

知识产权法律热点问题

《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（征求意见稿）》要点解读

2023年1月18日，最高人民法院、最高人民检察院发布《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（征求意见稿）》（下称“《征求意见稿》”）。

自2004年以来，最高人民法院、最高人民检察院等机关陆续发布了《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》（2004年发布，下称“《解释》”）、《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）》（2007年发布，下称“《解释（二）》”）、《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》（2011年发布，下称“《意见》”）以及《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（三）》（2020年发布，下称“《解释（三）》”）等司法解释（以下合称“**现行知产刑案司法解释**”）。2021年施行的《刑法修正案（十一）》（下称“**《修正案》**”）对第三章第七节侵犯知识产权罪的相关条款进行了大幅度的集中修订。《征求意见稿》对现行知产刑案司法解释条文进行了系统的整合、完善与调整（其施行后《解释》《解释（二）》《解释（三）》将同时废止），并与《修正案》相衔接，就相关罪名的入罪和量刑标准进行了明

确，对司法实践中长期存在争议的一些重点问题作出了厘清和回应。

本文将结合笔者处理大量侵犯知识产权刑事案件的处理经验和观察，对《征求意见稿》的修订要点进行梳理和解读。

一、入罪标准和升档量刑标准

（一）入罪标准的维持与变化

总体而言，《征求意见稿》保留了现行知产刑案司法解释对于侵犯知识产权犯罪各罪名入罪标准的主要规定。以假冒注册商标罪为例，《征求意见稿》对于假冒商品商标的行为，仍然保留了“违法所得数额在三万元以上或者非法经营数额在五万元以上”的入罪标准，与2004年发布的《解释》的相关规定保持一致。此外，就多个罪名的入罪标准，如行为人在二年内曾因实施相关侵犯知识产权行为受过行政处罚的，则进一步降低对犯罪数额的要求。以假冒注册商标罪为例，假冒商品商标的，《征求意见稿》将“二年内因实施刑法第二百一十三条至第二百一十五条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在二万元以上或者非法经营数额在三万元以上的”规定为“情节严重”的情形之一。考虑到我国经济高速增长以及物价水平的变化，上述入罪标准的

维持与变化充分反映了我国持续加强知识产权保护力度以及打击侵犯知识产权犯罪的决心。

（二）升档量刑标准的提高

现行知产刑案司法解释一般将升档量刑标准设置为入罪标准的五倍。以假冒注册商标罪为例，根据《解释》的规定，非法经营数额在五万元以上或者违法所得数额在三万元以上的属于“情节严重”，非法经营数额在二十五万元以上或者违法所得数额在十五万元以上的属于“情节特别严重”。根据《征求意见稿》第一条的规定，违法所得数额、非法经营数额达到该条规定的入罪标准十倍以上的，属于“情节特别严重”，即《征求意见稿》提高了相关升档量刑标准。

相关条文的变化无疑会让一部分案件无法再升档量刑。但是，随着我国经济的发展和物价的变化，与十几年前相比，现行知产刑案司法解释的入罪金额和升档量刑金额之间的实际差距已经较小。司法实践中大量犯罪数额相对不高、社会危害性相对不大的案件亦能轻易突破“情节特别严重”的数额标准而需对行为人升档量刑。我们认为，《征求意见稿》对升档量刑标准的提高与我国经济发展水平相适应，有利于贯彻罪责刑相适应原则。

二、商标侵权行为

（一）明确假冒服务商标犯罪的认定标准

将假冒服务商标行为纳入刑法规制是《修正案》的一大亮点。根据修改后的刑法第二百一十三条，未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务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。与此相衔接，《征求意见稿》明确了假冒服务商标犯罪的相关认定标准。

根据《征求意见稿》第一条第二款的规定，假冒服务商标具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百一十三条规定的“情节严重”：（一）

违法所得数额在十万元以上的；（二）假冒两种以上注册商标，违法所得数额在五万元以上的；

（三）二年内因实施刑法第二百一十三条至第二百一十五条规定的行为受过行政处罚，违法所得数额在五万元以上的；（四）其他情节严重的情形。与假冒商品商标相比，假冒服务商标的入罪数额标准较高。

同时，《征求意见稿》对如何认定刑法第二百一十三条规定的“同一种服务”亦进行了规定。

《征求意见稿》第二条规定，实际提供的服务名称与他人注册商标核定使用的服务名称相同，或二者服务名称不同但在服务的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面相同且相关公众一般认为是同种服务的，应当认定为“同一种服务”。

（二）明确销售假冒注册商标的商品罪的入罪标准和升档量刑标准

《修正案》将销售假冒注册商标的商品罪的罪状描述从“销售金额数额较大”、“销售金额数额巨大”相应修改为“违法所得数额较大或者有其他严重情节”、“违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节”。由于此前长期沿用的《解释》第二条及第九条系对“销售金额数额较大”和“销售金额数额巨大”的解释，而《修正案》对于该罪名已不再使用“销售金额”的表述，故在《修正案》施行后，对于如何认定该罪的入罪标准及升档量刑标准（特别是能否以及如何以销售金额为标准），实务中存在不同意见。《征求意见稿》第四条明确了相关问题，并将“销售金额在五万元以上的”规定为“其他严重情节”的情形之一，实际效果与《解释》相关规定一致。

