

知识产权法

知识产权刑法保护要论

穆伯祥◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

◎ 本成果为凯里学院马克思主义理论校级重点学科建设成果

知识产权刑法保护要论

穆伯祥◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权刑法保护要论/穆伯祥著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 1

ISBN 978-7-5130-3840-9

I. ①知… II. ①穆… 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 (2015) 第 241303 号

内容提要

本书立足于知识产权犯罪罪刑规范的进一步完善及刑法司法保护效能的提高, 阐释了知识产权刑法保护的价值取向、功能发挥机制, 并就近年知识产权犯罪定罪与刑罚适用中的突出问题进行了专门研究。

责任编辑: 宋 云

责任校对: 董志英

封面设计: 邵建文

责任出版: 刘译文

知识产权刑法保护要论

穆伯祥 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

天猫旗舰店: <http://zscqbs.tmall.com>

责编电话: 010-82000860 转 8388

责编邮箱: songyun@cnipr.com

发行电话: 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 15

版 次: 2016 年 1 月第 1 版

印 次: 2016 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 243 千字

定 价: 46.00 元

ISBN 978-7-5130-3840-9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一章 知识产权刑法保护的价值取向	1
第一节 研究综述	1
第二节 维护正义与恪守谦抑	7
第二章 知识产权刑法保护功能的发挥机制	10
第一节 知识产权犯罪规范的合理、明确、具体	10
第二节 知识产权刑事司法的公正、合理	14
第三节 知识产权刑事司法力量的完备与高效	16
第四节 刑事司法人员权益的维护与保障水平	18
第三章 知识产权犯罪定罪问题研究	41
第一节 “违法所得”的司法认定	41
第二节 未完成形态的界定	44
第三节 共犯的司法区分	58
第四节 知识产权犯罪重点罪名辨析	79
第四章 知识产权犯罪的刑罚适用研究	94
第一节 假冒注册商标罪的刑罚适用实证分析	94
第二节 销售假冒注册商标的商品罪的刑罚适用实证分析	122
第三节 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的刑罚 适用实证分析	166
第四节 假冒专利罪的刑罚适用实证分析	171
第五节 侵犯著作权罪的刑罚适用实证分析	176
第六节 销售侵权复制品罪的刑罚适用实证分析	192
第七节 侵犯商业秘密罪的刑罚适用实证分析	197

第八节 知识产权犯罪人的司法矫正	208
第五章 知识产权保护新需要与刑法完善	219
第一节 知识产权犯罪的智能化及其应对	219
第二节 国外知识产权的协调保护与刑事保障	224
第三节 知识产权刑法保护的完善	228
参考文献	233

第一章 知识产权刑法保护的价值取向

知识产权是具有人身性和财产性的权益，刑法作为一种强力手段介入对知识产权的保护是必要的。但是，刑法手段的本质是痛苦性，其对知识产权的保护是应积极还是适度，其介入的旨趣是保护知识产权权利人的利益还是维护创新和竞争秩序的公平性，公权力对私权保护的介入程度究竟有多大，这是知识产权刑法保护理论需要探讨解决的问题，刑法中涉及知识产权内容的修订与完善，尤其是知识产权违法行为入罪化、知识产权犯罪非罪化时应思考的问题。

第一节 研究综述

我国已有学者就刑法保护知识产权的价值取向问题进行了相关探讨，这些研究从不同的视角围绕刑法介入知识产权的深度和方向而展开，推进了对这一命题的认识。

一、主要观点

（一）“权利为本，兼顾秩序”说

田宏杰教授在其《论我国知识产权的刑事法律保护》一文中阐述了自己的见解。她认为，“知识产权的刑事法律保护只有立足于权利本位的立场，在倡扬私权的同时，兼顾秩序，一种真正科学、有效的知识产权市场体系和市场机制才能建立起来；反之，不以‘权利’为本位而构建的知识产权刑事法律保护体系，其对知识产权的保护作用只能是有限的、残缺不

