

以“穿透式”监督促进行政检察功能更好实现

区分三个维度把握非法提供证明文件罪刑关系

□曹坚

刑法修正案(十一)修订了中介组织人员犯罪的相关条文,在原有资产评估、验资、会计、审计、法律服务等已明确的中介组织主体之外,新增了保荐、安全评价、环境影响评价、环境监测的中介组织人员作为犯罪主体;在原有一档量刑的基础上增加了“五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”的规定;将中介组织人员受贿以提供虚假证明文件的行为择一重处,体现了从严的立法精神。由于中介组织人员非法提供证明文件的犯罪行为往往服务或服从于“套路贷”等主犯罪行为,易产生是作为主罪行的共犯评价还是以中介组织人员罪名独立认定的问题,建议从以下三个证明维度夯实对相关犯罪要件的认识。

从主观明知证明维度出发,揭示中介组织人员与主罪人员的犯意联络和认知内容。作为相对中立的专业技术行业人员,因其职业特性需要与相关单位和人员产生业务联系,当其违反从业规则以其专业技术帮助他人犯罪,多根据刑法设置的罪名定罪处罚,例如帮助信息网络犯罪活动罪、非法提供信用卡信息罪等,如果要构成其所帮助的主罪的共犯则有着更为严格的证明要件及证明要求。如果主观上仅仅是明知他人利用信息网络实施犯罪,但具体实施何种犯罪不明确,或者虽然知道他人实施何种犯罪,但对该犯罪的具体实施过程和细节不知晓,一般仍以帮助信息网络犯罪活动罪论处。中介组织人员实施的相关犯罪更具有行为评价独立化的特征。司法实践中,有人主张,公证人员提供证明文件的,是以其所帮助的主罪行的共犯来认定还是依其特定罪名独立认定,主要看主观,如果主观上明知他人实施“套路贷”犯罪的,即构成诈骗罪等主罪名的共犯。这一判断的主要依据是“两高两部”《关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》(下称《意见》)规定,明知他人实施“套路贷”犯罪,协助办理公证的,以相关犯罪的共犯论处,但刑法和司法解释另有规定的除外。笔者认为,对《意见》的理解适用不能简单以共犯评价,要准确把握共同犯罪成立的主观要件。“套路贷”犯罪系通过公证的方式明确其与被害人之间的房产担保关系,然后通过不法手段制造被害人违约事实,依据公证文书约定的条件达到非法占有被害人房产的目的。公证文书出具公证文书的行为客观上有利于“套路贷”犯罪的实施,但不能仅凭此就追究公证人员的刑责,尤其是追究其诈骗等犯罪共犯的刑责。主观上的明知应当理解为系明知无疑的诈骗,要防止客观归罪。如何证明中介人员的主观明知,《意见》要求结合行为人的认知能力、既往经历、行为次数和手段、与同案人和被害人的关系、获利情况、是否曾因“套路贷”受过处罚、是否故意规避查处等主观因素综合分析认定。公证人员虽然出具了不实证明文件,在排除其故意出具的情况下,可认定为出具证明文件重大失实罪;虽系故意出具,但明知程度和内涵达不到其故意意义上的明知要求时,可认定为提供虚假证明文件罪。

