

把握好可诉性时机提升检察行政公益诉讼质效



中国政法大学刑事司法学院教授郭志媛：
更新司法观念完善程序出罪机制



程序出罪是刑事司法机关以刑法、刑事诉讼法及相关司法解释为依据,基于不符合犯罪构成之外的事由,对已进入刑事诉讼程序且尚未被定罪有罪的犯罪嫌疑人、被告人作出不予认为是犯罪或不继续追诉处理的刑事司法行为。在轻罪立法、认罪认罚从宽制度实施、宽严相济刑事政策强化贯彻等背景下,程序出罪发挥着控制犯罪、恢复社会关系和保障人权等一系列功能,具有充足的正当性基础。现阶段,我国程序出罪机制的运行并不完善,背后涉及司法观念不科学、程序供给不充分、司法标准不明确、实施层面受到法外因素影响等深层原因。对此,应更新司法观念,补充程序供给,明确司法标准、减少法外因素影响,才能对我国的程序出罪机制加以完善。

福州大学法学院副教授何群：
准确界定涉毒自洗钱行为



实务中涉毒自洗钱犯罪行为呈现出入罪率低、打击效果不明显等特点。究其原因,与洗钱罪罪状中“为掩饰、隐瞒”术语之定位不清,主观方面构成要件要素证明标准较严相关。同时,又受到“提供资金账户”行为方式适用情形不明之影响。针对上述入罪困境,必须回归洗钱的罪质构造,在教义学层面厘清涉毒自洗钱行为的治理思路。具体言之,首先,应否认洗钱罪目的犯属性,将“为掩饰、隐瞒”理解为客观构成要件要素,以降低主观方面的证明难度。其次,关于“提供资金账户”之适用争议,从法益保护与量刑均衡的角度分析,宜将该行为方式排除在“自洗钱”之外。

中国人民大学纪检监察学院讲师张航：
以危险归责重构国家赔偿归责体系



通说认为,我国国家赔偿法实行违法归责与结果归责二元并立的归责原则体系。然而,结果归责的实质内涵在公法上存在严重分歧,即作为归责事由的“结果”分别被解读为损害结果、因果关系和违法结果,但它们均不能说明结果责任的理论基础、归责目的和答复范围,不能构成规范的法律归责原则。事实上,结果归责是源自私法初民时代的概念,早已被现代侵权责任法理论所弃置。比照侵权责任法,危险归责应当替代结果归责,与违法归责构成并立的国家赔偿归责原则体系。国家赔偿责任以损害风险的分配正义为基础,以危险之利益与负担一体化承受为根据,以防控及救济公法危险及其损害事故为目标。危险归责和违法归责作为国家赔偿范围有序扩大的基准阀门,能够在未来修法和解释适用中兼顾公民合法权益救济和国家依法行政之立法目的,并妥善处理个人生存风险和国家责任范围之间的关系。

北京大学法学院助理教授王王伟：
确立人肉搜索犯罪行为构成要件



人肉搜索的刑法规制面临明确法律定义缺失、规范体系不足、处理已公开个人信息刑法评价、多元复杂利益平衡等难题。美国、德国、荷兰等国家对人肉搜索的刑法规制进行了新的探索,其共通性的有益经验值得借鉴。人肉搜索的法定性应强调个人信息散布行为及其引发的后续法益侵害或侵害风险。人肉搜索具有复杂的信息获取手段和信息散布方式。我国刑法规范体系应明确人肉搜索的行为构成,设置独立的罪量标准,回应侵犯公民个人信息罪中的特殊法律适用问题。人肉搜索属于非常规的已公开个人信息处理行为,不符合前置法免责条件,仍可构成侵犯公民个人信息罪。人肉搜索可在例外情形中定罪,但应具备特定的构成要件,且受到关联性、必要性原则的限制。

(以上依据《澳门法学》《海峡法学》《环球法律评论》《比较法研究》,陈章选辑)



