

《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》的理解与适用

文 / 逢锦温 刘福谦 王志广 丛 媛

2011年1月10日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布了《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》),进一步明确了近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件中遇到的法律适用疑难问题,对于依法惩治侵犯知识产权犯罪,充分发挥司法保护知识产权的主导作用,提高中国知识产权刑事司法保护水平,维护公平有序的市场环境,具有十分重要的意义。为准确理解和掌握《意见》的主要内容和基本精神,现就《意见》制定过程中的相关问题作一介绍和说明。

《意见》的制定背景

保护知识产权是尊重创造性劳动和激励创新的一项基本制度,是建设法治国家和诚信社会的重要内容。建设创新型国家,完善社会主义市场经济体制,必须坚定不移地保护知识产权。近年来,公安机关、人民检察院、人民法院充分发挥职能作用,依法从严打击侵犯知识产权的犯罪活动,查处了一批大案要案,遏制了群体性侵权行为。为了准确适用法律,依法惩治侵犯知识产权的犯罪活动,切实维护社会主义市场经济秩序,最高人民法院、最高人民检察院、公安部不断加强刑事司法规范建设,先后发布了《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》、《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》、《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》、《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)》、《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》等司法解释和其

他规范性文件,进一步明确了有关知识产权犯罪的定罪量刑标准,完善了知识产权刑事司法保护规范体系,为公安机关、人民检察院、人民法院依法办理侵犯知识产权刑事案件提供了重要规范保障。

但必须看到,盗版、制售假冒伪劣产品在一些地区和领域还比较严重,侵犯知识产权犯罪活动还很猖狂,并日益呈现出新的变化和特点:网络犯罪突出,作案手段多样,组织化、专业化趋势明显,隐蔽性强,查处难度大等。对于形形色色的侵犯知识产权犯罪活动,实践中普遍反映知识产权保护的相关法律及司法解释规定还不够明确具体,政策法律界限不易把握,法律适用疑难问题较多。这些问题在一定程度上影响了对侵犯知识产权犯罪及时有效的打击。为此,最高人民法院会同最高人民检察院、公安部,经过长期深入细致的调研,广泛征求全国人大法工委刑法室、国家版权局版权管理司、国家知识产权局、国家工商行政管理总局商标局、商务部条法司等有关单位、部分专家学者、权利人代表等的意见和建议,制定出台了本《意见》。

《意见》共16条,主要针对近年来公安机关、人民检察院、人民法院在办理侵犯知识产权刑事案件中遇到的新情况、新问题,进一步明确了以下主要法律适用问题:一是进一步明确了侵犯知识产权刑事案件的管辖问题,对犯罪地认定、管辖争议、并案管辖等作了明确规定;二是明确了在办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题;三是对办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证和委托鉴定问题作了规定;四是进一步明确了人民法院根据自诉人申请依法调取证据的问题;五是进一步明确了商标犯罪中



同一种商品、与其注册商标相同的商标的认定,非法经营数额的计算,犯罪未遂的认定等定罪量刑问题;六是进一步明确了侵犯著作权罪中以营利为目的、未经著作权人许可、发行等犯罪构成要件的认定问题,并对通过网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准作了规定;七是对侵犯知识产权犯罪的处罚问题,如多次实施侵犯知识产权行为累计计算数额问题、共犯问题、犯罪竞合问题等作了进一步规定。

《意见》的发布实施,顺应了社会发展要求,适应了司法实践的迫切需要,对于充分发挥司法保护知识产权主导作用,提高中国知识产权刑事司法保护水平,推动全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品专项行动深入开展,维护公平有序的市场环境,具有十分重要的意义。

