

# 目 录

## 【导师文苑】

- 论职务犯罪案件指定管辖机制的行政化及其矫正.....任学强 (3)  
中国参与 ICSID 机制的双重挑战及其应对.....石俭平 (13)

## 【法学论坛】

- 论律师辩护全覆盖背景下的辩护有效性.....王 栋 (21)  
我国刑法中行政处罚前置必要性及其设置建议探讨.....赵书鹤 (29)  
论非法集资犯罪行为的认定与处置.....王赫一 (36)  
论假想防卫过当的认定.....祝超男 (43)  
论合同违约中的精神损害赔偿制度确立.....何 幸 (50)  
赋予自然人环境公益诉讼原告资格.....李艳娜 (57)

## 【思行合一】

- 数据的法律界定与保护  
——对《民法总则》第 127 条的展开.....谢文佩 (65)  
大数据时代背景下被遗忘权制度的建构.....李源 廖思慧 (79)  
大数据时代的隐私权保护研究.....许 政 (89)  
论个人信息网络侵权领域诉前禁令的适用.....陈 澍 (98)  
大数据时代网购者的个人信息保护.....徐格云 (105)  
论网络虚拟财产盗窃的刑法规制.....夏 云 (113)  
论大数据时代下知识产权的保护.....耿碧莹 (121)

## Contents

### • *Professors' Academic Papers* •

- On the Protection of the Rights of the Accused in the Designated Jurisdiction of Duty Crimes.....Ren Xueqiang (3)  
Dual Challenges Faced by China and Its Response of Participating ICSID Mechanism .....Shi Jianping (13)

### • *Law Forum* •

- On Legal Aid Defense under the Full Coverage of Criminal Cases—— From the Perspective of Effective Defense..... Wang Dong (21)  
The Necessity and Setting Suggestions of the Pretage of Administrative Punishment in Criminal Law of Our Country.....Zhao Shuhe (29)  
Study on the Determination and Disposal of Illegal Fund-raising Crimes..... Wang Heyi (36)  
On the Identification of Excessive Imaginary Defense..... Zhu Chaonan (43)  
On the Establishment of Mental Damage Compensation System in Contract Breach of Contract.....He Xing (50)  
Give the Natural Person Environmental Public Interest Litigation Plaintiff Qualification.....Li Yanna (57)

### • *Mind and Hand* •

- Legal Definition and Protection of Data- On the General Provisions of Article 127 of the Civil Law..... Xie Wenpei (65)  
The Construction of the Right to Be Forgotten Under the Background of Big Data Era ..... Li Yuan, Liao Sihui (79)  
Study on Privacy Protection in the Era of Big Data.....Xu Zheng (89)  
An Analysis of the Application of Presuit Injunction in the Field of Personal Information Network Infringement..... Chen Shu (98)  
Personal Information Protection for Online Shoppers in the Era of Large data..... Xu Geyun (105)  
The Criminal Law of Network Virtual Property Theft.....Xia Yun (113)  
Infringement and Protection of Intellectual Property Rights in the Era of Big Data..... Geng Biying (121)

## 论职务犯罪案件指定管辖机制的行政化及其矫正

任学强\*

**【摘要】** 职务犯罪案件指定管辖已成为司法实践的常态，其直接目的是排除权力干扰、防止人情障碍、避免不良舆论影响，控制犯罪的意图明显。以“审判为中心”的指定管辖制度与“纪委主导”管辖的现实存在背离。异地审判法院的选择，可以溯源到“党管干部”原则与“下管一级”的体制。指定管辖决策机制的行政化，可能带来区域性量刑不公、上级预定刑罚等损害被告人权利的后果。管辖异议权的缺失，反映了刑事程序职权主义制度特性。在目前制度框架内，当务之急是，征求被告人异地审判的意见，选择类似地域的法院管辖，以技术调整促进制度改革；长久之计在于，保障司法机关的独立性，增强抗干扰能力，实现公正审判的最终目的。

**【关键词】** 职务犯罪 指定管辖 干部管理体制 决策机制行政化 权利保障

### 引 言

自 2001 年辽宁“慕马案”后，职务犯罪案件开始适用指定管辖，进行异地审判，其中省部级高官案件跨省异地审判，厅局级干部案件省市内异地审判，已是相对固定的审判模式，逐渐形成司法惯例。有学者称之为“中国司法史上独特的风景线”<sup>[1]</sup>。随着以习近平为核心的中央领导集体反腐败活动的深入开展，更多的涉案官员被推上被告席。异地审判的“风景线”则更加清晰、靓丽。

职务犯罪案件指定管辖早为学者所关注，已有的研究主要论述制度的优势与缺点，以及完善的建议<sup>[2]</sup>。在制度缺陷中包含被告人权利保障的内容，解决问题的方案是赋予被告人管辖异议权<sup>[3]</sup>，以及针对“被告人身份”的特殊性，建立属人管辖制度<sup>[4]</sup>。由于指定管辖制度研究的涉及面较广，被告人权利保障只是其中一个小的角色，在研究中有边缘化的倾向，而且该建议超出了现行法律规定的范围，不具有可行性。特别值得关注的是，龙宗智教授指出了侦查管辖对于审判管辖的影响，指定管辖决定行政化的观点<sup>[5]</sup>，但对其原因的考察，仅限于刑事程序内，因果律的解释有待深入。

本文以“被告人权利保障”为线索，从纪委调查开始，考察指定管辖实际运作，揭示指定管辖的“纪委主导”、决策行政化的特质。目的在于，通过“纪委主导”对审判管辖的决定作用的深入探讨，丰富指定管辖的理论研究；在目前的法律框架内，提出征求被告人意见，遵循类似区域法院管辖的原则等相对合理的建议，供实务部门参考。本文主要包括五个部分：一是指定管辖的直接目的；二是指定管辖决策机制的行政化；三是指定管辖制度与实践的错位；四是指定管辖给被告人权利带来的威胁；五是指定管辖的申请与类似区域法院管辖。

本文仅供内部交流使用，尚未正式发表，请勿转摘。

\* 任学强，上海政法学院副教授，法学博士，上海申浩律师事务所律师。

## 一、指定管辖的直接目的

刑事诉讼法及其司法解释规定了“犯罪地、被告人居住地法院管辖为原则，指定管辖为例外”的案件管辖制度<sup>①</sup>。法律确定与案件有密切联系的“犯罪地、被告人居住地法院”管辖，主要是便于收集证据、便于诉讼参与、落实法治教育。这也符合本地人审判的原则，有利于罪刑相适应，实现司法公正。在常规情况下，职务犯罪案件也应该由“犯罪地或者被告人居住地”法院管辖。恰恰相反，司法实践中的官员职务犯罪案件几乎全部指定管辖、异地审判。“例外”成为了“原则”，为什么要普遍实行指定管辖？指定管辖的直接目的何在？

首先，指定管辖在于排除权力干扰。指定管辖涉及的官员，主要集中在省部级官员与厅局级官员身上。在权力集中于一把手的现实政治生态中，涉案官员，位高权重，掌握当地组织、人事、政治、经济大权。在长期经营中，形成了错综复杂、盘根错节的权力关系。即使官员本人被抓，自己提拔的亲信、鞍前马后的随从等直接受益者，以及通过关系人得到提升、受过恩惠的间接受益者，仍然在当地掌握着部分权力，甚至当地法院的领导，可能就是涉案书记、部长在任时提拔。加之，我国“自上而下”的官员任命为体制，掌握干部提拔权限的上级决定下级官员的提升，而能够被提拔的下级，在上级眼里一般是能干事又懂事的“能人”。下级的仕途取决于上级，下级依赖于上级；上级了解下级，上级领导对自己提拔的干部喜爱有加。一定地域内上下级官员之间存在唇齿相依的连带关系。某一官员涉及刑事犯罪，可能牵连到上级领导。“拔出萝卜带出泥”现象十分普遍。某一重要官员的落马，可能带来一定范围内的官场坍塌<sup>②</sup>。掌握权力的上级无论出于自保，还是出于地方政局的稳定，往往不愿意查处下属贪腐的犯罪行为，总是希望大事化小，小事化了。此种情况下，这些与涉案官员关系密切的权力性因素可能会直接影响、甚至决定审判的后果。官员异地审判，就是要摆脱特定地域内的权力关系，排除外界权力的干扰。

其次，指定管辖在于防止人情障碍。中国社会是一个关系社会、人情社会。遇见需要解决的问题，中国人首先想到的是找关系，而不是依靠制度。在自己主管的范围内对关系人予以照顾，是人之常情。为了照顾熟人、朋友，违背法律，法外施恩的情况也经常发生。每个官员都深嵌其中，难以例外。涉案官员，作为地方要员，手握组织、人事大权，享有丰富的经济与人脉资源。面对众多有求于自己的各界人士，官员通过行使职权，或多或少地予以照顾，施以恩惠。即使没有互惠关系，相互为官，工作上经常交往，可能非常熟悉。当一方涉案，作为同事和朋友，一般反应是充满惋惜，深表同情，可能在执法时存在偏私。因此，在当地审判，各种人情性因素，可能影响法律的实施。此外，涉案官员往往行政事务的能人，在当地经济发展、城市建设等方面，可能有所贡献，甚至有巨大的推动，也算是当地经济社会发展的有功之臣，就连普通百姓也会予以承认，参与其中的当地官员更有深刻的体会。当官员落马后，民众情绪反应比较复杂，将功补过也是普通民众的正常想法。这些人情因素也会有意无意地减轻对职务犯罪社会危害性的认识，影响法律的公正实施。

再次，指定管辖在于，避免不良舆论影响。涉案官员是地方的政治明星，属于公众人物。一旦涉及犯罪，又成为当地民众茶余饭后议论的焦点。随着犯罪行为的逐渐披露，舆论的探讨也在不断地深入。涉案前官员是清正廉洁、正人君子，涉案后贪污腐败、品质败坏。案前案后，巨大反差，总能吸引众多目光。对于官员的过往评价，不管正面还是反面，法官身在其中，而且难免受到其影响，可能危及审判的理性与冷静。此外，审判之后，判决本身也会成为民众关注的焦点。什么是适当的判决，在法官裁量的范围内，没有固定的标准与尺度去

<sup>①</sup> 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第 24 条、第 26 条规定；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 16 条、第 18 条规定。

<sup>②</sup> 例如，韩桂芝案发后，省检察院原检察长徐发、省法院原院长徐衍东和一批高官贪腐问题相继暴露，一度被人们称为“黑龙江官场地震”。

衡量, 很难判断。民众舆论往往出现两极化的趋势。认为量刑过轻的一方, 往往把判决归因于, 官官相护, 权力干扰, 以及人情关系等司法腐败因素的影响。毕竟, 涉案官员曾是当地的主要领导, 网开一面实属合情合理; 认为判决过重的一方, 往往把重刑归因于反腐政策的需要、权力内部斗争等非法律因素的影响, 甚至责怪法官乘人之危、落井下石, 毕竟涉案官员曾是你的领导, 甚至发出人心叵测、世态炎凉的感慨。在当地审判, 这些社会舆论会形成强大的外在压力, 影响法官的判断。法官也可能因此身负沉重的精神负担。异地审判不仅是法院公正司法的需要, 也是法官的自我解脱。

在以往学者的研究中, 认为指定管辖具有公正审判的目的, 笔者对此基本表示赞同。只是认为, 公正审判是指定管辖的最终目的, 指定管辖只是实现司法公正的一个措施, 目的的公正不一定意味着措施的公正。措施本身是否公正, 还要结合现实的程序制度具体分析。从司法实践上看, 国家机关从单方面立场出发来决定异地审判管辖法院, 带有强烈的追诉倾向。如上文所述, 指定管辖的直接目的, 均是保障有力、快速查清事实、追究刑事责任的措施。在指定管辖的制度设计中, 当事人没有参与的权利, 当事人的意见受到限制、甚至漠视。在落实法律, 期望达到公正的审判效果的过程中, 当事人的程序性权利难以得到保障。其实, 如果措施得力, 对于可能影响审判的消极因素加以隔离, 在本地审判也可以实现司法公正的最终目的。对此, 有学者提出了“外地法官当地审”的建议<sup>[6]</sup>。再说, 对于司法公正的理解, 控辩双方各有不同, 控方认为指定管辖可以排除干扰, 有利于司法公正。但是, 辩方认为, 控方的指定管辖, 没有听取我的意见, 单方决定, 非我所愿, 很不公正。双方很难达成一致。因此, 笔者认为指定管辖是国家机关通过特殊程序, 加强犯罪控制、打击犯罪的措施, 以实现公正司法的最终目的。

## 二、指定管辖决策机制的行政化

在司法实践中, 一般通过下列方式指定法院管辖。一是纪委参与审判法院的指定。以省纪委为例, 在省纪委向检察院移送案件时, 通过反腐败协调小组召开检察院与法院参加的协调会议, 征求检察院与法院的意见, 异地管辖法院在此阶段就得到了明确。然后, 由省检察院向省法院递交指定管辖商请函及相关材料, 省法院审查, 并作出处理意见, 指定中级法院管辖。后续的司法程序仅是落实协调会议决定的形式而已, 审判法院的决定实际上已经超出了刑事程序的范围。二是纪委不参与审判法院的指定。纪委把职务犯罪案件移送检察院时, 并不在参与案件的管辖法院指定, 而由检察院自己选择起诉的法院。原因可能在于, 案件性质不敏感, 纪委没有必要参与法院的指定, 或者是查处违法犯罪任务繁重, 无暇顾及审判法院的指定。以最高检为例, 中纪委移送案件时, 可能并不参与由哪个法院审判的后续程序。当案件侦查结束, 决定起诉时, 最高检会同最高法院协商案件具体管辖的检察院与法院, 然后由最高法院向高级法院下达《关于某某涉嫌犯某罪一案指定管辖的函》, 并附最高法院向最高检察院《关于某某涉嫌犯某罪一案指定管辖的复函》, 由高级法院指定某中级法院管辖。这种情况下, 审判管辖法院的决定在司法程序的范围内。

其实, 不管纪委是否参与指定法院的事务, 只要负责起诉检察院确定, 负责审判的法院便是该区域内的同级法院。由此可见, 负责起诉的检察院选择尤为关键。检察院层次与数量众多, 交给哪个层次与级别检察院提起公诉呢? 按照惯例, 一般指定市级检察院提起公诉, 例如薄熙来案件, 由济南市检察院提起公诉, 刘志军由北京市检察院二分院提起公诉。在选择检察院级别时, 主要考虑官员犯罪的性质、可能判处的徒刑等法定情况。司法实践中, 官员涉案一般数额较大, 少则百万, 多者上亿, 远远超出数额特别巨大的法定标准, 符合可能判处无期、死刑的条件, 所以通常指定市级检察院提起公诉。

确定检察院的级别之后,选择哪个市级检察院呢?没有法律标准,检察院主要考虑被指定单位的办案能力,既对大案要案的突破能力。一般来说,能够成功起诉,并顺利完成定罪量刑任务的检察院,是优先考虑的对象。其中,往年办理官员职务犯罪案件的经验,无疑成为考量的重要因素。当市级检察院收到上级检察院移送起诉意见后,向哪个法院起诉呢?一般是向同一区域的中级法院起诉。值得注意的是,异地侦查、异地起诉,是检察院内部的分工,对于法院并没有明确的法定约束力,法院与检察院属于不同系统,同一区域的中级法院是否接受起诉呢?2012年最高检司法解释规定了,检察院与法院协商的机制,来解决异地起诉与审判的衔接问题<sup>①</sup>。

从异地审判法院的确定上看,指定管辖有两个特点:其一,指定管辖由国家机关单方确定。在我国的指导管辖制度规定中,在司法程序内,完全有检察院、法院依据职权确定,指定哪级法院、哪个法院与辩方没有任何关系。辩方没有参与指定管辖的权利,更没有异议权,只能被动地接受司法机关的安排。尽管,司法实践中也有当事人提出“希望某地审判”的要求,办案人员通常应对是“这事要向领导汇报”。当事人的意见可能在办案机关内部报告中得到反映,口头进行答复。办案机关均未设置专门程序去处理当事人异地审判的意见,也不采取裁定、决定等法律文书予以答复,我们只能称之为当事人“意见反馈”。特别是在重大、敏感案件中,如果纪委参与指定管辖法院的确定,由于司法程序尚未启动,纪委、检察院、法院,已经协调好异地审判的管辖法院,当事人根本不具备参与指定管辖的条件,即使当事人事后的“意见反馈”,也只能徒有其名,对于异地审判管辖没有任何作用。其二,当事人没有管辖异议权。管辖异议权作为公民基本诉讼权利,在日本以及香港、澳门地区的刑事诉讼法中均有明确规定。我国民事诉讼程序中,规定了管辖异议制度,赋予了当事人提出异议的权利<sup>②</sup>。但在刑事诉讼程序中却没有规定。刑事案件异地审判管辖的酝酿与决定均由司法机关采取内部行政程序加以处理。有学者指出,这项基本程序权利在制度上被忽略,缺乏当事人权益保障的程序规定<sup>③</sup>。为什么没用规定刑事案件指定管辖的异议权,它又体现了什么样的制度特征?笔者认为,指定管辖异议权缺失是职权主义诉讼程序的典型表现,具有独特的职权主义特征。

通过异地审判由来路径的梳理,可以看出,无论纪委移交同级检察院,还是检察院起诉到法院,还是法院接收异地审判案件,都是国家机关自己根据情况,单方作出的决定。案件的异地调查、侦查与审判在国家机关之间转移,没有辩方的参与,程序缺乏诉讼性质,具有很强的权力属性,表现出行政化的特征。

### 三、指定管辖制度与实践的背离

对于指定管辖,我国采取的是“以审判为中心的制度模式”<sup>④</sup>,即刑事诉讼法仅规定指定管辖法院的级别与地域,而不明确规定侦查与检察机关的管辖问题。这与许多国家规定比较相似,例如日本刑事诉讼法规定,指定管辖由检察官向法院提出,由法院决定是否异地审判<sup>⑤</sup>。按照“以审判为中心”的制度逻辑,职务犯罪案件是否指定管辖、由哪个法院管辖,属于审判权力范围,由法院来确定。

我国司法实践中职务犯罪指定管辖的选择,并非由法院决定。学者已有研究认为,异地侦查决定异地审判<sup>⑥</sup>。对此笔者认为,在诉讼程序之内,“异地侦查决定异地审判”无疑是正确的。如果继续追问的话,异地侦查是如何确定的?目前的研究还没有涉及,需要继续深

① 参见最高人民法院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第18条规定。

② 参见《中华人民共和国民事诉讼法》第127条规定。

③ 参见《日本刑事诉讼法》第18条规定。

入探讨。如果要真正揭示职务犯罪异地审判缘起何处,需要把纪委调查纳入考察的视野范围。因为在现实政治生态中,在职务犯罪侦查之前,纪委对于涉案事实的调查已经开始,其中包括犯罪事实。例如,在薄熙来案中,薄熙来对贪污、受贿的事实当庭予以否认。检察官反驳:为什么在纪委调查时,承认这些事实,并签字?薄熙来回答:在中纪委审查期间,我违心的承认过这个事情,当时处于政治前途上考虑,有机会主义,有软弱<sup>[10]</sup>。由此可见,纪委的调查会涉及到犯罪事实。因此,从纪委调查、移送案件阶段,考察指定管辖制度的源起,进而揭示异地审判实际运作,则更有说服力。

按照“党管干部”的原则,党和政府的各级领导干部,均归党委组织部门统一管理。管理的内容包括干部的培养、考核、提拔以及违法违纪的查处。现实中官员的职务犯罪事实,属于违法违纪的范围,均由纪委先行查处。哪级纪委负责查处呢?按照“下管一级”的干部管理制度,省部级领导属于中央组织部门管理的干部,其违法违纪问题,由中纪委查处。例如薄熙来案件、刘志军案件以及刘铁男案件均属于中纪委查处的案件。厅局级干部,属于省管干部,其违法违纪情况由省纪委查处。例如重庆北碚区委书记雷政富、九龙坡区委书记彭智勇等厅局级干部案件均由重庆市纪委查处<sup>①</sup>。由此可见,纪委在查处官员违法犯罪案件时,是“上级负责下级”的错位查处,随之而来的则是侦查管辖也会出现上下错位管辖的情况。当纪委调查结束之后,如果官员涉嫌犯罪,会移交同级检察机关立案侦查。例如,薄熙来案,中纪委调查结束后,交由最高检立案侦查。雷政富案,重庆市纪委调查后,移交市检察院立案侦查。由此可见,官员的主管部门的层次,决定纪委调查管辖层次,纪委调查管辖的层次,又决定检察机关立案侦查管辖的层次。

侦查管辖确定之后,也就预决了审判管辖。侦查管辖预决审判管辖有二种表现:一是纪委调查结束后,将案件移交同级检察院。不管是同级检察院立案侦查,还是移送下级检察院立案侦查,侦查结束后,一般均由市级检察院提起公诉<sup>②</sup>。提起公诉的检察院同地域的同级法院就具有了管辖权。例如,省纪委调查结束,交由省检察院,省检察院自己立案侦查(或交由市检察院立案侦查),侦查结束后,一般由市检察院提起公诉,同地域的中级法院进行异地审判;二是对于重大、敏感案件,纪委在移交同级检察院立案侦查时,会邀请法院参加案件办理协调会。此时,案件还没有经过检察院的侦查阶段,此时确定侦查管辖、公诉检察院,是首要任务,具有关键意义,法院管辖只是后续程序。因此,检察院意见处于主导作用,法院的意见只是参考。协调会的目的在于把异地审判的信息通知法院,法院做好相关配合工作,履行相应的法律程序。上述二种情况,均是异地侦查决定异地审判,即使在第一种情况中,存在上级检察院负责侦查,下级检察院负责起诉的情况,侦查机关与起诉机关出现了分离,表面上是公诉检察院决定审判法院。其实,公诉检察院也是侦查检察院所决定,也属于侦查决定审判的情况。其他学者的调查也证实了这一观点:从四川省 2011 至 2012 年两年的情况看,有 82% 的案件,指定审判管辖与指定侦查管辖时确定的地域管辖相一致。实际上是指定侦查管辖对审判管辖产生了预决作用<sup>[11]</sup>。

法院对于公诉案件的被动接受,还与我国诉讼结构有关。尽管,法律上规定了以“审判为中心”的指定管辖制度,但我国公检法之间是“分工负责”的线性结构。在司法实践中,三机关配合默契,忽视制约。法院对公安、检察环节的审前行为,甚至是强制措施,没有司法审查的权力。侦查程序独立运行,侦查中的拘留、管辖等问题,法院无权过问。当案件到达起诉阶段,法院自然无法发表异议,更不能予以否决,只能被动接受。在司法实践中,虽然出现过被指定法院不愿承担异地审判任务的案例,但意见的提出不是基于法律规定,而是基于任务繁重、人员紧张等法外理由。例如,安徽省阜阳市中院院长刘家义受贿案,最开始

① 如果厅局级干部的案件复杂,涉及到省部级干部时,可能中纪委直接查处。但在问题查清后,厅局级干部也会转交给省纪委,由其办理下一步的程序。

② 司法实践中职务犯罪案件还没有出现最高检察院或省级检察院直接提起公诉的案例。

接受指定的淮南市中级人民法院以办理此案花费较大且刚审理完一起厅级干部犯罪案件等理由拒绝了上级法院的指定,最后改由滁州市中级人民法院管辖<sup>[12]</sup>。此外,考虑到我国检察机关在职务犯罪中的特殊地位,法院在指定管辖中更难有发言的权利。这种特殊地位表现在两个方面:一是检察机关集职务犯罪侦查职能与公诉职能于一体,权力巨大;二是检察机关是法律监督机关,负有对法院审判进行监督的职能。在检察机关控制犯罪意图强烈的情况下,当检察机关提出异地审判的请求时,法院没有法定理由,予以拒绝,也没有能力予以抗衡,接受审判任务是现实的选择。虽然,我国指定管辖的制度设计以法院为中心,但司法实践中并不存在法院对指定管辖的决定作用与制约作用。指定管辖的法律文本制度与司法实践出现了背离。

#### 四、指定管辖给被告人权利带来的威胁

犯罪具有地域性特征,职务犯罪与当地社区民情、政治生态有很大的关系,当地居民不仅对于犯罪危害后果感同身受。按照当地人审判的法理,对于犯罪的认定及其处罚当地居民也有一定的参与权利。由当地人组成陪审团,对本区域内的案件进行审判,不仅出于司法民主的需要,更在于保障法院判决符合民意,适合当地情况,实现司法审判公正的需要。我国的参审制以及河南法院陪审团的试点、以及陪审制司法改革的倡导,目的在于通过提高当地人参与审判,实现司法公正<sup>①</sup>。官员职务犯罪案件由“犯罪地”或“被告人居住地”法院管辖,符合本地人审判的原理。而由没有任何关系的第三方法院,依据指定管辖,行使审判权力,则超出一般性管辖的规定。正如上文分析,国家机关期望通过超常规的司法措施,来保障准确适用法律,打击犯罪,这也可能给被告人的权利保障带来威胁。

首先是不同区域量刑的区别。虽然我国单一制国家,具有全国统一的刑事法律制度。但由于立法技术的限制以及宜粗不宜细立法指导思想,法律适用存在很大的裁量空间。尽管各地法院为了保障法律适用的统一性,均制定了自己的量刑标准,但不同地区的标准各不相同。加之,我国幅员辽阔,政治经济发展不平衡,对于职务犯罪的异地审判在法律评价上极有可能产生偏差。此外,“社会危害性”是犯罪根本属性,又是定罪量刑的基础。“社会危害性”是一个具有特定时间、特定地域的概念。脱离犯罪发生的特定时空,不同地域对于社会危害性的评价可能存在差距。犯罪的法律评价、社会危害性评价的地域差距,会使职务犯罪同样的受贿金额,可能在量刑结果上有较大的差距。在土地市场活跃,城市建设、基础设施建设进步较大的经济发达地区,受贿金额一般较大,如果被告人被指定到经济欠发达地区进行审判,无论在“社会危害性”认定,还是在法律评价上可能更为严重,会对被告人产生不利的后果;与之相反,在政治、经济比较落后的地区,受贿金额本身可能就比较小,如果能被指定到执法理念比较先进的经济发达地区审判,无论在“社会危害性”评价,还是法律评价上,可能给被告人带来利益。司法实践中在经济活跃的发达地区,职务犯罪的发案率较高,而司法资源的有限,案件一般向欠发达地区移送,以减轻本地案件积压带来的压力(同一省区内这种现象则更为普遍)。这就会经常出现,不利于被告人的指定管辖。在行政化的指定管辖中,被告人对于是否移送、移送哪家法院等与自身利益密切相关的程序事项,没有参与的权利,处于被动受审的无奈之中。

<sup>①</sup> 参审制是指司法实践中普遍适用的人民陪审员制度;2009年河南省高院在全省进行人民陪审员试点;2014年十八届四中全会报告指出:完善人民陪审员制度,保障公民陪审权利,扩大参审范围,完善随机抽选方式,提高人民陪审员制度公信力。逐步实行人民陪审员不再审理法律适用问题,只参与审理事实认定问题。



其次,异地审判加重案件判断的人治因素。法治的完善,是以程序的事先安排及严格按照程序操作为标志,在诉讼中体现为“程序法定”及“法定法官”原则<sup>①</sup>。我国目前的指定管辖,职务犯罪案件异地审判,是以个案需要代替程序的事先安排,且以国家机关的“人定”代替“法定”。因此,而具有某种“人治”倾向<sup>[13]</sup>。刑事诉讼法没有规定指定管辖适用的范围与条件,检察院办案规则把指定管辖条件设定为“其他检察院管辖更为适宜,需要改变管辖的案件”,最高法院司法解释规定“在必要时可以移送管辖”<sup>②</sup>。上述规定对于什么案件,在什么情况下适用指定管辖,条件极其宽松,有很大的解释空间。在被指定法院的确定上,有些地方为了保障职务犯罪审判质量,有内部掌握的标准。但标准的约束力不强,辩方一般也不知晓。有些地方则没有选择审判法院的任何标准。

由于规定的不明确,指定管辖的实施具有很大的随意性,根据四川高院的调查,改变管辖确定案件承接单位并无确定规律可循。通常只要具有正常的办案能力,办案单位与发案地的路途不是过于遥远,就可确定为受案单位。就个案而言,如何确定受案单位仍然有较大的随意性<sup>[14]</sup>。制度的模糊,使法条上“指定管辖”演变成为实践中的“人定管辖”。指定管辖中的“人定因素”决定了上级法院要把案件交付给自己信任的法院。这种信任可能基于,被指定法院具有办理职务犯罪案件的经验,办案效果好,也可能基于对被指定法院某个领导的信任。在检察环节,案件指定给哪个检察院提起公诉,也存在“信任”的人治因素<sup>③</sup>。

面对上级的信任,办案单位十分重视,收到案件材料后,将这类案件列入刑事大案要案,指定专人监督办理,并将上级单位要求传达给被指定法院,同时要求受案单位按刑事大案要案的办理程序,及时报告与案件相关的重要信息。在办案效果上,接受案件的单位让上级单位满意是重要的办案目标。如果案件审理达不到上级机关的预期,就辜负了上级的期望,不仅上级机关对此案审理产生负面评价,以后难以接到交办的案件,严重的可能影响单位领导职务的升迁。如果职务犯罪案件较为敏感,还可能存在上级的指示或者暗示,审判法院总会想方设法予以落实,即使这种暗示的落实可能存在法律上的障碍,被指定的法院也会想办法予以克服,努力完成上级的任务,不辜负上级信任;如果存在明显的法律冲突,上级意图不能全盘接受,就在上级交办单位确定的基本框架不动的情况下,做局部性、技术性的调整。办案单位一味“眼睛向上”,交办后的诉讼程序将丧失实质性功能,而成为实现上级交办单位意图的工具<sup>[15]</sup>。这样,审判结果已经由上级预先确定,审级制度的监督功能被虚置,被告人的审级利益完全丧失。

① “程序法定”及“法定法官”原则是指任何案件在确定承审法院或法官时,必须有一套符合正当法律程序并保障人民基本程序权利的合理机制,通过这一具有可预测性的机制,来防止当权者以其权力恣意地操纵司法,防止其在特定案件中安排合乎自己心意的法官以损害司法公正、侵害民众权益。参见龙宗智:《刑事诉讼指定管辖制度之完善》,载《法学研究》2012年第4期。

② 参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第26条的规定;最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第15条、第18条的规定;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18条的规定。

③ 例如,全国人大常委会预算工作委员会原主任朱志刚受贿案,由最高检反贪总局侦查终结移送公诉厅审查起诉,公诉厅审查后将案件直接交给河南省信阳市检察院审查起诉。为什么交给信阳市检察院起诉?时任公诉厅厅长彭东在接受媒体记者采访时说:“交由河南信阳市检察院来办理,完全是冲着(时任)信阳市检察长刘建国去的。以前,他是河南省检察院公诉处处长,业务能力非常出色,朱志刚案的公诉人便指定了他,如果他不在信阳市检察院,那么这个案子可能也不会指定信阳市检察院来办理。”开庭的时候,刘建国是第一公诉人。参见宋伟:《高官异地审判规则解析》,载《凤凰周刊》2014年第10期。

## 五、指定管辖的申请与同类区域法院管辖

对于指定管辖被告人权利保障问题的完善,许多学者提出赋予被告人异议权以及建立属人管辖制度的建议。但是,这明显超出我国法律规定的范围,没有考虑到问题的复杂性。被告人管辖异议权涉及到诉讼结构调整,公、法之间权力的分配,属于司法体制问题,恐怕一时难以落实:针对被告人身份而设立属人管辖制度,涉及到刑事诉讼法的修改,也有违于法律面前人人平等的原则。采取“相对合理”的方式,遵循“技术到制度”的调整思路,比追求正当程序的“一步到位”的改革方案更具有可行性。基于此,在决定指定管辖法院时,征求犯罪嫌疑人意见,在不影响公正审判的情况下,办案机关适当加以考虑。不管是否采纳,都对管辖法院选择的结果向当事人予以解释,则更具实现可能性。

首先,当事人具有提出申请的预期与愿望。职务犯罪的当事人一般受过良好的教育,有的甚至是经济、交通、教育方面的专家,具有基本的法律知识和清晰的社会认知能力。在审前诉讼程序中,检察机关会就本案事实与法律,对当事人进行教育,当事人也会主动学习有关知识。当事人也会根据已有的知识与经验,对于自己犯罪可能涉及实体与程序问题有所了解,其中就包括指定管辖问题。当自己面临审判时,众多官员异地审判先例,也会提醒涉案官员,自己的案件也是异地审判。在当事人心目中,一般会有个预想:如果某某法院审判我的案件就好了,如果某某法院审判我的案件或许会好一点。当国家机关决定异地审判前,征求当事人的意见时,当事人当然愿意明确表达自己的愿望。司法实践中,出现过犯罪嫌疑人主动提出希望某地法院审判的愿望。例如,安徽省省委副书记王昭耀就提出回老家山东受审的意见<sup>[16]</sup>,而且得到了司法机关的采纳。

其次,当事人意见在法定范围内,为指定管辖提供了一个备选方案。当事人提出选择某地法院异地审判的意见,尽管没有法律依据,但也不违法法律的规定。在异地审判法院选择标准不明的情况下,被告人提出某地审判的申请,为司法机关的决定提供了一种参考,异地审判法院又多了一个备选方案。指定管辖的决定权仍然掌握在国家机关中,也不会对现有法律产生冲击。不管选择异地法院的决定,是否采纳当事人的意见,司法机关对于选择异地法院的最后决定,均予以说明、解释。指定管辖的征求意见与说理的机制,深化了当事人的程序参与,为双方互动提供了空间。这是司法民主的体现,法治精神的象征。在司法机关掌握指定管辖决定权情况下,听取当事人异地审判的意见,克服了程序的僵硬性,增加程序韧性。

再次,如果征求当事人异地审判的意见,应在具体确定起诉检察院之前,才能产生实际效果(起诉检察院,决定审判法院)。具体情况分为两种:一是纪委参与确定起诉检察院的情况。在纪委移交检察院时,在双方协调会议上,已经决定了被告人的异地审判法院。这就要求纪委(或者检察机关),在协调会议之前,征求当事人的意见,在协调会上予以考虑。否则在后续程序中,在管辖法院已经确定的情况下,即使当事人提出申请,也没有什么作用。在纪委参与指定法院的情况下,告知当事人,听取异地审判意见,在实际执行中会有很大的难度。原因是案件正在移交,司法程序还没有开始,当事人是否构成犯罪,构成何罪,尚无定论,还谈不到异地审判的问题。只是案件比较重大、敏感,移送案件时,纪委参与协商,主要任务是决定哪个检察院负责起诉。起诉检察院一旦确定,审判法院随之而定。二是纪委不参与起诉检察院确定情况。纪委把案件移送同级检察院后,对具体司法程序不再过问。上级检察院在移送下级起诉之前,具备征求犯罪嫌疑人的异地审判意见的条件。因为,此时侦查已经结束,嫌疑人涉案事实基本查清,符合起诉的条件,由哪个检察院起诉尚未确定,而且选择哪个检察院起诉上级检察院可以确定。这时听取犯罪嫌疑人的意见,适当加以权衡,或许可能采纳。一旦起诉检察院确定,异地审判法院随之产生。

不管听取意见后指定法院,还是直接指定法院,具体指定哪个法院呢?有没有一个普遍遵守的原则呢?笔者认为,应遵守“指定类似区域法院管辖”的原则,就是选择与原管辖地

法院的经济与社会发展状况较为接近的区域法院管辖。原因在于：类似地域法院的法治水平相当，对于犯罪社会危害性的评价，基本相同；类似地域法院面临基本相同的类型案件的审判任务，在适用法律上遵循基本相同的量刑标准，在处刑的轻重上基本相同。如果不同区域政治、经济条件差别过大，法院定罪处刑时可能面临两难的尴尬境地：如按照被告人犯罪地掌握的标准处理，会与本法院以前判决掌握的标准不一致，法院定罪量刑的先例被突破，造成被指定法院在案件处理上的标准失衡；而按照被指定法院本地掌握的标准定罪处罚，又与职务犯罪地实施的犯罪行为难以兼容，可能出现罪、刑失衡的现象，出现对被告人不公正的审判结论。“指定类似区域法院管辖”既遵守了现行法律制度的规定，又通过柔性的司法技术，克服指定管辖制度设计的缺陷，弥补被告人权利保障的不足，兼顾打击犯罪与权利保障的平衡。

## 结 语

职务犯罪案件的异地审判排除的直接目的在于权力干扰、防止人情影响、避免不良舆论的影响，具有强烈的犯罪追诉倾向，案件的移送、审判法院的指定，由国家机关根据情况，单方决定，被告人没有参与的权利，这可能给被告人权利保障带来威胁。指定管辖行政化的运作逻辑，可以溯源到我国的干部管理体制，有其职权主义制度背景。在指定管辖的司法实践中，也发生过犯罪嫌疑人对异地审判提出意见的案例，个别意见也得到了国家机关的采纳。同样也到达了异地审判排除权力干扰等直接目的，也实现了公正审判的最终目的。但是，绝大部分犯罪嫌疑人没有提出异地审判意见的机会，即使提出了管辖异议，不被接受、不予以说明理由的情况，则属正常现象。职务犯罪给国家和社会带来严重危害，是重点打击的对象，但是当事人的权利保障也应引起我们的关注，在不突破现有法律规定的条件下，征求犯罪嫌疑人的意见，确定类似地域法院管辖，是促进制度进步的“相对合理”的措施。在条件成熟时，在刑事诉讼程序修改中加入指定管辖的异议权，以及指定管辖的监察监督，可以解决指定管辖中的程序保障问题<sup>[17]</sup>。值得关注的是，异地审判毕竟是管辖制度的特殊规定，在例外情况下适用，并非管辖制度的发展方向，司法独立不彰，异地审判才会作为一种次优选择被推上台面<sup>[18]</sup>。避免不当干预的关键不在于异地审判，而在于增强司法机关抗干扰的能力，保障司法机关的独立性。因此，在制度上保障职务犯罪案件审判的公正，还任重道远。

## 【参考文献】

- [1] 王继学等. 高官异地审判: 中国司法史上独特的风景线 [N]. 民主与法制时报, 2007-01-01.
- [2] 吴志良. 对刑事案件指定管辖制度的思考 [J]. 中国检察官, 2010, (4); 金岩. 检察机关侦查指定异地管辖的操作完善 [J]. 中国检察官, 2008, (1); 申建贞、常丽娟. 《论职务犯罪指定管辖的利与弊》 [J]. 河南司法警官职业学院学报, 2010, (1); 黄文斌. 《刑事诉讼指定管辖法律适用存在的问题与对策》 [J]. 人民检察, 2014, (20); 李忠诚. 《刑事诉讼指定管辖研究——兼谈职务犯罪侦查管辖预决原则的确立》 [J]. 人民检察, 2012, (11); 王贞会. 高官异地审判的实践困境与完善构想 [J]. 武陵学刊, 2014, (5).
- [3] 陈有西. 异地审判涉嫌违法 [J]. 观察与思考, 2005, (5); 刘宏武. 改进职务犯罪侦查指定管辖与审判管辖衔接机制 [J]. 人民检察 2012, (4). 吴才文. 职务犯罪指定管辖: 协商与异议机制并重 [N]. 检察日报, 2006-08-01 日; 周常志. 刑事案件指定管辖制度的完善 [J]. 人民检察, 2008, (3); 龙宗智等. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013, (12); 龙宗智. 刑事诉讼指定管辖制度之完善 [J]. 法学研究, 2012 (4).
- [4] 王贞会. 高官异地审判的实践困境与完善构想 [J]. 武陵学刊, 2014, (5); 赵秉志. 高官腐败犯罪与异地审判 [N]. 法制日报, 2012-09-19; 赵晓耕. 《落马高官异地审判历史借鉴》 [J]. 人民论坛 2013, (2); 李玉萍. 异地审判与我国刑事管辖制度的改革与完善——以高官职务犯罪案件的管辖为视角 [J]. 中国刑事法杂志, 2009, (2).
- [5] 龙宗智等. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013, (12); 龙宗智. 刑事诉讼指定管辖制度之完善 [J]. 法学研究, 2012, (4).
- [6] 卫跃宁. “异地法官当地审”更妥当——高官犯罪异地审判之检讨 [J]. 人民论坛, 2013, (2).
- [7] 龙宗智等. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013, (12).
- [8] 龙宗智. 刑事诉讼指定管辖制度之完善 [J]. 法学研究, 2012, (4).
- [9] 宋伟. 高官异地审判规则解析 [J]. 凤凰周刊, 2014, (10); 龙宗智. 刑事诉讼指定管辖制度之完善 [J]. 法学研究, 2012, (4).
- [10] 薄熙来案庭审实录文字版,  
<http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/gzaj/20130827112524.htm>, 2015 年 6 月 13 日访问.
- [11] 龙宗智等. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013, (12). 这里的指定管辖案件类型除了职务犯罪案件以外, 还包括毒品犯罪、黑社会性质的犯罪等其他犯罪. 如果仅计算职务犯罪, 异地审判的案件数量会超过 82%.
- [12] 王贞会、谢刚炬. 高官异地审判的实践困境与完善构想 [J]. 武陵学刊, 2014 (5).
- [13] 龙宗智等. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013, (12).
- [14] 龙宗智等. 刑事诉讼指定管辖若干问题研究 [J]. 法律适用, 2013, (12).
- [15] 龙宗智. 刑事诉讼指定管辖制度之完善 [J]. 法学研究, 2012, (4).
- [16] 宋伟. 高官异地审判制度、初露端倪 [J]. 政府法制, 2007 (2 上).
- [17] 任学强. 检察监督的范围开展及其边界 [J]. 河北法学, 2015, (3).
- [18] 王琳. 司法独立不彰异地审判成次优选择 [N]. 东方早报, 2007-03-31. 第 1; 王琳. 异地审判“制度化”意味着什么 [N]. 中国经济时报, 2006-12-28; 叶雷. 异地审判不要成为一种制度 [N]. 人民代表报, 2007-01-09; 傅达林. 异地审判权宜之计不能代替制度建设 [N]. 法制日报, 2007-01-21.

## 中国参与 ICSID 机制的双重挑战及其应对\*

石俭平\*

**【摘要】**“一带一路”战略的实施促使中国由传统的资本输入大国向资本输出大国转变，出现了投资东道国和投资母国双重身份混同的局面。无论是主动提起还是被动应诉，我国已经开启了对 ICSID 机制的参与和运用，同时面临着在全面参与 ICSID 机制中由“主动提起”增多和 ICSID 管辖权扩大适用所带来的双重挑战。应对挑战，应当及时总结我国参与 ICSID 机制的实例经验，审视 ICSID 管辖权被扩大适用的具体规则，重视 BIT 与争端解决机制的关联并加以完善；熟悉并适应 ICSID 规则，运用更加灵活的方式解决投资争端；推动 ICSID 规则的改革，完善我国现有投资法律体系。

**【关键词】** ICSID 机制 BIT 管辖权扩大 双重挑战 应对

### 一、引言：中国参与 ICSID 机制面临双重挑战

作为全球投资领域内最为成功的国际公约之一，《关于解决国家和他国国民投资争议公约》（以下简称《ICSID 公约》）的争端解决机制一直成为海外投资者维护自身投资权益的重要法律手段。我国于 1990 年签署《ICSID 公约》，1993 年经批准成为公约的正式缔约国。根据我国对外缔结的双边投资保护协定，东道国对境内外资遭受征收、国有化等政治风险时，负有赔偿责任；在投资过程中，若海外投资者的合法期待、稳定的法律和商业环境受到破坏，在满足相应条件的前提下均可以寻求公平公正待遇条款的保护。作为东道国身份而言，中国目前已经签订了 128 项双边投资协定<sup>①</sup>（简称 BIT），但自 1998 年中国与巴巴多斯签订的双边投资协定第一次全盘接受 ICSID 管辖以来，对 ICSID 的管辖可谓全面开放。<sup>②</sup>此后，中国在签订的大量 BIT 中全面同意将“任何投资争端”交至 ICSID 仲裁庭解决。当前，我国正在与美国、欧盟谈判的投资保护协定中也明确扩大了交付 ICSID 解决的案件范围。

近年来，国际经济关系和中国的对外经济战略都发生了变化。一方面，中国企业进行海外投资的步伐不断加快，“一带一路”战略的实施更加促使中国由传统的资本输入大国向资本输出大国转变，出现了投资东道国和投资母国双重身份混同的局面，参与 ICSID 机制时从“被申请方”转变为“申请方”的“主动提起”会逐渐增多；另一方面，ICSID 在投资仲裁实践中表现出管辖权扩大的倾向，ICSID 可以在更大范围内尽可能地保护海外投资者的权益，中国作为东道国被诉至 ICSID 的可能性也在不断加大。这意味着我国作为缔约国，将在现有基础上进一步扩大参与 ICSID 机制的范围，同时面临着在全面参与 ICSID 机制中由“主动提起”增多和 ICSID 管辖权扩大所带来的双重挑战。

\* 本文为国家社科基金项目“海外能源投资权利救济保障机制研究”（项目编号 14CFX053）及上海政法学院“一带一路”安全研究系列课题的阶段性成果。

\* 石俭平：上海政法学院国际法学院副教授，法学博士。

① See <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/BITDetails.aspx?state=ST30>，2016 年 12 月 3 日访问。

② 《中华人民共和国政府与巴巴多斯政府关于鼓励和相互保护投资协定》第九条规定：“缔约一方的投资者与缔约另一方之间的任何投资争议，应首先协商，如在六个月内未能协商解决，可以提交 ICSID 或者根据《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》设立的仲裁庭。”

无论主动提起还是被动应诉，我国已经开启了对 ICSID 机制的参与和运用。在 ICSID 秘书处登记的案件中，涉及中国政府及其投资者的案件共计七件。其中，中国作为被申请方 2 件，作为申请方 5 件（具体案件情况按时间顺序总结如表-1）。在未来，我们需要以更加有准备的姿态来迎接 ICSID 机制的挑战，及时总结我国参与 ICSID 机制的实例经验，考察 ICSID 仲裁庭管辖权裁决的特征，在一定程度上也为我国以东道国和投资母国双重身份全面参与 ICSID 机制提供可以借鉴的参考依据。当前，学界对中国如何适应 ICSID 机制问题已有关关注。现有的研究成果大体集中在三个方面：（1）对 ICSID 仲裁庭管辖权的研究，例如秦红嫄的《中国全面接受 ICSID 仲裁管辖权的思考》、漆彤的《论中国在 ICSID 被诉第一案中的仲裁管辖权问题》等（2）对《华盛顿条约》基本条款的解释，例如银红武的《ICSID 公约第 72 条之“同意”释义》、李泮桦的《东道国当地救济规则在 ICSID 仲裁领域的运用研究》等（3）对 ICSID 具体案例的评析，例如朱敏的《论最惠国待遇条款与国际投资仲裁前置程序的规避——以 ICSID 仲裁案例为研究对象》、许敏的《论国际投资仲裁中的多重程序——以 ICSID 仲裁案例为例》等。先前对于中国与 ICSID 机制的研究大多以中国作为东道国的视角展开，而以中国作为投资母国的视角展开论述的研究成果寥寥，在“一带一路”的背景下，对中国以“双重身份”全面参与 ICSID 机制及其如何适应的相关问题探讨则更为鲜见。基于此，本文拟从我国作为申请方和被申请方参与 ICSID 机制过往的经验教训出发，通过分析梳理自身现有的不足和外在客观形势的变化，试图为中国资本和中国企业“走出去”可能遭遇到 ICSID 机制的挑战提供更有准备的应对参考。

表-1 ICSID 涉及中国政府及其投资者的案件

案号	申请方	被申请方	争议领域	当前状态
ARB/07/06	谢业琛	秘鲁	渔业生产企业产业	完成
ARB/10/20	渣打银行（香港）有限公司	坦桑尼亚电力供应有限公司	电力能源产业	进行中
ARB11/15	伊佳兰公司	中国	艺术文化设施服务业	完成
ARB/12/29	中国平安人寿保险股份有限公司、中国平安保险股份有限公司	比利时	银行金融服务业	完成
ARB/14/25	安城住房有限公司	中国	房地产开发项目建筑业	进行中
ARB/14/30	北京城建集团有限公司	也门	机场中转建筑业	进行中
ARB/15/41	渣打银行（香港）有限公司	坦桑尼亚	电力能源产业	进行中

## 二、中国作为申请方“主动提起”的经验教训

以中国作为申请方的 5 起案件中，“谢业琛诉秘鲁政府案”和“平安诉比利时政府案”的仲裁庭已经处理完毕，这两起案例具有典型意义。

### （一）案例概况

谢业琛诉秘鲁政府案。2011 年 7 月 11 日，ICSID 根据秘鲁和中国的 BIT 以及《ICSID 公约》对中国香港公民与秘鲁政府的仲裁案发布裁决。该案由中国香港居民谢业琛以秘鲁政府违反 BIT 从而影响了其在秘鲁公司 TSG 的投资为由提起，谢业琛是 TSG 公司 90% 股份的间接股东，共计投资 40 万美元。谢业琛认为秘鲁税务当局对 TSG 公司进行的审计调查以及采取限制资产的临时措施导致 TSG 公司无法正常交易，最终进行债务重组。这些行为构成了对投资的间接征收，违反了 BIT，由此造成的损失累计达 250 万美元。仲裁庭经审理，认为税务当局进行的临时措施构成了对谢业琛投资的间接征收，并基于 TSG 公司的价值裁决谢业琛获得 78.63 万美元的补偿。

平安诉比利时政府案。平安保险认为荷兰和比利时政府强制收购富通集团的股份或剥离其相关资产，属于法律意义上对私有资本的征收。由于平安是富通集团的第一大股东，两国

政府对富通采取的措施实质上构成了对外国投资者的征收。平安历经三年多的交涉,始终没有得到合理补偿,于 2012 年 9 月向 ICSID 提起仲裁,主张索赔近 10 亿欧元。2015 年 4 月,仲裁庭做出裁决,以对平安人寿和平安集团诉比利时政府的纠纷无管辖权为由驳回,理由是平安人寿和平安集团援引的投资协定错误。

## (二) 案例评述

作为第一起中国投资者在 ICSID 提起仲裁的案件,“谢业琛诉秘鲁政府案”引发了各界的广泛讨论。比如,关于该案中对于“争端”的不同理解,中国秘鲁双边投资保护协定第 8(3)条规定,涉及征收的赔偿数额的争端可以根据任何一方的要求去提交 ICSID 进行仲裁。对此,秘鲁要求进行限制性解释,仲裁庭则采用协定前言的文字作为条约解释的补充工具,用于分析裁决过程的语境。<sup>①</sup>此外,该案引发的另一项讨论是双边投资保护协定对我国香港特别行政区的适用问题。根据条约的属地效力,在缔约过程中形成的领域内适用范围应当表明协定当然适用于各方领土或境内。目前我国所有对外签订的 BIT 并未将港、澳、台三地排除在外。有观点认为考虑到两岸三地基本经济制度和发展水平差异,我国所有对外签订的 BIT 至少在目前阶段不应延伸适用。<sup>②</sup>显然,由于 BIT 中缺乏明确规定,该观点并没有得到仲裁庭的认可。现阶段在我国投资者利用 ICSID 提起的仲裁案件中,中国香港地区的投资者提起的情形过半。

“平安诉比利时政府案”作为我国大陆投资者运用 ICSID 机制的第一起案件,在管辖权阶段就“铩羽而归”,不得不引起理论和实务界对该案法律争议焦点的关注。管辖权作为 ICSID 仲裁庭审理案件的基本权力,是 ICSID 仲裁庭审理后续实体问题的基础,其确立与否与最终的案件结果具有极为重要的关系。在本案管辖权的交锋中,比利时提出五项反对意见,但仲裁庭仅分析了时效管辖权的问题。管辖权之争涉及的关键条款是 2009 年 BIT 的第 8(2)条争端解决条款和第 10(2)条过渡条款。<sup>③</sup>平安主张的重点在后者过渡条款,但是仲裁庭却侧重讨论了前者争端解决条款。事实上,对“争端”的解释对仲裁庭管辖权的确立至关重要。对于已经通知但未足以进入到司法或仲裁程序的争端,条约事实上并没有明确规定,这就留下了较大的解释空间。但仲裁庭认为这种情形属于早于 2009 年 BIT 产生但不属于司法或仲裁程序的争端可能进入两项 BITs 之间的“黑洞(black hole)”或“仲裁缝隙(arbitration gap)”。<sup>④</sup>如果在 2009 年 BIT 下支持了管辖权,申请方将比其在 2009 年 12 月 1 日之前任何时间根据 1986 年 BIT 的救济获得更为广泛的争端解决机制,因而否定了案件管辖权的存在。尽管仲裁庭在本案中的推理备受质疑,但不得不承认申请方确实在准备管辖权基础的依据方面存在偏颇。此外,申请方还承认了某些对自己不利观点,包括对 2009 年 BIT 第 8(1)条的解释问题。承认 2009 年 BIT 第 8(2)条和 10(2)条应当同第 8(2)条一起根据 2009 年 BIT 整体阅读,特别是第 8(2)条不能够孤立于第 8(1)条,因为第 8(2)条明确指向“争端”,主要根据第 8(1)条的“法律争端”而非其他来进行解释。可见,本案中申请方的确没有对 ICSID 机制进行充分的研究,在案件裁决过程中也缺乏一定的经验。

从上述我国作为申请方参与 ICSID 机制的案件来看,我国在“主动提起”方面尚未全面做好充分准备,一方面源于对待 BIT 谈判不宜贸然接受新型争端解决条款或其变体的学界观

① 沈伟:《论中国双边投资协定中限制性投资争端解决条款的解释和适用》,载《中外法学》2012 年第 5 期,第 1050 页。

② 杨卫东:《双边投资条约研究:中国的视角》,知识产权出版社 2013 年版,第 76 页。

③ 中华人民共和国政府和比利时卢森堡经济联盟关于相互促进和保护投资的协定》第 8(2)条规定:如果争议在争议一方将争议通知争议另一方六个月内未能通过磋商解决,缔约各方同意根据投资者的选择将争议提交:(一)作为争议一方的缔约方国内有管辖权的法院;(二)依照 1965 年 3 月 18 日在华盛顿开放签字的《关于解决国家与他国国民投资争端的公约》设立的“解决投资争端国际中心”。一旦投资者将争议提交相关缔约方国内有管辖权的法院或“解决投资争端国际中心”,对上述两种程序之一的选择应是终局的。第 10(2)条规定:本协定应适用于缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内的所有投资,不论其是在本协定生效之前还是之后作出的。但是,本协定不得适用于在本协议生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿。此等争议和索偿应继续按本条第一款提及的 1984 年 6 月 4 日的协定的规定解决。

④ Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29) Award of the Tribunal, paras 207, available at: [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5912\\_En&caseId=C2463](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5912_En&caseId=C2463), last visited on August, 15, 2016.

