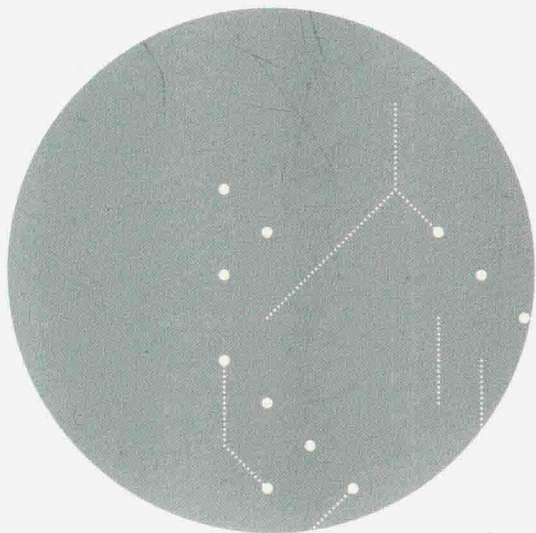


知识产权刑法保护的 理论与实践

李兰英 高扬捷 等 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中央高校基本科研业务费专项资金资助

(Supported by the Fundamental Research Funds for the Central Universities) 20720161093

知识产权刑法保护的 理论与实践

李兰英 高扬捷 等 / 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权刑法保护的理论与实践 / 李兰英等著. --
北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2705-5

I. ①知… II. ①李… III. ①知识产权保护—刑法—
研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 215680 号

知识产权刑法保护的理论与实践
ZHISHI CHANQUAN XINGFA BAOHU DE LILUN
YU SHIJIAN

李兰英 高扬捷 等著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 32.25
字数 469 千
版本 2018 年 10 月第 1 版
印次 2018 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978-7-5197-2705-5

定价: 98.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

近年来,随着知识经济效益的凸显,无论是国家、企业还是个人,越来越重视知识的创新和知识产权的保护。与此相伴随的是,在知识产权领域的犯罪数量日益增加,犯罪形态日趋复杂。如何有效打击知识产权犯罪已经成为知识产权刑法保护的当务之急。

知识产权犯罪,指违反知识产权保护法律的有关规定,未经知识产权所有人许可,非法利用或侵犯他人知识产权,破坏国家对知识产权的管理制度,危害社会主义市场经济秩序,情节严重的行为。狭义的知识产权犯罪,是指现行《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第七节“侵犯知识产权罪”中所列的具体犯罪,共四大类即侵犯注册商标犯罪、假冒专利犯罪、侵犯著作权犯罪、侵犯商业秘密犯罪,涉及七个具体罪名。广义的知识产权犯罪除了上述各罪外,还包括并没有侵犯相关具体的知识产权,但是却侵犯了相关知识产权制度的犯罪。同时,司法实务中基于法条竞合以及证据取舍,相关罪名还包括但不限于生产销售伪劣商品犯罪、非法经营罪、相关计算机犯罪等。知识产权犯罪,被称为“经济毒品”,其表面影响在短期内似乎并不大,但实质及长远危害惊人,故侵犯知识产权犯罪已经成为联合国规定的十七类跨国犯罪中最为严重的犯罪之一。

随着互联网知识产权犯罪全新的发展趋势的到来,惩治新型知识产权犯罪过程中不断遇到极其严重、极其让人困惑的实务难题。如网络服务提供行为的定性,网络侵犯知识产权犯罪的证据收集、鉴别认定,网络虚假交易金额的甄别界定等,亟须理论界能主动回应实务,做出前瞻性理论研究,以帮助实务部门探索新时代更好的知识产权刑事司法保护路径。

