

检察文化伴随着检察制度的诞生成长、发展完善而不断充实丰富,既融汇了法治理念、核心价值观等时代精神,也具有自身鲜明的特征。

# 深研检察文化理论彰显“双向”价值功能

视角

既要坚持侵犯著作权犯罪构成的一般性,又要注重侵犯计算机软件著作权构成犯罪的特殊性——

## 明确部分复制计算机软件侵权行为入罪标准

□曾德国 陶维俊 范志飞

在计算机软件领域,原封不动、百分之百复制发行计算机软件源代码的侵权行为比较少,大部分侵权行为人均对软件源代码进行了部分修改。对于部分复制计算机软件行为,如何把握侵犯著作权罪入罪标准一直是困扰司法实践的难题。笔者认为,既要坚持侵犯著作权犯罪构成的一般性,又要注重侵犯计算机软件著作权构成犯罪的特殊性,是高质量办理此类案件的重要思路。

准确把握侵犯著作权罪中“复制”行为的一般性特征。通过“复制”行为侵犯计算机软件著作权的前提是该计算机软件必须是著作权法意义上的作品,即该计算机软件必须符合著作权法第3条规定的“具有独创性并能以一定形式表现的智力成果”,否则,如果权利人享有著作权的前提不存在,侵权人的侵权行为也就无从谈起。根据《计算机软件保护条例》第3条规定,计算机程序是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,或者可被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。故在部分复制的情形中,复制的部分必须是可由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,既是可以具有信息处理能力的计算机等装置上独立运行的模块、单元,而该模块、单元又是其获取违法所得的主要来源,从而体现出其作品的性质。

准确把握计算机软件侵权中的“复制”行为。我国刑法并未对侵犯著作权中的“复制”行为作特别规定,应当按照体系解释原理,以著作权法中关于“复制”行为的定义来认定。著作权法中对何为“复制”行为采取了列举的方式,却并未对其内涵及外延作出明确规定。通常而言,我国著作权法对“复制”采用的是狭义上的定义,即著作权法第10条第1款第(五)项所规定的“复制权”,包括“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的行为”。但是,对计算机软件“复制”则有其特殊性。《计算机软件保护条例》第24条第1款第(一)项将“复制或者部分复制著作权人的软件”作为侵犯著作权的形式之一,并规定:“触犯刑律的,依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定,依法追究刑事责任。”因此,刑法意义上的侵犯计算机软件著作权的“复制”行为并不遵循“全部复制”的认定标准,而将部分复制纳入犯罪构成。同时,在司法实践中,以网络游戏部分核心数据库文件为依据制作外挂软件的行为被以侵犯著作权定罪的案例已较为常见。

准确把握“部分复制”行为的入罪标准。罪刑法定是刑事诉讼领域的基本原则之一,不能随意突破。既不能因为《计算机软件保护条例》的专门规定而将计算机软件领域的部分复制行为一律作为犯罪打击,也不能因为刑法对部分复制没有明文规定而将部分复制行为一律排除在犯罪之外。刑事司法上并未形成统一掌握的适用标准,目前有观点认为,只要两款软件的相似度在70%以上就可以认定为“实质性相同”;也有观点认为,应将标准提高到90%以上。笔者认为,应当坚持实质解释规则,准确把握部分复制行为的入罪标准,实质性相同,既包括权利人全部作品与被诉侵权作品整体对比构成相同,也包括只是两部作品部分相同,甚至只是很小部分相同。换言之,实质性相似部分所占比例的大小并不影响行为定性,包括全部复制与部分复制两种情形。关键是看复制的部分是否系侵权行为人的主要盈利点,以及侵权行为和违法所得之间是否存在刑法上的因果关系。

