

民刑关系问题重述：基于义务违反的视角

前沿话题

□ 时延安 (中国人民大学法学院教授、刑事法律科学研究中心特聘研究员)

(一)刑法和民法中的违法性都是对义务的违反。刑法中的违法性,可以理解为对某种义务的违反。民法中的“违法”概念,主要在侵权责任部分使用,而民事侵权也是与刑法最为密切的部分。侵权行为违反的法律是民法关于保护民事主体民事权利的保护性规范和禁止侵害民事主体民事权利的禁止性规范,而违反这些规范的表现就是对其所确定义务的违反。因而将义务及其违反作为分析民刑关系的视角和路径,在学理上是成立的,也更具基础性和通约性。

(二)义务来源及其规范属性。将行为入违反义务的来源定位于刑法的“前置法”,可以从法理学的法律规范(或法律规则)理论得到启发。刑法规范中是没有“处理”即权利、义务规定内容的,而有关权利、义务的规定源自“前置法”即民法、商法、行政法等。就民刑关系判断而言,某一针对个体性利益的行为,如果构成某一犯罪,判断行为人是否违反某项义务,就要从民法层面去寻找,更为准确地说,行为人造成其他主体的利益损害,依据民法规范以及当事人约定,其行为是否违反了民法意义上的义务,如果答案是肯定的,才有成立刑事违法性的可能,否则就不能成立针对个体性利益的犯罪。

民事义务违反判断的论域

(一)应区分民刑关系与刑刑关系。将民刑关系问题与刑刑关系问题区分开来,能够

将不同类型的义务及其违反对刑事违法性判断的影响加以类型化区分,其实践意义具体表现在两个方面:第一,行刑关系与民刑关系在判断刑事违法性的规则上存在明显差异。第二,有助于明晰义务来源上的差异以具体犯罪行为的解释提供指向,对个罪的刑法解释是从罪状开始的,因而对犯罪行为违反义务的理解首先是从罪状推导出来,进而追溯到“前置法”中的义务规范;如果在这过程中混淆了论域,那么在解释具体犯罪时就会存在偏差。

(二)应区分民刑关系与刑刑关系。在民刑关系的讨论中,采取广义的民法概念,会混淆民法和商事法律作为“前置法”存在的差异,由此笼统地提出判断规则,就会导致刑事违法性的判断出现偏差。商法本质属于私法,但同时带有公法性质,在有关商事组织、商事行为的法律中,存在较多的强制性规范。商法虽然也调整平等主体之间的法律关系,但商事行为的成立、生效,在很多情形下必须以符合法律规定为前提,有些领域的商事行为需要行政主管部门许可,有些领域的商事活动需要法律授权相应主体等。刑法中规定的商事犯罪,在多数情形下以某一行为违反相应的商事法律的禁止性或命令性规范为前提。

以民事义务违反为路径的学理展开

(一)如何确定可资刑事违法性判断的民事义务以及如何判断义务违反。在寻找和确定民事义务方面,可以从两个角度分析:第一,法律解释的角度,对刑法法条进行解释是从罪状开始,也就是从构成要件判断犯罪的成立范围。第二,法律适用实践的角度,在诉讼过程中,犯罪嫌疑人或者被告人及其辩护人可能以没有违反民事义务

或者行使民事权利来否定公安机关或检察机关的指控,其根据主要是法律规定、合同约定以及交易习惯等。以上两个角度形成的判断路径存在一定的差异,不过,两者判断思路总体是一致的,即判断是否违反民事义务或者构成民事权利行使,是判断刑事违法性的一个必要条件。

(二)民事义务违反在刑事违法性判断中的步骤。刑事不法的判断包括对符合刑法规范所规定的、犯罪成立所要求的主观要件的符合性判断和对违法性的判断。民事义务违反判断的体系地位应在后一方面发生作用,其意义在于于证立违法性,即当某一行为在形式上符合刑法规范所规定的、犯罪成立所要求的各种要件时,如果行为人没有违反民事义务(乃至属于权利行为),应否定刑事违法性的存在。

