



警惕轻罪适用中罪刑法定和无罪推定的背离

数字时代的刑法面相

林维 (中国社会科学院大学教授, 博士生导师)

当下刑事立法中出现轻罪立法渐趋增加的势头, 对此我们不得不予以客观的反思。一方面, 我们不应僵化地理解罪刑谦抑性原则, 考虑到现代社会关系的复杂程度乃至新的利益体系中法益保护期待的增加, 犯罪尤其是轻罪的增设几乎是一个不可避免的现象。新罪的法定刑可能渐趋轻缓或成为轻罪, 而过去的违法行为有可能在性质上上升格为犯罪, 从而导致轻罪增加。另一方面, 我们应当警惕轻罪立法可能的泛化, 尤其要更为紧迫的反思, 在一个将犯罪视为极其严重的秩序背离行为的刑法观下, 倘若不进行犯罪观、刑罚观乃至犯罪人观的变革, 轻罪的增加将会加剧刑罚结构的撕裂、刑罚理念的背离, 产生法益保护和权利保障之间的失衡。

在司法上, 更需要注意轻罪适用中对罪刑法定原则的贯彻和维护。轻罪设置本身和法益的变化所导致的处罚范围的扩大, 固然是立法的目的, 但也日渐成为司法的隐忧, 实务上应当保持一个较好的平衡。不应僵化地适用轻罪规范甚至以为轻罪的刑罚较轻, 重的不过是几个月拘役, 轻至罚金, 而失去了对犯罪成立的严重后果的警惕, 有些检察官、法官甚至完全失去了对被告人成为犯罪人员之后所遭受的权利剥夺应当具有的严谨和应有的同情。

以北京市西城区人民法院的高空抛烟头案为例, 2022年1月至2月, 被告人在9层家中多次从卧室窗户丢弃未熄灭的9个烟蒂, 而被认定成立高空抛物罪, 判处有期徒刑6个月, 并处罚金2000元。按照笔者所了解的信息, 高空抛烟蒂被定罪案件极为罕见, 其所判刑罚也不可谓不重。按照法官的解释, 被告人多次从卧室窗户向外丢弃未熄灭的烟蒂存在重大安全隐患, 如未熄灭的烟蒂落入易燃物中, 极可能引发火灾, 造成人员伤亡或者财产损失。因此, 被告人的行为具有较高的社会危险性, 足以危害公共安全, 构成高空抛物罪。

过去我们将高空抛物行为认定为危害公共安全行为, 但刑法修正案(十一)将其置于妨害社会管理秩序罪中, 并将最高刑确定为一年有期徒刑。这样的设置降低了对公共安全的危险及其程度的认定要求, 但刑法第二百九十一条之二仍然限定地要求情节严重的才能认定成立犯罪。因此, 要综合考虑行为人抛掷物品的次数、重量、危险程度、物品坠落场所的人员、财物损失状况等因素, 不能不分场合地把社会容忍的一般风险行为, 以不良习惯等轻易地作为犯罪, 哪怕是轻罪处理。在本案中, 无论如何不能将抛掷9个烟蒂的行为理解为情节严重的高空抛物行为, 其处罚必要性和正当性均值得怀疑。

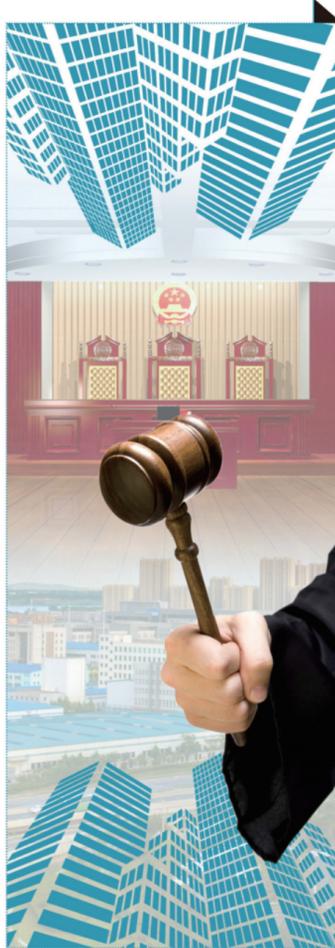
另外, 从规范上看, 行为人所抛掷的物品没有种类限定, 不论物品大小均可能构成犯罪, 但是高空抛物之所以成立犯罪的内在逻辑, 是因为“高空”增加了某种日常行为的社会危害程度, 使得该物品从高空抛掷增加了社会不能容忍的危险或者超越了社会所能容忍的一般风险。倘若高空行为并不具有增加此类风险的可能, 或者我们无法对此加以证明, 甚至“高空”这一因素本身可能减少类型化的风险, 那么就不应该将某种日常行为, 尤其连行政机关都不予处罚的日常习惯行为, 在没有任何理由说明“高空”增加了刑法风险的情况下, 机械地适用“高空”“抛物”“九个烟蒂=情节严重”, 僵化地将其定罪。