及时精准高效开展同一性鉴定和审查工作。在全部复制的情形下,可采用司法部司法鉴定管理局发布的《软件相似性鉴定技术规范》(SF/T 0158-2023)的“逐句对照法”对软件源代码以及目标代码进行鉴定。在部分复制的情形下,由于行为已经对部分复制的软件源代码或目标程序代码进行了一定的修改和迭代升级,因此需要使用“抽象—过滤—比对”三步检验法,排除非必要修改或不具独创性修改对鉴定结果的影响。通过软件开发人员的证言、侵权软件和被侵权软件的开发方案、功能、实际盈利点、犯罪嫌疑人的供述与辩解等证据确定部分复制部分是否足以认定为独立的运行模块或单元,以及是否需要排除的源代码、非独创性代码、废弃代码等,将支撑该独立单元、模块可单独运行的必需代码作为样本与侵权软件的该部分代码进行同一性比对,得出软件相同、相似、不相似以及相似程度等鉴定意见。如果鉴定意见是相同,则可以认定为侵犯著作权罪中的“复制”行为。如果鉴定意见是相似,“复制”行为的数量和比例并不当然影响侵权行为性质的性质,需要在鉴定机构给出相似度数据之后,进一步分析不相似部分代码构成以及造成不相似的原因,如果该部分功能对于核心功能并无实际益处,也并非对软件功能大幅度迭代升级、改变,比如为了便于收取违法所得而嵌入被侵权软件中的简单计费功能,同样可以通过司法人员的综合判断的方式认定侵权软件和被侵权软件“实质上相同”,从而认定为侵犯著作权罪中的“复制”行为。鉴定方案的选择上,需要侦查人员、检察人员、鉴定人员的事前紧密沟通、共同分析,共同确定鉴定方案,从而提高鉴定的准确性与法律适用、案件事实的适配性。

(作者分别为西南政法大学教授、知识产权检察研究中心副主任,重庆市渝中区人民检察院知识产权检察办公室主任,重庆市渝中区人民检察院检察官)

“坚持敢于监督、善于监督、勇于自我监督”等检察理念,是引领检察工作现代化发展的强大精神力量。

二是凝聚亲和。检察文化作为检察队伍的精神血脉,是凝聚和整合检察队伍履行职责使命,促进检察人员奋发向上、团结一致的情感纽带,形成积极向上的亲和力,从而使检察机关的法律监督职能得到充分发挥。当“以人民为中心”“司法为民”“让群众切实感受到公平正义就在身边”等价值被检察职业群体共同认可后,就会成为一种“黏合剂”,使检察人员达到同心同德的境界。

三是激励约束。检察文化对检察人员的激励,既包括精神激励、典型示范和人文关怀等外在方式,也包括尊重主体意识、激发潜能和调动积极性等内在方式。在约束方面,既包括制度规范的硬约束,也体现为制度精神的软约束,如文化氛围、责任态度等。这种约束首先是心理约束,检察文化一旦形成并内化于心,便设定了检察人员步调一致、共同遵守的心理预期,使其在内心设置了严格遵守行为规范和道德准则的“防火墙”。

检察文化的外向性功能,主要体现在以下三个方面:

一是形象塑造。检察形象,即检察职业形象,是检察人员思维方式、心理定势、行为方式和职业能力的综合反映,既是检察人员对检察职业群体的心理认同,也是公众对检察职业群体的总体性评价、印象和信任程度,其核心是检察机关的公信力。树立良好的检察形象,对外展现检察人员的整体素质,提高公众对检察工作的认同,提升检察机关司法公信力;对内激励检察干警的工作热情,给检察机关带来权威和公信力。

二是精神传导。文化影响人、塑造人。检察文化的精神传导功能是多方面、多层次的。通过检察实践运用维护法治、正义、真理等价值,发挥示范作用和传播作用。譬如,检察机关坚持以人民为中心、高质效办好每一个案件等,以高度的责任感和使命感深刻把握案件起因动机、发生过程和背后的复杂情况,让当事人切实感受到国家司法的公正、善意和温暖,促进社会和谐稳定。

三是认同建构。检察机关通过高质效办好每一个案件、处理好每一件事务,在社会各界特别是人民群众心目中形成广泛的认同和共识。这种认同和共识的主体是社会,但是实现这种认同和共识要靠检察机关自觉行动、主动作为,久久为功。譬如,“四川乐山流浪女子被强奸杀害案”“陈也抢救再申诉案”等一系列高质效履职办案的典型案列,赢得了社会公众的高度认同,既培养了社会的法治信仰,又将检察文化传递给社会大众并获得高度认可。

[作者分别为山东大学法学院教授、人权研究中心主任,博士研究生。本文为国家社科基金“把社会主义核心价值观融入法治建设”重大研究专项《社会主义核心价值观融入检察机关服务保障民营经济健康发展研究》(批准号:20VHJ004)的阶段性研究成果]

