从四个典型案例探寻解决生产、销售“伪而不劣”型商品行为定性难题的路径——

依据行政犯从属性与独立性之递进关系判断行为性质

全国检察业务专家、江苏省南京市人民检察院研究室主任 李勇

□李勇 唐洁

> □准确处理行刑交叉案件定性问题的关键是厘清行政犯原理，特别是行政犯的从属性与独立性原理。行政犯是指以违反前置的行政法规为前提，法益侵害严重到需要给予刑罚处罚的犯罪类型。从属性是针对构成要件而言，在判断一个行为是否符合某个行政犯罪名的构成要件时，必须先判断该行为是否违反行政法规。而行政犯的独立性是针对刑事违法性而言，刑事违法性的本质是严重的法益侵害性。行政犯的从属性与独立性并非对立关系，而是阶层递进关系。

目前，市场经济中以合格的甲商品冒充乙商品进行生产、销售的行为时有发生。由于甲商品本身质量合格，所以往往被称为“伪而不劣”，这种冒充行为与传统的以不合格商品冒充合格商品、掺杂掺假、以次充好不同。司法实践中，对于这种生产、销售“伪而不劣”型商品的行为如何定性存在争议。在此，试结合几个案例进行分析。

［案例1］A公司生产的“果蔬汁”产品配方中含有食品添加剂山梨酸钾，在市场监督管理部门的抽检和日常检查中，结论均为合格。按照食品安全法、《食品安全国家标准—食品添加剂使用标准》等规定，添加山梨酸钾的产品名称不能叫“果蔬汁”，应为“果蔬汁饮料”。A公司持续生产添加山梨酸钾的“果蔬汁”产品，并标注为“果蔬汁”进行销售，销售金额达人民币8656万余元。

［案例2］何某与其妻刘某，向正规生产厂家购买鸭肉干（经检测，鸭肉本身合格），在其仓库内分装后冒充牛肉干，利用某网络平台对外销售，销售金额共计43万余元。

［案例3］李某向其他公司购买大量玉米原种，在没有分装种子资格的情况下，将购买的玉米原种加入种衣剂进行分装，并使用金××、中××号等品牌包装袋对外销售，销售金额共计3万余元。经认定，待测样品与外包装所标注内容不同。根据种子法规定，种子种类、品种与标签标注的内容不符或者没有标签的为假种子，但是，没有证据表明造成粮食明显减产。

［案例4］代某将低价购买的皮包冒充国际名牌皮包在网上销售，伪造国际物流单号，谎称其店铺商品系从欧洲品牌专柜店代购的正品，比国内专柜售价便宜，销售金额共计50万余元。

此类案件在实践中的争议主要包括：是一般的行政违法行为还是构成刑事犯罪？是构成伪劣产品类犯罪还是构成诈骗犯罪抑或是商标类犯罪？是一罪还是数罪？这些争议反映了行政法与刑法衔接中的理论困境。

行政犯的从属性与独立性原理

准确处理行刑交叉案件定性问题的关键是厘清行政犯原理，特别是行政犯的从属性与独立性原理。行政犯概论来源于德国的警察犯，是与刑事犯相对应的犯罪类型。在我国，行政犯是指以违反前置的行政法规为前提，法益侵害严重到需要给予刑罚处罚的犯罪类型。关于行政犯的属性问题，一直存在从属性与独立性之争。从属性是指行政犯的成立及违法性的判断依附于行政法的规定，又称行政从属性。在立法上的直接体现就是某一罪名的罪状判断有赖于行政法规的补充，在刑法立法表述上体现为“违反国家规定……”“违反……管理法规”；还有些行政犯的罪名，刑法立法没有直接表述为违反行政法规或国家规定，但其构成要件以违反前置行政法规为前提，比如生产、销售伪劣产品罪，虽然刑法没有援引产品质量法，但该罪名的成立以违反产品质量法为前提。行政犯的独立性是指作为一种犯罪类型，其刑事违法性的判断独立于行政法规。

