



2021年9月22日
星期三

法学院

LEGAL DAILY

专刊主编:蒋安杰
见习编辑:刘秀宇
美编:李晓军
责校:张胜利
电子信箱:angelar1102@163.com



构建以行政不法前置认定为条件的行政犯追诉启动模式

前沿聚焦

□ 张泽涛（广州大学法学院院长）

1979年《中华人民共和国刑事诉讼法》作为首部刑事诉讼法典,对刑事案件立案、侦查、起诉、证据采信和证明过程以及审判程序的设计,均是以1979年《中华人民共和国刑法》中规定的刑事犯罪种类作为规范对象。而1979年刑法规定的犯罪种类,是以杀人、放火、抢劫等自然犯(刑事犯)为主。与自然犯追诉程序的疑难之处在于搜集证据和查获犯罪嫌疑人相比,行政犯的疑难之处在于行政违法的前置性认定、技术性证据的判断以及犯罪嫌疑人是否存在违法性认识错误。

自21世纪以来,随着风险社会和福利国家时代的到来,传统刑法学已经愈来愈关注早期化、失范化行政行为,行政违法入罪化是总的发展趋势。因此导致犯罪形态发生了根本性变化,由传统上自然犯占绝对优势演化为行政犯占绝对比例,行政犯的时代已经全面到来。近年来,天津赵春华摆摊打气枪案、吴英非法集资案、河南大学生掏鸟窝案、内蒙古农民王力军无证收购玉米案等系列案件,民众表达了不满,一些刑法学者也持否定态度。

由于行政犯与自然犯在证据认定与法律适用上存在诸多差异,而自1979年以来的四部刑事诉讼法典,程序设计 with 证据认定等都是以自然犯作为规范对象,因此,随着行政犯时代的全面到来,刑事诉讼法应该适当调整。但是与刑法学界对于自然犯与行政犯已经进行了深入研究相比,刑事刑事诉讼法学界对于行政犯的追诉启动、侦查、起诉、审判以及证据适用特性却很少关注。目前在司法解释以及实务中,对于行政犯刑事追诉,通常采用“刑事在先”原则。这样必然滋生以下弊端:公安司法人员既难以对行政违法行为的专业性和技术性作出正确判断,也不易从数量庞杂的行政法规中作出精准援引;刑事追诉难以作为被追诉人以及社会公众接受;违背了刑法的谦抑性,将大量的行政违法行为予以犯罪化;导致行政执法与刑事司法衔接不畅,等等。有鉴于此,笔者拟结合刑法与行政法的基本理论,对行政犯法律属性、责任形式以及专业性认定等进行法理分析,透视刑事诉讼法第一百一十二条的刑事立案标准以及“刑事在先”的缺陷,以此构建与行政犯特性相适应的刑事追诉启动模式。

一、行政犯的双重违法属性及其责任形式

与传统自然犯不同,行政违法是成立行政犯

的前提,行政犯属干双重违法:行政违法和刑事违法,责任形式兼具行政处罚和刑罚。

1.行政违法是构成行政犯的前提条件。行政犯是因为违反了国家的行政法规,其行为本身往往没有道德可谴责性。构成行政犯必须具备两个条件:其一,数量、情节达到了严重的社会危害性程度,必须上升到刑法规制范围;其二,行政法上的禁止行为与刑事违法性质不同,即使行政违法数量达到了一定程度,也不必然构成行政犯。鉴于行政犯的成立必须援引前置的行政法规,其犯罪构成要件是以空白罪状的形式表现出来。

2.行政犯具有行政违法和刑事违法双重属性。行政犯兼具行政违法与刑事违法双重违法性,应该承担行政处罚与刑罚双重法律责任。而刑罚是民事和行政制裁无法达到惩罚效果之后最为严厉的制裁措施,因此,行政违法行为构成行政犯罪,必须达到科以刑罚的程度。