事实上, 该案现场仍然存在其他剩余烟蒂, 我们有理由质疑: 为什么司法机关没有对这些剩余烟蒂做DNA检测, 并在可能的范围内进行比对, 因为此类行为同样可能成立本罪。司法机关真的做好了准备, 要在其辖区确立“高空抛掷数个烟蒂”就有可能成立高空抛物罪的一般性规则? 尤其是按照举重以明轻的原则, 除非有异常场景, 一般情况下通常的随手或者低空扔烟蒂都不可能受到行政处罚, 更不可能受到刑事处罚, 那么在同一场景下, 高空抛掷烟蒂的行为并没有增加更大的安全风险, 甚至有所减少, 都要被认定成立犯罪, 那么我们以后又要如何处罚前一类低空或平地扔烟蒂的行为, 难道我们

以后都要挖空心思将凡是扔数个烟蒂的行为都认定成立某种犯罪? 不能单纯地以“保护头顶上的安全”而滥用这一罪名, 应当坚决防止违反罪刑法定原则而将违法行为过度轻罪化, 造成行政违法和犯罪之间的混淆。法官必须注意的是, 自己在适用规则的同时也在创造规则, 不能草率地认为自己把某个孤立的案件搞定了, 就忽视了它的规则指引意思。

该案的特殊之处还在于, 扔烟蒂的处所正好之前发生过一场火灾, 有关部门认定此次火灾是遗留火种引起, 但未能找到嫌疑人。本案中虽然没有足够证据证明之前发生的火灾是本案被告人丢弃烟蒂的行为所导致的, 无法追究其失火的刑事责任。但从本案的办理背景上看, 可以合理地相信本案的有罪认定正是受到了这场无法找到嫌疑人的火灾的影响, 尤其是6个月的量刑毫无疑问受到了有罪推定的不当影响。在这样的背景下, 尽管不能认定其构成失火罪, 但通过机械适用轻罪并给予极不恰当的重刑, 从而实现报应的平衡。尽管通过这样一种罪方式可能实现减少乱扔烟蒂的效果, 尽管这名被告人存在一定的嫌疑, 但无罪推定理念要求我们, 即使现有证据无法证明其犯有重罪, 也不能降低轻罪的构成标准、证明标准, 通过认定其成立轻罪来弥补无法成立重罪的遗憾。

可能有人会说, 很多轻罪最低刑为单处罚金, 最高也不过一年有期徒刑, 因而可以放松罪刑法定原则这一铁律, 适当松弛构成要件的限制而扩张处罚范围。但如此一来, 定罪量刑的正当性和可持续性就可能引发争议, 刑法的正义就会受到挑战, 而某一公民因被错误定罪所遭受的污名化也是我们必须加以警惕的, 尤其是作为一个故意犯罪的轻罪, 其定罪后非刑附随后果的严重性可能远远超过刑罚本身。某一行为在行政机关皆给予宽容或者能够运用行政处罚就可以适当处理的前提下, 更应对通过扩张解释将其轻罪化的倾向抱有警惕, 滥用刑罚, 过宽打击将会过度耗费司法资源, 产生极端的非正义。这是我们应当吸取的教训。尤其是不应认为轻罪案件就可以降低证明标准, 突破无罪推定这一红线。这些倾向是我们在犯罪结构日益轻罪化的背景下尤需重视和警惕的。



