

# 刑事法律资讯

(季刊)



杭州市律师协会刑诉法专业委员会 编

# 目 录

<b>【行业动态】</b> .....	1
一、刑法修正案（十二）草案提请全国人大常委会会议审议	
二、两高两部联合开展促进提高刑事案件二审开庭率专项工作	
三、最高人民法院开展涉案企业合规改革的调研	
四、最高人民法院开展关于帮信罪司法治理的调研	
<b>【权威发布】</b> .....	12
一、两高一部联合发布《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》	
二、两高发布《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》	
三、最高人民检察院发布《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》	
四、杭州市检察院发布《企业数据刑事风险防范指引》	
<b>【典型案例】</b> .....	15
一、最高人民法院发布危害药品安全犯罪典型案例	
二、最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例	
三、最高检发布第四十七批指导性案例	
四、最高检发布 9 起依法惩治危害国防利益、侵犯军人军属合法权益犯罪典型案例	
五、最高检、公安部、生态环境部发布依法严惩重点排污单位自动监测数据弄虚作假犯罪典型案例	

六、浙江高院发布电信网络诈骗及关联犯罪典型案例

**【推荐阅读】** .....100

一、《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》的理解与适用

二、虚开增值税专用发票罪的理论误区与治理重塑

三、轻微暴力致人伤害案件的认定难点与规则提炼

四、民事欺诈与刑事诈骗的界分—以《刑事审判参考》第 1372 号指导案例为中心

五、证券操纵犯罪的法益侵害界定与定量标准审视

六、销赃数额能否作为盗窃数额

七、涉案企业合规适用刑事诉讼全流程的相关问题研究

## 【行业动态】

### 一、刑法修正案（十二）草案提请全国人大常委会会议审议

在 7 月 25 日召开的十四届全国人大常委会第四次会议上，提请审议了一项重要法律案——刑法修正案（十二），拟对行贿犯罪和民营企业内部人员腐败相关犯罪的规定作进一步完善，落实党的十九大、二十大提出的“受贿行贿一起查”的要求。

全国人大常委会法工委主任沈春耀在作草案说明时强调，系统治理行贿犯罪问题，需要进一步发挥刑法在一体推进不敢腐、不能腐、不想腐体制机制中的重要作用。同时，近年来民营企业内部人员腐败情况增多，惩治民营企业内部人员腐败犯罪，也需要进一步完善刑法规定。

“实践中同期判处的行贿案件与受贿案件数量相比严重失衡，行贿人未被追究刑事责任的比例过高，对行贿惩处偏弱的问题仍然存在，不利于切断行贿受贿犯罪因果链，需要从刑法上进一步明确规定，对一些严重行贿情形加大刑事追责力度。”沈春耀表示，此次修法是适应反腐败斗争新形势的需要。

沈春耀强调，此次修法也是进一步加强对民营企业平等保护，保护民营企业产权和企业家权益的需要。“这次修改刑法，增加民营企业内部人员故意背信损害企业利益的相关犯罪，将进一步加强平等保护，为民营企业有效预防、惩治内部腐败犯罪提供法律手段，积极回应企业家关切。”

据介绍，草案涉及两个方面的内容，共修改补充刑法 7 条。行贿罪的最高刑是无期徒刑，在法定刑上体现了严厉惩治。草案的一个重要内容是修改完善刑法第三百九十条行贿罪的处罚规定，将党中央确定要重点查处的行贿行为在立法上进一步加强惩治，增加一款规定：对多次行贿、向多人行贿，国家工作人员行贿等六类情形从重处罚。

同时，调整行贿罪的起刑点和刑罚档次，与受贿罪相衔接。

为贯彻落实从严惩治行贿犯罪的精神，做好衔接，草案加大了对单位受贿、对单位行贿犯罪行为的惩处力度。将刑法第三百八十七条单位受贿罪的刑罚由原来最高判处五年有期徒刑的一档刑罚，修改为“三年以下有期徒刑或者拘役”和“三年以上十年以下有期徒刑”两档刑罚；在刑法第三百九十一条对单位行贿罪中，增加一档“三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”的刑罚。

实践中单位行贿案件较多，与个人行贿相比法定刑相差悬殊。一些行贿人以单位名义行贿，规避处罚，导致案件处理不平衡，惩处力度不足。为此，草案调整、提高了刑法第三百九十三条单位行贿罪的刑罚，将原来最高判处五年有期徒刑的一档刑罚，修改为“三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”和“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”两档刑罚。

刑法第一百六十五条、第一百六十六条和第一百六十九条分别规定了国有公司、企业相关人员非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪和徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，这次修改在上述三个条文中各增加一款，将现行对“国有公司、企业”等相关人员适用的犯罪扩展到民营企业，民营企业内部人员具有上述相应行为，故意损害民营企业利益，造成重大损失的，也要追究刑事责任，进一步加大对民营企业产权和企业家权益保护力度，加强对民营企业平等保护。

<https://mp.weixin.qq.com/s/mWsAYsQYodAvnqUedLFk1g>

## 二、两高两部联合开展促进提高刑事案件二审开庭率专项工作

近日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于开展促进提高刑事案件二审开庭率专项工作的通知》，决定自 9 月 1 日起，开展为期一年的促进提高刑事案件二审开庭率专项工

作。

根据刑事诉讼法规定，被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的上诉案件，被告人被判处死刑的上诉案件，人民检察院抗诉的案件以及其他应当开庭审理的案件，第二审人民法院应当组成合议庭开庭审理。近年来，受疫情防控、办案任务繁重等因素影响，刑事案件二审开庭率总体不高，社会各界对此普遍关注。今年以来，各地法院高度重视，积极作为，加大提高刑事案件二审开庭工作力度。部分法院专门下发文件，强化督导，落实责任，采取得力举措，取得阶段性成效，二审开庭率有了一定幅度提高，有的法院增幅明显。截至 8 月 31 日，河南、陕西、湖南法院刑事案件二审开庭率同比提高超过 75%，福建、重庆、黑龙江法院同比提高超过 50%，北京、江苏、浙江、甘肃、新疆生产建设兵团法院同比提高超过 10%。为进一步落实刑事诉讼法规定，改善刑事案件二审开庭率总体偏低状况，推动建立提高刑事案件二审开庭率常态化机制，回应社会关切，并结合正在开展的主题教育活动，查找问题，建章立制，持续推动提高刑事案件二审开庭率，进一步提升刑事案件质量和效果，“两高两部”决定就促进提高刑事案件二审开庭率开展专项工作。

《通知》指出，要切实增强对刑事案件二审开庭重要性的认识。刑事二审案件的审理方式关乎二审程序功能的发挥和刑事诉讼目的的实现，要牢固树立社会主义法治理念，进一步推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，严格落实庭审实质化要求，充分发挥庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判各环节所起的重要作用，切实保障当事人、辩护人的合法权利，进一步促进司法公开公正，努力实现案结事了、政通人和。

《通知》要求，各地要认真开展调查研究，深入剖析影响二审开

庭率的各方面原因，采取有效举措，消减影响二审开庭的不利因素，确保二审开庭率稳步提升，并探索建立刑事二审“繁简分流”等机制，提高审判质效。

《通知》强调，各部门要通力配合，形成工作合力，强化刑事案件二审开庭实际功效。人民法院应当为检察人员、辩护律师阅卷、参与庭审提供便利条件，充分保障律师依法行使辩护权。检察机关应依法及时查阅、调阅案卷材料，依法出庭履行法定职责。司法行政机关要指导辩护律师依法出庭行使辩护权，提升辩护质效。对于被告人人数较多、多地羁押的案件，人民法院要加强与公安机关沟通协调，公安监管部门积极支持配合。

<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/411482.html>

### 三、最高人民法院开展涉案企业合规改革的调研

新时代以来，习近平总书记高度重视依法平等保护各种所有制企业产权和自主经营权，要求企业依法合规经营，强调守法经营是任何企业都必须遵守的一个大原则，企业只有依法合规经营才能行稳致远。总书记的重要指示为人民法院深化涉案企业合规改革指明了方向，提供了根本遵循。我庭高度重视涉案企业合规改革工作，将其作为学思想、强党性、重实践、建新功的具体任务和重点调研课题，迅速部署研究落实，认真开展调查研究，就人民法院开展涉案企业合规改革情况以及存在的问题和对策建议形成了调研报告。

#### 一、涉案企业合规改革的情况与成效

一是涉案企业合规改革开局总体良好。2023 年上半年，全国法院共办理涉企合规案件 508 件，其中，一审阶段涉企合规案件 495 件，二审阶段涉企合规案件 13 件。从分布区域看，全国所有省、自治区、直辖市法院均涵盖，这意味着涉案企业合规改革在人民法院全面推开

的良好态势正在初步形成。我庭还积极与第三方监管机制委员会办公室对接，在中央层面加入并指导市级以上法院同步加入各级第三方监督评估机制，并就正在审理的单位犯罪案件积极引入涉企合规整改，目前，适用比例占到已审理案件的 70.15%。

二是涉案企业合规改革取得明显成效。人民法院开展涉案企业合规改革以来，各地法院受理的经济犯罪案件中，单位犯罪案件数呈明显下降趋势，相较于去年同期，2023 年上半年一审审结的单位犯罪案件数下降了 5.36%，一定程度上说明涉案企业合规改革在预防企业再犯风险，抓前端治未病，促进相关企业合规建设方面的成效不断凸显，“诉源治理”最大限度减少社会对立面，促进社会稳定的内生因素在增强。

三是有效地保障民营经济的健康发展。人民法院开展涉案企业合规改革以来，在帮助、监督、引导和促使企业规范经营，防控合规风险方面取得明显成效，真正做到促进“严管”制度化，有效防范“厚爱”被滥用。例如，我庭直接指导的涉案企业合规第一案被告单位 A 公司走私普通货物、物品案，涉案企业系全国服装百强企业，有 2600 余名员工，年销售额 15.8 亿余元，出口 1.3 亿美元。该企业虽然有违反海关监管虚假申报的行为，但从进口、生产、出口的整体过程来看，该企业主观上没有偷逃税款的故意，客观上未对国家税收造成损失，不能仅因其在进口环节未如实申报即认定构成走私犯罪。我庭指导审理法院与公诉、侦查机关沟通协调，后公诉机关依法撤回起诉。随后，我庭又指导审理法院结合案件暴露出的问题认真做好合规整改。目前，A 公司经营更加规范，同时也带动周边企业认真做好企业合规建设，达到了“办理一案、治理一片”的良好效果，形成良好的“法治小氛围”。

四是涉案企业营造良好的营商环境。在开展涉案企业合规改革



中，我庭指导各地法院紧紧依靠党委政法委的领导，加强与检察、公安等部门的对接，深化协同、形成合力，在依法做好案件办理的同时，及时出台规范性文件、发布典型案例，努力营造良好营商环境。例如，湖北省高级人民法院与湖北省人民检察院召开党组联席会议，共同审议《关于办理涉案企业合规案件的指导意见》，广东省深圳市福田区公检法联合会签《企业合规工作衔接办法》。在深入总结前期改革经验的基础上，我庭会同最高人民检察院法律政策研究室研究起草了规范性文件，将涉案企业合规从刑事合规延展到民商事、行政、执行等司法审判的全过程，目前已完成征求意见工作，正在结合反馈意见情况抓紧修改完善。

## 二、存在的主要问题

一是有些法院和法官的认识不足。涉案企业合规改革不仅是一项涉及人民法院以及相关司法、行政管理部门的全链条、全覆盖的工作，更重要的是是否服从服务党和国家的中心工作大局，厚植党的执政根基，能动司法。但是，一些法院和法官对于此项工作的重要性认识不足，简单认为仅仅是涉及民营企业及企业家犯罪减轻处罚情节适用的小问题，这些认识一定程度上影响涉案企业合规改革的推进。

二是合规整改“后半篇”工作落实不到位。涉案企业合规改革是一项系统性工程，贯穿审判、执行、监督、反馈各个环节。从实践看，一方面，一些地方法院在开展涉案企业合规改革中，没有关注到检察机关已开展的合规改革的效果，消极被动。另一方面，一些地方法院只顾抓“点”，不顾及“面”，能够做好案件审判的“前半篇”文章，未能做好案件审结后的执行、监督、反馈等“后半篇”文章。

三是配套机制不够健全。涉案企业合规改革是一项涉及多部门、多领域的工作，需要各种配套机制的完善，才能最大限度地把涉案企业合规改革作为“诉源治理”这个更根本、更为重要的作用发挥出来。

从实践看，还存在以下配套机制不够完善的问题：一是有的第三方监督评估机制保障不到位、费用来源渠道单一；二是监管制度滞后引发廉政风险，一些行政、司法工作人员甚至行业协会工作人员缺少监管，易引发腐败风险；三是律师介入问题有待进一步规范，律师参与涉案企业合规整改和权利救济方面的作用不言而喻，但律师如何介入以及侦查阶段是否有权申请检察机关提前介入等问题尚待进一步明确。

四是权益保障工作有待加强。涉案企业合规改革虽然在人民检察院阶段开展两年多，人民法院也已开展近半年，但是很多措施尚在探索阶段，特别是参与涉案企业合规整改的权益保障工作有待加强，很多实体性、程序性内容需要通过制度层面加强保障，需要推动法律相向而行，以破解改革中的疑难和瓶颈问题。

### 三、解决问题的思路和举措

一是提高政治站位，树立现代司法理念。人民法院作为党领导下的审判机关、政治机关，要走好“最初一公里”、公正高效司法，同时，又要能动司法，必须深刻认识到人民法院参与涉案企业合规改革的逻辑、法律逻辑和实践逻辑，将自身的工作置身于推进中国式现代化的深刻变局中，主动融入国家治理、社会治理进程中，推进涉案企业合规改革实现双赢、多赢和共赢。

二是加强沟通协调，凝聚多方合力。涉案企业合规改革涉及方方面面，从初期的探索进入全面深化阶段，离不开党的坚强领导，离不开政府和各有关部门的支持配合。如何在审判阶段做好涉案企业合规改革，是我们法院人要回答的时代命题。首先要紧紧依靠党委政法委的领导；其次要争取检察、公安等部门的支持，加强对接、深化协同，形成合力；再次要建立起多部门的协作配合工作机制，在司法各个环节为合规留出接口，实现全流程贯通衔接，强化可操作性。

三是深入调查研究，勇于实践。在全球治理新趋势的背景下，如

何发挥涉案企业合规的治理效能，体现中国特色社会主义司法制度的优越性？如何将制度优势转化为动能优势，以司法现代化助推中国特色的现代化？需要通过实践积极探索，结合实践继续调查研究，加强理论研究、案例研究，收集有代表性、影响力的典型案例，加强宣传，总结好经验，推动实践落地。

四是健全工作机制，培养专业人才。一是进一步完善法检会商沟通机制，在共同召开联席会议、出台相关纪要和工作安排的基础上，推出创新举措，深耕基础工作，狠抓落实。二是充分运用第三方监督评估机制，做实做细审判阶段第三方监管，研究解决好面临的各种问题，为企业稳健经营、健康发展提供有力支撑保障。三是培养政治素质高、业务能力强、职业道德素质优良的人才，为涉案企业合规改革提供内在动力和保障，防止和避免“纸面合规”“虚假整改”“合规腐败”等现象发生。

五是科学谋划目标，不断推进落实。涉案企业合规改革是一项宏大、长期的工作，开展涉案企业合规改革计划分三步走：第一步是近期目标。刑事方面与检察机关进行对接，联合签署工作纪要、工作安排，深入开展调研论证，联合培训，自上而下迅速融入涉案企业合规第三方监督评估机制，开展宣传，实现刑事与民商事、行政、执行检察监督的双向对接，营造涉案企业合规改革的良好氛围，目前，此项工作已基本完成。第二步是中期目标。力争在 2023 年 10 月底前取得阶段性成果并长期坚持，包括出台刑事企业合规改革指导性意见、发布典型案例、开展试点，在修改完善指导意见的同时，在相关规范性文件以及司法解释中嵌入涉案企业合规改革内容，出台法院系统指导意见。第三步是远期目标。联合最高人民检察院推动立法修改，力争将涉案企业合规改革的成果体现在三大诉讼法中，同时在实体法中增加对单位犯罪的企业合规改革的相关内容，这是一项长期目标，需要

我们持之以恒地为之努力并长期坚持。（最高人民法院刑事审判第二庭）

<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/409482.html>

#### 四、最高人民法院开展关于帮信罪司法治理的调研

2021 年以来帮助信息网络犯罪活动罪（以下简称帮信罪）案件数量持续大幅增长，司法治理问题亟待关注和解决。为深入贯彻落实最高人民法院党组决策部署和张军院长批示，李勇副院长带队开展调研、与专家学者座谈，刑三庭调研组通过书面调研、多省实地调研、多次与最高人民检察院、公安部研究、交流等工作，形成了本调研报告。

##### 一、帮信罪案件的新情况

调研中了解到帮信罪案件数量已跃居各类刑事案件第三位，其主要特点为：一是案件类型以“两卡”（手机卡、银行卡）案件为主，占帮信罪案件总数的近八成，多为向上游犯罪提供转移支付、套现、取现工具。二是被告人低龄化、低学历、低收入特征明显，初犯人员占比较高，有的电诈犯罪组织甚至已经将未成年人、在校学生作为重点发展对象。三是犯罪链条化、层级化明显，分工合作、彼此依赖、利益共享的黑灰产业链日渐成熟，涉“两卡”帮信犯罪已经形成了“卡农—卡商—卡头”的层级模式。四是犯罪手段、方式不断智能化，已从出租、出售、非法提供“两卡”，发展到提供非银行支付账户、互联网用户账户、批量注册软件、多卡宝等技术设备，以及利用非法通讯软件、“翻墙”软件、虚拟币等方式。

##### 二、帮信罪司法治理存在的问题及困难

帮信罪司法治理存在一些亟需关注、解决的现实问题和困难，需要深入剖析，夯实“对症施治”的基础。一是电信网络诈骗等上游犯

罪高发多发、链条复杂、涉及面广、查证难度大，客观上导致帮信罪案件数量随之大幅上升。二是涉“两卡”犯罪门槛低，大量人员被引诱实施犯罪，由此引发的一些问题需要予以重点关注。三是帮信罪司法适用的疑难问题有待进一步厘清，如“明知他人利用信息网络实施犯罪”和“情节严重”的认定，与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的区分，特殊群体的刑事政策掌握，行刑衔接的规则等。四是延伸司法职能推进社会治理不充分，相关司法建议的针对性、实效性欠缺，存在“一发了之”的情况，宣传教育限于传统形式，未充分发挥职业禁止和禁止令参与帮信罪社会治理的作用。

### 三、推进帮信罪司法治理的工作建议

推进帮信罪司法治理需要针对实践中存在的问题，有的放矢地采取对策，注重源头治理、综合治理，坚持精准防治、对症施策，统筹抓好执法办案与延伸职能，切实全面、系统地加以推进。

一是依法从严惩处电信网络诈骗及其关联犯罪。立足新型信息网络犯罪案件数量猛增、黑灰产业蔓延的态势，坚持全链条、全方位打击，坚持依法严惩，守护好人民群众的安全感和“钱袋子”。准确把握帮信罪和信息网络犯罪的关系，通过治理帮信罪助力打击犯罪产业链，更加有力、有效打击电信网络诈骗等上游犯罪。严格做到依法认定、精准打击。加强与公安机关、人民检察院和相关部门协调，推动帮信罪治理理念、治理标准的协同，积极应对新型网络犯罪和轻罪治理的挑战。

二是全面、准确阐释定罪标准，确保做到不枉不纵。既考虑提供技术支持或帮助的对象、次数、类型、行为方式、犯罪工具、非法获利等情况，同时考虑行为人的其他情形，避免片面认定、推定明知。注重全链条体系把握、多因素综合考量，避免仅依据涉案“两卡”数量或银行账户、支付账户的流水金额认定构成“情节严重”。强调根

据明知内容、涉案资金性质、是否实施或配合实施线下帮助行为、与信息网络犯罪关联程度等方面，细化帮信罪和掩隐罪的区分标准。

三是明确、细化宽严相济适用依据，实现“三个效果”的有机统一。对再犯、组织犯、职业犯等依法从严，对于多次、向多人或者跨境提供帮助的，“卡头”“卡商”等职业犯，犯罪集团、团伙的组织者、领导者、骨干分子等，或者利用未成年人、在校学生等群体实施犯罪的，依法从严惩处。对未成年人、在校学生依法从宽，综合其在共同犯罪中地位作用、主观恶性、人身危险性、认罪悔罪表现等情节，可依法从轻、减轻处罚、不起诉、免于刑事处罚或者不作为犯罪处理。切实做好反向行刑衔接，对于情节较轻的涉“两卡”行为人，自愿认罪认罚，出售、出租本人银行账户、支付账户数量较少且违法所得数额较少，或积极配合追查上游犯罪，或配合追赃挽损所起作用较大的，可依照行政法律处罚。

四是践行能动司法理念，进一步延伸审判职能“以我管促共管”。抓实抓好司法建议工作，推动实现诉源治理。会同有关主管部门、行业协会开展具有针对性、特色性的宣传教育活动。协同教育部门、各类院校做好未成年人、在校学生等教育管理。注重推动职业禁止和禁止令与后续管控、处罚衔接。

下一步，刑三庭将积极推动出台司法指导文件，提炼、整合司法裁判规则，实现精准司法、能动司法，做好案例发布、培训等工作，凝聚合力统筹解决帮信罪治理的突出问题。（最高人民法院刑事审判第三庭）

<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/409882.html>

## 【权威发布】

### 一、两高一部联合发布《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》

为依法惩治网络暴力违法犯罪活动，有效维护公民人格权益和网络秩序，根据刑法、刑事诉讼法、民法典、民事诉讼法、个人信息保护法、治安管理处罚法及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》等法律、司法解释规定，结合执法司法实践，制定本意见。

（具体内容略）

<https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/412992.html>

### 二、两高发布《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2023〕7号）已于2023年3月27日由最高人民法院审判委员会第1882次会议、2023年7月27日由最高人民检察院第十四届检察委员会第十次会议通过，现予公布，自2023年8月15日起施行。

（具体内容略）

<https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/408592.html>

### 三、最高人民检察院发布《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》

为深入贯彻党的二十大精神，全面贯彻习近平经济思想、习近平法治思想，认真落实《中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大

的意见》，以高质量检察履职助力优化民营经济发展环境，依法保护民营企业产权和企业家权益，促进民营经济发展壮大，最高检研究制定了《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》。现印发你们，请结合实际贯彻落实。各地要加强培训指导，切实提高办案质效，平等保护民营经济合法权益。

（具体内容略）

[https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202307/t20230731\\_623343.shtml#1](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202307/t20230731_623343.shtml#1)

#### 四、杭州市检察院发布《企业数据刑事风险防范指引》

数据处理不规范、刑事风险意识欠缺、社会责任履行不到位.....在办理涉企业数据安全刑事案件的过程中，这些存在于个别企业间的突出问题引起检察官的高度重视。为“抓前段、治未病”，引导企业规范数据处理活动，充分发挥数据要素作用，全力推进数字经济创新提质“一号发展工程”，8月4日，杭州市检察院牵头市委网信办、市中级人民法院、市公安局在全省率先出台市级层面《企业数据刑事风险识别和防范指引》（下称《指引》）。《指引》共4章37条，注重规范引导、去虚就实，服务保障数字经济健康发展。

#### 坚持问题导向，向前延伸治理环节

以往的企业合规，一般以事后开展为主，欠缺对事前风险的有效防范。网络空间的全链条治理要求有关职能部门“主动向前一步”，积极参与前端治理，注重前端预防。为进一步区分数据处理环节企业数据刑事风险，《指引》以专章的形式从数据的收集、使用、流转、存储等环节对数据处理的刑事风险作法律识别。如，在数据收集环节，《指引》明确企业应当采取合法、正当的方式收集数据，不得窃取或



者以其他非法方式获取数据，否则可能触犯《刑法》第二百八十五条等规定；又如，在数据使用环节，《指引》专门对企业处理个人信息应当取得同意的情形作出了提示，为规范企业数据使用提供了有效的操作指引。

### 坚持技术向善，明确企业社会责任

互联网“去中心化”的传播效能决定了网络空间治理的复杂性和紧迫性。企业作为社会中的重要一员，所具有的社会属性要求其主动承担一定的社会治理责任。《指引》从数据分级分类、数据安全保护、数据算法安全三个方面对企业的“数据责任”作了进一步的细化提示。一方面，企业在数据处理过程中，应首先明确数据的分级分类标准，区分一般数据、重要数据和核心数据，并对企业经营过程中涉及的上述三类数据施以不同的保护标准；另一方面，《指引》对企业的数据存储、数据安全环境、网络安全审查等规范进行了梳理整合，并强调企业通过算法处理数据时，应遵循技术伦理和法律底线，以此引导“技术向善”。

### 坚持以案说法，持续增强风险意识

案例是最鲜活的“教科书”。结合企业在数据处理过程中易发、多发罪名，《指引》以附件的形式提供了 6 个涉数据安全犯罪典型案例。所附案例均为最高检官网发布、杭州市检察机关办理的典型案例，包括杭州 T 公司、陈某某等人帮助信息网络犯罪活动案、林某甲等 8 人非法经营案等互联网业内具有一定影响力案件。以《指引》正文内容为企业数据处理的“规范参照”，以附件案例为企业涉刑事风险的“反面教材”，两相结合切实实现以案说法、以案为鉴、以案促改、以案促治，持续增强企业数据处理的风险意识。

[http://www.hangzhou.jcy.gov.cn/xwzx/hjdt/202309/t20230901\\_5918007.shtml](http://www.hangzhou.jcy.gov.cn/xwzx/hjdt/202309/t20230901_5918007.shtml)

## 【典型案例】

### 一、最高人民法院发布危害药品安全犯罪典型案例

2023 年 9 月，在最高人民法院、国家市场监督管理总局等部门联合开展全国“质量月”活动期间，最高人民法院发布一批危害药品安全犯罪典型案例，加强以案释法，有力震慑危害药品安全犯罪，形成全社会共同维护药品安全的浓厚氛围。

药品安全事关人民群众身体健康和生命安全，事关国计民生，事关社会大局稳定。以习近平同志为核心的党中央始终高度重视药品安全工作，强调以“四个最严”加快建立科学完善的药品安全治理体系，坚持产管并重，严把从实验室到医院的每一道防线。各级人民法院严格落实“四个最严”要求，充分发挥审判职能作用，依法严惩危害药品安全犯罪，切实保障人民群众用药安全。2013 年至 2022 年，全国法院共审结生产、销售、提供假药罪，生产、销售、提供劣药罪以及妨害药品管理罪一审刑事案件 2.8 万余件，判决人数 3.8 万余人。

此次公布的 5 起案件均与人民群众日常用药安全息息相关，涉及进口药品、疫苗、医疗美容药品、特病药品、口腔科非处方药品等不同药品类型，包括网络犯罪、消毒产品冒充药品、医保骗保等典型犯罪手段，具有一定的代表性。其中多名被告人被判处十年以上有期徒刑，并被处以高额罚金，体现了人民法院坚持人民至上、从严惩治危害药品安全犯罪的鲜明态度和坚定决心。

最高人民法院将始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻党的二十大精神和习近平总书记关于维护药品安全、保障人民群众身体健康等一系列重要指示批示精神，坚持以人民为中心，监督指导地方各级人民法院进一步提高思想认识，压实主体责任，依法审判，能动司法，把维护药品安全、保障人民健康落到实处。

## 案例一：黄某霖等生产、销售假药案 ——使用辣椒油等非药品生产黄道益活络油等药品

### 【简要案情】

2019 年 12 月起，被告人黄某霖通过网络从广东、江苏等地购买生产设备及药水、空瓶、瓶盖、标签等原材料，雇佣卢某荣、柯某来、章某辉、章某花、林某娟（均另案处理）等人在福建省莆田市使用辣椒油、热感剂等非药品灌装生产假冒黄道益活络油、双飞人药水、无比滴液体，后通过电商平台以明显低于正品的价格销售牟利，销售金额共计 639 万余元，获利 40 余万元。

2019 年 12 月至 2020 年 5 月，被告人柯某云明知被告人黄某霖生产、销售假药，仍与黄某霖共同灌装、贴标、包装黄道益活络油，用自己的身份信息注册网店并负责客服工作，提供自己身份信息注册的支付宝账号用于黄某霖购买原料以及销售假药收款，销售金额共计 308 万余元。

经莆田市市场监督管理局认定，涉案黄道益活络油、双飞人药水、无比滴（港版）、液体无比滴 S2a（日版）、液体无比滴婴儿（儿童版）5 个涉案产品均为假药。

### 【裁判结果】

福建省莆田市秀屿区人民法院、莆田市中级人民法院经审理认为，被告人黄某霖、柯某云生产、销售假药，情节特别严重，其行为均已构成生产、销售假药罪。柯某云在与黄某霖的共同犯罪中起次要和辅助作用，系从犯，结合其情节和作用，依法予以减轻处罚。黄某霖、柯某云均认罪认罚。据此，以生产、销售假药罪判处被告人黄某霖有期徒刑十二年，并处罚金人民币一千一百万元；判处被告人柯某云有期徒刑三年，并处罚金人民币五十万元。

### 【典型意义】

互联网为人民群众购药提供了便利，同时也给药品监管和打击危害药品安全违法犯罪带来了新的挑战。违法犯罪分子通过互联网能够更容易地购买制售假药的设备、原材料，销售渠道也更加便捷，假药加工网点往往设置在出租屋等隐蔽场所，增加了监管和打击难度。被告人灌装假药后通过网店销售，在一年半的时间内销售金额即达 639 万余元，严重扰乱了药品监管秩序，危害人民群众用药安全，应依法严惩。本案也提醒广大消费者，要从正规的网络交易平台购买药品，以确保用药安全。

### 案例二：闫某销售伪劣产品案

#### ——将四价人乳头瘤病毒疫苗拆分后销售给受种者

### 【简要案情】

2020 年 4 月至 2021 年 5 月，被告人闫某任吉林省敦化市某街道社区卫生服务中心计划免疫科科长，负责四价人乳头瘤病毒疫苗（俗称四价宫颈癌疫苗）的销售、接种和管理的工作。闫某为获取非法利益，将由其本人负责销售、接种的 450 支四价人乳头瘤病毒疫苗（只能供给 150 名受种者受种，每名受种者受种 3 支、每支 0.5 毫升）以抽取原液的方式，将 1 支足量疫苗拆分成 2 支至 4 支疫苗，拆分后的疫苗每支约 0.1 毫升。之后，闫某以每人 2448 元的价格将拆分后的四价人乳头瘤病毒疫苗销售给 306 名受种者，销售金额共计 74 万余元。闫某将非法收取的疫苗款用于偿还贷款及日常花销。案发后，闫某上缴违法所得 70 余万元。

### 【裁判结果】

吉林省敦化市人民法院经审理认为，被告人闫某以非法获利为目的，将四价人乳头瘤病毒疫苗进行拆分，以不合格疫苗冒充合格疫苗

销售给受种者，销售金额达 74 万余元，其行为已构成销售伪劣产品罪。闫某具有坦白情节，认罪认罚，并主动上缴部分违法所得。据此，以销售伪劣产品罪判处被告人闫某有期徒刑八年四个月，并处罚金人民币五十万元。

### 【典型意义】

宫颈癌是严重威胁女性健康的恶性肿瘤，适龄女性接种人乳头瘤病毒疫苗是预防宫颈癌的有效措施，能够有效降低宫颈癌及癌前病变的发生率。人乳头瘤病毒疫苗属于非免疫规划疫苗，在我国尚未纳入国家免疫规划或医疗保险覆盖范围，按照自费自愿的原则接种。随着人民群众健康意识的提升，越来越多的适龄女性开始主动接种人乳头瘤病毒疫苗，一度造成市场上高价人乳头瘤病毒疫苗供不应求的现象。一些不法分子为牟取非法利益，生产、销售伪劣人乳头瘤病毒疫苗，严重影响疫苗的接种效果和人民群众的用药安全，必将受到法律的严厉制裁。

### 案例三：张某松等生产、销售假药案

#### ——用“冻干粉”假冒肉毒素销售

### 【简要案情】

2016 年 11 月至 2017 年 1 月，被告人张某松、张某林兄弟二人为非法获利，在广东省广州市将购买的裸瓶“冻干粉”改换包装后假冒不同品牌肉毒素（注射用 A 型肉毒毒素），以每支 15 元的价格多次向袁某兰（另案处理）等人销售共计 13 060 支。案发后，公安机关从二被告人处扣押涉案产品共计 25 090 支。经查，二被告人生产、销售金额共计 57 万余元。经中国食品药品检定研究院检验，涉案产品均未检出 A 型肉毒毒素成份。

### 【裁判结果】

陕西省渭南市临渭区人民法院、渭南市中级人民法院经审理认为，被告人张某松、张某林违反药品管理法规，生产、销售假药，情节特别严重，其行为均已构成生产、销售假药罪。据此，以生产、销售假药罪判处被告人张某松有期徒刑十二年，并处罚金人民币七十万元；判处被告人张某林有期徒刑十一年，并处罚金人民币五十万元。

### 【典型意义】

近年来，医疗美容行业蓬勃发展，有效满足了人民群众对美好生活的向往，但随之也产生了虚假宣传、非法行医、假货频现等一系列行业乱象。注射用 A 型肉毒毒素，俗称“瘦脸针”，属于注射剂药品，也属于医疗用毒性药品，是国家实施特殊管理的药品。注射用 A 型肉毒毒素具有较好的除皱效果，在医疗美容行业中被广泛应用，同时也成为不法分子制假售假的重点目标。本案被告人用“冻干粉”冒充不同国家、不同品牌的注射用 A 型肉毒毒素，经检验，涉案产品均未检出 A 型肉毒毒素成份，应认定为假药。本案提醒广大消费者要在正规医疗美容机构进行医美服务，避免给自己造成不必要的伤害。

### 案例四：杨某鱼、蔡某掩饰、隐瞒犯罪所得案

#### ——非法收购、销售医保骗保药品

### 【简要案情】

2017 年至 2020 年 12 月，被告人杨某鱼为谋取利益，向被告人蔡某、特病病人黄某某等低价收购利用医保骗保购买的百令胶囊、开同复方  $\alpha$ -酮酸片、尿毒清颗粒等特病药品，后加价出售给重庆市某医药有限公司的蒋某某。杨某鱼收售药品金额共计 2 400 万余元，非法获利 70 万元。

2019 年 11 月至 2020 年 12 月，被告人蔡某为谋取利益，向特病

病人唐某某、赵某、黄某某等十余人低价收购利用医保骗保购买的百令胶囊、开同复方 $\alpha$ -酮酸片、尿毒清颗粒等特病药品后，加价出售给被告人杨某鱼。蔡某收售药品金额共计 900 万余元，非法获利 20 万元。

### 【裁判结果】

重庆市永川区人民法院、重庆市第五中级人民法院经审理认为，被告人杨某鱼、蔡某明知系利用医保骗保的药品而非法收购、销售，情节严重，其行为均已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。杨某鱼、蔡某到案后如实供述主要犯罪事实。据此，以掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处被告人杨某鱼有期徒刑六年六个月，并处罚金人民币一百四十万元；判处被告人蔡某有期徒刑五年六个月，并处罚金人民币四十万元。

### 【典型意义】

医保基金是人民群众的“救命钱”，事关广大群众的切身利益。但一些不法分子利用国家的惠民政策，明知是医保骗保购买的药品，从医保骗保者手中低价收购，加价贩卖，牟取非法利益。部分不法分子甚至指使、教唆、授意他人利用医保骗保购买药品，加价贩卖。一些“中间商”长时间从事前述犯罪活动，形成“灰色”产业链，严重扰乱国家药品监管秩序，危害医保基金的正常运行，对医疗资源的科学、合理利用，对相关病人的合法权益造成极大损害。严厉打击医保骗保犯罪，斩断犯罪分子伸向医保基金的黑手，为国家医保基金提供强有力的司法保护，责任重大，意义深远。

## 案例五：未某等生产、销售假药案

### ——将消毒产品冒充药品销售

### 【简要案情】

2019 年 1 月至 2021 年 5 月，被告人未某、桑某全、袁某文共同

出资成立杨马湖生物科技有限公司，在未取得药品相关批准证明文件的情况下，在河南省鹤壁市租赁厂房生产牙科类药品。三被告人按照配方（水、亮蓝素、冰片、薄荷香精、酒精、发泡剂）调制含漱液，并将药品“浓替硝唑含漱液”的名称、适用症、药理作用、用法用量、作用类别（明确标明“口腔科类非处方药品”）等信息标识在其生产的“天天™浓替硝唑含漱液”内外包装及说明书上，使用编造的“豫卫消证字（2017）第 0158 号”卫生许可证号和已注销的“天驰生物科技（濮阳）有限公司”及该公司地址作为厂名、厂址。涉案含漱液通过网店被销往安徽等全国各地，销售金额共计 49 万余元。经安徽省芜湖市食品药品检验中心检验，涉案含漱液中不含药品成分；经芜湖市市场监督管理局认定，涉案含漱液属于“非药品冒充药品”，系假药。

### 【裁判结果】

安徽省芜湖市湾沚区人民法院经审理认为，被告人未某、桑某全、袁某文生产、销售假药，情节特别严重，其行为均已构成生产、销售假药罪。袁某文具有自首情节，依法可以从轻或者减轻处罚。未某、桑某全具有坦白情节，依法可以从轻处罚。三被告人均自愿认罪认罚。据此，以生产、销售假药罪判处被告人未某有期徒刑六年六个月，并处罚金人民币三十四万元；判处被告人桑某全有期徒刑六年六个月，并处罚金人民币三十三万元；判处被告人袁某文有期徒刑六年，并处罚金人民币三十三万元。

### 【典型意义】

消毒产品与药品有严格的区别，消毒产品不是药品，没有治疗疾病的作用。《消毒管理办法》第三十一条第二款规定，消毒产品的标签（含说明书）和宣传内容必须真实，不得出现或暗示对疾病的治疗效果。目前，市场上有不法分子用消毒产品冒充药品，宣称有治疗效



果，欺骗和误导消费者。甚至有不法分子在非消毒产品上擅自标识“消字号”，以消毒产品名义宣传疗效，冒充药品，严重侵害了消费者的合法权益。广大消费者购买药品，要注意审查药品的名称、药品生产批准文号及说明书等材料，对没有药品生产批准文号，或者药品名称及说明书反映的产品功能与批准文号不符的，要谨慎购买和使用。

<https://mp.weixin.qq.com/s/TwKiCwnLkD3dQyEz1Q-0Ew>

## 二、最高人民法院依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例

### 案例一 吴某某诽谤案

——网上随意诽谤他人，社会影响恶劣的，依法应当适用公诉程序

#### 【基本案情】

被告人吴某某在网络平台上以个人账号“飞哥在东莞”编发故事，为开展地产销售吸引粉丝、增加流量。2021 年 11 月 19 日，吴某某在网上浏览到被害人沈某某发布的“与外公的日常”贴文，遂下载并利用贴文图片在上述网络账号上发布贴文，捏造“73 岁东莞清溪企业家豪娶 29 岁广西大美女，赠送礼金、公寓、豪车”。上述贴文信息在网络上被大量转载、讨论，引起网民对沈某某肆意谩骂、诋毁，相关网络平台上对上述贴文信息的讨论量为 75608 条、转发量为 31485 次、阅读量为 4.7 亿余次，造成极恶劣社会影响。此外，被告人吴某某还针对闵某捏造并在网上发布诽谤信息。广东省东莞市第一市区人民检察院以诽谤罪对吴某某提起公诉。

#### 【裁判结果】

广东省东莞市第一人民法院判决认为：被告人吴某某在信息网络上以捏造事实诽谤他人，情节严重，且严重危害社会秩序。综合被告人犯罪情节和认罪认罚情况，以诽谤罪判处被告人吴某某有期徒刑一

年。该判决已发生法律效力。

### 【典型意义】

传统侮辱、诽谤多发生在熟人之间。为了更好地保护当事人的隐私，最大限度修复社会关系，刑法将此类案件规定为告诉才处理，并设置了“严重危害社会秩序和国家利益”的例外情形。随着网络时代的到来，侮辱、诽谤的行为对象发生重大变化。以网络暴力为例，所涉侮辱、诽谤行为往往针对素不相识的陌生人实施，受害人在确认侵害人、收集证据等方面存在现实困难，维权成本极高。对此，要准确把握侮辱罪、诽谤罪的公诉条件，依法对严重危害社会秩序的网络侮辱、诽谤案件提起公诉。需要注意的是，随意选择对象的网络侮辱、诽谤行为，可以使相关信息在线上以“网速”传播，迅速引发大规模负面评论，不仅严重侵害被害人的人格权益，还会产生“人人自危”的群体恐慌，严重影响社会公众的安全感，应当作为“严重危害社会秩序”的重要判断因素。

本案即是随意以普通公众为侵害对象的网络暴力案件，行为人为博取网络流量，随意以普通公众为侵害对象，捏造低俗信息诽谤素不相识的被害人，相关信息在网络上大范围传播，引发大量负面评论，累计阅读量超过 4 亿次，社会影响恶劣。基于此，办案机关认为本案属于“严重危害社会秩序”情形，依法适用公诉程序，以诽谤罪对被告人定罪判刑。

### 案例二 常某一等侮辱案

——网络侮辱造成被害人自杀，社会影响恶劣的，依法应当适用公诉程序

### 【基本案情】

2018 年 8 月 20 日，被告人常某一之子在德阳某游泳馆游泳时，

因与安某某发生碰撞后向安某某作吐口水动作，被安某某丈夫乔某某将头按入水中并掌掴。常某一闻讯与安某某、乔某某发生争执，并进入游泳馆女更衣室与安某某发生肢体冲突。公安民警接警后调解未果。次日上午，常某一、周某（另案处理）到乔某某单位反映上述情况，要求对乔某某作出处理，并拍摄该单位公示栏中乔某某姓名、职务、免冠照片等；下午，被告人常某一和被告人常某二（常某一堂妹）等人到安某某单位，要求立即处理安某某，并吵闹、言语攻击安某某，引发群众围观。常某一通过安某某单位微信公众号获取其姓名、单位、职务、免冠照片截图。此后，被告人常某一、常某二和被告人孙某某（常某一表妹）将乔某某、安某某的相关个人信息与上述游泳池事件视频关联，通过微信群、微博发布带有情绪性、侮辱性的贴文和评论，并推送给多家网络媒体。涉案游泳池事件被多家媒体报道、转载，在网络上引发大量针对乔某某、安某某的诋毁、谩骂。其间，乔某某、安某某通过他人与常某一联系协商未果。同月 25 日，安某某服药自杀，经抢救无效死亡。四川省绵竹市人民检察院对常某一等提起公诉。

### 【裁判结果】

四川省绵竹市人民法院一审判决认为：被告人常某一、常某二、孙某某利用涉案泳池冲突事件煽动网络暴力，公然贬损被害人人格、损坏被害人名誉，造成被害人安某某不堪负面舆论的精神压力而自杀身亡。综合考虑各被告人在共同犯罪中所起作用、自首、悔罪表现以及被害人乔某某过错情况，以侮辱罪判处被告人常某一有期徒刑一年六个月；被告人常某二有期徒刑一年，缓刑二年；被告人孙某某有期徒刑六个月，缓刑一年。宣判后，被告人常某一提起上诉。四川省德阳市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

### 【典型意义】

与线下暴力直接造成人身伤害不同，网络暴力主要通过发布、传

播信息，损害他人名誉、尊严等人格权益，实质是语言暴力。由于网络的特殊性，加之网络暴力信息“夺人眼球”，所涉信息极易在互联网空间被海量放大，快速扩散、发酵形成舆论风暴。网络暴力所引发的群体性网络负面言论，使得被害人面对海量信息的传播而无所适从、无从反抗，导致“社会性死亡”甚至精神失常、自杀等严重后果。近年来，网络暴力引发的悲剧接连发生，亟需依法予以严惩。

本案即是网络暴力引发严重后果的案件，行为人发布侮辱性言论，并通过网络推送，引发大量针对被害人的网络诋毁、谩骂，造成被害人自杀的严重后果，社会影响恶劣。基于此，办案机关依法适用公诉程序，以侮辱罪对三名被告人定罪判刑。

### 案例三 王某某诉李某某侮辱案

#### ——网上侮辱他人，情节严重的，构成侮辱罪

##### 【基本案情】

自诉人王某某曾与被告人李某某交往，其间，李某某拍摄了王某某裸照。两人分手后，被告人李某某在自诉人微信粉丝群（成员 400 余人）内发布“爆料”文章，并配有自诉人裸照、“有偿约炮”“床照”等文字。2018 年 6 月至 7 月，被告人将上述文章、照片编辑后分期在微博账号上发布，相关贴文被转发 2 万次，评论 115 次，点赞 1033 次，引起网民大量嘲讽攻击，给自诉人造成极大心理压力。被告人还在有关网络平台公开前述贴文的网络链接，被多个粉丝众多的网络账号转发，个别账号粉丝超过 100 万。

##### 【裁判结果】

广东省深圳市南山区人民法院判决认为：被告人李某某为泄私愤，利用信息网络发布自诉人私密照片、侮辱性文字等信息，公然侮辱自诉人，致使相关信息被大量转发，其行为已构成侮辱罪。综合考

虑被告人坦白、认罪等情节，以侮辱罪判处被告人李某某有期徒刑一年。宣判后，李某某提出上诉。广东省深圳市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

### 【典型意义】

根据刑法第二百四十六条规定，以暴力或者其他方法公然侮辱他人，情节严重的，构成侮辱罪。由于网络具有一定的特殊性，网络侮辱等网络暴力行为的社会危害更加突显，集中表现为传播范围更大、传播速度更快。对于网络侮辱行为是否达到“情节严重”的程度，应当根据侮辱信息的具体情形、传播范围，以及行为手段、造成危害后果等因素，综合评价对被害人社会评价、人格尊严的损害程度，依法准确作出认定。需要特别注意的是，考虑到手机等移动网络终端已广泛普及，单纯依据相关信息的浏览数量入罪应当特别慎重，以确保案件处理符合罪责刑相适应原则。

本案即是网络侮辱案件，行为人发布包含被害人裸照等私密信息的网络贴文，并肆意发布低俗侮辱言论，致使相关信息大规模传播，严重损害被害人人格尊严，应当认为“情节严重”。基于此，人民法院以侮辱罪对被告人李某某定罪判刑。

## 案例四 刘某某侵犯公民个人信息案

——购买并通过信息网络发布个人信息，情节严重的，构成侵犯公民个人信息罪

### 【基本案情】

2019 年 1 月至 5 月间，被告人刘某某为泄愤报复网络主播李某某，从他人处购买李某某及其父母的姓名、年龄、住址、身份证号码、照片等个人信息。刘某某编辑上述照片等信息并添加诅咒文字后，通过几十个网络账号多次发布，称“李某某的身份证号，大家拿去借网

贷”，相关网络贴文的阅读量达 1 万余次，引起大量负面评论。刘某某还利用网络账号大量添加被害人李某某粉丝，以私信发送李某某照片等个人身份信息，并扬言要蹲点杀害李某某。被害人李某某 2019 年 4、5 月间直播收入减少 4 万余元，大量粉丝对其取消关注。

### 【裁判结果】

湖南省醴陵市人民法院判决认为：被告人刘某某违反国家有关规定，非法获取公民个人信息，造成被害人经济损失，严重影响被害人生活，构成侵犯公民个人信息罪。综合考虑被告人坦白、退赃等情况，以侵犯公民个人信息罪判处被告人刘某某有期徒刑十个月，缓刑一年，并处罚金二万元。该判决已发生法律效力。

### 【典型意义】

网络暴力所涉行为类型多样，侵犯公民个人信息即为类型之一。特别是，通过“人肉搜索”“开盒”等，在网络上非法曝光他人隐私、发布公民个人信息，导致网络暴力直接针对具体个体，危害更加严重，甚至还可能转化为网下暴力，进而对人身权益带来直接损害。基于此，对网络暴力所涉侵犯公民个人信息的行为，必须严厉惩治，以有效维护被害人合法权益。

本案即是通过侵犯公民个人信息实施的网络暴力案件，行为人购买个人信息并通过网络对外发布，严重侵犯被害人个人信息权益，且对被害人正常工作、生活造成严重滋扰，应当认定为“情节严重”。基于此，人民法院以侵犯公民个人信息罪对被告人刘某某定罪判刑。

## 案例五 汤某某、何某网上“骂战”被行政处罚案

——对尚不构成犯罪的网络暴力行为，依法予以治安管理处罚

### 【基本案情】

2023 年 2 月，汤某某和何某因琐事多次发生冲突，未能协商解

决。后双方矛盾日益激化，于同年6月在多个网络平台发布视频泄愤，相互谩骂。随着“骂战”升级，二人开始捏造对方非法持枪、抢劫、强奸等不实信息，引发大量网民围观，跟进评论、嘲讽、谩骂，造成不良社会影响。

### 【处理结果】

云南省玉溪市公安局红塔分局依法传唤汤某某、何某，告知双方在网络上发布言论应当遵守法律法规，侵犯他人名誉或扰乱社会正常秩序的，需要承担法律责任。据此，依法对汤某某、何某处以行政拘留五日的处罚，并责令删除相关违法视频。

### 【典型意义】

网络暴力行为类型复杂多样，危害程度差异较大。基于此，在依法严惩网络暴力犯罪的同时，要根据案件具体情况，做好行刑衔接工作，贯彻综合治理原则。治安管理处罚法第四十二条规定：“有下列行为之一的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款；情节较重的，处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款：……（二）公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的……（六）偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的。”据此，对于实施网络诽谤、侮辱等网络暴力行为，尚不构成犯罪，符合治安管理处罚法等规定的，依法予以行政处罚。

本案即是网络暴力治安管理处罚案件，行为人实施网络“骂战”，相互谩骂、诋毁，在损害对方名誉权的同时，破坏网络秩序，造成不良社会影响。公安机关依法予以治安管理处罚，责令删除违法信息，教育双方遵守法律法规，及时制止了网络暴力滋生蔓延和违法行为继续升级。

## 案例六 李某某申请人格权侵害禁令案

——为避免合法权益受到难以弥补的损害，人民法院可以依法作

## 出人格权侵害禁令

### 【基本案情】

自 2022 年 5 月至 2023 年 4 月，被告张某某使用其拥有 40 万粉丝的网络账号直播 40 余次，发布针对李某某的视频，其中含有大量谩骂和人身攻击言辞。引发网民围观，跟进评论、嘲讽、诋毁。同时，张某某还组建粉丝群，煽动他人辱骂李某某。李某某据此向法院提起网络侵权责任纠纷诉讼。案件审理期间，经法庭释明后，张某某仍每晚定时直播，继续针对李某某发布相关侵权言论，并公开李某某数位身份证号码。2023 年 7 月 6 日，李某某向法院提出人格权侵害禁令申请。

### 【裁判结果】

北京互联网法院裁定认为：结合张某某既往行为和本案实际情况，其正在实施侵害行为，且继续实施侵权行为的可能性较大。涉案直播视频播放量较高，若不及时制止，将极大增加原告李某某的维权负担，导致侵权影响范围、损害后果进一步扩大。据此，依法作出裁定，责令张某某立即停止在涉案账号中发布侵害李某某名誉权的内容。该裁定发生法律效力后，被申请人张某某已停止相关行为。

