

数字检察

落实全面依法治国要求的检察创新

检察创新发展 专家谈

刘品新



数字检察同样以其作为标识性概念的理论创新为显著。这一术语能够妥当地概括我国检察机关依托大数据等技术手段开展的新型法律监督探索,且符合用作法律概念的科学性、规范性要求,数字检察可以拆解为不同的要素进而构成类型化体系。有些要素是个性化的、关键性的,且形成一个完整而稳定的架构,主要包括检察大数据、批量异常案件发现模型和人机耦合技战法。

党的二十大报告指出全面依法治国是国家治理的一场深刻革命,部署“坚持全面依法治国,推进法治中国建设”,强调“加强检察机关法律监督工作”。党中央专门就加强检察机关法律监督工作印发《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,在党的历史上是第一次,充分彰显了以习近平同志为核心的党中央对加强检察机关法律监督工作的高度重视。这些重要部署直面“更加充分发挥检察机关法律监督职能作用”的核心命题,为全体检察人出了一套“着力提高法律监督能力水平”的时代问卷。数字检察正是全体检察人争取考出好成绩的答题方向。数字检察“发轫于新时代科技革命,推动检察机关法律监督模式重塑变革,促进实现法律监督高质效,助力国家治理现代化”,已经展现出重要的实践与理论创新价值。

数字检察是检察机关践行全面依法治国战略的实践创新

数字检察是检察机关通过数字化技术,建立法律监督模型及配套系统,发现类案线索后进行融合式监督,对社会治理机制进行系统性完善的新模式。一般认为,现阶段数字检察同大数据法律监督具有基本一致的内涵和外延。笔者曾将后者定义为以大数据及相关科技为支撑力,以多案监督为着力点,以促进国家、社会治理现代化为目标的新型法律监督。结合后一概念作对照理解,能够获得对数字检察更为直观的认识。

最高人民检察院检察长张军指出:“监督办案就好像农耕,不掌握春耕夏锄秋收传统知识、基本农技不行,但信息化时代,必须用科技、大数据手段提升质效,才可能提高‘产能!’”作为当代检察监督办案的“科技、大数据手段”,数字检察在各项探索中获得国家战略顶层设计的指导,主要是由最高人民检察院提出的检察大数据战略的框架设定和强力推进。它经由全国检察机关数字检察工作会议等活动持续传导,得到检察机关上下一体化行动,带有检察条线上下共领的鲜明特点。更重要的是,它由检察机关的行动辐射至相关部门、行业,带动国家其他机关、社会力量协同投身于国家、社会治理的数字式转型,成为促进国家、社会治理现代化的联合举动。

第一,它将法律监督由单维改为多维。数字检察的核心在于对法律监督的革新再造。相比于传统法律监督而言,它推出了聚拢刑事检察监督、民事检察监督、行政检察监督和公益诉讼检察监督之全部或部分于一体的新型监督。如一些地方检察机关运用政府补(教)助大数据等办理一批专项监督案件,将人社局基本养老保险“政府补(教)助资金领取者信息”同死亡人员信息等“不符合政府补(教)助资金领取者信息”进行碰撞分析,筛查出不符合条件、违规领取政府补(教)助资金的人员,一并开展后续调查。之后,由刑事检察部门提出督促有关部门整改等的刑事检察监督,由民事检察部门针对生效裁判案件中出现当事人违规领取医保资金情况的督促有关部门整改等的民事检察监督,由公益诉讼检察部门以制发诉前检察建议的方式进行监督的行政公益诉讼检察;必要时,还可以由行政检察部门寻找有关行政机关被诉形成的相关行政裁判文书,并启动专门的行政检察监督。法律上监督的多维变化不能简单理解为仅是量增,实乃产生聚合反应的质变。

第二,它将监督融入检察办案中。过去,检察人员将监督有机融入检察办案的着力点不多,数字检察则锁定了将监督融入办案的一条崭新出路。这一改变得益于以数据驱动为基础的新范式的构建和运用。展开来说,传统法律监督以当事人申请监督、提出控告和检察机关依职权发现为起点,由专门部门分别承担诉讼监督案件的受理、办理、管理工作,分情形提出抗诉、纠正意见或者检察建议等;现在的数字检察则强调检察机关对各种大数据的分析研判,该项工作需要需要人机协同而促进了监督同办案的有机融合。这样一来,检察业务部门通过专门调查,参与、推动或承担监督活动成为必然。如前述关于运用政府补(教)助大数据等办理专项监督案件的实践中,无一不需要检察机关不同部门的办案行为与监督行为的实质融合。

