

刑事司法现代化视域下刑事诉讼目的和原则修改论纲

樊崇义¹, 刘文化²

(1. 中国政法大学, 北京 100088; 2. 广东警官学院, 广东 广州 510440)

〔摘要〕具有中国特色的司法现代化, 必须坚持中国共产党的领导, 坚持以人民为中心, 坚持吸收中华优秀司法文化传统, 坚持吸收全人类司法文明成果与中国实际相结合。本次刑事诉讼法修改应在坚持习近平法治思想的前提下, 结合新时代刑事司法现代化理念, 对刑事诉讼目的和某些原则作出具有前瞻性的修正和规定。刑事诉讼目的应直接将“保护人民”修改为“保障人权”, 做好刑事诉讼目的和刑事诉讼任务的衔接。在刑事诉讼原则部分, 应完善修改无罪推定原则, 增加程序法定原则、不得强迫自证其罪原则、一事不再理与禁止双重危险原则。

〔关键词〕司法现代化; 刑事诉讼目的; 刑事诉讼原则

〔作者简介〕樊崇义(1940—), 男, 河南内乡人, 中国政法大学国家法律援助研究院名誉院长、教授, 博士生导师, 主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究; 刘文化(1978—), 男, 湖南衡阳人, 广东警官学院省社科研究基地“国内安全与社会治理研究中心”副主任、副教授, 法学博士, 主要从事刑事诉讼法学、公安学研究。

〔收稿日期〕2025-01-28

〔中图分类号〕D925.2; D926 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-002-15

当前, 刑事诉讼法第四次修改相关工作正式启动。刑事诉讼法修改是一项系统工程, 其中, 刑事诉讼目的和刑事诉讼原则部分作为刑事诉讼法的“上层建筑”, 直接影响刑事诉讼活动运行的走向, 也决定了整个刑事诉讼制度的价值取向。基于此, 本文拟以刑事司法现代化为基点, 重点就刑事诉讼目的和刑事诉讼原则部分展开讨论。

一、以刑事司法现代化理念指导刑事诉讼法修改

习近平总书记在党的二十大报告中明确指出: “中国式现代化是中国共产党领导的社会主义现代化, 既有各国现代化的共同特征, 更有基于自己国情的中国特色”。现代化的核心指标和

特征, 主要是指生产力发展的现代化, 即一个国家生产力发展到现代科学技术所达到的高度、水平 and 状态, 具有先进科学技术水平、先进生产力水平及高质量生活水平^①。习近平总书记在党的二十大报告中指出, 中国式现代化是人口规模巨大的现代化, 是全体人民共同富裕的现代化, 是物质文明和精神文明相协调的现代化, 是人与自然和谐共生的现代化, 是走和平发展道路的现代化。这既是中国式现代化的本质要求, 也是对中国式现代化的中国特色的集中概括。

具有中国特色的司法现代化, 必须坚持中国共产党的领导, 坚持以人民为中心, 坚持吸收中华优秀司法文化传统, 坚持吸收全人类司法文明成果与中国实际相结合^②。刑事司法现代化是司

①参见骆郁廷:《中国式现代化: 共同特征与中国特色》, 载《马克思主义研究》2023年第1期, 第57页。
②参见樊崇义:《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》, 载《中国法律评论》2023年第4期, 第194页。

法现代化的一部分,必须紧密契合刑事司法的具体特征和要素展开。

刑事司法现代化首先是理念的现代化,要实现“十大理念”的转变,具体包括:以斗争哲学为指导转向以和谐哲学为指导;由国家本位转向国家、社会与个人本位并重;由一元化价值观转向多元化价值观;由权力治人转向权利保障;由有罪推定转向无罪推定;由口供本位转向物证本位;由客观真实转向法律真实;从重实体轻程序转向两者并重,最终转向程序本位;由高压从重转向宽严相济;由国内优位转向国际优位。

刑事司法现代化要求创新研究方法,努力构建中国自主的诉讼法学知识体系和法典体系;要创建具有独立品格的刑事訴訟法学,运用自己独立的理论逻辑、理论术语,讨论本学科的理论问题,发展本学科的理论体系;要按照诉讼原理构成的三个要素,把那些带有普遍性的最基本的规律、对诉讼活动制约最紧密的原理抽象和挖掘出来,把诉讼法学理论研究不断引向深入,切实构建中国自主的法学知识体系和法典体系。

刑事司法现代化要求顺应新时代信息技术的变革要求,体现“数字正义”,实现“智慧司法”。“智慧司法”是社会公平正义信息化和智能化法治保障的重要载体。我国智慧司法建设以“智慧警务”“智慧检务”“智慧法院”为代表,将人工智能等新一代科学技术应用于大数据侦查、检察监督、司法审判、诉讼服务和司法管理,以实现司法业务全流程、全节点智能化为核心,实现业务及其流程的数据化、平台化和智能化,从而提高司法任务的准确性、精确性和效能。智慧司法可以看作是人工智能等现代科学技术赋能司法的一种新的司法运行和管理形态,其快速发展得益于国家政策的推动,《国家信息化发展战略纲要》和《“十三五”国家信息化规划》等重要规划都将建设“智慧司法”列入国家信息化发展战略。

坚持刑事司法现代化,不能违背司法规律。司法规律是指司法诉讼过程中客观存在的、不以人的意志为转移的、能在根本上决定司法诉讼未

来发展方向的、内在的、本质的、必然的规律,是审判权、检察权和其他相关权力有机结合的基本法则,是司法权本质特征和价值取向的高度概括。就刑事诉讼而言,诉讼规律由各种基本理论范畴加以表述,比如刑事诉讼目的、诉讼价值、诉讼结构、诉讼原则、证据制度等,其中诉讼规律本身也构成基本理论范畴^①。从世界范围来看,诉讼模式的演进和转型体现为从“压制型诉讼”到“权利型诉讼”再到当今的“协商型诉讼”,这一过程既是司法规律的体现,也体现了现代司法文明。纵观我国刑事诉讼法的四次修改历程,基本路径就是沿着“科学、民主、文明”的方向展开,历次修改活动也是遵循司法规律,不断迈向刑事司法现代化的过程。新刑事诉讼法的修改应将遵循司法规律作为底层逻辑,严格遵循反映司法规律客观性、稳定性、普遍性的概念、原则、特点和要求,确保新刑事诉讼法修改的科学性、规范性、渐进性、完整性、体系性,为司法改革攻坚克难创造条件,为法治中国建设积累资源和提供样本。

刑事诉讼目的和原则,作为指引刑事诉讼法整体运行的总方针、总奠基、总底座,其科学与完备程度直接决定和影响刑事诉讼法整体运行的质量和效果。基于此,在本次刑事诉讼法修改之际,应在坚持习近平法治思想的前提下,结合新时代刑事司法现代化的理念和要求,对刑事诉讼目的和某些原则作出具有前瞻性的修正和规定。

二、刑事诉讼目的:从“保护人民”到“保障人权”

(一)“人民”与“保护人民”

回顾人类文明发展史,“人民”并非自古就是国家的主体。事实上,“人民”被视为主体的历史距今只有不到 500 年。在人类由野蛮社会进入文明社会的过程中,“人”与“民”最初被界分为具有不同社会身份与地位的两个群体。其中,“人”多指居于统治地位、享有治理权力的群体,而“民”则多指处于被统治地位的下层乃至底层群体^②。

①参见徐鹤喙:《我国刑事诉讼法第四次修改的基点与面向》,载《比较法研究》2024 年第 6 期,第 79 页。

②参见郑根成:《试论党的二十大报告中“人民”一词的三重含义》,载《常州大学学报(社会科学版)》2023 年第 5 期,第 79 页。

最早使用“人民”(people)一词的是古罗马人。现代意义上的“人民”概念则发源于近代欧洲启蒙运动。卢梭在《社会契约论》一书中指出:“这一由全体个人的结合所形成的公共人格,以前称为城邦,现在称为共和国或政治体;当它是被动时,它的成员就称它为国家;当它是主动时,就被称为主权者;而以之和它的同类比较时,乃称它为政权。至于结合者,他们集体地就称为人民;个别地,作为主权威威的参与者,就叫作公民,作为国家法律的服从者,就叫作臣民”^①。“人民”的概念传到马克思那里,马克思给它增加了阶级性。《共产党宣言》中文版中“人民”一词共出现97次。20世纪初,“人民”一词传到中国。随着清末立宪运动的兴起,“人民”的使用更广泛,成为现代国家的基本要素。1904年《新民丛报》刊发的《论政府与人民之权限》一文开宗明义指出:“天下未有无人民而可称之为国家者”。1949年6月30日,毛泽东在《论人民民主专政》一文中强调:“人民是什么?在中国,在现阶段,是工人阶级,农民阶级,城市小资产阶级和民族资产阶级”。改革开放以来,邓小平在“人民”的“社会主义标准”之外增加了“爱国主义标准”,拓宽了“人民”的内涵和外延。邓小平强调,“我国的统一战线已经成为工人阶级领导的、工农联盟为基础的社会主义劳动者和拥护社会主义的爱国者的广泛联盟”。邓小平关于“人民”的论述被当代中国共产党人继承和发展,并吸收进党的指导思想。比如,江泽民同志在阐述“三个代表”重要思想时发展了“人民”的内涵,提出了“社会主义建设者”的新概念;胡锦涛同志在论述科学发展观时拓展了“人民”的外延,提出了“以人为本”“人民主体地位”等思想;2015年10月12日,习近平总书记在中央政治局会议上第一次提出“坚持以人民为中心的发展思想”。党的十八大以来,习近平总书记丰富并发展了新时代“人民”的内涵,把“拥护祖国统一的爱国者”变成“拥护祖国统一和致力于中华民族伟大复兴的爱国者”;

深化了新时代党的宗旨,强调“人民对美好生活的向往,就是我们的奋斗目标”,充分满足和努力实现人民在“民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求”。在党的十九大报告中,“人民”一词出现203次。在现阶段,“人民”是指全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护中国共产党领导和中国特色社会主义的爱国者、拥护祖国统一和致力于中华民族伟大复兴的爱国者。现代意义上的“人民”是作为公权力的来源和宪法合法性的“整体”的概念^②。

“人民”是一个具有丰富内涵的政治概念。“保护人民”更侧重于对人民整体利益的保护,是党和国家的根本职责和使命。“人民”与“保护人民”是密不可分的。一方面,“人民”是“保护人民”的主体和对象。国家的一切权力属于人民,国家的根本任务是保护人民的利益。另一方面,“保护人民”是“人民”权益的保障和体现。只有通过有效的保护措施,才能确保人民的各项权益得到充分保障,实现人民当家作主的根本目标。

(二)“保护人民”与“保障人权”

关于人权的定义,在许多法学、政治学和哲学著作中,人权是与公民权相对应的。人权指那些直接关系到人得以维护生存、从事社会活动所不可缺少的最基本权利,如生命安全、人身自由、人格尊严、基本的社会保障等。在权利本位范式结构内,人权被作为权利的一般形式,大凡与人的尊严、生存、社会活动有关的权利,均可纳入人权的范畴,人权概念因而也被广泛使用^③。由联合国委托编写的一本人权宣传材料指出:“人权的概念有两个基本的意义。人权的第一种意义是由于人作为人而享有的与生俱来的不可剥夺的权利。它是来自每个人性中所具备的道德权利(moral rights),而且它的目的是保障每一个人的尊严。人权的第二种意义是法律权利(legal rights),它是根据社会——既包括国内社会、也包括国际社会——法律产生过程而制定的。这种

①参见祝灵君:《读懂“人民”的含义与价值》,载《人大论坛》2019年第10期,第62-63页。

②参见王勇:《宪法学原理与使用》,北京:法律出版社2017年版,第2页。

③参见张文显:《法哲学范畴研究》,北京:中国政法大学出版社2001年版,第399页。

权利的基础是得到被统治者(即权利的主体)承认,而不是作为第一种意义之基础的与生俱来的法则”^①。关于“人权”的分类,《世界人权宣言》首创了两大类人权的划分方法,第一类是公民和政治权利;第二类是经济社会和文化权利。有的西方学者和人权组织根据世界各国人权法和国际人权法,将人权概括为六类:(1)生命权;(2)自由权;(3)财产权;(4)关于公民个人地位的各种权利,例如国籍权和各项民主权利;(5)涉及政府行为的权利,尤其是涉及法治和司法行政的权利,比如不受任意逮捕的权利和公平审判的权利;(6)经济、社会和文化权利,例如受教育、工作、社会保险、休息、娱乐,以及足以维持个人健康和福利的生活水准的权利^②。

“保护人民”与“保障人权”在内涵、侧重点和实施范围等方面既存在联系,又有所区别:

从二者的联系来看,二者存在相同的目的。“保护人民”和“保障人权”的根本目的都是为了维护人民的合法权益,确保人民在法律框架内享有应有的权利和利益,二者都致力于构建一个公平、正义、和谐的社会环境,使人民能够享有平等的生存权、发展权等。在一定程度上,“保障人权”可以视为“保护人民”的广义表述。在刑事法领域,“保障人权”既包括保障被害人的人权,也包括保障犯罪嫌疑人、被告人的人权,而“保障人权”则是对这些具体权利的详细阐述和保障。

从二者的区别来看,(1)“保护人民”往往是一个政治概念,通常强调国家通过法律、政策等手段保护人民的生命、财产、安全等权益,以预防和制止犯罪,维护社会秩序。它更侧重于宏观层面的保护,如国家安全、社会稳定等。“保障人权”则是一个法律概念,更加注重保护公民的基本权利,包括生命权、生存权、发展权、人身自由权、名誉权、隐私权、受教育权等平等权利,它更侧重于个体层面的权利保障。(2)“保护人民”通常指国家机关、公共安全部门等机构采取措施,保护人民的身体、财产及其他权益。这些措施可

能包括制定法律法规、加强执法力度、提高司法公正等。“保障人权”的内涵则更加广泛,涉及政治权利、经济权利、文化权利等多个领域。它不仅要求国家制定和执行法律法规来保障公民权利,还要求国家在社会、经济、文化等方面为公民权利的实现提供必要的条件和保障。(3)“保护人民”的侧重点在于预防和制止犯罪,维护良好的社会秩序,确保人民的生命、财产等权益不受侵犯;“保障人权”的侧重点则在于确保每个人都能在法律框架内享有应有的权利和自由,不受任何形式的歧视和侵犯。

综上,“保护人民”与“保障人权”在内涵、侧重点和实施范围等方面既存在联系又有所区别,两者共同构成了国家保障人民权益的完整体系,但各有侧重。

有学者认为,“人民”是一个政治概念,而不是一个法律概念。“人民”的内涵随着社会的发展而变化,但“人民”始终是一个事关“好人”的概念,并不包括所谓的“敌人”,诸如犯罪嫌疑人、被告人等众多主体并不能被囊括进来。由此导致的后果就是1996年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第1条所规定的“保护人民”似乎并不包括犯罪嫌疑人、被告人,给人一种犯罪嫌疑人、被告人只能是打击而非保护的对象的表象。这与人权保障的内涵与要求是有很大差异的。人权,是人之为人所具有的基本权利,并无所谓的“好人”与“敌人”之分。韩大元教授也据此认为,应当将该法第1条中的“保护人民”改为“保障人权”;而且,其认为“惩罚犯罪,保护人民”隐含了通过惩罚犯罪来保护人民的逻辑,惩罚犯罪就是保护人民,保护人民就是通过惩罚犯罪得以实现的,所以“惩罚犯罪,保护人民”是重复强调,并不能体现保护人权的内涵^③。

笔者建议,在本次刑事诉讼法修改过程中,应协调好第1条“保护人民”和第二条“尊重和保障人权”的关系,将《刑事诉讼法》第1条“惩罚犯

①参见[英]利厄·莱文:《人权:问题与答案》,张彤等译,香港:商务印书馆(香港)有限公司1990年版,第57页。

②参见张文显:《法哲学范畴研究》,北京:中国政法大学出版社2001年版,第401页。

③参见何家弘主编:《法学家茶座精选集第4卷》,济南:山东人民出版社2022年1月版,第44-45页。

罪,保护人民”修改为“惩罚犯罪,保障人权”,具体理由如下:

一是履行我国宪法的必然之举。我国宪法明确规定“国家尊重和保障人权”,这是国家一切公权力行为的基本准则,体现了社会主义民主的本质要求。刑事诉讼法作为宪法具体化的基本法律,必须服从宪法价值,在价值理念上体现宪法的原则与精神,在制度设计上遵守和落实宪法的规定^①。因此,将刑事诉讼法中的“保护人民”修改为“保障人权”,有利于更好地体现宪法精神,确保刑事诉讼法与宪法保持一致。二是契合刑事诉讼的目的和要求,有利于全面保障人权。将“保护人民”修改为“保障人权”,可以更加全面地保障包括犯罪嫌疑人、被告人、被害人在内的所有诉讼参与人的合法权益,确保他们在刑事诉讼过程中受到公正对待。三是有利于实现法律表述的精确性。在法律层面上,“保障人权”比“保护人民”更具精确性和可操作性。它可以明确指向具体的权利和自由,为司法实践提供更为清晰的指引。四是能够彰显《刑事诉讼法》修改的积极成果。将“保护人民”修改为“保障人权”,有利于准确反映刑事诉讼法修改的积极成果,彰显我国人权事业发展进程与未来法治发展目标。

我们党和国家历来高度重视人权保障,尊重和保障人权也是我国宪法的一项重要原则。习近平总书记指出:“我们坚持法律面前人人平等,把尊重和保障人权贯穿立法、执法、司法、守法各个环节,加快完善权利公平、机会公平、规则公平的法律制度,保障公民人身权、财产权、人格权,保障公民参与民主选举、民主协商、民主决策、民主管理、民主监督等基本政治权利,保障公民经济、文化、社会、环境等各方面权利,不断提升人权法治化保障水平”。党的十八大报告将“人权得到切实尊重和保障”确立为全面建成小康社会和深化改革的重要目标之一。习近平总书记在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告中指出:十年来,我国迈上全面建设社会主义现代化

现代化国家新征程,全面发展全过程人民民主,人权得到更好保障,法治中国建设开创新局面。我们要加强人民当家作主制度保障,“坚持走中国人权发展道路,积极参与全球人权治理,推动人权事业全面发展”^②。以上都说明,保障人权已经成为法治中国实践的时代主旋律,成为与公民日常生活密切相关的制度安排。

(三)坚持以人民为中心,尊重和保障人权

“以人民为中心”是马克思主义的基本立场和理论内涵。“人民性是马克思主义最鲜明的品格”^③。2020年11月16日至17日,中国共产党历史上首次召开的中央全面依法治国工作会议,将习近平法治思想明确为全面依法治国的指导思想。习近平法治思想内涵丰富、论述深刻、逻辑严密、系统完备。就其主要方面来讲,就是习近平总书记在这次会议重要讲话中精辟概括的“十一个坚持”,其中第二个坚持就是“坚持以人民为中心”。习近平总书记强调:“全面依法治国最广泛、最深厚的基础是人民,必须坚持为了人民、依靠人民。要把体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉落实到全面依法治国各领域全过程。推进全面依法治国,根本目的是依法保障人民权益。要积极回应人民群众新要求新期待,系统研究谋划和解决法治领域人民群众反映强烈的突出问题,不断增强人民群众获得感、幸福感、安全感,用法治保障人民安居乐业”。“坚持以人民为中心”是习近平法治思想的重要概括,也是刑事诉讼法在人权保障领域的总要求。

在推进刑事诉讼法修改的过程中,必须坚持“以人民为中心”的核心理念,尊重和保障人权,坚持修法发展的目的是一切为了人民,修法发展的动力是一切依靠人民,修法成败的检验标准是一切效果由人民评判,始终把人民利益摆在至高无上的地位,让修法的发展成果更多更公平惠及全体人民。

①参见韩大元:《刑事诉讼法修改应明确规定“保障人权”》,载《新产经》2012年第2期,第38页。
②参见《中国共产党第二十次全国代表大会文件汇编》,北京:人民出版社2022年10月版,第32页。
③参见习近平:《在纪念马克思诞辰200周年大会上的讲话》,载《人民日报》2018年5月5日,第2版。

(四)体系化构建人权司法保障制度

“人权司法保障”是人权话语在司法领域的具象化。在我国,它最早是作为政治话语出现在政府人权白皮书中的。1991年《中国的人权状况》白皮书中写道:“中国重视在司法活动中保护人权”。此后,其表述经历了从“司法中的人权保障”到“人权的司法保障”再到“人权司法保障”的发展过程^①。2013年11月,党的十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,明确提出“完善人权司法保障制度”的重要改革目标。这是中共中央在党的文件中首次提及“人权司法保障”的概念,标志着人权司法保障制度在我国的建立,旨在为公民提供更加全面、有效的权利保障。2014年10月23日中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》为我国人权司法保障制度的设置、运行提供了宏观上的政策指南,也是未来我国人权司法保障制度的行动方向。

“人权司法保障制度”的体系化建构旨在确保公民在司法活动中的人权得到全面、有效的保障,建议从以下几个方面进行建构。一要明确司法保障的基本原则。在《刑事诉讼法》的总则中明确基本的人权保障原则,指导整个制度的建设和运行,其内容应当包括公正原则、公平原则、公开原则、程序正当原则以及人权至上原则等。二要加强司法机关的建设和改革。司法机关是人权司法保障制度的重要执行者。为了提升司法保障的效果,需要加强司法机关的建设和改革,具体包括提高司法人员的素质和能力,加强司法队伍的建设;推进司法体制改革,优化司法资源配置;加强司法监督,确保司法公正和效率等。三是建立多元化的权利救济机制。“无救济则无权利”。在人权司法保障制度中,建立多元化的权利救济机制至关重要,包括为公民提供多种途径和方式来维护自己的合法权益,如刑事附带民事诉讼、申诉与再审、刑事和解等。四是建立人权司法保障评估机制。为了评估人权司法保障

制度的效果和存在的问题,需要建立人权司法保障评估机制,包括对司法活动的公正性、效率性、合法性等方面进行评估;对公民的权利保障情况进行调查和监测;对司法机关的工作绩效进行考核和评价等。通过评估机制的建立,可以及时发现和解决问题,推动人权司法保障制度的不断完善和发展。

三、增设若干刑事诉讼基本原则

刑事诉讼法的基本原则是刑事诉讼法规定的,贯穿于刑事诉讼的全过程或主要诉讼阶段,对人民法院、人民检察院、公安机关和诉讼参与人具有普遍约束力,必须共同遵守的基本行为准则。刑事诉讼法的基本原则能够比较全面而深刻地总结与概括刑事诉讼活动的本质属性、鲜明特征及内在规律,对于实现刑事诉讼法的任务具有非常重要的意义。

现行《刑事诉讼法》第5条至第18条规定了若干刑事诉讼原则,各项原则在《刑事诉讼法》中均有明确的条文作为依据,但在刑事诉讼的司法实践中,也逐渐形成了一些基本原则,这些原则为实践活动提供了重要指引,但尚未被纳入成文规定之中。因此,在《刑事诉讼法》第四次修改之际,应当审慎考虑将这些在实践中形成的重要原则纳入新刑事诉讼法的法律条文之中。

(一)程序法定原则

程序法定原则是整个刑事诉讼基础原则的基石。该原则是指国家刑事司法机关的职权及其追究犯罪、惩罚犯罪的程序,都由立法机关所制定的法律即《刑事诉讼法》加以明确规定;《刑事诉讼法》没有明确赋予的职权,司法机关不得行使;司法机关也不得违背刑事诉讼法所明确设定的程序规则而任意决定诉讼的进程^②。程序法定原则包含两层含义:一是刑事诉讼程序应当由法律事先明确规定;二是刑事诉讼应当依据国家法律规定的程序进行^③。为了体现刑事程序正

①参见李璐君:《“人权司法保障”的语义分析》,载《华东政法大学学报》2019年第4期,第140页。

②参见谢佑平主编:《程序法定原则研究》,北京:中国检察出版社2006年版,第30页。

③参见宋英辉:《刑事诉讼原理》,北京:法律出版社2014年8月版,第42页。

义、平等、秩序、效率等价值,确保刑事诉讼的公正性、合法性和有效性,助推实现权力制衡和保障人权,应当在《刑事诉讼法》中明确规定程序法定原则。

1. 现有规定

本世纪初,以谢佑平教授为代表的部分学者提出“程序法定”原则,此后产生了程序法定是否是刑事诉讼基本原则的争论,以及对程序法定是“最重要的帝王原则”与“根本不是原则”的两极化观点^①。我国1998年10月5日签署的联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定:“每个人都享有人身自由与安全的权利,任何人不得被任意逮捕或羁押,除非依据法律所规定的理由并遵守法定的程序,任何人不得被剥夺自由”。我国现行《刑事诉讼法》中并没有直接规定程序法定原则,但是该法第3条第2款指出:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须严格遵守本法和和其他法律的有关规定”。这一条款强调了刑事诉讼活动必须依法进行,体现了程序法定原则的基本要求。该法第52条也明确规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”。这一条款进一步强调了程序法定原则在证据收集方面的应用,要求司法人员必须按照法定程序进行证据的收集、固定、审查和运用。

《中华人民共和国刑法》第3条规定,“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”,明确界定了罪刑法定原则。程序法定原则与罪刑法定原则体现着相同的法律精神,即法律至上、尊重人权以及法治国家的价值追求。程序法定原则强调的是刑事诉讼程序的法定性,即刑事诉讼活动必须严格依照法律规定的程序进行,以确保程序的公正性和合法性;而罪刑法定原则则

侧重于实体法的层面,要求犯罪的认定和刑罚的适用必须有法律的明文规定。

现阶段,我国刑事诉讼法缺乏明确的程序法定原则,这导致公安机关、检察机关、人民法院等主体在司法实践中有权对程序法进行带有立法性质的司法解释,使得“法外立法”“法外执法”等严重背离程序法治化现象的产生^②,这种情况违背了程序法定这一基本原则的要求,亟须进行立法完善。

2. 域外观察

在英美法系国家,指导并规范刑事审判活动的核心理念是“正当程序”和“自然正义”两项价值准则^③。通常,刑事程序法定原则被视为正当程序原则的具体体现,其根源可追溯到英国所秉持的“自然正义”观念,并在美国经历了进一步的演进与成熟。英国1215年《自由大宪章》第39条规定:凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外,不得加以扣留、监禁、没收其财产、褫夺其法律保护权或加以放逐、伤害、搜索或者逮捕。这一条款首次确认了自然正义原则。爱德华三世统治的第25年和第28年,议会两次立法重申《自由大宪章》的精神,即任何人未经法律正当程序的审判,不论其身份与环境状况如何,均不得被驱逐出国、强制离开领地、逮捕、拘禁、取消继承权或剥夺生存权利。1628年英国《权利请愿书》使自然正义原则得到进一步发展,明确规定:“不经过国家法律或法庭程序,不得非法逮捕任何人或剥夺其财产”。这种以自然正义原则来限制王权的方式,逐渐在英国被作为宪法原则而获得遵循。美国1868年《宪法修正案》第14条第1款规定:凡在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人,均为合众国的和他们居住州的公民;任何一州都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律;不经正当法律程

①参见闵丰锦:《法治的呼唤:程序法定原则再审视》,载《岭南学刊》2017年第3期,第101-107页;万毅,林喜芬:《现代刑事诉讼法的“帝王”原则:程序法定原则重述》,载《当代法学》2006年第1期,第26-35页;李邦军:《我国刑事诉讼法应当确立程序法定原则》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2005年第11期,第66-69页;江涌:《“程序法定原则”不能成立吗——兼与黄士元博士商榷》,载《政治与法律》2007年第4期,第143-148页;黄士元:《程序是否需要“法定”对“程序法定原则”的反思性评论》,载《中外法学》2006年第4期,第484-493页。

②参见谢佑平:《法治现代化视野下〈刑事诉讼法〉再修改》,载《政法论坛》2024年第1期,第60页。

③参见陈少林,顾伟,廖礼仲:《刑事诉讼基本原则研究》,武汉:中国地质大学出版社2012年版,第3页。

序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产。正当程序原则要求行政程序或法律程序的内容要符合“正当性”,即程序的中立、理性、排他、平等参与、公开等价值。这些理念要求刑事诉讼过程必须遵循法定程序,确保被告人的合法权益得到充分保障。

在大陆法系国家,1789年8月,法国国民议会通过并颁布了《人权和公民权宣言》,其中第7条规定:任何人都不应被指控、逮捕或监禁,除非是法律所确定的案件,并按照法律所规定的形式进行。该规定传达了对任何人进行控告乃至刑事处罚,都必须以法律规定为准,并依据法律规定的既有程序才能进行的法律精神。1791年的《法国宪法》对这一原则进行了确认。此后,该原则传播到整个欧洲大陆,大陆法系国家以法典化的方式对刑事诉讼的基本方面进行细密的规定。

3. 当前司法实践中存在的问题

尽管我国《刑事诉讼法》未直接明文规定程序法定原则,但其各项条款实质上蕴含了该原则的核心要义,保障了刑事诉讼活动的合法性及司法公正的实现。然而,由于缺乏明确的条文表述,尽管程序法定原则在刑事诉讼实践中占据关键位置,却也在司法实践层面引发了一系列挑战与问题。

一方面是立法滞后导致司法解释超越立法界限的问题。随着社会的不断发展和进步,新的犯罪形式和手段层出不穷,而刑事诉讼法的修订往往滞后于实践的发展,导致一些新型犯罪案件在程序上缺乏明确的法律依据。公检法机关依据司法解释及其他规范性法律文件处理案件,极有可能逾越了立法的既定框架,导致对程序法定原则的偏离便不再仅仅是个案层面的现象,而是从根本上构成了对程序法定原则方向性的根本背离或偏离其核心价值。例如,《刑事诉讼法》第79条规定:人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月,监视居住最长不得超过六个月。但是最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第75条规定:人民检察院、公安机关已对犯罪嫌疑人取保候审、监视居住,

案件起诉到人民法院后,人民法院对于符合取保候审、监视居住条件的,应当依法对被告人重新办理取保候审、监视居住手续;取保候审、监视居住的期限重新计算;人民法院不得对同一被告人重复采取取保候审、监视居住措施。根据这些司法解释的规定,被追诉人适用取保候审和监视居住的最长期限就有可能被延长。换言之,司法解释在某些情况下会对法律明确规定的某些内容的适用范围不适当地扩大,造成司法解释超越立法界限,不仅在具体案件处理上违背了程序法定的要求,更深层次地动摇程序法定原则作为法治基石的稳固性。

另一方面是司法实践中出现程序违法的问题。例如,侦查机关在未经法定程序批准的情况下进行搜查、扣押等侦查行为,或者公安机关在依法对被追诉人采取限制人身自由的强制措施时,羁押期限超出法律规定的期限;对于一些情节轻微的刑事案件,可能过度适用强制措施或者审判程序过于烦琐等。这些不当的程序适用不仅浪费了司法资源,也影响了刑事诉讼的效率和质量;同时,也会严重损害当事人的合法权益以及刑事诉讼的公正性和权威性。

4. 改革与完善

程序法定是现代刑事诉讼的基本要求。在《刑事诉讼法》第四次修改之际,将程序法定原则写入我国刑事诉讼法总则,对保障刑事诉讼法的整体运行具有重要作用。为进一步完善程序法定原则在刑事诉讼中的实施,本文建议,可以采取以下措施:

首先是立法层面的完善,即将刑事程序法定原则独立作为一条规定在《刑事诉讼法》中。关于立法形式,可以表述为:刑事诉讼程序应当由法律事先作出明确规定;公安机关、人民检察院、人民法院以及其他国家机关进行刑事诉讼必须严格遵守本法和其他法律的有关规定,不得超越本法和其他法律所规定的权限;对违反法定程序的诉讼行为,人民法院应当根据违法的轻重程度及结果情况,决定违法行为是否有效。此外,还要及时将实践中出现的新型犯罪案件纳入法律调整范围,明确其程序要求,加强对刑事诉讼程

序的研究和探讨,不断完善和优化程序设计。同时,需要注意的是,司法解释作为法律适用过程中的重要环节,其合法性和合理性需要受到严格的监督和审查。对此,可以通过建立司法解释备案审查制度、加强司法解释的公开透明等方式,来确保司法解释的合法性和合理性。

其次是执法层面的规范。司法机关应严格遵守和执行刑事诉讼法规定的程序要求,确保每一项侦查、起诉、审判等行为都符合法定程序。国家机关在刑事诉讼程序中,对案件进行某一诉讼阶段的最终裁决或处理时,其行使的处分性职权必须严格依照《刑事诉讼法》的明确规定来进行,不得擅自扩充或引入法律未授权的权力或职能,以确保职权行使的合法性与正当性^①。对于违反法定程序的行为,应依法追究相关人员的法律责任。

最后是监督机制的建立。应当加强对刑事诉讼程序的监督力度,建立有效的诉讼监督制约机制,对司法机关的侦查、起诉、审判等行为进行全程监督;同时,鼓励社会公众和媒体对刑事诉讼程序进行监督,及时发现和纠正程序违法行为。

(二) 无罪推定原则

无罪推定原则是在否定中世纪纠问式诉讼制度的基础上形成并发展起来的,现已成为世界各国普遍承认的刑事法原则,是保障犯罪嫌疑人、被告人基本人权的关键,防止了司法机关在未经充分证据支持的情况下,对被告人进行有罪推定和不当刑罚判决。这一原则还派生出沉默权、疑罪从无等原则。然而,现今更偏重在审判程序中的无罪推定,对于审前程序却缺乏足够的重视与关注。据此,本次刑事诉讼法再修改,应对无罪推定原则作出进一步明确。

1. 现有规定

无罪推定原则的基本含义是受刑事指控者在被法院宣告有罪之前应被推定为无罪。在证

明责任的分配上,该原则要求证明责任由控方承担;在证明标准上,证明应达到排除合理怀疑的程度,而且案件存疑的时候应有利于被指控人。《公民权利和政治权利国际公约》第14条第2款规定:“凡受刑事控告者,在未依法证实有罪之前,应有权被视为无罪”。我国《刑事诉讼法》第12条规定:“未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪”。这一规定体现了无罪推定原则的精神,即在未经法定程序判决有罪之前,任何人应被视为无罪。然而,值得注意的是,我国的这一规定并未直接使用“无罪推定”的表述,而是采用了“不得确定有罪”的表述方式。该规定并非国际通行的“无罪推定”原则,而是配合1996年《刑事诉讼法》废除检察机关免于起诉权后统一法院定罪权的需要^②。这与国际通行的无罪推定原则强调的被迫诉人在刑事诉讼过程中应被推定为无罪的表述尚存在一定差异。

2. 域外观察

无罪推定原则起源于古罗马诉讼中的“有疑,为被告人之利益”的原则^③。19世纪,意大利刑法学家贝卡里亚在《犯罪与刑罚》中写道:“在法官判决之前,一个人是不能被称为罪犯的”^④。这是“无罪推定”首次被提出。1789年,法国《人权宣言》第9条明确规定:“任何人在宣判有罪之前应当视为无罪”,为后来的刑事司法制度中贯彻无罪推定原则奠定了根基。

在美国等西方国家,无罪推定原则被视为刑事司法体系中的基石。有美国学者作出解释,认为正当法律程序理念中已包含了无罪推定的思想^⑤。1895年,美国联邦最高法院通过案例,明确宣布了刑事司法中实行无罪推定的原则。该判例写道:“一项指控不应被宣判有罪,除非有排除合理怀疑的证据证明有罪,在这些国家,犯罪嫌疑人、被告人在未经法定程序判决有罪之前,被视为无罪,并享有广泛的诉讼权利,如沉默权、

①参见徐阳:《程序法定原则对刑事司法的规范意义》,载《法学》2014年第10期,第131页。
②参见韩旭:《第四次〈刑事诉讼法〉修改的法治现代化期待》,载《政法论丛》2024年第1期,第55页。
③参见谢佑平,万毅:《刑事诉讼法原则:程序正义的基石》,北京:法律出版社2002年版,第239页。
④参见[意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:北京大学出版社2008年版,第37页。
⑤参见陈瑞华著:《刑事审判原理》,北京:北京大学出版社2003年版,第120页。

辩护权等”。这些权利的设置旨在保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益,防止司法机关滥用权力,确保刑事司法的公正性。《葡萄牙共和国宪法》第32条第2款规定:“任何被告人在被判为有罪之前应被推定为无罪”;《大韩民国宪法》第27条第4款规定:“刑事被告人在被判为有罪之前,应推定为无罪”;《俄罗斯联邦宪法》第49条规定:“每个被控犯罪者在其罪名未经联邦法律规定的程序以证实和已经生效的法院判决所确认之前均为无罪。被告没有证明自己无罪的义务。无法排除的有罪的怀疑应作出有利于被告的解释”。

3. 当前我国司法实践中存在的问题

尽管我国《刑事诉讼法》体现了无罪推定原则的精神,但在司法实践中仍存在一些问题:

首先是有罪推定观念的影响。部分司法人员仍受到有罪推定观念的影响,在侦查、起诉和审判过程中容易对犯罪嫌疑人、被告人产生偏见。这种有罪推定的思维定式与无罪推定原则相悖,它导致司法人员在处理案件时,可能忽视对犯罪嫌疑人、被告人无罪证据的收集;甚至滥用职权,采取刑讯逼供等非法手段获取口供,从而影响司法公正。

其次是证据收集和使用的問題。在英美法系国家,无罪推定原则主要被视为一种证据分配规则,即要求控诉方承担举证责任。然而,在我国司法实践中,虽然也强调控诉方承担举证责任,但由于各种原因,证据收集、审查和运用等方面具有复杂性,有时可能出现证据不足或证据不充分的情况,平衡控辩双方的举证责任成为难题,导致对犯罪嫌疑人、被告人的合法权益造成侵害。

再次是辩护制度的不完善。虽然中国已经建立了辩护制度,但在实践中仍存在一些问题,如辩护律师的权利保障不足,律师往往会遭遇调查取证难、阅卷权受限等障碍,削弱了律师的辩护效能;辩护策略缺乏深度与针对性,难以有效对抗控方的指控,辩护质量不高等。这在一定程度上影响了无罪推定原则的实施。

最后是新闻媒体的倾向性报道容易误导輿

论方向,造成公众对被控诉人的“有罪”推定。受传统法律文化影响,公众对于“有罪必究”“惩恶扬善”等观念的认同度较高,而对于无罪推定原则所强调的“疑罪从无”等理念可能存在一定的接受障碍;情绪化的舆论环境可能干扰司法程序的正常进行,影响司法人员的独立判断,导致司法机关容易采取疑罪从轻或疑罪从有的实践策略。这在一定程度上滞碍了无罪推定原则的实行效果,甚至影响司法判决的公正性。

4. 改革与完善

为了进一步完善无罪推定原则在中国刑事司法体系中的实施,可以采取以下措施:

首先,是明确立法表述。在《刑事诉讼法》中明确规定“无罪推定”这一原则,并细化该原则的具体内容,主要包括以下三点。其一,不得强迫自证其罪。犯罪嫌疑人、被告人享有不得被强迫自证其罪的权利。在侦查、起诉和审判阶段,司法机关不得采取任何非法手段强迫犯罪嫌疑人、被告人作出有罪供述。其二,举证责任分配。现行刑事诉讼法已经明确,公诉案件中,被告人有罪的举证责任由检察院承担;自诉案件中,被告人有罪的举证责任由自诉人承担。上述规定有助于确保司法公正,防止因举证责任不清而导致的冤假错案。其三,疑罪从无。当控诉方提出的证据不足以证明犯罪嫌疑人或被告人有罪时,法院应作出无罪的处理。这种表述能够直接体现无罪推定原则的核心精神,为司法实践提供明确的指导,同时也有助于保护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

其次,是重视证据收集和使用的规范化。应当完善证据收集、审查、判断的规则和程序,建立更为严格细致的审查标准。在证据收集阶段,必须严格遵守法定程序,严禁任何形式的非法取证行为,比如刑讯逼供、超期羁押等侵犯人权的行为;明确有罪判决的证明标准,实现庭审实质化,保障法官在裁决时是基于证据链的完整性、逻辑的一致性和证明力的强弱;同时,加强对证据使用的监督和管理,防止证据被滥用或误用。

再次,是完善辩护制度。加强辩护律师的权利保障,提高辩护质量。明确并强化辩护律师的

调查取证权、阅卷权、会见通信权等核心权利;同时,建立健全律师执业权利救济机制,对于侵犯律师权利的行为,要依法追究,提供有效的法律救济途径;进一步完善法律援助制度,确保经济困难或其他符合条件的犯罪嫌疑人、被告人能够获得及时、有效的法律帮助与支持,避免该群体在刑事诉讼过程中因缺乏法律资源而处于不利地位。

最后,是加强司法人员培训和教育以及规制涉法新闻报道。提高司法人员的法律素养和职业道德水平,引导司法人员树立正确的司法观念,增强对无罪推定原则的认识和理解,贯彻存疑有利被告的原则;同时,媒体在报道和信息传播过程中应当确保其内容的真实性,并且在报道时对相关人士保持客观公正的立场,避免夸大其词或发布不实信息;报道的内容必须合乎法律要求,不得煽动公众仇恨,不得详细渲染犯罪手法,也不得从事任何其他违法行为^①。

(三) 不得强迫自证其罪原则

不得强迫自证其罪原则,在国际上又被称为沉默权规则,指的是在刑事案件中,刑事追诉机关及司法机关不得强制任何人证明自己有罪或作出对自己不利的供述,不能使犯罪嫌疑人、被告人被迫成为反对自己的证人。禁止强迫自证其罪原则及沉默权,与无罪推定原则及举证责任的原理密不可分。为杜绝司法实践中刑讯逼供和引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据的情况,应当在《刑事诉讼法》原则中明确规定不得强迫自证其罪。

1. 现有规定

现行《刑事诉讼法》第52条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪”。这一规定体现了对

犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利的保护,彰显了刑事法治精神。它包含以下含义:一是被告人没有义务为追诉方向法庭提出任何可能使自己陷入不利境地的陈述;二是被告人有权拒绝回答追诉官员或法官的讯问,有权在讯问中保持沉默;三是犯罪嫌疑人、被告人有权就案件事实作出有利或不利于己的陈述,但必须出于真实自愿^②。

但是该原则被规定在第五章“证据”项下,而没有被确立在总则当中,故而引起了其能否作为我国《刑事诉讼法》基本原则的争议^③。

2. 域外观察

在国际社会,不得强迫自证其罪原则被视为刑事诉讼的基本原则之一,具有极高的法律地位。国际通说认为该原则起源于英国,1637年英国著名的“李尔本案”被公认为“沉默权”第一案,这一权利后来被明文记载于1689年的《权利法案》中,对同为英美法系的美国确立“米兰达规则”有着直接的影响。

许多国家将该原则宪法化,并通过具体化的制度安排与程序设计,如沉默权、律师在场权等来保障该原则的实施。1791年,美国宪法第五修正案吸收了该原则,其中明确指出:“任何人……不得在任何刑事案件中被迫自证其罪”,并通过一系列的判例使其内容丰富而具体化,进而影响到其他国家和地区。除了英美法系国家,大陆法系国家如德国、法国等国的法律中也有不被强迫自证其罪的规定。法国《刑事诉讼法》第114条第1款还规定:被告人首次出庭时,负责侦查的预审法官应“通知他有不作供述的自由”。1982年,加拿大《权利与自由宪章》以宪法性文件的形式规定:在受到刑事指控时,任何人都有不被强迫(在针对自己的诉讼程序中)充当证人的权利。日本《宪法》第38条规定:“任何人都不受强迫做不利于自己的供述,通过强迫、拷问或威胁所得的口供或经不适当的长期拘留或拘禁后的口供,均不得作为证据”。日本《刑事诉讼法》第146条

①参见陆小华,杨益航:《论涉法新闻报道的规制——以无罪推定为视角》,载《浙江工商大学学报》2019年第2期,第51页。

②参见樊崇义:《不得强迫自证其罪原则的理解与运用》,载《人民法治》2019年第13期,第58页。

③参见梁欣:《不得自证其罪原则适用的几个问题——兼评刑事诉讼法修正案(草案)第49条》,载《法律适用》2012年第3期,第30-33页;沈晶:《新〈刑事诉讼法〉框架下不得强迫自证其罪原则之解读》,载《湖北警官学院学报》2012年第7期,第6-9页。

规定:“任何人,都可以拒绝提供有可能使自己受到刑事追诉或者受到有罪判决的证言”;该法第311条也规定:“被告人可以始终沉默,或者对各项质问拒绝供述”。

1966年联合国通过《公民权利和政治权利国际公约》,该公约第14条第3款规定:“不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪”。随后,《少年司法最低限度标准规则》《关于刑事诉讼中的人权问题的决议》等法律文件皆对此原则进行了规定,不得强迫自证其罪逐渐发展成为一项刑事司法的国际准则。

3. 我国司法实践中存在的问题

不得强迫自证其罪原则是现代法治国家刑事司法的重要原则之一,它保护了被告人的权利,推动了无罪推定原则的实现,并为刑事诉讼的公正性和合法性提供了保障。然而,尽管我国《刑事诉讼法》已经明确规定了不得强迫自证其罪原则,但在司法实践中仍存在一些问题:

其一是立法上的模糊定位。《刑事诉讼法》中同时存在“不得强迫自证其罪”与“犯罪嫌疑人对侦查人员的提问,应当如实回答”的规定,两者之间的关系存在争议。这导致在司法实践中,侦查人员可能会以“如实回答”为由,对犯罪嫌疑人进行持续讯问,从而构成变相的强迫自证其罪,这也说明了沉默的自由尚未在价值层面获得根本性认同^①。另外,该条款位于“证据”一章,更侧重于证据收集阶段的不得强迫自证其罪,而未将其作为基本原则置于总则条款之下,会导致对该原则根本价值的认同不一。这种争议导致在司法实践中对原则的理解和执行存在差异。

其二是缺乏具体的保障措施和实施细则。《刑事诉讼法》中关于不得强迫自证其罪的规定较为抽象和书面化,缺乏具体的保障措施和实施细则。例如,对于“强迫”的具体界定、违反该原则收集的证据的排除规则、原则的适用阶段等均未作出明确规定,导致在司法实践中缺乏明确的依据,法官的自由裁量权较大,可能导致出现同

案不同判的问题。

其三是传统执法理念的影响。在我国,由于长期受“重实体真实、轻程序正当”的诉讼理念影响,侦查人员往往过分依赖口供来侦破案件。这导致在司法实践中,侦查人员可能会忽视不得强迫自证其罪原则,而采取非法手段获取口供。在正当法律程序理念的影响下,对强迫方法的判断往往会考虑程序因素,如长期或超期羁押、限制或剥夺律师辩护权以及未履行权利告知义务等都被视为强迫自证其罪的行为^②。

4. 改革与完善

完善不得强迫自证其罪原则在司法实践中的问题需要从多个方面入手,包括明确法律条文与解释、制定具体的实施细则、完善配套制度与保障措施、健全监督与制约机制,进一步保障犯罪嫌疑人的合法权益,维护司法公正和权威。

明确立法定位。无罪推定原则是现代法治国家刑事司法的一项基本原则,也是不得强迫自证其罪原则的重要支撑,因此应当在《刑事诉讼法》中明确规定无罪推定原则的同时,对相关条款进行修订,明确“不得强迫自证其罪”与“如实回答”之间的关系。对此,可以借鉴国际社会的做法,将不得强迫自证其罪原则提升为宪法性原则,并明确其在刑事诉讼法中的核心地位。

制定具体的实施细则。不得强迫自证其罪原则主要适用于犯罪嫌疑人、被告人,但在特定情况下,证人若作证将导致对其不利的后果时,也应适用该原则,使其享有不自证其罪的权利。对“强迫”方式的具体界定,应当包括直接强迫、间接强迫、心理强迫等。该原则不仅能适用于侦查阶段,在审查起诉阶段和审判阶段也同样适用。

完善配套制度与保障措施。主要包括以下几个部分。其一,建立沉默权制度。明确赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权,作为其对抗强迫自证其罪的重要手段。其二,完善律师在场权。确保犯罪嫌疑人在接受讯问时,有权要求律师在场,

^①参见白冬:《如实回答与沉默权废立之争——基于全球话语中“我们的”“地方性知识”之再认识》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2017年第3期,第63页。

^②参见付磊:《不得强迫自证其罪原则落实情况调查——以侦查讯问工作为切入点》,载《人民检察》2017年第7期,第67页。

以提供法律帮助和监督讯问过程。其三,加强非法证据排除。明确非法言词证据排除的提起主体、证明责任、证明标准、救济路径等^①,严格执行非法证据排除规则,对通过刑讯逼供、威胁、引诱等非法手段获取的证据,一律予以排除。其四,优化录音录像制度。全面推行讯问过程全程同步录音录像制度,确保讯问过程的合法性和公正性。

健全监督与制约机制。司法机关应当加强对侦查、起诉、审判等各个环节的监督。在司法实践中,审判人员、检察人员、侦查人员必须依法保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利,在讯问犯罪嫌疑人、被告人时,必须遵循法定程序,不得使用刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法手段;对于通过非法手段获取的犯罪嫌疑人、被告人供述,应当依法予以排除;确保司法人员依法履行职责,不得强迫犯罪嫌疑人、被告人自证其罪;同时,鼓励社会各界对司法活动进行监督,如设立举报渠道、接受媒体监督等,以提高司法活动的透明度和公信力。对于违反法律规定的行为,应当依法追究相关人员的法律责任。

(四)一事不再理与禁止双重危险原则

一事不再理与禁止双重危险原则都体现了法律对于重复追究或审理的限制,在保障人权、维护司法权威和裁判稳定性方面具有重要意义。我国1998年签署的《公民权利与政治权利公约》(ICCPR)第14条第7项规定:“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪,不得就同一罪名再予审判或惩罚”,然而我国现有刑事诉讼法律体系并未涉及与既判力有关的“一事不再理”或“禁止双重危险”等基本原则^②。在《刑事诉讼法》第四次修改之际,应当明确规定一事不再理与禁止双重危险原则。

1. 现有规定

一事不再理原则,是指对同一行为法院作出判决生效后,除法律另有规定外,不得对行为人再行追诉和审判;当事人不得就已经向法院起诉

的案件重新起诉;一案在判决生效之后,产生既判力。这一原则着眼于诉讼经济原则和避免前后矛盾裁判,意在维护法律及裁判的安定性和权威性,避免当事人长期处于纠纷状态。《中华人民共和国民事诉讼法》及其司法解释对一事不再理原则有明确规定。

禁止双重危险原则,又称一事不二审或一案不二理,其基本含义是一个人不能因同一行为或同一罪名受到两次或多次审判或处罚。一旦被告人因某一犯罪行为受到审判并作出最终判决,无论判决结果如何,被告人都不应因同一犯罪行为再次受到刑事追究。一事不再理原则侧重于维护司法的既判力和法秩序的安定性,防止法院对同一事实作出前后矛盾的裁判;而禁止双重危险原则则侧重于保护被告人免受因同一犯罪行为而多次受审的风险。一事不再理原则适用的前提,是法院作出生效裁判;禁止双重危险的适用不以法院作出生效裁判为前提,只要司法程序已经对被告人产生了危险,则被告人就不应受第二次危险。

我国《刑事诉讼法》中并未直接规定一事不再理与禁止双重危险原则,但这两个原则的精神在中国法律体系中有所体现。例如,再审程序的启动条件严格,旨在防止对同一案件进行重复审理。然而,与一些国际标准和域外法律相比,中国的相关规定尚不够明确和全面。

2. 域外观察

一事不再理原则主要应用于大陆法系,该原则被认为起源于罗马法的“诉权消耗”理论,后来为许多国家所承继并被赋予新的含义。该原则强调,对同一行为,法院作出判决生效后,除法律另有规定外,不得对行为人再行追诉和审判。在大陆法系国家,一事不再理原则通常与裁判的既判力紧密相连。即,一旦法院对某一案件作出终局判决,该判决就具有确定性和不可争议性,除非通过再审程序推翻,否则不得再次起诉和审

①参见张棉:《不得强迫自证其罪原则之内涵及实现路径——兼论与犯罪嫌疑人“应当如实回答”义务的关系》,载《人民检察》2015年第8期,第13页。

②参见刘仁琦:《我国刑事再审“不利于被告人利益启动规则”研究》,载《南京师大学报(社会科学版)》2024年第3期,第103页。

判。1791 年,法国在宪法中确立了一事不再理原则。根据法国法律规定,“一事不再理”原则的应用以“事实同一性”为必要条件,意味着该原则在裁决时必须以案件的具体事实为依据。若对同一事实行为再次提起诉讼,并试图以不同的罪名进行指控,则此举将违反“一事不再理”的原则。《法国刑事诉讼法》明确规定:“任何人经依法宣告无罪,不得因同一事实再次受到拘捕或者控诉,即使以不同的罪名拘捕或者控诉,亦同”。日本 1946 年《宪法》第 39 条第 2 款规定:“关于同一犯罪不得重复追究刑事责任”。德国的一事不再理原则在发展的初期阶段是以公诉权消灭理论为基础的。德国《基本法》规定,“任何人不得因同一行为在普通刑法下受到多重处罚”。

禁止双重危险原则起源于早期的罗马法和教会法,基督教《旧约全书》中的《那鸿书》宣示:“(上帝)不会对他的敌人进行两次报复”。17 世纪的英国首度形成了禁止双重危险的现代形态,主要是以“既决无罪”和“既决有罪”的抗辩所组成,辅之以“程序滥用”理论^①,强调一个人不能因同一行为或同一罪名受到两次或多次审判或处罚。美国宪法第五修正案中对于该原则有明确体现,即“任何人均不得因同一犯罪而被迫两次遭受生命或身体上的危险”。随后,禁止双重危险原则被写入 1789 年的美国《人权法案》,使之成为一项宪法性原则,即“任何人在被宣告无罪后,不得因同一罪行而再次接受审判”。在英美法系国家,禁止双重危险原则被视为保护被告人免受国家滥用追诉权的重要手段,它要求司法机关在启动追诉程序时必须谨慎行事,确保程序的合法性和正当性。

3. 司法实践中存在的问题

在我国司法实践中,一事不再理与禁止双重危险原则的实施面临一些挑战,主要体现在理解、适用及例外情形的处理上。

判断一个国家的刑事诉讼法是不是建立了禁止双重危险规则,关键是看其刑事再审制度。人民法院启动再审作为我国刑事审判监督程序

的一个环节,涵盖了有利于被告人的再审和不利于被告人的再审两种情况。然而,从刑事诉讼的基本原理出发,允许法院主动启动对被告人不利的再审,这一做法与刑事诉讼中的几个核心原则相悖^②。再审程序是纠正错误判决、保障司法公正的重要手段,然而,再审程序的启动往往意味着对已经发生法律效力判决进行重新审理,这在一定程度上与禁止双重危险原则存在冲突。特别是当再审程序因事实认定、法律适用等方面的错误而启动时,被告人可能会面临再次被追诉和审判的风险。

一事不再理原则和禁止双重危险原则在我国刑事诉讼实践中缺乏明确的法律规定和有效的制度保障,导致司法实践中对它们的理解 and 应用存在不确定性。首先,基于对诉讼标的、诉讼请求以及当事人等要素的不同解读,对“一事”的界定存在理解上的差异,对于“同一罪行”的认定标准并不统一,这可能导致裁判结果的差异。被告人的合法权益往往无法得到充分保护,一些被告人可能会因司法不公而失去对法律的信仰和尊重。

其次是程序衔接不畅的问题。在刑事案件审理过程中,有时会出现不同程序之间衔接不畅的问题。例如,一些检察机关在撤回起诉后,可能会再次起诉同一被告人;一些法院在发回重审后,可能会再次对同一案件进行审理;甚至在一些情况下,被告人可能会因同一罪行被多次追诉和审判。

禁止双重危险原则也存在例外情形,如冤假错案的纠正、有新证据证明被告人应当重判等。然而,这些例外情形的适用条件和标准在实践中需要谨慎把握,以避免滥用或误用。如果法院以证据不足为由将被告人判决无罪以后,侦查机关又收集到新的足以证明被告人有罪的证据,那么检察机关可另行起诉。很明显,这是违反禁止双重危险原则的。

4. 改革与完善

为了完善一事不再理与禁止双重危险原则

①参见李昌盛:《禁止双重危险原则在英国的发展》,载《人民检察》2006 年第 23 期,第 54 页。
②参见易延友:《论人民法院不得启动不利于被告人的再审》,载《政治与法律》2023 年第 5 期,第 145 页。

在我国刑事诉讼中的实施,可以采取以下措施:

明确立法规定。在修订《刑事诉讼法》时,明确规定一事不再理与禁止双重危险原则的具体内容和适用范围,并将其作为刑事诉讼法的基本原则之一。这有助于统一司法实践中对这两个原则的理解和应用。最高人民法院、最高人民检察院应制定相关司法解释,对一事不再理与禁止双重危险原则的具体应用进行细化和解释。同时,需要完善证据规则,加强对证据合法性的审查,建立完善的证据收集、保存和审查制度,防止因非法证据而导致的错误判决;设立新证据标准,即新证据必须是能够推翻原判决的关键性证

据,且该证据在原审时无法获取或未被发现。

完善再审制度。在刑事诉讼中,如果发现新的证据或原判决存在重大错误,可能会启动再审程序对案件进行重新审理。然而,再审程序的启动应受到严格限制,以平衡纠错功能与司法稳定性。对此,可参照民事诉讼的申诉时效,对刑事再审的申请时效进行明确规定,以及对再审申请的次数进行限制,严格限制或禁止启动不利于被告人的再审等,避免对被告人造成不必要的重复追诉和处罚。

【责任编辑:张 戈】

Outline of the modification of the purpose and principles of criminal procedure from the perspective of criminal justice modernization

Fan Chongyi¹, Liu Wenhua²

(1. China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China;

2. Guangdong Police College, Guangzhou Guangdong 510440, China)

Abstract: Judicial modernization with Chinese characteristics must adhere to the leadership of the Communist Party of China, putting the people at the center, absorbing the excellent traditional Chinese judicial culture and combining the achievements of the judicial civilization of all mankind with China's reality. Under the premise of adhering to Xi Jinping's Thought on the Rule of Law, this revision of the Criminal Procedure Law should make forward-looking amendments and regulations to the purpose and some principles of criminal procedure in combination with the concept of criminal justice modernization in the new era. The purpose of criminal procedure should be directly changed from "protecting the people" to "protecting human rights", and do a good job in connecting the purpose and tasks of criminal procedure. In the part of the principles of criminal procedure, the principle of presumption of innocence should be improved and modified, and the principles of legality of procedure, the right against self-incrimination, non bis in idem and prohibition of double jeopardy should be added.

