



## 《刑法修正案(十一)》背景下的知识产权适用法律疑难问题研讨会举行

### 前沿关注

张涛 阎鑫君

日前,由上海社会科学院法学研究所、上海市宝山区人民检察院联合主办的“《刑法修正案(十一)》背景下的知识产权适用法律疑难问题”研讨会在上海成功举行。来自同济大学、上海财经大学、华东政法大学、上海社会科学院等高校科研机构及上海市区三级公检法机关近40名学者、实务专家展开线下研讨,国家检察官学院、北京市、江苏省等八家市检察院线上参会。

我国知识产权刑法的首次法典化始于1997年,《刑法修正案(十一)》是法典化后的首次修正,基于降低入罪门槛的目标,确立了情节犯主导的刑法评价模式,引发了如何科学完善情节犯认定评价要素的问题。华东政法大学教授黄武双提出,刑法规定的知识产权犯罪涉及真正情节犯和不正当情节犯两类,正确厘定情节犯的判断要素是定罪量刑的关键。完全以侵权为业;被诉侵权行为流入市场后,市场侵占后恢复时间大于12个月;被诉侵权行为涉及区域较广;侵权获利巨大,应为“情节严重”的普遍量定要素。侵犯商标权及商业秘密权的犯罪,导致权利人破产,同时触犯其他法律、严重危及公共安全的,可视为“情节特别严重”。与会人士就此议题达成以下基本共识:

一是知识产权犯罪的入罪标准出台于2004年,十余年来,大多数经济犯罪的追诉标准作了上调处理,在当下知识产权犯罪金额普遍居高势的现实下,继续适用既有标准会产生“轻罪不轻,重罪不重”的问题,应调高既有标准。

二是对于单次查处未达刑事犯罪处罚的数额门槛,但已多次受行政处罚或者承担民事责任的,应当入罪,通过“惩小恶”加大知识产权的保护力度。

三是侵犯著作权罪和销售假冒注册商标的商品罪中,将违法所得数额较大与“其他严重情节”并列,在销售侵权复制品罪中将数额巨大与“其他严重情节”并列,对“其他严重情节”应作体系解释,确认情节严重的差异性。

司法解释对“情节严重”的判断大量采用“违法所得数额”标准,对其计算方法的完善,上海财经大学副教授李睿提出,对“情节严重”的规范解读,要考虑被诉行为的违法手段,考量是否实质影响到权利人市场竞争优势和公平竞争的市场环境。综合考量平义解释和条文效力,“销售金额说”仍具合理性。上海市人民检察院李小龙、宝山区人民检察院检察官樊冰则认为,采取销售收入减购入价的获利金额的认定标准更为合理。与会人士对此达成以下共识:对于假冒服务型商标经营的行为,应将店内其他收入算作违法所得;对于正版、盗版混卖的行为,有证据证明合法所得的,可扣除该部分。对财务账册不完整,无法区分的,原则上不扣减广告、税款、物流、仓储费、包装费、人

工等成本,但可在量刑时适当从轻;对查无实物的销假犯罪,以网店流水综合认定犯罪数额,不宜采取单一化的判断标准。

对于修正后知识产权犯罪个罪的司法适用,达成以下共识:一是对于服务型商标,可借鉴“三年不使用可撤销”的规定限定适用范围;服务商标的认定应与前置法一致,并警惕名称不同但服务本质相同的服务商标。二是因日常生活中服务的消费价格一般高于商品消费价格,如以商品商标的数额作为起刑点,势必扩大了服务型商标的犯罪圈,为实现惩治的协调,应提高服务型商标犯罪的起刑点。三是对于相同商标的判断,应坚持被害人标准,对翻新商品也应认定为是同种商品上使用商标。四是广播权与信息网络传播权的区分,要判断行为是否能使公众在其选定的时间、地点获得作品的交互式传播,提供软件序列号,提供破解程序以及提供深层链接,均属刑法规制范围。

