

论新型网络犯罪的规制基础

◇ 韩蕙阳

复杂化,但没有必要在现有刑法体系之外重新构建一个网络刑法体系,而是应当回归到审视网络犯罪的本质属性与行为认定上来。具体理由如下:第一,虽然网络犯罪较之于传统犯罪具有犯罪行为隐蔽、技术性强、时空限制性弱以及犯罪集团化等特征,对其采取的规制方式与传统犯罪并不完全相通,但这些特征只是表明网络犯罪具有难侦破的属性,行为的社会危害性才是定罪量刑的关键。当然,新型犯罪的处置确实需要明晰其特征,才能有的放矢,制定出行之有效的治理方案。第二,随着互联网技术的迅速发展,盗窃、诈骗等传统犯罪也出现借助网络实施的现象。此时,就产生了如何区分“在传统犯罪中运用了互联网的案件”与“新型网络犯罪”的疑问,是否有必要将前者一律认定为后者?二者的区分意义是什么?当前学界普遍认为,对网络犯罪的范围做更详细的划分,不仅能够清楚地界定网络犯罪与传统犯罪,也能够节省司法资源。然而,由于网络犯罪蔓延速度快、危害行为为的样态多变,又与传统犯罪的成立不断交织在一起,完全剔除传统犯罪,重新思考网络犯罪的规制方法并不现实。

对比上述两种规制路径,其中也包含着类似的思考方法。例如,应当重点关注网络犯罪的独特属性,分析网络在相关犯罪中发挥的作用,采取系统化、类型化的认定模式等。这些说明了正确审视网络犯罪的前提,是清楚地认知网络在新型犯罪中的功能。因此,探索新型犯罪规制路径的关键在于解读网络在其中的作用,即到底是犯罪对象、犯罪工具还是犯罪场域。然而,网络犯罪的规制一直呈现着多变、曲折的态势,各方对涉网络犯罪的处置很难达成一致,归根结底是由于网络犯罪概念的模糊性。

二、复杂多变的网络犯罪概念

近年来,理论界对网络犯罪的相关研究不断深入,但对于网络犯罪概念在规范层面的探讨严重不足,已有的讨论也存在诸多问题。例如,有学者指出网络犯罪就是广义的信息犯罪,应当通过完善公民个人信息保障机制来遏制网络犯罪的快速发展。持批评意见的学者认为,虽然将技术性特征作为认定网络犯罪的基础是合理的,但没有考虑到规范性的边界,导致此种定义方式过于狭隘,不当限缩了扩张中的网络犯罪概念的内涵与外延。诚然,现在大多数网络犯罪或多或少都与个人信息泄露相关,但不能以此认定网络犯罪就是信息犯罪,只能说,治理网络犯罪离不开保障个人信息安全。

实际上,网络犯罪的认定是一个较为困难的工作。首先,网络所涉空间、领域广泛,导致无法将其限定在有限的物理或者认知的范围内,也就得出了仿佛任何事物都与网络密切相关的结论,一切存在都可以通过解释与网络联系在一起。其次,网络作为一种信息传输方式,其所传递的信息本身也是很抽象的存在。有学者曾提出,“信息作为一种重要的法益似乎已成为一种通识”,但他们并没有对信息法益的内涵做进一步的解释。因此,用一个内涵不确定的存在去定义另一个更抽象的存在,使得网络犯罪更加变幻莫测。最后,行为人运用互联网以达成盗窃、诈骗等违法目的的情况并不鲜见。在这种情形中,传统的线下犯罪因网络技术发展呈现出新的表

现形式。此时,是否有必要区分传统犯罪与网络犯罪,以及如何区分才有利于司法实践,均在考量的范畴之内。质言之,网络犯罪研究的根基源于实践,其中涉及的概念、类型等认定的必要性应当有的放矢。因此,“案件中出现了涉互联网因素”只是定性的前提条件,若认定本案为网络犯罪还需要其他实质条件予以限定。

