

关于投诉举报类行政案件审理思路的探析之二

——投诉举报权利的性质（下）

□ 全 蕾



投诉举报权利作为公民、法人或者其他组织依照部门规章等享有的一种权利，其行使与行政机关的履责行为紧密相连，与此同时，它也有自身的独特性，相应地影响到了行政诉讼对于行使投诉举报权利引发的争议的审查强度和审查范围的一系列问题。

一、投诉举报后行政机关的查处行为与行政机关依职权主动查处行为的关系

在办理投诉举报类行政案件时，判断投诉举报人与行政机关的查处行为之间是否具有利害关系是难点。投诉举报的实质是要求行政机关履行法定职责，查处相关行为，行政机关依职权主动查处违法行为亦是履行法定职责，为何在行政诉讼中，对于因行政机关主动履责引发的案件中的利害关系就较为明确，而在因投诉举报启动的行政机关履责引发的案件中对利害关系的判断就争议较大呢？为了扫清认知障碍，可以从投诉举报后行政机关的查处行为与行政机关依职权主动查处行为二者之间的关系入手进行分析，也许会得到一些解决问题的思路。

一是从行政法律关系角度看，对于行政机关依职权主动查处行为而言，一般会形成行政机关与被查处主体之间的单重法律关系；而对于由投诉举报启动的行政机关查处行为，则是除了行政机关与被查处主体二者形成的行政法律关系

外，还包含着投诉举报人与受理投诉举报行政机关之间的行政法律关系。显然后者行政法律关系更为复杂。但透过现象看本质，都是行政机关的履责行为，只是启动方式有所区别。行政机关收到投诉举报后实施了调查处理行为后，需要给投诉举报人复查处理结果，而行政机关依职权主动查处的则没有后续复查职责。

二是从受侵害人情况看，通常情况下，对于投诉举报后行政机关查处违法行为或者行政机关依职权主动查处违法行为，二者均存在受侵害人。大多数情况下，因投诉举报启动的行政机关查处行为一般都有较为明确的受侵害人，而行政机关依职权主动查处违法行为的情况下，受侵害人很可能是明确的或者尚未有受侵害人。

三是从启动方式看，对于投诉举报人而言，其向有受理职权的行政机关提出投诉举报，则会形成与行政机关之间的行政法律关系，只要投诉举报符合规范条件，就能够启动行政机关的调查处理程序，属于“被动”履责。行政机关依职权主动查处则是以日常巡查、定期检查等方式进行，属于主动履责。

四是从履责情况及行为效果上看，行政机关因投诉举报而实施调查行为时，如果发现确实存在违法行为则会依据法律法规等进行处罚等，若是经过调查未发现违法行为，则会作出不予处罚决定，此种处理主要是给予投诉举报人复查处理结果；行政机关依职权主动进行查处的，若发现违法行为则会依法予以处罚等。在履责方面，二者的区别仅仅在于前者需要对投诉举报人进行回复，后者则不需要回复“案外人”；而在行为效果上，二者实际上并无不同。

从行政机关履责以及行政执法

目标的实现或是从整体社会治理角度分析，无论是因投诉举报提供违法行为线索启动的行政机关查处还是行政机关依职权主动进行查处，并无实质差异，站在行政机关社会管理的宏观视角看，投诉举报是行政机关履职的有益补充和助力，是实现社会治理目标的一环。

二、投诉举报权的权利属性是什么

投诉举报是因民事争议引发的，投诉举报人申请行政机关对相关行为进行查处，仅仅是一种启动行政机关调查处理的发起权利还是包含着对行政机关后续处理行为的监督权或请求权？这个问题令人茫然，不知所措，让我们首先从投诉举报权利与其他权利的比较入手进行分析，也许能得到一些启发。

（一）投诉举报权利与其他权利的比较——辅助性权利

投诉举报表现为要求行政机关履行法定职责对相关行为进行查处，投诉举报行为与其他要求行政机关履行法定职责的一般申请行为虽然都是申请行政机关履责，但仍存在差别。要求行政机关履责的一般申请行为在申请履责的内容是直接针对申请人自身的权利义务，如要求予以补偿安置、给予工伤认定等；而投诉举报是要求行政机关对他人的行为进行调查处理，申请行政机关履责具有一定程度的“间接性”，是通过行政机关对被投诉举报人行为的违法认定或者行政处罚等方式给投诉举报人“施压”，从而推动对其民事争议朝着更有利于自身的方向解决，行政机关的履责对于投诉举报人而言更大程度上是一种“借力行为”。

