

【综合研究】

刑法修正案(十一)的理解与适用

孙 谦

【作者简介】孙谦,最高人民检察院副检察长。

【原文出处】《人民检察》(京),2021.2.1~12

2020年11月,中央全面依法治国工作会议召开,正式确立了习近平法治思想,为全面依法治国提供了根本遵循和指引。全国人大常委会立法跟上,2020年底审议通过了刑法修正案(十一)(以下简称《修正案》),于2021年3月1日正式实施。此次修正案是在立法领域贯彻落实习近平法治思想的生动实践,它紧紧围绕保障党和国家重大战略目标实现、保障改革开放成果和建设平安中国、法治中国的要求,对新时期我国经济社会发展和社会治理实践中一些新情况新问题作出了规范调整。全文共48个条文,主要有以下特点:一是进一步体现了以人民为中心的理念。近年来,一些突发重大案件引发全社会热议,需要刑法及时作出反应。比如,对未成年人犯罪和权益保护作出了全新规定,在总则中对刑事责任年龄进行了调整,分则中对性侵、猥亵儿童犯罪作了修改;又如,健全了冒名顶替接受高等教育、危害公共交通安全等犯罪的规定。二是进一步体现了对社会秩序的有效保护。近年来,我国加快了在民事、经济、行政等领域的立法节奏,这些法律规定了大量“合法”与“违法”行为的界限,出于保障社会秩序的需要,把其中一些危害严重的违法行为规定为犯罪。刑法作为其他法律的保障法,此次《修正案》与相关部门法相衔接,严密了对社会秩序和公共安全的保护。比如,与民法典相衔接,增设了高空抛物、侵害英雄烈士名誉等犯罪;又如,与著作权法、反不正当竞争法、药品管理法等部门法相协调,对侵犯商

业秘密、生产销售假药劣药等犯罪的相关规定作出修改,构建更加完备的社会秩序法律保护体系。三是进一步体现了刑事法律保障与社会发展的同步。立法对社会发展中出现的新型犯罪及时回应,比如,明确将基因编辑和兴奋剂违规等行为规定为犯罪,体现了立法的与时俱进。同时在维护国家金融安全方面,《修正案》48个条文中,有10个条文涉及相关金融犯罪的修改,比如,细化了对证券犯罪的规定,对非法吸收公众存款、集资诈骗等金融犯罪的刑罚结构作出相应调整等。

保障执法司法机关准确理解和适用《修正案》,对于新的历史时期维护国家安全和社会秩序,对于保护公民人身财产安全,对于平安中国、法治中国建设,对于全面建设社会主义现代化国家,都具有十分重要的意义。本文仅就《修正案》中涉及的主要问题,从如何理解与适用角度作一简要的解读,供执法司法人员参考。

一、关于涉及未成年人的刑法修改

(一)降低刑事责任年龄

据统计,我国未成年人犯罪案件数整体呈现下降趋势,但是低龄未成年人实施故意杀人、强奸等恶性犯罪案件时有发生。比如,2018年12月2日湖南益阳12岁儿童吴某持刀杀母案;2019年10月20日辽宁大连13岁儿童蔡某杀害10岁邻居女孩后抛尸案;2020年4月安徽郎溪13岁儿童杨某杀害堂妹后抛尸案等。这些案件犯罪手段恶劣,主观恶性大,但

因行为人不满14周岁而不能得到刑事制裁,引发社会公众强烈不满,也引发了社会对刑事责任年龄的广泛讨论。本次《修正案》对1997年刑法有关刑事责任年龄的规定作出修改、完善,在总则第十七条刑事责任年龄条文中增加了一款,将故意杀人、故意伤害等导致特别严重后果的犯罪的刑事责任年龄适当下调,规定“已满十二周岁不满十四周岁的人,犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣,经最高人民检察院核准追诉的,应当负刑事责任。”在具体适用该条时,需要注意把握好以下实体和程序条件:

第一,关于适用案件范围。这主要涉及对“犯故意杀人、故意伤害罪”如何理解和把握,是指罪名还是行为。从立法本意和相关立法司法解释看,此处“犯故意杀人、故意伤害罪”应当理解为实施故意杀人、故意伤害致人死亡或者重伤这两种行为,而不能理解为只包括这两个罪名。比如,已满12周岁不满14周岁的未成年人在抢劫过程中残忍杀害被害人的,实施绑架“撕票”的,虽然其故意杀人、故意伤害行为被评价在抢劫罪、绑架罪中,但依据《修正案》仍可能负刑事责任。如果将“犯故意杀人、故意伤害罪”狭义理解为仅指这两个罪名的话,那么对上述抢劫杀人、绑架“撕票”的低龄未成年人就难以追究刑事责任。实际上,立法机关对此已有类似解释。2002年全国人大常委会法制工作委员会《关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》中指出,“刑法第十七条第二款规定的八种犯罪,是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法第十七条中规定的‘犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡’,是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的,都应负刑事责任。对司法实践中出现的已满十四周岁不满十六周岁的人绑架人质后杀害被绑架人,拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的行为,依据刑法是应当追究其刑事责任的。”

第二,关于危害结果。行为人除犯故意杀人罪

或者故意伤害罪外,还需要有法律规定的危害后果发生,即“致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”。如果不满足法定危害后果,如致人重伤但没有造成严重残疾的,则不应追究刑事责任。

第三,关于犯罪情节。除符合以上罪名和危害后果条件外,还需要结合主、客观要件,综合判断行为人的行为是否属于情节恶劣。情节是否恶劣需要结合具体案情,从主观恶性、社会影响、危害后果等方面综合审查判断。对于不属于情节恶劣的,则不能以犯罪追诉。

第四,关于核准程序。对符合以上三个实体条件的已满12周岁不满14周岁的未成年人追究刑事责任,还需要满足法定的程序要件。《修正案》对此作出了严格的程序限制,即须经最高人民检察院核准追诉。法律之所以规定最高检核准程序,表明了国家对未成年人的特殊保护政策,对此类情形的追诉应当严格控制。此类案件办理中,犯罪构成和危害结果根据主客观证据较为容易判断,而犯罪情节则不然,不仅需要司法人员对犯罪事实证据的准确认定,更需要对未成年人身心特点的了解,结合未成年犯罪嫌疑人家庭背景、成长环境,深入开展社会调查,分析犯罪的成因;不仅需要法律规定的娴熟掌握,更需要对司法政策的准确运用,兼顾法、理、情的统一。因此,在此类案件的核准追诉中,务必注重对“情节恶劣”这一要件的审查把关。

