落实少捕慎诉慎押刑事司法政策是一项全局性系统性工程，必须坚持系统观念，做到统筹兼顾、综合施策、一体化推进——

把握好四方面深入落实少捕慎诉慎押

观察

□魏玉民

□少捕慎诉慎押刑事司法政策是宽严相济刑事政策的具体化和深化，与刑事犯罪结构发生显著变化相契合，是国家治理体系和治理能力现代化在刑事司法领域内的又一实践性成果。

□落实少捕慎诉慎押刑事司法政策是一项意义重大的实践课题，迫切需要理论跟进、指导。只有打通从实践到理论，再从理论到实践的闭环回路，做到理论与实践的良性互动，才能实现政策落实的最佳效果。

少捕慎诉慎押刑事司法政策是宽严相济刑事政策的具体化和深化，与刑事犯罪结构发生显著变化相契合，是国家治理体系和治理能力现代化在刑事司法领域内的又一实践性成果。少捕慎诉慎押刑事司法政策的落实是一项全局性系统性工程，必须坚持系统观念，做到统筹兼顾、综合施策、一体化推进。笔者认为，落实好少捕慎诉慎押刑事司法政策应当解决好以下四方面问题：

注重理论与实践的良性互动。落实少捕慎诉慎押刑事司法政策是一项意义重大的实践课题，迫切需要理论跟进、指导。只有打通从实践到理论，再从理论到实践的闭环回路，做到理论与实践的良性互动，才能实现政策落实的最佳效果。落实少捕慎诉慎押刑事司法政策，首先，需要对少捕慎诉慎押的内涵进行理论上的科学界定。当前，对少捕慎诉的解读存在“可捕可不捕的不捕、可诉可不诉的不诉”和“能不捕的不捕、能不诉的不诉”两种观点，虽一字之差，但内涵大不相同。前者强调对既定事实的一种倾向性选择，后者则包含了能动履职、创造条件去落实的内在自觉。此外，“慎押”通常情况下被解读为检察机关对逮捕案件通过羁押必要性审查变更强制措施，降低审前羁押率。但从整个刑事诉讼过程来看，“慎押”应否包含审后的羁押同样需要理论上的研究。其次，辩证看待少捕慎诉慎押与办案质量评价的关系问题。目前，在少捕慎诉慎押语境下，可捕可不捕的捕了、可诉可不诉的诉了、不需要继续羁押的没有及时变更强制措施，是否意味着案件办理质量不高？这些问题需要在理论上进行阐释，这关系到办案人员能否积极主动去落实的问题。

统筹实体法与程序法的协同并进。当前，我国消极主义刑法观持续向积极主义刑法观转向，其主要表现在刑事犯罪圈扩张方面。受刑法实体法与刑事诉讼程序法在逮捕条件上的内在逻辑关系影响，刑法的不断修正扩大了逮捕的范围。根据刑事诉讼法第81条规定，“曾经故意犯罪”是应当逮捕的必要条件之一。这就导致了前罪犯有像危险驾驶罪这样的轻微犯罪时，后罪只要可能判处徒刑以上刑罚的就应当逮捕，而没有自由裁量的余地。在危险驾驶罪已经跃升为第一大刑事犯罪后，因“曾经故意犯罪”被径行逮捕的概率骤然增加，而其中很多犯罪嫌疑人在实质社会危险性上并没有逮捕的必要。此外，部分经济犯罪、财产犯罪呈现出入罪门槛低、处罚范围大的特点。在“可能判处十年有期徒刑以上刑罚”的重罪案件中，也有部分人身危险性不大的经济犯罪嫌疑人、财产犯罪嫌疑人不必羁押，但在现行法律规定下必须逮捕。这是实体法与程序法的立法不协同带来的问题，在刑事法网日渐严密的背景下，有必要合理控制径行逮捕的范围，在立法层面为落实少捕提供法律依据。

加强部门之间的协调联动。检察机关在刑事诉讼中发挥承前启后的作用，是少捕慎诉慎押刑事司法政策的重要推动者、落实者，但是这并不意味着仅靠检察机关单打独斗就能把这一政策落实好，相反需要公检法司等各机关、侦捕诉审执各环节的联动发力。

