

【疫情防控下社会治理研究】

新冠肺炎疫情中政府行为对合同效力的影响及司法应对

勾雪峰

(沈阳市中级人民法院,辽宁 沈阳 110013)

〔摘 要〕在新冠肺炎疫情防控中,政府的行政行为对部分民事合同的履行产生较大影响,可能造成合同不能履行、迟延履行或合同目的不能实现等法律后果。在法律适用上,由于不可抗力与情事变更制度存在交叉,可根据政府行为对合同履行影响程度的不同予以分别适用。人民法院在适用不可抗力解决合同纠纷时,应注意合同中不可抗力条款的内容,严格审查因果关系,对解除合同的请求应审慎裁判;在适用情事变更规定时,应全面考量情事变化的因素,重点考虑当事人的可承受能力,运用公平原则与诚实信用原则合理分配损失;在不可抗力与情事变更交叉的场合,基于更利于平衡当事人利益的考量,可优先适用情事变更规则解决争议。

〔关键词〕新冠肺炎疫情;行政行为;合同履行;不可抗力;情事变更

〔作者简介〕勾雪峰(1990—),男,辽宁抚顺人,沈阳市中级人民法院民二庭法官助理,主要从事民商事法学理论与实务研究。

〔收稿日期〕2020-02-24

〔中图分类号〕D913.6〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)04-001-07

一、问题的提出

2020年伊始,为防控新型冠状病毒肺炎疫情(以下简称“新冠肺炎疫情”),中央及各地方人民政府果断采取限制人员流动、企业停产停工等疫情防控措施。这些措施虽然有效遏制了疫情的发展,但也对民商事合同的履行产生了一定影响,相关合同纠纷不断涌现。政府依法采取的疫情防控措施,在行政法上属于行政行为;但从民法视角上,如何对疫情防控中政府行政行为的法律性质进行界定,成为学界热议的问题,亦是实务中妥善处理相关合同纠纷的关键。

该问题首次引发关注是在2003年“非典”时期,当时对“非典”及疫情防控措施的法律性质有不可抗力、情事变更与意外事件等诸多观点^[1]。鉴于实践中的争议,最高人民法院在2003年发布了《关于在防治传染性非典型肺炎期间依法做好

人民法院相关审判、执行工作的通知》。该通知规定对因“非典”疫情或政府的疫情防控措施致使当事人不能履行合同而引发的纠纷,按照《合同法》第117条及第118条不可抗力的规定处理;对因疫情原因合同的履行对一方当事人权益有重大影响,则按照公平原则处理。该规定并未明确“非典”疫情及政府疫情防控措施的法律性质。此后最高人民法院在2009年颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释二》)第26条规定了情事变更制度,该制度与不可抗力制度的司法实践存在一定重合,导致司法裁判中对因疫情及疫情防控措施引起的合同纠纷,存在适用不可抗力、情事变更等不同裁判思路。根据笔者统计,在2003年至2020年间法院作出的355份涉“非典”疫情裁判文书中,有220份适用了不可抗力,其他裁判中存在适用情事变更、公平原则、诚实信用原则



等多种情形^①。有观点认为,裁判者仅是运用结果导向思维进行裁判,依据所追求的结果而选择适用的法律规范^[2]。

针对新冠肺炎疫情,2020年2月10日,全国人大常委会法工委相关部门负责人在答记者问中表示,新冠肺炎疫情以及政府采取的相应疫情防控措施,对于因此不能履行合同的当事人来说,属于不可抗力^[3]。笔者认为上述意见强调的不可抗力是对不能履行合同的当事人而言,不能得出排除情事变更制度或其他法律制度的适用结论。为应对新形势下可能存在的法律适用争议,本文从政府疫情防控措施对民事合同履行的现实影响入手,结合《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)最新规定,对民法中不可抗力制度与情事变更制度的关系进行分析,进而明晰司法实践中处理此类合同纠纷案件的审判思路。

二、政府行政行为对合同履行影响的类型化分析

就对合同履行的影响而言,疫情本身与政府防控措施有所不同。疫情本身虽然可能通过社会、心理效应影响到合同的履行,例如造成市场恐慌心理,但往往不会产生客观的、直接的阻碍^②。而政府防控疫情的行政行为,诸如隔离、停业、停工等,会对合同履行产生直接的影响。因此,本文亦主要对政府行政行为对合同履行的影响进行讨论。

(一)基于抽象行政行为与具体行政行为的分析

抽象行政行为与具体行政行为的区别在于是否有特定的行政相对人。在疫情期间,政府典型的抽象行政行为表现为制定相关规范性文件,如新冠肺炎疫情中,国务院发布延长春节假期通知及各地方政府制定的有关疫情防控措施的规范性文件。而具体行政行为可表现为对特定行政相对人物品的紧急征用及对相对人的强制隔

离等。从民法的角度,抽象行政行为与具体行政行为都可能阻碍合同的履行,区别在于前者影响范围更为广泛,后者可能只影响特定主体的部分行为。因此,两者在民法中产生的法律效果仅需遵循民法的评价体系,并无截然不同的区分。例如,在不可抗力的构成上,只要符合不可抗力“三不能”的要件,两者均可能构成不可抗力^[4]。

(二)基于合同类型的分析

政府的疫情防控措施主要涉及对社会主体行为的限制,因此,鉴于不同类型的合同义务履行方式不同,其受影响程度亦有所差别。

1. 以线下履行方式为主的合同受影响较为显著

从新冠肺炎疫情中各地政府发布的防控措施来看,主要是限制人员的接触、聚集,政府对交通的管控主要影响到货物的运输与流通。因此,以上述行为为主要义务履行方式的合同,会受到较严重的影响,较为典型的如买卖合同、商铺租赁合同、建设工程施工合同等。在买卖合同中,由于政府采取停产、停工、员工隔离等措施,除了出卖人的生产活动受到严重影响外,其货物的运输也会受到交通管控的限制,导致合同标的物无法按约定交付;又如,停工措施会影响建设工程施工合同工程进度,导致工期延误,进一步致使商品房预售合同中出卖人逾期交房,产生连锁反应。另外,疫情防控措施对一般的租赁合同影响并不显著,但对商铺租赁影响较大。政府采取的停业及限制出行措施可能造成商铺无法营业,商业区客流量也会明显减少,承租人难以取得经营收益。

2. 以线上履行方式为主的合同以及特殊行业的合同关系受影响相对较小

随着互联网技术的发展,许多合同可通过互联网线上进行订立以及履行。由于不存在人和物的实体流动,此种合同的订立与履行受到政府防控行为的影响较小,例如互联网虚拟物品的买卖合同、互联网服务合同、通过线上方式履行的

①数据来源于中国裁判文书网,全文检索:非典、疫情,案由:合同、无因管理、不当得利纠纷,最后访问时间2020年2月23日。典型观点如在(2012)呼民二初字第33号判决中,法院认为“非典”对宾馆承租人构成不可抗力;在(2018)鲁06民终268号判决中,法院认为对“非典”导致停业的营业损失,应适用情事变更。

②例如,银川市中级人民法院在(2018)宁01民再71号判决中认为,因韩国爆发中东呼吸综合症疫情,引发国内赴韩旅游人群的恐慌,进而影响当事人履行客座的销售义务。但此种心理因素对合同的影响应仅针对特定行业而言,不应过于泛化。

承揽合同等。另外,一些传统的合同类型也衍生了线上模式,在一定程度上不受管控措施影响,例如部分餐饮企业采取外卖配送方式经营。当然,由于一些线上合同关系仍然涉及到线下的履行行为,例如网购交易中仍然涉及商品的实体运输,仍然会受到防控措施的限制,对此应当结合履行行为性质具体分析。

此外,根据政府的要求,涉及保障城市运行必需、疫情防控必需、群众生活必需及其他涉及重要国计民生的相关企业不受迟延复工等政策的影响。因此,对于上述特殊行业,其合同履行所受影响相对较小。

3. 合同中金钱债务的履行可能受到间接影响
一般而言,金钱支付行为本身较少受到外界因素影响。尤其在现代社会,金钱债务的履行可采用网上银行、移动支付等多种新型支付方式,一般很难受到疫情防控措施的阻碍。因此,对于以金钱给付为主要义务类型的借款合同、投融资合同以及其他合同中的金钱给付义务的履行,当事人一般不得主张受到政府行政行为的影响而拒绝、迟延履行。但现代社会各行业密切关联,相互间有很强的牵连性,疫情防控行为可能造成当事人金钱支付能力的下降,进而影响到金钱债务的履行。此种情况在法律上应如何评价,笔者将在后文中予以阐述。

(三) 基于合同履行受影响程度的分析
合同履行受影响程度的不同对法律适用有较大的影响,主要有以下几个层次:

1. 致使合同不能履行
合同不能履行,学理上又称履行不能,是指作为债权客体的给付不可能的状态^[5]。从法律效果的角度来看,履行不能赋予合同义务方对权利方要求履行的抗辩权,但不免除违约责任的承担,而因不可抗力导致的合同不能履行可以作为免责事由。在疫情防控中,政府行政行为可能会造成部分合同不能履行,例如大型聚集性演艺活动、酒店宴会的取消,部分鲜活易腐商品的买卖受到停业措施的影响不能履行等。在现代经济环境中,合同履行渠道趋于多元化,如义务人具有替代履行的方式,则不足以构成履行不能。

2. 致使合同迟延履行
政府应对突发事件的措施一般是暂时性的,随着事件的结束会予以解除。因此,相较于合同彻底不能履行,政府行为造成债务人超出履行期限未能履行债务,进而构成迟延履行的情况在实践中更为常见,如出卖人因停产不能按约定日期履行交货义务、建设工程因停工造成工期延误等。关于迟延履行是否得以援引不可抗力而免责的问题,由于《合同法》第 117 条第一款仅规定“因不可抗力不能履行”,《民法典》第 590 条表述也未变化,均没有明确规定迟延履行,有观点认为上述表述存在法律漏洞,应通过补充规定的方式将迟延履行纳入不可抗力免责的范畴^[6]。鉴于《民法典》第 590 条关于“因不可抗力不能履行”的表述与《合同法》第 117 条基本一致,笔者认为可通过扩张解释的方法,将“不能履行”理解为包括永久不能与一时不能,进而将迟延履行纳入不可抗力制度的调整范围。

3. 合同继续履行存在困难,合同目的无法实现
合同虽然在客观上可以继续履行,但由于疫情防控行为,继续履行合同对一方当事人而言可能存在严重不公平或导致当事人订立合同时的目的无法实现。此种情况较多的出现在商业、工业用房租租赁的领域。虽然政府的停产、停业措施未直接影响承租人对租赁物的占有、使用,但由于承租人不能经营,无法取得经营收益,却仍需支付租金,当事人之间的利益存在失衡。此情形主要由《民法典》第 533 条规定的情事变更制度予以调整。但值得注意的是,《民法典》第 563 条第(一)项规定了因不可抗力致使不能实现合同目的时当事人的解除权。因此,在合同目的不能实现时,在具备情事变更要件的同时,可能也符合因不可抗力解除合同的规定,出现法条上的竞合^[7]。此问题涉及不可抗力与情事变更之间的关系,笔者将在下文中进一步探讨。

三、司法实践的应对思路

在民法上,政府行政行为对合同履行的影响主要涉及不可抗力与情事变更两项制度。针对



新冠肺炎疫情,各地方法院出台的指导意见等文件也基本要求根据不可抗力或情事变更的规定对相关案件进行处理^①。笔者认为首先应对不可抗力与情事变更的关系予以厘清,再进一步探讨法律适用中应注意的问题。

(一)不可抗力抑或情事变更:法律适用上的厘清

关于政府行政行为是否可以构成不可抗力问题,曾有学者持反对意见,认为政府行为部分具有可预见性,不宜作为不可抗力^[8]。但实证法并未将政府行为排除在不可抗力范畴外,例如《海商法》第51条中政府或者主管部门的行为可以作为海上货物运输合同中承运人的免责事由。在突发疫情中,由于事件本身具有突发性,政府的疫情防控行为对于一般合同主体而言是难以预见同时也不能避免或克服的。因此,无论是抽象行政行为还是具体行政行为,只要政府的防控行为符合“不能预见、不能避免且不能克服”的要求,均可构成不可抗力。全国人大常委会法工委负责人的解释也表明了此种立场。

政府行政行为是否可以作为引发情事变更的原因,涉及到不可抗力与情事变更之间的关系。从情事变更的沿革来看,最高人民法院在《合同法解释二》第26条中规定情事变更的适用前提是客观情况发生“非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”,似乎有意将不可抗力与情事变更作出严格区分,进而形成了理论界所称的“二元规范模式”,引发学界对两者关系的争论。有观点认为,情事变更是不可抗力的上位概念,不可抗力是情事变更的一个具体情形^[9]。有学者从情事的范围出发,认为如果将情事变更中的“情事”定义为包含战争、社会动荡、自然灾害等所有客观事实的变动,则不可抗力在逻辑上属于该“情事”范畴;而如果将“情事”仅理解为与经济相关事实的变动,则不可抗力与情事变更并无交集^[10]。还有观点认为,不可抗力引起的情事变

化致使合同目的无法实现,应适用不可抗力规则;而不可抗力致使合同履行严重困难,可通过诚实信用原则将其纳入情事变更制度的调整范围^[11]。

实际上,由于不可抗力与情事变更在法体系上的位置不同,试图对两者作出非此即彼的区分是不科学的。与不可抗力作为免责事由不同,情事变更属于责任不构成范畴,在时间维度上处于违约责任与免责之前^[12],即在当事人主张情事变更时,如符合情事变更构成要件则不再考察违约责任与免责事由。两者并非同一层次的概念。因此,《合同法解释二》第26条将不可抗力排除于情事变更的原因之外并不合理。正如王利明教授指出,情事变更制度考虑的是合同履行后果是否公平,而不应将不可抗力排除在情事变更的原因外,且实际上难以将不可抗力与其他原因严格区分^[13]。笔者注意到,在《民法典》第533条中,立法者也采纳此观点,删去了“非不可抗力”的表述。可见不可抗力与情事变更两种制度并不是互相排斥的,不可抗力可以作为引起情事变更的原因之一。因此在疫情防控中,政府行政行为可能对合同的履行构成不可抗力,也可能造成社会经济环境的显著变化,进而影响到当事人订立合同的基础条件,从而为情事变更的适用提供空间。

综上所述,笔者认为对两种制度的适用更合理的界定方式是根据合同履行受影响的程度。以合同能否得到履行作为两种制度的区分点,体现了两者功能定位的不同,具有较为明确的可操作性,法官与当事人也更易于选择^[14]。具体而言,政府行政行为造成合同不能履行或迟延履行情况,可适用《民法典》第590条关于不可抗力免责的规定;政府行政行为造成合同履行的严重困难,继续履行对一方当事人明显不公,则可依法适用情事变更的相关规定。而在政府行为致使合同目的无法实现的场合,此时可能既符合

①例如,上海市高级人民法院《关于充分发挥审判职能作用为依法防控疫情提供司法保障的指导意见》规定:“因疫情影响当事人不能履行或履约对当事人权益造成重大影响的,应依照公平、诚实信用等原则,综合考量当事人约定,疫情的发展阶段,疫情与履约不能或履约困难之间的因果关系以及疫情影响的程度,根据不可抗力或情事变更等相关规定,结合案件具体情况,妥善处理”;江苏省高级人民法院《关于为依法防控疫情提供司法服务和保障的指导意见》规定:“因政府行政措施直接导致合同不能履行,或者由于疫情影响致使合同当事人根本不能履行,适用不可抗力规定。因疫情形势或防控措施导致继续履行对一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,可使用情事变更规定。当事人合同有约定的按约定处理”。

《民法典》第 563 条第一项关于因不可抗力合同解除的规定,同时也符合《民法典》第 533 条关于情事变更解除合同的规定。此时的法律适用有两种方案:一是允许当事人自由选择;二是依据《民法典》第 533 条要求当事人以诉讼方式解除合同,即司法解除。与《民法典》第 563 条第一项规定的解除权相比,类似于特别法与普通法的关系,因此情事变更的规则应优先适用^[15]。笔者认为从法理角度,第二种观点更有道理,且依据情事变更规则解除合同,法院可以更合理地确定合同解除的时点,有利于公平分配当事人的权利义务以及损失负担。

(二) 不可抗力的适用进路

以合同能否履行作为区分,当政府行为致使合同不能履行(包括迟延履行)时,可适用《民法典》第 590 条的规定免除或减轻当事人的违约责任;当政府行为致使当事人订立合同目的无法实现时,当事人可依据《民法典》第 563 条第(一)项的规定解除合同。但在个案中,政府行为是否得以构成不可抗力免责事由或合同解除事由不能一概而论,应当结合案情具体分析。笔者认为实践中应注意以下问题:

1. 优先适用合同的特别约定

当事人可以在合同中对不可抗力的范围以及法律效果作出特别约定,称为不可抗力条款。不可抗力条款与法律规定的内容和范围一致的,则产生与法律规定一样的效果;不可抗力条款内容与范围超出法定不可抗力的,该条款在合同当事人之间具有约束力,但不产生对抗第三人的法律效力^[16]。因而,如不可抗力条款中对不可抗力情形以及损失和风险负担有特别约定的,应当予以优先适用。另外,实践中当事人在合同中的约定可能体现出对不可抗力事由的预见性,例如对突发疫情期间合同的履行做了事先或者事后的准备和安排,此时当事人违反约定就不能依据不可抗力要求免责^①。

2. 严格审查政府行政行为与合同履行障碍的因果关系

只有政府行政行为与合同履行障碍存在因果关系,才能发生适用不可抗力的法律效果。在

司法实践中,法官应对政府行为是否客观阻碍了合同义务的履行以及阻碍的程度予以着重审查,严格把握对因果关系的认定。首先,从时间角度上,对于在政府采取疫情防控措施后订立的合同,当事人对于合同履行可能遇到的障碍应当具有相当的预见性,因此,可以认定此时的政府行为与合同履行的障碍之间不存在因果关系。其次,从构成障碍的程度角度上,政府防控措施对不同类型的合同义务产生的障碍不同,许多合同义务存在替代履行的方式,因此,只有在政府行为对合同履行构成重大性、根本性的障碍时,才能适用不可抗力规则。例如在货物买卖合同中,出卖人在全国有多个厂区可以发货,在仅有部分厂区停产的情况下,其不能依据不可抗力免除其迟延发货的责任。对于金钱债务的履行,一般不能援引不可抗力要求免责,即使疫情防控措施造成债务人金钱支付能力的下降,其属于债务人应负担的履行风险,一般不宜适用不可抗力免责。最后,还应考量是否存在债务人自身的因素。《民法典》第 590 条第二款规定了当事人迟延履行后发生不可抗力的不能免责。对于当事人的拒绝履行或瑕疵履行,如发生在政府应急措施实施前,也可类推适用该规则;如果瑕疵履行发生在政府应急措施实施后,可视当事人的过错程度与不可抗力的影响之间的比例,酌情认定当事人的责任。另外,根据《民法典》第 590 条的规定,受政府行为影响的当事人应及时通知相对人并提供证明,否则应当承担一定的赔偿责任。

3. 审慎运用不可抗力解除合同

法院在适用不可抗力解除合同时,应着重审查政府行为是否达到使合同目的不能实现的程度,从是否影响到合同权利义务实现的宏观角度进行衡量。例如对于一个长达 10 年的租赁合同,几个月的防控措施难以对其合同目的实现构成实质影响;而对于一些仅在春节、元旦特定时间开展的演出合同关系,本次新冠肺炎疫情防控措施就会致使合同目的完全落空。基于维护合同关系和社会经济稳定的考虑,法官对解除合同应当审慎裁判。另外,如适用不可抗力免责规定而解除合同,使一方合同主体承担绝大部分风险

①参见山东省高级人民法院(2017)鲁民申 3250 号案件。



时,如同时符合情事变更解除的要件,法院也可根据实际运用情事变更规则公平分担损失和风险。

(三) 情事变更的适用进路

政府疫情防控行为未对合同履行造成实质障碍,但造成了合同基础条件的重大变化时可适用情事变更规则。相较于《合同法解释二》第26条,《民法典》第533条对情事变更规则作出了较大幅度的修改,主要将“客观情况”修改为“合同基础条件”,取消了“非不可抗力”以及“不能实现合同目的”的表述,增加了当事人的再交涉义务。在具体适用情事变更制度时,有以下问题需要探讨:

1. 认定合同基础条件重大变化需考虑的因素

首先,在我国现有法律制度中,情事变更中的情事变化一般是指客观情事变化,即不包括合同当事人共同的动机错误。例如当事人错误相信双黄连口服液对治疗新冠肺炎的效果,认为该药品价格必然上涨,进而订立买卖合同。后来市场价格未发生变动,当事人不得援引情事变更制度要求变更或解除合同。对于此种情况,如符合“重大误解”的,可按照《民法典》第147条关于重大误解的规定处理。其次,客观情事变化较为典型的是对价关系障碍,指合同对价不平衡导致动摇合同基础。较为典型的是在商铺租赁合同中,由于政府防控措施导致商铺停业或客流严重减少,承租人的营业收入与租金负担存在失衡。关于合同目的障碍,可参照前述因不可抗力解除合同中“合同目的不能实现”的认定;此外《民法典》第533条已删去“不能实现合同目的”的表述,目的障碍可能不再属于情事变化的情形。最后,合同基础条件的变化必须达到重大的程度。在对价关系障碍中利益的失衡较为悬殊,例如商铺承租人完全无法取得经营收入却需负担高额租金。而一般的失衡当属正常风险的范畴,如对超市等可以正常开业的商铺,即使疫情造成客流量的下降,也不宜适用情事变更制度。

2. 以风险可承受性作为认定“明显不公平”的主要因素

该要件是情事变更与正常商业风险最为关键的区别。对于“明显不公平”的判断,可从一般理性市场主体的角度进行判断,但关键应当结合

当事人自身对风险的可承受性,在实践中很难确定一个绝对的标准。如对一个大型企业,继续履行合同的风险对一般市场主体较大,但未超过该企业可承受的限度,则不宜适用情事变更。相反对于中小企业,即便是较小的损失也难以承受,因此存在适用情事变更规则的空间。

3. 公平原则和诚实信用原则的替代作用

由于最高人民法院曾要求法院在个案中适用情事变更规则时应报请高级人民法院甚至最高人民法院审核,程序较为繁琐。从法理上而言,情事变更原则为诚实信用原则的具体运用。基于程序便利的考虑,实践中部分法院在需要运用情事变更原则时,采取了直接援引公平原则或诚实信用原则进行裁判。根据“禁止向一般条款逃逸”原则,笔者认为在《民法典》已对情事变更制度有明确规定的情况下,此种做法并不可取。但基于实践中相关案件不断增加的现实需求,期待最高人民法院出台相关解释简化适用情事变更规则时的审核程序。

四、结语

不可抗力与情事变更之间并无明确的领域界分而是存在交叉关系。政府的疫情防控行为对合同履行可能构成不可抗力,也存在情事变更的适用空间,两者的区分关键在于合同履行受影响的程度。在两者存在交叉的场合,情事变更更具有类似特别法的性质,可以予以优先适用。鉴于新冠肺炎疫情对当事人利益及社会经济的冲击,人民法院在处理相关合同纠纷时,在正确适用不可抗力与情事变更的同时,应同时注重公平原则和诚实信用原则的运用,合理分配损失与风险,尽量实现当事人之间的利益均衡,为社会经济稳定运行提供司法保障。

〔参考文献〕

[1] 吴津. “非典”事件法律性质的争论及其思考[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2004(02): 144-146.

[2] 韩世远. 不可抗力、情事变更与合同解除[J]. 法律适用, 2014(11): 62.

[3] 中国法学会. 全国人大常委会法工委就疫情防控有关法律问题答记者问[EB/OL]. <https://www.chinalaw.org.cn/portal/article/index/id/27621.html>, 2020-2-11.

[4] 李虎. 导致合同不能履行的政府抽象行政行为可视为

为不可抗力[J]. 人民司法·案例,2009(20):83-86.

[5]韩世远. 合同法总论[M]. 北京:法律出版社, 2011:405.

[6]易军. 慎思我国合同法上违约损害赔偿责任的归责原则[M]//王洪亮等. 中德私法研究[M]. 北京:法律出版社,2012:22.

[7][德]卡斯腾·海尔斯特尔,许德风. 情事变更原则研究[J]. 中外法学,2004(04):398.

[8]刘凯湘,张海峡. 论不可抗力[J]. 法学研究,2000(06):113-114.

[9]邹艳钰. 不可抗力与情事变更原则在房屋买卖合同纠纷处理中的适用探析[J]. 仲裁实务,2010(02):87-88.

[10]程顺增. 论情事变更制度与我国合同法体系之契合——以最高法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第26条的适用为视角[J]. 法律适用, 2012(06):109-110.

[11]韩强. 情势变更原则的类型化研究[J]. 法学研究,2010(04):62-63.

[12]韩世远. 履行障碍法的体系[M]. 北京:法律出版社,2006:50.

[13]王利明. 情事变更制度若干问题探讨——兼评《民法典合同编(草案)》(二审稿)第323条[J]. 法商研究, 2019(03):6-9.

[14]万方. 我国情事变更制度要件及定位模式之反思[J]. 法学评论,2018(06):66.

[15]韩世远. 情事变更若干问题研究[J]. 中外法学, 2014(03):673.

[16]崔建远. 不可抗力条款及其解释[J]. 环球法律评论,2019(01):48-50.

【责任编辑:柴 玮】

The influence of government’s actions on the validity of contracts and the judicial response in COVID – 19 epidemic

Gou Xuefeng

(Shenyang Intermediate People’s Court, Shenyang Liaoning 110013, China)

Abstract: In the prevention and control of COVID – 19 epidemic, the government’s administrative actions have a greater impact on the performance of some civil contracts, which may result in legal consequences such as the failure to perform the contract, the delayed performance, or the failure to achieve the purpose of the contract. In the application of the law, due to the overlap between the force majeure and the circumstances change system, it can be applied separately according to the different degree of influence of government actions on contract performance. When applying force majeure to resolve contract disputes, the people’s court should pay attention to the content of the force majeure clause in the contract, strictly examine the causality and make a prudent judgment on the request to terminate the contract; when applying the rules of circumstances change, the factors of the circumstances change should be fully considered and the affordability of the parties should be mainly considered to use the principles of fairness, honesty and credit to reasonably allocate losses; where force majeure intersects with change of circumstances, based on considerations that are more conducive to balancing the interests of the parties, the rules of circumstances change can be used priorly to resolve disputes.

Key words: COVID – 19 epidemic; administrative behavior; contract performance; force majeure; change of circumstances



【疫情防控下社会治理研究】

疫情防控下政府应急征用的制度困境与进路探索

金梦兰

(中南财经政法大学,湖北 武汉 430000)

〔摘 要〕政府应急征用作为我国新型冠状病毒肺炎疫情防控的紧急行政措施之一,是突发公共卫生事件下国家紧急权力行使的具体表现。公共利益的优位保护与应急状态下公民权利的克减为政府应急征用提供了法理上的正当性。但是,相关立法的缺位使应急征用制度在实践执行中面临着征用主体不明确、征用范围不确定、征用程序不规范等诸多现实困境。针对当前政府应急征用的制度障碍,结合疫情防控背景,在立法中应当适当增加规范应急征用权力行使的义务性规定,将比例原则合理运用到征用实务之中,有针对性地确定征用主体、明确征用范围、规范征用程序及完善补偿机制四个层面来重构相关机制,在有效保障公民权利的同时,实现应急状态下的疫情防控工作在法治轨道上有序运行。

〔关键词〕疫情防控;应急征用;突发公共卫生事件;正当性;比例原则

〔基金项目〕本文系中南财经政法大学中央高校基本科研业务经费专项资金资助项目(项目编号:202010656)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕金梦兰(1996—),女,四川宜宾人,中南财经政法大学法学院经济法专业2018级硕士研究生,主要从事社会法学研究。

〔收稿日期〕2020-04-24

〔中图分类号〕D912.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-008-08

一、问题的提出

新型冠状病毒肺炎疫情在我国持续蔓延期间,政府部门面临着突发公共卫生事件下紧迫且沉重的应急管理压力与抗疫负担,相应的疫情防控工作不断开展与推进,各类行政应急措施与管控手段持续升级。其中,行政应急措施的正当性与行政应急性权力行使过程中程序和内容上的规范性问题,成为突发公共卫生事件应急状态下的重要关注点,尤其是本次疫情防控工作中的政府应急征用问题,备受学界关注与讨论。

日常性物资储备与应急需求之间矛盾与缺口的存在,使应急征用广泛应用于政府应急管理中。为了及时、有效地救治病人,本次疫情防控中就发生了诸多涉及地方政府临时征用的事件,如临时征用高校学生宿舍、体育场馆、酒店作为医疗场所,紧急征用口罩、防护服、护目镜等

应急医疗物资等。在以秩序保护为价值取向的行政应急管理中,公共利益的优位保护与应急状态下的公民权利克减使作为具体行政行为的政府部门应急征用具备法理上的正当性。但政府应急征用在高效调配、整合和利用社会资源、提高应急管理效率和质量的同时,也暴露出其具体行政行为实施中的制度性缺陷。伴随着政府应急征用权力扩张而来的,是权力行使的规范性与公民权利的兼顾保障问题。如备受争议和质疑的“D市违法征用C市口罩”事件;地方政府在征用高校宿舍时,工作人员随意、暴力地措置学生的私人物品事件;消费者在网购平台购买的口罩迟迟未发货,后被卖家告知相关物品已由政府征用等,都反映出政府应急征用制度落实到具体实践中时,在适用法律、征用主体、征用程序等方面的不规范性,进而给公民权利带来了不合理的限缩甚至侵害。

由此,在严峻的疫情防控背景下,深入思考政府应急征用制度的正当性以及面临的困境与挑战尤为重要。本文在对政府应急征用制度的正当性进行分析与厘清的基础上,对我国疫情防控下政府应急征用面临的困境与挑战进行深刻检视,并尝试对完善我国疫情防控下政府应急征用制度提出行之有效的建议,希望对未来突发公共卫生事件中政府应急征用权力的合法行使有所启发,以不断推动政府应急征用制度朝着更加成熟、良性的轨道发展。

二、疫情防控下政府应急征用的正当性

《宪法》第13条规定了国家基于公共利益的需要,享有依照法律规定对公民私有财产的征收权。本次新型冠状病毒肺炎疫情属于突发公共卫生事件,是一种“突然发生,造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情”,因此,本文关于疫情防控下政府应急征用的研究以一般性突发公共卫生事件为主。

政府行使应急征用权主要表现为对相对人的权利予以不同程度的限制,因此应急征用为什么能够存在,其权力的正当性来源于哪里,何以单方面地对私人财产权进行限制甚至剥夺,诸如此类的涉及政府应急征用权行使的正当性问题一直备受关注 and 争议。政府应急征用的行使表现为政府权力的优位性和公民权利的受限性,笔者现围绕这两项表现形态对政府应急征用的正当性进行理论证成。

(一) 权力来源:国家紧急权

国家紧急权是国家权力的一种特殊形式,指当国家发生突发事件,行使常态化行政权力、遵循正常的法律秩序不足以高效、及时地应对危机,国家机关依法通过法定程序宣布进入紧急状态或者行使紧急行政权力^[1]。作为应急征用的权力来源,国家紧急权具有法理上的正当性。一方面,国家紧急权的存在是国家的基本职能所决定的,保护人民群众的生命健康和财产安全是国家机器存在的本质目的和主要职能,因此如本次疫情所示,当人民群众的生命健康受到威胁时,国家负有予以救助的义务^[2]。国家存在的前提和其本身职能决定了国家紧急权行使的正当性。另一方面,从成本效益分析的角度来看,国家紧

急权的行使是对多方利益进行权衡与博弈后的必然选择。面对紧急的生命安全问题,采取应急措施所带来的收益远超于常态遵守法治秩序所带来的利益;且“由于突发公共事件危及的对象是公共安全,当采取紧急措施维护公共安全时,投入的成本除了公共财政的支出外,不可避免地会涉及私益的非对称性支出”^[3],采取应急措施带来的收益也远超于限制公民权利所带来的成本。因此,行使国家紧急权的实质是为了维护人民的根本利益。

(二) 权力优位:公共利益优先

我国《宪法》第1条第三款中关于“国家为了公共利益的需要”的规定,直指在应对突发事件实施政府应急征用时公共利益优先的法律考量,体现了实质法治主义。由此,公共利益优先成为应急征用反映出的政府权力优位正当性的基础。公共利益优先的政策考量决定了紧急行政权力的优位性,以及突发事件中政府应急征用权行使的正当性。

何为公共利益以及应急征用中公共利益优先的范围如何界定直接决定了应急征用权的规范行使。基于概念内容与受益主体的不确定性,学界一直以来都无法对公共利益进行明确且具体的界定^[4]。厘清公共利益的基本要义和特征,有助于进一步明确公共利益的涵义。公共利益中的“公共”是一个动态概念,是指利益的共享性与非排他性,强调利益的受众是不特定的大多数人。这也决定了公共利益是相对于私人利益而言的,但并非私益之外的范畴均属公益,尤其不能将其完全等同于国家利益和政府利益^[5]。此外,公共利益优先原则蕴含着利益平衡的立法论,公共利益与私人利益虽是对立统一的关系,但在突发事件下往往反映为公共利益的优位保护及其对个人利益的限制,这种限制要遵循正当程序及合理限度,具体可通过比例原则来合法合理地平衡各方得失。

(三) 公民权利的受限:应急状态下的人权克减

政府应急征用权力的优位行使对应的是公民权利的受限性。“在政府与自由的永久话题上,危机意味着更多的政府而较少的自由”^[6],应急状态下公民权利的限缩具有法理上的正当性,



间接说明了政府应急征用的正当性。在突发事件应急状态下,个人利益与公共利益的统一体现在对个人权利的约束或限制上,一般表现为权利的缩减和义务的伴随性扩张,如《传染病防治法》第42条和《突发事件应对法》第50条等均对突发事件中公民的人身自由权、劳动权、经营自主权等进行一定程度的限缩甚至剥夺。应急状态下的人权克减理念源于公共利益优先和成本效益分析理论,在突发事件应急管理过程中,基于保障公民生命权、健康权以及社会秩序安全稳定的需要,不得不优先维护公共利益,牺牲最小的代价来实现上述目标^[7]。因此,即使强制性限制甚至剥夺了私人财产权、劳动权等权利,政府应急征用也具备法理上的正当性。

应急状态下国家机关虽然可以基于公共利益的需要对于公民权利进行一定程度的限制,但要谨守权利缩减的底线,不能任由该限制无限度地扩张,否则会蜕变为对权利彻底的排除和漠视。本次疫情防控下的政府应急征用,其实质是突发公共卫生事件发生后行使国家紧急权的具体权力样态,政府享有较之常态权力更加集中的紧急行政权,从而得以高效、及时地组织、整合社会资源,有效应对社会危机,最大程度地保障人民群众的生命健康和财产安全,尽快恢复正常的社会秩序。

三、疫情防控下政府应急征用的困境检视

政府应急征用涉及到对相对人财产权、劳动权等权利的限制甚至剥夺,公民权利的缩减和让位于突发公共卫生事件应急管理的紧迫性和维护公共利益的优先性,具有法理上的正当性。但对公民权利的限制并非毫无限度,限制的程序和内容都需要法律的严格约束,方能合理配置行政权与保护相对人权利,实现突发公共卫生事件应对中多方主体的共赢。我国法律对政府应急征用进行规范始于1995年实施的《破坏性地震应急条例》,该条例属于自然灾害领域的应急管理法案。随着法律体系和法制建设的不断完善,我国在事故灾害、公共卫生事件、社会安全等多个领域均制定了应急性法规,但现行立法对于应急征用的规定却十分零散和粗糙,制度的粗放进一步导致了政府部门在具体行使行政权力时呈现

出恣意性。本次疫情中的一些事例集中体现了我国政府部门在应急征用方面的执法困境。

(一)突发公共卫生事件中政府应急征用的立法困境

在国家立法层面,《宪法》第13条的规定为政府在应对突发公共卫生事件时的应急征用提供了权力基础。此外,《物权法》第44条、《突发事件应对法》第12条和第52条、《传染病防治法》第45条以及《国家突发公共事件总体应急预案》《国家突发公共卫生事件应急预案》等均对政府为了公共利益的需要而紧急征用私人所有的财产有所规定。表1反映了以上立法中关于应急征用的具体内容,可以看出我国法律对于应急征用的规定简单粗放,在直接关涉被征用人权利的征用程序和征用补偿方面着墨甚少。

在地方立法层面,应急征用则呈现出三种模式:第一种是直接对《突发事件应对法》进行本土性细化,例如《山西省突发事件应对条例》《山东省突发事件应对条例》;第二种是制定专门的应急征用法规,例如《太原市应对突发事件应急征用物资、场所办法》《惠州市突发事件应急征用和补偿实施办法》《江门市突发事件应急征用和补偿暂行办法》《常州市应对突发事件应急征用管理办法》;第三种是针对征用补偿制定专门的法规,例如《安徽省突发事件应急财产征用补偿管理办法》《杭州市应对突发事件应急征用补偿办法》。通过对上述规定逐一检视,笔者发现地方法规的实质内容往往大同小异,并且不乏和上位法冲突的情形,例如《天津市突发公共卫生事件应急办法》第22条规定应急处理指挥部可以决定征用事宜,属于征用主体不合法的情形。

从时间层面来看,2003年“非典”疫情使立法机关意识到现存法律规范在应对全国性突发紧急事件方面的不足,故多项关于突发公共卫生事件的立法在“非典”疫情后完成修订。仅在“2003年和2004年两年,就有27部包含应急征(调)用条款的法律规范颁行”^[8],2004年修订的《宪法》更是首次将征用纳入了国家基本法的范畴。虽然在“非典”发生后的一段时间内,我国紧密出台了一系列法律用于修补之前的规定,但当社会对该事件的余悸消散以后,立法机关对突发事件应对方面的研究和重视程度明显降低。法律所依

据的现实情况是不断变化的,例如政府机构设置、行政程序、财产权的基础和范围等,应急行政

制度的粗放规定凸显了法律的滞后性。

表 1 政府应急征用法条对比

法律依据	征用主体	征用范围	征用条件	征用程序	限制条件	征用补偿
《宪法》	国家	土地、公民的私有财产	为了公共利益的需要	/	依照法律规定	给予补偿
《物权法》	/	单位、个人的不动产或者动产	抢险、救灾等紧急需要	依照法律规定的程序	依照法律规定的权限	应当给予补偿
《传染病防治法》	国务院	房屋、交通工具以及相关设施、设备	传染病暴发、流行时,根据传染病疫情控制的需要	/	在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内	应当依法给予补偿
	县级以上地方人民政府				本行政区域内	
《突发事件应对法》	有关人民政府及其部门	单位和个人的财产	为应对突发事件	/	/	应当给予补偿
	履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府	应急救援所需设备、设施、场地、交通工具和其他物资	必要时			
《国家突发公共事件总体应急预案》	/	有关单位及个人的物资	/	/	/	按照规定给予补偿
《国家突发公共卫生事件应急预案》	/	房屋、交通工具以及相关设施和设备	/	/	/	地方各级人民政府应组织有关部门进行合理评估,给予补偿

(二)疫情防控中政府应急征用的现实困境

政府在疫情期间应急征用私人所有的物资并合理调配和使用,可以使物资最大限度地发挥作用,对于疫情防控大有裨益。在立法位阶方面,法律、行政法规、地方法规、地方规章等均对政府应急征用权力有所规定,但是如果抛开形式只看内容的话,国家立法一般仅作原则性规定,地方立法则多属上位法的简单抄袭或者翻版。政府在适用法律时存在大量自由裁量的空间,这一方面违背了依法行政的原则,另一方面可能导致被征用人权利侵害之虞。从本次疫情来看,政府应急征用制度仍存在需要完善的问题。

1. 征用主体不明确

在本次疫情中,“D市违法征用C市口罩”事件引发全国上下高度关注,作为征用主体的D市卫生健康局是否具有应急征用的权限值得深入思考。《突发事件应对法》第12条规定的应急征用主体为“有关人民政府及其部门”,第52条则是“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府”,前后规定稍显矛盾。理论界认为第12条属于总则的内容,第52条属于分则的内容,因此后者优先于前者适用,政府部门不得作为应急征用的主体^[9]。另外,《传染病防治法》规定的征用主体为国务院和人民政府,《传染病防治法》和《突发事件应对法》是特殊法和一般法的关系,因此应当优先适用前者,征用主体限于县级以上人民政府,然而“这种规定在其后制定的下层级的法律规范中没有得到坚持”^[10]。D市卫生健康局本无应急征用权力,却在防控疫情的重要关头枉顾法理和情理,径直“截留”其他省份的紧急医用物资,该行为缺乏法律基础,违背了“依法行政”原则,应属行政违法行为。这一事件足以体现某些政府部门在应急征用中法律意识的不足以及我国法律对于征用主体的规定不甚明确。《突发事件应对法》第12条为政府部门违法应急征用打开了闸门,部分地方性法规更是直接赋予



政府部门征用权限。法律对征用主体规定不一,势必造成突发公共卫生事件应对中政府应急征用的混乱,引发法律争议。

2. 征用范围不确定

通过表1的列举可以看出,立法对于征用的范围一般规定为财产,但从实践来看,多地政府在本次疫情中有征用私人所有的货车运送物资并要求车主负责运输的行为,那么政府行为是否包含对劳务的征用值得思考。事实上,学界一般认为这种强制要求提供劳动力的行为有必要纳入应急征用中,以此保护被征用人要求征用补偿的权利^[11]。在面对突发公共卫生事件时,国家对于医用物资的需求呈现爆发式增长。2020年1月29日,国务院办公厅发布《关于组织做好疫情防控重点物资生产企业复工复产和调度安排工作的紧急通知》,要求制作口罩、防护服、医药用品等企业复工复产。有的学者认为这种行为属于政府对“服务”抑或“生产能力”的应急征用^[12]。笔者认为,“服务”和“生产能力”都无法完全符合企业复工复产的性质,而且这样的定性具有模糊性,不利于展开对企业的征用补偿。事实上,要求复工复产包括了“征用企业工人的劳动力和企业生产的物资”两个层面的含义,仍然没有逃逸出征用财产和劳务的语境,因此不适合将其定性为对“服务”和“生产能力”的征用。

在“D市违法征用C市口罩”事件中,D市政府和D市卫健局之所以为千夫所指,一个重要原因是其征用的过境口罩属于疫情更为严重的C市所有。然而现行法律只规定县级以上人民政府可以应急征用“本行政区域内”的物资,并未对物资的所有权人及所在地加以限制。虽然D市征用了过境物资,但是该物资实质上位于D市境内,从表面上看似乎无可厚非,反映出我国相关立法对于应急征用范围的规定过于笼统。

3. 征用程序不规范

我国法律对应急征用程序的规定基本上属于空白,这也符合我国行政立法“重实体、轻程序”的惯例。从地方立法来看,有的地方有“法”可依,有的地方目前缺少法律依据。应急征用程序应当优先注重对行政效率的保障,但是也不能漠视对被征用人权利的保障。从本次“新冠肺炎”疫情中应急征用的情况看,政府以通知的形

式下发给被征用单位,这种方式虽然简单快捷,但是征用环节过于简陋,忽视了被征用人的协商权和对行政行为的救济权。此外,由于缺乏前期协商环节和物资清点、登记造册环节,可能导致后期进行征用补偿时人民政府独揽话语权。虽然应急征用具有紧迫性,但是对于个人权利依然应当保持最低限度的尊重,行政权力的行使时时刻刻都应当受到法律的约束^[13]。2003年“非典”疫情与本次“新冠肺炎”疫情同属突发公共卫生事件,在应对“非典”时已存在由于征用程序不规范导致被征用人无法获得合理补偿的先例^[14],虽然此后应急征用相关的法律法规得到进一步完善,征用程序方面仍存在明显欠缺。

4. 补偿机制不完善

征用补偿制度的建立一方面基于保障公民财产权的需要,另一方面可以监督行政机关依法征用^[15]。与征用程序一样,我国法律对于征用补偿的规定,一般是用“应当给予补偿”“给予相应补偿”等字眼一笔带过,缺乏对补偿主体、补偿标准和原则等方面的具体规定。在本次疫情中,武汉市政府紧急征用了多所高校的学生宿舍用于隔离病患,负责武汉R工程学院的工作人员(包括本校教师 and 校外人员)在打包清理学生物品的过程中出现了随意丢弃、暴力对待、翻看学生私人物品等侵犯学生隐私的行为。随后,该校发表“致歉信”,表示对于学生物品的损失将在开学后予以核实和补(赔)偿。政府作为征用人,学校作为被征用人,学生的损失理应由政府作为补偿主体,但是当学校身处舆论漩涡时,政府对此没有任何表态,会在一定程度上挫伤单位和个人配合政府征用的积极性。在补偿标准方面,现行法律规定的“相应补偿”含糊不清,实践中几乎是由政府一方决定补偿数额。例如在Y市地震后,有学者对当时被政府应急征用的部分超市和个人进行调查,许多人认为政府在进行补偿时存在“补偿标准过低、补偿不及时、事前宣传不够、资金使用和征用过程不透明”的问题^[16],可见我国的应急征用补偿机制亟待完善。

四、完善我国疫情防控下政府应急征用的思考与建议

疫情防控下的政府应急征用制度面临的正

当性拷问以及上述立法与现实困境,其实质源于突发公共卫生事件应急状态下不同于常态法制的行政权急度膨胀。一方面表现为行政权的自身集中与扩张。基于应急管理需要,行政权内部快速集中并向立法权、司法权等领域进行扩展,公权力内部权力分配的不协调性导致法律制度的缺陷与漏洞。另一方面表现为行政权向私主体扩张,主要体现为应急状态下的公民权利克减,公权向私权扩张的不规范性导致现实执行面临的诸多困境与挑战。因此,政府应急征用体制的变革直接影响到公权力之间的规范以及行政权与公民权利之间的配置与协调。

(一) 政府应急征用权的适度扩张与规范行使

政府作为应急征用法律关系的征用主体,对被征用主体即行政相对人行使应急征用权,往往表现为政府权力的扩张与集中,并伴随着公民义务的扩张。作为应急状态下的高权行政,应急征用权的规范行使是政府应急征用法律关系的重要一环。

一方面,行政机关对应急征用涉及的决策、种类、时限等问题具有相比常态权力更高的自由裁量权,且对相对人的财产、劳动力等权利进行强制性限制甚至剥夺,公民的权利范围会相应缩减,并同时负担与容忍政府包括应急征用在内的各项应急与管制措施,因此,应急征用权力的行使需要法律予以规制。我国目前的应急征用法律体系存在“重主体轻内容”“重权力轻义务”等问题,如《传染病防治法》第45条规定:“县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资,临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备”,仅规定政府的应急征用权却未对权力的行使予以具体规范。因此,在宏观内容上有必要进行规范重心的调整,适当增加规制行政机关应急征用权力行使的内容性规定与义务性规定;地方性法规、规章等规范性文件应当结合自身特点进行探索和细化,增强规范的可操作性。

另一方面,考虑到突发公共卫生事件的突发性、严重性与紧迫性,应急征用应当满足效率性的要求,适当允许其对简易程序和特别程序的适用。因此,虽然政府应急征用作为一项具体行政

行为应当受正当程序原则的约束,但在情况特别紧急时,出于保护公共利益和恢复社会秩序的效率要求,正当程序原则在政府应急征用过程中可降至最低标准^[17]。这是程序正义在突发事件应急状态下为优位保护社会公共利益而做出的让步,但简易程序的运行仍然应当遵守法治原则,并最大限度保障公民权利。

(二) 应急与限权的均衡之约——比例原则

作为实质意义法治国家的“皇冠原则”,比例原则是常态行政下发展出的规制行政机关自由裁量权的重要理论,其本质内涵是兼顾行政目标的实现和保护相对人权益。通说认为比例原则是指在目的正当的前提下,手段必须要满足适当性、必要性和均衡性三项标准^[18]。比例原则在政府应急征用中的价值是关注征用行为的合理正当性,关注被限制了公民权利的法律保护,以及结合疫情防控形势降低限制程度至最低。

在应急征用中贯彻比例原则,一方面需要限制政府应急征用实施的法律前提,审慎行使应急征用权,关注手段与目的之间的均衡性。在发生了符合法律规定的突发事件时,必须经过前期评估,若评估结果认为必须依靠行使紧急行政权才能有效应对突发情况,则可以启动行政应急权力。另一方面,应急征用的行为方式和强度必须与突发事件的种类和等级相适应,应急征用的严厉程度应当与突发事件紧急危险的等级成正比。另外,在对公民权利进行限制时,必须严格贯彻比例原则,谨守基本权利保障的最低防线^[19],尤其要确保对公民核心权利的保障,不能触及基本权利的内核,每项基本权利中所包裹的个体的人性尊严不能被否定和消解;还要尽可能避免对其他主体的合法权益造成损害,若该损害在现行疫情防控背景下无法避免,则应选择对其他主体造成最小损害的措施,将损害程度降到最低程度。

(三) 完善法律制度,保障被征用人权利

1. 明确征用主体及其相应的法律责任

通过对《突发事件应对法》进行体系解释,可知该法实际上将征用主体确定为国务院和县级以上人民政府,不包括政府部门,因此有必要将该法第12条的“政府部门”予以删除,还应当对其他应急法律文件进行全面的修订,以统一关于征用主体的规定。关于征用主体的另一问题是



其义务和法律责任问题,目前的法规对于政府在应急征用方面的权力规定较多,而在义务和责任方面则着墨甚少,仅规定了“及时归还”被征用物品的义务与法律责任。建议在完善相关立法时应当明确政府滥用应急征用权的行政责任、不按照法定或者约定时间给付征用补偿的法律责任等。

2. 准确划定征用范围与征用对象

《突发事件应对法》规定县级以上人民政府可以在“本行政区域内”进行应急征用,但并未规定本行政区内的过境物资是否纳入征用范围。笔者认为,对于该问题可进行目的性限缩解释,即“本行政区域内”的物资应当仅限于财产归属地为本行政区域内的财产,过境物资应当被排除在外,否则可能引发一系列运输合同主体之间、不同区域行政主体之间的纠纷。另外,应当明确劳务亦属于征用对象,并且被征用人和政府之间的法律关系为行政委托关系,被征用人从事劳务所导致的法律后果由征用主体承受。本次疫情中“D市违法征用C市口罩”事件反映出D市在征用口罩时罔顾C市人民受疫情影响的客观现实。对于这一问题,笔者赞成部分学者的建议,即应当在法律中明确“政府不得应急征用或征收任何单位和个人正在或即将用于疫情防控的、不可或缺的物资”^[20]。

3. 细化应急征用的程序性规定

政府应急征用虽然是政府在紧急状态下为了公共利益作出的行政行为,其程序可以有所简化,但在坚持效率优先的同时依然应当遵循基本的正当程序要求。我国立法应当对应急征用程序作出基础性的规定,并且允许各地区结合实践和当地情况制定实施细则。应急征用的基本程序应当包括:(1)确定征用范围。在这一阶段应当注重决定征用的过程和负责人员,以便事后对有关环节和人员进行责任审查。(2)由人民政府签发《应急处置征用通知书》,其中应当详细记录欲征用财产、劳务,并且告知被征用人有权对该行政行为申请复议。(3)实施征用,登记造册。(4)按照法定或者约定的时间返还财产。(5)进行补偿。在情况十分紧急时,前述步骤可能来不及完全实施,尤其是登记造册环节容易存在缺漏,但是登记造册对于界定补偿范围尤为重要,

应当在实施征用的过程中进行录音录像记录或者在事后补全。

4. 完善补偿标准,依法及时补偿

补偿机制是我国应急征用制度存在的明显短板,应尽快完善。首先,为了督促政府主动补偿被征用人,应当以依职权进行补偿为常态,以申请补偿为例外,例如政府工作人员因紧急征用未登记造册的情况。但是在这样的情况下,对于被征用人提出的补偿申请,政府应当适用“举证责任倒置”的规则,即人民政府应当证明自己未征用有关财产或者劳务,否则应当按照申请进行补偿。其次,现行的补偿标准一般为“相应补偿”或者“适当补偿”,此规定不仅不利于实践操作,而且可能导致被征用人无法获得足额补偿。因此,应当将补偿标准细化,明确对于被征用财产、劳务以及提供生产的企业具体的补偿标准和范围。最后,补偿款项应当依法尽快发放给被征用人。如果被征用人认为补偿数额过低或者政府机关拖延补偿的,可以通过行政复议、行政诉讼等方式依法维护自己的合法权益。

五、结语

本次疫情防控中,地方政府作为应急征用法律关系的主体对公民财产、劳务进行征用,体现了政府权力的优先性和公民权利的受限性,其实质是基于维护公共卫生利益的紧迫需求、公民生命权的优位保障以及社会秩序的尽快恢复而依法对公民财产权等进行一定程度的限制。制度根本目的的实现仰赖于具体而精细化的制度设计和实务主体对规则的绝对遵循。从现实情况来看,规范我国政府应急征用方面的法律制度较为粗糙,政府在实际操作中行使自由裁量权的空间过大,一方面不利于监督政府依法行政,另一方面可能使被征用人陷入权利受到无端侵犯之虞。从长远来看,应急征用制度的缺陷可能导致不良社会影响,挫伤公民配合政府征用的积极性,对将来的政府应急征用产生阻滞因素。故而,有必要结合本次疫情中反映出的政府征用方面的问题,完善政府应急征用制度,增强政府应急征用的法制化建设。

〔参考文献〕

[1]王敬波.公共危机管理案例:突发事件应急处置的典型分析[M].北京:研究出版社,2009:3-5.