《意见》的主要内容

关于侵犯知识产权犯罪案件的管辖问题。

《意见》第1条第1款结合侵犯知识产权刑事案件的特点,对此类案件中的犯罪地作了进一步明确,规定犯罪地包括侵权产品制造地、储存地、运输地、销售地,传播侵权作品、销售侵权产品的网站服务器所在地、网络接入地、网站建立者或者管理者所在地,侵权作品上传者所在地,权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地。这一规定主要基于以下考虑:一是侵犯知识产权刑事案件跨地区、产业化特征明显,侵权产品的制造、储存、运输、销售等都属于犯罪的一个环节,这些犯罪行为的发生地都是刑事诉讼法规定的犯罪地。二是利用互联网传播侵权作品、销售侵权产品的犯罪行为大多发生在虚拟的网络空间,此类案件中犯罪地不同于普通的侵权犯罪案件,《意见》参照《关于办理网络犯罪案件适用法律若干问题的意见》等相关规定,对此进行了有针对性的明确。三是作为被侵权者的权利人更易发现市场上存在的针对其产品或作品的侵权盗版行为,明确将权利人受到实际侵害的犯罪结果发生地作为犯罪地,有利于公安机关依法及时立案,切实保护权利人的知识产权。需要说明的是,《意见》起草时,有一种意见认为,应当参照最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的相关规定,将行政执法部门依法查封扣押侵权产品地明确为犯罪地之一。经研究讨论认为,上述查封扣押地可以涵盖到侵权产品的储存地、运输地当中,不需单独另行规定。

司法实践中,侵犯知识产权刑事案件常涉及侵权产品生产、销售、储存等多个不同地区,一地公安机关很难及时发现全部线索,不同地区公安机关又难以自发形成合力,造成犯罪地公安机关往往各管一段,难以彻查。对此,《意见》规定,不同犯罪嫌疑人、犯罪团伙跨地区实施的涉及同一批侵权产品的制造、储存、运输、销售等侵犯知识产权犯罪行为,有关公安机关可依法并案处理,一并侦查。对于犯罪嫌疑人分工负责侵权产品、商标标识、包装等生产的案件,符合并案侦办条件的,有关公安机关亦可一并侦查。同时,为保障刑事诉讼顺利进行,后续需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的,由公安机关所在地的同级人民检察院、人民法院受理。

关于办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题。

《意见》第2条规定了关于办理侵犯知识产权刑事案件中行政执法部门收集、调取证据的效力问题。制定该条的背景在于我国对于惩治侵犯知识产权的违法行为实行的是行政执法与刑事司法双轨并行的体制,实践中对于侵犯知识产权的违法行为,一般也往往先由行政执法部门(包括工商行政管理部门、版权执法部门等)发现并予以查处,对于涉嫌构成犯罪的,依据《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》(国务院令310号)等有关规定,行政执法机关应当将案件有关材料连同有关证据移送公安机关立案侦查。但对于行政执法机关收集的证据能否采用以及如何采用等问题,一直未有明确规定,一定程度上影响了对侵权犯罪的打击,影响到行政执法与刑事司法的有效衔接。如果不解决行政执法证据的法律地位及转化为刑事证据的规则等问题,大量的行政执法案件就无法进入司法程序。为了解决这一问题,并统一规范执法,在认真研究、反复征求意见的基础上,《意见》首次在规范性文件中对行政执法部门收集、调取的证据在刑事诉讼中的效力问题作出规定。这一规定对于强化行政执法部门的证据意识,统一规范公、检、法机关对证据的使用,促进行政执法与刑事司法的有效衔接,依法严厉打击侵犯知识产权犯罪,都具有重要意义。

《意见》第2条共有2款,其第1款规定:行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录,经公安机关、



人民检察院审查,人民法院庭审质证确认,可以作为刑事证据使用;第2款规定:行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录,公安机关认为有必要作为刑事证据使用的,应当依法重新收集、制作。之所以对行政执法机关收集、调取的证据作出上述区别对待,主要是因为证据的性质不同。行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录,具有较强的客观性。具体来说,书证、物证和视听资料,其本身属于一种客观存在的原始资料,并以其存在形式、外部特征、内部属性或所在内容证明案件事实;检验报告、鉴定结论是专业人员依据其专业知识或特殊技能对案件中某些特定事项形成的意见和结论;勘验笔录、现场笔录是行政执法人员对勘验过程、执法现场的客观记录,以其记载的内容证明案件的部分事实,并具有一定的不可复制性。对于这些证据,公安机关、人民检察院在办理侵犯知识产权犯罪案件中,经过审查,认为符合证据的3个基本属性,即客观性、关联性、合法性,就可以作为刑事证据使用,而不需要再重新予以收集、调取;在审判阶段经过人民法院庭审质证确认,可以作为定罪量刑的依据。而对于行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录,由于取证的主体是行政执法部门,且属言辞证据,可变性较强,在办案中,公安机关认为有必要作为刑事证据使用的,则必须依法重新收集、制作。