### 【典型意义】

网络暴力借助信息技术手段实施，与现实空间之中的侵害行为具有明显不同。特别是，网络暴力的强度及其对被害人合法权益的损害程度，往往与网络暴力信息的传播速度、规模直接相关联。基于此，阻断网络暴力信息扩散、发酵往往具有急迫性，需要采取紧急措施，避免对合法权益造成难以弥补的损害。对此，民法典第九百九十七条规定：“民事主体有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害的，有权依法向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施。”



据此，权利人对正在实施或者即将实施侵害其人格权的网络暴力行为，在提起民事诉讼时，还可以向人民法院申请依法适用人格权侵害禁令制度。

本案即是依法适用人格权侵害禁令的案例，被告发布相关侵权信息的持续时间较长、信息受众群体规模巨大，对原告名誉权造成严重负面影响，人民法院根据原告申请，在一周内即作出人格权侵害禁令，及时制止了被告继续实施相关行为，有力维护了受害人合法权益。

### 案例七 王某某等诉龚某名誉权纠纷案

——为有效维护受害人合法权益，可以判令行为人通过公开道歉等方式消除不良影响

#### 【基本案情】

王某某、高某夫妇与龚某系邻居，双方因邻里琐事产生矛盾。2022年6月，龚某在成员百余人的“互帮互助群”和“邻里互助群”小区微信群内，发布针对王某某夫妇家庭生活、子女教育及道德品行方面的言论。王某某、高某认为龚某的言论给其造成了精神痛苦，导致了其社会评价降低、名誉受损等后果，向法院提起名誉权纠纷诉讼，请求判令龚某在上述微信群内公开赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金。

#### 【裁判结果】

上海市闵行区人民法院判决认为：龚某在百余人的小区微信群内发布的针对王某某、高某夫妇的涉案言论，易使涉案微信群内的其他成员陷入错误判断，造成其人格受贬损、名誉被诋毁及社会评价降低的后果，故认定龚某发表的涉案言论构成侵犯王某某、高某名誉权，判决龚某在涉案两个微信群内以书面形式公开赔礼道歉，并赔偿精神损害抚慰金 1000 元。判决生效后，因涉案微信群之一已解散，在执行法官见证下，龚某逐户上门说明情况，同时在楼道口张贴致歉公告。

### 【典型意义】

网络暴力信息往往具有传播范围广、持续时间长、社会危害大、影响消除难的特点。办案机关根据案件进展情况，及时澄清事实真相，有效消除不良影响，是遏制网络暴力危害、保障受害人权益的重要方面。对于相关民事案件，除了让被告承担相应的侵权赔偿责任外，还可以判令其通过公开道歉等方式，及时消除不良影响，实现对受害人人格权的有效保护。

本案即是判令行为人公开道歉的案例，被告涉案言论在小区微信群传播，影响受害人的日常生活，对其社会评价造成不良影响。基于此，为受害人及时消除不良影响不仅必要，而且可行。人民法院结合具体案情，在涉案微信群解散、不具备线上执行条件的情况下，由执行法官全程陪同被告逐户上门说明情况、澄清事实，不仅为受害人有效消除影响、恢复名誉，还教育引导社会公众自觉守法，引领社会文明风尚。

<https://mp.weixin.qq.com/s/H2V7exdpXKfkywTyo9AkQA>

### 三、最高检发布第四十七批指导性案例

经 2023 年 6 月 9 日最高人民检察院第十四届检察委员会第六次会议决定，现将沈某某、郑某某贪污案等四件案例（检例第 187—190 号）作为第四十七批指导性案例（金融领域新型职务犯罪主题）发布，供参照适用。

#### 案例一 沈某某、郑某某贪污案

（检例第 187 号）

#### 【关键词】

贪污罪 期货交易 交易异常点 贪污数额认定

#### 【要旨】

对于国家工作人员利用职务便利，在期货交易中通过增设相互交易环节侵吞公款的行为，可以依法认定为贪污罪。审查时重点围绕交易行为的异常性、行为人获利与职务便利之间的关联性进行分析论证。对于贪污犯罪数额，可以结合案件具体情况，根据行为人实际获利数额予以认定。庭审中，检察机关采取多媒体示证方式，综合运用动态流程模拟图、思维导图等全面展示证据，揭示犯罪行为 and 结果，增强庭审指控效果。

### 【基本案情】

被告人沈某某，男，甲国有公司期货部原主任。

被告人郑某某，男，甲国有公司期货部原副总监。

2012 年 7 月至 2020 年 5 月，沈某某先后任甲国有公司期货部操盘手、期货部临时负责人、副主任及主任，其间负责期货部日常经营管理工作，参与制定甲国有公司期货交易策略，依据市场行情确定具体的操盘价格，下达期货交易指令并实际操盘。2014 年 2 月至 2020 年 5 月，郑某某先后担任甲国有公司期货部经理、高级经理及副总监，参与制定甲国有公司期货交易策略，根据决策指令对相关期货账户进行实际操盘。

2015 年 7 月至 2020 年 5 月间，沈某某、郑某某二人经合谋，向他人借用了多个期货账户，利用前述职务便利，在事先获知公司期货交易策略后，以借用的个人账户提前在有利价位买入或卖出与甲国有公司策略相同的期货产品进行埋单，采用与公司报单价格相同或接近、报单时间衔接紧凑以及公司大单覆盖等方式，与公司期货账户进行低买高卖或者高卖低买的相互交易，使二人实际控制的账户获利共计人民币 3000 余万元，赃款由二人平分并占为己有。

其间，沈某某在郑某某不知情的情况下，利用职务便利，采用前述相同方式，以其个人借用并实际控制的多个期货账户及其本人期货

账户，与甲国有公司期货账户进行相互交易，个人获利共计人民币 1000 余万元。

本案由上海市虹口区监察委员会调查终结后移送起诉。2021 年 6 月 23 日，上海市人民检察院第二分院（以下简称上海市检二分院）以被告人沈某某、郑某某犯贪污罪依法提起公诉。2022 年 6 月 29 日，上海市第二中级人民法院作出一审判决，以贪污罪判处沈某某有期徒刑十三年，剥夺政治权利三年，并处罚金人民币四百万元；郑某某具有自首、立功情节，自愿认罪认罚，依法可以减轻处罚，法院以贪污罪判处其有期徒刑五年，并处罚金人民币一百万元。一审宣判后，沈某某提出上诉，上海市高级人民法院二审裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察机关履职过程】

#### （一）审查起诉

本案系以在期货交易中增设交易环节的方式侵吞国有资产的新型职务犯罪案件。审查起诉阶段，上海市检二分院围绕查明事实、弄懂期货交易专业知识、阐明定性等方面进行审查论证。

一是查实涉案账户的控制使用情况，确认涉案账户相互交易均系沈某某、郑某某操作。检察机关建议监察机关调取涉案违法交易终端信息并就 MAC 地址（局域网地址）、IP 地址（互联网协议地址）等进行匹配，对涉案电脑、手机等设备依法扣押并进行电子数据鉴定，查明了个人控制账户与公司账户登录设备的 MAC 地址及 IP 地址大量重合，涉案账户系被告人控制使用；同时，经与监察机关沟通，检察机关开展自行补充侦查，询问甲国有公司期货交易员等证人，调取微信聊天数据等客观证据，交叉比对涉案期货账户登录数据、交易数据等，进一步排除案发时间段其他人使用相关账户的可能性。

二是开展数据建模，发现和分析各类异常数据背后的真实情况。检察机关通过建立“风险承受异常性模型”“交易时间差额模型”“先

报价比例及价格模型”等，查明相关账户之间的交易具有不同于正常期货交易特点的交易时间紧密、盈利比例畸高以及交易手数显著增加等异常点。

三是加强与期货专业机构的沟通，厘清正常期货交易和增设期货交易环节非法获利的贪污行为的界限。检察机关深入研究期货交易规则，与上海期货交易所专业人员就涉案期货交易相关问题及数据分析难点进行研讨，合力解决基础数据分析运用、交易模式异常特征、获利手法认定等关键问题。

四是论证了贪污罪和国有公司人员滥用职权罪的区别。沈某某、郑某某利用提前知悉的公司交易指令和操盘便利，使用个人控制账户提前买入或卖出同一期货产品，后续与国有公司相互交易获利，造成甲国有公司交易成本增加，属于国有公司人员滥用职权的行为。但是，国有公司人员滥用职权罪没有评价行为人将国有财产直接据为己有的故意和行为，且在一个行为同时触犯该罪与贪污罪的情形下，属于想象竞合，应当从一重罪处罚，由于贪污罪的法定刑更重，且能够更为全面地评价被告人的犯罪行为，故应以贪污罪追究刑事责任。

## （二）指控与证明犯罪

为增强庭审指控效果，检察机关创新举证示证模式，通过适用思维导图、交易结构模型图、获利过程示意图、交易对比分析表等图表对证据进行展示，直观地揭示了犯罪手段、过程和结果。针对庭审中被告人和辩护律师提出的行为系正常期货交易，并未侵吞公共财物，未造成国有公司损失的辩解，检察机关进行有针对性的答辩。

一是被告人增设期货交易环节获利并非正常的市场交易行为，职务行为与交易获利之间具有高度关联。从基本交易模式看，沈某某等人利用职务便利获知国有公司相关交易指令后随即操纵个人控制账户提前建仓埋单，在数秒至数分钟后即操作公司账户挂单与个人控制

账户成交，具有时间上的紧密关联性和交易种类的一致性；从交易手数看，沈某某等人控制账户与公司成交手数相比其他主体明显增加，手数倍数差达 10 倍至 50 倍，具有交易习惯的异常性；从交易盈亏情况看，沈某某等人所控制账户盈利比例高达 91% 以上，部分账户甚至 100% 盈利，具有盈利比例的异常性；从交易对象看，在沈某某和郑某某合谋前，二人控制账户几乎没有和公司有过交易，合谋后即开始与公司有大量成交，具有交易对象的异常性。

二是被告人通过期货交易侵吞国有公司财产，国有公司因交易成本增加造成实际损失。由于公司交易指令仅包括交易对象、方向、区间价格及总手数，被告人通过个人控制账户以更有利价格先与其他市场主体交易后，再报单以低买高卖（个人控制账户先买后卖）或高卖低买（个人控制账户先卖后买）方式与本公司成交，虽然并未违反指令单操作，但是直接导致公司以更高价格买入期货合约或者以更低价格卖出期货合约，造成公司交易成本提高，使得本应归属于公司的利益归个人所有，属于侵吞国有公司财产的行为。

三是被告人使用个人控制账户与公司相互交易获利部分应认定为贪污数额。本案中，公司在被告人控制账户提前埋单后与个人账户成交，直接造成公司在该相互交易中多支出成本，该部分数额与被告人实际获利数额相一致，具体应以公司交易成本扣减被告人提前埋单支付的交易成本的差额计算贪污数额。此外，本案中被告人控制账户交易亏损部分不应从犯罪数额中扣除。个人控制账户提前“埋单”后，由于市场行情突然发生反向变化，无法以预设盈利价格转让给公司，此时如果以正常市场价交易必然产生较大亏损。被告人遂操作公司账户以优于当时市场价的价格“接盘”，与个人控制账户成交，使得被告人减少了部分交易损失。对于被告人的实际损失部分，公司交易成本并未因此降低，故被告人交易亏损部分属于其在非法牟利过程中所

支出的犯罪成本，不应从犯罪金额中扣除。

### 【指导意义】

（一）对于国家工作人员利用职务便利，在期货交易中通过增设相互交易环节侵吞公款的行为，可以依法认定为贪污罪。国家工作人员利用职务便利提前获知国有公司期货交易指令后，先用个人控制账户买入或卖出期货产品，再与国有公司账户进行相互交易的行为，属于在正常期货交易过程中增设相互交易环节，该行为直接造成国有公司交易成本提高，使本应归属国有公司的利益被个人占有，增设交易环节的行为与个人非法获利之间具有刑法上的因果关系，具有侵吞公共财产的性质，可依法认定为贪污罪。

（二）对于利用期货交易手段实施贪污犯罪的数额，可以结合案件具体情况，根据行为人实际获利数额予以认定，不扣除交易中亏损部分。行为人在期货交易中增加相互交易环节提高国有公司支出成本，侵占公共财产获利的，在认定贪污犯罪数额时，可以根据行为人获利手段、公共财产损失以及因果关系等情况，以行为人实际获利数额计算。对于行为人与国有公司交易的亏损部分，如果系行为人交易不当、市场反向变化造成，且国有公司并未因此降低交易成本的，可以认定为犯罪成本，不在犯罪数额中扣减。

（三）针对证券期货类犯罪复杂程度高、专业性强等特点，可以借助多媒体方式展示证据，强化举证效果。运用动态流程模拟图、思维导图，全面揭示被告人犯罪过程和行为模式，解析检察机关指控证明犯罪的思维逻辑；运用交易结构模型图、交易对比分析表等，对庞杂的证据进行归纳分析后系统展示，将较为抽象晦涩的专业概念和数据具体化、可视化，切实增强庭审指控效果。

### 【相关规定】

《中华人民共和国刑法》第二十五条、第三百八十二条、第三百

## 八十三条

《中华人民共和国刑事诉讼法》（2018 年修订）第一百七十条

办案检察院：上海市人民检察院 上海市人民检察院第二分院

承办检察官：多丽华

案例撰写人：王喆骅 多丽华 陈沁

## 案例二 桑某受贿、国有公司人员滥用职权、利用未公开信息交易案

（检例第 188 号）

### 【关键词】

受贿罪 国有公司人员滥用职权罪 利用未公开信息交易罪  
股权收益权 损失认定

### 【要旨】

检察机关在办理投融资领域受贿犯罪案件时，要准确认定利益输送行为的性质，着重审查投融资的背景、投融资方式、融资需求的真实性、行为人是否需要承担风险、风险与所获收益是否相符等证据。在办理国有公司人员滥用职权犯罪案件时，要客观认定行为造成公共财产损失的范围，对于国有公司应得而未获得的预期收益，可以认定为损失数额。在办理利用未公开信息交易犯罪案件时，对于内幕信息、未公开信息的范围、趋同性交易盈利数额等关键要件的认定，要调取证券监督管理部门、证券交易所等专业机构出具的认定意见，综合全案证据审查判断。

### 【基本案情】

被告人桑某，男，甲资产管理股份有限公司（国有非银行金融机构，以下简称甲公司）原总裁助理、投资投行事业部总经理，乙投资管理有限公司（甲公司的全资子公司，以下简称乙公司）原总经理、



董事长。

（一）受贿罪。2009 年至 2017 年，被告人桑某利用担任甲公司投资投行部总经理，乙公司总经理、董事长等职务上的便利，为相关公司或个人在企业融资等事项上提供帮助，收受公司、个人给予的股权、钱款共计折合人民币 1.05 亿余元。

其中，2015 年至 2017 年，桑某利用职务便利，为郭某实际控制的泉州某公司借壳黑龙江某公司上市、获得乙公司融资支持等事项提供帮助。借壳上市成功后，黑龙江某公司股票更名为泉州某公司股票。2016 年 9 月，桑某安排朋友蒋某与郭某签订股权收益权代持协议，约定郭某低价将泉州某公司股票 500 万股股份收益权以上市前的价格即每股 7.26 元转让给蒋某，协议有效期至少为一年，按照退出日前 20 个交易日均价的 9 折计算回购股份金额，蒋某向郭某支付 3630 万元。2017 年 3 月，协议有效期尚未到期，蒋某见市场行情较好，遂与郭某签订协议，约定由郭某提前回购股权收益权，回购总价款为 6200 万元。同年 4 月至 7 月，郭某分两次将 6200 万元转账给蒋某。蒋某实际获益 2570 万元，并与桑某约定平分。

（二）国有公司人员滥用职权罪。2015 年 6 月，乙公司管理的一个基金项目成立，桑某让其朋友温某的云南某公司投资 1.61 亿余元作为基金劣后级，后其中的 1.3 亿元出让给乙公司，云南某公司剩余 3132.55 万元劣后级份额。为帮助云南某公司提前转让该剩余部分份额获利，2018 年 2 月，桑某找到朱某帮助承接，同时未经乙公司经营决策委员会及董事会研究决定，违规安排乙公司向朱某实际控制的上海某公司出具函件，表示知晓上海某公司出资 1.01 亿元购买云南某公司剩余的全部劣后级份额，并承诺将来按照其出资份额而非基金份额分配股票。2018 年 3 月，上海某公司出资 1.01 亿元承接云南某公司劣后级份额后，云南某公司早于乙公司退出该基金项目，并获

利 7000 余万元。因云南某公司提前退出，导致改变了劣后级合伙人分配协议等文件约定的浮动收益分配规则，使得基金份额年化收益出现差别，经会计师事务所测算，乙公司少分得投资收益 1986.99 万元。

桑某其他国有公司人员滥用职权事实略。

（三）利用未公开信息交易罪。2015 年 6 月至 2016 年 9 月，桑某利用职务便利，获取乙公司及该公司实际控制的某基金证券账户投资股票名称、交易时间、交易价格等未公开信息。经证监会认定，上述信息属于内幕信息以外的其他未公开信息。其间，桑某违反相关规定，利用上述未公开信息，操作其本人控制的公司和他人名下证券账户进行关联趋同交易，非法获利 441.66 万元。

本案由北京市监察委员会调查终结后移送起诉。2020 年 3 月 3 日，北京市人民检察院第二分院以桑某犯受贿罪、利用未公开信息交易罪、国有公司人员滥用职权罪依法提起公诉。2021 年 8 月 27 日，北京市第二中级人民法院作出一审判决，以桑某犯受贿罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯利用未公开信息交易罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币四百五十万元；犯国有公司人员滥用职权罪，判处有期徒刑五年；决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。一审宣判后，桑某提出上诉。北京市高级人民法院二审裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察机关履职过程】

#### （一）提前介入

检察机关根据监察机关商请提前介入审查，围绕利用未公开信息交易罪中桑某的主观故意、未公开信息的认定等，提出具体补证意见，全面夯实关键证据。一是调取乙公司的交易指令，并由乙公司对桑某签字的相关交易指令进行说明，查明桑某对未公开信息的主观明知。二是调取证监会专业认定意见，证实桑某利用职务便利所掌握的乙公

司和某基金证券账户在投资决策、交易执行、持仓、资金数量及变化、投资规模等方面的信息，属于“内幕信息以外的其他未公开信息”。

## （二）审查起诉

审查起诉阶段，检察机关依法审查了桑某涉案全部犯罪事实和证据。针对受贿犯罪中所涉金融专业问题，咨询了证券行业人士和刑法学专家，了解正常的股权收益权代持融资协议的性质和交易形式，厘清与本案中所涉协议的区别，揭示涉案协议系行受贿双方输送利益的手段。针对利用未公开信息交易犯罪中获利数额的认定问题，听取了证券交易所等机构的意见，确定了趋同性交易股票“前五后二”的比对原则、交易金额及盈利计算方法即“先进先出法”、盈利数额的计算公式，最终以上海、深圳证券交易所提供的交易数据为依据，认定桑某非法获利共计 441.66 万元。

## （三）指控与证明犯罪

庭审中，针对被告人和辩护人提出的桑某、蒋某和郭某之间签订的股权收益权代持融资协议属于正常商业投资，涉案基金项目并未造成公共财产损失等意见，有针对性地进行了质证和答辩。

关于收受郭某贿赂的事实，公诉人指出，该笔系以股权收益权代持融资协议的方式受贿，不属于资本市场正常的投融资行为。一是签订股权收益权代持融资协议的背景异常。桑某安排蒋某与郭某签订协议时，郭某公司没有大额融资需求，且当时公司已经上市，股权价格正处于上涨区间，郭某将 500 万股股权收益权转让给他人，属于让渡具有高度确定性的预期利益，不符合常理。二是转让价格异常。双方签订协议时公司已经上市，桑某方按照公司上市前的价格计算应支付的价款，显然与正常交易价格不符。三是回购时间异常。股权收益权代持融资协议约定协议有效期至少为一年，也就是桑某方至少在一年后方能要求郭某公司回购股权收益权，但在协议签订后六个月左右，

桑某方为兑现收益，即要求郭某提前回购，有违协议约定的主要条款。此外，桑某利用职务便利为郭某实际控制的公司借壳上市、获得乙公司融资支持等事项提供帮助。综上，涉案股权收益权代持融资协议具有虚假性，实为权钱交易、输送利益的手段。

关于滥用职权的事实，公诉人指出，桑某未经董事会、经营决策委员会审议，擅自决定采用会签形式向上海某公司出具承诺函，朱某据此同意上海某公司高价受让云南某公司劣后级基金份额，由于云南某公司提前退出基金项目，直接改变了合伙协议等文件约定的浮动收益分配规则，使得同为劣后级有限合伙人的乙公司持有的基金份额年化收益减少，损害了乙公司的利益。桑某滥用职权行为与公共财产损失的结果之间具有因果关系。

### 【指导意义】

（一）办理以投融资方式收受贿赂的职务犯罪案件，要综合审查投融资的背景、方式、真实性、风险性、风险与收益是否相符等证据，判断是否具备受贿罪权钱交易的本质特征。对于利用股权收益权代持融资等投融资手段进行利益输送的受贿案件，检察机关应当着重审查投融资的背景情况、请托方是否有真实融资需求、投融资的具体方式、受贿人是否支付对价以及是否需要承担投资风险、风险是否与所获收益相符等情况。对于资本运作或相关交易异于正常市场投资，受贿人职务行为和非法获利之间紧密关联，受贿人所支付对价与所获收益明显不对等，具备受贿犯罪权钱交易特征的，依法认定构成受贿罪。

（二）渎职犯罪造成公共财产损失的范围包括国有单位因错失交易机会、压缩利润空间、让渡应有权益进而造成应得而未得的收益损失。实践中，渎职犯罪造成公共财产的损失范围一般为国有单位现有财产的实际损失，但在金融领域渎职犯罪案件中，介入交易规则变化、收益分配方式调整等因素，可能导致国有单位压缩利润空间、让渡应

有权益，进而造成国有单位预期收益应得而未得。检察机关应当注重审查造成损失的原因是市场因素还是渎职行为，渎职行为的违规性、违法性，是否具有徇私舞弊情节等要素。对因渎职行为而不是市场因素造成预期收益损失的部分，一般应当计入公共财产损失范围。

（三）办理证券期货类犯罪案件，对于内幕信息、未公开信息的范围、趋同性交易盈利数额等关键要件的认定，一般应调取证券监督管理部门、证券交易所等专业机构的认定意见，并依法进行审查判断。行为人利用职务便利实施的内幕交易、利用未公开信息交易犯罪，此类犯罪中的内幕信息、未公开信息等关键要件的认定，以及对趋同性交易盈利数额等重要情节的认定，专业性较强，要以证券监督管理部门、证券交易所等专业机构出具的认定意见为依据，如在审查中发现缺少专业认定意见，应及时与监察机关沟通，补充完善相关证据材料。

### 【相关规定】

《中华人民共和国刑法》第一百六十八条、第一百八十条、第三百八十三条、第三百八十五条、第三百八十六条

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用未公开信息交易刑事案件适用法律若干问题的解释》第五条

办案检察院：北京市人民检察院 北京市人民检察院第二分院

承办检察官：张翠松

案例撰写人：张翠松、李银、张韩旭、刘珊

### 案例三 李某等人挪用公款案

（检例第 189 号）

### 【关键词】

挪用公款罪 归个人使用 追缴违法所得

## 【要旨】

办理金融领域挪用公款犯罪案件，应从实质上把握“归个人使用”等要件。对于为个人从事营利活动而违规使用单位公款，给公款安全造成风险，如果公款形式上归单位使用，但是实质上为个人使用的，可以认定挪用公款“归个人使用”。他人因行为人挪用公款犯罪直接获利，虽不构成犯罪或未被追究刑事责任，但主观上对利益违法性有认知的，对他人的直接获利应认定为违法所得，检察机关可以向监察机关提出建议，依法予以追缴或者责令退赔。

## 【基本案情】

被告人李某，男，甲国有银行原行长，曾任甲国有银行副行长。

被告人王某、邵某、余某，甲国有银行资金营运中心原工作人员。

被告人赵某、钱某，乙证券公司固定收益证券部原工作人员。

2006 年，某政策性银行发行“2006 年第三期黄河信贷资产支持证券”的次级档产品（以下简称“黄河 3C 证券”），乙证券公司系承销商之一，该公司固定收益证券部副总经理赵某、业务经理钱某掌握该证券极可能盈利的信息后，为追求个人利益，商议由赵某联系甲国有银行发行分级理财产品对接该证券。后赵某联系时任甲国有银行副行长李某、资金营运中心副总经理王某等人。经商议，李某决定由甲国有银行发行理财产品，再通过信托合同将理财产品所募集资金用于购买“黄河 3C 证券”。2008 年 6 月，甲国有银行发行“天山 5 号”理财产品，募集资金人民币 4.25 亿元，通过丙信托公司发行信托计划投资“黄河 3C 证券”。该理财产品分为稳健级和进取级，其中稳健级募集人民币 3.65 亿元，由商业银行等金融机构认购；进取级募集人民币 0.6 亿元，由李某、赵某、王某等 70 余人认购。甲国有银行收取投资管理费。

2008 年底，为实现个人利益最大化，赵某与钱某商议后，向李

某、王某等人提议提前兑付“天山 5 号”理财产品，另行设立稳健级收益更低、进取级收益更高的理财平台用于投资“黄河 3C 证券”。2009 年 7 月，在不符合提前终止条件且“黄河 3C 证券”预期收益较好的情况下，李某在专题会议上否决了银行风控部门的意见，力主提前终止“天山 5 号”理财产品，又在行长办公会上虚构了“黄河 3C 证券”存在较大风险的事实，隐瞒了提前兑付是为了获取更大个人利益的真实目的，促使该国有银行作出了提前兑付决定，会议中未研究兑付方式和资金来源。因短期内无法从其他渠道募集到足额资金，经赵某提议、李某同意，王某、余某、邵某审批或具体经办，违规使用甲国有银行备付金人民币 4.8 亿余元提前兑付了“天山 5 号”理财产品。

2009 年 8 月，李某经与王某等人商议，通过签订转让协议的方式，将甲国有银行持有的“黄河 3C 证券”的收益权以人民币 4.85 亿余元的价格，转让给丁信托公司另行设立的信托计划，并用该信托计划募集的资金归还了甲国有银行被挪用款项。经查，另行设立的信托计划募集资金人民币 4.9 亿元，6 名被告人及李某、王某、邵某、余某介绍的 15 名甲国有银行、金融监管机构的相关人员认购进取级产品共计 0.6 亿元。截至 2010 年 10 月到期兑付，上述 21 人共计获利人民币 1.26 亿余元，其中李某等 6 名被告人获利 0.8 亿余元，其余 15 人获利 0.4 亿余元。

本案由 A 市监察委员会及 A 市 B 区监察委员会调查终结后分别移送起诉。2019 年 10 月 12 日、11 月 8 日，A 市人民检察院以李某等六人犯挪用公款罪分两个案件依法提起公诉。2020 年 10 月 13 日，A 市中级人民法院作出一审判决，认定上述六名被告人构成挪用公款罪，且分别具有自首、从犯等从轻、减轻处罚情节，判处五年六个月到一年二个月不等的有期徒刑。一审宣判后，李某、赵某提出上诉，

2021 年 8 月 31 日，C 省高级人民法院二审裁定驳回上诉、维持原判。

### 【检察机关履职过程】

#### （一）提前介入

监察机关商请检察机关派员提前介入，检察机关围绕事实认定、法律适用及调查取证方向等方面开展工作。

一是研讨案件定性。有观点认为，甲国有银行使用银行备付金兑付理财产品后，即获得“黄河 3C 证券”的收益权，李某决定将该证券的收益权转让给另行成立且自己参与的信托计划，侵吞了本该由甲国有银行获得的收益，符合贪污罪特征。另有观点认为，李某等人的行为使甲国有银行丧失了应得收益，造成了国家利益的损失，应评价为国有公司人员滥用职权罪。检察机关研究认为，李某为谋取个人利益最大化，违规使用公款，主观上是挪用而非侵吞的故意；使用银行备付金提前兑付未到期理财产品，到期后银行能否获益无法确定，银行损失的仅是可能获益的机会，不符合贪污罪的构成要件。被挪用款项案发前均已归还，未造成银行财产性利益损失，也不宜评价为国有公司人员滥用职权罪。李某等人为了进行营利活动，违规使用银行备付金提前兑付理财产品，使银行承担了本不应该承担的证券投资风险，符合挪用公款罪的特征，该意见得到监察机关认可。

二是提出补证意见。为进一步查明全案事实，检察机关建议调取钱某对“黄河 3C 证券”进行分析所依据的基础资料和相关样本，以查明信息来源和信息性质；补充银行财务人员的证言和规章制度、会议记录等书证，以查明银行备付金管理规定和审批流程；调取其他进取级投资人的证言及相关银行流水，以查明上述人员参与投资、获取利益的情况。监察机关均予以采纳。

#### （二）审查起诉

检察机关进一步审查案件事实证据，论证构成挪用公款罪，在梳



理中还发现，另行设立的信托计划中参与认购进取级的共 21 人，除 6 名被告人获利 0.8 亿余元外，尚有 15 人获利 0.4 亿余元。经审查认为，上述 15 人是银行高级管理人员或监管机构工作人员，具备相应的专业知识和从业资历，认购信息和渠道均来自李某等人，主观上对巨额收益的违法性存在认知；实际获利均直接来自于李某等人挪用公款犯罪后产生的投资收益，虽因缺乏主观罪责未被追究刑事责任，但对其所获收益应一并认定为违法所得。后检察机关向监察机关提出依法追缴建议，监察机关采纳建议并予以追缴。

### （三）指控与证明犯罪

庭审中，被告人李某、赵某及其辩护人提出以下辩解及辩护意见：一是公款的使用是经领导集体研究决定；二是李某等人的行为不属于“归个人使用”；三是挪用行为未导致公款处于风险之中。

针对上述意见，公诉人答辩指出：一是本案中李某为实现个人目的，在银行风控部门强烈反对下坚持己见，在行长办公会讨论研究时虚构事实、隐瞒真相，引导作出提前终止理财产品的决策。之后李某利用职务便利违规签批使用银行备付金兑付，并指使王某等人审批或经办。可见，公款的使用是李某个人意志和擅用职权的体现。二是被挪用钱款的使用主体虽是甲国有银行，但银行在兑付理财产品后，被挪用的备付金实际转移给了原认购人，甲国有银行获得了“黄河 3C 证券”的收益权，即甲国有银行成为“黄河 3C 证券”的投资主体，将本应由不特定投资人承担的证券投资风险不当转嫁给银行，使巨额公款脱离单位控制，损害了单位对公款的管理、使用权。三是李某等人违规使用银行备付金提前兑付理财产品，是为其后利用信托计划承接“黄河 3C 证券”做准备，最终目的是为了谋取个人利益。综上，李某等人的行为属于挪用公款“归个人使用”，符合挪用公款罪的构成要件。

## 【指导意义】

（一）依法惩治金融领域挪用公款犯罪，应准确把握“个人决定”“归个人使用”的本质特征。检察机关应将打击金融领域职务犯罪与防范化解金融风险紧密结合，针对内外勾结、手段复杂隐蔽的挪用公款犯罪，要从实质上把握犯罪构成要件。对于为下一步个人擅自挪用公款做铺垫准备，相关负责人在集体研究时采取虚构事实、隐瞒真相的方式，引导形成错误决策的，不影响对个人责任的认定。对于为个人从事营利活动而违规使用单位公款的行为，应重点审查使用公款目的、公款流转去向、公款潜在风险、违法所得归属等要素，如公款形式上归单位使用、实质上为个人使用的，可以认定挪用公款“归个人使用”。

（二）对于挪用公款犯罪中“归个人使用”后进行营利活动取得的财物和孳息，如能排除系善意取得，应依法追缴。对于行为人实施挪用公款犯罪取得的非法获利，应按照犯罪所得依法予以追缴。在特定情况下，其他不构成犯罪或未被追究刑事责任的相关人员也可能因行为人实施挪用公款行为获利，如能够证实该获利系因挪用公款犯罪行为而直接产生，相关人员主观上对收益的违法性有认知，不属于善意取得，检察机关可以建议监察机关根据《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国监察法》《中华人民共和国监察法实施条例》等相关法律法规的规定，将该部分获利作为违法所得，依法予以没收、追缴。

## 【相关规定】

《中华人民共和国刑法》第二十五条、第六十四条、第三百八十四条

《中华人民共和国监察法》第四十六条

《中华人民共和国监察法实施条例》第二百零八条

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适

## 用法律若干问题的解释》第六条

《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第一条、第八条

办案检察院：江苏省检察机关

承办检察官：颜畅 刘会宇 徐挺

案例撰写人：余枫霜 刘会宇 徐挺

## 案例四 宋某某违规出具金融票证、违法发放贷款、非国家工作人员受贿案

（检例第 190 号）

### 【关键词】

违规出具金融票证 违法发放贷款 非国家工作人员受贿责任主体

### 【要旨】

集体经济组织中行使公权力的人员是否属于国家工作人员，应当依据该集体经济组织股权结构、是否从事公务等要素审查判断。银行或其他金融机构工作人员违反规定，不正当履行职责或超越职权出具信用证或者保函、票据、存单、资信证明，情节严重的，构成违规出具金融票证罪。

### 【基本案情】

被告人宋某某，男，四川省甲县农村信用合作联社（以下简称甲信用联社）原党委书记、理事长，曾任四川省乙县农村信用合作联社（以下简称乙信用联社）党委书记、理事长，四川省乙县农村商业银行（以下简称乙农商银行）党委书记、董事长。

（一）违规出具金融票证罪。2015 年初，四川某某实业有限公司（以下简称某某公司）开发的房地产项目急需资金周转，但因不符

合国家相关贷款政策，无法从银行申请获得贷款。2015 年 4 月，某某公司法定代表人叶某通过融资中介介绍，决定以非标准化债权资产方式融资（简称非标融资）4 亿元。随后，叶某通过某投资公司将某某公司的房地产项目包装为 4 亿元的理财产品，并联系四川某农商银行、河北某农商银行出资购买。两家银行要求某某公司为该 4 亿元理财产品提供担保，叶某遂找到时任乙农商银行党委书记、董事长宋某某，希望乙农商银行为该 4 亿元理财产品出具保函提供担保，同时承诺按照保函金额的 2% 给予宋某某好处费。宋某某明知乙农商银行经营范围不包括出具融资性保函，未通过调查审核，未经集体研究，私自决定以乙农商银行的名义出具 4 亿元融资性保函。截至案发，某某公司无力支付 4 亿元理财产品本金及收益，乙农商银行承担连带偿还责任。目前，四川某农商银行 1 亿元本金及收益由某某公司开发的房地产项目资产逐步偿还，河北某农商银行已就 3 亿元本金及收益偿还问题起诉乙农商银行，案件处于法院审理阶段。

（二）违法发放贷款罪。2018 年，宋某某在担任甲信用联社党委书记、理事长期间，为避免其在乙农商银行任职期间帮助某某公司和四川某房地产开发有限公司非标融资的事情案发受到牵连，违反《中华人民共和国商业银行法》《贷款通则》等法律法规的规定，和叶某、该房地产公司法定代表人孙某某商议，以二人控制的未实际开展经营活动的公司名义向甲信用联社申请贷款。为了规避甲信用联社对企业贷款授信额度超过 4000 万元应上报上级联社进行风险审查的监管要求，宋某某决定将大额贷款分解为多笔不超过 4000 万元的小额贷款。在叶某等人申请贷款后，宋某某违规提前向本单位企业部、信贷管理部相关人员打招呼，要求不做实质审查尽快办理相关贷款。宋某某向叶某、孙某某二人的关联公司违法发放贷款共计 4.128 亿元，至案发，上述贷款本息逾期后无法收回。

（三）非国家工作人员受贿罪。2013 年至 2019 年，宋某某在担任乙信用联社、乙农商银行、甲信用联社主要负责人期间，利用职务上的便利，为叶某等人在贷款融资、工程承建等方面谋取利益，收受上述人员所送财物共计 962 万元。其中，按照出具保函金额 2% 收受叶某所送财物 800 万元。

本案由四川省广安市监察委员会调查终结后移送起诉，2020 年 5 月 20 日，四川省广安市广安区人民检察院以宋某某犯违法发放贷款罪、违规出具金融票证罪、非国家工作人员受贿罪提起公诉。2020 年 12 月 31 日，四川省广安市广安区人民法院作出一审判决，以违规出具金融票证罪判处有期徒刑九年；以违法发放贷款罪判处有期徒刑九年，并处罚金人民币二十万元；以非国家工作人员受贿罪判处有期徒刑七年，并处没收个人财产人民币五十万元；数罪并罚，决定执行有期徒刑十九年，并处罚金人民币二十万元、没收个人财产人民币五十万元。一审宣判后，宋某某提出上诉，四川省广安市中级人民法院二审裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察机关履职过程】

#### （一）提前介入

经监察机关商请，检察机关提前介入案件。经查阅卷宗材料、听取调查人员对案件情况的介绍，对证据调取、案件定性、法律适用等提出书面反馈意见。一是补充完善宋某某主体身份证据，明确职能管辖主体。建议监察机关补充调取四川省农村信用社联合社（以下简称省信用联社）章程，省委组织部关于全省农村信用社干部管理权限的相关文件，乙信用联社、乙农商银行及甲信用联社章程、营业执照，宋某某的任免审批手续等书证，以便准确认定涉案单位的性质以及宋某某主体身份。经补充相关证据，查明省信用联社由省政府组建，履行省政府对全省农村信用社的服务、指导、协调和行业管理职能，宋

某某案发前所任职的信用联社属于集体经济组织，其经省信用联社党委任命提名后，从事组织、领导、管理、监督工作，属于《中华人民共和国监察法》第十五条第六项、《中华人民共和国监察法实施条例》第四十三条第三项所列举的“其他依法履行公职的人员”。二是提出宋某某不属于国家工作人员的意见。经查，虽然省政府和省信用联社对宋某某任职的涉案相关企业有一定管理职责，但企业的性质应当以章程、企业工商登记情况进行认定，涉案相关企业注册资本中均没有国有资本，不属于国有出资企业，因此宋某某不负有管理、经营、监督国有资产的职责，其职务不具有“从事公务”性质，不属于《中华人民共和国刑法》第九十三条中的“国家工作人员”。宋某某利用职务便利收受他人财物的行为应当认定为非国家工作人员受贿罪。

## （二）审查起诉

审查起诉阶段，检察机关围绕案件事实和法律适用争议开展审查工作。

一是查明宋某某发放贷款中的“违法点”。围绕违法发放贷款的具体行为方式，从三个方面构建完善证据体系。梳理叶某等人设立空壳公司或借他人名义申请贷款的资料、银行审批文件、放贷资金流向等证据，锁定“借名贷款”事实；梳理宋某某的供述和叶某等人的证言，查清宋某某与叶某等人为规避大额信贷风险提示及监管要求，将大额贷款分解为多笔审批程序相对宽松的小额贷款的“化整为零”作案手段；梳理违法放贷各环节的书证和证人证言，查明看似合法合规，实则是宋某某先打招呼，后走贷款审批流程的“逆程序操作”事实。

二是查明乙农商银行的经营范围，研究论证超越职权出具保函的行为性质。检察机关梳理了涉案金融机构的担保资质、公司章程、银监部门对涉案金融机构经营范围的批复、违规出具金融票据各流程节

点的客观证据，查明乙农商银行属于商业银行，出具融资性保函属于担保业务，根据《中华人民共和国商业银行法》相关规定“商业银行经营范围由商业银行章程规定，报国务院银行业监督管理机构批准”，乙农商银行公司章程中未规定从事融资性担保业务的相关内容，银监部门也未批准其开展该项业务，其出具融资性保函属于超越职权的行为。

### （三）指控和证明犯罪

庭审过程中，公诉人围绕宋某某是否构成违规出具金融票证罪、发放贷款是否系宋某某个人决定等焦点问题，有针对性地提出质证和答辩意见。

一是宋某某明知乙农商银行无出具融资性保函资质，违反《中华人民共和国商业银行法》等法律法规的规定，擅自决定以乙农商银行名义出具融资性保函，其行为构成违规出具金融票证罪。尽管乙农商银行不具有出具融资性保函的资质，但是其作为银行类金融机构，其出具保函的行为与其经营业务范围紧密相关，且难以为善意第三人所明知，其超越职权出具保函的行为，不仅破坏了金融交易安全、银行信用，也给银行资金带来巨额损失风险，侵害了违规出具金融票证罪所保护的法益。

二是宋某某明知相关公司不符合发放贷款条件，仍和贷款申请人商议规避相关规定提交贷款申请，同时在贷款发放各个环节，宋某某作为单位“一把手”提前给相关部门工作人员打招呼，要求不做实质审查尽快发放，使得本单位信贷审查核实职能形同虚设，最终贷款的发放是其利用职务便利推动的结果，是其个人意志的体现。

### （四）制发检察建议

宋某某违法犯罪时间长、涉及金额特别巨大，实施的犯罪行为涉及多项主要业务，反映出相关金融机构存在关键人员、关键岗位监管

不力，关键环节把关不严等漏洞。2020 年 7 月 12 日，检察机关向甲信用联社制发检察建议，提出依法依规妥善处理相关违规人员、警示教育干部职工、完善贷款管理制度、加强“一把手”监督等建议。甲信用联社对此高度重视，对 22 名相关人员作出行政记大过、警告、免职、调离岗位、撤销党内职务等问责处理，采取措施收回贷款 90 余万元，轮候查封担保人资金 2261 万元，召开全员案件警示教育大会，完善对“一把手”的监督制约机制、落实“贷款三查”等制度。

### 【指导意义】

（一）对监察机关移送起诉的集体经济组织中行使公权力的人员所涉犯罪案件，应当重点审查其是否属于国家工作人员。对于集体经济组织注册资本中没有国有资本，所从事工作不具有“从事公务”属性的，相关人员不属于国家工作人员。农村信用合作社受计划经济体制影响和农村经济发展需要，在其改制为农村商业银行或农村合作银行前，系由农民、农村工商户、企业法人和其他经济组织以及本社职工自愿入股组成的农村合作金融机构，性质属于集体经济组织。根据《中华人民共和国监察法》第十五条第六项、《中华人民共和国监察法实施条例》第四十三条第三项规定，其管理人员是“其他依法履行公职的人员”。检察机关在审查监察机关移送起诉的此类人员涉嫌职务犯罪案件时，应当审查其是否具有国家工作人员身份，对其行为定性和所涉罪名作出准确认定。一般应当根据其所在信用社的股权结构进行判断，注册资本中没有国有资本，所从事工作不具有“从事公务”属性的，相关人员不属于国家工作人员。

（二）不具备出具保函、票据等金融票证资质的银行或其他金融机构工作人员，违规为他人出具金融票证，情节严重的，应当认定构成违规出具金融票证罪。国家有关金融法律、法规对金融票证出具条件及程序有严格规定，银行及其他金融机构内部也有严格的规章制度



和业务规程，有出具金融票证资质的银行、金融机构工作人员违反法定程序、超越职权范围出具金融票证，情节严重的，构成违规出具金融票证罪。对于明知所在金融机构不具备出具金融票证资质，仍为他人出具相关金融票证，属于超越职权范围滥用职权，行为人主观恶性更深、社会危害性更大，对其依法定罪处罚不仅是刑法的应有之义，也符合常情常理和社会大众普遍认知，符合违规出具金融票证罪的，应依法予以认定。

### 【相关规定】

《中华人民共和国刑法》第九十三条、第一百六十三条、第一百八十四条第一款、第一百八十六条、第一百八十八条第一款

《中华人民共和国监察法》第十五条

《中华人民共和国监察法实施条例》第三十一条、第四十三条

办案检察院：四川省广安市人民检察院 四川省广安市广安区人民检察院

承办检察官：邹川云

案例撰写人：赖权宏 王锐 王一杰

[https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/202308/t20230822\\_625566.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/202308/t20230822_625566.shtml)

## 四、最高检发布 9 起依法惩治危害国防利益、侵犯军人军属合法权益犯罪典型案例

最高人民检察院发布 9 起依法惩治危害国防利益、侵犯军人军属合法权益犯罪典型案例。该批典型案例涉及维护国防利益和军人军属合法权益的不同方面，包括依法惩治冒充军人招摇撞骗、破坏军事设施、买卖武装部队证件、非法买卖武装部队制式服装、破坏军婚犯罪等。

据介绍，这是近年来最高检发布的第三批依法惩治危害国防利益和侵犯军人军属合法权益犯罪典型案例。为使案例更具指导性和示范意义，最高检第一检察厅逐一研究从全国检察机关征集的 100 多个案例，经调卷审查、征求相关部门意见后，最终确定了 9 起典型案例予以发布。9 起案例分别为冯某某买卖武装部队证件案，董某买卖武装部队证件、非法使用武装部队专用标志案，苏某某等三人非法买卖武装部队制式服装案，马某某、杨某某破坏军事设施案，石某某诈骗案，龚某某非法获取国家秘密案，江某某侵害英雄烈士名誉、荣誉案，钱某破坏军婚案，韩某破坏军婚案。

记者了解到，这批典型案例虽然均为涉军犯罪案例，但每起案例所突出的重点各有不同。比如，石某某诈骗案，进一步明确了如何精准打击冒充军人实施诈骗行为，做到罪责刑相适应；马某某、杨某某破坏军事设施案，主要凸显对破坏军事设施行为的从严打击和对国防、军事利益的保护；董某买卖武装部队证件、非法使用武装部队专用标志案，对非法使用武装部队专用标志罪中的“情节特别严重”进行了界定；江某某侵害英雄烈士名誉、荣誉案，以“刑事检察+公益诉讼检察”一体化保护模式有力维护军人军属合法权益。

最高检第一检察厅负责人表示，近年来，全国检察机关全面贯彻习近平法治思想、习近平强军思想，依法履行检察职能，加大惩治危害国防利益和侵犯军人军属合法权益犯罪力度。2016 年以来，最高检先后五次就加强军地协作单独下发通知或者与有关部门联合下发相关意见，坚持依法办理危害国防利益和侵犯军人军属合法权益犯罪案件。下一步，检察机关要加强对危害国防利益、侵犯军人军属合法权益犯罪案件的指导办理，注重对涉军刑事案件法律适用问题的研究。密切军地协作配合，共同推进涉军案件高质效办理和诉源治理。建立健全涉军案件办理机制，着力做好对军人家庭和未成年人家庭成

员全方位保护工作。

习近平总书记指出：“强国必须强军，军强才能国安。”党的二十大报告指出：“深化全民国防教育”“加强军人军属荣誉激励和权益保障”。维护军人尊崇地位、保障军人合法权益，是我党的政治优势和优良传统，事关国防和军队现代化建设，事关国家安全和发 展大局。一切国家机关和武装力量、各政党和群团组织、企业事业单位、社会组织和其他组织都有责任依法保障军人地位和权益，全体公民都应当依法维护军人合法权益。近年来，我国加快军事法规制度体系进程。国防法、武装警察法、退役军人保障法、军人地位和权益保障法、军事设施保护法等法律相继出台，为军人地位和权益保障、国防和军队建设提供法治规范。我国刑法将严重危害国防利益、侵犯军人军属合法权益的行为规定为犯罪。全国检察机关全面贯彻习近平法治思想、习近平强军思想，依法能动履行检察职能，加大惩治危害国防利益和侵犯军人军属合法权益犯罪力度，加强军地协作，为保障国防安全和军人军属合法权益，巩固发展军政军民团结提供了有力司法保障。这次选编的 9 起典型案例，分别涉及维护国防利益和军人军属合法权益的不同方面，较好实现了政治效果、法律效果和社会效果的统一。各地检察机关要结合本地实际，积极组织学习、参考适用。

### 案例一 冯某某买卖武装部队证件案

#### 【基本案情】

被告人冯某某，男，某公司法定代表人。

2019 年至 2021 年间，冯某某因其公司不履行民事案件生效法律文书确定的义务而先后被上海市虹口区人民法院、江苏省苏州工业园区人民法院等法院下达限制消费令，禁止其乘坐公共交通工具时选择飞机、列车软卧、轮船二等以上舱位。2020 年 10 月，冯某某通过他

人购买一张伪造的中国人民解放军军官证（以下简称“军官证”）和一张伪造的中国人民解放军军人保障卡（以下简称“军人保障卡”），先后在重庆江北国际机场等地乘坐民航班机 25 次。另查明，冯某某还通过他人为刘某某购买伪造的军官证一张，为费某某购买伪造的军官证和军人保障卡各一张。

2023 年 3 月 1 日，检察机关以买卖武装部队证件罪对冯某某提起公诉。2023 年 3 月 16 日，法院以冯某某犯买卖武装部队证件罪，判处有期徒刑一年五个月。冯某某不服，提出上诉。同年 6 月 26 日，二审法院裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察履职情况】

#### （一）立案监督

2022 年 8 月，在侦查监督与协作配合办公室例行工作会上，公安机关通报了被人民法院下达限制消费令的人员使用伪造军官证乘坐飞机的案件线索，并就证据收集、法律适用问题与派驻检察官会商研讨。检察机关认为冯某某可能涉嫌刑事犯罪，于 2022 年 8 月 24 日启动立案监督程序。同年 8 月 27 日，公安机关采纳检察机关意见，对冯某某以涉嫌使用虚假身份证件罪立案侦查。

#### （二）提前介入

提前介入、引导侦查取证过程中，检察机关通过查阅证据材料、参与案情研讨，协同公安机关强化军地协作，引导公安机关全面收集证据，并对法律适用问题进行解释反馈。公安机关提出“军人保障卡是否属于武装部队证件”，检察机关根据《军人保障卡管理规定》，认为军人保障卡是能够存储军队人员个人基本信息和后勤业务信息，实现供应保障、身份确认等功能的专用智能卡，能够在社会生活中作为证明军人身份的证件使用，如持卡购买火车票等，应当与军官证作同类解释，认定为武装部队证件。因冯某某购买武装部队证件已达 2

本，检察机关建议公安机关将侦查方向由使用虚假身份证件罪转换为买卖武装部队证件罪。此后，公安机关通过调取冯某某的微信聊天记录及交易明细，发现冯某某不仅自购军官证、军人保障卡，还为其他被限制消费人员购买上述证件，案件侦查取得重大突破。

### （三）审查起诉

因本案涉及被人民法院限制高消费的人员，该类人员身份特殊，与人民法院的执行工作密切相关，检察机关在审查起诉阶段同步开展“一案多查”。一是审查冯某某是否涉及拒不执行判决、裁定罪。根据《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第一项的规定，具有拒绝报告或者虚假报告财产情况、违反人民法院限制高消费及有关消费令等拒不执行行为，经采取罚款或者拘留等强制措施后拒不执行的，应当认定为“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”。为此，检察机关在审查起诉阶段专门围绕冯某某是否因搭乘飞机等违法限制高消费行为被相关人民法院罚款或者拘留进行了排查，确保准确适用法律。二是审查冯某某是否存在司法处罚线索。虽然最终没有发现冯某某存在拒不执行判决、裁定的情形，但检察机关经审查发现关于冯某某的司法处罚线索并依法移送人民法院，协同人民法院维护正常执行秩序。三是深挖犯罪。继续引导公安机关摸排上游造假团伙以及涉案人员是否使用伪造的武装部队证件实施其他违法犯罪行为，并将涉嫌犯罪的线索移送有管辖权的公安机关，持续做好线索查处跟进工作，强化打击力度。