检察文化是检察机关和检察人员在履职过程中创造和传承的,具有职业性。职业性是检察文化的本质,是检察人员群体意识最凝练的浓缩。检察职业性既体现检察机关的职能定位,使检察文化有特定的品格,又不断适应经济、政治、社会和文化发展的新要求,使检察文化有与时俱进的特点。新时代新征程,最高检党组提出了一系列检察工作新理念,譬如,“高质效办好每一个案件”,努力做到检察办案质量、效率、效果有机统一于公平正义,等等,不断赋予检察职业性以时代特征,既彰显了职业特征,又不断吸收时代精华。

检察文化源于检察实践又指导检察实践,具有实践性。检察实践是检察文化的源泉和动力,也是检察文化的目的和归宿;同时,检察文化对检察实践具有能动的反作用,能够指导检察人员更好地开展检察实践。首先,检察文化具有鲜明的群体性特征。它从来不是检察人员个体的独特行为文化,而是检察人员群体所共享的文化。其次,检察文化具有深厚的群众基础。通过检察文艺作品等方式,使检察领域的专门性问题社会化 and 普遍化,并利用文化的力量打造检察机关的良好形象,树立公信力,增强亲和力,以赢得开展检察工作所需要的好群众基础。

检察文化是在长期的检察实践中创造和积累的精神成果,具有历史性。检察文化是一个历史性范畴,具有历史延续和传承发展的特征。当代中国的检察文化是在对传统文化和外来文化进行批判性继承和创新性借鉴的过程中繁荣发展的。譬如,“民惟邦本,本固邦宁”的民本思想,“和为贵,和而不同”的合理理念,“革故鼎新、推陈出新”的创新理念,“扶正扬善、恪守信义”等社会美德,以及“民主、自由、平等、正义”“程序正义”等文化精华,都为新时代新征程创造出符合时代潮流的检察文化提供了历史素材和营养。

### 检察文化的功能

一个没有精神力量的民族难以自立自强,一项没有文化支撑的事业难以持续长久。检察事业的发展与检察文化的繁荣发展也是密不可分的。检察文化是检察人员的精神家园,亦是检察事业发展的“软实力”。

检察文化的内向性功能,主要体现在三个方面:

一是教育导向。检察文化的教育导向功能,是指检察机关在检察文化建设中,运用文化引导检察人员行为、理顺检察机关内部关系时所发挥的作用。检察人员认识、接受检察文化各方面的观念要素,并在他们的思想观念上确立一种内在的自我控制的行为标准,从而使他们在价值判断、价值取向等方面与群体保持一致。“坚持党对检察工作的绝对领导”“坚持为大局服务、为人民司法、为法治担当”“坚持讲政治与讲法治有机统一”“坚持‘高质效办好每一个案件’”“坚持‘四大检察’内在统一于法律监督宪法定位”

和技能决定的谋生和自我实现的方式;在实质上,职业是由特定工作的性质、价值、知识、技能、程序和效果等因素决定的社会关系,包括检察人员之间的关系和检察人员与国家、政党、法人和公民等主体之间的关系。这些关系的特殊性构成了检察职业规定性。

检察文化的内容是体现检察职业规定性的检察观念、检察伦理和检察形象等精神成果。职业规定性的内容非常丰富,表现形式也是多种多样的,人们可以从不同的角度或者层面来认识和概括。检察观念、检察伦理、检察形象、检察制度、检察政策、检察装备设施和检徽等都是反映检察职业规定性的形式或者载体。但是,检察文化是各种载体所蕴含的体现检察职业规定性的精神成果。检察观念、检察伦理和检察形象是检察文化的集中体现。

### 检察文化的特点

检察文化伴随着检察制度的诞生成长、发展完善而不断充实丰富,它既融汇了法治理念、核心价值观等时代精神,也具有自身鲜明的特征。

检察文化是检察机关和检察人员在代表国家行使检察权的过程中形成的,具有国家性。检察制度是国家政治制度和司法制度的重要组成部分,检察权是宪法和法律赋予的以国家强制力为后盾的权力。检察履职活动作为检察权运行的具体形式和载体,自然具备国家性这一权力特征。因此,以检察制度和检察权为依据,以检察实践活动为基础的检察文化具有国家性。