德国和欧洲对网络犯罪的讨论从20世纪70年代起的经济犯罪,到80年代起的知识产权犯罪(并在20世纪末扩展到包含数字内容的领域),再到90年代起的儿童色情、仇恨言论、非法赌博广告和恐怖活动宣传等与计算机信息系统安全、国家安全相关的犯罪,大致上关注的都是计算机技术给实行犯罪带来了何种影响,并以此种影响为基础讨论具体罪名的认定规则,并没有系统地对网络犯罪本身进行界定。

根据目前国际权威会议上的报告,网络犯罪并没有很清晰的定义,但基本上认为其是与计算机技术密切相关的一类犯罪类型,包括所有未经授权访问他人电子设备的行为、借助互联网实施的所有社会危害行为。例如,互联网金融犯罪、窃取个人信息、线上赌博等。通常情况下,他们将上述网络犯罪分为两种,即以计算机有关的犯罪和计算机控制下的犯罪。前者是以破坏计算机安全及所载数据为目的,后者是指将计算机作为工具以获得其他计算机上的数据。另外,还有一些其他的分类,例如电信诈骗、敲诈勒索、涉知识产权类犯罪等。总而言之,国际上对网络犯罪的分类更为混杂。无论是以是否使用计算机技术作为区分标准,还是以侵害法益进行归纳总结,都无法形成一个具体的、范围有限的网络犯罪概念。

而我理论界对网络犯罪的关注大致经历了以下三个转变:第一,在web1.0时期,网络是信息单向传递的工具,人们只能在网站上浏览信息而不能与其互动。在此阶段,网络犯罪主要是以计算机为犯罪对象,例如,毁损计算机、攻击防火墙使计算机丧失功能等。第二,在web2.0时期,互联网具备了即时性互动的功能,人们的社交生活从线下扩展至线上,以计算机为工具的信息犯罪是当时网络犯罪的主体。可以说,几乎所有犯罪都可以通过网络实施。其中,利用网络实施的财产犯罪数量居高不下。第三,在web3.0时期,互联网融合了统计学、语言学、开放数据等,为用户打造满足工作、生活、娱乐等需求于一体的智慧平台。自此,网络不再只是信息查询的工具,而成为了另一个社交空间,人们对网络的依赖性日益增强。而相较于现实,在这个虚拟空间中,缺少具有强制约束力的行为规范对人们的行为予以规制。有学者提出将网络作为犯罪空间的犯罪行为必须依存于网络,离开网络就很难评价其违法性。因此,为进一步扩大网络犯罪的打击面,现阶段将在网络空间内发生的犯罪均纳入网络犯罪的范围。

司法实践中对网络犯罪也有较为详细的诠释。《人民检察院关于2021年1月22日发布的《人民检察院办理网络犯罪案件规定》中将网络犯罪定义为“针对信息网络实施的犯罪,利用信息网络实施的犯罪,以及其他上下游关联犯罪”。最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2022年9月1日联合发布的《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》将信息网络犯罪案件的范围划定为“包括危害计算机信息系统安全犯罪案件;拒不履行信息网络安全管理义务、非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活

动的犯罪案件;主要行为通过信息网络实施的诈骗、赌博、侵犯公民个人信息等其他犯罪案件”。总体而言,在网络犯罪的内涵与外延上,我国理论界与实务界的理解基本一致。不难看出,网络犯罪中犯罪表现形式、犯罪类型纷繁复杂,并随着互联网技术的发展,其拍摄的范围不断扩张。实际上,这样杂糅的内涵与外延只是将涉网络的犯罪按照网络在案件中发挥的功能进行了简单区分,导致只要案件中包含涉网络因素就将其认定为网络犯罪。这可以解释为何如今网络犯罪数量越来越多,所谓的传统犯罪的数量越来越少。例如,犯罪分子利用AI换脸技术通过线上视频的方式伪装被害人的亲人、熟人等进行诈骗。这类犯罪本质上还是诈骗罪,没有必要因其利用了相关网络技术就将其归为网络犯罪。其实,在司法实践中,很少有从侵犯了网络空间秩序等角度对此类犯罪进行处理,反而是基于财产损失来判断,只是囿于技术水平在侦查阶段存在一定的认定困难。

