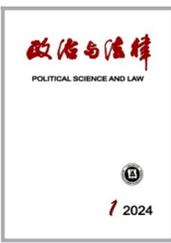




观点新解

郭创拓谈科研自主权的法律属性—— 直接关乎权利的规范构成与制度保障



华南理工大学法学院郭创拓在《政治与法律》2024年第1期上发表题为《科研自主权的法理阐释与制度完善》的文章中指出：

自主从事科学研究是科研项目治理的基本要求，只有赋予充分自主权，科研人员才更有可能“通过自我选择，去探讨那些他们最有条件研究的问题”，从而“唤起研究者的最深层次动机，发挥他们各自的技能和能力”。科研自主权是科研人员尤其是项目负责人在法律规范和科学准则的双重约束下自主开展科学研究，不受其他组织和个人非法干预的权利。科研自主权的法律属性直接关乎权利的规范构成与制度保障。科研自主权并非来源于行政机关的授权或权力让渡，而是基于科研人员学术能力与专业背景的“信任自主”与科研项目合同的“绩效自主”，包含作为个体科研人员的科研自主与作为科学共同体的科研自治两个维度。

我国当前科研自主权改革在渐进式放权的同时，存在混淆法律监督与专业监督，强化科研绩效评价“隐性控制”，容错免责机制不健全等问题。科研自主权改革应坚持权责利的有机统一，需从传统的国家公权力与专业权力的对抗向合作治理转变，其主要任务是优化科研管理、提升科研绩效。为真正落实科研自主权，需坚持法治思维与法治方式，从单一维度的权力下放向科研项目治理关系的法治化转变，并通过提升科研人员诚信意识，确保自觉、规范、高效使用科研项目经费。与此同时，还需在扩大科研人员财物自主权的同时，通过建立以法律监督为核心，专业监督为辅助的科研监督体系，弱化绩效评价指标的刚性约束，完善容错免责机制等，实现静态层面的权利回归与动态层面的权利行使的统筹协调。

科学研究既是自由创造的认知活动，也是蕴含丰富社会意义的实践活动，承载特定社会功能，依托特定社会条件，蕴含独特的价值与贡献。但科学体制与其他社会体制的相互依存，既为科学研究的发展创造条件，也为科学研究的自主性设定限度，还在特定条件下对科学研究自主性构成威胁。与西方以科研活动的内在逻辑为主导的制度演进范式相比，我国科研自主权改革是在行政权力主导专业权力的背景下展开的，科研自主权建构存在先天性不足与缺陷，无法有效精准回应创新型国家建设的基本诉求。由此，我国科研自主权的制度建构不可能完全照搬西方国家发展模式，而应根据我国具体国情，坚持体系化思维方法，构建具有中国自主性的科研自主权改革路径，从而为高质量发展提供科技支撑。

王晓晓谈利用计算机信息系统漏洞“薅羊毛”的行为—— 评价方法为罪刑法定原则下的“创造性解释”



中南民族大学法学院王晓晓在《法学评论》2023年第6期上发表题为《利用计算机信息系统漏洞“薅羊毛”的教义学分析》的文章中指出：

随着电商平台及商家营销资金投入的迅速增长，利用商家营销活动交易规则的漏洞，大量获取商家营销资金的“薅羊毛”行为开始出现。“薅羊毛”这一网络用语最初是指收集网络商家优惠信息占便宜，如今语义逐渐扩张为在网络空间以违背常理、道德或违法的方式获得某物或某种经济利益。最初进入刑法视野被评价的网络“薅羊毛”主要是电商平台刷单套现，即通过虚假交易或对商品虚假评价套取平台补贴或返利行为。

随着数字中国建设的深入推进，以互联网为基础的信息公共事业逐渐深度嵌入我国社会的基本结构，传统企业的生产经营也日渐网络化，数字经济新业态不断涌现。在这一时代背景下，越来越多利用信息网络提供服务的商户或企业成为“薅羊毛”的对象，“薅羊毛”的行为类型愈加多元，主要包括利用计算机信息系统交易规则漏洞与利用计算机信息系统技术漏洞“薅羊毛”两种类型。