### （四）社会治理

通过办理该案，检察机关加强内部联动和外部协同，强化社会治理。一是强化线索发现。围绕公安机关后续即将移送起诉的相关案件，与民事检察部门横向一体联动，开展司法处罚线索集中筛查，向人民法院集中移送 9 条司法处罚线索。二是强化打击治罪。综合考虑被限

制消费人员的身份、前科情况、搭乘飞机次数、购买伪造武装部队证件数量、认罪悔罪态度等情节，加强刑事追诉与行政处罚的衔接，以治安处罚、使用虚假身份证件罪、买卖武装部队证件罪分类处置，并围绕此类案件建立“一案一议一策”“类案共商共治”的案件咨询会商机制，确保检警共同维护国防利益、保障军人合法权益取得实效。三是强化协同治理。针对相关信息未有效互通而产生的问题，联合公安机关对机场进行工作提示，建议提高伪造武装部队证件的识别能力并强化军地协作，发挥共治效能。

### 【典型意义】

一是依法严厉惩治买卖武装部队证件犯罪。军人使用军官证、军人保障卡证明身份，既是军人的一项基本权利，也是部队高效处理事务的需要。使用虚假武装部队证件，侵犯了军人合法权益和军队证件管理秩序，影响国防安全，检察机关办理此类案件，要在证据收集、法律适用等方面加强军地协作，准确认定案件事实，有效维护军人合法权益和国防利益。

二是充分发挥侦查监督与协作配合办公室作用，强化同向监督与协作配合。侦查监督与协作配合办公室的设立，为检察机关刑事案件办理提供了更宽广的信息渠道和更前沿的线索触角。检察机关要善用侦协办工作机制，对侦协办发现的线索仔细摸排，认真研判，将立、撤案监督等线索及时移交相关部门。同时，跟踪监督，及时和公安机关就案件办理疑难问题进行沟通，共同推动案件高质效办理。

三是积极延伸检察职能，推动诉源治理。办理涉军犯罪案件，检察机关要注重做好社会治理的“后半篇文章”，准确研判办案中发现的各类问题，并分类处置：对于行业主管部门的管理漏洞，要积极制发检察建议；对于非因管理漏洞而产生的问题，应当坚持审慎原则，通过工作提示等方式提出对策建议，确保诉源治理取得实效。

## 案例二 董某买卖武装部队证件、非法使用武装部队专用标志案

### 【基本案情】

被告人董某，男，个体人员。

被告人董某因承揽园林建设工程，经常来往于全国各地。为通行方便，2020 年 5 月，董某从网上购买伪造的武装部队证件 9 本（军官证 3 本、中国人民解放军车辆驾驶证 2 张、中国人民解放军行车执照 4 张）、武装部队车辆号牌 1 副、身份证 1 张，并将伪造的部队专用车辆号牌悬挂于其私家车上，发生多次道路交通违章。2021 年 9 月案发。

2022 年 1 月 19 日，检察机关以买卖武装部队证件罪、非法使用武装部队专用标志罪、买卖身份证件罪对董某提起公诉。同年 8 月 5 日，法院以董某犯买卖武装部队证件罪、非法使用武装部队专用标志罪、买卖身份证件罪，数罪并罚，决定执行有期徒刑二年，罚金一万五千元。检察机关认为量刑畸轻提出抗诉。2023 年 1 月 17 日，二审法院采纳检察机关的抗诉意见，撤销原判，以董某犯买卖武装部队证件罪、非法使用武装部队专用标志罪、买卖身份证件罪，数罪并罚，决定执行有期徒刑四年六个月，罚金一万五千元。

### 【检察履职情况】

#### （一）提前介入

本案案情较为复杂，检察机关指派经验丰富的检察官团队介入侦查，提出具体取证方向，引导公安机关进一步核实董某所涉武装部队证件上盖章、照片、钢印等证件显示的具体内容及证件数量，董某购买证件的时间、付款时间、方式、金额，董某悬挂军车号牌的起止时间及累计时间等，夯实证据基础，完善证据体系，为案件顺利办理奠定坚实基础。2021 年 11 月 5 日，经检察机关批准，董某被公安机关执行逮捕。

## （二）审查起诉

因本案涉及的证件、号牌等数量较多，直接关系到案件定性与量刑，审查起诉阶段，检察机关主动开展自行补充侦查，补充固定了董某悬挂军车号牌出入小区并且以该车牌号缴纳车位费的证据，依法认定董某非法使用武装部队专用标志情节特别严重。同时，积极开展认罪教育工作，加强释法说理。董某某自愿认罪认罚，在值班律师见证下签署认罪认罚具结书。

## （三）审判监督

一审法院未采纳检察机关起诉意见，未认定董某犯罪情节特别严重，以董某犯买卖武装部队证件罪、非法使用武装部队专用标志罪、买卖身份证件罪，数罪并罚，决定执行有期徒刑二年，罚金一万五千元。检察机关经审查后认为，一审判决认定事实错误、适用法律错误、量刑畸轻，提出抗诉：一是关于非法买卖武装部队证件罪，购买伪造的武装部队证件 10 本以上法定刑即达三年以上有期徒刑，原判决认定购买 9 本假证，仅判处有期徒刑一年，属量刑畸轻。二是关于非法使用武装部队专用标志罪，原判认为在案证据不足以证实董某使用伪造的军车号牌累计达一年以上。检察机关围绕争议焦点补强证据，调取董某住宅小区车位费发票、违章记录、高速口车辆进出站通行记录等，补充证明董某在 2019 年 9 月 1 日至 2020 年 8 月 31 日、2020 年 9 月 23 日至 2021 年 9 月 22 日均以涉案伪造的军车号牌登记并驾车进出其住宅小区、太原等地，足以认定董某非法使用伪造军车号牌的累计时间超过一年以上，属非法使用武装部队专用标志罪中的“情节特别严重”，应判处三年以上七年以下有期徒刑。

检察机关提出抗诉的同时，对一审判决错误没收扣押在案的董某合法购买且与犯罪无关的华为 mate20 手机 1 部、董某名下有合法手续的丰田霸道越野车提出纠正意见。二审法院经审理采纳检察机关的



抗诉和纠正意见，依法将董某的刑罚改为决定执行有期徒刑四年六个月，罚金一万五千元，并将相关涉案财物发还给董某近亲属。

#### （四）社会治理

本案中董某悬挂并使用军车号牌偷逃通行费用，在多地发生道路交通违章，严重损害军队形象、扰乱社会管理秩序。检察机关依法向公安机关发出检察建议，建议公安机关协同有关部门在全市范围内组织开展假军车、假军牌车集中整治专项行动。通过集中整治，公安机关查处此类违法行为 20 余起，有力打击了非法使用军车号牌的行为，维护了社会管理秩序。

#### 【典型意义】

一是全面把握犯罪行为的社会危害性，上下一体发力确保依法打击。买卖武装部队证件、非法使用武装部队专用标志犯罪，不仅严重扰乱武装部队执行公务、履行职责，也严重危害国防安全和军队建设。办理此类案件，检察机关应当发挥“检察一体”作用，上下联动，形成监督合力，实现精准打击。

二是坚持治罪与治理并重，诉讼监督与社会治理相结合。检察机关办理此类案件，要防止就案办案，对案件中反映出的社会治理突出问题应当及时以检察建议等方式推动相关部门完善治理措施。本案中，检察机关推动公安机关协同有关部门开展假军车、假军牌车集中整治专项行动，促成军警联合执法，强化日常监管，形成长效机制，有力打击和震慑了犯罪分子，维护了军队形象。

### 案例三 苏某某等三人非法买卖武装部队制式服装案

#### 【基本案情】

被告人苏某某，男，某资源回收公司法定代表人兼总经理。

被告人韦某某，男，某资源回收公司股东。

被告人任某某，男，个体人员。

2017 年以来，被告人苏某某、韦某某共同成立某资源回收公司，在未经相关主管部门准许及未取得相关资质的情况下，向被告人任某某等上家非法采购武装部队制式服装，在全国范围内销售，其中苏某某负责日常管理、销售，韦某某负责进货。2021 年 5 月 11 日，公安机关在该公司一小仓库内查获军服一批，经清点共计 108137 件；在两个大仓库内查获军服两批，净重共 110 吨。经抽检为军服或军服仿制品。经查，韦某某、苏某某向任某某非法购买军服累计 126 吨，支付款项共计 110 万余元，任某某从中获利 17 万余元。

2021 年 9 月 18 日，检察机关以非法买卖武装部队制式服装罪对苏某某等三人提起公诉。2022 年 8 月 30 日，法院以苏某某等三人犯非法买卖武装部队制式服装罪，分别判处苏某某、韦某某、任某某有期徒刑二年、二年、一年五个月，并处罚金。韦某某不服，提出上诉。2023 年 1 月 16 日，二审法院裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察履职情况】

#### （一）提前介入

公安机关对苏某某、韦某某立案后，检察机关第一时间介入侦查、引导取证，提出查明涉案军服来源、去向，涉案军服性质等 12 条侦查取证意见。公安机关按照检察机关意见，进一步加大侦查取证力度、收集固定证据。2021 年 6 月 10 日，公安机关对苏某某、韦某某提请批准逮捕，检察机关依法对二人批准逮捕。同时，检察机关认为现有证据能够证实上家任某某涉嫌犯罪，且有逮捕必要，于次日启动追捕程序，建议公安机关对任某某依法提请批准逮捕。公安机关采纳检察机关意见，任某某被依法逮捕。

#### （二）审查起诉

审查起诉阶段，检察机关主要开展了以下四方面工作：一是强化

固定量刑证据，最大限度追赃挽损。细致审查相关收款银行流水，准确认定买卖军服、仿制军服获利数额，依法敦促退缴全部违法所得。二是依法适用认罪认罚从宽制度，实现精准指控。检察机关积极开展认罪教育工作，加强释法说理，促使苏某某、任某某自愿认罪认罚，并在值班律师见证下签署认罪认罚具结书。三是同步审查涉案财物，规范财物管理处置。本案查封扣押的待售卖军服多达上百吨，数量庞大，且分散于三个仓库内，检察机关在案件审理过程中同步进行涉案财物审查，并在起诉时向法院提出明确的没收处置建议，协同法院、公安机关共同处理，确保涉案财物处置到位。四是一体化履职，及时移送监督线索。韦某某等人在不具备销售资质的情况下在市场公开非法买卖武装部队制式服装，违反了《军服管理条例》，市场监督管理部门有失监管职责，检察机关依照《人民检察院内部移送法律监督线索工作规定》向公益诉讼检察部门移送监督线索。

### （三）社会治理

公益诉讼检察部门收到监督线索后，经调查核实，发现市场监督管理部门确有怠于履职的情况，遂依法向辖区市场监督管理部门制发诉前检察建议，督促制定《市场监督管理局“守护戎装”专项行动方案》，并在辖区内开展专项治理活动。市场监督管理局依法组织辖区乡镇市场监管所并联合区人民武装部对相关农贸市场、劳保产品店、服装店等全面排查。经持续整改落实，市场监督管理局书面反馈相关情况，2022 年 9 月至 12 月，共检查商户 168 家，引导商户签订合法经营承诺书 28 份，对 5 家商户当场责令纠正，立案查处 2 件，作出行政处罚决定 2 件。为提升整治成效，军地检察机关联合召开打击非法买卖武装部队制式服装约谈会暨《军服管理条例》普法宣传教育会。通过宣传剖析非法买卖武装部队制式服装案例，以案释法，提升法律震慑力，强化商户法治意识和守法经营的自觉性。

### 【典型意义】

一是积极履行法律监督职能，做好惩防一体。检察机关要注重提前介入引导侦查，及时追捕漏犯，对危害国防利益犯罪进行全链条打击。加强对涉案财物的审查，依法提出处置意见，确保违法所得被依法追缴。完善内部监督线索移送机制，多部门协同推进综合履职，严密惩防体系。

二是加强行刑衔接和军地协作，促进社会治理。办理非法买卖军服类案件，检察机关要积极能动履职，构建“行刑衔接+军地协作”治理模式，开展“守护戎装”专项行动，加大涉军普法宣传教育，净化市场环境，助力完善社会治理，捍卫军人荣誉，维护军队形象。

### 案例四 马某某、杨某某破坏军事设施案

#### 【基本案情】

被告人马某某，男，农民。2005 年因犯强制猥亵妇女罪被判处有期徒刑二年，2008 年因犯放火罪被判处有期徒刑五年。

被告人杨某某，男，农民。

2021 年 2 月 1 日 11 时许，被告人马某某、杨某某各带一个切割机，由马某某驾驶三轮摩托车载杨某某至 A 部队射击靶场。二人明知该地为军事管理区，仍从铁丝网非法进入，意图将该部队靶场内存放的一辆金属坦克移动战斗靶运走当废铁卖掉。由于移动战斗靶体积过大，二人用切割机将靶切割成数块，装载在三轮车上拉走。两名被告人在返回途中被巡逻民警查获。经鉴定，被破坏的军事设施价值人民币 29335 元。

2021 年 5 月 25 日，检察机关以破坏军事设施罪对马某某、杨某某提起公诉。同年 8 月 6 日，法院以马某某、杨某某犯破坏军事设施罪，分别判处有期徒刑二年八个月、二年六个月。二人均未上诉。

## 【检察履职情况】

### （一）提前介入

鉴于该案涉军的特殊性，检察机关提前介入、引导侦查取证，参与案件讨论。针对马某某和杨某某否认明知所盗物品是军事设施的辩解，检察机关引导公安机关及时提取痕迹物证，规范制作勘验笔录，查清二人对军事设施是否具有主观明知。同时，引导公安机关主动与部队对接，就被盗物品属性、财产损失及危害结果进行取证。

### （二）审查逮捕

2021 年 3 月 2 日，公安机关以马某某、杨某某涉嫌破坏军事设施罪提请检察机关批准逮捕。检察机关经审查后认为，马某某有两次故意犯罪前科，两人非法进入军事管理区，严重破坏部队军事设施，具有较大社会危险性，且认罪态度较差，依法有逮捕必要，于同年 3 月 9 日批准逮捕马某某、杨某某。

### （三）审查起诉

审查起诉阶段，检察机关全面审查证据，依法准确认定犯罪事实：一是针对马某某、杨某某对盗窃行为供认不讳但辩称不知道所盗之物属于军事设施的辩解，检察机关通过分析研判现场勘验笔录、亲赴现场实地查看、走访部队人员等方式，审查认定案发地有“军事管理区”及部队标语等显著标识，四周设置铁丝网与外界相隔，白天进入能够明显看到有暗堡、三角锥等军用设施，认定马某某、杨某某明知是军事禁地而非法进入并实施破坏、盗窃行为。二是加强与部队协作。检察机关与军事设施所属部队密切沟通，了解掌握金属靶标用途及损害后果，依法认定被破坏物品属于军事设施，并及时向部队通报案件办理进展，充分听取部队意见。三是准确认定犯罪性质，确保依法惩治。经审查，检察机关认为马某某、杨某某采取破坏性手段盗窃部队军事设施，属于盗窃罪、破坏军事设施罪的竞合，应当择一重罪处罚，以

破坏军事设施罪向法院提起公诉。四是坚持惩教结合，依法适用认罪认罚从宽制度。针对马某某、杨某某的侥幸心理，检察机关认真做好认罪认罚教育转化工作，通过释法说理，促使两名被告人深刻认识到自身行为对国防、军事利益造成的严重危害并自愿认罪认罚。检察机关指控意见和量刑建议获一审法院判决采纳。

### 【典型意义】

一是依法惩治破坏军事设施犯罪，坚决维护国防利益。军事设施是指国家直接用于军事目的的建筑、场地和设备，包括训练场、军用信息基础设施以及军队为执行任务必需设置的临时设施等。破坏军事设施不但使部队遭受财产损失，更对国防安全和军事利益造成威胁。国家禁止任何组织或者个人破坏、危害军事设施。检察机关办理此类案件，应当注重审查被告人的客观行为、认知程度，通过实地勘察等方式准确认定被告人的主观明知，依法准确定性，坚决维护军事利益和国防利益。

二是密切军地协作配合，形成打击合力。检察机关办理此类案件，应当密切军地协作配合，灵活运用座谈、走访等工作方式，加强沟通、凝聚共识、同向发力，长效推动军事设施保护工作，为军队履行使命任务提供有力司法保障。

## 案例五 石某某诈骗案

### 【基本案情】

被告人石某某，男，无业。曾因非法持有、使用警用标志、制式服装，于 2019 年 6 月 21 日被公安机关行政拘留十二日。

2020 年 9 月至 2021 年 12 月间，被告人石某某化名石某，虚构军人身份，多次穿着假军服、携带假军官证到某军队医院等地活动。在取得他人信任后，多次以招兵、谈恋爱、办入学、介绍工作等名义

骗取 18 名被害人的钱财、感情，造成 18 名被害人财产损失共计人民币 62 万余元。

2022 年 6 月 6 日，检察机关以诈骗罪对石某某提起公诉。2023 年 2 月 3 日，法院以石某某犯诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币十万元。石某某不服，提出上诉。同年 4 月 13 日，二审法院裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察履职情况】

#### （一）引导侦查取证

本案被害人众多，社会危害较大且严重损害军队声誉、败坏军人形象。审查逮捕阶段，检察官在审查每个被害人被诈骗的线索、具体情形，对被害人被诈骗的金额、资金流向进行分析、汇总的基础上，发现本案可能还存在其他被害人。为准确认定犯罪事实，检察机关在依法批准逮捕石某某的同时，向公安机关出具详细的继续侦查取证意见书，引导公安机关对涉案金额认定、资金具体流向等问题继续侦查取证，并根据线索查找其他被害人。

#### （二）审查起诉

审查起诉阶段，检察机关主要开展了以下工作：一是夯实证据体系，准确认定犯罪数额。加强与公安机关沟通联系，引导公安机关向有关网络公司调取石某某支付宝和微信流水情况，并与被害人支付转账情况进行比对，查实每一名被害人被骗具体金额，准确认定石某某骗取 18 名被害人钱款共计 62 万余元。二是依法改变定性，从严惩治冒充军人招摇撞骗犯罪。公安机关对石某某以冒充军人招摇撞骗罪移送审查起诉。检察机关经审查认为，石某某的行为同时触犯冒充军人招摇撞骗罪和诈骗罪，两罪存在竞合关系，应择一重罪论处，遂依法改变案件定性，以处罚较重的诈骗罪对石某某提起公诉，获得法院判决采纳。

### （三）法律监督

案件办理过程中，检察官经反复比对证据材料、依法讯问石某某，发现石某某所持有的军服等假冒军用物资由一名姓“谢”的上家提供。依托侦查监督与协作配合机制，检察机关督促公安机关继续追踪这一犯罪线索，深挖上游犯罪。在该案判决生效后，检察机关持续跟进线索落实情况，开展立案监督。公安机关采纳检察机关意见，决定立案侦查，后成功抓获上游犯罪嫌疑人谢某某。犯罪嫌疑人谢某某因涉嫌诈骗罪，于 2023 年 5 月 11 日被检察机关依法批准逮捕。

#### 【典型意义】

一是准确适用法律，依法严惩涉军刑事犯罪，维护国防利益。本案被告人石某某冒充现役军人身份骗取被害人信任，骗取被害人钱财、感情，谋取不法利益，不仅严重损害了被害人的合法权益，更抹黑了军人形象，影响了军队威信，进而危害国防利益。检察机关办理此类案件，应当全面把握犯罪行为的社会危害性，加强引导侦查取证，准确指控犯罪，加大对冒充军人实施招摇撞骗等犯罪行为的惩治力度，切实维护军队、军人的声誉和国防利益。

二是积极能动履职，提升办案质效。检察机关在办理涉军刑事案件过程中，应当提高政治站位，能动履职，将监督关口向前延伸，把好案件批捕关、起诉关。同时，注重深挖涉军刑事案件线索，持续追踪上游犯罪，强化立案监督，依法追捕漏犯、追诉漏罪，切实提升办案质效。

### 案例六 龚某某非法获取国家秘密案

#### 【基本案情】

被告人龚某某，男，某园林公司草皮养护人员。

2021 年 4 月 2 日下午，被告人龚某某在某部队机场附近从事草



坪修剪工作时，翻越该机场防护栏潜入机场军事管理区，使用手机非法拍摄战机照片和视频并发布在短视频平台。经部队保密委员会鉴定，被告人龚某某拍摄的照片、视频内容均为机密级。

2021年7月19日，检察机关以非法获取国家秘密罪对龚某某提起公诉。同年7月27日，法院以龚某某犯非法获取国家秘密罪，判处有期徒刑一年二个月，缓刑一年六个月。龚某某未上诉。

### 【检察履职情况】

#### （一）提前介入

经某市国家安全局邀请，某市两级检察机关上下联动，共同提前介入、引导侦查。检察机关结合本案实际，提出要求侦查机关对有关事项是否属于国家秘密以及达到何种密级程度进行鉴定、对龚某某拍摄相关照片所在的具体位置及军事设施管理标志位置等进行现场勘验的针对性建议，并在后续侦查过程中同步跟进。

#### （二）审查起诉

根据涉国家秘密案件办理要求，检察机关组建由检察长担任组长的办案团队，全面有序开展案件审查工作。一是坚持案卷审查与亲历审查相结合，通过实地调查、走访等方式，弥补案卷审查的局限性，切实把好事实关、证据关。本案中龚某某拍摄的战机照片和视频，经鉴定属于国家秘密，但其获取国家秘密的犯罪手段和方法是认定难点。办案组以在案证据为基础，前往现场查看犯罪地点具体情况，发现龚某某拍摄照片地点为机场内一处土坡，位置较为隐蔽，拍摄内容非普通人轻易可以取得，可以证实其行为属于“刺探”。通过实地调查，对龚某某以刺探手段获取国家秘密进行周密论证，确保准确认定犯罪事实。二是准确认定案件性质，统一法律适用。本案中，龚某某非法拍摄视频的行为属于非法获取国家秘密，其将短视频在网络平台发布属于故意泄露国家秘密。按照法律规定，非国家机关工作人员故

意泄露国家秘密的，密级和数量均达到一定标准才构成犯罪。本案中龚某某发布的照片及短视频虽然属于机密级，但数量尚未达到情节严重标准，故不应以故意泄露国家秘密罪惩处。检察机关以非法获取国家秘密罪对龚某某提起公诉，被法院判决采纳。

### （三）社会治理

该案暴露出机场内小土坡被龚某某利用作为拍摄地点的问题，检察机关建议机场和当地政府铲平该土坡，排除国家安全隐患。针对园林养护从业人员保密管理松懈的问题，检察机关推动相关单位落实保密要求，对工作人员进行严格审查并签订保密承诺书，开展保密培训。同时，通过走访学校、机场周边社区等单位，强化法治宣讲，切实增强公众国防安全意识，营造自觉守护国家安全和国防利益的良好社会环境。

### 【典型意义】

一是依法惩治指尖上的犯罪，切实维护国防安全。以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的，构成非法获取国家秘密罪。本案中，龚某某基于猎奇与炫耀心理，明知该机场系军事禁区且有警告牌等告示，仍以刺探方法拍摄属于国家秘密的部队现役装备并在短视频平台传播，已经构成非法获取国家秘密罪。检察机关要依法惩治指尖上的涉密案件，切实维护国家秘密和国防安全。

二是利用一体化办案机制，探索涉军刑事案件专业办理模式。地方检察机关办理此类案件，应当全方位发挥检察一体效用，从办案组织、办案机制、办案程序等多方面探索建立涉军刑事案件专业办理模式，确保案件质量。要畅通沟通联系渠道，在证据审查、流程推进、案件处理等环节，加强与国家安全机关、部队有关单位、军事检察机关的协作配合，形成工作合力。同时，坚持惩教结合，强化法治宣传和国防教育，培养公众国防安全意识。

## 案例七 江某某侵害英雄烈士名誉、荣誉案

### 【基本案情】

被告人江某某，女，无业。

2021 年 3 月 24 日至 25 日，江某某使用其新浪微博账户（粉丝数 24.8 万余），先后发布 2 条包含侮辱英雄烈士董存瑞内容的微博，歪曲、丑化、亵渎英雄烈士的事迹和精神。微博发布后迅速、广泛传播，阅读次数分别达 39506 次和 50744 次，引发广大人民群众强烈愤慨，造成恶劣社会影响，严重侵害了英雄烈士的名誉、荣誉和社会公共利益。

2021 年 6 月 30 日，检察机关以侵害英雄烈士名誉、荣誉罪对江某某提起公诉，同时提起刑事附带民事公益诉讼。同年 10 月 12 日，法院以江某某犯侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，判处有期徒刑七个月，并要求于判决生效之日起十日内在国内主要门户网站及全国性媒体公开赔礼道歉、消除影响。后江某某在全国性媒体发表致歉信。

### 【检察履职情况】

#### （一）提前介入

江某某被立案侦查后，经公安机关商请，检察机关依法提前介入、引导侦查取证。检察机关两次就侦查方向、取证要求提出意见：一是向互联网服务供应商依法调取江某某微博账户信息、微博发布内容及点击、浏览、转发次数等涉及定罪关键信息的电子证据；二是对江某某发布微博使用的移动终端依法开展鉴定；三是进一步加强对江某某犯罪主观动机的讯问。

#### （二）审查起诉

审查起诉阶段，检察机关在全面审查事实证据基础上，积极开展自行补充侦查和认罪认罚教育工作。一是就董存瑞英雄烈士事迹开展自行补充侦查。与退役军人事务管理部门联系沟通后，检察机关赴河

北省怀来县董存瑞烈士纪念馆依法调取关于董存瑞英烈事迹的证据材料，还原了董存瑞烈士光荣牺牲的伟大壮举。二是依法开展认罪认罚教育工作。检察机关经审查，发现江某某犯罪成因之一系其自小远赴国外留学生活，个人价值观未能正确建立。检察机关以此为切入点，对江某某开展释法说理，指出其犯罪行为损害了英烈名誉、荣誉及其亲属的情感，更损害了社会公众的民族和历史情感。同时，向其解释认罪认罚从宽制度及其法律后果，耐心细致开展教育引导，并结合党史、国史和军史进行思想教育。江某某真诚认罪悔罪，并手写悔过书，在辩护律师见证下自愿签署认罪认罚具结书。检察机关的指控意见和量刑建议获得法院判决采纳。

### （三）附带民事公益诉讼

办案过程中，检察机关发现民事公益诉讼线索并立案。按照法律规定，只有在英烈没有近亲属或近亲属均不提起民事诉讼时，检察机关才可以提起公益诉讼。经过大量走访调查，检察机关寻找到董存瑞唯一在世近亲属并征询其意见。董存瑞亲属向检察机关出具声明，明确表示不自行提起诉讼，同时坚决支持检察机关提起刑事附带民事公益诉讼。检察机关作为英烈保护提起公益诉讼的适格主体，在正义网进行了民事公益诉讼诉前公告程序，并适时依法提起附带民事公益诉讼。法院判决要求江某某在国内主要门户网站及全国性媒体公开赔礼道歉、消除影响。后江某某在全国性媒体发表致歉信。

### 【典型意义】

一是依法惩治侵害英雄烈士名誉、荣誉违法犯罪行为，坚决维护英烈荣光。英雄烈士是中华民族的脊梁，英雄烈士的事迹是中华民族的共同历史记忆，是社会主义核心价值观的重要体现，是社会公共利益的重要组成部分。英雄烈士的名誉、荣誉不容任何亵渎和诋毁。《刑法修正案（十一）》增设侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，对侮辱、诽谤

或者以其他方式侵害英雄烈士名誉、荣誉，情节严重的行为作出专门规定。本案中，江某某在微博上发表侮辱英烈董存瑞的言论，歪曲英烈事迹，严重伤害民族情感，经网络发酵社会传播范围广泛，影响极其恶劣。江某某行为已经构成侵害英雄烈士名誉、荣誉罪，应当依法予以严惩。

二是准确把握侵害英雄烈士名誉、荣誉罪“情节严重”的认定标准，确保案件公正处理。侵害英雄烈士名誉、荣誉“情节严重”的认定应当结合行为方式、相关信息数量、传播方式、传播范围、传播持续时间，相关信息实际被点击、浏览、转发次数，引发的社会影响、危害后果等综合判断。利用信息网络侵害英雄烈士名誉、荣誉的，可以参照适用“两高”《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。本案中江某某两条微博阅读量高达 9 万次之多，远远超过信息实际被点击、浏览次数 5000 次的立案标准，应当被认定为“情节严重”。

三是刑事检察与公益诉讼检察融合履职，更加有力维护军人军属合法权益。英烈精神得到尊崇、军属权益得到保障是事关国防利益的重要内容。针对严重侵犯英烈名誉、荣誉的违法犯罪行为，检察机关在履职过程中应当将融合履职观念贯穿始终，以“刑事检察+公益诉讼检察”一体化保护模式有力维护军人军属合法权益，增强全社会国防意识和法治意识。

## 案例八 钱某破坏军婚案

### 【基本案情】

被告人钱某，男，务工人员。

2013 年，被告人钱某在已婚状态下与陈某发展为恋人关系，后两人因钱某无法离婚而分手。2014 年 9 月，陈某与现役军人张某登

记结婚。2015 年至 2018 年，钱某明知陈某丈夫张某系现役军人，仍在陈某租房处及钱某办公室多次与陈某发生性关系，致陈某分别于 2016 年 6 月、2018 年 12 月生育二子。其间，钱某与陈某家人联系密切，代为处理家庭事务。陈某亦参与钱某婚庆车队经营，并以个人名义帮助钱某贷款购车。2022 年 3 月，现役军人张某怀疑二子非其亲生，遂报案，并于同年 6 月 2 日与陈某离婚。经鉴定，钱某、陈某是陈某所生育二子的生物学父、母亲。

2022 年 8 月 8 日，检察机关以破坏军婚罪对钱某提起公诉，同年 11 月 18 日，法院以钱某犯破坏军婚罪判处有期徒刑二年六个月。钱某未上诉。

### 【检察履职情况】

#### （一）提前介入

依托侦查监督与协作配合工作机制，检察机关发现被害人报警的情况，及时了解情况后主动提前介入，参与案件研讨，引导公安机关全面收集、固定证据。针对钱某提出与陈某仅是通奸并未同居的辩解，围绕钱某能否认定“与现役军人配偶同居”这一关键问题，检察机关重点引导公安机关调取钱某与陈某在何处发生性关系、发生性关系的频率、二人生活和经济等方面关联关系的证据。通过引导侦查机关全面走访询问二人家人、朋友、邻居、同事等人员，调取二人微信聊天记录、转账记录，查明三点关键事实：一是陈某亲人发生事故、儿子住院均由钱某出面处理，钱某与陈某家人关系密切走动频繁；二是陈某经常去钱某办公室送饭、带钱某参加家庭聚餐，而钱某则时常与陈某外出购物；三是陈某参与钱某车队经营，并为钱某购车提供经济帮助。检察机关认为，通过梳理在案证据，能够证实二人长达三年内在生活上关系密切、经济上相互帮助，属于长期、持续、稳定的同居行为，且期间二人生育二子，导致军人婚姻关系破裂，属于“明知是现

役军人配偶而与之同居”，并督促侦查机关尽快立案。

## （二）审查起诉

2022年6月1日，公安机关以钱某涉嫌破坏军婚罪移送检察机关审查起诉。钱某虽然承认与陈某通奸，但是辩称称自己不应负主要责任，陈某与丈夫张某的矛盾才是离婚导火索。为高效办理案件，检察机关一方面对钱某加强释法说理，进行认罪教育转化；另一方面通过电话访问，及时跟进了解被害人张某归队后的心理状况，听取其本人及所在部队意见。针对被害人张某流露出的负面情绪，检察机关主动联系其所在部队联络人，积极开展心理安抚。经过教育，钱某表示自愿认罪认罚。结合本案的具体情节、社会危害性以及社会影响，检察机关于2022年8月8日以破坏军婚罪对钱某提起公诉并提出有期徒刑二年至三年的量刑建议。法院判决采纳检察机关指控意见和量刑建议，以钱某犯破坏军婚罪，判处有期徒刑二年六个月。

## （三）社会治理

判决生效后，检察机关积极参与社会治理，推动解决军人军属操心事和烦心事。一是结合案件成因及影响，针对军人军属提供“法治套餐”，促进提高法治意识。二是主动联系民政局、武装部等单位，建议就及时听取军属意见、维护军属合法权益尽快建章立制。三是结合新修订实施的《军人军属法律援助工作实施办法》，在军属比较集中的小区、单位进行普法宣传，详细解读《实施办法》援助人群、适用条件、援助内容、申请事项等，主动担当作为。本案办理效果得到被害人及所在部队充分认可，部队向检察机关赠送了“维护军人权益 暖兵心士气，彰显公平正义助蓝天空防”的锦旗。

## 【典型意义】

一是准确适用法律，依法惩治破坏军婚案件。军婚的特殊性决定了法律对军婚应给予特殊保护。针对司法实践中存在的对“与现役军

人配偶同居”理解认识不统一的问题，检察机关应当结合案件具体情况，准确认定是否“同居”。一是看是否较长时间段内存在不正当性关系，且生活、经济联系密切，从而符合同居实质要素；二是看是否造成婚姻破裂、堕胎、生育子女等严重后果，从而对军人婚姻产生实质性破坏。除此之外，还要精准认定行为危害性，从严惩处破坏军人婚姻稳定、伤害军人情感的行为，并做好“事理、情理、法理”三位一体的释法说理工作，让人民群众在案件中感受到公平正义。

二是办理破坏军婚案件，应当积极作为，彰显拥军护军的检察担当。现役军人为了保家卫国，远离家庭，艰苦奋斗。军人职业的特殊性、使命的特殊性，决定其婚姻家庭关系不同于普通家庭。检察机关在办理破坏军婚案件过程中，应当主动靠前引导取证，夯实证据基础；深入实地走访调查，主动了解被害军人实际困难，以心理疏导、定期回访等多元化帮扶措施解忧纾困；加强与部队沟通协作，共同做好被害军人思想工作，帮助军人安心服役。

## 案例九 韩某破坏军婚案

### 【基本案情】

被告人韩某，男，个体人员。

被害人赵某于 2005 年入伍，2022 年 4 月退役。2015 年 1 月，被害人赵某与施某结婚。2020 年 8 月，被告人韩某在已婚状态下与施某交往，二人多次在宾馆开房并发生性关系。2021 年 5 月，被害人赵某得知上述情况，约见被告人韩某并发生肢体冲突。后赵某所属部队指派人员两次告知韩某破坏军婚后果，但韩某未听劝阻。同年 9 月 23 日施某离家出走。次日，韩某与施某在某市租房同居，二人商定拖延至赵某退役再提离婚，进而逃避法律责任。2022 年 4 月至 7 月，在赵某转业待安置期间，韩某与妻子离婚，并与施某继续保持同居关



系，致使施某在 2022 年 11 月堕胎一次。

2023 年 4 月 7 日，检察机关以破坏军婚罪对韩某提起公诉。同年 6 月 7 日，法院以韩某犯破坏军婚罪判处有期徒刑一年。韩某不服，提出上诉。同年 7 月 3 日，二审法院裁定驳回上诉，维持原判。

### 【检察履职情况】

#### （一）提前介入

2021 年 9 月 21 日赵某报警后，本案因证据问题一直处于在办状态。2022 年 1 月 19 日，公安机关通过侦查监督与协作配合办公室将本案反馈至派驻检察官，并同步发出提前介入侦查邀请函。同日，检察机关提前介入案件，听取公安机关案情通报，并以固定韩某与施某共同生活痕迹为主要侦查方向，制发了引导侦查取证提纲，重点调取韩某与施某入住酒店信息、租房信息、聊天记录及转账等关键证据。公安机关据此固定涉案通话记录 200 余条、位置信息 1014 条、视听软件信息 1511 条、微信信息 8730 条、交易记录 1554 条，为指控犯罪打下坚实基础。

#### （二）审查起诉

因本案影响较大，办案单位向上级检察院汇报。两级检察机关一致认为，韩某与施某虽不对外宣称为夫妻，但持续、稳定地共同居住生活，在经济上、生活上有着密切联系，韩某行为应当认定为破坏军婚罪中的“同居”。韩某在明知施某系现役军人配偶的情况下，仍与施某多次发生性关系并长时间同居，已经构成犯罪，且韩某罔顾法律威严、不听劝阻，犯罪情节恶劣。检察机关依法听取了被害人赵某和部队法律顾问意见，以破坏军婚罪对韩某提起公诉。

#### （三）军地协作

为进一步了解本案对赵某服役产生的实际影响，经赵某所属部队同意，检察官主动到连队走访，了解到赵某将于 2022 年 4 月退役。

为确保赵某从部队向地方平稳过渡，检察机关与部队共同对赵某进行思想疏导，为赵某全面分析后续可能发生的涉诉问题。在赵某退役后，检察机关与赵某所属部队官兵座谈，为赵某所属部队官兵进行法律宣讲，并通过与公安机关、退役军人事务管理部门座谈，完善涉军刑事案件快速反应机制，保障军人军属合法权益。

### 【典型意义】

一是高度认识惩治破坏军婚犯罪的政治责任与法律责任，维护军人合法权益。现役军人是保家卫国的主要军事力量，他们枕戈待旦，时刻为国泰民安负重前行。军婚遭到破坏，会极大动摇现役军人服役状态，严重影响部队战斗力和安全稳定。以司法手段稳“小家”为“大家”，是检察机关贯彻落实习近平法治思想、习近平强军思想的重要举措，也是检察机关应当履行的法定职责。办理该类案件，检察机关应当主动担当作为，开展心理纾解和法律宣讲工作，帮助涉案军人摆脱案件影响，营造拥军优属、尊崇军人的良好氛围。

二是充分发挥侦查监督与协作配合机制功能作用，凝聚共识、同向发力。本案中，检察机关提前介入侦查，确定案件侦查方向和侦查重点，为公安机关侦办案件提供了有力支持。两机关分工负责、互相配合，为解决案件久拖不决、全面固定犯罪证据提供了制度保障，共同做优刑事“大控方”，共同推进侦查监督与协作配合机制走深走实。

<https://mp.weixin.qq.com/s/volgrZriQjWZZ9DKraGdBw>

## 五、最高检、公安部、生态环境部发布依法严惩重点排污单位自动监测数据弄虚作假犯罪典型案例

近日，最高人民检察院、公安部、生态环境部（下称“三部门”）联合发布 4 件依法严惩重点排污单位自动监测数据弄虚作假犯罪典型案例。该批典型案例聚焦自动监测数据弄虚作假常见多发行为及新

类型、新手段，体现了三部门加强行刑衔接协作、坚决打击污染环境犯罪的决心和态度。

此次发布的典型案例中，有的案件犯罪手段升级、方式隐蔽，区别于以往直接排放或通过暗管偷排污染物；有的案件行为人实施的干扰自动监测设施、私设暗管排污、超标排污等多个污染环境的行为均构成犯罪；有的案件涉及企业多，涉案人员反侦查意识强，获取关键证据较为困难；有的案件涉及如何准确追究重点排污单位和相关人员的刑事责任等问题。在上述案件办理中，检察、公安、生态环境三部门高效协同，着力破解案件办理中的难题，夯实证据，健全完善管理机制，有效实现治罪与治理并重。

4 件典型案例分别为浙江省湖州市长兴新某地环保科技有限公司、夏某频等 4 人使用试剂干扰自动监测设施污染环境案，江苏省常熟市神某针织有限公司、被告人周某兴等 2 人稀释污水干扰自动监测设施污染环境刑事附带民事公益诉讼案，山东省滕州市索某某等 4 人安装干扰装置干扰自动监测设施破坏计算机信息系统案，四川省攀枝花市钛某化工有限公司、钱某广等 3 人篡改自动监测设备参数破坏计算机信息系统案。

三部门有关部门负责人表示，下一步，三部门将持续用力、久久为功，在拓展线索来源、提升打击治理实效、做实做细行刑衔接等方面深化执法司法联动，进一步推进专项行动，始终保持对重点行业领域环境违法犯罪严打高压态势，合力守护好绿水青山。

## 案例一 浙江省湖州市长兴新某地环保科技有限公司、夏某频等 4 人使用试剂干扰自动监测设施污染环境案

### 【关键词】

污染环境罪 COD 去除剂 模型预警 行刑衔接

### 【基本案情】

被告单位长兴新某地环保科技有限公司（以下简称“新某地公司”），成立于 2015 年 9 月 9 日。

被告人夏某频，系新某地公司生产经营负责人。

被告人夏某宇，系新某地公司员工。

被告人杨某、余某斌，系湖州磐某科技有限公司股东。

被告单位新某地公司系湖州市生态环境局确定的 2020 年、2021 年重点排污单位。2020 年 12 月至 2021 年 1 月，新某地公司先后七次通过其他单位向被告单位杨某、余某斌所在的湖州磐某科技有限公司购买了“COD 去除剂”3 余吨。被告人夏某频作为新某地公司生产经营负责人，为谋取单位利益，亲自或者组织、指挥公司员工被告人夏某宇等人，通过投加“COD 去除剂”的方式，干扰自动监测设施的正常运行，造成排放污水化学需氧量（即“COD”）自动监测数据下降的假象。2021 年 5 月 12 日晚，湖州市生态环境局长兴分局对新某地公司进行现场检查发现上述行为。经检测，新某地公司购买、使用的“COD 去除剂”主要成分为氯酸钠，该去除剂无法真正去除 COD，只是干扰 COD 的检测，造成数据下降的假象，实为“屏蔽剂”。

### 【行政调查和刑事诉讼情况】

2021 年 5 月 12 日，湖州市生态环境部门与公安机关在对新某地公司进行突击检查时，现场发现企业仓库内存放“高效 COD 去除剂”的袋装药剂，在废水排放口发现投放“COD 去除剂”的装置。经调查取证，一举查获该公司在自动监测设施取样口长期违法投加“COD 去除剂”，干扰化学需氧量自动监测设施运行的违法犯罪事实。生态环境部门于同年 5 月 17 日将案件移送公安机关。5 月 19 日，公安机关依法立案侦查，并对夏某频等 4 人采取刑事强制措施。12 月 30 日，公安机关向检察机关移送审查起诉。

鉴于该案社会影响大，且属于新类型案件，湖州市人民检察院对新某地公司、夏某频涉嫌污染环境案提级办理，并于 2022 年 5 月 17 日向湖州市中级人民法院提起公诉。同年 6 月 2 日，湖州市中级人民法院经开庭审理当庭宣判，采纳检察机关指控意见和量刑建议，以污染环境罪分别判处被告单位新某地公司罚金二十万元，被告人夏某频有期徒刑一年，缓刑一年六个月，罚金二万元。被告单位、被告人未上诉，判决已生效。8 月 8 日，检察机关对犯罪情节较轻的夏某宇依法作出相对不起诉决定，对主观故意证据存疑的杨某、余某斌依法作出存疑不起诉决定。

### 【典型意义】

1. 破题新型污染手段，依法追究刑事责任。使用“COD 去除剂”干扰自动监测设施是近年来新出现的污染环境作案方式，区别于直接排放或通过暗管偷排，犯罪手段升级、方式隐蔽，但实践中尚无定罪判例。该案是全国首例对使用“COD 去除剂”干扰自动监测设施进行刑事追责的案件，具有示范效应，彰显了相关部门坚决打击污染环境犯罪的决心和态度，有效遏制了行业乱象。

2. 依靠数字赋能，实现智慧监督。该案通过大数据手段，建立预警模型，精准锁定犯罪嫌疑单位和犯罪嫌疑人，有效破解环境违法手段隐蔽、查获难度大、证据固定难的问题，极大提高了破案效率，增强了监督的精准性，有力推动数字化手段在行政执法和刑事司法应用中的迭代升级。

**案例二 江苏省常熟市神某针织有限公司、被告人周某兴等 2 人稀释污水干扰自动监测设施污染环境刑事附带民事公益诉讼案**

### 【关键词】

污染环境罪 稀释污水 干扰自动监测设施 诉源治理

### 【基本案情】

被告单位常熟神某针织有限公司（以下简称“神某公司”），系苏州市重点排污单位，成立于 2001 年 9 月 27 日。

被告人周某兴，系神某公司厂长。

被告人顾某玉，系神某公司法定代表人。

被告单位神某公司系苏州市生态环境局确定的 2019、2020、2021 年重点排污单位，主要从事经编毛巾生产加工，使用河水作为生产用水，生产废水经自建污水处理设施处理后排放至附近水域。被告人周某兴作为该公司厂长，考虑到公司污水处理设施已运行数十年，无法保证水质稳定达标排放，自 2019 年 6 月起，安排工人将河水引入厂区排污管道，对处理后的污水进行稀释以干扰自动监测设施，向外环境排放化学需氧量等污染物。2020 年 5 月中旬，为解决因订单量激增导致污水处理设备超负荷运行而造成气浮池满溢问题，周某兴安排工人在气浮池的出水处私接埋入地下的管道，将部分未处理的超标污水直接通过水泵抽排至厂外窰井内，最终流入附近水域。被告人顾某玉作为该公司法定代表人，明知周某兴组织实施上述行为仍予以默许。

### 【行政调查和刑事诉讼情况】

根据群众举报，苏州市常熟生态环境局于 2021 年 5 月 31 日对神某公司进行突击执法检查，发现该公司有私设暗管、超标排放有毒物质的行为，涉嫌污染环境犯罪，遂立即会同常熟市公安局、常熟市人民检察院召开行刑衔接联席会，通报执法检查情况、会商案情。根据共同研判确定的侦查方向，综合神某公司长期持有河水使用许可证的情况，6 月 7 日，生态环境部门和公安机关对神某公司开展联合执法，通过逐一排查污水管道，又发现该公司存在引入河水稀释待排放污水干扰自动监测设施的行为。

6 月 17 日，苏州市常熟生态环境局将案件移送常熟市公安局。常熟市公安局于次日立案侦查，查明神某公司人为干扰自动监测设施非法超标排放污染物，并进一步追查污水去向，明确被污染河道附近的土地性质，深入调查固定证据，为开展生态环境损害评估，提起公益诉讼提供有效支撑。6 月 22 日，被告人周某兴、顾某玉主动投案，如实供述了犯罪事实。

2021 年 7 月 19 日，公安机关将案件移送常熟市人民检察院审查起诉。检察机关审查后认为，神某公司已构成污染环境罪且系单位犯罪，委托鉴定机构进行生态环境损害鉴定，督促被告单位预缴了 100 万元生态环境损害赔偿金。2021 年 11 月 18 日，常熟市人民检察院以被告单位神某公司和被告人顾某玉、周某兴涉嫌污染环境罪，依法向江阴市人民法院提起公诉，并提起附带民事公益诉讼。检察机关对被告人周某兴提出“在一审宣判前全额缴纳生态环境损害费用，可以在自首等从轻情节的基础上进一步进行量刑减让”的附条件量刑建议，同时建议不适用缓刑。被告单位在法庭审理期间全额履行了生态环境损害赔偿费用、鉴定费等事务性费用共计 153.69 万元。2022 年 7 月 8 日，江阴市人民法院采纳检察机关全部指控意见和量刑建议，判决被告单位及 2 名被告人构成污染环境罪，判处被告单位罚金八十万元、赔偿生态环境损害费用 133.89 万元、鉴定费等事务性费用 19.8 万元；判处被告人周某兴有期徒刑一年，并处罚金三万元；判处被告人顾某玉有期徒刑十个月，缓刑一年，并处罚金二万元，禁止被告人顾某玉在缓刑考验期内从事污水处理及排污有关的经营经营活动。被告单位、被告人均未上诉。判决生效后，常熟市人民检察院向市政府报送专题报告，推动开展专项检查 32 次。

### 【典型意义】

1. 多措并举，加强对违法线索的研判。该案线索来源于信访举报。

来自企业周边或企业内部的信访举报往往是“送上门”的违法线索，可以提供执法、司法部门未能掌握的违法排污信息。生态环境部门通过安排专人网上巡查，对各类生态环境信息系统开展大数据分析，加强关联性、逻辑性、合理性的综合研判，同时结合无人机、用电监控、视频监控等技术手段，不断拓宽了违法线索的发现渠道。

2. 充分运用认罪认罚从宽制度，促使行为人履行生态修复义务。该案中行为人实施的干扰自动监测设施、私设暗管排污、超标排污等多个污染环境行为均构成犯罪，属于同一犯罪构成下实施的不同行为。在办案时应当将数个行为一并进行考量，并可根据案件情况作出严格限制缓刑适用等量刑建议。对于认罪认罚案件，在审查起诉阶段，应查明被告人是否具有履行环境修复义务的意愿和能力，充分考虑提起公诉后可能出现的退赃退赔、修复损害等量刑情节变化，可以视情况提出附条件量刑建议，积极落实恢复性司法的要求。

3. 能动履职，从个案办理拓展类案源头治理。检察机关在办理该案时，充分运用“类案剖析+专题报告+跟进监督”机制，延伸剖析行业领域存在的普遍性问题，推动政府开展专项整治行动，有效实现治罪治理并重。检察机关通过跟进监督，在案件调查、司法鉴定、证据保全、行政强制等维度进一步强化部门协作，共同提升专项整治质效，更好推动特定行业领域的诉源治理。

### 案例三 山东省滕州市索某某等 4 人安装干扰装置干扰自动监测设施破坏计算机信息系统案

#### 【关键词】

破坏计算机信息系统罪 安装干扰装置 跨省协作 行刑衔接

#### 【基本案情】

被告人索某某等 4 人，均系安装干扰装置人员。



2018 年至 2022 年 6 月，被告人索某某等 4 人以成立经营环保设备的企业为掩护，对外宣称“专业降低氧含量、颗粒物，保证达到超低排放标准”，为山东、安徽、浙江、江西 4 省 12 家砖瓦窑新型建材企业（其中 7 家为重点排污单位）安装干扰装置，稀释污染物浓度，干扰实时检测数据，致使企业排放的污染物监测数据严重失真，帮助企业减少使用环保除尘材料的情况下，达到二氧化硫、氮氧化物等污染物在线监测数据合格的效果，非法获利共计 30 余万元。

### 【行政调查和刑事诉讼情况】

2019 年 7 月 26 日，山东省枣庄市生态环境局滕州分局在对滕州市姜屯镇 3 家企业开展环保检查时，发现存在安装氮气装置干扰自动监测设施的行为，依法将相关责任人员移送滕州市公安局行政拘留。滕州市公安局通过深挖扩线，发现多条为企业安装氮气装置干扰自动监测设施的违法犯罪线索，生态环境部门同步抽调业务骨干提供技术支持，协助排查嫌疑企业。经排查，滕州市公安局于同年 11 月 20 日对索某某等人立案侦查，在山东、江西、浙江、安徽 4 省先后抓获犯罪嫌疑人 26 名，查获建材企业 12 家。

2022 年 7 月 29 日，滕州市公安局将安装干扰装置的索某某等 4 人以涉嫌破坏计算机信息系统罪向滕州市人民检察院提请批准逮捕。滕州市人民检察院经过审查认为，索某某等 4 人涉嫌破坏计算机信息系统罪，且达到后果特别严重的程度，遂于 2022 年 8 月 5 日作出批准逮捕决定。鉴于重点排污单位的入罪涉及污染环境罪和破坏计算机信息系统罪的竞合问题，办案周期较长，滕州市人民检察院建议滕州市公安局对其余 21 名涉案企业人员及 1 名第三方运维人员作分案处理。

