



知识产权刑事司法解释中的数额问题

刘科 邱启雄

为了保护知识产权权利人的合法权利，加大打击侵犯知识产权犯罪的力度，维护市场经济秩序，最高人民法院、最高人民检察院于2004年11月21日联合公布了《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》（以下简称《解释》），该《解释》对侵犯知识产权犯罪中“情节严重”、“情节特别严重”、“数额较大”、“数额巨大”、“其他严重情节”、“给权利人造成重大损失”以及单位犯罪明确规定了具体的数额数量标准，对“销售金额”、“非法经营数额”等犯罪数额的概念作了明确界定。本文拟就上述问题展开探讨，以求教于学界同仁。

一、关于侵犯知识产权犯罪的定罪量刑标准问题

知识产权犯罪的社会危害性，主要是通过犯罪数额体现出来的。因此，区分什么行为是民事违法，什么行为是刑事犯罪，首先需要确定一个数额标准。如何确定这个数额标准，是制作司法解释中最有争议的问题之一。从刑法的法律效果和社会效果看，数额标准规定的高了，就会对有关犯罪打击不力，不利于保护知识产权；如果数额标准规定的低了，又会扩大刑法的打击面，不利于彰显刑法的人权保障功能。因此，确定一个符合实际、各方面都能接受的起点数额标准，是准确贯彻立法意图，有效保护知识产权的重要环节。本《解释》对侵犯知识产权犯罪所涉及的七个具体犯罪的定罪量刑都规定了具体的数额数量标准，与最高人民法院《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》（以下简称《非法出版物解释》）以及2001年最高人民检察院和公安部联合发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（以下简称《追诉标准》）相比，本《解释》有一个显著的特点就是大幅降低了假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪、侵犯著作权罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的定罪标准，并增加了应予定罪的情形。这四个罪名的基本定罪标准降低到非法经营数额5万元以上或者违法所得数额3万元以上。具体看来，这四个罪名的定罪标准为：（1）假冒注册商标罪。《追诉标准》规定个人定罪的标准是非法经营数额10万元以上，而本《解释》降低为5万元以上，同时增加规定了违法所得3万元以上的也应予以定罪。对于假冒两种以上注册商标，个人非法经营数额3万元以上或者违法所得2万元以上的也应定罪。（2）销售假冒注册商标的商品罪。《追诉标准》规定个人定罪的标准是销售金额十万元以上，而本《解释》规定的定罪标准降低为销售金额5万元以上。（3）侵犯著作权罪。《非法出版物解释》规定个人的定罪标准是非法经营数额20万元以上、违法所得数额5万元以上，而本《解释》分别降低为5万元以上和3万元以上。

（4）非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪。《追诉标准》规定个人定罪的标准是非法经营数额20万元以上，而本《解释》降低为5万元以上，同时本《解释》增加规定非法制造、销售非法制造两种以上注册商标标识的，个人非法经营数额的定罪标准是3万元以上。

降低上述罪名的定罪标准，主要是考虑到：首先，从司法实践看，侵犯知识产权犯罪具有以下突出特点：一是智能化程度高，侵权犯罪分子在实施犯罪活动中所使用的生产设备和生产技术越来越先进，造假水平越来越高；二是组织性强、隐蔽性强，犯罪分子之间分工明确，反侦查能力强，常常采取化整为零、流动生产、遥控指挥等手法以规避刑事打击，公安机关取证难度大、司法机关认定困难。《追诉标准》和

《非法出版物解释》中规定的相应知识产权犯罪数额标准过高，降低标准有利于加大打击这类犯罪的力度。第二，降低知识产权犯罪刑事制裁门槛也是中国加入WTO《工作组报告书》所作出的承诺，“一些工作组成员对刑事程序不能被有效地用以打击盗版和假冒行为表示关注。特别是，提起刑事诉讼的现行适用的金额标准非常高，很少能达到。应降低这种金额标准，以便诉讼能够有效震慑以后的盗版和假冒行为”。第三，降低标准也是保持侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪定罪标准的协调的需要。