点，<sup>①</sup>另一方面则源于我国投资者对 ICSID 机制尤其是管辖权要件评估不足。对于现有案件中反映出的我国作为申请方参与 ICSID 机制存在的问题，有必要对 ICSID 仲裁庭管辖权及其管辖权扩大进行深入的探索和分析。

### 三、ICSID 管辖权及其扩大情形下的规则审视

众所周知，ICSID 机制的核心是仲裁庭的管辖权。对于缔约一方政府与缔约另一方投资者因有关投资而发生的任何法律争议，都有被提交仲裁的可能性。只要投资者认为争议在其发生后的一定期限内未通过相关程序得以解决，该投资者单方面得就该争议提交，而无需再经东道国的同意，ICSID 仲裁庭即可对该争议享有管辖权。管辖权的确定是 ICSID 获得对投资者与东道国之间的争端审理权利的首要步骤。仲裁庭只有在确定其对案件有管辖权后，才能进入对案件实体问题和是非曲直的审理和裁判。根据《ICSID 公约》第 25 条第 1 款的规定，ICSID 确定管辖权需满足 3 个要件：一是主观要件，争端当事人书面同意将争端提交 ICSID 管辖；二是主体要件，当事人是《华盛顿公约》的缔约国和另一缔约国国民；三是客体要件，有关的争议是直接由投资而产生的法律争议。与管辖权密切相关的概念如“国民”、“投资”、“同意”等在很大程度上已经成为决定仲裁庭是否具有管辖权的判断要素。实践中 ICSID 仲裁庭则通过裁决不断丰富和发展了《ICSID 公约》第 25 条的管辖权规定，并通过对其 3 个要件的扩充性解释正逐步将其管辖权扩大。大体而言，如表-2 所示：

表-2 ICSID 仲裁庭扩大管辖权的主要实现形式

	实现方式	实现途径
扩大主观要件的解释	运用最惠国待遇条款	将 BIT 中最惠国待遇条款适用于争端解决事项，进而 BIT 中全面同意 ICSID 管辖的规定被多边化。
	狭解岔路口条款	对当事人选择东道国救济采取严格的解释，即只有当两个案件当事方相同、争议相同，且寻求东道国国内救济先于提交国际仲裁时，岔路口条款才适用。当事人很容易通过变化主体或争议形式的方式，在其认为在国内法院无胜诉可能时将案件提交 ICSID，使仲裁庭获得管辖权的可能变大。
	运用保护伞条款	将东道国违反与外国投资者签订的投资合同义务解释为违反 BIT 义务，将合同义务上升为国际法义务。认为保护伞条款中的“任何义务”包括国内法和合同产生的义务，所以违反合同即违反条约，最终认为对案件具有管辖权。
扩大客体要件的解释	对“投资”和“法律争议”两个定义扩大解释	公约对“投资”定义缺失，对涉诉案件是否符合 BIT 中的投资定义，由仲裁庭通过自由裁量权进行裁定。同样地，公约没有对“法律争议”进行严格界定，导致实践中仲裁庭对其进行扩大解释以获得管辖权。
扩大主体要件的解释	通过对“外国法人投资者国籍”的界定来实现	公约对“外国法人投资者国籍”标准没有很明确的规定，国际投资活动涉及“外来控制”的标准也没有明确规定。仲裁庭动用自由裁量权对“法人国籍”进行扩大解释而获得管辖权。

在 ICSID 管辖权扩大的情形下，中国作为东道国和投资母国双重身份，实际上是风险和机遇并存。就机遇而言，中国“走出去”的企业越来越多，特别是在“一带一路”战略下，中国同沿线多数国家签订了 BIT，中国对外基础设施投资采取的是政府通过优惠贷款与接受国达成由中国大型国有企业实施项目建设的兼具援助和经济合作性质的投资方式。并且多数

<sup>①</sup> 陈安、蔡从燕：《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》，复旦大学出版社 2007 年版，第 369 页。



的 BIT 中规定投资争议可以通过 ICSID 仲裁解决。通过 ICSID 的仲裁,可以尽可能保护中国海外投资者的权益,避免投资者因东道国政府违反投资协定致使利益受损而除了选择当地救济就无处申诉的被动情形。在中国海外投资者与东道国政府发生争端时,基于 ICSID 非政治化解决投资争端,不需向母国寻求保护即可维护自身权益,且具有一般商事仲裁高效、及时、易于得到承认和执行的优点。

然而,就风险而言,当前的中国正处于经济转型期,作为投资东道国,已经从单纯的吸引外资到强化对外资的有效监管,国内的外资立法正经历新的变革。而此前我国对外签订的绝大部分 BIT 中规定实体待遇的条款都较为原则和模糊,欠缺制度设计和精细化的例外和限制规则,为 ICSID 仲裁庭的扩大解释提供了土壤。即便在将 ICSID 管辖权限制在“涉及征收补偿数额”的中秘 BIT 中,仲裁庭仍旧“巧舌如簧”,认为“涉及(involving)”一词应该广义解释为“包括(including)”而不是“限于”或“排他”,所以应当不仅包括补偿额的争议,还包括其他与征收有关的问题产生的争议,比如征收是否存在以及征收补偿是否合适,从而确立了自身对案件权。可以想见,伴随中国在 BIT 中对 ICSID 管辖权的全面放开以及 ICSID 仲裁庭对管辖权的扩大解释,中国作为东道国被诉至 ICSID 的风险将显著增加。尽管截至目前中国仅有两起案件被诉至 ICSID 进行仲裁,在感到庆幸的同时我们必须清醒地意识到这同时也意味着在应诉方面经验的显著欠缺。作为投资母国,我国投资者作为申请方主动提起的几起案件中或被动或挫败的经历暴露出我国签订的 BIT 中存在种种漏洞和问题,对于《ICSID 条约》和仲裁庭在管辖权确立方面的规则与实践亦缺乏深刻理解,最终导致申诉的成功率不高。先前“谢业琛诉秘鲁政府案”和“平安诉比利时政府案”当中遇到的问题和障碍依旧存在于相应的 BIT 中,包括 BIT 是否适用于特别行政区、新旧 BIT 之间的过渡等问题至今并没有得到有效的解决,今后可能还会以其他的形式表现出来。

在推进“一带一路”战略的过程中,我国的投资目标国常常是缺乏完善、公正的司法体系的发展中国家,因此我们比以往更加需要 ICSID 机制。中国在参与 ICSID 机制面临的形势将更加复杂,“主动提起”与“被动应诉”的局面并存,保护海外投资者利益与我国东道国经济主权的目標并重。在新的形势下,我国全面参与 ICSID 机制需要一个系统性应对策略。

## 四、中国全面参与 ICSID 机制的应对

参与 ICSID 机制,无论是“主动提起”还是“被动应诉”,均要立足于对现有规则的熟悉,充分考量 ICSID 仲裁庭裁决的事实和法律依据,积极研究 ICSID 仲裁庭的扩大管辖权的途径。既要在微观方面不断完善 BIT 本身所存在的漏洞和问题,详细分析投资中可能产生的风险,提前预防可能出现的不利情形;亦要在中观方面针对投资东道国和母国的不同需求着手布局 and 协调,对已经签订的 BIT 进行具体的国别研究,规定灵活且有区别的机制参与方式和争端解决方法;最后更要在宏观方面完善我国的外资立法,积极倡导国际投资体制的完善与发展,呼吁 ICSID 的改革与完善,通过国内立法、国际投资协定的制定和修改达到维护我国经济主权、保护我国海外投资的效果。具体而言:

### (一) 汲取经验教训,重视 BIT 与争端解决机制的关联并加以完善

我国目前参与 ICSID 机制的现状凸显出 BIT 的重要性和存在的问题。作为经济政治关系不对称背景下的产物,BIT 所提供的并非是权利和义务的平衡,而是资金投入与投资保护高标准之间的交换。<sup>①</sup>无论是“谢业琛诉秘鲁政府案”涉及的香港特别行政区的问题,还是“平安诉比利时政府案”的时效管辖权问题,我国都有必要在今后缔结或修订的过程中对 BIT 予以完善。

#### 1. 妥善处理“一国两制”下 BIT 的适用问题。在“谢业琛诉秘鲁政府案”中,仲裁庭

<sup>①</sup> Wolfgang Alscher, *Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation Treaties on Modern Investment Treaty Law*, *Goettingen Journal of International Law* (2013), Vol. 5, p. 458.

将香港投资者认定为中秘 BIT 中所规定的适格投资者,这是对仲裁条款的扩大化解释。由于我国的港澳特别行政区已经单独对外签订了一定数量的 BIT,且特别行政区政府也从未发表过适用内地签订的 BIT 的意见,<sup>①</sup>因此理论上不应适用于他们。但是,鉴于国内法的规定无法抗衡国际条约义务,我国还应当将我国特别行政区居民在 BIT 中法律地位的规定在国际法上进行周全,对 BIT 是否适用于特别行政区进行国际层面的安排。<sup>②</sup>包括对 BIT 有关主体的内容进行直接修改,在缔结 BIT 时对外发表声明,向 ICSID 做出补充通知等方式明确表明这些 BIT 不适用于我国的港澳台地区。

**2. 吸取之前案例的教训,谨慎防止类似情况再度发生。**一方面,我们要吸取平安案例的教训,明确与投资争端解决机制相关的“争端”含义,注意衔接新旧 BIT,防止再次出现真空地带,可以通过对新旧条约过渡条款的安排明确包括已产生并通知但未进入司法或仲裁程序的争端适用新的条约。另一方面,汲取其他国家的经验教训,结合 ICSID 仲裁庭扩大管辖权的方式,针对现有 BIT 的缺陷进行完善,包括直接规定最惠国待遇条款不适用于争端解决条款、力求在 BIT 中规定用尽东道国救济条款、继续限制保护伞条款的应用,避免使用任何类似于“承诺”的措辞、增加涉及国家、社会重要安全利益和紧急情况下的例外条款等。

### (二) 适应 ICSID 规则,运用更加灵活的方式来解决双边投资争端

如何最大限度的利用和适应 ICSID 规则以及限制其被滥用是我国当前所面临的重要任务。利用中美、中欧缔结 BIT 进行谈判的时机,结合中国通过“一带一路”对外投资的大背景,我国迎来了缔结与修订 BIT 的绝佳机会,应当针对不同的缔约对象,设计不同的、灵活的争端解决条款。

**1. 在 BIT 中区别采用同意 ICSID 仲裁方式。**以何种程度接受 ICSID 管辖权取决于对海外投资的保护、吸引外资的需求及对国家经济主权的冲击三者的综合考虑和得失权衡。<sup>③</sup>同发达国家签订 BIT 时宜采取“有限同意”的方式接受 ICSID 的管辖权,不仅使我国在一定程度上保留是否将争端提交 ICSID 的控制权,也有利于吸引来自发达国家的投资者前来投资;同发展中国家签订 BIT 时则宜采取“完全同意辅以重要例外”的方式,既可以保证中国的海外投资利益,且在遇到紧急的情况下,我国仍旧可以从容面对投资争端的解决。

**2. 运用仲裁之外的替代性争端解决机制。**由于我国对外签订的 BIT 中争端解决条款规定较为简单,导致产生将国际投资仲裁与争端解决机制直接挂钩的印象。事实上,在现阶段区域层面的综合性协定中,争端解决机制的范围不仅仅局限于仲裁,还包含了协商、调解、专家裁判等多种方式。由于当前投资者国家争端解决机制下仲裁的高成本和长周期,调解对投资者与国家之间的争端解决更具有吸引力,可以维持二者之间友好的商业关系,并鼓励投资者和国家之间发展互信、共享信息、满足相互间共同的利益。<sup>④</sup>同时,以调解为代表的替代性争端解决机制为投资者和国家提供了更多、更灵活的讨论机制。“伊佳兰公司诉中国案”的最终和解以及我国调解文化的传统优势,为我国全面理解国际投资争端解决机制提供了契机。今后在缔结条约与争端解决的过程中,我国完全可以充分运用各类争端解决的模式,而不仅局限于仲裁,争取更加高效、经济地解决国际投资争端。

### (三) 推动 ICSID 规则的改革,完善我国现有投资法律体系

ICSID 仲裁庭扩大管辖权适用的趋势以及所带来的任意性和缺乏可预见性导致部分拉

<sup>①</sup> 《中华人民共和国香港特别行政区法》第 153 条以及《中华人民共和国澳门特别行政区法》第 138 条均规定:我国缔结的国际协议,中央人民政府可根据情况和特别行政区的需要,在征询特别行政区政府的意见后,决定是否适用。

<sup>②</sup> 高成栋:《中外 BITs 对香港特区的适用争议及其解决——以谢也琛诉秘鲁政府案为例》,《国际经济法》,2010 年 1 月,第 67 页。

<sup>③</sup> 贺旭红、郭翠萍:《ICSID 管辖权的扩大及应对——以“一带一路”战略为视角》,《经济问题》2016 年第 4 期。

<sup>④</sup> Nancy A. Welsh and Andrea Kupfer Schneider, *The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration*, *Harvard Negotiation Law Review*(2013), Vol. 18, p. 82.

美国如玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉纷纷选择退出《ICSID 公约》，澳大利亚也宣布，ICSID 仲裁机制将不再被纳入未来的国际投资协定中。<sup>①</sup>我们不宜采取类似拉美国家这样的消极抵制行为，而应积极主动地推动 ICSID 改革。事实上，美国、加拿大已经对改善国际投资仲裁的弊端做出了积极尝试，而中国作为同美国一样在世界经济总量靠前的国家，对新的国际规则的制定可以发挥进一步更大的作用。<sup>②</sup>

最后，完善我国现有的投资法律体系可以从根本上解决 ICSID 机制带给中国的双重挑战。在国内层面，我国已经开始着手修改三资企业法，制定统一的外国投资法，终结外商投资逐案审批制，进入真正的负面清单时代，提升对外资的监管效率和监管水平，无疑将显著降低我国作为东道国被申诉的几率；同时，制定中国统一的境外直接投资法，建立中国的海外投资保险制度，探索其他保护海外投资利益的保护机制，降低投资者对 ICSID 机制的依赖。在国际层面，中国同时作为重要的资本输入和资本输出大国，在对外签订 BIT 时，应从侧重资本输入管制的第一代 BIT 和侧重投资自由化的第二代 BIT，逐步发展并过渡到更为均衡的第三代 BIT 时代，<sup>③</sup>利用主导和推进“一带一路”战略的契机，推广属于中国的 BIT 模板，提升缔约的话语权和主动权，维护中国的经济主权和海外投资利益。

## 【参考文献】

- [1] 陈安、蔡从燕. 国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M].上海: 复旦大学出版社.2007: 369.
- [2] 杨卫东. 双边投资条约研究: 中国的视角[M].北京: 知识产权出版社. 2013:76.
- [3] 沈伟. 论中国双边投资协定中限制性投资争端解决条款的解释和适用[J]. 中外法学. 2012(5).
- [4] 张正怡. 晚近 ICSID 仲裁庭管辖权裁决的实证考察——兼谈我国首次被申诉案件的管辖权抗辩[J]. 时代法学. 2011(6).
- [5] 张振安. 国际投资仲裁新趋势[J]. 中国外汇. 2015(11).
- [6] 王海浪、程变兰. 中外 BITs 对香港的适用问题初探[J]. 时代法学. 2009(1).
- [7] Susan D. Franck. Conflating Politics and Development? Examining Investment Treaty Arbitration Outcomes[J]. Virginia Journal of International Law. 2014(55):18.
- [8] Jason Webb Yackee. Do States Bargain Over Investor-State Dispute Settlement? Or, Toward Greater Collaboration in the Study of Bilateral Investment Treaties[J]. Santa Clara Journal of International Law. 2013(12):287.
- [9] Susan D. Franck, Lindsey E. Wylie. Predicting Outcomes in Investment Treaty Arbitration[J]. Duke Law Journal. 2015(65):459.
- [10] Nancy A. Welsh, Andrea Kupfer Schneider. The Thoughtful Integration of Mediation into Bilateral Investment Treaty Arbitration[J]. Harvard Negotiation Law Review. 2013(18):82.
- [11] Wolfgang Alscher. Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation Treaties on Modern Investment Treaty Law[J]. Goettingen Journal of International Law. 2013(5):458.
- [12] 中华人民共和国商务部条约法律司. 我国对外签订双边投资协定一览表 [EB/OL]. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>. 2016-08-18.

① 银红武:《部分拉美国家反 ICSID 管辖权的研究》,《时代法学》,2014 年第 3 期。

② 梁岩然:《美国双边投资协定范本争议解决条款分析——以对 ICSID 仲裁管辖权之认可为视角》,《河北法学》,2016 年第 1 期。

③ 漆彤:《论中国在 ICSID 被诉第一案的仲裁管辖权问题》,《南京大学法律评论》,2014 年第 1 期。

- [13] Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium(ICSID Case No.ARB/12/29)Award of the Tribunal,  
[EB/OL].[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5912\\_En&caseId=C2463](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC5912_En&caseId=C2463). 2016-08-15.
- [14] Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited (ICSID Case No.ARB/10/20), Decision on Jurisdiction and Liability[EB/OL].[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC4272\\_En&caseId=C1220](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC4272_En&caseId=C1220).2016-08-17.
- [15] ICSID Caseload Statistics(2016,Issue-2)  
[EB/OL].[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(English)%20Final.pdf).2016-08-16.
- [16] 贺旭红、郭翠萍. ICSID 管辖权的扩大及应对——以“一带一路”战略为视角[J]. 经济问题.2016(4).
- [17] 银红武. 部分拉美国国家反 ICSID 管辖权的研究[J]. 时代法学. 2014(3).
- [18] 梁岩然. 美国双边投资协定范本争议解决条款分析——以对 ICSID 仲裁管辖权之认可为视角[J]. 河北法学.2016(6).
- [19] 漆彤. 论中国在 ICSID 被诉第一案的仲裁管辖权问题[J]. 南京大学法律评论. 2014(1).
- [20] 郭翠萍. ICSID 管辖权扩大法律问题研究[D]. 北京交通大学 2016 年硕士论文:6-12.
- [21] 李元平. 《ICSID 仲裁庭的管辖权扩大趋势研究》[D], 华东政法大学 2015 年硕士论文:13-34.

## 论律师辩护全覆盖背景下的辩护有效性

王 栋\*

**【摘要】** 以审判为中心的刑事诉讼制度改革背景下，与此相适应，在刑事法律援助辩护领域也在进行刑事案件法援律师辩护全覆盖的改革。无疑，这一改革的出发点是好的，是为了保障所有犯罪嫌疑人、被告人的辩护权，但问题是，在当前刑事法律援助辩护领域存在着案多律师少、律师义务性与律师被动参与积极性不高、办案补助少与辩护效果不佳的多重矛盾，基于此，采取有效措施保障好辩护律师在刑事法律援助案件中能够进行有效辩护就显得愈加重要。

**【关键词】** 刑事案件律师辩护全覆盖 法律援助辩护 有效辩护

### 引 言

2017 年 10 月 11 日，最高人民法院、司法部两部门联合发布《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》（以下简称《办法》），该《办法》第二条第三款规定：“除前款规定外，其他适用普通程序审理的一审案件、二审案件、按照审判监督程序审理的案件，被告人没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”该规定在立法层面明确表明改革方向，即所有刑事案件中，要实施法援援助律师辩护全覆盖。

其实，早在该《办法》颁布之前，对于刑事案件中的律师辩护问题我国多部法律早有涉及，最早规定律师辩护的是司法部、民政部在 1996 年针对老年人颁布的《关于保障老年人合法权益做好老年人法律援助工作的通知》；后 2014 年十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》第五条“增强全民法治观念，推进法治社会建设”，其中第（三）规定“完善法律援助制度，扩大援助范围，健全司法救助体系，保证人民群众在遇到法律问题或者权利受到侵害时获得及时有效法律帮助。”这就以中央文件的形式明确法律援助辩护的改革方向。直到最近的 2017 年 10 月 11 日，最高人民法院、司法部又联合公布了更加细化了的《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》。这一系列关于刑事案件法律援助的规定表明，鉴于刑事案件关乎公民的人身自由，乃至生命，而当事人又往往法律知识匮乏，因此，为维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，律师介入刑事案件的辩护就显得尤为重要。

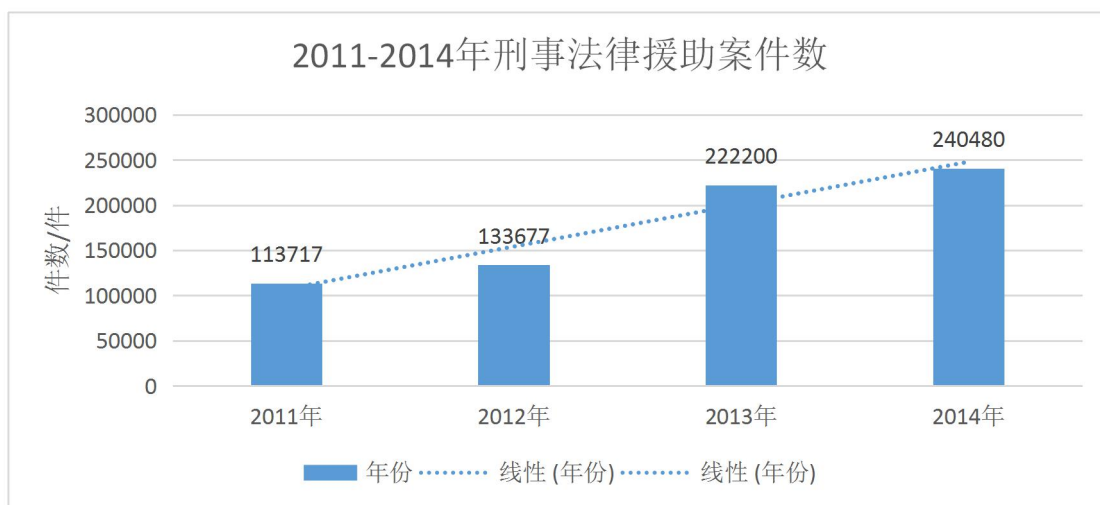
《办法》实施以前，律师进入刑事案件进行辩护主要通过以下两种方式：当事人委托和符合法律援助条件的法律援助。现在，《办法》实施后，对于那些既没有委托律师辩护同时又不符合几种法定法律援助条件的刑事案件（这些案件占据了刑事案件中的大多数）的犯罪嫌疑人、被告人也可以获得法律援助辩护，这显示了我国在人权保障上的一个重要进步。

## 一、 律师辩护全覆盖提出的背景与目的

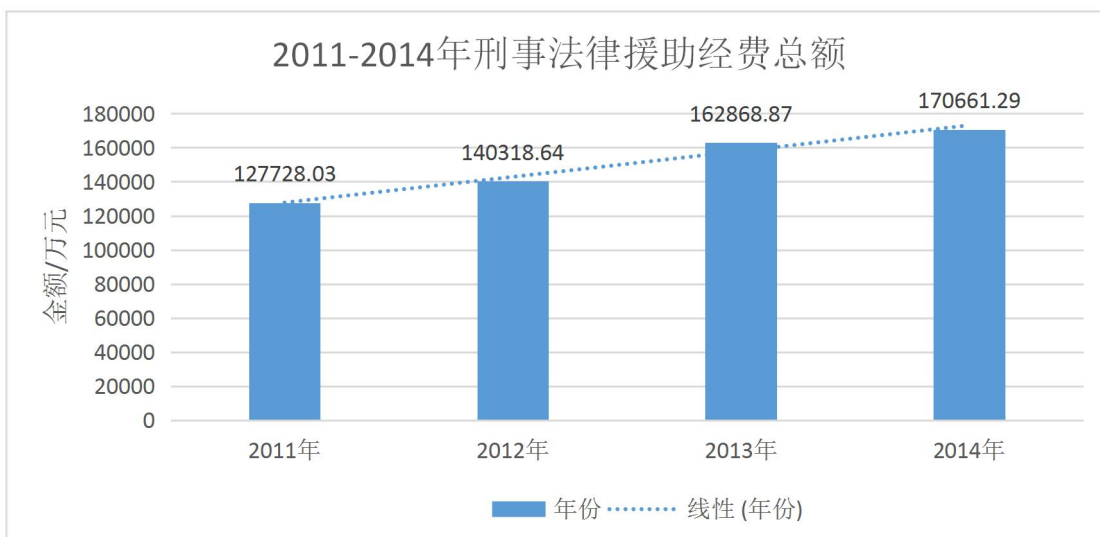
### （一）司法现状

\* 王 栋：上海政法学院 2017 级诉讼法学研究生。

我国法律援助虽然发展速度很快,但由于发展的起步较晚,因此,在目前情况下仍然存在许多问题。根据司法部法律援助中心的数据显示:自 2011 年—2014 年四年间,我们刑事法律援助案件数从 2011 年的 113717 件连年增长到 2014 年的 240480 件,四年间增长了一倍还多(见图表一)。与此同时,刑事法律援助案件的投入金额虽然也在逐年增加,但是显然增长的速度没有新增的案件数快(见图表二)。<sup>①</sup>在新刑诉法实施三年后,有学者曾于 2015 年组织分别选取了山西、山东、内蒙、重庆、浙江、河北六省、区、市中的部分地区,对其在中国裁判文书网上公布的一审刑事判决书进行抽样分析显示:其中基层法院一审的刑事案件中的 1200 名被告人中有律师辩护的 310 人,律师辩护率为 25.83%,中级法院一审的刑事案件中的 600 名被告人中有律师辩护的 552 人,律师辩护率为 92%。<sup>②</sup>该数据显示,虽然新刑诉法实施已经三年,但目前司法实践中,基层一审刑事案件中的律师辩护率仍然非常低,而我们理论上认为应达到 100% 律师辩护率的中院一审实际中也仅达到 90% 左右。该统计是将所有种类的律师辩护都纳入统计范围,如果再去掉统计数据中的委托律师辩护的案件,那么剩余的法律援助的律师辩护率就会更低了。



图表 1



图表 2

① [http://www.chinalegalaid.gov.cn/China\\_legalaid/node\\_40884.htm](http://www.chinalegalaid.gov.cn/China_legalaid/node_40884.htm), 2017 年 11 月 5 日 9 时 40 分。  
② 顾永忠:《刑事诉讼律师辩护全覆盖的挑战及实现路径初探》, 载《中国司法》, 2017 年第七期。

## （二）立法现状

刑事法律援助的立法几经变迁，在 2012 年最新修改的刑事诉讼法中，一方面将刑事案件中的律师辩护提前到侦查阶段，另一方面也扩大了法律援助的案件范围，在刑诉法第三十四条明确规定了三种应当指派律师为其提供辩护的情形，即当出现犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人或者尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人或者或者犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑这三种情形时，如果嫌疑人、被告人又没有委托辩护人时，此时应当通知法律援助机构为其指派律师进行辩护。

基于此，在当前刑事法律援助案件中，面对案多人少、法律援助资金投入相对不足、一审律师辩护率较低的情况，在推行刑事案件律师辩护全覆盖的过程中，如何确保法律援助律师能够有效辩护就是一个亟待解决的问题。

## 二、 全覆盖背景下辩护有效性的影响因素

进行刑事案件律师辩护全覆盖的改革，我们有必要考察一下其他国家关于该制度的规定以供借鉴，其中首要关注的就是大陆法系代表的德国，德国关于该制度在刑事诉讼法上规定了强制辩护制度（也成必要辩护）。

德国关于强制辩护规定在刑事诉讼法第一百四十条，该条共设有三款，其中第一款罗列了 8 种强制辩护的情形；第二款为第一款做了补充，即“其他情形在，如果因犯罪行为的严重性、事实或法律情况的复杂度看来辩护人有必要参与，或者被指控人显然不能为自己辩护，则由审判长以申请或职权指定一名辩护人。”<sup>①</sup>

通过上述德国刑诉法关于强制辩护的规定，我们会发现，与我国刑事案件律师辩护全覆盖不同的是，首先，德国对于强制辩护的案件范围作出了一定限制，而我国律师参与刑事案件法律援助辩护的改革方向是全覆盖；其次，德国强制辩护是由审判长为其指派一名辩护人，而我国法律援助辩护确是有法律援助机构为被告人指派辩护律师。

## 三、 现实条件下保持辩护有效性关键环节

马克思哲学要求我们在分析问题时要坚持两点论与重点论相结合，也就是说，在分析问题的时候，我们要抓关键、抓重点。律师辩护全覆盖条件下，想要保持辩护的有效性，也必须抓住影响律师辩护有效性的关键环节。

### （一）参与时间

《办法》规定：“为推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，加强人权司法保障，促进司法公正，充分发挥律师在刑事案件审判中的辩护作用，开展刑事案件审判阶段律师辩护全覆盖试点工作”，也就是说，《办法》界定的刑事案件全覆盖下的律师辩护仅仅指审判阶段的律师辩护。

但是，笔者认为仅让律师在审判阶段才介入刑事案件的辩护的这样一种规定显得过于狭隘。理由有二：其一，2012 年修改的新刑诉法第三十三条明确规定：“犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，有权委托辩护人；在侦查期间，只能委托律师作为辩护人。”这样一个规定表明，新刑诉法将辩护律师进入刑事案件的时间提前到侦查阶段，而《办法》规定的刑事案件律师辩护全覆盖下的律师介入时间为审判阶段，显属不合适，这也违背了上位法的新诉讼法。其二，让辩护律师仅仅在审判阶段才介入刑事案件，而不是全程参与到刑事案件中来，一个很大的问题就是辩护律师很可能不能全程了解整个刑事案件的情况，这就很可能导致庭审过程中辩护的无效化，继而不能很好的保障被告人合法权益。

因此，笔者认为，应当按照新刑诉法的规定，将刑事案件律师辩护全覆盖下的辩护律师介入时间提前到侦查阶段。

<sup>①</sup> 宗玉琨译著：《德国刑事诉讼法典》，北京：知识产权出版社，2013 年，第 134 页。

## （二）参与方式

现行法律援助辩护制度下，律师参与刑事案件法律援助辩护的方式主要有两种：

1. 法律援助机构的专职律师。该类专职法律援助律师由于具有正式的编制，做法律援助案件是其本职工作，因此，法律援助效果一般较好；但是，考虑到法律援助专职律师需要有正式的编制，成本较高，因此，不适合大量应用。

2. 法律援助机构指派社会律师。考虑到这种方式成本较低，这也是目前刑事案件法律援助辩护中广泛采用的一种方式。但是，这样一种方式也有其缺点：其一，有学者就指出，刑事法律援助辩护是国家为了保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，而对于那些没有委托辩护律师的犯罪嫌疑人、被告人进行的一项社会公益性质的工作，但现在国家却通过指派社会律师的方式强制其参与到法律援助中来，这不免有国家将义务转嫁到社会律师头上之嫌。其二，在具体实施指派社会律师参与刑事法律援助案件辩护过程中也会有问题，一方面，如果指派有经验的律师，则可能他们自身接受委托的案件就比较多，时间本就不充裕，现在强制让他们进行法律援助辩护，有可能发生审判过程中走过场的无效辩护；另一方面，如果指派年轻律师进行辩护，他们毕竟经验不足，有时候也不能很好的维护当事人合法权益。因此，这也就产生了一个指派社会律师参与法律援助辩护的有效辩护问题。

## （三）不参与的后果

律师不参与刑事案件的辩护，实际上是对犯罪嫌疑人、被告人辩护权的侵犯，违反了刑事诉讼正当程序原则。因此，我们可以对此进行程序上的制裁。

《办法》第十一条规定：“第二审人民法院发现第一审人民法院未履行通知辩护职责，导致被告人在审判期间未获得律师辩护的，应当认定符合刑事诉讼法第二百二十七条第三项规定的情形，裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”这一规定对于一审法院未履行通知辩护职责而导致被告人在审判期间未获得律师辩护的情形，进行了发回重审的出现的制裁。

但是，《规定》在适用上所作的一些限制，显得过于狭隘，主要表现在：其一，《规定》要求适用的前提是由于一审法院未履行通知辩护的职责导致未获律师辩护，但如果一审法院履行了通知义务，律师个人的原因导致被告人未获得律师辩护，这其实也是对被告人辩护权的侵犯，也应当对其进行程序上的制裁。其二，《规定》要求适用必须符合刑事诉讼法第二百二十七条第三项规定的情形，也即达到“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的”，这里可能影响公正审判该如何判断是个问题，同时，律师未参加刑事案件的辩护就是对被告人法定辩护权的侵犯，是违反刑事诉讼程序的行为，必然会影响公正审判。这也反映了我国重实体、轻程序的传统观念。

## （四）设立公社辩护人制度的可行性

近年来，在法律援助辩护领域，许多学者对西方的公设辩护人制度表现出了极大的兴趣，认为在我国设立公设辩护人制度是解决当前法律援助辩护质量与成本矛盾的有效方式，呼吁在中国建立公设辩护人制度。但笔者认为，仅靠移植一个公设辩护人制度不足以解决我国当下刑事法律援助过程中的质量与成本的矛盾，理由有二：其一，如果在全国范围内所有法律援助机构中都设立公设辩护人，这是一个庞大的数目，而这些公设辩护人作为国家专门为刑事法律援助辩护而设立的，自然国家需要解决他们的编制问题，但是在目前的情况下，让国家一次性解决如此庞大的公设辩护人编制问题，显然成本过高，代价过大。其二，公设辩护人制度与专职法律援助辩护功能重合。我国现行的法律援助机构内设有专门的法律援助律师，专职从事法律援助业务，如果再设置一个公设辩护人专门从事刑事法律援助辩护就与现有的专职法律援助辩护律师功能重合，不免有重复设置之嫌。因此，在我国设置公设辩护人制度的合理性有待进一步的论证。



## 四、实现刑事辩护有效性的可能路径选择

有效辩护是相对于无效辩护提出来的，而无效辩护是美国联邦最高法院根据“斯特里克兰”案件的判决理念发展并界定出的一个概念，律师无效辩护要求两个方面：“一是律师辩护工作存在缺陷，也就是律师不是一个“合理称职的律师”；二是律师的工作缺陷对辩护造成了不利的影响，也就是存在着一种合理的可能性，若不是律师的行为错误，案件的诉讼结果将是不同的。”<sup>①</sup>

据此，要做到律师的有效辩护，即律师在刑事案件的辩护中能够做到合理称职。考虑到刑事案件律师全覆盖下背景下的法律援助辩护在质量控制和成本控制矛盾上的特殊性，因此，可以从以下法援律师辩护权之保障和法律援助律师办案之保障两个方面出发，以期达到法律援助律师有效辩护这样一个比较好的效果。

### （一）法律援助律师辩护权之保障

刑事诉讼法规定了律师好多的辩护权，但最为关键且中重要的是律师会见权、阅卷权、调查取证权这三个，保障好律师这三个方面的辩护权利，是刑事法律援助案件中律师有效辩护的前提。

1. 会见权。会见权能否得到有效保障，关系到律师能否在刑事案件中进行有效的辩护。传统的观点认为，会见权是法律赋予辩护律师的一项辩护权，在刑事案件中，辩护律师享有会见权。然而，这就产生了一个犯罪嫌疑人、被告人是否享有会见权的问题。

要解决这个问题，我们应该首先回到辩护权是什么权利这一最初的问题。法律规定，被告人享有辩护的权利，也就是说辩护权是被告人享有的一项基本的权利，律师基于当事人的委托进入刑事案件中，享有辩护权。因此，有效保障权应当当然的包含：保障被告人的会见权。也就是说，当被告人要求回见律师时，办案机关应当及时通知安排，律师应当及时来回见被告人。

解决了这个问题后，更为重要的还是保障律师会见权的问题。毕竟庭审中是律师发挥主要的辩护作用，因此，律师要求会见犯罪嫌疑人、被告人时，办案机关能够及时安排，让律师能够与当事人核对相关证据材料、沟通庭审时的辩护思路，这对于保障律师有效辩护至关重要。

2. 阅卷权。同样，在刑事案件中，阅卷权能否得到有效保障，也关系到律师能否在刑事案件中进行有效的辩护。基于辩护权是被告人的一项基本权利，因此，被告人也应当享有阅卷权。

之所以强调保障被告人的阅卷权，主要基于一下两个方面考虑：其一，被告人是案件的亲历者，通过其本人的阅卷，可以发现公诉机关案卷材料中的问题，以此来为辩护律师的辩护提供思路。其二，也会存在这种情况，就是侦查机关在移送案卷材料时，出于不同的目的，其并不将所有的案卷材料都移交法院，而往往这些材料都对被告人是否构成犯罪、构成何种犯罪、以及量刑具有重要影响，此时通过被告人阅卷，就能够及时提供相关线索，申请法院调取证据。因此，这也很好的保障了律师的有效辩护。

3. 调查取证权。律师享有调查取证权，但是刑事案件的辩护律师调查权受到很大的限制，刑法三百零六条一直是悬在刑事案件辩护律师头上的一把利剑，稍有不慎，律师就会为此付出惨痛代价。

据此，有学者提出，我国律师调查取证的发展方向系申请调查模式<sup>②</sup>，即律师通过向法院提交调取证据申请，然后由法院发布调查令的方式进行调查取证。该方式确实很好的规避

<sup>①</sup> 陈瑞华：《刑事诉讼中的有效辩护问题》，载《苏州大学学报（哲学与社会科学版）》，2014年5月。

<sup>②</sup> 陈瑞华著：《刑事辩护的理念》。北京：北京大学出版社，2017年。第347页。

了律师调查取证的风险，而且由法院发布调查令也很好的解决了被调查人不配合的问题。

但是，这种方式有一个过度依赖法院的问题，也就是律师提交了申请，但是法院处于各种原因不同意律师的申请，那么律师就无法调取证据，而有些证据对被告人定罪量刑是非常重要的。因此，还是应该保障律师的独立调查取证权。

## （二）法援律师办案之保障

以审判为中心的刑事诉讼制度改革的一个重要方面就是律师介入刑事案件的审判阶段的辩护，这也是法律援助辩护的重要目的，因此，做好法律援助案件审判阶段律师的有效辩护就显得至关重要，这直接影响到刑事案件的最后判决结果，为此，需要通过一下几个方面来完善刑事案件的律师有效辩护：

1. 完善律师办案考核机制。为确保刑事法律援助案件中辩护律师能够做到有效辩护，一个重要的方面便是对律师办理的刑事法律援助案件进行全面考核，建立有效的办案考核机制。

但是需要注意的是，实践中建立办案考核机制需要避免陷入一种纯粹补交文书性材料的状况。因为，据许多实践中的法援律师反应，法律援助机构出于法援案件归档考核的需要，经常需要法援律师多次进行文书材料的补充，进而陷入一种琐碎的文书性工作，打击法援律师的办案积极性。

基于此，法律援助案件的考核机制的建立可以考虑以下两个维度展开：其一，通过刑事法律援助案件律师办案的结果进行判断，并依据该办案结果对辩护律师进行评价打分，这也是刑事法律援助案件中一种对辩护律师最为直接的评价方式。其二，当然，光靠办案结果对法律援助案件中的辩护律师进行评价，往往有失准确和公平，例如在一些案件中，辩护律师尽心进行了辩护工作，但由于各种原因，案件的最后结果不能尽如人意，因此这时就需要引入另外一种补充的评价机制：即，一方面通过对犯罪嫌疑人、被告人及其家属进行现场或电话回访的方式，了解他们对于律师辩护工作的态度；另一方面，通过向承办案件的中立的法官进行回访，了解承办法官对于辩护律师是否进行了有效辩护的意见。最后，综合考察刑事法律援助案件中，辩护律师是否进行了有效的辩护。

2. 保障法律援助案件的办案经费。根据上图一和图二司法部法律援助中心公布的数据显示，在之前刑事案件律师辩护全覆盖改革尚未实施前，法律援助案件的急速增长与法援经费的增长相对缓慢的矛盾已经凸显，那么可想而知，在刑事案件律师辩护全覆盖改革实施以后，刑事法律援助案件呈现井喷式增长后，此时的法律援助办案经费就会显得更加捉襟见肘。

这种状况使得本来就因为刑事法援案件的辩护律师的补助费用过低，导致律师积极性不高的情况更加雪上加霜。在此情况下，由于不能激发辩护律师进行有效辩护，因此，刑事法援案件的律师辩护效果就更加令人堪忧。

解决该问题还是要从开源和节流两方面入手，其一，在开源方面：一方面，法律援助案件作为国家实施的一项为保障犯罪嫌疑人、被告人获得有效辩护而进行的公益性举措，因此，在这种情况下，国家理应继续加大对法律援助案件的经费投入，不仅中央设立专项基金，省级政府部门乃至同级政府部门都应在财政上预留一部分资金用作法律援助案件的经费；另一方面，当然国家的财政也是有限的，仅依靠单一的财政投入解决不了问题，为此，可以通过其他的方式增加法援案件的经费。一个重要的方式就是社会的捐助，通过鼓励热心法律援助公益事业的人士积极进行社会捐助，也是解决法律援助案件经费紧张的有效方式。其二，在节流方面：我们可以先来看一个统计数据，我国“2003-2013年办案费用支出占经费收入总额的比例在25%-36%之间浮动，办案支出较少，法律援助机构运行的行政成本较高，有近60%的经费支出并非直接用于案件办理。”<sup>①</sup>而与此相对应的是，英国、荷兰等国的法律援助案件

<sup>①</sup> 胡铭、王廷婷：《法律援助的中国模式及其改革》，《浙江大学学报》，2017年3月。

中的 90%—95% 用于办案支出，非用于办案支出的仅为 5%—10%。<sup>①</sup> 也就是，如果法律援助机关能够精简机构，大幅减少非用于办案的支出，那么就可以多节省出一大笔的法律援助案件的办案费用。

3. 当然，并不是所有律师不能够进行有效的法律援助辩护是由于办案的补贴低，实践中，影响许多法援辩护律师有效辩护（其中大部分是年轻律师）的还是业务能力的不足，因此，提升刑事案件法律援助律师的业务能力就显得尤为重要。

为此，法律援助机构可以从以下两个方面来提升律师的业务能力：其一，聘请本地区甚至全国知名的有经验的刑事案件辩护律师来进行现场授课，通过这些知名律师的经验分享，来提升法援律师的办案能力。其二，考虑到现场授课的成本与时间，网络培训也是一个很好的选择。通过组织法援律师进行远程的网络学习也是一个提升其业务能力的不错选择。

4. 建立无效辩护的惩戒与退出机制。如果一个制度制定实施后，却没有相应的惩戒机制，那么该制度的实施效果就不得不令人堪忧了。

基于此，在刑事法律援助案件中，对于那些不尽职责，不能提供有效辩护的律师，可以对其进行核减办理法援案件的办案补助费用、进行行政处罚等方式的惩戒，同时还可以责令其在一定时间内甚至终身不得再办理法律援助案件。

5. 最后，也是很重要的一点就是，在刑事法律援助案件中律师进行有效的辩护需要办案机关的积极配合。由于法援辩护律师的介入，有赖于办案机关告知犯罪嫌疑人、被告人申请法律援助辩护的权利，并进而通知法律援助机构指派律师进行辩护。也就是说，办案机关在办案过程中是否及时告知犯罪嫌疑人、被告人相关权利并及时通知法律援助机构，以及在案件的什么阶段告知并通知，都会影响到辩护律师能否进行有效的辩护。

基于此，为保证办案机关能够及时告知并通知法律援助机构指派律师进行法律援助辩护，对于那些怠于履行相关义务的办案机关及个人，法律援助机构应当及时关注，并将相关情况及时反馈给办案机关的上级主管机关，并对相关办案机关及个人进行处罚。

## 结 语

在全面依法治国的背景下，国家推动实施以审判为中心的刑事诉讼制度改革，要求在法律援助案件中进行刑事案件律师辩护的覆盖。无疑，这一改革的出发点是好的，其目的是为了保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，体现了国家尊重和保障人权，也昭示了建设法治国家的决心。但是面对目前刑事案件法律援助辩护领域的案多律师少、律师义务性与律师被动参与积极性不高、办案补助少与辩护效果不佳的多重矛盾，如何在当前刑事案件律师辩护全覆盖的背景下，让法律援助辩护律师进行有效的辩护，这是关系到以审判为中心的刑事诉讼制度改革成败的重要一环。

<sup>①</sup> 陈永生：《刑事法律援助的中国问题与域外经验》，《比较法研究》2014 年第一期。

## 【参考文献】

- [1] 陈瑞华著.《刑事辩护的理念》[M].北京:北京大学出版社,2017年.
- [2] 王敏远主编.《刑事诉讼法学》[M].北京:知识产权出版社,2013年.
- [3] 顾永忠.《刑事诉讼律师辩护全覆盖的挑战及实现路径初探》[J].载《中国司法》,2017年第七期.
- [4] 陈瑞华.《刑事诉讼中的有效辩护问题》[J].载《苏州大学学报(哲学与社会科学版)》,2014年5月.
- [5] 胡铭、王廷婷.《法律援助的中国模式及其改革》[J],载《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2017年3月.

## 我国刑法中行政处罚前置必要性及其设置建议探讨

赵书鹤\*

**【摘要】** 行政处罚前置与构成犯罪的关系在我国立法、司法实践、理论研究中适用混乱，从立法背景及立法者目的来看，其具有在立法技术上，确保规制范围周延；在性质上，区别违法与犯罪；在入罪门槛上，限制入罪的合理性。但从立法实践、司法现状、司法实践等方面来衡量，此种设置具有更大的局限性，即因僵化、教条而未能以社会危害性作为判断是否为犯罪的标准反而导致出现规制盲点；行政权操纵司法权，司法丧失自主性、权威性；不法分子可轻易利用该要件规避法律、逃避刑事责任。因此，笔者认为应在综合考虑整个法律体系中法律间的衔接与区隔的基础上具体考虑每一罪名罪状设置的情况下，在秉持着“少设慎设”原则的前提下，保留逃税罪的出罪条款、滥用管理公司、证券职权罪两罪中的行政处罚前置作为必要要件；走私普通货物、物品罪、逃税罪入罪条款以及对出罪条款的限制、拒不支付劳动报酬罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪、巨额财产来源不明罪中的行政处罚前置作为选择要件；增设侵占罪、拒不执行判决、裁定罪两罪的行政处罚前置为选择要件以外，删除消防责任事故罪、扰乱国家机关工作秩序罪；非法集会、游行、示威罪、非法种植毒品原植物罪四罪的行政处罚前置要件以简洁、规范立法；便利、优化司法；高效、制约执法；威慑、规制守法。

**【关键词】** 行政犯罪 行政处罚前置 必要要件 选择要件

我国刑法经常使用“经……通知 / 责令 / 行政处罚 / 处理……”、“……年内因……被给予二次行政处罚……”的罪状表述方式将行政处罚手段作为构成犯罪的后置性条件，然，此种后置性条件在犯罪构成中扮演何种角色，起到何种作用确是一个值得关注并深思的问题，其性质与作用直接关系到刑法规制的范围、违法与犯罪的衔接、罪与非罪的判断等关键性问题，实有探讨之必要。

### 一、行政处罚前置与犯罪构成关系探讨

我国最新修订的《刑法修正案（九）》中有明确行政处罚前置表述的罪名有九个，分别

\* 赵书鹤：上海政法学院刑事司法学院 2015 级研究生。

为：第 139 条消防责任事故罪<sup>①</sup>；第 153 条走私普通货物、物品罪<sup>②</sup>；第 201 条逃税罪<sup>③</sup>；第 276 条之 1 拒不支付劳动报酬罪<sup>④</sup>；第 286 条之 1 拒不履行信息网络安全管理义务罪<sup>⑤</sup>；第 290 条扰乱国家机关工作秩序罪<sup>⑥</sup>；第 351 条非法种植毒品原植物罪<sup>⑦</sup>；第 395 条巨额财产来源不明罪<sup>⑧</sup>以及第 403 条滥用管理公司、证券职权罪<sup>⑨</sup>。若将其视为选择性要件则意味着法官在判断是否构成该罪时可以不以此要件作为前置条件，即“即使没有也不影响犯罪的成立”；若将其视为必要性要件则意味着只有具备了该要件才能构成犯罪，即“只有满足此要件才能成立犯罪”或“若无此要件则不构成犯罪”。

由此，可以看出而我国刑法条文中设置的行政前置只有三处可明确认定为选择性要件，即第 153 条走私普通货物、物品罪中的行政处罚前置以及第 201 条逃税罪对出罪条款的限制中的行政前置、第 395 条巨额财产来源不明罪中的行政处罚前置，其余行政前置，无论从司法实践还是从理论研究来看均被认定为必要性要件。走私普通货物、物品罪罪状中设置行政处罚的表述为“走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的……”其与应缴税额较大为选择关系，即为选择性要件；同理逃税罪对出罪条款限制中的行政处罚前置“……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除外。”其行政处罚与五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚为选择关系，为选择性要件，毋庸置疑；而巨额财产来源不明罪中表述为“……可以责令该国家工作人员说明来源……”“可以”一词表明可以责令也可以不责令，亦具有选择性，当为选择要件。但其余行政前置因我国立法及司法并未有明确规定或专门解释，依逻辑以及理论与实践的情况来看，被认定为了必要要件。首先，从逻辑结构上看，既然选择性要件均作出了带有作为选择标志的“或者”字样，则未明确说明可选择便应视为必要要件。其次，从罪状表述来看，按照严格的文义解释均应解释为必要的构成要件。再次，从立法修改的进程以及司法进行的解释来看，立法上，《刑法修正案（八）》与《刑法修正案（九）》分别删除了非法采矿罪和扰乱无线电通讯管理秩序罪的行政处罚前置说明立法者在设置行政处罚前置时倾向于将其作为必要要件。司法上，从仅有的与此相关的司法解释中亦可以推断出其将行政处罚前置默认为必要性要件。最后，理论界学者们在讨论上述罪刑的适用时，大都不约而同地在将行政处罚前置作为必要要件的基础上对其适用加以讨论，如学者白静的文章<sup>⑩</sup>中便在以行政处罚前置作为必要要件基础上讨论其所带来的问题；学者刘荣在其文章<sup>⑪</sup>中解释了《刑法修正案（七）》通过之后确立的行政程序与刑事程序的关系等，而行政处罚前置应否为必要要件则

① “……经消防监督机构通知采取改正措施而拒绝执行……”

② “走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的……”

③ “……经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，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除外。”

④ “……经政府有关部门责令支付仍不支付的……”

⑤ “……经监管部门责令采取改正措施而拒不改正……”

⑥ “……经行政处罚后仍不改正……”

⑦ “……经公安机关处理后又种植的……”

⑧ “……可以责令该国家工作人员说明来源……”

⑨ “……上级部门强令登记机关及其工作人员实施前款行为的……”

⑩ 详见白静：《论拒不支付劳动报酬罪的司法适用——以形式一体化为视角的研究》，辽宁大学硕士学位论文，2012 年 5 月。

⑪ 详见刘荣：《刍议“逃税罪”案件行政程序与刑事程序的关系》，载《税收法治》，2010 年 5 月。

仅在讨论到逃税案件时才勉强被提起,即对税务行政处罚程序是否为刑事追诉程序的前置程序进行讨论<sup>①</sup>,然,大多数学者对此问题依旧持肯定观点,即将税务行政处罚前置作为逃税罪的必要要件。由此可见,理论界亦大多认为应将行政处罚前置一概作为所有罪状的必要要件加以适用。

## 二、行政处罚前置作为必要条件存在问题探讨

理论界与实务界将行政处罚前置作为必要要件加以适用必然有其一定的合理性,但鉴于我国立法在罪状表述中的不统一、不同罪名的不同特点等不加区别地将其一律作为必要要件使得司法适用中出现了许多问题,实有重新审视之必要。

### (一) 行政处罚前置作为必要要件的合理性

从立法背景及立法者目的来看,将行政处罚前置作为必要要件有其合理考量。其合理性主要有三:第一,在立法技术上,确保规制范围周延;第二,在性质上,区别违法与犯罪;第三,在入罪门槛上,限制入罪。

#### 1. 确保规制范围周延

为保障法律的预见性,尽量避免滞后性,立法者在立法时尽量确保其所立法条在逻辑上以及实践中均无规制盲点,使法网尽量疏而不漏、外延周延。于是在立法技术上,常常会采用经行政处罚前置而后进入刑法处罚范围的方法,从而达到调整所有法律应该调整的行为及法律关系的目。

#### 2. 区别违法与犯罪

上述罪名从性质上来看均属于行政犯罪,即因严重危害正常的行政管理活动,须承担刑事责任而设立<sup>②</sup>。而我国区别违法与犯罪的标准主要为“社会危害性”这一抽象标准,司法实践上拿捏困难,尤其是行政犯罪均具有二重违法性且行政违法在前,因此,为从特点上区别对待具有不同程度社会危害性的违反规范的行为,立法者常常会将行政处罚作为前置手段,以确定违法与犯罪的划分界限。

#### 3. 限制入罪

如上所述,上述罪名与行政违法联系紧密,区分“社会危害性程度”本就困难,加之许多罪状表述又抽象、模糊,若对入罪标准不加限制,极易造成入罪门槛过低,司法权力被滥用,轻易成为口袋罪等问题,且我国二元的立法模式要求“出他法而入刑法”,用尽行政处罚手段仍起不到规制作用方具有应受刑罚处罚性,是故,将行政处罚前置作为必要要件在一定程度上有利于提高入罪门槛,限制入罪范围,制约司法权力,体现刑法的谦抑性。

### (二) 行政处罚前置作为必要要件的局限性

从立法背景、立法目的上来看,在行政犯罪中设置一定的行政处罚前置确有其合理的一面,但回顾《刑法修正案(八)》与《刑法修正案(九)》分别删除了非法采矿罪和扰乱无线

<sup>①</sup> 详见王效欣:《偷逃税行为的法律责任问题研究——以深圳市 XX 投资有限公司逃税案为例》,华东政法大学硕士学位论文,2016年3月。

<sup>②</sup> 张明楷:《行政刑法辨析》,载中国社会科学,1995年5月。

电通讯管理秩序罪的行政处罚前置的过程,可以看出从立法实践、司法现状、司法实践等方面衡量,在大多数罪名中设置行政处罚前置作为必要条件,局限性远大于其合理性。主要危害有三,其一为因僵化、教条而未能以社会危害性作为判断是否为犯罪的标准反而导致出现规制盲点;其二为行政权操纵司法权,司法丧失自主性、权威性;其三为不法分子可轻易利用该要件规避法律、逃避刑事责任。

### 1. “社会危害性”失能

众所周知,行政处罚前置的设立通常是为了更好地衔接违法与犯罪,严密法网,保障刑法规制范围的周延,但正如笔者在前所述,必要性要件与构成犯罪之间的“只有……才”的关系,则实际是将此要件作为衡量社会危害性的唯一标尺,即将行政处罚前置僵化地、教条地理解为必要条件,则无论违法行为产生多大的社会危害性,未经行政处罚前置均不得以犯罪论处,这便使得判断是否为犯罪的标准为且仅为是否具备行政处罚前置程序而非社会危害性程度,将实际的社会危害性弃如敝屣,从而摒弃了违法与犯罪的判断标准,则反而导致此罪外延不周延,出现规制盲点。因此若将行政处罚前置生硬地作为必要条件加以适用实际上恰恰违背了此初衷,打破了周延性,且从删除非法采矿罪和扰乱无线电通讯管理秩序罪的行政处罚前置的实践经验来看,删除该行政处罚前置并未影响其社会危害性的判断,反而更有利于其与其他罪名之间的衔接。<sup>①</sup>这也很好地说明并非将行政前置作为必要要件更有利于周延规制范围。

### 2. 行政权操纵司法权

我国《刑事诉讼法》第十二条明确规定“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪。”可见,司法权在认定犯罪方面具有独一无二的排他性及权威性地位,即一种行为是否被认定为犯罪行为有且仅有司法者能够根据法律规定作出独立且最终的判断,不应受到其他任何机关的干扰,更不能受其他任何机关的操控。而许多行政处罚前置若为必要条件,则极易因监管部门故意不作为、玩忽职守疏忽不作为、未来得及作为或滥用职权过度监管等导致司法无力介入或司法被滥用等情况,也正因如此才加速了非法采矿罪行政处罚前置的删除。且许多设置了行政处罚前置的罪状条文表述皆极为模糊、概括与抽象,行为难判断,执法部门繁多且分工不清、权责不明,极容易出现要么监管部门互相推卸责任,故意互相推脱不作为;要么争相管理、指令过多,行政权力滥用导致司法被滥用等情况。此外,即使不考虑多头管理的问题,若将行政处罚前置作为必要条件,在社会环境复杂多变、违法行为千姿百态的情况下,出现监管部门因未来得及反应或疏忽大意未及时责令或为包庇纵容故意不作为而使得面对违法犯罪司法无力介入或故意打击报复滥用责令权力而使得司法成为其打击报复的政治工具等问题,不仅未能真正实现刑法设立目的、有效保障人权、惩罚犯罪反而损害了司法权威、扰乱了法治建设、亵渎了公平正义,得不偿失,非法采矿罪和扰乱无线电通讯管理秩序罪的适用过程中出现的问题便是前车之鉴。