2022 年 9 月 30 日，滕州市公安局以索某某等 4 人涉嫌破坏计算机信息系统罪向滕州市人民检察院移送审查起诉。为准确评估自动监

测数据的失真程度，滕州市人民检察院提出多重验证法，经生态环境部门分析，确定涉案企业安装干扰装置后，二氧化硫、氮氧化物的数值降低约 30%至 50%。根据法律规定，索某某等 4 人的行为同时符合污染环境罪和破坏计算机信息系统罪的构成要件，但鉴于 4 名被告人获利共计 30 余万元，按照从一重罪处罚的原则，应以破坏计算机信息系统罪认定，且属后果特别严重。同年 11 月 22 日，滕州市人民检察院以被告人索某某等 4 人涉嫌破坏计算机信息系统罪，依法向滕州市人民法院提起公诉。2023 年 2 月 22 日，滕州市人民法院采纳检察机关全部指控意见，以破坏计算机信息系统罪判处索某某等 4 名被告人五年十个月至五年三个月不等有期徒刑。四名被告人均未上诉。

此案发生后，2022 年 7 月，滕州生态环境部门在全市范围内全面推进排污企业安装“全流程校准”装置，先后对 100 家企业开展双随机执法，进一步提升甄别企业是否存在干扰自动监测设施行为的能力。2023 年 3 月，三部门召开联席会，就继续加强协调执法办案达成共识，将生态环境监测数据引入公安机关环境案件预警模型，建立预警工作机制，先后对 5 家预警企业进行检查。为强化企业法治教育，三部门还通过媒体宣传、现场讲解、组织庭审观摩等形式，积极开展了环境污染防治宣传活动。

### 【典型意义】

1. 跨省高效协同，实现全环节打击。干扰环境自动监测设施类犯罪隐蔽性强、专业化程度高、查处难度大。三部门强化协作，从一个小线索深挖扩线，摧毁了辐射全国多地的犯罪网络。在行刑衔接的基础上，针对不同企业不同特点制作取证提纲，突出取证重点，理顺取证顺序。及时确定涉案企业干扰装置安装位置，第一时间固定关键证据。该案通过多省跨部门分工协作，围绕已取得证据开展分析论证，查缺补漏，完善证据体系，为此类案件提供可借鉴协作模式。

2. 准确适用法律，做到罚当其罪。该案设备安装人员对企业进行脱硫塔维护时，为了获取非法利益，积极主动推销干扰装置，主观恶性较大，在犯罪中起到了关键作用；在全国多家重点排污单位安装干扰装置，非法排污累计数量大；形成了职业化、网络化的犯罪模式，社会危害范围广。检察机关抓住设备安装人员违法所得数额较大这一案件关键要素，在确定污染行为尚未造成其他严重后果的情况下，准确适用法律，以处罚较重的破坏计算机信息系统罪定罪处罚，实现对源头犯罪的从严惩处。

3. 治罪与治理同步进行，实现三个效果有机统一。针对查办该案暴露的问题，三部门结合职能积极推进源头治理。加强对企业、第三方监测机构和在线监测系统的规范管理，利用现代信息技术加强监测，增强预警预判能力，从源头上防范此类犯罪。加强法治教育，组织开展以案释法活动，强化企业及从业人员法治意识，筑牢企业合法经营的思想防线，确保执法法律效果、政治效果、社会效果有机统一。

#### 案例四 四川省攀枝花市钛某化工有限公司、钱某广等 3 人篡改自动监测设备参数破坏计算机信息系统案

##### 【关键词】

破坏计算机信息系统罪 篡改自动监测设备参数 从业禁止  
检察建议

##### 【基本案情】

被告单位攀枝花市钛某化工有限公司（以下简称“钛某化工”），成立于 2006 年 9 月 25 日。

被告人钱某广，系钛某化工安全环保部部长。

被告人刘某，系钛某化工调度员。

被告人王某斌，系钛某化工安全环保管理员。

钛某化工 2020、2021 年均为攀枝花市生态环境局确定的重点排污单位。2020 年 1 月，该公司安装煅烧尾气在线监测仪并调试运行，同年 12 月通过验收。

2021 年 5 月 8 日至 6 月 22 日，被告人钱某广为掩饰、隐瞒钛某化工生产过程中超标排放二氧化硫、烟尘等大气污染物，安排被告人刘某、王某斌多次篡改尾气自动监测设备工控机软件系数。四川省生态环境保护综合行政执法总队通过远程监控平台发现，钛某化工二氧化硫数据在工况发生变化时也长期处于稳定状态。2021 年 6 月 22 日晚，四川省生态环境保护综合行政执法总队、攀枝花市生态环境保护综合行政执法支队对该公司开展突击检查，现场检查发现，煅烧旋转窑自动监测设备分析仪（数据分析仪器）19 时 54 分的二氧化硫浓度显示读数为 3292.9mg/m<sup>3</sup>，超过《工业炉窑大气污染物排放标准》（GB 9078-1996）规定的限值（850 mg/m<sup>3</sup>）3.87 倍，该设备同时段工控机（数据显示和设备传输仪器）二氧化硫浓度显示读数为 197.57mg/m<sup>3</sup>，数据误差 16.67 倍。钛某化工二氧化硫等污染物监控上传数据大幅低于实际排放数据。经鉴定，钛某化工通过篡改工况参数的方式超标排放二氧化硫 1082.75 小时，超排污许可排放量 130.05 吨；超标排放烟尘 8 小时，超排污许可排放量 2.53 千克。

### 【行政调查和刑事诉讼情况】

攀枝花市生态环境保护综合行政执法支队在行政调查时收集相关证据，初步调查后认为涉嫌犯罪，于 2021 年 6 月 25 日将案件移送攀枝花市公安局。经指定管辖，攀枝花市公安局钒钛高新技术产业开发分局于 6 月 28 日立案。

公安机关通过进一步调查取证，查明调度员刘某、安全环保管理员王某斌在安全环保部部长钱某广的授意下多次篡改尾气自动监测设备参数，逃避监管、超标排放二氧化硫等大气污染物的犯罪事实。

2021 年 7 月 26 日，经公安机关提请，攀枝花市仁和区人民检察院对钱某广、刘某和王某斌 3 人批准逮捕，并提出完善客观证据的继续侦查意见。9 月 29 日，公安机关将案件移送仁和区人民检察院审查起诉。检察机关在审查过程中发现该案可能涉嫌单位犯罪，遂要求公安机关补充调取钱某广任单位安全环保部部长职责、具体履职情况等证据材料。2021 年 11 月 24 日，公安机关将犯罪嫌疑单位钛某化工补充移送审查起诉。

检察机关审查后认为，犯罪嫌疑人钱某广在担任钛某化工安全环保部长期间，违反国家规定，指使犯罪嫌疑人刘某、王某斌篡改自动监测设备参数，超标排放二氧化硫 130 余吨、烟尘 2.53 千克，其行为不仅严重污染环境，且破坏了尾气在线监测系统的正常监测功能，后果严重，同时构成污染环境罪和破坏计算机信息系统罪。案发后钛某化工积极进行整改，投入 600 余万元升级排污处理设备，更新了监测设备，整改后运行效果良好。

2021 年 11 月 30 日，检察机关以被告单位攀枝花市钛某化工有限公司，被告人钱某广、刘某、王某斌犯破坏计算机信息系统罪，向仁和区人民法院依法提起公诉。被告单位和被告人均认罪认罚，检察机关提出确定刑量刑建议，并建议对三名被告人三年内禁止从事环境保护相关职业。2021 年 12 月 24 日，仁和区人民法院作出一审判决，采纳了检察机关指控的事实、罪名和量刑建议，以破坏计算机信息系统罪判处钛某化工罚金二十万元，分别判处钱某广等三名被告人一年九个月至六个月不等有期徒刑，三年内禁止从事环境保护相关职业。一审判决后，被告单位、被告人均未上诉。判决生效后，经检察机关建议，税务主管部门依法督促钛某化工缴纳环境保护税及滞纳金近 103 万元。

### 【典型意义】

1. 加强行刑衔接协作，增强环境保护合力。该案发生后，生态环境部门上下联动，在将案件移送公安机关的同时，同步将情况通报检察机关。检察机关第一时间与公安机关、生态环境部门对接，参加工作联席会对案情进行分析，建议生态环境保护部门全面提供现场行政调查记录，及时提取自动监测设备分析仪数据，调取钛某化工监控室录像资料等意见；向公安机关提出对计算机数据进行分析、核实排污危害后果、及时固定涉案人员言词证据等意见引导侦查活动开展，促使行政执法调查工作与刑事立案侦查工作无缝衔接，保证了后续刑事诉讼的顺利进行。

2. 准确追究重点排污单位和相关人员刑事责任。办理此类案件，认定单位犯罪时，要依法合理把握追诉范围。实践中，重点排污单位可能将部分环境保护事项决策权授予单位内的相关部门主管人员，这类人员虽不是单位的主要负责人员，但其为使单位逃避监管，在授权范围内作出篡改自动监测设备参数的决定，其实质是代表了单位意志，应结合单位规章制度、关联事项的决策权属与审批流程、利益归属等依法认定单位犯罪。该案中，行政执法部门依照行刑衔接规定，及时移送司法机关依法追究单位和相关人员的刑事责任。司法机关贯彻落实宽严相济刑事政策，将各行为人在篡改行为中的地位、作用作为量刑的重要考量因素，有效实现了罚当其罪。

[https://www.mee.gov.cn/ywgz/sthjzf/zfzdyxzc/202310/t20231019\\_1043534.shtml](https://www.mee.gov.cn/ywgz/sthjzf/zfzdyxzc/202310/t20231019_1043534.shtml)

## 六、浙江高院发布电信网络诈骗及关联犯罪典型案例

近年来，随着信息网络技术的迅猛发展，电信网络新型违法犯罪已成为发案最多、上升最快、涉及面最广、人民群众反映最强烈的犯

罪类型。浙江全省各级人民法院深入学习贯彻习近平总书记的重要指示精神，聚焦刑事审判持续发力，依法严惩违法犯罪分子，切实维护人民群众合法权益。随着“全民反诈在行动”主题宣传月的开展，浙江高院从全省法院近年来审结的电信网络诈骗及关联犯罪案件中选取八个典型案例发布，以期进一步发挥以案说法的宣教作用，坚决遏制电信网络诈骗多发高发态势。

### 案例一：打着“减肥瘦身”旗号实施电信诈骗

#### 【案情与裁判】

2017 年 12 月，被告人崔某、杨某以经营的某贸易公司的名义和马鞍山某商贸有限公司签订代理销售合同，招募被告人刘某等多名业务员通过网络销售酵素益生菌、大豆蛋白棒、胶原蛋白粉、果蔬酵素原液等产品。2019 年年底，被告人吕某以其经营的贸易公司成为被告人崔某公司名下的二级代理商，招募被告人张某等多名业务员通过网络销售上述产品。

2018 年 6 月至 2020 年 6 月期间，被告人崔某、吕某的贸易公司利用“ABC 模式”进行产品销售，由业务员利用包装成帅哥的引流账号在社交平台有针对性地添加有减肥需求的女性，通过日常聊天或者建立暧昧情感关系获取被害人的信任后，编造在减肥师傅的指导下成功瘦身且不反弹的虚假经历，诱导被害人添加同一业务员使用或者其他业务员配合使用的“师傅号”，使用“师傅号”的业务员虚构自己是专业体重管理师的身份，了解被害人基本体重数据和减肥经历后，通过话术为被害人作模式化的身体代谢情况、减肥原理等内容分析，诱骗被害人相信跟随其专业指导可以达到改变易胖体质、不节食就能减肥且不反弹等瘦身效果，后以根据被害人个人身体情况定制减肥方案的名义，在减肥方案中要求被害人搭配食用上述产品，以达到产品

销售目的。期间，业务员继续使用“引流号”虚假人设抬高“师傅”的专业能力和减肥效果，相互配合诱骗被害人购买产品。经查明，被告人崔某等人累计诈骗金额达 86 万余元（人民币，下同）。

平湖市人民法院经审理，以诈骗罪分别判处十七名被告人有期徒刑十一年至八个月不等的刑罚，并处罚金。

### 【法官提示】

本案犯罪团伙以公司经营减肥产品的名义，前期使用专门的营销号引诱被害人与其建立暧昧关系，后期拿捏女性爱美的心理，针对有减肥需求的女性实施精准诈骗。近年来，电信诈骗手段五花八门，犯罪分子利用网恋“杀猪盘”的手段却屡试不爽，消费者要提高警惕，谨慎对待网络交友，不要轻信他人。爱美之心人皆有之，消费者要理性面对容貌、身材焦虑，培养健康、自律的生活习惯，也要树立理性的消费观。

## 案例二：通过后台操控游戏“榜一”归属，欺骗真实玩家

### 【案情与裁判】

2020 年 11 月底至 2021 年 1 月初，被告人马某某与被告人刘某 1、张某某、刘某 2、李某某等人共谋购买某游戏版权并进行策划。该游戏在游戏区设置充值捐献池，玩家充值兑换游戏币捐献最多者夺得“榜一”，但设置捐献额度为 5 万元，超出部分的金额予以退还。玩家争夺到“榜一”就可获得捐献池内捐献总额的 40%，该公司则对捐献池内剩余部分提成 10%后再将其余金额作为玩家在游戏中打怪物和攻城游戏的红包分派。玩家获得上述捐献池中的金额、游戏红包和返还捐献超出部分的金额在提现时，均由该公司收取 10%的手续费。

2020 年 12 月 24 日，该款游戏正式运营。犯罪团伙在游戏后台直接修改内部游戏账号充值数据，通过制造虚假充值明细等方式控制



“榜一”归属，还采取招揽玩家以争夺“榜一”可获得 40% 捐献金额、可获得游戏红包等方式诱使真实玩家进入游戏并充值捐献来争夺“榜一”。期间，该犯罪团伙通过上述方式骗取共计 9.4 万余元。至 2021 年 1 月 5 日，该游戏停止运营，该公司最终盈利 5.8 万余元。

玉环市人民法院经审理，以诈骗罪判处被告人马某某有期徒刑四年，其余七名被告人有期徒刑三年至一年六个月不等，并适用缓刑，并处罚金。

### 【法官提示】

近年来，网络游戏成为大多数人休闲娱乐的首选方式，不少网游用户为了获得更高的游戏排名和更好的游戏体验，会不断地充值来“争榜”“打榜”。本案犯罪团伙深谙网游用户心理，团伙成员“各司其职”，通过在后台修改数据、虚构充值明细等方式操控“榜一”归属，并采用虚构红包提成、使用内部账号、招揽玩家争榜等方式不断诱骗网游用户充值。娱乐应适度，充值需谨慎。日常生活中通过游戏放松身心本无坏处，但过度在意游戏排名，甚至为提高排名不断充值，不仅背离了娱乐的初衷，还会给犯罪分子可乘之机。在网络游戏的世界，我们更要谨慎、节制，避免“假排名”骗走“真钱财”。

### 案例三：为电信诈骗提供互联网接入技术构成共同犯罪

#### 【案情与裁判】

2018 年，张某鸿（另案处理）受雇佣加入迟某成立的诈骗犯罪集团，该诈骗集团以公司化运作，建立 MT4 虚拟外汇交易平台实施诈骗，雇佣业务员以女性口吻与被害人聊天培养感情，骗取信任，进而诱骗被害人在该平台投资，以修改后台数据手段造成被害人投资亏损的假象，以骗取被害人钱款。2020 年 1 月，被告人熊某涛明知他人使用虚假 MT4 平台实施诈骗，仍以 2 万元的价格为迟某等人搭建虚假

交易平台，致使被害人范某、周某等人进入该平台后被骗取钱款共计 160 万余元。

云和县人民法院经审理，以诈骗罪判处被告人熊某涛有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金。

### 【法官提示】

网络工程师等技术人员对互联网技术的认识能力高于普通人，可以清楚辨认此类后台能随意操控的投资平台系电信网络诈骗分子特意设计的犯罪工具，其提供的互联网接入、服务器托管等支持虽属于技术范畴，但为犯罪分子实现诈骗目的提供了必要条件，侵害了被害人合法权益，构成共同犯罪。技术人员切勿因有利可图而将技术用在非法途径，即使赚取“合理报酬”，亦要受到法律制裁。

## 案例四：警惕从“被害人”变成“被告人”

### 【案情与裁判】

2022 年 7 月底，被告人章某凤在家中被他人电信诈骗，但其未选择报案。为拿回自己被诈骗的资金，按照诈骗嫌疑人的要求，提供自己的银行卡帮助诈骗嫌疑人对诈骗资金进行转账。经查明，2022 年 8 月，被告人章某凤两张银行卡内共计转入被诈骗资金 8000 余元。涉及的被害人应某燕等人损失共计 9 万余元。

绍兴市上虞区人民法院经审理，以诈骗罪判处被告人章某凤有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金。

### 【法官提示】

行为人被骗后本值得同情，但其选择继续与诈骗犯罪分子联系对接，使自己从“被害人”转换为“被告人”，不仅造成财产损失，还背负了犯罪“前科”，更令人惋惜。广大群众在日常生活中应提高警戒心，切勿轻信骗子的谎言，如不幸被骗，应及时固定证据，通过拨

打“110”或者到附近的派出所报案，尽量将损失降至最小，而不是继续听从嫌疑人的“骗术”渐行渐远，直至身陷囹圄。

### 案例五：以“裸聊”为由利用木马程序获取被害人信息实施敲诈勒索

#### 【案情与裁判】

2020 年 3 月至 2021 年 11 月间，被告人张某、邹某、卢某甲受招募先后从中国境内偷渡至缅甸，参加卢某乙（另案处理）等人组织的针对中国境内公民实施网络“裸聊”敲诈勒索的犯罪集团。该犯罪集团在缅甸果敢地区以公司为组织形式，通过在国内招募成员到窝点进行培训，设置专业话术剧本，以网络暧昧、恋爱为诱饵诱骗被害人，再以下载 APP 进行视频“裸聊”为由，诱骗被害人下载木马程序，获取被害人通讯录及信息，以播放事先录制的女性裸体视频的方式冒充真实“裸聊”场景，在此过程中录制、截取被害人裸体视频，以将被害人“裸聊”视频发送给其亲友相要挟，向被害人索取钱财。该犯罪集团组织严密，内部实行严格的考勤、奖惩制度，成员之间紧密联系、协同作案。被告人张某、邹某、卢某甲虽非该犯罪集团的组织者或骨干成员，但在该犯罪集团中充当“色播”业务员，负责直接引诱被害人“裸聊”，向被害人实施敲诈勒索行为。其间，该犯罪集团共实施“裸聊”敲诈至少 249 起，敲诈勒索金额至少 1718 万余元。

乐清市人民法院经审理，综合考虑各被告人在共同犯罪中的地位作用、参与犯罪的时间以及非法获利等情况，以敲诈勒索罪、偷越国（边）境罪分别数罪并罚判处三名被告人有期徒刑三年七个月至二年一个月不等的刑罚，并处罚金。

#### 【法官提示】

此类“裸聊”案件的犯罪分子多以中青年男性为目标，抓住受害

者好奇、寻求刺激的心理，化身“年轻女子”通过社交软件主动搭讪，辅以“暧昧”语言、“露骨”图片和“暴露”视频引诱受害者上钩，为实施敲诈勒索犯罪创造条件。提醒广大群众保持健康的上网习惯，谨防“桃色陷阱”，不轻易下载他人指定的 APP 或小程序，更不要向陌生人泄露身份和家庭等敏感信息。发现被骗或者被敲诈后，不要转账，保持冷静，应在第一时间报警处理。

### **案例六：利用非法购买的公民个人信息实名注册手机卡并以“猫池”设备养卡构成侵犯公民个人信息罪**

#### **【案情与裁判】**

2021 年 6 月至 10 月期间，被告人季某委在位于宁波市海曙区的家中，将通过网络购买收集的公民个人信息注册开通实名手机卡 802 张，并使用“猫池”设备养卡。后被告人季某委利用上述开通的手机号码大量注册各类手机应用程序账号，在明知售卖对象可能将账号用于违法犯罪产业链的情况下，仍将上述账号予以出售，并从中非法获利共计人民币 5.4 万余元。

宁波市海曙区人民法院经审理，以侵犯公民个人信息罪判处被告人季某委有期徒刑三年，并处罚金。

#### **【法官提示】**

当前，冒名注册的手机号、各类 APP 账号等已成为电信诈骗、网络赌博等违法犯罪活动的重要“帮凶”之一。本案被告人因非法获取并出售手机号、APP 账号等公民个人信息的行为而被刑事处罚，是对“广告诱惑”“虚假链接”“猫池”养卡等不法行为的有力打击和警示。广大群众切勿轻易在社交网络透露个人信息，拒绝“小投入、高回报”的花言巧语，谨慎对待“0 元购”等看似“薅羊毛”的广告链接，这样也能助力切断犯罪分子的利益链条。

## 案例七：制作虚假代付二维码构成帮助信息网络犯罪活动罪

### 【案情与裁判】

2021 年 6 月至 11 月，被告人植某某明知上家利用信息网络实施犯罪，为非法获利，仍通过周某某、丁某某、母某某等人组织人员购买淘宝店铺制作虚假代付二维码并上传至支付平台，同时以店铺绑定的支付宝账号帮助上家收取电信网络诈骗、赌博等相关资金，并按照上家要求转移至不同的账户。2021 年 8 月-10 月，被告人周某某在明知上家可能利用信息网络实施犯罪的情况下，多次伙同被告人张某、吴某某组织他人制作淘宝代付二维码为上家提供资金支付结算帮助，并通过“深圳某有限公司”转移资金、分账获利。2021 年 6 月至 10 月，被告人吴某某明知林某某等人利用淘宝店铺制作代付二维码可能用于接收网络违法犯罪钱款的情况下，仍为其制作代付二维码提供帮助，期间吴某某自己也制作代付二维码上传至平台并从中获利。六被告人归案后，认罪态度较好并退出全部违法所得。

开化县人民法院经审理，以帮助信息网络活动罪分别判处六被告人有期徒刑十一个月，缓刑一年十个月至有期徒刑二年，缓刑四年不等刑罚，并处罚金。

### 【法官提示】

信息网络犯罪案件数量居高不下，犯罪主体多元化，日益形成分工越来越细致的灰黑产业链，比如跑分通道还可分为“上分”（收款）、“下分”（返现），还出现跑分通道与上游犯罪之间的四方支付平台等，形式复杂多变。如今帮助信息网络活动罪的表现形式已不仅局限于出租、出借银行卡帮忙转账等形式，本案被告人通过制作虚假代付二维码后上传支付平台，并利用支付宝账号转账的形式也可构成该罪。广大群众也要提高法律意识，警惕各种不明付款链接和收款二维码。

## 案例八：通过代买虚拟币交易为上游犯罪转移资金

### 【案情与裁判】

2021 年 4 月底至 5 月底期间，被告人赵某洋从网络上承接了帮他人代买 USDT 虚拟币业务，并收取千分之六的提成。其在明知上游资金可能是电信网络诈骗犯罪所得的情况下，仍然提供自己或他人的银行卡接受部分转账收款，并将款项转移至某网络通讯平台，采用在该平台支付的方式在某交易所购买 USDT 虚拟币后提币，从而帮助上游犯罪转移资金。其间，赵某洋还招募他人为其搜集银行卡，以同样的方式转移资金，并支付 300 元至 1000 元不等的报酬。经查，其非法获利 4 万元。到案后，被告人赵某洋认罪态度较好，全额退赃并积极退赔。

云和县人民法院经审理，以掩饰、隐瞒犯罪所得罪、妨害信用卡管理罪分别判处被告人赵某洋处有期徒刑三年六个月、一年六个月，数罪并罚，决定执行有期徒刑四年六个月，并处罚金。

### 【法官提示】

电信网络诈骗犯罪中不仅有层层伪装的诈骗分子，还有专业的洗钱方式。本案被告人正是通过网络“找兼职”而参与了犯罪，其按对方要求下载指定聊天软件接收操作流程，在缴纳 5 万元保证金后又提供多张银行卡收取上游资金。提醒广大群众特别是年轻人，切勿相信所谓“日进斗金”的轻松高薪，更不要随意出售、出租银行卡、支付宝、微信等具有转账功能的账号工具。

[https://mp.weixin.qq.com/s/nHOKEUxMyeWseLRzNG\\_2xA](https://mp.weixin.qq.com/s/nHOKEUxMyeWseLRzNG_2xA)

## 【推荐阅读】

### 一、中国应用法学：《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》的理解与适用

作者：周加海 喻海松 李振华

2023 年 9 月 25 日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合发布《关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》（法发〔2023〕14 号，以下简称《意见》）。为便于司法实践中正确理解和适用，现就《意见》的制定背景、起草中的主要考虑和重点内容介绍如下。

#### 一、《意见》的制定背景

网络空间是现实社会的延伸，是亿万民众共同的精神家园。习近平总书记强调：“网络空间天朗气清、生态良好，符合人民利益。网络空间乌烟瘴气、生态恶化，不符合人民利益”，并要求以时代新风塑造和净化网络空间，共建网上美好精神家园。

随着全媒体时代的到来，网络暴力问题日益凸显。在信息网络上针对个人肆意发布谩骂侮辱、造谣诽谤、侵犯隐私等信息的网络暴力行为愈演愈烈，危害越发严重。一方面，网暴信息快速扩散、发酵，形成舆论风暴，令被害人承受巨大的精神压力和痛苦，有的造成“社会性死亡”甚至精神失常、自杀等严重后果，“按键伤人”“按键杀人”的悲剧不断；另一方面，相关网暴信息扰乱网络秩序、破坏网络生态，致使网络空间戾气横行，严重影响社会公众安全感。互联网虽是虚拟空间，但绝非法外之地。依法维护公民权益和网络秩序，让网暴者付出应有代价，已经成为全社会的共识。

网络暴力行为在刑法上主要适用的罪名为侮辱罪、诽谤罪。司法实践中，对于侮辱、诽谤犯罪通常需要被害人提起刑事自诉，适用公诉程序的情形较少。统计数据显示，近年来，侮辱、诽谤刑事案件增长明显，其中不少是网络侮辱、诽谤案件。以诽谤刑事案件为例，2022

年人民法院一审收案 618 件，较 2013 年（126 件）增长了 390.48%；其中公诉只有 29 件，仅占 4.69%。与案件数量逐年增长形成明显反差的是，作出有罪判决的案件较少。仍以 2022 年诽谤刑事案件为例，当年共审结此类案件 587 件，大致情况如下：不予受理的 271 件，占 46.17%；驳回起诉的 110 件，占 18.74%；准予撤诉的 97 件，占 16.52%；作出判决的只有 79 件，仅占 13.46%，其中，被判决有罪的则仅有 43 人。案件数量逐年增多、有罪判决人数极少的巨大反差，一方面缘于自诉人在确认网络暴力侵害人、收集证据等方面存在现实困难，另一方面也与侮辱、诽谤犯罪案件的公诉标准缺乏细化指引、“门槛过高”有关。依法严惩网络暴力犯罪，关键在于要适应网络侮辱、诽谤的特点、危害，进一步明确法律适用标准，畅通刑事追诉程序，为网暴被害人及时提供有效法律救济，彰显法律威严，让人民群众充分感受到人格权益获得保障、公平正义就在身边。

鉴此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部立足执法司法实践，在中央网信办等有关部门的大力支持下，经深入调查研究、广泛征求意见、反复论证完善，共同研究制定了《意见》。《意见》制定过程中，“两高一部”公开向全社会征求意见，广大群众通过线上线下方式踊跃参与，共提出了 5 万余条意见建议，为完善文件规定发挥了重要作用。

2023 年 7 月，习近平总书记对网络安全和信息化工作作出重要指示，强调坚持依法管网、依法办网、依法上网。本《意见》是“两高一部”认真学习、深入贯彻习近平总书记重要指示精神，坚持网信为民，坚持走中国特色治网之道，坚持统筹发展和安全，为网信事业高质量发展提供有力司法服务和保障的具体举措。《意见》的发布施行，对于进一步提升网络暴力治理成效，有效维护广大网民人格权益和网络秩序，健全网络综合治理体系，营造清朗网络空间，必将发挥



重要作用。

## 二、《意见》起草中的主要考虑

《意见》坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻习近平法治思想和习近平总书记关于网络强国的重要思想，根据有关法律和司法解释的规定，切实加大对网络暴力违法犯罪的惩治力度，立足执法、司法职能深化网络暴力治理。《意见》起草中，主要有以下四点考虑：

一是坚持依法惩治立场，切实维护网络时代人格权益。当前，网络暴力滋生蔓延，贬损他人人格，损害他人名誉，侵犯他人合法权益。对此，人民群众反映强烈。《意见》坚持以人民为中心，积极回应人民群众关切，聚焦破解受害人维权困境，依法惩治网络暴力违法犯罪，立足执法、司法职责，不断提升广大人民群众在网络空间的获得感、幸福感、安全感。

二是坚持零容忍态度，切实矫正“法不责众”错误倾向。网络暴力事件往往参与人数众多、因果关系复杂，导致在责任认定上存在一定困难。对此，《意见》要求坚持严格执法，依法严肃追究责任，让人民群众充分感受到公平正义。同时明确，要重点打击恶意发起者、组织者、恶意推波助澜者以及屡教不改者；对于构成犯罪的依法追究刑事责任，尚不构成犯罪但符合治安管理处罚法等规定的，依法予以行政处罚。

三是整治互联网乱象，助力营造安全清朗网络空间。有效治理网络暴力，要求进一步压实网络平台的法律责任，依法严厉惩治借网络暴力事件实施的恶意营销炒作行为。对此，《意见》明确，基于蹭炒热度、推广引流等目的，利用互联网用户公众账号等推送、传播有关网络暴力违法犯罪的信息的，以非法利用信息网络罪定罪处罚；同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

四是准确把握行为界限，切实防止不当干预表达自由。广大网民在互联网空间享有言论自由，受宪法和法律保护。惩治网络暴力违法犯罪，绝非限制言论自由，而是明确权利边界，规制越界行为。对此，《意见》在明确依法惩治网络暴力违法犯罪的同时，要求准确把握违法犯罪行为的认定标准，切实防止对正当权利的不当干预。特别是，不能将网络检举、揭发认定为网络暴力，要正确对待网民的评论、批评。

### 三、《意见》的主要内容

《意见》针对当前执法、司法实践中的新情况新问题，依照刑法、刑事诉讼法以及有关法律、司法解释的规定，从充分认识社会危害、准确适用法律、畅通诉讼程序，以及促进综合治理四个方面，对网络暴力案件的法律适用和政策把握问题作了全面规定。《意见》共 20 条，主要包括以下十个方面的重点问题。

#### （一）关于网络暴力行为的罪名适用

根据刑法和相关司法解释规定，立足执法、司法实践，《意见》对当前典型网络暴力行为的罪名适用规则作出规定。具体而言：

1. 关于网络诽谤行为的认定。根据刑法第二百四十六条规定，捏造事实诽谤他人，情节严重的，构成诽谤罪。从司法实践看，当前各类网络暴力行为中，网络诽谤的问题最为突出，此类行为引发的网络舆情及严重后果，广受社会关注，人民群众反映强烈。为依法惩治网络诽谤行为，《意见》第 2 条结合当前网络诽谤的行为特点及其社会危害，对相关网络暴力行为适用诽谤罪的情形作出指引，规定：“在信息网络上制造、散布谣言，贬损他人人格、损害他人名誉，情节严重，符合刑法第二百四十六条规定的，以诽谤罪定罪处罚。”

2. 关于网络侮辱行为的认定。根据刑法第二百四十六条规定，以暴力或者其他方法公然侮辱他人，情节严重的，构成侮辱罪。网络空

间的匿名性、群体性和即时性，使得网络侮辱的社会危害更加突显，集中表现为相关侮辱信息的传播范围更广、速度更快，对被害人名誉、人格尊严的损害程度更深。为依法惩治网络侮辱行为，《意见》第 3 条规定：“在信息网络上采取肆意谩骂、恶意诋毁、披露隐私等方式，公然侮辱他人，情节严重，符合刑法第二百四十六条规定的，以侮辱罪定罪处罚。”需要注意的是，实践中，对于网络侮辱行为是否达到“情节严重”的程度，应当根据侮辱信息的具体情形、传播范围，以及行为手段、造成危害后果等因素，综合评价对被害人社会评价、人格尊严的损害程度，依法准确作出认定。特别是，考虑到手机等移动网络终端的广泛普及，以及当前互联网海量信息的实际情况，单纯依据相关信息的被点击、浏览次数或者被转发次数入罪应当特别慎重，以切实贯彻罪责刑相适应原则，确保案件办理取得良好效果。

3. 关于对组织“人肉搜索”等行为的处理。通过“人肉搜索”“开盒”等，在网络上非法曝光他人隐私、发布公民个人信息，极易使相关个体直接成为海量网络言论的标靶，进而遭受网络暴力的侵害，甚至引发线下滋扰、伤害，对人身权益造成更加严重的损害。例如，有的行为人非法购买他人身份证号码、肖像、工作单位、住址等个人信息，在网络上大肆散布，不仅严重侵害他人的个人信息权益，而且由于真实身份、职业和住址被暴露于公众视野，使得他人在线下也遭受各种滋扰、伤害，人身、财产权益亦被严重侵害。《意见》第 4 条根据实践情况，对组织“人肉搜索”等公开隐私型网络暴力适用侵犯公民个人信息罪的规则作出指引，规定：“组织‘人肉搜索’，违法收集并向不特定多数人发布公民个人信息，情节严重，符合刑法第二百五十三条之一规定的，以侵犯公民个人信息罪定罪处罚；依照刑法和司法解释规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

4. 关于对借网络暴力恶意营销炒作行为的处理。当前，网络暴力乱象不止，很大程度上与个别网络用户故意炒作舆论热点、收割流量牟利相关。一些恶意炒作成为助燃网络舆论、引发网络暴力的导火索，甚至有的网络暴力本身就是为了营销炒作而被恶意炮制、煽动而成。炒作者借助网络暴力事件获得海量关注，推广营销、牟取暴利；受害者深陷网暴漩涡，人格受损、无力挣脱、无从对抗。《意见》第 5 条坚持问题导向，针对此类借助网络暴力恶意营销炒作的行为，明确相应处理规则，规定：“基于蹭炒热度、推广引流等目的，利用互联网用户公众账号等推送、传播有关网络暴力违法犯罪信息，符合刑法第二百八十七条之一规定的，以非法利用信息网络罪定罪处罚；依照刑法和司法解释规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

5. 关于拒不履行信息网络安全管理义务罪的适用。根据有关法律法规的规定，网络服务提供者负有相应的信息网络安全管理义务。例如，网络安全法第四十七条规定：“网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取消除等处置措施，防止信息扩散，保存有关记录，并向有关主管部门报告。”毫无疑问，网络服务提供者依法履行信息网络安全管理义务，对及时阻断网暴信息传播和有效遏制网络暴力违法犯罪具有重大意义。实践中，受利益驱动，网络服务提供者对有关网络暴力违法犯罪信息，不依法履行信息网络安全管理义务的情况仍然存在。为强化网络暴力源头治理，《意见》第 6 条对拒不履行信息网络安全管理义务罪的相关适用情形作出指引，规定：“网络服务提供者对于所发现的有关网络暴力违法犯罪信息不依法履行信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，致使违法信息大量传播或者有其他严重情节，符合刑法第二

百八十六条之一规定的，以拒不履行信息网络安全管理义务罪定罪处罚；依照刑法和司法解释规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

## （二）关于网络暴力行政违法行为的处理

网络暴力行为类型复杂多样，危害程度差异较大。有效治理网络暴力，不仅要充分发挥刑法的威慑、教育功能，也要注重行政处罚的惩戒、引导功能。这是贯彻综合治理原则，实现行刑有序衔接的题中之义。为进一步强化对网络暴力违法行为的依法惩治，《意见》第 7 条规定：“实施网络诽谤、侮辱等网络暴力行为，尚不构成犯罪，符合治安管理处罚法等规定的，依法予以行政处罚。”实践中，对网络暴力违法行为，及时依法予以行政处罚，对制止网络暴力升级，有效净化网络生态，具有重要意义。

## （三）关于网络暴力违法犯罪的从重处罚情形

为体现对网络暴力违法犯罪的从严惩治精神，《意见》第 8 条规定：“坚持严格执法司法，对于网络暴力违法犯罪，依法严肃追究，切实矫正‘法不责众’的错误倾向。”同时，根据实践反映，强调：“要重点打击恶意发起者、组织者、恶意推波助澜者以及屡教不改者。”在此基础上，《意见》结合当前网络暴力的特点，明确了五种依法从重处罚的具体情形，具体而言：

一是针对未成年人、残疾人实施的。在行为对象上，未成年人、残疾人系依法实行特殊保护的群体，实践中，也更容易遭受网暴信息及其精神压力的侵扰，进而酿成身心受损的严重后果，应当依法受到更为严格的法律保护。以未成年人、残疾人为对象实施的网络暴力，社会危害相对更大，依法从重处罚。

二是组织“水军”“打手”或者其他人员实施的。在行为方式上，利用“水军”“打手”或者粉丝群体等其他人员有组织地实施网

络暴力，是当前网络空间治理的顽疾，此种情形下网络暴力的强度，以及不良影响的消除难度相对更大，社会危害更加严重，人民群众反映强烈，亦应从重惩治、重点打击。

三是编造“涉性”话题侵害他人人格尊严的。在网暴信息的内容上，炮制、炒作涉性话题具有一定普遍性，此类往往更吸引眼球，对公民人格尊严的侵犯也更加严重，纳入从重处罚的范围，有利于切实维护人格尊严，有效净化网络空间。

四是利用“深度合成”等生成式人工智能技术发布违法信息的。在利用的技术手段上，“深度合成”等生成式人工智能技术可以利用深度学习、合成类算法制作文本、图像、音视频和虚拟场景，具有高度的智能性，在服务用户需求、改进用户体验的同时，也可能被用于“深度伪造”、传播违法信息、破坏网络秩序，潜在风险不容忽视，亟需依法规范利用。

2022 年 11 月，国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部联合发布《互联网信息服务深度合成管理规定》，明确规定：“提供深度合成服务，应当遵守法律法规，尊重社会公德和伦理道德”“任何组织和个人不得利用深度合成服务制作、复制、发布、传播法律、行政法规禁止的信息”。将利用“深度合成”技术实施的网络暴力行为纳入从重处罚的范畴，有利于衔接前置规定，切实防范技术滥用风险，进一步强化涉人工智能网络暴力的预防和治理。

五是网络服务提供者发起、组织的。在行为主体上，就网络信息的传播而言，网络服务提供者无疑具有特殊优势，一旦其组织实施网络暴力违法犯罪，势必造成更加严重的危害后果；且网络服务提供者本身负有信息网络安全管理义务，发起、组织网络暴力的，违法程度和主观恶性更深，依法应予严惩。据此，将网络服务提供者组织、发起的网络暴力亦作为依法从重处罚的情形。

#### （四）关于网络暴力违法犯罪与正当行为的界限

为确保网络暴力治理工作取得良好效果，切实防止不当干预网民正当权利，需要依法妥当把握网络暴力行为的认定标准，特别是准确把握网络暴力与表达自由、舆论监督的界限。为此，《意见》第 10 条要求准确把握网络暴力违法犯罪行为的认定标准，规定：“通过信息网络检举、揭发他人犯罪或者违法违纪行为，只要不是故意捏造事实或者明知是捏造的事实而故意散布的，不应当认定为诽谤违法犯罪。针对他人言行发表评论、提出批评，即使观点有所偏颇、言论有些偏激，只要不是肆意谩骂、恶意诋毁的，不应当认定为侮辱违法犯罪。”

#### （五）关于落实公安机关协助取证的法律规定

司法实践中，对于侮辱、诽谤行为通常需要被害人提起自诉，并承担相应的证明责任。就网络侮辱、诽谤而言，由于网络空间的虚拟性和前台账号的匿名性，被害人自己通常难以开展信息溯源、查明扩散路径，甚至无法确认行为人的真实身份，常面临维权困境。针对网络侮辱、诽谤案件自诉人的取证难题，刑法修正案（九）专门在刑法第二百四十六条增加第三款，规定：“通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。”这一规定对于弥补自诉人取证能力的不足，为被害人提供维权救济具有重要价值。《意见》第 11 条要求落实公安机关协助取证的法律规定，就协助取证规则作出进一步细化：

1. 明确公安机关协助取证的条件。《意见》规定：“根据刑法第二百四十六条第三款的规定，对于被害人就网络侮辱、诽谤提起自诉的案件，人民法院经审查认为被害人提供证据确有困难的，可以要求公安机关提供协助。”落实上述规定，需要注意把握以下三点：（1）

准确把握公安机关协助取证的前提条件。根据《意见》的规定，公安机关协助取证的前提是“人民法院经审查认为被害人提供证据确有困难”。如果被害人已经提供了足够证据，或者自行收集有关证据并无困难，则无需由公安机关协助取证。（2）避免将人民法院受理侮辱、诽谤刑事案件的条件与自诉人提起自诉的条件混同。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（法释〔2021〕1号）第三百一十六条规定“有明确的被告人”和“有证明被告人犯罪事实的证据”是人民法院受理自诉案件的条件，但并非自诉人提起自诉的条件，即不能因为确定不了被告人或者缺乏证据而将自诉人挡在刑事自诉程序之外。受制于网络侮辱、诽谤的现实情况，被害人一般能够提供相关网络视频、网页截图等证明网络暴力事实的初步证据材料，但是对于实施网络侮辱、诽谤行为人的真实身份信息，以及相关网暴信息具体转载、阅读数量等证据材料，被害人往往无法完全自行提供。依照传统自诉案件的条件，上述情形能难以进入自诉程序，但在网络侮辱、诽谤案件之中，被告人提起自诉的，法院可以根据案件具体情况要求公安机关协助取证。作此处理，可以促使人民法院在第一时间向公安机关提出协助取证要求，最大限度地维护被害人的合法权益和确保证据的完整性。（3）畅通人民法院与公安机关的对接程序。公安机关的立案侦查作为公诉程序的最前端，对网络侮辱、诽谤协助取证制度的真正落地，发挥着不可替代的重要作用。层出不穷的海量网络信息极易掩盖原先的信息，特别是对于相关网络黑灰产深度参与的网络暴力，行为人本身具备一定的反侦查能力，及时协助取证对于顺利锁定行为人、有效收集相关证据材料意义重大。这就要求公安机关强化履职力度，在收到人民法院的通知后迅速启动协助取证程序。

2. 明确公安机关协助取证的对象。《意见》规定：“公安机关应



当根据人民法院要求和案件具体情况，及时查明行为主体，收集相关侮辱、诽谤信息传播扩散情况及造成的影响等证据材料。”据此，公安机关协助取证的对象，主要包括实施网络侮辱、诽谤的行为主体，相关侮辱、诽谤信息的传播、扩散路径、范围，转载、评论、阅读数量等。征求意见过程中，有意见提出，公安机关协助自诉案件被害人取证，与公安机关立案侦查后取证存在区别，协助取证的权限和程序，特别是对电子数据的收集程序，需要进一步明确。经研究认为，公安机关对网络侮辱、诽谤案件的协助取证在刑事立案之前，而相关侦查取证措施的前提条件是刑事立案。故而，公安机关协助取证不应直接适用刑事侦查取证的相关规定。实际上，协助取证与调查核实均处于刑事立案之前，二者在属性上具有一定相似性，故对协助取证所能采取的措施，可以参照适用调查核实的相关规定。

3. 明确网络服务提供者依法提供技术支持。网络违法犯罪具有较强的技术性，相关案件取证需要网络服务提供者提供必要的技术支持和协助。对此，法律法规作了相关规定，例如，网络安全法第二十八条规定：“网络运营者应当为公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪的活动提供技术支持和协助。”《意见》根据相关法律规定，明确：“网络服务提供者应当依法为公安机关取证提供必要的技术支持和协助。”

#### （六）关于网络侮辱、诽谤刑事案件的公诉标准

如前所述，侮辱、诽谤刑事案件自诉人取证存在现实困难，加之两罪公诉标准缺乏细化指引、“门槛过高”，形成案件数量逐年增多、有罪判决人数极少的巨大反差，一定程度上制约了公诉程序的功能发挥和网络暴力犯罪的治理成效。深化网络暴力犯罪治理，亟需进一步明确两罪公诉标准，畅通刑事追诉程序，为被害人及时提供有效法律救济。鉴此，《意见》第 12 条坚持问题导向，根据刑法和相关司法

解释规定，针对实践突出问题，采用“概括+列举”方式对网络侮辱、诽谤犯罪的公诉标准作出明确。一方面，对网络侮辱、诽谤犯罪适用公诉程序的一般原则作出明确，规定：“对于网络侮辱、诽谤是否严重危害社会秩序，应当综合侵害对象、动机目的、行为方式、信息传播范围、危害后果等因素作出判定。”另一方面，为便于实践操作把握，进一步细化适用标准，除兜底项外，列举了网络侮辱、诽谤犯罪适用公诉程序的四种具体情形。具体而言：

一是造成被害人或者其近亲属精神失常、自杀等严重后果，社会影响恶劣的。起草过程中，有意见提出“造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的”系《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕21号，以下简称《2013年解释》）规定的诽谤罪入罪条件之一，直接作为网络侮辱、诽谤的公诉条件没有体现社会危害程度上的应有区别和适用情形的适当梯度，存在不妥。经研究认为，《2013年解释》的上述规定，系针对诽谤罪“情节严重”的实体入罪条件，并未在程序上作出自诉还是公诉的区分。一般来说，诽谤罪的入罪条件既包括适用自诉程序的情形，也包括适用公诉程序的情形；不能将诽谤罪的实体入罪条件当然等同于自诉程序的适用条件、理解为只要入罪就一律自诉，这样无疑将不当限缩公诉程序的依法适用。特别是，在当前网络暴力高发的形势下，“入罪即自诉”的主张将进一步加剧被害人的维权困境，不利于有效治理网络暴力、充分救济被害人合法权益。经广泛征求意见，反复研究论证，考虑到造成被害人或者其近亲属精神失常、自杀等严重后果，是网络暴力案件中危害最突出、最极端的情形，对公众安全感的冲击最为强烈，将其规定为“严重危害社会秩序”的认定情形之一，符合立法精神和社会预期，反之则难以为社会公众理解接受、难以发挥刑法相关规定的应

有功能。据此，作出上述规定。

二是随意以普通公众为侵害对象，相关信息在网络上大范围传播，引发大量低俗、恶意评论，严重破坏网络秩序，社会影响恶劣的。传统侮辱、诽谤案件，行为人与被害人多在日常工作、生活中相识，不少存在经济、情感等纠纷，相关侮辱、诽谤行为的影响范围相对有限，通过自诉程序追责维权，遭遇的困难也相对较小。与此明显不同的是，当前网络侮辱、诽谤随意选择普通公众作为侵害对象，相关网络信息以“网速”扩散，引发海量网暴舆论，充斥整个网络空间，严重扰乱网络秩序，使网民“人人自危”，损害公众安全感；同时，面对海量网络信息、复杂传播链条和匿名网络账号，被害人取证维权势必更加困难。基于此，将此类随意以普通公众为侵害对象、严重破坏网络秩序、社会影响恶劣的网络侮辱、诽谤案件，纳入公诉范围，符合刑法规定“严重危害社会秩序”的实质条件，符合有效惩治网络暴力的实践需要，也契合被害人的维权意愿。起草过程中，有意见提出，为便于实务操作，建议本项规定对相关网络信息的数量作出明确。经研究，未采纳这一建议，未设置相关网络信息的量化标准。主要考虑：

（1）网络暴力舆论一旦形成，往往规模巨大，相关网络信息被转载、评论、阅读的数量动辄以百万、千万甚至以亿计。设置此类信息的量化标准，在实践中可能形成“重数量”甚至“唯数量”的导向，从而忽视了个案社会危害的实际差异，偏离对“严重危害社会秩序”的实质把握。例如，有的知名网络博主受关注度高，网络账号粉丝多达数百万甚至更多，如通过其账号转载本人遭受网络暴力的信息，被关注、评论、阅读的数量势必更多，但是如果相关信息的违法程度或者对人格权益的损害程度较低，不宜直接因信息数量适用公诉程序；再如，有的行为人在网上肆意散布他人裸照并作出低俗、恶意评论，公然侮辱他人，严重损害他人人格尊严的，则在决定是否适用公诉程序时，

对相关网络信息被转载、阅读数量的把握不宜过于严苛。（2）全媒体时代，手机作为移动网络终端广泛普及，目前，我国网民数量、网络流量仍在快速增长中，设置相关网暴信息的量化标准，并以此类信息数量作为网络侮辱、诽谤的公诉门槛，从长远看，难于适应互联网技术及其应用的快速发展，难以保证相关案件的处理效果。

三是侮辱、诽谤多人或者多次散布侮辱、诽谤信息，社会影响恶劣的。此项根据网络侮辱、诽谤的对象人数和行为次数，设置适用公诉程序的标准。相对于初犯、偶犯，针对多人或者多次实施网络侮辱、诽谤行为的社会危害及行为人的主观恶性明显更大，将社会影响恶劣的，作为适用公诉程序的情形，有利于强化对屡教不改者甚至专门从事相关黑灰产、充当“水军”“网络打手”等不法人员的威慑和惩治，切实净化网络生态，维护公民人格权益。

四是组织、指使人员在多个网络平台大量散布侮辱、诽谤信息，社会影响恶劣的。网络暴力得以成势，背后多有职业“水军”等网络黑灰产参与，以搅动舆论漩涡，牟取不法利益，冲击道德、法律底线，亟需依法有效规制。为突出惩治重点，《意见》将“组织、指使人员在多个网络平台大量散布侮辱、诽谤信息，社会影响恶劣的”规定为适用公诉程序的情形之一。实践中，需要注意综合考虑“组织、指使人员”“多个网络平台”和“大量散布”的适用条件，依法妥当把握“严重危害社会秩序”的刑法规定，对于行为人指使他人少数网络平台上散布相关信息，没有造成恶劣社会影响的，可以依法自诉。

需要强调的是，《意见》第 12 条对网络侮辱、诽谤行为“严重危害社会秩序”的情形作了进一步具体规定，相关规定只是落实刑法条文的要求。可以说，对符合条件的网络侮辱、诽谤案件提起公诉，是法定要求。作为规范性文件，《意见》无权、事实上也没有创设新的法律规则，只是对法律规定的细化。

### （七）关于网络侮辱、诽谤刑事案件的自诉转公诉程序

根据刑法规定，侮辱罪、诽谤罪告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。就网络侮辱、诽谤而言，实践中通常由被害人提起自诉，符合“严重危害社会秩序”条件的，适用公诉程序。为进一步畅通诉讼程序，做好相关案件程序协调、转换，《意见》第 13 条对网络侮辱、诽谤案件的自诉转公诉程序作出指引：（1）明确依法及时立案的要求，规定“对于严重危害社会秩序的网络侮辱、诽谤行为，公安机关应当依法及时立案。”（2）针对符合公诉标准的网络侮辱、诽谤刑事案件，被害人同时向人民法院提起自诉的情形，规定“人民法院可以请自诉人撤回自诉或者裁定不予受理；已经受理的，应当裁定终止审理，并将相关材料移送公安机关，原自诉人可以作为被害人参与诉讼。”（3）对于被害人在公安机关立案前提起自诉的情形，规定“人民法院经审查认为有关行为严重危害社会秩序的，应当将案件移送公安机关。”（4）对于被害人或者其近亲属向公安机关报案，公安机关经审查认为已构成犯罪但不符合公诉条件的情形，明确“可以告知报案人向人民法院提起自诉。”