Key words: judicial modernization; purpose of criminal procedure; principles of criminal procedure

【帮助信息网络犯罪活动罪研究】

帮信罪与掩隐罪的界限探析

边 锋¹, 战 为²

(1. 中共辽宁省委政法委员会, 辽宁 沈阳 110003; 2. 辽宁省新民市人民法院, 辽宁 新民 110300)

〔摘 要〕随着我国经济社会迅猛发展, 信息网络犯罪问题日益凸显。虽然《刑法修正案(九)》增设了“帮信罪”以应对这一挑战, 但在司法实践中, 由于帮信罪与掩隐罪在某些危害行为和侵害法益方面呈现出高度相似性, 使得两者界限模糊难以准确区分, 由此引发激烈争议。准确区分两罪, 对于保护法律利益、平衡社会关系、提高定罪量刑准确性具有重要意义。既有理论在解释力、逻辑连贯性和司法应用上均存在局限。为明确界定两罪, 应以客观行为为核心, 结合主要法益侵害、主客观相协调及罪责刑相适应原则, 形成递进逻辑, 重新梳理制定两罪的界限标准, 确保司法实践准确与公正。

〔关键词〕帮信罪; 主观明知; 支付结算; 掩隐罪

〔作者简介〕边锋(1978—), 男, 辽宁沈阳人, 中共辽宁省委政法委员会副书记, 主要从事刑法学研究; 战为(1992—), 男, 黑龙江明水人, 辽宁省高级人民法院驻院研究员、新民市人民法院审判管理办公室(研究室)副主任, 主要从事法理学研究。

〔收稿日期〕2024-12-04

〔中图分类号〕DF626 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-017-06

一、两罪界限模糊的原因

(一) 构成要件方面存在高度重叠性

在分析帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称“帮信罪”)与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(以下简称“掩隐罪”)的复杂性时, 主要难点在于两罪的构成要件有交集。在客观行为上, 支付结算型帮信罪要求有提供支付结算服务的行为, 这与掩隐罪中的转移行为重叠, 两者存在显著交织性^[1]。具体而言, 帮信罪的主观要件体现为行为人明确知晓他人利用信息网络实施犯罪仍主动为其提供技术支持, 而掩隐罪则要求行为人明知系犯罪所得及其收益仍实施掩饰、隐瞒行为。两罪在主观“明知”要件的证明标准层面均采用“概括性明知”的认定范式, 致使主观故意要件呈现显著的互渗性特征。需要特别指出的是, 《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第287条之二第2款将支付结算类帮助行为明确列为帮信罪的典型行为样态, 而《关于办理电信网络诈骗

等刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条将“多次使用或提供非本人身份证明开设的支付账户”作为掩隐罪的认定依据, 这种规范表述的趋同化特征直接引发在司法实践中对同类支付结算行为定性的争议。以虚拟货币交易洗钱案件为例, 行为人通过提供资金账户实施高频次资金划转的行为, 既可能被认定为为信息网络犯罪提供技术支持, 亦可能被评价为对犯罪所得进行资金漂白的掩饰行为。由此, 在他人实施信息网络犯罪的特定情境下, 两罪对行为人主观认知的要求存在实质性竞合, 即均要求行为人明确意识到其协助对象正在实施信息网络犯罪活动。

(二) 犯罪性质方面存在的高度附属性

帮信罪和掩隐罪都依赖于上游犯罪。掩隐罪涉及掩饰和隐瞒赃物, 行为人帮助犯罪者逃避法律制裁; 帮信罪则通过提供技术支持、广告推广、支付结算等方式, 促进上游犯罪的实施。两者都具有高度附属性。尽管有观点认为, 帮信罪可能被视为共犯的正犯化, 具有独立的法益侵害

性,但这种正犯化并不改变帮助行为的本质属性^[2]。根据《刑法》的相关规定,帮信罪的成立需要为上游犯罪提供上述帮助行为,这表明帮信罪的成立仍然以存在上游犯罪为前提。相关司法解释规定,若无法确认被协助者所实施的犯罪行为,便不能追究协助者的刑事责任。因此,帮信罪的本质在于协助行为,并且对上游犯罪具有依赖性;掩隐罪作为赃物犯罪的一种,仅在上游犯罪成立的前提下存在,故此罪同样依赖于上游犯罪^[3]。两者均具有对上游犯罪的从属性特征,但在具体表现形式上却存在实质性差异。帮信罪的附属性体现为对上游犯罪实施的同步协同性,其帮助行为与正犯行为在时空维度上具有并存关系,通过技术介入、资金流转等方式直接参与犯罪进程,形成“犯罪实施—帮助促进”的实时互动模式;而掩隐罪的附属性则表现为对犯罪结果的后续处置性,其掩饰、隐瞒行为发生在上游犯罪既遂之后,本质上属于犯罪收益处置链条的末端环节。此外,两罪在法益侵害的独立性层面呈现出梯度差异。虽然帮信罪被立法者赋予独立罪名地位,但其构成要件中对“犯罪活动”的开放性表述,使得该罪名的适用仍需依托具体上游犯罪的违法性判断;相较之下,掩隐罪通过《刑法》第312条的专门规定,已形成相对独立的行为评价体系,仅需证明行为对象系“犯罪所得及其收益”即可完成构成要件该当性的判断,这种规范构造差异导致两罪在司法认定中呈现出不同的证明逻辑与证据标准。

二、两罪区分的理论观点

(一)时间节点区分理论

时间节点是犯罪行为过程中至关重要的时间标识,与其相关的理论包括上下游区分理论与既未遂区分理论。

在上下游区分理论中,掩隐罪往往作为下游行为,以上游犯罪既遂为前提;帮信罪则多处于上游,其不涉及上下游的犯罪形态,而是聚焦于协助、支持等行为的实施^[4]。既未遂区分理论进一步深入探讨了犯罪行为的状态界定。其中的控制说主张,当实现对被害人钱款的实际控制时,即构成犯罪既遂,此后的协助行为可能进一步衍生为掩隐罪或帮信罪。部分研究者对此进

行了修订,主张掩隐罪应以先前犯罪的既遂为前提条件,而帮信罪则可能发生在犯罪行为的各个阶段。这一修正旨在明确划分标准,避免混淆罪名,同时弥补了对转账、取现等行为简单吸收的不足,增强了理论解释的逻辑性和说服力,为司法实践提供了更为准确、严谨的指导。

(二)客观行为区分理论

基于帮信罪与掩隐罪在“支付结算”行为上的区分,关于帮信罪的支付结算范围,学术界形成了三种不同的理论观点。供卡转账区别说主张帮信罪中的支付结算行为应当仅限于提供银行卡的行为,掩隐罪则包括转账、取现等更广泛的资金流转行为;资金流向区别说聚焦于资金的流动方向,指出帮信罪的支付结算主要关注犯罪所得等资金的流出,而掩隐罪则无此限制;实质操作区别说则着眼于行为人的具体操作行为,强调帮信罪中行为人主要促成转账,而掩隐罪中行为人则直接转移、控制钱款。这三种观点分别从不同角度关注了转账行为的存在、执行者以及实际操作情况,为区分帮信罪与掩隐罪在支付结算方面的客观行为提供了有力理论支持^[5]。

(三)主观认识区分理论

在主观认识层面,帮信罪与掩隐罪也存在显著的差异。两者均要求行为人“明知”,但“明知”的内容有所不同。帮信罪中的“明知”要件,系指行为人明确认识到他人拟利用信息网络实施犯罪行为,该主观认知具有概括性特征,涵盖信息网络犯罪活动的多种具体类型;相较而言,掩隐罪中的“明知”要件则具体指向行为人对其所窝藏、转移财物的性质具有明确认知,即知晓该财物源自上游犯罪活动及其收益。在主观认知程度方面,帮信罪要求行为人形成确定性认识;与之形成对比的是,掩隐罪的主观认知标准包含对财物犯罪属性或然性认知的情形,即包含明知可能是犯罪所得及其收益的主观状态^[6]。综合分析表明,帮信罪在主观“明知”要件的证明标准方面呈现出相对宽松的认定尺度,而掩隐罪则确立了更为严格的证明要求。

(四)查证程度区分理论

在司法实践中,上游犯罪的查证程度对于界定下游犯罪行为的性质及其法律效应具有决定性影响。查证程度区分理论强调,在评判下游犯

罪行为时,必须审慎分析上游犯罪是否已得到全面而详尽的查证与确认。当上游犯罪经过查证确定为事实时,下游犯罪行为明知上游犯罪存在并主动参与掩饰、隐瞒的行为,应被定性为掩隐罪,因为这种行为破坏了司法公正性和社会正常秩序。

然而,若上游犯罪因证据不足而无法得到查证,则下游犯罪行为应被认定为帮信罪。在这种情况下,尽管下游犯罪行为了解上游犯罪的存在,但由于缺乏确凿的证据支持,只能依据其提供的帮助行为来进行相应的法律惩处^[7]。

此外,当上游犯罪的部分资金能够得以查证而另一部分资金无法查证时,对于下游犯罪行为的定性应当采取从严原则。应当以掩隐罪中较重的罪名进行处罚,同时对于那部分无法查证的资金应作为从重处罚情节予以充分考虑。这种处理方式既体现了对犯罪行为的严厉打击,也体现了司法公正。

三、两罪区分的观点评析

(一) 时间节点和查证程度区分理论的评析

在深入探讨时间节点和查证程度两种区分理论时,我们不得不关注到它们对帮信罪成立的潜在影响,这与立法初衷存在明显的矛盾。

1. 从法律层面看,“协助行为”应当被认定为贯穿于利用信息网络实施犯罪的整个过程,并非仅限于上游犯罪的预备阶段或完成阶段。因此,应当将“明知他人利用信息网络实施犯罪”这一条件解释为包含从犯罪预备阶段直至完成后的所有环节^[8]。

2. 时间节点和查证程度两种区分理论均明显违背了帮信罪的立法目的。帮信罪的立法初衷在于破解两大司法难题:一是网络犯罪产业化背景下上游犯罪主体缉捕困难的技术性障碍;二是资金账户提供者等“外围”参与主体的归责路径问题。具体而言,尽管帮信罪在逻辑架构上可以被视为上游网络犯罪的帮助犯,可是一旦被帮助行为已经达到既遂状态,后续的所谓“协助”行为便无法再适用帮助犯的相关法律规定,其性质与适用规则应另当别论^[9]。因此,将犯罪既遂前的行为明确界定为帮信罪,而将犯罪既遂后的行为归类为掩隐罪,这种划分方式在逻辑层面上存

在明显的不连贯性和不合理性以及法律适用偏差,将导致对行为主体法律评价的失当。

3. 司法实践中,时间节点和查证程度区分的理论呈现出多重现实困境。就刑事证明层面而言,上游犯罪既遂时点的确认具有明显的实践难度,需依托完整的证据链实施逆向推导;而证据充分性标准的裁量空间,更易引发法律共同体内部的认知分歧。这种司法裁量的非确定性显著加剧了罪名界分的适用难度。

(二) 客观行为区分理论的评析

在帮信罪与掩隐罪的区分问题上,最明确的客观行为就是“支付结算”行为。当前司法实践中对“支付结算”这一法律概念的规范性解读存在疏忽,此问题显然是造成观点偏差以及认识误区的关键所在。具体而言,在帮信罪的法律框架内,支付结算行为被明确具体地界定,并设定了明确的法律后果:当支付结算金额累计达到20万元时,即被视为“情节严重”的情形,需依法承担相应的法律责任。

“支付结算”作为法律概念,在刑法体系中其内涵与外延应保持高度的统一性和准确性。为了进一步明确“支付结算”的法律内涵,在对帮信罪活动罪的支付结算行为进行评价时,必须明确辨识资金流向的“流入与流出”,并基于此将相关行为界定为中转型支付结算。这些行为不仅涵盖从一个账户向另一个账户转移资金的基本操作,还包括将资金转换为现金的套现行为,以及直接从账户中提取现金的取现操作;不仅涵盖资金直接流入的“直达型”支付结算模式,也包括涉及第三人或第三方平台作为中转介质的“中转型”支付结算模式。只有当行为人实际执行了上述任一客观行为并满足相应的法律构成要件时,才可能被认定为帮信罪。将转账、套现、取现及刷脸验证等作为支付结算流程中隐含的客观行为,并以此作为突破帮信罪界限进而构成掩隐罪的判定标准,在逻辑上是不够严谨恰当的^[10]。

(三) 主观认识区分理论的评析

在学术探讨与实务操作中,关于“明知”的界定标准可以大致归纳为两大流派:一派主张“明知”指行为人对于相关事实具有确凿无疑的认知,无任何模糊或疑问^[11];另一派则涵盖行为人

“知道或应当知道”的情境^[12]。

在帮信罪与掩隐罪中,关于主观明知的认定均采用了较为宽泛的“知道或应当知道”的界定。然而在具体适用上,两者存在显著差异:帮信罪对“明知”的认定相对宽泛,通常要求行为人应当知道“对方可能实施违法犯罪行为”即可;而掩隐罪则要求行为人明确知道“是犯罪所得及其产生的收益”。在“明知”的内容上,帮信罪强调的是行为人明知他人利用信息网络实施犯罪,而掩隐罪则关注行为人明知的是犯罪所得及其产生的收益;在“明知”程度上,两者均要求达到“知道或者应当知道”的标准^[13]。然而在网络犯罪领域中,由于犯罪形态的错综复杂,对掩隐罪“明知”的认定更为严苛,除了明确知道外,推定“明知”所需的证据标准也更为严格。

四、两罪的界限标准辨析

(一)通过主要侵害法益确定性

在深入探究法律体系时,帮信罪与掩隐罪无疑展现了其独特的兜底性质。掩隐罪作为洗钱罪的一项基础性规定,其覆盖范围宽广,几乎涵盖了所有关于掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的情形;而帮信罪作为诈骗罪、掩隐罪等相关犯罪的补充罪名,其在法律体系中发挥着不可或缺的兜底作用,共同构筑了一个多层次、全方位的法律保护网。

值得注意的是,帮信罪的兜底作用并非毫无边界。对于其适用范围的界定,需要明确其侵犯的法益。具体而言,帮信罪主要聚焦于信息网络安全秩序的维护,特别是在犯罪实施过程中信息网络所起到的关键作用。从法条章节的设置和罪名之间的关系来看,帮信罪所保护的法益明确指向信息网络秩序,这体现了立法者对于信息网络安全的高度重视。

相较之下,掩隐罪侧重于对司法秩序的维护。其始终被纳入妨害司法罪的范畴之内,反映了在证明和揭露犯罪过程中赃物所扮演的重要角色。尽管在特定情况下,帮信罪与掩隐罪可能存在交集,例如利用信息网络进行犯罪的支付结算行为,但此时我们仍需根据具体行为所侵犯的法益进行精确界定,以确保法律的公正性和权威性^[14]。

(二)通过主客观相协调的审慎界定

1. 客观维度:支付结算的精准界定

在解析支付结算时,当前存在着两种截然不同的解释倾向:一种是狭义理解,即将支付结算严格限定在提供支付工具的行为上,仅将转账行为视作掩饰、隐瞒犯罪所得的辅助手段;另一种是宽泛解释,将更多与支付结算相关的外围、边缘及辅助性活动纳入其范畴,从而适用于帮信罪。为避免帮信罪过度泛化,我们需审慎界定支付结算的定义,确保其与资金的实际流转紧密相关,既要避免过度定罪,也要防止打击不力^[15]。

2. 主观维度:“明知”内容的层次化考量

在探讨支付结算行为与主观认知之间的关联时,行为人应当在主观上明确意识到其提供的支付结算服务具有协助性质^[16]。当行为人面对“涉案卡内资金来路不明、资金不纯净”等陈述且缺乏其他客观性证据佐证时,应倾向于将其纳入帮信罪的考量范畴。即便行为人提供了支付结算服务并涉及转账操作,也不能仅凭此行为就断定其明知所涉款项为犯罪所得。帮信罪向掩隐罪转化的核心,在于行为人是否明确知晓他人正在实施犯罪活动^[17]。若无法确切证明行为人知道他人犯罪行为实际存在,这种主客观内容应被界定为明知他人利用网络进行违法犯罪活动依然为其提供支付结算帮助,且未超出帮信罪的范畴。

司法实践中,对于帮信罪的“明知”要素应避免作过于宽泛的解释,如“明知他人利用信息网络实施违法犯罪”,这种宽泛的认定方式有时会使帮信罪成为主观心态难以查证时的兜底罪名。

证明行为人明知所转移的资金是赃款往往面临诸多困难。对于支付结算金额的认定,司法解释及会议纪要主要依据银行流水及涉案资金数额,并辅以可反驳的客观推定方式。即若行为人能证明资金的合法来源及性质,则相应金额应予以排除。证明资金属于赃款本身已属不易,要证明行为人主观上明知系赃款更为困难,在一定程度上为掩隐罪的适用设置了障碍,可能导致部分侵犯掩隐罪主要法益的犯罪行为因证据不足而免于刑责。

在精确界定帮信罪的“明知”要件时,必须明确“明知”仅限于认识因素,不涉及意志因素。在

判定行为人是否具备“明知他人利用信息网络实施犯罪”的主观要件时,应综合考量行为人提供技术支持或帮助的时机、方式、频次,所使用的工具,行为是否违反法律禁止性规定、是否规避监管或调查以及是否获取非法利益等因素,并结合行为人的认知能力、职业背景、过往经历、与被帮助对象的关系以及供述和辩解等综合证据进行认定。即便行为人对信息网络犯罪行为类型的认识存在偏差,亦不影响其“明知”的认定^[18]。

(三)通过罪责刑相适应的精准匹配

当某一行为同时触犯了信息网络安全与司法秩序的双重法益,且同时满足帮信罪与掩隐罪的主客观构成要件时,对于罪名的确定,我们必须严格遵循罪责刑相适应的原则,应依据想象竞合犯的原理,选取罪行更严重的罪名予以定罪并处罚^[19]。当行为人明确知晓他人利用信息网络进行犯罪活动,主动为其提供支付结算方面的协助且金额达到20万元以上时,即可认定为“情节严重”,从而构成帮信罪。根据法律规定,此类犯罪应处以三年以下有期徒刑或拘役,可并处或者单处罚金;当行为人掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益,价值总额达到10万元以上时,也被视为“情节严重”,此时的处罚将更加严厉,即三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。尽管支付结算金额达到20万元即满足了帮信罪的入罪标准,但相较于掩隐罪其刑罚相对较轻,属于轻罪范畴。而掩饰、隐瞒犯罪所得金额一旦达到10万元,便触发法定刑升格,进入重罪领域。这种看似不合理的数额差异,实则缘于对支付结算金额与犯罪所得及其产生的收益在性质上的不同理解。

在实体刑法框架下,帮信罪与掩隐罪在罪量规定上存在差异,导致两罪在司法实践中常出现交叉竞合的情况。支付结算金额与犯罪所得及其产生的收益并不能简单等同视之。从刑事立法角度来看,资金支付结算作为一种业务行为具有中立性,它可以是合法的,也可以是非法的,合法与否主要取决于行为人是否具备资金支付结算资质以及支付结算资金的性质。在不具备相应资质的情况下提供支付结算服务,可能构成非法经营罪;为毒品犯罪等犯罪所得提供支付结算服务,可能构成洗钱罪;而明知他人利用信息网

络实施犯罪,仍为其提供支付结算帮助的,则构成帮信罪。在此情境下,其可谴责性并不在于提供非法资金支付结算服务,而在于为他人实施信息网络犯罪提供了便利^[20]。此外,从司法解释的角度来看,相关条文仅提及“为其犯罪提供支付结算帮助”,并未明确限定为“为其犯罪所得提供支付结算帮助”,这意味着提供支付结算帮助的行为并不限于针对犯罪所得,而是更广泛地涵盖了所有与犯罪相关的支付结算行为。

在审判实践中,电信诈骗案中的涉案人员常通过设立“跑分”平台进行资金流转。其中,“跑分”平台收取的押金并非犯罪所得,而电信网络诈骗被害人的款项则属于犯罪所得,这是定罪量刑的重要依据。在实体层面上,帮信罪的定罪依据主要是涉案资金的银行卡流入金额,而掩隐罪则主要关注犯罪所得,需要有确凿的证据证明资金来源于犯罪行为且存在资金流出。支付结算金额的范畴通常大于犯罪所得,后者带有负面评价,而前者则呈现出中立性。在程序层面上,当犯罪所得低于10万元时,应适用帮信罪;当超过10万元时,则应适用掩隐罪。若证据无法完全查证,那么当全部无法查证时,应认定为帮信罪;若部分可查证且金额低于10万元,则仍认定为帮信罪;而当超过10万元时,则应直接以掩隐罪论处。在复杂情况下,这些基本原则仍然适用,即犯罪所得10万元以下的认定为帮信罪,10万元以上的认定为掩隐罪^[21]。

〔参考文献〕

[1] 赵俊甫. 风险社会视野中的刑事推定——一种法哲学的分析[J]. 河北法学, 2009(01): 186-191.

[2] 王莹. 网络信息犯罪归责模式研究[J]. 中外法学, 2018(05): 1302-1323.

[3] 吴丹红. 犯罪主观要件的证明——程序法和实体法的一个联接[J]. 中国刑事法杂志, 2010(02): 76-83.

[4] 李睿懿, 陈攀, 王珂. 关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)的理解与适用[J]. 中国应用法学, 2022(06): 50-61.

[5] 杨新绿. 帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的区分标准[J]. 江苏警官学院学报, 2024(01): 10-23.

[6] 王志远, 王昱博. 帮信罪抑或掩隐罪: 支付结算型帮助行为的归属困境及出路[J]. 山东警察学院学报, 2023

(06):5-12.

[7]顾杨,金烁.“支付结算型”帮助信息网络犯罪活动的行为认定问题[J].犯罪研究,2023(03):91-99.

[8]罗翔,左倩玉.论轻罪治理语境下帮助信息网络犯罪活动罪的废除[J].上海政法学院学报(法治论丛),2024(06):1-18.

[9]彭尧.“断卡”行动下帮助信息网络犯罪活动罪的司法认定偏差及其矫正[D].赣州:赣南师范大学,2024.

[10]王子琳.帮助信息网络犯罪活动罪的刑法规制问题研究[D].石家庄:河北经贸大学,2023.

[11]王华伟.帮助信息网络犯罪活动罪的司法误区与理论校正[J].财经法学,2024(05):179-192.

[12]冀洋.帮助信息网络犯罪活动罪的证明简化及其限制[J].法学评论,2022(04):94-103.

[13]赵政乾.论支付结算视角下帮助信息网络犯罪活动罪的二重性[J].保定学院学报,2022(06):37-44.

[14]王野.洗钱罪修正背景下网络交易自洗钱刑事责任研究[D].南京:东南大学,2024.

[15]张艳.支付结算型帮助信息网络犯罪活动罪认定中的争议问题[J].中国检察官,2022(08):27-31.

[16]张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021:505,1451.

[17]钱叶六.帮助信息网络犯罪活动罪的教义学分析共犯从属性原则的坚守[J].中外法学,2023(01):160.

[18]金琳.涉聚合支付案件的司法认定误区及刑法适用逻辑[J].中国检察官,2021(22):28-32.

[19]于志刚.网络空间中犯罪帮助行为的制裁体系与完善思路[J].中国法学,2016(02):5.

[20]郭泽强,王宣博.论帮助信息网络犯罪活动罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪之界分[J].湖北警官学院学报,2024(04):69-79.

[21]阎二鹏.帮助信息网络犯罪活动罪的立法阐释与司法纠偏[J].法律科学(西北政法学院学报),2024(05):117-128.

【责任编辑:高 锋】

Analysis of the boundaries between the crime of assisting criminal activities in the information network and the crime of concealing and disguising criminal gains and proceeds

Bian Feng¹, Zhan Wei²

- (1. Political and Legal Committee of the Liaoning Provincial Party Committee of the Communist Party of China, Shenyang Liaoning 110003, China;
- 2. Xinmin Municipal People's Court of Liaoning Province, Xinmin Liaoning 110000, China)

Abstract: With the rapid development of China's economic society, the problem of information network crimes has become increasingly prominent. Although the "crime of assisting criminal activities in the information network" was added in the Criminal Law Amendment (IX) to deal with this challenge, in judicial practice, due to the high similarity of some harmful acts and infringed legal interests between the crime of assisting criminal activities in the information network and the crime of concealing and disguising criminal gains and proceeds, the boundaries between the two are blurred and difficult to accurately distinguish, which has caused fierce disputes. Accurately distinguishing between the two crimes is of great significance for protecting legal interests, balancing social relations and improving the accuracy of conviction and sentencing. The existing theories have limitations in explanatory power, logical consistency and judicial application. In order to clearly define the two crimes, the objective behaviors should be taken as the core, combined with the principles of main legal interest infringement, coordination of subjective and objective aspects and correspondence among crime, liability and punishment, a progressive logic should be formed, and the boundary standards of the two crimes should be re-combed and formulated to ensure the accuracy and fairness of judicial practice.

Key words: crime of assisting criminal activities in the information network; crime of concealing and disguising criminal gains and proceeds; payment and settlement; subjective knowing

【帮助信息网络犯罪活动罪研究】

帮助信息网络犯罪活动罪中“明知”的认定问题研究

玄 敏

(北京大成(长春)律师事务所,吉林 长春 130000)

〔摘 要〕《中华人民共和国刑法修正案(十一)》确定了帮助信息网络犯罪活动罪这一新罪名,对打击猖獗的网络犯罪发挥了举足轻重的作用;《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》为司法实践中准确适用该罪名指明了方向。作为新罪名,帮信罪在行为方式、主观“明知”判断等方面与传统犯罪存在显著差异,尤其是在对于“明知”问题的理解与适用上。鉴于“明知”内涵的复杂性,司法实践认定“明知”应遵循以下四个步骤:第一,通过风险创设判定行为性质,“技术中立”在符合条件时可以作为判定行为性质的标准;第二,综合判断行为人违法认识可能性;第三,审慎适用“其他足以认定行为人明知的情形”条款;第四,留予行为人自证的机会。

〔关键词〕帮助信息网络犯罪活动罪;“明知”;主观要素;信赖基础;司法适用

〔作者简介〕玄敏(1998—),男,吉林延吉人,北京大成(长春)律师事务所律师,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-12-30

〔中图分类号〕DF626 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-023-08

一、问题的提出

根据最高人民检察院于2024年2月公布的“最高人民检察院新闻发布会摘要”可知,当前网络犯罪依旧频发。2023年1月至11月,全国检察机关共起诉各类网络犯罪人数达28万人,同比上升35.5%,占全部刑事犯罪的18.8%^①。从客观角度讲,近年来打击信息网络犯罪工作取得了一定成效,但并未带来案件数量骤降的效果,信息网络犯罪仍处于活跃状态^②。自《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)新增帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称帮信罪)条款以来,“明知”这一主观要素,成为各界研究的焦点。判断行为

人是否构成帮信罪,往往取决于其是否具备“明知”这一主观要素。因此,对“明知”内涵的理解和把握成为区分是否构成该罪的重要依据。在学界与实务界的通力合作下,“明知”的内涵有了较为清晰的轮廓,对于“明知”问题的研究也达成了一些共识性见解。但在司法实践中,对于“明知”的认定仍存在是否包含“可能知道”与“应当知道”的争议,以如下两案为例。

案例1:“借卡”案^③。被告人刘某应友人之请为其办理了两张银行卡。办卡完成后,他将银行卡、与银行卡绑定的手机卡、U盾以及密码全部交给朋友。其中一张银行卡在办理后,在无正当理由的情况下进行注销,随即又重新办理了一张

①参见《最高人民检察院新闻发布会》,载中华人民共和国最高人民检察院网:https://www.spp.gov.cn/spp/c107228_chdfgmcgqecqncpgbshkf-hvbehkvkgbtrldkncsecdkvpnbmsmfmqtvnugbveukkg/202402/t20240223_644615.shtml,最后访问时间:2024年9月8日。

②参见喻海松:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开》,载《国家检察官学院学报》2022年第6期,第104页。

③参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院:“刘某某帮助信息网络犯罪活动罪二审刑事判决书”,(2024)新01刑终130号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=h7gy3em4cb9QorFXmcS9UlmC8pUPU-RYvpR93IrmI4CQ50ej7>,最后访问时间:2024年8月29日。

新卡,并再次将其转交给朋友。在这两张卡有效使用期间内,刘某为朋友进行了四次刷脸验证操作。后查明,刘某将卡借给朋友后,第一张银行卡单向流入人民币约1600万元,第二张银行卡单向流入人民币约600万元,两张银行卡均涉及诈骗罪。检方认为,刘某声称的友人职业为音乐教师,该职业背景与频繁的大额资金流动需求明显不符。刘某为朋友多次进行刷脸的行为表面上是帮助验证,实际上应视为支付结算行为。此外,刘某名下持有28张银行卡,这一数量显然与其出租车驾驶员的职业身份不符。法院采纳了检方的观点,认为刘某的行为存在明显异常性,其主观上应当知道承借方在利用银行卡实施不法活动,仍为其提供支付结算服务,情节严重,构成帮信罪。

案例2:“黑网吧”案^①。曾某、陈某二人共同经营一家网吧。该网吧平日基本无员工管理,缺乏必要的监控设施,对上网顾客更是疏于登记,实行了一种近乎“无门槛”的营业模式,即“不论身份,付费即可上网”。某天一位顾客来此上网,并通过聊天工具实施诈骗行为,导致被害人遭受了约3.3万元的经济损失。法院以曾某、陈某明知他人利用信息网络实施犯罪而为其提供帮助,情节严重为由,判处二人犯帮助信息网络犯罪活动罪。在本案中,没有证据证明二被告人与诈骗行为人生活上有交集来往,二被告人与诈骗行为人素不相识,且没有证据证明二被告人对诈骗行为人实施诈骗行为的情况存在“明确知道”。曾某与陈某对于网吧经营模式的异常情况,最多只能推测其可能意识到他人利用该网吧的“优越条件”实施犯罪行为。因此,二被告人对诈骗行为的知情程度,仅限于“可能知道”的范畴。

通过以上两个案例可知,法院对“明知”的审查认定方法缺乏统一标准,特别是在“可能知道”与“应当知道”的界限划分上含混不清。由于缺乏明确、系统的审查标准,实务部门在具体案件中对于这一要素的认定常常陷入模糊地带,难以准确把握。此外,一些实务部门过度依赖司法解

释中的兜底条款,忽视了具体案件的特殊性和不同案件之间的差异性。虽然司法机关为解决如上问题,通过颁布《司法解释》《会议纪要》等方式列明了“明知”的情形,但此举无法穷尽所有情况,具有一定的滞后性。信息网络犯罪的手段不断演化发展,司法解释的公布往往滞后于现实的犯罪形式和行为特征,导致司法解释的适用范围存在盲区,无法精准应对新的犯罪模式。随着信息网络环境的更新迭代,新型犯罪行为模式层出不穷,现有的规范性文件很难预先洞察并全面覆盖所有可能出现的情形。因此,有必要对“明知”内涵的理解和“明知”的判断标准及方法进行深入研究,为本罪的司法适用提供参考。

二、“明知”内涵的争议问题与观点分析

当前,我国对“明知”内涵的理解尚未达成一致。在理论界,尽管学者们围绕“明知”要素展开了大量研究并贡献了诸多富有见解的文献,但关于该要素内涵的理解依然存在较大争议。在实务界,司法机关通过判例来阐释“明知”的具体内涵,但对该要素的认定尚未达成统一标准。尽管有相关的司法解释和会议纪要为实务界提供指导,但各地法院在具体案件中的裁判标准和裁判倾向仍不统一,尤其是对于行为人是否具有“明知”的认定往往存在较大差异。通过分析现有的司法实践,本文认为,实务界在具体案件中对“明知”的内涵存在不同理解。

(一)“明确知道”“应当知道”“可能知道”作为“明知”内涵的争议分析

当前,我国理论界对于“明知”理解主要有如下三类观点^②:

1. “明知”的唯一内涵就是“明确知道”。该观点认为,帮助者对被帮助者的行为及行为性质应有清晰的了解,若仅存在概括性认识,则不构成帮信罪;还有学者认为,“应当知道”与“明确知道”是平行关系,不存在交集^③。以《刑法》第219条“侵犯商业秘密罪”第2款规定为例,明知或者

①参见山西省山阴县人民法院:“曾仲平、陈伟明一审刑事判决书”,(2020)晋0621刑初50号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=81uw4q6F26elt5EHuglfpNPWB3>,最后访问时间:2024年8月26日。

②参见曾磊:《帮助信息网络犯罪活动中“明知”的判断逻辑与范围限定》,载《中国人民公安大学学报》2023年第1期,第32-41页。

③参见孙运梁:《帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究》,载《政法论坛》2019年第37卷第2期,第83-85页。

应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论;再如,从司法解释来看,2009年以后的司法解释对于“明知”的规定,多以列举方式界定,罕以明文的“应当知道”规定,故“明知”就是指“确定知道”。

2.“明知”的内涵是“明确知道”和“也许知道、可能知道”。持该观点的学者认为,帮助者对被帮助者的行为及行为性质有了解、知悉的可能性,也可构成本罪。以前文提及的“黑网吧”案为例,法院基于被告人可能知道被帮助者实施信息网络犯罪活动,即认定被告人构成帮信罪,这就是采纳“明知”内涵包括“可能知道”的观点。

3.“明知”的内涵是“明确知道”和“应当知道”。持该观点的学者认为,“应当知道”的情形是指案发后,依照客观推向主观的推定方法,结合帮助者的认知水平、受教育水平、是否存在法定职责的特殊身份等因素,综合判断帮助者是否对被帮助者的行为及其性质有所了解。例如在前述“借卡”案中,法院以行为人主观上应当知道出借方在利用银行卡实施不法活动,方才认定其构成帮信罪。此种情况即属于采纳“明知”内涵包括“应当知道”的观点。

综上所述,前述三种观点的内容既有重合也有区别,但学者们都有一个明确的共识,即认同“明确知道”属于“明知”。理论界与实务界争议的焦点主要有二:其一,是“明确知道”是否应为“明知”的唯一内涵;其二,是“可能知道”与“应当知道”二者哪一个作为“明知”的内涵更具合理性。

(二)“明知”内涵应包括“明确知道”和“应当知道”

在剖析帮信罪“明知”内涵之前,我们应形成一个共识:刑法分则中的罪名各具特色,不同罪名在认定“明知”程度时存在差异^①。就帮信罪而言,帮助者与被帮助者之间信赖基础的强度应成为判断“明知”内涵的标准。由此,“明知”内涵应包括“明确知道”和“应当知道”,不包括“可能知

道”,具体理由如下。

1.“明知”的内涵不仅仅指“明确知道”

从文义解释的角度看该观点似乎无懈可击,但它在实际应用中存在两方面的显著缺陷:

(1)证明难度高,与司法实践脱节。现代司法体系崇尚由客观推向主观的定罪思维模式,将“明知”的内涵完全限定在“明确知道”框架下无疑会给检察机关带来颇为艰巨的举证压力,进而大幅度降低司法效率,这与快节奏的司法实践之需相背离。(2)过度强调主观性,有纵容犯罪之嫌。当今帮信罪的犯罪模式呈现“一帮多”情形的流行化,帮助者对自身帮助行为以及被帮助者的行为通常具备概括性的认识,将“明知”限定在如此狭窄的范围内,可能导致帮信罪条款的设立初衷难以实现,不仅达不到预期的打击效果,还可能为犯罪分子提供庇护所,即以“法律不处罚概括性认识”来庇护具备法益侵害性帮助行为的不法性。

司法解释是权威机关对法律条文内涵及适用作出的官方解释,其性质不同于立法,因此解释的适用范围受限于刑法分则具体罪名的边界,解释是对分则罪名应有之义的表达。通过对我国现行司法解释的分析可以看出,刑法分则中的“明知”概念基本涵盖了“明确知道”和“应当知道”两个层面^②。自2009年以后,司法解释多以列举方式对“明知”进行界定,这一做法既有助于减轻司法机关的裁判压力,又能有效防止司法权的过度扩张与滥用,避免将尚未达到“明知”标准的情形纳入刑事打击范围。众多司法解释对“明知”内容的列举,均包含“应当知道”之意。一言以蔽之,官方解释认为“应当知道”是“明知”的一种。故无论《刑法》第219条“侵犯商业秘密罪”中将“明知”与“应当知道”同时列明的情况是不是注意规定^③,都无法简单得出“应当知道”和“明确知道”之间是平行关系的结论。

2.“明知”的内涵不应包括“也许知道、可能知道”

①参见王华伟:《帮助信息网络犯罪活动罪的司法误区与理论校正》,载《财经法学》2024年第5期,第189页。
②参见刘宪权,房慧颖:《帮助信息网络犯罪活动罪的认定疑难》,载《人民检察》2017年第19期,第12页。
③刑法中的注意规定是指某些法条的设置并不改变基本规定的内容,只是对相关规定内容的重申。换言之,即使不存在注意规定,也不影响司法工作者依据刑法的基本原理、原则和已有的其他相关规定对相关行为进行准确的定罪量刑和法律适用。注意规定只是对某些可能被忽视或容易产生混淆的情形进行特别提示和强调,以保障司法实践中法律适用的统一性和准确性。

(1)“可能知道”是在缺乏证据下的推断,该推断并不能达到排除合理怀疑的效果。“可能知道”的观点与第一种观点同属两个极端,即第一种观点不当缩小了处罚范围,而第二种观点则不当扩大了处罚范围。“可能知道”这一表述本身就带有强烈的不确定性,如果行为人在“可能知道”的情况下被科以刑罚,显然会过度拓宽打击半径,给刑法戴上肆意性的帽子。“可能知道”一词本身所涵盖的范围极不确定。行为人认识到自身帮助行为的不法性和被帮助人利用信息网络实施犯罪活动的可能性达到100%时是“明确知道”,而此种认识可能性在1%~99%之间都可以称为“可能知道”。(2)将“可能知道”纳入明知的范围内,有杂糅故意与过失之嫌。在刑法的通常语境中,“可能”一词往往与过失挂钩,在帮信罪这一故意犯罪中加上过失犯罪的元素难以自圆其说^①。例如在“黑网吧”案中,在认定网吧经营者是否应对顾客在其场所内实施的犯罪行为承担刑事责任时,应合理分析双方之间信赖基础的牢固程度。假设某网吧在营业期间实施顾客登记制度,并配备监控探头,同时有专职店员在场,为其提供了一个“正常”的经营形象。在这种情况下,如果犯罪分子利用网吧电脑实施诈骗,导致被害人因此遭受损失,网吧经营者通常不会被追究刑事责任。而本案中,仅因经营者存在“异常”的经营模式,就使其受到刑法的苛责,这两种截然不同的结果值得商榷。具体而言,普通顾客选择光顾“黑网吧”的原因可能多种多样:价格低廉;地理位置便利;或是偶然经过发现该网吧并决定上网等等。无论基于何种原因,都不能简单得出“光顾黑网吧=实施犯罪行为”或“光顾黑网吧的顾客基本都是犯罪分子”的结论。笔者认为,经营者对顾客光顾其网吧的目的存在合理的信赖基础,即经营者认为顾客选择该网吧的动机多半是为了小额节省而非图谋不法。

3. “明知”的内涵应包括“应当知道”

“明知”的内涵是“明确知道”和“应当知道”。此观点不仅克服了上述两观点的弊端,其自身也具备独特优势:

(1)通过综合考量帮助者对被帮助者的行为及其性质是否知悉,来判断是否具备“明知”要素,符合客观推向主观的归罪思维模式。与前两种极端观点不同,“应当知道”找到了帮信罪的刑罚边界,没有扩大或缩小打击范围。(2)“应当知道”是一种附条件的“明知”。行为人是否具备“应当知道”的前提要通过行为人是否被赋予了法定义务、行为人的行为是否违反了行业规范、行为人是否具备特殊身份等条件综合判断。且刑法分则中“应当知道”的“明知”是推定意义上的明知,而不是总则规定的过失犯罪中的“应当知道”^②。(3)将“应当知道”纳入“明知”内涵,有利于保障行为人为自身辩护的权利。“应当知道”的潜台词是“应当知道却不知道”,这就给帮助者留下了自证清白的空间,若能证明“不可能知道”“不应当知道”即可脱罪。(4)“应当知道”并非对帮助者主观要素的过度苛责。举例而言,《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《帮信罪司法解释》)第11条第(1)项规定了“经监管部门告知后仍然实施有关行为”,第(2)项规定了“接到举报后不履行法定管理职责”。对于前一种行为类型,可推定行为人经告知后,主观上应当对其行为会造成法益侵害的事实有所认识,已经认识到了行为的不法性。而对于后一种行为类型,负有管理义务的人在接到举报后,主观上应当已经认识到不法侵害可能正在或已经发生,作出违法行为的主体也许客观上真实存在,但在面临这种情况时,有监督管理义务的人仍然选择了不作为,则可认定其对可能存在的犯罪行为和犯罪人选择了纵容与默许。例如在“借卡”案中,行为人出借银行卡的情形,显然与“黑网吧”案的情形大相径庭,不可相提并论。“两卡”具有强烈的私人性,在移动支付普及的当今社会,“两卡”常常与支付结算紧密相连,“两卡”的重要性程度已经可以与身份证件相比肩,持有信用卡或手机卡意味着掌握了处分财产的能力。“借卡案”中的行为人将具备财产处分功能和私人属性的“两卡”以及U盾、密码全部出借

①参见孙鹏:《网络中立帮助行为的可罚性界定与罪名选择》,载《刑法论丛》2022年第3期,第50页。

②参见曾磊:《帮助信息网络犯罪活动中“明知”的判断逻辑与范围限定》,载《中国人民公安大学学报》2023年第1期,第32-41页。

给他人,并多次实施刷脸验证操作,这已经超越了普通生活行为的范畴,显然丧失了对他人合理利用“两卡”的信赖基础。

综上,“明知”内涵的范围与双方信赖基础的牢固程度息息相关。如表 1 所示,双方信赖基础越牢固,越趋近于“可能知道”;信赖基础越薄弱,则越倾向于“应当知道”。具体而言,信赖基础的牢固程度较强时,帮助者对对方实施合法行为的期待越高,对实施非法行为的预期越低,因此,帮

助者对对方犯罪行为的认知应当属于“可能知道”;反之,信赖基础的牢固程度较弱时,帮助者对对方实施非法行为的可能性预期增大(应该想到对方会实施不法行为,仍为其提供帮助),当达到一定程度时,应认定为“应当知道”。因此,针对“应当知道”的处罚更具正当性,而将“可能知道”与“应当知道”一并纳入“明知”的内涵进行处罚,显然缺乏正当性。

表 1 信赖基础强度影响处罚正当性的因素

信赖基础强度	帮助者的合法行为期待	对非法行为的预期	对犯罪行为的认知	处罚正当性
牢固	高	低	可能知道	不充分
薄弱	低	高	应当知道	充分

三、判断行为人是否存在“明知”的司法适用标准

通过对前述两部分内容的分析,本文认为,帮信罪的“明知”是指“明确知道”和“应当知道”。在此基础上,随之而来的问题是如何精准判断行为人主观上是否具备“明知”。为解决该问题,笔者设计了“四步走”的适用标准。

(一) 第一步:行为性质的判断

1. 基于风险创设的行为判定

根据客观推向主观的归罪原则,应先判断行为人的行为是否创设了刑法意义上的风险。若该行为未能触及刑法意义上的风险范畴,则无须适用刑法进行规制,更无须进一步探讨行为人的主观“明知”问题。通常观点认为,风险创设的类型可被划分为三大类别:一是明确能够创设刑法意义上风险的行为;二是潜在性可能会创设刑法意义上风险的行为;三是无法创设刑法意义上风险的行为,即生活行为或合规的业务行为。前两者所蕴含的风险为刑法所不容,对其可罚性的判定需进一步结合行为人的主观因素综合考量;后者作为日常化的一般风险,可直接排除其刑法上的可罚性。

判断行为人所创设的风险是否适宜刑法介入,核心在于审视该风险是否违背了刑法条款所确立的规范保护目的。在不确定规范保护目的及其范围的情况下,无法对其进行从事实到规范

的有效涵摄,即无法将某结果合理地归属于某行为。就帮信罪而言,该罪的规范保护目的是保障网络空间的纯净与健康运行,避免信息网络空间成为滋生犯罪的土壤,阻断不法分子利用线上线下相结合的方式实施财产犯罪的链接桥梁。在此意义上,任何客观上有违帮信罪规范保护目的的行为,均可视为创设了刑法所不容许的风险。