第三,它将条块分割的治理结构变为一轴多元的共治结构。相比于其他力量推动的治理体系现代化转型而言,数字检察的特色在于依靠检察机关发挥主导作用的共治结构。作为国家的法律监督机关,检察机关以法律监督积极参与治理并成

为重要力量。但这一工作不是由检察机关单打独斗完成的,而是由参与诉讼的公安机关、审判机关、司法行政机关,以及负责行政管理的行政机关和参与社会治理的社会组织、行业协会等共同完成。该结构特别强调“建设监督与被监督的良性、积极关系”,追求“努力实现双赢多赢共赢”。“监督不是你错我对的零和博弈,也不是高人一等。监督机关与被监督机关责任是共同的,目标是一致的,赢则共赢,损则同损。”仍以关于运用政府补(教)助大数据等办理专项监督案件的实践为例,这不仅在当地形成了检察院首创、地方人社等部门参与的大协同,而且受到最高检的关注和推荐,引起人社部等部委的重视并出台相关文件,将推动全国范围内形成关于涉刑人员等违规领取养老金问题的治理闭环。

可以说,数字检察是检察机关切实贯彻全面依法治国战略的实践创新,是推进检察工作现代化之路,将有力助推实现中国式现代化。它强调坚持中国共产党领导,坚持中国特色社会主义,关注提升“人民群众获得感、幸福感、安全感”,实现检察工作和治理工作的高质量发展,助力创造契合数字科技潮流的人类文明新形态。

数字检察是检察系统孕育标识性概念的原创新理论

数字检察同样以其作为标识性概念的理论创新为显著。所谓标识性概念,是“理论体系建构、话语表达和思想理论传播的核心元素”。善于提炼标识性概念,则是建构中国自主知识体系的要义,是回答好人民之问、时代之问的需要。作为新时代中国特色社会主义法治体系建设的生动实践,数字检察成为国内起源、国际接受的标识性概念。

关于概念在理论建构中的重要价值,英国牛津大学玛丽斯教授指出:“‘概念’在理论形成前就像一幅地图,能够让我们走入正确区域,并进行定位。”数字检察是囊括“大数据赋能法律监督”“大数据助力法律监督”“大数据+检察监督”“大数据法律监督”“检察监督智能化”“法律监督数字化智能化”“数字赋能监督”等实践萌芽的高度凝练。这一术语能够妥当地概括我国检

察机关依托大数据等技术手段开展的新型法律监督探索,且符合用作法律概念的科学性、规范性要求。

数字检察可以拆解为不同的要素进而构成类型化体系。有些要素是个性化的、关键性的,且形成一个完整而稳定的架构,主要包括检察大数据、批量异常案件发现模型和人机耦合技战法。检察大数据是支撑检察机关开展法律监督模型建设及实践运用的海量数据;批量异常案件发现模型是数字检察的重中之重,要求模仿检察官甄别异常个案的思维或者按照“(海量)信息数据输入——程序化处理输出”的路径,归纳提取出异常案件特征的数据化实现;人机耦合技战法是先由系统推出批量异常案件的线索、再由检察官从多角度介入开展后续调查的两步法流程。它们三位一体,形成数字检察的基础骨架。洞悉这些关键要素及其关联规律,可以强化对数字检察概念的认识。

不仅如此,数字检察在探索发挥治理优势时也会进一步孕育一些虽小微、但亦具有创新性的概念。例如,检察机关参与社会治理的“多案纠错”概念。数字检察针对法律适用方面有问题的多案,既包括不同诉讼主体参与的批量异常案件,更包括同一诉讼主体参与的批量异常案件。某省级检察机关借助政务数据云监督模型研发“大数据综合决策分析系统”,据此发现并建议移送错误处理的一批案件,这就相当于一批案件被整体性纠错。如此“多案纠错”的效果,会产生远超个案监督的、辐射社会治理的效力。又如,检察机关参与社会治理的“类案防错”概念。数字检察要避免再发生一批类似的案件,检察机关在办理案件中发现问题单位和部门存在违法违纪隐患、监督管理漏洞、相关制度不健全等社会治理方面的问题时,可以直接向其制发改进工作、完善治理的纠正意见、检察建议,并督促其整改落实。这是检察机关推动国家治理体系和治理能力现代化的类案防错。它实现了监督范围的突破和争议的实质性化解,达致穿透式治理——即穿透问题促治理的理想状态。

玛丽斯教授打过一个比方:作为理论形成前的“地图”,概念“不能替代人们亲自对地形的查勘”,“反过来可能导致人们调整或优化地图”。数字检察被用作标识性概念并衍生一批新的原创新概念,意味着这一重大创举不能仅被认定为检察机关的“家务事”,而必然被纳入国家治理体系和治理能现代化的大局。

以数字检察彰显检察机关在全面依法治国建设中的重要使命和责任担当,检察机关正在主动作为,必有大为!

