轰为扼杀网上自由，部份条款太含糊，执法时容易出现不同标准。ACTA 去年于东京签订，目前已签署的国家有美国、日本和南韩等，还有波兰及捷克等欧盟国家。但因民间反弹太大，波兰及捷克均已经搁置了正式批准及生效的协议，德国亦宣布会延迟签署。中国早已实施严格管制网络，但加拿大可能是唯一置身于外的少数西方发达国家之一。

到底“言论资讯自由和人权”和“知识产权刑法保护”的平衡点在哪里，也许是“敢问路在何方，路在脚下”！

参考文献

一、著作类

1. 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。
2. 赵国玲、王海涛：《知识产权犯罪中的被害人—控制被害的实证分析》，北京大学出版社 2008 年版。
3. 赵秉志、田宏杰：《侵犯知识产权犯罪比较研究》，法律出版社 2004 年版。
4. 郑思成：《版权法》，中国人民大学出版社 1990 年版。
5. 刘春田：《知识产权法》，中国人民大学出版社 1995 年版。
6. 谢望原：《加拿大刑事法典》，北京大学出版社 2008 年版。
7. 赵秉志：《侵犯知识产权犯罪研究》，中国方正出版社 1999 年版。
8. 赵秉志：《侵犯著作权犯罪研究》，中国人民大学出版社 2008 年版。
9. 赵秉志：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社 1997 年版。
10. 赵秉志、田宏杰：《侵犯知识产权犯罪比较研究》，法律出版社 2004 年版。
11. 陈兴良：《经济刑法学》（总论），中国社会科学出版社 1990 年版。
12. 陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社 1992 年版。
13. 李明山：《中国版权保护政策研究》，河南大学出版社 2009 年版。
14. 赵国玲：《知识产权犯罪调查与研究》，中国检察出版社 2002 年版。
15. 龚培华：《侵犯知识产权犯罪构成与证明》，法律出版社 2004 年版。
16. 储槐植：《刑事一体化与关系刑法论》，北京大学出版社 1999 年版。
17. 杨士虎：《中国加拿大知识产权法比较研究》，中国科学出版社 2010 年版。
18. 赵国玲、王海涛：《知识产权犯罪中的被害人—控制被害的实证分析》，北京大学出版社 2008 年版。

19. 储槐植：《附属刑法规范集解》，中国检察出版社 1992 年版。
20. 刘科：《中国知识产权刑法保护国际化研究》，中国人民公安大学出版社 2009 年版。
21. 刘科、程书兵：《侵犯知识产权犯罪专题整理》，中国人民公安大学出版社 2008 年版。
22. 邵小平：《著作权刑事保护研究》，华东政法大学出版社 2010 年版。
23. 江伟、张为安、元明：《知识产权刑事保护研究》，法律出版社 2004 年版。
24. 王志广：《中国知识产权刑事保护研究（理论卷）》，中国人民公安大学出版社 2007 年版。
25. 刘茂林：《知识产权法经济分析》，法律出版社 1996 年版。
26. 赵秉志：《面向 21 世纪的中国刑事法学》，
<http://www.criminallaw.com.cn/foreland/meeting>.
27. [意]贝卡利亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版。
28. [英]边沁：《立法理论——刑法典原理》，李贵方、陈兴良等译，中国人民公安大学出版社 1993 年版。
29. [美]理查德·波斯纳：《论剽窃》沈明译，北京大学出版社 2010 年版。
30. [美]诺斯·托马斯：《西方世界的兴起》，华夏出版社 1999 年版。
31. [美]E.博登海默：《法理学：法律哲学和法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版。
32. Gerald Gall, *The Canadian Legal System*, Cars well, 1990.
33. Carla Hesse, *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*, California: University of California Press, 1991.
34. Mikko Huuskonen, *Copyright, Mass Use and Exclusivity*, University Printing House, Helsinki 2006.
35. William Fisher, *Theories of Intellectual Property*, in *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, S. Munzer(ed.), Cambridge University Press, 2000.

36. L. Ray. Patterson&Stanley W. Lindberg, The Nature of Copyright: A Law of USERS' Rights.1991.

37. Canada Sub-Committee on the Revision of Copyright, A Charter of Rights for Creators (Ottawa: Standing Committee on Communications and Culture, 1985).

38. A. Samuel Oddi, TRIPS—Natural Rights and a Polite Form of Economic Imperialism, 29 Vand. J.T ransnat' l L.415(1996).

39. General Editor Dennis Campbell: Copyright Infringement, Printed and bound in great Britain By Athenæn m Press Ltd, Gateshead, Tyne&wear, 1998.