利用计算机信息系统漏洞“薅羊毛”并不属于我国刑法直接规定的构成要件行为类型，但具备显著的法益侵害性。对于利用计算机信息系统漏洞“薅羊毛”的行为，拟采用的评价方法为罪刑法定原则下的“创造性解释”，即首先立足我国刑法既有罪名对此类行为进行评价，对于穷尽解释方法也难以适用既有罪名的行为，则进一步探讨刑事立法的完善思路。第一种行为类型，是利用平台、商家使用计算机信息系统开展业务时设置的交易规则中存在的漏洞“薅羊毛”，行为入刑用此漏洞“薅羊毛”的行为不构成犯罪，仅属于不当得利。第二种行为类型，是利用商家开展业务所使用的计算机信息系统存在的技术漏洞“薅羊毛”。所谓“羊毛”，既可以是实际利益，也可以是可得利益。行为人利用计算机信息系统技术漏洞获取实际利益的，应构成盗窃罪。行为人利用计算机信息系统技术漏洞获取可得利益的，难以适用现行刑法中有关罪名对其进行规制，也无法通过对有关罪名扩张实现对此类行为的犯罪化，应考虑增设网络不正当竞争罪。

(赵珊珊 整理)



合规改革与合规建设的中国道路



法律文化

□ 谢鹏程 (山东大学讲师教授)

党的十八大以来，我国进入了全面深化改革与全面依法治国并行的新时代。相对以“破”为主的前改革时代，这是以“立”为主的后改革时代。合规改革就是一场以“立”为主的社会改革和司法改革。在这场改革中，律师发挥了重要作用，以合规业务为特色的北京星来律师事务所的律师们就是杰出代表。他们自觉地把国外企业合规建设经验和国际合规建设标准与中国企业实际和中国优秀传统文化有机地结合起来，创造性地开展工作，有力地支持了涉案企业合规改革和非涉案企业合规管理体系建设，为探索合规改革和合规建设的中国道路，积累了丰富的经验，树立了众多的样板。《涉案企业合规实务指南与案例精解》就是这些经验和样板的一个值得关注的载体。

合规改革要坚持在法治轨道上推进

全面依法治国必须通过深化改革来实现。在我国现行法律框架下，合规改革作为一项新的制度探索，既没有法律上的障碍，也没有法律上的依据。第一，没有法律障碍就意味着具有一定的创新空间。我们要利用好这个法律上的创新空间，培育出适合我国国情的合规法律制度，包括

商法、行政法、刑法、刑事诉讼法等方面的合规制度。第二，没有法律依据就意味着具有立法跟进的必要。改革开放四十多年来，为了促进和保障改革发展，我国立法有许多改革创新。譬如，在前改革时代，国家采取“宜粗不宜细”的立法策略，既确定了正确的改革方向，又给制度探索预留了一定的空间。在后改革时代，国家采取精细化和法典化的立法策略，适应了国家治理体系现代化的要求。立法应当积极服务改革创新，及时总结实践经验，把经过验证的政策和规范转化为法律，促进和保障合规改革的发展。第三，全面依法治国的实现需要不断深化改革。这个改革主要是政治体制改革，也包括相关的经济体制改革和社会管理体制变革，其基本方向就是法治化。只有不断弥补国家治理体系空白和漏洞并完成其法治化，才能实现全面依法治国。

任何改革都必须在法治轨道上推进。这是后改革时代的一个鲜明特点。2020年检察机关启动了涉案企业合规改革试点，其动机是通过试点为国家创立企业附条件不起诉制度提供思路，积累经验。然而，随着合规改革的推进，涉及的实体法和程序法问题越来越多，法律风险也越来越大。尽管合规改革既符合国际潮流，也符合我国企业管理现代化的内在要求；既是国家治理体系和治理能力现代化的需要，也体现了通过保市场主体维护社会公共利益的要求。但是，我们应当充分认识这场改革的先天不足，既缺乏直接的法律支撑，又缺乏充分的理论准备；既没有企业合规管

理的长期实践作基础，又没有形成各种专项合规管理的制度和机制。我们要想在短短的几年时间内解决这些问题，几乎是不切实际的幻想。在这种情况下，我们既要鼓励改革探索和制度创新，又要谨防突破法律底线，违背法治精神，造成不良影响，阻碍合规改革的顺利进行。坚守法治底线是保障合规改革顺利进行的唯一出路。

合规改革要立足中国实际

当代中国为什么需要合规改革和合规建设？大致有三个直接原因：一是中国企业境外经营受到合规制裁，特别是国有企业因违规造成国有资产流失，形势逼人；二是政府与企业的关系有待理顺，合规为在保障企业自主经营权的同时强化政府监管提供了一种新模式；三是民营经济野蛮生长的时代已经过去，要做大做强，并保证其可持续发展，必须通过合规强化自治，实现管理现代化。深层次的原因主要是两个方面的客观需要：一是企业管理现代化；二是国家治理体系和治理能力现代化。这些客观需求是合规改革和合规建设在中国生根发芽、开枝散叶的真正动力。

