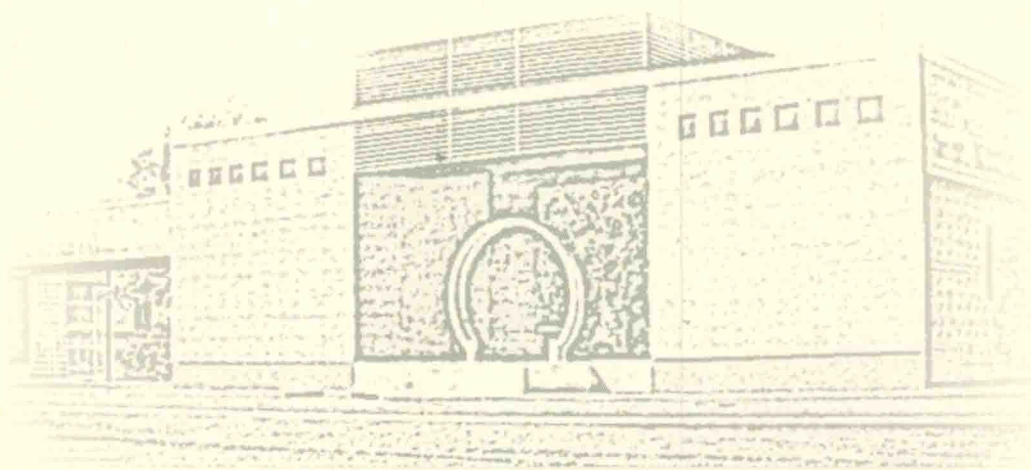


东|吴|法|学|文|丛·检察发展研究丛书四

检察视野下的 知识产权保护理论与实践

蒋永良◎主编



中国政法大学出版社

东|吴|法|学|文|丛·检察发展研究丛书②

检察视野下的 知识产权保护理论与实践

蒋永良 主编



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

检察视野下的知识产权保护理论与实践/蒋永良主编. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 11

ISBN 978-7-5620-5708-6

I. ①检… II. ①蒋… III. ①知识产权保护—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第268533号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	22
字 数	350 千字
版 次	2014 年 11 月第 1 版
印 次	2014 年 11 月第 1 次印刷
定 价	49.00 元

目
录

Contents

嘉 兴

浙江省嘉兴市检察机关加强知识产权刑事司法保护的实践

与思考 孙厚祥 (3)

侵犯注册商标专用权犯罪中几个关键问题研究 高 峰 (9)

检察视野下知识产权的保护

——以知识产权犯罪与知识产权侵权交叉案件的管辖为视角的

分析 杨杰辉 宋 跃 (17)

知识产权刑事保护的实践经验与未来发展 ... 张肖华 姚晓红 吴强林 (23)

检察视野下商标侵权犯罪司法实务问题考量

——以平湖市假冒艾莱依系列案为视角 沈小平 徐 悦 (31)

销售假冒注册商标的商品罪中未销售商品货值金额的认定

——以黄某销售假冒注册商标的商品案为例 张 钢 (39)

湖 州

检察机关办理假冒注册商标犯罪的实践与思考 黄生林 (47)

侵犯知识产权犯罪刑事立法研究 姚玉芳 卢 维 徐 辉 (55)

关于知识产权犯罪的共犯问题探讨 马兴平 (64)

论侵犯商业秘密罪的主观罪过形式 徐芳芳 (68)

苏 州

检察机关知识产权司法保护路径研究

- 以苏州市检察机关实践为例…………… 王君悦（77）
- 试论网店模式销售假冒注册商标的商品的认定…………… 樊 力（84）
- 重构我国著作权犯罪罪名体系的立法构想…………… 毛宽桥（90）
- 侵犯知识产权犯罪证据收集与采信…………… 周 斌（97）
- 关于苏州市检察机关做好知识产权刑事司法保护工作的几点思考
- 以苏州市吴江区人民检察院办理知识产权案件为研究
- 视角…………… 戴 飞 郭公平（104）
- 检察视野下的知识产权保护…………… 李站阳（111）