(作者为中国人民大学法学院教授、刑事法律科学研究中心研究员)

集萃

中国政法大学数据法治实验室主任、教授时建中: 加快全国性数据法律制度建设



正确认识理解数据的概念及其特征是构建数据法律制度的前提。信息载体及传输方式的变化是社会进步的重要标志。在数字化时代,随着数字技术的蓬勃发展和广泛运用,作为信息载体的数据,演变为前所未有的新兴生产要素。数据既是信息载体又是生产要素,且具有非竞争性、可复制性、非排他性以及与传统财产不可分离的特性。数据权利配置、数据行为规则的构建,难以套用传统财产的权

利配置模式。数据种类、控制状态以及处理行为的多样性和复杂性,决定了数据权利安排的特殊性和复杂性。构建数据法律制度,需要加快全国性制度建设,统筹发展与安全,区分数据内容相关利益和数据行为相关利益,承认并保护不同数据利益相关者的正当利益,规范和引导数据处理行为,在法治轨道上推进数字中国的高质量建设。

中国社会科学院法学研究所研究员刘仁文: 合理限缩催收非法债务罪的适用范围



催收非法债务行为入刑是加害人视角与被害人视角互动平衡的结果,其刑事不法涉及两个要素的叠加:一是催收手段之不法性,二是非法债务之反社会性。当前,我国刑法保护的法益逐步由物质性法益向以维护人格尊严为核心的精神性法益延伸,催收非法债务罪保护的法益应当是非法债务中债务人的私生活安宁,当不法催收非法债务的行为达到严重扰乱债务人私生活安宁的程度即可成立本罪。基于反向检验的视角,私生活安宁法益说与“以刑制罪”原理的解释结论亦相契合。司法实践中,有必要根据法益的违法性评价和构成要件的解释机能,合理限缩本罪的适用范围。“非法债务”的界定形式应符合“规范违反性”,实质应具备较强的“反社会性”。本罪中“情节严重”的认定,需要综合考量催收行为的频率、次数、持续时间及造成的后果等。

中国人民大学法学院教授刘俊海: 公司法应构建债权人友好型规范体系



债权人可对瑕疵出资股东主张代位权,请求其承担补充清偿责任。为确保代位权理性行使,建议公司法构建债权人友好型规范体系。股东出资瑕疵体现为迟延、不足额与方式不当。出资瑕疵之识别、出资产权变动时的风险或惠恩配置可准用买卖合同规则。当债权人举证证明瑕疵合理存疑时,股东应自证清白。鉴于权利瑕疵与交付瑕疵的不利后果不分伯仲,建议放弃并序薄彼的差异化责任原则。平衡股东瑕疵出资有限责任与债权人平等保护,将先来到模式转为平等催告模式。初始瑕疵出资股东对债权人终身负补充清偿责任,对后手采取过错推定规则。为体现程序正义,不应将瑕疵出资股东直接变更或追加为被执行人,应将债权人对瑕疵出资股东的代位权回归裁判程序。为维护交易安全,建议落实外观主义,允许善意债权人对股权转让与担保债权人就瑕疵出资主张代位权。

中央财经大学法学院教授时建峰: 劳动基准法应规范企业惩戒问题



我国正在制定的劳动基准法应规范企业惩戒问题。立足用人单位指示权集体化转型的法律技术,可以打通从个别劳动合同中的指示权到组织体中惩戒权的路径。据此,企业惩戒本质上是一种建立在企业自治基础上的自治罚,目的在于维护企业秩序,保护的是用人单位利益和劳动者利益。企业惩戒需要通过追究才能得到实现。企业惩戒规则应以用人单位规章或者集体合同为载体,惩戒对象限于劳动者违反企业秩序的行为。企业惩戒措施由当事人自主设定,但应遵循自治权行使的逻辑、组织体处罚的逻辑以及劳动关系协调机制的内在逻辑。企业惩戒应由用人单位和劳动者一方代表共同实施。企业惩戒的行使应满足必要的程序要求并置于劳动争议裁判程序的救济及合理性审查之下。