关于从属性与独立性之间的关系，理论界存在诸多争议。笔者认为，行政犯的从属性与独立性并非对立关系，而是阶层递进关系。从属性是针对构成要件而言，在判断一个行为是否符合某个行政犯罪名的构成要件时，必须先判断该行为是否违反行政法规。因为，这个罪名已经将违反行政法规设定为必要的构成要件要素，如果一个行为不违反行政法规，就不可能符合该罪名的构成要件，从这个意义上来说，行政犯成立对行政法具有从属性。而行政犯的独立性是针对刑事违法性而言，刑事违法性的本质是严重的法益侵害性，按照三阶层犯罪构成“构成要件符合性—违法性—有责性”，构成要件符合性判断在前，违法性判断在后，二者是阶层递进关系。对于行政犯而言，就是行政从属性判断在前，刑事违法性判断在后，二者也是阶层递进关系。具体来说，在行政犯审查判断时，应先进行从属性审查，如果不违反相关行政法规，就不得入罪；如果违反了行政法的前置性规定，还不能立即得出有罪的结论，而是要进行第二步的独立性判断，即判断有无法益侵害的实质违法性，具有值得刑法保护的法益侵害时才可能成立犯罪，反之，如果没有达到侵害刑法所保护法益的程度，即使具有行政从属性，也不能入罪。这样，一方面能够维护刑法的谦抑性原则，另一方面也确保了刑事处罚的实质正当性，避免以罚代刑或以刑代罚。下面运用上述行政犯的从属性与独立性原理，对生产、销售“伪而不劣”型商品行为性质进行分析。

从属性判断：行政违法的先行判断

刑法第140条生产、销售伪劣产品罪中的“在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品”四种行为类型来源于产品质量法第50条的表述，这里的“以假充真”是指以不具有某种使用性能的产品冒充具有该种使用性能的产品的行为；“以次充好”是指以低等级、低档次产品冒充高等级、高档次产品，或者以残次、废旧零配件组合、拼装后冒充正品或者新产品的行为；“不合格产品冒充合格产品”是指以不符合产品质量法规定的质量要求的产品冒充符合质量要求的产品。

产品质量行政法规保护的是市场秩序、管理制度，侧重于关注产品是否符合相关行政规定的标准和要求，例如是否具备必要的生产许可、质量认证、包装标识是否符合规定等，目的是确保市场上的商品在行政监管的框架内规范流通，保障市场的正常运转。刑法并未将所有的产品质量行政违法类型都纳入刑罚范围，而是只选取了比较重要的“掺杂掺假”“以假充真”等四种行为。案例1中，A公司将产品配方中含有山梨酸钾的产品标注为“果蔬汁”，产品标识与实际不符，违反了产品质量法第27条第1款第3项关于不当标识的规定以及食品安全法及《食品安全国家标准—食品添加剂使用标准》等规定，属于行政违法行为，但不属于刑法第140条规定的四种行为中的任一类型，因此，在从属性判断阶段直接予以出罪。根据从属性与独立性阶层递进关系，无需进行第二步独立性判断。案例2中，以鸭肉冒充牛肉，尽管鸭肉本身质量合格，但是“鸭”与“牛”是完全不同的物种，二者在物理性能、蛋白质含量和口感等方面存在本质差异，以鸭肉冒充牛肉属于“以假充真”，违反食品安全法关于应当标明成分或者配料表的规定以及产品质量法中关于“以假充真”的规定。案例3中种子分装行为，根据种子法第48条第2款第1项规定，即便是无质量问题的“合格”种子，也以假种子论，具备行政违法性。案例4中，将低价购买的皮包冒充国际名牌的皮包进行销售，根据产品质量法属于“以次充好”。