### 3. 不法分子轻易可利用

若将行政处罚前置作为必要要件,则意味着为不法分子实施犯罪行为而免于刑事处罚提供了寻租空间,正如先前非法采矿罪在司法实践过程中常出现不法分子或在行政处罚作出时

<sup>①</sup> 参见赵远、商浩文:《论扰乱无线电通讯管理秩序罪的立法修改》,载《法学杂志》,2016年第8期。



积极配合或在行政处罚作出后换个名义、换套人马使其再次违法面临的依旧是行政制裁而非刑事制裁<sup>①</sup>，从而对刑罚处罚有恃无恐的情况。因此将行政处罚前置设置为必要要件便使得不法分子可轻易利用该要件规避法律、逃避刑事责任，使得刑法该法条成为一纸空文，失去其应有的效力和作用。

### 三、行政处罚前置的设置建议

由上文可以看出不加区别地将刑法中所有的行政处罚前置作为其罪状中的必要要件不甚妥当。因此，笔者认为，应在综合考虑整个法律体系中法律间的衔接与区隔的基础上具体考虑每一罪名罪状设置的情况，具体分析其行政处罚前置在每一罪状的每一处的功能与适用，以“少设慎设”行政处罚前置为原则，以行政处罚前置作为选择要件为一般适用，作为必要要件为例外适用为具体适用方法，增加必要的行政处罚前置，删除不必要的行政处罚前置，对作为必要要件的行政处罚前置加以明确解释，并明确规定未特别说明的情况下行政处罚前置作为选择要件在司法实践中适用。

#### （一）“少设慎设”原则

众所周知，所有能够设置行政前置的犯罪皆为行政犯罪，具有双重违法性，即行政不法与刑事不法具有同质性，且行政不法在前，加之，我国立法模式采二元立法模式，行政规制不能时才应出行政法而入刑法，因此，从法理上来说，只要是行政犯罪，无论法律条文中是否明确规定了行政前置，在司法实践当中均应理所当然地默认行政手段前置于刑事手段，即行政处罚用尽后仍未达规制效果方能启动刑事处罚，而在法律条文中加入行政处罚前置大都无非为注意规定，起强调作用，极少一部分起到了使判断标准具体化的作用。因此，笔者认为，无论是从立法精简、准确的角度考虑还是从司法灵活、顺畅的角度考虑行政处罚前置均应在法条中少设、慎设。

#### （二）作为必要要件适用的行政处罚前置

如前所述，具体到刑法分则具体罪状的表述情况，笔者认为应将行政处罚前置作为必要要件适用的条文仅为第 201 条逃税罪的出罪条款以及第 403 条滥用管理公司、证券职权罪中的行政处罚前置，主要原因为该行政处罚前置所具备的特性使其更宜认定为必要要件。

逃税罪的出罪条款表述为“已受行政处罚的，不予追究刑事责任”，此出罪条款与犯罪的关系为在满足逃税罪构成要件的前提下，“只有已受过行政处罚，才能不追究刑事责任”即与必要性要件“只有……才”的特性与作用不谋而合，为必要要件。而滥用管理公司、证券职权罪中的“……上级部门强令登记机关及其工作人员实施前款行为的……”是作为一种处罚其直接负责的主管人员的情节而设立的，即只有在经过该行政前置的情况下才能对其直接负责的主管人员进行处罚，也即此为必要性要件。

因必要性要件与犯罪构成有着“只有……才”的紧密关系以及此关系在司法实践中带来的问题，除上述两个条款以外，其余行政前置均不宜认定为必要性要件。且立法者在今后的

<sup>①</sup> 参见卢岩：《非法采矿罪法律问题研究——以〈刑法修正案八〉为切入点》，辽宁大学硕士学位论文，2012 年 5 月。

立法中对必要性要件的适用应更慎重，且在稍后的立法或司法解释中作出明确的解释。

### （三）作为选择要件适用的行政处罚前置

除上文中分析的立法者在设置时明确将其作为选择要件的条款以外，笔者以为应根据一些罪行的特点及罪状表述上的现实需要而将其作为选择性要件，且加以明显的标示。

如上所述，行政犯天然具有双重违法性，即使不专门在法条中规定行政处罚前置，行政处罚前置亦隐含在其够罪过程中，其实质亦为选择适用的构成犯罪的充分条件，因此行政处罚前置作为选择性的成文构成要件要素出现在罪状中应具有除确定违法性及其程度以外的功能。因此，欲满足此条件，使刑法条文表述全面而准确、周延但不赘述，设置行政处罚前置作为选择性要件须满足以下三点：第一，犯罪规定得为行政犯罪；第二，行为方式主要以不作为表现；第三，行为主体不具有明显职务职责上的义务。

第一个条件不言而喻，无需赘述。要求满足其余两点的原因主要为结合不作为的行为方式与特点综合考虑司法效率、收益率、资源配置率、刑事政策等方面，运用行政手段督促行为人履行其不履行的一般义务，不易造成严重危害结果，可复制性不强，既起到了强调、敦促的作用，增强了行政与司法之间的弹性与张力，又未使行政权膨胀，影响司法权威，可谓恰到好处。

是故，笔者以为，符合上述条件的条文有第 201 条逃税罪中第一处行政前置，即“经税务机关依法下达追缴通知后”；第 276 条之 1 拒不支付劳动报酬罪；第 286 条之 1 拒不履行信息网络安全管理义务罪以及第 270 条侵占罪和第 313 条拒不执行判决、裁定罪。其中前三条罪名罪状中已设置行政处罚前置，但司法实践中并未将其作为选择要件加以适用；而侵占罪与拒不执行判决、裁定罪，应在罪状中明确增加规定“经相关机关责令仍拒不退还、拒不执行”，以实现立法标准统一、立法体系完整，且应在立法或司法解释中作出明确的解释。

### （四）应删除的行政处罚前置

如上所述，无论是从理论上还是从实践上来看删除不必要的行政处罚前置皆具有合理性和必要性。笔者以为，除上述应作为必要要件和选择要件适用的行政处罚前置以外，其余罪状中的行政处罚前置皆应予以删除。即应删除行政处罚前置的条文包括：第 139 条消防责任事故罪；第 290 条扰乱国家机关工作秩序罪；第 296 条非法集会、游行、示威罪以及第 351 条非法种植毒品原植物罪。

综上所述，我国刑法中的行政犯罪应秉持着“少设慎设”行政处罚前置的原则，在保留逃税罪的出罪条款、滥用管理公司、证券职权罪两罪中的行政处罚前置作为必要要件；走私普通货物、物品罪、逃税罪入罪条款以及对出罪条款的限制、拒不支付劳动报酬罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪、巨额财产来源不明罪中的行政处罚前置作为选择要件；增设侵占罪、拒不执行判决、裁定罪两罪的行政处罚前置为选择要件以外，删除消防责任事故罪、扰乱国家机关工作秩序罪；非法集会、游行、示威罪、非法种植毒品原植物罪四罪的行政处罚前置要件以简洁、规范立法；便利、优化司法；高效、制约执法；威慑、规制守法。值得注意的是，笔者认为，逃税罪中共三处行政处罚前置，第一处为入罪条款中的“经税务机关依法下达追缴通知后”应为选择要件；第二处为出罪条款中的“已受行政处罚的，不予追究刑事责任”为必要要件；第三处为对出罪条款的限制中的“……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除外”为选择要件。只有对每一个行政处罚前置进行清晰且准确地界定，才能使其发挥最大的效用，实现立法、司法、执法的目的。

## 【参考文献】

- [1] 白静.《论拒不支付劳动报酬罪的司法适用——以形式一体化为视角的研究》[J].中国知网.2012.
- [2] 刘荣.《刍议“逃税罪”案件行政程序与刑事程序的关系》[J].税收法治.2010.
- [3] 王效欣.《偷逃税行为的法律责任问题研究——以深圳市 XX 投资有限公司逃税案为例》[J].中国知网.2016.
- [4] 张明楷.《行政刑法辨析》[J].中国社会科学.1995.
- [5] 赵远, 商浩文.《论扰乱无线电通讯管理秩序罪的立法修改》[J].法学杂志.2016.
- [6] 卢岩.《非法采矿罪法律问题研究——以〈刑法修正案八〉为切入点》[J].中国知网.2012.
- [7] 仝其宪.《扰乱无线电管理秩序罪的立法窘境与消解——以〈刑法修正案(九)〉为视角》.重庆邮电大学学报.2017.
- [8] 崔庆林.《环境刑法的罪状表达与规范补充——基于法律规范论的分析》[J].学术探索.2016.
- [9] 赖早兴.《“受过行政处罚”在刑法中作用的体现、考量与限制》[J].湘潭大学学报.2016.
- [10] 施锐利.《刑法规范中的行政处罚》[J].四川大学学报.2015.
- [11] 姚彩云, 王乐, 朱梅.《如何评价作为入罪条件或降低入罪条件的“受过行政处罚”——以戎某非法行医案为例》[J].法制博览.2015.
- [12] 刘正红.《逃税罪行政处罚与刑罚的适用衔接》[J].人民检察.2010.
- [13] 瞿沙利.《我国〈刑法〉中逃税免除刑事责任条款的适用问题研究——以扎兰屯电力设备公司逃税案为例》[J].中国知网.2014.

## 论非法集资犯罪行为的认定与处置

王赫一\*

**【摘要】** 本文主要研究非法集资犯罪行为,对非法集资犯罪的概念、类型、基本特征、面临的问题等进行简析,提出应对非法集资犯罪的相应对策。本文认为非法集资犯罪行为在应对时存在一些问题,宏观方面包括经济、制度、社会监管、涉案者心理等层面,微观方面则包括定罪处罚、涉案款项的追回、被害人的安抚工作等,因而就此提出应对措施,包括进行全面金融改革、建立综合防控体制、提高非法吸收公众存款罪的量刑幅度、将“目的型”行为标准向“行为型”转变等,以期达到防控非法集资犯罪行为高发的目标。

**【关键词】** 非法集资犯罪行为 面临的问题 应对措施

### 一、非法集资犯罪行为界定

#### (一) 概念及历史沿革

非法集资这一概念最早出现在 1986 年《中华人民共和国银行管理暂行条例》中,但条例并未给非法集资下定义。直到 1996 年 12 月,最高人民法院出台的《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》中首次将非法集资定义为“法人、其他组织或者个人,未经有权机关批准,向社会公众募集资金的行为”。此后我国刑事立法中大都采取这种广义的定义方式。2017 年《处置非法集资(征求意见稿)》将非法集资行为认定为“未经依法许可或者违反国家有关规定,向不特定对象或者超过规定人数的特定对象筹集资金,并承诺还本付息或者给付回报的行为。”1995 年全国人大常委会通过了相关法规,首次提出了“非法吸收公众存款”的概念及刑罚适用,并于 1997 年修订刑法时细化了非法集资类犯罪的罪名归类,将欺诈发行股票、债券罪归入妨害对公司、企业的管理秩序罪中,将非法吸收公众存款罪和擅自发行股票、公司、企业债券罪归入破坏金融管理秩序罪中,将集资诈骗罪归入金融诈骗罪中。随后,1998 年、1999 年以及 2010 年又相继出台了各类办法,对有关非法集资行为的认定等疑难问题进行明确,为今后关于非法集资行为的研究指明了方向。

#### (二) 非法集资犯罪行为与合法民间借贷的区别

司法实践中,关于非法集资与合法的民间借贷的界定一直是容易混淆的点。民间借贷是指自然人、法人、其他组织相互之间的自愿借贷行为,是一种典型的民事法律行为,其与非法集资有以下几点不同:

##### 1. 资金用途不同

民间借贷的资金通常有特定的用途,公民可能为了解决日常生活的住房、看病等事项而借贷,公司法人则因为各种情况的资金周转而借贷,都具有合情合理的目的性;而非法集资具有很大的随意性,可能为了逃避金融机构的监管,也可能仅仅是为了非法使用或者非法

\* 王赫一:上海政法学院 2017 级法律硕士(法学)刑事司法方向在读研究生。

占有而进行集资。

## 2. 集资或者借贷对象不同

民间借贷的对象往往是特定的一个或者几个，具有确定性；而非法集资基于其非法使用或者占有的目的，面向的是不特定多数人，具有广泛性。

## 3. 集资或者借贷的方式不同

民间借贷虽然基于自愿原则，但是在法律允许的范围内展开的，例如民间借贷利率最高不得超过银行同类贷款利率的四倍；而非法集资的集资方式不合法，具有很大随意性，并且许多犯罪分子为了吸引到更多资金通常采取欺诈等违法手段进行集资。

## 4. 最主要区别

民间借贷与非法集资的最主要区别在于是否会产生金融风险以及是否足以危及金融安全与经济秩序。<sup>①</sup>如果说前三项区别是形式上的不同，那么这一项则是实质上的不同。也即，如果筹集资金的行为危及了社会公共利益，扰乱了金融秩序的稳定，造成不良影响，如符合前述特征，此时应当认定为非法集资行为；相反，如果只是单纯的借贷行为，无论数额的大小，借款人没有进行非法使用或者占有，也不会扰乱社会金融秩序，合情合理的借款应被认定为民间借贷。

### （三）刑法规定的非法集资犯罪行为的分类

2010 年最高人民法院发布的《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》中具体规定了 11 种非法集资的行为方式，<sup>②</sup>有这些行为者将被认定为非法吸收公众存款罪，笔者大致将其分为投资型、欺诈销售型和民间会社型。

#### 1. 投资型

在该类型中，集资者往往打出博人眼球的广告，如房产投资、代种林木等，与投资者签订合同，约定一定时间后返还本金及高额利息或收益，但需缴纳一定数额的资金，资金名目如押金、启动资金、服务费等。集资者收集到资金后，若用于经营活动，则可认定为非法吸收公众存款罪，若用于经营活动，则大多认定为集资诈骗罪。这种类型的非法集资行为的核心是以各种理由向投资者索要费用，通过合同的方式让投资者“安心”投资。<sup>③</sup>

#### 2. 欺诈销售型

这种类型的非法集资行为主要是以欺诈销售商品、股票、债券、基金、保险等方式进行，可能以虚假宣传骗取投资者的投资，也可能以真实的投资方式进行宣传再进行非法集资，并且在这类非法集资者当中，有职业便利者往往占大多数，他们一般从事销售类行业，通过职业的便利，劝说、鼓动投资者进行投资，进而将资金收入自己囊中。

#### 3. 民间会社型

这种类型的非法集资行为以成立各种民间会社为名义，如“同乡会”“互帮会”等，没

<sup>①</sup> 参见林越坚：《非法集资与民间借贷的刑民界分》，载《财经科学》，2013 年第 1 期，第 39 页。

<sup>②</sup> 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》第二条规定：实施下列行为之一……以非法吸收公众存款罪定罪处罚：（一）不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的；（二）以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金的；（三）以代种植（养殖）、租种植（养殖）、联合种植（养殖）等方式非法吸收资金的；（四）不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的，以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的；（五）不具有发行股票、债券的真实内容，以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金的；（六）不具有募集基金的真实内容，以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的；（七）不具有销售保险的真实内容，以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的；（八）以投资入股的方式非法吸收资金的；（九）以委托理财的方式非法吸收资金的；（十）利用民间“会”、“社”等组织非法吸收资金的；（十一）其他非法吸收资金的行为。

<sup>③</sup> 参见金泓序：《互联网金融中非法集资行为的刑法规制研究》，载吉林大学博士学位论文，2016 年 12 月，第 15 页。

有固定的组织模式，以民众间的相互信任为依靠，常常通过收取会费的方式进行集资，该类型的主要特点是，投资者与集资者大多以口头方式约定相关费用及本息交付时间，为进入刑事诉讼程序后的侦查工作带来很大不便。

#### （四）非法集资犯罪行为的特征

非法集资犯罪是一类涉众性经济犯罪，涉及人数众多，涉及金额巨大，涉及地域广泛，同时具有隐蔽性高、潜在危害性大等独有的特征。也正是这些特征使得立法者将非法集资类犯罪置于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中，排列序位优先于侵犯公民人身权利、民主权利、财产权利犯罪，而仅次于危害国家安全罪和危害公共安全罪，其重要性可见一斑。

##### 1. 基本特征：牵涉人数众多，涉及金额巨大，涉案地域广泛

非法集资犯罪首先开始于吸纳人群，犯罪分子往往能够通过良好的口才以及吸人眼球的广告等形式博得受害者的信任，其中，中老年女性受害者人数往往占大多数。中老年人通常为了处置闲置资金，减轻儿女负担，将自己的存款悉数交给犯罪分子，而女性对违法犯罪行为的辨别能力又往往弱于男性。犯罪分子吸纳了一定数额的钱财后，非法使用进行经营活动，之后可能导致经营不善，无法给予受害者承诺的相应本息，于是再次进行资金吸纳，由非法使用转变为非法占有，循环往复，直至东窗事发时，才发现已吸纳的金额已达千万甚至更多。在寻找犯罪对象的过程中，犯罪分子可能为了获取更多的资金而跨区域进行犯罪，这就导致了涉案地域的广泛性，以及由此引发的调查取证困难等进入刑事诉讼程序后的一系列问题。

##### 2. 形式特征：以合法形式和高额利益进行伪装，形式日益多样化

非法集资犯罪分子在吸纳资金时为了取得受害者的信任，一定会摆出合法的、正规的姿态，做足表面功夫，办公地点、工商执照一样不差，有的还假借政府之名大肆宣传，甚至邀请社会各界人士、媒体及政府领导人员参加公司开幕仪式，给受害者造成政府知晓并且支持的假象，从而放心地进行投资。<sup>①</sup>犯罪分子往往承诺给受害者高额的利益回报，使受害者即使不是怀揣着“一夜暴富”的美梦，也会对如此诱人的利益心动不已。2007年，国务院法制办公室将非法集资的种类和形式分为了债权、股权、商品营销和生产经营四大类，并总结了一些非法集资活动的具体类型。<sup>②</sup>十个年头已过，非法集资的形式早已经不限于此，随着经济的进步和社会的发展，非法集资的形式会日益增多，并且会向着互联网、投资理财等热门行业进发。

##### 3. 实质特征：潜伏周期较长，社会危害性大

非法集资犯罪是一类需要时间的犯罪，也就是所谓的“放长线，钓大鱼”，有些专为非法集资设立的公司持续时间甚至长达两三年。初期，犯罪分子通常会给予受害者承诺的高额回报，以换取受害者的信任，后期，直到公司的资金链断裂，无法维持运营，也无法给付受害者高额利益甚至连本金都无法偿还，公司负责人携款潜逃时才会被发现，待侦查机关介入调查时为时已晚，已造成不可估量的损失。这种具有隐蔽性和滞后性的犯罪往往社会危害性较大，在前期难以被发现，况且犯罪分子对公司的运营状况具有一定的预见性，一旦发现局势不可挽回，便会销毁罪证后逃匿，不利于侦查机关的调查取证。由此可见，非法集资犯罪具有严重的社会危害性。

<sup>①</sup> 参见杨仁荣：《论政府公信力及非法集资》，载《浙江金融》，2008年第11期，第12页。

<sup>②</sup> 参见《国务院法制办就打击非法集资等问答》，载新华网，2007年7月。

## 二、应对非法集资犯罪行为所面临的问题

### (一) 宏观问题

#### 1. 经济方面

现今社会经济水平的不断提高是非法集资犯罪频发的一个基本原因。如今，人们的生活水平和消费水平日益提高，日常开销增加；公司企业的规模越来越大，所需的用于周转的资金也就越来越多。于是，老百姓对于相对而言具有诱惑力的低投入、高回报的投资机遇的需求就愈发增多，各公司企业为了在充满竞争的社会中得到良好发展，也不惜铤而走险，两方面共同作用，从而造成了非法集资犯罪行为的频发。

#### 2. 制度方面

文章将制度层面分为两方面。第一，金融体制方面。我国的金融体制长期受计划经济体制的影响，在管制方面较为严格，例如市场准入、利率管制等。从我国现行刑法来看，所有未经监管机构批准而进行的集资行为都会被认定为非法集资行为，由此否定了民间金融存在的合法性。利率管制方面，我国利率水平长期低于市场平均水平，对民间资本的吸引力不足，社会闲散资金过剩。第二，惩戒机制方面。我国一直以来都在强调禁止、打击正规金融以外的所有民间金融，并且实行刑事打击为主、行政规制为辅的惩戒方式，只通过事后确认的方式认定为犯罪，而没有借助事前、事中的行政规制进行治理。<sup>①</sup>这种倚重刑事打击的治理方式是不全面的，同时也违背了刑法的谦抑性原则。

#### 3. 社会监管方面

非法集资犯罪行为频发直接反映出的是我国监管体制的不健全。例如工商管理部门没有对公司企业设立的条件进行审查，没有对股东资格进行审核，或者在审核时有疏漏，或者银行等金融监管机构没有对异常的资金流动进行监管，这些都会导致犯罪分子钻空子。<sup>②</sup>

#### 4. 涉案者主观心理方面

第一，犯罪分子的心理层面。犯罪分子普遍认为非法集资行为是一个投入低、回报高、来钱快的渠道，即使明知风险高，也不惜抱着侥幸心理在暴利的驱动下铤而走险，得到几次回报后便一发不可收拾。第二，受害者的心理层面。受害者通常具有趋利性，拥有一定量的闲散资金，加之犯罪分子天花乱坠的诱惑，便寄希望于“钱生钱”，盼望着犯罪分子承诺的巨大利润，甚至有些人到事发时还对此一无所知。

### (二) 微观问题

#### 1. 定罪处罚困难

(1) 调查取证困难。文章在上文已经阐述了非法集资犯罪的特征之一便是潜伏周期长，这一特征换一种说法便是隐蔽性强，而较强的隐蔽性必然导致的就是调查取证困难。非法集资犯罪分子往往在该领域具有一定的经验，反侦察能力也很强，公司通常在犯罪前已经积累了一定的声誉，即使公司的设立初衷不是进行犯罪行为，也为后期的犯罪行为做了良好铺垫。加之非法集资犯罪行为具有一定的可预见性，当犯罪分子预见到公司资金已呈无法周转的趋势，资金链断裂到无法修复，犯罪分子通常就会选择携款潜逃，并且在潜逃之前一定会将相关证据进行清理，这就导致当侦查机关介入调查时，相关证据已被毁损灭失，无法挽回，阻碍调查工作的顺利进行。

况且，在非法集资案件中，很多都涉及跨区域的问题，办案耗时长，区域间沟通交流

<sup>①</sup> 参见刘志伟：《非法集资行为的法律规制：理念检视与路径转换》，载《江西财经大学学报》，2016年第1期，第113页。

<sup>②</sup> 参见韩文华：《非法集资犯罪的现状及对策研究》，载西南政法大学法律硕士专业学位论文，2013年9月，第14页。

不够,信息共享不充分,还会涉及管辖权等一系列问题,这无疑也为非法集资案件的调查的开展增加了难度。

(2) 认定“非法占有”的目的困难。在非法集资犯罪中,非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪在主观意图上较为明确,都是“以非法占有为目的”,但在认定时是十分困难的。由于目的属于主观方面的内容,是犯罪分子内心世界的东西,所以很难准确进行鉴定,必须结合外在客观事实进行推定。基于此,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》中明确规定了八种可以认定行为人具有“非法占有”目的的情形,细看可知,这八种情形均将重点放在了“不能返还”“逃避返还”上,但显然,由“不能返还”“逃避返还”并不能必然推出行为人一定具有“非法占有”的目的,行为人在资金链断裂后希望能够尽快偿还资金但一时不能返还,或者行为人将资金用于其他生产经营活动,或者行为人害怕承担法律责任而逃避返还的情况也是可能存在的,并不能证明行为人具有“非法占有”资金的目的。因此,司法实践中在认定“非法占有”目的的时候,不仅仅需要行为人的口供,更需要结合相关证据予以分析才能推定。<sup>①</sup>

## 2. 涉案款项追回困难

非法集资案件的涉案款项大致有几方面的去向。第一,投入项目运营,已投入的资金难以追回,还有些被犯罪分子声称投入运营,实则据为己有,真实去向不得而知。第二,维持公司的运作,为员工发放工资、红利等,许多公司在开始从事非法集资行为后,便刻意销毁或者做乱账目,难以准确查清资金去向。第三,向被害人返还一定的利息,为了赢取被害人的信任以及取得长期的“合作”,许多公司纷纷以返还利息的方式进行。这些资金去向分散、混乱,为追回带来很大不便。

## 3. 被害人的安抚工作困难

像上文提到的,非法集资案件的被害人大多是中老年人,且女性居多,因此案件发生后,许多被害人往往比较激动,情绪起伏较大,认为只要公司还坚持运营,自己投入的资金就有收回的可能,至少要比公司运营者被绳之以法的情况来得好,加之对侦查工作的不理解,有些过激的被害人还会不断给有关部门施压,常常会给办案带来阻碍。<sup>②</sup>

# 三、应对非法集资犯罪行为的对策

面对高居不下的非法集资案件数量,研究者应当从多个角度进行分析,寻找符合我国国情的处理对策,以期达到高效防控非法集资犯罪案件发生的终极目标。

## (一) 微观方面

### 1. 将“以非法占有为目的”的认定标准向“行为型”认定标准转变

如前所述,“以非法占有为目的”作为行为人的主观意思,司法实践中很难进行准确认定,况且无法涵盖“使用型”非法集资案件,所以若能够将这种认定标准转变为以行为作为判断依据的方式,则能够更好地、更准确地进行非法集资犯罪的认定。文章认为,若只是单单列出几种非法集资的行为方式是不够的,正如最高人民法院《审理非法集资案件解释》中规定的八种认定“以非法占有为目的”的情形,是不能涵盖一切情况的,但想要穷尽列出所有行为方式又是不可能的,所以这需要通过长时间的研究探索找到一种高效便捷的方式。文章认为可以从以下几个方面进行分析:第一,行为人集资的方式,主要看行为人在集资的时候采取了怎样的手段,是否使用了欺诈、虚假宣传、使用虚假证明材料等方式;第二,行

<sup>①</sup> 参见前引⑦,第 18 页。

<sup>②</sup> 参见赵远、商浩文:《论扰乱无线电通讯管理秩序罪的立法修改》,载《法学杂志》,2016 年第 8 期。



为人给出的利润条件,若行为人给出过高的、不合理的回报率,则行为人具有非法集资的可能性;第三,所筹集资金的去向,主要看行为人是否将资金投入运营活动或者擅自改变资金用途;第四,行为人集资时公司的运营状况,由此推断行为人对公司运营情况的预见程度,若运营状况糟糕,入不敷出,则推断行为人具有非法集资以弥补资金链的可能性;第五,行为人违约后的态度及行为表现,行为人在被发现不能及时偿还本息的情况下,若找借口一拖再拖、拒不返还甚至携款逃匿,则可判定其行为属于非法集资。<sup>①</sup>这样一来,主要从以上几方面进行分析来确定行为是否属于非法集资犯罪,而将行为人的主观目的或者意图作为参考,能够更加准确地认定非法集资行为。

## 2、适当提高非法吸收公众存款罪的量刑幅度<sup>②</sup>

2015年颁布的《中华人民共和国刑法修正案(九)》已将集资诈骗罪的死刑废除,这一修订使得我国刑法规定的金融诈骗罪均无死刑,符合世界刑法的发展趋势。但其与非法吸收公众存款罪的量刑幅度相差甚远,在适用时难免出现不合理的情况。例如,行为人进行非法集资,数额巨大,给社会造成恶劣影响,最终以集资诈骗罪被判处无期徒刑;同样是行为人进行非法集资行为,由于种种原因其行为未能得逞,尚未给社会造成实质影响,且证据不足,犯罪嫌疑人也拒不交代,最终只能以非法吸收公众存款罪被判处三年以下有期徒刑,甚至适用缓刑。此种量刑差异过大的刑罚设置显然是不合理的。因此,应当适当提高非法吸收公众存款罪的法定量刑幅度,可参考集资诈骗罪,在集资诈骗罪的刑罚设置基础上适当减轻,以此来适应相对较轻的非法吸收公众存款罪的情节,这样也体现了罪行相适应的刑法基本原则,也不会导致刑罚的滥用。

## (二) 宏观方面

### 1、进行全面的金融改革

现阶段我国金融行业面临的两大问题就是,第一,民间资本多而投资渠道少,导致民间资本过剩,这样一来,民众纷纷被犯罪分子所谓的“高回报”所吸引,将资金悉数投入,加之群众的从众心理,导致民间资本被非法集资者大量吸收;第二,小微企业所需资本多而相应的信贷额少,金融机构将大量的信贷额给予了大中型企业,而对小微企业则关心甚少,实际上,小微企业在国民经济中能够起到增加收入、改善民生、促进社会稳定等一系列积极作用,对整个社会的发展起到举足轻重的作用。这些意味着我国急需全面而彻底的金融改革,应当增加各类投资渠道,给予民间资本流入正规市场的机会,防止大量民间资本因闲置而流入非正规渠道;同时应当加强对小微企业的关心力度,增加小微企业信贷额,使得小微企业不会因资金不足而不得已通过不法渠道获得。

### 2、建立综合防控体制

我国刑法是以预防犯罪为目的的,因此在司法实践中应当注重多角度的防控体系的建立,充分体现刑法的谦抑性原则。

#### (1) 充分发挥各部门职能,完善跨区域协作

将司法机关的打击职能与金融机构、银监会、证监会等部门的监管职能相结合,在细化职责的基础上充分发挥各自优势,司法机关要注重证据的保存与固定,其他机构则注重监督和管理,以期达到一加一大于二的效果;鉴于许多非法集资案件拥有跨区域的特点,各部门也应加强跨区域的协调运作,增强沟通与交流,保证无论在哪个区域都有相关部门进行管理,不留监管盲区。

#### (2) 建立信息共享平台,加强对集资款项的监控

<sup>①</sup> 参见陈鹏鹏,王周:《集资诈骗罪的认定问题》,载《西南政法大学学报》,2012年第2期,第3页。  
<sup>②</sup> 参见刘宪权:《刑法严惩非法集资行为之反思》,载《法商研究》2012年第4期,第119页。

将公司的集资情况联网共享, 仅对监管部门开放, 建立起综合信息的共享平台, 并对集资款项尤其是大额款项的异常情况进行跟进监控, 进行识别、检测和控制, 如有问题则立即采取措施, 并且一旦案发能够得知涉案款项的去向, 便于资金的追回, 以此便能高效的防治非法集资案件。

(3) 加大宣传力度, 为民众普及相关知识

媒体、社会团体等机构或者基层组织应当发挥其积极作用, 加大对于非法集资行为的宣传教育力度, 为民众普及非法集资的主要行为方式、主要针对人群、与合法民间借贷的区别等基本知识, 并呼吁民众守法爱法, 不可因贪图利益而误入歧途, 也可为民众讲解有关法学、金融学的相关知识, 使社会公众认识到非法集资的危害性从而自觉规避类似行为。也可建立举报奖励制度, 鼓励社会公众举报涉嫌非法集资行为。

### 【参考文献】

- [1] 林越坚:《非法集资与民间借贷的刑民界分》, 载《财经科学》, 2013 年第 1 期, 第 39 页。
- [2] 金泓序:《互联网金融中非法集资行为的刑法规制研究》, 载吉林大学博士学位论文, 2016 年 12 月, 第 15 页。
- [3] 杨仁荣:《论政府公信力及非法集资》, 载《浙江金融》, 2008 年第 11 期, 第 12 页。
- [4] 《国务院法制办就打击非法集资等问答》, 载新华网, 2007 年 7 月。
- [5] 刘志伟:《非法集资行为的法律规制: 理念检视与路径转换》, 载《江西财经大学学报》, 2016 年第 1 期, 第 113 页。
- [6] 韩文华:《非法集资犯罪的现状及对策研究》, 载西南政法大学法律硕士专业学位论文, 2013 年 9 月, 第 14 页。
- [7] 陈鹏鹏, 王周:《集资诈骗罪的认定问题》, 载《西南政法大学学报》, 2012 年第 2 期, 第 3 页。
- [8] 刘宪权:《刑法严惩非法集资行为之反思》, 载《法商研究》, 2012 年第 4 期, 第 119 页。

## 论假想防卫过当的认定

祝超男\*

**【摘要】** 假想防卫过当指行为人对现实产生错误认识,为免受不存在的侵害而采取超过适当限度的措施并造成损害的情形。假想防卫过当具有误认性、防卫性、过当性、损害性等多特点,根据防卫意图的不同,可以分别以间接故意、过失、意外事件来定罪处罚。司法实践过程中,本就不法侵害以及必要程度的界定存在难度,再加上没有明确的法律条文规定下,基本靠理论学说来定义处理,这就使得现实案件的解决颇具疑惑,稍有不慎,就会造成冤假错案。

**【关键词】** 假想防卫过当 实践认定 罪过形式 刑事责任

### 前 言

与正当防卫不同,假想防卫不以存在现实侵害为前提,其强调三个要素:不法侵害误认性、防卫意图以及行为危害结果。而假想防卫过当又区别于假想防卫,其并不是假想防卫+过当这般简单,就其性质、罪过形式等方面较为复杂,十分有研究价值。

本文将从三大部分对假想防卫过当这一问题进行研究。第一部分会对假想防卫过当进行一个较为全面的分析,对其定义、性质、罪过形式进行探讨。第二部分,是对假想防卫过当的认定处理的研究,主要涉及不法侵害、及“必要程度”的衡量这两个部分。第三部分则是对假想防卫过当的刑事责任进行分析,具体探讨假想防卫过当的刑事处罚和相关量刑制度。

## 一、假想防卫过当概述

### (一) 假想防卫过当的特征

我国刑法第二十条第二款对防卫过当的解释认为超过必要限度的损害应当责难。以假想的防卫为前提条件,假想防卫过当的概念可以定义为:行为人对现实情况产生错误判断,为避免不存在的侵害而实施了超过适当限度的行为并造成损害的情形。该定义包含了如下三个特征:

首先,假想防卫过当的前提应当明确为以行为人对现实情况产生错误判断,这一点与假想防卫一致。对于假想防卫,我国存在不同的学说:狭义说与广义说。狭义说认为假想防卫仅能出于对现实不法侵害的错误认识,对于广义说中列举的防卫对象错误和防卫时机的不当都不认同。<sup>①</sup>笔者赞同狭义说,即假想防卫过当的前提仅包含对不法侵害存在错误认识这一种情形。

其次,假想防卫过当的防卫人主观上具有防卫意图。<sup>②</sup>意图反应一个人的行为动机,我们可以看到,主观意图的不同,会在法律上引起不同的后果。公民虽然具有防卫权,但倘若出于私心私利,则这种防卫必然变味,应受法律的禁止。在探讨假想防卫及假想防卫过当时,强调现实的误认,意在说明行为人意图的正当化,排除主观的故意,否则行为人的行为应视为故意犯罪。

最后,防卫行为要求过当并由此造成了不同的损害结果。法律对特定人的权益保护是

\* 祝超男:上海政法学院 2016 级刑法学专业研究生。

① 刘明祥:《论假想防卫》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》1996 年第 1 期。

② 党丽敏:《论正当防卫与防卫过当的界限》,《法制与社会》2008 年第 27 期。

有限度的,因此它在赋予一方权利的同时,要求其尽到注意义务以免超过必要限度。换言之,在假想防卫的场合,一旦假想防卫行为超过必要限度,就会由合法转向违法甚至是犯罪。至于“必要程度”的认定细节,笔者将在下文进行阐述。

## (二) 假想防卫过当的性质

假想防卫过当的案件时有发生,但对其性质学界却存在争议。部分学者主张假想防卫过当属于假想防卫的范畴。<sup>①</sup>理由大致为:假想防卫与正当防卫前提不同,不应基于正当防卫的前提条件再去研究假想防卫中是否因错误认识而明显超过了正当防卫的限度,基于此区分假想防卫是否过当无意义。与此同时,另有部分学者认为,假想防卫与防卫过当相竞合而产生了假想防卫过当。<sup>②</sup>那么,假想防卫过当究竟该如何定性?笔者有如下观点:

首先,必须确认一点,假想防卫过当与防卫过当不相同。两者虽然都有过当的防卫情形,但是发生的原因条件完全不同:其中,假想防卫过当强调无真实侵害,而防卫过当则是在不法侵害真实存在的情况下进行防卫,二者虽然都有防卫限度条件的问题,但是因为前提的天差地别,二者并不存在包含关系。

其次,假想防卫过当不能包含于假想防卫之中。虽然两者前提相同,但在此前提下防卫行为是否过当将会产生不同法律后果。假想防卫过当区别于防卫过当,其有可能存在行为人对防卫限度有正确的了解,此时的行为有可能出自于主观故意,即出于错误判断后实施明确的伤害行为,但大多数情形下亦是过失。而假想防卫的防卫意图只能限定在过失的范围内,不存在主观故意的情形,因此假想防卫并不能完全包含假想防卫过当。

最后,不能简单的认为假想防卫过当是字面上的结合假想防卫与防卫过当。假想防卫过当中的“过当”仍是以不法侵害不存在为前提,但是出于行为人个人原因如主观上的臆想而采取了过度行为。而防卫过当仅发生在不法侵害真实存在的场合,由于行为人行行为不当,超过了适当界限并造成他人或者财物损害结果的情形。因此,假想防卫过当中的过当与正当防卫的防卫过当本质不同。直接了当的说,就是假想防卫过当是假想防卫的行为过当,与防卫过当不存在任何关系,两者无论是性质还是前提都相差甚远。

综上所述,尽管刑法学界常常结合假想防卫来讨论假想防卫过当,但假想防卫并不能与假想防卫相提并论,而且与防卫过当也不存在实质上的类似,更不是假想防卫与防卫过当相竞合产生的结果,<sup>③</sup>假想防卫过当是兼具假想防卫和防卫过当些许特征的另一个刑法概念。

## (三) 假想防卫过当的罪过形式

要想对假想防卫过当进行正确的认定及处罚,我们应先对其罪过形式有所认识。对于假想防卫过当的罪过形式,中外刑法学界主要有以下看法:<sup>④</sup>(1)故意说。认为假想防卫过当的重心在于“过当”,即侧重于考量行为人实行行为时对于限度界限是否有明确认识这一问题。现实中,由于行为人对反击行为超过防卫界限这一点有认识,即可能存在有为之的情形,故而以故意犯罪论处。(2)过失说。该说认为在假想防卫中,行为人主观上必须排除故意,对于现实的误判只能出于过失,倘若是因为某些不可抗力造成的误认,则以意外事件论处,其余均应按过失论。(3)二分说。该说认为如果行为人不仅对前提即现实情况产生误判并且是由于过失采取了过当行为,在此种双重过失的情形下成立过失犯;但行为人只是对前提有错误判断,而故意实施超过适当界限的行为时,应当按故意犯罪论处。

三种学说各有特点,但相比较之下,笔者更加倾向于二分说。首先,故意说存在不可忽视的缺陷。故意说侧重于行为人对于“过当”是否有清晰的认识,将行为人明知过当而执意为之这种情形作为假想防卫过当定性的关键因素。但是,并不能说防卫过当行为总是基于主观故意所引起的,我们不能排除行为人由于过失或者其他不可抗拒的原因所造成过当的情形,此时则可能按过失或者意外来处理。其次,过失说有片面之嫌。其强调防卫前提的误认,即只要行为人非出于故意的主观意图进行防卫就可以过失或者意外论处,但是,过失说对于行为人采取行为时的主观意图并未进行讨论,默认了其采取过当的行为是出于过失而非故意。换言之,过失说忽视了对于行为人是否对于过当行为有明确认识这一问题的研究,其遗漏了行为人有意采取伤害行为这种情形,此时,若仍按过失论处显然不正确。综上,单纯的故意

① 李建新:《刑法错误论》,中国政法大学2011年硕士学位论文。

② [日]大塚仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2002年第3版,第337页。

③ 王春福:《假想防卫过当的认定及处理》,《检察日报》2009年7月29日第3版。

④ 黎宏:《论假想防卫过当》,《中国法学》2014年第2期。

说或者过失说都存在问题,无法给予全面而令人信服的解释,相对而言,二分说兼顾了两方面,对于假想防卫过当的起因及限度两方面都有所考虑,区分出“二重错误”和“一重错误”,使得定性处罚更加准确。

具体而言,按照二分说,我们可以将假想防卫过当的罪过形式总结为以下几种。第一,按间接故意犯罪论处的情形。此种情形重点在于行为人对采取的行为程度高于合乎情理的限度有所认识,从而造成了不必要的损害。但鉴于防卫前提认识的不同,我们可以细分为过失+故意和意外+故意这两种情形。过失+故意此种以间接故意犯罪论处的情形强调防卫意图的起因错误,臆想了现实紧迫场景从而采取了所谓的防卫行为,但同时行为人对于所采取的行为强度和将会造成的结果都有较为清晰的认识。换言之,行为人在假想防卫的过程中没有主观故意,只能按过失犯罪论处,但行为的过当则可能包含故意,此时对于这种有意而为的情形应当以故意犯罪论处。

意外+故意不同与过失+故意情形之处在于防卫前提的差别。它着重于要求行为人不仅没有过失地错误认识不法侵害,而且对于此处的错误认识是必然发生的,同时行为人对于自己行为的性质和有可能导致的损害后果具有清楚的认识但不为所动,以致损害的发生,此时定性结果应为故意犯罪而不单单是意外事件。但有另一种观点认为,故意也只是过当部分的故意,防卫的起因是出乎行为人的意外,所以应对行为人判处较轻的刑罚。

第二,按过失犯罪论处的情形。此种情形可以分为过失+过失、意外+过失以及过失+意外三种情况。双重过失要求行为人对防卫的前提和行为限度都存在错误理解,进而在对现实产生错误判断的情况下,过失的进行了越过适当尺度的防卫行为。进一步而言,行为人出于疏忽大意的过失臆想了不存在的侵害,并且出于过失采取了过当行为,此种情形,在过当的防卫部分无论是出于哪种过失,都应当按过失犯罪论处。即过失+过失,双重误认,按过失犯罪处理。<sup>①</sup>但值得注意的是,此处对防卫起因的误认只能是疏忽大意的过失,而不能是基于自信认为可避免的错误认识。在假想防卫的特定情形下,必须存在行为人错误的判断了现实状况,对根本不存在的侵害产生臆想。而基于自信的过失表明行为人存在一种侥幸心理,对将会发生的后果存在认识,这与假想防卫的前提不符,所以根据过于自信的过失的犯罪来定罪量刑较之假想防卫过当更为适宜。

意外+过失,强调行为人对不法侵害的认识产生误认是不可避免的,属于意外事件,并实施了防卫行为,但行为人出于过于自信的过失或疏忽大意的过失对超出必要限度造成的损害结果的认识是有错误的。此种情形,虽然防卫人对防卫起因的误认属于意外事件,但却对采取的过当行为存在过失,故而应按过失犯罪论处,与此同时,对因为意外造成的防卫起因的误判可进行适当的量刑减罚。<sup>②</sup>

过失+意外,指行为人出于过失,完全未认识到侵害的不存在,对臆想的情况实施了过当的行为,但对过当行为造成的损害结果完全属于意外,该结果的产生非行为人的责任。在此种情形下,对过当防卫造成的损害结果部分因无过错,可以不予处罚,但对假想防卫部分存在过失,此种情形的假想防卫过当应按过失犯罪论处。

第三,构成意外事件的情形。其构成要求对不法侵害的误认与过当的防卫行为部分都是意外事件,否则以故意或过失犯罪论处。换言之,要想构成意外事件,不仅要求行为人对现实情况产生错误认识是不可避免的,而且要求行为人对于过当的防卫行为造成的不良结果产生错误认识也是不可避免的。

## 二、假想防卫过当客观方面的认定

### (一) 不法侵害的界定

如前文所述,无论是狭义的假想防卫学说或是广义的假想防卫学说都将“不法侵害”这一要素作为定义的重点,可以说,正确的界定何为“不法侵害”对研究假想防卫是相当有必要的。

我国《刑法》第20条第1款对正当防卫做出了界定,该条款虽涉及不法侵害的描述,但对其范围(仅指犯罪行为或包含一般违法)及认定依据(到底依据客观还是防卫人主观意

<sup>①</sup> 冯金银:《论假想防卫过当》,《广西政法管理干部学院学报》2009年5月第3期。

<sup>②</sup> 参见前引<sup>①</sup>,冯金银:《论假想防卫过当》

识)都未作出解释,这也给现实司法实践带来了许多麻烦,因此,我们有必要对其范围和认定依据作出界定。

首先,我们解决“不法侵害”的认定标准这一问题,即其究竟是以客观存在还是应该以防卫人主观认识为成立条件呢?对此,英美法系和大陆法系的看法迥异。英美法系持“主观说”,认为纵然实际上不存在现实的不法侵害,但只要行为人坚持认为自己或他人的合法权益面临受侵害的威胁并怀着忠诚的防卫不法侵害以保护合法权益为目的的态度,那就可以断定行为人满足了正当防卫的必要前提。<sup>①</sup>相对的,大陆法系持“客观说”,即坚持以不法侵害的实际存在为认定标准,这比英美法系要苛刻许多。大陆法系与注重保护特定人利益的英美法系相比,其侧重于社会秩序的稳定,这点也被我国所吸收,因此,我国刑法学界也多持“客观说”。经过理论的革新,现如今有许多学者提出了“折中说”,认为对于“不法侵害”的认识,既不能一味从行为人主观上的感觉来认定,也不能一味根据客观来定。<sup>②</sup>而应该更多地从“不法侵害”的紧迫性、不法性、侵害性、可制止性这些角度考察。

笔者在考量数种学说的优缺点后,较为赞同“客观说”,理由如下:第一,“不法侵害”作为一种否定性评价,应当严谨定义,尽可能的缩小范围以求精确,因而从客观事实出发应该说是最好的做法,而如果从主观认识去定义,势必会模糊范围,容易造成是罪非罪的局面;第二,主观认识相对于客观事实,很难认定,在司法实践中几乎不可能准确鉴定出行为人的真实想法。无证据充分证明的情况下,如果坚持以主观认识为标准,势必会给嫌疑人脱罪。

其次,“不法侵害”的范围也值得探讨。我国刑法界存在两种看法。持狭义说观点的学者认为我国刑法中所指的不法侵害行为仅仅指那些情节严重且已构成犯罪的行为;而持广义说观点的学者认为不仅包含狭义说的范围,还加入了一般违法行为的范畴。相较而言,笔者更加倾向于广义说。理由如下:

第一,根据罪刑法定的基本原则,我们对于不法侵害的解释应该在立法原意的范围内进行展开。法律的背后是制定法律时,立法者的价值取向、社会效益追求和刑事政策意向。因此我们可以通过研读法律文献,探讨法律法规的立意,在充分解了立法者的原意的基础上来探求当下法律的价值追求。纵观我国刑事术语的发展历程,从最早在刑法典草案中对防卫对象所使用的“不法侵害”、“犯罪侵害”等术语,到后来生效的刑法典中对“犯罪侵害”这一提法的舍弃,说明立法者的这一选择是深思熟虑的产物,体现了当下的法律追求。换句话说,透过立法原意,一般违法行为应当纳入我们探讨的范围之中。

第二,狭义说存在明显的缺陷。趋利避害是人的本性,当一个人的人身和其他权益受到侵害时,其精神必然是处于高度紧张的状态,如何避害是他最亟需思考的问题。因此从防卫人处境考虑,要求防卫人在面临突如其来的侵害行为这一紧急情况下,先清楚判断是犯罪行为还是一般违法行为再进行防卫这无疑是不现实的,等你判断清楚准备制止时也许侵害早就已完结了。除此之外,如果受害人是完全无刑事责任能力人,由于其实施的行为不为犯罪行为,但却实际存在利益损害,一味的强调只有犯罪行为才能正当防卫势必会造成合法利益的无法挽回,这是非常不合理的。合理的做法是:无论是情节严重可以构成犯罪的行为还是一般的违法行为,只要该行为对公民的合法权益造成了现实的紧迫威胁,公民都可以采取防卫行为以捍卫自我合法权益。<sup>③</sup>

综上,假想防卫中的“不法侵害”指事实上对国家、集体的公共利益、本人或者他人的合法权益没有造成危害,也不存在违反国家法律、行政法规的行为。与此同时,急迫的不法侵害也只是出于行为人自己的主观臆想,因此,行为人针对根本没出现的不法行为实施的所谓“正当防卫”同样是法律所不能保护的行为。<sup>④</sup>

## (二)假想防卫过当之“必要限度”的衡量标准

无论是防卫过当还是假想防卫过当,都无法回避“必要限度”这个问题,因此有必要再次做出一定的探讨。

如何判断是否超过必要限度,笔者认为应根据基本相适应的原则,并据此来把握。我们可以笼统的将“采取的防卫行为,达到可以制止不法侵害并且不会造成不必要损害的程度”

① 姜伟:《正当防卫》,法律出版社1988年版,第112页。

② 郭玮:《论正当防卫的适用》,中国政法大学2009年硕士学位论文,第35、36页。

③ 龚泉周、李宏健:《试论正当防卫之必要限度》,《法制与社会》2008年第23期。

④ 叶莹:《论假想防卫过当》,中国吉林大学2013年硕士学位论文,第4页。

视之为必要程度。就是说假想防卫人实施防卫行为的强度只要能够制止假想的侵害行为，我们就可以认为达到了“必要限度”。之所以要求“基本相适应”是因为人都具有感性的一面，时常情绪化，无论是处于现实的不法侵害下还是自我误认不法侵害存在时，行为人在面对突如其来的危险都会产生恐惧、紧张的心理，此时苛求行为人冷静的面对不法侵害的强度及可能造成的结果进行分析后再采取行动无疑是不现实的。因此，在假想防卫的过程中，只要求行为人采取防卫行为的工具、方式、强度能够阻止假想的侵害行为，我们就可以认定其满足“必要限度”。

根据基本相适应原则的精神，我们可以对于是否超过必要限度的具体标准作出如下的界定：

第一，从“一般公众的标准”来界定防卫强度。所谓“一般公众的标准”是指在错误认为发生不法侵害的情形下，以一个普通大众所会做出的反应作为考量标准。此处强调“事中”和“特定人”条件，既不可将处于事后无紧迫压力的情况下正常人所为作为参考标准，也不能参照除双方行为人之外的第三人出于无压力情况下进行判断，而苛求防卫人在实施防卫行为时要做出准确判断。正确的考量应充分考虑防卫人当时所处的环境并据此分析防卫意图，若只是出于惧怕实际不存在的不法侵害而迫不得已使用了对受害者造成侵害的不当防卫行为，此种情形即可阻却故意，不能将其看作为普通的违法行为。结合司法实践，如何评价是否超越正常的度往往通过假设不法侵害发生，以普通大众在面对此种情形时会采取何种防卫手段、工具、方式以及打击的部位为标准进行判断。由于案件的复杂性，在司法实践中，对防卫强度的判断应该具体问题具体分析，结合当事人的经验认识、法益侵害强度、环境差异来综合考量。

第二，从防卫人的心理上考量。防卫心理是指防卫人的主观心理状态，即防卫人对于防卫行为可能产生的防卫后果的心理态度。<sup>①</sup>假想防卫人的防卫心理可以分为：一是，对假想防卫可能发生的过当的损害结果持希望并积极追求或放任的态度；二是，对假想防卫可能造成的不应有损害结果处于出于自信的过失或疏忽大意的过失没有认识到。三是，对于实害结果不但没有料想到，并且即使客观上出现了这种不法侵害可能，仅凭普通大众所具备的判断能力没有预见可能性。针对以上几种防卫心理，如果防卫人对行为将造成的结果存在放任或者希望其发生态度的，由于主观上有故意，故不构成假想防卫过当，而应按故意犯罪处理；但若行为人主观为过失，则构成假想防卫过当；若侵害实际存在，但行为人无法预见，对行为结果同样无法避免，则不构成假想防卫过当，可能构成意外事件。

### 三、假想防卫过当的刑事责任

#### （一）假想防卫过当中“防卫人”的刑事责任

前文对假想防卫过当的罪过形式有所表述，借此基础，基于主客观一致的原则，我们可以对假想防卫过当中“防卫人”的刑事责任进行如下分类。

##### 1. 假想防卫过当中间接故意犯的刑事责任：

假想防卫过当中的间接故意的情形可分为两类：一是行为人出于过失，对现实情况产生了错误认识，臆想了不存在的威胁，进而实施了自认为是正当防卫的行为，但对其防卫行为的过当是有清晰认识的，主观上放任了危害结果的发生，即过失+故意的模式。此时，若是防卫行为没有导致危害结果的发生，那么针对假想防卫部分的行为可能构成过失犯罪。但由于假想防卫行为过当并造成了危害结果，且行为人对此主观上有所认识并放任其发生，则应当按相应的故意犯罪论处，一般构成故意伤害罪或故意伤害致人死亡罪。

二是行为人对不法侵害是否存在的错误认识在所难免，但对所采取的行为是否过当及将会造成的危害结果主观上存在故意追求或者任其发展的态度，即意外+故意的模式。在这种情形中，即使行为人对于防卫前提的误判属于意外，但由于行为人对于过当行为将产生的结果有明确认识，主观存在故意，故而构成故意犯罪而不再是意外事件。当然，鉴于前一部分的不可避免这一事实，起因于意外的情形在处罚时相对于第一种情形可以适当减免处罚。

##### 2. 假想防卫过当中过失犯的刑事责任：

假想防卫过当中的过失犯可分为三类：一是，行为人错误判断了现实，误认为存在威

<sup>①</sup> 龚泉周、李宏健：《试论正当防卫只必要限度》，《法制与社会》2008年第8期。

胁并且出于过失对防卫行为的过当及可能造成的危害结果产生了错误认识的情形；二是，由于不可避免的原因使得行为人对不存在的现实威胁产生了错误判断，并且对所采取的过当行为造成的后果也存在错误判断的情形；三是，对现实状况存在错误认识，但对防卫行为是否超过必要限度及所造成的后果有不可避免的错误认识。这三类可归纳为过失+过失，意外+过失，过失+意外的模式，都界定为过失犯罪。对此三类模式，对于客观存在的意外事件，不能归责于行为人；在属于过失的部分中，行为人主观上并没有故意，其主观恶性及客观危害性相对于故意犯罪要小。因此，假想防卫过当中的防卫人按过失犯罪处罚，对无过错的假想防卫部分可作为适当减免处罚的依据。且依据我国现行刑法规定，对过失犯罪只有法律明确规定为犯罪的才处罚。不然，纵使客观上导致了一定的危害结果，但刑法没有对此加以规定，行为人也并没有刑事责任，只能根据一般的违法、违规行为进行处理。

### 3. 假想防卫过当中的意外事件

要想构成假想防卫过当中的意外事件，不仅要求行为人对现实情况产生错误认识是不可避免的，而且要求行为人对于过当的防卫行为造成的不良结果产生错误认识也是不可避免的。因为主观上行为人对于实际发生的意外事件不存在过错，导致客观上引起损害结果也是无从料想的，纯属意外，所以，在此种情形下的假想防卫过当中防卫人不承担刑事责任，而是更多可能会承担民事责任。

总之，在对假想防卫过当的案件进行处理时，必须综合考虑主观和客观，应当严格遵守刑法犯罪构成要件认定的相关规定，多方面考虑主观心理与客观实施。即使部分行为完全满足犯罪构成要件，但在司法实践中，应结合考虑案件情节、实际损害、主观心理多因素来综合考虑。有的应负刑事责任；有的可以从轻或减轻处罚，或视为情节显著轻微而不追究刑事责任；有些行为则属于意外事件，不负刑事责任。<sup>①</sup>

## （二）假想防卫过当的减免处罚

### 1. 假想防卫过当情形下能否减免处罚

对于此问题刑法学界亦有不同声音。其中，一种主流观点认为，从事物的本质属性出发，防卫过当与假象防卫并不完全等同，即使二者拥有某些类似特征，刑法中不能类推防卫过当的处罚模式来适用假象防卫过当。

笔者十分认同此观点，假想防卫过当与防卫过当无论是从构成要素还是行为危害性，都是两种完全不同的情形。防卫过当是以客观实际存在的非法侵害为前提，进而进行防卫，虽然由于行为过当造成了损害，但其出发点是正当合法的，符合国家赋予公民以防卫权的初衷，是被鼓励的行为。<sup>②</sup>而在假想防卫过当当中并不存在现实非法侵害，行为人的过当行为却额外产生了危害，这违背了社会生活中善良人防卫权的初衷，如果一味从有利于行为人的角度出发，适用较轻的防卫过当的规定处罚，则再多的补偿措施也弥补不了社会的公正期待。

另一种观点从刑事政策的角度出发，认为减免处罚的合理性在于：

对犯罪行为进行处罚不光考虑报应的心理，更是为了达到预防犯罪的目的，行为人的主观恶性越大、社会危害性越大，就应适用更严酷的惩戒手段。而假想防卫过当行为人在对现实产生臆想的情况下进行了过当防卫并产生了危害，应当指出其主观上是排除故意的，相较于其他故意犯罪，主观恶性较小，故不应将其与那些恶性较大的犯罪等同视之。

我国刑法犯罪构成讲究主客观多方面结合，光有客观的损害事实而无主观过错就进行定罪是不科学的，应按照主客观相统一的原则，综合考量行为人犯罪时的主观心理及社会危害性来进行定罪量刑，因而在假想防卫过当案件的审理中可以适当减免处罚。

### 2. 假想防卫过当具体情形下的减免处罚

第一，在对防卫前提存在错误认识的情形下，确切的对过当的防卫行为将造成的损害后果有所了解。此时，假想防卫过当的防卫人起初是存在过失，在造成损害结果上又转为故意，在成立过失犯的情况下，考虑行为人主观上并没有恶意，可以对其进行减免处罚；但对造成的实害结果存在间接的故意，按故意的犯罪处罚，但由于假想防卫过当中的防卫人与一般的故意犯罪的行为人相比行为人主观上并没有危害社会的故意，只是主观上是持放任的心态，因此行为人主观恶性相对较小，虽然造成了损害结果，但在量刑上可以对假想防卫过当的行为人减轻处罚。

<sup>①</sup> 马克昌，杨春洗，吕继贵：《刑法学全书》，上海科学技术文献出版社1993年版，第110页。

<sup>②</sup> 陈兴良：《刑法哲学》（修订三版），中国政法大学出版社2004年版，第99页。



第二,在设想假想防卫过当为过失犯罪的情形下,可以减免处罚。理由有两点:

首先,无论是在双重过失还是单一过失的假想防卫过当中,只要行为人的行为被认定为过失犯罪,行为人主观上都排除了故意。其次,感同身受,在突发情况下,一般人难免会有不知所措、手忙脚乱的心理,从而导致应变反应下降是必然存在的,因而也不太可能期待行为人做出运动员般的反应阻止损害结果的发生。综合以上两点,本文认可,出于人性化的角度,确有必要减轻对假想防卫过当中构成过失犯罪的行为人处罚。但是,从过失程度上看,双重的假想防卫过当的防卫人比单一的假想防卫过当的防卫人过失程度更大,因此,在量刑上对双重假想防卫过当比单一的假想防卫过当的减免出发的程度要低一些。

## 结 语

本文前言对假想防卫做了简要介绍,然后深入到假想防卫过当的相关研究中,分别对假想防卫过当的定义、假想防卫过当的客观认定以及假想防卫过当的刑事责任进行了论述。

在假想防卫过当的理论一节,笔者先交代概念,明晰概念后,进而对其性质和罪过形式进行分析。第二节中,笔者主要对假想防卫过当的客观认定做了较为详细的阐述。第三节,则是对其减免处罚的依据和刑事责任进行了论述。其中指出,依据双重错误认识和单一错误将假想防卫过当确定为如下形式:假想防卫过当的防卫人被认定为间接故意的情形包括,过失加上故意;意外加上故意。假想防卫过当的防卫人被认定为过失的情形有,过失加上过失;过失加上意外;意外加上过失。假想防卫过当的防卫人被认定为意外事件的情形只有一种就是意外加上意外的情形。依据主客观相一致的原则对假想防卫过当的几种类型分别按间接故意犯罪、过失犯罪定罪处罚,结合行为人再犯可能性、刑事政策的考量适当减轻处罚。

## 【参考文献】

- [1] 刘明祥.论假想防卫[J].武汉大学学报(哲学社会科学版).1996年第1期.
- [2] 党丽敏.论正当防卫与防卫过当的界限[J].法制与社会.2008年第27期.
- [3] 李建新.刑法错误论[D].中国政法大学2011年硕士学位论文.
- [4] [日]大塚仁.刑法概说(总论)[M].冯军译.中国人民大学出版社.2002年第3版,第337页.
- [5] 王春福.假想防卫过当的认定及处理[J].检察日报.2009年7月29日第3版.
- [6] 黎宏.论假想防卫过当[J].中国法学.2014年第2期.
- [7] 冯金银.论假想防卫过当[J].广西政法管理干部学院学报.2009年5月第3期.
- [8] 姜伟.正当防卫[M].法律出版社,1988年版.第112页.
- [9] 郭玮.论正当防卫的适用[D].中国政法大学2009年硕士学位论文.第35、36页.
- [10] 龚泉周、李宏健.试论正当防卫之必要限度[J].法制与社会.2008年第23期.
- [11] 叶莹.论假想防卫过当[D].中国吉林大学2013年硕士学位论文.第4页.
- [12] 龚泉周、李宏健.试论正当防卫只必要限度[J].法制与社会.2008年第8期.
- [13] 马克昌、杨春洗、吕继贵.刑法学全书[M].上海科学技术文献出版社1993年版.第110页.
- [14] 陈兴良.刑法哲学(修订三版)[M].中国政法大学出版社2004年版.第99页.

