

加强理论研究与实践探索 推动涉外刑事法治实施机制建设

综述

□本报见习记者 姜昕

“徒法不足以自行。涉外刑事法治建设离不开涉外刑事法治的实施,而涉外刑事法治实施离不开‘人’这个主体,离不开对实践问题的分析解决,离不开理论研究的跟进与支撑。”近日,在由北京理工大学法学院、涉外刑事法治研究暨人才培养协同创新中心共同主办的“涉外刑事法治研究暨人才培养协同机制”系列学术研讨会第四期“涉外刑事法治实施机制”学术研讨会上,与会专家达成普遍共识。来自科研院所的专家学者与实务部门代表围绕涉外刑事法治实施机制的内涵外延、实施现状、跨部门合作及机制完善等问题展开深入探讨,为推进涉外刑事法治实施机制理论研究和实践探索建言献策。

涉外法治人才培养当为重中之重

涉外刑事法治的实施,根本在人。涉外法治人才培养是当前面临的一项重要而紧迫的任务。北京理工大学党委副书记包丽颖指出,涉外刑事法治是法治中国建设的重要环节,是国内法治的对外延伸和国际法治的向内投射,是我国参与国际刑事法治,构建新型国际秩序的应有之义。涉外刑事法治包括涉外刑事立法、执法、司法、人才培养等诸多环节,涉外刑事法治的实施,一直是涉外法治建设的难点和重点,亟须加强研究。最高人民检察院国际合作局局长刘志远表示,涉外法治人才培养是一项长期的系统工程,需要强化顶层设计,加强实务部门与法学院校的协同联动,强化知行合一和支撑保障。司法部国际合作局局长杜亚玲指出,涉外实务部门应与各高校智库加强合作、协同发力,为国家培养政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法律实务的高素质复合型人才。公安部国际合作局副局长高俊义认为,涉外法治是强国盛世特有的国家治理体系,是落实全球安全倡议的重要内容,是维护国家安全稳定利益的必要手段,实务部门和政法院校要加强合作,共同探索涉外法治人才培养新模式。中央司法警官学院监狱学学院教授徐为霞指出,监狱是外籍犯刑改的重要场所,需要讲政治、善管教、能斗争、会宣传的全面型人才。近年来,该院虽然在师资配备、招生等方面作出加化和努力,但仍面临实践教学体系如何优化、科研反哺教学的周期如何缩短、学生的专业认可度如何提升等需研究解决的问题。北京师范大学法学院副教授赵晨亮提出,涉外刑事法治人才培养首要的是树立坚定的政治立场,可更多地到国际组织中学习锻炼,利用国际会议的边会等形式充

分发挥学者的作用,宣介我国司法制度,讲好中国故事。中南大学法学院讲师范晓宇认为,涉外刑事法治人才培养应分阶段、分类型进行。第一,分阶段,从培养整个环节或流程来说,分为在校阶段的培养、步入工作岗位之前实习实践环节的培养以及职业培养。第二,分类型,包括国际组织人才,如负责条约的缔约、履约工作等的人才;涉外商务人才,如涉外刑事律师;涉外政务人才,如立法、执法和行政等方面的人才。

涉外刑事案件办理需加强配套程序设计

涉外刑事案件的办理相较于普通刑事案件,在程序上有一些特殊之处,亟待加强理论研究和立法支撑。中国人民大学法学院教授程雷认为,加强对涉外刑事案件的研究,要厘清涉外刑事案件的范围,要明确境外证据的取得、审查判断标准,要有针对性地设置涉外刑事案件诉讼程序。北京理工大学法学院教授彭海青认为,完善外国人犯罪案件刑事诉讼程序可从四个方面入手:一是引入多种方法保障翻译权,包括完善司法翻译程序、建立全国司法翻译人才资源库和制作多语言司法文书模板等。二是完善领事探视制度,明确领事探视次数与间隔标准、探视程序。三是完善驱逐出境制度,明确驱逐出境的适用对象、增设具体期限、强化执行效果。四是加强国际刑事司法协助,积极参与刑事司法协助国际规则的制定,提高刑事司法协助质效。北京师范大学法学院教授张磊认为,涉外刑事法治实施是一个过程,前端涉及管辖权,后端涉及刑罚执行。管辖权适用应重点研究何为刑法第7条规定的“犯本法规定之罪”;刑罚执行方面应关注引入式移管中被判刑人的刑罚转换问题,包括双重犯罪原则、未成年人保护及具体刑期转换规则的厘定。

