

【公安理论与实务研究】

大数据视域下我国暴恐犯罪侦查治理研究

王超强

(安徽省公安教育研究院,安徽 合肥 230088)

〔摘 要〕暴恐犯罪作为当前影响社会公共安全最为突出的犯罪活动之一,需我们从经济、宗教、民族、外来势力和科技发展等方面分析其特点和发展趋势,在此基础上充分运用大数据时代海量的数据资源、先进的数据技术、创新的数据思维,充分发挥群众工作和各部门各行业齐抓共管的优势,全方位、多层次地实现暴恐犯罪侦查治理的数据化、精准化、科学化、系统化。

〔关键词〕大数据;暴恐犯罪;侦查治理

〔基金项目〕本文系2019年度安徽高校人文社会科学研究重点项目“新时代大数据侦查学理论体系研究”(项目编号:SK2019A1034)和2018年度安徽公安职业学院校内科研重点项目“大数据时代背景下刑事案件构成要素的二元性分析及侦查对策研究”(项目编号: XN2034ZDB65)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕王超强(1990—),男,山西阳泉人,安徽省公安教育研究院助理研究员、安徽公安职业学院侦查系助教,法学硕士,主要从事大数据侦查、反恐怖研究。

〔收稿日期〕2019-10-28

〔中图分类号〕D631.4〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)02-001-08

恐怖主义,是指通过暴力、破坏、恐吓等手段,制造社会恐慌、危害公共安全、侵犯人身财产;或者胁迫国家机关、国际组织,以实现其政治、意识形态等目的的主张和行为^[1]。近年来,由于某些国家的动乱、国际形势的不稳定,恐怖主义活动仍然呈现出高位运行的态势,造成大量人员伤亡(见图1)。

“暴恐犯罪”一词最早出现于2000年王牧教授发表的《关于暴力恐怖犯罪的几个基本问题》一文当中^[2]。随着时代的发展、科技的进步,特别是随着移动互联、搜索引擎、网络购物、云端计算、人工智能等技术不断向纵深发展,人类社会的数据量呈现指数级增长,社会已经进入大数据时代。暴恐犯罪在原有多地域、多时段、多样化特点的基础上,呈现出网络化、数据化的特征,实现了犯罪升级,对暴恐犯罪的侦查治理难度不断

增加(见图2)。为了维护国家安全和社会稳定,提高人民群众的获得感、幸福感、安全感,面对当今的暴恐犯罪我们要有新认识,对暴恐犯罪的治理我们要有新思路、新方法。

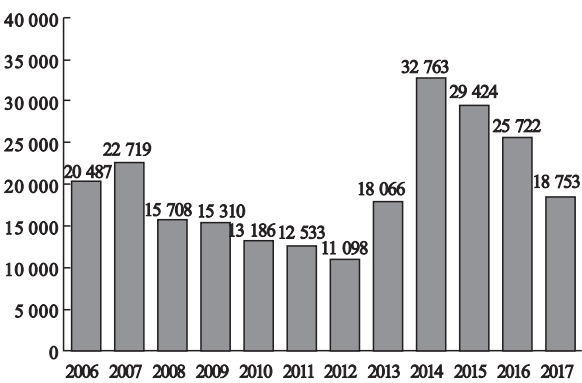


图1 2006至2017年全球恐怖主义造成的
伤亡人数(单位:人)^①

①相关数据来源于 trading economics 网站数据。

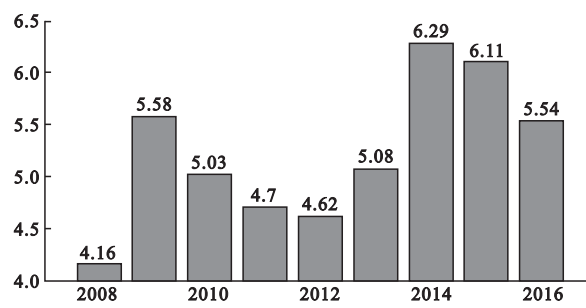


图2 2008至2016年中国恐怖主义指数①

一、暴恐犯罪的基本情况

(一) 暴恐犯罪的概念

暴恐犯罪,即暴力恐怖犯罪。在讨论“暴力恐怖犯罪”这一概念时,必须要探讨其与“恐怖主义”的关系。暴恐犯罪的概念来源于国际上的恐怖主义一词,但与其又有区别。王牧教授认为,恐怖主义是离开具体国家的法律、在理论一般意义上使用的政治理论概念。如果把这种活动

放到具体国家的法律范围之内,针对自己国家的一切恐怖活动都属于该国法律规定的犯罪活动^[2]。也就是说,恐怖主义是政治性的理论概念,主要用于国际之间。比如说,跨国性的恐怖主义袭击事件,很难称之为一国之内的暴恐犯罪;一国之内的少数犯罪分子、少数极端群体对国家、政府、社会不满而实施的犯罪活动,往往称之为暴力恐怖犯罪,而不用恐怖主义一词。从两词的字面意义上看,恐怖主义更注重其动机和目的的政治性,而暴恐犯罪则更多的表现为打砸抢烧、暴力袭击等手段,目的是造成社会恐慌和混乱。

(二) 当前暴恐犯罪的特征

从近年来发生的几起严重暴恐犯罪来看,此类犯罪手段残忍、社会危害大、社会影响恶劣,且容易造成社会恐慌和经济社会的不稳定态势(如表1)。我们需要对此类犯罪的特征进行全面分析,以便制定有效治理对策。

表1 近年来发生的几起严重暴恐犯罪案件的分析

案件名称	发生时间	发生地点	组织者/实施者	作案手段	突出特征
6·29新疆和田劫机事件	2012年6月29日12时35分	新疆和田飞往乌鲁木齐的GS7554航班	6名新疆维吾尔族男性	以伪装的拐杖为武器,意图进入驾驶舱,暴力劫机	劫持航空器影响较大,犯罪手段恶劣,暴恐目的突出
10·28暴力恐怖袭击案	2013年10月28日中午	北京市天安门前金水桥边	“突厥斯坦伊斯兰党”组织	驾吉普车闯入长安街,沿途快速行驶故意冲撞游人群众,撞向金水桥护栏	发案地点为天安门金水桥,政治影响和国际影响大,造成大量人员伤亡
3·1昆明火车站暴力恐怖案	2014年3月1日21时20分左右	云南省昆明市昆明火车站	以阿不都热依木·库尔班为首的新疆分裂势力	五人持刀,打出暴恐旗帜,肆意砍杀无辜群众	发案地点为人流密集场所,造成大量人员死亡,政治目的明显,国际影响广泛
7·28新疆莎车暴恐袭击案	2014年7月28日凌晨	新疆莎车县艾力西湖镇政府、派出所	多名新疆暴恐分子	持刀斧袭击艾力西湖镇政府、派出所,并有部分暴徒窜至荒地镇,打砸焚烧过往车辆,砍杀无辜群众	打砸政府机关,影响恶劣,造成大量人员伤亡
9·18新疆拜城煤矿暴恐事件	2015年9月18日	新疆阿克苏拜城县	境外极端组织直接指挥暴力恐怖团伙	袭击了一山区偏远煤矿,并设伏袭击前往前处置的民警	境外极端组织直接指挥,实施成员受极端思想浸染

1. 暴恐犯罪行为具有暴力性或以暴力、绑架相威胁

暴恐犯罪具有典型的暴力性质,暴恐犯罪行为的本质就是暴力活动。暴恐犯罪活动中传统

的暴力形式通常包括杀人、爆炸、放火、投毒、绑架、驾车冲撞、劫持航空器、武装叛乱等,其暴力性是不计一切后果的,危害程度也远远大于一般的暴力性犯罪。如昆明火车站暴恐事件,其暴力

①相关数据来源于澳大利亚经济与和平研究所于2017年11月15日发布《2017年全球恐怖主义指数报告》(GlobalTerrorism Index 2017)。

性犯罪行为直接造成31人死亡、141人受伤,并且造成了人民群众的恐慌和社会秩序的混乱。暴恐分子为了达到实施严重暴恐犯罪的目的,在准备之时通常采取一般的犯罪行为来获得资金、工具,比如抢劫财物,偷盗枪支,购买刀具、炸药、车辆等,从这一点也进一步说明了暴恐犯罪的暴力性。另外,暴恐犯罪分子在实施绑架、非法拘禁等行为时经常以杀害被害人亲属等方式相威胁;或者在网络散布的音频视频资料中,宣扬暴力倾向和极端思想;或者远程遥控指挥相关人员实施暴恐犯罪活动,以到达制造社会混乱、传播其意识形态的目的。

2. 暴恐犯罪通常具有政治目的性

虽然许多国家的法律都没有将暴恐犯罪归为政治犯罪,但并不表示其不具有政治性目的。恰恰相反,暴恐犯罪针对的是国家和社会安全,目的是造成社会恐慌、传播其意识形态,达到其政治目的。从国际上看,恐怖分子利用暴恐犯罪行为制造动乱、引起恐慌来发泄对国家和社会的不满,从而威胁政府,迫使政府向之妥协,以达到颠覆政权的目的;从国内来看,近年来发生的一些暴恐犯罪与境外恐怖犯罪势力、极端势力都有密切关系,其政治目的性明显,就是造成暴恐犯罪地区的社会动荡、影响经济社会发展,从而达到其所追求的犯罪目的。

3. 暴恐犯罪的对象通常具有不确定性

由上述的政治目的性可以看出,暴恐犯罪针对的是国家和社会安全,这就使得暴恐犯罪不同于其他犯罪,即对象通常具有不确定性。正如意大利法学家隆尔巴迪所说,恐怖主义是不分青红皂白的行为,它并不旨在打击那些被视为敌人的人,而是谋略制造动乱和恐惧。至于受害者是谁,他漠不关心^[3]。因此,暴恐犯罪通常发生在人群密集且环境复杂的公共区域,比如火车站,广场等地点;暴恐犯罪分子往往会选择重大宗教集会、重大节日庆典等人员较为集中的时间段进行暴恐犯罪活动。与一般的犯罪不同,暴恐犯罪的对象呈现明显的不确定性。

4. 暴恐犯罪通常具有国际性

一般认为,恐怖主义活动受命于某个政府或组织。一些恐怖主义组织实施恐怖主义活动,主要是为了实现其政治目的,例如著名的“9·11事

件”。从国内角度来讲,暴恐犯罪分子妄图通过实施暴恐犯罪活动,制造社会恐慌、威胁政府,并且希望能够得到其他国家或政府的支持,颠覆现有的政府政权。比如我国的“藏独分子”在实施“藏独”暴恐犯罪行为时,常常与境外势力进行沟通,希望得到某些西方国家的支持。许多国内暴恐犯罪活动都有境外恐怖主义组织或者极端组织宣传策划的影子,它们通过宣扬极端思想,遥控指挥国内暴恐犯罪分子,以达到其制造社会动荡、破坏民族融合的犯罪目的。由此可见,不论是国与国之间的恐怖主义还是一国之内的暴恐犯罪活动,都具有国际性的特征。

5. 暴恐犯罪的网络化、数据化升级

随着移动互联网、云计算、物联网和人工智能技术的不断发展,社会中人与人之间、人与物之间以及物与物之间的数据交流、传递和共享达到了空前的规模,数据量激增且类型多样化,大数据时代扑面而来^[4]。随着科技的进步,暴恐犯罪也凸显了数据化、网络化的特征,实现了犯罪升级。例如暴恐分子在社交媒体上串联,暴恐犯罪资料、暴恐犯罪音频视频在网络中流转,暴恐作案工具的网络购买交易,暴恐犯罪分子的网络化、远程化培训等。当前许多暴恐犯罪呈现出“境外有种子、境内有土壤、网上有市场、实施有策划、活动有指挥”的新特点。例如,暴恐犯罪组织利用互联网发布极端思想:1996年6月“东突”分子在德国慕尼黑成立“东突厥斯坦信息中心”,该中心长期利用互联网、社交媒体等进行恐怖主义宣传,教唆成员以暴力和恐怖的手段进行犯罪活动^[5]。

二、当前我国暴恐犯罪的成因及发展趋势

(一) 当前我国暴恐犯罪的成因

1. 经济发展不平衡的诱因

众所周知,经济基础决定上层建筑。生活、文化、科技等各个方面的发展都离不开经济发展的支撑。改革开放以来,我国以经济建设为中心,经济社会发展取得了举世瞩目的成就,已成为世界第二大经济体;但从另一方面来看,总量的第二大经济体并不代表着各个地区都实现了经济社会的充分发展,各地区始终存在着地区经济发展不平衡不充分的现象,这与我国的国情及



各地区发展情况、自然人文条件存在很大的关联。特别是西部一些偏远地区并没有像东部地区的大中城市一样发展起来,这在某种程度上滋生了偏远贫困地区人们心理上的诸多不平衡,有些人就此走向了极端和暴恐犯罪的深渊。

2. 宗教极端因素

我国《宪法》规定,公民宗教信仰自由。宪法做出这样的规定完全是出于对人权的保护,对各民族宗教信仰自由的充分尊重。恐怖分子则借此利用宗教信仰自由,鼓吹暴力思想、宣传极端主义。宗教本来不分好坏,不管哪种宗教信仰都是一种精神的寄托和信仰的传承,然而,宗教极端分子在宣传宗教时,歪曲某些宗教教义,宣传极端宗教思想进而鼓动或实施暴力恐怖犯罪。一些恐怖组织宣传神权政治论,用暴力形式杀害无辜群众,以达到其制造社会恐慌、宣传意识形态进而反对国家政治制度和相关政策的犯罪目的。

3. 民族分裂因素

自古以来,我国就是一个多民族和谐共存的国家,中华人民共和国成立后,56个民族在中国共产党的坚强领导下、在民族大团结的背景下,实现了大发展、大繁荣,经济建设取得了举世瞩目的成就。但由于地理环境等多方面条件限制,一些地区仍然存在发展不平衡不充分的情况,各民族之间仍然存在一些发展水平、观念意识、宗教信仰上的差异。暴恐犯罪分子就是利用这些差异,将部分少数民族的少数民众聚集起来,歪曲国家民族政策,进而传播暴恐极端思想,蛊惑受影响的民众成立暴恐犯罪组织、实施暴恐犯罪活动,制造社会动荡,进而实现其政治目的。这些活动多数选择在少数民族聚居的地方,特别是Z、J自治区。这些地区的地理环境、文化风俗、语言习惯、宗教信仰等与其他地区有很大不同,部分地区发展滞后、思想封闭,由于民族、地域、交通条件等因素影响,与内地交流不够紧密,宗教信仰较为普及,有利于宗教极端思想的渗透。此外,民族分裂分子是给社会安定带来隐患的重要因素,是暴恐犯罪活动的主要策划者和实施者。民族分裂主义是民族主义极端性的产物,与暴恐犯罪具有天然的联系。境外“三股势力”和暴恐犯罪分子利用某些地区发展不平衡、民族宗

教矛盾和民众情绪进行暴恐犯罪活动,其目的是为了维护其以极端性和暴力性为基础建立的“权威地位”,并宣扬其主张的暴力和极端的思想。

4. 外来势力因素

随着经济社会的不断发展,我国已经成为世界第二大经济体,呈现出一派繁荣富强的景象。但在西部一些边远地区依然深受境外“三股势力”和国际环境的影响。特别是西方某些国家基于地缘政治和争夺资源的目的,一直打着反恐的幌子,在中亚地区发动战争,不仅造成这些国家动荡不堪,也严重影响着我国西部地区的安定,容易引发暴恐犯罪^[6]。境外反华势力和“三股势力”不断向某些地区渗透极端暴恐思想,对国内暴恐犯罪活动提供大量的资金和装备支持。多起国内暴恐犯罪案件的发生都离不开境外“三股势力”的支持、策划和指挥。

5. 科技发展因素

随着移动互联网、社交媒体、网络购物、人工智能等技术的不断发展并日臻成熟,人类社会的数据化生存图景逐渐铺展开来,带动资本、数据及组织等在世界范围内流动。大数据、互联网渗透各行各业并成为社会活动中的关键要素^[7]。大数据也被称为未来世界的“新石油”。暴恐犯罪插上网络化、数据化的“翅膀”是时代发展的必然结果,借助大数据、互联网实施的暴恐犯罪对社会的危害更大,造成的社会恐慌更为剧烈。借助互联网、大数据等先进技术,暴恐犯罪分子不仅可以利用数据技术作为武器进行犯罪活动,而且可以在线招募新成员,利用数据化的社交平台或网络工具进行组织管理、犯罪策划、相互联络和远程指挥。数据化、网络化的暴恐犯罪是当前暴恐犯罪侦查治理领域面临的新挑战。

(二) 当前我国暴恐犯罪的发展趋势

1. 犯罪地域转移

以往的暴恐犯罪主要发生在我国西部地区,比如J、Z等地,以2013年10月28日天安门金水桥事件为开端,暴恐犯罪逐渐向东部人口密集地区发展。究其原因,一是随着我国对西部地区宗教极端势力打击力度的增强和社会治理能力的提升,迫使暴恐犯罪从西部地区向中东部地区转移;二是恐怖分子认识到局部的暴恐犯罪行为对人民群众和社会安全的影响力有限,为制造更大

范围的恐慌、扩展其影响力,向人群集中的公共场所转移;三是随着经济社会的发展,跨区域交通越来越便利,为暴恐犯罪的转移提供了便利条件。

2. 犯罪人群转变

人群的转变有两个方面:一是被害人群由以往政府部门的工作人员逐渐转向更为普通的大众群体;二是加害人群即暴恐分子由原来中年男性逐渐转向吸收青少年和妇女加入。第一方面的原因,主要是我国政府部门防范意识增强、工作人员素质提高,使得暴恐犯罪的实施难度加大,迫使暴恐犯罪的目标转向防范意识弱、抵抗能力低的普通大众,以满足暴恐犯罪制造更大恐慌的要求。第二方面的原因则缘于随着大数据时代到来,暴恐文字、视频和其他资料的传播更为便捷,许多青少年受暴恐思想影响,产生犯罪意念,他们利用大数据时代数据传播的快速性和便捷性寻求精神刺激,实施暴恐犯罪的概率有所上升;女性天然的优势和国家对妇女的保护政策,使得妇女实施暴恐犯罪成功的可能性加大,致使恐怖活动组织对其加以利用。

3. 犯罪形式多样

由于我国对枪支弹药、化学危险品等能够产生大规模杀伤力的武器有着严格的控制和管理,加之公安机关对非法枪支弹药和危险品的打击力度,使得恐怖分子得到枪支弹药和危险品的难度加大。为了实施暴恐犯罪,恐怖分子往往就地取材,采取使用管制刀具等冷兵器、自制简单的炸弹、利用汽油纵火或直接利用交通工具冲撞等手段。用于犯罪的工具更普遍化、来源范围更广,不利于公安机关有效管控,利用这种方式制造的暴恐活动场面更为血腥、给群众的震撼力更强、制造的恐慌更大,更能达到恐怖分子追求的结果。随着近年来公安机关打击巡防力度的增大,大规模、团伙式暴恐犯罪的实施难度增大,出现了个人实施暴恐犯罪的“独狼”式犯罪分子,他们只需要很低的成本便可以实施爆炸、枪击、汽车冲撞等恐怖袭击,手段灵活、形式多样。“独狼”犯罪分子选择袭击工具的便利性和实施手段的自主性^[8],加大了此类案件的侦查防控难度。

4. 犯罪升级换代

随着移动互联、搜索引擎、网络购物、在线金

融的不断发展,暴恐犯罪的数据化特征日益凸显。暴恐犯罪分子通过社交媒体进行联系,通过网络购物平台购买工具,暴力音频、视频广泛在社交媒体传播,暴恐分子有了更多制造恐慌的犯罪方式、手段,对社会安全构成了更大的威胁。例如,“伊斯兰国”等恐怖组织利用网络传播极端思想,在社交媒体上招募和激发潜在的“独狼”分子;“独狼”通过网络远程学习恐袭的方法,在线购买袭击原材料,效仿并实施恐怖袭击^[9]。虚拟数据空间成为暴恐犯罪新的滋生土壤,使得此类案件的治理难度明显增加。

三、当前我国暴恐犯罪侦查治理对策

中国特色社会主义迈入新时代,暴恐犯罪的侦查工作需要我们在新时代有新作为。针对我国暴恐犯罪的新形势、新趋势、新态势,需要采取多管齐下的措施,形成对暴恐犯罪立体化、全方位的侦查治理体系。

(一) 完善法律法规体系

暴恐犯罪的相关法律法规和司法解释对暴恐犯罪的侦查治理起着支撑和保障作用,需要我们不断完善,提高其科学性、准确性和可操作性,切实提高相关部门执法能力,形成良好的暴恐犯罪侦查治理的法治力量。刑法不是防控犯罪的唯一手段,而是最严厉和最后的手段。《刑法修正案(九)》在第120条之后又增加了5条,明确规定了组织、领导、资助恐怖活动组织犯罪等行为,加大了对暴恐犯罪的打击力度。《中华人民共和国反恐主义法》在2015年12月27日发布并在2016年1月1日起正式实施,该法的公布及实施对我国暴恐犯罪的侦查治理意义重大,使公安机关及其他政府管理部门对暴恐犯罪的侦查治理有法可依。目前,我国关于暴恐犯罪的相关法律规定分布较为分散,尚没有形成完整的统一体系,不利于对暴恐犯罪的整体打击,应当逐渐完善法律对暴恐犯罪的相关规定并最终形成一部关于暴恐犯罪的单行法,使得对暴恐犯罪的打击更具整体性和针对性,不断提高暴恐犯罪治理的法治力度。

(二) 推进数据侦查治理

将大数据充分应用于暴恐犯罪侦查治理工作中,充分发挥新时代大数据资源、技术、思维的



先进性,构建起暴恐犯罪的大数据侦查治理体系(见图3)。

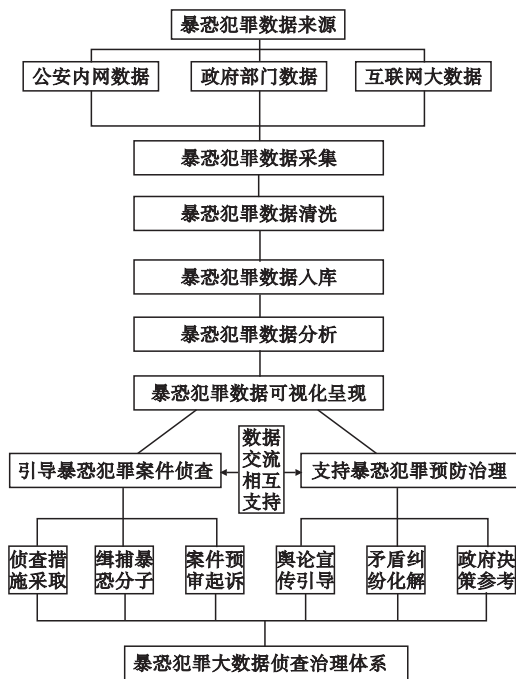


图3 暴恐犯罪大数据侦查治理体系简图

首先,要树立大数据侦查理念,不断提升暴恐犯罪侦查办案水平。大数据侦查是指为了获取与案件相关的数据、线索和证据,查清案件事实,查获犯罪嫌疑人,监控和预测犯罪形势而进行的以海量数据为基础、以大数据技术为支撑、以大数据思维为引领的侦查活动^[10]。侦查的数据化是时代发展的必然趋势,也是应对犯罪数据化生态的必然要求^[11]。我们应当将大数据贯穿于暴恐犯罪情报数据的发现、清洗、分析和研判,暴恐犯罪分子的发现、追踪与缉捕,暴恐案件的电子数据取证和暴恐犯罪案件的预审办案等过程当中,以大数据促进暴恐案件的侦查办案水平。

其次,探索建立暴恐犯罪合成侦查机制。为了应对当前复杂的暴恐犯罪形势,特别是暴恐犯罪的网络化、数据化新特点,我们应探索形成暴恐犯罪的合成侦查机制。在“警力无增长改善”的理论背景下,必须以海量相关数据为基础,适时调整警力资源配置。反恐、刑侦、情报、视频、技侦、技术、特警等各警种要充分联动,使情报数据、侦查技术、警力资源、警种部门做到真正融合,形成暴恐犯罪的合成侦查新模式^[12]。

最后,要建立大数据暴恐犯罪治理机制。暴

恐犯罪治理是一个综合治理的过程,需要公安机关、政法综治部门、相关社会管理机构广泛收集暴恐犯罪相关数据,充分进行分析研判,建立数据预警模型,做到防控为主、尽早发现、矛盾纠纷及时化解,减少暴恐犯罪危害,提升暴恐犯罪治理的整体效能。

(三) 构建合成防控机制

第一,各相关重点地区要加强基础设施建设和装备水平,不断优化警力资源配置,形成科学有效的社会“软硬件”防控力量。比如许多公交车存在缺乏防火设计,依然没有配置灭火器等救援设施、逃生设施不达标、安全锤设置不足等缺陷^[13]。对此,应加强公共交通工具的设计和管理,完善安全设备和基础设施配置,防范暴恐犯罪造成危害。第二,面对暴恐犯罪向人口聚集区域和节假日人群集中地区转移的特点,应在机场、火车站、大型广场、公共汽车站、公交车等人员聚集的公共场所完善视频监控体系,完善暴恐犯罪情报分析与现场指挥联动、视频侦查与巡逻处置一体的工作体系,着力提升预测预警预防治理的综合能力。第三,对相关警力进行专门反恐处置训练,提高民警综合素质,使其在出现暴恐犯罪时能迅速有效地进行打击控制;制定实施暴恐犯罪处置的可行性工作预案,形成全警种、各部门防控处置暴恐犯罪的组合拳。第四,强化联动指挥,加大警力配置,加强巡逻防控,充分了解社区内民族、宗教等情况,加强各类矛盾纠纷化解,完善社区防控工作机制,形成视频监控预警、警力资源配备、数据情报研判、现场处置机制、舆情控制引导、打击防控手段、社区协同治理“七位一体”的涉及公安机关、政府部门、新闻媒体和街道社区的大合成工作体系(见图4)。

(四) 充分依靠人民群众

各级相关部门要充分发挥群众路线优势,形成公安机关主导、社会管理部门协助、全民参与的暴恐犯罪防控体制,形成全社会反恐工作的多层次多维度合力。面对当今的暴恐犯罪,我们要充分发挥群众路线的优势,不断加大对群众的宣传力度,增强全民的反恐防控意识和防范技能。同时,要充分发挥大数据优势,发动群众利用社交平台收集情报、利用网络阵地宣传反恐知识、组织全民参与反恐演习,增强群众与反恐部门的

协作能力,进而促进全民反恐体系的形成,挤压暴恐犯罪的空间,形成社会安定和谐的局面^[14]。以人民群众为基础、以信息资源为支撑、以全社会协作为纽带,充分发挥当前侦查机关和政法综合工作的优势,在全社会展开反恐人民战争,形成暴恐犯罪防控的“枫桥经验”。

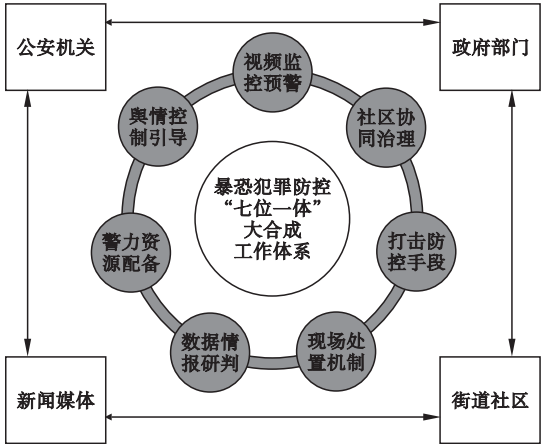


图4 暴恐犯罪防控“七位一体”大合成工作体系

(五)提升舆情控制水平

现在部分媒体为了吸引观众的眼球、扩大社会影响力,通常将暴力恐怖活动的画面不加选择地曝光。恐怖分子正是利用媒体这一特点宣传暴恐犯罪,以期达到制造更大恐慌的目的。要解决这一问题,必须控制媒体对暴恐犯罪血腥、恐慌场面的负面宣传,运用传媒艺术进行正面报道。比如宣传我国公安机关对暴恐犯罪快速侦破、法庭对暴恐犯罪分子依法审判等有利于缓解民众恐慌心理、引导大家合理合法表达诉求的报道,在弘扬社会正气的同时给恐怖分子制造压力,削弱乃至消除其实施暴恐犯罪的思想诱因和实施动机。要善于利用网络阵地进行宣传引导,提高人民群众反恐意识和防恐技巧。

此外,要大力加强网络监管,形成风清气正的网络空间秩序和舆论环境,构建新时代暴恐犯罪防控宣传新平台。针对现在利用网络从事暴恐犯罪呈上升趋势、特别是青少年中出现的暴恐犯罪问题,应严格控制相关网络舆情内容,严防恐怖分子在网络上制作视频从事暴恐宣传。与此同时,由于现在文化交流过程中西方暴力恐怖电影及电视剧大量涌入我国,严重影响着青少年的心理与行为,应对此类题材的作品进行严格审查,限制或禁止其对青少年的开放,并教育青少

年正确利用互联网,使互联网作为传媒窗口和工具能够绿色健康地发展^[15]。随着大数据时代的到来,虚拟空间的数据量呈现爆炸式增长趋势,我们要充分利用公安网监部门、政府相关部门、互联网企业和其他大数据技术力量提升涉恐涉暴网络舆情的引导控制能力,形成良好的网络舆论环境。

(六)加强国际反恐合作

大数据时代使各国、各地区、各部门数据共享、数据联动、数据合作成为可能,大数据资源、技术和思维不断助力国际和区域间的反恐合作迈上新台阶,形成数据引领、共享联动的全球的反恐合力。根据暴恐犯罪与境外“三股势力”联系密切、具有国际性的特征,单靠一国之力难以达到标本兼治,必须扩大国际反恐合作,利用多国之合力进行打击防控。首先,要不断扩大国际警务合作和反恐部门交流协作,学习借鉴各国侦查治理暴恐犯罪的先进理念和技术,加强国家间的执法办案协作,特别是在情报交流、协作抓捕、跨国引渡等方面的合作;其次,倡导进行国际间联合性的暴恐犯罪警务演习,不断提高暴恐犯罪国际警务协作和现场处置能力。

四、结语

习近平总书记在党的十九大报告提出了中国发展新的历史方位——中国特色社会主义进入了新时代,这是一个重大历史性判断。我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾^[16]。与之相对应,在新时代犯罪侦查治理领域的主要矛盾表现为人民群众日益增长的公共安全需要和犯罪侦查治理不平衡不充分之间的矛盾^[17]。暴恐犯罪作为当前社会公共安全领域影响最为突出的犯罪活动之一,需要我们因地制宜、因案施策,充分利用大数据时代丰富的数据资源、先进的数据技术、创新的数据思维,充分发挥群众工作和各部门各行业齐抓共管的优势,全方位、多层次地实现暴恐犯罪侦查治理的数据化、精准化、科学化、系统化。

[参考文献]

[1]刘华.论恐怖主义犯罪的特征和要件[J].犯罪研



究,2009(1):6-10.

[2]王牧.关于暴力恐怖犯罪的几个基本问题[J].山东警察学院学报,2000(01):17-21.

[3]臧建国.“自杀性恐怖主义犯罪”界定探析[J].经济研究导刊,2012(27):276-279.

[4]刘启刚,王超强.大数据时代侦查原理的变革研究[J].铁道警察学院学报,2017,27(03):24-29.

[5]公安部认定第一批“东突”恐怖组织和恐怖分子[EB/OL]. 人民网[2003-12-15] [http://www. people. com. cn/GB/shehui/1060/2247175. html](http://www.people.com.cn/GB/shehui/1060/2247175.html). 2018-11-28.

[6]郝英兵.中国暴恐犯罪的现状、成因及对策研究[J].河南司法警官职业学院学报,2016,14(01):43-48.

[7]王梦瑶,陈刚.全球化背景下对反恐怖策略的思考[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2016,32(03):32-39.

[8]姬艳涛,扈靳璐.个体恐怖主义下的“独狼”行动:成因、特征和危害[J].铁道警察学院学报,2016,26(06):22-27.

[9]李雪野,王恺,唐军.大数据背景下“独狼”式恐怖袭击防控对策研究[J].中国公共安全(学术版),2018(04):16-19.

[10]王超强,刘启刚.大数据侦查的理论基础与实践价

值[J].广西警察学院学报,2017,30(04):50-55.

[11]王超强,刘启刚.大数据时代背景下主办侦查员职业能力核心能力的构建研究[J].河南警察学院学报,2017,26(03):121-128.

[12]王超强.论大数据时代的合成侦查模式[J].广州市公安管理干部学院学报,2017,27(03):13-19.

[13]胡永正.论公交系统反恐防暴体系的构建——基于公交车纵火爆炸案件的分析[J].山东警察学院学报,2015,27(06):13-19.

[14]缪金祥.浅谈暴恐事件治理中的群防群治[J].净月学刊,2016(01):61-67.

[15]刘晓梅.刍议青少年暴恐犯罪新动态[J].青少年犯罪问题,2015(06):60-66.

[16]习近平指出,中国特色社会主义进入新时代是我国发展新的历史方位[EB/OL].新华网[2017-10-18] [http://www. xinhuanet. com//politics/19cpcnc/2017-10/18/c_1121819978. html](http://www.xinhuanet.com/politics/19cpcnc/2017-10/18/c_1121819978.htm). 2018-12-12.

[17]郝宏奎.全名决胜犯罪侦查的战略构想[A].郝宏奎.侦查论坛[C].北京:中国人民公安大学出版社,群众出版社,2018:1-3.

【责任编辑:李英霞】

Research on the investigation and governance of violence and terrorism crimes in China from the perspective of Big Data

Wang Chaoqiang

(Anhui Public Security Education Research Institute, Hefei Anhui 230088, China)

Abstract: As one of the most prominent criminal activities that affect social public security, violence and terrorism crime requires us to analyze its characteristics and development trends from the aspects of economy, religion, nationality, foreign forces and technological development. Fully use mass data resources, advanced data technology and innovative data thinking in the data age, and give full play to the advantages of mass work and the co-management of various departments and industries, to realize the digital, precise, scientific and systematic investigation and governance of violence and terrorism crimes in all aspects and at multiple levels.

Key words: Big Data; violence and terrorism crimes; investigation and governance

【公安理论与实务研究】

网络治理视域下电信诈骗犯罪的心理类型与侦防策略

王世超

(中国刑事警察学院,辽宁 沈阳 110035)

〔摘要〕第四次工业革命引发了移动互联网的普及运用、量子计算时代的到来以及人工智能技术的快速发展,同时也催生了非接触性犯罪。电信诈骗犯罪是非接触性犯罪中发展最为猖獗的一种。电信诈骗犯罪的过程就是非直接接触的心理诱导过程。从心理学角度探析电信诈骗犯罪多发的原因,识别电信诈骗者实施心理诱导的骗术,切断犯罪人与被害人互动链条,以此为基础可以进一步构筑打击电信诈骗犯罪的法治防线、心理防线、科技防线和制度防线。

〔关键词〕网络治理;电信诈骗;心理类型;侦防对策

〔基金项目〕本文系中国刑事警察学院研究生创新能力提升项目资助“智慧公安视域下非接触性犯罪的侦防对策研究”(项目编号 2019YCYB02)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕王世超(1995—),男,河南郑州人,中国刑事警察学院刑事犯罪侦查系侦查学专业 2018 级硕士研究生,主要从事刑事犯罪侦查研究。

〔收稿日期〕2019-12-21

〔中图分类号〕D917.6〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)02-009-05

第四次工业革命引发了互联网络的大发展,互联网成为人类生产生活的重要工具。互联网在改变人类的生产模式、经营模式和生活模式的同时,也成为滋生犯罪特别是非接触性犯罪的温床。电信诈骗犯罪是非接触性犯罪中发展最为猖獗的一种。电信诈骗犯罪是指诈骗者利用互联网通过非直接接触的方式致使被害人产生错误认识,被害人基于错误认识对财产进行处分,造成被害人的财产损失。根据 2019 年上半年 CNNIC 公布的数据,我国网民的数量已达 8.54 亿人,新增网民 2598 万^①。2019 年,全国共破获电信网络诈骗案件 20 万起、抓获犯罪嫌疑人 16.3 万人,同比分别上升 52.7%、123.3%^②。电信诈骗犯罪的过程就是非直接接触的心理诱导过程。那么,如何预防电信诈骗犯罪,及时有效地辨别谎言和识破圈套,揭示骗局和澄清真相,切断犯罪人与被害人互动链条,尽早干预和遏制电信诈骗犯罪显得尤为重要。本文从心理学角

度探析电信诈骗犯罪多发的原因,识别电信诈骗者实施心理诱导的骗术,并在此基础上探讨电信诈骗犯罪的防控策略。

一、电信诈骗犯罪利用的心理类型

(一)利用被害人贪财侥幸心理编造虚假中奖信息实施诈骗

电信诈骗犯罪源于我国的台湾地区,虚假中奖诈骗是其最初的诈骗手法。在电信诈骗犯罪产生的初期,单笔诈骗的数额较小,但诈骗的成功率却相对较高。犯罪分子以丰厚的奖金为诱饵,通过信息、电话等方式向不特定多数人传递虚假中奖信息,谎称对方中了刮刮乐、六合彩、赌马等大奖。诈骗对象怀着侥幸的心理回复、查询时,犯罪分子便以缴纳一定数额的保证金、邮费等钱款作为领奖前提,受害人往往由于抵挡不住

①<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1643402131605336971&wfr=spider&for=pc>.
②<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1656200007765329619&wfr=spider&for=pc>.



中奖金额的诱惑汇款而上当受骗。由此可知,这种诈骗手段主要利用被害人贪图钱财的心理弱点,被害人“自愿”缴纳财物,诈骗人获得财产收益。总体上说,这种诈骗类型属于贪利型电信诈骗犯罪。近年来,随着网络媒体宣传力度的加大和人民群众法律意识的提高,这种诈骗手段在一定程度上得到了遏制,但对少数民众仍具有相当的迷惑性^[1]。

(二)利用被害人恐惧心理虚构绑架实施诈骗

这种诈骗手法在社会治安形势较为严峻、信息相对较为闭塞的条件下,诈骗成功的概率相对较高。一般来说,犯罪分子事先通过非法手段获取被害人亲友的相关信息,然后通过拨打诈骗电话或发送诈骗短信等方式,谎称被害人的亲友遭其绑架,并严令被害人不得报警,否则将撕票。同时,指使同伙冒充被害人的亲友大声呼喊,要求速汇赎金;或者向被害人发送其亲友的照片,致使被害人心理恐慌并产生亲友确实被绑架的错误认识,进而被迫交出财物。这种诈骗手法主要是利用被害人恐慌、焦急等心理,从而获取被害人的财物。由于这种诈骗手法涉及绑架的严重性质,因此犯罪的风险较高^[2]。此外,随着社会治安总体形势日趋好转、司法机关打击力度的不断加大以及通讯条件的日益发达,这种诈骗手法的生存空间也越来越小。

(三)利用被害人贪图小利心理编造兼职实施诈骗

被害人贪图小利心理是经常受到诈骗犯罪分子利用的心理弱点之一,网络兼职就是最常见的诈骗形式。它主要是利用互联网散布虚假兼职信息,提出各种各样的利益诱惑。当缺乏防骗意识的人看到信息时,可能通过信息上犯罪分子留下的电话号码进行联系。犯罪分子捕捉到受害人急于求职和赚取高额报酬的心理,以按照约定返还本金及佣金为诱饵,让受害人在其提供的网店用小额本金购买商品并如数按约返还,骗取受害人的信任并鼓励其多买多赚,贪图小利小惠的受害人就此落入了骗子精心布置的骗局中。被害人被套取大额本金后,犯罪分子往往将其拉黑甚至逃离。该类犯罪受害群体覆盖了上班族、家庭主妇、大学生等社会人群。据统计,我国目

前已经有4.67亿网络用户加入网购行列,其中近40%的人遭遇过电信诈骗^①。犯罪分子正是利用网购的方便快捷和民众防范意识薄弱的特点实施诈骗,诈骗的方式手段多变,费尽心机。^[3]从2019年中国手机安全状况报告表来看,2019年上半年360安全中心截获新增恶意程序92.0万个,平均每天拦截恶意程序攻击数量107.5万个,利用互联网散布虚假兼职信息占23.9%^②。

(四)利用被害人对程序的疏忽、失察心理冒充单位工作人员实施诈骗

补助、救助、助学金诈骗也是近年来高发的一种电信诈骗类型。山东准大学生徐某玉的学费被犯罪分子以发放助学金名义诈骗骗走并致其因情绪激动猝死案的细节被披露,这种诈骗的方式方法也渐渐为公众所了解和熟悉。具体来说,犯罪分子事先通过非法渠道获取公民的个人信息,然后冒充民政、残联、教育、财政等单位的工作人员,编造各种足以使受害者相信的理由,诱使其提供银行卡号,随后将钱转走。这种诈骗手法主要利用了普通民众对国家公共服务机关或公共服务机构的信任和对特定事项(申请补助、救助、助学金)程序的疏忽、失察等心理,从类型上看属于利用疏忽型电信诈骗犯罪。

(五)利用被害人盲目轻信心理炒作保健品实施诈骗

信息化时代的今天,网民可以通过互联网这个信息制造、发布、交互的大平台自由发布帖子、微博等形式的信息。由于网络空间的虚拟性,导致各种各样迷惑人心的虚假信息在网络上肆虐。犯罪分子常常雇用网络水军在某个知名论坛大肆点评、置顶、转发其保健品“包治百病”的帖子。看到这样的帖子,防骗意识薄弱的网民就很容易跳进犯罪嫌疑人设置的圈套,从而购买该产品。实则该产品的作用都是网络水军编造的溢美之词,不仅没有功效,往往还会延误治疗甚至有害于身体。犯罪分子雇用水军炒作保健品的真实意图不过借机敛财而已。

二、电信诈骗犯罪的动因

电信诈骗行为得逞的关键就是营造符合受

①https://www.sohu.com/a/124997740_161623.

②https://www.sohu.com/a/337192496_100102227.

害人心理需要的环境,诱导受害人使其做出受骗行为^[4]。一方面,犯罪行为人以网络为平台,精心设计骗局,营造符合受害人心理需要的环境;另一方面,被害人有贪图利益、盲目自信、轻信他人等侥幸心理。犯罪嫌疑人设计的虚假情境正好契合了被害人的心理需求,被害人投入资金或者发表信息以图换取利益,就会落入违法犯罪分子圈套,导致网络诈骗案件的发生。

(一)高收益、低成本的利益诱惑

马克思在《资本论》中有这样的论述:资本害怕没有利润或利润太少,一旦有适当的利润,资本就胆大起来。如果有10%的利润,它就保证到处被使用;有20%的利润,它就活跃起来;有50%的利润,它就会铤而走险;为了100%的利润,它践踏人间法律;有300%的利润,它就敢犯任何罪行。可见是否会获得利润以及利润的多寡很大程度上影响和决定着人们是否实施某种行为以及实施该行为的方式方法。基于趋利避害的本能,当某种行为带来的好处大于该行为带来的危害,就会刺激、诱发行为人实施该行为;反之,当某种行为带来的好处小于该行为带来的危害,则会抑制、阻碍行为人实施相应的行为。

根据犯罪经济学的理论,犯罪人是理性的经济人,追求效益的最大化是人类活动的普遍动因。犯罪行为人为获得犯罪效益的最大化,会尽可能地降低犯罪成本。据此,“高收益、低成本”是诱惑、促使潜在犯罪人实施电信诈骗犯罪的重要因素之一。

(二)受害人“易骗性”人格特点

从人格特质来讲,受骗人有场依存性的人格倾向^[5]。场依存性特征的人受外部环境的影响比较大,在外部影响的基础上对所获信息进行加工,最后做出的决策偏差往往比较大。易受骗的人一般贪利侥幸心理突出,视野狭窄、思维局限、感情用事,易受他人影响,依赖性强,缺乏主见,尤其是情绪易激动,意志力薄弱,难以经受诱惑。受骗人普遍存在贪图利益思想,有中大奖、撞大运、发大财的侥幸心理,遇到各种诱惑就会情绪激动、丧失理智,降低辨认能力和控制能力。受骗人“易骗性”的场依存性人格特点往往成为犯罪行为实施电信诈骗的切入点。

(三)电信、金融行业管理漏洞

首先,无记名电话卡大量存在。2010年工业和信息化部发布专门文件实施电话实名登记制

度,但实际运行效果并不理想。当前电信业仍然存在大量的灰色地带,无记名电话卡依然大量存在。2016年11月4日,工业和信息化部下发了《关于进一步防范和打击通讯信息诈骗工作的实施意见》,明确要求各基础电信企业加快推进未实名老用户补登记,在规定的时间内未完成登记的一律以停机处理。虽然随着科学技术的发展和诈骗工具的升级,电信诈骗犯罪对于无记名电话卡的依赖程度大不如以前,但不能否认其在电信诈骗犯罪产生和发展的初期所扮演的极为重要的角色。

其次,冒名电话卡严重泛滥。冒名电话卡主要通过两种方式获得:一是犯罪分子利用电信管理漏洞,通过捡拾、偷盗或者伪造的身份证件办理的电话卡;二是犯罪分子利用利益诱惑,通过向特定群体(农民工、在校学生等群体)高价收购以他人真实身份办理的电话卡。实践表明,冒名电话的大量泛滥对于电信诈骗犯罪产生、发展和变化起到了推波助澜的作用。

再次,VOIP网络电话业务缺乏有效监督。随着通信网络的快速发展和手机的快速普及,网络电话业务得到广泛运用。然而,一些电信运营商为了单纯追求经济利益,在出租网络电话过程中没有履行严格审查义务,有时甚至违规放号或者将“透传”线路一并违规出租,再加上可以透传任意号码,为犯罪分子利用这一网络缺陷进行电信诈骗犯罪提供了便利条件。

最后,网络监督严重缺位。众所周知,互联网网络最大的特点就是虚拟性、超时空性,它为犯罪分子获取犯罪工具、拓展犯罪空间和范围、逃避司法机关打击和处理提供了重要的“平台”与“通道”,进而威胁民众的财产安全和社会的和谐稳定。例如,犯罪分子往往利用网络监管不严的条件,非法获取公民个人信息、非法批量购买无记名电话卡、非法收购以他人身份办理的银行卡,从而为实施电信诈骗犯罪创造条件。

三、电信诈骗犯罪的心理动态过程

诈骗者通过诱饵调动被害人情绪、激发被害人的欲望,致使其理智降低、情绪冲动、认识狭隘,逐步丧失辨认和控制力,最终上当受骗。在不同的阶段被害人心理状态有不同体现。

(一)寻求作案目标

在电信诈骗犯罪案件实施过程中,寻求作案



目标属于前期的准备阶段,这一阶段犯罪嫌疑人的心理活动十分复杂激烈,包括意向的萌发、动机的产生、决意的产生。在这些意念的促使下,犯罪嫌疑人通过网络方式普遍撒网,吸引更多的人注意,然后以打电话、发信息、网络游戏等方式接近、吸引受骗者。从被害人一方的心理来看,此时被害人警惕性比较高,还处于怀疑、不信任的心理状况。

(二)抛出诱饵

诈骗嫌疑人以发奖品、给福利等方式作为诱饵讨好、引诱被害人。被害人尝到甜头后,建立了对犯罪嫌疑人的信任,逐渐放松警惕。诈骗嫌疑人的这种方式主要利用了被害人爱占小便宜的心理,利用小恩小惠逐步引诱受骗者进入自己提前设置的圈套之中。

(三)实施诈骗

在被害人得到好处,走上犯罪嫌疑人预先设置的轨道欲罢不能时,不断激发被害人的“获利动机”,诱使其获利情绪高涨,理智降低,失去判断力。这时诈骗者往往通过提供银行卡号、让受骗者点击网络链接、发送验证码等形式,一旦被害人点击链接进入网站,发送了验证码,钱款就会直接转入犯罪嫌疑人账号中。当被害人意识到自己被骗的时候,诈骗嫌疑人早已逃之夭夭。

(四)被害人悔恨

诈骗嫌疑人得到钱款后就会迅速拉黑被害人甚至废弃账号逃离网络。而被害人往往在实际损失发生且利益无法挽回时才突然警醒,然后陷入极度的悲伤与悔恨之中。尤其在有的贫困家庭中,被害人由于钱款被骗损失惨重,心理受到强烈刺激,甚至由于过度悲愤悔恨突发疾病或者走向轻生。前文所提及的山东的准大学生徐某玉就是一个非常典型的案例。

四、电信诈骗犯罪的防控策略

鉴于电信诈骗犯罪的严重社会危害性,对于此类犯罪必须严厉打击、综合施策,实行源头治理、打防结合,建立标本兼治的智慧治理模式。这需要个体、社会、执法与金融部门通力配合、综合治理,共同构筑打击电信诈骗犯罪的铜墙铁壁。

(一)筑牢打击电信诈骗犯罪的法治防线

立法部门及时修订电信、金融管理方面的法律法规,制定位阶更高、内容更新、体系更全的电信法已迫在眉睫。针对《电信条例》中存在的诸

多问题,为加强电信管理、堵塞管理漏洞,应当在借鉴相关国家和地区立法经验的基础上,重申移动电话等通讯工具申办的实名登记制度,明确对移动电话卡私自过户、买卖等行为的法律规制。检察机关对于电信诈骗案件要给予足够的重视,只要符合起诉条件立即起诉,以提高办案效率。公安机关要加大针对电信诈骗犯罪的打击力度,从源头上抑制违法犯罪分子的作案动机;经侦部门作为打击涉经济类犯罪案件的专业队伍,要及时摸清电信诈骗犯罪的手段方法,根据新的犯罪特点及时调整打击策略,提高电信诈骗犯罪的侦查能力,塑造“不敢骗”的良好法治环境。

(二)筑牢打击电信诈骗犯罪的心理防线

加强对民众安全防范心理的引导和教育。通过电视、网络等媒体宣传,或者社区走访、法治宣传等活动揭露电信诈骗的方式方法,普及预防措施,全方位、多角度地促进民众增强防骗意识、提高防骗能力。一方面,引导民众消除不良心理因素,击碎诈骗犯罪得以实施的心理基石。诸如急功近利、投机钻营、盲目轻信,冲动冒险、急于求成、疏忽大意等,摧毁了这些消极心理因素,诈骗犯罪也就无法扎根^[6]。另一方面,通过防范电信诈骗犯罪的宣传和教育,提高民众对电信诈骗犯罪手段方式的识别,加强对电信诈骗犯罪的警惕和积极预防。

(三)筑牢打击电信诈骗犯罪的科技防线

科学技术与犯罪之间的关系较为微妙。一方面,科学技术为高科技犯罪提供了便利条件;另一方面,防控犯罪尤其是防控高科技犯罪又有赖于科学技术有效发挥作用。电信诈骗犯罪就是最为典型的一种。对此,要充分利用科技手段建立科学的防骗运行机制。一是构建可疑账户预警机制。具体来说,银行等金融机构首先应当对一人多卡、异地办卡、资金流动异常等账户进行甄别和监控,并将甄别和监控的有关可疑情况通报给司法机关;司法机关经过调查,一旦确定该可疑账户为涉案账户或曾用于转移赃款,银行等金融机构就应将该账户的开户人列入黑名单,并根据有关情况决定是否查封其所有银行账户^[7]。二是建立金融转账、汇款风险提示制度。电信诈骗犯罪中,许多被害人之所以“自愿”向犯罪分子转账或汇款,往往是由于一时的疏忽。为提高储户的风险防范能力,银行等金融机构应建立金融转账、汇款风险提示制度。具体来说,储户无论

是从自动取款机还是从网上银行,抑或是从银行柜台转账、汇款都应得到相关的风险提示,从而避免储户的损失。韩国就曾在部分自动取款机上安装、设置了防御系统,向被害人进行风险提示,并取得了良好的效果^[8]。三是及时监控、堵截、删除垃圾信息,依法关停不良网站和违法账号,必要时对相关责任人员进行追责并处以行政处罚;提高网络监控能力,力争在犯罪嫌疑人还未“钓到鱼”前迅速将其抓获,避免受害人遭受经济损失。

(四) 筑牢打击电信诈骗犯罪的制度防线

诈骗犯罪的最终目的无非是骗取钱财,网络只是他们犯罪的工具,电信诈骗行为必然会在网络上留下大量电子证据,而且诈骗者往往使用电话与被害人沟通交流,银行账户、转账、消费信息以及电话号码就是侦查工作的重点。因此,公安机关要与相关部门相互协作、综合治理,才能强有力地净化互联网环境^[9]。按照公安部侦办电信诈骗案件新机制的要求,公安机关应该加强各部门间的合作。一是加强与通信部门的沟通协作。通过查找犯罪嫌疑人实施犯罪时使用的电话号码,利用技侦手段及时进行追踪,查找并确定数据源头及地点,并在通信部门的协助下获取犯罪证据。二是加强与金融部门联合。公安机关应当与银行等金融部门建立密切联系、加强合作,对犯罪嫌疑人使用的银行账户进行查询,通过逆向查寻非法资金链条流向、调取取款时的有

关监控录像等有效方式,获取破案线索。另外,金融部门应积极配合公安机关的侦办工作,减少不必要的手续环节,为公安机关顺利侦办案件提供绿色通道^[10]。

[参考文献]

[1]李永涛. 电信网络新型诈骗犯罪侦查与治理研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2018:22-23.
[2]吕尧,马李芬. 心理学视角下电信诈骗犯罪的特点与对策[J]. 四川警察学院学报,2018(01):34-39.
[3]顾伟. 电信诈骗犯罪案件的规律、特点及打防对策[J]. 政法学刊,2013(01):111-115.
[4]黄凤珍,林红霞. 加强打击网络信息诈骗犯罪[N]. 莆田晚报,2016-1-24(06).
[5]吴朝平. 电信诈骗:作案手法、高发原因及防范对策[J]. 海南金融,2015(01):41-45.
[6]冷斐. 我国电信诈骗犯罪成因及预防对策研究[D]. 山东:中国海洋大学,2011:11-12.
[7]宋平. 电信网络诈骗的心理解析及其防控[J]. 广西警察学院学报,2017(01):121-125.
[8]陈晓娟. 我国电信网络诈骗犯罪的犯罪学分析[J]. 山东警察学院学报,2017(05):119-125.
[9]彭瑞楠. 电信诈骗犯罪被害人心理研究[J]. 安徽警官职业学院学报,2017(02):26-31.
[10]邵晓顺. 犯罪心理内容及其分析路径探究——以罪犯教育改造为视角[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报),2019(04):82-91.