## 论合同违约中的精神损害赔偿制度确立

何幸\*

**【摘要】** 关于在合同违约中是否可以适用精神损害赔偿的问题，在学术界一直存在着争论，笔者在此通过对国内学者的观点总结并结合国外的不同立法例，提出应当通过类型化与抽象化结合的方式来加以考虑的观点，并在这一问题的基础上，对合同分类的问题进行延伸探讨，以期可以为《民法典》的编纂中有关合同法的部分提出一些建议。

**【关键词】** 合同违约 精神损害赔偿 合同分类

### 引言

随着我国法治建设的不断发展，我国《民法典》的编纂工作再次被提上日程，2015年3月20日，全国人大常委会法工委正式启动了民法典编纂工作，决定首先起草民法总则，2017年10月1日《民法总则》正式施行。作为民法重要组成部分的《合同法》也必然受到关注，而在关于是否应在合同违约中适用精神损害赔偿的问题一直在学界及实务界存在争议，笔者在此欲通过对该问题的讨论为基础，提出自己对于该问题的一些看法。

要了解合同违约中的精神损害赔偿问题自然要对“精神损害赔偿”的基本情况有所了解，关于何为精神损害，按照学界的通常观点其是指“受害人主要在人格权或其他权利受到侵害以后，而遭受的生理疼痛、精神痛苦以及不良情绪”。<sup>①</sup>其在概念界定上，会强调非物质性、非财产性、非金钱性，认为是非金融性的不利益。<sup>②</sup>因而，在我国学界又有很多学者将其称为“非财产损害”，；（2）生活乐趣的丧失；（3）有时还指身体伤残、名誉降低乃至悲伤等感情伤害。另外，在英美法系国家倾向于对这两个词进行区分。依据英美法观点，非财产损害包括：（1）而大陆法系其他国家经常混用“非财产损害”与“精神损害”，其内容包括：（1）疼痛和痛苦疼痛和痛苦，生活期望和生活乐趣的丧失；（2）身体的不便和不舒适；（3）社会的不信任，名誉受损；（4）精神忧伤；（5）社会关系的丧失。而精神损害主要指精神打击为中心的纯粹精神损害，范围相对狭窄很多。<sup>③</sup>综合上述观点，可以看出我国学界主要将其限定在精神和生理的痛苦之上，但又因将其与财产损害相对，故而又似乎可以将其理解为还包括精神和生理痛苦之外的其他内容。

而基于对精神损害的理解，我们可以知道所谓的精神损害赔偿则是指以金钱形式对受害人所遭受的精神损害进行赔偿的责任形式。这一制度是大陆法系制度的内生性产物，因为从制度发生史的角度观察，该制度可以追溯到罗马法中的“侮辱之诉”，而罗马法正是通过“侮辱之诉”得以构建起“侮辱之诉”与“阿奎流斯法”的二元结构，形成区分“人格利益侵

\* 何幸：北京航空航天大学法学院2015级法学硕士。

① 鲁晓明：《论纯粹精神损害赔偿》，载《法学家》，2010年第1期。

② 叶金强：《精神损害赔偿制度的解释论框架》，载《法学家》2011年第5期。

③ 尹志强：《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》，载《中国政法大学学报》，2014年第6期。

害”与“财产利益侵害”的二元框架，以突出人格保护独立于财产保护的价值以及伦理特征。<sup>①</sup>1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》分别首次在实质和形式上对精神损害赔偿制度进行了明确，1907年的《瑞士民法典》将这一制度进行了完善。<sup>②</sup>我国《民法通则》未明确规定精神损害赔偿，该制度最先通过最高人民法院的司法解释予以确立。1991年发布的《最高人民法院关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定（试行）》第3条第3项、第4条第3项中的“安抚费”被认为是新中国有关精神损害赔偿最早的实质性规定。1993年发布的《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的回答》则首次在形式上确立了精神损害赔偿制度。2001年发布的《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》用了12个条文详细规定了精神损害赔偿的适用范围、条件、数额计算等问题，是迄今为止有关精神损害赔偿最全面系统的规定，也是我国法院审理精神损害赔偿案件主要的规范依据。2010年《侵权责任法》第22条将前述司法解释的成果予以吸收，第一次在民事基本法中对精神损害赔偿予以确认，至此我国精神损害赔偿制度的规范脉络基本形成。<sup>③</sup>

通过上述内容可以看出，无论是国外还是国内对于精神损害赔偿制度的最初建立似乎与合同违约毫无关系，但是现在学界对于此问题却存在着很多的争议，其由来必有一定的原因，下文将会对此问题作出详细的论述。

## 二、理论争议与现实做法

正如上文提到的那样关于违约精神损害赔偿在我国的适用问题，学界存在着几种不同争论，随着社会的发展，对于这一问题的看法也在不断地出现新的观点，而且在世界范围内各国对于此问题的法律规定也不尽相同，有着一定的参考意义。

### （一）当前我国学界的理论争议

对于是否能够在我国合同违约中适用精神损害赔偿的问题，学界主要分为支持与反对两种见解，在支持的意见中又具体有不同的几种观点。

王利明教授反对在违约责任中适用精神损害赔偿，其主要观点包括：一、违约责任和侵权责任的区别之一在于是否能够对精神损害提供补救。只有侵权法才能对精神损害提供补救，而合同法对因违约行为造成的精神损害，原则上是不提供补救的，除非当事人在合同中约定了精神损害赔偿；二、精神损害赔偿使得非违约方获得了交易之外的利益，这就违背了交易的基本原则，不符合等价交换原则；三、在违约责任中对精神损害提供补救违反了可预见性规则；四、在违约中实行精神损害赔偿，将会使缔约当事人在缔约时面临极大的风险，从而不利于鼓励交易；五、如果允许在违约场合赔偿精神损害，则当事人也可在合同中约定一方因相对人违约而遭受精神损害时相对人应当支付一笔违约金，这样一来，会使违约金具有赌博的性质；六、精神损害的最大特点是难以用金钱计算和准确确定，在违约责任中适用会赋予法官过大的自由裁量权；七、在违约造成精神损害的情况下，如果行为人的行为已经构成了侵权，受害人完全可以通过侵权的途径而不是违约的办法来解决，没有必要基于违约主张精神损害赔偿。<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 参见瞿灵敏：《精神损害赔偿惩罚性与惩罚性赔偿补偿性之批判——兼论精神损害赔偿与惩罚性赔偿的立法完善》，载《东方法学》，2016年第2期。

<sup>②</sup> 参见张新宝、李倩：《惩罚性赔偿的立法选择》，载《清华法学》，2009年第4期。

<sup>③</sup> 瞿灵敏：《精神损害赔偿惩罚性与惩罚性赔偿补偿性之批判——兼论精神损害赔偿与惩罚性赔偿的立法完善》，载《东方法学》，2016年第2期。

<sup>④</sup> 转引自崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，载《法学杂志》，2012年第8期。

针对王利明教授的观点,崔建远教授提出了不同主张,支持在违约责任中适用精神损害赔偿。其观点主要有:一、精神损害赔偿,是交由侵权行为法解决,还是允许合同法适当管辖,属于立法问题。承认与否,不宜取决于合同法的过去,而应当考察如今的社会、经济 and 伦理有无关于合同法设置精神损害赔偿制度的本质要求;二、以是否遵循等价交换原则作为应否承认精神损害赔偿的标准,在逻辑性妥当性方面值得推敲;三、在通常的违约损害赔偿的情况下,对违约方的预见对象都不作苛刻的要求,只要求违约方在订立合同时预见损害的原因和种类即可,无需预见到损害的范围,那么,在违约场合的精神损害赔偿领域,同样对待,就完全能够解决违约方的预见问题;四、否定说承认违约责任与侵权责任的竞合,恰恰在医疗合同产品买卖合同中赞同可以成立侵权责任性质的精神损害赔偿,其所谓若承认违约的精神损害赔偿就违反鼓励交易原则的立论不攻自破;五、我们并不广泛地承认违约场合的精神损害赔偿,仅仅在旅游等特殊类型合同场合承认精神损害赔偿,由于此类合同被违反时守约方肯定遭受精神损害,除非守约方不是正常人,违约金责任因违约而成立是确定的,并不具有赌博的性质;六、法官自由裁量权过大的问题,无论是专由侵权行为法管辖精神损害赔偿,还是允许合同法有限制地规定,都是客观存在、难以避免的;七、我国《合同法》并未明确否定不得适用精神损害赔偿。<sup>①</sup>

李永军教授则提出对于精神享受等目的性合同可适用违约精神损害赔偿制度,而对于加害给付中造成的精神损害,应按《合同法》第 122 条区分是否构成独立的侵权之诉处理,若加害行为符合侵权行为要件构成独立诉因,则不能适用违约精神损害赔偿。<sup>②</sup>

龙著华教授认为可以通过法律解释的方法,将《民法通则》第 111 条和《合同法》第 113 条中的“损失”作扩张解释,使其包含精神损害。同时,在未来的民法典制定中应该明确违约精神损害赔偿制度。当然仍需根据现实情况进行一定的限制。<sup>③</sup>

叶金强教授也主张以对《合同法》第 113 条进行法律解释的方式,承认违约精神损害赔偿一般规则,适用可预见性规则来规制违约导致的精神损害赔偿,同时确立精神损害发生的确定性和损害的严重性的前提要求,并指出法院应不断积累司法实践经验对所适用案件类型化,以求法院判决的确定性和法官自由裁量权的适度限制。<sup>④</sup>

梁慧星教授在其主持起草的《中国民法典草案建议稿》对违约精神损害赔偿也持肯定意见。该《建议稿》第 916 条规定:“当事人违约给对方造成损失的,对方有权请求赔偿,但依当事人的特别约定或者依法律规定可获免责的除外。可获得赔偿的损失除现实的财产损失外,还可包括:(一)非财产损失;(二)合理地将要发生的未来损失。”<sup>⑤</sup>

此外还有学者基于合同的合意性来反对在违约责任中适用精神损害赔偿。<sup>⑥</sup>也有学者提出反对对违约精神损害赔偿予以类型化限制,以避免赔偿范围上过于宽泛的见解,而是应该在现行《合同法》条文的解释下进行理解适用违约精神损害赔偿制度。<sup>⑦</sup>笔者在下文的论述中将谈及上述观点,在此不做赘述。

## (二) 典型立法例的现实做法

在美国,对违约精神损害赔偿经历了从完全排斥到有条件承认的历程。《美国合同法第

① 参见崔建远:《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》,载《法学杂志》,2012 年第 8 期。

② 转引自尹志强:《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》,载《中国政法大学学报》,2014 年第 6 期。

③ 参见龙著华:《违约责任中的精神损害赔偿》,载《政治与法律》,2006 年第 1 期。

④ 转引自徐静:《我国违约精神损害赔偿责任制度的构建——以合同法第 113 条解释论为中心》,载《甘肃政法学院学报》,2012 年第 1 期。

⑤ 转引自陆青:《违约精神损害赔偿问题研究》,载《清华法学》,2011 年第 5 期。

⑥ 参见张瑞:《从合同合意性论违约场合下的精神损害赔偿》,载《湖北警官学院学报》,2014 年第 10 期。

⑦ 参见陆青:《违约精神损害赔偿问题研究》,载《清华法学》2011 年第 5 期。

二次重述》认为：“违约精神损害赔偿主要适用于旅客运送合同、旅馆接待客人合同、旅游合同、遗体运送合同等。”<sup>①</sup>在英国，违约精神损害赔偿主要适用于两种合同：一是合同以提供精神满足为主要目的；二是精神损害与违约造成的身体不适或者严重不便有直接联系。<sup>②</sup>加拿大法院之前和美国法院有类似的做法即对违约导致的精神损害一般不予以赔偿，例外仅存在于少许特殊类型合同中。但从 *Jarvis v. Swan Tours Ltd* 案开始，加拿大法院逐渐赋予包含非金钱利益承诺的合同司法意义加拿大法院已经承认保险合同、律师委托人合同、奢侈品买卖合同以及受托人合同等领域是一般规则的例外。<sup>③</sup>

同样，大陆法系国家关于违约责任的精神损害赔偿的法律规定也在发生着变化。《德国民法典》旧法在位于侵权法部分的第 847 条第 1 款规定了在侵害身体健康以及剥夺自由的情况下，受害人可就非财产损害请求金钱赔偿。而位于总则部分的第 253 条则规定非财产损害仅以法律有规定为限可请求金钱赔偿。受旧法总则第 253 条的限制，非财产损害仅可在法定情形下依据侵权法获得赔偿。而 2002 年 7 月通过的《债法第二修正案》将旧法第 847 条从侵权法部分挪到了总则之中作为第 253 条的第 2 款，而旧法第 253 条作为新法第 253 条的第 1 款。经过这一结构的改变，《德国民法典》实现了将精神损害赔偿从侵权法领域扩展到债法的其他部分。<sup>④</sup>在法国，民法长期不愿意承认对精神损害准以金钱赔偿，有些学者至今仍然坚持在违约诉讼中仅仅赔偿财产损失。但是现在，法国民法已经允许对违约造成的精神损害予以金钱赔偿，并且其适用范围比英美的普通法允许的还要广泛。<sup>⑤</sup>《奥地利民法典》第 1331 条规定，若合同目的是为了保护非财产利益，在违约情形中可主张非财产性损害赔偿。意大利则与德国情况相同，《意大利民法典》第 2059 条中规定“只有在法律特别规定的情况下才可以要求精神损害赔偿”，其后期也是通过司法实践的方式来改变民法典（第 2059 条）对精神损害赔偿的限制性规定，包括对违约带来的精神损害提供救济。<sup>⑥</sup>

除上述英美法与大陆法系之外，还需注意的是在欧洲统一法层面，普遍承认违约精神损害赔偿，例如《欧洲合同法原则》第 9.501 条规定：“对由对方不履行而造成的且依 8.108 条未得免责的损害，受害方有权获取损害赔偿。可获取损害赔偿的损害包括：（a）非金钱损害（b）合理的将会发生的未来损害。《国际商事合同通则》第 7.4.2 条规定：“受损害方当事人对由于不履行而遭受的损害有权得到完全赔偿。此损害既包括该方当事人遭受的任何损失，也包括其被剥夺的任何受益，但应当考虑到受损害方当事人由于避免发生的成本或损害而得到的任何受益。此损害可以是非金钱性质的，例如包括肉体或精神上的痛苦。”再如《欧洲合同法典》第 164 条专门对“非财产性损害损失”进行了详细的规定：“可赔偿的非财产性损害：由于生理伤害或对包括法人在内的情感伤害或者由于亲属对死者的怀念造成心理或情感上的严重伤害；由于身体受伤害导致的生理痛苦，即使没有带来病理学的、器官的或功能上的变化。对健康造成的伤害和在其他情形下相关的条款规定的伤害。间接的非财产性损害的赔偿范围限于受害人的近亲属。”

通过上述比较法的方法，我们可以看出在世界范围内，违约精神损害赔偿的适用正成为

① 谢登科：《论旅游合同纠纷中的精神损害赔偿——基于实证主义的阐释》，载《旅游学刊》，2015 年第 7 期。

② 转引自谢登科：《论旅游合同纠纷中的精神损害赔偿——基于实证主义的阐释》，载《旅游学刊》，2015 年第 7 期。

③ 徐静：《我国违约精神损害赔偿责任制度的构建——以合同法第 113 条解释论为中心》，载《甘肃政法学院学报》，2012 年第 1 期。

④ 参见韩赤凤：《精神损害赔偿制度的划时代变革——〈德国民法典〉抚慰金条款的调整及其意义与启示》，载《比较法研究》，2007 年第 2 期。

⑤ 崔建远：《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》，载《法学杂志》，2012 年第 8 期。

⑥ 参见陆青：《违约精神损害赔偿问题研究》，载《清华法学》，2011 年第 5 期。

不可阻挡的时代潮流,当然这不能充分成为我国也必须如此适用的理由,但是我们也必须要把当今我国的司法实践需要以及上述趋势结合起来正确看待,来予以判断是否需要适用。

### 三、违约精神损害的难点及突破

#### (一) 难点

笔者赞同在违约责任方面适用精神损害赔偿,而且较为倾向于类型化与抽象化相结合的方法将违约精神损害赔偿予以明确,这是我国《合同法》在将来进行修订或者是《民法典》制定中必须要面对的一个现实问题,如果在立法过程中不涉及此问题,笔者认为不失为立法上的一大失误,下面笔者将简单陈述一下自己的观点。

对于崔建远教授提出的观点自己表示认同,另外需要指出的是,基于当前我国《合同法》及相关法律中没有明确指出违约责任可以适用精神损害赔偿,因而龙著华教授及叶金强教授提出的通过对《合同法》进行扩大解释的方法似乎较为符合现在的法律适用。而且有关学者也提出通过进行解释来将精神损害赔偿扩大到违约责任的适用上更能节省立法成本,对于此观点笔者认为需要商榷,我们不能否认在立法是需要考虑立法成本的问题,但是如果仅仅想通过扩大解释的方法就可以代替立法工作似乎可能性不大,这里的所谓的扩大解释,笔者理解为包括两种方式,一种是在学理上将其推崇为主流学说来影响司法实践工作,但如此便会存在是否在扩大司法实践者的自由裁量权以及仍然不明确的问题;另一种则是通过最高法院进行司法解释工作,如此的话实际上与立法并无差别,而且该解释的效力远远低于基本法律,而笔者认为对于精神损害这一问题有必要通过基本法律予以明确。另外,在我国正在起草《民法典》的现阶段,在立法的同时将违约精神损害赔偿制度纳入到制定的《民法典》中,对于我国民法体系的完善也有着一定的意义。龙著华教授在其文章中也指出在《民法典》中确立精神损害赔偿制度也是一种可选择的制度模式。<sup>①</sup>

上文中提到有学者还提出基于合同的合意性而反对建立违约精神损害赔偿,其理由主要有:一、若将精神利益纳入所失利益之中,将很难形成法效意思一致的效果,原因就在于此时的精神利益系期待人假想的精神状态,具有完全的主观性与随意性;二、将精神利益纳入所失利益之中,将严重削减目的意思达成的一致性,极大增加争议发生的概率,并严重强化司法裁判的难度,不合理扩大法官自由裁量的权限。三、违约精神损害只能存在于事实的层面,而无法进入合同法领域;四、在现实的经济活动中,纯粹的以精神利益为履行内容的合同是不存在的,因为纯粹精神利益的交易活动在客观上无法进行。在更多的场合下只存在通过一定的财产交易或服务交易而对债权人的精神状态发生影响的交易活动。<sup>②</sup>从上述四点可以看出该学者主要基于所谓的“纯粹的精神享受”的合同认定太过主观,无法认定在法效意思及目的意思上可以在缔约双方达成合意,因而认定其仅能存在于事实层面而无法进入法律层面,故不能予以适用精神损害赔偿。笔者认为其观点可以商榷,首先,对于合意的主观与客观的认定问题,笔者认为该学者存在认识错误。实际上,所有的标准均是客观标准,所谓的主观、客观标准的不同,其实只是标准中是否考虑以及考虑了多少具体当事人特殊状况的不同。<sup>③</sup>因而,精神利益也是客观的,并且是可以通过一定的标准予以量化的,那么这样的话,在法效意思及目的意思上便是可以达成一致的,这样,合同的合意是可以达成的。其合意性反而是支持建立违约精神损害赔偿制度的有力论据。其次,在当今现实生活中“纯

① 参见龙著华:《违约责任中的精神损害赔偿》,载《政治与法律》,2006年第1期。

② 参见张瑞:《从合同合意性论违约场合下的精神损害赔偿》,载《湖北警官学院学报》,2014年第10期。

③ 叶金强:《精神损害赔偿制度的解释论框架》,载《法学家》,2011年第5期。

精神享受”的合同是具体存在的,例如听音乐会时订立的合同、看舞台剧时订立的合同等,虽然类似合同被看做是提供劳务的合同,但是笔者认为在这个所谓的提供劳务的合同中,提供劳务是形式,其实质还是在劳务背后的精神享受内容,否则的话,按照该学者的理解,随便一个人即可上台指挥或者上台演唱,劳务无非就是“挥挥手”或“动动嘴”罢了。最后,对于不合理的扩大法官自由裁量权的问题,笔者则认为在我们理解了“精神利益也是客观的”这一结论后,便不会再有此怀疑,因为对于客观的认定在此时必然有其基本的客观标准来限制法官的裁量权,不会任由法官判断。

## (二) 突破

通过对上述违约精神损害赔偿有关学说及制度的论述,我们可以看到精神损害赔偿被纳入到违约责任中来是大势所趋,当然对于这一制度的适用自然要有所限制,否则将会被滥用,而影响正常的交易的进行。例如龙著华教授在其文章中提出,除了例如“可预见性”、“因果关系”、“过失相抵”、“减轻损失”等一般性法律原则的限制外,还要包括下面几个限制:一是在商务合同中一般不应支持违约精神损害赔偿;二是主体应当排除法人或其他组织;三是应将“比较低层次之不快或不适”排除在精神损害赔偿之外。<sup>①</sup>从第三点限制中我们不难看出,违约精神损害赔偿必须适用于精神利益受到较严重损害的情况。基于此我们还可以推论出在一般合同中应该不会出现主张违约精神损害赔偿的条件,而这样的情况应该会在比较特殊的类型合同中出现,也即上文中曾提到过的“纯精神享受类的合同”适用违约精神损害赔偿的可能性会比较大。而在我国现行《合同法》中并不存在这一合同类型,在这种情况下,笔者在此提出自己一点不成熟的意见以供讨论。

拉伦茨教授在其著作《法学方法论》中提到:“当抽象……一般概念及其逻辑体系不足以掌握某种生活现象或意义脉络的多样表现形态时,大家首先想到的辅助思考形式是‘类型’”。<sup>②</sup>由此可以看出,类型化对于实践有着一定的重要意义。那么按照一定的标准对于合同进行分类则便于人们认清各类合同的特征、对成立要件及生效要件的不同要求、应具有何种法律效力等,从而有助于合同立法的科学化,合同法的妥当适用,合同当事人订立和履行合同,合同理论的完善。<sup>③</sup>而我国学者对于合同的分类主要包括:有名和无名合同、有偿和无偿合同、诺成和实践合同、要适合不要式合同、一时性合同和继续性合同等类型。<sup>④</sup>还有学者将合同分类为:转让财产的合同、使用财产合同、提供服务的合同、运送合同等类型。<sup>⑤</sup>我们从上述合同分类中似乎未明确见到“纯精神享受的合同”这一概念,而类似的合同按照王家福先生的分类,被归类为提供服务的合同之中,例如表演合同、旅游合同等。基于此类合同的特殊性并结合对于违约精神损害赔偿的正确适用,是否可以考虑以缔约者的目的出发单独地将类似的合同归类为“纯精神享受的合同”呢?笔者认为这一归类有其实际意义,一是可以是合同立法科学化,可以将典型的纯精神享受合同予以明确,便于理解与适用;二是对于进一步研究类似合同的发展规律有着积极的意义。当然,将合同类型化并不意味着放弃抽象化的概括,因为时代在发展,合同类型及相关理论也必然随之共同发展,如果仅仅强调类型化是不能满足实践的适用需求的,使合同的分类在具体的基础之上可以得到抽象,充分地将具体的类型化与概括的抽象化相结合,以构建科学的合同法及相关的民法学体系,从而推动民法研究与实践的不断发展与进步。

① 参见龙著华:《违约责任中的精神损害赔偿》,载《政治与法律》,2006年第1期。

② 转引自徐静:《我国违约精神损害赔偿责任制度的构建——以合同法第113条解释论为中心》,载《甘肃政法学院学报》,2012年第1期。

③ 崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年2月第5版,第25页。

④ 参见崔建远主编:《合同法》,法律出版社2010年2月第5版,第26—39页。

⑤ 参见王家福主编:《民法债权》,中国社会科学出版社2015年5月第1版,第553—757页。

## 结 语

通过对合同违约精神损害赔偿问题的探讨,逐步深入到关于“纯精神享受合同”的讨论,再到学者们提到的可以尝试类型化的“目的性合同”,这是一个不断扩展的过程。笔者在此仅仅提出了自己对于这一问题演进过程的初步看法,具体的构想还需要进一步地思考完善。

## 【参考文献】

- [1] 鲁晓明:《论纯粹精神损害赔偿》,载《法学家》2010年第1期。
- [2] 叶金强:《精神损害赔偿制度的解释论框架》,载《法学家》2011年第5期。
- [3] 尹志强:《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》,载《中国政法大学学报》2014年第6期。
- [4] 瞿灵敏:《精神损害赔偿惩罚性与惩罚性赔偿补偿性之批判——兼论精神损害赔偿与惩罚性赔偿的立法完善》,载《东方法学》2016年第2期。
- [5] 张新宝、李倩:《罚性赔偿的立法选择》,载《清华法学》2009年第4期。
- [6] 崔建远:《精神损害赔偿绝非侵权法所独有》,载《法学杂志》2012年第8期。
- [7] 龙著华:《违约责任中的精神损害赔偿》,载《政治与法律》2006年第1期。
- [8] 徐静:《我国违约精神损害赔偿责任制度的构建——以合同法第113条解释论为中心》,载《甘肃政法学院学报》2012年第1期。
- [9] 陆青:《违约精神损害赔偿问题研究》,载《清华法学》2011年第5期。
- [10] 张瑞:《从合同合意性论违约场合下的精神损害赔偿》,载《湖北警官学院学报》2014年第10期。
- [11] 谢登科:《论旅游合同纠纷中的精神损害赔偿——基于实证主义的阐释》,载《旅游学刊》2015年第7期。
- [12] 韩赤风:《精神损害赔偿制度的划时代变革——《德国民法典》抚慰金条款的调整及其意义与启示》,载《比较法研究》2007年第2期。
- [13] 崔建远:《合同法》,法律出版社2010年版,第25页。
- [14] 王家福:《民法债权》,中国社会科学出版社2015年版,第553-757页。



## 赋予自然人环境公益诉讼原告资格

李艳娜\*

**【摘要】**近年来,我国自然人提起环境公益诉讼的案件数量逐渐增多,但法院一般以自然人不具有环境公益诉讼原告资格为由裁定驳回起诉或不予受理而告终。因此,本文以在环境公益诉讼中应赋予自然人原告资格为题进行探讨,对赋予自然人环境公益诉讼原告资格的理论进行分析,并且结合实践当中自然人作为原告提起环境公益诉讼的案件提出相关解决途径。

**【关键词】** 自然人 环境公益诉讼 原告资格

### 引言

环境权利,属于自然人享有的权利,自然人可以就其损害当然享有诉权。而随着我国经济的持续发展,环境污染现象也尤为严重,近年来,我国自然人提起环境公益诉讼的案件数量逐渐增多,但案件结果基本以自然人不具有提起环境公益诉讼原告资格而裁定驳回起诉或不予受理而告终。因而,本文将从我国环境公益诉讼原告资格的立法现状及其局限性、赋予自然人环境公益诉讼原告资格的意义和可行性等多种角度进行深层剖析,并就赋予自然人环境公益诉讼原告资格所面临的问题提出解决方案。

## 一、环境公益诉讼中自然人原告资格的缺失

### (一) 立法规定的原告资格

根据《海洋环境保护法》(1999年)第九十条的规定,依照该法行使海洋环境监督管理权的部门,可以对环境侵害行为提起海洋环境公益诉讼。由此可见,环保行政机关具备提起环境公益诉讼的原告资格。然而,在实践当中,由于行政机关的监管能力有限,对公众生活的环境并不能做到全面地了解,不能全方位掌握环境污染信息,从而容易导致其提起环境公益诉讼的动力不足,不能有效发挥行政机关在环境公益诉讼中应起到的作用。

我国《环境保护法》第58条明确规定对污染环境、破坏生态等损害社会公共利益的行为,符合法律规定的社会组织可以向人民法院提起环境公益诉讼。易言之,我国已经将提起环境公益诉讼的主体进一步扩及到了社会组织,因而目前环保团体亦被赋予环境公益诉讼的原告资格。根据诉权信托理论,国民基于对国家的信任将自己的财产权利交由国家来管理,于是国家与国民之间就产生了财产信托关系,当国民的财产受到非法侵害时,国家就有义务保护其财产不受侵害,此时公民可以向法院以提起诉讼的方式来保障自身权益不受侵害,这就应然产生了诉权信托理论。但是国家作为若干国家机关的集合体,并不能以国家为主体亲自作为诉讼当事人起诉或应诉,须将其享有的诉权分配给检察机关或其他组织代表国家提起

\* 李艳娜:2017级诉讼法学研究生。

诉讼。作为公众环境利益的代言人,环保团体则可以基于诉权信托理论,以保护环境公共利益为目的向人民法院提起环境公益诉讼,因而,在我国,环保团体也是法律明文规定的具备环境公益诉讼原告资格的诉讼主体。另外,我国《环境保护法》中并没有对自然人作为环境公益诉讼原告给予明确规定,虽然第 6 条规定一切单位和个人都具有保护环境的义务,但是,该法对具体的环境公益诉讼原告并未作出明确说明,而且也未明确指出单位和个人可以通过向人民法院以提起诉讼的方式来保护环境公共利益。赋予自然人环境公益诉讼原告资格的缺失是我国环境公益诉讼立法的一大缺陷,在一定程度上亦限制了环境公益诉讼保护环境公共利益的作用。

此外,《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》规定检察机关可以通过提供相关法律咨询、提交书面意见或者以协助调查取证等方式支持符合法律规定的社会组织依法提起环境公益诉讼。可见,检察机关在环境公益诉讼中可以为社会组织提供一定法律帮助,享有一定的参与权,但是,目前在立法上我国并没有关于检察机关代表国家提起环境公益诉讼的直接规定。虽然《中华人民共和国刑事诉讼法》第 99 条表明当国家和集体财产遭受侵害时,人民检察院在提起公诉的同时亦可以附带提起民事诉讼,这也在一定程度上为检察机关提起环境民事公益诉讼提供了法律依托,但对于检察机关作为环境公益诉讼的原告,其起诉主体资格相对于环保团体而言依然不够充分。

## (二) 我国提起环境公益诉讼主体资格现状分析

近些年来,我国不断涌现出许多自然人提起环境公益诉讼的案件,虽然法院均以原告不具有诉讼主体资格而裁定不予受理或驳回起诉,但与此同时这些案件亦引起了极大的社会反响,提高了社会公众对环境公益保护的关心程度。

我国《环境保护法》第 6 条虽然确立了公众参与环境保护的基本原则,但对公众参与环境保护的具体途径并没有明确规定。易言之,即我国将提起环境公益诉讼的原告资格分别赋予环境行政机关和有关环保团体,但排除了自然人作为环境公益诉讼的原告资格。从实践来看,排除自然人作为环境公益诉讼原告资格会带来一系列问题。首先,相对于环境行政机关和环保团体而言,自然人与其生活的环境具有直接紧密联系,因而,自然人作为环境公益诉讼原告资格的欠缺会使其无法通过诉讼方式保障自身环境权益;其次,会导致与被侵害的环境公共利益直接相关的公众发生一系列群体性事件,不利于社会的稳定发展。因而,公众参与环境公益诉讼制度的确立,可以给公众参与环境保护提供一条具体途径,有利于提高公众参与环境保护的积极性。

## 二、赋予自然人环境公益诉讼原告资格的合理性分析

### (一) 现行原告资格的局限性

在立法上,我国明确规定可以提起环境公益诉讼的主体为环境行政机关和有关环保团体,虽然二者在环境公益诉讼案件进程中也起到了明显推动作用,但同时作为原告亦存在一些缺陷。首先,环保行政机关对其管辖区域的监管能力是有限的,并没有足够的力量、动力和执法资源来对其辖区内的每一个污染源进行检测和监督;其次,一些地区的环境公害是由于政府过度追求经济利益而做出影响环境的决策行为或者不作为引起的,环保行政机关往往会基于地方政绩的考虑,很容易与当地一些污染严重的企业相互勾结,难以避免地方保护主义,例如大连“7.16”中石油事故污染案,环保行政机关在行使环境公益诉权时总会考虑地方政府的经济和政治利益,因而让环境行政机关作为环境公益诉讼的原告提起诉讼无疑是有欠妥当的。由此可见,相对于自然人,环保行政机关提起环境公益诉讼所受限制与顾虑更多,诉

讼意志的自由度并不充分,即诉讼动力不足,因而环保行政机关作为提起环境公益诉讼的主体依然存在一定的局限性。

我国《环境保护法》第 58 条严格规定那些无违法记录、连续五年以上专门从事环境公益保护活动且依法在设区的市级以上人民政府民政部门登记的社会组织才能提起环境公益诉讼。也就是说只有在政府民政部门登记注册的符合法定条件的社会团体才有资格提起环境公益诉讼,但是在某种程度上这类环保团体会受制于政府部门,而其提起诉讼的对象往往是实力较为强大的企业甚至政府部门,由此导致社会团体会迫于政府压力不敢提起诉讼。此外,环保团体作为社会组织,法律规定的起诉条件过于严格,且目前环保组织囿于法律规定的严格条件、人才缺乏和资金来源不足等问题并未能充分发挥作用,导致客观动力不足。其次,环保团体内部监督机制的缺乏易与环境侵害者形成利益锁链,面对遭受侵害的环境公共利益,由于他们常常不是直接的受益主体,在运用司法权时往往积极性不够高,因而,主观上易引起诉讼懈怠等问题。

我国《民事诉讼法》把提起环境公益诉讼的原告资格赋予有关机关和社会组织,新《环境保护法》则将提起环境公益诉讼的原告限定为符合法律规定的社会团体,二者都没有赋予自然人环境公益诉讼原告资格。但是我国《民事诉讼法》第 119 条规定向法院提起诉讼的公民、法人和其他组织必须是与本案存在着直接的利害关系,本条法规虽然从广义而言赋予了自然人提起诉讼的资格,但是在传统原告适格规则之下,对原告资格的认定采取的是“直接利害关系”标准,即原告必须是与诉争案件之间存在直接的利害关系,也就是说,原告必须当其自身利益遭受直接侵害时方能向人民法院提起诉讼。“直接利害关系”标准体现了法律维护公众权利的私益性,而环境公益诉讼则以维护环境公共利益为目的,由此可见传统的原告适格规则阻碍了自然人成为环境民事公益诉讼的原告主体。美国联邦环境公民诉讼条款一般规定:“任何人或任何公民可以代表自己提起一项民事诉讼”。可以看出,美国的公民诉讼制度是允许任何人以自己的名义提起的诉讼,这就表明了美国公民诉讼的公共性和平等性,它是依据私法的相关规定所提起的且发生在平等主体之间的诉讼制度。而对于原告的起诉资格印度的法律并没有作出限制性的规定,这也使得在具体的司法实践当中印度法院首先考虑的是充分利益标准。也就是说,只有具备了足够充分的起诉标准自然人才能够享有作为原告的资格,这一点和我国的“利害关系”判断标准也颇为类似,这样的标准虽然灵活性较强但是会导致法官难以对案件作出评判。印度的法院也是在认识到这一点之后逐步放宽了原告的起诉资格。比如说对于那些不具有专业知识或者欠缺权利意识的人,法院允许那些专业人士代为进行诉讼;再比如针对政府相关部门不作为或者违法行为,法律允许任何公民或者社会团体均可以对不法行为提起公益诉讼。基于国外实践经验,从我国现实和长远来看,赋予自然人环境公益诉讼原告资格势在必行。

此外,检察机关在保护环境公共利益过程中同样发挥着作用,但他们应该作为司法上的最后一道防线,充当最后的救济者来维护环境公共利益。况且从合理利用司法资源的角度来说,只有当其他救济人和救济方式不能有效维护环境公共利益时,检察机关才能介入到司法程序中,行使检察监督权,保障环境公共利益。因此,在环境公益诉讼中,主要的原告主体并非是检察机关。

## (二) 赋予自然人原告资格的意义

### 1. 弥补有关机关和社会团体监管范围的不足

现如今,许多国家为纠正侵害公共利益的行为,已经逐渐倾向于赋予私人向法院提起诉讼的权利,而不再强调当事人适格理论,因为传统的适格理论对大部分公众“零散性”的利益不能给予平等无区别的对待。正如威廉·韦德先生指出:法官过去并不愿意放松对相关问

题的规定,因为他们害怕规定过多反而会打开诉讼闸门,导致诉讼泛滥。但最近,这种本能的想 法已经被另一种情绪所取代,即法律必须设法给没有直接利害关系的公众定位到一个合适的位置参与到诉讼当中,否则公众将没有资格以维护自身利益为由反对这种侵害公共利益的行为。

检察机关和社会团体是我国环境公益诉讼的适格原告,但是二者也存在着一定的不足。就检察机关而言,虽然其就环境行政机关不作为提起环境公益诉讼具有较大优势,但是如果其作为环境民事公益诉讼的原告,那么检察机关就很容易打破原被告之间的平等地位,在某种程度上会影响诉讼的平等性和公正性。就社会团体而言,由于我国《环境保护法》对其提起环境公益诉讼进行了一定的条件限制,由此导致符合法定条件的社会团体的数量屈指可数,因而在维护环境公共利益方面其力量并不强大。赋予自然人环境公益诉讼原告主体资格,可以克服检察机关和社会团体的上述缺陷。另外,公众生活与社会生活紧密相关,当公共环境遭受侵害时,他们的体会是最直接的,也可以说是最能够准确的体会到公共利益是否受到侵害的方向和指南,而检察机关和社会团体的反应则相对自然人而言会比较滞后。

在我国,环境保护职能主要是由有关行政机关来履行的,但由于资源有限,并且受到政治、经济等原因的牵绊,行政机关不能也不会落实所有法律的执行,这时就会出现“政府失灵”的情况,即行政机关不作为从而怠于履行或者不履行其职责,导致诉讼动力不足,甚至违法行使其权力,危害环境公共利益。赋予自然人环境公益诉讼原告资格,一方面构成对有关行政机关执法的强有力补充,使公众在维护环境公共利益、保护环境方面发挥重要作用;另一方面也构成对行政机关环境执法行为的监督,防止行政机关权力的滥用。

## 2. 健全环境公众参与制度

公众参与原则是当前环境法学界公认的为数不多的环境法基本原则之一。公众参与是我国环境保护的一项重要制度。我国新《环境保护法》第 53 条对环境公众参与权进行了确认,从该条规定中我们可以看出,我国的环境公众参与权包括获取环境信息权、参与权和监督权三项权能。公众参与环保,既能维护自身合法权益,又能弥补有关机关和组织在环境保护方面的不足,对保护环境,实现生态文明具有重要意义。因此,我国《环境保护法》明确将公众参与确立为基本原则,并首次将“信息公开与公众参与”单独列为一章,体现了立法者对公众参与环境保护的重视。但是,目前我国环境公众参与制度大都是原则化规定,在制度设计方面还存在着严重不足,例如《环境保护法》只规定了公众参与环境保护所享有的检举权和控告权。公众参与不仅仅是对环境侵害行为的检举和监督,更重要的是要通过诉讼等方式参与到环境保护的各个方面。因而,赋予自然人环境公益诉讼原告资格,既能弥补公众参与制度存在的不足,又是公众参与环境保护的有效途径。与此同时,新《环境保护法》中确立的信息公开制度相对比较完善,赋予自然人环境公益诉讼原告资格,将使公众参与制度与信息公开制度互为支撑,从而更好的推动环保事业的发展。

## 3. 完善环境公益诉讼监督机制

社会团体组织作为提起环境公益诉讼的主体,虽然在一定程度上可以提高环境公益诉讼的受案率,监督环境公益诉讼裁判结果的公正性,但在实践当中,其监督的实施力度有限,相对公众而言,社会团体组织与现实生活间的联系较为缺乏,而公众是社会的基本组成单位,与社会生活密切相关,自然人提起环境公益诉讼的灵活性相对较强,赋予自然人提起公益诉讼的权利,可以使环境侵害人与公众之间的争议关系由不平等的主体关系转为平等的法庭上的诉讼主体关系,即转化为立法上平等主体之间的利益抗争。这使得运用法律手段解决环境纠纷变成常态,使其能够广泛参与到环境诉讼争议中,能够有效监督环境公益诉讼的实施进程,完善环境公益诉讼的监督机制。

#### 4. 促进环境纠纷解决机制的优化配置

“纠纷解决机制是指有关纠纷解决的方式、手段及具体的制度设计的总和或体系。”<sup>①</sup>环境纠纷指的是在我国经济发展的过程中,工厂作业不能避免会造成河流等环境污染现象的出现,而公众会就环境污染主体实施的行为严重损害了环境公共利益而产生争议。这类争议与一般的民事争议不同,其不仅发生在平等主体的公民、法人和其他组织之间,也可能发生在国家与私人,甚至是国家与国家这些不平等的主体之间。因而,即便在形式上环境纠纷发生的主体平等,但在实质上纠纷主体之间仍然存在着位阶上的差距。

通过赋予自然人提起环境公益诉讼主体资格的方式解决环境纠纷,必然会丰富和完善环境纠纷解决机制。实践中,自然人作为原告提起环境公益诉讼的案件颇多,但法院通常以其不具有提起环境公益诉讼主体资格而驳回起诉,这易导致环境破坏者逍遥法外,未受到其应有的惩罚,从而使环境污染等现象更为严重,不利于对公众环境权的保护。

### 三、赋予自然人原告诉讼资格的条件

#### 1. 理论基础

传统的“诉的利益”理论指出只有当自身权利受到威胁时,自然人才有资格通过诉讼的方式获得救济,除此之外其他任何人在法院面前都不能取得这种资格。然而,虽然在私法中,这个原则是放之四海皆准的,甚至可以从严应用,但就环境公共利益而言,只有这个原则还远远不够,因为它忽略了公共利益的公益性一面。公共利益的公益性决定了许多行为是会影响到一般公众的。因而,在某些特定的条件下,严格的救济与权利相关原则就需要在程序上有所突破,甚至可以作扩大解释,从宽应用。诉权扩张理论指出,就利益产生纠纷的权利主体行使诉权虽然一直以来是诉权行使的常态,但是,随着经济的高速发展,利益纠纷的类型也日益呈现复杂化的趋势,在司法实践当中,诉讼当事人的诉权与其实体权利所代表的利益群具有差异性的案件并不少见,也即虽然原告与诉讼标的没有直接利益关系,不是诉讼标的之法律意义上的主体,但自然人对该权利或法律关系有管理权或处分权,亦可以成为适格当事人,即享有诉权。例如在遗产或破产财产纠纷案件中遗嘱执行人和破产管理人可以在诉讼当中作为适格当事人参加诉讼。但是在环境公益诉讼领域,因为环境公共利益所牵涉的利益性质具有明显的公共性和隐蔽性,由实体权利义务主体来行使诉权已经不足以保障环境公共利益的实现,因此,各国也已经并且不断尝试扩大适格当事人的范围,将自然人纳入到环境公益诉讼原告资格当中。

#### 2. 法律基础

我国《宪法》中有规定个人有权对违法行为进行社会监督。如果个人不能完全地行使申诉、控告、检举权,其社会监督权利则犹如形同虚设,不能起到社会监督的效果。如果将法律规定的这些个人社会监督权扩大到司法领域,即可形成自然人提起环境民事公益诉讼的权利。赋予自然人以环境民事公益诉讼权,能够在司法程序上保障人民管理公共事务的权力得以体现。此外,在环境民事公益诉讼中,环境民事公益诉讼的产生以环境公共利益受到破坏为前提。因而,宪法这一根本法律是自然人提起环境公益诉讼的根本法律保障。

#### 3. 社会基础

随着社会经济的高速发展,公众的环境公益保护意识也在逐步提高,公众所具备的环境法律保护意识的强弱直接关系到环境公益诉讼制度的发展,是保障环境公益诉讼权合理使用的社会基础。只有人们积极参与到环境公共利益的保护当中,才能更好地达到维护社会稳定的

<sup>①</sup> 何兵:《和谐社会与纠纷解决机制》,北京大学出版社2007年版,第9页。

效果。例如邱建东起诉黄山旅游发展股份有限公司案，马长松起诉武汉卷烟厂，贺卫方教授等六人起诉松花江流域水污染案件等等，这些案件均表明我国公众的环境公益保护意识正逐渐增强。虽然在我国司法实践中由自然人提起的环境公益诉讼难以得到法院的认可，均被法院以不具备原告资格不予受理而告终，但这些诉讼请求反映了公众参与环境公共利益维护的迫切愿望，是公众要求享有公益诉讼的现实表达，也是推动赋予自然人以民事公益诉讼原告资格的社会基础。

## 四、现实自然人原告诉讼资格的路径

### （一）增加自然人环境公益诉讼原告资格

侵害环境公益行为具有公共性和隐蔽性，环境行政机关并不能拥有足够的执法资源进行充分的监督，但是自然人与现实生活具有直接的联系，故自然是监督环境侵害行为最直接、最经济的监督群体。我国《民事诉讼法》和《环境保护法》仅将提起环境公益诉讼原告资格赋予给环保行政机关和相关社会团体，而排除了自然人作为环境公益诉讼的原告资格，这不仅我国宪法的立法宗旨相悖，且不利于公众环境利益的保障。公众参与原则是环境保护法的一项基本原则，所以赋予自然人参与环境公益诉讼的权利作为保障公众参与环境保护的重要措施之一，也是公众参与原则的必然体现。与此同时，在环境公益诉讼中，不具备法律依托的自然人在提起环境公益诉讼时，无形当中易形成公众同环境侵害者在司法上相互博弈的不平等。因而，我们可以在法条中增加自然人环境公益诉讼原告资格，当自然人提起环境公益诉讼时，可以具有明确的法律规定，减少人民法院以原告不适格为由驳回起诉而导致自然人的环境诉权无从主张，欲告无门的现象。赋予自然人环境公益诉讼原告资格，可以提高公众环境权保障意识，积极参与到环境保护当中，更好地推进环境公益诉讼进程。

### （二）采取诉讼费用援助措施

所谓诉讼费用援助，即当公众无力支付诉讼费用时，由人民法院或社会团体、组织赞助支援其参加诉讼。采取诉讼费用援助措施是实现自然人环境公益诉讼权的一种途径，类似于刑事诉讼中的法律援助制度，也被称为“穷人的权利”，不仅可以使一般公众行使环境公益诉讼权，包括贫困人民也可以为了维护环境公共利益选择向法院提起诉讼，而不会因高额诉讼费用选择退缩、忍让，从而可以让自然人的环境公益诉讼权得到充分保障。国家甚至可以建立一个环境公益诉讼基金会，基金可以来源于国家拨款、社会捐赠、追缴侵害环境公众利益的行业部门的非法收入或对其所进行的罚款。

对于公民所享有的起诉权，法院不应设置障碍，相反，人民法院应给予公民诉权实体和程序上的帮助，由此，应降低审判的成本投入，一方面，不应给当事人的起诉附加过高的诉讼费用，因为过高的诉讼费用就等同于阻却人们行使利用法院的权利，使公众无法起诉，无法通过行使诉权的方式来保障自身权利；另一方面，囿于司法资源的有限等现实因素的制约，在为了保障私益时，国家尽管没有义务为一切贫困当事人提供免费诉讼，但是环境公益诉讼中，原告是为了保障环境公共利益而选择诉讼的方式，当诉讼成为当事人解决争议的唯一途径，但当事人确实无法交纳诉讼费用时，应设立诉讼费用援助措施来保障诉权的实现。

因而，我国可以建立一个或若干环境公益诉讼基金会，基金可以来源于国家拨款、社会捐赠等，也可以来源于社会公众人物通过公众效应，引领普通大众筹集环境公益诉讼援助基金，一同为环境保护作出一份贡献。这不仅可以促进环境公益诉讼的顺利进行，且能够提高公众的环境意识，进一步保障环境公共利益。

### （三）引入律师胜诉取酬制

律师胜诉取酬制是西方国家所适用的一种律师收费制度，它是指在救济（如仲裁、诉讼）前律师和权利救济申请者双方所约定的由申请者在救济活动结束后按其所获利益数额向律师支付一定比例费用的一种制度，若救济申请者的主张完全没有实现，则可以不向律师支付服务费用。美国集团诉讼代理律师一般采取的就是律师胜诉取酬制度，如果权利救济申请者胜诉，代理律师就可以从诉讼赔偿额中获取较高的律师费；倘若败诉，则由律师个人自愿承担风险。这种带有一定风险的律师收费制度是把案件结果与律师费相挂钩，把诉讼的融资问题交给愿意为此冒险的律师处理。

环境公益诉讼不同于其他诉讼，具有一定的公益性、专业性等特征，当自然人提起环境公益诉讼时，一般公众对环境公益诉讼的相关内容和程序并没有深入地了解，因而一定程度上需要代理律师的介入。目前，中国律师费一般采取的是在诉讼救济前由委托人按标的大小给律师支付费用的方法。但是这种方法带有一定弊端：首先，如果委托人经济困难，没有能力支付律师费，就有可能失去律师的援助；其次，律师在收取服务费后，可能会怠于履行自己的职责，导致委托人的利益受损。而如果我国引入律师胜诉取酬制，代理律师在接受原告当事人委托前，就会认真估计该案件的胜诉几率，然后整个案件事实和有关证据展开充分调查取证，对于没有依据、无理取闹的诉讼行为会选择拒绝代理，这在某种程度上亦防止自然人滥诉现象的发生；此外，律师代理环境公益诉讼案件，其必然承担了败诉风险，如果案件未能胜诉，则代理律师就不能够取得相应的律师费用，这也在一定程度上使得律师在整个诉讼当中对证据的收集等职责内的义务要更为严谨认真负责，更有利于保护公众的环境公共利益，亦能够促进我国环境公益诉讼进程的发展。

### （四）设立环境公益诉讼保险机制

环境公益诉讼保险机制是诉讼费用的一种风险转嫁方式，当事人进行环境公益诉讼的初衷是为了保障他人及国家利益，为此而付出的诉讼费用不应由当事人支付。为了降低公众因承担诉讼费用而产生过度经济损失的风险，则有必要设立环境公益诉讼保险机制。首先，当公众向法院提起环境公益诉讼前，预先向保险公司投保，以数额较少的损失来弥补预期巨额的经济损失，从而由保险公司承担这种以保障环境公益为目的而提起诉讼所承担的诉讼风险。其次，环境公益诉讼收取诉讼费用也是符合法律规定的，可以为法院带来一定的经济利益且诉讼费数额确定，如果为环境公益诉讼设立诉讼费保险机制也是符合保险利益原则的；况且在实践当中自然人提起环境公益诉讼的次数并不十分频繁，同时保险公司也可以从中获取一定的经济利益；环境公益诉讼保险可以纳入财产保险的范畴，在程序上自然人可以作为环境公益诉讼保险的投保人，诉前自然人以自身为被保险人向保险公司投保，保险标的则可以为环境公益诉讼，在提起环境公益诉讼时保险公司须向原告支付部分或全部诉讼费用，从而使环境公益诉讼原告能够从诉讼费用当中抽离出来。

## 结 语

本文通过查找大量与赋予自然人环境公益诉讼原告资格的相关论文和书籍文献，以传统当事人理论和现今的相关理论为支撑，并且查找相关法律法规，认真比较，归纳，找出其中的矛盾点，进而结合相关案例，针对自然人提起环境公益诉讼的现实困境，本文就如何赋予自然人环境公益诉讼原告资格问题提出以下解决途径：一、增加自然人环境公益诉讼原告资格；二、采取诉讼费用援助措施；三、引入律师胜诉取酬制；四、设立环境公益诉讼保险机制。如果能唤起公众对环境公益诉讼的参与度，并且相关法律部门能够对赋予自然人提起环

境公益诉讼主体资格的问题给予必要重视,那么本文的写作目的已经达到,倘若能对将来环境公益诉讼制度的设计有一点贡献的话,笔者将万分感激。

## 【参考文献】

- [1] 吕忠梅.《环境法》[M].北京:法律出版社,1997.
- [2] 博登海默,邓正来译.《法理学——法律哲学与法律方法》[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
- [3] 曹明德.《环境侵权法》[M].北京:法律出版社,2000.
- [4] 伍玉功.《公益诉讼制度研究》[M].湖南师范大学出版社,2006.
- [5] 别涛主编.《环境公益诉讼》[M].法律出版社,2007.
- [6] 刘年夫,李挚萍主编.《正义与平衡——环境公益诉讼的深度探索》[M].广州:中山大学出版社,2011.
- [7] 肖建国、包建华.《证明责任——事实判断的辅助方法》[M].北京大学出版社,2012.
- [8] 刘显鹏.《民事诉讼当事人失权制度研究》[M].武汉大学出版社,2013.
- [9] 闫庆霞.《当事人民事诉讼主张研究》[M].法律出版社,2013.
- [10] 姚立坤.当事人适格理论探讨[D].中国政法大学,2004.
- [11] 王燕.当事人适格问题理论研究——从群体诉讼的角度分析[D].西南政法大学,2008.
- [12] 祝芬.我国环境公益诉讼原告资格研究[D].中国政法大学,2009.
- [13] 张云卉.环保团体提起环境公益诉讼的主体资格[D].复旦大学,2014.
- [14] 潘继才.环境民事公益诉讼自然人原告适格研究[D].华北电力大学,2014.
- [15] 秦美伟.公民提起环境公益诉讼的主体资格研究[D].山西财经大学,2015.
- [16] 张雪.环境公益诉讼原告选择问题研究[D].吉林大学,2015.
- [17] 张菁菁.环境公益诉讼中的公民原告资格研究[D].华中师范大学,2015.
- [18] 董知金.我国环境民事公益诉讼适格原告的类型化探讨[D].华东政法大学,2016.
- [19] 张靖.自然人的民事公益诉讼原告资格研究[D].安徽财经大学,2016.
- [20] 舒保国.公民个人提起环境公益诉讼的原告资格研究[D].兰州大学,2016.
- [21] 肖建国、黄忠顺.诉讼实施权理论的基础性建构[J].比较法研究,2011,(1).
- [22] 张镛.公民个人作为环境公益诉讼原告资格辨析[J].学术交流,2013,(2).
- [23] 杨春桃.论自然人提起环境公益诉讼[J].北京航空航天大学学报,2014,(6).
- [24] 肖建国、黄忠顺.环境公益诉讼基本问题研究[J].法律适用,2014,(4).
- [25] 肖建国、刘东.公民个人提起民事公益诉讼的原告资格辨析[J].学习论坛,2014,(3).
- [26] 肖建国、宋春龙.环境民事公益诉讼程序问题研究——以不同环境利益的交织与协调为切入点[J].法律适用,2016,(7).



