



以客观义务履行促进认罪认罚从宽更好落实

□ 韩旭

检察机关在认罪认罚案件办理中承担主导责任, 为了保证案件质量、保障辩护方权利, 防范司法错误, 须强调检察官客观义务。检察官客观义务为2019年修订后的《人民检察院刑事诉讼规则》第281条所确认, 且根据《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》(下称《意见》)第2条规定: “人民检察院对认罪认罚案件提出量刑建议, 应当坚持以下原则: …… (三) 客观公正。应当全面收集、审查有罪、无罪、罪轻、罪重、从宽、从严等证据, 依法听取犯罪嫌疑人、被告人、辩护人或者值班律师、被害人及其诉讼代理人的意见, 客观公正提出量刑建议……”第21条第1款进一步规定: “检察官应当全面审查事实证据, 准确认定案件性质, 根据量刑情节拟定初步的量刑建议, 并组织听取意见。”

认罪认罚案件中检察官履行客观义务的必要性

落实检察机关主导责任的必然要求。检察机关的主导责任鲜明体现在认罪认罚案件办理中, 审查起诉环节认罪认罚从宽制度较高的适用率和审判阶段较高量刑建议采纳率, 反映了检察机关不仅具有一系列程序权, 而且具有相当程度的实体处理建议权。义务通常体现为违反后的责任, 根据“权责统一”的基本法理, 权力越大, 义务越多, 责任越重。

防范错案, 提升办案质量的需要。对于适用速裁程序审理的认罪认罚案件, 由于一般不进行法庭调查和法庭辩论, 强调检察官的客观义务, 是防范错案的重要保障, 也是实现人权司法保障的重要举措。

审前程序中的角色定位要求。认罪认罚案件大量的诉讼工作由检察官在审前阶段完成, 例如证据开示、量刑协商等。控辩协商即是辩护权行使的方式之一。在审前程序中, 检察官既要主导认罪认罚从宽, 又要做到不偏不倚、充分听取辩护方意见。这种角色变化, 要求检察官必须履行客观义务。

认罪认罚案件中检察官履行客观义务需注意的问题

认罪认罚案件中检察官履行客观义务需要注意三个问题: 一是对犯罪嫌疑人权利保障与诉讼效率价



□ 检察官在认罪认罚案件中承担主导责任, 为了保证案件质量、保障辩护方权利, 防范司法错误, 须强调检察官客观义务。

□ 为了保证认罪认罚从宽制度的公信力, 并能行稳致远, 认罪认罚案件中检察官可从五个方面坚守客观义务: 诉讼关照义务、权利保障义务、权力克制义务、释法说理义务、平等协商义务。

值追求之间的平衡; 二是检察官作为犯罪追诉者的职能定位与保持中立角色之间的平衡; 三是认罪认罚从宽制度适用率与提出“罚当其罪”的量刑建议之间的平衡。

对犯罪嫌疑人权利保障与诉讼效率之间的平衡。对犯罪嫌疑人以辩护权为核心的诉讼权利予以保障, 是检察官客观义务的重要内容。认罪认罚案件中, 检察官对犯罪嫌疑人诉讼权利予以保障包括但不限于听取开示、控辩协商、辩护律师会见、充分听取意见等等, 要处理好与诉讼效率之间的关系。

追诉犯罪职能与中立角色之间的平衡。检察官以追诉和惩治犯罪为其基本职责。基于此, 举示有罪证据、促使犯罪嫌疑人认罪认罚既符合其职能定位, 也可以减少举证负担。然而, 因其在审前程序中的主导责任, 要求其听取犯罪嫌疑人及其值班律师、辩护人的意见, 接受犯罪嫌疑人无罪或者罪轻的证据等, 也要强调其中立地位。