关于办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证问题和委托鉴定问题。

《意见》第3条对办理侵犯知识产权刑事案件的抽样取证和鉴定问题进行了明确。

1.关于抽样取证。在办理侵犯知识产权刑事案件中,证明涉案产品是否构成侵权盗版是案件办理的重要环节。但实践中,公安机关查扣的侵权、盗版产品往往数量巨大。鉴于我国行政法规中已有关于抽样取证及具体程序的明确规定,公安机关在办理侵犯知识产权刑事案件过程中,可以根据工作需要,依据相关规定进行抽样取证,或委托相关行政执法部门依法进行抽样。抽样取得的证据可用于认定涉案物品是否侵权,或请有关部门给予检验、鉴定以取得检验报告、鉴定结论等证据。采取抽样取证在提升执法效率的同时,也可避免执法人员因无法一一辨别大量的涉案物品而主观臆断,确保公正严格执法。

2.关于鉴定。侵犯知识产权刑事案件大多涉及经济、技术领域内的专业知识,公安、司法机关办案人员难以仅凭自身知识水平作出科学结论,需要委托国家认可的有资质的鉴定部门等对有关专业问题进行鉴定。目前,最高人民法院和省级司法行政部门分别建立了鉴定人(机构)名册制度。公安机关、人民检察院、人民法院在办案过程中可以从最高法院、省级司法行政部门公告的鉴定人名册中选择鉴定机构委托鉴定,以保障鉴定的质量和鉴定结论的证据效力。

同时,鉴于案件当事人往往是该技术领域的专业人员,十分了解鉴定中涉及的相关专业性问题,为保障当事人的诉讼权利,保证公安机关、人民检察院、人民法院对鉴定结论的审查更科学、准确,《意见》第3条第3款规定,公安机关、人民检察院、人民法院应当根据案件办理的需要,适时听取权利人、犯罪嫌疑人、被告人对鉴定结论的意见,并可请鉴定机构作出相应说明。

关于侵犯知识产权犯罪自诉案件的证据收集问题。

根据最高人民法院《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》的规定,人民检察院没有提起公诉、被害人有证据证明的轻微侵犯知识产权犯罪案件,属于人民法院可以直接受理的自诉案件。然而,从司法实践反映的情况看,侵犯知识产权犯罪自诉案件的数量非常少,其中一个重要原因就是知识产权权利人在自行取证方面存在相当的难度,通常难以达到法律规定的证据要求,人民法院也难以受理此类自诉案件。为了切实维护自诉人的合法权益,解决自诉人在取证方面的现实困难,最高人民法院在《关于执行刑事诉讼法若干问题的解释》、《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》等规范性司法文件中都明确了自诉人在一定条件下可申请人民法院调取证据。为更好地保护知识产权权利人的合法权益,《意见》第4条在现有规定的基础上,进一步突出了自诉人享有的诉讼权利,强化了人民法院依申请调取证据的职能作用,明确了人民法院依法受理侵犯知识产权刑事自诉案件,对于当事人因客观原因不能取得的证据,在提起自诉时能够提供有关线索,申请人民法院调取的,人民法院应当依法调取。

关于刑法第二百一十三条规定的同一种商品的认

定问题。

针对刑法第二百一十三条中规定的同一种商品概念不甚明确、在实践中容易引起分歧等情况,《意见》第5条对此作出明确:名称相同的商品以及名称不同但指同一事物的商品,都属于同一种商品。理由是:

1.国家工商行政管理总局商标局和商标评审委员会在《商标审查标准》中已明确商标法中的同一种商品包括名称相同和名称不同但指同一事物的商品。刑法和商标法对于假冒注册商标行为的规定是一致的,对其中相同的法律概念应作相同的理解,这也有利于实践中行政执法与刑事司法的有效衔接。