征求意见过程中，有意见提出，侮辱罪、诽谤罪属亲告罪，对于网络侮辱、诽谤“严重危害社会秩序”，但被害人提起自诉的，应尊重其意愿，优先适用自诉程序。经研究，未采纳这一意见，主要考虑：（1）根据刑法规定，实施侮辱、诽谤犯罪，严重危害社会秩序的，应当依法提起公诉。（2）在公安机关已就同一网络侮辱、诽谤行为立案侦查的情况下，如允许被害人再提起自诉，则不仅增加被害人诉累，还形成就同一行为的双重追诉，与法无据。（3）对于适用公诉程序的网络侮辱、诽谤刑事案件，原自诉人可以作为被害人参与诉讼，其当事人的诉讼权利可以得到充分的程序保障。

#### （八）关于依法支持针对网络暴力的民事维权

据统计，2022 年侮辱、诽谤刑事案件一审收案共 1032 件；同年，名誉权纠纷民事案件一审收案 20086 件，接近上述两个罪名的 20 倍。这从一个侧面反映出，充分发挥民事诉讼功能，对有效救济网络暴力受害人的合法权利，切实追究侵害他人名誉权等网络暴力行为人的法律责任，意义不可低估。为进一步支持网络暴力受害人通过民事手段依法维权，《意见》第 9 条规定：“针对他人实施网络暴力行为，侵犯他人名誉权、隐私权等人格权，受害人请求行为人承担民事责任的，人民法院依法予以支持。”

此外，网络暴力借助信息技术手段实施，其强度及其对被害人合法权益的损害程度，与网暴信息的传播速度、规模直接相关。基于此，阻断网暴信息扩散、发酵往往具有急迫性，需要采取紧急措施，避免对合法权益造成难以弥补的损害。鉴此，《意见》第 15 条明确对网络暴力依法适用人格权侵害禁令，规定：“权利人有证据证明行为人正在实施或者即将实施侵害其人格权的违法行为，不及时制止将使其合法权益受到难以弥补的损害，依据民法典第九百九十七条向人民法院申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院可以根据案件具体情况依法作出人格权侵害禁令。”实践中，在民事侵权诉讼过程中，根据权利人申请，及时依法裁定作出人格权侵害禁令，对制止行为人继续实施侵害名誉权等行为，避免权利人合法权益受到难以弥补的损害，具有重要意义。

#### （九）关于网络暴力案件的公益诉讼规则

根据未成年人保护法、妇女权益保障法、个人信息保护法等法律的有关规定，侵害未成年人、妇女合法权益或者处理个人信息侵害众多个人的权益，导致社会公共利益受损的，人民检察院可以依法提起公益诉讼。为强化特定群体网络空间权益保护，保障众多网络用户个

人信息安全，《意见》第 16 条衔接相关前置法律规定，对网络暴力案件的公益诉讼规则作出明确：一是规定“网络暴力行为损害社会公共利益的，人民检察院可以依法向人民法院提起公益诉讼。”二是为进一步夯实网络服务提供者的法律责任，规定“网络服务提供者对于所发现的网络暴力信息不依法履行信息网络安全管理义务，致使违法信息大量传播或者有其他严重情节，损害社会公共利益的，人民检察院可以依法向人民法院提起公益诉讼。”三是规定“人民检察院办理网络暴力治理领域公益诉讼案件，可以依法要求网络服务提供者提供必要的技术支持和协助。”

#### （十）关于网络暴力的诉源治理

《意见》第 17 条至第 20 条专门就网络暴力的诉源治理工作作出规定，涉及受害人权益保障、衔接配合、法治宣传、综合治理等多个方面的内容。

1. 有效保障受害人权益。网络暴力治理的宗旨在于保障公民合法权益。对网络暴力违法犯罪行为依法追究乃至判处刑罚，当然是实现公平正义的重要手段，但并不意味着对被害人权益的维护完全到位。基于此，《意见》基于恢复性司法的要求，在第 17 条专门规定：“针对相关网络暴力信息传播范围广、社会危害大、影响消除难的现实情况，要依法及时向社会发布案件进展信息，澄清事实真相，有效消除不良影响。依法适用认罪认罚从宽制度，促使被告人认罪认罚，真诚悔罪，通过媒体公开道歉等方式，实现对受害人人格权的有效保护。”

2. 促进网络暴力的综合治理。网络暴力的成因十分复杂，综合治理、建立长效机制应当成为网络暴力治理的基本思路，要考虑事后追责，更要考虑事前的防范和事中的救济。在当前网络暴力的蔓延态势尚未得到明显控制的背景下，需要刑法充分发挥威慑作用以守住行

为底线，同时也需要各方共同发力，深化网络暴力源头治理、综合治理。基于此，《意见》将促进网络暴力综合治理作为重要内容，要求充分发挥执法办案的规则引领、价值导向和行为规范作用，教育引导广大网民自觉守法，引领社会文明风尚；深入分析滋生助推网络暴力发生的根源，促进对网络暴力的多元共治，从根本上减少网络暴力的发生，营造清朗网络空间。

（作者单位：周加海，最高人民法院研究室副主任；喻海松，最高人民法院研究室刑事处处长；李振华，最高人民法院研究室刑事处一级调研员）

<https://mp.weixin.qq.com/s/dMtYH2aUcTb4N4cMH7pAWA>

## 二、中国法学：虚开增值税专用发票罪的理论误区与治理重塑

作者：田宏杰

### 一、引言

2022 年 3 月 21 日，国务院部署实施《政府工作报告》提出的 1.5 万亿增值税留抵退税政策安排。退税资金全部直达企业，既雪中送炭，对各类市场主体直接高效纾困解危；又涵养税源，大力推进增值税制度改革；更织密法网，坚决打击骗税等税务违法犯罪。同年 6 月 30 日，国家税务总局公布，仅 4 月 1 日至 6 月 29 日期间，查实的骗取留抵退税企业已达 1645 户，共计骗取留抵退税款 20.34 亿元、造成其他税款损失 14.33 亿元。从 2021 年 10 月开展常态化打击虚开骗税违法犯罪专项行动以来，全国各地累计查处的涉嫌虚开骗税的企业更是高达 4 万余户。其中，四川泸州“7·15 案”涉嫌虚开发票 8284 份，价税合计金额 12.07 亿元，骗取出口退税 1.61 亿元；河南、湖南 34 户企业通过虚假购进皮革、香菇等农产品，虚构生产和货物流，虚假外汇结算，短时间内“出口”金额就达 18.74 亿元，骗取出口退



税 1.86 亿元；广东深圳“9·27 案”则涉嫌利用虚开增值税电子专用发票骗取出口退税，在重创电子专用发票能够成功阻击虚开增值税专用发票犯罪的制度预期的同时，进一步凸显了虚开增值税专用发票犯罪的高发频发态势和犯罪手段的不断升级。

与之形成反差的是，质疑虚开增值税专用发票罪正当性的声音近年来呈愈益响亮之势。尤其是恢复性司法等柔性治理方式的不断涌现，对于虚开增值税专用发票罪的不法本质、犯罪构造以及虚开概念本身，不但学界众说纷纭，而且实务态度不明，特别是对那些不断增多的难以危及国家税收利益的虚开行为，如有货代开、为虚增业绩环开等的定性更是做法不一。最高人民法院在答复湖北省高级人民法院请示的“湖北汽车商场虚开增值税专用发票案”、福建省高级人民法院请示的“泉州市松苑锦涤实业有限公司等虚开增值税专用发票案”以及 2018 年发布的“张某强虚开增值税专用发票案”等典型案例中，均主张不宜按犯罪处理，理由是行为人主观上不具有偷骗税款的目的，客观上亦未实际造成国家税收损失；检察机关也以此为据，对一些虚开增值税专用发票犯罪作不起诉处理。然而，该标准虽不时出现在司法机关的“会议纪要”“参考观点”等指导性文件中，却始终未能成为司法解释、立法解释或刑法修订的立场。是故，我国大部分地区仍循传统做法对虚开增值税专用发票行为予以严厉打击，另有部分地方法院则对不具有骗税目的的虚开增值税专用发票行为作无罪化处理，“同案不同判”“同判不同理”的现象十分突出。从前述案件来看，虚开行为不仅多与骗税、逃税行为交织，而且往往是骗税、逃税行为的源头，“目的犯说”似为实证所支持。

但是，近来的留抵退税实践表明，不具有骗税目的的虚开增值税专用发票亦有可能造成国家税款流失。所以，以目的犯限制虚开增值税专用发票罪的成立是否合理，以及由此带来的该罪与骗税、逃税等

违法犯罪的关系等一系列问题已不仅仅是决定税收征管秩序刑事保护方向的法律问题，而且事关我国税制改革的成败乃至国计民生。这也正是相关税务犯罪司法解释立项多年数易其稿，至今仍未出台的根本症结，也是正在制定的《增值税法》亟需破解的最大难题。为此，本文拟以我国刑法与其前置法的规范关系为理论工具，展开对虚开增值税专用发票罪的不法本质、规范构造和司法适用的规范分析，以期对相关税务犯罪的司法解释制定和立法完善有所助益，推进营商环境建设法治化、现代化。

## 二、虚开增值税专用发票罪的不法本质

无论虚开目的有无之争，还是虚开行为构造之辩，抑或虚开数额认定之惑，其实均与《刑法》第 205 条与其前置税法的法益保护本质及其保护比例分配的教义发掘有着紧密关系。而正是对这一问题的聚讼纷纭，使得虚开增值税专用发票罪的认定成为难题。

### （一）不法本质的争议检视

传统理论认为，刑法法益是刑法保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益，在经济犯罪中指向保护社会成员生存与发展的整体社会秩序。据此，虚开增值税专用发票罪的法益常被概括为“国家的税收征管制度”或“增值税发票的管理秩序”。因而只要实施虚开增值税专用发票行为，就会破坏国家税收制度从而构成本罪，至于增值税是否认证申报或已经抵退，则只是本罪量刑需要考虑的情节。

此即“行为犯说”的主张，也是虚开增值税专用发票罪在 1995 年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》中增设以来的刑法理论通说。随着发票用途的日益广泛，增值税专用发票不仅成为以票控税的税收征管依据，而且成了纳税人经营业绩的重要评价指标，从而与核准制下的 IPO 发行上市审核、信用等级评定和银行贷款审批等挂钩，不以骗、逃税为

目的的虚开增值税专用发票行为日渐增多，而虚开增值税专用发票罪又因其法定刑配置重、传统的“行为犯说”定罪门槛低而广为诟病，不仅致力于限缩该罪成立范围的各种主张纷至沓来，而且在发票电子化的数字时代，质问该罪存在的必要性和正当性，进而要求取消该罪的呼吁也不时与闻，“目的犯说”和“抽象危险犯说”就是这一努力当中最具影响力的两种见解。“目的犯说”提出，本罪的保护法益是“国家税收利益”，只有侵害国家税收利益的虚开行为才具有刑事可罚性，至于其他的虚开行为，即使具有严重的社会危害性，也不应包含在该罪的处罚范围之内。而“抽象危险犯说”则主张，司法机关应以一般的经济运行方式为根据，以虚开行为在客观上是否有导致逃税或骗税的抽象危险作为判断该罪是否成立的标准。

确实，笔者也认为“行为犯说”的“税收征管秩序侵害说”过于宽泛。由于刑法分则第 3 章第 7 节规定的所有犯罪都是侵犯税收征管秩序的犯罪，以此作为虚开增值税专用发票罪的不法实质显然不能将虚开增值税专用发票罪和虚开发票罪以及其他税务犯罪区分开来，不仅无法发挥刑法法益的限制解释机能，而且使得司法打击面过宽，以致常将形式上虚开但实质上并未侵害增值税抵退计征机制的行为，如虚开无抵扣联的增值税专用发票，也一并纳入该罪处罚范围，从而既有违刑法的谦抑性，又使刑事规制因背离其规范根基——前置法规制而成了无源之水、无本之木，进而有失法益保护的规范正当性。不仅如此，“行为犯说”以虚开行为实施与否作为本罪成立的标准还存在误用概念之虞。众所周知，中国刑法语境中的“行为犯”是以法定危害行为的实行终了作为既遂标准的既遂犯的类型之一，并不是“行为犯说”所主张的犯罪成立与否的必备要素，与其相对应的是“结果犯”“危险犯”和“举动犯”等其他犯罪既遂类型，而不是“目的犯”和“抽象危险犯”等犯罪成立类型。

在此意义上，“目的犯说”和“抽象危险犯说”为弥补“行为犯说”的缺陷而做的努力无疑值得肯定。然遗憾的是，这两种学说因对《刑法》第 205 条与其前置税法之间规范关系的忽略，致对虚开增值税专用发票罪不法本质的发掘和规范构造的分析不是基于行刑一体共治的法秩序统一立场，而是限于刑法体系内部的孤立展开。这不仅未能从根本上克服“行为犯说”与前置法规制相脱节的体系性不足，而且其对于本罪的教义分析亦有可商之处。

第一，在刑法理论层面，未认真对待秩序的法益属性和本质，难以满足共建共治共享的良法善治需要。现代自由的核心在于社会自由，现代人权的关键在于发展权，而社会自由的享有和发展权的行使均有赖于人与人之间的合作、社会之间的沟通和国家之间的交往以及由此而建构的秩序。人类正是通过不断构建并扩展出广泛的秩序，文明才得以建立并螺旋式上升。这正是中国式现代化新征程的根本出发点和核心目标，即通过以共建共治共享为核心的良法善治秩序的构建，不断“满足人民群众对美好生活的向往”，进而实现人的自由和全面发展。因而新型秩序的不断涌现非但不是对公民自由的蚕食和侵夺，相反，其既是公民享有社会自由、参与社会共治的必然产物，又是公民发展权的内涵得以丰富、疆域得以扩展的根本前提。在此意义上，与其说现代社会善治秩序的建构与公民的社会自由和发展权的行使已经有机共融为一体，毋宁说现代社会善治秩序的建构本身就是公民享有社会自由和发展权的应有之义。秩序法益的发展不仅实现了个人法益的社会化，发展了公民参与社会治理的自由，而且推动了刑事治理主战场从民事犯向行政犯的转移，进而成为现代刑法与近代刑法即启蒙运动以来建构的传统刑法的重要分水岭。由于对秩序法益这一关涉公民自由的现代法益的忽视，“目的犯说”和“抽象危险犯说”走向了国库主义，将关注的目光聚焦于虚开行为对国家税收利益的侵

害，而忽略了税收法定原则下增值税纳税人的抵退权和税收公平秩序中其他市场主体的合法权益。而后者其实才是增值税制度设计的灵魂和“营改增”优化营商环境的深远意义。“改良的抽象危险犯说”虽然努力在“目的犯说”和“抽象危险犯说”之间寻求平衡，但仍未能把握增值税制度的本质，以致滑向了法益的空心化，认为本罪“出生时即被埋下了法益关联性不足的病根”。

第二，在刑事立法层面，难以避免虚开增值税专用发票罪与其他税务犯罪在罪刑配置上的失衡和犯罪构造上的体系割裂。无论“目的犯说”还是“抽象危险犯说”，秉持的都是预备行为正犯化的立场，将虚开增值税专用发票视为逃、骗税等危害国家税收利益犯罪的预备行为。虽然刑法修正案废除了虚开增值税专用发票罪的死刑，但其法定最高刑为无期徒刑的刑罚配置仍然过高且与其他犯罪的刑罚并不均衡。具体而言，一是仍然远高于给国家税收利益造成实害，而不仅仅是抽象危险的逃税罪等其他侵犯税收利益犯罪的法定刑。二是即便与骗取出口退税罪的法定最高刑基本相当，也无法对正犯化的预备行为何以与造成实害的正犯之法定刑相当这一罪刑失衡作出合理解释。三是《刑法》第 205 条之一至第 209 条规定的其他发票犯罪不仅规范构造与虚开增值税专用发票罪完全相同，而且第 206 条伪造、出售伪造的增值税专用发票罪和第 207 条非法出售增值税专用发票罪的刑罚配置亦与虚开增值税专用发票罪几无二致。那么，“目的犯说”和“抽象危险犯说”的限缩主张，是仅仅适用于虚开增值税专用发票罪一罪呢，还是也适用于其他发票犯罪的认定？如果只适用于虚开增值税专用发票罪一罪，不仅导致其他发票犯罪尤其是其他的增值税专用发票犯罪与虚开增值税专用发票罪在犯罪构成上的规范标准不一，而且将在虚开增值税专用发票罪与其他发票犯罪之间造成新的罪刑失衡；如果适用于所有的发票犯罪，则不仅加剧了正犯化的预备行为重

于正犯的罪刑失衡问题，而且必然导致税务刑法体系内部的规范割裂。无论哪种情形，都从根本上否定了“目的犯说”和“抽象危险犯说”作为刑法教义的普遍价值。

不仅如此，无论现行立法还是司法解释，对于逃税罪和骗取出口退税罪等造成国家税收利益实害的犯罪，在数额认定上均明确以国家税款损失为标准。例如，《刑法》第 201 条规定，成立逃税罪必须是“逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的”；构成骗取出口退税罪，则必须符合《刑法》第 204 条“骗取国家出口退税款，数额较大的”。而对于虚开增值税专用发票罪的入罪，《刑法》第 205 条并没有税款损失数额的要求，2002 年《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等司法解释和办案实践一直是以“虚开的税款数额在 5 万元以上”作为认定标准，直至 2022 年《立案追诉标准的规定（二）》才将国家税款损失数额增补为该罪的选择性入罪标准之一，在第 56 条中规定为“虚开的税款数额在 10 万元以上或者造成国家税款损失数额在 5 万元以上的”。这些入罪标准规定上的差异无疑进一步表明，刑法对于虚开增值税专用发票罪的规制既无需以“目的犯说”所主张的骗税目的为基本犯成立之必要，也不是如“抽象危险犯说”所提出的只要有抽象危险即可构成。

第三，在刑事司法层面，难以摆脱虚开增值税专用发票罪的认定困境。对于虚开增值税专用发票罪的成立，“目的犯说”侧重于主观目的的限制，但主观目的的证明本就是司法适用中的难题，不仅很大程度上依赖于行为人的口供，而且大多还得借助客观事实进行推定，从而加剧了案件判断的恣意。更为重要的是，囿于主客观相统一的刑法原则，目的犯的构造要求骗税目的必须同步产生于虚开行为实施之时，从而使行为人能够以虚开时没有骗税或逃税目的，在后实施的非

法抵退不过是出于过失等为由进行辩解，导致对其既无法以虚开增值税专用发票罪定罪处罚，也无法论之以逃税罪等其他税务犯罪，从而产生刑事处罚漏洞。而且，即便有证据证明虚开后的非法抵退出于逃税故意，行为人也可以通过事后补税、接受行政处罚，进而依据《刑法》第 201 条第 4 款的“首罚不刑”规定，“合法地”规避逃税罪的刑事责任。至于“抽象危险犯说”，虽然注重从客观构成要素上进行限缩，但同样需要司法人员依据“通常的经济运行方式去判断一个具体的代开或者虚开增值税专用发票的行为是否具有骗取国家税款、造成国家税款损失的危险，如果不具有这种危险，则不宜认为构成本罪”。这种需要根据具体案情具体判断“抽象危险”有无的危险犯，既与抽象危险犯的概念不合，又加剧了司法实务中的操作难度和认定恣意。因而这两种主张所追求的限缩目的，因司法人员经验、能力、水平的不同，难免会执法标准不一、裁判尺度不同，无法从根本上解决“同案不同判”“同判不同理”的实践难题。虚开增值税专用发票罪的法益侵害本质及其规范构造的教义挖掘必须另辟蹊径。

## （二）不法本质的体系重塑

“行为犯说”“目的犯说”“抽象危险犯说”的分道争驰，表面上围绕虚开增值税专用发票罪的犯罪构造尤其是主、客观构成要素展开，根本上还是源自对虚开增值税专用发票罪的规制教义及其法益侵害实质的规范分析有异。实际上，刑法法益并非由刑法独立设置保护，相反，其既是刑法与前置法对承载宪法价值秩序之社会经验事实进行逐级规范承认的产物，又是刑法与前置法按照宪法比例原则进行制裁比例配置，进而予以规范层级保护的结果。所以，一项社会生活中的“利益”要上升成为法律规范体系调整保护的“法益”，必须符合宪法的两项原则或指令：一是宪法的基本价值；二是宪法的比例要求。只有符合宪法基本价值的社会生活利益，才能由部门法承认确立为法

益从而受规范保护；而法益保护则必须遵循宪法的比例要求，在前置法和刑事法中进行规范分工和比例分配。承担法益确立之职的是民商法、行政法等前置法中的调整性规范，负担法益保护之责的是第一保护性规范——前置法中的法律责任规范，以及第二保护性规范——刑法。这样，法益的确立其实是宪法基本价值秩序在前置法中的具体展开和呈现；而法益的保护其实是宪法的比例要求在前置法责任和刑法责任配置中的结构展开和实现。前者旨在倡扬法益确立的实质正义和价值正当性，后者旨在彰显法益保护的分配正义和制裁比例性。两者的有机结合，既共同完成了宪法指引下的统一法秩序建构，又决定了犯罪的立法生成机理和司法适用机制乃在于“前置法定性与刑事法定量相统一”。这种统一不仅使宪法关于法益调整的抽象要求得以在部门法规范中具体实现，而且是遵循宪法价值秩序的刑法教义学的精义所在，更是虚开增值税专用发票罪之法益发掘的教义学指引。

故笔者以为，虚开增值税专用发票罪的罪质即虚开行为的刑事“不法”实质，主要取决于规制增值税征管的前置法之规范教义；而虚开增值税专用发票罪的罪状和罪量即虚开行为的刑事“不法”类型及其刑事可罚程度，则取决于以保护增值税征管前置法所设立的法益为己任的《刑法》第 205 条的规范设定。因而只有立足于增值税专用发票在行政法上的功能定位，才能科学审视虚开增值税专用发票罪在我国法律体系中的刑事立法精神及其规范教义。

由《刑法》第 205 条可知，规制虚开增值税专用发票的前置法共有两类：一类是规制增值税征管制度的前置法，以《税收征收管理法》《增值税暂行条例》为主；另一类是规制发票印制、领取等增值税凭证管理的前置法，以《发票管理办法》为主。增值税本质上属于消费税，其最大特点就是允许纳税人在缴纳销项税时将其从前一环节购入货物或劳务时垫付的进项税予以抵退，从而通过前垫后抵的税负层层



传导，实现只对终端消费课税的目的。因而决定增值税制度功能得以实现的关键在于抵退计征机制在以下两个层面的正常运转：一是在实体上，纳税人依法享有抵退权，即纳税人为应税销售而采购商品、劳务时垫付了进项税；二是在程序上，纳税人依法履行了凭证义务，即增值税法律规范课予纳税人的“开具、使用、取得发票”等合法使用抵退凭证的义务和“使用税控系统”“对凭证进行认证或者确认”等证实发票合规性和真实性的义务。实体层面乃纳税人主张抵退权的实质要件，从而确保增值税中性的实现，即：税负不随经营环节而累积，纳税人通过抵退免于承担采购中的进项税，而是将税负转嫁给下一环节直至最终消费者，从而使增值税的征缴不会影响纳税人的定价体系或其经营决策。程序层面系纳税人行使抵退权的形式要件，旨在实现增值税征缴的自我核定，即纳税人通过主动提供合规的抵退凭证主动申报、计算并缴纳增值税款，从而使税务机关得以掌握纳税人进项交易的涉税信息并精准核定其纳税义务。因此，程序层面的凭证义务不仅具有协助实体层面抵退权行使的功能，而且使得生产经营中的上下游相互牵制、相互监督，确保了课税公平和国民财富二次分配正义的实现。

可见，增值税制度运行的关键在于抵退链条的科学、通畅、完整。这也正是虚开增值税专用发票罪的不法实质所在，即通过虚开增值税专用发票虚构抵退权，从而破坏上下游环环课税、层层抵扣的抵退计征机制的正常运转，进而使增值税的制度功能丧失殆尽。所以，虚开增值税专用发票行为不仅仅像虚开普通发票一样只是形式上对凭证义务的破坏，而是主要对以抵退权为核心的抵退计征机制的破坏，使得税务机关无法凭借抵退凭证还原交易实质、无法对纳税人的纳税能力作出准确评估，导致纳税人承担与其纳税能力不相称的税负，既破坏了正当竞争秩序，又违背了税收公平原则，还导致税务统计数据失

真和税收政策工具失灵，这也是刑事立法对本罪的刑罚配置远高于虚开普通发票的虚开发票罪以及对国家税收利益造成实害的逃税罪、逃避追缴欠税罪的根本原因。也正因如此，虚开增值税专用发票并不必然都会造成国家税收利益损失，有的情况下甚至还会多缴纳增值税为国库增收“做贡献”，比如为下游虚假高开进项税，而上游也如数多缴增值税的案件在实践中并不鲜见。是故，以“国家税收利益”减损或有减损危险作为虚开增值税专用发票罪不法侵害实质的“目的犯说”和“抽象危险犯说”恐有放纵犯罪之虞。而立足于“前置法定性与刑事法定量相统一”的规范关系和体系教义，以“抵退计征机制”或“抵退计征秩序”而不是宽泛的“税收征管秩序”作为《刑法》第 205 条的保护法益，既能矫正“行为犯说”的刑法过度规制倾向，将“票、货、款”三流不一致但并未虚构抵退权的如实代开排除在本罪之外，又使增值税专用发票在具有抵退权的凭证功能之外还保有普通发票的证明功能，进而克服“目的犯说”和“抽象危险犯说”因未能体系化地把握增值税制度的本质而将本罪视为骗、逃税犯罪之预备犯的教义误区。

基于此，虚开增值税专用发票罪与《刑法》第 205 条之一针对普通发票规定的虚开发票罪并非互斥关系，对于既不具有抵退计征机制实质侵害性，又未使虚开的增值税专用发票丧失普通发票证明功能的形式虚开，可以按虚开发票罪定罪处罚。这样，既实现了虚开增值税专用发票罪和虚开发票罪立法规制的罪责均衡和有序衔接，又避免了对仅仅形式虚开增值税专用发票行为既不能论之以虚开增值税专用发票罪，又无法认定为虚开发票罪的刑事规制漏洞。

### 三、虚开增值税专用发票罪的规范构造

由“前置法定性与刑事法定量相统一”的规范关系所决定，不具有抵退计征机制侵害性的虚开增值税专用发票行为，因其并非税法意

义上的虚开增值税专用发票行为，自然亦非刑法意义上的虚开增值税专用发票行为，只能以虚开普通发票论处。但这并不意味着税法上的虚开增值税专用发票行为就必然都构成刑法中的虚开增值税专用发票犯罪。虚开增值税专用发票行为的刑事法评价固然要以前置税法的不法实质评价为基石，不具备前置税法之虚开增值税专用发票不法实质的行为，就不可能成为刑法规制的虚开增值税专用发票犯罪。但前置税法的不法实质评价只是刑事违法评价的必要条件而非充分条件。在前置税法不法评价的基础上，刑法因其在法律体系中的保障法定位和谦抑性要求，还要对税法上的不法行为进行两次相对独立的“定量”筛选，才能确定该不法行为是否具有刑事违法性：一是刑事立法的罪状筛选；二是刑事司法的罪量筛选。第一次“定量”的关键在于符合罪状，即符合刑事立法从税法规制的虚开增值税专用发票类型中筛选出法益侵害严重者，依据刑法基本原则尤其是主客观相统一的刑事归责原则而形成的虚开增值税专用发票罪的规范构造；第二次“定量”的关键在于符合罪量，即达到刑事司法所确立的刑事追诉标准，以排除刑法总则第 13 条但书规定的“情节显著轻微危害不大的”情形。因而具有抵退计征机制侵害性的虚开增值税专用发票，在客观上需符合《刑法》第 205 条规定的行为样态，主观上须出于破坏抵退计征机制的故意，方有论之以虚开增值税专用发票罪的可能。其中，前者即具备抵退计征机制侵害性的法定行为样态是实质虚开与形式虚开增值税专用发票行为的分水岭；而后者即出于破坏抵退计征机制的虚开故意则是“被动受票”与虚开增值税专用发票行为的界分标准。两者的有机结合既形成了虚开增值税专用发票罪的刑法构造，又决定了虚开增值税专用发票罪的表现形式。

### （一）虚开的客观样态

按照《刑法》第 205 条第 3 款，虚开增值税专用发票罪的行为样

态有四，即“为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开”。不过，这种列举式的规定并未明晰虚开增值税专用发票行为的内涵，以致司法实务中多以行为人为购销货物、劳务或服务的物流、发票流、资金流相一致的“三流一致”作为判断是否虚开增值税专用发票的客观标准。笔者认为，立足于抵退计证机制侵害性的虚开增值税专用发票罪的不法实质，虚开增值税专用发票行为的客观认定需要注意以下两点。

### 1. 对于实质虚开与形式虚开增值税专用发票行为的规范界分

实质虚开增值税专用发票行为认定的关键在于虚开行为对抵退计征机制的实体要件即抵退权的虚构，而非仅仅对抵退计征机制的程序要件即抵退凭证的虚开。由于抵退权的行使必须同时具备抵退主体适格、抵退交易适格、抵退凭证适格三个条件，所以仅仅开具不合格增值税专用发票等抵退凭证，并未虚构抵退主体或抵退交易等抵退权实质要素的虚开，只是形式虚开增值税专用发票行为，即《刑法》第 205 条之一及其前置行政法《发票管理办法》等一体规制的虚开普通发票行为。只有不仅形式上开具不合格增值税专用发票，而且同时还具有下列两种情形之一的，才是《刑法》第 205 条及其前置税法《增值税暂行条例》等一体规制的虚构抵退权的实质虚开增值税专用发票行为：其一，抵退权主体不适格，即虚开的抵退权主体不是增值税纳税人，或者虽然是增值税纳税人但并未实际承担进项税的，比如进项采购的商品或服务系免税项目或者不在增值税征纳范围的。其二，抵退权进项交易不适格，即进项采购不符合应税销售的经营目的，包括无真实进项采购的，或者虽然有真实进项采购但不是用于应税销售的。据此，“改良的抽象危险犯说”中关于有真实交易的“虚开”也仅构成行政违法的主张，不能成立。

### 2. 对于是否存在造成国家税款损失加重情节的准确把握

通过课加纳税人凭证协力义务，防范其使用虚假抵退凭证造成国家财政损失，始终是税务犯罪规制的主要目的，因而是否造成国家税款流失乃是能否适用《刑法》第 205 条加重量刑幅度的重要情节之一。而国家税收利益是否受损则需分以下情形进行判断：（1）开票方多开增值税专用发票，即开出的实际金额大于其应开的数额。具体包括：一是开票方自行“减免”其因虚开而产生的多余纳税义务，如在虚开后走逃、有多余进项票虚开以及增值税专用发票电子化管理后篡改信息等情形下，受票方完全可能凭借虚开的增值税专用发票进行抵退，从而使国家税收利益受损，对此以虚开增值税专用发票论当无疑义。二是开票方为了与受票方搞好业务关系而虚开并履行了纳税义务，因其实际缴纳的税款超过了其依法应纳税额，有学者主张不应被刑法归责为虚开行为。但超出真实交易数额的虚开仍然虚构了抵退权，而受票人进行增值税抵退的权限只能建立在真实的进项交易基础之上。因此，这样的行为不能正当化受票人的非法抵退，不足以排除其“为他人虚开”这一典型的帮助行为的责任，只是量刑时可以帮助犯从轻处罚，至于非法抵退的受票人，则应按主犯处理。（2）开票方少开增值税专用发票，即开出的实际金额小于其应开的数额。表面上，开票方没有如实承担纳税义务导致销项税额和应纳税额减少，似已造成国家税款流失。然而，增值税是链条税，开票方少开相应的发票金额致其销项税减少的同时，亦使受票方垫付的进项税相应减少，如果受票方按照真实的货物流在下一流转环节计算销项税额，就会因进项税额的减少而多缴增值税，从而填补了开票方少缴的增值税，国家的增值税税收利益并不因此而必然遭受损失。而受票人原本就有抵退权，其因开票人的少开而放弃或部分放弃抵退权的行使是为法律所允许的。只不过增值税是所得税的税基，如果少开增值税专用发票，开票人亦会因此而少交其应纳的所得税。所以，少开型虚开所侵害的法益不是

抵退计征机制，而是纳税义务的履行，故对少开型虚开应以逃税罪论处。

可见，只有秉持“前置法定性与刑事法定量相统一”的刑法适用规则，才能使虚开行为的客观认定契合虚开增值税专用发票罪的法益侵害实质。由此决定，实践中的虚开行为至少有以下几种表现形式：为不具备抵退主体资格者虚开增值税专用发票的；无真实交易开具增值税专用发票的；对不能抵退的业务开具增值税专用发票的；有实际业务但开具超过实际应抵退税额的增值税专用发票的；明知他人用于非法抵退而介绍他人虚开的；等等。

## （二）虚开的主观犯意

在主观上，行为人只要明知为自己或他人，或介绍他人虚开增值税专用发票的行为会侵害抵退计征机制，却希望或者放任其发生的，即为虚开故意，没有虚开故意的虚开增值税专用发票行为不能论之以本罪。至于行为人主观上是否具有骗、逃税的目的，于本罪成立不产生影响。但是如果虚开后又实施非法抵退行为的，无论非法抵退由虚开行为人本人还是其他人实施，均应在相应的加重量刑幅度内处刑。对此，有两个问题值得研究。

### 1. 骗税心态并非本罪基本犯的主观构成要件要素

我国刑法中的主观目的须是行为人主观上积极追求且客观上具有现实性的目的。该目的既不是与认识要素无关、独立于故意之外的主观构成要件要素，更不是抽象的主观内心倾向。具体就为他人虚开、介绍他人虚开而言，行为人对于受票人受票后是否进行非法抵退进而造成国家税款损失，客观上不能支配掌控，主观上至多出于放任或容忍，是难以具有刑法意义上的犯罪目的的。否则不仅与办案实际不符，而且与立法规定相悖，因为本罪是立法上的独立犯罪，而不是依附于逃税罪、骗取出口退税罪才能成立的从属犯罪。正是基于此，无论理

论上还是实务中，对于规范构造和刑罚配置与虚开增值税专用发票罪相同的《刑法》第 206 条伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，从未有学者主张以“骗税目的”限缩其成立范围。而对于确以骗税目的为主观构成要件要素的虚开型骗取出口退税罪，《刑法》第 204 条规定的基本刑是“五年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金”，明显高于《刑法》第 205 条规定的不以骗税目的为必要的虚开增值税专用发票罪的基本刑，即“三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金”。

不仅如此，如果将骗税目的纳入虚开增值税专用发票罪基本犯的主观构成要件中，还有破坏本罪与虚开发票罪之间刑法规制的逻辑自洽和责任均衡之虞。具体而言，对于没有骗、逃税目的但严重违反凭证义务规范的虚开普通发票行为，尚且可以虚开发票罪论处，反倒对法益侵害更严重、社会危害性更大的破坏抵退计征机制（包括违反凭证义务）的虚开增值税专用发票行为，却因骗、逃税目的的不具备或难以证明，既无法以本罪定罪，又因《刑法》第 205 条之一对实质虚开增值税专用发票的明文排除，也不能以虚开发票罪论处，恐有失法律适用的平等和罪责刑的相适应。所以，本罪的成立在主观上具有破坏抵退计征机制的故意即为已足。该主观故意在行为人实施为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开或者介绍他人虚开等四种法定样态之一的客观行为时已经不证自明。当然，主观上是否具有骗税目的，客观上是否造成税款损失，是本罪情节加重犯能否成立的重要依据，司法中亦需查明。

## 2. 注意区分“被动受票”下的善意取得和瑕疵取得

有学者指出，如果受票人已尽注意义务，且无证据证明其对所受发票系虚开或非法取得知晓或者应当知晓的，应以税法上的“善意受票人”视之；如果受票人不仅明知专用发票系虚开，而且对由此可能

造成的国家税款流失抱持希望，应以善意取得论；若受票人受票时虽未尽其应尽的注意义务，但因发票形式存在瑕疵而不会造成国家税款流失的，则属瑕疵取得。2000 年《国家税务总局关于纳税人善意取得虚开的增值税专用发票处理问题的通知》明确规定对善意受票者不以偷税和骗取出口退税论处，从而在税法上设立了虚开增值税专用发票的善意取得，可谓我国增值税制度的一大进步。但遗憾的是，对抵退权行使的限制过严，要求受票方只有从销售方重新获取合法发票后才能抵退税款。这种过分依赖抵退凭证的形式课征制度既对交易活动的经济实质重视不足，又不利于税务机关职权调查主动性的发挥，更有违反责任主义原则之虞。毕竟纳税人的凭证义务在税法上只是证明协力义务，稽核抵退凭证的真假和查明抵退权的有无及其实质内容是税务机关的职责，是故，证明不能的后果不应令纳税人承担而使其丧失抵退权。只不过抵退凭证瑕疵可能影响增值税的自我核定功能发挥，在税务机关尽职调查仍然无法查清的情况下，只能采取推计课税的方式。

故应当允许纳税人就善意所受抵退凭证予以抵退以保障其抵退权益的实现，从而充分保护纳税人基于税法的信赖利益，实现纳税人权利和税收征管效率的均衡，进而确保抵退计征机制的正常运转。但对于瑕疵取得的抵退凭证，因受票人未尽法定注意义务，如与善意取得人同等对待恐有失公平，故现行增值税制度对于纳税人履行凭证协力义务存在瑕疵造成抵退凭证不合规，不予抵退进项税的规定是妥当的。至于恶意受票人，无论其是否可以补开到真实规范的增值税专用发票，都不应予以进项税抵退；已经抵退的，应当追缴。

在此应当注意的是，不能把恶意受票人使用虚开的增值税专用发票进行抵退认定为“让他人为自己虚开”，因其在真实交易情形下理应享有抵退权，在被动受票的情形下，虽然对其取得的增值税专用发票



票是否真实、是否规范有所认识或应当有所认识，然囿于各种主客观原因而未能准确识别或者听之任之，这并非积极追求对抵退计征机制的破坏，不能将其使用虚开的增值税专用发票进行抵退的行为论之以《刑法》第 205 条规制的虚开行为。

### （三）虚开的类型形式

随着我国税务机关征管手段、征管能力的逐步完善和提高，一方面，发票在控制税源、堵塞税收漏洞等方面的作用开始下降；另一方面，利用“金税工程”征管数据以及第三方提供的纳税人涉税信息进行信息控税初见成效。与之相应，虚开增值税专用发票的手法也不断升级换代，表现出以下几种不同于以往的类型。

#### 1. 只虚构销项

常见的只虚构销项的情形有：（1）走逃式虚开，即根本没有进项，行为人通过注册空壳公司，利用短暂的存续期间领票、开票，尔后走逃注销。这种销项税未缴、进项税却被抵退的做法是当前最典型、最主要的虚开形式，往往涉案金额巨大。（2）政策式虚开。理想的增值税模式要求尽量采用单一税率，而基于公平原则和缓解增值税的累退性需要，又应当设置优惠税率，或者对基本生活消费品予以免税等。开票方遂利用其对交易享有的增值税税收优惠政策为受票方虚开增值税专用发票骗取优惠补贴。此种虚开不仅破坏了抵退计征机制，而且可能导致国家财产损失。（3）进项真实型虚开，即进项真实，只是因为客观经营情况而产生了富余票，行为人利用富余票虚开给他人牟利，受票企业则用该专票抵退税款。对此，认定的关键在于，是否会对抵退计征机制构成实质性侵害即虚构抵退权。例如，在为他人如实代开的场合，交易是真实的，受票方的抵退权也是存在的，只是因形式不符而让他人如实代开，则不能以本罪论处。至于是否构成逃税罪或虚开发票罪等其他犯罪，应按“前置法定性与刑事法定量相统

一”的犯罪认定机制进行罪质、罪状与罪量的具体研判。

## 2. 只虚构进项

只虚构进项一般发生在让他人为自己虚开或自己为自己虚开的场合，往往是因进项不足，行为人遂采取从专业开票公司或有富余票的公司买票、或者自己虚开农产品收购票等手法取得进项增值税专用发票，以少缴企业增值税和所得税，如前述的如实代开等。但实际上，很多虚构进项并不具备“如实”的要素，而是以直接向专业开票公司买票或者自己给自己虚开农产品收购发票等方式开具超过依法应抵退税额的增值税专用发票，对抵退计征机制造成实质性的破坏。

## 3. 既虚构进项又虚构销项

比较典型的有：（1）以空壳公司为平台，无实际经营业务，既让他人为自己虚开，同时又对外为他人虚开。此与走逃式虚开无异，是典型的虚开增值税专用发票犯罪。（2）因“变票”“洗票”的虚开。由“变票”“洗票”公司在取得增值税专用发票后，将增值税专用发票通过拉长流转链条或变更商品品名，中间环节的进项发票或销项发票往往并没有真实的经营活动，而只是借发票的层层流转，以达到变票或洗票的目的，或者将变票后的增值税专用发票贩卖获利或偷逃特殊税款等。此时，虚开行为同时构成虚开增值税专用发票罪和逃税罪等其他税务犯罪，系法条竞合，应从一重罪处断。（3）对开、环开等特殊虚开。企业为虚增业绩等各种目的，在相关主体间对开、环开，其中各方均如实缴纳相应税款，因对开、环开的专票数额一致，缴纳或抵退的税额也都相等。此种行为同“变票”“洗票”类似，即便受票人不予申报抵退，也同样破坏了抵退链条的完整性和科学性，虚构了抵退权，从而实质性侵害了抵退计征机制，此已被留抵退税实践生动阐明，应以虚开增值税专用发票罪论处。

#### 四、虚开增值税专用发票罪的司法适用

对于虚开增值税专用发票罪的认定，除其不法本质和规范构造外，实践中还有两个难题：一是犯罪数额的认定；二是本罪与逃税罪等其他犯罪的关系，尤其是让他人为自己虚开、为他人虚开以及介绍他人虚开型的认定及与其他税务犯罪的关系。

##### （一）数额认定

作为行为人主观恶性大小及其行为社会危害程度的外在表征，犯罪数额对行为人的定罪量刑有十分重要的影响，经济行政犯罪尤其如此。虚开增值税专用发票罪既涉及销售额和销项税额，又涉及进项额和进项税额，因而数额认定更加疑难复杂。其中，虚开数额和国家税款损失的认定最为重要，而税款损失数额又主要以虚开数额为认定基础，是故，狭义的虚开增值税专用发票罪的犯罪数额就是指虚开数额，而其在实践中的困惑和理论纷争主要集中于既为他人虚开又让他人为自己虚开的情形。

对此，“虚开的销项税额说”“虚开的进、销项税额之和说”“实际抵扣的虚开进项税额说”“进、销项择其数额大者说”莫衷一是。虽然从不同角度出發，上述诸说不无合理之处，但笔者认为，“虚开数额”的认定必须紧密结合虚开行为对法益的侵害才能作出准确判断，因而首先必须判断虚开行为是否实质性侵害了抵退计征机制。由于破坏的抵退计征机制不仅有实体部分，包括规定在《增值税暂行条例》等增值税法律法规中的征税对象、税基、税率等税法要素，还包括《税收征收管理法》《发票管理办法》中如实办理纳税申报等程序要求，故不仅要把实际侵害国家税收债权的数额，而且应把可能侵害增值税抵退计征程序部分的数额一并计入虚开数额。应当分以下几种情形进行具体认定：

##### 1. 无真实交易的情形

对于无真实交易的虚开，应该根据具体情形进行虚开数额的认定：（1）只有虚开的销项税票或只有虚开的进项税票。此时虚开数额就是销项税票或进项税票上记载的金额。（2）既为他人虚开销项税票，同时又自己或让他人为自己虚开进项税票。具体包括：第一，销项税额和进项税额相等的，以销项税额认定虚开数额。这是因为，行为人虚开销项税票的目的在于为他人虚开以从中获利，而虚开进项税票既可弥补自己在前一阶段因虚开销项税票而所受的损失，又可掩盖因销项税票的虚开而形成的进、销项不平衡问题。而虚开销项税票一旦完成，抵退金额即已确定，若再将虚开的同等进项金额计入则有重复评价之嫌。第二，虚开的销项税额大于进项税额的，犯罪数额就是销项税额，虚开的进项税额同样不再重复评价。第三，虚开的进项税额大于销项税额的，以虚开的进项税额确定虚开数额。道理很简单，与销项税额等额的部分系实体上对抵退计征机制的侵害，超出销项税额的部分则是从程序上对抵退计征机制的破坏。应当指出的是，上述认定的前提是有对应关系的虚开进项和虚开销项。对于不能区分是否基于同一业务既虚开进项又虚开销项发票的，虚开数额由两部分构成：一是实体侵害抵退计征机制的销项数额，扣除进项中能够与销项相对应的数额后的余额；二是与销项无法对应的虚开进项的数额，亦即危及增值税抵退计征机制的数额。

## 2. 有真实交易的情形

有货物购销或应税劳务发生时，对于开具的增值税专用发票少于真实交易的数量、金额的，前已述及，不能以本罪论处。对于超过真实交易数量、金额开具增值税专用发票的，因行为人正常交易享有的抵退权不能被无故剥夺，故应以多开具的税款数额为虚开数额。虽然真实的和虚增的税额在同一张发票上不能分割，但发票上的产品数量或劳务数量及相应金额都是可以分割的，应当借助金税系统逐笔稽

核，准确认定虚开金额，以免打击过度。当然，在以真实交易为掩护的虚开增值税专用发票犯罪中，行为人如在虚开进项的同时又虚开销项税额的，则参照无真实交易的情形予以认定。

与虚开数额认定紧密相关又对本罪量刑有重要影响的是国家税款的损失。一般而言，税务机关实际予以抵退的税款就是国家的税款损失，既包括行为人本应缴纳而未缴纳的税款，也包括其因虚开而非法抵退所骗取的应纳税款以外的国家财产。具体来说，一是在无真实交易的情形下，行为人只有虚开的销项税票或只有虚开的进项税票，如果受票人已经申报进项税抵退，则以实际抵退数额为被骗数额进而认定税款损失数额；若尚未抵退，则只有虚开税款数额，并无税款损失数额。而在行为人既虚开进项又虚开销项发票的情形下，只能以其虚开的销项发票被受票方用于进项抵退的实际税款数额为据计算国家税款损失。二是在有真实交易的情形下，如果虚开的销项税额大于虚开的进项税额，国家税款损失应是受票方实际抵退的进项税额减去行为人虚开的销项税额和虚开的进项税额后的差额，即行为人多交的税款应予扣除；如果虚开的销项税额小于虚开的进项税额，则国家税款损失不仅有受票方实际抵退的税额，还有开票方实际抵退的税额，即行为人利用虚开的超额进项税额抵退的应纳税额，连同因此而少交的所得税等应纳税额一并计算在内。

## （二）罪数认定

现代经济的分工合作机制使得虚开增值税专用发票罪的实施完成往往需要双方或多方相互配合，前后无缝衔接，从而使虚开与骗税、逃税行为可能产生对合关系。例如，在上海警方 2022 年 7 月 8 日披露的上海市首例利用“加计抵减”税收优惠政策虚开增值税专用发票系列案中，400 余家空壳公司、10 个开票窝点、3 个职业犯罪团伙、50 余名犯罪嫌疑人，层层“接力式”虚开，骗取国家留抵退税，涉

案价税合计 60 余亿元。因而是否构成共同犯罪，是构成一个税务犯罪还是数个税务犯罪，既是本罪司法认定中的争议焦点，也是骗、逃税犯罪刑法评价上的一个难题。

### 1. 为他人虚开与让他人为自己虚开中的罪数认定

实践中，为他人虚开的增值税专用发票多被用于实施逃税或骗税，故此类虚开与逃税或骗税行为往往紧密相关，尤其是出于逃税或骗税目的而为他人虚开时，虚开行为人与发票使用人之间或者有协议达成，或者受后者教唆而为，致使“为他人虚开”在符合本罪犯罪构成的同时，又构成逃税、骗税犯罪的手段行为，从而形成虚开增值税专用发票一行为同时触犯数罪名的情形，对此应当如何论处？

首先应排除成立牵连犯的可能，因为牵连犯的本质是处断的一罪，以数行为而非一行为触犯数罪名为成立前提；其次应排除数罪并罚的可能，因为对同一行为不能作刑法上的重复评价。由于虚开增值税专用发票后又逃税、骗税系虚开增值税专用发票罪的加重情节，加之《刑法》第 201 条规定的“欺骗、隐瞒手段”和第 204 条规定的“假报出口或者其他欺骗手段”亦包括了虚开增值税专用发票方式，是故，虚开增值税专用发票罪与逃税罪、骗取出口退税罪之间其实是交叉的法条竞合关系，应从一重罪处断。

至于“让他人为自己虚开”，一般是受票方实施骗、逃税的前奏，与开票人“为他人虚开”系对合行为，属于刑法理论上必要的共犯中的对向犯，即以相对方行为的实施作为犯罪成立必备要件的犯罪，这类犯罪因可罚性程度不同而在立法上规制有异：一是对向双方行为均可罚，适用同一罪名，例如《刑法》第 125 条规定的买卖枪支、弹药、爆炸物罪。二是对向双方行为均可罚，适用不同的罪名和法定刑，例如《刑法》第 207 条规定的非法出售增值税专用发票罪和第 208 条规定的非法购买增值税专用发票罪。三是只规定处罚一方，而没有明确

规定处罚对向方，例如《刑法》第 347 条规定了贩卖毒品罪，但对购买毒品没有设置相应罪名。就虚开增值税专用发票罪而言，《刑法》第 205 条第 3 款规定，“为他人虚开”和“让他人为自己虚开”均以虚开增值税专用发票罪论处，显属第一种情形。是故，行为人利用让他人虚开或自己虚开的增值税专用发票抵退税款，从而实施逃税或骗税行为的，应以法条竞合从一重罪论处。而如有证据证明真实交易确已发生，受票人只是被动接受虚开的增值税专用发票，并未主动参与到虚开行为之中的，则不属于“让他人虚开”，其受票后用于逃税或骗税的，只能单独论之以逃税罪或骗取出口退税罪。

## 2. 介绍他人虚开中的罪数认定

本来“介绍他人虚开”是“虚开”的帮助行为，但《刑法》第 205 条将其与“虚开”并列规定为实行行为，从而实现了共犯行为的实行行为化，无需再按共犯论处。然而，这种处理方式与我国依据作用、分工等不同而划分共犯的刑法理论似有抵牾，也与介绍行为自身的特征、性质和在犯罪流程中所处的地位、作用不符，容易导致量刑失衡。