具体到前述部分的两个案例中,案例 1 提供银行卡的行为是明确能够创设刑法意义上风险的行为。利用“两卡”作为犯罪工具转移涉诈资金已成为电信诈骗犯罪不可或缺的环节。提供银行卡的行为不仅会增加司法机关追缴涉诈资金的难度,还为诈骗分子实施诈骗活动提供了极大便利。此外,该行为已然超越了生活行为或合规业务行为的范畴。银行卡具有极强的私有属性,提供银行卡的行为公然违背持卡者应合法合规使用该卡的要求,使银行卡原本所具有的私有属性被转化为涉他属性。这种涉他属性的介入,无疑将扰乱金融秩序的正常运行。案例 2 中开“黑网吧”的行为,是可能创设刑法意义上风险的行为。开“黑网吧”行为本身不会违反帮信罪的规范保护目的,但鉴于网吧经营者对顾客负有监管义务,经营者对上网顾客没有进行监管的不作为客观上促成了顾客利用不记名上网的便利实施犯罪活动。

2. “技术中立”下使用技术行为的深度辨识
在评估“技术中立”行为的可罚性时,我们应

透过表象,洞察那些伪装在合法外衣下的非法行为,识别出“披着羊皮的狼”。“技术中立”是指技术本身并不蕴含善恶属性,对于该技术的运用是否应当受到刑法规制,需根据使用者的具体行为来判断。“技术中立”从外观上难以直接确认其运用是否创设了刑法所不允许的风险,归责判断的核心在于行为人的具体行为。故从行为的角度深度挖掘,可以判断出“技术中立”行为是否具备可罚性。笔者尝试通过以下方式列举出可罚与不可罚的“技术中立”行为。

(1)“技术中立”行为自始服务于违法行为,或几乎不服务于合法行为时,中立行为便失去了合法化的外衣。例如,某公司开发麻将、纸牌等网络游戏本是合法的,但若此类游戏从一开始就旨在服务于网络赌博活动,或者其主要面向的受众群体是赌客而非广大普通棋牌游戏爱好者,那么,该行为便不能以“技术中立”为由进行抗辩。

(2)行为人在违反注意义务或监管义务后,选择不作为的默许时,该行为具备可罚性。某些中立技术的开发者对中立技术的使用者具有监管义务,应当积极主动关注该技术使用者的动向。当发现用户将该技术用于非法途径后,应立即采取有效措施予以制止。例如,某公司为满足广大网民聊天交友需求,开发了一款聊天软件。但不法分子利用该软件可显示IP地址、可付费观看其他用户视频等功能,以营利为目的发布招嫖信息或上传淫秽色情视频供用户付费观看。若中立技术的开发者不履行监管义务,则该行为失去了中立性。监管者完全可以采取合理行为避免合法利益与违法利益之间的冲突,但其依然不必要地造成了利益冲突状况,应当认定为并未满足优越性利益保护原则的前提条件,不予正当化评价。

(3)当行为符合行业规范时,“技术中立”行为可获得法律豁免。行业规范的制定应以遵循刑法为基石,若与刑法相抵触,则该规范本身便存在问题。因此,我们默认所有行业规范均未与刑法相悖。在当今时代,各大产业蓬勃发展,许多行业已形成较为明确、具体且合理的规范,这些规范可作为判断行为人中立行为是否具有可

罚性的重要依据。以软件开发行业为例,其规范对软件涉及的色情、暴力、宗教等内容严格把控,限制用户与开发者上传、下载、制作此类元素,以防不良信息流入市场造成负面影响。当前广泛流行的抖音、快手等短视频软件即是符合行业规范的代表。这类软件允许用户创作作品并将其保存在本地,生成的图片通常附带软件公司的水印。然而,即便不法分子利用该软件的AI换脸功能制作并传播大量色情图片,且这些图片仍显示原软件的水印,也不能因此追究软件公司的法律责任。原因在于:首先,该公司并未制造法律所禁止的风险,风险创设的主体为违规使用该软件的用户;其次,软件符合行业规范,具备合法性基础;再次,不法分子之所以能够保存并传播色情图片,并非因软件漏洞,而是由于当前技术尚无法完全甄别色情内容;最后,公司会进行人工筛查,及时删除不符合规范的图片,对违反规定的账户进行处罚。因此,在此种情形下,应排除软件公司的法律责任。

(二)第二步:违法认识可能性的判断

结合行为人受教育水平、行业经验、法定义务、既往经历、交易对象、年龄、与信息网络犯罪行为人的关系、提供技术支持或者帮助的时间和方式、获利情况、行为人行为前是否收到过行政部门的警示等因素,可以判断其是否“明知”。以“黑网吧”案件为例,如果经营者先前已经受到相关部门的警告或处罚,之后仍选择以异常模式继续运营,且未对网吧实施有效的监管措施,那么其主观认知状态便从“可能知道”升级为“应当知道”。

(三)第三步:审慎适用“其他足以认定行为人明知的情形”条款

《帮信罪司法解释》第11条第(7)项规定,“其他足以认定行为人明知的情形”亦属于“明知”的一种。但若适用该条款,应当证明行为人实施的行为与该条前六项规定具备等价性。换言之,即便司法解释为推定规则制定了兜底条款,依然要克制适用该条款^①。

以提供“两卡”方式进行帮信行为为例。帮

^①参见李怀胜:《电信网络诈骗黑产链条明知推定的行为类型与边界研究》,载《法学论坛》2023年第4期,第114页。

信行为的媒介并不拘泥于线上网络^①,越来越多的帮信行为通过“两卡”为载体进行,为规制通过“两卡”为载体而进行的帮信行为,“两高一部”在2022年发布了《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》(以下简称《纪要》)。《纪要》第1条通过列举方式释明了七种“明知”行为,其中与出租、出售“两卡”行为挂钩的情形有五种,没有将出借“两卡”的行为纳入“明知”范畴,其原因在于出借行为往往与“可能知道”相互挂钩,而将“可能知道”纳入“明知”的范畴明显失之偏颇。

出租、出售“两卡”说明行为人主观上具有不正当的牟利目的,且行为人进行出租、出卖行为时对对方使用“两卡”进行活动的目的不存在合理的信赖关系,主观上至少具备“应当知道”的“明知”。对于出借者是否达到“应当知道”的判断,应注意以下两个方面:

1. 不能因为银行工作人员在办卡过程中履行过“不要出借、出租、出售银行卡”的提示义务,就认为行为人存在“应当知道”的“明知”。一方面,银行工作人员不是国家工作人员,其告诫本身并不具有法律上的约束力;而国家工作人员的告诫具备一定的权威性,两者的告诫不能等同视之。另一方面,与出租、出售相比,在出借情形下,期待承借人不实施犯罪行为的期待可能性要高很多,承借人得到银行卡后,所实施的行为并不必然是违法行为。

2. 出借行为是否构成“应当知道”的“明知”,还需结合出借人是否有其他行为来综合判断,如在后续与承借方的往来中,有无异常的注销行为,有无多次办卡并交付的行为,有无参与扫码、刷脸等支付结算行为,有无超出生活行为的异常往来等。

(四)第四步:留予行为人自证的机会

“应当知道”是一种推定的认知状态,司法机关基于充分的客观事实,合理推断被告人具备“明知”。此时行为人具备反证的权利,若行为人未能提出有效反证,则“应当知道”的推定成立,司法机关可依此推定被告人具备“明知”要素^②。为了避免推定“应当知道”导致冤假错案,必须构

建完善的抗辩机制,保障行为人通过证据证明自身清白的机会。《帮信罪司法解释》与《纪要》列举了“明知”的几种行为类型,但这些列举本质上都是一种推定,对于是否“明知”应当结合全案综合考量。如若行为人自证或者有相反证据表明确实不存在“明知”,应当予以出罪。

换言之,通过经验法则推定得出的“明知”具有盖然性。这种推定方法的作用如同过滤网,能过滤出大部分是否“明知”的情形,但也存在无法完全过滤的情况。此时,就要结合被告人自证来判断其主观上是否具备“明知”。例如,银行柜员为顾客开通银行卡本不收费或者只收取少量工本费,若该柜员经常性在开卡后收取“回扣”,可以初步判断该柜员主观上至少具备“应当知道”的“明知”。如果该柜员可以自证与开卡者并无社会关系,开卡时询问了开卡用途,尽到了勿将银行卡出租、出借、出售的风险提示义务;能够证明其收取的“回扣”是来自领导给予的奖励;所开的银行卡的卡主是不特定人群,没有出现同一时段一人开多张卡,经常性发生开卡人及其近亲属同一时段集体开卡等异常情形时,就可以说明行为人通过自证,能够推翻推定出来的“明知”。

四、结语

通过对帮信罪中“明知”主观要素的深入探讨,本文明确提出以下观点:认定“明知”应当包括“明确知道”和“应当知道”,后者能够有效弥补“明确知道”标准的局限性,并使司法适用更具灵活性与现实性;在判定“明知”时,法官应结合行为人的具体情况,如教育背景、行业经验、法定义务等因素,综合判断其是否具备“明知”;在实践中,应避免将“可能知道”泛化为“明知”,以免过度扩张犯罪认定的范围。为此,本文设计了“四步走”路径,以期在司法实践中提供更加清晰、系统的判定标准,确保对犯罪行为的打击既精准又公正。希望本文的分析和建议能够为完善帮信罪的司法适用提供理论支持与实践指导,推动我国刑法公正与科学发展。

①参见喻海松:《网络犯罪黑灰产业链的样态与规制》,载《国家检察官学院学报》2021年第1期,第102页。

②参见孙运梁:《帮助信息网络犯罪活动罪的核心问题研究》,载《政法论坛》2019年第2期,第83-85页。

[参考文献]

[1]王华伟.帮助信息网络犯罪活动罪的司法误区与理论校正[J].财经法学,2024(05):179-192.

[2]阎二鹏.帮助信息网络犯罪活动罪的立法阐释与司法纠偏[J].法律科学(西北政法大学学报),2024(05):117-128.

[3]刘子良.帮助信息网络犯罪活动罪的从属性否定与独立性正成——基于规范论的立场[J].河南财经政法大学学报,2024(02):106-118.

[4]于冲.帮助信息网络犯罪活动罪的独立性与依附性[J].国家检察官学院学报,2023(01):106-120.

[5]薛铁成.帮助信息网络犯罪活动罪的解释路径:共犯论与非共犯论[J].山东社会科学,2023(10):175-184.

[6]李怀胜.电信网络诈骗黑产业链条明知推定的行为类型与边界研究[J].法学论坛,2023(04):106-116.

[7]李森.网络帮助行为刑事处罚的规范判断[J].财经法学,2023(02):68-82.

[8]曾磊.帮助信息网络犯罪活动罪中“明知”的判断逻辑与范围限定[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2023(01):59-66.

[9]钱叶六.帮助信息网络犯罪活动罪的教义学分析——共犯从属性的坚守[J].中外法学,2023(01):143-161.

[10]喻海松.帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开[J].国家检察官学院学报,2022(06):101-113.

【责任编辑:高 锋】

Research on the identification of “knowing” in the crime of assisting criminal activities in the information network

Xuan Min

(Dacheng Law Firm of Beijing (Changchun Branch), Changchun Jilin 130000, China)

Abstract: The “Criminal Law Amendment (XI) of the People’s Republic of China” has established the new charge of the crime of assisting criminal activities in the information network, which has played a pivotal role in cracking down on rampant network crimes; the “Interpretation on Several Issues Concerning the Application of Law in Handling Criminal Cases of Illegally Using Information Networks, Assisting Criminal Activities in the Information Network, etc.” has pointed out the direction for the accurate application of this charge in judicial practice. As a new charge, the crime of assisting criminal activities in the information network has significant differences from traditional crimes in terms of behavior patterns, judgment of subjective “knowing”, etc., especially in the understanding and application of the issue of “knowing”. In view of the complexity of the connotation of “knowing”, the identification of “knowing” in judicial practice should follow the following four steps: first, determine the nature of the behavior through risk creation, and “technical neutrality” can be used as a standard for determining the nature of the behavior when the conditions are met; secondly, comprehensively judge the possibility of the actor’s illegal cognition; thirdly, prudently apply the clause of “other circumstances sufficient to determine that the actor knows”; fourthly, leave an opportunity for the actor to prove himself.

Key words: crime of assisting criminal activities in the information network; “knowing”; subjective elements; trust basis; judicial application

【公安理论与实务研究】

公安机关新质战斗力视角下公安民警 现场执法能力生成路径研究

陈广豪, 卢风云
(中国人民警察大学, 河北 廊坊 065000)

〔摘 要〕作为公安机关参与社会治理的重要环节,现场执法是决定公安执法质量与执法公信力的关键因素。公安机关新质战斗力的提出,对公安机关现场执法队伍的法治水平、凝聚力、战斗力与创造力提出了更高要求。创新、主动、规范、协同、精细、务实的新警务理念,要求公安机关现场执法队伍在执法方式创新、执法态度主动、执法程序规范、执法协作协同、执法细节精细、执法成果务实六个维度上不断提升水平、强化能力。对此,需要以公安民警现场执法能力建设为突破口,进一步推动公安工作思想观念现代化进程、探索新型科技在公安领域的应用、提高公安队伍训练的整体效能、增强公安队伍的凝聚力与战斗力,以此作为生成公安机关新质战斗力的有效切入点,为社会发展提供高水平高质效的安全保障。

〔关键词〕公安机关新质战斗力;现场执法;执法能力;执法队伍建设

〔基金项目〕本文系2023年公安部公安理论及软科学研究计划重点项目“国家安全视域下社会治安防控体系建设研究”(项目编号:2023LL20)和2023年河北省研究生专业学位精品教学案例(库)项目“基于实战教学的常见警情现场处置与指挥案例库建设”(项目编号:KCJPZ2023056)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕陈广豪(2000—),男,江西赣州人,中国人民警察大学警务指挥与战术专业2023级硕士研究生,主要从事警务合成作战研究;卢风云(1976—),男,内蒙古乌兰察布人,中国人民警察大学警务指挥学院院长、教授,警务合成作战与训练研究中心研究员,主要从事警务指挥研究。

〔收稿日期〕2024-12-05

〔中图分类号〕D631.1;D922.14〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2025)01-031-09

2024年1月14日召开的全国公安厅局长会议明确指出:加快形成和提升新质公安战斗力,忠实履行神圣职责,为扎实稳健推进中国式现代化贡献公安力量^[1];2024年10月16日至17日召开的全国公安厅局长会议再次提到,要提升公安机关新质战斗力,高水平推进公安工作现代化,为推进中国式现代化提供坚强安全保障^[2]。公安机关新质战斗力的提出,是公安工作现代化背景下对于提升公安队伍战斗力水平的重要指示,是公安领域对于发展新质生产力的重要回应与深刻阐释,也是未来公安工作的研究热点与主要发展方向。加快形成和提升公安机关新质战斗力,必须要做好人才队伍建设,从现实需求出发

宏观规划,构建完善的公安队伍人才培养工作制度,不断优化人才培养的流程与模式,使公安队伍人才成为提升公安机关新质战斗力的“最大增量”^[3]。

2020年8月26日,习近平总书记在中国人民警察警旗授旗仪式上指出,要坚持维护社会公平正义,加强教育培训,严格监督管理,规范权力运行,把严格规范公正文明执法落到实处,不断提高执法司法公信力^[4]。公安民警现场执法涉及社会生活的各个方面,是一线民警执法行为中最重要、最频繁的一个环节。一方面,执法效果的好坏直接影响公安机关的形象与人民群众对公安队伍的评价,因此,组建高水平公安现场执

法队伍,提高公安民警现场执法效能,既是人才队伍建设的内在要求,也是对人民群众热切期望的积极回应;另一方面,公安机关新质战斗力的提升离不开高质、高效、高水平公安执法能力的支撑,深化公安队伍现场执法能力建设不仅是公安机关新质战斗力增长的人才队伍保障,更是公安队伍战斗力水平的重要衡量标准,为我们探索公安机关新质战斗力的增长路径提供了重要指引。

一、新时代背景下公安机关现场执法与非现场执法的差异

“现场”是一个空域概念。公安现场执法,指的是公安机关人民警察对社会面发生的警情进行依法控制、处置的行为,是公安执法的一种表现形式。完整提及“公安现场执法”的,是公安部印发的《公安机关现场执法视音频记录工作规定》(公通字[2016]14号),该规定对于公安现场执法的范围进行了详细分类列举^[5]。对于公安机关非现场执法,当前学界并没有形成统一共识,相关法律法规以及司法解释也没有明确规定。有学者认为,以当场性来区分现场执法和非现场执法较为合适^[6]。综合众多理论与观点,本文认为,公安机关非现场执法是指公安机关通过技术手段,如视频监控、大数据分析等,在执法人员不直接接触行政相对人的情况下进行执法活动的一种形式,它主要依赖于现代科技手段,对违法行为进行远程监控、记录和处罚。

(一) 现场执法更加注重临场情境应对与即时处置干预

非现场执法大多针对于道路交通安全违法行为,执法场所并不在违法犯罪行为发生的第一现场,往往需要通过智能感应系统、视频监控分析等信息技术来收集执法对象的行为信息与违法证据,经审核无误后自动形成处罚决定。这一特点,意味着非现场执法活动更聚焦于数据信息挖掘与远程精准裁断。而公安现场执法发生在违法犯罪行为现场,属于社会面空域的即时控制与处置,会与执法对象进行面对面接触,涉及口头警告、调解劝离、制服控制、现场搜查、现场勘查等

诸多环节,所处情形相较非现场执法而言更加复杂,更加注重临场情境的应对与即时的处置干预。

(二) 现场执法倾向于应急程序快速启动与现场证据高效固化

公安机关的职能定位决定了其必须对各类违法犯罪行为作出及时反应。无论是面对性质恶劣严重的暴力犯罪,还是情节较轻的一般违法行为,公安机关接到报警之后都需要确保执法民警在第一时间赶赴现场,并在迅速了解案情、评估现场情况之后,采取相应的处置措施并有效控制现场局面。在警情发生之后,还需要执法民警在现场进行详细的勘验和调查,确保能够及时发现、收集并固定相关证据,这对于案件处理、责任认定等后续工作具有不可替代的重要意义。相较而言,非现场执法活动没有这种紧急性。非现场执法活动更注重数据回溯审核与处罚流程的规范推进,其处罚决定的作出也相对滞后,需要经过一系列审核和告知程序,否则容易导致处罚不当,使得公权力与私权利的平衡受到冲击。

(三) 现场执法更能彰显即时威慑效力与秩序恢复的效能

随着数字技术对执法活动的持续赋能与不断演进,非现场执法可以同时处理大量的违法犯罪行为,并且减少了现场执法中可能出现的人为因素干扰,对于提高执法效率、节约行政资源具有重要意义,凸显出非现场执法高效处理的优势与客观公正的特性。但是,在维护社会秩序方面,现场执法有着不可替代的作用。大多数违法犯罪行为与社会矛盾冲突需要执法人员到达现场直接介入作出判断与决策,并通过即时沟通协调,有效安抚公众情绪,同时对违法犯罪行为及时依法打击处理,以防止事态进一步升级。高效规范的现场执法活动,能够让违法犯罪嫌疑人切实感受到法律的威严和执法的严肃性,更是保障社会秩序平稳运行的关键环节。

二、公安机关新质战斗力视角下公安民警现场执法能力建设的重要地位

现场执法的复杂性,决定了现场执法队伍需要更高的综合素质。由于现场情况瞬息万变,一

个错误的决策可能引发严重的后果,相比之下,非现场执法更多依赖技术系统和相对固定的流程。在信息化、智能化时代背景下,公安机关新质战斗力是对公安工作的全新要求与核心驱动力,强调利用新理念、新方式、新技术来提升预防、打击犯罪的水平,增强快速响应、高效处置各类突发事件的能力。作为维护社会稳定、保障人民安宁第一线的警察现场执法,与科技进步、法治建设有着密不可分的紧密联系,是构建公安机关新质战斗力的重要组成要素,也是体现公安战斗力水平的重要标志。

(一)强化公安现场执法队伍建设,为公安机关新质战斗力提供人才保障

公安机关新质战斗力的核心在于最大限度激发公安队伍战斗力水平,实现公安机关维护社会治安、保障国家稳定的最大质效,其中,高精尖的现代化警务科技水平是提升公安机关新质战斗力的核心,高质量的现代化公安人才队伍是生成公安先进战斗力的有力保障。公安现场执法是公安执法领域的重要环节,涉及刑事、治安、交通、纠纷调解、人员求助、社会维稳等多方面内容,具有执法环境复杂、社会高度关注、执法要求高的特点,需要现场执法的公安民警具备高素质法律素养、高水平处置技巧和沟通能力,能够根据现场的不同情况与突发情形随机应变。公安机关新质战斗力的提升,需要大量优质公安人才作为保障。现场执法力量是公安人才队伍的重要组成部分,是“情指行”一体化警务运行机制中警务“行动”的贯彻执行者。只有不断加强现场执法队伍建设,培养出符合新时代公安工作需要的一线执法队伍,才能为公安机关新质战斗力的形成与提升提供坚实人才支撑。

(二)提高公安民警现场执法水平,构成公安新质现场执法能力

“战斗力”的提升是公安机关新质战斗力的关键落脚点,这种“战斗力”体现在多个方面,有着丰富的内涵,其核心在于维护社会安全稳定的能力水平,既包括公安民警个人的综合能力水平,也包含了公安机关作为一个整体在打击违法

犯罪、应对突发事件中所体现的处置效能。公安民警现场执法能力指的是公安民警在现场执法过程中,为了履行职责所应当具备的综合能力,既包括最基本的法律运用能力与现场处置能力,还包含沟通协调能力、防卫控制能力、证据固定能力、组织协调能力等。面对复杂多变的执法环境以及人民群众越来越高的期待要求,现场执法的人民警察必须与时俱进,不断学习新技术、吸收新理念、掌握新方法,以适应日益复杂的社会治安形势所带来的新挑战。只有提高站位,为中国式现代化的高质量发展保驾护航,以全局的眼光长远谋划公安执法能力的构建与形成,用科技创新驱动新质态战斗力逐步生成,才能更好打造现代化背景下的公安新质现场执法能力,不断补充完善公安机关各方面能力素养,从而形成公安机关新质战斗力。

(三)提升公安现场执法效能,展现公安机关新质战斗力水平成效

公安机关新质战斗力是平安中国建设的重要支撑,在全面建成社会主义现代化强国的征程上,我们面临着内部与外部多方面多领域的挑战与风险,地缘政治、网络安全、公共安全、信息安全等突出问题与威胁影响着社会的稳定,复杂多变的社会背景对公安机关应对重大风险挑战、维护社会稳定与国家安全的能力提出了更高要求^[7]。公安机关新质战斗力正是新征程新时代对公安机关综合能力的客观评价。作为一种宏观上的整体效能,需要综合各方面数据指标才能得出科学性的正确量值,公安民警现场执法的现实效能,能够为我们提供一个细微观测点,成为体现公安战斗力水平的一个重要方面。公安现场执法完全暴露在社会公众视野之下,接受着人民群众面对面的直接监督以及网络世界的全民审视,从公安机关现场执法的出警速度、科技智能化水平、防卫控制与武器警械使用水平、镜头下执法的素质与水准、沟通协调中法律的掌握程度,便可对公安战斗力水平观其一二。因此,公安现场执法效能是展现公安机关新质战斗力水平的重要窗口。

三、公安机关新质战斗力视角下公安民警现场执法能力的新特质

公安机关新质战斗力对公安人才专业化水平提出了更高要求,不仅要求在执法方法与执法技巧上与时俱进体现出“新”,还要求在执法成效与执法速率上体现出“质”的飞跃。“质”的突破,需要一定的新技术、新方法、新理论、新科技的积累才能真正实现。公安民警现场执法能力由多个方面构成,是一种综合性执法能力。在公安工作现代化背景下,随着信息化的普及尤其是网络媒体的不断发展,对公安执法能力提出了新的要求与标准,从执法理念到执法语言再到执法行为,都成为衡量其战斗力水平的重要指标。

(一) 正确的执法理念是执法行动的思想先导

公安工作现代化背景下,公安机关新质战斗力的提升不仅仅需要科技信息的支撑以及队伍管理体制与警务运行机制的深刻变革,还要求在理念上不断向前发展,与新时代公安机关的使命担当紧密相连。只有这样,才能有效推动公安工作高质量发展,有效应对复杂多变的社会治安形势^[8]。在公安民警现场执法工作中,我们要明确理念是行动的先导,发展实践受理念的指引,要坚定捍卫“两个确立”,坚决做到“两个维护”,牢牢把握“公安姓党”的根本属性,凝心铸魂,忠诚履行职责。执法队伍要牢牢树立以人民为中心的发展理念,深刻认识到只有为了人民、依靠人民、造福人民,构建公安机关新质战斗力才有正确的现代化观、发展观。与此同时,在工作过程中要牢固树立底线思维,不断强化风险防范意识,以包容开放的思想理念不断创新执法新方法,发明执法新技术,以此来满足人民群众的新期待,适应社会安全形势的新变化。

(二) 自主创新能力与信息科技运用是执法的核心驱动力

在公安工作现代化背景下,面对日益复杂的现场执法环境,传统的执法模式和执法方法难以应对层出不穷的新问题以及维护社会稳定的新需要,公安民警现场执法能力已不再局限于传统

的执法技能与经验,还需要深度融入科技创新元素,不断探索现场执法新手段。这要求现场执法民警必须具备熟练运用现代科技设备的能力,如熟练操控无人机、精准运用新型警械武器、灵活使用各类智能执法辅助设备,以提高执法的精准性与全面性。与此同时,新质战斗力还对执法民警自身的创造能力提出了新要求,要求执法民警积极参与发明创新,以自身丰富的执法实践为依托,主动探索解决执法中的痛点与难点问题,针对执法中的难点问题提出创新性解决方案;在日常执法中,勇于尝试新的执法理念和战术,不断推动人工智能等新技术在执法领域的深度应用与拓展。

(三) 技巧性的语言控制是执法制胜的法宝

“一策可转危局,一语可退千军”,在公安现场执法过程中,有效的语言运用是我们获胜的法宝,掌握技巧性的语言控制以达到“不战而屈人之兵”的效果,是现场执法的艺术所在^[9]。公安机关新质战斗力要求我们不断拓展思路,研究更高效的现场执法新范式,科学合理地运用语言控制的手段来化解矛盾、解决问题,能够有效地提高现场处置效能。面对形形色色的执法相对人以及情况各异的执法情景,一味使用武力把控局势非但不可取,还可能导致现场局势的激变升级,与将矛盾解决在萌芽状态的现代治理理念背道而驰。对此,需要紧密结合执法实践,善于总结经验、提炼方法,深度探究公安现场执法中语言控制的技巧,运用法言法语现身说法,提高执法规范化水平,构建和谐警民关系。随着全媒体的不断发展,舆论生态、媒体格局、传播方式不断发生着深刻变化,在当下执法活动中,现场执法警察的一言一行都会被网络媒体无限放大,如何快速分析现场局势,既找到问题矛盾的核心所在,让语言控制合乎法言法语与程序要求,又能够直击要害迅速排除风险,获得人民群众的好评与信服,是现场执法警察的必修课。

(四) 出色的应变能力是化解执法风险的核心

警察在现场执法时通常要面临两种危险情境:第一种类型是警察执法过程中各种因素的介

人,导致执法环境升级恶化,执法警察不得不使用武力来消除风险;第二种是猝不及防型的情形,现场执法时常见于当场盘查、人身检查、抓捕、解押等过程中执法对象发起的突然袭击^[10]。随着社会的不断发展,执法环境与执法相对人也不断体现出新的特征,社会治安形势日趋复杂化,警察现场执法活动也持续增多,这对警察现场执法安全风险防范能力提出了新的考验^[11]。公安现场执法本身就充满不确定性和突发性特点,无论是传统犯罪活动还是非传统的安全威胁,都要求现场执法警察具备高超的应变能力与反应速度,面对复杂多变的执法环境可以作出正确决策,有效化解风险。只有提高公安机关防范化解风险的水平,才能有效提升公安机关新质战斗力。这意味着新时代现场执法新环境,对执法警察的应变能力、处置能力、分析能力与心理素质都提出了更高要求。

(五)执法队伍的凝聚力与向心力是执法的有效保障

在公安机关新质战斗力形成与提升进程中,队伍建设具有基础性与先导性地位,需要在严格的实战训练与思想淬炼中提升队伍的凝聚力、向心力和战斗力,树立起执法队伍的良好形象,增强公众对公安机关的信任。在现代法治社会的运行体系中,现场执法队伍作为法律直接执行者与社会秩序关键维护者,只有树立起共同的执法理念、价值追求以及职业使命感,才能最大程度发挥执法队伍的战斗力,形成一个紧密联系的有机整体,确保执法队伍在面对各种利益诱惑、暴力威胁以及社会舆论时,能够保持清醒的头脑与坚定的立场,坚定不移地贯彻执行法律赋予的神圣职责。

四、公安机关新质战斗力视角下公安民警现场执法能力的生成路径

生成公安机关新质战斗力的要求为公安民警现场执法能力的提升提供了路径指引。警察执法是公安工作的重要内容,也是维护社会安全稳定必不可少的手段,而公安现场执法又是执法行为的重要组成部分,由于现场执法环境复杂、

突发状况多、舆论压力大,对现场执法警察的各方面能力素质提出了更高的要求。

(一)树立正确的现场执法理念,进一步推进思想观念现代化进程

思想观念现代化是指能够敏锐观察到公安工作现代化的发展趋势以及其中蕴含的警务价值^[12]。公安机关新质战斗力的提升,需要聚焦“深化新认识”的要求,因此公安民警现场执法能力的培养要始终坚持政治建警,主动接受、吸收新技术、新理念,不断对固有传统思想和执法理念进行改造或扬弃,进而用新思想、新理念指导公安工作新实践,进一步加快公安队伍整体的思想观念现代化进程。

1. 坚持用习近平新时代中国特色社会主义思想武装头脑

统筹现场执法队伍的高质量发展,着力打造一支忠诚担当的公安铁军,需要我们在思想上锚定方向,深入学习习近平总书记关于公安工作的重要讲话和重要指示精神,深刻理解其核心要义、精神实质和丰富内涵,坚定不移走改革强警之路,确保现场执法工作始终沿着正确的政治方向前进。现场执法队伍要主动承担起护航新征程的光荣使命,始终保持高度的政治觉悟和责任感,坚决做到对党忠诚,服务人民,执法公正,纪律严明,使各项执法工作能够经得起历史的检验,能够获得人民的真心认可与衷心拥护,进一步筑牢公安机关新质战斗力之基。

2. 牢固树立执法为民的理念

护航新质战斗力高质量发展,必须坚持以人民为中心,在创新公安现场执法方法、变革公安现场执法手段、更新公安现场执法设备的过程中,紧紧围绕广大人民群众最迫切的期望,认真倾听大众的呼声,以人民群众满不满意为核心标准,为社会提供更高水准的安全保障;有效解决执法中出现的各种问题和矛盾纠纷,努力获得人民群众的认可与帮助,达到执法为民、人民拥护执法的局面,形成警民一家的良好社会氛围,进一步推动社会经济高质量发展,进而形成公安机关新质战斗力。

3. 包容性执法与严格执法结合,提升执法

温度

包容性执法主要是指以构建和谐警民关系为目的,以尊重执法相对人的人格尊严和自由平等为根本,有效降低执法矛盾与冲突,保证相对人和执法者自身最大利益的新型执法手段^[13]。包容性执法能够在一定程度上满足执法形式正义和实质正义之间平衡的需要,达到维护和谐稳定社会大局的目的。协调包容性执法与严格执法之间的平衡,是推进法治中国建设大潮中亟须解决的重要问题,有助于以最小代价实现最大化的执法效果,与公安机关新质战斗力的要求相统一。

(二)强化执法队伍创新能力培育,进一步提高执法素养与智能化水平

在新兴科技革命浪潮的席卷之下,公安战斗力的核心竞争日益演化为依托科技创新引领的新型生产力角逐。面对纷繁复杂的风险与挑战,我们要实现公安战斗力本质的飞跃与升级,就必须在科技领域不断探索^[14]。提高现场执法队伍的智能化水平,是促进公安工作整体面貌焕然一新,提高执法效能的重要举措之一。

1. 提高现场执法队伍运用现代科技设备的水平

“工欲善其事,必先利其器”。公安现场执法队伍能力的提升,离不开现代执法设备的辅助;公安工作现代化背景下使用现代科技设备的水平,是衡量执法队伍能力的重要标准。对此,要大力加强对现场执法队伍的培训。新的社会环境下,现场执法不再是人海战术,利用新型设备能够获得事半功倍的效果。当前,执法警员应当具备熟练使用无人机参与执法行动、全面记录现场情况、跟踪识别犯罪分子、对人群喊话劝离等现场执法工作能力;熟练掌握电击枪、催泪枪、手持式电磁防暴发射器、警用捕捉网等现代新型武器警械设备操作使用;熟练运用警用机械狗、5G执法记录仪、背夹式酒精检测仪等执法设备辅助执法。

2. 鼓励现场执法队伍积极参与发明创新

现场执法队伍每天都面对着不同的警情,其自身对于执法工作中的问题与难点最为熟悉,对

于如何破解执法难题也最有发言权。推动公安工作现代化,必须提高现场执法队伍自身的主动性与创造性,用新技术提升新质效,用新思路解决新问题,由内而外持续发力,不断深化人工智能的应用领域与应用场景,加大专业化装备研发投入力度;通过创新人才培养,提高现场执法队伍的数字素养、科研素养、执法素养,更好地支撑公安新质战斗力的提升。

3. 利用大数据构建内部执法信息共享平台

搭建全面的公安执法管理信息库,可以记录每一位现场执法民警的工作情况,在线实时掌握现场执法民警的工作内容与工作状态,通过对办理案件数量、群众投诉情况、民警培训时长等数据的分析记录,可以为每一名民警提供个性化培养方案,有针对性地完善能力、弥补不足;利用大数据平台,可以及时更新新型执法范式,建立案例库供现场执法民警参考,更好提高执法的效率效能^[15]。在数据化时代,巧妙发挥信息化的优势与特长,利用人工智能与大数据等技术整合现有资源、提高执法水平,是提升公安战斗力的重要方式。

(三)创新现场执法队伍培训模式,优化实战化培训模式设计

公安现场执法队伍能力的构建离不开系统化、科学化的教育培训。培训方式的好坏,直接影响公安队伍的实战能力。创新改革现有培训模式,探索新的训练方式与训练手段,有利于实现执法队伍战斗力提升,为公安队伍的训练教学提供参考与借鉴。

1. 完善公安民警现场执法训练理论

一是引入冲突降级理论,包容审慎执法。在警察现场执法中,借鉴新时代“枫桥经验”,合理采用冲突降级策略;在现场执法过程中,慎用警械武器;在强制手段的使用上保持克制,能够迅速识别并评估冲突级别,采取温和而坚定的方式引导当事人冷静配合;同时,保持执法行为的合法性和必要性,以最小化的强制手段达到执法目的,确保公共安全与个人权益的平衡。二是引入风险评估理论,有效预防执法风险。一方面,公安机关应建立健全风险评估机制,明确风险评估

的流程和标准,确保风险评估工作的规范性和有效性;另一方面,要通过加强执法培训和教育,提高现场执法人员的法律素养和业务能力,使他们能够熟练掌握风险评估的方法和技巧,更好地应对执法过程中随时可能出现的风险挑战。

2. 持续推进训考融合、练战一体的培训模式

将训练考核的成绩纳入民警综合考评,实行训练“积分制”管理。将民警日常训练、岗位培训、年度考核、比武竞赛的结果逐一赋分,强化过程管理、深化结果运用,将训练与晋升挂钩,育人与用人紧密结合,以此激发现场执法民警的内在动力,调动民警的积极性,从而提高训练效果^[16]。同时,还应持续推进练战一体训练模式,让参与培训的警员作为后备力量,在需要的时候直接参与实际执法行动或参与重大活动安保及专项警务行动,促使警员在实战中检验执法技能,在实战中锻炼过硬本领,进一步提高公安战斗力水平。

3. 引入随警联动与模拟影像训练法

对现有公安现场执法队伍的培训方式进行创新改进。一是引入“随警联动”复盘训练法。针对执法问题建立完备的课程体系,注意疑难警情以及新型警情的推演与模拟,在实际工作当中对课程内容不断丰富完善,提高“随警联动”评估小组的质量,制定规范化与标准化的考核流程与评估体系^[17]。二是不断完善模拟影像训练法。搭建平台优化模拟影像训练系统,扎实推进数字练兵工程,与企业联合开发专业化虚拟仿真系统,使模拟训练贴合现场执法真实情境,进一步提高训练效果、丰富训练内容,激发训练对象的积极性。

(四)提升现场执法人员风险防控水平,精练执法沟通与应变艺术

公安机关新质战斗力中的“质”指的是公安工作实践之“质”,即公安工作的质量、效能和水平,它体现在公安人员应对复杂多变现实问题的能力、工作效率以及公安工作的整体效果上。提升现场执法人员风险防控水平,是推动公安战斗力“质”的发展的重要途径,它不仅能够增强执法人员的应对能力,提升执法效率和准确性,还能保护执法人员安全,增强公众信任和支持,促进

公安教育与执法实战的深度融合。

1. 提高现场执法队伍的风险意识

提高现场执法队伍的风险意识,防范和应对各类风险挑战,是构建安全大格局的重要组成部分。随着社会的快速发展和犯罪手段的不断变化,公安工作面临着越来越复杂和多样化的挑战。在执法过程中,执法人员经常面临各种潜在危险和风险,不仅可能遭遇暴力抗法与袭警的人身危险,还可能会有别有用心之人故意煽风点火引起网络舆情。因此,要通过日常宣传教育、定期开展主题活动、归整典型案例等方式,提高现场执法队伍的风险意识,做到警钟长鸣。所有公安干警都应该牢固树立风险意识,充分认识到提升风险意识不仅仅关乎执法干警个体安全,更关乎整个公安队伍战斗力,关乎社会的和谐稳定。

2. 提升现场执法队伍的语言控制能力

公安现场执法中语言的控制不仅仅是警务实战化的重要内容,更是全面提升公安队伍整体素质,提升警察执法水平与实战能力的重要抓手^[18]。提升现场执法民警执法能力,要激发公安民警执法语言活力,高度重视民警的个人价值,调动其工作积极性和主动性。在日常培训过程中,要提高执法语言的表达能力,确保民警在现场执法的高压状态下能够准确、清晰地运用法言法语开展工作,有效控制现场,达到“不战而屈人之兵”的效果,提高执法效能。

3. 提升现场执法队伍在镜头下执法的应变能力

在全媒体时代背景下,现场执法行为稍有不慎就有可能引起舆论的轩然大波。面对网络舆情与社会热议,无形之中会给现场执法民警带来巨大的思想压力和工作压力。因此,提升现场执法队伍在镜头下执法的应变能力势在必行。对此,需要大力强化实战演练,模拟各种复杂场景和突发状况,锻炼执法人员在实战中的应变能力和处置技巧;模拟真实案例,组织“红蓝对抗”演练,针对现场执法中可能出现的各种意外事件与突发状况,在不预设方案、不提前通知的情况下开展演练,培养和锻炼执法队伍的心理素质与应变能力。

(五)提升自身文化建设水平,以公安队伍凝聚力生成新质战斗力

公安队伍的文化建设是其精神支柱和灵魂所在。通过强化文化建设,可以形成统一的价值观念、行为规范和团队精神,提升队伍的凝聚力和向心力。公安队伍凝聚力的有无,将直接影响到公安队伍的战斗力和执行力,因此,要通过文化引领与凝聚力提升来生成公安机关新质战斗力。

1. 全面推进从严治警,加强纪律作风建设

一是持续推进警示教育与廉政谈话常态化制度化,加强现场执法队伍的职业荣誉感和社会责任感。在现场执法队伍建设过程中,坚持全面推进从严治警,牢记公安机关使命担当,激发队伍的创新活力和战斗意志。二是完善内部监察与外部监督制度。定期开展专项整顿,增强队伍凝聚力和向心力,形成独特的执法队伍文化,打造以秉公执法、执法为民为核心内涵的现场执法队伍品牌,树立现场执法队伍的廉洁自律意识。

2. 推动爱警暖警工程实效化

公安民警现场执法需要直接面对形形色色的执法对象,不仅容易受到暴力袭警的威胁,还可能被不实的网络舆论中伤,导致自己合法权益受到侵犯。一方面,为了维护执法权威,要坚决保障现场执法民警的合法权益,让每一名现场执法民警在履行职责时都能感受到坚强的后盾,毫无后顾之忧地投入维护社会治安的正义事业中。另一方面,要统筹惠警资源,使资金使用向一线执法民警倾斜;定期开展慰问工作,落实各项优待抚恤政策,真正解决执法民警的实际困难,进一步增强现场执法队伍的归属感与荣誉感。

3. 外部加强社会互动,内部组织文化活动

提升现场执法队伍自身文化建设水平,需要进一步深化警民联系,内部与外部协同发力,以强化公安队伍凝聚力,并生成新质战斗力。一是举办警民互动活动,开展安全宣传教育,进一步提升公安队伍形象,让公众更加理解和支持公安工作,形成良好的社会氛围。二是建设警察博物馆,评选最受群众欢迎的执法警员,开展各种文化活动,以增强队伍的凝聚力和向心力;加强公

安队伍内部文化建设,增强社会了解与认同,弘扬忠诚、奉献、担当的价值观,将凝聚力转化为新质战斗力,更好地履行维护社会治安的职责使命。

五、结语

生成与提升公安机关新质战斗力,是护航中国式现代化高质量发展的重要支撑。新质战斗力的形成与提升,要将队伍建设摆在突出位置^[19]。在此背景下提升公安机关现场执法水平,锻造能力过硬的公安现场执法队伍,打造公安机关新质执法能力,是构建新安全格局背景下对提升公安机关新质战斗力的主动回应与积极探索。对此,应当树立正确的执法理念,不断提高现场执法队伍的智能化水平,创新执法队伍的培养训练模式,提升现场执法队伍的风险防控能力,以积极回应人民群众的新期待、新要求,助力公安机关新质战斗力的生成,从而尽快提高公安机关现场执法的整体效能。

[参考文献]

[1] 牢牢把握东北的重要使命,奋力谱写东北全面振兴新篇章[N]. 人民日报,2023-09-10(001).

[2] 邵磊,郭春阳. 写好公安机关新质战斗力这篇大文章[N]. 人民公安报,2024-10-22(001).

[3] 刘蔚. 公安机关新质战斗力的现实背景、理论解构与质态提升[J]. 北京警察学院学报,2024(03):11-17.

[4] 赵辉,朱延. 从训练考核到实战:民警现场执法能力提升探析——以江苏省派出所模拟警情处置训练考核为例[J]. 公安教育,2023(02):26-30.

[5] 张雷. 公安现场执法:缘起、历程和路径[J]. 河南警察学院学报,2021(02):112-119.

[6] 简中易,马瑜蔓,叶蜀湘. 交警非现场执法的优化研究[J]. 贵州警察学院学报,2024(02):78-85.

[7] 刘展鹏. 公安机关新质战斗力的背景考察、时代价值与提质路径[J]. 山西警察学院学报,2024(04):65-70.

[8] 翟金鹏. 公安高等教育高质量发展路径研究——以公安机关新质战斗力生成为视角[J]. 公安教育,2024(06):47-50.

[9] 党德强. 警察现场执法中的语言控制[J]. 湖北警官学院学报,2023(03):42-48.

[10] 魏海亮,王亚. 警察现场执法武力使用裁量之危险情境应对[J]. 河北公安警察职业学院学报,2023(03):53-55+59.

[11]郭轩池,蒋丽华. 警察现场执法安全风险防范能力初探[J]. 公安教育,2024(04):42-46.

[12]董中华,刘忠轶. 新质公安战斗力的提升路径研究——以“情指行”一体化为研究视角[J]. 北京警察学院学报,2024(05):1-8.

[13]马忠泉,耿青国. 论包容性执法在民警现场执法中的运用[J]. 湖北警官学院学报,2022(06):60-72.

[14]王禹乔,董浩,闫天池. 公安机关新质战斗力视角下公安人力资源管理数字化转型的价值意蕴、现实困境与实践方略[J]. 北京警察学院学报,2024(05):9-15.

[15]田忠旺. 大数据时代公安执法规范化的研究——以LY案为例[D]. 北京:北京化工大学,2022:45-46.

[16]王祥春. 瞄准实战磨利剑 潜心实训铸铁军——一体式推进公安现场执法效能提升[J]. 公安教育,2023(09):6-8.

[17]杜永强,张学永,任华舟. 试论“随警联动”复盘训练法对现场执法水平的提升作用[J]. 公安教育,2023(11):38-41.

[18]褚竹松,吴浩,朱琢. 警察现场执法中语言控制的实战运用研究[J]. 公安教育,2023(01):30-34.

[19]张维凯,翟金鹏. 公安高等教育助力公安机关新质战斗力提升的实践路径[J]. 江苏警官学院学报,2024(03):11-18.

【责任编辑:张 戈】

Research on the generation path of the on-site law enforcement ability of public security police from the perspective of the new combat effectiveness of public security organs

Chen Guanghao, Lu Fengyun

(China People's Police University, Langfang Hebei 065000, China)

Abstract: As an important part of the public security organs' participation in social governance, on-site law enforcement is a key factor determining the quality and the credibility of public security law enforcement. The proposal of the new combat effectiveness of public security organs puts forward higher requirements for the level of the rule of law, cohesion, combat effectiveness and creativity of the on-site law enforcement teams of public security organs. The new police concepts of innovation, initiative, standardization, coordination, refinement and practicality require that the on-site law enforcement teams of public security organs continuously improve their levels and strengthen their abilities in six dimensions: innovation of law enforcement methods, initiative in law enforcement attitude, standardization of law enforcement procedures, coordination of law enforcement cooperation, refinement of law enforcement details and practicality of law enforcement achievements. In this regard, it is necessary to take the construction of the on-site law enforcement ability of public security police as a breakthrough point, further promote the modernization process of the ideological concepts of public security work, explore the application of new technologies in the field of public security, improve the overall effectiveness of the training of public security teams, and enhance the cohesion and combat effectiveness of public security teams. It can be regarded as an effective entry point for generating the new combat effectiveness of public security organs and provide high-level and high-quality security guarantees for social development.

