



营商环境法治建设的愿景

前沿观点

□ 胡成恩 张腾元

改革开放以来,我国民营经济经历了从小到大、从弱到强的发展历程。各类民营经济主体为我国经济发展、科技创新、优化产业升级作出了巨大的贡献。民营经济的发展是我国经济发展的强大动力,关系到整个国家经济发展的进程。中国经济之所以能快速发展,民营经济的贡献功不可没。民营企业家在整个民营经济中起着决定性的作用,推动民营经济的发展,必须首先要保障民营企业家的合法权益,因此刑事司法法治是营商环境法治的重中之重。

习近平总书记十分关注民营企业的法治保障问题,多次在会议上明确指出,要打造市场化、法治化、国际化营商环境。我国民营经济只能壮大、不能弱化,不仅不能“离场”,而且要走向更加广阔的舞台。目前我国刑法对犯罪的规定难以做到完全的明确,而是有相当的盖然性。非法经营罪作为企业家犯罪中的一项罪名,其采用的是明文列举的方式,对非法经营行为加以描述。但是,在前三项中,除第三项以外,前两项对非法经营行为的描述是不周延的,可以由司法机关随时续造。当然,其续造的行为性质受法律规定的限制。因此,这是一种有限度的续造。从明确性的角度来说,是一种相对明确。刑法作为最严厉的法律,是法治保障的最后一道防线,要“扎紧”非法经营罪的“口袋”,切实为打造具有中国特色的法治化营商环境保驾护航。

严格适用非法经营罪其他条款的必要性和建议

通过对非法经营罪第四项规定进行检视,必须明确严格适用非法经营罪其他条款的必要性,并进一步提出其在具体适用上的建议。

(一)遵循罪刑法定原则

罪刑法定原则之下的刑法,要特别注重自身的确定性和明确性,立法者要在维护国家经济秩序、有效

打击犯罪和保障公民基本权利的基础上对刑法进行解释。在明确的立法解释和司法解释前提下,人们能准确地了解违法的内容,准确地把握罪与非罪的界限,刑法的明确性是现代刑法立法的价值追求所在。

(二)符合刑法在经济领域的谦抑性

市场有其自身独特的调节和修复功能,如果市场运行中出现问题,司法机关就将某种经营行为犯罪化或者进行刑事处罚,势必会对市场经济产生非常不利的影响。面对越来越多的经营行为被犯罪化的问题,笔者建议:

首先,立法机关要坚持科学立法、民主立法,坚持缜密的刑事立法观,对非法经营罪的其他条款设置,及时给予严格限制或者取消该条款。宁愿可能放纵一些违反市场经济秩序主体,也不应该保留给司法机关随意将市场经济主体入罪的法律依据。

其次,司法机关要严格遵循罪刑法定原则,坚守刑法谦抑性的基本精神。对社会危害性不显著的经营行为不要轻易犯罪化,要最大限度地保障企业家和企业的基本权益。一般性违反市场经济秩序行为,按照营商环境法治建设理念,按照“两高”相关司法解释,不予起诉、不予追究刑事责任。

最后,要用合适的手段激发市场活力,最大限度地保障市场运营。刑法的谦抑性不仅是现代法治国家所倡导的法治理念,更是保护社会与保障人权相平衡的行动指南,以牺牲刑法的谦抑性作为通往刑事法治现代化道路上的手段,不符合法治理念的初衷。

(三)符合我国市场经济法治化营商环境内在要求

非法经营罪作为经济类犯罪,不能等同于严重的暴力犯罪。在司法适用中,要严格控制非法经营罪的入罪标准,对不能入罪的被告人决不入罪。只有这样才能让经营者在明确法律风险的前提下开拓市场,积极发挥经营者的创造性,不断为市场注入新鲜的司法活力。当刑法介入经济领域的时候,应该秉持审慎的态度而非积极参与。

我国经济类犯罪立法模式的完善展望

经济类犯罪作为当前我国社会所有犯罪类型中

数量最大、争议最多的一种形式,不仅具备行政属性还具有极强的经济性因素。具体体现为:在刑法中,经济犯罪的罪名数量最多;在司法实践中,经济类犯罪的案件率也最高,将所有的经济类案件都纳入刑法规制的范畴是一个值得商榷的问题。目前我国正处于社会主义市场经济转型期,经济犯罪类型的不断变化发展,对经济类犯罪的刑事规制能反映出我国刑事立法的科学性和合理性。经济类犯罪的刑事立法活动要随着社会经济的变化而“与时俱进”。