全的”。^①

田教授认为,从学术上看,通过刑事法律保护知识产权往往是基于“私人财产权之保护”“竞争秩序之维护”两种理论。不同国家的理论基本是就何种利益更为偏重而相互区分。就美国而言,其刑事理论偏重于前者。该国往往认为,知识产权作为个人所拥有的无形的财产权益,知识产权严重侵权行为给所有人造成了严重的经济损失。不仅如此,一定的知识产权又关乎社会公共利益,知识产权保护不足,会导致消费者利益受损,造成相关工业的投资数量减少,减缓经济发展速度。在我国,理论上往往认为应偏重于对后者的保护。主要理由在于,侵犯知识产权的严重危害行为,不仅会损害到知识产权权利人利益,更重要的是破坏了正常的市场竞争秩序。所以,我国的罪名体系中,是将侵犯知识产权犯罪作为破坏社会主义市场经济秩序罪而加以规定的。

保护财产权与维护市场竞争秩序都是现代知识产权制度的重要功能,无论强化哪一方面,都在情理之中。不过,中美两国在知识产权刑事法律保护侧重点上的差异显现出二者在价值本位、制度设计和社会效果上存在的差别。田教授认为,按照美国的刑事立法保护精神,盗版犯罪行为危害性主要是对版权所有人私人财产权的侵害,因而,版权受害人因犯罪行为而遭受的经济损失是决定版权犯罪行为社会危害程度的主要因素,相应地,区分版权犯罪与非罪、此罪与彼罪的数量标准就主要是考察复制、销售的侵权作品数量及零售价值。对于我国而言,法律保护的重点是强调维护公平的市场竞争秩序,例如在侵犯著作权犯罪的成立要件上,不论是我国1994年通过的《关于惩治侵犯著作权犯罪的决定》,还是《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中均要求需达到“违法所得数额较大”。田教授认为,在著作权侵权案件呈急剧上升势头,的情况下,著作权犯罪案件反而出现逐年递减的不协调趋势,个中原因可能源于此。对于我国知识产权刑事法律保护应当倡扬私权还是强调秩序,田教授认为,对该问题,应先明确市场交易的本质及其运行规律。由于商品交换是不同商品所有者的劳动交换,交换前,商品所有者应该承认对方是经济权利的享有者。此

① 本部分有关论述来自于田宏杰教授的《论我国知识产权的刑事法律保护》一文,参见田宏杰:论我国知识产权的刑事法律保护[J],中国法学,2003(3):144-145.

具有契约形式的法权关系的核心就是所有者的权利。商品经济从根本上更是一种交换经济,交换从法律角度而言就是权利的互相让渡。从中可以看出,田教授更倾向于主张刑法应保护好知识产权人的权益。

(二)“利益平衡”说

该类观点认为,知识产权的刑法保护应注重不同利益之间的平衡,如吴宗宪教授即提出,知识产权的刑法保护中,应坚持对私权和公众利益的平衡;^①王瑞女士认为,知识产权的综合保护中,应协调好国家与国家之间的利益平衡、国内企业与国外企业之间的平衡、权利人利益与社会公众利益之间的平衡。^②

吴宗宪教授认为,“知识产权刑法保护制度的建立和实施,应当考虑这种法律制度的主要目的究竟是保护产权私有,还是促进知识共享?毫无疑问,为了发展知识经济和促进科技创新,必须保护知识产权;同样,为了公共利益和促进社会进步,应当考虑知识共享。因此,只有在保护知识产权的基础上注意平衡权利人与社会公众之间的利益,知识产权的刑法保护才能在一个合理的边界内运行,正义这一刑法所追求的终极价值目标才有可能得以实现。否则,所设计和实施的知识产权刑法保护制度就可能既损害知识产权人的利益,又伤害社会公众的利益”。^③

(三)“利益平衡、功能适度、战略国际保护”说

也有一些学者从多个层面综合认识知识产权刑法保护制度的作用,杨玲梅副教授即是其中的代表之一。其从刑法功能的强度大小、保护战略究竟是国内还是国际等视角,分析了知识产权刑法保护的价值取向。

杨玲梅老师认为,^④从传统的社会观念看,人们大都断定一旦将知识产权确认为私有,给予智慧财产的创造人以过度的法律保护,就会容易遏制知识的传播和应用,进而阻碍社会的进步和发展。但是,人们须承认,如果要充分发挥知识产权的激励创新机能,就应扩大知识产权保护的范围。二者如何协调呢?是应以保护产权私有为己任,还是积极促进知识产

① 吴宗宪. 知识产权刑法保护的基本理念 [J]. 山东警察学院学报, 2010 (1): 8.