常 州

- 采取五大举措，加强知识产权司法保护…………… 常州市人民检察院（121）
- 检察机关推动知识产权司法保护问题研究
- 苏南现代化示范区建设视野下创意产业的知识产权
- 保护…………… 张加林 赵 明（124）
- 检察机关加强和完善知识产权保护的调查与思考
- 以常州市高新区为视角…………… 许岳华（132）
- 常州市侵犯知识产权犯罪案件办理情况分析暨五项
- 工作机制建设…………… 邱志宇 何 露（139）

无 锡

- 无锡市检察机关积极打造“五位一体”知识产权保护检察
- 工作模式，有效服务经济转型发展…………… 蒋永良（153）

检察机关知识产权保护理论研究状况分析

——以 CNKI 期刊论文为研究基础 李乐平 (159)

无锡检察机关知识产权专业一体化

办案机制的实践探索与制度设计 李乐平 王玲飞 (164)

宜兴市人民检察院着力提升五种能力深入推进知识产权

检察工作 宜兴市人民检察院 (173)

论侵害著作权犯罪规范的完善

——以著作权犯罪危害本质认识转换为视角 殷志刚 陈飞雪 (178)

销售假冒注册商标的商品罪既未遂认定之司法反思 史 瑞 (186)

检察机关知识产权司法保护的路径探索

——以扬名街道中小企业知识产权保护为视角 叶 妮 (192)

驰名商标司法认定中虚假诉讼的规制思考 周慧娟 奚根宝 (201)

构建知识产权案件检察一体化办案机制的若干思考 蒋国锦 (209)

检察机关在办理侵犯商业秘密犯罪案件中的思考与对策 王玲飞 (216)

2012 年以来无锡市检察机关办理侵犯知识产权犯罪案件

的情况分析 张 锐 (224)

侵犯商业秘密罪中的“重大损失”问题研究 李发亮 (231)

检察视野下知识产权的刑事保护 承林峰 (236)

论销售商商标侵权责任的认定

——由“张小泉案”引发的思考 肖 艳 (243)

检察视野下的知识产权保护

——以电子证据为视角 濮 彦 (250)

检察机关对知识产权案件中行政执法与刑事司法衔接

监督的探讨 丁宏伟 项 勉 (256)

论全球化视野下影视作品著作权的刑法保护 江 鸽 王 辉 (262)

网络环境下著作权刑法保护的司法困境 沈淑芬 (271)

海峡两岸商标犯罪的比较研究 刘媛媛 (278)

民事检察视野下的知识产权保护初探 何 浦 (285)

销售侵权复制品罪相关问题的再澄清	何 莹 刘 鹏 (293)
论假冒注册商标罪之同一种商品范围	董美根 高志荣 (299)
知识产权行政执法与司法保护衔接机制研究	彭 辉 徐子良 (306)
侵犯版权罪刑罚适用的理论与实证研究	彭 辉 安文录 吕建伟 (319)
强化法律监督 护航知识产权保护 ——“环太湖地区检察机关知识产权保护理论与实践” 专题研讨会综述	无锡市人民检察院 (333)
平等保护 主动服务 全力开创检察机关保护知识产权的新格局 ——无锡开发区院知识产权保护工作总结 ...	无锡市开发区人民检察院 (340)



嘉 兴

浙江省嘉兴市检察机关加强 知识产权刑事司法保护的实践与思考



孙厚祥*

知识产权的范围大致包括著作权及邻接权、商标权、专利权、商业秘密。但知识产权犯罪却并不是一个法律概念,在我国,知识产权犯罪主要是指刑法分则第三章第七节规定的7个罪名,包括:假冒注册商标罪,销售假冒注册商标的商品罪,非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪,假冒专利罪,侵犯著作权罪,销售侵权复制品罪,侵犯商业秘密罪。

一、当前办理知识产权犯罪的基本情况

2010年1月至2013年10月,浙江省嘉兴市检察机关共受理审查起诉涉嫌知识产权犯罪案件349件608人,经审查后向法院提起公诉148件316人。其中共受理假冒注册商标犯罪71件174人,起诉52件136人;受理销售假冒注册商标的商品犯罪58件124人,起诉49件101人;受理非法制造、销售非法制造的注册商标标识犯罪15件38人,起诉14件32人;受理侵犯著作权犯罪204件271人,起诉33件47人。受理侵犯商业秘密犯罪1件1人。2011年共受理移送审查起诉涉嫌知识产权犯罪案件309件562人,提起公诉134件259人。