因此,有关经济类犯罪的规范形式和立法层面应该要具备与现实情况相适应的立法模式,以满足惩治经济类犯罪灵活性的需要。笔者认为,应该首先从立法层面审视非法经营罪所存在的问题,可以从以下几个方面考虑:

(一)摒弃重刑主义思想

中央全面依法治国委员会第二次会议强调,法治是最好的营商环境。要把平等保护贯彻到立法、执法、司法、守法等各个环节,依法平等保护各类市场主体产权和合法权益。要用法治来规范政府和市场的边界,尊重市场经济规律,通过市场化手段,在法治框架内调整各类市场主体的利益关系。要把工作重点放在完善制度环境上,健全法规制度、标准体系,加强社会信用体系建设,加强普法工作。

重新梳理完善刑事法律体系调整社会主义市场经济秩序方面,笔者认为很有必要。非法经营罪本质上是国家对于市场经济秩序干预造成的,是国家市场经济改革努力未与刑法领域立法同步协调造成的。重刑主义可以最大限度地惩治犯罪,有效解决经济社会中出现的矛盾,打击经济违法行为。但是代价是市场经济主体,普遍没有预期,缺乏安全感。

在经济领域的经营行为,要先运用民法、经济法、行政法等市场经济法律体系予以规范,如果刑法主动“介入”经济领域,会给经济法治化造成极大的障碍。因此,营商环境法治建设还在路上。

(二)完善罪状表述方式

罪状的明确程度决定着司法工作者适用刑法规范的准确性,这就需要立法者对具体犯罪的构成要

件最大限度地作明确化表述。叙明罪状最符合刑法的明确性要求,通过对具体犯罪的构成要件作详尽的表述,具有极强的公民预测可能性。笔者认为,在刑法分则中,不仅要进一步提高叙明罪状的所占比重,还要在描述犯罪特征方面用叙明的手法,从而提高法律条文的明确化程度。

同时,要严格限制空白罪状,非法经营罪其他条款的罪状设置是导致非法经营罪异化扩张适用的直接原因。最后,要科学解释其他条款。其他条款的无限扩张会严重违反罪刑法定原则,过度适用刑罚权会侵害公民的权利,损害刑法的权威性。

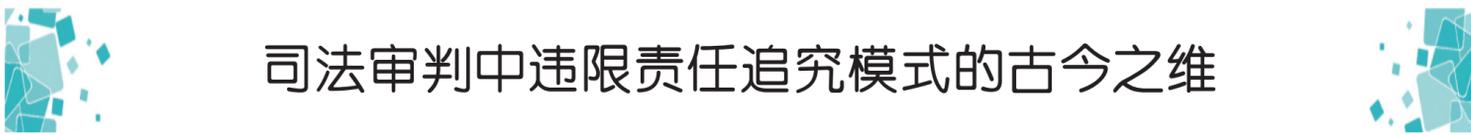
(三)完善罪名立法模式

两次立法修改扩大了非法经营罪的覆盖范围,增加了非法经营罪的罪状,将本不属于刑法规制的行为犯罪化。我国刑法立法只注重对罪状和法定刑的规定,而忽视了罪名的明确化。罪名的明确化有助于司法机关准确的定罪量刑。笔者认为,应该从两方面入手去完善非法经营罪的罪名设置。第一,采用一元制的入罪标准,对相同类型的行为规定在非法经营罪之中;第二,将其他类型的行为分离出去,分解出新的罪名。罪名分解是外在表现形式,罪状分解是实质的核心内容。

结语

市场经济是法治经济,但法治化市场经济要求的是能够保障市场规律高效发挥作用的法治。对于市场秩序的治理,更多的是依赖国家行政手段的干预,只有在严重危害市场经济时,才能够动用刑罚,如果刑罚成为国家干预市场经济的重要治理手段,将大大限制市场经济的活力。从本质上讲,市场经济本身就具有一定的容错机制,不能动辄将非法经营行为上升到刑事犯罪的层面。

法治是最好的营商环境。营商环境法治与刑法罪刑法定原则、刑法谦抑性原则一脉相承。优化营商环境法治,应该从以下方面同时入手:立法方面,全面梳理审查法律法规,尤其是刑事法律法规;司法方面,司法机关全面清理梳理司法解释,司法指导案例等具有法律指导效力的司法文件。



司法审判中违限责任追究模式的古今之维

前沿话题

□ 李麒 (山西大学法学院教授)