办案中的难点问题也是研究的重要对象。杭州铁路运输检察院副检察长曾涌结合办案实践指出,涉外刑事案件的办理存在配套措施不健全、跨境取证难、跨境追赃难、外籍犯社区矫正及缓刑执行难以落实等问题,制约办案质效。北京市顺义区检察院四级高级检察官曲赛男建议,在刑事诉讼法修改中,有条件地增设以刑事司法协助方式获取境外证据的程序不计入办案期限的规定,同时将境外证据的审查认定作为区别于境内证据审查认定的重要组成部分加以设计,有条件地增设以刑事司法协助方式获取境外证据的程序不计入办案期限的规定,同时将境外证据的审查认定标准。北京市朝阳区检察院检察官元悦然建议,加强涉外法律体系体系建设,完善涉外刑事案件办理配套机制,明确涉外案件中法律翻译人员、辩护律师等参与人的条件,构建涉外诉讼参与人员库。北京市朝阳区法院刑事审判庭庭长刘砺兵认为,我国法律中有关审判出境措施的规定较为原则,带来适用中的诸多问题,对此,应在坚持必要性、适当性等原则的基

础上,设计驱逐出境的启动程序、审查对象、审查要点、救济途径、持续时间及次数、撤销或解除等具体适用程序。

深化国际刑事司法合作

国际刑事司法合作是不同国家和地区之间为打击犯罪、维护公共安全而进行的合作与配合,涉及个案侦查、联合行动以及犯罪嫌疑人追逃和引渡、起诉和审判跨国犯罪等多个方面,具有重要意义。北京外国语大学法学院教授王文华认为,完善国际刑事司法协助工作,应加快刑事司法协助条约的缔约、修订工作,建立跨部门协同高效的刑事司法协助机制。为此,建议借鉴外国的一些做法,制定一部示范法或有弹性的统一的示范规则,以指导协同机制的建立与运行。对于如何加强国际刑事司法协助,最高人民法院国际合作局司法协助处处长吴海莹认为,一是进一步提高运用国际刑事司法合作渠道的意识和能力。二是进一步加强实务部门之间的合作。三是运用各种合适的机会和场合澄清、宣传我国司法制度以及我国在人权司法保障方面所取得的成就。四是加强与学术部门的沟通交流、合作。五是加强人才培养,扩充法律后备力量。

国家间跨部门合作是打击跨国犯罪、维护国际秩序的重要方式。中国人民公安大学涉外警务学院教授张杰指出,加强涉外刑事法治的国家间跨部门合作是大势所趋,亦存在特殊性,许多问题亟待解决。要加强新型国际刑事司法合作的规则构建,为解决各国国家主权冲突性问题提供新思路;完善我国涉外刑事领域法律建设,以提升执行过程中的合法化、规范化;通过明确参与合作的主要部门及承担的主要工作、完善参与合作的方式、应对合作中面临的挑战并采取相应的对策可以推动涉外刑事法治工作的顺利开展;运用信息技术创新国家间合作方式,为域外执法高效化提供新路径,从而更好地打击跨国犯罪。北京理工大学法学院客座教授张晓鸣认为,加强涉外刑事法治建设,我国国内的跨部门合作包括三个方面:一是继续加强与中央相关机关之间的合作。二是加强央地之间的合作。三是加强府学之间的合作。