2.经征求国家工商行政管理总局商标局意见,其中的“名称”是指国家工商行政管理总局商标局在商标注册工作中对商品使用的名称,通常即《商标注册用商品和服务国际分类》中规定的商品名称。

3.对于“名称不同但指同一事物的商品”,国家工商行政管理总局商标局认为,应当是指在功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同或基本相同,相关公众一般认为是同一种事物的商品。具体包括两种情形:一种情形是,虽然权利人和行为人对各自生产的商品起了不同的商品名称,但商标部门在商标注册工作中对这两件商品使用的名称是相同的,或者说两件商品实际对应的是《商标注册用商品和服务国际分类》中同一个商品名称。例如,权利人对其生产的商品起名为电吹风,行为人对其生产的商品起名为插电式风力干发器,但二者在《类似商品和服务区分表》中对应的商品名称均为“电吹风(C110020)”,应判定为同一种商品。另一种情形是,权利人和行为人各自生产的商品在《商标注册用商品和服务国际分类》中对应不同的商品名称,但商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同,相关公众一般认为其实质上是同一种事物的商品。例如,“人用药(050328)”与“打虫药(人用)(050154)”,“象棋(C280025)”与“国际象棋(C280026)”,“汽车转向指示灯(110255)”与“汽车灯(110256)”,虽然它们在《商标注册用商品和服务国际分类》中的确是不同的商品名称,甚至分属不同的商品类别,但商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同,从相关公众的角度看,其实质为同一事物,无法区分其不同,实践中应判定为同一种商品。

需要说明的是,按照上述要素判断同一种商品时,并不要求两商品的各个要素全部相同。例如,两商品的功能、用途和主要原料等相同,相关公众也认为其实质是指同一事物时,就可判定为同一种商品。相反,如果两商品的功能、用途和主要原料等相同,但相关公众能够将二者区分开来,就不应判定为相同。

此外,在认定同一种商品时,应在权利人注册商标核定使用的商品和行为人实际生产销售的商品之间进行比较。对于权利人超出核定使用商品范围的情况,如权利人核定使用的商品为牛奶,但其在实际生产经营中,将注册商标使用在了白酒上,此时即使行为人也在白酒上使用了与权利人相同的商标,也不予刑事处罚。

关于刑法第二百一十三条规定的与其注册商标相同的商标的认定问题。

根据我国刑法第二百一十三条的规定,未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,情节严重的,构成假冒注册商标罪。因此正确理解和把握相同的商标就成了认定是否构成假冒注册商标罪的关键。为解决这一问题,2004年最高人民法院、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》第8条规定,刑法第二百一十三条规定的相同的商标,是指与被假冒的注册商标完全相同,或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。由此可以看出,相同的商标包含两种情况,一种是指与被假冒的注册商标完全相同;另外一种是指虽然与注册商标不完全相同,但与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。但如何把握与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导这一问题,在具体案件中仍有分歧意见,影响了对侵犯知识产权犯罪行为的打击。结合司法实践,以及目前假冒注册商标犯罪的主要情况,《意见》第6条明确规定了具有下列情形之一的,可以认定为刑法第二百一十三条规定的与其注册商标相同的商标:改变注册商标的字体、字母大小写或者文字横竖排列,与注册商标之间仅有细微差别的;改变注册商标的文字、字母、数字等之间的间距,不影响体现注册商标显著特征的;改变注册商标颜色的;其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。本条规定的前三种情形,是一种例举。之所以把这三种情形规定为可以认