在讨论降低知识产权犯罪的起点数额标准的过程中，有关各方对于具体应降低多少仍有不同意见。有些执法部门和代表知识产权权利人的组织希望降得低一些，以体现刑法重视保护知识产权的精神；有的认为，当前侵犯知识产权的情况比较复杂，范围较广，降的幅度不宜过大，否则难以执行；也有人持不同看法，认为当前对知识产权犯罪行为打击不力，主要原因是执法不严而不是数额过高，仅仅降低数额不一定能够解决问题，因而可以不降或尽量少降。本《解释》最终采纳了以5万元作为侵犯知识产权犯罪的非法经营数额和销售金额定罪的起点数额，其主要理由是：第一，知识产权犯罪的非法经营数额或销售金额达到5万元以上的案件，已经具有了相当严重的社会危害性，按犯罪处理不会扩大刑法的打击面。第二，这一数额与最高人民法院此前作出的关于生产、销售伪劣商品犯罪的起点数额相协调，不会发生顾此失彼的问题。第三，从近几年知识产权犯罪立案的情况看，非法经营数额和销售金额达到5万元以上的案件属于少数，以此划分罪与非罪的界限比较符合实际。另外，考虑到有些案件的非法经营数额和销售金额难以查实，但可以查到违法所得数额，因此本《解释》规定了一个违法所得的起点数额。由于违法所得系行为人犯罪后所获得的不法收益，因此这一数额应当比非法经营数额和销售金额的起点标准低一些，以3万元作为起点数额比较适宜。

另外值得注意的是，假冒专利罪、侵犯商业秘密罪和销售侵权复制品罪三个罪名的起刑标准没有变动，而是维持了《非法出版物解释》和《追诉标准》中规定的数额。其主要原因是：（1）关于假冒专利罪，在司法实践中数量极少，据人民法院的统计显示，自1998年至2004年上半年，全国法院审结假冒专利罪案件不足20件，而且世界上许多国家没有规定这类行为以犯罪处理。（2）关于侵犯商业秘密罪，一是近年来侵犯商业秘密罪这类案件数量虽呈上升趋势，但是总体数量并不多；二是商业秘密的专业性非常强，界定困难，维持原数额较为适宜。（3）关于销售侵权复制品罪，由于刑法条文中规定的犯罪构成标准就是“违法所得数额巨大”，因此《非法出版物解释》中规定的数额尚无必要进行调整。

二、关于单位犯罪的定罪量刑标准问题

关于单位犯罪与个人犯罪的定罪量刑标准是否应统一是本《解释》起草过程中备受争议的一个问题。在最高人民检察院和公安部发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》和最高人民法院发布的《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》中，假冒注册商标罪、销售假冒注册商标的商品罪、侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪的起点数额和加重数额，单位犯罪和自然人犯罪的标准等，悬殊较大，单位犯罪的数额一般高于自然人犯罪的数额达3到5倍。有学者认为，这种不同的定罪量刑标准，客观上容易放纵犯罪，应当予以取消，对单位犯罪和自然人犯罪应当适用同一数额标准。在学术界和实务界，持这种意见的人越来越多，其理由主要是：这种区别对待的做法不符合自然人犯罪与单位犯罪的刑法面前人人平等原则；容易使犯罪人规避法律；从刑法条文的规定看，并未从数额上对知识产权犯罪进行单位和自然人的区分，因而应当把立法原意理解为单位犯罪和个人犯罪都应适用相同的数额；“两高”以前发布的司法解释也有单位与个人统一标准的先例，例如2003年出台的《关于办理非法制造、买卖、运输、储存毒鼠强等禁用剧毒化学品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。司法解释进行这样的区分，法律依据不足。但是也有不少人认为，对单位犯知识产权罪和个人犯知识产权罪区分不同的数额标准，目前仍有现实意义。

经过认真考虑各方面因素，本《解释》规定单位实施侵犯知识产权犯罪的定罪量刑标准按照个人犯罪的定罪量刑标准的三倍执行。这是出于以下考虑的：第一，刑法在关于侵犯社会主义市场经济秩序犯罪的多数条文中都规定，刑法对单位犯罪和自然人犯罪都实行区别对待的政策，有的明确规定两种不同的刑罚幅度，单位犯罪的法定刑轻于自然人犯罪的法定刑，有的犯罪，自然人犯罪情节特别严重的，可以判处死刑，而单位犯罪情节特别严重的，最高只判处无期徒刑；第二，单位犯罪在实施犯罪的形式与规模、参与人员的数量和资金投入、违法所得的占有与分配等方面都不同于个人犯罪，情况比较复杂，规模比较大，涉案金额比较高；同时单位犯罪承担责任的主体既包括单位，也包括单位的“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”，往往涉及多人，责任分散，定罪量刑的标准也应同个人犯罪加以区别。如果均按自然人犯罪处罚，在许多案件中会扩大刑法的打击面，甚至处罚无辜。同时，单位犯罪一般经过单位集体研究决定或其负责人员决定，代表的是单位的犯罪意志，而不是单位中的某个成员的犯罪意志，牟取的大多是单