引渡是国际执法司法合作中一种正式的、法律制度完备的追逃手段,也是主权色彩浓厚且复杂的合作形式。外交部条法司三处处长史晓斌指出,我国从20世纪80年代开始到目前初步形成了一套符合国际惯例、具有中国特色的引渡体系。从发展趋势看,未来引渡的重要性会在追逃方面更加突出。因此,引渡制度中存在的很多实体和程序问题需要深入研究。但是,民法典第179条对民事责任类型的规定同样持开放立场,法条中的表述为“承担民事责任的方式主要有”,“主要有”即表明民事责任承担方式不局限于该条所列举的十一种情形。而在民法典第1167条中,“侵权责任”之前同样有“等”,该条属于“侵权责任”编中的“一般规定”。著作法第52条关于侵权责任的一般规定,也使用了“等民事责任”的表述。结合上述条文不难发现,立法者是以“等”来实现对民事责任类型的开放式规定,其目的在于授予司法人员必要的自由裁量权,以根据个案救济需要创设新的民事责任方式。对民事责任类型的开放式规定是不违背绝对权法定原则的。著作法中既有对权利类型、内容和合理使用的封闭性规定,也有对权利对象、侵权行为类型、民事责任类型的开放式规定,但二者并不冲突,都是符合绝对权法定原则要求的。绝对权法定原则属于包括著作法在内的各种设权法的结构性原则,权利的类型、内容及其限制均以法律明文规定为限,以此来形成产权的最优化标准,减少第三方的核查成本,兼顾经济效率与交易安全。作品类型的开放是创作自由的基本保障和市场交易的“润滑剂”,兜底条款的出现不会影响经济效率和交易安全。侵权行为类型和民事责任类型之所以要采用开放式规定,是出于有效保护民事权利考虑,封闭性规定会反向激励行为人以法律列举类型之外的方式实施侵权行为,破坏交易安全。同理,民法典第1195条对“必要措施”的开放式规定,是非常有必要的,“等”的解释是民事权利救济的重要一环。

强化数据的运用和管理

数据作为新型生产要素受到世界各国的高度重视,进而在数据的跨境流动、采集、使用、监管等方面引起各方关注。北京理工大学法学院教授洪廷青指出,当前数据跨境的场景主要有两类,一类是业务跨境导致数据跨境,另一类是境外电子数据证据的取得。北京航空航天大学法学院教授裴炜指出,在大数据时代,刑事诉讼法的修改要适应网络空间犯罪治理的现实需求。首先,国际刑事司法协助应尽可能将网络信息技术引入其中,通过数字化、标准化来优化协助流程、简化协助手续、提升协助效能。其次,建立常态化国际刑事司法联络机制,尽可能将个案式司法合作转变为常规流程。再次,针对紧急情况下的涉外刑事司法协助设置相对简化、便捷的快速协助通道。最后,针对跨境数据取证措施,原则上应限缩双重犯罪原则的适用。北京外国语大学法学院教授郑贻认为,数字时代的刑事诉讼越来越倚重数据处理,而数据处理涉及重大法益,应对其进行全流程监管。为实现此种监管,应以数据处理活动为监管内容、以检察机关为监管主体、以具有公权力属性的数据处理者为监管对象,勾勒出刑事诉讼数据处理全流程监管的基本架构。刑事诉讼数据处理全流程监管应以权力行使与权利保障平衡为价值取向,以数据流动与数据安全兼顾为监管目标,采用“面”“线”“点”相结合的监管方式,为数据监管工作提供指引。

多措并举提升反海外腐败效能

近年来,反海外腐败问题受到广泛关注,党的二十届三中全会明确提出“出台反跨境腐败法”。反海外腐败,管辖权的适用是一个不容回避的问题,中央民族大学法学院副教授王一起认为,为争取在国际管辖权博弈中的平等地位,我国须突破绝对属地主义,适度扩张刑法的域外管辖效力。区别于单边主义立场的“长臂管辖”,我国确立域外刑事管辖权须以适度性为前提,强调相关犯罪与我国存在实质连结。中国社会科学院国际法研究所副研究员孙南翔建议,解决各国反海外腐败管辖权争议问题,应在国际法层面进行一定的合理限制。一方面,充分发挥国际法基本原则的作用,即加强对国家主权的限制,特别是对国家域外管辖的限制。另一方面,推出反跨国腐败的多元协商合作机制,特别是探索平衡管辖权的有效性和平等性的机制和做法。我国在进行海外腐败管辖规定时应坚持真实联系的原则,即案件和规制国之间具有紧密、真实的连接因素。暨南大学法学院讲师史蔚认为,当前各国应对企业跨境腐败的通行做法是提升有关部门调查能力,完善促进国际合作、鼓励社会公众参与反腐败调查及鼓励涉案企业合作调查。我国应在鼓励涉案企业合作调查方面加强探索和研究,以有效缓解企业跨境腐败取证难的问题。