通过对数据的梳理,我们不难发现当前知识产权犯罪情形整体上不容乐观,也存在着显著特点:

1. 侵犯著作权犯罪居首位,占受案数的58.45%。自2010年10月开展打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动以来,侵犯著作权的案件数量

* 孙厚祥,嘉兴市人民检察院党组书记、检察长。

激增。同时,还有个不容忽视的因素是:2007年最高人民法院、最高人民检察院出台的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释(二)》降低了侵犯著作权犯罪的复制发行数量标准,同时明确了“非法出版、复制、发行他人作品按照侵犯著作权定罪处罚”。2011年最高人民法院、最高人民检察院、公安部出台的《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》更明确了“非法出版、复制、发行他人作品,侵犯著作权构成犯罪的,按照侵犯著作权罪定罪处罚,不认定为非法经营罪等其他犯罪”,这也是导致侵犯著作权犯罪在涉及知识产权犯罪中占优势的原因。

2. 传统型犯罪居多,案件表现形式较为单一。在侵犯著作权犯罪中多表现为未经许可发行音像制品的犯罪行为;侵犯商标类犯罪中多为传统的生产、假冒、加工销售知名产品或商标,如2011年至2012年平湖市人民检察院受理的侵犯商标类犯罪32件71人全部为假冒艾莱依等名牌羽绒服侵权犯罪案件。嘉兴市检察机关近3年无一起销售侵权复制品犯罪案件,而受理的唯一一起侵犯商业秘密罪经审查后也未提起公诉。

3. 个人犯罪居多,单位犯罪较少。统计数据中,单位犯罪只有5件,其余均为个人犯罪。这种情形与我国司法解释规定后的全国知识产权犯罪发生情形有所区别,但这也表明嘉兴市的知识产权犯罪多停留在手工作坊阶段,隐蔽性强,规模不大。

4. 共同犯罪较为突出。在受理的全部涉嫌知识产权犯罪案件中,共同犯罪有101件360人,占到总受理人数的59.21%,在共同犯罪中由于分工各不相同,如何区分共同犯罪的责任和地位,是需要在审查认定时提起注意的。

5. 涉案人员多为农民、无业人员或个体劳动者。在起诉的316人中,农民175人,无业人员59人,个体劳动者53人,共占到总人数的90.82%,而在受理的608人中,初中以下文化程度的497人,占81.74%。应当说,知识产权犯罪属于“白领犯罪”、“工具智能犯罪”,但涉案人员主体的知识结构说明了嘉兴市的知识产权犯罪尚处于发展阶段,多为手工操作,知识产权犯罪科技化、技术化的特点还未显现。

6. 轻刑判决率较高。在移送审查起诉的316人中,判处缓刑的191人,占60.44%;判处拘役的11人,占3.48%;单处罚金的27人,占8.54%;不满三年有期徒刑的8人,占2.53%。可见,对于知识产权犯罪的刑罚相对

轻缓，整体上凡三年以下量刑的主要以缓刑为主。这既源于知识产权犯罪的刑罰配置本身相对轻缓，也是司法机关贯彻宽严相济刑事司法政策的体现。

二、办理知识产权犯罪案件遇到的问题

（一）缺乏统一的证据规格标准，难以形成合力

侵犯知识产权犯罪行为往往与商标纠纷、商标侵权以及其他一般的民事侵权行为混合在一起，涉及罪与非罪的界定问题。刑法中对于侵犯知识产权犯罪一般均要求行为人的行为达到“情节严重”、“数额较大”等程度才构成犯罪。有关的司法解释在涉及知识产权犯罪的定罪量刑的金额标准上，存在“非法经营额”、“销售金额”、“违法所得额”和“直接经济损失”等四个概念。在同一种犯罪的数额问题上使用不同概念加以规定，大大影响了案件办理的效果。更为重要的是对于这些数额的计算和证据的获得难度较大，从犯罪主体的身份不难发现经营方式并不规范，也没有账册、财务报表之类的有关销售记录。应当说，知识产权犯罪的处理往往是以相关部门查获到未予销售的侵权商品而被发现的，真实的销售和交易数额往往也无法查清，涉案的真正数额也无法确定。