【责任编辑:李英霞】

Psychological types of telecommunication fraud crimes and detection and prevention strategies from the perspective of network governance

Wang Shichao

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

Abstract: The fourth industrial revolution triggered the widespread use of the mobile internet, the arrival of the era of quantum computing and the rapid development of artificial intelligence technology, and also spawned non-contact crime. Telecommunication fraud crime is the most rampant type of non-contact crimes. The process of telecommunication fraud crime is a process of indirect psychological induction. From the perspective of psychology, analyze the reasons for the occurrence of telecommunication fraud crimes, identify psycho-induced fraud implemented by telecommunication fraudsters, and cut off the interaction chain between criminal and victim. On this basis, we can further build a legal, psychological, technological and systematic defense line to combat telecommunication fraud crimes.

Key words: network governance; telecommunication fraud; psychological types; detection and prevention countermeasures



【司法理论与实务研究】

“一带一路”倡议下优化检察机关 “四大检察”职能实证研究

——以X自治区检察机关为视角

康 锦,宋伟锋

(新疆维吾尔自治区克拉玛依市人民检察院,新疆 克拉玛依 834000)

〔摘 要〕“一带一路”^①倡议是新时期党和国家经济发展的新部署,涉及政治、经济、法律、文化等多方面。检察机关作为国家法律监督机关,必须准确定位角色,担负起保障和服务“一带一路”建设的责任,营造优质的营商环境。以X自治区检察机关为视角,探讨检察职权服务“一带一路”的必要性;以“四大检察”职能为抓手,发现检察机关服务“一带一路”中存在的现实困境,进而进行主客观方面原因分析,从立法、机制、人才培养等方面提出意见建议,以有效促进检察机关实现保障和服务“一带一路”的目标。

〔关键词〕“一带一路”;“四大检察”;市场主体权益

〔基金项目〕本文系2019年度最高人民检察院检察应用理论研究课题成果“‘一带一路’经济带背景下疆内城市转型法律服务保障研究”的阶段性研究成果。

〔作者简介〕康锦(1962—),女,四川崇州人,新疆维吾尔自治区克拉玛依市人民检察院党组副书记、检察长,主要从事检察实务研究;宋伟锋(1984—),男,陕西岐山人,新疆维吾尔自治区克拉玛依市人民检察院检察官助理,主要从事民商法学和经济法学研究。

〔收稿日期〕2019-12-06

〔中图分类号〕F125;D926.32 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-014-08

“一带一路”倡议下,2018年沿线国家对华投资60.8亿美元,我国对沿线国家直接投资162.7亿美元,在沿线国家对外承包工程完成额893.3亿美元;2018年,中欧班列开行6363列,运送货物54万标箱,全年与“一带一路”沿线国家的贸易额达到1.3万亿美元,增长16.3%。作为丝绸之路经济带核心区的X自治区,紧抓核心区建设契机,借助中巴经济走廊,积极参与瓜达尔港项目、霍尔果斯经济合作区及哈克图口岸运营,为实现打赢脱贫攻坚战、污染防治攻坚战做出了有益的探索。

检察机关作为国家法律监督机关,对保障“一带一路”建设、营造良好的法治环境起到不容

忽视的作用。X自治区检察机关牢记初心使命,立足服务一带一路建设,以内设机构重组、优化四大检察职能为契机,先后制定检察机关服务非公经济10条措施、《X自治区人民检察院关于依法保障和服务支持民营企业健康发展的实施意见》等规范性文件,为民营企业发展营造良好的法治环境。截至2019年7月,X自治区检察机关举行中哈边境地区检察机关2次定期会晤,讨论服务“一带一路”建设问题;严厉打击侵犯非公企业和非公经济人士合法权益犯罪,批捕230人、起诉239人,为“一带一路”建设营造良好的法治环境作出了较为突出的贡献。

笔者在中国知网以“一带一路”为关键词查

^①“一带一路”是指“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的简称,2013年9月和10月由国家主席习近平分别提出建设“新丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的合作倡议,旨在借用古丝绸之路的历史符号,高举和平发展的旗帜,积极发展与沿线国家的经济合作伙伴关系,共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

询,显示 2378 条论文信息;而以“一带一路+检察”为关键词,则未搜索到 1 篇论文。管中窥豹,可以说明目前关于检察机关服务“一带一路”的理论研究较少。从理论层面,检察机关服务“一带一路”建设理论支撑较为薄弱,不利于发挥检察职能作用,更好地保障“一带一路”建设。本文结合 X 自治区检察机关优化“四大检察”^①职能的工作实际,对检察机关服务“一带一路”建设理论认识、如何服务“一带一路”、服务过程中存在的困境提出自己的建议,以期对新时代检察工作更好地服务“一带一路”建设有所裨益。

一、检察机关服务“一带一路”建设有章可循

(一) 实践基础——“一带一路”建设的实践需要

“一带一路”作为区域合作平台,旨在打造政治互信、经济融合、文化包容的人类命运共同体。经济基础决定上层建筑,而上层建筑与经济基础对立统一。法律及司法等制度要适应生产力发展现状,才能反作用于社会发展。“一带一路”的区域合作经济发展模式,要求“一带一路”沿线国家和地区配套相应的法律、司法及文化等制度。“一带一路”经济发展魅力在于抱团发展,建设内容涉及政治、经济、法律及文化等诸多内容,参与发展的市场主体最迫切关心的是规则的稳定性、可预见性。规则是保障参与者投资和经营的法律依据,保障规则运行是降低参与者风险的有效途径。

据统计^②:截至 2018 年底,中国已累计同 122 个国家、29 个国际组织签署政府性合作文件;2018 年中欧班列累计开行突破 12000 列,年运送货物总值 160 亿美元;2013 年—2018 年,我国与“一带一路”沿线国家进出口总额达 64691.9 亿美元,建设境外经贸合作区 82 个。截至 2018 年 4 月,我国与 61 个“一带一路”沿线国家建立 1023 个友好城市,丝路旅游、留学成果显著。“一带一路”倡议带动了沿线区域合作全方位化,经济、文化合作规模巨大,急需进一步加强法律制度建设,强化参与者规则意识,这就需要检察机关在

司法活动中强化检察职能,从而有效保障规则的执行。

(二) 立法基础——立法运行机制的迫切需要

从宪法法律层面看,我国《宪法》第 134 条规定“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”,从而明确了检察机关作为法律实施监督者,有责任、有义务参与法律秩序的构建,保障法律的良性运行。我国现行《人民检察院组织法》第 1 条第一款规定与《宪法》相似;其第二款规定“人民检察院通过行使检察权,追诉犯罪,维护国家安全和社会秩序,维护个人和组织的合法权益,维护国家利益和社会公共利益,保障法律正确实施,维护社会公平正义,维护国家法制统一、尊严和权威,保障中国特色社会主义建设的顺利进行”,阐述了检察机关通过行使检察权落实法律监督的责任。

“一带一路”法制环境建设,为参与“一带一路”建设的市场主体合法权益保护提供了法治依据,为经营活动营造了良好的营商环境。检察机关参与司法活动,是使检察权优化为“四大检察”职能,打击“一带一路”沿线犯罪,保障中外投资者和经营者人身财产安全,监督法律实施的法定职责。2019 年 3 月通过的《外商投资法》是对“一带一路”倡议到立法的再升华,从投资促进、投资保护及投资管理三个层面,对外国投资者实行国民待遇、对外国投资者的投资不实行征收、负面清单管理等规定,为外国投资者参与“一带一路”经济建设提供了动力和信心。各区域检察机关要立足“四大检察”职能,保障“一带一路”相关立法得到良好运行。

(三) 党的领导——贯彻落实党的领导集中体现

习近平同志在十九大报告中指出:“坚持党对一切工作的领导”。2019 年,中共中央印发的《中国共产党政法工作条例》(以下简称《条例》)第 1 条规定了“坚持和加强党对政法工作的绝对领导……”,以党内法规的形式,为党对政法工作

①“四大检察职能”于 2019 年 1 月 17 日由最高人民检察院检察长张军在全国检察长会议上提出,包括刑事、民事、行政、公益诉讼检察。

②百度数说和中国一带一路网联合出品:“数说一带一路成绩单”,载“中国一带一路网”<https://www.yidaiyilu.gov.cn/jcsj/dsjkydl/79860.htm>。最后访问时间:2019 年 7 月 20 日。



的绝对领导提供了政治依据;《条例》第3条第三款规定了检察机关作为政法单位之一;第6条“政法工作应当遵循的原则”第四项规定:“坚持服务和保障大局,为推动经济持续健康发展和保持社会长期稳定提供法治保障;……”。

“一带一路”倡议由习近平总书记于2013年提出;2015年2月,中央成立“一带一路”建设工作领导小组。“一带一路”建设是党和国家对我国对外开放政策的延续,也是党和国家对今后经济领域的重大工作决策部署。检察机关作为政法机关,服务“一带一路”建设是体现贯彻党对政法工作绝对领导的集中体现。2017年,最高人民检察院出台《最高人民检察院关于进一步履行检察职能为推进“一带一路”建设提供司法服务和保障的意见》(以下简称《意见》),要求各级检察机关为推进“一带一路”建设迈向更高水平提供优质高效的司法服务和保障。2019年1月17日,最高检党组书记、检察长张军在全国检察长会议上强调,“检察机关是政治性很强的业务机关,是业务性很强的政治机关”;2019年3月12日,张军检察长在十三届全国人大二次会议上进一步提出“……更好地服务一带一路建设,深化中越、中哈、中尼等边境地区检察机关直接合作……”。检察机关服务“一带一路”建设,是落实“四个意识”和“两个维护”的题中之义。

二、X自治区检察机关强化检察职能助推“一带一路”建设

(一)X自治区检察机关以“四大检察”职能助推“一带一路”的现状

作为丝绸之路经济带核心区,X自治区在“一带一路”建设中起到至关重要的作用。X自治区检察机关肩负着保护中外投资者和经营者人身财产安全的责任,为核心区营商环境和法治环境提供司法保障。X自治区检察机关以内设机构重组为契机,以优化“四大检察”职能为抓手,从根本上改变“重刑轻民”的传统理念,“做优刑事检察工作、做强民事检察工作、做实行政检察工作、做好公益诉讼检察工作,推动“四大检察”

全面协调充分发展”^①,更好地推动“一带一路”建设的顺利进行。

1. 优化刑事检察

X自治区检察机关以服务营商环境为中心,针对“一带一路”沿线区域经济模式突出的犯罪类型,集中业务骨干开展专项打击,努力提高办案质量和效率。2018年全区检察机关依法严惩侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品犯罪,批捕109人,起诉45人;批捕污染环境、破坏生态资源领域犯罪嫌疑人74人,起诉296人。通过刑事责任追究,严厉打击破坏“一带一路”市场经济秩序犯罪和破坏环境、生态资源类犯罪,贯彻“一带一路”绿色发展理念,构建公平公正的营商环境。

2. 做强民事检察和行政检察

一是借助外脑,做精做细民事诉讼监督和行政诉讼监督。2019年自治区检察院聘任包括高校教授、资深律师、专家学者在内的60名专家咨询委员^②,涉及民事、行政、刑事、金融和环境等领域,借助社会力量提升监督质量,提升民事行政监督解决深层问题的能力。2018年,全区检察机关办结审判程序、审判人员违法行为监督案件59件;办结生效裁判监督案件2061件,息诉890件;办结执行活动监督案件300件。二是提升检察建议质量,采取检察建议回头看专项工作,增强其刚性。2019年上半年,全区检察机关共制发各类检察建议1494件,收到回复724件,回复率48.46%;已回复的检察建议采纳数713件,采纳率98.48%,效果良好。

3. 强化公益诉讼检察

2019年,全区检察机关消除公益诉讼立案空白和诉前程序空白,立足公益目的、探索公益诉讼新领域,不断推进公益诉讼检察工作向纵深发展。2018年,全区检察机关办理公益诉讼案件4603件,办理生态环境领域检察公益诉讼案件1081件;督促相关部门清理生活垃圾168吨、生产类固体废物975吨;督促276家诊所依规处理医疗污水;恢复被污染破坏的国有林地和生态公益林7272亩,清退还林2638亩;督促整改网络餐

①参见《推动四大检察 全面协调充分发展——学习贯彻习近平总书记中央政法工作会议重要讲话系列评述之二》,载《检察日报》,2019年1月23日。

②参见鲍静:《发挥社会力量充分用好“外脑”新疆维吾尔自治区检察院聘任60名专家咨询委员》,载《法制日报》,2019年5月9日。

饮平台 72 个、门店 3090 家。全区检察机关以公益诉讼职能为抓手,对破坏生态环境、危害食品药品安全等损害社会公共利益的行为依法处置并监督整改,有效发挥了检察机关的法律监督作用。

为保障“一带一路”建设有序推进,自治区检察机关在办案过程中不断总结经验,积极探索“个案一类案一社会治理机制”模式,创新社会治理,实现“办一案,影响一片”,有效保障民营经济合法权益,促进民营经济为“一带一路”建设持续注入活力。自治区检察院在细化完善“检察机关服务非公经济 10 条措施”的基础上,2019 年制发了《X 自治区人民检察院关于依法保障和服务支持民营企业健康发展的实施意见》,以规范化文件形式将保障民营经济措施固定下来,不断完善服务民营经济的司法保障措施,适应“一带一路”经济建设发展新要求。截至 2019 年 7 月,自治区检察院举行中哈边境地区检察机关 2 次定期会晤,讨论服务“一带一路”建设问题;严厉打击侵犯非公企业和非公经济人士合法权益犯罪,批捕 230 人、起诉 239 人,有效保障了全区民营经济的健康有序发展。

(二)“四大检察”职能驱动“一带一路”建设的困境

1. 对“一带一路”建设认识不够系统

“一带一路”倡议作为党中央的决策部署,需要党政各单位分工合作才能有序推进。立法、行政、司法等机关作为党领导下的政法单位,必须服从中央决策部署,积极参与“一带一路”建设,检察机关当然不能缺位。“一带一路”建设是一个庞大的系统工程,涉及政治、经济、法律、环境及文化等多个领域,必须通过法治建设为之提供制度依据。“法律的生命力在于实施,法律的权威也在于实施。”作为《宪法》授权的国家法律监督机关,检察机关负有保障法律实施的当然责任。

绿色发展是“一带一路”建设的应有之义。“一带一路”沿线国家负有保护区域环境的共同责任。社会上对“一带一路”的认识主要集中在投资贸易上,对保护环境等绿色发展理念有所忽

视,因而,在建设过程中破坏环境和生态资源导致企业投资项目终止等案件较为多发。当前,检察机关对发挥公益诉讼职能服务“一带一路”建设仍然存在认识不清的现象,导致探索公益诉讼服务“一带一路”建设范围狭窄。一带一路倡导的是合作、共赢理念,其内容自然包括“引进来”和“走出去”两部分。当前仍然有部分人误认为,“走出去”才属于参与一带一路建设,为“走出去”企业提供服务才属于服务“一带一路”。笔者认为,检察机关充分发挥检察职能作用,全面营造“引进来”和“走出去”的营商法治环境,才是对服务“一带一路”的全方位认识。

2. 司法交流合作层次有待提升

2019 年 4 月,自治区检察院完成内设机构改革,在法律政策研究室下挂国际合作处,拓展与中亚各国国际司法交流合作业务,完善交流合作机制。X 自治区地处祖国西北边陲,与俄罗斯、哈萨克斯坦等 8 个国家接壤,涉及跨国犯罪的检察业务不少,但目前在办理跨国有组织犯罪、贩卖毒品和人口、洗钱、侵犯知识产权等犯罪方面,开展国际司法协助的数量依然有限。据统计^①,2012 年至 2017 年,最高检共办理国际刑事司法协助案件 600 余件;截至 2019 年 7 月,自治区检察院完成 2 次中哈边境合作会晤。

笔者认为,自治区检察院开展国际司法交流合作的真正目的是处理“一带一路”建设中存在的司法案件争议,构建稳定、安全的司法环境秩序;交流合作层次应当从会议层面上升到国际司法协助调查层面,以解决争议为目的。当前,自治区检察院法律政策研究室(国际合作处)擅长涉外法律业务的专业人员较为缺乏,开展中亚等相关国家法律政策研究有所不足,办理合作交流会议的层级较为有限,不利于开展有效会晤、解决实质问题。

3. 保护中外市场主体合法权益不足

(1)业务认识方面的偏差。长期的“重刑轻民”思想认识,束缚了检察机关以民事行政检察方式保护市场主体合法权益的工作主动性。由于存在认识误区,很多人认为只有打击跨国犯

^①参见郑赫南:《加强司法协作:中国检察给民众带来哪些获得感》,载《正义网》,http://news.jcrb.com/jxsw/201709/t20170909_1795591.html. 最后访问时间:2019 年 7 月 21 日。



罪、电信网络诈骗、偷越国边境、侵犯知识产权等犯罪才是检察机关当然职责,对于民事行政监督方面保护有时无所适从。尽管每年检察机关都要求组织召开非公经济座谈会,但是实际工作中对非公经济的民事行政手段保护还不够到位,这里当然也存在自身本领不足的原因。

(2)保护范围方面的偏差。部分检察人员认为办理发生在中欧班列、H 边境合作区等口岸内的盗窃、抢劫、侵犯知识产权案件,以及自治区与其他国家接壤的地州市发生的偷越国边境案件才算服务“一带一路”的案件。自治区 W 市、T 市、C 市及 K 市、S 市等地方地处内陆,不与他国接壤,与保障服务“一带一路”关系不大,但忽视了自治区整个地区都属于丝绸之路经济带核心区这一地域特点。

(3)保护企业属性的偏差。众所周知,X 自治区属于国家煤电油等工业基地,海外投资主要依靠中石油、中石化等国有企业,民营企业主要为第三产业。根据检察机关的惯性思维,服务国有企业就是保护国家财产、公共利益,民营企业属于私有性质,重要性比不上公有制经济。尤其是像 K 市等部分工业化城市,中石油等国有企业是海外投资主体,财政收入主要依靠国有企业。然而,从全区对外经济看,2018 年国有企业进出口总额为 39.17 亿美元,而私营企业的相关数据则为 158.18 亿美元^①。可见,自治区民营经济在对外经济发展中地位凸显。如何保护好民营经济,降低民营企业海外投资的风险是活跃“一带一路”经济带的主要任务。国企海外投资即使遇到各种风险,也会得到国家层面的强力支持,而民营企业因其性质则可能一败涂地。因此,民营企业更看重投资风险。检察机关要依法为民营企业营造平等、公平、公正的营商环境,处理好行政监督案件,防止出现行政机关推诿扯皮、以罚代刑等问题^②,消除民企参与“一带一路”开发建设的后顾之忧。检察机关对中外市场主体合法权益的平等保护,是深化“一带一路”法治环境的有效措施。

4. 压缩民事和行政检察空间

我国检察机关对民事、行政案件监督属于诉讼监督,监督的案件是已经生效的民事、行政案件,依靠审判监督程序进行。检察机关除了公益诉讼案件,其他民事、行政案件都要待裁判生效才能介入。立法对检察机关监督民事、行政案件作出了严格限制,一方面要求生效裁判,另一方面将当事人申请检察机关介入的范围限制在法院处理再审不当情况下。《民事诉讼法》第 14 条规定,“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”;第 209 条规定了当事人向检察机关申请检察建议或者抗诉的情形。从《民事诉讼法》规定看,检察机关对民事案件是被动介入,限制了民事检察职能作用发挥;《行政诉讼法》相关规定也是如此,对行政案件属于生效裁判监督,行政检察职能作用发挥有限。由于检察机关调查核实权缺乏强制措施,充实调查核实权成为强化法律监督的必然要求^③。

三、影响“四大检察”职能服务“一带一路”建设的原因分析

(一)主观方面的因素

从主观方面考虑,检察机关和企业对“四大检察”职能和“一带一路”建设的认识误区,造成检察机关职能发挥受到限制,不利于保障和服务“一带一路”建设。国际司法交流合作及保护市场主体权益不足,解决实际司法问题有限,也是检察机关职能发挥受限的重要原因之一。

在检察机关发挥“四大检察”职能作用保障和服务“一带一路”过程中,由于服务“一带一路”职能与法律监督者定位不匹配,造成检察机关营造服务“一带一路”法治环境存在滞后性。一方面,检察人员对“一带一路”的认识和专业能力都有局限性;另一方面,企业参与“一带一路”建设过程中与行政机关交集多,更多关注的是政府投资贸易优惠政策如税收、金融政策,大多数企业基于认识不足,注重短期利益,过分强调投资贸易行政手续便利化,对风险考虑不周或者不配合配合检察机关工作以降低风险。这些因素决定

①数据来源于新疆维吾尔自治区统计局 2019 年 3 月 22 日发布的“新疆维吾尔自治区 2018 年国民经济和社会发展统计公报”。

②参见林徽:《基层检察视角下服务营商环境的路径》,载《辽宁公安司法管理干部学院学报》,2017 年第 6 期,第 36 页。

③参见季卫华,李强,王胜利:《新时代检察机关的职能优化》,载《天津行政学院学报》,2018 年第 6 期,第 28 页。

了检察机关参与“一带一路”的作用受到限制。

(二) 客观方面的因素

阻碍检察机关保障和服务“一带一路”建设的客观因素较多,但主要因素是立法对检察机关发挥法律监督作用的规定。参与“一带一路”建设的市场主体遇到纠纷,更关注快速解决矛盾纠纷的方法。进入司法程序是一个耗费时间成本、资金成本及精力成本的手段,市场主体通常不愿意采取司法程序解决纠纷,何况《民事诉讼法》与《行政诉讼法》规定检察机关在法院裁判生效后才可以介入民事、行政案件。市场主体启动法院民事、行政程序的意愿本不强烈,而立法将检察机关“四大检察”职能发挥限制于诉讼活动中,直接影响到检察机关服务“一带一路”主观能动性的发挥。

从法律运行看,我国现行的法律运行模式为“立法—执法—司法—监督”,检察机关对于民事、行政检察监督是诉后实施,而对刑事检察监督贯穿于诉前、诉中及诉后。法律监督工作是一门实践性工作,需要接触案件办理全过程,否则监督效果就会减弱。实践中刑事检察比民事行政检察取得了更好的监督效果,也有这方面原因。

四、完善检察机关服务“一带一路”建设的建议

(一) 提升专业素能,拓宽知识储备渠道

检察机关既要拓展和增强法律专业知识和办案能力,又要扩展和深化对国家经济大政方针的学习。作为“一带一路”建设的保障服务者,检察机关懂得“一带一路”涉及的内容,熟悉“一带一路”推进过程中存在的法治困境,对“四大检察”职能了如指掌,才能掌握保障“一带一路”建设的根本能力。

一是加强入职教育。对新入职干警进行政治教育、业务技能及宏观经济政策培训。建立导师帮带制,选派业务骨干担任年轻检察人员的指导老师,与其签订师徒结对协议,传授工作方法和业务技能。二是加强业务培训。立足常规培训,增加自主培训,分类分层选派各条线干部参加各类业务培训。如 K 市检察院选派 16 人参加国家检察官学院 4 期培训班学习,并与国家检察官学院签署创新实践基地,邀请 10 名高检院业务

专家和国家检察官学院教授来 K 市授课;鼓励干警提升学历层次,加强在职教育,为干警攻读硕士、博士提供时间、费用保障。三是增强实践培训力度。针对典型案例及检察工作热点、难点开展专题研究、重大检察专题研究和重大疑难案件办理;组织或参与各类业务竞赛;派业务骨干到经济发达地区检察机关参加岗位实践锻炼;用好国家检察官学院培训资源和优质师资力量,实施“点对点”精准式培训,着力培养一批检察业务专家及复合型人才。四是拓宽“一带一路”知识储备。自治区作为丝绸之路经济带核心区,随着“一带一路”建设的深入推进,对营商环境、法治环境要求不断提高,自治区检察人员处理涉及“一带一路”沿线的犯罪及纠纷会日益增多,这就要求全区检察人员对恐怖主义、经济金融、知识产权、环境及大数据等知识熟练掌握、灵活应用。除了单位组织定期培训“一带一路”知识外,干警还要增强自主学习经济金融、环境公益等知识技能的积极性,发挥内因的根本性作用。

(二) 构建司法交流合作机制,加强涉外检察理论研究

当前,自治区检察机关司法交流合作水平有待提升。尽管举办了两届中哈边境会晤会议,但是有些检察人员中亚等周边国家检察职能、法律政策及我国与其存在的争议问题仍然掌握不透,相关研究有待于进一步加强。

1. 建立司法交流合作机制

充分发挥自治区检察院国际合作处平台作用,创新检察国际司法交流合作新机制,推动“一带一路”建设中发生的跨国犯罪、知识产权、环境、互联网犯罪等案件的司法协助调查,做到有罪必追,消除犯罪分子利用自治区与中亚、高加索等八国交界的特殊地理位置逃避犯罪制裁的企图。推动国际司法交流合作向深层次发展,解决好国际司法协查问题,推进检察机关创新“一带一路”社会治理。自治区检察机关要发挥好国际合作处和“中哈边境地区检察机关会晤定期机制”作用,解决法治建设和社会治理实际问题,推进国际司法领域合作实质化。

2. 加强涉外检察理论政策研究

增强对自治区与“一带一路”沿线等国检察职能及法律政策学习,加强涉外检察理论研究,



加大研究激励机制,提升检察人员学习研究主观能动性,培养一支熟悉中亚等国检察理论及法律政策的理论研究队伍。这些国家由于与自治区接壤,发生跨国犯罪的概率更大,需要国际司法协助机会更多。学习这些国家的经济、法律、政治、环境、文化等知识,有利于为自治区“走出去”和“引进来”提供制度依据,有效保护中外投资者合法权益,精准打击跨国犯罪,对国际司法合作机制的发挥起到推动作用。如中哈边境地区检察机关会晤,自治区检察机关熟悉周边国家检察机关职权和法律政策及自治区与这些国家存在的争议问题,就可以在相关问题讨论中取得实质性进展;即使自治区检察机关职权与国外检察机关职权不对应,也可以就处理解决相关问题为党委和政府提供参考依据。

(三)“四大检察”职能并重,公益诉讼检察突破瓶颈

检察机关的“四大检察”职能作用发挥不均衡,就好比一架马车四个轮子大小不一,个别轮子再大也不如四个轮子齐驱并驾跑得快、拉得多。过去,检察机关“重刑轻民”思想严重,经常造成刑事检察强、民事检察弱的局面。数据显示,2018年自治区各级人民法院审结各类案件总量为42万件,其中审结刑事案件74348件,审结民商事案件187725件^①。可见,当前社会经济形势下刑事案件在全部案件中所占比例较小,民商事案件已经占据了诉讼案件的半壁江山。尤其是近年来虚假诉讼案件不断增多,恶意逃避债务事件屡屡发生,虚假诉讼监督已然成为民事检察工作重点,必须引起检察机关的高度重视。

在做好刑事检察工作基础上,检察机关应当充分发挥民事行政检察作用,突出公益诉讼检察,营造“一带一路”区域下良好的营商环境,维护公平、公开、正当的竞争关系。扫黑除恶工作作为刑事检察工作一部分,也是服务“一带一路”的具体体现,必须下大决心、花大力气打掉“一带一路”上的黑恶势力及其“保护伞”。公益诉讼检察作为民事行政检察工作的补充,要实现检察机关主动权,对涉及国家利益或社会公共利益的民

事行政案件,将生态修复理念引入办案实践,开启对森林资源生态司法保护和修复的新模式^②,发挥公益诉讼检察职能作用。民事行政公益诉讼案件有立法规定诉前程序和起诉程序,检察机关要用好用足公益诉讼手段,力争提前介入制止损害国家利益或社会公共利益行为发生;围绕行政公益诉讼案件关键,在拓宽“生态环境和资源保护、国有资产保护、国有土地使用权出让、食品药品安全等四大领域”基础上,结合诉讼检察实践在“一带一路”建设中探索对行政机关违法行政及不作为以诉前程序为主、诉讼程序为辅的公共利益保护手段;借鉴英国检察官对环境违法行为的处罚措施(警告、提醒、检察、民事处罚、执法)^③,保护各类市场主体处于公平的社会秩序。

以检察机关“四大检察”职能为布局,总结环境公益诉讼、反腐、暴恐及毒品等犯罪治理经验,形成“一带一路”沿线国家打击犯罪和保障人权的“中国检察方案”,提升“一带一路”区域治理品质,为党和国家边疆治理提供决策参考。

(四)立法增设民事、行政案件监督方式

1. 立法民事监督及行政监督端口前移

建议《民事诉讼法》与《行政诉讼法》对检察机关行使民事监督和行政监督端口前移,保障检察机关法律监督延伸参与到诉讼全过程及诉前。立法可具体规定“人民检察院对民事、行政案件实施监督”;“检察机关认为民事、行政案件审理事实认定错误或法律适用错误的或者行政机关违法行政及不作为的,可以行使民事检察监督或行政检察监督权”。检察机关对民事行政案件全程监督,提前介入到民事纠纷处理,对民事案件包括庭审证据调查、事实认定等环节同步监督,可以有效限制法官自由裁量权滥用。从实践中看,刑事案件法官涉嫌疑法裁判的要比民事案件法官少,主要原因在于刑事案件从发生到庭审都有公安机关、检察机关介入和检察机关刑事监督,法官很难有枉法裁判的空间。现行立法考虑到民事案件属于民事主体自行处分权利,为避免干扰民事主体意思自治规定检察机关不宜介

①数据来源于2018年新疆维吾尔自治区高级人民法院工作报告。

②参见杨德韦,杜波:《检察职能融入生态文明建设的探索与思考》,载《中国检察官》,2018年11月(上),第71页。

③参见金园园:《环境保护与检察职能发挥——检察官在环境治理中的角色研讨会观点综述》,载《人民检察》,2018年第1期,第58页。

入太多。这种情况不仅给民事案件法官权力寻租拓展了空间,也导致检察机关事后监督效力微弱、效果不佳。

2. 立法增加检察机关调查核实权的强制措施

充分发挥检察机关公益诉讼职能有待于检察机关调查核实权的完善。公益诉讼职能维护的是国家利益或社会公共利益,干扰和阻挠检察机关调查取证的阻力往往很大,检察机关公益诉讼职能得不到保障。相对于一般的利益获得者,行政公益诉讼案件中针对行政机关这样具有公权力的主体调查难度更大。增强公益诉讼调查核实权的强制措施如查封、冻结、罚款、司法拘留等措施,可以有效助力检察机关行使检察权;与纪检监察机关建立通报机制,使检察机关调查核实权的强制措施处于监察机关的监督之下,可以防止检察机关滥用调查核实权的强制措施,保障调查核实权依法行使。民事行政案件调查核实权强制措施也应做如上规定。

“一带一路”建设是党和国家新时期经济发展新布局,作为党领导下的政法机关,检察机关理所应当担负起为“一带一路”营造良好的营商

环境和稳定的法治环境的历史重任。在新的历史时期,如何保障和服务“一带一路”建设成为摆在全国检察机关面前的任务。X 自治区地处丝绸之路经济带核心区,对全国“一带一路”建设具有引领和示范作用。检察机关要知己知彼,明确检察机关法律监督职能定位,了解“一带一路”内容,参与“一带一路”建设中来,查找阻碍“一带一路”建设的因素,分析症结所在,提出解决方案。近年来,自治区检察机关立足社会稳定和长治久安总目标,为保障和服务“一带一路”建设取得较好成绩。如打击跨国犯罪、暴恐犯罪、知识产权犯罪、电信网络诈骗、环境公益诉讼等犯罪,为中外市场主体营造优良的营商环境。当前,X 自治区检察机关以内设机构改革为契机,不断优化“四大检察”职能,提升检察业务能力,完善国际司法交流合作机制,加大涉外检察理论政策研究,推动公益诉讼检察探索,保障和服务“一带一路”建设大局,为检察机关参与“一带一路”建设提供“新疆检察方案”。

【责任编辑:张 戈】

**Empirical study on optimizing the procuratorial organ's "four major prosecutorial" functions under the "Belt and Road" initiative
——Taking the Procuratorial Organ of X Autonomous Region as an example**

Kang Jin; Song Weifeng

(Karamay Municipal People's Procuratorate of Xinjiang Uygur Autonomous Region, Karamay Xinjiang 834000, China)

Abstract: The "Belt and Road" initiative is a new deployment of the economic development of the Party and the country in the new period, involving politics, economy, law, culture and other aspects. As a national legal supervision organ, the procuratorial organ must accurately position its role, shoulder the responsibility of guaranteeing and serving the construction of the "Belt and Road", and create a high-quality business environment. Starting from the perspective of the procuratorial organs of the X Autonomous Region, we discuss the necessity of the procuratorial authority to serve the "Belt and Road"; using the "four major prosecutorial" functions as the starting point, we discover the practical difficulties in the procuratorial organs' service of the "Belt and Road", and then proceed with subjective and objective analysis of various reasons, and put forward suggestions from legislation, mechanism and talent training, etc., to effectively promote the procuratorial organs to achieve the goal of ensuring and serving the "Belt and Road" initiative.

Key words: "The Belt and Road"; "four major prosecutorial"; subject rights and interests of market



【司法理论与实务研究】

黑社会性质组织犯罪实证研究

——以15例黑社会性质组织犯罪刑事判决书为样本

何金洋

(华东政法大学,上海 200050)

〔摘要〕黑社会性质组织犯罪具有严重社会危害性,已成为现代社会的一大毒瘤。以聚法案例网中的裁判文书为样本,从犯罪人情况、组织状况、行为状况、经济特征及保护伞状况四个方面分析黑社会性质组织犯罪的现状和特征,从犯罪人个体、经济、社会文化等多个角度分析黑社会性质组织产生的原因,可以更清晰地厘清黑社会性质组织犯罪的根本特征,并结合其特点进一步提出打击、预防该类犯罪的具体措施。

〔关键词〕黑社会性质组织;事实特征;形成原因;防范措施

〔作者简介〕何金洋(1994—),女,河南驻马店人,华东政法大学法律学院2017级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2020-01-17

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-022-07

为保障人民安居乐业、维护社会和谐稳定和国家长治久安,2018年1月中共中央、国务院发出《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》(以下简称《通知》),在全国开展扫黑除恶专项斗争。黑社会性质组织犯罪一直是国家重点打击的对象,近年来这一犯罪行为有愈演愈烈之势,造成的恶劣影响越来越严重;伴随着公司化家族化,其行为模式和手段也日趋多样和隐蔽,给刑事法治带来诸多困难^[1]。犯罪对象是研究犯罪的起点,是探讨刑法是否介入以及如何介入犯罪预防的必经途径。研究司法实践中黑社会性质组织犯罪的特征,对打击、预防这类犯罪具有十分重要的作用^[2]。

一、研究背景和研究方法

从20世纪70年代末到20世纪末的二十年间,伴随着改革开放的逐步深入,中国大陆的黑社会性质组织从无到有,发展迅速。进入21世纪以来,在我国政府持续打击的高压态势下,黑社会性质组织仍然保持着高速发展的势头^[3]。我国的黑社会性质组织呈现多样化特点,“村霸”与

“蝇贪”相互勾结,向上寻找“保护伞”粉饰罪行,向下欺压百姓横霸一方;借助公司等合法经济形式的外衣,黑社会性质组织和暴力涉黑团伙非法从事套路贷、债务追讨等业务,以商养黑、以黑护商,不断向经济领域渗透,危害正常的经济秩序^[4]。以“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”为案由查阅“聚法案例”网所刊载的案例,2014年-2018年,我国作出判决的该类案件数量共计401件,其中一审案件共计334件,二审案件共计67件;各年度案件总数量分别为90件、76件、63件、61件、111件,呈曲折上升趋势。详见图1:

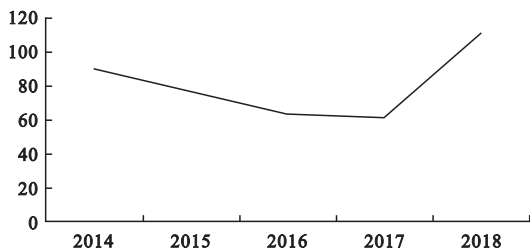


图1 2014-2018年全国以“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”为案由作出判决的案件数量

(注:最后一次登录聚法案例网的日期为2019年12月15日)
在地理分布上,组织、领导、参加黑社会性质

组织犯罪案件主要分布在河南省、广东省、浙江省、湖北省、江苏省、山东省等地,该六省在 2014 - 2018 年的案件总数为 272 件,占全国同类案件总数量的 67. 83%。具体分布详见图 2:

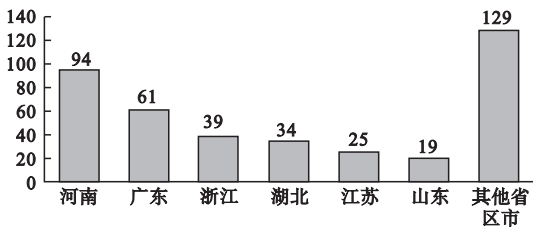


图 2 2014 - 2018 年全国以“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”为案由作出判决的案件地域分布

(注:最后一次登录聚法案例网的日期为 2019 年 12 月 15 日)

从整体来看,2018 年黑社会性质组织犯罪的案件数量增幅较大,约是 2016 年、2017 年案件数量的 2 倍,这可能与 2018 年 1 月份在全国范围内开展的扫黑除恶专项斗争有关。在地域分布上,黑社会性质组织犯罪也相对集中并呈现出一定的规律性,集中分布在人口较为密集和经济发展能力较强的地区。案件数量最多的河南省,经济总量长期位居全国第五名,人口密度大;案发数量较多的广东省地处我国南部沿海地区,毗邻港澳的特殊地理位置,使其在改革开放中迅速发展,经济总量更是常年位居全国首位。强大的经济发展能力和港台帮派文化的影响滋生了黑社会性质组织犯罪的土壤^[5],黑恶势力问题自然更加突出。

表 1 15 个黑社会性质组织犯罪案件涉案地点及判决时间

序号	涉案地点	案由	判决时间
1	湖北	孔某军、孔某洲黑社会性质组织罪	2017
2	山东	聂某黑社会性质组织罪	2011
3	湖北	谭某冰等黑社会性质组织罪	2019
4	安徽	李某、汪某 1 黑社会性质组织罪	2018
5	河南	王某开、李某兵黑社会性质组织罪	2018
6	贵州	江某国、刘某黑社会性质组织罪	2018
7	浙江	包某敏黑社会性质组织罪	2012
8	河南	徐某飞、李某、王某峰黑社会性质组织罪	2013
9	内蒙古	云某清等黑社会性质组织罪	2009
10	吉林	郭某智黑社会性质组织罪	2009
11	河南	蔡某山、乔某良黑社会性质组织罪	2014
12	广东	韩某林、李某平等黑社会性质组织罪	2012
13	江苏	孙某刚、张某孩等黑社会性质组织罪	2016
14	湖北	喻某某、雷某某黑社会性质组织罪	2018
15	安徽	孟某、张某军黑社会性质组织罪	2018

目前,学者们的研究关注更多的是从理论层面对黑社会性质组织犯罪的探讨,很少有学者对司法实践中黑社会性质组织犯罪的真实面进行整体研究。为了更加客观、形象地展示司法实践中的黑社会性质组织犯罪,了解黑社会性质组织犯罪发生、发展的现实图景和基本规律,把握这类犯罪的基本态势,本文从聚法案例网中随机抽取 15 份黑社会性质组织犯罪的刑事判决书进行研究,以此为样本分析这一犯罪的基本特征,以求为黑社会性质组织犯罪的有效打击提供相关策略和防控措施。

二、黑社会性质组织犯罪案件的事实特征及分析

我国刑法对黑社会性质组织规定了四个特征,但该特征是立法对黑社会性质组织特征的理论预设且较为抽象,而司法实践中认定的黑社会性质组织的特征则较为具体^[2]¹²。本文拟从犯罪人情况、组织结构、行为状况、经济特征及保护伞状况四个方面进行数据分析^[6],通过对这 15 个黑社会性质组织的特征考察,了解黑社会性质组织的真实面貌。

(一) 犯罪人情况

1. 性别因素

针对 15 例黑社会性质组织犯罪案件中的 225 名犯罪人进行性别分析,其中男性为 220 人,占总数的 97. 8%;女性为 5 人,占总数的 2. 2%,表明黑社会性质组织犯罪参与人员以男性为主。这一男女比例也符合黑社会性质组织犯罪的暴力性特征,由于该类犯罪以暴力性为主,从而排斥了女性犯罪人参与到此类有组织犯罪中的可能性。

2. 年龄分布

33 名黑社会性质组织犯罪人员年龄不详,其余 192 名黑社会性质组织犯罪人中最大年龄为 77 岁,最小年龄为 13 岁;“涉黑”未成年人数量总计为 12 人,占涉案总人数的 6. 3%,表明黑社会性质组织犯罪正逐步在向未成年人群渗透。从犯罪心理学角度来讲,由于未成年人心智尚未成熟,精力充沛、充满好奇心,因此黑社会组织的亚文化对他们具有一定的吸引力^[6]¹²。20 ~ 40 岁之间的犯罪人占总数的 63. 1%,表明黑社会性质组



织成员大多都是中青年。中青年犯罪人占比高,一方面是由黑社会性质组织犯罪的暴力性特点所决定;另一方面基于数量众多的青少年、中年人流离于市场经济中,就业因素造成大量无业人口的事实是刺激他们进入黑社会性质组织的原因^[7]。犯罪人具体年龄段分布详见图3:

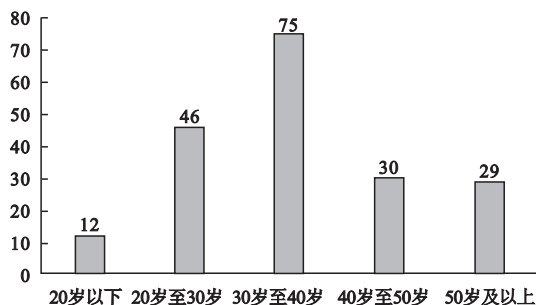


图3 15个黑社会性质组织中犯罪人年龄分布

3. 受教育程度

黑社会性质组织的犯罪活动形式、种类及其发展走向受成员教育程度的影响较大^[8]。在225名犯罪行为人中,大学本科生2人,占比0.9%;大专生4人,占比1.8%;中专生13人,占比5.8%;高中生14人,占比6.2%;初中生124人,占比55.1%;小学生44人,占比19.6%;另外有24名犯罪人的受教育水平不详,占比10.7%。从上述统计中不难发现,初中及以下文化程度的黑社会性质组织犯罪的成员占总数的74.7%,即低学历犯罪人构成黑社会性质组织犯罪成员的主体,从而说明涉黑组织成员的整体文化素质不高。

4. 成员前科劣迹情况

在225名涉黑犯罪人中,有前科劣迹的人数为68人,占总人数的30.2%;无前科劣迹的犯罪人人数为157人,占总人数的69.8%。由此可见,黑社会性质组织犯罪中犯罪人以初犯为主。不过,黑社会性质组织犯罪行为人的前科情况仍然值得关注。在一些个案中,有些黑社会性质组织成员几乎全部都是具有前科劣迹者。例如在“蔡某山、乔某良犯组织、领导黑社会性质组织罪、强迫交易罪、寻衅滋事罪等”一案中^①,该黑社会性质组织一共有9名成员,其中8人都有犯罪前科。而且,在15个黑社会性质组织中犯罪组织的头目和骨干成员基本上都是有前科人员。

(二) 组织结构

1. 组织规模

从调查收集的15个黑社会性质组织案例来看,成员数量最多的黑社会性质组织有29人,成员人数最少的黑社会性质组织有6人;其中组织成员数量10人以下的有2个,占样本数量的13.3%;10人以上20人以下的有8个,占总数的53.3%;20人以上的有5个,占总数的33.3%。数据表明,黑社会性质组织中成员数量在10人以上的占据多数。

2. 组织形式

随着社会经济的发展和文明程度的提高,传统中打打杀杀、身份等级严格、帮派文化明显的黑社会性质组织犯罪的组织特征相对弱化,大多黑社会性质组织通过开办公司企业等实体,以开展公司业务的外衣从事违法犯罪活动;传统的帮会帮规也以现代公司管理制度的形式得以延续,隐蔽性更强,给相关部门的监管和打击带来了新的挑战 and 困难^[9]。在笔者研究的15个黑社会性质组织案例中,以公司化经营为掩护的黑社会性质组织有9个,占总数的56.3%;无机构掩护的暴力性黑社会性质组织有6个,占总数的43.7%。“以公司化经营为掩护的黑社会性质组织”主要是依托建筑公司、物流公司、投资公司等为外壳的犯罪组织。

3. 成员关系

黑社会性质组织的形成规律表明,组织成员之间在很大程度上因某种因素而联系在一起,这种关联具有一定的规律性,一般是地缘、亲缘、行业、同监等关系。在被调查的15个黑社会性质组织中,具有地缘关系的黑社会性质组织数量有13个,占样本总数的86.7%,其中有2个黑社会组织既有地缘关系又有亲缘关系;具有行业关系的黑社会性质组织有1个,占样本总数的6.7%;具有亲缘、邻居、狱友关系的黑社会性质组织有1个,占样本总数的6.7%。

(三) 行为状况

根据法院对各黑社会性质组织判决的罪名,本次调查选取的225名犯罪人中,行为人涉嫌黑社会性质组织犯罪的类罪名包括寻衅滋事罪、故

①参见河南省驻马店市汝南县人民法院(2014)汝刑初字第144-2号刑事判决书。

故意伤害罪、敲诈勒索罪、非法拘禁罪、聚众斗殴罪、强迫交易罪、开设赌场罪、窝藏罪、非法持有枪支罪等 36 项罪名 115 起犯罪。除了行为人所涉罪名最多的组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪外,寻衅滋事罪、故意伤害罪、敲诈勒索罪、非法拘禁罪、聚众斗殴罪、强迫交易罪分别为 13 起、9 起、9 起、7 起、7 起、6 起;此外涉及的罪名还有非法持有枪支罪、故意毁坏财物罪、赌博罪、妨碍公务罪、非法侵入住宅罪、聚众扰乱社会秩序罪、抢劫罪、协助组织卖淫罪、诈骗罪、组织卖淫罪,数量分别为 4 起、4 起、3 起、3 起、3 起、2 起、2 起、2 起、2 起、2 起。其他一些罪名因仅在个案中出现,故不再单列。在这些犯罪行为中,寻衅滋事、故意伤害、敲诈勒索、非法拘禁、聚众斗殴、强迫交易罪是各犯罪组织较为普遍的犯罪行为,其实施这些犯罪行为的目的是为了获取非法利益。犯罪人所涉主要罪名分布如图 4:

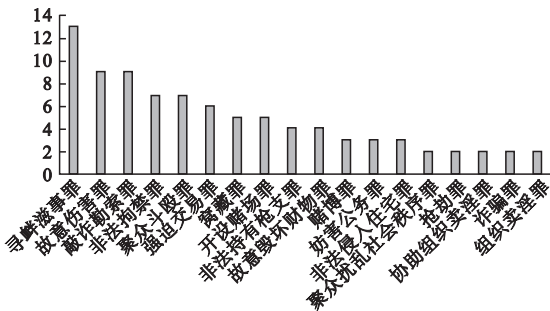


图 4 15 个黑社会性质组织中犯罪人所涉罪名
(四) 经济特征及保护伞状况

1. 涉及行业

当前,传统的完全以暴力打打杀杀为主的黑社会性质组织很少,绝大多数黑社会性质组织目的都是为了攫取经济利益,并且往往更愿意挣“快钱”,因此黑社会性质组织涉足的行业多半是利润回报较高的行业。被调查的 15 个黑社会性质组织实施犯罪所涉足的领域,可分为建筑业、娱乐服务业、物流业等行业,其中涉及赌博、色情、高利贷等行业的组织数量最多,有 8 个,包括聚众赌博、强迫卖淫、收放高利贷、开设赌场等违法犯罪行为。以开设赌场为例,开设赌场属于一本万利的行为,只要提供场地将赌徒们聚集起来赌博就能够从中抽取高额利润。一些赌徒在把钱输光之

后,抱着侥幸心理想要捞回本钱,便借钱赌博,于是赌场的老板便指派组织内成员在赌场内放高利贷、抽头渔利获取暴利。由于开设赌场利润非常高,赌场之间相互竞争激烈。为了争夺客源,各犯罪组织就组织人手实施聚众斗殴、寻衅滋事、故意伤害等违法犯罪行为,以确立组织在当地赌博行业中的强势地位^①。随着人们生活水平的提高,酒吧、KTV、夜总会等娱乐场所成为了一些人消遣娱乐的地方,为了获取暴利,上述娱乐场所经营者便通过组织卖淫行为招揽顾客获取非法利益。例如在“聂某等犯组织、领导、参加黑社会性质组织等罪”一案中,被告人以夜总会为场所组织妇女从事异性陪侍、卖淫,通过非法经营获利数千万元^②。

2. 资金来源

黑社会性质组织犯罪活动的开展离不开资金的支持,其获取经济利益的手段既可能是通过开设赌场、组织卖淫、敲诈勒索、贩卖毒品等违法犯罪活动取得;也可能是通过开办公司、企业等合法形式“以商养黑、以黑护商”;还可以是来源于犯罪成员自身的资产。通过调查得知,有 10 个黑社会性质组织的资金来自于违法犯罪活动,占总数的 66.7%;有 5 个黑社会性质组织的资金来自于经营所得,占总数的 33.3%;在作为标本的 15 个黑社会性质组织中没有发现资金来源于犯罪成员自身资金的。