位利益而不是行为人的个人利益，完全按照个人犯罪论处也不尽符合主客观相统一的原则。第三，将单位犯罪的定罪量刑标准由《非法出版物解释》和《追诉标准》规定的是个人定罪量刑标准的五倍降为三倍，单位犯罪与个人犯罪数额之间的差距已经大大缩小，这样可以加大对单位侵犯知识产权犯罪的打击力度。第四，最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》规定，个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，应当按照个人犯罪处理。按照该规定，对于在现实中有的个人为了逃避刑事制裁而注册公司，以单位行为为由规避刑事处罚的；有的公司将其业务部门承包给他人经营，承包人以公司名义从事非法行为的；有的为降低单位经营额而将同一车间的机器、同一仓库的假冒商品归属为不同的单位所有等规避刑事法律的行为，均应按照个人犯罪处理。单位犯罪的定罪量刑标准高于自然人的定罪量刑标准并不会导致放纵犯罪的结果。至于有的学者提出，在地方保护主义十分盛行的今天，地方执法机关往往以单位犯罪为借口，拒绝以个人犯罪进行追诉，单位犯罪的定罪量刑标准高于自然人的定罪量刑标准会导致放纵犯罪的结果。我们认为这样的理由也是站不住脚的，因为这是地方执法部门有法不依、执法不严的问题，而不是单位犯罪的定罪量刑标准高于自然人的定罪量刑标准的问题。

三、关于犯罪数额的认定及计算标准问题

侵犯知识产权犯罪涉及的犯罪数额主要有“销售金额”、“违法所得数额”、“非法经营数额”和“重大损失数额”4种。对于这些数额如何理解，如何具体计算，关系着定罪量刑的准确与否，对于认定犯罪和区分罪与非罪的界限具有重要意义。

（一）关于“非法经营数额”范围的认定和具体计算

在刑法关于知识产权犯罪的规定中，并未使用“非法经营数额”这一术语，使用的是“情节严重”等更为模糊宽泛的术语。考虑到情节严重主要是关于侵权行为的定量规定，而量的主要表现形式是侵权行为的非法经营数额，所以，现有的司法解释和相关文件在解释情节严重时，使用了非法经营数额这一术语。在认定假冒注册商标罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪和假冒专利罪时，都需要用非法经营数额来量化和界定一般违法行为和构成犯罪的行为。

非法经营数额的范围是一个有争议的问题，本《解释》规定，“非法经营数额”，是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。即其范围包括非法制造的侵权产品的数额，运输的侵权产品的数额，储存的侵权产品的数额以及销售的侵权产品的数额等。有人还认为，一些侵权者为造假、卖假而投入的机器设备、支付的房租和造假人员的工资等，也应当计入非法经营数额。考虑到这些数额在实践中难以计算，在没有查到侵权产品的情况下，也很难认定这些投入就是为了造假或卖假所用，因而一般不宜认定为非法经营数额。但是，如果确有证据证明这些投入专门是为造假或卖假所用的，可以作为非法经营数额的一个情节认定，能够查明这些投入来自造假或卖假的收入的，应当作为非法所得的一部分或者一个情节处理，而不仅仅作为犯罪工具没收。

由于非法经营数额的具体计算方法直接关系到认定犯罪的数额标准，在本解释的起草过程中，这也一直是备受关注的问题。一种意见认为，非法经营数额的计算应当以被假冒的商品即真品的价格进行计算，因为侵权犯罪侵犯的就是知识产权权利人的利益，应当着眼于权利人的角度考虑计算方法，以真品的价格计算更能体现刑法对权利人的保护；另一种意见认为，应当综合考虑各相关因素，包括保护知识产权权利人的合法权益、侵权犯罪的实际危害、侵权行为人的非法收益、刑事处罚与行政处罚的适度衔接等等，非法经营数额的计算以侵权产品实际销售的价格计算更符合打击此类犯罪的实际情况。经过权衡利弊，本《解释》第12条对于非法经营数额区分三个层次规定了相应的计算方法：已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值，按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。这种计算方法主要出于以下考虑：第一，按照实际销售的价格计算，符合这种犯罪的社会危害性的实际状况，也符合刑法规定的罪责刑相适应原则。受市场供求关系的影响，侵权人实际销售的情况很复杂，有的低于真品的价格，有的就是真品的价格，还有的是可能高于真品的价格。规定按照实际销售的价格计算，能够客观评价其社会危害后果，使犯罪嫌疑人、被告人得到应有的惩罚。第二，对于假冒商品没有标价同时又难以查清实际销售价格的，曾有人主张参照被假冒商品的市场中间价格计算。但这样做有一个缺陷，就是会出现假货卖出去并实际危害社会的数额计算标准反而低，而假货没有卖出去也没有对社会造成实际危害的数额计算标准反而高的尴尬局面。因此，有人认为应当按照国家计划委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部1997年4月22日联合发布的《扣押、追缴、没收物品估价管理办法》的规定，委托指定的估价机构对假冒商品的实际价值进行评估，以评估的数额计算非法经营数额。但这种方法在实践中可操作性较差，因为：一是社会评估机制很不完善，难免评估混乱；二是假冒商品的实际价值和