从上述国际对网络犯罪的分类以及各国网络犯罪认定焦点的演变,其实不难看出,网络犯罪的内涵随着计算机技术的发展不断扩展,逐渐与各种具体的犯罪类型联系在一起。因此,要适划网络犯罪与其他犯罪的界限十分重要。然而,目前相关研究并没有很好地说明这一问题,大部分只是在指出网络犯罪治理面临的挑战后,基于司法实践中存在的典型问题提出立法层面的建议,以加强刑法应对网络时代中风险的能力。虽然有学者认为,我国网络犯罪现有的定罪规则采用的是“专属罪名+传统罪名”并行的方法,但从一些早期的司法解释中未考虑到网络的虚拟性,另一方面现有罪名体系不足以涵盖所有的网络危害行为,进一步提出应加强对网络要素的考量,摒弃将“网络手段”单独作为入罪标准的解释模式,并逐步完善与统一入罪标准,实现司法解释内部的协调统一。尽管此观点指出要多维度考量网络要素,但其只是从一些早期的司法解释中未考虑到网络犯罪的情况出发,本质上仍为说明当前立法、司法无法满足网络犯罪的治理需求,应进一步加强刑法应对能力。总体而言,这些研究仅探讨了当前积极主义刑法观下,我国刑法体系通过预备行为、帮助行为正犯化等来规制、预防网络犯罪的合理性,并没有具体说明网络犯罪的认定标准,就无法从根本上论证区分网络犯罪与其他犯罪的必要性,对分析网络的功能属性以及个案认定没有增益。

综上所述,网络犯罪是一个总括性概念,其只能辅助理解某一行为的基本性质,并不能直接作为具象化定义使用。在司法实践中,应当具体分析“网络”在案件中所发挥的作用。它是作为行为入罪的工具,还是作为数据的载体等,换言之,关注的重点应该从整体的情节事实认定转移至不法侵害行为所导致的损害后果。此前,面对其中一个直接导致了网络要素的案件时,一般做法是直接将此案定义为网络犯罪,再进一步寻找与传统犯罪规制方法不同的处置方案。然而,这种分类方式对网络犯罪概念模糊性的影响,更是基于网络犯罪的特殊性,希望分轨网络犯罪与传统犯罪的认定,却没有意识到“网络”本身所具有的工具性、承载性特质,决定其并不能完全脱离原有刑法规范的认定轨道。因此,摆脱网络犯罪概念的干扰,认清“网络”在相关案件中的功能是完善新型犯罪规制方法的首要任务。

(作者系中国人民大学刑事法律科学中心2022级刑法学博士研究生)

析疑断案

【案情】

2010年5月31日,窦某某与某置业公司签订《合作开发协议》,约定:双方合作开发房地产项目,合作方式采用楼面价包干方式由窦某某承包经营,并设立分公司专门用于本项目开发;分公司实行独立核算、自负盈亏,分公司负责人为窦某某;承包费用计价标准为依据容积率,按每平方米楼面价包干价862.5元计算,收取窦某某前期费用45621075元,另在窦某某商品房开发首期开盘时,无偿交付一套复式楼归某置业公司所有;除此之外,本项目的全部开发利润均归窦某某所有,亏损由窦某某自行承担,与某置业公司无关。2010年6月,双方再次签订《补充协议》,对《合作开发协议》付款方式等事项予以变更。协议签订后,窦某某向某置业公司支付4562万元。同年6月13日,某置业公司某市分公司成立。某置业公司任命窦某某为某市分公司负责人、总经理,全权负责分公司的日常管理和项目开发事务。

