

# 理论的价值和生命力归根到底在于实践

## ——读《网络犯罪二十讲(第二版)》有感



中国人民大学交叉科学研究院教授杨东:  
反不正当竞争法设数字经济专章



反不正当竞争法的修改是我国订立数字竞争规则的重大战略机遇,同时承接了社会对反不正当竞争法修法中未尽的、具有明确性和可预期性的数字经济竞争规则的深切期待。在总结先前立法经验与教训的基础上,本次反不正当竞争法修订应当采用数字经济专章的形式。修法应当以“平台—数据—算法”三维结构为指引,以数据要素规制体系为核心内容,对原互联网专条进行革新和重构,进而体系化建构数字经济专章的基本框架。在当前数据竞争所涉及的一系列行为类型中,数据抓取、数据封锁、数据自我优待和大数据杀熟等行为最为具有典型性,应当被明确涵盖在反不正当竞争法的数字经济专章规则之内。通过数字经济专章提供充足的制度供给和明确的法律指引,防范资本无序扩张和数据垄断,为我国建构数字经济高速发展所需的前瞻性、系统性、协调性的竞争规制体系奠定坚实基础。

北京大学法学院研究员巩固:  
环境法典应以“生态环境”为基石概念



“资源”“环境”“生态”作为自然的三种指称,内涵、外延均发生着从狭义到广义的变迁,彼此关系从泾渭分明到交叉重叠,呈现以生态为中心的“一体三面”状态。与此情形类似,分别以这三大概念为基石的“环境(保护)法”“自然资源法”和“生态(保护)法”也从分别指涉“污染防治”“资源利用和保存”“生态区域保护”的三类立法,向着以生态系统管理为基础的综合性立法转变,从而构成现代“大环保”立法“一体三面”。就现实国情来看,我国环境法典应以“生态环境”为基石概念,对其作出具有实践指向、体现生态视角的立法界定,并以此为基础命名法典及总则相关章节,构建基本制度体系。单一的“资源”“环境”和“生态”概念可用于具体制度构建,形成分工协同的三大分编,并作相应改造,依不同策略运用。

山东大学法学院副教授郭传凯:  
设定义务性规定规制超级平台企业



超级平台企业的扼杀性并购、平台封禁等滥用市场力量行为已成为数字竞争秩序的主要危害者。在反垄断法及相关配套制度的视阈下,前述行为只能通过经营者集中与滥用市场支配地位制度进行规制,而相关市场思维下的经营者集中制度难以应对扼杀性并购,滥用市场支配地位制度亦存在适用困境。反垄断法的修订只能有限回应前述行为,因此,建构专门的义务性规定成为解决问题的可行方案。该义务性规定以基础设施理论、互联互通理论与平台中立理论为理论基础。执法机构在遵循包容审慎原则、比例原则、实质分析原则与保障创新原则的前提下,通过专门的义务性规定对超级平台企业的经营活动进行约束。

(以上依据《法律适用》《中外法学》《法商研究》,陈章选辑)  
(作者单位:吉林铁路运输检察院)



品鉴

网络时代,刑事理论研究必须正视这样一个现实:绝大多数犯罪可以也正在通过互联网实施,至少与互联网有所关涉。对网络犯罪不加关注而意欲寻求刑事法理论建树的“独善其身”,几乎是不可能的。

然而,网络犯罪是近年来产生并迅速蔓延增长起来的新类型犯罪,用传统刑法理论去解决,在具体法律适用中会出现一些困惑。尤其是近几年随着具有代表性的网络犯罪——电信诈骗犯罪行为的进一步猖獗,加之与其伴生的其他网络犯罪层出不穷,进一步放大了法律适用困境。