集萃

四川大学法学院教授魏东:明确非法经营同类营业罪的规范类型和不法行为定型



刑法第165条规定的非法经营同类营业罪,可以分为“国有公司、企业高管”非法经营同类营业罪与“其他公司、企业高管”非法经营同类营业罪两种规范类型。非法经营同类营业罪保护的法益是公司、企业高管职务行为的公正性和竞争性经营收益的财产权;实施不法行为的主体是“公司、企业高管”,包括“国有公司、企业高管”及“其他公司、企业高管”;不法行为定型包括“公司、企业高管”实施非法经营同类营业的行为要素和结果要素,“其他公司、企业高管”不法行为定型中的结果要素同时包含获利结果和损失结果。在“公司、企业高管”的行为同时构成非法经营同类营业罪和受贿罪(或非国家工作人员受贿罪)时,应依法进行数罪并罚;在“公司、企业高管”的行为同时构成非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪或者侵犯商业秘密罪时,应按照想象竞合犯的处断原则,即“从一重处断”原则定罪处罚。

广东外语外贸大学法学院教授周新:刑事诉讼法的第四次修改宜从三个方面展开



随着立法的日趋完善,刑事诉讼法的法典化成为未来发展趋势。顺应时代要求,刑事诉法将迎来第四次修改,此次修改也是刑事诉法法典化的重要契机。从刑事诉讼法法典化体系完备、逻辑周延、修补缺漏等角度出发,此次刑事诉讼法的修改可在完善既有立法规范的基础上,围绕以审判为中心的诉讼制度改革、刑事程序的繁简分流和特别程序的体系化建构三个方面展开。以审判为中心的诉讼制度改革应重点关注无罪推定原则、直接言词原则和诉讼制度构造等基础性内容的调整;刑事程序的繁简分流有必要从量刑协商程序、自愿性审查、值班律师参与等方面优化认罪认罚从宽制度的具体适用;在探寻一般性规律的基础上,特别程序的体系化建构应从体例、逻辑结构和内容等方面进一步明确和完善各程序之间的关联。

山东大学法学院教授郑智航:精准把握数字法学的理论品格与学科定位



数字法学的理论品格除了延续工商业法治文明强调的民主、合作、平等、信用、法治等核心要素外,还强调把现代制度与数字技术结合起来,通过网络化、数字化和智能化,将科技伟力转化为法治伟力。一种新的研究范式并不主要取决于研究对象的新颖性,而在于其是否具有相对独特的理论信念、概念范畴和学术命题。

数字法学的理论信念主要包括对数字向善的坚持、对主体的性原则的捍卫、对技术权力约束理念的信仰和对数字思维的运用等。数字法学的概念范畴包括本体论范畴、价值论范畴、运行论范畴和方法论范畴。数字法学正在从基本理念和解释原则、基本范畴和基本原理、逻辑环节和理论论证、标志概念和术语革命四个方面形成一系列的学术命题。

数字法学的学科定位主要包括学术意义上的学科定位和功能单位意义上的学科定位两个层面。学术意义上的数字法学包含作为理论法学的数字法学,也包括作为应用法学的数字法学。功能单位意义上的数字法学作为一个新兴学科,主要培养适应数字社会发展需要的人才,强调法治人才除了具备法治素养外,还需要具备数字素养;数字法学和传统法学应当是并列的两个一级学科。