独立性判断：法益侵害的后续判断

生产、销售伪劣商品罪保护的是市场秩序和不特定消费者的合法权益双重法益。行为人实施生产、销售伪劣商品的行为，必然会侵害市场秩序，但同时还严重侵犯了不特定消费者的身心健康、财产等合法权益时，才可能构成犯罪。在经过第一步从属性判断，认定符合行政违法性的前提下，需进一步判断是否具备刑事违法性。案例2中以鸭肉冒充牛肉，冒充行为直接导致产品核心属性虚假，消费者想要购买蛋白质含量更高的牛肉，但是实际上却买到的是鸭肉，损害消费者合法权益，数额达到5万元以上，符合法益侵害这一独立性的判断标准，应成立生产、销售伪劣产品罪。案例3中，虽然案涉种子被种子法拟制规定为假种子，符合行政从属性，但刑法第147条规定“使生产遭受较大损失的”才构成生产、销售伪劣种子罪，本案中没有证据表明造成明显的粮食减产，故是否造成较大损失无法认定，因此，不构成该罪。案例4中，假冒名牌皮包以次充好，侵害了消费者的财产利益，且数额达到5万元以上，构成销售伪劣产品罪。

生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪与诈骗罪之间的罪数关系

上述案例中，案例1不涉及诈骗罪与销售假冒注册商标的商品罪问题。案例2涉及生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的关系问题，案例4还涉及销售假冒注册商标的商品罪问题。生产、销售伪劣产品罪与销售假冒注册商标的商品罪的关系较为容易处理。根据《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条规定，实施生产、销售伪劣商品犯罪，同时构成侵犯知识产权犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。二者属于想象竞合，从一重处，这在理论界和实务界均无争议。

争议焦点集中于生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的关系，销售假冒注册商标的商品罪与诈骗罪的关系，到底是法条竞合还是想象竞合？理论界确实存在争议。对于生产、销售伪劣产品罪与诈骗罪的关系，笔者认为，其属于法条竞合而非想象竞合。目前，理论界的基本共识是，法条竞合是单纯的一罪，即本来的一罪，用一个罪名的构成要件就足以评价案件事实；而想象竞合是科刑的一罪，即本来是数罪，用一个罪名的构成要件不足以评价，故按照重罪名评价。二者区别的根本标准在于一个罪名的构成要件能否充分评价案件事实。对于前述案例2、案例4，适用特殊法条生产、销售伪劣产品罪定罪处罚，既能评价市场秩序法益，也能评价财产法益，也就是说生产、销售伪劣产品罪这一个罪名的构成要件能够完全涵摄全部案件事实，可以认为属于单纯的一罪，而且“伪劣产品”中的“伪”与诈骗罪的虚构事实、隐瞒真相具有交叉重合关系，因此，属于法条竞合，按照特殊法条即生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。这也符合刑法第266条诈骗罪中“本法另有规定的，依照规定”的罪刑法定要求。如果按照想象竞合犯从一重处，不仅违反刑法第266条规定，也会因诈骗罪数额巨大导致量刑失衡，违反公平正义原则。销售假冒注册商标的商品罪与诈骗罪的关系也是同样道理，属于法条竞合。因此，案例2、案例4不应构成诈骗罪，而是构成生产、销售伪劣产品罪或者销售假冒注册商标的商品罪（二者从一重处即可）。

（作者分别为全国检察业务专家、江苏省南京市人民检察院研究室主任，检察官助理。本文系2025年度最高人民检察院应用理论课题“行刑一体制裁论视野下行刑双向衔接”成果之一）

以案论法

以“裸聊”为诱饵获取隐私索财该如何定性

□王磊

诈骗罪与敲诈勒索罪的核心区别在于行为人非法占有被害人财物的手段不同，进而导致被害人处分财产时的心理状态存在本质差异。“裸聊欺骗索财”的行为人先通过欺骗手段获取被害人隐私视频，再以曝光隐私视频胁迫索要财物，行为方式同时包含欺骗和胁迫要素，但胁迫是主要手段，恐惧是主导心理，应认定为敲诈勒索罪。

【基本案情】

2024年6月，张某、陈某（另案处理）等人，承租位于国外某市的电信网络诈骗窝点，以“裸聊诈骗”方式针对国内居民实施电信网络犯罪。张某、陈某通过层层联系招募“养号”“引流”“模特”“枪手”人员，纠集了孙某、吴某等20人先后偷渡到某国。同年7月至12月底，在张某指使下，“养号”刘某等人负责以在朋友圈发美女照片等方式包装注册的网络社交账号，“引流”路某等人负责添加男性被害人并冒充女性引诱被害人进行“裸聊”，被害人同意“裸聊”后，由“模特”胡某负责“裸聊”并趁机录制被害人不雅视频，诱使被害人下载手机病毒程序，获取手机内的通讯录信息后，将不雅视频、手机通讯录交由“枪手”梁某等人，再以散布不雅视频相要挟索要钱款。该案中，孙某等23人均承认其按照“被骗”金额抽成获利，均承认每天都有被骗资金入账。

