法准确适用

治安管理领域正当防

销售假冒注册商标的商品罪中违法所得数额与销售金额不在同一量刑幅 度,如何准确适用法律-

选择处罚较重的量刑档次符合立法本意

案例 诠释





□裴波

【基本案情】

2021年至2024年期间, 蔚某为赚 取非法利益, 购买大量假冒名酒, 然 后以每箱850元至1250元不等的价格向 黄某销售共计658箱。经核实, 蔚某向 黄某的销售金额共计72万元,获取违 法所得7.3万元。案发时,公安机关从 蔚某经营的酒店内扣押了未销售的假 冒名酒,货值金额为9.5万元。案发 后, 经对扣押的未销售的假冒名酒进 行商标鉴定,未销售的酒均属于假冒 某公司注册商标,虚假标注公司厂 名、厂址的产品。

【争议焦点】

本案中按照违法所得数额入罪则 在法定刑第一档,而按照销售金额人 罪则在法定刑第二档,针对此类情况 该如何适用法律。

【评析意见】

2020年刑法修正案(十一)将刑法 第214条销售假冒注册商标的商品罪中 销售金额数额较大修改为违法所得数额 较大或者有其他严重情节、将销售金额 数额巨大修改为违法所得数额巨大或者 有其他特别严重情节,并按照违法所得 或者其他情节情况配置了法定刑, 删除 了第一档法定刑中的拘役刑,并将第二 档法定最高刑由七年修改为十年。根据 2025年4月26日施行的《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》(下称《解释》)规定得知,违 法所得数额在三万元以上的, 应认定为 刑法第214条规定的违法所得数额较 大,销售金额在五万元以上的应当认定 为其他严重情节;违法所得数额达到三 十万元以上为违法所得数额巨大,销售 金额达到五十万元以上为有其他特别严 重情节。

随着刑法修正案(十一)和《解 释》的实施,在司法实践中出现了案件 违法所得数额在第一档法定刑、销售金 额在第二档法定刑的情况,该如何适用 法律存在争议。目前有两种意见:一种 意见认为,应当按照处罚较重的第二档

按照违法所得数额认定对应的是第一档法定刑,按照销售金额认定 对应的是第二档法定刑,如何选择适用法律?

□法理分析:

- ·从法条规定看,违法所得数额与销售金额入罪的条件是"或者"关系:
- ·从认定逻辑上看,法律适用争议不适用存疑有利于被告人规则;
- ·从刑法体系解释角度看,在处罚较重的幅度内处罚符合法律相关规定; ·从知识产权刑法保护规定看,选择处罚较重的符合刑罚设置的立法本意。

□类案指引:

当违法所得数额与销售金额不在同一个量刑档次内应按照处罚较 重的规定认定。

当按照有利于被告人的第一档法定刑适 用法律。笔者认为应当按照第一种意见 适用法律。理由如下:

(一) 刑法条文中违法所得数额与 销售金额入罪的条件是"或者"关 系。刑法修正案(十一)将刑法第214 条中的销售金额数额较大、销售金额 数额巨大,分别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, 从入罪及量刑升档的角度可以看出, 新规定是将违法所得数额与情节严重 程度用"或者"连接。"或者"在汉语 大辞典中意为从两种以上的事物中选 择一种。因此,在适用法律过程中选 择违法所得数额入罪还是选择情节严 重程度入罪,应由司法人员从中选择。

(二) 按照违法所得数额认定并不 属于存疑有利于被告人的认定。存疑 有利于被告人既不是刑事法律的适用 原则,也不是处理争议案件的准则, 更不是处理法律适用分歧的规则。存 疑有利于被告人是一项事实认定规 则,它的主要作用是解决案件达不到 事实清楚,证据确实、充分的证明标 准,或者认定的事实无法排除合理怀 疑,换句话说存疑有利于被告人是解 决事实认定存疑,并不是解决法律适 用分歧或者争议, 法律适用争议应当 通过法律解释来消弭。