从客观参与分赃获利的证明维度出发,查证中介组织人员在主罪行为实施过程中的行为介入程度。是否参与分赃获利,是判断中介组织人员构成主罪行的共犯还是构成独立犯罪的一个比较容易把握的实践标准。中介组织人员与其他人员实施共同犯罪获取非法利益,可以是显性的直接参与分赃,也可以是隐性的通过提供虚假证明文件的方式收取貌似合法的报酬。对于前一种情形,要注重收集银行流水、微信等网络支付工具的转账记录等客观证据和同案犯的指证等主观证据,有参与分赃情形的可直接认定其构成诈骗罪等主罪的共犯。对于后一种情形,认定时比较复杂,从形式上看中介组织人员为“套路贷”团伙经常性提供公证文书服务,收取相应的公证费用貌似合法,但实际上其与“套路贷”犯罪行为有着较为固定、长期的合作关系,虽然不参与分赃,但借此获利的事实难以否定,对此也可考虑以主罪行的共犯论处。但是在刑事证明时要注意综合全面认定,不能仅仅因公证人员经常性为“套路贷”团伙提供公证服务出具虚假证明文件,就简单以诈骗罪等主罪的共犯论处,还需要结合证人证言、同案犯供述、被告人自己的辩解等证据,从参与次数、获利来源、告知程度等多方面进行分析,确定公证人员是犯罪团伙中的一员还是单独实施的犯罪。如果公证业务主要来源于相对固定的“套路贷”犯罪团伙,与犯罪团伙成员彼此熟悉,在明知知道被害人受欺骗、被胁迫的情况下仍然帮助出具虚假证明文件的,可考虑直接认定为诈骗等犯罪的共犯,有合理辩解的情况除外。

从履职尽责的证明维度出发,精准界定中介组织人员是故意犯罪还是过失犯罪。中介组织人员犯罪本质上是违反客观、专业、尽职的从业职责,因主观恶性程度不同可区分为故意犯罪与过失犯罪。对明知委托事项与客观事实不符,为营利仍然提供虚假证明文件的,以提供虚假证明文件罪论处;对急于履职,放松要求,不负责任,因而出具重大失实的证明文件造成严重后果的,以出具证明文件重大失实罪论处。由于两罪的客观行为相似,均表现为出具不符合实际的证明文件,区别的关键点在于中介组织人员的主观故意是故意还是过失,实践中在适用罪名时存在着区分度不够精确的现象。结合实际的办案情况,建议从以下情形出发明确证明行为人的主观心态,做到罪责相符、罚当其罪:(1)有客观证据充分证明中介组织人员明知知晓所提供的材料系伪造、变造,仍然据此出具相关证明文件的,应认定其系故意提供虚假证明文件,例如材料造假痕迹明显,以职业常识不可能不辨别,多次为同一对象提供虚假证明文件,且无合理理由解释;(2)有主观证据充分证明在制作证明文书的过程中,中介组织人员知晓交易人员之间有关虚假交易的对流交流内容,或者虚假交易人、被害人明确指证其明知知晓交易虚假,且无合理辩解的,应认定为故意提供虚假证明文件罪;(3)前两种情形之外,在案证据存在疑点或者矛盾,无法排除中介组织人员是在不知情的情况下不慎出具不实证明文件的,应认定出具证明文件重大失实。

(作者单位:上海市人民检察院第二分院)

善于把握监督时机、力度、方法,预估介入监督的后果,努力构建与政府间的良性互动关系,形成化解争议合力。

二是善于把握形式法治与实质法治的边界。“穿透式”行政检察监督旨在化解实质性行政纠纷,实现实质正义,从而避免行政审判中机械司法、教条司法带来的形式主义弊端。在全面依法治国的当下,无论是在法律体系的建构上还是在法律实施的过程中都不能只偏重强调“形式法治”、“实质法治”也是中国特色社会主义的必然要求。“实质法治”反映到行政检察层面则强调对于行政争议的实质化解。“形式法治”和“实质法治”并非泾渭分明,而是存在内在的一致性,二者是“鸟之双翼,车之两轮”的关系,不可偏废其一。检察机关在办案过程中,不仅应在适用形式规范时嵌入实质维度的考量,通过推动形式法治的再实质化进而推进争议的实质化解决,同时还应强调的是,在融入相关实质考量的同时,要将程序性思维贯穿于整个行政检察监督的过程中,严守程序正义,遵循基本形式逻辑规则,尊重规则本身的理性,从而以正当程序确保争议的实质解决。最终,“穿透式”行政检察监督能够在“严格司法检察”与“能动司法检察”之间保持一种必要的张力,在实质性化解纠纷中平衡实现形式法治与实质法治。