中国的需求必然催生中国特色的产品，而且在不同的发展阶段会抹上不同的时代印记。如果十年后再来看《涉案企业合规实务指南与案例精解》，其观点、案例和解说都有鲜明的阶段性特征。但是，这既不是这本书的缺陷，也不是时代的局限，而是必须经过的一段历程。这本书的作者们作为实务工作者，其使命就是为现实服务，为同行助

力。做到当前管用好用也不是一件容易的事情。他们实际上是一群拓荒者或者开路者，要以有限的知识应付无穷的未知因素，经过探索和实践之后，把这些“未知”转化为知识，奉献给同行。这个过程就是把合规与中国的具管理文化相结合的过程，就是合规落地的过程。

合规建设要坚持国际标准

合规是一个舶来品，也是多年来在许多国家经过检验的良品，但不是放之四海而皆准的真理。它被移植到中国后，会不会发生变异？能否发挥原有的功效？古有“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳”之说，今天我们难免有合规变异走样之忧。解决这个问题的最好办法就是坚持合规建设的国际标准。

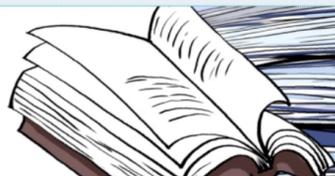
最新的国际标准是2021年国际标准化组织发布的《合规管理体系 要求及使用指南》(ISO 37301:2021)，并在2022年已经转化为我国的国家标准。它的前身即第一个国际标准是2014年国际标准化组织发布的《合规管理体系指南》(ISO 19600)。与ISO 19600相比，ISO 37301在性质和功能上有一个重大发展，即由B类管理体系标准提升为A类管理体系标准，不仅可以作为合规建设标准，而且可以作为合规认证标准和司法验收标准。《涉案企业合规实务指南与案例精解》正是在建设标准和验收标准两个意义上使用国际标准。

(文章为作者在《涉案企业合规实务指南与案例精解》一书中的序言节选)



指引刑法教义学的案例进路

《刑法教义学的案例进路》序言节选



书林臧否

□ 陈兴良

案例类作品在整个法律图书市场中占有一席之地，同时也是读者喜闻乐见的一种法律图书类型。郭兵建的《刑法教义学的案例进路》一书采用刑法教义学的方法对十个刑事案例进行学术探究，在案例类作品中独具一格。

从书名就可以看出，本书是采用刑法教义学的方法对案例进行研究的著作，因而虽有案例研究之名，事实上则是以案例为线索写成的刑法教义学的理论著作，可以归之于案例研究的作品类型。在本书中，作者选取了近几年来在社会上具有影响力的案件，由此展开刑法教义学的考察。在本书导言中，作者认为，收入本书的案例研究可以归入疑难案件的范畴，更为准确地说，它们都属于弱意义上的疑难案件。具体来说，这些案件可以分为两个类别：第一类是热点案件；第二类是指导案例。上述两类案件都具有广泛的社会影响力，曾经引起社会公众的关注，或者对刑法适用具有重要指导意义。作者在本书的案例研究中采用了刑法教义学的方法，因而具有较强的学术性与理论性，在很大程度上区别于其他类型的案例类作品，这是值得嘉

许的。刑法教义学是近些年来我国出现的刑法知识形态，从内容上来看，刑法教义学具有相对于法律文本的抽象性和理论性，因而接受起来具有一定的难度。当然，德国学者在阐述刑法教义学原理的时候，也都引述了某些案例，这些案例除了辨明案，大多是所谓的教学案例。例如，德国学者罗克辛在《德国刑法学总论》中引述的雷劈案、失火案、山羊毛案等，日本学者大塚仁在《刑法概说(总论)》中引述的血友案等。这些案例虽然有其出处，但在引用的时候被学者改写了案情，是专门为教学需要而编撰的案例，因而被称为教学案例。教学案例具有案情简洁，问题清晰的特征，对于论证刑法教义学中的某个理论问题具有较强的说服力，因而在刑法体系书中被广泛采用。当然，这些教学案例的功能在于论证某个刑法教义学原理，因而具有以案说理的性质。就此而言，教学案例难以独立成为学术研究的对象。