认罪认罚从宽制度较高的适用率与提出合理的量刑建议之间的平衡。在认罪认罚从宽制度保持较高适用率的情况下, 要注意避免部分检察官在提出量刑建议时“偏宽”。因为, 只有宽大处理, 才会对犯罪嫌疑人产生吸引力, 从而使犯罪嫌疑人认罪认罚。对被追诉人来说, 量刑才是关乎其切身利益最核心的事项。然而, 如果量刑建议未能体现“罪责刑相适应”的刑法原则, “罚不当罪”, 则背离了客观义务。

认罪认罚案件中检察官如何履行客观义务

为了保障认罪认罚从宽制度的公信力, 并能行稳致远, 认罪认罚案件中检察官可从如下五个方面坚守客观义务:

诉讼关照义务。根据刑事诉讼法第173条第2款规定, “犯罪嫌疑人认罪认罚的, 人民检察院应当告知其享有的诉讼权利和认罪认罚的

法律规定”。该款规定即体现了检察官的诉讼关照义务。对“告知”应当明确形式要件, 须以书面形式告知, 并由犯罪嫌疑人签字。对于违反告知义务的, 应当规定不利的诉讼后果, 可考虑由此获得的认罪认罚口供不得作为证据使用, 以此保障诉讼关照义务的落实。《意见》第24条第1款规定: “人民检察院在听取意见时, 应当将犯罪嫌疑人享有的诉讼权利和认罪认罚从宽的法律规定, 拟认定的犯罪事实、涉嫌罪名、量刑情节, 拟提出的量刑建议及法律依据告知犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师。”这就要求检察官在履行客观义务时注意应诉讼关照义务。

权利保障义务。认罪认罚从宽制度法律、司法解释和相关司法解释性文件规定了被追诉人诸多诉讼权利: 知情权、获得有效法律帮助权、反悔权、异议权等。同时, 规定了辩护人和值班律师的多项诉讼权利: 会见权、阅卷权、协商权等等。权利与义务相对应, 权利的行使要靠义务的履行, 没有无义务的权利。上述权利的有效行使, 均依赖于检察官客观义务的履行。为了保障犯罪嫌疑人的知情权, 应当尽快建立证据开示制度。为了保障量刑建议双方合意的结果, 同时也为了减少反悔, 应当制定控辩协商规则。为了保障犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性、真实性和合法性, 应当确保犯罪嫌疑人获得有效的法律帮助, 并保障犯罪嫌疑人反悔权的行使。当前, 较为关注的问题是犯罪嫌疑人认罪认罚, 辩护人可否作无罪或者罪轻辩护。对此, 关于犯罪嫌疑人最基本的诉讼权利——辩护权的行使。刑事诉讼法第37条规定: “辩护人的责任是根据事实和法律, 提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见, 维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。可见, 辩护人具有相对独立的辩护权。既然如此, 根据法律规定, 辩护人提出“无罪”“罪轻”意见,

恰是其履行辩护职责的体现。有权威意见认为: “若被告人系自愿认罪认罚并签署具结书, 即使律师提出无罪或者罪轻的辩护意见, 法庭经过审理认为检察机关指控罪名正确的, 仍然应当依法适用认罪认罚从宽制度”。在辩护人作无罪辩护的场合, 对被告人仍可适用认罪认罚从宽制度, 这就意味着当被追诉人认罪认罚时, 辩护人可作无罪辩护。《意见》第22条第1款规定: “办理认罪认罚案件, 人民检察院应当依法保障犯罪嫌疑人获得有效法律帮助。犯罪嫌疑人要求委托辩护人的, 应当充分保障其辩护权, 严禁要求犯罪嫌疑人解除委托。”

权力克制义务。权力与权利呈现此消彼长的关系, 权力的增长和实现需要权力的克制和保障。实践中, 要防止有的犯罪嫌疑人担心被收监羁押, 而违心地认罪认罚。表面上看, 犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书具有自愿性和真实性, 但形式不能掩盖实质, 此种情况下, 尤其应注意犯罪嫌疑人无罪的可能。因此, 检察官在权力行使时应当注意保障控辩协商的平等性和自愿性, 对于不认罪认罚的犯罪嫌疑人, 应按照量刑指导意见的相关规定提出量刑建议。