3. 涉及保护伞状况

随着我国法治进程的加快和社会治理能力的提高,黑社会性质组织在实施违法犯罪活动时必然会被国家机关发现。为了能够掩盖非法行为,案发后可以减轻处罚或者不被处罚,一些黑社会性质组织通过行贿的方式拉拢国家机关工作人员,为自己实施违法犯罪行为提供便利。针对 15 个黑社会性质组织的活动进程进行研究发现,有 3 个黑社会性质组织具有保护伞,占总数的 13.3%。例如在“孙某刚、张某孩等组织、领导、参加黑社会性质组织罪、强迫交易罪等”案件中,被告人吸收作为城管队员的被告人钱某建、李某秋、张某新在市场管理中实施违法犯罪活动,并将

①参见内蒙古自治区乌兰察布市中级人民法院(2009)乌刑初字第 9 号刑事判决书。
②参见山东省青岛市中级人民法院(2011)青刑一初字第 48 号刑事判决书。



其组织成员安排进入X市T区F镇城管中队,使整个城管队成为了这一涉黑组织迷惑群众的合法外衣^①。此外,也有许多黑社会性质组织没有被查实存在保护伞。

三、黑社会性质组织的形成原因分析

黑社会性质组织的形成既有犯罪人个人原因,也有经济、社会文化等原因。研究黑社会性质组织的形成原因,对于预防黑社会性质组织犯罪具有重要意义。

(一) 犯罪人个人原因

通过对15个黑社会性质组织中的225名犯罪人进行研究,可以发现:第一,黑社会性质组织中的成员以男性为主;第二,黑社会性质组织犯罪中的犯罪人多为中青年;第三,黑社会性质组织犯罪中的犯罪人文化程度都较低;第四、有前科犯罪人员在黑社会性质组织中占据一定比例;第五,黑社会性质组织的犯罪人以汉族为主。根据这些犯罪人的组织构成和身份特征,可以推测其参加黑社会性质组织的主要原因:由于文化水平程度低,缺少知识和技术,难以在以知识为核心竞争力的现代社会获得就业优势;经济收益低,生活质量无法保障,生活水平和身份地位处于社会底层,再加上受到外部生存压力等多种因素影响,有的人就此走上了黑社会犯罪的道路。此外,由于上述人群文化素质普遍较低,法制观念淡薄、头脑简单,讲江湖义气,愿意为朋友两肋插刀;抵御外界诱惑能力差,改变自己经济地位和社会地位的愿望强烈,一旦有人引诱、提议往往铤而走险,参与获取非法经济利益。涉黑犯罪中有前科人员占据较高比例的原因在于这些人员一般都缺乏一技之长,刑满释放后难以安置就业,没有真正融入社会;本人往往游手好闲、经济拮据,生活困难,对社会充满不满,加上具有违法犯罪的经验,很容易再次重蹈覆辙走上犯罪道路^{[3]2}。

(二) 经济原因

“在市场经济的条件下,对财富和金钱的追求同样是全社会的主要价值目标”^[10]。处在社会底层、生活环境较为恶劣的这一类群体对金钱和财富的追求,就更加强烈^[11]。只要把金钱成功作

为不可避免的最终追求目标,非法活动就永远具有吸引力,犯罪对那些处于底层、缺乏生活来源的社会边缘人而言,是一种不可抗拒的诱惑^{[11]2}。对金钱和财富的渴望和追求诱发和刺激了一部分人通过不法手段和不法机会来获取财富的心理。在这一目标引领下,一些具有相同经历、相同境遇,渴望改变现状的人,很容易在首倡者的统一组织、领导下聚集到一起,走上有组织犯罪的道路。

(三) 社会、文化原因

社会和文化原因是影响当前我国黑社会性质组织犯罪生成与发展的重要因素。笔者认为,在我国社会中客观存在的城乡二元制度,是导致黑社会性质组织形成的一大诱因。伴随市场经济的发展,大量的农村劳动力涌入城市,但是二元户籍制度却人为地阻断了二者的结合,人口的频繁流动成为城市不稳定的一个重要因素。在这个过程中相同地位、地域、文化背景的人聚集起来,为犯罪分子纠合成黑社会性质组织犯罪提供了契机^[12]。在笔者收集的15个黑社会性质组织案例中,有13个涉黑组织成员之间具有地缘关系,占总数的86.7%。此外,城乡二元结构加剧了贫富差距。这些从农村踏入城市的底层人员,由于存在知识、技能方面的短板,只能从事简单体力劳动,工资收益低、工作环境差。他们目睹了城市中产以上精英阶层的富有、奢侈,与自己的穷困潦倒形成鲜明对比,这种贫富悬殊的对比会使他们产生一种不满感和不公平感,促使他们想尽一切办法追逐财富。当通过合法手段不能达到目标的时候,就会寄希望于通过犯罪行为获得财富和成功^{[11]3}。在文化层面,既有中国传统帮派文化的影响,又有以暴力和色情为中心的当代犯罪亚文化的诱惑,二者相互交织,共同作用于黑社会性质组织犯罪^{[10]2}。这种犯罪亚文化具有极强的感染力和诱惑力。黑社会性质组织的成员大多都是文化素质较低的人,抵御诱惑能力差,极易受到犯罪亚文化的毒害;同时,在集群犯罪中普遍存在着情绪的交感效应,这种不良情绪的相互感染、相互影响,既可激发尚未形成犯罪动机的个人产生犯罪冲动,又可以恶化已经存在犯罪动机的个体的犯罪心理结构^[13]。在“孔某军、孔某洲组织、领导、

①参见江苏省沛县人民法院(2016)苏0322刑初字第645号刑事判决书。

参加黑社会性质组织、开设赌场等罪”一案中,该黑社会组织性质中就有着深刻的帮派文化的烙印,“组织成员对‘大哥’要忠心,要做到随叫随到;组织成员之间要团结,相互帮助;扯皮打架要敢打敢冲,出了事‘大哥’会摆平”^①。

四、防范黑社会性质组织犯罪的对策

对于黑社会性质组织犯罪的防控,应当结合其产生的原因和条件,坚决打早打小,铲除黑恶势力滋生蔓延的土壤,尽可能减少以至消灭黑社会性质组织犯罪^[12]²。具体措施包括以下五个方面。

(一) 经济层面

从 15 个黑社会性质组织中犯罪人的年龄分布,可以发现大量中青年群体构成黑社会性质组织的主干,并且绝大部分都是无业游民。因此,有效预防黑社会性质组织犯罪必须把扩大就业作为重点。首先,应当鼓励、支持中小企业的发展,为其提供良好的营商环境。根据国内外的既有经验,中小企业在促进社会人口就业方面起到了非常重要的作用。其次,应当为劳动者提供完善的技能培训,使得那些文化程度较低的劳动者能够适应社会发展的需要,掌握一技之长,获得就业机会,改善经济条件。除了扩大就业,解决失业问题,还应当建立合理的收入分配制度,缩小贫富差距,避免引发底层群体对“上层”乃至整个社会的仇视和不满。在社会保障方面,国家也应当做足工作,切实解决“看病难”“买房难”“上学难”等一系列影响老百姓生存发展的难题,使更多的人民群众能够有尊严地生活,从根本上消灭滋生黑社会性质组织犯罪的温床。

(二) 文化教育方面

黑社会性质组织成员大多文化水平很低,根据前文统计数据初中及以下文化程度的黑社会性质组织犯罪成员占总数的 74.7%。预防黑社会性质组织的形成发展就必须大力发展教育事业,保证九年制义务教育政策真正落实到位,在一些有条件的地区普及高中教育、实行中职教育免费,使未成年人能够获得学历教育和职业培训,充分发挥教育机构的教育功能,避免未成年人中途辍

学是预防未成年人涉黑犯罪最为直接和有效的措施^[6]²。对于有前科劣迹人员,监狱机关应当重视犯罪人员的监所教育,一方面通过传统的教育方式传授知识和职业技能;另一方面,要通过感化教育使之摒弃懒散的思想习惯,树立正确的人生观和价值观,积极参与社会劳动,通过合法途径和个人努力获取金钱和财富^[14]。

(三) 基层政权廉政建设

基层政权组织作为离人民群众最近、服务人民群众最直接的国家政权组织,其工作人员能否依法履行职责、发挥积极作用是国家和社会长治久安与否的基础。在笔者调查的 15 个黑社会性质组织中,有 3 个黑社会性质组织通过拉拢贿赂、腐蚀政府官员与司法人员,寻求其生存和发展的政治保护伞。由此可见,黑社会性质组织和政治权利相互勾结的现象依然存在。当这些黑社会性质组织同国家工作人员形成权钱交易后,便会更加肆无忌惮地实施违法犯罪活动获取非法利益,进而发展壮大;与此同时,黑社会性质组织犯罪的介入又会反作用于社会政治生态,使得腐败现象更加变本加厉。因此,必须加强基层工作人员的廉政建设,营造风清气正的政治氛围,构建“不敢腐,不能腐,不想腐”的体制机制,从根本上遏制政治腐败与黑社会组织相勾结逐步升级的势头。

(四) 推进前科人员再就业

尽管黑社会性质组织犯罪中的成员以初犯为主,但是大量的前科人员涉黑问题不容忽视,在一定程度上说明了国家和社会对犯罪人教育、改造的失败。为了避免有前科人员再次走向犯罪道路,应当通过开展有针对性的心理辅导帮助有前科人员消除心理障碍,尽快融入社会。此外,要结合违法犯罪人员的教育程度等实际情况开展相应的就业培训,传授其工作技能,使之能够尽快融入社会,过上较为安定的生活,并通过政策引导鼓励出狱人员自主创业^[15]。

(五) 娱乐文化场所的管理

洗浴中心、歌舞厅、按摩中心、茶社等娱乐性经营场所是滋生赌博、卖淫、嫖娼、吸毒等违法犯罪活动的温床,也是黑社会性质组织犯罪积极渗透的场所^[16]。前文数据显示,占样本数据 66.7%

①参见湖北省钟祥市人民法院(2017)鄂0881刑初字第360号刑事判决书。



的黑社会性质组织通过开设赌场、组织卖淫等违法犯罪活动获得非法经济利益维持其生存发展。为了更好地打击黑社会性质组织犯罪,执法人员应当对涉足和经营此类场所和行业的人员进行严格监督;坚持经常性的排查,主动发现问题;坚持不懈地开展扫黄打非斗争,从根本上铲除黑社会性质组织生存发展的土壤^[16]。

〔参考文献〕

- [1]童春荣.黑社会性质组织犯罪之预防性刑法规制研究.当代法学[J],2019(05).
- [2]李林.黑社会性质组织犯罪司法认定研究[M].北京:法律出版社,2013(01):1.
- [3]何秉松.中国有组织犯罪研究[M].北京:群众出版社,2009(1):155,480-481.
- [4]张小虎.有组织犯罪的犯罪学类型性考究[J].江苏社会科学,2016(06).
- [5]张翔,李康震.广东省黑社会性质组织犯罪实证调查研究——基于已判刑的25个黑社会性质组织的考察[J].江西警察学院学报,2018(03):44.
- [6]陈世伟.近墨者黑:未成年人“涉黑”犯罪实证研究——以重庆“涉黑”案件为素材[J].青少年犯罪问题,2011(05).
- [7]严励.浙江省黑社会性质组织犯罪实证调查分

析——以30个黑社会性质组织案件为例[J].山东警察学院学报,2011(06).

[8]周芳苓.西部地区黑社会性质组织犯罪实证调查分析——以30个黑社会性质案件为例[J].贵州警官职业学院学报,2015(05).

[9]古卫爽,郑礼江.黑社会性质犯罪的新特征与对策研究[J].云南大学学报,2012(05).

[10]何秉松.黑社会犯罪的自组织员引论(上)[J].政法论坛,2002(04).

[11]张爽.有组织犯罪文化研究[M].北京:中国人民公安大学出版社,2012:59.

[12]张旭.黑社会性质组织犯罪实证研究——以32例黑社会性质组织犯罪刑事判决书为样本[J].上海公安高等专科学校学报,2019(01).

[13]张保平,李世虎.犯罪心理学[M].北京:中国人民公安大学出版社,2011:251,252.

[14][意]龙勃罗梭著,黄风译.犯罪人论[M].北京:中国法制出版社,2005:337.

[15]姚云生.有前科人员再犯罪问题突出[N].检察日报,2014-12(007).

[16]辛宇罡,李善川.黑社会性质组织犯罪的成因及打击预防对策[J].天津职业院校联合学报,2013(05).

【责任编辑:张 戈】

Empirical study on crimes of underworld organizations ——A sample of 15 criminal judgments of crimes of underworld organizations

He Jinyang

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200050, China)

Abstract: Crimes of underworld organizations have serious social harm, which have become a major cancer in modern society. Taking the judging documents in the Jufa Case Network as a sample, the current situation and characteristics of crimes of underworld organizations are analyzed from four aspects: criminal situation, organization status, behavior status, economic characteristics and umbrella status, and the causes of crimes of underworld organizations are analyzed from multiple angles: individual criminals, economy and social culture, so we can clarify the basic characteristics of crimes of underworld organizations more clearly, and further propose specific measures to combat and prevent such crimes in light of their characteristics.

Key words: underworld organizations; factual characteristics; causes of formation; preventive measures

【司法理论与实务研究】

微信电子证据的收集和审查判断

郭鹏飞¹,钱红红²,于立君²

(1. 宁波市海曙区人民检察院,浙江 宁波 315000; 2. 宁波市鄞州区人民检察院,浙江 宁波 315100)

〔摘 要〕在刑事诉讼领域,微信电子证据被越来越广泛地运用,有些微信电子证据甚至成为认定案件事实的关键证据。目前,司法实践中对于微信电子证据适用存在诸多疑难问题。在法治层面上进一步完善微信电子证据收集程序,健全微信电子证据的审查判断标准,需要结合立法和司法实践进行深入探讨,从而实现微信电子证据审查判断的规范化。

〔关键词〕电子证据;取证;收集;权利保障;审查判断

〔作者简介〕郭鹏飞(1974—),男,山西宁武人,宁波市海曙区人民检察院集士港检察室干部,主要从事刑法学、检察学研究;钱红红(1969—),女,浙江宁波人,宁波市鄞州区人民检察院民事行政检察部员额检察官,主要从事刑法学、检察学研究;于立君(1982—),男,山东龙口人,宁波市鄞州区人民检察院公诉部检察官助理,主要从事刑法学、检察学研究。

〔收稿日期〕2019-10-23

〔中图分类号〕DF713 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-029-05

近年来,以微信为犯罪工具和载体的刑事案件日益增多,给公安司法机关的执法工作带来了全新的挑战,尤其是“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革要求实现“庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”^①,对微信电子证据的收集和审查提出了更高的要求。建立起符合审判为中心的电子证据收集和审查规范体系是司法实践的迫切要求,也是完善相关立法过程中应充分重视的问题。

一、问题的提出

(一) 电子证据概说

电子证据是信息技术在法律领域内的产物,在刑事诉讼法修改前已经在司法实践中得到广泛应用。电子证据的种类和表现形式随着信息技术的发展而不断丰富,因此,在司法实践中有必要对电子证据予以概念上的明确。根据何家弘教授的观点,“任何以电子形式存储于介质中,通过相关设施反应出来的信息,被用作证明客观事实的一切材料及其派生物都属于电子证据”^②。

1997年《中华人民共和国刑事诉讼法》中规定的7种证据形式并不包括电子证据。2012年修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》新增加了一种证据形式,其第48条第八款规定:视听资料和电子数据是法定证据形式之一;2018年10月26日颁布的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第50条沿用了上述规定。结合司法实践,笔者认为电子数据就是电子证据。自《刑事诉讼法》修订后,电子证据正式进入刑事诉讼领域,经立法确认归于法定证据类型。“不过我国当前关于电子证据的立法层次虽然较多,但相关立法却较零散,尚未形成关于电子证据的系统规则,而且相关规定常常概念不清,并且缺乏刚性,指导取证的多,关于电子证据认证的规则较少。由于缺乏系统的电子证据采信规则,已给司法带来了较大的混乱和困境”^③。客观上,《刑事诉讼法》的规定仅仅是明确了电子证据的法律地位,内容较为简略笼统,未能充分体现出电子证据对完成证据链应有的价值,未能在法治层面上对电子证据的收集和审查的程序模式予以规

①参见2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。
②参见何家弘:《电子证据研究方法》,北京:法律出版社,2012年出版,第2页。
③参见何永军:《电子证据认证亟待解决的课题》,载《公民与法》,2010年第9期,第25页。



制,以致在司法实践适用上存在疑难问题。

(二) 收集微信电子证据的困难

一是技术支持不足。技术手段的制约已成为收集微信电子证据的瓶颈。与传统的刑事诉证据相比,电子证据具有高科技性、不稳定性(容易被修改、被破坏、被灭失)、形式虚拟性、载体依赖性特点。普通电子证据的取证对象是U盘、硬盘、电脑主机等具有存储功能的电子设备,公安机关可以通过扣押、查封存储电子数据的原始介质,制作电子证据备份,制作磁盘镜像等方式获取证据,对于被修改、被删除的普通电子证据可以逐比特地复制镜像,在完整的记录磁盘上恢复被删除的文件、未分配的空间以及交换空间的内容。通讯技术日新月异的发展给电子证据的收集带来了巨大的挑战,借助于微信平台的犯罪行为其关键数据证据往往储存在云端,或者使用完就删除;取证、认证工作存在着匿名和实名之间的博弈。通过微信社交网络实施的违法犯罪,行为人大都具有一定的反侦查意识和网络技术知识。比如,利用微信群传播淫秽物品谋利的,嫌疑人往往先建立会员制的收费微信群,并在微信群内复制含有淫秽内容的链接,然后将大量的淫秽视频、黄色小说下载到本地,再在腾讯云存放供微信群内会员下载;每个微信会员都有自己的云盘账号,云盘是存储淫秽视频的重灾区,由于云盘是封闭性空间,如果嫌疑人拒不供述云盘密码,侦查人员和技术人员很难破解,而远程勘验每个微信成员云盘账号下的视频文件成本过高,不具有可操作性。由此可见,提取和固定电子证据是微信电子证据取证的一大难题。再如,二维码是一种肉眼无法识别的编码图案,制作技术门槛低、操作使用方便,已经成为钓鱼网站、手机病毒的重要传播渠道。不法人员将黑客木马病毒、扣费软件链接在微信二维码上,利用各种方式诱导被害人扫描二维码并关注微信公众号。如果被害人上当受骗进行操作,其银行卡卡号、网银密码瞬间就会被窃取,随之可能出现微信钱包中的钱被转走、网银被盗刷的情况。司法机关办理此类案件首先需要明确的就是电子证据和相关问题,如果关键证据缺失就会损害认定犯罪所需的完整闭合的证据链条。这里所指的关键证据,主要包括链接微信二维码的程序

是否属于木马病毒或者恶意软件的鉴定意见书;认定共同犯罪的犯意联络所需的各个嫌疑人之间的微信聊天记录;对嫌疑人实施犯罪所使用移动终端的勘验结论;用微信钱包转账的电子证据和书证,等等。在处理此类案件的司法实践中,电子证据是定罪量刑的关键性证据。缺乏这些关键电子证据,检察机关就难以在批准逮捕环节和提起公诉环节做出决定。

二是电子证据的取证可能会出现重实体轻程序的情况。在现阶段的司法实践中,微信电子证据的取证活动缺乏标准化程序规定,而标准化的取证程序对于证据在诉讼中是否具有可采性有着至关重要的作用。电子证据取证中重实体轻程序,归根到底是侦查人员对保障相关权利人合法权利观念不足。保障人权和查证犯罪是贯穿于刑事诉讼活动的两条主线,在更高的层次上不断调和二者的矛盾是所有刑事诉讼活动的主题。受传统上“破案至上”观念的影响,我国刑事诉讼司法实践在某种程度上仍存在着重查证犯罪、轻保障人权的倾向。在微信社交媒介的取证环境中,对移动终端、服务器集群、云设备取证容易侵犯公民个人隐私和商业秘密。在用户以微信作为工具,通过语言、文字、图片、视频进行社交的过程中,一些不实言论、诽谤信息也会借助微信快速传播,因而执法过程中有必要进行事前实质性审查并及时收集固定违法言行以作为证据。很多情况下,立案之前的初查过程中需要对嫌疑人的微信聊天内容进行技术监控;但在秘密侦查中,收集嫌疑人微信朋友圈、微信群的电子证据可能会侵犯公民隐私权和通信秘密等宪法性权利。有的专家认为,“网络环境下更容易采取主动取证。如网络监控、网络抓帧,通过服务器或者代理服务器记录嫌疑人计算机所有的网络活动,或者采用合法的类似于黑客的技术手段等,对重点目标进行24小时的监控等,尤其是网络抓帧的技术和服务器记录,可以监控犯罪嫌疑人进出网络的一起活动,而不被发现”^①。这种可以随意性调取证据的观点增大了侵犯公民自由权、隐私权等宪法性权利的风险,其合法性即证据能力在实践中可能发生争议,造成不良的社会影响,进而损害公安司法机关的形象。

^①参见戴士剑,郭久武,韦明:《计算机取证技术体系研究》,载《全国第二十一计算机安全学术交流会论文集》,2006年7月,第299页。

(三) 审查判断微信电子证据的困难

一是微信电子证据的真实性存疑。从证据规则的角度看,电子证据的收集、审查判断和认证的核心是真实性,对电子证据的取证、质证大多是围绕其真实性展开的。电子证据很容易被删除和篡改,比如微信聊天记录不能增加但可以删除,当事人经常会对电子证据在生成和储存后是否被毁损和篡改提出抗辩;在没有实名制的情况下,人们往往隐瞒真实身份通过微信进行交流,或者匿名传输文件记录,当事人会对电子证据储存者的身份提出质疑。二是法律对微信电子证据的证明力未作出具体规定。电子证据的证明力必须具有一定的强度才能证明案件的待证事实。现行法律和司法解释都未对电子证据的证明力作出规定,实践中往往由法官根据自身的司法经验来自由裁量电子证据的证明力,导致证据采信随意性过大,被告人的权利得不到切实有效的保障。三是由于收集程序违法导致微信电子证据没有可采性。可采性也是审查判断微信电子证据的标准之一,依照不当收集程序调取的微信证据就会被法院宣告为无效证据,取证行为也会被宣告为无效诉讼行为。

二、原因分析

(一) 立法与取证活动之间存在一定程度的脱节

电子证据取证容易侵犯公民权利。电子证据是查办涉及网络案件的关键证据,虽然公安司法机关的一些部门文件和司法解释对电子证据的收集和审查判断做出了规定,比如2005年公安部颁布的《公安机关电子证据鉴定规则》、2009年最高人民检察院公布的《人民检察院电子证据勘验程序规则(试行)》、2012年最高人民法院公布的《关于适用刑事诉讼法若干问题的解释》、2016年9月“两高一部”联合发布的《关于办理刑事案件收集提起和审查判断电子数据若干问题的规定》(以下简称《电子数据规定》)等,但是在立法方面仍有不足之处。一是未能覆盖全部取证活动。目前的规定只涵盖现场勘验、检查、鉴定等内容,对数码提取、密码破解、综合数据分析等关键取证行为未作规定。究其原因是司法实践中

往往是在侦查人员出具《调取证据通知书》的前提下,由第三方公司的技术人员完成取证操作,而侦查人员大都不懂技术,没能积累足够的立法实践经验。二是电子证据的提取、固定、出示、质证、审查、判断、认证的规范与刑事诉讼侦查活动的界限不清。现有立法的取证模式多是宣示性的规定,缺乏细节性内容,或者援引甚至直接搬用了一些传统取证的程序性规定。这些规定较少涉及技术层面,法律业务对互联网通讯技术渗透不深、衔接不够。三是立法未区分任意侦查行为和强制性侦查行为。“任意侦查是用当事人同意的方式制约侦查权,强制性侦查是用司法审查的方式制约侦查权”^①。刑事诉讼面临的任务是保障人权和查证犯罪,刑事诉讼活动要兼顾查证犯罪和保障人权的双重价值,从大方向来说是在保障人权的前提下查证犯罪,当然特殊类型的案件会有调整。而《电子数据规定》只是提出了网络远程技术勘探的要求,并未对微信的侦控、取证范围作出规定,也未对收集微信APP电子证据的行为作出严格的区分和规制。《电子数据规定》第9条规定,远程计算机信息系统上的电子数据可以通过网络在线提取,却没有规范技术侦查的程序性限制,这就在规制方面留下了漏洞,为侦查人员提取私人空间的与案件无关的其他信息提供了通道。

(二) 收集电子证据专业技术性和跨界性强

一是收集电子证据专业技术性强。侦查人员能否收集到电子证据取决于有关犯罪数据没有被覆盖或消除,取证软件能够找到这些数据。具备较强专家级计算机操作能力的嫌疑人往往会采取数据擦除、数据加密、数据隐藏的反侦查手段逃避责任,这些手段的结合使用将使侦查人员收集电子证据的效果大打折扣;微信的硬件智能终端安全性越来越高,安卓版本操作系统内的加密早已经成为常态,苹果操作系统也使用了FACE ID和TOUCH ID等生物识别验证技术,破解IOS锁屏密码越来越难,调查取证的门槛也水涨船高。微信电子证据获取对侦查人员提出了更高的要求,往往需要具备数据分析、人工智能、机器学习等方面的专业知识。二是庭审中电子证据效力的传达表述跨界性强。电子证据是信

^①参见陈闻高:《论侦查的任意性和强制性——以任意侦查和强制侦查的关系为视角》,载《河南警察学院学报》,2015年第5期,第36页。



息技术和法律事务相结合的产物,司法实践中要求收集的电子证据能够证明案件事实真相,还需要司法人员通过通俗易懂的方式把涉及电子证据的专业方面的解释准确传达给法庭,以保证所收集来的电子证据在庭审中经得起各方的询问。

(三) 电子证据的审查判断规则尚在探索

诉讼以审判为中心,审判以庭审为中心,庭审以证据为中心。质证和认证是法庭调查的中心环节,电子证据的科学证明对司法证明产生了深刻的影响,但二者又有明显的不同,“科学证明由某一领域专业人士实施,而司法证明则通常由技术外行的法官负责”^①。司法证明直接决定被告人的刑事责任问题,决定被告人最基本的人身权利——自由权是否将被剥夺和限制。《刑事诉讼法》和《电子数据规定》都没有规定电子证据统一的证明力规则,电子证据的证明力规则不明确、不统一,会影响司法实践的统一公正。司法实践中,不但公安司法机关没有采用同一标准来审核证据和认定案件事实,即使在法院系统内,不同地域法院的法官甚至同一法院的不同法官都凭各自的司法经验进行自由裁量,导致类似的案件审理过程及结果存在明显差异,出现了此地应当公诉的案件彼地可以不诉、此地判决有罪的案件彼地决定无罪,案件类似但各地处理结果不同的问题。

三、对策建议

(一) 建构标准化技术收集程序,提供有力的制度支撑

从刑事诉讼的角度建立起标准化的微信证据收集程序,“一方面有利于加强对侦查人员在互联网电子证据收集过程中的指导,另一方面也可以减少对收集到的互联网电子证据可采性问题的争议”^②。从司法实践来看,利用微信实施的犯罪大多集中在非法经营和传播淫秽物品犯罪等领域。由于腾讯云是传播淫秽物品的重灾区,所以应当特别明确对腾讯云的取证程序和方法。侦查机关应当向云服务商说明私人云已经涉及传播淫秽物品,如果保障该私人云的隐私则不符合社会期许,并且说明取证的理由和方式。比

如,不同云账号下的同一视频文件如果指向同一个文件,就说明不同云账号下的视频文件可能都是通过最初的这个云账号进行分享后转存的,侦查机关可以要求云服务提供商及时冻结、调取网盘账号、索引,存储位置列表内的视频文件和文本文件以及可疑数据,为侦查机关后续工作提供数据证据基础。

(二) 完善立法,在追究犯罪和保障权利之间做出平衡

收集和固定是审查判断证据的前提和基础。“对电子证据的收集和固定上,应当以权力控制为核心,以保障公民的财产权、隐私权等基本权利为出发点,以授权模式下的正当程序为重点进行建构”^③。收集微信电子证据的目的是全面提取微信数据流,真实记录反映网络事件,以便作为举证的证据提交法庭。收集微信电子证据与公民的通信自由和通信秘密始终紧密交织,而公民的通信自由和通信秘密受到我国宪法、法律的保护,取证行为伴随着侵犯公民隐私的内生风险。对此,侦查人员应保持相当程度的警觉和谨慎,避免出现因为电子证据收集行为不当而导致证据被排除的情况。从法理上讲,侦查是一种要式行为,应当加以严格限制。微信朋友圈和微信群属于公共空间,对于在朋友圈发布的诽谤言论、虚假广告等违法内容以及创建微信群开设虚拟赌场组织网络赌博的违法犯罪行为,理应纳入任意性调查取证的范围。为了防止虚假信息传播、电信诈骗得逞,大数据、智能监控平台应该对朋友圈和微信群的违法言论、行为进行实时监控和实质性的事前、事中审查,并且对出自朋友圈、微信群里的违法转账记录、聊天记录等相关数据及时取证。

对侦查人员而言,应当明确收集电子微信证据的边界,注重云计算背景下公民个人隐私保障,平衡好收集微信电子证据和保护公民通信安全之间的关系。特定对象的私信属于私人空间,隐私权理应受到法律的尊重,对数据调查措施是否采取严格的限制反映了法律对公民个人权利的保障程度。收集微信电子证据是预防、追究犯

①参见陈浩然:《证据学原理》,上海:华东理工大学出版社,2002年出版,第25页。

②参见冯姣:《互联网电子证据的收集》,载《国家检察官学院学报》,2018年版第5期,第46页。

③参见周新:《刑事电子证据认证规范之研究》,载《法学评论》,2017年第6期,第159页。

罪的手段,不是监控通讯空间正常秩序和生活的手段,只有具备特定的条件、履行必要的程序、在必要限度内才能对私信内容进行侦控和调查取证。对私信的调查取证应当仅限于追查特定犯罪的需要,不应当随意扩大范围;侦查和收集证据应当避免对第三方权利和正当利益造成损害,如果造成不利影响不可避免,应当采取最温和的措施以求把不利影响降到最低限度。

(三)实现微信电子证据审查判断的规范化

实现微信电子证据审查判断的规范化对于实现司法公平意义重大。微信电子证据同时涉及两个领域,即通讯技术领域和刑事司法领域。微信电子证据与传统证据存在一定差异,在审查判断上需要有所变通,要从法律视角和通讯技术的视角两方面入手进行审查判断。一是必要时实行取证的电子技术人员出庭作证制度,证明微信电子证据的关联性。关联性在很大程度上属于法官自由心证的范畴,必要时应当要求协助侦查机关调查取证的电子技术人员出庭,证明该微信聊天记录为嫌疑人所写所发送、微信转账钱款为嫌疑人所收取、腾讯云里的淫秽视频是嫌疑人

所存储等与指控相关的内容,从而协助法官形成证明力的判断。二是从收集程序上对微信电子证据的合法性进行审查,主要审查取证方式以及取证过程是否具有完备的笔录、清单、侦查人员和技术人员以及见证人的签字。三是审查微信电子证据的真实性。真实性与案件实体事实无关,属于程序事项。法官可以通过询问鉴定人确定微信电子证据的原始性;庭审现场播放和展示微信所涉及的音频、视频,聊天记录,微信转账凭证等原始证据,判断是否上述证据经历过后期的剪辑修改。

在移动互联网时代,微信的运用已经深入社会生活的各个方面,日常产生的信息不再依赖纸张的记载,而是越来越依赖于微信这类即时通讯工具。与此相应,在刑事诉讼领域查证案件事实的载体也在很多情况下表现为微信形式。公安司法机关需要根据技术特征和证据“三性”,对微信电子证据的收集和审查判断作出完善。

【责任编辑:凌秋千】

Collection, review and judgement of WeChat electronic evidence

Guo Pengfei¹, Qian Honghong², Yu Lijun²

(1. Haishu District People's Procuratorate of Ningbo, Ningbo Zhejiang 315000, China;
2. Yinzhou District People's Procuratorate of Ningbo, Ningbo Zhejiang 315100, China)

Abstract: In the field of criminal litigation, WeChat electronic evidence is more and more widely used, so that some WeChat electronic evidence has even become the key evidence for determining the facts of the case. At present, there are many difficult problems in the application of WeChat electronic evidence in judicial practice. To further improve the WeChat electronic evidence collection procedure at the level of the rule of law and improve the review and judgment standards of WeChat electronic evidence, it is necessary to conduct in - depth discussions in combination with legislation and judicial practice and put forward specific countermeasures and suggestions on that.

Key words: electronic evidence; forensics; collection; rights protection; review and judgment



【司法理论与实务研究】

营商环境视域下自我交易条款之法律适用研究

——以区分组织法逻辑与契约法逻辑为视角

吴耀宏

(暨南大学,广东 广州 510632)

〔摘要〕司法实践中常对合同自我交易条款的规范性质产生认识分歧,其根源在于混淆了组织规则与契约规则的属性。在组织法逻辑视角下,对合同自我交易条款规范的目的在于规制利益冲突的交易行为进而追究失信责任,而非否定合同效力;在契约法逻辑视角下,对自我交易合同效力的认定应当运用代理制度中的自我代理行为和代理权滥用规则认定为合同效力待定。结合世界银行营商环境评估报告,对我国公司法上忠实义务的司法审查标准应当采取交易公平性原则,同时赋予程序性法律要件即举证责任移转。组织规则与契约规则区分的目的在于划清法律规则的调整场域,防止越俎代庖,为司法实践中审理合同自我交易条款纠纷案件提供参考。

〔关键词〕自我交易条款;组织规则;契约规则;失信责任

〔作者简介〕吴耀宏(1995—),男,广东江门人,暨南大学法学院民商法学专业2018级硕士研究生,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2020-02-23

〔中图分类号〕DF411.91 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-034-07

一、问题之提出

世界银行《Doing Business 2020》显示,我国2018-2019年营商环境便利度世界排名上升至第31名。然而,我国“保护少数投资者”指标项下的“董事责任程度指数”从2006到2019年^①连续十二年仅得1分(满分10分),《Doing Business 2020》的得分为4分^②。评估“董事责任程度指数”的方法论为假设出现了董事自我交易损害公司利益的情形,衡量原告股东根据各国法律、行政法规能否就自我交易给公司造成的损失追究董事责任。因此,研究自我交易问题对于提升“董事责任程度指数”,进一步优化我国营商环境具有重大意义。

自我交易是一种典型的利益冲突交易,是指董事等高级管理人员或其关联人作为该交易中与公司相对的另一方当事人,或在该交易中存在经济利益,或与该交易存在密切关系,以至于可能影响董事等高级管理人员为公司实施交易行为时做出独立判断。根据自我交易对象不同,自我交易可分为直接自我交易与间接自我交易。从全球范围看,各国对自我交易行为趋同于采取相对禁止的法律规制模式,但具体规制形式各不相同。我国也采取相对禁止模式,如《公司法》第148条规定董事等高级管理人员不得“违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易”(以下简称为“自我交易条款”)。

①由于评估方法不同,世界银行《Doing Business 2015》和《Doing Business 2016》没有将“董事责任程度指数”作为评估指标。

②2019年4月22日审议通过的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(五)》中第1条规则的创设为“董事责任程度指数”增加了3分,对此下文将作进一步讨论。

笔者在北大法宝案例库检索了2006至2019年“损害公司利益责任纠纷”^①案由中所有引用自我交易条款的案例^②,并对检索案例逐一研读后发现,自我交易条款在法律适用过程中主要存在两大问题:第一,不同法院对违反自我交易条款的自我交易合同存在不同的效力认定;第二,法院在审理损害公司利益责任纠纷案件中流于形式化审查,采用程序审查标准,即是否违反公司章程的规定或是否经过股东(大)会的同意,缺乏具体实质的司法审查标准。此外,法院通常也把损害公司利益责任纠纷当作一般侵权责任纠纷案件进行审理,甚至要求原告负全部举证责任^③。

如是,笔者产生以下疑问:如何认定违反自我交易条款的合同效力;为何法院会存在不同的合同效力认定结果;何为自我交易行为的司法审查标准;如何分配举证责任;如何追究董事等高级管理人员的违信责任等。本文以区分组织法逻辑与契约法逻辑为视角,在组织法逻辑下对自我交易条款的规范性质进行了澄清,在契约法逻辑下对违反自我交易条款的合同效力作了详细讨论。结合世界银行营商环境评估报告,对我国公司法上忠实义务的司法审查标准、举证责任分配等问题进行探讨。

二、自我交易合同的效力认定

(一) 组织法逻辑下自我交易条款之规范性质

司法实践中,法院在审理“损害公司利益责任纠纷”案件时通常采用规范性质识别进路,认

为《公司法》中的自我交易条款属于所谓的“效力性强制性规范”,进而依据《合同法》第52条第(五)项规定认定自我交易合同无效,如硕朋公司案^④。相反,有时在相同或类似案情下,法院却认定自我交易合同合法有效,似乎并不认为自我交易条款属于所谓的“效力性强制性规范”,如湘贵公司案^⑤。

学界对此亦未达成共识,有学者认为自我交易条款属于“效力性强制性规范”;也有学者认为该条款属于与“取缔规范”(或“管理规范”)性质大体相同的强制性规范^⑥。笔者认为,对自我交易条款规范性质产生认识分歧的根源在于混淆了组织规则与契约规则,认识自我交易条款的规范性质需要在组织法逻辑下进行辨析。

首先,自我交易条款属于组织规则而非契约规则。究其根本,《公司法》的性质属于组织法或管理法。《公司法》第148条规定的董事等高级管理人员忠实义务具体禁止行为的条款,其目的在于规制董事等高级管理人员利益冲突交易行为。进言之,自我交易条款实际上是《公司法》作为组织法或团体法对其内部高级管理者行为要求方面的强制性管理规定,是董事等高级管理人员对公司和股东承担信义义务的体现。

其次,违反自我交易条款之自我交易合同的效力认定与董事等高级管理人员违反忠实义务实施自我交易行为是两个不同的问题。自我交易行为本质上是一个民事法律行为,其效力判定

①根据《民事案件案由规定》,损害公司利益责任纠纷包括股东滥用股东权利损害公司利益责任纠纷与公司董事、监事、高级管理人员损害公司利益责任纠纷两类案件。后者是指“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失而发生的纠纷”。参见奚晓明:《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》,北京:人民法院出版社,2011年出版,第393页。

②北大法宝。http://www.pkulaw.cn/Case。最后检索时间为2020年1月7日。

③如江阴某钢缆有限公司与周某损害公司利益责任纠纷案。该案中,法院认为“根据《中华人民共和国公司法》第148条第一款第(四)项及第二款的规定,高级管理人员损害公司利益的责任成立须具备行为的违法性、有损害结果以及违法行为与损害结果之间存在因果关系几项构成要件,具体到本案应由该公司提供有效的证据证明对此予以证明。”参见江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02民终5123号民事判决。

④安徽省安庆市中级人民法院(2018)皖08民终1633号。该案中,法院认为“周某、刘某的上述行为违反了公司法第148条的强制性规定,属合同法第52条对无效合同规定的情形(五)‘违反法律、行政法规的强制性规定’,依法应认定买卖合同无效”。

⑤贵州省贵阳市中级人民法院(2017)黔01民初374号。该案中,法院认为“《股权转让协议》是平等主体之间订立的合同,该合同已部分履行,属于公司的外部行为,而本案是高级管理人员损害公司利益纠纷,属于公司内部法律关系,故《股权转让协议》合法有效,并不影响公司向董事追究违反忠实义务的责任。”

⑥参见王保树:《从法条的公司法到实践的公司法》,载《法学研究》,2006年第1期。该文中,作者将我国公司法上的规范分为任意性规范与强制性规范,后者包括规定当事人积极义务的强制性规范和规定当事人消极义务的强制性规范两类。



应当依据契约或交易规则在契约法逻辑下进行效力评价;自我交易条款的违反则会引发组织法上对违反忠实义务的董事、高级管理人员失信责任的追究,两者法律效果完全不同。实际上,自我交易条款也属于强制性规范,但这种强制性规范并非评价法律行为效力的强制性规范,而是组织法上的强制性规范,违反该规范则会引发公司法上的法律后果,即失信责任。这是两个不同的问题。因此,自我交易合同效力认定的结果并不当然影响董事等高级管理人员失信责任的追究。

再次,退一步而言,作为契约法或交易法上的效力性强制规范与管理性强制规范的区分本身争议较大。从规范性质区分的渊源考察^①,该区分系针对合同效力认定而言,其目的在于评价契约法或交易法上合同的法律效力,是法律行为的价值判断。该区分本身遭到诸多学者的批判。朱庆育认为“强制规定之效力性与管理性之分,一则同义反复,二则含混游移。错乱的逻辑无助于概念认知,亦无助于法律适用”;朱虎认为“规范性质是判断之后的结果,而非判断的依据,由规范性质推导合同效力,似乎有些倒果为因,是一种倒置的法律推理”。如此,运用饱受争议的规范性质区分自我交易条款的性质,其结果不仅不能解决问题,且还增加了问题的复杂性。

因此,作为组织规则的自我交易条款是组织法对董事等高级管理人员的管理性强制规范,其目的在于规制管理者的利益冲突交易行为进而追究其失信责任,而非否定自我交易合同的法律效力。所以,法院不能仅仅依据自我交易条款径

直否定自我交易合同之效力。

(二) 契约法逻辑下自我交易合同之效力认定

针对违反自我交易条款的法律效力问题,现有理论研究均在公司法框架下展开:或主张自我交易合同无效;或主张公司享有撤销权^②;或主张未经公司同意的自我交易并非绝对无效,而是对公司不发生法律效力,除非经过公司追认。由于《公司法》对于该问题缺乏明确规范,此时应当类推适用《民法总则》以填补该漏洞。但更为重要的是,《公司法》的性质主要是组织法或团体法,而自我交易合同本质上属于民事法律行为。因此,笔者认为违反自我交易条款的自我交易合同的法律效力判定,应当回归合同效力判定路径,遵循契约法的逻辑与规则。

现代公司治理结构是根据“委托—代理”理论对公司内部进行权力分配和安排。作为公司管理者的董事等高级管理人员与公司之间的关系存在信托关系与代理关系两种理论学说,大陆法系国家更倾向于委托代理关系。鉴于此,违反自我交易条款的自我交易合同的效力认定可以适用契约法上有关代理规则^③进行判定。与自我交易相关的契约法上的代理规则主要涉及自我行为(Insichgeschäfte)与代理权滥用规则,而自我行为又包括自我缔约(Selbstkontrahieren)(自己代理)与数方(双方)代理(Mehrvertretung)两类情形^④。以下分别讨论:

1. 直接自我交易适用自己代理规则

直接自我交易情形下,董事等高级管理人员

①《合同法》第52条第(五)项规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。《合同法司法解释二》第14条将“强制性规定”限缩解释为“效力性强制性规定”。最高法《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第15条规定进一步将“强制性规定”区分为“效力性强制规范”与“管理性强制规范”,认为“违反效力性强制规定的,人民法院应当认定合同无效;违反管理性强制规定的,人民法院应当根据具体情形认定其效力”。

②如胡晓静主张在公司法中规定公司对董事自我交易享有撤销权,以明确违反法定程序的董事自我交易的法律效力。参见:胡晓静《论董事自我交易的法律规制》,载《当代法学》,2010年第6期。

③实践中实施自我交易行为的董事、高级管理人员有可能同时兼任公司的法定代表人,因此可能也涉及代表规则的讨论。但笔者认为代表关系用代理规则来讨论更合适。蒋大兴对此也有相同看法,他认为商事代理行为包括两类:一类是组织性的外部代理(代理商),另一类是交易性的内部代理(法定代表、法定代理)。其中后者这种组织机构内部的代表,用代理来解释更合适。参见蒋大兴:《〈民法总则〉(草案)中的证券法空间——关于法人类型、法律行为/代理及期限制度的检讨》,载《财经法学》,2017年第2期。

④参见朱庆育:《民法总论》,北京:北京大学出版社,2016年出版,第350页。有学者直接将Insichgeschäfte译成“自我交易”,Selbstkontrahieren译成“自己代理”,Mehrvertretung译成“双方代理”。参见于程远:《从风险规避到实质保护——目的论视角下对自我交易规则的重新建构》,载《政法论坛》,2018年第3期。本文分别采用“自我行为”、“自己代理”与“双方代理”的表述方式。

与公司订立合同或者进行交易,双方当事人为公司与董事等高级管理人员。“事实上,自我交易的根本含义是:交易表面上发生在两个或两个以上当事人之间,实际上却只由一方决定”。这正是自己代理。在自己代理情形下,代理人以被代理人名义,与自己并以自己名义订立法律行为。

德国《民法典》第 181 条规定:“非经允许,代理人不得以本人名义与自己为法律行为,亦不得为第三人之代理人,而与本人作为法律行为。但其法律行为系属专以债务为目的者,不在此限”。最初,德国学界认为自己代理(包括双方代理)的法律效力为绝对无效,但如今德国通说认为前述规定系对代理权的法定限制,违反该规定并非当然无效,而应类推适用无权代理规则,即效力待定。

我国《民法通则》没有对自我行为作出任何规定,但《民法总则》第 168 条第一款规定“代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为,但是被代理人同意或者追认的除外”。从文义解释而言,自己代理原则上是禁止的,除非事前经过被代理人同意或事后被代理人追认;但从立法目的而言,该款规定旨在防止代理人利益冲突行为损害被代理人利益。因此,笔者更倾向于赞同如今德国通说的解释,即《民法总则》第 168 条的规定是对代理权的法定限制,自己代理的法律效力类推适用无权代理规则,即效力待定。原因在于代理人的行为仅是损害了被代理人的利益或有损害之虞而已(董事等高级管理人员与公司之间的交易可能对公司有利,如在公司贷款困难的情况下贷款给公司),并未损害公共利益与公序良俗。其次,赋予被代理人决定权更能体现尊重当事人意志,符合私法精神,更有利于维护被代理人的利益。

2. 间接自我交易根据表现形态分别适用代理权滥用与双方代理规则

间接自我交易主要表现为三种形态:第一种为董事等高级管理人员的“关系人”与公司之间的自我交易,该“关系人”包括配偶、父母、子女、孙子女、兄弟姐妹等具有亲属关系的人员;第二

种为董事等高级管理人员的“关系实体”与公司之间的自我交易,该“关系实体”包括董事等高级管理人员自己及其上述“关系人”在其中拥有经济利益的实体;第三种为共同拥有一个或以上的董事等高级管理人员的两个公司之间的自我交易。

在间接自我交易第一、二种形态下可以适用代理权滥用规则。所谓代理权滥用是指代理人对外行使代理权时突破内部关系的制约,但并未超越代理权限,否则构成无权代理。董事等高级管理人员作为公司的实际经营管理者,其有权代表公司签订合同或进行交易。但当他们代表公司与他们的“关系人”或“关系实体”签订合同或进行交易时应当受到公司章程等内部关系的制约,并以公司利益最大化为目标,不得损害公司利益。倘若他们突破公司章程等内部关系的制约,利用职务便利以公司名义与自己的“关系人”或“关系实体”进行交易,损害公司利益的,便构成代理权的滥用,可适用代理权滥用规则予以规制。关于代理权滥用的效力,应区分第三人恶意与恶意串通两种情况。如果第三人是恶意的,即董事等高级管理人员的“关系人”或“关系实体”知道或者应当知道董事等高级管理人员滥用代理权的,此时内部基础关系成为划定代理权范围的依据,滥用代理权的行为沦为无权代理,自我交易合同的法律效力为效力待定;如果董事等高级管理人员与他们的“关系人”或“关系实体”相互串通,故意达成不公平的交易条件,损害公司利益的,则这类行为构成违反善良风俗的恶意串通行为而自始无效。然而,该情形下的恶意串通仅关乎当事人尤其是被代理人利益的维护且当事人的加害意图难以证明,因此,无效立场不利于被代理人,应类推适用无权代理规则,认定为效力待定。

在间接自我交易第三种情形下可以适用双方代理规则。双方代理是指代理人同时以被代理人 and 第三人名义实施法律行为,在双方代理法律关系中,行为的一方当事人是被代理人,他由代理人代理;行为的另一方当事人是另外一个被



代理人,他由同一个代理人代理。董事等高级管理人员同时担任交易双方的董事或高级管理人员,其均有权代表(代理)交易双方对外签订合同或进行交易。当董事等高级管理人员同时以所任职公司名义与对方签订合同或进行交易,或董事等高级管理人员利用其影响力促成该交易时,实际上就构成了双方代理。我国司法实践中有个别法院认为此种情形属于双方代理,如泛华易拍案^①。关于双方代理的法律后果与自己代理的法律后果相同,即效力待定。

综上所述,对于违反自我交易条款的自我交易合同的效力认定,应当遵循契约法逻辑,运用代理制度中的自我行为和代理权滥用规则认定为效力待定。此外,公司、股东对自我交易合同的其他效力瑕疵抗辩事由也应当遵循契约法规则。

三、营商环境视域下自我交易行为之失信责任探究

董事信义义务制度是公司法的核心内容,亟需通过完善我国公司法中包括忠实义务司法审查标准、举证责任分配在内的信义义务制度,以进一步优化我国营商环境。

如前所述,董事等高级管理人员违反忠实义务实施自我交易行为的法律后果是组织法上的失信责任追究。对此,我国现行《公司法》仅作了原则性规定,即在第148条第一款第(四)项规定了自我交易条款;第二款规定了公司的归入权;第149条规定了损害赔偿责任。粗略的立法必然导致法律适用上的困难。由于法律仅规定了自我交易的程序性规定而缺乏具体可操作的司法审查标准,因此法院也仅能拘泥于法律条文采取形式化的司法审查标准,即审查自我交易是否违反公司章程的规定或者是否经过股东(大)会的同意。由于法律没有对失信责任的举证责任分配作出任何规定,因此,法院在司法实践中只能

按照一般侵权案件来处理,要求原告承担全部的举证责任。

存在的问题是,第一,仅仅违反程序性规定的自我交易是否对公司不公平或损害公司利益。实践中有法院认为公司董事等高级管理人员没有履行披露、报告义务即构成忠实义务的违反^②。但自我交易仅仅是一种有可能损害公司利益的利益冲突交易,具有抽象危险性,它不仅不会损害公司利益甚至还可能有利于公司利益。所以,法院不仅要求原告证明被告存在违法行为,还要证明客观上给公司造成了实际损害和违法行为与公司损失之间存在因果关系。必须指出的是,这样的审判思路忽视了董事等高级管理人员损害公司利益责任纠纷的特殊性。原因在于董事等高级管理人员是掌握公司控制权的人,控制地位和信息不对称往往使得作为相对劣势的原告因为举证不能而承担败诉风险。第二,如果公司章程没有相关规定,即使经过了股东(大)会同意的自我交易也可能对公司不公平或损害公司利益。鉴于此,世界银行营商环境评估中将“如果有证据表明存在不公平、利益冲突或者损害,是否足以就该交易给公司造成的损失,追究詹姆斯的责任”作为“董事责任程度指标”的评估问题^③。而该问题我国 DB2018 和 DB2019 均未得分。也正因为如此,《公司法司法解释(五)》第1条规定了被告仅以履行信息披露、经有权机关同意等程序性事由抗辩的不得免责。因此,不能仅仅依靠程序性要件的司法审查标准来规制利益冲突行为,进而维护公司利益。

自我交易本身不会必然损害公司利益,不具有必然违法性,但违反忠实义务的自我交易则具有违法性。失信责任追究的正是董事等高级管理人员在自我交易行为中违反其对公司的忠实义务而导致的责任。因而,司法审查的重点在于

①北京市朝阳区人民法院(2015)朝民(商)初字第35362号民事判决。该案中,“公司的董事、监事、高级管理人员对外代表公司,如果其与公司交易的对方有关联关系(此案中被告同时担任交易对方的法定代表人),那么其在交易过程中构成双方代理……”

②参见上海市卢湾区人民法院(2010)卢民二(商)初字第690号民事判决。

③需要提醒的是,“董事责任程度指数”方法论中假设的董事自我交易获得了所有要求的批准和所有必须的披露,即程序上无瑕疵。

董事、高级管理人员在自我交易行为中是否违反了忠实义务。显然,仅仅以违反自我交易条款的程序性规定来认定,尚不足以构成违反忠实义务。违反忠实义务的核心在于董事等高级管理人员在自我交易中以牺牲公司利益为代价换取个人私利,把个人利益置于公司利益之上。换言之,自我交易对公司而言是不公平的,因此,忠实义务下自我交易行为的司法审查标准在于交易的公平性。

然而,证明交易的公平是最困难的事情,因为它是一个主观概念,没有明确的客观标准。那么,需要讨论的问题就是由谁来证明以及如何证明自我交易对公司而言是公平的。前者涉及举证责任分配问题,后者涉及交易公平性的具体司法审查标准问题。虽然损害公司利益的责任本质上是一种侵权责任,但其是发生在商事领域里作为公司内部人并掌握着公司控制权的董事等高级管理人员侵害公司利益的特殊侵权行为导致的。因此,举证责任分配时必须考虑损害公司利益纠纷的特殊性:一方面,无论在直接还是间接自我交易中,董事等高级管理人员直接参与交易行为或与交易行为具有密切关系,其具有证明交易公平性的便利和能力,因此,原则上应当实行举证责任倒置,即由被告来承担证明交易公平性的证明责任;另一方面,为了防止公司尤其是股东滥用诉权以及平衡原被告双方之间的举证负担,有必要借鉴美国判例法上赋予程序要件举证责任移转的特殊法律意义。被告只要证明其履行了程序性要件,即被告将自我交易所涉及的所有利益冲突事实和信息披露给董事会或股东会并经无利害关系的董事或股东同意后,即可将交易公平性的举证责任移转给原告,由原告证明交易的不公平。交易的公平性是个实体问题,证明起来很难;而有没有披露和经过批准是个程序问题,证明起来很容易。这实际上是将实体问题转化为程序问题,但其根本目的是达成公平交易,因为经过披露和批准的交易被假定是公平的,这是一种无奈之下的明智之举,是一种审判智慧。在此意义上,前述在《公司法司法解释

(五)》的规定否定程序性要件的法律意义未免过于极端。需要指出的是,美国司法上证明交易公平性的目的在于撤销或者维持自我交易合同的效力;而本文主张被告证明交易公平性的目的在于证明违反忠实义务进而否定失信责任的成立,至于自我交易合同的效力认定应当依照契约法上的规则进行认定。

综上,当公司、股东质疑自我交易行为的公平性,追究董事等高级管理人员的失信责任时,需要初步证明被告实施了自我交易行为,并给公司造成了损害。此时,被告需要证明交易对公司是公平的,若举证不能则推定被告违反忠实义务,需要承担失信责任。当然,如果被告能够证明其履行了程序性要件,将自我交易涉及的利益冲突关系及所有重要事实向董事会或股东会予以披露并经过无利害关系的董事或股东同意,此时证明交易公平性的举证责任将转移至原告,由原告证明该交易对公司是不公平的。若原告举证不能,则推定被告没有违反忠实义务,无需承担失信责任。

四、结语

公司管理者自我交易是公司治理中的核心问题。英美法系国家在判例法中逐渐形成的自我交易规制模式运行良好,但法律规则的移植与借鉴需要以解决“中国问题”为出发点与落脚点。与英美判例法一并解决公司管理者自我交易中主要存在的合同效力与失信责任追究两个问题的做法不同,笔者主张以区分组织逻辑与契约逻辑为视角,运用不同的法律规则予以调整。前者遵循契约逻辑并运用契约规则予以认定,后者遵循组织逻辑并运用组织规则予以解决。之所以这样处理的原因在于:我国处理民事纠纷案件实行案由分类审理制度,违反自我交易条款的合同效力认定与董事等高级管理人员违反忠实义务实施自我交易行为的责任追究分别属于“合同纠纷”和“与公司有关的纠纷”的案由,分类处理有利于正确适用法律。同时,分别处理有利于划清不同法律规则的调整场域,防止法律规则越俎代



庖,“让公司法的归公司法调整,合同法的归合同法调整”。

〔参考文献〕

〔1〕罗培新. 世行营商环境评估之“保护少数投资者”指标解析[J]. 清华法学,2019(01):151-174.