② 王瑞. 知识产权综合保护的利益平衡 [J]. 中国国情国力, 2009 (7): 46-47.

③ 吴宗宪. 知识产权刑法保护的基本理念 [J]. 山东警察学院学报, 2010 (1): 8.

④ 其观点及本书所引内容源于杨玲梅老师的《我国知识产权刑法保护的价值取向评析》一文, 参见杨玲梅. 我国知识产权刑法保护的价值取向评析 [J]. 理论月刊, 2009 (1): 105.

权共享?其认为,上述利益价值取向的不同,根植于社会中普遍存在的利益冲突,具体表现为个人利益与社会公众利益的冲突。强调刑法的人权保障机能,在一定程度上意味着社会保护机能的弱化;突出刑法的社会保护机能,则在一定程度上意味着人权保障机能的弱化。因此,在对知识产权的保护与限制中,也存在着社会整体与个人私权之间的冲突与平衡。不同的利益主体出于不同的利益需要而产生冲突就成为必然的结果,知识产权刑法保护制度的利益立场也是如此。所以,利益平衡原则作为现代法的精神之一,也成为建构知识产权刑法保护体系所应遵循的首要原则。在对知识产权的刑法保护范围上,既要承认知识产权为私权,又要兼济知识产权制度的公共利益目的。只有在保护知识产权私有的同时,注重权利人与社会公众间的利益平衡,对知识产权的刑法保护才可能良好运行。

对于功能价值的取向,其认为,刑法功能应“适度”。刑法功能作为刑法可能发挥的积极作用,是纯理性,其实际作用和发挥应在刑法典中表现出来。在刑法对知识产权犯罪的功能价值中,“谦抑”还是“干预”,这两种对立的主张一直存在着。“谦抑精神”论者主张,应将现行法律规定为犯罪行为的不再作为犯罪,改为行政处罚、民事处罚或不处罚。这是因为,刑法具有不完整性 and 最后手段性,而刑罚则是“不得已的恶”,不到万不得已不能轻易动用。知识产权究其性质,尽管具有“知识共享”的要求,但是本质乃是“私权”,对于侵犯知识产权的行为,通过民事、行政制裁两道防线足以抗制。而且从整个社会情况来看,社会公众对知识产权犯罪认知程度很低,对此类犯罪保持了相当的容忍度。如果一味地运用刑法制裁,势必使法律与社会公共道德发生矛盾,这将会使刑法的有效性大打折扣。因此,当前应将侵犯知识产权犯罪非罪化,对于严重侵犯知识产权的行为通过加强民事、行政制裁手段而予以抑制,是符合我国社会发展实际需要的,是能够收到实效的。“刑法干预”论者则主张,严重侵犯知识产权行为长期以来在我国一直没有作为犯罪处理,此类犯罪缺乏社会公众的一致认同,目前此类犯罪行为呈上升趋势,不仅严重侵犯了权利人的₁人身权和财产权,也破坏了我国的知识产权制度、市场经济秩序和整个社会尊重知识、崇尚科学的良好风尚,阻碍了我国知识创新的进程和国家经济的增长,必须运用刑罚予以抗制。我国现行刑法典虽然设专节规定了七种有关知识产权的犯罪,但是立法保护的侧重点在于社会公共利益,而不

在私人财产权,是不利于刑法对侵犯知识产权犯罪有效打击的,并且规定的罪名过简、过少,是不能完全适应对知识产权保护需要的。应将侵犯专利申请权的行为、反向假冒商标的行为、没有营利目的的严重侵犯著作权的行为予以犯罪化。从侵犯私人财产权的角度,适当提高法定刑的幅度,将罚金刑上升为主刑。虽然我国已经毫无争议地将知识产权纳入刑法的保护范围,但是如果过度地推崇刑法对知识产权的保护,试图以“泛犯罪化模式”来实现遏制知识产权侵权行为的发生率,可能暂时会产生一定功效,但其负面作用会更加突出。因此,理论界所谓的知识产权“谦抑精神”“刑法干预”都不是绝对的,在一个适度的范围和力度内对侵犯知识产权罪进行刑法保护才是我国树立知识产权法律保护独立品格的最佳选择。^①