(二)严惩性侵、猥亵儿童行为

性侵幼女、猥亵儿童案件近年来时有发生,社会影响恶劣。《修正案》从三个方面加大了对性侵未成年人犯罪的惩治力度:一是修改奸淫幼女犯罪,对奸淫不满10周岁的幼女或者造成幼女伤害等严重情形的,适用更重刑罚,即“奸淫不满十周岁的幼女或者造成幼女伤害的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。二是增加特殊职责人员性侵犯罪,即“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员,与该未成年女性发生性关系的,处三年以下有期徒刑;情节恶劣

的,处三年以上十年以下有期徒刑”。三是修改猥亵儿童罪,进一步明确对猥亵儿童罪从严惩处的具体情形。将刑法第二百三十七条第三款修改为:“猥亵儿童的,处五年以下有期徒刑;有下列情形之一的,处五年以上有期徒刑:(一)猥亵儿童多人或者多次的;(二)聚众猥亵儿童的,或者在公共场所当众猥亵儿童,情节恶劣的;(三)造成儿童伤害或者其他严重后果的;(四)猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。”

第一,关于负有照护职责人员性侵犯罪。增设负有照护职责人员性侵犯罪是此次《修正案》的“新规”之一。在具体适用时,需要注意以下三点:一是从增加的第二百三十六条之一的条文规定看,负有照护职责人员性侵犯罪的构成,并不要求未成年女性是否同意或是否自愿,即不论未成年人是否同意,上述负有照护职责的人员都应被追究刑事责任。二是负有照护职责人员性侵犯罪与强奸罪的竞合。刑法第二百三十六条之一第二款规定“有前款行为,同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。也就是说,如已满14周岁不满16周岁的未成年人系被迫,那么该负有照护职责人员既构成本罪,也构成强奸罪,本罪的法定刑是三年以下有期徒刑,强奸罪的法定刑是三年以上有期徒刑,强奸罪的刑罚更重,应当对该负有照护职责人员以强奸罪定罪处罚。这一规定与此前最高法、最高检、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》相关条文精神一致。该意见第二十一条规定:“对已满十四周岁的未成年女性负有特殊职责的人员,利用其优势地位或者被害人孤立无援的境地,迫使未成年被害人就范,而与其发生性关系的,以强奸罪定罪处罚。”三是“情节恶劣”的理解。情节恶劣是本罪的加重情节,实践中应当根据相关司法解释对性侵未成年人犯罪的规定和本条的特定含义,从行为性质、犯罪对象、危害后果、人身危险性等方面进行把握。比如,与未成年女性多人或者多次发生性关系,或者造成未成年女性身体伤害、怀孕、感染疾病等后果的,可以视为情节恶劣。

第二,关于猥亵儿童罪。近两年,各种针对幼女、儿童的性侵、猥亵犯罪,引发了社会强烈愤慨。特别是2020年上海王振华案,引发重大网络舆情。《修正案》参照刑法第二百三十六条第三款中具体列举强奸罪的加重处罚情节模式,明确了四项猥亵儿童罪的加重量刑情节,体现了对猥亵儿童罪的严厉处罚。比如,猥亵儿童多人或多次,以前是“从重处罚”,现在直接升格至五年以上有期徒刑;又如,造成儿童伤害的,之前该情形是否属于“其他恶劣情节”,存在模糊之处,王振华案引发广泛争议原因之一就是其行为是否可以认定为“其他恶劣情节”,《修正案》明确此类情形属于法定刑升格的情形。在条文具体适用中,需要把握以下几点:

1.“猥亵儿童”的理解和把握。我们认为,猥亵儿童是以满足性刺激为目的实施的行为,比如,以抠摸、亲吻、搂抱等方式直接接触儿童身体,要求儿童展示身体或者敏感部位,或者以暴露、显示等方式向儿童展示其身体或者敏感部位等。以满足性刺激为目的,利用即时通信、通讯群组、聊天室、短视频等网络平台、网络应用服务实施上述行为的,应当认定为“猥亵儿童”。

2.猥亵儿童“多人多次”和“聚众”猥亵儿童的理解和把握。猥亵儿童“多人多次”一般应当理解为猥亵三人以上或者三次以上。三人以上猥亵儿童的,应当认定为聚众猥亵儿童。

3.公共场所当众猥亵儿童的理解和把握。首先,需要准确把握“公共场所”的范围。具体而言,“公共场所”可以分为以下三类:一是车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场等不特定多数人自由出入的场所。二是教室、集体宿舍、游泳馆、电梯间、儿童游乐场等多人进出、使用的相对公开的场所。司法实践中,对集体宿舍作为公共场所的认定曾有不同认识。2017年,最高检通过向最高法提起抗诉河北一起性侵未成年人案件,以案例形式明确“集体宿舍”属于“公共场所”。三是网络通讯群组、聊天室等公共网络平台、网络应用服务,也可能成为此条文中的“公共场所”,利用此类网络

平台和服务,当众猥亵儿童的,应当认定为公共场所当众猥亵儿童。其次,准确把握“当众”。根据《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第二十三条规定,在校园等相对公开的场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪,只要有其他多人在场,有被他人感知可能的,就可以认定为公共场所“当众”犯罪。至于他人实际上是否看到、感知到不影响“当众”的成立;感知则既包括现场看到也包括通过视频、网络看到。

4.“其他恶劣情节”的理解和把握。《修正案》规定的法定刑升格情形第四项“其他恶劣情节”,需要结合事实证据准确认定。比如,以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵儿童的;对不满12周岁的儿童、农村留守儿童、严重残疾或者精神智力发育迟滞的儿童,实施猥亵的,可以认定为“其他恶劣情节”。

5.猥亵儿童罪与故意伤害等罪的竞合。实施猥亵儿童犯罪造成伤亡,同时构成故意伤害罪、故意杀人罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。

6.猥亵儿童罪的量刑把握原则。《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》明确规定,对于性侵未成年人的,应当从严惩处。

二、关于维护民众安全感的刑法修改

(一)关于妨害安全驾驶罪

近年来,各地有关抢夺公交车方向盘的事件时有发生,严重威胁公众人身安全,有的甚至造成极为恶劣的后果,比如重庆2018年“10·28”公交车坠江事件,一名女乘客因错过下车地点和司机打骂起来,并抢夺方向盘致使公交车坠江,导致全车15人无人生还。这种因一时意气,不顾他人生死,藐视他人生命的行为,群众反映强烈。2019年1月,最高法、最高检、公安部联合出台了《关于依法惩治妨害公共交通工具安全驾驶违法犯罪行为的指导意见》,明确此类行为依照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。

《修正案》在广泛听取社会群众、法律专家和人大代表意见的基础上,把抢夺方向盘的行为单独入刑,在刑法第一百三十三条之一后增加一条,作为第一百三十三条之二:“对行驶中的公共交通工具的驾