另查明:(一)2010年11月至2013年12月,窦某某多次从某市分公司账户中转账至窦某某及其控制的个人账户,并先后支付李某海案涉项目介绍费138.2万元。2014年1月31日,窦某某安排分公司会计张某某将该138.2万元计入某市分公司支出账目。(二)2010年7月至11月,窦某某以其个人名义向王某某借款共计300万元,后窦某某多次从分公司账户中支出97万元给王某某,用于支付其个人借款利息。2014年1月5日,窦某某与王某某签订订购协议,将尚欠借款本息作为王某某购买某市分公司开发的房产项目9套房产的购房定金。(三)2012年5月2日,时系窦某某之妻的花某某向葛某借款人民币220万元。2013年12月31日,花某某经窦某某同意代表某市分公司与债权人签订三份内部订购协议,将140万元作为购买某市分公司开发的房产定金。

2014年1月6日,某置业公司向相关部门提出申请,申请撤销对某市分公司账户及原负责人窦某某的一切授权。窦某某遂向安徽省高级人民法院提起诉讼,请求判令解除其与某置业公司签订的《合作开发协议》《补充协议》、某置业公司赔偿窦某某损失等。安徽省高级人民法院委托安徽某会计师事务所进行鉴定,该事务所出具司法鉴定审计报告,鉴定审计意见为:1.窦某某对案涉房地产项目投入的资金金额172157330.43元,收回资金金额134623588.85元,未收回资金金额37533741.58元;2.案涉房地产项目整体投入247699204.05元,收入245471535.17元,净利润-2227668.88元。2023年6月26日,安徽省高级人民法院作出生效民事判决,确认窦某某与某置业公司签订的《合作开发协议》及《补充协议》于2014年4月14日解除;某置业公司支付窦某某未收回资金35306072.7元及利息、房屋销售溢价3133707.67元及利息、未建房屋损失20324297.65元等。

职务侵占罪中“本单位财物”的认定

◇ 巩平

【分歧】

本案争议焦点为窦某某的行为是否构成职务侵占罪,存在两种观点:

第一种观点认为,窦某某在担任某市分公司负责人、总经理期间,利用职务上的便利,将应由其个人承担的中介服务费用人民币138.2万元计入某市分公司支出账目;通过签订协议将其个人所欠王某某的借款本金人民币235万元转化为某市分公司债务,利用某市分公司资金归还其个人所欠王某某借款利息;以某市分公司资产抵偿花某某个人所欠借款人民币140万元,其行为已构成职务侵占罪。

第二种观点认为,窦某某与某置业公司签订的协议约定,窦某某独立进行开发,开发的投入,无论是窦某某以个人名义进行,还是以某市分公司名义进行,产生的法律责任都由窦某某承担,因开发形成的权益都由窦某某享有,某市分公司的财产权实质上归属于窦某某。窦某某将案涉项目中介服务费、借款转化为某市分公司债务,不构成职务侵占罪。

【评析】

笔者同意第二种观点。刑法第二百七十一条规定,公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,构成职务侵占罪。本案产生分歧的原因在于对职务侵占罪中“本单位财物”的不同认识。

一、职务侵占罪侵犯了单位的财产权益。刑法的目的是保护法益,犯罪首先应当具有法益侵害性。刑法理论对于职务侵占罪的法益可以概括为单一法益侵犯说和双重法益侵犯说。单一法益侵犯说认为,职务侵占罪所侵犯的是单位的财产权益。双重法益侵犯说可以分为公权力违反说与诚实信用原则违反说。公权力违反说认为,职务侵占罪不仅侵犯单位的财产权益,而且因刑法规定了特定的身份,违背了法律所赋予的权利;诚实信用原则违反说认为,除财产权益的侵犯外,行为人违反了其在职务行为中所应遵守的诚实信用原则。笔者认为,无论是单一法益侵犯说还是双重法益侵犯说,都认可职务侵占罪保护的法益包括单位的财产权益。如果行为人没有非法占有本单位财物,其行为必然不能构成职务侵占罪。

