

在近日召开的“网络时代刑事司法的机遇与挑战”国际研讨会上,与会人员就数字经济时代刑法理念的更新、《联合国打击网络犯罪公约》与刑法保障完善、网络犯罪案件的程序保障与证据审查等重点问题展开深入研讨。

网络时代刑事司法面临的机遇与挑战

综述

□周梓睿

当今世界数字技术发展日新月异,在深刻改变人类生活的同时,也给社会各个领域带来深刻影响。特别是网络犯罪频发,给作案刑事司法带来极大挑战。近日,中国政法大学刑事司法学院举办的“网络时代刑事司法的机遇与挑战”国际研讨会在北京召开。来自英国、加拿大、德国等国家的学者以及国内部分高校的专家学者就数字经济时代的刑法理念更新、《联合国打击网络犯罪公约》与刑法保障完善、网络犯罪案件的程序保障与证据审查等网络时代刑事司法相关问题展开深入讨论。

数字经济时代的刑法理念应予更新

数字经济时代,因应网络犯罪的犯罪方式智能化、犯罪手段多样化、犯罪主体多元化等特点,应及时更新刑法理念。加拿大多伦多大学法学院教授苏汉轼(Hamish Stewart)立足刑法的目的、罪刑法定原则、刑事责任条件、程序的公正性等方面指出,刑法的基本理念与刑事责任的根本条件并没有因为互联网的出现而改变,但确实需要对这些概念进行调整,以适应我们所处的新环境。当前,应选择何种路径以保障数据安全?

在中国人民大学法学院教授时延安看来,数据安全保护模式主要有公法思路和私法思路。公法思路是指基于政府、数据处理者和数据权益人之间的法律关系进而运用刑法进行规制。但已有刑法规范侧重于保护国家利益和社会公益,对个体法益的保护相对较弱,应当在刑法对个别侵犯财产罪中规定侵犯数据权益犯罪,根据行为方式设计多个构成要件并配置存在区分且具有比例关系的法定刑,将数据权作为“类财产权”予以保护,从而强调数据安全保护的 personal 保护路径。

华东政法大学教授焦艳鹏从数字经济时代时空属性的分析视角切入,明确数字经济时代的时空属性,并分析数字经济时代法益形态的变迁。他指出,当前数字经济时代的刑法立场应以保障人的传统生活利益为基点,重视人的发展性生活利益的

□数字经济时代,因应网络犯罪的犯罪方式智能化、犯罪手段多样化、犯罪主体多元化等特点,应及时更新刑法理念。

□网络犯罪案件中的抽样取证对于案件的证明具有至关重要的意义,需要在保证全面客观取证与解决实际困难之间找到平衡点,特别是如何进行科学的抽样。可以通过发布典型案例的方式,示范抽样方法,发挥良好的指引作用。

实现,统筹自由(财产、人格)、秩序与安全,而数字经济时代的刑事法治应当坚持刑事立法观上的辩证立场,统筹刑事司法与其他治理手段,并坚持法治系统整体功能的实现。

《联合国打击网络犯罪公约》与刑法保障完善

网络的开放性、跨国性决定了对网络安全维护是全球性的难题。与会人员围绕正在起草的《联合国打击网络犯罪公约》与刑法保障完善这一问题展开前瞻讨论。

德国奥斯特纳布吕克大学法学院教授葛祥林(Georg Gesk)介绍了德国关于网络犯罪的立法现状并指出,网络犯罪在德国同样呈上升趋势,犯罪分子的犯罪行为从真实的物理空间转换到了网络空间。打击网络犯罪会涉及与其他国家的协作,尤其是跨境证据的取证问题,在欧洲则以欧盟的规范来帮助机构能够有效地调查并将罪犯绳之以法。法无明文规定不为罪,是在网络时代仍需坚守的刑法原则。

