

认罪认罚从宽制度既要做到实体公正和程序公正并重,又要平衡好个案公正与整体公正

强化程序保障促进公正价值实现



规范网络支付平台 精准打击网络洗钱犯罪

□李迎寒

网络洗钱行为掩饰了犯罪所得及其收益的不法性质,其作为网络黑灰产业的下游犯罪,使网络犯罪产业链在维持成本的基础上得以无限蔓延,严重威胁金融安全、扰乱司法秩序。与此同时,网络洗钱的行方式愈发多样化、隐蔽化,所涉及的人员流动性强、分布广泛,使得跨境洗钱更易于得逞,洗钱犯罪的国际性愈发凸显。刑法作为社会治理机制的重要组成部分,强有力地承担着维护金融安全、稳定社会秩序的责任。

网络支付平台容易被网络洗钱犯罪所利用。网络洗钱的犯罪模式花样繁多,并且不断翻新升级。例如,通过虚构网络购物交易订单的方式用于对上游犯罪所得资金的提取、漂洗,这一类型的网络洗钱活动即为虚拟货币类模式。又如,利用直播打赏代币的网络洗钱模式、借助虚拟货币交易的网络洗钱模式、劫持话费充值订单的网络洗钱模式等等。尽管网络洗钱的模式层出不穷,但该行方式始终需要网络支付平台的支持,并使网络支付平台成为上游犯罪资产分散漂洗、统一提取的重要手段。由此,是否利用网络支付平台成为网络洗钱犯罪与传统洗钱犯罪较为显著的区别点之一。

网络支付平台提供网络支付结算技术服务,不仅包括第三方支付平台,还包括符合合作银行、第三方支付平台等支付渠道聚合在一起的聚合支付平台。后者提供了一站式资金结算和对账的技术解决方案,能够更为便捷高效地实现“一对多”“多对一”的支付流程,进而容易成为非法资金支付结算的利用渠道。一方面,由于网络支付平台无需进行面对面的业务流程,导致客户身份识别困难;另一方面,网络支付平台天然属于非金融机构,但并不具有法定的反洗钱义务。根据反洗钱法规定,只有在境内设立的金融机构和特定非金融机构才具有反洗钱义务,应当依法建立健全客户身份识别制度、客户身份资料和交易记录保存制度等等。换言之,网络支付平台不具有法定的反洗钱义务,导致网络支付平台反洗钱监管缺乏动力,从而为网络洗钱犯罪提供了可乘之机。

网络洗钱犯罪中网络支付平台的刑事责任认定。网络支付平台作为网络支付结算技术服务提供商,服务本身并不当然构成违法犯罪,只有在为不法分子提供中间性的“黑金”漂洗活动,作为中间服务提供商参与网络洗钱活动时才有可能涉嫌犯罪,此时讨论网络支付平台的刑事责任问题意义重大。广义上的洗钱犯罪包括刑法第191条洗钱罪、第312条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及第349条窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪。

首先,在刑法修正案(十一)将自洗钱行为纳入刑法规制的背景下,上游网络犯罪共犯认定不排除洗钱罪的成立。网络支付平台在上游网络犯罪尚未着手预备阶段或者实施阶段为其提供帮助或支持的,构成上游网络犯罪共犯。洗钱罪所侵害的客体主要是金融管理秩序,超越了上游网络犯罪本身所侵害的法益。因此,网络支付平台在构成上游网络犯罪共犯之后,为实现“黑金”的安全使用而进行漂洗活动,使上游网络犯罪所得及其产生的收益披上“合法”的外衣,即构成独立的自洗钱犯罪。

其次,上游网络犯罪实施完毕后,网络支付平台明知行为人实施了上游犯罪而非洗钱提供支付结算服务的,构成洗钱犯罪而非帮助信息网络犯罪活动罪。对于帮助信息网络犯罪活动罪以及上游犯罪的帮助犯而言,其主观“明知”必须产生于上游犯罪的预备阶段或实施阶段。洗钱犯罪中,无论是洗钱罪的他洗钱行为还是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,都要求网络支付平台的主观“明知”产生于上游网络犯罪实施完毕且获得犯罪所得及其收益之后。据此,网络支付平台于上游网络犯罪实施完毕后,“明知”是上游犯罪所得及其收益而参与网络洗钱的,构成洗钱犯罪而非帮助信息网络犯罪活动罪。