投诉举报权利与其他权利相比，具有自身的独特性。以自然人

为例，其享有的人身权、财产权等都是生而为人权利，属于基本权利，而投诉举报权利则是一种为了保障基本权利实现的衍生权利，其依赖于法律法规规章或者规范性文件的规定，在有明确规定的行政管理领域才能行使投诉举报权利，若无明文规定则无投诉举报权利。可见，投诉举报权是由基本权利衍生而来的辅助性权利，因此，投诉举报权的行使强度、权利浓度必然与基本权利不同。

（二）在“利害关系”的框架内看待投诉举报权利的性质或者影响力

《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》第十二条规定：“有下列情形之一的，属于行政诉讼法第二十五条第一款规定的‘与行政行为有利害关系’：（一）被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权；（二）在行政复议等行政程序中被迫加为第三人的；（三）要求行政机关依法追究加害人法律责任；（四）撤销或者变更行政行为涉及其合法权益；（五）为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的行为；（六）其他与行政行为有利害关系的情形。”在上述司法解释中，仅对投诉情形给予了附条件的诉权，对于单纯的不涉及自身利益的举报行为，并未赋予举报人对具有处理举报职责的行政机关作出或者未作出处理提起诉讼的权利。

从利害关系角度来看，与其他几类利害关系人相比，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的行为，对投诉人合法权益的影响力及关联度相对较弱，像涉及相邻权、公平竞争权、行政复议程序中第三人或者撤销、变更行政行

为涉及合法权益等情形中，被诉行政行为均是直接对公民、法人或者其他组织产生影响。对于要求行政机关依法追究加害人法律责任的情形，其与投诉有一定相似性。但此处的规定仅仅适用于治安管理处罚领域中，之所以作这样的规定，主要是考虑到治安处罚案件中加害人对受害人人身权、财产权损害较大、社会矛盾激烈，需要法律给予特别保护和规制。投诉涉及领域较宽，只要法律法规等明确社会主体可提出投诉则可以行使该权利，对投诉事项经查证认定违法进行处罚的，一般是对财产权的救济。

（三）从权利保护程度或者救济渠道唯一性等角度分析投诉举报权利

投诉举报人针对的“违法行为”不仅可能会对其个人权利产生影响，若查证属实，也会对不特定社会主体以及社会秩序产生潜在影响。因此，投诉举报制度的设置是基于从宏观上保护整体社会秩序的出发点，受理投诉举报行为是行政机关所作的行政处理也是针对相关市场主体作出的。投诉举报人对行政机关所作行政处理不服，提起行政诉讼，人民法院主要是从行政机关是否合法履职角度予以审查，无法实质解决投诉举报人所提出的赔偿诉求，投诉举报人若想通过诉讼方式弥补自身损失，民事诉讼是直接解决纠纷的较优选择。

（四）从权利层级角度分析投诉举报权利

宪法将人身权、财产权等基本权利加以明确规定，国家通过构建法律、法规等系统性法律体系对基本权利予以充分保护，导致侵权救济是为了保护财产权衍生而来，但其性质又不同于财产权，它属于社会权范畴，又与传统的劳动权、社会保障权等有一定差异。劳动权、社会保障权等权利可以通过行政诉讼直接得到权益救济，而投诉举报权可以定性为弱社会权，既需要有法律等事前赋权，

也无法通过行政诉讼得到直接的权益救济。

三、投诉举报权利中包含的诉讼请求权范围

作为一种衍生权利的投诉举报权实质上是附着在相关的民事权利之上的，因此，公民、法人或者其他组织认为其投诉举报权受到侵害进而提起行政诉讼的，其诉讼请求权也较为有限，主要包括以下情形：

一是投诉举报人认为受理投诉举报申请的行政机关未对投诉事项进行调查处理。对于行政机关而言，受理投诉举报申请后需要在职责范围内对相关事项进行调查核实，如果认定确实存在违法行为，需要依法予以行政处罚等；若行政机关未在法定期限内履行相关职责，投诉举报人则有权以该行政机关未履行法定职责为由提起行政诉讼。