【争议焦点】

该案中对孙某等人“裸聊欺骗索财”行为的定性存在不同观点。有观点认为，“裸聊欺骗索财”与电信网络诈骗同宗同源，均具有非接触性、跨地域性等特点，是同时具有欺骗与胁迫性质的行为。其行为模式是行为人利用电信网络实施引诱裸聊的欺骗行为，以散布不雅视频进行恐吓，使被害人产生恐惧心理而处分财产。所以，“裸聊欺骗索财”是在电信网络诈骗基础上的敲诈，敲诈行为是诈骗行为的延伸，主要的犯罪行为是诈骗，属于诈骗与敲诈勒索的想象竞合，应按重罪诈骗罪处理，且该案中被害人是否基于恐惧心理而处分财产需要进一步确定，但被害人陷入认识错误确是必然的，应当认定为诈骗罪。鉴于该案中诈骗数额难以查证，可以适用《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理跨境电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（下称《意见》）第7条“犯罪嫌疑人、被告人参加境外诈骗犯罪集团或犯罪团伙，实施电信网络诈骗犯罪行为，犯罪嫌疑人、被告人及所在犯罪集团、犯罪团伙的犯罪数额均难以查证，但犯罪嫌疑人、被告人一年内出境赴境外犯罪窝点累计时间30日以上或者多次出境赴境外犯罪窝点的，应当认定为刑法第二百六十六条规定的‘其他严重情节’，以诈骗罪依法追究刑事责任”，该案可以定性为诈骗罪。还有观点认为，敲诈勒索罪的基本结构是行为人对他人实施威胁，对方基于恐惧心理交付财物。该案中，孙某等人以公开散布“裸聊”视频对被害人实施威胁，被害人基于恐惧心理交付财物构成敲诈勒索罪。鉴于该案中具体犯罪数额难以查证，但犯罪嫌疑人均供述自己参与敲诈勒索3次以上，可以相互印证，自认的获利情况亦有负责财务的犯罪嫌疑人的供述佐证，可以认定多次敲诈勒索的案件事实，构成敲诈勒索罪。

【评析意见】

笔者认为，孙某等人的行为构成敲诈勒索罪。理由如下：

第一，诈骗罪与敲诈勒索罪区分的关键在于被害人基于何种原因处分财物。诈骗罪与敲诈勒索罪中的被害人均是基于有瑕疵的意思而处分财物，但诈骗罪是被害人基于认识错误而处分财物，敲诈勒索罪是被害人基于恐惧心理而交付财物。

第二，犯罪嫌疑人假冒女性引诱被害人“裸聊”的行为不是诈骗罪中的“骗”，只是一般生活意义上的“骗”。诈骗罪中的“骗”指的是被害人产生错误认识，基于错误认识而处分财物的行为。该案中，被害人并非基于被骗“裸聊”而处分财物，而是基于犯罪嫌疑人散布“裸聊”视频的恐吓而处分财物。

第三，该案不属于行为人既实施欺诈行为又实施勒索行为并主要是通过欺诈行为骗取财物的情形。诈骗罪中虚构的事实可以有暴力的内容，敲诈勒索罪中行为人通告的恶害也可以是虚假内容。如果这些事实既是虚假的，又让人产生恐惧心理，该行为就既符合诈骗罪又符合敲诈勒索罪，属于一个行为同时触犯两个罪名的想象竞合犯，应择一重罪论处。该案中，如果犯罪嫌疑人并没有录制“裸聊”视频，而以散布“裸聊”视频恐吓被害人交付财物，则构成敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合，但该案中存在真实的“裸聊”视频，故不属于想象竞合犯，应定性为敲诈勒索罪。