检察文化是公共文化的组成部分,具有政治性。检察文化首先是一种政治文化,具有鲜明的政治性。检察机关作为党领导下的政治机关、法律监督机关和司法机关,检察文化的政治性表现得尤为突出。坚持党的领导是检察机关法律监督工作的最高原则、最大优势,是检察事业行稳致远的最根本保证,也是新时代检察文化的根本底色。

检察文化是法治文化的组成部分,具有法治性。检察机关是国家权力监督制约机制发展到一定阶段的产物,是诉讼制度和国家治理现代化的标志性成果,因而与现代法治具有内在的联系。在当代中国,检察机关是推进全面依法治国的重要职能部门,是建设社会主义法治社会的重要力量之一,法治性使得检察文化区别于企业文化、校园文化等其他类型文化。



谢鹏程

□谢鹏程 杨永海

## 新时代 检察文化纵横谈

检察机关深入学习贯彻习近平法治思想、习近平文化思想,必须结合检察工作实际,深入研究检察文化理论,准确把握检察文化的内涵、特点和功能,努力繁荣发展中国特色社会主义检察文化,并将其融入高质效检察履职,用法治力量、检察力量服务文化强国建设。

### 检察文化的内涵

所谓检察文化,是指检察机关和检察人员在检察工作中创造、发展和传承的,体现检察工作职业规定性的检察观念、检察伦理和检察形象等精神成果。检察文化概念具有丰富的内涵,可以从主体、渊源、存续方式、本质和内容等方面理解和把握。

检察文化的主体是检察机关和检察人员。检察文化是一种机关文化,它既是具有机关性质和特色的文化,也是以机关为建设主体的文化。检察文化是一种职业文化,既是反映检察人员职业特征的文化,也是检察人员这个特殊群体共有、共创、共享的文化。检察人员是检察文化最活跃、最现实的主体,是检察文化具体的创造者、受益者和传承者。检察机关和检察人员作为检察文化的主体,既具有内在的一致性,又各有侧重。

检察文化的渊源是检察工作,包括职能活动、管理活动和自身建设。职能活动就是检察机关和检察人员依照法定的职权和程序行使检察权的活动。管理活动是检察机关内部和上下级检察机关之间的组织、规划、指挥、执行等保证检察权依法统一运行的工作。自身建设是检察机关的人员素质提升、职能活动保障和工作质量改进,包括业务建设、队伍建设、检务保障及其改革和发展。

检察文化的存续方式是创造、发展和传承。检察文化是文化的组成部分,它主要是由检察机关和检察人员创造、发展和传承的。检察文化的创造或者创新正是源于检察机关和检察人员对检察文化不断增长的需要,这种需要也反映了检察事业发展的要求。检察文化的传承是指检察文化的传播、交流和转化。检察文化的发展,既是检察文化成果本身的丰富和增加,也是检察人员对检察文化的后继性创造和连续性延伸。

检察文化的本质是检察职业规定性。检察职业规定性是检察职业中的全部关系的总和。在这个意义上说,检察文化包括检察观念、检察伦理和检察形象等精神成果都是检察职业规定性的反映,或者说,检察文化就是人们认识到了的检察职业规定性。职业是特定群体从事的特定领域的工作,是社会分工的结果。在表象上,职业是由专门的知识

# 管好用好生态环境公益诉讼损害赔偿金

观察

□门植渊 王斐

党的十八大以来,生态环境公益诉讼作为贯彻习近平生态文明思想和习近平法治思想的重要制度设计,体系建设不断推进,从2012年修改的民事诉讼法、2015年修改的环境保护法到民法典,规范依据渐趋完善,司法实践也蓬勃发展。随着生态环境公益诉讼案件量的增多,涉及生态环境公益诉讼损害赔偿金的问题逐渐凸显。生态环境公益诉讼损害赔偿金的管理使用问题在立法上尚未出台统一的标准和规范,实践中各地做法不一,生态环境公益诉讼损害赔偿金有充分发挥其修复受损生态环境的价值。生态环境公益诉讼损害赔偿金的归属、管理、使用、监督等问题是环境公益诉讼的“后半篇文章”,对于其以研究和规范对于公益诉讼制度完善具有至关重要的意义。

在生态环境公益诉讼损害赔偿金的管理方面,检察机关依法能动履职,对于保障生态环境公益诉讼损害赔偿金切实用于修复生态目的进行了积极探索,形成了一些具有实践指导意义的理念和模式。