在战略价值选择上,杨玲梅老师认为,从长期来看应坚持“国际保护”策略。知识产权作为衡量一个国家是否具有国际竞争力的标志之一,以发达国家和发展中国家区分,存在两种不同的战略价值模式,即“国际保护”与“本土保护”。前者要求知识产权的保护必须符合国际条约和发达国家的要求;后者则主张知识产权保护要与本国经济发展水平相一致。一般而言,由于发达国家拥有目前世界上绝大部分的知识产权,而知识产权的性质又赋予权利人一定时期内的“技术垄断地位”,这使得发达国家希望在技术范围内通过加强对知识产权的保护以获得更多的利润;与之相反,发展中国家为促进本国民族产业的发展,摆脱在国际贸易中的不利地位和对发达国家的技术依赖,一般力主“本土保护”战略。在上述两种战略价值选择中,我国对知识产权的刑法保护并没有表现出单一性,并且在特定时期会出现二者兼顾的状态。杨梅玲老师认为,战略价值的选择应当权衡其利弊,不但要考虑对现实发展的作用,更要考虑对长远发展的影响。要做到这点,必须妥善处理好国际保护与本土保护的关系。首先,应当清晰地看到随着经济全球化、国际市场一体化趋势的不断加剧,法制的趋同已成为扩大对外贸易、参与国际市场竞争的先决条件。知识产权的地域性特征无法消除各国知识产权保护标准越来越向国际化、全面化、实效化和可操作性发展的轨迹。如《保护工业产权巴黎公约》《建立世界知识

① 杨玲梅.我国知识产权刑法保护的价值取向评析[J].理论月刊,2009(1):105.

产权组织公约》和 TRIPs 协议等一系列国际公约的陆续制定和生效就是明证。而且,我们也必须承认:知识产权制度的健全与完善往往会促进科技的发展与经济的繁荣;而知识产权保护的缺失则可能导致一个国家科技落后、经济发展缓慢。所以,无视这些客观情况而一味抵触对知识产权的国际保护的观点是不可取的。因此,从长远的发展趋势出发我们必须放弃“本土保护”的价值取向。放任侵权行为乃至犯罪行为,从表面上看降低了成本,节省了资金,减少了对其他国家的工业依赖,“保护”了民族产业,而从实质上看,它培养的是一种消极懈怠、不思进取的社会氛围。智力成果得不到有效保护,最终将不利于本国经济的增长和参与国际竞争。另外,本土保护是以牺牲智慧财产开发的有效激励机制为代价的。在本土保护的背景下,刑法的保障功能和威慑功能受到了极大限制,严重侵权行为无法得到根本遏制,知识产权无法得到最终的保护。^①

(四)“保障”说

陈忠林、陈可倩认为,包括刑事手段在内的知识产权多元化保护是必要的,刑法保护发挥了对知识产权的保障作用。

在其看来,知识产权的基本属性决定了知识产权的法律保护应该是多元的,必须综合运用民事、行政和刑事等法律手段。这种保护必须以民法为基础,以行政法为辅助,以刑法为保障。

“知识产权的法律保护必须同时具有以下三个目的:第一,确保从事智力成果创造活动的人能够得到合理补偿。作为知识产权内容的智力成果,是知识产权人在创造智力成果过程中投入的劳动和财产的转化形式,知识产权内容的应用对于社会经济文化的发展具有巨大的促进作用。第二,促使智力成果能够被更多的人分享。作为公共利益和公共意志体现者的法律,在保证社会成员合法利益的同时,负有促进社会公共福祉的义务。第三,确保实现上述目的的法律制度能够正常地发挥功能。为了解决智力成果创造者与社会公共福祉之间的冲突,国家制定了相关的法律,来合理地解决智力成果创造者的利益和社会福祉之间的矛盾。

这些法律及其适用形成了刑法介入之前的知识产权法律制度。一旦这种法律制度失去效用,不仅知识产权人和社会公共利益会受到极大损害,

^① 杨玲梅.我国知识产权刑法保护的价值取向评析[J].理论月刊,2009(1):105-106.