驶人员使用暴力或者抢控驾驶操纵装置,干扰公共交通工具正常行驶,危及公共安全的,处一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金。前款规定的驾驶人员在行驶的公共交通工具上擅离职守,与他人互殴或者殴打他人,危及公共安全的,依照前款的规定处罚。有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”这一修改主要有以下两方面考虑:一是考虑到“以危险方法危害公共安全罪”是一种概括性罪名,适用范围广,将危害公共交通工具犯罪从中独立出来,进行具体化,便于类似案件的认定和具体适用,也能使公众对该行为有更加具体的认识。二是考虑到该类行为与“放火、决水、爆炸以及投放危险物质”等行为相比,危险程度毕竟有所区别,因此,对该罪明确了“一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”的处罚。

在具体适用该罪名时,需要注意以下几个问题:一是犯罪主体上,不仅乘客在规制范围之内,驾驶人员如果擅离职守,与他人互殴或者殴打他人,危及公共安全的,也在规制范围之内,这样实现了法律适用的平衡性和权益保护的全面性。二是犯罪对象上,秉持一贯的立法精神,“公共交通工具”仍限于公共汽车、公路客运车,大、中型出租车等车辆。三是入罪条件上,适用该罪一方面需要达到“危及公共安全”的程度,这里的危险状态是具体危险状态,并非抽象危险状态;另一方面,不要求出现实害结果,如果出现致人重伤、死亡或者公私财产遭受重大损失的,则可能同时构成刑法第一百一十五条规定的以危险方法危害公共安全罪等其他犯罪,按照该条第三款的规定,依照处罚较重的规定定罪处罚。

(二)高空抛物入罪

近年来,高空抛物、坠物事件不断发生,有的造成人员死亡,严重危及公共秩序和人民群众生命健康权益。为了守护人民群众“头顶上的安全”,国家不断完善相关法律制度。一是2019年10月,最高法印发了《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》,明确依法惩处构成犯罪的抛物、坠物行为。根据该

意见,对于过失导致物品从高空坠落,致人死亡、重伤的,符合刑法第二百三十三条、第二百三十五条规定的,依照过失致人死亡罪、过失致人重伤罪定罪处罚;在生产、作业中违反有关安全管理规定,从高空坠落物品,发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的,依照刑法第一百三十四条第一款的规定,以重大责任事故罪定罪处罚。对于故意从高空抛弃物品,尚未造成严重后果,但足以危害公共安全的,依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚;致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,依照刑法第一百一十五条第一款的规定处罚。为伤害、杀害特定人员实施上述行为的,依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。二是2020年民法典将高空抛物写入法条中,新增“建筑物使用人在赔偿后可追偿”的条款,明确物业管理机构须履行防范义务、公安等机关负有调查义务等内容。三是此次《修正案》增设高空抛物罪。《修正案》草案曾将高空抛物犯罪规定在刑法“危害公共安全罪”的第一百一十四条中,在该条下增加两款“从高空抛掷物品,危及公共安全的,处拘役或者管制,并处或者单处罚金”;“有前款行为,致人伤亡或者造成其他严重后果,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。经过征求意见和深入讨论,最终该条规定在“扰乱公共秩序犯罪”的第二百九十一条之一后,且将罪状中的“危及公共安全”修改为“情节严重的”;刑罚也从“拘役或者管制,并处或者单处罚金”,修改为“一年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金”。至此,高空抛物犯罪从依附于刑法其他罪名中独立出来,单独入罪,与“以危险方法危害公共安全罪”“过失致人死亡罪”“过失致人重伤罪”等构成了多层次的规制体系。这一方面严密了法网,有利于充分保障人民群众生命财产安全;另一方面构建了从轻到重的刑罚层次,符合罪责相适应的刑法原则。

适用中,需要注意区分该罪与其他罪之间的关系。按照《修正案》的规定,从建筑物或者其他高空抛掷物品,需达到“情节严重”才能入罪。司法实践

中,考虑情节严重,一般从手段或者后果上考虑。由于本罪手段比较明确,更多的区别在于后果方面。而对于后果的考虑,要么是对公共秩序造成的危险状态,要么是对他人人身、财产造成的实害后果。因此,一是要注意与以危险方法危害公共安全罪的区分。因为该条第二款明确“有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。二是要注意与故意伤害、过失致人死亡等罪的区分。如果以实害后果考虑,则有可能与故意伤害、过失致人死亡、故意毁坏财物等罪名发生竞合。由于该罪法定刑为“一年以下有期徒刑、拘役或者管制”,而其他罪名法定刑均高于该罪名,因此,在考虑“情节严重”时,要将该情节与其他罪造成的后果进行区分,避免该罪名在实践中被“架空”。

三、关于保障疫情防控的刑法修改

(一)妨害传染病防治罪的修改背景、内容和主要考虑

2020年新冠肺炎疫情暴发后,为了充分保障疫情防控秩序,对违反与破坏防疫措施、危害疫情防控安全的行为,刑法应当积极担负起规制功能。但是,当时刑法没有充足的规定可供司法机关直接援引,立法有待跟进。在2003年“非典”期间,最高法、最高检《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中曾规定,故意传播突发传染病病原体、危害公共安全的,按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚;患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫、强制隔离或者治疗,过失造成传染病传播,情节严重,危害公共安全的,按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。在该解释中,没有规定妨害传染病防治罪的适用,这主要是由于2003年原卫生部将“非典”列入法定传染病,但未明确为甲类传染病或者按照甲类传染病管理,导致适用妨害传染病防治罪存在障碍。2020年新冠肺炎疫情防控初期,虽然国家卫健委经国务院批准发布2020年第1号公告,已经明确将新型冠状病毒感染肺炎纳入传染病防治法规

定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施,但一些地方执法司法机关办理此类案件,仍适用了“以危险方法危害公共安全罪”。基于罪责相适应原则、宽严相济刑事政策和行为人对疫情防控和社会公众造成的实际危害程度,依照“以危险方法危害公共安全罪”办理明显过重。经深入研究,2020年2月最高法、最高检、公安部、司法部制定的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》明确了以危险方法危害公共安全罪和妨害传染病防治罪的具体适用情形。此后,最高法、最高检研究室又通过解答的形式,进一步厘清了上述两个罪名在适用中的界限,有效指导了司法实践,使疫情防控初期一些依照“以危险方法危害公共安全罪”立案的案件,改为以“妨害传染病防治罪”定罪处罚,社会效果良好。

《修正案》充分吸收了上述立法和司法实践发展积累的成果,对妨害传染病防治罪进行了完善,将刑法第三百三十条第一款修改为:“违反传染病防治法的规定,有下列情形之一,引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的,处三年以下有期徒刑或者拘役;后果特别严重的,处三年以上七年以下有期徒刑:(一)供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准的;(二)拒绝按照疾病预防控制机构提出的卫生要求,对传染病病原体污染的污水、污物、场所和物品进行消毒处理的;(三)准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的;(四)出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品,未进行消毒处理的;(五)拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。”