对于刑法介入知识产权犯罪的限度及如何处理知识产权法律保护中民法、行政法与刑法保护的关系,宝山区人民检察院副检察长房长樱提出,基于刑法的明确性,对侵犯著作权犯罪须以民事侵权成立为前提,对于其他知识产权犯罪的刑民衔接应进行个案判断。从知识产权法与刑法的意旨来看,刑法强调公共秩序保护,重国家干预,而知识产权法体现私权保护,是对个体权利受损后的修复,对知识产权犯罪的打击,应前瞻权利人滥用权利的行为类型,虽然某行为尚未被刑法规制,

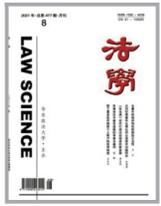
但可能涉嫌诈骗、虚假诉讼等罪名,其社会危害性不容忽视。同济大学上海国际知识产权学院副教授张怀印认为,应从利益的实质中把握实务中知识产权刑民交叉案件的法域冲突,刑民关系的绝对、相对从属性的选择,要遵循个案判断原则。对于“正品分装销售案件”,应认定为妨害商标权利人市场控制和品质保障,造成严重后果的,属于应受刑法处罚的行为。而为了促进物尽其用,购买正品后再进行组合、打包销售的,不应定罪,这是对市场经济下合法商品自由流转行为的法律认可。

上海社会科学院法学研究所刑庭主任魏昌东研究员在总结中指出,《刑法修正案(十一)》实现了知识产权刑法保护体系向情节犯主导的法律评价模式的时代转型,知识产权犯罪罪刑规范的解释,应由传统的形式解释为本位,走向兼及形式与实质解释的双元本位,跳出数额犯认定标准的羁绊,防止评价标准的雷同化。知识产权犯罪是兼具资本利益均衡分配秩序与权利人实际利益损害双重属性的犯罪,刑法的打击须兼顾行为危害的本质属性,对罪刑规范作出合理解释。

据悉,本次研讨会是《刑法修正案(十一)》对知识产权刑法全面修正后国内召开的首个专门性研讨会,梳理出29个理论与司法适用问题,对这些问题的关注,将为司法解释的修正与完善提供重要的理论与实践支撑。研讨会上宣布了“上海知识产权刑法五校研究联盟”的成立,以期为中国知识产权刑法的科学发展提供理论支撑。

### 观点新解

## 赵吟谈个人与企业合并破产——能有效兼顾各方主体利益



西南政法大学赵吟在《法学》2021年第8期上发表题为《连带视角下个人与企业合并破产的准入规范》的文章中指出:个人与企业合并破产能有效兼顾各方主体利益,实现破产效率价值。司法实践中已有针对企业破产时个人连带责任承担的简化处理尝试,但并非真正的实质合并破产。个人与企业合并破产的规范化有赖于准确把握门槛条件,应以个人与企业共同承担责任的分类定性为前提,筛选可以适用合并破产的具体情形。同时,还应明确个人破产原因对启动合并破产程序的影响,参考关联企业实质合并破产的理论标准与实践运用,对个人与企业合并破产进行人格混同及清偿利益考量。

## 刘练军谈法律主体——可定义为承载法的人格人



东南大学刘练军在《现代法学》2021年第4期上发表题为《人工智能法律主体论的法理反思》的文章中指出:法律主体乃是人从自然人变为社会人的必然产物,是人之间及人与社会之间的关系,需要且必须由法律来调整的结果。法律主体是一种人格人,其特征有三:(1)具有意志;(2)属于目的性存在;(3)能够自律。人格人既是法律的创造者,又是法律的适用者。因而,法律主体可以定义为承载法的人格人。法人同样具有自己的独立意志,乃是一种目的性和自律性的存在物,属于法律主体。人工智能与法人不可相提并论。人工智能不具备心理认知意义上的意志,它自身并非是一种目的性存在物,且不具有自律性,人工智能无法承载法。从后果主义上看,人工智能法律主体化势必给人类带来不堪承受之重。