法界动态

第二届网络空间国际治理理论论坛在京举办

本报讯 记者黄洁 日前, 由北京航空航天大学法学院、北京师范大学新闻传播学院、北京航空航天大学网络空间国际治理研究基地共同主办的“第二届网络空间国际治理理论论坛——数字经济规则”在京举行。来自联合国贸易和发展会议(UNCTAD)货物和服务国际贸易及商品司、印度竞争委员会、北京互联网法院、美国华盛顿大学、新加坡国立大学、中国社会科学院、中国人民大学等国内外政府部门、组织机构、高校、企业的三十余位专家、学者、业界代表以线上形式参加了本次论坛。本次论坛旨在以网络空间命运共同体理念为指引, 通过深化国际交流与合作, 凝聚共识, 积极推动数字经济国际规则的制定。

北京航空航天大学法学院院长、网络空间国际治理研究基地主任左卫军教授出席论坛并致辞。他指出, 人类社会正在步入数字文明时代, 全球都在经历数字化转型。公正、合理的数字经济规则有助于实现全球数字空间的融合和贯通, 有利于打破碎片化、割裂式的数字经济发展态势, 解决“数字鸿沟”“数据滥用”“平台垄断”“算法歧视”等难题, 有利于营造公平、自由、开放、透明、非歧视性的数字经济环境。他号召与会的中外专家, 秉持网络空间命运共同体理念, 就数字经济规则中的重大问题深入讨论, 推动数字经济国际规则向公正、合理的方向发展。

知识产权司法保护新问题研讨会在沪举行



本报讯 记者余东明 近日, 由复旦大学法学院和复旦大学知识产权研究中心主办的知识产权司法保护新问题研讨会在沪举行。本次研讨会以线上会议形式召开。来自华东政法大学、复旦大学、上海交通大学、中伦律师事务所、上海市高级人民法院、上海大学、北京大学等机构30余位专家学者发言并展开研讨。本次研讨会围绕欧盟就中国标准必要专利(SEP)问题诉至WTO争端解决机构、国家知识产权法院设立、知识产权司法新问题和知识产权损害赔偿及其他知识产权问题四个议题进行了深入的交流与讨论。

复旦大学法学院院长王志强表示, 在张乃根教授的多年引领下, 复旦大学知识产权研究中心在相关问题的研讨、组织、教学和人才培养方面取得了卓越的成效, 研讨会秉持了复旦大学知识产权研究的特有风格, 具有国际化的视野, 探讨的内容丰富多样。期待与会的国内外专家学者通过本次研讨会, 都能有所收获, 激荡出更多思想火花。

天津大学法学院举办“生态环境修复责任”研讨会



本报讯 记者张弛 为深入贯彻党的十九届六中全会精神, 进一步推动生态文明建设, 充分发挥生态环境修复责任在保护生态环境公益中的作用, 6月18日, 人民法院环境损害司法鉴定研究(天津大学)基地2022年年会暨“生态环境修复责任”研讨会在天津大学法学院召开。

人民法院环境损害司法鉴定研究基地主任、天津大学法学院院长孙佑海指出, 本次年会以“生态环境修复责任研究”为主题。鉴于造成生态环境损害的原因复杂, 生态环境修复是一项技术性很强的系统工程, 修复主体、修复对象、修复方法等方面的不同均会影响生态环境修复责任的实效性, 探寻生态环境修复责任的实现路径意义重大。作为人民法院环境损害司法鉴定研究基地, 必须紧紧围绕最高人民法院战略部署, 瞄准环境司法实践需要, 积极参与立法建议和司法解释, 政策性文件起草工作, 为环境资源审判和司法政策制定过程中涉及的专业技术问题和理论问题建言献策。基地将按照最高人民法院的要求继续改进工作模式, 完善工作制度, 产出更多优秀成果, 为持续推进生态文明建设贡献力量。

西部法谷启动仪式在蓉举行



本报讯 记者战海峰 日前, 由西南政法大学与四川省成都市金牛区人民政府携手打造的校地合作示范项目——西部法谷在金牛区举行启动仪式。西南政法大学党委书记、副校长刘革率队, 相关学院和职能部门负责人赴蓉参会。

