



“网络黑灰产中新型诈骗犯罪的刑法规制”研讨会在南京举行



的办案规律,进而提出在“消极刑法规制”的指引下融合“物性刑法”与“人性民法”的特征,妥善处理好安全与发展的关系,秉持“系统观念、法治思维”的综合治理思路惩治电信网络诈骗犯罪。

非对立说为理论基础,主张“民事欺诈可能成立刑事诈骗,刑事诈骗不等于民事欺诈”,认为民事欺诈与刑事诈骗的界分是一个不大恰当的说法,而应在整体法秩序的框架下区分不构成刑事诈骗的民事欺诈与刑事诈骗犯罪。另有学者主张诈骗罪的认定以行为人虚构关键事实,促成他人交付财物为判断标准,若仅虚构辅助事实,则只构成民事欺诈。针对“非法占有目的”的认定,有学者提出非法占有目的中的“法”为“民法”等前置法,若被害人支付合理对价,即使该对价远高于成本价,因未违反民法公平交易原则,而不应认为行为人具有“非法占有目的”。另有学者进一步结合日本诈骗罪构成要件中要求的“非法获利目的”,提倡我国诈骗罪中“非法占有目的”的认定应当以盈亏的重要事项为标准,即“整体财产说”,从欺骗内容是否直接针对盈亏重要事项及欺骗行为性两方面综合认定是否存在“非法占有目的”。还有学者主张“非法占有目的”这一构成要件的认定,应当参考法律法规以及最高人民法院制定的各类网络诈骗犯罪办理纪要等规范性文件。针对共犯的认定,有学者围绕电信诈骗中取款人共犯责任的认定,提出应以诈骗既遂以及共犯关系形成时间点(产生意思联络)为评价基准。

羊毛”的机会,才有入罪的可能性,否则并无刑事处罚的必要性。另有学者提出网购新型诈骗的共性在于恶意利用规则漏洞,行为人并非因为合理利用规则不构成诈骗罪,相反是因不满足诈骗罪的犯罪构成要件而属于对规则的合理利用。还有学者提出恶意退换货赚取运费的行为不属于合理利用规则漏洞,而是保险合同明确禁止的行为,应适用保险诈骗罪定罪处罚。智能机器能否被骗的问题,有学者指出结合信息网络的发展趋势应当承认智能机器可以被骗,在肯德基App上发生的交易与在肯德基柜台中的交易并无二致,只是交易的场所发生了迁移。针对新型诈骗罪主观故意的认定,有学者主张对于行为人主观认识程度,只要认识到所诈骗的是财物即可,并不需要完全认识到财物的数额、种类。同时对于行为人的能力认识到上述内容应当根据行为时的主客观情况进行综合判断,坚持客观主义立场,以客观证据佐证案件事实。妥善处理罪数认定问题,有学者针对取款人反复帮助某一取款人的行为,主张第一次取款行为应以掩饰、隐瞒犯罪所得罪论处,对于后续取款行为应认定为诈骗罪的共犯,且应将取款人的取款行为视为一个整体,以包括的一罪论处。坚持罪刑均衡的原则,有学者指出司法实务中犯罪人更关注量刑问题,承办法官在认定新型网络诈骗犯罪时应综合考虑其行为的危害性,使得刑罚与犯罪行为相适应。另有学者提出在定罪量刑的过程中,司法人员应当充分运用裁判智慧,在选择罪名时,综合考虑相关罪名的法定刑幅度,合理量刑,保证罪刑均衡。

前沿动态

本报讯 记者蒋安杰 6月5日,由东南大学法学院、东南大学网络安全法治研究中心、东南大学民事检察研究基地主办的“网络黑灰产中新型诈骗犯罪的刑法规制”研讨会在江苏南京举行。会议设开幕式,网络黑灰产中新型诈骗的基础理论、网络黑灰产中新型诈骗的具体认定、闭幕式四个单元,围绕“网络黑灰产中新型诈骗犯罪”相关理论与实务前沿问题进行深度探讨,数十名专家学者应邀参会,为网络黑灰产犯罪治理建言献策。