就本案而言,出现按照违法所得 数额认定对应的是第一档法定刑,但 按照销售金额认定对应的却是第二档 法定刑, 此时, 存在选择轻的法定刑 还是选择重的法定刑的问题。有观点 认为,可直接作出有利于被告人的认 定,也就是选择适用轻的法定刑。这 样的认定思路显然存在问题,因为, 本案争议的主要焦点是法律适用问 题,不是事实认定问题,法律适用问 题是需要运用刑事法律的文义、体系 等方式进行解释,并不能直接适用有 利于被告人的轻的法定刑。

(三) 根据刑法体系解释应当在处 罚较重的幅度内处罚。2011年发布的 《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》(下称《意 见》)第8条规定,销售假冒注册商标 的商品犯罪案件中销售金额和未销售 货值金额分别达到不同的法定刑幅度 或者均达到同一法定刑幅度的, 在处 罚较重的法定刑或者同一法定刑幅度 内酌情从重处罚。虽然《解释》第31 条没有将《意见》废止,但是大部分 条文已经被《解释》吸收和修改,而 且《意见》中规定的内容与《解释》 不一致的,也应当以《解释》为准。

《解释》第5条第1款第3项将未销 售货值金额直接作为其他严重情节人 罪,也就是说销售假冒注册商标的商 品罪中未销售部分货值金额达到十五 万元以上的,或者已销售的金额不足 五万元,但与尚未销售商品的货值金 额合计达到十五万元不再以未遂认 定,也就不再适用《意见》第8条规 定。虽然《意见》第8条规定的内容已 经被《解释》所吸收,但是当销售金 额和未销售货值金额分别达到不同法 定刑幅度依照处罚较重的法定刑处 罚,这种适用法律的原则、方法和精 神仍然值得参照和运用。另外,《最高 人民法院、最高人民检察院关于办理 盗窃刑事案件适用法律若干问题的解 释》和《最高人民法院、最高人民检 察院关于办理诈骗刑事案件具体应用 法律若干问题的解释》中均规定了既 有既遂又有未遂,分别达到不同量刑 幅度的,依照处罚较重的处罚。

因此,回到本案,根据前述的体 系解释原则,案件中如果按照违法所 得数额认定对应的是第一档法定刑, 如果按照销售金额认定对应的是第二 档法定刑,这样的情况就是违法所得 数额和销售金额分别达到不同量刑幅 度的情形,针对该情况司法人员应当 从"或者"连接的两者中选择处罚较 重的处罚,也就是应当选择处罚较重 的第二档法定刑。

(四) 刑法修正案 (十一) 对知识 产权犯罪刑罚的设置是由轻到重。刑 法修正案(十一)对侵犯知识产权犯 罪一节作了重大修改, 凸显了国家加 强知识产权刑事司法保护,加大对侵 犯知识产权犯罪的打击力度。刑法第

知识产权犯罪案件中适用最多的罪 名,刑法修正案(十一)对刑法第214 条增加了违法所得数额入罪的条件, 删除了原来第一档法定刑中的拘役, 提高了第二档的法定最高刑。从总体 上看,刑法对包括销售假冒注册商标 的商品罪在内的多个涉及知识产权罪 名的刑罚设置是趋重的。司法实践 中,对于适用轻的刑罚还是适用重的 刑罚出现分歧时,应当从刑法的立法 本意去思考和选择适用的法律。对于 销售假冒注册商标的商品罪中的违法 所得数额和销售金额对应不同档法定 刑时,选择处罚较重的量刑档是符合 刑法对涉知识产权犯罪案件刑罚设置 的立法本意和宗旨的。