西南政法大学民商法学院副教授郑志峰: 明确诊疗人工智能的合理定位



与自动驾驶汽车等替代型人工智能应用不同,诊疗人工智能仅为医务人员提供辅助作用,这使其背后的人机关系以及责任承担具有特殊性。诊疗人工智能并未改变现有医患关系结构,但人机协作诊疗模式增加了医务人员诊疗过失的认定难度。诊疗活动的伦理属性与技术特点决定了诊疗人工智能的辅助定位,应当挖掘当时医疗水平标准背后的合理医生标准,赋予医务人员自由裁量权,同时配置适当的再判断义务,确保机器判断的益处被安全采纳。诊疗人工智能的辅助定位并未消除医疗产品责任的适用空间;在缺陷判断上,脱胎于理性人标准的理性算法标准可以一定程度缓解设计缺陷的认定困境,而对于专业性人工规则带来的警示缺陷证明难题,宜通过强化医务人员的特殊告知义务解决;在因果因果关系要件上,诊疗人工智能的辅助定位使得事实因果关系与法律因果关系的认定都面临特殊困难,可通过替代原因理论予以补正。

(以上依据《中外法学》《法学杂志》《中国应用法学》《比较法研究》《中国法学》,张宁选辑)

根据具体情况对影视解说短视频予以规制

手鸣

庄劭

近年来,互联网上涌现大量对电影、电视剧解说的短视频,以“几分钟解说一部电影或电视剧”为主要形式,满足互联网用户碎片化时间的娱乐需求,以吸引海量观众而营利。学界和实务界有观点认为,若影视解说短视频未经长视频著作权人授权,则该行为在一定情况下,可能构成侵犯著作权罪。笔者认为,侵犯著作权罪所保护的法益,并非笼统的著作权整体或竞争秩序,而是著作权人的市场利益。发布影视解说短视频是否侵犯长视频的市场利益,是否符合本罪的构成要件,需要具体问题具体分析。

私权、秩序与侵犯著作权罪的保护法益

关于侵犯著作权罪的保护法益,通说的立场是私权说,即著作权说,认为侵犯著作权罪保护的法益是广义的著作权,包括人身权、财产权和邻接权。但这种理解较为宽泛:其一,从体系地位看,本罪作为刑法分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的罪名,属于经济犯罪。重点在于保障市场经济的良性运行,鼓励作品的创作和传播,促进文化和科学事业的发展与繁荣。其二,刑法第217条仅将侵犯著作权的六种行为规定为犯罪,并未囊括侵犯著作权的全部内容。其三,从本罪在刑法中所处的章节来看,本罪重点保护的法益并非财产权。根据《最高人民法院、最高人民检察院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5条的规定,违法所得数额在3万元以上或非法经营数额在5万元以上构成本罪,如果本罪重点保护的是财产权,其起刑点不应与侵犯财

产权的犯罪(盗窃罪的起刑点是1000元至3000元)有太大的差距。

与私权说对立的秩序说,该说认为侵犯著作权罪保护的法益是市场竞争秩序,维护知识产权人因知识创新等获得的在市场竞争中的优势。但是,刑法第217条明确规定“有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一”,就是把私权作为本罪的保护法益。

将市场利益作为侵犯著作权罪的法益

既要因应刑法第217条侵犯私权之规定,又要顾及本罪所属章节及其对市场经济秩序之破坏,正确的方向是考虑如何融合保护私权和秩序两大价值取向。

刑法之所以保护著作权人的经济利益,并非单纯因为侵权人未支付报酬而利用作品,而是要保护著作权人在市场竞争中的利益。一方面,侵权人没有参与作品的创作,也没有支付获得授权的费用,生产成本低,在市场中自然具有价格优势。另一方面,低劣的侵权产品会破坏权利人产品的市场口碑,使后者失去市场。当侵权产品进入市场时,可能会破坏著作权人原有的市场优势,进而损害著作权人的作品收益。因此,本罪的保护法益既非单纯的私权,也非单纯的秩序,而是“秩序中的私权”,即他人署名的美术作品在市场竞争中的收益。侵犯著作权罪之不法在于,行为侵犯了著作权人的市场利益。

