

行政复议调解的审判困境与进路

◇ 苟思旭



新修订的行政复议法不仅将调解设定在了总则部分，从法律层级上认可了行政复议调解的法律地位，还突破了过去行政复议调解的适用范围，将适用范围扩大至所有行政复议案件。这一立法调整有效提升了行政复议调解在行政争议解决中的地位，从司法实践的角度审视，行政复议调解相关的审判工作仍面临诸多困境，亟需深入探讨并寻求优化路径。

一、调解在行政复议中的全面适用

对行政复议调解的认可并非一蹴而就，而是经历了较长时间的发展。在早期“管理论”理念之下，普遍认为行政机关与行政相对人之间是管理与被管理的关系，其间不具有可调解的利益。因而在当时的《行政复议条例》规定“复议机关审理复议案件不得适用调解”。2007年颁布的《行政复议法实施条例》才开始放松对调解的限制，其规定满足特定情形时可适用调解。而行政复议法在2009年与2017年两次修订时仍保持原状，直至2024年，为彰显行政复议相对于行政诉讼的“灵活性”，新修订的行政复议法才将行政复议调解的范围扩大至所有行政复议案件。行政复议调解相关规定的变化，不仅映射了从“管理”到“控权”再到“服务”的行政理念的演进，同时也体现了对“系统治理、依法治理、综合治理、源头治理”社会治理理念的坚定秉持和深化实践。

二、调解行为不可诉导致的受理困境

对于法院而言，行政复议调解范围

的全面适用，既是缓解压力也是加剧挑战。一方面，行政复议可以在实质性化解行政争议方面发挥作用，在一定程度上缓解了法院的案件压力。另一方面，也意味着作为“最后一道防线”，法院必须解决行政复议全面适用可能带来的新问题。然而，对于是否应当受理行政复议调解案件问题，目前仍无定论。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一条指出调解行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围，但是相关规定并未明确行政复议调解是否属于其中所列调解行为。因而在司法实践中，有的认为行政复议调解属于调解行为，故而不应当受理行政复议调解；而有的认为该调解行为应仅限于民事纠纷作出的调解，而行政复议针对行政争议，当属行政诉讼的受案范畴。

三、复议调解规范欠缺致致的受理困境

行政复议法从五个方面，对行政复议调解进行规定。其一，行政复议机关可以调解。其二，调解是复议中止的事由。其三，经由双方当事人签字或盖章及行政复议机关盖章的调解书具有法律效力。其四，被申请人应当履行调解协议，否则行政复议机关或有关上级行政机关应当责令限期履行。其五，申请人或第三人应当履行调解协议，否则行政复议机关有权依法强制执行或申请人民法院强制执行。略见一斑，虽行政复议调解的适用范围已然扩展，但相关法律法规并不完善。复议调解规范的缺失将导致相关诉讼陷入受理困境，具言之：

第一，调解组织规范的不完善增加了法院对复议调解主体审查的复杂性。行政复议法规定“行政复议机关办理行政复议案件，可以进行调解”，但并未对调解行为的具体展开组织进行规定。对此，实践中演化出三种情形：一是行政复议机关本身主持调解；二是当双方当事人确认启动

调解后，由行政复议委员会出面进行调解；三是行政复议机关将调解转委托给第三方组织。这种多元参与的调解组织模式，一旦发生纠纷可能导致在被告人确认、责任归属等方面的困难。第二，复议调解限度规范的缺失致使法院难以审理限度各异的调解结果。复议调解限度规范的缺失致使调解结果呈现区域性差异性，例如，出于地区发展的考量，有的地方行政机关可能在调解中“让步”更多，而有的地方则不愿有任何实质性“妥协”。不仅如此，由于缺乏规范，即便是同类案件，不同的相对人获得的调解结果也可能存在显著差异。调解限度参考依据的缺乏使得法院难以妥善处理差异显著的复议调解案件。第三，程序规范的不详尽使法院在判断复议调解程序公正问题时面临困难。复议调解程序一般可以分为启动、调解和执行三个阶段。在第一阶段，已经明确的是行政复议机关可以进行调解，但是对究竟是依申请启动还是依职权启动，目前并无定论。在第二阶段，由于此阶段为复议调解的核心阶段，相关争议最多。比如，是否需要依据案情区分简易程序或是一般程序；复议调解是否需要构建回避制度；被申请人的负责人是否应当参与调解，等等。在第三阶段，较为明确的是，经申请人、被申请人及复议机关三方认可的行政调解协议具有法律效力。但是，实践中存在大量具体调解由行政复议委员会或是第三方调解机构主持开展的情形，对于此种情形，行政复议调解协议的效力问题，目前也无定论。