释法说理义务。检察官在提出量刑建议时, 应展开充分的释法说理。对于量刑建议考虑的法定、酌定量刑情节均予以阐明, 对基准刑和起刑点应参照近年来同类案件的处理规则提出。对各种从重、从轻情节均应一一指出, 其是如何影响建议刑的。如此, 方可节约司法资源, 减少不必要的分歧。实践中, 检察官不能为了追求该项制度的适用率, 片面“从宽”, 这有悖于其肩负的客观义务。如果罪刑失衡, 到了庭审阶段, 将会徒增司法成本, 降低诉讼效率。《意见》第25条第1款规定: “人民检察院应当充分说明量刑建议的理由和依据, 听取犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师对量刑建议的意见。”该款规定正体现了检察官的释法说理义

务。

平等协商义务。协商乃认罪认罚从宽制度的精髓, 只有控辩双方地位平等、协商能力平等、机会平等, 才能真正保障认罪认罚的自愿性和真实性。在协商过程中, 辩护方不仅可以就量刑问题表达意见, 还可就证据、事实和罪名问题进行商谈, 提出己方的意见。《意见》第25条第2款规定: “犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师对量刑建议提出不同意见, 或者提交影响量刑的证据材料, 人民检察院经审查认为犯罪嫌疑人及其辩护人或者值班律师意见合理的, 应当采纳, 相应调整量刑建议, 审查认为意见不合理的, 应当结合法律规定、全案情节、相似案件判决等作出解释、说明。”这就使“听取意见”具有了协商的形态, 体现为一种双向交流。为了保障协商的平等性, 需要明确以下三点: 一是对犯罪嫌疑人慎重采取羁押措施, 为犯罪嫌疑人参与平等协商创造条件。以贯彻落实少捕慎诉慎押刑事司法政策为契机, 对认罪认罚的犯罪嫌疑人所犯的轻罪案件, 在赔偿损失、获得谅解的基础上, 慎重采取羁押的强制措施。对此, 《人民检察院刑事诉讼规则》第140条规定: “犯罪嫌疑人涉嫌的罪行较轻, 且没有其他重大犯罪嫌疑, 具有下列情形之一的, 可以作出不予批准逮捕或者不予逮捕的决定: …… (三) 过失犯罪的犯罪嫌疑人, 犯罪后有悔罪表现, 有效控制损失或者积极赔偿损失的; (四) 犯罪嫌疑人系被害人一方根据刑事诉讼法的有关规定达成和解协议, 经审查, 认为和解系自愿、合法且已经履行或者提供担保的; (五) 犯罪嫌疑人认罪认罚的; ……”二是明确值班律师或者辩护人应参与协商活动, 可以向检察机关提出协商申请, 原则上检察官应安排时间进行协商。对于没有委托辩护人的, 应当指派值班律师进行协商。犯罪嫌疑人应当参与协商的全过程。三是将协商作为检察机关提出正式的量刑建议和犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书的前置程序。对此, 《意见》第27条第1款规定: “听取意见后, 达成一致意见的, 犯罪嫌疑人应当签署认罪认罚具结书。有刑事诉讼法第一百七十四条第二款不需要签署具结书情形的, 不影响对其提出从宽的量刑建议。”这也体现了协商或者听取意见是签署具结书的前置程序。

(作者为四川大学法学院教授、博士生导师)