第四，关于敲诈勒索具体数额无法查清时的罪责认定问题。虽然无法查清团伙及犯罪嫌疑人具体敲诈勒索的犯罪数额，但根据财务人员关于犯罪团伙“获利数额”的记录及向实施敲诈勒索人员支付的“提成”记录，结合犯罪嫌疑人关于获利的供述，可以认定犯罪团伙非法获利的数额和具体犯罪嫌疑人的获利数额。《意见》第5条第2款“对于犯罪集团的犯罪数额，可以根据该犯罪集团从其管理控制的犯罪团伙抽成分红或者收取费用的数额和方式折算。对于无法折算的，抽成分红或者收取费用的数额可以认定为犯罪数额”。该案中犯罪嫌疑人的“获利数额”，均来源于敲诈勒索犯罪所得，参照上述关于犯罪集团犯罪数额认定的精神，综合考虑犯罪嫌疑人在共同犯罪中的地位、作用，对于张某、陈某等主犯以共同犯罪的获利数额作为其犯罪数额，对于其他从犯按照实际分得赃款认定犯罪数额。

综上，在办理跨境“裸聊欺骗索财”案件中，要善于穿透分析事实和证据，准确把握诈骗罪和敲诈勒索罪的实质法律关系，主要看被害人是因恐惧而被迫交付财物，还是受欺骗而自愿交付财物。

（作者单位：河南省浚县人民检察院）

构建从实体到程序的知识产权综合履职体系

——以办理网络游戏私服黑灰产侵犯著作权案为视角

聚焦

□江奥立

【基本案情】

2023年初，颜某同喻某、叶某、李某、陈某、杨某共同运营甲公司主要从事网络游戏私服玩家充值款的支付结算业务。同年8月起，颜某等人经宋某、周某介绍，明知“星某塔”系侵犯他人著作权的游戏私服仍为其进行资金结算。经审计，甲公司在2023年10月至2024年3月，为“星某塔”游戏私服结算资金共计人民币852万余元。颜某、宋某等8人分别非法获利人民币1.7万余元到8.5万余元不等。2022年12月起，胡某、黎某明知“星某塔”系侵犯他人著作权的游戏私服，仍以QQ群管理员、客服等身份对外推广“星某塔”下载链接及活动广告等内容。胡某、黎某分别非法获利60余万元、13万余元。经鉴定，上述“星某塔”游戏私服软件与乙公司“小冰某”游戏软件具有实质相似性。

2024年5月，上述部分人员均陆续到案后，都能如实供述主要犯罪事实，并退缴违法所得。

【检察机关履职过程】

案件来源。2024年3月19日，乙公司至某公安分局报案称有人通过网络平台对外推广“星某塔”手游，该游戏在人物设定、故事情节等方面与公司名下具有著作权的某手游高度相似，疑似著作权被侵犯，公安机关遂于2024年3月29日立案。侦查机关及时向检察机关通报本案情况，经共同研判明确，侦查活动要切实树立全链条打击，从严惩治网游私服黑灰产的侦办理念；要重点收集主观明知、犯罪分工、计算机软件相似性鉴定、非法经营数额等方面的指控证据；要适度开展退赔退赃工作，强化犯罪嫌疑人的退赔意愿。

审查逮捕。2024年6月5日，侦查机关以犯罪嫌疑人颜某、叶某、周某涉嫌侵犯著作权罪向本院移送审查逮捕。鉴于本案在案人数多达10人且有在逃人员，证据仍需收集固定，不批准逮捕可能会出现串供、毁灭证据、逃避侦查等妨碍侦查活动的情况，检察官遂批准逮捕3名犯罪嫌疑人。