北京大学法学院教授江溯认为,《联合国打击网络犯罪公约》的成就主要体现在三个方面:公约的正式草案明确规定了保护主权原则与尊重主权原则;公约的多个条文都涉及刑法的一般原则;在刑事定罪的部分对网络犯罪的罪名设置作出了详尽的安排,对具体适用具有指导价值。但同时存在一些不足,如文本的体系性方面存在一定问题,一定程度上影响了公约的权威性和可接受性;公约在部分罪名的设置上没有注意到其他国家的法律状况,包容性与可接受度存在一定的不足;公约文本存在明确性问题,详略不当;部分规定在合理性方面存在问题,等等。

中国政法大学刑事司法学院副教授李怀胜立足《联合国打击网络犯罪公约》制定背景,就中国刑法管辖权的完善,建议针对当前网络犯罪的客观趋势,建立以属地管

辖为基础的实害管辖原则,包括客观性的实害和主观上的直接故意。

北京师范大学法学院教授张磊就网络犯罪中的洗钱问题进行探讨,认为洗钱问题具有复杂性和多样性,《联合国打击网络犯罪公约》和《联合国反腐败公约》应加强对洗钱问题的重视。

网络犯罪案件的程序保障与证据审查

网络时代的犯罪具有不同于传统犯罪的特点,刑事司法如何应对网络犯罪,既是实践面临的难题,也是理论研究的核心。

澳大利亚格里菲斯大学法学院副教授萨穆利·哈塔贾(Samuli Haataja)介绍了澳大利亚网络犯罪的现状,以及澳大利亚政府对待国际公约的态度和国内采取的打击网络犯罪措施。萨穆利教授认为,网络犯罪的证据具有特殊性,数据是数字化的和分散的,很难收集,在应对网络犯罪的过程中,管辖权问题、证据收集问题以及与其他国家和第三方平台的合作问题是主要面临的几个问题。《联合国打击网络犯罪公约》提供了一个更加具有包容性的工具,该公约不仅涵盖了布达佩斯公约的主要精神,还在部分内容中有所扩增,使得跨国合作更有依据,并具有重要意义。

中国人民大学法学院教授雷强调,网络犯罪案件中的抽样取证对于案件的证明具有至关重要的意义,需要在保证全面客观取证与解决实际困难之间找到平衡点,特别是如何进行科学的抽样。可以通过发布典型案例的方式,示范抽样方法,发挥良好的指引作用。

中国人民大学法学院教授刘品新介绍了网络犯罪案件中电子证据的专业化审查问题。他建议从四个方面推动网络犯罪案件中电子证据审查的专业化:从纸面审转向数据审,需要从数据的角度看待证据本身;从单一审走向体系审,证据采集过程与

数据共同构成一个完整的证据体系,从而有效地审查证据的形成过程;从人工审走向智能审,电子数据的数量庞大,人工难以实质审查,通过数据分析模型可以更为有效地还原案件中的要件事实;从形式审走向实质审,法律人需要拥抱数据科学,养成专业技能,进而开拓数字法学、数据法学的路径。

吉林大学法学院教授谢登科认为,电子数据具有重要价值,在电子证据收集提取和审查认定中实现对基本权利的保护、救济成为不可回避的问题。目前的电子数据审查存在一定特点,如合法性审查存在“重真实,轻权利”的倾向,其审查对象多是电子数据取证的技术性程序;审查对象的混合式规定无法体现数据合法性审查的优先性;电子数据合法性审查规则的理论基点模糊,无法作为基本权利保障的规则基础。

北京大学法学院研究员吴洪淇指出,电子数据的取证和审查存在“重取证、轻审查”的问题,需要加强电子数据的规范和研究,以保障公民权利和打击网络犯罪。

在北京航空航天大学法学院教授裴伟看来,目前电子证据重要性逐渐提升,但对电子证据的收集审查判断证据规则很难与现有刑事诉讼体系相契合。对各类规范性文件进行重新整理和加强本国的侦查措施系统性是必要的,有助于提高国际层面公约和条约的参与及制定力度,并对提升国际影响力产生深远影响。

北京理工大学法学院教授彭海青认为,目前刑事诉讼研究需要加强对刑法变化的回应,以更开阔的视野进行学术研究。研究者们要跟上网络时代的发展步伐,加强对国际刑事法律以及知产犯罪案件程序、证据的研究。