首先，从主观来看，介绍他人虚开的行为人明知自己的介绍行为和被介绍双方的行为会对抵退计征机制造成破坏乃至造成国家税款损失，却仍然希望通过自己的介绍行为和被介绍双方的行为发生相应的后果。其次，从客观来看，介绍人实施了为对合犯罪的双方提供信息、沟通撮合等促使双方犯意实现的介绍行为，对促成犯罪发生起到了一定作用。但是，介绍人的作用与作为主行为人的被介绍双方的作用实不可同日而语。没有开票方和受票方的合意达成进而虚开，对合犯罪不可能发生，因而起主要作用的始终是被介绍双方，介绍人在其间至多起着次要的、辅助性的帮助作用。故为防止罪刑失当，应根据介绍人在虚开增值税专用发票犯罪中所起的作用大小，包括是积极主

动介绍还是被动受托介绍抑或单纯引荐，是否从中获利以及获利多少等具体情形，对介绍人比照被介绍的主犯从轻、减轻或者免除处罚。

不过，由于介绍他人虚开的行为人在虚开的开票方与实施逃税的受票方之间建立起关联，促成了虚开增值税专用发票的实施和逃税、骗税等的实现，介绍人存在构成逃税罪共犯的可能，应按法条竞合从一重罪处断。

### 五、结语：税务犯罪行刑一体共治的完善

近年来不时爆出的网红明星偷逃巨额税款案，因《刑法修正案（七）》在第 201 条逃税罪中增设了第 4 款“首罚不刑”而免于刑事制裁，引发舆论争议，进而有学者主张，对于情节严重的逃税行为，即使行为人初次实施，也不能刑事免责，或主张以逃税人自首作为行刑转化的前置条件，并对行刑转化的逃税数额予以限制。不难发现，与质疑虚开增值税专用发票罪的立法规制过严正好相反，社会各界大多认为逃税罪的刑罚处罚太轻，行刑转化的步子有些过大。

显然，厘清上述纷争既需追问税务犯罪立法规制的正当性，又要考虑税务犯罪行刑共治的科学性。而无论是立法疆域的划定，还是司法适用范围的确立，都必须秉持法益保护原则和比例原则要求，理性把握税务刑法与其保障的税务行政法之间的层级保护结构和比例制裁配置，从而形成法秩序统一下的税务刑法与税务行政法之间的部门法合力，科学组织对税务犯罪的反应。唯有如此，才能在践行“前置法定性与刑事法定量相统一”的规范关系和体系教义的同时，推进以行刑一体共治为核心的税务犯罪治理体系的现代化。因而完善税务犯罪治理的立法体系和制定相应的司法解释，应始终坚持如下原则：

第一，在犯罪认定上坚持法益保护原则。增值税制度的核心在于通过“上征下抵”的抵退计征机制最终实现终端课税由消费者负担，从而确保增值税课征对市场资源配置影响的中性，维护市场竞争的公



平。囿于我国增值税制度实施伊始的征管能力和水平，增值税制度的前置法规制和刑法保护秉持密切监控抵退凭证形式源头，一旦严重违反凭证义务就予以严厉打击的总体思路无疑是必要的，也是有效的。但在我国税务征管能力和征管水平显著提升，已从以票控税向以信息控税转型后，仍然过分依赖抵退凭证的传统征管制度，则会因对经营活动经济实质的重视不足而降低税务机关职权调查的主动性，也使得增值税制度被赋予过度的税收调控职能而偏离其应有的中性。因而重塑纳税人抵退权和税收征管效率之间的平衡，确保抵退计征机制的正常运转，实现增值税的消费税本质应成为我国税制改革努力的目标和方向。与之相应，刑法的保护法益亦应进行动态调整，即放弃传统的“行为犯说”，而立足于“前置法定性”所决定的虚开增值税专用发票的法益侵害实质，将《刑法》第 205 条及其保障的前置法所规制的虚开增值税专用发票行为限制在实质性破坏抵退计征机制即虚构抵退权，而不仅仅是虚开抵退票证的范围才是科学的做法。

第二，在责任追究上坚持制裁比例原则。实践表明，对于逃税罪的规制，行政犯中的“首罚不刑”充分发挥了刑法推动行为人补缴税款、确保行政处罚等行政责任及时实现的保障法作用，既从根本上解决了追税难、处罚难的税务犯罪治理顽疾，又大力彰显了“立法备而司法不用或少用”的刑法谦抑精义，更为以“行政优先为原则与刑事先理为特殊相统一”的行刑衔接治理机制的构建提供了规范依据和有力证成。但是，将初犯的前提界定为五年内首次应予刑事处罚或者已被税务机关给予二次以上行政处罚，形式上要求“经税务机关依法下达追缴通知”，悔罪表现规定为“补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的”的做法就有些简单化了，既没有区分逃税数额大小、持续时间长短、次数多少等情节严重程度，也未考量行为人是否有真诚合作、降低税务机关调查成本等主观悔罪态度。罪责刑相适应原则的

核心是轻罪轻罚，重罪重罚，即使是罪质相同的犯罪行为，如果罪量存在明显差异，也应区别对待。在此意义上，对于逃税行为不加区别地一律“首罚不刑”无疑“谦抑性”有余而制约性不足，实有完善的必要。建议将《刑法》第 201 条第 4 款后段的但书修改如下：“但是，具有下列情形之一的除外：（一）逃避缴纳税款数额特别巨大的；（二）五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的；（三）逃避缴纳税款数额巨大并有其他严重情节的。”同样，虚开增值税专用发票罪的法定刑亦应根据行为的法益侵害程度即破坏抵退计征机制的程度，进一步完善其基本犯和加重犯的刑罚配置。基于逃税是对纳税义务的违反，骗税是对出口退税秩序的伤害，两者危害程度不同，笔者建议，对以逃税为目的的虚开增值税专用发票，其加重量刑幅度的法定最高刑以不超过 7 年为宜，以与逃税罪的法定最高刑持平；而对以骗税为目的的虚开增值税专用发票，其加重量刑幅度的法定最高刑则应与骗取出口退税罪的法定最高刑相当。

第三，在治理程序上坚持行政先理原则。行政权的价值追求在于效率与秩序，司法权的核心在于救济与保护。规范分工不同，价值目标有异，决定了行政权的行使必须主动，司法权的行使必须谨慎。更何况，经济行政管理领域中分工的细化和深化使得行政专业问题必须依赖专业人士的专业知识和实践经验才能得以高效合理的解决，故行政犯的治理在行刑衔接程序上应以行政先理为基本原则。当然也不能绝对化，在行政犯的行政不法事实未被行政执法机关及时发现，而侦查机关已先刑事立案甚至刑事判决已经确定的情况下，行政处理就不是司法认定的必经前置程序。行政先理的前提在于前置行政法律法规的完善，税务犯罪的治理不能只靠刑法，税收关系的调整应首先强化行政法的调整职能。而正是由于行政立法对虚开增值税专用发票未像逃税行为一样明确纳入《税收征收管理法》予以规制，导致了虚开增

增值税专用发票在行政处罚上轻于逃税，而在刑事制裁上重于逃税的“责任错配”。众所周知，虚开增值税专用发票这一概念在我国法律上首见于 1995 年且配置有相应刑罚，但直至 2010 年才在《发票管理办法》中首次出现规制虚开的行政立法。而该办法仅仅是对虚开发票行政处罚的一般规定，既未区分虚开增值税专用发票和虚开普通发票从而设置不同的行政处罚，更未专门针对虚开增值税专用发票创设独立的行政责任。建议在未来的《增值税法》中明确上述问题，为税务犯罪行刑衔接机制的科学构建和顺畅运行奠定坚实的前置法基础，从而确保刑法规制的正当之源和规范之基，以从根本上维护刑法的保障法定位，实现刑法的谦抑性要求。

（作者单位：中国人民大学法学院教授 刑事法律科学研究中心研究员）

<https://mp.weixin.qq.com/s/-NmbwMwE5jK865G10v542Q>

### 三、人民法院报：轻微暴力致人伤害案件的认定难点与规则提炼

作者：周欣 熊理思

轻微暴力致人伤害案件是指亲友、邻里或其他人员之间因民间矛盾突发争执，行为人因推搡、拉扯等轻微暴力行为致被害人受伤的案件。

从日常生活层面上说，轻微暴力致人伤害是生活中的常见事件；从法律角度上说，此类案件也是刑事诉讼中的多发案件。

由于这类案件通常因民间纠纷引起，行为人伤害被害人的主观意图和客观行为均不明显，多因一果现象普遍存在，经常引起定罪量刑分歧，亟须研究解决。

#### 一、轻微暴力致人伤害案件的共性特征与办案难点

虽然每个案件的案情各不相同，但归纳下来，普遍具有以下特征，

即行为人主观罪过不容易判断、行为人在暴力使用上轻微且有克制、客观上造成轻伤以上后果、多因一果现象普遍存在、案件矛盾易转移至办案机关等。也正是因为上述非典型性伤害特征，给我们对案件的判断与处理带来一定困扰。

1. 行为人主观罪过不易判断。案件起因上具有偶发性和突发性，多因日常纠纷引起，行为人主观上并无伤害他人的预谋，是否具有伤害故意也不像其他伤害类案件那样明显与外露。

此时，如何判断行为人的主观方面是此类案件定性是否准确的难点和关键。

2. 行为人在暴力使用上轻微且有克制。行为人对被害人没有明显的肢体冲突和击打行为，也未使用工具，具有明显的克制性。

正是客观上没有典型的加害行为，也进一步加大了此类案件的判断难度。

3. 客观上造成轻伤以上后果。客观上，均发生了被害人轻伤以上的危害结果，触碰了故意伤害罪在危害结果上的追诉底线。

正是由于可入罪危害结果的客观存在，使得此类案件在罪与非罪的边界上不断徘徊与积累，成为司法实践中亟须总结司法规律并进行适法统一的案件类型。

4. 普遍存在多因一果现象。被害人受伤结果的成因，除了行为人使用轻微暴力外，往往还有被害人采取暴力以及被害人特殊体质、第三方介入、环境安全因素介入等其他原因的共同作用。

多因一果进一步加大了此类案件的判断难度，多因一果不仅对定罪有影响，对量刑也同样有重要影响。

5. 当事人矛盾易转移至办案机关。被害人和行为人双方事后往往均向办案机关施加压力，有时会影响办案机关的正确判断。

此时，办案机关顶住压力，冷静正确地定分止争就显得尤为重要。

## 二、认定轻微暴力致人伤害案件的规则提炼

1. 避免客观归罪主义，重点判断行为人的主观方面。不能因为客观上发生了轻伤以上人身伤害就先入为主地认为构成故意伤害罪。

认定犯罪应坚持主客观相一致。

在伤害结果已经客观存在的情况下，更重要的是对行为人是否具有伤害他人的主观故意作出实质性判断。

此类案件中通常对被告人的主观方面是故意还是过失，抑或仅为意外事件存在争议。

如何判断行为人的主观方面，不能仅凭经验和感觉，要落实到刑法规定和刑法理论对故意犯罪、过失犯罪、意外事件这三个概念的界定。

第一，故意犯罪的判断。刑法第十四条第一款规定：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。”犯罪故意由两个因素构成：一是认识因素，即明知自己的行为会发生危害社会的结果；二是意志因素，即希望或者放任危害结果的发生，如果是希望危害结果的发生就是直接故意，如果虽不希望但放任危害结果的发生就是间接故意。

认识因素和意志因素二者的有机统一才是犯罪故意。

在轻微暴力致人伤害案件中，由于行为人在暴力使用上轻微且有克制，案件又大多因突发纠纷引起，因此很难说行为人具有积极追求危害结果发生的直接故意，一般即使定故意伤害罪也仅讨论行为人具有放任危害结果发生的间接故意。

但究竟是否构成间接故意仍要视具体案情而定。

例如，以行为人和受害人的力量对比关系举例，一般人均可以认识到身强力壮的中青年人对体弱的老年人哪怕仅使用轻微暴力，也会对老年人造成人身伤害。

因此如果使用轻微暴力的行为人是身强力壮的中青年人，被害人是年老体弱者，一般可以认定行为人主观上至少具有放任伤害结果发生的间接故意。

第二，过失犯罪的判断。刑法第十五条第一款规定：“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。”据此，刑法根据行为人是否已预见危害结果，将过失分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。

在过失型致人伤害案件中，行为人一般均未预见到危害结果，故我们重点讨论疏忽大意过失的认定标准。

认定疏忽大意的过失，关键在于判断行为人对结果是否具有预见的可能性。

如果“不能预见”，那就可能构成意外事件。

仍以行为人和被害人的力量对比为例，如前文所述，一般在推搡老年人致其受伤的案件中可判断行为人具有伤害的故意，但如果推搡者自身也是老年人时则需要审慎考虑。

因为根据双方力量对比，老年行为人一般不能预见到自己推搡的力量会致对方受伤，此时我们倾向于认为伤害是因疏忽大意的过失造成的。

根据刑法规定，致人轻伤案件只有故意才入罪，过失致人轻伤不构成犯罪，但过失致人重伤的可构成过失致人重伤罪。

第三，意外事件的判断。根据刑法第十六条的规定，意外事件是指行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于故意或者过失，而是由于不能预见的原因引起的，不是犯罪。

意外事件中的行为人已经遵守了特定的规则，尽了必要的注意义务。

例如，安保人员在履职过程中抱住被害人不让其离开，被害人用力挣脱过程中倒地受重伤。

我们认为，行为人仅抱住被害人并无伤害故意，故不构成故意伤害罪；同时一般人均无法预见到被害人会因自身挣脱行为而倒地受重伤，故被告人也不存在过失的过错，不能构成过失致人重伤罪；排除了故意和过失，只能构成意外事件。

综上，正确判断行为人的主观过错以及是否属于意外事件对于轻微暴力致人伤害案件罪与非罪的判断具有关键作用。

主观方面的判断除了严格对照刑法条文、结合刑法理论外，还要参考双方力量对比因素、地理位置因素等进行综合评判。

若双方力量悬殊，则加大了认定行为人犯罪故意的可能；若轻微暴力行为发生在楼梯口、机动车道等不安全地带，则行为人应具有更高的注意义务。

2. 区分事实上的因果关系与法律上的因果关系。此类案件虽然客观上均造成被害人轻伤以上危害结果，但普遍存在多因一果现象。

行为人的外力作用当然是其中一个原因，但“没有 A，就没有 B”只是事实因果关系的判断标准，符合这一标准的，我们只能说 A 与 B 之间具有事实上的因果关系。

在此基础上，我们还要进一步缩小因果关系的范围，以判断二者之间是否具有法律上的因果关系。

判断法律上的因果系有两个参考因素：一是行为人有没有主观过错，如果行为人没有主观过错，那么就不可能存在刑法意义上的因果关系，就不构成犯罪；二是区分原因力大小，原因力越大的条件越有可能与危害结果之间具有法律上因果关系，相反，原因力微小的条件就难以认定为与危害结果之间存在法律上的因果关系。

例如，在因挣脱执法而倒地受伤这类案件中，若被害人受伤的主

要原因其自行挣脱行为，而不是安保人员依法履职行为，则安保人员的履职行为与被害人受伤之间只存在事实上的因果关系，不存在法律上的因果关系，从这个意义上说，安保人员不构成犯罪。

3. 注意妥善化解案件矛盾。此类案件往往案发后当事人双方矛盾激烈，不同的办案机关之间对这些法律边界较模糊的案件也容易作出不同的判断。

对此，我们首先要坚持对主观方面的准确定性。

其次，注重但书条款的适用，在处理时结合案发起因、行为人与被害人的关系、裁判后的社会效果等因素进行综合判断，如果犯罪情节显著轻微、危害不大的，不宜作为犯罪处理。

再次，对未认定为犯罪或虽认定为犯罪但给予从轻处罚的被告人，仍要加强教育，令其不要心存侥幸游走于法律的边缘。

此外，对于被害人的诉求要充分重视，特别是已提起附带民事诉讼的被害人，要做好民事调解工作。

根据刑事诉讼法解释第一百九十七条规定：“人民法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，可以一并作出刑事附带民事判决，也可以告知附带民事原告人另行提起民事诉讼。人民法院准许人民检察院撤回起诉的公诉案件，对已经提起的附带民事诉讼，可以进行调解；不宜调解或者经调解不能达成协议的，应当裁定驳回起诉，并告知附带民事诉讼原告人可以另行提起民事诉讼。”

（作者单位：周欣，上海市高级人民法院刑事审判庭庭长；熊理思，上海市高级人民法院刑事审判庭审判员）

<https://mp.weixin.qq.com/s/HksPIFb6nbxwJ91AW79BtQ>



## 四、法学评论：民事欺诈与刑事诈骗的界分—以《刑事审判参考》第 1372 号指导案例为中心

作者：陈少青

### 一、问题的提出

近年来，随着金融借贷纠纷频发，企业因资不抵债产生的经济纠纷是否构成犯罪日益受到关注。2016 年最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》指出，应当严格区分经济纠纷与刑事犯罪，坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷，避免将经济纠纷当作犯罪处理。现实生活中，经济纠纷与刑事犯罪纠葛最深的问题是如何区分民事欺诈与刑事诈骗。对此，2020 年公布的两起刑事审判参考指导案例（第 1342 号黄钰诈骗案、第 1372 号黄金章诈骗案）力求为民事欺诈与刑事诈骗划定明确界限。其中，“黄金章诈骗案”处在民事欺诈与刑事诈骗的“中间地带”，为二者的区分提供了绝佳素材。本案内容如下：

#### （一）基本案情

2010 年 11 月至 2011 年 6 月，黄金章以“工厂需要资金周转来扩大生产”为由，向林志平借款共计 1000 万元。林志平要求黄金章提供担保，后者将伪造的黄金鞋模公司土地证和三本房产证抵押给林志平。2012 年 5 月 8 日，黄金章再次书写欠条，并伪造黄金鞋模公司的股东会决议，谎称以公司的房地产权证作为抵押，约定 2012 年 10 月 8 日前还清借款。至 2012 年 5 月 16 日，黄金章共归还林志平 279.5 万元。之后，林志平提起民事诉讼要求黄金鞋模公司承担担保责任，但因担保无效，林志平最终仅通过参与福州市中级人民法院（2013）榕执行字第 333 号执行案件拍卖余款的分配，分得 173.65 万元。

## （二）裁判理由

二审法院认为，黄金章的行为仅构成民事欺诈，主要理由是其不具有非法占有目的。首先，黄金章向林志平借款发生在 2010 年 11 月到 2011 年 6 月，2011、2012 年土地估价报告、房产抵押评估报告等证实，黄金鞋模公司资产在扣除银行抵押贷款外，公司资产的余值及其个人房产价值与借款金额基本持平，黄金章在借款时具有还款能力。其次，黄金章将借款资金用于股市投资和偿还银行贷款等合法活动，欠款无法及时还清系股票投资经营亏损等原因造成，并非因个人挥霍或其他违法犯罪活动。最后，黄金章至案发前一直在稳定还本付息，具有还款意愿。

## （三）争点剖析

虽然二审法院将黄金章的行为定性为民事欺诈，但一审法院认为构成刑事诈骗，其理由是黄金章虚构借款用途，伪造假房产证、土地证作抵押，将大量钱款用于高风险股票投资，故其明知没有还债能力而大量借款，构成诈骗罪。产生如此严重分歧的原因是该案兼具民事欺诈与刑事诈骗的部分特征。例如黄金章在借款时有着较为雄厚的资金基础，借款后没有挥霍资金或携款潜逃，并一直向借款人支付高额利息，这说明黄金章没有恶意不履行，而是希望尽量履行合同，这带有明显的民事欺诈特征；与之相对，黄金章不仅虚构借款用途，将借款投入高风险的股票市场，而且伪造虚假产权证明作担保，此乃典型的刑事诈骗手段。当上述事实集中到同一案件时，行为定性容易在民事欺诈与刑事诈骗之间摇摆。

本案的审理折射出区分民事欺诈与刑事诈骗所面临的现实困境。司法实践中，非法占有目的是刑民界分的核心标准，司法解释列举出可以认定非法占有目的的典型情形，并要求对有无履约能力、未履约的原因、履约态度是否积极以及财物的处置形式等事实进行综合判

断。但是，面对刑民特征交织的疑难案件，非法占有目的的认定依然充满不确定性，现有裁判思路存在不足。如何修正非法占有目的的认定方法，为民事欺诈与刑事诈骗的界分提供合理依据，成为亟待解决的难题。此外，除了非法占有目的，理论界与实务界还会基于欺骗内容、欺骗程度以及被害人民事救济可能性等要素阐述民事欺诈与刑事诈骗的差异。这些要素是否都与刑民界分密切相关，其与非法占有目的之间具有何种关联？这都是刑民界分所不可回避的理论问题。

以下，结合“黄金章诈骗案”，试对上述问题展开论述。

## 二、民事欺诈与刑事诈骗的现有区分路径

民事欺诈与刑事诈骗并非互斥，而是前者包含后者，刑事诈骗属于民事欺诈的一部分。所谓的刑民界分实际上是在民事欺诈内部划定刑事诈骗与尚不构成犯罪的民事欺诈之间的界限。对此可以分别从内部视角与外部视角出发，构建出两种分析路径。

### （一）内部视角：诈骗罪成立范围的实质限定

既然刑事诈骗被民事欺诈包含，那么刑民界分不过是从民事欺诈中择取出构成诈骗罪的部分，一旦明确诈骗罪的成立范围，也就能够合理区分民事欺诈与刑事诈骗。故该问题“属于诈骗罪成立范围的子问题，是犯罪认定所需考虑的一项内容；只要划定犯罪圈的边界，就能同时为民事欺诈与刑事诈骗的区分找到依据”。从刑法的内部视角出发，通过对诈骗罪成立范围予以实质限定就能合理实现刑民界分。对此，可进一步分为客观限定与主观限定两种方式。

#### 1. 客观限定

部分判决主张，民事欺诈与刑事诈骗在欺骗内容与欺骗程度上存在差异。其一，诈骗罪的欺骗内容应当是犯罪的整体事实或全部事实，导致合同根本不能履行，而民事欺诈则仅是部分或局部事实不真实，对于合同的履行不会造成根本性影响。其二，刑事诈骗较之民事欺诈

的程度更为严重，民事欺诈虽然故意隐瞒真实情况，但仍在履行民事约定并支付一定对价，所获收益没有超出通常的容忍限度；与之相对，刑事诈骗是不付出任何对价或付出极少对价而获取对方较大财物，超出一般民事欺诈的容忍限度。

然而，上述区分不可避免带有一定的模糊性。何为“整体或全部事实”，是否行为人只要在某一点或少部分（并不重要的）事实上保有真实性就不属于针对整体或全部事实的诈骗？何为“一般民事欺诈的容忍限度或通常的容忍度”，支付对价少到何种程度才能认定为超出民事欺诈的限度？

对此现有理论认为，首先，对于欺骗内容，应当从内容的重要性上予以限定。行为人只有对“基础信息”（如标的物种类与特征、交易类型、价格及其构成等）或作为交付之判断基础的“重要事项”进行欺骗，才构成诈骗罪。“如果交易一方在交易沟通中操纵交易基础性信息，即对这些信息进行虚假表述，积极引起错误信息，就创设了交易失败及财产损失的风险即诈骗罪的风险”；反之，如果只是对附随事项进行欺骗，则不成立诈骗罪。其次，对于欺骗程度，应当从有无对价交付予以限定。“如果行为人采用的欺骗手段达到了使他人产生认识错误并处分财物的程度，则构成诈骗罪；如果行为人虽然采用欺骗手段，但并没有达到使他人无对价交付财物的程度，则只是民事欺诈，尚不构成诈骗罪”，“是否无对价占有他人财物，是区分两者之关键”。最后，对于欺骗结果，民事欺诈与刑事诈骗存在本质区别。有学者主张作为欺骗结果的“财产损失”要件对于刑民界分具有决定意义。诈骗罪中的财产损失不仅要被害人的得失进行直接衡量，还需要将“处分目的的重大背离”作为“失”的内容纳入到欺骗结果的认定当中，当被害人的处分目的没有发生重大背离时，仅成立民事欺诈。但是，上述观点有待商榷。

其一，即便将诈骗罪的欺骗内容限定为重要事项的观点本身是妥当的，也不足以实现刑民界分。因为民事欺诈同样包含针对重要事项的欺骗，尤其是在消费领域，商家将不符合标准的产品卖给消费者，属于对“作为交付之判断基础的重要事项”进行欺骗，但绝大部分案件只需通过民法即可得到妥善处理。例如在“手镯案”中，珠宝店将普通的人工玻璃制品以“冰翠”珠宝的名义卖给消费者，构成民事欺诈，法院根据消费者权益保护法要求珠宝店“退一赔三”。

其二，行为人有无对价交付，与刑民界分没有必然关联。刑事诈骗是典型的“互动性犯罪”，其以合同交易为依托，行为人在与被害人“沟通互动”的过程中为了获取后者的信任可能会给付一定对价，但这不足以否定诈骗罪的成立。例如在借贷集资类案件中，行为人偿还的部分借款及利息（黄金章向林志平支付利息 279.5 万元）属于支付对价的行为，但这最多只是判断非法占有目的有无的考量要素之一，对于民事欺诈与刑事诈骗的区分不具有决定性意义。

其三，处分目的是否出现重大背离，不是刑民界分的核心标准。德日理论考虑处分目的是否出现重大背离主要是针对相当对价给付与单向给付等特殊情形，当被害人的财产在形式上并没有遭受损失时，通过处分目的来实质判断损失是否发生。而我国刑法聚焦民事欺诈与刑事诈骗的界分，是对所有诈骗行为的处罚范围予以限定，故处分目的是否出现重大背离所适用的场域窄于刑民界分所探讨的范畴。退一步讲，即便将处分目的是否出现重大背离作为刑民界分的标准，“何为处分目的”本身带有很大的模糊性。因为处分目的具有较强的主观化、个别化色彩，对于目的是否发生背离难以给出明确判断。例如在黄金章诈骗案中，若将林志平提供借款的目的概括性地理解为获得高额利息，则根据黄金章支付的高额利息可认定处分目的没有发生重大背离；若将借款目的具体化为在基本能够确保本金的前提下获得

高额利息，则黄金章伪造房产证、土地证作抵押的行为导致被害人本金难以收回，处分目的发生重大背离。

## 2. 主观限定

目前的主流观点通过非法占有目的的有无这一主观方面，对诈骗罪的成立范围进行限定。立法者认为，诈骗罪与债务纠纷的根本区别在于后者不具有非法占有目的；司法实践中，非法占有目的更是成为区分民事欺诈与刑事诈骗的根本性依据。

### （1）非法占有目的之认定思路

关于非法占有目的的具体认定，主要存在于 2001 年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称“2001 年纪要”），2011 年最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称“非法集资解释”），2017 年最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》（以下简称“2017 年纪要”）和 2018 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称“信用卡解释”）等司法性文件中，非法占有目的的有无需要结合案件具体事实进行综合判断。例如“2017 年纪要”认为，对于集资诈骗罪中的非法占有目的，应“重点围绕融资项目真实性、资金去向、归还能力等事实进行综合判断”。与此同时，上述文件均列举了可以认定非法占有目的的典型情形。例如，“2001 年纪要”将可以认定非法占有目的的具体情形主要归纳为七种：明知没有归还能力而大量骗取资金的（情形 I）；非法获取资金后逃跑的（情形 II）；肆意挥霍骗取资金的（情形 III）；使用骗取的资金进行违法犯罪活动的（情形 IV）；抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的（情形 V）；隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的（情形 VI）；其他非法占有资金、拒不返还的行为。

需要注意的是，“综合判断”与“具体情形”之间有着紧密的逻辑关系，即通过将案件事实与前述所列的多种具体情形进行比照，实现对资金用途、履行能力及意愿以及事后态度等内容的综合判断。在黄金章诈骗案中，二审法院参照“2001年纪要”中的“具体情形”认为，在借款时黄金章的资产与借款金额可基本持平，具有还款的能力（否定情形I）；其将借款资金用于合法活动，没有个人挥霍或从事其他违法犯罪活动（否定情形III、IV）；案发前一直在还本付息，没有逃避返还资金（否定情形V、VI）；黄金章是在被害人报案之后才逃往外地，这与获取资金后即逃匿的情形有所不同（否定情形II），故黄金章不具有非法占有目的，不构成诈骗罪。

对于实务界通过非法占有目的的有无区分民事欺诈与刑事诈骗的做法，学者基本持支持态度，尤其是在民事欺诈与刑事诈骗在欺骗方法存在竞合的场合，非法占有目的的有无就成为二者区分的重要依据。“诈骗犯罪与民事欺诈客观上往往存在重合……难以从欺骗内容、欺骗程度等方面进行‘量’的区分，必须从非法占有目的上进行‘质’的把握。”在具体判断过程中，学者同样会对案件事实进行综合考量。“一般而言，在行为人客观上实施了欺诈行为导致被害人资金重大损失的情况下，资金的具体用途与流向，行为人事后的态度及其实施的关联行为，都是需要重点考虑的事项。”

## （2）现有思路的不足

不过，非法占有目的作为行为人主观内在的心理事实，对其认定存在一定难度。“现有规定对于明确‘以非法占有为目的’含义和类型起到了重要作用，但相对于形形色色的实践案例，既有的规定仍然有些捉襟见肘”，其不足可归结为以下几点。

首先，即便案件事实符合所列的某一情形，也不必然具有非法占有目的。根据现有规定，当行为符合所列情形时，可以认定具有非法

占有目的，但这并不意味着只要符合某一情形，就一定具有非法占有目的。毕竟“可以”不等于“应当”，“具体情形”与非法占有目的之间不存在完全的一一对应关系，至少在例外场合保留了否定非法占有目的的可能。例如“非法集资解释”规定集资后不用于生产经营活动，致使集资款不能返还的，可以认定具有非法占有目的，但是资金用途的改变并不必然具有非法占有目的，如果资金被用于约定之外的生产经营，或者没有用于生产经营而是用于偿还公司债务及日常开支，仍然有可能否定非法占有目的。由此可见，“具体情形”与非法占有目的之间只在表象事实层面有着非必然的紧密性，前者没有触及后者的内在本质。

其次，在与“具体情形”进行比照时，容易出现选择性偏差。“综合判断”主要依托于将案件事实与司法文件所列的具体情形进行比照，在黄金章诈骗案中，二审法院通过比照“2001年纪要”中的七种情形，完成对资金用途是否合法、履行能力以及事后态度等案件事实的综合判断。问题是，对于可以认定非法占有目的的具体情形，各文件的规定不尽相同。例如较之于“2001年纪要”，“非法集资解释”增加了两种可以认定非法占有目的的情形（资金不用于或主要不用于生产经营活动、拒不交代资金去向），我国刑法第一百九十三条与第二百二十四条分别将“使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保”、“以虚假的产权证明作担保”作为成立贷款诈骗罪与合同诈骗罪的典型情形，资金的具体用途、担保的真实性对于非法占有目的认定同样具有重要意义。

不同文件之间的差异为法官留下“自由裁量”的空间。由于我国刑法没有在一一般意义上对非法占有目的的判断方法予以明文规定，严格来讲，前述文件都只列举了某些特殊诈骗罪中具有非法占有目的的情形，故裁判者在认定是否构成刑事诈骗时，所列情形只具有参考或指



引意义。法官选择就哪一文件中的具体情形进行比照，甚至是否将文件所列全部情形均做比照，皆由其自由决断。由此带来的负面效果是，在具体判断过程中容易避重就轻，很容易演变成法官先有结论，然后再择取部分事实予以描述性确认，对某些可能影响目的有无的重要情形视而不见。

最后，在综合判断的过程中，同一案件中的不同事实之间可能相互抵触。非法占有目的的情形涵盖两个维度，欠缺履行能力与欠缺履行意愿：前者包括明知没有归还能力大量骗取资金，大部分资金未用于生产经营活动，资金使用成本过高，生产经营活动的盈利能力不具有支付全部本息的现实可能性以及肆意挥霍骗取资金等；后者包括非法获取资金后逃跑，抽逃、转移资金、隐匿财产，隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金等。若行为人同时具有或欠缺履行能力与履行意愿，非法占有目的的有无不难判断；而当行为人欠缺履行能力但具有履行意愿，或者具有履行能力但欠缺履行意愿时，如何协调两种相互冲突的事实证据成为“综合判断”的痛点，此时何者具有优先效力，现有规定没有给出答案。在黄金章诈骗案中，正是因为黄金章还款能力不足却依然愿意履行合同，能力与意愿的不匹配成为判断非法占有目的的有无的“绊脚石”。

概言之，对于非法占有目的的认定，虽然现有规范通过比照“具体情形”完成对案件事实的综合判断，但这一做法存在三点隐忧：一是即便符合“具体情形”，也不必然具有非法占有目的；二是关于“具体情形”的择取，具有一定的恣意性；三是在比照“具体情形”时，不同事实证据可能相互抵触。

## （二）外部视角：民法调整的有效限度

由于刑民界分牵涉两个法域，二者的界限既是诈骗罪的犯罪成立边界，也是民事欺诈的成立边界。那么从民法这一外部视角出发，通

过民事调整的有效限度逆推诈骗罪的成立范围，同样能实现刑民的合理界分。这一思路在司法判决中有所体现。

《刑事审判参考》第 1342 号指导案例区分民事欺诈与刑事诈骗时认为，“一般来说，构成诈骗罪的行为，应当是不能通过民事途径进行救济的行为。欺骗行为尚不严重，不影响被骗人通过民事途径进行救济的，不宜轻易认定为诈骗犯罪。将能够通过民事途径救济的骗取财物行为排除在诈骗犯罪之外，也符合刑法的谦抑性原则。”《刑事审判参考》第 961 号指导案例在对一房二卖行为进行刑民界分时，以“公司只要维持正常经营，其完全可以通过其他形式偿付唐某的债务，如再通过民事诉讼等方式，确定合同履行的方式以及违约金损失的赔偿等”为由，否定合同诈骗罪的成立。

最高院将被骗人能否通过民事途径获得救济作为刑民界分的重要依据，这一点在地方法院的判决书中也得到印证。例如“即便存在一些民事欺诈事实，如果通过民事诉讼方式可以获得司法救济，就应当让当事人双方通过民事诉讼和强制执行手段来实现权利、平衡利益，而不应当动用刑罚这一最后救济手段。”“被害人是否能够通过相对容易的民事途径主张权利、声张正义，对于刑事犯罪和民事违法的区分是很重要的。”如果能够以民事诉讼的方式获得救济，通过民法即可有效解决纠纷，则属于民事欺诈的范畴；如果被骗人通过民事途径不能获得充分有效的救济，则构成刑事诈骗。民事救济的有效性决定了民法所能调整的程度以及刑法介入的时点，这一点源自刑法的补充性原则。刑法作为所有部门法的后盾与保障，用以补充民法、行政法等规则的责任追究与制裁力量之不足，“刑罚只有在其他的社会统制手段不够充分，或者其他的社会统制手段（例如私刑）过于激烈时，才有发动的必要”。当民事救济足以保护被骗人的合法权益时，刑法不应主动介入私人之间的经济纠纷，仅构成民事欺诈；唯有民事手段

对于行为人的追究或制裁力有不逮时，刑罚作为对民事救济的补充手段被纳入进来，构成刑事诈骗。

问题是，如何判断被骗人能否通过民事途径获得救济？对此，不能直接根据被骗人事后的救济状况来认定作为刑民界分标准的民事救济有效性。因为诈骗罪以被害人交付财物为既遂时点，若将被骗人能否通过民事途径获得救济作为诈骗罪的考量内容，则应当以被害人交付这一犯罪结果的发生为判断时点，站在犯罪发生之时对未来被害人获得民事救济的可能性进行评估，至于事后被骗人是否真的失去民事救济（是否提起民事诉讼、通过民事诉讼是否能弥补损失等）并不影响犯罪的成立。例如在区分民事欺诈与贷款诈骗时，如果事后因行为人意志以外的原因导致贷款无法归还，即便被害人通过民事手段不能弥补损失，也不成立贷款诈骗罪。

既然事后救济状况与被害人能否通过民事途径获得有效救济属于不同范畴，那么对于后者，应当如何进行具体判断？对此，现有判决尚未给出明确思路，民事救济可能性更多地是作为一个抽象的标准或理念，用于强化判决的说理性。

### 三、非法占有目的与民事救济可能性之融合

围绕民事欺诈与刑事诈骗的界分，形成两套判断标准，行为人非法占有目的的有无（标准一），与被害人能否获得民事救济（标准二）。然而二者之间一直缺乏紧密关联，非法占有目的的一直居于判断的核心位置，民事救济可能性至多起到有限的辅助作用。但既然非法占有目的与民事救济可能性均是刑民界分的下位标准，前者指向刑事诈骗的成立边界，后者指向民事欺诈的成立边界，两个边界完全重合，那么二者不过是对同一对象的不同阐述（一体两面），其内在逻辑本应相互贯通，这对于消除目前的理论困境有着重要意义。

### （一）两项判断标准的互补性

对于标准一，虽然现有规定对于认定非法占有目的的具体情形与考量要素做了较为充分、细致的阐释，但“综合判断”思路的内在隐忧致使其在面对疑难复杂的案件时，容易引发争议。究其原因，该思路在事实层面将与非法占有目的相关的案件事实与典型情形进行列举后，未能通过逻辑主线将这些事实要素进一步予以串联、整合，所谓的“综合判断”不过是对“碎片化”、“片断化”的事实或情形予以罗列比照。当每种情形不足以独立完成目的有无的判断时，多种情形内部的无序导致裁判者可以较为恣意地选择将哪些“具体情形”进行比照，并且事实证据的相互抵触会割裂判断结论的一致性。概言之，非法占有目的的有无这一标准的优势在于对目的相关的事实要素进行了详细挖掘，不足在于缺乏清晰的逻辑主线将诸多事实串联起来，未能厘清要素之间的内在联系。

对于标准二，虽然指导案例明确了被害人能否获得民事救济在刑民界分上的重要意义，逻辑主线清晰，但对如何认定被害人是否能够获得民事救济没有给出具体判断方法。被害人能否获得民事救济是对被害人未来获得民事救济的可能性进行评估，而在具体评估时应围绕哪些案件事实予以展开，这一点尚未获得足够关注。

由此可见，两项标准的优劣之处带有互补性，标准一“判断材料充分但主线不清”，标准二“主线清晰但判断材料不足”。既然两项标准存在互通，那么可以将各自优势予以互补。一方面，若对非法占有目的的思路进行修正，则需要透过纷繁复杂的案件内容，将看似无序的事实或情形进行整合，提炼出其内在的共性特征，对此，标准二恰恰为刑民界分提供了一条清晰主线，故可以将其嵌入非法占有目的的认定之中。另一方面，若对民事救济可能性的思路进行修正，则要进一步提供在判断有无民事救济可能需要考量的具体要素，对此，

标准一恰恰为刑民界分的相关事实与具体情形给出了详细汇总，故可以将后者提供的具体判断材料纳入民事救济可能性的认定之中。

因此，将民事救济可能性这一主线与非法占有目的的综合判断相关联，不仅能够对两项标准予以补正，而且将刑民界分的内外视角打通，非法占有目的与民事救济可能性有机地叠合在一起，成为区分民事欺诈与刑事诈骗的唯一标准。

## （二）现有规定的再审视

在刑民界分的视野下，与非法占有目的相关的资金用途、履行能力等要素被民事救济可能性这一主线串联起来，现有规定所列每种情形都应关乎被害人有无民事救济可能性，所以有必要以此为视角重新对现有规定进行审视。

综合“2001 年纪要”、“非法集资解释”、“2017 年纪要”以及“信用卡解释”，可以将认定具有非法占有目的的情形总结为 12 种：（1）资金不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例；（2）资金使用成本过高，生产经营活动的盈利能力不具有支付全部本息的现实可能性；（3）对资金使用的决策极度不负责任造成资金缺口较大；（4）肆意挥霍骗取资金；（5）使用资金进行违法犯罪活动；（6）明知没有还款能力而骗取资金或大量透支；（7）使用虚假资信证明申领信用卡后透支；（8）归还本息主要通过借新还旧来实现；（9）拒不交代资金去向，逃避返还资金；（10）获取资金后逃匿；（11）抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金；（12）隐匿、销毁账目，或搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金。此外，我国刑法中的贷款诈骗罪、合同诈骗罪等将“使用虚假的产权证明作担保”作为刑事诈骗的典型情形（情形 13），也是司法实践中认定非法占有目的的重要依据。如果以民事救济可能性为视角重新解读上述十三种典型情形，不难发现，所有情形都是用来证

明被害人丧失民事救济可能性。

具体而言，情形一到情形五指向资金用途。其中，在情形二到情形四中，非法占有目的的有无不仅要考虑资金是否按约定用途进行生产经营，还要求行为人不具有最终向被害人支付全部款项的现实可能性。资金使用成本过高、盈利能力不足、资金缺口较大以及肆意挥霍等事实导致行为人整体经济状况急剧恶化，根本无力按约定偿还被害人，被害人即便提起民事诉讼获得胜诉判决，也因行为人没有足够可供执行的财产而无法获得有效救济。以此为前提，情形一、情形五中的资金用途应当与情形二到情形四具有共通性。对于情形一，即便资金不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，也尚不足以认定行为人具有非法占有目的。在资金被用于约定之外的生产经营或偿还公司债务、日常开支等场合，司法判决不会一概认定具有非法占有目的，此时需要进一步判断改变资金用途是否会降低行为人偿还能力，提升被害人财产损失的风险。若资金虽没有用于生产经营，但用来偿还公司经营过程中所欠债务或日常开支，则行为人的偿还能力没有降低，被害人存在民事救济可能性，不能认定非法占有目的；反之，若资金没有用于生产经营而是用于偿还个人的赌债或高利贷，行为人欠缺基本的偿还能力，则被害人因行为人没有可供执行的财产而不能获得民事救济，能够认定非法占有目的。对于情形五，在资金被用于违法犯罪活动的场合，不能当然地认定非法占有目的。因为资金用途是否违法与非法占有目的之间没有必然关联。根据我国刑法第三百八十四条的规定，国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，构成挪用公款罪，而非以非法占有目的为要件的贪污罪。如果只要进行违法犯罪活动就推定非法占有目的，就会与我国刑法第三百八十四条产生矛盾。所以即便资金用途违法，只要行为人能够偿还，也应否定非法占有目的。

在资金被用于违法犯罪活动的背后，行为人没有偿还能力才是认定非法占有目的的实质依据，被害人面对从事违法犯罪活动的行为人，很难通过民事手段获得有效救济，失去民事救济的可能性。

情形六到情形八、情形十三指向履行能力。使用虚假资信证明申领信用卡后透支、通过借新还旧来归还本息以及使用虚假产权证明作担保等情形不仅表明行为人履行能力不足，而且即便被害人通过民事诉讼等手段也不能获得有效救济。其中，资信证明虚假说明行为人不具有申领并透支信用卡的资质（经济实力不足），一旦透支则根本无力还款；以借新还旧方式归还本息说明行为人无法通过自己的财产进行偿还，即便借款人将其诉至法院，也无可供执行的财产；担保清偿是债权人最重要的权利实现手段之一，使用虚假产权证明作担保说明被害人失去最后的权利实现与民事救济手段。这些情形都是“明知没有还款能力而骗取资金或大量透支”的体现。故对非法占有目的而言，行为人履行能力的欠缺需达到“被害人即便采取民事诉讼等手段也不能获得有效救济”的程度。

情形九到情形十二指向履行意愿。其中，在情形十到情形十二中，行为人在获取资金后逃匿，或抽逃、转移资金、隐匿财产或者隐匿、销毁账目，或搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金等情形表明其完全没有履行的意愿，被害人不仅无法要求行为人履行债务，而且即便通过民事诉讼等途径，也因无法找到行为人或其可供执行的财产，难以获得有效救济。情形九应当与前述情形有“等价性”，“拒不交代资金去向”并非是指只要行为人拒绝向被害人或公权力机关交代资金去向就直接认定非法占有目的，而是指拒不交代的行为导致被害人无法查清行为人的真实资产，即便民事胜诉也因找不到行为人可供执行的财产而难以获得有效救济。

现有规定所列 13 种情形可以被“民事救济可能性的丧失”所统

合。对资金用途、履行能力等要素的综合考量与其说是推定非法占有目的的有无，不如说是推定被害人在犯罪结果的发生时点是否失去民事救济的可能性，并以此进一步认定非法占有目的的有无。需要再次强调的是，民事救济可能性的判断时点为犯罪结果的发生时点，在被害人交付财物的时点推断其失去民事救济的可能性大小。在这些情形中，除了与履行能力相关的情节，其他均为犯罪发生之后的案件事实，根据这些事实可以逆推或回溯在结果发生的时点被害人是否失去了民事救济可能性。

#### 四、非法占有目的的阶层式判断

以民事救济可能性为主线将非法占有目的的典型情形串联起来，能够很好地消除现有思路所存在的隐忧。首先，“具体情形”的某一项固然不能直接决定非法占有目的的有无，但只要从民事救济可能性的角度进行实质把握，就可以对非法占有目的予以准确判断。即便案件事实形式上符合现有规定所列的某种情形（如资金不用于生产经营活动），若被害人仍具有民事救济可能性（行为人的资金状况没有恶化并足以偿还欠款），则否定非法占有目的。其次，裁判者对“具体情形”的择取必须围绕民事救济可能性展开。不同司法文件列举的具体情形都需遵循民事救济可能性这一逻辑主线，法官在择取与案件事实相对照的具体情形时，所有与被害人民事救济相关的部分应当全部被纳入进来，从而合理控制裁判者自由裁量的空间。最后，对不同事实证据的取舍，应当以民事救济可能性为依据。在认定非法占有目的时，不同事实证据之间的冲突主要集中在履行能力与履行意愿的错位上。对此，唯有影响被害人民事救济可能性的案件事实才需要纳入到非法占有目的的认定当中，其他事实证据对于刑民界分的意义应被弱化。

通过对现有判断路径的补强，非法占有目的作为区分民事欺诈与



刑事诈骗的核心标准能够合理实现刑民界分。在具体判断时，以民事救济可能性为主线，采取“履行能力——履行意愿”的阶层式判断路径。

### （一）阶层一：履行能力

现有规定所列举的 13 种典型情形可以被分为资金用途、履行能力以及履行意愿三种类型，但严格来讲，资金用途最终指向行为人在资金使用之后是否具有偿还能力，所以可以将其并入履行能力的范畴。在判断行为人的非法占有目的时，首先应当对其履行能力进行判断。对此，需要注意以下两点。

#### 1. 在结果发生的时点对行为人履行债务时的偿还能力进行评估

在欺诈案件中，被害人交付与行为人偿还之间一般存在时空间隔，偿还的时点晚于交付的时点，随着时间的流逝，行为人的履行能力一直在发生变动，但应当对行为人哪一时点的履行能力进行判断，尚未达成共识。在黄金章诈骗案中，判决将履行能力理解为行为人在被害人交付的时点所具有的偿还能力；与之相对，在黄钰诈骗案中，判决将履行能力理解为行为人在债务履行时点所具有的偿还能力。本文认为，后者的观点具有合理性。行为人的履行能力与债务履行的时点捆绑在一起，只有判断行为人在这一时点是否有能力清偿才有意义。

具体而言，虽然行为人在被害人交付的时点具有履行能力，但综合案件事实发现其在清偿债务时将无力履行，则不具有履行能力；反之，即便行为人在被害人交付的时点不具有完全的履行能力，但在清偿债务时该能力将得到完善，也应认定其具有履行能力；此外，如果在相对人交付财物的时点，综合案件事实能够认定行为人在还款时具有履行能力，则即便之后因意志以外的因素（如金融危机）导致其在还款时不能履行，也应当认定行为人具有履行能力。

## 2. 结合资金用途、经济状况、有无担保等事实进行综合判断

行为人是否具有履行能力，关键在于行为人在清偿债务的时点是否有足够资产确保被害人能够通过民事手段获得救济，其资产状况对于履行能力的有无具有决定性意义，对此需要全面、充分地综合考量资金用途、经济状况、有无担保等事实。其中，行为人资金用途是否合法、是否用于生产经营均不足以决定履行能力的有无，因为资金用途虽影响行为人的偿还能力，但仅此尚不足以全面评估行为人在清偿债务时的资产状况，后者还受行为人收入与负债的比率、是否为被害人提供足额担保等影响。

其一，即便资金的使用违约或违法，只要行为人整体的经济状况或提供的担保足以确保其将来能够清偿，也应认定具有履行能力。即便行为人将资金用于偿还个人债务或违法犯罪活动，偿还能力有所降低，但倘若行为人经济实力非常雄厚或提供了足额担保，则履行能力依然存在，受骗人仍然可以通过民事胜诉后执行行为人的财产、担保权实现等方式获得有效救济。

其二，即便资金的使用不违法，但如果用于投资高风险行业，其经济状况很有可能急剧恶化，加之没有向被害人提供足额担保，则被害人失去民事救济可能性，应否定具有履行能力。在黄金章诈骗案中，黄金章将资金用于股市投资这一合法活动是法院否定非法占有目的的重要依据。但是，非专业者投资股市具有很高的风险性，其资金状况陷入巨大的波动之中，最终血本无归的现象屡见不鲜，此时行为人为确保在偿还欠款的时点有充足的资产履行债务，必须提供足额担保。但黄金章伪造公司、个人房产证件进行抵押，即便房产本身真实存在，伪造证件也会导致被害人因抵押无效而失去优先受偿权，当发生债务纠纷时，只能以普通债权人的身份参与到民事诉讼当中，无法控制或消除行为人因高风险投资导致债务不能履行的可能性，进而因

行为人无可供执行的财产而不能获得充分有效的救济（林志平因抵押权无效，仅获赔 173.65 万元），故应否定行为人具有履行能力。

## （二）阶层二：履行意愿

在对行为人履行能力进行判断后，要进一步判断履行意愿。行为人获取资金后逃匿，拒不交代资金去向，或抽逃、转移资金、隐匿财产或者隐匿、销毁账目，或搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金等无不表明行为人根本没有履行意愿。这些情形属于事后的案件事实，其意义在于推定或预估在犯罪结果发生时行为人对于未来的债务履行是否具有积极意愿。行为人抽逃、转移资金、隐匿财产或者隐匿、销毁账目等事实能够推定行为人在骗得资金的时点已经计划逃避履行债务，唯一需要注意的是对“行为人获取资金后逃匿”的把握。在黄金章诈骗案中，法院认为黄金章是在被害人报案后才逃往外地，这与获取资金后逃匿的情形有所不同，同时考虑到黄金章一直在支付利息，故其具有履行意愿。这一观点具有合理性。因为行为人是否具有履行意愿要以结果发生时为标准，只要当时愿意履行，即便之后因其他原因逃匿，也应当认定具有履行意愿。对此，需要注意以下两点。

### 1. 行为人即便向被害人表明拒绝履行，也仍可能具有履行意愿

在情形九到情形十二中，行为人不仅明示其拒绝履行的态度，而且被害人即便通过民事诉讼等手段也不能获得有效救济，即行为人欠缺履行意愿必须达到致使被害人民事救济不能的程度。反之，如果行为人虽然拒绝履行但为被害人留有民事救济的余地，则尚可认为其保有了“一线意愿”，例如在“手镯案”中，消费者根据法院判决从珠宝店获得了三倍赔偿，则后者具有（认定非法占有目的时所要求的）履行意愿。