(三)从民事权利类型考量民事义务违反的定罪意义。探讨民刑关系问题,主要在针对个体性利益的刑事案件中才有意义,如果行为人的行为损害了公共利益,就不能或者不能仅讨论民刑关系问题。从民法角度看,个体性利益主要是人身权益和财产权益,区分民事权利类型对具体犯罪违法性的判断具有指导意义。这里主要考虑三类民事权利,即人格权、婚姻家庭权利和财产权。人格权属于绝对权,相对于特定权利主体而言,其他主体都负有不得侵犯其人格权的义务。其具体权利类型对应于刑法中侵犯人身犯罪,而具体权利类型的范围对判断具体犯罪的违法性具有积极意义。刑法对婚姻家庭关系的保护,主要涉及民法上的婚姻效力、婚姻自主权、身份权的问题。针对他人财产权益的刑事案件,如果行为人与财产权利人没有利益纠纷,只要符合构成要件的要求,就应认定其构成刑事不法,因为行为人取得涉案财物没有任何权利基础。

民事义务违反判断功能的有限性

我国对这类问题的分析,应以法制统一原则为基本教义,这一原则要求同位阶和不同位阶的法律之间不能发生冲突。基于这一原则,可以得出三点论断:一是,任何制裁都应以为行为主体违反义务为根据,义务主要来源于法律规定的调整性规范,部分来自与国家法治精神相一致的社会规范;二是,不同法律所构建或者维护的顺序,在行为合法或者违法的判断上应保持一致,制裁性法律对违法的判断应与调整性法律对违法的判断保持一致;三是,刑法不具有构建秩序的功能,只有维护秩序的功能,因而在刑事违法性判断上应向构建秩序的法律(即所谓“前置法”)看齐。

对于针对个体性权益的犯罪而言,虽然刑事违法性判断对基于民法规范判断结论具有一定程度的依赖,但不能因此否定刑事违法性判断的特殊性。这可以从四个方面进行理解:第一,考量违反民事义务的内容有利于发现、确定具体犯罪的法益,但具体犯罪法益内涵的确定,还需要结合其他因素判断。第二,民事义务违反的判断结论对刑事违法性判断会产生关联性影响,但在民法理解存在争议的情况下,可从行为及其后果的危险程度上进行合理判断进而选择妥当的解释结论。第三,刑事违法性判断存在“罪量”上的权衡,而民事义务违反没有危害程度判断的功能。我国刑法对具体犯罪的规定,多数都有罪量的要求,进而限制刑法的惩罚范围,对刑事违法性的判断,就需要有罪量上的考量。第四,对民事义务违反的判断应进行综合考量,不能简单地某一民法规范与刑法规范对应起来判断是否存在从属性。

(文章原文刊载于《中国法学》2023年第1期)

刑事缺席审判公告送达制度刍议

公告送达方式的正当性证成

我国学界对于公告送达的态度不一,支持和反对的声音并存。支持公告送达的观点认为,从保障缺席审判程序整体顺利运作的角度出发,对于下落不明的被告人,或在穷尽其他送达方式之后仍然送达不能的情况下可以采用公告送达的方式,但应严格限制该方式的启动条件。反对公告送达的观点认为,对公告送达应持谨慎态度,因为公告送达变相剥夺了被告人的程序知情权,在本质上属于推定知悉,并不能满足让被告人“实际知悉”的要求,难以在实质上起到告知被告人的效果,有违背比例原则和人权保障原则之嫌。所以,原则上不能单独将公告送达作为针对外逃人员缺席审判程序送达的方式之一。

刑事缺席案件的被告人往往具有很强的反侦查意识,行踪不定而且隐蔽性强,即使所在国提供积极的司法协助,送达机关也可能面临送达不能的尴尬困境,阻碍国家反腐进程。鉴于此,公告送达是在没有其他有效送达手段可采用的情况下不得已而为之的做法,确实受限于客观条件而无法有效送达时,可以通过公告的方式送达,并应明确规定公告送达的具体要求。在笔者看来,确立刑事公告送达制度有其正当性,当有充分而确凿的证据证明被告人表现出拒绝签收诉讼文书或者故意躲避送达等行为,可推定为其实际知悉其所涉诉讼程序,此时,应遵循比例原则,将公告送达作为最后手段。