2016年6月,国务院正式批复同意“福厦泉”国家高新区建设国家自主创新示范区,纳入国家全面改革创新布局。泉州市是首批国家知识产权示范城市和国家商标战略实施示范城市,也是“中国制造2025”试点示范城市。这一年,福建省泉州市委、市政府研究制定了“1+X”系列政策,全面启动自主创新示范区建设,品牌文化已成为泉州的标志符号和核心竞争力。福建省泉州市人民检察院把加强知识产权刑事司法保护作为服务保障发展大局的重要切入点,率先在2015年12月成立知识产权刑事司法保护研究中心,他们与厦门大学法学院、厦门大学经济犯罪研究中心、厦门大学知识产权研究院紧密合作,搭建实务探讨和理论创新的平台。截至2017年年底,已经召开了三场知识产权保护的主题理论研讨会,集结两本论文集;他们还建立“百家企业”知识产权保护名录,发布知识产权保护白皮书和案例指导;与市工商局、工商联牵头推动14家企业成立了泉州市知名企业品牌保护联盟;充分依托现代科技手段,建设司法鉴定中心,石狮市人民检察院还率先建设了电子证据实验室,以电子证据为突破口努力破解打击网络侵权犯罪难题。上述系列举措和成果与十九大报告提出的“强化知识产权创造、保护、运用”的战略要求高度契合。相关工作经验得到国务院工作简报的刊发推介。

毋庸置疑,我国施行知识产权制度起点晚、历程短,实务中各类疑难问题层出不穷,立法和机制保障供给相对滞后,这些都需要我们在探索中进步,需要我们更加深度挖掘和完善理论并最终指导实践。本书就是在上述重要背景之下萌发创作规划,围绕如何更好地惩治知识产权犯罪,注重理论与实务发展的结合,力求推动构建知识产权立法和机制保护的大格局。

本书可谓厦门大学经济犯罪研究中心和泉州市人民检察院专门就知识产权的刑法保护问题开展合作研究的重要成果。其研究内容既阐述了知识产权刑事法保护的现状困境、立场限度、发展构想、“两法”衔接、财产执行

等基本问题,又分析了涉及各个具体知识产权犯罪的典型疑难问题;既对传统的侵犯商标权犯罪、侵犯专利权犯罪、侵犯著作权犯罪、侵犯商业秘密犯罪有较为深入的理论研究,又结合现实的新型知识产权犯罪具体形态,如互联网领域的知识产权犯罪进行前瞻性的思考。

归纳概括,本书具有如下突出特点:

第一,内容丰富全面,兼顾理论与实践。本书编撰的总体设想是要编撰一部涵摄知识产权刑法保护的理论与实践专业著述,既不同于单纯的知识产权犯罪理论研究,也并非为单纯的知识产权犯罪的案例汇编。本书的每一个专题都是以问题为导向,围绕实践中的疑难困惑,展开分析,特别注重理论与实务发展的结合,力求对立法、司法起到借鉴的作用。

第二,案例鲜活,疑难典型,极具代表性。借助与泉州市人民检察院实务部门合作研究所带来的前沿和便利特点,本书主要援引福建省泉州市近年来所发生的典型案例,基本涵盖了知识产权犯罪各种典型的疑难问题。当然,为使研究更为全面,在一些理论问题的分析过程中,也结合全国近年发生的典型案例进行对比研究。务求紧贴实践,体现案件材料的真实性,聚焦疑难问题,阐述相关理论背景和解决问题的建议。

第三,体例科学合理,统领总论和分论。本书编撰体例遵循总论与分论的结构划分,在总论部分讨论了知识产权刑法保护的现状、立场、限度、“两法”衔接、财产执行等问题,而在分论部分则依照知识产权犯罪各个具体罪名分别设立专题展开研究,在各个专题中以章节统领下的重点、难点、疑点问题展开,以典型案例为重要线索指导写作,突出问题意识和针对性。章节布局合理,内容连贯,富有清晰的逻辑。

第四,研究的内容深浅有度,既有专业性,又有拓展性。针对疑难的问题,提出并论证我们的见解和理由的同时,力求尽可能全面的呈现目前理论研究动态和争论焦点,以供方家评判分析。本书不仅对于知识产权犯罪的基本理论有一定的完善和挖掘,同时也对现实的新型案例形态具有敏锐观察和理论前瞻的思考。力求本书对于理论研究、教学研讨、实务指导都有参考价值。

尽管撰写的作者殚精竭虑,字斟句酌,全力以赴,精益求精,但是,仍然难免存在错漏和遗憾之处,敬请学界同仁、实务专家以及读者们批评指正。

本书的撰写作者主要是厦门大学法学院的师生以及泉州市人民检察院的实务专家。为尊重他们的辛苦付出和应有的知识产权,现将本书编著的分工合作顺序介绍如下(按照章节先后排序):