最后,上游犯罪整体尚处于长期持续状态的,不影响洗钱犯罪认定。通常情况下,上游网络犯罪持续时间长、涉及人员范围广,单个网络犯罪行为实施完毕,整体上游犯罪并未结束。例如,聚合支付平台通过虚构网络购物订单交易的方式收取赌用于线上赌博的充值资金,但由于上游网络赌博犯罪具有持续时间长的特点,基于若干人次的赌博行为聚集形成,所以整体赌博犯罪未实施终了,但并不影响洗钱犯罪的成立。最高人民法院、中国人民银行联合发布的惩治洗钱犯罪典型案例中的雷某、李某洗钱案也印证了这一观点,该案审理法院判决认为“边吸边洗”的非法集资犯罪并不影响洗钱的成立。换言之,网络支付平台的洗钱行为在上游犯罪实施了前着于实施的,可以认定为洗钱犯罪。

(作者单位:华东政法大学刑事法学院)

公安司法机关履行告知义务、律师提供帮助等是为了保障自愿,将认罪认罚和选择适用何种程序定性为被追诉人享有的一项法律权利同样重要。既然是权利,不仅要有保障权利实现的规定,而且要有在权利受到侵犯时的救济。

多方听取意见,以更好地保障自愿权利

认罪认罚从宽制度作为一项涉及实体和程序的综合性制度,首先规定在刑事诉讼法中,恰是为了适用普通程序正当化和分流程序多元化改革的需要。我国刑事诉讼法经历了四次改革,一审程序也由单一的普通程序,发展为简易程序、速裁程序等多元程序。简易程序是相对普通程序而言的一种简化,法律赋予被追诉人程序选择权,以平衡程序性权利减少所带来的不利。

为更好激励被追诉人自愿认罪认罚,司法机关需要履行告知义务。然而,在告知过程中,办案人员倘若遵循追求效率的价值取向,容易将履行告知义务变成对被追诉人“施压”,被追诉人自愿认罪认罚的权利也会因此变成事实上的义务。相对于强大的司法机关来说,被追诉人处于弱势地位,特别是处于羁押状态时更是如此。任何不规范的言语告知,或对规范的书面告知的不规范口头解释,都容易导致被追诉人形成屈从心理,作出顺从办案人员意愿的不自愿选择。为此,检察机关主导认罪认罚从宽坚持以公正为价值导向,尊重被追诉人的自愿选择权,重视自愿性的实质审查。

刑事诉讼法规定了律师辩护权,被追诉人又常处于被限制甚至被剥夺人身自由的状态,由委托的律师为其进行辩护,是其实现和保障权利最为重要的,也是最为有效的途径。然而,律师能否发挥有效的辩护或帮助作用,不仅取决于律师的服务意识和能力,而且取决于办案人员对律师辩护或帮助的态度。鉴于律师在保障被追诉人认罪认罚自愿性中特殊作用,确保认罪认罚案件的公正处理,办案人员应认真听取律师意见并切实回应律师提出的意见。

(作者为南京大学法学院教授、博士生导师,南京大学犯罪预防与控制研究所所长)

不认罪案件普通程序的简化。

案件事实真相是公正确定刑罚的前提,而弄清案件事实真相的方法主要有犯罪分子坦白真相和控方或控辩双方揭示真相两种途径。在传统司法模式下,犯罪分子在趋利避害本性的支配下,往往会选择掩盖真相以逃避惩罚。现行刑事普通程序就是根据犯罪分子会逃避惩罚而设计的程序,不论职权主义模式还是当事人主义模式,都是以被追诉人不认罪、不认罪为前提的。普通程序的正当化改革,就是要通过进一步强化程序的中立性、平等性、参与性、交涉性等,赋予程序以良好的品格,以更好地保障程序正义的实现。

恢复性司法以修复被犯罪所破坏的社会关系为目的,侵害人或强或弱的良知会在类似道德审判的恢复性司法中被唤起甚至强化,主动坦白真相也就成为其降低良心遭受谴责的必然选择。恢复性司法尽管也要遵循一定的程序,但不像普通程序需要严格的甚至精细的程序,原因就在于二者弄清案件事实真相的途径是完全不同的。