Key words: new combat effectiveness of public security organs; on-site law enforcement; law enforcement ability; construction of law enforcement teams

危险废物污染环境犯罪侦查取证路径研究

刘 爽

(辽宁公安司法管理干部学院,辽宁 沈阳 110161)

〔摘 要〕当前,危险废物污染环境犯罪侦查取证困境集中体现在专业队伍建设、整体工作思路、具体操作三个方面。立足于唯物辩证法问题导向和系统观念理念,结合危险废物污染环境犯罪的特点,案件线索研判应基于空间格局、产业结构、生产方式、生活方式四个维度,以首查危废许可、快锁涉案人员、早抓核心证据的逻辑规律路径和科学算定物质流、准确认定人员流、深挖锁定资金流为思路,设计侦查取证的具体操作路径。

〔关键词〕危险废物;污染环境犯罪;线索研判;侦查取证

〔作者简介〕刘爽(1980—),女,辽宁沈阳人,辽宁公安司法管理干部学院副教授,主要从事生态环境保护研究。

〔收稿日期〕2024-12-06

〔中图分类号〕D924.3;D918.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-040-05

一、危险废物污染环境犯罪侦查取证困境

在危险废物污染环境犯罪打击中,侦查取证是至关重要的环节,直接决定整个案件侦办工作的成败。无论是侦查取证主体(侦查队伍)的专业性,还是取证思路以及具体操作路径等层面,都可能影响、制约甚至决定案件的走向。

(一)侦查取证专业队伍困境

侦查取证专业队伍有待完善。从队伍整体建设时间看,公安部七局(食品药品犯罪侦查局)于2019年正式承担起污染环境犯罪案件侦查职能,地方各省(区市)公安厅(局)则在2017年前后陆续成立了承担此项职能的总队。从队伍设置形式上看,生态环境犯罪侦办责任部门大多以食品药品环境犯罪侦查总队名义设置;在个别省份,该总队同时肩负知识产权、旅游安全等职能;还有的省份选择在治安总队或者经侦总队之下设置环境犯罪侦查支队,承担生态环境犯罪侦办职能。从侦查协作程度上看,队伍设置的主管部门层级并未做到完全匹配,导致跨区案件协作难度加大,尤其危险废物污染环境犯罪往往跨市、跨省转移危险废物并以直排、直倒、填埋的方式

实施,案件侦办中经常出现平级协作没有直接对接部门,行文和各种权限都不方便的情况。

(二)侦查取证整体思路困境

侦查取证整体思路拓展不开。从宏观层面看,环保侦查警种成立时间相对较晚,侦查人员大多从治安、刑侦、经侦等部门转调,面对高度专业的环保案件侦查往往缺乏头绪,对案件侦查取证缺乏整体、清晰的认识和把控。从中观层面看,侦查人员在侦查取证中难以做到对不同案件线索来源的区别对待,尤其针对危险废物污染环境犯罪案件,往往难以厘清行政取证与刑事取证的差别,导致失去取证良机。从微观层面看,侦查人员对现场勘验的流程,危废性质判定的物证、书证,涉案人员中主从犯的识别都存在不熟悉、不了解、不明确的情况;后续工作中则欠缺对涉案人员讯问笔录制作提纲的提前准备、证据效力的研判、司法鉴定机构专业侧重的权衡等经验。

(三)侦查取证具体操作困境

侦查取证具体操作突出表现为三大困境。一是难以获取证明物质流的核心证据——非法处置危险废物数量。实践中危险废物犯罪认定有着严格的量性规定:起始数量3吨,属于“严重

污染环境”的情形,这是入罪最低要求;涉案危险废物数量达到 100 吨以上,属于“情节严重”^①,这是量刑升格规定,需要从多维度确认数量。二是难以获取证明人员流的核心证据——犯罪嫌疑人主观明知。实践中,阻碍因素常见为一手案件的嫌疑人主观不承认、不知道、不交代,行政移交的二手案件嫌疑人警觉、辩解、托辞等。三是难以获取证明资金流的核心证据——涉嫌犯罪资金往来流水金额。实践中,侦查人员往往忽视对经济利益驱动是推动环境污染犯罪背后根本动力的深刻认识,尤其危废领域犯罪通常缺少资金流的证据,导致证据链不闭合。

二、危险废物污染环境犯罪线索研判路径

习近平总书记在 2023 年 7 月 17 日至 18 日召开的全国生态环境保护大会上强调,“要持之以恒打好污染防治攻坚战,推动生态环境质量持续改善;把绿色低碳发展作为治本之策,加快形成节约资源和保护环境的空间格局、产业结构、生产方式、生活方式”^②。2024 年 7 月 31 日颁布的深入贯彻党的二十届二中、三中全会精神《中共中央 国务院关于加快经济社会发展全面绿色转型的意见》中,再次将“形成节约资源和保护环境的空间格局、产业结构、生产方式、生活方式,全面推进美丽中国建设,加快推进人与自然和谐共生的现代化”纳入总体要求^[1]。改革开放与经济建设同步跨越式发展的同时,新型工业化产生了多种多样的危险废物,成为污染环境的主要源头,给人民群众生命安全造成了极大威胁,成为公安机关打击治理污染环境违法犯罪的一个重要领域。结合危险废物污染环境犯罪的特点,其线索应立足于唯物辩证法的问题导向和系统观念,基于空间格局、产业结构、生产方式、生活方式四个维度来研判。

(一) 基于空间格局的线索研判路径

所谓空间格局,是指生态或地理要素的空间分布与配置。作为产业空间核心载体和组织主

体的工业是我国环境污染的主要来源,污染企业的工业废水、废气排放产生严重的环境污染,其组织与布局直接影响区域资源配置和可持续发展。一方面,必须关注污染企业空间格局演变路径。国内工业化和城镇化的快速发展,在带动区域经济发展的同时,也引起环境约束的不平衡,推动污染企业的迁移,在一定程度上促进了企业的空间重新排序,助力新区域经济的发展,可能给新地区带来经济效益。污染企业的迁移通常伴随着产业的转移,不合理的企业空间格局将引起污染物的再次扩散及转移,对迁入地形成资源环境压力,增加污染治理难度的同时,大概率会有污染环境违法犯罪行为发生。另一方面,必须关注地理差异空间布局演进路径。不同类型的企业会根据自然、地理等因素选址,从而出现由地理差异引起自然聚散的空间布局。地理差异空间布局逐渐演进的过程,使我国污染环境违法犯罪的态势大体呈现出东多西少的趋势。统计数据显示,全国八成以上的污染环境刑事案件集中于经济发达地区或沿海经济带^③。

(二) 基于产业结构的线索研判路径

所谓产业结构,是指产业内部各生产要素之间、产业之间、时间、空间、层次的五维空间关系。国家发展和改革委员会在 2023 年 12 月修订并发布《产业结构调整指导目录(2024 年版)》,此次修订的政策导向是推动制造业高端化、智能化、绿色化,巩固优势产业领先地位,在关系安全发展的领域加快补齐短板,构建优质高效的服务业新体系。传统制造业、农业在实现高端化、智能化以及绿色化的过程中,治理污染、防治污染已形成常态化机制,围绕规模企业展开,往往涉及当地政府的重视程度和当地经济发展需求;围绕小作坊或者黑作坊展开,往往集中在郊区或城乡接合处的电镀厂、炼油厂、炼铅厂等。农业和制造业两大产业构成污染的直接来源,其线索研判路径有固定模式;作为产生间接污染的主要来源,依托服务业研判污染路径来源存在更大空

①参见《最高人民法院 最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2023〕7 号),载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/408592.html,最后访问时间:2023 年 8 月 9 日。

②参见《习近平在全国生态环境保护大会上强调 全面推进美丽中国建设 加快推进人与自然和谐共生的现代化》,载共产党员网,https://www.12371.cn/2023/07/18/ARTI1689682989650953.shtml,最后访问时间:2024 年 8 月 28 日。

③参见喻海松:《环境资源犯罪实务精释》。北京:法律出版社 2017 年版,第 30 页。

间,更应受到广泛关注。

(三) 基于生产方式的线索研判路径

环境污染背后的深层次原因往往是利益驱动,这种利益驱动实质上是在整个环境污染过程中取得收益大于付出的成本代价。违法犯罪人员涉足环境污染某一具体行业时,会考虑投入与产出的关系,这就需要审时度势地分析商品买卖的市场价格。作为寻找线索的侦查人员,更应该关注不同时期不法分子利用危险废物提取、提炼、分拣等方式生产商品的价格变动趋势。前些年塑料回收价格较高,不法分子通过非正规渠道从医院医疗废物专用车中获取输液器、注射器、针头、棉签等医疗垃圾,分拣出有用的塑料部分出售;燃料油的价格波动较大,不法分子从废旧塑料袋、皮革、轮胎中提取燃料油,直排大量废水、废物严重污染环境;铁、铅的价格长期居高不下,不法分子非法拆解电瓶进行冶炼,这些简单粗暴的生产形式造成了极为严重的环境污染。

(四) 基于生活方式的线索研判路径

关注移动售卖汽车燃油的个体业主,调查燃油的来源,是研判非法炼油的路径之一;电动自行车、新能源汽车报废的铅酸蓄电池流向非正规渠道,很可能被不法分子私自非法拆解,保留电池壳、铅片、铅膏等有用成分,将含有重金属的强酸废水直接排放污染环境。现代餐饮模式下饭店通常以天然气或液化石油气作为燃料,部分商家为了节省燃气费用会采用醇基燃料。这些醇基燃料有的来源于小作坊、黑作坊,由不法分子利用废旧轮胎等物质违法制造。从消费构成看,手机、电脑等电子产品越来越充斥于人们的生活,不断淘汰和更新的背后,是大量电路板等电子元件的回收和利用。二手电子产品整体不属于危险废物,但拆卸后的部分元件则属于危险废物,理应引起关注。

三、危险废物污染环境犯罪侦查取证路径

(一) 危险废物污染环境犯罪侦查取证逻辑规律路径

侦查取证是办理污染环境犯罪案件的重要环节。如果没有提前梳理好思路,就会使侦查工作处于被动取证状态,就会不断出现从人证到物证、从物证到人证反复的“倒车”情况,错过固定

证据重要时机。因此,侦查人员进入现场前厘清侦查取证的逻辑规律很有必要^[2]。

1. 首查危废许可

是否具备危险废物经营许可证,决定着案件办理的走向。当涉案企业具备危险废物许可证时,说明企业经营者明知是危险废物,对其是单纯的收集,还是收集、贮存、处置等综合经营,只需验证即可,“主观明知故意”的口供较容易取得;相反,当涉案企业为小作坊、黑作坊等不具备危险废物许可证时,“主观明知故意”的口供就较难取得。实践中,应当充分考虑到侦查队伍的业务水平参差不齐,将不具备危险废物许可证细分为“真无”和“假有”两种情况:“真无”是指只具备工商营业执照,不具备任何类型的危险废物许可证;“假有”是指在具备工商营业执照的同时,还具备危险废物许可证,但只是危险废物收集经营许可证,行为人试图用“收集”来掩饰“贮存”和“处置”。建议侦查人员在进入现场前,尽可能摸排涉案企业是否具备危险废物许可证以及许可证的类型,为后续工作顺利展开作好准备。

2. 快锁涉案人员

进入涉案现场后,能够快速识别嫌疑人的身份,有助于审讯工作迅速展开。通过现场信息快速锁定涉案嫌疑人身份,较为有效的方法是注意观察在场人员的穿着服饰、工作状态、语言表情和营业执照、账簿、合同等文书材料。涉及非法炼油、非法拆解蓄电池等危险废物的现场一般都在车间、厂房内,工人身穿工作服甚至戴着帽子、口罩,衣服上有污渍,管理者整体穿着相比会体面些。侦查人员入场后,注意观察涉案人员彼此之间的语言、表情、动作等沟通方式,结合现场发现的文书材料就可以大致分辨出管理者、负责人。离开现场后,应当在第一时间开展审讯,重点通过讯问投资方式、雇佣时间等信息,快速锁定未抓现行、未到案以及在逃人员,同时印证现场初步锁定的涉案主犯、从犯、证人。工作中,一方面要注意区分主犯与从犯。犯罪嫌疑人为了逃避法律责任,在口供中经常将投入的资金辩解为借款,试图与主犯撇清关系或者降低、降格为从犯。另一方面,要注意区分从犯与证人,可以通过雇佣时间、资金流水中支付工资报酬等信息相互印证的方式来作出区分。通常来讲,长期雇

佣关系一般按月、多次、有规律支付工资报酬,据此可以推定为涉案从犯;临时雇佣关系一般按日、少次、零散支付工资报酬,对这类人员可以作为涉案证人使用。

3. 早抓核心证据

进入现场时,通过勘验尽可能一次性固定人证和物证、收集书证、调取视听资料和电子数据。侦查人员要在第一时间做好现场保护工作,对现场进行细致勘验,通过现场拍照、开启执法记录仪、现场提取危险废物样本、制作现场勘查笔录、制作扣押清单等方式,同时调取涉案企业车间内外电子监控录像,搜查生产记录、购销合同、出入库记录、危险废物申报登记材料、危险废物转移联单等证明材料。离开现场后,要在第一时间开展犯罪嫌疑人讯问、证人询问、举报人和被害人陈述、指定机构出具检验报告、委托司法鉴定机构出具鉴定意见等相关工作。通过上述工作,可以确定危险废物的产生、处置流程和非法排放、倾倒、处置危险废物的行为活动过程,明确犯罪所造成的危害后果以及涉案企业、涉案人员等具体情况。尤其要注重对时间、地点、行为人、污染物的来源及种类、数量等能证明犯罪细节及情节轻重的客观证据的固定,如结合调查访问、询问或讯问和水表反映的实际用水量等证据来查明废液排放量,着重查明生产用水的来源、水表的读数、每月用水量、水费清单等;通过生产工艺流程产生的废液与检测报告相对应,确定废液中超标重金属、持久性有机污染物的含量、种类及 PH 酸碱值情况。

(二) 危险废物污染环境犯罪侦查取证具体操作路径

侦查取证不仅是一个个单独的取证行为,要树立系统观念,用系统思维分析整个危险废物流转过程中伴随的物质、人员、资金三者之间的相互流动关系。为了打造闭环证据链,需要构建物质流、人员流和资金流三流合一的侦查取证具体操作路径^[3]。

1. 科学算定物质流

科学算定物质流,要求科学计算危险废物非法排放、倾倒、处置的数量,根据危险废物生产主体和经营主体的不同,采取不同的物质流分析方式作为具体操作路径。对于废物生产主体来说,

危险废物一定是按照物料平衡原理来生产的。准确掌握企业工艺流程和物料进出情况,通过搜查到的上述“早抓核心证据”中列示的各种书证材料、犯罪嫌疑人供述、证人证言等对生产工艺流程进行复盘,从而推导出危险废物数量计算公式。对于非法经营主体来说,危险废物运输、倾倒、处置是犯罪高发的重要环节。运输环节我们可以重点从车辆轨迹入手,如果采用专业运输车辆运输危险废物,要从危险废物转移联单中清楚查明双方交接的包括数量在内的各项信息;如果采用普通车辆运输危险废物,则只能从车辆型号、载重、运输次数及双方称重等换算出数量。在倾倒、处置环节,要考虑多地点、长时间、高附加等情形。所谓多地点,是指取证时要考虑对嫌疑人分别在不同地点分批分次倾倒数量加总求和;所谓长时间,是指取证时既要考虑到案发时发现的危险废物,还要根据相关证据追溯之前倾倒、处置的危险废物数量;所谓高附加,是指取证时不仅要搜集现场凭经验就能确认的危险废物,还要搜查危险废物的包装物和副产品。

2. 准确认定人员流

准确认定人员流,既要精准认定主要涉案嫌疑人的基本信息,也要认定共同涉案嫌疑人的社会关系信息,将拓展深挖整个涉案嫌疑人团伙上下游线索作为具体操作路径。主要涉案嫌疑人基本信息除户籍信息、健康状况、违法犯罪前科等内容外,还包括与危险废物专业性相关的信息,如职业经历、教育背景、专业技能、个人财产及收支等。共同涉案嫌疑人信息除了通过主要涉案嫌疑人主动供述外,还要通过涉案嫌疑人团伙之间信息交流的痕迹筛查。在大数据时代,通过手机和电脑端的聊天记录、联络记录、转账记录、查询记录、账号昵称、暗语沟通、平台发布、通话记录、短信记录之间的信息比对、账户关联、轨迹分析,可以有效锁定涉案团伙每个嫌疑人的主观心态、社会关系、涉案频次、涉案地点、涉案方式等情节。综合上述信息,侦查员就可以复原出涉案嫌疑人团伙之间的人员关系结构图,明确每名涉案嫌疑人在整个案件中扮演的角色和发挥的作用,厘清涉案嫌疑人之间的关系,包括委托与被委托关系、雇佣与被雇佣关系、指使与被指使关系、投资与被投资关系、债权与债务关系等。

3. 深挖锁定资金流

深挖锁定资金流,是挖掘嫌疑人背后经济利益、摸清犯罪所得最直接的证据。对涉案资金流转情况进行分析和固定,可以作为深挖锁定资金流的具体操作路径。资金流的取证方向分为三类,一类是方便快捷的线上线下银行、第三方支付平台的电子转账记录,通过电子数据获取;另一类是传统方式的纸质版账户往来财务记录,通过现场搜查的账簿获取;还有一类是没有任何记录痕迹的现金交易记录,通过涉案嫌疑人的供述获取。以危险废物生产企业为例,其资金流的取证既要查明涉案嫌疑人个人银行账户,又要查明企业对公账户的资金往来情况。收入和支出是资金流的两大流动方向,其中,收入为出售给下游企业的危险废物货款,对此,需要梳理大量交易中涉危险废物价格明显高于和低于市场价格的可疑记录。支出大体分为三个部分,一部分为从上游企业购买原材料的支出;另一部分为非法

排放、倾倒、处置危险废物的费用支出,常见为铺设暗管的费用、挖掘渗井渗坑的费用、租赁购买填埋场地的费用、雇用司机的费用、内部员工的非正常补贴、向无资质方支付的费用;还有一部分为减少的防治污染支出,常见为减少的防污设备运行支出、减少的排污费、减少的危险废物正规处置支出。

[参考文献]

[1] 中华人民共和国国务院办公厅.《中共中央 国务院关于加快经济社会发展全面绿色转型的意见》[J]. 中华人民共和国国务院公报,2024(24):8.
[2] 刘艺绚. 危险废物污染环境犯罪侦查取证研究[D]. 北京:中国人民公安大学,2022:10.
[3] 李晨华,周辉,饶定康. 环境污染刑事案件的侦办现状与完善方向——基于广东省典型代表城市已办结案件的调研[J]. 公安教育,2024(01):46-51.

【责任编辑:张 戈】

Research on the path of investigating and collecting evidence for crimes of polluting environment by hazardous wastes

Liu Shuang

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

Abstract: At present, the difficulties in investigating and collecting evidence for crimes of polluting environment by hazardous wastes are concentrated in three aspects: the construction of professional teams, the overall work ideas and the specific operations. Based on the problem-orientation and systematic concept of materialist dialectics, combined with the characteristics of crimes of polluting environment by hazardous wastes, the research and judgment of case clues should be based on four dimensions: spatial pattern, industrial structure, production mode and lifestyle. The specific operation paths of investigation and evidence collection should be designed with the logical law path of first checking the permits for hazardous wastes, quickly locking the persons involved in the cases and early seizing the core evidences, and the ideas of scientifically calculating the material flow, accurately identifying the personnel flow and deeply digging and locking the capital flow.

Key words: hazardous wastes; crimes of polluting environment; research and judgment of clues; investigating and collecting evidence

【司法理论与实务研究】

恶意网络爬虫行为的违法性判断与罪名适用

——以 S 市 H 区法院周某某盗窃案为切入点

朱 晗

(上海市黄浦区人民法院,上海 200001)

〔摘 要〕大数据时代,网络爬虫作为数据的搜索引擎应运而生,在促进数据流通和提高社会化效益的同时,引发了若干法律风险。在开源社区内抓取网络平台数据的网络爬虫案例较为典型并日趋泛化,导致恶意网络爬虫技术在司法实践中普遍存在的罪与非罪、此罪与彼罪争议局面。网络爬虫的违法性判断与数据被授权使用的开放程度和访问权限有关,抓取公开数据无需承担任何责任;突破“合同授权”,抓取“限制重新使用”的数据一般情况下仅承担民事责任;采用强行突破或其他手段破坏“技术屏障”,抓取“限制访问、获取”的数据则需承担刑事不法评价。网络爬虫行为构成计算机类犯罪的核心问题,在于其恶意爬取行为侵犯数据安全法益,其主观目的在于获取数据而非其他财产性利益等传统法益;客观方面侵犯了数据的机密性和可用性,损害了数据安全和人们对数据化大规模应用生活的信赖。

〔关键词〕网络爬虫;数据安全;非法获取计算机信息系统数据罪;数据安全法益

〔作者简介〕朱晗(1994—),女,安徽寿县人,上海市黄浦区人民法院刑事审判庭法官助理,主要从事刑法学和审判实务研究。

〔收稿日期〕2024-12-19

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-045-08

网络爬虫作为一项可以自动抓取数据的技术手段,被广泛应用于数据挖掘、数据分析、数据整合等场景,在数据获取、流通和使用过程中发挥着重要作用。网络爬虫的合规使用,能够在数字经济时代为社会创造巨大的效益。但随着爬虫技术带来的数据价值日益凸显,近几年来,利用爬虫技术非法获取公民个人信息、商业秘密、知识产权等行为愈加猖獗,恶意攻击计算机信息系统的行为屡见不鲜。网络爬虫正逐渐成为网络空间数据流转与使用的重要参与部分。网络爬虫技术合法性边界的模糊,不仅会对恶意爬虫获取数据行为的现实规制造成障碍,也增加了善意爬虫技术的法律责任风险;同时,财产、个人信息、知识产权等越来越多的权利被以数据形式储存于网络空间中,数据的类型及其表征的法益愈加多样,网络爬虫爬取行为不仅对信息数据造成损害,同时也对数据承载的传统法益产生侵害。

一、由案引问:利用“网络爬虫”获取数据行为如何定性

(一)基本案情

2024年2月,被告人周某某发现,“github.com”网站作为世界最大的免费开源社区,许多人在此上传自己编写的软件代码。如果有公司开发人员对代码安全审核不严格,便会将自己公司支付宝账户的私钥、公钥和 APP ID 一并上传。周某某发现这一漏洞后便登录 github.com 网站,使用“openapi.alipay.com MIIE”作为关键字搜索他人上传的代码,得到被害单位 R 公司对公支付宝账户的 ID 和密钥信息。接着,周某某又在“github.com”网站找到一个支付宝提现功能 PHP 代码,然后在 Q 云服务器搭建了 PHP 语言环境,把相关私钥、公钥和 APP ID 放到支付宝提现 PHP 代码内,将 R 公司支付宝账户内钱款转账至

自己掌握的支付宝账户,后将账户内的资金转移。周某某通过上述手法,从该支付宝账户内擅自划转人民币27000元,归其个人支配。

该案中,最初公安机关以周某某涉嫌非法获取计算机信息系统数据罪立案侦查,后检察机关以盗窃罪移送审查起诉,最终S市H区人民法院生效判决认定被告人周某某的行为构成盗窃罪,判处有期徒刑一年,缓刑一年,并处罚金人民币五千元。

(二)定罪争议

关于本案的定罪问题,主要存在两种不同观点。第一种观点认为,本案被告人的行为构成盗窃罪;第二种观点认为,本案被告人的行为构成非法获取计算机信息系统数据罪。持第二种观点的人认为,非法获取计算机信息系统数据罪的规制行为可以分为两类,分别是“侵入型”和“采用其他技术手段型”,本案的手段行为属于“采用其他技术手段”。周某某的行为虽未达到“侵入”计算机信息系统的程度,但其将“抓取”得到的账号和密钥嵌入支付宝提现功能代码,属于“采用其他技术手段”登录了被害单位的支付宝系统。本案成立非法获取计算机信息系统数据罪和盗窃罪的牵连犯,因犯罪金额达到人民币27000元,根据司法解释的相关规定,非法获取计算机信息系统数据罪的量刑高于盗窃罪,故应择一重罪即非法获取计算机信息系统数据罪一罪处断。

持盗窃罪的观点认为,本案系传统侵财犯罪的网络化,应认定为盗窃罪。理由是,首先,“github.com”网站是免费开源社区,其代码均是免费可共享的。被害单位上传的代码中清楚表明了其对公支付宝账户信息,本身是没有设置密码等任何限制或防护条件的。被告人只是利用了被害单位对代码安全审核不严这一漏洞,通过关键词搜索得到了被害单位对公支付宝账户信息,故其获取的是公开数据,此时的“抓取”行为并无不法。其次,其并不是使用木马软件或其他黑客手段,通过攻击的方式得到数据信息,故对其获取公开数据的行为评价谈不上“非法侵入”或“其他技术手段”。再次,其后续利用支付宝提现功能PHP代码将被害单位支付宝账户内钱款转出时,已经得到了被害单位的账户的ID、密钥信息,支付宝默认其已经是该账号的所有者,故

其在登录支付宝账号时,不能视为对支付宝账户的“非法侵入”或“其他技术手段”。最后,被告人将钱款转出的行为,严重侵犯了被害单位的私人财产所有权。相较之下,其行为整体更符合“违背被害单位意愿,以秘密手段非法占有其私人财产”的行为方式,认定为盗窃罪更为合理。

(三)“网络爬虫”技术及其定性争议

该案即典型的利用“网络爬虫”获取数据的行为。所谓“网络爬虫”,也被称为蜘蛛程序,是一种按照特定规则自动抓取网页信息的程序或脚本^[1]。它能够模拟用户访问网页,系统规模化地收集、存储网页上的内容。该程序最初被应用于搜索引擎的数据抓取、数据分析、市场调研等领域,极大提升了信息收集效率和工作便捷度。随着爬虫技术的不断进步和推广,亦有人通过技术手段绕过或强行突破网页设置的安全防护,访问不被允许的数据信息,由此产生了一系列破坏计算机系统数据或未经授权将数据公开化或予以贩卖等侵犯计算机信息系统数据安全的行为。故网络爬虫亦有“善意”与“恶意”之分。“善意”的网络爬虫无论在数据收集还是提升效率上都具有人工无可比拟的优势,而“恶意”的网络爬虫技术则有可能触犯法律。恶意爬取行为涉及刑法诸多罪名,除上述案例所涉罪名外,爬虫获取的数据若涉及公民个人信息或其他知识产权利益时,还有可能涉嫌侵犯公民个人信息罪、侵犯商业秘密罪或知识产权犯罪等罪名。

二、恶意网络爬虫获取数据行为的违法性判断

网络爬虫获取数据行为的合法性和正当性均来自数据权利主体的授权。这里的“授权”不仅包括被授权使用的访问权限,也包含了被授权数据的开放程度。从这两个维度出发,依照“授权”的被冒犯程度,可以形成民事侵权到刑事不法的责任梯度。

(一)行为不法的判断:数据被授权使用的访问权限

数据网站为维护自身数据安全,通常会采取一定的保护措施防止网络爬虫的恶意爬取行为。保护措施可以分为两大类,一类为“合同授权”,即采用告知“Robots协议”(爬虫协

议)、用户协议或签署责任声明、使用条款等方式,提前通过意思表示允许或禁止他人获取、访问数据;另一类是“技术防护”,即通过设置数据加密、IP、Cookie 限制、流量监控、身份验证等各类技术性手段,防止数据的恶意爬虫。显然,采用“技术防护”手段更能体现出数据网站权利人对该部分数据的“强”保护欲望,行为人突破此限制应该受到更多的责难。因此,可以根据权利人对数据访问设置的门槛高低,确定恶意爬虫行为的不法责任梯度。

1. 突破“合同授权”的恶意网络爬虫仅承担民事责任

“合同授权”可以分为网站单方面意思表示和用户与网站达成合意两种。第一种,网站单方面意思表示,如网站上的弹窗、通知、警告等。比较典型的“合同授权”是爬虫协议,会有明确的允许或禁止抓取的数据范围。此类意思表示应为积极的表达,即必须使人能够注意到,且被禁止的数据应为有资格被保护的数据。例如,在 F 公司诉 B 公司侵犯著作权案中,法院认为 B 公司没有构成对原告著作权的侵权,原因在于原告公司网站没有明确的禁止建立链接的协议,那么对 B 公司而言,则可以对该网站建立信息共享^①。第二种,用户与网站达成合意。如网站的服务条款,用户在点击进入网站前一般会有“我同意”或“我接受”等选项,其在作出许可选择时,就代表用户同意网站的有关服务条款并受该条款限制。如果网站中规定不能访问、获取数据,而用户依旧访问、获取,则网站可以提起违约之诉。不论是网站单方面意思表示还是用户与网站达成合意,“合同授权”都不具备技术防护上的强制作用,申明、协议的方式不具备强制拦截爬虫的功能,所以不论网站的警告、条款中措辞如何严厉,恶意爬虫获取数据的行为也只构成违约责任。

2. 强行突破或采用其他手段破坏“技术屏障”的网络爬虫需要承担刑事责任

通过“合同授权”的方式尚不足以对恶意爬虫行为产生威慑。当数据网站希望数据安全得

到更全面的保障时,还需借助更有力的技术手段,只授权给特定的人一定的访问权限,而将其其他人排除在外。此时,就需要通过设置屏障的方式来阻止他人“突破”或“采用其他技术手段”获取未被授权的数据。

“突破型”网络爬虫,即是在不享有计算机信息系统访问权限的情况下,采用一定技术手段“破坏”系统的防护措施,未经许可而侵入计算机信息系统。常见的“突破型”网络爬虫有:利用技术手段破坏系统的安全防护措施而侵入系统;利用系统漏洞植入木马软件而侵入系统;通过黑客手段获取他人系统账户密码而侵入系统等等。“突破型”网络爬虫可以理解为物理世界中的“破门而入”,即行为人未经许可,强行突破计算机信息系统设置的防护措施而进入,且其“破门而入”的行为对计算机信息系统功能造成了一定损坏^②。

“采用其他技术手段型”网络爬虫,是指采用除“突破型”以外其他的较为温和的技术手段,司法实践中常见的有利用钓鱼网站、中途劫持等手段。“采用其他技术手段型”作为“突破型”网络爬虫的并列和补充,同样符合“无授权”的特点,即没有被授权而非法进入的行为。其只是在“进入方式”上有所不同,对系统的破坏程度没有“侵入型”直观,但同样在进入后实施了对系统数据下载、复制、删除、增改等操作,对系统的正常运行造成了干扰。可以将其理解为物理世界中的“架梯子而入”,即行为人虽然没有强行突破防护墙等设置进入他人计算机信息系统,但通过故意避开、绕过、越过或借助其他相关人员或平台的方式,依然非法获取了计算机信息系统中的数据。

与“合同授权”相比,设置技术措施通常意味着数据网站对该部分数据的保护意愿更为强烈,未被授权的他人绝对禁止访问,故突破或采用其他技术手段的网络爬虫行为主观恶性更大,对数据网站破坏性也更强。合同责任建立在数据网站对其利益损害的主观判断上,而刑事违法性的

①参见北京市高级人民法院:“浙江泛亚电子商务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司等侵犯著作权纠纷案民事判决书”,(2007)高民初字第1201号,载法律图书馆网,http://www.law-lib.com/cpws/cpws_view.asp?id=200401249303,最后访问时间:2024年12月10日。

②参见最高人民检察院:《第9批指导性案例:“卫梦龙、龚旭、薛东非法获取计算机信息系统数据案(检例第36号)”》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/jczdal/201710/t20171017_202593.shtml,最后访问时间:2024年12月10日。

判断则需要一个更为客观的标准。以“突破技术屏障”为标准是以计算机访问技术为基础,更能从客观上突出体现数据网站所允许抓取的数据范围;同时,这也与我国计算机犯罪的立法规定和司法解释相契合,即网络爬虫只有规避、绕过、突破计算机技术屏障时才入罪^①。司法实务中的很多判例,亦将“突破技术屏障”作为网络爬虫行为不法的考察。

(二)对象不法的判断:数据被授权使用的开放程度

当然,不能仅仅依据是否突破技术屏障作为对网络爬虫行为刑事不法的考察,还必须结合被抓取数据的开放程度进行实质判断。并不是所有的数据均需要被刑法保护,根据数据被授权使用的开放程度,可以分为公开数据、限制重新使用的数据和限制访问、获取的数据三种。数据权利主体有权决定数据的开放程度。数据的开放程度越高,其法益的保护需求就越低;换言之,数据越是被限制访问,恶意网络爬虫获取被限制访问数据的行为构成犯罪的可能性就越大。因此,数据被授权使用的开放程度构成了规制网络爬虫行为的第二个维度。

1. 抓取公开数据的网络爬虫无须承担责任

公开数据,即不作限制,任何人在任何时间、地点均可访问的数据。数据一旦公开,则意味着数据权属者放弃了对数据的专属控制和使用权,将数据置于公众可以自由获取、利用的状态,数据转化成公共物品^[2],故对公开数据的抓取无需承担任何刑事或民事责任。首先,网络爬虫爬取公开数据的行为不构成民事侵权。在民事领域,被害人同意是侵权责任的免责事由。被访问的公开数据信息的权利人默认他人可自由进入访问、使用该数据,则可以构成个人信息权的违法阻却事由,他人无须承担侵权损害赔偿责任^[3]。其次,对公开数据的抓取亦不构成刑事犯罪。将爬虫抓取行为纳入刑事犯罪体系评价的主要目的在于保护各类数据权益,如果数据权利人已经主动将数据予以公开化,则表明该权利人已经主

动放弃此权益,可类比刑法上的“被害人承诺”构成违法阻却事由。根据“保护必要性阙如原理”,当权利人放弃对自己权利的保护时,将导致刑法保护法益阙如,故该同意具有排除国家刑罚干涉的功能^[4]。最后,从数据网站的技术防护层面上说,网站对数据的全面公开,意味着不再设置任何技术阻碍爬虫措置,爬虫的爬取行为没有任何“未经授权”的风险,亦不会对系统造成任何损害,不存在行为不法的可能。

2. 抓取“限制重新使用”数据的网络爬虫需承担民事责任

所谓“限制重新使用”的数据,即可以对该数据进行访问、抓取,但禁止对抓取得到的该部分数据予以再次利用,不能利用抓取得到的数据侵害原网站的利益。例如各大视频APP,其视频数据对访问用户是开放的,用户可以在权限内浏览或下载,但禁止用户在下载后再次对外播放、出售或做其他利用。司法实务中,因抓取“限制重新使用”数据而引发的纠纷主要集中在不正当竞争和知识产权侵权领域。例如,将视频网站享有专属网络传播权的视频通过爬虫技术抓取至自己的服务器并向用户播放,构成对视频网站信息网络传播权的直接侵犯;在“D点评网诉B网案”中,法院作出判定,B地图对其网站内商家的评价不仅使用了D点评网的用户评价数据,同时其将用户导流至“B知道”的行为客观上减少了D点评网的用户流量,具有不正当性,构成不正当竞争^②。可见,通过抓取“限制重新使用”数据,相关市场竞争者不合理地获得了竞争优势,其爬取数据后使用的行为更类似于盗用数据资源,破坏数据网站与用户关系的“搭便车”行为。因其盗用的数据并不限制原始的访问和获取行为,其爬取行为并未突破数据网站的授权,故不涉及刑事不法评价,其后续的不当使用行为可能被追究其他部门法责任。因此,网络爬虫行为对象刑事不法的判断中,被“超越授权”使用的数据仅限于原始数据而不是对后续数据使用的限制。

①如《中华人民共和国刑法》第285条将非法获取计算机信息系统数据罪的行为要件明确规定为“采用侵入或其他技术手段”,最高人民法院、最高人民检察院2011年8月1日颁布的《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第2条对于“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”的定义,也强调其“具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施”。

②参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

3. 抓取“限制访问、获取”数据的网络爬虫需承担刑事责任

限制访问、获取的数据不同于上述两种,其是限定在特定群体,为了特定目的,在特定范围内可以被“授权”访问、获取的数据。和上述两种数据不同,其是对数据的原始访问权限进行了限定。恶意爬虫行为突破原始授权,获取了本不应该由其知悉的数据,侵害了数据隐私和安全。如果恶意爬虫行为侵犯的数据不能为刑法类型化,那以数据为对象侵犯数据安全法益的行为,只能通过一般性的保护措施予以防护。在大数据时代,数据本身就是多种法益的载体,侵犯数据安全的下一步也意味着侵犯财产、个人信息、商业秘密等法益客体。网络爬虫获取限制访问、获取数据的行为制造了法不允许的危险,因此,刑法应将防线前移,提前对该种网络爬虫行为进行规制,对未能获得授权或超越授权的恶意爬虫行为入罪^[5]。若网络爬虫突破限制,侵入国家事务、国防建设、尖端科学领域信息系统,构成非法侵入计算机信息系统罪;若其侵入上述领域外的信息系统或采用技术手段获取系统中储存、处理的数据,构成非法获取计算机信息系统数据罪;若其侵入后对信息系统功能造成破坏,使系统不能正常运行且后果严重,则构成破坏计算机信息系统罪。另外,根据网络爬虫爬取数据所表征的法益,也可构成不同的罪名:当爬取数据为“可识别性”的个人信息时,则涉嫌侵犯公民个人信息罪;当爬取数据为“可创造性”的知识产权时,则涉嫌侵犯知识产权类罪名;当获取的数据为“财产性利益”时,则涉嫌财产类犯罪等等。

综上,恶意网络爬虫获取数据行为违法性的判断,可以从其行为和对象两方面予以考察。首先,抓取公开数据的网络爬虫无需承担任何责任;突破“合同授权”、抓取“限制重新使用”数据的网络爬虫,一般情况下仅承担民事责任;只有采用强行突破或采用其他手段破坏“技术屏障”,抓取“限制访问、获取”数据的恶意网络爬虫行为,需承担刑事不法评价。

三、理清计算机类犯罪与传统犯罪的罪名适用

勘定网络爬虫行为的违法性判断标准可以

对实践中恶意爬虫获取数据行为的罪与非罪问题作出确切评价,以便更好应对数据时代背景下网络空间内恶意爬虫侵犯数据安全行为泛滥的问题,在对恶意爬虫行为进行刑法规制的同时,也便于善意爬虫行为对数据传播与流通的有益促进,防止刑罚圈的扩大。同时,在明确了入罪标准后,还需厘清恶意爬虫获取数据行为在不同情况下的罪名适用问题,即当网络爬虫爬取的数据同时表征其他法益时,应该如何定罪的问题。网络爬虫犯罪一般遵循着“访问系统—获取数据—使用/利用数据—控制/破坏系统”的路径演变和进化,而后一阶段可能涵盖前一阶段犯罪该当性要件。如上文所述,恶意网络爬虫根据其非法访问计算机的程度、访问对象的不同或可构成各类计算机犯罪;同时,根据其所抓取数据表征法益的不同,可构成各类非以计算机作为犯罪对象或犯罪工具的传统犯罪。因此,网络爬虫在刑法适用过程中存在较大概率犯罪竞合问题。但从目前司法实践对网络爬虫行为的刑法规制看,其罪名适用依旧是混乱的。笔者认为,理清二者的适用,关键在于对《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第285条、第286条规定背后所保护的法益核心做出符合当今时代发展需求的判断。

(一)以数据安全法益为方向重新解释计算机类犯罪

目前,我国关于数据安全的保护主要适用《刑法》第285条和第286条。传统观点认为,第285条、第286条保护法益是“计算机信息系统安全”,因此有学者就将“计算机信息系统安全”法益与“数据安全”法益画等号^[6]。但“计算机信息系统安全”与“数据安全”实则是两个不同的概念,前者更侧重于保护计算机信息系统本身,即确保计算机系统可以稳定运行并持续提供服务,其关注点停留在计算机设备和系统安全层面;后者则侧重于保护计算机信息系统内数据的安全^[7]。数据的安全意味着数据的机密和数据的可用性。数据机密性是指该类数据信息独属于某个网站、个人所独有,不对外公布,即上文所述“限制访问、获取”数据,如通信、社交、游戏、金融等APP的账号、密码及其财产数据等。数据应该按照权利主体的意志保持私密的状态,不为他人

所见。数据的可用性是指该项数据虽然可能为他人所知晓,但不允许他人非法改变或抹除,如变更微信公众号账号权属、转让他人专属手机幸运号码等,对其变更、转让并不会影响数据的客观存在,但会导致数据权利人无法使用。

显然,“计算机信息系统安全”与“数据安全”所保护和强调的法益并不相同,前者仅仅是对数据的一种静态性保护,而数据的动态使用已经常态化 and 多元化,数据静态保护的法益理念无法适应数字经济时代下信息数据的保护需求,若将《刑法》第285条、第286条法益保护理念限于“计算机信息系统安全”层面,则无法适应如今的发展需求,做到对数据的完整与体系性的保护,容易导致数据犯罪保护不周等问题的发生^[8]。因此,域外网络犯罪立法都将二者分开规制。虽然近年来《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)、《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)也逐渐对二者予以区分,但在刑事犯罪领域对二者保护法益仍未能理清,数据犯罪的保护法益理念实际上未能与《数据安全法》《网络安全法》同步更新与衔接^[9],导致当前我国数据犯罪对计算机信息系统犯罪仍存在依附性,无法独立保护数据。因此,需要以数据安全法益为方向重新解释计算机类犯罪,在对网络爬虫行为适用《刑法》第285条、第286条予以规制时,应当明确的是,其爬取行为侵犯了数据安全法益,同时这也是计算机类犯罪区别于传统犯罪的核心所在。

(二)对数据安全法益的判定是理清计算机犯罪与传统犯罪的关键

在对恶意网络爬虫获取数据行为此罪与彼罪的问题作出判定时,首先要考察其是否符合计算机类犯罪的构成要件,其核心在于行为是否侵犯了数据安全法益,具体可以从以下三个方面予以考量:

第一,从主观方面说,被告人进入计算机信息系统的主观目的在于获取“数据”,而非财产、个人信息等其他传统利益。即行为人无论采用“侵入型”还是“其他技术方式型”进入计算机信息系统时,行为实施时都必须先以获取数据为导向,后续牟利是基于将得到的数据出售或将虚拟价值转化为基础建立的,被告人无法通过实施进

入计算机信息系统的行为得到直接财产利益。第二,从客观方面说,恶意爬虫行为侵犯了数据的机密性和可用性,破坏了数据的私密状态或导致数据不能为权利主体继续使用的后果。第三,从侵犯法益层面说,非法爬取的行为损害了数据安全法益和人们对数据化应用生活的信赖,即侵害了普通商业、金融、生活等各个社会领域活动中计算机信息系统内的数据不受他人非法查看、复制、下载或以其他方式为他人所知的利益,继而降低了人们对这种利益的信心和信任及后续使用数据信息方式应用生活的可能性^[10]。

因此,如果恶意爬虫行为不符合上述要件,则不能按照计算机类犯罪处理,应当考量适用传统犯罪罪名予以规制。如果恶意爬虫行为既符合计算机类犯罪要件,同时又侵害了具体的传统法益,达到了传统犯罪的情节要件,此时如何处理两罪之间的关系,从而准确定罪理论上尚存争议。有观点认为,前期侵入行为为手段行为,后者窃取、使用数据的行为为目的行为,二者之间存在手段和目的的牵连性,因此应按照牵连犯从一重罪论处;也有观点认为,如果后期获取数据的犯意产生在前期侵入之前,则后一行为必然发生,应按照吸收犯从一重罪处断。笔者认为,吸收犯强调的是某一罪是另一罪的必然发生阶段,其所侵害的法益也能在另一罪中得到评价,故成为吸收的一罪;而牵连犯强调的是某一罪和另一罪之间有因果关系,为了后罪而实施前罪,有手段和目的的伴随关系。在恶意网络爬虫获取数据的行为中,前期的侵入行为和后期的获取行为具有高度伴随关系,立法对侵入的提前规制也正是出于法益保护的必要性考量,并不是前后行为之间必然会发生的联系,认定为吸收犯无法体现后行为的目的性。因此,应当认定为牵连关系而不是吸收关系,可以依照牵连犯从一重罪处理。

(三)回归案例的定罪分析

本案中,被告人的行为可以分为两个阶段来看:第一个阶段,被告人在开源社区通过关键词搜索的方式得到了被害单位支付宝账号与密钥;第二个阶段是利用已经获得的被害单位支付宝账号的信息,通过支付宝提现代码生成可执行文件,将被害单位支付宝对公账户上的钱款转出到自己控制的账户。现分别予以评述:

第一阶段,被告人在开源社区获取数据的行为不涉及任何不法评价;第二阶段,被告人显然是获取了支付宝“限制访问、获取”的数据,但其利用“提现代码”转账的行为能否被认定为非法获取计算机信息系统数据罪的“采用其他手段”破坏“技术屏障”?笔者认为,第二阶段被告人的爬虫行为并不符合破坏技术屏障的要件。因为在第二阶段,被告人已经掌握了被害单位支付宝账户的所有信息,在其进入支付宝系统时,因输入了正确的账号和密码,支付宝系统会默认其就是合法的登陆者,被告人即便是利用 PHP 代码软件执行提现程序,也不存在对支付宝系统造成任何破坏的情况,这和实践常见的使用破译代码软件突破计算机系统程序设定的防护限制,利用漏洞植入木马软件侵入系统获取密码等行为是有本质不同的。因其第一阶段已经获取支付宝账户信息数据,便阻碍了第二阶段进入支付宝程序的“破坏性”。故本案行为方式不符合非法获取计算机信息系统数据罪中的“采用其他技术手段型”。

另外,本案爬虫行为不符合成立非法获取计算机信息系统数据罪的“数据性”要件。首先,被告人在第二阶段进入支付宝软件的直接目的就是获得财产性利益而非数据。鉴于支付宝等第三方支付软件在日常生活中的普及,被告人将被害单位支付宝账户内钱款转出至自己账户的行为可以视为已经获得财产性利益,其对本案涉及的关键数据即支付宝账号信息的获取其实早在第一阶段就已经完成,第二阶段就是进行转账获利的操作。其次,本案所涉行为并没有达到对支付宝账户数据机密性和可用性造成破坏或干扰的程度。在被告人持有密码“钥匙”进入支付宝程序时,其将余额转出的行为或许可以视为删改计算机数据的行为,但需要明确的是,本案中的关键数据还是第一阶段已经取得的支付宝账号信息,对于支付宝软件而言,被告人并非通过攻击系统的方式取得账号信息,其是持有“钥匙”身份的,并不属于“数据不受他人非法查看、复制、下载或以其他方式为他人所知的利益”中的“他人”,故很难说其行为对支付宝软件的正常运行造成破坏和干扰。最后,本罪所侵犯的核心法益仍是被害单位的财产所有权而非数据安全。该

案发生的本质原因是被害单位开发人员的疏忽,在开源社区上传了包含支付宝全部信息的代码,导致信息被“偷”,继而造成自己支付宝钱款被“盗”的后果,而不是由于支付宝对数据机密性和可用性维护本身存在漏洞,继而被告人利用漏洞,使用侵入或其他技术手段攻击系统,盗走了支付宝内钱款。换个角度说,本案发生后,是被害单位的开发人员需要起到审慎注意义务,以后不能在开放共享的社区分享自己公司的支付宝账号信息,而非支付宝软件需要加强防护设置防止数据被破坏。故本案所侵犯的核心法益仍是被害单位的财产所有权,被告人只是利用了提现代码这一新型互联网手段而已,属于侵财类犯罪的网络化。

四、结语

计算机数字技术的快速发展,使得数据日益成为重要的生产生活要素。网络爬虫技术尽管会对数据安全产生不利影响,但却能更好促进数据的流通和应用,因此,为发挥数据应有的价值,处理好爬虫技术的定罪问题就显得十分必要。网络爬虫的正当性来源于数据网站的授权,故可以从数据被授权使用的访问权限和开放程度这两个维度去作为网络爬虫技术行为不法和对象不法的评价。通过对司法实践中恶意爬虫获取数据行为法律适用的考察,可以发现其覆盖的范围不仅包括侵犯数据的机密性、可用性,同时还涉及侵犯公民个人信息、著作权、商标权等知识产权相关利益,甚至与人身安全、财产安全等多个章节罪名亦产生交叉重合。随着数据化时代的到来,未来的犯罪趋势必然也是数据类犯罪与刑法传统犯罪发生更多的融合与重叠,但是,计算机类犯罪与传统犯罪的不同在于,其保护核心仍是保障数据安全,稳定民众对互联网使用和数据社会化应用的信心及由此得以实现的各种利益,以保障和维护社会管理秩序。

〔参考文献〕

[1]刘艳红.网络爬虫行为的刑事规制研究——以侵犯公民个人信息犯罪为视角[J].政治与法律,2019(11):16-29.

[2]高富平.数据经济的制度基础——数据全面开放利

用模式的构想[J]. 广东社会科学,2019(05):5-16+254.

[3]程啸. 侵权责任法[M]. 北京:法律出版社,2016:305.

[4]冀洋. 法益自决权与侵犯公民个人信息罪的司法边界[J]. 中国法学,2019(04):66-83.

[5]杨志琼. 数据时代网络爬虫的刑法规制[J]. 比较法研究,2020(04):185-200.

[6]皮勇. 论中国网络空间犯罪立法的本土化与国际化[J]. 比较法研究,2020(01):135-154.

[7]刘金瑞. 数据安全范式革新及其立法展开[J]. 环球

法律评论,2021(01):5-21.

[8]王华伟. 数据刑法保护的比较考察与体系建构[J]. 比较法研究,2021(05):135-151.

[9]杨志琼. 数字经济时代我国数据犯罪刑法规制的挑战与应对[J]. 中国法学,2023(01):124-141.

[10]郭旨龙. 非法获取计算机信息系统数据罪的规范结构与罪名功能——基于案例与比较法的反思[J]. 政治与法律,2021(01):64-76+63.

【责任编辑:张 戈】

Judgment of the illegality of malicious web crawlers’ behaviors and the application of charges——taking the theft case of Zhou X in the court of H District in S City as the entry point

Zhu Han

(People’s Court of Huangpu District in Shanghai, Shanghai 200001, China)

Abstract: In the era of big data, web crawlers have emerged as the data search engines. While promoting data circulation and improving social benefits, they have triggered a number of legal risks. The cases of web crawlers that capture data from network platforms within open source communities are typical and becoming more and more prevalent, leading to a controversial situation in judicial practice regarding whether malicious web crawler technologies are criminal or not, and which crime they belong to. The judgment of the illegality of web crawlers is related to the degree of openness of data authorized for use and access rights. There is no need to bear any responsibility for capturing publicly available data; if the “contract authorization” is broken and the data “restricted from reuse” is captured, generally only civil liability needs to be borne; if the “technical barrier” is forcibly broken through or other means are used to capture the data “restricted from access and acquisition”, criminal liability needs to be evaluated. The core issue of whether web crawler behaviors constitute computer-related crimes lies in that their malicious crawling behaviors infringe on the legal interests of data security, and their subjective purpose is to obtain data rather than traditional legal interests such as other interests of property; objectively, they infringe on the confidentiality and availability of data and damage data security and people’s trust in the large-scale application of data in life.