在办理知识产权犯罪案件中,还存 在一种情况: 行为人按照违法所得数额 认定达不到入罪标准而不构成犯罪,但 按照销售金额认定却达到第一档或第二 档法定刑标准构成犯罪。对此该如何准 确适用法律,全国人大常委会法制工作 委员会刑法室编写的《中华人民共和国 刑法条文说明、立法理由及相关规定》 一书明确,"由于新的入罪标准增加了 其他严重情节作为兜底性规定,因此, 销售金额本身的大小仍然应当属于衡量 行为人所实施的犯罪行为的情节是否达 到严重的重要参照。有的销售假冒注册 商标的商品案件, 行为人违法所得金额 并不大,但可能具有长期从事非法经营 活动、销售金额很大、给权利人造成的 损失很大、严重扰乱市场秩序等情节, 也需要给予刑事处罚。"另外,有关 《解释》的理解与适用也持这样的观点。

因此,在刑法的适用过程中,按 照处罚较重的法定刑处理是一项法律 适用的基本原则, 当案件中出现如果 按照违法所得数额认定达不到入罪标 准不构成犯罪,但按照销售金额认定 却达到第一档或第二档法定刑构成犯 罪时,应当在处罚较重幅度内进行认 定,也就是说,应当按照销售金额认 定,不能以未达到违法所得入罪数额 为由认定不构成犯罪。

通过本案分析,厘清了刑法第214 条中当违法所得数额与销售金额不在同 一个量刑档次内应当按照处罚较重的档 次认定,这样的认定原则为知识产权犯 罪案件办理提供了法理支撑,有利于司 法人员准确适用法律, 更好地解决法律 适用分歧。另外,在刑法侵犯知识产权 罪一节中,第213条假冒注册商标罪, 第215条非法制造、销售非法制造的注 册商标标识罪,第216条假冒专利罪, 第217条侵犯著作权罪,第218条销售 侵权复制品罪,第219条侵犯商业秘密 罪六个罪名在适用法律时也会遇到前述 的问题,解决问题的方法和原则仍然是 按照处罚较重的处理。

(作者单位:内蒙古自治区鄂尔多 斯市人民检察院)



□刘振

2025年6月27日,新修订的治安管理处罚法第 19条规定:"为了免受正在进行的不法侵害而采取 的制止行为,造成损害的,不属于违反治安管理行 为,不受处罚;制止行为明显超过必要限度,造成较 大损害的,依法给予处罚,但是应当减轻处罚;情节 较轻的,不予处罚。"该条款被普遍解读为治安管理 领域的正当防卫制度。然而,治安管理领域正当防 卫制度从填补法律空白到实践激活,从立法确认再 到常态化落地,仍需一个渐进过程。笔者认为,厘清 以下几个关键问题,有助于依法准确推进该制度的

准确把握新修订治安管理处罚法第19条的 性质。在刑法第20条和民法典第181条已对正当 防卫作出明确规定的情况下,新修订的治安管理 处罚法第19条能否被视为治安管理领域的正当 防卫条款,这不仅关系到正当防卫法律体系的完 整构建,也直接影响防卫人在治安管理领域民事 责任的承担。若承认其正当防卫性质,则依据民法 典第181条"因正当防卫造成损害的,不承担民事 责任"之规定,防卫人不仅可免受治安处罚,亦可 免除民事责任。对此,笔者认为,新修订的治安管 理处罚法第19条虽未直接采用"正当防卫"的表 述,但其规定的"为了免受正在进行的不法侵害而 采取的制止行为",在本质上与刑法、民法典的正 当防卫理念一脉相承,实为正当防卫制度在治安 管理领域的确认。理由有三:其一,该条款完全契 合正当防卫"法不能向不法让步"的核心精神内 涵;其二,合乎法秩序统一性原理,将新修订的治 安管理处罚法第19条置于刑法、民法典及《关于 依法适用正当防卫制度的指导意见》(下称《指导 意见》)构成的整体制度体系中解读,其正当防卫 属性不言自明;其三,回避特定表述属立法技术考 量,旨在从形式上区分治安管理领域与刑事领域 的防卫行为。