认罪认罚从宽制度作为一种激励制度,是通过实体从宽和赋予更多的程序性权利,激励被追诉人认罪认罚。如何保障被追诉人自愿认罪认罚和自愿选择程序,也就成为认罪认罚从宽程序设计的关键。自首与坦白虽然同为态度情节,但自首发生在没有公共权力干预的情况下,所以自首完全自愿而具有可靠性。坦白则不同,坦白的可靠性在某种程度上取决于自愿性保障的强弱,为确保坦白的可靠性,必须为自愿性提供充分程序保障。此外,对于认罪而言,不论是被告人承认指控的犯罪事实,还是同意检察机关的量刑建议,抑或选择简易程序或速裁程序,自愿是必要的前提。

具有中国特色的认罪认罚从宽制度,通过激励被追诉人认罪认罚,自愿选择简易程序或速裁程序,实现有效惩治犯罪、强化人权司法保障、提升诉讼效率、化解社会矛盾、减少社会对抗、促进社会和谐。所以,在司法办案中既要做到实体公正和程序公正并重,又要平衡好个案公正与整体公正。

人民群众的需要是多元的,但在一定的历史条件下,满足多元需要的社会总资源是有限的。繁简分流,快慢分道,简案速办,繁案精办,恰恰是为了适应日益丰富的公正内涵变化,满足人民群众更高要求的公正需要,兼顾了实体公正和程序公正。



观察

□狄小华

法律是由价值、理念、目的、原则、理论、制度、规则和技术等构成的体系。构成这一体系的各部分由于存在上下位阶关系,即上一级对下一级起着决定作用,因此,处于最上端的价值(取向)有指引、调节立法、执法、司法行为的定向功能。具有中国特色的认罪认罚从宽制度,通过激励被追诉人认罪认罚,自愿选择简易程序或速裁程序,实现有效惩治犯罪、强化人权司法保障、提升诉讼效率、化解社会矛盾、减少社会对抗、促进社会和谐。所以,在司法办案中既要做到实体公正和程序公正并重,又要平衡好个案公正与整体公正。

优化资源配置以更好地实现公正。人民群众的需要是多元的,但在一定的历史条件下,满足多元需要的社会总资源是有限的。有学者和实务工作者认为,繁简分流、认罪认罚从宽等改革是以效率为导向的。简易程序、速裁程序等,不论是从词面上理解,还是从客观效果看,确实带来了因“简”而“快”的效果,但不能由此得出这些改革就是以效率为取向的结论。这是因为,复杂案件简单处理不公,简单案件复杂处理也不公正。繁简分流,快慢分道,简案速办,繁案精办,恰恰是为了适应日益丰富的公正内涵变化,满足人民群众更高要求的公正需要,兼顾了实体公正和程序公正。

1996年刑事诉讼法修改前,刑事普通程序成为适用于所有刑事案件的普通程序。随着普通程序改革的深入,在普通程序日益复杂和精致的同时,又受到起诉便宜主义、恢复性司法等理念影响,简易程序和速裁程序等相继出现。优化司法资源在这里主要表现为适应不认罪、认罪和认罚等不同类型案件需要,适用不同的程序,以体现简案简办或速办、复杂案件精办,追求更高标准的公正。“公正(正义)是社会制度的首要价值,正像真理是思想体系的首要价值一样……某些法律和制度,不管它们如何有效率和有条理,只要它们不正义,就必须加以改

构建态度情节和多元程序体系,以利于实现公正

认罪认罚从宽制度入法是宽严相济刑事政策“宽”的法律化。它不仅通过完善犯罪后态度情节体系,以更好地实现认罪认罚从宽实体公正;而且通过完善刑事诉讼多元程序体系,赋予被追诉人更多的程序选择权,以更好地实现认罪认罚从宽程序公正。

一是完善态度情节体系,以利于实体公正。我国刑罚由回顾过去的报应刑和展望未来的预防刑所构成。与已经实施的犯罪事实决定的报应刑不同,预防刑主要由犯罪分子犯罪后的态度情节所决定。在近年来的司法实践中,行为入罪后的态度情节,在扩大自首、坦白、立功适用范围的同时,增加了退赔、和解态度情节。而认罪认罚从宽制度入法更是将原有的认罪情节扩大到认罪认罚。认罪认罚情节要满足承认指控犯罪事实、签署具结书、同意检察机关量刑建议三个条件。由认罪、认罚情节所构成的态度情节体系,无疑能够更好地实现实体公正。