从我国目前的司法实践来看，对知识产权犯罪的打击主要集中在侵犯商标权类犯罪上，已经形成了一套比较成熟的打击商标权类犯罪的刑事司法保护制度，在商标权类犯罪的处理上公、检、法等司法部门也比较容易达成一致共识。而对假冒专利、侵犯商业秘密犯罪，打击处理的数量就较少，在犯罪的处理上歧义颇多，实践中鲜有成功的案例。这固然有犯罪本身发案较少的问题，但更重要的因素是因为没有就该类犯罪达成共识，比如专业鉴定机构的认定、评估问题，司法机关对此并未形成合力，削弱了打击知识产权犯罪的力度。比如嘉兴市检察机关共受理侵犯著作权犯罪 204 件 271 人，但经审查后起诉的仅有 33 件 47 人，起诉率仅为 17.34%，这充分说明了相关司法机关对定罪标准的认识是存在偏差的。

侵犯知识产权犯罪的认定实质上是以“数额论”为标准的，尤其是相关司法解释更是给出了数量、金额上的量化标准，但对于侵权的前提认定缺乏相关的审查程序，尤其是 2011 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》更是明确：出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料的，可以认定为“未经著作权人许可”，将举证责任归咎于

侵权人，缺乏对可能存在的免责事由的充分考虑，也缺乏对侵权归属的责任确认。

（二）对侵犯知识产权犯罪的共犯认定标准不统一

2004年《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》第16条规定：明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等便利条件、帮助的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。2011年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》更是细化了规定，“明知他人实施侵犯知识产权犯罪，而为其提供生产、制造侵权产品的主要原材料、辅助材料、半成品、包装材料、机械设备、标签标识、生产技术、配方等帮助，或者提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费、费用结算等服务的，以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。”

尽管司法解释规定了侵犯知识产权的共犯情形，但由于共犯的情形不一，在司法实践中有些共犯被起诉，有些共犯未被法院认定，有些以“情节显著轻微”、“犯罪情节较轻”而相对不起诉，如何认定共犯问题也成了法律公平原则的具体体现。

（三）鉴定主体混乱不一

鉴定意见对知识产权犯罪的认定至关重要，鉴定意见的程序、方法、意见的科学、客观、真实都需要进行认真的审查。但在司法实践中，由知识产权权利人出具鉴定意见的方式较为常见，尤其是在侵犯商标权犯罪的案件中，缺乏鉴定意见的中立性，鉴定意见的结果往往在法律效力上存在瑕疵。尤其是有关同一种商品的认定，虽然司法解释做了相关规定，但在实践中如何具体判断两个商品属于同一种事物仍存在相当大的困惑，“相关公众的一般认为”如何来把握也是需要在司法实践中做慎重界定的。

（四）行政执法与刑事执法未能有效衔接

2007年3月18日，最高人民检察院与全国整顿和规范市场经济秩序领导小组、公安部联合下发了《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》，初步建立起行政执法与刑事执法相衔接的工作机制，促进了打击侵犯知识产权犯罪工作的开展。但在实践中该意见却并没有被真正落实到位，我国知识产权保护还停留在民事和行政保护层面，进入追诉环节的刑事案件数量与行政处理、民事判决数量不成正比，行政执法机关以罚代刑

