

《民法典》视野下彩礼认定标准研究
——彩礼与恋爱赠与物的区分

金 眉

(中国政法大学,北京 100088)

〔摘 要〕作为源起于先秦的古代婚礼程序之一,彩礼在我国经历了漫长的演变过程。近年来,随着社会的发展和经济生活的改善,彩礼数额逐年攀升、名目翻新,但仍然担当着与历史上聘财相同的聘定意义。因此,仅以赠礼价值大小来认定是否属于彩礼显属不当。彩礼的认定要素应当包括习俗性、定亲性、性别限定和交付时间限定,避免出现泛彩礼认定的现象。

〔关键词〕彩礼;恋爱赠与物;区分

〔基金项目〕本文系中国政法大学科研创新资助项目“民法典·婚姻家庭编的内在体系与外在体系研究”(项目编号:1000-10820346)和2020年中央高校基本科研业务费专项资金资助项目的阶段性研究成果。

〔作者简介〕金眉(1963—),女,四川眉山人,中国政法大学教授、博士生导师,法学博士,中国法学会婚姻家庭法学研究会理事,主要从事婚姻家庭法学研究。

〔收稿日期〕2025-04-26

〔中图分类号〕D923.9 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-002-10

一、彩礼的变与常

彩礼就其称谓而言,各地并不统一,有“财

礼”“聘礼”“聘金”^①“聘财”“下财礼”“过礼”“定亲钱”^②“订亲钱”^③“彩礼款”(包含大礼、小礼)^④

①参见江西省抚州市中级人民法院:“李某1、李某2 婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2014)抚民一终字第427号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=e734915aa9b5cb815958997b3b4d1557&s7=AC427%E5%8F%B7,最后访问时间:2024年12月5日;福建省高级人民法院:“林某1、蒋某婚约财产纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”,(2020)闽民申5156号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=e734915aa9b5cb815958997b3b4d1557&s7=%EF%BC%882014%EF%BC%89%E6%8A%9A%E6%B0%91%E4,最后访问时间:2024年12月5日;浙江省慈溪市人民法院:“鲁某与马某婚约财产纠纷一审民事判决书”,(2021)浙0282民初964号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=e734915aa9b5cb815958997b3b4d1557&s7=%EF%BC%882014%EF%BC%89%E6%8A%9A%E6%B0%91%E4%B8,最后访问时间:2024年12月5日;甘肃省张掖市中级人民法院:“白金凤与陈方荣所有权纠纷二审民事判决书”,(2021)甘07民终129号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=e734915aa9b5cb815958997b3b4d1557&s7=%EF%BC%882014%EF%BC%89%E6%8A%9A,最后访问时间:2024年12月5日。

②参见河南省上蔡县人民法院:“代某与高某1、高某2 婚约财产纠纷一审民事判决书”,(2018)豫1722民初1413号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html,最后访问时间:2024年12月6日。

③参见江西省鄱阳县人民法院:“康某1与康某2、康某3 婚约财产纠纷一审民事判决书”,(2020)赣1128民初2451号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=74984b568fcdc25dc3879d4104c9566a&s7=%EF%BC%882020%EF%BC%89%E8%B5%A31128%E6%B0%91%E5%88%9D2451%E5%8F%B7,最后访问时间:2024年12月6日。

④参见安徽省宿州市中级人民法院:“孟某1、袁某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)皖13民终2092号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=74984b568fcdc25dc3879d4104c9566a&s7=%EF%BC%882020%EF%BC%89%E8%B5%A31128%E6%B0%91%E5%88%9D2451%E5%8F%B7,最后访问时间:2024年12月6日。

“大礼”^①等诸多名称。近年来,有学者主张将彩礼与聘礼分而论之,但不知此分类出自何种根据^②,倒是在官方层面,最高人民法院司法解释统一以彩礼称之。彩礼是传统中国社会“六礼”的现代遗存。它在经历了近代婚姻革命后,早已退出国家法体系,但在民间依然顽强存在,成为一种婚嫁习惯。常见的误解是彩礼只存在于经济欠发达地区和农村、偏远地区,事实上,彩礼在今日中国的存在已经碎片化,根据各地的反映,在经济发达地区诸如沿海地区、香港乃至政治经济发达的北京,部分人群中还保留着彩礼的习惯。

大数据分析显示,收取彩礼是全国性现象。“2000 年以来,全国约有超过 79% 的婚姻收取彩礼,山东以超过 89% 的比例成为最流行收取彩礼的地区,河北、广东、安徽、甘肃等省收取彩礼占比也较高。直辖市彩礼收取占比均较低,上海占比 37%,为全国最低,天津、重庆和北京的比例分别为 66%、56% 和 51%。新疆、青海、海南、西藏等偏远地区的比例也较低”^③。

(一)彩礼习俗在农村普遍存在,城市则依个体家庭的习惯而定

就彩礼存在的区域而言,可以分城市和农村而论。在农村,彩礼延续了历史传统,仍然是乡村普遍践行的习惯,其中一个深层的原因是农村婚姻仍然是传统“从夫居”模式的延续,在习俗上女子不承担赡养父母的义务,因此彩礼承担了证约、承诺、补偿、补贴等功能。但在城市,彩礼的习俗性已经大大下降,其原因一是多年以来的婚姻改革运动改变了城市婚俗;二是城市婚姻已经不存在“从夫居”的习俗,彩礼成为人们的自由选择,一部分人仍然践行,但更多时候彩礼只是男方向女方表达定亲诚意的一种方式;与此同时,相当多的人并无此习俗或者说知道也不践行。与乡村相比,城市里交付彩礼的方式很简单,既不存在固定的仪式,也不需要介绍人参与。