[2]江必新.紧急状态与行政法治[J].法学研究,2004(02):4.

[3]宋功德.行政法的均衡之约[J].北京:北京大学出版社,2004:120.

[4]陈新民.德国公法学基础理论[M].济南:山东人民出版社,2001:185.

[5]褚江丽.中国宪法公共利益原则研究[M].北京:中国社会科学出版社,2013:12.

[6]刘莘.行政应急性原则的基础理念[J].法学杂志 2012(09):15-21.

[7]霍登科.政府应急征用法律问题研究[D].中国政法大学,2011:10.

[8]王敬波.略论政府应急征用法律制度的完善[J].行政法学研究,2011(04):16-24,94.

[9]李飞.《中华人民共和国突发事件应对法》释义及实用指南[M],北京:中国民主法制出版社,2007:207.

[10]叶必丰.规则抄袭或细化的法解释学分析——部门规则规定应急征用补偿研讨[J].法学研究,2011(06):88-97.

[11]杨秀颖.论中国行政应急性权力[J].学理论,2012(05):64-65.

[12]党雷.突发事件应对中的行政征用补偿制度研究[J].法治研究.2010(02):65-69.

[13]戚建刚.应急行政的兴起与行政应急法之建构[J].法学研究,2012(04):26-28.

[14]刘浪,李俭.非常规突发事件应急征用补偿机制[J].北京理工大学学报(社会科学版),2012(04):94-99,109.

[15]孙东河.试论突发事件应对中的征用和补偿[J].科技创业月刊,2016(08):56-58.

[16]王世靓,何梅青.青海玉树地震应急征用与补偿情况的调查分析[J].特区经济,2014(03):188-190.

[17]滕宏庆.论行政应急权的合宪性控制[J].法律科学:西北政法学院学报,2012,29(06):56-67.

[18]杨临宏.行政法中的比例原则研究[J].法制与社会发展,2001(06):42-44.

[19]苏明,刘彦博.应急财产征用补偿制度研究[J].中国应急管理,2011(09):13-20.

[20]段相宇.疫情防控中怎样应急征用[N].中国纪检监察报,2020-02-09:3.

【责任编辑:柴 玮】

Dilemma and approach of the system of government's emergency requisition under epidemic prevention and control

Jin Menglan

(Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan Hubei 430000, China)

Abstract: As one of the emergency administrative measures for the prevention and control of COVID-19 epidemic in China, the government's emergency requisition is a concrete manifestation of the exercise of national emergency power under public health emergencies. The preferential protection of public interests and the derogation of citizens' rights under emergency conditions provide legal legitimacy for the government's emergency requisition. However, the absence of relevant legislation makes the emergency requisition system face many practical dilemmas in practice, such as unclear subject of requisition, uncertain scope of requisition, and non-standard requisition procedures. In view of the current systemic obstacles to government's emergency requisition, combined with the epidemic prevention and control background, the legislation should appropriately increase the obligatory provisions regulating the exercise of emergency requisition power, reasonably apply the principle of proportionality to the requisition practice, and reorganize the relevant mechanisms by determining the subject of requisition, clarifying the scope of requisition, standardizing the requisition procedures and improving the compensation mechanism. Realize the orderly operation of epidemic prevention and control under the emergency state on the rule of law while effectively guaranteeing the rights of citizens.

Key words: epidemic prevention and control; emergency requisition; public health emergencies; legitimacy; principle of proportionality



【疫情防控下社会治理研究】

公安机关应对重大突发公共卫生事件 网络舆情策略研究

——以新冠肺炎事件为例

李 壮,曹雪飞

(中国刑事警察学院,辽宁 沈阳 110000)

〔摘 要〕群众对于重大突发公共卫生事件的关注程度高,尤其在信息时代背景下,对由其引发的舆情必须高度重视。2019年12月以来全国范围内爆发了新型冠状病毒(2019-nCoV)疫情,习近平总书记在疫情防控工作部署中强调,要及时发布权威信息,公开透明回应群众关切,增强舆情引导的针对性和有效性^[1]。作为负有维护社会治安秩序、保护人民群众生命财产安全使命的国家力量,各级公安机关提升应对重大突发公共卫生事件舆情处置能力应引起高度重视。在新冠肺炎疫情防控过程中,公安机关在网络舆情处置工作中暴露出来一定的短板和不足,应当在此分析研判的基础上健全和完善应对重大突发公共卫生事件舆情处置机制,提升公安机关应对重大突发公共卫生事件的舆情处置能力。

〔关键词〕重大突发公共卫生事件;新型冠状病毒;疫情防控;舆情处置

〔作者简介〕李壮(1996—),男,河北保定人,中国刑事警察学院刑事犯罪侦查学专业2018级硕士研究生,主要从事侦查学研究;曹雪飞(1981—),男,新疆乌鲁木齐人,中国刑事警察学院侦查与反恐学院副教授,反恐教研室主任、警务反恐研究中心主任,主要从事反恐警务研究。

〔收稿日期〕2020-04-23

〔中图分类号〕D631 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-016-08

一、重大突发公共卫生事件

(一)新冠肺炎疫情突发事件

根据2006年国务院发布的《国家突发公共事件总体应急预案》,突发公共卫生事件是指突然发生,造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情、群体性不明原因疾病、重大食物和职业中毒以及其他严重影响公众健康的事件。武汉市疾控中心于2019年12月通过监测发现有不明原因的肺炎病例出现;2020年1月9日,国家卫生健康委专家评估组对外发布武汉不明原因病毒肺炎病原信息,病原体初步判断为新型冠状病毒(2019-nCoV)。新型冠状病毒疫情随后蔓延至全国,各地新型冠状病毒肺炎(以下简称新冠肺炎)疫情病例不断增加。疫情发生后,全国各地在党中央、国务院的坚强领导下积

极采取措施,启动重大突发公共卫生事件一级响应。2月28日,国家卫生健康委专家表示此次新冠肺炎疫情是新中国成立以来,传播速度最快、感染范围最广、防控难度最大的重大突发公共卫生事件^[2]。经过各级政府和全国人民的共同努力,至3月14日,国务院联防联控机制新闻发布会通报宣布全国绝大多数县域已成为低风险县域。

在此次应对疫情过程中,包括湖北省、武汉市在内的全国公安机关根据习近平总书记“生命重于泰山,疫情就是命令,防控就是责任”的重要指示,迅速行动、全力投入到疫情一线工作中去,开展疫区防控维稳、人员核查、舆情处置、涉疫犯罪侦查等一系列警务工作。网络舆情处置就属于疫情应对的主要工作内容之一。

(二) 重大突发公共卫生事件中的网络舆情

网络舆情是指在一定的社会空间内,通过网络围绕中介性社会事件的发生、发展和变化,民众对公共问题和社会管理者产生和持有的社会政治态度、信念和价值观^[3]。多数民众对社会上各类现象或问题的信念、态度、意见、情绪等表现的总和构成了网络舆情。网络舆情不仅形成速度快,对社会产生的影响也较大。针对具体中介性社会事件,网民对公共问题和社会管理者产生和持有的社会政治态度有正面、肯定的,同时也有消极、否定的。根据不同的政治态度,网络舆情可归为两类,即正面网络舆情和负面网络舆情^[4]。负面网络舆情是指在网络上围绕中介性社会事项的产生、发展和变化,网民对执政者及其政治趋向所持有的消极、反对的或是否定的社会政治态度^[5]。新冠肺炎疫情爆发以来,举国上下都投入到抗击新冠肺炎的战斗中,努力遏制疫情扩大蔓延的势头。在疫情防控过程中,有关新冠肺炎的各类网络舆情不断在网络空间出现并传播,其中既有歌颂英雄、鼓舞斗志的正面舆情,也不乏别有用心、渲染恐慌的夹杂各类乱象、搅动舆论的负面舆情。根据中国互联网络信息中心(CNNIC)发布的第44次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2019年6月,我国网民规模达8.54亿,互联网普及率达61.2%;国内手机网民用户规模已达8.47亿,网络用户使用手机上互联网的比例高达99.1%^[6]。在如此高的网络普及率下发生重大突发公共卫生事件,其信息内容的传播将突破地理限制扩散到全国,传播速度与受关注度将极大提升。加之疫情期间由于绝大多数民众需要减少外出,常常选择在家上网作为消遣,民众可以在各类社交媒体平台上随时随地发布、获取与疫情相关的信息。如图1所示,从2020年1月21日至3月3日,各类媒体上疫情相关舆情关注度走势整体呈上升趋势并居高不下,其中网民获取疫情信息的重要渠道就包括微博、微信、新闻门户网站等网络媒体。

据工信部网站消息,2020春节假期(1月24日-1月31日),移动互联网流量消费同比增长36.4%^[8]。根据人民网调研显示,获取新闻资讯成为网民在疫情期间上网的核心诉求,其中92%的网民在疫情期间关注新闻资讯的核心诉求是

关注抗击新冠肺炎重大事件;79%的网民会每天多次关注疫情相关信息^[9](见图2)。如果各类网络媒体上有关新冠肺炎的网络舆情都能够得到正确引导,无疑将有利于疫情防控工作的开展;若对此类舆情没有进行及时管控与正确引导,海量的信息经过新媒体平台的发酵、传播,极有可能导致舆论场众声喧哗,给疫情防控工作带来困难,还有可能引发更严重的社会危机,妨害社会和谐稳定。

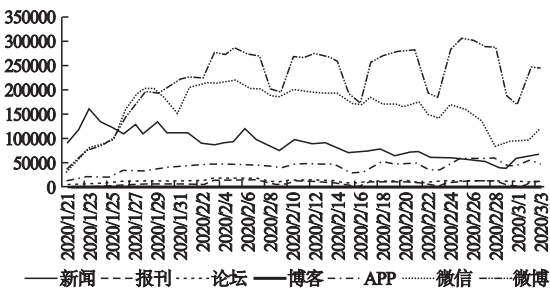


图1. 1月21日-3月3日疫情相关舆情关注度走势^[7]

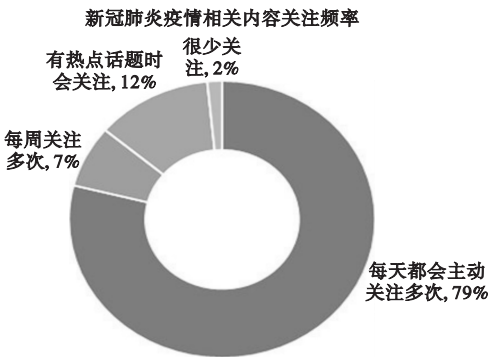


图2. 网民对新冠肺炎疫情相关内容关注频率^[7]

(三) 公安机关进行网络舆情处置的执法依据

舆情是政府执政能力的风向标,一定程度上会对政府决策等造成影响^[10]。关注舆情并对其进行检测、分析和适当的引导,有助于政府在处理重大事件特别是突发事件的过程中取得更好的社会效果。公安机关作为政府中维护社会治安秩序的专业部门,配合政府开展应对舆情工作中的重点是应对网络谣言和虚假信息。2020年2月10日,最高法、最高检、司法部、公安部联合发布了《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(以下简称《意见》),为坚决打赢疫情防控阻击战提供有力法治保障,也为重大突发公共卫生事件期间公安机关依法及时进行舆情处置、惩治违法犯罪提供了法律依



据。《意见》明确说明对于故意编造并传播虚假的疫情信息、组织他人传播涉疫谣言等行为,可根据其严重程度,依照《刑法》规定以编造、故意传播虚假信息罪,寻衅滋事罪,煽动分裂国家罪等罪名定罪处罚;若网络服务提供者未能履行好信息网络安全管理义务,致使虚假疫情信息大量传播的,依据《刑法》相关规定以拒不履行信息网络安全管理义务罪进行定罪处罚;《意见》还要求对虚假疫情信息案件要依法、精准、恰当处置。

二、当前公安机关应对网络舆情工作中存在的问题

(一) 协同应对机制待完善

公安机关在重大突发公共卫生事件期间的舆情应对,需要三种类型的配合。

一是地域间平级公安机关与其他政府机构、公安机关内部不同部门的横向配合。应对重大突发公共卫生事件需投入大量人力物力并调动多方面力量,各部门间做好进一步统筹协调愈发重要。进入信息时代以来,随着经济社会发展和网络媒体不断普及,疫情期间出现的关于疫情的舆情影响所及不仅仅局限在某一属地,特别是涉及到存在某领域共同利益的诉求群体,常常分布在多个属地。面对舆情发酵扩散,各属地公安机关、卫生等部门要彼此配合相互联动,既能够节约资源,避免在事件的处置过程中耗费过多时间和人力;还可以形成合力,达到最优处置效果。

二是上下级公安机关间的等级协调,包括警力调配、上级管理措施的落实、有关资源的调配等。网络空间的发达,使得网络舆情不可能只集中在某一属地,而是会影响到整个省市乃至辐射全国。部分基层公安机关缺乏公共卫生专业知识储备与快速处理应对网络舆情的经验,没有应对重大疫情网络舆情时的快速反应机制与预案,即使具有优秀舆情处置能力的警力也难以应对重大疫情网络舆情时紧迫复杂的局势。尤其在舆情发酵后,单靠某一属地的公安机关很难做好舆情处置的全部工作。如何形成科学、明确的细化分工,形成上下级联动以谋求最高的效率,有待多层次公安机关进一步沟通协调。

三是与各类媒体、公众的协调,包括发布权威信息、动员、防疫演习和宣传等。当网络舆情

热点事件出现时,不仅官方媒体发布的信息对网络舆情产生影响,社会媒体和社会人士发布的信息对网络舆情的影响也很大,而且往往持续时间很长。公安机关要想更有效地引导舆论向着警方预期的方向发展,进行防疫宣传的同时保持社会稳定,就需要主动、积极地与社会媒体和社会人士进行沟通合作,借助社会资源达到更高效率、追求更好效果。当前,部分公安机关并没有与媒体和其他政府部门形成舆情处置方面的合作关系,仅靠公安机关自身处理涉及疫情的谣言和虚假信息,很难在属地管辖范围内疫情的信息发布与合理管制之间寻求到平衡点。

(二) 公安机关舆情信息采集、研判机制待完善

由于我国网络媒体受众人数众多,网络平台动辄拥有对数亿规模用户的影响力。2020年1月9日微信团队发布的数据报告显示,2019年微信月活跃用户量已达到11.51亿,百度贴吧、腾讯QQ、新浪微博等媒体平台用户也是达到数亿级别。此类网络媒体平台若不能对新冠肺炎疫情相关的谣言、虚假信息等进行有效管理,一旦被各种别有用心者利用,将形成巨大传播效果。目前在舆情信息采集方面,公安机关尚存在两方面问题亟待改进。第一,公安机关需加大舆情信息采集覆盖的范围。舆情信息采集源主要是以微信、微博等传播媒介为载体的网络信息。随着互联网行业飞速发展,网络信息的传播载体愈加丰富,各类新兴媒介层出不穷,但舆情信息采集系统未能及时跟进新兴媒介的发展速度,不能达到覆盖全网络空间、进行全方位舆情信息采集的效果,制约了舆情预警、研判分析的效果^[11]。第二,公安机关应完善舆情应对机制,提升舆情研判、处置的效率。例如抖音、快手等具有直播功能的平台,若在直播中突发传播涉及疫情的谣言、散布恐慌的行为,或出现类似新西兰恐怖袭击案件那样在直播平台上直播一些可能引发群体性恐慌的视频画面等情况,受众很多情况下无法判断信息的准确性和真实性,要等待互联网公司或公民报警称受到虚假、攻击性网络信息攻击后,公安机关才能够介入。若能依靠先进的舆情分析研判系统提前介入,及时准确判断网络事件的性质、及时准确判断可能引发舆情的态势,将大大

提升舆情应对的效率。据新华网发布的舆情监测报告显示,在突发事件发生数分钟内就会有网民使用移动终端将有关信息发到网络社交媒体上,十几分钟后就会有网站转载;一般负面网络舆情从发布到发酵,平均只需要2~4小时就能成为社会热点,12小时后就会使大部分网民对其有一定了解;数据显示,始于自媒体传播扩散的突发事件舆情所占比例高达80%^[12]。重大突发公共卫生事件属于突发事件,其严重程度远大于一般突发事件,相对应的网络舆情传播速度较之一般的突发事件还要更快。2020年2月13日15时48分,四川D市公安局110指挥中心接到群众报警,反映在B镇L村有一名男性上吊,D镇派出所立即出警进行处置。在公安机关调查的同时,许多微信群聊里都出现“四川D市某男子因患新冠肺炎上吊自杀”的谣言流传,而且还上传了一段男子吊死的视频。D市公安局J区分局于当日22时53分使用微博官方账号向公众发布警情通报,详细说明了此男子真正死因,并证实其死因无关新冠肺炎疫情。该事件中公安机关的处置和发布通告的速度并不慢,但仍然落后于谣言传播的速度,一个重要原因就是该视频通过微信等新媒体进行转发,网民仅需简单的操作就完成二次传播,而公安机关难以全面及时采集该类信息并依法作出应对。这说明公安机关重大突发公共卫生事件网络舆情处置工作需要更为快捷高效的舆情信息采集系统。随着5G时代的到来,网络传播速度将进一步提升,要做到及时掌控舆论局势必须依靠更加迅捷高效的舆情信息采集系统;在发生重大突发公共卫生事件的特殊时期,还需要采用专业的舆情信息采集系统对当地各类网络空间进行实时全覆盖的舆情信息采集,并借助更为先进的智能舆情采集预警系统进行分析、预警。

(三)对舆情处置工作重视程度不够

网络舆情处置的效率与效果一定程度上受到公安机关对舆情处置工作的重视程度影响和制约。新冠肺炎疫情期间各类相关网络舆情频频出现,从中央到地方各级公安机关都对这些舆情加以重视。但是,随着级别和地区的不同,公安机关重视程度往往也存在差异。凡是涉及疫情相关信息的网络舆情出现,网民都会立即给予

高度关注并进行讨论和再次传播,大部分公安民警也认识到舆情处置的重要性,及时追踪网络舆情并加以正向引导,但仍有部分公安民警对舆情应对的重视程度不够。此外,许多公安民警通常对已经造成一定社会影响的网络舆情关注程度较高,而对尚未引起广泛讨论但有发展为严重舆情事件倾向的信息缺乏关注,最终可能导致对该事件舆情信息的采集力度不够。

公安机关及其民警对舆情处置工作重视程度不够有以下三种表现。一是应对舆情主动性不足。面对与疫情有关的网络舆情,部分公安机关没有掌握舆论主动权的意识,或担心说错话而保持沉默,或因追求通报信息的完整性而没能及时正面回应网民的疑惑,使得舆情在舆论场不断演变发酵,处置难度更大。二是应对手段单一、落后。公安机关以往应对网络舆情通常采用封堵传播主体、渠道以及删除相关信息的手段,但在目前传播渠道多样、自媒体发达的情况下,单纯采用封堵、删除已不能达到控制网络舆情的目的,公安机关应采用多种应对手段,根据具体情况选用相应手段进行舆情应对。公安自媒体是发布实时信息、进行互动沟通的舆情应对利器,但部分公安机关由于重视程度不够或缺乏专业人才,自媒体尚未普及或运营不善。第三,处置舆情不重视时效性。网络技术不断进步、互联网终端不断普及,要求公安机关的舆情应对速度能够及时跟上网络舆论扩散、发展的节奏。相关谣言出现后,如果公安机关应对过迟,不但无助于挤压谣言猜测空间、解除恐慌状态以致引发严重的次生舆情灾害,还会恶化疫情防控的舆论环境并给相关工作带来极大干扰。新冠肺炎疫情期间,一段显示某村村民不顾疫情防控要求强行出村,与进行阻拦的村口值岗人员发生争执,用刀当场砍死值岗人员的视频于2020年2月8日起在C市网民群体中传播。2月14日晚,C市T区公安局官方微博发布通报辟谣时,该谣言已经改头换面在山东L市等多地网上流传,造成了部分网民及防疫志愿者的恐慌。虽然这其中包涵网络信息转化为舆情的时间,以及地方对舆情做出反应的流程所需时间,但公安机关若能通过多种渠道对外及时发声,时刻把握舆论的主动权,将会大大提升辟谣效率,从而在遏制网络谣言的同



时消除社会恐慌。

三、重大突发公共卫生事件舆情处置对策建议

(一) 形成高效有序协同作战体系

重大突发公共卫生事件舆情发生后,在其发展的各个阶段都包含了大量敏感信息。由于社会及网络的发展,舆情相互交织、密不可分,公安机关必须形成高效有序协同作战体系以应对处置复杂多变的网络舆情。其措施主要包括以下几点:

1. 完善多警种协同处置机制

各级公安机关应将公安指挥中心、情报信息中心、政治部、网络安全部门、国保部门、基层派出所机关等机构中涉及舆情处置的职能进行优化整合,并从中选拔培训出一批可胜任舆情处置工作的民警,成立跨越多个部门、警种同时具备专业素养和舆情处置经验的团队,定期对当下可能出现及其他地区已经出现的舆情开展预测或研究其走向,立即通报涉案地公安机关核查处置,并及时会商舆情应对策略和引导处置措施。要根据不同情况拟定舆论引导方案、通稿,制定严格的官方信息发布审批过程,把关事实的真相、事件处理的政策和结果等内容,准确引导舆论,增进社会共识,提升重大突发公共卫生事件网络负面舆情的防范处置能力,在重大突发公共卫生事件发生期间为舆情处置工作提供组织保障。各级公安机关还应尽快建立健全舆情分级处置机制,以确定适当层级公安机关负责处置对应级别的舆情,可根据事件性质、传播速度等标准来划定舆情的级别,由相应层级的公安机关来采取处置措施,避免出现权责不清、多头指挥、相互推诿的情况,使处置主体明确、处置效率提高。

2. 完善多部门协同处置机制

各级公安机关可结合本级、本地实际,完善与宣传、网信、法院、检察院等司法、行政部门的协作沟通。在党委和政府的统一领导下,明确自己应有的职责,及时向相关部门通报公安机关有关工作部署、打击涉疫犯罪专项行动等安排,积极争取支持配合;针对处置突发网络舆情事件,可以积极争取与其他政府部门如卫生、通讯、物资保障、公共设施管理等部门联动协调配合,做

到快速反应、迅速处置,充分发挥党委宣传部门、公安机关、网信部门各自既有优势,形成合力,确保在应对舆情的各个时期都能有具体的部门对事件进行处理把关,做到信息、情报共享,以免出现权责不清、多头指挥、相互推诿的情况。

3. 完善与媒体、社会机构合作机制

公安机关应积极主动地与互联网运营商、民间机构、传媒行业等进行合作,寻求信息情报共享,开辟涉疫信息联合发布机制;深化与网络运营商、传媒平台运营商的合作,加强舆情监测的全面性和精确性;主动与在特定地域、特定领域有影响力的媒体开展合作,建立重大突发公共卫生事件信息互通机制。传统媒体、自媒体、新媒体等各类媒体不仅可以成为公安机关与社会各界良好沟通、表达意见的中间人,还可以在疫情时期给公安机关的工作提供舆论支持。完善与媒体及其他社会机构的合作机制不仅可以使警方通过媒体或社会机构向公众更为实时、便捷、覆盖面更广地进行信息发布与回应,还可以使媒体或社会机构获取信息更为准确快捷,减少了谣言传播的可能,从而达到重大突发公共卫生事件信息发布与管制的平衡。此次疫情中,许多地方公安机关利用“微博辟谣”、知名权威公众号等多种大众传媒平台进行信息发布与辟谣,取得了良好的社会效果。

(二) 人力与智能系统结合进行舆情信息采集

随着技术的飞跃升级,舆论扩散速度更快、渠道更加复杂。本次新冠肺炎疫情期间,网民对于相关信息关注度大大增加,由于疫情防控需要导致网民上网时间相比平时也更多。在此种特殊情况下,公安机关必须及时扩大舆情信息采集的覆盖面。在日常生活中,涉及疫情的网络舆情一般起源于微信、朋友圈、微博以及各类社交平台,舆情信息源广且数量呈指数增长,如果仍然沿用传统的信息监控技术从中提取信息并进行推测,与当前信息源复杂、传播便捷的网络环境不符。公安机关在重大突发公共卫生事件期间舆情处置工作中,应注重将人力与智能系统相结合,提高疫情下网络舆情信息采集与预警的准确率与效率。公安机关可利用舆情监测智能系统对网络空间进行全天候监测,从而可以节省人力

资源。但此种手段仍存在两方面弊端。一方面,舆情信息采集系统更新速度未能及时跟进新兴媒介的发展速度,不能达到覆盖全网络空间进行全方位舆情信息采集的效果,制约了舆情预警、研判分析的效果;另一方面,一些职业网络舆情推手已经掌握回避关键词等方法来逃避智能软件监测^{[8]2}。要达到弥补当前智能软件监测能效不足之处的目的,可采用舆情人力搜索的手段作为必要补充。如果在监测中发现恶意编造、散布疫情谣言等涉嫌违法、犯罪的信息,公安机关应灵活运用智能系统与人工相结合的方式,进行信息采集、研判,需要立案侦查的依法依规采取侦查措施,不需要立案侦查的也应责令删除并进行批评教育。与此同时,公安机关应加强与开发部门的合作,加强网络舆情监控软件的应用与升级,构建数学模型优化监控的流程,实现舆情的预警、信息分析、动向预测等过程的自动化。需要注意的是,由于对重大突发公共卫生事件网络舆情进行信息采集得到的信息以及其研判结果在正式公布前属于秘密信息,公安机关进行信息采集后应采用周密的安全保密防护手段以防止信息被篡改、窃取、破译或遭到泄露。

(三) 转变落后的舆情处置思维和工作方式

1. 积极发声,主动应对

公安机关应牢牢把握舆情处置的主动权,积极运用各种传播平台,主动发布权威信息,有效引导舆情。在重大突发公共卫生事件期间,即使是处置阶段也不可忽视抢占舆论先机。处置涉及疫情的网络舆情要积极主动,无论是已经引起热议的舆情还是仅出现苗头的舆情,都不可置之不理、坐视舆情发酵。公安机关应正面回应引起舆论的事件,向公众通报该事件的原由经过、处置结果。公安机关应在处置过程中动态而有选择性地灵活发布处置新进程,期间重视与网民、媒体的沟通以掌握网民倾向态度,通过此种方式发现苗头、早做准备,避免工作出现被动,并通过积极主动发声抢占舆论先机。

2. 改进、丰富舆情处置的应对措施

公安机关应尽快有效地适应网络舆情多元化的特点,建立上下联动、分工协作的舆情分级处置机制,实施多种模式的应对措施。针对网络空间出现的各类相关舆情,在尚未对事件性质与

程度得出判断结论之前,不宜直接对其帐号和发表内容进行封堵、删除。事件调查清楚后,根据事件性质与程度选择恰当的方式如网络短视频平台官方账号、官方微信公众号,结合综合运用新闻发布会、新闻通稿等多种形式发布官方通报,及时公开信息,主动回应网民关注的热点问题;根据具体情况确定是否需要进一步舆情引导,必要时应由机关内部成立的舆情处置小组统一口径,组织公安舆论领袖、公安网评员在各类媒体、平台上灵活地进行网络空间舆论引导。重大突发公共卫生事件网络舆情若涉嫌违法犯罪,公安机关要在第一时间迅速反应,依照舆情分级处置机制启动相应级别的舆情处置团队并协调各兄弟单位、部门等开展协同作战;依照预案进行处置的同时,承担舆情分析任务的警力根据已有信息,结合疫情大环境预测舆情发展趋势,并形成舆情综述向主要负责领导汇报,以便根据实际情况采取下一步处置措施。针对舆情中出现的违法犯罪行为,公安机关要依靠网安部门深挖事件中出现的明显歪曲事实、误导舆论的言论源头,清除有害信息,进行落地查实,依法依规进行处理。此次新冠肺炎疫情期间,网络上曾出现这样的谣言:新型冠状病毒传播是武汉病毒研究所泄露病毒所致。不明真相的网民纷纷转发。随后查明造谣者IP地址来自境外,当这一情况被网民知晓后,谣言不攻自破。

3. 对舆情处置的时效性提高重视

国内专家曾胜泉曾提出发生突发事件舆情后面向社会进行舆情回应、发布权威信息的“黄金2小时法则”,即对大量案例进行总结分析后发现在新媒体时代突发事件从产生到在网络空间传播再至形成舆情指向所需时间约为2小时,进行舆情处置的主体唯有在2小时内采取措施,才有希望抢占信息传播第一落点,从而实现影响传播受众的基本判断和第一印象,抢占舆论主动权、话语权。政府部门即便未能在2小时内抢到第一落点,公众也有等待回应的耐性;若超过2小时以上,公众易丧失等待官方回应的耐心,从而寻求其他获取信息的途径,从中可能获取谣言等不良信息并进行二次传播导致事件处置受到干扰^[13]。在网络空间流传的各类谣言通常符合网民心理预期,与一部分对现状不满的网民达成情



绪共鸣,且谣言和真相相互混杂,具有内容误导性和来源模糊性,更加吸睛、更具传播效果。从信息发布来看,重大突发公共卫生事件由于关涉重大,尤其是本次新冠肺炎疫情源于前所未见的新型病毒,国家和地方政府必须经过科学分析研判,才能确定疫情的性质和影响,进而做出防控部署。要求在极短时间内作出系统性反应、部署并发布科学、权威的信息,无论从社会稳定角度还是应对疫情工作本身来看都是不现实、不科学的。但“黄金2小时法则”对舆情处置工作无疑是重要的法则,这就要求舆情出现后,公安机关应快速搜集掌握有关各方面信息、情报,查找源头,尽快做出反应。引发舆情的事件存在现场的,应迅速调配警力赶往事发现场,并依据情况灵活选择处置方案。

4. 打造公安网络舆论领袖进行舆论引导

在 Paul Lazarsfeld 及 Elihu Katz 的“两级传播”理论(two-step flow of communication)中涉及到这样一个概念——舆论领袖。舆论领袖又称为关键意见领袖、关键舆论领袖,被认为同时与媒体、公众都较为相熟,在某些领域具有一定信服力和权威,对一些受众感兴趣的内容具有深刻见解,可以更好地解释某些信息并进行二次传播,发挥在这一领域的影响力^[14]。具有群众基础的人民警察作为同时与媒体、公众都较为相熟且有信服力的人通常可以扮演这一角色。在公众需求日益复杂、舆论领袖推动传播的情况下,如果公安机关能够重视并打造自己的舆论领袖在民间舆论场进行舆情引导,无疑会在舆情处置工作中发挥巨大的作用。当前,国内多数公安机关缺乏能够在舆论场上发挥舆情引导作用的公安舆论领袖。各级公安部门应挑选舆论领袖预备人选,重点培养政治敏感性强、业务良好和语言表达能力强的公安民警,通过培训提升其新闻媒介素养。预备人选应利用各类社会资源提升其知名度,努力成为具有影响力的舆论领袖,通过参加普法节目、运营官方短视频帐号等方式来提升曝光度。公安舆论领袖应确定以舆情引导为主、以提供便民服务为辅的工作原则,在不影响本职工作的同时,竭诚利用工作以外的时间为网民答疑解惑、提供帮助,塑造亲民、助民的良好形象,发布权威声音、扩大影响规模。例如吉林省四平市公安局

官方抖音帐号“四平警事”,采用亲民、幽默的风格,以小故事形式的短视频进行普法宣传,弘扬正能量并使受众潜移默化地吸收到法律知识。“四平警事”通过运营已拥有1673.4万粉丝,其中主要演员民警董政、张浩等人深受网友欢迎,成为集舆情引导、意见引领及吸引受众等功能于一身的网络名人。在疫情中,四平市公安局利用其巨大影响力发布视频积极引导舆论,为防疫、普法宣传做出了突出贡献。各级公安机关应重视舆情处置培训,利用系统内年度战训、升衔、晋职培训等重要集中学习的机会增设相关课程,积极向先进的兄弟单位学习,争取在舆论领袖推动传播的网络环境里推出公安机关自己的舆论领袖。新冠肺炎疫情期间,各类直播受到广泛欢迎。面对重大突发公共事件中的舆情事件,公安机关可以在在确保信息安全和不影响正常办公的前提下,酌情考虑让公安机关的舆论领袖开通直播,借助公安舆论领袖的自身影响力,更好地与公众互动、答疑解惑。

[参考文献]

- [1] 人民网. 习近平在北京市调研指导疫情防控工作[EB/OL]. (2020-02-10) [2020-03-09]. <http://yuqing.people.com.cn/n1/2020/0210/c429238-31580417.html>.
- [2] 央视网. 国家卫健委谈此次新冠肺炎疫情 新中国成立以来重大突发公共卫生事件[EB/OL]. (2020-2-28) [2020-3-9]. <http://tv.cctv.com/2020/02/28/VIDEgVXt634FajaUj4pbfY2Y200228.shtml>.
- [3] 尹言太. 中国高校学生网络舆情发展与引导研究[D]. 湖南大学, 2013.
- [4] 刘萍萍, 汪祖柱. 我国政府应对网络舆情管理的研究综述[J]. 情报探索, 2012(03): 63-65.
- [5] 冯世强. 负面网络舆情及其治理研究[D]. 湖南师范大学, 2010.
- [6] 中国互联网络信息中心. 第44次中国互联网络发展现状统计报告[R/OL]. (2019-8-30) [2020-03-09]. http://www.cac.gov.cn/2019-08/30/c_1124938750.html.
- [7] 人民网舆情数据中心. 疫情防控面对面[EB/OL]. (2020-03-04) [2020-03-09]. <http://yuqing.people.com.cn/n1/2020/0304/c209043-31617226.html>.
- [8] 中华人民共和国工业和信息化部. 春节期间电信运营商多举措为疫情防控提供通信保障[EB/OL]. (2020-2-6) [2020-03-09]. <http://www.miit.gov.cn/n973401/n7647394/n7647404/c7668195/content.html>.

[9] 人民网舆情数据中心. 数说新冠肺炎疫情舆论关注热点[EB/OL]. (2020 - 02 - 21) [2020 - 03 - 09]. [http://yuqing. people. com. cn/n1/2020/0221/c429781 - 31598677. html](http://yuqing.people.com.cn/n1/2020/0221/c429781-31598677.html).

[10] 杨璇. 论网络舆论对我国政府决策的影响[D]. 外交学院, 2011.

[11] 王册, 刘苏婵. 大众传媒时代涉警网络舆情引导机制研究[J]. 山东警察学院学报, 2017, 29(01): 137 - 141.

[12] 搜狐网. 从实际出发, 探讨公安部门应当如何引导

舆情[EB/OL]. (2019 - 09 - 05) [2020 - 03 - 09]. [https://www. sohu. com/a/338923302_120250094](https://www.sohu.com/a/338923302_120250094)

[13] 曾胜泉. 突发事件舆情应对指南[M]. 广州: 南方日报出版社, 2012.

[14] 保罗·F·拉扎斯菲尔德. 人民的选择[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.

【责任编辑: 张 戈】

Study on the strategy of public security organs to respond to the online public opinions on major public health emergencies
——taking COVID - 19 incident as an example

Li Zhuang, Cao Xuefei

(China Criminal Police Collge, Shenyang Liaoning 110000, China)

Abstract: The public pays close attention to major public health emergencies, especially in the background of the information age, and the public opinion caused by which must be highly valued. Since December 2019, a new coronavirus (COVID - 19) epidemic has occurred throughout the country. General Secretary Xi Jinping emphasized timely release of authoritative information, open and transparent response to public concerns and enhancement of the pertinence and effectiveness of the guidance of public opinion in the deployment of epidemic prevention and control work. As national forces with the mission of maintaining social order and protecting the safety of the people's lives and property, public security agencies at all levels should highly value to improve the ability to deal with major public health emergencies. In the process of epidemic prevention and control of the COVID - 19, the public security organs have exposed certain shortcomings and deficiencies in the handling of online public opinion. Based on this analysis and judgment, the public security organs should improve and perfect the public opinion handling mechanism for major public health emergencies, to improve their ability to deal with major public health emergencies.

Key words: major public health emergencies; COVID - 19; epidemic prevention and control; public opinion handling



新冠肺炎疫情背景下妨害传染病防治行为的刑法规制探究

赵学敏

(北京师范大学,北京 100875)

〔摘 要〕新冠肺炎疫情的发生,一方面对公共卫生防疫工作提出了新的挑战,同时也对妨害传染病防治行为的刑法规制提出了新的问题。《刑法》将妨害传染病防治罪的对象限定为“甲类传染病”,本次新冠肺炎被列为“乙类传染病”,从而引发了该罪法律适用上的困境。司法解释的渐进扩张虽然具有注重公共卫生安全法益保护的一面,但却与刑事法治理念不相契合。为了更好地发挥刑法参与社会治理的积极作用,应当对妨害传染病防治罪采取统一立法的模式,对妨害传染病防治的对象与行政法律相衔接,并对其犯罪构成要件进行科学构造,推动疫情防控工作在法治轨道上进行。

〔关键词〕新冠肺炎疫情;妨害传染病防治罪;以危险方法危害公共安全罪;依法防控

〔作者简介〕赵学敏(1995—),女,内蒙古包头人,北京师范大学刑事法律科学研究院2018级刑法专业硕士研究生,主要从事中国刑法学研究。

〔收稿日期〕2020-04-02

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-024-07

突如其来的新冠肺炎疫情对公共卫生防疫工作提出了新的挑战,同时也对妨害传染病防治行为的刑法规制提出了新的问题。习近平总书记在中央全面依法治国委员会第三次会议上强调指出:要全面提高依法防控、依法治理能力,在法治轨道上统筹推进各项防控工作。要加大对危害疫情防控行为执法司法力度,保障社会安定有序^①。疫情防控工作也是对刑事法治参与社会治理能力与作用发挥的一次大考,新冠肺炎疫情背景下妨害传染病防治行为的刑法规制成为需要我们深刻思考的法治问题。

一、问题的提出——理论与实践的双重困境

(一)妨害新冠肺炎防治行为之刑事规范二重性

我国《刑法》第330条妨害传染病防治罪所规制的传染病类型为甲类传染病。新冠肺炎作为乙类传染病,虽然实践中采取了甲类传染病的预防与控制措施,但按照刑法基本原则,法律未作出修订之前,其仍然无法直接作为《刑法》第330条之规制对象。为保障“战疫”工作适用法律的统一性,最高法、最高检、公安部、司法部联合

①习近平:全面提高依法防控依法治理能力 为疫情防控提供有力法治保障, <http://cpc.people.com.cn/n1/2020/0205/c64094-31572943.html>.

发布了《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(以下简称《意见》)。《意见》指出,妨害新冠肺炎防控行为按照具体情形可分别依照《刑法》第 114 条、第 115 条或第 330 条予以规制^①。按照严格的罪刑法定之要求,妨害传染病防治罪无法规制妨害新冠肺炎疫情防控的行为。由于妨害传染病防治罪的限制性规定以及司法解释的突破性规定,使得妨害传染病防治行为可能以以危险方法危害公共安全罪或者妨害传染病防治罪惩处。把妨害新冠肺炎防治行为纳入妨害传染病防治罪是否合适、通过司法解释方式是否具有正当性、如何良好实现行政法与刑法之间的衔接、如何遵循刑事法治理念并进行规范化的调整和适用,就成为理当慎思的重要问题^[1]。

(二)妨害新冠肺炎防治行为之实践认定模糊性

妨害传染病防治案件在实践认定中存在困境与难题。根据最高人民检察院于 2020 年 2 月 19 日公布的第一批涉疫情案例,2020 年 1 月 20 日,在医院从事护理工作的孙某某从武汉自驾回到老家过春节并参加公共聚餐,随后因自感发热到医院就诊,被确定为疑似病例后,强行逃离医院并乘坐公共客车回家^②。该典型案例未明确说明检察机关以何种罪名提起公诉,按照《意见》之规定,被告人孙某某明知自己疑似感染新冠肺炎,擅自脱离隔离场所并乘坐公共交通工具,其行为具有造成传染病传播之危险性,存在适用《刑法》第 114 条以危险方法危害公共安全罪的空间。但是实践中司法机关却以妨害传染病防治罪对其定罪处罚^[2]。笔者认为,司法机关的结论同样存在质疑,即妨害传染病防治罪所规制的

传染病类型仅为甲类传染病,法律未作出修订之前,能否以司法解释的规定超越立法之规范?最高人民检察院于 2020 年 2 月 19 日公布的第二批典型案例中同样涉及一起以妨害传染病罪定罪的案件。武汉市宣布“封城”后,被告人尹某某驾驶小型客车往返于武汉、嘉鱼接送乘客。尹某某被确诊感染新冠肺炎后,与其密切接触的 20 人被集中隔离。法院以妨害传染病防治罪判处被告人有期徒刑一年^③。在本案中,尹某某在运载乘客时不知自己是否为感染者,自然不符合《刑法》第 114 条、第 115 条危害公共安全罪的构成要件,但是以《刑法》第 330 条论处仍存在违反罪刑法定原则之嫌,值得进一步探讨。

疫情期间通过司法解释扩大该罪适用范围,并将妨害传染病防治罪与以危险方法危害公共安全罪交叉适用,直接导致司法认定的模棱两可,必须引起我们高度重视。《意见》做出此种认定是应急情形下的特殊举措,还是妨害传染病防治罪不适应社会情势变迁,无法全面规制疫情时期的违法行为?该种处理方式是否会强化以危险方法危害公共安全罪之“口袋罪”的趋势?为此,下文将首先分析妨害新冠肺炎防治行为刑事规范困境的原因,再针对性地提出规制妨害新冠肺炎传染病防治行为的刑事法律对策,以期解决前文所提及的适用困境。

二、妨害传染病防治罪规制困境之原因分析

妨害新冠肺炎防治行为之所以出现司法认定与法律适用之困境,与刑法规范方式的限制性规定有一定的关系。妨害传染病防治罪的规制对象严格限定在甲类传染病的范围内,其客观行

①“故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体,具有下列情形之一,危害公共安全的,依照《刑法》第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定,以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚:1. 已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者,拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具的;2. 新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗,并进入公共场所或者公共交通工具,造成新型冠状病毒传播的。其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施,引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的,依照《刑法》第三百三十条的规定,以妨害传染病防治罪定罪处罚”。参见《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》,载人民网,<http://legal.people.com.cn/n1/2020/0210/c42510-31580349.html>。

②最高人民法院:全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第一批),https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202002/t20200211_454256.shtml#2.html。

③最高人民法院:全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第二批),https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202002/t20200219_454775.shtml.html。



为方式未能与《传染病防治法》的修订与调整保持一致,严重制约了该罪在司法实践中的适用。

(一) 客观行为具有滞后性

一方面,妨害传染病防治罪行为的滞后性表现为行为只能引起甲类传染病传播危险方可入罪。《刑法》第330条第(四)项规定了“拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的预防、控制措施”,该种规范方式本身并未严格限制行为的入罪范围,此种构成要件系“半开放式”结构。《传染病防治法》中的预防控制措施依照传染病疫情的轻重以及疫区病情而有所差异,第39条明确提及“对于拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施”。因而妨害传染病防治罪能够规制行为人擅自脱离隔离场所的行为,前提必须是其行为具有引起甲类传染病传播之危险。

另一方面,刑法落后于行政法对传染病防治行为的规范方式。现行《刑法》第330条规定的妨害传染病防治罪属于法定犯。因1979年《刑法》缺少针对性规制妨害传染病防治行为的罪名,构成犯罪的依照《刑法》第178条妨害过境卫生检疫罪追究刑事责任。《传染病防治法》(1989年)第6章第35条明确了妨害传染病防治行为的具体表现;《刑法》积极发挥其参与社会治理的作用,在1997年进行修订时增设了妨害传染病防治罪,本罪客观行为表现与行政法规规范的行为方式保持一致,初步实现了部门法之间的协调。但是,《传染病防治法》自制定以来历经两次修改,修订后的《传染病防治法》增设为五类行为方式,行为表现形式多元,主体及行为均予以明确规定。但是立法机关从未对《刑法》第330条妨害传染病防治罪的客观行为做出相应调整,导致《刑法》关于妨害传染病防治罪的规定明显滞后。

(二) 主观心态限定为过失

妨害传染病防治罪的主观心态是故意还是

过失尚未形成定论,绝大多数学者持过失说观点^[3]。

一方面,从刑罚的严厉性反推行为的社会危害性,本罪的主观心态只能表现为过失。当危害行为具有特别严重的情节时,最高可判处七年有期徒刑。以故意心态实施以危险方法危害公共安全行为的,即使行为未导致严重后果的发生,也应当判处三至十年有期徒刑;危害行为若造成重大损失,最高可判处死刑。过失以危险方法危害公共安全并造成重大损失,法定刑为三年以上七年以下有期徒刑。根据刑罚体系的统一性,妨害传染病防治罪的法定刑与过失以危险方法危害公共安全罪相当。

另一方面,《意见》规定,能够以《刑法》第114条、第115条规制的情形必须是确诊病例及疑似病例进入公共场所或公共交通工具,并具有引起新冠病毒传播的危险或导致传播结果。上述两种主体分别为确诊病例及疑似病例,并要求其脱离隔离措施,隐含的前提是其已经被告知要采取隔离措施而仍然逃离,因此上述情形的行为人为故意心态^[4]。《意见》及最高人民检察院发布的五批疫情防控典型案例均规定以危险方法危害公共安全罪的行为必须出于故意心态,以弥补妨害传染病防治罪限于过失心态的规制漏洞。

(三) 传染病类型限定的不合理性

笔者对2019年部分时间段的月度传染病疫情概况公告统计后发现,乙类传染病死亡率占甲类、乙类、丙类传染病死亡总和的绝对多数,每月的死亡人数均在2000人以上(表1),而甲类传染病死亡数基本为0(表2)。在甲类传染病内部,全国范围内霍乱与鼠疫的月度发病报告呈个位数,且无死亡病例^①。

妨害传染病防治罪将传染病类型限定为甲

①中华人民共和国国家卫生健康委员会疾病预防控制局:

2019年6月全国法定传染病疫情概况, <http://www.nhc.gov.cn/jkj/s3577/201908/af877d1caa574d229bca92cf5bce6ba.shtml>.

