

Study on Criminal Precedents and Interpretations

2006年第1、2辑总第14、15辑

刑事法 判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

赵秉志◇主编

【本辑要目】

卢建平

◇内地与港澳企业知识产权保护现状、问题与对策

陈国庆 张玉梅

◇办理侵犯知识产权刑事案件适用法律的若干问题

柯良栋 李国如

◇内地公安机关知识产权刑事执法现状与未来

高铭暄 李希慧

◇侵犯商业秘密罪刑法适用问题研究

郭敏峰 王 鹏

◇谈我国非法证据排除规则的确立

赵秉志 左坚卫

◇非法行医罪主观要件的认定

——以章某等非法行医案为例

人民法院出版社

刑事法
判解研究



2006 年第 1~2 辑 (总第 14~15 辑)

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院主办

赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2006 年. 第 1~2 辑. 总第 14~15 辑/
赵秉志主编. - 北京: 人民法院出版社, 2006. 11

ISBN 7-80217-376-0

I. 刑... II. 赵... III. 刑法-判例-研究-中国

IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 136379 号

刑事法判解研究

2006 年第 1~2 辑(总第 14~15 辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010)85250561(责任编辑) 85250516(出版部)

85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 436 千字

印 张 25.5

版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-376-0

定 价 56.00 元

2006 年第 1~2 辑(总第 14~15 辑)
北京师范大学刑事法律科学研究院主办

《刑事法判解研究》

顾 问

高铭暄 马克昌 王作富 刘家琛
姜兴长 沈德咏 张 军 熊选国

编辑委员会

主 任 赵秉志

委 员 (以姓氏拼音为序)

高贵君 高憬宏 胡云腾

黄尔梅 李希慧 卢建平

任卫华 杨万明 张志辉

主 编 赵秉志

副主编 李希慧

编 辑 杜 澎 左坚卫

稿 约



《刑事法判解研究》由国家重点研究基地北京师范大学刑事法律科学研究院主办并得到最高人民法院鼎力支持,旨在以裁判生效的刑事案件和刑法、刑事诉讼法的立法解释与司法解释为主要研究内容,通过分析、归纳、演绎,在个案中寻找法理与裁判的契合点,在判决中发掘法律适用的理由、法条的内涵以及判决的一致性,藉此丰富对法律的解释、总结法律适用的经验、探求法律的精神,为立法和司法实践提供充分的论证依据。本书每年编印4辑。栏目包括“解释研究”、“法官评案”、“案例解析”、“实务探讨”、“热点论辩”、“学术前沿”、“海外判例”等,栏目增益将视需要而定。真诚欢迎从事刑事司法实务和刑事法律研究的人士提供稿件、惠赐佳作。

1. 稿件应属未公开发表的作品。

2. 稿件字数以5000~10000字为宜,引文务请注明出处,注释体例以已出版的《刑事法判解研究》中的样式为准,稿件应以打印稿投寄,随附软盘(存为Word文本)。

3. 由于人力有限,来稿一律不退,未经采用,我们在收到稿件之日起一个半月内通知作者。

来稿中请详细写明作者单位、职务、职称、通讯地址、联系电话、电子信箱,以便及时联系。请勿一稿多投。

4. 本书发表的所有文章,均已由作者授予出版和自发表之日起1年内的专有使用权,任何转载、摘登、翻译或结集出版等事宜,均须事先征得本编辑部的书面许可。

投稿请寄:(请在信封正面注明“《刑事法判解研究》稿件”字样)

北京师范大学法学院刑事法律科学研究院 左坚卫, 邮编:100875。

最高人民法院出版社 杜澎。

联系地址:北京市东城区东交民巷27号, 邮编:100745。

联系电话:010-85250561(杜澎); 010-58802802(左坚卫)。

电子信箱:xsfpjyj@sohu.com xianou@sohu.com

xianou@263.net Lawyerz@163.com

(本书每年4辑,每辑28元,共112元,邮购另加15%邮费,合计128.80元)