定为与其注册商标相同的商标,是因为这三种情形完全符合与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导这一判断标准。并且,从国际范围来看,也把这种行为视为侵权行为。《保护工业产权巴黎公约》规定“商标注册人使用的商标,与其在本公约成员国之一所注册的商标的形式只有细节不同而并未改变其显著特征者,不应导致其注册无效,也不应减少对该商标所给予的保护。”因此,我们认为,《意见》把上述情形规定为犯罪行为是完全正当的,把这些行为作为假冒注册商标罪予以惩治的目的,一方面在于保护注册商标权利人的利益,另一方面在于保护广大消费者的利益,维护市场经济秩序。但我们应当认识到,再完善的司法解释也不可能把日益花样翻新的假冒注册商标的行为全部规定下来,所以在明确列举三种情形的同时,仍使用了一个兜底条款作为第四种情形,即其他与注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。这才是审查判断是否属于假冒注册商标行为的关键,公、检、法机关的办案人员应当在客观对比的基础上综合认定。

关于尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品价值是否计入非法经营数额的问题。

非法经营数额是认定商标犯罪的重要情节。司法实践中,由于犯罪情形复杂多样,非法经营数额的计算面临许多争议,一定程度上影响了案件的正确处理和对犯罪的打击力度。为此,《意见》第7条规定,在计算制造、储存、运输和未销售的假冒注册商标侵权产品价值时,对于已经制作完成但尚未附着(含加贴)或者尚未全部附着(含加贴)假冒注册商标标识的产品,如果有确实、充分证据证明该产品将假冒他人注册商标,其价值计入非法经营数额。这一规定主要基于以下考虑:一是实践中大量存在产品与假冒注册商标标识分离的情况。例如,有些不法分子为逃避打击,将未附着商标标识的产品与假冒注册商标标识分开存储,仅在买家求购时才按照买家要求附着商标标识;有些不法分子将产品与商标标识分开运输给买家;还有些不法分子在被侦查机关或者行政执法机关查处时,尚有大量产品未来得及附着或者全部附着假冒注册商标标识。上述行为的社会危害性是客观存在的,如果对上述行为中情节严重的情形不定罪处罚,将会使大多数假冒他人注册商标的不法分子逃避法律的制裁。二是侦查机

关和行政执法部门反映,通常情况下查获的尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品数量与假冒注册商标标识数量不是一一对应关系,对此种情形如何计算非法经营数额认识不一。有的主张按照数量最小者来计算非法经营数额。我们认为,如果有确实、充分的证据证明查获的产品将假冒他人注册商标,就应当将其价值计入非法经营数额,而不是简单地依据查获的产品数量或者假冒注册商标标识数量之最小者来计算非法经营数额。例如,查获1000件未附着或者未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品和800套假冒注册商标标识,如果有确实、充分的证据证明1000件产品都是要假冒他人注册商标的,则此1000件产品的价值均应计入非法经营数额。

关于销售假冒注册商标的商品犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪量刑问题。

《意见》第8条共分3款,规定了尚未销售或者部分销售假冒注册商标的商品的定罪量刑标准。第1款明确了应当追究销售假冒注册商标的商品罪(未遂)的刑事责任,并进一步明确了其定罪标准:一是假冒注册商标的商品尚未销售,货值金额在15万元以上的;二是假冒注册商标的商品部分销售,已销售金额不满5万元,但与尚未销售的假冒注册商标的商品的货值金额合计在15万元以上的。从司法实践中类似犯罪掌握的标准看,将未遂的犯罪金额确定为销售金额的3倍是妥当的。

第2款实际上规定了销售假冒注册商标的商品罪(未遂)数额巨大的标准。根据这一规定,假冒注册商标的商品尚未销售,货值金额达到15万元仅是入罪标准,在适用刑法第二百一十四条规定的各个量刑档次时,并不要求货值金额达到各个量刑档次规定数额的3倍以上,即“假冒注册商标的商品尚未销售,货值金额分别达到15万元以上不满25万元、25万元以上的,分别依照刑法第二百一十四条规定的各法定刑幅度定罪处罚”。之所以作此规定,主要是考虑在构成犯罪未遂的情况下,数额巨大的未遂标准采用和既遂相同的标准,体现了从严惩处此类犯罪的精神,同时,也与司法实践中类似犯罪的处理原则保持了一致。如最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》明确规定:“伪劣烟草制品尚未销售,



货值金额分别达到15万元以上不满20万元、20万元以上不满50万元、50万元以上不满200万元、200万元以上的,分别依照刑法第一百四十条规定的各量刑档次定罪处罚。”