3.认定行政违法必须依赖专业化的行政执法程序。在21世纪科技日益发达与风险社会的时代背景下,行政犯越来越专门化和技术化。与此相应,国家行政管理活动也日益专门化和技术化,行政法规更是纷繁复杂。同时,由于社会经济管理秩序变动不居,行政法规也是经常度立,实践中,绝大多数行政犯首先必须由专业行政执法机关确认其构成了行政违法,然后才能判断其是否侵犯了刑法法益。

4.通过行政处罚能够解决的问题决不能动用刑罚。当今大多数国家的刑法理论和执法实践中,对于行政犯均是 will 刑罚作为迫不得已的手段。在我国的执法实践中,也有通过行政处罚以避免适用刑罚的代表性案例。如范冰冰偷税案即是例证,该案中范冰冰是首次偷税被查并主动缴纳罚款、滞纳金和税款近9亿元,因此,只进行了行政处罚而没有追究刑事责任。

二、行政犯“刑事在先”立案原则的弊端透视

按照我国学界通说,在行政执法与刑事司法衔接时,应该适用“刑事在先”;立法与司法解释中也体现了“刑事在先”。如《中华人民共和国行政处罚法》(2021年)第二十七条规定:“违法行为涉嫌犯罪的,行政机关应当及时将案件移送司法机关,依法追究刑事责任。”专门增加了“应当及时”的表述。对于“刑事在先”原则,如果考察刑事诉讼法以及行政执法程序的相关规定和制度机理,并结合刑事司法与行政执法的衔接实践,会滋生诸多弊端。

1.行政执法机关的专业性调查取证半途而废,

不利于正确查明案情;2.“刑事在先”容易导致援引行政法规或者认定专业性证据不当而错误定罪,甚至大量尚未构成犯罪的行政违法行为被错误入罪,对于民营企业的行政违法行为更是如此;3.“刑事在先”容易影响行政执法效率,甚至因程序冗长导致涉案民营企业停业和破产;4.“刑事在先”容易导致行政执法机关与公安机关之间权责衔接不畅,对于行政执法机关查处涉嫌行政违法与犯罪的案件,公安机关在行政执法、刑事立案审查与侦查过程中均可以借助行政执法机关的专业性调查,以查清案件。在具体的操作中,若采取“刑事在先”容易导致公安机关与行政执法机关之间权责衔接不畅;5.如果对于行政不法与行政犯罪简单适用“刑事在先”原则,公安机关的刑事追诉就会欠缺正当法律理由与事实根据,社会民众产生司法信任危机也就不可避免。

三、对于行政犯的刑事追诉建议“先后后刑”

对于行政犯的刑事追诉,应该调整“刑事在先”原则,通常情况下实行“先后后刑”,在行政执法程序中认定行为人违反了前置性行政法规,存在主观过错且行政处罚达不到惩戒效果时,才能启动刑事追诉模式。1.行政犯追诉程序一般应该遵循“先后后刑”原则,以“刑事在先”为例外。采取“刑事在先”的案件往往是受案之初即可判定性质恶劣,必须追究刑事责任;2.完善对行政犯刑事追诉制度,强化其违反前置性行政法规的论证。对于行政犯,通常公安机关的《刑事立案报告表》中既要写明犯罪嫌疑人违反的前置性行政法规,又应该针对不同类型的犯罪嫌疑人,补强其应当知法的证据材料;3.理顺行政执法机关与公安机关的对接机制,即明确界定公安机关提前介入行政执法程序时的权力边界,公安机关对于行政执法机关移送的涉嫌犯罪案件,只要达到了刑事追诉标准,并附有专业性的证据认定,公安机关就应该启动刑事追诉程序,公安机关在刑事诉讼程序中,涉及技术性证据与行政违法的前置性认定,必须听从行政执法机关意见,等等;4.适度扩大并明确行政执法证据在刑事诉讼中可使用的范围,规范行政执法证据转换为刑事证据的程序;5.强化行政执法案件转换为刑事案件的内外监督机制。其一,充分发挥检察机关行刑衔接网络办案平台作用,加强对行政执法案件转换为刑事案件的检察监督。其二,健全公安机关受案处置程序,对于治安案件转换为刑事案件,应该完善检察机关以及公安机关法制部门的监督机制。