中国政法大学法学院教授郑玉双:数据伦理的法理构造与治理模式应以数据正义为框架



数字社会发展中不断出现的数数据歧视、算法黑箱、大数据杀熟等数据难题的破解,需要在数据治理中充分展现数据伦理的意义。数据伦理是科技伦理在数据活动中的具体体现,但自身具有区别于信息伦理和机器伦理的特定内涵。数据活动是将社会实践计算化和数据化的创造性活动,数据伦理嵌合于人机协作的新兴生产方式和机器深度重塑人性的转型结构之中。数据伦理应当以数据正义为框架,在此基础上展示其法理构造和治理意义。在法理构造上,世界的深度数据化和人机协作的日益成熟重塑了法律与科技的互动方式,对数据伦理的挖掘和构建应当在法律与智能科技的互动这一双层结构之下展开,对数据伦理的法律规制也应结合数据正义的新形态进行调整。数据伦理在数据治理中的内涵和层次具有多元性,数据治理中不能仅将数据伦理作为治理对象,也应当将数据伦理纳入数据治理模式的设计与实践。在治理模式上,应当以数据正义为价值载体,将数据伦理要求贯穿数据治理之中以实现数据法治,并为化解数据治理中的价值冲突和确权难题提供理论支持。

(以上依据《法商研究》《法律科学》《华东政法大学学报》《甘肃社会科学》,高梅选辑)

短视频侵权救济中引入过滤机制具有可行性

视角

□孙山

短视频侵权救济中能否引入过滤机制乃至给短视频平台企业设定过滤义务,一直是业界关注的重点问题。在现行法律框架下,可能用于充当过滤机制的法律依据是民法典第1195条第1款中的弹性用语——“等必要措施”。该条款规定,“网络用户利用网络服务实施侵权行为的,权利人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施”。从技术变革、规范包容度来看,设立过滤机制可以被解释为“等必要措施”,基于在先合格通知的过滤属于有限制的过滤,可以对短视频侵权救济起到积极作用。

平台企业应当履行的注意义务

短视频平台企业履行的注意义务应当随着技术的改变而改变。自1998年以来,“通知—删除”机制被各国普遍接受,互联网企业借助避风港规则所确立的低水平注意义务带来的制度红利,取得了迅猛发展。与此同时,低水平注意义务也给著作权人带来诸多困扰,避风港规则常常被异化为互联网企业规避责任的借口,特别是在短视频平台企业出现后,这一问题更为突出。注意义务是一个历史性而非固定不变的范畴,其内容和水平取决于具体场景下义务人的执行成本、权利人的收益和行为结果承载的公共利益。人工智能等技术的使用极大地改变了短视频平台企业管理用户上传视频的能力,平台企业可以通过技术手段了解视频本身的内容和权属状况,注意义务水平的提升具备了现实基础。因此,当涉案作品知名度高、播放量大,用户上传、反复上传,权利人持续频繁投诉等情形出现时,平台企业全面

掌握相应信息,对用户的行为是否构成侵权应有清晰认识。短视频平台企业不能一方面尽享流量带来的好处,另一方面却无视流量中明显存在的海量侵权行为。

有观点认为,权利人应当主动监测、预警、通知,理由是其成本更低。但是,作为自然人的权利人受技术、人力方面的限制,根本没有能力完成短视频平台上的监测、预警。在这种情况下,权利人不应承担监测、预警的义务,合格通知的条件也应从宽解释,避免“受害者有罪论”的错误逻辑。

“等必要措施”属于开放式规定

短视频平台企业应采取的必要措施也应与时俱进,固守僵化的避风港规则、严格限定必要措施的类型实际上是在变相纵容用户实施侵权行为,放弃了其本应承担的社会责任和法律责任。短视频平台企业赖以主张自身侵权行为不成立的主要依据,可能是被侵权行为的避风港规则与必要措施,平台企业是要以“通知—必要措施”之名,得“通知—删除、屏蔽、断开链接”之实。从早期的“通知—删除”到现在的“通知—必要措施”,其中反映的一个变化,是立法者对权利救济手段的包容态度,平台企业应当对权利人提供更为全面的有效的救济。“等必要措施”属于兜底性质的表述,涵盖了各种可能用于权利救济的手段,包括但不限于我国民法典第1195条第1款中所列举的“删除、屏蔽、断开链接”这三类方式。在人工智能、算法推荐技术普遍应用的今天,短视频平台企业有能力、有条件对用户上传至平台的作品采取删除、屏蔽、断开链接之外的管理措施,包括但不限于过滤等必要措施。当“删除、屏蔽、断开链接”不足以有效救济权利时,司法机关有权要求平台企业采取过滤等必要措施。