准确把握治安管理领域与刑事领域正当防卫 的异同。治安管理领域与刑事领域的正当防卫在 价值取向上具有内在统一性,均旨在鼓励公民依 法制止不法侵害,捍卫"法不能向不法让步"的法 治原则。两者在成立要件上亦高度一致:在起因条 件上,均要求存在现实的不法侵害作为前提;在防

卫时机上,均限定于不法侵害正在进行时,排除事前防卫与事后防卫;在 防卫对象上,均须针对不法侵害者本人;在主观层面上,均须具备防卫意 图,排除报复、伤害等非法目的;在防卫限度上,均作出相应约束,禁止防 卫过当,并明确防卫过当须承担相应责任。然而,二者亦存在显著差异, 主要体现在:

不法侵害程度不同:刑事领域的不法侵害通常性质严重,涉及重大 法益侵害,具有显著的社会危害性与刑事违法性。治安管理领域的不法 侵害则相对轻微,多属违反治安管理的轻微违法行为。侵害程度的差异, 直接导致对防卫行为强度、手段要求的差异——治安管理领域因侵害轻 微,对防卫限度的把握应更为审慎严格,以防防卫权滥用。

防卫过当标准不同:刑法领域构成防卫过当需造成不法侵害人"重大 损害",根据《指导意见》,通常指重伤及以上后果(轻伤及以下一般不属于 防卫过当)。而治安管理领域防卫过当的认定标准仅为"造成较大损害",门 槛显著低于刑事标准。这意味着在治安管理领域,防卫人更需注重防卫手 段的适度性与防卫工具的谨慎选择,避免因造成"较大损害"而担责

防卫体系及追责方式不同:刑事领域除一般防卫外,还针对"行凶、 杀人、抢劫、强奸、绑架等严重危及人身安全的暴力犯罪"设立了特殊防 卫制度(无限防卫权)。治安管理领域则无此特殊规定。此外,在防卫过当 的追责上,新修订的治安管理处罚法第19条明确规定了"情节较轻不予 处罚"的情形,并予以单独列明,体现了立法对治安管理领域特定防卫过 当行为的宽容态度。

准确适用治安管理领域正当防卫的路径。一是细化认定标准。不法 侵害是认定正当防卫的逻辑起点。应进一步明确治安管理领域中"不法 侵害"的内涵与外延。在深入研究殴打、伤害、互殴类案件基础上,系统梳 理常见侵害行为类型,对争议性轻微侵害(如推搡、撕扯)是否构成不法 侵害作出明确规定。在防卫限度上,亟须明确"较大损害"的认定标准。笔 者认为,宜将轻伤及以上伤情认定为"较大损害",排除轻微伤及以下损 害,较为合理。若标准过低,将不当压缩正当防卫空间,削弱防卫效果。对 此,可结合新法规定,对《指导意见》进行适应性调整与补充,重点完善治 安管理领域正当防卫的认定标准、处理程序及证据规则。

二是强化指导性案例和典型案例的实践指导。指导性案例和典型 案例是统一法律适用尺度的重要载体。上级执法司法机关应定期收 集、筛选、发布治安管理领域正当防卫的指导性案例和典型案例。所 选案例应具代表性和典型性,覆盖常见防卫情形,并详细阐述案件事 实、争议焦点、裁判(处理)理由及结果,清晰揭示法律适用规则和 处理思路, 为基层执法司法提供直观、具体的实践指引

三是建立健全执法司法监督机制。完善的监督是准确认定正当防 卫的重要保障。内部监督方面,公安机关应强化自身执法监督,对涉 正当防卫的治安案件建立严格的审核把关机制, 充分保障当事人复 议、诉讼权利,对案件事实、证据、法律适用、程序合法性进行全面 审查,确保处理决定的准确公正。外部监督方面,应充分发挥检察机 关法律监督职能,加强对涉正当防卫治安处罚案件的监督力度,适当 降低监督受理门槛,探索通过刑事检察与行政检察跨部门协同履职、 上下级检察机关接续监督等方式,提升监督效能。