## 庄绪龙谈“法益恢复”刑法从宽评价模式——可实现对行为人罪责刑的综合评价



苏州大学王健法学院庄绪龙在《环球法律评论》2021年第5期上发表题为“法益恢复”刑法评价的模式比较》的文章中指出:“恢复”现象在社会生活中客观存在,刑事司法实践也不例外。犯罪行为停止于既遂形态后,行为人通过自主有效的事后行为消除危险或者恢复法益的情形,即为“法益恢复”现象。行为人在犯罪既遂后自行主导的“法益恢复”,带有谁能可贵的理性回归色彩,应予实质性从宽评价。事实上,“法益恢复”的刑法评价与犯罪论体系无关,而只与刑事责任承担与刑罚裁量有关。在“罪责刑”相适应的基本原则指导下,“法益恢复”刑法从宽评价的模式选择,应在“罪”之判断的基础上,在“责”之领域进行实质化分析。“法益恢复”刑法从宽评价模式,可以通过罪之判断完成后“刑事责任熔断”的机制构建,整体性地实现对行为人罪责刑的综合评价。

## 证券行政和解——证券犯罪刑事合规出罪路径探讨

### 前沿话题

王梦奇

证券行政和解制度诞生,发展于域外。自21世纪以来,国内金融市场逐渐活跃,金融制度也不断建立和完善,在本土证券行业中繁行行政监管和和解制度的呼声日渐高涨。为了维护证券市场的有序运行,保护投资者正当权益,降低证券监管机构执法成本,借鉴美国、德国等国家以及我国台湾地区的证券监管制度实践经验,2015年正式开始试点证券类行政和解制度。随着证券监管环节行政和解制度的成熟运用和有效实践,2019年12月28日,新颁布的《中华人民共和国证券法》正式在法律层面确立行政和解制度。其中,第一百七十一条明确规定了证券行政和解制度,授予国务院证券监督管理机构的行政执法权。该条还通过规定申请方式、承诺人的主观状态、承诺的实现状况等内容较为完善地限定了和解的条件。2020年8月,中国证监会就《证券期货行政和解实施办法(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)公开征求意见。《征求意见稿》对《行政和解试点实施办法》(以下简称《实施办法》)作了多方面重要调整。通过扩大行政和解的适用范围,完善行政和解的适用条件,细化行政和解的有关程序等内容的修订,试图解决新证券法与2015年《实施办法》之间的冲突,从而进一步强化对证券投资者合法权益的保障和证券市场秩序的维护。

刑事合规是合规的最后一环,也是最重要的一环,其以符合行政监管为第一道过滤网,以刑事合规附条件不起诉、减免处罚等刑事非罪化、轻罪化措施为激励机制。它是国家在刑事政策方面自上而下推行的正向激励和责任归咎机制,推动企业以刑事法律的标准来识别、评估和预防企业的刑事法律风险,遵守、制定并实施刑事合规的计划和措施。在实体层面,刑事合规可以作为出罪事由

或者量刑激励,与之相反,不合规就会面临刑事制裁;在程序法层面,刑事合规可以作为不起诉激励,通过监督者与责任主体履行承诺避免进入刑事追诉程序。证券犯罪刑事合规是指证券领域可能发生的刑事风险点进行企业合规治理的举措。这就涉及刑事违法性的判断标准和依据问题,入罪要审慎,出罪要有据,刑法的谦抑性是解释行政和解在刑事案件中出罪的理论基础。

刑事程序具有穿透审查功能,刑事诉讼始终围绕涉案事实的刑事违法性而展开,刑事违法性既要有形式的审查,更要有实质的判断。精准解释实定法的内涵和外延,明确法律法规以外的实质根据来说明违法性。作为最后保障法的刑法在进行违法性判断时必须恪守谦抑原则,既规制立法,也约束司法。正如英国哲学家边沁所说:“温和的法律能使一个民族的生活方式具有人性;政府的精神会在公民中间得到尊重。”正是这种朴素的法哲学理论延伸出了刑法所以要奉行“谦抑性原则”。