2019年7月全国法定传染病疫情概况, <http://www.nhc.gov.cn/jkj/s7929/201908/5e4ff3f01994b9d99adc0b41b1975cc.shtml>.

2019年10月全国法定传染病疫情概况, <http://www.nhc.gov.cn/jkj/s7916r/201911/133a1aa63360487189c1034d6f7f8270.shtml>.

2019年11月全国法定传染病疫情概况, <http://www.nhc.gov.cn/jkj/s7915/201912/1c872de08d834aa0b82d4b4b8cd78b8c.shtml>.

2019年12月全国法定传染病疫情概况, <http://www.nhc.gov.cn/jkj/s7923/202001/ab5cbab3f8bc46c08cc7b6c4aef85441.shtml>.

类传染病,这一限制已不符合当前实际情形,早在 2003 年便有学者提出此种立法不足^[5]。乙类传染病在我国的致死率远高于甲类传染病,包括 2003 年“SARS”病毒及新型冠状病毒均被列为乙类传染病。据表 1 可知,病毒性肝炎、肺结核、梅毒、淋病、痢疾以及猩红热六类乙类传染病占乙类传染病月度致死率 90% 以上,乙类传染病致死

率占传染病死亡率 99% 以上。妨害乙类传染病防治行为或造成乙类传染病传播之行为严重危及公共卫生安全甚至公民生命健康,具有社会危害性,理应纳入刑法规制视野。传染病类型的不合理限定所导致的刑法规制漏洞,造成了此类社会危害性严重的行为无法受到刑罚惩处,也制约了妨害传染病防治罪在司法实践中的适用。

表 1 2019 年部分月份传染病死亡人数

月份	甲类传染病死亡人数	乙类传染病死亡人数	丙类传染病死亡人数	乙类传染病死亡人数占比/%
2019. 6	0	2105	13	99. 39
2019. 7	0	2253	7	99. 69
2019. 10	0	2145	2	99. 91
2019. 11	0	2522	9	99. 64
2019. 12	0	2618	18	99. 32

表 2 2019 年部分月份甲类传染病发病数

月份	霍乱发病报告	鼠疫发病报告
2019. 6	1	0
2019. 7	2	0
2019. 10	0	0
2019. 11	1	4
2019. 12	0	0

防控新冠肺炎疫情期间,为了惩处妨害防治行为,司法解释直接将属于乙类传染病范畴的新型冠状病毒引发的肺炎纳入妨害传染病防治罪的规制范围。行政法规所列举的甲类传染病行为只包含霍乱、鼠疫两种,新型冠状病毒肺炎只是实行甲类传染病管理、控制措施,其仍属于乙类传染病。按照严格的罪刑法定原则,妨害新冠肺炎防治的行为不可以该罪论处。在特殊时期,由于妨害传染病防治罪对传染病类型的不合理限制,司法解释直接突破《刑法》第 330 条关于“甲类传染病”的限定,使得惩处妨害新冠肺炎防治的行为“有法可依”并受到刑罚规制。必须注意的是,刑法以罪刑法定为基本原则,罪刑法定原则是刑事法治的内在精神,“法无明文规定不为罪”决定了在《刑法》正式修订前,司法解释无权将法律未规定为犯罪的行为以犯罪论处。只

有在刑法基本原则框架内运行,才能实现刑法惩罚犯罪与保障人权之目的。为了切实遵循罪刑法定原则,应通过修改法律的形式对此予以完善,避免类似情形再度出现。

三、妨害新冠肺炎防治行为刑事规范完善路径

我国《刑法》第 330 条妨害传染病防治罪是针对传染病防治行为的专门性罪名,保证了规制传染病防治行为法律适用的完整性。但是《刑法》规范尚存的诸多待修改之处,使得妨害传染病防治罪在司法实践中的适用率较低^[6]。2003 年“非典”期间及 2020 年新型冠状病毒肺炎疫情期间,妨害传染病防治罪无法全面规制妨害传染病防治行为,以至于在特殊时期采取以司法解释的方式弥补立法缺漏的方式。下文将针对妨害传染病防治罪如何完善提出具体方案。

(一)《刑法》第 330 条与第 114 条、第 115 条适用关系

行为人因妨害传染病防治行为而引起甲类传染病传播危险或者发生了传播的危害结果,则其行为满足《刑法》第 330 条的构成要件该当性。传染病传播的风险或结果同时也会造成公众感染,进而侵蚀人体健康甚至危及生命安全,在一定程度上确实对社会公共安全造成危害。以危



险方法危害公共安全罪的法益和妨害传染病防治罪的法益在“公共性”层面具有交叉关系,在刑法视阈内对于公共性的理解应当保持一致。不遵守传染病防治秩序甚至妨害传染病防治的行为,与危害社会管理秩序的行为不可等同,二者间差距明显。因妨害传染病防治行为而引起传染病传播结果的,无法直接定性为《刑法》第114条或115条。对“以危险方法”的认定,应当与放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪的客观实行行为之危害性保持一致,即造成不特定多数人重伤、死亡之危险。应当注意,以危险方法危害公共安全罪仅是《刑法》第二章中第114条、第115条之放火罪、爆炸罪、决水罪、投放危险物质罪的兜底罪名,并不是第二章危害公共安全罪之兜底罪名^[7]。

妨害传染病防治行为本身的“危险”,与传染病病毒本身的危险,应当是两个不同的问题。世界卫生组织一份报告中指出,新冠肺炎在全球的致死率为3.4%^①。新型冠状病毒主要攻击人体肺器官,新冠肺炎症状有轻重症之分,与个人是否患有基础疾病、年龄等因素相关,新冠肺炎病毒感染人数与重伤或者死亡结果数量不能直接等同。妨害新冠肺炎防治行为的直接结果是造成该种传染病病毒传播,进而引起他人感染的危险。抽象危险犯与具体危险犯的司法认定标准不同,前者是一种典型的危险的举止行为,无需在案件中出现具体的危险结果;后者要求危险行为已经创设了对他人生命安全、身体健康及财产安全的实际威胁,只是因为偶然性的因素使得危险未能实现^[8]。以危险方法危害公共安全罪属于具体危险犯,即在一般情形下,会发生致人重伤、死亡危险,只是因为偶然因素而未实际发生。即使将妨害新冠肺炎防控的行为认定为危险方法之行为要件,该种行为并非一定造成被感染者的重伤、死亡结果。将妨害传染病防治行为认定为以危险方法危害公共安全罪的“以危险方法”是有待商榷的,此种认识混淆了“危害公共安全”与“以危险方法危害公共安全罪”之本质,前者系

《刑法》第二章所有罪名均具有的特点,后者的本质在于其危险方法具有造成他人重伤、死亡之具体危险。

(二)妨害传染病防治行为应当采取统一立法模式

妨害传染病防治行为的刑法适用体系表现为分立模式与统一模式。分立模式是现有司法实践中的认定方式,即刑事立法中规定独立的妨害传染病防治罪,但由于其客观行为、主观心态、传染病对象等的限制,无法应对突发公共卫生事件,通过颁布司法解释的方式突破立法缺陷,形成妨害传染病防治行为适用复合罪名的局面;采取统一立法模式,则是在刑事立法中调整妨害传染病防治罪的构成要件,使妨害传染病防治类行为均以妨害传染病防治罪定罪处罚,以确保同类犯罪行为法律适用的同一性。

现存模式存在诸多弊端,具有刑事规范适用的二重性以及司法实践认定的模糊性,本文更赞同统一立法模式。统一立法模式相较于分立模式更具有优越性,主要表现在如下方面。首先,统一立法模式避免了刑法适用的混乱;避免了对妨害传染病防治行为适用跨越刑法章节的罪名;避免了客体与法益具有较大差异性的罪名适用于一类行为的现象,而专门规制此类行为的妨害传染病防治罪却没有适用空间。同时,也能够避免扩大以危险方法危害公共安全罪之“口袋罪”的趋势,避免进一步强化该罪在司法适用中的模糊性。其次,完善罪名能够进一步强化立法权威,避免因为立法本身的瑕疵而不得已引起的司法越权现象。完善《刑法》第330条罪名的构成要件,能够进一步合理地扩充该罪名在司法实践中的适用范围,同时也能够保证妨害传染病防治行为的法律适用实现明确化与统一化。

(三)妨害传染病防治罪应包含故意与过失心态

适用统一模式规制妨害传染病防治行为,必须解决的问题是目前由司法解释确定适用其他

①世卫组织总干事谭德赛博士:世卫组织总干事2020年3月3日在2019冠状病毒疫情媒体通报会上的讲话。<https://www.who.int/zh/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---3-march-2020.html>.

罪名的行为如何统一纳入妨害传染病防治罪,涉及到故意与过失妨害传染病防治的行为如何定罪处理的问题。妨害传染病防治行为既可能出于故意也可能出于过失。故意实施妨害传染病防治行为,不仅会破坏公共卫生秩序,同时会侵犯公共卫生制度与公众健康安全。在法益与犯罪客体的角度,故意与过失的妨害传染病防治行为具有共同属性,具有适用同一罪名的基础。

新冠肺炎疫情防控期间,司法解释将确诊或疑似感染新冠病毒肺炎的患者因拒绝或擅自脱逃隔离并进入公共场所或使用公共交通工具的行为规定为以危险方法危害公共安全罪。《传染病防治法》规定,拒绝隔离的,可以由公安机关辅助强制隔离;司法解释删减了行政法规中的强制隔离程序,代之以“进入公共交通工具或公共场所”要件,此种方式也说明了行为人实施行为时的主观故意。《刑法》第 114 条、第 115 条在客观行为方面必须具有致人重伤、死亡结果之危险,之所以未发生危险结果完全是出于偶然因素。实践中存在疑惑的是,感染新冠肺炎是否属于“重伤”?以司法解释之立场,感染新冠肺炎无论轻症或重症,均认定为达到重伤程度,笔者认为如此认定是否合理有待进一步考证。虽然特殊时期以重刑惩治更能实现刑法的威慑功能,但是罪刑法定原则之明确性标准不仅是对立法的要求,也要求司法认定必须具有明确性。若将出于主观故意的妨害传染病防治行为纳入妨害传染病防治罪的规制范围,则不存在此种认定困惑,只要行为具有引起传染病传播的危险即可。本文认为,故意实施的妨害传染病防治行为也应作为传染病防治罪的规制内容之一,一方面实现了罪名体系的完整性,另一方面避免了罪名混合适用的矛盾现象。

(四)妨害传染病防治罪的具体规定应予调整

首先,妨害传染病防治罪所针对的传染病类型应当包括乙类传染病。《传染病防治法》第 3 条规定的乙类传染病种类为 27 种,新型冠状病毒属于新增的第 28 种乙类传染病。根据前文数据分析,乙类传染病中六种传染病致死率占乙类传

染病致死率 90% 以上,成为实际上影响我国民众身体健康及当前传染病防疫的主要疫病类型,当然应当纳入刑事法规范予以规制。出现突发公共卫生事件时,国家卫健委以行政公告的形式宣布其为乙类传染病,由此实现行政法的灵活性与刑事法的稳定性之间的平衡,既不影响传染病预防与管控措施,又不制约刑罚惩治范围。

其次,妨害传染病防治罪的客观行为应与《传染病防治法》相协调,并保持半开放式的构成要件结构。第一,妨害传染病防治罪客观行为中已被《传染病防治法》取消的行为,已经不属于行政违法行为,更不应当以犯罪行为论处。因此笔者认为,《刑法》第 330 条第(三)项应当取消。第二,将《传染病防治法》中新增的行为纳入刑事法体系,实现刑法与行政法的有效衔接。第(二)项应修改为“出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品,未进行消毒处理的”;增设第(三)项“用于传染病防治的消毒产品不符合国家卫生标准和卫生规范的”;第(四)项“生物制品生产单位生产的血液制品不符合国家质量标准的”,并保留原来第(四)项之规定,作为第(五)项。保留半开放式的构成要件模式,能够加强《刑法》第 330 条司法适用的针对性,同时保持刑法的稳定性。

最后,妨害传染病防治行为应当调整法定刑。针对主观上存在故意与过失区别的妨害传染病防治行为应当设立轻重有别的刑罚,以实现重罪重罚、轻罪轻罚的合理量刑。行为人过失实施妨害传染病防治行为的,可处以三年以下有期徒刑或者拘役;若造成特别严重后果的,可处三年以上七年以下有期徒刑;故意实施的,以尚未造成严重后果与造成严重后果两种情形区分,分别处以三年以上十年以下有期徒刑与十年以上有期徒刑至无期徒刑。

[参考文献]

[1]陈伟. 新冠疫情背景下妨害传染病防治罪的解释扩张及其回归[J]. 政治与法律,2020(05):18-29.
[2]最高检发布首批十个妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例,哪些行为涉嫌犯罪[EB/OL]. 央广网[2020-02-12]. http://china.cnr.cn/xwwgf/20200212/t20200212_



524971999.shtml. 2020-02-25.

[3] 孟庆华. 妨害传染病防治罪的几个构成要件问题[J]. 法学论坛, 2004(01): 57-60.

[4] 李勇. 妨害传染病防治行为类型及罪名适用[N]. 检察日报, 2020-03-09(003).

[5] 卢勤忠. 论传染病防治犯罪的立法缺陷[J]. 政治与法律, 2003(04): 83-88.

[6] 李娜. 妨害传染病防治罪的立法缺陷及其补救[J].

中国地质大学学报(社会科学版), 2006(03): 77-81.

[7] 劳东燕. 以危险方法危害公共安全的解释学研究[J]. 政治与法律, 2013(03): 24-35.

[8] [德] 罗克辛著, 王世洲译. 德国刑法学总论[M]. 北京: 法律出版社, 2005: 275-278.

【责任编辑: 李英霞】

Probe into the criminal regulations on the acts against the prevention and treatment of infectious diseases in the background of COVID-19 epidemic

Zhao Xuemin

(Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: The occurrence of COVID-19 epidemic presents new challenges to public health and epidemic prevention work, and at the same time raises new questions about the criminal regulations on the acts against the prevention and treatment of infectious diseases. The “Criminal Law” restricts the object of the offense acts against the prevention and treatment of infectious diseases as “Category A infectious diseases”. COVID-19 is classified as a “Category B infectious disease”, which has caused difficulties in the application of the law. Although the gradual expansion of judicial interpretation has the aspect of paying attention to the protection of public health safety and legal interests, it does not accord with the concept of criminal law. In order to give full play to the active role of criminal law in participating in social governance, a unified legislative model should be adopted for offense acts against the prevention and treatment of infectious diseases, the objects against the prevention and treatment of infectious diseases should be connected with administrative laws, and the crime constitution elements should be scientifically constructed to promote the epidemic prevention and control work to be carried out on the rule of law.

Key words: COVID-19 epidemic; offense acts against the prevention and treatment of infectious diseases; crime of endangering public safety by dangerous methods; prevention and control according to law

【公安理论与实务研究】

新时期物流寄递业涉毒犯罪的现状及侦防对策

王 耀

(中国刑事警察学院,沈阳 110035)

〔摘 要〕物流寄递行业的迅猛发展,大大促进了人、财、物的流动。在以高速度、低能耗、低时延、万物互联为特征的5G时代即将到来的背景下,物流寄递业涉毒逐渐出现了新的动向,给社会治安和人民群众的生产、生活带来巨大危害。公安机关有必要未雨绸缪,及时开展对物流寄递业涉毒犯罪的研究,建立完备的法律体系和防控体系,打防并举、堵源截流,有效遏制通过物流寄递渠道进行的毒品犯罪。

〔关键词〕物流寄递业;涉毒犯罪;侦防对策

〔作者简介〕王耀(1996—),男,甘肃定西人,中国刑事警察学院2018级侦查学方向硕士研究生,主要从事侦查学研究。

〔收稿日期〕2020-05-18

〔中图分类号〕D917.9〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)04-031-08

一、新时期物流寄递业涉毒犯罪的现状

(一)物流寄递业涉毒犯罪呈高发态势

2016年至2018年的《中国毒品形势报告》中,不断调整针对“贩毒方式”的表述:从2016年的“通过物流、寄递、国际邮件等渠道进行走私贩运”,到2017年的“寄递物流贩运毒品愈加突出”,再到2018年“‘互联网+物流’的运毒模式已成为贩毒活动主要方式”,官方文件对于贩毒方式的表述极具代表性,它意味着主流的贩毒方式所发生的“更迭”,也从侧面阐释了“物流寄递业”涉毒情况之严重。

“互联网+物流”的运毒模式即贩毒人员通过网络发布贩毒讯息,再利用物流运输毒品。毒贩使用虚拟姓名和假地址,俗称“交易两头不见人”,通信联络使用暗语,支付大多采用微信、QQ、比特币、支付宝等虚拟货币,以此逃避法律制裁。2017年7月,四川广元的胡某利用自己经营的物流公司,通过向“老乡”邮寄四川特产并将冰毒夹带其中的方式从事毒品贩卖运输。广元市公安局民警通过技术侦查、控制下交付等方式,

抓获犯罪嫌疑人20名;缴获毒品2784.6克,液态冰毒21千克,制毒原料溴代苯丙酮2千克,制毒器材17件,毒资40余万元,涉毒车辆4辆,斩断了一条横贯川、陕、晋、苏通过物流寄递贩运毒品的通道,打掉了这个跨省制毒、运毒、贩毒的特大犯罪团伙。2017年12月,江西抚州市崇川县公安局民警在例行检查物流信息时发现不断有缅甸小勐拉等地区寄来的小包裹,经过县局民警的分析研判,认为存在通过物流贩毒的嫌疑。通过对物流收件方信息的调查,收件人李某某曾因吸毒被行政拘留,并与缅甸、江西的毒贩有密切的联系,由此一张以李某某为中心的境外采购、分批邮寄、境内销售的贩毒网络浮出水面。此案中警方共抓获缅甸小勐拉、云南西双版纳、江西抚州等地的犯罪嫌疑人17名,缴获麻古近10万粒、晶体病毒2千克、氯胺酮(K粉)4千克、海洛因400克;总计收缴毒品15千克、毒资27万余元、运毒车辆2辆。

如今通过物流、快递贩运毒品的案件呈现明显高发态势,不仅提高了毒品运输的效率,更是大大减少了毒品到达买家手中所用的时间^①。公

①参见宋薇:《5G时代背景下物流涉毒违法犯罪的特点及侦控对策》,载《河北公安警察职业学院学报》,2019年第4期,第29-32页。



安机关必须对物流寄递业涉毒犯罪予以高度的重视,打击防范物流寄递业涉毒犯罪已是遏制毒品犯罪的当务之急。

(二) 物流寄递业涉毒犯罪的伪装不断升级

在大数据的背景下,涉毒违法犯罪活动每时每刻都在产生许多数据,涉毒犯罪人员也在此过程中不断更新升级作案手段。随着移动互联的普及,大量贩毒案件通过网络进行交易,当事人不认识、不见面,“埋地雷”、快递邮寄等交易手段使贩毒行为更加隐蔽,毒品贩运渠道更为错综复杂。2007年4月吉林省松原市查获了从西双版纳寄来的夹带有53克冰毒的平邮信件。2016年2月,湖南祁阳火车站的民警对进站包裹进行例行检查时发现汪某行李中有四粒药丸异于其他药丸。凭着职业敏感,民警将汪某带回派出所进一步检查,证实四粒药丸中的粉末为高纯度海洛因,汪某是一名毒品吸食者,也是一名由昆明向祁阳贩运毒品的犯罪嫌疑人。物流寄递业涉毒犯罪的伪装通常有以下几种:将粒状麻古放入药丸瓶中冒充药丸;将毒品用针筒注入水果中;将毒品塞进快递纸箱的内壁空隙;将少量的粉状毒品置于密封袋塞入信函中;将毒品稀释成溶液浸透在衣物上然后再提取,等等。近年来,物流寄递涉毒的伪装升级明显加快,需要公安机关采取更有力的措施予以遏制打击。

(三) 物流寄递业跨境涉毒犯罪日渐猖獗

5G时代的到来,极大地降低了移动通信成本,提升了交易速度;“互联网+物流”的运毒模式则降低了毒品运输的风险,进一步激励毒贩凭借这种低成本高效率方式贩毒运毒的心态。贩毒嫌疑人往往利用物流寄递业中的漏洞,通过“人货分离”的方法将伪装成寻常包裹的“毒包裹”送达买家手中,买家验收后即可通过线上支付或者虚拟货币方式进行支付。2014年,江苏苏州市吴中区公安分局接到报警称数个寄往澳大利亚的包裹中夹带有可疑物品,经过民警现场查验,包裹分别寄往澳大利亚的新南威尔士州、维多利亚州等八个不同地点,寄件内容为汽车配件,邮资高达7000元。7000元的高昂邮资仅仅

为了邮寄灯饰等价值不高的汽车配件,这个反常的行为引起了民警的怀疑。进一步查验后民警在车灯夹层和头盔内发现相似的48块锡纸包装物,后查实为冰毒,总计达8千克。警方根据提取的指纹结合寄件人留下的虚假身份信息以假追假,抓获福建籍犯罪嫌疑人郭某、李某,通过侦查协作打掉了境外的一个贩毒团伙。2011年8月2日,新疆红其拉甫海关和喀什海关缉私分局在检查中发现一辆巴基斯坦四国联运厢式货车车体前端设有夹层,藏有大量不明包裹物。海关缉私部门迅速将准备出境的厢式货车截获,在车体夹层中查获115包粉末状物品,经检测均为海洛因,共计590.96千克^①。这是迄今跨境物流中最大的一起贩毒案件,也是中国历史上查获毒品最多的特大案件。两名外籍犯罪嫌疑人以跨境货物运输为幌子,利用国际贸易部分免检特权的机会,企图通过物流渠道将数量巨大的毒品经我国境内转运至吉尔吉斯斯坦。案发后,两名巴基斯坦籍毒贩分别被新疆维吾尔自治区喀什地区中级人民法院以走私、运输毒品罪判处无期徒刑。

(四) 物流寄递业所涉毒品种类趋向复杂化

物流业的蓬勃发展,给民众的日常生活带来了诸多便利,人们足不出户就可以采购四方商品;5G时代的到来让智能互联网成为可能,通过将大数据、智能感应与物流业连接起来,智能物流应运而生。在“互联网+物流”的运毒模式之下,“毒包裹”被伪装成日常用品、零食混杂在普通包裹中,以“物流寄递”之名行“贩毒”之实,使贩毒行为具有了更强的隐蔽性。目前物流寄递业所涉毒品种类主要以海洛因、冰毒、K粉等“大众毒品”为主,兼有大麻、麻古等;也有一些受到国家管制但是公众并不熟知的“小众毒品”,即精神类管制药品。近年来通过物流渠道贩运传统毒品的犯罪活动依然猖獗,新型毒品、小众毒品通过物流寄递进行贩运的案件也逐渐增多;毒品种类趋向多样化、复杂化,毒品运输则趋于隐蔽化、寄递化。实务中发现,将毒品伪装成时髦零食已成为一种新的动向;部分新型毒品被包装成奶茶、咖啡、橙汁粉、跳跳糖,与上述食品采用同

^①参见李宁:《新疆喀什特大跨国毒品案一审宣判两名外籍毒贩获无期徒刑》,载凤凰资讯:[EB/OL]. http://news.ifeng.com/gundong/detail_2014_03/31/353124.html. 最后访问时间:2020年3月1日。

样的条包型包装,用简单的鉴别方法难以甄别出包装内的“粉末物质”与“奶茶粉”或者“咖啡粉”的区别;部分含氯胺酮成分、包装类似于迷你版可口可乐的新型毒品,也极易掩人耳目;俗称为“邮票”的“LSD 致幻剂”新型毒品外形极像由一片片小方片拼接成的一块完整贴纸,是一种强烈的半人工致幻剂,无色无味但毒性极强,吸食者以小片为单位进行吸食;还有用大麻熬成的油参制成的巧克力、夹杂大麻的曲奇饼干、由毒性菌类植物“毒蝇伞”制成的“迷幻蘑菇”等,这些披着各种鲜亮外衣的新型毒品不仅给甄别工作带来困难,也给物流快递业的毒品检测工作带来了严峻挑战。

二、新时期物流快递业涉毒犯罪的成因

(一) 相比传统运毒方式身份不易暴露

在智能互联网的强大支撑下,与众多终端设备相连接的感应器将使物流在配送过程中呈现极度透明的状态。在运毒的过程中,交易双方很容易接收到包裹内藏的感应设备传出的信号,一旦发现异常,嫌疑人就会立即采取行动逃避警方抓捕。在相对隐蔽的物流环节中,犯罪嫌疑人利用物流安全检查的漏洞,通过人货分离、毒资毒品分离和明确的人员分工,实现了跨地区的毒品交易。资料显示,即使物流单收件人身份信息真实,收件人也大多是毫不知情的第三人,而犯罪嫌疑人则在幕后控制毒品的流转。一旦出现了被警方发现的情况,犯罪嫌疑人就立即“弃货保人”,迅速隐匿起来躲避追查,给案件的侦查增加了难度。

(二) 相比传统运毒方式毒品贩运成本更低

智能互联网络将与多种移动终端设备联结成为高速度的运行体系,物流行业包装、分拣、派送等多流程的效率得到极大提升。传统的运毒方式往往需要花费重金雇佣“车手”和交通工具,人力费用成本较高,风险也较大;相比高昂的人力运输费用,物流快递行业贩毒的成本几乎可以忽略不计,故而进一步降低了物流快递业贩毒成本。根据调查,目前市场上快递、物流企业寄递一般货物收费在几十元到几百元不等,通过平信夹带毒品的费用才几元钱。相比可能获得的非法收入,毒品的贩运成本微乎其微。

(三) 相比传统运毒方式毒品贩运量更大

通过高速的智能互联网络运行体系,通过物流寄递物的方式可以极为高效地实现毒品的“空间位移”,借助物流的便捷高效,毒品贩运量基本不受任何局限。相比人体带毒,寄递贩毒毒品往往被包装在容器或者包裹里,每次运输重量几千克到几百千克不等;而人体携带毒品受到身体等因素的限制,不论是随身携带还是体内藏毒,最多只能携带几千克毒品。相比之下,物流寄递涉毒犯罪涉及的毒品贩运量更为巨大。

(四) 物流快递行业查禁监管不到位

首先,目前法律规范对于如何进行物流安全检查、如何培训员工识毒防毒禁毒技能等问题缺乏明确的解释,造成了当前物流快递行业安全秩序较为混乱,大中小型各类物流企业层次参差不齐,安全检查制度基本得不到落实。其次,主管机关的检查机制没有形成常态化。法律规定邮政管理部门是物流快递业的主管机关,而笔者在调研中发现,主管机关组织的安全检查多数情况下都会提前通知物流企业、快递站点,检查失去了找漏洞、树规范的意义。最后,物流行业协会自管自律缺失。实践中是否能够及时发现问题并加以整改无论企业自身还是行业协会都无人核实反馈,物流快递行业积弊已久的违规操作依旧“无人问津”,导致当今毒品运输依然利用物流快递业的监管漏洞大肆横行。

(五) 跨区域的涉毒包裹使公安机关难以追查

随着移动互联的普及,大量贩毒案件通过网络进行交易,违法犯罪嫌疑人之间不认识、不见面,“埋地雷”、快递邮寄等交易手段使整个贩毒过程更加隐蔽,贩运渠道更为错综复杂。2017年,包头市公安局车站派出所民警在一名嫌疑女子携带物品中查获冰毒3.9克,同时还有一叠广东经武昌至包头的快递单,民警意识到这可能是一起跨省制毒贩毒案件。经调查,快递单上的信息全部为虚假信息,专案组采用多种侦查手段、历时400多天才将此案侦破。跨地区物流快递涉毒犯罪中嫌疑人反侦查能力往往很强,犯罪网络规模庞大且分工明确,团伙成员往往采用虚拟身份进行网上单线联系,第一手身份资料基本是虚假信息;加之跨地区警力协作、追缉的成本较大,



跨地区警力协作的机制还有待完善,增加了公安机关侦查、抓捕的难度。

三、新时期针对物流寄递业涉毒犯罪的侦防对策

(一) 物流寄递业涉毒犯罪的防控措施

1. 加快从严落实物流寄递实名登记制度

物流寄递实名登记制度指寄件人和收件人在办理物流寄递业务时必须出示有效的身份证件进行登记,才能顺利寄出和接收包裹。这种制度虽然在一定程度上增加了寄收双方的时间成本,但是却能在极大程度上遏制利用物流进行犯罪的行为,明显减少快递贩毒案件的发生;实名登记也有利于侦查人员在案发后及时掌握线索,主动追查犯罪嫌疑人。

调查显示,有的物流点、快递站即使实行了实名登记制度,要求顾客出示身份证才可以寄收包裹,但在实际操作中会出现利用假身份证或者他人身份证进行寄收包裹的情况。如果这些信息不实的包裹涉及毒品犯罪,那么登记的信息依然无助于案件的侦查。所以物流点、快递站应配备身份证阅读器(读卡器),工作人员要严格遵守制度规定,从严核验身份信息,保证实名登记制度的落实。

2. 打造禁毒警企联动平台

《国家邮政局、公安部、国家安全部关于发布〈禁止寄递物品管理规定〉的通告》(以下简称《通告》)^①第4条规定:邮政管理部门应当监督指导提供寄递服务的企业(以下简称寄递企业)落实收寄验视制度,督促企业加强寄递安全管理;监督指导寄递企业加强对从业人员的安全教育和培训;依法对寄递企业实施安全监督检查,查处违法收寄禁寄物品行为。《通告》第8条指出:寄递企业应当严格执行收寄验视制度,依法当场验视用户交寄的物品是否属于禁寄物品,以及物品的名称、性质、数量等是否与寄递详情单所填写的内容一致,防止禁寄物品进入寄递渠道。邮政管理部门应进一步严格落实初检监督检查制度,同时定期组织对物流从业人员的安全管理培

训,加强从业人员对物流包裹进行安全检查的意识,通过“一询问、二手检、三机检”的方式对包裹进行初检:首先询问寄件人寄出物品的品名、数量等基本信息,然后采取轻摸、轻压、闻嗅的方式进行人工检查;有条件的寄件点可以将包裹通过X光检测仪进行检查,检查合格后方可寄递。

首先,进一步落实好包裹初检制度。这需要邮政管理部门和物流企业、快递公司的共同努力。邮政管理部门要进一步完善管理规定、加强安全培训、从严检查落实,公司企业要积极响应、配合检查,共同致力于物流寄递安全体系的构建,由相关政府部门牵头,与物流行业管理人员协同,进一步建立统一、规范的行业标准。其次,进一步加强对自取柜的管理和信息采集。目前小区自取柜主要有丰巢、格格、菜鸟裹裹、日日顺、中集e栈等几家品牌,其中丰巢独占鳌头。据统计,丰巢自取柜市场占有率超过了70%。智能快递自取柜一方面解除了以往限时取件的约束,有利于取件人在方便的时间进行取件;另一方面,它增大了物流寄递的安全隐患,利用物流寄递违规物品的违法行为更不易被发现,取件人不通过派件员进行取件而是自助取件,身份信息尤其是体貌特征更趋于隐匿。解决该问题要对症下药,当前可采用寄取终端对人像进行采集,在用户寄取快递时自取柜自动对人像拍照上传至后台,与该快递的物流信息相“捆绑”,有利于事后追查犯罪嫌疑人。再次,进一步整合警务资源。在物流的集货中心、分货中心、储备中心和加工中心设立警务站,配备相关的警务人员与警用设备,加强对物流企业和相关工作人员的监督、培训、指导力度,进一步织密人防、物防、技防的防控网络。最后,建立起“公安主导,企业协同,信息互通,情报共享”的日常运作机制。依托禁毒情报共享平台,将专门机关的“专业情报库”与物流公司等企业的“社会信息库”结合起来,充分利用智能互联网的智能感应功能,将所有快递包裹纳入其智能感应系统;监测到包裹有异常情况时,将相关包裹及时分流,转入接下来的识别检查环节;相关人员及时跟进,相关信息及时录

^①参见国家邮政局:《国家邮政局公安部国家安全部关于发布〈禁止寄递物品管理规定〉的通告》[EB/OL],载 http://www.spb.gov.cn/zc/flfgjzc_1/201612/t20.html.

入,及时开展大数据分析研判,防止贻误战机,杜绝由于前期情报信息挖掘与研判不到位而导致的浪费人力、物力资源的情况。

3. 加强物流快递业的阵地控制

物流快递业阵地控制是指公安机关依靠邮政主管部门和物流快递企业的协助,为了搜集物流快递行业涉毒犯罪情报信息、发现物流快递业涉毒犯罪进而对犯罪分子经常涉足、利用的物流快递行业进行公开或秘密控制的一种长期经营的基础性工作^①。当前,我国物流快递行业整体准入门槛较低、物流快递从业人员业务素质参差不齐、实名登记制度难于落实,导致物流快递行业阵地偏于失控,利用物流快递漏洞从事犯罪活动的案件逐年增多。因此,加强阵地控制首先要从法律上对物流快递行业准入标准加以明确,工商部门加强对物流快递企业的资质审核,对非法的微小型物流快递企业予以取缔,恢复物流快递行业的整体秩序;其次需要政府有关部门形成合力,在从业人员培训、禁毒安全宣传、实名登记制度等方面多管齐下;再次,必须加大资金投入,将物流禁毒工作的经费纳入政府经费预算,专款专用;最后,进一步加大科研力度,研发适应形势要求的新型安检设备,对物流快递企业采购 X 光检测仪、炸药检测仪等安检设备予以补贴,鼓励物流快递业加强包裹安全检查。

5G 网络全覆盖进一步淡化了物流快递行业地理位置优越的优势。随着 5G 网络逐渐向全国覆盖,其辐射范围也将急剧扩展,进一步提升物流快递业的信息化水平并填补农村地区、山区、边远地区的物流快递网络缺口。5G 网络使以低成本构建高效的物流体系成为可能,将进一步提升物流快递行业信息化、自动化、智能化水平。随着城乡一体化物流体系建设以及农村快递驿站的普及,监管相对薄弱的农村地区较之前更容易成为毒品的汇聚和途经之地,针对农村地区的阵地控制工作必须及时跟进。

4. 完善禁毒情报共享平台

公安工作素有“缉毒工作、情报先行”的说法,针对物流快递业涉毒犯罪需要建立一套契合

破案规律的情报系统。情报信息化的总体设计高度重视信息共享,“大情报系统”和“大数据平台”强调“高共享、大整合”。与普通刑事情报相比较,禁毒情报的代表性特点就是其所呈现的时空跨度大,实务当中“禁毒云”的建设,可以在一定程度上完成数据整合、解决数据割裂、整合信息孤岛。目前,我国多地禁毒情报研判在数据处理方面还只是简单的累加、比对和单一模式计算,信息间的内在关联挖掘不足,非结构化数据的处理不完善,大量信息依靠人工筛选甄别;禁毒部门信息收集渠道单一,民警的情报收集能力依然有待加强;由于数据和研判都处于离散状态,难以形成真正的大数据分析^②;各地公安机关各自为战、独立研判比对,无法将比对结果在更大范围内动态协同。应当通过“禁毒云”与各地云平台直接对接,使“禁毒云”能更好地支持跨系统对接,将部级平台打造成跨地域的多级合成联动的开放式平台,实现跨层级、跨地域、跨系统、跨部门、跨业务的协同管理和服务。

5. 构建高危邮包预警系统

随着公安信息化水平的不断提升,相关的理念、制度、技术等核心要素日臻成熟,各地公安机关都积极建立各种积分预警系统。情报主导侦查,是指为了进一步发挥“情报导侦”的作用,通过综合收集、分析和使用情报信息,引导警务决策,提高警务技能,从而实现以有效预防和打击犯罪为目的的警务战略。构建积分预警系统正是贯彻“情报导侦”理念的重要形式,也是落实情报主导侦查模式的客观需求。

高危邮包积分预警系统构建的核心理念是基于对异常行为信息的数据采集、数据清洗、分析拆解、数据建模以及查证反馈。公安机关只有充分收集、全面研判,将“人、事、地、物、组织”等传统公安数据的结构化属性信息与包含实体的时空信息以及实体间的关系信息结合起来,在实战中不断总结研究,才能逐步占据“情报导侦”的制高点。具体而言,高危邮包积分预警系统就是公安机关将网络生成的动态异常行为信息、管控信息、现实异常行为信息等三大类异常信息分

^①参见李云鹏:《物流贩毒研究》,载《云南警官学院学报》,2011年第5期,第15-19页。

^②参见徐志刚,王海涛:《公安大数据建设应用的思考——以禁毒为例》,载《警学研究》,2019年第3期,第5-11页。



析、汇总,并根据经验以及各种异常行为在案件发生中的权重和规则,构建积分模型,为各种可疑信息附加系数、分值^①,从而为重点信息的分析、研判提供数据支撑。

与此同时,要进一步完善相关配套措施。可以在物流寄递涉毒犯罪高发区域布建秘密力量,主动摸索排查,跟踪、控制、查缉涉毒包裹和涉毒人员。要结合发案规律建立情报信息系统,在加强阵地控制的同时“对症下药”,采取“破案留根”“拉出打入”等侦查手段深挖犯罪线索,顺藤摸瓜查处地下更为庞大的贩毒网络。公安机关在布建秘密力量的同时,要会同邮政管理部门,加强情报信息沟通;加强针对物流寄递涉毒犯罪的情报信息电子信息平台建设;增设专门的服务器以存储庞大的物流信息,主动发现物流状态异常的包裹;对敏感地域(如高校、夜总会)、敏感人员(如吸毒人员、戒毒康复人员)等进行重点关注;对可疑包裹及时发出预警,必要时可以会同邮政管理部门工作人员,有针对性地对包裹进行人检、机检。

(二) 物流寄递业涉毒犯罪的侦查对策

1. 建立跨区域多警种协同作战机制

(1) 完善跨警种“合成作战”机制。伴随着信息化水平和通讯技术的空前提升,物流寄递业的迅速发展,以“互联网+物流”为手段的涉毒犯罪给侦查机关带来跨区域侦查的难题。为了进一步打击物流寄递业涉毒犯罪,公安机关应清楚地认识到跨区域物流寄递涉毒犯罪必然会碰到管辖权冲突、跨地区警力协作不畅等问题,秉承“全国禁毒工作一盘棋”的理念迎难而上,克服地域限制,形成打击犯罪的合力。公安机关应当着力于完善禁毒、网侦、技侦、图侦、反恐等多警种联动,重点解决各部门情报信息平台资源有效整合问题,发挥禁毒部门在新时期“互联网+物流”寄递涉毒犯罪中的主导作用,依托“禁毒云”等专业情报平台,针对特定业务进行中长期的战略规划和短期的战术安排;网侦部门要发挥自身优势,积极研判网络中的涉毒线索和信息,加强对相关高危涉毒人员的网络监控;技侦部门要发挥特有的技术优势,积极配合禁毒部门开展相关禁毒情

报信息的落地侦查工作。

(2) 优化跨系统资源共享机制。公安、安检、交通、邮政等政府部门携相关物流企业建立起常态化的联席会议制度,确立信息共享和线索通报制度,将企业资源融入跨系统情报共享平台,进一步通畅专门机关和企业的线索通报渠道,并结合企业运行和政府管理中存在的实际问题由政府部门组织联合执法进行检查,并提出切实可行的解决方案。

(3) 完善跨区域侦查协作机制。毒品犯罪的显著特点之一就是涉及区域范围比较广,动辄可将其“触角”从我国的疆土的一端延伸至另一端,乃至拓展到境外。新时期“互联网+物流寄递”运毒新模式的出现,更增大了毒品的流通范围,扩充了毒品的流通渠道,降低了毒品流通的难度。作为一个全面、系统、综合的网络,5G时代的到来极大地改变了人们的行为方式,人类社会进入了一个移动互联、智能感应、大数据、智能学习综合起来的智能互联网时代。公安机关应当与时俱进,建立健全区域间物流寄递涉毒案件警务协作机制,简化跨区域办理物流涉毒案件的审批手续和警力调配手续,以“保卫人民利益、打击涉毒犯罪”为工作的第一要义,提升跨区域警务协作的质量。

(4) 优化跨国境侦查协作机制。网络的超时空性使得网络贩毒案件跨越的区域较为广泛,毒品犯罪不再局限于特定的时间或地点,网络聊天室等平台可以将相隔千里的吸毒人员集中起来,进而组织吸毒或进行吸毒表演等违法犯罪活动。一起网络贩毒案件涉及的地理位置可能遍布全国各地,甚至触角延伸到境外,给侦查工作带来严峻的挑战。涉毒犯罪嫌疑人频繁使用网络地址转换和动态IP地址等技术手段逃避侦查打击,甚至租用国外的服务器,在境外从事毒品犯罪。面对上述复杂形势,加强跨国境打击涉毒犯罪合作势在必行。首先,要与国外建立互联互通的涉毒情报的共享机制,定期与相关国家互通情报线索、分享研判结果,将境外涉毒情报信息纳入本国的情报研判平台,进一步提升本国的涉毒案件研判效能;其次,要与境外禁毒执法部门建立起

^①参见陈刚,李松岩:《对以异常行为信息为基础科学构建积分预警系统的思考》,载《北京警察学院学报》,2013年第1期,第44-47页。

联合执法机制,增强相关领域的司法协作,在核查线索、联合行动、协助抓捕、证据移交、引渡等多方面建立合作框架。

2. 应用大数据建立涉毒类案数据模型

网络贩毒案件的建模工作,应着重在发案条件准备、案犯身份特点及贩卖人员网络结构等方面展开,着重使用以下四大类信息:联络交流情况、资金往来信息、物流运输信息、交易购买信息。其中每一种数据都可以展开分析多项内容,每一项内容也可横向、纵向综合进行分析。

(1)交易购买信息。通过交易购买信息,可以直接分析交易网络的组织层级与人员结构,包括贩卖网络、销售模式、上下线关系等。同时,购买信息还能挂钩资金往来记录和物流运输记录,间接分析案犯位置特征及真实身份等,进而直接锁定交易嫌疑线索的数据集合。在侦查中,可以着重寻找交易记录复杂的人员。当前,一般网络贩毒犯罪者大多使用第三方支付平台进行交易,且使用期间频繁更换卡号、账户等,一般一次交易后立即变更,数据存在不稳定性。

(2)联络沟通方式。联络沟通方式主要有四类:通过QQ、微信等社交软件;电子邮箱;通过网站贩毒;网络直播。犯罪分子大多都靠网络联系,为了便捷大多使用QQ、微信等社交软件,但也有通过网络直播与网站联系的情况。相互沟通主要包括买家与卖家间、不同层级卖家间、卖家与制造人间三种类型,网络贩毒案件中大多是前两种类型。因此,梳理全部人员的联络信息,可以分析出涉案人员,理清各级代理商的层级关系,明确是否为集团化、团伙犯罪。此外,将联络沟通信息与交易购买信息进行数据碰撞,可以实现数据库之间的连接并进一步缩小侦查范围。值得注意的是,近几年犯罪分子在选择联络方式中有向网站、邮箱等相对小众的网络平台和境外聊天软件上转移的倾向。

(3)资金往来信息。交易中会留下资金往来记录,即使网络贩毒通过第三方支付平台,仍能通过调取记录查明涉案资金流向,进而分析参与人员在贩卖网络中属于哪一方人员,并以此梳理其上下级关系和组织结构。如通过资金往来和数额,可以分析参与者究竟是群主、管理员还是一般贩卖者;根据记录锁定嫌疑人,集中力量和

技术手段,初步查明部分QQ、微信等虚拟账号下地真实身份。网络贩毒常见的支付方式主要是使用支付宝、微信转账,偶尔也会使用银行账户转账;也有嫌疑人在柜员机上进行无卡转账,避免留下犯罪证据。

(4)物流运输信息。新形势下的网络毒品犯罪用物流寄递的手段代替传统的交易方法,寄货人只需将毒品藏在茶叶、糖果、玩具等不容易被发现的地方,填写一张运单即可完成交易。分析物流运输信息可挖掘收货人的地址和电话,初步确定大的区域范围;电话号码虽然不能直接查到买家的真实身份,但可以作为分析的一个信息点;物流信息记录有助于梳理贩卖人员网络结构,并在后期帮助确定侦查落地点。

3. 完善高信息化水平下配套缉毒技战法

(1)结合情报工作以假追假。在物流寄递涉毒犯罪中,经常出现犯罪嫌疑人利用虚假身份证、手机“黑户”等手段逃避侦查,但是虚假信息并非毫无线索可寻。如果利用的是虚假身份证寄收包裹,虚假的地址信息往往是与犯罪嫌疑人具有某种关联的地址,如其亲戚居住的地址、其曾经租住过的地址等;如果利用的是他人的身份证,犯罪嫌疑人可能是被冒用人的关系人,在日常生活中有机会接触到被冒用人的身份证;如果利用虚假的“黑户”,可以用数字侦查手段对手机的串号、基站信息进行调取,利用技侦手段实时监控手机上的信息,对信息进行关联碰撞,以发现更多的线索。

(2)采用技术手段收集痕迹物证和视听资料。在查获涉毒包裹后,公安机关应在第一时间利用技术手段开展侦查,提取包裹内部可能存在的寄件人的指纹、毛发等生物样本,通过DNA鉴定核查寄件人的身份信息,但此过程中应注意排除寄件站点工作人员遗留的生物样本;提取寄件站点和寄件人沿途轨迹的监控资料,通过监控数据尤其是公安高清探头拍摄的资料,可以大致提取到寄件人的体貌特征、居住地或落脚点。此后再结合上述信息部署秘密力量,做好对嫌疑人的控制。

(3)通过“马仔”“车手”深挖贩毒网络。一般来说,在物流寄递涉毒犯罪中,寄件人和收件人多为“马仔”,物流环节还可能存在“车手”。虽



然他们并不一定是最大获利者,甚至不一定知道包裹涉毒,但是他们知道是谁让他们去寄件、取件,甚至可能知道整个物流寄递涉毒犯罪的操作环节;同时,“马仔”“车手”很可能与真正的犯罪嫌疑人存在着某种联系。通过讯问“马仔”“车手”还可以让公安机关掌握贩毒路线、藏毒方法、毒品来源和去向,有利于公安情报信息系统的完善和加强对物流寄递涉毒犯罪的研判工作。

(4)实施有效的控制下交付。在物流寄递涉毒犯罪的侦查中实施有效的控制下交付,可以将已经查获的涉毒包裹置于公安机关的严密监视和保护下,在保证涉毒包裹安全的前提下,将涉毒包裹交付于贩毒网络的下一环节,寻找、发现更多的涉毒犯罪嫌疑人,扩大战果、缉拿主犯。实施有效的控制下交付,应做到以下几点:做好保密工作,确保控制下交付的实施不为外界所知^①;注意在“交易”之前对原包裹上生物样本(指纹、毛发等)的提取;保证“交易”的地点有利于公安机关迅速控制,确保涉毒包裹和“毒品交易人”的安全;抓住有利战机,争取将犯罪嫌疑人一网打尽。

〔参考文献〕

- [1]宋薇.5G时代背景下物流涉毒违法犯罪的特点及侦控对策[J].河北公安警察职业学院学报,2019,19(04):29-32.
- [2]李宁.新疆喀什特大跨国毒品案一审宣判两名外籍毒贩获无期徒刑凤凰资讯[EB/OL].凤凰资讯[2020-03-01].http://news.ifeng.com/gundong/detail_2014_03/31/353124.html.
- [3]国家邮政局:《国家邮政局公安部国家安全部关于发布<禁止寄递物品管理规定>的通告》[EB/OL].http://www.spb.gov.cn/zc/flfgjzc_1/201612/.html.
- [4]李云鹏.物流贩毒研究[J].云南警官学院学报,2017(05):15-19.
- [5]徐志刚,王海涛.公安大数据建设应用的思考——以禁毒为例[J].警学研究,2019(03):5-11.
- [6]陈刚,李松岩.对以异常行为信息为基础科学构建积分预警系统的思考[J].北京警察学院学报,2013(01):44-47.
- [7]兰跃军,应建洪.毒品犯罪侦查中的控制下交付[J].犯罪研究,2016(06):62-70.