法界动态

本报讯 记者蒋安杰 9月10日,中国人民大学法学院2021级“开学第一课”举行,中国人民大学副校长兼法学院党委书记、院长王轶主讲“习近平法治思想概论”第一讲。

王轶从习近平法治思想具有鲜明的实践品格出发,对习近平法治思想核心要义“十一个坚持”及其内在逻辑展开分析。王轶首先介绍了2020年全面依法治国进程中的两件大事。第一,2020年5月28日十三届全国人大三次会议表决通过了《中华人民共和国民法典》,29日习近平总书记任在十九届中央政治局第二十次集体学习时强调“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位,是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”;第二,2020年11月16日至17日召开的中央全面依法治国工作会议正式提出“习近平法治思想”,强调要全面准确学习领会习近平法治思想,切实在全面依法治国各项工作中加以落实。

王轶从习近平法治思想的核心要义和内在逻辑两个方面交流了学习心得与体会。他首先强调了习近平法治思想的重要历史地位,指出了习近平法治思想内涵丰富、论述深刻、逻辑严密、系统完备,是马克思主义法治理论中国化最新成果,是新时代全面依法治国的根本遵循和行动指南。习近平法治思想从历史和现实相贯通、国内和国际相关联、理论和实际相结合上深刻回答了新时代为什么实行全面依法治国、怎样实行全面依法治国等一系列重大问题。

王轶带领新生深入走进习近平法治思想核心要义,围绕全面依法治国核心话语,从“怎么看”和“怎么办”的角度把握习近平法治思想。“怎么看”首先回答了推进全面依法治国的目标是什么,继而回答了为什么要实现这样的目标。全面依法治国的目标就是坚持建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家。实现这样的目标是在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化的必然要求,是全面深化改革的必然要求。

针对“怎么办”的问题,王轶从新时代全面依法治国的领导力量、根本宗旨、方向道路、首要任务、工作布局、重要环节、国内法治与涉外法治的关系、工作队伍和工作关键等方面进行了阐释,同时密切结合民法典颁布和实施的全过程,列举了众多贴切的具体事例来佐证和说明,诠释了民法典的颁布和实施是习近平法治思想的生动实践。

通过“开学第一课”的洗礼熏陶,习近平法治思想的种子播撒到了法学院新生们的心田,启迪他们带着思考投入到未来的专业学习之中。2021级法学本科生二班黄江月表示:“功成不必在我,功成必定有我。王校长的‘开学第一课’让我对‘十一个坚持’有了深入生动的理解,更激励我们为成为国民表率、社会栋梁而奋斗!”

“开学第一课”是中国人民大学法学院2021级新生入学教育的重要环节。今年的新生入学教育以学习习近平新时代中国特色社会主义思想 and 党史学习教育为基础,旨在引领新生坚定理想信念,扣好人生“第一粒扣子”,努力成长为德智体美劳全面发展的社会主义建设者和接班人,在实现第二个百年奋斗目标的赶考之路上,书写出无愧于党和人民的青春答卷。

世说新语

癌症治疗的思路正在发生变化



《三联生活周刊》第1154期封面文章《癌症新疗法》中写道:癌症治疗的三大基石——手术、化疗、放疗——都在进步。2003年5月,易瑞沙(药品名:吉非替尼)获批进入临床,用于治疗EGFR突变的非小细胞肺癌,标志着肺癌治疗进入靶向时代。通过辨识基因靶点,人类得以对癌细胞进行精准化打击。肺癌的变化是一个缩影。“谈癌色变”的时代虽未过去,但在过度的悲观主义和过度的乐观主义之间,如今的癌症治疗正处在一个中间地带:使用新疗法、新药物赢得时间,等待未被发现的一线生机。在这个现实面前,如何实现癌症治疗的最大获益成为一个值得探讨的问题。