二、对职务侵占罪中“本单位财物”的界定应坚持实质审查原则。由于“本单位财物”的认定关系到罪与非罪,以及量刑轻重,人民法院对于职务侵占罪中“本单位财物”的认定需要特别审慎。笔者认为,在个案审查时,不能将本单位存续期间的财物等同于“本单位财物”,而应透过财物表象实质审查财物的归属。尤其是在建设工程领域,普遍存在挂靠、借用资质、内部承包等情形,财物来源复杂,款项处理不规范。具体而言,对“本单位财物”的判断包含两个要素:一是该对象必须是“财物”,这包括有体物和财产性利益;二是该对象必须是“本单位”占有、管理或者所有的财物。两个要素同时具备,才能认定为“本单位财物”。

三、案涉财物不属于“本单位财物”,窦某某不构成职务侵占罪。从表象上看,某市分公司是某置业公司设立的分支机构,窦某某是某市分公司的负责人。但从实质上看,根据某置业公司与窦某某签订的《合作开发协议》《补充协议》,某市分公司是某置业公司专门设立给窦某某个人用于承包案涉项目的一个经济实体。窦某某独立进行开发,自负盈亏。无论是窦某某以个人名义进行,还是以某市分公司名义进行,该项目产生的法律责任最终都由窦某某承担。某市分公司成立后,所有的资金都是由窦某某组织投入,现有证据不能证明某置业公司对某市分公司有任何资金投入。可见,某市分公司的财产不属于某置业公司占有、管理或者所有,某市分公司的财产权实质上属于窦某某。而且,根据生效民事判决,扣除亏损后,窦某某仍有资金35306072.7元未收回,某置业公司需要支付窦某某未收回资金、房屋销售溢价等各项费用高达数千万元。综上,窦某某处理的案涉款项,不属于某置业公司财物。窦某某的行为未侵犯某置业公司财产权益,不构成职务侵占罪。

(作者单位:安徽省高级人民法院)

问题探讨

随着互联网的迅猛发展,全球范围内的沟通交流变得更加高效。据统计,进入21世纪以来,全球约有50亿人口接入了互联网。一方面,互联网为人们的生活带来了诸多便利;另一方面,信息技术的飞速进步也引发了日益严峻的安全隐患与威胁,特别是手机、笔记本电脑等便携式信息设备的普及,使得网络犯罪的惩治与防范面临更加复杂的挑战。近年来,利用计算机网络实施各类犯罪迅速蔓延,构建严密的刑事法网以应对网络犯罪已成为当务之急。当前,互联网已从“信息单向发布的Web1.0”和“互动参与的Web2.0”阶段,逐步迈入“智能化的Web3.0”时代,网络犯罪也随之不断迭代升级。在网络犯罪侵害对象、危害行为样态及类型逐渐复杂化、多元化的背景下,刑法如何有效应对这一领域的诸多难题,成为社会各界广泛关注的焦点问题。

一、多元规制路径的构建

目前,中国刑法学界对网络犯罪的研究主要集中在探讨现有刑法规定能否有效规制网络犯罪,并进一步探索如何完善网络犯罪的规制路径。例如,有学者认为,网络犯罪本质上并未脱离传统犯罪的规制框架,是社会发展到一定阶段的产物,因此应以传统犯罪为参照来规范网络犯罪的认定,并制定和完善相关立法。另有论者从互联网技术发展的规律出发,指出网络犯罪应从传统线下犯罪在网络空间中的演变而来,应当根据网络科技的发展程度及其对传统线下犯罪的影响,选择解释论或立法论的治理方案。