三是善于把握所涉问题合法与否的边界。实质性化解行政争议是当前检察机关行政检察监督大力追求的目标,但该项目标应当在全面依法治国的统筹下进行,既要做到化解行政争议,又要做到实现社会主义法治价值。行政检察监督的启动要件应围绕行政诉讼审判和执行行为的合法性、行政行为的合法性与合理性问题展开,以关联性为界限,不超出法律的必要界限。从实践来看,行政检察监督的申请人有的诉讼能力弱,申诉的事实和法律依据不明确,检察机关说理和息诉力度亦需加强。有些行政纠纷只是当事人主观意义上的“冤情”,未必合法合理,无休止的诉讼不仅浪费司法资源,而且会损害司法公信力。因此,检察机关既要善于发挥行政检察的法律专业性,以法治方式解决行政争议,又要兼顾法律化的社会主义道德,又要对当事人进行人文关怀,在做好释法说理的同时给当事人以有效的指引,以依法、有效化解纠纷。

(作者分别为武汉大学法学院教授、宪法行政法博士研究生)

下的网络著作权纠纷中,检察机关作为被授权的有限关键节点,可以根据授权范围通过链式存储追溯某版权的申领、确权、交易等全部信息,提高检察机关办案效率。

最后,联盟链授权机制有利于解决维权难问题。在知识产权维权成本方面,联盟链技术可以有效降低网络著作权案件当事人的维权成本。传统网络著作权保护需要复杂的流程和人工成本进行版权登记和网络安全维护,而联盟链可以通过智能合约机制对输入的网络著作权案件自动验证并生成报告,极大降低了维权成本,提高司法效率。以小说版权为例,其版权流转非常复杂,版权的买卖不仅有时间区间、授权范围,还有再创作授权等多种因素交织。联盟链通过智能合约程序将相关主体的交易记录梳理归纳形成规范性报告,有利于司法机关快速了解案情,作出公正裁判。在认定损害赔偿标准方面,由司法机关、知识产权管理部门搭建的联盟链区块链可信网络,通过有限授权认证的机构管理,能够打通不同技术架构、不同部门的身份信任问题,建立基于身份信任的可控区块链网络,有利于侵权损害赔偿标准的认定。联盟链通过角色授权机制,可以对所有参与知识产权交易的主体进行登记并记录该主体所有行为轨迹,通过智能合约对所记录的侵权行为进行评估,从而形成标准统一的损害赔偿金额。例如,在联盟链对小说内容创作的管理中,每一位作者在生产一份作品后即可获得哈希值,每一份作品被个性化推荐后都会被加入时间戳,使用者若获取作品内容时将被记录。若发生侵权行为,智能合约将能很快推算出作品所受到的版权损失并给出侵权损害评估报告,检察机关通过联盟链网络的授权能够快速获取相关信息,及时保护网络著作权人利益。

(作者单位:重庆市南岸区人民法院)

□包含实质性化解行政争议在内的行政检察监督理论具有“穿透式”特性,是新时代法律监督理念在行政检察领域的细化。“穿透式”监督本是针对互联网金融风险治理所提出的特定概念,检察机关基于对检务实践的经验总结与前瞻,可将此概念运用到行政检察领域当中。