此次修改主要包括两个方面:一是与2013年6月修改的传染病防治法以及此次新冠肺炎疫情防控期间最高法、最高检、公安部、司法部于2020年2月制定的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎

疫情防控违法犯罪的意见》相一致,进一步明确采取甲类传染病管理措施的传染病如新冠肺炎,属于本罪调整范围。二是补充完善了构成犯罪的行为情形。该条第四项规定,“出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品,未进行消毒处理的”;第五项将此前的“拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的”修改为“拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。”上述修改增加、完善了妨害传染病防治罪的行为类型,使司法机关办理此类案件有法可依。

(二)妨害传染病防治罪的具体适用

在该罪名的具体适用中,需要把握以下几点:

第一,关于该罪的构成要件。一是准确把握该罪的具体行为方式。《修正案》明确了五种类型,实践中尤其要注意第四项和第五项的认定。关于第四项中“未进行消毒处理”的认定,司法实践中出现虽然进行了消毒处理,但是未严格按照要求进行消毒处理的情况,导致疫情传播或者疫情传播的严重风险,对此,我们认为仍属于“未进行消毒处理”。关于第五项中“县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施”的认定,《修正案》出台之前,根据突发事件应对法、国务院《突发公共卫生事件应急条例》和《国家突发公共卫生事件应急预案》等法律法规和最高法、最高检研究室的解答,各级政府和有关部门为预防、控制和消除传染病而采取的行政措施,是突发传染病防控的重要法律依据。此次《修正案》将预防控制措施的制定主体明确限定为“县级以上人民政府、疾病预防控制机构”,对此,要按照《修正案》的规定把握。二是要严格把握因果关系。司法实践中情况比较复杂,有的危害后果的造成,可能存在“多因一果”的情况,因此,在具体案件认定中,要依据“流调报告”和在案的其他证据进行综合考量。

第二,注意把握“以危险方法危害公共安全罪”和“妨害传染病防治罪”的界限。实践中,适用以危

险方法危害公共安全罪应当依法从严把握。妨害疫情防控措施犯罪案件适用以危险方法危害公共安全罪时,应当注意把握以下三个方面:一是主体上限于已确诊的传染病病人、病原携带者,或者传染病疑似病人;二是主观上具有传播传染病病原体的故意;三是客观上表现为拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,实施了进入公共场所或者公共交通工具的行为,其中传染病疑似病人还要求造成传染病病毒传播的后果。对于明知自身已经确诊为传染病的病人或者疑似病人,出于报复社会等主观故意,恶意向不特定多数人传播病毒,后果严重、情节恶劣的,应当适用以危险方法危害公共安全罪。对于由于恐慌、无知等原因拒绝执行疫情防控措施,引起传染病传播或者有传播严重危险的行为,依照刑法第三百三十条的规定,适用妨害传染病防治罪。

需要注意的是,在当前疫情防控常态化的情况下,核酸检测成为常态化防控手段。一些地方曾出现谎报核酸检测结果的案件。对于被检测人伪造、谎报核酸检测结果,引起新冠病毒传播或者有传播严重危险的行为,综合在案情况,如果符合妨害传染病防治罪的构成要件,可以认定为妨害传染病防治罪。对于第三方检测机构谎报核酸检测结果的,需要慎重对待。如果行为人主观上没有传播新冠肺炎病原体的故意,对谎报后可能造成新冠肺炎病原体传播的后果属于过失心态;行为上不属于投放传染病病原体的,则不能适用以危险方法危害公共安全罪。在考虑是否构成妨害传染病防治罪的时候,则需要综合考虑行为人的主观心态是故意还是过失、行为是否属于“拒绝执行县级以上人民政府、疾病预防控制机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施”、行为是否具有可罚性、造成新冠病毒传播或者有传播严重危险的原因是该行为还是“多因一果”,从而准确适用该罪名。

四、关于“冒名顶替”入罪

(一)“冒名顶替”入罪背景和主要考虑

2020年,冒名顶替上大学系列案件在网络媒体曝

光之后,教育部会同公安部在全国范围内进行了调查。在相关案件办理中发现,冒名顶替案件多发生在2009年以前。该时期入学招生、学历学籍管理未完全电子化,均为纸质档案,且学籍、户籍管理互不相通,给冒名顶替留下了可乘之机。2009年以后,入学招生均为电子录取,因此,冒名顶替少有发生,但出现了直接冒名制造假文凭等行为。由于没有单独的刑法罪名可以适用,冒名顶替行为只能用“伪造、变造国家机关公文、证件罪”“伪造身份证件罪”“使用虚假身份证件罪”“妨害信用卡管理罪”等罪名进行规制。冒名顶替行为冲击了教育公平的底线,具有很大的社会危害性,因此,全国人大常委会审议《修正案》草案时,很多委员提出要增加相关罪名。但是当时意见并不统一,有的建议增加“高考舞弊罪”,有的建议增加“侵害公民受教育权罪”,有的建议增加“冒名顶替上学罪”,还有的建议增加“冒名顶替罪”。

回应民众对于热点问题的关切,同时考虑到刑法的稳定性和实用性,避免出现制定后很少适用的“僵尸条款”,《修正案》把入职、入学、入伍等过程中存在的问题一并解决,在刑法第二百八十条之一后增加一条,作为第二百八十条之二,即“盗用、冒用他人身份,顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金。组织、指使他人实施前款行为的,依照前款的规定从重处罚。国家工作人员有前两款行为,又构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。”

(二)冒名顶替罪的具体适用

在适用该罪名的时候,需要把握以下几点:

第一,关于该罪的适用范围。《修正案》规定的冒名顶替罪不仅仅限于冒名顶替上大学的行为,而是将盗用、冒用他人身份,顶替他人取得高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇等情形,一并纳入了刑法规制范围。

第二,要注意处理好该罪与其他相关罪名之间的关系。在行为人实施盗用、冒用他人身份,顶替他

人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇等行为时,可能同时构成伪造、变造国家机关公文、证件等罪,在这种情况下,依照处罚较重的规定定罪处罚。对于国家工作人员有本条前两款规定的行为,又构成其他犯罪的,根据《修正案》的规定,依照数罪并罚的规定处罚。