刘艳红教授发表题为《以法治化方式系统治理电信网络诈骗犯罪》的主旨演讲。她阐释了电信网络诈骗犯罪的代际特点,系统总结新型犯罪

在“网络黑灰产中新型诈骗的基础理论”研讨环节,对于“网络黑灰产”概念的认定,与会学者提出虽然针对“网络黑灰产”概念尚不存在官方的界定,但这一名词已经广泛运用于学术研究与司法实务。具体而言,黑产是指法律明文禁止的行为,灰产是指游离于法律边界的行为,黑灰产针对的是非法行为样态。针对电信网络诈骗内涵与外延的界定,有学者提出电信网络诈骗是在“电信网、计算机网和有线电视网”三网融合的背景下,针对不特定多数人实施的非接触式诈骗犯罪;有学者提出电信网络诈骗是源于电话诈骗,应用于电信网络的一种犯罪;另有学者补充指出,应当限定电信网络诈骗的范围,不能因后期以电信网络为犯罪工具,便认定为电信网络诈骗,认定电信网络诈骗的核心要素仍为非接触式、针对不特定多数人的犯罪特点。明晰民事欺诈与刑事诈骗的边界,有学者以区别说、

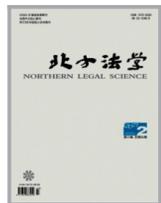
观点新解

宋维彬谈笔录证据——具有实质证据 辅助证据双重身份



中国人民公安大学法学院宋维彬在《中国刑事法杂志》2021年第2期上发表题为《笔录证据的证据能力研究》的文章中指出:笔录证据的正确适用对于防范冤假错案及实现庭审实质化都极为重要。笔录证据具有实质证据与辅助证据双重身份,在证据属性方面属于言词证据与传闻证据,可划分为展示型笔录证据、确认型笔录证据与行为型笔录证据三种类型。我国笔录证据的准入资格不受限制,制作笔录证据的侦查人员几乎不出庭作证,违法取得的笔录证据几乎不被排除,且对两种身份的笔录证据未区分适用规则。为解决笔录证据适用中存在的问题,我国应当从准入规则与违法排除规则两个方面,区分笔录证据的三种类型与双重身份,构建笔录证据的证据能力规则。

孙山谈停止侵害请求权行使受限——有其立法层面和司法层面的原因



西北政法大学孙山在《北方法学》2021年第2期上发表题为《专利诉讼中停止侵害请求权行使限制的司法适用》的文章中指出:以往的研究对专利诉讼中停止侵害请求权行使的限制问题少有关注,这种研究思路容易导致错误的理论方向,矫正过正与保护不力同样属于误区。停止侵害请求权行使受限有其立法层面和司法层面的原因。目前我国仅在司法解释中规定了停止侵害请求权行使的限制,具体内容仍有待明确和补充。司法适用中应当对属于弹性的概念“国家利益”“公共利益”进行严格限定,要以利益指向的内容本身而非被诉侵权主体的性质作为判定标准。对于基于双方利益的考量限制行使停止侵害请求权的情形,同样应严格适用。

胡凌谈人脸识别技术——已在越来越多的场景下得到应用



上海财经大学法学院胡凌在《法学家》2021年第2期上发表题为《刷脸:身份制度、个人信息与法律规制》的文章中指出:人脸识别(俗称“刷脸”)技术已经在越来越多的场景下得到应用,既涉及公共服务场所和设施,也涉及私人服务行为。有必要超越对刷脸行为本身就事论事的讨论,而是深入刷脸嵌套和应用的具体场景,为未来其他生物信息的运用提供问题意识和理论框架。首先,刷脸是一种身份法律制度,起到身份认证功能。其次,刷脸意味着认证权力过程从分布式转向集中化,认证信息与载体的分离。再次,需要关注刷脸可能的风险,特别是背后的个人信息的自动化整合,以及可能的使用方式与歧视、异化的问题。最后,网格和网络作为治理之理想类型的二分,为理解刷脸提供了有益的视角,同时也是场景理论的一个具体应用和延伸。

刘译斌谈规制利益冲突——有助于维护律师的职业形象



中国政法大学刑事司法学院刘译斌在《比较法研究》2021年第2期上发表题为《论刑事律师的利益冲突规制》的文章中指出:作为律师职业伦理中的重要规则,利益冲突及其规制在我国刑事领域受到了不应有的忽视。规制利益冲突体现了律师消极的忠诚义务,是司法程序理性运行的要求,也有助于维护律师的职业形象。根据利益冲突的严重程度,可将利益冲突划分为直接的利益冲突和间接的利益冲突。基于对利益冲突的严重性、实体真实的发现、当事人获得律师帮助的权利、律师自由执业的机会等因素的考虑,律师存在强制性规避和任意性规避两种方式。违反利益冲突规则既会使律师个人承担责任,也会带来程序性的法律后果。