# 数据的法律界定与保护

——对《民法总则》第 127 条的展开

谢文佩\*

**【摘要】** 在司法审判中，侵犯数据隐私或虚拟财产的行为可以适用侵权法，数据与我们通常认为的法律客体比如人身、物等有着某些相同的属性，但是法律却没有给予它一个单独的位置，而是在不同的法律中对它适用不同的规则。本文将指出我国现行法律对数据规制的现状及问题，从国内外的具体案例中探讨司法审判中数据的法律地位，从理论上对数据进行一次类型化的法律界定：将附有财产价值的数字界定为网络虚拟财产，把数据作为数据财产权的客体予以处理与保护，将附有人身价值的数字作为数据人格权的客体适用人格权的相关规定进行处理与保护。最后，通过分析域外数据保护的规则与背后原理，找出最适合我国数据保护的路径。

**【关键词】** 数据 法律界定 法律保护

## 一、数据在我国法律中的地位

### （一）问题的提出

2017 年 3 月 15 日，第十二届全国人民代表大会第五次会议审议通过了《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）。这部法律虽然只有二百零六条，却揭开了中国大陆地区民法典时代的序幕，引发了国内外的广泛关注。

笔者对《民法总则》第 127 条的规定产生了浓厚的兴趣。该条原文如下：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”在我国，各种商业主体可以自由的获取并使用数据，政府治理国家更是可以无限制地利用数据，在这样的大环境下第 127 条看上去好像并没有规定什么，但却是我国第一次表明对数据保护的立场与态度，是一条宣示性立法。但是，数据、网络虚拟财产的法律内涵及外延是什么？二者有什么关系？未来规制原则、规范体系及具体措施如何建构？这些都是有待探讨的问题。通常情况下，因科学技术自身带来的问题应由技术本身来解决，网络空间的规制就该靠代码来实行，然而，当其无法合理解决时还是要寻求外界力量的帮助，如法律规范的保护，但现实中就要面临一个问题：数据这类新兴产物所携带的诸如无实物性、非排他性等特性使其无法归入到现有的传统法律体系中。在我国，侵犯数据隐私或虚拟财产的行为可以适用侵权法，但是数据的法律属性却不明朗，法律没有给予数据一个单独的位置，使得数据的法律地位一直处于模棱两可的状态，不得不在不同的法律中对它使用不同的规则。这种状况使得“数据”像个流浪者一般，找不到自己的法律属性与权利归属。

数据因其上附着经济价值、市场价值无可厚非的成为政府、商主体争相追逐利用的对象，但是“数据”与我们的生活息息相关，其上存在的人身价值极易产生隐私安全问题，近些年因此引发的民事案件也在成比例增长，比如前段时间首次涉及到 Cookie 技术的“朱某诉百度隐私权案”。<sup>①</sup>案件的起因是储存在 Cookie 里的网络行为数据展示了用户的网络行为信息，被告百度搜索引擎根据 Cookie 追踪得来的用户信息进行广告推荐，“减肥”“丰胸”“人工流产”这三个敏感关键词出现在了原告朱某的工作电脑上，披露了原告的隐私信息，使得原告在工作时间陷入到深深的忧虑之中。案件中 Cookie 所捕捉到的数据的法律属性是什么？数据归谁所有？在何种情况下可以合法使用这些数据？数据的所有者、控制者、传播

\* 谢文佩：上海政法学院 2015 级法律硕士（非法学）。

① 南京市中级人民法院（2014）宁民终字第 5028 号判决书。

者分别是谁？又分别享有什么权利？两审法院在判决中对这些问题都没有回答，只是以搜集、利用用户数据需获得用户许可，保障用户知情权与选择权这一原则为主线，以《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第一款和《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条第一款的规定对案件进行审判。可见数据在我国民法体系中所处的地位非常不明朗，为法官提供处理此类案件系统的法律条文更是少之又少。庆幸的是我国已经意识到保护数据的重要性，开始着手进行相关的法律规制，但是数据在传统的法律概念体系中如何归类和调整目前尚不明确，其中数据因受制于信息的内容而难以抽象界定和评价，都是理论上需要厘清的问题。

## （二）我国数据、网络虚拟财产的相关立法

类型	相关法律	发布时间	具体内容
数据	《中华人民共和国国民经济和社会发展规划第十三个五年规划纲要》第二十八章第一节	2016 年 3 月 16 日	加强数据资源安全保护，建立大数据安全管理制度，实行数据资源分类分级管理，保障安全高效可信应用。实施大数据安全保障工程，加强数据资源在采集、存储、应用和开放等环节的安全保护，加强各类公共数据资源在公开共享等环节的安全评估与保护，建立互联网企业数据资源资产化和利用授信机制。加强个人数据保护，严厉打击非法泄露和出卖个人数据行为。
	《民法总则》第 127 条	2017 年 3 月 15 日	法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。
网络虚拟财产	《全国人民代表大会法律委员会关于第十一届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案》	2012 年 12 月 28 日	随着我国经济社会发展，家庭关系、财产关系发生了深刻变化，有关继承范围、方式，包括虚拟财产能否继承等问题的规范需要在继承制度中进一步完善。 <sup>①</sup>
	《全国人民代表大会财政经济委员会关于第十一届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案》	2012 年 10 月 23 日	虚拟财产包括很多方面，有些已经列入相关法律的财产保护，制定专门的虚拟财产保护法，国际国内都没有成熟的模式，建议有关部门加强研究探索、积累经验，目前国务院正在组织修改的电信法草案包括网络与信息安全及虚拟财产保护等内容，建议加快进度，争取早日提请审议。 <sup>②</sup>

① 全国人民代表大会：《全国人民代表大会法律委员会关于第十一届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案》，2012 年 12 月 28 日发布。

② 全国人民代表大会：《全国人民代表大会财政经济委员会关于第十一届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》，2012 年 10 月 23 日发布。

《十一届全国人大四次会议秘书处关于第十一届全国人民代表大会第四次会议代表提出议案处理意见的报告》	2011 年 3 月 13 日	张庆伟等 31 名人大代表也提出了关于制定虚拟财产保护法的议案(第 169 号)。 <sup>①</sup>
《工业和信息化部关于印发防范治理黑客地下产业链专项行动方案的通知》	2013 年 7 月 30 日	要加强对网上贩卖“肉鸡”、虚拟财产、用户个人信息以及提供攻击服务的信息监测,对黑客活动受益主体进行关联分析,建立相关举报机制。 <sup>②</sup>

表 1 我国数据、网络虚拟财产的相关立法

长久以来,政府对数据采取相对放纵的原则,没有意识到数据可能引发很多深层次的问题,比如其上所附带的人身价值极容易诱发侵犯隐私权的问题。《民法总则》第 127 条虽然没有对侵犯数据具体问题的应对方式与惩戒措施,但是表达了对“数据”保护的态度,为数据保护指明了一条道路。

相对于数据而言,网络虚拟财产更早进入人们的视野,但是大家没有意识到,如果探究其本质,网络虚拟财产应该属于数据的一种类型,这个观点将在下文进行论述,若探究立法,依然要以“网络虚拟财产”为关键词。从 2011 年第十一届全国人大代表会议开始,虚拟财产的相关立法就开始受到广泛关注,但是由于各种原因始终没有新的专门法律出台。其中值得关注的是《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》),《继承法》自 1985 年颁布后就没有再进行过更改完善,根据第 3 条关于遗产的范围,遗产是指公民死亡时遗留的个人合法财产,其中第七项声明遗产还包括“公民的其他合法财产。”2012 年 8 月 22 日成都 5 名律师曾经联名向全国人大常委会建议将虚拟财产列入遗产的范畴来避免新型财产纠纷,但是始终没有得到官方准确的回复,那么虚拟财产是否可以归入遗产范围中的“其他的合法财产”仍然是个未知数。法律界对虚拟财产的相关立法一直处于热切关注的状态,但是全国人大及其常委会始终没有进行一个官方正式的回音,在这个僵持的状态下,最先“破冰”的是中国保险监督管理委员会,它在 2013 年 2 月对以浙江阿里巴巴电子商务有限公司为首的 9 家公司共同发起的筹建在线财产保险股份有限公司进行专业网络财产保险公司试点的请求表示同意。<sup>③</sup>该批复以同意“网络财产保险公司”成立的形式给予了“网络财产”一个正式受保护的头衔。

综上所述,我国现行法律对数据规制存在的问题是:没有对数据进行准确的法律定位,数据散落在各个法律的角落,法律地位处于模棱两可的状态,因此造成在司法审判中无法界定它的法律属性与权利归属的困境。计算机云技术的飞快发展使得数据存储以及大数据运用变得更加便捷,商主体与政府主体在运用数据时没有法律规则的指引,也不用遵循相关法律原则,这些现状使得近些年引发的数据财产与隐私权纠纷呈上升曲线式增长,建立健全一个关于数据完整的法律规制体系刻不容缓。

① 全国人大代表大会:《十一届全国人大四次会议秘书处关于第十一届全国人民代表大会第四次会议代表提出议案处理意见的报告》,2011 年 3 月 13 日发布。

② 工业和信息化部:《工业和信息化部关于印发防范治理黑客地下产业链专项行动方案的通知》,工信部保函[2013]333 号,2013 年 7 月 30 日发布。

③ 中国保监会:保监发改〔2013〕152 号文件。

### (三) 数据的法律地位分析

如果要对数据进行分类,那么第一步就是要分析数据的特点。数据具有价值性是最重要的特点之一,数据上的价值不仅是动态的还具有多个维度,它不能像商店里的物品一样被明码标价,因为他的价值密度不一,来源分散,无法精确地被转换成财产价值。而它的价值维度也十分广泛,不仅可以从虚拟财产延伸到人身安全、隐私等方面,还可以延伸到国家安全、公共秩序等非财产方面。数据另一个重要的特点是它的非排他性,这一特点带来最直观的效果就是多个主体可以同时获取利用同一数据,例如,百度地图、高德地图每天早晨、中午和晚上都会自动扫描录入用户的位置信息,再根据位置信息出现的频率判断你的家庭住址与工作地点,接着与各大商主体合作进行相关的商业广告推荐。这些数据的获得从来没有经过用户的许可,商业主体随时都可以拿来使用,这对用户的隐私保护造成极大的隐患。数据的价值归属没有确定的规则是引发数据纠纷的一大重要原因,笔者试图通过数据上附着的价值种类进行数据的分类,这种分类是一种附着型的分类方法,只要你携带这个属性或者这个价值,你就属于这个类别。在现实的法律裁判中,涉及财产价值与人身价值的数字引发的纠纷居多,因此笔者就以具有财产价值与人身价值这两点进行类型化分析。

#### 1、具有财产价值的数字——网络虚拟财产

数据法律属性的问题近些年来才进入到人们的视野,以往学者们讨论更多的是“网络虚拟财产”的法律属性,上文中笔者论述了网络虚拟财产属于“数据”的一个分支,那么网络虚拟财产的法律属性与数据的法律属性会有很多共通性。网络虚拟财产的法律属性这个问题看似简单,但是背后却蕴含着深远的意义,也一直是学术界恒久争论的话题。根据现有的研究资料,学术界大概有四种观点:物权说、债权说、知识产权说以及新型财产权说,下面以网络游戏中的虚拟物为例证来简单阐述一下这四种观点。

学说	观点	备注
物权说	网络虚拟物本质上是电磁记录数据,是一种特殊的物,玩家在付出相应的人力、物力后获得的,或者直接通过现实货币购买后取得的一种没有现实形状的物,因此享有当然的物权,可以依据物权法来保护自己的权益。	我国台湾地区 1997 年修改《刑法》时,在第 333 条将电磁记录加入到动产的范围,对窃取电磁记录的行为适用盗窃罪,但是在 2003 年修正时,又将电磁记录从动产的范围内划掉,这一行为实际上否定了 1997 年的修正,随后将窃取电磁记录的行为规定适用专门的获取计算机信息系统数据等计算机犯罪来处理。其背后的理论原则大概是因为觉得将虚拟财产归入传统意义上的财物存在一定的问题。

债权说	网络虚拟物仅是玩家请求游戏运营商为其提供特定服务的一个凭证，这一债的权利义务关系源于玩家与运营商之间的服务合同关系。	第一，虚拟物是玩家请求运营商提供服务的债权凭证；第二，虚拟物具有类似于无记名有价证券的证权一体性与无因性的特点。一是虚拟物是玩家要求运营商提供服务的债权凭证；其次，虚拟物品具有无记名有价证券的证权一体性与无因性的特点。
知识产权说	网络虚拟物是玩家创造性的智力成果，由于游戏开发者只是创造了这些复杂角色的属性技能，并没有发展角色的独特性，因此是玩家创造了具有智力劳动的虚拟角色的个性，应该受版权保护。	虚拟物是玩家的创造性智力成果，玩家在游戏中耗费了大量的时间和精力，有智力性的劳动投入也有物质性的金钱投入，塑造出的这个虚拟物并非虚无的存在，它具有客观性，不仅如此它还具有新颖性、创造性、可复制性以及需要载体等知识产权所应具有的特性，故应该将其视为知识产权中的著作权来保护。
新型财产权	网络虚拟物产生和表现形式的特殊性及其价值属性决定了其作为任何传统的财产分类都是有缺陷的。	

表 2 网络虚拟财产法律属性的相关学说

物权说的学者以齐爱民等为代表<sup>①</sup>，但是网络虚拟财产在权利变动时与物权法中关于物规定的公示方法、占有权能完全不同，是否可以视为物有待商议。债权说以唐墨华等为代表<sup>②</sup>，在债权说的基础下，寿步<sup>③</sup>认为网络虚拟物与票据存在的某些相同之处，比照票据，网络虚拟财产的权利属性可以归结为承载着物权与债权的双重权利的债权凭证，例如现实生活中的银行卡。这一说法相对普通的债权说观点似乎更有说服力。新型财产权的学者<sup>④</sup>给出四点理由：第一，网络虚拟物的产生是依赖于特定的虚拟空间，并且需要付出相对的努力，包括时间、精力、金钱、智力等，当条件成就时才会产生，它是权利人的创造性成果。第二，网络虚拟物存在着可以用实际标准衡量的价值，权利人可以对虚拟物进行支配，并可以通过使用或交易获得一定的回报与收益，而这种回报与收益是现实世界中真实存在的。第三，网络虚拟物是电子数据，不是具有现实形态的有形物。第四，我国法律中财产概念的外延很广，根据法律制定的目的，可将网络虚拟物列为单独的一类。将网络虚拟财产认定为一种新型财产是目前的主流观点，将其作为财产范畴的一个特殊分支不会打破我国现有的法律体系，在

① 齐爱民、吕光通：《论网络虚拟物的权利属性与法律保护》，《科技与法律》2005 年总第 58 期，第 34-37 页。

② 唐墨华、肖亮亮：《网络游戏虚拟财产的定性及民法保护》，《广西政法管理干部学院学报》2004 年第 4 期，第 84 页。

③ 寿步：《网络游戏法律政策研究 2009——网络虚拟物研究》，上海交通大学出版社 2009 年 12 月第 3 版，第 165-169 页。

④ 吴晓：《网络游戏虚拟财产的法律性质分析》，《东北农业大学学报（社会科学版）》2005 年第 1 期，第 83-84 页；李可：《虚拟财产法律性质初探》，《理论探索》2005 年第 3 期，第 127 页。

我国的法律体系中也更容易生存。根据今年新出台的《民法总则》第一百二十七条的规定，可以看出我国民法总则制定者们也偏向于第四种观点。

无论以上的学说观点如何，它们有一个共同点那就是因为其上面存在着法律必须保护的社会关系以及权利义务关系，网络虚拟物应该直接成为法律保护的客体。举个例子，在网络游戏中，玩家根据游戏运营商标注的价格购买了网络虚拟物并支付了相应对价的这个行为实际上是使双方缔结了一个合同，该合同所指向的对象是网络虚拟物，但它并不是法律保护的客体。如果网络虚拟物是法律保护的客体，那么当游戏出现故障导致虚拟物不在玩家账户的控制下，玩家没有拥有这个网络虚拟物时，那么玩家的权益就无法得到保护了吗？答案是肯定的，因为玩家与运营商签订了合同并按照合同规定的义务支付了对价，他应该享有这个网络虚拟物背后的网络财产权利，因此可以继续根据合同寻求救济，要求游戏运营商承担违约责任。

笔者结合相关电子信息知识发现网络虚拟物本质上的外在表现为电磁记录，内在表现则为源代码（源代码是一串计算机可以识别并执行的以二进制“0、1”形势表示的计算机指令）的运行产物，归根结底属于计算机数据的范畴，而民法总则 127 条将“数据、网络虚拟财产”分开列明是没有必要的。那么网络财产权利到底是一个什么属性的权利？它与一般的财产权利有什么区别？当网络虚拟物被购买使用时，显示在电子屏幕上的虚拟物背后是相应源代码的运行，同一个网络虚拟物可以被交易、使用 N 次，但其背后不过是同一串代码的 N 次运行，而源代码的编程属于程序软件或者是网站的研发过程，所以整个源代码应该属于编程者的作品。一般的编程作品应该受到著作权的保护，如果编程作品属于软件，编程者可以申请专利，一旦申请专利成功，源代码作为程序软件的一部分自然而然地受到专利权的保护。如果游戏运营商因经营不善一夜之间倒闭，那么其运营的游戏可能就会随之关闭，游戏中所有的虚拟物也随之消失，玩家的网络虚拟财产也不复存在，这就是网络虚拟财产与一般财产最大的区别，它的所有权不属于网络财产权利人，它的存在不受占有使用人控制。总而言之，虚拟财产就是“我占有你，我使用你，我享用你”然而你却“不属于我”。

## 2、具有人身价值的的数据

民法既是私法，它的价值体系基础即是“伦理上的人格主义”，它把人这一享有自由与尊严同时又负有责任的主体置于体系的中心，作为伦理上人格主义的体现，他加强了对人格的保护，保护他免受他人的攻击与侵害。而隐私权作为人格权的基本权利之一，理所应当的受到民法的全面保护。传统的“隐私”问题指的是：法律在多大程度上，允许他人侵入你的私人空间。比如，政府进入公民的住宅、搜查公民的文件基于什么权利？针对侵犯公民隐私的行为民法又给予公民哪些保护？然而在现实生活中，我们每个人的生活中都有一部分受到监视，有一部分可以被搜索，受到监视的是你的存在，是你能被感知的一种形式，但是被搜索的信息是我们生活中留下的一种记录，这些记录不是转瞬即逝的，在技术与法律的帮助下可以被人们查阅回顾。因数字技术的产物——计算机数据的产生使这种监控和搜索变得更加容易，生活可以通过数据这个“GPS”随时被追踪、被定位、被监视。

2006 年 1 月发生了一件有关于数据隐私并且让全球震撼的事件，谷歌（Google）做出了一件其他同行都不敢做的事：对政府说“NO”。当时，美国司法部正在进行一项网络色情内容的调查，司法部需要知悉互联网上人们搜索色情内容的频度与方式，要求谷歌提供在特定时间内的 100 万个随机搜查记录，谷歌没有像雅虎、MSN 一样乖乖听话，而是果断地拒绝了司法部的要求。这一事件引发了人们对数据隐私的关注，与其他的数据类型不同，具有人身价值的的数据规制不当很容易产生侵犯隐私权的问题。1928 年美国联邦最高法院审理的“奥姆斯特德诉合众国”<sup>①</sup>一案揭开了网络世界数据隐私权益斗争的序幕，案件的起因是美国政府在调查国内最大的一个非法进口、供应和销售酒精的组织时，窃听了以奥姆斯特德为首的

<sup>①</sup> 任东来、陈伟、白雪峰：《美国宪政历程：影响美国的 25 个司法大案》，中国法制出版社，2004 年版。

经销商和代理商的电话,通过窃听,政府记录了长达 775 页打印纸的谈话,并用做起诉该组织有罪的证据,于是该组织反诉称:政府用这些窃听得来的通话记录作为证据违反了宪法。美国宪法第四修正案明文规定:(a)公民人身、住宅、文件和动产不受无理搜查和查封的权利不可侵犯;(b)要搜查住宅、查封动产、逮捕个人,在可能的情况下,应有口头或书面的许可,并具体指明拟搜查、查封和逮捕的对象。<sup>①</sup>该组织认为,政府的窃听行为侵犯了宪法所赋予的不受无理搜查的权利。在这个案件中,宪法被用来平衡公民的私人利益和政府搜查工作的合理需要,政府官员如果想避免承担侵权责任,就必须在搜查前取得指令,法官们也要遵循相应的原则,只能在宪法允许的情况下签发搜查令。宪法防止政府在有充足理由介入的情况下对公民隐私实施过分的侵犯。但是当时的宪法没有考虑到科技的发展速度,当科技发展到无需进入房屋就可以知道其内部的情况的时候,那么,是否要对宪法第四修正案进行重新解释呢?主审法官(前总统)威廉·H.塔夫脱的观点是宪法第四修正案设想政府可能会进行侵权式的搜查,因而规定了政府可以实施侵权行为的情形。窃听虽然侵犯了他人的隐私,但并不侵犯财产权,因为警察不闯入住宅就可以窃听到嫌疑人的电话,第四修正案不能禁止未侵犯财产权的隐私行为,所以在本案中不适用。这一判决引起了很大的震动,那个时候电话已经与人们的生活联系密切,电话系统如果不能保障人们的隐私会给人们带来极大的不安全感,以布兰代思法官为首的法官对判决提出了异议,因为立宪者们在制定该修正案时设想政府进行搜查的必要技术手段一定是“侵权”的,然而随着科学技术的发展无需侵权就能完成任务,在这种情况下,布兰代思法官认为法院有责任不背离立宪的宗旨对宪法第四修正案做出相应解释,像本案中政府所采用的本身不侵犯但结果却侵犯公民隐私的新技术手段理应被纳入到侵权行为中,为了不违背宪法保护公民隐私的立法原则,他提供了一种改变宪法修正案调整范围的解释方法,而塔夫脱的解释方法是在不改变宪法修正案所调整的范围基础上改变了对公民隐私保护的立法精神。<sup>②</sup>那么,哪种解释方法更符合宪法修正案的实质意义?首先我们需要看这则条文制定的目的是什么,很明显这则条文是为了保护人们的隐私权,那么布兰代思法官对宪法修正案的解释更能保留宪法修正案的含义与价值。

这是一个很简单的案例,我们能从这个案例中借鉴的经验是:当数据空间发生类似的案件时,全国人大常委会可以对宪法或者法律作出保留其原始价值的解释,使公民即使在环境变化可能导致宪法所赋予的权利消失的情况下,依然可以通过“解释”恢复这些权利,尤其是对隐私权的保护。因为科学技术的飞快进步,网络空间的日益复杂,数据中所附着的人身价值很容易被商主体或者政府控制或者利用,在无法第一时间创建法律保护它的时候,“解释”会是最好的应急措施。

乔纳森·兹特瑞恩在《斯坦福法律评论》上发过一篇文章,他在文章中这样写道:“数据的隐私问题,和版权问题完全相同,我们对‘自己的’一小部分数据,‘已经’失去了控制,就版权而言,我们的版权作品被复制后,复制品是由数据构成的;就隐私而言,这些数据包含了我们的一些信息,结合起来看,互联网创造了这一控制的缺失:在版权问题上,正是由于技术的发展,才使完整的自由的复制成为可能;在隐私问题上,正是由于技术的发展,才使持续的、廉价的监控得以实现。”<sup>③</sup>在这两个问题上,决策者应该清楚地知道:法律和技术怎样结合才能将网络空间与数据空间控制的恰到好处。就像笔者文章开头引入的“百度隐私权”的案件中所指的矛盾点一样,决策者需要考虑到隐私与公共利益之间的平衡。我们可

① 宪法修正案原文” The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

② West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 US 624, 1943, pp. 639-641.

③ Jonathan Zittrain, ” What the Publisher Can Teach the Patient: Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication”, Stanford Law Review, 52, 2000, p. 1201.

以构造一个好的规制模式重新平衡隐私和公共利益的关系,通过法律与技术使其更侧重于保护隐私, 创造出一个更隐私或者说更安全的数据空间。

## 二、数据法律地位的司法描述及规制立场

### (一) 数据作为物被保护的可能性

从 2003 年开始,网络游戏设备失窃案件就开始进入法官的视野,在这种案件中,我国法官将网络虚拟财产认定为什么样的法律属性呢?是适用物权法?还是独立视为一种新型的物?来看一个游戏设备失窃的案例<sup>①</sup>:

案件	案由	一审法院判决
《热血传奇》游戏装备失窃案	原告林奖忠为热门网络游戏《热血传奇》的用户,该网络游戏为上海盛大网络发展有限公司开发经营,原告在该游戏的七区二注册了角色名称为“ <b>匪越★小刀</b> ”88632999 的 ID 并且获得一枚“复活戒指”,该“戒指”性能如下:重量 1、持久力 5/5、防御 0-1、魔御 0-1)。林奖忠在 07 年 9 月发现该“戒指”竟然从游戏商城中突然消失,于是向法院上诉。	原告与被告存在一种网络服务关系,在游戏运行当中,所获得的“戒指”尽管不是实实在在的现实物品,却也是用户所有的虚拟财产,原告为了获取该游戏装备付出了时间精力,所以该游戏装备对于用户来说是具有财产性利益的。根据《中华人民共和国合同法》第六十条第一款、第一百二十二条,《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款、第一百一十七条的规定,认定网络虚拟财产也具有现实的财产性利益,最终判定原告林奖忠有权再次获得“复活戒指”,上海盛大网络发展有限公司也应该将其返还给原告。

表 3 《热血传奇》游戏设备失窃案

二审法院对此观点有异议并提出将本案案由确定为返还原物纠纷,并援引我国《民法通则》第一百一十七条关于侵犯财产权利的规定判决,属适用法律不当。二审法院虽没有明确表明对网络虚拟财产法律属性的态度,但是,对于将网络虚拟财产归于“物”这个行列是否定的。

由以上这个案例我们不难看出目前我国的法律对于网络虚拟财产这一部分仍然缺乏明确的定位,因此,不同的法院在处理这类案件的时候结果不尽相同,甚至一些法院将其的法律属性直接忽略掉。这在我国相关虚拟财产案件裁判中是个非常常见的问题。然而,数据无法直接受占有人支配的特性使得它的法益归属、权利使用无法比照物权法中关于普通财产的规定。但是,对于其上存在的财产利益与价值以其具有的交易属性是被普遍承认的,既然我

<sup>①</sup> 温州市中级人民法院 (2009) 浙温民终字第 623 号民事判决书。



们暂时无法将其列入一个有法律定义的概念范围中,那就以具有财产价值这个属性为切入点,只要数据具有财产利益就将其单独进行一个数据,那么这样对于案件的分类会有很大的帮助。

## (二) 数据作为知识产权客体被保护的可能性

在大数据时代,数据的商业化利用这类案件中,新浪微博诉脉脉一案<sup>①</sup>可以说是第一大案,在历经两年审理之后,却也获得了两大成果,一是个人信息保护,二是经营者数据权利方面,这两方面的法律底线最终得到确立。关于个人信息保护方面,在《网络安全法》以及《电子商务法草案》中都有所规定,然而,其涉及到的方面非常狭窄。大数据时代下的网络资产这一新兴的资产并没有非常明确的法律对其进行界定,法律怎样对其保护,其归属权何去何从,这些问题都应该引起我们的关注。在既定的民法草案中,知识产权被看作是主体,而数据是客体,通过对如何保护知识产权来界定如何保护数据。<sup>②</sup>然而,这一观点在经过论证后仍然有很多潜在的问题,它忽略了数据的内在属性,例如无形性、法定性、专有性、地域性、时间性和非绝对性等,也不在知识产权保护的客体的范围之内。《民法总则》第一百二十七条虽然强调法律要对数据进行保护,但是只是将其列入其他的法律条例当中,对于其保护的具体方法和措施以及路径都没有一个明确的概括框架,因此,数据保护的相关法律仍然有不少的漏洞。当前的法学界与司法界的看法是,数据信息的主体,包括对其进行收集和整理的主体都在法律保护的范围之内,他人未经许可不得对其进行私自使用,否则将造成侵权行为。根据北京知识产权法院的判决,大数据时代下个人的信息保护是第一大前提,个人信息得不到保护,是最基本的法律漏洞,任何数据信息在未经用户许可的情况下擅自被利用都是违法的,只有在用户明确地、清晰地授权之后,才能对其进行利用。另外,平台自身收集的数据信息同样受到法律的保护,第三方未经许可,也不可对其进行利用。

在对新浪微博诉脉脉案件的处理问题上,法院将各方的利益进行了权衡,考虑到对个人信息进行有效保护以及对平台的数据信息的有效管理,最终做出的判决对于我国法律中个人信息保护这一方面作出了有效的指导,具有现实的意义。在互联网高速发展的今天,互联网相关产业也像雨后春笋一般迅速萌芽,技术的频繁更迭致使法律具有一定的滞后性,在这样的情况下,市场的宏观调控显得尤为重要,市场主体的影响可以驱动整个数据行业的健康发展,也可以对市场中的不当行为及时制止。

## (三) 数据规制的司法立场

我国与欧盟处理数据的司法立场处于截然不同的两个状态,我国尚处于探寻摸索发现问题的阶段,而欧盟已经具备了清晰明确的数据保护路径与模式,除了完备的法律规范体系,法官还拥有相对丰富的裁判经验,这使得我们需要静下心来研究他们的裁判案例,在案例中认准数据的法律属性,以此来发展与完善我国的数据保护模式。

国内前段时间发生了一件引起不小轰动的数据纠纷案件——“朱某诉百度隐私权案”<sup>③</sup>充分显示了我国对数据的司法立场,这也是我国第一次牵扯到 Cookie 技术的数据隐私权纠纷案件。案件的起因是储存在 Cookie 里的网络行为数据展示了用户的网络行为信息,被告百度搜索引擎根据 Cookie 追踪得来的用户信息进行广告推荐,使得原告在自己的工作电脑上出现了本不应该出现的“减肥”“丰胸”“人工流产”等敏感词语,披露了原告的隐私信息,使得原告在工作时间陷入到深深的忧虑之中。两审法院在判决中只是以搜集、利用用户数据需获得用户许可,保障用户知情权与选择权这一原则为主线,以《中华人民共和国侵权责任法》第三十六条第一款和《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条第一款的规定对案件进行审判,对数据的法律属性与权利归属依然没有作出认定。

① 北京知识产权法院 (2016) 京 73 民终 588 号判决书。

② 薛军:《大数据时代数据信息权益的法律保护》,《中国知识产权报》,2017 年 2 月 8 日第 11 版。

③ 南京市中级人民法院 (2014) 宁民终字第 5028 号判决书。

欧盟在处理数据隐私纠纷案件时一直将数据当成人格权的客体予以保护,“被遗忘权”是欧盟 2012 年 1 月 25 日发布的个人数据保护立法提案中正式提出的新概念,它是指请求个人信息控制者对于在网络上一一些不恰当信息进行删除的权利,这些不当信息往往是会对信息控制者造成人身攻击并损害其社会地位的信息。2010 年,西班牙人冈萨雷斯与谷歌公司就是否应当删除 1998 年西班牙《先锋报》发表的一个关于拍卖其财产的公告的网络链接而发生纠纷,后经由西班牙高等法院提交欧盟法院。欧盟法院于 2014 年 5 月 13 日依据《欧洲数据保护指令》就该案作出最终裁决,裁决谷歌公司西班牙分部及谷歌公司败诉。这就是著名的“谷歌诉冈萨雷斯被遗忘权案”。在案件结束之后,欧盟法院随即对“被遗忘权”进行了界定,此外,还让该权利成为信息主体的一项民事权利。<sup>①</sup>“个人信息自决权”与“个人信息权”将个人信息被滥用的逻辑推向极致,便是对于个人在法律上的主体地位和人格发展自由的担忧,“假使信息主体在不知情的情况下,其信息被利用(并且不知被何种程度地利用),那么那么信息主体已经失去了其主体的特性,进而成为了被他人控制的信息客体”<sup>②</sup>在这种逻辑观念下,个人信息要处在个人主体的控制范围之内,其他的商业主体或者政府想要获取个人数据时必须获得个人主体的授权,也可以在公平自愿的前提下以交易的方式获得信息。

对比这两个类似的案件,我们很容易发现我国对于数据隐私的保护相对地留于表面,对于侵犯个人数据的行为适用的是《侵权法》保护的思路,这一思路使得侵犯隐私的行为必须以“造成损害”为必要前提条件,如果侵犯数据的行为没有造成损害,那么被侵权人就无法依照法律规定寻求救济保护自己的合法权益吗?这显然是不公平也是有损法律正义的数据规制思路。相对而言,欧盟在处理类似案件时,将数据视为人格权的客体进行规制这一思路更合理一些,这让数据上附着的权益以“绝对权”的形式受到保护,比如案件中涉及的“遗忘权”,权利主体可以在任何时候请求个人信息控制者对于在网络上一一些不恰当信息进行删除,无论其有没有因此而受到损害,这一规定使得遗忘权在某种程度上跟人格的破产制度非常相似,也更好的保护了数据隐私权。

### 三、我国对数据的法律规制

#### (一) 数据保护规则选择——财产规则

数据规则的选择奠定我国之后一系列的数据保护措施,但是我国在《民法总则》出台以前采取的大多是“无为”规则,无为也属于规则吗?当然,无为也是一种规则就如沉默也是一种态度。也就是说,我国法律没有赋予数据生产者和数据采集者、控制者、处理者任何一方“权益”,只是通过法律规定的形式来否定某项利益获得法律救济的法益资格。<sup>③</sup>除了符合知识产权、隐私权等保护条件的数据的法益和权属有明确规定之外,对于更大范围的其他数据的法益和权属缺乏规定。这意味着我国当前的立法尚未承认数据生产者和数据采集者、控制者、处理者任何一方或各方享有的数据权利,国家的态度是不确认数据的法益地位,也不设定数据的权属。

任何一种规则适用之前,我们首先要考虑并解决的问题是:数据法益应该归属于谁?这个问题的答案决定了后续一系列的数据行为。财产规则类似于一种交易规则,只要双方自愿

<sup>①</sup> 杨立新、韩煦:《被遗忘权的中国本土化及法律适用》,《法学论坛》,2015 年 2 月版。

<sup>②</sup> Spiros Sitimis, *Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz*, 4. Aufl., 1993, Art. 1, Rn. 169. 转引自杨芳《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》,《比较法研究》,2015 年 6 月份, p22-33。

<sup>③</sup> 凌斌:《法律救济的规则选择:财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》,《中国法学》,2012 年 6 月版。

就可以订立合同进行数据交易。一旦法益的归属得到解决,那么国家也不会再干涉它的交易问题,也就是说,法律赋予了法益拥有者对于如何交易法益充分的权利。建立在“自愿交易”基础上即便处于“限易规则”之下,也并没有改变其财产规则的属性,因为其核心在于“定价”,即卖方在买方支付对价未达到合理预期时可以拒绝交易。这意味着其他主体要实施数据行为必须与数据法益主体“自愿交易”,任何一方不得“强卖”或“强买”,“交易”只要是在自愿的基础上,它也可以是不平等的,此时只需要得到数据法益主体“许可”就行了。在数据保护上适用财产规则,数据开放运动和政府信息公开趋势来看,数据法益归属于政府的可能性最小,归属于数据采集者等的可能性又最大。无论是否独立适用财产规则,还是在禁用规则、管制规则之下适用财产规则,财产规则都是一类贯穿数据保护的主要规则,<sup>①</sup>我们来做出三种假设,将数据法益可能归属于哪一方的情况全部列举出来,并预想一下其可能带来的效果。

假设数据法益属于政府,那么其他数据商主体或普通个人获取数据须以政府“自愿”为前提,政府可以决定哪些数据“有偿”提供、哪些数据“免费”开放、哪些数据“公开”、哪些数据“不公开”,从某种程度来说它为政府提供了强大的支撑力,一方面协同政府保护数据安全进而保障国家安全,但是另一方面也禁锢了数据经济的发展并且将数据隐私置于危险的境地,政府可以随意访问、使用和利用任何数据,会给人们带来极大的恐慌与不安全感,也严重违背了宪法的精神。

假设数据法益属于数据采集者、控制者、处理者等,商主体可以实施公开交易数据以外的任何数据行为,政府和数据产生者均无权干涉,这种情况可以让商主体利用大数据来拉动经济增长,也能在一定程度上推动社会发展,但与第一个假设的情况一样,会将个人隐私、财产利益、人身安全等置于危险之中,也不利于政府治理社会,维护国家安全、稳定。除此之外,商主体对利润的追逐会导致政府或普通个人在获取数据时需要支付高额的对价。

假设数据法益属于数据生产者,此时数据移转是建立在“自愿交易”的基础上,那么效果就大不一样了,相关问题也会迎刃而解。首先,无论谁是最大的数据产生者,只要允许交易,“数据孤点”形成的概率就很低。第二,数据产生者,尤其是商主体以外没有支配力的普通个人,他们有了可以和其他主体谈判的砝码。如此一来,诸如数据承载的个人隐私、财产利益、人身安全和企业商业秘密、国家安全等问题就可以由交易双方的自愿交易得以解决。以数据承载的隐私利益为例,任何主体只要打算采集、存储、处理、使用“我的”数据或进行其他数据行为,“我”会在进行交易之前就会考虑好隐私的问题:假如数据在主体看来是相当隐私的,那么他有权拒绝,如果觉得影响不大,那么可以在双方达成一致的前提下获取相应价值;如果觉得有些隐私不想公之于众却又想获得一定的财产性对价,可以要求对方进行一些特殊处理,否则要承担相应的违约责任等。而财产性是否对价也都是根据双方各自的意愿来决定的,虽然数据的“对价”给数据服务商增加了额外成本,但是这确实不失为对冲数据利用带来的负外部性问题的一条优选路径。美国白宫在 2012 年 2 月发布的《消费者隐私权利法案》就明确表示数据的所有权归用户所有,其他人未经许可擅自使用都是属于违法的行为。将数据的权益归属于生产者,这为后续处理一系列的数据行为问题省去了不少麻烦。

## (二) 数据的法律地位

各数据关系中参与的主体包括政府、企业和个人这三个,因此探讨数据的法律保护离不开这三个主体间关系的探讨,笔者以“财产规则”的法理作为个人数据保护法律分析的出发点和依据来探讨他们与数据法律地位之间的联系。很多民法学者认为个人数据保护属于私法,是调整私人主体个人数据法律关系的民事特别法。比如,台湾著名学者王泽鉴教授将台湾地

<sup>①</sup> 肖冬梅、文禹衡:《法经济学视野下数据保护的规则适用与选择》,《法律科学》,2016 年第 6 期。

区的个人资料法规编入人格权之下的隐私权中,<sup>①</sup>从隐私权保护的角度的上来说,这一划分是有其合理性的。但是也有学者认为个人数据保护应归属于行政法,比如德国著名学者沃尔夫、施托贝尔等认为个人数据保护是规制行政机关管理个人数据行为的规范。<sup>②</sup>第三种折中的观点则认为:个人数据保护具有公私法混合性质,是既调整私人之间的关系又调整公对私关系的法律。<sup>③</sup>

笔者赞同第三观点,由于个人数据保护的最重要的法律关系是个人与数据控制者之间的关系,企业和政府又都归属于数据控制者的范畴,因此私人主体和公共主体是个人数据保护关系不可缺少的法律关系主体类型。显而易见,个人数据保护法所调整的是特定的数据领域内的法律关系,因此其地位类似于环境法,虽然调整领域明确,但调整手段却非常广泛,涉及到民法、行政法、刑法等多个部门法。因此,重要的并不在于将个人数据保护法归于公法或私法,而在于保持个人数据保护的宏观视角,关注个人、企业和政府之间的关系,平衡和完善数据法律规制机制。

### (三) 具体措施

政府机关、企业收集涉及个人隐私的数据必须通过法定程序与方式,并注意保护当事人的隐私权利。我国可以借鉴欧盟及美国的立法保护模式,既要制定《政府信息公开法》等公法来限制数据控制者(政府、企业)的权利,又要制定《数据隐私权法》等私法来赋予个人应有的数据权益,通过这种模式来平衡数据保护的机制。除此之外,也要寻求技术上的支持,优化代码加强数据访问权限的管理制度,对数据进行一系列加密,对获得“钥匙”的条件进行法定化,符合法定条件,才可以访问数据。

#### 1. 初步应急方式——法律解释

在“具有人身价值的的数据”这一小节中笔者引用的“奥姆斯特德诉合众国”一案给我们的启示是全国人大常委会可以对宪法或者法律作出保留其原始价值的解释,也就是保留价值式的“法律解释”。在保留之后,如果社会条件或者社会环境发生变化,导致法律先前赋予的权力失效时,仍然可以通过这种方式将其恢复进而更好地保障隐私。这种保护方式在法律还未来得及制定的情况下会成为最有效的应急措施。

#### 2. 赋予数据所有者“遗忘权”

“被遗忘权”是欧盟 2012 年 1 月 25 日发布的个人数据保护立法提案中正式提出的新概念,它是指请求个人信息控制者对于在网络上一些不恰当信息进行删除的权利,这些不当信息往往是会对信息控制者造成人身攻击并损害其社会地位的信息。“谷歌诉冈萨雷斯被遗忘权案”结束之后,欧盟法院随即对“被遗忘权”进行了界定,此外,还让该权利成为信息主体的一项民事权利。<sup>④</sup>欧盟在处理类似案件时,将数据视为人格权的客体进行规制这一思路使得数据上附着的隐私权益以“绝对权”的形式受到保护,权利主体可以在任何时候请求个人信息控制者对于在网络上一些不恰当信息进行删除。对比我国在处理类似案件时适用《侵权法》,必须以“受到损害”“损害与侵权行为有因果关系”这些条件为前提,赋予数据所有者“遗忘权”可以更好地保护我国的数据隐私与安全。

#### 3. 限制数据控制者的权利

数据控制者的类型大概分为两种——商业主体与政府,商业主体掌握数据有利于市场自由的发展,可以充分发挥数据上附着的商业价值,然而“无奸不商”,在利益的驱使下,商人往往会触碰道德的底线,在无限制地开发数据的商业价值时置个人的隐私不顾,这个时候法律的制约就显得格外重要。政府作为公权力的代表,使用数据来实现公共安全管理等国家

① 王泽鉴著:《侵权行为法(第一册)》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 103 页-136 页。

② 汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著:《行政法》,高家伟译,商务印书馆 2002 年版,第 87 页。

③ 齐爱民著:《拯救信息社会中的人格——个人信息保护法总论》,北京大学出版社 2009 年版,第 120 页。

④ 杨立新、韩煦:《被遗忘权的中国本土化及法律适用》,《法学论坛》,2015 年 2 月版。

事务,有利于社会的稳定与国家的长治久安,但是公权力也要受到监督与制约,否则会侵蚀公民的私权利。

#### 4. 优化代码将数据访问权限的条件法定化

对于数据空间的规范和管制,法律的种种作用只是类似于“外部调养”,真正可以从内部进行解决的方式还是优化代码。“代码”作为网络空间的主宰者,也掌握着数据空间的生杀大权。对数据进行一系列加密,将获得数据加密“钥匙”的条件进行法定化,符合法定条件,才可以访问数据。只有对代码进行优化,建立与完善数据访问权限管理制度,加强隐私安全,才可以从根本上降低数据纠纷产生的概率。

## 结 语

数据与我们的生活息息相关,作为社会的一员,必须在现有科技发展带来的便利的同时学会如何适当地忍受由此带来的对个人权利的限制。这样做既保护了个人数据又有利于科技的发展,不至于使谷歌这样的大型网络科技创新企业被过于束缚自己的手脚,阻碍科技进步。这也是在个人数据的安全与社会进步之间所做的利益权衡的结果。由于互联网发展迅速,与其相关的领域也蓬勃发展,这样使得法律法规很难与技术进步保持一致,法律法规的滞后性需要市场来帮助完善,市场的宏观调控可以弥补数据信息保障的不足之处,进而能够建立更恰当的规则,更好地推动数据信息行业的健康发展、繁荣发展。与此同时,我们应该尽快确立数据的法律地位,建立健全关于数据的法律规制体系,避免数据纠纷案件的曲线式增长,促进司法审判中数据纠纷案件的及时解决。

## 【参考文献】

### 一、中文类

- [1] 梅夏英. 数据的法律属性及其民法定位[J]. 中国社会科学, 2016 年第 9 期.
- [2] 齐爱民、吕光通. 论网络虚拟物的权利属性与法律保护[J]. 科技与法律, 2005 年总第 58 期.
- [3] 李可. 虚拟财产法律性质初探[J]. 理论探索, 2005 年第 3 期.
- [4] 杨立新、王中合. 论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则[J]. 国家检察官学院学报, 2004 年第 6 期.
- [5] 于志刚、李源丽. 大数据时代下数据犯罪的制裁思路[J]. 中国社会科学, 2014 年第 10 期.
- [6] 王利明. 论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心[J]. 现代法学, 2013 年第 4 期.
- [7] 王利明. 个人信息权在人格权法中的地位[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2012 年第 6 期.
- [8] 齐爱民. 中华人民共和国个人信息保护法示范法学者建议稿[J]. 河北法学, 2005 年第 6 期.
- [9] 凌斌. 法律救济的规则选择: 财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构[J]. 中国法学, 2012 年第 6 期.
- [10] 孙继周. 日本数据隐私法律: 概况、内容及启示[J]. 现代情报, 2016 年 6 月第 36 卷第 6 期.

- [11] 杨立新、王中合. 论网络虚拟财产的物权属性及其基本规则[J]. 国家检察官学院学报, 2004 年第 6 期.
- [12] 杨立新、韩煦. 被遗忘权的中国本土化及法律适用[J]. 法学论坛, 2015 年 2 月版.
- [13] 贺栩栩. 比较法上的个人数据信息自决权[J]. 比较法研究, 2013 年 2 月版.
- [14] 齐爱民、盘佳. 数据权、数据主权的确立与大数据保护的基本原则[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2015 年第 1 期.
- [15] 夏燕. “被遗忘权”之争——基于欧盟个人数据保护立法改革的考察[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2015 年第 2 期.
- [16] 劳伦斯·莱斯格. 代码 2.0: 网络空间中的法律[M]. 李旭、沈伟伟译. 清华大学出版社 2009 年版.
- [17] 维克多·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶. 大数据时代: 生活、工作与思维的大变革[M]. 盛杨燕、周涛译, 浙江人民出版社 2013 年版.
- [18] 克里斯托弗·库勒. 欧洲数据保护法——公司遵守与管制(第 2 版)[M]. 旷野译, 法律出版社 2008 年版.
- [19] 罗纳德·科斯. 社会成本问题[M]. 财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集[M]. 刘守英译, 上海人民出版社 2014 年版.
- [20] 寿步. 网络游戏法律政策研究 2009——网络虚拟物研究[M]. 上海交通大学出版社 2009 年版.

## 二、外文类

- [1] W.hinmon, Building the Data Warehouse, John Wiley & Sons, 1992-1.
- [2] Jef Ausloos, The right to be forgotten—worth remembering?, Computer Law & Security Review, 2012.
- [3] Jeffrey Rosen. Free speech, privacy and the web that never forgets, Telecomm & High Tech, 2011.
- [4] Jeffrey Rosen, The right to be forgotten, StanLRev, 2012.
- [5] Muge Fazlioglu, Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the internet, International Data Privacy Law, 2013.
- [6] Monika Kusichewsky, The right to be forgotten—the fog finally lifts, Privacy & Data protection, 2012.
- [7] Jay P. Kesava, Carol M. Hayes and Masooda N. Bashir, Information Privacy and Data Control in Cloud Computing: Consumers, Privacy Preferences and Market Efficiency, Washington & Lee Law Review, vol. 70, 2013.
- [8] Michael Meehan, Virtual Property: Protecting Bits in Context, Richmond Journal Of Law and Technology, vol. 13, no 2, 2006.