第三,关于此前发生的一系列冒名顶替案件入罪条件的把握。根据法不溯及既往的原则,《修正案》无法规制此前发生的一系列冒名顶替上大学的案件。对于这些案件如何处理,最重要的是要注意区分一般违法与犯罪的界限。从调查的情况看,大部分的冒名顶替,双方都是知情的,甚至存在交易。对于不知情的,主要分为三类:未填报志愿被顶替的、放弃入学资格被顶替的和本人已录取但被别人顶替的。调查发现,放弃入学资格被顶替的占多数。另外,调查还发现了冒名不顶替案例,即部分高考大省曾规定往届生不能参加高考,所以发生了往届生冒用他人身份、使用他人学籍参加高考的情况。因此,处理此类案件,应当把握:一是对于采取截取录取通知书等手段盗用他人入学资格,导致被冒名顶替者不知自己已被录取、丧失教育机会的;以牟利为目的组织策划冒名顶替的;或者造成其他严重后果的,应当依法惩处。二是对于经被冒名顶替者允许后顶替入学的,或者冒用他人自愿放弃的考试成绩或者入学资格的,特别是冒用他人身份但本人参加考试、没有造成严重后果的,应当根据案件具体情况,综合考虑案件发生时的背景等因素,不宜作为犯罪处理,防止追诉面过大。

五、关于侵害英雄烈士名誉、荣誉入罪

(一)保护英雄烈士名誉、荣誉的立法沿革

加强对英雄烈士的保护,直接关系到社会主义核心价值观的坚守,社会各界十分关注。近年来发生了一些人以“学术自由”“还原历史”等为名,通过网络、书刊等丑化、诋毁、贬损、质疑英雄烈士的案事例,造成恶劣社会影响。为了加强对英雄烈士的保护,维护社会公共利益,2018年4月27日,全国人大

常委会审议通过了英雄烈士保护法,其中第二十二条款规定“禁止歪曲、丑化、亵渎、否定英雄烈士事迹和精神。英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉受法律保护。任何组织和个人不得在公共场所、互联网或者利用广播电视、电影、出版物等,以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉”;第二十六条规定“以侮辱、诽谤或者其他方式侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,依法承担民事责任;构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予治安管理处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任”;第二十五条则确立了对侵害英雄烈士名誉、荣誉案件的公益诉讼制度,规定“英雄烈士没有近亲属或者近亲属不提起诉讼的,检察机关依法对侵害英雄烈士的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的行为向人民法院提起诉讼”。2020年5月28日,民法典颁布,对侵害英雄烈士名誉、荣誉的民事责任作出规定,第一百八十五条规定:“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任。”与英雄烈士保护法、民法典相衔接,《修正案》将侮辱、诽谤英雄烈士名誉、荣誉的行为明确规定为犯罪。在刑法中增设第二百九十九条之一,规定“侮辱、诽谤或者以其他方式侵害英雄烈士的名誉、荣誉,损害社会公共利益,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”

(二)保护英雄烈士名誉、荣誉的司法实践

《修正案》出台前,司法实践中对英雄烈士名誉、荣誉的保护主要有两种方式:一是提起公益诉讼。近几年,检察机关作为提起公益诉讼的主体之一,对侵害英雄烈士名誉、荣誉案件积极开展公益诉讼,取得了较好成效。2018年5月,全国首例英烈保护公益诉讼案由江苏省淮安市检察院提起,被告人对消防烈士救火牺牲一事发表侮辱言论,歪曲烈士英勇牺牲事实,经公开审理,法院依法判处被告人于七日内在市级报纸上公开赔礼道歉。自2018年5月开展英雄烈士保护领域公益诉讼工作到2020年5月,两

年时间,全国检察机关共立案办理侵害英雄烈士名誉、荣誉公益诉讼案件98件,提起诉讼40件;办理英雄烈士纪念设施保护行政公益诉讼诉前程序案件1047件。二是依法追究刑事责任。对侵害英雄烈士名誉、荣誉情节严重的,应当依法追究刑事责任。比如,2021年初江苏、北京、广东、重庆等地连续发生对卫国戍边英雄烈士侮辱、诋毁事件,公安机关依法立案侦查。此前,司法实践中多以寻衅滋事罪追究刑事责任,主要依据是2013年最高法、最高检《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定。比如2019年,四川凉山27名消防人员和3名地方干部群众为抢险救灾献出生命,被告人傅某某为发泄个人不满,在3000多人的QQ群内,对抢险救灾英勇牺牲的烈士名誉进行侮辱、诽谤,造成恶劣社会影响,公安机关依法立案侦查,检察机关以寻衅滋事罪起诉,法院判处被告人管制8个月。

(三)侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的具体适用

作为一个新罪名,在具体适用中需要注意以下几点:

第一,侵害英雄烈士名誉、荣誉罪适用中应当注意与普通侮辱、诽谤罪,寻衅滋事罪的区分。总体把握原则:一是侮辱、诽谤罪告诉才处理,如果严重危害社会秩序和国家利益,可作为公诉案件;二是以往此类案件按寻衅滋事罪处理,《修正案》实施后,应按侵害英雄烈士名誉、荣誉罪处理,符合罪刑法定原则。

第二,关于“英雄烈士”的界定问题。我们认为,无论对已牺牲的英雄,还是未牺牲的英雄,都可以适用此条予以保护,这符合对法律用语的理解规则,也更能体现对英雄烈士这一特殊群体的利益保护。比如近期针对戍边英雄烈士的侮辱和诽谤,受表彰的戍边英雄烈士有5名,其中有牺牲的,也有未牺牲的,统一适用侵害英雄烈士名誉、荣誉罪更为合适。若已牺牲的按照侵害英雄烈士名誉、荣誉罪处理,未牺牲的按照侮辱诽谤公诉案件处理,将会人为造成法律适用的困惑和混乱。

第三,妥善把握侵害英雄烈士名誉、荣誉罪中的“情节严重”。侵害英雄烈士名誉、荣誉的行为,只有达到情节严重的,才能构成犯罪。因此,一定要区分情节和严重程度,尤其是通过网络实施侮辱、诽谤行为,可以参照利用网络实施的诽谤他人“情节严重”的人罪标准。对于只是在微信聊天群发表不当言论,没有造成大范围传播的,一般不宜作为犯罪处理。

六、关于非法基因编辑等入罪

2015年4月,某大学研究人员在人类胚胎上进行基因编辑实验,在世界生命科学领域引发持续激烈争议。2018年11月,经基因编辑后的婴儿出生,引发国内外舆论一致谴责。虽然,行为人最终被以非法行医罪追究刑事责任,^①但这类案(事)件的发生,暴露出我国法律特别是刑法在防止基因技术的非法使用上存在空白。在2019年3月的全国两会上,人大代表和政协委员都对此类案件给予高度关注。农工党中央专门就此问题向全国政协十三届二次会议提交提案。2020年10月17日,全国人大常委会审议通过了生物安全法,该法第五十六条规定:“从事下列活动,应当经国务院科学技术主管部门批准:(一)采集我国重要遗传家系、特定地区人类遗传资源或者采集国务院科学技术主管部门规定的种类、数量的人类遗传资源;(二)保藏我国人类遗传资源;(三)利用我国人类遗传资源开展国际科学研究合作;(四)将我国人类遗传资源材料运送、邮寄、携带出境。”为维护国家安全和生物安全,防范生物威胁,同时与生物安全法相衔接,《修正案》分别在刑法第三百三十四条、第三百三十六条、第三百四十四条中增加一条,规定了三类犯罪:非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪;非法植入基因编辑、克隆胚胎罪;非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪。