需要特别指出的是,刑法的“谦抑性原则”不能直接作为司法依据适用,需要辩证地、恰当地理解刑法谦抑性的内容。作为司法适用的原则,与刑事诉讼法中的无罪推定、轻罪推定原则相适应,限制刑讯权的发动以保障人权。行政法中监管机构能够与相对人达成和解的案件是有法律明确规定的条件和标准的,从法益衡量的角度来看是必要的、可行的、有益的。止步于行政执法阶段,避免进入刑事司法程序。当然,不能为了追求适用证券行政和解的比率而歪曲设立证券行政和解制度的真正目的。在个案中,根据案件的不同情况,充分考虑罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和人人平等原则,适度抑制实践中不必要的刑事、重实体法主义倾向,正确判断针对该种行为应当适用的真正部门法。例如,在美国,对于那些不仅触犯行政法规还涉嫌商业犯罪的企业,司法部门经常与其他行政部门进行联合执法,既与其达成行政和解协议并提出实施合规计划的要求,后又达成暂缓起诉协议或者不起诉协议,完成刑事合规出罪。因此,在实践中,需要

以刑法的“谦抑性原则”作为指导,在个案中判断是否应当适用证券行政和解这一制度来完成证券犯罪刑事合规非罪化认定。

首先,应从实体上有效衔接行政和解与刑事合规非罪化。目前,证券行政和解的案件不多,《实施办法》第六条、第七条、第十八条等条文严格规定了行政和解的适用条件和程序,束缚了证券行政和解制度的实施,以致2015年至2019年间能查询到的证券和解案例仅有两件。一件是证监会于2019年4月公开的高盛(亚洲)、北京高华证券及其有关工作人员的行政和解案。该案是证监会自2015年开展行政和解试点以来的首次成功实践;另一件是2020年1月20日公布的与司度(上海)贸易有限公司以及富安达基金管理有限公司、中信期货有限公司、北京千石创富资本管理有限公司、国信期货有限责任公司5家机构及其相关工作人员达成行政和解。作为回报,中国证监会终止了两起案件中对申请人有关行为的调查和审理程序。从上述两起行政和解案件来看,中国证监会在证券监管领域进行行政和解的试点目的,对涉嫌行政违法的企业提出纠正违法行为意见,消除或者减轻违法行为后果的方案将企业合规引入行政和解之中,行政监管激励机制发挥了一定的作用。但是,仅有两起案例的事实也恰恰证明了《实施办法》规定的适用范围与适用条件过于严格,不利于行政相对人提出行政和解申请。并且新证券法和《实施办法》之间存在多处条文规定冲突,导致一些适用争议和执法困惑。因此,《征求意见稿》对于行政和解适用条件进行了大幅调整。例如,对案件类型不再进行限制,这体现了证监会随同司法改革大势深度进行行政和解制度的决心,有利于从实体上有序衔接行政和解与刑事合规非罪化。

其次,应从程序上有序衔接行政和解与刑事合规非罪化。第一,中国证监会监管部门尚未制定专门性的合规管理指南,指导企业如何针对特定证券合规风险点建立或者改善证券专项合规管理计划,合法从事证券期货经营活动。这种指引的缺失,很可

能让所谓的“积极纠正违法行为”无法落地。更有可能让涉案企业在缴纳行政和解金之后,简单地认为案件已经了结,在建立、改进、完善企业证券合规组织体系,针对虚假陈述、内幕交易、操纵市场等违法违规行为制定专门的合规章程和员工培训等应对机制方面偷工减料、怠于履行。第二,是否在违法前已经建立证券犯罪合规机制以及是否在和解之后贯彻行政和解的操作规范,都应考虑在未来规定成为和解程序是否启动的条件。另外,需要在行政和解中有待引入完整的企业合规条款。英美国家在行政和解协议中会要求企业签署“合规条款”或者另行签订“合规协议”,这些条款或协议将作为检验企业是否履行行政和解协议的主要依据,完善行政和解制度中值得借鉴。第三,行政和解制度需要建立监督机制和考验期。借鉴英美等国的有益实践,在达成和解协议之后设定考验期,依照建立或者完善的证券合规计划,行政相对人在此期限内履行相关承诺,监管部门根据个案情况来决定是否派驻合规监督官定期对企业进行监督和验收。上述程序是否应该予以确立,仍需要立法机关进一步明确。