清华大学法学院教授崔建远: 区分民事合同与商事合同差异



民事合同与商事合同在当事人认定、交易结构的繁简、“穿透”合同关系的允许与禁止、合同瑕疵的容忍抑或矫正、商业逻辑的地位及作用、坚守“正位”抑或“错位”处理“火候”把握等方面存在差异。认识、重视和研讨之, 目的和意义之一是在法律适用时必须顾及商事合同的特殊性, 不得僵硬地套用关于民事合同的规定。目的和意义之二是, 不断地分析和甄别各种商事交易, 对符合发展趋势的, 予以固定; 对存在种种弊端, 及时取缔; 对有价值但暴露出缺陷的, 必须消除缺陷, 巩固积极的方面。目的和意义之三是, 在法律体系的设计上, 尽可能地区分开民事合同与商事合同的规则, 避免至少是降低“商合同不够商事化、民事合同杂糅了商事元素”的现象。在经济基础与上层建筑的相互关系方面, 包括商事合同制度在内的商法的发展遵循得较为理想, 但在法律体系的自治、严密方面, 它是地地道道的“破坏者”。与此非常不同, 包括民事合同制度在内的民法则保守得多, 革新得缓慢, 落后于社会生活的实际甚至本质的要求, 只在觉得有把握时才将商法的某些成熟规则和理论吸纳到自己的体系之中。

中国政法大学教授刘艳红: 确立网络游戏外挂刑法规制的入罪标准



网络游戏外挂通过使用特定的人工智能技术来代替人工操作发出指令。当前网络游戏外挂由单一技术升级为复合技术型, 自动操作性大幅增强, 并主要分为辅助操作类游戏外挂和数据修改类游戏外挂。司法实践中对于网络游戏外挂的刑法规制, 存在对网络游戏外挂行为入罪标准的理解不一、个人责任和平台责任归属错位的问题。制作、销售、使用辅助操作类和数据修改类游戏外挂不构成犯罪, 只有制作、销售超出正常运行机理的“超规格数据修改类游戏外挂”才构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。个人只有以营利为目的, 深度介入“超规格数据修改类游戏外挂”的制作、销售过程, 与平台达成长期稳定的合作关系, 才成立共犯, 否则仅是帮助行为, 对此应将追责重心由个人转向平台, 主要追究平台的刑事责任。

西南政法大学行政法学院教授陆幸福: 法学亟须回应人工智能主体性之问



作为科技发展的产物, 人工智能既造福于人类, 又给人类带来了前所未有的冲击。在各种冲击之中, 最根本的是对人之主体性的挑战。近代以来, 人超越于他物的主体性得以确立, 其内容包括不可侵犯的人格尊严、自主决定、在社会和政治生活中具有重要性以及基于自身方面的利用自然。然而, 人工智能已经从以下方面挑战了人的主体性: 冲击了人格尊严的基础, 削弱了自主决定, 降低了人在社会生活中的重要性。因此, 亟须法学基于整体性反思和价值视角予以回应。法学亟须采取的立场包括: 注重人的道德主体性以彰显其独特性, 明确反对赋予人工智能法律人格, 坚持对人工智能涉主体性应用的合法性审查。

四川大学法学院副教授邹奕: 行政处罚之惩罚性的界定



行政处罚的关键特征体现为惩罚性, 惩罚性是区分行政处罚与其他行政措施的实质标准。“惩罚”的本质是报应, 相对于“制裁”“惩戒”这两个类似概念具有更加单纯的语义。就厘定行政处罚的范围而言, 与倚赖行政法律规范的形式标准进路和目标特定价值目标的目标导向进路相比较, 基于惩罚性的实质标准进路具有相对优势, 应予坚持。依据惩罚性的一般逻辑, 行政处罚应当具有惩戒违法的基本目的, 它并非补救实际损害或者防范现实风险的必要手段; 行政处罚应当具有单方实现的具体内容, 它是实力行为而非单纯的命令; 行政处罚应当具有克减权益的直接效果, 它所克减的利益包括非法利润和预期利益, 但纯粹的精神利益不在此限。

(以上依据《政法论坛》《华东政法大学学报》《比较法研究》《行政法学研究》, 张宁选辑)

三维度考量知识产权犯罪“违法所得数额”