这里,重点讲一下非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的适用:第一,犯罪主体。此类犯罪对工具、资金、技术要求很高,单个个体往往很难具备相应条件实施犯罪,因此该罪的主体除了自然人,还应该包括单

位。第二,主观要件。该罪的主观方面只能是直接故意,但不要求主观上具有非法牟利的目的。第三,客观要件。根据法条的罪状描述,该罪的行为方式有两种:一是将基因编辑、克隆的人类胚胎植入人体或者动物体内;二是将基因编辑、克隆的动物胚胎植入人体内。同时,还要具备情节严重这一要件。司法机关在办理此类案件时,应当综合案件的事实、性质、情节和对社会的危害程度作出准确判断。

七、关于金融犯罪的刑法修改

《修正案》有10个条文涉及金融犯罪,对8个金融犯罪相关罪名作了修改。这部分内容的修订,体现了立法机关对防范化解金融风险、保障金融改革、维护金融秩序的高度重视。在贯彻执行时,应当准确把握条文修改所蕴含的政策导向、原则精神,依法惩治相关金融犯罪。

此次修改涉及证券期货、非法集资、金融信贷和洗钱等四个领域,从修改内容来看,主要体现了以下立法精神:一是突出对严重金融犯罪从严惩治的立场,调整部分罪名的刑罚结构和最高法定刑。比如,为适应以信息披露为核心的股票发行注册制改革,加大对财务造假等行为的惩治力度,全面提高欺诈发行证券罪,违规披露、不披露重要信息罪,提供虚假证明文件罪的最高法定刑;针对互联网金融背景下非法集资社会危害显著放大的问题,将非法吸收公众存款罪的最高法定刑提高至十五年有期徒刑,将集资诈骗罪的最低法定刑提高至三年有期徒刑,量刑档次调整为两档;加大反洗钱犯罪力度,将“自洗钱”规定为犯罪。二是适应新时代金融市场的发展变化,修改部分犯罪的构成要件。比如,配合证券法的修改,将存托凭证和国务院依法认定的其他证券规定为欺诈发行的对象,增加了操纵证券、期货市场罪的具体情形;针对控股股东、实际控制人操控上市公司实施犯罪现象突出的问题,在欺诈发行证券罪和违规披露、不披露重要信息罪中增设注意条款,专门规定控股股东、实际控制人的刑事责任。三是着眼于维护社会稳定问题,对相关罪名作适当轻缓

化处理。比如,为解决民营企业融资难问题,限缩骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的定罪条件,只保留“造成重大损失”作为定罪条件。又如,为加强追赃挽损工作,在非法吸收公众存款罪中增加一款,将“提起公诉前积极退赃退赔、减少损害结果发生的”作为法定从轻、减轻处罚情节。

(一)关于证券期货犯罪

为了提高资本市场违法违规成本,保护投资者利益,维护证券、期货市场正常秩序,《修正案》4个条文对证券期货犯罪做了较大修改,涵盖欺诈发行证券罪,违规披露、不披露重要信息罪,操纵证券、期货市场罪和提供虚假证明文件罪4个罪名。在理解适用时,需要注意以下几点:

第一,依法惩治相关证券犯罪。提高欺诈发行证券罪,违规披露、不披露重要信息罪和提供虚假证明文件罪的最高法定刑,增加量刑档次,调整罚金刑限额规定,在自由刑和财产刑设置方面均体现了在股票发行注册制改革背景下对证券发行、信息披露相关犯罪依法从严惩治的要求。司法机关在办理此类案件提出量刑建议时,应当贯彻从严惩治的立场,在司法解释未对升格法定刑的标准作出规定时,应当根据案件的具体情况,参照立案追诉标准和同类案件的量刑标准,准确适用量刑档次,不能因没有司法解释而不敢适用。

第二,严肃追究涉案公司控股股东、实际控制人以及相关中介机构在欺诈发行、信息披露违法中的刑事责任。刑法第一百六十条、第一百六十一条修改后均增加了控股股东、实际控制人组织、指使实施欺诈发行、违规披露等行为的刑事责任。从以往的案件看,这两类人员在上市公司欺诈发行、违规披露中发挥主要作用,并且是犯罪行为最直接的受益者。首先,刑法对于控股股东、实际控制人刑事责任的规定应当理解为注意规定,根据刑法总则中关于共犯的规定,《修正案》生效前对这两类人员也可依法处理,修法的意义在于提示、强调办案人员高度关注依法追究控股股东、实际控制人实施相关行为的

刑事责任。需注意的是,其他证券期货犯罪中虽没有增加这一条款,不能理解为在没有增设类似条文的证券犯罪中,有上述行为的控股股东、实际控制人就不构成犯罪。其次,对于欺诈发行证券罪,无论是单位直接实施的,还是单位作为控股股东、实际控制人组织、指使实施的,都应当适用单位犯罪的双罚制规定。刑法第一百六十一条对犯违规披露、不披露重要信息罪的单位规定单罚制,因此对“依法负有信息披露义务的公司”,只能追究其直接负责的主管人员和其他直接负责人员的刑事责任,不追究该公司的刑事责任。但对于“依法负有信息披露义务的公司”的控股股东、实际控制人,如果该控股股东、实际控制人是单位的,对该单位应当适用双罚制规定。再次,加强对提供虚假证明文件的中介组织人员的刑事责任追究。一些中介组织不依法依规履行“看门人”责任,为上市公司提供虚假财务报告等证明文件,助推欺诈发行、违规披露行为,社会危害十分严重。修改后的刑法第二百二十九条增加了一档法定刑,并明确将“提供与证券发行、重大资产交易相关的虚假证明文件,情节特别严重的”作为升格法定刑的情形,体现从严查处的态度。在办理欺诈发行、违规披露等案件时,应注重同步查处提供虚假证明文件的中介组织的责任。

第三,准确把握操纵证券、期货市场罪的犯罪构成。为与证券法的修改相衔接,《修正案》对该罪的犯罪构成作了调整。首先,将“影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量”作为操纵证券、期货市场罪的共同要件,更有利于实践中把握。同时需注意的是,证券法第五十五条将“影响”和“意图影响”证券、期货交易价格、交易量的行为均规定为操纵,而《修正案》没有将“意图影响”作为构成要件,刑事案件中构成犯罪的标准更高,需区别把握。其次,《修正案》吸收了证券法和2019年最高法、最高检《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定,将“幌骗操纵”“蛊惑操纵”以及无主体身份限制的“抢帽子操纵”作为操纵手段予以