可以说,我国接入国际互联网的时间并不早,但就网络信息技术的广泛应用来说,我国充分利用了后发优势,尤其是在近年来实现了信息技术的飞速发展和网络空间日益扩大,移动支付业务、数字经济日益发达,取得了显著的成就,但随之带来了网络犯罪形式的多样化,如电信诈骗犯罪中提供网络服务的行为、非法集资活动中提供P2P平台行为和广告宣传行为、传播淫秽电子信息的网络直播平台经营行为等。这些外表上看似无害的、经营性的、与犯罪无关的行为,却在客观上给他人实施犯罪起到了积极的帮助作用,有时甚至是关键作用,对上述行为性质如何评价,不仅需要探寻这些行为在刑法理论上和行为社会现实中有无入罪的依据,还需要进一步研究在信息网络时代刑法理论的更新与转向。现实空间中的犯罪,刑法规制并无太大问题;但相关案件一旦在网络环境下实施,就会面临规制困境,甚至无从规制。随着信息网络技术的快速发展,传统犯罪日益向互联网迁徙,利用信息技术获得新的场景和工具。在网络环境之



□本书的鲜明特色,就是既站在宏观视角观察网络犯罪的总体走向,又密切关注与研究司法办案中已经出现和可能提出的个案疑难问题并力求有的放矢,用“本土资源”解决“本土问题”、摒弃实体法与程序法的分野、融通技术规范与法律规则,对司法实践具有重要的指导意义。

近年来,杭州检察机关致力于打造数字检察示范点,先后办理了“全国首例组织刷单炒信案”“全国首例打码控库案”等一系列涉网络新型案件,其中一些案件入选最高检指导性案例和典型案例。

从杭州检察机关办理网络犯罪案件的经验看,办好网络犯罪案件有三条基本思路:一是实践出真知,因为面对全新的犯罪形态,传统的刑法理论有时并不能给我们提供更好的解决方法,而国外的专家更是不了解我们的案件情况,所以只能靠自己;二是融通法律与技术,当今时代互联网无处不在,刑事法在某种意义上已经成为“技术法”,研究犯罪首先需要了解技术,明白原理;三是掌握好专门法律、行政法规与部门规章等。网络犯罪中涉及的大部分内容,主要来自不同领域的具体法律、行政法规、部门规章、行业规范等。以电信网络诈骗案件来看,其所涉及的规定除刑事立法及司法解释外,还包括电信、金融、互联网、边境管理等规范性文件。因此,只有对相关法律法规、司法解释、规范性文件更加熟悉,才能熟练地把握案件的定罪量刑情节。当然,在办理大量“首例”案件中,困难与困惑是难免的,没有成例可循,法律规定不

明确,罪与非罪、此罪与彼罪认定存在较大争议。因此,一方面我们会让侦查人员对于有关犯罪情节作出详细具体的描述、反复请教技术专家相关问题,另一方面也在尽量多地收集相关的指导性案例、典型案例和理论文章。最高法喻海松博士撰写的《网络犯罪二十讲(第一版)》,就是那时候给办案许多“惊喜”,提供了不少便利。这本书坚持问题导向,研究“真问题、小问题、新问题、本土问题”,更接地气。

捧读本书,给人的第一印象就是“专业”。开篇部分就从网络犯罪的态势与刑事对策的调整入手,反映出作者作为最高司法机关刑事司法工作者的专业素养。基于对我国网络犯罪刑事立法和司法应对演进历程的观察,作者将近年以来网络犯罪刑事对策调整概括为“适度扩张网络犯罪圈的范围”“充分发挥网络刑事法的功能”“适度前移网络犯罪的刑事防线”“有效惩治网络犯罪黑灰产业链”“深度融合法律规范与技术规则”等五个主要着力点。与《网络犯罪二十讲(第一版)》相比,《网络犯罪二十讲(第二版)》的一个突出特色就是“新而全”,尽管作者表示“本书求‘实’而不求‘全’”,但实际上就网络犯罪来说,本书不但涵盖了几乎能够涉及的所有罪名,而且拓展了实体与程序、理论与实务相关内容;不但全面收集了新的司法解释、司法指导性文件、典型案例、指导性案例,就连最近通过的反电信网络诈骗法,也包含其中,可以说该书凸显了网络犯罪治理的时代特色。