解行政争议”为穿透中介,实施“一案三查”办案机制,同时审查司法机关行为有无错误,行政机关行为有无违法,行政争议化解有无可能。

二是从个案监督穿透到类案监督。在行政检察监督案件中,个案不仅是归纳规则的开始,也是演绎规则的过程。行政检察案件总体上体量相对较小,部分案件天然具有引领性与示范性,类案监督正是立足于小见大、以点带面,通过找寻一定时期有纠偏、创新、进步、引领作用的案件,从而促进解决一个方面、一个领域、一个时期的司法理念、政策导向问题,做到“办理一件,治理一片”,这正是“穿透式”行政检察监督的目标。在办理行政检察案件的过程中,检察机关应该注重发挥类案监督的集成效应,不能唯数量论,要促进案件数量和质量平衡,着重突出监督质效上,探索如何实现类案监督的效益最大化。虽然类案监督在监督渠道和手段上具有多样性,但仍应发挥检察建议在类案监督工作机制中的制发和适用,对同类情形的案件制发一份检察建议,注重精、准、实的办案效果,力争让一个检察建议堵塞多个漏洞,解决一批问题。同时要明确类案检察建议的适用条件,抓好落实效果,从而以类案检察建议为抓手,提升行政检察的社会治理参与度。

三是从类案监督穿透到社会治理。检察机关肩负维护公共利益之责,应在办理案件时注重化解行政争议,开展溯源治理,为加快形成共建共享的基层社会治理新格局发挥行政检察优势。当下,行政公益诉讼监督案件的一个突出特征是:持续性纠纷倘若得不到解决,便会衍生一系列社会性问题。例如,在房屋征收补偿纠纷中,拆迁区的当事人由于对补偿不满意会提起行政二审,而一些案件经过一审、二审、再审和抗诉之后发回重审,再又重走一遍审判程序,但行政争议始终

对“穿透式”行政检察监督边界的思考

尽管“穿透式”监督的适用为行政检察发展打开了良好局面,但检察机关仍需把握好行政检察发挥功效的最大限度。

一是善于把握检察机关的职权行使边界。当下,“穿透式”行政检察监督的支点在于行政公益诉讼。在处理与审判机关的关系时,就诉讼案件中的行政争议化解而言,由于行政检察具有非终局性和非实体性处理的特点,检察机关应结合案情,综合考虑检察监督与行政审判的职能优势,规范裁判权行使,实现有限监督、精准监督、科学监督。与法院审理环节不同的是,申请检察监督的案件绝大部分已经作出判决,所以行政检察工作中,检察机关进行监督时更要遵从谦抑性、适度性的原则,从而实现法的安定性与正义性的统一。在审前和解阶段,检察院可以尝试参与争议审前和解,推动法检联合释法说理;在行政公益诉讼配合,推动行政争议实质性化解。在处理与行政机关的关系时,检察机关也要恪守边界。特别是化解“潜在之诉”时,检察机关应充分尊重行政过程中的案件,介入一定要慎之又慎,应以行政机关邀请、当事人申请为介入前提,或依照与行政机关之间搭建的纠纷处理机制介入。而且要



秦前红

“穿透式”行政检察监督的功能面向

“穿透式”监督不仅是一种新时代法律监督理念,同时也是一种监督方式。作为监督方式的“穿透式”行政检察监督的主要表征为“一能动三穿透”,即在能动司法检察观念指导下,主要面向三个功能维度发挥穿透效力。

一是从监督行政审判活动穿透至监督行政机关的行政行为。依据现有法律规定检察机关在履行职责过程中,既审查行政诉讼的合法性,也监督涉诉行政行为的合法性。按照现行法律法规和制度设计,对于诉讼监督而言,这种监督贯穿行政诉讼全过程,既有结果监督,也有程序监督。具体来看,行政诉讼监督包括对生效行政裁判和调解监督、行政审判人员违法行为监督、行政执法活动监督(包括非诉执行监督)。然而,在社会转型加速的当下,行政纠纷日益增多,行政审判中也存在“案结事未了”、程序空转、就案办案遮蔽类案漏洞等现象。党的十八届四中全会指出,“检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为,应该监督纠正。”那么,检察机关该如何监督行政机关违法行使职权或者怠于履职的行为呢?根据行政诉讼法第1条规定:“为保证人民法院公正、及时审理行政案件,解决行政争议,保护公民、法人和其他组织的合法权益,监督行政机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。”该条实际上反映出了我国行政诉讼法中观发现和化解实质性行政争议,进而消除不法行政行为的违法效果,而此消除技术就是所谓的“穿透”。在行政检察中应充分把握“穿透式”监督的核心要义,将其作为重要法律监督思维工具并加以娴熟运用,从而充分发挥其功能,在逻辑与价值互动中实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