刑事缺席审判程序公告送达的适用前提有二:一是国内部分,即司法机关穷尽所有直接或间接送达方式仍无法实现送达;二是国外部分,被请求国法律允许公告送达方式作为最后手段或法律未明文禁止对缺席审判案件适用公告送达方式。如果被请求国法律明确反对以公告送达为前提而启动的缺席审判,我国又如何以公告送达情形下作出的生效裁判判决书去获取被请求国的承认和执行?势必为实践引渡带来阻碍。从理论上考察公告送达的正当性则需把握该方式的最终价值取向。对外逃人员进行刑事缺席审判的首要目的是引渡外逃人员归案接受我国法律制裁,在司法实践

中,相关办案机关应当充分研究被告人所在国的法律规定,若其允许公告送达,那么我国司法机关则可以考虑对被告人采取公告送达的方式送达相关法律文书和通知,是故,笔者认为公告送达具有制度正当性。

首先,公告送达建立在在不违反被请求国禁止性法律规定的基础上,不仅符合我国刑事诉讼法的三种缺席送达中“被告人所在地法律允许的其他方式”的规定,而且与惩罚犯罪与保障人权并重的刑事诉讼理念并行不悖,与“以实际送达为原则,推定送达为辅助”的缺席审判程序正当性标准相统一,具备维护缺席审判程序正当性的选择,应借鉴域外国家较为审慎的做法,不能首要考虑司法机关送达的便捷性,而应该把帮助被告人实现知情权作为主要考量因素。由于公告送达客观上降低了缺席审判程序的启动门槛,因此其适用须经严格限制,且原则上不应单独使用公告送达。我国办案机关要充分考虑境外文书送达的现实困境,将文书送达作为启动缺席审判的前提条件。充分研究被

告人所在国的法律规定,如果所在国法律允许公告送达,那么我国可以拟定相关公告,并以法律规制的形式对公告送达的主体、内容、方式、法律后果等进行细化影响,以此形成公告送达后对社会层面和外逃被告人的影响。其一,承担公告送达义务的主体。公告送达的主体是检察机关,之所以由检察机关进行公告送达,是因为被告人潜逃境外并未被羁押,不涉及羁押期限的问题。如果由人民法院公告送达,则涉及审限的问题。主管机构应强化送达勤勉义务,须在承担已充分履行所有直接或间接送达义务的举证责任后,方可启动公告送达方式。

其二,公告送达的内容。公告书应写明被告人涉嫌的罪名、犯罪事实、诉讼权利义务,提起公诉的机关、开庭的时间和地点,不出席审判的后果以及上诉权行使等重要事项。

其三,公告送达的方式。公告应在全国公开发行的报纸、信息网络等媒体和最高人民检察院的官方网站刊登、发布。为此,我国相关人民法院或者主管职务犯罪追逃的机构可以专门开辟一个栏目,刊登缺席审判的判决书以及权利告知书,并且要广为宣传,使已经潜逃的腐败犯罪分子和意欲潜逃的人员知悉这种公告形式和渠道的存在。在国内公告后在世界其他国家也可以因循,故无需再在国外公告,“以不变应万变”来减轻诉讼负担。

公告送达制度的构建

缺席审判程序的推进不应由于直接或间接送达相对困难而形成拖延,但是基于公告送达的局限性和刑事审判的严肃性,其只能成为在无法通过司法协助等方式向被告人送达的情况下的最后补充手段。对我国缺席审判程序公告送达方式的选择,应借鉴域外国家较为审慎的做法,不能首要考虑司法机关送达的便捷性,而应该把帮助被告人实现知情权作为主要考量因素。由于公告送达客观上降低了缺席审判程序的启动门槛,因此其适用须经严格限制,且原则上不应单独使用公告送达。我国办案机关要充分考虑境外文书送达的现实困境,将文书送达作为启动缺席审判的前提条件。充分研究被

前沿观点

□ 安娜

刑事缺席审判是在受理法院经法定送达程序后被告人仍然拒不到庭的一种特殊审判方式,因此,送达是缺席审判程序的重要环节。我国刑事诉讼法第二百九十二条规定了以下三种向境外被告人送达的方式:通过有关国际条约规定的司法协助方式进行送达;通过外交途径提出的司法协助方式进行送达;以被告人所在地法律允许的其他方式进行送达。以上情形并未涵盖缺席被告人能否采用公告送达的方式,从而成为理论界颇具争议的问题。