（三）明确“两种以上注册商标”的认定

根据现行知产刑案司法解释的相关规定，在涉及“两种以上注册商标”的情形下，相关数额标准较之仅涉及一种商标的情形更低。多年来，对于如何认定“两种以上注册商标”一直存在争议。例如在笔者办理的多起案件中，行为人在同

一种商品上使用了同一商标权利人所有的多个注册商标（如多个文字商标，或文字商标及图形商标）的情况下，办案机关对于是否构成假冒“两种以上注册商标”存在不同意见。《征求意见稿》对此进行了明确，其第二十四条规定：“‘两种以上注册商标’是指识别商品、服务不同来源的两种以上注册商标。虽然注册商标不同，但在同一种商品、服务上使用，均指向同一商品、服务来源的，不应当认定为‘两种以上注册商标’”。就前述案件所涉情形，由于在相关假冒商品上使用的多个商标均指向同一商标权利人，根据该条规定，不属于假冒“两种以上注册商标”。

（四）细化对于“明知”的认定

与现行知产刑案司法解释相比，《征求意见稿》对于刑法第二百一十四条规定的“明知”的认定，增加了“无正当理由以明显低于市场价格进货或者销售”以及“被行政执法机关、司法机关发现销售假冒注册商标的商品后，转移、销毁侵权商品、会计凭证等证据或者提供虚假证明”两种情形。相关新增规定将有利于实务中认定行为人售假的主观故意。

三、著作权侵权犯罪

（一）对侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪关系的厘清

长期以来，实务界及理论界对于仅销售侵权复制品的行为应适用何种罪名存在争议。根据《解释(二)》第二条第一款的规定，刑法第二百一十七条侵犯著作权罪中的“复制发行”，包括复制、发行或者既复制又发行的行为。据此，刑法第二百一十八条销售侵权复制品罪规制的销售侵权复制品行为可以被侵犯著作权罪所涵盖，其适用空间受到极大压缩。根据国家知识产权局发布的《二〇二一年中国知识产权保护状况》白皮书，在审结的侵犯知识产权刑事一审案件中，假冒注册商标罪案件 2558 件，销售假冒注册商标的商品罪案件 2623 件，侵犯著作权罪案件 313

件，而销售侵权复制品罪案件仅 15 件。在销售假冒注册商标的商品案与假冒注册商标案的数量十分接近的情况下，销售侵权复制品案的数量却不足侵犯著作权案的 5%。

根据《征求意见稿》第十条的规定，未经著作权人等许可，既复制又发行或者复制后尚待发行作品、录音录像制品的行为，应当认定为刑法第二百一十七条规定的“复制发行”。据此我们认为对于仅销售侵权复制品的行为，不能再认定为属于刑法第二百一十七条规定的“复制发行”从而构成侵犯著作权罪，仅能根据刑法第二百一十八条以销售侵权复制品罪定罪。

（二）关于销售侵权复制品罪的入罪标准

《修正案》将销售侵权复制品罪的罪状描述从“违法所得数额巨大的”修改为“违法所得数额巨大或者有其他严重情节的”。根据《解释》第六条的规定，违法所得数额在十万元以上的，属于“违法所得数额巨大”。《征求意见稿》第十三条第一款在保留前述规定的基础上，对销售金额符合一定标准的情形，亦认定为“其他严重情节”。考虑到实务中违法所得数额的证明难度，增设该规定将有利于对相关犯罪的追诉。

（三）关于避开或破坏“技术措施”相关行为的规定

《征求意见稿》第九条第二款规定：“故意制造、进口、向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件，或者故意为他人避开、破坏技术措施提供技术服务，违法所得数额、非法经营数额达到前款规定标准的，应当以侵犯著作权罪追究刑事责任。实施上述行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”鉴于刑法第二百一十七条仅将“未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施”的行为纳入侵犯著作权罪的规制范围，我们建议

《征求意见稿》第九条第二款增加“明知他人实施侵犯著作权犯罪”等相关条件作为适用前提。

四、侵犯商业秘密犯罪

（一）明确侵犯商业秘密罪的入罪标准

《解释（三）》第四条大幅降低了侵犯商业秘密罪的入罪标准。因该条款系对《修正案》施行前刑法第二百一十九条规定的“给商业秘密的权利人造成重大损失”及“造成特别严重后果”的解释，对于《修正案》施行后，第二百一十九条规定的“情节严重”及“情节特别严重”如何认定，实践中存在不同意见。