“穿透式”监督理念

对“穿透式”监督理念内涵的解析,可以从“穿透”和“监督”两方面着手。金融法治领域,“穿透”原是描述性用语,在行政检察中借鉴该词,主要是想体现“穿透”不囿于事物表象的特点,要“拨开云雾见天日”,强调对事物内部、原始、深层次的问题的逐层剖析。“监督”则是指宪法赋予检察机关的“法律监督”职权,作为法律监督机关的人民检察院为维护国家法制的统一和法律的正确实施,可以用法律规定的手段对法律实施情况进行检查督促。从目的上说,“穿透式”行政检察监督针对的是传统的单一诉讼监督思维模式难以解决的司法裁判对行政争议形式化处理的积习。这种形式处理并不符合新时代社会治理的内在逻辑,容易造成司法裁判的合法性与社会性之间的离散,严重偏离实质正义的精神与理念。故而,“穿透式”行政检察监督的旨趣在于“实质法治”,这意味着行政检察监督的目的是发现和化解实质性行政争议,进而消除不法行政行为的违法效果,而此消除技术就是所谓的“穿透”。在行政检察中应充分把握“穿透式”监督的核心要义,将其作为重要法律监督思维工具并加以娴熟运用,从而充分发挥其功能,在逻辑与价值互动中实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一。

运用联盟区块链保护网络著作权

观察

□胡勇

互联网时代,网络创新产品的大量增加以及线下出版物、著作网络化发布,对知识产权的相关归属和运作模式带来了极大挑战。由于网络作品创新周期短,使用人数较多,传统的知识产权保护模式已经不能适应发展的需要,产权归属、证据保存、损害赔偿数额难以确定等都成为司法实践亟需解决的难题。联盟区块链技术,作为一种有限授权管理的区块链技术,具有不可篡改、易追溯、可操控的特点,适合对隐私保护、交互效率和监管有较高要求的领域。笔者拟基于联盟链技术提出以司法机关、知识产权管理机关作为可信认证机关搭建联盟区块链网络,建立可追溯的检务知识产权认证服务平台,为保障产权人的合法权益、打击侵犯网络著作权犯罪提供借鉴路径。

联盟区块链内涵与特点。区块链是一种去中心化、分布式存储、共识记账的技术,具备不可篡改、可信时间戳验证等技术特点,可以很好应用到具有较高价值的网络实践中。区块链技术目前有着众多的技术类型和分支,以访问和管理权限的分类方式可以分为公有链、私有链和联盟区块链。联盟区块链又称联盟链,是指在共识的过程当中受制于预选节点的区块链。由于兼具公有链和私有链的优点,它可以预先指定特定用户和有限的其他组织作为授权管理方,其他用户节点可以参与区块链网络交互但不参与管理。联盟链也被称为可信链,

由于其只需特定几个节点用户授权验证,常被用于不同组织间的分布式信任交易,具有低成本、高效率、有利于隐私保护的特点。

当前,由于网络著作权犯罪手段从原始的数据存储修改、网络分享下截演变为利用虚假访问链接、木马软件实施犯罪,涉及到复杂技术认定和法律适用的新型诉讼案件日益增多。在传统网络著作权模式下,计算机系统极易遭到恶意攻击或非法人入侵篡改,造成知识产权相关数据泄露、篡改、丢失等情况发生,且传统网络著作权大多依赖于第三方机构维权,导致其维权成本较高、效率低下,司法机关对产权信息的认证具有较大难度,而联盟区块链技术,作为一种低成本、高效、可追溯、可信任的方法能够降低司法成本、保障合法权益。