列举,但同时又有所区别。鉴于该条仍然保留了兜底条款,对采取证券法和《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》中列举的其他情形操纵证券、期货市场的,仍可适用兜底条款追究刑事责任。

(二)关于非法集资犯罪

《修正案》对于非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的修改主要体现在调整刑罚结构方面,以加大刑事惩治力度。在非法吸收公众存款罪中,将法定刑档次由两档增加为三档,将法定最高刑由有期徒刑十年提升至十五年,这样修改有利于严密法网,强化与集资诈骗罪最高法定刑的衔接。在集资诈骗罪中,将法定刑档次由三档降为两档,取消了“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”档次,并且调整了相应的起刑点。此外,考虑到原条文中规定的50万元的最高罚金限额已经远远不能适应打击非法集资犯罪的形势需要,本次修法对于上述两个罪名调整为无限额罚金制结构。

在加大刑事惩治力度的同时,《修正案》还从加大追赃挽损力度、维护集资参与人合法权益的角度出发,在非法吸收公众存款罪中增加一款,明确将犯罪嫌疑人在提起公诉前,积极退赃退赔的,规定为法定从轻、减轻处罚情节。追赃挽损是办理非法集资犯罪案件的一个重要目的,规定“在提起公诉前积极退赃退赔、减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”有利于促使犯罪嫌疑人退赃退赔,最大限度挽回集资参与人的损失,有利于消弭社会矛盾和维护社会稳定。需要注意的是,该条明确将“提起公诉前”作为认定该情节的时间节点,因此,在具体办案中,应当注重结合适用认罪认罚从宽制度,把督促、引导犯罪嫌疑人积极退赃退赔作为开展认罪认罚工作的一项重要内容,并根据退赃退赔的主动性和实际效果,提出相应的量刑建议。此外,该规定仅适用于非法吸收公众存款罪,对于属于重罪的集资诈骗罪,在刑事司法中仍应当把握从严惩治的原则,在提起公诉前退赃退赔的,只能作为酌定量刑情节,同

时,注意根据案件的具体情况妥当把握。

(三)关于金融信贷领域犯罪

刑法修正案(六)增设刑法第一百七十五条之一骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,将“造成重大损失”和“其他严重情节”并列规定为定罪条件。为了更好地服务保障民营经济发展,2020年7月,最高检出台《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》,其中提出要依法慎重处理贷款类犯罪案件,“对于借款人因生产经营需要,在贷款过程中虽有违规行为,但未造成实际损失的,一般不作为犯罪处理”,从合理评价社会危害性的角度有条件地限制了骗取贷款罪的适用范围。

此次《修正案》着眼于解决实践中民营企业“融资门槛高”“融资难”等问题,删除了第一百七十五条之一关于“其他严重情节”的定罪条件规定,即对于未造成重大损失的,不作为犯罪处理。需要注意的是,该罪的法定刑升格条件并未修改,仍然保留了“造成特别重大损失或者有其他特别严重情节”的双重标准。由此产生一个新问题,如果没有给银行或者其他金融机构造成重大损失,但有其他特别严重情节的,能否直接适用第二档刑罚定罪处罚?从立法机关的说明以及刑法的一般理论来看,《修正案》将“给银行或者其他金融机构造成重大损失”作为骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的定罪条件,没有“造成重大损失”则不符合该罪的构成条件,无论是否有其他特别严重的情节,均无法构成该罪的基本犯,更不能直接适用加重犯的法定刑,因此不能直接以第二档刑罚中的“有其他特别严重情节”定罪处罚。

(四)关于洗钱罪

本次修法对洗钱罪的修改主要体现在两个方面:一是明确将“自洗钱”规定为犯罪。为适应反洗钱的新形势、加大对“自洗钱”行为的打击力度,《修正案》对洗钱罪作出重大调整,排除了原条文将“自洗钱”解释为犯罪的文本障碍,删除了刑法第一百九十一条关于洗钱罪罪状表述中的“明知”“协助”等表述,从而将“自洗钱”行为纳入刑事惩治的范围。二是全面提高

了财产刑。本次修法取消了洗钱罪的罚金限额,对单位犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员增加了罚金刑,与自然人犯罪同等处罚。

在具体适用时,要特别关注新增“自洗钱”行为构成洗钱罪的规定,上游犯罪分子实施犯罪后,掩饰、隐瞒犯罪所得来源和性质的,应当对上游犯罪和洗钱罪实行数罪并罚,不再被上游犯罪吸收。司法机关在办理上游犯罪案件时,应当同步审查上游犯罪主体以及其他涉案人员是否涉嫌洗钱犯罪。在审查起诉时发现遗漏认定洗钱罪的,应当要求相关部门移送起诉或者自行侦查;对于证据确实、充分的,可以直接以洗钱罪追加、补充起诉。

八、关于保护知识产权的刑法修改

自1997年刑法修订后,立法机关一直未对侵犯知识产权罪予以修正。二十多年来,随着经济社会进步和创新驱动发展战略实施,我国知识产权在数量上和质量上都实现了飞跃,已经成为社会财富的重要组成部分。在此期间,商标法、著作权法、反不正当竞争法多次修订,增加了不少新的侵权违法行为并增设了相应民事、行政责任,刑法与其他部门法和专门法的协调、衔接已显得尤为迫切。随着社会经济发展,知识产权也成为犯罪分子觊觎的对象,侵犯知识产权犯罪不断增长、新类型案件不断涌现,社会各界创新创作主体对加强知识产权刑事保护的需求日益强烈,这些都亟须刑事立法予以有效回应。2019年11月,中共中央办公厅、国务院办公厅《关于强化知识产权保护的意见》明确要求对知识产权加强刑事司法保护,推进刑事法律和司法解释的修订完善,加大刑事打击力度,研究降低侵犯知识产权犯罪入罪标准,提高量刑处罚力度,修改罪状表述。在此背景下,《修正案》对侵犯知识产权罪作了大幅度修改,共涉及8个条文,原有的7个罪名中,除对假冒专利罪没有修改外,对其余6个罪名均进行了修改,还增加了为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪,将更多的侵犯知识产权行为纳入刑法规制,调整了多个罪名的入罪标准,显著提高了法定最低刑

和最高刑的限度,进一步与商标法、著作权法、反不正当竞争法相协调,体现了立法机关扩大对知识产权的刑事保护范围、加大刑罚惩治力度的立法精神。修改的内容和主要考虑如下:

(一)关于刑罚的修改

《修正案》全面修订了侵犯知识产权罪自由刑的法定最低刑和最高刑。取消了拘役、管制,将判处自由刑的起点调整为有期徒刑。对假冒注册商标罪,销售假冒注册商标的商品罪,非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪,侵犯著作权罪,侵犯商业秘密罪,将原法定最高刑7年以下有期徒刑提高至10年以下有期徒刑;对销售侵权复制品罪,将原法定最高刑3年以下有期徒刑提高为5年以下有期徒刑,加大刑罚处罚力度,体现了强化知识产权刑事保护的立法导向。