【责任编辑:张戈】

Status quo of drug – related crimes in logistics and delivery industry in the new era and the detection and prevention countermeasures

Wang Yao

(China Criminal Police College, Shenyang Liaoning 110035, China)

Abstract: The rapid development of the logistics and delivery industry has greatly promoted the flow of people, money and goods. In the context of the upcoming 5G era characterized by high speed, low energy consumption, low latency and the interconnection of all things, new trends in the logistics and delivery industry are involved in drugs, which has brought tremendous impact on social security and the production and life of the people. It is necessary for public security organs to take precautions, promptly carry out research on drug – related crimes in the logistics and delivery industry, establish a complete legal system and prevention and control system, fight and prevent simultaneously, and block sources and intercept flow, to effectively curb drug crimes committed through logistics and delivery channels.

Key words: logistics and delivery industry; drug – related crime; detection and prevention countermeasures

^①参见兰跃军,应建洪:《毒品犯罪侦查中的控制下交付》,载《犯罪研究》,2016年第6期,第62-70页。

侦查讯问压力控制研究

张林燕

(中国刑事警察学院,辽宁 沈阳 110035)

〔摘 要〕 侦查讯问是侦查过程中的一个重要环节。现阶段我国的讯问大多呈现出“对抗式”的特点,在通过施压的方式获取供述的同时,过度的强制性和控制性也给供述自愿性和真实性带来一定的影响。“会话沟通式”的“合作式”讯问模式在一定程度上解决了“对抗式”讯问带来的问题,但其灵活性和适用范围依然较为有限。侦查讯问压力控制研究以马斯洛需求层次理论、社会认知失调理论、社会支持理论为基础,为侦查讯问活动提供了压力施加与释放的可操作模型,可以在讯问中获得较好的效果。

〔关键词〕 讯问模式;压力;控制;原则

〔基金项目〕 本文系 2019 年度中国刑事警察学院研究生创新能力提升项目“基于语言学的侦查讯问策略研究”(项目编号:2019YCYB01)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕 张林燕(1996—),女,安徽蚌埠人,中国刑事警察学院刑事犯罪侦查系 2018 级硕士研究生,主要从事侦查学、预审学研究。

〔收稿日期〕 2020-01-08

〔中图分类号〕 D918.5 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1009-1416(2020)04-039-06

作为法定的证据种类之一,犯罪嫌疑人供述以其证明案件事实、收集完善证据、降低办案成本、提高办案效益等优势,在用以证明案件事实的整个证据体系中起到了不可替代的作用^[1]。侦查讯问作为获取犯罪嫌疑人供述的程序,是侦查过程中的重要环节。虽然现行立法越来越趋向于重视其他证据而削弱口供的证据地位,但不可否认的是,在目前警力、财力、精力都极其有限的情况下,口供依然以其低成本、高效率的优势,在侦查实践中占据着非常重要的地位。

在如何获取嫌疑人供述的问题上,我国刑事诉讼程序以大陆法系为基础,在侦查过程中较为普遍地使用“对抗式”的讯问模式,即通过制造以控制性、强制性为特点的讯问环境,采用以施压为基本手段的讯问模式。这种讯问模式可以在一定程度上遏制犯罪嫌疑人的嚣张气焰、打消其侥幸心理,进而获取嫌疑人供述。但这种讯问模式存在过度的强制性和权威性等一系列问题,会极大地影响嫌疑人作出供述的自愿性和真实性,

导致口供的证据效力存疑。

为了解决现行侦查实践下讯问过程存在的问题,“会话沟通式”讯问模式应运而生。“会话沟通式”讯问模式以树立理性的讯问理念、平衡侦讯双方地位为基础,以较低的压力水平展开讯问活动,寻求侦讯双方在侦查及讯问活动中的“合作”^[2]。“合作式”的讯问模式固然可以解决“对抗式”讯问模式带来的一系列问题,但其依然缺乏一定的可操作性和灵活性^[3]。因此,建立具有灵活机动性、可操作性较强、适用范围较广的讯问压力控制模型,以更好地完成讯问工作,获取嫌疑人自愿、真实的供述,对刑事侦查工作尤其是口供的证据效力确定具有十分重要的意义。

一、“对抗式”及“合作式”讯问模式困境

受传统的侦查理念和实践影响,侦查讯问人员往往认为侦讯双方的立场与处境是天然对立的,且会持续于整个讯问乃至诉讼过程。在这种观念的影响下,我国现行侦查讯问过程大多充斥



着冲突与对抗,并始终处于较高的压力水平下。侦查人员在讯问中采用单一的“我问你答”的一元化的信息传递方式,不仅忽略了嫌疑人在会话沟通中的主体地位,无视嫌疑人的主观能动性,造成侦讯双方诉讼权力地位的极大失衡,而且对嫌疑人的供述质量产生了不良影响。

在这种非理性的、失衡的沟通环境下,侦查人员的讯问语言较多地表现出过度的强制性、偏向性(诱导性提问、逆向同义改述、指令性言语行为、粗暴的话语打断等)、有罪预设,甚至出现不文明、不合法的现象^[4],不仅使嫌疑人产生对立或抵触情绪,形成讯问僵局,而且会极大地影响供述的自愿性和真实性,导致口供的证据效力存疑,进而影响整个诉讼进程。

为了解决“对抗式”讯问模式带来的种种问题,“会话沟通式”讯问模式提出了“奉行理性的侦查讯问理念、平衡双方地位话语权、促进侦查讯问中的会话合作、贯彻‘无罪推定’刑事诉讼原则”的“合作式”讯问模式,在实践中较好地解决了“对抗式”讯问带来的一系列问题,缓和了讯问中的紧张氛围,充分尊重了嫌疑人的平等对话地位及诉讼权力,为我国长期沿袭的高压讯问模式指明了改进的方向。

但需要注意的是,“对抗式”讯问模式依然存在“合作式”讯问模式所不具备的优势。例如,面对气焰嚣张、侥幸心理较强的嫌疑人,对抗模式下较高的讯问压力可以有效打消其拒供心理,最终促成供述行为;而在此前提下,“合作式”讯问模式可能无法在消耗同等的资源及时间的条件下达到更好的效果。因此,如何在“对抗式”和“合作式”两种讯问模式中各取所长,并基于相关的理论依据,构建可操作性较强的侦查讯问压力控制模型,有针对性、灵活性地控制讯问中的压力大小,从而更好地获取嫌疑人真实、自愿的供述,具有十分重要的诉讼价值和实践意义。

二、压力控制模型构想及理论基础

(一) 马斯洛需求层次理论

马斯洛需求层次理论认为,人存在包括匮乏需要和成长需要在内的两类需要,其具体可以划分为五种需要类型,并显示出高低显著的不同层次(见图1)。也就是说,人类必须先满足某些需

要,才能满足另一些需要;一般先满足低层次的需要,然后才关注高层次的需要^[5]。其需要从低到高,依次为生理需要、安全需要、爱与归属的需要、尊重需要、自我实现的需要。其中,安全需要属于匮乏需要中的一种,包括对于稳定安全、秩序、受保护、免受惊吓和焦躁折磨的需要,在五个层次中较为基础和低级,与个体的生存密切相关。因此,当个体的安全需要得不到充分的满足时,就会产生危机感,从而产生满足安全需要的动机,进而会产生试图通过各种途径满足自己的安全需要的行为^[6]。

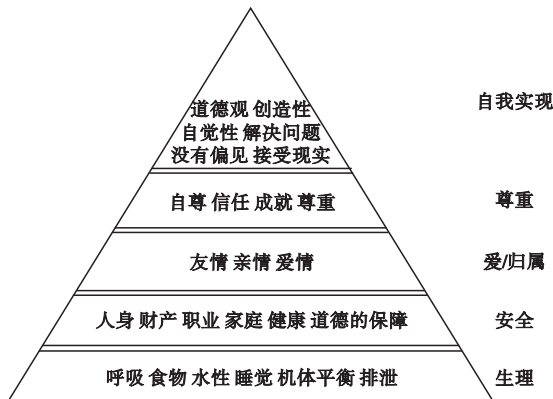


图1 马斯洛需求层次理论的层次分布

因此,在讯问前期,讯问人员如果通过施压的方式,在一定程度上剥夺犯罪嫌疑人的安全感,使其产生恐慌、焦躁等情绪,嫌疑人就会产生满足安全需要的动机,进而产生试图以各种方式满足安全需要的行为。讯问人员需要在语言交流中让嫌疑人意识到,只有配合讯问、如实供述,才能够降低所处环境的压力;在嫌疑人产生配合趋势时及时降低压力水平以示奖励,就会促使嫌疑人产生如实供述的动机及相应行为。

(二) 社会认知失调理论

社会认知失调是指个体内心对某件事的态度或意识与行为不一致时,心理产生的一种不安全感。当个体出现认知失调时,通常会出现不舒服、不自在的感觉,进而产生焦躁、紧张不安等状态。这些现象就是压力的一种表现形式。为了缓解压力带来的不愉快感,个体会产生重新达成认知平衡的动机,进而重新调整意识或行为,以重新达到认知平衡。

减轻或消除认知不协调通常有以下三种方法:一是改变行为,使对行为的认知符合态度的

认知;二是改变态度,使其符合行为;三是引进新的元素^[7]。对于讯问工作而言,讯问人员可以在讯问前期通过各种策略,让嫌疑人自主意识到自身存在的认知不协调,进而产生压力感;而在讯问后期,则可以诱导其改变拒供行为,通过如实供述的方式重新达到认知平衡。

具体而言,嫌疑人在接受讯问过程中主要存在两类认知不协调:一是个体较高的自我评价意识和犯罪现状之间的不协调;二是个体对平静、自由生活的向往意识和高压审讯现状之间的不协调。因此,在审讯前期,讯问人员可以通过给予嫌疑人否定性评价的方式,使其意识到自己的犯罪行为有违于其向善向上的自我追求和自我评价,并通过言语交流,激起嫌疑人对外界平静、正常生活的向往,使其意识到自己的拒供行为带来的审讯现状有悖于自己的追求,从而感受到认知失调带来的压力感;在审讯后期,讯问人员应注意引导嫌疑人,使其意识到只有配合审讯、如实供述,才能将功补过、重新做人,获得法律的谅解和较轻的刑罚,早日恢复常人的平静生活。

需要注意的是,嫌疑人在审讯前期甚至被采取强制措施之前,就可能已经引入新的元素使自己的认知达到平衡,以缓解自身压力,更好地应对即将到来的审讯。例如,嫌疑人可能会秉持“复仇”“替天行道”等观念,消除自己的罪疚感;可能会向自己灌输“拒供带来的压力是一时的,只要熬过审讯就可以躲避法律制裁”的侥幸心理和错误想法,做好抗拒审讯的心理准备。此时,一般的教育感化将无法起到预期的作用。在这种状况下,讯问人员需要加强心理干预,指出其行为或动机的非正当性和不合理性,使之超过嫌疑人以往的认知态度,以达到占据讯问过程中心理优势的态势。

(三) 社会支持理论

社会支持理论,是指一个人通过社会联系所获得的能减轻心理应激反应、缓解精神紧张状态、提高社会适应能力的影响。关于社会支持对个体心理健康的影响机制,其中一种假设模型(缓冲器模型)认为,社会支持仅在应激条件下与个体身心健康发生联系,它可以缓冲压力事件对身心状况的消极影响,保持并提高个体的身心健康水平^[8]。社会支持可能以两种方式作用于个

体,缓冲压力事件对其心理健康造成的消极影响:一是社会支持可以提高个体对自我应付能力的认知水平,降低个体对压力事件严重性的评价,低估其可能带来的伤害性;二是社会支持能够提供问题的解决策略和方法,降低压力事件对个体的不良影响。

在审讯中,讯问人员可以先制造压力,使审讯环境处于较高的压力水平下,促使嫌疑人感受到一定的紧张感和心理不适。在嫌疑人明显表现出恐慌、惊惧的情绪后,讯问人员再给予适当的支持,释放审讯压力,使嫌疑人感受到来自个体以外的支持,以降低其对供述后果的评估,促使嫌疑人如实交代自己的犯罪事实。

社会支持主要包括以下三个可能影响个体心理的方式:一是情感支持,即个体可以感受到来自外界的关怀和爱;二是尊重支持,即个体可以感受到自己是被尊重且有价值的;三是成员归属,即个体可以感受到自己属于某个沟通互惠的网络^[9]。基于此,讯问人员可以在审讯后期有的放矢,有针对性地向嫌疑人提供支持,使其感受到情感、尊重和归属,降低其在供述上存在的心理障碍。

三、侦查讯问压力控制模型构建

依据马斯洛需求层次理论、社会认知失调理论和社会支持理论可以得知,压力由高至低的转变可能有利于嫌疑人形成供述动机。基于此,可以构建包括讯问前的准备、高压讯问期、压力转折期和压力释放期四个阶段在内的讯问压力控制模型,并提炼出具体的控制方法,以期达到较好的讯问效果。

(一) 讯问前的准备

讯问前的准备充分与否会直接影响讯问的质量。在讯问中采取拒供行为的嫌疑人为了逃脱罪责,大多在接受讯问前就做好了充足的准备。如果讯问人员在讯问前没有做好充足的准备,毫无规划而匆匆上阵,就无法找到嫌疑人供述中的矛盾点,无法了解嫌疑人的性格特点和弱点,也无法有针对性地开展审讯交流。出现这种情况将会极大地挫伤讯问人员的信心,加固嫌疑人的侥幸心理,使得讯问过程更加难以顺利进行。

为了有效控制讯问压力,需要进行充分的讯



问前准备。良好的讯问前准备可以为更高效、更合理地进行压力控制奠定坚实的基础。具体而言,讯问前准备主要包括以下几个方面^[10]:

1. 充分熟悉案情,整理已有证据

案情和证据是讯问之本。不了解案情和证据就无法正常地开展审讯活动。主导讯问的侦查人员基本上都参与了本案的前期侦查、调查工作,因此对案情和证据都有基本的了解。但侦查工作大多复杂而繁琐,需要侦查人员分工协作完成,讯问人员未必对案情的每一个细节、收集到的每一个证据都了然于心。这就要求讯问人员在讯问前充分熟悉案情、整理已有证据,必要时可以依照案情可能的发展顺序或证据的重要程度顺序,将收集到的所有信息分门别类、条条列出,做到有的放矢。在讯问前期,可以利用这些信息有针对性地加以逐条举证,有效展现公安机关的办案能力,强化自身的强势地位,提高讯问压力,消除嫌疑人的侥幸心理。

2. 充分了解嫌疑人的相关信息。

在以案情和证据作为讯问基础的同时,需要充分了解嫌疑人的背景信息,从而在讯问过程中有效地、策略性地掌控讯问压力。嫌疑人的性别、年龄、职业、生平、家庭背景、文化程度等等都与其行为方式和性格特点息息相关,甚至可能直接形成其犯罪动机。因此,充分了解嫌疑人的背景信息,有助于讯问人员有针对性地变换自己的语言风格和审讯策略,从而达到震慑人心、引发共鸣的效果。

3. 制定讯问计划

如何将收集到的基础信息有机组合,最终形成一套完整的讯问计划,是决定讯问质量的关键步骤。讯问计划主要包括:在讯问中的哪一阶段运用何种讯问语音、语调、语气、语速、节奏;在何时向嫌疑人出示何种证据;在哪一阶段采取怎样的政策法律教育方向;预测嫌疑人在讯问中可能作出的反应和可能出现的问题,并制定相应的讯问策略和应急措施。

(二) 高压讯问期

高压讯问阶段的主要目的是剥夺嫌疑人的安全感,使其陷入恐慌、紧张的情绪中,从而促使嫌疑人产生降低压力、获取心理安全感的动机,以期其在讯问后期产生配合讯问人员工作、如实

供述自己犯罪过程的行为。

1. 通过控制语音、语调、语速等语言元素进行施压

不同的语音、语调、语气、节奏等可以赋予语言不同的感情色彩,也可以向交流主体传递不同的信息,施加不同的影响。讯问作为一种特殊的交流模式,同样可以通过控制语音语调来达到施加或释放压力的目的。

在讯问的高压阶段,讯问人员的语气可以较为强硬,语速中速偏快,语调稳中略升;可以较多地使用短句,以偏快的节奏连续发问。这种语言风格可以展现讯问人员的气势和信心,使被讯问人切身感受到讯问压力,从而达到气势上震慑嫌疑人、打消其侥幸心理的效果^[11]。

2. 加重向的政策法律教育

根据对犯罪嫌疑人拒供动机的实证研究表明,犯罪嫌疑人考虑拒供的首要原因是企图逃脱法律的制裁,以此原因拒供的犯罪嫌疑人超过被调查总数的六成。其拒供动机主要表现为畏罪心理^[12]。因此,对嫌疑人而言讯问时的主要压力来源于《刑法》与《刑事诉讼法》对其涉嫌罪名的刑罚及诉讼程序的相关规定。讯问人员可以向嫌疑人普及其可能涉嫌罪名及判处刑罚的相关规定,并偏向于强调其可能被判处的最高刑。在法律法规的震慑和“抗拒从严”的政策影响下,嫌疑人会产生较大的压力,其侥幸心理也会适当地被削减^[13]。此时的压力会促使嫌疑人产生“坦白供述以争取从宽”的动机及行为。

3. 出示案件证据及嫌疑依据

证据是证明案件事实最直接、客观的工具,嫌疑依据也可以在一定程度上证明嫌疑人与犯罪事实之间的关系。在审讯过程中,嫌疑人最想知道侦查人员掌握了多少证据,以决定其是否采取配合的供述态度。因此,讯问人员可以向嫌疑人模糊地暗示已收集到的证据或嫌疑依据,使其产生自我怀疑和过度联想,在打消嫌疑人侥幸心理的同时加强畏罪心理,极大地增加犯罪嫌疑人的心理压力^[14],从而促使其如实供述犯罪行为。

4. 适当地给予否定性评价

根据社会认知失调理论,个体内心的态度或意识与行为不一致时,会产生一定的心理压力。因此,讯问人员可以在审讯前期给予嫌疑人适当

的否定性评价,批评其涉嫌行为对家人及自身造成的损害,使其意识到自己的行为有违于其向善向上的自我追求和自我评价。在这种认知失调带来的压力感下,嫌疑人会产生悔罪和救赎心理,想要直面行为后果并为此负责。在这种心理的驱使下,嫌疑人很有可能作出配合供述的行为,以期重新达到自身的认知平衡。

(三) 压力转折期

压力转折阶段的重点集中于转折时机的选取。其主要内容是观察嫌疑人面对高压环境所展现出的外在表现,以推测其心理状态,进而选择压力释放阶段开始的具体时机。合适的压力转变应开始于高压讯问产生理想效果时。个体处于高压下,会基于不同原因产生恐惧、紧张、后悔、矛盾等多种情绪。当讯问人员通过观察嫌疑人的行为,判断嫌疑人产生这些情绪时,就需要进入压力释放期,对其进行合理疏导。

当嫌疑人感受到较大压力时,可能会出现面部颜色苍白或发暗、面部痉挛、较多的触摸行为、吞咽、咬嘴唇、减少目光接触、瞳孔缩小、轻扣手指、晃动膝盖或脚、交叉双腿或双脚、向门边或窗户倾斜身体等现象。如嫌疑人产生沮丧情绪或倾向于接受讯问人员的言论时,还有可能出现头部低垂、肩膀垂下或前耸、弓背、手臂紧紧抱住躯干、几乎无目光接触等现象^[15]。当讯问人员观察到这些现象时,就可以开始疏导嫌疑人的心理压力,以期其产生供述动机及行为。

(四) 压力释放期

压力释放阶段的主要目的是给予嫌疑人一定的心理支持,使其降低对供述后果严重性的评价;与先前的压力环境形成对比,促使嫌疑人对讯问人员产生依赖;对嫌疑人可能展现出的配合意向给予奖励,满足其对安全感的需求,激发其趋利避害的本能。

1. 基于语言学的低压控制

与高压讯问期相反,在压力释放期,讯问人员需要向嫌疑人表达同情、理解、尊重等态度或情绪。因此,讯问人员的语气应当和缓,语速略慢,语调略微低沉;可以酌情展开较长篇幅的教育感化,以降低嫌疑人面对审讯的压力,争取在情感上获得嫌疑人的信任和认同,进而获取嫌疑人供述^{[11]2}。

2. 减轻向的政策法律教育

在前期对嫌疑人进行加重向的法律法规之后,讯问人员在后期应注重向嫌疑人普及法律政策中“认罪认罚从宽”的相关规定。2018年10月26日修改的《刑事诉讼法》新增了第15条:“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚的,可以依法从宽处理”。“认罪认罚从宽”的规定入法为以前政策上的“坦白从宽”提供了切实的法律依据。讯问人员可以向嫌疑人宣读讲解相关法律法规,强调其涉嫌罪名从轻或减轻处罚的条款,并告知其从轻减轻处罚后可能被判处的最低刑,以适当缓解嫌疑人的心理压力,进而促使其形成供述动机^{[14]2}。

3. 合理化罪行

当讯问人员使嫌疑人意识到自己犯罪行为或动机的不正当性及社会危害性,嫌疑人往往会产生较大的心理压力和矛盾感。此时,讯问人员需要对其犯罪行为和原因“合理化”,减轻其因违反法律和道德而产生的自责或畏罪情绪,能够重新接受自我。在这个过程中,讯问人员可以对嫌疑人及其行为或动机表示同情和理解,并站在人情事理的角度为其行为提供一个可以在道德上开脱的理由,从感觉上降低嫌疑人犯罪行为以及相应道德方面的社会危害程度,减轻其思想压力及负罪感,从而减轻嫌疑人的供述障碍^[16]。

4. 给予必要的社会支持

依据社会支持理论所包含的可能对嫌疑人产生心理影响的三个方面,本阶段讯问人员可以采取以下策略向嫌疑人提供社会支持,降低其供述障碍:尊重支持层面,可以改变对嫌疑人的称呼,从全名转为使用尊称(某先生/女士)或职务称呼(某经理/局长),并适当地对嫌疑人表达赞誉以示尊重;情感支持层面,可以在语言和行动上表达对嫌疑人现状的关心和同情,如询问其睡眠质量,关心其家庭现状,向其递支烟、送杯水等,体现讯问人员对嫌疑人的人格尊重和人文关怀,减轻其紧张和敌对情绪;归属支持层面,可以使用与嫌疑人相同的方言进行初步交流,拉近空间感,并真诚地帮助嫌疑人针对现状进行利弊分析,使其对讯问人员产生认同和归属感,消除双方的对立局面。



四、侦查讯问压力控制原则

(一) 合法

在高压讯问阶段,讯问人员可能需要采取一定的措施或策略向嫌疑人施压;在压力释放阶段,讯问人员可能需要对嫌疑人进行一定的劝说和诱导。但在具体操作的过程中,同样需要严格注意实体合法和程序合法。在实体合法层面,应尽力避免讯问语言的“威胁、引诱、欺骗”性;在程序合法层面,应严格遵守相关法律对讯问程序的规定,绝不可以因策略需要而牺牲程序合法性^[17]。

(二) 文明

在合法讯问的基础上,讯问人员同样需要注意讯问方式的文明。即使出于向嫌疑人施压的目的,也应严禁粗口、侮辱性词汇、侮辱性动作等损害嫌疑人人身尊严的现象出现。此类不文明的讯问方式不仅会造成侦讯双方情绪上的对立,还会促使嫌疑人产生抵触和反感情绪。即使讯问中获取了供述,其稳定性和真实性也存在很大问题^[18]。

[参考文献]

- [1] 彭玉伟. 职务犯罪嫌疑人供述激励机制的构建[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2016, 32(02): 105-116.
- [2] 张宏, 毕惜茜. 侦查审讯中“会话沟通式问话语言”研究[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2016, 32(04): 73-80.
- [3] 曾范敬. 中外警察讯问话语研究综述[J]. 北京政法职业学院学报, 2012(01): 12-16.

- [4] 张宏. 基于语言学的侦查讯问研究[J]. 西南民族大学学报(人文社科版), 2016, 37(11): 119-123.
- [5] Jerry M. Burger(著). 陈会昌(译). 人格心理学[M]. 北京: 中国轻工业出版社, 2011: 288-291.
- [6] 曹淑涛. 斯德哥尔摩现象对反劫持人质谈判的影响及应对策略研究[J]. 云南警官学院学报, 2015(06): 108-111.
- [7] 陶雨. 讯问的心理突破口选择——以认知不协调理论为视角[J]. 江西警察学院学报, 2016(03): 31-35.
- [8] 李强. 社会支持与个体心理健康[J]. 天津社会科学, 1998(01): 66-69.
- [9] 刁鹏飞. 社会支持研究述评[J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2012, 14(05): 44-49.
- [10] 董圣文. 浅谈侦查讯问谋略[J]. 刑侦研究, 1998(05): 1-5.
- [11] 杨天勇, 吴位锦. 审判中心主义视角下侦查讯问语言规范研究[J]. 法制与经济, 2018(09): 137-146.
- [12] 刘启刚. 犯罪嫌疑人拒供行为及其动机的实证研究[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2016, 32(01): 59-66.
- [13] 殷相印. 刑侦讯问言语特征分析[J]. 金陵职业大学学报, 2003(04): 67-70.
- [14] 徐加庆. 犯罪嫌疑人心理压力源及其利用[J]. 江苏警官学院学报, 2013, 28(04): 109-112.
- [15] 赵桂芬. 供述心理与讯问对策解密[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 219-231.
- [16] 毕惜茜. 侦查讯问方法研究[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2013, 29(05): 55-59.
- [17] 林婷莉. 刑事讯问语言运用的法律规制[J]. 哈尔滨学院学报, 2016, 37(10): 57-62.
- [18] 张宇朋, 金龙. 职务犯罪讯问语言困境及对策[J]. 甘肃警察职业学院学报, 2015, 13(01): 24-29.

【责任编辑: 张 戈】

Research on pressure control of investigation and interrogation

Zhang Linyan

(China Criminal Police College, Shenyang Liaoning 110035, China)

Abstract: Investigation and interrogation is an important part of the investigation process. At present, most of the interrogations in China show the characteristics of “antagonism”. While obtaining confessions through pressure, excessive coercion and control also have a certain impact on the voluntary and authenticity of confessions. The “cooperative” interrogation mode of “conversational communication” solves the problems brought about by “antagonistic” interrogation to a certain extent, but its flexibility and scope of application are still relatively limited. Based on the theory of Maslow’s hierarchy of needs, social cognitive dissonance and social support, the research on pressure control of investigation and interrogation provides an operable model of pressure application and release for investigation and interrogation activities, which can obtain good results in interrogation.

Key words: interrogation mode; pressure; control; principle

智慧警务背景下无人机在公安工作中的应用研究

李 华

(辽宁公安司法管理干部学院,辽宁 沈阳 110161)

〔摘 要〕警用无人机作为警务信息化建设的重要技术成果,在刑事案件侦查、大型活动安保、交通管理等多种警务实践中发挥着不可替代的作用。虽然各地公安机关十分重视警用无人机的应用,但由于技术发展、配套措施、制度建设等方面的局限,警用无人机在警务实践中的作用尚未得到充分发挥,需要从技术革新、标准制定和完善配套等角度,实现无人机与警务应用的深度融合,不断拓展警用无人机的应用场景,建立“空地一体,人机联动”警务新模式。

〔关键词〕无人机 ;警务实践;智慧警务

〔作者简介〕李华(1977—),女,辽宁营口人,辽宁公安司法管理干部学院法律实务系副教授,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2020 - 05 - 16

〔中图分类号〕D631.4 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009 - 1416(2020)04 - 045 - 06

无人机与载人机相比具有成本低、操控简单、起降容易等优点。根据飞行原理、气动布局和起降方式不同,无人机可分为固定翼无人机、无人直升机和多旋翼无人机^①。无人机视野开阔、机动性强,应用场景十分广泛。不同类型的无人机在性能方面各有优势。固定翼无人机一般以汽油为动力,航时长、载重大,需要固定基地起降,操作难度大,不能悬停,主要用于工业领域;多旋翼无人机以电能为动力,操作、维护简单,能悬停,适合低空飞行,但载重小、续航时间短,主要用于视频拍摄;与多旋翼无人机相比,无人直升机在载荷、续航时间、飞行速度、抗风性能等方面都有优势,但其飞行噪音大,不能悬停,多用于消防和救援工作。警务实践中大多采用多旋翼无人机和无人直升机。在 2015 年的全国警用航空建设推进会上,公安部明确提出“将警用

无人机纳入警用航空管理范畴,建立管理、运行和安全生产工作规章制度,统筹发展规划”^②。

一、警用无人机的应用现状

根据公安部警航办统计,截至 2018 年全国警用无人机数量已超过 7000 架。在智慧公安建设的背景下,各地公安机关都十分重视无人机在警务实践中的应用。无人机具有机动灵活、快速响应的性能,能在特定条件下及时收集相关信息,还可以搭载相关警用设备,适应大型活动安保、交通管理系统、刑事案件侦查等不同警务实战领域需求。在刑事案件侦查中,多采用多旋翼无人机搭载相机、摄像机、红外热像仪等设备,实现现场勘查、搜索定位、协助抓捕等功能;在处置群体性事件或者大型活动安保中,多采用多旋翼无人机搭载扩音器、摄像机、信号屏蔽器等装备,实现

①参见罗颖,张敏,刘军:《鹰击长空 织就“天网”——无人机及其警务应用现状》,载《警察技术》,2014 年第 5 期。
②参见《从直升机到无人机 看我国警用航空建设的二十年》,载中国航空新闻网. <http://www.cannews.com.cn/2016/0519/154083.shtml>.



监控现场态势、疏散人群、发放传单、固定证据等功能;在突发性灾害性事故救援工作中,多采用无人直升机进行物资投递。警用无人机已经广泛参与到治安巡逻、刑事侦查、应急救援、反恐等多种不同性质警务活动中。

(一)在刑事案件侦查、跟踪、抓捕中的应用

虽然各地强力推进“天网工程”“雪亮工程”等视频监控系统建设,但在某些地方,却无法利用视频监控系统进行有效的情报收集或证据固定。监控死角、监控设备损坏的场所,荒郊野外或者人员聚集、情况复杂、无法立即实施抓捕的地方,无人机都可以凭借其快速机动的性能特点,在相关区域上空迅速完成现场人员、地形等方面的隐蔽勘查,并将视频信息回传指挥中心,以实时精准的图像信息为决策的科学性提供支撑,有利于侦查活动的顺利展开。在跟踪、抓捕犯罪分子等缉捕活动中,警用无人机利用空中侦查的优势,可以提升大范围搜捕的效率,与陆基力量相互配合,能够有效提高跟踪抓捕的针对性和准确率。警用侦查无人机通过对犯罪地点进行跟踪拍摄,可以绘制周边环境地形图,结合警务地理信息系统,助力警方制定抓捕方案。在侦查过程中,无人机上挂载的特殊装置可以对犯罪分子的手机进行定位和监测,对搜集的信息进行研判,发现案件线索。在警方实施抓捕过程中,通过无人机的强力配合,一线警务人员可以实现精准围剿,同时预防突发情况。为防止犯罪分子彼此联络或通风报信,可以在无人机上搭载电磁干扰设备,屏蔽移动通讯信号,阻断犯罪分子的沟通渠道。出现犯罪分子抗拒抓捕、武装抵抗的情况,警方可以通过无人机搭载的喊话、照明装置,向犯罪分子进行宣传,击破其心理防线,要求其放弃抵抗;对于负隅顽抗的犯罪分子,可以通过发射催泪弹、爆震弹等方式消除其抵抗能力,进而实施控制。无人机的空中侦查与陆基侦查活动相配合,可以形成立体化作战模式,大大提高侦查效率。2018年国庆节期间L省LY市某监狱两名罪犯脱逃,L省、H省两省警方联动全力追逃。有群众报警称两名罪犯在L市S镇S村李家屯出现,警方指挥部立即调集警力前往进行全面封锁。由于逃犯踪迹所在地地处荒郊野外,

实施拉网式排查将耗费大量的时间和警力。针对这一案情的特殊性,C市公安局出动无人机进行大范围搜索侦查,最终在P市T乡S村附近发现疑似罪犯,仅用时1小时30分就将两名脱逃的罪犯抓获归案。

(二)在大型活动安保和处置突发事件中的应用

对于大型活动场所、人员易聚集场所等重点安保场所,无人机可以生成现场地理三维模型,协助指挥人员提前制定安保方案。在活动现场,无人机可以与固定视频监控系统合成作战,不断把实时监测画面传回指挥中心;指挥中心通过遥控站调整无人机飞行姿势和摄像头角度获得所需画面,并根据实时画面监控现场状态,疏导交通、调配警力,及时调整和完善处置方案。当现场发生人员异常聚集等突发情况时,无人机可通过人脸识别功能,判断现场人员数量、男女比例、年龄结构等组成背景,并筛查出重点管控人员、前科人员等信息;指挥中心通过对无人机提供的信息进行研判确认后可指挥现场警力及时控制并带离重点人员,掌控现场局势。在现场发生骚乱时,警方可利用无人机进行空中喊话,宣传法律和政策,辅助现场警力指导群众有序疏散;必要情况下可通过无人机对事发现场及周边进行定向定时的信号屏蔽,有效遏制流言、谣言的产生和传播。

2020年年初新冠疫情期间,无人机在疫情防控中发挥了巨大作用。无人机可以用于疫区封城后的安全巡查、防控宣传,还可以用于精确喷洒消毒、投递物资等工作。从2020年1月25日开始,G省Z市利用无人机搭载的红外测温仪器在高速入口、市场、火车站等人员聚集场所进行群体测温。遇到可疑发热病人时,无人机搭载的仪器就会立即报警,附近的工作人员可以马上对发热病人进行拦阻检查。

(三)在交通管理中的应用

警用无人机可以用于交通流量实时监控。无人机与固定式视频监控构成立体式、无死角的监控网络,指挥中心可根据监控网络上报的实时路况,实施交通调流,保证交通畅通。遇到突发交通事故,无人机可以先于交警到达事故现场,

进行事故现场取证和处置;当交通事故造成道路拥堵时,可通过无人机空中喊话要求车主自行拍照取证并将车辆驶离事故发生地至指定地带,从而实现疏导交通的功能。交通高峰期,在常规监控无法覆盖的盲区,无人机可利用精确的定位悬停抓拍占用应急车道、逆行、压线、违法停车、闯单行、闯禁行等多种违法行为,进行现场取证。警用无人机搭载高分辨率摄像机,能够快速取得事故现场的实景图,同时生成三维立体模型图,并可当场输出打印,由事故方签字确认。与交通事故处理方式人工丈量、手工绘制和相机拍照的勘查取证方式相比,无人机以其快速的反应能力、高精度数据获取和建模能力,大大提高了交通执法的效率和准确性,同时降低了民警工作强度,缓解了公安机关警力不足压力。

(四)在现场勘查中的应用

某些刑事案件勘查现场面积过大,传统刑事照相技术只能进行点、面拍摄,无法展示多个现场的分布情况及其相互之间的位置关系;无人机的高空拍摄可以实现多角度、大范围拍摄,快速准确获得一手数据。在某些危险场合,如火灾、爆炸现场等有毒有害场所,勘查人员难以第一时间进入现场,利用无人机可及时采集到现场的第一手资料。无人机在进行现场勘查时,除搭载摄录系统外,还可以搭载照明系统、雷达系统、语音系统等,获得现场照片、视频、声音、地理位置等全方位信息,并自动生成现场平面图和立体图,从而提高现场勘查效率。2015年8月,天津港发生爆炸事故。由于现场存放大量危险化学品,爆炸燃烧后产生大量有毒有害气体,现场情况十分危险,人员难以进入。事故发生后,公安部消防局紧急调集无人机飞入爆炸核心区,全方位搜集现场图像,为实施救援和调查事故原因提供了有力支持。

二、当前警用无人机应用的局限性

警用无人机的应用拓展了公安机关信息来源,辅助警方实现更加精准高效的决策。但在警务实践中,无人机的应用还存在一定问题,限制了其进一步普及和充分发挥效能。

(一)无人机获取视听信息的局限性

以无人机视角拍摄的图像可能受到自然因素和客观因素的影响,如从无人机拍摄角度或者环境条件来看,高大树木或者高楼等障碍物会影响无人机的视线,光线或者天气原因会影响拍摄效果;无人机在空中拍摄时是俯瞰角度,距观察对象有相当的距离,很难清晰拍摄和录制被观察对象的面貌和声音,因此其获取的视听信息有所局限;操控者通过无人机获得的现场信息和亲临现场获取的信息还是存在一定区别,操控者在做出处置时缺乏与现场的互动和交流,可能导致做出错误的判断。另外,无人机在实施追踪时,如果发出噪音或因距离过近被追踪目标发现,可能会打草惊蛇,导致目标隐匿起来难以追踪。

(二)无人机技术的局限性

无人机系统由飞行控制系统、通信系统、动力技术系统、搭载模块等部分组成,其技术研发仍处于不断完善的过程中。在无人机工作过程中,由于技术故障或者天气原因可能会发生机体坠落等意外事件;部分无人机采用燃油燃料(汽油、甲醇等)作为飞行动力,一旦飞行过程中出现意外引发碰撞或坠落可能会引发火灾事故,存在一定的危险性;《民用无人驾驶航空器系统驾驶员管理暂行规定》无人机应该“7公斤以下、高度120米以下、500米范围内可视飞行”,但是民用小型实际飞行高度可以达到500米,性能优良的军用无人机飞行高度可达10千米以上,一旦操控人员操作不当足以干扰飞机的正常起降,导致民航系统的调度瘫痪;无人机在寒冷、大风、暴雨等极端天气下难以使用;小型无人机的续航能力一直难以突破,有可能影响到侦查行动的顺利实施。城市中高楼林立,无人机触碰到这些障碍物就会造成安全事故。因此无人机必须具备超强的避障功能,避免与障碍物碰撞。这是在城市应用无人机巡逻的前提条件。相比消费级无人机,警用无人驾驶航空器不仅在续航时间、载荷重量、安全性和稳定性等技术指标方面有着更严格的标准,而且还需满足公安“定制化”需求^①。但

^①参见咎霖:《警用无人驾驶航空器实战应用探讨》,载《铁道警察学院学报》,2019年第2期。



是目前尚未形成警用无人机国家标准,警方使用的无人机大多是普通民用无人机,大多属于“低、慢、小”,出现安全事故的风险较高,导致部分公安部门在无人机使用上存在顾虑,影响了进一步普及的积极性。

(三) 无人机侦查存在信息安全隐患

无人机在侦查领域的应用漏洞所造成的损害极有可能是致命的。无人机平台搭载着警方的情报收集设备、控制设备,随着网络技术及犯罪手段的不断丰富与提升,网络黑客窃取机密信息、犯罪分子以物理手段捕获无人机等事件层出不穷。2012年美军无人机向总部传输情报视频时受到黑客拦截,使敌方预测到了美国军方的下一步计划,致使军方行动计划破产。目前各地警用无人机在信息传递上大多没有加密或使用专用频率,信息被盗的可能性很大。

无人机侦查的信息安全隐患除了存在外部侵入的风险,也在于可能造成公众信息的泄露。美国佛罗里达州通过立法严格限制无人机的使用。根据规定,治安官办公室只能在紧急情况下使用无人机,比如遇到龙卷风、飓风等强自然灾害或者在接到法院命令的情况下才能使用无人机。西雅图公众对警察局购置无人机可能产生的隐私问题表示强烈抗议,导致市长取消了该计划;洛杉矶警察局在接受捐赠的无人机后被迫公开表示没有执法应用的安排;波士顿警察局在受到不事先告知公众的批评之后,被迫公开为自己的无人机购置计划辩护^①。

(四) 配套法律不完善

无人机能否搭载警械和武器目前尚无法律明确规定。警用无人机搭载催泪弹、爆震弹等警械,制止严重危害公共安全、社会秩序以及公民人身安全等暴力行为,笔者认为具有可行性。第一,依法使用警用无人机和警械是警察依法履行职责的行为。第二,警用无人机可先于警察及时到达现场,通过实时图传,使控制中心及时了解现场局面;为防止更为严重的暴力犯罪的发生,控制中心操控无人机使用驱逐性警械和震慑性警械,可以更好地控制现场,扭转局面。第三,麻

醉枪、催泪弹、炫目弹等非杀伤性警械的使用,不会对行为人产生实质性损害,危险性较小。第四,在现场犯罪活动发生袭警的可能性非常大而警力不足的情况下,无人机搭载警械实施震慑和驱逐,可以最大限度保护警察的安全,争取时间等待增援。第五,无人机搭载警械只能在极端情况下使用,以防止武力过度使用。

对于警用无人机搭载武器,笔者是不赞同的。无人机在情报分析、远程打击方面尚不能做到万无一失,实践中经常出现误伤误判,会对普通群众造成潜在威胁。无人机用于军事打击在国际上已经非常常见。美国曾多次对A恐怖组织发动无人机空袭,结果除了杀伤作为目标的恐怖分子外,还造成大量无辜平民死伤,引起国际社会广泛关注和强烈批评。另外,无人机搭载武器参与攻击具有非接触性特点,操作人员与进攻目标没有语言、肢体、眼神等的交流,由于没有亲临现场的实际体验,可能对现场形势把控不够全面。武器具有致命杀伤性,处置不当会产生严重后果,因此使用上要更加慎重。

三、无人机与警务应用的深度融合发展

无人机在警务领域的深度应用取决于两个方面。一方面是科技的发展。随着人工智能技术、5G技术的发展,无人机技术不断革新,警用无人机可以根据需要搭载不同模块,与各种AI结合,在更多的警务领域得到深度应用。另一方面是制度的完善、相关标准的出台。通过数据整合和制度完善,警用无人机可以实现与其他警务平台优势互补、合成作战,使警用无人机成为智慧警务不可或缺的组成部分。

(一) 制定警用无人机行业标准

首先,制定警用无人机的统一标准,即《警用无人机通用技术标准》,这一标准应当为强制性标准。统一标准是无人机应用于警务实战最基本的前提。未来应建立警用无人机认证标准,只有取得警用无人机认证标准的无人机才能用于警务活动;定制符合公安实战需求的无人机,推动警用无人机生产、销售规范化;鼓励各级公安

^①参见王欢,付超:《警用无人机执法框架的美国经验与借鉴》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》,2019年第5期。

机关自主研发或者与科研单位、相关企业合作研发专业警用无人机。警用无人机研发要立足实战,在电池续航、智能巡航、信息加密等功能上取得更大的进展,使之更加符合实战应用。规范警用无人机培训机构和课程体系以及驾照管理规则,制定警用无人机操作规程。建立警用无人机保险制度,明确警用无人机发生事故的损害赔偿责任,解除操控无人机民警的后顾之忧。

其次,警用无人机的应用场景需不断细化,应当根据不同的使用环境和目的,分门别类制定技术标准和规范。根据案件侦查、应急救援、治安防控等不同应用方向,制定相应的技术标准和规范,这些标准应当为非强制性标准。警用无人机应用于情报侦查方面,重点要注重数据传输的安全性、反控制反捕捉、自动返航、避障、降噪等方面的技术和性能要求;用于治安巡逻和交通管理方面的警用无人机,侧重考察图像传输速度和影像清晰度、飞行稳定性等方面的技术指标;应急救援方面的警用无人机重点要考虑挂载能力、极端天气飞行、续航能力、精准导航定位等方面。

最后,提高警用无人机的监管水平。在法律框架下,规范警用无人机的执法程序、证据获取程序以及信息保密机制,兼顾公共安全与公民个人隐私保护的平衡。

(二) 注重无人机与新技术的融合

新技术的不断出现给公安工作带来许多挑战和问题,但也带来了新的发展机遇。

1. 无人机 + 人工智能

人脸识别包括静态和动态人脸识别技术,在实践中都已得到广泛应用。在无人机的摄像机上加入人脸识别功能,能够实现对视频内容的高效分析和融合应用。未来人工智能能够将人脸识别和行为识别结合起来,从而更好地识别目标。目前“人员异常行为智能预警”系统已经进入试运行阶段,人工智能通过行为运动模型和姿态模型的深度学习,可以实现对视频中人的实时、动态的识别与跟踪;对监控中穿越警戒线、人

群聚集超限、非法停车等个体和群体异常行为,及时向后台发出预警信息。这一技术真正实现落地应用,就必须提高预警的准确性,减少误判的可能,其核心就是提高人工智能的分析能力。比如针对一个孩子举着玩具枪射击的场景,可以通过人脸识别、行为识别、周围环境等内容的智能分析,最终做出报警或不报警的结论。

2. 无人机 + 大数据

大数据和专业化应用是无人机未来发展方向。面对上万株的苹果树,无人机通过航拍可以计算出苹果树的数量,运用大数据计算出每一颗树上苹果花的数量,进而可以预估未来的产量。未来,在交通流量监测、人员密集场所监测方面,通过无人机采集的图像就能实现对人、物的精准监测,并将视频信息转化为结构化数据,结合数据挖掘技术,可以进一步预测事物发展规律。无人机应用大数据技术,可以形成揭示事件内在发展规律的情报产品,辅助科学决策。

3. 无人机 + 5G 技术

警用无人机要求具有优良的飞行稳定性、较快的反应能力、超高清图传、远程遥控等功能。其中不间断地现场实时拍摄、实时回传高清视频是警用无人机的基本应用。具体来说,此类业务的典型网络需求包括:实时视频传输(多路)、飞行状态监控、远程操控以及网络定位。新一代移动通信 5G 网络为警用无人机的应用提供强大带宽,为无人机传输海量数据提供了保障。无人机和 5G 技术结合,可以实现超远距离图传演示。2019 年 2 月 3 日下午,伴随着指挥中心一声令下,C 市公安交警 5G 直升机 + 无人机飞行编队正式升空,在空中视角的覆盖下,C 市各条市管高速公路的交通状况一览无遗,标志着传统城市交通管理向 5G 天地一体化协同作战转型^①。

(三) 着力推动警用无人机与公安信息化系统的深度融合

警用无人机目前解决了前端侦察、中端传输的难题,但是与后端的指挥中心衔接还不够紧密,

①参见杨魁:《无人机+直升机编队成都交警推出全国首个5G智慧交通创新应用》,载《成都日报》,2019年2月4日。



直接影响了应急情况下的指挥决策效率^①。要打破无人机单兵作战的思维,将无人机作为智慧警务下多维感知数据的来源之一,将无人机侦查获得的动态实时数据与其他智能感知系统包括视频监控、电子围栏、警用 wifi、射频识别等的数据融合汇聚,统一接入警务智能化管理平台。这些动态数据与警方的人口数据库、车辆数据库等信息库平台连通,数据共享,经过大数据平台的智能分析和研判,为城市运行管理、应急处置、风险防控、案件侦破提供支撑,提高指挥决策效率。警用无人机的智慧应用拓展了警务活动的空间,提高了信息捕获和交互的能力,是一种提高警务效率的新手段。

当前,在以大数据、人工智能、物联网为代表的新一轮信息技术变革的时代背景下,智慧警务

革命不可阻挡,为警务模式和社会治理模式创新带来新机遇。警用无人机作为一种智慧警务的新技术、新手段,在公安工作中大有可为。目前虽然警用无人机在交通、巡逻、安保等领域已经开始试验应用,但对于公安实战部门来说,警用无人机的应用还存在着一定的问题:一方面是警用无人机缺乏相关的操作规范和法律规制;另一方面是警用无人机技术不够完善,警用无人机与人工智能的结合还需要实践检验磨合。未来在建立相关标准、完善操作规范、创新技术手段的同时,应当不断挖掘无人机的应用场景,真正推动警用无人机与公安信息化系统的深度融合。

【责任编辑:凌秋千】

Research on the application of UAV in public security work under the background of smart police

Li Hua

(Liaoning Administrators College of Police and Justice, Shenyang Liaoning 110161, China)

Abstract: As an important technical achievement in the construction of police informationization, police UAV play an irreplaceable role in various police practice such as investigation of criminal case, security for large - scale event and traffic management. Public security organs everywhere attach great importance to the application of police UAV. However, due to limitations in technological development, supporting measures and system construction, the role of police UAV has not been fully exerted in police practice. At present, it is necessary to realize the deep integration of UAV and police application from the perspectives of technological innovation, standard formulation and perfect supporting facilities, continuously expand the application scenarios of police UAV and establish a new police mode of “integrating air with ground by linked man and machine”.

