

中华优秀传统文化法律文化对促进法治中国建设和培育民众法律信仰具有重要作用,对全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法具有重要启示意义。

# 汲取传统法律文化精华助力新时代法治建设

## 观察

## 以数字检察助推 行刑反向衔接提质增效

□周虹

《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》指出,健全行政执法和刑事司法衔接机制。为了加强与行政执法机关衔接配合,共同促进严格执法、公正司法,最高人民检察院印发《关于推进行刑双向衔接和行政违法行为监督构建检察监督与行政执法衔接制度的意见》(下称《意见》)。今年以来,广东省中山市检察院深入践行《意见》要求,以全面提升法律监督质效为目标,持续推动“四大检察”依法一体履职、综合履职、能动履职,通过数字检察助推行刑反向衔接,着力破解不起诉案件中存在的“应移未移”“应罚未罚”等问题,积极做好不起诉案件“后半篇文章”。

“调研摸底+协查反馈”,精准研判反向衔接监督缺口。当前,由行政执法机关向司法机关移送涉嫌犯罪线索的正向衔接制度已相对完善,而由司法机关向行政执法机关移送行政处罚案件的反向衔接制度尚需优化。近年来,我国刑事犯罪案件中轻微刑事案件尤其是行政犯占比大幅上升,该类案件不起诉后存在“应移未移”“应罚未罚”等现象。因此,以更高站位统筹推进行刑反向衔接,做好不起诉案件“后半篇文章”,不仅是现实之需,也是以检察之力助推社会治理的必由之路。

优化反向衔接工作,首先要正视反向衔接存在的监督缺口。为精准把脉刑事不起诉案件后续处理情况,中山市检察院调研摸底2021年以来全市所有不起诉案件基本情况,研判近三年刑事不起诉案件的案件规模、分布领域、涉及罪名及数量,并要求案件管理部门利用检察业务应用系统开展协查、向行政执法部门反馈刑事不起诉案件依法向行政主管机关提出检察意见及回复情况。经调研摸底和协查反馈发现,刑事检察部门对于部分案件作出不起诉决定后未另行制发检察意见或者虽制发检察意见但未跟踪督促,反向衔接不畅问题较为突出,监督缺口较大。

正视问题才能解决问题。最高检印发《意见》,既向各级检察机关发出明确信号,指出推进行刑反向衔接的必要性、重要性和紧迫性,也为做实反向衔接提供了指引。如何在现有资源配置下,让基层检察院行政检察部门及时对接、承接好该项业务?笔者认为,在协同履职检察理念的指引下,以数字检察助推反向衔接,推动检察机关高质量履职是一条可行路径。

“分类函询+数据碰撞”,高效打破反向衔接信息壁垒。按照传统案件线索流转和案件办理流程,一个行刑反向衔接案件在刑事检察部门、案件管理部门和行政检察部门之间流转、移送需分别经过承办检察官、业务部门负责人、分管检察长的审查、审批,层次重叠、程序复杂。《意见》明确要求各地检察机关调整优化检察机关内部分工。

理念一新天地宽。中山市检察院将该项工作作为“一把手工程”推进,采用“扁平化”管理解决不起诉案件所面临的跨部门间的逐案重复审查、重复审批及移送和流转的烦琐流程,由检察长统筹部署,指导行政检察部门在案件管理部门和技术部门的协助下,对相关不起诉案件进行分类梳理,分类制发调查核实表,随函附带不起诉案件列表,集中分类函询公安、税务、市场监管等行政主管部门对上述案件已作出行政处罚情况,并要求提供行政处罚案件列表及行政处罚决定书,及时掌握已作出行政处罚案件情况。在克服信息孤岛局面后,由行政检察部门将全市不起诉案件数据库与行政主管部门提供的行政处罚案件清单进行数据碰撞,有效提取全市不起诉案件中尚未作出行政处罚的行政处罚案件列表,实现短时间内高效打破反向衔接跨部门跨单位之间的信息壁垒,为做好不起诉案件“后半篇文章”奠定坚实基础。