二是投诉举报人认为受理投诉举报申请的行政机关未在法定期限或者合理期限内予以答复。对于投诉事项，根据我国现有的部门规章等规定，受理投诉举报申请的行政机关在调查处理完毕后须答复投诉人；对于举报事项，如果部门规章等明确规定行政机关负有答复义务，则答复为行政机关的法定职责，如果部门规章等没有明确规定的，行政机关可根据实际情况处理。

三是投诉举报人认为受理投诉举报申请的行政机关已经调查认定举报事项确实存在违法行为，但未按照部门规章等规定给予其相应奖励的。此类诉讼请求权实现的前提条件包含两个：1.部门规章等明确规定对于违法行为的举报人给予相应的行政奖励；2.举报事项属实且已经行政机关核实后认定为违法行为。以上两个条件缺一不可。

（作者单位：最高人民法院行政庭）

赃款直播打赏追缴的层次化审查路径

□ 芦苗苗

问题探讨

近年来，随着网络直播行业的迅猛发展，行为人使用诈骗、贪污、职务侵占等犯罪所得赃款在直播平台进行高额打赏的案件频发，严重侵害了被害人的财产权益，也给司法实践带来了新的挑战。当前理论与实务界已就赃款打赏的法律定性、善意取得的一般适用等问题展开了较多讨论，但对于追缴路径的具体操作规则，即在认定应予追缴后，如何确定追缴相对人、如何计算追缴额度——仍缺乏系统性的审查框架。为此，笔者尝试构建一套赃款直播打赏追缴的层次化审查路径，以期对司法实践提供参考。

一、第一层次：应否追缴的审查——善意取得构成要件的逐一检视

赃款打赏追缴面临的首要问题是判断应否追缴。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》等司法解释及文件对善意取得制度的引入，逐渐明确了对发生占有转移的犯罪所得的一般处置规则，即犯罪所得的一切财物应当予以追缴，但当犯罪所得财物已经发生了占有转移的，则应进一步根据善意取得制度确定应否追缴。因此，应追缴的核心在于判断直播平台及主播是否构成善意取得。审查时应着重检视善意取得的相关构成要件。

1.处分要件的审查

行为人对赃款的处分系无权处分。善意取得制度以转让人无权处分为前提。在民法领域，货币遵循“占有即所有”规则，若据此认定罪犯对赃款的处分系有权处分，则善意取得制度无适用余地。但在赃款追缴领域，应当基于刑法保护被害人财产权的立场，否定“占有即所有”规则的适用。刑事立法更加注重保护被害人财产权，行为人对被害人合法财产之侵害只是剥夺了被害人对自己合法财产的占有，而不能剥夺所有

权，行为人对被害人财产之占有为恶意的、暂时的占有，因此，行为人对赃款的处分系无权处分。这一认定不会危害民法对交易安全的维护（因为交易是否有效仍需根据第三人是否善意、是否支付对价等因素进一步衡量），也符合当前法理上对“占有即所有”规则限制适用的趋势。在直播打赏场景中，行为人通过充值、打赏等操作将赃款转移至平台账户并按约定比例分配至主播、公会等主体，完成财产的实际交付，可视为无权处分。

2.善意要件的审查

对平台及主播适用善意推定原则。善意取得制度中，第三人善意受让是对其进行法律保护的必要性和正当性基础。司法实践中通常采用“善意推定说”，即推定第三人主观为善意，由主张非善意的一方承担举证责任。在直播打赏场景中，对平台及主播适用善意推定具有合法性和合理性。一方面，善意取得制度旨在维护交易安全、促进交易效率，善意推定是达至该制度目的的必要要求；另一方面，直播平台及主播在交易过程中通常不具备核实用户资金来源的能力与权限，要求其对日常交易活动承担非法律来源的识别义务，不具有正当性。

需要指出的是，善意推定并非绝对。当平台或主播存在以下情形时，可否定其善意：一是明知或应知资金为赃款仍接受打赏的；二是怠于履行法定的注意义务，如未落实实名制要求、未对大额打赏进行消费提醒等；三是存在诱导非理性打赏、鼓励用户超出自身承受能力消费等过错行为的。在上述情形下，应当认定平台或主播不具有善意，善意取得不能成立。