首先,根据认罪认罚的动机不同,可以将认罪认罚区分为悔罪型和交易型。从刑事诉讼法第15条规定来看,认罪认罚从宽的规范指引具有概括性,即它并没有明确认罪认罚是基于被追诉人的悔罪还是控辩协商,但从以下方面不难得出,现行认罪认罚从宽是典型的悔罪型认罪认罚。一是从因果关系看。悔罪从宽是先行认罪认罚行为,后有司法机关认定并予以从宽,先悔罪后从宽的前因后果关系明显。二是证明标准不降低。根据《关于适用认罪认

罚从宽制度的指导意见》规定,办理认罪认罚案件仍需坚持证据裁判原则和“事实清楚、证据确实充分”的法定证据标准。不能出于效率,降低证明标准。

其次,自首、坦白、立功是刑法规定的态度量刑情节,而退赔、和解是量刑规则确定的态度量刑情节,刑事诉讼法规定认罪认罚从宽制度,一方面,通过增加认罪这个新的态度量刑情节,进一步完善了态度情节体系;另一方面,将这些态度情节统称为认罪认罚,提出了精准适用态度量刑情节的要求,既需要明确不同态度情节之间的关系,又要区分同一情节处于不同诉讼阶段的从宽幅度差别。更为精准的量刑,既可以更好地实现实体公正,也可以让人民群众更好地感受公正。

再次,态度情节的体系化既能够更好地协调各态度情节之间的关系,又能够更好地发挥同一态度情节在不同诉讼阶段的作用,因此,能够产生更为明显的系统激励效应。更重要的是,认罪认罚从宽制度入法,还将实体从宽与程序从宽相衔接,让认罪认罚的被追诉人享有更多的程序选择权,实体激励与程序激励相叠加,激励效应则更为显著。对被追诉人来说,其最关心的还是受到什么样的惩罚,在起诉阶段,以量刑建议的方式,让其提前获得可信的量刑结果,从而起到激励其自愿选择简易程序或速裁程序的效果。值得注意的是,被追诉人认罪认罚与自愿选择程序是分开的,是否选择简易程序或速裁程序并不影响其量刑。

二是赋予程序选择权利,以更好地实现程序公正。具有良好品性的程序能够更好地保障实体公正,也能够使当事人更好地接受自己参与形成的裁判结果。然而,适用于认罪认罚案件的简易程序、速裁程序并非

以“入罪限制说”解读“情节显著轻微”

争鸣

□金石 张源



金石

在适用刑法的过程中,只有真正需要科以刑罚的法益侵害行为才符合犯罪的构成要件,而不需要处罚的行为应当排除在构成要件之外。

“情节显著轻微”是刑法中特有的概念,这里的显著轻微是相对于刑法调整的是较严重社会危害性行为而言的,不是相对于行政违法、治安违法的社会危害性,更不能局限于字面上的理解,认为包括情节轻的所有情况,直至与合法情况相接壤。所以,“情节显著轻微”是有范围的。

为刑罚前提的犯罪概念,总是力求将一定严重程度以上的所有危害社会行为包括其中,在设定犯罪概念的外延时,其上限是开放的,所以刑法第13条采用了“一切……都是犯罪”这样的表述。为了解决犯罪概念追求完整性与分则条文有限性之间的矛盾,防止漏罪,以解决“法有限而情无穷”的问题,1979年刑法规定了类推适用;修订后的刑法,引进了罪刑法定原则,废除了类推,在防止漏罪的问题上采取的是细化分则条文和及时修正刑法的方法。相应地,一定危害程度以下的违法行为应质变为民事违法或行政违法,在设定犯罪概念外延时,其下限就不能是开放性的。刑法第13条力图从三个方面限定犯罪概念:社会危害性、刑事违法性和应受处罚性。但是,如果进一步分析,就会发现,这三者之间是有依存关系的。社会危害性是刑事违法性的前提,刑事违法性又是应受处罚性的前提。三者之间的这种线性关系(而非立体关系)设置,不能对犯罪概念的外延起有效的界定作用,最终还是依靠分则的规定来确定罪与非罪。这就带来两个问题:一是刑法第13条规定的犯罪概念,如何实现概念本身的完整性和独立性?二是刑法分则条文多,针对的是十分繁杂的具体情况,鉴于法律文本篇幅资源的有限性,分则条文对犯罪的界定不可能都是十分清楚的,那么又如何将这些分则对犯罪的模糊界定与民事违法、行政违法区分开来?犯罪概念外延的上限解决了不漏罪的问题,即解决