“科学建模+类型化监督”,着力促推反向衔接监督提质增效。在推动行刑反向衔接工作中,检察机关既要高度的政治自觉、法治自觉、检察自觉主动作为、能动履职,确保依法履行法律监督职责,也要遵循检察权运行基本原则,恪守检察权边界,确保法律监督之谦抑。行刑反向衔接,检察机关的重点应放在衔接而非处罚上。对不起诉案件是否作出行政处罚、作出何种行政处罚的问题,应尊重行政主管部门的首次行政执法判断权,检察机关不宜干涉,更不宜代替行政主管部门作出判断。

应秉持大数据法律监督理念,积极探索构建“不起诉案件行刑反向衔接类型化监督模型”,通过科学建模与类型化监督思路,将检察技术与检察业务深度融合,确立从“数据建库—分类函询—数据碰撞—数据清洗—数据筛选—类型化监督—跟踪督促—行政执法行为监督—系统治理”的路径方向,利用大数据模型的介入,为办理反向衔接案件建立一条“数据赋能、类案为主”的检察融合履职治理式监督路径,进一步增强反向衔接工作质效。

“检察建议+专题报告”,助力提高社会治理效能。推动行刑反向衔接之后,要把不起诉案件后续的行政处罚监督作为推动社会治理现代化的重要抓手,通过对检察机关提出检察意见的不起诉案件的跟踪督促,进一步强化对治安管理、道路交通安全和交通运输、市场监管等领域的行政机关违法行使职权或不行使职权的检察监督,以“检察建议+专题报告”的模式,进一步做深做实行刑反向衔接与行政执法行为监督工作,助推社会治理体系和治理能力现代化。

(作者为广东省中山市人民检察院党组书记、检察长)

赫里,均是古代不避亲贵而严格执法的典型案例,均对当朝稳定军心民心、维护法律权威和社会秩序立下不世之功。

### 严以自律的守法传统

有法不守,甚于无法。若能人人守法,社会必然有序,这是法治建设的最高境界。中国古代明哲对此认识得颇为透彻。管仲明言,“君臣上下贵贱皆从法,此谓为大治”;慎子亦认为,“智者不得越法而肆辩,辩者不得越法而肆议,士不得背法而有名,臣不得背法而有功”。个中深意就是要求君主、官贵与民众都应当守法如一,这种思想在当时实属难能可贵,当代法治中国建设必须对此优良的守法理念予以坚定继承。

理念虽然可贵,实践更为关键。中国古人采用如下两种路径培育官民的守法意识:一是教化民众修身自律。众所周知,儒家思想是中国古代封建社会的主流意识形态,中国古代的统治者主要以儒家思想教化民众遵守相应礼义,推崇“自天子以至于庶人,壹是皆以修身为本”。一个人通过修身以实现齐家、治国、平天下的人生理想,而修身的核心是“慎独”,意即即使一个人独处一室依然要按照儒家礼义的规则行事,真正做到“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”。如此长而久之,就培养了臣民较强的规则意识,加之古代律典均以德礼为指导思想,立法与民俗基本一致,如此守法意识也就在不知不觉中逐步形成。二是官贵带头守法。孔子有云:“其身正,不令而行;其身不正,虽令不从。”春秋时期的晋国最高司法官李离因判错案件致罪犯被诛,尽管晋文公极力为其开脱,但李离却严守晋法,“遂不受令,伏剑而死”。此致晋国守法蔚然,文公五霸成名。即使贵为皇帝,也要遵守法度。西汉廷尉张释之的“法者,天子所与天下公共也”成功劝谏了汉文帝,唐朝大理寺少卿戴胄劝谏使唐太宗李世民发出“法者,非朕一人之法,乃天下之法也”的慨叹,均是依法断案严守法度的实例。同时,也铸就了张释之 and 戴胄“法既既定则行之,行之信如四时,执之坚如金石”的守法美名。