审查起诉。2024年8月5日，侦查机关以犯罪嫌疑人颜某、叶某等10人涉嫌侵犯著作权罪向本院移送审查起诉。鉴于案件刑事部分证据已全部收集，足以指控犯罪事实，同时在捕3名犯罪嫌疑人均表示认罪认罚，并愿意退缴违法所得，检察官及时开展羁押必要性审查变更强制措施为取保候审。本院积极开展综合履职工作：其一，多次向犯罪嫌疑人释法说理，促使其深刻认识到侵权行为所带来的恶劣影响，明确犯罪嫌疑人的退赔意愿和能力。其二，积极落实知识产权权利人告知制度，充分听取权利人及其诉讼代理人意见，及时向企业建议通过刑事附带民事诉讼一体化追究侵权人的法律责任。其三，主动就知识产权刑事附带民事诉讼的程序性工作和法院进行充分沟通，并形成共识。其四，由于本案犯罪环节杂、人员数量多，各犯罪嫌疑人的退赔意愿和退赔能力不同，为顺利办理案件，决定将犯罪嫌疑人颜某、叶某、周某、胡某、黎某先行提起公诉，并附带民事诉讼。

法院裁判结果。2024年12月19日，法院开庭审理本案，当庭对刑事部分作出判决，并对附带民事部分进行调解。被告人颜某、叶某、周某、胡某、黎某犯侵犯著作权罪分别获刑有期徒刑二年至一年二个月，缓刑二年至一年二个月不等，并处罚金。著作权人某网络科技有限公司获赔人民币100余万元。2025年3月19日，本院以宋某、喻某、李某、陈某、杨某涉嫌侵犯著作权罪向法院提起刑事附带民事诉讼。

【典型意义】

重拳出击网游私服黑灰产业，切实加大打击力度。网游私服运营虽然是游戏公司合法权利被侵害的直接原因和主要原因，但真正导致网游私服蔓延的却是游戏介绍、结算、推广角色的推波助澜，助长了游戏私服逃避法律打击的嚣张气焰。网游私服结算方通过结算玩家充值款并向运营方、推广方转移违法所得，起到犯罪流程前后端顺利勾连的重要作用。网游私服推广方通过各种网络渠道发送游戏私服下载链接、活动广告等内容吸引玩家充值，是掠夺权利方游戏市场、侵权人非法牟利的具体表现。重视并加强对网游私服黑灰产全链条打击，从严惩治网游私服介绍方、结算方和推广方，才能彻底铲除犯罪土壤。

系统开展刑事附带民事诉讼工作，提升履职成效。知识产权刑事附带民事诉讼必须在主动更新知识产权保护理念的基础上，完善履职结构，凝聚保护合力。一是率先研究，加强理论指导。通过申报重点课题等方式积极梳理知识产权刑事附带民事诉讼的理论成果、规范依据和实践路径，为现实案件办理提供扎实基础。二是精准切入，研判履职空间。充分揭示滋生网游私服黑灰产的主要诱因是经济利益，明确在此类犯罪行为中开展刑事附带民事诉讼的必要性和重要性。三是主动联系，释放政策精神。积极向著作权人开展释法说理，附带民事诉讼并非单纯支持企业追求民事赔偿，更为重要的是鼓励企业和司法机关一道加大对侵权行为的经济制裁。面对法院对民事部分的调解工作，检察机关向企业充分释明，调解是法院解决民事诉讼的一种方式，调解不等于和解，更不等于谅解，彻底打消企业认为提起民事诉讼就是一种让步行为的顾虑。

精心谋划知识产权检察综合履职，扎实提高办案质效。积极发挥知识产权检察综合履职机制的优势，精心谋划综合履职方案。一方面，明确网游私服黑灰产业是侵害著作权的间接侵权行为。网游私服黑灰产犯罪分子虽非直接实施复制发行行为的私服运营方，但帮助他人吸引玩家顺利结算资金，客观上扩大复制发行的范围，使得权利人遭受更大的经济损失，应认定为间接侵权。另一方面，充分兼顾综合履职和办案效率。为了推进案件顺利办理，采取“分段履职，成熟即诉”的基本方案。全面审查案件证据收集情况以及在捕人员认罪态度，及时开展羁押必要性审查变更强制措施。具体审查在案人员犯罪作用、违法所得以及退赔能力等情况，有针对性地在介绍、结算、推广等犯罪环节中确定附带民事诉讼的被告，实现综合履职在全链条打击中的全覆盖。

（作者单位：上海市徐汇区人民检察院）