刘革表示, 在四川省第十二次党代会和重庆市第六次党代会胜利闭幕之际, 在成渝地区双城经济圈建设新篇章徐徐展开之时, 坚决扛起党中央赋予的战略使命, 迈出新步伐, 展现新作为, 西部法谷项目必将在促进涉外法律服务发展, 提升法律科技竞争力, 做强法律服务产业链等方面实现更多项目共建、资源共享和互利共赢, 在“双城记”的协奏中演绎更为精彩的华章。签约仪式之后, 在举行RCEP(区域全面经济伙伴关系协定)规则解读论坛上, 西南政法大学国际法学院院长张晚君担任主讲嘉宾, 聚焦“RCEP生效对企业‘出海’的影响与机遇”主题, 从不同角度、多个层面解读RCEP规则。

“数字经济中的民事权益保护”系列之八:

网络平台垄断行为的损害赔偿

民事权益保护专栏

曹喆 (清华大学法学院教授)

网络信息科技的高速发展助推了数字经济的繁荣, 数字经济时代的垄断行为也出现了一些新的特点, 最突出的是网络平台的垄断行为。网络平台是指通过网络信息技术, 使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互, 以此共同创造价值的商业组织形态。近年来, 我国发生的“今日头条与腾讯大战”“京东诉阿里垄断案”“斗鱼虎牙合并”等案件和热点事件都表明, 数字经济领域的竞争和垄断非常典型地表现为平台间的竞争以及平台实施的垄断。网络平台的垄断给反垄断法带来了许多新的问题, 包括如何判断垄断行为、怎样认定垄断行为造成的损害及范围等。网络经济存在一个所谓回报增值定律, 即随着网络用户的增多, 网络的价值在迅速膨胀, 而这种价值的急速膨胀又吸引来更多的用户, 产生了复合性的效果。工业经济中的成功往往来自自我设限, 遵循回报递减的原理。可在网络经济中, 成功是自我增强的, 它遵循的是回报递增的原理。任何无法记到个人账户上的增加或者损害网络价值的事情都属于网络效应。这种情况下, 反垄断法中能否将属于网络效应的损害也算在垄断者头上, 要求其赔偿呢?

我国现行反垄断法对于垄断行为的损害赔偿规定得非常简单, 其第五十条规定:“经营者实施垄断行为, 给他人造成损失的, 依法承担民事责任。”这里面的“依法”一词就表明, 该条不是独立的请求权基础, 而必须是依据相应的法律规定。民法施行后, 当然应当到民法典中寻找。具体而言, 就是民法典第一千一百六十五条第一款规定的过错责任原则以及总则编第八章“民事责

任”、侵权责任编第二章“损害赔偿”的相应规定。《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条规定:“被告实施垄断行为, 给原告造成损失的, 根据原告的诉讼请求和查明的事实, 人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。根据原告请求, 人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。”当前, 我国正在修订反垄断法, 但从公布的草案来看, 似乎也没有作更详细的规定, 公布的修正草案中第六十条只是规定:经营者实施垄断行为, 给他人造成损失的, 依法承担停止侵害、恢复原状、赔偿损失等民事责任。经营者实施垄断行为, 侵害社会公共利益的, 人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。

损害分为财产损害和精神损害。平台的垄断行为给自然人的人身权益造成损害的情形较少, 即便是算法歧视等行为, 一般不会造成人身伤亡。故此, 垄断行为基本上不会给受害人造成精神损害。至于企业间的反垄断民事诉讼, 更是只能请求财产损害赔偿。财产损害包括所受损失和所失利益两部分。所受损失, 也称直接损失, 是指现有财产价值的减少, 既包括积极财产的减少, 也包括消极财产的增加。所失利益, 也称间接损失, 是指被侵权人因财产权益被侵害导致了本应获得的利益无法获得。换言之, 如果财产权益没有遭受侵害, 按照事物通常的发展过程或按照被侵权人所作的准备以及采取的措施, 被侵权人是具有极大的可能性可以通过使用该财产而获得利益的, 可由于侵权行为的发生导致这些利益无法获得, 故此侵权人应当承担赔偿责任。民法典第一千一百八十四条规定:“侵害他人财产的, 财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。”原告负有举证证明损害的义务。有人认为, 如果原告不能证明损害的存