值得注意的是，作者将本书的案例研究区分为两种类型，即针对案例的研究和关于案例的研究。其中，针对案例的研究与具体案件的关系较为紧密，通常会结合具体案件的司法文书展开分析，具有很强的个案研究色彩。关于案例的研究与具体案件的关系较为疏离，具体案件的作用通常仅体现为在文章的开端引出有待阐

释的大前提以及在文章的结尾作为研究结论的适用对象。

针对案例的研究属于个案性的刑法教义学研究，因而案例是论述的主线，并且也是最终的归宿。针对案例的研究虽然是以个案为中心展开的，但它不同于案例分析的主要特征就在于作者采用了刑法教义学原理作为分析工具，因而它不是一种就案论案式的论述，而是以刑法教义学为分析方法的深入探究。例如，本书第五章论述的赵春华案，涉及刑法教义学的数个知识点，例如枪支的认定、持有的判断、违法性认识、期待可能性等。而且，在讨论赵春华案的时候，作者还突破个案，收集了包括赵春华案在内的23个非法持有枪支案的样本，在类案的层面对非法持有枪支案进行考察，由此把握非法持有枪支案的共同特征，以此为突破口揭示非法持有枪支案的立法缺陷和司法偏差。因此，针对案例的研究无论是在法律层面(立法与司法)还是在学理层面，都具有不可或缺的现实意义与理论价值。

关于案例的研究是以案例为线索的刑法教义学研究，此类研究其实是在案例研究的名义下展开的刑法教义学研究，其旨趣完全不同于针对案例的研究。在本书中，关于案例的研究集中在指导案例的研究性论述中。我国的指导案例相当于其他国家的判例，从指导案例中提炼出来

的裁判要点或者指导意见，实际上就是一种对于处理同类案件具有一定约束力的司法规则。因此，在指导案例中，案件本身只是一种载体，重点在于司法规则。这些司法规则确立以后，需要对其进行刑法教义学的研究。由于这种研究是通过案例达成的，因而可以归之于案例研究的范畴。例如，本书第八章论述的臧进泉案(最高人民法院指导案例27号)，涉及的是诈骗罪中的处分意思问题。处分意思关系到诈骗罪和盗窃罪的区分，它本身就是刑法教义学中的一个争议问题。臧进泉案的裁判要点指出：“行为人利用信息网络，诱骗他人点击虚假链接而实际通过预先植入的计算机程序窃取财物构成犯罪的，以盗窃罪定罪处罚；虚构可供交易的商品或者服务，欺骗他人点击付款链接而骗取财物构成犯罪的，以诈骗罪定罪处罚。”根据这一裁判要点，我国刑法中的诈骗罪采用处分意思必要说，如果行为人没有处分意思就应当认定为盗窃罪而非诈骗罪。对此，作者结合本案的裁判理由作了深入的解读。从某种意义上说，这部分内容其实是一篇探讨诈骗罪的处分意思的论文，只不过问题是从臧进泉案引出的，并且本案的裁判理由对处分意思必要说的判断标准作了进一步的论证，从而为作者对处分意思的刑法教义学论述提供了案例素材，使得这部分内容具有较强的学术性和实践性。



重典治吏

史海钩沉

明太祖朱元璋早年在争夺天下时就奉行“克城以武，戡乱以仁”的原则，他告诫将领说：无赖的运道马上就要终结了，君王当然是有罪的，但民众却是无辜的，以往朝代更替时，往往肆意屠杀民众，有违天理，我实在不忍心。各位将领在攻克城池的时候，一定不要肆意焚烧、掠夺和杀戮，要注意让社会安定，民心安定。在朱元璋的明令约束下，他手下的将领非常注意“民安其生”。农民出身，大字不识几箩筐的猛将胡大海就曾讲：“吾武人不知书，惟知三事而已：不杀人，不掠妇女，不焚毁庐舍。”而朱元璋每次得知自己的队伍攻城略地的同时不要杀，总是“喜不自胜”。

正是由于朱元璋严禁滥杀，他的军队才能得到比较广泛的拥护，势力迅速壮大。以“不嗜杀人”作为成就帝业的重要条件，并非虚言。出身平民的朱元璋深知民间疾苦，当他夺取政权坐上龙椅后，非常重视“安民”和“恤民”，而其自身的成长经历使他对贪官污吏尤为痛恨，这在一定程度上促使其在法制领域里选择“重典治吏”的策略来赢得民心。