四是协同提升执法司法理念。理念是行动的先导。确保新修订的治 安管理处罚法第19条准确落地,关键在于执法司法人员深刻理解并践行 "法不能向不法让步"的法治精神。一要强化理念更新,通过专项培训、业 务研讨等形式,引导执法司法人员准确把握治安管理领域正当防卫的立 法精神、价值导向及具体适用规则,克服"唯结果论""各打五十大板"等 陈旧思维。二要促进共识形成,推动公安机关、检察机关、审判机关就治 安管理领域正当防卫的认定标准、证据把握等加强沟通协调,努力在理 念和标准上形成共识,减少分歧,共同维护法律适用的统一性。三要深化 以案释法,通过办案向社会公众释明治安管理领域正当防卫的边界与规 则,引导公众理性、合法维权,营造支持正当防卫、弘扬社会正气的良

架设"手机口"为诈骗分子提供通话帮助,其行为构成帮助信息网络犯罪活动罪,还是诈骗罪

根据主观明知、与上游犯罪人员关系予以综合判断

□张晨 张定一 张胜利

【基本案情】

2023年5月,王某在某社交软件看 到一则招工信息,后添加了对方的QQ 号,对方告知王某可从事"手机口"业 务:准备两部手机,一部通过QQ软件 接通上线的语音通话, 一部使用其手机 号拨打被害人电话,每小时支付报酬 210元。后王某通过 QQ 号联系上线进 入QQ群, 在QQ群中对方向王某提供 电话号码, 并指导王某使用其手机拨打 电话, 转接QQ语音电话, 供上线以 "兼职招工"等名义骗取被害人使用。 王某采取上述方法共计拨打转接电话 118次,其拨打的电话致使庄某被骗 63963元。2023年5月14日,王某到公 安机关投案,后被取保候审。

【分歧意见】

第一种观点认为, 王某的行为构成 帮助信息网络犯罪活动罪。理由是:王 某在知晓他人可能利用信息网络进行诈 骗的情况下,按照上线指示架设"手机 口"提供通讯传输辅助,仅对所辅助犯 罪行为有概括性认识,与上游诈骗人员 无"事前通谋"或"事中勾连",未实 施具体诈骗行为,其行为更符合帮助信 息网络犯罪活动罪的特征,而非诈骗罪 的共犯。王某的辅助行为限于诈骗预备 阶段,未进一步参与诈骗实行行为,且 预备行为原则上不受刑事处罚,对预备 行为的辅助亦不应受罚。此外,该类案 件中, 涉诈金额往往不受行为人控制, 行为人发挥的作用、参与时长及获利均 有限, 若以诈骗罪论处, 易导致罪刑失 衡,以帮助信息网络犯罪活动罪定罪更



符合罪责刑相适应原则。 第二种观点认为, 王某的行为构成 诈骗罪。王某主观上明知上线人员从事 电信网络诈骗犯罪活动。在帮助诈骗客 服转接语音电话过程中, 王某能够清晰 听到通话内容,从而判断上线通过电信 网络进行诈骗。王某在案发前持续帮助 诈骗分子拨打诈骗电话百余次,与诈骗 分子建立了稳定的合作关系, 联络紧密 且固定,据此可认定王某对上游诈骗犯 罪有明确的认识; 客观上, 王某为诈骗 犯罪提供了通讯传输辅助。根据相关司 法解释, 明知他人实施电信网络诈骗犯 罪而提供通讯辅助的,应以诈骗罪共犯 论处.