最后,应从实践中有效衔接行政和解与刑事合规非罪化。立法的真正落地才能起到制度设立的目的,否则皆为纸上谈兵。一方面,在调查阶段,行政监管部门和刑事司法部门应有效配合。一般来说,行政程序前置于刑事程序,如果行政监管部门和刑事司法部门没有做到信息共享,不仅可能导致司法资源的浪费,还可能降低企业主动纠错的效率。例如,针对企业合规承诺的监督管理权进行有效对接。行政监管部门和刑事司法部门针对同一企业的审查,原则上应该是“不矛盾、少重复”,尽可能精确定位,避免过度拖延。另一方面,在处罚阶段,将企业进行合理分类,对于因为不懂法、陷入法律知识错误的企业来说,因其主观恶性较小,可以酌情减免资格罚,进行法治教育、整顿或者定期进行监督。对于认罪悔罪、具有积极纠错意愿的企业,在达成行政和解之后指导其规范经营管理,最终达到帮助企业实现合规经营的目的。

## 坚持党对法治建设全面领导的实践进路

### 前沿观点

陈亮

法治是现代文明社会的首要特征。我们党在百年奋斗历程中,矢志不渝地探索人类历史上先进的法律制度 and 法治模式,不断积累法治建设的实践经验。党的领导是法治建设沿着正确方向发展的根本保证。

党的十八大以来,党中央把全面依法治国纳入“四个全面”战略布局子以有力推进,对全面依法治国作出一系列重大决策部署,基本形成全面依法治国总体格局。2020年11月,中央全面依法治国工作会议上,明确习近平法治思想在全面依法治国中的指导地位。习近平总书记以高瞻远瞩的战略眼光和宏阔视野,从关系党的前途命运和国家长治久安的战略全局高度认识法治、定位法治、布局法治、推进法治、厉行法治,深化法治建设领域综合改革,坚持和完善党领导法治建设的体制机制,推进法治国家、法治政府、法治社会一体建设。

中央全面依法治国工作会议鲜明提出习近平法治思想,在我国法治建设史上具有十分重要的里程碑意义。习近平法治思想深刻回答了新时代为什么实行全面依法治国、怎样实行全面依法治国等一系列重大问题,深刻阐明了全面依法治国为什么必须坚持中国共产党领导、怎样坚持党对全面依法治

国的领导等重大理论和实践问题,是一个具有鲜明政治导向、显著时代特征、科学理论品格、丰富实践特色的社会主义法治理论体系。

党领导法治建设的历史逻辑证明,脱离了党的领导,社会主义法治就无从谈起,人民当家作主就没有保障,社会主义事业就无法推进。

中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征,是中国特色社会主义制度的最大优势。坚持党对法治建设的全面领导,既是推动法治建设必须遵循的首要条件,也是坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设的根本前提。

首先,党对法治建设的领导是历史经验的总结。党的领导是从社会主义法治历史发展的经验中不断总结得出的。把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面,是我国社会主义法治建设的一条基本经验。只有坚持党的全面领导,才能不断坚持走中国特色社会主义法治道路,开创法治中国建设新局面。

其次,党对法治建设的领导是全面依法治国的要求。坚持党的领导,是全面推进依法治国的题中应有之义。推进法治建设,不存在“要不要中国共产党领导”的问题,更不存在“党大还是法大”这样一个人人为地把党的领导和社会主义法治建设对立起来的问题。全面推进依法治国这件大事能不能办好,最关键的是方向是不是正确,政治保证是不是坚强有力,具体讲就是要坚持党的领导,坚持中国特色社会主义制度,贯彻落实习近平法治思想。