2006 年第 1 辑目录

目 录

知识产权刑法保护专论

- 内地与港澳企业知识产权保护现状、问题与对策…………… 卢建平 (1)
- 内地侵犯驰名商标违法犯罪现状、特点及
原因分析…………… 王秀梅 左坚卫 (12)
- 办理侵犯知识产权刑事案件适用法律的若干问题…………… 陈国庆 张玉梅 (22)
- 内地公安机关知识产权刑事执法现状与未来…………… 柯良栋 李国如 (32)
- 侵犯商业秘密罪刑法适用问题研究…………… 高铭暄 李希慧 (38)
- 涉港澳台侵犯知识产权犯罪若干刑事诉讼问题研究…………… 刘广三 (48)

解释研究

- 论“杀害被绑架人”的司法适用
——兼论结合犯的立法模式…………… 黄 寒 (56)
- 再论“抢劫致人重伤、死亡”认定中的几个问题
——兼评最高人民法院〔2005〕8号司法解释的
相关规定…………… 张 苏 (73)

案例解析

刑法因果关系的本质和判断标准

——对张某交通肇事案件的再分析……………周国良 (84)

如何认定胁从犯中的“胁迫”

——以乔燕琴等人故意伤害孙志刚致死案为例……………杜 邈 (95)

安乐死出罪化处理路径研究

——以我国首例安乐死案件为切入点的展开 ……王志祥 姚 兵 (106)

盗窃罪与非法经营罪的界限

——以犯罪对象为视角 ……………刘 科 (117)

贪污罪中“非法占有”的理解

——窦某、冼某贪污案 ……………程 瑛 (127)

法官评案

判处有期徒刑的犯罪分子减刑之后，刑罚执行完毕之前，

发现漏罪如何数罪并罚

——王某绑架勒索案 ……………孙 炜 (138)

刑事诉讼管辖权异议制度的反思与重构

——韩某、邵某贩卖毒品案 ……………姚 斌 (143)

实务探讨

数额在职务犯罪审判中的考量

——以南京市为例的实证分析 ……………韩 亮 (157)

贩毒案件中的毒品数量刍议

——以澳门现行法律为视角 ……………徐京辉 (171)

浅探刑事准许撤回上诉、抗诉裁定的类型与效力 ……………张新民 (176)

商业贿赂犯罪法网的漏洞及其补救完善建议 ……………周恩深 费贵廉 (185)

聘用人员是否构成受贿罪的主体 ……………朱占国 聂立娜 (193)

2006 年第 2 辑目录

目 录

专 论

平和司法：恢复性司法的本土化

——关于平和司法理念与实践的调研报告

..... 宋镇藤 卢均晓 于英君 (202)

把握死刑适用标准的若干思考 (一) 陈华杰 (213)

谈我国非法证据排除规则的确立 郭敏峰 王 鹏 (228)

解释研究

准自首构成之“其他罪行”辨析 曾志军 (240)

案例解析

刑法上的打击错误及其认定

——吴某故意杀人案法理分析 王雨田 (245)

刑法救助义务的认定

——以李某故意杀人罪为切入点 栾 莉 (256)

此案未过追诉期

——严某交通肇事是否应追究刑事责任 马荣春 黄 娜 (266)

析交通肇事罪之“逃逸”

——程某交通肇事案 赵香如 (274)

贷款诈骗罪的相关问题探讨

- 润同公司贷款诈骗案 汤笑然 (279)

张某寻衅滋事案法理研究

- 兼论强拿硬要方式的寻衅滋事罪与抢劫罪的界限 ... 赵海生 (288)

非法行医罪主观要件的认定

- 以章某等非法行医案为例 赵秉志 左坚卫 (305)

贩卖毒品罪中“贩卖毒品行为”的重构

- 从张某涉嫌贩卖毒品案说起 谢秋凌 高 巍 (326)

法官评案

陈祥国绑架案

- 勒索型绑架罪、抢劫罪及索债型非法拘禁罪界限
之分析 朱铁军 (337)

实务探讨

人民检察院检察监督社区矫正工作的问题、难点

- 及对策 何斐明 龚卫清 (342)

- 浅论合同诈骗罪中合同范畴的界定 薛双喜 (349)