现象比较突出,行政执法部门往往将大量应当移送公安机关作为刑事案件处理的案件,只作一般行政违法案件结案。2012年,全国地方人民法院共新收知识产权民事一审案件87419件,比上年增长45.99%,审结83850件,比上年增长44.07%。其中,新收著作权案件53848件,比上年增长53.04%;商标案件19815件,比上年增长52.53%;专利案件9680件,比上年增长23.80%;技术合同案件746件,比上年增长33.93%;不正当竞争案件1123件(其中垄断民事一审案件55件),比上年下降1.23%;其他知识产权案件2207件,比上年增长0.64%。共新收知识产权行政一审案件2928件,比上年增长20.35%;共新收知识产权刑事一审案件13104件,比上年增长129.61%。其中,侵犯知识产权罪案件7840件(假冒注册商标罪等侵犯注册商标的案件4664件),比上年增长150.16%;涉及侵犯知识产权的生产、销售伪劣商品罪案件2607件,比上年增长236.82%;涉及侵犯知识产权的非法经营罪案件2587件,比上年增长48.08%;涉及侵犯知识产权的其他案件70件,比上年增长34.62%。^[1]浙江省嘉兴市于2010年10月至2011年3月,在全市范围内开展打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动,两级法院审理了一大批侵犯知识产权犯罪案件,两年内共判处侵犯知识产权犯罪案件131件249人。通过数据的对比,不难发现,专项行动主要是公安部统一实施的,知识产权犯罪案件数量的激增并不是因为行政执法机关移送的结果。如2012年全市法院共审结知识产权案件680件,同比上升151.2%,但2012年12月至2013年10月,全市检察机关共受理审查起诉知识产权犯罪案件只有17件38人,实现行政执法与刑事执法真正有效的衔接尚需进一步努力。

三、完善知识产权犯罪案件办理的对策

(一) 统一执法标准,强化保护力度

统一执法标准应当成为强化知识产权保护工作中的重要一环。首先,要统一司法机关与行政执法机关的执法标准。工商、版权、专利等行政执法部门与公安、检察等执法、司法部门对各类知识产权案件的证据标准、案件移送标准要形成统一认识,实现行政执法部门与司法机关案件、证据资源共享,

[1] 参见“2012年中国法院知识产权司法保护状况”,载人民网:www.people.cn,访问日期:2013年4月23日。

节约办案成本。其次，司法机关应尽量就刑法规定不明确的问题，特别是定罪量刑的金额标准、法律适用等关键问题达成一致意见。在刑法规定的范围内，根据知识产权犯罪的实际情况，统一侦查机关、检察机关、审判机关的诉讼标准，提高知识产权案件的办案效率和诉讼效率。

（二）优化法律解释，明确共犯认定

知识产权犯罪案件中的共犯多为辅助人员，以帮助犯为主。帮助犯是在精神上或物质上协助他人实施构成要件的人，如果帮助行为与法益的侵害无关，帮助行为与构成要件的实现欠缺关联性，则不能视为帮助，不能仅仅以明知为标准，还要对帮助行为进行法律评价。对于2004年的两高司法解释和2011年的司法解释有关共犯的认定还需要结合具体的案情加以准确处理，而不能机械、僵化地理解和适用。

（三）明确鉴定意见的合法性

在办理侵犯知识产权刑事案件时，对于需要鉴定的事项，应当委托由国家认可的有鉴定资质的鉴定机构进行鉴定。公安机关、人民检察院、人民法院应当对鉴定结论进行审查，听取权利人、犯罪嫌疑人、被告人对鉴定结论的意见，并可以要求鉴定机构作出相应说明。

（四）发挥法律监督职能，建立联席会议制度

根据《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》，我国应当建立行政执法与刑事司法相衔接的联席会议制度，加强各司法行政职能部门之间的联系，规范行政机关移送刑事案件程序。在信息共享机制方面，关键是要完善网络平台制度、案件通报制度、案件查询制度。信息共享是实现行政执法与刑事司法相衔接的首要条件，通过网络信息交换平台优化资源配置，最大限度地实现信息共享，推动衔接工作的信息化和科学化，形成执法合力。检察机关作为国家法律的监督机关，具体可以从以下方面着手：首先，对于已达立案标准的案件，公安机关应当立案而不立案的，检察机关应依法进行立案监督，确保构成犯罪的案件进入刑事追究程序，不让制假售假侵犯知识产权犯罪分子逃避法律制裁。其次，行政执法机关在查处重大、复杂、可能涉嫌犯罪的案件时，可以邀请公安机关提前介入；行政执法机关对公安机关的不立案决定有异议的，可以提请公安机关复议，也可以建议检察机关进行立案监督。最后，要明确任何发现行政执法机关违反规定，不向公安机关移送涉嫌犯罪案件的单位和个人，都有权向检察机关举报。