四、实质性化解行政争议为核心的优化路径

实质性化解行政争议是当前人民法院行政审判的工作目标，应以其为核心优化行政复议调解的审判机制。第一，明确行政复议调解属于行政诉讼的受案范围。行政诉讼法的受案范围基础为行政行为的认定，包括行政职权标准和权

益侵害两个标准。行政复议法第五条规定“行政复议机关办理行政复议案件，可以进行调解”，表明较著，复议调解是复议机关处理复议案件的手段，其本质是复议机关的职权性行为。此外，复议调解书必然涉及对原行政行为的处理，存在侵害行政相对人及利害关系合法权益的可能性。因此，行政复议调解在理论上具有可诉的正当性。第二，确认行政复议调解诉讼的当事人，申请人或利害相关人为原告，被申请人和复议机关为共同被告。申请人即为对原行政行为提起复议的行政相对人，利害相关人指直接或间接受到行政复议调解书影响的第三人。关于被告，与其他行政复议案件不同，无论复议调解书是维持了原行政行为还是改变了原行政行为，被申请人及复议机关应为共同被告。其原因有二：一是复议调解遵循自愿原则，复议机关仅居中调解，作出原行政行为的行政机关仍掌握对原行政行为的维持或改变的最终决定权。因此，对于复议调解协议改变原行政行为的，不应参照行政诉讼法第二十六条的规定将复议机关作为被告。二是复议调解不应成为复议机关的免责事由，即便启动调解程序，复议机关仍应为调解结果的合法性负责。第三，除合法性审查外，更应关注复议调解的自愿性。自愿是调解的基础，但行政机关与行政相对人之间天然的不平等地位关系，可能导致使行政相对人畏惧行政权力的潜在威慑，即使内心并不完全自愿，也不得不接受启动复议调解乃至接受复议调解协议。因此，在行政复议调解诉讼中对自愿性的审查不容忽视，复议调解协议的达成必须处于当事人双方的真实意思表示，不得出现欺诈、胁迫或乘人之危的情形。

【本文系国家哲社重大专项项目《推进党内法规制度高质量发展研究(2022AZD027)》的阶段性研究成果】

(作者单位：西南政法大学)

问题探讨

网络强制猥亵行为的司法认定

◇ 旷 银

通过信息网络等方式实施的强制猥亵行为有别于传统猥亵行为。根据非接触性特征，网络强制猥亵行为一般表现为强制他人进行具有性意义的视频聊天或拍摄相关视频、照片等。2023年最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于办理强奸、猥亵未成年人刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第九条第一款规定，胁迫、诱骗未成年人通过网络视频聊天或者发送视频、照片等方式，暴露身体隐私部位或者实施淫秽行为，符合刑法第二百三十七条规定的，以强制猥亵罪或者猥亵儿童罪定罪处罚。其明确将针对未成年人实施的强制猥亵行为纳入刑法规范范畴，对网络空间内的猥亵行为进行了实质性扩张。然而，对于网络强制猥亵行为的具体理解和认定等问题在理论和实践中仍尚存争议，亟待进一步明确。