Key words: web crawlers; data security; crime of illegally obtaining data in computer information systems; legal interests of data security

【司法理论与实务研究】

轻罪治理视域下认罪认罚自愿性保障探究

苏伟康¹, 梁腾腾²

(1. 山东大学, 山东 青岛 266237; 2. 山东省烟台市福山区人民检察院, 山东 烟台 264000)

〔摘要〕犯罪结构的变化与轻微犯罪罪名的不断增多标志着我国进入“轻罪治理”时期。认罪认罚从宽制度作为我国轻罪治理体系的重要组成部分,对轻罪治理水平的提升具有重要意义。当前,诸多因素的影响使得认罪认罚的自愿性难以得到保障,亟待通过完善控辩协商机制、全面落实告知与释明义务相结合以及保障值班律师的有效介入等路径来保障认罪认罚的自愿性,进而保证认罪认罚从宽制度的适用率,提升我国轻罪治理水平,促进司法公正。

〔关键词〕轻罪治理;认罪认罚;自愿性;控辩协商;司法公正

〔基金项目〕本文系2022年中国博士后科学基金第72批面上资助项目(项目编号:2022M721918)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕苏伟康(2002—),男,内蒙古五原人,山东大学法学院2024级法律硕士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究;梁腾腾(1990—),男,山东平度人,山东省烟台市福山区人民检察院副检察长,主要从事检察理论与实践研究。

〔收稿日期〕2024-11-25

〔中图分类号〕D924.1;D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-053-05

“轻罪治理”是我国新时代全面推进“依法治国”、实现法治现代化的重要举措。目前我国对“轻罪治理”并没有明确的界定,但诸多司法实践证明我国已经进入“轻罪时代”^[1]。最高人民检察院2020年—2023年工作报告数据显示,近几年我国刑事案件总量仍在不断上升,但重罪所占比重持续下降,轻微犯罪所占比重不断增加,犯罪结构呈现出“由重转轻”的变化态势。此外,《中华人民共和国刑法修正案(八)》到《中华人民共和国刑法修正案(十一)》依次增设了危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪、妨害安全驾驶罪、危险作业罪以及高空抛物罪等多个轻微犯罪罪名,表明我国刑事立法的重心也在逐渐向轻罪治理方向倾斜^[2]。2024年1—3月全国检察机关主要办案数据显示,已办理的审查起诉案件中,适用认罪认罚从宽制度审结人数占同期审结人数

的87%^①。由此,在“轻罪治理”逐渐成为我国刑事司法的重点的情形下,认罪认罚从宽制度的适用率也明显上升,逐渐成为治理轻微犯罪的重要刑事司法途径。然而,由于存在认罪认罚“自愿性”的内涵界定不清、判断标准不明、刑事协商制度缺失、侦查人员告知义务流于形式、值班律师法律援助实质性缺位,以及现有法律对认罪认罚自愿性审查的实操性较低等诸多现实困境,导致该制度难以最大程度地发挥其作用,对轻罪治理的贡献未能达到预期效果。

一、轻罪治理视域下认罪认罚自愿性的内涵

在我国犯罪结构“由重转轻”的变化态势下,在刑事司法中适用认罪认罚从宽制度已成为治理轻罪案件的重要途径^[3]。认罪认罚从宽制度适用的重要前提是自愿性,应当从“认罪”和“认

①参见《最高检发布一季度检察机关主要办案数据》,载中国长安网,http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c100007/2022-04/19/content_12618057.shtml,最后访问时间:2024年11月5日。

罚”两方面入手对其进行界定和判断。

(一)“自愿性”

按照社会学视角下对“自愿”的定义,“自愿”是指个体按照自身的真实意思、想法和欲求开展行动。基于此,认罪认罚的“自愿性”应当从“基本要求”和“根本要求”两个维度进行界定和判断。

第一,要求犯罪嫌疑人、被告人的精神状态处于正常状况且认知能力处于正常水平,以确保犯罪嫌疑人、被告人有能力在个人意志支配下作出自愿认罪认罚的行为,这是满足“自愿性”判断的基本要求。

第二,在满足“自愿性”判断基本要求的基础上,要求司法机关向犯罪嫌疑人、被告人告知并释明认罪认罚从宽的法律性质、法律规定及法律后果,犯罪嫌疑人、被告人需要对自己所犯罪行、认罪认罚的相关规定和后果以及自身享有的诉讼权利有明确的认知,进而能够理性、自由地辨别和选择认罪认罚或者不认罪认罚,反映自己内心真实的意思表示。这是在满足“自愿性”判断基本要求的基础上所必须具备的根本要求。

(二)“认罪”

在认罪认罚从宽制度的适用中,“自愿性”在满足“基本要求”和“根本要求”两个判断标准后,可以将其界定为犯罪嫌疑人、被告人一种积极主动的认罪、认罚心理或明确的态度表示。在明确“自愿性”界定和判断的基础上,根据2019年“两高三部”《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》)第6条的规定,“认罪”自愿性是指犯罪嫌疑人、被告人按照个人主观意愿如实供述自己所犯罪行,或者对侦查机关已经掌握并指出的犯罪事实明确主动表示承认且无异议。侦查阶段中对于“认罪”自愿性的认定应当重点把握以下几个要素:第一,“自愿”,即按照“自愿性”判断的“基本要求”和“根本要求”界定,要求表达自身内心真实的意思表示;第二,“如实”,即需要辨别犯罪嫌疑人是否全面、客观、真实地描述犯罪事实;第三,“犯罪事实”,此处的“犯罪事实”除了指“犯罪嫌疑人自身所犯罪行”,还包括“侦查机关指控的犯罪事实”。

(三)“认罚”

“认罚”自愿性是指犯罪嫌疑人、被告人明确、自愿接受司法机关根据其犯罪事实、情节,认

罪、悔罪,赔偿或者和解等情况所给出的刑罚,且无异议。侦查阶段中对于“认罪”自愿性的判断不能只根据法律条文的字面意思进行解读,还应重点把握的要素有:第一,“明确接受”,即犯罪嫌疑人以言语形式亲自口头表达愿意接受处罚;第二,“犯罪嫌疑人悔罪、赔偿、和解等情况”。根据《指导意见》第7条的规定,除了犯罪嫌疑人以言语形式亲自口头表达愿意接受处罚之外,侦查机关还应当结合犯罪嫌疑人的客观表现,如赔礼道歉、主动取得谅解、退赃、赔偿等,也包括积极配合侦查工作等。

在“自愿性”判断标准成立的情况下,“认罪”自愿性与“认罪”自愿性共同构成认罪认罚从宽制度的适用前提。

二、轻罪案件中影响认罪认罚自愿性的因素

轻罪案件虽与传统重罪案件在某些诉讼程序上存在差异,但其依旧遵循刑事案件的本质及特点。因此,轻罪案件中存在诸多因素影响认罪认罚的自愿性,体现出难以量化性和不稳定性。

(一)轻罪案件中控辩双方地位不平等

在当前仍具有强职权主义色彩的刑事诉讼程序下,为保证侦查、起诉和审判活动高效率进行,我国从立法上赋予了侦查机关、公诉机关相对于犯罪嫌疑人、被告人的绝对优势地位。在侦查阶段,侦查机关和犯罪嫌疑人享有的权利设置具有高度不对等性,这在轻罪案件有较为集中的体现。侦查阶段中,犯罪嫌疑人除了通过认罪认罚争取从宽处理以外,基本没有任何其他选择,而侦查机关不仅有权对犯罪嫌疑人采取强制性侦查措施,还可以对其进行强制讯问,此种情形下,犯罪嫌疑人只能根据法律规定的义务“如实供述”。因此,在轻罪案件中,侦查机关仍以绝对的权力和权威优势对犯罪嫌疑人形成无形的压力,迫使犯罪嫌疑人放弃无罪辩护的想法,积极主动或被动地认罪认罚,以“自愿”的有罪供述换取可能从宽处理的法律后果,犯罪嫌疑人很难对认罪认罚作出真正“自愿”的选择和供述^[4]。

(二)犯罪嫌疑人认知能力普遍较弱

犯罪嫌疑人是轻罪案件适用认罪认罚从宽程序两大参与主体之一。犯罪嫌疑人作为认罪

认罚的行为主体,其认知能力普遍较弱,直接影响认罪认罚的自愿性。认罪认罚从宽制度在轻罪案件中的适用主要体现在侦查讯问中,要求犯罪嫌疑人了解认罪认罚法律规定、理解认罪认罚法律性质、明晰认罪认罚法律后果,完全自主、自愿地作出认罪认罚的选择和供述。但在轻罪案件中,认罪认罚的自愿性往往受到犯罪嫌疑人认知能力和思想状态的限制。部分犯罪嫌疑人难以理解或充分理解侦查人员对认罪认罚从宽的告知,或认为轻微犯罪没有必要认罪认罚。此种情形下,由于不满足“自愿性”的判断标准,即使犯罪嫌疑人亲口作出认罪认罚的供述,侦查人员也不能直接认定其自愿,还需对其自愿性、真实性进行实质性判断和界定。

(三)“口供中心主义”影响侦查人员讯问

侦查人员是轻罪案件适用认罪认罚的另一重要参与主体。侦查人员作为侦查讯问的主体,同时也是认罪认罚从宽的告知与释明主体,其讯问行为与告知、释明行为以及告知、释明的具体情况对犯罪嫌疑人认罪认罚的自愿性具有重要影响。口供中心主义是指侦查人员在办案过程中因难以获取或无法获取其他关键有效的证据,将口供作为侦破案件主要依据和突破口的一种固化办案风格或办案模式。“口供中心主义”下,侦查人员对犯罪嫌疑人口供的强烈依赖与迫切需求,有可能导致侦查人员产生非法侦查行为,甚至非法羁押、刑讯逼供等。由于轻罪案件控辩双方地位不平等,这些非法讯问行为无疑会对犯罪嫌疑人起到压迫与强制作用,致使犯罪嫌疑人在失去意志自由与真实意思表示的状况下作出认罪认罚的供述。在口供中心主义影响下,侦查人员不规范、不合法的讯问行为是影响轻罪案件中认罪认罚自愿性的重要因素^[5]。

三、轻罪治理中认罪认罚自愿性保障存在的问题

随着我国认罪认罚从宽制度适用率逐步提高,刑事案件不捕率、不诉率亦直线上升,轻罪案件数量的持续增加,使得认罪认罚自愿性难以得到有效保障。

(一)刑事协商制度的缺失

在案件侦查阶段,控辩双方权威不对等集中

体现在侦查讯问过程中侦查人员的主动性与犯罪嫌疑人的被动性。侦查人员利用自身的绝对权威优势实施不规范甚至不合法的讯问行为,迫使犯罪嫌疑人作出违反“自愿性”认罪认罚供述的情形时有发生。因缺乏双向沟通和协商,侦查讯问变成以侦查人员为主导的单向侦查行为,犯罪嫌疑人难以表达自己内心的真实意思,认罪认罚的自愿性无法得到有效保障。

(二)侦查人员告知义务流于形式

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第120条第2款规定,侦查讯问时,侦查人员应当告知犯罪嫌疑人享有的诉讼权利以及认罪认罚可以从宽处理的法律规定。这既是犯罪嫌疑人的一项权利,也是侦查人员的一项义务。《指导意见》第八部分第28条第4项同样对侦查机关的告知义务作出规定,并要求侦查机关听取犯罪嫌疑人的意见。侦查人员的有效告知可能会直接缩短案件审理时间,从而提升司法效率。但在实际工作中,侦查人员的告知义务往往流于形式,告知内容局限于程序性事项与文书,且忽略听取意见程序,致使犯罪嫌疑人对认罪认罚从宽制度的法律性质、法律规定、法律后果等内容无法充分、透彻理解^[6],使得认罪认罚“自愿性”难以成立。

(三)值班律师法律援助的实质性欠缺

认罪认罚从宽制度是轻罪治理下的重要刑事司法途径,值班律师制度对于促进认罪认罚从宽程序顺利实施发挥着重要的辅助作用,其有效运行将很大程度促进轻罪治理水平的提高。值班律师制度在侦查阶段的作用是向犯罪嫌疑人提供法律咨询、给出程序选择建议,申请变更强制措施,对案件处理提出意见等,从而保障犯罪嫌疑人合法权利,积极引导犯罪嫌疑人参与刑事诉讼程序。但在实际工作中,该制度运行不畅,并未发挥应有效能。一是值班律师数量明显不足。有些看守所虽设立值班律师室,但仅配备少量值班律师甚至律师缺岗,不能满足在押人员的法律需求。二是存在形式化的问题。受案件数量及时限影响,有些值班律师对案件的具体情况不了解或因为其他原因无法深入了解,不能为犯罪嫌疑人提出针对性的建议和意见,仅成为犯罪嫌疑人认罪认罚的见证者,并没有真正参与到诉讼程序中。

(四) 现有法律对认罪认罚自愿性审查的实操性较低

我国现有法律对认罪认罚自愿性的审查程序只有《指导意见》中有较为明确的规定,且《指导意见》在第二部分对认罪认罚从宽制度的适用范围和适用条件进行说明时,仅对“认罪”和“认罚”如何把握作出较为详尽的阐释,对“自愿性”如何精准把握却只字未提。但《指导意见》在第八部分“人民检察院审查起诉阶段的职责”第28条提及认罪认罚从宽的自愿性和合法性审查相关内容,具体条款主要以合法性审查为主,只有第2项、第3项、第6项内容中涉及犯罪嫌疑人的自愿性审查,包括犯罪嫌疑人是否违背意志、认知能力和精神状态是否正常以及是否理解法律性质、法律后果等。这些条款规定对认罪认罚自愿性的审查多停留在程序上,且规定较为宽泛,实操性较低。此外,第28条最后一项规定了犯罪嫌疑人违背意愿认罪认罚的后续司法程序,但未给予犯罪嫌疑人违背认罪认罚自愿性的合理救济途径,导致犯罪嫌疑人在侦查阶段的合法权利难以得到有效保障。

四、轻罪治理视域下保障认罪认罚自愿性的路径

认罪认罚从宽制度的适用是我国轻罪治理体系的重要组成部分,也是提升轻罪治理水平的最优途径。因此,有必要通过保障认罪认罚的自愿性来发挥认罪认罚从宽制度的应有作用,促进我国轻罪治理水平的有效提升。

(一) 完善控辩协商机制

《指导意见》第33条规定:“人民检察院提出量刑建议前,应当充分听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见,尽量协商一致”。这一规定虽然从立法层面开启了刑事协商相关程序的适用和研究,但尚未明确建立控辩协商的相关机制^[7]。鉴于我国长期奉行强职权主义的对抗刑事诉讼模式导致控辩双方的双向沟通和协商严重缺失,实务中侦查人员单向办案模式无法保证认罪认罚自愿性的刑事司法现状,我国应当建立并完善控辩协商机制,通过平衡控辩双方的法律地位、建立协商式刑事诉讼机制,使控辩双方在案件审理中充分交流,最大限度保障犯罪嫌疑人

的知悉权和认罪认罚的自愿性,可以实现对大量轻罪案件的程序简化处理,缩短审理时间,更好地实现效率与公平^[8]。

(二) 全面落实告知与释明义务相结合

对犯罪嫌疑人的权利义务告知不仅是法律明确规定的一项义务,更是保证认罪认罚从宽制度适用的重要前提。针对我国侦查讯问中权利义务告知形式化的问题,应当通过组织办案人员进行专门培训、深入学习相关法律法规,规范办案行为,提升办案能力。不仅要做到告知,还要根据犯罪嫌疑人的个体情况和特点对认罪认罚从宽的法律性质、法律规定以及法律后果进行个性化、针对化的阐述和释明,以保证犯罪嫌疑人能够在充分知悉相关情况的基础上,根据自己内心真实意思作出有效的认罪认罚选择和供述。

(三) 保障值班律师的有效介入

值班律师制度作为认罪认罚从宽的伴生制度,在理论与实践虽然存在诸多争议和问题,但不可否认的是,值班律师的有效介入无论对于提升认罪认罚从宽制度在轻罪案件中的适用率,还是对于优化我国轻罪治理模式,都具有重要意义。针对我国侦查阶段值班律师法律援助实质性缺位的问题,首先,要增加值班律师数量,扩大选聘范围,做到羁押场所全部覆盖,这是基础性要求。其次,完善值班律师轮班制度,在一定范围内统筹安排、合理调配,既要保障值班律师在岗,又不能影响其本职工作。最后,避免值班律师法律援助形式化。通过培养专门从事值班律师职业方向的法律人才,开展侦查阶段值班律师工作实务培训,适当提升其工资待遇,让值班律师实质性参与到诉讼程序中,为犯罪嫌疑人提供切实有效的法律援助,从而保障认罪认罚的自愿性。

(四) 细化认罪认罚自愿性审查的具体标准

我国现有法律虽对认罪认罚自愿性审查的原则、程序作了规定,但仍缺乏实操性,司法实践中办案人难以准确执行。鉴于此,笔者认为,首先,《指导意见》第二部分在说明“认罪”和“认罚”的标准时,应当新增对“自愿性”具体判断和把握的方法,使自愿性判断能够有明确的法律依据。其次,在第八部分对认罪认罚自愿性的审查中,应当在现有的程序性规定上进一步细化,并

补充对认罪认罚自愿性的实质性审查条款,切实保证认罪认罚的自愿性。另外,在第 28 条最后一项中,增加犯罪嫌疑人违背认罪认罚自愿性的法律救济途径,保障犯罪嫌疑人的合法权利。

犯罪结构“由重转轻”的变化态势以及轻微犯罪罪名的不断增多,标志着我国已经进入“轻罪治理”时期。认罪认罚从宽制度作为我国轻罪治理体系的重要组成部分,在提升轻罪治理水平方面发挥着重要作用。保障认罪认罚的自愿性是认罪认罚从宽制度适用的根本,笔者认为,通过建立完善刑事协商机制、全面落实告知和释明义务相结合以及保障值班律师有效介入等路径来保障认罪认罚的自愿性是可行且必要的。只有认罪认罚的自愿性得到保障,才能保证认罪认罚从宽制度在轻罪案件中的高适用率,以轻罪治理水平的提升助推国家治理体系和治理能力现代化^[9]。

[参考文献]

[1] 卞建林. 轻罪治理的程序响应[J]. 中国刑事法杂

志,2024(02):34-54.

[2] 卢建平. 为什么说我国已经进入轻罪时代[J]. 中国应用法学,2022(03):132-142.

[3] 孙道萃. 认罪认罚从宽制度的再完善:以轻微犯罪治理为场域[J]. 内蒙古社会科学,2024(02):122-130.

[4] 郭华. 认罪认罚从宽制度的权力俘获及纾困程序[J]. 清华法学,2022(05):88-99.

[5] 张宗奇,刘冲. 当代中国侦讯模式的构建[J]. 中国刑警学院学报,2022(02):79-88.

[6] 孙长永. 认罪认罚从宽制度实施中的五个矛盾及其化解[J]. 政治与法律,2021(01):2-20.

[7] 樊崇义. 中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践[J]. 中国法律评论,2023(04):191-201.

[8] 陈卫东. 论中国式轻罪治理体系现代化的程序供给[J]. 中国法治,2023(09):19-21.

[9] 卞建林,李艳玲. 认罪认罚从宽制度适用中的若干问题[J]. 法治研究,2021(02):18-36.

【责任编辑:耿 浩】

Exploration on the guarantee of the voluntariness of pleading guilty and accepting punishment from the perspective of misdemeanor governance

Su Weikang¹, Liang Tengting²

(1. Shandong University, Qingdao Shandong 266237, China; 2. People's Procuratorate of Fushan District in Yantai City of Shandong Province, Yantai Shandong 264000, China)

Abstract: The change in the crime structure and the continuous increase in the number of misdemeanor charges mark that China has entered the period of “misdemeanor governance”. The system of leniency for pleading guilty and accepting punishment, as an important part of China's misdemeanor governance system, is of great significance for improving the level of misdemeanor governance. At present, due to the influence of many factors, the voluntariness of pleading guilty and accepting punishment is difficult to be guaranteed. It is urgent to guarantee the voluntariness of pleading guilty and accepting punishment through such paths as improving the prosecution-defense negotiation mechanism, comprehensively implementing the combination of the obligation of notification and explanation, and ensuring the effective intervention of duty lawyers to ensure the application rate of the system of leniency for pleading guilty and accepting punishment, so as to improve the level of China's misdemeanor governance and promote judicial justice.

Key words: misdemeanor governance; pleading guilty and accepting punishment; voluntariness; prosecution-defense negotiation; judicial justice

我国反兴奋剂领域刑事治理体系的完善

侯撼岳, 阴建峰

(北京师范大学, 北京 100875)

〔摘要〕《中华人民共和国刑法修正案(十一)》设立妨害兴奋剂管理罪,使得我国反兴奋剂法治体系由以行政为主的模式向行刑并重转变,反兴奋剂相关罪名的适用以及前置法规范与刑事法之间的衔接问题亟须进一步研究。鉴于兴奋剂违规认定体系与结果管理程序对国际法规范、国内行政法规范的高度依赖,我国刑事法中的反兴奋剂规范体系应当以前置法规范为指引,从实体法与程序法两个层面解决罪名适用、程序衔接中的具体问题。对于目前刑法中体育法益保护阙如的情况,应当调整罪名设置,逐步引入体育法益;修订妨害兴奋剂管理罪,体现对未成年人、残疾人的特殊保护,加入此类情形从重处罚的条款,并增加单位犯罪的规定,实现罪责刑相适应;同时,出台司法解释,采取“列举+兜底”的方式,规定“情节严重”的具体情形,明确立案追诉标准。在程序法方面,需要进一步明确兴奋剂检测结果在刑事法中的定位,并构建从严审查的标准,实现证据转化的畅通。

〔关键词〕反兴奋剂;行刑衔接;妨害兴奋剂管理秩序罪;体育法益

〔作者简介〕侯撼岳(1995—),女,重庆市人,北京师范大学法学院2021级刑法学博士研究生,主要从事刑法学、比较法学研究;阴建峰(1973—),男,江苏阜宁人,北京师范大学法学院教授、博士生导师,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-12-04

〔中图分类号〕D924.3;D922.16〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2025)01-058-09

在反兴奋剂领域,我国长期以来采取了行政为主的模式。直到2020年,国家体育总局根据习近平总书记关于反兴奋剂工作批示的精神,颁布《“反兴奋剂工程”建设方案》,力图制定完备的反兴奋剂处罚与问责追责机制;同年,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)增设妨害兴奋剂管理罪,标志着我国反兴奋剂模式开始由近乎单一的行政处罚模式转向行刑并重的模式。但是,由于刑法介入兴奋剂犯罪的时日尚短,反兴奋剂罪名体系中只有妨害兴奋剂管理罪这一个专门罪名,反兴奋剂领域行刑衔接机制尚有缺失,刑事追诉中仍存在诸多亟待解决的实体与程序性问题。

一、反兴奋剂领域的规范考察

反兴奋剂领域的规范较为庞杂,除国内法之

外,涉及大量的国际法规范。由于国内相关立法受到国内立法技术以及法学理论的影响,使得国内法规范与国际法规范之间存在一定的交叉与错位。

(一) 规范概览

从立法脉络来看,我国反兴奋剂领域的规范基本呈现行政先行之势,首先形成了一套符合国际标准的行业自律与行政管理体系。最新修订的《中华人民共和国体育法》(以下简称《体育法》)明确了六类兴奋剂违规行为,并对反兴奋剂职责划分、仲裁与处罚等作出规定。本次修订不仅完善了反兴奋剂领域的行政法规范,而且增强了体育法与刑法之间的衔接,填补了相关法律空白,一定程度上解决了之前以行政法规为主导的规范位阶较低的问题。在具体细则方面,我国先后出台了《反兴奋剂条例》(以下简称《条

例》)、《反兴奋剂管理办法》(以下简称《办法》)以及《反兴奋剂规则》(以下简称《规则》)等诸多规范,为兴奋剂检测、兴奋剂违规的处理提供了详细的程序性规定。此外,《兴奋剂违规责任追究办法》(以下简称《追究办法》)等部门规范性文件也对兴奋剂违规的认定与处理有较强指导意义。在上述行政法与部门规章的基础上,最高人民法院《关于审理走私、非法经营、非法使用兴奋剂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)和《刑法修正案(十一)》则对定罪问题进行了确认。

不过,由于我国刑法介入兴奋剂犯罪治理刚刚起步,目前前置法与刑法的衔接条款非常有限,基本采取了概括的附属刑法模式。在《办法》《追究办法》等部门规章、规范性文件中则规定,涉嫌犯罪的,移交监察机关或司法机关依法追究其刑事责任。即使是新修订的《体育法》也延续我国此种立法模式,仅在第119条中规定了此类条款。

在国际法方面,世界反兴奋剂机构(World Anti-Doping Agency,简称WADA)审议并通过的《世界反兴奋剂条例》(World Anti-Doping Code,简称WADC)、《签署方条例遵守国际标准》(International Standard for Code Compliance by Signatories,简称ISCCS)、《检查和调查国际标准》(International Standard for Testing and Investigation,简称ISTI)、《结果管理国际标准》(International Standard for Results Management,简称IS-RM)等国际规则影响着兴奋剂违规认定与检测结果的稳定性,亦对国内行政处罚与刑事审判结果有着较大影响,如兴奋剂样本采集与违规调查、结果通知、听证和上诉程序等。此外,国际泳联等单项组织同样出台了该单项比赛中的兴奋剂检测、管理与处罚规则,以国际标准为基础对单项比赛中的兴奋剂违规管控进行了细化,在此不展开赘述。

(二)规范衔接的基本样态

反兴奋剂国内外规范较为庞杂,各国、各体育项目之间对于反兴奋剂行为的认定、处罚标准以及追责程序都存在差异。就我国而言,目前反兴奋剂行刑衔接表面上是我国行政法与刑法的适用问题,但内里还涉及我国国内法与国际法规

范之间的衔接。目前,我国刑法所涉及的兴奋剂相关犯罪的认定均以解决前置法所规定的兴奋剂清单等专门性问题为基础,而《体育法》《规则》等前置法在兴奋剂违规认定上属于国际标准的国内化,诸如兴奋剂检测机构、兴奋剂违规结果管理等规定都以国际标准为蓝本。在涉及国际赛事的案件中,兴奋剂违规的国内法认定看似相对独立,实际上仍然以WADA等国际机构的认定为核心。由于兴奋剂违规认定和结果管理程序中同样保护相关人员的上诉权、辩护权、仲裁权等,因此,在涉兴奋剂案件中,即使前置法的终局结果尚未产生,刑事追诉仍然会同时展开。换言之,将出现刑事追诉与前置法追责重合的情况。尽管《2022中国反兴奋剂中心年报》中提及杨某等人涉嫌引诱、教唆、欺骗、组织运动员使用兴奋剂参加国内重大体育竞赛案,但该罪名的适用仍然屈指可数,且案件具体细节尚不得而知。不过,条文之间的对应与错位、相互关系等展现了规范衔接的基本样态。从现有的规定和适用来看,兴奋剂犯罪案件的实体认定和追诉程序方面是存在争议的。

1. 基本理念

1960年罗马奥运会期间,一名丹麦自行车运动员疑似服用含有刺激药剂的饮料而死亡。此事促成了国际奥委会医学委员会(IOC-MC)成立,标志着国际竞技体育领域反兴奋剂斗争拉开序幕。体育不是简单的竞技运动,安东尼奥·古特雷斯在联合国题为《恢复得更好:体育促进发展与和平》的文件中指出:“(体育)有助于创造对话机会、推动性别平等、促进社会包容以及解决弱势群体面临的歧视问题,在社会各级发挥重要作用”。竞技体育尤其是国内外重大比赛,承载着无数民众最纯粹的期望。尽管我国刑事法中并未明确承认“体育法益”的存在,但在国际条例和国内行政法中,对此却有所明确。WADC中指出,“运动员参加无兴奋剂的体育运动的基本权利”以及“世界范围内运动员的健康、公平与平等”,是世界反兴奋剂体系的核心宗旨。为了保护这两大核心宗旨,还应当坚持“在国际和国家层面上形成协调、一致、有效的反兴奋剂体系”的理念。

基于反兴奋剂规范体系在国际和国内两个

层面的统一性,同时也为了保证反兴奋剂执法活动中基本原则的落实,我国在《规则》第2条中明确指出,反兴奋剂工作“旨在维护体育精神”,保护运动员的身心健康并提供公平的竞赛机会,以达到保护公平的比赛环境、实现纯洁体育等目的。在以上理念指导下,形成了以WADC和国际标准为核心的国内外反兴奋剂法治体系。在该体系中,兴奋剂的防治是外化,其内核仍然是对体育精神的维护。只有在这一理念指导下,规范体系中才能贯彻比例原则、人权原则。因此,现有研究中有观点认为,反兴奋剂刑事法体系作为反兴奋剂国内法体系的重要组成部分,同样应该明确承认“体育法益”,以实现法律体系的统一性,保障反兴奋剂相关罪名司法适用中对基本理念的落实。

2. 实体认定

我国《体育法》第53条规定了兴奋剂违规行为的类别,具体包括组织、强迫、欺骗、教唆、引诱、直接使用、向运动员提供这七类行为。《刑法修正案(十一)》则沿用该条对兴奋剂违规行为的分类,剔除使用行为外,在《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第355条之一规定妨害兴奋剂管理罪的行为类型包括引诱、教唆、欺骗、提供、组织、强迫六类。而在国际社会,兴奋剂违规行为可以分为使用或企图使用兴奋剂、干扰兴奋剂检测与控制、违规持有、违规交易、串通以及打击报复六类^①。2020年出台的《规则》在第2章沿用了WADC等国际规范的定义,将妨碍型纳入兴奋剂违规的行为类型,也即除学界通认的推使型、使用型和供应型外^[1],兴奋剂违规行为还应包括篡改兴奋剂检测结果、阻止举报或报复举报人等妨碍型行为。《规则》沿用了国际公约的释义,但《体育法》与《刑法修正案(十一)》则进行了归纳和简化,使对妨碍型违规行为的处罚出现错位,对于兴奋剂违规类型的界定、处罚标准等产生争议。

而在追责原则方面,WADC对运动员的兴奋剂违规行为采取了严格责任原则,运动员有责任确保没有禁用物质进入自己体内且无须证明其

意图、过错、疏忽或明知使用即可认定兴奋剂违规(第2.1.1条),但在对运动员进行个人处罚时则应当考虑其过失或疏忽(第10条)。我国在《规则》中贯彻了严格责任原则,只有在当事人证明自己尽到了应尽的注意义务,对兴奋剂违规无过错或无疏忽的,才免于禁赛(《规则》第98条)。这种严格责任与刑法中的严格责任类似,不问主观过错,只要实施或造成了符合法律规定的应当追责的行为或结果,即可被追诉或处罚^[2]。严格责任之下举证责任倒置,当事人承担证明责任,这对于未成年人、残疾人可能更为不利。为此,《条例》明确了对于未成年人、残障人士、智障人士等“受保护人员”兴奋剂违规行为的宽大处理原则,彰显了对此类特定运动员主体实体与程序权利的特殊保护。这种针对未成年人、残疾人的宽大处理原则同样在相关国内立法中得到贯彻,并在《办法》《规则》等前置法规范中均规定了对涉及“受保护人员”兴奋剂违规行为的加重、从重或从轻处罚的情形,以实现罚责相当。遗憾的是,妨害兴奋剂管理罪在从重或者从轻情节的设置上过于单薄。与此同时,该罪设置了罪量要素,设置了“情节严重”的入罪门槛。妨害兴奋剂管理罪包括教唆等辅助行为。从危害性来看,并不是所有的妨害兴奋剂管理行为都属于刑法惩治的范畴,部分情节轻微的案件,应当由行政法进行惩处。这一设置符合罪责刑相适应的基本原则,但是在现有司法解释等法律法规中,却没有作出任何规定。现有法律法规在定罪和量刑规定上的疏漏,导致刑事制裁的精准性与妥当性并未完全发挥。

3. 追责程序

兴奋剂违规追诉程序包括国际层面、国内行政法层面与国内刑事法层面。当确认发生兴奋剂违规后,三个层面均对兴奋剂违规的追责程序进行了规定。根据WADC的规定,具有兴奋剂检查权限的主体包括各国反兴奋剂组织、各国单项体育联合会、各重大赛事组织机构、受委托的反兴奋剂组织等(WADC第5条),除特殊情况外,兴奋剂违规只能通过WADA认可的实验室或者

①《世界反兴奋剂条例》共列举了11种兴奋剂违规类型,而《反对在体育运动中使用兴奋剂国际公约》则规定了8种。虽然数量不同,但是具体内容基本无差异。对其进行归纳后,总结为8种。

WADA 批准的实验室进行的样本检测才能得以证明(WADC 第 6 条)。在认定发生兴奋剂违规后,该案件将进入结果管理程序。除严重或反复违反规定的情况外,反兴奋剂组织通常会在 6 个月内完成结果管理程序,包括初审听证程序(ISRM 第 4 条)。随后,包括 WADA 在内的相关人员和组织可以根据 WADC 第 13 条的规定行使上诉权。根据程序不同,不仅可以向反兴奋剂组织上诉,还可以直接向国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport,简称 CAS)提起上诉。整个程序漫长而复杂,从“孙某案”即可见一斑。

我国国内及相关规定的追诉程序主要以《规则》中对兴奋剂违规的认定、听证、仲裁、证据等程序规定为主,其中大部分规定是国际标准的国内化。在国内化的过程中,程序基本框架一致,但是关于听证人数、期限等具体实施的程序则有所不同。换言之,在实际操作中,兴奋剂违规的认定以及结果管理程序在国内和国际两个角度将同时进行,尤其是国内的兴奋剂违规认定受到国际层面结果管理程序的影响。《规则》规定,在听证结束作出处理结果后即进入处罚程序,通知单位对相关人员和组织进行处罚(第 86 条)。即使之后依据相关规定申请仲裁,其间也不停止执行(第 132 条)。进入处罚程序后,其实同时进入了责任追究程序,对于追责对象涉嫌犯罪的案件,应当移送监察机关、司法机关依法处理(《追究办法》第 10 条)。在这个时候,刑事手段开始介入兴奋剂违规行为的结果管理。《刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)、《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》等法律法规规定,行政执法人员应当依法移送犯罪案件;拒不移送的,情节严重或者造成严重后果的,依法追究刑事责任;同时,还对行政证据在刑事诉讼中的转化,案件移送的主体、流程等作出规定。在重合的追责与追诉程序中,刑事追诉以兴奋剂检测结果和兴奋剂违规行为认定结果为基础,在上诉、仲裁等程序中,兴奋剂检测结果和兴奋剂违规行为认定的周期长、可能发生变更,并且有自己的取证程序和证明标准,导致结果的稳定性不足、与刑事追诉程序的衔接难度大,进而束缚了刑事追诉程序的展开。

二、反兴奋剂领域刑事法治理存在的主要问题

自《刑法修正案(十一)》设置妨害兴奋剂管理罪后,迄今为止鲜有适用该罪的案例。绝大部分涉兴奋剂案件延续《解释》的规定,仍以非法经营罪等原有罪名为主。究其原因,除了在我国兴奋剂违规行为为发生场景的特殊性外,目前刑事法中反兴奋剂规范体系亟待完善同样是该罪适用率较低的重要原因。基于对现有规范的梳理与分析,我国目前反兴奋剂刑事法治理体系中,主要存在如下问题:

(一)体育法益完整保护的阙如:刑法保护法益的范围有限

“法益”代表法律所保护的特定客体,就行政犯而言,特定罪名所保护的法益往往小于或等于前置法所保护的法益。当前置法所保护的法益具体、明确时,刑事法通常与之一致;当前置法所保护的是过于抽象的集体法益,在刑事法中又未得到确认时,立法者则会选择其中一种具体法益进行保护^[3]。鉴于我国刑法中尚未引入体育法益,因此基于刑法内部体系性、自洽性的考量,采取了上述立法技术,将妨害兴奋剂管理秩序罪与非法提供麻醉药、精神药品罪并列,选择“兴奋剂管理秩序”作为直接保护客体。这种立法虽有一定的合理性,但却不具有违法性评价的完整性与妥当性。

竞技体育以满足社会精神需求为主要功能,兴奋剂管理秩序只是最为表征的保护法益,而比赛偶然性所承载的从业自由、竞技公平等价值才是核心。这既是兴奋剂违规行为所侵害法益之间的主次关系,也是侵害客体的辨认逻辑。我国在前置法规范中同样确立了以公平竞争原则、人民健康权为主要内容的体育法益。在《刑法修正案(十一)》和《解释》所建构的反兴奋剂罪名体系中,本该是多种法益有机结合后形成的具有整体性的体育法益被抽分为兴奋剂管理秩序、行政许可制度、海关管理制度与进出口制度等具体法益,致使刑法对于已受或可能受到侵害的法益之保护存在明显局限,有悖社会共识。

(二)行刑制裁的规范错位:罪名设置存在问题

从《解释》和《刑法修正案(十一)》的相关规

定来看,目前反兴奋剂犯罪的罪名体系仅处罚个人的推使和供应行为,且仅配置了一档法定刑与一种从重处罚的情形,其罪名设置存在以下两大问题:

1. 未体现对未成年人、残疾人的特殊保护

未成年人、残疾人等特殊群体的兴奋剂违规行为虽具有可宥性,但是其对于运动辅助人员的依赖更强,对行为的辨认能力和控制能力较弱。推使行为对使用行为的支配性更强,加之兴奋剂对这类人群的健康危害更大,故而性质更为恶劣。诸如芬兰等国家,就在刑法中明确此类从重处罚的情形;WADC也基于特殊群体在面对严格责任时的不利局面,明确了对“受保护人员”兴奋剂违规行为的宽大处理原则^①。虽然我国在《办法》第39条中规定了未成年人兴奋剂违规案件涉案人员应受的纪律处分、行政处罚,且走私、贩卖、运输、制造毒品罪等关联罪名中,均为涉特殊群体的情形设置了从重处罚条款,但我国既有的反兴奋剂罪名体系并未区分一般情形与涉特殊群体的情形,无法体现刑法对社会共同认知的折射以及刑事制裁的精准性与妥当性。

2. 未呼应前置法规范在刑法中设置单位犯罪

单位、社会团体、组织等非自然人兴奋剂违规主体并不罕见,例如2003年的巴尔科实验室丑闻。相较于个人而言,组织体对兴奋剂使用、结果管理与检测有着极强的支配力、控制力。在本位利益的驱使下,自负盈亏、自我约束的组织体以整体意志推使运动员使用兴奋剂或为之提供兴奋剂,其社会危害性不言而喻。将此类组织体作为独立的个体进行处罚,是在法律中将其人格化的必然结果。美国2020年生效的《罗琴科夫反兴奋剂法案》(RADA)即规定,任何个人和实体都可构成兴奋剂欺诈犯罪的适合主体^②;我国《条例》第39条则就单位实施兴奋剂违规行为的情况设置了单罚制,并指出“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。《追究办法》虽是部门规范性文件,但对于行政处罚的执行有指导性作用,其第9条明确了单位、地方体育行政部门以及个人三类追责对象及其追责方式,第10条则规定了行刑衔接

条款。易言之,虽然我国在行政法规、部门规范性文件强调了特定组织体的惩处方式,并规定了行刑衔接条款,但是刑法中并无条文与之衔接对应,呈现出行刑错位的问题。

(三)行政不法与刑事不法界限模糊:“情节严重”具体情形亟待细化

刑法中的“情节严重”分为两种:一种是量刑要素;另一种是作为定罪要素,妨害兴奋剂管理罪就属此类。根据《刑法》第355条之一的规定,与组织、强迫行为不同,引诱、教唆、欺骗和提供行为属情节犯,必须通过对“情节严重”的解释来区分是一般违法行为还是犯罪行为。

作为妨害兴奋剂管理罪“定量要素”抑或“罪量要素”的“情节严重”,是一种可量化的构成要件要素。此类定量要素的设计基于刑事政策的技术考量,在定性之外通过一定具体化的标准对行为的性质进行评价^[4]。就妨害兴奋剂管理罪而言,可以按照要素所处的不同阶段,划分事前要素、事中要素和事后要素^[5]。事前要素主要是再犯情况,即运动辅助人员等涉案人员曾经因引诱、教唆、欺骗、提供等违规行为受到二次以上行政处罚而屡教不改的;事中要素包括所涉兴奋剂的数量与种类、兴奋剂违规的次数、所涉运动员的数量、严重后果等;事后要素则主要涉及妨碍型兴奋剂违规行为,如运动辅助人员有引诱、教唆、欺骗或供应等行为,虽然未造成严重后果、数量较小,但是有篡改检测结果、协助抗检、毁灭证据等行为的,也应当被视为“情节严重”而立案追诉。

不过,在现有的规范体系中,妨害兴奋剂管理罪“情节严重”的具体认定标准尚未得到明确。而且,这是一个新设立的罪名,缺乏指导性案例,司法机关的自由裁量权较大,容易导致入罪标准不一致。因此,应当根据妨害兴奋剂行为的具体情形,在相关规范性文件中将立案追诉标准具象化,从而为司法实践提供切实可行的指导。

(四)程序衔接滞塞:兴奋剂检测结果的适用困境

由于使用行为是基础行为^[6],在应然层面,

①The Finnish Criminal Code, chapter 44 Sec. 6 & Sec. 7

②Rodchenkov Anti-Doping Act of 2019, Sec. 2(6), Sec. 3(a) & Sec. 4(a)(1).

兴奋剂检测结果对行为的该当性具有实质性作用。根据《刑事诉讼法》第54条规定,行政证据可以转化为刑事证据使用;根据《规则》第22条,世界反兴奋剂机构的检测方法与判准准定有效。由此,形成了“国际检测结果—行政证据—刑事证据”的转化链。但是,《规则》并未就兴奋剂检测国内外程序的冲突解决规则进行明确,且明确规定证明标准低于排除合理怀疑。故而,在实然层面,兴奋剂检测结果难以发挥决定性证据的功能,而是转向“辅助功能”^[7],无法在应然和实然层面实现统一。

根据2021年的刑事诉讼法司法解释,鉴定意见应当由具备资质的司法鉴定机构和鉴定人出具,专门性问题报告应当由所“指派、聘请有专门知识的人”出具,因此国际兴奋剂检测实验室出具的兴奋剂检测结果无法被认定为鉴定意见和专门性问题报告。如果将其认定为书证,又忽略了书证形成的时间和阶段要求。因此,在我国现有法定证据种类下,此类兴奋剂检测报告等材料难以被列入八大证据种类之列,对于该证据的审查也难以适用明确的标准,仅能参考关于鉴定意见的形式审查和实质审查标准。检测结果的稳定性和程序冲突,是当前审查中存在的两大问题。

一方面,由于较强的法益侵害性,兴奋剂犯罪行为应当及时被科以刑罚,但兴奋剂可以分为内源性与外源性,内源性兴奋剂需要根据分泌和代谢情况进行判断。同时,在程序上,WADC第13.0条、ISRM第10.0条以及《国际体育仲裁院反兴奋剂部门仲裁规则》等法律法规充分保障了运动员和其他当事人上诉和仲裁的权利,且仲裁时限“没有限制”^[8]。以上因素致使国际兴奋剂违规的认定周期漫长,加之国际赛事中国内司法机关往往难以及时要求复检,因此,如何有效应对兴奋剂检测结果的不稳定性,实现刑事司法的及时性与准确性,是现阶段行刑衔接的主要难点问题之一。

另一方面,国外程序规范并不完全一致。“孙某案”的争议焦点之一就在于对采样人员的资质应当适用我国法律规定要求,还是按照WADA的习惯做法^[9]。《条例》第35条、《办法》第23条要求检测人员为2人以上,且应当出示证件以及一次性兴奋剂检查授权书,而WADC、ISTI

等并未对资质作出严格要求,仅要求出示“样本采集机构提供的官方证明文件”(ISTI第5.3.3条),未强制要求具备授权书。在听证程序方面,由于WADC、ISRM等规定得更为模糊,冲突更加明显。《规则》第78条规定,听证委员会的人数不少于10人;第79条则要求非独任听证时,听证专家组人数应为3名或5名。但是ISRM、ISTI对以上内容却无硬性规定。根据ISRM第8.2条释义,参照“反兴奋剂组织关联结构的数量和反兴奋剂历史情况”确定即可。

可见,刑事法中如何对国际兴奋剂检测结果进行认定,程序冲突又应当以何种规则解决,目前是程序衔接方面的主要难点。

三、反兴奋剂刑事治理体系的完善

(一)引入体育法益完善罪名体系

体育权是公民的一项基本权益,所保护的是体现一定社会道德与共同利益的体育法益,后者所呈现出的诚信、公正等状态是法律应该保护的内容^[10]。引入体育法益后,不仅兴奋剂犯罪能够被完整评价,而且能解决操纵比赛(或称“体育欺诈”)行为入刑的问题。赛前操纵(如使用兴奋剂)、赛中操纵(如假球)、赛后操纵(如篡改比赛结果)都能够在法定范围内设置罪名予以规制,而不是作为赌博、贿赂等犯罪的关联行为进行处罚。在形式上,应在罪名称谓上摒弃“妨害兴奋剂管理秩序”的说法,可以参照引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪等罪名,修改为选择性罪名。在之后时机成熟时,可以在《刑法》分则第六章下增设侵犯体育法益罪专节,并将该罪纳入其中,成为保护体育法益的系列罪名之一。在实质上,体育法益的引入,应当考量以下两个方面:

一是关于其具体内容。术语缺乏明确性或有悖法律的确定性,是学者诟病体育法益的核心论点^[6]。体育法益作为一种集体法益,折射了公众对社会秩序性的认知,在此层面确实具有一定抽象性与模糊性^[11]。但集体法益属于具有同质性的具体法益的集合,其涵摄范围并非无法固定,只不过需要通过价值选择予以衡量和确认^[12]。具体而言,在宏观层面,兴奋剂犯罪摧毁比赛结果的偶然性,打破了公众对于比赛公正性、运动员诚信品质的合理期待以及社会对于国

家行业兴奋剂管理能力的认可。在微观层面,与吸毒这类纯粹的自损行为不同,运动员的身体健康以及其他运动员的从业自由、公平竞技权也囊括其中;在一些以获取经济利益为目的的情形中(例如体育博彩或有高额奖金的比赛),还可能侵犯财产权益。综合来说,体育法益可以涵摄公平竞争、体育诚信、管理秩序、身体健康、从业自由以及财产权益等内容。

二是关于内部排列次序。体育法益的内涵多样,侵犯体育法益的行为不同则法益内部的次序有所不同,其标准主要是社会认知。在引诱、教唆、欺骗、供应、组织以及强迫这类推使型和供应型兴奋剂犯罪中,根据社会的一般认知,使用者属于自损,推使人和供应人系以妨碍比赛的公正性、操纵比赛结果为目的,因此公平竞技、体育诚信往往被首先认定为受损法益,其排列次序在身体健康、从业自由、管理秩序等其他利益之前。这也是妨害兴奋剂管理罪的罪名称谓、条款定位受到诟病,以及保护法益存在争论的主要原因。

(二) 修订《刑法》第355条之一

解释论与立法论是法学研究的两种基本方法,妨害兴奋剂管理罪虽属新设罪名,但是其在从重情节、单位犯罪等方面的疏漏无法通过解释的方式弥补。

从应然的角度讲,妨害兴奋剂管理罪设置单位犯罪有其现实需要与域外经验借鉴。但是,我国目前刑法中单位犯罪的设置以法定性为前提,刑法没有明确将单位规定为该罪的主体,故在实然层面便不能追究单位的刑事责任,形成较为明显的立法不足。如前所述,妨害兴奋剂管理罪的重情节设置也存在问题,应该比照《刑法》第353条增加涉及未成年人、残疾人从重处罚的情形。有观点认为,对未成年人、残疾人使用兴奋剂的,属于《刑法》第355条之一第1款“情节严重”的情形,即引诱、教唆、欺骗未成年人、残疾人使用兴奋剂或向其提供的行为,属于该罪构成要件的定量情形之一^[13]。但是,兴奋剂违规行为处罚的表层依据在于对行政规范的违反,实质根据则是对前置法所保护的体育法益的损害,对于其行为要素的社会危害性应当综合性把握。因此,应当将引诱、教唆、欺骗未成年人、残疾人使用兴奋剂或向其提供的行为作为从重处罚的情节;同

时,引诱、教唆、欺骗和提供行为的法益侵害性低于组织、强迫行为,其入罪门槛也较高,可采取“行为+定量”的方式。基于当然解释,在同一罪名内,危害性较轻的引诱、教唆、欺骗和提供行为的对象是未成年人、残疾人时,应当从重处罚;危害性较强的组织、强迫行为的对象是未成年人、残疾人时,其处罚也应当重于一般的组织、强迫行为。因此,基于条文简明性的考量,在新增条款中仅将引诱、教唆、欺骗未成年人、残疾人运动员的行为作为从重处罚的情形规定在组织、强迫情形之前即可。

综上,建议在《刑法》第355条之一中增加第2款:“引诱、教唆、欺骗未成年人、残疾人运动员使用兴奋剂参加国内、国际重大体育竞赛的,依照前款的规定从重处罚”;同时,还应增加第4款:“单位犯前三款罪的,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”。

(三) 明确立案追诉标准

设置行政犯的定量要素,需要体现出社会危害性的递增过程以及行政不法与刑事不法之间的区分,对此,可以参考前置法处罚(如WADC和《追究办法》等)中危害性高于普通违法行为而低于犯罪行为的从重处罚情节进行设置。结合以上规定以及事前、事中、事后的要素分类,建议通过司法解释明确关于妨害兴奋剂管理罪“情节严重”之内涵,具体可以包括以下几种情形:

其一,所涉兴奋剂种类、数量较多。数额犯是情节犯的一种类型,当客观数量达到一定标准时,其不法行为才达到需要刑法介入的严重程度^[14]。可以参考毒品犯罪的毒品类别与计量选择标准,针对《兴奋剂目录》中的各类兴奋剂构建科学的数额计算标准,明确入罪门槛。另外需注意的是,滥用可卡因等毒品性兴奋剂的,可能构成《刑法》第353条与第355条之一竞合,此时应以重罪论处。

其二,行为次数多、对象范围广。在故意的情节犯中,情节要素通过在构成要件上添加主客观危害性进而影响犯罪构成,其中行为方面的增添不仅包括数额,还应当包括次数与行为的对象^[15]。长期、常年欺骗、引诱、教唆运动员在国内、外重大体育赛事中服用兴奋剂,或在一次国内外

重大赛事中欺骗、引诱、教唆多名运动员服用兴奋剂,造成恶劣影响的,也应当认定为“情节严重”。

其三,造成一定后果。犯罪的认定应当基于对社会的影响,社会危害是法益概念核心内容的观点已经成为主流观点^[16]。作为危害性的体现形式,“结果”应受限制,必须达到一定的危害程度才能作为定量要素。在本罪中,可体现为虽推使或供应的兴奋剂数量较小、次数少、范围小,但却给运动员造成严重生理疾病或造成不可逆的严重生理损害,或者造成严重实质性危害结果的情形。

其四,妨碍兴奋剂检测与结果管理的行为。虽然作为事后帮助行为,单纯的妨害行为对于兴奋剂使用这一基础行为没有支配力,不宜单独入罪,但是其可以作为推使型和供应型行为的定量要素影响犯罪构成。这种行为主要分为三类,包括干扰、妨碍、抗拒调查处理,参与伪造、隐匿、毁灭证据,以及阻碍举报或报复举报人。将这些行为作为定量要素,不仅可以使得情节认定更加完整,而且有利于发挥预防功能,防止行为人事后恶意妨碍兴奋剂检测与违规行为认定。

其五,兜底条款。社会生活随时随地在发生变化,而法律又具有滞后性,因此立法者应通过在具体情形之外设置兜底条款的方式,保障刑法的“社会适应性、稳定性和简洁性”^[17]。在本罪的定量要素中,同样可以规定兜底条款。

(四)确立兴奋剂检测与适用的冲突解决规则

鉴于国内外兴奋检测标准的冲突以及兴奋剂检测结果的适用困境,应当建立冲突解决规则,坚持刑事优先原则,匡正兴奋剂检测在刑事司法中的妥当定位,以加强行政执法与刑事司法的衔接,实现应然与实然的统一。

其一,在定性方面,应当严格遵守我国目前的刑事证据规则,对于国内司法机关不是第一采集主体、无法复检的兴奋剂检测报告,即使在前置法中推定为有效,也不能直接转化为刑事证据。对于此类证据,能复检的应及时复检,并作为专门性问题报告在庭审中进行质证;无法复检的,应当严格审查采集、检测的程序,在与其他证据相互印证的情况下,作为辅助性证据证明兴奋

剂犯罪行为,而不能将其作为案件的决定性证据。

其二,在证据审查方面,刑事处罚的严厉性决定了最高的证明标准,其证据需要达到排除合理怀疑的程度。在兴奋剂犯罪案件审理中,对于行政执法中所收集、获取、认定的证据应审慎审查,坚持刑事法优先原则。在实质审查方面,主要是对检测结果与犯罪行为之间的关联性进行认定,着重审查所提取的样本是否与案件所涉违规行为相关联;在形式审查方面,严格审查程序的合规性。对于样本采集、听证等可能影响兴奋剂检测结果的程序进行审查时,即使相关国际机构出具、认定的兴奋剂检测结果、违规行为在行政执法中得到认可,也应当按照刑事法的标准与要求对其进行重新审查。当出现国际法规则与国内法规则不一致时,应当优先适用目前较国际规则更为严格的国内法规范,即从严审查而非从惯例审查,以实现程序正当,排除合理怀疑。

其三,在案件处理方面,当行政机关根据兴奋剂检测的结果,认定行为人有兴奋剂违规并移送司法机关后即应当展开调查,而不是等待兴奋剂检测的二次检测结果或仲裁结果出现后,再进入刑事程序。同时,在刑事诉讼程序中,行政机关应当及时将任何新情况或最新检测结果报送司法机关,司法机关也应当随时关注并处理最新的结果,当有新的结果与证据证明行为人不构成兴奋剂违规时,应及时予以审查并作出妥当处理。

四、余论

妨害兴奋剂管理罪是我国刑法介入竞技体育活动,建构竞技体育领域罪名体系的初步尝试。基于妨害兴奋剂管理罪行政犯之属性,明确其行政不法与刑事不法之间的界限,以顺畅的衔接机制实现兴奋剂违规行为的犯罪化,是深化反兴奋剂工作的重要环节,也是完善罪名体系、避免罚不当罪的必然要求。囿于罪名适用具体案例的匮乏,对于兴奋剂犯罪领域行政执法与刑事司法衔接、体育法益的引入及其罪名体系的建构,仍有进一步深化的空间。不过,随着相关司法适用的增多、实践经验的积累以及学术研究的持续加强,反兴奋剂领域刑事法治理体系必将得到持续完善。

[参考文献]

[1] 陈艳,王霁霞.兴奋剂入罪立法模式思考与建议——基于行为类型化的分析[J].天津体育学院学报,2020(03):269-275.

[2] 刘仁文.刑法中的严格责任研究[J].比较法研究,2001(01):44-59.

[3] 孙国祥.行政犯违法性判断的从属性和独立性研究[J].法学家,2017(01):48-62+176-177.

[4] 柏浪涛.罪量要素的属性与评价[J].上海政法学院学报(法治论丛),2017(01):60-71.

[5] 张庆立.“情节严重(恶劣)”的法律解释[J].法律方法,2021(01):330-345.

[6] 魏东,周树超.妨害兴奋剂管理罪的法理诠释[J].法治现代化研究,2021(05):78-88.

[7] 李智,刘昕洁.妨害兴奋剂管理罪的司法考量要素问题研究[J].北京体育大学学报,2022(04):1-11.

[8] 蔡鹏嘉,郭天妮,姜熙.国际体育仲裁院反兴奋剂仲裁机制研究[J].体育成人教育,2021(03):28-37.

[9] 孔蕊,姜世波.《世界反兴奋剂条例》听证条款的法律解释学分析[J].武汉体育学院学报,2020(03):34-38.

[10] 田思源.《体育法》修改的核心是保障公民体育权利的实现[J].天津体育学院学报,2011(02):114-117.

[11] 李志恒.集体法益的刑法保护原理及其实践展开[J].法制与社会发展,2021(06):111-132.

[12] 孙国祥.集体法益的刑法保护及其边界[J].法学研究,2018(06):37-52.

[13] 李鑫,苏永生.妨害兴奋剂管理罪的教义学思考[J].武汉体育学院学报,2021(06):52-58.

[14] 高维俭.刑法情节的基本概念与适用规范探究[J].人民检察,2009(01):57-60.

[15] 张庆立.情节犯若干基本问题之教义学检视[J].西部法学评论,2020(02):109-121.

[16] 王钢.法益与社会危害性之关系辩证[J].浙江社会科学,2020(04):37-46+156.

[17] 张建军.论刑法中兜底条款的明确性[J].法律科学(西北政法大学学报),2014(02):86-96.