Key words: Keywords: UAV; police practice; smart police

^①参见杨传德:《浅析无人机在公安实战中存在的问题》,载《中国公共安全》,2018年第7期。

【司法理论与实务研究】

未成年人刑事案件集中管辖办案机制研究

曾 娜¹,陈苏琳²

(1. 重庆市开州区人民检察院,重庆 405400; 2. 重庆市酉阳县人民检察院,重庆 409800)

〔摘 要〕构建未成年人刑事案件集中管辖办案机制能够进一步提高办理未成年人刑事案件的专业水平,切实增强对涉罪未成年人的司法保护力度。以 G 省 A 市检察机关的司法实践为分析样本进行实证研究,可以看出当下的未成年人刑事检察工作实践成效斐然,但也存在一些问题亟待解决。从实践审视,应该从未成年人刑事案件集中管辖办案机制的价值本身出发,加强顶层设计、明确法律依据,因地制宜解决发展瓶颈问题,深入推进跨区域未成年人司法工作一体化等方面的改进,实现未成年人刑事案件办案工作机制的有序发展。

〔关键词〕未成年人;刑事案件;集中管辖;办案机制

〔基金项目〕本文系重庆市人民检察院 2018 年重点研究课题“未检综合业务统一办理机制研究”(项目编号:CQJCY2018A09)和重庆市人民检察院 2019 年重点研究课题“未成年被害人综合救助问题研究”(项目编号:CQJCY2019B04)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕曾娜(1987—),女,重庆开州人,重庆市开州区人民检察院检察六部员额检察官,法学硕士,主要从事刑法学、检察实务研究;陈苏琳(1997—),男,重庆酉阳人,重庆市酉阳县人民检察院检察一部检察官助理,法学硕士,主要从事刑法学、检察实务研究。

〔收稿日期〕2020-03-19

〔中图分类号〕D926.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-051-08

近年来,我国未成年人犯罪呈现出多样化和复杂化的趋势,未成年人刑事案件司法理念已从传统的以打击、惩罚为主转变为以教育、感化、挽救为主。在充分借鉴国外未成年人司法科学机制的基础上,在司法体制改革顶层设计的框架内,我国司法机关不断推行改革,各地司法机构积极尝试、努力探索,力图建立中国特色的未成年人刑事司法体系。在逐步实现未成年人刑事案件专门机构、专人办理,加强未成年人刑事案件司法办案专业性的同时,有关未成年人刑事案件集中管辖办案机制的探索成为未成年人刑事案件司法专业化的新着力点。

一、未成年人刑事案件集中管辖办案机制概述

随着未成年人犯罪规律被进一步揭示,现行

未成年人刑事案件分散管辖暴露出较为严重的弊端,严重制约着未成年人司法办案的效率和效果,构建未成年人刑事案件集中管辖办案机制迫在眉睫。

(一)未成年人刑事案件集中管辖的运作模式及法理辨析

1. 未成年人刑事案件集中管辖的概念

未成年人刑事案件集中管辖,是指在未成年人刑事特别程序中,打破刑事诉讼法关于地域管辖的一般性规定,跨行政区划设立未成年人刑事案件侦查、审查起诉以及审判机构,统一管辖特定区域内的未成年人犯罪案件。自上海市于 1984 年率先创立少年法庭、未成年人检察办案组以来,全国法检系统基本建成了未成年人刑事案件专人专办的未成年人刑事司法体系。由于未成年人司法机构创设伊始,附属于法院、检察院



传统职能部门,司法办案人员专业性不强、案源不足等特点,阻碍了未成年人刑事司法制度的进一步发展。为解决上述问题,江苏省连云港市于1998年率先在全国开展未成年人刑事案件指定管辖改革工作,其具体做法是由司法机关根据未成年人刑事案件工作的需要,依照《刑事诉讼法》及有关司法解释的规定,将周边若干区域的未成年人刑事案件统一指定给该区域内某基层司法机关集中办理^[1]。

2. 未成年人刑事案件集中管辖的运作模式

经过初步探索,全国各地司法机关就未成年人刑事案件集中管辖探索出了多种实施模式,其中较典型的有以下四种模式。一是公安直接移送模式,即由案发地公安机关侦查终结后将案件移送到指定管辖的检察机关,检察机关依法审查后认为需要起诉的,直接向指定管辖的法院提起公诉。该模式以贵州为典型省份。二是检察横向移送模式,即由案发地公安机关侦查终结后将案件移送到对应的检察机关,经该检察机关初步审查后,再将案件移送至指定管辖的检察机关;指定管辖的检察机关审查后认为需要起诉的,直接向与其对应的法院提起公诉。江苏省连云港市采用的就是这种模式。三是法院多环移送模式,即由案发地公安机关侦查终结后,移送至其对应的检察机关,该检察机关经过审查后直接向对应的法院提起公诉;案件到达审判环节后,通过审判系统内部办理书面的指定管辖手续,最后将案件移送给上级法院指定管辖的基层法院审理。上海市采取的就是该种模式。四是逮捕、起诉分别报送模式,即案发地公安机关提请逮捕时向其对应的检察机关报请,但在移送审查起诉时,则该公安机关直接向指定管辖的检察机关移送;需要起诉的,由该检察机关向指定管辖的法院起诉。采用该种模式的主要是黑龙江省^[2]。

3. 未成年人刑事案件集中管辖的法理辨析

未成年人刑事案件集中管辖机制自实践以

来,始终面临法律上的争议。有学者质疑该种机制缺乏法律依据,体现在以下几个方面:一是未成年人刑事案件集中管辖违反《刑事诉讼法》第26条^①关于指定管辖的规定,该条款仅指向个案管辖权不明的指定管辖,而未明确对未成年人犯罪类案件进行指定管辖,且刑诉法关于未成年人案件特别程序也没有明确进行指定管辖;二是未成年人刑事案件集中管辖违反《刑事诉讼法》第25条^②关于地域管辖的相关规定,即刑事案件原则上由犯罪地法院行使管辖权,如果更为适宜也可以由被告人居住地法院管辖。

要使未成年人刑事案件集中管辖机制顺利运行,必然要先解决该机制的合法性问题。笔者认为,未成年人刑事案件集中管辖机制的合法性可从以下两个方面论证:

一是《刑事诉讼法》及相关司法解释中均规定指定管辖的条件为管辖权不明或确有必要改变管辖的,未成年人刑事案件固然不存在管辖权不明的情形,但属于确有必要改变管辖的案件,未成年人刑事案件的集中管辖符合立法者本意。如今,世界各国基本达成共识,国家应当对未成年人实施特殊保护,这种特殊保护涵盖立法、司法等多个方面。《刑事诉讼法》已确立对未成年人实行教育、感化、挽救的原则和教育为主、惩罚为辅的方针;未成年人的身心特点也要求办理未成年人刑事案件的司法人员应具有较强的专业性,实施分案处理,少羁押、多帮教,这些要求决定了未成年人刑事案件必须集中办理,易言之,必须指定管辖。

二是《刑事诉讼法》第26条规定的指定管辖,并未明确指定管辖的对象只能是管辖权不明或者具有管辖权的法院不宜管辖的个案。既然对符合条件的个案进行指定管辖,那么,针对具有相同特征个案的集合即类案,如果符合相应条件,同样可以根据该条之规定进行指定管辖。易言之,未成年人刑事案件集中管辖机制符合法律

①《刑事诉讼法》第26条规定:“几个同级人民法院都有权管辖的案件,由最初受理的人民法院审判。在必要的时候,可以移送主要犯罪地的人民法院审判”。

②《刑事诉讼法》第25条规定:“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的,可以由被告人居住地的人民法院管辖”。

规定。

(二)现行未成年人刑事案件分散管辖存在的弊端

考察现行未成年人刑事案件分散管辖的实践,不难发现存在诸多弊端。概括而言,未成年人刑事案件分散式办理机制未全面落实未成年人特殊、优先保护的各项要求,有违未成年人司法理念,同时也没有充分发挥未成年人刑事案件特别程序应有的制度价值。

其一,未成年人刑事司法实践中,部分办案人员尚未真正树立未成年人司法理念,执法理念存在局限性。体现在只注重个别案件的办理,而忽视了对未成年人刑事案件共同规律的探索和总结;对未成年人秉持和贯彻“教主刑辅”基本方针不到位;对未成年人教育、感化、挽救的效果不明显。

其二,在落实未成年人刑事司法特别程序上,各地司法机关普遍存在技术操作上的困境。就目前而言,司法机关办理未成年人刑事案件过程中,与团委、妇联等机构合作的办案机制相对成熟;但多数地方因条件所限,司法机关缺乏必要的社会支持力量对涉罪未成年人实施帮教、社会观护,导致无社会危险性不捕、相对不起诉、附条件不起诉的适用率普遍偏低。

其三,各地在未成年人刑事司法制度创建方面,关于未成年人刑事案件办案标准、未成年人案件专门办理机构受案标准等不尽相同。各地司法机关虽都在《刑事诉讼法》等法律框架内构建相关办案机制,但仍然存在构建能力良莠不齐与构建方式五花八门的情况,难以形成可推广性经验。

(三)未成年人刑事案件集中管辖办案机制的功能价值

如上所述,构建和探索未成年人刑事案件集中管辖办案模式的初衷在于强化未成年人司法办案的专业化,推动未成年人司法朝着符合未成年人心身特点、犯罪规律的方向发展,以有效地实现对未成年人的司法保护。经过不断的司法实践探索可以发现,未成年人刑事案件集中管辖办案模式利大于弊,该模式对于节约司法资源、

提高办案效率、强化专门保护具有重大意义;对于未成年人刑事司法的改革与发展具有深远影响。具体来讲:第一,未成年人刑事案件集中管辖办案模式使得专门办理机构案源充足,专业司法人员能够通过类案分析总结问题、探索规律,提高未成年人刑事案件办案能力,有助于促进司法队伍专业化;第二,集中管辖办案模式能够促进未成年人刑事司法工作规范化、制度化,有助于推动未成年人刑事司法体系的建立和完善;第三,集中管辖办案模式有助于创新型工作机制的推广实施。在该办案模式下,司法机关进行了积极探索,有利于形成未成年人司法保护合力。

目前,多地司法机关已形成公、检、法、司等机关联动机制,在未成年人犯罪案件的侦查、起诉、审判和执行过程中四机关各司其职,合力对未成年人进行全方位帮教,最大程度地实现帮教效果;同时,司法机关对未成年人犯罪原因、犯罪规律等进行分析总结,并据此向有关部门提出司法建议,能够有效预防未成年人犯罪^[3]。

二、未成年人刑事案件集中管辖办案机制的实践探索

自江苏省连云港市率先尝试构建未成年人刑事案件集中管辖办案机制以来,全国多地司法机关先后对该机制进行了探索,形成了多种多样的实践做法,且在同一地区该机制在公检法各单位的具体运行情况也各有不同。笔者以G省A市检察机关为例,简要地介绍未成年人刑事案件集中管辖办案机制的运行情况。A市检察机关作为G省检察系统未成年人检察机制创新先行者,于2017年4月探索进行未成年人刑事案件“指定管辖、集中关押、集中捕诉、集中审理”改革,构建了未成年人刑事检察“捕诉监防”一体化办案模式,初步实现了政法各单位对涉罪未成年人司法保护工作的无缝衔接,有效维护了未成年人合法权益。

(一)强化机制构建,保障创新工作顺利开展

2017年4月,A市人民法院、A市人民检察院、A市公安局、A市司法局联合出台《一审未成年人刑事案件集中审理和指定管辖的规定》(试



行)》,明确规定未成年人刑事案件由熟悉未成年人身心特点的司法人员承办,且未成年人与成年人共同犯罪案件分案办理、分别关押、分别教育、分别管理,避免交叉影响;同时明确X区人民检察院负责批捕、起诉全市未成年人刑事案件,X区人民法院负责审理全市未成年人刑事案件,采取由全市各区县公安机关直接向X区检察院移送案件的模式,以节约司法资源、减少中间环节、方便工作衔接。据统计,自2017年7月到2019年12月,X区人民检察院受理审查逮捕未成年人刑事案件37件45人,批准逮捕23件25人,不批准逮捕14件20人;受理审查起诉案件31件38人,起诉23件25人,不起诉3件3人,附条件不起诉5件10人^①。在受案范围上,该院对未成年人和成年人共同犯罪中首要分子或主犯系未成年人或者超过半数系未成年人的案件实行统一、集中管辖,但对被害人系未成年人的案件以及成年在校学生犯罪案件暂未纳入未成年人刑事案件集中管辖的范围^[4]。

早在2011年,X区人民检察院就已经单独设立专门办理未成年人刑事案件的未检科,在未成年人检察工作机制创建、办案模式探索等方面具有成熟工作经验。为节约司法资源、统一未成年人检察办案标准,A市人民检察院将该市其他五个区县未成年人刑事案件集中在X区人民检察院审查,探索未成年人检察案件集中管辖创新工作。X区人民检察院除了加强自身建设外,还积极向市人民检察院、区委、区人大、区政府等部门争取人员和资金上的支持与保障,因而未成年人检察办案工作区的建设有专项的人员机构编制和专项的资金支持。

(二)构建工作新模式,破解跨区域集中管辖机制难题

一是实行全方位的集中管辖模式。未成年人刑事案件的受案、送案、起诉、审判等诉讼过程,均由X区司法机关集中管辖,公安机关提请逮捕的未成年人刑事案件直接移送X区人民检察院,审查起诉的未成年人刑事案件先移送对应

的检察院,由该检察院初步审查后移送X区人民检察院审查起诉。

二是优化未成年人检察工作流程,构建一体化办案模式。X区人民检察院收到未成年人检察案件后,从审查批捕到审查起诉、法律监督、犯罪预防,均由同一承办人负责到底,以保证未成年人检察工作的连续性和有效性,真正落实“捕诉监防”一体化的工作模式。

三是坚持个案帮扶教育与区域合作相结合。依托个案开展感化教育和特殊预防工作,力争使每一位涉罪未成年人通过刑事诉讼接受教育和感化,最终顺利地回归社会。

(三)内外协作联动,构建片区集中管辖机制体系建设

一是强化内部协作,配套相关工作制度。X区人民检察院相继制定了办理未成年人刑事案件、未成年人附条件不起诉、羁押必要性审查等办案机制,并通过会签规范性文件等方式加强了该区政法各单位之间的衔接配合,与当地综合治理部门、教育部门、团委、妇联等会签了有关未成年刑事被害人权益保障、未成年人犯罪预防等一系列文件,共同强化未成年人司法保护的力度。

二是加强外部协调,完善各项运转机制,初步形成跨区域各机关之间案件移送、补充侦查以及法律援助、社会调查、帮教考察、通知法定代理人等未成年人刑事诉讼特别程序的衔接机制。除X区外,A市其他五个县区的公安机关与X区的法院、检察院直接联系,并配合开展帮教回访、核实证据等工作。

三是整合社会力量,构建涉罪未成年人多元化综合帮教机制,形成以司法机关为核心、职能部门为纽带、爱心企业和志愿者共同参与的社会化帮教体系。如X区人民检察院与当地综合治理办公室、共青团、关工委、妇联、民政、学校和企业等各方合作,积极落实涉罪未成年人社会调查、合适成年人到场、心理干预和疏导、社会观护与帮教等各项特殊工作机制,形成未成年人检察工作社会化支持体系,以真正实现对涉罪未成年

①数据资料来源于贵州省安顺市人民检察院2019年12月发布的工作总结。

人的教育、感化和挽救。

三、未成年人刑事案件集中管辖办案机制实践中存在的问题

未成年人刑事案件集中管辖办案机制自探索实施以来,在取得大量成功经验的同时,也面临诸多困境,产生了一些新的问题,阻碍了该机制的进一步完善与推广。

(一)政法各单位发展不均衡

集中管辖的办案模式打破了传统刑诉法规定的司法管辖体系,因而需要公、检、法、司等政法各部门的相互配合与协调,易言之,未成年人刑事案件集中管辖机制的实际效果在很大程度上依赖于政法各部门的统筹、均衡发展。但实践中,政法各部门在未成年人司法上能够做到严丝合缝衔接的情况极为少见。以 A 市为例,虽然该市政法各单位通过沟通、协调并会签文件,达成了部分协议,但在具体实施上仍然存在步调不一致的情形。如 X 区人民检察院虽然很早就成立了专门办理未成年人刑事案件的业务部门,但与之相对应的公安机关、法院均未单设未成年人刑事案件侦查与审判机构;公安机关至今仍未建立起未成年人刑事案件的专人侦办机制,导致《刑法》关于未成年人刑事特别程序的相关规定难以全阶段落实,未成年人的诉讼权利难以得到有效保障,对涉罪未成年人的帮教工作也未能全面开展^[5]。

(二)行使集中管辖权的司法机关资源保障不足

未成年人刑事案件实行集中管辖,从整体上看的确节约了司法资源,但就接受指定管辖的特定司法机关而言,反倒是加大了刑事诉讼成本。仍以 G 省 A 市 X 区人民检察院为例,自实行集中管辖后,该院受理的未成年人刑事案件数量成倍增加,原本就存在的人少案多矛盾愈加凸显,更因物理距离原因导致提审犯罪嫌疑人、社会调查、考察帮教等工作费时费力,极大地增加了办案成本。特别是涉罪未成年人帮教、未成年人犯罪预防等方面,集中管辖对行使管辖权的司法机关人力、物力成本要求巨大。譬如在未成年人犯

罪预防工作中,仅制作宣传资料与开展法制课讲座就需要花费比司法办案更多的精力。相比之下,基层司法机关的人力与经费投入犹如杯水车薪,这也是未成年人刑事案件集中管辖机制在全国无法普遍推广的重要原因之一。

(三)集中管辖下办案专业化水平不高

未成年人刑事案件集中管辖的实行,主要目的之一就是要提升未成年人刑事司法的专业性。但就目前看来,集中管辖后的未成年人司法办案专业化水平还有待进一步提升。

一是人员专业化水平有限。未成年人刑事案件司法办案人员对未成年人司法规律的认知具有局限性,只注重个案办理而忽视了对类案规律的总结,以致于在面临某些疑难复杂问题时无法及时解决,甚至直接以传统司法理念的惩罚、打击代替感化和教育。

二是机构专门化尚不全面。A 市 X 区仅检察院成立了专门的未成年人检察部门,该区法院并未专门设置对应的少年法庭,隶属于刑庭的未成年人案件专门承办人仍需办理其他成年人刑事案件,无法专注于未成年人刑事案件审判后的延伸、帮教工作;同时,该区公安机关既未单独设置未成年人刑事案件侦查机构,也未指定专门的侦查员办理未成年人案件,在办案实践中简单按照《刑法》关于未成年人特别程序要求执行,基本不开展教育、挽救工作^[6]。

(四)综合治理体系尚未完全建立

早在 2012 年最高人民检察院就通过并下发了《关于进一步加强未成年人刑事检察工作的决定》,其中明确各级检察机关要促进党委领导、政府支持、社会协同、公众参与的未成年人刑事检察社会化支持体系建设,实现对涉罪未成年人教育、感化、挽救的无缝对接。未成年人刑事案件集中管辖机制的创建和完善,同样也离不开案发地司法机关和司法机关以外的其他部门配合,遗憾的是各地未成年人刑事案件集中管辖的综合治理体系尚未完全建立。

一是行使集中管辖权以外的其他地区司法机关参与综合治理积极性不高。以 G 省 A 市为例,集中管辖办案模式实施后,除 X 区人民检察



院外,其他五个区县检察院均不再关注未成年人刑事案件,之前已然形成的经验、做法基本被丢弃。X区检察院的案件承办人对涉罪未成年人开展社会调查和帮教往往需要跨区域进行,有时也会委托案发地或者未成年犯罪嫌疑人、被告人居住地检察机关开展社会调查、帮教和回访等工作,但终因异地工作协调难度较大,导致未成年人刑事案件集中管辖的片区综合治理工作基本流于形式^[7]。

二是行使集中管辖权的地区政府职能部门、社会组织等参与综合治理积极性不高。以A市X区为例,该区只有团委、综合治理、教委、妇联等为数不多的机构在检察机关的邀请、协调下参与涉罪未成年人综合保护工作,而其他政府职能部门和社会组织几乎不曾涉足,集中管辖综合治理的社会协作体制尚未建立。同时,该区检察机关在商请其他部门、机构配合帮助时常遇到协调难的问题,导致案件承办人只能独立开展帮教、预防等工作,极大地浪费了司法资源。

四、完善未成年人刑事案件集中管辖办案机制的具体建议

目前,未成年人刑事案件集中管辖办案模式存在一些亟待解决的问题,但从制度设计的整体效果来看,集中管辖办案模式是当前办理未成年人犯罪案件的最佳模式,因此有必要构建和完善未成年人刑事案件集中管辖办案机制,并在全国范围内推广。为此,笔者结合司法实践需要提出以下建议。

(一)加强顶层设计,明确法律依据

任何制度的有效落实都须从顶层设计入手。未成年人刑事案件集中管辖机制作为未成年人司法制度改革中的重要一环,势必面临立法滞后等问题。就目前而言,该项机制仍处于地方探索阶段,虽已形成了部分有效经验,但明显带有分散式、地方性特点,加之该项机制的运行尚缺乏立法上的统一依据,该机制难以在全国范围内推广。故建议最高人民检察院、最高人民法院及司法部等有关部门组织对未成年人刑事案件集中管辖办案模式的运作情况开展充分调研,经过分

析论证其可行性后,在《刑事诉讼法》未成年人刑事案件特别程序专篇或司法解释中将集中管辖办案模式予以细化规定,以解决该办案模式法律依据不足的问题。只有这样才能引起政法各单位对未成年人特殊司法理念与制度构建的重视,督促公安机关、法院设立专门的未成年人刑事案件侦办机构,解决政法各单位步调不一致、发展不均衡的问题。

(二)因地制宜,解决发展瓶颈

针对集中管辖办案模式下管辖地司法机关诉讼成本大的特点,应从各地实际情况出发,因地制宜,力争解决案多人少、经费不足等问题。一方面,要选准集中管辖地点,明确集中管辖的片区范围。选取集中管辖地点时,应对该片区各县域间的空间距离、诉讼成本、发展优势等因素进行综合考虑,如以地级市所辖区县为片区,可以考虑选取地理位置在该地级市中部、未成年人司法工作发展相对较好、相关经验较为丰富的区县作为集中管辖地点。如此,办案人员以及诉讼当事人均能够获取诸多便利,从而节省司法成本,减轻当事人的讼累,同时也更加有利于推广经验,形成长效机制。辖区人口众多、地域宽广、案源充足的地级市或直辖市,可以设立两个或两个以上的集中管辖点,对地域相邻的数个区县实施集中管辖。另一方面,要加强人财物的保障,特别是增加集中管辖地司法机关的办案经费。未成年人刑事案件的特殊性决定了该类案件的办理须投入相对较大的诉讼成本,而集中管辖机制的运行又极大地增加了集中管辖地司法机关的办案经费开支。因此,有必要拨出专门经费以保障集中管辖下未成年人刑事案件的办案经费,从而保障该项机制顺利运行^[8]。

(三)深入推进跨区域未成年人司法工作一体化

未成年人司法工作一体化建设既包括司法机关内部职能部门设置的静态一体化,也包括公、检、法、司等政法各单位就未成年人刑事案件开展合作式的动态一体化。跨区域未成年人司法工作除要求上述一体化结构外,还尤为强调不同地区司法机关之间相互配合的工作一体化。

在未成年人刑事案件集中管辖办案工作中,实现跨区域未成年人司法工作一体化必须强调以下几点。

一是深度强化跨行政区划未成年人检察机关及未成年人检察人员的专业性。深入推进未成年人检察一体化办案机制构建,以专业化带动一体化,以一体化倒逼专业化;明确未成年人刑事案件的批捕、起诉、法律监督、犯罪预防职能统一由未成年人检察部门行使,同一案件的“捕诉监防”由同一承办人负责。

二是探索扩大跨行政区划未成年人检察工作的受案范围。结合最高人民检察院对新时期未成年人检察工作的角色定位和要求,逐步将原本分散在各个业务条线的涉未成年人检察业务集中由未成年人检察部门办理。

三是深入推进政法“一条龙”机制构建。加强集中管辖地政法各机关之间的协作,争取在未成年人司法理念、司法标准以及机构设置等方面均实现步调统一。

四是构建完善跨行政区域检察工作的异地配合机制。通过上级检察机关统筹,建立集中管辖地检察机关与片区其他检察机关的协作机制,形成未成年人刑事检察工作跨区域合力。另外,借鉴我国特殊的铁路运输司法机关构建体制,未来的跨行政区划未成年人司法可以充分借鉴铁路运输法院、检察院业已成熟的跨区划办案模式与机制创建经验,充分发挥共同上级司法机关统筹协调功能,全面探索异地协助司法工作一体化机制。譬如,由集中管辖片区共同的上级检察机关未成年人检察部门统一协调片区各地检察机关,为集中管辖地未成年人检察案件开展异地调查取证、异地考察帮教等工作提供协力帮助。

(四)探索健全跨区域未成年人司法工作社会化

未成年人司法工作社会化是世界各国未成年人司法制度发展的大趋势,建立跨行政区划未成年人司法工作社会化机制是未成年人刑事案件集中管辖办案模式的应有之义。

一是继续强化司法机关与团委、妇联、教育、民政等部门与组织的协作,积极推广未成年人司

法先进经验,统筹推进省级、地市级未成年人司法社会服务中心的创建,健全跨区域社会支持体系机制,充分整合社会资源,为未成年人刑事案件集中管辖工作创造更优质、更便利、更专业的社会化帮教条件。

二是推动司法机关与大型企业合作,建立跨行政区划涉罪未成年人观护帮教基地。重点推进未成年人不捕不诉帮教工作,通过合同、文件会签等形式,固定合作联系方式,明确双方责任范围。

三是探索建立跨行政区划未成年人社会综合治理机构,负责集中管辖片区内心理救助、法制宣传等未成年人司法延伸工作,以点带面,协调推进片区各地未成年人犯罪预防工作。

(五)提升未成年人司法队伍业务素能

一是大力提升司法系统对未成年人司法重要性的整体性认识,加大未成年人司法人才培养经费投入,推动未成年人司法岗位练兵、先进经验分享、业务竞赛等活动常态化开展,大力培养未成年人司法队伍储备人才。

二是督促未成年人司法人才加强自我学习。以跨地区专业案件办理为基础,结合未成年人司法实务要求,深入理解未成年人刑事诉讼特别程序和特殊要求,深入学习相关法律法规、司法解释以及当地司法机关出台的各类规范性文件,提升专业化办案水平。

三是鼓励未成年人司法人才参加社会学、心理学、犯罪学尤其是青少年犯罪心理方面的专业化教育培训,提高未成年人司法从业人员同未成年人沟通、交流以及分析、总结未成年人违法犯罪规律的能力。

四是加强未成年人司法理论研究,依托未成年人刑事案件集中管辖机制下案源充足、人才理论功底和专业性更强的大平台条件,充分发挥人才主观能动性,探索集中管辖办案模式的创新发展路径。

[参考文献]

[1]北京市高级人民法院少年法庭改革调研课题组:慕平,安凤德,赵德云,宋莹,郭威.司法改革背景下的少年法庭



发展路径——基于对部分省市法院少年法庭的实地考察[J]. 预防青少年犯罪研究,2019(04):23.

[2]陈先爱. 指定管辖制度的实践发展与规范化[D]. 江西财经大学,2019:18.

[3]聂文峰,林静. 跨行政区划检察改革视野下的未检工作机制研究——以上海市检三分院为样本[J]. 犯罪研究,2018(03):102.

[4]李建超,张福坤,韩秋杰. 未成年人刑事案件集中管辖办案机制探索[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报,2015(06):119.

[5]任立维,许韵. 完善我国未成年人刑事法律援助制

度的路径分析[J]. 行政与法,2018(08):129.

[6]李云. 未成年人检察制度探讨——以更新检察理念提升未成年人检察的司法温度为视角[J]. 北京政法职业学院学报,2019(02):19.

[7]李轲. 未成年人社区矫正检察监督机制探究[J]. 山西省政法管理干部学院学报,2020(01):97.

[8]陈立毅,武清华. 未成年被害人保护机制检察环节的建构——以广西四市未成年被害人现状为例[J]. 黑龙江省政法管理干部学院学报,2018(06):128.

【责任编辑:王瑞红】

Research on centralized jurisdiction mechanism for juvenile criminal cases

Zeng Na¹, Chen Sulin²

(1. Kaizhou District People's Procuratorate of Chongqing, Chongqing 405400, China;

2. Youyang County People's Procuratorate of Chongqing, Chongqing 409800, China)

Abstract: The construction of a centralized jurisdiction mechanism for juvenile criminal cases can further improve the professional level of handling juvenile criminal cases and effectively strengthen the judicial protection of minors involved in crimes. Empirical research using the judicial practice of the procuratorial organs of A city in G province as an analysis sample shows that the current procuratorial work of juvenile criminal cases is fruitful, but there are also some problems that need to be resolved urgently. From a practical review, we should start from the value of the centralized jurisdiction mechanism for juvenile criminal cases, strengthening the top-level design and clarifying the legal basis to address development bottlenecks according to local conditions, and further promote the improvement of the integration of cross-regional juvenile judicial work, in order to realize the orderly development of the handling mechanism for juvenile criminal cases.

Key words: juvenile; criminal case; centralized jurisdiction; handling mechanism

【司法理论与实务研究】

未成年人犯罪预防与矫正问题研究

——以检察机关未检部门社会职能为视角

周 吉

(中国政法大学,北京 100088)

〔摘 要〕当前,检察机关未检部门人员编制有限,但职能多样化,涉罪未成年人的心理评估、干预治疗、观护帮教、社会调查等工作几乎全部由检察机关未检部门承担,其他社会部门对相关工作分工不明确,无法保证涉罪未成年人的犯罪预防与矫正工作完全落到实处。针对此困境,学校、家庭、相关行政单位、社会团体、新闻及网络服务提供者等需各自结合行业特点,发挥其专业性优势,共同努力扫清当前涉罪未成年人重返社会的障碍。同时,各部门合力加强对未成年人的心理健康培养,将预防未成年人犯罪工作落到实处,真正形成职能明晰、力量完整的未成年人保护体系。

〔关键词〕未成年人;犯罪预防;矫正;社会职能

〔作者简介〕周吉(1988—),女,辽宁阜新人,中国政法大学2018级比较法学专业博士研究生,辽宁省沈阳市皇姑区人民检察院检察官助理,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2020-04-26

〔中图分类号〕D917.6 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-059-09

1992年5月,最高人民检察院在刑事检察厅内设立“少年犯罪检察工作指导处”,开始从全国层面系统设计未成年人检察制度。2015年8月,随着最高人民检察院未成年人检察办公室的成立,全国四级未检机构的设置大体完备,未成年人检察这一独立的业务类别终得确立。由此,未检部门形成了“捕诉监防”一体化的蜕变。故未检部门在传统的司法职能之外,还有心理评估、普法宣讲、社会调查、观护帮教等诸多社会职能。此项职能的设计初衷是希望检察机关承担起对未成年人的犯罪预防与矫正工作等司法职能和社会职能,从长远看,会对我国未成年人的健康成长起到良好的引导、教育作用。但在实际运行中,由于未检部门人员有限,而增加的社会职能中蕴含着许多专业性需求,职能的多元化运行与当前未检部门的人员组织构成并不协调,加之一

些行政机构对于未成年犯罪预防与矫正工作的具体职能不明确,因此,从全局来看,目前未成年犯罪预防与矫正工作尚有一些问题亟待解决。

一、我国未成年人犯罪及矫正现状

2007年至2011年,全国检察机关平均每年批准逮捕未成年犯罪嫌疑人71000多人,提起公诉85000多人,犯罪总量仍在高位徘徊^①;同时,还有总共超过620000人的不捕与17000多人的不诉,这些基本都属于涉嫌违法甚至涉嫌犯罪的人员^②。根据国家统计局对人民法院判处的未成年犯的情况统计,未成年人犯罪人数从2008年的88891人减少到2016年的35743人,未成年人犯占刑事罪犯的比重也降到2.9%(2016年的数据)^③。2013年实施的《中华人民共和国刑事诉

①参见朱孝清:《关于未成年人刑事检察工作的几个问题》,载《预防青少年犯罪研究》,2012年第6期。
②参见陈海锋,许曼莉:《未成年人检察机构的完善及面临的课题》,载《青少年犯罪问题》,2019年第4期。
③参见路琦,郭开元,张萌,张晓冰,胡发清,杨江澜:《2017年我国未成年人犯罪研究报告——基于未成年犯与其他群体的比较研究》,载《青少年犯罪问题》2018年第6期。



讼法》中明确规定了适用对象为未成年人的附条件不起诉制度。2018年前11个月,全国检察机关共对未成年犯罪嫌疑人作出附条件不起诉5713人,比上年上升19.2%,比附条件不起诉制度正式入法的2013年上升了一倍^①。故不少未成年人的违法犯罪数据并没有纳入该统计中。若将接受收容教养等其他行政处罚措施的未成年人均纳入参考范围,则未成年人违法犯罪的数量仍不可小觑。

关于未成年人的犯罪类型,传统的观念认为由于未成年人所处的年龄阶段及性格特点,其实实施的犯罪类型多集中在财产犯罪方面。随着网络时代的到来,人们获取信息的渠道日益丰富,喜欢追逐新鲜、刺激的未成年人,往往容易受到网络、媒体所传播的一些违法犯罪信息的影响;同时,由于家庭经济状况较差、家庭教育缺失等因素,很多未成年人出现了心理问题,加之受到负面信息的诱导,导致更多的未成年人涉足了与成年人犯罪类型相同的犯罪领域,譬如贩毒、绑架、暴力恐怖犯罪、故意伤害、故意杀人以及最近被社会普遍关注的校园欺凌。上述情况,需要引起我们足够的重视。

根据《2019年最高人民检察院工作报告》中对未成年人检察工作的数据统计,2016年到2018年这三年间,起诉侵害未成年人犯罪人数从2016年的37743人增加为2018年的50705人,起诉未成年人犯罪的人数从2016年的45902人减少到39760人^②。侵害未成年人犯罪的人数增多可以反映出我国对侵害未成年人犯罪案件的打击力度在加大,对未成年人的保护力度也有所增强。与此同时,未成年人犯罪人数的下降也意味着针对未成年人进行的心理评估、干预治疗、观护帮教、社会调查、法治进校园等工作均起到了相应作用。根据神经科学、心理学、医学影像学等多种学科研究表明,未成年人的大脑和心理具有不同于成年人的特殊性,正面的可塑性和负面的影响性都极强;相较于成年人,未成年人在合适的

应对措施下改造成功的可能性会更大,再犯率会更低。故我们应当在当前工作的基础上继续查找不足,不断完善工作体制机制,更深入地开展未成年人的犯罪预防与矫正工作。

二、检察机关涉罪未成年人矫正工作之困境

(一)心理评估及干预治疗工作无法达到预期效果

《未成年人刑事检察工作指引(试行)》中对涉罪未成年人的心理疏导与测评工作有一些规定^③,再加之检察系统考评机制中针对心理测评环节设置了加分项,故各地检察机关未检部门在争得涉罪未成年人的法定代理人同意后一般会对涉罪未成年人进行心理测评。检察机关未检部门的检察官大多考取了国家二级心理咨询师的资质,可以针对未成年人的心理状况进行谈心谈话、做出简单的判断。但心理咨询及评估是一项极专业的工作,若面对心理确实存在严重问题的未成年人,还需要专业的心理医生通过明尼苏达、16PF等测试,辅以未成年人的相关表现进行综合分析判断。实践中,心理评估多以问卷测试形式展开,测试结果中多数涉罪未成年人均存在不同程度的心理问题,兴奋、抑制、偏执、焦虑等指标评分超过标准值。如果问卷结果中“说谎”这一项比例特别高,则证明涉罪未成年人说谎倾向严重,在答卷时不会答出其内心的真实想法,这种情况下测试结果不能作为参考依据。此类未成年人的心理评估需要专业的心理医生进行。心理医生通过与未成年人聊天观察其微表情和肢体语言,对其总体心理情况进行判断。例如有的涉罪未成年人会不断地抠自己的手指甲、抠手背或者抖腿,在短暂的聊天过程中也没办法控制自己集中精力;部分未成年人在相关心理测评中反映出思考问题时不会变通,只能得出一个解决办法,因此更容易在自认为“走投无路”的情况下

①参见高旭红,王媛:《最高检:入法6年,附条件不起诉人数上升1倍》, http://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201902/t20190227_409639.shtm l,最后访问时间:2020年4月20日。

②参见《2019年最高人民检察院工作报告(文字实录)》, https://www.spp.gov.cn/tt/201903/t20190312_411422.shtml。

③《未成年人刑事检察工作指引(试行)》第58条:人民检察院可以根据需要对涉罪未成年人、未成年被害人、未成年证人进行心理疏导;必要时,经未成年人及其法定代理人同意,可以对未成年人进行心理测评。

做出错误的选择和行为,而这种心理在外在表现出来则是典型的强迫性格。

设置心理评估的初衷是针对涉罪未成年人的心理问题进行有针对性的矫正治疗,帮助其缓解心理困扰、摆脱心理疾病,培育良好的价值观,进而起到感化、挽救未成年人,预防犯罪的作用。但实践中,即便医生发现了涉罪未成年人的心理问题,告知家长其孩子需要进行后续的心理干预,也几乎没有家长会主动联系检察机关对孩子进行心理治疗。在家长不同意的情况下,检察机关无权对涉罪未成年人进行强制心理干预。当前检察机关对涉罪未成年人的心理评估问卷一般只会在该未成年人的卷宗内留存,不会作为证据材料移送法院,因此这份评估结果不会对涉罪未成年人的定罪量刑产生任何影响。上述情况造成的结果是心理测评及干预治疗工作未能发挥其应有的作用,难以达到预期效果。

(二) 严加管教流于形式

多数涉罪未成年人学习成绩一般,他们很容易将精力转移至学习之外的其他方面,比如沉迷于游戏或者结交一些社会朋友。这类未成年人更容易受到不良风气影响以致于触犯法律。大部分涉罪未成年人并非本性极恶,在其成长过程中由于价值观尚未形成,社会阅历少,没有准确判断是非的能力,因此易受到不良影响。有些未成年人甚至不知其行为违法,也没有意识到其行为会对他人造成怎样的伤害。鉴于未成年人的身心特点,本着切实贯彻“教育、感化、挽救”的方针和“教育为主、惩罚为辅”的原则,检察机关针对所涉案件没有造成严重后果、知罪悔罪并且取得被害人家属原谅的未成年人作出不起诉决定,同时责令未成年人家长对其“严加管教”,减少对涉罪未成年人的羁押措施。减少监禁刑的适用目的是防止未成年人在被羁押过程中发生“交叉感染”,避免他们回归社会后被“贴标签”从而增加重返社会的难度。但实践中涉罪未成年

人家庭“严加管教”的落实存在很大问题,家长由于种种原因难以尽到对涉罪未成年人适当管教义务导致“严加管教”流于形式。

(三) 帮教协议难以落实

目前,在检察机关对涉罪未成年人的帮教工作之一就是与企业签订帮教协议,建立观护帮教基地,由帮教基地帮助未成年人学习劳动技能。具体实施形式为未成年人到企业工作,同时学习专业技术;企业要对被观护帮教未成年人的个人情况进行保密,保证其在企业不会受到歧视和差别对待,保证与其他初学工人同工同酬。检察院这项帮教工作的初衷可以让曾经犯错的未成年人有机会融入社会,习得一技之长,能够自食其力,脱离其原来的不良生活圈子,回归正常生活。但实际上,很多地区并没有将此项工作落实。一些涉罪未成年人在服刑之后很难被社会接纳,在就学、就业各方面均受到歧视,无法真正融入社会,因此存在再次犯罪的风险。

(四) 社会调查力不从心

未成年人的社会调查内容包括基本情况、社会生活状况以及与涉罪相关情况。其中单是社会生活就分为家庭基本情况、社区环境、社会交往情况这三部分^①。检察机关真正将未成年人的社会调查工作落到实处,需要耗费诸多时间和精力。检察官的办案任务本就繁重,若还要就每个未成年人犯罪案件作出准确详细的调查报告,存在着相当大的难度。鉴于此,《未成年人刑事检察工作指引(试行)》中规定,检察机关可以委托有关组织和机构进行社会调查。但《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)以及《人民检察院刑事诉讼规则》均规定了针对符合条件的未成年人实行犯罪记录封存制度,除司法机关为办案需要进行查询外,不得向任何单位和个人提供未成年人犯罪记录。《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》(以下简称《未成年人保护法(修订草案)》)第110条^②也对未成年

①家庭基本情况包括家庭成员、家庭教育情况和管理方式、未成年人在家庭中的地位和遭遇、家庭成员之间的感情和关系、监护人职业、家庭经济状况、家庭成员有无重大疾病或遗传病史等;社区环境包含所在社区治安状况、邻里关系、在社区的表现、交往对象及范围等;社会交往情况包含朋辈交往,在校或者就业表现,就业时间,职业类别,工资待遇,与老师、同学或者同事的关系等。参见《未成年人刑事检察工作指引(试行)》第36条。

②公安机关、人民检察院、人民法院和司法行政部门不得向任何单位或者个人提供被封存的未成年人犯罪记录,但司法机关为办案需要或者有关单位根据国家有关规定进行查询的除外。查询者应当遵守保密义务。



人犯罪记录封存作出相关规定。如果由社会机构来承接此项工作,保密制度难以完全落实,势必会对未成年人的相关信息造成一定程度的泄露,如此便出现了由社会机构承接涉罪未成年人的社会调查工作与未成年人犯罪记录封存制度存在矛盾的困境。

三、矫正工作存在问题的深层次原因

(一) 资金供给的缺乏

1. 开展心理评估工作的经费限制

当前,部分地区检察机关未检部门的心理评估工作是与当地医院合作,由检察官带领未成年人到医院的心理科,由医生做心理评估,相关费用由检察机关承担。据了解,并非所有地区的检察机关都能承担心理评估的经费支出。一些检察机关因为资金或是合作单位等问题,心理评估工作由未检部门的检察官进行。笔者认为,虽然部分检察官具备一定的心理咨询能力,但在合理评估、疏导方案乃至药物治疗等方面,和专业医生相比仍存在很大差距。由检察官对未成年人进行心理评估,如果不能对其心理问题进行治疗,未成年人仍存在再犯风险。心理评估及矫正工作是涉罪未成年人摆脱现有心理缺陷、重返社会的关键一环,若因为经费限制使这项工作受到阻碍,未免有些得不偿失。故笔者认为,地方政府应当对心理评估工作统一协调、加强配合,无论此项工作是否继续由检察机关承担,都不能因为经费问题阻碍了工作的进程。要通过心理评估帮助涉罪未成年人解决心理问题,使他们以阳光健康的心态重返社会,迎接全新的生活。

2. 落实观护帮教工作的经济条件限制

在经济欠发达地区,很多企业的经营状况并不理想,仅能勉强维持自身运营。由于自身条件所限,企业负责人不愿意同检察机关签署观护帮教协议,原因在于企业认为涉罪未成年人大多存在性格问题,即便经过心理干预但仍存在着不稳定因素。若涉罪未成年人来企业后不认真工作,会对企业的工作秩序造成负面影响;即便涉罪未成年人在企业学徒期间表现良好,但协议期满后

们会离开企业,于企业而言培养一个员工却不能产生后续的经济效益,将造成经济和时间成本上的双重消耗。企业毕竟不是慈善机构,需要以营利为目的,故在一些经济欠发达地区,企业不愿承担帮教的经济成本,导致观护帮教协议难以落实。由于这些地方的涉罪未成年人不能得到及时的帮助,只能回归到原来的生活圈子,很容易诱发再次犯罪。

(二) 良好亲职教育的缺失

路琦团队发表的《2017年我国未成年人犯罪研究报告》显示:未成年犯、成年犯及工读生来自单亲家庭的人数相对显著偏多,其中未成年犯单亲家庭所占比例最高,达到35.8%^①;关于未成年犯父母的文化水平一项,相比于其他群体,未成年犯父母文化水平也处于最低值;在家庭模式中,未成年犯多数与父母共同生活的时间较短,即便生活在一起彼此的关系也不是很融洽。其实,未成年人在成长的不同阶段会发生不同的心理变化、产生不同的情感需求,每一个阶段都需要其依赖和信任的父母或者其他监护人进行适当的引导和劝诫,告知其善恶对错,逐渐培养其形成正确的价值观。但在涉罪未成年人的家庭中,由于父母一直没有给予孩子应有的陪伴或良好的教育,孩子在成长过程中会逐渐对父母失去依赖,父母子女之间难以形成有效的沟通氛围,各种矛盾不断出现。这些矛盾在孩子青春期时被逐渐放大,极易引发多种问题,甚至导致这些未成年人触犯法律。未成年人犯罪案件中暴露出的亲职教育及家庭环境问题突出表现为以下两点:

首先,家长缺乏对孩子心理健康的重视。比如对涉罪未成年人进行心理评估之后,医生对于一些需要治疗的未成年人会给出明确的建议,但很少有家长会带着孩子进行后续治疗。一些心理疾病严重的未成年人需要药物治疗,但却没能引起家长足够的重视。这种现象不仅和家长的责任心有关,也与家长对孩子心理健康问题的重视程度有关,同时不排除因为家庭经济条件有限、没能力支付治疗费用的情况。

^①参见路琦,郭开元,张萌,张晓冰,胡发清,杨江澜:《2017年我国未成年人犯罪研究报告——基于未成年犯与其他群体的比较研究》,载《青少年犯罪问题》,2018年第6期,第36-38页。

其次,家长责任心的缺失导致“严加管教”成为空白。所谓“管教”,是指未成年人父母或者其他监护人按照国家的法律、法规和社会主义公共道德的要求,采取正确、适当的方法,对未成年人加以必要的管理、教育和约束,使他们能够健康成长^①。但涉罪未成年人所处家庭中,多数父母本身对孩子的关心和教育存在问题,不可能因为检察机关要求其严加管教就对自己的行为进行更改。如此,责令这些问题家长严加管教孩子其效果难免大打折扣。

(三)其他机关社会职能的缺位

当前,与未成年人有关的社会化工作几乎全部由检察机关独立承担,检察机关近年来在未成年人保护工作上下了很大功夫,取得了一定效果。然而,司法职能无法无限度延伸,涉罪未成年人或早或晚要面对重返社会的压力,政府的社会管理及福利职能必须及时全程跟进,不能缺位^②。实践中曾有检察机关拟制检察建议前征求相关行政单位的意见,而行政单位秉着多一事不如少一事的原则,不愿主动承担,即使参与也是被动参与。检察建议中虽然将相关单位作为联名单位署名,但实际上其并没有发挥应有的作用。《未成年人保护法(修订草案)》第70条^③虽规定了政府职能部门需承担与保护未成年人有关的工作,但却没有明确具体职能分工,导致实践中多部门均有职责但互相推诿。法院与公安机关同样没有对保护未成年人工作予以跟进。很多法院尚未设置少年法庭,审理未成年人案件并未按少年法庭要求以圆桌会议的形式召开,审理程序大多与审理成年人案件一致;一些公安干警对《刑事诉讼法》缺乏深入了解,导致执法不规范的情况屡见不鲜。例如,其地区曾出现询问未成年女性却没有女性公安干警在场,整个询问过程均由两名男性公安干警完成,最终被检察机关以程序违法为由退回,案件只能重新办理的荒谬事件。检察机关虽然在未成年人犯罪预防和矫

正工作上倾注了许多精力,但由于其他机关在此项工作职能上的缺位,导致未成年人矫正工作仍存在诸多不足。

四、完善检察机关涉罪未成年人矫正工作的路径

未成年人犯罪不仅是司法问题,更是一个社会问题。贝卡利亚曾言:“刑罚的目的既不是要摧残折磨一个感知者,也不是要消除业已犯下的罪行……难道一个不幸者的惨叫可以从不可逆转的时间中赎回已经完成的行为吗?刑罚的目的仅仅在于:阻止罪犯再重新侵犯公民,并规劝其他人不要重蹈覆辙”^④。可见,对涉罪未成年人予以法律惩治和约束的根本目的是拯救、预防其再犯。未成年人犯罪预防与矫正工作任务艰巨,需要调动全社会力量,整合社会资源,加强多机关职能联动,对未成年人倾注更多的关爱与帮助,陪伴、引导未成年人健康成长。

(一)调整教育侧重方向,强化心理健康教育师资队伍

1. 提高对未成年人心理健康的重视程度

《未成年人保护法(修订草案)》第27条规定:学校应当根据未成年学生身心发展特点,对其进行社会生活指导、心理健康辅导、安全教育和青春期教育。中共中央、国务院印发的《中长期青年发展规划(2016-2025)》中提出:“构建和完善青年心理问题高危人群预警及干预机制。加强源头预防,注重对青年心理健康问题成因的研究分析,及时识别青年心理问题高危人群,采取有效措施解决或缓解青年在学业、职业、生活和情感等方面的压力”。促进青少年心理健康成长,首先要重点抓好学校心理健康教育,在高校、中学和职业学校设置心理健康辅导咨询室,有条件的学校应当配备专职心理健康教育师资队伍。据笔者了解,虽然目前高校乃至中小学学校方面