病人的获益并不仅仅依靠技术的进步,癌症治疗的思路 and 理念正在发生深刻变化。多学科诊疗正在我国逐步推广,打破学科之间的障碍,医生全面了解患者的病情,才能把控每一种治疗方法的真正治疗时机和时间窗口。病人的获益也不仅仅靠生存期的数字来衡量。当越来越多的病人开始有机会长期存活的时候,生存期不再是衡量癌症治疗水平的唯一标准,提高生活质量成为越来越被关注的课题。

癌症的治疗还不仅仅是一个医学问题,面对恶性肿瘤,并没有一种确切的、完美无缺的治疗方案。而当医学到达它的边界,人们又应当为生命的存续付出多少代价?

“刑民(行)关系与犯罪认定”之二十一

获取已公开个人信息并出售牟利的定罪争议

刑法光圆

□ 周光权（清华大学法学院教授）

对于未经被收集者同意,获取部分已在公众网络上公开的企业登记信息、征信信息并出售或提供给他人情形是否定罪,在实务上历来有争议。

“有罪说”是实务上一直以来的多数说(2017年刑事司法解释第五条第3款也将征信信息作为敏感信息进行保护,其中可能包含已公开的个人信息)。此说的基本主张是:个人信息与个人隐私不同。个人已公开的信息不再具有隐私特性,但仍不失其识别个人的功能,获取或者利用这样的信息仍然可能侵害个人私生活的安宁,危及公民人身或者财产权利,因此,从市场主体信息中剥离出来的个人姓名及身份证件号码、家庭住址、通讯方式等信息,仍然具有个人信息的本质属性。行为未经个人同意从企业信息中将个人信息剥离出来进行处理的,可以成立本罪。例如,被告人田某使用QQ邮箱从他人处非法获取载有公民个人征信信息的文件,内有公民个人征信信息去重后166条,法院认定被告人田某违反国家有关规定,非法获取公民个人信息,情节特别严重,其行为已构成侵犯公民个人信息罪。被告人黄某某为了推销贷款中介业务,以300元的价格,通过电子邮箱接收的方式,从其同事罗某处购买公民个人信息合计284条,其中个人征信报告224条,检察机关指控被告人构成本罪。

实务中,少数判决认同“无罪说”。例如,法

院经审理后认为,公诉机关指控被告人从他人处“获取的16165条信息中的6260条信息,司法审计书反映为法人信息,不属于公民个人信息,依法应予排除”。“无罪说”的主要理由是:根据《企业信息公示暂行条例》(2014年)第八条的规定,企业应当于每年1月1日至6月30日,通过企业信用信息公示系统向工商行政管理部门报送上一年度报告,并向社会公示。其第九条规定,企业年度报告中应当包括企业通信地址、邮政编码、联系电话、电子邮箱等信息等内容。因此,企业根据法律法规规定或为经营所需而必须通过企业年度报告等文件公开其企业信息,上述信息已进入公共信息系统,任何人都可以公开查询,其中企业名称及法定代表人姓名、电话号码等内容,在市场监管部门设立的《国家企业信用信息公示系统》中能够轻易查询。在上述公开网络中存在的个人信息,既不涉及个人隐私,也包含着个人放弃权利的同意在内,即便法定代表人是自然人,但对与之相关的信息不应再视为个人信息,或者说可以看成是“值得刑法保护的个人信息”并不存在,即使其中包含了个人的姓名、联系方式、手机号码等,也不属于本罪要保护的个人信息。