认罪认罚案件中证据开示制度的构建

前沿聚焦

刘泊宁

2019年10月,“两高三部”共同发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》,首次提出在认罪认罚案件中探索证据开示制度,但并未规定具体的实施细则;司法实务中,一些检察机关积极尝试以证据开示的方式确保被告人认罪认罚的自愿性,但由于无法可依,失之规范。随着认罪认罚从宽制度的广泛适用,亟须尽快建立与之相适的证据开示制度,以期保障被告人平等的信息知情权,实现认罪认罚之程序公正的基本要求。

一、设立证据开示制度的必要性

证据开示制度是指诉讼双方当事人各自掌握的案件信息或诉讼证据按照一定程序进行强制披露的制度,是控辩双方相互交换案件信息的主要方式。目前,对于相对弱势的被告人而言,现有法律规定的证据信息交换机制并不能充分保障其审前的证据知情权:

其一,现今70%以上的认罪认罚案件是由值班律师为被告人提供法律帮助,虽然值班律师享有阅卷、会见的权利,但其受到法律援助任务繁重,参与个案时间有限,补助待遇较低,工作考评机制不完善等客观因素的制约,往往缺少仔细查阅案卷材料,主动申请会见被告人的动力和能力,难以有效帮助被告人全面获知案件信息,提升理性决策能力;特别是大多数被告人欠缺法律基本知识,在其尚不具备阅卷权的情况下,值班律师极为有限的法律帮助无法充分发挥保障被告人知情权的作用。即使是适用普通程序审理的疑难、复杂案件,辩护律师行使阅卷、会见权的时间非常有限。即便是适用普通程序审理的疑难、复杂案件,辩护律师行使阅卷、会见权时亦会遭遇司法机关的阻碍。倘若辩护律师在审前行使权利不畅,庭审阶段又因程序简化而在一定程度上限缩了被告人接触案件证据的范围,辩护律师难以作出全面分析,更难以帮助被告人作出理智抉择。因此,在现有的证据信息交换机制之外,专门在认罪认罚案件中建立一套以强调控方强制证据披露义务为主的证据开示制度无疑具有必要性和紧迫性。

二、设立证据开示制度的构想

证据开示制度虽然是控辩双方双向开示的过程,然而考虑到控辩双方在诉讼资源上的天然优势,因此应强调控方的强制证据披露义务;而现有对能够证明被告人无罪、轻罪的证据材料,被告人负有及时向控方开示证据义务的规定,在认罪认罚程序中可以继续适用。证据开示制度的具体建构涉及证据开示的对象、范围、保障保障措施等问题,笔者初步构想如下:

1. 证据开示的时间。控辩协商的根基在于知悉,因此控辩双方证据开示的时间主要集中于审查起诉阶段,是一种“检察官主导”模式下的证据开示制度。检察官至迟应在被告人签署认罪认罚具结书之前完成证据开示工作;如果被追诉方对于案件证据或者是否认罪认罚存有疑虑,检察官应给予其商讨的时间,并可以设定合理的答复期限,以避免恶意的诉讼拖延。此外,由于侦查阶段尚未形成完整的证据体系,侦讯人员亦无与犯罪嫌疑人进行协商的权限,所以在侦查阶段侦讯人员没有强制性的证据开示义务。

2. 证据开示的对象。证据开示的对象应包括履行辩护职能的辩护人和提供法律帮助的值班律师。值得探讨的是,认罪认罚案件的被告人是否属于证据开示的对象?在传统对抗模式下,被告人不能直接成为行使阅卷权的主体,审前只能通过其辩护人的会见间接了解案件信息。而在认罪认罚案件中,考虑到刑事案件辩护律师全覆盖的愿景尚未实现,则法官有权要求检察机关与被告人重新协商达成新的量刑协议。另一方面,检察机关应当将证据开示的过程形成固定文件,以便公诉方在庭审中出示。此外,保障措施还需兼顾对证人信息的保护,尤其当证据开示的对象为被告人时,因涉及自身利益,可能产生毁灭证据、打击报复证人的风险。所以,对于涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私、技术侦查措施以及可能危害证人身安全的证据,检察机关可以免于开示或采取对部分信息隐藏或技术处理的方式开示。