①参见姚建龙,孙鉴:《触法行为干预与二元结构少年司法制度之设计》,载《浙江社会科学》,2017年第4期,第44页。

②参见张鸿巍:《刑事诉讼法修订后的未成年人刑事政策》,载《预防青少年犯罪研究》,2012年第5期。

③《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》第70条:国务院和县级以上地方人民政府涉及未成年人保护的职能部门应当明确相关内设机构或者人员,负责本部门承担的未成年人保护工作。

④参见[意]贝卡利亚著,黄风译:《论犯罪与刑罚》,北京:中国大百科全书出版社,1993年出版,第42页。



向学生发放了心理健康方面的教材,但是心理健康课程不计入考试成绩;很多学校没有专门老师讲授这门课程;即便有老师授课,学生对此既缺乏重视也没有兴趣。未成年人普遍对于心理健康方面的知识了解甚少,甚至觉得有问题向心理老师咨询、求助是很不光彩的事情,担心同学因此而疏远自己。有些未成人难以摆脱心结或者困惑,长期处于心理亚健康状态,时间久了必然造成心理疾患,进而引发其他问题。

从学校角度,在关注未成年人的学习成绩的同时,更应该关注他们的心理健康。在课程设置上,要适当安排心理健康课程,配备专业老师讲授心理健康的相关知识,引导未成年人正视心理问题。学校应保证将心理健康教育融入未成年人的日常学习生活中,潜移默化地引导未成年人心理良性发育,真正从未成年人的健康成长角度出发及时调整改进心理健康教育模式。未成年人的心理健康与身体健康同样重要,不仅关乎未成年人本人的健康成长,更关乎其整个家庭的幸福。只有千千万万个家庭幸福才能实现全社会共同的幸福。

2. 对患有心理疾病的未成年人进行心理干预与矫正治疗

目前,检察机关虽然承担了涉罪未成年人的心理评估工作,但即便通过评估发现未成年人存在一定的心理疾病,也很难帮助他们获得后续的治疗。心理矫正治疗需要针对未成年人自身特点制定专业性的治疗方案,譬如每周在固定时间安排未成年人到心理医生处治疗;遇到突发事件对未成年人内心造成重大冲击的,保证其有随时见到医生的便利条件。心理疾病严重的未成年人可能会维持几年时间的治疗,才能恢复心理健康。未成年人的心理干预与矫正治疗需要很强的责任心和耐心,需要具备专业的方法与技巧,否则容易造成未成年人心理反感,导致治疗无效甚至起到反作用。因此,此项工作并非检察机关能够独自胜任,也不应局限于与检察机关合作的

心理医院配合。笔者认为由学校承担该项责任比其他机构更适合。学校教师可以更方便地了解未成年人的学习情况以及与同学、老师相处的状况,及时发现未成年人的心理变化,更方便做到有的放矢、及时介入,对未成年人的心理治疗效果会更好。这也是《未成年人保护法(修订草案)》第81条^①对学校责任的规定。未成年人进行长期心理治疗的过程中产生的治疗经费,则应由财政部门负责拨付^②。

(二)注重亲职教育、重视家风建设

习近平总书记强调:“家庭是人生的第一个课堂,父母是孩子的第一任老师。孩子们从牙牙学语起就开始接受家教,有什么样的家教,就有什么样的人”^③。父母的教育对孩子的成长至关重要,往往可以影响一个人的一生。检察机关在办理未成年人案件过程中,针对被不起诉的未成年人,一般会提出“责令家长严加管教”的措施,但很多家长自身对未成年人心理教育知识知之甚少,根本不具备“管教疏导”的能力,“严加管教”流于形式,学校和检察机关所付出的努力很可能因为缺少未成年人家庭教育的配合而付诸流水。针对当前家庭教育问题,笔者提出以下建议:

1. 有责任心而不懂方法的家长,加强对其指导

2016年,最高人民检察院、教育部联合印发《最高人民检察院、教育部关于开展“法治进校园”全国巡讲活动的方案》。最高人民检察院会同教育部从全国检察机关抽调业务能力强、法治巡讲水平高的骨干,组成3个“法治进校园”巡讲团分赴全国各地进行法治巡讲,活动第一年即实现对全国各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团的全覆盖。与此同时,地方各级检察机关也有计划地进行巡讲活动。几年间,检察官们针对青少年不同年龄特点制定了不同的课程内容,生动专业的授课内容使孩子们在与检察官的互动中了解到很多法律常识以及自我保护的相关知识,在每一个幼小的心灵里都种下一颗积极向上、正义勇敢的种子。

①《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》第81条:教育部门应当加强对未成年人的心理健康教育,建立对未成年人心理问题的早期发现和及时干预机制;卫生健康部门应当做好未成年人心理治疗、心理危机干预以及精神障碍早期识别和诊断治疗等。

②《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》第68条:国务院和地方各级人民政府领导有关部门做好未成年人保护工作;将未成年人保护工作纳入国民经济和社会发展规划以及年度计划,相关经费纳入本级政府预算。

③习近平总书记在会见第一届全国文明家庭代表时的讲话(2016年12月12日)。

检察机关的巡讲活动中也会有针对家长的授课内容,引导家长站在孩子的角度理解他们,感受孩子的真实情感需求,更好地与孩子沟通,避免产生家庭矛盾。家长在了解相关专业知识后,更容易及时发现孩子在心理和行为上的问题,从而及时与学校沟通,共同做好未成年人的心理疏导工作,避免恶性事件发生。笔者认为,对未成年人开展法治宣讲活动的同时,可以对家长有针对性地定期开设关于心理辅导的公益讲座,由学校从日常教育的角度对家长进行引导,也可以由检察机关从普法的角度引起家长对未成年人教育的重视。提高家长对未成年人教育方法及心理健康的重视程度,有利于减少家长与未成年人之间的冲突,防止孩子因为家庭矛盾一时冲动做出格的事情;避免孩子因为觉得父母不理解自己而自暴自弃,减少未成年人犯罪的诱因。

2. 没有责任心的不称职家长,撤销其监护人身份

《未成年人保护法(修订草案)》中第86条、第87条规定了国家对未成年人的临时监护和长期监护^①。从有利于未成年人身心健康角度出发,对不称职的监护人,在符合条件的情况下应及时更换,保证未成年人免受来自家庭的情感伤害或暴力伤害,确保其在生活中得到合理的关心爱护。正确的亲职教育是预防未成年人犯罪以及涉罪未成年人矫正的关键环节,需要引起社会和家庭的足够重视。

(三)成立专门对接涉罪未成年人矫正工作的社会组织

当前,检察机关未检部门的检察官身兼司法

职能与社会职能等多重使命,以时间成本计算,其承担的社会职能需要消耗更多精力。笔者认为,关于涉罪未成年人的矫正工作不应由检察院全权负责,应该通过政府购买服务的方式,由专门机构承接此项社会职能,这样既可以防止检察官因为工作繁重而疏于涉罪未成年人的矫正工作,也能使涉罪未成年人矫正工作进一步走向正规化和专业化。在这方面,上海司法行政机关培育出了以“上海市新航社区服务总站”为代表的专业社区矫正服务机构。该机构于2004年1月正式成立,是全国最早从事社区矫正、安置帮教社会工作的社会组织,是上海预防和减少犯罪工作体系、创新社会治理的重要组成部分^②。与此同时,当前全面深入落实此项工作依然存在的障碍,相关部门应有针对性地解决。

1. 地方财政保证专项资金落实政府购买服务

上海市通过成立专业民间社工组织和政府购买服务方式,促进配合未成年人刑事司法探索的社工服务专业化^③。针对非羁押的涉罪未成年人,由专业团队对其进行后续的跟踪与社会调查,一方面可以减轻检察机关繁杂的工作任务,使涉罪未成年人矫正工作进一步落到实处,更重要的是这种方法更有利于涉罪未成年人回归社会。

2. 经济欠发达地区成立志愿者队伍

针对政府购买服务因财政问题难以落实的经济欠发达地区,可以根据当地实际情况,联合工会、妇联、团委、关工委、居委会、律师事务所、心理医院等与未成年人矫正工作有关联的单位,召集爱心人士组成志愿者队伍,为需要帮助的未成年人提供帮教服务,从日常细微中帮助涉罪未成

①《中华人民共和国未成年人保护法(修订草案)》第86条:“未成年人具有下列情形之一,应当由国家对其进行临时监护:(一)监护人不履行或者因故不能履行监护职责,且短期内无法指定或者不适合委托其他人代为照护导致未成年人无人照料的;(二)遭受监护人严重侵害需被紧急带离的;(三)来历不明、暂时查找不到父母或者其他监护人的;(四)人民法院判决中止监护人资格的;(五)其他需要由国家进行临时监护的情形。”

对临时监护的未成年人,应当优先考虑亲属寄养;不具备条件或者不适合的,可以由未成年人救助保护机构或者儿童福利机构进行收留、抚养。

临时监护期限一般不超过一年。临时监护期满后仍无法查明或者确定监护人的,由国家进行长期监护。”

第87条:“未成年人具有下列情形之一,应当由国家对其进行长期监护:(一)父母死亡或者宣告失踪且无其他依法具有监护资格的人的;(二)父母无监护能力且无其他依法具有监护资格的人的;(三)无法查明其父母或者其他监护人的;(四)人民法院判决撤销监护人资格并指定由民政部门担任监护人的;(五)法律规定应当由民政部门担任监护人的。”

对由国家长期监护的未成年人,可以根据有关法律规定,通过收养等方式妥善安置。对于依法收养的,民政部门应当进行收养评估。收养关系成立后,对未成年人的国家监护终止。”

②参见《纪念改革开放40周年 回望社会工作行业发展》,载文成社工, http://www.wcsgw.cn/News_blank.asp?id=1505。

③参见樊荣庆:《改革视野下未成年人检察工作一体化构建研究》,载《预防青少年犯罪研究》,2018年第6期。



年人脱离陋习、摘掉标签,阳光积极地成长。通过专业服务机构与志愿者团队的共同努力,推动涉罪未成年人矫正以及帮教工作真正见到成效。

3. 保护涉罪未成年人免遭歧视与不公平对待

不论哪种方式的社会组织来承接未成年人矫正和帮教工作,均涉及到未成年人的个人信息以及犯罪记录保密问题。我国实行犯罪记录封存制度的本意是保护曾经犯罪的未成年人不受社会歧视,能够享有平等的学习教育和就业机会。实际上,封存并不等同于消除,涉罪未成年人犯罪记录虽然被封存,但是公安机关无法给其开具无犯罪记录证明,改造良好的未成年人仍有可能因为年少时的污点导致之后的生活受到影响,反映出犯罪记录封存制度本身仍然存在一些问题,尚需在今后的实践中逐步完善。如果由专业社会组织承接涉罪未成年人矫正及帮教工作,势必和犯罪记录封存的规定存在矛盾。这种状况可以通过签署保密协议的方式解决,毕竟尝试将涉罪未成年人矫正工作交由专业团队承接的出发点是为了更好地保证未成年人的矫正工作不流于形式,给未成年人更规范化的保护;而犯罪记录封存制度的初衷同样是为了保护未成年人,二者虽形式不同,但可谓殊途同归。

(四) 相关单位明确职责,共建未成年人保护体系

L省人民检察院《2020年未成年人检察工作要点》第8条规定,检察机关未检部门2020年要会同监管部门开展“两个帮扶”工作,即由熟悉案情和被羁押未成年人身心特点的检察机关办案人员通过定期通信、探视等形式对在押未成年人开展监内帮扶,并做好其回归社会后的跟进帮扶,努力预防再次出现违法犯罪现象。将社区矫正未成年人纳入帮扶范围,提高教育转化效果,这是L省人民检察院2020年未成年人检察工作中的新任务,并已纳入考评工作中。之所以检察机关未检部门的工作重点每年都有不同,主要因为未检部门承担的社会职能过重,而人力、时间、精力均有限,全方位开展面面俱到的帮扶几乎是不可能完成的任务。关涉未成年人健康成长以及涉罪未成年人帮护矫正的工作没有哪一项是

纸面功夫,必须环环相扣逐项落实,哪一环节没有执行到位都会影响整体的工作效果。笔者认为,未成年人的犯罪预防及帮护矫正工作不宜全部落在检察机关未检部门,应尽快明确与未成年人犯罪预防与矫正工作相关的行政单位与社会团体的具体职能,保证未成年人合法权益保护工作的规范化和专业化开展,依法依规、有据可循;法院与公安机关应对涉及未成年人的相关工作进行认真审视,探索不足,最终形成司法职能与社会职能界限明晰且力量完整的未成年人保护体系。

(五) 媒体及网络服务提供者职能升级

网络诞生之前,青少年学习之余大多是聚在一起进行户外活动和游戏,不仅有益身心健康、增进彼此感情,也避免了过早接触到社会上的负面信息。随着网络和信息技术的发展,手机、电视、电脑已成为每个家庭的生活必需品,网络游戏、抖音娱乐、视频直播充斥在媒体的各个角落。青少年的兴趣不再局限于某项学习或体育活动、某个动画人物,尚不成熟的心智使其对泛滥于网络的各类游戏、视频拥有更大的好奇心。未成年人沉湎于网络游戏娱乐之中,久而久之就会习惯不用付出很多辛苦而收获短暂快乐,陷入虚拟的成就感不能自拔,从而对其他事情都失去兴趣和耐心。当学习遇到困难、当琴棋书画等爱好遇到瓶颈,就很容易放弃。

2019年4月30日,国家广播电视总局施行《未成年人节目管理规定》,规定广播电视播出机构在法定节假日和学校寒暑假每日8:00至23:00,法定节假日和学校寒暑假之外时间每日15:00至22:00,播出的节目应当适宜所有人群收听收看;列出十六种不得在未成年人节目中出现的内容,如渲染暴力、血腥、恐怖,教唆犯罪或者传授犯罪方法等,且未成年人节目中不得选用因丑闻劣迹、违法犯罪等行为造成不良社会影响的人员^①,从电视节目这一环节保证了不传递给未成年人不健康信息。

现在的未成年人更喜欢用网络方式查找自己喜欢的信息,至于观看什么节目、上网多长时间,家长很难管控,很多家庭父母和孩子之间都

^①参见《未成年人节目管理规定》,国家广播电视总局令第3号,2019年4月3日。

因为孩子上网问题爆发矛盾。《未成年人保护法(修订草案)》第64条规定:网络产品和服务提供者应当避免提供可能诱导未成年人沉迷的内容;网络产品和服务提供者应当设置相应的时间管理、权限管理、消费管理等功能,为父母或者其他监护人预防和干预未成年人沉迷网络提供便利。笔者认为,网络服务提供者在对未成年人的网络使用时间、权限、消费管理上还有很大的改进空间,网络平台可以对上网用户能根据年龄不同在使用限制设置上区别对待:譬如上网之前需先登录身份证号码,如果身份证号码显示是未成年人,网络就自动滤除不适合未成年人的内容;如果是益智类或放松类的小游戏,自动规定时长,每天超过规定的时间就不能再继续游戏;未成年人游戏均不允许有金钱交易,不可以通过充值购买装备延长游戏时间、扩展阅览范围,避免未成年人在监护人不知情的情况下进行网络消费。

站在未成年人的角度,网络权限的设置只是过滤掉不健康的内容,并不影响他们通过网络进行学习和拓展知识,也没有限制他们游戏的权

利,只不过通过权限控制了使用网络的时间。这样可以在很大程度上避免家长与孩子之间由此发生的冲突,有利于建立和谐有效的沟通模式。从网络服务提供者的角度看,虽然这种限制可能会影响企业的经济效益,但这种经济方面的牺牲是为了对未成年人有合理的约束,让未成年人能够健康成长,部分经济效益让渡于社会效益,不仅关系涉罪未成年人本人及家庭的幸福也是对平安和谐社会建设作出的巨大贡献。

五、结语

“少年强则国强,少年兴则民族兴”。未成年人犯罪预防与矫正工作关乎全社会的幸福,单靠检察机关的工作无法全部承担此项重任,需整合社会资源,发动全社会力量共同致力于未成年人的犯罪预防及矫正工作,通过多方合力帮助涉罪未成年人知错改错、重返社会,为未成年人的健康成长保驾护航。

【责任编辑:凌秋千】

Research on prevention and correction of juvenile delinquency
——From the perspective of the social function of the department of
juvenile delinquency in the procuratorial organ

Zhou Ji

(China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: At present, the staff of the department of juvenile delinquency in the procuratorial organ is limited, but its functions are diversified. Psychological assessment, intervention treatment, nursing, teaching and social investigation of minors involved in crimes are almost entirely undertaken by the department of juvenile delinquency in the procuratorial organ. Other social departments are unclear about the division of relevant work and cannot guarantee that the crime prevention and correction of the minors involved will be fully implemented. In response to this dilemma, schools, families, relevant administrative units, social groups, news and network service providers and others should combine their industry characteristics to give full play to their professional advantages, and work together to remove the current obstacles of minors involved to return to the society. At the same time, various departments should work together to strengthen the mental health training of minors, implement the prevention of minor crimes and truly form a minor protection system with clear functions and complete strength.

Key words: minors; crime prevention; correction; social function



【法学理论研究】

我国刑法修订模式的总结分析与反思展望

——基于对十个刑法修正案的数据统计

林乐鸣

(大连海事大学,辽宁 大连 116026)

〔摘要〕自我国1997年刑法颁行以来,先后出台的十个刑法修正案对其进行了大量的修订。通过对修正案进行的数据统计,可以总结出我国刑法修正案的技术特点主要包括修订频率高、涉及条文数量多、新增罪名数量多,修订类型中增加多、删除少,总则改动少、分则改动多且各章分布极不平均。进一步分析,刑法修订过程中存在的主要问题包括修订过于频繁,极大地影响了刑法的稳定性;修订缺少总体规划,呈现出因事立法的特征;总则与分则之间的修订不够协调,过分聚焦分则罪名的修订,很大程度上忽视了总则规定的存在与完善。通过分析、反思与展望,问题的症结在于我国选择的刑法修订模式;解决问题的基本出路在于未来中国的刑法修订应摒弃单一的刑法典模式,采用分散式、多种法律渊源并行的模式。

〔关键词〕刑法修订模式;总结分析;反思展望;刑法修正案;数据分析

〔作者简介〕林乐鸣(1983—),男,山东烟台人,大连海事大学法学院讲师,法学博士,主要从事刑法学、犯罪学、刑事执行法学及中国刑法史研究。

〔收稿日期〕2020-06-24

〔中图分类号〕D924 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-068-08

自1997年刑法(以下简称“97刑法”)施行以来,面对社会的发展变化,除了早期曾出现过的单行刑法(1998年12月29日第九届全国人大常委会第六次会议通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)外,之后的刑法修订都是采用修正案的方式完成。1997年至今,我国已通过十个刑法修正案,对“97刑法”做了大量的修改。面对这种刑法修订模式,有必要对这十个修正案做一个系统的梳理,通过数据分析总结其技术特点,反思其中存在的问题并找到进路,以期今后的刑法修订工作提供借鉴。

一、总结:十个刑法修正案的技术特点

(一)修订频率高,涉及条文数量多、新增罪名数量多

作为20多年来多次出现的立法现象,刑法修正案最直观的技术特点体现在修订频率与条文

数量方面。

一方面,现行《刑法》自1997年10月1日起施行以来,至今已二十二年。截至2017年11月4日第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过《中华人民共和国刑法修正案(十)》,国家共出台了十个刑法修正案,几乎平均两年(平均数2.01年)出现一个修正案。时间间隔之短,可以反证修订频率之高(详见表1)。

另一方面,虽然每个修正案条文数多少不一,但十个修正案的条文数量加到一起总数很大。通过修正,前后共有168个刑法条文被修订(详见表2)。“97刑法”一共有452个条文,以此为基准修订比例达37.17%。刑法是规定犯罪与刑罚的法律,刑法分则条文主要是罪刑式条文,因而条文数量的增加必然带来罪名数量的增加。十个刑法修正案一共新增了56个新的罪名;对比“97刑法”颁行时的412个罪名^①,增加幅度达到

①参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京:北京大学出版社,2012年出版,第4页。

13.59%。可见这十个刑法修正案对我国刑法做出的改动之大。

表 1 修正案时间间隔

修正案简称及施行之日	距离上次修正案的时间间隔
《修正案》 ^① (1999 年 12 月 25 日)	815 天(2.23 年) ^②
《修正案(二)》(2001 年 8 月 31 日)	615 天(1.68 年)
《修正案(三)》(2001 年 12 月 29 日)	120 天(0.33 年)
《修正案(四)》(2002 年 12 月 28 日)	364 天(1 年)
《修正案(五)》(2005 年 2 月 28 日)	793 天(2.17 年)
《修正案(六)》(2006 年 6 月 29 日)	486 天(1.33 年)
《修正案(七)》(2009 年 2 月 28 日)	975 天(2.67 年)
《修正案(八)》(2011 年 5 月 1 日)	792 天(2.17 年)
《修正案(九)》(2015 年 11 月 1 日)	1645 天(4.51 年)
《修正案(十)》(2017 年 11 月 4 日)	734 天(2.01 年)
平均	733.9 天(2.01 年)

(二) 修订类型中增加多、删除少

《刑法》修订的类型可以从条文自身与条文内容两个角度来分析。

一方面,对于刑法条文而言,广义的修订包括三类:一是增加新条文,二是对于原条文进行修改(即狭义的修订),三是删除原条文。这三种修订中,十个刑法修正案对于刑法条文修改的最

多、增加的其次、删除的最少^③(详见表 3)。随之,“97 刑法”的条文数出现大幅度增加。

表 2 修正案自身条文数量、修订刑法条文数量、新增罪名数量

修正案简称	修正案自身条文数量 ^④	修正案修订刑法条文数量 ^⑤	新增罪名数量 ^⑥
《修正案》	8	8	1
《修正案(二)》	1	1	0
《修正案(三)》	8	8	3
《修正案(四)》	8	8	4
《修正案(五)》	3	3	3
《修正案(六)》	20	20	9
《修正案(七)》	14	14	8
《修正案(八)》	49	49	7
《修正案(九)》	51	56	20
《修正案(十)》	1	1	1
合计	163	168	56

另一方面,从条文内容角度看,上述狭义的修订(共 128 个条文)又包括四类^⑦:第一类是扩充原条文内容(如增加一款、增加一档刑罚幅度等);第二类是删减原条文内容(如删除一款、废除某一罪名的死刑规定等);第三类是对于一个刑法条文的内容既有扩充又有删减(例如《修正

①第一个刑法修正案全称《中华人民共和国刑法修正案》,简称《修正案》,并无“《修正案(一)》”的称谓。

②此处计算的是《修正案》与新刑法施行之日的时间间隔。

③删除的情形目前只有 1 处,即《修正案(九)》第 12 条删除了《刑法》第 199 条,废除了刑法分则第三章第五节“金融诈骗罪”中所有罪名的死刑规定。

④除《修正案(二)》和《修正案(十)》只有一个条文外,其余的修正案中都有一个条文是关于本修正案施行日期的规定,并不涉及对刑法条文的修改,故不在本表格统计之列。

⑤这里的数量指的是修正案所修订的刑法条文数量,而非修正案自身的条文数量,由于《修正案(九)》第 7 条增加了 5 个新的刑法条文(即第 120 之二至第 120 条之六)、第 29 条增加了 2 个新的刑法条文(即第 287 条之一和第 287 条之二),导致修正案所修订的刑法条文数量比前一栏中的修正案自身条文数量多了 5 条。

⑥扩大原来罪名的处罚范围的情形(例如《修正案》第 5 条将刑法第 181 条的罪名由原来的“编造并传播证券虚假信息罪”“诱骗投资者买卖证券罪”扩大为“编造并传播证券、期货交易虚假信息罪”“诱骗投资者买卖证券、期货合约罪”)与将原来一个罪拆分为两个罪的情形(例如《修正案(六)》第 1 条将刑法第 134 条由原来的重大责任事故罪拆分为重大责任事故罪和强令违章冒险作业罪两个罪名)由于是在原有基础之上的扩充而非从无到有的新设,故不计入此处的统计范围。

⑦这里的扩充与删减指的是对于刑法条文用语表述的增与减,而非刑法条文规制范围的增与减,例如《修正案(六)》第 1 条将《刑法》第 134 条原来对于主体的规定“工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工”删除,其实从规制范围上看扩充了主体范围,但在此处的统计中仍计入删减原文内容的这一类。



案(四)》第7条将刑法第345条第三款“非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪”罪状中的“以牟利为目的”删除,同时在行为方式中增加了运输行为);第四类单纯对原条文文字进行修改,体现不出内容上明显的扩充或删减(例如《修正案(六)》第15条将刑法第188条第一款“违规出具金融票证罪”罪状中的“造成较大损失的”“造成重大损失的”修改为“情节严重的”“情节特别严重的”)。这四种类型中,扩充原条文内容的数量明显多于后三种类型的数量(详见表4),从而使得刑法的条文内容大幅扩展。

条文数量增加不少伴随着条文内容大幅扩展,使得“97刑法”增容很多。

(三)总则改动少、分则改动多且各章分布极不平衡

十个刑法修正案对于刑法各部分的修订很不平均,这可以从总则与分则之间以及分则各章之间的分布来进行说明。

一方面,从总则与分则的分布看,这十个刑法修正案中,只有《修正案(八)》和《修正案(九)》对总则条文进行了修订(共23个修正案条文,占14.1%),其余的均只涉及分则条文(共140

个修正案条文,占85.9%),对于分则和总则的修订比重体现出明显的差异(详见表5)。

表3 修正案对于刑法条文增加、修改、删除的数量及比例

修正案简称	增加刑法条文数量	修改刑法条文数量	删除刑法条文数量
《修正案》	1	7	0
《修正案(二)》	0	1	0
《修正案(三)》	2	6	0
《修正案(四)》	1	7	0
《修正案(五)》	1	2	0
《修正案(六)》	8	12	0
《修正案(七)》	4	10	0
《修正案(八)》	7	42	0
《修正案(九)》	15	40	1
《修正案(十)》	0	1	0
合计	39	128	1
所占比例	23.21%	76.19%	0.60%

表4 狭义的修订中扩充、删减、既扩又删、单纯修改的刑法条文数量及比例

修正案简称	扩充内容的刑法条文数量	删减内容的刑法条文数量	既扩又删的刑法条文数量	单纯修改的刑法条文数量
《修正案》	7	0	0	0
《修正案(二)》	1	0	0	0
《修正案(三)》	5	0	1	0
《修正案(四)》	4	0	2	1
《修正案(五)》	2	0	0	0
《修正案(六)》	6	4	1	1
《修正案(七)》	9	0	1	0
《修正案(八)》	21	10	2	9
《修正案(九)》	30	5	3	2
《修正案(十)》	1	0	0	0
合计	86	19	10	13
所占比例	67.19%	14.84%	7.81%	10.16%

表 5 修订总分则的修正案条文数

修正案简称	修改总则的修正案条文数量	修改分则的修正案条文数量
《修正案》	0	8
《修正案(二)》	0	1
《修正案(三)》	0	8
《修正案(四)》	0	8
《修正案(五)》	0	3
《修正案(六)》	0	20
《修正案(七)》	0	14
《修正案(八)》	19	30
《修正案(九)》	4	47
《修正案(十)》	0	1
合计	23	140
所占百分比	14.1%	85.9%

另一方面,从刑法分则各章分布情况看,分则所涉及的 140 个修正案条文在这十章的分布上非常不平均,改动最多的是第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”(49 个条文,占 35%)和第六

章“妨害社会管理秩序罪”(41 个条文,占 29.29%);改动最少的是第一章“危害国家安全罪”、第七章“危害国防利益罪”、第十章“军人违反职责罪”(各 2 个条文,分别占 1.43%),悬殊程度不言而喻(详见表 6)。

二、分析:修正案修订刑法过程中存在的主要问题

通过以上对我国刑法修正案技术特点的分析,可以看出其数量之多、改动之大、涉及面之广。应该承认,通过十个刑法修正案使“97 刑法”完善了很多;但同时也应当看到其间确实存在一些问题需要解决,主要体现在以下三个方面:

(一)修订过于频繁,极大影响了刑法的稳定性

随着时代的发展、社会环境的变化,法律确实应该适时做出调整,以更好地发挥调整和规制作用;但法律作为公开颁行的规范,更应具有稳定性,如果修订过于频繁,会给人朝令夕改的感觉,不仅破坏了公民对自己行为的预期,而且在很大程度上影响了法律的权威性。刑法的广泛性与严厉性特征决定了刑法更应具有稳定性。对此,

表 6 修正案分则条文在各章中的分布

刑法分则章名	修正案分则条文在各章中的数量①	占修正案分则条文总数的百分比/%
第一章 危害国家安全罪	2	1.43
第二章 危害公共安全罪	15	10.71
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	49	35.00
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	14	10.00
第五章 侵犯财产罪	4	2.86
第六章 妨害社会管理秩序罪	41	29.29
第七章 危害国防利益罪	2	1.43
第八章 贪污贿赂罪	8	5.71
第九章 渎职罪	3	2.14
第十章 军人违反职责罪	2	1.43
合计	140	100

①通过十个刑法修正案,刑法中有些条文被不同的修正案修订了两次甚至三次,例如第 120 条被《修正案(三)》《修正案(九)》修订了两次;第 151 条被《修正案(七)》《修正案(八)》《修正案(九)》修订了三次。对于这种现象,本栏数据中修订两次的计两遍、修订三次的计三遍。



周光权教授指出:“立法不能频繁修改,使公民难以预测自己的行为。……频繁修改刑法,使人们可以质疑立法的预见性、立法能力,使理论上坚守的罪刑法定堡垒部分地丧失意义,也使理论上对于某些犯罪的解释变得不正确,对于理论发展没有多少益处”^①。

1997年至今我国的社会环境发生了很大的变化,刑法确实需要修订。然而,二十二年间先后通过十个修正案,共168个刑法条文被修订、新增了56个罪名,很多条文前后改了两次甚至三次,难说这部刑法是稳定的。单一的修正案模式使得中国刑法的内容不断地发生变化,过几年就打上一个“补丁”,甚至“补丁”摞“补丁”,使得我国刑法修订在注重灵活性的同时很大程度上失去了应有的稳定性,国民的预期以及刑法自身的权威性均受到很大的影响,让人有些难以适从,以致有学者发出了“刑法修正何时休”的慨叹与疑问^②。在今后的刑法修订过程中,立法者应当思考并妥善处理刑法的灵活性与稳定性的关系,优先确保刑法的稳定性,避免修正案的无休止延续。

(二)刑法修订缺少总体规划,呈现出因事立法的特征

刑法修订是一项长期任务和宏大课题,应该有长远的眼光,根据社会发展情况制定总体规划,才能保证刑法修订的质量。正如《中庸》所言:“凡事预则立,不预则废。言前定则不跲,事前定则不困,行前定则不疚,道前定则不穷”^③。反之,缺少长远规划,只是面对现实问题不得不解决时才临时性地打“补丁”,这种因事立法的特征势必影响我国刑法立法的水准。

纵观这十个修正案,结合上述数据统计,并无明晰的主线贯穿其中,很难看出我国刑法修订的总体规划,更多呈现出的只是一种对于社会现实“头痛医头、脚痛医脚”式的短线回应,缺少长

远规划。尤其是最近几个修正案,更是给人一种较为明显的因事立法的感觉。其中一个明显的表现就是情绪性立法,即面对现实问题所酝酿出来的未必理性的舆论压力与民意诉求,缺少总体规划的刑法修订不得不将其中的情绪性诉求体现在修正案之中,典型表现如危险驾驶罪、代替考试罪、拒不履行信息网络安全管理义务罪等罪名的增设以及贪污罪、受贿罪中终身监禁制度的引入。对此有学者进行了专门研究,指出:“近几年来我们看到,有些所谓的‘民意’或‘舆论’似乎有过度介入或影响刑事立法倾向之嫌,由此导致不理性的情绪性刑事立法现象频频发生。刑事领域中的情绪性立法严重破坏了正常的立法秩序,其所结出的‘毒树之果’也必将损害法律的权威,腐蚀社会公平正义的基石。事实上,自1997年《刑法》第一次修订以来,情绪性立法现象便屡见不鲜,近年来更有愈演愈烈的趋势”^④。

从长远看,因事立法的现象有着很大弊端,正如菲利教授在其名著《犯罪社会学》中一针见血指出的:“今天的立法者一开始就急于成为十足的立法癖,似乎每个新发现的社会现象都需要一部专门的法律、规则或一个刑法条文。……每一个公民都发现他处在一个由法律、法令、规则和法典编织而成的无法摆脱的网络之中”^⑤。因而笔者认为,今后我国的刑法修订应坚持长远目光,制定总体规划,避免因事立法。

(三)总则与分则之间的修订不够协调,过分聚焦分则罪名的修订,很大程度上忽视了总则规定的存在与完善

刑法总则和刑法分则是刑法重要而密不可分的两大部分,二者是抽象与具体、一般与个别、普遍与特殊的关系。总则以分则为依托,同时又指导、补充分则^⑥。在刑法修订中,总则与分则应该同时关注、相互协调;如果目光只聚焦在某一

①参见周光权:《刑法学的西方经验与中国现实》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》,2006年第2期,第25页。

②参见于志刚:《刑法修正何时休》,载《法学》,2011年第4期,第9-13页。

③参见(宋)朱熹:《四书章句集注》,杭州:浙江古籍出版社,2012年出版,第30页。

④参见刘宪权:《刑事立法应力戒情绪——以〈刑法修正案(九)〉为视角》,载《法学评论》,2016年第1期,第86页。

⑤参见[意]恩里科·菲利著,郭建安译:《犯罪社会学》,北京:中国人民公安大学出版社,2004年出版,第218页。

⑥参见张明楷:《刑法学》(第五版),北京:法律出版社,2016年出版,第657页。

部分上,势必忽视另一部分的修改与完善,从而在整体上导致二者之间的不协调,影响刑法修订的总体质量。

然而,“97 刑法”施行以来,前七个修正案都只是对分则罪名的修改,直到 2011 年《修正案(八)》才开始对总则条文进行修订,但也只是少数。如表 5 所示,163 个修正案条文中只有 23 条是对总则的修改,其余 140 条全部都是对分则的修订。只关注分则具体罪名的修订,很容易导致分则某个具体罪名的规定与总则的一般规定相冲突。一个典型的例子就是《修正案(九)》中在贪污罪和受贿罪中引入了终身监禁制度,即“(因犯贪污罪、受贿罪)被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节的情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释”。反观刑法总则中有关减刑、假释的规定,并无符合条件仍不得减刑、假释的规定,特别是第 78 条中规定“有重大立功表现的,应当减刑”,即犯罪分子重大立功时必须减刑。这样一来,在总则规定并未变化的情况下,分则贸然做出与总则不一致的规定,使得二者之间存在明显的冲突,并且会给司法实践带来对于有重大立功表现的终身监禁犯罪人到底能否减刑的难题。

对于刑法修订过程中刑法总则被忽视的问题,车浩教授将其概括为“总论虚置”现象,并指出其会带来的三大问题:一是缺乏总则的原则性引导,分则就会变成一个松散的、无体系的法条集合体,只把目光盯住具体现象,就不得不对每个具体问题都专门规定,从而带来刑法膨胀;二是缺乏理论原则的统一引导,条文之间无法衔接、相互交叉、重叠甚至抵触的麻烦难以避免;三是缺乏体系性观念的立法行为不利于甚至会阻碍刑法理论的长远发展^①。这一评价可谓一语中的。今后我国的刑法修订应当避免总则虚置现象,在关注分则罪名修订的同时也重视总则规定的完善,协调总则与分则之间的关系。

三、反思:问题的症结

在笔者看来,上述三个主要问题的症结在于我国选择的刑法修订模式,即维护单一的刑法典模式、仅通过刑法修正案来对刑法典进行修订。在此需要说明的是,刑法学界通常将《中华人民共和国刑法》简称为刑法典,认为刑法的渊源包括刑法典、单行刑法、附属刑法,我国并无真正意义的附属刑法。前述 1998 年那个单行刑法出台于“97 刑法”颁行之初的时代背景,其条文数量很少(一共九条),无法与“97 刑法”庞杂的体系以及之后纷繁复杂的修正案相比较,且之后再无其他单行刑法。因而纵观整个“97 刑法”的修订历程,最初唯一的那个单行刑法几可忽略不计,故此处简称为“维护单一的刑法典模式”。之所以说这种刑法修订模式是上述问题的症结所在,原因主要有以下三点:

首先,刑法典作为国家重要的基本法律,本来应该是稳定的,不可能频繁地修订,然而通过刑法修正案来“打补丁”的方式却具有极大的隐蔽性与迷惑性,使得刑法典看似稳定实则不停地在变动。实际上,刑法修正案修订的正是刑法典的条文,但在形式上很容易给人一种感觉,就是刑法典并没有变,只是多了一些修正案;再多的修正案也不会改变刑法典独尊的地位,反而只会使刑法典更加稳定。表面看似的虚假稳定与实际发生的频繁修订之间一伪一真,可谓“明修栈道、暗度陈仓”,很容易就在不经意间极大地破坏了刑法典的稳定性。

其次,修正案本来就是“补丁”,是对刑法典的局部修改,不大可能有统一的规划;特别是每个修正案都只解决一定时期内新出现的社会问题,并不太关注之前的修正案已如何规定,也不会预测下一个修正案将如何修改。这种天生的狭隘视角必然不会有长远眼光和总体规划,只能随着时代的发展、新问题的出现而被动的因事立

^①参见车浩:《刑事立法的教义学反思——基于〈刑法修正案(九)〉的分析》,载《法学》,2015 年第 10 期,第 15 页。



法,无休无止。

第三,既然是因事立法的“补丁”,刑法修正案自然只会关注刑法典的一隅,而总则的规定较笼统、偏原则,分则的规定较实际、偏具体;总则的规定长时间不改通常也不会影响适用,但分则的条文如果长时间不改则容易与现实脱节,所以修正案的主要着眼点自然会在分则,从而在很大程度上忽视总则,导致二者之间的不协调。

今后我国的刑法修订如果继续采用单一的刑法典模式,即使立法技术提升,上述问题也无法得到真正解决,因为这些问题的根源就蕴藏于原来一直采用的刑法修订模式之中。如果仍然只是扬汤止沸而不是釜底抽薪,永远都只能是治标不治本。

四、展望:我国未来刑法修订模式的选择

既然问题的症结在于既存的刑法修订模式,那么就要针对这一瓶颈找到解决问题的出路。对于我国未来的刑法修订模式,刑法学界有不同的主张,概括起来主要有两派观点:

一派观点主张未来的刑法修订应当坚持原来的统一刑法典模式,在继续采用刑法修正案的同时,也应适时对刑法典做出全面的修订^①。

另一派观点认为应当放弃单一的刑法典模式,采用多种法律渊源并行的刑法修订模式。第二派观点内部又有不同的看法,有的学者主张采用刑法典、单行刑法、附属刑法并行的刑事立法模式^②;有的学者主张采用刑法典、单行刑法、附属刑法、轻犯罪法并行的分散式刑事立法模式^③;有的学者则主张采用以刑法典为核心、以轻犯罪法为辅助的刑事立法模式^④。

如前所述,我国刑法修订过程中存在问题的症结在于选择了单一的刑法典模式,因而笔者赞同未来我国的刑法修订应摒弃单一的刑法典模式,采取分散式、多种法律渊源并行的模式。具体说来,未来的刑法修订模式应该采取刑法典、

单行刑法与轻犯罪法并行的模式,基本观点如下:

1. 刑法典作为整个刑法立法体系中最基本、最重要的部分,理应居于核心位置,同时必须注重其稳定性,不应再频繁修改。刑法典的总则部分规定各种刑法渊源共同适用的一般原则、规则;分则部分只应规定常规型、较严重的犯罪及其刑罚,未来不宜对其继续扩容,而应考虑对其“减负”,并且应规定严格的修订程序,轻易不要做出改动。

2. 未来的单行刑法不应像原来那样针对某一具体问题作出规定,而应将一些特殊领域的犯罪问题独立出来,作出集中性的类型化规定。例如,军事刑法在很多地方都不同于一般的刑法规定,完全可以将现有刑法典中的军事刑法(即分则第七章与第十章)以单行刑法的方式独立出来。未来对环境犯罪、职务犯罪等问题也可考虑采用单行刑法的方式加以规定。

3. 《轻犯罪法》的制定应考虑与《治安管理处罚法》《行政处罚法》等行政法律的衔接问题,可以将现行刑法中以及未来需要新增的法定最高刑在三年以下有期徒刑的犯罪全部移至《轻犯罪法》之中,并规定相应的简易程序,形成《轻犯罪法》与《治安管理处罚法》的无缝衔接。《轻犯罪法》的修改程序较之刑法典要宽松一些,可以根据社会的变迁发展而适时做出修改。

4. 虽然附属刑法一直是我国刑法理论所认可的刑法渊源之一,但至今我国都没有真正意义上的附属刑法,更缺少在非刑法规范中规定犯罪与刑罚的思路与习惯,因而附属刑法未必适合我国的国情,笔者不赞同采用附属刑法的形式来修订刑法。

上述这些立法思路其实可以同步完成。“97刑法”毕竟已经施行二十二年,已经有了十个修正案的“补丁”,确实应该对其进行一次系统、全面、定型化的修订,总则加以完善,分则有进有出;将1998年的单行刑法纳入其中,将军事刑法

①参见赵秉志:《中国刑法立法晚近20年之回眸与前瞻》,载《中国法学》,2017年第5期,第64-65页。

②参见童德华:《我国刑法立法模式反思》,载《法商研究》,2017年第6期,第30页。

③参见张明楷:《刑事立法的发展方向》,载《中国法学》,2006年第4期,第20-22页。

④参见周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》,2016年第3期,第123页。

等部分独立出来成为单行刑法;将其中法定最高刑在三年以下有期徒刑的犯罪移出,制定《轻犯罪法》。刑法典统领、单行刑法与轻犯罪法并行的刑法体系形成之后,刑法体系的稳定性与灵活性得以兼顾,之后的刑法修订不再无章可循,可以大幅提升我国刑事立法水平。

总之,我国当前正处在一个全新的时代,特别是近日《中华人民共和国民法典》已经颁布,在新中国立法史上开启了新的篇章。社会发展日新月异,新的问题层出不穷,刑法的修订也肯定

会面临新的挑战,因而必须做好充足的理论准备。“温故而知新”,反观“97 刑法”通过后的二十二年,十个修正案对刑法做出大量修订的刑事立法实践本身就是一个很好的样本,值得我们去总结分析、反思展望,及时发现不足,提前制定长远规划,适时选择新的模式,从而推动我国刑事立法以及整个法律体系的不断完善。

【责任编辑:张 戈】

Summary , analysis , reflection and prospect of revision mode of Criminal Law in China
——Based on the statistics of ten Criminal law Amendments

Lin Leming

(Dalian Maritime University , Dalian Liaoning 116026 , China)

Abstract: Since the promulgation of “Criminal Law” in China in 1997 , ten amendments to the Criminal Law have been issued to amend it. Through the statistics of the amendments , it can be concluded that the technical characteristics of China ’ s amendments to the Criminal Law mainly include high frequency of amendments , a large number of articles involved , a large number of new crimes , more amendments but fewer deletions , fewer changes in the general rules but more changes in the sub – rules and uneven distribution of the chapters. Further analysis , the main problems in the revision process of Criminal Law include that the revisions are too frequent , which greatly affects the stability of the criminal law ; the revisions lack an overall plan , showing the characteristics of the legislation for matters ; the revisions between the general rules and the sub – rules are not coordinated enough , and excessive focusing on the revision of the crimes of the sub – rules largely ignores the existence and improvement of the general rules. Through analysis , reflection and prospect , the crux of the problem lies in the revision mode of Criminal Law chosen in China ; the basic solution to the problem lies in the fact that the future revision of Criminal Law in China should abandon the mode of single criminal code and adopt a decentralized mode with multiple legal sources parallel.