吏治腐败可以说是我国古代阶级矛盾激化，

农民起义爆发，最终造成政权更迭的主要原因。因此，每个王朝的初创时期，在法制方面都非常关注如何将官吏对权力和金钱的欲望遏制在可控的限度内，以维护王朝的长治久安。为整肃吏治，严明法纪，历朝历代都制定施行了一些防贪倡廉的制度和措施来约束各级官吏。早在奴隶制社会的殷商时期，商王成汤就首创“官刑”以禁止“三风十愆”(巫风、淫风、乱风三种不良风气和收受贿赂等十种犯罪)。秦朝对贪赃枉法的官吏一律重罚，不赦免也不会宽大处理。汉文帝时曾下令，贪官污吏子孙三代都不得为官。唐朝在总结历代惩治贪官污吏的经验教训基础上，制定了更为详尽的律法以惩办赃官。但如果要对古代皇帝治理贪官污吏的严苛程度做一个排行榜，明太祖朱元璋如果称第二，恐怕没有哪个皇帝敢称第一。

从小饱受贪官污吏敲诈勒索的朱元璋对官吏贪污恨之入骨，他深知贪官污吏扰民害民是农民起义的重要原因，在《明太祖实录》卷三十八中曾有一段朱元璋与群臣谈话的记载，朱元璋说道：从前我在民间时，见州县官吏多不恤民，往往贪财好色，饮酒闹事，凡民疾苦，视之漠然，心里很愤了，如今要平定立法，凡遇官吏贪污害百姓的，决不宽恕。“重典治吏”成了明朝整顿吏治的重要法律指导思想，在这一思想的指导下，朱元璋织起了一张严密的“法网”来对付贪官污吏。《明律·刑律》中专门列有“受赃”条目，共十一条，此外《户律》《课程》《盐法》中均有惩治官吏贪污的规定，而且处罚在唐律的基础上大大加重。

为了杜绝贪奸，洪武十五年，朱元璋把御史台改为都察院，下设十三道监察御史，负责纠察百官并随时检举弹劾。朱元璋设立了巡检司和棉衣卫，耳目遍布全国各地，还专门张皇榜鼓励百姓检举揭发贪污大臣，只要是举报成功就有重赏。朱元璋严惩贪官污吏不分亲疏，他的女婿欧阳伦也因违法乱纪被处理。

为了对贪官形成更强大的震慑力，洪武十八年到二十年，朱元璋亲手编纂了以严刑酷法著称于世的《御制大诰》(御制大诰续编)《御制大诰三编》和《御制大诰武臣》。这四编《大诰》记录了朱元璋亲自处理的案件，用刑之酷烈超过历史上任何一个封建王朝。《大诰》中记载的酷刑种类非常多，包括族诛、凌迟、墨面、断手、剥足、阉割为奴等30余种，并且同一种罪行《大诰》中的处罚比《明律》重得多，比如收粮违限，《明律》规定是杖一百，而《大诰》则是要处以凌迟之刑。朱元璋下令在全国广泛宣传《大诰》，要求家家必备，而且全家老幼都要背熟，就连科举考试也要从里面出题。《明史·刑法志》中就有记载：“天下有讲谈

《大诰》师生来朝者十九万余人，并赐物遣还。”如此众多的师生由各地到京师来听讲《大诰》，这在中国教育史上是盛况空前的。

朱元璋选用的律外重刑中，最出名最残忍的恐怕是“剥皮实草”了。他下令各府、州、县都要在衙门左面设立一座小庙，贪官污吏被使用特殊手段活剥皮后，在他们的皮里面填充稻草，或者做成鼓，挂在这个庙前，用来警示继任官员。这种庙被称为“皮场庙”。

“重典治吏”对整肃吏治、缓和社会矛盾、恢复发展经济起到一定的积极作用，“一时守令畏法，洁已爱民，以当上指，吏治焕然丕变矣。”但是正如中国法制现代化的先驱、新法家代表人物沈家本先生所评价：“风俗之未能移易，重刑云乎哉。”意思是：靠风俗都改变不了的东西，靠重刑能改变吗？明太祖朱元璋认为元代法纪废弛之后，世人多徇私灭公，因此想用严刑峻法来惩治贪官污吏，但往往“弃市之尸未移，新祀大辟者即至”，严峻刑法只能收到一时的成效，且往往治标不治本，朱元璋晚年也哀叹道：“我欲除贪赃官吏，奈何朝杀而暮犯。”但不管怎么说，明朝重法惩治贪吏、重视法制宣传等做法，在客观上保障了民生，赢得了民心。

(文章节选自官箴主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社出版)