法治的不变命题之一在于对权力的限制,审判期限的规定则是法官在司法程序中应当严格遵循的、最基本的强制性规范。相比较讯问、审理、执行等实体性的司法责任,违限责任可以说是司法责任体系中存在相对清晰、客观判断标准的权利限制规定。从某种程度上讲,违限责任正是以这种确定性的程序判断标准,安慰了民众对不确定性实体裁判结果的心理恐慌。而违限责任追究之宽严标准、法官的追责与出责等具体规定,既表明了当时各阶层社会主体在法律意识形态层面的认知水平,又表明了法律文明的进展及样态。

唐有白居易“秋官为主任,廷尉居上头”“岂知闻乡狱,中有冻死囚”对官吏无能的质责,宋亦有陆游“庭下讼诉如堵墙,案上文书浩茫茫”“故人书来索文章,岂知更老死”对为官繁忙的抱怨,可见对于司法责任的管控不可一味放纵更不可一味严厉。中国在波澜壮阔的历史画卷中书写了极其灿烂的司法

文明,并逐渐形成了风格独特、理论精细、体系严整的司法责任制度。古代的违限责任作为司法责任体系中的重要组成部分,是当时一系列法律理论、制度及观念的总和,既有精华可取之处,亦有落后需弃之流,因此需要对其具体的追责模式进行区分和界定,以求对当前的司法责任制度产生借鉴意义。

古代违限责任的追究模式是认定法官“违法”。古代的开明君主主张官员应公正廉洁,为了解忧、爱民如子,甚至不惜将司法神圣化以维护社会的稳定和谐。司法活动固然对于维护国家的长治久安发挥着难以替代的功能,但在以维护封建皇权、尊卑、等级关系为基调的社会环境下,名义上的司法公正与实际中的司法特权虽不相容却在同一时期内长期存在。但值得提到的是,虽然违限责任的确认依赖皇权和君主的品格,但该规定法官对于权力滥用产生了忌惮,仍在一定时期内具有进步意义。

例如,太平兴国六年,宋太宗曾下诏说:“各州的重大案件,负责官吏不亲自审判,下属小吏借此作弊,捕人多年而不结案,从现在起,负责官吏每五天处罚一次,审得情节属实的就立即判决。”与此同时,又规定了断案的期限,大案四十天,中案二十天,小案十天,不须现追问其他人证而容易断决的,不得超

过三天。后来又制定令,规定了断案违反时限,按刑律中“官书稽程”的规定论处,耽误一日笞十,三日加一等,罪止杖八十。宋史记载,眉州的大族孙延世伪造契书,霸占族人田产,很久不能辨明,转运使委托同路彭州九隍县知县章颖审理此案。章颖认为券书的墨迹浮在印迹之上,肯定是先盖用印,后才写成的契券,孙延世也供认不讳,但案子审后久未上报,孙延世的家人又向转运使提出申诉,转运使另派益州华阳县知县黄梦松复审,黄梦松审的结果与章颖一样,却因此被招进朝廷,升任监察御史,章颖因“决狱违限,律准官文书稽程论其罪”,降职为庆州监酒。可见古代对于官吏违限决狱的惩处,是严厉而果断的,需要令其承担相应的违限责任。

相比较古代,现代违限责任的追究模式是将其视为“司法瑕疵”。中国古代一味用刑罚的严厉性来压制司法官的个人行为,试图解决司法官权力集中的问题,这种规制手段具有片面性。司法责任制度发展到现代,虽然借鉴了一些古代司法文化、规范及体系性的规定,但对于上述弊端也有所改善。例如,2015年9月,最高人民法院召开新闻发布会,发布《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》,最高检司法改革领导小组办公室主任王光辉在发布会中提

到,司法人员在事实认定、证据采信、法律适用、办案程序、文书制作以及司法作风等方面不符合法律和有关规定,但不影响案件结论的正确性和效力的行为或做法,属司法瑕疵,依照相关纪律规定处理,司法瑕疵未列入司法责任范围。

此外,2018年最高人民法院发布的《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》中也强调,应当对曾纳入长期未结、久押不决督办范围的案件重点评查,应当严格区分审判质量瑕疵责任与违法审判责任,确保法官依法裁判不受追究,违法裁判必问责任。上述提到的司法瑕疵,主要是司法人员在事实认定、证据采信、法律适用、办案程序、文书制作以及司法作风等方面不符合法律和有关规定,但不影响案件结论的正确性和效力的行为或做法,表现形式多样。目前学界一般将违法司法程序规定的期限,也视为“司法瑕疵”。之所以对违限责任采用这种认知及规定,是因为司法瑕疵与司法责任在行为和后果方面有较大区别,司法人员在办案中出现一些小的疏漏,不宜作为司法责任予以追究,司法责任的规定过于严苛也不利于保护司法人员的办案积极性和担当精神。