在, 可以适用民法典第一千一百八十二条, 即按照被侵权人因此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿; 被侵权人因此受到的损失以及侵权人因此获得的利益难以确定, 被侵权人和侵权人就赔偿数额协商不一致, 向人民法院提起诉讼的, 由人民法院根据实际情况确定赔偿数额。问题是, 民法典第一千一百八十二条有明确的适用对象, 即仅适用于“侵害他人人身权益造成财产损失”的情形。同理, 除非可以证明被告的垄断行为构成对著作权、专利权或者商标权的侵害, 否则原告也不得引用著作权法第五十四条、专利法第七十一条以及商标法第六十三条的规定。

民法典第一千一百八十四条中“损失发生时的市场价格”这一计算方法一般只适用于侵害物权如所有权的情形, “市场价格”即被侵害财产在通常交易中的价格。在认定网络平台垄断行为的财产损害赔偿数额时, 倘若该行为侵害他人物权而造成财产损失的, 当然可以用“损失发生时的市场价格”计算。可是, 网络平台垄断损害赔偿中很难适用。这是因为, 企业间的垄断行为造成的损害主要不是所受损害, 而是所失利益, 如预期销售收入的减少、销售的机会被剥夺、客户的减少等。因此, 需要通过民法典第一千一百八十四条中的“其他合理方式计算”, 即由法官结合具体案情来认定哪些方式属于合理方式, 据此计算损失。例如, 原告可以聘请专家出具研究报告来证明其损害的存在以及具体的损失数额。当然, 被告有质疑该方式的合理性, 最终由法官来确定是否属于民法典规定的合理方式。

无论如何, 在确认平台垄断行为的侵权赔偿责任时, 必须注意区分两个层次的关系, 即侵权责任成立的原因关系和侵权责任范围的因果关系。因此, 原告应当证明被告实施了垄断行为, 并且其损害是在垄断行为实施之后造成的。反垄断法第三十八条规

定, 反垄断执法机构依法对涉嫌垄断行为进行调查。第四十四条规定, 反垄断执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后, 认为构成垄断行为的, 应当依法作出处理决定, 并可以向社会公布。故此, 反垄断执法机构的调查结论可以作为证据证明存在垄断行为。对于责任成立因果关系的判断, 首先要依据条件说。虽然被告的行为引发了损害, 但是即使被告的行为从其中抽走, 假设其从事其他的行为, 依然无法避免损害的发生, 那么就不符合条件说, 此时仍由被告根本无法防止的这种损害归责于被告是不合理的。如果损害是垄断行为实施之前的, 则不符合条件说, 或者原本受害人就没有从事某一个领域的经营活动, 那么即便被告在该领域实施的垄断行为, 也不会给其造成损害, 也不符合条件说。其次, 要符合相当性, 即垄断行为必须是在相当程度上会造成这种损害, 即极大地增加了损害发生的可能性。相当性的要求目的在于排除加害人某些极为特殊的原因所造成的损害承担责任。重点是强调行为人的不法行为介入社会的既存状态, 并对既存的危险程度有所改变或者增加。

责任范围的因果关系是在侵权赔偿责任成立后用来限制赔偿范围的, 即防止因果关系链条的无限延伸, 而导致被告承担不合理的赔偿责任。这一点在网络平台的垄断行为的赔偿责任中特别重要, 具体而言, 从宏观层面上要排除那些与加害人无关的因素所造成的损害, 如人口结构的变化、经济发展和法治环境等宏观政策因素的影响; 从微观层面上要排除受害人自身原因(如经营范围、经营策略的因素及垄断行为发生后所做的调整等)及第三人的原因(如其他同行业的竞争者的加入、消费者的自主决定等)所造成的损害。

(“数字经济中的民事权益保护”系列之七:《隐私政策的性质与法律规制》详见于《法治日报》2022年6月15日9版)