首先，侦查环节要在源头上慎重羁押。公安机关是大多数刑事案件进入诉讼活动的第一道关口。落实少捕慎诉慎押刑事司法政策，要在侦查阶段从源头上进行案件分流，做到可提请逮捕可不提请逮捕的不提请、可不继续羁押的及时办理取保候审。具体而言，要准确把握逮捕的条件和功能，转变传统的以捕代侦、以捕促供、以捕促调等陈旧理念，使逮捕回归保障诉讼活动顺利进行的本来功能，而非将其作为打击犯罪的手段，对没有社会危险性的犯罪嫌疑人原则上不提请逮捕。

其次，审判环节应慎重决定逮捕、准确适用缓刑。在坚持系统观念，一体化落实少捕慎诉慎押刑事司法政策视野下，笔者认为“慎押”不应局限于审前，还应包含审中、审后全过程。具体执行中，应通过对法律条文进行实质解释限缩羁押的条件，实现少捕慎诉慎押的效果。其中慎重决定逮捕要求对“严重影响诉讼活动正常进行”作出更为实质化的判断，充分听取被告人辩解和辩护人意见，对虽有妨碍诉讼行为但因客观原因所致或主观恶性不大的也不应逮捕。对采取取保候审强制措施的被告人一审判处实刑的，在判决生效前不能仅因实刑判决而决定逮捕，理顺强制措施与实刑判决的关系。准确适用缓刑，可判实刑、可判缓刑的应当判处缓刑，特别是对“没有再犯罪的危险”“宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响”进行具体判断。换言之，再犯罪的危险应为现实的、具体的危险，而非抽象的、概括的危险。特别是对罪行较轻，即使没有达成和解取得谅解的，要区分不同情形决定是否判处实刑，对因被害人不合理诉求导致未能和解，被告人认罪认罚的可以适用缓刑。

最后，执行机关要积极完善非羁押的配套保障措施。要借助科技手段不断满足对缓刑和假释社区矫正的监管需要，保障少捕慎诉慎押刑事司法政策“最后一公里”落地。实践中，非羁码、电子手环对保障诉讼活动顺利进行、降低羁押率发挥了积极作用。对此，应注重加强顶层设计，破除知识产权壁垒，让科技成果更全面、更充分地惠及不同地方。需要指出的是，科技手段的运用应尽量避免标签化，在保障刑事诉讼顺利进行的前提下最大程度地保护相关人员的隐私和自由，防止造成隐性处刑的结果。

实施前后衔接的一体化考评。当前，不同诉讼环节各单位各自考评、自成体系，对侦查、起诉、审判、执行等前后诉讼阶段具有内在制约关系的办案事项缺乏一体化的考核评价体系，影响了少捕慎诉慎押刑事司法政策的落实效果。从司法实践看，侦查环节对不捕不押可能影响侦查取证或串供还存在较大顾虑，审判环节为保证被告人顺利参加庭审决定逮捕的情形仍有存在。笔者认为，有必要对刑事案件进行一体化考评。对此，可以由政法委牵头，以本地重罪、轻罪、微罪结构比例为基本依据，以认罪认罚从宽制度适用率为基础参考，制定一套涵盖刑事诉讼全流程，涉及各部门的少捕慎诉慎押考评体系，构建层层传导、逐段递进的少捕慎诉慎押诉讼新格局。当然，在一体化考评视野下，还应充分考虑不同诉讼阶段的证据特点。

（作者为山东省淄博市人民检察院党组书记、检察长，全国检察业务专家）

手鸣

侵犯知识产权犯罪案件宜纳入刑事和解范围

□房栋　曹卫星　杨宝川

实践中，有的法院对于侵犯知识产权犯罪案件中权利人提起的附带民事诉讼不予支持，而权利人另行起诉维权则面临“举证难、周期长、赔偿低”等问题，最终导致一些权利人实质上放弃了民事赔偿权利。相关数据显示，2015年至2017年，全国法院共判决一审假冒注册商标犯罪案件2827件，其中附带民事诉讼案件仅5件。同时段，侵害商标权民事纠纷全部12009件案件中，仅有157件系在刑事处理后又被权利人起诉追究民事责任，不考虑起诉时间差，比例不足6%。以J省N市为例，2019年至2021年检察机关共受理审查起诉知识产权案件121件，273人，无附带民事诉讼，仅3件4人被权利人另行起诉追究民事责任。