### 2. 行为人即便向少量被害人履行，也仍可能欠缺履行意愿

在行为人针对不特定多数被害人实施欺骗的案件中，即便事后有

极少数被害人发觉被骗并从行为人处挽回损失，也不影响大多数被害人因不能发现事实真相而从源头上阻断了民事救济的可能，此时应认为行为人欠缺履行意愿。例如在“保健品诈骗案”中，东鼎公司通过伪造检测报告，夸大老年人病情，骗其购买保健品共计 224.37 万元。对此辩护人以东鼎公司存在退货、退款为由，主张涉案人员没有非法占有目的，仅构成民事欺诈。但是，老年人作为弱势群体，容易陷入商家精心设定的圈套，并对虚构的事实深信不疑，几乎不可能发现真相，更不可能诉诸民事救济。即便事后极少量的被害人因机缘巧合发现被骗，行为人对此进行赔偿也只是为了消弭争端，避免更多人发现真相。

因此，履行意愿的有无不能局限于行为人对于履行与否的外部表态，还要牢牢把握拒绝履行与民事救济可能性之间的深层关联，只有当行为人对于履约的抵触达到要尽可能断绝一切民事履行途径的程度时——“根本”不愿意履行，才能认定具有非法占有目的。

### （三）履行能力与履行意愿的关系

行为人的履行能力与履行意愿包括四种类型，有能力且有意愿、无能力且无意愿、有能力但无意愿以及无能力但有意愿。前两者的非法占有目的的有无以及是构成民事欺诈还是刑事诈骗并无争议；而在有能力但无意愿的场合，行为人虽然有足够的经济实力偿还债务，但却通过逃匿、搞假破产、假倒闭或抽逃、转移资金等手段逃避返还资金，被害人丧失民事救济可能性，故行为人具有非法占有目的，构成刑事诈骗。

真正成为问题的是第四种类型，行为人虽无能力但有意愿时，是否具有非法占有目的。司法实践中，“行为人没有逃避履行债务”是常见的辩护事由。例如在“周辉集资诈骗案”中，辩护人以周辉一直在偿还欠款，没有逃避资金返还义务为由，主张其不具有非法占有目

的。对此，司法判决中常见两种处理方式：一是直接以行为人有履行意愿为由，否定非法占有目的，仅构成民事欺诈（如黄金章诈骗案）；二是对于辩护人的主张避而不谈，强调行为人没有履行能力，认定具有非法占有目的，构成刑事诈骗（如周辉集资诈骗案）。

笔者认为，无履行能力但有履行意愿的行为人是否具有非法占有目的，需要回到刑民界分的场域进行分析。民事欺诈与刑事诈骗的区分在于被害人是否失去民事救济可能性，当行为人虽有履行意愿但却无力履行时，其经济状况不能保证被害人通过民事手段获得有效清偿，符合刑事诈骗与非法占有目的认定标准。换言之，没有履行能力做后盾的履行意愿不过是行为人的一厢情愿而已，不能改变被害人失去民事救济可能性的客观事实。因此，司法判决不应回避“行为人具有履行意愿”这一辩护事由，而应以“行为人欠缺履行能力导致被害人失去民事救济可能性”为依据，认定具有非法占有目的。在黄金章诈骗案中，黄金章虽有履行意愿但无履行能力，具有非法占有目的，构成诈骗罪。

履行能力与履行意愿是判断被害人是否失去民事救济可能性的两个重要维度，如果行为人没有履行能力，则无论其是否有履行意愿，都足以认定非法占有目的；只有当行为人具有履行能力但根本不愿履行时，履行意愿才会影响非法占有目的的有无。因此，在判断的次序上，履行能力应先于履行意愿，行为人有无实际履约能力是区分民事欺诈与刑事诈骗的基本出发点。对于非法占有目的的认定需采取阶层式（递进式）的判断模式（从客观到主观）：首先，当行为人欠缺履行能力时，直接认定其具有非法占有目的，构成刑事诈骗（阶层一）；其次，当行为人具有履行能力时，才需要进一步判断履行意愿（阶层二），若欠缺履行意愿，则行为人具有非法占有目的，构成刑事诈骗，若具有履行意愿，即便因意志以外的原因未能实际履行，也仅构成民

事欺诈。

（作者单位：对外经济贸易大学法学院讲师）

[https://mp.weixin.qq.com/s/dMpbRAJvWuuoQRv\\_zTKu4Q](https://mp.weixin.qq.com/s/dMpbRAJvWuuoQRv_zTKu4Q)

## 五、政治与法律：证券操纵犯罪的法益侵害界定与定量标准审视

作者：商浩文

证券操纵是资本市场中较为复杂的一类违法行为，也是最为严重的破坏证券交易秩序的行为之一。近年来，随着人工智能、大数据等金融科技的发展，证券操纵行为呈现出专业化、隐蔽化、复杂化等特点，相关刑法规范已难以适应打击新型证券操纵行为的现实需要。鉴于此，我国 2021 年 3 月 1 日开始实施的《刑法修正案（十一）》明确将“虚假申报操纵”“蛊惑交易操纵”“抢帽子交易操纵”等三种新型证券操纵行为纳入刑法叙明条款的规制范围。但是，与传统的证券操纵行为相比，新型证券操纵行为呈现出不同的证券市场影响模式，影响了该罪法益的保护内涵，原有的定量标准也难以适应实践的现实需要。有必要从证券操纵犯罪的行为危害、证券市场改革等角度重新梳理证券操纵行为的法益侵害，并思考其犯罪定量评价机制的深层逻辑，以期有助于证券操纵犯罪规范的妥善适用。

### 一、新型证券操纵行为入刑对法益侵害界定引发的冲击

证券操纵犯罪是最为复杂的证券犯罪类型之一，也是实践中常见多发的违法行为类型。证券操纵行为扭曲了证券价格形成的正常机制，破坏了市场诚信和市场效率，引起市场波动，导致市场流动性不足，危害证券市场资源配置的基本功能。从 2021 年我国证券稽查执法部门查办的案件类型分布来看，虚假陈述、操纵市场及内幕交易等类型化案件依然是稽查执法部门打击的重点对象。2021 年稽查执法部门向公安机关移送相关犯罪案件同比增长 1.5 倍。近年来，新型证

券操纵行为不断出现，操纵证券市场犯罪呈现出专业性强、犯罪手段隐藏、操纵方法多样等特点，给证券操纵犯罪相关刑法规范的适用带来了挑战。

为了进一步在刑法上规制新型证券操纵行为，厘清证券犯罪与证券市场创新的行为界限，《刑法修正案（十一）》将《刑法》第 182 条第 1 款修改为：“有下列情形之一的，操纵证券、期货市场，影响证券、期货交易价格或者证券、期货交易量，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：（一）单独或者合谋，集中资金优势、持股或者持仓优势或者利用信息优势联合或者连续买卖的；（二）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券、期货交易的；（三）在自己实际控制的账户之间进行证券交易，或者以自己为交易对象，自买自卖期货合约的；（四）不以成交为目的，频繁或者大量申报买入、卖出证券、期货合约并撤销申报的；（五）利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券、期货交易的；（六）对证券、证券发行人、期货交易标的公开做出评价、预测或者投资建议，同时进行反向证券交易或者相关期货交易的；（七）以其他方法操纵证券、期货市场的。”刑法修正案进一步明确了对“虚假申报操纵”“蛊惑交易操纵”“抢帽子交易操纵”等三种新型操纵市场行为追究刑事责任。《刑法修正案（十一）》中新型证券操纵行为的入刑，进一步拓展了证券操纵的行为类型，但也在行为模式上对刑法规范的体系化阐释带来冲击，尤其是对证券操纵犯罪法益侵害的界定带来了挑战。刑法法益是刑事立法确立犯罪行为定型不可逾越的边界。在我国现有刑法分则依据犯罪客体分类排列的模式下，一般是以罪名所处的体系位置探寻刑法规范所保护的法益。立法者将操纵证券、期货市场罪安排在我国刑法“妨害对公司、企业的管理秩序罪”一节中，因

此，一般观点认为本罪所保护的法益属于国家对证券市场的管理秩序。《刑法修正案（十一）》出台之前，我国 1997 年《刑法》第 182 条中所明确列举的连续交易、约定交易和自买自卖等三种操纵行为中，行为人客观上是以证券交易行为来直接影响证券交易价格和交易量，操纵行为本质上体现为直接价量操纵，行为的法益侵害表征为妨害国家对证券市场的管理秩序。但是，对于新型证券操纵行为而言，传统证券操纵行为所体现出来的“秩序法益”已不能准确界定新型证券操纵犯罪。在金融创新和金融监管的协同下，一些新型证券操纵行为超越了“秩序法益”的侵害范畴，不能仅仅以侵害金融监管秩序作为入罪的依据。例如，运用高频交易等金融工具频繁的报撤单行为客观上有可能是新修订的《证券法》中规定的价格发现和交易策略的程序化交易方式。但是，如果从秩序法益的角度考量，此种行为往往会对证券市场的监管秩序造成损害，有可能得出构成《刑法修正案（十一）》中新增的虚假申报型操纵证券犯罪的结论。但是，程序化交易属于法律中规定的金融工具创新方式，对于提升证券市场效率具有积极作用。因此，在法秩序统一的视野下，此种行为不具有刑事违法性，难以认定为虚假申报操纵。法益对于刑事立法中的犯罪构成要件具有解释机能，对构成要件能起到实质解释的作用。因此，法益的确定需要解决该罪的刑事处罚范围，应当能对司法实践中达成共识的违法犯罪行为澄清边界。在《刑法》修正后，只有重新定位证券操纵犯罪的法益侵害，才能准确界定犯罪的本质；同时，以法益侵害来检视证券操纵犯罪的定量标准，才能妥当确立刑法规范的处罚范围。

## 二、证券操纵犯罪法益侵害的时代省思

犯罪的本质是侵犯法益，刑法的目的是保护法益。法益不仅是刑事立法规范设置的依据，而且是具体构成要件司法适用理解的重点。因此，探寻证券操纵犯罪的法益侵害对于相关刑法条文的理解与适用



具有重要意义。如前所述，既往我国刑法理论界和实务界倾向于将“秩序法益”作为证券操纵犯罪的侵害法益。然而，“秩序法益”不仅因为其自身的局限性而招致学者的批判，而且，随着证券制度的改革，操纵证券市场犯罪的法益侵害也具有了时代变化，既往的法益保护观点无法适应证券市场发展的客观情况。

### （一）证券市场管理秩序并非证券操纵犯罪侵害法益的自体

秩序指的是“在自然进程中和社会进程中所存在着的某种程度的一致性、连续性和确定性”。秩序是人们进行社会交往活动和从事经济生活的外部安全存在的保障，对人类的社会生活具有基础性的地位。刑法是国家法律体系的最后保障，以强有力的刑罚保证各种规范的有效性，这就决定了用刑法保护秩序是必要的。这种秩序在证券领域体现为国家对证券市场的管理秩序。但是，法规范所保护的法益应当是一种核心利益，证券交易市场的管理秩序是证券市场中各要素正常运行的重要保障。证券市场管理秩序能够保障，市场的资源配置功能才能有效发挥，市场主体的各种利益才能有实现的可能性。只是，证券市场的有序状态具有抽象性，难以还原为具体的利益，不能作为利益的自体，而只是利益得以实现的外部条件。并且，如前所述，对证券市场秩序的违反不一定会产生具体利益受损的结果。将单纯违反秩序的行为犯罪化，不符合法益损害原则为基础的立法正当性要求。

“如果某种规范只保护特定的秩序，而不去避免具体的损害，那这些规定在刑法中就没有任何地位。”因此，国家维护证券市场的管理秩序仅仅是为了更为周延地保护核心利益的辅助手段，秩序本身尚不是刑法罪名所欲保护的法益。实质的法益概念所要达到的目的，是向立法者提供刑事处罚的合法界限。“秩序法益”有可能导致刑法规制范围过于模糊从而无法确定刑罚处罚界限，极易导致刑法适用的扩大化，陷入刑法“新工具主义”的危机。因此，我们将秩序法益作为证

券操纵犯罪侵害的法益要非常慎重。

## （二）秩序法益难以发挥犯罪构成界限定位的作用

正如有论者所言，经济刑法法益不仅需要发挥审视刑事立法的功能，而且需要明晰经济违法与经济犯罪行为的界分功能。既往的秩序法益观点将行为是否违反经济管理秩序作为犯罪成立与否的判断标准。而经济管理秩序在经济刑法中主要体现为行政法规所确立的秩序，行政法规的历时性、易变性决定了秩序法益的流变性。经济刑法的“法益稀薄性”决定了需要对经济犯罪行为进行目的限缩性解释。因此，对于法益的确证，我们必须置身于刑法规范所处的时代背景，坚持法秩序统一性。法秩序统一性原理要求我们在行政执法和刑事司法中，相关规范秩序不能相互矛盾，尤其是不能将前置法上的合法行为认定为犯罪。具体到证券法治领域，证券法与刑法等都保护证券交易秩序，但是不同部门法所保护的交易所具有层次性。秩序法益本身具备的抽象性、流变性特征，导致其难以凸显法秩序统一性下的层次性，甚至会将合法行为认定为刑事犯罪。例如，上市公司股份回购制度是资本市场的一项基础性制度安排，在客观行为上体现为上市公司通过资金和持股优势，连续买卖股票；上市公司主观上回购股份的目的也在于稳定股价。如果简单地从“秩序法益”的视角审视，很有可能导致将上市公司合法的回购行为认定为连续交易型证券操纵犯罪。但上市公司回购股份不会对相关主体的利益造成实质损害，并不属于操纵证券市场行为，而是上市公司实施并购重组、优化治理结构、稳定股价的必要手段。

## （三）证券发行注册制等资本市场改革对秩序法益产生消解效应

在中国经济转型初期，基于计划经济的运行惯性，形成了管制型的金融体系。发轫于彼时的经济刑法所保护的法益体现为行政管理性利益，这在证券领域有着较为明显的体现。在 2020 年 3 月 1 月新修

订的《证券法》实施之前，我国证券发行经历了审批制、核准制的发展阶段，这体现了管制型金融体系的特点，即以政府替代市场选择发行上市公司，以行政关系主导了市场机制与民事法律关系。在此金融制度下，经济刑法在刑事立法和司法中形成了以优先保护经济秩序为主的模式，经济自由属于刑法保护的附属品。这种单边的秩序法益保护立场体现为对管理秩序的重点保护，对金融交易秩序和交易利益的保护则明显不足。随着我国金融体系由管制模式向监管模式转变，“秩序法益观”已难以契合金融市场的发展情况。管制模式强调以政府为主导，计划经济的色彩浓重，国家介入到交易之前的市场准入环节；监管模式则突出市场的主导作用，重点规范市场主体的交易行为，防范出现市场失灵行为，目的是要构建符合市场经济特征的金融体系。因此，金融监管模式下，国家金融管理的重心由市场的准入机制转向市场的交易机制。在 1997 年证券操纵行为入罪时，我国的证券市场是采取严格的准入机制，国家以家长主义的理念介入到证券市场的管控。但是，随着 2019 年《证券法》的通过，证券发行注册制改革等资本市场改革逐步推进，政府适度干预，充分发挥市场在证券市场资源配置中的决定性作用，市场风险交由理性投资者自行决定。我们坚持放松管制的市场化改革方向，让市场配置资源，切实提升市场运行效率。因此，“秩序法益观”在证券发行注册等资本市场改革的背景下失去了其赖以生存的制度基础。法益来源于社会生活，且具有社会发展的适应性，因此它的内容并不是一成不变的，需要随着社会生活中保护的利益的变化而不断变化。

### 三、证券操纵犯罪法益侵害的确证：证券市场效率

近年来，传统秩序法益的立场逐渐为学者所扬弃，利益法益观的知识聚集日益展开。笔者认为，明确证券操纵犯罪的侵害法益，需要回归到证券操纵的行为危害中来判定，只有明确其行为危害，才能妥

当确定其法益侵害。

（一）基于行为危害的法益侵害判断：证券操纵的可归责基础  
犯罪的本质在于法益侵害。因此，对于犯罪行为所造成的法益侵害，应当从行为的危害中寻找。证券操纵行为的危害主要在于破坏了证券市场正常的价格形成机制以及影响了市场的流动性，损害了市场资源配置的效率。

第一，破坏证券市场正常的定价机制。证券价格的真实性是指反映证券内在价值的证券价格。一般而言，在完整的证券交易市场上，投资者通过投资决策买进和卖出证券，形成正常市场供求关系，促进证券真实价格的形成，进而引导资本的流向，从而实现资源的合理配置。但是，无论是传统的连续交易操纵、约定交易操纵和自买自卖操纵等传统的操纵行为，还是《刑法修正案（十一）》中新增的“虚假申报操纵”“蛊惑交易操纵”“抢帽子交易操纵”等新型证券操纵行为，行为人均是通过滥用资金、持股、持仓、信息、技术等市场优势，产生市场控制，利用其市场力量来垄断市场。证券市场被垄断而形成的证券定价并不是由市场驱动的，而是人为产生的。证券交易形成证券价格，人为价格却不能反映出市场驱动的供求关系和真实地反映证券价值。这样被扭曲的市场价格释放了虚假的市场信号，会导致市场资源的错配。因此，证券操纵通过错误信息的注入、流动性假象这两种方式干扰市场的定价准确性，引发资本错配，市场参与者可能会用未准确定价的资产进行资本的配置，从而降低了市场对整体投资者的效用、削弱资本配置、影响市场效率。禁止操纵证券市场的主要理由在于防止市场机制被破坏或经由自然供需关系而形成证券价格的机制被破坏。

第二，影响证券市场的高流动性。证券市场上适度的流动性能够促进市场交易的效率，降低交易成本，促进资本市场健康平稳发展。

因此，流动性是衡量金融市场质量最为重要的标志之一。流动性是指其他交易者在市场上交易的随时可用性，以及交易者执行交易而不发生重大市场波动的可能性。流动性包含交易成本和交易速度等维度。做市商愿意买入和卖出某种证券的价格所形成的买卖价差是用来衡量市场流动性的重要标志。正常情况下，价差越小，流动性越高。虽然，随着市场环境的变化、市场预期的修订以及新信息的出现，市场会经历一定程度的波动。但是，异常的价格波动可能表明该证券资产的价格正在远离其基本价值。在金融市场上，从订单决策与价格形成的博弈过程和模型来看，操纵行为人通过对资产价格施加压力增加了市场的波动性，投资者感知到波动性后的投资策略趋于保守，一般会在远离最佳买入卖出价的价格上进行交易，减少流动性供给，进而增大买卖价差，降低证券交易的流动性。在境外证券市场，从美国证券交易所、美国纽约证券交易所、加拿大多伦多证券交易所等交易所十余年来的证券操纵案件的实证研究结果来看，股票在被操纵期间的买卖价差会显著增大。在中国证券市场上，学者基于对中国证监会所公布的证券操纵案件的研究结果表明，股票在被操纵期间的日收益率、有效价差、价格波动性及交易规模均明显上升。这些研究结果从数据实证的角度证明了证券操纵行为会导致证券交易成本增加，扩大证券买卖价差，加剧证券市场的波动性，从而降低市场的流动性。

## （二）基于经验事实的法益确定：证券市场效率

法益是先于法律规范而独立存在的经验事实，是立法者进行价值评判以发掘法益、建构规则所必需的事实根据。经济刑法所要保障的是经济领域中个人实现自由的各种外部条件。在经济系统中，合理的资本配置是国家、社会、市场主体及其他市场参与者能够实现其财产性利益或利益机会的重要条件。正因如此，有学者将经济刑法的法益界定为资本配置利益，并根据资本配置关系的差异，将证券犯罪的法

益侵害确定为破坏信用资本配置。诚然，此种观点注意到了法益确定与经济系统的契合性，在欺诈发行证券市场罪、违规披露、不披露重要信息罪等犯罪中能够得以确证。但是，该种法益观点无法对证券操纵犯罪进行合理解释。例如，在金融市场基准操纵中，行为人仅凭自身的资金优势等便可达成操纵的结果，其并不具备诱骗其他投资者的主观动机。正如有学者所指出的：“操纵行为的成立，不以欺罔为构成要件。”

因此，对于证券操纵的法益侵害，还需在其行为模式下基于经验事实探讨其妥当的法益侵害。在证券市场中，真实的证券价格能够反映未来资源配置的流向；市场充足的流动性能够保障资本配置的成本更低。资产价格越精确，套利机会和买卖价差越小，流动性也就越大；随着市场流动性的增加，证券价格逐步趋向于真实价格，买卖价差将会缩小，这又有助于真实价格的形成。流动性的增加又提高了市场资产价格的准确性。准确的定价和流动性对金融市场资本的有效配置有重要影响，二者相辅相成、相互促进，共同促进证券市场效率的提升。因此，证券价格的真实性和充足的流动性是证券市场有效运行的重要机制。证券市场通过有效运行来合理配置资源，发挥资本市场提升实体经济效率的作用。可见，资本市场功能的发挥在于证券市场效率，证券市场效率是评估证券市场质量的重要维度。因此，证券市场效率是证券市场功能发挥程度的表征，是衡量证券市场资源配置、运作规范程度与市场完整性的重要指标，已成为市场监管政策制定和投资者投资决策的基础性依据。证券操纵行为扭曲了证券市场正常的定价机制，损害了市场的流动性，而证券市场价格的准确性和高流动性恰恰是影响证券市场效率的两大重要因素。基于证券操纵行为的危害性考察，证券操纵行为在事实上损害了证券市场的效率，进而影响了证券市场资源配置功能的发挥。

经验事实经由立法者的价值评判和规范建构，以责任和制裁的形式，对调整性规范确立的法益予以保护。就证券操纵犯罪而言，将证券市场效率作为刑法规范保护的法益，是符合证券操纵行为的危害机制，且对于刑法条文中明确规定的操纵行为具有涵摄性。连续交易、约定交易和自买自卖等传统的操纵方式中，行为人直接通过证券交易行为来影响证券交易价格和交易量，进而扭曲证券价格，影响市场流动性，损害了证券市场效率。《刑法修正案（十一）》新增加的三种新型证券操纵行为也体现了立法者对证券市场效率的保护。在蛊惑交易操纵中，行为人利用投资者存在的迷信内部消息、追捧热点信息的心理，通过公开传播虚假、重大的误导性信息，诱导投资者进行证券交易。该虚假或不确定的重大信息致使证券价格失真，加剧了证券市场的波动性；抢帽子交易操纵中，行为人利用其身份优势做出的虚假的评价、预测或者投资建议等，诱导普通投资者进行证券买卖，也会导致证券价格失真，加剧证券市场的波动性；虚假申报操纵中，行为人“不以成交为目的，频繁或者大量申报并撤销申报”，其核心特征是通过不以成交为目的的挂单，影响证券交易的数据，进而诱骗其他投资者交易或者放弃交易，使证券价格偏离其基本面，加剧了证券市场的波动性。这三种新型的证券操纵行为均使证券价格失真，降低了证券流动性，减损了证券市场效率，损害了资本市场功能的发挥。因此，将证券市场效率作为证券操纵犯罪的侵害法益符合证券操纵的行为本质，可以在法益论角度对新型证券操纵行为进行妥当解释，有助于相关刑法规范的体系性解释。

#### 四、证券操纵犯罪定量标准的审视：以证券操纵犯罪法益侵害为视角

犯罪定量标准为刑罚权之司法动用确立了具体的规范标准和操作尺度。因此，定量标准需要足以反映行为的社会危害性或者说法益

侵害性和主观恶性。可以说，定量标准是法益危害性程度的体现。对证券操纵犯罪的法益侵害进行时代更新后，在此基础上探讨证券操纵犯罪定量标准的制度逻辑，有助于促进相关规范的科学适用。

### （一）法益侵害视野下证券操纵犯罪定量标准的审视

根据 2022 年 4 月最高人民检察院、公安部联合印发修订后的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称：《追诉标准（二）》）以及 2019 年 8 月最高人民法院、最高人民检察院（以下简称：“两高”）《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称：《操纵证券、期货市场刑事适用解释》）的有关规定，我国司法解释中对于操纵证券市场犯罪的定量模式借鉴了贪污贿赂等犯罪的“数额+情节”的混合认定模式，其中，数额为犯罪数额，情节包括主体身份、社会影响、对象受害程度等。以虚假申报操纵为例，《操纵证券、期货市场刑事适用解释》主要规定了以下“情节严重”的定量标准：（1）撤单量要达到该交易日市场总申报量的 50%以上，且证券撤回申报额在一千万元以上；（2）违法所得数额在一百万元以上；（3）违法所得数额在五十万元以上，具有七种情形之一的。可见，上述相关司法解释进一步完善了《操纵证券、期货市场刑事适用解释》出台前虚假申报操纵行为的定罪标准，在保持原有“撤回申报量占当日该种证券总申报量百分之五十以上的”定量标准基础上，补充规定了证券撤回申报额的标准，这样就将单一的比例标准调整为“比例+数额”标准，同时将违法所得数额纳入定量标准范围。

可见，操纵证券市场犯罪的认定采取的也是“定性”与“定量”的司法模式。在操纵证券犯罪的认定逻辑中，既要立足于“罪质”的要求，也要符合“罪量”规定。因此，司法实践中首先对涉案行为的市场操纵性质进行定性，其次依据《操纵证券、期货市场刑事适用解



释》等定量标准的规定确定市场操纵是否达到“情节严重”。如前所述，定量标准是法益侵害的具体体现，“操纵行为的危害性主要体现在通过扭曲市场定价机制来破坏市场的效率，并且它损害市场的完整性”。证券操纵的行为危害在于影响正常的价格形成机制以及危害市场的流通性，行为侵害的法益为证券市场效率。疑似具有操纵属性的交易行为，需要扭曲具体证券价格或交易量形成机制、损害证券市场效率，方能将交易行为与危害结果结合起来认定行为构成操纵证券市场犯罪。虽然《操纵证券、期货市场刑事适用解释》明确了相关的定量标准，但在高频交易等新技术实施的证券操纵行为中，即使达到司法解释中规定的相关数额或者情节要求，也不一定能够得出影响证券市场效率的结论。例如，在高频交易的情况下，行为人通过程序化交易很容易就能盈利 100 万元以上或者在特定情形下获利 50 万元以上，但是从证券市场整体来看并不能对证券交易价量产生实质性的影响，更难对证券市场效率产生损害。程序化交易恰恰是我国证券法中规定的合法交易方式，有助于促进市场流动，提高证券市场的效率。因此，现行司法解释规定的作为证券操纵犯罪的定量标准虽然可以作为证券操纵犯罪危害性的评价因素之一，但不会对证券市场效率这一法益产生实质损害。“两高”司法解释对虚假申报操纵行为具体的定量标准有可能产生形式化判断之虞。

因此，尽管 2019 年“两高”司法解释中对于证券操纵犯罪确定的定量标准主要是以当日的申报量为基础，并以违法所得作为重要认定标准，但是，此种定罪标准存在形式化的判断问题，容易出现刑事处罚范围不当的问题，并不能适应虚假申报操纵等新型证券操纵的现状，因此需要确立准确反映证券操纵犯罪行为法益侵害的实质判断标准。

## （二）定量标准的实质建构：市场波动程度之合理判断

法益是社会观念与法律基础的集中体现。明确相关犯罪的法益侵害，可以避免不具有实质法益侵害的行为进入犯罪圈，确定刑事处罚的边界。操纵证券市场犯罪的定量标准直接关系到该类犯罪刑法制裁范围的广度，因此依据证券犯罪的特点确定合理的定量标准涉及操纵证券犯罪行为的打击力度。与传统犯罪领域相比，证券犯罪领域有很大的不同，这就要求我们不能局限于传统经济犯罪对行为严重性的判断标准，不仅要考察犯罪数额、犯罪次数等情节标准，而且要针对市场操纵等证券犯罪的行为特点探索出既能充分反映行为法益侵害又能紧密联系证券市场实质特征的“情节严重”的判断标准。

如前所述，操纵行为的法益侵害主要体现在通过扭曲市场定价机制和影响证券市场的流通性来破坏市场的效率。只有通过交易行为与危害结果的综合评价才能确定行为是否损害证券市场效率。在金融市场上，市场波动程度已经成为反映金融市场运行效率的关键指标。波动率指数自诞生以来在预警资本市场风险、行情判断、宏观审慎监管等方面发挥着重要作用。行为人实施证券操纵行为后，对资本市场交易的实际结果虽然并非证券操纵犯罪的构成要件，但在具体案件中，将正常情形下的同类市场反应指标作为对比，通过量化数据能够从直观的价格指标上反映出操纵行为对于证券市场效率的损害程度。因此，可以考虑引入“市场波动程度”作为操纵证券市场犯罪定量的实质判断标准。以在限定时间内引起一定的价格涨跌幅度或者指数偏离幅度为标准来认定行为的实质危害性。市场波动幅度越大，说明行为人通过滥用市场优势影响证券场所导致的市场效率损害就越大，侵害法益的程度也就越大，对其追究刑事责任的必要性也就越大。事实上，2007 年中国证监会印发的《证券市场操纵行为认定指引（试行）》第 13 条就明确指出，影响证券交易价格或者证券交易量，是指行为

人的行为致使证券交易价格或者交易量出现异常、虚拟的价格水平、虚拟的交易量水平和明显偏离等。欧盟法院在打击金融犯罪的过程中，在评估内幕交易法律制裁强度环节时，也是高度重视与内幕信息有关的金融工具交易价格事实上的变动情况，并将其作为法律制裁比例的重要尺度。

随着大数据、金融工程模型等新兴科技的发展，给我们精确度量某一操纵行为对市场波动的影响提供了可能。例如，上海证券交易所和中证指数公司于 2016 年 11 月 28 日推出的上证 50ETF 波动率指数，又称为中国波指（iVIX），可以基于相关的金融模型对中国股票市场未来日、周和月波动率进行预测。因此，针对具体的操纵行为，可以考虑将操纵行为的法益侵害程度置于证券市场的正常波动程度维度进行考量。但是，具体的“引起市场波动程度”的量化因素应当考虑不同的市场操纵犯罪行为类型。就虚假申报操纵证券市场等具有短线操纵的行为类型而言，可以选取该证券交易内开盘或收盘集合竞价时段、报撤单行为介入前的极短时间段内的价格或者交易量数据，测算虚假申报行为“引起市场波动程度”。如果频繁报撤单时间段内的特定证券交易的市场价格或者交易量的波动程度，偏离了能够合理推论或计算的证券市场正常的波动幅度，在符合定量标准的基础上，那么就应判定行为人具备了影响证券交易价量的危害结果，损害了证券市场效率；反之，即使行为人本身的交易量超标，但是没有使得证券市场价格或者交易量波动程度偏离正常的波动幅度，并未对证券市场效率带来损害，也不能认定构成了操纵证券市场犯罪。而操纵期相对更长的操纵行为类型，如传统的连续交易、相对委托等操纵行为，可以考虑选取同期行业指数、盘块指数、大盘指数、同类个股价格或交易量数据等作为测算的依据。

故而，鉴于操纵行为使得证券交易的价格处于明显异常水平更能

反映行为的实质危害，可考虑在运用大数据等金融科技的基础上将“引起市场波动程度”作为操纵证券市场犯罪的实质判断标准，更能体现操纵行为法益侵害的本质特征。

## 五、结语

随着我国资本市场的进一步变革，尤其是证券注册制改革，多层次资本市场发展迅速，金融市场中涉证券等新型违法犯罪行为层出不穷，传统犯罪异化的现象尤为突出，亟需加强对证券等金融犯罪的有效治理。《刑法修正案（十一）》增加了新型证券操纵行为类型，进一步扩充了证券操纵的行为模式，如何对相关规范进行妥当适用是司法机关应当高度关注的现实问题。法益是衡量犯罪严重性的重要标准，也是决定刑法处罚正当化的根据。证券操纵作为典型的法定犯，在法益侵害性的问题上存在“法益性的欠缺”，应倡导对法定犯通过法益的判断进行限制解释。因此，应坚持“形式入罪、实质出罪”的基本理念，在刑事犯罪圈扩张化的立法背景下，以法益侵害作为犯罪的实质判断标准，做到“合法入罪、合理出罪”。在司法实践中，相关行为即使符合了证券操纵的行为模式，也达到了有关司法解释规定的犯罪定量标准时，是否构成证券操纵犯罪，还需要进行法益侵害的实质检验。只有基于相关数据认定，判定行为造成了证券价格失真，影响了市场的高流动性，损害了证券市场的效率，才能进行入罪考量。

（作者单位：北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院副教授  
博士生导师）

<https://mp.weixin.qq.com/s/YidxhP3KITZ4zRLgU1PFNw>

## 六、中国检察官：销赃数额能否作为盗窃数额

作者：李德胜

盗窃数额是评判被害人权益损害大小和盗窃行为社会危害性的

重要标准，对罪与非罪的认定和罪轻罪重的判断具有重要意义。“两高”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《盗窃案件解释》）对盗窃数额的认定进行了系统规定，然而随着权益载体的多元化和盗窃犯罪对象的多样化，特定案件因涉案财物毁损灭失或其他客观原因，无法进行有效的价格认定，却有查实的销赃数额，能否将销赃数额纳入整体盗窃数额予以认定，总体上形成了支持纳入与反对纳入两种意见。

### 一、特定案件能否将销赃数额纳入盗窃数额认定的实践争议

[基本案情] 冉某某伙同王某某于 2020 年 12 月，窃取胡某某存放于某别墅内的大量名贵白酒、红酒、洋酒等物品，后驾车将上述物品部分销赃至某烟酒店，销赃得款人民币 24 万余元，剩余未及销赃物品存放于冉某某家中，后被查获。剩余未销赃物品案发后均被扣押，被销赃处理的烟酒因被再次零星销售后无法追回。经鉴定，被扣押的赃物中，因部分系假冒产品或未能出具真伪证明，无法做出价格认定，剩余名酒经鉴定，共计价值人民币 1 万余元。

《盗窃案件解释》第 4 条第 1 款第（一）项规定，对于盗窃数额的认定，被盗财物有有效价格证明的，根据有效价格证明认定，无有效价格证明，或者根据价格证明认定盗窃数额明显不合理的，应当按照有关规定委托估价机构估价。由于本案中被销赃处理的物品既无有效价格证明文件，也无法追回进行价格鉴定，认定盗窃数额时是否应将销赃数额 24 万余元纳入，形成了明显对立的两种处理意见。持反对意见者认为，《盗窃案件解释》对将销赃数额纳入盗窃数额认定有明确规定的情形，对于规定之外的情形，销赃数额不能纳入盗窃数额予以认定。持肯定意见者则认为，《盗窃案件解释》并未禁止将销赃数额纳入盗窃数额予以认定，对于无法进行价格鉴定的盗窃财物案件，将销赃数额纳入盗窃数额予以认定，既符合《盗窃案件解释》的

规制逻辑，也能全面充分评价行为人的罪行。在《盗窃案件解释》中未作出明确规定，而不同解释方法又直接关涉罪与非罪、罪轻罪重时，实有必要立足肯定论立场，对这类案件中将“销赃数额纳入盗窃数额予以认定”的合理性予以系统阐释。

## 二、《盗窃案件解释》对盗窃数额认定的规制逻辑解析

《盗窃案件解释》对盗窃数额的认定作出系统规制，秉持了综合考量被害人的实际损失和行为人的犯罪所得的认定原则，司法实践要结合盗窃罪的规制目的和相关司法解释的调整变化，准确理解《盗窃案件解释》对“销赃数额”适用的真实态度。

（一）《盗窃案件解释》确立了双向考量、特殊情况下兼顾一方的盗窃数额认定原则

盗窃数额是衡量盗窃行为罪责大小与刑法责难必要性的重要参考，财物价值始终是盗窃罪评价的重点内容。刑法第 264 条明确规定了普通盗窃要求达到数额较大，并采取数额加情节的标准划分了盗窃罪的量刑档次。盗窃数额既影响对被告人的定罪量刑，也影响国家公权力对被害人权益保障的司法投入。正是基于此，《盗窃案件解释》第 4 条分五类对盗窃数额的认定进行规定，第 5 条单独对有价支付凭证、有价证券、有价票证的盗窃数额认定进行了分类规定，第 9 条对盗窃文物如何认定盗窃数额进行了规定。《盗窃案件解释》认定盗窃数额采取的有有效价格证明法、价格评估法、结合以往综合推算法、综合票面价格计价法、实际损失计算法、按销赃数额认定法、根据文物级别推定法等具体方法，相关方法既遵循价格评估规律，也注重兼顾被盗物品的特殊性。盗窃犯罪行为的复杂性与财产权益载体的多元化，导致司法实践无法就盗窃数额的认定给出普适方案，需要我们根据盗窃对象的差异在分类处理中兼顾一般与例外。实际上《盗窃案件解释》明确的各种盗窃数额认定方法秉持了注重被盗物品分类，双向

考量被害人的实际损失和行为人犯罪所得，特殊情况下兼顾一方的处理原则。

特定案件中，将销赃数额纳入盗窃数额认定，符合《盗窃案件解释》明确的盗窃数额认定原则要求。一方面，销赃数额是《盗窃案件解释》明确的盗窃数额认定标准之一。销赃数额在一定程度上客观反映了被害人的实际损失和行为人的犯罪所得，体现了盗窃行为的社会危害大小与谴责必要性，正是基于此，《盗窃案件解释》第 4 条第 1 款第（五）项对于盗接他人通信线路、复制他人电信码号出售的，作出按照销赃数额认定盗窃数额的规定。另一方面，销赃数额是司法实践无法按照有关规定得出有效价格认定时，综合认定盗窃数额的重要参考标准。部分盗窃案件中，因涉案赃物灭失损毁、无法追回等各种因素，难以按照《盗窃案件解释》明确的方式进行涉案物品价格认定，但对这些案件的盗窃数额又必须作出认定。销赃数额则既是多数盗窃案件中比较明确和容易查证的数额参照标准，也是行为人犯罪所得的直接体现，以此作为参照标准，处理数额不明的盗窃案件，简便易行，符合司法经济的内在要求。本案中，王某某和冉某某盗窃的大部分物品已被销赃处理，但销赃数额能够查实，将销赃数额纳入盗窃数额认定，符合特殊情况下兼顾一方的盗窃数额认定原则。

## （二）相关司法解释未禁止特定案件将销赃数额纳入盗窃数额

纵观司法解释和相关规定，并未有明确禁止特定案件将销赃数额纳入盗窃数额认定的规定。虽然《盗窃案件解释》删除了最高法 1998 年制定的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》（已失效，以下简称《1998 年解释》）第 5 条第 7 款中关于“销赃数额高于按本解释计算的盗窃数额的，盗窃数额按销赃数额计算”的相关规定，但有关司法解释条文中依然存在以“销赃数额”认定盗窃数额的规定，如前所述，《盗窃案件解释》第 4 条第 1 款第（五）项针对“盗

接他人通信线路、复制他人电信码号出售的”的情形，规定了按照销赃数额认定盗窃数额；“两高”《关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 14 条也明确规定，“依照文物价值定罪量刑的，……无有效价格证明，或者根据价格证明认定明显不合理的，根据销赃数额认定，或者结合本解释第十五条规定的鉴定意见、报告认定”。从以上规定看，司法解释并不禁止对能够查清销赃数额的特定案件，将销赃数额纳入盗窃数额予以认定，而是结合盗窃对象的特殊性和司法实践中开展有效价格鉴定的不易性，明确规定可按销赃数额认定。对被盗对象特殊、盗窃数额难以认定的，司法解释采取了以销赃数额直接认定盗窃数额的做法，在事实认定上做出了明确的价值判断，是对双向考量被害人实际损失和行为人犯罪所得，特殊情况下兼顾一方的处理原则的具体应用。

除了对已有规定的准确解释外，我们也要正确理解和看待《盗窃案件解释》删除《1998 年解释》规定的“销赃数额高于按本解释计算的盗窃数额的，盗窃数额按销赃数额计算”的真实态度。起草者针对司法解释的上述调整，解释为“销赃数额高于实际盗窃数额的，被害人所遭受的损害并没有增加，以销赃数额作为盗窃数额，进而决定对行为人的定罪量刑，有失妥当”，此种调整秉持了实事求是的原则，主要针对既有销赃数额，又有明确的有效价格认定的情形，避免了绝对适用《1998 年解释》条文时可能导致的盗窃数额认定过高问题。而对于按照《盗窃案件解释》第 4 条规定的相关情形，在无法分类认定被盗物品价格时，能否以销赃数额认定盗窃数额，则未做明确规定，可见《盗窃案件解释》的相关调整并未明确禁止对无法进行有效价格认定的盗窃案件，将销赃数额纳入盗窃数额。这给司法实践结合具体案件情况，灵活认定盗窃数额提供了自由决断的空间。本案的法律适用需准确理解司法解释对销赃数额应用的具体态度，在无法对冉某



某、王某某二人已销赃烟酒进行有效价格认定时，将查实的销赃数额纳入盗窃数额认定，并不违背司法解释的规定。

### 三、特定案件将销赃数额纳入盗窃数额具有实践合理性

对按照《盗窃案件解释》第 4 条第 1 款第（一）项规定，无法进行有效价格证明认定的特定案件，将销赃数额纳入盗窃数额认定，符合涉案财产价格评估原理和存疑有利于被告人原则。市场交易价格是资产评估的重要参考，销赃价格是物品市场交易价格的一种重要客观呈现，往往低于物品在市场的真实交易价格，将销赃数额纳入盗窃数额予以认定，符合存疑有利于被告人的原则，不失为有效解决个案证明难题的思路。

#### （一）销赃价格是涉案物品市场交易价格的一种客观呈现

销赃价格与涉案物品价格认定均以物品的市场价格为参照基础，对特定案件将销赃数额纳入盗窃数额认定，符合价格认定的基本原理要求。涉案物品价格评估实质上就是对资产价值的评估，资产评估主要依据市场法、收益法、成本法等三种方式，具体使用何种方法进行评估，由评估机构结合涉案物品的情况和委托需求进行选择，按照国家发展和改革委员会价格认证中心发布的《被盗财物价格认定规则（2020 年）》的规定，被盗涉案物品价格评估认定基本遵循三种方法，即市场法、成本法、专家咨询法；市场法的核心是将评估对象与可比参照物进行比较，最终以可比参照物的市场价确定被评估资产的价格。而销赃数额往往也是围绕物品的市场价格确立，销赃价格是涉案物品市场交易价格的一种客观体现，一定程度上反映了涉案物品的价值。从社会常识常情看，行为人盗窃后往往采取的是低价快速销赃变现方式，而收赃人的常见做法也是低价收赃，否则无利可图，这样的交易情境下，销赃价格往往低于市场价格，也就低于按照正常市场法评估下的物品价格。

## （二）将销赃数额纳入盗窃数额不违反存疑有利于被告人原则

将销赃数额纳入盗窃数额认定符合刑事诉讼中的司法推定要求，不违反存疑有利于被告人的事实认定原则。刑事诉讼活动本来就是一个由已知事实推断过去事实的活动，事实认定存在无数次推理与推论，刑事案件中事实存疑有利于被告人应体现在犯罪事实的有无认定上，而非犯罪事实的具体细节是否绝对真实，对存疑有利于被告人的应用不在于整体否认刑事犯罪事实的存在，而在于为我们处理个别证明僵局提供价值选择原则。实践中不乏实物灭失的情形，此时并不能以此存疑而否定盗窃行为存在。在行为人的盗窃事实和销赃数额明确的情况下，被盗财物的涉案金额认定属于具有司法推定和政策选择的技术性操作问题，只要司法推定规则运用合理，推定结果不违背常情常理，这种推定选择和推定结果就可以适用。作为事实的销赃是客观存在的，行为人的获利也是实实在在的，有争议的是到底采信哪个标准，是销赃数额还是被害人实际损失。本案中虽然被销赃的烟酒真假性无法准确判断，但从烟酒销赃的整体情况看，这种真假不明不影响赃物价格的认定。一方面，收赃人作为烟酒行业的长期从业者，对向其销赃的烟酒的真假性有基本判断。另一方面，被销赃烟酒是否假冒不影响将销赃数额纳入盗窃数额。销赃数额本身是真实的，被销赃物品是否为假冒，与销赃金额能否被纳入盗窃犯罪数额计算并无直接关联。就本案而言，在相关证据无法证实被销赃物品有假冒的情况，销赃价格可以作为市场价的认定依据。存疑有利于被告人原则体现在涉案物品价值出现有低有高时，采取就低不就高的方式，司法实践中销赃价格往往低于涉案物品的鉴定价格，将销赃数额纳入盗窃数额予以认定，就是在司法推定的基础上，做出的存疑有利于被告人处理。本案中冉某某、王某某二人销赃的烟酒被收赃人再次加价销售，也从侧面证实销赃数额实际低于涉案物品的真实价格，将嫌疑人销赃的数额

纳入盗窃数额认定符合存疑有利于被告人原则。

### （三）将销赃数额纳入盗窃数额认定符合刑法公正的内在要求

特定案件将销赃数额纳入盗窃数额认定符合刑法适用公正的内在要求。一方面，将销赃数额纳入盗窃数额认定，能够有效解决部分盗窃案件因犯罪数额不明导致的刑事追诉受阻或重罪轻罚问题。随着社会财富载体的多元化，作为盗窃对象的财物也日趋多样化，“既包括有体物，也包括无体物；既包括他人合法占有的财物，也包括违禁品”，特别是盗窃对象的虚拟化与特殊性导致部分案件难以按照常规的涉案财物评估机制对其进行涉案金额估价，司法实践必须结合不断变化的盗窃对象，对涉案财物的价格认定进行调整。而销赃数额作为涉案财物对外交易价值的一种体现，对于无法准确认定盗窃数额的案件来说，是便于司法实践操作和能够获得大众认可的参照标准。另一方面，刑法适用公正是对行为人、被害人的同等公正。在无法对涉案物品进行价格认定的情况下，如果不能将销赃数额纳入盗窃数额予以认定，个案就可能出现盗窃数额缺失或盗窃数额明显与被害人的损失不符情形，不仅严重影响刑法公正的实现，而且进一步加大了追赃挽损难度，不利于被害人权益保障和盗窃犯罪治理。本案中，冉某某、王某某二人销赃的数额已达 24 万余元，而能经价格鉴定查实的盗窃数额仅有 1 万余元，二者之间差异巨大，若仅以做出价格鉴定的 1 万余元认定盗窃数额，则存在明显的对被害人权益保障不力的问题，出现重罪轻罚的结果。此时，若将销赃数额纳入整个盗窃数额予以认定，更能保障刑法适用公正。

### （四）特殊情况下从被害人或行为人一方考量盗窃数额已有广泛实践

认定盗窃数额的根本目的在于客观评判被害人的权益受损情况，准确对行为人定罪量刑。对按照《盗窃案件解释》规定难以确定盗窃

数额的案件，以被害人的实际损失或行为人的犯罪所得认定盗窃数额的做法在司法实践中已得到广泛应用，特殊情况下从被害人或行为人一方的角度对法益侵害作出评价，已成为司法实践惯例。

一方面，各地在司法实践中逐步形成了对无法有效进行价格评估的被盗财产，以实际损失认定盗窃数额的做法，这实际上是以被害人一方为核心认定盗窃数额。比如，在涉及网络虚拟财产被盗窃案件中，司法机关在认定盗窃数额时，往往以被害人实际遭受的损失计算，而未以市场销售价格进行认定。在汪某某盗窃案认定盗窃数额时，检法在涉案数额认定中就是否应扣除被害代理商在行为人盗窃既遂后获取的售卡返利时就出现了较大分歧，该案经历抗诉，最终明确盗窃数额应扣除代理商从移动公司获取的售卡返利。又如，对于一些特殊的盗窃案件，司法机关对盗窃数额采取了以实际损失认定的做法。在叶某言、叶某语等人盗窃案中，行为人秘密窃取了交管部门扣押的车辆，而后隐瞒自己窃取的事实向交管部门进行索赔，面对该案的盗窃数额是以被盗车辆的实际价格认定，还是以行为人索取的赔偿数额认定，判决最终确定以行为人获得的赔偿数额为盗窃数额。另一方面，对按照司法解释的既有规定无法进行估价的被盗物品，将销赃数额纳入盗窃数额认定，在个案办理中已得到最高司法机关的充分肯定和认可。比如，在《最高人民法院研究室关于盗窃互联网上网流量如何认定盗窃数额的研究意见》中，明确可将销赃数额纳入盗窃数额，实际上明确了对盗窃数额难以查清的案件，可以查实的销赃数额考量盗窃数额的精神。

#### （五）将销赃数额纳入盗窃数额认定符合充分评价的要求

将销赃数额纳入整体盗窃犯罪数额认定有利于准确评价被害人的财产损失和行为人的获利情况。本案中，由于冉某某和王某某所盗窃的名贵烟酒被销赃处理，无法追回做真假鉴定和价格认定，如何确

定这些被销赃处理的名贵烟酒的价格，被害人的实际损失是多少，需要结合涉案财物价格认定的规则和盗窃罪所保护的法益进行实质判断。盗窃罪的规制目的在于有效保障被害人的人身安全和财产安全，司法解释确立的盗窃数额认定规则，在于服务司法实践对被害人因被盗窃所遭受的权益损害大小进行相对合理可行的判断，而非为了限制对被害人的损失进行认定。认定盗窃数额时要功能性地理解司法解释确立的涉案财物类型，按照双向考量被害人实际损失和行为人犯罪所获，特殊情况下兼顾一方的原则，灵活做出实际损失的判断和认定。从本案的实际情况看，不能漠视和否认被害人所遭受财产损失的客观情况，须对被害人因此遭受的财产损失情况和行为人的获利情况进行刑法评价，在各种情况限定下，销赃数额就成为此类案件中考量被害人财产损失的重要参考标准。一方面，本案中被害人的实际损失无法认定，但其确实存在财物损失，合法权益需要刑法保护，销赃数额虽不是其实际损失，但也是其损失的一种体现，将销赃数额纳入盗窃数额可在一定程度反映对其财产损失的保护。另一方面，从行为人一方看，销赃数额是二人犯罪行为的实际获益，在无其他相对公允客观的标准时，以销赃数额为基础评价其行为的法益侵害程度和刑法责难必要性，符合充分评价的要求。

（作者单位：北京市大兴区人民检察院第八检察部副主任 四级高级检察官）

<https://mp.weixin.qq.com/s/h0jcpI-QVnvk43SMzmtLGw>

## 七、中国刑事法杂志：涉案企业合规适用刑事诉讼全流程的相关问题研究

作者：高景峰

### 一、引言

党的二十大报告强调，坚持和完善社会主义基本经济制度，坚持“两个毫不动摇”，对构建高水平社会主义市场经济体制、完善中国特色现代企业制度等作出了重要部署，为涉案企业合规改革指出了目标与方向，也提出了更高要求。涉案企业合规改革，简单地说，是检察机关充分履行法律监督职能，对涉企案件依法可不捕、不诉的，责成涉案企业作出合规承诺、切实整改，从根源上促进解决企业刑事犯罪风险，助推构建高水平社会主义市场经济体制。深化涉案企业合规改革，要以建立中国特色涉案企业合规司法制度为直接目标，充分发挥检察机关不起诉职能，推动刑事诉讼全流程适用，并以此建立健全相应的制度体系，实现中国式单位犯罪治理现代化。