了不“纵”的问题,而概念外延的下限应解决的就是不“枉”的问题,这就是刑法第13条“但书”所要解决的问题。据此,“情节显著轻微”的标准一方面对犯罪概念的外延起下限作用,使刑法规定的犯罪概念趋于完整。另一方面,由于“情节显著轻微”不是一条没有宽度的分界线,而是一类情况,所以,它又像一把筛子,用“情节显著轻微”将危害性较轻一定程度的行为从刑法分则规定的犯罪中筛选出来,排除在犯罪之外。

再次,按通说,犯罪构成是我国刑法规定的,决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和。犯罪概念的基本属性是通过犯罪构成来具体说明的,是从总体上划分罪与非罪的界限,而犯罪构成则是分清罪与非罪、此罪与彼罪的标准。从这一点来看,犯罪构成本身就应该起到区分罪与非罪的作用,即如果某行为的客观和主观要件总和构成犯罪了,就是有罪;如果某行为的客观和主观要件总和没有构成犯罪,那就是无罪。在有罪的基础上,犯罪构成还进一步起到分清此罪与彼罪的作用。犯罪构成与犯罪概念是具体和一般的关系,不存在已经构成犯罪而又不是犯罪的情况。由于“情节显著轻微”一词在犯罪构成中起到限制行为社会危害性程度的作用,某一行为的社会危害性达不到一定程度,或者只是“情节显著轻微”,就从犯罪构成的角度否定了犯罪。所以,在考虑是否构成犯罪前,首先应当考虑是

否“情节显著轻微”,而不是在认为构成犯罪之后才去考虑是否为“情节显著轻微”。先后次序和因果关系不能倒置。

从以上三方面可以看出:“情节显著轻微”是不构成犯罪的。此即“人罪限制说”所倡导之观点,其认为刑法第13条的但书规定是入罪的限制条件,在判定某一行为是否构成犯罪时,则应当考虑到但书规定的限制性内容,只要符合但书规定则不构成犯罪。当某一行为符合犯罪的构成要件时,则应当认定为犯罪,而不能以“情节显著轻微危害不大”为由宣告无罪。在此需引入刑法中的“实质可罚性”理论,在适用刑法的过程中,只有真正需要科以刑罚的法益侵害行为才符合犯罪的构成要件,而不需要处罚的行为应当排除在构成要件之外。

据此,笔者认为,“情节显著轻微”是关于程度的词语,那就有个范围问题。根据前文,“情节显著轻微”的上限是犯罪,超过这一上限就会发生质变。那么,“情节显著轻微”有没有下限呢?如果有,应划到哪里?刑法调整的是社会危害程度较大的行为,如达不到这一危害程度,就归治安行政处罚等其他法律法规调整。刑法规定的犯罪概念就是要划清违反刑法与一般违法的界限。“情节显著轻微”作为犯罪概念的一部分,在这种界限难以分清时,起到补充说明的作用。但是,这种界限不清的模糊部分,其范围不会太大,总是在理想的(或称概念性的)罪与非罪

刑法第13条规定:“一切危害……,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”该条前一段从正面规定什么是犯罪,后一段从反面规定非犯罪即但书。关于但书的功能一直存在“出罪功能”与“入罪功能”的辩证,以致实践适用中也存在不同意见。因此,亟须从但书规定的本义出发,结合犯罪构成要件全面考察但书所蕴藏的内涵。

首先,刑法第13条但书是设定一种限制,将情节显著轻微从前面规定的犯罪这一情况中排除出去,表明“情节显著轻微危害不大”不属于犯罪的范围。从立法语言角度分析,但书是载于契据或制定法中的一种条款,这种条款以“但是”开头,其作用是设定一个条件或一种限制,常常是为了将某些权利和事项或某些情况从其前面所规定的文字中排除出去。再从形式逻辑学角度看,“但是”用在后半句,表示语气的转折,说明前后句概念内涵之间的排斥,即刑法第13条前段规定的是犯罪,“但是”后面规定的不是犯罪。“情节显著轻微”要解决的是定罪的问题,不涉及处理的问题。一个行为如果用刑法来衡量,要么是有害的,要么是有害的,没有第三种选择。按照罪刑法定原则要求,对犯罪行为必须依照刑法规定处罚,只是处罚时可轻可重,甚至可以免除处罚,但不能不以犯罪论。

其次,刑法是规定哪些行为是犯罪,并给以何种刑罚处罚的法律。刑罚是最严厉、最具强制性的法律手段,是规范社会秩序的最后手段。作