3.合理对价要件的审查

判断直播打赏的合理对价需区分惯常服务与增值服务。合理对价是善意取得成立的核心要件，也是直播打赏场景中最为争议的问题。判断直播打赏与打赏之间是否构成合理对价，不能一概而论，而应根据服务内容的差异进行区分审查。

其一，惯常表演服务不构成合理对价。惯常服务是指主播面向所有观

众提供的普通直播表演服务，其特点是普惠性和非排他性——无论用户是否打赏，均可观看直播内容。该种服务不能认定为打赏的合理对价，理由有三：首先，缺乏对应性。在部分用户打赏、部分用户不打赏为常态的情况下，主播的表演服务均会发生，打赏与服务之间没有一一对应的关系，将普惠性的惯常服务作为特定打赏的对价，忽视了服务内容的共享性，与合同相对性原则存在冲突。其次，对价差异巨大有违公平。在相同的直播服务情况下，用户所付出的打赏金额差异极大，未打赏的用户未支付任何对价，若认定打赏用户与主播之间成立服务合同，有违公平原则。再次，流量对价说存在意思表示缺陷。有观点认为未打赏用户通过贡献流量支付了对价，但流量贡献往往是用户的无意识行为，缺乏明确的设立法律关系的效果意思，难以获得法律上的积极评价。

其二，增值服务在特定情形下构成合理对价。增值服务是指主播基于特定约定（如打赏榜第一名可获得私下互动、专属内容等资格）而提供的区别于普通直播的额外服务。在此类情形下，用户与主播之间形成了明确的合意：用户基于获得增值服务的预期进行打赏，主播因打赏而负有履行特定给付的义务，具有双务、有偿特征。增值服务具有独特性和稀缺性，主播需为此投入额外精力和成本，打赏金额与增值服务之间建立了较为稳固的对价关联。因此，在存在明确、合法且已实际履行的增值服务交易时，可以认定相应部分成立合理对价。需要特别指出，单纯的礼节性感谢不属于增值服务范畴，其作为一种情感表达，属于社交意义上的回应，不能成为法律意义上的给付。

二、第二层次：追缴相对人的确定——以占有转移为原则、平台责任为例外

在认定应予追缴后，需要进一步确定追缴相对人，即应向谁追缴。司法实践中对此做法不一，有的仅笼统载明向行为人追缴，有的直接冻结扣划平台资金。应当明确以占有转移为原则、以平台过错为例外的确定

规则。

1.一般原则：以赃款占有转移为核心确定追缴相对人

确定追缴相对人，应遵循“赃款流向何处、追缴至何处”的基本原则，即追缴相对人为赃款的实际占有者。在直播打赏的多元主体模式下（涉及平台、公会、主播等多方分成），应根据资金的实际占有状态确定追缴相对人。

具体而言，存在以下情形：其一，赃款已充值至平台账户但尚未用于打赏的，资金仍处于平台实际控制的账户内，追缴相对人应为直播平台。其二，赃款已实际打赏并完成分成的，赃款分散至主播、公会、平台等主体，上述获得分成的各方均为追缴相对人，应各自在其获利范围内承担返还责任。其三，在二元主体模式（用户与主播“点对点”打赏，无平台分成）下，追缴相对人为主播个人。

在此过程中，直播平台作为资金流转的中枢和交易规则的制定者，负有提供详尽资金流向记录的协助义务。平台应当根据司法机关的要求，提供打赏资金的充值记录、打赏对象、分成比例、结算明细等信息，以便准确确定各方的获利数额。

2.特殊例外：平台过错情况下的直接追缴

直播平台不仅是中立的技术服务提供商，更是直播生态的管理者，对直播活动具有主导性的管理权限。在特定情形下，可突破占有转移的一般规则，将直播平台作为直接追缴对象。

平台作为直接追缴对象的正当性基础在于：其一，平台对直播活动具有主导性管理地位。平台制定了直播活动的各项规则，包括主播入驻条件、直播内容规范、打赏机制等，对直播过程进行实时监控与管理，有能力也有责任维护直播生态的合法性与规范性。其二，资金流向特征决定了平台的特殊地位。直播打赏实行充值前置，所有资金首先汇集到平台账户，平台对资金流向具有完全的掌控权，可以决定何时结算以及在何种情况下暂停或终止结算。