一、网络强制猥亵行为的主观认定

从主观方面来看，网络强制猥亵行为与传统强制猥亵行为并无实质区别，但后者所面临的困境同样影响着对网络强制猥亵行为的认定。强制猥亵罪属于故意犯罪，但是否要求行为人具有出于刺激或满足性欲的意图则在理论和实务中存在分歧。遵循传统观点，司法裁判文书中往往存在被告人“为追求性刺激”等类似表述。而在理论上，也有观点认为追求性刺激目的并非实施该行为的唯一目的，不宜将其作为目的犯。客观而言，实践中在大量不在大量不以追求性刺激为目的的侵犯他人性自主权的行为。上述争议很大程度上是立法设计的模糊性导致的，对于本罪构成是否要求具有主观目的的讨论需要结合法条规定进行具体分析。

刑法第二百三十七条第一款规定：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。无论以强制猥亵、侮辱罪的罪名上看，还是就实行行为的表述而言，都需要对猥亵行为和侮辱行为予以区分。然而，由于两种行为都是对性自主权的侵犯，仅从客观上显然难以对两种行为进行准确判断。通过主观上是否具有追求性刺激等目的虽然可以有效区分猥亵行为和侮辱行为，但会导致不当限缩本罪的处罚范围。例如，以羞辱或报复为目的在公共场合强行扒光男性或儿童衣服的行为，便不构成本罪，至多成立侮辱罪而非强制猥亵罪。这不仅与平等保护公民人身权利的立法导向相悖，更存在有违罪刑均衡原则之嫌。针对前述冲突，可能的解决路径有二：其一，从立法上扩大侮辱行为的对象，将“侮辱妇女”修改为“侮辱他人”；其二，在解释论上否定将追求性刺激等主观目的作为本罪的构成要件，不对猥亵行为和侮辱行为进行区分。在立法尚未修改之前，第二种观点有助于应对当前困境，并指导司法实践。尽管该路径并非毫无缺陷，如可能造成选择性罪名虚置等，但基于罪刑相适应原则以及维护司法公平正义的立场，仍不失为立法修改前的妥善解决方案。

二、网络强制猥亵行为的客观认定

1. 以强制手段要求他人发送不雅视频、照片行为的认定

根据《解释》第九条之规定，网络强制猥亵行为的具体内容主要包括通过实时视频聊天、网络直播实施猥亵以及通过网络发送不雅视频或裸照两种方式。前者构成强制猥亵罪无疑。就后者而言，理论上存在观点认为，在非同一时空下强行要求未成年人拍摄以及发送不雅视频、裸照的，均不应认定为强制猥亵。

笔者认为该主张有失妥当，理由在于，此类行为同样符合了以支配优势作用于被害人的特征，违背了本人的自由意志而形成对其性自主权的侵害，这种侵害并不以是否实时观看而存在区别。在行为人要

求被害人脱光衣服现场观看和要求其脱光衣服自行录制视频后发送给行为人供其观看的两类情形中，后者具有的可传播性对被害人自主权的侵害程度可能更高，如果否定其构成犯罪或仅成立侮辱罪显然难以令人接受。事实上，反对观点也并没有说明施加具有性意义的身体影响需要实时性的根据为何。笔者认为，传统强制猥亵行为为所具有的现实性只是客观特征而非必要条件，不应将其作为判断是否成立强制猥亵行为的标准。因此，在行为人通过强制手段要求被害人拍摄(一般同时要求发送)视频、照片但并未接收到的场合，可以构成强制猥亵罪(未遂)。