□行政公益诉讼的可诉性判断既与客观适用范围相关,也与时机要素密切相关。理论上,行政公益诉讼的可诉性时机问题至少有两种应对路径,但这两种模式均有一定的外在不足,可能会削弱可诉性时机选择的灵活性、包容性。应当构建独立的可诉性时机内容识别与程序机制,以此为行政公益诉讼最佳办案时机提供完善的程序细化指引,以提升行政公益诉讼整体质效。

一般已属成熟的违法履职或者履职损害后果仍然存在。即时型违法与紧迫型违法在于公益损害状态的认定,应视起诉时机是出于预防保全还是事后救济。持续型违法与延时型违法则常被归结为未完全履职、未全面整改,但在起诉时机上存在违法行为一损害后果的路径差异,如行政机关围绕环境污染企业的监管目的作出多个行政行为,但缺乏有力措施,导致企业未完全停止排污,造成环境继续恶化,即可能构成持续侵害公益型违法。如行政机关就环境修复、文物修复而履职,但需要经过一段时间的恢复或检验方能查看其效果,效果不佳即可能构成延时侵害公益型违法。

基于可诉性时机的诉讼要件,检察机关针对适格被告违法行为提起诉讼,其后裁判应当具有可执行、能有效恢复公益的即时效果。检察机关可区分四类行政行为而适时性起诉。第一,针对即时型违法,由于公益处于直接的、现实的损害中,识别后应当督促行政机关立即履职维护公益,在起诉时机上指向监督行政权立即自我纠错、督促企业纠错。第二,针对紧迫型违法,公益尚处于未损害但有高度盖然性的紧迫危险,可在损害结果显现前,通过提起预防性公益诉讼,发挥行政审判的风险防范功能,降低对公民生命、健康、财产等基本权利的风险。在起诉时机上为“尚未成熟”条件下,允许检察机关提前介入,阻止损害发生。一般而言,就紧迫侵害公益行为的起诉必须有法律明确授权。第三,针对持续型违法与延时型违法,应依托两种情形分别考量危害后果消除程度而适时起诉,如在延时型违法中,须同时考量行政行为的合法性和公益维护的延时效果性,注重就合法阻却事由逐一评估,特别是制定合理起诉期限的诉讼时机方案。在持续型违法中,应当综合行政机关就某一监管职责下的多个行政行为而整体考察履职的适当性与成熟性,不能只关注行政行为的最后决定,如行政机关是否穷尽了法定手段,达到基本消除公益危害后果的整改任务。

可诉性时机识别以区分不同类型的受损公共利益为辅助。检察机关在适当的办案时机之下提出维护公共利益的主张,可防止可诉性时机过晚或者过早,但如何区分受损公益类型具有一定制约。行政公益诉讼偏向客观诉讼,一般在可诉性时机上更侧重对行政机关是否履职以及履职行为成熟性的启动条件审查,而两高《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第21条和第22条仍然规定对特定领域国家利益或社会公共利益的保护,强调受损公益是否恢复同样为进入诉讼环节的条件。有观点

将行政公益诉讼的主客观诉讼分类投射在行政公益诉讼类型分类,得出在客观行政公益诉讼中,检察机关的职责主要是纠正行政违法,维护客观法秩序,保护秩序公益;在主观公益诉讼中,检察机关的核心任务是保护国家利益和社会公共利益。但这种类比忽略了公益分类的周延性,将“集合性利益”等同于“公共利益”的全部,并可能产生秩序公益与一般公共利益的对立与冲突。公益诉讼虽然具有私益权利救济外观,但由于该权利客体为不可分性和扩散性的公共利益,与须在裁判后还原为私益的集合并向个人分配利益的“集合性利益”相比,两者不可完全等同。在实践中,较为妥当的是,可依照是否需要将该公益还原为私益并实施“个体性分配”,将其区分为纯粹性公益与集合性公益,在两种类型公益的背后皆须结合审查行政行为合法性之秩序公益的考量,形成“纯粹性公益或集合性公益+秩序公益”的双重行政公益诉讼标的,并在不同公益维护中侧重行为纠错请求或权利救济请求。