公告送达是指采用公开宣告的方式送达,经过法定推定时间,视为送达完成,属于间接送达的一种。公告送达方式由于其性质上的特殊性,表现出对私法这种不对等的法律关系,且具有相对不确定性,因此一般不用于刑事审判,而是多见于行政事务告知与民事诉讼中。在行政诉讼中,公告制度是行政公开的一种表现形式,有利于政府部门接受社会监督,也是民众参与政府事务的一种途径。在民事诉讼中,在受送达人下落不明或者采用其他方式无法送达的情况下,可以依法采用公告送达方式,但附有严格的公告送达期限。刑事审判有着明显高于行政事务与民事诉讼的特殊性,如若被告人被判有罪,将会剥夺其人身自由和其他权利,因此公权力的行使应更为审慎,尽可能减少没有足够证据能够证明被告人实际知悉送达内容的推定送达,故而,公告送达方式原则上不被刑事审判采纳。鉴于我国外逃型缺席案件的特殊性,被告人潜逃境外有着躲避审判的主观动机,因难以获知被告人藏匿地点或未能获得被请求国送达支持而导致直接送达不能的情况在司法实践中不无存在,即当司法机关尝试对被告人近亲属或其辩护律师送达却仍然无法实现对被告人的转达、转告,且穷尽所有方式却送达不能时,则应当对能否进行公告送达亦即公告送达的正当性进行论证。



前沿关注

□ 张琦

网络虚拟财产是指在网络虚拟世界中具有经济价值的虚拟物品,如游戏道具、虚拟货币等。虽然网络虚拟财产已经成为人们日常生活中不可或缺的一部分,但是目前对于网络虚拟财产的法律规定还存在一定的挑战和机遇。在此背景下,本文从继承法的视角探讨网络虚拟财产的法律问题,并提出相应的解决措施。

虚拟财产的继承方式需要详细规定细节以保障继承权

确立虚拟财产的继承方式是保障虚拟财产继承权的有效途径,需要在法律上进行规定。然而,虚拟财产的继承方式是一个复杂的问题,涉及虚拟财产的性质、归属、使用权、转让权等方面的细节问题。首先,需要明确虚拟财产的性质。虚拟财产具有经济价值,但是其本质上是一种虚拟物品,不同于传统意义上的实物财产。因此,在虚拟财产的继承方式中,需要考虑虚拟财产的实体性质、归属等问题。其次,需要明确虚拟财产的归属。虚拟财产在虚拟世界中存在,其归属问题需要考虑到虚拟财产

继承法视角下网络虚拟财产的法律问题

的所有人是否享有使用权和转让权等方面的问题。

最后,需要考虑虚拟财产的转让权和使用权。虚拟财产的继承方式需要考虑到继承人是否能够继承虚拟财产的使用权和转让权。同时,在虚拟财产的继承方式中还需要明确虚拟财产的转让规则和规则。因此,对于虚拟财产的继承方式,需要对其性质、归属、使用权和转让权等方面进行详细的规定,以确保虚拟财产的继承权得到有效保障。

建立网络虚拟财产继承制度,加强管理和监管

网络虚拟财产作为一种新兴财产形式,其继承方式在现行继承法中存在一定的可塑性,为了更有效地保护网络虚拟财产的继承权这一问题,应该在法律层面上明确网络虚拟财产的继承方式。可以考虑设立专门的网络虚拟财产继承权,对网络虚拟财产的继承进行明确规定,可以制定具体的网络虚拟财产继承协议,明确网络虚拟财产的归属问题。在法律上对网络虚拟财产的继承方式进行明确规定,以便有效保护继承人的权益。

