

立足于事后不可罚理论的设立根基、适用条件和刑事政策等方面,结合洗钱罪的特征对洗钱犯罪司法认定进行厘清——

洗钱罪认定:不能泛化套用事后不可罚理论



上海交通大学凯原法学院教授林喜芬:
优化侦查监督与协作配合机制



在“分工负责,互相配合,互相制约”原则的指导下,构建公检良性互动机制一直是司法改革的重点内容。当前,在以审判为中心的诉讼制度改革、认罪认罚从宽制度推行以及检察机关内设机构重塑等改革举措的直接要求和间接推动下,公检侦查监督与协作配合机制应运而生。该机制采取监督与配合的双向模式,总体上获得了积极评价,但依然存在侦查监督的形式化、被动性以及协作配合不足或者过度等现实问题。这些问题肇因于对监督与协作的关系定位不清,多因素导致人力资源投入相对匮乏,公检考核指标不协调限制了机制运行实效等。为优化公检侦查监督与协作配合机制,应当以侦查监督主导作为配置公检良性互动机制的逻辑起点,以实质性和充分性作为检验公检良性互动效果的衡量标准,以融贯性作为公检互动机制持续运行的重要保障。

华东政法大学知识产权学院教授王太平:
运用语境论方法确定商标符号意义



商标权客体的符号属性决定了商标法法律事实,进而决定了商标法具有源于符号意义的特殊不确定性。语境具有确定商标符号意义的功能,提高商标法的确定性必须运用以语境为核心的语境论方法。语境论方法是动态的、有机的,不同于静态的、机械的现有商标法符号学分析,它的自觉运用能够更全面彻底地消除商标法法律事实的不确定性,最终提高商标法的确定性。语境的性质、内容和基本要求是语境论方法的核心内容。语境论方法中的语境不是纯粹的客观物理语境,而是结合了消费者心理构造的认知语境,可以分为商品语境与非商品语境。语境论方法中的语境必须是客观的、相关的、普通的、全面的、整体的。运用语境论方法需要经过设定商标法问题、语境的识别、语境的重构及在重构语境下解决商标法问题四个步骤。

北京理工大学法学院教授吴光荣:
合同违反公法上强制性规定原则无效



民法典第153条第1款所称强制性规定仅指公法上的强制性规定,不应应将其与私法上的赋权性规定、强行性规定区别开来,也应将其与倡导性、警示性规定以及让与禁止区分开来。行为涉嫌犯罪并不必然导致合同无效,合同效力应根据民法典的具体规定进行认定。合同违反地方性法规或者行政规章的强制性规定,仅在同时违背公序良俗时,才导致合同无效。在不法原因给付场合,给付者依据民法典第157条请求返还财产的,人民法院不应予以支持,但行为未经处理的,应向有关部门发出司法建议或者将犯罪线索移送刑事侦查部门,以避免当事人因违法行为获利。

中国人民公安大学法学院副教授田力男:
涉案虚拟财产强制处分应选择综合模式



伴随科技发展,数字时代虚拟货币拓展了涉案财产形态。以比特币为典型的虚拟货币属于新型涉案虚拟财产。我国刑事司法实践中强制处分虚拟财产存在困境,包括本体手段界定不清、实践运用欠规范、强制处分探索中四种不同模式均有局限、强制处分后的延续性状态和效力无法确保等问题。对于新型虚拟财产的强制处分,传统法律治理理论适配性较弱,相应理论供给也不足,故技术正当程序与过程性监督融合论应被提倡。未来,刑事涉案虚拟财产强制处分应走向新技术性过程监督下的综合模式。

(以上依据《国家检察官学院学报》《法学研究》《法律适用》《中国法学》,陈章选辑)



□立足于洗钱罪作为上游犯罪的事后行为之根基,我们需要在这对辩证关系中进行动态的解析,既不能割裂其与法定上游犯罪的“血肉”联系,也不能否认洗钱罪在发展中呈现出“脱胎”的新型特征,以便准确理解和认定洗钱罪。由此出发,对于事后不可罚理论在认定洗钱罪中的“惯性”运用问题,我们就不能仅局限或者停滞在传统的刑法理论上,还需要从多维视角进行辨析。

见,在刑事责任的承担问题上,不可罚的事后行为本身并非不可罚,而是考虑到事后行为对前行为产生状态的依附性已经被评价于先前行为中,故无须再重复评价事后行为,进而在法律评价上设定为“不可罚”。

在传统赃物罪中,事后不可罚理论得以最为广泛的应用,这是考虑到利用或者处分赃物是伴随着侵犯财产犯罪完成后的事后处分行为,已经被上游犯罪的构成要件所评价完毕,故属于不可罚的事后行为。我国刑法第312条规定的“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”(下称为“掩隐罪”)属于典型的传统赃物罪。