〔2〕施天涛. 公司法论. 第四版[M]. 北京:法律出版社,2018:427.

〔3〕周林彬,方斯远. 忠实义务:趋同抑或路径依赖——一个比较法律经济学的视角[J]. 中山大学学报(社会科学版),2012(04):160.

〔4〕冷铁勋.《公司法》规制董事自我交易的规范之类型——以强制性规定区分效力性与管理性规范为视角[J]. 暨南学报(哲学社会科学版),2014(03):35.

〔5〕朱庆育.《合同法》第52条第(五)项评注[J]. 法学家,2016(03):159.

〔6〕朱虎. 效力性强制性规范的识别:争论、法理与路径[J]. 人民司法(应用),2017(07):106.

〔7〕孙英. 论董事自我交易的法律规制——以《公司法》第149条的适用与完善为核心展开[J]. 法学,2010(06):

114,116.

〔8〕钱玉林. 民法总则与公司法的适用关系论[J]. 法学研究,2018(03):51.

〔9〕王军. 中国公司法[M]. 北京:高等教育出版社,2017:364-365.

〔10〕[美]罗伯特·C·克拉克. 公司法则[M]. 胡平译. 北京:工商出版社,1999:117.

〔11〕[德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京:法律出版社,2000:723,728.

〔12〕台湾大学法律学院等. 德国民法典[M]. 北京:北京大学出版社,2017:159-160.

〔13〕朱庆育. 民法总论[M]. 北京:北京大学出版社,2016:350,352,451.

〔14〕王艳梅,祝雅柠. 论董事违反信义义务赔偿责任范围的界定——以世界银行《营商环境报告》“董事责任程度”为切入点[J]. 北方法学,2019(02):43.

〔15〕朱锦清. 公司法学(下)[M]. 北京:清华大学出版社,2017:129-130.

【责任编辑:柴 玮】

Research on the legal application of self-dealing terms from the perspective of business environment ——From the perspective of distinguishing the logic of organization law and logic of contract law

Wu Yaohong

(Jinan University, Guangzhou Guangdong 510632, China)

Abstract: Judicial practice often disagrees on the normative nature of self-dealing terms of the contract, the root cause of which is to confuse the attributes of organization rules and contract rules. From the perspective of the logic of the organization law, the purpose of regulating the self-dealing terms of the contract is to regulate the trading behavior of conflicts of interest and then pursue liability for breach of credit, rather than denying the validity of contract; From the perspective of the logic of the contract law, the validity of contract with self-dealing behavior should be certificated to be undetermined validity of contract by the self-agency behavior and the abuse of agency rights rules in the agency system. Combined with the World Bank's business environment assessment report, the judicial review standards for loyal obligations in China's company law should adopt the principle of fairness of transactions, while granting procedural legal elements, that is, the transfer of burden of proof. The purpose of distinguishing between organization rules and contract rules is to clarify the adjustment field of legal rules, prevent over-subscribing, and provide a reference for the trial of disputes over self-dealing terms of contract in judicial practice.

Key words: self-dealing terms; organization rules; contract rules; liability for breach of credit

【法学理论研究】

论我国行政强制执行模式的再选择

——行政机关的本源性权力与司法机关的延展性权力之博弈平衡

余金翎
(湖北大学,湖北 武汉 430061)

〔摘 要〕关于我国现行行政强制执行双轨制模式的利弊,学界多有讨论。很多学者主张应当将行政强制执行权收归行政机关,但在制度设计上多有不同。在现行国务院机构改革及法治政府建设的大背景下,可将行政强制执行权视为行政机关的本源性权力(应然权力)和司法机关的延展性权力(实然权力),并在此分析框架下,寻求该种权利在应然性和实然性之间的平衡,由此探讨将各级政府的司法行政部门作为行政强制执行机构,并使得司法权回归至监督权的本质。建立以行政机关为主、司法机关为补充的行政强制执行模式,可以改变我国现行行政强制执行模式中司法机关沦为行政机关的执行机关的尴尬现状。

〔关键词〕行政强制执行模式;行政权;应然权力;司法权;实然权力

〔作者简介〕余金翎(1996—),女,湖北襄阳人,湖北大学2018级硕士研究生,主要从事民商法学、行政法学研究。

〔收稿日期〕2020-02-23

〔中图分类号〕DF81〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)02-041-06

行政强制执行是在公民、法人或其他组织不依法履行行政决定的情况下,由权利机关依法强制其履行义务的行为。根据国内外现行的法律法规,行政强制执行的模式一般有三种:一是行政机关自行执行模式;二是申请法院强制执行模式;三是行政机关自行强制执行与申请法院强制执行相结合的模式^①。这三种分类是在将行政强制执行权分为行政机关本源性权力和司法机关延展性权利的基础上进行的归纳总结。行政机关本源性权利,指与行政机关的产生相伴相生的应然权力;司法机关的延展性权力,是指行政权与司法权在运行过程中相互平衡而生的实然权力。不可否认的是,考虑到特定国家及地区的特殊性,这三种模式的存在都有其合理性。各国在选择行政强制执行模式时,大多会对权力制约、权力监督、权力独立、效率、经济等因素进行综合考量,并最终作出模式选择。德国、奥地利等大陆法系国家往往采取行政机关自行强制执行的

行政主导模式,且除法律规定的特殊情况外,行政机关自行强制执行是行政机关拥有行政权的天然表现,无需特别的法律授权;英美法系国家往往确立了三权分立制度,出于权力制衡的要求,他们多选择申请法院强制执行的司法主导模式。不论是大陆法系国家的行政主导模式,还是英美法系国家所采取的司法主导模式都基于自己的国家特点,实践中彰显出一定的优势,但也存在着明显的缺陷。我国在吸收两种模式各自优势的基础上,结合本国社会历史情况,采取了行政权和司法权并用的方式,但在具体实施中却有所侧重。由此出现的一系列实践及理论问题,值得学者探讨。

一、我国现行行政强制执行模式

(一)我国现行行政强制执行模式简述

我国《行政强制法》第13条规定:行政强制执行由法律设定,法律没有规定行政机关强制执

^①参见沈福俊,邹荣:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社,2007年出版。



行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行。除公安、国安、工商、税务、海关以及县级以上人民政府由相关法律授权强制执行外,其余行政机关均无强制执行权。有学者将此种模式定义为“以法院非诉行政执行为原则,以行政机关依法执行为例外的行政强制执行模式”或“法院为主司法为辅模式”;也有学者将该种模式直接定义为“司法主导模式”。无论其定义如何,可以明确的是现行的行政强制执行途径兼具司法和行政两大方式,且行政和司法并非平行关系,而是司法权在其中起主导作用。不可否认,我国2011年的《行政强制法》在对行政强制执行模式进行选择时有其特殊的考量。首先,从立法的趋同效应来看,我国早在1989年颁布《行政诉讼法》时即对此种双轨制模式有了规定^①,《行政强制法》即是在延续了《行政诉讼法》思想的同时规定了行政机关和司法机关的行政强制执行权。其次,从实践和现实的角度出发,在新中国成立后的前十五年间,我国的行政机构设置仍处于不断摸索并科学发展阶段,行政机关职能分散,缺乏适格的强制执行机构。长期以来,行政执法人员的法治意识淡薄,政府工作往往以追求效率为重点,而忽视了法治政府建设。与此同时,政府行政权的管理色彩浓厚,将行政强制执行权全部归属于行政机关不具备现实可能性,这就导致了行政执法权向法院倾斜的现状。最后,从权利监督的需要来看,我国现行的行政强制执行模式更多的体现了司法权对政府的监督功能,避免了在行政强制执行过程中行政机关“自导自演”的现象发生。在行政机构设置不健全、政府职能界定模糊不清的情况下,这种模式有利于保障人权,防止权力的滥用。由此可见,即使我们当下讨论我国现行行政强制执行的不足及完善路径,也不能完全否认现行强制执行模式在政府理论和法治建设发展过程中的合理贡献。

(二)我国现行强制执行模式的不足

1. 行政强制执行权的性质定位模糊

从我国《行政强制法》及相关法律规定可以看出,行政强制执行权属于政府及法院,由此即

得出一个理论上的问题,即行政强制执行权究竟是属于行政权还是司法权。关于此问题的争议由来已久,至今仍无统一结论,可归纳为单一属性和双重属性两种观点。前者是指单纯的行政权或司法权,后者则认为两种权力属性兼而有之,这种观点也是我国现行法所采纳的。笔者认为,即使是在行政与司法的“双轨制”模式下,也要严格区分行政机关和司法机关作出行政强制执行行为时的权力性质,不能单纯地认为由司法机关行使的权力即为司法权,而忽视了权力的来源、目的、价值等内容。应松年教授认为,行政机关依法自行强制执行时,可称为行政行为或具体行政行为;但如果经法院审查同意并下令强制执行时,它就是司法强制,不应再称为行政行为或具体行政行为^②。由此看来,应松年教授严格区分了强制执行中的行政强制和司法强制,他认为行使行政权的主体只能是行政机关,行政强制和司法强制是界限分明的两种权力形式。在我国现行行政强制执行模式之下,由政府行使的一小部分执行权才属于行政强制执行,而申请司法机关执行的部分应当属于司法强制执行。此种分类从法律解释的角度很好地回应了行政强制执行权的理论本质与实践中的表面冲突,但是行政权部分让渡于司法权的做法是否合理仍值得商榷。

笔者认为应当将行政机关和司法机关对行政强制执行权的行使分为行政机关的应然权力和司法机关的实然权力,但从本质上讲行政强制执行权应当归入行政权的范畴,司法机关对行政强制执行权的行使只是在实践需要中衍生出来的权利。首先,从行政强制执行的功能上来看,行政强制执行具备实现行政行为决定法律后果的功能。行政强制执行权存在的前提是基础行政行为的存在,在基础行政行为成立且有效的情况下,必须最大限度地保证其法律后果的实现,否则行政机关作出基础行政行为所付出的成本将落空。其次,从分类上看,行政强制可划分为行政强制措施和行政强制执行两个阶段,这两个

^①1989年《行政诉讼法》第65条规定:当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的,行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行,或者依法强制执行。

^②参见应松年:《论行政强制执行》,载《中国法学》,1998年第3期。

阶段应视为同一整体的两个部分,它们共同构成了完整的行政强制权。行政强制权属于典型的行政权的范畴,则其所包含的若干权力自然也属于行政权。最后,从行政强制执行权的权利内容来看,行政强制执行权作为行政相对人拒不履行具体行政行为或行政决定所规定之义务时的强制手段,其双方主体之间具有行政法上的不对等性,而在立法法上,司法权的独立运行即表现出了司法权的中立属性。因此,这种不对等性决定了该权利的性质应当是行政权。

2. 行政相对人的救济权难保障

根据我国宪法的构架,行政权是行政机关依法对经济建设和社会公共事务进行组织和管理的权利,具有公定力、确定力和执行力,具体表现为一种执行权、管理权;司法权是依法对诉讼案件进行审理和裁判的职权,具有独立性、被动性、消极性和终极性,其目的是为了居中解决纠纷和控权^①。这样一种宪法上的制度构建更多地体现了现代司法权及行政权公正与效率的有机统一,也是宪法上制度设计平衡的要求。司法权具有终极性,我国《行政强制法》在第五章申请人民法院强制执行的内容中并未规定除国家赔偿外行政相对人对法院行政强制执行决定不服时的救济途径。显然,这样一种制度设计赋予行政相对人的救济空间较为狭窄。虽然有些学者认为,我国《行政强制法》规定了在政府提请人民法院强制执行之前,当事人分别有60日及6个月的复议或诉讼期间,该期间内相对人怠于行使救济权则理应丧失救济机会,对于法院在审查之后所作出的强制执行决定,相对人只能无条件服从,但笔者认为,这种说法并无说服力。法谚云“无救济则无权利”,按照以应松年教授为代表的主流观点,行政强制措施由司法机关实施时,行政权的性质已经转化为司法权。我国法律赋予法院以强制执行权,当行政相对人因不履行义务而需要面对司法权时,应当给予行政相对人在面临司法权时的救济机会,而不能由行政权来决定司法权。

3. 加剧行政机关执法难

我国行政强制执行模式仅给予了少数行政

机关以强制执行权,客观上会加剧行政机关的执法难。具体表现为以下几个方面。其一,导致行政机关的执法效率低下,不符合行政行为的效力原理。行政行为的效力原理要求有关行为一经有效即产生公信力、确信力、约束力、执行力,行政机关不可任意加以更改且必须保证执行、行政相对人应当尊重并履行相应义务、其他机关不能做出重复性或冲突性的决定且应保障实施。我国现行的强制执行模式重司法、轻行政,行政机关作出具体行政行为需经法院审查后再执行,就会导致大多数情况下行政机关的作出的行政行为是否能最终执行并不确定,繁琐的执行程序也加剧了执行难的问题。司法权对行政权的监督是社会主义法治的必然要求,但监督应当合理、有序,此种模式的确立对于维护行政执行权的权威和公信力来说是消极的。其二,当行政机关无强制执行权而需要向法院进行申请执行时,可能会滋生违法行政。实践中,针对某些较为简单的案件,当行政机关因执行困难而需要申请法院强制执行时,为避免繁琐的申请程序和不确定性的审查结果,行政机关可能会基于自身利益滥用权力,违法违规规避程序要求。

二、我国现行强制执行模式的完善要点分析

(一) 明确效率与公平并重的价值取向

如前所述,我国现行强制执行模式的确立有其历史和现实的局限性。通常认为,法院参与行政强制执行对于发挥法院的监督作用、确保具体行政行为的公正合法具有积极的保障作用,而行政机关自行强制执行较之法院强制执行而言效率更高,程序更加简便。但效率和公正两者在行政强制执行领域并非不可调和。我国在进行行政强制执行模式的完善时,首先要意识到权利的本质是行政权;另一方面,在对强制执行权回归行政机关的过程中,要兼顾行政效率和行政机关内部的监督制约,以期达到两种价值的平衡。

(二) 明确司法权的监督权本质

将司法权引入行政强制执行权的理论和实践领域时,应当明确司法权作为一种监督权,只能作为一种救济性权利。我国现行行政强制执

^①参见付茜:《论行政诉讼中司法权与行政权的关系》,山西大学2013年硕士学位论文。



行模式并非使得行政权在执行阶段转化为司法权,而是在特定时期背景下,为了利益的平衡赋予司法机关的一种延展性权利,其本质仍是行政权。但在思考现行模式不足的同时,不能完全将此种延展性权利排除在行政强制执行权行使的全过程范围之外。我国《行政强制法》第56条规定了法院在驳回政府强制执行申请时,被驳回机关可提起复议,但并没有赋予相对人对法院的行政强制执行决定不服或受到不法执行时的复议或诉讼权利。针对这一问题,有观点认为,为保护行政相对人的合法权益,应当将司法机关的强制执行行为明确划入受案范围之列,但由此又将司法权反处于政府机关的监督之下,这便陷入了一个司法监督行政、行政反过来监督司法的怪圈之中。虽然权力制约是现代法治的必然要求,但在针对同一行政行为所带来的一系列行为中,这种循环式的监督必然导致低效和腐败。由此可见,只有回归司法权的监督本质,才能使行政强制执行在阳光下运行。

(三)合理扩大行政机关自行强制执行范围

如前所述,行政强制执行权是一种行政权。我国在进行行政强制执行权的模式选择时,应当围绕扩大行政机关强制执行范围这条主线来进行制度设计,打破现行模式下司法权与行政权的冲突状态。当然,扩大行政机关的强制执行范围并非让行政权失去控制,因此权力的内部配置便尤为重要,要充分加强行政机关内部权力制衡,利用行政机关各部门间的监督与配合保证行政强制执行在行政机关内部运行时合法有序。

三、我国行政强制执行模式的再选择

行政强制执行权作为一种行政权理应回转至行政机关,但在司法实践中,德国、奥地利等国家所采用的单纯行政主导模式仍存在一系列缺陷。在我国立法与实践过程中,应当结合我国的具体国情进行制度改革与完善,建立符合我国特点的行政强制执行模式。

(一)现有理论观点

我国学者对于行政强制执行模式的探讨大

都止于理论。很多学者从理论角度探讨了将强制执行权回归行政机关的合理性,但对具体实施方法研究并不深入。目前,对于回归方法的构建大致有以下几种观点:一是将法院的全部强制执行权收归行政机关,并且“谁作出,谁执行”^①,但这种方式由于缺乏必要的行政系统内部监督机制,容易导致权力滥用;二是在行政机关内部建立一个新的、独立的行政强制执行机构,由该机构对没有行政强制执行权的行政机关所作出的具体行政行为进行审查,并做出是否允许的决定,但这种做法很显然不符合精简机构、提高效能的行政法原则要求,并且在专门人员配备等方面存在较大难度;三是由法院对需要进行强制执行的行为进行审查,并交由原行政机关进行执行^②。该种做法仅仅将现行的强制执行模式中的最终的执行环节交由行政机关,但本质上与现行强制执行模式中的权力分配并无区别。司法机关对行政权进行审查,并在诉讼之外决定行政行为是否合理,这种司法权审查行政权的方式值得商榷。

(二)我国行政强制执行模式的再选择

1.再选择建议

在探讨行政强制执行模式时,首先要明确行政强制执行权应当是行政机关的本源性权利,在保障该种权利的过程中,司法机关的参与只能作为一种补充和保障机制,亦即司法权所扮演的角色是制约而非替代行政权。司法机关拥有的是行政强制执行权的延展性权利,而非司法权的一种,此种延展性权利不能过分扩张而掩盖了行政强制执行权的行政权本质。其次,在探讨模式选择时,选择一个合适的行政强制执行机构是中心问题。该强制执行机构作为一个行政机关应当保证其相对中立性,并符合合理行政、程序正当的行政法基本原则要求。笔者认为,应当将行政强制执行权回归至行政机关,在行政机关行使强制执行权的同时,司法机关发挥其司法监督作用,而该种监督作用也正是司法权的延伸。换言之,通过司法救济的方式将司法权的触角延伸至行政权。具体做法是将行政强制执行的审查权

^①参见宋莉:《论我国的行政强制执行模式选择及完善》,中国政法大学2005年硕士学位论文。

^②参见桂文乐:《论我国行政强制执行模式》,湖北大学2013年硕士学位论文。

赋予省级以上政府的司法行政部门,并在司法行政部门内增设一个行政强制执行机构为其内设机构(如在省司法厅建立行政强制执行处),没有强制执行权的行政机关将有关案件材料提交给该机构审查后由原行政机关自行强制执行。行政机关对司法行政部门所做出的行政强制执行决定不服的,可以向法院提起行政诉讼。

2. 可行性分析

2018年3月,第十三届全国人大第一次会议通过了国务院机构改革方案,不再保留国务院法制办公室机构设置,新司法部作为新的国务院组成部门,不仅承接了原司法部职能,而且替代了国务院法制办公室的角色与职能。随着党和国家机构改革全面铺开,各级司法行政部门作为政府中专门的法治工作部门职能进一步扩大,承担了统筹规划立法、组织起草有关行政法规草案、行政法规的解释及立法后评估、行政复议、全面依法治国的重大决策研究等职能^①。基于此,将没有行政强制执行权的行政机关的强制执行工作集中于各级政府的司法行政部门具有以下现实可行性。其一,我国机构改革为之提供了契机。2018年机构改革的根本目的在于精简机构合并职能。将行政强制执行权的审查部门设置在现有的司法行政部门之内,既实现了强制执行权回归行政机关的应然性,又符合改革的要求。其二,符合司法行政部门的职能要求。一方面,司法行政部门作为政府司法部门,承担着政府工作中各种法规的审查、制定、评估等法治工作;另一方面,在人员配备上司法行政部门的工作人员不仅具有法律专业知识,而且具有更加丰富的法律工作经验,由该机关承担行政强制执行的审查工作更符合其职能要求。其三,符合行政效力理论的要求。这种模式的选择使得对行政行为是否有效的判断在行政机关内部即告确定,维护了行政权的公信力,避免出现司法权干涉行政权的尴尬局面。其四,有利于在行政系统内部达成有效的监督,防止腐败。

3. 具体实施路径

对于我国行政强制执行模式的完善路径和

制度设计,笔者有如下思考:

(1) 申请。当行政相对人拒不履行行政法上的义务时,没有行政强制执行权的行政机关向同级政府司法行政部门提出关于具体行政行为的审查申请(其中乡镇一级政府应当向上一级政府司法行政机关进行申请)。在这里,申请的前提是相对人拒不履行具体行政行为所规定的义务;申请内容是相对人存有异议且拒绝履行的具体行政行为的合法性与合理性;申请人是没有行政强制执行权的行政机关;申请对象是本级政府司法行政部门。

(2) 审查。当司法行政部门接到相关申请机关的审查申请时,应当将有关案件材料提交给其内设的行政强制执行机构进行审查,作出准予或者不准予强制执行的决定。审查的方式包括两类,即形式审查和实质审查。原则上,对于申请审查的案件仅仅以申请机关所提交的相关材料为依据进行形式审查,但在形式审查的过程中如果发现书面材料存在以下三种情况时,可要求申请机关进行解释或补充材料,即由形式审查转为实质审查。这三种情况分别是:其一,事实明显缺乏现实依据,执法机关罔顾事实,在不具备现实可能性的情况下强制要求相对人履行某种义务或者在没有查明真相的情况下做出了某种行政决定;其二,法律、法规适用不明或错误,行政行为的作出于法无据或者所依据的法律法规适用有误;其三,其他明显违法并损害被执行人利益的情形。

(3) 执行。作出具体行政行为的行政机关对行政相对人的情况较为了解,为了分散行政机关的执行压力,当没有行政强制执行权的行政机关所执行申请事项得到审查通过时,应当自行强制执行;执行过程应当合法,不得因执行行为而给相对人造成额外的损失。

(4) 救济。行政相对人对各司法行政机关准予强制执行的决定不服的,可以向法院提起行政诉讼。诉讼期间,原行政机关可以要求相对人提供担保,以保障后续的执行效率。

总而言之,行政强制执行模式的选择是行政

^①参见十九届三中全会审议通过的《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》《深化党和国家机构改革方案》,第十三届全国人民代表大会第一次会议批准的《国务院机构改革方案》。



法上的一个传统命题,各种理论观点平分秋色。无论哪种观点,本质上都是司法机关和行政机关之间权力分配的一种博弈平衡,但必须明确司法权和行政权之间的本质区别,明确两者之间的界限,不能模糊对待。笔者认为,在行政强制执行领域,行政权是第一位的,司法权是第二位的;行政权是主导的,司法权是补充的;行政权是本源性的,司法权是延展性的;行政权是应然的,司法权是实然的。

近些年,改革成为社会发展趋势。我国行政体制改革正在有序推进,在此背景下,合理规制行政机关和司法机关在行政强制执行中发挥的作用,使行政强制执行权放归至行政机关有了更多的制度保障和现实可能性。行政强制执行是典型的权力与权利之间的对抗。一方面,我们要重视行政强制执行权本身分配的合理性;另一方面,应当注重保护相对人的合法权益。面对我国现行“双轨制”模式的不足,我们应当在合理的法律移植的基础上,借鉴比较法的经验,结合我国

改革现状,构建符合本土情况的行政强制执行模式,以期达到合法高效的执法目的。

[参考文献]

- [1] 马怀德. 我国行政强制执行制度及立法构想[J]. 国家行政学院学报,2000(02).
- [2] 应松年. 论行政强制执行[J]. 中国法学,1998(03).
- [3] 胡建森. 行政强制措施与行政强制执行的边界划定[J]. 理论法学,2002(06).
- [4] 韩大元. 比较宪法学[M]. 北京: 高等教育出版社,2003.
- [5] 杨解君,叶树理. 关于行政强制若干理论观点的批判[J]. 法学,2000(08).
- [6] 章安邦. 司法权力论[D]. 吉林大学博士学位论文,2017.
- [7] 章志远. 行政行为效力论[D]. 苏州大学硕士学位论文,2002.
- [8] 宋莉. 论我国的行政强制执行模式选择及完善[D]. 中国政法大学硕士学位论文,2005.

【责任编辑:王瑞红】

On the reselection of administrative enforcement model in China ——The game balance between the original power of the administrative organ and the extended power of the judiciary

Yu Jinling

(Hubei University, Wuhan Hubei 430061, China)

Abstract: There are many discussions in the academic circles about the pros and cons of the current dual-track system of administrative enforcement in China. Many scholars advocate that the administrative enforcement power should be returned to the administrative organ, but there are many differences in the system design. Under the current background of the State Council's institutional reform and the construction of the government under the rule of law, the administrative enforcement power can be regarded as the original power (the due power) of the administrative organ and the extended power of the judiciary (the actual power). Under the framework, it seeks to balance the sullen and the reality of this kind of power, thus exploring the judicial administrative departments at all levels of government as administrative enforcement agencies and bringing the judicial power back to the essence of supervision. The establishment of an administrative enforcement model that is dominated by administrative organs and supplemented by judicial organs can change the current embarrassing situation of judicial organs becoming administrative organs in the current administrative enforcement model in China.

Key words: administrative enforcement model; administrative power; due power; judicial power; actual power

【法学理论研究】

论我国防治虐童行为法律体系的完善

——基于法教义学的分析

熊远航

(大连海事大学,辽宁 大连 116026)

〔摘 要〕虐童行为主要表现为躯体虐待、情感虐待、性虐待及忽视等形式,对儿童身心健康会造成潜移默化的损害,进而阻碍儿童身心的健康发展。《儿童权利公约》规定了儿童的生命权和发展权等基本权利,上述权利免受一切形式的暴力侵害是其应有之义。当前,我国已构建以宪法为统领、以未成年人保护法为核心的防治虐童行为法律体系,同时以司法机关和行政机关出台的司法解释文件、部门规章予以补充。在法治社会建设过程中,以法教义学的研究方法为切入点,结合相关案例对我国防治虐童行为法律体系进行全面梳理并进行体系化的分析,可以为我国防治虐童行为法律的进一步完善提供有益的思路。

〔关键词〕虐童;法教义学;体系化;儿童最大利益;强制报告;监护权撤销

〔作者简介〕熊远航(1994—),山东日照人,大连海事大学法学院宪法与行政法学专业 2017 级硕士研究生,主要从事宪法学与行政法学研究。

〔收稿日期〕2020-02-21

〔中图分类号〕D922.7〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)02-047-13

根据世界卫生组织(World Health Organization,简称 WHO)1999 年所作的定义,虐待儿童行为指对儿童有抚养、监管义务及有操纵权的人做出足以对儿童的健康、生存、生长发育及尊严造成实际的或潜在的伤害行为,包括各种形式的躯体虐待、情感虐待、性虐待、忽视及对其进行经济性剥削^[1]。不同国家、不同民族在不同文化背景下,抚养教育孩子的方式方法及习惯均不相同,由此形成了认知虐待儿童定义、形式等内容的差异化。相较于域外较为成熟的防治虐童行为法律体系设置,我国尚无专门的防治虐童行为法律法规,其规定多散见于各部门法中。鉴于此,笔者尝试对我国现行防治虐童行为法律体系进行梳理,以教义化的方法进行解释及归纳,并提出对上述法律加以完善的建议。

一、我国防治虐童行为法律体系介绍

目前,我国防治虐童行为的规定散见于各法律法规中。从效力层次上看,层次比较完整;从

内容上看,可以区分为专门性及非专门性法律法规。具体内容可见表 1:

二、对我国防治虐童行为法律体系的法教义学分析

(一)法教义学的理论阐述

1. 法教义学的定义

阿列克西认为:“法教义学是一类语句,这些语句涉及法律规范和司法裁判,但并非等同于对它们的描述,它们组成某个相互和谐之整体,在制度化推动的法学框架内被提出和讨论,具有规范性内涵”^[2]。我国学者雷磊则认为:“作为知识的法教义学是围绕一国现行实在法构造的‘概念—命题’体系,而作为方法的法教义学是一种受一般权威拘束的思维形式(教义法学)”^[3]。关于法教义学的定义,事实上并没有统一的被普遍认可的学说,但纵观各学者的理论,可概述为:法教义学主要将现行法律规范作为解决法律问题的核心。



表1 目前我国防治虐童行为的法律法规及相关规定

法律位阶		文件名称	相关条文
宪法		《中华人民共和国宪法》	第49条
法律	专门性	《未成年人保护法》	第6条、第10条、第21条、第41条、第43条、第50条、第53条、第60条、第61条、第62条、第63条、第70条
		《义务教育法》	第29条
	非专门性	《民法通则》	第104条
		《民法总则》	第36条、第128条、第190条、第191条、
		《反家庭暴力法》	第4条、第5条、第12条、第13条、第14条、第15条、第21条、第23条、第35条
		《婚姻法》	第3条、第27条、第43条、第45条、
		《刑法》	第241条、第260条、第260条之一
		《治安管理处罚法》	第45条
		《收养法》	第26条、第30条
行政法规	《禁止使用童工规定》		第11条
	《幼儿园管理条例》		第17条、第27条、第28条
地方性法规	我国31个省、自治区、直辖市都制定了专门的关于未成年人保护的地方性法规,同时,武汉、广州、南京也制定了有关未成年人保护的地方性法规。 省级地方性法规如《浙江省未成年人保护条例》、《辽宁省实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉规定》、《河北省实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉办法》等。 设区的市地方性法规如《武汉市未成年人保护条例》、《广州市未成年人保护规定》等。经济特区法规如《深圳经济特区实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉办法》、《汕头经济特区实施〈中华人民共和国未成年人保护法〉办法》		
部门规章	《公安机关维护校园及周边治安秩序八条措施》		第1条
	《公安部关于打击拐卖妇女儿童犯罪适用法律和政策有关问题的意见》		第3条第五款,第5条第三款、第四款
	《家庭寄养管理办法》		第20条、第32条
司法解释	《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》		第1条、第14条、第35条、第40条等
	《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》		——
国家规划纲要	《中国儿童发展纲要(2011—2020年)》		——
政策性文件	《国务院关于加强困境儿童保障工作的意见》		——
	《关于进一步做好弃婴相关工作的通知》		——

2. 法教义学的特征

(1) 规范性特征

从认识法现象的视野看,法教义学区别于法哲学、法社会学等学科。在法哲学的视野下,其关注的是“应然法”,即法的正当性的问题。因此,法哲学通常需要超越现有法的秩序来评价法的正当性。法哲学是“以哲学的方式去反映、讨论法的原理、法的基本问题”^[4]。与此相对,法教义学的研究对象是“实定法”本身,是在现有法秩序范畴内的研究;其关注的问题是现行实定法的“效力”问题,或者说法律的规范性问题;其将研究重点置于法律规范本身,即如果运用现行法秩序调整人们的行为:人们如何行为、享有何种权

利、承担何种义务^①。这种行为标准属于规范性范畴,其有效性的主张不受其是否具有实效性的影响^[5]。

(2) 体系性特征

法律体系虽主要由立法提供基本要素,但其最初只能呈现出经验材料的状态,须经法学的建构性诠释与加工后,才能形成融贯的整体。而将法律素材体系化,正是法教义学的主要工作。最早在方法论上将体系化思维进行总结和实践的是萨维尼。他认为,法学中的体系化研究由来已久,这种体系化研究应该为法学提供一般内容与一般任务,将法律的内在关联整合为一个整体^②。

①参见张翔:《宪法释义学:原理·技术·实践》,北京:法律出版社,2013年出版,第5页。
②参见萨维尼著,杨代雄译:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,北京:法律出版社,2008年出版,第74页。

由此可见,法律规范之间并非是零散、孤立的,它们均被置于某一逻辑严密的“规范网络”之中,但这种“规范网络”并非自始显现的。法教义学的最重要任务之一,便是“发现个别法规范、规整之间及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并以得以概观的方式,质言之,以体系的形式将之表现出来”,俾利于整合各种价值、消除规范间矛盾^[6]。而法教义学的这种体系化也是必要的,“凭借一个表现出一贯性和统一性的法律体系,远比依赖于无法综览的、互不相属的、甚至自相矛盾的、杂乱无章的零散规范群更能保证法律的确定性和可预测性”^[7]。

这种体系形式的呈现,主要表现在两个层面:其一,包含法律原则的内部体系;其二,包含抽象概念的外部体系。它们是对整合法律体系的不同视野的要求:前者要求法律体系内部价值一致,后者则要求法律体系逻辑严谨^[8]。首先,法教义学可以提高内部体系价值追求的一致性,具体体现在法秩序的内部统一性以及价值评价的一致性;其次,法教义学可以促进外部体系的逻辑严谨性,表现在保证法律体系的连贯性。连贯的法律体系则意味着面对同一类案件,只有一套完整连贯的处理规则,而不能提供两套或两套以上的解决方法。规范之间存在矛盾是比较正常的。有学者认为,法教义学通常通过两种途径来解决这种矛盾:一种是勾连的途径,即发现规范之间的意义脉络,承认各项规范之间存在主从关系或推导关系,使得其可以在同一体系下和谐共生;第二种是排斥的方式,即通过全有全无的方法解决规范之间存在的矛盾关系^①。

(3) 实践性特征

法教义学的诸多理论与命题多来源于司法实践,同时,法教义学沟通立法与司法,其分析的结果与理论也多应用于司法裁判,因此法教义学具有较强的实践性的特征。法教义学也会区分常规案件与疑难案件,但其从不承认无解的案件。当面对一类新型无前例的案件时,法官不得以法无明文规定为由拒绝受理,而是应该通过各种解释方法进行适当的解答,这也是法教义学的

应有之义。法教义学为法律实践问题的解决提供了思考方向和框架,当遇到新型疑难案件时,其体系化的结构可以提供进一步思考的基础。同时,法教义学是可以自我更新和自我发展的,以既有的体系为基础,其可以对法律实践问题的解决提供不同的、相互竞争的建议。

3. 法教义学的功能

法教义学的独特价值在于其可以沟通立法与司法,将一个国家全部立法与司法实定秩序作为体系建构的导向。法教义学这一独特的价值,使得其对于法学与法治发展可以发挥重要的作用。王泽鉴先生总结了法教义学的四个功能:一是体系化功能,即系统地整理分析现行法律的概念体系;二是稳定功能,即为司法实践及特定裁判提出适用的法律见解;三是减轻论证负担功能,即减轻法学研究及法院裁判论证上的负担;四是修正和更新功能,即探寻符合体系的新的合理解决方法途径^[9]。从其对于四个功能的解释中可以看出,法教义学是遵从司法中心主义的,稳定功能及减轻论证负担功能均服务于司法实践,并在此基础上对立法和司法进行体系化分析。

4. 法教义学的任务

阿列克西认为法教义学是三种活动的综合体,由此反映出法教义学的任务:一是对现行法律的有效描述;二是对这种法律之概念一体系的研究;三是提出解决疑难的法律案件的建议^[10]。这对应了三个维度,即“描述—经验”的维度、“逻辑—分析”的维度及“规范—实践”的维度。我国现行防治虐童行为法律体系纵向来看包括了宪法、法律、法规、规章、政策性文件等,同时也有多类型的法律实践,都为法教义学的分析预备了齐全的材料。以此为基点,对防治虐童行为法律体系的法教义学探讨是有意义并且可行的。

(二) 法教义学“三维”研究范式的具体运用

1. 从“描述—经验”维度:对现行法律的有效描述

(1) 一般性立法

①《宪法》。《宪法》第49条第四款^②统领了我国防治虐童行为法律体系,为制定防治虐童行

①参见白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,载《环球法律评论》,2010年第3期。

②《中华人民共和国宪法》第49条第四款:“禁止破坏婚姻自由,禁止虐待老人、妇女和儿童”。



为的其他法律法规提供了重要的立法基础。

② 民事法律规范。防治虐童行为、保障儿童权利的民事法律规范涉及多个方面,如具有民事基本法律性质的《民法通则》《民法总则》,同时也包括其他具体领域的民事法律、法规,譬如《反家庭暴力法》《婚姻法》《收养法》等。《民法总则》一方面设置了未成年人监护权撤销的条件,预防监护人对未成年人实施侵害行为;另一方面对涉及未成年人的诉讼期间作出了特别规定。

《婚姻法》于2001年修订,强调从家庭方面对儿童的人身权利进行保护。该法对虐待家庭成员的行为作出了禁止性规定,同时规定了施虐者应当承担的法律责任。2015年,我国出台《反家庭暴力法》,该法针对家暴受虐儿童作出了许多突破性的规定,如强制报告制度、人身安全保护令、紧急安置制度、公安告诫书、监护权的撤销与改定等,从预防—制止两个方面保护儿童的人身安全。《收养法》同样对虐待被收养人作出了禁止性规定:一旦出现虐待行为,即有条件解除收养关系。

③ 司法保护类法律规范。我国《刑法》第260条规定了虐待罪以保护家庭成员,其保护对象当然地包括了在家庭关系中处于弱势地位的儿童。同时,《刑法》第261条之一增设了虐待被监护、看护人罪,针对未成年人等弱势群体设置了特别保护。《治安管理处罚法》第45条的设置,考虑了行为人与被虐待人之间较为特殊的亲属关系及经济联系:如果虐童行为的严重性质未上升到犯罪程度,此时既要考虑惩罚行为人,维护社会稳定;同时要考虑保障被虐待人的权利,避免被虐待人因无人照管陷入生活困境。

我国于2014年出台的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》,为监护权的转移和监护权的公权化奠定了基础,补充了《民法总则》及《未成年人保护法》的监护权转移制度,推动了未成年人监护权转移的机制构建^[11]。此外,2013年我国还发布了《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》。

(2) 专门性立法

① 《未成年人保护法》。在我国儿童权利保护领域,《未成年人保护法》具有宪章性的地位。该法从家庭、学校、社会、司法四个角度针对虐童

行为设置了全方位的制度安排。其主要内容如下。

第一,事前预防:对虐童行为作出禁止性规定。根据该法第10条第二款、第21条、第41条第一款、第43条第三款的规定,父母或其他监护人,学校、幼儿园、托儿所的教职人员,未成年人救助机构、儿童福利机构及其工作人员,均不得对儿童实施虐待行为。

第二,事中举报:规定了针对虐待行为的举报主体。根据该法第6条第二款的规定,举报主体为“任何组织和个人”。

第三,事后惩治:监护人撤销制度。根据该法第53条的规定,负有监护职责的父母或其他监护人,如果实施虐童行为,相关人员或单位可以向人民法院提出撤销其监护人资格的申请。

第四,法律责任的设置:既具有事前预防的功能,也具有事后惩治的功能。该法第60条、第62条、第63条、第70条规定了行为人实施虐童行为所应承担的法律责任。

除了适用于全国范围内的《未成年人保护法》外,许多省、市、自治区根据《未成年人保护法》的规定,结合本省、市、自治区的实际情况制定了未成年人保护条例、办法等地方性法规。《天津市未成年人保护条例》《山西省未成年人保护条例》等地方性法规,在立法结构上增设了“国家机关保护”一章;《广东省未成年人保护条例》等在立法结构上增设了“自我保护”一章;《江苏省未成年人保护条例》则专章设立了“特殊保护”^[12]。

② 《义务教育法》。该法是保障儿童受教育权得以实现的专门性法律,其对于防治虐童行为的规定体现在该法第29条第二款,即对教师对学生体罚或实施其他侮辱人格尊严的行为作出禁止性规定。

2. 从“逻辑—分析”维度:对法律之概念—体系的研究

在对防治虐童行为法律体系进行体系化分析之前,首先应明确什么是法律体系。所谓法律体系,即是通过若干法律要素以及这些法律要素之间形成的若干关系,按照一定的结构所形成的集合^[13]。对于其中最为核心的法律要素,不同学

者对其有不同的认识^①。本文采用法律规范(包括了规则与原则)作为法律体系的要素,进而将法律体系划分为内在体系(即内在原则体系)和外在体系(即外在规则体系)。

(1)防治虐童行为内在原则体系

我国有学者提出儿童权利保护的基本原则有如下四项:儿童最大利益原则、平等原则、尊重儿童原则和多重保护原则^②。涉及防治虐童行为主要体现的内在原则有儿童最大利益原则和多重保护原则。

① 儿童最大利益原则在防治虐童方面的体现。传统观念往往更关注社会和家庭的整体利益而忽视儿童的价值,父权至上的传统价值体系也使得儿童难以获得权利主体的地位,这种状况在我国持续了上千年。新中国成立后,先进知识分子首先认识到,确定儿童的权利主体地位、充分保障儿童权利,是中国社会和法治发展进步的重要内容。保障儿童最大利益的前提是保证儿童基本利益的实现,而儿童基本利益需要包括生存发展需要和受照顾需要,其中受照顾是满足儿童生存发展需要的必要条件^[14]。我国防治虐童行为法律体系的建立,须以保障儿童基本利益需要的实现为前提,包括儿童的身体发展、认知发展和社会发展利益。

在立法领域,我国对防治虐童行为的法律保护是多方面的。如表 1 所示,我国已构建起以宪法为核心,以专门性法律为骨干,并辅以其他非专门性法律、行政法规、部门规章及地方性法规的法律体系。其中,《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》(以下简称《意见》)^③等司法解释对法律体系进行了有效补充,体现了儿童最大利益的立法理念。《意见》在开篇便将遵循未成年人最大利益作为处理监护

侵害行为的原则,明确给予未成年人特殊、优先保护^④。结合家庭生活领域虐童行为难以发现的特点,《意见》规定了相应的举报主体及处置主体,同时考虑到父母对实现儿童利益的重要性,进行了弹性的设置,使得在危险状态消除的前提下,监护人还可以继续履行监护职责,帮助儿童回归家庭。

由于儿童缺乏自我救济和寻求公力救济的能力,且虐童行为多发生于难以被发现的家庭生活领域或非公众领域,因此,为保障儿童基本生存权益得以实现,我国规定了针对虐童行为进行举报的制度,如 2015 年出台的《反家庭暴力法》第 14 条规定了对虐童行为进行举报的义务主体^⑤及相应后续处置程序,以最大化保证儿童的权益。

② 多重保护原则在防治虐童方面的体现。防治虐童行为法律体系的建立与完善,不仅需要国家承担必要的责任,更需要社会尤其是家庭承担更多的责任。一般来说,防治虐童行为需要搭建层次多样、主体广泛的“网状式”的多重保护机制,其责任主体包括国家、社会和家庭。

我国《未成年人保护法》从家庭、学校、社会、司法保护四个方面保护儿童,体现了多重保护原则。防治虐童行为需要多方面协同合作。整体来看,国家保护最为全面,涉及立法、司法和行政等多个领域,同时也赋予社会及家庭从多角度防治虐童行为的权利;社会保护的 protection 范围最为广泛,其多类型义务主体的设置,有助于及时发现虐童行为,为国家保护的后续干预提供支持;家庭保护尤其是父母责任的实现,是构建防治虐童行为框架最为重要的环节,其同样离不开国家、社会的扶助。三者构成逻辑清晰、统一完整的保

① 历来法学家对构成法律体系的法律要素,产生了不同的认识:如法律关系(萨维尼)、法律权利(如普赫塔)、法律目的(如耶林)、法律利益(如拉伦茨)、一般法律原则(如卡纳里斯);此外,从当代法律理论与规范逻辑出发,还可能有如下的认识:权利和义务等基本法律概念或关系(如霍菲尔德)、法律规范(如凯尔森)、法律规则(如哈特)、法律原则(如德沃金)。

② 参见王雪梅:《儿童权利论——一个初步的比较研究》,北京:社会科学文献出版社,2005 年出版,第 62 页。

③ 本文专指 2014 年最高人民法院等单位颁布的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》。

④ 如《意见》第 8 条第二款规定:“询问未成年人,应当考虑未成年人的身心特点,采取和缓的方式进行,防止造成进一步伤害”;第 11 条规定:“未成年人有表达能力的,应当就护送地点征求未成年人意见”;第 19 条第二款规定:“经会商认为本意见第 11 条第一款规定的危险状态已消除,监护人能够正确履行监护职责的,未成年人救助保护机构应当及时通知监护人领回未成年人。监护人应当在三日内领回未成年人并办理书面交接手续。会商形成结论前,未成年人救助保护机构不得将未成年人交由监护人领回”。

⑤ 学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员均为《反家庭暴力法》所规定的举报主体。



护框架。

(2) 防治虐童行为外在规则体系

法律体系的外在表现形式是由一系列法律规范所构成的内容完整、前后一致、逻辑严密的有机整体,具有以下特点。其一,内容的完备性。即法律规范应覆盖其调整对象或调整领域的基本方面。正如王利明教授在评述民法典体系的完备性时所述:“将同一领域同一性质的法律规范,按照某种内在的结构和秩序整合在一起,能够覆盖社会生活的基本方面,对市民社会中需要法律调整的主要社会关系能够提供基本的法律规则”^①。

其二,规范的一致性。即法律体系内部各法律规范之间应保持一致,这种一致性体现在内涵理念、法律概念、具体规则的一致性,避免出现“做某事且不做某事”“禁止做某事且允许做某事”的冲突^②。即使偶然出现法律规范之间存在冲突的情形,法律体系也会预设可以解决这些冲突的准则,如出现以上情形时一般会适用我国《立法法》第87-89条、第91-92条^③中有关上位法优于下位法、特别法优于普通法的规定。因此本文主要探讨内容完备性的问题。

① 横向体系的完备性。从横向上看,我国防

治虐童行为法律体系遵循多重保护原则,搭建以家庭保护为核心,以学校保护、社会保护、司法保护为补充的防治框架。

家庭保护方面,《未成年人保护法》第10条第二款^④作出了禁止虐待、遗弃未成年人的规定,同时该法第62条^⑤规定了监护人不履行监护职责或侵犯未成年人合法权益所应承担的法律责任;《反家庭暴力法》的出台表明了反对家庭暴力是国家、社会及家庭的共同责任,未成年人被给予了特殊保护,该法第12条^⑥直接规定预防对未成年人的家庭暴力;《民法总则》第36条^⑦规定了在特定情形下相关组织或个人可以向人民法院申请撤销监护人监护权。《意见》首先明确了监护侵害行为的范围^⑧,细化了《民法总则》中有权向人民法院申请撤销监护人监护权的相关组织和个人的范围;另外设置了报告及处置、临时安置及人身保护、监护权的撤销等制度以防治监护侵害行为。《婚姻法》第3条第二款^⑨、第27条第一款^⑩、《收养法》第26条第二款^⑪均设置了虐待儿童的禁止性规定。

学校保护方面,《未成年人保护法》第21条^⑫作出了禁止体罚、变相体罚儿童的规定;第22

①参见王利明:《中国民法30年》,载《全国法院纪念改革开放30周年理论研讨会暨中国法学会审判理论研究会2008年年会论文集》,第56-68页。

②参见雷磊:《融贯性与法律体系的构建——兼论当代中国法律体系的融贯化》,载《法学家》,2012年第2期。

③《立法法》第87条:宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。第88条:法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。第89条:地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。第91条:部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。第92条:同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。

④《未成年人保护法》第10条第二款:“禁止对未成年人实施家庭暴力,禁止虐待、遗弃未成年人,禁止溺婴和其他残害婴儿的行为,不得歧视女性未成年人或者有残疾的未成年人”。

⑤《未成年人保护法》第62条:“父母或者其他监护人不依法履行监护职责,或者侵害未成年人合法权益的,由其所在单位或者居民委员会、村民委员会予以劝诫、制止;构成违反治安管理行为的,由公安机关依法给予行政处罚”。

⑥《反家庭暴力法》第12条:“未成年人的监护人应当以文明的方式进行家庭教育,依法履行监护和教育职责,不得实施家庭暴力”。

⑦《民法总则》中规定的此类情形包括:“实施严重损害被监护人身心健康行为的;怠于履行监护职责,或者无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或者全部委托给他人,导致被监护人处于危困状态的;实施严重侵害被监护人合法权益的其他行为的。”

⑧监护侵害行为的范围包括:性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害未成年人,教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为,胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨,以及不履行监护职责严重危害未成年人身心健康等。

⑨《婚姻法》第3条第一款:“禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃”。

⑩《婚姻法》第27条第一款:“继父母与继子女间,不得虐待或歧视”。

⑪《收养法》第26条第二款:“收养人不履行抚养义务,有虐待、遗弃等侵害未成年养子女合法权益行为的,送养人有权要求解除养父母与养子女间的收养关系。送养人、收养人不能达成解除收养关系协议的,可以向人民法院起诉”。

⑫《未成年人保护法》第21条:“学校、幼儿园、托儿所的教职员应当尊重未成年人的人格尊严,不得对未成年人实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为”。