(本文系最高人民法院2021年度司法案例研究课题阶段成果)



规范网络证据收集的法律程序

前沿关注

□ 郭雨城

2012年,我国修订后的刑事诉讼法第一次从立法层面将电子数据证据确定为法定证据种类之一。随着“互联网+”与“大数据”的应用逐步深入大众生活,网络证据越来越多地出现在诉讼活动之中。然而,我国目前尚未从立法、司法等层面面对网络证据的证据属性、审查机制及应用体系进行统一和明确的规定,既未达成对于网络证据认知的一致共识,也缺乏针对网络证据载体的统一标准。为此,鉴于证据的特殊效力,在网络证据的收集过程中,必须坚持以确保证据的客观属性为前提,以实现法律程序的多元价值为导向,通过彰显法律程序过程与结果的有效性,持续优化符合法律规范要求的网络证据收集程序,获取与具体案件存在内在关联的客观证据材料,从而在确保案件真实发现的基础上,进一步提升诉讼效益。

一是以明确法律依据,规范网络证据收集程序的启动步骤。规范证据收集程序的启动步骤,既是确保证据收集过程合法性的基础前提,也是提高网络证据质量的关键依据。网络犯罪呈现跨地区、跨境等特征,结合以数据形式提供网络证据的行为,应根据

具体的证据类型,以明确的法律形式规定网络证据收集的启动步骤,确保网络证据数据的完整性、真实性。在收集与非诉讼法律事务、行政诉讼及民事案件相关的网络证据时,但凡不侵犯或损坏他人权益,即可启动证据收集程序。在网络犯罪案件中,其证据收集多由侦查机关依法行使,应根据刑事诉讼法的相关规定,在获取检察院或公安机关批准后,由专门的侦查人员进行搜查。当通过搜查、勘验获取能够证明有罪或无罪的网络证据时,应依照法律程序予以扣押。以信息网络犯罪类案件为例,由于涉案人数众多,证据征集难度较大,无法逐一核实证据时,应结合各类支付账户的交易记录及证据材料,足以认定用于接收、流转涉案资金的,应按照相应数额认定犯罪金额;提出异议的,应以依法审查,能够作出合理说明的,可不予认定为犯罪金额。通过规范,完善网络证据收集的法律程序,有效减少或者避免违法搜查的现象,确保网络证据收集的合法性与真实性。

二是以明确法律依据,规范网络证据收集程序的生成步骤。在法律明确规定的情境下,收集、生成网络证据,既是保护公民网络隐私权的基础要求,也是妥善应对网络犯罪活动的必要前提。在启动收集网络证据数据信息后,为有力解决网络证据的非直观性、易变动性等问题,需要采取打印、摄像、制作司法文书及拷贝等多种方式,将网络证据的数字信息固定为直观、固定的证据形式。针对数量众多且具备

同等性质、功能,难以通过客观条件完整、逐一收集的网络证据材料而言,可以按照相关比例或者数量来选择部分证据,并对证据的选取情况予以说明。检察机关及法院需要对网络证据收集的方法、过程是否科学、合法进行重点审查,最终确定其是否能够作为网络证据。与此同时,要尽可能保存网络证据的原始载体、媒介,当确实无法提供原始载体时,应提供真实的复制件,并对其来源进行详细说明。针对网络证据形成步骤的完善来讲,首先应对现场进行全面勘查,并且通过数据技术对所有网络证据进行逐层捕捉、收集,以直接获取网络证据。在完成网络证据数据收集后,要在确保信息原始性、真实性及未修改状态的前提下,严格遵守证据形成的法定步骤,确定为具有证明效力的网络证据。

三是以明确法律依据,规范网络证据收集程序的审查步骤。从“证明材料”到“证据”的转变,需要以网络证据的合法性为基础,通过依法审查证据材料的科学性与可靠性,从而使“证明材料”中的事实能够转变为辅助案件的“证据”。发现待证实事实蕴含的真实信息是获取网络证据的客观前提,也是规范网络证据收集程序的核心内容。为进一步验证待证实事实的完整性与客观性,需要尽可能提取与之相关的信息内容,构建完整的网络证据链。从“证明材料”转化为“证据”,需要相关材料具备合法性的证明能力。结合现阶段实际的证据法理论,在认定证据的真实