对于洗钱罪的认识,我国理论界以往通常是沿用传统赃物罪理论,认为自洗钱属于不可罚的事后行为。刑法修正案(十一)将自洗钱入罪,这不仅是立法层面的重大进步,也是刑事立法理念的新发展,突破了传统赃物罪的理论“瓶颈”限制。

综上所述,在体系位置上,洗钱罪与“掩隐罪”均属于先前犯罪(上游犯罪)的事后行为,但从刑事立法的实然层面看,两者分别处于“可罚”与“不可罚”事后行为的法律评价分支,两罪在罪质方面存在显著差异,不应简单和泛化地将事后不可罚理论套用到洗钱罪的认定上。

对应梳理:事后不可罚理论的适用条件与洗钱罪

依据国内外刑法学者的讨论,事后不可罚行为的成立和适用应具备一定的条件,但主要是与法益侵害、期待可能性等理论存有密切的关系。

从法益侵害的要件看,在适用事后不可罚理论时,事后行为与先前行为必须具有同一性,均是针对同一法益的侵害行为,至少是侵犯同一类法益。可以说,法益侵害的同一性,是事后不可罚行为的基础要素。如果事后行为没有侵犯前行为的法益,或者没有加重或扩大对同一法益的侵害,则表明事后行为没有超过先前行为所造成的侵害结果,可以纳入先行行为构成要件的评价范围,应作为不可罚的事后行为处理,否则就具有独立法律评价的必要。

为处理,否则就具有独立法律评价的必要。

在我国刑法分则的体系性位置上,洗钱罪位列“破坏金融管理秩序罪”,重点体现在对金融管理秩序的权益侵害;而其他法定七类犯罪则散落在其他章节,具有自己独特的侵害法益。由此可见,洗钱罪与上游犯罪的侵害法益呈现出实质性的差异,与上游犯罪的规范保护目的也不具有同一性,故不具有适用事后不可罚理论的基础前提。

另外,尽管洗钱罪作为上游犯罪的事后行为,其与上游犯罪存在紧密联系,但经过发展,洗钱已超越早期衍生于毒品犯罪、腐败等上游犯罪的从属性质,已经发展出与危害国家安全相联系的新型关系。由此可见,洗钱在当今所蔓延和裂变的危害性,在一定程度上超越了对上游犯罪的法律否定评价,呈现出在侵害法益上的巨大转型,表现出自己新型的权益侵害特性,这不仅与上游犯罪的评价内容不完全相同,而且不能为上游犯罪所覆盖和全面评价。这就决定了通过事后行为的“共罚”路径对洗钱罪进行法律评价,明显已经不适应当前打击洗钱罪的“大气候”。有鉴于此,我们应跳出洗钱依附于上游犯罪的传统思维模式,在肯定洗钱与上游犯罪“母体”存在联系的基础上,也需要在其“成人化”之后,对洗钱罪进行单独的法律评价。

在另一方面,对事后行为“可罚”与“不可罚”的法律评价根基方面,也与期待可能性理论是密不可分的。在我国,有学者认为,不可罚的事后行为之所以并不另成立其他犯罪,是因为事后行为缺乏期待可能性。当行为人实施获取赃物的犯罪行为,就是为了实现对犯罪赃物的价值占有,无法期待其不实施其他不法行为。但是,需要特别指出的是,经过时代的发展,期待可能性理论在德国的司法实践中极少得以应用,而且目前在理论界也处于日趋没落的地位,其在我国不存在司法适用的土壤。

特殊考量:刑事政策的介入

从反洗钱的缘起和在全球范围的迅猛发

检察公益诉讼制度蕴含丰富传统法律文化基因



张福坤

党的十八届四中全会提出,“探索建立检察机关提起公益诉讼制度”。党的二十大报告明确:“完善公益诉讼制度。”该制度由试点到写入法律再到日渐丰富的实践,展现了我国通过公权力整合国家治理资源,进而解决诉源治理问题的中国智慧。中国特色公益诉讼制度吸收了人类文明的优秀成果,但其制度沿革自有其底色,该制度本身的精神内核始终受到了传统法文化的浸润和滋养。可以说,公益诉讼制度是在习近平法治思想指导下作为国家治理体系和治理能力现代化的新时代制度设计,也是对传统法文化基因的继承和创新。