# 轻罪案件处理程序必须以公正为先

在轻罪案件处理中,设置特别程序是世界范围内的共识性做法,但是,轻罪案件处理程序依然是刑事司法制度的一部分,公正永远是刑事司法的最高价值,只有在保证司法公正的前提下提高效率才具有正当性。

□杨正子

很多人常常自认为对美国司法中的证据规则非常了解,对陪审团制度和对抗式诉讼展现的竞技魅力津津乐道,感叹于正当程序原则下司法制度的“完美无瑕”,但现实果真如此吗?实际上,美国刑事司法呈金字塔结构,重罪案件位于金字塔顶端,巨量的轻罪案件位于下端,恰恰是轻罪案件的处理,更多反映了美国刑事司法的真实面貌。哈佛大学法学院教授亚历山大·纳塔波夫的著作《无罪之罚:美国司法的不公正》将目光聚焦于美国的轻罪案件,第一次全景式地展现了美国的轻罪处理流程,用实证分析方法对美国的轻罪制度进行了深刻批判,打破了普通人对美国司法制度的美好幻想,展现了美国刑事司法残酷冰冷的现实世界。

在美国,轻罪案件的涉及面很广,譬如,超速驾驶、乱扔垃圾或乱穿马路等行为都可能触犯轻罪罪名。而且,因触犯轻罪被逮捕和定罪的被告人轻则被监禁、罚金、监控、跟踪、留下案底,重则将会被剥夺工作、驾照、福利、监护权、移民身份和住房。检察官对有前科的被告人更有可能处以更重的罪名,法官可能会对前科的被告人判处更长的刑期。

根据纳塔波夫教授的论述,美国

轻罪制度的沉疴痼疾体现在以下几个方面:

一是超高的逮捕率。在美国,警察只要存在“合理怀疑”,就有权对路人实施拦截,如果取得一定证据有了“合理理由”,就可以实施逮捕,而所谓逮捕的理由有可能只是对拦截发出疑问或抱怨,抑或是对警察行为的不满或顶嘴,而在实践中,即使没有发现犯罪行为,警察也有可能出于肃清社区死角或维护警察权威的动机行使逮捕权,被捕的人大多数都是涉嫌轻罪。

二是穷人例外的保释制度。保释本应是保障个人自由,纠正警察滥捕行为的重要制度,但在轻罪案件中,保释实际上已成为富人的特权,许多本可以保释的轻罪案件中,被告人由于无力支付保释金而继续被羁押。因此,美国金钱至上的保释制度导致了大量轻罪案件中的被告人被审前羁押,严重影响了轻罪案件中的被告人认罪的真实性和自愿性,保释已经演变成一种向有能力保释的人提供释放机会的做法,付不起保释金的人则增加了被定罪的可能性。

三是被程序强迫的认罪答辩。正如社会学家马尔科姆·费利所提出的程序即是惩罚理论,仅仅是经历司法程序往往比法官的任何正式判决都具有惩罚性。美国轻罪案件中的审前羁押以及法庭审理期限的遥遥无期,使

被告人无时无刻不处于刑事程序的痛苦之中,此外,由于巨大的轻罪案件数量和清理积压的压力,美国检察官在审查轻罪案件时,需要在较短时间内考虑撤案还是起诉,并且审查结论高度依赖警方的指控报告。在轻罪案件中,检察官和警察的角色已经模糊,在接触嫌疑人之前检察官已经作出了有罪判断并要求嫌疑人接受认罪协议。而公设法律援助律师,因为时间和费用问题,通常也以让嫌疑人认罪结案为首要目标,整个轻罪案件的诉讼程序都在一步步增加嫌疑人认罪压力,强迫其接受认罪答辩。

纳塔波夫教授在书中也提出了对美国轻罪问题的解决方法,诸如减少轻罪罪名、降低审前羁押率、增加轻罪案件不起诉率、对穷人进行司法救助等,不过作者也提出,想要清除美国轻罪制度的积弊,还需要很长的路要走。