社会主义法治必须坚持党的领导,党的领导必须依靠社会主义法治。在坚持党的全面领导、保证人民当家作主等重大问题上,必须做到头脑特别清醒、立场特别坚定。党领导法治建设,要求国家各项事务在法治轨道上运行,从而促进社会有序运转,实现群众根本利益,保障国家的持续稳定与健康发展。

坚持党对法治建设的全面领导涵盖党领导立法、保证执法、支持司法和带头守法等方面,不断推进国家经济、政治、文化、社会生活的法治化、规范化。

一是党领导立法。我国的政体是人民代表大会制度,全国人大及其常务委员会享有最高立法权,这一制度安排体现了党领导立法的重要优势。建立党依法进入国家权力机关和党通过权力机关行使国家权力的运行机制从而实现党领导立法。党领导权力机关对法律进行立、改、废,运用立法权将党的主张变为法律,运用任免权使党推荐的干部依法成为国家机关负责人并监督各项权力落到实处。

二是党保证执法。建设法治国家,完善法律体系是前提。法律实际运用是目的。党确立了依法治国基本方略,为各级政府依法行政和法治政府建设创造了条件。必须在党的领导下,深入推进综合执法改革,创新执法体制,完善执法程序,推进综合执法,严格执法责任,建立权责统一、权威高效的行政执法体制。

三是党支持司法。党明确支持司法,建立健全司法体制机制,保证司法机关行使司法权,消除人

们对法律和社会可能出现的离异感,促使整个社会的行为取向与法律目标一致,使国家始终处于持续稳定的、长治久安的有序状态。各级党组织和领导干部都要旗帜鲜明支持司法机关依法独立行使职权,绝不容许利用职权干预司法、插手案件。

四是党带头守法。我们党鲜明提出“全民守法”并确定全民普法和守法是依法治国的长期基础性工作。执政党作为首要的执法主体,更应该自觉带头维护法律尊严,从严管党治党,有效组织人民相信法律、尊重法律、运用法律、捍卫法律,更好发挥法律作用。要把推进全民守法作为基础工程,推动各级领导干部尊法学法守法用法,引导广大人民群众自觉守法、遇事找法、解决问题靠法。

坚持党的领导,是党和国家的根本所在、命脉所在,是全国各族人民的利益所系、幸福所系,是全面推进依法治国的题中应有之义。

坚持中国特色社会主义法治道路,坚持党的领导,人民当家作主、依法治国有机统一,最根本的是坚持中国共产党的领导。总结建党百年来党领导法治建设的历程可以得出,党的领导是中国特色社会主义法治之魂,是中国特色社会主义法治道路的核心要义,坚定不移走中国特色社会主义法治道路必须始终坚持党的领导。只有坚持党的全面领导,法治建设才能有序推进,才能为实现第二个百年奋斗目标,实现中华民族伟大复兴的中国梦构筑坚实的法治基础。

## 魏汉涛谈人类基因编辑行为——具有伦理难以接受等特点



安徽大学法学院魏汉涛在《法商研究》2021年第5期上发表题为《人类基因编辑行为的刑法规制》的文章中指出:人类基因编辑行为具有潜在风险巨大、伦理难以接受等特点,需要刑法予以特别关注。一些人怀着对人类基因编辑技术美好未来的憧憬,积极支持对该技术的开发、应用;另一些人则基于人类基因编辑行为潜藏着巨大风险,强烈反对实施人类基因编辑行为。我们应当站在现代风险理论的立场上看待实施人类基因编辑行为的风险,根据其伴生风险的特点采取有所为和有所不为的态度。在刑法具体规制过程中,要以被允许的危险理论和生命伦理理论作为刑法介入人类基因编辑行为的限度,既不应该阻碍人类基因编辑技术的进步,又不能放任人类基因编辑技术潜在风险的频发。(赵珊珊 整理)