就“纯粹性公益+秩序公益”的适时维护而言,由于纯粹性公益特性无法量化分解,系由不特定多数主体所共享的一种抽象利益状态,该公益组合是以公共治理为出发点的诉讼,具有较强的非讼性质。在我国,未成年人保护、安全生产、妇女权益保护、文物文化遗产保护类公益都可被列入纯粹性公益类型。其可诉性时机的重点应当侧重衡量客观法秩序维护恢复手段的成本及效率、审查公益损害不致于抽象、预测诉讼结果应当尽可能具有可执行性。在“集合性公益+秩序公益”的适时救济来看,集合性公益形成了公益性行政私权诉讼和行政公益诉讼的民事诉讼化和司法监督化的两种公益诉讼方向。前者为个人通过向法院主张兼顾公益拓展的主观公权利,而实现私益诉讼裁判结果之公益性扩张。后者则由检察机关作为公益代表人,采取检察建议、起诉等手段督促行政机关履职维护公益。因此,其可诉性时机应当偏向谦抑性,如为权衡公共利益与共同利益、个别私益,分别判断其是否采取群体诉讼、个别诉讼方式提起,而在前述都难以解决的前提下,于该方式公共利益维护的恰当时机,由检察机关提起行政公益诉讼。

行政公益诉讼可诉性时机的配套规则建构

起诉前程序:配套可诉性时机适当性选择程序。在检察机关立案后的起诉前阶段,可设置好判断和区分两类公益类型的分流审查程序,选择合适时机起诉。第一,依循程序法理,作为

“纯粹性公益+秩序公益”的公益保护请求权行使更具非讼性质,不解决两造争议,诉讼要件审查程序中的诉讼时机判断应尽可能宽松,积极助力公益诉讼受案范围的时空拓展,但不能完全抛弃通常程序的启动规则。其起诉时机判断重点应在完善起诉前程序的公益发现、形成和凝练过程。检察机关界定纯粹性公益和判断诉讼时机是一体两面的,就其适时性和实效性享有完整的裁量权,在起诉前程序上应当侧重关注原行政行为,目标在于避免同类违法行为再次发生。具体而言,即关注行政机关紧迫型或延时型、持续型违法行政行为的成熟程度,特别是依托秩序公益推导抽象危险之纯粹性公益的依仗程度。第二,就“集合性公益+秩序公益”的公益保护请求权而言,其起诉前程序阶段要重点审查私益与公益交叉部分,应当逐一确定该公益维护是否穷尽了普通权利救济路径。在行政公益诉讼审查起诉时,应当侧重考察公益损害的现实程度和具体程度,指向已纠错的行政行为或拒不整改的行政行为、行政机关督促行政相对人的履行行为。定量分析纠错行为产生的相应履职结果,评估履职意愿、履职行为、履职结果与公益恢复之实效的等值性,尽量避免“未完全整改即起诉”的非此即彼救济逻辑。可区分为“配合检察机关履职,有履职能力,整改效果一般”“较不配合检察机关履职,有履职能力,但整改效果不佳”“配合检察机关履职,客观不能履职,整改效果不佳”不同情形而予以不同的方式对待,实现督促行政机关的不违法和积极履职之间的平衡。

内部管理:重塑可诉性时机节点管理流程机制。首先,构建起诉前程序的节点流程管理机制,形成检察起诉前程序和提起诉讼之间的相互衔接与全时空覆盖。对可诉性时机的把握无处不在,从诉讼前阶段如立案、管辖、检察建议、磋商,到提起诉讼阶段、诉讼审查阶段的三个阶段皆有影子,其关键考量节点则在“起诉前建议”与“提起诉讼”的过渡阶段之间、在“起诉”与“不诉”的两可之间。通过节点管理,明确可诉性时机内容的合理期限、履行方案、履职合理预期等适时因素。其次,构建适时不起诉机制和撤回起诉机制。为了配合上述起诉前的节点流程管理机制,应当就适时不起诉机制和撤回起诉机制的相关情形构建具体基准。适时不起诉机制和撤回起诉机制分别对应起诉前程序和诉讼程序,在起诉前阶段,不起诉机制可区分为终局不起诉、附条件不起诉。前者为行政机关积极履职,作出了多个行政行为,公益维护目的已经基本达到的持续型违法行政行为为整改完善情形,后者为附有相应的解除条件,如行政机关虽履职但公益恢复需要经过一段时间,针对延时型违法行政行为的整改方案,可予以暂缓不起诉。在诉讼程序中,对于撤回起诉,一般须有相应的条件,如必须在法院未进行实体审查前、行政机关提出充足的合法阻却事由、公益维护已经不具有可执行性等。