- 聚众斗殴罪适用问题探究 项善成 刘连贺 (358)

非法行医致人死亡案的司法认定

- 兼论非法行医罪的立法完善及司法应对 臧德胜 (367)

- 牵连犯中牵连关系之确认 杜晓君 (381)

- 保障刑事被害人诉讼权益的实务思考 罗少雄 (390)

内地与港澳企业知识产权保护现状、问题与对策

卢建平*

[编者按]

应“内地港澳知识产权刑法论坛”筹委会邀请，北京师范大学刑事法律科学研究院组成由院长赵秉志教授带队，共有12人参加（其中研究院专职研究人员8人，司法实务部门4人）的团队，于2006年2月21日到达香港，参加了于2月21日至23日举办，为期3天的“内地港澳知识产权刑法论坛”。论坛得到了中欧小项目便捷基金项目“中国知识产权的刑事法保护及欧盟经验的借鉴”的资助。论坛就内地港澳知识产权违法犯罪现状、原因、对策以及刑法适用、刑事诉讼程序等问题进行了广泛、深入并有针对性的探讨，取得了丰硕的成果，为研究院今后进一步开展与香港工商界在知识产权法律保护方面的交流合作奠定了良好的基础。现将其中部分提交的论文刊登出来，与读者交流。

* 北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长、教授、博士生导师，法国法学博士，国际刑法学协会副秘书长、执行委员，国际犯罪学会理事。

导言

知识产权是知识财产和精神财富在法律上的体现,知识财产和相关精神权益是知识产权保护的客体。人类不能不保护知识财产,不能不拿出智力劳动创造出的一部分给与知识财产的创造者,只有给人类的智慧之火不断添加知识产权之油,智慧之火才能越烧越旺,人类社会才能不断发展,才能最大地满足人类本身的需要。

中国作为后发国家,在实现现代化过程中如何切实保护知识产权,是全世界瞩目的问题。在中国入世的过程中,围绕知识产权保护问题,就曾和世界主要国家开展了艰苦卓绝的谈判。改革开放以来,中国的知识产权保护制度不断完善,相关法律体系日益健全。但是,其中的问题也不容忽视,企业知识产权保护就是一个重大的薄弱环节。如何做好企业的知识产权工作,精心培育和充分发挥企业的科技创新能力,是处在高速发展过程中的中国内地所面临的新的挑战。

港澳作为中国的特别行政区,同时作为经济发达地区,在企业知识产权保护、惩治侵犯企业知识产权的活动方面有诸多的成就和经验可以作为内地的借鉴。香港澳门相继回归以后,尤其是内地与港澳之间的经贸安排协定实施以来,如何在跨地区经济贸易活动中共同保护好知识产权、应对侵犯知识产权的违法犯罪活动,是内地与港澳企业现在必须共同面对的课题。

一、内地企业知识产权的现状

(一) 成绩

经过 20 多年的改革开放,内地企业的技术经济实力得到很大的提高,通过技术创新获得知识产权的能力也得到提高,尊重和保护知识产权的意识普遍加强,企业在国家技术创新中的主体地位逐步确立。

1. 企业对知识产权的重视程度不断提高

随着经济全球化和科技全球化趋势的加强,国内市场竞争已经演变为国际竞争,一些影响广泛的经济事件和知识产权官司,如服装家具、打火机等反倾销案、DVD 专利收费、海信与西门子的品牌官司、华为与思科的官司等等,都成为知识产权的实际教材。在市场竞争的刺激和政府宏观政策的双重引导下,企业对知识产权问题的重视程度不断提高。

2. 企业知识产权产出量呈现快速增长的态势

知识产权是技术创新的重要产出,也是未来技术创新的重要投入,通过

对企业专利申请与授权情况的分析,可以看出企业知识产权的基本态势。

第一,我国内地企业的专利申请数 1995 年年开始呈现出增长态势,企业申请的职务专利数在 1995 年以前长期保持在 7000~9000 项的水平,1995~1997 年连续三年年增 5000 项,到 2001 年已超过 5 万项大关。从 2002 年开始出现加速增长态势,到 2004 年申请总数已接近 9 万项,平均每年增加 13000 项。