侵犯注册商标专用权犯罪中几个关键问题研究



高峰*

正如日本学者小野昌言所言：“犹如一个人的脸象征着一个人，商标作为商品的脸，是企业特定商品的象征，代表着商品的形象和评价。”随着商标由传统的区别功能向无形资产、企业象征、商品信誉、民族品牌等价值的转变，商标的重要地位日益突出，倒逼着国家和商标所有人完善法律制度、打击侵犯注册商标行为并追究责任，保护商标专用权不被侵犯。本文结合相关法律条文及司法解释规定，旨在重点分析当前司法实务中对规制假冒注册商标及销售假冒注册商标的商品犯罪中存在的不足及问题，并提出粗浅的完善建议。

一、证据标准与合理推定的辨析与统一

（一）假冒商标的鉴定问题

证据是司法公正的基石，也是整个诉讼活动的核心，在刑事司法领域中更是直接决定着犯罪嫌疑人、被告人的罪责刑。因此，刑事司法对证据标准的规定极为严格。然而，若要求每一起犯罪案件证据均达到证据充分的标准，不仅过于理想化，而且是作茧自缚，不利于打击和预防犯罪。结合《刑法》第213、214条及相关司法解释的规定，构成此类犯罪的两个关键条件：一是假冒的商标是否属于他人已注册的商标；二是非法经营数额、违法所得数额或销售金额是否达到情节严重或者较大标准。因此，对假冒注册商标的鉴定和商品价格的鉴定则成了认定侵犯注册商标犯罪最基础、最关键的证据之一。关于假冒注册商标的商品价格鉴定问题，笔者将在本文第二部分予以阐述。

* 高峰，浙江省海宁市人民检察院助理检察员。

而对于是否需要对接冒的商标进行鉴定、鉴定的主体确定以及鉴定意见的性质方面，司法实务中有不同认识：第一种观点认为，必须委托具有鉴定资质的独立机构进行鉴定，出具的鉴定意见方可作为刑事诉讼法规定的鉴定意见使用，而对于司法实践中通常由商标专用权人出具的鉴定意见应当以主体不适格为由不予采纳；第二种观点认为，商标权利人出具的鉴定意见具有法律效力，应当作为独立于被害人陈述的证据被采纳。

笔者认为，首先，可以肯定的是商标权利人不具有出具鉴定意见的资格。第一，商标权利人不符合法律对鉴定人及鉴定机构的规定。根据《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》规定，鉴定意见是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供的意见，由此可知，鉴定意见必须是具有高级技术职称的鉴定人或是严格依法设立的法人或组织作出的意见。第二，根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）规定，办理侵犯知识产权刑事案件需要鉴定的事项，应当委托国家认可的有鉴定资质的鉴定机构进行鉴定。第三，虽然国家工商行政总局商标局《关于假冒注册商标商品及标识鉴定有关问题的批复》中规定，工商行政管理机关可以委托商标注册人对涉嫌假冒注册商标商品及商标标识进行鉴定，被鉴定者对出具的书面鉴定意见无相反证据的，工商行政管理机关采纳该结论证据，但是依据最新刑事诉讼法及司法解释的规定，行政机关在执法中收集可以在刑事诉讼中作为证据使用的证据并不包括鉴定意见，另外，司法解释明确规定不具有资质的鉴定人或鉴定机构出具的鉴定意见不得作为定案的证据。第四，虽然商标权利人是“当事人”，但作为被害人，其与案件具有直接的利害关系，正如任何人不得做自己的法官一样，任何人也不能做自己的鉴定人。

其次，其他鉴定人或鉴定机构难以凭借技术或专门手段对“同样”的商标标识做出准确区分。一方面，依据商标法相关规定，商标权利人许可他人使用其注册商标的，应当报商标局备案，并公告，但实际中，很多商标权利人并没有依法备案，因此，若由商标局或专门机构对其进行鉴定，出具的意见可能有失准确。另一方面，随着技术的不断进步，造假包括商标标识的制作极为逼真，仅凭肉眼难以察觉，因而很多商标权利人在商标标识上使用了防伪技术，而该技术商标权利人会严加保密，鉴定人或鉴定机构也难以掌握。