□ 潘莉

刑法修正案(十一)对于侵犯知识产权犯罪进行了修改, 内容之一就是销售假冒注册商标的商品罪“销售金额”修改为“违法所得数额”等要件。从而, 侵犯知识产权犯罪中有销售假冒注册商标的商品罪、销售侵犯复制品罪和侵犯著作权罪三个罪名在条文中有“违法所得数额”等直接表述, 而假冒注册商标罪, 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪, 假冒专利罪和侵犯商业秘密罪等罪名虽在条文中有“情节严重”等表述, 但在相关司法解释中对情节严重的判断均要求综合考虑非法经营数额或者违法所得数额。司法实践中采用“非法经营数额”标准认定构成犯罪的案件居多, 而采用“违法所得数额”标准认定构成犯罪的案件偏少。究其原因, 主要在于采用“违法所得数额”标准认定案件需要厘清三个问题: 违法所得的内涵外延如何界定? 违法所得如何计算, 需要扣除哪些费用? 违法所得的证据收集困难, 举证责任该属于何方?

一般而言, 侵犯知识产权犯罪中, 违法所得的数额就是获利数额。因为侵犯知识产权犯罪的八个罪名中, 非法经营数额、违法所得、销售金额和货值金额这四个概念的界限泾渭分明。相关司法解释对非法经营数额与违法所得均明确不同的数额标准用于定罪量刑, 但

对“违法所得”具体扣除哪些成本和费用却没有给出规范的计算方法。对此, 笔者认为, 应从犯罪对象和行为性质、行政执法与刑事司法衔接、司法效率与公平公正等三个维度明确违法所得数额的认定规则。

第一个维度: 从犯罪对象和实施犯罪行为性质的不同, 判断是否需要扣除必要支出。可区分一般情形和特殊情形两种情况考虑: 一般情形下, 如果经营成本与犯罪对象有直接关联, 则应当予以扣除; 反之, 则须坚持经营成本不予扣除的做法。可以根据生产销售服务等不同违法行为采取不同计算方法。一是生产行为产生的违法所得。如假冒注册商标罪, “按违法生产商品的全部销售收入扣除生产商品的原材料购进价款计算”。对广告费用、物流费用、包装费用、赠品采购费用以及房租租金、雇用人工工资、折旧费、贷款利息以及水电燃料费等等等会计核算的生产经营成本支出, 因为与犯罪对象所体现的社会利益没有直接关联, 不能予以扣除。

二是销售行为产生的违法所得。如传统的侵犯著作权罪、销售假冒注册商标的商品罪、销售非法制造的注册商标标识罪、销售侵犯复制品罪, “按违法销售商品的销售收入扣除所售商品的购进价款计算”。对于“邮费”的计算区别对待: 对买家支付邮费的, 运输费用被视为买家的购物成本, “邮费”应当在销售金额中予以扣除, 进而不在于违法所得中体现。对卖家“包邮”费用, “包邮”是卖家的营销策略, 类似广告费用, 不予以扣除。

对退货商品的销售额。商品在卖家交付买家后转移所有权, 销

售行为此时既遂, 产生的退货退款应当计入销售收入, 不予扣除。同理, 对于生产类犯罪, 由于假冒产品已经完成, 不予以扣除。

三是假冒服务注册商标行为产生的违法所得。服务商标完全依赖于经营行为, 如何认定服务的价值? 如果服务系明码标价, 没有相应使用商品的, 应以全部收入为违法所得。对既有使用商品商标又有服务商标的, “按违法提供服务的全部收入扣除该项服务中所使用商品的购进价款计算”, 对于提供的服务部分, 应当根据服务商标在经营行为中的作用, 确定服务商标的附加价值。