中国政法大学刑事司法学院副教授谢澍指出,在面对诸如网络犯罪等新兴问题时,体系化、规范化的立法可以帮助司法机关依赖法教义学进行具体的司法解释,这些解释由司法机关通过个案漏洞填补和法律续造来实现。然而,目前法律规范在体系上缺乏融贯性,没有法解释学和法教义学的空间。为了解决这个问题,司法机关应当通过指导性案例和典型案例进行指导。另外,在制定规范的过程中,立法目的应以程序公正优先,偏离这一原则可能会导致实践问题持续存在。

(作者单位:中国政法大学)

以穿透式审查揭开新型挪用公款犯罪“面纱”

“高效办好每一个案件”

业务技能系列

□刘会宇 余枫霜

随着反腐力度不断增强,金融领域出现了一些新型职务犯罪案件,其中,金融系统的挪用公款犯罪常呈现出专业性强、涵盖面广、犯罪手段复杂隐蔽等特点,给打击犯罪带来一定难度。前不久,最高检发布的第四十七批指导性案例中,检例第189号“李某等人挪用公款案”系一起新型挪用公款犯罪案件。挪用公款犯罪有两个本质特征,一是个人决定,二是归个人使用。金融领域的新型挪用公款犯罪,往往以证券承销、理财产品发行等专业手段为掩护,如何从实质上把握上述特征,进而精准追究犯罪分子的刑事责任有一定难度。审查中应多角度分析论证。此外,案外人通过挪用公款犯罪直接获得的收益,能否以违法所得予以没收、追缴也是司法实践中的难题。

透过集体研究表象发现个人决定本质

司法实践中,部分挪用公款行为经过集体研究,被告人及其辩护人即以集体研究辩称不构成犯罪,理由是按照2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(下称《纪要》)规定“经单位领导集体研究决定将公款给个人使用,或者单位负责人为了单位的利益,决定将公款给个人使用的,不以挪用公款定罪处罚”。集体研究是否就是当然的无罪事由?笔者认为,对此不能简单下结论,还需要结合集体研究的形式、内容和目的等进行综合判断。

首先,审查集体研究的形式,确定是否体现民主集中制原则。就此,应审查集体研究时参与研究的人员范围、研究时是否可以充分发表意见,如研究时基于个人利益考虑,选择性通知相关人员参与研究,或者研究中无视反对意见,力主强行通过个人意见,实质上属于以集体研究之名行个人决定之实,不符合《纪要》关于集体研究的认定。

其次,审查集体研究的内容,确定集体研究是否发挥科学决策的实质作用。就此,应审查集体研究时汇报人员有没有如实汇

□金融领域的新型挪用公款犯罪,往往以证券承销、理财产品发行等专业手段为掩护,如何从实质上把握犯罪特征,进而精准追究犯罪分子的刑事责任有一定难度,审查中应多角度分析论证。

□挪用公款犯罪案件办理中,如因缺乏主观罪责要件未追究案外人的刑事责任,但却能证明案外人的获利直接来源于犯罪行为,案外人对收益违法性存在认知,且不属于善意取得的,则应依据刑法、监察法等相关法律规定,将案外人的非法获利认定为违法所得,予以没收或追缴。

报,有没有隐瞒影响决策的重要事项,是否发挥集体研究集思广益、民主决策的作用,相关人员有没有通过集体研究引导作出错误决策,如果汇报时基于谋取个人利益的目的,虚构事实、隐瞒真相,致使研究内容不是建立在客观实际基础上,误导参会人员作出挪用公款的决策,那么这种所谓的集体研究就是形同虚设,没有发挥集体研究应有的作用,故不影响对个人决定的认定。