[责任编辑:张 戈]

Perfection of the criminal governance system in the field of anti-doping in China

Hou Hanyue, Yin Jianfeng

(Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: The establishment of the crime of interfering with anti-doping management in the “Criminal Law Amendment (XI) of the People’s Republic of China” has transformed China’s anti-doping legal system from a mainly administrative model to a model that attaches equal importance to administrative and criminal measures. The application of anti-doping-related charges and the connection between prepositive law norms and criminal law need to be further studied. In view of the high dependence of the doping violation identification system and the result management procedure on international law norms and domestic administrative law norms, China’s anti-doping normative system in criminal law should be guided by prepositive law norms to solve the specific problems in the application of charges and procedural connection from both the substantive law and procedural law levels. In view of the current lack of protection of legal interests of sports in the criminal law, the charge setting should be adjusted to gradually introduce the legal interests of sports; the crime of interfering with anti-doping management should be revised to reflect the special protection of minors and the disabled, add clauses for heavier punishment in such cases, and add provisions for unit crimes to achieve the correspondence among crime, liability and punishment; at the same time, judicial interpretations should be issued, and the specific circumstances of “serious circumstances” should be stipulated in the way of “listing + overall” to clarify the standards for case-filing and prosecution. In terms of procedural law, it is necessary to further clarify the positioning of doping test results in criminal law and construct strict review standards to achieve the smooth transformation of evidence.

Key words: anti-doping; connection between administrative and criminal measures; crime of interfering with anti-doping management order; legal interests of sports

【法学理论研究】

市域社会治理的法治化路径探析

张何鑫¹, 吴舒蕾²

(1. 江西师范大学, 江西 南昌 330033; 2. 暨南大学, 广东 广州 510632)

〔摘要〕市域是紧密衔接国家与县域的桥梁,市域社会治理作为国家治理的基石,其治理必须在法治化轨道上有序推进才能实质性助推社会治理的现代化发展。现阶段,市域社会治理中仍普遍存在基层矛盾频发、参与主体单一且缺乏参与活力、科技支撑不足等问题,这些困境限制了市域社会治理效能的有效实现。在数字技术融入基层社会治理的背景下,积极探索市域社会治理法治化的实践路径,构建完善的基层社会治理法治体系,有效化解基层纠纷,激活多元主体参与活力,以科技赋能市域社会治理,是推进基层社会治理现代化、法治化发展的关键环节。

〔关键词〕市域社会治理;法治保障;协同治理;数字科技

〔基金项目〕本文系2023年度国家社会科学基金项目“老年友好型社会导向的数字适老化法律保障研究”(项目编号:23FXB093)和2024年度研究阐释党的二十届三中全会精神江西省社科基金专项课题“新安全格局视域下加快建设更高水平平安江西研究”(项目编号:24ZXQH15)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕张何鑫(1986—),女,辽宁抚顺人,江西师范大学政法学院讲师、硕士生导师,法学博士,主要从事法理学、基层社会治理研究;吴舒蕾(2002—),女,江西上饶人,暨南大学法学院/知识产权学院2023级法律硕士研究生,主要从事民事诉讼法学、基层纠纷化解研究。

〔收稿日期〕2024-12-15

〔中图分类号〕D926;D630 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-067-07

引言

继党的十九届五中全会提出“加强和创新市域社会治理,推进市域社会治理现代化”后,党的二十大报告又进一步明确了新时代要“加快推进市域社会治理现代化,提高市域社会治理能力”,凸显了实现市域社会治理现代化的紧迫性与重要性^[1]。在互联网、人工智能等数字科技与基层社会治理高度互联的背景下,市域社会治理的现代化不仅获得了技术保障,更在极大限度内提升了公民的生活便利和幸福指数。中国式现代化打破了现代化理论的“西化”模式,明确提出一个国家发展、转型与运行应由其禀赋结构所客观决定^[2]。机遇与风险总是并存的,在关注数字科技助力市域社会治理现代化的同时,也必须注重规范化的路径探索,通过建设完善的法治体系,使

借助科技手段来实现市域社会治理方式的创新,发挥基层社会治理效能,完善纠纷多元化解机制、激发主体参与活力、以科技带动治理,真正实现多元机制联动,以期形成动态化、规范化的市域社会治理体系。

一、市域社会治理的实践逻辑

城镇的快速发展极大改变了我国的城乡社会结构,介于省域和县域之间的市域范围不断扩大。市域社会是国家治理在基层社会的具体实施场域,其依托于市域的治理体系、治理能力和治理资源,实现党委、政府、社会组织等多方主体协同治理,是解决影响国家安全、社会安定、群众安宁等风险问题,以达到促进市域社会和谐稳定的一种基层社会治理方式。市域相较于省域,在治理层面具有更大的灵活性和对社会问题更为

敏锐的感知力;市域相较于县域,拥有更为丰富的治理资源与能力,在政策制定方面也往往拥有更大的自主权。因此,市域社会治理作为中观层面,承担着衔接宏观治理与微观治理的作用。有效的市域治理不仅是保障人民幸福生活和社会稳定发展的重要途径,更是促进国家治理现代化和法治化的重要抓手。市域社会治理的实践逻辑,根植于其在实践中成功的经验。总结其实践逻辑,有利于在今后的市域社会治理中弥合宏观治理与微观治理之间的张力,进一步促进市域社会治理的精细化、法治化。

(一)党领导下的高效治理

党的十八大以来,广大基层党组织始终坚持把党的政治建设摆在首位,把旗帜鲜明讲政治作为“生命线”,扎实推进基层党组织政治建设,着力构建政治立场坚定、改革创新意识强、作风优良的基层党组织建设新体系,使基层党组织建设成为推进基层社会治理的“桥头堡”和“护城河”。要实现中华民族伟大复兴,关键在于始终坚持党的领导;在基层社会治理能力不断提升的关键时期,有效实现市域社会治理的法治化、现代化同样离不开党的领导。作为市域治理的决定性力量,基层党组织能够有效引领基层政府、基层自治组织、社会组织和社区居民,促进多元主体在市域治理中的协同合作,构建多元协作、“三治”合一的治理体系。与此同时,随着科技的不断发展,“智治”成为市域治理新的追求目标。在网格化治理格局之下,市域范围内开始将基层党组织和党员引入网格化治理中,通过党的正确引领保证网格化治理的高效运行,有效发挥党组织的领导核心作用。

(二)政府引导的协同治理

市域社会治理现代化是国家治理现代化的重要内容,是中国式现代化在市域的具体实现。随着新型治理模式的推进和城乡人口结构的变化,新时期的市域社会治理打破了城市与乡村的隔阂,政府必须充分转变角色,由原有管理体制下的主导者转变为治理理念下的引导者、组织者和协调者。在引入数字科技后,政府不仅能够提高工作效率,快捷掌握市域社会治理实际情况并及时作出反馈,更要积极运用互联网平台,有效整合资源,为基层自治组织、人民群众等主体提

供公众号、微信群等多元化渠道参与市域社会治理,使社会主体得以及时、便捷地反映问题、提出意见,打破市域社会治理主体间信息传导的组织边界^[3]。在促进企业、社会组织等类型主体参与市域社会协同治理时,政府应尊重不同主体在市域社会治理中发挥的作用存在差异性,有组织、有计划地引导多元主体参与治理,协调多元主体发挥各自的优势功能,并对治理效果和治理能力进行充分监督和反馈,以谋求市域社会治理效能的不断提升,真正实现多方力量参与下市域社会在政治、经济、文化、生态、社会等多方面的协同发展,以回应新时代国家治理的需求。

(三)多元主体参与的合作治理

中国式市域社会治理现代化指的是通过充分调动党委、政府、企业、社会组织、公民等多元主体治理资源,形成共建共治共享治理格局的整体性实施过程,蕴含着深刻的社会化逻辑和理念。其中,主体的社会化是中国式市域社会治理现代化的基础^[4]。市域治理不同于过去区域式、割裂式的社会管理,政府不再是社会治理的唯一力量,而是更注重多元主体的共同参与、积极合作,通过激活治理体系运转活力,形成市域社会治理的良性循环。社会组织、群团组织可以凭借自身的经济体量和组织规模,在各自的行业领域推动行业自治与社会治理结合发展,推动本领域社会治理的创新;同样,人民群众作为社会治理的中坚力量,不仅是社会治理的参与者,更是社会治理效果的反馈者、承担者,其参与市域社会治理的热情和意愿的提升,是市域社会治理效能提升的基础性保障。

(四)数字支持下的科学治理

在网络科技迅速发展的当下,市域社会治理创新离不开数字技术的支持。有效运用大数据技术、信息化等手段,通过便捷的网络渠道,及时预测风险、解决风险,掌握人民需要、回应人民诉求,科学行政管理、导向高效结果,可以更好助力市域社会治理建设,为其科学化、现代化不断增添动力、活力。市域治理与数字科技的融合,构建了新的社会治理格局:网格化模式。在网格化治理中,市域社会治理依托于互联网、大数据对网格单位进行统一管理,每个网格单位居民都建立单独的数据库,以此为基点在大数据中联结成

为一张张互联互通的网络神经,以便精准掌握居民需求。在数字科技支持下,市域社会治理不仅进一步体现了治理的现代化,更体现了治理的精细化。大数据等智能技术具有要素集成、结构重组以及数据联合等功能,能改变市域社会治理结构^[5]。治理主体运用科学技术深入市域社会治理,能够更广泛地收集治理效果反馈,科学、精准地作出决策和提供服务。与此同时,科技赋能市域社会治理,能够让市域社会更好发挥城市与县乡的桥梁作用,最为突出的表现即在于数据之间的充分共享,促进基层社会治理在整体上的协调发展。

二、市域社会治理法治化的困境

自从党的十九届四中全会正式从国家层面提出市域社会治理的目标后,各试点省市率先开始了改革之路,不同学科领域的学者对此展开了广泛探讨和研究。在理论与实践充分融合的基础上,市域社会治理逐步在全国范围内扩大试点,形成了许多富有特色的地方经验。在总结各地市域社会治理成功实践经验的同时,也不可忽视市域社会治理中存在的难题和困境。随着我国社会主要矛盾和物质生活条件的改变,人民群众在人身安全、财产安全、生产安全、交通安全、食药安全、信息安全等方面有着越来越高的要求;同时,在当今复杂多变的国际环境下,我国的制度安全、领土安全、政治安全、经济安全、资源安全受到前所未有的挑战^[6]。要更好推进市域治理法治化,对于实践中出现的问题不能避而不谈。只有积极稳妥地解决现实问题,才能更好助推市域治理法治化建设。

(一) 市域治理法律体系不健全

随着我国经济社会的不断发展,城市化程度持续加深,而城市化的本质正是人的城市化,其社会中的表现即为农村人口真正融入城市,并和城市居民一样享有城市的资源和服务。但在现阶段,城市的治理体系、制度规范尚难以有效应对不断增长的人口数量和人民群众对美好生活的现实需求,社会不稳定因素急剧增长,公共安全维护面临着较为严峻的挑战。目前,我国在市域社会治理方面尚未形成健全的法律体系,各地虽结合现实需求不断调整相关立法,但总体上

仍较为零散且精细化程度不足,造成立法利益倾斜,无法充分满足新时期下市域社会治理的需要,导致市域社会中矛盾加剧。

首先,市域社会承接外来人口与政府现有的治理体系相冲突,现有立法无法有效缓解。现有制度下,很多地方的市域治理体系仍是基于过去社会结构之下的成果,但随着市域化发展的逐步扩大,越来越多的城市外人口进入市域范围,直接导致市域人口结构发生改变,原有的治理结构难以维系新的社会格局。原有治理体系主要围绕以市区为中心的城市范围,外来人口资源配置和社会管理所占份额极小。随着外来人口的逐渐增加,市域所涵盖的主体范围更加广泛,但由于资源的有限性和市域社会现有制度的局限性,诸多主体的现实需求难以得到充分满足,现有法律体系也未能充分保障这些群体的相关权益,不同主体之间巨大的贫富差距、“城农”的文化差异等都在一定程度上成为基层社会纠纷产生的根源。其次,市域社会治理相关立法缺乏精细性。市域社会治理中城市建设、经济发展、文化宣传等问题都涉及诸多层面,实践中很难在一部地方性法规中全部囊括,但现有立法往往出现覆盖面过广的情况,导致法律规范缺乏可行性和实践操作性,无法切实有效解决现实问题。最后,法律方式化解纠纷能力不足。随着新旧体制的改革和资源分配的调整和变化,人民群众与政府部门、各类社会主体之间的矛盾逐渐增多,一旦自发的、零散的矛盾无法依靠合法方式及时有效化解,就有可能转化成更为尖锐的矛盾甚至演化为群体性对抗。尤其进入互联网时代后,由于网络具有较高的关注度、较强的便捷性、较大的覆盖面和较快的传播性,更容易被少数别有用心的人所利用,成为滋生虚假新闻和垃圾新闻的温床,一些矛盾纠纷在网上迅速传播、发酵甚至异化,最终影响基层社会稳定和政府公信力。

(二) 缺乏高效联动的组织体系

市域社会治理是一项综合性极强的任务,要在各类新型社会风险挑战中探索出切实可行的市域治理新道路,化解风险、解决问题,推动市域治理现代化、法治化,就应当重视政府与市场的共同作用,各部门加强联合协调发力,共同构建高效的联动机制、顺畅的指挥协调机制。

市域社会治理实践中,由于受条块分割、多头管理等机制影响,城市中各区域、各部门存在行动上职责不清甚至相互推诿的现象,严重影响了市域治理的整体效益。问题得不到有效解决,不仅社会治理难以达到良好效果,更严重减损了民众对政府部门的信心与认可度。同时,由于缺乏共同协作和统一领导,没有形成统一的市域治理标准体系作为参照和比对,城市在行政资源配置上就会出现分配不均的情况,整个资源配置处于少数人资源富余,多数人需求难以满足的尴尬境地^[7]。与此同时,政府仍然未能彻底转变既往管理者、支配者的理念,未能充分注重与其他治理主体的协同合作,致使治理效能的范围和资源上受到限制。要实现新时代国家治理体系和治理能力现代化,政府势必要改变以往的运行模式,摒弃“一头管”“一刀切”的治理机制,充分发挥市场在社会治理中的作用。如今,很多城市仍然过于依赖政府单方面的行政管理,政府在社会管理中因其垄断社会资源的政治权利和管制社会生活的政治权威,仍然是社会发展的主角^[8]。在市场经济飞速发展的当下,这种制度体系难以真正发挥市场的资源配置作用。缺少与市场的动态联动,就难以激发社会最深层的活力,实现共同治理的远大目标。

(三) 缺乏社会力量的广泛参与

市域社会治理法治化是多元主体共同参与的过程,党政部门、社会组织、人民群众都是市域社会治理体系的重要组成部分。从目前社会力量参与治理的情况来看,无论是数量还是质量都还有很大的提升空间。社会组织作为具有一定规模的经济体,其拥有远超个人的经济实力和组织能力,这一独特优势本来应该使其在社会治理中发挥至关重要的作用。但许多地方政府对社会组织的支持力度不够、投入资金不足,有意愿、有能力积极参与社会治理的组织远不能成规模,无法真正发挥其在市域社会治理中应有的功能和优势。市域社会治理作为国家提出的新型社会治理方式,是一种以“人民为中心”“一切依靠人民”“一切为了人民”的治理,说到底,是一种法治为民的治理,充分实现了“群众路线与法治建设的有机统一”^[9]。公民作为市域社会治理中最主要的主体,其利益保障是市域社会治理的出发

点和落脚点。在现阶段市域社会治理实践中,公民对社会治理的参与渠道和程度仍十分有限,无法充分反映公民的诉求。与此同时,其他社会治理主体也未能在实践过程中形成有效合作和广泛参与,其责任范围较为模糊,职能“错位”“缺位”现象仍普遍存在,导致在市域社会治理过程中,既缺少社会组织的有力支持,又缺乏广大人民群众积极参与,难以形成良性的治理体系和活跃的治理氛围。

(四) 缺乏智能化的科技支撑

数字科技革命给基层社会带来的助力不容忽视,但科技的滥用、功能异化等问题也造成了市域社会治理新的难题。首先,治理中的信息和数据共享难。以往,各行政区域、行政部门分别存储数据,这些数据彼此独立存在,难以做到互联互通,严重制约了社会治理合力的凝聚。目前,跨层级、跨部门的信息整合仍未受到足够重视,加之缺乏相关法律法规对数据加以保护,导致各部门出现不敢分享、不愿分享的情况,行政部门之间数据信息条块分割明显,“数据孤岛”现象依然比较突出,难以为信息化时期社会治理提供真正有效的助力。其次,科技应用停留于表面。信息化技术给政府和民众的工作生活带来了很大便利,网络空间已经成为社会治理的新场域,但其在治理层面暴露出的问题也十分明显。有些部门对互联网科技的运用只停留在表面,网上平台板块交叉、重叠甚至僵化,民众的反馈缺乏专人关注、解决和反馈,导致民众的需求没有得到实际解决。对科技的应用缺乏对少数群体的关注。受年龄、学识、身体条件所限,老人、残障人士等少数群体在智能化应用方面常常存在问题,需要政府给予额外关注,以防止上述数字弱势群体无法充分享受数字化时代的各项应得权益。再次,片面追求数据化。相较于上述情况,个别单位则走向另一个极端,过度依赖数据手段、过分追求数据化,将“数据成绩”作为工作重心,甚至以数据定政策、以数据代替政策,忽视了人民群众的价值追求和社会问题的根源所在。最后,智能化发展水平不均衡。一方面,经济发展水平不同的城市之间智能化水平差异明显,城市财政、技术人才等资源的差异,直接影响了不同城市运用智能化手段治理城市的效果,许多城市

的智能化水平还有很大提升空间。另一方面,大数据和智能化治理技术人才的需求与供给能力不均衡,导致市域层面智能化人才数量和质量难以满足当前全市域智能化的实际需求,亟须进一步加强专业队伍建设。

三、完善市域社会治理法治化的路径

(一)构建高效法治服务保障体系,实现基层纠纷实质化解

在基层社会治理实践中,浙江省诸暨市枫桥镇的干部群众创造了“发动和依靠群众,坚持矛盾不上交,就地解决,实现捕人少,治安好”的成功经验,将许多问题解决在当地,化解在基层。在市域社会治理工作机制优化方面,要坚持和发展新时代“枫桥经验”,完善基层社会治理矛盾化解机制,畅通和规范人民群众诉求表达、利益协调、权益保障通道的制度体系,构建并完善正确处理人民内部矛盾的有效机制和工作体系,把矛盾真正化解在基层,化解在情理法相互交融、高度统一的基础上。在信息化时代,各种国际国内风险和不安全因素对社会安定与发展产生着比以往任何时候都要严重的威胁,任何矛盾纠纷都有可能凭借便捷的信息科技迅速发酵、传播和爆发。针对基层矛盾纠纷的多元化和复杂化特点,不仅要实现基层纠纷高效、实质性化解,更要注重防范矛盾纠纷的发生,提升市域社会治理“防未病”的能力。

首先,要建立健全社会风险预测体系,推动各部门落实社会风险评估机制,全面动态把控社会风险程度,以便政府机关及时制定处置预案,及时、充分化解可能出现的风险。其次,加强对外来人口的资源倾斜。政府应当及时为外来人口(如农村进城务工人员)提供技能培训等服务,提高他们的城市生存能力,并为其提供广阔的工作平台和足够的工作机会,帮助外来人口加快融入城市的进程,在其“进一城”后及时为其“送一程”。再次,构建多元化纠纷化解机制。多元纠纷解决机制的实践,需要系统完备、科学规范、运用有效的制度体系与之相适应,这也为市域治理法治化在规范体系、实施机制、监督机制、保障机制等方面的实践提供了很好的着眼点和着力点^[10]。最后,注重“软硬法”结合的治理法律体

系完善。针对市域社会治理存在的短板问题,促成国家“硬法”与市民公约、社会组织行业规章等“软法”协同发挥作用,实现多层次多领域的法律规范共同发力,为市域社会治理提供全面法律保障。

(二)党建引领政府统筹谋划,健全综合治理体系

中国实践已经证明,党的领导是中国社会主义制度优势所在。市域社会治理作为国家治理的一部分,要以习近平新时代中国特色社会主义思想作为政治引领,坚持把党的建设贯穿于整个社会治理过程,为城市发展探索根植于中国土壤、适合中国国情的全新道路。

要坚持党建引领工作,构建党委领头、政府领导、社会协同治理的新发展格局。首先,由党委政府牵头,统筹协调各行政部门,提高市场在社会治理中的参与度,推动社会治理创新,健全市域社会中政府—市场—社会协调联动治理机制。在健全城市各部门横向指挥链的前提下,进一步理顺纵向架构,提高市域社会治理统筹力。坚持在法律法规上理顺、落实市、县(区)、乡镇(社区)责任关系,建立“市—县(区)—乡镇(社区)—网格”的治理体系,完善权责明晰、上下贯通、层层推进的三级纵向治理架构,形成市级政府统筹协调、整合资源力量,县(区)级上下贯通、组织落实,乡镇(社区)凝心聚力、固本强基的市域社会治理链条,有效提高政府的城市治理能力。其次,建立健全具备城市特色的市域社会治理现代化标准体系,有效解决统一治理中的对照和标准问题,进一步明确各部门的法律权利和法律义务,充分发挥各部门的职能作用和在市场资源配置中的决定性作用,凭借自身较为充足的资源储备、全面的治理能力与防范社会风险和处置紧急事件的灵活性,解决条块分割、分头管理和市场活力不足的难题,让市场成为市域治理的内在驱动力,以提高市域社会治理的系统性。

(三)以法治保障机制促进多元主体协同治理

以人民为中心是市域社会治理的根本遵循。要始终坚持党的群众路线,一切为了人民,一切依靠人民,从群众中来到群众中去。通过干部群众共同参与、共同管理市域社会治理,增强人民

群众的认同感和主人翁意识。推动市域治理法治化、现代化,同样要坚持以人民为中心,提高人民群众对社会法治化的参与度。市级人民政府及各行政部门不仅要引导人民群众积极主动参与社会治理进程,更要激发企业与社会组织共同参与社会治理的动力,以法治方式保障这些治理主体在市域社会治理过程中充分调动和发挥各自的职能与资源优势,与政府和其他治理主体之间相互配合。更好实现有效治理,需要坚持和完善共建共治共享的社会治理制度,实现社会治理理念的科学化,治理结构的合理化,治理方式的精细化,治理过程的民主化、社会化、法治化、智能化,构建“人人有责、人人尽责、人人享有”的社会治理共同体^[11]。在此基础上,构建完善的信息公开制度,以问题为导向,从群众最关心、最直接、最现实的问题入手,采用多种有效方式,引导社会公众积极主动参与治理进程^[12]。

在当前市域社会治理中,基层组织、社会组织、企业等治理主体应发挥更重要作用。促进企业与社会组织积极参与市域社会治理,首先,要通过健全完善法律法规,改善与保障企业与社会组织的生存环境,增强其经济体量,支持企业和社会组织的成长发展。同时,完善政府购买公共服务机制,鼓励社会组织在提供公共服务中发挥更大作用。通过政府授权等方式,赋予社会组织一定的公共管理职能,激发他们的参与意识,使社会组织承接相关公共服务规范化、常态化。其次,要通过整合社会资源,为尚未成型的居民自治组织提供发展方向,引导其成为更好联系群众、服务群众的群团组织。构建高效便捷的利益诉求和表达机制,以制度的形式畅通和规范群众诉求表达、权益保障通道,设置人民治理意见箱,加强政府与各类治理主体的对话沟通,重视人民生活的需要,对相关意见建议及时进行反馈,运用多种方式促进各类治理主体参与社会治理。

(四)以法治推动先进科技发展,健全智慧城市智能化机制

数字科技的融入打破了原本基层社会治理的模式。传统的社会治理方式正在经受技术化、数字化的升级改造,便捷高效、场景互动且全要素整合的智慧治理模式日渐形成^[13]。互联网、大

数据、人工智能、云计算、虚拟现实等现代科技手段已经渗透到社会生活的方方面面,大数据时代在市域社会治理上体现为各政府部门可以跨层级、跨部门实现系统对接、数据共享、平台共建的数字治理。市域社会治理智能化是适应社会数字化、技术化趋势,将科技与治理深度融合创新的结果,是数据驱动的治理手段,即围绕收集、分析、流通社会数据信息,推动市域社会治理向精准化和协同化发展^[14]。为此,需要在法治的保障下,由党委政府统领建立共享交互式的智能化治理机制,通过构建统一的信息登记平台,各部门分板块存储数据信息,着重加强部门之间的数据交流,明确各部门信息资源权责分布,解决“信息孤岛”之类的市域治理难题,提升市域社会治理的智慧化、信息化、互动化水平。要避免加大数字鸿沟,给予线下治理同等关注,厘清市域社会数字治理平台与线下政府工作的关系,促进线上线下平台的有机结合,通过运行线上治理平台倒逼线下政府机构及办事流程的精简化、便捷化变革^[15]。同时,要加快培育智能化时代下的高科技人才,不断培养、充实高质量人才队伍,通过健全完善相关法律制度,更好保障智能化人才的相关权益,尽快提高城市治理的智能化水平。深入探求智能化治理与市域社会治理结合的新形式,在数字科技的高度创新应用背景下,政府要摒弃以往简单收集数据、以数据定决策等错误理念,结合城市现实情况,把智能化治理运用到实际工作中;全方位关注城市中各不同社会群体,用法律手段保障每个群体在智能化治理中的基本权益,实现智能治理与人工治理融合并行,用智能化手段为城市治理增速提效,将新时代发展成果切实惠及每一位民众。

结 论

新时代背景下,基层社会治理面临前所未有的机遇和挑战。市域社会治理作为宏观治理和微观治理的连接点,依托其独特的资源平台和灵活的治理方式,在党委、政府领导下,联动多方力量,充分发挥其纠纷化解优势强、效率高、影响小的特色,是建设更高水平平安中国的重要组成部分。要加快市域社会治理现代化、加强市域治理法治化建设,通过法律制度推动社会治理资源下

沉,强化基层社会治理规范化、科学化;制定适合城市特色的市域社会治理现代化标准体系,坚持在法律法规层面上理顺、落实市、县(区)、乡镇(社区)责任关系;坚持党建引领工作,构建党委领头、政府领导、社会协同治理的新发展格局;推动和保障人民群众、社会组织等多元主体参与社会治理,构建社会治理新格局;建立共享交互式的智能化治理机制,加快培育智能化时代下的高科技人才队伍,保障人民群众在智能化治理下的基本权益,提升市域社会治理智慧化、信息化、互动化水平。

[参考文献]

[1]王和平,殷书建. 现代化语境下市域社会治理法治化的推进路径[J]. 江苏社会科学,2023(02):166-174.

[2]林毅夫,伏才辉. 中国式现代化:蓝图、内涵与首要任务——新结构经济学视角的阐释[J]. 社会科学文摘,2023(01):8-10.

[3]陈成文,刘慧敏. 从结构化理论看基层社会治理的社会化[J]. 贵州社会科学,2022(10):83-91.

[4]张新平,张乐怡. 论推进中国式市域社会治理现代化的四重逻辑[J]. 社会治理,2024(01):108-120.

[5]钱清逸,钱玉英. 平台驱动社会治理重心下移的机

制与路径[J]. 中国行政管理,2023(08):66-70+88.

[6]张文显. 新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新[J]. 法商研究,2020(02):3-17.

[7]陶希东. 市域社会治理现代化:理论内涵、现实困境与优化路径[J]. 治理现代化研究,2022(01):73-80.

[8]魏淑艳,蒙士芳. 中国市域社会治理现代化的理论框架、行动取向与实现机制[J]. 理论探讨,2022(03):96-103.

[9]王斌通. 新时代“枫桥经验”与矛盾纠纷源头治理的法治化[J]. 行政管理改革,2021(12):70.

[10]黄佳宇. 市域治理法治化的基本范畴与实践重点[J]. 长春市委党校学报,2023(04):37-41.

[11]龚延泰. 新时代中国社会治理法治化发展进程的逻辑展开[J]. 法学,2022(06):3-19.

[12]刘雁鹏. 全面推进社会治理法治化的对策[J]. 中国领导科学,2020(02):64-67.

[13]马场山. 迈向数字社会的法律[M]. 北京:法律出版社,2021:254.

[14]许晓东,芮跃峰. 市域社会治理智能化的体系构建与实现路径[J]. 江西财经大学学报,2021(06):29-36

[15]马怀德. 基层治理数字化的重要意义及完善路径[J]. 浙江学刊,2023(05):5-11.

【责任编辑:耿 浩】

Exploration on the path of rule of law in social governance at the city level

Zhang Hexin¹, Wu Shulei²

(1. Jiangxi Normal University, Nanchang Jiangxi 330033, China;
2. Jinan University, Guangzhou Guangdong 510632, China)

Abstract: The city level is a bridge closely connecting the country and the county level. As the cornerstone of national governance, social governance at the city level must be promoted in an orderly manner on the track of the rule of law in order to substantially boost the modern development of social governance. At the present stage, there are still common problems in social governance at the city level, such as frequent grassroots contradictions, a single participation subject with a lack of participation vitality and insufficient scientific and technological support. These difficulties limit the effective realization of the effectiveness of social governance at the city level. In the context of the integration of digital technology into grassroots social governance, actively exploring the practical path of the rule of law in social governance at the city level, constructing a complete legal system for grassroots social governance, effectively resolving grassroots disputes, activating the participation vitality of multiple subjects, and empowering social governance at the city level with science and technology are the key links in promoting the modernization and the rule of law of grassroots social governance.

Key words: social governance at the city level; legal guarantee; collaborative governance; digital technology

编造、故意传播虚假信息罪的法益识别及展开

贾健,倪文

(西南政法大学,重庆 401120)

〔摘要〕妥当理解与适用编造、故意传播虚假信息罪的“严重扰乱社会秩序”,是实现“扰乱公共秩序”型网络谣言案例行刑界分的重要依据。当前司法机关并未充分理解该要件的本质,导致网络造谣行刑事处罚的失衡,其根本症结在于本罪的保护法益尚不明确。立足于二元法益论,本罪的保护法益应为“社会公众现实生活的稳定安宁状态”,由此,本罪保护的“社会秩序”不包括“网络(空间)秩序”;且“严重扰乱社会秩序”的认定依据有二,一是社会公众预期的日常生活成本提高,二是公权力单位采取了一定规模的紧急应对措施。

〔关键词〕编造、故意传播虚假信息罪;法益;严重扰乱社会秩序

〔基金项目〕本文系2023年度重庆市教育委员会人文社会科学研究重点项目“重大突发事件中网络谣言的行刑治理研究”(项目编号:23SKGH001)和2024年度西南政法大学科研创新项目(项目编号:FXY2024017)的阶段性研究结果。

〔作者简介〕贾健(1983—),男,安徽芜湖人,西南政法大学法学院教授、博士生导师,法学博士,主要从事刑法学研究;倪文(2000—),女,江苏扬州人,西南政法大学法学院2023级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-10-20

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-074-12

一、问题的提出

近年来,我国不法分子利用信息网络传播虚假信息的行为日益猖獗。2023年4月14日,为净化网络环境,公安部网安局决定开展为期100天的网络谣言打击整治专项行动,并于2023年5月16日对外公布了10起典型案例^①。在这些典型案例中,各地司法机关均以扰乱社会公共秩序作为追究造谣者刑事责任或行政违法责任的前提。对网络造谣行为行政处罚的依据,是《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理

理处罚法》)第25条第(1)项^②,即“以散布谣言,谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序的行为”;刑事处罚的依据,是《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第291条之一第2款^③,即“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的行为”。比较上述规定,编造、故意传播虚假信息罪的客观行为类型完全可以由行政法规所包含,两者的不同之处在于,

①参见陈诗文:《公安部公布网络谣言打击整治专项行动10起典型案例》,载央视网, <https://news.cctv.com/2023/05/16/ARTIaDVMnAU-DUvKYwPHPRbI1230516.shtml>,最后访问时间:2024年10月5日。

②《中华人民共和国治安管理处罚法》第25条第(1)项规定:“有下列行为之一的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款:(一)散布谣言,谎报险情、疫情、警情或者以其他方法故意扰乱公共秩序的……”

③《中华人民共和国刑法》第291条之一第2款规定:“编造虚假的险情、疫情、灾情、警情,在信息网络或者其他媒体上传播,或者明知是上述虚假信息,故意在信息网络或者其他媒体上传播,严重扰乱社会秩序的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑”。

构成编造、故意传播虚假信息罪必须符合“严重扰乱社会秩序”这一要件。如此,“严重扰乱社会秩序”不仅是该罪的法定危害后果,还反映了编造、传播虚假信息行为的法益侵害性,同时也是该行为行政不法与刑事不法的界限所在。

本文认为,部分司法机关对“严重扰乱社会秩序”的理解似有不妥。据统计,自2015年《中华人民共和国刑法修正案(九)》增设编造、故意传播虚假信息罪以来,以该罪为判决事由的有效裁判文书在“裁判文书网”“威科先行网”等公开渠道共有40份。通过分析既有裁判文书,司法机关对该要件的理解主要分为主观与客观两个层面。前者表现主要为谣言广泛传播对社会公众造成的恐慌、不满等负面情绪;后者一方面表现在造谣行为迫使公权力单位为恢复被扰乱的社会秩序所消耗的公共资源,另一方面则表现在造谣行为扰乱了社会公众正常的生活轨迹。其中,部分案件综合了主客观两个层面进行整体判断,而有的案件仅聚焦于主观或客观单个层面。然而,笔者在“威科先行”网站再次检索时,发现大量行政案件中的造谣违法行为同样造成了上述主客观两个层面的危害结果。进言之,究竟何种性质的危害结果才能被认定为刑事不法上的“严重扰乱社会秩序”,在司法实践层面尚未形成统一认识。从反面来说,“严重扰乱社会秩序”所承载的编造、故意传播虚假信息罪的保护法益,并未发挥出应有的实质解释功能,这正是本文所要着力解决的问题。

二、编造、故意传播虚假信息罪保护法益现有观点的商榷

当前学界较为一致地认为,编造、故意传播虚假信息罪的法益是社会公共秩序法益,但是欠缺系统的说理。有学者指出,原本在单位、村落

等小范围产生影响的、法益侵害程度较为轻微的虚假信息传播行为,在全媒体时代可能会对公共秩序法益造成严重侵害^①;有学者基于编造、故意传播虚假信息罪在刑法分则中位于第六章第一节,认为其保护的法益就是社会公共秩序^②。社会公共秩序的内涵十分丰富,相比来说,司法实践中存在更为具体的法益内容指向。其一,在“周某贤、袁某快寻衅滋事、妨害公务一案”中,由于被告人成某举编造标题为“贵州省毕节市曹家沟刚刚抓到一个偷孩子的”虚假信息,并附现场拍摄视频在QQ空间传播,使浏览该QQ空间的网民信以为真,担心自己及亲友的孩子面临被盗窃危险而产生恐慌,其行为已构成编造、故意传播虚假信息罪^③。换言之,该案的审理法官认为,部分网民的恐慌心理属于法益侵害结果,即编造、故意传播虚假信息罪保护法益的内容包括公众安全感。其二,在“王某犯编造、故意传播虚假信息罪”一案中,被告人王某在未核实交通事故真实死亡人数的情况下,将微信群中讨论的文字、图片和视频进行组编,在各微信群中大范围传播。该帖被浏览116267次、转发4994次,致使群众质疑政府发布的真实信息,出行安全感缺失,交警处理此次事故的工作难度和工作量加大,其行为已构成编造、故意传播虚假信息罪^④。在此案中,实际受损的是政府公信力、群众安全感以及交警部门的工作秩序,由此构罪。因此,该案的审理法官认为公权力单位的名誉以及履职秩序是本罪保护法益的内容。

(一)社会公共秩序过于空泛,难以成为刑法保护的核心利益

根据通说,社会公共秩序是指“统治阶级赖以存在的并依靠制定或认可法律制度、社会公共道德规则、风俗习惯来建立和维持的包括社会生产、经营、管理、生活等方面在内的有条理的正常

①参见金鸿浩:《编造、故意传播虚假信息罪的实务反思与探讨》,载《中国刑事法杂志》2021年第3期,第56-72页。
②参见殷勤:《网络谣言的犯罪化及其限度——以刑法修正案(九)编造、故意传播虚假信息罪为依据》,载《人民司法》2016年第1期,第60-64页。
③参见贵州省毕节市七星关区人民法院:“周遵贤、袁兴快寻衅滋事、妨害公务案一审刑事判决书”,(2017)黔0502刑初171号,载威科先行·法律信息库,https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?simple=%EF%BC%882017%EF%BC%89%E9%BB%940502%E5%1735192942461,最后访问时间:2024年10月12日。
④参见湖南省醴陵市人民法院:“王某编造、故意传播虚假信息案一审刑事判决书”,(2016)湘0281刑初387号,载威科先行·法律信息库,https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?simple=%EF%BC%882016%EF%BC%89%E6%B9%980281%1735193118557,最后访问时间:2024年10月14日。

的社会运行状态”^①。由此可见,公共秩序本身所指涉的内容十分宽泛,其内涵并不明确。国家为了防止社会生活的混乱无序,制定了各个层级的法律法规,由此,整体法规范完整地架构出维护公共秩序的体系^②。而刑法作为惩罚犯罪的部门法,虽然起到一定的规范行为作用,但其最直接的性质是裁判规范。譬如,《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”,从行文结构就可以看出,刑法条文侧重规定如何惩罚应受刑罚处罚的人,而非指导社会公众应当如何遵守社会公共秩序。换言之,刑法是其他维护社会公共秩序的法律法规的强制力保障,起到保障其他法律法规有效实施的作用,它存在的根本目的并不是维护公共秩序。因此,如果直接以上述“公共秩序”这一宽泛的概念作为本罪的保护法益,是与刑法本身的性质相违背的。

此外,如果将社会公共秩序作为法益保护,会使得刑法的规制范围不断扩大,极端地限制公民的外在自由。“犯罪是社会损害,社会损害的必要条件是法益侵害”^③,因此,如果一个行为具备法益侵害性,至少说明该行为在客观上具备实质的违法性。秩序是指一种有序的状态,一旦行为人违反了某条法律法规,甚至是违背某种道德风俗,整体法规范所维护的社会公共秩序必然会遭到破坏。显然,如果将社会公共秩序作为刑法保护的法益,那么这种并不具有严重社会危害性的行为就会被划进犯罪圈,使得法益完全丧失了其限制刑罚权的价值,反倒成为剥夺公民个人自由的工具。因此,公共秩序不具备成为刑法保护法益的资格。

(二)“公众安全感”是对群众心理状态的非理性推测

首先,公众安全感无疑属于一种心理感受,是个人因为外在事物而产生的内在情绪,但是人类群体的情绪具有不稳定、不确定的特征,对于

相同类型的事项,不同地区、不同性格、不同年龄段等条件不同的群体是具有不同感受的。换言之,这种“套上‘公共和平’法益的理性外衣,而实际上以不安全感为内涵的负面情绪是一种非理性的群体情绪反应,其发生与否、强度以及在群体中扩散的范围在经验上都不能确定,也无法事先预见”^④。每个人境况的不同,导致其产生不安感的原因也多种多样,如果以公众的不安感作为实害结果,难以判断行为人的造谣行为与这种不安感是否存在刑法上的因果关系。其次,刑法保护的利益必须是维持社会共同生活的基本条件,仅仅是公众安全感被破坏是不会阻断个人自由的存续或实现的,刑法并没有义务保证社会公众的心情和谐。因此,内容不确定且停留在心理层面的公众安全感,无法成为刑法保护的法益。

(三)公权力单位的管理活动无须纳入本罪的绝对保护范围

首先,实践中有观点认为,公权力单位的名誉、信誉或者工作人员的工作形象是本罪的保护对象。上面所举的“王某犯编造、故意传播虚假信息罪”案例,由于造谣行为实际扰乱的对象不只是政府公信力,还包括交警部门的工作秩序,因此难以忽视两者的叠加效应。但是,实践中的另一则判例则明显地指出,本罪保护的法益内容包括公权力单位或者单位工作人员的名誉。在“孙某、丁某华编造、故意传播虚假信息”一案中,被告人在微信群中发布一则交警执法时被伤害的视频,并在群里编造该视频内容为公安县埠河交警收缴摩托车,被车主咬了生殖器的谣言,法院判定该行为构成编造、故意传播虚假信息罪的理由为“对公安机关形象造成了严重损害,对公安县公安局交通警察大队埠河中队民警的生活与工作造成了负面影响”^⑤。根据判例,被告人之所以构罪,是因为造谣行为损害了交警的职业形象,对其正常履职产生了负面影响,由此符合“严

①参见赵秉志,刘志伟:《论扰乱公共秩序罪的基本问题》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》1999年第2期,第69-77页。
②参见周漾沂:《论「煽惑他人犯罪或违背法令」之处罚理由》,载《台大法学论丛》2008年第37卷第4期,第347-389页。
③参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,中国台北:元照出版有限公司2012年版,第176页。
④参见周漾沂:《论「煽惑他人犯罪或违背法令」之处罚理由》,载《台大法学论丛》2008年第37卷第4期,第347-389页。
⑤参见湖北省公安县人民法院:“孙权、丁传华编造、故意传播虚假信息案一审刑事判决书”,(2020)鄂1022刑初77号,载威科先行·法律信息库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?simple=%EF%BC%882020%EF%BC%89%E9%84%821022%1735193375549>,最后访问时间:2024年10月14日。

重扰乱社会秩序”,具备法益侵害性。但是,判例所说的负面影响是否是指该谣言直接对交警部门的履职工作秩序产生了实质性破坏?恐怕并非如此。编造、故意传播虚假信息罪并不是用来保护公权力单位以及单位工作人员名誉的罪名。如果将这种仅针对名誉、信誉的造谣行为擅自入刑,一方面浪费国家司法资源,另一方面,可能会因为公开对国家机关发表侮辱言论的行为与公民行使监督权之间模糊的界限,而受到限制自由的诟病。

其次,由于公权力单位的正常工作秩序不属于本罪的绝对保护范围,因此也不是本罪保护的法益内容。法益必须是与实现人类自由直接相关的利益,但是,“国家只是保护个人基本权利的机构,并不存在自身的利益”^①。公共机构的正常运转是辅助人类自由存续及发展的工具,有的时候甚至可能成为阻碍人类实现自由的发起者,它与自由本身并非直接关联。从社会契约论的角度来说,公共机关是集合公民让渡权利组合起来的管理机构,它的目标是建立有秩序的人类社会,而刑法的目标是保证每个人都有权利自由地生活,因此相对于刑法来说,限制的自由范围要更广一些。当造谣行为侵害到公共部门正常履职状态时,有两种可能,一种是尚未影响到社会公众,停留在部门内部;另一种是公权力单位的工作秩序被严重扰乱,以致无法正常实施社会管理活动,使得公众生活陷入混乱。如果将公共管理机构的履职状态作为法益来赋予刑法绝对性的保护,是不具备正当性根据的。刑法始终以维护个人自由发展为根本导向,国家机关的权力是保护公民的工具,个人自由才是最终的目的。而且,这种公共部门作为享有公权力的组织,具备相当程度的抵御风险能力,其存在本身就是为了解决扰乱公众正常生活秩序的问题。如果某个公共部门在谣言发酵之前就采取辟谣措施,成功消解了这一谣言可能造成的负面影响,也许此种造谣行为在一定程度上扰乱了该公共部门正常

的运行秩序,但显然并没有造成法条规定的“严重扰乱社会秩序”的后果,无须动用刑法规制。因此,不能将公共部门采取任何抵御或应对措施而消耗的公共资源作为本罪的法益侵害结果,公权力单位的正常运行秩序也并非本罪保护的法益。

三、编造、故意传播虚假信息罪的法益识别

实践中,司法机关理解编造、故意传播虚假信息罪的“严重扰乱社会秩序”存在的分歧,源于对本罪保护法益认识上的差异。如上文否定的那样,社会公共秩序、公众安全感以及公权力单位的正常运行秩序都非本罪的保护法益内容。那么,刑法规定编造、故意传播虚假信息罪究竟是为了保护什么呢?

对于如何确定具体犯罪的保护法益,首先,难以否认的是法条所处的体系位置是确定该罪名保护法益的重要依据,但是基于“刑事立法具有局限性或者缺陷以及社会的发展变化”的原因,这一结论并非绝对的^②。比如《刑法》第175条之一规定的骗取贷款罪,虽然该罪属于“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的“破坏金融管理秩序罪”,表面上该罪保护的法益为金融管理秩序,但是该罪中规定的“给银行或者其他金融机构造成重大损失的”已然表明有实际受害的被骗对象。如果行为人构成此罪,则说明金融机构的信贷资金安全已经受到侵害,而非只停留在抽象的金融管理秩序层面^③;此外,第六章“妨害社会管理秩序罪”中规定了寻衅滋事罪的四种行为类型,其中前三项危害行为内容分别为“随意殴打他人”“追逐、拦截、辱骂、恐吓他人”以及“强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物”,这三种行为侵犯的分明是具体某个人的人身权利或者财产权利,而非抽象的公共秩序或者社会管理秩序^④。上述两个反例表明,对于破坏管理秩序类犯罪,并非该管理秩序就是本罪的保护法益。除了关注法条所处位置以外,法条规定的具体内容同样

①参见[日]内藤谦:《刑法讲义总论》(上),日本东京:有斐阁1983年版,第53页。转引自张明楷:《法益初论》(上册),北京:商务印书馆出版社2021年版,第189页。

②参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,载《法律科学》2023年第6期,第43-57页。

③参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法学研究》2018年第6期,第37-52页。

④参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,载《法律科学》2023年第6期,第43-57页。

重要,不能脱离法条内容去确定保护法益。这里的“具体内容”既包括(狭义)客观行为,也包括危害后果。但是对于编造、故意传播虚假信息罪来说,显然客观行为就是指通过信息网络或者其他媒体编造、故意传播虚假险情、疫情、灾情、警情的行为,而危害结果内容规定得相当笼统,很难直接从“严重扰乱社会秩序”判断出本罪欲保护的法益为何。但是,“刑法分则事实上规定了两种结果:一种结果是指行为对行为对象产生的有形的事实作用,或者说对行为对象产生的变更或者影响;另一种结果是指行为对法益造成的侵害事实或者危险状态”^①。因此,既然本罪位于刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”中,我们不妨从这类罪的保护对象入手,先确定本罪的行为对象,框定几类可能的危害结果,然后以法益资格要件从既有危害结果筛选出法益侵害事实,从而确定本罪保护的法益。

(一)体系位置:“社会管理秩序”为重要依据

编造、故意传播虚假信息罪被规定在刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”第一节“扰乱公共秩序罪”中。社会管理秩序本身的概念很广泛,指“国家依法对社会进行管理而形成的正常的社会秩序……包括生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众的生活秩序”,与《刑法》第2条规定的“社会秩序”是近似的概念,但由于《刑法》分则的其他部分已经规定了专门的法条保护非日常生活范畴的“社会管理秩序”,因此第六章保护的“社会管理秩序”就是指狭义的或者日常生活的社会管理秩序^②。换言之,社会公共秩序与社会管理秩序实际上内涵相似。得出这个结论是有依据的。我国《刑法》分则部分依据各个犯罪的同类法益分为十大类型,“妨害社会管理秩序”就是其中一类,再依据具体的社会管理秩序的不同,划分为妨害司法罪、妨害国(边)境管理罪、妨害文物管理罪等。而对于并不属于上述

任何一类的妨害社会管理秩序的危害行为,基于其数量较少,统一归于“扰乱公共秩序罪”一节^③。因此,可以说“扰乱公共秩序”这一节在“妨害社会管理秩序”一章中居于兜底地位,所以应当对“公共秩序”作宽泛的理解,将“扰乱公共秩序的行为”解释为“其他扰乱社会管理秩序的行为”,譬如非法侵入计算机系统罪的保护客体为国家事务、国防建设、尖端科技的计算机信息管理系统秩序,这一客体则应当被包含在公共秩序的范畴之中。因此,《刑法》第六章第一节的“公共秩序”应当扩大理解为“社会管理秩序”,“扰乱公共秩序的犯罪行为”其实可以直接等同于“其他妨害社会管理秩序的犯罪行为”。“各种具体的犯罪,总是隶属于某一类罪,而刑法对类罪的同类法益内容都作了明确或提示性规定,明确了具体犯罪所属的类罪,因而我们可以通过同类法益的内容,大体上明确分则具体条文所要保护的法益内容”^④。因此,在确立本罪保护法益的时候,至少应当以社会管理秩序作为重要依据。

对于单纯扰乱社会管理秩序的行为,首要含义便是社会管理主体管理行为的秩序被扰乱。譬如某行为人在某地新型冠状病毒肺炎疫情防控期间,编造虚假信息而后将其传播到微信群中,称该地因疫情防控工作引发命案,造成疫情防控工作卡点工作秩序混乱^⑤。除了管理行为的秩序外,还应当包含管理主体进行社会管理后的结果秩序,因为法律之所以惩罚扰乱社会管理的行为,是因为当管理行为无序则社会公众的生活就会无序,管理的目的无法达成,也即管理失效,所以法律除了保护管理本身,更应当保护管理的结果。换言之,社会管理秩序可以解构为社会管理主体的运行秩序和被管理对象的社会生活秩序。如此,编造、故意传播虚假信息罪针对的行为对象有二,分别是社会管理主体即公权力单位,以

①参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,载《法律科学》2023年第6期,第43-57页。
②参见贾宇主编:《刑法学(下册·各论)》(第二版),北京:高等教育出版社2023年版,第198页。
③参见赵秉志主编:《扰乱公共秩序罪》,北京:中国人民公安大学出版社1999年版,第3页。该部分并未出现“法益”表述,而是表述为“犯罪客体”或者“客体”。
④参见张明楷:《具体犯罪保护法益的确定依据》,载《法律科学》2023年第6期,第43-57页。
⑤参见河南省平舆县人民法院:“徐某某编造、故意传播虚假信息案一审刑事判决书”,(2020)豫1723刑初341号,载威科先行·法律信息库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?simple=%EF%BC%882020%EF%BC%89%E8%B1%AB1723%E5%88%91%1735193570030>,最后访问时间:2024年10月13日。

及被管理对象即社会公众。

另外,需要注意的是,“有秩序”的判断标准应当包括统治阶级制定或者认可的法律制度、社会公众认可的道德标准以及风俗习惯。因此,在判断该行为是否扰乱社会管理秩序时,首先应当明确这种管理社会的行为或者被管理的结果是否符合法律法规制度、道德标准以及风俗习惯。由于我们正处于一个开放型社会,社会的多元化治理是这个时代的特征^①,因此社会管理的主体也呈现出多元化的特征,除了传统的政府机构外,事业单位、企业单位以及民间组织等在社会生活管理活动中也发挥着举足轻重的作用^②,但是管理社会的行为属于行使公权力的行为,必须要有法律法规上的授权依据,因此可以将管理社会的行为解释为公权力单位履行社会管理职责的行为。对于“职责”来说,法无授权不可为。因此,在判断造谣行为是否扰乱管理主体的运行秩序之前,首先应当确定该种行使公权力的行为是合法的。

(二)结果筛选:社会公众现实生活的稳定安宁状态被破坏

立法增设本罪的目的在于,“随着信息技术的快速发展,尤其是微博、微信等平台中自媒体的兴起,极大改变了原来的信息传播渠道和方式。由于信息网络以及广播、报纸等媒体传播信息速度快、范围广、影响大,利用信息网络散布虚假信息其危害也会成倍放大,此类案件时有发生,危害严重,如某地化工厂爆炸谣言引发群众大逃亡,致四人遇难;某地地震谣言使得数百万人街头‘避难’。这些案件轻则损害他人人格和名誉,重则造成人民群众生命财产损失、引发公众恐慌和社会秩序混乱甚至影响社会稳定,如仅予以治安管理处罚,处罚力度过轻,不足以起到惩戒作用”^③。本罪的客观危害行为是在信息网络或者其他媒体上编造、故意传播虚假的涉众型谣言的行为,而行为对象是公权力单位和社会公众,那么可能造成的初步的现实的危害结果有两

类,一类是公权力单位针对谣言采取系列紧急应对措施而浪费公共资源,另一类是社会公众由于谣言改变自己正常的行动轨迹而提高预期的生活成本,破坏的正是社会公众现实生活的安宁状态。