明确网络虚拟财产的继承方式是保障网络虚拟财产继承权的有效途径,需要在法律上进行规定,并且加强对网络虚拟财产的管理和监管,这将有助于建立

健全的网络虚拟财产继承制度,为公民的合法权益提供更好的保障。

建立网络虚拟财产管理机制

网络虚拟财产作为一种新兴财产形式,需要建立相应的管理机制以保障其安全性和稳定性。在国内,已经有不少的网络虚拟财产管理机制,但仍需要更为完善的管理机制来处理与网络虚拟财产相关的争议。

建立专门的网络虚拟财产管理机构,负责网络虚拟财产的统一管理和维护。同时,也应该建立相应的网络虚拟财产争议处理机构,以便及时处理网络虚拟财产争议。比如在某游戏平台上出现了游戏虚拟物品买卖引发的纠纷,由于缺乏相应的管理机制,导致纠纷无法有效解决,给相关方带来了不小的经济损失。因此,应该在国内建立相应的网络虚拟财产管理机构,借鉴国外的管理机制并有效保护网络虚拟财产的安全和稳定。

网络虚拟财产的知识普及和风险提示也很重要。网络虚拟财产管理机构应该加强对网络虚拟财产的知识普及和风险提示,引导公众理性投资和使用网络虚拟财产。

所以,建立网络虚拟财产管理机制是保障网络虚拟财产安全的重要途径。可以考虑借鉴国外的管理机制,建立专门的网络虚拟财产管理机构和网络虚拟财产争议处理机构,并加强对网络虚拟财产的知识普及和风险提示。这将有助于提高公众对网络虚拟财产的认识和理解,保护公民的合法权益,同时也为网络虚拟财产的发展提供更好的保障。

完善网络虚拟财产的法律保护

由于大多数人对网络虚拟财产的认知不足,引发许多纠纷和矛盾。因此,应该加强网络虚拟财产的教育宣传,提高公众对网络虚拟财产的认知水平。

加强网络虚拟财产的知识产权保护。网络虚拟财产涉及的知识产权问题比较复杂,如游戏角色、虚拟物品、虚拟货币等的版权、专利、商标、著作权等。因此,需要制定相关的知识产权保护措施,保护网络虚拟财产的知识产权,避免盗版、侵权等问题的出现。

加强网络虚拟财产的隐私保护。网络虚拟财产的使用涉及用户的个人信息问题,如用户名、密码、游戏角色等信息。因此,需要制定相关的隐私保护措施,保护用户的个人信息安全。

加强网络虚拟财产的交易安全保护。网络虚拟财产的交易形式多样,包括拍卖、交易平台等,存在着各种交易风险,如欺诈、虚假宣传等。因此,需要加强网络虚拟财产的交易安全保护,保障用户的合法权益。

加强网络虚拟财产的追责机制建设。针对网络虚拟财产的违法犯罪行为,需要建立相应的追责机制,对违法犯罪行为进行惩处,维护网络虚拟财产的合法权益。

完善网络虚拟财产的法律保护是必不可少的,这就需要相关政府部门、行业协会、企业和个人共同努力。只有通过多方合作,才能够有效保护网络虚拟财产的安全和稳定,推动网络虚拟财产的健康发展。

观点新解

何晓斌谈个人信息保护中的告知同意——是以信息主体自主控制为核心价值



山东大学法学院何晓斌在《行政法学研究》2023年第1期上发表题为《个人信息保护中告知同意的开放结构及其公法实现》的文章中指出:

个人信息保护领域的告知同意是与个人信息保护制度同时出现的,在个人信息保护中,告知同意指个人信息处理者告知信息主体信息处理情况,并由信息主体自主决定或选择。个人信息保护领域对告知同意的批评源于民法格式条款的路径依赖,将告知同意等同于实践中作为其表现形式之一的隐私政策,继而将隐私政策作为格式合同存在的弊病扩展为告知同意固有且不可避免的问题。事实上,个人信息保护中的告知同意呈现开放结构,包含复次的告知同意阶段,呈现多元的主体交互关系,强调行为授权的程序价值,为公法介入告知同意提供了基础。