检察公益诉讼制度目标深刻体现了中华优秀传统文化中“民惟邦本,本固邦宁”的人文思想。《尚书》有言:“民可近,不可下,民惟邦本,本固邦宁。”《白虎通》认为:“父然其子当诛何?以为天地之性,人为贵,人皆天所生也,托父母气而生耳。王者以养长而教之,故父不得专也。”由以上记载可以看出,中国古代的伦理法思想与人本思想并行不悖。此外,《尚书》还要求为政的重点在于“在知人,在安民”“天视自我民视,天听自我民听”。在这些经典民本思想的浸润下,我国形成了独特的天理、国法、人情相结合的法律文化。后世的史书中,就有“夫济大事必以人为本”的记载。正因如此,古人的诉讼制度以民生福祉为导向建立起来。狱讼之事,人命关天,官府之重视自不必说。在农业社会保障民众生产生活不受干扰的思想下,细故类案件亦有农忙止讼期,例如《大清律例》规定:“每年自四月初一日起至七月三十日,时正农忙,一切民词,除谋杀、叛逆、盗贼、人命及贪赃犯法等重情,并奸宄捕户骗劫客货,查有确据者,俱照常受理外,其一应户婚、田土等细事,一概不准受理;自八月初一以后方许听断。”

法律从根本上具有调整利益关系的重大功能,根据法律的公平正义在于利益的平衡。根据民事诉讼法第58条第2款和行政诉讼法第25条第4款,公益诉讼分为民事公益诉讼和行政公益诉讼两种,其制度目标显然和民本思想一脉相承。公共利益本质上是人民利益,公益诉讼检察自创立之初,由生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国

有土地使用权出让四大领域发展到英雄烈士保护、未成年人保护等领域。这意味着公益诉讼对人民群众利益的保护范围逐渐扩大,全过程人民民主得到了日益充分的保障,深刻体现了中华传统文化中“民惟邦本,本固邦宁”的人文思想。

检察公益诉讼的制度设计是从诉前到诉讼梯次监督,既是对“天下无讼、以和为贵”的价值追求,也体现了“先礼后兵”文明司法的制度设计。孔夫子说:“听讼,吾犹人也,必也,使无讼乎!”在儒家思想的影响下,“以和为贵”的司法理念在实践中即表现为调解息讼。从历史上看,早在汉代已经有调解和息争讼的案例。据《后汉书》记载,刘矩为县令时,“民有争讼,矩常引之于前,提耳训告,以为忿恚可忍,县官不可入,使归更思,讼者感之,辄各罢去。”至唐朝礼法结合进入新阶段,司法官也多以伦理为据调解争讼。有些著名的良吏,乡人往往争相请其裁决纷争。例如宋朝有徐绩,“乡人有争讼,多就取决”。这说明唐时调解息讼渐成风气。古代调解大概可以分为官府调解与民间调解两类。官府调解是在州县官主持下对民事案件和轻微刑事案件的处理,带有一定的强制性。根据档案材料,在当事人“吁请”息讼的甘结中,双方都申明“依奉结得”,即遵命和息。州县官还通过“不准”状的办法,促成双方和解,所谓“善听者只能辩非,非于诉成之后,善批者可以解释诬妄于讼起之初”。

关于“先礼后兵”的制度设计,最有代表性的就是保辜制度。这种制度鼓励当事人积极弥补过错,减轻自身不法行为带来的消极影响,从而为节约司法资源、构建良好司法生态做出积极贡献,进而有利于不法当事人改过自新。例如,《唐律疏议》就依据不同的殴伤手段设置了十日、二十日、三十日、五十日不同的辜期。保辜制度可以鼓励加害人自我补救,进而减轻对法益的侵害,是在古代特定条件下相对进步的制度设计。除此之外,古代也有鼓励同谋犯检举等立功制度与此制度精神内核相似。

根据行政诉讼法第25条第4款,检察公益诉讼制度存在诉前程序。检察院在向法院提起诉讼之前的特定期限内,首先应当向有关行政机关提出检察建议,督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的,检察院才能依法向法院提起诉讼。诉讼是解决纠纷的手段之一,并不是唯一的解决手段。因此,这一做法是诉讼谦抑性的重要体现。由此看来,检察公益诉讼的制度设计是从诉前到诉讼梯次监督,既是对“天下无讼、以和为贵”的价值追求,也体现了“先礼后兵”文明司法的制度设计。

检察公益诉讼中社会公众的广泛参与接

续了传统文化“天下为公,情理和合”的行为实践。《尚书·吕刑》有言:“非侯折狱,惟良折狱,罔非在中。”主持断狱不应当靠巧言善辩来折服犯人,应当靠善良公正让人心悦诚服,务使判决准确无误。可见,公正办案作为司法官的第一要务,至迟在周代已为国人所认知。此外,将公、私之事分离的思想也在我国较早萌芽。韩非认为:“夫立法令者,以废私也,法令行而私道废矣;私者,所以乱法也。”国家设置法令就是用来废除不正当的私欲的,法令贯彻执行以后,非法谋私的邪道就被废除了。因此,公正断案,消除司法者的私欲,是司法的重要原则。优秀的司法工作者应当追求社会效果和法律效果的统一。