(二)关于侵犯商标权犯罪的修改

一是将注册的服务商标纳入刑事保护范围。根据修订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。司法实践中,已出现多起假冒服务商标的案件,但因为原刑法第二百一十三条罪状表述为“在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标”,根据罪刑法定原则,不能将商品商标扩大解释为服务商标,所以一些假冒服务商标的案件没有作为犯罪处理。近年来,我国服务业迅猛发展,从统计数据看,2020年全年国内生产总值首次突破百万亿元大关,其中第三产业增加值占比达54.5%。随着企业品牌意识的提高,大量服务商标被注册,蕴含着巨大的品牌价值,我国对服务商标加大保护力度的重要性也日益凸显;从其他国家的立法例来看,多国也将服务商标纳入刑事保护范围。因此,《修正案》将服务商标纳入刑法保护,是完善我国商标刑事保护制度的体现,提升了对服务商标所有人权益的保护水平。需要说明的是,刑法第二百一十五条非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪也适用于服务商标。

二是修订了刑法第二百一十四条销售假冒注册商标的商品罪的定罪量刑标准。将该罪“销售金额数额较大”“销售金额数额巨大”的定罪量刑标准修改为“违法所得数额较大或者其他严重情节”以及“违法所得数额巨大或者其他特别严重情节”。该罪作为逐利性犯罪,销售金额是评价其社会危害性的重要因素,但原刑法将销售金额作为唯一的定罪量刑标准,在司法实践中容易出现量刑失衡的问题。因为销售假冒注册商标商品的上下游犯罪链条中,往往层层加价销售,出现上游因处于批发环节导致销售数量大但销售金额小、下游处于零售环节导致销售数量小而销售金额大的现象,仅以销售金额作为唯一标准,不利于准确评价犯罪的社会危害性,也不能体现源头打击和全面打击的政策导向。

(三)关于侵犯著作权犯罪的修改

一是明确了受刑法保护的作品范围。司法实践中,对于美术作品是否适用、如何适用刑法第二百一十七条第一项和第四项存在争议,各地执法标准不统一,有必要通过列举的方式予以明确。且新修订的著作权法第三条对作品的内涵和外延进行了修改,刑法应与之相协调。故《修正案》将刑法第二百一十七条侵犯著作权罪第一项保护的作品范围明确规定为“文字作品、音乐、美术、视听作品、计算机软件及法律、行政法规规定的其他作品”。

二是将侵犯信息网络传播权单独规定为犯罪。《修正案》颁布之前,为应对网络侵犯著作权犯罪,司法机关只能将“通过信息网络向公众传播他人作品、录音录像的行为”解释为刑法规定的“复制发行”行为。随着司法实践的不断发展和网络的普及,将通过信息网络向公众传播的行为继续拟制为复制发行行为并适用相同的追诉标准已经不合时宜,且会带来一系列实践问题,通过修法,可以针对侵犯著作权的复制权、发行权、信息网络传播权分别制定立案追诉标准,可以更加科学有效地惩治网络环境下的侵犯著作权犯罪。

三是将表演者权这一邻接权纳入刑法保护范

围。根据刑法第二百一十七条第四项,“未经表演者许可,复制发行录有其表演的录音录像制品,或者通过信息网络向公众传播其表演的”,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,构成侵犯著作权罪。实践中,录有表演者表演的录音录像制品被大量盗版或者通过网络传播,侵犯表演者合法权益并造成了巨大经济损失,只能追究民事责任或进行行政处罚,保护力度有限,有必要纳入刑事保护范围。

四是将规避或破坏权利人对作品的技术保护措施行为纳入侵犯著作权犯罪的框架下予以规制。根据刑法第二百一十七条第六项,“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”,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,构成侵犯著作权罪,体现了刑法与著作权法第五十三条的衔接。

五是修改了销售侵权复制品罪的定罪量刑标准。将刑法第二百一十八条“违法所得数额巨大”修改为“违法所得数额巨大或者有其他严重情节”,扩大了入罪情形。在《修正案》讨论过程中,有观点认为,最高法、最高检、公安部《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》第十二条已经将“发行”解释为,包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动,故该条的销售行为已经被刑法第二百一十七条的发行行为所涵盖,本条已无保留的必要,主张删除。经研究认为,对于不是复制发行盗版产品的源头、仅仅销售侵权复制品的行为人,特别是一些销售盗版图书、光盘的小摊贩,社会危害性相对较小,不宜打击过重,应当与刑法第二百一十七条有所区别,故本条予以保留,并规定了相对轻的法定刑。

(四)关于侵犯商业秘密犯罪的修改

一是修改侵犯商业秘密罪的定罪量刑标准。将刑法原第二百一十九条的构罪要件“给商业秘密的权利人造成重大损失”修改为“情节严重”,将第二档

法定刑的量刑标准“造成特别严重后果”修改为“情节特别严重”,体现了对侵犯商业秘密罪加大惩治力度的立法精神。

二是修订了侵犯商业秘密罪的行为方式。将贿赂、欺诈、电子侵入明确规定为获取权利人商业秘密的不正当手段;扩大了保密义务的范围,不再限于约定义务,将违反法定保密义务侵犯商业秘密的行为也纳入刑法调整范围,与反不正当竞争法第九条的规定相一致。

三是对“以侵犯商业秘密论”的规定进行了完善。体现在:对主观故意的内容进行了明确,将“明知或应知”修改为“明知”,明确了“以侵犯商业秘密论”认定犯罪的,主观上应当为故意,过失不构成本罪;增加规定明知商业秘密系通过侵权行为获得,仍允许他人使用的也构成本罪,扩大了追究范围。

四是增设了新罪。为加大对为境外个人和单位利益窃取商业秘密行为的打击力度,新设了为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪,该罪为行为犯,只要实施了为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的行为,就构成本罪;而且规定了最高可判处五年以上有期徒刑并处罚金的较重刑罚。

今年是中国共产党成立100周年,也是党创立的人民检察制度90周年,我们要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,全面贯彻习近平法治思想,实施好、落实好、适用好《修正案》,统筹发挥好刑法对经济社会生活的规范保障、引领推动作用,为深化依法治国伟大实践作出更大贡献!

注释:

①2019年12月30日,广东省深圳市南山区法院经审理认为,贺建奎等3名被告人未取得行医资格,追名逐利,故意违反国家有关科研和医疗管理规定,逾越科研和医学伦理道德底线,贸然将基因编辑技术应用于人类辅助生殖医疗,扰乱医疗管理秩序,情节严重,其行为已构成非法行医罪。