



·如何推进行刑反向衔接工作

遵循法秩序统一原理规范必要性审查

□邱鹏宇

随着我国刑事犯罪结构发生显著变化,轻罪成为犯罪治理的主要对象。最高人民法院《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》提出,对于检察机关作出不予起诉决定的案件,为防止不诉了之导致出现处罚漏洞,在行政检察部门审查是否需要对被不起诉人作出行政处罚后,对于需要给予行政处罚的,经检察长批准,向同级行政机关提出对被不起诉人给予行政处罚的检察意见。在提出检察意见之前,检察官应当进行必要性审查。换言之,并非所有不予起诉案件均应当移送给予行政处罚。实践中,要避免出现为移送而移送的情况,努力实现政治效果、社会效果、法律效果的有机统一。

行刑反向衔接基础在于法秩序统一

法秩序统一原理,是指以公平、正义、人权等法的价值作为基本理念,实现各个部门法规范之间的协调一致。在笔者看来,法秩序统一原理内含法性的统一、目的性的统一和合理性的统一三个方面。

首先,违法性的统一要求防止同样的行为既被禁止又被允许,导致公民无所适从。换言之,对于同一行为的不法评价,不同的法规范之间是不能存在冲突的,法律对公民的行为具有指引作用。相应地,对公民的法期待也应当是一致的,当行为违反法期待时,其否定性评价也必须保持一致,否则公民将陷入进退两难之中。

其次,虽然各个法规范之间应当保持其独立性,受各自规范保护目的的约束,但是各个规范保护目的之间并不是非此即彼的排斥关系,而是在统一于宪法的规范保

护目的下形成包容和交叉关系。刑法、行政法和民法规范保护目的的不同和紧张关系,影响的仅是不同法规范对不法程度的评判,并不影响最终目的的一致性。此外,法秩序统一原理还要求合理性的统一。法律的制定并非凭空臆想,而是社会经验事实的抽象化和成文化。在一项活动中,其活动目标、价值取向应当具有恰当性和实效性,具体到司法活动中,司法者对于正当防卫而言,基于法秩序统一原理,如果行为人因正当防卫而出罪,或者得到褒奖时,不可能在行政法上得出相反评价,否则会使公民在面临不法侵害时畏首畏尾,失去自力救济的时机。其次,在紧急避险中,根据民法典第182条规定,因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。而引起险情的人显然不是紧急避险人,所以,该条第2款规定,危险由自然原因引起的,紧急避险人可以给予适当补偿。基于法秩序统一原理,在民事法上无需承担赔偿责任时,在行政法上也无需承担行政处罚责任,更不需要行刑反向衔接。同时,存在超法规阻却事由时,也不宜实施行刑反向衔接。具体而言,在被害人有效承诺中,由于个人对某些法益的处置具有自决权,因而即产生损害,也不能违背公民自决权而进行行刑反向衔接。在自救行为中,更不允许损害及行为人的正当权利,产生法理冲突。

行刑反向衔接必要性审查要点

如前所述,基于法秩序统一原理,对于未受刑事处罚而仍需承担行政责任的行为人,仍有必要实施行刑反向衔接。但是,行刑反向衔接毕竟是国家公权力对公民个人的追责活动,仍应当进行必要性审查。

法定不予起诉情形下应注重阶层体系下的审查。主要从以下三方面进行审查:

1.不符合犯罪构成要件而被不予起诉时,应审查有无行政处罚依据。犯罪构成要件符合性审查位于第一阶层,行为人的行为不符合犯罪构成要件时,根据罪刑法定原则不能入罪。但是实践中,不符合犯罪构成要件的原因有多种,此时需要判断其行为有无行政处罚依据。具体而言,行刑反向衔接必须以存在明确的行政处罚依据为前提。由于行政法与刑法的规范保护目的存在差异,行政处罚和刑事处罚并非一一对应的关系,由于违法犯罪行为具有

多样性和复杂性,必须确保该行为在行政法上具有明确的处罚依据和方式,由此才能获得正当性和可执行性。

2.基于违法阻却事由而出罪时,不宜开展行刑反向衔接。我国的违法阻却事由通常包括正当防卫、紧急避险和超法规的违法阻却事由。笔者认为,在存在违法阻却事由时,不宜开展行刑反向衔接。首先,对于正当防卫而言,基于法秩序统一原理,如果行为人因正当防卫而出罪,或者得到褒奖时,不可能在行政法上得出相反评价,否则会使公民在面临不法侵害时畏首畏尾,失去自力救济的时机。其次,在紧急避险中,根据民法典第182条规定,因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。而引起险情的人显然不是紧急避险人,所以,该条第2款规定,危险由自然原因引起的,紧急避险人可以给予适当补偿。基于法秩序统一原理,在民事法上无需承担赔偿责任时,在行政法上也无需承担行政处罚责任,更不需要行刑反向衔接。同时,存在超法规阻却事由时,也不宜实施行刑反向衔接。具体而言,在被害人有效承诺中,由于个人对某些法益的处置具有自决权,因而即产生损害,也不能违背公民自决权而进行行刑反向衔接。在自救行为中,更不允许损害及行为人的正当权利,产生法理冲突。