整体而言,学界基本认为传统刑法条文应对网络犯罪时力有不逮,基于此,警惕网络犯罪的扩张、严肃处置新型犯罪成为各方的一致主张。

但即使基于一个共识,学者们仍提出了不同的规制路径,大致可以分为两类:第一类是以现有的刑法典为核心,注重网络犯罪治理的系统性,通过目的解释来实现已有罪名的妥善适用,即不能为了惩罚犯罪而采用类推解释。第二类是针对网络犯罪的特点搭建“实体法+程序法”的网络刑法体系,实现网络刑法的独立性。持此意见的学者一方面是从有效打击网络犯罪的目的出发,提出有必要建立一个完整的网络刑法体系;另一方面,他们认为新型犯罪因其特殊性无法完全适用传统线下犯罪的认定模式,现有刑法条文也不能对其进行针对性的规制,所以应当按照网络犯罪的特征进行类型化。与传统刑法体系相比,网络刑法多出了程序法及管辖与国际合作的部分,并在总论部分重点讨论了网络犯罪的保护法益、故意的认定、不作为犯罪,在分论部分将网络犯罪分为以信息网络为目标的犯罪、以信息网络为手段的犯罪与网络空间的总括性犯罪。其实,此处的网络刑法只是指出了现有网络犯罪领域的典型难题并加以研讨,尚未脱离现有刑法体系的轨道。由此,不禁引发一个疑问:是否有必要在现有刑法体系之外再建立一个网络刑法体系?如果没有必要,如何实现有效规制网络犯罪?

笔者认为,虽然网络犯罪愈渐多元化、

行政协议中可协商设定保证金以担保协议履行

【案情】

2020年6月23日,被告区政府与原告能源公司签订《高分子新材料及氢能综合利用项目《投资协议》,约定总投资约120亿元,项目用地规模930亩,建设用地使用权需由能源公司通过公开招拍挂方式取得;能源公司向区政府支付1000万元作为举牌保证金;若能源公司未参与用地竞拍,区政府可不予返还举牌保证金,若虽举牌报价但未成功摘牌土地,区政府应退还全部举牌保证金。后能源公司向区政府缴纳举牌保证金1000万元。同月30日,案涉地块出让公告发布,参与网上交易的竞买保证金6500万元,地价起始价32470万元。因能源公司未在截止时间缴足竞买保证金,未能参与地块竞拍及举牌报价,挂牌未成交。该地块后于2023年由其他公司竞得。能源公司得知后,提起本案诉讼,请求确认投资协议中“举牌保证金”条款无效,要求全额返还。

【分歧】

对于举牌保证金是否应判决予以返还或部分返还,存在不同观点。

第一种意见认为,举牌保证金不在《国务院部门涉企保证金目录清单》中,缺乏依据;与竞买保证金存在重复,且数额过高,区政府有加重企业负担之嫌,应判决返还。第二种意见认为,举牌保证金系协议双方自愿协商一致进行约定,不违反法律法规的强制性规定,应属有效。在能源公司违约的情况下,区政府有权不予返还。

【评析】

笔者同意第二种观点。理由如下:

一、举牌保证金的性质与功能

由于案涉项目目标的较大,协议约定举牌保证金,一方面,旨在对能源公司产生一定的经济压力,促使其届时积极参与土地使用权竞拍,以免导致项目无法开展;另一方面,一旦发生违约,通过没收保证金可弥补守约方的损失。即举牌保证金具有担保协议履行的功能,侧重于对协议履行过程的督促,本质属于一种履约保证金。这种担保方式是当事人根据协议的具体需要基于契约自由原则作出的约定,不属于民法典中规定的典型担保,有其特有的功能。