条^①规定学校应当设立相应的安全制度以保障儿童的人身安全;第63条^②则规定了学校等机构及其教职工人员侵犯儿童合法权益所需承担的法律責任。《义务教育法》第29条第二款^③对教师体罚、变相体罚学生做出禁止性规定。《幼儿园管理条例》第17条规定:“严禁体罚和变相体罚幼儿”;第27条、第28条则规定了幼儿园或个人违反规定损害幼儿身心健康所应承担的法律責任。

社会保护方面,《未成年人保护法》第43条第三款规定了未成年人救助机构、福利机构及其工作人员须履行职责、不得虐待未成年人。《意见》第6条将学校、医院、村(居)民委员会、社会工作服务机构等单位及其工作人员设置为举报主体,其具有发现虐童行为时及时向公安机关报案或举报的义务,以弥补虐童行为多发生于家庭生活领域而难以发现的特征;第15条规定未成年人救助机构对受监护行为侵害的未成年人承担临时监护責任,为监护权撤销制度提供了社会保障。

司法保护方面,公检法及司法行政部门在司法活动中应承担首要責任,保障儿童的合法权益不受侵害。《未成年人保护法》第53条规定了人民法院对于侵害未成年人合法权益的监护人,包括实施虐童行为的,可以根据相关人员或有关单位的申请撤销其监护权;第55条规定了司法机关应考虑儿童的身心特点进行相关司法活动,必要时可以设置专门机构或专门人员。《刑法》第241条将犯罪嫌疑人没有对被卖儿童实施虐待行为

作为本罪的从轻处罚情节。第260条之一^④设置了虐待被监护、看护人罪,本罪体现了刑法对包括儿童在内的特殊群体的特殊关照,其对于“虐待”的定义在外延上要比虐待罪中的虐待行为要宽,且不要求连贯性和一贯性的特征;同时,以实施行为的人数、时间、次数、方式手段等对“情节恶劣”进行综合判断。《治安管理处罚法》第45条^⑤是对《刑法》第260条之一的补充,如虐待行为无法达到“情节恶劣”的程度,即可能适用本条。

②纵向体系的完备性。从纵向上看,我国防治虐童行为法律体系从事前预防、事中报告、事后惩罚三个方面来规制虐童行为。

事前预防方面,多部法律设置了禁止性规定。如《未成年人保护法》从家庭、学校、社会、司法四个方面规定禁止虐待、体罚儿童;《收养法》将收养人的虐待行为作为送养人申请解除收养关系的条件。由于我国儿童保护工作理念主要是传统的“惩罚主义”,对虐待儿童的反应方式主要是被动反应式,所以法律层面的事前预防制度较为单一,主要以设置原则性的禁止性规定为主。

事中报告方面,《未成年人保护法》第6条第二款规定了发现虐童行为的自愿报告制度^⑥。2011年,国务院印发《中国儿童发展纲要(2011-2020)》,从多个方面提出儿童事业发展的目标,针对虐待儿童问题,在“儿童与法律保护”部分提出的策略措施包括“建立受暴力伤害儿童问题的预防、强制报告、反应、紧急救助和治疗辅导工作机制”。2015年出台的《反家庭暴力法》中,儿童

①《未成年人保护法》第22条第一款:“学校、幼儿园、托儿所应当建立安全制度,加强对未成年人的安全教育,采取措施保障未成年人的人身安全”。

②《未成年人保护法》第63条:“学校、幼儿园、托儿所侵害未成年人合法权益的,由教育行政部门或者其他有关部门责令改正;情节严重的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”。

学校、幼儿园、托儿所教职工对未成年人实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格行为的,由其所在单位或者上级机关责令改正;情节严重的,依法给予处分”。

③《义务教育法》第29条第二款:“教师应当尊重学生的人格,不得歧视学生,不得对学生实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为,不得侵犯学生合法权益”。

④《刑法》第260条之一:“对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人,情节恶劣的,处三年以下有期徒刑或者拘役。

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。

有第一款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

⑤《治安管理处罚法》第45条:“有下列行为之一的,处五日以下拘留或者警告:(一)虐待家庭成员,被虐待人要求处理的;(二)遗弃没有独立生活能力的被抚养人的”。

⑥《未成年人保护法》第6条第二款:“对侵犯未成年人合法权益的行为,任何组织和个人都有权予以劝阻、制止或者向有关部门提出检举或者控告”。



保护强制报告制度成为一大亮点^[15];第14条^①规定了报告主体的范围及其强制报告义务,同时规定了公安机关的保密义务;第35条^②则明确规定了报告义务主体未尽报告义务所应当承担的法律责任。强制报告制度的建立,是我国防治虐童行为法律体系的一大进步,可以有效、及时处理虐童行为,保护儿童的合法权益。

事后惩罚方面,我国从两个角度对虐童行为进行规制。一方面,设置法律责任,如《未成年人保护法》《反家庭暴力法》设置专章规定相关主体侵犯儿童权益所应当承担的法律责任;《刑法》设立虐待被监护、看护人罪,实施虐童行为且情节严重的,应承担相应的刑事责任;《治安管理处罚法》则规制尚未达到犯罪程度但确已实施虐童行为的行为人。另一方面,设立监护权撤销制度。我国未成年人父母监护权撤销的相关法律已存在二十多年,但由于规定粗糙模糊,因而缺乏实践操作性。2014年出台《意见》后,全国才陆续出现未成年人父母监护权成功撤销的案件。2017年生效的《民法总则》对监护制度进行了大幅修改,其中第36条至第38条吸收了《意见》的内容,明确了监护权撤销制度。

3. 从“规范—实践”维度:提出解决疑难的法律案件的建议

笔者统计了自2014年以来最高人民法院和最高人民检察院公布的与侵害儿童权益相关的典型案例。具体见表2。

依据最高人民法院发布的典型案例,结合北京市青少年法律援助与研究中心于2014年发布的《未成年人遭受家庭暴力案件调查分析与研究报告》,可以从侧面归纳出我国虐童案件及后续处置的特点:

第一,虐童行为多发生于家庭生活领域,施暴主体多为父母。

父母作为照管儿童的主要责任人,相较于老师等对儿童承担特殊责任的主体而言,其具有更

大的便利条件侵害儿童合法权益,其施虐行为也具有更强的隐蔽性。根据表2所示,在最高法公布的涉及虐童行为的29起案件中,有24起案件中的施虐主体是父母(包括继父母、养父母)。在《研究报告》所调研的429起案件中,85.31%的案件是父母施暴,其中亲生父母施暴的占75.52%,继父母或养父母施暴的占9.79%。

第二,司法介入具有滞后性和单一性,且以出现严重损害后果为前提。

根据《研究报告》所调研的697个案件,施虐人被刑事拘留或追究刑事责任的案件有444起,占比63.7%;其余253起案件中,只有27起案件的施虐人受到治安处罚,还有209起案件对施虐人的后续处理结果没有披露。

根据表2可以看出,2015年1月1日《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为的若干问题意见》生效之前,司法机关介入虐童案件的主要手段是刑事处罚,以出现严重损害结果为前提;《意见》出台后,司法机关可以运用撤销监护资格这一民事干预措施来进行补充,同时解决了《民法通则》和《未成年人保护法》虽规定了撤销监护人监护资格但司法实践中不具有可实施性的问题。

我国司法机关干预虐童案件的门槛较高,且主要采用事后干预的方式。只有利益受到严重损害的儿童才能受到法律的保护,而这种利益损害已经实际发生,结合儿童自身较为脆弱的心理承受能力,这种利益的损害大多数具有不可逆性。而对于损害尚未发生但面临严重危险状况的儿童,难以得到法律的有效保护,凸显了我国司法干预措施的滞后性^③。从司法干预的结果来看,针对实施不构成犯罪的虐童行为的人员,司法机关运用最多的还是撤销监护权这一民事干预措施,在已公布的案件或新闻报道中,鲜见其他干预途径或措施。

①《反家庭暴力法》第14条:“学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员在工作中发现无民事行为能力人、限制民事行为能力人遭受或者疑似遭受家庭暴力的,应当及时向公安机关报案。公安机关应当对报案人的信息予以保密”。

②《反家庭暴力法》第35条:“学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员未依照本法第十四条规定向公安机关报案,造成严重后果的,由上级主管部门或者本单位对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”。

③参见王慧:《儿童虐待国家干预制度比较研究》,武汉大学博士学位论文,2015年,第154页。

表 2 2014 年以来最高人民法院和最高人民检察院公布的与侵害儿童权益相关的典型案例

案例来源	案例名称	虐待类型	施虐主体身份	受虐儿童年龄	后果	干预措施
最高人民法院公布五起侵犯儿童权益典型案例(20140528)	陈某栓故意杀人案	躯体虐待：使用暴力	父亲	5 岁	重伤	刑事处罚：故意杀人罪(有期徒刑八年)
	乐某故意杀人案	躯体虐待：遗弃	母亲	被害人 2 岁、1 岁	死亡	刑事处罚：故意杀人罪(无期徒刑)
	廖某某故意杀人案	躯体虐待：遗弃	母亲	刚刚出生	死亡	刑事处罚：故意杀人罪(有期徒刑三年)
	王某故意伤害、虐待案	躯体虐待：使用暴力	继母	4 岁持续至 8 岁	轻伤(喉部受伤)；嘴唇撕裂；耳部、头皮烫伤	刑事处罚：故意伤害罪、虐待罪(有期徒刑三年)
	林某全故意伤害案	躯体虐待：使用暴力	父亲	6 岁	重伤：全身烫伤	刑事处罚：故意伤害罪(有期徒刑十五年)
最高人民法院公布涉罪典型案例(20150304)	沐某盈故意杀人案	躯体虐待：使用暴力	父亲	5 岁	死亡	刑事处罚：故意杀人罪(无期徒刑)
	邓某故意杀人案	躯体虐待：遗弃	母亲	刚刚出生	死亡	刑事处罚：故意杀人罪(有期徒刑三年)
最高人民法院发布惩治性侵害未成年人典型案例(20150528)	李某顺强奸、猥亵儿童案	性虐待	老师	20 名被害人年龄 4 至 11 周岁	被强奸、猥亵	刑事处罚：强奸罪、猥亵儿童罪(死刑)
	李某新猥亵儿童案	性虐待	继父	10 岁	被猥亵	刑事处罚：猥亵儿童罪(有期徒刑三年)
最高人民法院公布八起侵害未成年人合法权益典型案例(20150831)	王某华强奸案	性侵犯	继父	7 岁	被强奸	刑事处罚：强奸罪(有期徒刑六年)
	曾某故意伤害案	身体虐待：使用暴力	继母	3 岁	死亡	刑事处罚：故意伤害罪(有期徒刑十二年)
	刘某故意伤害案	身体虐待：使用暴力	母亲	6 岁	死亡	刑事处罚：故意伤害罪(有期徒刑十年)
	刘某等故意伤害案	身体虐待：使用暴力	父婚外恋女友	8 岁	重伤：重伤甲级，二等残疾	刑事处罚：故意伤害罪(死刑)
最高人民法院公布十起侵害未成年人合法权益典型案例(20160531)	林某某案	身体虐待：使用暴力	母亲	9 岁	被割伤、被鞭打、挨饿	行政处罚：拘留十五天；撤销监护资格
	邵某某、王某某案	使用暴力(父)；不履行监护职责(母)	父亲 母亲	9 岁	被强奸、被猥亵；多处受创	刑事处罚：强奸罪(有期徒刑十一年)；撤销监护资格
	岳某某案	不履行监护职责	母亲	/	/	撤销监护资格
	徐某案	不履行监护职责	收养人	5 岁	无法进行手术医治，影响被监护人健康成长	撤销监护资格
	耿某某、马某案	身体虐待：使用暴力；不履行监护职责	父亲 母亲	/	家庭暴力给儿童带来严重的身体和精神上的伤害	撤销监护资格
	何某某案	身体虐待：使用暴力	父亲	/	重伤	刑事处罚；撤销监护资格
	周某案	不履行监护职责	母亲	/	未能办理户籍等身份证明	撤销监护资格
	何某某案	性虐待	母亲	/	被强奸	刑事处罚：强奸罪；撤销监护资格
	王某案	不履行监护职责	母亲	/	/	撤销监护资格
	卢某某案	性虐待	父亲	/	被强奸	刑事处罚：强奸罪；撤销监护资格
	卿某某案	性虐待	父亲	13 岁	被强奸	刑事处罚：强奸罪；撤销监护资格
	吴某某案	不履行监护职责	母亲	刚刚出生	/	撤销监护资格
最高人民法院公布六起侵害未成年人典型案例(20170601)	王某、孙某虐待被看护人案	身体虐待：使用暴力	老师	10 余名幼儿	头部、面部、四肢、臀部、背部等处刺、扎致伤	刑事处罚：虐待被监护、看护人罪(有期徒刑二年六个月)
	王某琦虐待案	身体虐待：使用暴力	母亲	8 岁	重伤二级	刑事处罚：虐待罪(有期徒刑二年缓刑二年)
	潘某峰强制猥亵案	性虐待	老师	3 被害人均 16 岁	被猥亵	刑事处罚：强制猥亵罪(有期徒刑三年)
最高人民法院公布性侵害儿童典型案例(20190724)	张某战猥亵儿童案	性虐待	老师	8 名女童 10 至 11 岁	被猥亵	刑事处罚：猥亵儿童罪(有期徒刑十一年六个月)



第三,虐童案件的成因多为管教体罚或父母心理问题。

我国传统观念中的“棍棒底下出孝子”的理念,导致有些父母会以体罚的方式作为管教儿童的方式,可能会出现儿童重伤或死亡的结果;同时,典型案例显示父母自身的心理问题也是导致虐童案件频发的原因之一。夫妻关系不和谐、父母的不良恶习(如吸毒)、父母从小的生活经历等,都可能使得儿童成为父母泄愤的工具。根据《研究报告》,在697例案件中,家庭关系不和谐或家庭矛盾导致的对儿童进行发泄、报复的案例达25.82%,基于错误的教育理念而虐童的比例达11.05%。

三、完善防治虐童行为法律体系之问题与建议

(一) 重视早期预防和干预虐童行为

从司法实践出发可以看出,我国防治虐童行为为法律机制多侧重于事后惩罚而非事前预防,事前预防也主要是以原则性的禁止性规定为主,缺乏实质性预防体制。而事后惩罚的补救性方法往往不能减轻儿童所遭受的生理和心理创伤。因此,重视事前预防,从“惩罚主义”转向“预防主义”,从“被动反映式”转向“主动应对式”^[16],在根源上防止虐童行为的出现,是完善防治虐童行为法律体系的应有之策。对比而言,美国基于“预防为主”的先进理念搭建了主动先发的前瞻性预防机制,实践证明,该机制对于虐童行为具有良好的防控效果^①。

1. 确立儿童的权利主体理念,转变公众对体罚儿童的错误观念

儿童作为人权的主体,应拥有自治自决的权利,否则必将造成其人权主体性地位的弱化或丧失。除非儿童缺乏自主能力或表达能力,其自治自决的权利不应受到任何限制或剥夺。而中国传统文化中“棍棒底下出孝子”的观念,使得公众将家庭内部的体罚行为错误地认知为管教儿童的正当手段,也将儿童作为权利客体对待。因此,应当进行广泛的宣传教育,从根本上转变公众对体罚儿童的错误认知。

2. 降低干预虐童行为的门槛,防治任何形式的暴力

1979年3月,瑞典通过了《儿童和父母法案》修正案,成为世界上第一个全面禁止对儿童进行任何形式的体罚或情感虐待的国家^[17]。当前,世界已有多个国家通过立法禁止家庭内部的任何体罚行为。我国立法仅仅将禁止体罚的规定局限于学校范围内,对于家庭内部的体罚行为并未明确禁止,采取了较为宽容的立场,只有在出现较为严重的后果时才会予以规制,这也是家庭生活领域虐童行为屡屡出现的重要根源。因此,应当将禁止体罚的规定扩展至家庭领域,禁止以任何形式针对儿童的积极暴力或情感虐待。同时,要加强社会监督,在出现尚未造成严重后果但可能会使儿童处于高度危险的行为时,负有举报义务的人员或国家机关要及时进行干预。

(二) 丰富事后干预措施,加强对父母的监督教育

《反家庭暴力法》第22条^②和《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第18条^③、第19条^④、第21条^⑤规定了帮助和监

①参见崔海英:《美国虐童防控对策研究》,载《政法学刊》,2013年第3期。

②《反家庭暴力法》第22条:“工会、共产主义青年团、妇女联合会、残疾人联合会、居民委员会、村民委员会等应当对实施家庭暴力的害人进行法治教育,必要时可以对加害人、受害人进行心理辅导”。

③《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第18条:“未成年人救助保护机构可以组织社会工作服务机构等社会力量,对监护人开展监护指导、心理疏导等教育辅导工作,并对未成年人的家庭基本情况、监护情况、监护人悔过情况、未成年人身心健康状况以及未成年人意愿等进行调查评估。监护人接受教育辅导及后续表现情况应当作为调查评估报告的重要内容。有关单位和个人应当配合调查评估工作的开展”。

④《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第19条:“未成年人救助保护机构应当与公安机关、村(居)民委员会、学校以及未成年人亲属等进行会商,根据案件侦查查处情况说明、调查评估报告和监护人接受教育辅导等情况,并征求有表达能力的未成年人意见,形成会商结论。经会商认为本意见第11条第一款规定的危险状态已消除,监护人能够正确履行监护职责的,未成年人救助保护机构应当及时通知监护人领回未成年人。监护人应当在三日内领回未成年人并办理书面交接手续。会商形成结论前,未成年人救助保护机构不得将未成年人交由监护人领回。经会商认为监护侵害行为属于本意见第35条规定情形的,未成年人救助保护机构应当向人民法院申请撤销监护人资格”。

⑤《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》第21条:“监护人领回未成年人的,未成年人救助保护机构应当指导村(居)民委员会对监护人的监护情况进行随访,开展教育辅导工作。未成年人救助保护机构也可以组织社会工作服务机构等社会力量,开展前款工作”。

督父母的措施。总体而言,我国相关法律更多侧重于对于被害儿童的保护,而根据相关案例,除了撤销监护资格外,帮助和监督父母的事后干预措施仍然十分有限。

虐待儿童的行为往往呈现出长期性、多次数的特点。在造成严重后果之前,结合强制报告制度,如果可以对父母的心理和行为进行有效纠正和帮助,搭建与父母的合作关系,帮助父母克服各种困难,使其照顾儿童的能力恢复到正常水平,可以有效降低事后干预成本。与彻底剥夺父母监护权的措施相比,该措施在帮助父母的同时,更有助于儿童回归家庭,这也符合儿童利益最大化的原则。

(三)从法律上重新明确“虐待”的含义

明确虐待儿童行为中“虐待”的概念,从而保证防治虐童行为法律体系的一致性,确定国家何时启动防治程序和主动干预程序。当前,我国立法对“虐待”的理解往往是狭义的,通常只有造成较为明显的身体伤害的虐待行为才会受到法律的干预。但虐童行为有其特殊性,儿童的自我保护能力较弱且身心发育不成熟,虐童行为在给其带来躯体伤害的同时,可能会伴生自卑抑郁、紧张焦虑、情感冷漠等心理伤害^[18]。我国多部法律、法规、司法解释中对于“虐待”或与“虐待”相类似的行为没有定义或定义的范围不一致,如《未成年人保护法》没有对“虐待”的范围作出规定;《反家庭暴力法》对“家庭暴力”定义为“殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为”;《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》将“监护侵害行为”定义为“性侵害、出卖、遗弃、虐待、暴力伤害,教唆、利用未成年人实施违法犯罪行为,胁迫、诱骗、利用未成年人乞讨,不履行监护职责等”。

由此可见,就我国法律所着重保护的儿童利益而言,更多局限于儿童的生存安全利益,而极少包括儿童的认知发展和社会发展利益。因此,就我国立法中“虐待”的内涵,法律应扩大其保护的儿童利益范围,将儿童的认知发展和社会发展利益考虑在内。具体而言,笔者认为应当将消极虐待行为,如忽视、情感虐待等纳入至“虐待”的内涵中。

(四)建立防治虐童行为联动平台机制

宏观层面上,我国有两个专门保护未成年人的机构:一是妇女儿童工作委员会,二是未成年人保护委员会。这两个委员会的职责主要是参政议政、法制教育等宏观指导职能,且只在省级以上政府设置,无法直接参与未成年人保护工作。在具体层面上,根据民政部《关于进一步健全农村留守儿童和困境儿童关爱服务体系的意见》,我国县级以上人民政府和民政部门可以根据需要设立未成年人救助保护机构,其具体承担十项工作职责,其中与防治虐童行为有关的职责有:(1)负责对生活无着的流浪乞讨、遭受监护侵害、暂时无人监护等未成年人实施救助,承担临时监护责任;(2)负责协调开通未成年人保护专线,协调推进监护评估、个案会商、服务转介、技术指导、精神关怀等线上线下服务,针对重点个案组织开展部门会商和帮扶救助;(3)负责组织或指导开展儿童督导员、儿童主任业务培训;(4)负责协助司法部门打击拐卖儿童、对儿童实施家暴以及胁迫、诱骗或利用儿童乞讨等违法犯罪行为。该《意见》在附件2、3中还分别明确了儿童主任六项工作职责以及儿童督导员八项工作职责。目前我国已经配备了乡镇和街道一级的儿童督导员4.5万名,在村(居)一级配备儿童主任62万名,初步形成了儿童救助保护网络。

未成年人救助保护机构的设置弥补了国家在微观层面上没有专门儿童保护机构的空白,但其仍具有以下缺陷:(1)从其职责范围上来看,更多的关注重点是留守儿童、流浪儿童等困境儿童,对受虐儿童的保护力度不够;(2)基层保护儿童的专员相较于庞大的儿童数量来说明显不够,保护范围有限;(3)儿童保护工作牵涉到各部门协调合作,仅仅由下设在民政部门的救助机构实施职权,其职责是否可以有效实施有待商榷;(4)防治儿童虐待工作机制涉及案件的报告、调查、评估、干预等一系列环节,未成年人救助机构的职责流程稍显粗糙。

针对虐童行为发现难、报告难、干预难、联动难、监督难、追责难等难题,我国有学者借鉴国内已有实践,提出依托12355平台建立“六位一体”的未成年人保护综合反应平台,融监测预防、发现报告、应急处置、研判转介、帮扶干预、督查追



责六大功能为一体^[19]。笔者认为,为解决长期以来存在的防治虐童行为领域“责任稀释困境”,应当在法律上明确未成年人保护工作的领导与协调机构,从而解决由谁牵头建立统一的未成年人保护综合反应平台的问题,进而有效整合各部门分散的资源,明确职责划分。

(五) 完善强制报告制度

2015年出台的《反家庭暴力法》首次明确了强制报告制度。其中第14条规定,“学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会、社会工作服务机构、救助管理机构、福利机构及其工作人员”这些特殊报告主体为强制报告义务主体。但笔者认为:一方面,“工作人员”的范围过于笼统,会无限扩张特殊报告主体的范围;另一方面,机构报告义务主体的范围可以适当扩大至与儿童社会生活交往相关的其他人员,以保障虐童行为的及早发现、及早处置。

我国《反家庭暴力法》的强制报告制度并没有规定对特殊报告主体的报告义务在时间上的限制,不利于督促报告主体及时履行报告义务^[20]。《反家庭暴力法》第35条规定了报告义务主体未尽报告义务时所应当承担的法律责任,但其规定较为模糊。首先,报告义务主体只有在“造成严重后果”时才会承担法律责任,但“严重后果”的程度在法律上没有明确的界定;其次,“依法给予处分”的表述也不够明确;最后,《反家庭暴力法》规定当出现虐待或疑似虐待的情形时,报告义务主体应当及时向公安机关报案,而如出现误报情形时报告义务主体是否可以免责,法律也没有明确的规定。笔者认为,在制度完善过程中,一方面应明确报告义务主体未尽报告义务时所应承担的法律责任,另一方面应规定报告义务主体在出现误报时免责的情形。

(六) 建立实施虐童行为犯罪人信息公开制度及行业禁入制度

为加强对未成年人权利的保护,从2016年起,我国各地方陆续出台相关文件,在防治未成年人受性侵方面进行了尝试:浙江省慈溪市人民检察院联合相关部门出台了《性侵害未成年人犯

罪人员信息公开办法(试行)》,建立了信息登记数据库;江苏省淮安市淮阴区人民检察院、法院、公安局等共同制定了《关于性侵害未成年人犯罪人员从业禁止及信息公开制度》;上海市闵行区人民检察院与区综治办、公安、法院、教育、民政等部门共同制定《关于限制涉性侵害违法犯罪人员从业办法(试行)》,将该区从事未成年人服务的教育单位、培训机构、医疗机构、救助机构、游乐场所、体育场馆、图书馆等纳入应当加强入职人员审查的领域^①。

这种信息公开制度及行业禁入制度,适用于虐童行为中性质最为恶劣的性侵行为。根据最高人民法院发布的典型案例及《研究报告》,在虐童行为中,不仅性侵行为会对儿童的身心造成巨大伤害,严重的使用暴力进行虐待等行为也可能给儿童的身心造成同等程度的创伤。因此,根据儿童利益最大化原则,我国应建立适用于全国范围内的实施虐童行为犯罪人信息公开制度及行业禁入制度,将地方上已先行试点的制度适用对象扩大到所有实施虐童行为的犯罪人,同时根据犯罪严重程度对犯罪人的信息公开及行业禁入进行分级,并建立完善的后续追踪与评估制度。

[参考文献]

- [1]王大华,翟晓艳,辛涛.儿童虐待的界定和风险因素[J].中国特殊教育,2009(10).
- [2][德]罗伯特·阿列克西著,舒国滢译.法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论[M].北京:中国法制出版社,2002.
- [3]雷磊.什么是法教义学?——基于19世纪以后德国学说史的简要考察[J].法制与社会发展,2018(04).
- [4][德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔著,郑永流译.当代法哲学和法律理论导论[M].北京:法律出版社,2002:3.
- [5]白斌.论法教义学:源流、特征及其功能[J].环球法律评论,2010(03).
- [6][德]拉伦茨主编,陈爱娥译.法学方法论[M].北京:商务印书馆,2003:316.
- [7]梁迎修.方法论视野中的法律体系与体系思维[J].政法论坛,2008(01).
- [8]雷磊.法教义学与法治:法教义学的治理意义[J].

①参见“我国探索对侵害未成年人犯罪人员从业禁止和信息公开制度”,<http://politics.people.com.cn/n1/2017/1231/c1001-29737778.html>.最后访问时间:2019年10月10日。

法学研究,2018(05).

[9]王泽鉴.人格权法——法释义学、比教学、案例研究[M].北京:北京大学出版社,2013.

[10]见前注[2].

[11]郑先红,张鹏飞.《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》相关问题的应对思考[J].预防青少年犯罪研究,2017(01).

[12]胡江.未成年人保护地方性法规的立法结构评析[J].青少年犯罪问题,2010(04).

[13]冯威.法律体系如何可能?——从公理学、价值秩序到原则模式[J].苏州大学学报(法学版),2014(01).

[14]王雪梅.儿童权利保护的“最大利益原则”研究(上)[J].环球法律评论,2002(04).

[15]杨志超.比较法视角下儿童保护强制报告制度特

征探析[J].法律科学,2017(01).

[16]陈苇,王巍.未成年人保护制度的改革与完善——以预防和惩治虐童行为为中心[J].新疆社会科学,2018(06).

[17]姚建龙.防治儿童虐待的立法不足与完善[J].中国青年政治学院学报,2014(01).

[18]刘娟娟.儿童虐待问题研究概述[J].青年研究,2008(02).

[19]姚建龙,滕洪昌.未成年人保护综合反应平台的构建与设想[J].青年探索,2017(06).

[20]李文军.当前家暴虐待儿童法律保护的局限与完善[J].学前教育研究,2016(08).

【责任编辑:张 戈】

On the perfection of the legal system of preventing and
controlling child abuse in China
——Analysis based on legal doctrine

Xiong Yuanhang

(Dalian Maritime University, Dalian Liaoning 116026, China)

Abstract: Child abuse behavior mainly manifests in the form of physical abuse, emotional abuse, sexual abuse and neglect, which will cause subtle damage to children's physical and mental health, and then hinder the healthy development of children's physical and mental health. The Convention on the Rights of the Child stipulates the children's basic rights such as the right to life and development, and it is right to protect the above rights from all forms of violence. At present, China has established a legal system for the prevention and control of child abuse based on the Constitution and the Law on the Protection of Minors. At the same time, it is supplemented by judicial interpretation documents and departmental regulations issued by judicial and administrative agencies. In the process of building a society based on the rule of law, a comprehensive study and systematic analysis of the legal system for the prevention and control of child abuse in China with the research methods of legal doctrine as a starting point, combined with relevant cases, can provide useful ideas for further improving the law for the prevention and control of child abuse.

Key words: child abuse; legal doctrine; systematization; children's best interests; compulsory reporting; censorship revoked



【法学理论研究】

庭审直播中当事人隐私权保护研究

张 欢

(重庆邮电大学,重庆 400065)

〔摘 要〕随着司法公开的推进,庭审直播已然成为审判流程公开的重要窗口。在司法公开带来积极社会效应的同时,庭审直播中当事人隐私权的保护却未引起足够重视。目前我国庭审直播中存在当事人的隐私权保护立法不完善、当事人缺乏对庭审直播的知情权、隐私权保护意识不强以及缺乏对当事人的救济等问题,需要通过完善庭审直播中当事人隐私权保护的法律法规、设置庭审直播告知程序、加强隐私权保护意识以及畅通当事人隐私权受到损害时的救济途径等措施对庭审直播中当事人的隐私权保护进行强化。

〔关键词〕庭审直播;隐私权;完善建议;救济;意识

〔作者简介〕张欢(1995—),女,重庆潼南人,重庆邮电大学诉讼法学专业2017级硕士研究生,主要从事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2020-01-20

〔中图分类号〕D926.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-060-06

法谚云,“正义不仅应当得到实现,而且还应该以人们看得见的方式得到实现”,司法正义需要通过对司法过程的公开才能得以实现。庭审直播作为司法公开的重要方式之一,借助互联网平台通过庭审公开网、微博直播等方式进行,对提升司法机关和司法行为的公信力以及加强法治宣传教育都发挥了极大的促进作用。与此同时,对于庭审直播过程中当事人的隐私可能面临的风险却未引起足够重视。无论从立法层面还是司法层面,对于庭审直播中当事人隐私权的研究和保护都尚处于探索阶段。本文拟通过分析庭审直播中当事人隐私权保护存在的问题,探寻加强庭审直播中当事人隐私权保护的有效途径。

一、庭审直播在我国的应用

(一)我国庭审直播的发展脉络

我国的庭审直播的立法起步较晚,经历了从严格限制到予以肯定并大力推行的发展历程。1993年,最高人民法院出台的《人民法院法庭规则》第10条规定,新闻记者旁听应遵守本规则,未经审判长或者独任审判员许可,不得在庭审过程中录音、录像和摄影。可见当时庭审直播是被

严格限制的。1999年,最高人民法院发布的《关于严格执行公开审判的若干规定》规定,对公开审理的案件,在经过人民法院许可的前提下,新闻记者可通过记录、录像、摄影、转播等方式对庭审实况进行报道。从该规定可看出,法院对于新闻记者报道庭审过程进行的态度实现了从“不得”进行到“可”的转变,为庭审直播的形成和发展奠定了基础。2009年,最高人民法院发布《关于司法公开的六项规定》,规定人民法院可以通过庭审直播、录播方式满足公众了解庭审情况的需要。这是官方层面首次对于庭审直播这一司法公开方式的提出和认可。2010年,最高人民法院颁布《关于人民法院直播录播庭审活动的规定》,对适用庭审直播的主体、直播的范围和内容等都做了具体的规定,这也是我国对于庭审直播这一司法公开方式首次作出系统、全面的规定;2013年,最高人民法院发布了《关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》,要求通过建立相应平台对审判流程进行公开;2017年,最高人民法院颁布的《关于人民法院庭审录音录像的若干规定》第12条进一步作出规定,人民法院可以播放依法公开审理案件的庭审录音录像。随着我

国法治进程的加快和司法公开透明度的提高,庭审直播从初创到演化和发展完善,其法律意义和法律地位也逐渐得到认可,并在司法公开的诸多制度设计中扮演着重要角色。

我国庭审直播始于电视直播。1994年,南京电视台《法庭存真》法律栏目对南京市中级人民法院审理的一起故意杀人刑事案件进行了直播,是我国庭审直播较早的实践;1998年,中央电视台对国内十大电影制片厂提起诉讼的著作权侵权一案进行了现场直播,赢得了广泛的社会关注。此后,《庭审现场》《现在开庭》《法庭传真》等各类电视直播节目陆续走上荧屏。2004年,最高人民法院明确要求各级法院通过公开审判、公开宣判、庭审直播等形式对案件进行公开,图文直播、视频直播、微博直播等直播形式遍地开花。2009年,北京法院直播网开通,系国内首家直播案件的网站。2013年,响应最高人民法院《关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》,庭审直播网正式开通,并于当年直播案件4.5万件,取得了良好的社会效果。2016年,庭审直播网与新浪微博合作,中国庭审公开网投入运行。截至2017年底,我国实现了全国3520家法院全接入全覆盖,直播庭审达到了50万场。据人民网报道,截至2019年7月24日,直播庭审已经突破400万场;全国超过11万名员额法官在网上直播庭审,日均直播量15000场,网站总访问量超过180亿人次^①。

(二) 我国庭审直播的现状

庭审直播作为司法公开的线上窗口,以丰富多彩的形式将审判庭延伸至千家万户。目前,我国的庭审直播包括网络直播、微博直播、电视直播等方式。网络直播即通过庭审公开网进行直播,庭审公开网由最高人民法院牵头设立,各个法院通过数字技术接入该平台,从而实现全镜头、多角度的现场直播;微博直播包括视频直播和图文直播,由各个法院通过官方微博对案件庭审现场实况进行播报;电视直播是最传统、古老的直播方式,受众主要为中老年人,配有专家解说、案情分析等特色板块,生动性、趣味性更强,向社会公众普及法律知识的作用不可替代。以庭审公开网为平台的网络直播是当下最主要的

直播方式。截至2017年12月31日,庭审公开网已经基本实现全国各级法院接入的全覆盖^②。庭审公开网上公开进行庭审直播的案件种类多样,涵盖了民事、行政和刑事等各种具体类型案件。截至2019年11月11日,全国法院累计直播案件5492086件,其中“合同、无因管理、不当得利纠纷”案件直播了1640332件;“物权纠纷”案件直播了480441件;“婚姻家庭、继承纠纷”案件直播了360326件,分别位居庭审公开网上最热门案件分类的前三位,可见庭审直播的案件类型以民事案件为主。从各法院直播案件的数量来看,仍存在区域发展不平衡的情况,表现为经济发达的地区直播案件数量多,经济欠发达的地区直播案件数量相对较少。

目前庭审公开网上的案件直播,绝大部分涵盖了从最初的宣读法庭纪律,到当庭核对出庭人员身份、法庭调查、法庭辩论和最后陈述各个阶段。庭审直播基本实现了全程录音录像,使庭审过程全面、真实、客观地同步于网络,以便公众进行同步观看。庭审直播结束后,公众亦可通过直播回顾对已经直播的案件进行观看,更好地保障了司法公开。如广东省高级人民法院2019年9月3日直播的(2019)粤行终1103号房屋征收补偿决定及行政复议纠纷一案,截至2019年11月11日已有超过800万次的播放,吸引了社会公众的广泛关注。该案的直播不仅有基本的案情简介,在直播过程中还可以清楚地看到书记员所作的庭审记录。通过该直播视频,观众可以看到法庭的内部构造和位置布局,对合议庭组成人员、书记员、上诉人和被上诉人等都有专门的特写镜头,真正实现了对庭审现场、庭审过程的全面公开。

二、庭审直播中当事人隐私权保护的现存问题

(一) 庭审直播中当事人的隐私权保护缺乏法律依据

我国现有法律对当事人的隐私权保护,重点

①人民网《中国庭审公开网直播案件破400万场》, <http://legal.people.com.cn/n1/2019/0724/c42510-31253033.html>。

②中国法院网《首次人民法院庭审公开第三方评估报告出炉》, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/08/id/3450479.shtml>。



体现在程序法上。《民事诉讼法》第134条将涉及个人隐私的案件纳入法定不公开审理的类型,将离婚案件纳入酌定不公开审理的类型;《刑事诉讼法》第188条将涉及国家秘密、个人隐私的案件纳入法定不公开审理的情形,将涉及商业秘密的案件纳入酌定不公开审理的情形;《行政诉讼法》第45条也明确将涉及个人隐私的案件纳入法定不公开审理的情形;《最高人民法院关于人民法院直播录播庭审活动的规定》第2条第(一)项则汇集了三大诉讼法关于不公开审理的规定,将涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私和未成年犯罪的案件均纳入法定不公开审理的案件类型,亦不得予以公开直播和录播。可见,三大诉讼法都将涉及个人隐私的案件列在了公开审判的范畴之外,涉及个人隐私的案件也不属于庭审直播的范围,但这些规定并不能满足庭审直播过程中当事人隐私权保护的需要。

具体而言,目前庭审直播中哪些案情涉及个人隐私依旧属于法官自由裁量权的范围,我国并未对其作出明确的规定。再者,对于庭审直播过程中应当采取哪些具体措施对当事人的隐私权进行保护也未进行明确规定。庭审直播依托于互联网平台将庭审过程向社会公众进行公开,比起传统的审判公开方式,公众无需亲自到庭旁听,在时间和空间上更加便捷,案件旁听人员的数量更多、地域范围更广,当事人个人隐私面临的风险也随之增大。加之互联网传播具有及时性、直观性、全面性等特点,如果依旧按照传统的审判方式在庭上一一核对当事人的身份信息、对于当事人的外貌和声音未经任何技术处理直接进行直播、对庭审过程中涉及当事人隐私的部分情节全部进行直播,当事人的个人隐私信息就面临被非法收集的风险。同时可能存在部分熟识当事人的旁听人员在知晓庭审过程中暴露出来的相关隐私之后,四处宣扬扩散的情况,容易对当事人的声誉造成不利的影响。因此,需要通过立法对庭审直播过程中哪些内容属于隐私权的内涵以及加强当事人隐私权保护的具体措施进行规定,使庭审直播中当事人的隐私权得到应有的保障。

(二) 当事人缺乏对庭审直播的知情权

根据《关于人民法院直播录播庭审活动的规定》第2条的规定,除了根据三大诉讼法不得进行庭审直播的案件外,经检察机关或者当事人提出申请并有正当理由的案件,也不得进行庭审直播。该规定明确了当事人具有申请的权利,但并未规定当事人应当向谁提出申请以及对于申请进行审查的流程和时限,使得实践中当事人往往由于缺乏法律意识或者由于申请程序的繁琐,不会作出不公开庭审直播的申请。同时,由于并未对不公开审理的“正当理由”进行具体阐释,即使当事人作出了申请,最终是否认定为“正当理由”仍由人民法院决定,不能使当事人的权利得到应有保障。该规定第5条明确了“人民法院进行网络庭审直播、录播的,由审判庭向本院有关部门提出申请,有关部门审核后,报主管副院长批准;必要时,报上级人民法院审核”的要求,可见庭审直播的审核权、决定权都在于人民法院。人民法院作为司法公开的主体,面对社会公众关于提升司法透明度的要求和上级机关考核的压力,往往更倾向于对案件审理过程进行公开,难以对直播过程中当事人的隐私权保护实现兼顾。

通过对庭审直播案件的类型进行分析,笔者发现在刑事案件中,无论是犯罪嫌疑人还是受害人的声音、外貌,以及具体的犯罪经过,都进行了清晰而完整的录音录像和直播;在民事案件中,当事人的姓名、性别、身份证号码、工作单位、家庭住址、外貌,以及庭审过程中可能涉及到的银行账户信息、房产信息、车辆信息等,都未经任何技术处理。特别是婚姻家庭纠纷、继承纠纷案件中,为了证明自己的主张,当事人提供的证据很有可能侵害到对方的隐私权,如证明对方的隐疾、特殊癖好、外遇事实等证据^①。这些信息的泄露,无疑是对当事人隐私权的侵犯。这些隐私的泄露,可能是法官在开庭前未预想到的,对于这类情况法官可以通过提前告知当事人某案件将会进行庭审直播来规避。当事人作为庭审活动的重要参与者,对于基本案情最为了解,对于庭审直播中是否会涉及到个人隐私泄露也最为清楚。将拟进行庭审直播的决定提前告知当事人,

^①参见詹涛:《公开审判制度中的婚姻隐私权保护》,载《长江大学学报》(社会科学版),2007年第1期,第59-61页。

并赋予当事人对庭审直播的异议权,不仅可以保障当事人的基本诉讼权利,也能尽早采取相应技术措施或者重新作出不予庭审直播的决定,从源头上避免直播对当事人隐私造成损害。

(三)庭审直播中隐私权保护意识的缺失

隐私权这一概念,对于中国传统社会而言是陌生的。回顾历史,我国较早地形成了成熟的农耕文明,对于个人而言,强调的是其在家庭生产生活中所作的贡献;对于国家社会来说,每一个家庭都是国家的组成单位。古代的中国人被要求对社稷效忠,然而这种效忠不是为社会、为人类,而是对国家君主、家庭家长的完全忠诚^①。在“三纲五常”“三从四德”的历史背景下,隐私也只局限于“阴私”的范围。面对家庭、熟人社会和官府,个人是没有隐私可言的。中华人民共和国成立后,主体上仍然强调个体对于整体的服从,对个人隐私权保护并未引起足够的重视。直到2005年《妇女权益保障法》制定,我国才在立法层面首次提出了“隐私权”的概念。但由于传统思想的根深蒂固,至今隐私权保护的观念仍未深入人心并得到全社会足够的重视。

在庭审过程中,法官为了查明案件真相,需要掌握与案件相关的一切信息。基于我国职权主义诉讼模式的特征,法官主导诉讼活动的进程,在调查和询问环节,面对法官对于当事人基本信息和案件事实的询问,当事人有如实回答的义务。特别是在法庭辩论环节,围绕法官归纳的争议焦点,双方当事人常常为了让自己的主张得到支持,作出对对方不利的陈述,甚至揭示对方当事人不愿为他人知晓的隐私。这一系列的审判过程,都是为了调查清楚案件事实,保障判决结果的公正性。庭审直播使庭审过程中关于当事人隐私的内容赤裸裸地展现在公众面前,当事人的隐私权面临着泄露的风险。一方面,受传统文化影响,对于法官的询问,当事人基于内心对于权威的尊敬,都会进行无条件的回答;另一方面,社会公众的隐私权意识觉醒相对缓慢,对他人的隐私权缺乏足够的尊重;司法机关工作人员也未对当事人的隐私权保护引起足够重视。

(四)缺乏对当事人隐私权受到损害时的救济

案件的庭审过程经过庭审公开网进行公开,公众通过在网站上进行观看实现审判监督,新闻媒体也可以对直播案件进行关注和报道。此时,若庭审直播中存在对当事人隐私信息的泄露,当事人的隐私权便面临被损害的可能。虽然庭审直播并不一定导致最终的裁判结果的不公,但是若庭审直播过程中对当事人的隐私权造成了损害,对于当事人而言造成了除本次纠纷以外对隐私权的二次伤害,会影响当事人对司法工作的信任;情节严重的,甚至会引发新一轮的关于隐私权损害的诉讼,这与借助庭审直播增进司法公开的初衷显然背道而驰。

根据《关于人民法院直播录播庭审活动的规定》第2条和第5条的相关规定,一个案件是否进行庭审直播由人民法院决定。而对于当事人是否有主动申请庭审直播的权利,以及在当事人是否有权知晓自己的案件将进行庭审直播、在当事人不同意进行庭审直播时如何提出异议、庭审直播过程中和庭审直播结束后当事人的隐私权遭受损害时应当如何救济等问题,相关立法并未进行明确规定。由于立法没有赋予当事人庭审直播过程中隐私权受到保护和救济的权利,当事人不清楚自己是否有权对庭审直播提出异议以及如何提出异议。在当事人不同意进行庭审直播时,法院可能以没有规定、促进司法公开等理由拒绝,使得当事人的隐私权面临的侵犯缺乏相应的救济程序。

三、强化庭审直播中当事人隐私权保护的 建议

(一)完善庭审直播中当事人隐私权保护的 法律规则

基于庭审直播的特殊性和隐私权损害后果的严重性,应当对庭审直播中涉及当事人隐私权保护的相关内容规定得更为详尽和完善。首先,应当在《关于人民法院直播录播庭审活动的规定》中对于涉及个人隐私的案件类型进行具体规定,对于适用庭审直播的案件范围应当作出较普

^①参见张凉,张立军:《中西隐私观差异及成因之比较》,载《东南传播》,2010年第1期,第132-133页。



通的审判公开更为严格的规定。如婚姻纠纷、继承纠纷、强奸罪等案件应当纳入个人隐私案件的范围,将这类案件规定为依法不得进行庭审直播的类型。其次,对于可以进行庭审直播的案件,对庭审直播过程中当事人隐私权内涵应当重新界定。庭审直播中当事人隐私权的内涵相较于传统的隐私权应当更加宽泛,当事人的姓名、住址、身份证号码、工作单位等都应该纳入隐私权的范围,防止当事人的个人信息在互联网环境下被不法分子轻易地收集和盗用。同时,对于可以进行庭审直播的案件,也应当规定直播过程中用以保护当事人隐私权的技术措施。如尽量在庭前会议中核实当事人的身份,开庭时不再进行核实;对于法庭调查和法庭辩论中可能损害当事人隐私的内容进行消音处理;对于当事人的外貌和庭审笔录中涉及个人隐私的信息进行马赛克处理等。此外,还应当明确庭审直播的程序价值,将庭审直播作为一项司法程序在三大诉讼法中进行明确规定。具体而言,庭审直播应当融入程序正当原则,与回避制度相近似。通过将庭审直播作为一项程序进行规定,当事人对庭审直播可能损害自己隐私的情形,有提出异议的权利;法院应当依法及时就当事人的异议作出支持或驳回的裁决,以保障庭审直播的程序正当。

(二) 设置庭审直播告知程序

为进一步贯彻司法公开的原则,在排除部分与当事人隐私权密切相关的案件外,应当实现庭审直播的常态化,即尽量实现每一起案件都进行庭审直播,同时当事人在诉讼过程中的主体地位也应当得到尊重。法院应当制作专门的庭审直播告知书,载明庭审直播对保障司法公开、进行普法教育等积极的社会效果,庭审直播公开的具体形式和对当事人隐私权可能带来的风险,并在庭审直播告知书中载明当事人如果不同意进行庭审直播,应当在规定的期限内向人民法院提出异议,若不提出异议则视为同意进行庭审直播。在司法实践中,对于应当进行庭审直播的案件,在法院对原告作出受理案件通知书或者向被告送达开庭传票时,应当将庭审直播告知书一并送达,以便当事人一并签收。

对于当事人同意进行庭审直播的案件,法院也应当基于每个案件的差异性,在个案中实现司

法公开与隐私权保护的衡平。例如,对于庭审直播过程中可能侵犯当事人隐私权的情形,应当进行技术处理;对于程序特殊,但内容不宜进行公开的案件,只对该案中程序性的流程部分进行公开;对于内容有公开价值,但是当事人不愿意进行公开的,可以对于审判过程的具体案情进行公开,而对于当事人的基本信息进行隐匿等等。

(三) 加强司法工作人员的隐私权保护意识

加强庭审直播中司法机关工作人员的隐私权保护意识,是对庭审直播中当事人的隐私权进行保护的关键。一方面,司法机关工作人员应当转变观念,加强对于庭审直播中当事人的隐私权保护意识。在庭审直播过程中,法官应当严格遵守《关于人民法院直播录播庭审活动的规定》和三大诉讼法的基本规定,尊重当事人,并自觉保护当事人的隐私权。对于拟进行庭审直播的案件,应当事先告知当事人,充分征求当事人的意见。对于庭审过程中可能涉及到当事人隐私的情形,应当尽量进行技术处理,或者在庭前会议中进行调查核实,以实现审判公开和当事人隐私权保护两方面的社会效益。另一方面,要提升法官的职业能力和道德水平。基于司法过程的专业性,法官和当事人往往处于信息不对称的地位。在庭审过程中,当事人难以辨别法官的询问是否侵犯了自己的隐私权,侵犯隐私权的程度,以及是否需要采取相应措施进行保护。法官应当对于庭审直播中的隐私权内涵进行深入研究,法院也应当组织法官进行专题学习。同时,可以将庭审直播过程中由于法官过失导致当事人隐私权受到侵犯的情形纳入对法官的考核并适当追责,以实现庭审直播过程中对当事人隐私权的保障。此外,当事人也应当加强自身的隐私权保护意识,明确隐私权的内涵,认为隐私权被侵犯时积极向法庭提出异议。

(四) 畅通当事人隐私权受到损害时的救济途径

“没有救济就没有权利”。当一个公民的权利受到损害时,如果没有相应的救济措施,那么再多的权利也只是形同虚设,并不能真正地享有和实现。为此,应当明确庭审直播中当事人隐私权受到损害时的救济途径,不仅使当事人可以依法维护和实现自己的隐私权,也使人民法院作出

是否进行庭审直播的决定时有所顾虑,实现从源头上减少对当事人隐私权的损害。

对于当事人隐私权保护的救济途径包括以下三个方面。第一,对于拟将进行庭审直播的案件,法院应当告知当事人并听取当事人意见。当事人以损害个人隐私为由提出异议的,人民法院应当进行审查后作出决定。若人民法院进行审查后认为不会对当事人隐私权造成损害的,应当书面回复当事人,并将当事人的申请记录在案备查;若人民法院未经审查直接进行庭审直播,且当事人对于一审结果不服提起上诉的,二审法院可以程序不正当为由发回一审法院重审。第二,对于庭审直播过程中,当事人以庭审直播侵犯自己隐私权为由要求停止庭审直播的,法院应当当庭停止庭审直播并当庭进行审查,确定是否可能对当事人的隐私权造成损害,以及是否应当继续进行庭审直播。对于法院当庭作出的审查当事人不服的,应当休庭,等待审委会作出最终决定。第三,对于已经进行庭审直播的案件,当事人发现自己的隐私被损害的,可以依法向作出直播的人民法院提出申请,要求人民法院对于庭审直播过程中涉及当事人隐私权的内容进行技术处理;情况严重的,可以要求人民法院撤销该庭审直播视频。人民法院对当事人的申请进行审查后,认为确实对当事人的隐私权造成损害的,应当根据隐私权损害的程度,积极采取相应措施;若人民

法院认为并未对当事人的隐私权造成损害,决定不予撤销直播视频或者采取技术处理措施的,当事人有权申请复议一次。

[参考文献]

[1]刘小鹏.庭审网络直播与当事人隐私权保护的冲突与平衡[J].法律科学(西北政法大学学报),2015,33(03):64-72.

[2]高一飞.庭审直播问题的法与理[J].法学,2006(11):11-13.

[3]贺卫方.对电视直播庭审过程的异议[J].中国律师,1998(09):60-61.

[4]李友根.裁判文书公开与当事人隐私权保护[J].法学,2010(05):126-134.

[5]王利明.论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心[J].现代法学,2013,35(04):62-72.

[6]王韞.司法公开的限度与隐私权的保护[J].太原学院学报(社会科学版),2017,18(01):24-28.

[7]姚广宜.对网络微博庭审直播现状的实证分析[J].中国政法大学学报,2016(04):134-147+160.

[8]冯浩浩.司法公开中的个人隐私保护[D].河南大学,2015.

[9]于之楠.法院庭审直播研究[D].西南交通大学,2018.

[10]龙梦灵.庭审直播的价值冲突与规范平衡[D].华东政法大学,2014.

【责任编辑:张 戈】

Research on the protection of the parties' privacy rights during live court hearings

Zhang Huan

(Chongqing University of Posts and Telecommunications,Chongqing 400065,China)

Abstract: With the advancement of judicial openness,the live court hearing has become an important window for the opening of the trial process. While judicial openness has brought positive social effects,the protection of the parties' privacy rights during live court hearings has not attracted enough attention. At present,there are issues in China's live court hearings,such as imperfect legislation of protecting privacy rights,lack of the parties' right to know the live court hearings,lack of awareness of privacy protection and lack of remedies for the parties. Some measures can be used to strengthen the parties' privacy rights in live court hearings,such as perfecting the legal rules for protecting the parties' privacy rights,setting up procedures for notification of live court hearings,strengthening awareness of privacy protection and smoothing out remedies for damages to the privacy rights of parties involved.