而且国家权威也会受到损害,因此,国家还有必要使用特殊法律手段来保护知识产权法律制度的正常运行。”^①

二、观点评价

上述有关对知识产权的刑法保护价值取向的分析,积极探讨了刑法在知识产权保护中的作用,丰富了学界对知识产权刑法保护价值取向的认识,为学界进一步探究刑法在知识产权保护中的价值提供了良好的学术资源和研究样本。

笔者认为,上述探讨并非是完全基于“刑法在知识产权保护中的价值取向”这一命题而展开,多数是围绕“刑法在知识产权保护中的功能”来探讨。“价值”与“功能”是不同的范畴,“价值”探讨的是客体基于自身的价值属性而对主体的意义,同一事物对于不同的主体具有不同的意义;而功能针对的是事物对主体的有用性。我们探讨刑法对知识产权保护的价值,目的在于明确刑法的存在及运行在知识产权保护上的能力,并减轻其消极影响。

对于刑法在知识产权保护上的价值及其取向选择,笔者认为,刑法作为调整社会关系、规范社会行为的强力手段,其存在和良好的运行有利于维护包括知识产权在内的权益受到尊重并有机流转。同时,由于我国整体创新能力尚未达到一定水平,知识产权权利保护体系在维护权利人权益的同时,也不能使知识创新成果因无权利人的授权或许可而无法在社会中得到一定运用。在他人侵权的情形下,刑法介入的必要性在于维护社会正义,但也应顾及强力冲动,刑事制裁不应过多、过强。

第二节 维护正义与恪守谦抑

在法治社会中,任何法律手段都具有特定的作用,且相互补充。刑法手段作为最具有“暴力性”的制裁手段,最重要的价值是用最有力的手段

^① 陈忠林,陈可倩.关于知识产权刑法保护的几个问题[J].中国刑事法杂志,2007(3):16-17.

进一步确认权利关系,稳定特定的社会关系,消除权利质疑和侵害,使正义得以彰显。作为国家与社会管理者,利用刑法原理,设计知识产权犯罪的罪刑规范,并正确、合理地实施刑事司法,其追求的首先应是恶必惩、罪必罚。

一、感受正义的存在是知识产权人权益受侵后的正当法律心理需求

法治社会中,任何行为人都法律关系的主体,既受法律制约,又受法律保护。越是法治意识浓厚、深入的社会,对遵法、守法和渴望得到法律保护的需求越强。在知识产权权利受到侵犯的情形下,受害人对侵权应当得到制止和“要一个说法”的心理较为普遍。对侵权淡然处之,一笑而过者,鲜有此人。

2014年,广东省检察机关共批捕侵犯知识产权犯罪案件1719件3122人,起诉1537件2701人,批捕和起诉人数分别比2013年上升67.8%和51.7%。^①对刑法作为的期待中,刑法是否能满足权利人对正义的渴望,将严重影响权利人对法律正义的感知。知识产权罪刑规范是否具备,是否健全?知识产权罪刑结构是否合理?知识产权犯罪的追诉是否及时?刑事制裁结果是否恰当?受害人的财产权益是否得到有效救济?这些问题将直接影响受害人对刑法正义的认识。由是,我们在制定知识产权犯罪构成要件前,应认真调研知识产权犯罪的当前发案情形和规律,对部分新型严重侵权行为需要刑法调整的,应及时予以“犯罪化”,而对已有的某些犯罪罪行规范,应予以合理修正,以便从立法上为正义的追寻寻求到法的正当依据。

二、正义的能否实现是衡量知识产权人权益救济成效的必要标尺

对于受害人而言,救济程序固然重要,但更重要的是随之而来的正义能真正实现。刑事程序的启动会给受害人带来安慰,但这距离其对正义的

^① 朱香山,韦磊,王磊.广东检察机关通过办案发现侵犯知识产权犯罪仍呈高发态势[N].检察日报,2015-04-26(01).