此外，在被害人自愿拍摄后，因行为人为胁迫而发送视频、照片的场合，同样存在成立强制猥亵罪的空间。强制猥亵罪的成立并不考虑强制行为实施的时间节点。例如，在传统猥亵情形中，被害人在家中自愿做出具有性意义的举动，此时行为人为人闯入并以胁迫手段强行观看整个过程的行为同样应当成立强制猥亵罪。其根据在于被害人的后续举动是因强制行为的介入而能够纳入行为的认定。强制猥亵罪属于故意犯罪，但是否要求行为人具有出于刺激或满足性欲的意图则在理论和实务中存在分歧。遵循传统观点，司法裁判文书中往往存在被告人“为追求性刺激”等类似表述。而在理论上，也有观点认为追求性刺激目的并非实施该行为的唯一目的，不宜将其作为目的犯。客观而言，实践中在大量不以追求性刺激为目的的侵犯他人性自主权的行为。上述争议很大程度上是立法设计的模糊性导致的，对于本罪构成是否要求具有主观目的的讨论需要结合法条规定进行具体分析。

2. 对“诱骗、胁迫”行为的理解与认定

强制猥亵罪在手段上要求实施暴力、胁迫或者其他方法，从而违背他人自由意志，达到不能反抗、不敢反抗、不知反抗的程度。但《解释》针对未成年入规定的网络强制猥亵行为要求具备“诱骗、胁迫”手段。有观点认为，对儿童实施网络强制猥亵行为同样具有强制手段的要求。对此，对这一规定有必要予以进一步说明。根据刑法第二百三十七条第三款的规定，猥亵儿童罪不要求行为入实施强制手段，这是考虑到儿童认识能力欠缺，基于对儿童特殊保护的合理需求而进行的特别立法。在此基础上，针对儿童所实施的网络强制猥亵行为同样不应在强制手段的限制，即便儿童自愿做出上述举动，行为入同样可以构成猥亵儿童罪，不应将儿童误解为“诱骗、胁迫”行为所针对的对象，否则便会造成立法与司法解释规定的冲突。如此也并不造成处罚范围的过度扩张，而可以在司法实践中对行为入是否存在制止或传播情节、行为持续时间、涉及人数和范围、被害人裸露程度等因素进行综合把握，对情节显著轻微的行为予以出罪。

《解释》中规定的“诱骗”手段，其强制程度明显弱于“暴力、胁迫”等其他方法，只适用于已满14周岁未满18周岁的未成年人。其原因在于此类群体在辨识能力上相对于成年人仍然较弱，因而在保护程度上予以适度增强具有一定的合理性。由此，《解释》与刑法第二百三十七条衔接，以年龄为基准构建起了“绝对强制—相对强制—无强制”的阶梯化刑法规范体系，实现对不同年龄群体的差异化保护，其本质上是“最有利于未成年人”原则在刑事司法领域的具象化延伸，这应是《解释》的题中之义。

(作者单位：华东政法大学刑事法学院)

侵犯著作权罪中“通过信息网络传播”应规制“交互式传播”

◇ 朱铁军 胡静逸



刑法修正案(十一)在侵犯著作权罪中增设“通过信息网络向公众传播”要件，对于何为“通过信息网络向公众传播他人作品”，理论和实践中存在一定争议，有必要加以厘清，以利于司法实践。

一、“通过信息网络传播”立法和司法上的嬗变

伴随着互联网技术迅猛发展，通过网络实施的侵害著作权行为也日益增多。2001年修改的《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)将“信息网络传播权”明确作为著作权项下权利之一，指“以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”。该项权利的增设对于网络环境下著作权保护发挥了重要作用。彼时的我国刑法并没有就此进行同步修改。

基于通过信息网络传播作品的行为大都需要将作品上传至网络服务器存储，构成“复制”，2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》、2005年《关于办理侵犯著作权刑事案件中涉及录音录像制品有关问题的批复》及2011年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》等，均将信息网络传播行为纳入刑法第二百一十七条“复制发行”的涵射范围，进行一定程度的扩大解释。由此，刑法与著作权法在对这一关键术语的定义上并不协调。

2020年，为推动刑法和著作权法的衔接，刑法修正案(十一)对侵犯著作权罪的罪刑条款进行修改，明确将“通过信息网络传播”行为纳入其中，终结了司法实践中备受争议的将“信息网络传播”视为“复制发行”的刑民脱节情形，也使得著作权刑法保护机制更好地适应数字经济发展的需要。