Key words: live court hearing;privacy right;improvement suggestions;remedies;awareness



【法学理论研究】

遗产归扣制度之本土化探析

刘亚楠

(厦门大学,福建 厦门 361000)

〔摘要〕遗产归扣制度滥觞罗马时期。鉴于其法学衡平、平等理念的追求,近现代诸多欧美国家的民法典奉之为圭臬。我国法律虽未规定此项制度,但是民间自古以来有此传统习俗。遗产归扣制度立足于各继承人利益平衡,维护家庭伦理关系之时不忘捍卫个体意思自治,可以合理解决整体正义与个人自由之冲突。目前正值我国《继承法》修订之际,完全可以在尊重民间遗产分割习惯、保留继承制度固有特色的前提之下,充分借鉴国外立法经验,结合本土实际优化遗产归扣制度,而后予以法律移植。

〔关键词〕遗产归扣制度;法律移植;应继份之预付;共同继承

〔作者简介〕刘亚楠(1995—),女,河南安阳人,厦门大学法学院2018级硕士研究生,主要从事民法学研究。

〔收稿日期〕2020-01-12

〔中图分类号〕D923.5 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-066-11

一、遗产归扣制度理论概述

(一)遗产归扣制度基本涵义

“归扣”一词由拉丁文“collatio”发展而来。其中,“归”者取归还、回归之意;“扣”者,乃扣除、扣抵是也。当前,我国学术界并未对“collatio”形成相对统一认识,尚存加入、扣还、重算、返还、抵消及合算等多种称谓。周枏先生于其著作《罗马法概要》中将其译作“返还”^①,《罗马法原论》一书中将其译作“加入”^②;同样,曲可伸先生于《罗马法原理》中亦将该词译作“加入”^③;于黄风先生所译《罗马法教科书》中则将“collatio”译作“合算”^④。笔者认为无论何种名称译法,均以不同程度阐述此制度“归入—扣除”之本质,而无实质差别。仅于本文,暂采“归扣”一词,因笔者认为其意译更为妥当。

所谓“遗产归扣制度”意为先行归入,然后扣除,亦即被继承人对继承人所为生前特种财产赠与,视为应继份之预付,于计算继承人实际应继份时予以扣除,实乃家事法律规范重要制度。

“公平乃法律始终追求之价值”^⑤。一般认为,遗产归扣制度立法意旨即为通过运用法律拟制技术剥夺受有特种赠与继承人之“双重遗产继承资格”,以期以公力救济之方式强制性地实现各共同继承人之间真正的、相对的公平。不可否认,如此推定并不实质涉及被继承人生前意愿本身,仅为法律综合考量继承人之继承权益,而予以相当限制性且强制性地明确肯定并承认法律事实,亦即“基于扶助继承人之目的,被继承人而为特种赠与,但观其本意乃为希望继承人享有同等继承权益,故法律于遗产分割之时重建公平以

①参见周枏著:《罗马法概要》,北京:法律出版社,1988年出版,第122页。

②参见周枏著:《罗马法原论》,北京:商务印书馆,1994年出版,第533页。

③参见曲可伸著:《罗马法原理》,天津:南开大学出版社,1988年出版,第259页。

④参见[意]P·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,北京:中国政法大学出版社,1992年出版,第487页。

⑤参见[英]彼得·斯坦、约翰·香德著,王献平译:《西方社会的法律价值》,北京:中国人民公安大学出版社,1990年出版,第74页。

期达到平等”^①。一定程度而言,此即法律主体个人意思自治由完全“个人本位”转向“社会本位”于民法上之具体体现。

(二) 遗产归扣制度历史沿革

1. 遗产归扣制度之滥觞

该制度滥觞古巴比伦时期,其出处可查于《汉谟拉比法典》查士丁尼 5 新律 6 第 183 条以及第 184 条^②。此为奴隶-封建社会时期于财产分配中公平公正原则的创新发展,也是近现代制度中遗产归扣制度的最早雏形。其真正意义起源于罗马时期,为裁判官始设,然后由法律肯认。裁判官于处理共同继承人遗产分割之时,往往面临明显不公情况。在罗马法中,家庭作为基本生产单位以及政治单位均以父权制为主导,对于直系血亲尊亲属而言已解放、已婚嫁之家子,相较仍处家长权下待解放之家子,享有同等继承权益。但因后者为无独立财产主体资格之他权人,其劳动所得、所受赠与及遗赠等均归家父所有或用益;与之不同即为,前者为自权人,其劳动所得、所受馈赠以及所获嫁奁均归自己所有,同时仍享有对其家父财产之继承权。显然,已解放、已出嫁的直系卑亲属所继承的财产中包含他权人之所得,从而在实质上稀释了尚处于他权人地位之家子的遗产应继份额。

鉴于此,裁判官创设财产加入(collatio bonorum)制度:于处理他权人与自权人遗产分割案件之时,强制已解放以及已出嫁脱离父权的直系卑亲属将其于脱离家长权期间劳动所得、所受赠与

以及所获嫁奁计入遗产总额,而与其他继承人平等分割。乌尔比安对此表示赞同:“公正性、公平性于告示中得以显示。裁判官于审判处于自权人地位的家子请求实施遗产占有案件之时,为寻求自权人家子与他权人家子继承权益平等之解而予苦苦思索,最终得出结论:已脱离父权的自权人家子须先行将其财产归入其直系血亲尊亲属之遗产,然后方可请求占有其应继份额遗产”^③。此种加入制度根据时代发展而划分为三种类型:嫁奁加入、自权人的财产加入以及卑亲属的财产加入。前两种为裁判官所创设,而卑亲属财产加入制度则主要溯源于希腊罗马时期优士丁尼新律第 118 条规定^④。

2. 遗产归扣制度之流变

随着父权制日渐衰亡,罗马法财产加入制度逐渐衍变为遗产归扣制度。而其于法学衡平、平等理念之追求,使得诸多欧洲近现代民法典为之折腰,并为后世法国、德国、瑞士、意大利等绝大多数国家及地区所继受。

(1) 大陆法系国家遗产归扣制度立法现状之考察

①法国遗产归扣制度立法现状。法国《民法典》规定:受有赠与之继承人均负返还义务,除被继承人明确表示免除返还外,不得保有受赠之物^⑤;继承人相互间有此义务^⑥,但继承人抛弃继承而保有受赠之物不在此限^⑦。归扣方法可以原物或价额返还为之^⑧,但以价额返还为原则。不

①参见[美]布莱恩加纳编著:《布莱克法律大词典》,圣保罗:西方出版公司,2009年出版,第238页。

②参见《汉谟拉比法典》查士丁尼 5 新律 6 第 183 条:“倘父给予其妾所生之女以嫁妆,并为之择配,立有盖章文书,则父死后,她不得再从父之家产中得其份额”;第 184 条:“倘父未给其妾所生之女以嫁妆,且未为之择配,则父死后,她之兄弟应依父家之可能给其嫁妆,而遣嫁之”。

③参见[意]桑德罗·斯奇巴尼著,费安玲译:《民法大全选择·遗产继承》,北京:中国政法大学出版社,1995年出版,第126页。

④参见《汉谟拉比法典》优士丁尼新律第 118 条:“在无遗嘱继承和遗嘱继承中,对直系卑亲属均实行财产合算。包括:嫁资、婚前赠与、因取得职位而得到的欠款均应当被合算。那些既未得到嫁资又未得到婚前赠与的人也应当把一般的赠与物拿出,与以其他名义实施财产合算的直系卑亲属共同分享”。

⑤参见《法国民法典》第 843 条:“一切继承人,包括限定承认的继承人在内,承认继承时,应对其共同继承人返还死者生前直接或间接赠与的一切财产;继承人不得保持死者生前的赠与物,亦不得主张死者对其所为的遗赠;但赠与或遗赠明示地予以应继份以外的特别利益或免除返还者,不在此限”。

⑥参见《法国民法典》第 857 条:“返还只是共同继承人对其他共同继承人所负的义务;对于遗产的受遗赠人或债权人,均不发生返还问题”。

⑦参见《法国民法典》第 845 条:“抛弃继承的继承人,得在(死者)有权处分部分的限度内,保持生前的赠与,或主张对其所为的遗赠”。

⑧参见《法国民法典》第 858 条:“返还以现物为之,或以在应继份中扣除应返还物的价额为之”。



动产之归还,可以请求原物返还^①;而动产之返还,均以价额扣除方法为之。而价值计算之标准均以赠与之时为准^②。

②德国遗产归扣制度立法现状。德国《民法典》规定:作为法定继承人晚辈直系血亲,对于其从被继承人处所获嫁资者,于遗产分割时有互为归扣之义务,但若被继承人以此给与之时另有指令者则不在此限;生计资本及职业教育费用,惟逾被继承人资产境况相当数量之部分,有归扣之义务;至于被继承人生前所为其他赠与,仅于被继承人指定应予归扣之时,始应归扣^③。倘若赠与物之价额已逾应继份之价额,无须归还超额部分^④。

③瑞士遗产归扣制度立法现状。瑞士《民法典》结合罗马法及德国法之原则而作如下规定:直系血亲卑亲属属于遗产分配之时,其从被继承人处所受婚产、生计资本、财产让与以及债务免除等赠与,除被继承人有明示反对之意思外,有归扣之义务^⑤。以原物返还抑或以价额返还,继承人得选择^⑥;若受赠之物先于继承开始出让者,依所得之价额充当^⑦。至于受赠物之价额超过应继

份之价额作何处理,则为除超额部分侵害他继承人之特留份外,如可证实被继承人有欲以此优遇该继承人意思时,无须归扣。其中,被继承人就直系卑亲属属于婚姻惯行之范围内给与婚资者,推定有优遇之意思^⑧。

(2)英美法系国家遗产归扣制度立法现状之考察

鉴于英国已于20世纪90年代通过《〈继承法〉改革法》第1条第(2)款第(a)项直接废除《遗产管理法》第47条之规定,即于1996年1月1日起不再适用遗产归扣制度,此处不再赘述。而美国规定于无遗嘱继承下适用遗产归扣制度,并于1969年8月制定的《统一遗嘱检验法典》中作出明文规定^⑨。

二、遗产归扣制度法律移植

(一)遗产归扣制度法律移植之正当性分析

1. 符合遗产税征收的现实需要

在我国经济高速发展的社会环境下,随着公民个人财产日益积累、遗产数目日渐庞大,一个无法回避的问题也随之出现,即个人收入差距巨

①参见《法国民法典》第859条:“关于不动产,如受赠人并未出售其受赠的不动产,且不在遗产中别无性质、价额、完好程度相同的不动产足以组成作为其他共同继承人大体相等的分配份时,得要求现物返还”,第860条:“如受赠的不动产在继承开始前已出售时,返还只得在应继份中扣除应返还物的价额为之;受赠人应返还继承开始时不动产的价值”,第866条:“赠与与继承人中之一人并免除其返还的不动产,超过死者有权处分部分时,此种超过部分如易于与其他部分分离,应以现物返还。在相反情形,如超过部分多于受赠的不动产价额半数以上时,受赠人应返还不动产全部,但得在遗产总体中先取死者有权处分部分的价额;如死者有权处分超出受赠的不动产价额半数以上时,受赠人得保持其不动产全部,但应在其应继份中扣除超过部分的价额,或以现金或其他方法补偿其共同继承人”。

②参见《法国民法典》第868条:“动产的返还只以在应继份中扣除应返还的价额为之。返还的价额,以赠与时动产的价额为基础,按照附于证书的评价计算之;如缺乏此种评价时,按照鉴定人评定的适当且无增加的价额计算之”。

③参见《德国民法典》第2050条:“(1)作为法定继承人继承的晚辈直系血亲有义务在相互间分割遗产时,均衡他们在被继承人生前已从被继承人处作为婚嫁立业资财取得的标的,但以被继承人在给予时不另做指示为限。(2)为用做收入而给予的补贴,以及为职业培训而支出的费用,在它们超出与被继承人财产状况相当的程度的限度内,必须予以均衡。(3)被继承人已在给予时指示均衡的,其他的生前给予也必须予以均衡”。

④参见《德国民法典》第2056条:“共同继承人之一已因给予而获得多于在分割时会归属于他的标的的,他没有义务偿还多得之额。在此种情形下,遗产以该项给予的价额和该共同继承人的应继份均被排除在均衡之外的方式,在其余的继承人之间分配”。

⑤参见《瑞士民法典》第626条:“(1)各法定继承人,对被继承人生前以继承份先交的全部财产,相互负有提供结算的义务。(2)被继承人以嫁妆、结婚费用、财产转让或债务免除的名义,交付与直系卑亲属的全部财产,应提供结算。但被继承人有明确相反处分时,不在此限”。

⑥参见《瑞士民法典》第628条:“(1)被继承人有权选择将原赠与物或作价或为结算。生前赠与超过继承份额时亦同。(2)但是,前款规定,不妨碍被继承人的相反处分及共同继承人的扣减请求权”。

⑦参见《瑞士民法典》第630条:“(1)赠与物按继承开始时的价格或变卖的价金,提供计算。(2)前款情况中,支出的费用、损坏,以及收益的自然果实,均应依占有的规定,进行结算”。

⑧参见《瑞士民法典》第629条:“(1)赠与超过了应继份的数额,但可证明系被继承人有意给予的特别利益,该继承人可不将超出部分提供结算。但共同继承人的扣减请求权,不在此限。(2)直系卑血亲结婚时所给予的普通程度的结婚费用,推定为前款的特别利益”。

⑨《统一遗嘱检验法典》规定:“如若某死亡者所有财产或部分财产适用无遗嘱继承而被分割,其所为生前赠与财产仅于下列情况下被视为应继份额之预付:(1)该死亡者于赠与之时以书面形式宣称或无遗嘱继承人以书面形式承认此赠与为应继份之预付;(2)该死亡者以书面形式或无遗嘱继承人书面形式表示此赠与于计算死者无遗嘱继承遗产之分割与分配时应被考虑在内。如果被继承人未以书面形式宣称或者无遗嘱继承人未以书面形式承认,且未能从其宣称或者承认中推定某项财产为生前赠与,则免除归扣”。

大,社会贫富分化严重。作为调节贫富差距所不可或缺的重要杠杆,我国政界乃至学界关于确立遗产税征收制度之呼声愈来愈高,而较为完备之公民财产继承转让法律法规乃其确立前提^①。换言之,精确清点、核算遗产,不单单是公正分割遗产之前提、准确申报遗产之保障,更是准确无误且又不失公允征收遗产税之关键所在。由此可见,遗产归扣制度确为建立遗产税征收制之必要先行制度。为有效规避通过特种赠与转移财产的逃税情形,将特种赠与物价额计入遗产总额纳入遗产税之征收范畴,可于一定程度避免资产外流。综上所述,确有必要增设遗产归扣制度,助益遗产税征收制度之确立。

2. 确立特留份制度之先决条件

特留份制度指被继承人从法之规定为其继承人留有一定数额遗产,且不得任意处分之^②。我国虽尚未建立特留份制度,但为保障缺乏劳动能力继承人生活来源,规定为其留有必要继承份额^③,即必留份制度。

必留份制度虽与特留份制度于保护效果上存在相当差异,但仍可见其立法目的,即于被继承人能力所及之范围内,其有责任安顿其继承人,而免累及他人、社会以及国家。当今社会,仍有被继承人置至亲于不顾而将部分甚至全部财产赠与他人,从而累及他人救济,杭州叶某不顾子女将上百万遗产赠与保姆、四川黄某不顾妻子

将其全部财产赠与同居女子就是明显例证^④。此种违背家庭人伦道义之事,理应受到法律干涉。特留份制度虽于我国暂付阙如,但其立法走向已同遗产归扣制度一般,实乃势在必行。二者密切相关在于,倘被继承人未从法之规定为继承人保留特留份,纵使被继承人已作反对归扣意思表示,特留份权利人仍可依法请求扣减一定比例赠与之物价额,以保障继承人所享有之特留份权。扣减权制度乃特留份制度之重要内容,因而于特留份制度而言,建立遗产归扣制度实属必要。

3. 解决国际及区际之继承纠纷

绝大多数大陆法系国家均已建立较为成熟的遗产归扣制度,且我国港、澳、台地区也均继受遗产归扣制度^⑤,然遗产归扣制度于我国大陆地区尚付阙如。随全球化态势逐步增强,国际区际交流往来频仍,涉外继承关系时有发生。于此情形,确有必要将其引入我国法律体系。如若采用我国法律作准据法解决涉外继承纠纷,因我国现行法律尚未规定遗产归扣制度,导致无法与其他国家或地区法律接轨,对于所有诉讼当事人而言是不便且不公的。况且,因我国现行法律尚未规定遗产归扣制度,民众对该制度亦缺乏了解,进而不能很好地维护自身权益,实乃一大遗憾。现今,国际社会法律发展已然呈现强劲的趋同化态势^⑥,于此角度而言,确立遗产归扣制度不仅仅是

①参见邵洁:《观点碰撞:遗产税该不该尽快开征?》,载《政府法制》,2005年第7期。

②参见陈棋炎著:《亲属、继承法基本问题》,中国台北:三民书局出版社,1980年出版,第433页。

③参见《中华人民共和国继承法》第19条:“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”、第28条:“遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理”;《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》第37条:“遗嘱未保留缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人的继承份额,遗产处理时,应当为该继承人留下必要的遗产,所剩余部分,才可参照遗嘱确定的分配原则处理”、第45条:“应当为胎儿保留的遗产份额没有保留的应从继承人所继承的遗产中扣回,为胎儿保留的遗产份额,如胎儿出生后死亡的,由其继承人继承;如胎儿出生时是死体的,由被继承人的继承人继承”、第61条:“继承人中有缺乏劳动能力又没有生活来源的人,即使遗产不足清偿债务,也应当为其保留适当遗产”。

④参见赵欣、卢晶:《遗产继承——小保姆合法权益受保护》,载《人民日报》,2001年1月21日;焦武峰:《怎样对待公民的个人财产权——“二奶”继承案的思考》,载《法制日报》,2002年5月26日。

⑤参见《无遗嘱者遗产条例》第5(1)(c)条:“为有关后嗣以法定信托形式持有的财产如可分割为份额,则该无遗嘱者藉预付财产办法已付给或在其子女成婚时已付给该子女的任何金钱或财产,须视为用作全数或者局部偿付该子女应承受的份额,或者用作全数或局部偿付该无遗嘱者去世时仍活着的每名子女所可承受的份额,但如有人表明任何相反意思,或该个案情况显示任何相反意思,则须受此限制;同时须按遗产代理人之要求,将上述金钱或财产按估定的价值(该价值以该无遗嘱者去世时计算)计算在内”;《澳门民法典》第1945条第1款:“为对遗产进行均等分割,有意继承直系血亲尊亲属遗产之直系血亲卑亲属以及有意继承死亡配偶遗产之生存配偶,均应将死者曾赠与之财产或有价物返还予遗产,此返还成为归扣”;《台湾民法典》第1173条:“继承人中有于继承开始前因结婚、分居或者营业,而已从被继承人处受有财产之赠与者,应将该赠与之价额加入继承开始时被继承人所有财产中,作为应继遗产。但被继承人于赠与时反对之意思表示者,不在此限。前项赠与价额,应于遗产分割之时,由该继承人之应继份中扣除。赠与价额依赠与时价值计算”。

⑥参见李双元,于喜富:《法律趋同化:成因、内涵及在“公法”领域的表现》,载《法制与社会发展》,1997年第1期。



妥实解决涉外继承纠纷之需要,更是我国与国际社会接轨的时代需要。

(二) 遗产归扣制度法律移植之可行性分析

遗产归扣制度法律移植尚须考虑两个要素:其一,该制度有无生存土壤,即其能否于外在以及内在满足遗产分割现实需要;其二,该制度有无生存空间,即能否妥善调和其与我国既有制度的矛盾及冲突。

1. 遗产归扣制度有无生存土壤

(1) 遗产归扣制度法理基础——核心价值高度契合社会文化

设立遗产归扣制度之意旨乃在于保障遗产利益分配平衡。究“不平衡”之根源,古罗马社会生产力极低,家庭乃为以父权制为主导的政治单体以及生产单位。待解放之家子尚处父权下而不享有独立财产主体资格,一切所得均为其父所有抑或受益。而已解放、已出嫁享有自权人地位之家子,非但保留其劳动及其他所得,而且享有父系血缘亲属继承权,从而稀释尚处家父权下他权人家子之应继份额。如此,是否可得出“不平衡”系根源于劳动生产方式之无可奈何之举,笔者认为尚待斟酌。倘若前述推测成立,则无法解释遗产归扣制度生存土壤已然消失之时,亦即个人完全取代家庭成为独立生产单位以及政治单体,其制度为何仍可有序运行。此现象迫使我们再次深入剖析而予审慎提出该制度核心价值之所在。

李洪祥教授曾提及,遗产归扣制度真正价值取向在于完好维护亲子伦理关系,仅物化为维护共同继承人之间遗产利益分配平衡^①。笔者深以为然,此才为其长存民法千年之久而不朽之根本所在。

而于婚姻家庭法律领域,最为重要乃至最为

核心的伦理价值应为流于至亲间的节制之爱,其于遗产归扣制度中得以充分映现。深受儒家思想影响,华夏文化历来强调“夫和妻柔”“父慈子孝”“姑慈妇听”“长惠幼顺”“兄爱弟敬”的和谐家庭伦理关系,且此种价值于我国现行《婚姻法》及《继承法》中得以具体体现,如《婚姻法》第4条之规定^②。由此观之,遗产归扣制度主体理念高度契合我国社会文化,最难能可贵之处则为其于维护亲子伦理关系之时仍不忘捍卫个体意思自治。

(2) 遗产归扣制度社会基础——符合我国遗产分割现实需要

①财产数量以及种类增加。近年来,我国经济增长稳步提高,居民收入大幅提升,个人银行存款节节攀升。据2014年—2017年国民经济及社会发展统计公报数据显示:2017年我国农村居民人均可支配收入达13432元,较2014年之2936元增长4.57倍;2017年城镇居民人均可支配收入达36396元,较2014年之9422元增长3.86倍^③。2014年—2017年金融统计数据显示,从2014年到2017年,人民币存款余额由11.9555万亿元增至169.27万亿元,增长14.15倍^④。即使计入物价上涨因素,该增长幅度亦十分可观。居民银行存款逐年增多,标志着民众财产结构发生显著变化。随着居民个人财富日趋丰裕,父母更有能力资助子女,例如为子女出国留学、经商营业以及婚嫁等支付巨额费用。于此情况之下,依照现行法律,对于未受资助之继承人,法定继承显然有失公允。而遗产归扣制度之设立即可于一定程度上保障继承人之间遗产利益分配相较平衡。

②遗产分配方式逐渐多样。此处仅以陈苇教授课题项目中的数据为佐证进行分析^⑤,并截取部分数据绘制下面表1和表2:

①参见李洪祥:《遗产归扣制度的理论、制度构成及其本土化》,载《现代法学》,2012年第5期。

②参见《中华人民共和国婚姻法》第4条:“夫妻应当互相忠实,互相尊重;家庭成员间应当敬老爱幼,互相帮助,维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系”。

③参见中华人民共和国2014年—2017年国民经济和社会发展统计公报。

④参见2014年—2017年金融统计数据数据被告。

⑤参见陈苇著:《当代中国民众继承习惯调查实证研究——北京市、重庆市、武汉市、山东省四地民众继承习惯调查报告》,北京:群众出版社,2008出版,71—72页;109—117页;290—297页;430—434页;523—530页。

表 1 财产分配时间

选项地区	北京	重庆	武汉	山东
于父母双方健在时分配	33.3%	31.2%	26.2%	25.5%

以上数据表明,父母常于健在之时分配财产,且其财产分配方式包括给予子女分家费、子女购房费、子女婚事费、补贴家用费等多种形式。如若家庭有数名子女,父母财产分配不均的情况时有发生。因此笔者认为,于遗产分配时应予考虑父母生前对于部分子女所作赠与,并作归扣。不难推测,随着我国社会经济发展,子女可能会因留学、经商等各种原因而需要父母经济资助,因而父母生前赠与特种资产予子女之习惯必将继续存在且有增多趋势。于此情形之下,为保障遗产利益分配均衡、维护家庭亲子伦理关系,其确有必要被增补立法。

表 2 财产分配方式

选项地区	北京	重庆	武汉	山东
分家	49.5%	3.6%	46.4%	81.8%
为子女购房	51.5%	1.6%	46.2%	31.2%
为子女操办婚事	52.8%	1.5%	38.7%	39%
为子女补贴家用	38.3%	0.9%	31.3%	18.8%
其他	7.8%	0.8%	31.9%	3.5%

③符合民间遗产分割习惯。遗产归扣制度虽于我国尚付阙如,但类似归扣之习俗却是长期且大量存在的,实践中其能为民众所接受,具有良好社会基础。

部分学者于调查中发现,我国多数地区长期存在分家析产习惯。数据显示,于遗产分配时,成婚分居子女和尚未结婚子女不等对待情形占比 69.4%,且由未婚子女多分财产情形又占比 61.7%^①。究其原因,即为依照我国传统伦理道德观念,父母通常对子女均有同样的慈爱之心,期望于日常生活以及财产赠与当然包括遗产继承上均能做到公平合理,而非厚此薄彼。因此,

涉及遗产如何分割之时,往往会将被继承人所为赠与视作考量要素之一,适当减少应继份额。

不少民众虽不理解“遗产归扣制度”具体涵义,但类似“遗产归扣制度”的民间习惯却因内心基于对公平概念的最本色理解而自然产生,亦即顺应此公允概念的“遗产归扣制度”于民间继承中普遍存在已久。诚如学者维拉曼特所言:“习惯常于不同层面启示法律,对现代法律之意义难以言尽,着实为最普遍且最古老法律渊源”^②。由此可见,遗产归扣制度于我国民间具有巨大的生存土壤,是否尊重继承习惯并对其予以确认,对于维护社会公平及兼顾各种利益具有举足轻重的作用。

2. 遗产归扣制度有无生存空间

(1) 遗产归扣制度乃法律拟制技术的恰当运用

对于我国是否设立遗产归扣制度,学界尚存不同观点。持“否定”观点的学者大多将矛头指向其均于一定程度悖于赠与制度及物权制度等既有制度,“究此冲突本源即为遗产归扣制度之拟制性”^③。

梅因曾说:“现实需求往往游走法律之前”^④。遗产归扣制度乃因调和需求之多样与法律之滞后而产生,本质即法律拟制技术之应用,无可避免,其出现即与法律既定相矛盾。于遗产归扣制度理论下,将原本赠与行为拟制为应继份之预付,以期达平等分配遗产利益之目的,如此假定因获法律肯认而衍生为遗产归扣制度。

不可忽略之一点,即为民法安身立命之本乃为意思自治原则。而遗产归扣制度于一定程度限制被继承人个体自由价值是否正当,此即需要审慎剖判其是否具备实质正义及形式正义。之于实质正义,遗产归扣制度于本源上促成继承人利益分配平衡,切实保障家庭亲子伦理关系和谐稳定;之于形式正义,遗产归扣制度符合体系强制,其采默示推定处理方式预留意思自治保障

①参见张玉敏著:《继承法律制度研究》,北京:法律出版社,1999 出版,第 353 页。
②参见[澳] 维拉曼特著,张智仁、周伟文译:《法律导引》,上海:上海人民出版社,2003 年出版,第 147、149 页。
③参见李洪祥:《遗产归扣制度的理论、制度构成及其本土化》,载《现代法学》,2012 年第 5 期。
④参见[英] 梅因著,沈景一译:《古代法》,北京:商务印书馆,1959 出版,第 17 页。



途径,倘被继承人明示反对归扣之运用,法律必尊其愿。

综上所述,遗产归扣制度确为“法律拟制”技术于立法中的恰当且合理运用,其虽无可避免与法律既定相冲突,却也并非不可调和。

(2) 遗产归扣制度与现有制度冲突的可协调性

①遗产归扣制度与遗产范围。部分学者根据《继承法》第3条之规定^①,认为归扣客体因已由被继承人于生前处分而不属遗产之范围^②。若将遗产归扣制度纳入我国法律体系,势必会与当前遗产范畴两相冲突。

据此,我国理论界有学者提出“不完全遗产”概念以试图解决这一冲突,其为从法之规定须纳入遗产范畴予以分配虽尚不属于被继承人之资产^③。笔者认为此方案具有一定合理性,归扣方式无疑实物归还、价格计算两大立法体例,而其核心均为将赠与物之价额计入遗产总额,以期促成公平分割遗产之目的。因而,于一般情况下,已赠与而待归扣之财产均属遗产,被继承人作反对归扣之表示者不在此限。

由此可见,可引入“不完全遗产”概念以调和遗产归扣制度与我国遗产范围间的冲突,遗产归扣制度具有一定的可行性。

②遗产归扣制度与赠与制度。有观点认为遗产归扣制度和赠与制度于理论上存在冲突,即赠与人的赠与物一旦交付于受赠人,其所有权已由赠与人转移至受赠人,原则上受赠人不负返还义务。

其实不然:首先,遗产归扣制度客体范围与一般赠与制度规制对象尚存差异,非特种赠与,无需归扣;其次,于遗产归扣制度理论下,赋予被继承人免除归扣之权利,即可依被继承人意思自治,完全适用一般赠与制度,无需归扣特种赠与之物;最后,即使适用遗产归扣制度,按照大部分国家所采的价值充当归扣方式,并不强制要求继

承人归还赠与物,而仅仅要求将赠与之物价额计入遗产范畴。

不难看出,其仅于外观与部分赠与疑似冲突,然因其可依被继承人意思完全适用赠与制度,于一定程度上可得以调和。而且,依照价值充当归扣方式,并不存在所谓否认赠与制度法律效果之说。

③遗产归扣制度与物权制度。有学者提出遗产归扣制度与物权制度的矛盾乃本源性的:特种财产于赠与完成时已然完成所有权之转移,因而,遗产归扣制度显然害于赠与人对赠与物之所有权以及受赠人对受赠物之所有权。

笔者认为此种观点具有一定的局限性。遗产归扣制度与物权制度间并不存在实质性难以调和的冲突,主要基于以下几个理由。其一,从所有权角度分析,自罗马法以来,所有权即受有限制,对其保护并非绝对。罗马法对其限制于四个层面得以体现:基于相邻关系、公共利益需要、宗教保护需要以及人文主义事宜^④。剖析上述因素,不难得出基于人伦道义之理,可一定程度限制所有权绝对性之特征。于此而言,建立遗产归扣制度具有一定的合理性,其仅对所有权作出轻微限制,而并非与物权理论具有实质性的矛盾。其二,仔细剖析遗产归扣制度中的归扣方式即可发现,受赠人、赠与人依然分别享有受赠物、赠与物之所有权,遗产归扣制度从未否认甚至予以剥夺。且其并未强制继承人返还受赠物,抑或撤销被继承人所为赠与,仅于核算遗产总额之时,采价值充当将被继承人所为、继承人所受之特种财产价额归入其内,作为各继承人应予继承份额组成部分。其三,如前所述,既然于继承开始后,实行遗产归扣制度并未侵犯赠与人对赠与物之所有权以及受赠人对受赠物之所有权,自然流转并无任何障碍,而不涉及交易安全问题。

综上所述,遗产归扣制度与物权制度之矛盾尚非难以调和,且其综合考量并予权衡所有权制

①参见《中华人民共和国继承法》第3条:“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产……”。

②参见沈星:《也谈归扣制度——兼论我国是否应当引入归扣制度》,载《学术论坛》,2008年第1期。

③参见陈苇、魏小军:《论我国遗产范围立法的完善》,载《河南财经政法大学学报》,2013年第6期。

④参见周树著:《罗马法原论》,北京:商务印书馆,1994年出版,第301页。

度与继承权益均衡。

三、遗产归扣制度构建设想

(一) 遗产归扣制度的主体

1. 归扣权利人

界定遗产归扣权利主体范畴,应以遗产归扣制度之主旨为起点。笔者认为,归扣权利主体应为与受有赠与之继承人相对应的其他全体继承人,即凡被继承人有为特种赠与,他继承人均享有归扣权利主体资格,“不应限于以下两种情况:其一,完全不受特种赠与之继承人;其二,受有较少赠与之继承人”^①。

2. 归扣义务人

关于如何界定遗产归扣义务主体,学界尚于直系尊亲属、代位继承人、放弃继承权之人以及丧失继承权之人是否属于遗产归扣义务主体这几个问题上存在争议。因此,笔者拟就上述争议作以下探析。

(1) 直系尊亲属是否为归扣义务主体

世界已引入遗产归扣制度的国家以及地区,仅就直系尊亲属是否为归扣义务主体分为两大立法体例,即分别为以法国和日本为代表的国家和地区及以德国和瑞士为代表的国家和地区。笔者赞成前者,认为应将其纳入遗产归扣义务人范畴,理由如下:

首先,虽于制度本源而言,不可否认,起初创设遗产归扣制度宗旨的确是为衡平卑亲属间继承权益,从而彰显尊亲属于卑亲属的平等之爱。但其出现完全是因当时女性社会地位极端低下,毫无独立人格权以及财产权可言。当今社会女性地位日益提高,实在不应死板恪守法源而无视遗产归扣制度的社会土壤已然变化。结合我国实际情况,于夫妻共同财产制模式之下,夫妻双方共同享有财产,而无所谓彼此财产赠与,看似解构直系尊亲属于遗产归扣义务主体范围内的适用余地,其实不然。虽然大多数家庭采取共同

财产制,但也不能否认分别财产制的大量存在;且随社会文明进步、国民经济发展,女性地位显著提高,此种夫妻财产制度必将逐渐取代共同财产制度,适用范围愈发广阔。而《婚姻法司法解释(三)》第11条第二款之规定即可于一定程度上反映夫妻之间财产日趋独立之势^②。

其次,依《继承法》第10条之规定^③,配偶、子女以及父母均为第一顺序之继承人。于此而言,若义务主体仅限直系卑亲属,未免太过狭窄。如此一来,无疑属于过甚注重尊亲属免受归扣的优越地位,而有侵害直系卑亲属之继承利益之虞。

最后,遗产归扣权利主体范畴于学界内并无异议,乃全体共同继承人。过分缩减遗产归扣义务主体范畴,定会造成权利与义务的不相对等,实为不妥。

(2) 代位继承人是否为归扣义务主体

就此问题作以下之分析。其一,若被代位继承人受有被继承人特种赠与,代位继承人是否负担归扣义务。代位继承核心在于,代位继承人取代被代位继承人地位,而承袭被代位继承人之应继份额。其并未改变被代位继承人受有赠与之物应继份预付之性质,且已为代位继承人所继承,因而,由代位继承人负担特种赠与归扣义务诚属合理。其二,情理之中,若其非因代位继承而获被继承人生前特种赠与财产,不应负此义务。正如我国台湾地区学者所言,“父意想其子殒命而为赠与子孙辈,实乃咄咄怪事”^④。可见,其所获特种赠与并非应继份的预付,而仅为长辈基于对子孙喜爱的普通赠与,并不涉及遗产分配问题。

(3) 放弃继承权人是否为归扣义务人

对此学界主张不一。一般意义而言,放弃继承权人既已无继承权,当然也就无应继份可言。鉴于继承人受有被继承人赠与之物具有应继份预付之性质,放弃继承权人尚不宜被纳入遗产归

①参见林秀雄著:《民法亲属继承争议问题研究》,中国台北:五南图书出版社,2000年出版,第281页。

②参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第11条第2款:“夫妻一方擅自处分共同所有房屋造成另一方损失,离婚时另一方请求赔偿损失的,人民法院应予支持”。

③参见《中华人民共和国继承法》第10条:“遗产按照下列顺序继承:第一顺序:配偶、子女、父母。……”。

④参见林秀雄著:《民法亲属继承争议问题研究》,中国台北:五南图书出版社,2000年出版,第280页。



扣义务主体范畴。但考虑到受有赠与之继承人可能借口放弃继承权而免除归扣义务,亦或被继承人生前与其通谋逃避债务,于被继承人债权人及他继承人言,均有失公允。因此,“宜解放放弃继承权人虽无可继财产予以扣除,仍须将其受赠财物同等价额计入遗产总额。而其归还根据,仍乃不当得利,亦即放弃继承权人并无法律上之原因继续保有受赠财物”^①。

(4) 丧失继承权人是否为归扣义务人

丧失继承权人,与放弃继承权之继承人一般,因缺失继承身份而不宜被认定为遗产归扣义务主体。理由同上所述,此处不再赘述。

根据《继承法》第7条关于继承权丧失情形之规定^②不难得出:丧失继承权人、放弃继承权人虽均缺失继承身份,但较后者乃主动放弃继承权,丧失继承权人则基于其严重侵害人伦道德之行为而于客观上被剥夺继承权;放弃继承权人尚需基于不当得利返还所受赠与之物价额,丧失继承权人更应如此。倘若因其丧失继承权而无需返还所受特种赠与财产价额,显然有悖于《继承法》第7条之立法目的,无疑助长不伦之风。因而,其虽非归扣义务主体,但仍需返还所受赠与,究其原因即为基于不当得利。

(二) 遗产归扣制度的客体

毋庸置疑,遗产归扣客体应限于继承人所受特种赠与之物。而何为特种又如何界定,各国家(地区)之立法规定范畴广狭不一。同样,于建立符合我国生存土壤遗产归扣制度过程中,针对制度客体,采用何种立法模式以及如何限定归扣范围,殊值深思。

当前尚有列举式、概括式以及两者兼而有之三种立法模式。鉴于继承关系纷繁冗杂,考虑我国当前基本国情,笔者认为应采列举式、概括式兼而有之立法模式规定遗产归扣制度客体。亦即以总括性之规定为切入,尔后进行具体明确列举。若仅采列举式,显然过于简略,无法调整复杂纠纷;而仅采概括式,则会弹性过大,实际可操

作性不强。相较之下,二者兼而有之混合立法模式更为严谨、明晰、易于执行。

根据我国社会生活经济现状,予以归扣财产应以分家、婚嫁、置业、超出正常开支范围教育费用、大额保险以及巨额债务为限。鉴于因分家、婚嫁、置业以及为继承人所付巨额债务支出费用应予归扣尚无争议,则不再作具体说明。

各国针对教育费用是否实行归扣规定不一,而于我国教育事业现状,随社会经济不断发展及国际交流程度加深,愈来愈多家长提供子女出国进修机会,教育费用不可小觑,培训费用亦是如此。此于其他子女极为不公,加之教育支出往往额度巨大,因而将其纳入归扣客体实属必要。

随着保险事业发展,保险作为一项投资理财方式日渐受到人们关注,被继承人以继承人为受益人投保财产险及人寿险之趋势必将稳健增长。因需缴纳保险费用往往较高,考量其他继承人之继承利益,应予归扣。

(三) 遗产归扣制度的实行

1. 归扣方式——原物返还主义 VS 价值充当主义

罗马时期,最初以实物归还为归扣方式,尔后容许以赠与物价额充当。后此两种归扣方式为各国及各地区考量并采纳,为目前关于归扣方式之两大立法体例:以法国民法为代表之“原物返还”抑或以德国民法为代表之“价值充当”。而随财物流转速率愈来愈快,继承人所受赠与之物可能于数载抑或数十载内多次易主,难免毁损。因而出于维护市场交易安全考量,笔者认为,宜采“价值充当主义”作为我国遗产归扣方式。

2. 价值评估——赠与时时为准 VS 继承之时为准

于“价值充当主义”立法模式中,不可避免关涉特种赠与之物价值评估标准问题,即以赠与时为准抑或继承之时为准。对此,各国立法各不相同,前者以德国民法为代表,后者以瑞士民

①参见林秀雄著:《民法亲属继承争议问题研究》,中国台北:五南图书出版社,2000年出版,第275页。

②参见《中华人民共和国继承法》第7条:“继承人有下列行为之一的,丧失继承权:(一)故意杀害被继承人的;(二)为争夺遗产而杀害其他继承人的;(三)遗弃被继承人的,或者虐待被继承人情节严重的;(四)伪造、篡改或者销毁遗嘱,情节严重的”。

法为代表。至于何者为优,我国多数学者观点乃为,价值评估应以赠与时为准,因鉴特种赠与应继份预付之性质。笔者对此深表赞同:当今社会,商品价值波动极大,如若特种赠与之物价值随时间推移而逐渐消损,倘以继承之时为准评估特种赠与之物价值,必然导致受赠之人有意毁损甚至灭失赠与之物,而有害于归扣进行;相反,如若特种赠与之物价值随时间推移而逐渐增值,倘以继承之时为准评估特种赠与之物价值,则无疑将或因受赠与继承人善于理财而致特种赠与之物增加价值纳入归扣范围,于受赠之人言实属不公。况且,可能变相导致受赠与继承人承担高额债务,而违背被继承人所为特种赠与之初衷。综上,笔者认为特种赠与之物价值评估宜以赠与时为准。

3. 差额处理——应当返还学说 VS 无须返还学说

适用遗产归扣制度计算受赠与之继承人应继份数额之时,一般须依如下步骤:将被继承人所赠之物以赠与时为准进行价值评估,而后计入遗产总额,依法算定应继价额,最后予以扣减赠与之物价额,即为受赠与继承人实得数额。由此,即会出现三种情况:该继承人应得数额为正、为零亦或为负。因于学界及实务界均对所受赠与之继承人应得数额为正、为零处理方式均无异议,此处仅针对第三种情况作出如下分析。

应得数额为负,亦即其应继份价额低于赠与之物价额,此差额是否需返还,目前学界尚有分歧。笔者赞同非返还说,理由如下。其一,遗产归扣制度意旨即为通过法律拟制技术以期最大程度实现遗产利益分配平衡,然其并非绝对公平,仅为相对公平。强制要求受赠之继承人归还差额并未必然与其立法本意相洽。其二,如前所述,遗产归扣制度核心价值乃为维护家庭亲子关系,所涉主体具有较强伦理色彩,故强采返还说要求受有赠与之继承人返还赠与之物价额与应继份价额的差额于现实生活中不可适用、不可操作,而且易滋纷扰,导致纠纷烦杂。故“超过部分,应解释无须返还”^①。

(四) 遗产归扣制度的免除

如前所述,法律拟制技术之运用乃遗产归扣制度之实质。既是拟制,基于意思自治原则,倘若被继承人尚已明确反对归扣所为特种赠与,则应尊重其真实之意思,充分保障其自由处分之权利,不作归扣。

至于被继承人应于何时作出免除归扣意思表示,各国及各地区规定不一,多数国家以及地区均未对此作出任何限制,而德国及我国台湾地区将其限于赠与时。笔者认为,民法基于均衡各方权益及稳定市场秩序之考量,而予法律行为科予时间限定。被继承人所为生前特种赠与作为应继份之预付,其免除之行使并未对其他共同继承人之继承利益保护以及市场流通施以负面影响,因而于不违反法律其他规定之前提下,应以被继承人之真实意思为紧要,对此宜解释为“被继承人应可随时为免除归扣之意思表示,无须科以时间限定”^②。

至于被继承人能否撤销其免于归扣之意思表示,学界基本形成通说,答案为否。被继承人免除归扣法律行为既已生效,该赠与物之所有权已然完成转移。从所有权绝对法理,自然不应也不可使所有权人地位仅因被继承人随意撤销免除归扣而居于无法确定状态,此有悖于赠与制度及所有权制度。况且基于维护市场交易秩序考量,如若准许被继承人撤销其免除归扣之意思表示,不仅侵害第三人的合法权益,而且有害于市场交易安全的稳定。因而,被继承人免除归扣之意思表示一经作出,不可撤销。

[参考文献]

[1] 费安玲. 罗马继承法研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:190-210.

[2] 陈苇. 当代中国民众继承习惯调查实证研究——北京市、重庆市、武汉市、山东省四地民众继承习惯调查报告[M]. 北京:群众出版社,2008:71-72,109-117,290-297,430-434,523-530.

[3] 史尚宽. 继承法论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000:233.

①参见史尚宽著:《继承法论》,北京:中国政法大学出版社,2000年出版,第233页。

②参见陈棋炎,黄宗乐,郭振恭著:《民法继承新论》,中国台北:三民书局出版社,2014年出版,第158页。



- [4]张玉敏. 继承法律制度研究[M]. 北京:法律出版社,1999:353.
- [5]杨立新,和丽军. 遗产继承归扣制度改革的中间路线[J]. 国家检察官学院学报,2014(06):131-140.
- [6]李洪祥. 遗产归扣制度的理论、制度构成及其本土化[J]. 现代法学,2012(05):54-62.
- [7]陈棋炎,黄宗乐,郭振恭. 民法继承新论[M]. 台北:三民书局出版社,2014:158.
- [8]林秀雄. 民法亲属继承争议问题研究[M]. 台北:五南图书出版社,2000:275,275-281.
- [9]房绍坤,朱呈义. 论遗产分割中的归扣制度[J]. 法制与社会发展,2003(06):65-69.
- [10][意]桑德罗·斯奇巴尼著,费安玲译. 民法大全选

择· 遗产继承[M]. 北京:中国政法大学出版社,1995:126.

[11]龙翼飞,窦冬辰. 遗产归扣制度在我国的适用[J]. 法律适用,2016(05):62-67.

[12]刘轩好. 论遗产归扣制度的构建[D]. 烟台:烟台大学,2016.

[13]陈苇,杜志红. 我国设立归扣制度的基础与制度构建研究[J]. 政法论丛,2013(02):49-57.

[14]陈苇,魏小军. 论我国遗产范围立法的完善[J]. 河南财经政法大学学报,2013(06):130-137.

[15]张华贵. 财产归扣制度研究[J]. 现代法学,2006(04):82-88.

【责任编辑:张 戈】

Analysis of the localization of the inheritance deduction system

Liu Yanan

(Xiamen University,Xiamen Fujian 361000,China)

Abstract: The inheritance deduction system started in the Roman period. In view of its pursuit of the concept of equitable law and equality, it has been regarded as the norm by the civil codes of many European and American countries in modern times. Although China's laws do not stipulate this system, folks have had this traditional custom since ancient times. The inheritance deduction system is based on the balance of interests of the heirs. When safeguarding the family ethical relationship, it does not forget to defend the autonomy of individual will, which can reasonably resolve the conflict between overall justice and individual freedom. At the moment when China's "Inheritance Law" is amended, we can fully learn from foreign legislative experience, optimize the inheritance deduction system based on local conditions, and then transplant the law under the premise of respecting the custom of folk heritage division and retaining the inherent characteristics of the inheritance system.