第二,发明专利数量的增长与三项专利数量增长之间存在一定的滞后期。企业发明专利申请数的高速增长是从 1999 年开始的,比 1998 年增加了 40.73%,增加了 1000 项,在经过了 2000 年的猛烈跳变(一年就增加了近 5000 项)后,2001 年开始相对稳定的高速增长,平均每年增加 5000 项左右,但增加的幅度低于三项专利申请数的增长。这也从一个侧面反映出技术创新能力的提高需要一个积累的过程,是一个水平逐步提高的过程,不是行政命令或短期投资就能马上见效的。

3. 企业是我国国内职务专利的主要贡献者

20 世纪 90 年代中期以前,我国企业在国内职务专利申请上并没有成为真正主体,专利申请占全国国内职务申请的比重一直低于 50%。全国科技大会召开的 1995 年是一个重要的转折点,企业申请专利占全国的比重从 1994 年的谷底开始上升,三项专利的申请从 1996 年开始超过 80%,此后一直稳定在 80% 以上,发明专利的申请略有滞后,1997 年超过 50%,2000 年以后稳定在 60% 以上。

3. 重点企业成为国家知识产权的主要创造者

中共十六届五中全会公报指出,要“形成一批拥有自主知识产权和知名品牌、国际竞争力较强的优势企业”。中国政府从 1993 年开始实施鼓励企业建立健全技术创新体系和技术中心的政策措施,到 2005 年已经认定了 361 家国家认定企业技术中心,省市自治区政府认定的企业技术中心超过 2800 家。这些企业已经成为我国产业技术创新的主力军,也是创造产业知识产权的主力军。

(二) 问题

中国企业对知识产权的认识近几年有所提高,专利申请数量大幅度增加,但在知识产权及管理方面存在着不少问题。改革开放以来,中国大量引进国外先进技术和管理经验,促进了经济发展,但缺少自主知识产权的问题却日益突出。据国家知识产权局统计,目前,中国企业中拥有自主知识产权的仅有 2000 多家,仅占企业总数的万分之三,99% 的企业没有申请专利,

60%的企业没有自己的商标。很多企业处在有“制造”无“创造”、有“产权”无“知识”的状态，甚至靠仿造过日子。

1. 企业申请发明专利的水平有待提高

据了解，在2004年，中国的发明专利申请为13万件，其中一半来自跨国公司。其中，美国公司在中国申请专利的年增长量超过20%，高技术领域的专利申请也主要来自国外公司。从知识产权的数量和质量上看，我国的弱势也十分明显。目前，我国大型民航客机还完全依靠进口，高端医疗设备、半导体以及集成电路制造设备和光纤制造设备也基本来自国外。中国的外贸总额已居世界第三，但自主创新的高技术产品在对外贸易中所占份额仅为2%。另外，从专利构成来看，中国人申请100件专利中，只有18件是发明专利，其余都是实用新型和外观设计专利。而国外企业的申请，100件中有86件是技术含量较高的发明专利。企业发明专利申请的技术含量还不是很，申请发明专利的授权比重远低于高等学校和科研院所。从2000年发明专利申请数与2003年发明专利授权数的比较来看，高等学校为89.08%，科研院所为75.27%，而企业仅为36.30%。

2. 存在盲目追求专利数量的现象

中国企业专利申请数量最近几年增长迅速，总体上看是好现象，一方面，表现出企业对专利的重视程度逐步提高；另一方面，也是长期积累的可以申请专利技术的一种释放。但应当注意其中也有一定的盲目性，地方政府的鼓励、评价指标的刺激，也是专利数量迅速增加的因素。在中国专利保护的法治环境还不很完善的情况下，专利申请可能意味着技术秘密的泄露。

3. 知识产权的保护与利用问题较多

目前，中国很多专利授权后不久就失效了。原因是一些企业的专利申请具有盲目性，同时也是因为没有支付维护的有关费用，也就是在我国企业开始拥有知识产权的初期，政府没有减轻企业维护知识产权的成本；另一方面原因是专利受到侵害后的维权成本问题，法律不健全，执法不到位、不及时、不作为，判决后执行难等问题，都使专利申请不但没有给企业带来利益和保护，反而在经济上、声誉上和时间上带来损失，影响了企业对知识产权法律体系的信任。