再次,审查集体研究的目的,确定研究决策体现的是单位意志还是个人意志。如果集体研究的目的并不是解决使用公款问题,也未研究使用公款事项,而是为了研究决定钱款使用的前一环节事项,但客观上为下一步个人决定挪用公款作准备,比如银行通过行长办公会研究,决定提前终止本行发行的理财产品,但没有研究兑付方式和资金来源。此后,个人擅自决定挪用银行公款进行兑付的,很显然不能被集体研究所涵盖,此种挪用公款行为体现的不是单位意志而是个人意志。

概言之,使用公款之前的集体研究,并非都是无罪事由,如研究时搞“一言堂”,不如实汇报,不能反映单位意志,或者集体研究作出决策系为个人擅自决定使用公款作准备,均应认定为“个人决定”,不影响个人责任的认定。

四步审查法实质判断挪用公款“归个人使用”

金融领域挪用公款案件中,有一种表面上是归单位使用,看似合法使用公款的行为,该情形是否符合挪用公款罪的构成要件呢?以银行使用自有资金兑付本行发行的理财产品为例,可以按四步审查法作出实质判断。

第一步:通过审查公款使用目的确定

公款是否公用。如李某等人挪用公款一案中,银行并无提前兑付理财产品意愿,使用公款兑付并非基于经营需要,提前兑付后银行也无法从中获利。这足以表明提前兑付的目的是为犯罪分子通过兑付行为获得更高收益作准备,是为了实现犯罪分子的个人利益最大化,故使用公款的目的显然并非公用。

第二步:通过审查公款使用流程确定公款使用是否合规。一般而言,按照银行内部规定,银行理财产品的兑付资金是理财产品到期后的收益,不能使用银行自有资金兑付,即应由委托人自担投资风险并获得收益。但是,犯罪分子擅自决定使用银行自有的备付金兑付理财产品,显然违反了银行备付金使用管理规定,系对公款的违规使用,侵犯了银行对公款的管理使用权。

第三步:通过审查公款潜在风险确定公款是否处于风险之中。用银行备付金兑付理财产品后,公款流向大量的理财产品投资人,银行获得了理财产品投资项目的收益权,即银行成为了理财产品投资项目的投资主体,将本应由购买银行理财产品的投资人承担的投资风险转嫁给了银行,银行可能获益也可能亏损,何时能收回公款,能收回多少公款均不确定,银行公款处于风险之中。

第四步:通过审查违法所得归属最终确定使用公款是否属于为个人谋利的私用。对于挪用银行备付金提前兑付理财产品的,应审查最终的利益归属与受益主体,通过建立资金流向图等方式确定公款流转路径和最终获益情况。如银行只获得少量的通兑费或手续费,而犯罪分子通过提前兑付反而获得了巨额利益,提前兑付理财产品由此成为犯罪分子谋利的手段之一,这一使用公款行为本质上就是为犯罪分子个人使用。

综上,根据全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》规定,将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的,属于挪用公款“归个人使用”。表面上将公款用作单位公用,虽非个人直接使用,但使用公款已成为犯罪链条之一,服务于为个人谋利,对此应从实质上认定为“归个人使用”。

递进式厘清财物属性 精准认定违法所得

司法实践中,对于犯罪分子通过犯罪行为获得的非法收益应认定为违法所得并无争议,但其他不构成犯罪或未被追究刑事责任的相关人员也可能因行为入罪实施犯罪行为而获利,在此情况下,违法所得能否延伸至上述人员直接非法获得的利益,法律并无明确规定。如何认定这种情况下的违法所得,可根据以下思路进行递进式审查认定。

第一,财物是否直接来源于犯罪行为。对于案外人未参与犯罪的,应审查案外人收益是否通过犯罪分子的犯罪行为直接获得。

第二,行为人对收益的违法性是否有认知。在审查确定案外人收益直接来源于犯罪分子的犯罪行为后,应进一步审查案外人对行为的违法性是否有认知,可结合案外人的身份、专业背景、从业经历等进行综合判断。如结合上述因素判断,其应该能认识到短期内获得巨额收益的反常性,可以认定案外人对收益的违法性存在概括认知。