Key words: inheritance deduction system; legal transplantation; prepayment of the inherited share; joint inheritance

【法学理论研究】

我国证券法对选择性信息披露问题的立法研究

——以美国证券立法为视角

王为雄

(福建江夏学院,福建 福州 350108)

〔摘 要〕新修订的《证券法》设专章规定了信息披露问题,强调应充分披露投资者作出价值判断和投资决策所必需的公司信息,但并未对上市公司违反选择性信息披露的行为做出明确规定,无法从根本上抑制不公平的公司信息披露行为。为此,应当通过制定《证券法实施细则》对此加以明确和规范。分析美国证券法上对选择性信息披露的规制,并以此为借鉴对我国在《证券法实施细则》中明确选择性信息披露模式提出建设性设想。

〔关键词〕选择性信息披露;上市公司;内幕交易;立法规制

〔作者简介〕王为雄(1977—),男,福建福清人,福建江夏学院法学院讲师,法学博士,主要从事公司法与证券法研究。

〔收稿日期〕2019-12-20

〔中图分类号〕DF438.7 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-077-06

当前,随着我国营商环境的不断优化,证券市场发展良好。营商环境的优化离不开法治的保障,为更好地规范资本市场必须从立法上进一步完善各项法律制度。我国现行《证券法》在证券的发行和证券的流通中规定了较为完善的信息披露制度。2019年12月28日十三届全国人大常委会第十五次全体会议审议修订并于2020年3月1日起施行的《中华人民共和国证券法》第83条第一款中,明确规定了公司信息公平披露规则,但该条款缺乏更具体有效的可操作性,司法实践中如何适用该条款仍存在一些技术障碍和制度缺陷,亟需通过制订《证券法实施细则》加以明确和规范。

最初对选择性信息披露行为法律责任的认定是美国根据1934年《内幕交易法》所确立的反欺诈条款进行的处理,但在1999年美国证券交易委员会(以下简称SEC)提出了新的证券交易规则——“10b5-1”交易计划。该规则规定:若要追究被告信息披露行为的法律责任,必须是被告在进行证券交易时实际利用了未公开信息;若被告

单纯持有该重要的未公开信息,不能认定其责任;若采用“利用”的判断标准认定被告负有责任,必须推定被告在持有公司重要未公开信息期间实际利用了该信息。这些规则的制定,促使SEC在2000年通过的公平披露规则中作出了原则性禁止选择性披露的规定。因为选择性信息披露规定在实质上免除了信息披露义务人应将相关信息向公众披露的义务,从而导致义务人差别对待不同的投资者,并出现了诸多内幕交易等违法从事证券交易的情况。在违反选择性信息披露问题上,司法实践中更多是参照虚假陈述或内幕交易等立法规定来对信息披露义务主体进行追责,缺乏规范性的调整。因此,笔者拟通过对美国关于选择性信息披露规制的探讨,对我国在《证券法实施细则》中明确选择性信息披露模式提出建设性设想。

一、选择性信息披露的理论基础

(一)美国内幕交易的规制
内幕交易源于欺诈(fraud),选择性信息披露



规制的法理源于美国内幕交易规制论的展开。SEC 规则“10b-5”颁布十年后,美国证券交易委员会处理了一起有重大影响的案件——“Cady, Roberts & Co”案,这也是第一起由美国的行政机关处理的案件。该案件最终作出的处理要求市场交易主体即所有投资者应有平等获取公司信息的机会。法院在 1968 年的“Texas Gulf Sulphur Co”案中作出裁决,并认定了信息平等理论;而法院在 1980 年的 Chiarella 案、1983 年的 Dirks 案中采用了信认义务理论。自美国联邦最高法院首席法官 Burger 在 1980 年的 Chiarella 案中提出“不正流用理论”后,虽最高法院在判决中多次涉及该理论,但都未对“不正流用理论”的有效性作出明确的解释。在该案件中,美国联邦最高法院认为:仅仅利用未公开的信息从事证券交易并不具有欺诈性,关键要看内部信息持有人对内幕信息的利用是否违反受托人的信任义务。美国联邦最高法院在 1997 年的 O. Hagan 案即企业购买方的法律顾问律师违反内幕交易规制案中, Ginsburg 法官代表多数人的意见肯定了“不正流用理论”的有效性(在该案中,企业购买方与担任法律顾问的律师之间存在商务合作关系),并明确不存在任何关系的当事人之间从事内幕交易的违法行为也可适用规则“10b-5”。该判决扩大了 SEC “10b-5”规则在内幕交易案件中的运用,从而为十多年来关于“不正流用理论”的争论划上了句号。

(二) 证券分析师行为的处理

1. Dirks 案件的裁判

自 1997 年的 O. Hagan 案之后,美国虽然逐渐扩大了“不正流用理论”的运用,但却搁置了对外部证券分析师提供信息行为的规制。在对于证券分析师提供信息行为提起的诉讼如 Dirks 案件中,SEC 认定 Dirks 多次向投资机构提供自企业员工那里获取的重要信息,致使他们出售其持有的 EFA 股票,从而和投资机构合谋,共同违反了《证券交易法》第 10 条 b 项以及交易规则“10b-5”的规定。SEC 认为无论其动机和职业如何,只要接受信息者知悉其获取的重要公司信息是机密的,知悉或应该知悉该信息来自于公司内部,

就必须披露该信息或放弃交易。最终 SEC 认为 Dirks 在该案中只起到帮助作用,因而仅对 Dirks 提出谴责。Dirks 不服 SEC 的裁决,向法院提起诉讼。联邦最高法院认为所有市场上交易的参加者,并非都负有基于重要的未公开信息行为的义务,并未明确 Dirks 违反信息披露上的义务。同时,内部信息提供者并非是缘于个人利益,而是为了暴露企业内部的严重欺诈行为而采取的行动。因信息提供者并未违反信息披露义务,所以联邦最高法院作出信息受领者的派生义务也不存在的判断。该判决生效之后,关于发行公司向证券分析师提供信息的问题在美国学术界和实务中均存在诸多争议。

2. 行业惯例的存在

九十年代的美国公司在向证券交易相关人员公开公司重要信息之前,会让专业分析师和机构投资者参加公司会议,或由公司董事等高级管理人员直接向特定的分析师传达信息。分析师关于公司业绩的预测,在美国被称之为指导的行业惯例。对于这样的行业惯例,SEC 在新规则的建议理由中列举了如下几个问题:(1) 信息受领者获取不正当利益的可能性;(2) 信息接触的失调性;(3) 投资判断的非独立性。这种惯例的直接原因是缺乏与广大的投资者直接交流的有效手段,发行者只能利用证券分析师作为信息中介者。但到了九十年代后半期,由于媒体交流和信息技术的革新,这种中介手段已经没有存在的意义。

3. 选择性信息披露禁止的效果

选择性信息公开禁止制度是限制股票等证券发行者向证券分析师和机构投资者的基金经理等部分人员优先公开有关发行公司证券和公司自身重要信息进行规制的 SEC 的交易规则,其目的在于保护投资者之间对信息获取的公平性。该制度实施所期待的效果主要有:(1) 由于信息被公平披露,可以有效提高投资者对市场信息的信赖并降低信息的利用成本;(2) 通过促进信息披露,可以促使向市场提供信息的质和量得以提高;(3) 由于证券分析师不是对公司进行近距离的直接访问,促使其对信息进行更为客观公正的

处理,其结果是证券分析师的报告书具有较高的独立性。

(三) 公平披露规则制定及实施

1999年由美国SEC提议制定公平披露规则——Regulation Fair Disclosure(以下简称FD规则),以解决发行人将重大非公开信息有选择地披露给分析师、机构投资者、其他相关者而不向公众披露的问题。2000年8月SEC通过了证券市场的FD规则,从立法上禁止上市公司从事选择性信息披露的行为。FD规则100(a)并不适用于对“发行人之外的任何人”进行的披露,按照建议仅限于FD规则100(b)(1)中说明的发行人之外的以下特定人:(1)经纪商、交易商或与经纪商、交易商关联的人;(2)投资顾问;(3)投资公司。同时,规则100(a)明示不适用于对以下对象进行的披露:(1)对发行人承担信托或信任义务的人(如律师、投资银行家或会计师);(2)明确同意对已披露信息进行保密的人;(3)主要业务是发布信息评级的实体;(4)依据《证券法》注册的证券发行人,但FD规则415(a)(1)至(4)中说明的发行除外。FD规则的制定,对于维护美国证券市场公平公正原则、倡导市场诚信并增强投资者信心起到了重要作用。

二、我国选择性信息披露制度的完善

目前,我国上市公司选择性信息披露主要依靠证券交易所实施监管,证券交易所可以对违规的上市公司实施纪律处分和采取监管措施。纪律处分包括通报批评、公开谴责,公开认定不适合担任上市公司董事、监事、高级管理人员等;监管措施则包括口头警示、书面警示、监管谈话、要求限期改正、建议上市公司更换相关任职人员、实施停牌等。上市公司信息披露义务主体往往掌握重大的信息,为了达到个体利益最大化,经常违规操作,上述监管举措在巨大经济利益面前无疑捉襟见肘。新颁布的《证券法》在选择性披露规制方面依然缺少具体的监管措施,对上市公司违反选择性披露的追责问题仍缺乏系统有效的承担民事责任后果的规定。因为内幕交易行为大多形成于证券流通市场中,解决上述相关问

题,应从内幕交易规制和信息披露制度两方面出发,进一步完善选择性信息披露制度的配套机制,加快制订《证券法实施细则》,并在其中设立专项条款明确规制上市公司选择性信息披露行为。

(一) 上市公司选择性信息披露的规制主体

根据美国1934年《证券交易法》及SEC规则“10b-5”的规定,内幕交易中的内部人员一般指公司内部地位较高并能够获得重要未公开信息的内部人员,如公司董事、高级管理人员、员工或者控制股东等,要求这些内部人员不得利用自己所知悉的内部信息进行证券交易,否则要承担内幕交易的责任。这些内部人员所传达信息的受领者如证券分析师等人,并非是负有保密义务的人,但若其接受不法信息传达之后故意进行交易时,信赖义务方负有放弃规则“10b-5”中的交易或披露信息的义务,证券分析师也应成为选择性披露的行为主体。

目前,我国对上市公司选择性信息披露的法律规制,主要体现在深圳证券交易所的《上市公司规范运作指引》中。该《指引》规定上市公司应当同时向所有投资者公开披露重大信息,不得私下提前向特定对象单独披露、透露或泄露。这里的特定对象主要包括从事证券分析的机构、从事证券投资的机构和个人、上市公司关联人等,其规制的主体主要是上市公司。证券分析师是信息披露的特定对象,但证券分析师有可能在获取信息之后进行证券交易或将信息披露给第三人,《指引》中关于其是否属于选择性披露的行为主体未予明确。因此,借鉴美国对于证券分析师应成为选择性信息披露行为主体的推定,笔者建议国务院证券监督管理部门应当在《证券法实施细则》中明确选择性信息披露的规制主体。

(二) 上市公司选择性信息披露的规制范畴

SEC在界定上市公司选择性披露的信息范畴时采纳的是“重要而非公开”信息标准。但在美国司法实践中,很难对重要的未公开的信息进行认定。如在“Texas Gulf Sulphur Co”事件中,法官指出在对发现的矿床是否蕴含丰富矿物的重要信息作出认定时,应寻求重大事件与现实之间的平衡。在本案诸多事件中,被告亲自进行交易



的事实被认为是具有重要性的。关于“未公开”的重要意义,则是所有投资者在合理获得信息之前内部人员不得进行交易。美国因缺乏成文法上的规范,对于“重要未公开信息”的界定至今仍然存在较为模糊的标准,司法实践中美国是在判例当中由法官对此作出认定。

我国《证券法》中规定的“重大信息”定位在对股价有“较大影响”的信息上,“内幕信息”则一般定位在对股价有“重大影响”的信息上;即“重大信息”并非是“内幕信息”,泄露“重大信息”未必会构成我国《证券法》上的内幕交易。因此,选择性披露的信息可能不满足我国《证券法》上内幕信息的条件,无法适用内幕交易规制的条款,导致无法追究行为人的民事责任或刑事责任的情况。因此,厘清“重大信息”的范围可以更好地追究行为人的责任。笔者认为,在我国证券法上界定“重要信息”时,可以借鉴美国 SEC 的做法,采纳“重要而非公开”的标准。上市公司为了向证券分析师等特定对象“示好”,向其提供一些未公开的重大信息,主要是为特定对象炒作或操纵股价提供信息,从而博取投资者的青睐,促使更多资金进入市场提高自己的股价。这与内幕交易中行为人故意利用内幕信息进行证券交易有一定的质的区别。因而,在立法上,可以将选择性信息披露中“重要信息”定位在对股价有“较大影响”而非“重大影响”。

(三) 上市公司选择性信息披露行为人的主观状态

借鉴美国 SEC 公平披露规则的做法,上市公司选择性信息披露行为人的行为是否要承担责任,关键在于行为人的主观状态(故意或过失)以及在立法上是否存在特定的免责事由的规定。若上市公司选择性信息披露行为人有意识地向特定人员披露或泄露未公开的重要信息时即实施故意披露或泄露行为,该行为有可能会损害投资者的利益,这种情况下行为人主观上的状态是故意的,毋庸置疑要承担责任。

(四) 上市公司选择性信息披露行为与后果的因果关系

如上所述,选择性信息披露的理论基础形成

于对内幕交易规制的理念。在美国,对于违反《证券交易法》或依照该法制定的规则进行内幕交易或者信息传达的人,基于《证券交易法》第20A条规定的交易者可以向其提起损害赔偿请求诉讼。《证券交易法》第20A条的规定,不排除交易者行使对内幕交易者或者信息传达者提起默示的损害赔偿请求诉讼的权利。关于行为人的选择性信息披露是否造成投资者的损失,答案是肯定的。首先,从美国追究内幕交易者民事赔偿责任的法理出发,在美国 Chiarella 事件及 Dirks 事件中确定的股票交易主体的“特别关系”是三角关系,如图1所示:

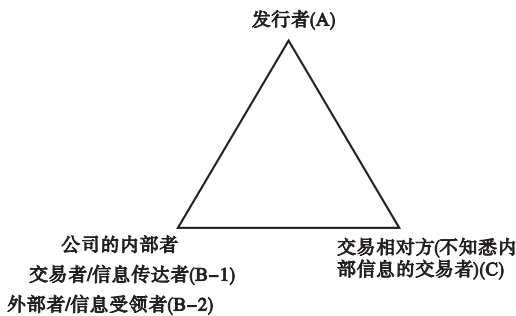


图1 股票交易者的三角关系

图中三角形的顶点是公司股票的发行者(A),三角形的左底角为公司的内部者、信息传达者(B-1)及信息受领者(B-2),三角形的右底角为交易的相对方(不知悉内部信息的交易者)(C)。公司内部者或信息传达者(B-1)通常是发行者(A)直接或间接的雇用者,交易相对方(不知悉内部信息的交易者)(C)是持有发行者(A)股票的人。由于公司的内部者、信息传达者(B-1)和交易相对方(不知悉内部信息的交易者)(C)三方均与发行者(A)存在着相互关系而并非是直接关系,所以将其称之为三角形内的“特别关系”(special relationship)。从该“特别关系”中产生了信息披露义务。若公司内部者或信息传达者(B-1)违反信息披露义务,将未披露信息传达给外部者或信息受领者(B-2),上述的“特别关系”就延伸至外部者或信息受领者(B-2)。据此,在公司内部者或信息传达者(B-1)违反向交易相对方(不知悉内部信息的交易者)(C)所负信息披露义务的情况下,信息受领者(B-2)虽只是被动参与了该行为,但不可否认其承

担的责任。

因此笔者认为,行为人在重要信息公开之前向特定的义务主体先行披露信息,当然不可能排除这些义务主体利用该信息从事证券交易;若特定义务主体存在利用事前所知悉的内部信息从事证券交易的情况,应当向与其进行证券交易的投资者承担赔偿责任。

(五)上市公司选择性信息披露的民事责任

民法上的侵权民事责任的构成要件包括:(1)违法行为;(2)主观过错;(3)损害结果;(4)违法行为与损害结果之间的因果关系。受害者对违法行为者能否请求损害赔偿,需要证明:(1)行为的违法性(权利、利益的侵害);(2)主观故意、过失;(3)损害结果的发生;(4)违法行为和损害之间的因果关系。2020年3月1日起实施的《证券法》第53条是关于内幕交易民事责任的规定,但是该条款缺乏具有操作性的配套性制度,即使投资者维权也很难追究违法行为人的法律责任。在司法实践中如何适用该条款仍存在一些技术障碍,需要通过立法进一步加以明确和规范。因此,需要及时制订《证券法实施细则》对选择性信息披露的民事责任做出明确规定。笔者认为,对此可以借鉴美国1934年《证券交易法》第21A条(a)项规定进行规制。

1. 关于SEC提起诉讼的权限

行为人通过证券交易所的设施或者在证券交易所设施内通过经纪人、经销商进行交易且基于非标准化期权或证券期货商品以外的证券发行者的非公开发行证券的部分交易中,通过持有重要的未公开信息进行交易或以证券为原资产的交易,违反证券法规定传达有关信息的,SEC察觉到该违反情形时可随时向联邦地方法院提起诉讼请求,要求违反者支付民事罚款(civil penalty)且该法院具有民事处罚的管辖权;SEC也可以直接或间接地向联邦地方法院提出诉讼请求,根据规定要求违反者支付民事罚款。

2. 关于违反者的损害赔偿额

基于事实和情节由法院决定对违反者的处罚金额,不能超过其作为违法买卖或传达信息后所获得的利润或避免损失金额的3倍。

选择性信息披露的义务主体若要利用公司信息进行证券交易就必须对公司信息进行披露或者在信息披露之前放弃交易。虚假信息披露的责任自证券交易开始时到真正的信息披露之时,选择性披露义务主体要向与其进行交易并遭受损失的投资者承担巨额赔偿责任。损害赔偿请求诉讼中损害额也会成为案件焦点,投资者因选择性披露义务主体进行证券交易所遭受的实际损失可请求对方给予赔偿。法律规定赔偿损失的主要目的是补偿投资者因选择性披露义务主体的违法行为而遭受的损失。

根据我国最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(2002年)第17条规定的“虚假陈述”的定义,选择性信息披露行为属于不公平的信息披露行为,应当属于虚假陈述行为。信息披露义务人违反选择性信息披露义务,投资者可以依据该条的规定提出民事赔偿请求。但是,投资者若依据该条款提出民事赔偿诉讼需以行政处理为前提,繁琐的前置处理程序无疑会加大投资者的诉讼成本。因此,笔者建议可借鉴美国1934年《证券交易法》第21A条(a)项的规定,由证券监督管理部门发现该违法行为可先行向违法行为人提起诉讼,要求其支付具有民事制裁功能的民事处罚金(罚款),然后通过补偿程序(如设立投资者公正基金)赔付给因违法行为遭受损失的投资者;在补偿数额方面,可以将投资者遭受的损失额界定在重要事实披露前证券价格和披露后证券价格的差额范围内。

三、结语

公司信息披露制度是证券法律制度的核心内容。随着我国证券市场的发展和交易手段的逐渐丰富,新颁布实施的《证券法》增加了信息披露专章,专门设立公平披露信息条款,使得证券信息披露制度更加健全,对于规范上市公司选择性信息披露行为具有重大指导意义。毋庸置疑,证券信息披露制度的主要目的是为了保护投资者的知情权,抑制不公平的信息披露行为,但对证券信息披露的规制措施不能妨碍上市公司正



常经营过程中与外界发生的联络。因此,证券监督管理部门对上市公司选择性信息披露行为的规制,应通过加快制定《证券法实施细则》来完善相关公司信息披露的配套性措施,从而在保护投资者利益的同时维护上市公司的正当利益。

[参考文献]

- [1] Thomas Lee Hazen. 3 Treatise On The Law Of Securities Regulation[M]. Thomson West, 2005; 502 - 503.
- [2] In re Cady, Roberts & Co., 40 S. E. C. 907 (1961).
- [3] SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F. 2d 833 (2d Cir. 1968).
- [4] Chiarella v. United State, 445 U. S. 222 (1980).
- [5] Dirks v. SEC, 463 U. S. 646.
- [6] United States v. O' Hagan, 117S. Ct. 2199(1997).
- [7][日] 畠山久志. 選択の開示禁止制度(Regulation FD)導入について[J]. 東京: New Finance, 2018 (03); 44 - 46.
- [8] 路易斯·罗思; 乔本·赛里格曼著, 张路等译. 美国证券监管法基础[M]. 北京: 法律出版社, 2008; 693.

- [9] Sec. Ex. Act Rel. 43, 154, 73 SEC Dock. At 7.
- [10] 马郡. 尽快整治上市公司选择性信息披露行为[N]. 中国经营报, 2014 - 6 - 14.
- [11] Alan R. Palmiter. Securities Regulation[M]. New York: Aspen Publishers, 2005; 364 - 365.
- [12] 杜勤. 浅析上市公司选择性信息披露的监管[J]. 郑州航空工业管理学院学报(管理科学版), 2004 (02); 42 - 44.
- [13] James D. Cox, Robert W. Hillman, et al. Securities Regulation - Case And Materials[M]. New York: Aspen Publishers, 2006; 884 - 885.
- [14] William K. S. Wang & Marc I. Steinberg. Insider Trading[M]. Canada: Little, Brown & Company Limited, 1996; 471 - 472.
- [15][日] 日本证券经济研究所编集. 新外国证券关系法令集: アメリカ(III) 証券法? 証券取引所法[M]. 東京: 奥村印刷株式会社, 2008; 350.
- [16] Barbara Black. Should the SEC be a collection agency for defrauded investors? [J]. 63 Bus. Law. 317, 2008; 341.

【责任编辑: 柴 玮】

Legislative research on selective information disclosure in China's Securities Law ——From the perspective of US securities legislation

Wang Weixiong

(Fujian Jiangxia University, Fuzhou Fujian 350108, China)

Abstract: The newly revised "Securities Law" has a special chapter stipulating the issue of information disclosure. It emphasizes that the company information necessary for investors to make value judgments and investment decisions should be fully disclosed, but there is no clear regulations on the violation of selective information disclosure by listed companies, which cannot fundamentally suppress unfair company information disclosure. To this end, it should be timely regulated in the detailed implementation rules of the Securities Law. Analyze the regulation of selective information disclosure in the Securities Law of the US, and use this as a reference to put forward constructive ideas for China to clarify the selective information disclosure model in the "Implementation Rules of Securities Law".

Key words: selective information disclosure; listed companies; insider trading; regulation on legislation

【认罪认罚从宽制度研究】

认罪认罚从宽制度若干问题探索

董成帅¹, 安素洁²

(1. 重庆市北碚区人民检察院, 重庆 400700; 2. 重庆市人民检察院, 重庆 404000)

〔摘 要〕认罪认罚从宽制度建立于控辩协商基础之上,保障被追诉人认罪自愿性是这一制度中关键性、基础性的问题,必须通过科学的程序对审查起诉和侦查环节进行严格控制。为保障认罪协商的实质自愿性和客观公正性,有必要建立证据开示制度,增强平等协商的可能性;以有效辩护为目标,进一步优化值班律师制度,充分发挥值班律师的制度功能;在保留被追诉人上诉权的同时,要从上诉事由、二审审理方式等方面对上诉权进行适当限制,在权利救济与司法效率间进行平衡。

〔关键词〕认罪自愿性;证据开示;值班律师;上诉权

〔作者简介〕董成帅(1990—),男,河北承德人,重庆市北碚区人民检察院检察官助理,法学硕士,主要从事刑事诉讼法学、刑法学研究;安素洁(1984—),女,河北深州人,重庆市人民检察院检察官助理,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、刑法学研究。

〔收稿日期〕2019-12-16

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-083-06

认罪认罚从宽制度是我国刑事司法制度的重要组成部分,有利于提高诉讼效率、保障司法人权,体现了司法的文明和进步。作为一项新的制度,其在制度设计、实践运行方面均存在一定的缺陷,亟需理论与实践的探索。我国的认罪认罚从宽制度与辩诉交易制度存在明显的差异,但不可否认,控辩协商是认罪认罚从宽制度的基础和关键环节,引入控辩双方的协商机制是不可避免的配套措施^[1]。为保证控辩协商中被追诉人的自愿性以及制度运行的有效性,应当更加重视认罪自愿性保障,并通过制度设计,确保被追诉人有能力进行协商,能够获得有效的法律帮助;同时,保障诉讼效率是完善认罪认罚从宽制度必须注重的重要内容。

一、程序控制: 认罪的自愿性保障

认罪认罚从宽制度通过协商性公力合作达成控辩双方的共识,其核心是以被追诉人认罪认罚的自愿性换取从宽处罚的待遇。该制度运行的基础性条件就是被追诉人认罪的自愿性和认

罚的自愿性,在被追诉人自愿认罪的基础上方有后续的量刑协商与从宽处罚。然而,认罪的法律后果是直接导致被追诉人受到刑事处罚,从诉讼博弈的角度讲,被追诉人放弃了通过程序保护而获得无罪判决的可能。可见,认罪对于被追诉人而言,是最为关键的一个抉择。保障被追诉人认罪的自愿性,既是保护被追诉人诉讼权利的需要,也是刑事诉讼制度所必须具备的内容。

我国的认罪认罚从宽制度在检察机关主导下运行,检察机关在这一过程中起着关键性作用,决定着侦查环节的认罪能否获得合法性认定以及程序能否顺利流转,并且在事实上决定着审判程序能否形成判决以及形成何种判决。因此,夯实审查起诉环节的制度基础,保障认罪自愿性的重要意义不言而喻。目前,我国运行的认罪认罚从宽制度被设计成检察机关与被追诉人之间的“协商”,辩护律师与值班律师在制度运转过程中在一定程度上可定性为程序性的辅助者,起到的作用十分有限,甚至沦落为认罪认罚的“见证人”,与国外辩诉交易制度下的律师功能无法同



日而语,认罪自愿性保障先天不足^[2]。检察机关作为代表国家追诉犯罪的强势国家机关,与被追诉人之间难以真正地平等协商。检察机关利用信息不对称的优势地位,很容易将自己的意志强加给被追诉人^[3],使得某些可能未达到法定证明标准甚至原本可能获得无罪判决的案件纳入认罪认罚程序,进而使得被追诉人被定罪量刑。检察机关作为认罪认罚的主导者,本身应具有更强的中立性;但同时其作为追诉机关,在某种程度上有着追求定罪的本能与打击犯罪的渴望。因此,在起诉环节如何保障认罪自愿性是一个既重要又有难度的问题。

基于侦查的封闭性、程序控制的滞后性,侦查环节的认罪自愿性保障也是一个不能忽视的问题。刑事侦查阶段的主要任务是全面收集证据、确认嫌疑人犯罪或无罪事实,允许侦查机关通过与犯罪嫌疑人认罪协商的方式办理案件,可能导致侦查人员放弃全面收集证据的法定职责,不再去尽职查找犯罪嫌疑人无罪或罪轻的证据,从而导致案件审理中对被追诉人口供的依赖更强。在衔接紧密的司法程序中,被追诉人口供如有不实,会影响后续的审查起诉和审判环节的司法公正。

规范审查起诉与侦查环节的认罪自愿性,实际上就是要规范检察权、侦查权的运行,让权力运行始终受到足够的控制,让被追诉人在封闭的环境也能够自愿理性地作出选择。笔者认为,在当前的条件下,可以从四个方面着力进行。

其一,完善检察机关、公安机关内部程序控制。在外部监督力量还不足够强大的情况下,内部的程序控制显得尤为重要。对于检察机关而言,基于检察一体的优势,上级检察机关有权对下级检察机关的办案工作进行监督,应当赋予被追诉人向检察长或上级检察机关申诉的权利,通过检察一体机制制约检察官过于强大的权力。目前,对于公安机关如何办理认罪认罚案件还没有专门的规定,主要还是执行普通案件的程序办理规定。认罪认罚案件与普通案件存在诸多差异,尤其是办案的侧重点有所不同,适用普通案件办理规定显然是不甚合理的。对此,建议由公安部制定全国统一的公安机关办理认罪认罚案件程序规定,对公安机关认罪认罚案件的办案流

程、证据收集、程序要求、纪律惩戒等问题进行明确规定,确保这类案件办理依据明确、程序严密,确保整个办案过程在程序的控制下运行。

其二,赋予辩护律师、值班律师以主体地位。传统理论认为,律师只不过是追为被追诉人提供法律帮助的人员,并不是诉讼主体,因而无法深度参与诉讼程序。笔者主张,在认罪认罚从宽制度中,赋予辩护律师、值班律师以诉讼主体身份,把认罪量刑协商介定为国家机关与被追诉人、律师之间的协商,律师是直接的、主要的协商者,以被追诉人的名义开展协商工作。在具体操作中,一是明确律师诉讼地位,在认罪认罚案件中赋予律师以明确的诉讼主体地位,接受被追诉人的委托或者国家指定后,以被追诉人的名义进行充分协商。二是完善值班律师制度,给予值班律师以辩护律师身份。对于自愿认罪,愿意接受认罪认罚从宽制度的犯罪嫌疑人,应当保障其接受律师帮助的权利,使其在程序启动之初就能获得律师的帮助。三是探索律师在场权。在进行重要讯问尤其是被追诉人签署认罪具结书时,值班律师应当在场,明确告知被追诉人认罪的法律后果,同时直接见证认罪的过程;检察机关制作的讯问笔录、同步录音录像,如果缺乏律师在场要件,不得作为指控证据使用;律师到场并为被追诉人提供了足够的法律帮助后,检察机关才能进行讯问、制作笔录;值班律师只有在被追诉人接受第一次讯问完成之后才能离开。上述设想涉及《刑事诉讼法》的修改,具体的程序构想也有待继续完善,需要立法机关与实务部门的长期探索与努力。

三是完善证据规则。实际上,证据规则是法庭规则,只有在审判中才能发挥其评价和制裁功能。但是,证据规则的力量并非只是体现在审判环节,更在于它对审前程序的引导、制约功能^[4]。如果审查起诉、侦查阶段所取得的证据不符合证据规则,那么在审判阶段该证据将被排除。证据规则所具有的程序制裁功能,是督促检察机关、公安机关依法适用认罪认罚从宽制度的重要着力点。顶层机关应当通过司法解释等形式,对认罪认罚案件的证据规则进行细化,对于存在引诱、欺骗、威胁,或者其他致使犯罪嫌疑人无法准确认识认罪认罚法律后果的行为而做出认罪认罚表示的,应当对相关证据予以排除,从而迫使

检察机关、公安机关在适用认罪认罚从宽制度时严格依法进行。

四是坚持司法审查的最后防线。目前,法院对检察机关的有罪指控和量刑建议采纳率极高,审判过程更加体现出对司法效率的追求。认罪认罚制度本身就出于提高司法效率考虑,因而以普通案件那样缜密的程序对认罪自愿性进行审查有违于该程序设立初衷。在某种意义上讲,认罪认罚案件中,法院在一定程度上将司法裁判权让渡给了检察机关,认罪与量刑协商的真实性和合法性更有赖于检察人员的职业素养和检察机关的内部控制;但在刑事诉讼中,权力制衡始终是基本的原则和要求,法院在提高诉讼效率的同时绝不能自我解除司法审查的职责,必须对认罪自愿性进行充分审查。审查包括庭审、讯问、证据等方面,尤其是案件存在自愿认罪疑点、证据锁链不完整等情形的,要进行重点审查。在庭审中,应当在明确告知认罪后果的情况下,再次确认被告人是否系自愿认罪。对于存在无法证明认罪自愿性、证据不充分等情形的,法院应当通过裁判职能加以纠正。

二、证据开示:认罪协商的新路径

被追诉人认罪认罚须基于自愿和理性,这是认罪认罚从宽制度的正当性基础^[5]。从逻辑上讲,“认罪”与“认罚”在认知角度处于不同层面:认罪是被追诉人对其所实施的行为的认可,属于事实判断的范畴,基于此被追诉人在具备一般认识能力的情况下,即可根据经验和常识做出其认为正确的选择判断;与“认罪”不同,“认罚”是被追诉人对其所实施之行为所应承担的法律后果的认可,包括对犯罪构成、情节、量刑的综合判断,属于专业判断的范畴,绝大多数被追诉人并不具备与“认罚”判断复杂程度相当的法律专业认知能力和水平。实际上,基于理性人假设,被追诉人在刑事诉讼过程中之所以认罪认罚,是基于公诉机关对案件事实和证据掌握的全面考量,认为公诉机关指控的犯罪事实清楚,证据确实、充分,认罪认罚并适用简化的诉讼程序符合其自身利益从而做出的选择。从这一角度来看,被追诉人认罪认罚系理性且具备实质自愿性,需同时具备两个要素:一是全面了解案件证据情况,二

是具备相应的法律分析能力。

值班律师制度的确立为第二个要素提供了制度保障,但是要想正确做出法律分析和判断,必须以全面掌握案件事实和证据为前提。在我国现行刑事诉讼程序框架下,包括认罪认罚从宽制度在内,并未赋予被追诉人阅卷权。辩护人拥有包括会见、阅卷、调查取证等一系列权力,然而定位于法律帮助者的值班律师与辩护人不同,并不享有上述权力。证据开示制度的缺位,使被追诉方与检察机关在认罪协商时掌握的案件证据信息过少,严重削弱了双方平等协商的基础,使被追诉方在认罪协商时处于被动地位。

证据开示制度 19 世纪始于英国,此后受到各国重视。所谓证据开示制度,是指在庭审前,诉讼当事人或诉讼外第三人所掌握的事实材料,只要与案件相关,除享有秘密特权保护的以外,均应向对方当事人披露,任何一方当事人均享有要求对方当事人及诉讼外第三人披露上述事项的权利的制度。刑事诉讼程序中证据开示制度的核心价值向度在于使辩方与控方在掌握案件证据材料层面实现“平等武装”^[6]。从立法层面看,我国刑事诉讼程序尚未确立证据开示制度,2017 年 12 月 27 日最高人民法院发布《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》(以下简称《庭前会议规程》),规定在人民法院适用普通程序审理的刑事案件,对于证据材料较多、案情疑难复杂、社会影响重大或者控辩双方对事实证据存在较大争议等情形,可以决定召开庭前会议。在庭前会议中,人民法院可以处理程序性事项、组织控辩双方展示证据、归纳争议焦点等。从制度特征来看,庭前会议包含了证据开示制度的基本元素,但是与认罪认罚从宽案件证据开示制度存在根本不同:一方面,召开庭前会议的前提是人民法院适用普通程序审理的证据材料多、案件疑难、复杂或具有重大社会影响的案件,而绝大多数认罪认罚案件系适用简化程序审理,案件事实、证据较为简单,不符合该条件;另一方面,庭前会议由人民法院主持,除组织控辩方法展示证据外,重要的制度价值在于处理回避、非法证据排除等可能导致庭审中断的事项,以提高庭审环节的效率,而对于整个诉讼流程的简化和效率的提高起到的作用有限。故此,庭前会议中控辩双



方展示证据的规定不能满足认罪认罚案件控辩双方“平等武装”和提高诉讼效率的现实需要。从制度设计层面来看,审查起诉阶段认罪认罚从宽案件证据开示的启动由检察机关依职权开展和主持,证据开示不公开进行,开示的内容为全部案卷材料。为保证效率,开示次数以一次为宜,并将证据对被追诉人和值班律师一并开示。在开示过程中,检察官可围绕定罪、量刑等问题归纳性的分类展示证据,控辩双方应充分交流意见。对被追诉人、值班律师提出意见的证据,检察官应当书面记录并附卷;考虑到被追诉人法律认识能力普遍较低的现状,可将值班律师作为主要证据开示对象,对被追诉人则以释明说理为主。

三、值班律师:以有效帮助为目标

值班律师制度作为认罪认罚从宽制度的重要保障性制度,在认罪协商过程中发挥了重要作用。但从现实层面来看,值班律师制度存在三大显性实践难题:一是值班律师的诉讼地位尚未得到确认,以致于难以为被追诉人提供有效的帮助;二是律师资源不足,值班律师供给存在短板;三是值班律师补贴较低,导致值班律师履职积极性不高,认罪认罚案件“按件计费”的方式对值班律师缺乏激励效果。

值班律师制度存在重大缺陷,首先表现为立法没有赋予值班律师以辩护律师的诉讼地位,只赋予其为被追诉人提供法律咨询、在场见证等初级的功能。不具有辩护律师法律地位,也就难以行使诸如阅卷权、调查取证权、会见权等律师权利,在上述权利运用方面值班律师都无法跟辩护律师相提并论。立法对值班律师的定位偏差,一方面导致了律师帮助的质量不佳;另一方面也打击了值班律师参与诉讼的积极性,使得值班律师在认罪协商过程中乐于“顺水推舟”,充当“见证人”角色。此外,法律援助方面的财政投入不足,进一步加剧了值班律师参与度不高的矛盾。作为一种职业,少量的补贴无法吸引律师的兴趣;尤其对资深律师而言,其参与认罪认罚案件的积极性非常低。

现行的值班律师制度存在诸多不完善之处,不利于被追诉人有效地参与认罪协商,需要从确立值班律师诉讼地位、提高值班律师执业水平和

激励值班律师履职积极性等方面进行优化。首先,应当明确值班律师的诉讼地位,给予值班律师以辩护律师的法律地位,至少应当在辩护权等方面给予值班律师与辩护律师相同的权利,让值班律师有条件深度介入认罪认罚案件^[7]。虽然法律赋予值班律师以辩护律师的诉讼地位,但从各方面条件限制而言难以确保使其全身心地投入认罪认罚案件中。但从诉讼权利来讲,赋予其辩护律师权利这一做法本身就是一个很大的进步,会对公权力机构形成无形的压力,增强以权利制衡权力的可能性。

其次,应当从值班律师的供给侧进行着力改革。一方面,要增加值班律师数量,确保认罪认罚的被追诉人能够充分得到法律帮助;另一方面,应提高值班律师的服务质量,让被追诉人能够得到较高质量的法律帮助。目前,我国律师数量已有了大幅度的增长,基本上能够满足诉讼案件与法律服务的现实需要。值班律师在量上的供给不足,最主要还是未能挖掘既有律师资源,尤其是要扩大资深律师的参与度。对此,可以从律师执业考核方面着手,如借助加分扣分、级别晋升等考核机制,激发律师参与认罪认罚案件的积极性;同时还应当探索资深律师参与法律服务机制,比如建立资深律师库,以随机抽取的方式调动资深律师参与到认罪认罚案件中来。

再次,要建立激励机制,提高值班律师的补贴水平。目前,我国对值班律师的补贴标准还较低,对年轻律师而言尚且没有吸引力,更不用说资深律师。律师提供专业服务,应支付与其付出相适应的报酬。虽然就目前机制而言不能完全按照市场标准,但不能与市场标准差距过大。除了常规的按件支付补贴以外,还应当进一步完善激励机制,如对于履职效果突出的值班律师,在支付常规补贴之外,可以另行给予物质、精神奖励;每年度评选出优秀值班律师予以表彰,并向社会广泛宣传,为值班律师、所在律师事务所带来良好的社会声誉,同时也可以带来其他隐性的、长期的收益,进而激发执业律师、律师事务所参与值班律师服务的热情。

值班律师制度的运行需要投入大量公共资源,进行上述优化会使投入进一步加大。在值班律师经费普遍不足的情况下,这一构想存在巨大

实践困难。但是,诚如前文所述,被追诉人认罪认罚的自愿和理性,是认罪认罚从宽制度的正当性基础^{[5]2},而值班律师制度在此过程中发挥着不可替代的作用。以此为出发点,对值班律师制度进行上述改良具有现实必要性。

四、救济与效率:上诉权之限制

在英美辩诉交易制度中,被追诉人一旦与控方达成了交易,不仅直接导致其受到刑事定罪,而且还失去了上诉的权利;而在德国,为了防止被告人因非法压力和欺骗而作出认罪协商,保留了其上诉权^[8]。德国保留上诉权的做法与其强调实体公正的价值追求是一致的,重视政府的查明事实职责,防止被追诉人受到不当追诉。可见,保留上诉权与否并非千篇一律,而是由一国的司法理念、传统所决定。在我国,是否保留上诉权的问题在学界有一定的争议,但在立法上,认罪认罚并得到从宽处罚的被追诉人的上诉权,与普通案件一样没有受到任何的限制。在2018年修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》中,被追诉人的上诉权一如既往地不受限制。也就是说,被追诉人即便与检察机关达成了认罪协商,其后仍然也可以提出上诉,甚至“反悔”。

关于上诉权保留的问题,笔者持肯定观点,但主张有限制的上诉权。首先,发现实体真实仍然是刑事诉讼直接目标,实体公正是我国刑事诉讼的价值追求,建立在实体真实基础上的司法公正仍然是刑事诉讼的首要考量。我国的司法公正就在于查明案件事实,“明察秋毫”是一名刑事法官、检察官的职责所在,我国的现实法治环境也无法接受仅为形式上的公正。因此,为了防止出现不具备认罪自愿性情况下的认罪,甚至是“冒名顶替”“替人坐牢”的情况,有必要通过审级制度,对认罪认罚案件多一重案件审查机制,最大程度地减少错案。其次,虽然我国司法改革取得了明显的成效,但在实践中司法权运行保障仍然有待加强,依然存在司法权独立性不足、司法权运行透明度不高等现象。为了避免认罪认罚受到不当干预甚至出现司法腐败,有必要保留被追诉人的上诉权,以确保上级司法机关对下级司法机关的办案活动进行监督制约。最后,我国目前认罪认罚从宽制度的运行并不是一种严格意

义上的认罪协商过程,被追诉人无法与国家机关进行平等协商,该制度仍然是一种由国家机关主导的、被追诉人被动接受的刑事司法制度。而在西方法治发达国家,辩诉交易制度深入人心,这一制度所包含的平等博弈的思想,使得被追诉人和社会公众都能接受协商的结果,不会导致太大的信任危机。我国社会公众对于公权力参与交易或者协商接受度不高,一旦出现不当协商,就会产生严重的信任危机,因此,保留上诉权是减少危机的重要保障。

从现实层面来看,认罪认罚案件中的上诉,可能会存在大量的“技术性上诉”问题。所谓“技术性上诉”,主要是指某些被追诉人为规避在监狱服刑,利用“上诉不加刑”原则拖延诉讼时间,目的在于法院二审判决生效时剩余刑期在一年以下,这样就可以留在看守所服刑,不必被送至监狱服刑。这种上诉权的异化情形,不仅不能有效发挥上诉程序的功能,还会导致诉讼效率低下、契约精神被破坏、审判资源无谓损耗等问题,违背了上诉制度的初衷,导致认罪认罚从宽制度失去其应有的制度功能。上诉权异化这一问题已经越来越引起学界的注意,对上诉权加以限制,已经受到学界的广泛认同。

然而,如何限制上诉权是一个极具技术性的难题。对此,笔者主张从两个方面进行限制:

第一,对案件类型进行限制。不同类型的案件中,被追诉人的利益大小、权利受侵害的概率均有明显不同。为不同类型的案件设置不同的上诉权限,符合诉讼经济原则。在相对轻微的案件中,被追诉人适用认罪认罚从宽制度,利益受到侵害的程度较低,因而对上诉权的需求也较小^[9]。为了保护更大的利益——整体诉讼效率,有必要规定原则上不得行使上诉权。一般来说,量刑幅度在一年以下有期徒刑的案件,可称之为轻微案件,即便是出现一定的误判,对于被追诉人的利益侵害也是相对轻微的,实践中这类案件的上诉率本身就不高,在认罪认罚案件中直接禁止上诉,对于整体刑事诉讼而言影响微乎其微。当然,如果存在应当归责于追诉方、裁判方的情形,如“张冠李戴”、徇私枉法等,被追诉人的上诉应当予以受理。而对于较重案件,一般而言量刑幅度在三年以上有期徒刑的案件,可视为较重案



件,对于这类案件,由于关系到被迫诉人较为重大的利益,一旦其诉讼权利受到侵害甚至是发生错案,对于被迫诉人的利益侵害程度明显过高,社会公众也无法接受。因此,对于该类较重案件,应当保留被迫诉人的上诉权。而介于较重和较轻案件之间的案件,上诉权的设置也应当是介于保留和禁止之间,赋予被迫诉人以相对限制的上诉权。对上诉权进行限制,主要通过上诉事由来实现。由于量刑问题在审查起诉环节就已经达成共识,如果一审法院量刑没有超出此前协商的范围,被迫诉人再以量刑畸重为由上诉的,二审法院应当裁决不予受理,或者直接驳回上诉。认罪认罚案件的上诉理由,主要限定在违背认罪自愿性,或者违反回避制度、剥夺辩护权等严重程序违法情形。

第二,对上诉审理方式进行限制。一般来说,认罪认罚案件案件事实、证据体系都比较清晰,且控辩双方在庭前就已达成共识,又经过一审审理,到二审阶段,法院完全可以根据案件情况确定是否开庭审理。在审查判断是否应当开庭审理时,可以从宽掌握,减少不必要的开庭审理。当然,二审法院决定不开庭审理的案件,应当遵守《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定,须讯问被迫诉人,听取其他当事人、辩护人、诉讼代

理人的意见。

〔参考文献〕

- [1]刘方权.认罪认罚从宽制度的建设路径——基于刑事速裁程序试点经验的研究[J].中国刑事法杂志,2017(03).
- [2]曾亚.认罪认罚从宽制度中的控辩平衡问题研究[J].中国刑事法杂志,2018(03).
- [3]陈瑞华.刑事诉讼的前沿问题[M].北京:中国人民大学出版社,2013:257.
- [4]樊崇义.刑事证据规则立法建议报告[J].中外法学,2016(02).
- [5]陈卫东.认罪认罚从宽制度研究[J].中国法学,2016(02.)
- [6]李健.刑事诉讼庭前证据开示制度的价值分析与构建路径[J].河北法学,2012(08).
- [7]陈瑞华.认罪认罚从宽制度若干争议问题[J].中国法学,2017(04).
- [8]岳礼玲.德国刑事诉讼法典[M].北京:中国检察出版社,2016:108.
- [9]臧德胜,杨妮.论认罪认罚从宽制度中被告人上诉权的设置——以诉讼效益原则为依据[J].人民司法,2018(34).

【责任编辑:凌秋千】

On issues of the leniency system of pleading guilty and punishment

Dong Chengshuai¹, An Sujie²

(1. Beibei District People's Procuratorate of Chongqing, Chongqing 400700, China;

2. Chongqing Municipal People's Procuratorate, Chongqing 404000, China)

Abstract: The leniency system of pleading guilty and punishment is a criminal justice system built on the basis of prosecution and defense negotiation, and has a positive significance for optimizing the allocation of judicial resources and improving the efficiency of litigation. Although the leniency system of pleading guilty and punishment can also be applied at the investigation stage, the voluntary confession of the criminal suspect must be guaranteed. In the process of pleading guilty and punishment, it is necessary to establish an evidence disclosure system, strengthen the subject status of the person being prosecuted, and enhance the possibility of equal consultation; further optimize the duty lawyer system, with effective defense as the goal, and give full play to the function of the duty lawyer system; while preserving the defendant's right of appeal in cases of pleading guilty and punishment, proceed with appropriate restrictions on the right of appeal from the origin of appeal and the way of trial in the second instance.

Key words: voluntary confession; evidence disclosure; duty lawyer; right of appeal

【认罪认罚从宽制度研究】

虚假“认罪认罚”之甄别

——以经验法则的运用为视角

金 玺

(四川和睿律师事务所,四川 成都 610091)

〔摘 要〕经验法则是审查核实犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚是否真实的不可或缺的依据和方法。司法实务中,运用经验法则判定认罪认罚是否真实时,应当注意防范经验法则的盖然性、丰富性特征潜在的诱发错判的风险,并从认罪认罚的“三性”(即自愿性、真实性和合法性)契入,重点审查核实所引依据是否经验法则、所引经验法则是否与待证事项对应和是否存在例外情形,应高度重视程序合法情形下认罪认罚的真实性审查,避免发生“罪从供定”和忽视收集、审查供述之外的其他证据的情形。

〔关键词〕认罪认罚;虚假甄别;经验法则运用

〔作者简介〕金玺(1989—),男,四川成都人,四川和睿律师事务所律师,主要从事刑事案件辩护和非讼法律服务。

〔收稿日期〕2020-02-10

〔中图分类号〕DF71 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-089-06

最高人民法院、最高人民检察院会同公安部、国家安全部、司法部制定出台的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》要求:辩护律师在侦查、审查起诉和审判阶段,应当与犯罪嫌疑人、被告人就是否认罪认罚进行沟通,提供法律咨询和帮助;公安机关在侦查过程中应当告知犯罪嫌疑人认罪认罚的法律规定,开展认罪教育工作,但不得强迫犯罪嫌疑人认罪,不得作出具体的从宽承诺;对侦查阶段认罪认罚的案件,人民检察院应当重点审查核实认罪认罚的自愿性、合法性;在审判阶段,人民法院应当重点对认罪认罚的自愿性、具结书内容的真实性 and 合法性进行审查核实。由上可知,审查核实认罪认罚是否自愿、真实、合法,防止误将虚假认罪认罚确认为真,是公安机关、人民检察院、人民法院和辩护律师办理认罪认罚案件的工作重心和质量保障所在。

司法实务中,如何甄别虚假认罪认罚是一个十分重大的难题。对破解此题之策,专家学者、业内人士多有论及。笔者以经验法则的运用为视角,略陈管见于下。

一、经验法则的经验特征可能导致认假为真

经验法则作为人们在长期生活实践中提炼形成的、代表事物存在与发展通常态势的规则,是诉讼中办案人员判定认罪认罚虚假还是真实的重要依据,对审查核实认罪认罚的真实性具有不可或缺的重要作用。不过,在运用经验法则判定认罪认罚的真伪时,应当高度警惕经验法则的经验特征可能导致的认假为真的错判风险。

经验法则的经验特征可能导致的认假为真情形,主要包括以下两种。

(一)经验法则的盖然性特征可能导致认假为真

经验法则是人们对过去经验的不完全归纳,因而在正确性上具有盖然性,即一般情形下就是如此和应当如此,但特殊情形下存在例外。例如,人们深信“水往低处流”,但新疆南部一条名为什克的小河却有一段河水弯曲上山,出现了水往高处流的现象;人们常说“无风不起浪”,但大鱼掠过水面也会浪花四溅;人们认为“众证大于个证”,但在个证与待证事实存在更为密切的联



系(如目击事实发生)时,个证的证明力并不一定小于众证,等等。经验法则的这种盖然性特征,有时可能导致办案人员笃信认罪认罚皆为真实,并由此作出指控事实成立的错误认定。

某山区村民第一次到县城,途遇缉毒警察设卡检查,误以为是要抓自己,出于恐惧拔腿就跑;某男青年在女友被他人杀死后,万念俱灰,自认杀死女友;某流浪汉穷困潦倒,为获得吃住条件,以盗窃为名到派出所投案;某男为其子顶罪,在押赴刑场被处决前都自认有罪;某故意杀人案的被告人被判决无罪,但该被告人曾面对电视台记者采访时承认有罪;某公司老总醉驾逃逸后,其专车司机到公安机关为其顶罪;某女因积怨仇恨父亲,控告被父亲强奸;某故意杀人案,证明被告人甲构成犯罪的关键证据为证人乙目击甲在现场手持一把沾血尖刀的证言,而实际情况是甲听到被害人呼救声后进入现场将凶手插入被害人腹部的尖刀拔出;某男被一审错判有罪后,基于担心被仇人加害的考虑,宁愿服刑而不上诉。上述案例都出现了错判的情况,后被纠正平反。而形成错判的重要成因之一,即是盲目崇拜经验法则的正确性却忽视经验法则例外情形的存在。司法实践表明,对认罪认罚案件,办案人员在审查核实认罪认罚的真实性时,潜意识中往往容易受到“慌张定有事”“好人不说谎”“没打为啥供”“自认必有罪”“亲控必为真”“眼见必为实”“无罪怎服判”等理念的影响并作出被追诉人有罪的判定。应当说,在大多数情况下这样认识和相应做法不会出现什么问题,因为上述理念也是人们在现实生活中总结出来的且具有一定正确性的经验表述,相应做法也能得到人们的普遍认同。但是,实践中这些经验表述只是具有较大可能而未囊括所有情形,因而一旦受其影响而忽视对认罪认罚真实性的审查核实,作出认假为真的错误判定在所难免。

(二)经验法则的丰富性特征可能导致认假为真

经验法则是人们在长期生活实践中积累起

来的一般常识和专门知识,因而具有丰富性。这种丰富性的表现主要有二。其一,内容广泛。既包括各种科学上、技术上的定则,如自然法则、理论法则、数学原理等;又包括基于日常生活阅历所得的人情事理,如社会活动中的有关道义、条理惯例、交易习惯等;既有公知,又有私见;既有持续、稳定型,也有短期、变动型;等等。其二,数量无限。经验来自于人类知识的总体,是人们“根据已知事实推导未知事实时能够作为前提的任何一般的知识、经验、常识”^①。因此,人们在“立足于具体的既知去探求具体的未知时,总可以从人类知识的总和中抽象出有关的知识来帮助这种具体的探求……因而在判断事实时能够作为前提的经验法则在数量上是无限的”^②。

经验法则的丰富性特征,有时也可能导致办案人员在办理认罪认罚案件时错误地认假为真。例如,三男为劫财练胆杀死一人,后因抢劫被抓获。三人对抢劫事实均供认不讳,其中一人供述练胆杀人的事实,另外两人对杀人事实矢口否认。办案人员初对故意杀人的供述未予理会,认定三人仅涉嫌抢劫,后在收集到相关证据后仍在是否采信杀人供述上犹豫不决。导致出现上述情形的主要原因,即是“与被害人无冤无仇者断然不会杀人”的所谓经验,而该经验显然属于偏见而非具有普遍性事理的经验法则。又如,在既往民事诉讼中,曾有援引恪守承诺法则认定拒不履行请客承诺者、驾车顺道搭载朋友不守时者承担违约责任的错误判例,而导致错误的原因,即是误将好意施惠情形纳入恪守承诺法则的适用对象范围。再如,南京彭某涉嫌撞人案,判定者以“未撞人者不会扶起被撞者”为主要依据,错误地作出常理推定,认定彭某撞人的事实成立。该案出现推定错误的成因之一,即是在经验法则的运用上出现错误。因为,判定者所引依据并非经验法则而是个人偏见,现实生活中乐于助人者比比皆是。^③

从司法实践看,经验法则的丰富性特征导致

①参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,北京:中国法制出版社,2001年出版,第321页。

②参见王亚新:《社会变革中的民事诉讼》,北京:中国法制出版社,2001年出版,第322页。

③根据法院调查的原始数据和后续调查,彭某与原告发生相撞的事实是成立的,一审据此判决的结果也是适当和正确的。但由于证据出现问题,尤其是法官“自由心证”逻辑分析的错误,该案还是造成了不良社会影响。

认假为真的原因主要包括以下五种。一是所引判定依据并非经验法则,而是违背普通人生活经验的偏见,如上述第一、第三例。二是所引经验法则与待定事实之间并无实质的、必然的关联性,如上述第二例。三是所引判定依据并非经验法则,而是基于个人生活阅历形成的私见。例如人们常说的“吃醋能醒酒”即是个别饮酒者的体验,在大多数人身上并无应验;再如长期在深山老林以打猎为生的猎人,可能认为猎杀山鸡、野兔等常见野生动物无错,但保护生态环境、禁止猎杀野生动物却是当今社会的共识;等等。四是所引经验法则过时或者多变,并不具有时代性、稳定性、持续性。例如凭票乘车是人们熟知的经验法则,而现在即将被已经形成的刷脸上车的经验法则所替代。倘若再以无票为由认定赖乘,即可能发生认识错误。

二、虚假“认罪认罚”甄别中的经验法则运用

如前所述,经验法则是审查核实犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚是否真实的不可或缺的重要依据;同时,经验法则的盖然性、丰富性特征又可能导致办案人员在办理认罪认罚案件时认假为真。在此立论的基础上,还应充分认识到一旦出现认假为真的错误,极有可能导致冤假错案的发生。因此,办理认罪认罚案件时,一方面应当充分运用经验法则审查核实认罪认罚的真伪;另一方面,在运用某一经验法则甄别认罪认罚是否真实时,应当高度警惕经验法则的盖然性、丰富性特征可能导致的认假为真的错判风险。

司法实务中,运用经验法则甄别虚假“认罪认罚”,应当针对经验法则的盖然性、丰富性特征,重点审查核实以下事项。

(一) 所引依据是否经验法则

运用经验法则甄别虚假“认罪认罚”,首要的工作就是审查判断所引依据是否为经验法则。由于经验法则是从人类的实践生活中抽象、归纳出来的,在相当范围内被人们所普遍承认的知识和常识,判断所引依据是否为经验法则时,应从以下两个方面入手:

第一,所引依据是否具有—般性。运用经验

知识进行判断的方法以及据以判断证据、事实的实际经验内容具有一般性,亦即为人们所普遍熟知和认同。因此,那些不符合普通人生活经验的个人私知、偏见或者不能直接检验的生活性经验法则以及办案人员未经确证的经验判断、某些约定俗成的判断规则,即非证据法学上的经验法则,不能直接用作判断认罪认罚是否真实的依据。

第二,所引依据是否符合人情事理。生活实践中,人们获得经验的方法包括两种:一是通过感官感知;二是借助科学技术手段取得。而无论采用何种方法获得的经验,都是人们的常理、常识、常情。同理,“经验知识判断的实质是判断某种被提供的情况是否符合情理,即符合人情事理,因此这种判断是一种合情理性判断”^①。据此,如果甄别认罪认罚真伪的依据与人情事理相悖,则该依据并非经验法则,不应将其用以判断认罪认罚是否真实。