Key words: revision mode of Criminal Law ; summary and analysis ; reflection and prospect ; Criminal Law Amendment ; data analysis



【法学理论研究】

论非法经营罪在司法中的扩张及其规制

孔祥参

(中共沈阳市委党校,辽宁 沈阳 110036)

〔摘要〕非法经营罪脱胎于投机倒把罪,是典型的“口袋罪”之一。司法中不但没有采取限制解释的立场限缩非法经营罪的适用范围,反而在司法解释和司法实践中不断将各种经营失范行为纳入其规制范围,导致非法经营罪在司法适用中的不当扩张。这种做法不但超出了非法经营罪的立法旨意,悖离了非法经营罪的法益保护本质,还造成罪与罪之间的界限模糊,违反了刑法谦抑性的基本原则。对此,应当以文义解释为前提,以体系解释和目的解释为核心,限制非法经营罪的司法适用;以但书条款将情节显著轻微的行为排除在犯罪之外,对非法经营行为进行实质判断,推动非法经营罪在司法适用中的出罪化。

〔关键词〕非法经营罪;司法扩张;刑法谦抑性;刑法解释

〔作者简介〕孔祥参(1983—),男,山东泗水人,中共沈阳市委党校法学教研部副主任、副教授,博士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2020-05-10

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-076-08

现行《刑法》中的非法经营罪脱胎于1979年《刑法》中的投机倒把罪。投机倒把罪的发展变迁与我国社会经济发展的变化相契合,最初是为了规制非法买卖行为,但是随着市场经济的逐步活跃,该罪逐渐覆盖了经济活动的诸多领域,适用范围越来越大,导致投机倒把罪成为名副其实的“口袋罪”。这种情形违背了罪刑法定基本原则实质侧面的要求,学术界主张废除投机倒把罪的意见逐渐占据上风,非法经营罪正是在这一背景之下确立的。非法经营罪是对投机倒把本罪的破与立,具有一定的合理性,但是非法经营罪的罪状采用的是概括式的立法表述,这为其不断扩张埋下了“隐患”。实践中立法和司法解释以每年大约一种的速度将各种经营失范行为纳入非法经营罪的规制范围,非法经营罪呈现过度扩张

趋势。因此,有必要对非法经营罪在司法中扩张问题进行反思。

一、非法经营罪在司法适用中的扩张

非法经营罪的扩张虽然表现在立法层面^①,但是更多地表现在司法层面。本文主要从司法层面阐释非法经营罪的扩张问题。非法经营罪在司法上的扩张主要包括司法解释的扩张和司法实践的扩张两个方面。

(一)非法经营罪司法解释的扩张

根据《刑法》第225条规定,非法经营罪的客观行为主要包括四种。这四种客观行为除了第四种为“兜底条款”之外,其他三种都有较为明确的立法表述。迄今为止,大约有20部司法解释或司法文件对非法经营罪进行了扩张解释^②。其中

①立法上非法经营罪的扩张主要有三次:1998年《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第3条将非法买卖外汇的行为纳入非法经营罪范围;1999年《刑法修正案》第8条将非法经营证券、期货或者保险业务的行为纳入非法经营罪的规制范围;2009年《刑法修正案(七)》将非法从事资金支付结算业务的行为纳入非法经营罪的规制范围。

②此处未将最高人民法院及最高人民检察院内设职能部门的文件统计在内,如2008年12月1日最高人民法院刑事审判第二庭《关于对未经行政许可审批经营成品油批发业是否构成非法经营罪的意见》等。

有 9 种左右的经营失范行为被司法解释或司法文件明确归入第四种行为模式之中,其余 17 种左右的经营失范行为并未被明确归入任何一种行为模式。

明确将经营失范行为归入非法经营罪第

(四)项的司法解释或司法文件详见表 1^①。另外,很多非法经营罪的扩张内容并没有明确列入《刑法》第 225 条规定的某一项法定行为之中,具体详见表 2。

表 1 明确列入第 4 项司法解释或司法文件的情况统计表

颁布机构	司法解释或司法文件名称	实施时间	规制领域
最高人民法院	《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	1998 年 8 月 28 日	骗购、非法买卖外汇
最高人民法院	《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	1998 年 12 月 23 日	非法出版物
最高人民法院	《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》	2000 年 5 月 24 日	非法经营国际或者涉港澳台电信业务
最高人民法院	《关于非法经营国际或港澳台地区电信业务行为法律适用问题的批复》	2002 年 2 月 11 日	非法经营国际或者涉港澳台电信业务
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2002 年 8 月 23 日	添加盐酸克仑特罗等
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2003 年 5 月 14 日	妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害期间哄抬物价
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2005 年 5 月 13 日	非法经营、发行、销售彩票
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》	2013 年 9 月 6 日	以营利为目的,有偿删除信息;明知虚假信息,有偿提供发布服务
最高人民法院、最高 人民检察院、公安 部、司法部	《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》	2019 年 10 月 21 日	非法民间放“高利贷”

表 2 未明确列入任何一项司法解释或司法文件的情况统计表

颁布机构	司法解释或司法文件名称	实施时间	规制领域
最高人民法院	《关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2002 年 9 月 13 日	非法经营食盐
最高人民法院、最高 人民检察院、公安部	《关于依法开展打击淫秽色情网站专项行动有关工作的通知》	2004 年 7 月 16 日	非法经营网吧
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2005 年 5 月 13 日	非法经营赌博场所
最高人民法院、最高 人民检察院、公安 部、中国证券监督 管理委员会	《关于整治非法证券活动有关问题的通知》	2008 年 1 月 2 日	非法经营证券业务行业

①有关司法解释中,只有一部涉及到按照非法经营罪第(一)项处理的情况,即《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[2002]26号)第1条,将“非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品”,按照非法经营罪第(一)项追究刑事责任。另外,1999年12月25日,《刑法修正案》在刑法第225条增加一项作为第(三)项,即“未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务的”。原第(三)项就变成了第(四)项。因此,1999年12月25日前,相关司法解释或司法文件中涉及到的按照第(三)项处理的,事实上是现行《刑法》的第(四)项。



续表2 未明确列入任何一项司法解释或司法文件的情况统计表

颁布机构	司法解释或司法文件名称	实施时间	规制领域
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2010年3月26日	非法经营烟草专卖品
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》	2011年1月4日	非法发行基金
最高人民法院、最高 人民检察院、公安 部、国家安全监管 总局	《关于依法加强对涉嫌犯罪的非法生产经营烟花爆竹行为刑事责任追究的通知》	2012年9月6日	非法生产、经营烟花爆竹
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》	2013年5月4日	非法生产、销售非食品 原料及非法从事 生猪屠宰、销售
最高人民法院、最高 人民检察院、公安 部、农业部、食品药 品监管总局	《关于进一步加强麻黄草管理严厉打击非法买卖麻黄草等违法犯罪活动的通知》	2013年5月21日	非法采挖、销售、 收购麻黄草
最高人民法院、最高 人民检察院、公安 部、国家安全部	《关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备案件的意见》	2014年3月14日	非法生产、销售、 使用“伪基站”
最高人民法院、最高 人民检察院、公安部	《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释》	2014年3月26日	非法生产、销售赌博机
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》	2014年12月1日	非法经营药品
最高人民法院	《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》	2015年5月18日	非法经营麻醉药品或 精神药品
最高人民法院、最高 人民检察院、公安 部、国家新闻出版广 电总局	《关于依法严厉打击非法电视网络接受设备违法犯罪活动的通知》	2015年9月18日	非法电视网络接受 设备软件等
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理扰乱无线电通讯管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释》	2017年7月1日	非法生产、销售“黑 广播”、“伪基站”、无线 电干扰器等无线电设备
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》	2017年1月1日	非法从事收集、 贮存、利用、处置危险 废物经营活动
最高人民法院、 最高人民检察院	《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》	2018年11月28日	信用卡套现

(二)非法经营罪在司法实践中的扩张

非法经营罪作为我国刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的个罪,在具体适用中同样存在明显的扩大化趋势。这主要是因为司法机关在具体的适用中往往将非法经营罪作为兜底罪名,忽视了本罪的立法本意,将大量经营失范行为纳入非法经营罪的规制范围。具体而言,非法经营罪在司法实践中的扩张主要体现在以下几个方面:

1.非法经营罪经营主体的不当扩张

伴随着市场经济的不断发展,越来越多的市场主体参与到经济活动中。其中既有合法合规经营的主体,同时也不可避免地存在缺乏相应经营资质的主体在某一领域从事经营活动的情况,例如无证经营网约车业务、租车业务、旅游业务、电子商务业务等。但是,司法实践中并没有充分考虑行业的市场经营现状以及经营失范行为的法益侵害程度,往往采取较为严苛的认定标准,

倾向于将缺乏主体经营资格的经营行为都纳入非法经营罪的规制范围。非法经营罪在司法实践层面的扩张与刑法的谦抑性背道而驰。例如,肖某凤、李某华非法经营案就是对经营主体进行不当扩张的典型案。2010年至2014年期间,肖某凤、李某华在未取得行政部门许可的情况下设立了废机油回收处理厂,“非法”经营废机油回收业务,在经营期间共获利一千余万元。司法机关认定肖某凤、李某华构成非法经营罪^①。在本案中,司法机关认为被告人成立的废机油回收处理厂没有取得相应的经营资质,依据国务院2013年颁布的《危险废物经营许可证管理办法》(以下简称《管理办法》),对其进行刑事处罚。但是《管理办法》中并未明确规定回收废机油属于国家特许经营的范围^②。依据现行法律法规,经营废机油回收是否需要行政机关的许可本身就缺乏明确的规定,即使需要经营许可证,在未获得经营许可证的情况下擅自开展经营行为应首先考虑由行政机关进行行政处罚,而不是直接动用刑法。

2. 非法经营罪经营对象的不适当扩张

有学者指出,“经营对象的扩张也指经营内容的扩张,主要是指经济活动中的经营主体生产、销售、提供的,具有违法内容的物品和服务种类的日渐多样化,逐渐超出了法律所规定的范围”^③。目前,我国商品种类和服务内容都在不断扩展,商品种类已经不局限于衣食住行等传统领域;随着电子商务的快速发展,通过互联网开展经营活动已经非常普及,互联网所能提供的服务范围越来越广泛。通过互联网开展的一些服务内容与社会公序良俗相违背,游走于监管范围之外,但是这并不等于要将从事相关服务或者提供相关产品的行为都认定为非法经营罪,否则非法经营行为将覆盖到社会生活的方方面面,不利于相关行业的培育发展,完全依赖刑法进行社会治理也超出刑法承载范围。

3. 非法经营罪经营方式的不适当扩张

经营方式对于市场主体而言具有非常重要的意义。市场主体的经营方式近些年来发生了巨大的变化,变化速度之快、形式之多已经“目不暇接”。很多传统的经营方式已经滞后于时代发展的需要,市场主体开展经营活动时经营方式的不同可能会直接影响收益。市场主体为了适应经济发展的需要,往往会采用多样化、符合社会发展趋势的经营方式,有时甚至会违背法律法规的明确规定。这其中最为明显的变化趋势就是线下经营逐步向线上经营转变。随着互联网的扩张,互联网与传统行业结合所产生的新形式被广泛运用,一些市场主体往往利用互联网监管的漏洞从事违规经营行为。面对互联网经济的爆炸式发展,实践中对违规经营行为的处理方式往往是刑法分则有具体罪名的,按照具体罪名定罪处罚;没有具体罪名的,全部放入到非法经营罪这一“口袋罪”中。这种处理方式显然会造成非法经营罪适用范围的进一步扩大。如被告人李某长期通过网络从事淘宝店铺刷信誉服务,建立了网站并通过微信群、QQ群等方式招纳人员,制定相关的操作规范和流程,以淘宝店铺为服务对象,通过虚构交易等方式为店铺快速提高信誉,提升店铺口碑。截至事发,被告人李某通过该种手段共获利80余万元,审判机关认定本案被告人构成非法经营罪^④。但是,被告人李某的客观行为并不符合非法经营罪的客观构成要件。其一,非法经营罪的客观方面在于实施了侵犯国家专营专卖、特许经营的行为,但是本案被告人的行为并不需要国家的特许经营。其二,依照《互联网信息服务管理办法》的规定,从事互联网经营的主体要求获得行政许可,但是在本案中该许可证的获得与否与非法利益获取之间并不存在直接的因果关系。被告人李某的行为主要是利用

①肖某凤、李某华非法经营案:上海市宝山区人民法院(2014)宝刑初字第2031号刑事判决书。

②该《管理办法》第15条规定,“禁止无经营许可证或者不按照经营许可证规定从事危险废物收集、贮存、处置经营活动。禁止从中华人民共和国境外进口或者经中华人民共和国过境转移电子类危险废物。禁止将危险废物提供或者委托给无经营许可证的单位从事收集、贮存、处置经营活动。禁止伪造、变造、转让危险废物经营许可证”。

③参见徐松林:《我国刑法应取消“非法经营罪”》,载《法学家》,2003年第6期,第112页。

④李某非法经营案:浙江省杭州市余杭区人民法院(2016)浙0110刑初726号刑事判决书。



注册会员、缴纳会员服务费的方式进行刷单,刻意做出好评的行为虽然破坏了市场秩序,不利于经营同类商品店铺之间的公平竞争,但建立网站的行为并不违背市场秩序。其三,虽然通过刷单行为虚构了交易和对淘宝商家的好评,但在平台中的信息是真实的。李某的行为实际上是为商家和刷单者之间搭建了信息平台,并不是发布虚假信息的行为主体。

二、非法经营罪司法扩张存在的问题

非法经营罪在司法中的扩张使其成为名副其实的“口袋罪”,不仅背离了这一犯罪的法益保护本质,还造成个罪之间适用范围的模糊,与我国刑法严而不厉的发展趋势背道而驰,背离了刑法谦抑性的基本理念。

(一)非法经营罪的肆意扩张造成具体适用的混乱

非法经营罪的肆意扩张导致非法经营罪的认定标准超出立法旨意,悖离了法益保护本质,造成具体适用的混乱。非法经营罪采用的是列举和兜底条款相结合的立法模式。根据刑法解释学的基本原理,非法经营罪兜底条款所包含的内容应当与本罪所列举的其他客观行为具有同质性,非法经营罪是违背了市场经济活动中国家对某一领域的特许经营而擅自开展经营活动的行为。但是,司法解释以及实践中的具体情况已经突破了立法规范的本意,不仅扩大了经营行为的范围,还扩大了经营主体、经营对象的范围。司法层面的扩张使非法经营罪的适用产生不稳定性,不符合刑法谦抑性的基本原则。实践中,司法机关往往将非法经营罪作为一种工具,即只要扰乱市场经济秩序并无法通过其他罪名规制的,就倾向于适用非法经营罪。非法经营罪俨然成为一种“应急”工具,以至于该罪成为“罪名中的利维坦”。非法经营罪司法解释的扩张表现与犯罪构成的定型化要求相违背,致使该罪的内涵和外延模糊,不利于指导司法实践。

另外,非法经营罪司法层面的扩张与法益保护之间存在矛盾。构成要件是犯罪成立的基本条件,判断非法经营罪的成立还要结合该罪的构

成要件进行理论层面的分析。但是,实践中往往将非法经营罪的行为模式简单理解为“非法”加“经营”,一旦符合这样的结构就认定构成非法经营罪。这种理解忽略了非法经营罪市场准入秩序的法益保护本质。例如,《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[1998]30号)将“非法经营内容违法的出版物”纳入非法经营罪之中,这种规定混淆了出版物内容的违法和出版市场秩序的违反,而出版物内容的违法和市场准入秩序二者之间没有必然联系,出版物内容违反法律规定并不等同于违反了该行业的准入条件。这一司法解释背离了非法经营罪的法益保护本质,将“非法的经营”行为认定为非法经营罪。再如《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释[2013]21号)将“有偿提供删除信息服务,明知是虚假信息有偿提供发布信息等服务”认定为非法经营罪。这种认定方式同样违背了非法经营罪的法益保护本质,违法的互联网经营活动所侵害的是互联网经营秩序、社会秩序甚至人身权利等,但是并未侵害互联网的市场准入秩序。

(二)非法经营罪的扩张导致各罪之间的界限模糊

非法经营罪的扩张将实质上并不是非法经营的行为纳入该罪之中,导致各罪之间的界限模糊。非法经营罪的客观行为在扩张之前比较清晰,但是随着非法经营罪的扩张,非法经营罪的客观行为也随之扩张,甚至将很多不应由刑法规制的行为纳入本罪之中,导致非法经营罪的客观行为与其他罪名客观行为之间存在交叉现象。此种现象所带来的消极后果是相关罪名之间的界限越来越不清晰,导致司法认定的困难。例如,在实践中,非法经营罪与生产、销售伪劣产品罪,赌博罪中的开设赌场行为类型,买卖国家机关公文、证件罪,侵犯知识产权类犯罪等都存在一定的竞合关系。非法经营罪的扩张“挤占”了其他各罪的适用空间,破坏了罪名之间的均衡性。刑法各个罪名有其自身规制范围并形成相对稳定的犯罪圈,非法经营罪的犯罪圈不断膨胀

将导致刑法各罪之间的失衡。

（三）非法经营罪的扩张不断突破“国家规定”的限制

非法经营罪中的“非法”根据罪状表述,指的是违反“国家规定”,这里的“国家规定”范围应限于全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规,否则就有类推解释之嫌。例如,《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》(公通字[2014]17号)将“非法生产、销售带有赌博功能的电子游戏设备及专用软件”纳入非法经营罪的规制范围,但是涉及这一司法解释的“国家规定”只有一部规章,其他规定则是部门制定的规范性文件。部门规章的效力低于全国人大及其常委会制定的法律以及国务院制定的行政法规,不应将其纳入“国家规定”的范畴^①。在司法实践中,不断扩大“国家规定”的范围,把效力低于国家规定的部门规章以及规范性文件等作为认定非法经营罪的依据,显然是不妥当的。

（四）非法经营罪的扩张与我国刑法严而不厉的发展趋势背道而驰

严而不厉的刑法结构是我国刑法的发展方向,这一方向与我国宽严相济的刑事政策具有一致性。在具体犯罪的认定中不能仅仅考虑惩治而采用重典,更要严格遵循罪刑法定和罪责刑相适应的基本原则。严而不厉的刑法结构,具体而言,“严”指的是进一步严密刑事法网,做到应当受到刑罚处罚的违法犯罪行为通过刑法这张“网”予以规制,并明确刑法分则中各个罪名的构成要件,以便司法实践的准确适用;“不厉”则表示刑法这张“网”并不是越大越好,并不需要一味地追求扩张,不应该将所有的不法行为都纳入犯罪圈。非法经营罪的过度扩张实际上体现了刑事法网的扩张,是刑法对市场经济活动过分干预的表现之一。

三、非法经营罪司法扩张的限制路径

（一）构建完善的刑法解释体系

非法经营罪的不断扩张既有立法层面缺乏明确性的原因,也有司法层面甚至主要是司法层面的原因。司法机关在司法实践中充当了“立法者”的角色,司法机关不断地通过司法解释扩张非法经营罪的范围,这是非法经营罪成为“口袋罪”的最主要原因。在司法层面限制非法经营罪的适用就要借助于刑法教义学的方法合理解释刑法。

1. 以文理解释为前提

文理解释是刑法解释中最基本的解释方法,罪刑法定原则为文理解释指明了方向。非法经营这一违法活动不仅在刑事立法中有所体现,在经济法规、行政法规中也有大量规定,有关非法经营罪的不同部门法之间存在多重交叉。为了更好地维护市场经济秩序,刑事立法针对非法经营行为采取的是抽象概括式的立法规定方式,这就使非法经营罪存在一定的变动空间,保持了立法的弹性,但是也会导致适用层面的模糊。由于非法经营罪自身立法方式的特殊性,对非法经营罪进行文理解释也要与传统的文理解释相区别,不能只局限于立法语言的字面含义,而是要将非法经营罪的立法意图融合到文理解释之中。

2. 运用体系解释指导法律适用

在非法经营罪“空白罪状+兜底条款”的规定模式下,非法经营罪的外延比较模糊。从立法规定上看,实施非法经营行为后果的“严重性”欠缺明确的衡量标准。在这种情况下,要重视体系解释的作用。合理运用体系解释的重要性主要体现在以下两个方面。第一,体系解释立足于刑事立法的体系,具有宏观视角。通过体系解释能够确保整体性和连贯性,与非法经营罪的立法本意相契合。第二,通过体系解释可以限制兜底条款的延展范围,确保在国民预测可能性的涵摄范

①部门制定的四部规范性文件:1996年国家工商行政管理局、公安部、文化部联合发布的《关于加强电子游戏机娱乐场所管理取缔有奖电子游戏机经营活动的通知》;2000年文化部发布的《关于电子游戏经营场所专项治理工作有关问题的通知》;2009年文化部、公安部、国家工商行政管理总局联合发布的《关于进一步加强游艺娱乐场所管理的通知的规定》;2010年文化部发布的《文化部关于改进和完善〈游戏游艺机市场准入机型机种指导目录〉使用管理工作的通知》。



围之内对非法经营罪进行解释,以此来体现刑法的谦抑性,避免刑法触角的不当延伸。在体系解释的具体运用中,非法经营罪中的“违反国家规定”应当与刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”相衔接。非法经营罪所侵害的法益是市场准入秩序,只有和市场秩序相关联的法律法规才是本罪所涉及的“国家规定”。这就要求运用刑法的体系解释将“国家规定”与刑法条文达成内涵和逻辑上的一致,以此限缩非法经营罪的适用范围。非法经营罪兜底条款的适用也应进行体系解释,参照非法经营罪的前三项内容的规定,只有侵犯特许经营行业的市场准入秩序的行为才符合本罪客观方面的要求。

3. 合理运用目的解释对非法经营罪进行司法限缩

目的解释的核心是探求刑事立法的规范性目的,在明确目的之后对相应条文的含义进行解释。非法经营罪的立法目的在于维护市场经济秩序,建立规范、自由、竞争、有序的市场经济环境。

首先,以目的解释为基本方法,在此基础上准确把握非法经营罪的构成要件。对于非法经营罪罪状表述中的“违反国家规定”,应当从实质角度予以考量,将部门法的政治经济价值与刑事立法相衔接。刑法作为保障法,必须突出其最后手段性。其次,通过目的解释,构建社会本位的基本立场。在市场经济关系中要坚持社会本位的基本立场,以社会本位的基本立场为指导对非法经营罪进行解释。非法经营行为是市场经济中出现的问题,具有市场经济行为的显著特性。从立法目的和社会本位出发,在对非法经营罪进行解释时,应该优先考虑社会法益。再次,以实质违法性作为基础进行目的解释,只有在市场经济运行中违背了公平、自由、诚实信用等基本原则的非法经营行为才能入罪。同时,对于非法经营行为的出罪还要充分考虑刑法实质违法性中的法益侵害、可罚性等相关内容,予以综合判断。

(二) 进一步推动非法经营罪的司法出罪

伴随着时代变迁,非法经营罪的规制范围发

生了相当大的变化。市场经济的千变万化、行业的更替和交迭不断地推动着市场经济的发展。非法经营罪规制的是特殊行业的市场准入行为,市场经济中的特定行业处于不断发展变化中,某一行业以往可能是特许经营,今天则可能放开了市场准入门槛,引入了市场经济的竞争机制,反之亦然。非法经营罪的出罪应当结合我国《刑法》第13条“但书”规定,综合考虑犯罪情节、法益侵害结果以及行为人的危险人身危险性等因素,推动司法出罪。

1. 在司法认定中应更多援引《刑法》第13条“但书”规定

在司法认定中应更多援引《刑法》第13条“但书”规定,进一步推动非法经营行为的司法出罪。结合“但书”规定,部分非法经营行为虽然符合非法经营罪的构成要件,但是造成的侵害结果比较轻微,危害不大,行为人的主观恶性较小,这样的行为可以考虑以“情节显著轻微危害不大”出罪。当然,司法实践中,非法经营罪的适用范围过度延伸已经是较为普遍的现象,这就需要准确理解“但书”的适用条件,在刑法的人权保障机能和法益保护机能之间寻找平衡点,运用“但书”规定将实践中情节显著轻微的非法经营行为排除在犯罪成立范围之外。

2. 对非法经营行为进行实质违法性判断

实质判断必须和法益侵害相结合,只有在非法经营行为造成市场经济秩序混乱的情况下才可以进行刑法规制。非法经营行为的入罪必须以造成实质的法益侵害、对正常的市场经济秩序造成破坏为前提,对违法性进行实质判断,将形式上符合但是并不具有实质违法性的非法经营行为排除在非法经营罪之外。衡量行为对市场经济秩序的破坏必须结合社会经济背景以及行业发展的动态,结合社会经济发展背景和行业发展现状对行为进行客观评价,否则容易在司法认定中出现偏差。

3. 非法经营罪是刑法中的法定犯

非法经营成立的前提是违反国家行政法律法规以及刑法的规定。从刑法角度认定非法经营应当更为审慎,应当在充分考察实质违法性的

基础上,以造成实质法益侵害或者引起具体现实的法益侵害危险为前提,而不能仅仅依据存在抽象的危险就认定为具有法益侵害。

[参考文献]

[1]徐松林.我国刑法应取消“非法经营罪”[J].法学,2003(06).
[2]杨庆堂.非法经营罪立法及司法适用研究[D].华东政法大学,2009.

[3]王作富,刘树德.非法经营罪调控范围的再思考——以《行政许可法》若干条款为基准[J].中国法学,2005(06).
[4]高翼飞.从扩张走向变异:非法经营罪如何摆脱“口袋罪”的宿命[J].政治与法律,2012(03).
[5]欧阳本祺.对非法经营罪兜底性规定的实证分析[J].法学,2012(07).

【责任编辑:赵华明】

On the expansion and regulation of the crime of illegal business operation in administration of justice

Kong Xiangshen

(Party School of Shenyang Municipal Committee of CPC, Shenyang Liaoning 110036, China)

Abstract: The crime of illegal business operation is born out of the crime of speculation, which is one of the typical “pocket crimes”. A position of restricting interpretation is not taken in administration of justice to limit the scope of application of the crime of illegal business operation, but instead various types of anomie are continuously brought into its legal scope in judicial interpretation and judicial practice, resulting in the improper expansion of the crime of illegal business operation in judicial application. This approach not only exceeds the legislative purpose of the crime of illegal business operation, but also deviates from the nature of the legal interest protection of the crime of illegal business operation. It also causes the line between crime and crime to be blurred and violates the basic principles of modesty in criminal law. In this regard, the judicial application of the crime of illegal business operation should be restricted on the basis of the interpretation of the text and in the core of interpretation of the system and the purpose; exclude the significantly minor acts from the crime by provizoes clause and make substantial judgments on the illegal business operation to promote the decriminalization of the crime of illegal business operation in judicial application.

Key words: crime of illegal business operation; judicial expansion; modesty of criminal law; interpretation of criminal law



【法学理论研究】

论行政执法公示:功能、问题与对策

李瑞康

(四川省社会科学院,四川 成都 610071)

〔摘要〕经过长期发展,行政执法公示制度作为一项独立的行政执法制度已初步形成,但仍面临着公示范围内容不明晰、公示程序设计不科学、相关制度之间不协调、执法公示保障不给力、制度实施动力不充分的问题。遭遇如此困境的原因是多方面的。欲破除此番困境,需综合施策、多管齐下,制定实施细则以明晰公示范围和内容,科学设计程序以提高执法公示的效率,梳理相关制度以保证彼此之间衔接协调,提供相关保障并充实行政执法公示力量,转变公示观念并提升监督追责机制效能,以求行政执法公示制度臻于完善,功能得以充分发挥。

〔关键词〕行政执法公示;功能;对策

〔基金项目〕本文系2018年国家社科基金后期资助项目“行政行为与公共服务论互证研究”(项目编号:18FFX038)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕李瑞康(1990—),男,河南周口人,四川省社会科学院法学研究所研究人员,主要从事行政法学研究。

〔收稿日期〕2019-12-10

〔中图分类号〕D922.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-084-08

行政执法公示制度是政务公开制度的组成部分,但由于历史和现实原因,行政执法公示制度仍然存在诸多亟须完善之处。为了充分发挥该制度的功效,落实严格规范公正文明执法,打造阳光透明政府,推进法治政府基本建成,应当对行政执法公示制度存在的问题进行深入研究,探寻有效的解决路径,从而更好地推动我国行政法治的发展与完善。

一、行政执法公示制度的发展脉络

行政执法公示是为保障行政相对人和社会公众的合法权利,督促行政执法机关严格规范公正文明执法,通过一定的载体和方式,全过程、全方位地将执法主体、人员、职责、权限、依据、程序、结果、监督方式、救济途径等行政执法信息予以公开公示的活动。截至目前,该制度大致经历了

两个阶段,分别是自发探索阶段和基本形成阶段。

(一)自发探索阶段

行政执法公示制度在这一时期并不是一项独立的制度,而是附属于其他行政执法制度,主要是将行政执法公示制度视为行政执法责任制的手段^①。在改革开放、依法行政的大背景下,上世纪八、九十年代,一些地方政府机关出于发展需要自发地进行了行政执法公示制度的探索。吉林省辽源市构建了行政执法公示制度^[1],1996年沈阳市工商行政管理局实施了行政执法公示制^[2]。这一时期的行政执法公示规范性文件制定主体多为地方政府所属部门,突出特点是形式简单、内容缺乏。这类规范性文件比较典型的有武汉市地税局1997年印发的《武汉市地方税务局税务行政执法公示制度》、辽宁省地方税务局

①这一时期,诸多行政执法公示规范性文件,都将推行和落实行政执法责任制作为其目的,如《武汉市地方税务局税务行政执法公示制度》规定,为了全面落实税务行政执法责任制,全面推行税务行政执法公示制;《江苏省水行政执法公示制度》规定,为了切实推行行政执法责任制,制定本制度;《安徽省物价局行政执法公示制度》规定,为建立健全行政执法责任制,制定本制度。

1999年制定的《辽宁省地方税务系统税务行政执法公示制度》、天津市国土和房管局2006年制定的《天津市国土资源和房屋管理局行政执法公示管理办法》、山西省体育局2006年制定的《山西省体育局行政执法公示规定》、江苏省水利厅2006年制定的《江苏省水行政执法公示制度》等。从形式上看,这些规范性文件的条文数目比较少,更无总则、分则的结构,如《辽宁省地方税务系统税务行政执法公示制度》全文只有七条,《江苏省水行政执法公示制度》共有九条;从内容观之,制度构成过于简单,几乎没有规定公示程序,更没有监督追责和权利救济机制。

(二)初步形成阶段

2008年《政府信息公开条例》的出台和施行,意味着行政公开正式在国家立法层面得到了确立。党的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》提出要推行行政执法公示制度,《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》提出要坚持严格规范公正文明执法。行政执法是行政机关行使职权、履行职责的主要方式,是行政机关的日常活动,“严格规范公正文明执法”是法治政府基本建成的关键内容。

为了保证制度的科学性、有效性,保障正常行政执法工作不受干扰,在推行行政执法公示制度的过程中,沿用了其他制度改革创新所采取的方式,即先选择试点进行试验,待试点成功后进一步总结提炼经验,再有计划地向更大范围甚至全国推广,由此以点带面、由局部到全国,推动所有行政执法机关实行执法公示制度。这一阶段,相应规范性文件的制定主体多为地方政府,如惠州市政府2011年印发的《惠州市行政执法公示制度(试行)》、铜川市政府2015年印发的《铜川市行政执法公示制度》、南宁市政府2015年印发的《南宁市行政执法公示制度》、汕尾市政府2015年出台的《汕尾市行政执法公示制度(试行)》、泸州市政府2017年出台的《泸州市行政执法公示制度》、河北省政府2017年出台的《河北省行政执法公示办法》等。2019年1月,《国务院办公厅关

于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)的发布标志着行政执法公示制度初步形成。这一时期,基本明确了行政执法公示的职责范围,细化了法律法规,完善了程序约束,规范了执法行为,行政执法公示制度已逐步成为一项独立的行政执法制度,但尚未达到成熟完善的状态。

二、行政执法公示的制度功能

(一)彰显人民主体精神价值 推动民主政治深入发展

民主政治的发展需要有力的民主制度作为保障。民主的实现方式包括间接民主(代议制民主)和直接民主。自资产阶级革命成功以来,代议制民主相继在各主要资本主义国家建立起来,但其弱点随着代议制民主弊病的逐渐暴露^①。上世纪六、七十年代,涵盖更多直接民主因素的参与式民主逐渐成为民主发展的新趋向。当然,参与式民主并不是全然否定代议制民主,而是对代议制民主的纠校。参与式民主强调扩大公民在国家和社会公共事务的直接参与,重视公民直接有效的参与是民主政治的应有之义,更应成为一种生活方式,公民个人的自由和发展只能依靠其社会和国家事务中持续不断地参与才能实现^[3]。民主政治是一门需要实践训练的课程,公民参与到行政执法的过程就是参与民主政治的训练过程。在这一过程当中,代议制民主制度的不足得以弥补,参与式民主的优势得以发挥;公民的民主政治主体意识得以强化,形成健全的公民人格;民主政治的文化和氛围得以酝酿,养成参与民主政治的习惯。行政执法公示正是以这样的方式,使公民抽象的民主权利变成看得见、摸得着的具体生活方式^[4]。

(二)保障公民基本权利实现 促进宪法顺利有效实施

宪法的生命在于实施,宪法的权威也在于实施。宪法遵守和宪法执行是宪法实施的主要方式,二者都要求保障公民基本权利的实现。宪法

①代议制民主暴露出诸多弊病,如当公众利益与议员利益冲突时,公众利益或遭舍弃;在政党制度下,政党私利与公众利益矛盾时,公众利益遭受伤害;少数人的正当权益可能不受重视,甚至受到残酷剥夺等。



遵守包括宪法基本权利的享有(本身就是宪法基本权利的实现)、宪法基本义务的履行以及宪法规定的禁止性命令不得违反^[5];宪法执行则是国家机关依据宪法开展活动。行政机关是宪法执行主体,行政执法机关要严格依宪运作,更要求其通过追究宪法责任等途径,确保宪法禁止性规范和宪法设定的义务能够得到落实^[6]。

作为宪法的核心内容,公民基本权利的实现也意味着宪法规范在现实生活中的贯彻落实,即将属于宪法规范内容的基本权利由“纸面上的法”转化为“行动中的法”。析言之,基本权利是具有直接效力的权力形态,直接约束国家公权力活动的领域,尤其是对行政权的活动产生直接的约束力,它要求有关行政的一切活动都要体现基本权利的价值,保障行政权合宪行使,避免基本权利遭受任性的行政权的侵害^[7]。从宪法关系的角度观之,宪法关系的基本主体为公民和国家。整体上来看,宪法侧重于公民基本权利的保障,要求国家消极地不侵犯公民基本权利,并强调国家要积极地创造条件以求保障基本权利的实现。具体到行政执法活动中,代表国家的行政执法机关具有保障公民基本权利实现的义务。

行政执法公示制度对于转变行政执法观念,规范行政执法行为,保障行政相对人和社会公众的知情权、监督权、参与权、表达权和救济权等基本权利的实现,维护宪法尊严都具有重大意义。行政执法公示制度通过公开公示执法依据、程序和说明理由,保障公民知情权;通过公开公示申辩权利保障公民表达权和参与权;通过公开公示监督途径保障公民监督权;通过告知复议和提起行政诉讼的方式保障公民救济权,从而弥补基本权利实现的制度缺漏,完善基本权利保障机制,增强基本权利保障的可操作性。

(三)促进严格规范公正文明执法 助力法治政府基本建成

法治政府建设的一项重要内容即是坚持严格规范公正文明执法。严格规范公正文明执法是一个有机体。其中,严格是执法的基本要求,即依据法定权限、遵循法定程序开展行政管理活动;规范是执法的基本准则,即行政执法要合乎标准,不能逾越规矩、标准;公正是执法的价值取向,即合理行使自由裁量权,罚当其过、不歧视对

待;文明是执法的职业素养,即执法方式文明、符合执法礼仪、执法人员有素质。严格规范公正文明执法并非分层的要求,而是统一的整体,不仅要强调严格执法、规范执法,同时也要强调文明执法、公正执法,不能厚此薄彼,更不能畸轻畸重^[8]。

行政执法公示制度通过事前、事中和事后全面准确及时公开公示行政执法信息,明确行政执法机关的职权范围、执法流程、监督救济方式等关键事项,亮出行政执法机关的执法“家底”,将行政执法信息向执法相对人和社会公众公开公示,引导其参与到行政执法过程当中,使其能对行政执法的结果施加影响,防止行政执法机关单方面无端做出不利于自己的行为,侵犯其合法权益;有效遏制和减少权力寻租的腐败行为,保证行政执法机关严格规范公正文明执法;同时,有利于获得行政相对人和社会公众对行政执法行为的理解和认可,有利于行政执法活动的顺利进行,从而提高行政执法效率,推进法治政府的建设和发展。

(四)推动公众参与落地生根 提升政府社会治理能力

政府治理并非总是产生好的结果,它也存在“失灵”的时候。为了实现善治、避免治理“恶果”,加之政府能力和行政资源有限,有必要真真正正切切实实地贯彻落实公众参与制度,发挥公众作为重要利益主体的力量。公众参与社会治理是减少政府管理压力和弥补政府失灵的需要,也是监督政府对于社会治理问题尽责的需要^[9]。社会治理追求的目标是实现社会善治。善治包含合法性(legitimacy)、法治(rule of law)、透明性(transparency)、责任性(accountability)、回应性(responsiveness)、有效性(effectiveness)、参与(civic participation)、稳定(stability)、廉洁(clean-ness)、公正(justice)等十项要素^[10],而参与(civic participation/engagement)本身就包含公众参与,剩余的其他九项因素都与公众参与呈正相关。

从善治的目标来讲,善治所追求的目标即为公共利益的最大化。公众作为公共利益的享有者,它们最能感受到公众利益最大化所带来的快乐,同时也最易因公共利益遭受侵犯而受到损害。这也是公众参与不具有可替代性的原因所

在^[11]。从善治的主体来讲,善治不是政府一家独大,而是多元主体协作共治。社会治理需要社会各主体承担相应责任,执政党、政府、社会组织、普通公众充分发挥作用、形成合力,最终实现社会善治的目标^[12]。党的十九大报告提出:“加强社会治理制度建设,完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制”,使社会治理主体的角色和地位得以明确,即执政党领导,政府主导,组织、公民参与社会治理。知是行之始,行政执法公开公示是公众有效参与社会治理的基础,其公开公示程度与公众参与社会治理的效果呈正相关。通过公开公示相关执法信息,拓宽公众参与的广度;统一公开平台,为公众参与带来更大的便利,提升公开公示的质量,深化公众参与的效度,从而破解公众参与行政执法的难题,促进公众参与行政执法活动,提升政

府的社会治理能力。概言之,就是以行政执法的公示公开促进公众参与行政执法,以公众参与行政执法倒逼行政执法公开公示,实现二者的良性互动。

三、制度实施中的问题及其成因

(一) 公示范围内容不明晰

公开公示的范围和内容直接决定了行政执法公示的广度和深度,进而影响其功能的充分实现。此处“范围”是指将哪些行政执法活动纳入到公示的范围。观察诸多行政执法公示规范性文件,发现其关于公示范围的规定存在较大差异,具体表现为有些比《指导意见》规定的范围要大,有些则明显比《指导意见》规定的范围要小^①。具体情况如下表所示:

表 1 各地行政执法公示规范性文件

文件名称	公布时间	公示范围	备注
《河北省食品药品监督管理局行政执法公示实施办法》	2017 年 6 月	行政许可、行政处罚、行政强制、行政检查	小于《指导意见》规定范围
《河北省教育厅行政执法公示具体办法》	2017 年 7 月	行政许可、行政处罚、行政收费、行政检查	小于《指导意见》规定范围
《南昌市工信委行政执法公示制度》	2017 年 7 月	行政处罚、行政许可、行政检查	小于《指导意见》规定范围
《河北省国土资源厅行政执法公示规定》	2017 年 9 月	行政许可、行政处罚、行政检查	小于《指导意见》规定范围
《肇庆市行政执法公示办法(试行)》	2018 年 8 月	行政处罚、行政许可、行政强制、行政征收、行政征用、行政给付、行政确认、行政登记、行政裁决、行政检查	大于《指导意见》规定范围;行政裁决不属于行政执法
《银川市行政执法公示办法》	2018 年 9 月	行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政检查、行政收费、行政给付、行政确认	大于《指导意见》规定范围
《岳阳市行政执法公示办法》	2018 年 9 月	行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收费、行政检查、行政确认、行政给付	大于《指导意见》规定范围
《惠州市行政执法公示办法》	2018 年 9 月	行政处罚、行政许可、行政强制、行政征收、行政征用、行政给付、行政确认、行政登记、行政裁决、行政检查	大于《指导意见》规定范围;行政裁决不属于行政执法
《东莞市发展和改革局行政执法公示暂行办法》	2019 年 2 月	行政处罚、行政许可、行政强制、行政征收、行政征用、行政给付、行政确认、行政登记、行政裁决、行政检查	大于《指导意见》规定范围;行政裁决不属于行政执法
《贵州省发展和改革委员会行政执法公示办法》	2019 年 5 月	行政许可、行政处罚、行政检查、行政确认	小于《指导意见》规定范围

①《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》明确纳入行政执法公示范围的包括行政处罚、行政强制、行政检查、行政征收征用和行政许可。



造成上述差异的主要原因在于对行政执法这一概念在理解上存在较大差别。人们通常在三种场合使用“行政执法”,并赋予其相应含义。其一是将“行政执法”等同于“行政”,目的在于说明现代行政的性质和功能;其二是将“行政执法”分为三类,第一类为制定规范行为,第二类是直接处理涉及行政相对人权利义务的各种事务的行为,第三类则是裁决行政相对人与行政主体之间或行政相对人之间的与行政管理有关的纠纷的行为,即所谓的“行政司法”,目的在于区分行政的不同内容;其三是作为行政行为的一种特定方式而使用的“行政执法”,主要包括行政检查、行政处罚和行政强制等行政行为^[13]。此外,行政实务界对哪些行为属于“行政执法”也存在理解上的差异,有些行政机关将行政检查、行政处罚和行政强制理解为“行政执法”,将行政许可、行政收费归为行政管理。

此处“内容”是指行政执法活动的哪些具体事项需要公开公示。各个地方关于公开公示的内容也存在明显不一致。首先,公示事项不一致。有些地方将行政执法自由裁量标准纳入公示事项之列,有些地方则否。其次,豁免公示事项裁量权过大。有些地方除了将涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的信息纳入不予公开之列,还将行政相对人是未成年人的,公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的,公开后可能危及系列案件调查处理的以及可能妨害正常执法活动的执法信息划入不予公开的范围。裁量权如此之大极易造成公示机关任意收缩公示事项。此外,结果公示形式化导致所公示的执法信息并不能直接确定案件的性质和处理过程,主要原因在于公示裁量权过大,缺乏科学有效的裁量基准予以限制。缺乏案件公示内容的标准,容易导致公示结果信息的粗疏化,最终致使公示流于形式。

(二) 公示程序设计不科学

行政执法公示程序的科学性与保证行政执法效率和维护行政相对人及社会公众知情权紧密相关。公示程序的科学性不足主要表现在以下几方面。首先,公示时限不一致。行政处罚、行

政许可的公示时限为7个工作日,其他行政执法行为的公示时限是20个工作日,增加了公示工作的难度。其次,公示程序过于复杂,所有执法案件无论大小轻重都要经过审核方能公示,导致执法公示成本高、效率低。以行政处罚为例,适用普通程序和听证程序作出的行政处罚应经过审核后才能公示;适用简易程序作出的行政处罚一般不存在案件事实不清或法律适用不当的问题,是否仍需先经过审核程序方能公示,则有待商榷。最后,基本上所有的规范性文件都将公示方式限于“主动公开”,问题在于不在公示范围和公示内容之列的信息,行政相对人和社会公众是否可以申请公开公示?究其原因不外有三。首先,法律法规对公示时限作了不一致的规定,《国务院办公厅关于运用大数据加强对市场主体服务和监管的若干意见》规定行政处罚、行政许可的公开时限为7日,《政府信息公开条例》所规定的其他行政执法决定的公示时限为20日;其次,未从整体上考虑繁简分流问题,缺乏繁简分流的操作细则;最后,只是将行政执法公示视为行政机关的职责,而未将公民的知情权、监督权、参与权和救济权作为该制度的存在基础和所求目的,忽略了知情权的请求权能。

(三) 相关制度之间不协调

任何制度的改革与完善都离不开对已有资源的合理利用,行政执法公示制度亦是如此。行政执法公示制度与相关制度衔接不紧密不通畅的问题主要表现在“上下”“左右”“新旧”六个字上。首先,行政执法公示制度的上位法依据主要是《政府信息公开条例》,其法律位阶属于行政法规,而与此相对应的《保密法》的法律位阶则属于法律,后者法律位阶要高于前者;保密法对哪些内容属于国家秘密语焉不详,导致行政执法公示制度在公开公示范围、内容和方式方面都与《保密法》存在一定程度的不协调。其次,在《指导意见》实施之前,有些地方已经制定了行政执法公示规范性文件,在《指导意见》实施之后又制定了新的规范性文件,但旧的规范性文件却未被废止,造成新旧制度之间的不协调^①。最后,行政执

^①惠州市曾于2011年12月和2018年9月分别公布了《惠州市行政执法公示制度(试行)》与《惠州市行政执法公示办法》,二者在公示主体、公示范围、公示内容、公示程序等方面存在诸多不一致规定。

法公示制度如何与政府信息公开、权责清单公布、“双随机、一公开”等制度实现紧密衔接亦是问题所在。其原因主要在于缺乏上位法依据,致使行政执法公示制度建立的法律依据不充分。由于规范性文件及时清理机制未有效发挥作用,新的制度产生了,旧的制度却未能废除,导致新旧制度之间产生冲突。造成上述冲突的根本原因,是未就如何与相关制度实现紧密良好衔接进行深入研究。

(四) 执法公示保障不给力

行政执法公示信息的收集、转递、审核、公布及利用都具有很强的专业性和技术性,行政执法对科学技术的依赖越来越强,标志着行政执法的科技含量越来越高。行政执法公示的相关保障不充分具体体现在以下几方面。首先,缺乏既懂执法又懂技术的专业人员负责公示事宜。有些地方虽安排专人负责公示,但并未就公示信息加工利用等问题作出规定,意味着在大数据背景下,未将行政执法公示纳入行政执法信息化、智能化、标准化之中来考虑;有些地方则根本没有安排专人负责公示事宜,必然导致行政执法公示质量不高,行政执法信息未得到有效利用。其次,大多数地方将网络公示作为主要公示载体和方式,以其他方式为补充,但存在平台建设重复、利用效率不高的问题。究其原因,主要是行政执法人员并非专业技术人员,且公务员编制比较紧缺,难以增加专门负责行政执法公示的人员。此外,为了推行政务公开,各地方政府已经建设了很多网络公开平台,但这些平台相互之间不能实现有效联通,致使有效信息获得的难度增大。

(五) 制度实施动力不充分

执法观念落后和监督追责不力是行政执法公示制度不能全面有效落实的主要症结。首先,执法观念转变迟滞。行政执法机关由于担心公开公示会使其形象和权威受损,对其实施行政管理造成不利影响,不利于维护社会稳定。其次,行政机关负责人第一责任未落实。行政机关实行首长负责制,行政执法活动受长官意志影响极大,不压实负责人第一责任,自上而下的动力传导机制就难以有效顺利运行,行政执法公示制度也难以落实。最后,追责机制启动和运行困难。追责程序启动情形和条件不清楚,追责调查和处

理过程不透明,追责结果不公示,导致追责机制成为摆设,通过追责机制倒逼监督落实的目标难以达成。

四、对策与建议

(一) 制定实施细则 明晰公示范围和内容

实施细则是对行政执法公示规范性文件的细化,可进一步将行政执法公示的范围和内容具体化和明确化,提升行政执法公示制度的可操作性。行政执法公示应当遵循“公示为原则,不公示为例外”“应公示,尽公示”的原则,以保障公民知情权为目的,而不能成为行政执法机关“减负”的借口。

实施细则应当以《指导意见》为最低标准,即公示范围和内容不得小于《指导意见》确定的范围和内容。原因在于,国务院是最高国家行政机关,具有统一领导全国地方各级国家行政机关的工作的职权。《指导意见》确定了行政执法公示制度的范围,尽管其不属于行政法规,但基于国务院的最高国家行政机关的地位,其效力当然要高于其他地方行政机关所制定的行政执法公示规范性文件的效力,其他行政机关必须全面贯彻执行之。制定实施细则时应当考虑采用“肯定概括+否定列举”的模式,这样可以尽可能扩大公示的范围和丰富公示的内容。此外,对于豁免公开事项,应当充分阐明其不予公开的缘由,以切实保障公民知情权的实现。

(二) 科学设计程序 提高执法公示的效率

行政执法公示制度的推行是为了规范政府执法权力的行使,保障公民的知情权,使执法活动全程暴露在阳光下,保障执法质量,提高执法效率。问题在于行政执法公示制度的实施使得执法程序变得更为细致的同时,也更为复杂,导致执法的程序成本提高,在其他条件不变的前提下,很有可能导致行政执法效率的降低。为此,须对复杂程度、重要程度不同的行政执法事项适用不同的程序。首先,要对行政执法活动根据繁杂程度、重要程度的不同进行分类并制作清单,对复杂、重要的执法活动适用一般程序;对简单容易的执法活动,适用简易程序,即实行行政执法公开程序的“繁简分流”。其次,在实行“繁简分流”的基础上,科学设计一般程序和简易程序,



程序的设定要紧紧围绕公示事项、公示主体、公示步骤、公示记录等核心内容展开。最后,赋予行政相对人和社会公众以请求权和救济权。知情权具有请求权能,不在公示范围和公示内容之列的执法信息,应当明确赋予行政相对人和社会公众具有申请公开公示的权利。构建和推行行政执法公示制度的目的在于保障行政相对人和社会公众权利知情权、监督权、参与权和救济权,依据“无救济则无权利”这一法理,在行政执法机关未依法依程序公开相应内容的场合,应明确行政相对人寻求救济的途径,如提出申诉、申请行政复议、提起行政诉讼等。

(三) 梳理相关制度 保证彼此之间衔接协调

做到行政执法公示制度与相关制度彼此之间衔接和洽。首先,要处理好“上下”的关系^①。根据法的效力原理,下位法不得抵触上位法,否则无效。故而,在下位的行政执法公示规范性文件不得与在上位的规范性文件冲突,与之冲突者无效,并以相应上位的规范性文件为准。其次,要处理好“新旧”的关系。行政机关制定的新行政执法公示规范性文件和旧的文件规定不一致时,宜依照“新法优于旧法”的原则处理,适用新的规定。最后,要处理好“左右”的关系。深入研究如何实现行政执法公示制度与政府信息公开、权责清单公布、“双随机、一公开”等制度在公开公示的原则、内容、程序、载体、信息共享和利用等方面实现紧密衔接,防止制度之间因衔接不紧密而导致制度运行阻塞,促进制度运行畅通。

(四) 完善相关保障 充实行政执法公示力量

有力的执法保障与充实的执法力量既是制度建立的必要条件,也是制度得以贯彻落实的保障,同时也是使“纸面上的制度”转变为“行动中的制度”的基础。执法保障与执法力量包括人员编制、财政资金与装备配备等。首先,在人员编制方面,依法合理调配与增加执法公示人员,为行政执法部门提供充分的人力支持;对执法人员编制进行科学的配置,尽可能在不增加编制限额的情况下,满足行政执法工作的需要。其次,装备配备方面,依法依实际需要采购执法装备与设

备。行政执法公示制度明确要求全过程公开、公开信息化、统一公示平台等,这些都要求为行政执法部门配备相应的执法设备。最后,财政资金方面,依法科学合理地提供财政资金支持。财政资金支持既是一项独立的内容,同时也是人员编制与装备配备的基础。故而,要在科学研究与分析实际需要的基础上,依照法律规定、按照法律程序拨付资金,并且将该资金纳入审计范围。

(五) 转变公示观念 提升监督追责机制效能

制度的落实既需要实施者树立正确的观念,也需要科学完善的监督追责机制予以督促,二者共同构成了制度落实的内在和外在动力。

观念是行动的先导,行政执法机关执法观念的转变是完善行政执法公示制度的前提条件。我国封建社会历史存在时期较长,“民可使由之,不可使知之”的封建流毒影响至今尚存一定影响,行政执法机关及其执法人员抵触甚至抗拒执法公开公示的观念仍在自觉或不自觉地发挥作用。冰冻三尺非一日之寒,可以想象这种借不公开、不公示以使行政执法神秘化的观念在一定时期内还将继续存在。行政执法机关执法公开公示观念的形成,除了加强教育和学习外,更重要的是通过构建相关制度来完善行政执法公示制度,尤其要重视公开公示文化的培养,以制度促实践、以实践养习惯、以习惯育文化,循序渐进地转变行政执法机关及其执法人员的传统观念,加强行政执法主体公开执法、执法公示的意识,强化其行政执法阳光化、公开化、透明化的观念^[14]。完善行政执法公示的监督追责机制,需从以下几个方面着手:追责主体要具体化,责任落实到具体的个人方有执行动力;追责情形要明确化;追责方式和追责程序要规范化,并具备较强的可操作性,切实做到追责有法可依、有据可查、有章可循。

〔参考文献〕

[1] 牛来云. 试论行政执法公示制度[J]. 当代司法, 1998(03): 36-37.

[2] 孙云龙. 公示制——现代社会的科学管理方式[J].

①此处“上下”关系具体包括《指导意见》与《行政许可法》、《行政强制法》、《行政处罚法》、《保密法》及《政府信息公开条例》之间的关系,《指导意见》与地方各级政府公布的规范性文件之间的关系,上级政府与下级政府所公布的规范性文件之间的关系,本级政府与其所属部门之间所公布的规范性文件的关系。

中国工商管理研究,2001(04):37-39.

[3]梁军峰.参与式民主的理论与价值[J].科学社会主义,2008(06):69-72.

[4]姜明安.公众参与与行政法治[J].中国法学,2004(02):28-38.

[5]上官丕亮.宪法文本中的“宪法实施”及其相关概念辨析[J].国家检察官学院学报,2012,20(01):64-69.

[6]周叶中主编.《宪法》[M].北京:高等教育出版社,2014:338.