高扬捷	泉州市人民检察院检察长	第一章(第4节)
李兰英	厦门大学法学院教授、博士生导师	第一章(第1、2节) 第二章(第2节)
郑真贤	泉州市人民检察院检察员	第三章(第1、3节)
连惠勇	泉州市人民检察院助理检察员	第三章(第2节)
黄罕敏	厦门大学法学院2016级博士生	第四章 第二章(第1、3、4节)
陈雪梅	厦门大学法学院2016级博士生	第五章
江耀炜	厦门大学法学院2016级博士生	第六章、第七章
黄波	厦门大学法学院2016级博士生	第八章
李皓兰	厦门大学法学院2016级博士生	第九章(第1、2、3节) 第一章(第3节)
金郭	厦门大学法学院2015级硕士生	第九章(第4、5、6节)

另外,第三章内容系2016年最高人民检察院检察应用理论研究重点课题《双螺旋模式下商标权刑事法保护研究》的课题成果。主持人是泉州市人民检察院高扬捷检察长,课题组其他成员也参与了撰写。在此,一并感谢。

李兰英 高扬捷

2018年6月8日

目 录

第一章 知识产权刑事法保护的检视与建构 /1	
第一节 知识产权刑事法保护的现状分析 /1	
一、我国当前知识产权犯罪的类型及数据 情况 /2	
二、当前我国知识产权犯罪呈现出的特征 /5	
第二节 知识产权刑事法保护的立场及限度 /10	
一、知识产权刑法保护的价值取向 /10	
二、知识产权刑法保护的基本原则 /12	
第三节 知识产权刑事法保护的发展构想 /15	
一、知识产权刑事实体法的保护 /15	
二、知识产权刑事程序法的保护 /20	
三、加强知识产权犯罪的电子证据的取证与 运用 /23	
四、知识产权犯罪中刑事和解的运用 /25	
第四节 知识产权刑事案件涉财产部分的执行 问题 /27	
一、知识产权刑事案件涉财产执行的实践 情况分析 /28	

- 二、知识产权犯罪涉财产部分执行路径探索 /34
- 三、检察机关对知识产权刑事案件涉财产部分执行的监督与作为 /39

第二章 知识产权行政与刑法的双重保护衔接问题 /42

第一节 知识产权保护的“双轨模式”带来的弊端 /42

- 一、知识产权双重保护的现状阐释 /42
- 二、近五年知识产权案件移送的数据统计:以商标案件为例 /43

第二节 知识产权刑事司法保护与行政保护的边界 /51

- 一、知识产权刑事司法保护与行政保护的理论根基 /51
- 二、知识产权刑事司法保护与行政保护的原则 /53
- 三、知识产权刑事司法保护与行政保护的界分标准 /55

第三节 我国知识产权行刑保护相互衔接的基本思路 /58

- 一、内部规则的科学化 /58
- 二、政府职能的重新定位 /61

第四节 我国知识产权“两法衔接”的检察监督权的外在保障 /62

- 一、检察机关在“两法衔接”中的功能定位 /62
- 二、检察职能在“两法衔接”监督中的实践难题 /63
- 三、知识产权保护“两法衔接”有效监督的构建 /64