市场价格背离很大，往往难以准确评估。权衡利弊，本《解释》规定，对于确实查不清实际价值又没有标价的假冒商品，按照被假冒商品即真品的市场中间价格计算。第三，在加强对知识产权权利人刑法保护的同时，也要考虑到公正对待侵权犯罪嫌疑人、被告人，应当客观地按照其犯罪行为的情节、后果追究其刑事责任，才能体现公正、公平的法治原则。

（二）关于销售金额的认定和计算

司法机关认定销售假冒注册商标的商品罪时，涉及到对刑法规定的“销售金额”及其数额较大的理解与计算问题。需要明确的问题包括如何认定销售金额的范围，如何确定销售金额的计算标准等等，本《解释》对于这些问题也进行了明确规定。

1. 关于销售金额。销售金额，顾名思义是指行为人出于营利目的而销售的假冒商品的货币数额，包括销售假冒商品后已经得到的和应当得到的全部违法收入。所谓应当得到的，是指假冒商品已经卖出或者交付运输，但是行为人尚未收到货款或货款已经成为行为人的债权等情况。行为人与他人签订合同，预收货款后，假货还没有发出的，也应当据此认定销售金额。

2. 关于销售金额的计算。对销售金额的计算，应当按照上述关于非法经营数额的计算方法进行。对已经销售的侵权产品金额，按照实际销售的价格计算。但对没有销售的，是否计算销售金额，有不同意见，一种意见主张按照“两高”《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2条的规定，即按照已销售侵权产品的三倍计算。另一种意见认为，这里的销售金额，仅指已经销售出去的金额，没有销售出去的，不应折算销售金额。本《解释》没有明确规定是否应折算销售金额，但是从制定解释的意图来看，应理解为不予折算。

（三）关于“违法所得数额”的认定和计算

在有关侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪和假冒专利罪的刑法条文和司法解释中，已经把“违法所得数额较大”作为认定犯罪的一个标准。但是，对于什么是违法所得，违法所得如何计算，违法所得与非法经营数额和销售金额的区别，刑法和本《解释》都没有明确规定，对此只能从理论上加以探讨。

过去的司法解释对于什么是违法所得曾出现过相互矛盾的规定。例如，最高人民检察院1993年12月1日在《关于假冒注册商标犯罪立案标准的规定》中，就把“违法所得数额”理解为“销售收入”，而“销售收入”实际上就是“销售金额”。最高人民法院发布的《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》第17条第2款则规定，本解释所称“违法所得数额”，是指获利数额。也许是认识到了上述分歧的存在，最高人民检察院和公安部联合发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》对“违法所得数额”的含义没有再做规定。在讨论本《解释》的过程中，有人主张违法所得数额就是行为人非法获利数额，认为既然是违法所得，当然就是其非法经济活动后的投入与产出之比，行为人实际上获利多少，才是违法所得数额。但很多人不赞成这一理解，认为对非法经济行为的评价，应当是整体的，而不应当是部分的，如果区分行为人获利或者不获利，对于行为人非法经营数额巨大但没有获利的案件，侵权产品没有销售出去的案件，销售出去后无法计算利润的案件等，都无法追究刑事责任。同时，如果认为是利润，是按照毛利润还是净利润计算，是按照经营利润还是按照销售利润计算等，也无法进行。况且实施侵犯知识产权犯罪的行为人，通常不作帐或者作假帐，使司法机关和权利人根本无法分清究竟造假的成本是多少，利润是多少。因此，把违法所得数额理解为非法获利数额，既不符合立法原意也不切合实际。