具体而言，在以下情形中可将平

台作为直接追缴相对人：一是平台怠于履行监督管理责任，如明知或应知主播存在诱导欺诈、内容违法等行为而未采取必要措施，导致赃款被用于打赏；二是平台拒不履行或怠于履行协助义务，无正当理由拒绝提供资金流向信息，致使追缴工作无法开展；三是平台存在其他过错，如未落实实名制要求、未按规定设置打赏限额等。在上述情况下，责令平台先行承担追缴责任，符合权责利相统一原则，也有利于倒逼平台加强合规管理。平台承担责任后，可依据其与主播、公会之间的内部协议向相关主体追偿。

三、第三层次：追缴额度的计算——全额追缴与部分追缴的区分适用

确定追缴相对人后，需要进一步明确追缴的具体数额。善意取得不能的原因各有不同，应根据第三方的主观状态与过错程度，区分适用全额追缴或部分追缴。

1.全额追缴的适用情形

当第三方存在主观恶意或重大过失，导致善意取得制度无法适用时，应对涉案资金予以全额追缴。第三方具有可归责性，应当承担相应的不利后果。具体包括以下情形：一是第三方恶意的，即明知或应知资金为赃款仍接受打赏或参与分成的。判断是否明知或应知，可结合打赏金额是否异常巨大、打赏频率是否异常、用户身份与打赏金额是否匹配、平台或主播是否收到过相关举报等因素综合认定。二是存在欺诈、胁迫行为的，即主播通过虚构事实、编造悲惨身世、承诺虚假回报等手段骗取用户打赏的。三是打赏行为违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗的，如直播内容本身违法、打赏实质系嫖娼或赌博的对价、通过打赏实施洗钱行为等。

2.部分追缴的适用情形

在第三方主观善意，但因打赏金额明显超出服务市场价格、或仅提供了惯常服务而无法认定为合理对价时，全额追缴将对付出了实际劳动的第三方造成不公。此时应实行部分追缴，即仅追缴超出服务市场平均价值的部分，为第三方保留与其付出相当的合理报酬。具体

包括以下情形：一是打赏者不具备完全民事行为能力。限制民事行为能力人进行的与其年龄、智力不相适应的高额打赏，其法定代理人拒绝追认的，打赏行为不发生法律效力。但第三方在提供服务过程中付出了一定成本且并无直接过错，为其保留适当的赏金为宜。二是仅提供惯常表演服务而未成立增值服务对价的。如前所述，惯常表演服务不能成立高额打赏的合理对价，应当否定善意取得并追究追缴。但主播等第三方并不存在主观过错，且付出了实际劳动，全额追缴将剥夺其获得劳动报酬的权利，有违公平原则。此时，应为第三方保留与其提供的服务相当的市场平均价值。

部分追缴的计算方法。在部分追缴的情形下，应通过构建直播服务市场平均价值模型来确定合理对价的具体数额。参照实践中较为公允的做法，追缴数额可按照以下公式计算：追缴数额=使用赃款打赏的总金额-该场直播获得打赏总额=该场直播实际打赏总人数。

该公式以单场直播的人均打赏金额模拟直播服务的市场平均价值，其合理性在于：人均打赏金额反映了该场直播中用户自愿支付的平均对价水平，在一定程度上代表了市场对该直播服务价值的评价。对于超出该平均价值的赃款部分，因缺乏对价基础应予追缴；在平均价值范围内的部分，可视为对第三方善意付出的合理报酬，不予追缴。在具体适用时还应注意以下三点：一是应当以单次直播为单位进行计算，而非以主播的整体直播历史为参照，以更准确地反映特定服务的质量、主播的知识密度、同类直播的市场行情等因素，对人均打赏金额进行综合调整，避免因机械适用公式导致不公。二是对于存在增值服务打赏的，应当将增值服务部分单独评估其市场价值，在计算人均打赏金额时予以相应调整。

上述三个层次的审查路径构成了赃款直播打赏追缴的完整思维逻辑，三个层次不可颠倒或跨越，以确保裁判逻辑的严密性。

（作者单位：上海市崇明区人民法院）