如前所述,不能将公共部门采取任何抵御或应对措施而消耗的公共资源作为本罪的法益侵害结果,公权力单位的正常运行秩序也并非本罪保护的法益。关键就在于判断社会公众由于谣言改变自己正常的行动轨迹是否属于本罪法益侵害结果,换言之,社会公众现实生活的稳定安宁状态是否属于本罪的保护法益,进言之,是否具备成为法益的资格。

1. 法益的价值面:自由保障

学界中有个人法益与集体法益之分。与个人法益相比,集体法益最显著的特征就是其不可分配性,这种法益可以被社会潜在的任何一位成员所享有,因此不可以分配给社会某一个或某一部分特定成员^④。编造、故意传播虚假信息的客观危害行为是在信息网络或者其他媒体上故意传播涉众型的虚假信息,该行为之所以具有严重社会危害性,一方面,因为该虚假信息的内容关系到相当一部分社会公众的日常生活或者生存安宁;另一方面,是因为其传播媒介往往是互联网平台,因此传播范围相当广泛,将这种不安的消极影响散布至更多的社会群体。因此,从规范内容来看,编造、故意传播虚假信息罪所保护的法益显然属于集体法益,社会生活中所有成员都可能会因为这种危害行为受到侵害;同时,这种利益也并非社会某一位成员或者某一特定部分成员所独有,本罪名惩罚的正是对相当一部分人群造成侵害的造谣行为。因此,本罪保护的法益毫无疑问属于集体法益。

但是,由于学界在一元法益论与二元法益论孰是孰非方面争论不休,因此在讨论社会公众对未来预期的正常生活成本是否属于本罪的保护法益之前,有必要先明确集体法益在刑法中的地

①参见张康之:《论主体多元化条件下的社会治理》,载《中国人民大学学报》2014年第2期,第2-13页。

②参见何增科:《论改革完善我国社会管理体制的必要性和意义——中国社会管理体制改革的与社会工作发展研究之一》,载《毛泽东邓小平理论研究》2007年第8期,第52-60+18+84页。

③参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京:北京大学出版社2021年版,第1139页。

④参见马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,载《环球法律评论》2019年第6期,第134-150页。

位,即集体法益是否有存在必要。如果有,应当具备何种条件,是否必须能够“还原”到个人法益上。早期的法益概念以维护公民个人自由为核心,不主张通过个人实现对国家或者社会利益的保护,强调以法益限制刑罚权的行使,但现代刑法明显存在转向预防刑法的趋势,个人法益的前置化保护成为立法主流,主要表现为保护个人法益前提的超个人法益和不以侵害结果发生为构成要件的抽象危险犯或预备犯^①。前者譬如《中华人民共和国刑法修正案(十一)》规定的高空抛物罪,后者譬如醉驾型危险驾驶罪、非法持有枪支罪。对此,有学者认为,法益的存在是为了保护公民的自由与权利,但是随着我国刑法近些年的不断修正以及刑事立法理念的更新,法益的实质内涵不得不从个人法益偏向于集体法益,以维护整个社会的安全。譬如公共安全法益、市场经济秩序法益以及社会管理秩序法益,都属于集体法益。由此有观点认为,自1997年《刑法》实施至颁布的11部刑法修正案,将法益保护自由的价值逐渐转变为维护安全的价值,堪称“法益论的全面崩溃”^②。

难以否认的是,任何概念都不可能停滞在最原始的基点。随着社会背景的变化流转,其内涵与功能的发展是无法避免的,刑法学或者犯罪学研究的最终目的,是维护社会安全与稳定,满足大众的实际需求,而非为了固守原始概念而坚持“绝对的一元法益论”。首先,集体法益的存在有明确的宪法基础,即《中华人民共和国宪法》第51条的规定,“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”^③。其次,如上所述,刑法上集体法益的扩张有其必要性,但是其扩张必然不是没有限度的。如何确定扩张限度,关键在于恰当理解法益概念以及如何处理个人法益与集体法益的关系。二元法益论主张

集体法益并非隶属于个人法益而存在,其作为一个不可分配的整体,具有为刑法保护的独立客体地位。缓和一元论与之产生分歧的根本点在于,集体法益是否可以分解或者还原为个人法益,是否与个人法益具有同质性才具备正当性。二元论者认为,二元法益论与一元法益论在以人本主义为立论基点上是一致的,集体法益也是以保障个人自由作为最终目的,只是将保护集体法益作为实现目的的必要手段,并没有违背基于社会契约论形成的法益概念的内涵与功能。“只要是符合宪法并由刑法辅助性保护的利益,均服务于‘为了个人的自由发展’的终极目标,便是具备检视刑事立法功能的实质法益概念,而无需无谓地探讨这样的集体法益是否必须能够还原为个人法益”^④。笔者认为,不论是一元法益论还是二元法益论,都在寻找一种法律正当性的依据,而且都以维护个人利益为核心。但是,缓和一元论立场坚持,只有可以还原为个人利益的公法益才有被刑法保护的必要性,公法益与个人法益必须具有同质性^⑤;同时,张明楷教授将“还原为个人法益”解释为“为了保护人类中心的法益”^⑥。笔者认为,这与二元法益论的“为了个人的自由发展”并无区别,正如有学者指出,缓和一元论可以操纵“与个人关联”这一标准而任意调节刑法的规制范围^⑦。因此,集体法益的正当性根据,并非在于其是否一定能够还原成个人法益,而是该法益本身就应当是某种实体性的利益,而且保护这种实体性利益的根本目的是促进个人自由发展,这也是法益的价值面所在。所谓法益的价值面,即是指“刑法用于维护人类和平共同生活的基本条件,共同生活又是为了个人的自我实现(人格自由发展),所以法益便是个人自我实现的基本条件”^⑧。因此,集体法益在刑法中有存在及保护的必要性,而其正当性根据归根结底还是要回归到

①参见李晓龙:《刑法保护前置化研究》,厦门:厦门大学出版社2018年版,第67页。

②参见刘艳红:《中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法》,载《政法论坛》2023年第2期,第60-72页。

③参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法学研究》2018年第6期,第37-52页。

④参见马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,载《环球法律评论》2019年第6期,第134-150页。

⑤参见张明楷:《法益初论》(上册),北京:商务印书馆出版社2021年版,第189-190页。

⑥参见张明楷:《污染环境罪的争议问题》,载《法学评论》2018年第2期,第1-19页。

⑦参见马春晓:《现代刑法的法益观:法益二元论的提倡》,载《环球法律评论》2019年第6期,第134-150页。

⑧参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,中国台北:元照出版有限公司2012年版,第176页。

法益的价值面,即集体法益本身必须是使得个人自由存续或者发展的基本条件。

至于社会公众现实生活的稳定安宁状态是否是个人人格自由发展的基本条件,本文认为,行为人传播的是涉及公众基本安全的虚假信息(险情、疫情、灾情、警情),虽然信息内容并不真实,但是会对社会公众的行为自由产生负面影响,在此可以借助社群主义积极自由观进行解释。社群主义积极自由观从更为上层的价值观视角出发,提出法律正当性的两个要素,即个体利益与社群存续的兼顾,认为刑法除了保护个体的消极自由外,已经倾向于保护个体的部分积极自由,但是这种可以被刑法保护的积极自由应当具备真实性、理性、普遍性、可类比性、有效性以及公平性的特征^①。所谓消极自由,是指“不被他人侵害的自由”。传播虚假信息的行为确实没有侵犯公众的消极自由,但正是因为该虚假传播行为使得社会公众对于公共安全产生怀疑与恐慌,以至于无法正常开展日常活动,这已经属于严重侵犯社会公众的行动自由,也即上文所说的“积极自由”。因此,公众日常的稳定安宁状态,是实现公民个人行动积极自由的基本条件,具备法益的价值面属性。

2. 法益的存在面:实体基础

法益除了具备人格自由发展必要条件的属性之外,还必须是真实存在的、受因果法则约束、可受损的事物。“所有的法益归纳到后来总是真实的‘状态’”^②,这就是法益存在面的基本含义。“行为针对犯罪对象或行为客体所造成的侵害即外界变动之结果,将构成行为社会危害性或法益侵害性的事实性基础,由此,法益侵害这一价值层面的损坏或侵犯便具有了实体性内容”^③。毫无疑问,编造、故意传播虚假的涉众型虚假信息

的行为能够成功破坏社会公众现实生活的稳定安宁状态,这是一个真实存在的因果关系链条。因此,现实生活的稳定安宁状态具备存在面属性。综上所述,编造、故意传播虚假信息罪保护的法益就是社会公众现实生活的稳定安宁状态。

三、“社会公众现实生活稳定安宁状态”法益观对解释“严重扰乱社会秩序”的指引

(一)“严重扰乱网络(空间)秩序”不属于本罪的“严重扰乱社会秩序”

根据既有裁判文书,司法实践中有法官直接点明,造谣行为导致“网络公共空间秩序的严重混乱”,所以构罪^④。这种观点将网络空间秩序的混乱看作是社会秩序混乱的表现。司法实践应当如何认识网络空间秩序,以及其与现实空间秩序的关系,是否有刑事保护的必要性等,这些问题在学界已经有了一些研究成果。有学者提出双层社会理念,认为网络社会与现实物质社会已然居于一种并列关系,网络空间的秩序混乱当然可以被认定为“公共场所秩序严重混乱”,对于涉及现实物质空间混乱的情况,应当作为从严处罚的情节^⑤;还有学者从社会资本的角度出发,认为虚假谣言网络传播行为会导致恶劣的网络秩序,从而消耗侵蚀长久积累的社会资本,所以应当认可网络秩序的刑事可罚性^⑥。但是,也有学者认为上述的“双层社会”并不具有可行性,所谓网络空间并不是具备刑法意义的空间,网络空间的秩序属于现实社会秩序的一种延伸,不能将其与现实空间秩序割裂开来看待^⑦。此外,还有学者认为网络空间实际上是一种缺场空间、心灵空间,在信息网络中编造、传播虚假信息的行为,局限在该平台上至多只是造成心理层面的恐慌,“并不会造成互联网成员无法使用网络空间、网站被

①参见贾健:《为批判立法的法益概念辩护》,载《法制与社会发展》2021年第5期,第190-205页。

②参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,中国台北:元照出版有限公司2012年版,第177-178页。

③参见郑军男:《论数据权益的刑法保护——民刑交错视角下的法益保护论探讨》,载《交大法学》2023年第6期,第5-29页。

④参见广西壮族自治区鹿寨县人民法院:“廖度凯、彭涛、龙泉江等编造、故意传播虚假信息案一审刑事判决书”,(2019)桂0223刑初535号,载威科先行·法律信息库,https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/list?simple=%EF%BC%882019%EF%BC%89%E6%A1%820223%E5%=1735193850712,最后访问时间:2024年10月14日。

⑤参见王平,徐永伟:《涉众型网络谣言刑事治理的规范逻辑与责任边界》,载《宁夏社会科学》2022年第3期,第80-89页。

⑥参见张益刚,安然:《编造、故意传播虚假信息罪的司法适用:现状检视与路径优化》,载《齐鲁学刊》2021年第3期,第107-117页。

⑦参见龚欣慧,马路瑶:《编造、故意传播虚假信息罪中“严重扰乱社会秩序”要件认定依据的重新定位》,载《四川警察学院学报》2023年第3期,第34-45页。

破坏等实质影响”^①。

在判断“严重扰乱网络秩序”是否符合“严重扰乱社会秩序”之前,应当明确网络秩序的内涵。有学者提出,“网络秩序”和社会秩序是两个不同的概念,我国刑法只规定了利用互联网实施的妨害社会秩序的犯罪,比如在网络上聚众赌博、开设赌场的行为,但是没有规定单纯妨害“网络秩序”的犯罪^②。在上述对学界观点的描述中,出现了“网络秩序”和“网络空间秩序”两个概念,各观点对其进行使用时似乎并未进行区分,但网络秩序与网络空间秩序其实并不相同,网络秩序是指公众使用网络形成的现实的秩序,也即指《刑法》分则“扰乱公共秩序罪”中非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪等罪名的犯罪对象^③,而网络空间秩序是部分学者或者司法工作人员创造出来的,意图与现实空间秩序并列的某种概念,并由此将其认为刑法保护的对象。但是,事实并非如此。之所以“网络秩序”这一词汇会频繁出现在大众视野,以至于混淆了它的概念并产生误解,是立足于互联网媒体属性的彰显这一背景。为保障网络信息传播结果的安全,“带有更强管控色彩的‘网络秩序’一词便日益广泛地见诸媒体报道和管理部门的通知文告”^④。因此,“网络秩序”应当变更表述为网络传播秩序或者网络表达秩序,即网民在互联网空间中发表言论、发布信息应当遵循一定的规则,比如不得发布虚假信息、封建迷信信息等等^⑤。所谓网络传播秩序,只是对于行为方式的要求;所谓扰乱网络秩序,也只是对于行为人传播虚假信息的平台的一种消极评价。传播途径、传播工具是不会受到侵害的,互联网平台并不会因为行为人传播虚假信息的行为而产生实质性的减损,网民依法发表言论的规则依旧有效,所谓“网络空间秩序”“网络表达秩序”等等被破坏的说法,其实难以成立。人们在信息网络上散播谣言,破坏的并不是

网络秩序,而是不依附于信息网络载体的普适性规则维持的社会秩序。对于“造谣行为严重破坏网络公共空间秩序,有刑事处罚的必要性”之论,实际上出发点还是利用刑法维护公众内心的安全感,保证其内心秩序,并不会现实地威胁社会公众生活的稳定安宁状态,不具备法益侵害性。网络平台并不会因为谣言的传播而瘫痪,网民依旧可以正常在社交网络上发表评论,进行互动。编造、故意传播虚假信息罪属于利用计算机网络实施的传统犯罪,并非蓄意破坏计算机信息系统的犯罪,“严重扰乱网络(空间)秩序”并不符合“严重扰乱社会秩序”这一构成要件。

(二)准确框定“严重扰乱社会秩序”的两个认定依据

至今尚无明确立法或者司法解释对本罪的“严重扰乱社会秩序”加以说明,编造、故意传播虚假恐怖信息罪与本罪是同种类型的罪名,前者已经由司法解释规定了“严重扰乱社会秩序”的具体情形,即2013年施行的《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称《编造、故意传播虚假恐怖信息司法解释》)第2条。对此有学者提出,可以直接参考上述司法解释第2条的规定^⑥。但是,两个罪名不仅客观行为类型不相同,规定的法定刑标准也不相同,基于比例原则的要求,对于造成的危害后果不宜采用相同的标准。因此,直接参照《编造、故意传播虚假恐怖信息司法解释》的规定并不合适。

既然上文已经确立本罪的保护法益是社会公众现实生活的稳定安宁状态,并且“严重扰乱社会秩序”承载了本罪的法益侵害性,那么应当充分发挥法益的实质解释功能,指导如何正确判断造谣行为已然“严重扰乱社会秩序”,达到入罪标准。换言之,当网络造谣行为对社会秩序的扰乱程度达到了公众日常安宁状态被破坏或者有

①参见戴澎彭:《编造、故意传播虚假信息罪的处罚基础——检视“严重扰乱社会秩序”认定标准》,载《公安学刊(浙江警察学院学报)》2019年第5期,第68-76页。

②参见陈兴良:《网络犯罪的类型及其司法认定》,载《法治研究》2021年第3期,第3-16页。

③参见孙万怀、卢恒飞:《刑法应当理性应对网络谣言——对网络造谣司法解释的实证评估》,载《法学》2013年第11期,第3-19页。

④参见冯建华:《中国网络秩序观念的生成逻辑与意涵演变》,载《南京社会科学》2020年第11期,第108-115+164页。

⑤国家互联网信息办公室于2019年初开展了为期半年的“网络生态治理专项行动”,重点整治网络谣言、封建迷信、谩骂恶搞等12类“负面有害信息”。

⑥参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),北京:法律出版社2016年版,第375页。

被破坏的现实危险时,该行为就具备了实质的违法性,满足了“严重扰乱社会秩序”的程度。如上所述,“社会秩序”代表的社会管理秩序就是由社会管理主体和被管理主体维持的,因此本罪的客观行为侵害的两个对象分别是公权力单位以及社会主体。因此,探寻“严重扰乱社会秩序”的认定依据,实际上就是判断当两者日常的运作状态被破坏到何种程度时,本罪的保护法益已经受到侵害或者有被侵害的现实危险。

1. 认定依据之一:社会公众预期的日常生活成本提高

以社会公众作为受侵害对象来说,其正常生活的秩序与本罪的保护法益之间的联结是最为紧密的,即社会公众的正常生活秩序与社会公众现实生活的稳定安宁状态之间的界限是需要准确把控的。面对涉众型网络谣言,社会公众多半会有以下三种反应:第一种是没有通过任何方式表露出他们的看法;第二种是通过发表言论的方式表现自己的恐慌担忧,譬如在网络上发布帖子、评论,或者联系相关当局以求核实或庇佑,但是这并没有对他们的正常生活产生实质性的影响;第三种是直接阻断或者变更自己的日常安排。造成第一种结果的造谣行为一般无须用法律进行制裁,因为该行为对社会管理秩序并没有产生可视的负面影响;而第二种结果与第三种结果,分别是社会公众的生活秩序与现实生活的稳定安宁状态被破坏的表现。对于社会公众因为谣言而改变自己的行动轨迹,最直观的表现就是公众预期的生活成本因为传谣行为而增加,譬如灾情有关谣言导致部分社会公众搬离住所消耗的原本不必要耗费的时间、精力以及金钱,还有因为某些疫情或者警情谣言导致部分群众不敢出门上班上学而受损的基本生活要素。但是,在理解社会公众现实生活的稳定安宁状态与预期的生活成本之间的关系时,应当注意三点内容。其一,与对未来的预期这种纯粹的心理体验不同,预期的生活成本一定是可以实体化的利益,比如时间成本、金钱成本等等。其二,并非所有基本生活以外的非正常行为都属于本文所指的

提高预期生活成本。在当前社会背景下,正常的理性人对未来生活的预期具备一定的风险预防意识,并非只要超出以往的生活成本就属于法益侵害结果,所谓“预期的”生活成本保留了正常水平上下浮动的空间,比如有人传播学校周围有人贩子的谣言,家长给老师打电话确认学校的安全性后依然送孩子去上学,这种“打电话”的非正常情况就不属于本罪的法益侵害结果,因为最终的生活轨迹、所消耗的生活成本并没有超出一般理性人的预期。其三,不能忽略预期生活成本的主语是“社会公众”。换言之,受到虚假信息影响的必须是某个区域的不特定多数人群体,而非特定的个人。因此,如果造谣行为已经提高了社会公众预期的生活成本,就符合“严重扰乱社会秩序”这一构成要件。

2. 认定依据之二:公权力单位采取了一定规模的紧急应对措施

以公权力单位作为受侵害对象来说,其正常履职秩序之所以被扰乱有两种可能:一种是为了纠正、恢复社会公众因为虚假信息被破坏的日常生活秩序,这种情况直接依据社会公众日常生活的稳定安宁状态有无被破坏判断即可;另一种可能是公权力单位介入及时,在虚假信息对社会公众产生较大负面影响之前,即做出制止谣言传播或者其他恶性后果的措施。在风险社会中,社会管理部门往往会完善自身的应急管理制度,以应对突发公共性事件,防止更为严重的危害后果发生。例如2020年最高人民法院公布的指导性案例“刘某星编造、故意传播虚假信息案”,行为人刘某星编造其感染新型冠状病毒后到公共场所通过咳嗽方式向他人传播的虚假信息,在微信群、朋友圈等网络平台发布。公安机关掌握该情况后,采取了技术侦查、落地查控、封控图片等紧急措施。法院认为,“结合当前疫情形势,被告人刘某星发布的虚假信息足以在当下引起社会公众心理的恐慌,造成社会秩序混乱,可以认定其行为的社会危害性大,应当受到刑罚处罚”。因为“职能部门采取紧急应对措施避免危害结果扩大,不能成为阻却犯罪成立的理由”^①。基于法益

^①参见李中华:《刘星编造、传播虚假信息案[第1328号]——如何把握编造、故意传播虚假信息罪的入罪标准》,载《刑事审判参考(总第121集)》,北京:法律出版社2020年版,第87-88页。

保护理论与轻罪扩张预防刑法的观念,行为人传播虚假信息的行为没有扰乱社会公众日常生活的稳定安宁状态,但并不代表没有这种危险。毫无疑问,我国刑事立法以及司法正处于严密法网的阶段,其表现即为法益保护的前置化,对于这种具有造成法益侵害现实危险的行为具有给予刑事惩罚的必要,而且行为人也应当对其造成的社会资源浪费承担责任。在良法善治背景下,公权力单位采取应急管理措施的规模大小,往往能反映出行为人传播虚假信息行为本身的危害性以及对该法益的侵害是否具有现实危险性。虽然本罪的保护法益内容并不包含公共部门的职能履行秩序,但是“严重扰乱社会管理主体运行秩序”的行为必然符合“严重扰乱社会秩序”的行为界定,因为当谣言行为达到严重扰乱公权力单位正常工作秩序的程度,意味着该行为已经造成了法益侵害的现实危险,有了刑罚处罚的正当依据。因此,面对被散布的网络谣言时,相关公共部门暂时停止部分正在开展的正常工作,花费相当的人力、物力以及财力对该信息进行排查核实,如果核实为虚假信息,再对该不实信息进行辟谣以消除消极影响等紧急应对措施,同样可以成为“严重扰乱社会秩序”的判断依据。

但是,并非公权力单位采取一切应急管理措施都是法益侵害结果。《编造、故意传播虚假恐怖信息罪司法解释》第2条规定,“对于致使公安、武警、消防、卫生检疫等职能部门采取紧急应对措施的,认定为编造、故意传播虚假恐怖信息罪的‘严重扰乱社会秩序’”。作为比本罪更重的编造、故意传播虚假恐怖信息罪,该罪的司法解释却没有对紧急应对措施的规模进行特别规定或者区分,反而直接将公权力单位针对造谣行为采取紧急应对措施作为“严重扰乱社会秩序”的认定依据,这是不够妥当的。为保证法益的立法批判机能以及独立个性,司法解释不可以直接用来作为证成法益的工具。因此,不能将公共部门采取任何规模的紧急应对措施都作为“严重扰乱社会秩序”的认定依据。

[参考文献]

[1]陈诗文.公安部公布网络谣言打击整治专项行动10起典型案例.[EB/OL].(2023-05-16)[2024-03-11].

<https://news.cctv.com/2023/05/16/ARTIaDVMnAUDU-vKYwPHPRb11230516.shtml>.

[2]金鸿浩.编造、故意传播虚假信息罪的实务反思与探讨[J].中国刑事法杂志,2021(03):56-72.

[3]殷勤.网络谣言的犯罪化及其限度——以刑法修正案(九)编造、故意传播虚假信息罪为依据[J].人民司法(应用),2016(01):60-64.

[4]赵秉志,刘志伟.论扰乱公共秩序罪的基本问题[J].政法论坛,1999(02):69-77.

[5]周漾沂.论「煽惑他人犯罪或违背法令」之处罚理由[J].台大法学论丛,2008(04):347-389.

[6]钟宏彬.法益理论的宪法基础[M].中国台北:元照出版有限公司,2012:176-178.

[7]张明楷.法益初论(上册)[M].北京:商务印书馆出版社,2021:189-190.

[8]张明楷.具体犯罪保护法益的确定依据[J].法律科学,2023(06):43-57.

[9]孙国祥.集体法益的刑法保护及其边界[J].法学研究,2018(06):37-52.

[10]贾宇.刑法学(下册·各论)[M].北京:高等教育出版社,2023:198.

[11]赵秉志.扰乱公共秩序罪[M].北京:中国人民公安大学出版社,1999:3.

[12]张康之.论主体多元化条件下的社会治理[J].中国人民大学学报,2014(02):2-13.

[13]何增科.论改革完善我国社会管理体制的必要性和意义——中国社会管理体制改革的改革与社会工作发展研究之一[J].毛泽东邓小平理论研究,2007(08):52-60+18+84.

[14]王爱立.中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定[M].北京:北京大学出版社,2021:1139.

[15]马春晓.现代刑法的法益观:法益二元论的提倡[J].环球法律评论,2019(06):134-150.

[16]李晓龙.刑法保护前置化研究[M].厦门:厦门大学出版社,2018:67.

[17]刘艳红.中国刑法的发展方向:安全刑法抑或自由刑法[J].政法论坛,2023(02):60-72.

[18]孙国祥.集体法益的刑法保护及其边界[J].法学研究,2018(06):37-52.

[19]张明楷.污染环境罪的争议问题[J].法学评论,2018(02):1-19.

[20]贾健.为批判立法的法益概念辩护[J].法制与社会发展,2021(05):190-205.

[21]郑军男.论数据权益的刑法保护——民刑交错视角下的法益保护论探讨[J].交大法学,2023(06):5-29.

[22]张益刚,安然.编造、故意传播虚假信息罪的司法适用:现状检视与路径优化[J].齐鲁学刊,2021(03):107-117.

[23] 龚欣慧, 马路瑶. 编造、故意传播虚假信息罪中“严重扰乱社会秩序”要件认定依据的重新定位[J]. 四川警察学院学报, 2023(03): 34 - 45.

[24] 戴锦澍. 编造、故意传播虚假信息罪的处罚基础——检视“严重扰乱社会秩序”认定标准[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2019(05): 68 - 76.

[25] 陈兴良. 网络犯罪的类型及其司法认定[J]. 法治研究, 2021(03): 3 - 16.

[26] 孙万怀, 卢恒飞. 刑法应当理性应对网络谣言——对网络造谣司法解释的实证评估[J]. 法学, 2013(11): 3 -

19.

[27] 冯建华. 中国网络秩序观念的生成逻辑与意涵演变[J]. 南京社会科学, 2020(11): 108 - 115 + 164.

[28] 黎宏. 刑法学各论[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 375.

[29] 刑事审判参考(总第121集)[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 87 - 88.

【责任编辑: 张 戈】

Identification and expansion of the legal interests of the crime of fabricating and intentionally spreading false information

Jia Jian, Ni Wen

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: Properly understanding and applying the “seriously disrupting social order” of the crime of fabricating and intentionally spreading false information is an important basis for distinguishing between criminal and administrative penalties in cases of online rumors of “disrupting public order”. At present, the judicial organs have not fully understood the essence of this element, resulting in an imbalance in the criminal and administrative penalties for online rumor-mongering. The fundamental crux lies in the unclear legal interests protected by this crime. Based on the dual legal interest theory, the legal interests protected by this crime should be “the stable and peaceful state of the real life of the social public”. Therefore, the “social order” protected by this crime does not include the “network (space) order”; and there are two bases for the determination of “seriously disrupting social order”: one is the increase in the expected daily living costs of the social public, and the other is that the public power units have taken emergency response measures of a certain scale.

Key words: crime of fabricating and intentionally spreading false information; legal interests; seriously disrupting social order

以房抵债协议排除强制执行的司法认定

张悦,权良骐
(辽宁大学,辽宁 沈阳 110036)

〔摘要〕执行异议之诉中案外人能否基于以房抵债协议获得强制执行排除力,司法认定的应然与实然存在分歧。判断以房抵债协议是否足以排除强制执行,需重点审查合同目的,由此可将其类型化构建为三种:担保目的型、清偿目的型、购房目的型。其中,购房目的型以房抵债协议表明了当事人移转房屋所有权的意思表示,契合了《最高人民法院关于办理执行异议和复议案件若干法律问题的规定》中对无过错不动产买受人合法权益予以倾斜保护的意图。足以排除强制执行的以房抵债协议,形式上应合法有效,合同目的上应意图获得房屋所有权,内容上应符合该规定第28条的四个构成要件。

〔关键词〕以房抵债协议;排除强制执行;执行异议之诉;司法认定

〔基金项目〕本文系2020年度辽宁省社会科学规划基金项目“民事执行抗诉监督程序的体系构建”(项目编号:L20BFX007)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕张悦(1983—),女,黑龙江鸡西人,辽宁大学法学院讲师,法学博士,主要从事民事诉讼法学研究;权良骐(2002—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院诉讼法学专业2025级硕士研究生,主要从事民事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2024-12-30

〔中图分类号〕D923.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)01-086-11

一、《执行异议复议规定》第28条适用的应然与实然分歧

名实分离的权利外观,是提起执行救济程序的诱因;强制执行排除力的有无判断,则是权利公示外观与事实权属状态之间斡旋和权衡的结果。与执行异议复议的形式审查不同,案外人提起执行异议之诉后,法院裁量的是实体权利义务的冲突,对案外人和申请执行人各自享有的民事权益进行位阶上的比较,最终得出是否排除强制执行的判决结论。按照这一审理思路的逻辑顺序,可以对这一类基于以房抵债协议提起的执行异议之诉的审理构建一个裁判模型,即“以房抵债协议合法有效—以房抵债协议可适用实质审查条款—

以房抵债协议符合排除强制执行的构成要件”。

在这一裁判模型中适用的核心法律规范,是2020年起施行的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干法律问题的规定》(以下简称《执行异议复议规定》)第28条^①。《执行异议复议规定》的实质审查要素已经成为大量以不动产为执行标的的执行异议之诉的重要裁判参考,但其应然适用与实然适用之间存在显著分歧。

(一) 应然适用逻辑

1. 应以协议性质审理为适用前提

基于以房抵债协议提起的执行异议之诉进入审理程序时,是否可以援引《执行异议复议规

①《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干法律问题的规定》第28条规定:“金钱债权执行中,买受人对登记在被执行人名下的不动产提出异议,符合下列情形且其权利能够排除执行的,人民法院应予支持:(一)在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同;(二)在人民法院查封之前已合法占有该不动产;(三)已支付全部价款,或者已按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行;(四)非因买受人自身原因未办理过户登记”。

定》第28条,应存在一个适用前提。正所谓“居者有其屋”,依托于不动产上的生存权是保障正常生产生活的重要基础,也是社会一般主体安身立命的基本权利。目前的不动产登记和房地产开发之间存在明显的供需不平衡,不动产买受人实际占有并居住的权利状态往往难以即时体现在不动产的产权登记上,这种法律意义上取得所有权的滞后进入到执行异议之诉中,形式上成为一种名实不符的表征,实质上对应了《执行异议复议规定》第28条设立的原委。基于此种立法原意,在确认是否以《执行异议复议规定》第28条作为请求权基础时,首先需要将以房抵债协议的性质同一般不动产买受人享有的权益性质相比较,只有二者具有一致性时,才具有法律适用的可能。因此,适用《执行异议复议规定》第28条首先应当审理以房抵债协议的性质。

2. 应以合同目的的实质审查为重点

对法条原文进行狭义的文义解释,可将法院作出排除强制执行司法认定的前置条件拆分为“符合四情形”和“其权利能够排除强制执行”。对于四要件的依次检视与审判者长期心证的裁判本能相契合,而对于排除强制执行权益的审查却极易被忽略。

具体到以房抵债类执行异议之诉的裁判中,基于以房抵债协议产生的民事权益的类型应当成为司法审查的重点。“以房抵债协议”这一语词涵盖的法律关系之多样、复杂,绝不能“全有”或“全无”地对其强制执行排除力一概而论。顺承上文,法律适用的前提是对以房抵债协议性质的认定,而以房抵债协议性质为何、基于此产生的民事权益为何,又体现为签订以房抵债协议的目的。对民事权益类型的推定,具体表现为对合同目的的审查,这不仅是适用《执行异议复

议规定》第28条的前提,更对于嗣后进行的与普通金钱债权之间权利顺位的比较起决定性作用。

(二) 突然适用混乱

1. 规范上缺乏对合同目的的实质审查

(1) 最高人民法院司法解释与相关文件

总体而言,最高人民法院颁布的司法解释均针对上位概念,并无直接涉及“以房抵债”的内容;同时,其规范表现形式为描述以物抵债协议的特征,指明具有这种特征的以物抵债协议的效力,以此作为裁判参考,并没有明确具体的审查要素。

追本溯源,早在1999年,中国银行《以物抵债管理方法(试行)》第2条^①便规定了以物抵债的基本情形,并将不动产作为“非货币财产”囊括在内。随着社会经济的不断发展,以房抵债涵盖的社会关系愈加复杂,多种形式的以房抵债协议逐渐在借贷市场中发挥举足轻重作用并呈现愈演愈烈之势。对此,2015年施行的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《民间借贷司法解释》)第24条^②、《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》第9项^③、《全国民事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)等法律文件均作出了裁判指引。其中,《九民纪要》的规定独树一帜,其第44条、第45条依照“履行期届满前”“履行期届满后”“诉讼中”三个阶段对以房抵债协议进行了初步的类型化区分。《九民纪要》体现了司法审判的一般路径和实务界通说,以“交付”和“撤诉”两种行为赋予了以物抵债协议不同的效力。

2023年12月起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》(以下简称《合同编司法解释》)第27条、第28条沿袭了《九民纪要》中按债务履行期届满

①《以物抵债管理方法(试行)》第2条规定:“本办法所称以物抵债,是指债务人将事先抵押、质押给债权银行的财产或者其他非货币财产折价归银行(指中国银行,下同)所有,用以偿还银行债务。债务人不履行到期债务,银行作为抵押权人或质押权人依法拍卖或变卖抵、质押财产,并以变现所得优先受偿的,不属于本办法所指以物抵债范围”。

②《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释》第24条规定:“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保,借款到期后借款人不能还款,出借人请求履行买卖合同的,人民法院应当按照民间借贷法律关系审理,并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的,人民法院裁定驳回起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后,借款人不履行生效判决确定的金钱债务,出借人可以申请拍卖买卖合同标的物,以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额,借款人或者出借人有权主张返还或补偿”。

③《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》第9项规定,关于以物抵债合同纠纷案件的审理问题,按“债务履行期届满前”和“债务履行期届满后”分情况讨论。总体审理思路为:“既要注重以物抵债在了结债务、化解矛盾纠纷、节约交易成本等方面的积极作用,不能对以物抵债约定轻易否定;同时,也要严格审查当事人缔结以物抵债的真实目的,对借以物抵债损害相对人、第三人利益的行为应予以否定”。

与否分类讨论的先例,明确了以物抵债协议不排除原债的成立,明确了以物抵债协议的诺成性,明确了债权人享有的择一请求履行原债或新债的请求权。《合同编司法解释》在以物抵债协议性质的明确上作出了两大突出贡献,一是终结了理论界和实务界长期的“要物性”与“诺成性”之争,二是通过明确审理要素限缩了“以房抵债协议”这一用语涵摄的范围。早在 2012 年第 6 期最高人民法院公报公布“武侯国土局案”^①以来,理论界、实务界便展开了对以房抵债协议规范化的探索,由此产生的争议更是层出不穷。这些争议

问题是由“以房抵债协议”作为生活用语的内涵和外延的不准确导致的,所有满足“使用他种给付替代原给付”这一事实要件的协议均可以被划分入以房抵债协议的范畴,使得以物抵债协议在合同解释的层面上出现了功能错位^②。而《合同编司法解释》第 28 条根据债权人在债务人未清偿债务时享有权利的不同,先行规定了何种约定有效、何种约定无效,并在此基础上进一步识别,使以物抵债协议成为一种具有独立特征合同类型。

表 1 地方高级人民法院指导性文件观点

法院	文件名	是否适用第 28 条	额外审查要素
江西省高级人民法院	《江西省高级人民法院关于执行异议之诉案件的审理指南》	否	1. 债务清偿期届满且合法有效 2. 到期债权与房屋价值大致相当 3. 不存在规避或逃避债务情形 ^③
山东省高级人民法院	《山东省高级人民法院执行疑难法律问题审查参考——案外人执行异议之诉专题》	是	1. 债务清偿期届满且合法有效 2. 不存在规避或逃避债务情形 ^④
广东省高级人民法院	《广东省高级人民法院关于审查处理执行裁决类纠纷案件若干重点问题的解答》	是	以房抵债协议真实有效 ^⑤
黑龙江省高级人民法院	《黑龙江省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》	是	1. 原债真实合法 2. 不存在“倒签” 3. 不属于让与担保 4. 不存在恶意串通 ^⑥
吉林省高级人民法院	《吉林省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干疑难问题解答(一)》	未明确	符合一定条件可以排除执行
安徽省高级人民法院	《安徽省高级人民法院关于审理执行异议之诉案件若干问题的会议纪要》	否	一般不支持排除强制执行,但符合《执行异议复议规定》第 26 条第(3)项的除外

附注:“是否适用第 28 条”中“第 28 条”指《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干法律问题的规定》(以下简称《执行异议复议规定》)第 28 条

①参见《最高人民法院公报》2012 年第 6 期发布的武侯国土局与招商局公司等债权人代位权纠纷案,最高人民法院(2011)民提字第 210 号,载威科先行·法律资源库,https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNjQ0ODY0NjE%3D?module=&q=(2011)民提字第 210 号判决,最后访问时间:2024 年 12 月 5 日。将“以物抵债协议”表述为“代物清偿”,学界认为是对以物抵债协议规范化的第一步探索。

②参见张喻:《论以物抵债协议的规范构造——以〈〈民法典〉合同编通则部分解释〉第 28 条为中心》,载《研究生法学》2024 年第 1 期,第 23-42 页。

③(1)案外人与被执行人在涉案房屋被查封前存在合法有效的到期债权债务关系;(2)案外人对被执行人享有的债权清偿期已经届满且与执行标的的实际价值大致相当;(3)案外人与被执行人在涉案房屋被查封前已经签订书面以房抵债协议;(4)以房抵债协议不存在规避执行或逃避债务情形;(5)以房抵债协议不违反《第八次全国法院民商事审判工作会议(民事部分)纪要》精神。

④对于案外人与被执行人之间的债务清偿期届满,案外人在房产查封前,已与被执行人签订了合法有效的以房抵债协议并实际合法占有被执行房屋,且不存在规避执行或逃避债务等情形的,可以参照适用《执行异议和复议规定》第 28 条。人民法院应当对以房抵债所涉及的债权债务是否合法有效进行实质性审查,还要注意结合案件是否存在涉及消费者权益、弱势群体保护、公民基本生存权利等因素,对以房抵债的法律效力和法律后果,综合进行审查判断。

⑤说明:参照《执行异议和复议规定》第 28 条处理。案外人执行异议之诉的目的在于保护强制执行行为下真实权利人的合法权益,实践中并不禁止以房抵债行为,查明属实的,应保护债权人利益。

⑥冲抵房款的债权是否真实存在、是否合法,房屋买卖协议是否存在“倒签”,名为房屋买卖实质是否为让与担保,买受人与出卖人之间是否存在恶意串通、逃避债务等。

纵观以上规范,即便《九民纪要》《合同编司法解释》按照“履行期是否届满”标准均作出了类型化的尝试,但这一思路忽视了当事人的意思自治,即其借用以房抵债协议意欲达到的真实意图。即便签订了以房抵债协议,当事人仍可以就未来如何清偿、如何使债务终结作出进一步安排,而对当事人的真实意思表示如何识别,目前完全依赖于法官的自由心证,是存在一定风险的。

(2) 地方法院指导性文件

由于经济发展水平的不平衡和交易习惯的不同,各地区的融资交易形式和运行现状有着很大差异,在最高人民法院有司法解释和其他指导性文件作为案件审理参考的基础上,各省亦有针对性地对以房抵债类案件审理的指导性文件。下表列举了各地方高级人民法院就以房抵债类案件形成的指导性文件,并对原规范进行了梳理和关键信息的提炼(参见表1)。

地方法院在审查以房抵债协议是否具有强制执行排除力时,除了与《执行异议复议规定》第28条的四个要件进行比对,还存在一些额外审查要素,如对恶意串通等买受人具有过错情形的审查等。法教义学视域下,对民法规范的目的解释分守要津,狭义的文义解释往往导致裁判的错漏。在缺少上位法明确规定的情形下,毫无审查地将所有以房抵债协议直接纳入《执行异议复议规定》第28条的审理中,虽然符合狭义文义解释的司法惯性,但显然失之偏颇。即便地方法院已经展现出先行实质审查的倾向,依然忽视了当事人的真实意思表示,而在执行异议之诉中,对案外人真实意思表示的审查是判断是否具有强制执行排除力最直接也最关键的要素。

综上,不论是作为裁判指引的《九民纪要》

《合同编司法解释》还是各省就以房抵债类案件执行异议之诉的指导性文件,都存在对当事人意思表示审查的缺失,即便有类型化区分和添加额外审查要素的倾向,依然忽视了以房抵债协议本身类型的多样化,这也是导致实践中同案不同判问题突出的一大诱因所在。

2. 实践中裁判依据存在分歧、裁判语言不规范、同案不同判等问题突出

在威科先行案例检索平台上以“全文;以房抵债”“案由:执行异议之诉”为条件检索,检索到2010年1月至今共89670个案件;在上述检索条件的基础上,限缩“适用法条为《执行异议复议规定》第28条”,案件数骤减为2461件,从侧面反映出“以房抵债”这一用语涵盖法律关系之广阔。在2461件案件中,进入二审程序的占43.93%,进入再审程序的占9.79%,合计超过总案件数的50%,可见案件的法律关系复杂、审理难度大。

在上述检索条件中截取近3年最高人民法院审理的以房抵债类执行异议之诉案件共103件,排除对普通金钱债权的强制执行案件57件,其中得以排除强制执行案件13件。当排除强制执行对象为普通金钱债权时,排除执行“是”与“否”的比例分别为22.9%和77.1%。通览裁判文书,同一个结论内部的裁判依据存在异议。对于以房抵债协议足以排除强制执行的判决,有三种裁判观点:符合《执行异议复议规定》第28条的全部要件排除执行^①;依优先受偿权排除执行^②;依居住利益排除执行^③。对于以房抵债协议不足以排除强制执行,裁判观点的分歧更加明显,突出表现为对《执行异议复议规定》第28条适用的观点不一:一是可以参照《执行异议复议规定》第28

①参见最高人民法院:“范旭、西藏信托有限公司等案外人执行异议之诉民事二审民事判决书”,(2021)最高法民终993号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNjAxNTU5ODk%3D?searchId=9ffb5ae61a754af4b3a1a1d5e1d1ba17&index=1&q=最高法民终993号&module=&summary>;最高人民法院(2021)最高法民申5479号民事裁定,最后访问时间:2024年12月5日。

②参见最高人民法院:“漳州汇众房地产开发有限公司、福建天健工程设计有限公司等建设工程设计合同纠纷其他民事民事裁定书”,(2021)最高法民申5474号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNTA1ODA0MzA%3D?searchId=2f1fa49756024ed0877e3b6b591341b7&index=1&q=2021最高法民申5474号&module=&summary>,最后访问时间:2024年12月5日。

③参见最高人民法院:“唐六俚、曾丽新再审审查与审判监督民事裁定书”,(2020)最高法民申1749号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzMzA4MTE2OTk%3D?searchId=395be2fbe884480d9a51d4cd45f2bb7d&index=1&q=2020最高法民申1749号&module=&summary>;最高人民法院:“唐六俚、查新高再审审查与审判监督民事裁定书”,(2020)最高法民申1723号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzMjA2NTc2ODc%3D?searchId=d00ff9b1f9cd4a2d9305c4a29e7b7b04&index=1&q=2020最高法民申1723号&module=&summary>,最后访问时间:2024年12月5日。

条,但因某项要件不满足无法排除强制执行^①;二是根本性否认以房抵债协议与商品房买卖合同的相似之处,不得适用《执行异议复议规定》第28条审理,认为协议相对人持有的是普通金钱债权而无法排除强制执行^②。单从数据可知,在最高人民法院审理的案件中,对以房抵债协议能否排除强制执行,结论和裁判依据上都存在一定程度的分歧。

再就裁判文书中“本院认为”部分论述语言进行分析,如决定以《执行异议复议规定》第28条作为审查依据,判决主文并不说明法律适用的原因,而是直接罗列法条进行四个要件的比对,对以房抵债协议性质的论述是消极的;即便隐晦片面地指出该协议用于抵押或清偿或买卖,这一性质也并未与法律适用建立起当然性联系。然而,所有用房产抵销债务的行为均可以囊括在“以房抵债”的语义之内,所有能表明此种债权债务关系转让的文书均可称之为“以房抵债协议”,当事人的合同目的不同,直接决定了协议性质的不同,也直接导致了裁判结果的不同。看似同种表述,对应的可能是完全不同的法律关系。为避免理解上的歧义,裁判本应就协议性质进行额外审查,明确法律适用的前提,却近乎于一笔带过,存在明显的不规范之处。

总体而言,形式上合法有效的以房抵债协议进入执行异议之诉的实质审理并无争议。在以房抵债协议性质明确的情况下,适用《执行异议复议规定》第28条,依次对四个构成要件进行审查,可以严格限制在法解释学的框架下,涉及的更多是证据与证明问题。而在裁判中以房抵债协议性质的审查缺失,表现为裁判文书论述语言的不完整、不规范,也引发了裁判依据的明显分歧。

二、以合同目的为标准的以房抵债协议的类型化构建

根据卡尔·拉伦茨在其著作《法学方法论》中的观点,“当抽象——一般概念及其逻辑体系不足以掌握某生活现象或意义脉络的多样表现形态时”,常以类型化作为补足思考方式。为更好解决实务中法律适用混乱的问题,突出以房抵债类执行异议之诉中实质审查的重点,应以合同目的为区分标准对以房抵债协议进行类型化构建,合同目的的差异直接决定了协议涵摄的法律关系的差异。

(一)担保目的型以房抵债协议

顾名思义,担保型以房抵债协议即以担保为目的的以房抵债协议。因其签订目的为借房屋价值担保原债清偿,其情形与《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第388条的规定殊途同归。根据是否完成过户登记手续,可将担保型以房抵债协议进一步分为让与担保型以房抵债协议和买卖担保型以房抵债协议,其中学界又将买卖担保称为后让与担保。

1. 让与担保型以房抵债协议产生优先受偿权

让与担保型以房抵债协议,形式上表现为债务履行期届满前签订的、已办理过户登记手续的协议。关于让与担保型以房抵债协议涵摄的民事法律关系,目前学界已经形成通说,双方当事人通过协议将房屋转移至债权人名下,并依法完成公示手续。若债务已履行,则依据约定该房屋的所有权重新归还于债务人^③;按《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度司法解释》)规定,若债务人在规定履行期限届满后仍未清偿债务,则债权人将依法获得该房屋受偿权。就本质而言,担保物权核心在于直接取得或支配特定财

①参见最高人民法院:“中天建设集团有限公司、贾琼等案外人执行异议之诉民事再审民事判决书”,(2022)最高法民再126号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNzI2MDQ3MDQ%3D?searchId=8a3ef248db684a94a52d2e9723b9a111&index>;最高人民法院:“李萍玲、西藏信托有限公司等案外人执行异议之诉民事二审民事判决书”,(2021)最高法民终1023号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNjAxNTYxMjQ%3D?searchId=b1f2cf3478db4e1a9a73f9b631ac25bb&index>,最后访问时间:2024年10月6日。

②参见最高人民法院:“抚顺市国信典当有限公司、抚顺银行股份有限公司东洲支行等案外人执行异议之诉民事申请再审审查民事裁定书”,(2021)最高法民申3814号,载威科先行·法律资源库, <https://law.wkinfo.com.cn/judgment-documents/detail/MjAzNTkzNzA1OTc%3D?searchId>,最后访问时间:2024年10月6日。

③参见王利明:《物权法研究》(第四版),北京:人民出版社2016年版,第352页。

产的交换价值,由此可将其认定为一种优先受偿权。

2. 买卖担保型以房抵债协议不产生权益

买卖担保型以房抵债协议,形式上表现为债务履行期届满前签订的、未办理过户登记手续的协议。在对以物抵债协议的性质进行讨论时,2014 年最高人民法院公报案件“朱某芳案”无疑是不可回避的^①。裁判中并没有对以房抵债协议的性质确定作出任何技术性处理,仅视作附条件解除的买卖合同予以判决。

对于“朱某芳案”体现的新型担保方式,杨立新教授认为,在以担保为目的的以房抵债协议中,后让与担保可以与让与担保进行比对辨析,二者展现出高度相似性,主要区别仅在于协议签订之际财产权是否已实质变动。如签订协议之时房屋尚未过户,则此种情形应被界定为“后”让与担保^②。学界不乏其他观点与之相对立,如董学立完全否定杨立新教授的观点,认为以房抵债协议中体现出的担保仅仅具有形式意义和工具意义,抵押权既可以通过变卖清算实现,也可以通过归属清算实现,二者均为其实现的有效手段^③。但鉴于董学立认为没有办理登记手续并不影响交易,甚至并不影响抵押权的成立,这一观点完全与登记生效主义大相径庭,更是推翻了抵押权的基本制度,对此本文不予认同。

由于这种担保是通过签订商品房买卖合同的形式实现的,可将其命名为“买卖型担保”,参照适用《民法典》第 401 条^④的规定,在未经公示的情形下,协议本身仅被视为一种具有债权性质的担保,债权人可以申请拍卖变卖标的物,以所得价款偿还借款,但并不享有优先受偿权。债权人不仅无法享有对抵债房屋的优先受偿权,更不能作为案外人提起执行异议之诉。也即买卖担

保型以房抵债协议并不产生任何足以排除强制执行的权利。

(二) 清偿目的型以房抵债协议

1. 代物清偿型以房抵债协议产生所有权

代物清偿型以房抵债协议形式上表现为债务履行期届满后签订的、已办理过户登记手续的协议。代物清偿是一种存在于债权人与给付人之间的契约关系,通过以其他形式给付替代原有给付实现债权的消灭^⑤。代物清偿型以房抵债协议通过抵债房屋的实际价值来冲抵原债权,进而消除原有的债权债务关系。在此协议下,债权人与债务人已完成了抵债房屋的所有权移转登记,意味着债权人已实际取得房屋所有权,原债权债务关系因此得以终结。

2. 新债清偿型以房抵债协议产生普通债权

新债清偿型以房抵债协议形式上表现为债务履行期届满后签订的、未办理过户登记手续的协议,但协议的签订并非为了获得房屋所有权。与代物清偿型情况相类似,我国立法同样缺乏对新债清偿的明文规定,但这一法律术语广见于学界和实务界对以房抵债协议的讨论中,如房绍坤将债务清偿届满后签订的以房抵债协议认定为诺成性合同,并且基于其签订时间将其定义为新债清偿^⑥;司伟将履行债务期届满后约定的以房抵债协议认定为诺成性的新债清偿^⑦;2016 年最高人民法院公报案件“通州建总案”中指出,只有在合法有效地履行以房抵债协议约定的全部义务后,原有的债权债务关系才会归于消灭,否则原债权债务和新债权债务会处于一种并存状态。由此可知,新债清偿的法律关系中,旧债的消灭依赖于新债的切实履行。在新债替代旧债被清偿之前,新旧债务均处于并存状态。在此种新债清偿法律关系下,以房抵债受让人在履行原债和

①参见最高人民法院办公厅:《朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2014 年第 12 期。

②参见杨立新:《后让与担保——一个正在形成的习惯法担保物权》,载《中国法学》2013 年第 3 期,第 74 - 84 页;杨立新:《司法实践的后让与担保与法律适用》,载《人民法治》2015 年第 9 期,第 13 - 15 页。

③参见董学立:《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》,载《中国法学》2014 年第 3 期,第 288 - 304 页。

④《中华人民共和国民法典》第 401 条(流押)规定:“抵押权人在债权履行期限届满前,与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的,只能依法就抵押财产优先受偿”。