3.基于责任阻却事由而出罪时,应区分情况审查。在责任阻却事由中,通常只有违法性认识和期待可能性两个因素会涉及行刑反向衔接。一方面,在当事人因不具有违法性认识可能性而出罪时,应当进行必要性审查,需要移送行政执法机关的,应当移送。因为其既然存在认识犯罪事实且将其实现的意思,就具有应当唤起违法性意识、形成反对动机的机会,却决意实施,因而具有可谴责性。另一方面,在不具有期待可能性而出罪的案件中,此时作出

法定不予起诉决定后,再次进行行刑反向衔接,会造成法规范的相互冲突和矛盾,影响公民的自由选择。

酌定不予起诉案件应判断反向衔接是否合理。由于大多数酌定不予起诉案件都符合行刑反向衔接的要求,因此笔者仅从消极层面进行论述和分析。

1.当事人具有特殊关系时,不宜反向衔接。如果办案中忽视双方当事人之间的亲属、朋友、乡邻关系,在双方已经赔偿谅解的情况下,仍强行实施行刑反向衔接,势必会将渐趋修复的社会关系人为加以破坏,重新激化矛盾,使办案效果大打折扣。

2.已经受过行政处罚的案件,不能实施反向衔接。只有未经行政处罚的案件,在作出酌定不予起诉时进行反向衔接,才能发挥合力优化惩戒体系、一体维护法秩序统一的作用。如果行为入已经受过行政处罚,则需要受到“一事不再理”原则的限制,不能基于同一事实和理由重启行政程序,使行为人被反复追诉。

3.不符合“比例原则”时,不能实施行刑反向衔接。能够符合酌定不予起诉条件的案件,行为人对法益的侵害通常并不严重,在进行必要性审查时,就需要判断一旦予以行政处罚,会不会导致行为入受过过重的情况。

存疑不予起诉案件应审查是否达到行政证明标准。由于刑事证据的审查标准要高于行政证据,刑事案件的证明标准也远高于行政案件,因此一些案件虽然作出存疑不予起诉,但也只是对于是否应承担刑事责任存在疑问,而不一定未达到行政证明标准,不能证明是犯罪事实的案件,不一定不能证明存在行政违法行为,对于证据证明力达到行政证明标准的,可以实施行刑反向衔接。

(作者单位:河北省石家庄市新华区人民法院)

“四要件”准确把握“需要给予行政处罚”

□卢思波

《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》强调,健全检察机关对决定不起诉的犯罪嫌疑人依法移送有关主管机关给予行政处罚、政务处分或者其他处分的制度。2023年7月,最高人民法院发布的《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》明确由行政检察部门负责行刑反向衔接工作,在刑事检察部门作出不予起诉决定后,审查是否需要对被不起诉人作出行政处罚,需要给予行政处罚的,经检察长批准,向同级行政机关提出检察意见,并移送行政主管机关处理。加强行刑反向衔接工作,目的是克服相关刑事不起诉案件不刑不罚、应移未移、应罚不罚问题。但如何理解“需要给予行政处罚”,目前尚缺乏明确的规定和权威的意见,司法实务中出现盲目一律移送、标准度把握不一等现象,不利于凝聚刑事司法与行政执法合力做好不起诉“后半篇文章”。笔者认为,在审查行刑反向衔接案件中,应从四个要件准确理解和把握“需要给予行政处罚”:

一是行为要件。对行刑反向衔接移

送案件,首先需要审查相关行为是否属于行政违法行为。换言之,行刑反向衔接移送案件应以存在违反行政法律规范的行为为前提,如相关行为缺乏相应的行政规范加以规制,则不能移送行政机关处罚。