(二) 所引经验法则是否与待定事项对应

经验法则内容上的广泛性和数量上的无限性,容易导致办案人员在甄别认罪认罚的真伪时发生选择性困惑。而一旦选择适用的经验法则与待定事项没有对应关系,即可能发生“南辕北辙”的判定错误。

具体判定上,需要重点考察以下事项:

第一,经验法则的内容与认罪认罚是否真实的判定事项是否存在对应关系。认罪认罚案件中,犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的情形、动机、原因既多样又具体,因此在甄别认罪认罚的真伪时,必须根据案件的具体情况和甄别的具体需要,从广泛而又无限的经验法则中选择出与待定事项具体对应的经验法则。

第二,运用经验法则判断的待定事项是否必需证据证明。运用经验法则甄别认罪认罚的真伪与运用证据证明认罪认罚的真伪在证明方式上存在一定的区别,前者表现为运用经验法则认知认罪认罚为真,后者表现为运用证据证明认罪认罚的事实成立。因此,需要运用证据证明的事项,不能以运用经验法则来代替。

第三,判断认罪认罚真伪所引的经验法则必须具有时代性特征。现实生活的内容和形式是

^①参见龙宗智:《证据法的理念、制度与方法》,北京:法律出版社,2008年出版,第25页。



不断变化的,这一特点决定所引经验法则必须具有稳定性、持续性和与时代的耦合性。如果某一经验法则缺乏稳定性、持续性,或者与时代的发展趋势相悖,则运用该经验法则判断认罪认罚的真伪即可能发生错误。

(三)案件是否存在所引经验法则的例外情形

首先,在观念上应当明确经验不同于真理、不同于自然科学,它不可能穷尽一切情形,而是必然存在例外。冤假错案的重要成因之一在于虚假的有罪供述,而导致虚假有罪供述的原因除办案人员采用刑讯逼供等非法方法外,还包括办案人员将经验法则的盖然性当作绝对性,忽视经验法则例外情形的存在。俗话说:“不怕一万,就怕万一”,办案人员在运用经验法则甄别认罪认罚是否真实时,应当高度警惕经验法则的盖然性特征可能导致的误认风险,注重审查案件是否存在所引经验法则的例外情形。

其次,在具体运用时,应当注意考察所引经验法则的盖然性是否达到甄别认罪认罚真伪所必需的程度,并根据经验法则的盖然性程度大小,作出认罪认罚真实性大小的认定。一般而言,可以根据以下几种不同情形适用经验法则:

第一,在数学或者逻辑学上可以证明的经验法则以及能够直接检验的实践性经验法则,具有极高的盖然性或者说几乎不存在例外的情形,可以直接被用以判断认罪认罚的真伪。

第二,来源于日常生活并被一般人所知晓、认同的经验法则,具有较高的盖然性,一般可以被用以判断认罪认罚的真伪;由于这种经验法则不能排除例外的可能,在确定认罪认罚为真时,应当注意考察是否存在反证或者异常的情形。一旦存在反证或异常的情形,即不能根据经验法则对认罪认罚是否真实径行予以认知。

第三,来自少数人群、特殊地域的经验法则或者简单的经验法则以及不能直接检验的生活性经验法则,具有较低的盖然性,一般不能直接用以判断认罪认罚的真伪,而只能作为判断认罪认罚真伪的辅助手段。

三、运用经验法则甄别虚假“认罪认罚”需要注意的若干事项

从司法实践看,运用经验法则甄别虚假“认罪认罚”需要注意以下事项。

(一)彻底摒弃“有罪推定”的理念和做法

前面提及的司法实践中存在的“慌张定有事”“好人不说谎”“没打为啥供”“自认必有罪”“亲控必为真”“眼见必为实”“无罪怎服判”等理念以及受其影响而采取的相应做法,广义上也属于经验法则的范畴。但是,由这种理念和做法所构成的经验法则除盖然性较低外,还带有一定的“有罪推定”色彩,即将涉嫌犯罪的人视为有罪者,轻信嫌疑人的认罪认罚为真。实践证明,“有罪推定”正是冤假错案的重要成因之一,因此司法实务中办案人员应当对上述带有一定“有罪推定”色彩的理念和做法保持谨慎、警惕的态度,不得轻信认罪认罚一律为真。同时,要坚持“无罪推定”原则,将未被法院生效判决认定为有罪的涉案人视为无罪者,对其有罪供述和无罪辩解一视同仁地予以同等审查核实。

(二)高度重视程序合法情形下认罪认罚的真实性审查

司法实践中,对犯罪嫌疑人、被告人在未受到刑讯逼供等非法方法讯问的情形下所作的认罪认罚,办案人员一般都会确认为真。这种现象体现着经验法则的正确性要求,一般情形下不会发生错误。但是,程序合法的案件中,犯罪嫌疑人、被告人虚假认罪认罚的情形时有发生却是一个不争的事实。不少冤假错案的发生,即是由于人们对程序合法情形下认罪认罚的笃信导致的。因此,司法实务中一定要高度重视程序合法情形下认罪认罚的真实性审查,从犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的具体情形、内容、态度、动机、原因和个人生活境遇、家庭特殊变故等诸多方面进行全方位的审查、考量,并将认罪认罚的内容、细节与其他证据结合起来进行综合分析,在此基础上作出认罪认罚是否真实的认定。

(三)从认罪认罚的“三性”契入,甄别认罪认罚的真伪

认罪认罚的“三性”,是指认罪认罚的自愿性、真实性和合法性。“两院三部”在《关于适用

认罪认罚从宽制度的指导意见》中对于办理认罪认罚案件应当重点审查核实认罪认罚“三性”的意见,对办案人员运用经验法则甄别认罪认罚的真伪具有重要的、具体的指导作用。换言之,认罪认罚的“三性”审查,是验证办案人员所引经验法则与认罪认罚是否真实的判定事项之间存在耦合关系的直接而又重要的手段和方法。

司法实务中,从认罪认罚的“三性”契入,甄别认罪认罚真伪的工作重点主要包括以下几个方面:

第一,审查犯罪嫌疑人、被告人是否因受到暴力、威胁、引诱、欺骗而违背意愿认罪认罚。需要指出的是由于引诱、欺骗有时与侦查谋略难以截然区分,所以对于犯罪嫌疑人、被告人因受到引诱、欺骗而违背意愿认罪认罚的,一般不会引起办案人员的怀疑和警觉。在虚假认罪认罚导致的冤假错案中,这种情形占有相当比例,对此应当予以足够重视。

第二,审查犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚时的认知能力和精神状态是否正常。从司法实践看,犯罪嫌疑人、被告人犯罪时的行为能力和犯罪后的受审能力并不必然完全一致。犯罪时的认知能力和精神状态正常,并不意味着受审时的认知能力和精神状态正常,反之亦然。简单以犯罪时具有行为能力来确认诉讼中具有受审能力,难免发生判定错误。

第三,审查犯罪嫌疑人、被告人是否理解认罪认罚的性质和可能导致的法律后果。具体审查时,应当针对犯罪嫌疑人、被告人的年龄、文化程度、成长背景、社会阅历、生活范围等个人情况,重点审查办案人员在讲解认罪认罚的性质和可能导致的法律后果时是否“有的放矢”,听讲者是否真正理解。

第四,审查犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的态度、动机、原因是否正常,以及犯罪嫌疑人、被告人涉案前的个人生活境遇、家庭特殊变故等是否足以导致其作出虚假的认罪认罚。司法实践中,因哥们义气、自暴自弃、悲观厌世、生活绝望、亲人罹难、重病在身等原因而导致虚假认罪认罚

的案件时有发生,对此亦应高度警惕。

(四)防止发生“罪从供定”和忽视收集、审查有罪供述之外的其他证据的情形

在我国既往的证据制度中,口供被视为“证据之王”,是定罪的主要依据。一般情况下,没有被告人认罪的供词,不得判定其有罪;而一旦获得被告人认罪的供词,即可判定其有罪。封建法律规定,“罪从供定,犯供最关紧要”^①。在封建社会立法者看来,口供之所以为最重要的证据,在于“狱囚之于囚口者为款。款,诚也,言所吐者皆诚实也”^②。封建社会这种“罪从供定”的认识,从亲口陈述的角度看,内含一定的经验法则原理,因而对现代社会的司法人员亦有一定影响。尤其是对犯罪嫌疑人、被告人在没有出现刑讯逼供等非法行为的情形下所作的认罪认罚表示,办案人员往往容易轻信其认罪认罚为真,从而忽视对案件其他证据的收集、审查,如此正是导致产生冤假错案的重要成因。因此,司法实务中应当注意防止发生“罪从供定”和忽视收集、审查有罪供述之外的其他证据的情形。

具体而言,应当着重从以下两个方面发力:

第一,坚持证据裁判原则。对适用普通程序审理的认罪认罚案件,应当收集、审查有罪供述以外的其他证据,坚持“证据确实、充分”的法定证明标准。对适用简易程序、速裁程序审理的认罪认罚案件,也应要求有其他证据才能定案,不得违反《刑诉法》第55条关于“对一切案件的判处都要重证据,重调查研究,不轻信口供。只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚”的规定。同时,不能以经验取代证据调查,尤其不能忽视经验法则的盖然性、丰富性特征可能导致的认假为真的错判风险。对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚供述的具体内容,应当尽量收集可以对其予以印证的依据;运用经验法则认定认罪认罚为真但存在反证的,不得径行作出司法认知;根据案件具体案情发现认罪认罚的真实性存在疑问的,应当认真进行分析,查看疑问是否存在正确答案或合理解释;犯罪嫌疑人、被告人的认知能力和精神状态是否正

①参见陈一云等著:《证据学》,北京:中国人民大学出版社,2000年出版,第66页。

②参见《资治通鉴》卷204,北京:中华书局,1956年出版,第6475页。



常存在疑问的,应当对其进行精神鉴定;对犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚后翻供的,应当分析、查明翻供的真实原因,不能简单予以否定。

第二,坚持程序正当原则。严格适用办理认罪认罚案件的诉讼程序,是防止“罪从供定”的有效措施。采用该项措施,应当确保以下工作到位:一是办案人员要切实履行向犯罪嫌疑人、被告人告知认罪认罚的法律规定、认罪认罚的性质和法律后果的义务;二是辩护律师应当与犯罪嫌疑人、被告人就是否认罪认罚进行有效沟通,提供法律咨询和帮助;三是公安机关在侦查过程中不得强迫犯罪嫌疑人认罪,不得作出具体的从宽承诺;四是案件移送审查起诉后,人民检察院应当保障犯罪嫌疑人的程序选择权并对认罪认罚的自愿性、合法性进行审查;五是犯罪嫌疑人自愿认罪,同意量刑建议和程序适用的,应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署认罪认罚具结书;六是在审判阶段,人民法院应当听取被告人及其辩护人或者值班律师的意见,并在庭审

中对认罪认罚的自愿性、具结书内容的真实性和合法性进行审查核实,由审判人员根据具体案情,围绕定罪量刑的关键事实,对被告人认罪认罚的自愿性、真实性等调查发问,确认被告人是否实施犯罪、是否真诚悔罪。

〔参考文献〕

- [1]樊崇义.证据法学[M].北京:法律出版社,2017.
- [2]龙宗智.证据法的理念、制度与方法[M].北京:法律出版社,2008.
- [3]王亚新.社会变革中的民事诉讼[M].北京:中国法制出版社,2001.
- [4]刘静坤.证据审查规则与分析方法[M].北京:法律出版社,2018.
- [5]毕玉谦.论民事诉讼中的经验法则[J].中国法学,2000(06).
- [6]刘春梅.试论经验法则在事实认定中的作用及局限性之克服[J].现代法学,2003(06).

【责任编辑:王瑞红】

Screening of false “pleading guilty and punishment” ——From the perspective of the application of rules of thumb

Jin Xi

(Sichuan Herui Law Firm, Chengdu Sichuan 610091, China)

Abstract: The rule of thumb is an indispensable basis and method for reviewing and verifying whether criminal suspects or defendants are really to plead guilty and punishment. In judicial practice, when using the rule of thumb to determine whether the pleading guilty and punishment are true, attention should be paid to preventing the risk of potential misjudgment caused by the probabilities and richness of the rule of thumb, and engage from the “three natures” of pleading guilty and punishment (ie, voluntary, authenticity and legitimacy), focusing on reviewing and verifying whether the cited basis is the rules of thumb, whether the cited rules of thumb correspond to pending matters, and whether there are exceptions. We should attach great importance to the authenticity review of pleading guilty and punishment under the lawful procedure to avoid the occurrence of “crime based on confession” and neglecting the collection and review of other evidence than statements.

Key words: pleading guilty and punishment; screening of false; application of rules of thumb

【认罪认罚从宽制度研究】

检察环节适用认罪认罚从宽制度的 内涵阐释与推进路径

沈迪满, 李大明
(辽宁省人民检察院, 辽宁 沈阳 110033)

〔摘 要〕刑事诉讼法中确立认罪认罚从宽制度,具有厘清认罪认罚从宽法律适用关系和丰富刑事诉公司法模式的制度价值。认罪认罚从宽制度通过参与量刑协商,体现公平正义并提升刑事诉讼效率。“两高三部”制定的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》进一步阐明了制度的适用范围、适用条件和理解适用等问题,明确解决了法律适用中的疑难问题。但目前各地检察机关仍面临制度适用不均衡的问题。以认罪认罚从宽制度的适用为切入点,从新时代检察工作创新的理念出发,准确理解检察机关在认罪认罚从宽制度中的主导作用和主导地位,有助于提升新时代检察机关参与社会治理的能力和水平。

〔关键词〕认罪认罚从宽制度;刑事诉讼效率;刑事检察;检察监督

〔作者简介〕沈迪满(1969—),男,辽宁营口人,辽宁省人民检察院法律政策研究室主任,主要从事检察理论与实务研究;李大明(1983—),男,辽宁朝阳人,辽宁省人民检察院法律政策研究室四级主任科员,主要从事检察理论与实务研究。

〔收稿日期〕2019-12-12

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)02-095-10

认罪认罚从宽制度在我国经历了宽严相济刑事政策阶段、认罪认罚从宽试点阶段后,于2018年10月正式确立于我国刑事诉讼基本法中。修改后《刑事诉讼法》以19个条款规定了认罪认罚从宽制度适用的基本原则、实体条件、程序要求、强制措施,以及侦查、提起公诉、审判各环节,认罪认罚从宽制度已成为贯穿我国整个刑事诉讼程序的重要诉讼制度^[1]。新《刑事诉讼法》实施以来,全国各地检察机关积极推动认罪认罚从宽制度适用。从制度运行情况来看,认罪认罚从宽制度虽已确立,但制度的运行和适用过程中仍然亟需统一认识、选准路径、提升能力、做好监督保障工作。2019年10月24日“两高三部”发布实施的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称:《指导意见》)进一步明确了认罪认罚从宽制度的适用条件和要求。本文

拟在分析认罪认罚从宽制度的制度价值的基础上,全面阐释从新时代检察工作理念创新出发,准确理解检察机关在认罪认罚从宽制度中的主导作用和主导地位,以期对新时代检察工作有所裨益,提升新时代检察机关参与社会治理的能力和水平。

一、认罪认罚从宽制度的制度价值

(一)刑事诉公司法模式进一步丰富发展
刑事司法制度可分为职权主义和当事人主义,两种司法制度相互借鉴、相互融合。认罪认罚从宽制度的核心是刑事犯罪的追诉者同犯罪嫌疑人进行认罪认罚的协商,即代表公权力的检察机关和犯罪行为实施者个人对定罪量刑进行协商。这种协商体现了刑事司法理念的根本性变化。认罪认罚从宽制度是由一系列具体诉讼



程序组成的集合性法律制度,可以被理解为构建了一种对抗与合作二元并行的新的司法模式,是“我国刑事司法体系的自我修缮之路”^[2]。

(二) 认罪认罚从宽司法实践的制度落实

在党的十八届四中全会提出完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度之前,认罪认罚从宽的原则在我国刑法和刑事诉讼法中都已有所体现。刑事实体法上,认罪认罚从宽主要有自首和坦白两种表现形式;刑事诉讼法中规定的刑事简易程序、未成年人附条件不起诉制度、刑事和解制度以及纳入修改后《刑事诉讼法》的刑事速裁程序,也体现认罪认罚从宽精神。超出上述规定之外的从宽处罚则无明确的法律依据,司法实践中对被告人从宽处罚所依据的是《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》。《刑事诉讼法》以基本法的形式确立认罪认罚从宽制度,一方面是对新时代刑法谦抑性和宽缓的刑罚观念的制度回应,同时也是对认罪认罚从宽司法实践的制度落实。

(三) 公平正义的价值追求进一步凸显

刑事诉讼的本质是公权力以正当性的程序按照既定标准以强制力为保障追诉和惩罚犯罪,其所体现的是立法者和人民对公平正义的追求。因为人人皆可成为被追诉人,刑事诉讼的追诉程序、追诉标准制定中蕴含着立法者代表人民所表达的人民意志。认罪认罚从宽制度中,认罚阶段所提出的量刑建议是将立法上体现的人民意志与个体意见相统一,可以理解为国家与个人进行的协商。被追诉人参与协商,使得犯罪的追诉不再是公权力的单方行为,被追诉人意见充分得到尊重表达、权利得到充分保障、程序更加正当,这种程序下的公正和正义更容易让人接受和感受。

(四) 刑事司法效率和效能进一步优化

认罪认罚制度改革的任务之一在于构建认罪案件和不认罪案件的分流机制,完善刑事诉讼程序,合理配置司法资源,提高办理刑事案件的

质量与效率^①。认罪认罚从宽制度对案件的侦查、审查起诉、审判进行全流程“加速”改革,改变了以前只“加速”庭审的做法。嫌疑人或被告人认罪认罚,减少了追诉的对抗性,降低侦查取证难度,使刑事诉讼程序变得顺畅。认罪认罚程序中对简单刑事案件设置了速裁程序、审查起诉期限、审判期限,庭审程序高度简化。对常见的轻罪案件,公检法机关还可以通过建立集中办理等工作机制,节省更多精力资源办理疑难复杂案件,实现简案快办、繁案精办。

二、认罪认罚从宽制度的适用范围

(一) 适用认罪认罚从宽制度案件范围无限制

根据《刑事诉讼法》第15条规定,认罪认罚从宽制度在案件适用方面没有限制,所有类型案件均可以启用认罪认罚程序。此外,认罪认罚从宽制度贯穿刑事诉讼全过程,适用认罪认罚从宽制度也无诉讼阶段的限制,可适用于侦查、审查起诉、审判各个阶段。

(二) 符合条件重罪案件亦可适用认罪认罚从宽制度

从刑法的许多相关规定来看,可以考虑将法定最低刑为三年以上有期徒刑的犯罪称为重罪,其他犯罪则为轻罪^[3]。尽管“两高三部”《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》(以下简称:《试点办法》)和《刑事诉讼法》对适用认罪认罚从宽制度的案件范围未做任何限制,但从试点经验和制度的实践来看,适用认罪认罚从宽制度案件主要属于轻罪、微罪案件,重罪案件适用认罪认罚从宽制度仍存在障碍^②。重罪案件适用认罪认罚符合法律面前人人平等原则、符合现代司法的宽容精神、符合刑罚惩戒与教化并重的价值追求,有利于进一步优化司法资源配置^[4]。要在全面理解制度的基础上,充分认识在重罪案件中适用该制度的重要价值,

①参见全国人民代表大会常务委员会《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》,2016年9月3日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过。

②参见最高人民法院《认罪认罚从宽制度试点总结报告》,载《认罪认罚从宽制度的理解与适用》,北京:人民法院出版社,2018年出版,第271-286页。

深入实践探索和加强理论研究,不断扩大案件适用范围。

(三) 不适用认罪认罚从宽制度的情形

“从宽”是认罪认罚的结果,但并非每一件认罪认罚刑事案件都应当适用“从宽”。认罪认罚后是否适用“从宽”,一要看是否符合法律规定的适用条件,二要看是否符合认罪认罚从宽制度的价值追求。形式上认罪认罚但不符合制度设计初衷的刑事案件或适用后达不到制度价值目标的刑事案件,不宜适用认罪认罚从宽制度。对犯罪嫌疑人主观恶性大、不具备主观上认罪悔罪可能性的,即使因赔偿而获得谅解的案件,也要注意严格把握认罪认罚从宽的适用,避免处理不审慎使公众产生“花钱买刑”的看法。

三、认罪认罚从宽制度的适用条件

(一) 认罪的界定

1. 认罪认罚从宽制度中的“认罪”应采用“认事 + 认罪说”

作为制度名称,认罪认罚从宽制度中的“认罪”是概括抽象的。刑事诉讼法对犯罪嫌疑人、被告人“认罪”做了具体规定,即“自愿如实供述自己的罪行,承认指控的犯罪事实”。在理论研究上,对界定“认罪”有“认事说”“认事 + 认罪说”“认事 + 认罪 + 认罪名说”三种不同观点^[5]。三种观点中的“认事”,指的是供述了所实施的行为事实;“认罪”和“认罪 + 认罪名”指的是认同对行为的法律评价;“认罪名”还要求认可行为构成犯罪的罪名。单纯理解法条字面含义,可能会认为认罪认罚从宽制度中的“认罪”采取的是“认事说”的观点,即只供述主要犯罪事实而不承认犯罪指控,但该观点无法与认罚、从宽的规定在逻辑上衔接,也不符合认罪认罚从宽制度设计初衷。第一,认罪认罚从宽制度适用要求犯罪嫌疑人、被告人既客观上承认自己所犯的罪行,主观上也要认识到自己行为的错误性、社会危害性,这样才能体现出其人身危险性低、再犯可能性小,从而获得实体层面上的从宽机会;犯罪嫌疑人、被告人不自认为是犯罪的,必然不能从内心上认同指控和刑罚。第二,认罪是认罚的前

提,在理解何为认罪时,要考虑认罪与认罚的关系,如果犯罪嫌疑人不认可行为构成认罪,则没有愿意接受处罚的可能性。第三,对于仅作如实供述,但犯罪嫌疑人、被告人不认为是犯罪的,不能适用速裁程序、简易程序,不能实现认罪认罚从宽制度程序从简的制度价值。故笔者认为,我国刑事诉讼法上的“认罪”应采用“认事 + 认罪说”。两高三部发布的《指导意见》中也肯定了该观点。

2. 对“自愿如实供述自己的罪行”的界定

该要求在实践中表现为无强迫情况下主动供述,供述的内容是本人实施的犯罪事实。我国刑事实体法在自首和坦白制度中都规定了“如实供述自己罪行”的要件,关于“如实供述自己的罪行”,应当依照《刑法》关于自首、坦白的规定以及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》等规定予以把握^[6]。依照《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第2条的规定,“如实供述自己罪行”核心内容是以是否影响定罪量刑作为判断的基本标准。具体而言,不影响定罪量刑的,应当认定为如实供述自己的罪行;影响定罪量刑的,不能认定为如实供述自己的罪行。笔者认为,“如实供述自己罪行”的认定重点应当放在“如实”上,并以供述出的犯罪事实是否被作为定罪量刑依据来评价是否构成如实供述。进一步说,如果供述的事实满足定罪要件、量刑情节需要,则为“如实供述”;否则,则不构成“如实供述”。“自愿如实供述自己的罪行”,要求犯罪嫌疑人、被告人关于犯罪事实的供述能直接证明或与在案能证明其行为构成犯罪的其他证据印证所指控的犯罪。在刑事诉讼程序中,“如实供述自己的罪行”主要发生在侦查阶段,是侦查阶段犯罪嫌疑人认罪认罚的表现。需要注意的是,认罪认罚从宽制度中的如实供述,要求是如实全面供述,这样才能体现被追诉人认罪悔罪态度。



3. 承认指控的犯罪事实的内涵

“自愿如实供述自己的罪行”和“承认指控的犯罪事实”是构成认罪的两个共存的必备条件,“供述”的对象是实施的犯罪行为,“承认”的对象是指控的犯罪事实。在刑事诉讼程序中,“指控”是专门用词,是检察机关依职权对犯罪行为人向人民法院提出控告请求判处刑罚。案件移送到检察机关后,检察机关经审查后才能提出指控意见,以起诉书形式起诉到人民法院。指控的犯罪事实经检察机关审查后才能确定,承认指控的犯罪事实是犯罪嫌疑人认罪认罚在审查起诉阶段的表现。供述的罪行不同于指控的犯罪事实。第一,在事实类型上,指控的犯罪事实是在供述和在案其他证据基础上,依据程序法、证据法、刑法等法律法规对属于犯罪构成要件、影响量刑情节的事实选取概括。指控的犯罪事实是经过检察人员依法认定的事实,是适用法律对现有客观事实评价后的法律事实;承认指控的犯罪事实,是对人民检察院作为认定犯罪、确定量刑依据的法律事实没有异议。第二,在发生时间上,供述在前、指控的事实在后,指控的事实可以对供述是否属实进行验证。从“如实供述自己的罪行”和“承认指控的犯罪事实”是否一致的关系角度考察两者,存在以下三种情况:一是如果供述属实,在案证据也能印证,指控的犯罪事实应是供述的罪行的反映,两者能反映出从客观事实到法律事实的递进;二是如果供述与在案证据不能印证,指控应依据客观证据认定,可能存在供述不属实的情况或取证不到位的情况,如果供述不属实则不构成认罪;三是如果供述属实但无其他证据,依法不能认定为犯罪。犯罪嫌疑人对行为性质本身的认识错误,虽然如实供述并承认了行为事实,但没有证据证明是犯罪行为,行为本身不是犯罪,则不能按照犯罪进行指控并适用认罪认罚。

(二) 认罚的标准

1. 认罚的内涵

刑事诉讼法对“认罚”表述为“愿意接受处罚”,是指被追诉人认识到自己的行为应受惩罚性并同意接受处罚,是被追诉人对于可能受到的

刑罚处罚的概括性意思表示,不限于对刑种、刑度和执行方式的认同,是一种广义的概念。

2. 认罚的表现

随着刑事诉讼发展,“认罚”在不同阶段表现不同。在侦查阶段,“认罚”主要表现为犯罪嫌疑人自愿表示愿意接受处罚;在审查起诉阶段,“认罚”表现为犯罪嫌疑人认可检察机关拟作出的起诉或不起诉决定,接受人民检察院的量刑建议,签署认罪认罚具结书;在审判阶段,“认罚”表现为被告人确认自愿签署具结书,接受刑罚处罚。如果犯罪嫌疑人、被告人表面上“认罚”,却实施了毁灭证据、互相串供、隐匿转移财产或者拒不赔偿损失的行为,则因为缺少“认罚”的自愿性和彻底性而不能适用认罪认罚从宽制度。

选择性认罚是否构成“认罚”。对“认罚”的理解有狭义认罚和广义认罚之分,侦查阶段表示愿意接受处罚,属于广义上的认罚;在审查起诉阶段和审判阶段,要求对签署的具结书予以认可,属于狭义认罚。狭义认罚又可分为确定性认罚和选择性认罚,区分的标准在于是否签署了认罪认罚具结书。审查起诉阶段和审判阶段,不论量刑建议的精准程度,犯罪嫌疑人、被告人同意量刑建议并签署具结书的属于确定性认罚;认罪但请求由人民法院依法判决的或提出不同的量刑意见,未就量刑建议签署具结书的属于选择性认罚,不属于认罪认罚从宽制度中的认罚。

3. 对程序的选择不影响认罚的认定

《试点办法》将是否适用速裁程序或简易程序作为适用认罪认罚从宽的条件,将认罚的内容扩展到对程序的选择。这样的做法把构成认罪认罚的实质要求与简化办理程序同等对待,打破了认罪认罚从宽制度架构中公正与效率的平衡,变相剥夺了犯罪嫌疑人、被告人程序选择权利,是对认罪认罚制度的不当理解。两高三部《指导意见》规定,犯罪嫌疑人、被告人享有程序选择权,不同意适用速裁程序、简易程序的,不影响“认罚”的认定。

4. 审查起诉阶段认罚认定错误的救济

在审查起诉阶段,犯罪嫌疑人认罪,但因检察机关提出的量刑建议与犯罪嫌疑人认可的量

刑建议差距大而未达成量刑一致意见,被检察机关认定为不认罪,从而导致检察机关在审查起诉阶段不适用认罪认罚从宽程序。在法院审判阶段,如果法院认为即使人民检察院对本案不适用认罪认罚从宽,犯罪嫌疑人、被告人应判刑罚仍然低于或等于其本人在检察量刑协商中提出的量刑意见中认可的刑罚,则说明案件因检察机关在审查起诉阶段提出的量刑建议明显不当,导致无法适用认罪认罚从宽程序。这种情况下,犯罪嫌疑人、被告人提出的量刑意见未超出法院拟判处刑罚范围,具备认罪认罚的主观、客观构成条件,其认罚的实质要件已具备,未签署具结书本身无过错,法院应保障犯罪嫌疑人、被告人获得认罪认罚从宽的权利。

对于审查起诉阶段检察院提出的量刑建议明显不当导致犯罪嫌疑人、被告人无法适用认罪认罚从宽制度而获得量刑减让的制度利益应在法院的审判程序中获得保障。人民法院可在案件判决中适用认罪认罚从宽制度依法判决,并认定认罪认罚的起始阶段在审查起诉阶段。此外,人民法院还可以通知检察院重新作出或调整量刑建议,与犯罪嫌疑人、被告人签署具结书,进而对检察官的此类行为进行监督与规制。检察官在审查起诉案件中,对适用认罪认罚案件的协商谈判程序应当做好详细记录并移送法院,尤其是犯罪嫌疑人、被告人一方明确提出过适用认罪认罚请求的,更要记录好双方的量刑意见;对不适用认罪认罚的,做好释法说理工作。

(三)“从宽”的把握

《刑事诉讼法》规定,犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的,予以从宽处理。从宽处理是认罪认罚从宽制度的落脚点,对犯罪嫌疑人、被告人从宽处理,是对认罪认罚犯罪嫌疑人、被告人表现的回应,也是法律对认罪认罚所提供的制度优待。

1. 从宽处理要依法进行

在认罪认罚从宽制度中,对犯罪嫌疑人、被告人予以从宽处理是以刑法和刑事诉讼法的规定为基础,对认罪认罚的犯罪嫌疑人、被告人在实体上和程序上比照正常标准予以减让的法律适用程序。认罪认罚从宽制度中的“从宽”体现

在对违法犯罪行为的处罚或处理,而不能对行为涉嫌的罪名、罪数予以宽宥。根据法律规定,从宽处理主要包括实体法上的从宽和程序法上的从宽。实体法从宽主要指从轻、减轻处罚或决定不起诉等,程序法上的从宽有提高案件办理效率、简化庭审程序、改变强制措施等。

2. 从宽处理是可以从宽

这里的“可以”从宽暗含了条文的导向性,没有特殊理由的,都应当体现法律规定和政策精神,从宽处罚^[7]。但从宽不是一律从宽,对犯罪性质恶劣、犯罪手段残忍、危害后果严重的犯罪分子,认罪认罚不足以从轻处罚的,依法可不予从宽处罚。

3. 从宽的幅度

办理认罪认罚案件,应当根据犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的主动性、及时性、全面性、稳定性,是否确有悔罪表现,对及时侦破案件、指控犯罪的价值作用以及罪行严重程度等,综合考量确定从宽的限度和幅度。认罪认罚的情形不同,刑罚评价也应不同。

四、检察环节适用认罪认罚从宽制度的推进路径

(一)把握好认罪认罚从宽制度与新时代检察工作创新发展的关系

进入新时代,党和国家制度深刻变革,检察机关反贪反渎转隶对检察职能调整提出了新挑战。以刑事检察、民事检察、行政检察、公益诉讼检察为内涵的“四大检察”是新时代检察工作创新发展的内核,要求检察机关必须全面、协调、充分履行法律监督职能。其中,做优传统刑事检察职能是其他检察职能有效发挥的基础和依托。

1. 检察环节适用认罪认罚从宽制度体现检察机关参与社会治理的能力和水平

法律监督能力是国家治理能力的重要体现。“实现国家治理体系和治理能力现代化”是全面建设社会主义现代化国家的重要内容,检察机关作为国家法律监督机关,是国家治理体系重要分支。检察机关要通过履行法律监督职能,提升服务和保障经济社会发展大局的能力和水平。检



察机关适用认罪认罚从宽制度是参与社会治理的重要现实路径。检察机关适用认罪认罚从宽制度能降低犯罪嫌疑人、被告人与社会的对抗性,降低刑罚特殊预防需求强度,有利于社会的和谐稳定。通过适用不起诉权,对部分案件作出终局裁决,实现检察机关直接参与社会治理。

2. 适用好认罪认罚从宽制度是做优刑事检察的内在要求

办理认罪认罚案件是刑事检察的重要内容。从检察机关办理的刑事案件实际情况看,我国刑事犯罪中,符合适用认罪认罚从宽制度范围的案件比例较高,检察机关做好认罪认罚从宽制度的检察环节适用和侦查、审判阶段制度适用的法律监督,能突出实现刑事检察职能。检察环节适用认罪认罚从宽制度体现了检察机关在刑事诉讼中的主导作用。检察机关监督侦查机关以合法程序打击犯罪、审判机关正确适用法律,具有独一无二的刑事诉讼地位。在认罪认罚案件审查起诉阶段,检察机关可以在审查逮捕、不起诉、提出量刑建议、商定适用审判程序等方面依法从宽,决定刑事案件的实质走向。

3. 认罪认罚从宽制度契合司法体制改革的现实需求

一是检察机关适用认罪认罚从宽制度能更好地落实以审判为中心的刑事诉讼制度改革。落实以审判为中心的刑事诉讼制度改革,要求庭审实质化,即定罪量刑的所有证据、事实在法庭上获得认定。刑事案件有难有易,面对大量疑难复杂或是简单的刑事案件,都一律要求人民法院按照普通程序审判,必然会影响办案效率。在之前的司法改革设计中,刑事案件审判程序的速度提升空间已达极限。为满足效率和质量的双重要求,在庭审前对刑事案件进行繁简分流,实现繁案精审、简案快审是落实“以审判为中心”的唯一选择。检察机关在审查起诉阶段适用认罪认罚从宽制度,做好案件的繁简分流,法院选择相应审判程序审理,将审判资源投入到重大疑难复杂案件的审理上,更利于落实以审判为中心的诉讼制度改革。

二是适用认罪认罚从宽制度强化了司法责

任制。检察官员额制改革的精髓在于司法责任制,贯彻“谁办案谁决定、谁决定谁负责”的责任制要求,必然倒逼司法人员亲历亲为,加强案件办理效率和质量。认罪认罚的认定既要考虑犯罪嫌疑人、被告人客观上退赃退赔的表现,同时也要对犯罪嫌疑人的主观认罪悔罪态度有准确的把握,必然要求办案检察官提高办案的亲历性、参与性。认罪认罚的从宽处理涉及到从宽幅度把握、量刑建议精准性要求,更要求检察官增强责任心。

三是捕诉一体办案机制使认罪认罚从宽制度落实更顺畅。检察机关刑事案件实行“捕诉一体”,即审查逮捕和提起公诉由同一办案组织承担。“捕诉一体”对认罪认罚从宽制度适用有两点促进:第一,认罪认罚从宽制度中的程序从宽体现在犯罪嫌疑人认罪认罚情况被作为是否有必要采取羁押性刑事强制措施的重要因素,同一办案组织对同一案件进行审查逮捕和审查起诉,能把握犯罪嫌疑人认罪认罚连续性;第二,由同一办案组织办理认罪认罚案件,可以增强犯罪嫌疑人对获得从宽处理的预见性,有利于认罪认罚的稳定。

(二) 准确理解检察机关在认罪认罚从宽制度中的主导作用和主导地位

从检察机关发挥职能作用的角度,检察机关在认罪认罚从宽制度适用中发挥主导作用,并因而在刑事诉讼中具有主导地位^[8]。我们要充分认识到,这种主导作用的发挥、主导地位的确立是以履行好法定职责为基础,检察环节适用认罪认罚从宽制度是检察机关的法定职责。

1. 检察环节适用认罪认罚是法律平等适用的要求

刑事诉讼法是犯罪嫌疑人、被告人权益保障的“宪章”,它的重要意义在于保证国家权力在追诉犯罪时一视同仁、无偏见地一体遵循适用法律规定。我国《刑事诉讼法》规定的认罪认罚从宽制度无案件范围、适用阶段的限制,符合条件的犯罪嫌疑人、被告人都应获得适用。

2. 检察环节适用认罪认罚是客观公正义务的要求

刑事诉讼侦查、审查起诉、审判全过程要求客观公正,其中的核心就是要全面调取和查证罪与非罪、罪轻与罪重的证据和事实,以保障犯罪嫌疑人不受无辜追诉和免受不当刑罚。检察机关作为国家的法律监督机关,检察官的客观公正义务更为重要。尽管刑事诉讼法规定认罪认罚可以从宽处理,但并非一律从宽处理。认罪认罚本身是法定量刑情节,检察机关审查起诉阶段有义务既要查明犯罪嫌疑人是否在侦查机关认罪认罚,也要确认犯罪嫌疑人是否在审查起诉阶段认罪认罚并履行相关程序。这是检察官的客观取证义务,也是检察官中立审查责任、公正判决追求的体现^[9]。

(三)检察机关要提升适用认罪认罚从宽制度的能力

1. 加强刑事检察队伍专业化建设,提升审查起诉能力

一是提高检察官量刑建议的能力。很多检察官对案件的定性比较重视,而对量刑重视不够,量刑建议能力有待提高^[10]。检察机关要迅速、广泛开展培训,快速补齐短板,通过分析既有裁判文书,总结提炼量刑规律和标准。

二是提高检察官出庭公诉能力。认罪认罚从宽案件中,控辩双方在案件事实、案件性质、涉嫌的罪名、审判适用的程序、量刑建议等方面达成了合意,持合作态度。在出庭公诉时,检察官的重点任务已不再是指控、证明犯罪,而是要证明被告人认罪认罚的自愿性、具结书内容的真实性和合法性;同时,还要提高在被告人对认罪认罚反悔、审判程序转换、量刑建议调整等情形下的庭审应对能力。

三是加强类案办理专业化。在新的内设机构或办案组织下,设立专业办案组,加强对类案认罪认罚的认定、判例分析、量刑分析等,提高案件办理的专业能力。

2. 发挥大数据智能辅助系统的作用

一是借助现代科技提升量刑建议的精准度。量刑容易受办案人主观因素限制,迫切需要运用信息技术手段对该缺陷进行完善。要加快智能辅助量刑建议系统建设和应用,借助互联网、大

数据、云计算等现代科技资源搭建“智慧公诉”平台,开发量刑建议案例归类、数据处理、量刑控制、结果预测等服务系统,提升量刑建议的准确性和说服力。

二是要正确认识量刑智能辅助系统的作用。司法裁量是复杂的认识活动,计算机无法考虑案件的特殊情况和被输入的每个细节,检察官要在辅助系统基础上,充分发挥对天理国法的认识把握,对建议予以调整完善,提出精准、合理的量刑建议。

3. 加强检察职能的综合运用,提升办案效果

一是加强对量刑建议的跟踪监督。要加强对法院判决中量刑情况的监督,当法官不采纳量刑建议时,应当详细说明不采纳理由及法律依据,如果检察机关备案自查,发现判处的刑罚畸轻畸重,或者没有正当理由不采纳人民检察院的量刑建议,可以审慎提出抗诉意见。对于侦查机关、人民法院在认罪认罚从宽适用中普遍存在的问题,要广泛搜集资料进行研究,发出检察建议。

二是充分发挥对司法工作人员渎职侵权案件侦查职能。要全面充分履行各项检察职能,如发现在认罪认罚从宽制度适用中的司法工作人员渎职侵权犯罪,要及时依法立案侦查。

三是坚持政治效果、法律效果、社会效果统一。最高司法机关制定的量刑标准考虑全国适用的普遍性,很多情况没有明确具体标准,有条件的地方检察机关可与当地司法机关沟通,确定符合本地实际的量刑意见。

(四)检察机关要精准把握推进认罪认罚从宽工作的路径

新刑事诉讼法实施后,理论界和实务界尚缺乏对制度普遍适用的总结分析。检察机关虽然具有刑事案件审查起诉的丰富经验,但面临一整套的刑事诉讼法新的规定,加上很多基层检察院正处于内设机构改革初期、捕诉一体办案机制初运行阶段,在推进认罪认罚从宽制度适用中要注意选择好推进的路径。

1. 对轻罪案件提出明确适用要求,探索重罪案件的适用机制

一是法定刑在三年以下有期徒刑或拘役的



轻罪案件,大多数案件事实清楚、行为性质争议不大,具备认罪认罚从宽制度的适用空间。试点期间的经验反映出认罪认罚从宽制度在轻罪案件中适用比例较高、适用效果较好。在制度实施中,我们了解到存在因没有办理案件数量压力没有动力用、因速裁程序时间要求高不愿用、因重罪案件影响大不敢用等消极适用问题。因刑事诉讼法规定的认罪认罚从宽制度既是司法机关的职责,也是犯罪嫌疑人、被告人的权利,我们要及时转变重打击的审查起诉价值观,在审查起诉中客观公正地适用认罪认罚制度,并履行相关办案程序。上级检察院应当对轻罪案件全面适用认罪认罚提出明确具体的要求和指导意见。

二是重罪案件并不是适用认罪认罚制度的例外,试点和实践中也不乏重罪案件因适用认罪认罚取得较好效果的案例。从证据角度,重罪案件适用认罪认罚,更有利于获得口供以引导侦查取证、完善证据链条,对检察官建立内心确信、防范冤假错案都有影响。但鉴于重罪案件法益侵害严重、社会影响大,犯罪嫌疑人的人身危险性较大,个别罪名从宽的空间有限,在办理重罪案件时,宜由具体办案组织审查适用是否从宽。对于符合条件的认罪认罚案件,人民检察院不予从宽要说明具体的理由。专业化较强的办案组织可以就专门类型的重罪案件探索适用认罪认罚从宽的办案机制。

2. 构建适用认罪认罚从宽制度工作机制

一是做好侦查阶段认罪认罚侦查监督工作。侦查机关不能在侦查阶段与犯罪嫌疑人就涉嫌犯罪的罪名、适用的刑罚进行协商,检察机关要加强对侦查阶段适用认罪认罚的真实性、合法性监督。检察机关对审查决定逮捕、退回补充侦查的认罪认罚案件,要充分说明理由;对在退回补充侦查阶段认罪认罚的,要依法审查认定。

二是搭建全流程社区调查工作机制。社区调查报告是犯罪嫌疑人、被告人人身危险性、社区矫正可能的重要依据,拟对犯罪嫌疑人、被告人判处管制、宣告缓刑的,要由司法机关提供调查报告。试点期间,因原规定的调查报告集中在审判中进行,导致很多案件不能及时提交社

区调查作为量刑参考。《指导意见》规定,在侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段均可以委托司法行政机关进行社会调查。检察机关要与司法行政机关建立联合工作机制,审查起诉期间及时委托调查。

三是探索类型案件集中刑拘直诉工作机制。速裁案件审查起诉期限为10日或15日,法院应在10日以内审结;对可能判处有期徒刑超过一年的,应当在15日以内审结。试点期间,很多试点检察院对危险驾驶、交通肇事等犯罪实施刑拘后直接起诉。检察机关可与公安、法院等协调,探索类型案件刑拘直诉。

四是积极配合围绕认罪认罚工作开展的工作安排。认罪认罚从宽制度适用于侦查、审查起诉和审判程序,不同阶段的工作重点不同。相关部门对认罪认罚案件办理作出专门安排时,如人民法院对认罪认罚案件庭前会议、证据开示等作出安排时,检察机关要立足职能积极充分发表意见,做好检察阶段衔接配合工作。

3. 控制好量刑建议的幅度,逐步提高量刑精准度

一是对量刑建议的幅度进行限制。法律规定对检察院的量刑建议,法院一般应当采纳;《指导意见》规定检察院的量刑建议要对主刑、附加刑、是否适用缓刑等提出建议,并要求一般应当提出确定的量刑建议。能否提出精准的量刑建议将是检察机关在认罪认罚从宽制度中是否真正发挥主导作用的关键。之前检察机关提出的量刑建议以幅度量刑为主,并不追求精准建议,目前我们缺乏这方面的训练和实践。作为制度运行推进的切入点,仍然应当允许提出具有一定幅度的量刑建议,但对于具体的幅度要根据案件可能适用不同的法定刑范围有不同的要求。比如,法定刑为拘役的,量刑建议的幅度不超过一个月;有期徒刑法定刑在三年以下的,量刑建议的幅度不能超过三个月;有期徒刑法定刑在三年以上七年以下,量刑建议幅度不超过六个月等。

二是掌握规范化量刑方法。法院系统较早地开展了量刑规范化改革,并制定了常见犯罪量刑指导意见,规范化量刑方法和量刑指导意见已

成为我国刑事诉讼刑罚适用的基本方法和参照。目前,还有一些检察官不能熟练、准确地适用规范化量刑方法。认罪认罚从宽制度适用中,法院和检察院要在量刑上达成一致,必须要有一套共同适用的量刑方法和量刑指导意见。要通过学习、培训,熟练掌握规范化量刑方法,办案中也要参照法院量刑指导意见提出量刑建议。

三是总结非常见罪名的量刑。对于没有在常见犯罪量刑指导意见中规定的罪名,要根据犯罪的法定刑,结合犯罪情节,按照规范化量刑的适用原理确定量刑起点。提出量刑建议前,要深入研究本地、外地类似案件判处的刑罚,以保持刑罚适用的稳定。必要时要与法院提前就此类犯罪的量刑进行探讨研究。

四是审查报告中细化量刑建议的计算方法。检察官有义务说明定罪量刑的事实和理由,在检察量刑建议刚性增强形势下,检察官的自由裁量权增加。为保证客观公正地提出量刑建议,应当要求检察官在审查起诉报告中明确量刑建议的计算方法,把量刑建议的事实理由和计算方式方法作为审查报告一个独立部分,将量刑情节、减让幅度、计算公式等清晰列明,督促检察官审慎提出准确的量刑建议。

(五)检察机关要作好适用认罪认罚从宽制度的法律监督

检察机关在认罪认罚从宽制度中的主导作用,扩大了检察机关起诉裁量权。相应地,检察机关在适用法律过程中的办案风险也必然增加。权力必须接受监督制约,确保批捕、起诉权特别是起诉裁量权正确行使就显得尤为重要。在适用认罪认罚从宽制度中,要防止发生被迫认罪、替人顶罪、以钱赎罪等问题,还要防止出现金钱案、关系案、人情案,必须要严明办案纪律,严格落实办案责任制,规范办案程序,强化外部监督。

1. 全面贯彻落实司法责任制

一是规定检察官办理认罪认罚案件的具体权限。制定检察官权力清单是司法责任制落实的有效措施,通过权力清单明确检察院内部各司司法办案主体的职责权限,明确检察官权力,使相应的司法责任有人承担。要将认罪认罚从宽制

度的职责权限规定在检察官权力清单中,对检察官办理认罪认罚案件各环节的具体权限进行调整。检察官有权决定适用认罪认罚从宽制度,主持签署认罪认罚具结书,决定提起公诉,提出、调整量刑建议。

二是加强对量刑建议的跟踪监督。要将认罪认罚案件的量刑建议及采纳情况作为案件质量评查的重要内容,对发现量刑建议严重违反量刑指导意见或者明显不当的,可以要求办案人员说明理由,理由不成立的,应当作为司法瑕疵记入司法档案;对存在徇私舞弊、滥用职权等情况的,应当及时通知纪检监察部门进行严肃问责。同时,要考核办案人员在认罪认罚案件中提出精准量刑建议的比例、采用率、幅度偏差率等,并综合运用考核结果,促使检察官更加重视精准量刑建议工作。

三是构建权责明晰、监管有效、保障有力的检察权运行新机制。在突出检察官办案主体地位的同时,需要充分发挥检察官联席会议在案件讨论和业务指导上的作用,充分发挥部门负责人审核把关作用,充分发挥检察长和检委会的办案事项决定权,实现“放权不放任、有权不任性”,从而加强对司法办案的监督管理。

2. 严格规范办案程序

一是细化认罪认罚案件办理的流程规范和工作指引。建立办案流程、个罪量刑建议标准、不起诉标准等,对各项审查批捕、起诉工作及其内外部流程作出明确规定或指引,避免出现权责不明、监督不力的情况。对刑事速裁程序案件制定详细的流程图,并从业务管理、监督制约角度进行标注提示。

二是对不起诉权的适用进行优化。制定常见犯罪适用酌定不起诉的标准,按照“可以作”“一般应当作”“一般不应当作”三分层法进行具体细化,为酌定不起诉提供相对明晰的量化标准和有效遵循。

三是强化对认罪认罚案件的流程监控。案件管理部门要强化对认罪认罚案件的流程监控,包括办案期限预警、当事人权利义务文书审查等。对已办结的认罪认罚案件进行定期评查或



不定期抽查,从实体、程序以及办案效果等方面进行评查、纠错。

3. 充分发挥外部监督作用

一是有效保障辩护人、值班律师的参与。辩护人、值班律师的参与,可以有效监督办案机关是否充分保障了当事人的实体和程序性权利。要保障律师会见、阅卷等合法权利,为认罪认罚案件当事人提供有效法律帮助,听取律师关于量刑、程序适用等问题的意见。有条件的地方,可以探索指定辩护人机制,对犯罪嫌疑人认罪认罚未聘请辩护人的案件,通知法律援助机构为其指定辩护人,更充分地保障犯罪嫌疑人的合法权益。

二是强化对被害人权益的保障。被害人是刑事诉讼程序重要主体,应尊重其主体地位,保障其合法权益,及时听取其意见。但被害人意见不是适用认罪认罚的决定性因素。

三是健全外部监督机制。人民检察院要主动接受社会各界的监督,邀请人大代表、政协委员对认罪认罚案件开展专项视察,走访公安机关、审判机关、司法行政机关及律师协会,介绍检察院认罪认罚案件办理情况,探索对影响较大案

件引入人民监督员监督机制。

〔参考文献〕

- [1]孙谦.认罪认罚从宽制度实务指南[M].北京:中国检察出版社,2019:1.
- [2]陈卫东.认罪认罚从宽制度研究[J].中国法学,2016(02).
- [3]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2016:92.
- [4]苗生明,卢楠.重罪案件适用认罪认罚从宽制度的理论与实践[J].人民检察,2018(17).
- [5]孙长永.认罪认罚从宽制度的基本内涵[J].中国法学,2019(03).
- [6]胡云腾等.认罪认罚从宽制度的理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2018:77.
- [7]孙谦.认罪认罚从宽制度实务指南[M].北京:中国检察出版社,2019:36.
- [8]朱孝清.检察机关在认罪认罚从宽制度中的地位和作用[N].检察日报,2019-5-13.
- [9]龙宗智.检察官客观公正义务[M].北京:法律出版社,2014.
- [10]陈国庆.量刑建议的若干问题[J].中国刑事法杂志,2019(05).

【责任编辑:李英霞】

Interpretation of applying leniency system of pleading guilty and punishment in the prosecution link and boosting path

Shen Diman, Li Daming

(Liaoning Provincial People's Procuratorate, Shenyang Liaoning 110033, China)

Abstract: Establishing the leniency system of pleading guilty and punishment in the Criminal Procedure Law has the institutional value of clarifying the legal application of leniency system of pleading guilty and punishment and enriching the judicial model of criminal litigation. The leniency system of pleading guilty and punishment reflects fairness and justice and improves the efficiency of criminal proceedings by participating in sentencing negotiations. The "Guiding Opinions on the Application of the Leniency System of Pleading Guilty and Punishment" formulated by the Two Highs and Three Departments further clarified the scope of application, applicable conditions and understanding application of the system, and clearly solved the difficult problems in the application of the law. However, at present, local procuratorates still face the problem of uneven application of the system. Taking the application of the leniency system of pleading guilty and punishment as an entry point, starting from the innovative concept of procuratorial work in the new era, and accurately understanding the leading role and leading position of the procuratorial organ in the leniency system of pleading guilty and punishment will help enhance the ability and level of procuratorial organs to participate in social governance in the new era.

Key words: leniency system of pleading guilty and punishment; efficiency of criminal proceedings; criminal prosecution; prosecutorial supervision