二、侵犯著作权罪中的“通过信息网络向公众传播”应规制“交互式传播”

(一) 法秩序统一性原理下著作权相关术语在前置法和保障法中应尽可能保持同一

我国知识产权保护采取“严保护、大保护、快保护、同保护”，从法治保障体系的角度看，呈现民、行和刑全方位全要素特点。体系解释是重要的解释方法。为准确界定侵犯著作权罪中的信息网络传播行为，需要从民、行和刑体系的角度考量。著作权法是权利法，“信息网络传播权”首先出现在著作权法中，在《信息网络传播权保护条例》中亦采取同样表述，

从而确保著作权保护在法秩序中的统一性和协调性。基于法秩序统一性原理，在适用侵犯著作权相关刑法条文时，对关键性术语的解释与著作权法应尽可能保持一致。这也是在著作权保护实现刑民衔接的必然要求和应有之意，脱离前置法中关键性术语的界定去解释刑法中著作权罪相关条款，在理论上难以自治，在实务中也造成民事和刑事之间的脱节。

我国著作权法对广播权和信息网络传播权分别作了规定，旨在区分“交互式传播”归信息网络传播权规制，“非交互式传播”归广播权(即以有线或者无线方式公开传播或者转播作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播作品的权利)规制，而刑法修正案(十一)增加信息网络传播行为，很大程度上就是为了与著作权法的规定保持一致，对司法解释中将信息网络传播行为解释为“复制发行”进行归正。因此，遵循上述著作权保护刑民衔接的基本原则，刑法修正案(十一)中规定的“通过信息网络传播”不应包含非交互式传播行为。

(二) 侵犯著作权罪中的信息网络传播应以限缩理解

著作权法作为赋权之法，重在平衡著作权人、网络服务提供者和社会公众利益，既要保护著作权人权利，又不妨碍科学技术发展和社会公众获取信息自由的权利。刑法作为保障法，对于侵犯著作权的刑事保护，法益重在著作权利维护。著作权法未对信息网络传播行为进行明确界定，2012年《最高人民法院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解释》中，以是否直接提供权利人作品的法律标准取代服务器标准来界定信息网络传播行为。这也是侵犯著作权罪中的信息网络传播界定的重要考量，应规制直接传播行为，而对间接传播行为则持审慎态度。

(三) 侵犯著作权罪中的信息网络传播内涵是“交互式传播”

从文义解释的层面来看，“通过信息网络向公众传播”包括“通过信息网络”和“向公众传播”两部分。“通过信息网络”表明传播的媒介是信息网络，而这一传播形式区别于传统传播媒介最主要的特征之一，就是实现了传播的互动性。传统媒介不管是报纸、广播、电视等，信息的传播者与接受者之间都呈现一种单向传播的形式，接受者总是被动接受，且没有选择权，这种单向传播像一条单向延伸的直线，不可逆转、永不回头，而“互联网”的传播形式则具有很强的交互性特征。“向公众传播”表明传播的对象是不特定个体，达到的结果是使公众具有获得作品的可能性，这一可能性不是公众通过等待获得的，而是通过主动检索、寻觅获得的，在此过程中，即使传播者根据公众的反馈对信息的输出做出一定调整，也不影响“交互式”或“非交互式”传播认定。也就是说，从信息网络传播的文本意思加

以考量，交互式传播是侵犯著作权罪中“通过信息网络传播”行为内涵的应有之义。

三、数字经济情境下“交互式传播”与“非交互式传播”具体判定

“交互式传播”是能够“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”的“按需点播”作品。这种界定包含着公众对作品内容的选择自由，即公众能自主选择获取作品的时间和地点，能够对作品的内容进行选择，具有双向性、自主性、互动性等特征。实践是纷繁复杂的，我们应该根据具体情形，在准确理解前述特征的基础上把握好“点对点”的“按需点播”。