4. 知识产权在形成时往往被重视，而在使用中常常被低估

这方面的问题在当前国有资产重组时特别突出，当事人往往只看中土地、厂房、机器设备等固定资产，而企业长期培育的品牌、商标、专利和专有技术则被低估，甚至被忽视，致使这部分技术资产大量流失，也使所在行

业自主创新的核心力量和技术积累被打散。

5. 对知识产权管理的理解不够全面

许多企业把知识产权管理单纯理解为专利管理,实际上专利只是知识产权的一种类型。知识产权还有其他类型,例如品牌,一些企业只是简单地依靠广告来扩大知名度,而不重视增加品牌的技术含量;还有的重视专利而忽视技术秘密,将不应当公开的核心技术申请了专利;再有就是不重视专利与技术秘密等其他知识产权形式的有机组合使用,没有形成由多种保护形式共同构成的完整的知识产权体系。此外,大多数企业的知识产权管理还停留在防御阶段,只是不侵权或防止竞争对手窃取,还不能利用知识产权攻击竞争对手,赢得竞争优势。

6. 企业知识产权保护的外部环境需进一步健全

目前,知识产权法律体系尚不完备,知识产权执法专业人才短缺,社会性服务体系(行业协会、中介机构等)还不健全。面对迅猛增长的专利、商标、标准等涉及知识产权的社会需求,相关管理部门的队伍规模、业务素质 and 公开透明程度等明显落后,对企业在国际知识产权官司中的支持不足。

7. 目前我国企业合理利用知识产权保护规则,在境外维护自身知识产权权利的状况形势严峻

主要表现在三方面:一是企业缺乏境外知识产权保护意识,境外申请专利和注册商标数量较低。据调查,我国企业申请国际专利件数比例不足22%,其中国有企业占主导地位,民营以及其他经济类型的企业申请国外专利的比例很小;企业注册国外商标仅占22%。二是知名企业的著名品牌在境外注册商标比率相当低。据调查,中国50个最著名的品牌商标在调查的5个国家(地区)注册情况中,未注册的比率高达53.2%。其中香港地区未注册比率为44%,在美国为46%,澳大利亚为50%,加拿大为54%,欧盟为76%。其中,约有10%的品牌是以非中国企业所有人的名义在这些国家(地区)进行了注册。

外国企业抢注我著名商标事件频频发生。由于中国企业知识产权保护意识不强,因此遇到了种种知识产权纠纷,其中近几年来最突出的就是商标被抢注问题。据统计,有超过80个我国的企业商标在印尼被抢注,有近100个商标在日本被抢注,有近200个商标在澳大利亚被抢注。其中包括“英雄”金笔、“红星”二锅头、“红塔山”香烟和“康佳”彩电等著名品牌。特别是海信集团和厦门东林公司商标在德国被抢注,凸现了问题的严重性。

二、内地企业知识产权违法犯罪现状

(一) 统计

与港澳比较,内地知识产权意识普遍偏低,因此企业知识产权的保护就格外重要,也格外困难。内地知识产权案件数量的持续上升就是例证。

根据最高人民法院的统计,从2000~2003年,最高人民法院共受理知识产权案件237件。全国地方法院共受理知识产权民事一审案件2.3万余件,其中专利案件7208件,著作权案件6397件,商标案件2508件,技术合同案件4982件,技术秘密、植物新品种等其他知识产权案件2162件;共审结2.234万件。这些案件大概可以归纳出6个特点,其一,案件数量持续明显增长。其二,案件地区主要集中在北京、广东、上海、江苏、浙江、山东等经济文化发达地区。其三,知识产权案件中侵权案件比例高,接近80%;高额索赔侵权案件增多,裁判确定的赔偿数额有所提高,特别是适用法定赔偿办法的案件明显增加。其四,涉外知识产权案件占有一定比例,还出现了不少中国企业状告外国公司或者外资企业的案件。其五,案件专业性、技术性增强,事实复杂,证据繁多且认定难度较大,新类型案件多,审理周期较长。其六,当事人多涉及知名企业、科技人员、文化名人等,案件社会影响大。