早在《左传》中就有“小大之狱,虽不能察,必以情”的情理法思想。在汉代,董仲舒就提出了“本其事而原其志”的决狱思路,这实际上就是要求司法以事实为基础,尊重常情常理常识,而不是纯粹以法条为中心治理社会。自晋以后以律断案逐渐制度化,历代判决吸收了此种重视常情常理常识的思想,例如,宋代判词就出现了:“检法原情定罪,引律援经,纤悉详备,别无未尽”的相关表述。综合来看,情理法思想在中国的内核,就是法治的实行要遵循天道,法治的实施要赏善罚恶,法治的实现要合乎民心。坚持天理、国法、人情相统一,是古司法之鹄的。

目前,我国公益诉讼起诉主体比较广泛,具体包括三大类:公民个人、社会组织 and 检察机关。全面依法治国实现必须依靠广大人民群众普遍参与法律的执行与实施中来。从制度演进的脉络上看,我国公益诉讼制度原告资格具有广泛性,且逐渐增多。这正说明,检察公益诉讼符合社会公众的广泛参与接续了传统文化“天下为公,情理和合”的行为实践。

检察公益诉讼制度对诉讼体系的完善体现了“因时变法、代有革新”的制度逻辑。我国早在先秦时期就有“刑罚世轻世重”等变法思想,经魏晋、隋唐一直到明清一直沿袭不断。如《尚书》即有中刑、中罚、宽严适中三种法律政策因时变革的主张,这集中体现在《洪范》“三德”思想的提出:“三德,一曰正直,二曰刚克,三曰柔克。平康正直,强弗友刚克,巽友柔克。沉潜刚克,高明柔克。”孔颖达解释为:“世平安,虽时无乱,而民俗未和,其下犹有曲者,须在上以正之,故世平安而正直之德以治之。世有强御不顺,非刚无以制之,故以刚能治之。世既和顺,风俗又安,故以柔能治之”。在社会形势较为安定,犯罪形势中等的和平时期,应当用宽严适中的刑事政策;在社会形

势极不安定,犯罪形势严峻的动乱时期,应当采取严格的刑事政策;在社会形势极为安定,犯罪形势缓和的太平时期,应当采取宽松的刑事政策。可见,我国变法革新的思想不但萌达较早,而且还区分了不同社会形势下的具体应对之策。

《吕刑》已有“轻重诸罚有权,刑罪世轻世重”的理论,但并未具体阐释。《周礼》提出大司寇一职的职责掌握三典:“一曰刑新国用轻典,二曰刑平国用中典,三曰刑乱国用重典。”国家新建立时,应当行宽缓之法;国家承平守成之时,应当行常行之法;国家混乱时,应当行重惩之法。法家思想也提出了自己的主张。商鞅认为,“是以圣人苟可以强国,不法其故;苟可以利民,不循其礼。”韩非指出,“是以圣人期修古,不法常可,论世之事,因为之备。”历史的实践证明该理论的合理性,例如,在汉末三国名法之治的浪潮中,正如郭嘉所说“汉末政失于宽,绍以宽济宽,故不摄,公刘之以猛而上下知制。”曹操通过“猛”纠正东汉的宽政而获得成功。明太祖也曾提出“重点治吏”的思想,并颁布了明大诰以肃清吏治,获得了一时之效。

检察公益诉讼制度在实践中不断完善成熟。2017年7月,十二届全国人大常委会第二十八次会议修改的民事诉讼法和行政诉讼法正式实施,确立了检察机关提起公益诉讼制度。2018年2月,最高法、最高检通过了《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》,为公益诉讼制度的法律依据。2019年10月,党的十九届四中全会明确提出要“拓展公益诉讼案件范围”“完善生态环境公益诉讼制度”。2021年1月,党中央印发《法治中国建设规划(2020—2025)年》明确要求,“拓展公益诉讼案件范围,完善公益诉讼法律制度”。2021年6月,中共中央印发《中共中央关于全面加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,明确要求“积极稳妥推进公益诉讼检察”。2022年10月,党的二十大报告专门强调“完善公益诉讼制度”。

在新征程的时代呼唤下,积极主动适应党和人民对公益诉讼检察工作的期待和要求,既是中国特色社会主义法律体系自我完善的必然要求,更是中华法系伟大复兴的必由之路。检察公益诉讼制度的创设、发展既尊重了检察制度的发展规律,也汲取了中华优秀传统文化资源,是历史和人民的选择,在新时代必然扬帆起航,揭开新篇章。

[作者为西南政法大学刑事检察研究中心研究员、重庆市永川区人民检察院检察委员会委员。本文系2023年度最高人民检察院检察理论研究课题《人民检察院红色基因的历史传承与弘扬发展研究》(GJ2023D55)阶段性成果]