第三章 双螺旋模式下商标权刑事法保护研究 /66

第一节 商标权刑事司法保护的现实图景 /67

- 一、现实图景一:大数据流变下的商标权犯罪 /67
- 二、现实图景二:典型案例下的商标权犯罪 /74

第二节 侵犯商标权的犯罪动因研究 /84

- 一、原因探析之一:制度架构之阻却 /84
- 二、原因探析之二:心理曲断之思考 /87

第三节 商标权刑事司法保护不力之对策 /91

- 一、消除各利益方不良心理的制度建构 /91
- 二、发挥检察机关的特殊作用 /96

第四章 假冒注册商标罪专题研究 /99

第一节 假冒注册商标罪概述 /99

一、假冒注册商标罪的概念及构成要件 /99

二、假冒注册商标罪认定的司法困境 /101

第二节 假冒注册商标罪的法益分析 /102

一、商标观念的流变 /102

二、商标刑事立法的价值取向 /105

三、假冒注册商标犯罪的侵害法益 /107

第三节 假冒注册商标罪的客观方面分析 /109

一、本罪中“注册商标”概念的厘清 /109

二、本罪中“同一种商品”的认定 /110

三、本罪中“相同的商标”的内涵 /112

四、对假冒注册商标罪中“使用”的理解 /114

五、对无实际被假冒对象的假冒行为的分析 /116

六、假冒服务商标是否构成犯罪的思考 /118

第四节 假冒注册商标中单位犯罪的认定 /119

一、与假冒注册商标单位犯罪相关的规定 /119

二、单位犯罪的核心要件分析 /120

三、假冒注册商标犯罪中的单位犯罪 /123

第五节 假冒注册商标中罪数问题的认定 /126

一、假冒注册商标所涉罪名的简要分析 /126

二、我国罪数理论的检讨及重构 /128

三、罪数理论对于前述案件之检视 /132

第六节 假冒注册商标中帮助行为的认定 /134

一、认定帮助行为的判决分歧 /134

二、我国关于帮助行为的规范分析 /136

三、帮助行为处罚认定路径之争 /138

四、假冒注册商标中的帮助行为认定标准 /143

第七节 互联网背景下的假冒注册商标犯罪研究 /149

一、互联网关键字搜索的认定 /150

二、网络交易平台刑事责任的判断标准 /153

第五章 销售假冒注册商标的商品罪专题研究 /160

第一节 销售假冒注册商标的商品罪的概述 /160

一、立法沿革与发展 /160

二、销售假冒注册商标的商品罪的构成要件 /164

三、销售假冒注册商标的商品罪的争议问题 /165

第二节 销售假冒注册商标的商品罪的主观罪过分析 /165

一、“明知”的理解与认识 /165

二、“明知”的认定 /173

第三节 销售假冒注册商标的商品罪的销售行为分析 /175

一、如何理解认定本罪中的“销售” /175

二、如何理解认定本罪中的“销售行为” /178

三、本罪中“销售行为”的具体认定问题 /180

第四节 销售假冒注册商标的商品罪的销售金额认定 /184

一、销售金额刑法问题的由来 /184

二、销售金额的刑法规制 /185

三、“销售金额”的界定 /186

四、销售金额计算标准存在的问题 /188

五、销售金额计算标准的完善路径 /195

第五节 销售假冒注册商标的商品罪的既未遂形态问题探析 /201

一、未遂形态是否存在之争 /202

二、未遂形态的具体认定 /206

三、已销售与未销售并存情形定罪量刑的认定 /210

第六节 销售假冒注册商标的商品罪的竞合犯认定 /220

一、本罪与销售伪劣产品罪的区分及竞合 /220

二、本罪与非法经营罪的区分及竞合 /223

三、本罪竞合犯的认定 /225

第七节 微商中销售假冒注册商标的商品罪的认定 *228

一、微商和销售假冒注册商标的商品罪的界定 /228

- 二、微商中销售假冒注册商标的商品犯罪的特点 /229
- 三、微商中销售假冒注册商标的商品犯罪的司法认定难点 /232
- 四、微商中销售假冒注册商标的商品犯罪的认定对策 /239

第六章 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪专题研究 /245

第一节 概念厘清与问题所在 /245

- 一、本罪相关概念的厘清 /245
- 二、争议问题概览 /247

第二节 “造假自用”行为的性质纠葛 /248

- 一、本罪与假冒注册商标罪之间是牵连犯关系 /248
- 二、本罪与假冒注册商标罪之间是吸收犯关系 /249
- 三、数罪并罚 /249

第三节 本罪客观方面注册商标标识的数量认定 /255

- 一、“独立载体说”“实际数量说”及其缺陷 /255
- 二、使用样态与主观认识综合说之提倡 /261

第四节 本罪的未遂形态 /263

- 一、如何理解犯罪构成与分则罪状之间的关系 /264
- 二、犯罪情节在犯罪构成中的地位及法律性质 /265
- 三、情节犯能够成立未遂 /267

第五节 本罪的共犯问题 /270

- 一、本罪教唆犯与共谋共同正犯问题 /270
- 二、本罪的帮助犯 /275

第七章 假冒专利罪专题研究 /279

第一节 假冒专利罪的司法形势 /279

- 一、认定本罪“情节严重”标准较高 /280
- 二、行政执法与刑事司法对“假冒”外延界定的差异 /281
- 三、对《刑法》第216条罪状性质的认识分歧 /282