二是期限要件。相关违反行政管理秩序的行为应当是在行政处罚追责期限内被发现,超过该追责期限才被发现的,不再给予行政处罚。在对违法行为是否超过追责期限进行审查时,需要注意以下几个方面:(1)关于违法行为的起算时点。一般情况下,应当以违法行为发生之日起计算,对于处于连续或继续状态的,应当从行为终了之日起计算。需要特别注意的是,关于违法建设行为追责期限的判断,从最高法相关典型案例来看,不能仅限于违法建设行为本身,违章建筑的存续状态应视为违法建设行为的连续或继续状态。(2)关于以“谁”发现时为判断时点。有观点认为,应当以具有法定管辖权的行政机关发现时为判断时点,但笔者认为,行政管理错综复杂,大量行政管理职能相互交叉,且国家公权力机关之间存在相互移送线索的法定职责,以具有法定管辖权的行政机关发现时为判断时点,既不

现实,也不利于保护行政管理秩序。由于发现主体过于宽泛,在大多数案件中会架空追责期限制度,也不利于行政管理秩序的稳定性,因此,应当以国家公权力机关或组织发现时为判断时点。(3)关于司法程序所消耗的时效是否计算在追责期限内,亦存在较大争议。笔者认为,根据行政处罚法第36条等相关规定,违法行为被发现时,追责期限的判断时点已经固定,后续司法程序所消耗的时间并不影响该行为是否超过追责期限。至于司法程序消耗的时间长短,可以作为有无移送行政机关处罚必要性的考量因素。

三是主体要件。我国刑法对单位犯罪规定了双罚制,但在行刑反向衔接案件中,并非所有的被不起诉人都需要承担行政责任,这需要办案人员结合单位实施的违法行为,根据相关行政法律法规的规定作出判断。

四是主要要件。新修订的行政处罚法增加了违法行为人主观过错的判断要件,但同时规定了主观过错的举证责任倒置制度,需要行为人提供足够证据证明本人在实施相关行为时,主观上没有过错。在办理行刑反向衔接案件时,需要特别注意刑事司法与行政执法在主观过错举证责任分

配方面的差异,结合相关行政法律法规的规定,区分处理好两种情形:对于相关行政法律法规未将行为人的主观过错明确作为行政处罚要件的,在被不起诉人存在主观过错的情况下,如行为入无法提供充分证据证明其在实施相关行为时主观无过错的,检察机关应当将案件移送行政机关进行行政处罚。

需要注意的是,行政处罚法第33条从危害后果角度规定了“不予行政处罚”和“可以不予行政处罚”的情形,检察机关在审查行刑反向衔接案件时,可以将上述情形作为行刑反向衔接的“阻却事由”。判断是否存在阻断行刑反向衔接活动的情形,可考虑以下三个方面:(1)判断是否属于“违法行为轻微”,应主要考虑主观过错较小、违法行为持续时间不长、涉案数额小、中止违法行为、初次违法、单纯程序违法等;(2)判断是否属于“危害后果较轻”,应主要考虑危害程度轻、范围小、危害后果易于消除或减轻、主动达成和解等因素;(3)判断是否属于“及时改正”,应注意把握改正的时间和改正的程度,尤其是事后改正的彻底性、有效性。

(作者单位:江苏省泰州市人民检察院)

在涉注册商标类侵权案件中,是否构成“同一种商品”是判断侵权与否、罪与非罪的关键要素。

分步骤递进审查是否属于“同一种商品”

□孙秀丽 李南

侵犯注册商标罪,是指从事工商活动的法人或公民违反商标管理法规,不经注册商标所有人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标,而且获取的非法利益数额较大或者有其他严重情节的犯罪。在涉注册商标类侵权案件中,是否构成“同一种商品”是判断侵权与否、罪与非罪的关键要素。当下,检察机关在办理商标类案件中,严格厘清商标刑事犯罪、民事侵权是否成立是实现知识产权检察工作高质量发展的专业基础。笔者结合司法实践,针对“同一种商品”中的审查要点,总结出三个审查步骤。在此,笔者仅对“同一种商品”这一单独要件进行探讨,故以下三步均以“相同商标”为前提,在论述中不再重复。

第一步:核实商标专有权基础是否真实、有效,初步核查是否为“同一种商品”。首先,审查权利人的商标注册证、商标续展证明,明确商标是否已被核准注册并在有效期内。初步核查商标注册证上核定使用的商品种类与系争商品名称是否相同,若相同则直接进行第二步审查。若不相同,则初步审查是否可能属于“名称不同但指同一事物的商品”。根据《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《意见》),“名称不同但指同一事物的商品”是指在功能、用途、主要原料、消

费对象、销售渠道等方面相同或者基本相同,相关公众一般认为是同一种事物的商品。若明确不属于,则不构成商标侵权(除驰名商标外)犯罪。若属于或可能属于,则进行第二步审查。