第3款明确了销售金额与未销售货值金额分别达到不同法定刑幅度或者均达到同一法定刑幅度的处罚原则。实践中存在两种情形,一种情形是既遂和未遂的标准均已达到,但是分别处于不同的法定刑幅度,例如,销售金额在5万元以上不满25万元,达到了销售假冒注册商标的商品罪第一个法定刑幅度,而已经查清的未销售货值金额在25万元以上,达到了该罪第二个法定刑幅度。这种情况应当按照销售假冒注册商标的商品罪(未遂),在第二个法定刑幅度内酌情从重处罚,同时考虑刑法总则中对犯罪未遂的处罚原则。另一种情形是既遂和未遂的标准均已达到,且处于同一法定刑幅度,由于此种情形的社会危害性比单纯达到犯罪既遂或者未遂之一的危害性更大,故规定在所达到的同一法定刑幅度内酌情从重处罚。此类情形的处理原则已被司法实践所认可,如最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款即为适例。

关于销售他人非法制造的注册商标标识犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪问题。

《意见》第9条规定了尚未销售或者部分销售他人非法制造的注册商标标识的定罪标准。由于非法制造的注册商标标识本身的成本和销售价格均非常低廉,虽然销售他人非法制造的注册商标标识罪的发案率高、涉及面广,但涉案金额往往很小,此类案件的社会危害性主要通过销售数量得以反映。司法实践中,大部分行为人为逃避打击,通常不设立账本,也没有销售记录,导致侦查机关难以查清甚至无法查清已销售部分的数量,能够查清的仅是尚未销售的非法制造的注册商标标识数量。如果不考虑尚未销售部分的数量,仅以已销售部分数量或者金额作为定罪处罚依据,则难以追究行为人的刑事责任,不利于有效遏制犯罪。为了依法严厉打击此类犯罪,《意见》将销售非法制造的注册商标标识罪(未遂)纳入惩治范围,并将其入罪标准掌握为该罪既遂入罪标准的3倍,进一步明确了构成销售非法制造的注册商标标识罪(未遂)的4种情形:一

是尚未销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识数量在6万件以上的;二是尚未销售他人伪造、擅自制造的两种以上注册商标标识数量在3万件以上的;三是部分销售他人伪造、擅自制造的注册商标标识,已销售标识数量不满2万件,但与尚未销售标识数量合计在6万件以上的;四是部分销售他人伪造、擅自制造的两种以上注册商标标识,已销售标识数量不满1万件,但与尚未销售标识数量合计在3万件以上的。

关于侵犯著作权犯罪案件中以营利为目的的认定问题。

以营利为目的侵犯著作权罪的主观方面要件,要求行为人主观上具有营利目的,至于行为人营利的方式以及实际营利与否,则在所不问。司法实践中,对于通过销售侵权复制品牟取利益属于以营利为目的的认定标准,已经形成共识。但是,随着侵犯著作权犯罪的手段不断翻新,行为人的营利方式也日益多样化。例如,行为人免费提供侵权复制品供他人使用,表面上没有通过销售方式营利,但是行为人在侵权复制品上刊登收费广告或者捆绑第三方作品,通过向广告主或者第三方收取费用的方式营利,就应当认定为以营利为目的。《意见》在过去司法解释规定的基础上,综合考虑实践中已出现的各种侵犯著作权犯罪行为方式,包括在线侵权和线下侵权,进一步细化了以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形,明确下列几种情形属于以营利为目的:(1)以在他人作品中刊登收费广告、捆绑第三方作品等方式直接或者间接收取费用的;(2)通过信息网络传播他人作品,或者利用他人上传的侵权作品,在网站或者网页上提供刊登收费广告服务,直接或者间接收取费用的;(3)以会员制方式通过信息网络传播他人作品,收取会员注册费或者其他费用的;(4)其他利用他人作品牟利的情形。

需要说明的是,本条规定仅针对行为人主观方面的认定,至于行为人是否应当被依法追究刑事责任,则应当依照刑法规定的犯罪构成要件以及相关司法解释规定的定罪量刑标准进行认定。