【评析意见】

对于架设"手机口"为诈骗分子提 供通话帮助的行为应定性为帮信罪还是 诈骗罪,争议较大。就本案而言,笔者 同意第二种意见, 王某的行为构成诈骗 罪, 理由如下:

第一,从共同犯罪构成来看,上游 诈骗行为人实施实行行为, 王某起到通 讯传输辅助作用, 属帮助犯。帮助犯成 立需有帮助故意,即认识到正犯行为可 能危害社会,并希望或放任其发生。帮 助者与被帮助者构成共同犯罪, 不必然 要求"事前通谋"或"事中勾连",即 使持放任态度,也可构成共同犯罪。 《最高人民法院、最高人民检察院、公 安部关于办理帮助信息网络犯罪活动等 刑事案件有关问题的意见》指出,明知 他人实施电信网络诈骗犯罪,提供手机 卡、通讯工具等帮助的,应以共同犯罪 论处。因此,判断行为人主观明知程度 是关键。本案中, 王某能清晰听到诈骗 电话内容, 明知上线实施电信网络诈骗 犯罪,却仍出于获取报酬目的,采取放 任态度,持续架设"手机口"帮助拨打 转接诈骗电话百余次,导致他人受骗。 这与最高检有关解答中对此类人员行为 的认定相符: 行为人非诈骗团伙成员, 也未与诈骗团伙有直接事前或事中联 系,但在较长时间内相对稳定地帮助诈 骗分子实施特定行为,形成稳定协作关 系,已成为诈骗链条上的固定环节。在 此类情形中, 行为人对诈骗犯罪行为 "心知肚明"。综合全案证据,依法可认 定其明知他人实施电信网络诈骗犯罪, 应以诈骗罪共犯论处。 第二, 从犯罪阶段和形态上看, 诈

骗罪从行为人开始实施欺骗行为时,就 已经着手,进入实行阶段。实施欺骗行 为后,没有使他人陷入错误认识,或者 虽使他人陷入错误认识但未处分财产 的,属于诈骗未遂。从本案看,上线诈 骗人员在王某的帮助下以客服名义使用 诈骗话术欺骗他人,已经着手实行犯 罪。此外,预备行为不同于犯罪预备, 其不是一种未完成犯罪形态。从预备行 为到着手实行犯罪乃至犯罪既遂,是一

个完整的犯罪进程。如果实行行为既 遂,那么提供了帮助和促进的预备行为 作为共同犯罪同样既遂,应当共同承担 责任。正是由于王某的帮助行为导致了 被害人受骗等危害后果,对王某当然应 以诈骗罪的共犯追究刑事责任。

第三, 从处理效果审视, 电信网络 诈骗犯罪处理应坚持全链条审查, 从共 同犯罪整体考量。为电诈人员提供特定 帮助的犯罪行为,在考虑诈骗金额、获 利基础上,应结合其在诈骗犯罪链条中 的层级、地位、作用,准确界定刑事责 任。本案中,王某在共同犯罪中扮演辅 助角色,可认定为从犯。犯罪情节认定 上,查实关联电诈1起,诈骗金额 63963元,已达数额巨大标准,因此, 对王某应按诈骗罪处罚。若以帮信罪构 成要件评价王某行为,不仅无法全面评 价其行为,还会导致该类行为脱罪,造 成罪责刑不相适应,无法有效打击电信 网络诈骗犯罪。

综上所述,笔者认为,对于被告人提 供"手机口"通讯传输帮助行为的认定, 应从被告人的主观明知、与上游犯罪人 员的关系进行综合判断。对于明知他人 实施电信网络诈骗犯罪而提供帮助,与 上游犯罪人员已经形成较为稳定的协作 关系,应以诈骗罪共犯定罪量刑,并可依 法适用从犯等从宽处罚情节对诈骗罪共 犯准确量刑,实现严厉惩处电信网络诈 骗犯罪,避免架空电信网络诈骗中的帮 助行为构成诈骗共同犯罪的相关规定, 保证案件审理的公平、公正。

(作者分别为河南省新密市人民检 察院检察长、综合业务部副主任、政治 部副主任)

(作者为山东省淄博市人民检察院法律政策研究室主任)