第二步:比较核定生产的商品与实际生产的商品。《意见》第5条规定,认定“同一种商品”应当在权利人注册商标核定使用的商品和行为人实际生产销售的商品之间进行比较。权利人只有将注册商标投入实际使用,才能使注册商标具有识别商品或服务来源的功能,才可能出现侵犯商标专有权的犯罪行为。

根据《商标注册用商品和服务项目申报指南》,申请人申请商标注册时,应首先考虑使用《类似商品和服务区分表》(下称《区分表》)中已列出的标准名称。申请人在申报《区分表》上没有的商品和服务项目时,应根据类别标题、注释,比照标准名称申报类别,仍无法分类的,按照分类原则申报。申请人可以申报《区分表》以外的其他商品和服务项目名称,但需要符合一定条件。

实践中,权利人按照上述规定进行商标注册,因商品分类、企业商标布局、商品功能更新等多重因素,权利人经营的商品与其所选择注册的种类并不能完全契合。尤其是当权利人生产的产品种类繁多时,应选取与系争商品最容易混淆的一种商品,与其最相近的核定使用的商品种类进

行比较。除名称、功能、用途等完全相同外,二者会出现以下几种情况:一是相等或重叠关系,只因相同事物拥有不同名称,如被核定使用的“元宵”,实际使用在“汤圆”上,这种情况直接进行第三步审查。二是包含关系,因在《区分表》中选择注册的种类名称为上位概念,而实际生产的商品为下位概念,如“眼霜”会选择在“护肤化妆品”这一种类名称进行注册。三是交叉关系,因实际生产的商品是新型商品,不能在《区分表》上找到包含或完全相同的商品名称,故按最接近的种类名称注册,即不完全相同,但在内涵或外延范围存在交叉的情况,如被核定使用的商品为“压缩、排放和运输气体制成鼓风机、输送机传输带、机器传动带、清洁用除尘装置、废物处理装置”等,实际使用在“空气炮”“皮带清扫器”上。此外,由于权利人自身原因,未进行有效注册或注册已过期,二者无关系,这种情况则明确不构成商标犯罪。

对上述第二种情况,需要借助搜索引擎、行业协会来确定两者为包含关系,作为随案证据,之后再查询上下位概念是否均为《区分表》中的商品种类,若仅有上位概念存在《区别表》中,如《区分表》中无“眼霜”这一种类,权利人选择注册在“护肤化妆品”上,这一类可以予以刑事保护,转入第三步。但是,若上下位概念的种类名称均在《区分表》中,对于这一情形在审查

起诉时需谨慎。

对上述第三种情况,因涉及的是新型商品或专业性强的商品,不为一般公众所熟知,需调取商标代理机构、行业协会、同种商品其他厂商、商标局等多方意见,进行综合判定。若某些商品不存在行业协会、其他生产企业等机构,可以设立或委托中立调查机构,负责对相关公众混淆度的调查,调查机构秉持中立立场,仅负责调查系争商品对相关公众造成混淆的情况,仅提供详细的调查数据,最后的结果则由司法人员根据调查结果进行判断。若判定为相同,则进行第三步审查。

第三步:比较侵权商品与权利人实际生产的商品。将系争商品与权利人实际生产的商品进行实物比较,若二者相同,则可以判定构成“同一种商品”。若二者不同,则分两种情况:第一种情况,两种商品完全不同,不类似。这种情况下,需要审查是否为驰名商标。根据我国商标法第13条,驰名商标的权利人可以阻止他人在不相同或不相似的商品上使用与其相同、相似的商标。若在不同商品上使用他人驰名商标,则构成商标民事侵权。若为非驰名商标,则不成立商标侵权,更不构成商标类犯罪。第二种情况,二者为类似商品,根据商标法第57条第(二)项,则仅构成民事商标侵权。

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)



□张忠民 曲文波 王成铎

检察理念现代化是检察工作现代化的先导。“高质效办好每一个案件”是最高检党组更深更更实践习近平法治思想、以检察工作现代化更好支撑和服务中国式现代化的明确要求和重要引领。具体到实践中,每名检察人员应当树立政治意识、大局意识、公正意识、创新意识、廉洁意识,准确把握“高质效办好每一个案件”的深刻内涵,依法履职、能动履职、高效尽职、廉洁奉职,做到检察办案质量、效率、效果有机统一于公平正义。