随着我国经济社会的全面发展进步,社会治安持续向好,刑事犯罪结构也发生了显著变化,严重犯罪案件持续下降,轻罪案件占比不断上升。有关数据显示,“近20年来,被判处三年有期徒刑以上刑罚的轻罪案件占比从54.4%上升至83.2%。”因此,妥善处理轻罪案件,构建具有中国特色的轻罪案件处理程序将会是我国未来刑事司法的主要课题。

明确轻罪案件处理程序必须以公

正为先。在轻罪案件处理中,设置特别程序是世界范围内的共识性做法,如简易程序、速裁程序、书面审理程序等,因此,普遍认为轻罪案件处理程序的核心价值是诉讼效率,但轻罪案件处理程序依然是刑事司法制度的一部分,公正永远是刑事司法的最高价值,美国轻罪案件处理程序的极简化危害已经毋庸多言,只有在保证司法公正的前提下提高效率才具有正当性。从这一方面看,最高检提出的刑事“案-件比”评价指标具有深刻内涵,“案-件比”在保障必要程序和当事人陈述权利的前提下大大加快了程序运转,尊重刑事司法中人的主体性地位,具有独特的制度智慧,我国轻罪案件处理程序仍然要不断优化“案-件比”,确保公正和效率的价值兼顾。

贯彻落实少捕慎诉慎押刑事司法政策。轻罪案件相比传统重罪案件而言,社会危险性较低,主观恶性较小,其羁押必要性需要重点审查。从美国轻罪制度适用中的问题来看,随意的审前羁押是司法不公的开端,因此,落实少捕慎诉慎押刑事司法政策,把好羁押必要性审查、非羁押强制措施监督等重要关口,不断降低轻罪案件的审前羁押率,对轻罪案件的公正高效处理具有重要意义。

适度扩大不起诉制度适用范围。

对轻微犯罪实行轻缓化处理,符合世界范围内犯罪治理“轻轻重重”刑事政策的发展趋势,不起诉制度是轻罪案件分流的重要途径。当前,我国的不起诉制度依然存在标准不明确、适用范围狭窄等问题。完善相对不起诉适用范围,拓展附条件不起诉适用范围,避免轻罪案件一律进入司法审判程序,可以有效减轻审判压力,将有限的审判资源投入到疑难复杂的案件中去;同时,也有利于贯彻恢复性司法理念,给予轻罪案件被告人回归社会的机会,激励双方刑事和解,实现最好的政治效果、社会效果和法律效果。

构建轻罪前科消灭制度。刑事前科制度有助于社会治理和犯罪宏观防控,但是仅有前科制度,而无相应的前科消灭制度,同样会引起社会治理问题。轻罪的主观恶性本来就小于重罪,但是相同的罪过标签,会使轻罪犯罪人与重罪犯罪人处于相同境地,致使轻罪犯罪人产生更加严重的心理问题及社会创伤,进而自暴自弃。同时,各种有形无形的社会歧视也会严重影响轻罪犯罪人服刑后正常的就业和生活,使其对社会产生抵触情绪。构建轻罪前科消灭制度有助于感知轻罪犯罪人积极改造和回归社会,有助于减少重新犯罪,缓和社会矛盾,彰显司法文明和司法温度。

(作者单位:吉林铁路运输检察院)



传承 中华优秀传统 法律文化

□吴家文

党的二十大报告指出,“我们要坚持走中国特色社会主义法治道路”“保障和促进社会公平正义”“全面推进国家各方面法治化”。公平正义是人类社会的价值追求,也是社会文明的重要标志。在中华文明发展的历史长河中,孕育着丰富的优秀传统文化,其中蕴含着对公平正义的论述和实践。中国古代诸子百家对公平正义的阐发主要涉及道德、礼义、刑罚等内容,虽“百花齐放,百家争鸣”,但精神归一,都是对公平正义的追求,形成了中华民族对公平正义的共同认知。其中,最有代表性的是儒家所倡