第二节 假冒专利罪客观行为及其认定 /284

- 一、“假冒他人专利”的理解 /284
- 二、非法实施他人专利的行为不是假冒专利罪的实行行为 /289

第三节 冒充专利是否构成假冒专利罪 /296

- 一、冒充专利侵犯法益分析 /296
- 二、《专利法》及其实施细则对冒充专利行为的定性 /299
- 三、“假冒”语义对“冒充”的涵摄 /301
- 四、冒充行为入罪对法律漏洞的填补 /304

第四节 假冒专利罪的司法回应 /307

- 一、行刑衔接的路径选择 /307
- 二、罚金刑的确定与司法选择 /311
- 三、从业禁止的适用之提倡 /313

第八章 侵犯著作权罪专题研究 /316

第一节 侵犯著作权罪概述 /316

- 一、侵犯著作权罪的概念和特征 /316
- 二、侵犯著作权罪面临的问题和挑战 /317

第二节 侵犯著作权罪“以营利为目的”的认定 /317

- 一、“以营利为目的”的司法判断 /317
- 二、“以营利为目的”的存废之争 /321

第三节 侵犯著作权罪“复制发行”的认定 /324

- 一、对“复制”的理解 /324
- 二、对“发行”的理解 /327

第四节 侵犯著作权罪既未遂的认定 /330

- 一、侵犯著作权罪是否存在犯罪未遂 /330
- 二、侵犯著作权罪既未遂的判断标准 /332

第五节 侵犯著作权罪与相关犯罪的区分与竞合 /336

- 一、侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的区分与竞合 /336
- 二、侵犯著作权罪与假冒注册商标罪的区分与竞合 /339
- 三、侵犯著作权罪与非法经营罪的区分与竞合 /342