## 大数据时代背景下被遗忘权制度的建构

李源 廖思慧\*

**【摘要】** 建立在海量数据基础上的“大数据”时代，在给人们的生活、工作、学习带来了便利的同时也引发了社会过度数据化的问题。在这样的时代背景下，个人信息保护显得尤为重要。在谈及个人信息保护时，“被遗忘权”的问题不可避免。在大数据时代，信息失去了“被遗忘”的基因，人们也失去了在“大数据”时代之前可以轻易获得的“被遗忘权”。涉及“被遗忘权”的问题引发了学界的激烈讨论，“被遗忘权”和“言论自由”、“公众知悉权”存在着天然的冲突，但是“被遗忘权”制度的建立对于个人信息的保护却是十分重要的。笔者在本文中参考中西方专家学者的观点，结合“被遗忘权”的历史发展、法理，谨慎的提出“被遗忘权”的定义，并对当下司法实践中涉及“被遗忘权”的法律援用作了说明。关于被遗忘权制度的可能制度路径，笔者认为，应当制定《个人信息法》，在该法中规定“被遗忘权”制度。此外，笔者认为建立专门数据保护机构和技术建设能更好的保护权利主体的“被遗忘权”。

**【关键词】** 大数据 被遗忘权 欧盟立法案 个人信息保护 个人信息权

### 引言

2015年12月09日，被称为中国“被遗忘权”第一案的“任甲玉与北京百度网讯科技有限公司名誉权纠纷案”终于尘埃落定。该案中，任甲玉认为，陶氏教育公司在业界的声誉并不高，任甲玉本人虽然曾经在陶氏教育公司任职，但现在已经从陶氏教育公司离职，在百度搜索中出现的“陶氏教育任甲玉”、“无锡陶氏教育任甲玉”等信息会误导公众，让公众认为他仍然和陶氏教育有联系，降低了自己的社会评价。任甲玉认为这侵犯了他的姓名权、名誉权、一般人格权以及“被遗忘权”。法院审理后认为，信息本身并未涉及人格利益，不构成侵犯人格权，特别是我国没有“被遗忘权”的相关法律规定，因此任甲玉的诉讼请求没有法律依据。<sup>①</sup>该案在经过了北京市海淀区法院一审、北京市二中院二审后，任甲玉最终败诉。虽然此案中，任甲玉的“被遗忘权”因为没有法律依据而败诉，但是“被遗忘权”从此进入了公众的视野。“大数据”时代的背景下，信息传播的效率得到了空前的提高，这在给人们带来便利的同时，也引发了一些社会问题，大数据时代背景下公民权利的保护值得关注。“任甲玉诉百度侵权案”让学界重新思考“被遗忘权”的相关问题，“被遗忘权”是否有保护的正当性和必要性？在我国的司法实践中，“被遗忘权”如何被看待？我国法律是否应当规定“被遗忘权”制度？这一系列问题值得研究。

\* 李源：16级法律硕士（非法学）；廖思慧：16级法律硕士（非法学）。

① 参见北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第17417号民事判决书，载 <http://wenshu.court.gov.cn/>

## 一、大数据对“被遗忘权”的侵蚀

据中国互联网络信息中心(CNNIC)在京发布第 38 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至 2016 年 6 月,中国网民规模达 7.10 亿,互联网普及率达到 51.7%,超过全球平均水平 3.1 个百分点。互联网的发展、个人电脑的普及给人们的生活带来了便利,推动了社会的进步。<sup>①</sup>与此同时,人类凭借网络、个人电脑,迈进了“大数据时代”,“大数据”改变了人们的生活、学习和工作,人们通过分析和利用大数据可以更精准的掌握城市、医疗、卫生、交通、民生、舆情等方面的情况。互联网企业利用“大数据”,分析顾客的购买习惯和需求,从而更好的实现资源的优化配置,协调采销、仓储、物流和运营等流程,制定合理的价格,在激烈的竞争中获得优势。在刑事侦察中,侦察人员通过分析罪犯在网络上留下的通讯、消费、旅游等数据的痕迹,找到罪犯的藏身之所,获取有利的罪证……

“大数据”应用在很多领域,扮演着非常重要的角色。“大数据”(Big data),又称为“巨量数据”,“大数据”研究中心 Gartner 给出的“大数据”的定义是需要新处理模式才能具有更强的决策力、洞察发现力和流程优化能力的海量、高增长率和多样化的信息资产。海量的数据是人们在使用电子设备时自愿或者非自愿的存储于网络“云存储”数据库中所形成的。“云存储”数据库不会自我遗忘,如果不是人们有意删除,数据在“云存储”数据库中理论上讲将永恒存在。这和“大数据时代”之前的情况是完全不同的,“大数据时代”之前,绝大部分公众所知悉的信息(除非被人类刻意的记载下来)会随着时间的流逝而衰亡,而在“大数据时代”,人们可以通过访问“云存储”数据库获取数据库“永恒记忆”的数据,加之,信息在网络世界传播效率异常之高,即使删除“元数据”,信息亦有可能未被遗忘。“大数据”所导致的信息不被遗忘的问题值得谈论,这一问题和大数据时代公民权利保护紧密相关。

人们在大数据时代失去了过去可轻易获得的被遗忘的权利。某全国人大代表曾指出,个人信息一旦发布到网络上,可能其终身所有东西都会永久留在上面,覆水难收。个人信息的外露可能会遭到某一方或者某一人的“攻击”,一方面是无中生有,另一方面则会对其真实的负面信息进行炒作。互联网不会遗忘从鸡毛蒜皮的小事到所谓的人生大事,通过搜索引擎,关于个人的信息在多年之后仍然很容易被搜索到,其中一些可能会让当事人感到羞愧、尴尬乃至愤怒。<sup>②</sup>“不被遗忘的信息”给人们的生活、学习和工作带来了困扰,可是当下却缺乏相关的法律细则规范。

在“任甲玉诉北京百度网讯科技有限公司案”中,法院认为我国并没有“被遗忘权”的权利类型,个人无权请求删除由他人控制的全部个人信息的权利。人们的“被遗忘权”得不到有效的保护和合理的救济,必将带来社会问题,“被遗忘权”事关个人信息利益的控制和维护,如果“被遗忘权”得不到有效的保护和合理的救济,又谈何个人信息自决权呢?“被遗忘权”制度的建立也必将为互联网技术的思维局限打开新的局面,人们不至于担心囚禁在数据永恒记忆的“超级圆形监狱”,人们在网络世界中“裸体化”、“透明化”的现象将得到有效的缓解。与此同时,被遗忘权制度通过让网络公司承担更多的义务,可以有力调节网络用户和网络公司力量悬殊的现状,因此有必要对“大数据时代”的被遗忘权进行系统的思考和深入的研究。

<sup>①</sup> 参见第 38 次中国互联网络发展状况统计报告, HYPERLINK "<http://www.cnnic.net.cn/>" <http://www.cnnic.net.cn/>。

<sup>②</sup> 吴飞、傅正科:《大数据与“被遗忘权”》,《浙江大学学报》(人文社会科学版),2015 年第 2 期。



## 二、“被遗忘权”的地位与意义

探究“被遗忘权”的定义，首先应当明确所探究的“被遗忘权”是大数据、互联网背景下的“遗忘权”。国内许多学者在讨论“被遗忘权”时，仅仅是在欧盟 GDPR 法案翻译的基础上，结合判例所做的结论，并不能让“被遗忘权”本土化，为我国的法律制度构建提供建设性意见。笔者力图在结合“被遗忘权”的历史发展、我国法律和案例以及学者们的观点整理，从而得出“被遗忘权”的定义。

我国法律中并没有“被遗忘权”的概念，“被遗忘权”这一提法起源于 20 世纪中叶的法国，“被遗忘权”概念在意大利的法律当中也曾有类似的表述，具体指的是对在已经过去的生活当中不会再发生的事件保持沉默的一种权利，以及曾经受过刑事处罚的人在刑期届满回归社会之后要求他人不再将自己犯罪记录公开的权利。<sup>①</sup>“大数据时代”给“被遗忘权”赋予了新的和更广阔的含义，既然“大数据”可以永恒记忆，不会主动遗忘，而这又严重影响了个人信息利益，那么法律有必要规定“被遗忘权”，以此来保护个人对自我信息的维护和控制。

### （一）欧盟“被遗忘权”的发展

2012 年 1 月 25 日，欧盟委员会首次在立法案中提出了“被遗忘权”(right to be forgotten)，引发了学术界激烈的讨论，批评、赞誉参半。2013 年 10 月 21 日，欧盟公民自由、司法与内政委员会通过了欧盟委员会的立法案，在该立法案中，“被遗忘权”(right to be forgotten)被“消除权”(right to be erasure)所替代。国内有学者基于此事实，认为“被遗忘权”(right to be forgotten)等同于“消除权”(right to be erasure)是明显断章取义的。“消除权”(right to be erasure)首次出现于 1995 年欧盟的《数据保护指令》中，欧盟在 2013 年通过的立法案中使用“消除权”，是否意味着其放弃“被遗忘权”的概念，而采用“消除权”的概念呢？通过对比 2013 年的立法提案和 2012 年的立法案，我们可以发现欧盟委员会其实是用“旧瓶”装新酒。2013 年的立法提案将数据控制者通知第三方消除数据的“通知义务”变成“消除第三方数据的责任”，甚至进一步规定数据控制者还负有在可能的情况下通知数据主体第三方采取行动并对数据主体进行公正的赔偿。同时，2013 年的立法提案增加法庭和管理机构的最终裁决成为消除数据的理由，为“被遗忘权”的实施提供了又一种可能。<sup>②</sup>这和 1995 年欧盟的《数据保护指令》中的“消除权”的概念是有明显差别的。2013 年的立法案要求数据控制者承担更多的责任，以期数据能在网络的世界中被遗忘，甚至几乎湮灭。因此“被遗忘权”显然更能形象的表达 2013 年立法案中所描述的“消除权”(right to be erasure)的含义。

2014 年 5 月 13 日，欧盟法院对“谷歌诉冈萨雷斯被遗忘权案”做出了最终的判决，谷歌公司败诉，必须移除有关冈萨雷斯个人信息的相关数据。欧盟法院通过该判决，确立了“被遗忘权”制度，使其在司法实务成为一项具有可操作性的新的个人民事权利。值得提及的是，欧美的报道中并没有使用“消除权”的概念，而是称“被遗忘权”获得了胜利。

### （二）美国“被遗忘权”的发展

2015 年 1 月 1 日，美国加利福尼亚州参议院第 568 号法案，即“橡皮擦法案”，正式生效，该法案要求包括 Facebook、Twitter 在内的社交网站巨头应允许未成年人擦除自己的上网痕迹，以避免因年少无知缺乏网络防范意识而不得不在今后面临遗留的网络痕迹带来的诸多困扰。<sup>③</sup>由于美国十分重视公民的言论自由权，美国宪法第一修正案第 1 条规定，“国会不得制定剥夺言论自由或出版自由的法律”，而“被遗忘权”似乎又和“言论自由”

① 郑文明：《互联网时代的“数字遗忘权”》，《新闻界》，2014 年第 3 期。

② 夏燕：《“被遗忘权”之争——基于欧盟个人数据保护立法改革的考察》，《北京理工大学学报》（社会科学版），2015 年第 2 期。

③ “美国推‘橡皮擦’法案，抹掉未成年人的网络过失”，《法律与生活》，2014 年第 1 期。

相冲突，因此美国对“被遗忘权”一直抱以十分谨慎的态度。和 2013 年欧盟委员会立法案中“被遗忘权”相比，美国得法律对“被遗忘权”在主体，保护范围，客体上做了诸多的限制。不过，美国“橡皮擦法案”却也表明美国正在逐渐地接受“被遗忘权”。

### （三）权利之间的博弈

存在于网络上的信息，需要经过一段时间后“被遗忘”，这是法律在利益权衡后做出的强制规定。“被遗忘权”和“言论自由权”、“公众知情权”之间存在着天然的冲突，欧盟以判例的方式确立的“被遗忘权”制度，实际上更好的保护了公民在网络生活中的个人信息，以此同时增加了网络服务提供者的义务，随着欧盟“被遗忘权”的确立，公民的言论自由权、公众知情权却被相应的削弱了。

“被遗忘权”制度在欧盟和美国有着截然不同的发展，美国的法律更加注重对个人“言论自由”的保护，这是由于《宪法》以及美国独特的历史文化传统所决定的。起初，美国主流的观点认为，既然公民在网络上创立或者传播信息，应当受到“言论自由权”的保护，那么“被遗忘权”制度则没有设立的必要，如果创立或者传播的信息构成侵权，权利人可以依据其他相关法律的规定维护自己的权利，并且公众有权知悉未经法律特别规定限制的所有信息，这符合美国的价值取向。然而，“大数据”时代，网络技术的迅猛发展已经超出了人类的想象，更是超出了过去立法者的想象，在“大数据”时代，个人信息的保护显得尤为重要，美国也在综合权衡“言论自由”、“公众知情权”和“被遗忘权”后，逐渐地确立了“被遗忘权”制度。

## 三、大数据下“被遗忘权”的存在空间

自“谷歌诉冈萨雷斯被遗忘权案”败诉后，“被遗忘权”引发了中国学术界激烈的讨论，对于“被遗忘权”，我国学者们给出了不同的定义。笔者认为，想要弄清楚“被遗忘权”的定义，可以先探讨“被遗忘权”的上位概念。被遗忘权显然应该是属于民事权利，因为网络生活中，信息创立者、网络信息传播者、网络服务提供者和网络用户之间属于平等民事主体关系，调节平等主体间的权利义务关系的权利应当属于民事权利的范畴。那么，被遗忘权属于人格权，还是财产权呢？

### （一）“被遗忘权”并非人格权

杨立新教授在《被遗忘权的中国本土化及法律适用》一文中认为，“被遗忘权”应当属于人格权。给出的理由如下：第一，被遗忘权的客体所涉及的信息具有可识别性，能够体现权利主体的人格特征。第二，尽管个人数据具有一定的财产属性，但若是将被遗忘权作为一项财产权来看待，需要被删除的客体信息并没有确切的价值参照，当权利受到侵害时，很难依靠财产价值准确计算实际的损害赔偿数额。第三，传统的财产权一般区分为债权和物权，单从这点来看，“被遗忘权”无法被归入传统的财产权体系之中，因为其既非债权，也并非物权。<sup>①</sup>笔者认为这样的理由是不充分的，首先，人格权是人身权的下位概念，人身权是指以人格利益或者身份利益为标的，与权利人的身不可分的民事权利。个人信息包括与人格利益，人格尊严、人格平等、人格自由有关的部分，也有不包含人格利益的部分。我国“被遗忘权”第一案“任甲玉诉百度公司名誉纠纷案”中，所争议之信息（其于 2014 年 7 月 1 日起在江苏无锡陶氏教育从事过教育工作）只是记录了任甲玉曾经的工作信息，并不直接涉及人格利益，但是却对任甲玉的工作产生了巨大影响。事实上，法院判决，也认为信息本身并未涉及人格利益，不构成侵犯人格权，而且我国也没有“被遗忘权”的相关法律规定，任甲玉没有请求权基础，所以判决任甲玉败诉。此外，传统的财产权中所涉及的物原则上为“有

<sup>①</sup> 参见杨立新、韩 煦：《被遗忘权的中国本土化及法律适用》，《法学论坛》，2015 年第 2 期，第 29 页。

体物”。可是，社会发展日新月异，越来越多的学者认为，信息、虚拟财产等无形财产具有价值和交换价值，能够满足人类特定的需要，财产的客体应当包括“信息”、“虚拟财产”等无形之物。

我国《民法总则》中第一百零九条、第一百一十条规定了一般人格权、具体人格权和法人、非法人组织的人格权。而在第一百一十一条单独规定了“个人信息法律保护”，也是为将来立法奠定基础。从《民法总则》的条文体系来看，个人信息的法律保护并没有落入人格权保护的范围，所以涉及个人信息的控制和改变的被遗忘权自然也不属于人格权。

## （二）“被遗忘权”并非债权

债权为相对权，并非绝对权。相对权的义务主体为“特定的人”，而绝对权是对世权，其义务主体为一切人。假设“被遗忘权”是一种相对权，那么权利主体在行使“被遗忘权”时，只能对特定人主张权利，可是数据时代的信息传播速度如此之快，复制效率如此之高，在权利人请求特定人删除侵犯其遗忘权时，可能云存储中依然存在着若干备份信息，这些备份信息依然侵犯着权利主体的“被遗忘权”。如此，“被遗忘权”保护和救济将变得不彻底，甚至显的没有意义。所以，应当将“被遗忘权”定义为一种绝对权。“被遗忘权”的权利相对人是一切人，当存在侵犯“被遗忘权”之信息时，权利主体有权请求所有与侵权信息创立、传播、展示、链接等行为相关的人采取必要的删除、模糊处理等方式，使侵权信息达到在互联网云存储中不可见乃至湮灭的状态。所以“被遗忘权”并非债权。

## （三）“被遗忘权”是个人信息权

信息在“大数据”时代之前具有“被遗忘”的基因，这有利于公民权利的保护。一方面，公开的信息在一段时间后被公众所淡忘，于是，个人可以重新塑造个人形象。另一方面，因为信息会被遗忘，个人不用担心曾经的所有信息能被他人轻易的掌握（除非被人刻意的记忆）。信息固有的“被遗忘”的属性产生了“被遗忘权”，这和人们的自由、隐私以及其他人格利益息息相关。而在“大数据”时代，信息失去了“被遗忘”的属性，产生了很多社会问题，并且信息“不被遗忘”不符合自然的规律。从根本上讲，设立“被遗忘权”正是为了解决大数据时代信息失去了“被遗忘”的属性这一问题的。“被遗忘权”通过维护信息“被遗忘”的属性，给那些应当被遗忘而未被遗忘的信息所指向的权利主体提供救济，从而保证公民可以从容使用、对待个人信息，保证公民其他权利的行使。“被遗忘权”不同于以往的传统权利，具有其特殊性。同时，考虑到《民法总则》已经规定了“个人信息的法律保护”，这为将来立法留下了空间，而“被遗忘权”的内涵也确实落入“个人信息保护”含义的外延中。个人信息所涉及的权利也绝非“被遗忘权”这一种，那么将涉及“个人信息”的“权利束”定义为“个人信息权”，将“被遗忘权”定义为“个人信息权”的一种应当是恰当的，这符合我国《民法总则》的立法精神。

## （四）“被遗忘权”的构成要素

李拥军在《权利生成论》中提到，权利的生成有四个条件：（1）须有独立主体的存在；（2）须有权利相对者的存在；（3）利益或资源须具有稀缺性；（4）某种利益或要求须得到所在群体的肯定性评价。我们在探讨“被遗忘权”的定义时，有必要讨论权利生成的四个条件。<sup>①</sup>

应该遗忘而未被遗忘的信息对权利主体造成了影响，权利主体行使“被遗忘权”使得信息达到消除乃至湮灭之状态。考虑“被遗忘权”从产生到被行使的过程，不能将“被遗忘权”的权利主体仅仅规定为信息的创立者，因为信息具有其特殊性，信息会对创立人以外的人产生影响，因此“被遗忘权”的权利主体应当被定义为产生个人信息且能通过直接或间接手段被识别身份的自然人更为合理。权利相对者则为一切人。

<sup>①</sup> 李拥军：《权利生成论》，《吉林大学》2004年，第43页。

被遗忘权所保护的“信息利益”是否具有稀缺性呢？“大数据时代”以前，人类的遗忘是常态，记忆才是人类刻意学习的结果，是一种例外。由于数字技术与全球网络的发展，大数据时代的到来，这种平衡已经被改变。在网络技术的帮助下，遗忘已经变成为例外，而记忆却成了常态。<sup>①</sup>完善的数字记忆在带给人们极大便利的同时，也造成新的困扰。过去，人们犯错不用担心未来会受此羁绊，因为尴尬的信息通常只存在特定的社区并随着时间的流逝而被遗忘。<sup>②</sup>而在“永久记忆的时代”，信息的遗忘具有稀缺性，如果没有“被遗忘权”，信息的遗忘在制度层面将很难完成。权利主体将要付出高昂的代价才能使应当遗忘之信息在网络世界实现湮灭的效果，“被遗忘权”制度突破了大数据时代“永恒”记忆规律，从而赋予遗忘以价值。

“权利”这一概念本身包含着社会的赞同性、肯定性的评价。笔者在前文已经述及，“大数据”时代，人们在网络生活中变得“透明化”和“裸体化”。我国也出现了大数据时代过度数字化的社会问题。“被遗忘权”的引入有助于解决过度数字化的社会问题，让曾经在网络上出现的信息经过一段时间后淡化，保证了人们对于信息的控制，有效的避免了尴尬的网络“透明化”现象，让个人空间从永恒的数据禁锢中解脱出来，设立“被遗忘权”必然会得到社会群体的支持和认同。

那么“被遗忘权”保护的客体是什么呢？是否所有的个人信息都应当纳入被保护的客体呢？杨立新教授将“被遗忘权”保护的客体归为三类：（1）不恰当的信息：是在网络云存储中，对于信息主体描述不正确的信息。（2）过时的信息，是网络云存储中，对于权利主体来说，虽然是可能真实的，但随着时间流逝，该信息对所涉及对象状态的反映已非“现在时”。

（3）会导致信息主体社会评价降低的信息：是在网络云存储中持续存在着的，会导致权利主体社会评价持续降低的负面信息。<sup>③</sup>该归纳相较于其他学者的归纳更加系统和具体。然而，该归纳除了第二类中“过时的信息”考虑了时间的维度，第一类中所述“不恰当的信息”的特征不具有具体指向性，换言之，在大数据时代之前，不恰当的信息经过创立、发表、传播，被公众所知悉，没有经过一定的期限公众也未曾遗忘，又谈何“被遗忘权”呢？会导致信息主体评价降低的信息同样如此，故而论及“被遗忘权”保护的客体必须考虑时间的维度。李晓辉在《信息权研究》一文中指出，信息可以分为待传播的信息、传播中的信息和传播后的信息。<sup>④</sup>笔者认为，依法理“被遗忘权”的产生是基于信息自其产生之时起，应当具有“被遗忘的基因”，这符合人类被遗忘的天性，是个人信息自决权的必然要求。而在“大数据”时代，信息失去了“被遗忘的基因”，因此法律应当在信息产生之初，赋予传播前的信息以“被遗忘的基因”，规定信息经过一定时间后衰亡。对于传播中的信息和传播后的信息构成侵权的，可以由“被遗忘权”以外的其他权利调节之。只有当存在应当衰亡而并未湮灭的信息时，权利主体主张权利的情况才属于“被遗忘权”的保护范围。经过以上分析，我们发现，在“被遗忘权”所保护的个人信息上加上过多的限制而不考虑时间的维度实为不妥。

笔者认为，“被遗忘权”保护的客体为一切具有个人指向性的信息。依据《网络安全法》的相关规定，个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。该规定对“个人信息”的类别进行了不完全列举，从该规定的定义来看，只要带有个人指向的信息就应当被认为是个人信息，所以“被遗忘权”的保护客体应当是个人信息。

① [英] 维克托·迈尔-舍恩伯格、袁杰译：《删除：大数据取舍之道》，浙江人民出版社 2013 年版，第 6 页。

② See Laura Lagone, *The Right to Be Forgotten: A Comparative Analysis*, Fordham University School of Law, Dec. 7, 2012, p. 1.

③ 杨立新、韩煦：《被遗忘权的中国本土化及法律适用》，《法学论坛》，2015 年第 2 期，第 32 页。

④ 参见李晓辉：《信息权利研究》，知识产权出版社 2006 年版，第 36 页。

通过比较“被遗忘权”相关的文献,分析“被遗忘权”生成的过程,笔者认为,“被遗忘权”是“个人信息权”的一种,是产生个人信息且能通过直接或间接手段被识别身份的自然人请求该个人信息在经过一段时间后衰亡,以及该个人信息应当湮灭而未湮灭时请求权利相对人通过删除、屏蔽或者模糊处理等方式将该个人信息归于湮灭或者极限趋近湮灭的权利。

## 四、我国的司法实践中的“被遗忘权”的救济

我国法律中没有规定“被遗忘权”,因此在司法实践中提起“被遗忘权”侵权之诉,必然败诉。然而,在法律未规定“被遗忘权”之前,涉及“被遗忘权”的案件,却可以通过援用我国现有的其他法律条文保护“被遗忘权”。

### (一) 基于合同法的救济

《合同法》是私法,奉行“意思自治原则”。尽管我国的法律并没有明文规定“被遗忘权”,然而当事人可以在合同中添加“被遗忘权”的相关条款,从而可以对当事人的“被遗忘权”进行保护。事实上,一些具有社会责任感的互联网企业已经在涉及到顾客个人信息的格式合同中,添加了顾客“被遗忘权”保护的相关条款。以《京东隐私政策》为例(该协议虽然名为隐私政策,事实上,开头便强调京东非常重视用户的隐私和个人信息保护。因此应当命名为“京东隐私和个人信息政策”更为恰当。)在该协议的第一章第一节“您须授权我们收集和使用您个人信息的情形”中,详细的罗列了“京东”在收集、使用用户个人信息时需要获取用户授权的情形,同时也列举十一项无需顾客授权即可收集、使用个人信息的情形。与此同时,在该协议中,京东详细的说明了用户访问、更正、删除其个人信息的方式以及在用户不能正常的访问、更正、删除其个人信息时,京东所提供的救济方式。京东公司通过《京东隐私政策》协议赋予了用户以“手动的被遗忘权”。协议中并没有规定用户的个人信息会在一定时间后衰亡,但是,用户可以通过停止授权的方式使个人信息暂时隐藏或者被模糊处理甚至彻底删除。在用户发现其个人信息本应当湮灭而未湮灭时,用户可以通过京东所提供的方式获得权利的救济。<sup>①</sup>

可是,用户在互联网企业面前毕竟力量悬殊,而且诸如《京东隐私条款》这样的协议若非用户特别注意,一般会被用户所忽略。在“大数据时代”,让用户“手动”行使“被遗忘权”存在着操作难度大,维权阻力多,维权效率低等一系列问题。在我国法律尚未规定“被遗忘权”之前,《合同法》亦只能勉为其难的为“被遗忘权”的权利主体提供救济。

### (二) 基于《侵权责任法》和《网络安全法》的救济

我国侵权责任法的立法精神是,一个人的行为给他人造成了损害,原则上是不承担责任的,除非有正当的理由让他承担责任。美国前联邦最高法院大法官霍姆斯曾说过:“良好的政策应让损失待停留于其所发生之处,除非有特别干预的理由存在”。在法律并无明文规定侵害“被遗忘权”的情况下,权利相对人侵害“被遗忘权”的同时如果又侵犯主体的其他权利的,权利主体可以基于法律规定的其他权利的请求权基础和《侵权责任法》的相关规定主张个人的权利。笔者将按照传播前的信息,传播中的信息,传播后的信息分别论述。对传播前的信息,在尚未获得“被遗忘”的基因时,未经许可而发布个人信息的行为侵犯了权利主体的人格权,并且该不法侵害符合《侵权责任法》的一般侵权的四个构成要件,即加害人实施了违法加害行为;受害人遭受了可救济的损害;加害行为与损害有因果关系;加害人对损害的发生有过错。对于不涉及侵害人格权的个人信息,如果网络运营者未经用户同意,未

<sup>①</sup> 参见“京东隐私政策”,[https://about. jd. com/ privacy/](https://about.jd.com/privacy/)。

向用户明示使用目的而收集，方式和范围未遵循合法、正当、必要的原则而收集、使用的，用户可以基于《网络安全法》第四十一条第一款和第六十一条的第一款主张权利。如此，信息在传播前虽然未获得“被遗忘”的基因，但是援引相关法律规定，权利主体亦可以获得相应的法律保护。

因为传播中的信息尚处于传播的状态，并不涉及“被遗忘”的问题。当然，我国 2017 年 6 月 1 日正式施行《网络安全法》建立了络安全等级保护制度，对传播中的信息也进行了相当程度的保护。

传播后的信息已经经过了一段合理的时间应当被遗忘，“被遗忘权”保护的信息是在网络的世界里应该湮灭却并未湮灭，即未顺利“被遗忘”的信息。如果应当“被遗忘”的信息是违反法律、行政法规的规定或者是双方约定收集、使用的是有错误的信息，则权利主体可以依据《网络安全法》第四十三条、第四十四条、第四十五条以及第六十四条主张对“应当被遗忘”的个人信息删除或者更正的权利。如果网络用户利用应当“被遗忘”的信息实施侵权行为，被侵权人有权依据《侵权责任法》要求网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。如果网络服务提供者接到通知后未及时采取必要的措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。《侵权责任法》第三十六条的“通知-取下”规则的保护并未涵盖所有侵害信息传播后“被遗忘权”的情形，但是却为一些涉及“被遗忘权”侵权的案件提供了救济途径。

总而言之，我国现今的法律体系为侵害“被遗忘权”的部分案件提供了救济，但是依旧给“被遗忘权”的立法留下了空间。

## 五、设立“被遗忘权”的可能制度路径

2017 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国民法总则》第一百一十一条规定了个人信息的法律保护：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”依据《民法总则》立法精神，《个人信息权法》的制定势在必行。《个人信息权法》在立法上的缺失，不利于我国“大数据时代”的个人信息的保护，制约着我国互联网事业的发展，也让我国在国际贸易中处于被动的不利地位。全球的国际贸易中，欧盟和美国在个人信息保护上一直处于主导地位，中国也应当迎头赶上，避免因个人信息的保护而出现贸易壁垒。<sup>①</sup>

前文已经论述，“被遗忘权”属于个人信息权“权利束”中的一种，应当在《个人信息权法》中加以规定。基于对被遗忘权概念的分析，和“大数据时代”的时代特征以及我国的法律体系，笔者对“被遗忘权”的制度构建有如下构想：

1. “被遗忘权”始于传播前的信息应当具备“被遗忘”的基因，即信息应当在经过一段合理的时间后而逐渐的衰亡。因而应当规定信息的创立者负有给涉及个人信息的数据捆绑时钟编码的义务，时钟编码中的时间经过，则涉及个人信息的数据将被清除或者“自我引爆”，达到湮灭或者极限趋近湮灭的状态。这需要技术建设的支撑，这样的技术在未来一定是可以达到的。

2. 可以借鉴欧盟各国设立专门的数据保护机构的做法。数据保护机构可以为《个人信息保护法》的实施制定细则，同时也可以监督数据控制者的行为，为被侵权人提供申诉或者仲

<sup>①</sup> See David Scheer, For Your Eyes Only - Europe's New High - Tech Role: Playing Privacy Cop to The World, Wall St. J. , Oct.10, 2003.

裁的救济渠道。<sup>①</sup>信息传播后, 经过了一段合理的时间, 应当“被遗忘”而未湮灭的, 权利主体可以向数据保护机构进行申诉, 由数据保护机构对应当“被遗忘”的信息进行追踪和清理。

3. 如果出现应当“被遗忘”的信息已经衰亡, 而有人恶意将该信息重新创立发布的, 权利主体可以追究侵权人的侵权责任或者向专门的数据保护机构提出仲裁申请。

5. “被遗忘权”只是“个人信息权利束”中的一种, 其作用并非万能的。“被遗忘权”应当和其他“个人信息权”, 如删除权、自决权、信息控制权组成“个人信息权”的权利体系共同保护个人信息的权益。

6. 《个人信息保护法》应当对“被遗忘权”进行限制。其法理依据是, 在“大数据时代”之前, 人们出于公共利益、历史、统计、科研的需要也会对部分信息进行刻意学习和记忆使得这部分信息“不被遗忘”。因此, 公共利益的需要、历史、统计、科研的需要, 以及其它正当、合理、合法的需要可以对抗“被遗忘权”。同时, GDPR 中还规定了“被遗忘权”的“家庭豁免”, 即当数据处理能被合理地期待将仅仅被有限的一部分人获取时能适用家庭豁免, 对抗“被遗忘权”。<sup>②</sup>

## 结 语

“被遗忘权”始于法国, 兴于欧洲立法案的推动, 后因为“谷歌诉冈萨雷斯被遗忘权案”的判决在欧洲被正式确立。我国引入“被遗忘权”势在必行, 这是时代发展的需要也是个人信息保护的需要。不可否认, “被遗忘权”与“言论自由权”、“公众知情权”存在着矛盾, 可是良好的法律制度可以让这些权利保护共同服务于公民基本权利的保护。关于“被遗忘权”, 学界有很多不同的观点, 有“人格权说”, “隐私权延伸说”, “新兴权利说”, “个人信息权说”等, 笔者参考了各种学说的论文, 以李拥军在《权利生成论》一文所提出的权利生成四要素为分析模板, 结合“被遗忘权”的法理, 提出了“被遗忘权”是个人信息权的一种, 是产生个人信息且能通过直接或间接手段被识别身份的自然人请求该个人信息在经过一段时间后衰亡, 以及该个人信息经过了一段时间后应当湮灭而未湮灭时请求相关权利相对人通过删除、屏蔽或者模糊处理等方式将该个人信息归于湮灭的权利。

我国尚未确立“被遗忘权”制度, 但是, 通过援用《合同法》、《侵权责任法》、《网络安全法》条款, 可以对一些涉及“被遗忘权”的不法侵害进行适当的保护。然而, 通过上文的分析, 我们可以发现我国现有的法律体系不足以充分保护权利主体的“被遗忘权”, 笔者认为根据《民法总则》第一百一十一条的立法精神, 应当制定《个人信息保护法》, 在该法中规定“被遗忘权”。信息具有“被遗忘”的基因, 应当经过一段合理的时间后衰亡。那么这里所谓的一段合理的时间到底规定多长时间才是合理的呢? 笔者粗浅的认为, 一方面这一期间应当通过严密的论证, 这一严密的论证又应当建立在对“大数据”分析的基础上, 另一方面该期间可以参照法律中其他期间(如除斥期间)的相关规定。

<sup>①</sup> 郑志峰:《网络社会的被遗忘权研究》,《法商研究》,2015年06期。

<sup>②</sup> See Protection of Individuals With Regard to The Processing of Personal Data . <http://www.europarl.europa.eu/sides/>

## 【参考文献】

- [1] 吴飞,傅正科.大数据与“被遗忘权”[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2015(2).
- [2] 郑文明.互联网时代的“数字遗忘权”[J].新闻界,2014(3).
- [3] 夏燕.“被遗忘权”之争——基于欧盟个人数据保护立法改革的考察[J].北京理工大学学报(社会科学版),2015(2).
- [4] 李拥军.权利生成论[M].吉林大学,2004.
- [5] 维克托·迈尔—舍恩伯格.删除:大数据取舍之道[M].袁杰译.杭州:浙江人民出版社,2013年版.
- [6] 杨立新、韩煦.被遗忘权的中国本土化及法律适用[J].法学论坛,2015年第2期.
- [7] 李晓辉.信息权利研究[M].北京:知识产权出版社,2006.
- [8] 程啸.侵权责任法(第二版)[M].北京:法律出版社,2015.
- [9] 李永军.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2015.
- [10] 郑志峰.网络社会的被遗忘权研究[J].法商研究,2015(6).
- [11] 王利明.私权的新发展[J].人大法律评论,2009(1).



# 大数据时代的隐私权保护研究

许政\*

**【摘要】** 随着数据时代的来临，传统上法律对隐私权的保护已经不能适应时代发展的需要，隐私权的内涵应得到重新建构，对个人数据的不正当收集、分析以及使用分析数据后得到的信息应当归入隐私权的范畴。大数据时代下数据信息具有了更多的财产性质同时兼具了公共利益和个人利益，加之网络时代的来临，数据隐私的保护更加困难。我们应当在完善立法的同时，发挥行业自律和个人自主的优势，以期为数据隐私提供全方位的保障。

**【关键词】** 大数据 隐私权保护 行业自律 激励机制

## 一、大数据内涵界定

顾名思义，大数据所体现的是数据量的庞大。大数据的产生源于科技进步的助力，但其核心动力来源于人类测量、记录和分析世界的渴望。随着智能计算机技术的发展与应用，掌握这些技术的企业、政府机构拥有了收集、分析这些庞大数据的能力，这在以前是人力难以完成的。大数据时代建立在海量数据之上，是随着网络和计算机技术发展而产生的。但是，简单的数据堆积并不是大数据时代的核心内涵。正如舍恩伯格《大数据时代》中所说，“大数据的核心是预测。它是将数学算法运用到海量的数据上来预测事情发生的可能性。”<sup>①</sup>海量的数据只是基础，更重要的是通过对这些海量的数据进行收集、分析并使用，从而利用这些数据为这个时代服务。现实生活中也确实如此，不论是政府还是企业都在收集这着个人信息数据，从而为管理社会打下良好基础和向消费者提供更加精细化的服务，与此同时大数据也必然对个人信息数据产生巨大威胁。我们正享受着大数据带给我们的便利，同时也承担着巨大的风险。

## 二、隐私权内涵之再定义

隐私权是一种体现着人类基本尊严的人格权利，对于人类来说，隐私是人与人之间保持安全距离的界限，越过了这条线就会引起个人的不适甚至双方之间的冲突。传统的隐私权作为一项具体人格权，是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护，不被他

\* 许政：上海政法学院民商法学 17 级研究生。

① 【英】维克托·迈尔—舍恩伯格；肯尼斯·库克耶：《大数据时代》，周涛译，浙江人民出版社，2013 年 1 月第 1 版，第 016 页。

人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开的一种人格权。<sup>①</sup>现代各国一般都在其国内的法律中明文规定了公民的隐私权，并对公民的隐私权提供相应的保护。虽然各个国家的规定具有一定差异，但是，不可否认的是，隐私权是一种开放性的权利，不仅受到地域的影响，而且随着时代变迁也在不断的发展。

在新的时代环境下，随着信息数据技术的发展，传统隐私权的内涵已经不能满足人们对于隐私权保护的要求。正如在网络时代隐私权的内涵延伸到在互联网中对隐私保护的要求一样，在数据时代，隐私权的内涵也应当重新界定，个人数据的收集、传播、使用等应当纳入其中。这些数据中包涵着人们海量的信息，通过对这些信息的分析，人们的隐私在这个时代毫无保留的暴露在公众视野下。由此，有的学者认为，应当从传统的隐私权中引申出数据隐私权，即数据所有者对个人数据的采集、传播、使用等所享有的控制使用权，是人格权在网络 web3.0 空间的延伸。<sup>②</sup>笔者认为，大数据时代下的隐私权当然包含传统隐私权的内涵，同时应当有其特有的内质，这些特有的内质应该包括对个人数据进行收集、分析，以及通过分析数据所得的信息，也包括如何使用这些信息等，这些特质也是本文所讨论的重点所在。

### 三、个人隐私权与个人信息权辨析

在区分个人隐私权与个人信息权之前，我们需要明确数据与信息的关系。从广义上来讲，数据其实也是一种信息的载体，信息的存贮是需要载体的，很多情况下我们会把信息进行收集并以数据的形式存储起来并加以利用。如前所述，大数据时代的基础是海量的数据，这些数据如果不进行使用的情况下，仅仅是一些静态的数据，可以说它就是一种特殊的信息载体，通过分析处理后，我们就获得了相应的信息。对数据进行处理已经不仅仅是人类的思维活动了，通过一些数据分析的工具以及所必须的设备，我们不需要人类思维的参与就可以完成这些工作，而且在大多数情况下，人类思维的参与是不效率的。而对信息进行整合的过程如果没有人力的参与很难完成对其进行深层次的挖掘。其实我们所处的世界以及人类都是由信息所联结起来的。由此可以看出，个人数据其实就是一种变形的个人信息，只是在这个新兴的时代下，我们对信息的存储、处理方式发生了变化。

基于上述对于信息与数据的讨论，我们再来比较个人隐私权与个人信息权。有的学者认为个人信息权已经发展成熟，应当从一般人格权中独立出来，作为一种独立人格权加以规定。原因在于，在新时代下，个人信息权在内涵、范围、内容、价值、保护形式上均发展出独特内涵，再将其回归隐私权在理论上已经无法自治。<sup>③</sup>笔者认为个人信息应当属于隐私权客体的一种，单独将其从隐私权中抽出加以保护并无太大的实际意义，且既然能在现有的权利范围内为个人信息找到容身之所，自无强行将其从中抽出的必要。首先，依据隐私权保护的客体其实就是所谓的信息，只是在过去的条件下，信息并没有太多的财产属性，人们对于普通的不涉及私密的信息没有过多关注，因而仅仅认为其客体只是私密的个人信息。主流的关于

① 王利明：《隐私权概念的再界定》，载《法学家》2012年第1期。

② 田新玲、黄芝晓：《“公共数据开放”与“个人隐私保护”的悖论》，载《新媒体》2014年第6期。

③ 张里安、韩旭至：《大数据时代下个人信息权的私法属性》，载《法学论坛》2016年5月。

隐私权的定义都包含两项内容,即生活安宁和信息自主。从隐私权的概念中,我们也可以看出,信息是归入到隐私权保护的客体中的。还有部分学者认为,隐私与个人信息的范围是不一致的,比如电话号码、工作单位、住址等信息难以归入隐私权范畴。笔者认为,隐私是具有相对性的,比如患者的病情相对医疗机构来说就是一个已知的信息,但这不能阻碍它成为患者隐私的事实。同时个人也可以将其信息隐私进行公布,但是对隐私信息知情和对该信息使用则是另外的情形,即隐私权中内含的对信息的支配、控制。

## 四、大数据时代下隐私面临的新风险

大数据时代下,隐私权面临的风险是多样化的,笔者仅就其中三个方面进行简单介绍。

### (一) 商业发展与消费者的隐私

相信大家都有过去大型超市购物的经验,很多情况下,我们在买一个东西时,不自觉地就会被旁边的东西吸引而购买许多原本并不在计划内的商品。可能当时我们并没有察觉,但事后我们总会有这么一种感觉,难道超市的管理人能够未卜先知?其实,这一现象产生的原因就在于商业企业对消费者大数据的收集、分析得出了消费者购买商品的行为习惯,从而将具有相关性的商品摆放在一起,以达到激发客户需求、提升营业额的目的。全球第二大零售商—沃尔玛的数据库不仅包括每位客户的购物清单、消费金额、结算时间与结算方式,甚至连购买日的天气状况也被一一记录在案。另外,依据大数据分析得出的消费者的购物偏好,生产商家就可以依据这个结论调整自己的生产结构,取得竞争优势。因此,这种大数据带有明显的财产利益属性,在这种情况下,很难想象商家会自觉的维护消费者的隐私。

一个比较典型的例子是《纽约时报》在 2011 年报道到的一则故事。<sup>①</sup>百货商店塔吉特通过分析数据,挖掘数据背后的信息来提升销量。在报道中,塔吉特发现女人在生育后会大改购物习惯。因此它利用这一点,雇佣统计员确定了几项物品,如女性怀孕时会购买的产前维生素和足够容纳尿布的手包,然后发放优惠券给那些认定的准妈妈,以鼓励她们多到塔吉特购物。塔吉特利用这一策略获得了巨大的成功,但后来它们意识到了准妈妈们对于这一行为表现出反感,就调整了策略,将优惠券和一些无关的物品一起发送,以免暴露它对客户私人信息的了解。现时生活中这种情况普遍存在,只是我们并不一定意识到我们的隐私被侵犯了。

### (二) 政府治理与公民的隐私

现实生活中,对我们的信息最了如指掌的应该属政府部门。大街上无处不在的摄像头、以及固定的信息普查等等,公权力的属性决定了其最容易获取公民信息的特点。政府之所以有获取公民信息的欲望,原因在于通过大数据分析能够使得政府部门之间的数据进行整合,加强部门之间的信息合作,从而提高政府工作效率。同时,大数据技术所特有的基数大、真实性、高速等特点,使得政府部门在决策时能够更加科学和高效,避免信息的滞后与现实的不匹配等情况。另外,基于社会秩序的监管,也需要政府实时掌握社会上的各种信息。

<sup>①</sup> [美]特蕾莎·M·佩顿、西奥多·克莱普尔:《大数据时代下的隐私》,郑淑红译,上海科学技术出版社 2017 年 1 月第 1 版,第 013 页。

政府庞大的信息数据库是政府高效治理的前提，但这样的数据库的产生必然也伴随着对公民隐私的侵犯。无所不在的监控，让公民几乎时刻处于透明的状态。那么问题就在于政府是否能够无条件的征用公民的信息，如果不是，那么其界限在哪里？这其中伴随的是公共利益与个人利益冲突的问题。政府收集、分析和使用个人信息的行为又应该由谁来监管？如果政府收集的公民信息遭到了泄露，侵犯了公民的隐私时，又该如何救济？我国目前关于政府泄露隐私的案件并无先例，但这并不意味着在现实生活中不存在，美国“棱镜门”事件就是对我们最好的警告。在当前政府作为最大信息数据拥有者的时代前提下，这些问题迫切需要解决。

### （三）医疗事业与患者的隐私

大数据的发展同样渗透到医疗领域之中，最为典型的事例莫过于谷歌公司运用大数据分析得出的结论，预测了 H1N1 流感的爆发。在 09 年甲型 H1N1 流感爆发的时候，与传统的卫生组织落后的信息收集相比较，谷歌通过观察人们的搜索记录，并经过大数据手段的分析，得出的结论与官方结论不谋而合。<sup>①</sup>大数据可以说给医疗产业的发展注入了新鲜血液，为人类解决传统医疗上的疑难问题提供了新的途径和思路，对于医疗事业的发展具有巨大的促进作用。但大数据在医疗机构中的发展不可避免的也会产生上面企业和政府中面临的问题，出现侵犯隐私权的情形，而且这种侵权较传统的侵权后果更加严重。原因在于，随着大数据时代的到来，计算机和互联网的普及，越来越多的医疗机构由传统的纸质档案保存患者信息变成以数据形式存储在数据接收终端中。在这种情况下，一旦患者的数据被泄露，那么就是批量性的泄露，相较于过去的小规模的泄露而言增加了泄露的风险性。而且，在患者信息数据泄露后，如果被上传到网上，又会被其他诸如商业公司、不法分子等利用，对患者造成不可恢复的伤害。

基于此，笔者认为大数据时代下的隐私权至少具有如下几个特点：

#### 1、隐私权的保护难度大大提升

第一，侵权手段更加隐蔽。随着数据隐私权的产生，隐私权的载体发生了变化。在大数据时代，隐私权的载体以“数据”形式存储在各种智能的计算机等设备中，在这种情况下，如果没有一个高效的防护手段，通过一定的技术手段，任何人都可以获取这些数据，这就使得侵犯隐私权的行为变得更加隐蔽。第二，侵权主体匿名化。个人数据存在虚拟的网络世界中，在数据传输、分析、使用中不可避免地被公开，个人根本没有力量支配控制自己的数据。首先，基于侵权行为的隐蔽性和网络世界的虚拟性，人们本身就很难知道自己的隐私什么时候被侵犯以及是被谁侵犯了。作为一个普通的消费者，往往在面对侵犯其隐私权的这些主体时是无力的，财产地位的不对等以及技术手段的不对等都会造成这一现象。由此产生的结果就是许多人明知道自己的隐私被泄露了，却不知道是谁做的，也不知道该如何制止这些行为。

#### 2、兼有人身性质和财产性质。

信息被认为是有价值的，这一点是毋庸置疑的。只不过不同的信息产生不同的价值而已。或许一条信息一文不值，但是无数的数据堆积起来就能产生一个庞大的价值，当然，这时从

<sup>①</sup> [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶：《大数据时代》，周涛译，浙江人民出版社，2013 年 1 月第 1 版，第 003-004 页。

最朴素的角度来看,但不无道理。之所以在大数据时代到来之前,数据的价值没有的得到体现,原因在于数据的收集、储存和分析受到了限制。但是随着大数据技术的到来,情况发生了变化。数据的收集、存储和分析已经不再是困扰我们的问题,这个时候其价值性就得到了体现。而且,由于其非物质性的特点,这种价值具有并不会随着使用而减少,这就为使得数据能够流通提供了便利的条件。正是由于其财产性质更加突出,使得其遭受侵害的可能性大大提高了。

### 3、公共利益与个人利益的矛盾结合体。

这一特点体现在两方面。从大数据自身的角度来看,海量的数据的混杂使得个人数据与公共数据混杂在一起,非经特殊的技术手段难以将其分离,且分离的成本也是非常高的。从整个社会群体角度来看,在某些情况下大数据的收集、分析对于整个社会群体来说具有重要意义。比如通过对社会实施监控,不仅能对潜在的犯罪分子形成威慑,同时使得犯罪分子的行踪能够被相关部门实时掌握;再比如企业通过分析消费者的购物习惯,获得消费的消费需求,从而制定合理的生产计划和销售策略。公共卫生部门通过数据分析能够获得关于疾病爆发与传播的相关信息,这对于疾病防控与治理具有重要意义。以上是基于社会整体利益角度去衡量大数据给我们带来的优势,但是,不可否认享受这种利益的同时,我们的隐私权在不知不觉中已经变得不那么隐私了。

## 五、比较法视野下的数据隐私权保护

相较于国内来说,域外关于数据隐私的保护相对完善。笔者就以下几个方面简单介绍以下域外保护数据隐私的规定,以期能为我国完善提供有益经验。

### (一) 以欧盟为代表的立法主导模式

欧盟是世界上对于隐私保护最为关注的国家组织,致力于制定统一的个人信息保护法,其在数据隐私立法方面的成就可以说是达到其他国家难以企及高度。欧盟对于数据保护的立法是当今世界上第一个采用综合立法方式为数据隐私保护提供全面保护的法律制度,这是其最显著的特色。欧盟关于数据隐私的保护可以追溯到上世纪 80 年代,欧洲议会制定的《保护自动化处理个人资料公约》,1995 年开始便制定了《个人数据保护指令》、《关于电子通信领域个人数据处理和隐私保护的指令》等一系列指令和规章。这些指令和规章的内容明确规定了关于保护网络隐私权的原则,同时详细列出了网络服务商和网络用户各自的权利和义务。具体包括在收集用户相关的个人隐私数据信息时必须合法,公平对待用户的个人隐私数据;收集用户信息必须在合法的目的或范围之内,禁止超出此目的或范围收集和为用户信息;信息的收集管理者有义务保障个人隐私数据的安全,即不被非法泄露;个人信息的享有者有权知悉自己的个人信息所处状态,并有权要求信息管理者对那些不准确的信息进行修改的权利等等。<sup>①</sup>欧盟关于网络中数据隐私主体的权利义务规定对我国立法具有参考意义。权利不是说说而已,只有明确了权利的主体和义务的主体才能使得权利的保护落到实处,而不至于

<sup>①</sup> 臧阳旭:《大数据时代网络隐私权法律保护研究》,郑州大学 2016 年专业硕士学位论文,第 26 页。

沦为“纸面上的权利”。

## （二）德国数据保护官制度

德国在保护数据隐私方面主要有两方面的建树，一是将隐私权作为一种宪法性权利进行保护；二是设立了数据保护官制度。根据《德国联邦数据保护法》的规定，凡是“自动收集、处理和使用个人数据的公共机构和私法主体，应书面任命一名数据保护官，保护官应具备相关专业知识与履职必需的责任感，保守数据主体秘密，独立自主开展工作，履行职责时不受任何干涉。公共机构和私法主体应为数据保护官提供工作场所、设备和其他资源。数据主体可在任何时间接触数据保护官。”<sup>①</sup>在数据隐私保护的上，使用数据的主体以及数据所有权主体都有其固有的限制，德国的数据保护官制度为我们提供了一种新的思路，即通过专门的第三方作为媒介来对数据隐私进行保护。其能够在一定程度上突破使用主体与权利主体在保护数据隐私上的限制，一方面避免使用数据的主体滥用其使用的权利，另一方面可以弥补权利人相关专业知识和技术的欠缺。它我国对数据隐私保护制度的设计上具有借鉴意义。

## （三）以美国为代表的行业自律模式

以美国为代表的国家注重对数据隐私保护的行业自律，但是并不意味着这些国家不注重立法。在行业自律模式主导下，一般是以分散立法、行业自律和政府引导相结合的方式对数据隐私进行保护。美国不仅制定了各种保护公民隐私的法律规范，不仅拥有专门保护隐私权的《隐私权法》还制订了各种法案以保护公民的隐私权，隐私权也是“联邦宪法所保障的基本人权”。同时，美国注重通过建立行业间的自律组织，通过这些组织内部的规范规制行业主体的行为。其中比较有特点的制度类似于知识产权中的“驰名商标”制度，即通过给一些自律性的企业颁发证书，用以证明其在维护隐私方面具有良好的信誉，一旦发现其发生了侵犯隐私权的行为，则取消对其颁发的证书。从而在行业间形成一个奖惩机制，达到鼓励企业自觉维护消费者隐私的目的。美国隐私保护的特点之一，就在于追求经济发展和个人隐私保护之间的平衡。这种模式一方面是受英美法系不重视建立系统的法典的传统影响，一方面与美国重视经济发展，推动新兴技术发展的初衷不无关系。美国作为工业革命的最大受益者，非常清楚科技对于国家经济和综合实力的影响，因而在某种程度上，美国为了推动国家经济、科技、国防等各方面的进步，不得不在新技术与隐私之间做出一定的妥协。

# 五、 大数据时代下我国隐私权保护的缺陷及建议

## （一）目前我国数据隐私保护现状

截止目前而言，我国对于个人信息数据的保护并无专门的立法，相关立法散见在各个法律、法规及规章中。我国《宪法》并无具体规定隐私权的条文，因此可以说我国并未将隐私权作为一种宪法上的权利，是隐私权宪法保护的缺失。是否应当将隐私权入宪也是值得讨论的。其他法律诸如《民法总则》第一百一十条规定了自然人享有隐私权、《刑法》第二百五十三条和《侵权责任法》第三十六条分别对侵犯他人网络权益和出售他人信息分别做出了规

<sup>①</sup> 《德国联邦数据保护法》第 4f 条，转引自童拿云：《大数据时代的个人隐私保护》，上海师范大学硕士学位论文，第 28 页。

定。2012 年全国人大常委会颁布实施的《全国人大常委会关于加强网络信息保护的決定》是一部关于网络隐私权保护具体的规定，诸如《決定》的第二条、第三条明确赋予了网络服务提供者以告知和保护义务，为大数据时代保护网络隐私起到了很好的指引作用，具有极高的实际操作价值。国务院于 2012 年 12 月 26 日公布的《征信业管理条例》对征信业主体对公民信息数据保护做出了相关规定，第十三条规定了征信机构采集信息必须征得被采集者的同意；第十四条规定了禁止采集的信息的种类；第 15-20 条等具体规定了个人信息数据的获得、使用规则。<sup>①</sup>这些规定具体明白，对实践操作具有极大地指导作用。其他的相关规章还有 2013 年 9 月 18 日布施行的《电信和互联网用户个人信息保护规定》等等。

虽然这些规范对网络隐私的保护具有明确的指引作用，对公民隐私保护具有积极的意义，但始终缺乏更高效力层次的法律规范。值得称赞的是，2016 年《网络安全法》的出台以及正在由全国人大常委会审议的《电子商务法（草案）》弥补了这一缺陷，在法律层面上对个人数据信息的保护作出了相关规定。《电子商务法（草案）》第四十五条是对个人信息的进行的定义，同时在第四十六条中规定了电子商务经营主体收集用户个人信息的具体规则。<sup>②</sup>这些都体现着我国目前在立法方面对个人信息数据保护方面的努力。

虽然我国在保护网络隐私权方面也做出了诸多努力，但是整体来看，在立法方面仍然存在些许不足。诸如专门立法保护的缺失及网络隐私保护行业自律的缺陷等等。

① 《征信业管理条例》第十三条 采集个人信息应当经信息主体本人同意，未经本人同意不得采集。但是，依照法律、行政法规规定公开的信息除外。

企业的董事、监事、高级管理人员与其履行职务相关的信息，不作为个人信息。

第十四条 禁止征信机构采集个人的宗教信仰、基因、指纹、血型、疾病和病史信息以及法律、行政法规规定禁止采集的其他个人信息。

征信机构不得采集个人的收入、存款、有价证券、商业保险、不动产的信息和纳税数额信息。但是，征信机构明确告知信息主体提供该信息可能产生的不利后果，并取得其书面同意的除外。

第十五条 信息提供者向征信机构提供个人不良信息，应当事先告知信息主体本人。但是，依照法律、行政法规规定公开的不良信息除外。

第十六条 征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为 5 年；超过 5 年的，应当予以删除。

在不良信息保存期限内，信息主体可以对不良信息作出说明，征信机构应当予以记载。

第十七条 信息主体可以向征信机构查询自身信息。个人信息主体有权每年两次免费获取本人的信用报告。

第十八条 向征信机构查询个人信息的，应当取得信息主体本人的书面同意并约定用途。但是，法律规定可以不经同意查询的除外。

征信机构不得违反前款规定提供个人信息。

第十九条 征信机构或者信息提供者、信息使用者采用格式合同条款取得个人信息主体同意的，应当在合同中作出足以引起信息主体注意的提示，并按照信息主体的要求作出明确说明。

第二十条 信息使用者应当按照与个人信息主体约定的用途使用个人信息，不得用作约定以外的用途，不得未经个人信息主体同意向第三方提供。

② 《电子商务法（草案）》第四十五条 电子商务用户依法享有对其个人信息自主决定的权利。

本法所称个人信息，是指电子商务经营主体在电子商务活动中收集的姓名、身份证件号码、住址、联系方式、位置信息、银行卡信息、交易记录、支付记录、快递物流记录等能够单独或者与其他信息结合识别特定用户的信息。

第四十六条 电子商务经营主体收集用户个人信息，应当遵循合法、正当、必要原则，事先向用户明示信息收集、处理和利用的规则，并征得用户的同意。

电子商务经营主体不得以拒绝为用户提供服务为由强迫用户同意其收集、处理、利用个人信息。

禁止采用非法交易、非法入侵、欺诈、胁迫或者其他未经用户授权的手段收集个人信息。

电子商务经营主体修改个人信息收集、处理、利用规则的，应当取得用户的同意。用户不同意的，电子商务经营主体应当提供相应的救济方法。

## （二）完善大数据时代隐私权保护的一些建议

基于上述对欧盟、美国、德国等对于数据信息保护的论述，笔者认为当前我国在数据隐私保护方面缺乏专门的法律规范，同时行业起步较晚，个人意识尚未觉醒，单独的一种模式难以适应我国的实际。切实保护个人数据信息既需要立法工作的大力支持，更需要行业相关规范的约束，同时个人提高保护意识也是一个重要因素。

### 1. 完善相关的立法工作

纵观西方发达国家，其对信息数据的保护无不十分重视，原因在于信息数据涉及巨大的经济利益，同时与人格权利密切相关。在我国将要构建独立的人格权法之际，应当在其中明确地将数据信息的收集、分析和使用作为隐私权保护的范围。其次，仍需制定保护个人数据信息的专门法律，以期在网络数据时代的隐私权保护提供完善的保护。一方面目前我国的法律规范本身对于数据隐私问题的规定并不充分，无法最大程度保护公民个人数据安全。另一方面传统的隐私权规范是否能够在大数据网络时代承担起全面保护公民个人信息数据安全的任务值得商榷。系统完整的个人数据保护立法对于保护个人信息数据具有重要意义。为了应对大数据时代个人信息安全面临的新挑战，有必要查漏补缺，对现有的法律规范进行编撰，在此基础上制定专门的法律规范，借鉴德国式的统一立法模式，强化个人数据信息危机的法律应对。通过规定信息收集、分析和使用以及泄露时的告知义务，强化对个人信息侵权的预防和救济制度设计，对个人信息数据给予全方位保障。

### 2. 完善行业自律，构建相关激励机制

完善行业自律首先要构建完善的行业自律规范，自不待言，但如何在行业内部建立一个激励机制是笔者重点考虑的问题。笔者认为可以结合德国“数据官制度”以及美国的行业自律的激励模式，构建我国相关的行业激励机制。设立一个专门的部门，其主要职责：（1）对需要进行数据收集、使用及范围的企业、机构等进行审核、登记（2）对这些收集、使用这些个人信息的企业、单位进行信用评级，颁发相应的证书，并将这些评级对社会进行公示，让个人能够了解到每个收集、使用个人信息的企业的收集、使用数据信息的信用情况。从而对这些企业、单位施加压力，让市场逼迫它们自觉的维护自己的信誉，达到一定的自律效果（3）与个人进行对接，发挥个人的监督作用，从而获取企业、单位实际操作中对数据信息收集、使用是否规范的信息，作为这个部门对收集、使用数据信息的主体进行信用评定的依据之一（4）与相关政府部门的对接，单纯的市场自觉规制存在一定的缺陷，在有些时候并不能达到理想的效果，这个时候就需要政府在监管方面的作用。对那些信用评级过低的企业、单位以行政手段的方法进行规制，以达到强制的效果。

### 3. 提高个人信息数据保护意识

无论是通过立法、还是行业规制都是通过外部手段进行规制，这些手段总是有其局限性，因此强化个人隐私法律保护意识就成了重要的一环。因为个人在数据信息保护中也发挥着十分重要的作用。一方面，在提供信息的时候，我们就要培养保护个人信息隐私的习惯。另一方面就是对自己被收集、使用的信息给与充分的关注。就如上述的行业自律模式中，如果个人对于自己的数据信息在现实生活中被企业、单位不正当的收集和使用漠不关心，那么即使有这种行业监管和法律的存在，其起到的效果也可想而知。个人如果能够积极地对自己的数



据信息进行跟踪,密切关注收集、使用的他们的企业的情况,和上述的专门机构进行主动对接,这对于维护自身信息数据具有非常现实的意义。

### 【参考文献】

- [1] [英]维克托·迈尔-舍恩伯格、肯尼斯·库克耶:《大数据时代》,周涛译,浙江人民出版社,2013年1月第1版.
- [2] [美]特蕾莎·M·佩顿、西奥多·克莱普尔:《大数据时代下的隐私》,郑淑红译,上海科学技术出版社2017年1月第1版.
- [3] 王利明:《隐私权概念的再界定》,载《法学家》,2012.01.
- [4] 王利明:《论个人信息权的法律保护—以个人信息权与隐私权的界分为中心》,载《现代法学》,2013.07.
- [5] 田新玲:《公共数据开放与个人隐私保护的悖论》,载《新媒体》,2014年第6期.
- [6] 张茂月:《大数据时代公民个人信息数据面临的风险及应对》,载《情报理论与实践》,2015.06.12.
- [7] 张里安、韩旭至:《大数据时代下个人信息权的私法属性》,载《法学论坛》,2016.05.
- [8] 余芳:《大数据背景下网络消费者个人信息保护的研究》,载《吉林工商学院学报》,2017.02.
- [9] 张兰廷:《大数据的社会价值与战略选择》,中共中央党校博士学位论文,2014.06.
- [10] 臧阳旭:《大数据时代网络隐私权法律保护研究》,郑州大学专业硕士学位论文,2016.05.