党的二十大报告强调:“坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,全面推进国家各方面工作法治化。”中华优秀传统文化法律文化经过几千年的发展积淀,其内蕴的成文体系化的立法传统、公正适法的司法传统、不避亲贵的执法传统、严以自律的守法传统,为助力新时代法治建设提供了富有启示意义的传统法律资源。

(作者为西南政法大学行政法学院教授、博士生导师)

中华优秀传统文化法律文化经过几千年的发展积淀,其内蕴的成文体系化的立法传统、公正适法的司法传统、不避亲贵的执法传统、严以自律的守法传统,为助力新时代法治建设提供了富有启示意义的传统法律资源。

判、重罪轻判应当承担的刑罚。二是司法官若遇到疑难案件,适用法条导致明显不公,则通过请求上级解释以求公正适法。对此,汉代的春秋决狱、唐代的轻重相举以及现存明清众多判牍所呈现的“天理、人情、国法”三位一体理念,均是通过儒家经义、比附原则以及民间情理对当朝法条的权宜变通,从而实现个案的公正。当然,这种解释权由中央机关掌握并经皇帝批准,否则依然追究司法官的责任。正如《唐律疏议·职制》所规定:“诸称律、令、式,不便于事者,皆须尚书省议定奏闻;若不申议,辄奏该行者,徒二年。”由此可见,中国古人判案的司法智慧及规定之严!这与当今司法机关办案所追求的“法律效果和社会效果的统一”不恰好如出一辙吗?

### 不避亲贵的执法传统

法治建设,重在落实,贵在落地;违法不究,执法不严,法威难存。对此,中国古人认识颇深。战国时期的商鞅说过:“国皆有法,而无使法必行之法。”明代张居正也慨叹:“天下之事,难于立法,而难于法之必行。”由此可见严格执法之难!习近平总书记深刻指出:“法律的生命力在于实施。如果有法不依、执法不严、违法不究,那制定再多法律也无济于事。”因此,我们必须正视执法不严等问题,从中华优秀传统文化法律文化中汲取有效破解路径。

对此,中国古人给出严格执法的一个重要路径就是不避亲贵、平等执法。因为“法之不行,自上犯之”,必须做到“刑过不避大臣,赏善不遗匹夫”和“骨肉可刑,亲戚可灭”之严格执法境界,才能实现“官不私亲,法不遗爱,上下无事”和“善持法者,亲疏如一,无所不行”的社会井然有序状态。为此,中国古代先哲不仅创立了严格执法的理论,也不乏严格执法的坚定实践。无论是三国蜀汉丞相诸葛亮挥泪斩马谡,还是明太祖朱元璋亲自下令处死贩卖私盐的驸马欧阳伦,抑或是清朝封疆大吏于成龙处死祸乱地方的康熙帝外甥



□赵天宝

几百条囊括了现代各类法律规定之内容,可见其内容涵盖之广,概括凝练之精,立法技术之高,尤以《唐律》无愧为中华法系的核心代表。当然由于立法总是具有滞后性,随着社会的发展必然会出现漏洞,所以为了补充律典的不足,中国古人又创立了多种法律形式对律典进行完善。无论是汉代的令、科、比,还是唐代的令、格、式,抑或是宋代的敕、例、条、法事类,还是明代的大诰、令、榜文,再或是清代的则例、会典,均是对当朝律典的补充及注解,目的是满足社会发展的需求和准确适用律典的需要。这与我国以宪法和刑法、民法等基本法律为主要立法框架,兼及各级各类普通法律、行政法规、部门规章、地方性法规及规章和单行条例而形成的立法体系亦可形成相当程度的映照。