网络著作权保护遇到的问题。主要表现在三个方面:第一,随着移动互联网时代的到来,海量的碎片化作品被创作出来,要为每件作品注册版权是很难完成的任务,版权归属确权问题凸显。网络著作权包括电子著作权、电子商标注册等,网络传播的高效性使得网络著作权侵权行为发生时原作者难以证明原创性,互联网用户的虚拟匿名性特点也容易引发网络知识产权案件。针对上述现象,只有加强网络著作权“源头保护”,借助新技术手段对原创作品创作全过程留痕,保障数据不被篡改、易溯源、安全可控是网络著作权归属纠纷解决的重点。

第二,由于纸质文件不再是知识产权的唯一存在形式,网络技术大大降低了信息无痕删改的门槛,知识产权的电子化存储为隐私篡改、产权“洗白”等侵权行为提供

了极大便利,也为网络著作权存证、维权造成了困难。例如,在网络传播权案件纠纷中,侵权人删除相关网页截图等电子证据的真实性、合法性将难以核实,而公证虽然可以固化侵权证据,但对于大量网络作品来说成本太高,著作权人将面临存证难的问题。网络著作权证据保存亟需从源头解决,通过可信的网络存储方式对知识产权生命周期全过程留痕,形成完整的可溯源证据链。

第三,网络著作权是对知识价值的一种评估机制,强调的是知识的未来利益所产生的价值,这需要运用有条件进行市场价值估量,以便应对知识产权侵权时的损害赔偿。加之相较于互联网信息传播的高效性、及时性、交互性来说,知识产权的监管措施多数是事后监管,如何通过法律手段和技术手段实现事前预防、高效监管、分级授权,补足知识产权追责证据链条是当前研究的热点。例如,实用型专利申请一般需要几个月左右,由于网络传播的迅捷性、交互性以及专利转化应用的巨大经济价值极易发生专利侵权犯罪,如何缩短确权周期以保护专利人的权益显得尤为重要。

联盟链技术保护网络著作权策略。区块链技术独特的去中心化存储、无法篡改数据、可信验证、全程留痕的特点,能够很好解决传统网络著作权保护中存在的验证难、追溯难、维权难等问题。

首先,联盟区块链网络的身份授权访问机制,弥补了公有区块链没有身份验证的匿名性问题,适用于有较高可控性要求的知识产权交易领域。由司法机关、知识产权管理部门为主导搭建知识产权联盟区块

链,将网络著作权申请、确权、交易、维权等全过程进行“上链”管理,实现全程可追溯留痕,不仅可以降低维权成本,还能提高司法机关与知识产权管理部门之间的跨部门协调能力,降低电子证据存证审查难度,提高司法办案效率。由于联盟链数据块表头中的可信时间戳具有不可更改的特性,在知识产权数据块生成的同时,区块链会添加与数据块同时产生的可信时间戳并将相应的哈希值运算填入区块链上链,保证该区块链能在今后维权中提供真实的验证时间,并具有法律效力。联盟链中使用merkle树来组织数据交换,如果有非法授权者想要篡改某条交易记录,它必须同时篡改该记录的上级节点以及更上级的所有节点,最后修改merkle树根,进一步影响到该数据块的哈希值,如此庞大的篡改量导致其难以实现,这也保证了验证的准确性和真实性。

联盟链是在某一组织内部使用的区块链网络技术,具有较强的授权机制,只有经过授权的少数节点可以进行验证,具有较高的安全性。在知识产权电子数据存证方面,区块链独特的可信时间戳技术可以有效解决验证难的问题。在遇到网络著作权纠纷时,检察官、法官对案件知识产权申请时间、发布时间、取得时间等关键证据的认定对案件最终判决具有至关重要的作用。

其次,在知识产权确权过程中产权信息追溯方面,区块链独特的分布式链式存储结构可以有效解决产权信息追溯难的问题。当遇到多方产权纠纷时,传统网络著作权模式下司法机关很难找到有效证据快速追踪产权的确权过程,有效厘清产权的归属问题。联盟链存储模式