四种特殊情形全额认定不予扣除: 对生产销售严重危及生命安全的假冒伪劣的食品、药品、化妆品、医疗器械和法律禁止生产经营活动的产品, 属于需要严惩的恶劣行为, 相关成本支出不予扣除, 应当全额计算违法所得。对侵犯软件著作权的行为, 由于软件产品比较特殊, 其成本主要为研发费用, 研制成功后, 成本不随销量发生变化。犯罪成本极低, 违法所得基本等同于销售价格, 对购买智力成果“所依附的客观载体”的支出不予以扣除。在信息网络领域的侵犯著作权犯罪, 通过会员充值、广告收入产生的违法所得, 应全额认定。其中, 租用服务器、购买服务器等犯罪工具上的投入不予扣除。单位犯罪中其他直接责任人员、共同犯罪中的小工和为违法活动提供便利、设备、场地、技术、证照等便利条件的共同犯罪人, 以其工薪报酬作为违法所得的应予以全额认定。

第二个维度: 从知识产权行政执

法与刑事司法有效衔接角度判断, 我国保护知识产权的法律体系是民事、行政与刑事保护三位一体的法律体系。三者既相互区别, 又彼此衔接。刑事、民事、行政三类法律关系中的违法所得实质相同, 尤其是在危害社会性质基本相同的情况下, 数量界限是区分刑事与行政责任的“分水岭”, 在刑事司法中, 既要参考《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》, 尽量统一行政执法和刑事司法的计算标准, 又应考虑刑事犯罪的自身特殊性。一是按毛利(税前利润)计算, 而非净利(税后利润)计算, 已经缴纳的税费不扣除。二是违法所得数额包括实际所得和应得的违法所得。

首先, 从体系解释的角度看, “两高”《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第9条对销售假冒注册商标的商品罪中的销售金额作出界定, 规定其包括实际所得和应得的全部违法所得。在违法所得计算环节, 应延续这种“所得”和“应得”的认定思路。实际所得是指生产销售后已经实际得到的金额。“应得”是指已生产或者已购进但未销售的金额、已售出但尚未收到的金额。否则, 会影响打击力度, 增加查处难度。

其次, 从犯罪构成理论角度分析, 根据犯罪既遂的一般认定标准——“犯罪构成要件齐备说”, 行为人将非法生产销售行为实施完毕的, 可视为犯罪结果已经发生, 应当认定为犯罪既遂。至于非法销售行为实施完毕的税费, 则应以行为人的控制为准, 而不能以买卖双方的钱货两清为尺度。

最后, 从其他罪名的规定看, 类似情况在污染环境罪中有明确规定, 如2016年“两高”《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》规定: “违法所得”是指实施犯罪行为所得和可得的全部违法所得。

第三个维度: 从执法效率与公平角度判断, 违法所得概念本身具有以经济收益衡量违法严重性之意。对违法所得的计算, 要综合考虑执法成本, 平衡法律的公平和效率价值。过于繁琐的取证计算不仅耗费公共资源, 而且不利打击犯罪, 不利于实现公平正义。

侵犯知识产权犯罪行为具有侵权行为的流动性、销售渠道的隐蔽性、价格上的随意性, 有的案件违法所得的证据只有被告人掌握, 即使穷尽所有侦查手段也难以取得, 如果行为人拒不配合取证, 侦查取证、司法审查工作成本高昂。

当然, 侦查机关应当承担查明实际获利数额的主要责任, 但被告人提出合理支出辩解如真商品混同、有虚假刷单交易时, 证明责任应由被告人承担。检察机关对抗辩及论证事由、事实依据进行审查判断, 对符合证明标准与程序要求的, 就应当相应排除或者扣除, 没有达到证明标准的, 应当不予采信; 对于仅提供部分成本证据的, 应当结合扣押物品、销售清单、行为人辩解、证人证言等证据材料, 运用刑事推定规则综合判断违法所得。对于被告人故意销毁账簿、做假账或者以其他方式阻挠、干预侦查导致生产、销售成本无法查清的, 应当由其承担不利法律后果, 直接将销售收入认定为“违法所得”。

(作者单位: 上海市人民检察院第三分院)