### 公正适法的司法传统

公正是司法的永恒追求,古今中外概莫能外。中国古人对此已颇有洞见。春秋时期的管仲曾云:“凡法事者,操持不可以不正。操持不正,则听治不公。”战国时期韩非子有言:“法不阿贵,绳不挠曲。法之所加,智者弗能辞,勇者弗敢争。”明代张居正主张:“法所当加,虽贵近不宥;事有所枉,虽疏贱必申。”这几位贤人君子所言莫不内蕴了当代“法律面前人人平等”之法律适用理念,目的就是通过公正适法以实现王朝的长治久安。

为了实现公正适法,古人采取了两种路径。一是要求各级官吏严格依法断罪,否则追究其司法责任。《晋书·刑法志》记载:“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断罪,其正文名例所不及,皆勿论。”《文献通考·刑考九》则有:“有司议罪,惟当守法。”《唐律疏议·断狱》规定:“诸断罪皆须具引律令格式正文。”意即先依法条定罪,无法条则依名例之总则断罪,其余无法定罪。为了防止司法官擅自断案,历朝历代均规定了司法官的责任。西周规定的“五过之疵”,秦律规定的“纵囚、不直、失刑”,唐宋律典的《断狱》以及明清律典中的《刑律》中均规定有司法官有罪不判、罪罪重

## 厘清行为主体和侵权手段——

# 准确认定侵犯商业秘密犯罪行为类型

允许他人使用商业秘密。法律条文的表述描述了三种侵犯商业秘密行为的手段和方式,其实条文中隐含了行为主体,而且三种类型的行为主体不尽相同。上述第一种、第二种类型的行为主体是未合法获取、掌握商业秘密的人,包括接触但不能实质使用、掌握商业秘密内容的人;第三种类型的行为主体是合法使用、掌握商业秘密内容的人。以侵犯商业秘密论的行为手段,可概括为获取、披露、使用或者允许他人使用上述来源的商业秘密。该行为主体显然不属于刑法第219条第1款规定的三种行为类型的行为主体。

### 厘清行为主体和侵权手段准确认定侵犯商业秘密的行为类型

在以上分析的基础上,认定侵犯商业秘密犯罪行为类型时首先应查明行为主体情况,是未合法获取、掌握商业秘密的人还是合法使用、掌握商业秘密的人。司法实践中,需注意不能仅以是否签订保密协议或者能否接触商业秘密判定是否合法获取、使用商业秘密,而是需结合保密义务和保密协议的具体内容、工作职责综合判断是否具有实质性合法使用、掌握商业秘密内容的权限。第一种未合法获取、掌握商业秘密的人,应包括在工作中或者根据工作需要能接触到商业秘密但是不能实质性使用、掌握商业秘密内容的人,如计算机维护人员,可以接触但并不需要使用、掌握商业秘密,尽管签有保密协议,仍应认定为未合法获取、掌握商业秘密的人。第二种合法使用、掌握商业秘密的人通常比较容易辨别,是能够接触且在工作中需要实质性使用、掌握商业秘密内容的人。

在分清行为主体后,可结合侵权手段来认定侵犯商业秘密的行为类型。对于第一种未合法获取、掌握商业秘密的人,先查明其是否采用不正当手段获取权利人的商业秘密,再看其是否披露、使用或者允许他人使用以不正当手段获取的权利人的商业秘密。如果是前者,则属于不正当手段获取型侵犯商业秘密行为;如果是后者,则属于不正当手段获取后披露、使用或者允许他人使用型侵犯商业秘密行为。在这里,需要注意三点:一是查明行为人为获取商业秘密的不正当手段,是盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入还是其他手段,对于采取非

法复制、未经授权或者超越授权使用计算机系统等方式窃取商业秘密的,根据最高人民法院、最高人民检察院《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(三)》应当认定为刑法第219条第1款第1项规定的“盗窃”。二是分清具体侵权行为是获取、披露、使用还是允许他人使用权利人的商业秘密,分别适用不同款项。三是符合刑法第219条第1款第2项的行为,根据刑法文义,应是同时触犯刑法第219条第1款第1项、第2项,即行为人是先以不正当手段获取后再披露、使用或者允许他人使用。对于第二种合法使用、掌握商业秘密的人,如果违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的,则属于合法获取后,违法、违约披露、使用或者允许他人使用商业秘密。