⑤参见[日]我妻荣著,王赓译:《新定债权总论》,北京:中国法制出版社 2008 年版,第 136 页。

⑥参见房绍坤:《论新债清偿》,载《广东社会科学》2014 年第 5 期,第 246 - 256 页。

⑦参见司伟:《债务清偿期届满后的以物抵债纠纷裁判若干疑难问题思考》,载《法律适用》2017 年第 17 期,第 79 - 84 页。

完成抵债房屋过户登记之间有选择空间,择一选择清偿后原债权债务关系均得以归于消灭。由此,债权人并不对房屋享有物之交付请求权,双方签订协议的目的依然是为了清偿原债,基于新债清偿型以房抵债协议产生的权益应当归属于一种普通债权。

(三)购房目的型以房抵债协议

购房型以房抵债协议形式上表现为债务履行期届满后签订的、未办理过户登记手续的协议,且协议的签订是为了获得房屋所有权。实际上,购房型以房抵债协议的订立是以清偿原债的合意为基础的,原则上属于一种债务清偿,但由于一方当事人签订协议的目的明确为获得房屋所有权,这一情形和《执行异议复议规定》第28条的立法原意最为对应。

1. 购房目的型以房抵债协议的外观识别

2015年最高人民法院公报案件“彦海公司案”^①中,对这一类型以房抵债协议的识别作出了相对完整的论述,认为在原借款合同到期后,双方协商一致终止了原债权债务关系,并用房屋所有权的转移达成偿还所欠款项的目的,这并不属于对民间借贷合同的担保,而是在当事人之间重新建立了房屋买卖关系。

由于购房型以房抵债协议成立的首要特征是原债权债务关系被新的房屋买卖关系完全替代,当事人之间达成的是债务更新的合意,故有学者将其命名为“债务更新型以房抵债”。债务更新,即在债务履行期届满仍未获得清偿的情况下,经当事人协商一致,以新债替代旧债;新债一经成立,旧债即告消灭。债务更新和新债清偿都具有诺成性,实践上往往也容易混淆。二者最突出的区别便是原债权债务关系是否有所保留。新债清偿是“以新债清偿”,而债务更新是“以新债更新旧债”。

2. 购房目的型以房抵债协议产生“物权期待权”

双方当事人签订的购房型以房抵债协议生效后,原债权债务关系变更为房屋买卖关系,这种房屋买卖关系的建立契合了《执行异议复议规

定》第28条保护不动产买受人合法权益的立法目的。最高人民法院在诸多公报案件中明确将其命名为“物权期待权”,这一用词引入了德国民法典中的期待权理论,但与德国法中物权期待权的概念、性质、法律地位均有较大区别。其名义上是对德国法中概念的本土化移植,实际上无非是法规起草者的再起名技术,为不动产买受人享有的法律意义上的倾斜保护规定填补了“理论马甲”。具体而言,学界对于这种“物权期待权”的立法纷争不断、驳论丛生,但本文不讨论此种权利的性质,也不对立法作出价值判断,仅仅借用司法惯用术语将购房型以房抵债协议引入进一步讨论强制执行排除力的框架中,认为购房型以房抵债协议产生《执行异议复议规定》第28条意图保护的“物权期待权”。

三、购房目的型以房抵债协议强制执行排除力的证成

(一)担保目的型以房抵债协议无强制执行排除力

1. 优先受偿权未受妨害时无强制执行排除力
实践中,对于让与担保型以房抵债协议本身是否有效存在争议。在抵债财产远远高于债权数额的情况下,很有可能在外观上是显失公平的。在实体法规则中,担保物权是可以较普通债权进行优先受偿的;但享有优先受偿权,并不意味着享有对房屋的实际支配权,而是对房产折抵后所得价款的实际支配权。优先受偿仅仅代表了债务履行顺位的优先,并不具有强制执行排除力。

2. 买卖担保型以房抵债协议无强制执行排除力

“朱某芳案”判决象征着买卖担保型以房抵债协议的横空出世,但对于此种协议的效力,司法实践中始终持有一种否定观点。《民间借贷司法解释》第24条直接否定了原判决的立场,认为仅仅签订协议并不能获得物权效力。《合同编司法解释》第28条更是直接规定了协议的无效,债

^①参见“最高人民法院指导案例72号:汤龙、刘新龙、马忠太、王洪刚诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案(最高人民法院审判委员会讨论通过2016年12月28日发布)”,载讼也网,http://ms.isheng.net/index.php?doc-view-18666,最后访问时间:2024年10月9日。

权人只能在房屋的拍卖、变卖、折价范围内实现债权的受偿。以房抵债协议的效力本身都被否定,债权人甚至不享有提起案外人执行异议之诉的主体资格,遑论强制执行排除力问题。

这也是本文坚持类型化构建以房抵债协议的价值和意义所在。从当事人合意出发,结合“债务履行期是否届满”和“房屋所有权是否已转移”两大要件,对涵摄在“以房抵债协议”这一用语下庞大的案例群进行切割,首先便可以将买卖担保类排除在外,减轻司法机关的办案压力。

(二)清偿目的型以房抵债协议无强制执行排除力

1. 代物清偿型以房抵债协议缺乏进入执行异议之诉的动因

在早期尚存以房抵债协议“要物性”与“诺成性”的性质争议时,便有大部分持要物性观点的学者举例,认为代物清偿型以房抵债协议实际成立要件就是债务人对他种给付的实际受领,因此以房抵债协议仍然具有要物性的可能。但在此种语境下,坚持以房抵债协议的要物性等同于认为所有以房抵债协议都是一种代物清偿,这样的观点显然是片面的。恰恰相反的是,权利义务关系明确的代物清偿型以房抵债协议不具有产生法律争议的可能。

由于代物清偿型以房抵债协议可以产生所有权,而所有权显然是“足以排除强制执行”的诸多权益类型中最为典型的组成部分,对于所有权具有强制执行排除力,不论学界还是实务界均已达成共识。但所有权的取得需要办理过户登记手续,而对已办理过户登记手续的房屋提起执行异议本就匪夷所思,即便确有异议也会终止在形式审查中,全无进入执行异议之诉实质审查的可能。

2. 普通债权无强制执行排除力

新债清偿型以房抵债协议产生的是普通债权,鉴于债权上附着的相对性和平等性特质,当数个债权人对同一债务人产生多个普通债权时,此种债权之间不受成立时间或产生原因的影响而产生效力上的优劣之分。特别是在强制执行程序中与普通金钱债权进行权利顺位上的比较时,一个普通金钱债权的执行显然不具有排除另一个普通金钱债权执行的优先效力。

(三)购房目的型以房抵债协议有强制执行排除力

1. 购房目的型以房抵债受让人法律地位与不动产买受人等同

从基础法律关系的视角而言,对于“房屋买卖合同关系”从法解释学上存在狭义和广义两种倾向,其中只要双方当事人的最终目的是实现房屋所有权的移转,则属于广义的房屋买卖合同关系范畴。应对房屋买卖合同关系作广义解释,此时,基于以房抵债协议交付价款实际上是一种获得房屋所有权的特殊付款模式,由此以房抵债受让人可以获得与不动产买受人相同的民事权益。对于不动产买受人而言,获取房屋所有权的方式是价款的支付,可以视作积极财产的增加;对于以房抵债协议的持有者而言,获取房屋所有权的方式是旧债的终结,可以视作消极财产的减少,二者的法律评价是一致的,实体法律地位也是一致的。当签订以房抵债协议的目的为获得房屋所有权时,以房抵债受让人的权利外观与不动产买受人本质上是一致的,也因此获得了适用《执行异议复议规定》第28条的可能。

2. “物权期待权”有强制执行排除力

总体而言,综合考量社会背景、立法实效以及对申请执行人信赖利益的保护等多重因素,之所以赋予以房抵债受让人排除金钱债权执行的优先效力,与不动产登记滞后的社会背景、法的滞后性特征以及保护申请执行人信赖利益等因素休戚相关。即便学界对此乏善可陈,有学者更是批评其名不副实,认为期待权作为权利的真正功能无法获得实现,而仅仅赋予了不动产买受人“一面防御之盾”。其他学者亦持相同观点,或言体系膨胀和不必要的内容扩张,或与德国物权期待权进行比较说理。但对此本文认为,在不动产登记制度大相径庭的制度背景下,本土化改造无可厚非,削足适履只会适得其反。

四、以房抵债协议足以排除强制执行的认定路径

(一)前提要件:以房抵债协议合法有效

对以房抵债协议进行实质审查可以类比合同审查的一般性原则,但亦有不同之处。《合同编司法解释》施行前,裁判中曾存在对以房抵债

协议何时成立的争议,存在“诺成性”与“要物性”之争。而《合同编司法解释》第27条、第28条回应了民法的意思自治价值取向,明确了以房抵债协议成立的诺成性原则。

对于以房抵债协议生效要件的认定,即便立法司法均已存在定论,但不论以房抵债协议的类型单论其要物与诺成依然是不严谨的。这种要物性的例外是由于当事人签订协议目的的不同产生的,整体上还应坚持以诺成性为原则、要物性为例外的观点。

(二) 额外审查要件:以房抵债协议以购房为目的

1. 根据协议签订特征否定担保目的型以房抵债协议强制执行排除力

前文对以房抵债协议类型化时,先基于合同目的不同将其归为三类,再具体分析三类以房抵债协议的特征,即债务履行期是否届满、房屋所有权是否转移。而在进入执行异议之诉的裁判时,最为直观的要件事实是以房抵债协议的签订状态,协议内容首先可判断的是债务履行和所有权转移情况。因此,裁判审理的逻辑是从两大特征进行倒推,首先可直接否定债务履行期届满前签订的以房抵债协议的强制执行排除力。

2. 实质审查当事人意思表示是否为获得房屋所有权

在对债务履行期届满后签订的以房抵债协议性质进行判断时,需要实质审查当事人签订协议的目的。在协议外观并无明显区别时,直接解释买卖意思是牵强的,此时法官可基于自由心证反向推定,通过排除非买卖意思得出结论:若双方当事人欲保留一定选择空间和反悔余地,则为代物清偿;若双方当事人有一方负有变价义务,且并不希望最终获得房屋所有权,则为新债清偿。排除二种情形时,便可以轻松判断购房目的型以房抵债。

综上所述,可以将以房抵债协议的性质认定流程转化如图1。

(三) 构成要件:以房抵债协议足以排除强制执行

对于构成要件的审查填补了强制执行排除力司法认定步骤的最后一个闭环,以房抵债协议签订目的为获得房屋所有权是法律适用的前提,

对四个构成要件以此比对后才能得出最终结论。

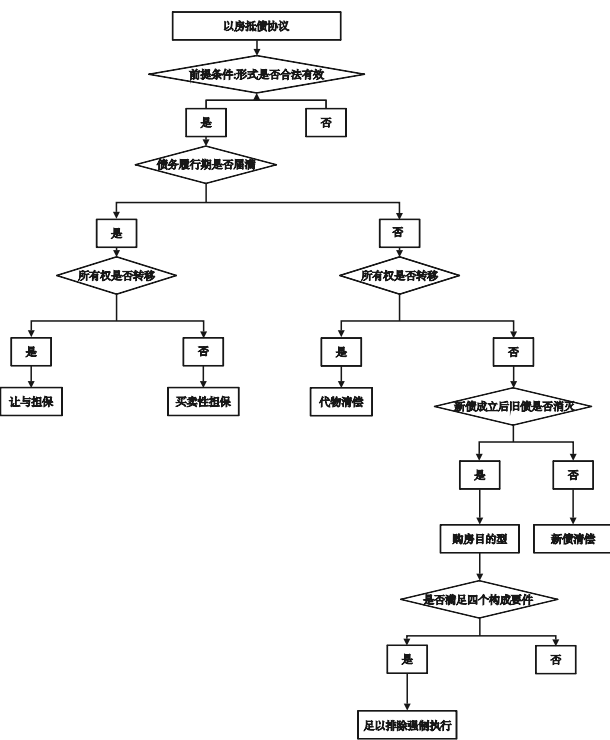


图1 以房抵债协议性质认定的流程示意

1. 查封前符合要求的协议

有效的以房抵债协议是获得强制执行排除力的首要前提,对协议有效性、合法性的审查无疑是优先的。

首先,协议的外在形式应当合法有效。前文提及当前司法实践中有直接否定以房抵债协议的裁判倾向,认为协议代表了双方当事人的虚假意思表示,这种消极审理的倾向和外在形式审查标准的缺失是存在关联的。本文认为,应当参照《民法典》“合同编”的一般规则和对合同效力的要求予以审查。

其次,协议的实质内容应当合法有效。换言之,实质内容的合法有效也代表着双方当事人基于以房抵债协议产生的债权债务关系的合法有效,主要是避免虚假诉讼的情形。同时,以房抵赌债、以房抵贿赂等非法债权并不属于法律所保护的对象,在审查中还需要关注是否存在超出法律规定的违约金、利息及逾期利息等情形。

2. 查封前合法占有房屋

首先,非法占有不能排除强制执行。案外人对于抵债房屋的占有必须具有合法性,这种合法

一般解释为通过法律认可的方式实施占有行为。当以房抵债协议无效时,基于协议的占有自然是非法的,此处非法占有的主要情形在司法实践中表现为案外人未经被执行人的同意私自强占房屋。

其次,法条表述中的“占有”属于实际控制权。占有并不仅仅限于直接占有房产,表现为对抵债房屋的实际控制权和事实上的支配权,例如受让人已取得房屋钥匙、已对房屋进行装修、已将房屋对外租赁等。

3. 已支付全部或者部分价款

买受人与被执行人签订多份合法有效的书面房地产买卖合同时,人民法院可以结合多份合同的总金额、买受人已支付金额等情况,对买受人的付款情况是否满足《执行异议复议规定》第28条第(3)项的规定进行审查判断。

4. 对未办理房屋登记无过错

对过错的认定一向是司法实践中棘手的课题。只有以房抵债受让人积极行使权利,并未怠于获取房屋所有权,其权利才有受到保护的必要性。这体现为受让人对并未及时办理房屋登记没有过错,是以房抵债协议指向的权利具有优先性的重要审查要素。在传统民法理论中,过错被分为故意与过失两种情形,其中过失又根据程度不同进一步划分为重大过失、具体轻过失与抽象轻过失。具体到以房抵债情形中,只有受让人达到故意或重大过失的程度时,才会丧失对强制执行的优先排除力。

首先,以房抵债受让人不具有故意。如为了规避房屋限购政策或土地出让金等政策,未办理过户登记手续而签订以房抵债协议,即便该协议指向的是获得房屋所有权的真实意思表示,依然不应取得法律上的优先权。这种当事人双方的恶意串通已经对社会公共利益和国家利益造成了严重损害,对此种行为的否定性评价,对于维护法律的权威性与统一性具有极其重要的意义。

其次,以房抵债受让人不具有重大过失。其中第一种情形,是以房抵债受让人怠于行行使过户登记请求权、怠于办理过户登记手续。“法律不保护躺在权利上睡觉的人”,不积极配合过户登记手续是明显归责于以房抵债受让人的重大过失,显然不应得到法律的保护。第二种情形,是

以房抵债受让人未尽到合理审查义务。

五、结语

在所有使用房产履行金钱债务的协议都被视作以房抵债协议的现有语境下,势必会出现规范缺失或裁判结果不一致等问题。在类型化构建以房抵债协议、明确其法律性质的前提下,建立统一规范的涉房执行异议之诉裁判规则,可以实现对实践困境的突破。

同时需要认识到的是,即便本文并未对《执行异议复议规定》第28条所保护的不动产买受人“物权期待权”的权利性质进行论证,也并未讨论立法上的完善建议,但不可否认的是,目前“物权期待权”的性质并不明确,学界争论并没有得到回应和解决。“物权期待权”的存在,是对我国长久以来并不完善的不动产登记制度的亡羊补牢,具有明显的过渡性、妥协性、补足性。本文仅在现有裁判框架不受重创的情况下,对审理逻辑予以微调,但这并非长久之计。期盼今后诸如《执行异议复议规定》的程序法司法解释可以实现法律位阶上的提升,回归实体法的范畴,由此更好实现立法的体系化。

〔参考文献〕

[1]江必新,刘贵祥.最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题规定理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2015.

[2]肖建国.民事执行法[M].北京:中国人民大学出版社,2014.

[3]最高人民法院民事审判第二庭.《全国法院民商事审判工作会议纪要》理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2019.

[4]孙宪忠,常鹏翱.论法律物权和事实物权的区分[J].法学研究,2001(05):81-94.

[5]肖建国.《民事诉讼法》执行编修改的若干问题探讨:以民事强制执行救济制度的适用为中心[J].法律适用,2008(04):21-27.

[6]杨立新.后让与担保:一个正在形成的习惯法担保物权[J].中国法学,2013(03):74-84.

[7]董学立.也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷[J].中国法学,2014(03):288-304.

[8]高治.担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策[J].人民司法,2014(23):65-69.

[9]肖俊.代物清偿中的合意基础与清偿效果研究[J].

中外法学,2015(01):43-59.

[10]冯永强.论以物抵债行为的性质与效力[J].新疆社会科学,2015(03):101-107.

[11]杨立新.司法实践的后让与担保与法律适用[J].人民法治,2015(09):13-15.

[12]司伟.债务清偿期届满后的以物抵债纠纷裁判若干疑难问题思考[J].法律适用,2017(17):79-84.

[13]赵晋山,王赫.“排除执行”之不动产权益——物权变动到债权竞合[J].法律适用,2017(21):14-18.

[14]王聪.案外人执行异议之诉中异议事由的类型化研究——以“足以排除强制执行的民事权益”为中心[J].法治研究,2018(04):108-117.

[15]肖建国,庄诗岳.论案外人异议之诉中足以排除强制执行的民事权益——以虚假登记财产的执行为中心[J].法律适用,2018(15):11-22.

[16]肖俊.以物抵债裁判规则的发展趋势与建构方向——2011—2019年最高人民法院审判经验的考察与分析[J].南大法学,2020(01):101-115.

[17]孙宪忠,杨丽美.房屋交易已交付但未登记的确权问题[J].中国应用法学,2020(03):12-23.

[18]黄耀文.再论以物抵债行为的性质与效力[J].江西财经大学学报,2020(02):137-147.

[19]司伟,王小青.执行异议之诉中不动产买受人排除强制执行的要件审查[J].人民司法,2019(23):17-21.

[20]朱晨阳.不动产案外人执行异议之诉的裁判规则构建——以案外人主张享有所有权及物权期待权为例[C].法律实务集刊,2023(01):192-205.

[21]罗亚文.不动产物权期待权实体法外溢的反思与厘正——基于31份二手房“先卖后抵”判决书之整理[J].法治研究,2023(03):148-160.

[22]袁野.期待权之检讨[J/OL].法学研究,1-19[2024-04-14].<http://106.53.219.187:8085/kcms/detail/11.1162.D.20240409.0910.004.html>.

【责任编辑:张戈】

Judicial identification of excluding compulsory execution by an agreement to settle debts with a house

Zhang Yue, Quan Liangqi

(Liaoning University, Shenyang Liaoning 110036, China)

Abstract: In an execution objection lawsuit, there is a divergence between the theoretical and practical aspects of whether an outsider can obtain the exclusion force of compulsory execution based on an agreement to settle debts with a house. To determine whether an agreement to settle debts with a house is sufficient to exclude compulsory execution, it is necessary to focus on examining the purpose of the contract. Thus, it can be typologically constructed into three types: the type of guarantee purpose, the type of debt settlement purpose and the type of house purchase purpose. Among them, the agreement to settle debts with a house in the type of house purchase purpose indicates the parties' intention to transfer the ownership of the house, which is in line with the intention of the "Provisions of the Supreme People's Court on Several Legal Issues Concerning the Handling of Execution Objection and Reconsideration Cases" to give preferential protection to the legitimate rights and interests of blameless real estate buyers. An agreement to settle debts with a house that is sufficient to exclude compulsory execution should be legally valid in form, aim to obtain the ownership of the house in terms of the contract purpose, and meet the four constitutive requirements of Article 28 of the above-mentioned provisions in terms of content.

Key words: agreement to settle debts with a house; excluding compulsory execution; execution objection lawsuit; judicial identification

【法学理论研究】

知识产权恶意诉讼的认定与规制

邓中文¹,陈 勇¹,付 忠²

(1. 四川轻化工大学,四川 宜宾 644000;2. 四川省宜宾市翠屏区人民检察院,四川 宜宾 644000)

〔摘 要〕知识产权恶意诉讼是以合法形式掩盖非法侵权目的,违反诚实信用原则,扰乱市场秩序和司法秩序,借助诉讼的合法形式谋取不正当利益的行为。对于知识产权恶意诉讼的概念、构成要件以及赔偿范围等,相关法律及司法解释均未作出明确规定,司法实践中存在着认定当事人主观恶意困难、人民法院判决赔偿范围狭窄以及同案不同判等现状。知识产权恶意诉讼的根源,在于现有法律规定不健全、恶意诉讼行为人违法成本低、授权机关审查不严谨以及知识产权本身具有高度专业性。有效规制知识产权恶意诉讼,具有紧迫现实意义和深远历史意义。对此,应当从立法、执法、司法等角度,全方位构建遏制知识产权恶意诉讼的机制,以实现保护权利人知识产权和惩治恶意诉讼行为人的双重目的。

〔关键词〕知识产权;恶意诉讼;司法认定;规制

〔作者简介〕邓中文(1968—),男,四川岳池人,四川轻化工大学法学院院长、教授、硕士研究生导师,法学博士,主要从事刑法学、司法制度研究;陈勇(1998—),男,重庆酉阳人,四川轻化工大学法学院 2022 级法律硕士研究生,主要从事刑法学、司法制度研究;付忠(1969—),男,四川宜宾人,四川省宜宾市翠屏区人民检察院党组书记、检察长,三级高级检察官,主要从事检察制度研究。

〔收稿日期〕2024-12-05

〔中图分类号〕D915〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2025)01-097-08

《知识产权强国建设纲要(2021—2035 年)》指出:到 2025 年,我国知识产权强国建设取得明显成效,知识产权保护更加严格,社会满意度达到并保持较高水平。到 2035 年,全社会知识产权文化自觉基本形成,全方位、多层次参与知识产权全球治理的国际合作格局基本形成。知识产权具有特殊财产权性质,能够产生巨大的财产价值。司法实践中,一些不法分子恶意取得形式上合法的知识产权,然后以维权名义提起恶意诉讼,目的在于侵害他人的合法权益。这种恶意诉讼理应为法律所禁止,但现行法律对于恶意诉讼的概念、构成要件均缺乏细化规定,致使司法实践中存在知识产权恶意诉讼识别困难、同案不同判、惩治恶意诉讼行为人的力度不够等突出问题。构建惩治知识产权恶意诉讼的科学机制具有重要理论价值和现实意义。

一、知识产权恶意诉讼的理论界定

(一) 知识产权恶意诉讼的概念

王利民教授在《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)建议稿中,曾将恶意诉讼纳入民事侵权情形,但正式通过的《民法典》并未就恶意诉讼作出明确规定;《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)和《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)中,有对恶意诉讼的规制,但对于究竟什么是恶意诉讼及其恶意诉讼的构成要件却没有作出规定。学者对恶意诉讼的表述也不尽一致。梁慧星教授认为,恶意诉讼是指行为人恶意提起诉讼,以使被告受到司法判决,进而以此损害相对人合法利益的行为;王利民教授认为,恶意诉讼是指故意以他人受到损害为目的,无事实和正当理由而提起民事诉讼,致使对方在诉讼中遭受损失的,应当承担民

事责任;杨立新教授认为,恶意诉讼是故意以他人受到侵害为目的,无事实和正当理由而提起民事诉讼,致使对方遭受损失的行为。

借鉴上述学者对恶意诉讼的定义,笔者认为,知识产权恶意诉讼是恶意诉讼在知识产权领域的表现,是指明知其提起的诉讼缺乏事实、证据和正当理由,为牟取非法利益,仍然向人民法院提起知识产权诉讼的行为。

(二) 知识产权恶意诉讼的构成要件

关于恶意诉讼的构成要件,理论上存在着争议。第一种观点从实体上认为恶意诉讼本质上是一种过错侵权行为,应按照侵权责任的构成要件进行认定,即按照加害行为、损害后果、因果关系和主观过错加以认定。甚至有观点主张将恶意诉讼行为作为侵权行为予以立法规定。刘迎霜教授认为,应构建我国恶意诉讼侵权行为理论,将恶意诉讼作为一种特殊侵权行为作出立法规定,为所有类型的恶意诉讼(不仅限于《民事诉讼案由规定》中的类型)相对人提供民事法律救济。第二种观点以恶意诉讼行为与恶意诉讼责任相区分为前提,从程序上认为恶意诉讼的构成要件仅包括主观上存在故意和客观上存在恶意诉讼的行为即可。奉晓政教授认为,知识产权恶意诉讼的构成要件为:(1)存在主观上的故意,即原告明知提起知识产权诉讼毫无根据,仍企图通过行使诉权达到非法目的,如打击竞争对手、提升自身知名度等,仅有过失则不构成恶意诉讼;(2)存在客观行为,即原告在毫无根据时实施了知识产权诉讼行为,而损害结果、违法行为与损害结果之间的因果关系并非恶意诉讼的构成要件,此二者系因恶意诉讼所导致侵权损害赔偿责任的构成要件。

上述两种观点观察的视角不同,均有一定道理。笔者认为,根据《民法典》第1165条规定:“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任”。恶意提起知识产权诉讼纠纷本质上属于侵权纠纷,适用过错责任原则,只不过这种侵权方式有其特殊之处,即其加害行为为采取提起诉讼方式;同时,行为人系采用合法手段实现非法目的,可见,仅从程序角度无法全面评价其行为性质。换言之,将其行为定性为侵权更为妥当。此外,主流学术观点也是将恶意诉

讼认定为侵权性质,应按照《民法典》“侵权责任编”的相关条款认定其是否侵犯了相对人的权益,即应从加害行为、损害后果、因果关系和主观过错等方面进行认定和处理。也就是说,知识产权恶意诉讼的成立包括加害行为、损害后果、行为与后果的因果关系以及主观过错等四个构成要件。

二、知识产权恶意诉讼样本考察与实践难题

(一) 知识产权恶意诉讼样本考察

笔者将案由设置为“恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”在中国裁判文书网上进行检索,截至2023年9月1日,检索结果为109份判决书、96份裁定书、2份调解书、1份通知书及6份其他文书。经筛查排除重复文书,符合条件的判决类文书共计105份。

1. 案件的时间分布

如图1所示,从因恶意提起知识产权恶意诉讼损害赔偿案件的时间分布来看,自2014年开始案件数量逐年增加,2021年案件数量达到了30件的峰值。总体而言,从2017年开始,每年案件量都在10件以上。

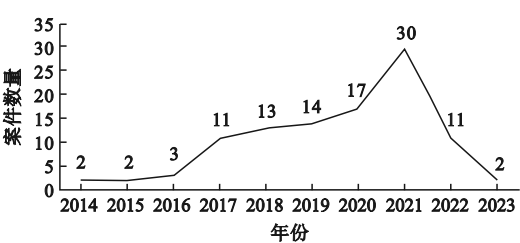


图1 因恶意提起知识产权诉讼损害赔偿纠纷时间分布

2. 案件权利类型分布

如图2所示,从权利类型来看,知识产权恶意诉讼损害赔偿纠纷中专利纠纷案件数量最多;同时,专利纠纷中实用新型专利和外观设计专利占了很高比例,其次是商标权纠纷,最后是著作权纠纷。

3. 案件构成恶意诉讼分布

如图3所示,在笔者检索的案件中,人民法院最终认定构成知识产权恶意诉讼的案件占比为29.5%,另有70.5%的案件则没有被人民法院认定为恶意诉讼。

4. 案件判决赔偿数额情况

如表1所示,相关案例中原告主张被告赔偿的数额较多,而人民法院最终判决赔偿的数额较

少,表明人民法院最终判决赔偿数额和原告的心理预期落差较大。

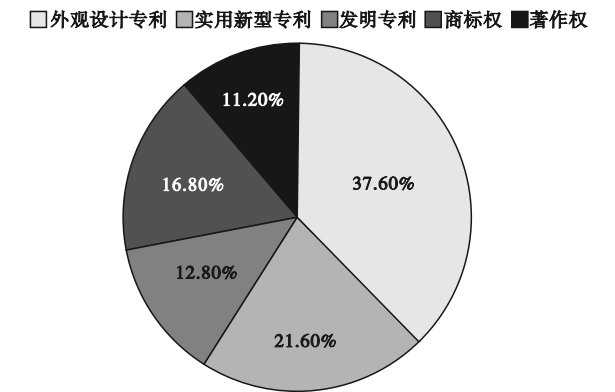


图 2 所涉及的知识产权权利类型

(二) 知识产权恶意诉讼的实践难题

1. 主观“恶意”认定困难

知识产权恶意诉讼中的“恶意”,属于主观方面的内容。对于外界而言,很难察知当事人的心

态,故当事人是否存在恶意是认定属于恶意诉讼的关键和难点。理论界对于知识产权恶意诉讼中“恶意”的内容存在争议:主流观点认为,“恶意”应为故意,不包括过失;也有学者认为恶意应当包含重大过失,学者李浩成认为,知识产权恶意诉讼者的过错应包含重大过失,不包括一般过失;还有观点认为,恶意诉讼中的“恶意”为直接故意。由此可见,知识产权恶意诉讼中的主观“恶意”究竟属于哪种主观心态,尚需进一步研究。

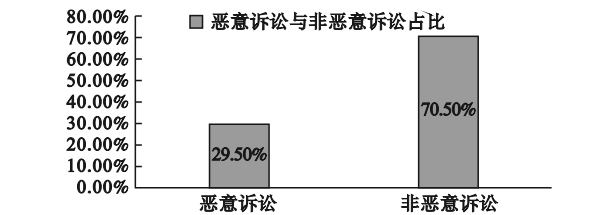


图 3 是否构成知识产权恶意诉讼案件分布

表 1 人民法院判决赔偿数额情况

序号	案号	原告诉讼请求赔偿数额	法院判决赔偿数额	占比
1	(2022)浙 02 民初 690 号	100000 元	10000 元	10%
2	(2021)浙 02 民初 1916 号	80000 元	8000 元	10%
3	(2020)粤 73 民初 1596 号	100000 元	30000 元	30%
4	(2020)粤 2072 民初 2129 号	3990000 元	180000 元	4%
5	(2017)粤 03 民初 632 号	2000000 元	500000 元	25%

知识产权恶意诉讼的主观心态具有较强的隐蔽性。司法实践中,对行为人的主观恶意难以识别,甚至出现同案不同判的现象。在(2016)鲁民终 2271 号 L 公司起诉 B 公司案中,山东省高级人民法院认定其行为不成立恶意诉讼,理由在于:“注册商标时的恶意与提起商标侵权诉讼时的恶意不是一个概念,起诉时具有恶意才是核心,同时 B 公司向 L 公司提起诉讼或向工商机关申请采取扣押等措施时,B 公司商标权仍在有效期内,L 公司现有证据尚不足以证明 B 公司当时已经知道其商标已被申请撤销及其商标将被商

评委裁定撤销的事实,故 B 公司不构成恶意诉讼”^①。同样的行为,在(2017)苏民终 1874 号 Z 公司起诉 B 公司案中,江苏省高级人民法院认定 B 公司成立恶意诉讼,理由为:“B 公司申请注册 TELEMATRIX 商标时,明知该商标系抢注他人在先使用并有一定影响的商标,其获得该商标注册不具有实质上的正当性,在行为人恶意取得知识产权的情况下,其取得知识产权时的恶意,自然可以作为认定其提起诉讼时具有恶意的依据,故 B 公司构成恶意诉讼”^②。由此看来,同样的恶意诉讼行为在不同法院出现不同裁判,充分反映

①参见山东省高级人民法院:“日照立德电子科技有限公司、山东比特智能科技股份有限公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷二审民事判决书”,(2016)鲁民终 2271 号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=0f7269eb485b7c34d270cd9418947ca8&s7>,最后访问时间:2024 年 9 月 19 日。

②参见江苏省高级人民法院:“山东比特智能科技股份有限公司与江苏中讯数码电子有限公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷二审民事判决书”,(2017)苏民终 1874 号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?%EF%BC%882016%EF%BC%89%E9%B2%81%E6%B0%91%E7%BB%882271%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024 年 9 月 19 日。

出司法实践中认定知识产权恶意诉讼主观恶意的困难。值得注意的是,知识产权恶意诉讼的“恶意”判定时间应当从何时起算,是否只能以起诉时作为判断时点;认定恶意诉讼的“恶意”应当考虑哪些具体因素进行推定,才能正确区分正常维权行为与侵权行为。

2. 损害赔偿范围狭窄

在侵权法领域,没有损害就没有赔偿。恶意诉讼行为人提起诉讼,会给相对人造成损害,其损害可以分为直接损失和间接损失。直接损失包括因恶意提起知识产权诉讼给对方当事人造成的律师费、交通费、食宿费等,间接损失则包括给当事人的人格、商誉、影响正常经营等造成的损害。《最高人民法院关于知识产权侵权诉讼中被告以原告滥用权利为由请求赔偿合理开支问题的批复》阐明:“在知识产权侵权诉讼中,被告提交证据证明原告的起诉构成法律规定的滥用权利损害其合法权益,依法请求原告赔偿其因该诉讼所支付的合理的律师费、交通费、食宿费等开支的,人民法院依法予以支持。被告也可以另行起诉请求原告赔偿上述合理开支”。根据最高人民法院的意见,对于受害方要求侵权方支付合理的律师费、交通费、食宿费等相关经济损失的诉讼要求,人民法院应当予以支持,但司法实践中,大多因为间接损失难以衡量或者当事人提供的证据不足等原因,使得人民法院通常只判决赔偿直接损失,而忽略了间接损失。在(2019)沪民终139号案件中,就判令原告所主张的因提起恶意诉讼致使Q公司在诉讼中支付了律师费、公证费等经济损失,应当予以赔偿;但对于Q公司主张的其在涉案专利无效宣告程序中支出的费用以及在本案中为实现债权支出的费用,法院却不予支持^①。现实生活中,间接损失往往在损害中占据很高的比重,人民法院仅仅支持赔偿直接经济损失,明显有失公平;同时,司法实践中这种惯常做法恰恰给行为人提供了降低违法成本的可乘之机,导致知识产权恶意诉讼案件越来越多。

三、知识产权恶意诉讼的原因探析

(一) 现有规定不完备

为应对大量出现的知识产权恶意诉讼行为,2011年最高人民法院《民事案件案由规定》明确将“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”列为民事侵权案由之一。目前,规范知识产权恶意诉讼的法律规范主要有《民法典》第7条规定的诚信原则,第132条规定不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益,第1165条规定因过错侵害他人民事权益造成损害的应当承担侵权责任,第1185条关于故意侵犯他人知识产权情节严重的惩罚性规定;《民事诉讼法》第13条关于诚信原则的规定;《商标法》第68条对恶意诉讼的惩治规定。此外《中华人民共和国著作权法》《商标法》《中华人民共和国专利法》等均规定了对于侵犯知识产权诉讼案件原告所遭受的损失、被告所获得的利益以法定赔偿标准兜底赔偿,但对于知识产权恶意诉讼的概念、构成要件以及赔偿范围等,上述法律均未作出具体明确的规定,导致理论上存在争议和司法实践中的裁判标准不一。

(二) 恶意诉讼成本低

当事人逐利是产生知识产权恶意诉讼的重要原因。《民事诉讼法》第13条规定,民事诉讼应当遵循诚实信用原则。行为人在明知自己没有诉的利益情况下提起诉讼,意图损害他人利益从而使自己受益的行为,明显违反了民事诉讼法关于诉讼行为需遵循诚实信用原则的规定,因此行为人的行为具有违法性。行为人明知自己的起诉行为是侵害对方当事人知识产权的违法行为依然坚持起诉,显然是基于诉讼成本收益考量。即便自己最终败诉并承担损害赔偿赔偿责任,但对于对方当事人来说也造成了巨大损失。换言之,自己可以从违法行为中获取利益。以获得商标权为例,申请注册一个商标纸质申请收费最低仅为300元,接受电子发文的网上申请收费最低

①参见上海市高级人民法院:“张志敏与深圳市乔安科技有限公司、上海凯聪电子科技有限公司因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷二审民事判决书”,(2019)沪民终139号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=82b24fb14d74d1c9f1785536856412c5&s7=%EF%BC%882019%EF%BC%89%E6%B2%AA%E6%B0%91%E7%BB%88139%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024年9月19日。

仅为 270 元^①,相较于可能获得的巨大收益而言,其成本几乎可以忽略不计。同时,《民事诉讼法》第 122 条明确规定,起诉必须符合下列条件:原告适格,被告明确,有具体的诉讼请求和事实、理由以及属于人民法院主管和管辖。可见,原告提起诉讼较为简单容易。此外,根据有关规定,关于知识产权纠纷案件缴纳的诉讼费用,没有争议金额或者价额的,每件缴纳诉讼费用 500 元至 1000 元;有争议金额或者价额的,按照财产案件的标准缴纳^②。如前所述,在知识产权恶意诉讼案件中,人民法院对恶意诉讼行为人判决赔偿的数额不高,即便败诉行为人支出的诉讼成本也不高,甚至非但没有损失还可能从对方当事人遭受的损失中获益;恶意诉讼行为人胜诉,则可以获得更加巨大的收益。在“特斯拉”商标案中,抢注者占某主张特斯拉公司及其销售商 T 公司侵犯注册商标专用权,请求法院判令对方赔偿经济损失 2394 万元^③。不难看出,一旦抢注者获得胜诉将获得巨大的利益。由此可见,提起知识产权恶意诉讼是性价比很高的一种谋利手段,故而成为行为人恶意诉讼的诱因。

(三)形式审查隐患明显

在中国裁判文书网检索案由为“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”的案件,大多涉及实用新型和外观设计专利,原因在于授予实用新型与外观设计专利的权力机关只对当事人提交的文件和资料进行形式审查。所谓形式审查,是指授权机关仅对申请人的申请材料进行形式化审查,而不对其合法性和真实性进行审查。固然,这种形式审查有利于提高行政效率、方便当事人,但这种形式化审查也为后续当事人恶意提起知识产权诉讼牟取非法利益创造了条件、提供了机会。此外,审查工作量巨大的现状让授权机关很难进行全面有效的实质审查。以四川省为

例,《2022 年四川省知识产权保护与发展状况》显示,在知识产权创造方面,2022 年四川省新增发明专利授权达 2.55 万件^④。由此可见,专利授权机关的工作量确实很大,对授权机关提出更高的审查要求似乎不尽合理。然而,仅以工作量大为由否定进行合理必要的实质化审查,现实中带来了诸多弊端,为知识产权恶意诉讼提供了便利。

(四)恶意诉讼司法判定难度大

法官依赖于知识产权专业人士的专业化协助,对行为人获得授权的知识产权是否存在瑕疵进行认定。但由于行政和司法两个层面的分别判断,法官无法对专业人士的专业判断过程进行深入理解,增加了法官判断是否属于恶意诉讼的难度。同时,在行为人利用正当程序提起诉讼过程中,法官难以透过现象发现本质,难以认定行为人主观上是否存在恶意诉讼目的,对该诉讼行为究竟属于正当维权还是恶意诉讼难以准确定性。对于受害方而言,根据《民事诉讼法》“谁主张,谁举证”的原则,受害方难以举证证明对方当事人存在主观上的恶意诉讼行为。上述因素叠加,导致人民法院难以认定行为人存在知识产权恶意诉讼行为。

四、构建惩治知识产权恶意诉讼机制

(一)健全法律规定

打击治理知识产权恶意诉讼离不开法律规定的支撑。现行法律规定以及司法解释的缺失,是理论与司法实践产生争议的重要原因之一。因此,亟须对知识产权恶意诉讼的概念、构成要件等作出明确规定,以统一裁判标准,避免司法实践中出现同案不同判的乱象。

完善恶意诉讼反赔制度,有助于当事人及时行使救济权利。有观点认为,只有在知识产权侵权之诉作出生效裁判后,对方当事人才能提起知

①参见国家知识产权局商标局 中国商标网:《关于调整商标注册收费标准的公告》,载国家知识产权局商标局 中国商标网,https://sbj.cnipa.gov.cn/sbj/sbsq/pszn/201909/t20190918_722.html,最后访问时间:2023 年 8 月 7 日。
②参见最高人民法院:《诉讼费用交纳办法》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.court.gov.cn/jianshe-xiangqing-5092.html,最后访问时间:2024 年 8 月 12 日。
③参见蒋利玮:《特斯拉拓展中国市场受阻 商标争夺战一波三折》,载中国法院网,https://www.chinacourt.org/article/detail/2014/07/id/1354633.shtml,最后访问时间:2024 年 8 月 13 日。
④参见李欣璐,刘文慧:《〈2022 年四川省知识产权保护与发展状况〉发布》,载四川长安网,https://www.sichuanpeace.gov.cn/cayw/20230425/2736363.html,最后访问时间:2024 年 8 月 15 日。

识产权恶意诉讼损害赔偿诉讼,换言之,不能在当事人提起知识产权侵权之诉中提起反诉。笔者认为,虽然对方当事人不符合起诉要件和反诉条件,但基于避免浪费司法资源以及提高诉讼效率的考虑,应当允许当事人在前诉的诉讼中提出反诉。如果当事人需等待前诉结束后才可以提起知识产权恶意诉讼损害赔偿之诉,合议庭成员可能变更,当事人还需要重新固定证据,这些现实因素将导致诉讼时间延长、诉讼成本增加,对当事人和司法机关均不利。故应考虑允许当事人在本诉中提起反诉。

(二)完善形式审查程序

提升行政机关知识产权形式审查质量,可以从源头上遏制知识产权恶意诉讼。对于著作权而言,因著作权取得于创作作品完成之时,为避免产生权属纠纷,行政机关可以采用登记制;对于专利权而言,由于对发明专利进行的是实质性审查,一般不会产生纠纷。容易产生纠纷问题的是实用新型专利和外观设计专利。对于上述两种专利,行政授权机关必须在形式审查基础上,进行一定程度的实质审查。具体而言,基于行政效率和方便申请人的考量,对于实用新型专利可以在申请时进行形式审查,申请人若提起侵犯专利权诉讼,则需向授权行政机关申请实质审查。对于外观设计专利,可以参考商标法规定的审查机制,经过初步审定并公告,公告期异议程序结束后方可授权;对于商标权而言,应明确规定不以使用为目的的商标注册申请应予驳回。据此,商标管理行政机关可以要求申请人说明商标注册申请的目的,并要求提供相关材料予以佐证。

人民法院在接受当事人提起知识产权诉讼材料时,应当予以详细审查。我国民事诉讼采取立案登记制,在立案过程中,审查重点为当事人是否符合立案标准。相比于一般案件,知识产权恶意诉讼案件具有特殊性,其特殊性在于形式上必须具备起诉条件。法院应根据当事人提供的材料,集中审查原告是否适格,是否具有具体的诉讼请求与明确的事实理由。在庭前审查程序中,法官通过双方交换证据和陈述事实理由,明确争议焦点;发现可能存在知识产权恶意诉讼时,法官应首先根据已有证据审查确定原告是否拥有正当合法的知识产权,尽可能避免知识产权

恶意诉讼的发生。

(三)准确认定主观恶意

在知识产权恶意诉讼中,主观恶意认定是关键点和难点,将直接影响当事人的基本权利。对“恶意”的认定过窄,无法发挥恶意诉讼损害赔偿之诉的制度功能;对“恶意”的认定过宽,则可能直接损害知识产权权利人的诉权。笔者认为,对于知识产权恶意诉讼主观恶意的认定应限定为直接故意,不宜将主观方面扩张到重大过失和间接故意^[10]。结合上文所述,从案由“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”来看,把“恶意”限定为主观故意是恰当的。若将主观恶意扩张到重大过失和间接故意,将提高权利人维权门槛,妨碍当事人行使诉权,影响知识产权制度的发展。此外,认定“故意”可从认识因素和意志因素两个方面来把握:在认识因素上,行为人应明知自己诉讼请求缺乏事实和法律依据;在意志因素上,行为人应明知提起诉讼的目的不在于维护自己的知识产权,而是意图损害相对人的合法权益,如向对方当事人主张损害赔偿、通过恶意诉讼损害相对人的商业信誉等。虽然很难判断行为人的内心意思,但主观见之于客观,可以通过对当事人所处的客观情况进行综合考察,进而判断行为人主观上是否存在恶意。推定行为人在知识产权诉讼中主观上是否存在恶意心态,可以参考以下因素:

1.基础权利存在瑕疵而提起诉讼

当事人拥有正当的知识产权,是提起知识产权诉讼的适格原告;反之,构成知识产权恶意诉讼的可能性极大。首先,当事人取得知识产权时,主观上就存在恶意,然后又以侵害其知识产权为由提起诉讼,可以直接认定其主观心态为恶意。最高人民法院2017年3月发布的指导性案例82号和江苏省高级人民法院(2017)苏民终1874号判决书均持同样立场,即当事人在申请知识产权时具有恶意,可以判定其起诉时仍然具有恶意。其次,虽然当事人取得知识产权时不一定具有恶意,但在起诉前已知道其不享有知识产权,仍然以侵害知识产权为由提起诉讼,也应认定其主观上存在恶意。谭某某诉T公司一案中,在与T公司达成停止侵权等协议的情况下,谭某某仍然提起侵害知识产权诉讼,足见其存在主观

恶意。最后,当事人在诉讼过程中知晓其基础权利存在瑕疵,应当采取合理措施避免对方当事人的损失,否则应认定其主观上存在恶意。

2. 其他客观情况

一是当事人的撤诉行为。《民事诉讼法》第145条规定,宣判前原告有权申请撤诉,但是否准许由人民法院裁定。司法实践中,当事人可能在发现自己不正当目的无法实现时申请撤诉,对此,人民法院需严格审查其撤诉行为。换言之,可以将当事人撤诉行为作为认定当事人构成知识产权恶意诉讼的参考。二是当事人申请诉前禁令和申请保全的行为。一旦当事人申请诉前禁令和保全,对方当事人就可能陷入停产停业等不利状态,造成巨大经济损失。据此,申请诉前保全亦可能是当事人恶意诉讼的征表。三是当事人存在多次诉讼行为。因当事人本意就是为牟取非法利益而提起诉讼,因此可以将其作为认定存在恶意诉讼的考量因素。四是当事人的判断能力。如果行为人在专利相关技术领域持续从业较长时间,具有较高的专业化程度、拥有较高专业地位,其对专利所涉及技术背景的认知能力就更强,在防止诉讼所带来的损害结果上具有较高注意义务。据此,属于知识产权领域从业人员当事人的注意义务更高,反之则更低。因此,在认定当事人是否存在恶意诉讼时,可以将当事人的判断能力作为重要因素予以考虑。

值得一提的是,正确区分维权行为还是恶意诉讼行为的关键,在于当事人的主观心态是否存在恶意,但认定当事人主观恶意应十分谨慎。诚然,打击知识产权领域恶意诉讼是当前以及今后的重要工作,但恶意诉讼毕竟属于正当维权行为的例外现象,因此需遵循谦抑性原则,严格按照法律规定进行审查和认定,努力平衡好保护当事人的诉权和惩治恶意诉讼的价值目标,避免打击矫枉过正,导致范围过大。

(四) 损害赔偿范围应予扩大

当事人恶意提起知识产权诉讼,本质上是一种侵权行为,应当填补对方当事人因侵权受到的损失,并根据因果关系确定赔偿范围与金额。笔者认为,对方当事人的损害不仅包括因当事人提起恶意诉讼所造成的直接损失,也应该包括间接损失。例如在T公司诉谭某某恶意提起知识产

权诉讼中,人民法院运用自由裁量权,在赔偿数额考量因素中,认定了当事人所遭受的期待性利益损失、商业信誉等间接损失。此外,虽然补偿性损害赔偿可以在一定程度上弥补当事人的损害,但不足以打击恶意提起知识产权诉讼的行为,因此有必要引入惩罚性赔偿制度。惩罚性赔偿具有补偿、惩戒等多重功能,对违反诚实信用原则、恶意提起知识产权诉讼的行为人适用惩罚性赔偿,可以提高侵权成本,有效规制恶意提起知识产权诉讼的行为。2021年发布的《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》规定,人民法院确定惩罚性赔偿数额时,应当分别依照相关法律,以原告实际损失数额、被告违法所得数额或者因侵权所获得的利益作为计算基数。在此基础上,综合考虑被告侵权的严重程度和主观过错等因素,合理确定惩罚性赔偿的倍数。据此,人民法院在知识产权恶意诉讼中,应当探索适用惩罚性赔偿,及时报请最高人民法院发布相关指导性案例和典型案例,以指导各地人民法院具体适用补偿性损害赔偿和惩罚性赔偿制度。

五、结语

知识产权恶意诉讼妨害了司法秩序,浪费了司法资源,是一种典型的侵权行为。随着知识产权保护深入推进,如何规制知识产权恶意诉讼已成为不容忽视的问题。目前,对知识产权恶意诉讼的打击治理存在主观恶意认定困难和人民法院判决赔偿数额较低等问题,出现这些问题的根源,在于相关规定的缺失、行为人违法成本低、授权机关审查不严等。有效规制知识产权恶意诉讼是一项系统工程,应从立法、授权机关角度、法院审查认定等多层面多角度出台针对性举措,优化知识产权的法治营商环境,提高司法效率,助推我国早日成为知识产权强国。

〔参考文献〕

- [1]梁慧星.中国民法典草案建议稿附理由(侵权行为篇、继承篇)[M].北京:法律出版社,2004:54.
- [2]王利明.中国民法典学者建议稿及立法理由[M].北京:法律出版社,2005:74.
- [3]杨立新.类型侵权行为法研究[M].北京:人民法院

出版社,2006.189-192.

[4]刘迎霜.恶意诉讼规制研究——以侵权责任法为中心[J].华东师范大学学报(哲学社会科学版),2020(01):97-106+198.

[5]奉晓政.知识产权恶意诉讼的识别与规制[J].广西民族大学学报(哲学社会科学版),2016(03):130-134.

[6]宾岳成.论“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”的当前困境及因应[J].法律适用,2023(08):134-144.

[7]聂鑫.论专利恶意诉讼识别标准及其规制进路[J].南京理工大学学报(社会科学版),2020(04):40-45.

【责任编辑:柴 玮】

Identification and regulation of malicious litigation of intellectual property rights

Deng Zhongwen¹, Chen Yong¹, Fu Zhong²

(1. Sichuan University of Science and Engineering, Yibin Sichuan 644000, China;

2. People's Procuratorate of Cuiping District in Yibin City of Sichuan Province, Yibin Sichuan 644000, China)

Abstract: Malicious litigation of intellectual property rights is an act that covers up the illegal infringement purpose with a legal form, violates the principle of good faith, disrupts the market order and judicial order, and seeks improper benefits with the help of the legal form of litigation. Regarding the concept, constitutive elements and compensation scope of malicious litigation of intellectual property rights, relevant laws and judicial interpretations have not made clear provisions. In judicial practice, there are such situations as difficulties in determining the subjective malice of the parties, a narrow scope of compensation in the judgments of the people's courts and different judgments for the same cases. The root causes of malicious litigation of intellectual property rights lie in the unsoundness of existing legal provisions, the low cost of illegal acts for malicious litigants, the lack of strictness in the review by the authorizing organs and the high professionalism of intellectual property rights themselves. It has urgent practical significance and far-reaching historical significance to effectively regulate malicious litigation of intellectual property rights. In this regard, mechanisms to curb malicious litigation of intellectual property rights should be comprehensively constructed from the perspectives of legislation, law enforcement and judicature to achieve the dual purposes of protecting the intellectual property rights of the right holders and punishing the malicious litigants.

Key words: intellectual property rights; malicious litigation; judicial identification; regulation