关于侵犯著作权犯罪案件中未经著作权人许可的认定问题。

根据我国刑法第二百一十七条的规定,未经著作权人许可是侵犯著作权罪的构成要件之一,因此,正确认定未经著作权人许可,对于认定侵犯著作权罪具有



重要意义。为了解决对未经著作权人许可的认定问题,《意见》第11条根据当前办理侵犯著作权犯罪的实际情况,共分两款对这一问题作了规定。第1款规定:认定未经著作权人许可,一般应当依据著作权人或者其授权的代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书,或者证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据,结合其他证据综合予以认定。这就要求公安机关一般要收集到上述证据,并结合本案的其他证据予以认定。但在有些案件中,由于涉案侵权作品的种类较多,且被侵权作品的权利人较为分散,有的甚至身居国外,公安机关难以取得这些著作权人或者其授权的代理人、著作权集体管理组织、国家著作权行政管理部门指定的著作权认证机构出具的涉案作品版权认证文书,或者本案中公安机关未能收集到证明出版者、复制发行者伪造、涂改授权许可文件或者超出授权许可范围的证据,在此情况下,如果仍然机械地要依据上述证据才能认定未经著作权人许可,无疑会导致许多案件无法处理,从而放纵犯罪的情况。鉴此,《意见》第11条第2款作了灵活规定,在涉案作品种类众多且权利人分散的案件中,上述证据确实难以一一取得,但有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行,且出版者、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。但是,有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权不受我国著作权法保护,或者著作权保护期限已经届满的除外。理解和掌握本款应当重点把握三点:第一,本款只适用于涉案作品种类众多且权利人分散的案件。第二,涉案作品有的已有证据证明未经著作权人许可,但全部查证认定难度较大。第三,有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行的,且出版者、复制发行者不能提供获得著作权人许可的相关证明材料。这里的有证据证明涉案复制品系非法出版、复制发行,就是指已有证据证明涉案复制品未遵守《出版管理条例》、《音像制品管理条例》等有关法律法规的规定,系非法出版、复制发行。第四,有证据证明权利人放弃权利、涉案作品的著作权不受我国著作权法保护,或者著作权保护期限已经届满的除外。这里的有证据证明既可以是犯罪嫌疑人(被告人)或其他有关人员提供的经查证属实的证据,也可以是公安机关依

法收集、调取的证据。

关于刑法第二百一十七条规定的发行的认定及相关问题。

《意见》第12条共分2款,明确了侵犯著作权罪发行的认定及非法出版、复制、发行他人作品行为的处理。司法实践中,对于发行的涵义存在不同理解和认识。在《意见》制定过程中,一种意见认为发行仅指复制者自身实施的销售行为,不包括他人实施的销售行为;另一种意见认为根据《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)》第2条的规定,侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的属于发行,表明发行的主体并不局限于复制者本人。经研究,《意见》采纳了第二种观点,并根据司法解释和《出版物市场管理规定》,列举了发行行为的6种表现形式:总发行、批发、零售、通过信息网络传播、出租、展销等。

第2款明确了非法出版、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。这样规定主要基于以下考虑:一是保持了司法适用的连续性。1998年最高人民法院《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》对此已有规定。根据该解释第1条至第11条的规定,“违反国家规定,出版、印刷、复制、发行具有反动性政治内容出版物、侵权复制品、淫秽物品等以外的其他严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物,情节严重的,以非法经营罪定罪处罚。”这表明对于非法出版、印刷、复制、发行侵权复制品的行为,不能以非法经营罪定罪处罚,而应以侵犯著作权罪定罪处罚。二是符合该类犯罪的本质特征。非法经营罪打击的是违反国家规定,扰乱市场秩序,情节严重的扰乱市场秩序的行为,重在行为的经营性、非法性;而侵犯著作权罪,顾名思义,打击的是侵犯著作权人权利的犯罪行为,该罪设立的宗旨在于保护著作权人的各项合法权益免受不法侵害。因此,对非法出版、复制、发行他人作品,侵犯著作权构成犯罪的,应当按照侵犯著作权罪定罪处罚。