从行为主体和侵权手段来分析,如果不属于上述侵犯商业秘密的行为,而是明知上述侵犯商业秘密行为,获取、披露、使用或者允许他人使用商业秘密的,则以侵犯商业秘密论。此种以侵犯商业秘密论的行为在认定时应注意行为的层次递进关系,先认定是否属于刑法第219条第1款侵犯商业秘密的行为,再认定是否适用刑法第219条第2款以侵犯商业秘密论。以侵犯商业秘密论的行为主体在获取商业秘密后披露、使用他人使用等行为,其披露、使用行为对象亦有获取、使用商业秘密的行为,如主观明知或应该知道上家的来源非法,仍应认定为以侵犯商业秘密论的共犯行为。

### 以复合手段侵犯商业秘密的行为类型认定

在一人实施犯罪的情况下,采用单一手段或者复合手段侵犯商业秘密,按照上述方法厘清行为主体和侵权手段,可以较为容易认定侵犯商业秘密的行为类型。但在共同犯罪的情况下,特别是复合主体采用复合手段侵犯商业秘密的,认定情况就较为复杂。

如前所述,侵犯商业秘密的行为主体按侵权方式可分为刑法第219条第1款中直接侵犯商业秘密的主体和第2款以侵犯商业秘密论的间接侵犯商业秘密的主体。其中,适用第1款的行为主体又可分为未合法掌握商业秘密

内容的主体和合法掌握商业秘密内容的主体。在共同犯罪情形中,应根据各自主体的情况和侵权手段判断适用的款项,认定侵犯商业秘密的行为类型。对于不同行为主体适用同一款不同项的或者不同款的,根据刑法分则条文的规定,各行为主体的侵犯商业秘密的行为类型不同。需要特别关注的是,对于对不同侵犯商业秘密的行为类型认定损失数额的标准不同,在共同犯罪中,可能出现按照不同行为主体认定损失数额标准不同,应按照行为主体中情节较重的一方认定。如以不正当手段获取商业秘密后披露、允许他人使用的共同犯罪中,按照司法解释的规定,披露方造成的损失数额可以根据权利人因侵权造成销售利润的损失确定,但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的,根据合理许可使用费确定。而使用方造成的损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定。在这种情况下,尚未造成销售利润的损失或销售利润损失尚不构罪的,如合理许可使用费达到定罪标准,应以合理许可使用费认定共同犯罪损失数额。销售利润损失未达到定罪标准,以销售利润损失认定损失数额,但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的,根据合理许可使用费认定。

另外,刑法修正案(十一)将刑法219条第1款第1项中的“利诱”修改为“贿赂”后,对于采用贿赂手段侵犯商业秘密的共同犯罪,在认定行为类型时需仔细区分,不能一概认定为刑法219条第1款第1项中的贿赂手段。具体可以分为两步进行:先区分贿赂对象的行为主体类型,是未合法获取、掌握商业秘密的主体还是合法使用、掌握商业秘密的主体。再看贿赂的目的,是获取、披露、使用还是允许他人使用。刑法219条第1款第1项的贿赂只能是针对未合法获取、掌握商业秘密的主体,且贿赂的目的只有一种,即获取商业秘密,而不是披露、使用或者允许他人使用等。对于侵犯商业秘密共同犯罪中不符合上述贿赂对象、贿赂目的的其他贿赂行为不能认定为该条款中以贿赂的不正当手段获取商业秘密的行为类型,只能根据行为主体和侵权手段认定为其他侵犯商业秘密的行为或者以侵犯商业秘密论的行为。

(作者为江苏省苏州工业园区人民检察院检察委员会专职委员、四级高级检察官)