在个人信息保护中,以信息主体自主控制为核心价值的告知同意,本应对以公共价值为导向的公法介入保持警惕,但由于其开放结构,公法的介入不仅现实可行,而且十分必要。告知同意开放结构中的复次阶段,多元主体、程序价值等特点,则为公法介入提供了可能。告知同意的开放性结构,为覆盖信息处理过程,容括多元主体参与、体现行为授权程序价值的公法介入提供了制度空间;基于告知同意的开放结构,公法吸纳了信息处理流程的各个主体,从而表现为既具有政府规制,也包含自我规制和元规制的多元主义合作规制体系。其中,政府规制以科层式的权力行使为主要内容,自我规制则以市场竞争为主要动力,元规制则成为连接政府规制与自我规制的桥梁,它们通过发挥各自规制优势,共同实现告知同意的制度目标。尽管公法在告知同意的实现上表现出明显优势,但由于告知同意本质上是信息处理者与信息主体关系的法律设置,以维护信息主体意志自由为核心价值,公法对告知同意的介入需要遵循以下限制:第一,公法介入的目的是确保信息主体自主决策,而不是代替信息主体决策;第二,在告知同意的公法规制体系中,各类规制工具存在优先级,自我规制与元规制优先于政府规制。

开放结构的告知同意,并不会像批评者想象的那样,成为信息流动和制度创新的阻碍;反而在公法介入的合作规制体系下,通过平台企业与用户的良性互动激发技术创新,为中国企业走向世界市场提供制度竞争力。

刘嘉铮谈解决元宇宙货币系统的外部金融风险——应构建非法定虚拟货币的监管制度



东南大学法学院刘嘉铮在《东方法学》2022年第6期上发表题为《元宇宙货币系统的风险分析与法律对策》的文章中指出:

元宇宙(Metaverse)的深层含义是人们能够通过现实世界的信息,在现实生活中与虚拟世界中的人物进行交流的空间。元宇宙满足构成社会的三种要素:个人、分工和进化,本质上是新的社会发展阶段,是由众多子系统成功功能化的社会系统,区块链技术支持着元宇宙以虚拟货币为核心的货币系统。在元宇宙货币中,加密货币占据主导地位,与此同时,受加密货币多元化趋势的影响,加密货币会与法定货币、数字货币、稳定币共存于元宇宙中。因此,元宇宙有着不同于现实世界的货币系统,在元宇宙中,每个用户都能用商品或服务交换其他用户眼中有价值的东西,这些有价值的东西可能包括视频类游戏的装备,也可能包括非同质化通证(NFT)、比特币等加密货币,电子货币以及传统法定货币,这些价值的交换以技术为支撑,包括但不限于分类账技术和智能合约。

元宇宙货币系统可能引发系统内部的风险以及与社会现实互动过程中的金融风险。元宇宙货币系统的内部风险是用户的购买能力与加密货币价格的不适配,进而导致元宇宙的货币系统成为少数富人的专属。虽然元宇宙的货币系统能够容纳不同种类的货币,但是区块链是元宇宙货币系统赖以存在的底层技术,这就决定了加密货币在这一系统中占据着主要份额,与法定货币不同,加密货币一方面能够作为商品或服务的支付工具;另一方面也是一种投资项目,具备支付工具和投资理财的双重属性。元宇宙货币系统与社会现实的互动风险是去中心化蓝图中尚未落实引发的金融市场风险、资本流失风险、资金蒸发风险。

由于元宇宙货币系统的风险来自其本身以及其与外部环境的互动,因此元宇宙货币系统的风险对策应从两个方面入手:第一,货币系统内部风险的法律对策。元宇宙用户购买商品或服务时,未必一定要使用加密货币进行支付结算,元宇宙中的商品或服务的提供者不能以去中心化为由拒绝用户使用法定货币进行支付;只要求元宇宙网络平台在提供商品时不能拒绝法定货币的支付还不能完全解决元宇宙可能成为少数富人的专属这一风险,元宇宙网络平台还应遵循价值规律,对元宇宙用户所需要的数字化日常用品进行与该商品在现实世界中的对位商品相同或基本相同的标价。第二,货币系统外部金融风险的法律对策。在解决元宇宙货币系统的外部金融风险时,一方面,我国可以进一步推广数字货币,同时构建数字货币人民币的违法活动禁止规则;另一方面,我国应当着力构建以虚拟货币垄断投资者为中心的非法定虚拟货币的监管制度。

(赵珊珊 整理)