2020年，最高检在全国知识产权刑事检察工作中推广权利义务告知制度。不少权利人通过参与认罪认罚程序，与被告人协商达成赔偿协议，及时弥补经济损失，促进了双方矛盾化解，修复了社会关系。笔者发现，允许当事人进行和解协商，权利人可以获得赔偿，侵权人可以得到从宽处理，国家也节约了司法资源，而且，能够更好地实现案结事了，及时化解社会矛盾。

但是，侵犯知识产权犯罪案件并不属于刑事诉讼法规定的刑事和解公诉案件范围，以致办案人员比较谨慎，虽然在案件中侵权人向权利人赔偿损失、赔礼道歉，并作出相对不起诉或者建议判处缓刑等从宽处理，但是均避免使用“刑事和解”的概念。

笔者建议，应当将侵犯知识产权犯罪案件纳入刑事诉讼法规定的刑事和解公诉案件范围。从理论上说，划定刑事和解的适用范围应当是以刑事和解的本质为根据，即看是否有利于被害人利益和社会秩序的恢复，有利于平衡个人利益与社会、国家利益。而刑事和解有利于知识产权案件刑民交叉问题的解决，符合多方利益。

一是平衡私权与公权冲突。刑事和解在很大程度上能够使权利人获得赔偿，弥补权利人损失。同时，检察机关也需要对和解的自愿性、合法性进行审查，并主持和制作和解协议书，综合全案作出是否从宽处罚或者不起诉的决定。这本质上是在刑事程序之前处理民事责任承担问题，同时为权利人参与刑事诉讼发表意见提供机会。这既让权利人获得了赔偿，也维护了公权决断的权威，平衡了私权保护和公权权威。

二是契合侵权人与权利人双方利益。对权利人来说，刑事和解过程中获得了表达个人意愿、陈述自己所受损害的机会，能通过倾诉和沟通减轻精神上的痛苦，达成刑事和解还能获得侵权人真诚道歉、及时赔偿。对侵权人来说，如果不进行刑事和解，除了承担刑事责任，还可能在权利人提出的附带民事诉讼或者另行提起侵权之诉中承担民事责任，而达成刑事和解则能获得从宽处罚机会，甚至被不起诉，能够避免因为判处刑罚甚至判处实刑所带来的不利影响。

三是节约司法资源，提升司法公信力。刑事和解避免了对同一侵权事实两次审判，自然消解了两次审判管辖冲突、裁判结果不一等问题。有些轻罪案件直接作出不起诉决定，避免了后续刑事审判。刑事和解案件的侵权人一般都能积极履行赔偿义务，防止了民事诉讼后可能出现“空判”。还有部分疑难案件，通过刑事和解程序，侵权人真诚悔罪作出有罪供述，便于查清案件事实，避免反复的退回补充侦查等程序倒流，拖延诉讼，节约司法资源。

四是利于社会和谐。刑事和解使损害的社会关系能够恢复，减少因为侵权行为造成的对抗，促使侵权人与权利人原有的合作关系还能继续。而且许多案件最终作出不起诉决定，即所谓刑事案件民事侵权化处理，有利于扭转侵犯知识产权刑事犯罪逐年增加的局面，克服报应刑罚对社会带来的再次伤害，最大限度地恢复社会秩序。

[作者单位：江苏省南通市人民检察院、南通通州湾江海联动开发示范区人民检察院。本文系国家检察官学院2022年度科研基金资助项目，《知识产权检察保护疑难问题研究——以刑事和解解决知识产权案件刑民交叉问题为视角》（项目编号GJY2022D15）阶段性成果]

厘清违法发放贷款罪中“违反国家规定”判定标准，是准确适用此罪的关键——

从目的解释论角度理解细化规定

视角

□王元鹏

□刑法对违法发放贷款罪的规制具有极强的行政管理色彩，金融安全关系民生、社会稳定和经济发展大局。党的二十大报告明确提出，加强和完善现代金融监管，强化金融稳定保障体系，依法将各类金融活动全部纳入监管。这就要求司法人员在认定违法发放贷款罪时，准确把握“违反国家规定”的范围，切实落实刑事政策要求。