[作者分别为西南政法大学法学院副院长、教授,西南政法大学诉讼法专业博士研究生。本文系2020年度国家社科基金重大项目“国家治理体系中民事执行现代化研究”(项目编号:20&ZD195)的阶段性成果]

经由说理实现“两个面向”的反思与均衡

——《法教义学的一般理论》读后感



□刘树德

中国政法大学雷磊教授在其专著《法教义学的一般理论》中指出,“法教义学”一词仅仅经历十余年时间,就已成为中国法学界的热词,无论是传统的刑法、民法领域,还是宪法、行政法领域,抑或后起兴起的经济法、诉讼法领域,乃至新兴的网络法、“领域法学”中,不时地出现“法教义学+”,如教义学分析、教义学阐释、教义学批判等,无可置疑地呈现出当下中国法教义学某一或者某些维度的“繁荣发达”景象。雷磊教授撰写的这一佳作,无疑有助于帮助广大读者获知什么是法教义学,法教义学经历哪些发展阶段,法教义学的立场和功能是什么,法教义学在中国有什么样的未来等等诸多问题的答案,同时,更为清醒地认知当下“繁荣发达”局面中存在的问题与不足。作为一名法律工作者,本人读罢作品后对雷磊教授提出的“两个面向”之间实现反思均衡”的命题,即“要对当下中国的法律实践尤其是司法实践进行规律性的总结归纳,通过对现实的‘建构性解释’来获得法教义学的概念和范畴。法教义学者不仅要总结法律实践的外在面向即经验,也要阐释法治实践的内在面向即价值,进而要在两个面向之间实现反思均衡”,产生了共鸣与思考。



成熟,至19世纪末20世纪初遭受利益法学与自由法运动之“方法论变革”的冲击。第二次世界大战之后,出现的自然法复兴运动背景下,法教义学再次受到重视,其方法论亦完成向评价法学的过渡。经过梳理可发现,不同历史时期对于法教义学的理解并不一致,但又可提炼出法教义学的必要特征或者说“最大公约数”,即知识与方法的统一:“作为知识的法教义学”是围绕一国现行实在法构造的概念—命题体系,而“作为方法的法教义学”是一种受一般概念构成的思维形式(法教义学)。据此而言,既不同历史阶段的法教义学始终是“知识与方法的统一”,那么,法教义学也必然是“两个面向”共存,只是不同历史阶段的法教义学有不同的“内在面向即价值”和“外在面向即经验”而已。

当下法教义学更需要侧重“内在面向”

法教义学具体承担三项主要任务,即法律概念的逻辑分析,将此一分析综合而成一体系,以及运用此一分析结果对于司法裁判之论证。这些任务表明:法教义学不仅是涉及概念和命题的理论作业,也是有高度实践指向的,两者处于紧密关联中。立足法治中国建设实践逐步深化、“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的司法目标和“实现最佳政治效果、社会效果和法律效果”办案要求的明确提出,疑难复杂新类型等案件的频繁出现,当下中国法教义学更需要侧重“内在面向即价值”的维度。德国学者伯恩哈特·吕特指出:“立法者对所有法律领域,都确定了基本价值和‘最高的基本原则’”,这些基本价值和最高的基本原则,尤其