期待还很远。权益能否得到切实捍卫？损失能否得到赔偿？犯罪人能否得到制裁？这一切都关乎知识产权受害人的切身利益，是其对正义存在的自身理解。很难想象，一个受害人在犯罪人得不到制裁、自己经济损失无法得到赔偿的情况下，会感受到正义的温暖。

不同于普通的暴力犯罪，知识产权犯罪人的犯罪动机多在于牟利，给知识产权权利人带来的损失也多是财产利益现实损失和可期待经济利益的损失。为此，知识产权犯罪的刑事追求，不仅要使犯罪人受到公正惩罚，还应努力使受害人的利益尤其是经济利益得到适度赔偿或挽回。于是，办案机关在每一程序中，均应充分考量受害人利益的维护，最大限度地维护受害人的权益，使受害人充分感受到正义的存在。

三、刑法手段的严厉性决定了其在保护知识产权时的审慎、克制

刑法手段因其“暴力性”“痛苦性”而成为法律制裁手段中的最强者，但这也决定了其一旦适用于犯罪人，带来的“杀伤性”也是极强的。知识产权犯罪因犯罪手段的特定性和侵害对象的专属性而使犯罪的社会危害面得以控制在一定范围内，公众对该类犯罪的容忍度较普通犯罪而言较强，在犯罪态势稳定的情况下，扩大知识产权犯罪圈、提高知识产权犯罪刑罚量均不可取。在知识产权犯罪体系既定的情况下，也不宜过度消耗刑事司法力量，过多过频动用专门力量，强力介入知识产权纠纷。知识产权纠纷的解决核心是秩序维护和利益维护，只要有效解决了这两大核心，就可以优先依法使用其他法律手段，但不能将刑法手段作为优选项。

第二章 知识产权刑法保护功能的发挥机制

刑法对于知识产权保护具有指引、评价、修复、补偿等方面的积极功能，也正是刑法所具有的功能所在，具体在知识产权保护方面，众多国家不仅在刑法规范中确立了知识产权犯罪，而且还加强了知识产权的刑事司法活动。在人类社会的发展进程中，权益多是既不能自然而然获取，也不会自然而然地受到尊重，需要借助于法律、道德、舆论等力量来维护。在知识经济日益发达的当今，尽管权益意识、权益理念广为人知，不过，单靠遵法、守法还是无益于权益的全面保护。作为最具有暴力色彩的刑法手段对于知识产权的保护在功用、价值上是较为得力的，但是，这一保护功能的发挥、显现并不是自动实现的，需要一套有效的保障机制。

刑法对于知识产权的保护主要是通过刑事立法确立知识产权犯罪以及准确实施知识产权刑事司法来完成的，因而，刑法保护功能是否有效发挥，就主要取决于以下几个因素：第一，知识产权犯罪的刑法规范是否合理、明确、具体；第二，知识产权犯罪的刑事司法运行是否顺畅、公正、合理；第三，民众的知识产权刑事司法观念是否进步，等等。只有上述各环节以及运行中的各要素得以有效保障，刑法对知识产权的保护功能才能充分发挥。下面，综合以上几方面的内容予以论述。

第一节 知识产权犯罪规范的合理、明确、具体

刑法立法是知识产权的刑法保护的端口，没有良好的立法，之后的司法便失去了前提。刑法对知识产权犯罪的介入主要体现为罪名体系与刑罚结构的设定。由此，知识产权犯罪的罪刑规范主要涉及三方面问题：一是

从整体上看,知识产权犯罪的犯罪圈设定是否合理,是否符合社会对知识产权保护的需要;二是知识产权犯罪的刑罚结构配置是否合理,是否符合刑罚发展趋势及治理知识产权侵权活动的需要;三是知识产权犯罪的所有罪刑规范是否明确、具体,是否便于刑法认知、指引与司法适用。

一、知识产权犯罪的犯罪圈设定

犯罪圈是刑法网及的打击范围,脱离了“火力网”的犯罪将依据罪刑法定原则而无法受到刑事追究。因而,针对知识产权犯罪而言,犯罪类别体系以及具体个罪规制得如何,将直接影响对知识产权侵权行为的查处。