## 论个人信息网络侵权领域诉前禁令的适用

陈澍\*

**【摘要】** 网络是把双刃剑，在给我们生活带来便利的同时也出现了网络侵权现象，近期更是出现了公然叫卖个人信息等严重侵犯个人信息的现象。个人信息权作为一种重要的公民权利，需要法律给予足够的重视和保护。本文从对个人信息的网络侵权形式开始分析，结合 2012 修订的《民事诉讼法》的行为保全制度来探讨诉前禁令在个人信息网络侵权案件中适用方式的建构与完善。

**【关键词】** 个人信息 网络侵权 诉前禁令

### 引 言

因特网的快速发展和普及极大便利了人们信息获取和交流，电子商务的应用使得消费者足不出户即可购买各种产品，淘宝网年年“双十一”刷新成交量记录，网络购物越来越便捷；同时网络的发展也使得我们可以无视空间距离和世界各地的亲人朋友进行联络。但网络在带给人们便利的同时，个人信息网络侵权现象却愈演愈烈，强大的人肉搜索、频发的网络安全事件、网络商家与消费者的冲突等使很多以往并不易为他人所知的各种个人信息通过网络在本人不知情的情形下泄露出去，甚至出现了个人信息在网上被公开叫卖、明码标价的情况，个人信息安全问题在网络的广泛应用下显得愈发突出。

### 一、个人信息网络侵权的成因及其特殊性

#### （一）个人信息权是一种重要的公民权

个人信息是指与特定个人相关联的、反映个体特征的具有可识别性的符号系统，包括个人身份、工作、家庭、财产、健康等各方面的信息。与个人信息权紧密相关的是人格权，它们之间存在密切的关联性，在权利内容等方面存在一定的交叉。尽管个人信息权和隐私权的关联相当紧密，但两者并非浑然一体，而是在性质上存在较为明显的界分。从权利属性看，隐私权侧重于隐秘性，主要是精神性的人格权，侵害隐私权主要导致的是精神上的损害；而个人信息权则倾向于个体的身份特征性，既包括了精神价值，也包括了财产价值，不仅体现在网上银行账户等财产账户信息，也体现为名人的个人信息的财产效用，如权利人授权他人使用其姓名、肖像进行经营活动，获得经济利益。从权利的主动性与被动性上来看，隐私权主要是消极防御性的权利，其只有在受到侵害时才能请求法院予以保护；而个人信息权则具有一定的主动性，权利人除可以要求排除他人妨害以外，还可以积极主动地对自己的个人信

\* 陈澍：上海政法学院 17 级诉讼法学研究生。

息加以利用和管理。

2017 年 10 月 1 日生效的《民法总则》第 111 条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。”随着个人信息权被纳入《民法总则》，任何自然人或组织均可以个人信息被侵犯为由提起诉讼，个人信息被作为一项公民的重要权利由法律加以保护。

## （二）个人信息网络侵权的成因

个人信息主要有两类：一是标识个人自然属性的信息，如性别、肖像、指纹等；二是标识个人社会属性的信息，这类信息又主要包括：（1）个人学习、工作和生活的信息，如学习成绩、电话号码、住址等；（2）个人资产及信用信息，如个人收入、信用记录等；（3）与网络有关的个人信息，如网上活动踪迹、电子邮箱地址、网络上的各种帐号密码等。个人信息网络侵权主要涉及第二类标识个人社会属性的信息，在大数据时代更容易受到侵犯的是与网络有关的信息。

### 1. 个人信息的不当收集

个人信息收集是网络从业者从储存有个人信息的数据库以及网络中提取和收集有关个人信息的过程。不当收集根据程度可以分为非法收集和过度收集，非法收集即将用户提交上传或者保存于网络的个人信息在未经过个人同意或者不符合法律规定的情况下加以收集；过度收集指的是收集者虽具有合法目的或者得到用户的授权，但超出其目的或授权范围收集用户的个人信息。个人信息的不当收集侵犯了网络用户对其个人信息的控制权和支配权，极易带来安全隐患，是非法处理和利用个人信息的源头。

### 2. 个人信息的非法处理和利用

现在我们所使用的许多电脑软件和手机 app 都以“智能学习用户使用习惯，更懂用户使用方式”为其推广的口号，其所谓的“用户使用习惯”即基于对用户使用时个人信息的收集与分析。在体会着这些软件和 app 使用愈发顺手的同时，我们更应该知道这意味着我们的个人信息被网络从业者所获取。对于网络从业者来说，通过合法途径收集的个人信息是其市场竞争和盈利的重要资源，可以利用这些个人信息进行产品或服务的个性化，实施个性化推荐、定价和服务，增加客户的忠诚度。但是，市场的逐利化与对网络从业者监管的缺失，导致这些个人信息易被网络从业者所不当利用；一旦被不当利用，其后果轻则是信息主体经常受到推销广告的困扰，重则甚至会危及信息主体的个人财产甚至生命安全，网上现在不光会出现个人的身份信息，还有售卖个人银行卡信息，乃至帮查个人开房记录一类的“业务”，这些个人信息均被部分网络从业者利用或售卖以获得经济利益，是侵犯个人信息权的严重形式。

### 3. 个人信息的不当管理

网络从业者对通过正常途径合法获得的个人信息具有防止其泄露的管理责任。除部分网络从业者对个人信息进行非法处理和利用外，也有部分网络从业者因为意识、技术或管理上的安全保护措施不善，没有尽到应尽的个人信息保护义务而致使个人信息泄露。这对于网络从业者来说会导致其交易信息和商业秘密的曝光，更重要的是为他人侵犯了用户个人信息或为侵犯用户个人信息提供了便利。用户名和密码被黑客所破解的网络事件层出不穷，利用从网络获得的个人信息进行骚扰、诈骗的案件也时有发生，用户的财产权、名誉权、隐私权都会因网络从业者对个人信息的\*\*不当管理而面临被侵犯的危险。

## （三）个人信息网络侵权的特殊性

因特网的快速发展使得人们获取信息的成本和难度大大降低，信息传递速度呈几何倍数增长，信息的收集和处理十分快捷和迅速。但个人信息权遭受网络侵害的频率愈来愈高，侵

害形式也愈发多样化,从以前的“人肉搜索”、各种网络安全事件到后来的网络售卖个人信息等事件,使很多依照传统方式并不易为他人所知的各种个人信息通过网络这一新渠道在本人不知情的情形下进行传播,个人信息权时刻面临着被侵犯的危险,对个人信息网络侵权行为亟待规制。

## 二、个人信息网络侵权案件的救济原则

### (一) 有侵害必有救济原则

权利是尊重人性的表现,也正因为如此随着法律的进步和完善其所规定和保障的公民权利种类越来越多样化,对个人信息权的规定也正是基于实践和总结对个人权利保护的一种完善,个人信息权作为一种重要的公民权利,理应受到法律的保护。法律不能仅规定权利而不规定救济措施,如若不给权利以救济方法,那么对权利的规定将会成为一纸空文,对公民权利侵害的救济是维护社会秩序的根本保证,也是社会秩序稳定、人民幸福生活的保障。具体到个人信息侵权案件来说,社会的发展既已演化出侵害个人信息权的方式和方法,那么就非常有必要给予个人信息权以救济手段,维护法的权威性,维护社会秩序稳定。

### (二) 及时救济原则

俗话说,正义不应缺席,也不应迟到,迟来的正义是有瑕疵的正义。正义在救济时间上的体现即救济的即时性,其是法律秩序稳定性和连续性的必然要求。如果救济不能够及时到来,很多时候会导致更大的损害后果,即使迟来的正义给予了权利主体程序上的公正结果,也难以弥补权利主体受到的实体权利的损害及扩大性后果。在个人信息网络侵权领域,个人信息一旦遭受非法处理与利用,其就会在网络空间以难以预计的速度扩散开来,很可能对用户造成二次伤害乃至多次重复伤害。这就要求在个人信息网络侵权事件发生的同时立即启动救济措施,及时响应,有效防止个人信息的扩散与损害后果的扩大。

### (三) 充分救济原则

如果说“正义不应迟到”是对救济在时间上的要求,那么充分救济就是对权利救济在质量上的要求。何种程度的救济方可谓充分救济?所谓的充分救济,其实质是一个权利平衡与法官裁量的过程,对于侵害者而言,自然是不希望法律对其作出任何处置;而对于受害者而言,救济手段自然是多多益善、来者不拒,这就需要法官对权利审查时进行充分的考虑,以达到定纷止争之目的。在网络侵权案件中,所牵涉到的侵害者权利主要有言论自由权,是要禁止侵害者在网上发布任何信息以免其对被害者进一步侵害呢?还是仅要求侵害者不得在网上发布与受害者相关的个人信息呢?如果仅要求其不得发布与受害者相关的个人信息则要通过何种手段对其加以监管和约束呢?这些都是法官需要裁量和考虑的范畴。充分的救济应同时满足受害者的精神损害救济需求与财产补偿需求,也应当考虑侵害后果的大小以及对侵害人的合理处罚,权利的平衡正是社会和谐的内在工作。故充分性虽难以具体量化把握但其着实为一项重要的救济原则。

### (四) 经济性原则

有权利必有救济,但是要救济必然要有成本。尽管社会正义的理念是至高无上无法用价值衡量的,但实现正义的过程必然需要花费可以用金钱量化的成本,所以对权利的救济也必须考虑到救济目标所花费的成本。任何案件的救济绝不止一种救济方式,网络侵权案件也是如此,但是在适用救济方式时权利人必然倾向于消耗较低成本的救济方式,即采取何种方式能使个人信息的传播及时得到遏止,防止损害的进一步扩大。正如波斯纳所说“对于侵权

问题,法律经济学并不重视赔偿目标,而是假设侵权法的目的是为了促进防止侵权行为资源的高效配置。……社会成本不仅包括直接侵权损失,而且包括社会中无法弥补的法律、行政及其他社会成本。”故对于个人信息侵权案件,在采取救济措施时经济性也是一个很重要的考虑因素。

### 三、行为保全制度与诉前禁令在网络侵权领域的实践

#### (一) 行为保全制度

行为保全,是指人民法院在案件受理前或者诉讼中,为了避免利害关系人或者当事人的利益受到不应有的损害或进一步的损害,有权依申请对相关当事人的行为采取的强制措施。行为保全与财产保全、先予执行共同构成了我国民事诉讼的临时权利救济体系。但是,长期以来我国《民事诉讼法》仅规定了财产保全和先予执行,直到 2012 年对《民事诉讼法》修改中才确立了行为保全制度。在 2012 年《民事诉讼法》修改之前,为了适应实际司法的需求,我国已经开始在特别程序法和实体法律逐步建立行为保全制度,作为对原有临时权利救济体系的补充,具体规定行为保全制度的主要有《海事诉讼特别程序法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》等法律和相关司法解释。行为保全根据内容的不同在理论上又可分为中止令、禁令、行为令,中止令即命令当事人停止行为,禁令即禁止当事人为一定行为的命令,而行为令则为要求当事人为一定行为的命令。

#### (二) 行为保全的程序

1. 申请人提出申请。利害关系人或者当事人向人民法院提出行为保全的申请,应当递交书面申请书。申请书应当记载当事人的基本情况、申请的具体内容以及申请的理由;

2. 责令申请人提供担保。由于行为保全制度直接影响到被申请人的实体权利,如果法院的裁定错误,被申请人的合法权益将受到侵害,因此利害关系人申请诉前行为保全的,应当提供担保,一方面是为了在裁定错误时补偿被申请人的损失,另一方面也促使利害关系人以及当事人慎重对待行为保全申请;

3. 人民法院审查申请。与财产保全不同,行为保全措施为强制被申请人为一定行为或禁止一定行为,一旦实施就难以恢复原状,因此人民法院应当对保全申请严格审查,对于侵权行为、损害、担保情况以及保全措施是否符合公共利益进行全面审查;

4. 行为保全的执行。对于诉前行为保全的申请,人民法院应当在 48 小时内作出裁定;对于诉讼中的行为保全申请,情况紧急的,人民法院应当在 48 小时内作出裁定。裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。

#### (三) 网络侵权行为保全的实践经验

今年 3 月 21 日,都昌县刘某登录都昌在线网“民众呼声”版块时,发现一个题为《这样贪污成风作风败坏的领导,上级难道不知道》的网帖,称刘某存在工作作风腐败、与下属存在不正当男女关系等 9 类行为,帖中涉及的人名、工作等内容均与刘某相符。帖子很快引来不少网友围观并跟帖。

为了及时制止继续侵权,在看到网帖的第二天,刘某便来到都昌法院,以发帖人“要网名干嘛”为被告申请预立案,并申请法院禁止“要网名干嘛”在都昌在线网继续刊登该涉讼网帖,以防影响进一步扩大。

法院预立案后,依法对刘某提出的诉前禁令申请及所提供的证据材料进行了审查。经审查法院认定,刘某所提供的证据能够初步证明涉讼网帖存在侵害刘某的名誉权,对该网络侵权行为有权利提出诉前禁令,但应当对该保全行为提供担保。

在刘某提供担保后,法院当天即对该侵权行为作出诉前禁令,并向都昌在线网送达了禁令以及协助执行通知书。都昌在线网签收法院送达的诉讼文书后,立即屏蔽了涉讼网帖。这就是全国第一例针对网络侵权案件发出的诉前禁令,在防止侵害扩大上取得了良好的效果。

#### 四、诉前禁令对个人信息网络侵权的独特作用

诉前禁令,是指在诉讼过程中当侵权行为明显成立时,司法机关根据当事人的申请,责令侵权人禁止实施某种行为的制度,其目的是在实质争议解决前,防止侵权行为的重复或预期发生,避免权利人的损失。

而具体到网络个人信息侵权领域,无论是个人信息的不当利用亦或者是个人信息的不当管理,如果不发出诉前禁令,任由个人信息在网上被肆意叫卖或者肆意篡改、侮辱、诽谤,不仅是公民的财产(如网上银行、支付宝等)极易受到侵犯,公民的隐私权乃至人身安全都难以得到保证。故一旦发现网络上出现对个人信息的叫卖的QQ群、网站等,应当根据当事人的申请立即责令侵权人停止行为,要求QQ群主解散QQ群,要求网站的经营管理者对侵犯个人信息的帖子、文章予以撤下并禁止相关ID发布任何信息,再采取后续侦查措施,如此方能够防止损害的继续扩大。根据救济的及时性原则,为保证受害者的合法权益不被进一步侵害,在能够采取措施防止损害进一步扩大时应当及时采取措施,既能够保证当事人的实体权利,也能够防止程序遭受更大的破坏。

#### 五、网络个人信息侵权诉前禁令制度的建构和完善

我国《民事诉讼法》引入行为保全制度,是立法创新与进步的重要标志,在平衡受害人利益与侵权人利益以及社会公共利益问题上,实现了基于正当程序的突破。正确运用诉前禁令制度,及时制止侵权行为,可以有效预防或避免权利人遭受进一步损害。但是,在个人信息侵权领域诉前禁令应用仍然有待于加强。因此,诉前禁令制度还亟待进一步规范和完善,以期更好地在保护个人信息上发挥作用。

##### (一) 诉前禁令的正当性保障

根据《布莱克法律词典》的解释,正当程序(Due Process)是指:任何权益受到判决结果影响的当事人都享有被告知和陈述自己意见并获得听审的权利。诉前禁令作为一种民事救济权,其目的在于消除因侵害或受有危险而产生的不法状态,实现对权利人合法权益的保护,它的实现必然会对相对人的利益构成限制,其在裁判者中立以及当事人双方平等参与这两方面均与正当程序的理念存在冲突,如果发出诉前禁令,可能会造成不公正的结果,因为经审理查明原告方可能无权得到此类救济;但如果不批准诉前禁令,则可能导致被侵害人损失进一步扩大,乃至造成难以挽回或不可挽回的损失。这种矛盾实质上是效率与公平的矛盾,故只有在紧急情况下方能适用诉前禁令。

何谓能够适用诉前禁令的紧急情况?即权利人要充足的理由需要防止自己受到进一步的侵害。由此可见权利行使的理由是否正当、充足至关重要。在司法实践中,如何判断网络发帖所包含的个人信息是否会侵害个人合法权益,究竟是蓄意诽谤还是举报不实,既要结合申请人实际掌握的证据情况以及以一个正常的理性人的判断能力来综合判断,又要求法官必须就网络侵权的可能性以及申请人请求的正当性与充足性进行主观判断,这就需要严格网络侵权诉前禁令的审查标准并对法官的自由裁量权作适当限制,只有符合法律规定且不实施诉前禁令会导致难以挽回的损失的方得适用诉前禁令。同时对于能够立即联络上发帖人的,法

院颁发诉前禁令时应当严格贯彻执行程序参与原则,尽可能为当事人提供听审的机会,除非被申请人正在实施或者即将实施的侵权行为对申请人权利侵害的威胁迫在眉睫。当然,对于诸如在 QQ 群内公然叫卖个人信息之类显而易见的违法行为,诉前禁令的正当性无需多言。

同时,根据救济的充分性原则,法律应当在对侵害行为进行正确评价的基础上作出“适当”的救济措施,则在不采取措施会导致权利人进一步受侵害、个人信息扩散范围增大的情况下,采取诉前禁令是一种适当的、必要的救济措施,在此前提下也可以得出诉前禁令具有适用的正当性。

## (二) 防止诉前禁令滥用, 赋予被告人救济权

诉前禁令是申请人单方申请而未经庭审就由法官做出的保全措施,难免会出现错误,法院发出诉前禁令并不意味着最后的判决结果一定与诉前禁令一致,应当容忍诉前禁令与法院的最终裁决结果之间具备一定的差异。因此,司法实践中为加强对当事人的程序保障,防止申请人滥用诉前禁令申请权,一方面要强化申请人的责任承担,如严格举证责任、加大申请人提供担保的力度,要求申请人提供足够的担保以防止对被申请人可能造成的损害;另一方面要注重对被申请人的权利保护,赋予被申请人主张听证权、抗辩权及阻止禁令发布权、在一定期间内提出撤销该命令的权利,健全滥用诉前禁令申请权的惩戒与损害赔偿机制,以此保障我国诉前禁令制度得以最大限度的良性司法运作。

此外,根据救济的经济性原则,从权利请求人立场出发,他/她追求的是何种救济效果?法院诉讼方式对其来说究竟是否足够经济?既要尊重权利请求人也要尊重被请求人,因此,还应对诉前禁令的有效期做出明确的规定,申请人逾期不起诉或者采取其他有效的法律手段,则诉前禁令自动失效。对于请求人来说,不起诉结果可能是其认为不够经济或者是通过诉前禁令已经达到了防止其损失扩大的结果,其已经达到了及时止损的目的,故应当尊重其处分权;而对于被请求人来说,诉前禁令在不起诉的情况下及时解除,也有利于保护其合法权益。如果诉前禁令能够通过命令的方式起到“警告”、“警醒”的效果并成功化解纠纷,则也不必将当事人双方引入诉讼程序增加双方的成本负担。

## (三) 诉前禁令中的权利考量

诉前禁令的发出,不仅是一个权利保护的措施,更应该是一个权利之间的平衡。诉前禁令发出之前,所要考虑的更多是当事人权利保护的及时性,如若不及时采取措施,当事人的个人信息传播扩大究竟会给当事人造成怎样的影响,如果继续传播下去会给当事人的财产和隐私等带来难以弥补或者难以预计的损失,那诉前禁令应当及时发出并及时执行。但是当诉前禁令生效之后,还需要将另一方当事人(即网络信息发布者)的言论自由权纳入审查范围,禁止其发帖的措施是否恰当?其发布此帖的目的何在?其后续再次侵犯他人个人信息的可能性有多大?对于经审查确实不会再次侵犯他人个人信息的信息发布者,可以解除禁止其发帖的命令,以保障其言论自由权。根据比例原则的精神,目的应当与手段相适应,如果当事人已无侵犯他人个人信息权之可能,则应当及时解除诉前禁令,以保障被申请人在网上行使其言论自由权等合法权益。

## (四) 个人信息网络侵权领域适用诉前禁令制度的完善

要使诉前禁令制度在个人信息网络侵权案件中发挥更好的效果,应当从两方面入手:一是诉前禁令的适用程序,二是诉前禁令的效力问题。

从诉前禁令的适用程序上,申请人需要提出足以证明其权利已经受到侵害并且有受到进一步侵害可能的证据,要指出其受侵害的个人信息类型、侵害途径以便法院审查是否有适用诉前禁令制度之必要;法院应当严格根据法律规定进行对证据材料进行审查,并责令申请人提供足够的担保以保证将来经审判若原告无权得到此种救济则能使对方得到相应补偿,并且

在审查时遵循比例原则和合目的性原则的精神来确定适用诉前禁令的必要性;对于有条件的,及时通知被申请人参与程序当中进行申辩,保障当事人的程序参与权,防止错误诉前禁令的发出。

对于诉前禁令适用后的效力,笔者认为,从空间效力上,应当及于被申请人在侵权之后的所有网络发言行为,包括在其他网站或者网络渠道的发言,并且对涉诉帖子及时关闭评论并且予以屏蔽,因为既已决定了适用诉前禁令,即说明法院在经过权利考量后认为此时有防止申请人所遭受损害进一步扩大的必要,故对于可能造成损害后果扩大的行为都应纳入诉前禁令的适用范围,对于相关帖子以及侵权人的发言予以屏蔽和禁止。从时间效力上来看,在规定申请人一定时间不起诉则诉前禁令失效以外,对于进入诉讼程序的诉前禁令,其效力应当直至诉讼终结时止。整个诉讼过程当中,当事人之间的纠纷尚未解决,权利人所遭受的侵害仍有进一步扩大的可能,既然诉前禁令已要求申请人提供担保,则被申请人权利已有物质保证,故诉前禁令的效力应当至诉讼终结时终止,待法院作出裁判或者当事人对其权利自行处分后方得终止,这样才能更好地达成定纷止争的目的,诉前禁令制度也才能更好地发挥防止当事人损害扩大的效果。

## 结 语

个人信息权作为一项重要的公民权利,虽然《民法总则》已经予以确认,《刑法》中也规定了侵犯公民个人信息罪对侵犯公民个人信息的行为予以刑事处罚。但随着网络的发展,侵犯个人信息的形式日趋多样化,仅有事后救济并不能完全满足当事人权利保障的需要,法谚有云“迟来的正义非正义”,由于个人信息权的特殊性,要求救济能够起到及时止损的效果,诉前禁令也正是因为在这方面能够取得良好的效果而成为一种可以被采取的选择。在适用诉前禁令时,不仅要使诉前禁令发挥及时性的特点,也要赋予被告人一方程序参与权以保证诉前禁令适用的合理性。诉前禁令仍有待于从制度上进一步加以完善,以使其更好地发挥应有的作用。

## 【参考文献】

- [1] 任重. 我国诉前行为保全申请的实践难题:成因与出路[J]. 环球法律评论, 2016, 38(04):92-110.
- [2] 赵静. 个人信息网络侵权的形式及治理策略[J]. 现代情报, 2014, 34(03):29-31+35.
- [3] 周晓冰. 诉前禁令的审查标准[J]. 人民司法, 2008, (14):90-93.
- [4] 李晓枫, 郭萍. 评析《民事诉讼法》中行为保全制度的立法突破与不足[J]. 法律适用, 2015, (06):71-75.
- [5] 周翠. 行为保全问题研究——对《民事诉讼法》第100-105条的解释[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2015, 33(04):92-106.
- [6] 郭宏鹏. 都昌法院网事审判3次“吃螃蟹”[N]. 法制日报, 2013-11-02(005).
- [7] 孙彩虹. 我国诉前禁令制度:问题与展开[J]. 河北法学, 2014, 32(08):114-124.
- [8] 李曼. 行为保全制度的标准构建——以美国法中间禁令制度的衡量标准为参考[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2016, 29(05):26-36.
- [9] 刘晴辉. 正当程序视野下的诉前禁令制度[J]. 清华法学, 2008, (04):137-143.
- [10] 陈焱光. 公民权利救济论[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2008.
- [11] [http://www.cssn.cn/zm/zm\\_bjtj/201403/t20140324\\_1040048.shtml](http://www.cssn.cn/zm/zm_bjtj/201403/t20140324_1040048.shtml). 2017年11月30日.



# 大数据时代网购者的个人信息保护

徐格云\*

**【摘要】** 目前我国步入全民化的网购时代,在经济增长的同时,网购者的个人信息侵权情形凸显,《民法总则》首次确定了个人信息的法律地位,但并未对其进行概念以及权能上的界定。近几年网络服务者、快递行业等网购主体新型侵权案件频发,我国在个人信息保护上存在缺陷,因此亟需在立法上、行业监管和自律以及网购者个人方面进行提高,尝试打造一条专属于网购者个人信息保护之路,在立足于维护网购者合法权益的同时,营造良好的网络环境。

**【关键词】** 网购者 个人信息 侵权 信息保护

## 引言

十一月十一日,在大数据时代并不能简单地被认为是十一月的某一天。随着淘宝平台的发展,网购的普遍化,它被冠名“天猫双十一狂欢购物节”,今年的“双十一”当晚发布了“三分钟突破 100 亿”的新闻。可以看出,网购模式逐渐替代实体店的消费模式,成为购物主流形态。在购物 APP 上,网购者必须填写真实姓名、联系电话、详细地址等以保证及时收货。近年来,个人信息在人格利益之外,也显现出了财产价值,个人信息泄露、被买卖的情形频发。在《民法总则》出台以前,不存在《个人信息保护法》,个人信息保护只存在于某些特定行业规定,《中华人民共和国电信条例》、《中华人民共和国邮政法》、《计算机信息系统安全保护条例》等都对个人信息有所规定。《民法总则》第一百一十一条明确规定自然人的个人信息受法律保护,任何组织和个人均需依法取得并确保信息安全。但总则的规定具有抽象性、宣示性特点,受害人无法依此及单个法律中零星的规定,有效的维护自身权益。因此本文主要选取了大数据时代下显著主体——网购者,从网购者的个人信息保护出发,针对网络时代多方主体对网购者个人信息未经许可的利用行为,分析我国对个人信息保护存在的缺陷,提出相应的建议措施。

## 一、大数据时代与个人信息

### (一) 大数据时代下的个人信息现状

对于大数据,麦肯锡全球研究所给出的定义是:一种规模大到在获取、存储、管理、分析方面,大大超出了传统数据库软件工具能力范围的数据集合。<sup>①</sup>在当今的信息时代,人们通过手机、电脑等电子设备进行浏览网页、搜索信息以及购物消费记录,都会留下浏览痕迹。网络服务商通过技术将这些碎片式的信息进行收集整理,形成能够识别个人基本信息的“数据人格”,从而得出网络使用者的个人偏好。牛津大学教授维克多·迈尔-舍恩伯格认为:“在

\* 徐格云:上海政法学院 2017 级民商法专业。

① 转引自格林斯潘:《动荡的世界、风险、人性与未来的前景》,中信出版社 2014 年版,第 98 页。

大数据时代,数据成为了与黄金、能源等可以相提并论的重要社会资源。”<sup>①</sup>数据的收集使用的用途不仅仅在于它的基本价值,更多的是发挥创新性价值,即二次利用。例如淘宝卖家可以对收集的数据进行分析,进行个性化服务,定向性的对网购者投放广告,使用短信轰炸,经常是某种促销活动,刺激网购者的购买欲望,形成精确性的营销牟利模式。那么对于二次利用是否需要经过网购者的同意,并没有明确的规定,通常在注册淘宝软件时,商家将该软件设置为用户必须填写完整且真实的个人信息,其中存在必须勾选的格式合同,即使某些格式条款与用户本意不一致,用户也是处于“要么接受,要么放弃”的弱势地位。用户同意注册,网络服务商提供软件服务,应当认为用户默认商家对个人信息的第一次利用。网络服务商利用已获得的个人信息,对网购者投放一些活动消息,是对个人信息的二次利用。根据《消费者权益保护法》第二十九条的规定可以得出,经营者提供商品或服务时,需要收集、使用消费者的个人信息,应当公示收集、使用的方法,并征得消费者同意。该条确定了个人信息明示制度。网络服务者擅自使用用户信息,构成侵权,对于侵犯的是“隐私权”还是“个人信息权”,需要讨论“个人信息权”的本源问题:个人是否对个人信息拥有权利?如果拥有,这种权利是何种性质?

## (二) 个人信息的界定与隐私权的比较

对于个人信息,《网络安全法》第七十六条第五项规定:个人信息,是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息,包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。《民法总则》和《网络安全法》均使用“个人信息”而不是“个人信息权”,自然人是否存在这样一种权利?在具体人格权的规定中,“个人信息权”并不在所列举的范围内,但是否在“等权利”中?杨立新教授指出,在学说上,确认一个人格利益能否构成人格权,最重要的标准就是这个个人利益是不是具有独立的属性,是不是能够被其他具体人格所概括,所涵盖。如果一个具有独立意义的人格利益不能被其他人格权所涵盖,所概括,并且与一般人格利益相比具有鲜明的特征和内容,就应当认为这个人格利益能够作为一个具体人格权。<sup>②</sup>应当从个人信息的定义着手,个人信息中包括了姓名权、肖像权、隐私权等人格权,与其他人格权存在交叉情形,但个人信息权的内涵是包括但不限于这些权利,且自然人是个人信息的主体,对信息享有支配权,符合人格权的特性,应当认定自然人享有个人信息权,其属于人格权的一种。国内通说:个人信息权是指包括收集、处理和使用的在内整个过程中个人信息主体所享有的知情权和决定权。<sup>③</sup>有人将个人信息视为隐私权,主张采用隐私权的内容对个人信息进行保护,在美国,个人信息权被称为资料隐私权,美国的隐私权是大隐私权,它是包含个人信息权;在欧洲,个人信息权又有信息资料权之称;在大陆,个人信息权与隐私权虽有交叉,但并不等同于隐私权。首先从定义来看,个人信息权的范围远大于隐私权,隐私权保护的客体是隐私,其内涵是个人不愿公开且不危及社会公共利益的私人空间;而个人信息权的内容包括未公开的信息和已公开的信息,且在网络化时代个人信息较传统又赋予了新的内涵;其次,隐私权主要是一种精神上的人格权,其主要体现的是人格利益,财产价值并不突出,侵犯人格权所获的救济比较单一,通常可主张精神损害赔偿;个人信息权不仅仅是精神上的人格利益,其财产价值尤为显著,特别是对一些名人而言,对个人信息进行商业化利用,从而获得经济效益。最后,隐私权是一种消极性权利,隐私权主要是排除他人擅自对个人隐私的公开、利用,属于事后性救济;个人信息权是积极性与消极性相结合的权利,与完全的消极

① 维克托·迈尔-舍恩伯格,肯尼斯·库克耶,盛扬燕、周涛译:《大数据时代》,浙江人民出版社 2013 年版,第 86 页。

② 杨立新,袁雪石:《论声音权及其民法保护》,《法商研究》2005 年第 4 期。

③ 王利明:《论个人信息权在人格权法中的地位》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2012 年第六期。

性人格权不同, 个人信息的保护以预防为主, 自然人对其个人信息享有决定、使用、删除、更改的积极性权利, 是对个人信息的绝对控制权。因此, 个人信息权是一项区别于隐私权的独立权利, 有专属的权利内容、权利体系和权利特点。

## 二、网购者的个人信息特性

网购者的个人信息与自然人的个人信息存在相同之处, 即主体都是自然人, 都享有对信息的决定、删除、保密、知情及选择的权利。但网购者的个人信息是时代的产物, 具有自然人的个人信息所不能包含的内容, 尤为显著的是财产价值。网购的发展呈现星火燎原之势, 渗透于日常生活之中。与传统购物形式不同, 网购是基于数据化的平台, 交易主体多方化, 以淘宝为例, 在卖家与买家之间存在第三方主体支付宝, 以解决“先交钱后给货, 还是先给货后交钱”的买卖双方彼此不信任的情形。正由于交易主体的多样化、流转过程复杂化, 致使网购者的个人信息保护存在难题, 当个人信息遭受侵犯, 很难得知是在哪个环节出现漏洞, 也无法确定具体的侵权人, 并且侵权行为发生后, 无法与多方主体进行面对面的交流。网购环境的虚拟性决定了个人信息泄露的易发性, 网购交易形式的多环节性, 加大了个人信息泄露的可能性, 信息的泄露不仅网购者的权益受到损害, 对于不存在违法行为的网络平台者也会因此遭受信誉受损的不利益。与传统信息一般仅由政府部门所掌握, 为了公共利益而利用不同, 网购者的个人信息凸显的不仅仅是人格利益, 更多的体现在财产价值。个人信息与网购消费的结合, 使得网络服务者更加注重对个人信息的收集, “对于资料采集者来说, 获得个人资料不是目的, 而是一种手段, 是建立和扩展财源的一种途径”<sup>①</sup>目前, 呈集中态势的个人信息存储在自己设备以外的互联网上, 网络服务者期待对用户达到一种知道买了什么, 将来会买什么, 在下单之前就能将物品发出去的理想状态。对个人信息的直接使用, 或者通过其他高技术服务商购买信息, 对其进行分析利用的形式, 在大数据时代愈演愈烈。根据供求关系的原理, 产生的专以窃取倒卖个人信息的黑客行业, 其非法买卖的行为已经严重影响到公民利益和社会秩序。大多数情形下, 网络服务者对个人信息的收集利用, 用户并不知情, 个人信息保护在信息时代面临着极大的困难与挑战。

## 三、网购者的个人信息侵犯情形

### (一) 淘宝卖家

#### 1. 卖家直接侵犯网购者的个人信息

前文提及的个性化服务是最为常见的情形, 特别是在“双十一”、“双十二”、“节前节后”的时间段内, 淘宝卖家会进行疯狂的短信、电话轰炸模式, 少量短信会被手机识别为垃圾短信所拦截, 大多数是一遍又一遍的发送产品广告, 网购者在厌烦这种营销模式时, 最常见的做法是删除拉黑, 却从未认识到淘宝卖家进行的是个人信息的二次利用。二次利用的合法性在于征求买家的同意, 基于征求同意的成本过大, 程序繁琐, 且绝大多数买家维权意识不高, 卖家则自动忽略该程序, 为获取利润擅自利用网购者的个人信息, 侵犯了网购者的隐私权、个人信息权及安宁权。

<sup>①</sup> 汤肇:《试论个人资料与相关法律关系》,《华东政法学院学报》2005年第5期。

## 2. 卖家泄露网购者的个人信息

在买家与卖家发生冲突或者买家提交差评时,有些卖家会采取不理智的行为从而“报复”买家,大致会有邮寄一些恐吓性质的物品或者故意泄露买家信息的行为。大多数情况下,即使买家与卖家并未产生利益冲突,也会发生买家个人信息的泄露情形。前两年,涌现出一种新型淘宝电话诈骗模式,诈骗电话会发生在网购者刚刚购买过淘宝物品,基本情形是自称为淘宝客服者,告诉买家由于网络延迟致使订单异常,“客服”为消除买家疑虑,会准确的报出购买的物品、订单号、姓名及收货地址,买家核对信息后,放松警惕往往会依着“客服”的指示打开有“淘宝网”loge 的诈骗网站,确信无疑的输入银行卡号及密码。该种诈骗模式出现时,为大多数网购者所不知,诈骗者的目的轻易实现,其中值得思考的是这些诈骗者是如何得知网购者准确的个人信息?据统计,在网络上存在以每条 5 至 10 元的价格就可购买网购者快递单号的操作,网购者与卖家进行交易,从而产生姓名、联系电话等交易信息,这些交易信息泄露成为犯罪团伙的诈骗手段,其中不可避免的认识卖家在买卖网购者个人信息中所处的地位,卖家对于侵犯个人信息权存在不可推卸的责任。

### (二) 快递公司及其快递员

#### 1. 快递公司侵犯网购者个人信息

网购成功的步骤不仅仅是在线支付,更为关键的是快递包裹的收取。快递包裹中除了网购者心仪的物品,贴在快递盒上记载收货人个人信息的快递单也需得到重视。中国互联网协会发布的《中国网民权益保护调查报告 2016》指出,快递单成为网购者个人信息泄露的主要载体。网购的多环节性,致使快递公司接触大量附有个人信息的快递单,根据 2014 年生效的《寄递服务用户个人信息安全管理规定》的要求,快递公司应当加强寄递详情单实物信息安全管理,建立档案管理制度,妥善保管,及时回收、集中销毁,做好销毁记录,严禁丢弃或者贩卖。但现实生活中,快递公司往往以快递数量庞大,业务繁忙为由,出于节约公司成本,随意丢弃快递单,并未对其进行有效的回收,更无法谈及集中销毁,运单管理制度形同虚设,有关监管机关也未起到监督作用。快递公司对快递单的漠视态度,促使倒卖快递单行为泛滥。

#### 2. 快递员侵犯网购者个人信息

与快递单接触最为紧密的就是快递员,对于快递公司的运单回收,严禁倒卖的要求,由于缺乏配套的管理措施、有效的监管,快递员往往对其规定视而不见,在利益的趋使下,铤而走险,即使对于有的严格遵循运单回收制度的公司,快递员也可以采取手机拍照的方式,记录用户的信息,大肆进行批量式的售卖。由于取证较为困难,快递公司对于发现快递员售卖快递单的行为,也不会过于较真,而是“睁只眼闭只眼”。在 2015 年快递实名制登记制度正式实施,其主要目的是为了防止危险包裹的出现,维护社会秩序和人民生活安宁。但由于快递实名制,需要寄送或者收取快递都必须出示身份证,并进行详细的个人信息登记,基于配置身份证读取器成本过高,大部分快递公司采取的是纸质记录的方式。这些纸质版信息是快递员随手可触的资源,为个人信息贩卖提供了便利。并且网购者的个人维权意识不高,在意识到个人信息遭到泄露,不存在较大的财产损失的情形下,不会过多的苛责为难快递公司及其快递员,普遍的形式就是进行电话投诉。快递公司与网购者的过于宽容行为,使得快递员愈加肆无忌惮,网购者个人信息权被“批量式侵害”。

## 四、个人信息权保护的缺陷

较发达国家,我国对个人信息权的保护较晚且不全面,2003年将个人信息保护纳入立法规划,经过十几年的发展,我国也制定了大量涉及个人信息保护的法律法规。据统计,“其中全国人大及其常务委员会发布的有将近40部,国务院发布的有30部左右,另外,工信部、银监会、保监会等部门发布了近200部的规章制度”<sup>①</sup>。但网络时代发展的迅速化,个人信息保护的相关法律已不能适应当今人们的需求,并且现存的法律大都分散于各层级较低、具有较浓厚行政管理色彩的行政法规、部门规章、规范性文件、事务性文件、地方性法规、地方政府规章、地方政府规范性文件之中。这些规范一般涉及互联网管理、电信业务管理、医疗管理、包括征信及银行卡管控的金融管理、统计税收和档案信息管理、消费者管理、计算机管理、信息化管理、电子商务管理、邮政及通信管理等领域。<sup>②</sup>2017年,作为一项基本的人格权,个人信息被规定在《民法总则》第一百一十一条,而且其区别于隐私权、名誉权等人格权,采用单独的条文进行规定,可以看出个人信息权存在的必要性,这也是立法上突破性的转变。由于《民法总则》只是抽象性的规定,对个人信息保护确定了原则上的规范,为具体法律的制定奠定了基础,没有确定个人信息的概念,也没有相应的救济措施和配套管理,个人信息保护仍处于立法上的空白。

### (一) 缺乏一部具体的个人信息保护法

2003年由周汉华作为负责人,受国务院信息办的委托进行《个人数据保护法》的比较研究及草拟专家建议稿,历时两年,《中华人民共和国个人信息保护法(专家建议稿)及立法研究报告》顺利提交国务院审议。英国爱丁堡大学查尔斯·蓝伯(Charles D. Raab)教授在评论该建议稿时讲道:“这部中国法案不管看起来是像一部有着监督委员会的欧洲数据保护或隐私法律,或者是一部分较弱的美国式法律,它都将是非常有意义的。”<sup>③</sup>在这十几年期间,虽有多数像齐爱民教授的学者提交过草案、发表过文章,但《个人信息保护法》一直迟迟未出台。我国个人信息权最主要的问题就是界限不明,虽然《网络安全法》中对于个人信息的范围进行了划分,但是该法是属于公法性质的法,主要是行政机关对网络服务者从事网络活动的行为规范,对个人信息进行定义,只是对该法所涉用语的解释,并不是出于保护个人信息的目的,专属于个人信息的法律和仅为了避免语义不明的法律,两者在对个人信息内涵上的解读应认为是有所出入的。所以不能认为《网络安全法》中个人信息的定义就已经明确了个人信息的范围。再者,在裁判时,对于个人信息权与其他具体人格权容易混淆不清,有的法院对于侵犯属于私人性的,不愿意为他人所知晓的个人信息采用隐私权的保护方式;对于侵犯属于公开或者利用会使得他人的社会评价降低的个人信息采用名誉权的保护方式。这就是因为个人信息权与其他具体人格权内容上的交叉性,而在事实上否定了个人信息权作为一项独立的权利而存在。缺乏一部专门性的个人信息保护法,就会缺乏对个人信息权以及个人信息的权利主体的概念明晰,也就缺乏相关主体的管理权限和请求损害赔偿的救济措施。

### (二) 网络环境下个人信息救济困难

困难之一:大数据时代,信息流动迅速,信息经手的主体多样。对于网购者,从注册淘宝这类的购物软件开始,就需要上传自己详细且真实的信息;在下单时要填写姓名、联系电话、收货地址,有些网购者的保护个人意识较强,会选择使用昵称作为收件人姓名,但手机号、地址是绝对无法隐藏的,并且绝大多数网购者采取的都是真实姓名;个人信息暴露最严

① 罗锦莉:《大数据时代下尴尬的用户隐私》,《金融科技时代》2012年第12期。

② 郭瑜:《个人数据保护法研究》,北京大学出版社2012年版,第39-43页。

③ [英]查尔斯·蓝伯,徐越倩、郁建兴译:《信息改革研究:隐私保护与信息自由》,《中共浙江省委党校学报》2006年第一期。

重的应是运输时段,首先快递公司拥有全部所要运输物品所附的个人信息,其次在对这些物品进行分类装车时,快递公司的工作人员也会接触这些信息,然后就到达各个快递点进行分类派送。在整个运输阶段,无法估计有多少主体掌握了这些信息,一旦发生侵权事件,侵权主体难以确定,无法确定明确的被告是请求权行使的一大障碍。

困难之二:证据难以收集。前已述及,网购的多环节性,多方主体收集掌握着网购者的个人信息,对于无法确定是哪一环节泄露了信息,就无法确定应向何方主体取证。在网购者的个人信息被网络服务者存储于计算机后,个人信息就会被视为获得利润的财富,网购者再向网络服务者取证时,网络服务者很难如实告知或提供。网购者自身也无法接触到存储信息的软件、核心设施,就无法进行调查取证。

困难之三:诉讼救济的效果欠佳。理想的状态下,网购者确定了侵权人,可能是快递公司、快递人员或者淘宝一类的购物平台,也掌握了确切的证据。由于侵权的形式大多是侵害了网购者生活安宁,对其进行短信骚扰,诉讼中,网购者获得胜诉,赔偿金额也不巨大,并且诉讼周期较长,费时费力,网购者往往采取忍气吞声、息事宁人的方式,对于损失较少或者没有损失的,网购者会直接采取在言语上对侵权人进行道德苛责。普通的信息泄露赔偿金额对于淘宝、支付宝、快递公司而言,根本不值一提,无法实现以赔偿来达到震慑抑制违法行为的效果,不能解决根源问题,就无法谈及个人信息保护。

### (三) 个人保护及维权意识薄弱

对于普通的网购群体而言,以强大的阿里巴巴集团为支撑的淘宝购物平台是值得信赖的,在购物网站上网购者更多的是关注商品,而忽略了所提交的信息是否安全的问题。现实社会中,网购者对个人信息的保护意识淡薄,可能对何种权利大致为隐私权是较为了解的,但如何保护个人信息以及权益受侵害时如何进行维权是处于不太关注的层面。例如在收取快递时,不加涂抹就随手丢弃快递包裹,忽视包裹上所附的记载详细个人信息的快递单,这是信息泄露的重要原因,容易被不法分子所利用,进而实施侵权行为。网络化时代,个人信息更多的是掌握在自然人手中,自然人享有绝对的支配权,网络服务者对个人信息的商业化利用成为常态,网络服务者是否能收集利用,很大程度取决于自然人对信息的自由处置。自然人的保护意识不够,加上网络服务者诱导性手段,很难能够清楚的认识个人信息被收集后的影响及后果。在个人信息被侵犯后,基于造成的损害有限,赔偿的金额较少,大多数网购者受到传统文化的影响,尽量避免诉讼,而且当前我国对个人信息保护的规定分散于一些特定行业,缺乏法律知识的受害者,难以寻求准确的法律救济。这种纵容式的态度就会助长违法者的气焰,个人信息遭受侵害的情形犹如“滚雪球”一般,足以影响到整个社会的秩序。

## 五、网购者个人信息保护的建议

### (一) 制定《个人信息保护法》

日新月异的网络化发展,社会的经济基础发生了改变,作为其所决定的上层建筑——法律,理应随之改变。个人信息保护亟需体系化的法律规定,第一,确定个人信息的范围。

《民法总则》已经规定个人信息应当受到法律的保护,在《个人信息保护法》中,应当明确个人信息的内容以及信息控制者的义务。个人信息的主体的内容:决定权、知情权、更正权。信息控制者的义务:征求许可、告知义务、安全保障义务、协助义务。第二,明确个人信息的权利属性。《民法总则》采用的是个人信息而非个人信息权,有学者提出异议,规定的是一项具体的权利还是权利的客体,持权利客体的学者主要依据立法者并未将个人信息与姓名

权、隐私权等具体人格权规定在同一个条文，应当是否认个人信息为具体人格权。对权利属性的争议，也会对司法实践中法官的裁判产生困难。在《个人信息保护法》中，应当使用“个人信息权”一词，并用具体的条文明确个人信息权为人格权，是一项具体人格权，个人享有绝对的支配权。第三，改变诉讼形式。针对个人信息侵权诉讼的特点，尤其像网购案件，首先应当作为民事诉讼法“谁主张谁举证”原则的例外，侵权人与受害人的力量悬殊过大，网络服务商作为侵权者，掌握着完整的证据，网购者权利意识淡薄，在进行网上操作时，忽视对证据的保存，缺乏相应的专业手段很难进行取证，也无法有效维护权益，所以应当确定该种类似案件适用举证责任倒置原则，由网络服务者证明与损害结果之间不存在因果关系或受害人有过错或者第三人有过错。对于侵权赔偿金额较少、诉讼周期较长、受害主体较广的特点，网购者个人信息侵权案件可以采用代表人诉讼制度，选出代表人代表所有受害者进行诉讼，这就简化诉讼程序，及时的解决纠纷，避免司法资源的浪费，代表人诉讼将多数受害者的力量集中起来，共同对抗出于强势地位的侵权者，平衡了双方的诉讼地位，在形式上更能达到公平，也可参照英美的集团诉讼制度，弥补代表人诉讼的缺陷。

## （二）加强行政监管和行业自律

在大数据下，行政监管手段对于信息的泄露、不法使用，应当起到“干预的事前保护”的功能。在个人与网络服务者力量不对等的情况下，以国家力量来对抗网络服务商，弥补因技术鸿沟带来的不平等。首先应设立专门的信息监管机构，明确监管职能，落实监管责任。其次对网络服务者的资格进行规定，应当划定准入门槛，对符合条件的申请者进行网上公示，并定期进行抽样检查，对违法者取缔资格，网上通报批评，对于表现良好者授予星级表彰。最后完善处罚机制，行政机关对于无论是主观企图通过收集个人信息牟利还是客观上由于监管措施不到位的网络服务者，一经发现，即对其进行严厉处罚。

营造良好的网络环境，行业自律必不可少。网购情形下，购物平台、支付机构以及快递行业等都要加强对网购者的个人信息保护。吸收美国行业自律制度的优势，对于网络服务者应采取先进的个人信息保护的设备和加密技术，严禁对个人信息的随意明文保存，经常对网站进行漏洞检测；对于快递行业，二维码制度已趋向成熟，可以录有个人信息的二维码取代纸质版快递单，快递人员在分拣派送时只能看到一部分信息，网购者则可通过扫描二维码进行取件，个人信息避免暴露，侵权的可能也会大大降低。

## （三）增强网购者的自我保护意识

网购者是信息的主体，享有对个人信息的绝对控制权，个人信息的泄露与网购者个人安全意识不高密切相关。网络化时代，网络与日常生活的紧密性，加强个人信息保护意识，确有必要。首先应加强宣传个人信息的重要性以及公开个人信息的侵权案件，每个人应当从内心深处意识到自身是享有个人信息权，并且作为权利主体对非法收集个人信息的主体有权决定、更正、删除、排除他人干涉的自由，即使是公权力主体的未经许可的情形下进行非公共利益利用、泄露的行为。其次普通的网购者只熟知简单的电脑知识，对于一些后台软件记录个人浏览痕迹，对碎片化信息进行收集分析的操作一概不知，在浏览网页时自然也无法有意识的避免网络服务商“窃取”信息。因此，需要普及电子产品安全操作的知识，从源头上减少信息泄露。最后维权意识必不可少，维权并不意味着诉讼，对于发现正在进行的侵权行为，可向侵权者主张停止侵害、删除信息、断开链接等，遭受财产损失的，在金额不大的情形下，鼓励采用和解制度，与侵权者协商，平和的解决纠纷，必要的时候，可诉诸法院，积极寻求法律救济，维护自身权益。

## 结 语

在信息时代,“即使你并没有在高速公路上漫游,但你的个人信息却会传遍各地……这个你将如此的完整,就像是活在另一个平行空间中的自己。”<sup>①</sup>称为“新石油”的个人信息,在互联网时代演变出新的种类及特性,以网购者的个人信息最为显著,网购环境的虚拟化、网购主体的多方化、交易模式的新颖化,网购者的个人信息泄露严重,侵权类型也尤为典型,由于法律的滞后性,未能与时代的发展保持一致,致使网购者寻求法律救济困难。因此,立法层面在制定各特定行业规范的同时,也需要一部体系化的专属于个人信息的法律。对于网络服务商或者其他主体对网购者个人信息的收集行为,是否可以完全的消除?学者认为:“私人信息的收集同社会本身一样古老,它可能不是最古老的职业,但确实最古老的习惯之一。”<sup>②</sup>自古至今的收集习惯,并不应试图去消灭它,而要采取措施将其处于可控的范围内,网购者的个人信息侵权问题,在当下,应认为并不在这个范围之内,由此引发的众多问题,仍值得思考和解决。

## 【参考文献】

- [1] 转引自格林斯潘. 动荡的世界、风险、人性与未来的前景[M], 北京: 中信出版社, 2014.
- [2] 维克托·迈尔-舍恩伯格, 肯尼斯·库克耶, 盛扬燕、周涛译. 大数据时代[M], 浙江: 浙江人民出版社, 2013.
- [3] 杨立新, 袁雪石. 论声音权及其民法保护[J], 法商研究, 2005(4).
- [4] 王利明. 论个人信息权在人格权法中的地位[J], 苏州大学学报(哲学社会科学版), 2012(6).
- [5] 汤肇. 试论个人资料与相关法律关系[J], 华东政法学院学报, 2005(5).
- [6] 罗锦莉. 大数据时代下尴尬的用户隐私[J], 金融科技时代, 2012(12).
- [7] 郭瑜. 个人数据保护法研究[M], 北京: 北京大学出版社, 2012.
- [8] (英)查尔斯·蓝伯, 徐越倩、郁建兴译. 信息改革研究: 隐私保护与信息自由[J], 中共浙江省委党校学报, 2006(1)
- [9] [美]爱伦·艾德曼·卡洛琳·肯尼迪著, 吴懿婷译. 隐私的权利[M], 北京: 当代世界出版社, 2003.
- [10] [英]戴恩·罗兰德·伊丽莎白·麦克唐纳, 宋连斌等译. 信息技术法[M], 武汉: 武汉大学出版社, 2004.