[7]胡锦涛,韩大元.《中国宪法》[M].北京:法律出版社,2018:171-172.

[8]章志远.行政执法三项制度的三重法治意义解读[J].中国司法,2019(02):54-56.

[9]郑石明.数据开放、公众参与和环境治理创新[J].

行政论坛,2017,24(04):76-81.

[10]俞可平.全球治理引论[J].马克思主义与现实,2002(01):20-32.

[11]张辉.美国环境公众参与理论及其对中国的启示[J].现代法学,2015,(04):148-156.

[12]王浩,徐继敏.我国地方政府环境责任体系的问题与建构[J].江淮论坛,2016,(01):68-72.

[13]姜明安.《行政法》[M].北京:北京大学出版社,2017:283.

[14]谢尚果.论行政执法公示制的完善[J].广西民族学院学报(哲学社会科学版),2005(02):148-151.

【责任编辑:张 戈】

On publicity of administrative law enforcement: function, problems and countermeasures

Li Ruikang

(Sichuan Academy of Social Sciences, Chengdu Sichuan 610071, China)

Abstract: After a long period of development, the publicity system of administrative law enforcement has been initially formed as an independent administrative law enforcement system, but it still faces the problems of unclear scope and content of publicity, unscientific design of publicity procedures, uncoordinated related systems, inadequate law enforcement publicity guarantees and insufficient power of system implementation. There are many reasons for this dilemma. To overcome the dilemma, it is necessary to take comprehensive measures and take a multi-pronged approach, formulate implementation rules to clarify the scope and content of publicity, scientifically design procedures to improve the efficiency of law enforcement publicity, sort out relevant systems to ensure the coordination between each other, provide relevant guarantees, enrich the publicity of administrative law enforcement, change the concept of publicity and improve the effectiveness of the supervision and accountability mechanism, in order to improve the publicity system of administrative law enforcement and make full use of its functions.

Key words: publicity of administrative law enforcement; function; countermeasure



【法学理论研究】

从投资方视角看对赌协议条款设计及法律适用

邱 丰

(中国人民大学,北京 100872)

〔摘 要〕对赌协议源于美国的私募股权投资,是投资方或收购方与目标公司或其股东为避免不确定性的风险而对投资预期的一种调整性约定。随着我国资本市场的日益完善与成熟,对赌协议已经作为一种不可或缺的金融创新手段广泛应用于公司融资领域。对赌协议的风险防范是一个系统工程,从投资方或收购方角度出发,要注重对赌协议本身的条款设计,综合考虑各种因素,与控股股东、实际控制人和其他关联方约定可履行和可实现的对赌协议。

〔关键词〕对赌协议;法律效力;风险防范

〔作者简介〕邱丰(1976—),女,湖北黄冈人,中国人民大学法学院2018级民商法学在职研究生,北京法炬律师事务所合伙人,主要从事IPO、新三板挂牌、投融资及并购重组法律问题研究。

〔收稿日期〕2020-02-21

〔中图分类号〕D922.291.91 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-092-06

对赌协议源于美国的私募股权投资,是投资方或收购方与目标公司或其股东为避免不确定性的风险而对投资预期的一种调整性约定。在国内实践中,随着我国资本市场的日益完善与成熟,对赌协议已经作为一种不可或缺的金融创新手段广泛应用于公司融资领域。对赌协议一般以标的企业的经营业绩或标的企业在合格资本市场上市时间等预期条件作为估值调整标准。对赌协议的条款设计有利于实现投资方或收购方的权益保护,因此被投资方或收购方广泛使用于投融资、并购交易、股权转让以及清算等各个环节,“多以融资企业的经营业绩或者上市目标作为对赌标的,以所持融资企业的股权或现金作为给付内容,在约定的条件成就或未成就时,按照合同的安排由双方行使各自权利”^{〔1〕}。实践中,对赌条款往往成为投资方或收购方决定是否进行投资或收购的先决条件。投资方或收购方更关心对赌协议的法律效力问题,只有在对赌协议有效的前提下,投资方或收购方才能确定可能实现的投资收益回报并有效合理地回避投资风险。本文以法院的裁判案例和仲裁机构的裁判结果为参考,从对赌协议在实务中的具体应用出

发,对对赌协议的效力进行探讨,提示投资方或收购方约定对赌协议内容时应关注的法律问题与法律风险,以期从投资方或收购方角度完善对赌协议条款及其实现之法律路径。

一、对赌协议的含义及其价值考量

(一)对赌协议的含义

2019年11月14日,《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》(以下简称《九民纪要》)中明确规定:“‘对赌协议’又称估值调整协议,是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时,为解决交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议”。根据该规定,所谓的对赌协议,是在投资目标公司的未来经营状况存在预期不确定因素的情况下,投资方或收购方在投资时为实现投资预期收益并回避投资风险,由目标公司、目标公司实际控制人、股东及其关联方对投资方或收购方作出的一个承诺,并就该承诺的未能实现以相应的弥补途径。对赌承诺最主要的形式为对目标公司的净

利润、营业收入等主要财务业绩指标或目标公司在合格资本市场上市时间的对赌。对赌协议是目标公司在未来经营过程中触发一定的条件时,投资方或收购方可以进行权利选择的机会,是投资方或收购方与被投资方对未来自身权利实现方式和途径的约定。

(二) 对赌协议的价值考量

对赌协议本质上是投资方或收购方基于对目标公司未来经营预期实现能力的判断,并根据预期判断做出的有关自身及目标公司对预期的共同接受能力的约定,这也是投资方或收购方为实现投资预期并回避风险的约定。投资方或收购方应当对目标公司的经营管理团队、经营管理能力、业务发展潜力、经营预期和标的公司或其股东履行对赌协议约定的能力具有比较完整的认知、了解和判断,这样对投资方或收购方约定有利的对赌协议的内容、实现较为客观的可实现的预期利益、有效预防或适当控制投资风险提供很大的帮助。

二、对赌协议的法律设计

(一) 投资方应与适格相对方签订有效的对赌协议

国内首例对赌协议纠纷案是苏州工业园区 H 投资有限公司(以下简称“H 公司”)诉甘肃 S 有色资源再利用有限公司(以下简称“S 公司”)一案^①,最高人民法院通过司法判决的形式认可了对赌协议的相对有效性。该案中,对赌协议关于业绩目标的补偿性约定因其首选补偿方为目标公司而引发了广泛的争议。协议约定,如果 S 公司 2008 年实际净利润完不成 3000 万元,H 公司有权要求 S 公司予以补偿;如果 S 公司未能履行补偿义务,H 公司有权要求 S 公司的控股股东香港 D 有限公司履行补偿义务。

最高人民法院判决结果显示,H 公司与 S 公

司的上述约定使得 H 公司通过投资行为获得相对固定的收益,该约定偏离了 S 公司的经营目的,损害了债权人利益,显然也违背了投资自担风险的股东身份之基本属性,进而否定了股东与目标公司之间签订的约定固定收益内容的对赌协议的法律效力。因为该约定违背了《公司法》第 20 条^②的禁止性规定。同时,最高人民法院也认为 D 公司和 H 公司关于补偿的约定并未损害 S 公司及 S 公司债权人利益,未违反法律法规强制性或禁止性规定,属于当事人真实意思表示,合法有效。至此,通过最高人民法院上述判决,国内确定了一种裁判宗旨:即认定投资方与目标公司签订的对赌协议无效,而投资方与控股股东签订的对赌协议有效。

此后,最高人民法院在 2014 年的另一起案件中作出了相似判决,即湖北 T 有限公司、宜都 T 特种渔业有限公司、蓝某桥与 ZJ 投资中心(有限合伙)合同纠纷案^③。最高人民法院认为,在一定条件下目标公司股东回购股份的约定系投资合同签署方的真实意思表示,且上述约定并不违反国家法律、行政法规禁止性规定,也不存在《合同法》第 52 条^④合同无效的情形。从而,在司法实践中,再次认定投资人与目标公司股东签订的对赌协议合法有效。

尽管我国不是判例法国家,但在实践中,最高人民法院的判决结果对于认定投资人与目标公司或目标公司股东签订的对赌协议效力具有指导意义。因此,上述判决结果成为投资方投资决策的重要依据。

投资人与目标公司对赌无效这一观点被各类案例不断修正。中国国际经济贸易仲裁委员会于 2014 年 9 月作出的[2014]中国贸仲京裁字第 0779 号仲裁裁决书中认为投资人与目标公司对赌协议有效。仲裁机构相对于法院而言,裁判

①参见最高人民法院(2012)民提字第 11 号民事判决书。

②《公司法》第 20 条规定:“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”

③参见最高人民法院[2014]民二终字第 111 号民事判决书。

④《合同法》第 52 条规定:“有下列情形之一的,合同无效:(一)一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;(二)恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;(三)以合法形式掩盖非法目的;(四)损害社会公共利益;(五)违反法律、行政法规的强制性规定”。

《合同法司法解释二》第 14 条指出:“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定”。



更灵活,仲裁庭裁决结果对对赌协议效力的认定也很有参考意义。在司法实践中,仲裁庭在充分尊重各方当事人意思自治的前提下,若不违反法律、行政法规禁止性规定,且不存在合同无效的情形,仲裁庭也倾向于裁决对赌协议有效。2019年,江苏省高级人民法院在(2019)苏民再62号民事再审判决书中认可了投资方与目标公司对赌条款的效力(江苏H创业投资有限公司与Y锻压机床股份有限公司、潘某虎等请求公司收购股权纠纷一案)。

《九民纪要》就对赌协议的裁判规则提出最新指导意见。根据该意见,在不存在法定无效事由的前提下,认可了投资人与目标公司进行对赌协议的约定,即对于之前的投资人与目标公司对赌无效的思路进行了修正,并在后续的规定中提出了在现有法律框架下,如何实现投资人与目标公司对赌的补偿性条款的思路。由此可以看出,经过司法实践和法理探索,最高人民法院已形成更为切合实际及适应社会主义市场经济发展的观点。《九民纪要》规定,司法机关主要依据合同法及公司法有关强制性规定审查对赌协议的效力既要坚持鼓励投资方对实体企业投资原则,缓解企业融资难问题,又要贯彻资本维持原则和保护债权人合法权益原则,依法平衡投资方、公司债权人、公司之间的利益,只要不违反国家法律强制性规定,一般认可对赌协议的效力,并支持实际履行。这是我国首次明确对赌协议原则上有效,但要严格区分“有效性”和“可履行性”,并进一步明确对赌承诺的履行必须要审查是否符合《公司法》关于股份回购或者盈利分配等强制性规定。《九民纪要》就对赌协议问题具有定纷止争的作用,避免了以往“同案不同判”的情况。

因此,作为投资方或收购方,签订对赌协议(或含有业绩补偿条款的协议)时,为更好地实现对赌条款,应首选控股股东、实际控制人或其他关联方作为对赌条款的补偿条件履行方。如选择目标公司作为补偿条件履行方时,应综合考虑依据《公司法》等相关法律法规的强制性规定,该补偿性条款的实现可能性,以防出现合同有效,实践中却无法履行,且该阻却事由为人民法院无法判决强制执行,从而导致维权不利后果的情

形。同时,投资方或收购方应在决策前审查和判断控股股东、实际控制人或其他关联方的履约能力,对目标公司的经营情况、业务模式和发展潜力等进行必要和全面的尽职审查,以便投资方或收购方能够形成较为客观的预期。更为重要的是,投资方或收购方还应将对赌协议中约定的业绩补偿、股权回购等对赌条款内容记载于公司章程等法律文件中,防止对赌协议内容与上述法律文件相冲突使得对赌协议的效力受到影响。必须注意的是,为防止或避免对赌协议无效,投资方或收购方应做好对赌协议的内容是否与《合同法》、《公司法》及相关法律法规中有关协议效力的强制性规定相冲突的事先审查。

(二)投资方应签订符合投资目的的对赌协议

从投资方或收购方角度而言,应根据自身的市场优势、交易地位和投资能力,对目标公司的行业特点、商业模式、管理能力、盈利能力、人力资源状况、市场竞争与发展、资金状况、风险要素等作充分和必要的尽职审查和分析,客观评估目标公司的发展潜力和成长能力,进一步明确投资方或收购方投资的预期和目的。同时,投资方或收购方应根据目标公司的实际情况,与目标公司制定合理的投资发展计划和投资目标,设定适合目标公司发展情况的对赌标准,通过约定适当化解并控制法律风险及投资风险。

在实务中,投资方或收购方往往根据自己的投资目的确定不同的对赌形式,最常见的对赌形式为目标公司业绩承诺和合格资本市场上市时间等对赌条款。业绩承诺条款以目标公司一定时间点的净资产回报率或净利润或公司营业收入等财务指标为标准。协议各方通常约定,如果目标公司在一定时间内达到约定的资产回报率或净利润数额,投资方或收购方给予管理层或其他关联方相应的股权或货币补偿;反之,目标公司的控股股东、实际控制人或其他关联方应当按照各方在协议中事先约定的计算方法向投资方或收购方转让约定的股份或者支付约定的货币作为补偿。以合格资本市场上市时间作为对赌形式是投融资双方较为常见选择,各方约定,若目标公司在约定时间内不能上市,目标公司控股

股东、实际控制人或其他关联方应当按照约定的价格向投资方或收购方回购约定比例的股权或者给予投资方或收购方以约定的现金补偿。投资方或收购方通常约定一定的计算方法,当条件成就时,投资方或收购方有权按照对赌协议约定的投资基数及计算方法主张权利。

为保障投资方或收购方利益,在此需向投资方和目标公司明确指出的是高额回购溢价条款的有效性。ZJ 投资中心与蓝某桥、宜都 T 特种渔业有限公司、湖北 T 鲟业有限公司投资合同纠纷一案,经湖北省高级人民法院一审判决^①和最高人民法院二审判决^②均认定高溢价回购和投资方或目标公司的高溢价出资行为属于商业安排,且条款约定内容属于控股股东和目标公司合理预期范围内,未实质违反公平原则。因此,在实践中,高溢价回购条款被认定为有效条款。

值得注意的是,《首次公开发行股票并上市管理办法》和《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》关于发行条件明确规定:“发行人的股权清晰,控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷”。毋庸置疑,对赌协议的履行会使拟上市公司股权、管理层及公司经营处于不稳定状态,也存在发行人及其控股股东将公司上市所获得的融资资金用于偿还投资方的可能性,从而对小股东的利益造成损害。因此,一直以来,中国证监会在 IPO 的审核过程中,对于约定有上市时间的对赌、业绩对赌、股权对赌等对赌条款持明确的否定态度,不但要求拟上市公司申报上市材料前解除对赌协议并予以充分披露,也要求中介机构应督促拟上市公司于上会审核之前完成对赌条款的审查及清理工作。2019 年,自科创板正式启动之后,这一奉行多年的 IPO 审核标准也发生了变化,中国证监会不再对拟 IPO 企业的对赌情况采取一概否认态度。2019 年 3 月 25 日,中国证监会在《首发业务若干问题解答(一)》中明确表示:“符合以下四种情况的对赌协议可以不进行清理:一是发行人不作为对赌协议当事人,即投资人不与目标公司进行对赌;二是对赌协议的

履行不会导致发行人控制权发生变化;三是对赌内容不与目标公司的市值关联;四是已签署的对赌协议不存在严重影响目标公司持续经营能力或其他严重影响投资者权益的情形”。实践中,对赌协议的存在可能导致目标公司无法被证监会批准上市。因此,在实务中,各方为实现目标公司的顺利上市,往往既不向证监会提交对赌协议,也不向证监会披露对赌协议的真实内容。通过目前的案例来看,对赌协议各方不真实、不完整以及不准确的信息披露将造成上市障碍。因此,对于投资方或收购方而言,设计以上市时间对赌为约定条款的对赌协议仍应持审慎的态度。

综上,投资方或收购方在签订对赌协议时,应全面分析目标公司的管理、运营和成长等综合能力,准确把握目标公司和目标公司所属行业的发展潜力及发展前景。同时,投资方或收购方还应根据对目标公司的经营发展潜力、前景及经营预期作出较为合理的判断及预期。由此,投资方或收购方应根据投资的短期或长期的目的,设定合理的目标公司业绩增长幅度,确定适当的交易价格,降低投资的不确定性。同时,投资方或收购方还应谨慎考虑各种因素,权衡各种利弊,避免自己在投资过程中产生不必要的损失,确保有效化解或回避风险。

(三)投资方应约定合理回避风险的对赌协议的内容

“对赌”的过程就是博弈的过程,对赌协议一般是根据交易双方磋商的博弈结果约定有关协议内容。在实践中,对赌协议通常包含有关财务业绩、上市时间、关联交易、未披露标的公司债权债务的处理、竞业限制、股权转让限制、引进新投资者设计、反稀释权、优先分红权、优先购股权、优先清算权、共同售股权、强卖权、一票否决权、管理层对赌、回购承诺、违约责任等条款,各方通过这些条款的具体约定,实现对投资方或者收购方预期权益的保护,同时促使目标公司良善发展和经营。不同的投资人和目标公司在具体条款的适用上有着不同的偏好,需要根据实际情况予

①参见湖北省高级人民法院(2013)鄂民二初字第 00012 号民事判决书。

②参见最高人民法院(2014)民二终字第 111 号民事判决书。



以适用。投资方或收购方通过对目标公司经营及发展情况的了解,并依据投资方或收购方的投资风险偏好程度,在与目标公司及其股东进行充分协商一致后,形成合理的能够有效回避投资风险并能够促进目标公司健康、稳定、持续发展的对赌协议内容。

三、从投资方角度完善对赌协议的法律路径

由于我国尚没有健全的公司信息披露制度,加上目标公司隐瞒企业经营不利信息的利益驱动,投资方即使经过尽职审查,也很难知悉目标公司的全部经营状况及有关信息。正是由于这种信息不对称,可能导致对投资方或收购方的不利后果,投资方为保护自己的投资预期利益并回避风险,就通过对赌协议来预防或化解投资风险。从理论上讲,投资方的投资目标和目标公司的经营目标是一致的;但在实践中,由于市场的不确定性和各方在目标公司不同发展周期对利益需求的矛盾,往往使各方不能在利益角度完全调和并协同一致,有时很难实现对赌协议约定的标准,从而容易出现各方“双输”的结果。因此,投资方应从对目标公司经营发展及市场规律的判断和把握出发,平衡好各方之间的利益需求,约定合适的对赌协议内容。就对赌协议的内容约定,本文建议投资方或收购方主要从以下几个方面考虑:

(一)约定符合市场规律的对赌协议估值标准

在实践中,投资方或者收购方往往处于交易的优势地位,为追求发展的最大效益,往往会设定过高的估值标准,使利益明显偏向投资方。然而,目标公司的发展目标是否能够实现受目标公司的管理能力、行业优势、竞争能力、市场变化等诸多因素的影响,估值标准过高会促使目标公司非良善经营,估值标准过低又很难满足投资方或收购方的利益需求。因此,投资方或收购方应全面分析企业的管理、运营及发展能力,结合投资目的,设定合适的符合市场规律的估值标准,锁定适当的收益周期,尽量使目标公司既能稳健并长足发展,投资方或收购方又能实现投资目标,从而实现双赢。

(二)降低对预期的不确定性,约定操作性强且公平的对赌条款

签订对赌协议时,投资方经常以目标公司的经营业绩(多关注盈利能力)为估值标准,通常约定在一定时间内未达到此估值标准时,控股股东、实际控制人或其他关联方应按约定计算方式补偿投资方损失。投资方签订对赌协议时,要根据合理的业绩增长幅度合理预测业绩,降低投资产生的不确定性。对赌协议的内容也应当尽量符合目标公司的长期利益和发展目标。而且,对赌协议约定的内容应公平合理,以免目标公司不能平衡业绩与管理、发展与规范、远期利益与近期利益之间的矛盾,从而使利益方出现冲突,因无法协同一致而不能实现业绩目标。

(三)适度激励与管理,合力提高目标公司的经营管理水平

投资方过度的激励可能会促使目标公司非理性决策。由于投资方或收购方更倾向于短期效益和满足收益后的安全退出,这与企业追求长期持续发展的经营目标相冲突。因为一旦激励过度,经营者便不能很好地调适并平衡利益,改为追求短期经营目标,损害目标公司利益,间接加大投资方的风险。有的投资方为了防止经营带来的风险,强调治理结构的完善和规范,会经常设定非财务指标的对赌内容,比如管理层人员安排、一票否决权安排等。从企业管理角度而言,投资方应根据目标公司的管理现状对目标公司提出管理要求,不能一概而论。有的目标公司自己经营更为稳健,有的目标公司需要加强内部决策和执行机制的治理。作为投资方,应根据不同的目标公司管理现状和运营能力适度调整管理参与度,为目标公司匹配资源并提供有效支持。在目标公司的管理中,投资方应保持参与目标公司管理事务的分寸,应避免过度参与管理或疏于参与管理,与各方共同增强经营的核心竞争力和抵御风险的能力,形成良好的经营合力。

(四)适度调整安排对赌协议,保证目标公司的均衡发展

受企业自身经营、行业发展及市场规律等因素的影响,在投资退出期、回购期或上市时间到达时,如果出现不利实现对赌标准但能够明确在

以后期限内实现对赌标准的情形,投资方可以调整对赌协议的内容,使之更加公平。比如,可以约定赎回补偿、财务绩效调整、回购溢价增减、发行补偿等内容,从而使对赌协议的履行更加成为可能。在此过程中,投资方或收购方应灵活调整锁定收益周期,实现双赢。

理论上,投资方与目标公司、控股股东等主体本有着协同一致的目标,目标公司的发展是实现对赌标准履行的必要条件,这应该会当然的促使各方一致行动。但实践中,各方之间的利益冲突时有发生,比如短期利益和长远利益的冲突、过度控制与机动管理的冲突、理性与非理性决策的冲突等,投资方均希望通过更多的规范及制度来约束并控制冲突以实现自己的投资权益,目标

公司等主体则希望能够通过更灵活的经营管理适应多变的市场要求,这些冲突和矛盾的调和和解决程度决定着对赌标准的实现程度。因此,投资方在对外进行投资时,要综合考虑各种因素,权衡利弊、认真研判,与控股股东、实际控制人和其他关联方约定可履行和可实现的对赌协议。

[参考文献]

[1] 翟业虎. 私募股权投资中对赌协议的合法性探析——以甘肃 S 案为切点[J]. 首都经济贸易大学学报, 2013(02).

【责任编辑:李英霞】

Opinions on the design of the terms of Valuation Adjustment Mechanism(VAM) and the application of the law from the perspective of the investor

Qiu Feng

(Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: Valuation Adjustment Mechanism(VAM) is originated from the private equity investment in the United States, which is an adjustment agreement for the investment expectation between the investor or the purchaser and the target company or its shareholders in order to avoid the risk of uncertainty. With the increasing improvement and maturity of China's capital market, VAM has been widely used as an indispensable financial innovation tool in the field of corporate financing. The risk prevention of VAM is a systematic project. From the perspective of the investor or purchaser, it is necessary to pay attention to the design of the terms of VAM itself, and comprehensively consider various factors to make performable and realistic agreement with the controlling shareholder, actual controller and other related parties.

Key words: Valuation Adjustment Mechanism(VAM) ; legal effect; risk prevention



【法学理论研究】

大数据时代船员权益保护的法律对策考量

王金玉, 崔宇萌

(辽宁大学, 辽宁 沈阳 110035)

〔摘要〕大数据时代为船员劳动权益保护提出创新发展路径。为完善现有船员保护法律体制机制,应构建由不同国家船舶公司信誉度指标评价数据库、船员及死亡船员家属维权云平台、海事法院判例数据库等平台共同构成的船员大数据系统。电子数据具有客观真实性与可预见性的优势,但也存在数据壁垒与信息孤立的弊端。当前,大数据的创新与现行法律法规在船员权益保障方面存在难以衔接等法律问题,亟待研究解决。船员大数据系统的构建必须以明确规范数据来源与权利主体、确保数据可视化与权益保护的合法性、运用法经济学法理论实现大数据与现行法律的良性循环为依托,为我国航运业智能化发展提供法治保障。

〔关键词〕船员法;船员劳动权益保护;大数据时代;法律保障

〔作者简介〕王金玉(1973—),男,辽宁东港人,辽宁大学法学院副教授、硕士研究生导师,法学博士,主要从事海商法学研究;崔宇萌(1996—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院2018级国际法专业硕士研究生,主要从事国际法学研究。

〔收稿日期〕2020-04-00

〔中图分类号〕D922.294 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)04-098-07

大数据作为一种新型数据分析方式,其不同于一般数据分析之处在于数据信息处理的智能化,并能直接对某一社会现象的发展趋势进行预测。大数据信息技术为海商法中的船员权益保护问题提供了新的研究范式,即以数据为中心、以数据为驱动。在以资本等外部条件为催化,数据、技术、需求和人才等大数据创新要素融为一体的大数据3.0时代^①,运用数据技术解决船员权益保护的不平衡和不充分问题已成为时代发展的必然要求。从中国经济社会发展的实际出发,构建具有中国特色的船员权益保护大数据系统,对于培养一支高水平高素质的船员队伍,实现我国航运业的可持续良性发展具有至关重要的意义。海商法既属于大陆法又属于普通法,同时它既是国内法又是国际法^②。运用大数据研究方法可以对海商法项下船员劳动权益保障问题

的解决提供更具智能化的研究方法,并兼顾其同时具有的国内法、国际法的双重研讨意义。

一、船员劳动权益保障的现有理解:问题与困境

中国涉及船员权益保障方面的现行法律法规大体分为两类,一类是劳动相关方面的法律法规,另一类是船员相关方面的法律法规。劳动相关法律方面,主要包括《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国社会保险法》及其配套法规和规章,但对船员这一涉外的特殊职业并没有作出特别的规定。在“蔡某旗诉Z外运国际经济技术合作公司、Z远公对外劳务合作公司、张某鹰船员劳务合同纠纷案”中,法院的判决表明船员作为特殊劳动主体,

①参见周涛:《为数据而生:大数据创新实践》,北京:北京联合出版公司,2016年5月出版,第155页。

②参见[加拿大]威廉·台特雷著,张永坚等译:《国际海商法》,北京:法律出版社,2005年12月出版,第2页。

在劳动保护、工资和福利、职业技能培训与补偿等方面有别于普通劳动者,仅仅依靠一般劳动相关法律予以调整是不够完善的,有损船员切身利益^①。在船员相关法律法规方面,现行的《中华人民共和国船员条例》《中华人民共和国船舶最低安全配员规则》《中华人民共和国海船船员值班规则》《中华人民共和国海船船员适任考试、评估和发证规则》等部门规章偏重于管理角度,对船员权益方面的规定存在不明确、不全面、不具体等问题,以至于实践中发生纠纷时,由于相关规范的缺失,船员一方的合理诉求在海事机构和劳动保障部门相互推诿下难以得到解决的情况时有发生。

数据显示,现阶段船员被恶意拖薪、扣薪现象十分严重,致使涉及船员工资待遇等方面的纠纷大量存在^②。就世界范围而言,船员的任用有雇佣制和聘任制两种基本形式。由于我国船员早已进入国际船员劳务市场,签订劳务出租合同已是普遍做法^③。从大连海事法院船员劳务纠纷案件受理情况中不难看出(见表1),由于我国有关船员的法律法规不健全,该类案件近年来呈上升态势,案件数量持续增多;同时,船员人身伤亡赔偿等领域无法充分维权现象也非常严峻。以“‘山某关’轮船员毕某某失踪,家属索赔案”为例,其家属无论以侵权抑或违约为诉因,均无法适用《涉外海上人身伤亡赔偿规定》保障其权益^④。由此可见,作为世界性航运大国,我国关于船员权益的法律保障体系尚不完善,在船员劳动权益保障问题方面亦未形成一套严密且完整的逻辑论证体系,与世界航运发达国家相比仍有较大差距。2016年11月12日,《2006年海事劳工公约》正式对中国生效,其中规定的船员劳动保障标准远高于我国的现有规定,在实践中难免出现出现适用不得当的问题。我国尽快建立与国际接轨的充分保护船员权益法律法规之需求愈发急迫^⑤。

为解决上述困境,利用大数据的优势创新船员劳动争议解决机制,从本质上实现对船员权益的最大化保护,2016年上海海事局与华为技术有限公司签署海事大数据建设协议,借鉴华为数据管理成功的经验,引进华为的数据管理方法论,以完善海事监管信息采集体系、加强海事信息资源整合为目标,对海事共享数据架构进行统一设计、统一建设,逐步建设全国统一的海事数据平台,成为中国航运业智能化工业革命浪潮中重要一环,成为开启我国海事大数据管理的重要举措。但截至目前,我国在船员大数据系统建设方面尚未取得较大的突破,现有的中国海事局、中国海员之家等平台内容依然较为单薄和刻板,无法从根本上满足船员权益保障之需。疫情期间的适例便是利用大数据系统,充分利用云平台等网络办公平台为民众提供各项服务,在坚持联防联控、群防群治的防控工作的同时,有效地保障了中国籍船员的生命健康权益。因此,构建一套加强船员权益保障的完善的大数据系统已是大势所趋。

表 1 大连海事法院船员劳务纠纷案件受理情况

年份 船员劳务纠纷案件	2014 年	2015 年	2016 年
数量	251 件	295 件	374 件
占全院民事一审案件比重	31.2%	27.7%	27.8%

二、大数据背景下船员维权的具体内涵

大数据背景下,云平台为保护船员劳动权益问题提供了简单且易于扩展的解决模式。在经济全球化及智能化改革的不断推进下,中国航运业智能化工业革命正处于不进则退的关键节点。实现人在干、数在转、云在算的海事船员劳动权益保护模式,与大数据体系有机融合,运用大数

①参见何丽新,吴海燕:《海商法案例精解》,厦门:厦门大学出版社,2004年出版,第36页。
②参见王金玉:《船员工资支付保障中的强制险构建考量》,载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第44(2)期。
③参见司玉琢:《海商法案例教程》(第2版),北京:知识产权出版社,2008年出版,第20页。
④参见司玉琢:《海商法案例教程》(第2版),北京:知识产权出版社,2008年出版,第26页。
⑤参见杜绍娟:《海事管理中的船员权益保障》,载《中国海事》,2018年第11期。



据对船员状况进行精准分析,是嗣后海事大数据实现社会保护功能的重要一环。针对船员劳动权益保障问题,大量海事数据信息从云平台被采集和记录后,用云计算进行重构,不同形态数据予以适切的自动链接与转化,量化船员权益保护运行状态^①。海事管理机构作为行业主管单位可以透过大数据多渠道、全口径地汇集关键信息,便于凸现有法律的不足,进行分析整合寻求最优路径,以加强对船员劳动权益的保护能力,优化对船员劳动权益的保护细节。

数据整合与运用必须依托于平台建设,以大数据技术运用为手段,以协助船员职业权益保护法规发挥效能为目的,构建具有明显涉外性和专业性的船员大数据系统,建立并完善跨地域、多级别、分层次、全国一体的智慧海事云平台,并着眼于构筑和完善不同国家船舶公司信誉度的指标评价数据库、船员及其死亡船员家属维权的云平台、海事法院判例数据库等方面的完整数据系统。船员大数据系统与其他数据系统不同的地方在于其国际性。从本源上提升船员的权益保护,惟有构建一套以协助船员法规发挥效能为目的、具有明显涉外性和专业性、针对不同国家船舶公司信誉度的指标评价数据库,密切关注船舶公司船员劳动权益纠纷解决进程,并利用大数据技术整合现有数据资源,定期对管辖范围内的船舶公司进行量化评比,强化相关企业对船员就业、劳动权益保护的重要性认识。实践中,大数据可以应用于从前期船员选拔、出海作业到后续福利待遇等各个环节,每一环节都汇集大量的船员劳动权益信息,透过大数据收集整合,帮助船员了解不同国家的行业动态与人才缺口,有针对性地通过学习培训提升自身职业技能,进而提高我国船员劳动价值变现率。创新船员及死亡船员家属维权的云平台,通过大数据分析船员服务提供的方式、合同履行以及解除等环节,形成一套将电子数据信息分析与船舶公司欠薪等纠纷解决机制有机融合、对频繁欠薪的主体进行征信

记录的事前评价机制。事前评价机制的完整运作可以使船舶公司的诚信成为企业生存的基石。

鉴于仲裁员和法官在司法裁判中的决定性作用,大数据技术可以在保护个人隐私权的基础上,汇集法官与仲裁员的学习经历、生活习惯以及作出裁决时的个人观念等关联信息。运用数据整合技术对于个案样态的分析不仅可以增强判决的透明度,为相对准确地预测裁决结果提供新的视角,从长远来看亦可以促使仲裁员和法官不懈提升自身法律素养和执法办案水平,对培养一批高水平、高素质、高层次的海事法官队伍大有裨益。

大数据的应用价值体现在运用船员大数据系统记录及分析外派船员、涉外船员和国内船员三大主体不同的利益需求,并基于计算机系统对数据分析整合后得出一种相对客观的判断。大数据的事先预防性能够真实地揭示船舶公司的古往今来,助力船员对船舶公司实现全方位了解,优化船员的工作单位、工作环境选择,从源头上实现对船员劳动权益的保护。譬如可以利用大数据优势对今后船员与劳务中介纠纷提出创新解决路径,利用数据对中介机构的企业特点、行业影响力、收费标准、诚信情况等进行分析优化,有效降低船员外派时交给劳务中介的费用,即解决船员劳务中介纠纷中交易成本的问题。交易成本相对于一笔成功的交易可能微不足道,但船员劳务合同往往牵涉务工人员较多,随着时间的推移其经营金额也会积少成多,依此交易成本的重要性不言自明^②。同时,在大数据的辅助作用下,随着各项信息的逐渐公开披露,曾经作为单方市场让船员觉得高高在上的船舶公司神秘感和不确定性会逐渐下降,这不仅有助于平衡船员和船舶公司之间的关系,亦便于双方在纠纷中获致合意。大数据的事后监控性可以真实清晰地记录船舶公司对船员权益纠纷的解决现状和拟达到的预期效果。海量的大数据为海事管

①参见程金华:《法院案件工作量测算的“中国方案”——司法大数据时代的探索方向》,载《法律适用》,2020年第3期。

②参见[美]小布鲁斯·巴布科克著,李汉军、任帅波、陈旭译:《机械式交易系统原理、构建与实战》,北京:机械工业出版社,2017年出版,第68页。

理机关对船舶公司纠纷解决、权益维护的监督提供了科学依据。假使船舶公司的经营理念和经营状况与大数据技术所反映的法治精神和权益保护理念背道而驰,公司的信誉风险必然会以某种形式集中爆发,最终使公司经营陷入无法挽回的窘境。因此,大数据在船员劳动权益保障中的适切应用对于船员权益保护以及航运业健康合法发展具有重要意义,开创了数据化的私法维权和行政管理的新征程。

三、大数据背景下船员权益保护面临的挑战

大数据时代虽然对船员权益保护诸多现实问题的解决提供了新的路径,但也对传统的船员权益保障模式造成了巨大的冲击。实现船员权益保障模式的嬗变,建立完整有效的船员大数据系统还必须厘清一系列问题,否则不但影响船员大数据系统构建发展,系统的效能也会大打折扣。

(一) 数据质量与运算

数据质量与运算影响大数据的客观真实性与可预见性。在运用大数据将船舶公司、船员数据进行数字化的过程中,必须以全量样本为基数,并保证数据的准确性与真实性。保护船员权益的数据,除考虑我国一般劳动法律和海事法律等与船员相关的法律法规,还必须对国际公约和国际习惯、其他国家法律及习惯等诸多复杂的因素予以考量。因此,在一个全新的船员大数据系统构建中,主要应当建立一套系统化、数字化,同时具有集成性、行之有效的数据采集过程,否则数据信息的产生口径不统一,即便汇聚在一起也很难发挥联动效应^①,过拟合和欠拟合的技术问题也难以避免。船员数据的特殊性在大数据的催化下,唯算法论的错误路径也必须予以解决。以法律方法进行适用的船员权益保障问题往往不存在唯一的标准答案,具有国际性的船员数据要结合国内法、国际法及国际惯例等多个侧面因素,在全面考量的情况下才能综合进行判断。机械数据基于其关注相关性、不关注因果的

特性运算得出的答案,对人类给定的逻辑预设结构会造成巨大冲击。以船员劳动中介制度的处理为例,大数据的运算很可能忽略船员劳动力市场、交易成本及社会保障制度等隐形的信息,使得大数据在某些特定情况下失去其应有的可预见性。

(二) 数据共享

大数据背景下,数据共享是数据的开发和再次利用的重要基石^②。如果不对传统船员权益中政府各部门、政府与民众之间的信息进行协调共享,在大数据的以运算为主的惟客观处理下,矛盾必将愈发突出。除此之外,对于数据共享合法性的质疑,一方面源于数据本身的风险性,另一方面来源于对数据权利主体合法权益损害的担忧^③。船员大数据系统的形塑略为复杂,数据清晰度与权益保护之间正和博弈值得进一步商榷,质言之,基于船员劳动权益保障的涉外性、船舶公司等船员权益保障的重要主体的数据安全等问题纷至沓来。2019年3月法国2019-222号法律第33条禁止对基于法官身份的司法大数据分析、比较、评估与预测的禁令也为我们敲响了警钟^④。其中在如何建立海事法院数据库时,让法官和仲裁员的个人信息得到充分保护的矛盾最为突出,法官的身份信息如何界定也需要明确的标准。《民法典》第1034条,对自然人的个人信息受法律保护进行规定;第1035条到1039条对于明确必须根据权利厚度保护数据所用相关方的利益,平衡数据共享与信息保护之间的关系进行详细的规定。但船员大数据系统的构建问题上,仍需对船舶公司等法人主体信息安全予以考量。

(三) 理论构建与实践运行

要发挥船员大数据系统对于保护船员权益的最大效能,必须着眼于理论与实践的结合,大数据的创新与传统海商法、劳动法、民法等现行法律法规在船员权益保障方面的衔接。在现阶段

①参见龚为纲,田先红:《形式主义痼疾,用大数据来治》,载《环球时报》,2020年3月4日。

②参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》,2019年第41(01)期。

③参见金励,周坤琳:《数据共享的制度去障与司法应对研究》,载《西南金融》,2020年第3期。

④参见王禄生:《司法大数据应用的法理冲突与价值平衡——从法国司法大数据禁令展开》,载《比较法研究》,2020年第2期。



段我国船员劳动权益保障问题并无专门法律规定、相关法律极为分散的情况下,如何于调整船员工资支付以及人身保险等法律法规、保护船员权益的基础上,充分发挥大数据的风险预警功能,将对船员权益保护的阶段提前,是建立船员大数据系统必须首先考虑的问题。为了有效与现有船员劳动权益保障法律相衔接,船员大数据系统必须建立在现有的法律体制机制的基础上。同时,大数据系统与法律有效衔接只是实现维护船员劳动权益道路上的第一步,实践落地才是关键之举。只有解决好大数据技术在维权道路上的实践问题,才能避免运用大数据技术保护船员劳动权益的举措成为一纸空谈。大数据技术与维权相结合,具体关涉船员、海事管理机构和航运公司及其他相关主体在大数据平台搭建中的角色定位、具体权利享有与分配职责的各自落实以及监督机制如何建立等方面;同时,海事管理数据控制者对船员大数据系统正常发展的影响不可小觑。海事管理数据控制者在利益驱动下,可以修改数据模型或算法的漏洞也必须填补,必须对数据的控制权及相关主体的关系链进行确定,保证整个船员大数据系统依法依规构建。

四、大数据背景下船员劳动权益保护司法路径构建

当前形势下,船员大数据系统破解数据的客观真实性与可预见性存疑。针对数据壁垒的长期存在、大数据的创新与传统现行法律法规在船员权益保障方面难以衔接等实践难题,必须进行相应制度设计或建构。问题的关键不在于成本高低,而在于理念的转变。其中,发挥政府的功能是构建船员大数据系统的实证条件中最重要的一环。

云平台数据的全面、准确以及纯净是建立以不同国家船舶公司信誉度的指标评价数据库、船员及其死亡船员家属维权的云平台、海事法院判例数据库等平台共同构成的完备的船员大数据

系统的基础。为确保数据收集的完整性、真实性,需要确定有效测试时段,质言之,如果船员大数据系统在测试时段内能够有效运转即可,而不论其之前的效力如何^①。一套完整的大数据系统需要建立在全面、准确的数据之上,因而需要一个较长的测试时段,依此,一个强大而有信服力的调控主体在大数据的应用上必不可少。首当其冲的便是政府及海事主管部门对于构建完整的船员大数据系统要有足够的信心和耐心,以发挥政府在统筹规划的云平台中的重要作用。换言之,由海事管理部门以海事管理数据控制者的身份统一认定与协调船员、海事管理机构和航运公司及其他相关主体的数据安排,将服务开展过程数据化,防止收集数据过于碎片化,对于确保数据准确性大有裨益。需要明确的是,大数据的结论仅仅是基于计算机系统对数据分析后得出的一种相对客观判断,针对船员劳动权益保护的特殊问题,海事管理机构不能完全放手让数据做裁判,而是必须对大数据的运算与分析等步骤予以适当伦理监管。给大数据加入人的智慧,是避免技术暴力,对保护船员权益作出灵活而不机械的裁判的必经之路^②。就此,海事管理机构及数据运营方需要对数据的判断结果有清晰的认知,在对船员劳动权益保护方面,必须在客观结果中加入人性的关怀以及对弱势群体的保护。

船员劳动权益保障的数据共享,必须确保数据透明化和权益保护并重。一方面,必须考虑船员身份的特殊性与相关船员权益保障法律法规的分散性。海事主管部门要发挥指导作用,对关涉船员、海事管理机构和航运公司等相关主体数据,国内外法律法规、判例数据等各方面涉及船员劳动权益保障的数据进行整体的集成,打破一直以来政府各部门、政府与民众之间的信息不互通的痼疾。另一方面,全国政协主席汪洋同志强调,在提高信息资源利用水平的同时,科学有效保护信息安全,让大数据更好地服务社会、造福人民具有重要意义^③。为确保船舶公司等法人主

①参见[美]小布鲁斯·巴布科克著,李汉军,任帅波,陈旭译:《机械式交易系统原理、构建与实战》,北京:机械工业出版社,2017年出版,第132页。

②参见孙道萃:《我国刑事司法智能化的知识解构与应对逻辑》,载《当代法学》,2019年第33(03)期。

③本刊讯:《全国政协召开网络议政远程协商会围绕“加强大数据时代个人信息保护”协商议政汪洋主持》,载《中国政协》,2020年第2期。

体的数据安全,必须牢牢把握信息披露的安全壁垒与数据壁垒之间的界限。建议在有关法律尚不健全的情况下,将保护自然人信息的有关法律内容进行类推适用。至于法官和仲裁员的信息保护问题,对于需要保护的法官的身份信息也需要建立明确的标准予以界定,不能用自然人的数据安全规定一言代过。同时,考虑到船员工作性质的涉外性,建议中国在条件成熟后与外国有关部门签订相关条约,实现互联互通、相向而行,促进船员权益保护数据国际化,确保外籍信息的国际化共享与保护。

实现大数据的创新与传统海商法、劳动法、民法等现行法律法规在船员权益保障方面的有效衔接,可以依据托依布纳反身法^①的理论,形成法律秩序导向于自我反思与完善的过程,对托依布纳反身法理论进行深度的语义学习,寻求以规范维度、外在功能维度和内在结构维度为法律理性的三个维度,充分发挥法律与船员大数据系统的耦合关系。利用大数据技术精准分析矛盾焦点后进行有针对性的预防和保护,系对船员应然权利保护的突破,充分体现措施形成的必要性与可操作性;利用实例数据的收集与分析,进行归口管理,指导立法、司法行为,使法律及相关政策的制定主体聚焦矛盾多发处以及船员的核心关切与需求,发现现行法律调整的缺漏之处和法律适用中的困境,从而对现行规制体系加以完善,避免化约法陷阱,促使船员大数据系统在内部形成自我反思结构的良性发展路径,逐步实现船员大数据系统与法律的共变。船员大数据系统成功落地,要求政府及相关海事部门寻求技术先进且具有社会责任感的大数据服务提供商,明确各部门职责,避免在船员劳动权益保障领域出现相互推诿、互不作为的弊病;还必须明确海事管理机构在跟踪船员权益保护运行状态、构建大数据指标体系和分析平台中的主体地位,实现对船员现状的及时掌握和精准摸底。这一系列利用大数据的举措,必将使得船员权益保护管理能力的

科学化、精细化和智能化提升到一个新的高度。

五、结论

客观地说,采用大数据技术进行公法调控和私法维权已渐成一种新趋势,推动立法机关和政府数据管理方面不断改革创新,为船员权益保护中诸多现实问题的有效解决提供了新的路径,对船员劳动权益管理效率具有积极的现实意义。为顺应时代潮流,中国建立一套适切的船员大数据系统,最终实现人在干、数在转、云在算的海事船员劳动权益保护模式已是大势所趋。笔者以大数据在船员劳动权益保障中的预期效果为平台,擘画出不同国家船舶公司信誉度的指标评价数据库、船员及死亡船员家属维权的云平台、海事法院判例数据库等平台,提供具体可行的操作方案;进一步明确在享受大数据的技术优势对船员劳动权益的全方位保障的同时,须提防数据在解决船员的实际问题时带来的数据客观真实性与可预见性存疑、数据壁垒长期存在、大数据的创新与传统现行法律法规在船员权益保障方面难以衔接等法律风险。结合船员的特殊性质与大数据的运作模式,海事管理机构应该明确自己在统筹规划船员大数据系统中的重要作用,相信大数据而不单纯依靠大数据,充分发挥人的智慧,设置测试时段,以保证数据结论的真实性;同时打破数据孤岛与纬度割裂,力求实现船员数据的国际化发展;借鉴反身法理论,将大数据融合于现行法律之中,最终实现两者的法律效益和经济效益的有机统一。

[参考文献]

[1][美]小布鲁斯·巴布科克.机械式交易系统原理、构建与实战[M].北京:机械工业出版社,2017.

[2][美]罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学[M].上海:上海人民出版社,2010.

[3]司玉琢.海商法案例教程[M].北京:知识产权出版社,2008.

①反身法(reflexive law)是贡塔·托伊布纳(Gunther Teubner)提出的法律类型。托伊布纳1983年发表《现代法中的实质要素和法身要素》,致力于分解法律演化和社会演化模式,然后经由法律理性的规范维度、外在功能维度和内在结构维度重构出一种社会与法律共变(socio-legal covariation)的演化模型,最后根据形式理性、实质理性和反身理性等三种法律理性的发展模式提出了作为一种新程序主义的“反身法”。此后,托伊布纳在《法律:一种自创生系统》一书中,主张法律的盲目演化和通过反身法的社会规制。参见王小钢:《托伊布纳反身法理论述评》,载《云南大学学报(法学版)》,2010年第23卷第2期,第107页。



[4][加拿大]威廉·台特雷.国际海商法[M].北京:法律出版社,2005.

[5]司玉琢.海商法专论[M].北京:中国人民大学出版社,2007.

[6]赵鹿军.船舶船员法[M].大连:大连海事大学出版社,2017.

[7]河北海事局.《中华人民共和国船员条例》后评估报告[M].大连:大连海事大学出版社,2016.

[8]柳经纬.海商法案例精解[M].厦门:厦门大学出版社,2004.

[9]陈刚,郝勇.船员劳动权益与社会保障[M].武汉:武汉理工大学出版社,2012.

[10]白建军.大数据对法学研究的些许影响[J].中外法学,2015(01).

[11]维克托·迈尔·舍恩伯格.大数据时代[M].浙江:浙江人民出版社,2012.

[12]涂子沛.大数据[M].广西:广西师范大学出版社,2013.

[13]周涛.为数据而生:大数据创新实践[M].北京:北京联合出版公司,2016.

[14]王利明.数据共享与个人信息保护[J].现代法学,2019,41(01).

[15]Wolfberg Douglas. Big Data, The Law and You: Embracing data can reduce potential liability[J]. JEMS; a journal of emergency medical services,2017,42(05).

【责任编辑:张 戈】

Consideration of legal countermeasures for protection of crew's rights and interests in the era of big data

Wang Jinyu, Cui Yumeng

(Law School of Liaoning University, Shenyang Liaoning 110035, China)

Abstract: The era of big data proposes innovative development paths for the protection of crew's labor rights. In order to improve the existing legal system of crew protection, a big data system should be constructed to be composed of the evaluation index database of credibility of shipping companies in different countries, the rights protection cloud platform for the crew and family members of dead seafarers, and the maritime court case database. Electronic data has the advantages of objective authenticity and predictability, but it also has the drawbacks of data barriers and information isolation. At present, there are legal issues such as the difficulty in linking the protection of crew's rights and interests with the innovation of big data and the current laws and regulations, which need to be studied and solved urgently. The construction of the crew's big data system must rely on the clear specification of data sources and right subjects, ensuring the legitimacy of data visualization and rights protection, and the use of law and economics theory to achieve a virtuous cycle of big data and existing laws, to provide the guarantee of the rule of law for the intellectualized development of shipping industry in China.

Key words: Crew Law; protection of crew's labor rights and interests; the era of big data; legal protection