3. 证据开示的范围。鉴于认罪认罚从宽制度对提升诉讼效率的价值追求,为避免过分加重检察官的办案负担,检察官不必全面开示证据,只需对影响被告人定罪量刑的关键证据负有强制开示

的义务,具言之,检察官向被追诉方开示证据时,应先交付案件证据目录,并对准备开示的证据予以注明。在证据展示过程中,检察官应对所开示证据负有释明义务;被追诉方对于案件证据目录中未开示的证据,若认为其对被追诉人的定罪量刑可能产生实质性影响,可以提出申请要求检察官开示该证据,检察官可视具体情况决定是否予以补充开示。此外,检察官若在后续的诉讼程序中发现新的证据足以影响对被追诉人的定罪量刑,也应及时通知被追诉方并履行证据开示义务。

4. 证据开示的保障措施。为防止检控方故意隐瞒案件重要证据,侵害被追诉人的合法权益,应配置相应的保障措施:一方面,检察机关享有对证据开示范围的自由裁量权,但其应对所开示的证据内容负责。若被追诉方认为检察机关存有应当开示的证据而故意隐瞒,则有权拒绝在认罪认罚具结书上签字;若法院经审查判定检察官未开示的证据实质性地影响了被告人具结书的自愿性、真实性,则法官有权要求检察机关与被告人重新协商达成新的量刑协议。另一方面,检察机关应当将证据开示的过程形成固定文件,以便公诉方在庭审中出示。此外,保障措施还需兼顾对证人信息的保护,尤其当证据开示的对象为被告人时,因涉及自身利益,可能产生毁灭证据、打击报复证人的风险。所以,对于涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私、技术侦查措施以及可能危害证人身安全的证据,检察机关可以免于开示或采取对部分信息隐藏或技术处理的方式开示。

实质合并破产中法人人格严重混同的判断标准

前沿话题

王欣新(中国人民大学教授)

法人人格严重混同是关联企业适用实质合并破产的重要事由,适用于关联企业形式上独立,但实质只有一个资产基础,只构成一个偿债主体的情况。法人人格混同的主要表现:第一是没有独立的意思表示能力;第二是资产与负债严重混同,没有独立的民事责任能力。前者体现的是核心企业对关联企业在主观层面的过度控制,使其无独立的经营管理决策权利;后者则是关联企业无独立意思在资产与负债方面的客观表现。由于各关联企业有无独立意思表示能力,更多的是对主观状态的考查,其正确判断往往会被主观因素影响,甚至扭曲。所以,法人人格混同判断的关键是具有可客观评价标准的资产与负债是否严重混同。

判定关联企业的人格混同程度是否需要适用实质合并破产的具体标准,是资产和债务是否混同到无法区分的程度,或者对资产和债务的独立区分费用等综合成本是否过高。破产法所要解决的是如何公平、有序、及时地将债务人财产清偿全体债权人,包括通过重整挽救程序清偿债权人。所以,破产法的立法目的就决定了,在法人人格混同项下,判定是否适用实质合并破产的关键因素就应当是资产和债务是否严重混同。至于关联企业间存在的其他一些情况,如关联企业的控制人同一、高管人员的相互兼职、经营场所的相同或一定程度上的混同使用、相互担保、相互融资等,是关联企业或多或少

都会存在的正常运行特征。关联企业因各关联企业间存在控制权而形成,控制权最常态的表现就是控制人的同一、高管人员的相互兼职等。这些现象单纯从混同角度分析,至多只能算是一般性事务的混同,而不涉及人格混同的层次,不能作为适用实质合并破产的充分理由。在评价法人人格是否混同时,要将为保障集团企业对下属关联企业的正常控制以及相互协助、降低成本、方便工作需要而存在的不影响企业独立性的资源共享情况,与人格混同性质的情况相互区分。