刑法第96条对“违反国家规定”的含义作了规定，将其限定为违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。刑法在分则部分关于“违反国家规定”的表述常见于经济犯罪罪名中，如违法发放贷款罪、非法经营罪、逃汇罪等，这些罪名都把“违反国家规定”列入犯罪构成要件。刑法总则对“违反国家规定”秉持限缩解释的基本立场，但在分则层面，经济犯罪涉及生活的方方面面，案情复杂并且犯罪手段专业，适用空白罪状需要引用的行政法律法规较多，由此导致总则对“违反国家规定”的限缩解释不能满足司法实践的需求，这种矛盾在违法发放贷款刑事案件办理过程中尤为突出。笔者认为，既要坚持刑法第96条总则性规定对分则的约束效力，又要从目的解释的角度出发，将违反有关对上位法细化解释相关规定作为违法发放贷款罪中的“违反国家规定”予以适用，以从实质上实现案件的公平正义。

刑法中“违反国家规定”之要义

第一，刑法第96条所秉持的限缩解释立场契合了刑法的谦抑性原则，体现了刑法保障人权的机能。总则对分则具有统领效力，这就要求在适用分则罪名时，对“违反国家规定”的适用不能突破总则规定的框架。

第二，刑法总则和分则关于“违反国家规定”的表述是一般和具体的关系。刑法第96条的表述是一般性的、抽象性的，刑法分则所规定的具体犯罪构成要件中的“违反国家规定”则是个别化的、具体化的，两者是原则性规定和具体规则适用的关系，规则的适用要比原则的引用更加精细和具体。这就要求司法人员在办案过程中，对每一个罪名都要以犯罪构成要件为出发点和立足点，对犯罪构成要件中的“违反国家规定”进行具体剖析和认定。比如，非法经营罪和逃汇罪的罪状中都有“违反国家规定”的表述，对于非法经营罪需要严格限制适用，除非法律或司法解释明确规定构成非法经营罪的情形之外，不能随意扩大非法经营罪的适用范围；而逃汇罪因国家对外汇的管理较为专业和复杂，相关行政法律法规较多，故虽然两个罪名罪状中都有“违反国家规定”的表述，但内涵和要义是不同的，逃汇罪中“违反国家规定”的认定范围应比非法经营罪更广。当然，两罪中关于“违反国家规定”的区别认定仅限于刑法分则层面，绝不能与刑法第96条的总则性规定相冲突，即分则层面的不同必须以共同遵循总则规定为前提。

认定违法发放贷款罪中“违反国家规定”需要考量的因素

刑法第186条规定的违法发放贷款罪，将“违反国家规定”列入了犯罪构成要件。笔者认为，司法人员在审查案件事实是否属于“违反国家规定”发放贷款情形时，有两大重要因素需要考量：

第一，违法发放贷款罪具有显著的行政犯特征。刑法第186条规定的违法发放贷款罪属于破坏金融管理秩序类犯罪。与金融机构贷款管理相关的国家法律主要是商业银行法，而商业银行法仅从宏观层面规定了贷款管理的原则制度，没有细化可操作性的规定，比如商业银行法第35条规定，商业银行贷款，应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查，但并没有规定具体的审查程序和内容，国家基于对金融活动监管和控制金融风险的需要，有必要出台相关规定对商业银行法作进一步细化和释明。

第二，刑事政策是需要考量的重要因素。刑法对违法发放贷款罪的规制具有极强的行政管理色彩，金融安全关系民生、社会稳定和经济发展大局，在金融机构放贷领域，各类违法放贷行为仍有存在，给国家造成严重损失，亟需治理，对金融领域犯罪的刑事政策历来是从严打击。党的二十大报告明确提出，加强和完善现代金融监管，强化金融稳定保障体系，依法将各类金融活动全部纳入监管。这就要求司法人员在认定违法发放贷款罪时，准确把握“违反国家规定”的范围，切实落实刑事政策要求。

违法发放贷款罪中“违反国家规定”的判定标准

笔者认为，办理违法发放贷款刑事案件，应从“主体”和“内容”两个标准出发衡量待引用的“规定”是否属于刑法第186条中的“国家规定”。

第一，从商业银行法细化规定制定主体角度来看，制定主体多是国务院或其有关职能部门。国务院具体职能部门制定、发布的决定和命令等，可以理解为国务院制定、发布的规定，与刑法第96条规定并不冲突。