关于通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准问题。

随着互联网时代的到来,侵犯知识产权犯罪的手段不断翻新,不再局限于借助有形载体实施犯罪行为,

通过信息网络实施侵犯知识产权犯罪案件的数量日益增多。为有力打击通过信息网络侵犯知识产权犯罪行为,有关司法解释明确了通过信息网络向公众传播他人作品行为的定性问题。然而,行为人通过信息网络传播侵权作品行为构成犯罪缺乏明确的定罪量刑标准,不利于司法适用的操作。有鉴于此,同时考虑到互联网具有传播速度快、传播范围广、内容存储容量大、侵权作品与非侵权作品共网并存等特点,《意见》第13条分2款规定了通过信息网络传播侵权作品行为的定罪处罚标准。第1款从非法经营数额、传播他人作品数量、作品被点击次数、注册会员人数等方面,进一步明确了通过信息网络传播侵权作品行为的入罪标准。第1款第1、2项分别沿用现行司法解释规定的5万元以上、500件以上的标准;第3项以传播他人作品的实际被点击数为基准,构成侵犯著作权罪的起刑点为实际被点击数达到5万次以上;第4项以注册会员人数为基准,即以会员制方式传播他人作品,构成侵犯著作权罪的起刑点为注册会员达到1000人以上;第5项规定在数额或者数量未达到第1项至第4项规定标准的情况下,构成侵犯著作权罪的起刑点为数额或者数量分别达到第1项至第4项其中2项以上标准一半以上;第6项是关于兜底条款的规定。

第2款明确了通过信息网络传播侵权作品行为为其特别严重情节的认定标准,掌握为其他严重情节的5倍。

关于多次实施侵犯知识产权行为累计计算数额问题。

《意见》第14条对《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》第12条第2款中有关多次实施侵犯知识产权行为的数额累计计算问题进行了补充规定。主要考虑是,行政处罚法规定违法行为在2年内未被发现就不再给予行政处罚,与刑法规定的犯罪追诉期限不同。对于2年内多次实施的侵犯知识产权违法行为,每次均未达到定罪量刑标准的,如果未经行政处理,且累计数额构成犯罪的,依法定罪处罚。

需要说明的是,根据国务院《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第11条之规定,对于某一侵犯知识产权行为,达到定罪量刑标准的,即使已经过行政处理,仍应移送公安机关立案追究刑事责任。其追诉期间适用刑法有关规定,不受前述2年的限制。

关于为他人实施侵犯知识产权犯罪提供原材料、机械设备等行为的定性问题。

《意见》第15条对《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》第16条中侵犯知识产权犯罪共犯问题进行了补充规定。一是参照《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等文件的规定,对近年来司法实践中发现行为人明知他人实施侵犯知识产权犯罪行为,而为其提供主要原材料、辅助材料、半成品、包装材料、机械设备、标签标识、生产技术、配方等行为的性质进行了明确。二是参照《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》、《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》的相关规定,对信息网络环境下侵犯知识产权犯罪共犯行为进行了明确,即明知他人实施侵犯知识产权犯罪,而为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费用、费用结算等服务的,以侵犯知识产权犯罪的共犯论处。

关于侵犯知识产权犯罪竞合的处理问题。

侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪往往存在一定的交叉或者竞合关系。譬如,行为人生成的是假冒他人注册商标的商品,而该商品经过鉴定又属于伪劣商品,在符合这两罪其他构成要件的情况下,行为人的行为既构成了侵犯知识产权犯罪,又构成了生产、销售伪劣商品犯罪,根据我国的刑法原理,对此应当从一重处断。因此,《意见》第16条规定:“行为人实施侵犯知识产权犯罪,同时构成生产、销售伪劣商品犯罪的,依照侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪中处罚较重的规定定罪处罚。”这与2001年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条实施生产、销售伪劣商品犯罪,同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚的规定相一致。但稍有不同的是,由于《意见》第12条第2款已经明确规定,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,故《意见》第16条将非法经营罪排除在外。

(作者单位:最高人民法院 最高人民检察院 公安部)