二、论文类

1. 谢望原、张雅：《略论中国内地的知识产权保护刑法保护》，《现代法学》2003年第5期。

2. 李文燕、田宏杰：《著作权刑事立法保护比较研究》，《山东公安专科学校学报》2004年第3期。

3. 胡驰：《侵犯著作权犯罪比较研究》，《刑法问题与争鸣》2002年第5辑。

4. 刘杲：《我国加入国际版权公约的前前后后》，《著作权》2000年第5期。

5. 何志鹏：《知识产权与国际经济新秩序》，《法制与社会发展》2003年第3期。

6. 储槐植：《再说刑事一体化》，《法学》2004年第4期。

7. 刘艺工、杨士虎：《加拿大知识产权法概论》，《社科纵横》1999年第5期。

8. 高铭暄、莫开勤：《论侵犯著作权犯罪》，《法制与社会》1996年第1期。

9. 杨玉兰：《应当重视和发挥我国刑事法律在著作权领域里的保护作用》，《现代法学》1995年第5期。

10. 龚望林：《论著作权和著作权有关权益的刑法保护》，《江西法学》1995年第5期。

11. 周蕊：《新刑法第217条：罪名如何定》，《中国律师》1999年第11期。

12. 范忠信：《刑法典应力求垂范久远》，《法学》1997年第10期。

13. 何山：《著作权法制定的回顾》，《著作权》双月刊(2002年起改名为《中国版权》双月刊)2000年第五期。

14. 沈仁干:《有关中国著作权法制定的回顾》,《著作权》双月刊(2002年起改名为《中国版权》双月刊)2000年第五期。

15. 周林著《稿酬的故事》,2001年1月9日《中华读书报》。

16. 瑞托·赫尔提:《论非物质产品与文化遗产法律保护的基本原理》,郑俊杰、马利译《知识产权年刊》2009年号。

17. 周绍伟:《USTR 特别 301 报告未能符合美国业界期望》,2007年5月4日, www.tradelaw.nccu.edu.tw/epaper/no55/1.pbf。

18. 章忠信:《中华人民共和国强化打击盗版之刑罚标准》, <http://www.copyrightnote.org/statute/cn0054.html>。

19. 章忠信:《中华人民共和国著作权法制发展重要纪事》, <http://www.copyrightnote.org/paper.htm>。

20. 最高人民法院民三庭 2003 年 5 月 19 日《知识产权刑法保护有关问题的调研报告》, http://news.xinhuanet.com/legal/2004-12/22/content_2367057.htm。

21. 徐建波、邹云翔:《侵犯知识产权犯罪司法解释疑难八题》, www.myipr.com/suma/2005-05/2577.html。

22. International Intellectual Property Alliance 2006 Special 301 Report Canada, <http://www.iipa.com/rbc.2007/2006SPC301 CANADA.pbf>。

23. details Kurz ,”Weltgeschichte des Erfindungsschutzes”393 et seq.(2000).

24. U.S.Copyright Office , Copyright Laws of the United States of America,1783-1862.

25. Jessica Litman, Digital Copyright (Amherst: Prometheus Books, 2001).

三、网站类

1. 章忠信: 著作权笔记网站, <http://www.copyrightnote.org/>。

2. 加拿大版权法, www.media-awareness.ca/english/resources/legislation/canadian-law/federal/copyright-act/cdn-copyright-ov.cfm。

3. 加拿大刑法典, www.efc.ca/pages/law/cc/cc.html。

4. International Intellectual Property Alliance 2007 Special 301 Report Canada, <http://www.iipa.com/rbc/2007/2007SPEC301 CANADA.pbf>。

5. The Radio communication Act states in Section 9(1)(c),
www.ic.gc.ca/cmb/welcomeic.nsf/ICPages/SubjectSpectrum.
6. Criminal offence, Satellite Piracy,
<http://www.rcmp-grc.gc.ca/fio/intellectuai-e.htm>.
7. Criminal offence, Screener Abuse,
<http://www.rcmp-grc.gc.ca/fio/intellectual-e.htm>.
8. Criminal offence, Special Occasion Videos,
<http://www.rcmp-grc.gc.ca/fio/intellectual-e.htm>.
9. COPYRIGHT ENFORCEMENT POLICE, [http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/cep/index. Html](http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/cep/index.Html).
10. www.canadianheritage.gc.ca/pcch/min/discours-speech/2005-05-09-e.cfm.

致 谢

所呈交的论文在编写时一直得到导师谢望原教授热心和耐心的指导和教诲，谨此向谢老师致以衷心的感谢。藉此多谢本人任职的香港中怡集团许晋乾董事长、许晋亨董事长、许建中董事、许建德董事、公司管理层彭祖康先生(Mr. Andrew Pound)、梁耀芬女士和许秀祝女士及各同事同仁多年来的鼎力支持和鼓励；感谢中国人民大学法学院田宏杰教授、香港特别行政区政府律政司副刑事专员沈仲平教授、北京市第一中级人民法院刘福春师兄、加拿大李世昌博士(Dr. Michael Lee)和 Mr. Wayne Lendhart 大律师、加拿大国家工程研究院工程研究科学家尔玛工程博士(Dr. M.Y. Fisekci, 退休)等的关心和指导；感谢我公司在香港的助理苏丽华女士和刘桂萍女士、昆明的王霖女士和北京的徐泉女士等协助和支持；更是无言的感谢陪伴本人一生 40 年来一直在我背后不断地鼓励和祝福我、不离不弃、毫无怨言、悉心照顾我的妻子蒋张蓓莉。

本论文可以顺利完稿，并使所研究的论题取得了一定的研究成果，他们的鼎力支持和默默关心，本人谨此向他们再致以诚挚的谢意。

在研究本文论题时，本人参考了各国专家的专著、教材及文选，限于论文体例，不能一一列名致谢，敬请谅解并借此致真诚的谢意。

学生：蒋松华

2012-04-10