树牢政治意识。面对检察工作面临的新形势新任务、人民群众对司法工作的新要求新期待,检察人员必须坚持问题导向,强化政治意识,提高政治站位,以理论上的高度清醒保持政治上的高度自觉。一是要深入贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想,在精思细悟中磨砺理论素养,在深学细悟中升华思想境界,在知行合一中锤炼党性忠诚,全面提升以马克思主义世界观方法论分析判断经济社会发展新形势以及错综复杂的法律现象的能力和水平。二是要坚持党对司法工作的绝对领导,始终把拥护“两个确立”、做到“两个维护”作为最高的政治原则和最根本的政治规矩,落实到检察具体工作、具体环节,确保将党领导的政治优势转化为推进检察工作现代化的强大效能,确保检察工作与党中央重大决策部署保持高度一致,不折不扣服务党和国家经济社会发展大局。三是要始终站稳以人民为中心的根本政治立场,把人民利益摆在至高无上的地位,更加自觉地倾听人民群众呼声,更加准确地把握人民群众的司法需求和期待,以高度的政治自觉激发能动履职的强大动力。

树牢大局意识。在检察工作中做深做实新时代能动司法,是更加自觉、更加主动、更加深入贯彻落实习近平法治思想,为大局服务、为人民司法、为法治担当的必然要求,也是加快建设公正高效权威的社会主义司法制度的具体体现。一是要担当作为,做深做实为大局服务。要切实把握各类风险隐患的多元多变,维护改革发展稳定大局任务的艰巨性,认清形势、把握大局,找准服务大局的结合点,精准服务大局。要在罪与非罪的界限把握、企业合规的政策把握等疑难问题上,更好展现检察人的法律智慧和法治担当。二是要严格区分经济纠纷、行政违法与刑事犯罪,坚决防止和纠正把经济纠纷认定为刑事犯罪、把民事责任认定为刑事责任。三是要强化溯源治理,主动融入国家治理、社会治理,助推国家治理体系和治理能力现代化。四是要完善一体化协同机制。检察机关应在党委、政法委领导下,加强与政法各部门的沟通协作,形成相应的协同机制,严格落实新时代“枫桥经验”工作要求,共同抓好矛盾化解和综合治理,在共治共管中实现双赢多赢共赢,为社会长治久安贡献检察力量。

树牢公正意识。要认真落实《检察机关案件质量主要评价指标》要求,把监督办案的效果作为首要考量,根本目的就是引导广大检察人员公正司法、实现“三个效果”的有机统一。一是要正确把握法律精神内涵和价值判断。在适用法律时,要善于从具体法律条文中深刻领悟法治精神,保持与立法所追求的政治效果、社会效果、法律效果的一致性。二是要正确把握实质法律关系,善于在法理情的有机统一中实现公平正义,让法律监督与民意同频、与社情共振,实现天理、国法、人情的有机融合。

树牢创新意识。创新是推动发展的根本动力,检察工作的高质效发展同样离不开创新。一是创新数字检察建设。数字检察是创新发展的主要方向,应加速推进数字化改革,把大数据监督作为高质效办案的新引擎。聚焦法律监督主责主业,围绕民生突出问题、执法司法堵点问题,实现从“数量驱动、个案为主、案卷审查”监督到“质效导向、类案为主、数据赋能”监督的深层次变革。二是创新检察履职方式。要以“如在诉”的理念和态度,通过检察对接、领导包案、公开听证等方式妥善处理好有关案件,让人民群众“事心双解”,实质性化解各类矛盾纠纷。三是促进犯罪治理现代化。要把握好宽与严的关系,依法全面准确落实宽严相济刑事政策,既保持“严”的震慑力,增强人民群众安全感,又发挥好“宽”的教育性,体现司法温度。

树牢廉洁意识。权力是一把“双刃剑”,检察人员只有牢固树立廉洁意识,才能使“高质效办好每一个案件”的价值追求真正得以实现。一是坚持规范行权。通过不断的主题教育增强全体检察人员对党的绝对忠诚、对法治的坚定信仰,对人民的真情挚爱,提升检察官的职业尊荣感和使命感。深化落实检察官权责清单,明确履职边界,在授权范围内依法行使相应职权,强化案件流程监控,全面压实司法责任制。二是坚持严格管权。要全面强化对检察权运行的监督制约,充分发挥检务督察、案件管理部门监督作用,建立健全案件线索发现和移送机制,形成内部监督的强大合力。三是坚持廉洁用权。要紧盯“关键少数”,检察机关领导干部要带头严格执行中央八项规定精神,严格遵守各项禁令,深化落实加强对一把手和领导班子的监督的责任清单。要管好“绝大多数”,始终将全面从严治政贯穿检察机关党的建设、履职办案和队伍建设全过程,切实扎紧“制度笼子”,推动检察人员养成自觉遵守廉洁奉公的职业习惯。

(作者单位:山东省烟台市牟平区人民检察院)

树牢『五种意识』高质效办好案件