首先,举牌保证金与定金不同,没有定金的双向约束作用,如收受方不履行合同,不适用“双倍返还”规则。且定金数额是以合同标的为参照,不得超过主合同标的额的百分之二十,而非以收受方的损失额为参照。其次,举牌保证金与违约金在侧重于弥补守约方损失方面,较为相近。只是违约金是在违约行为发生后支付,守约方一般通过事后追偿程序取得,故违约的事先担保功能并不突出,而举牌保证金的收受方可以直接就保证金获得补偿,实现程序较为简捷及时,可节省维权成本,也避免了在违约方赔偿能力不足时无法获得救济。

二、举牌保证金条款是否合法

保证金分为法定和约定两种类型,《国务院部门涉企保证金目录清单》规定的如“投标保证金”“工程质量保证金”等法定类型保证金具有具体的名目和标准,主要是针对行政机关单方面给企业设立保证金的情况进行规范。由于行政协议并非单方行政行为,而是具有行政性与合意性双重属性,除遵循合法性原则外,还应尊重当事人的意思自治,不能排除当事人在法定内容之

◇ 张 翰

外自行约定。案涉举牌保证金条款是双方自愿达成的合意,且不违反法律、行政法规的强制性规定,也未损害国家、集体或第三人利益,其效力应予认可。且从必要性角度看,对于案涉重大化工项目,政府进行了一定的前期投入,约定举牌保证金可以对企业形成一种约束,符合协议履行的实际需要,并非利用政府的优势地位给企业增加不合理的负担。能源公司主张举牌保证金系区政府增设行政许可的前置条件,理由显然不能成立。能源公司未能举证构成违约,区政府有权不予返还举牌保证金。

本案另涉及一笔6500万元的土地竞买保证金,该笔保证金系由省自然资源网上交易中心根据《国土资源部关于加强房地产用地供应和监管有关问题的通知》规定,按土地出让最低价的20%收取。作用是确保竞买人在参与土地竞买过程中遵守诚信原则,有竞买能力并在竞买成功后按规定签订土地出让合同、履行相关义务。对于未中标的,保证金予以退还,如竞买人有违规行为或在中标后无故放弃的不予退还。本案中,能源公司未缴足6500万元土地竞买保证金,未能举牌,其已缴纳的3500万元已由网上交易中心全额退还。所以,这笔保证金的担保事项不同,并不能起到对能源公司履行案涉化工项目协议的制约作用,与举牌保证金不属于重复收取。

三、举牌保证金数额是否过高

尊重有约必守、诚实信用的契约精神,是包括行政协议在内的一切合同的生命力所在。案涉举牌保证金条款是双方协商一致的结果,故应当以尊重意思自治为原则,只有在保证金数额明显失衡的情况下,人民法院才可以考虑调整。鉴于尚无法律法规对此类保证金的比例上限作出明确界定,因与违约金功能相近,可借鉴违约金的相关规定,以确保

协议的公平性和合理性。民法典第五百八十五条第二款规定:“约定的违约金低于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加;约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉合同编通则若干问题的解释》第六十五条第二款规定:“约定的违约金超过造成损失的百分之三十的,人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。”可见,违约金数额是以弥补损失为核心,兼具一定的惩罚性。同样,由于约定举牌保证金是为了实现预防能源公司违约的目的,如果仅仅以损失为限,则原本就是违约方应承担的违约损害赔偿数额。只有让缴纳保证金的一方违约成本可能高于给对方造成的损失,才能真正起到督促履约、风险防范的作用。所以,应认可举牌保证金可具有一定的惩罚性。本案中,应综合能源公司违约行为的严重性和过错程度,区政府的交易成本、履行情况、实际损失以及重新交易的可能性,遵循公平原则和诚信原则加以衡量。区政府与能源公司就该项目进行了长时间的磋商,做了大量的前期准备工作,如进行土地平整及供水、消防站、污水污水处理厂等配套设施建设,仅防洪建设的合同价就高达3677万元。因能源公司没有举牌,致案涉土地流拍,闲置三年之久。区政府的损失较大,故收取1000万元举牌保证金,不属于过高。

(作者单位:浙江省高级人民法院)