在认识层面,坚持修复优先理念。理念是行动的先导,检察机关办案人员要认识到,生态环境公益诉讼的目的主要在于对生态环境的保护和修复。践行恢复性司法理念,坚持修复优先,对于检察机关办理生态环境公益诉讼案件提出了更高要求:其一,不将诉请或者收缴的赔偿金数额大小作为判断办案质量高低的标准,特别是对于惩罚性赔偿的诉请,要严格依照惩罚性赔偿的启动条件审慎、理性提出;其二,对于起诉状中提出的要求被告承担

生态环境修复责任的诉讼请求的描述不能概而论之,而应在与有关行政主管部门或者专业修复机构沟通的基础上,对于被告承担的具体生态环境修复义务如修复的时间、验收的标准及程序等进行明确,或者制定生态环境修复方案,使被告承担的修复责任具有可操作性、可评估性。

在实践层面,统一资金管理方式。目前,赔偿金的管理模式主要有三种:一是建立专门的环境公益账户,要求赔偿义务人将赔偿金支付到环境公益账户中,由财政主管部门管理、审计部门监督;二是缴入国库或地方国库,作为政府的非税收入,由政府管理;三是生态修复基金模式,赔偿义务人将赔偿金汇入基金,通过基金的形式管理。分散的管理模式是各地试点探索的结果,极具地方特色,但是从全国层面而言,管理主体与赔偿金使用方式上存在混乱,也缺乏上位法依据,亟待统一管理。笔者认为,从解决最迫切也是最基础的资金收缴和管理所需出发,现阶段较易实现又具有相对规范性的模式是财政专项账户模式。该模式虽申请使用程序繁琐,但有利于实现生态环境公益诉讼损害赔偿金的专款专用,在此基础上可结合或吸收基金模式、信托模式的优点进行优化,逐步建立专门的生态环境公益诉讼损害赔偿基金会或信托机构,以更专业、更透明的方式对生态环境公益诉讼赔偿资金予以管理。

在立法层面,构建全国性统一规范。规范赔偿金的使用首先要从顶层设计角度出发,在立法上对生态环境公益诉讼损害赔偿金进行统一、明确的规定。目前,检察公益诉讼立法已经进入日程,全国人大常委会也正在稳步、有序地积极推进生态环境立法编纂工作。我国目前制定的赔偿金相关法律法规依据民法典第1232条以及最高人民法院《关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》(下称《解

释》),民法规定及《解释》是以私益侵权惩罚性赔偿为中轴进行设计,在适用条件以及基数倍数等金额计算以及归属管理使用方面均难以完全适用于公益诉讼惩罚性赔偿。公益诉讼与私益诉讼具有不同机理,为避免生态环境公益诉讼惩罚性赔偿泛化适用,建议在立法上对生态环境损害赔偿惩罚性赔偿的适用条件进行规范,对污染环境、破坏生态行为的违法性、主观故意性、后果严重性等构成要件进行法律上的设定,明确生态环境公益诉讼惩罚性赔偿金额考量的具体因素,以确保生态环境公益诉讼损害赔偿中提出的惩罚性赔偿罚当其过,更好地实现生态环境公益诉讼损害赔偿的法律效果。

在监督层面,切实发挥检察机关监督职能作用。在生态环境公益诉讼中,检察机关要切实承担起和发挥好“人民检察院是国家的法律监督机关,是保障国家法律统一正确实施的司法机关,是保护国家利益和社会公共利益的重要力量,是国家监督体系的重要组成部分”的角色定位与作用。特别是在生态环境公益诉讼损害赔偿金管理使用阶段,检察机关要强化对有关行政机关履行职责情况的法律监督。对进入行政权力管理控制下的损害赔偿资金的使用效果,检察机关办案人员可与行政机关共同前往被侵害现场检查环境修复情况,对修复工作进行评估。对行政机关在管理使用赔偿金、组织修复中出现的行政违法行为和不作为要及时移送线索、制发检察建议或者提起诉讼等方式,督促行政机关依法履行职责。

在制度衔接层面,加强与有关机关组织协作。检察公益诉讼制度和生态环境损害赔偿制度在推进生态文明建设、维护生态公益目标上同向而行。检察公益诉讼与政府主导的生态环境损害赔偿制度的有效衔接可以实现两者之间的功能互补。生态环境公益