随着知识产权犯罪的增多,内地加大了对知识产权的刑事司法保护。4年共审结知识产权刑事案件1369件,主要集中在侵犯商标犯罪,占全部知识产权犯罪案件的85%;其次是侵犯商业秘密罪,占8.6%;除此之外,还有一些其他类型的知识产权犯罪案件。每年有至少400人因为侵犯知识产权而入狱,这一数字远远高出世界上绝大多数国家,显示中国打击盗版侵权的决心和力度。从各级人民法院受理和审结知识产权刑事案件的情况来看,当前这种案件虽然数量偏少,但上升较快;共同犯罪、单位犯罪较多;犯罪手段复杂,多属智能型犯罪;连续性犯罪和跨地区犯罪现象比较突出。

又据中国公安部新闻发言人武和平2006年1月19日透露,2005年全国公安机关对侵犯知识产权案件共立案1799起,同比上升51.9%。入世以后,公民、法人对于知识产权保护的意识提高了,群众对于打击侵犯知识产权的诉求也有很大增长,举报线索随之增多,立案数也就增多。此外,近年来随着中国社会经济的不断发展,中国国内的知识产权在境内外被侵犯的数量也有很大增加,这也促使了此类案件的激增。

(二) 典型案例

对知识产权的保护,主要取决于对侵权犯罪行为的打击力度。尤其是假冒和盗版等是严重和明显的知识产权侵权行为,必须予以严厉惩处。

1. 侵犯商标犯罪

目前以侵犯知识产权犯罪定罪处罚的案件,主要集中在侵犯商标犯罪,2004年这类犯罪占全部知识产权犯罪案件的82.94%,而且主要是假冒驰名商标或者著名商标。

在黄味金等七人假冒注册商标犯罪案中,被告人黄味金与常荣芳共谋生产假冒名酒,购进“绵竹大曲”、“江口醇”等低档酒然后更换成“五粮液”、“剑南春”等商标及包装后予以销售。四川省绵竹市人民法院以假冒注册商标罪分别判处6名被告人有期徒刑1年至3年6个月,并各处罚金2000元至1万元,1名被告人免予刑事处罚。

在陈定中、陈后苏等人非法制造注册商标标识犯罪案中,陈后苏因犯贩卖毒品罪刑满释放后,伙同陈定中在浙江省义乌市制作“NIKE”(耐克)、“adidas”(阿迪达斯)商标的印版并进行印刷。工商机关当场查获“NIKE”(耐克)商标吊牌63,900只、“adidas”(阿迪达斯)商标吊牌69,400只。浙江省义乌市法院以非法制造注册商标标识罪分别判处陈定中、陈后苏有期徒刑3年和3年6个月,并各处罚金1万元。

2. 侵犯商业秘密犯罪

侵犯商业秘密犯罪在各类知识产权犯罪中居第二位,2004年这类犯罪占全部知识产权犯罪案件的13.43%。

在2005年5月13日深圳中院终审裁定的曾在全国IT界引起广泛关注的深圳华为公司前员工王志骏等三人侵犯商业秘密犯罪案中,华为公司于1995年至2001年投入巨资及大量专职科研力量研发高科技项目光网络设备,完成了包括2.5G光网络设备Metro 1100技术并形成产品。经评估,华为公司光网络设备专有技术在2001年6月30日的许可使用费为1.84亿元。被告人王志骏、刘宁、秦学军均曾任职华为公司硬件工程师并参与光网络设备的研发,均签订有保密协议。三被告辞职离开华为公司时,将其用光盘拷贝的涉及华为公司的部分技术机密文件带走,在上海成立了沪科公司,利用在华为公司工作期间掌握的、窃取的光网络设备的相关技术资料,完成了有关产品技术文档的制作,并以电子邮件的形式发送给贝尔公司。贝尔公司据此生产出相关产品并销往黑龙江。法院经两审认为,三被告人的行为均已构成侵犯商业秘密罪,给予刑事制裁。