我们认为，如何界定违法所得数额的含义确实是一个难题，如果按照最高人民检察院的上述解释，违法所得数额就变成了销售金额，也就等于取消了违法所得数额。如果按照最高人民法院的上述解释，则把违法所得数额等同于非法获利数额，也难以令人信服。我们认为违法所得数额至少在以下两个方面是确定的：第一、必须是行为人已经获得的全部非法收入，没有获得的收入，不应视为违法所得数额。在侵犯知识产权犯罪中，行为人在实施犯罪的过程中获得的加工费、运输费、保管费以及已得或应得的销售收入等，都属于违法所得。第二、很多犯罪都会涉及到犯罪投入，在认定违法所得时不应减去相关投入。例如，行为人为诈骗财物而买了一份保险，花了数千元的费用，案发后在计算诈骗的数额时，显然不能把行为人为人花的费用减掉。同理，在计算侵犯知识产权犯罪的违法所得数额时，也不应当减去行为人为犯罪而付出的各种投入。当然，这样理解是否完全没有疑问，也存在争议。究竟如何界定违法所得数额的含义，只有立法机关作出相应的立法解释，才能解决有关争议。

（四）关于“重大损失”的认定与计算

刑法典对于侵犯商业秘密罪规定了“给商业秘密的权利人造成重大损失”的要件，本《解释》对该罪中的“重大损失”的具体数额明确规定为五十万元。但是本《解释》没有明确规定如何具体计算重大损失的数额，对此理论界有多种意见：一种意见是成本说，即根据权利人研究该商业秘密所投入的开发费用、

保密费用等成本来计算损失。例如，权利人开发该商业秘密投入了100万元，就按照这100万元计算损失；第二种意见是价值说，即根据商业秘密的经济价值计算权利人的损失。假如该商业秘密的经济价值是200万元，被他人侵犯后就按照该数额计算损失；第三种意见是损失说，即根据商业秘密被侵犯后权利人失去的利润来计算损失。例如，权利人损失了一个地区的市场份额，就意味着损失了该地区的应得利润，计算时就按该利润的数额计算；第四种意见是获利说，即根据行为人侵犯商业秘密后实际获得的违法所得数额计算权利人的损失。如行为人把他人的商业秘密转让给他人，获得了一定的转让费或者自己进行生产，获得了可观的利润，该转让费或利润就属于权利人的损失，等等。

我们认为，此处的重大损失，一般是指商业秘密被侵犯后权利人受到的直接经济损失，这种损失必须是能够明确计算的，即能够经受司法活动的证明，不应包括间接的或仅仅是理论上推论的损失。在讨论重大损失的计算时，有三个问题必须明确：一是不论按照上述哪一种标准计算，都有不合理或不全面之处，有的只是相对合理，有的可能连相对合理也达不到。这或许正是本《解释》没有规定如何计算重大损失和学术界对此问题争论不休的重要原因所在。二是目前还难以找到一个完全合理的计算方法，也许永远都无法找到，或许完全合理的标准就是司法解释不确定标准，由各地的司法机关根据案件的具体情况认定。三是必须坚持具体案件具体分析，采取一种相对合理主义的态度。例如，行为人盗窃他人的商业秘密后卖给他人，获利100万元。虽然被及时发现后没有给权利人造成实际损失，但考虑到行为人获利的情节，就可以按照这一数额追究其刑事责任。相反，如果行为人盗窃他人商业秘密后没有获利，被及时发现后又没有给权利人造成实际损失的，就可以不视为犯罪。又如，行为人侵犯他人商业秘密后造成权利人的销售数额急剧下降，利润损失巨大并有证据证明的，就应当按照该利润损失计算重大损失的数额。再如，权利人花费巨资开发的商业秘密，被侵犯后变成了公共信息，权利人因此无法收回开发费用的，这笔巨资也可以作为重大损失考虑。鉴于重大损失计算方法的多样性和复杂性，本《解释》没有明确规定采用某一种计算方法，而是由司法人员根据立法的精神和案件的具体情况确定，这应当说是比较明智的选择。

（刘科系北师大刑科院讲师、法学博士；邱启雄系湖北楚风德浩律师事务所合伙人、律师。）

更新日期：2006-7-27

阅读次数：475

上篇文章：刑法解释问题的反思：以谦抑为视角

下篇文章：《关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》解读

 打印 |  关闭

 TOP