此外,根据《征信管理条例》(国务院2013年1月21日发布)第二十一条的规定,征信机构可以通过信息主体、企业交易对方、行业协会提供信息,政府有关部门依法已公开的信息,人民法院依法公布的判决、裁定等渠道,采集企业信息。企业在经营过程所公开的相关信息被征信机构采集后,其中的个人信息也就属于企业公开征信信息的范畴。从这个意义上讲,不能将刑法意义上的公民个人信息与企业征信信息所包

含的自然人姓名及联系方式等信息绝对等同。这一观点能够得到《征信管理条例》第十三条的印证。该条明确规定:“采集个人信息应当经信息主体本人同意,未经本人同意不得采集。但是,依照法律、行政法规规定公开的信息除外。企业的董事、监事、高级管理人员与其履行职务相关的信息,不作为个人信息。”这里的“企业的董事、监事、高级管理人员与其履行职务相关的信息,不作为个人信息”即明确否定了与公开的企业信息有关的自然人身份信息不属于个人信息。成立侵犯公民个人信息罪须以行为违反国家有关规定为前提。对于这种部门法不再保护的已公开信息中的个人信息,将其作为本罪对象是不合适的,否则就会不当扩大打击面。

最高人民法院《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》(高检发侦监字〔2018〕13号)指出,对于企业工商登记等信息中所包含的手机、电话号码等信息,应当“明确该号码的用途”。对公司购买、使用的手机、电话号码等信息,不属于个人信息的范畴,从而严格区分“手机、电话号码等由公司购买,归公司使用”与“公司经营人在工商登记等活动中登记个人电话、手机号码”两种不同情形。这一指引似乎仍然坚持了已公开的信息中属于个人的信息是本罪对象的观点,但缺乏可操作性。因为在实行实名制购买手机号码的今天,手机号码由公司购买的情形本来就难以做到,手机号码是否归公司使用就更难以判断,最终的结局是一旦发生侵权的情形,即便是公司购买的手机号码,被害单位也可能主张公司和个人混用,从而总是能够得出行为入成立侵犯公民个人信息罪的结论。

对于已公开的企业信息中获取公民个人

信息的行为总体上定罪的态度,在民法典通过之后似乎得到了一定程度的扭转,这是值得关注的动向。例如,2020年5月至7月,吴某在天眼查、企查查等网站下载公开的各地企业工商登记信息,梳理分类后共出售1.8万余条信息,获利1万余元。公安机关以涉嫌侵犯公民个人信息罪传唤吴某,后该案被移送至江苏省泰州医药高新区人民检察院审查起诉。检察机关认为,公安机关根据2017年刑事司法解释第三条规定的“未经被收集者同意,将合法收集的公民个人信息向他人提供的”,属于提供公民个人信息,从而认定吴某的行为涉嫌本罪。但民法典自2021年1月1日起正式施行,给案件处理带来了新变化。民法典第一千零三十六条规定,合理处理该自然人自行公开的行为或者其他已经合法公开的信息的,行为人不承担民事责任。但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外。根据这一规定,既然没有证据证实吴某出售合法公开信息的行为遭到权利人拒绝或侵害其重大利益,就不应当认定为构成侵犯公民个人信息罪。为此,检察机关建议公安机关撤案。2021年1月7日,公安机关对吴某解除取保候审,并予以撤案(参见卢志坚、白翼轩、田竟:《出卖公开的企业信息谋利:检察机关认定行为人不构成犯罪》,《检察日报》2021年1月20日,第一版)。

虽然这一动向的持续效果如何还有待观察,但是,如果对于已公开的企业信息中获取公民个人信息的行为一概作无罪处理,这样的思考方式显然太粗放,应当结合处理公开信息的目的和用途思考。

（“刑民(行)关系与犯罪认定”之二十详见于《法治日报》2021年9月8日9版）

中国人民大学法学院“开学第一课”：王轶副校长主讲『习近平法治思想概论』第一讲

（赵珊珊 供稿）