## 传承 中华优秀传统文化

### 《法律文化》

□赵天宝

党的二十大报告指出:“法治社会是构筑法治国家的基础。弘扬社会主义法治精神,传承中华优秀传统文化法律文化,引导全体人民做社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。”由此可见,中华优秀传统文化对于促进法治中国建设和培育民众法律信仰具有重要作用,对全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法具有重要意义。习近平总书记强调:“我国古代法制蕴含着十分丰富的智慧和资源,中华法系在世界几大法系中独树一帜。要注意研究我国古代法制传统和成得失,挖掘和传承中华法律文化精华,汲取营养、择善而用。”鉴于此,笔者认为,汲取中华优秀传统文化法律文化精华为建设法治中国服务,应当着重关注四个方面。

### 律典为主的立法传统

中国古代贤哲很早就认识到立法对于治国的重要作用。早在春秋战国时期,《慎子·逸文》提出:“法者,所以齐天下之动,至公大定之制也。”宋代改革家王安石直言:“盖君子为国,立善法于天下,则天下治;立善法于一国,则一国治。”南宋叶适更是发出“人主之所恃者法也,故不任己而任法,以法御天下”的法制箴言。不惟如此,中国古代圣贤对于“立什么样的法”也有非常深入的思考。战国时期的改革家商鞅明确提出,“为国也,观俗立法则治,察国事本则宜”;明代张居正则强调,“法制无常,近民为要;古今异势,便俗为宜”。总结而言,重点有二:一是治国必须立法;二是立法基于民俗。这与当今我们倡导的重视立法、制定良法可以说是一脉相承。

鉴此,中国古代逐步形成了制定成文律典的立法传统。此亦“以法治国,则举措而已”和“事断于法,是国之大道也”的坚定践行。自战国时期魏国的李悝制定中国古代第一部比较系统的封建成文法典——《法经》以来,历朝历代均制定律典世袭罔替沿而不改。秦之《秦律》、汉朝《九章律》、魏晋之《曹魏律》《泰始律》、南北朝之《北魏律》《北齐律》、隋朝《开皇律》、唐朝之《永徽律疏》、宋之《宋刑统》、元朝《大元通制》、明朝《大明律》、清朝《大清律例》均为各朝各代之典型立法,也是当朝的根本大法。这些律典不仅包括现代法所包含的总则和分则,也包含实体法和程序法,更是以区别

## 手鸣

□张鑫

刑法修正案(十一)对刑法第219条进行修订,体现了对侵犯商业秘密犯罪加大惩治力度的立法精神。但是,从司法实践看,由于我国刑法规定的侵犯商业秘密罪的罪状没有区分行为主体,在认定行为类型时易混淆和产生争议,不同行为类型造成损失数额的认定方式不同,直接影响对侵犯商业秘密行为的定罪处罚。因此,准确认定侵犯商业秘密行为类型是定罪量刑的基础和前提,笔者认为,只有厘清行为主体和侵权手段,才能准确认定侵犯商业秘密犯罪的行为类型。

### 从行为主体和侵权手段着手把握侵犯商业秘密的行为特征

刑法第219条对侵犯商业秘密犯罪的行为规定了“3+1”类型,即第1款规定的三种侵犯商业秘密的行为和第2款规定的以侵犯商业秘密论的行为。侵犯商业秘密的行为有以下三种:以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的;披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的;违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。以侵犯商业秘密论的行为是,明知上述侵犯商业秘密行为,获取、披露、使用或者允许他人使用商业秘密的行为。可以看出,刑法条文只列出了侵犯商业秘密犯罪的具体行为表现,并未区分行为的主体类型。实际上,上述“3+1”行为类型不仅侵权手段不同,侵权主体也有明显不同,如不注意法条背后所隐含的不同主体类型,在认定时不加区分,则不能抓住犯罪行为的本质特征,可能会造成“张冠李戴”的情况。

具体分析,三种侵犯商业秘密行为可概括为三种类型:一是以不正当手段获取;二是以不正当手段获取后披露、使用或者允许他人使用;三是合法获取后违法、违约披露、使用或者