第六节 非法制售、使用“外挂”与侵犯著作权罪 /344

- 一、“外挂”的界定 /344
- 二、非法制售“外挂”的刑法規制 /345

三、使用非法“外挂”的刑法规制 /350

第七节 网络游戏“私服”与侵犯著作权罪 /352

一、网络游戏“私服”的界定 /352

二、架设、运营网络游戏“私服”的刑法规制 /353

三、网络游戏“私服”玩家的刑法规制 /356

第八节 网络链接与侵犯著作权罪 /357

一、网络深度链接的刑法规制 /357

二、擅自在他人网站上加挂链接的刑法规制 /361

第九节 规避著作权技术保护措施与侵犯著作权罪 /363

一、对规避著作权技术保护措施的理解 /363

二、规避著作权技术保护措施的刑法规制 /364

第十节 网络环境中侵犯著作权罪的“数额”认定 /369

一、侵犯著作权罪“数额”认定在网络环境中面临的挑战 /369

二、应对的方法 /370

第九章 侵犯商业秘密罪专题研究 /375

第一节 侵犯商业秘密罪概述 /375

一、商业秘密的保护现状 /375

二、刑法介入商业秘密保护的必要性和有限性 /376

三、侵犯商业秘密罪的本质特征 /377

四、我国对侵犯商业秘密罪的法律规定 /378

第二节 侵犯商业秘密罪“商业秘密”的认定 /379

一、商业秘密成立要件之解析 /379

二、商业秘密“秘密性”的认定 /379

三、商业秘密“价值性”的理解 /388

四、商业秘密“保密性”的界定 /390

第三节 侵犯商业秘密罪主观方面的认定 /395

一、侵犯商业秘密罪的罪过形式争论 /395

二、推定“应知”的主体是司法机关 /396

三、侵犯商业秘密罪是否包括过失的应然追问 /397

第四节 侵犯商业秘密罪“复合法益”之探析 /402

一、“法益识别”的司法意义 /402

二、本罪“秩序法益”的辨别 /404

三、本罪“个人法益”的甄别 /406

四、本罪“秩序法益”与“个人法益”之间的关系 /408

第五节 侵犯商业秘密罪“不法行为”之定型 /409

一、“不法行为”类型化的实践意义 /409

二、“不法行为”类型化的建构思路 /412

三、“不法行为”类型化的重新建构 /414

第六节 侵犯商业秘密罪“重大损失”之评价 /418

一、“重大损失”认定的实务困境 /418

二、“重大损失”的评价范围 /419

三、各类不法行为“重大损失”的评价路径 /424

四、“重大损失”评价路径的实践应用 /456

主要参考文献 /458

参考法条 /477

第一章 知识产权刑事法保护的检视与建构

第一节 知识产权刑事法保护的现状分析

知识产权犯罪,被戏称为经济毒品,其表面影响在短期内似乎并不大,但实质及长远危害惊人,故侵犯知识产权犯罪已经成为联合国规定的十七类跨国犯罪中最为严重的犯罪之一。^① 严重侵犯知识产权的犯罪行为不仅会造成权利人的经济损失,还危及社会的商业诚信和道德体系,更是阻碍了个人和企业乃至国家的创新发展。无论是发达国家,还是发展中国家,都越来越重视和加强知识产权的刑法保护。中国自 2008 年制定了《国家知识产权战略纲要》,把保护知识产权提升为国家战略,已出台大量配套改革措施,比如设立北京、上海、广州三大知识产权专门法院以及成立数十个知识产权法庭等,从行政、司法等多方面对知识产权和创新

^① 参见孙万怀:《侵犯知识产权犯罪刑事责任基础构造比例》,载《华东政法大学学报》1999 年第 1 期。

进行了保护。^①

一、我国当前知识产权犯罪的类型及数据情况

知识产权犯罪,指违反知识产权保护法律的有关规定,未经知识产权所有人许可,非法利用或侵犯他人知识产权,破坏国家对知识产权的管理制度,危害社会主义市场经济秩序,情节严重的行为。狭义的知识产权犯罪,是指现行《刑法》“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章中专列的一节,共有四大类,七个具体罪名。广义的知识产权犯罪除了上述四类(侵犯注册商标犯罪、假冒专利犯罪、侵犯著作权犯罪、侵犯商业秘密犯罪)之外,还包括并没有侵犯相关具体的知识产权,但是却侵犯了相关知识产权制度的犯罪。同时,司法实务中基于法条竞合以及证据取舍,相关罪名还包括“生产销售伪劣商品犯罪、非法经营罪、相关计算机犯罪”等。

根据国家知识产权局的《知识产权白皮书》中的数据统计,2006年全国地方法院共审结涉及知识产权侵权的刑事案件2277件;判决发生法律效力3508人,其中有罪判决3507人;而根据2016年的相关数据统计,人民法院加大了对知识产权犯罪行为的惩戒力度,全国地方人民法院审结涉及知识产权的刑事案件8601件,生效判决人数10431人。十年间的数据对比,知识产权案件数量翻了四倍。而与此相对比的是,学界一直呼吁:当前知识产权犯罪极度泛滥,但刑法的介入不强,打击不力。甚至有学者对比国家和地方的知识产权犯罪数据后,认为当前的知识产权犯罪其实是一个“蒙面黑数”,^②基于各个方面的原因,真实的数量还未揭示出来。以下是根据国家知识产权局1998年至2014年的《知识产权白皮书》及最高人民法院发布的《中国法院知识产权司法保护状况》,我们对知识产权刑事案件进行了初步

^① 以山东为例,经最高人民法院批准,2017年山东省管辖一般知识产权案件的基层法院数量由5个增至21个,同时开展知识产权民事、行政、刑事审判“三合一”工作,全省知识产权案件管辖布局得到进一步优化,充分发挥了司法保护知识产权的主导作用。

^② 2012年,阿里巴巴全年处理的知识产权纠纷投诉达8700万起,而据国家知识产权局公布的《2012年中国知识产权保护状况》报告显示,全国知识产权系统共受理专利侵权纠纷案件2232件,虚拟市场与实体机构专利侵权纠纷数量形成巨大反差,值得深思。