对资产与负债严重混同的概念应当有正确的理解。第一,这种混同不要求关联企业间的资产和负债完全混同,全部无法区分,而是指主要的资产与负债相互混同,达到无法认定企业具有独立人格的程度。因为,在实践中全部资产和负债完全混同的现象是很少发生的,作为运营中的企业肯定有一些资产是产权明晰的,如办公设施、用品、产品等,但这并不妨碍其整体意义上存在资产与负债的严重混同。相反,基本正常运营的关联企业间有时也会出现少量资产和负债的混同,但这并不是构成实质合并破产的理由,即便需要予以纠正也是适用其他方法。要正确理解和判断事务性质从量变到质变的过程与界限。

第二,资产与负债严重混同有两种表现情况。其一是资产与负债无法区分,是指关联企业的资产与负债达到完全混同的程度,所谓“完全”不是指数额上的全部,而是指混同程度上的完全。无法区分是指资产与负债的混同造成无法确认其产生与现状的基础法律关系性质,无法区分各方的权利义务性质,无法界定彼此的收益或者亏损等权益,损失的承担

等。需要注意的是,有些资产可能自其产生就存在混同现象,而有些资产则可能是从最初的各自独立,随着混同因素、权重的增加而逐步演化到严重混同。在从独立至混同的过程中,既要看到彼此独立的开始,也要看到最终严重混同的结果。不能只看前面而否定后面,也不能看到后面而困惑于前面,要客观、历史地分析混同的全过程并予以确认。

其二是区分的成本过高,所谓区分成本是一种综合性的集成成本,包括直接成本、间接成本以及社会成本。直接成本主要是指对资产与负债混同的识别确认成本和纠正后果成本。识别确认成本,是指通过对关联企业的财务专项审计、法律调查以及对企业股东、高管人员、财务人员访谈等,查明关联企业间存在资产与负债混同各项具体情况成本。纠正后果成本,是指对已查明的资产与负债混同情况进行独立性区分,采取法律等措施纠正非市场化配置资源各种不当后果的成本。如行使破产撤销权追回财产,纠正行为的成本,包括进行诉讼、仲裁的费用、时间成本等。这些成本造成债务人企业债权人可分配财产的直接减少,间接成本主要是指债权人等利害关系人的间接财产损失,如因债务清偿时间推迟造成的财产贬值、磨损损耗等损失,因未及时清偿产生的利息和收益损失、通货膨胀与货币贬值损失,因清偿资金的延迟回收而产生的替代使用资金的利息等借债成本,负债的增加以及因商业机会丧失而导致的间接损失,等等。社会成本主要是指由于企业的土地、厂房、设备、人力等社会资源不能得到优化配置、及时使用,而造成社会财富的损耗和减少,社会负担的增加,经济发展的延缓,以及对资产与负债混同的独立性区分而发生的对司法

与社会资源的占用和耗费等。

所谓区分成本过高的具体表现:一是指对资产与债务混同的区分与纠正结果和费用成本,使从外观上看似资产较多的关联企业的债权人可能得到的清偿,低于合并破产的平均清偿率。这时继续以企业法人人格独立作为破产程序就丧失了实际意义,与实现债权人清偿利益最大化的破产立法与司法目标相冲突。独立破产的过高成本给债权人带来的不再是公正,而是损失。二是区分资产和债务的费用以及大量的时间与资源成本,会使所有债权人受到严重的综合性损失。

在识别资产和负债是否混同时,要注意从财务账簿方面进行考察分析。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第10条指出,在认定是否构成人格混同时,应当综合考虑以下因素:“股东无偿使用公司资金或者财产,不作财务记载的;股东用公司的资金偿还股东的债务,或者将公司的资金供关联公司无偿使用,不作财务记载的;公司账簿与股东账簿不分,致使公司财产与股东财产无法区分的”等。资产和负债是否都进入账簿记载,是一个很关键的识别因素。这里的账簿是指公开的、合法的账簿,不包括非法的、内部的隐藏账簿、私下账簿。在非法的、内部的隐藏账簿、私下账簿中的记载,因为不为监管部门、交易人等知悉,不能视为作出财务记载。

区分资产和债务的成本,涉及复杂的财务与法律调查、性质判定、行为纠正、财务调整、资产回收、诉讼和仲裁等方面发生的工作与费用等成本,可能使债权人的清偿利益受到综合性损失。所以,将区分关联企业资产和债务成本过高作为适用实质合并破产的事由,是符合破产法立法目标的。