第三,是否可以排除案外人的善意取得。善意取得受法律保护,认定违法所得需排除善意取得。在案外人的收益直接来源于犯罪行为本身,主观上对收益的违法性存在认知的情况下,应结合案外人的操作模式、投入大小、投资回报率等因素,认定案外人取得上述财物是否系“善意”,如能排除善意取得,可认定为违法所得。

综上,虽因缺乏主观罪责要件未追究案外人的刑事责任,但若能证明案外人的获利直接来源于犯罪行为,案外人对收益违法性存在认知,且不属于善意取得,则应依据刑法、监察法等相关法律规定,将案外人的非法获利认定为违法所得,予以没收或追缴。

(作者单位:江苏省南京市人民检察院)

以一体化建设助推上海检察工作高质量发展

(上接第一版)前不久召开的上海市检察院主题教育总结会上,我们就按照一体化建设要求,强调要加强两批主题教育统筹衔接,特别是要发挥一体联动优势,运用好联组学习、联手调研、联动整改、联推发展“四联”工作机制,即市院、分院作为第一批单位要作出表率,提炼经验,加强对第二批单位的指导督促;基层院作为第二批单位,也要主动承接第一批单位确定的重点项目、民生实事等,合力解决一批群众急难愁盼问题,通过前后衔接、上下贯通,找准问题短板、逐项整改到位,真正将“实”字贯穿主题教育始终,持续推动习近平新时代中国特色社会主义思想在上海市检察机关落地生根、开花结果。

记者:聚焦高质量发展,全面推进检察工作现代化是大检察院研讨班作出的战略部署,是一个系统性、整体性、协同性的宏大命题。请您谈谈,为何首先选择检察一体化作为推动上海检察工作高质量发展的突破点?

陈勇:党的二十大以来,上海市检察机关认真学习领会习近平总书记强调的“没有高质量发展,就谈不上社会主义现代化”,认为高质量发展是实现现代化的前提条件和必由之路,检察工作也是如此。

对于这一宏大课题,既要总体把握,也需重点突破。随着调查研究的深入,我们深刻感受到,作为直辖市检察机关,检察一体化是实现上海检察工作高质量发展现代化的节骨所在。

习近平总书记对政法工作作出重要指示,强调要更加注重系统观念、法治思维、强基导向。最高检党组也将“依法一体履职、综合履职、能动履职”作为推动检察工作现代化的重要理念和实践依循,明确“四大检察”要实现全面协调充分融合发展。我们认为,新时代检察工作的系统性越来越强,检察一体化因其联动、融合、统筹、协同等特性,必然在新时代检察工作高质量发展中发挥重要作用,必须赋予新内涵,提出新要求。

在内部深入广泛调研基础上,我带队赴北京、天津等地的检察机关交流考察,既学习先进经验,也检视自身梗阻。我们看到,面对新形势新任务,特别是对标检察工作理念、体系、机制、能力现代化,上海检察一体化运行中存在一些长期想解决而没有解决的难题,亟待破解。从纵向上看,作为直辖市的上海具有“两级行政、三级司法”的特殊情况,长期存在三级检察院职能定位不清晰,特别是分院中院层级功能发挥不充分、市院和分院业务领导指导协同不足、三级院院队伍交流调配不够顺畅等问题;从横向上看,面对一体履职等新情况新要求,监督办案集约度不足、条块分割、院际协同和区域集聚效应发挥不足等问题也较为凸显。

因此,我们首先选择检察一体化为切入点,旨在通过加强和优化检察一体化建设来破瓶颈、激活力,通过更优配置资源、更紧增进联动、更强凝聚合力,为上海检察工作高质量发展增添新动力、拓展新空间。

记者:应勇检察长在大检察院研讨班上特别强调要坚持依法一体履职、综合履职、能动履职。您能否介绍一下上海市检察机关将从何处着手探索直辖市检察一体化建设?有哪些具体举措?