《征求意见稿》第十四条对此进行明确，列举了构成“情节严重”及“情节特别严重”的情形。相关规定与《解释（三）》第四条基本一致，并增设了两种属于“情节严重”的情形，包括该条第一款第（四）项“一年内以不正当手段获取商业秘密三次以上”以及第（五）项“二年内因实施刑法第二百一十九条、第二百一十九条之一规定的行为受过行政处罚二次以上，又实施侵犯商业秘密行为”。

笔者曾代理商业秘密权利人办理过多起侵犯商业秘密刑事案件，如何证明给商业秘密权利人造成的损失数额一直是维权难点。而前述两种情形对数额没有要求，增设该等情形将有利于追诉犯罪，为权利人维权提供新思路。

就前述第（四）项，限定条件包括“一年内”、“以不正当手段获取”和“三次”。据此，“以不正当手段获取”以外的其他行为（如违反保密义务披露、使用或者允许他人使用有关商业秘密的行为）并不适用此规定。如正式施行，实务中如何认定“三次”亦有待观察。

就前述第（五）项而言，由于侵犯商业秘密案件的复杂性，二年内被行政处罚两次的前提可能很难成就，建议适当放宽。

另外，《征求意见稿》第二十八条及第二十九条对侵犯商业秘密“损失数额”及“违法所得数额”的认定方式进行了规定，与《解释（三）》第五条基本一致，但进行了部分调整。《征求意见稿》将“损失数额”和“违法所得数额”进行分列，并将“侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润”归为“违法所得数额”，较之《解释（三）》第五条在逻辑上更为合理。

（二）明确为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪的升档量刑标准

《修正案》新设了为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪。与此相衔接，《征求意见稿》第十六条明确了该罪的升档量刑标准（即“情节严重”）。

五、假冒专利罪

《征求意见稿》第七条对假冒专利罪的入罪标准进行了调整，包括将《解释》第四条第（二）项规定的“给专利权人造成直接经济损失五十万元以上”降低为“给专利权人造成直接经济损失三十万元以上”。由于司法实践中假冒专利罪案件极少，如正式施行，相关修改对司法实践的影响有待观察。

六、其他

（一）完善“非法经营数额”的规定

“非法经营数额”是多种侵犯知识产权犯罪定罪和量刑认定的关键。《征求意见稿》第二十五条对于“非法经营数额”的规定，基本沿用了《解释》第十二条的规定，但在表述上进行了完善。其中，对于尚未销售的侵权产品的价值，有实际销售平均价格、标价、被侵权产品的市场中间价格三种计算方式。较之《解释》第十二条，《征求意见稿》第二十五条对于三种计算方式的适用次序规定得更为清晰，有利于理解和避免争议。

（二）明确“违法所得数额”的认定

长期以来，司法实践中对于“违法所得数额”的计算口径存在不同意见。在笔者曾代理的大量侵犯知识产权刑事案件中，以“违法所得数额”定罪量刑的案件远少于以“非法经营数额”定罪量刑的案件。《征求意见稿》第二十六条第二款对“违法所得数额”的认定进行了规定，一定程度上明确了“违法所得数额”的认定方式。

（三）明确单位犯罪的定罪量刑标准

《解释》第十五条规定：“单位实施刑法第二百一十三条至第二百一十九条规定的行为，按照本解释规定的相应个人犯罪的定罪量刑标准的三倍定罪量刑。”《解释(二)》第六条对前述规定进行了调整：“单位实施刑法第二百一十三条至第二百一十九条规定的行为，按照《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》和本解释规定的相应个人犯罪的定罪量刑标准定罪处罚。”据笔者在实务中观察，仍有少部分办案人员对《解释(二)》第六条持不同理解，认为对单位犯罪适用定罪量刑标准仍为相应个人犯罪定罪量刑标准的三倍，而非相同。

《征求意见稿》明确规定：“单位实施刑法第二百一十三条至第二百一十九条之一规定的

行为，按照本解释规定的相应个人犯罪的定罪量刑标准定罪处罚”。该规定将有效解决相关争议。

（四）关于限制适用缓刑的情形

《征求意见稿》第二十一条列举了三种“可以酌情从重处罚，一般不适用缓刑”的情形，删除了《解释(三)》第八条第(二)项“因侵犯知识产权被行政处罚后再次侵犯知识产权构成犯罪的”该种情形。我们理解删除的理由或在于《征求意见稿》在入罪和升档量刑方面已对行为人在二年内因实施相关侵犯知识产权行为受过行政处罚的情节进行评价。

《征求意见稿》既沿袭了现行知产刑案司法解释的大量规定，亦结合《修正案》和司法实践中的变化和问题进行了调整和完善，既有传承亦有突破。我们对于未来正式发布的司法解释充满期待。

延伸阅读：

《刑法修正案(十一)》侵犯知识产权犯罪新规解读：

侵犯商业秘密刑事案件之控辩攻守道；

侵犯知识产权刑事案件中权利人的挽损路径。

王洁崇 合伙人 电话：86 20 2805 9033 邮箱地址：wangjd@junhe.com

蒋婧婷 律师 电话：86 20 2805 9020 邮箱地址：jiangjt@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