经过 2020 年、2021 年两期试点，2022 年 4 月，全国检察机关全面推开改革试点工作。截至 2023 年 3 月，全国检察机关累计办理涉案企业合规案件 6000 余件，其中适用第三方监督评估机制案件 4000 余件，占全部合规案件的 68%，对整改合规的近 2000 家企业、4000 余人依法作出不起诉决定。另近 90 家企业未通过监督评估，企业或企业负责人被依法起诉追究刑事责任。涉案企业合规改革必要性与重要性得到广泛认可，涉案企业合规改革研究的语境与框架体系基本建立，刑事诉讼全流程适用成为迫切需要解决的重要课题。

第一，诉讼程序建构方面，建立合规附条件不起诉制度是立法完善的逻辑起点，相关立法探讨逐步进入实然层面。改革试点之初，实务与学界对合规不起诉、合规附条件不起诉等概念运用一度呈现出多样化趋势，但大多对合规不起诉作广义理解，认为合规不起诉包括检察建议模式和附条件不起诉模式。合规附条件不起诉是对改革试点中附条件不起诉模式等创新实践的概括。简单地说，合规附条件不起诉是将涉案企业合规整改、评估、监督和考察结果，作为人民检察院依法处理案件的重要参考。具体而言，检察机关对符合适用条件的涉单

位犯罪案件，根据涉案单位或相关人员认罪认罚、自愿开展合规整改等情况，决定附条件不起诉，并要求涉案单位提供合规计划、承诺合规计划完成时限，在考验期内，委托第三方监督评估组织或其他有效方式开展监督考察，根据合规整改结果依法作出起诉、不起诉或提出轻缓量刑建议。改革试点全面推开以来，从法律制度层面建立合规附条件不起诉制度的研讨越来越集中，多份立法建议稿推动重点争议走向了“共识”。

第二，立法完善模式方面，多数学者主张，在刑事诉讼法中增设专章规定“单位合规特别诉讼程序”。具体方案是在刑事诉讼法第五编特别程序中增设一章，基于企业合规刑事案件的特殊性，参照未成年人刑事案件诉讼程序，突出“合规”的个性化问题作出相应规定，包括合规附条件不起诉程序的适用对象、原则、条件以及合规附条件不起诉的决定、监督考察、法律后果等规定。而且，大多数学者对于刑事诉讼法立法内容的意见，涵盖了侦查、合规附条件不起诉、审查起诉、审判等环节。最高检发布了4批20件企业合规典型案例，既包括常见罪名案件的适用、合规整改监督考察等环节的探索，也涵盖了侦查环节的使用等，一定程度上为合规附条件不起诉的程序正当性提供了支撑。

第三，立法协同统筹方面，刑事诉讼法与刑法立法完善的次序或协同推进仍有争议，与其他法律法规的统筹兼顾仍需更多实践支撑。

“企业合规刑事立法需要根据两部法典的性质特征合理分配立法资源，实现双法联动的协同式立法”，显然更符合法教义要求。然而，实体法立法完善，涉及单位犯罪归责机制重塑，甚至还要迎合数字经济转型升级背景下企业数据安全、个人信息保护等方面需要，调整完善相关罪名规定，立法论证范围较广、成本较高。当前以刑事诉讼法立法完善为重点，次序推进刑法立法完善，并强化协同统筹更为务实。

同时，这也有利于统筹民商、行政法律法规的有效合规表达，通过在重大复杂案件、大型、涉外、上市企业中深化适用，积累与提炼单位行贿、数据安全等类型案件的治理经验，将涉案企业合规改革成果嵌入相关法律法规，并探索民商、行政及执行案件企业合规的有效衔接，推动改革纵深发展，为实体法立法完善提供坚实的支撑。

最高法也已制定下发开展企业合规改革工作方案，部署在刑事、民事、行政案件审判执行过程中全面深入推进，形成了以最高法、最高检为主导，全面覆盖、衔接有序的全方位改革局面。北京、江苏、湖北等省市法院、检察院积极沟通衔接，共同会签规范性文件，联合推动改革进入审判阶段。同时，最高法正式加入国家层面第三方监督评估机制管委会，督导各级法院迅速融入第三方监督评估机制，《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》（以下简称《指导意见》）及《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》（以下简称《审查办法》）等配套规范已延伸至审判、执行等环节。审判机关和检察机关共同推动刑事诉讼全流程适用，推进刑事诉讼法立法完善的改革态势已然形成并持续深化。总结涉案企业合规适用刑事诉讼全流程的推进实践，其必要性、正当性已无须多议。基于涉案企业合规改革新格局，迫切需要以问题为导向，系统概括和深入研讨侦查、审判及执行等环节适用的堵点、难点及争议，科学规范合规附条件不起诉适用各诉讼环节的衔接，优化刑事诉讼法立法完善的方案与路径，建立健全我国涉案企业合规司法制度，推动单位犯罪治理现代化。

## 二、涉案企业合规适用刑事诉讼全流程的难点与争议

### （一）合规附条件不起诉的质疑与反思

综合实践探索来看，有以下四个方面的问题有待深化共识，明晰路径。



第一，关于合规“出罪”的正当性。目前，实务与学界在深入研判改革试点的基础上，尤其是对适用三年以下的涉企犯罪，由案件适用到依法裁定不诉、提出轻缓量刑建议的正当性给予了充分论证，但仍有质疑或担忧之声。其一是强调不同企业依法平等适用，建议民营企业、中小微企业等平等享受合规不起诉的制度红利。其二是重罪案件企业家能否适用不起诉成为争议焦点，对此大多数持质疑与反对立场。有观点认为，若在不对法律体系进行整体调适的情况下，径行规定可能判处 3 年以上有期徒刑的涉企业犯罪自然人可因合规而获得不起诉处理，实际上意味着被告人因其职业而享有了法律适用上的特权，不可避免地会对既有的权利平等制度体系产生巨大冲击。如涉罪的企业成员应处 3 年以上有期徒刑，仅参与合规整改，至多也就是可以从轻处罚，直接予以不起诉于法无据。其三是审判环节适用涉案企业合规，能否由检察机关不起诉裁定，这对合规附条件不起诉的正当性论证提出更高要求。有学者担忧，在既有试点实践中，检察机关根据涉罪企业的合规整改情况决定是否适用相对不起诉，实际上是对这种限制的突破，实现了自我权力的扩张。这就需要立足检察机关法律监督属性，把握涉案企业合规规律，在更广语境下夯实合规附条件不起诉制度建构的正当性根基。事实上，英美等国外企业合规制度建设与理论研究中相关研讨一直没有中断过，在实践中反思和证成已是企业合规制度实践探索的显著特点。

第二，关于分案处置。西方企业合规的理念是“放过企业但严惩责任人”，我国涉企合规是否也要借鉴这一做法，“放过企业但严惩责任人”，实行企业、企业责任人分离起诉，或者既放过企业，也放过企业家，实行企业、企业责任人“双不起诉”？对此，学界争议不断。否定说强调，“分离起诉”违背了我国单位犯罪双罚制的规定，“在现有刑法体系下，对单位和直接责任人员进行分案处理的‘放过

企业，但严惩责任人’模式会破坏单位犯罪结构”。肯定说一般从改革实践需求与刑法理论诠释两个维度展开。从改革实践来看，综合改革试点中“双不起诉”“分离起诉”的探索，尤其是相关典型案例，比如上海某电子科技有限公司、某信息技术有限公司涉嫌虚开增值税专用发票案等，强调相较于传统做法，以合规为由对涉罪企业进行事后考察出罪，能补足罚金刑再犯预防功能的不足，因而更具有正当性和可行性。如仅仅放过企业，不同时放过企业主，则放过的企业也难以生存，无法实现合规改革初衷。从刑法理论阐释来看，主要有两种观点。其一是组织责任说。在组织体责任的模式下，涉罪单位和涉罪单位成员应是相互独立的犯罪主体，应分别就自己的行为承担刑事责任。其二是法律阐释说。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 340 条一定程度上提供了规范依据。有学者建议，在《刑法》第 30 条增加一款，明确单位与个人刑事责任分离的规定。实践证明，照搬“放过企业，惩罚责任人”的思路，并不适合中国的国情。以重罪案件企业责任人不宜适用合规附条件不起诉为切入点，对分案处理程序提出质疑，更缺乏充分理据。有观点从规制涉案企业合规适用对象角度出发，认为“合规不起诉仅对企业适用，对企业家或高管个人适用认罪协商制度”，这看似实现了分案处理可能，事实上否定了涉案企业合规分案处置程序的建构。在立法完善中明确单位犯罪案件分案处理的规范要求，既为重罪案件适用合规整改提供规范遵循，也能为涉案企业合规司法制度建设积蓄改革活力，是合规附条件不起诉程序建构的基本一环。

第三，关于合规计划的有效性。“合规计划的有效性评估充满挑战”，是国内外企业合规司法制度建设面临的共同难题。最高检在改革试点部署中多次强调，合规计划须针对不同企业、涉嫌不同犯罪，做到个别化、差异化。《审查办法》初步建立了涉案企业合规评估和

审查机制，得到了学界高度关注，有学者甚至认为“可以被看作是我国第三方监督评估活动开启标准化和规范化进程的重要标志”。《审查办法》明确规定了合规整改应体现“相适应和成正比”等规范要求，有学者进一步概括为我国涉案企业合规整改的“相称性原则”，对此给予了充分认可，也给予了很高的期待。但随着审判环节合规整改的拓展与探索，相关规范仍须跟进调整完善。

第四，关于刑事司法与行政执法的双向衔接。涉案企业合规适用刑事诉讼全流程，刑事司法与行政执法的双向衔接也应贯彻全流程。涉案企业合规改革中行刑衔接，不仅具有双向衔接的共性问题，而且具有诸多特殊性。其一，完善行政执法与刑事司法反向衔接机制是重点。合规计划原本就包括行政合规，要通过刑事激励这个核心的、终极的措施来鼓励、推动企业建立从商业伦理到民事、行政、刑事规范的全面合规。《指导意见》和《审查办法》及其配套文件明确，涉案企业提交的合规计划要以专项合规为重点、全面合规为目标，由专项规划至全面合规的整改范式得到学界普遍共识。如何将合规整改考察结果，尤其将专项合规整改至全面合规建设的合规整改实效，纳入行政归责考量，推动行政处罚法等法律法规完善，提高依法行政水平，仍有待深化研讨。其二，推动刑事激励与行政激励一体落地仍需更多法律供给。比如，探索在企业合规互认中实现刑事司法和行政执法有效衔接、公正运行的制度机制，推动成熟经验做法固定并上升为相关法律法规。再如，专项合规整改监督考察的行刑衔接、多项合规计划有序推进的衔接，需在刑事诉讼法立法完善的基础上，结合不同诉讼环节适用特点，有针对性地细化完善相关法律规范。

## （二）侦查环节适用的难点与争议

“检察机关在侦查程序中通过引导侦查、侦查监督与协作配合等多种方式可以更早期启动合规整改”，这已成为实务与学界的共识。

涉案企业合规改革包括审查逮捕、羁押必要性审查等，强调可以参考评估结论依法作出不批准逮捕、变更强制措施，涵盖了侦查环节的适用衔接。涉案企业合规改革与“挂案”清理相结合，展现了延伸侦查环节的合规需求。审查起诉期限限制和延伸合规考察期的现实诉求，直接促使基层检察机关通过提前介入侦查，启动第三方监督评估机制，引导企业开展合规整改。在具体延伸适用模式层面仍有两个基本问题有待深化研讨。

第一，关于适用条件。理论上，符合涉案企业合规和第三方监督评估机制适用条件的案件，都可以通过提前介入侦查等方式在侦查环节启动合规整改。也正因此逻辑范式，学界关于侦查环节启动合规整改的条件与要求研讨并不多，主要有两个方面：其一，案件是否“犯罪事实清楚，证据确实、充分，适用法律无争议”；其二，侦查环节启动合规整改，如专项合规计划是否有效实施落地，企业是否可以通过审查合规整改。后者涉及涉案企业合规建设、评估与审查的模式选择。侦查环节适用企业合规，如专项合规计划有效落实，或小微企业完成了合规整改，公安机关是否可以撤案，或只移送涉案企业责任人，不移送涉案企业？这些看似实施规范的问题，实际上涉及涉案企业合规中侦查监督与协作配合、执法司法制约监督机制建设与改革，须从刑事诉讼权力结构层面作系统考量。

第二，关于适用主体。公安机关能否直接决定启动企业合规整改？目前，实务与学界主要有提请决定说与自主建议说两种观点。提请建议说认为，公安机关可以参照认罪认罚从宽制度，在办理刑事涉企单位犯罪时认为企业具备合规附条件不起诉情形的，在全面了解企业履行合规的意愿、企业的经营状况、单位的犯罪动机等情况下向具有管辖职权的检察机关提出对其附条件不起诉的建议权。自主决定说认为，公安机关可以直接决定启动合规整改，也可以商请检察机关、

有关行政机关共同启动合规整改。“公安机关综合考虑涉案企业的犯罪事实、证据情况、是否符合合规适用条件、涉案企业的合规整改意愿、有无合规整改可能以及预期整改成效等因素来确定是否在侦查阶段对涉案企业适用合规整改程序”。事实上，公安机关能否直接决定启动企业合规整改，涉及执法司法权力制约监督机制建设与改革，立足侦查权属性，强化刑事立案、侦查活动监督，统筹程序衔接与制度保障。

### （三）审判环节适用的难点与争议

涉案企业合规改革主要以认罪认罚从宽、相对不起诉等制度框架为依托推进试点探索。法院对检察机关移送的涉企案件，要审查裁定合规整改考察合格依法提出的轻缓量刑建议。在此框架下深化改革探索，法院“同检察机关共同做好涉案企业合规改革，依法判处缓刑、免于刑事处罚的，充分利用当地已构建起的第三方合规监管机制，引导民营企业诚信守法经营，对违规违法行为坚决依法规制、纠正”。目前，仍有两个方面的难点。

第一，关于涉案企业合规整改的裁判认定。一方面，需要综合实践探索，调整完善量刑指导意见及其实施细则。比如，如何既体现涉案合规风险识别、控制等合规整改的特殊因素，又规范衔接止损、赔偿、修复等法定酌定情节，准确做到该宽则宽，当严则严，宽严相济，罚当其罪？再如，如何既根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，考量涉案企业、个人罪行轻重，又要根据分案处置等程序分流实际，全面考量涉案企业、个人刑事责任的均衡，酌定重罪案件“企业家”的量刑幅度，实现惩罚和预防犯罪？另一方面，将合规整改合格作为酌定从宽情节，对合规整改考察提出更高更严要求。法院、检察院协同跟进完善涉案企业合规建设、审查与评估标准体系，提炼不同罪名不同类型的“规”。

第二，关于审判环节合规整改的程序衔接。实务与学界关于合规附条件不起诉的立法方案和建议稿，几乎都涉及审判环节检法衔接问题，包括程序回流、合规整改启动等具体措施。改革试点中，中止审理、延期审理和撤回起诉三种措施都受到了不同程度的“青睐”。湖北谷城法院对一起伪造、变造国家机关公文、企事业单位公文、证件、印章骗取国家专项资金案，裁定中止审理，适用第三方监督评估机制，开展合规整改。目前确立了中止审理、延期审理、撤回起诉的程序衔接框架。学界对此给予了充分肯定，大多认为贴合涉案企业合规改革实践，既能够吸收国外暂缓起诉协议制度的合理因素，也符合我国刑事诉讼制度实际。但以此纳入刑事诉讼法立法完善，仍需深化理论论证、完善方案。比如，作为刑事诉讼中止制度之一，中止审理强调的是指当某种难以预料或无法避免的特殊情形，如何规范合规整改适用的具体情形和条件，实现理论建构、实践探索与制度创新的自洽？再如，延期审理期间，法院决定适用合规整改，检察机关撤回起诉后监督专项合规整改，专项合规计划的增加、合规考察期的调整等，是否需要法院备案？是否会增加涉案企业诉讼成本，增加司法资源的投入，带来基层法院审理涉企业合规案件考核“负累”？再如，撤回起诉后是否意味着必然作出不起诉决定，能否重新提起公诉，会不会违反“一事不再理”原则？

#### （四）刑事执行环节的探索较为薄弱

基层试点单位在加强与法院审判活动的衔接中，对相关执行阶段的适用作出了原则规定。比如，福建省泉州市洛江区公检法会签了《关于建立涉案企业合规改革试点工作协作机制的意见》，明确合规建设成果相关材料经法庭审查，可以作为审判阶段从宽处理和执行阶段分期履行、暂缓纳入失信被执行人名单、限制高消费的依据。但目前尚未形成典型案例和较为成熟的做法，涉及执行环节的研讨，也主要由

审判活动适用延展而来，且这些研讨与探索都是单维度的。比如，企业缓刑的执行机关是否由此确定为法院主导？这是否会造成刑罚执行权力结构调整？由审判环节延伸执行，如何与执行案件实现合规整合实现程序衔接与法律适用规范统一？这些问题都将需协同刑法立法完善作系统论证。

### 三、涉案企业合规适用刑事诉讼全流程的原则

在现有法律框架内，仅依靠公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关的协同创新与制约监督，难以满足中国式企业合规司法制度建设需要。建构合规附条件不起诉程序，刑事诉讼全流程适用涉案企业合规，必将是一场国家层面的法律制度革新。总的来说，可以采取“刑事诉讼法立法完善+司法解释+配套规范性文件”模式，次序推进刑法修正，统筹推进民商、行政法律法规体系化建设。具体到“企业合规的程序法建构，也首先应当注重正当性的论证，关注目的与手段之间的协调，把握好权利平等、程序参与和比例原则”。更进一步说，涉案企业合规适用刑事诉讼全流程，要符合刑事诉讼规律，体现刑事诉讼合规激励诉求，贯彻刑事诉讼法基本原则。

（一）贯彻人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则，推动优化刑事诉讼权力配置

从我国刑事诉讼制度现代化历程来看，“不起诉裁量与起诉法定主义的基本理念互补衔接，使得公诉权兼具了原则性与灵活性”。但如仅比对我国四次刑事诉讼法修改，基于在全面推行认罪认罚从宽制度背景下的量刑建议权和特别不起诉，得到“公诉权迎来了新一轮强势扩张，基于量刑建议权的新型检察官司法得以显现”的判断，这一结论并不严谨。一是这与犯罪结构变化与社会治理的现实需要不相符。充分发挥刑事诉讼治理效能，不仅要坚持起诉法定主义，对主观恶性大、严重危害社会的犯罪坚决追诉，当严则严，从严惩治；更要

兼顾起诉便宜主义，充分发挥不起诉裁量治理功能，当宽则宽，实现繁简分流、轻重分离。二是这与不起诉裁量权体系化整合的内生需求不相符。检察机关不起诉制度的体系化完善，既是“加强检察机关法律监督工作”的重要措施，也是完善以证据为中心的刑事指控体系，深化以审判为中心的诉讼制度改革，更深层次贯彻人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则的重要组成部分。

第一，充分发挥检察机关不起诉制度系统功能。合规附条件不起诉制度的建构，是不起诉制度体系化的动力，也是我国刑事诉讼法现代化的组成部分。故此，在刑事诉讼法立法完善中要统筹与相对不起诉的有效衔接。事实上，专章规定“单位合规特别诉讼程序”的实务与理论共识背后，既立意于适用刑事诉讼各环节，也涵盖了合规附条件不起诉与相对不起诉等制度体系的衔接集成。相对不起诉制度难以保障实现涉案企业合规司法制度建设，对此已无须多议。

推进刑事诉讼立法完善，主要有三种方案。方案一是“根据罪量对涉企业犯罪案件进行程序分流，适用与其治理预防机制及其成本投入相匹配的、辐射效果更佳的合规刑事激励程序机制，即对轻罪案件适用相对不起诉，对重罪案件适用附条件不起诉”。方案二是，适应犯罪结构的调整变化，“对轻罪案件适用附条件不起诉，逐渐形成轻罪案件附条件不起诉与企业合规不起诉两种模式”，或直接推动相对不起诉转型升级为轻罪不起诉，与附条件不起诉、合规附条件不起诉等实现程序分流和衔接。方案三是，综合涉案企业合规建设、审查与评估标准的多元化多层性，对轻罪案件、小微企业，原则上适用检察建议模式，依法适用相对不起诉，督促企业合规整改，通过行刑衔接等方式强化合规激励。对于重大复杂疑难案件，涉大型企业、国有企业、跨国企业、上市公司等案件，适用合规附条件不起诉，推动刑事激励与行政激励一体落地。



综合来看，方案一较为简单，合规附条件不起诉立法的确立，似乎就可以实现与相对不起诉的相对分离，但对可能判处三年以下有期徒刑的轻罪案件，“一刀切”不再适用合规附条件不起诉，与前期改革证成相冲突，加之相对不起诉适用范围窄、适用标准模糊等“先天不足”，难免存在有违司法公正之嫌。相比而言，方案二、方案三较为稳妥，方案二对刑法立法完善协同推进的需求较多，方案三符合刑事诉讼法全流程适用的程序建构实际，更具有刑事诉讼法立法完善的可行性。事实上，方案二与方案三相结合，统筹推进轻罪不起诉与合规附条件不起诉立法完善，更为科学妥善，但系统论证与实践证成的要求也就更高。无论方案二抑或方案三，抑或两者相结合，首要一环都在于统筹协调合规附条件不起诉与其他不起诉职权，充分发挥我国不起诉制度功能。

第二，全面把握合规附条件不起诉的程序功能。合规附条件不起诉并不是一味从宽，而是严中有宽、宽以济严，宽中有严、严以济宽。这是统筹合规附条件不起诉与相对不起诉等制度体系衔接集成的前提。实务与学界对于可能判处三年以下有期徒刑的轻罪案件，适用合规附条件不起诉实现出罪，并无太多异议。究其原因，除政策考量外，相对不起诉本身具有程序出罪的制度功能，为改革探索提供了一定的理论支撑。随着改革的深化，探索适用可能判处三年以上有期徒刑重罪案件的步伐不断加快，重罪案件企业家适用不起诉的程序正当性便难以此自证，故大部分学者持审慎，甚至反对态度。诚然，重罪案件适用合规整改要稳妥审慎，对重罪案件企业家提出轻缓量刑建议，须配套建立健全起诉审查等制度机制，并严明司法责任认定与追究，把严案件质量。

从合规附条件不起诉的理论体系建构看，有效合规本身具有独立归责、减责、免责的客观性，“有效”即犯因的防控、消融，“无效”

则需判定其与危害后果或者行为之间是否存在因果关系，从而推定责任。正如合规出罪仅是单位犯罪归责机制重塑的“导火索”，合规附条件不起诉兼具合规出罪与合规从宽的内涵。如片面强调合规出罪，则容易将合规附条件不起诉狭义化，造成重罪案件适用于法无据，影响单位犯罪归责机制重塑进程。如一味拓展刑事诉讼全流程合规从宽的外延，将合规出罪作为从宽的特殊情形，则容易淡化合规从宽与合规不合格从严的辩证统一，不利于不起诉制度体系化，也影响侦查环节、执行环节的合规适用。“合规出罪是合规从宽在特定条件下的功能延展，合规从宽则是不满足合规出罪条件时的常态化激励措施，二者同根同源、相互依存、密不可分”，由此推动构建中国特色的不起诉制度体系。

第三，强化审判环节涉案企业合规案件的司法审查。审判环节合规整改的探索，让企业合规司法审查成为部分学者研讨的话题。英美意等国家对企业进行定罪量刑时，法院会考量企业合规计划的实施情况，进而参与到合规计划的审查乃至执行过程中。我国法院、检察机关坚持守正创新，既不能照搬英国法院审前转处的刚性介入，也不宜模仿法国审查转处的柔性处理，更不能参照美国审查转处的做法，在刚与柔之间摇摆不定，而是要立足我国司法制度实际，选择符合刑事诉讼规律的权力配置与监督制约模式。一系列规范性文件已经充分体现了这一制度建构路径与改革立意。特别是当代世界，起诉法定主义兼容衔接起诉便宜主义色彩，已是刑事诉讼法制度现代化的一个显著特点，比如，“德国的刑事追诉主要实行法定主义原则，同时检察院仍存在作出不起诉决定的裁量空间”。如以重案案件合规出罪为理据，否定检察机关主导企业合规整改的正当性，既不符合合规从宽的客观实际，也滞后于不起诉裁量制约监督制度建设步伐。要全面准确贯彻落实宽严相济刑事政策，立足于人民法院、人民检察院依法独立行使

职权原则，构建符合我国涉案企业合规司法制度建设需要的新型控辩关系。这在认罪认罚从宽制度的建构中已充分发挥功效。涉案企业合规改革还涉及第三方监督评估组织、关联企业等诉讼参与主体，充分赋予其对不起诉裁量权行使的监督权，保障与实现审前程序中控方的客观公正义务和辩方的有效辩护义务之履行，激发各方监督力量，规范合规附条件不起诉权力运行，推动涉案企业合规改革行稳致远。

（二）贯彻分工负责、互相配合、互相制约原则，确保法律正确统一实施

深化刑事诉讼法改革，涉案企业合规适用刑事诉讼全流程，要坚持权责一致，贯彻人民法院、人民检察院和公安机关分工负责、互相配合、互相制约原则，依法准确有效地执行法律。党的二十大提出，规范司法权力运行，健全公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职、互相配合、相互制约的体制机制。从“分工负责”到“各司其职”，意味着更好实现规范有效的“配合”“制约”，保障执法司法权力依法公正行使。

第一，持续推动合规附条件不起诉与认罪认罚从宽制度的融合。统筹合规附条件不起诉与认罪认罚从宽制度的关系，学界有分离说和融合说两种观点。分离说认为可不以涉罪企业签署认罪认罚具结书为前提，甚至可以不要求涉罪企业认罪；既然实体法上的激励机制适格，则不能认为认罪答辩是刑事合规制度的核心，刑事合规也不一定以认罪为前提。据学者介绍，英国法、法国法都未将认罪作为暂缓起诉的前提，“即便在企业缓起诉大量适用的美国，很多企业缓起诉或者不起诉案件中，涉案企业并不认罪，协议甚至不要求企业承认涉案事实”。然而，分离说并不能完全阐释合规承诺自愿性的问题，一旦剥离则难以保障涉案企业合规整改承诺的真实性。融合说得到了多数支持，符合涉案企业合规建设的规律，也能够更充分地发挥两项制度的

程序功能。涉案企业或企业负责人认罪认罚，一方面是合规承诺自愿性、真实性与针对性的应有之义，应作为适用合规附条件不起诉的基本条件；另一方面确保适用刑事诉讼全流程具有充实的逻辑自洽。在侦查阶段，涉案企业或企业负责人认罪认罚，自愿承认主要指控事实，才能制订专门合规计划，启动合规整改，有效防止再次发生相同或者类似的违法犯罪行为。换言之，对于尚未查明证实的，或仍在侦查对抗的指控事实，不存在合规整改的空间与条件。

第二，体现妥当性、必要性和相称性的比例原则要求。合规附条件不起诉与认罪认罚从宽制度融合，能够更好地实现有效合规计划的刑事诉讼“表达”，确保程序建构所采取的措施合乎比例。合规整改合格可以作为酌定从宽处罚情节和执行阶段分期执行、暂缓纳入失信被执行人名单、限制高消费的依据。下一步，要加快制定实施常见涉案企业合规案件的量刑指导意见，进一步规范涉案企业合规建设有效性作为单独量刑情节。根据认罪认罚从宽的两个“一般应当”，对新类型、不常见犯罪案件、量刑情节复杂的重罪案件等，检察机关可以提出幅度量刑建议。检察机关综合考量重罪案件企业家在合规整改中作用，依法提出轻缓量刑建议，可以视为“新类型、不常见犯罪案件、量刑情节复杂的重罪案件”的延展。此外，改革实践中，法院严格依法履行实质审查职权，包括审查合规承诺的自愿性、合规整改的真实性与完整性，以及第三方组织专业人员的选任与履职等，做好事实基础和证据审查，这也是深化庭审实质化改革的要求。要推动涉案企业合规的改革成果，固化上升为刑事诉讼法法律规范，需要明确法院审理涉企合规案件时审查的重点与范围，和明确人民法院依法作出判决时，一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议。人民法院经审理认为量刑建议明显不当，合规整改存在重大瑕疵，或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的，可以商请人民检察院补充合规整改材

料，或审查决定是否启动专项合规整改，或调整量刑建议。

需要特别强调的是，合规附条件不立案、合规撤案不能纳入改革范畴。刑事诉讼全流程适用固然包括侦查环节，侦查环节也应基于合规考察实现轻重分置、繁简分流，但也要坚持比例原则，保持妥当、相称，符合权力属性与配置要求。有学者建议，可将企业的合规计划、合规体系等作为对企业是否进行刑事立案以及立案之后是否撤销案件的重要情节，赋予合规不立案、撤销案件的法律效力。在现有法律框架内要审慎探索。概言之，合规附条件不立案、合规撤案实则是以合规整改为由，拓展侦查权的审查裁量权，与分工负责、互相配合、互相制约原则不相符。侦查机关的自由裁量权客观上必然存在，司法机关要审查侦查机关是否实质性地遵守法律所容忍的对公民自由予以限制的范围。基于涉案企业合规整改审查、评估，依法作出分案处置，应由司法机关审查裁定。实践中，如公安机关立案侦查，认为没有追究刑事责任必要，对涉罪企业、相关人员做分流处理，不移送审查起诉。检察机关可以通过退回补充侦查、自行补充侦查，督促侦查机关将涉罪企业或相关人员纳入侦查范围移送审查起诉，以审查决定是否适用合规附条件不起诉程序。同时，检察机关也可以直接将涉案企业纳入审查范围，在审查起诉阶段决定开展合规整改，启动合规附条件不起诉程序。这都是检察机关依法履行侦查监督职权的应有之义。

第三，深化与拓展第三方监督评估机制适用，坚持控审分离，避免“法院主导”与“检察主导”的逻辑冲突。对于涉案企业、相关人员在审判阶段申请开展合规整改的，法院应当听取检察机关意见，体现了共同主导的制度规范模式。但随着人民法院企业合规改革的推进，尤其是民事、行政及执行案件合规适用的探索推进，“法院主导企业合规”的学术话语将不断增强。如何统筹合规整改环节“法院主

导”与“检察主导”的逻辑冲突，既是改革创新的重要课题，也是完善立法方案的关键一环。

深入分析可以发现，其一，法院在审判环节通过司法建议的方式直接开展合规整合，存在适用第三方监督评估机制与不适用第三方监督评估机制两种办案方式。根据《审查办法》，小微企业可以不启动第三方监督评估机制，检察机关径行审查其提交的合规计划和整改报告。由此，对于小微企业，法院也可以通过司法建议或商请检察机关审查评估合规整改等方式适用合规整改。而且，根据《审查办法》，由检察机关审查小微企业提交合规计划和整改报告。这种情况下“法院主导”与“检察主导”的逻辑冲突并不突出。其二，“法院主导”企业合规更多地体现在企业缓刑裁定和民事、行政及执行案件合规适用，检察机关依法履行刑事、民事与行政检察职能，“法院主导”与“检察主导”的逻辑冲突也可以适度消融。其三，“法院主导”与“检察主导”冲突重点体现在，涉案企业、相关人员在移送审查起诉前没有开展合规整改，在审判阶段申请开展合规整改的案件。经商请检察机关，法院决定开展合规整改，适用第三方监督评估机制，要保持中立地位，确保公正裁判。换言之，第三方监督评估机制的运行仍需体现“检察主导”，检察机关要依法监督保障第三方组织专业、公正、充分履职，并审查合规考察报告，决定是否调整量刑建议或撤回起诉。充分保障第三方监督评估机制启动和运行的“检察主导”，既是检察机关依法能动履职的应有之义，也是深化控审分离的必然要求。

### （三）充分保障诉讼参与人的诉讼权利，确保程序正当

从立法完善的可行性和现实性角度出发，第三方监督评估机制运行、第三方组织组建、合规有效性标准等已在《指导意见》及其配套文件中明确的具体问题，可以通过司法解释或者司法解释性质文件的形式作出规定或细化规范，避免法律条文过于烦琐。比如，第三方监

督评估机制的启动、运行及其合规整改考察报告效力等实践探索成果，应当在刑事诉讼法立法完善中得到充分体现。再如，健全涉案企业复议、申诉制度规范。《指导意见》明确规定了涉案企业合法权益保障机制，第三方组织及其组成人员不得利用履职便利，干扰涉案企业正常生产经营活动，上述规范与实践创新成果并不需要全部上升为刑事诉讼法规定。未来可以结合企业合规整改中监测、举报、调查、处理机制的建设、审查与评估，立足审判、执行环节合规适用实际，继续完善《指导意见》配套规范及操作细则。具体来说，要从保障诉讼参与人诉讼权利出发，把握好必要性、妥当性与正当性。

第一，将合规权利告知贯穿刑事诉讼全流程。涉案企业、个人及其辩护人、诉讼代理人或者其他相关单位、人员，在立案侦查、审查逮捕、审查起诉至审判、执行等环节，都可以提出适用企业合规整改以及第三方监督评估机制申请，公安、检察院、法院、司法行政等部门要履行告知义务，依法受理并审查。这是刑事诉讼全流程适用的基本要求。

第二，规范强制措施适用与变更。有学者担忧，具体到认罪认罚和企业合规改革领域，社会危险性证明标准和证明规则的缺失，使得两类激励因素无法获得理性审视，其激励效能极易被遮掩或被夸大，进而引发逮捕筹码化的一系列病变风险。这种担忧并非全无道理，但不宜过分扩大。将合规整改作为刑事强制措施适用、变更的考量因素，要注重社会危害性的实质性审查。要充分把握与运用涉案企业合规建设、评估与审查的规律，将合规整改的相关要素纳入社会危险性量化评估体系范畴。审判环节拟变更强制措施的，可以听取第三方组织专业人员意见。但对于有证据证明涉案企业责任人有可能实施新的犯罪，在合规整改中毁灭、伪造证据，干扰证人作证或串供等危险，要依法当捕则捕。

第三，加强对审判环节启动关联企业合规整改的监督制约。可以参照《刑事诉讼法》第 180 条被害人对不起诉决定异议，和第 181 条被不起诉人对不起诉决定申诉的立法精神与规范要求，在刑事诉讼法规则、刑事诉讼法解释等司法解释或规范性文件中，建立健全关联企业对不起诉决定异议、复议的制度机制。同时，进一步完善《审查办法》，明确对检察机关未提出合规检察建议的关联企业，法院在审判环节，拟以司法建议督促其合规整改，或商请检察机关启动第三方监督评估机制适用合规整改的，要开展合规必要性审查，充分审查企业合规整改承诺的自愿性、合规整改的必要性与可行性，充分保障关联企业的合法权益。

#### 四、完善刑事诉讼全流程适用的程序建构方案

刑事诉讼全流程适用的程序建构是一项系统工程，需要改革实践不断注入活力、拓展空间与验证证成。最高法加入国家层面第三方监督评估机制管委会，全面部署企业合规改革，将全流程适用推上了新台阶。之前，实务与学界对于审判环节的立法设想大多得到了实践验证，但对于实践中不断涌现的新情况新问题，迫切需要从立法完善模式方面作整体系统的考量。

##### （一）明确案件适用范围和条件

对于涉案企业合规改革可以广泛适用所有涉企案件类型，已达成基本共识。在企业类型上，企业合规不起诉不仅适用于小微企业，还应扩大适用于大中型企业。从改革实践来看，重大复杂案件与涉案大型企业越来越多地适用企业合规改革。最高检企业合规第一批典型案例二“上海市 A 公司、B 公司、关某某虚开增值税专用发票案”、第二批典型案例五“深圳 X 公司走私普通货物案”，在一定程度上回应了学界的担忧。同时，适用范围也包括公司、企业实际控制人、经营管理人员、关键技术人员等实施的与企业生产经营活动密切相关的犯



罪案件。上述适用范围和条件，经实践验证效果良好，刑事诉讼法立法完善应予以吸收、明确。对于“经营管理人员”“关键技术人员”“与企业生产经营管理活动密切相关的”，要结合企业治理结构和案件具体情况准确理解和把握，具体标准可以由最高法、最高检联合制定司法解释、规范性文件等方式进行细化规范。

## （二）科学建构合规附条件不起诉制度

对于构建合规附条件不起诉制度，有两个基本共识。一是，合规考察期设定为6个月至3年，并以此合理设置合规考察中止、延长等相关规定。二是，为落实我国刑事司法涉外管辖权，推动明确单位犯罪诉讼特别程序适用于境内外的所有企业单位，能够为我国司法机关处理相关境外企业违法犯罪提供法律依据。对上述两个问题，实务与学界较为一致，既保障不同规模、不同类型的企业的合规整改实效，确保建设有针对性的合规体系，也保障被告人合法权益，节约司法资源，确保司法效率。在两项共识之外，建构合规附条件不起诉法律制度，要重点把握两个问题。

第一，要严格合规附条件不起诉的裁定标准，完善相关配套制度规范。既要总结提炼改革试点中依法不捕、不诉、提出轻缓量刑建议的做法，也要梳理合规整改不合格、经监督评估依法移送起诉、从重从严的具体情况，准确规范宽与严的条件，全面准确贯彻落实宽严相济刑事政策。一要体现当严则严。刑事诉讼法立法完善明确规定，在合规考察不合格或违反监督考察规定或采用弄虚作假手段骗取评估结论，情节严重等情形，检察机关可以撤销附条件不起诉决定，依法提起公诉。二要注重以严济宽。要细化规范合规附条件不起诉程序适用排除情形。一方面，将交通肇事、故意伤害等不符合涉案企业合规立法立意的案件排除于改革试点之外。另一方面，严格涉案企业合规建设、评估与审查标准，从严监督评估企业责任人在合规整改中的积

极作用，这既为酌定从宽处罚提供规范支撑，也体现“宽”的正当性与适当性。三是注重“应重而轻”。深化分案处理机制，对涉案企业或相关人员从重从严处理的同时，对有从宽情节的或合规整改中发挥重要作用，对堵塞违法犯罪漏洞、防范再犯风险作出积极、较大贡献的，应重而轻、依法从宽，最大限度减少对企业合法合规经营影响。

第二，要规范探索将公共利益因素作为合规考察审查评估的重要因素。自改革试点以来，将公司积极采取补救措施修复法益等作为适用条件，得到广泛论证。改革实践的成熟做法，充分体现在涉案企业合规案件的量刑指导意见等司法解释、规范性文件中，已无太多争议。但基于此，办案如何适度体现社会公共利益考量，比如，如何将涉案企业在经济稳定、科技创新、稳定就业等纳入监督评估范畴，则需立法机关、司法机关的协同推进与探索。2023 年 3 月，最高检发布检察机关食品药品安全公益诉讼典型案例，其中，新疆维吾尔自治区克拉玛依市检察院诉某畜牧开发有限责任公司生产不符合安全标准食品民事公益诉讼案，“将合规整改情况作为提出惩罚性赔偿具体数额的考量因素，激励企业落实合规整改承诺，完善企业管理制度”，在一定程度上提供了司法实践支撑。随着改革纵深化，要探索行政公益诉讼诉前衔接，规范民事公益诉讼中惩罚性赔偿的合规考量，在刑事诉讼立法完善中适度体现，加强刑事司法完善与检察公益诉讼立法的衔接，完善涉案企业合规法律制度体系。

### （三）规范侦查环节合规适用

总的来说，合规附条件不起诉有依申请和依职权两种启动方式。在侦查环节，公安机关对涉案单位提出合规整改申请的，要记录在案，商请检察机关提出意见建议，侦查终结时要随案移送涉案单位提供的相关材料，并在起诉意见书中写明有关情况，提出处理意见。对于侦查环节合规整改模式，有学者建议，有必要在完善检察机关提前介入

侦查制度的基础上，确立单位犯罪案件侦查中的检察引导制度。但从当前改革实践看，建构专门的企业合规检察引导制度的理据尚不充分，具体方案仍有待改革探索与验证。依托现有法律制度，明确涉单位犯罪案件提前介入的条件与程序，更符合立法实际。

同时，要严格适用规范。无论是依申请还是依职权，侦查环节适用涉案企业合规，前提必须做到“案件事实清楚，证据确实、充分”，这个前提要实质确立。而且，要在适用程序中予以有效规制。公安机关认为符合条件的，可以直接商请人民检察院提前介入侦查，也可以在提请逮捕中一并商请。检察机关在审查逮捕等环节，接受涉案单位合规申请，或经审查发现符合适用条件，也可以主动介入侦查，启动涉案企业合规整改。要注重加强刑事侦查与审查逮捕、审查起诉等诉讼环节的衔接配合，统一执法司法理念标准，协同构建以证据为核心的涉企案件刑事指控体系。要坚持“应用尽用”第三方监督评估机制，在《指导意见》的规范制度框架下，制定侦查环节企业合规案件适用第三方监督评估机制的专门规范，对第三方组织组建、合规计划的有效性标准、合规组织体系建构中违法犯罪举报机制的实质化运行等作出硬性规范。

#### （四）完善审判环节程序衔接

目前已形成中止审理、延期审理、撤回起诉的改革探索框架，改革实践中主要做法包括：一是“延期+撤诉”。法院审查认为，符合合规整改条件的，先决定延期审理，商请检察机关是否适用。根据商请情况，检察机关可以撤回起诉，适用合规附条件不起诉，开展合规整改；也可以通过延期审理的方式，开展有效合规整改，检察机关审查评估合规整改后，决定是否调整量刑建议或撤回起诉。二是“中止+延期或撤诉”。法院审查认为，符合合规整改条件的，先决定中止审理，商请检察机关是否适用。或在审查起诉阶段已启动合规整改，

延续至审判环节出现重大、特殊情形，法院裁定中止审理，商请检察机关决定是否终止，或重新组建第三方组织。检察机关审查评估合规整改后，决定是否调整量刑建议或撤回起诉。前者大多适用于轻罪案件，后者大多适用于重罪、疑难复杂及大型、上市、涉外公司案件。

深入推进改革实践，重点在于规范中止审理、延期审理与撤回起诉的适用规范，实现程序分流与衔接。一是明确中止审理的适用条件。比如，重罪、疑难复杂及大型、上市、涉外公司案件的适用合规整改中，涉案企业经营范围资格灭失、破产重组等。二是明确延期审理的适用条件。比如，合规考察期调整、专项合规计划的增加等。三是严格撤回起诉的适用。撤回起诉不应成为审判环节适用合规整改的程序衔接常态，适用条件与规范要从严把握。原则上只有经审查，情节显著轻微、危害不大，或者延期审理期间，经监督评估合规整改情况，会同第三方组织综合研判，有效合规计划实施情况较好的，才能适用撤回起诉审查范畴。检察机关撤回起诉后，要在法定期限以内作出合规附条件不起诉决定，提升检察机关监督办案的司法公信力。此外，在深化完善中止审理、延期审理、撤回起诉的程序衔接框架的同时，要注重与其他庭审制度机制的配套衔接。比如，对于没有开展合规整改的公诉案件，涉案企业、相关人员在审判阶段申请开展合规整改的，可以纳入程序性裁判范畴，根据程序性裁判优先原则，在庭前商请检察机关是否决定适用。如情节显著轻微、危害不大，经审查决定适用的，检察机关可以撤回起诉，适用合规附条件不起诉。

#### （五）强化行刑衔接的联动推进

促进刑事激励与行政激励需要一体落地，推动合规成果在刑事和行政领域得到互认，刑事诉讼法立法完善需作出明确规定，配套法律法规更需跟进完善。实践中，有的地区检察机关将合规治理提前至行政机关对企业违法的调查阶段，探索建立检察机关参与企业行政违法

调查程序的工作衔接机制。2022 年 7 月，最高检在第三批企业合规典型案例中发布了广西陆川县 23 家矿山企业非法采矿案，强调在办理破坏环境资源保护类犯罪案件中，检察机关在提前介入阶段即可开展公益诉讼诉前磋商，以公益诉讼检察监督企业合规整改落实，在一定程度上促进、增强了行刑衔接刚性。最高法、最高检联动推进审判环节适用企业合规以来，检察机关提请公益诉讼，以公益诉讼检察监督合规整改的，法院一般应当给予同意与支持，这形成了有益经验。推进刑事诉讼法立法完善的同时，要综合公益诉讼检察、行政检察的衔接实践，会同法院持续拓展企业合规中行刑衔接空间，适时制定相关司法解释和规范性文件，及时将合规整改嵌入行政诉讼法等法律法规，强化衔接刚性。

#### （六）加强执行环节的衔接贯通与跟进监督

综合我国单位犯罪归责理论的研讨，“不同的归责理论与机制最终都指向单位犯罪刑罚体系的调整，均支撑或倡导罪刑均衡、罪刑相适应原则下调整罚金刑、增设资格刑、完善刑罚执行方式”。

第一，推进罚金刑、企业缓刑制度的立法完善。从域外企业合规制度实践来看，执行环节的合规激励不可或缺。比如，1991 年美国《联邦组织量刑指南》不仅界定了企业合规，也将企业合规计划的实施情况作为影响企业犯罪罚金减免和企业缓刑的法定要素。在实体法立法完善路径上，可以立足刑法规范体系自洽，在《刑法》第 52 条件增加一款，明确合规考察作为罚金刑确定依据，在《刑法》第 75、76 条中增加相应的合规整改条款，明确企业缓刑制度。在制度探索方面，涉案企业的缓刑执行可以由法院主导，依托第三方监督评估机制，也可以协同司法行政机关共同执行，或者通过邀请司法行政执法人员加入第三方组织等方式，且第三方监督评估机制的启动与运行，包括第三方组织的组建、履职与合规考察报告审查，仍需由检察机关

主导，从而保障企业缓刑执行控辩平等、控审分离，实现法院、检察机关、司法行政机关相互配合、相互制约。上述做法，可以通过最高法、最高检共同制定下发执行环节企业合规典型案例，为罚金刑、企业缓刑制度的立法完善提供更好的实践支撑。需要特别关注的是，要加强检察机关的同步监督质效。可以说，刑事执行检察迅速跟进涉案企业合规改革步伐已迫在眉睫。比如，检察机关持续跟踪落实相应的社区矫正监管措施，针对涉民营企业社区矫正对象，健全社区矫正监管一体化协作机制。

第二，探索合规整改期间涉案企业从业禁止制度，推动构建以从业禁止为主体的单位犯罪非刑罚制裁措施。综合改革实践，对于将合规整改合格作为执行阶段分期执行、暂缓纳入失信被执行人名单、限制高消费的依据，实务与理论界已无太多争议，但由此推进刑法立法完善，增设单位犯罪从业禁止的资格刑，仍需更多考量。较为务实的路径是，融合涉案责任人，包括实际控制人、经营管理人员、关键技术人员，从业禁止适用，探索合规整改期间涉案企业从业禁止制度，构建多元化的单位犯罪非刑罚制裁措施。换言之，这并不意味着要以涉案企业合规改革为契机，推动从业禁止被规定为资格刑。主要考虑包括：一是从业禁止一旦规定为刑罚措施，很可能会缩小合规整改期间适用的空间，与刑事诉讼全流程适用的实际不符。二是将从业禁止适用于涉案企业，并确定为资格刑，事实上并不会增强所应有的预防再犯功能。经审查逮捕、审查起诉及审判环节的合规整改，涉案企业通过有效合规计划的实施，已弥补了企业制度建设和监督管理漏洞，此时判处适用从业禁止资格刑，显然与量刑酌定从宽处罚相冲突。如合规整改不合规，涉案企业经过一系列监督整改，包括从业人员岗位审查等，继续从事经营的成本已然增加，此时判决从业禁止，对涉案企业具有惩罚性，但预防再犯的功能并不强。三是贯彻落实宽严相济

刑事政策，合规附条件不起诉需要更多从严措施。这既是域外企业合规实践的共性，也是我国涉案企业合规司法制度建设的现实需要。

具体法律制度建构，可以加强刑事诉讼法与刑法立法完善的协同推进。比如，对于可能判处三年以上有期徒刑的重罪案件，检察机关决定适用合规整改，视情况附加涉案企业从业禁止，包括暂扣、吊销许可证件等措施。合规考察期满，从业禁止适用情况作为合规整改材料，随案卷一并移送人民法院。人民法院可以裁定变更或从严禁业，并作为人民法院裁定涉案人员从业禁止的参考。再比如，结合取保候审适用，适度拓展“不得从事特定的活动”的内涵。检察机关决定适用第三方监督评估机制，可以综合涉案企业直接负责人社会危险性、涉案性质、情节及企业经营状况和专项合规整改情况等，责令“不得从事特定的经营活动”，合格整改期间的该项执行情况，作为人民法院裁定涉案人员从业禁止的参考。

第三，探索涉案企业合规保证金制度，推动涉案企业刑事制裁体系贯通衔接。目前，适用取保候审保证金，一般综合考虑保证诉讼活动正常进行的需要、犯罪嫌疑人的社会危险性、案件性质、情节、可能判处刑罚的轻重以及犯罪嫌疑人经济状况等情况，责令犯罪嫌疑人交纳一千元以上的保证金，且法律法规未设置保证金上限。这种适用路径与规范模式为探索由涉案企业缴纳相应较高合规整改保证金提供了较好的法律框架空间。在推动刑事诉讼法立法完善的同时，可以通过司法解释等方式，授权检察机关结合涉案企业合规改革实践推进情况，有针对性地调整与细化取保候审保证金适用对象与条件，根据犯罪的性质和情节、犯罪嫌疑人的人身危险性、经济状况和涉嫌犯罪数额、量刑证据审查认定及量刑建议等情况，责令涉案企业交纳一定数量的保证金，且同样并不设置上限。除保证履行“不得干扰证人作证”“不得毁灭、伪造证据或者串供等”等基本义务外，保证其履行

合规承诺、在合规整改期限内执行专项合规计划、堵塞风险漏洞、健全合规组织体系，并不逃避刑事诉讼活动，努力实现合规经营发展。涉案企业交纳保证金情况，可以与量刑建议适用罚金刑、执行阶段分期执行情况相结合，既保障诉讼活动顺利进行，又督促涉案企业履行合规承诺、执行有效合格计划。

## 五、余论

综上，刑事诉讼法全流程适用，是涉案企业合规改革的内在诉求和实践成果，有利于加快建立单位犯罪特别诉讼程序，推动刑事诉讼法立法完善，建立健全涉案企业合规司法制度，实现中国式单位犯罪治理现代化。本文围绕侦查、审判环节的适用衔接，对刑事诉讼法全流程适用的原则，合规附条件不起诉程序建构的重点环节与具体方案，持续推进刑事诉讼法立法完善等进行了研讨。但仍有诸多问题尚未展开。比如，根据最高检《关于加强新时代检察机关网络法治工作的意见》部署要求，各地检察机关积极稳妥开展涉案互联网企业合规工作，逐步形成较为成熟的做法，需要跟进提炼相关典型案例，归纳互联网企业的“规”，系统总结、统筹考量，既为网络安全法、网络犯罪防治法等法律法规的制定修订提供司法实践合规样本，也为刑事诉讼法立法完善提供更多支撑。再比如，如何跟进生成式人工智能服务管理司法规制，推进数据法益刑法保护中及时规范涉案企业刑事责任，融合数字法治建设证成数字正义，建立健全数字时代单位犯罪归责机制。实践越丰富，立法方案越成熟，立法进程也将更稳健。涉案企业合规适用刑事诉讼法全流程富有时代活力，也将为我国单位犯罪治理现代化建设带来新的发展。

（作者单位：最高人民检察院法律政策研究室主任 一级高级检察官）

<https://mp.weixin.qq.com/s/GFC-03cJkU0IMPo-Rh29XQ>