性时,需要从证据载体、证据事实角度出发,通过保障证据来源的真实性、证据载体的原始性以及证据信息与其他信息能够相互印证,从而充分利用证据来认定案件事实。当然,传统证据收集及认定的“真实性”指法律真实,而网络证据的真实性,还需要综合考虑网络平台的客观性及科技理性。因此,应依照程序规则、技术规范来获取证据信息,通过采取完整性校验、数据备份及证据封存等方式,确保网络存储证据的设备、媒介在整个诉讼过程中保持真实、完整及原始等特征,杜绝出现证据伪造、数据篡改等问题。结合网络证据较强的技术性特点,在检查证据材料的真实性时,应采取司法认定、侦查检验及技术鉴定等多种方式。当网络证据内容的真实性无法得到有效判定时,应由专业人员对网络证据的原始存储介质进行审查,以便确定网络证据的真实性。

规范网络证据收集的法律程序,构建基于网络证据特征的收集及审查体系,既有效规避滥用网络证据收集举措,也有力提升了诉讼质效。在推进“技术法律范式”的建设进程中,为更好适应新的社会环境,合理利用网络证据,应在合法的前提下,充分保障法律程序在法律体系中的核心位置,通过明确网络证据生成的现实难点,关注网络证据的技术理性,合理应用义务提供等规则,对网络证据收集的相关步骤与程序进行进一步的完善与明确。

(赵珊珊 整理)

观点新解

陈伟谈刑事追诉时效制度的实质——是督促刑事追诉权的及时有效行使



西南政法大学陈伟在《政法论坛》2022年第4期上发表题为《刑事追诉时效的实质与从旧兼从轻原则的适用》的文章中指出:

刑事追诉时效系刑事责任的事实消灭事由,在跨越前后不同的刑事法律规范时需要审慎评判时效制度的适用。刑事追诉时效制度的实质是督促刑事追诉权的及时有效行使,这是理解刑事追诉制度的核心,在刑事追诉已经启动的情形下非因特定事由不能以超过时效期限来排除刑事责任的追究。从旧兼从轻原则需要在权益保障与处罚适当之间予以兼顾,不能在追求最终的从宽处罚作为其适用的唯一衡量标准,更不能在追诉时效适用时以不追究刑事责任作为贯彻该原则的实践归宿。

吴冬兴谈法秩序统一性原则——是司法裁判必须遵循的辅助性原则



华东政法大学吴冬兴在《法学》2022年第7期上发表题为《论法秩序统一性原则的司法应用逻辑》的文章中指出:

法秩序统一性原则是司法裁判必须遵循的辅助性原则,该原则不仅构成裁判说理的有益“论证公式”,也是源于恪守司法德性、落实裁判义务、维护宪法价值和尊严等现代法治基础命题的法理设计。法秩序统一性原则的规范要求在意旨结构上具有层次性,其既表征为排除上下位规范的效力矛盾,也呈现为排除同位阶规范的适用矛盾和排除关联性规范的价值判断矛盾。法秩序统一性原则的司法应用须依附“构成要件—法律后果”评价结构。

靳文辉谈利益机制——是公共规制实施的方式手段和技术



重庆大学法学院靳文辉在《法商研究》2022年第4期上发表题为《公共规制实施中利益机制的规范建构》的文章中指出:

在现代市场经济条件下,公共规制可以看作是克服市场失灵来维护市场主体权益的一种政府行动。利益的调整 and 保障是公共规制的目标、指向和依据,利益机制是公共规制实施的一种方式、手段和技术。利益识别机制和利益分配机制是公共规制实施中最主要的两种利益机制类型,利益识别机制是规制实施中发现市场失灵的关键凭据,规范的利益分配机制构成纠正公共规制失败的手段。利益分配机制的构造应以利益分配标准的建立为核心,“基本经济权利”标准、“应得”标准、“时间”标准、“价格”标准和“纯粹的机会平等”标准,是公共规制实施中利益分配标准的主要类型。

连重阳谈公共收益内涵界定的关键因素——是共有部分的范围和合理成本的构成



新疆大学法学院连重阳在《法律适用》2022年第6期上发表题为《论业主共有部分产生收益的分配》的文章中指出:

民法典和司法解释关于公共收益分配的表述不完全一致,实践中人民法院对公共收益分配案件的裁判观点不统一。公共收益内涵界定的关键因素是共有部分的范围和合理成本的构成。全体业主和物业服务企业均有分享公共收益的正当性。通过业主大会和物业服务企业约定公共收益分配比例的方式应优先适用;若无约定,则应依据地方性法规的规定;若无约定,亦无法定,则人民法院应根据双方对公共收益贡献的具体情况确定;但物业服务企业擅自经营业主共有部分的,属于侵权行为,丧失分享公共收益的权利,公共收益应全部归属于业主共有。

(赵珊珊 整理)