导的以“遵循天道”“仁者爱人”为核心内容的儒家思想对公平正义的阐释。

儒家提倡恢复礼法,主张“遵循天道”“仁者爱人”,以维护社会秩序。其对公平正义议题的关切则与道、仁、义、礼等紧密相连,被视为社会行为的基本规范和维系社会公平正义的基本准则。

其一,“道”是儒家正义的最高法则。儒家认为,遵循天地万物运行的规律,就是遵循天道,顺应天理。天道是正义思想的依据,“天道之大原出于天,天不变,道亦不变。”人道是正义思想的根基,人要遵循自身应有的“道”,都要各行其道,各安其分,达到“朝闻道,夕死矣”的人生境界。整个社会

只要“大道之行也,天下为公”,就能实现“大同”世界。

其二,“仁”是儒家正义的理论内核。在儒家看来,“仁”是人的天生本性,其中蕴含着人伦秩序,是处理人与人之间的社会关系的道德准则。从个人修养而言,“仁”是个人自身道德修养的标准。“仁”的最基本要求是“爱人”,最基本表现是“孝悌”,最高境界是“圣”,即达致“泛爱众而亲仁”的境界。从国家治理来说,“仁”是国家励精图治的施政纲领,儒家大力提倡“仁政”,痛斥“苛政”,认为“苛政猛于虎也”。不实施仁政、不与民休息,国家就注定要灭亡。而实施“仁政”,要“四时行焉”,要“亲亲而仁民”,要

“制民之产”,要“选贤良,举笃敬,兴孝弟,收孤寡,补贫穷”,等等。

其三,“义”是儒家正义的精神内核。在儒家看来,“义”不仅是规范社会行为的道德准则,而且是处理义利取舍的基本标准。一方面,“义”是行为处世之根本。在儒家看来,“义”存在于人的内心,是衡量人行为是否合乎道德的标准,因此,依“义”为人处世,就是正义的。在面对生死与道义的抉择时,“二者不可得兼,舍生而取义者也。”“义”也是君主治理国家、矫正行为的标准。“父有子,君有义”,国家才能正常运行。“义”也是“王道”的标志:“天地者,生之始也;礼义者,治之始也;君子者,礼义之始

也。”另一方面,“义”是义利取舍之标准。儒家认为,“义”重于“利”,谋求利益要符合道义,小人而富且贵,于我如浮云。“君子喻于义,小人喻于利”。在儒家看来,要关注公众利益,不能只关注自身利益,否则“放于利而行,多怨”。儒家并不否定人们追求“利”,只是提倡要“见利思义”,不能见利忘义,更要通过正当手段追求利。

其四,“礼”是儒家正义的外在标准。儒家提倡周礼,认为“礼”具有制度保障功能,是实现正义的外在准则,能够调节社会关系,约束社会行为。在个人层面而言,“礼”是立身之本,而提高个人修养,就要做到“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”,要有“辞让之

# 儒家的公平正义观

心”,做到“其数则始乎诵经,终乎读礼”。从国家层面来看,“礼”是治国之要,“克己复礼为仁,一日克己复礼,天下归仁焉”“无礼义,则上下乱”。以“礼”治国,教化人民,既合乎社会秩序,也合乎人们对正义的要求。

综上,儒家的公平正义观以“遵循天道”“仁者爱人”为内核,外在表现为对道、仁、义、礼等社会行为规范和公平正义标准的论述和实践,为后世追求公平正义提供了丰富的思想来源和优秀传统文化。新时代实现“保障和促进社会公平正义”的价值目标,需要深入挖掘儒家公平正义观中所蕴含的中华优秀传统文化的精神内涵,并结合国情实际和时代要求,坚持与时俱进和守正创新,实现创造性转化,更好地规范社会行为,维护公平正义。

(作者单位:广西壮族自治区桂林市人民检察院)