在数字经济飞速发展的当下，用户通过网络平台随机获取作品的形式并不少见，譬如各种短视频网站，用户将数字化作品上传到开放的网络服务器上供其他用户在在线欣赏或下载，此时其他用户获取的视听作品内容通常具备一定随机性，网站后台会根据用户观看、搜索某类作品的频率、意向等，通过特定算法计算用户偏好，同时采用“首页推荐”“猜你喜欢”等功能，向用户随机推送作品。在此过程中，用户对视听作品的内容呈现一种被动接受的状态，这种被动状态看似与“按需点播”存在差异，仿佛失去了“交互式”这一重要特征。

但究其本质，上述情况依然属于典型的交互式传播。一方面，网络服务器给用户推送随机作品这一模式本身就是用户自行选择的，这种随机模式因其富有一定的

不可预测性、可期待性，在当下深受公众喜爱；另一方面，用户如不喜欢当前作品内容，可通过“上滑屏幕”等方式跳过该作品，同时，亦可以通过关注作者、点赞作品、收藏作品等按钮选择后续回看该作品。也就是说，公众系在其个人选定的时间和地点通过互联网获得作品，且这种“获得”意味着具备获得各类不同作品的可能性，具有双向性、自主性、互动性等特点，符合“交互式传播”的本质特征，与不可逆转、无法改变的线性传播具有明显区别。

同样，市面上存在的“福袋”“盲盒”等传播形式，都是由传播作品一方主动选择、用户被动接受作品内容，若盲盒、福袋中含有侵权作品，该行为仍然构成复制发行、通过信息网络传播等行为，并不以用户选择作品时具备一定程度上的限制而否定用户对作品内容具有选择权，用户选择接受具有随机性质的盲盒产品，亦属于选择权的一种，属于“交互式传播”。而恰恰是不具备盲盒性质的电视台按照预先公布的时间节目表播出节目，但只要用户对于获取作品的时间、地点不具备任何选择权，就依然是“非交互式传播”，这才是两者的根本区别。

综上，侵犯著作权罪中的“通过信息网络传播”应规制“交互式传播”，且在数字经济情境下，传播者采取特定方式对作品内容进行一定程度上的限制，但这并不影响该行为构成“交互式传播”的认定。

(作者单位：上海市普陀区人民法院)

《人民司法·应用》2025年第5期要目

特别策划——开源软件的知识产权司法保护

加强开源软件知识产权法治保障 进一步推动开源创新生态建设 汤茂仁
开源软件著作权人维权问题研究——基于罗金凤案的分析 徐卓斌 熊艺琳

深入学习贯彻习近平法治思想

法治化营商环境数智监测督导体系的证成与应用——以F省等相关实践为基础 曹慧敏 吴顺和 庄巧玲
专题研究

“12368”诉讼服务热线”助推审判管理现代化的实现路径

周刚 孙妍 韩啸
建工领域工伤认定争议实质化解的路径探究 刘泰瑜 屈艳红 崔毛唯
法院机关刊精选

封三 APP索权使用信息场景下个人权益保护的法规制

曾芯
封二 2024年“数智警械杯”有奖征文评选结果揭晓

析——构建多元纠纷解决机制背景下的考量

王芳
大数据分析在刑事证明中的运用与规制——基于数据正义观的制度回应及规则构建 许雪峰
拒不履行信息网络安全管理义务罪适用疑难问题探析 李琴

“公众容忍”视角下的直播打赏打赏人罪问题研究——对主播虚假演绎行为的认定规则分析

赖钟炜
司法论坛

民事訴訟中的合并审理：判例与学说

周翠
“12368”诉讼服务热线”助推审判管理现代化的实现路径

周刚 孙妍 韩啸

建工领域工伤认定争议实质化解的路径探究 刘泰瑜 屈艳红 崔毛唯

法院机关刊精选

封三 APP索权使用信息场景下个人权益保护的法规制 曾芯

封二 2024年“数智警械杯”有奖征文评选结果揭晓