① [美]爱伦·艾德曼·卡洛琳·肯尼迪著, 吴懿婷译:《隐私的权利》, 当代世界出版社 2003 年版, 第 340 页。

② [英]戴恩·罗兰德·伊丽莎白·麦克唐纳, 宋连斌等译:《信息技术法》, 武汉大学出版社 2004 年版, 第 297 页。



# 论网络虚拟财产盗窃的刑法规制

夏云\*

**【摘要】** 随着网络技术的快速发展,近年来网络虚拟财产也频繁的成为了犯罪对象,而我国法律未对网络虚拟财产作出明确规定,司法机关在适用时也存在分歧。文章在分析“网络虚拟财产”的定义、特征和法律属性的基础上,认为对盗窃网络虚拟财产的行为应当以盗窃罪定罪,以侵犯通信自由罪、非法获取计算机信息系统罪认定不太妥当。定罪的分歧是因为立法上对网络虚拟财产没有明确规定,对此可以通过立法或司法解释,进而单独增设一个罪名来进行完善。

**【关键词】** 网络虚拟财产 盗窃 立法认定 司法适用

## 第一章 网络虚拟财产概述

### 1.1 网络虚拟财产的定义

目前我国立法尚未对虚拟财产进行界定,但我国学术界存在两种不同的观点,分为广义说和狭义说。广义说认为,网络虚拟环境是无形的环境,网络虚拟财产在此类环境中进行交换、交易等处分,也包括处分非所有人的财产。杨立新教授持有这种观点并解释:“网络虚拟财产也称为虚拟物,是指虚拟的网络本身以及存在于网络上的具有财产性的电磁记录,是一种能够用现有的度量标准度量其价值的数字化的新型财产。”<sup>①</sup>狭义说认为,网络虚拟财产仅限于网络游戏中的“金币”、“武器”等数据,并且能够被他们自由的支配和使用。于志刚教授持有这种观点,在网络游戏中,用户拥有的该账号下所有的“金币”、“武器”等数据,被保存在服务器中并且能够被用户任意调取处分。<sup>②</sup>笔者倾向于广义说。随着互联网的迅猛发展,网络虚拟财产不应局限于网络游戏中,例如与他人商业往来的电子邮件,其中包含了大量的个人隐私与联络信息,对于邮箱主人来说其价值程度不亚于现实中的财产。如果以狭义说的观点定义网络虚拟财产,网络虚拟财产的法律保护将随时代的发展被架空,而立法应具有前瞻性的特点,所以笔者更支持广义说。

### 1.2 网络虚拟财产的特征

#### (1) 虚拟性

虚拟性是网络虚拟财产与传统意义上的财产的本质区别。虚拟性并不代表它不存在,而是以非物质性、无形性的方式存在于网络虚拟环境中。与传统意义上的财产形态相比较,传统意义上的财产具有有形性、实物性、可触摸性的特征,它存在于现实中,即使无法用肉眼观察到,也可以被人们所感知。

#### (2) 依附性

依附性表现在虚拟财产不能够独立于网络虚拟环境而存在,它必定依附于一定的网络

\* 夏云:上海政法学院17级政府法务专业在读研究生。

①《解析民法总则草案首次明确网络虚拟财产权》, <http://npc.people.com.cn/n1/2016/0719/c14576-28567076.html>。

② 于志刚:《论网络游戏中虚拟财产的法律性质及其刑法保护》,《政法论坛》2003年第6期,第14页。

代码中。虚拟财产本质上是二进制代码经过排列组合,依附于一组组网络代码中,不具有任何物理性质上的外观。若是离开的网络环境,一串串的数字代码在现实中没有任何意义,现实生活中不能发挥它的功效,那么在研究网络虚拟财产与传统意义上的财产也将没有区别。

### (3) 价值性

随着科技的发展,互联网使用的普遍化,虚拟财产与现实生活中的财产一样具有了经济价值。马克思经济学说认为凝结在商品中的无差别的人类劳动就是商品的价值,用户通过投入物力、劳力、财力来获取相应的“金币”、“装备”等,与现实中人们创造财富的本质相同。虽然网络虚拟财产只存在于网络环境中,但是现如今互联网已成为我们生活不可缺少的一部分,它的作用已经不单单体现在数据层面,在网络生活中它能够创造财富,网络数据的价值性被人们普遍认可。

### (4) 合法性

获取虚拟财产有两种途径,一种是用户在游戏平台通过投入劳动而获取应得的虚拟财产,另一种是用户与游戏开发商或者其他用户进行交易,直接获取虚拟财产。无论是通过自己劳动获得还是交易获得,都是不被法律禁止的,是合法有效的。但是有些用户通过盗窃、诈骗等非法手段获取他人的虚拟财产,损害了他人的合法权益,这些获取方式不被法律所保护。2016年12月6日,文化部在其官网发布了《关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知》,<sup>①</sup>明确规定了网络游戏的运营范围并对网络游戏虚拟道具发行服务提出了相关规范,新规将于2017年5月1日起正式施行。《通知》称,网络游戏运营企业不得向用户提供网络游戏虚拟货币兑换法定货币或者实物的服务,但是网络游戏运营企业终止提供网络游戏产品和服务,以法定货币方式或者用户接受的其它方式退还用户尚未使用的虚拟货币的情况除外;网络游戏运营企业不得向用户提供虚拟道具兑换法定货币的服务,向用户提供虚拟道具兑换小额实物的,实物内容及价值应当符合国家有关法律法规的规定。<sup>②</sup>这是近期文化部发布的关于规范网络游戏监管工作的规定,从侧面承认了我国虚拟财产的合法性,对其以法律的形式加以规范。

## 1.3 网络虚拟财产的法律属性

如今,人们对于网络虚拟财产的关注度日渐增长,关于网络虚拟财产的法律定性也存在着不同的观点。我国学界主要存在三种学说:物权说、债权说、知识产权说。

(1) 物权说。与传统意义上的物相比,传统意义上的物具有有形性、实物性、可触摸性的特征,它存在于现实中,即使无法用肉眼观察到,也可以被人们所感知。而现在对于物的理解不单单指这些了。于志刚教授认为“对于那些能够在法律上进行支配或者加以管理的东西,都会被认为是物。”<sup>③</sup>只有赋予网络虚拟财产一种所有权人可支配并排他的权利,才能更好的保护所有者的合法权益。物权说的侧重点在于其他用户或者游戏开发商都不得损害他人的虚拟财产,如同不得损害他人所拥有的物权。

(2) 债权说。债权是指权利人可以像特定的人请求为或者不为一定行为的权利。刘德良教授认为:“玩家花钱使用虚拟物品时,网络游戏运营商便与玩家建立了合同关系,两者的联接处在于玩家买下的虚拟服务。玩家消耗金钱去使用网络游戏运营商提供的虚拟物品,相对的后者便需要不停地研究开发不一样的虚拟商品满足玩家的需求。一切都源于合同之债,

① 中华人民共和国文化部:文化部关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知:  
[http://www.mcprc.gov.cn/whzx/bnsjdt/whscs/201612/t20161205\\_464422.html](http://www.mcprc.gov.cn/whzx/bnsjdt/whscs/201612/t20161205_464422.html)。

② 中华人民共和国文化部:文化部关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知:  
[http://www.mcprc.gov.cn/whzx/bnsjdt/whscs/201612/t20161205\\_464422.html](http://www.mcprc.gov.cn/whzx/bnsjdt/whscs/201612/t20161205_464422.html)。

③ 于志刚:《网络空间中虚拟财产的刑法保护》,中国人民公安大学出版社2009年版,第22页。

故虚拟财产理应属于债权对象。”<sup>①</sup>债权说的侧重点在于游戏开发商与用户之间的合同关系，双方享有权利也承担相应义务。

(3) 知识产权说。知识产权是指权利人对于其所创造的智力成果所享有的财产权利。该学说有两种观点，<sup>②</sup>一种观点认为网络虚拟财产是游戏开发商经过智力创造而产生的财产，是属于游戏开发商的知识产权。另一种观点认为，用户通过耗费时间、精力、智力劳动获取了具有全新特征的财产，这种虚拟财产属于用户的创造性成果，是属于用户的知识产权。知识产权说的侧重点在于虚拟财产是用户或者游戏开发商的智力成果，受知识产权法保护。

现如今，网络虚拟财产的意义已经不单单体现在数据层面，它几乎出现在人们一切经济往来中。物权说、债权说、知识产权说这三种学说的侧重点不同，如果单采用物权说，则没有考虑到虚拟财产的交易活动、发生侵权需要债权的保护。如果单采用债权说，则没有考虑到虚拟财产是用户的专有财产，受法律的绝对保护。所以笔者认为应该综合考虑物权说与债权说的合理之处，关注用户对虚拟财产拥有直接支配并排他的权利的同时，也应考虑到用户与游戏开发商或者其他用户之间的合同、侵权关系。

## 第二章 盗窃网络虚拟财产的刑法性质

### 2.1 盗窃网络虚拟财产的行为方式

盗窃网络虚拟财产的主要行为手段有两种，一种是外挂和木马盗窃行为，即通过网络技术手段来非法获取网络用户的虚拟财产。另一种以非网络技术手段，利用现实生活中的便利条件来盗取用户的虚拟财产。

“私服”、“外挂”违法行为是指未经许可或授权，破坏合法出版、他人享有著作权的互联网游戏作品的技术保护措施、修改作品数据、私自架设服务器、制作游戏充值卡(点卡)，运营或挂接运营合法出版、他人享有著作权的互联网游戏作品，从而谋取利益、侵害他人利益。<sup>③</sup>即通过改变游戏的部分程序而使之挂接到另一个程序空间，从而达到改变原程序运行方式的目的。Internet 客户/服务器模式的通讯一般都是 TCP/IP 协议，数据交换是通过 IP 数据包的传输来实现的。客户端向服务器发送某项请求，服务器收到请求后会根据既定的程序把相应的信息发送给客户端。而外挂运行机制就是通过客户端和服务器互相发送的数据进行分析和修改，然后把修改后的数据再发送给客户端和服务器，以此达到修改部分程序的目的。外挂行为具有违反游戏规则，破坏游戏公平的特征，对其他用户的合法权益和游戏的公平秩序造成严重损害。木马与计算机远程控制软件有些相似，但两者的不同点在于计算机远程控制是经过用户许可的合法行为，而木马则是隐蔽性的远程控制，是未经用户许可的非法行为。木马程序包含了两个部分：服务端和客户端。服务端被植入用户的电脑，而黑客利用客户端运行了服务端的电脑，运行了木马程序的服务端后，用户电脑的一个或多个端口被打开，黑客利用这些端口侵入用户的系统进行未经用户允许的删除文件、更改数据等非法行为。木马程序不会自动运行，它隐藏在一些文档中，直到用户运行文档时木马才会运行。木马运行时很难进行有效的阻止，它会自动变更文件名，隐形，或者混入其他文件夹中。用户的电脑系统一旦被木马程序所控制，黑客就会侵入用户账号窃取密码，非法处分用户的虚拟财产

① 刘德良：《论虚拟物品财产权》，《内蒙古社会科学》2004 年第 6 期，第 3 页。

② 刘惠荣：《虚拟财产法律保护体系的构建》，法律出版社 2008 年版，第 3 页。

③ 中华人民共和国国家版权局《关于开展对“私服”，“外挂”专项治理的通知》：  
<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/17607.html>。

造成用户的财产利益受损。

以非网络技术手段,利用现实生活中的便利条件来盗取用户虚拟财产的行为模式就相对简单一些。例如,2004年8月,颜某利用网易娱乐公司工作人员的身份私自获取三名玩家的个人信息资料并伪造了用户的身份证,以安全码被盗为由向网易娱乐公司申请了修改了安全码的请求,颜某更改游戏密码后将原玩家账户中的装备转卖给他人,非法获利人民币3750元。经公司估算,玩家的虚拟财产损失人民币4605元。法院审理后认为,被告人颜某犯盗窃罪,判处有期徒刑5000元。

## 2.2 盗窃网络虚拟财产行为的特征

### (1) 隐蔽性

网络盗窃行为与传统盗窃最大的不同点在于利用网络技术窃取他人财物,该行为并不直接接触受害人,而是通过外挂行为、植入木马等非法行为控制用户的电脑系统或者游戏账号,进而实施盗取虚拟财产的行为。传统盗窃行为通常有据可查,他们在实施不法行为的同时不可避免的会留下指纹、足迹等痕迹,这些痕迹为侦破案件提供了有利线索。而网络盗窃进行远程操作,不会留下有形的痕迹。行为人通常会利用异地服务器实施不法行为,作案后采取销毁记录、更改登录地址等行为销毁证据,盗窃虚拟财产的地点也难以确定,给侦查工作带来巨大困难。

### (2) 普遍性

互联网的普遍化使人们的生活离不开网络,网络盗窃因为可以远程操作,所以它的涉案范围更广。在网络服务平台越来越多元化的情况下,实施网络盗窃的途径也越来越多样化。行为人可以在任何时间地点实施盗窃行为,不受空间和时间的限制。传统盗窃具有现实性,导致行为人一定程度会受内心道德的约束,而网络盗窃因互联网这层屏障,使行为人放纵自己的行为,构成犯罪。

### (3) 严重危害性

当道德已经无法调整这种社会关系并且这类现象严重危害社会稳定时,就需要法律介入进行调整,当盗窃虚拟财产的社会危害已经严重到一定程度,就需要刑法进行调整,行为人应当承担相应的法律后果。网络盗窃虚拟财产行为侵犯的不仅仅是受害人的财产利益,同时破坏了网络环境的秩序与安全。互联网与人们的生活密不可分,网络环境中的买卖交易、个人信息安全都应该受法律保护。网络盗窃虚拟财产行为发生后的一系列结果也将危害人们的正常生活,例如盗窃虚拟财产进行转卖,窃取用户账号中的个人信息批量的转卖给不同领域的不法分子。其严重性还将随着互联网的发展愈加显著,导致不仅是自然人、法人组织的利益受损,更甚者威胁到国家的信息安全。

## 2.3 盗窃网络虚拟财产的罪名认定

目前实务中对网络虚拟财产的盗窃行为构成何罪有不同的见解,比较常见的三个罪名是盗窃罪、侵犯通信自由罪和非法获取计算机信息系统数据罪,但以后面两个罪名认定盗窃网络虚拟财产并不太妥当。

### (1) 以盗窃罪论处

2014年10月29日,被告人张某以购买河南省武涉县人李某丙的“大话西游2”游戏角色为名,用木马程序远程控制李某丙的计算机后,将李某丙的“大话西游2”账号盗走,该游戏账号及装备等价值22500元,案发后,李某丙通过向网易公司申诉追回损失。法院经审理认为,网络虚拟财产是游戏玩家在网络游戏账号中积累的“货币”、“装备”、“宠物”等财产。是游戏玩家投入了一定的时间、精力、金钱所取得。可通过网上出售、转让等方式进行交易,具有使用价值、交换价值,具备财产性属性,应受法律保护。被告人张某以非法占有

为目的,采取秘密手段窃取他人财物,数额巨大,其行为已构成盗窃罪。根据相关法律规定和司法解释,结合本案实际情况,其价值应按现实生活中的实际交易价格来确定。最终法院判决被告人张某犯盗窃罪,判处有期徒刑三年,缓刑五年,并处罚金一万元。<sup>①</sup>

上文已经分析,游戏账号中的装备、金币等可以认定为法律意义上的虚拟财产。那么再从张某的行为来分析,张某利用木马远程控制李某丙的计算机,秘密窃取李某的网络虚拟财产价值 22500 元,符合盗窃网络虚拟财产行为隐蔽性和严重性的特征,张某的行为是典型的通过网络技术手段来非法获取网络用户的虚拟财产。这一行为与传统意义上的盗窃罪的行为方式相同,以非法占有为目的,排除所有人对其虚拟财产的支配,建立新的支配关系,并且造成被害人的财产巨大损失。

### (2) 以侵犯通信自由罪论处

2014 年 8 月初开始,被告人伍某甲、伍某乙、伍晓飞、江某房四人受一名自称“罗彬”的男子雇佣,租用佛山市三水区德兴路雅豪居东六座 601 房,利用盗号“木马”程序在网上盗窃他人 QQ 账号和密码 400 余组,并将盗得的 QQ 账号和密码发送给“罗彬”,从而获取利益。本院认为,被告人伍某甲、伍某乙、伍晓飞、江某房无视国家法律,侵犯公民通信自由权利,情节严重,其行为均已构成侵犯通信自由罪,应当依法追究其相应的刑事责任。<sup>②</sup>

对于原用户,QQ 账号中个人信息与联络信息的价值程度不亚于现实中的财产,2017 年 1 月警方截获一犯罪团伙,该犯罪团伙掌握 200 万条 QQ 账号和密码,每个售价 1 元,再利用截获的 QQ 账号对原用户的好友实施诈骗,现如今 QQ 账号也应该以其财产价值受法律保护,所以 QQ 账号也应该认定为法律意义上的虚拟财产。从四名被告人的行为来分析,四名被告人利用木马远程控制他人的计算机,盗窃他人 QQ 账号和密码 400 余组并且获利,符合盗窃网络虚拟财产行为隐蔽性和严重性的特征,被告人的行为是典型的通过网络技术手段来非法获取网络用户的虚拟财产。虽然他们侵犯了用户的通信自由,但在行为人眼中 QQ 账号具有交换价值,通过出卖能够获利,所以理解为侵犯用户的财产权利更为妥当,即四名被告人在案件中侵犯的法益是财产权。笔者认为被告人的犯罪行为应该以盗窃罪论处。

### (3) 以非法获取计算机信息系统数据罪论处

2014 年 10 月至 2015 年 1 月,被告人周某发现 A 网络游戏平台后台有玩家用户名和密码日志文件的漏洞,可以将被害人账号内的游戏币盗出。被告人周某、谭某、陈某经预谋,采取由被告周某利用该日志文件内的用户名和密码登录被害玩家账户,与被告谭某、陈某注册的游戏账号玩该平台内的游戏,并故意将被盗号玩家账户内的游戏币输给被告人谭某、陈某的手段,盗取被害人赵某、解某、朱某等人的游戏币共计 508000000 个,价值人民币 43180 元,销赃得款人民币 27260 元。法院认为,被告人周某某、谭某某、陈某窃取他人游戏账户内的游戏币属网络游戏中的虚拟财产,其法律属性是计算机信息系统数据,将游戏币解释为盗窃罪的犯罪对象公私财物缺乏法律依据,因此本案被告人周某某、谭某某、陈某的行为构成非法获取计算机信息系统数据罪。<sup>③</sup>

本案中法院认为被告人窃取的虚拟财产的法律属性是计算机信息系统数据,首先,笔者

① 张某盗窃一审刑事判决书(2015)邕刑一初字第 297 号:

<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=501add6c-0e14-4bed-b4ce-eb852c193b5d&KeyWord=虚拟财产>。

② 伍青时、伍冲时、伍晓飞、江界房侵犯通信自由罪一审刑事判决书(2015)佛三法刑初字第 393 号:

<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=94bf3e93-8c91-464f-8e6e-1eb982ba1e95&KeyWord=侵犯通信自由罪|账号>。

③ 周某某等人非法获取计算机信息系统数据一审刑事判决书(2016)闽 0602 刑初 295 号:

<http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=7cb0dd79-b6ce-43cd-a13a-8438765a6488&KeyWord=虚拟财产>。

认为本案中计算机信息系统数据只是财产的承载物,计算机信息系统数据背后的财产才是真正需要保护和评价的。其次,非法获取计算机信息系统数据罪的犯罪对象是国家事务、国防建设、尖端科学技术领域以外的计算机信息系统,而一般被盗窃虚拟财产用户使用的只是普通计算机信息系统。所以笔者认为本案中游戏账号中的游戏币评价为计算机信息系统数据实为不妥,而应解释为财产犯罪的犯罪对象。从三名被告人的行为来分析,三名被告人获取他人计算机信息系统数据只是盗窃网络虚拟财产的手段行为,他们的最终目的还是计算机信息系统数据带来的财产利益,所以对盗窃虚拟财产的行为以非法获取计算机信息系统数据罪处理欠缺妥当,应评价为盗窃罪。

#### 2.4 盗窃网络虚拟财产犯罪数额的认定标准

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条:盗窃公私财物价值一千元至三千元以上、三万元至十万元以上、三十万元至五十万元以上的,应当分别认定为刑法第二百六十四条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。<sup>①</sup> 盗窃虚拟财产的数额认定标准成为了入刑或者量刑的重要因素,依据何种标准一直是实际操作的重点。

(1) 行为人盗窃的虚拟财产明确有交易价格的。用户在现实生活中用货币购买游戏中的“金币”、“装备”,行为人盗窃这些虚拟财产造成被害人的财产损失,等同于现实生活中的财产造成损失,盗窃数额与虚拟财产的交易价格密切相关。

(2) 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第四条第一款规定: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。<sup>②</sup> 行为人盗窃的虚拟财产没有明确的交易价格。玩家的虚拟财产可能是玩家投入大量的时间和精力,是游戏开发商在其游戏中设定的,并非直接购买获得的虚拟财产。由于时间精力无法实际衡量,每个玩家游戏技能的差异性,获得虚拟财产的随机性等等不确定因素无法形成统一标准,在实践中很难依据这些进行犯罪数额的认定。因此对于没有有效价格证明的被盗窃虚拟财产,应当按照有关规定委托估价机构估价。2009年1月,深圳某游戏公司出现300多亿的游戏币亏空,经查,田某等4人利用游戏平台系统的漏洞,突破了游戏公司系统的防火墙并成功盗取了1300多亿的游戏币。田某等人再经过淘宝交易把游戏币低价卖给其他玩家获利数十万元。成华区物价局价格认证中心最终对虚拟财产作出了价格鉴定:2009年4月28日作为价格鉴定基准日,1亿金币等于350元的市场价格计算,田某等人所盗窃的1300亿游戏金币核价为455000元。<sup>③</sup> 这份价格鉴定成为了法院量刑的依据。

#### 2.5 盗窃网络虚拟财产犯罪既遂标准

盗窃罪的既遂标准有众多不同的观点,大致分为:失控说、控制说、失控加控制说、接触说、转移说等。我国刑法学界在失控说和控制说这两种观点展开讨论。失控说认为盗窃罪是否既遂,应该以权利人的财物是否已脱离其实际控制为标准,至于行为人之后如何处置该财物或者是否已实现了其目的,不影响盗窃罪既遂的成立。<sup>④</sup> 控制说认为行为人的行为是判断其是否触犯刑法的关键点,所以理应以是否控制财物的行为为既遂标准。<sup>⑤</sup>

① 最高人民法院 最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释:  
<http://www.chinacourt.org/law/detail/2013/04/id/146160.shtml>。

② 最高人民法院 最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释):  
<http://www.chinacourt.org/law/detail/2013/04/id/146160.shtml>。

③ 《成都为被盗虚拟财产估价1300亿游戏币估价45万元》,《钱江晚报》2009年5月21日第8版。

④ 高铭暄、马克昌:《刑法学》,高等教育出版社2007年版,第88页。

⑤ 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第118页。

盗窃网络虚拟财产的传统盗窃具有相同的特点,在既遂标准上也应该采用失控说,即只要被害人的虚拟财产脱离了被害人的实际控制,是由于行为人通过网络技术秘密窃取导致的,行为人的盗窃就成立既遂。行为人窃取用户的账号密码,登录进个人账户并修改了密码或者还未修改密码但已转移了账户中的虚拟财产,用户已经对其虚拟财产失去控制,不可否认构成盗窃罪既遂。若是行为人在窃取用户的账号密码后还未修改密码,此时原用户和行为人都可以登录账户,但是原用户对其虚拟财产的支配权存在了瑕疵,即并不是排他的支配权。但是原用户对其虚拟财产在未更改密码的情况下仍旧能够继续支配,直到行为人转移了虚拟财产,构成盗窃罪既遂。

### 第三章 完善对网络虚拟财产的刑法保护

正如上文所述,盗窃网络虚拟财产的刑法定性有分歧,其根本原因在于立法上对虚拟财产的性质没有明确界定。笔者认为现阶段可以通过立法解释扩大公民私人财产的范围,或者通过司法解释将虚拟财产纳入盗窃罪的犯罪对象中去,等到时机成熟时再单独列一个虚拟财产的罪名来保护虚拟财产,对盗窃虚拟财产的定罪和量刑做出详细规定,逐步从立法上完善对虚拟财产的规制。

#### 3.1 虚拟财产的解释

随着社会发展的需要,法律内容需要更加丰富,规定需要更加完备,我国财产的范围应该随互联网的发展作相应的调整。对此由全国人大常委会作出立法解释或由最高人民法院作出司法解释都是可行的途径。

我们可以通过立法解释扩大《刑法》所称的“公民私人财产”的范围,将虚拟财产纳入《刑法》第九十二条规定中的“其他财产”。首先,虚拟财产相对于传统上的财产,它具有虚拟性的特征,这与《刑法》第九十二条第四款中的股票和股份这类无形的财产有很大程度的类似性,所以把虚拟财产纳入第九十二条规定中的“其他财产”有一定合理性。其次,虽然网络虚拟财产只存在于网络环境中,但是现如今互联网已成为我们生活不可缺少的一部分,它的作用已经不单单体现在数据层面,在网络生活中它能够创造财富,虚拟财产与现实中的财产同样应该受到法律保护。最后,网络技术的发达改变人们的生活与认知,由于网络数据的价值被人们普遍认可,将虚拟财产解释为公民私人财产在公民可预测范围内。

我国对类似于传统财产和虚拟财产关系的问题往往是通过司法解释作出的。例如 2013 年最高人民法院发布了《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》,以司法解释的形式解决了电力、煤气等这类无形财产是否是盗窃罪的犯罪对象。该解释既顺应时代发展的需求,也在国民预测范围之内。同样的道理,最高人民法院也可以制定司法解释将虚拟财产纳入盗窃罪的犯罪对象中,在司法解释中可以列举典型的网络虚拟财产,再对虚拟财产的特征加以规定,因为随着网络技术的发展,网络虚拟财产的具体类型也会越来越宽泛,如果单单列举了几个典型的虚拟财产种类,将来出现新兴科技涉及虚拟财产,立法层面又将兼顾不到。在规定虚拟财产的特征时应包含这四个方面:虚拟性、依附性、价值性、合法性,既考虑到现在以及将来对虚拟财产的现实保护效果,也在公众的可认知范围内。

#### 3.2 制定单独罪名

有些学者认为面对日渐严重的盗窃虚拟财产现象,应该立马制定一部系统的刑事法律来打击。虽然我国社会法治氛围日渐浓厚,但总体来说我国法律体系还需较长时间的探索与完善,所以现在出台一部完整的刑事法律并不实际。对于虚拟财产的立法保护,对比传统盗窃

罪来说, 盗窃虚拟财产的行为危害更大, 因为盗窃虚拟财产的同时势必会侵犯用户的个人信息安全, 或者像上文一案件中, 利用原用户的通讯列表对其实施诈骗等犯罪行为, 所以盗窃网络虚拟财产的危害更深更广。所以单通过立法解释和司法解释来规制只是权宜之计, 最后还是需要根据社会的发展, 通过系统的刑事法律来打击盗窃虚拟财产的犯罪行为。

## 结 语

随着互联网全球化趋势, 我国应该加大保护公民在网络社会中的权利, 首当其冲就是加大完善用户虚拟财产的保护力度, 虚拟财产与现实社会中的财产一样具有经济价值, 不管是对公民的网络社交还是现实生活都至关重要。笔者能力有限, 只能对我国保护虚拟财产的立法现状提出一些建议, 希望“盗窃网络虚拟财产”能够引起更多专家学者的关注。

## 【参考文献】

- [1] 高铭暄、马克昌:《刑法学》, 北京大学出版社 2012 年版.
- [2] 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》, 中国人民大学出版社 2006 年版.
- [3] 于志刚:《虚拟空间中的刑法理论》, 中国方正出版社 2003 年版.
- [4] 刘明祥:《财产罪比较研究》, 上海交通大学出版社 2003 年版.
- [5] 刘明祥:《窃取网络虚拟财产行为定性探究》, 《法学》2016 年第 1 期.
- [6] 于志刚:《网络空间中的虚拟财产的刑法保护》, 中国人民公安大学出版社 2009 年版.
- [7] 刘德良:《论虚拟物品财产权》, 《内蒙古社会科学》2004 年第 6 期.
- [8] 张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》, 《法学》2015 年第 3 期.
- [9] 杨彩霞:《国际反网络犯罪立法及其对我国的启示》, 《法律适用》2008 年版.
- [10] 刘惠荣:《虚拟财产法律保护体系的构建》, 法律出版社 2008 年版.
- [11] 张明楷译:《日本刑法典》, 法律出版社 1998 年版.
- [12] 于志刚:《“信息化跨国犯罪”时代与〈网络犯罪公约〉的中国取舍》, 《法学论坛》2013 年第 2 期.
- [13] 陈结森、鲍祥:《〈网络犯罪公约〉与打击网络犯罪的国际合作——兼评我国相关立法的规定》, 《安徽警官职业学院学报》2007 年第 4 期.
- [14] 陈云良、周新:《虚拟财产刑法保护路径之选择》, 《法学评论》2009 年第 2 期.
- [15] J Fairfield, *Virtual Property*, Social Science Electronic Publishing, 2005.
- [16] Joshua.A.T.Fairfield, *Tirtual Property*, Boston University Lawad, 2005.



# 论大数据时代下知识产权的保护

耿碧莹\*

**【摘要】** 随着网络技术的不断发展,“大数据”一词的内涵及外延也在不断更迭。相较于初出现时以抓取信息为重点,现今的“大数据”更重视通过加工实现数据的“增值”。然而在这个过程中,强调“公开、分享”的大数据,与强调“专有、独占”的知识产权存在着本质上的冲突。在大数据时代的背景下,借助大数据的分析预判能力,对知识产权的侵犯越来越隐秘,知识产权保护面临着更加严峻的挑战。

**【关键词】** 大数据 知识产权 冲突

## 一、大数据时代

### (一) 大数据定义的界定

“大数据”的定义众说纷纭,目前业界尚无统一的定义。高德纳集团对大数据的定义为:“大量、高速及多变的信息资产”;美国国家科学基金会则认为大数据为“通过互联网交易、电子邮件、网络点击等形成的分布式数据集”;<sup>①</sup>IT 行业内部偏向于认为大数据是一种数据资料量庞大到无论是人脑还是常用软件工具都无法在合理时间内处理并得出能够在生产经营中使用的结论的资讯。

虽然不同的学者和机构在“大数据”一词的定义上略有分歧,但总结他们的共同点可以得出,大数据是一种体量极大,人脑和主流软件工具无法在合理时间内通过抓取、整理等手段将其转变为可用信息的分布式数据集。

### (二) 大数据的特点和影响

大数据具有数量巨大(Volume)、种类繁多(Variety)、流动性高(Velocity)和价值大(Value)的“4V”<sup>②</sup>特性,这些特性决定着它影响人类社会生活的方式。

以国家知识产权局的一份研究为例。在这份 16 年 9 月的研究报告中写道:“随着近几年的快速发展,大数据已经在很多领域得到了广泛的应用,发挥了越来越重要的作用,主要包括政府机构、制造业、交通领域、医疗卫生、金融业、教育业等”。其中,国务院在 15 年 9 月发布了《促进大数据发展行动纲要》,16 年又正式出台了《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》。在这两份文件里,国务院明确提出了实施国家大数据战略,加快政府数据开发等内容,希望大数据能够提升政府决策分析能力和工作效率。<sup>③</sup>

但事实上,大数据对于知识产权领域产生了比表面上看来更为深远的影响。

## 二、大数据对知识产权的影响

知识产权是人类在生活实践过程中对其所创造出的智力劳动成果所享有的专有权利。<sup>④</sup>为了保护创造者对其在从事科技、文化、艺术等领域时所产生的成果的权利,知识产权制度应运而生。

\* 耿碧莹:上海政法学院 17 级知识产权方向研究生。

① 黄雷:“大数据”时代下的知识产权保护研究[J].吉林工程技术师范学院学报,2014 年第 9 期。

② 邓灵斌,余玲:大数据时代数据共享与知识产权保护的冲突与协调[J].图书馆论坛,2015 年第 6 期。

③ 中华人民共和国知识产权局.大数据及其知识产权保护.载。

[http://www.sipo.gov.cn/zlssbgs/zlyj/201701/t20170112\\_1307751.html](http://www.sipo.gov.cn/zlssbgs/zlyj/201701/t20170112_1307751.html)。

④ 曹玉平:图书馆在信息资源共享中规避知识产权风险的策略研究[J].情报科学,2010 年第 9 期。

首先,知识产权制度需要保护创造者的利益,使其能够从自己的智力成果中获益,以鼓励人们积极创新,因此知识产权具有专有性。知识产权人可以通过垄断、排他和独占的方式使用他的智力成果,而在没有法律法规特别规定的条件下,未经知识产权人的同意私自对其智力成果加以利用的行为即构成侵权。

其次,在保护创造者的利益的同时,知识产权制度又要尽可能地推动智力成果的应用以促进社会发展,因此知识产权具有地域性和时效性。知识产权通常只在一个国家或地区的规定时间内生效,一旦超出规定的地区或时间,此项智力成果将进入公共领域,可以被大众自由使用。

综上所述,知识产权制度既要保护知识产权人的垄断利益,又要对社会公共利益做出让步,因此可以被看做是为了在二者之间进行一种公平的利益分配而产生的法律制度。这种制度希望在激励知识创造和满足对知识产品需求的社会利益之间实现理想的平衡。<sup>①</sup>

这种脆弱的平衡在现如今显得岌岌可危——知识产权具有垄断性,代表私权;大数据则强调公开与共享,代表多数人利益,是公权的一种,<sup>②</sup>大数据的出现和大数据时代的到来为天平的一端增加了颇有分量的砝码,而处于天平另一端的知识产权法,却由于法律的滞后性而未能及时做出回应。

幸好大数据对于知识产权的发展和保护并未纯然的负面消息,笔者将在下文中对其积极影响和消极影响加以分析。

### (一) 大数据对知识产权发展的积极作用

某种程度上说,知识产权保护和大数据的发展有着相同的目标:二者都以创造财富为目的,同时又要兼顾社会利益最大化。这点在知识产权保护中尤为明显——知识产权中时效性和地域性就是基于社会利益最大化的考量而对知识产权人做出的限制,同时法律又赋予知识产权人排他性地独占自己智力成果的权利。法律期望能够通过这两种方法激发其共享自己成果的热情和动力;<sup>③</sup>此外,利用大数据创造出的智力成果自身也需要知识产权制度的保护,因此,二者可以相互促进。

另一方面,如同阿德勒所言,个人的意义没有任何价值,真正的生命意义存在于个人与他人的交互之中;<sup>④</sup>智力成果在传播与应用的过程中所体现出来的价值也远远超过其孤立存在时所表现的。

比较网络产生之前和之后的知识产权状况,我们很容易发现,网络的普及和发展为智力成果的传播提供了全新的途径:网络传播。网络传播成本低,速度快,效率高,在这种传播方式下,知识产权有了新的特点,人们根据这一特征将其称为“网络知识产权”<sup>⑤</sup>。网络知识产权的特点在于,知识产权客体的无形性与网络空间的虚拟性具有一种天然的契合性,此特性可以极大地促进知识产权的发展。<sup>⑥</sup>

时间不断向前,网络时代进一步发展,就进入了大数据时代。在大数据“4V”特性的基础上,大数据时代也具有类似的特质:数量庞大、种类繁杂的数据以惊人的速度不断被各种程序捕捉、分析、提纯,然后送往各个用户手中。一个人们非常熟悉的例子就是搜索引擎和输入法的“个性化”功能。搜索引擎收集用户平日搜索的信息,通过复杂的程序分类和运算,最终得出用户的偏好并据此向用户推荐网页;输入法也是如此,根据用户经常使用的词语预判其可能的喜好,据此“定制”出只属于某个用户的“个性化”输入法。

这种看似平平无奇的“个性化”功能在知识产权的发展过程中能够起到极大的推动作用。

首先,个性化功能本身就是一种知识成果,而它在被不断使用的过程中也在越来越多地收集相关数据,这些数据能够帮助它的算法改进得更加精确。

其次,个性化功能可以免除人们收集信息的麻烦,帮助使用者更加精准地获取想要的信息,而这些信息往往是以他人的智力成果的面貌出现的。在网络出现之前,我们搜集信息可能要通过口耳相传,千里奔波,而网络出现之后,虽然大大简化了人们获取信息的步骤,降

① 冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》[M].北京:中国政法大学出版社,2006年版。

② 参见前引[2],大数据时代数据共享与知识产权保护的冲突与协调。

③ 朱雪忠,徐先东:《浅析我国科学数据共享与知识产权保护的冲突与协调》[J].管理学报,2007年第4期。

④ [奥]阿尔弗雷德·阿德勒:《自卑与超越》,马晓娜译,吉林出版集团有限责任公司2015年版,第1页。

⑤ 吴汉东:《论反不正当竞争中的知识产权问题》[J].现代法学,2013年第1期。

⑥ 于志强:《大数据背景下知识产权侵权行为网络化与解决思路——以著作权间接侵权为视角》[J].国家行政学院学报,2016年第6期。

低了获取信息的门槛,但每搜索一个信息,往往会带来几倍甚至十几倍的无关信息,搜集者需要把大量精力浪费在筛选鉴别的过程中,仍旧让人疲惫不堪;然而在大数据时代,这种个性化功能可以更加有针对性地推荐使用者可能感兴趣的方面,一方面节省了使用者的时间和精力成本,令智力成果的传播更加快速高效,另一方面也因为精准送达而增加了智力成果在传播过程中体现的价值。

除了促进智力成果快速传播,大数据也可以通过自身的分析挖掘能力对数据进行识别和预判,挖掘数据背后的价值。

近些年大热的 VR 技术,运动捕捉技术,支撑其存在的根本就是庞大的数据库和精准的算法。Kinect 技术通过对大量人体运动中骨骼变化的分析,成功推出了极受欢迎的体感游戏;苹果公司通过类似的资料收集分析程序和手机内置的感应器,推出了一呼百应的电子运动检测程序;阿里巴巴旗下的蚂蚁金服更是打着“大数据”的旗号推出了包含股票走势预判功能在内的一大批金融服务——这些使用大数据获取利益的方法,本身又是新的智力成果。

由此可见,从大数据的存在本身到对大数据的使用,各个环节都与知识产权相关,它既能推动智力成果的传播,彰显知识产权的价值,又能衍生出大量智力成果,推动知识产权发展。

## (二) 大数据对知识产权发展的消极作用

就其本质而言,大数据是被人公开分享,或至少并非秘密的大量数据的集合。从这些数据中单独拿出来任意一个都不具有如同它作为大数据中的一部分时那样丰富的含义。大数据的一切特性的基础便是它丰富的信息含量,而这样大量数据的获取,或者说这样丰富数据集合的形成,十分依赖于数据分享。对于知识产权的保护则恰好是要阻止这一分享过程,将有独创性的智力成果保护起来,避免被人擅自使用而伤害知识产权人的利益。这也就是知识产权保护与大数据时代的根本性冲突点之所在——数据共享与数据垄断。<sup>①</sup>

以上所言的数据共享与数据垄断,又可以被理解为公共利益(发展大数据的要求)与私权利(保护知识产权人利益)之间的矛盾,而平衡这两者之间的矛盾,则正是知识产权法律制度的初衷。知识产权虽然属于私权,但因其所保护的智力成果是社会发​​展所必须依赖的,所以它也具有很强的公益属性。这一点也表明,需要在知识产权法中的个人利益,特别是知识产权人的利益和社会整体利益之间维持一种平衡和协调的关系。<sup>②</sup>

但这种平衡的维持状况,正如前文所言,并不理想。尤其是在现阶段的大数据背景下,其数据的收集、储存以及管理缺乏一定的规范性,也缺乏行之有效的监督策略,导致从个人到企业,往往急于获取数据而忽视对于知识产权的保护。甚至有很多情况下,获取数据的行为往往以侵犯知识产权为代价。<sup>③</sup>

## 三、大数据时代知识产权侵权现状——以著作权为例

根据 2017 年 7 月 5 日最高法院发布的《知识产权侵权司法大数据专题报告》显示,15 年 1 月 1 日至 16 年 12 月 31 日,全国知识产权侵权案件发案数量呈上升趋势。其中 2016 年较 2015 年同比上升 41.34%;著作权侵权案件、商标权侵权案件和专利权侵权案件分别占知识产权侵权案件的 50.20%、34.17%和 15.63%;原告诉讼请求全部获得支持的比例不到 8%;一半以上的案子以撤诉结案。

### (一) 大数据时代知识产权侵权特点

结合大数据时代知识产权的特点,不难找出近年来知识产权保护陷入困境的原因:1. 侵权人难追溯。在网络上的行为无需真名,经过不断转发的侵权行为更加难以发现,很难回溯最初的侵权者 2. 侵权界限模糊。大数据自有的强大分析提取能力令其可以从繁杂的数据中准确提取出使用者希望获取的数据,而使用者对这些经过提取的数据进行分类整合,又形成了新的产品,这时新产品与旧的专利之间界限就会变得十分模糊。<sup>④</sup>3. 网站规避风险。ISP

① 参见前引《大数据背景下知识产权侵权行为网络化与解决思路——以著作权间接侵权为视角》。

② 参见前引《知识产权法利益平衡理论》。

③ 参见吕虹:《大数据背景下的计算机信息安全及隐私保护策略》[J].《通信设计与应用》,2016 年第 5 期。

④ 参见前引,黄雷:《“大数据”时代下的知识产权保护研究》吉林工程技术师范学院学报,2014 年第 9 期。

(网络服务提供商)一边利用金币、积分等手段诱使使用者上传侵权的作品资源(包含小说、视频、音频等种类的文件),一边利用避风港原则规避风险,一旦被诉则称自己只提供网络空间的相关服务,与内容制作无关,这就给著作权人的维权行动带来了极大的困难。

## (二) 著作权侵权状况

著作权人对经由其创作产生的智力成果所依法享有的专有权利即为著作权,广义的著作权还包含作品传播者依法享有的著作邻接权等权利。

按照最高法院发布的《知识产权侵权司法大数据专题报告》,著作权侵权案件占全部知识产权侵权案件的 50.20%,可谓知识产权侵权的重灾区,而这部分中,有四分之三又属于侵害作品的信息网络传播权、放映权的案件。

所谓侵害作品的信息网络传播权、放映权,最常见的方式就是在网上获取盗版资源,如盗版小说、盗版电影等。一些网站为了获取更高的流量,便采用种种方式鼓励用户上传盗版资源供他人下载,在相关权利人提起诉讼后,便以避风港原则规避风险。

其他侵犯著作权的常见方式还有很多,比如抄袭。随着近年来网络“IP”的大热,越来越多的人投入到网络小说的写作中去,然而在模仿“大神”的过程中,模仿和抄袭的界限十分难以判定。从初级的原封不动地抄袭,到较为高级的“抄梗”(即抄袭某个情节梗概),甚至更高级的“化梗”(将某个具有独创性的精彩情节经过改编融入自己的文章),这些行为与抄袭无异,但并非都能被法律甄别出来,这也造成了著作权人维权困难的现状。

## 四、大数据时代的知识产权保护——以著作权间接侵权制度为例

互联网以及大数据时代的来临使人们获取信息的方式越来越多样化,智力成果的传播从未像如今这样方便快捷。但这种几乎不需要成本的传播方式显而易见地带来了一些负面效应——大量受知识产权保护的智力成果被人轻率地四处传播。这种未经同意擅自获取与传播受保护信息的行为无疑是一种典型的著作权侵权行为,信息获取者和传播者显然应该为其行为承担著作权侵权责任——但对于著作权人来说,一切却并非那么简单。

正如前文所言,那些通过网络侵犯他人著作权的行为十分隐蔽,本身很难被发现,即使有些幸运的著作权人及时发现自己的著作权受到了侵害,网站的运营者也有避风港原则庇护,而侵权者又着实难以寻找,因此著作权人的维权之路困难重重。更何况在大数据时代的背景下,对于大多数人来说,信息不过是可以重复复制、分享的数据,人们对于这种侵权行为早已见怪不怪。侵权行为的泛滥使起诉侵权者变得愈加没有效率,甚至已不再具有可行性。<sup>①</sup>于是这就引出一个不可回避的问题,即数字技术和互联网服务提供者是否应该为其终端用户的著作权侵权行为承担间接侵权责任。<sup>②</sup>

### (一) 著作权间接侵权责任的产生和发展

美国在 Gershwin 一案中首先确立了著作权间接侵权责任制度。

在这一案件中,被告 CAMI 公司组织了一场音乐会,而在这场音乐会上上演的某个作品侵犯了原告的著作权。地区法院认为,CAMI 公司明知在没有获得原告同意的情况下演出该作品是侵权行为却依然选择了放任,此行为即构成了侵权。Anderson 法官认为,某人知悉侵权活动而引诱,促使或提供了实质性帮助,可以作为帮助侵权者承担间接侵权责任。<sup>③</sup>

此后,数字技术不断产生新的突破,美国的 SONY 案即为在新的技术条件背景下,探讨著作权间接侵权责任能否适用以及如何适用的第一个案件。该案中,大量用户使用 SONY 公司生产的录像机录制受保护的节目,原告著作权人认为这一行为已经严重损害了他们的经济利益。由于直接起诉用户并不现实,著作权人起诉了 SONY 公司,要求其承担间接责任和替代责任。美国最高法院最终以录像机具有“实质性非侵权”用途为由拒绝了他的主张。最高法院认为录像机具有实质性用途,生产商生产它的行为属合法行为,而录像机在到达消费

① 王太平,姚鹤徽:间接侵权责任制度适用的有限性及出路[J].电子知识产权,2009年第1期。

② Quoted from [15],Craig A. Grossman, From Sony to Grokster, The Failure of the Copyright Doctrines of Contributory Infringement and Vicarious Liability to Resolve the War Between Content and Destructive Technologies, 53 Buffalo L.Rev. 141

③ Quoted from [15],Gershwin Publishing Corporation Management, INC. 443F.2d 1159, 1160, v. Columbia Artists 1162

者手中后,则脱离了生产商的控制,生产商无法分辨消费者用其进行合法或违法行为,故无需因此承担责任。<sup>①</sup>

在 Gershwin 案、SONY 案后来又发生了 Napster 案和 Grokster 案。

Napster 案中,法官认为 Napster 作为 P2P 公司向用户提供软件服务,当用户下载受著作权保护的软件内容时,Napster 公司能够通过停止对其提供服务的方式阻止其正在进行的侵权行为。因此 Napster 公司具有“监督用户行为的权利和能力”,法院判决 Napster 公司间接侵权责任成立。

其后 Grokster 公司引 Napster 案为前车之鉴,决定将用户的信息储存在用户自己的个人服务器中,这样当软件售出后,Grokster 公司便丧失了对用户端的控制能力。上诉法院据此认定 Grokster 公司不承担间接责任,然而最高法院却通过提出“引诱规则”推翻了这一判决。“引诱规则”,即“如果行为人传播一种带有促销其侵犯著作权目的的工具,比如通过明确表示或者采取其他积极步骤来助长侵权,就需要对第三方因此而实施的侵权行为承担责任,而不必考虑此种工具的合法用途。”<sup>②</sup>

从 Gershwin 案、SONY 案到 Napster 案和 Grokster 案,判决理由的变化体现了在时代进步的过程中法律为保护知识产权所做的努力。美国的法官们试图引入著作权间接侵权制度来弥补著作权人受到的损害,这一制度虽然效果十分明显,但同样缺点也显而易见——这种制度的规则确定程度较低,可预测性较差,经济效率偏低。

## (二) 著作权间接侵权制度在我国的影响

从著作权间接侵权制度的产生和发展过程中可以看出,间接侵权是为了应对直接侵权的规定无法保护著作权人的利益的场合所作出的变通,它以直接侵权为基础,是直接侵权的继续与扩大。

在我国著作权间接侵权的分类方式处于多种学说并存的阶段。有人认为间接侵权主要有两种形式:教唆、引诱或帮助侵犯他人著作权的行为和行为人的行为既不构成直接侵权,也不构成前述情形,但的确对著作权人的著作权造成了损害的行为。<sup>③</sup>有的学者认为间接侵权可以分为另外两类:一类是指行为人的行为并非直接侵权,但为其提供了条件,或者是共同侵权行为;另一类则是法律的特殊规定,即替代侵权。<sup>④</sup>美国学者大多将间接侵权分为帮助侵权和引诱侵权两种类型。除此之外,还有一类特别的替代责任<sup>⑤</sup>。还有一些学者认为一般意义上的间接侵权概念,涵盖帮助、引诱侵权(教唆侵权),并不包含所谓的替代责任<sup>⑥</sup>。我国《侵权责任法》第九条“对于教唆、帮助他人实施侵权行为的,应当与行为人承担连带责任。”的规定使得间接侵权责任有了明确的法律规定。

## (三) 著作权间接侵权责任在实践中的适用

### 4.3.1、区别不同主体的适用

在生活中,著作权网络共同侵权帮助行为的主体主要分为 ICP 和 ISP 两种;其中 ICP 为网络内容提供商,主要服务范围为提供用户查阅和检索的内容;而 ISP 则是网络技术提供商,提供的是一般的网络技术支持。

经营范围的不同决定了二者在著作权间接侵权责任中担任的角色不同。ICP 因为要为用户提供内容,而由用户(直接侵权人)将受著作权保护的成果上传到网站,此网站便会因此受益,所以实践中这些网站往往对这些上传的内容持鼓励或放任的态度。因此当 ICP 公司可以适用避风港原则时,著作权人的相应权利便会受到损害,比如前文提到的维权成本过高。而 ISP 只提供一般的网络技术支持,这种技术并非特别的或具有针对性的,因此只要不是明知自己提供的技术服务被用于著作权侵权行为(通常情况下这种技术很难威胁到著作权人的利益),ISP 公司便不会被判定为著作权间接侵权。

### 4.3.2 具体案件中的适用

司法实践中判定网络服务提供者的行为是否构成教唆侵权的主要依据为《最高人民法院

① Quoted from [15]. Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S. 417. 438. 442.

② Quoted from [15]. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 545 U.S. 913; 1255 Ct. 2764; 1622 Ed. 2d 718.

③ 冯晓青:著作权法[M]法律出版社,2010: 235-236.

④ 潘灿君:著作权法[M]. 浙江大学出版社,2013: 190.

⑤ Paul Goldstein. Copyright [M]. 2nd Ed. Aspen Law & Business, 1999, at § 6.0, 6:2.

⑥ 崔国斌:著作权法原理与案例 [M]. 北京大学出版社,2014 年版第 720 页.

关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第七条。但仅凭采取鼓励措施一项，并不构成教唆侵权的充分条件，在实际的审判过程中，还需要结合具体情况，通过对服务者所提供作品的主要类型、知名度以及实施直接侵权行为的主体的综合考量，来判断其是否具有主观过错。只有在主观过错成立的情况下，方可以认定构成教唆侵权<sup>①</sup>。

在《北京中文在线数字出版股份有限公司与北京小米科技有限责任公司侵害作品信息网络传播权纠纷一审民事判决书》中则以发布者上传程序后，程序发布在应用商店之前这段时间内，小米公司承诺对其进行审核挑选，从而决定最终是否在 APP 商店上架。而小米公司只要稍加注意，完全可以避免对著名作品《后宫甄嬛传》的侵权行为。小米公司作为平台服务商，其依法应尽到的合理注意义务不能经由其通过与开发者签订开发协议的方式而免除。也不能据此规避法律规定的注意义务，完全将侵权责任推卸给第三方开发者，放任明显侵犯著作权的作品得以上传和传播。所以海淀区人民法院据此判定小米公司在本案中具有过失，应当承担责任<sup>②</sup>。

可见，在具体案件中，不仅要考虑主体的性质，还要考虑主观上是否有过错，据此进行一个合理的判决。

## 结 语

在大数据时代的背景下，要求数据开放共享的需求同知识产权保护权利人对自身所创造的智力成果的需求产生了激烈的冲突；习惯于在网上获取和分享信息的网络使用者及以此牟利的网络信息服务提供商同著作权人之间的摩擦也日渐频繁，本文虽然以著作权间接侵权责任为例讨论了实践中的著作权保护问题，但同样需要承认这一制度仍旧有尚需改进的部分。作为一种以平衡知识产权人的垄断利益与社会公共利益为目的的制度，随着时代的发展，知识产权制度势必需要不断完善才可能保持二者的和谐。

① 赵刚：网络服务提供者教唆侵权的认定中主观过错的考量[J]《电子知识产权》，2014 第 5 期。

② 北京市海淀区人民法院（2013）海民初字第 27035 号民事判决书，载

<http://wenshu.court.gov.cn/Content/Content?DocID=528500a6-6a1a-4519-a7a9-f622f68b8ff9>

## 【参考文献】

- [1] 黄雷. “大数据”时代下的知识产权保护研究[J]. 吉林工程技术师范学院学报, 2014(9): 1-3.
- [2] 邓灵斌, 余玲. 大数据时代数据共享与知识产权保护的冲突与协调[J]. 图书馆论坛, 2015(6).
- [3] 中华人民共和国知识产权局. 大数据及其知识产权保护. 载 [http://www.sipo.gov.cn/zlssbgs/zlyj/201701/t20170112\\_1307751.html](http://www.sipo.gov.cn/zlssbgs/zlyj/201701/t20170112_1307751.html). 2017 年 7 月 5 日.
- [4] 曹玉平. 图书馆在信息资源共享中规避知识产权风险的策略研究[J]. 情报科学, 2010, 28(9): 1319-1324.
- [5] 冯晓青. 知识产权法利益平衡理论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 10-11.
- [6] 参见前引[2], 大数据时代数据共享与知识产权保护的冲突与协调.
- [7] 朱雪忠, 徐先东. 浅析我国科学数据共享与知识产权保护的冲突与协调[J]. 管理学报, 2007(4): 477482, 487.
- [8] [奥]阿尔弗雷德·阿德勒:《自卑与超越》, 马晓娜译, 吉林出版集团有限责任公司 2015 年版 P1.
- [9] 吴汉东. 论反不正当竞争中的知识产权问题[J]. 现代法学, 2013(1).
- [10] 于志强. 大数据背景下知识产权侵权行为网络异化与解决思路——以著作权间接侵权为视角[J]. 国家行政学院学报, 2016(6): 99-103.
- [11] 参见前引[10]. 大数据背景下知识产权侵权行为网络异化与解决思路——以著作权间接侵权为视角.
- [12] 参见前引[5]. 知识产权法利益平衡理论.
- [13] 参见吕虹. 大数据背景下的计算机信息安全及隐私保护策略[J]. 通信设计与应用, 2016(5).
- [14] 参见前引[1]. “大数据”时代下的知识产权保护研究
- [15] 王太平, 姚鹤徽. 间接侵权责任制度适用的有限性及出路[J]. 电子知识产权, 2009(1).
- [16] Quoted from [15], Craig A. Grossman, From Sony to Grokster, The Failure of the Copyright Doctrines of Contributory Infringement and Vicarious Liability to Resolve the War Between Content and Destructive Technologies, 53 Buffalo L. Rev. 141.
- [17] Quoted from [15], Gershwin Publishing Corporation Management, INC. 443F. 2d 1159, 1160, v. Columbia Artists 1162.
- [18] Quoted from [15]. Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc. 464 U. S. 417. 438. 442.
- [19] Quoted from [15]. Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, 545 U. S. 913; 1255. Ct. 2764; 1622. Ed. 2d 718.
- [20] 冯晓青. 著作权法[M]. 法律出版社, 2010: 235-236.
- [21] 潘灿君. 著作权法[M]. 浙江大学出版社, 2013: 190.
- [22] Paul Goldstein. Copyright[M]. 2nd Ed. Aspen Law & Business, 1999, at § 6.0, 6:2.
- [23] 崔国斌. 著作权法原理与案例[M]. 北京大学出版社, 2014: 720.
- [24] 赵刚. 网络服务提供者教唆侵权的认定中主观过错的考量[J]. 《电子知识产权》, 2014(5): 98-102.
- [25] 北京市海淀区人民法院 (2013) 海民初字第 27035 号民事判决书: <http://wenshu.court.gov.cn/Content/Content?DocID=528500a6-6a1a-4519-a7a9-f622f68b8ff9>