我国民法典和著作权法中对包括“必要措施”在内的民事责任承担方式的列举属于开放式规定,授予了司法人员必要的

自由裁量权来解释创设新的民事责任承担方式。从体系归属上看,“必要措施”属于民事责任承担方式在互联网领域的特殊表述。短视频平台企业主张对必要措施作封闭式解释,尝试以此来免除过滤等技术手段的使用。但是,民法典第1195条第1款中“等必要措施”的表述表明了立法者的开放态度,必要措施的范围与内容应以权利的有效救济为评判标准。不止于此,民法典“总则”编第179条对民事责任类型的规定同样持开放立场,法条中的表述为“承担民事责任的方式主要有”,“主要有”即表明民事责任承担方式不局限于该条所列举的十一种情形。而在民法典第1167条中,“侵权责任”之前同样有“等”,该条属于“侵权责任”编中的“一般规定”。著作法第52条关于侵权责任的一般规定,也使用了“等民事责任”的表述。结合上述条文不难发现,立法者是以“等”来实现对民事责任类型的开放式规定,其目的在于授予司法人员必要的自由裁量权,以根据个案救济需要创设新的民事责任方式。对民事责任类型的开放式规定是不违背绝对权法定原则的。著作法中既有对权利类型、内容和合理使用的封闭性规定,也有对权利对象、侵权行为类型、民事责任类型的开放式规定,但二者并不冲突,都是符合绝对权法定原则要求的。绝对权法定原则属于包括著作法在内的各种设权法的结构性原则,权利的类型、内容及其限制均以法律明文规定为限,以此来形成产权的最优化标准,减少第三方的核查成本,兼顾经济效率与交易安全。作品类型的开放是创作自由的基本保障和市场交易的“润滑剂”,兜底条款的出现不会影响经济效率和交易安全。侵权行为类型和民事责任类型之所以要采用开放式规定,是出于有效保护民事权利考虑,封闭性规定会反向激励行为人以法律列举类型之外的方式实施侵权行为,破坏交易安全。同理,民法典第1195条对“必要措施”的开放式规定,是非常有必要的,“等”的解释是民事权利救济的重要一环。

有限制的过滤属于“等必要措施”

有限制的过滤属于“等侵权责任”和“等必要措施”中的“等”的范围。平台企业所承担责任的确定,离不开成本的考虑。数字技术时代作品海量生成、传播,对涉嫌侵权的作品进行无限过滤的成本显然超出了平台企业的承受能力,这也是长期以来过滤义务的设置并未成为各国共识的主要原因。不过,当过滤在执行成本降低到平台企业正常运营所能承受的程度,也就是实施有限制的过滤时,过滤就具备了成为“等必要措施”的及时性、必要性、可行性和合理性。过滤依赖的底层技术是对内容的识别,这对于短视频平台算法推荐内容而言,属于底层的技术,因此进行过滤不会明显增加额外成本。从司法实践来看,各地法院在相关禁令与裁定的审查过程中都将过滤成本作为考量因素。现实中,一些短视频平台企业通过过滤等同无限制的过滤,进而以成本过高为由否定该种必要措施。在此需要特别澄清,过滤有多种类型,基于在先合格通知的过滤属于有限制的过滤,其成本是可以承受的。

基于在先合格通知的过滤即有限制的过滤,不同于事先的普遍审查义务,司法层面的引入不会引发利益的严重失衡。一些学者担心,如果为平台企业设定事先的普遍审查义务,势必会极大增加平台企业的运营成本,同时也可能影响民众的基本自由,造成大面积的“误伤”。这种担忧是有道理的。然而,平台企业采取过滤措施的前提是接收到权利人的合格通知,根据权利人的合格通知所做的过滤,是小范围、目标明确、对象特定的过滤,这首先决条件大幅度降低了平台企业的运营成本。而“反通知—恢复”等救济措施的存在,又会降低错误通知的危害性。因此,基于在先合格通知的过滤,与事先的普遍审查义务不相同,也不类似。

(作者单位:西南政法大学民商法学院)