第二，从内容上讲，主要是对商业银行法等金融法规的细化规定，即对其内容的进一步解释和阐述，不能与其规定相冲突。故无论从主体和内容上讲，在办理违法发放贷款案件中，将违反上述主体针对商业银行法出台的细化规定作为“违反国家规定”予以认定，不违背刑法第96条的立法本意，如果行为人违反了这些规定发放贷款，可以认定为刑法意义上的“违反国家规定”发放贷款。司法机关也曾有回复意见表示：“银监会制定的《流动资金贷款管理暂行办法》和《个人贷款管理暂行办法》是对《中华人民共和国商业银行法》有关规定的细化，可以作为认定案件性质的依据。”从办理违法发放贷款案件刑事司法实践来看，关于该罪名“违反国家规定”的认定之所以成为争议焦点，其原因就是对刑法第96条的机械理解和办案需求之间存在矛盾。只有从刑法总则、分则两个层面厘清“违反国家规定”的内涵和外延，并在适用具体罪名时正确运用判定标准，办理违法发放贷款案件中遇到的相关争议问题就会迎刃而解，就能从实质上实现案件的公平正义。

（作者单位：浙江省温州市人民检察院）

非法使用公民个人信息亦应入罪

□田建立

目前，我国已初步建立了以个人信息保护法为主体的与个人信息保护相关的法律体系。刑事法方面，处理侵犯公民个人信息罪的法律依据主要有两个，首先是刑法第253条之一，其次是《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（下称《解释》）。该罪构成要件包括三种类型：违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息；违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息出售或者提供给他人；窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息。换言之，侵犯公民个人信息罪只包括三种类型，即非法获取、出售和提供。依罪刑法定原则，对于个人信息的非法使用行为则难以通过对该条进行解释的方法认定此罪，也难以被刑法中的其他罪名涵盖。当然，如行为人使用他人信息进行实名认证后从事犯罪活动，由于这种使用行为是手段行为，对该信息主体所造成的危害结果是无法被最终的犯罪结果所吸收的。

问题是，个人信息单纯的不法流转有时并不会产生直接的社会危害性，而使用才是社会危害性的直接体现。当前，现实生活中非法使用个人信息的行为在性质上愈演愈烈，形式上也层出不穷，无论是行为人合法获得的还是非法获得的。比如说，以他人的名义设立公司或网店，利用他人身份信息冒充本公司职工申报纳税减免，利用AI换脸技术制作淫秽视频，等等，可谓对社会秩序和公民的生活安宁造成了严重侵害，在其社会危害性和应受惩罚性方面完全可以和非法获取、出售和提供行为相提并论。

值得注意的是，现实中公民很难发现自己的个人信息被非法获取、出售及提供，即便发现，仅靠自身能力也难以找到行为人。在仅非法获取、出售和提供行为入罪的情况下，由于上述《解释》规定了十种情节严重行为，仅靠公民个人是难以完成上述十种行为的举证，从而造成无法依靠公民报案的方式打击犯罪。尽管侵犯公民个人信息罪既可以公诉也可以自诉，而相对容易被公民发现的恰恰是个人信息被使用，如果非法使用行为不入罪，那么，公民寻求公力救济可能面临不被受理或者被驳回的情况，从而导致公权力机关难以发现非法使用行为的上游行为，即非法获取、出售和提供个人信息，甚至产生恶性循环。事实上，现实中此罪的自诉案例很少见。并且，纵观整个个人信息保护法律体系，均将非法使用行为作为一种独立的行为模式与收集、买卖等模式并列规定，行为人对于非法使用行为承担行政和民事责任。那么，基于刑法的补充性和保障性，显然亦应将非法使用行为入罪，以达到法律体系的逻辑自洽。

在大数据时代，个人信息的价值愈发凸显，由此也必将滋生各种非法使用行为，刑法理应对此予以关注和回应，将其入罪具有必要性和可行性。至于入罪的具体构思，可在该法条内将非法使用行为单独作为一款进行设置，使非法获取、出售、提供和使用四种行为共同成为该罪的规制对象，同时在罪状上明确其范围、边界和罪量，然后以此为基础对上述《解释》进行完善，从而确保信息的采集、储存和应用沿着合理路径展开。

（作者单位：河南省宁陵县人民检察院）