市场利益说可以弥补私权说和秩序说的不足。其一,它强调保护的是市场中的法益,与本罪所属的“破坏社会主义市场经济秩序罪”相契合,同时,它保护的又是著作权人的利益,与刑法第217条“侵犯著作权或者与著作权有关的权利”的规定一致。其二,市场利益说可以解释,为何本罪的量刑情节要以行为人的违法所得或者经营数额来计算。市场损失有时是难以计算的,但行为人在市场上销售的侵权产品越多,著作权人的作品市场份额损失就越大,因而可将行为人的获利或经营数额推定为

被害人市场利益的损失。其三,市场利益说和本罪的“以营利为目的”相契合。营利的目的,意味着行为具有将侵权产品投入市场的可能,若缺乏营利目的,行为不具有市场之牟利性,就不可能侵蚀著作权人的市场利益。其四,市场利益说可说明刑法第217条第五项的可罚性,若行为人假冒他人署名而出售美术作品,便会分割被假冒者的作品市场。而且,若假冒作品水准低劣,更会损害被假冒者作品的市场口碑。因此,该行为最终侵犯的是被假冒者著作权产品的市场利益。

市场利益与解说短视频的可罚性

根据市场利益说,即使发布解说短视频的行为表面上符合刑法第217条之规定,但若实质上并未侵犯影视著作权人的市场收益,则不构成侵犯著作权罪。刑法围绕特定法益而设定犯罪的构成要件,只有侵犯某罪保护法益的行为,才可能符合相应犯罪的构成要件。因而主流理论认为,在工具不能犯场合,如误把白糖当作砒霜去投毒杀人,由于行为不可能危及人的生命,不符合故意杀人罪的构成要件。同理,既然著作权人的市场利益才是保护法益,侵犯著作权罪的构成要件便需要据此进行实质解释——只有侵犯著作权人市场利益的行为,才符合本罪的构成要件。事实上,主流刑法教科书对本罪构成要件的阐释,一定程度上也会根据市场利益进行实质解释。如对“制作、出售假冒他人署名的美术作品”的行为,强调必须是“署上美术界著名作者的姓名”。因为若被冒名者并非美术名家,不具有美术作品的市场,甚至没有作品,自然不可能侵犯其作品的市场利益。

可见,制作、发布解说短视频的行为是否构成侵犯著作权罪,关键在于该行为是否侵犯长视频著作权人的市场利益。笔者认为,这种市场利益集中体现在长视频观众的数量上,因为,观众越多,长视频平台的充值会员越多,吸引的广告商

也会越多,平台的利润越多。因而存在一种直观的担心,即解说短视频会导致长视频观众的流失,从而损害长视频平台的市场利益。这需要具体分析解说短视频的观众结构。

笔者认为,解说短视频的观众大致分为三类:其一,只喜欢看解说短视频的观众。这部分观众只有耐心去看“几分钟解说一部影视”,因各种因素不会观赏或没有观赏长视频的可能性。其二,看短视频后,由于对原作品感兴趣而去看长视频的观众。其三,看了短视频以后,因“剧透”而不再看长视频的观众。在上述三种用户中,第一类观众无论如何都不会成为长视频的观众,第二类观众属于解说短视频为长视频引流而增加的观众,第三类观众是长视频因此流失的观众。由于三类观众同时存在,往往无法直接判断解说短视频是否会造成长视频观众的整体流失。

因此,要证明解说短视频是否侵蚀了长视频产品的市场利益,需要进行相对准确的统计学建模和相应的市场调查。在没有形成较为确定的统计学结论之前,应适用“存疑有利于被告”原则。

或许有观点会认为,对解说短视频这种简单搬运而牟利的行为,若刑法不予以处罚,有鼓励不劳而获之嫌。当然,对影视解说短视频应根据具体情况予以相应规制,是非常必要的,可以从前置法、保障法等多层面、多视角设计多种规范架构,而非单纯强调从刑事处罚角度进行规制,这也是刑法面对有争议的新生现象时,应秉持的审慎与包容的姿态。鉴于此,有必要进一步加强理论与实践研究,根据未来情况发展,随着社会各界对影视解说短视频各方面认识的深入,逐步制定并完善相应的规范措施,对影视解说短视频予以精准规制。

(作者为中山大学法学院教授、博士生导师。本文系国家社会科学基金项目《数据法益的刑法保护研究》(项目编号:20BFX074)的阶段性研究成果)