知识产权犯罪圈的设定应当符合该时期治理知识产权严重侵权行为的需要,既不能过度介入知识产权保护,使不必要的知识产权侵权行为“犯罪化”,也不能对新型的知识产权严重侵权行为无动于衷,而应根据司法经验、知识产权犯罪规律,分析该类行为的发展趋势以及对知识产权权益人、社会竞争秩序的冲击、破坏程度是否剧烈,该破坏程度的下限是否与一般经济犯罪的危害程度相当,是否超出了社会公众的不法行为容忍限度等,据此确定是否将知识产权侵权行为入罪。

二、知识产权犯罪的刑罚配置

刑罚配置状况是影响知识产权刑法保护效能的重要因素。无论是成文法还是非成文法,对不法行为均必须配置一定的后果才能为行为者指明方向,告诫试法者,惩治违法者。作为最严重的制裁手段,刑罚方法的合理配置对知识产权犯罪的防控十分重要。尽管知识产权犯罪并非普通暴力犯罪,但其严重的危害性决定了其制裁手段必须动用刑罚。那么,哪些刑罚手段可以配置,刑种、刑度是否可以任意呢?

并非如此。在当今世界,刑罚主要由生命刑、自由刑、财产刑和资格刑构成。不过,不同的国家,根据其法文化和国情的不同,其刑罚的具体方法及在该国刑罚体系中的地位并不同。就我国而言,刑法就知识产权犯罪确立了以自由刑、罚金刑为主的刑罚结构形式。第一,刑法对四种严重侵犯著作权所构成的犯罪规定了单处或并处罚金、拘役及最高刑为7年的有期徒刑。第二,在对专利权的保护中,《刑法》第126条明确规定对“假冒他人专利,情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或单

处罚金”。第三，非法使用、销售、伪造、擅自制造注册商标（标识）情节严重的，并处或单处罚金、管制、拘役及最高刑为7年的有期徒刑的刑罚。

那么，是否应该提高知识产权犯罪的自由刑刑度或刑种呢？笔者认为，对于知识产权犯罪而言，其刑罚配置应依据该类犯罪的特性而定，应与侵犯人身的犯罪、妨害社会管理秩序等犯罪以及其他经济犯罪相区分。

1. 在刑罚配置中坚持排除死刑、无期徒刑

死刑作为极刑，其适用于罪责刑极其严重的犯罪分子。作为知识产权犯罪，其危害领域的特定性、受害人权益性质的可补偿性、受害范围的有限性等决定了知识产权犯罪从整体上看，其危害性并不与危害国家安全罪、危害公共安全罪、侵犯公民人身权利罪等犯罪的危害性相当。无期徒刑是痛苦性仅次于死刑的刑种，适用于重罪，知识产权犯罪在经济犯罪中的危害性并不在前列，没有必要配置重刑。通过有期徒刑刑期长短的适用可以对危害性不一的知识产权犯罪进行惩治，实现罪责刑相适应。

2. 知识产权犯罪中应强化罚金刑的配置

罚金刑在国内外都是一种重要的刑种，因其对犯罪“贪利性”的有效针对性回击而广为立法者所采用。在我国，其作为附加刑存在，在打击知识产权等犯罪中起到了重要作用。

今后，在强化罚金刑对各类知识产权犯罪惩治之外，还应进一步完善罚金刑的内容及执行。当前，单一的罚金刑在一些地方面临执行难，如果在罚金刑之余，设置罚金刑易科自由刑的制度，则会丰富罚金刑的执行方法，促进罚金刑的适用。

3. 强化资格刑的配置与完善

资格刑，作为一种名誉消减刑、能力受限刑、权利受控刑，对于一直活跃于经济犯罪领域的犯罪人而言具有杀伤性，也是防止其利用犯罪经历、犯罪能力、犯罪体验、犯罪技能再次危害所采取的阻却措施。刑法中的资格刑种类较多，但对于知识产权犯罪而言，配置的应是阻却其再次经济犯罪机会与可能的刑种。主要包括以下两类：

第一，剥夺或限制知识产权犯罪人从事特定职业的权利。这种资格刑既适用于自然人的知识产权犯罪，也适用于单位犯罪的知识产权犯罪。如吊销营业执照、吊销许可证或限制经营权等。