陈勇:以党的领导为政治引领,以人民为中心为根本立场,我们深入研究了一体化建设的实现路径和主攻方向,探索以上下一体、融合发展为目标导向,建立纵向一体化更加联动有力、横向一体化更加贯通融合的领导体制、工作机制。

就纵向一体化而言,我们着手从宏观、中观、微观三个维度塑造有层次的一体化。在宏观上,构建市院统一领导、牵头管总,分院协助市院、领导指导辖区,基层院重在落实办案基座的职能定位;中观上,市院重在谋划部署,分院重在辖区主推,基层院重在点上管干;微观上,则要在政治建设、业务建设等方面厘清职责、共抓落实。

加快建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市,是习近平总书记对上海的明确定位和以习近平总书记为核心的党中央对上海改革发展的殷切嘱托。今年初,上海市检察院整体统筹,制定出台《上海市检察机关关于服务保障加快建设具有世界影响力的社会主义现代化国际大都市的意见》,作为全市检察机关服务保障上海中心大局工作的“总纲”。在此基础上,分院、区院结合区域实际,因地施策、高效协作,如市检察院第三分院发挥跨行政区划管辖模式,增强对长三角一体化发展等国家战略的服务保障;浦东新区检察院助力社会主义现代化引领区建设,营造市场化、法治化、国际化一流营商环境,探索商事领域检察专业化办案机制,拓展临港新片区法律服务中心涉外民商事检察功能,等等,形成以检察工作高质量发展服务保障经济社会高质量发展、以检察工作现代化服务中国式现代化的生动局面。

就横向一体化而言,我们持续强化一体履职理念,正不断优化线索共享、监管聚合的业务管理机制,构建重点突出、整体推进的综合履职机制。日前,我们服务创新驱动发展战略,制定全面加强科技创新中心建设服务保障工作的“20条意见”,提出在全市基层检察院推进知识产权刑事、民事、行政、公益诉讼“四合一”检察办案机制,发挥综合保护优势,提高监督质效,增强履职合力,进一步发挥整体打击、预防和司法保护效能。同时,积极践行人民城市理念,持续深化未成年人检察领域“四合一”履职,构建全方位、立体式监督模式,助推“六大保护”协同发力;在金融检察、网络犯罪检察等新兴领域探索融合履职,助力实现齐抓共管、群防群治,有效融入社会治理体系;探索构建检察审查、调查、侦查“三查融合”的调查核实新格局,将监督方式融合贯穿履职全过程,以实现全面、精准、刚性监督。

记者:除了“纵”“横”两个维度,上海市检察机关在推进一体化履职助力数字检察战略、人才强检建设方面还有哪些思考和部署?

陈勇:一体化检察履职体系建设,离不开一体化的检察保障。在数字检察战略推进过程中,我们致力于打造“上海数字检察空间”“一张网”,明确由市院承担顶层设计、总体规划、开发建设等主导责任,分院承担组织和督促辖区院落实规划、统筹项目需求、数据质量管理等协助推进责任,业务条线和基层院承担提出需求、应用实践、反馈效果等落实主体责任。同时,进一步加强数字检察与业务建设横向联动协同,组建业务和技术深度融合的数字检察办案团队,为上海超大城市治理数字化转型贡献检察力量。

聚焦求真务实、担当实干这一新时代新征程检察人员鲜明履职特征,我们一体提升政治能力和业务能力,深化“一支部一品牌”创建,研究制定人才队伍中长期培养规划,打造业务竞赛、“75号咖啡”、同堂培训等各类平台,持续提升队伍实战能力和理论水平;探索开展融合办案组织试点,加强对应力量调配,着力构建三级院一体化人才培养平台,充分发挥跨院跨条线的专业化办案团队“熔炉”作用,不断锤炼检察人员综合业务素能。近年来,我们推荐的4名人选全部获评第五批全国检察业务专家,9人荣获全国检察机关业务竞赛标兵能手称号,标兵的数量和覆盖面都走在全国前列。

下一步,我们将以排头兵的姿态和先行者的担当,守正创新、勇毅前行,将理论成果转化为行动纲领,希望以直辖市检察一体化建设的鲜活实践探索,破瓶颈、聚合力、强动能,努力创造“为大局服务、为人民司法、为法治担当”的新业绩和新贡献!