是当它们确定于宪法之中时,可主张绝对的效力,亦即构成此立不变的“法教义学支柱”,撑起了法秩序的整体结构,法教义学应聚焦“对于现行法而言具有决定性的基本价值、理由根据和问题解决方案的解释……法教义学应以理性的说服力并且援引普遍认可的基本价值来阐释现行法”。就此而言,雷磊教授的系列论述无疑开出了正确“处方”:“就形式法治vs实质法治的价值关系判断而言,“对中国而言,首先建立形式法治层面的最低限度共识,确保对宪法和法律权威的尊重,以避免法治进程中‘法律的失灵’和‘权威的失落’,相比于争议不断的各种实质法治价值,或许更为重要和可行”。(2)就法教义学构建而言,“不仅要使法律体系呈现为内部融贯的集合,而且应当使它与其背后的正当化脉络相协调,以达到法律作为实践理性和法学作为实践科学之效果”。(3)就司法裁判而言,“司法官可以基于个人的价值作出裁判,但前提是这种价值也能够为理性的他人所接受,为此就必须进行充分的法律说理和论证”;“在裁判说理过程中,对经验知识与价值判断必须予以‘转译’,也就是以法律的概念与法律场域的游戏规则来进行‘编码转化’,从而使承担起‘裁判理由’的角色,参与到司法裁判和法律论证的过程中来”;等等。

经由说理实现“两个面向”的反思与均衡

法教义学作为一门实践适用导向的学问,“最终服务于减轻法官工作负担”,“承担起个案裁判之说理依据的角色”。显然,法教义学只有实现“两个面向”的反思与均衡,方能更好地承担“说理依据”的角色。立足于裁判说理与法教义学的良性互动而言,当下尤其需注意以下几点:其一,正确研判与促进实体性的本土化法教义学理论发展。笔者认同“跳出法教义学看法教义学”的观点,即“以社会学的目光将本土化法教义学理论的研究与实践放到中国法律体系演化的整体框架与结构中,就能发现中国本土化法教义学理论不发达的限制因素。只有中国法律系统从中国社会的结构中分化出来,实现法律的相对自主性,并在法律系统内部形成法教义学与司法判例的功能分

化与良性互动,成规模的本土化法教义学理论发展才有可能”。其二,努力克服既有法教义学方法论的缺陷和不足。正如雷磊教授所言,“当下中国的法学方法论研究呈现出双重缺陷:一是‘上不去’,即以以往的研究对于继受而来的学说没有给予法理论层面的反思,仔细辨明哪些属于体现方法论必要构造的学说,哪些又属于仅体现特定国家甚至特定学者之缺乏的学说;二是‘下不来’,即以以往研究缺乏对司法实务的关注,无法‘落地’”。从进一步深化法学方法论研究而言,下列问题均值得深思:(1)如何在动态视角下统合内在参与者视角的法教义学与外在观察者视角的社科法学,保证二者在彼此独立的前提下良性互动与和谐统一,从而根本解决“法学理论向来因脱离实践的不良倾向而饱受诟病”的问题。(2)遇到如下三种情形即“概括性条款和不确定法律概念的具体化、发现法律漏洞时的法律创造以及目的论解释”,如何科学合理地将其社会科学引入法教义学?(3)如何运用法教义学方法来解决模糊规则、漏洞规则/空白规则、冲突规则、不良规则等四类法律规则的缺陷?等等。其三,积极促进实务界与理论界良性互动和合力建设“说理讨论对话平台”。司法裁判与其他纠纷解决机制最大的差别,就在于其是一种“依(据)法裁判”,而且往往诉诸事先经由法学予以类型化的法教义学来最大限度地确保裁判的可预测性。一方面,法学界更多地抱持同情式的立场对更多说理得当、理由充分的判决书以关注,重视从正向的角度来弥补判决说理的瑕疵与漏洞,努力结合判例研究、习惯梳理和法律评述的编纂,在吸纳运用法教义学合理因素的基础上构造出更好的教义学原理和具有本土特色的法教义学知识体系来指导司法实践;另一方面,实务界谨记“司法裁判的重点在于是否充分而完整地适用法律进行论证”,始终怀着“终身学习”的态度,强化法教义学知识和方法的系统学习,提升精研善用裁判文书释法说理方法的能力。当然,正如雷磊教授所言,“作为可智识权威或理论权威的法教义学并非绝对不可变更,而只是意味着偏离或推翻既有教义学需承担更重的说理或论证的负担而已”。(作者为湘潭大学法学院教授)