(二)彩礼随经济生活的改善逐年攀升、名目翻新

就彩礼数额而言,全国各省由于经济发展水平、风俗习惯等不同,彩礼数额也存在差别。大数据分析显示,“10 万元”在所有彩礼金额中出现频率最高,占比约为 11%,其次是“2 万元”和“5 万元”,占比分别为 10% 和 8%。除此之外,还出现了较多百万级高价和 88888 元、66000 元等“吉利价”。综合来看,当前彩礼的全国均值约为 7 万元,浙江以约 22 万的平均值高居第一,福建、黑龙江、江西、内蒙古、山西等地区也较高,海南、西藏等地较低,约为 1 万元^④。除了以“彩礼”名义出现的赠礼,还出现了许多所谓的“附加彩礼”,即男方除了要以现金或存折方式赠与女方“直接彩礼”外,往往还要以实物形式赠送女方“附加彩礼”,例如珠宝首饰、房产、家用汽车、名贵烟酒、家电、家具等^⑤,在双方关系终止时,对于此类赠礼是否属于彩礼,不仅当事人之间产生激烈争执,各地法官的认定也不统一。在许多案件中,当事人基于自身利益考虑也会有意无意地混淆彩礼与其它赠礼的界限,此时法官若是没有清晰的判断标准,就容易陷入困境。在宋某与陆某婚约财产纠纷案中^⑥,婚前男方的赠礼包括以彩礼名称出现的 10 万元赠礼,还包括见面礼 2.5 万元、购车款 10 万元、“上下轿礼、改口费、催嫁衣”费等。在类似案件中,有的法官以陋习对诸如“上下轿礼、改口费、催嫁衣”名称出现的小额费用一概简单否定其效力,但对于大额的见面礼、购车款是否属于彩礼则存在分歧。

(三)彩礼交付仪式简化与赠礼繁复并存

常见彩礼议定和交付是这样的情形:“原告与被告在缔结婚姻的过程中,由双方的亲戚黄某介绍相识,并由黄某撮合结为夫妻关系,在缔结婚姻的过程中,由黄某出面协商彩礼及结婚事宜,双方协定由男方即被告方共计出资 18 万元,

①参见高其才主编:《当代中国婚姻家庭习惯法》,北京:法律出版社 2012 年版,第 230 页。
②参见叶名怡:《恋爱期间财产给与的定性与处理》,载《东方法学》2024 年第 2 期,第 30 页。
③④⑤参见郭锦辉:《全国彩礼大数据:浙江最高海南最低》,载微信公众号“江西发布”,<https://news.qq.com/omn/author/8Qlf3n9d5l0asTfa5gM%3D>,2023 年 2 月 20 日上传,最后访问时间:2024 年 12 月 5 日。
⑥参见江苏省徐州市中级人民法院:“宋某与陆某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)苏 03 民终 2415 号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=74984b568fcdc25dc3879d4104c9566a&7=%EF%BC%882020%E8%B5%A31128%E6%B0%91%E5%88%9D2451%E5%8F%B7>,最后访问时间:2024 年 12 月 6 日。

其中彩礼钱为5万元,13万元以陪嫁的形式用于给双方买房”^①。这是比较简单但典型的彩礼协商与交付程序。尤其是在农村,彩礼交付环节往往需要介绍人的参与,介绍人承担着在双方之间传递信息、沟通和协调双方意见的功能,而最终确定的彩礼价值则是双方博弈协调的结果,并不存在法律意义上的胁迫情形。

值得关注的是,在受传统习俗影响较深的地区,彩礼给付会遵循一定的程式,人们容易从双方的礼物往来中将彩礼与恋爱赠与物区分开来。但在当下大多数地区,彩礼交付的形式已经大为简化,很多时候人们只是通过微信、支付宝即完成转账;与此同时,从男女相识、相恋到结婚的过程中,男方常常会多次向女方给付财物。就各地习俗看,相关礼物名目繁多,呈现赠礼复杂多样、与恋爱赠与物混杂难以区分的特点。

(四) 彩礼的常理

在现实生活中,很多时候支付和接受彩礼的当事人对于彩礼的内中之意是陌生的,但有一点双方当事人却是清楚的,即彩礼是定亲时男方向女方支付的赠礼,以此作为聘定的信物。因此,就目前各地所称的彩礼看,并不是将男女双方寻找配偶过程中男方送给女方的所有赠礼都称为“彩礼”,而是将表达双方关系固定下来意义的赠礼认定为彩礼。所以,无论充当彩礼的物品如何变化,只有担当定亲聘定功能的物品才是彩礼,此即我们认定彩礼的根本,古今皆同。因此,彩礼与定亲(订亲)的关系如洪某、江某1婚约财产纠纷案一审判决书所言:“按照当今社会的地方风俗,彩礼系男女双方经过一段恋爱时间,相互对对方予以了解、认可后,共同有了缔结婚姻意向时,在双方家长或亲戚在场的情况下订立结婚意向的约俗称‘订婚’时,由男方支付女方或其家长较大数额的现金或物品,此部分现金或物品俗称‘彩礼’”^②。

有关习惯调查表明,在目前的民间习俗中,

男方给付彩礼,代表着愿意与女方缔结婚姻关系的意思表示;对女方而言,收受彩礼的行为代表着愿意与男方结婚的承诺,因此今日之彩礼仍然担当着与历史上的聘财相同的聘定意义,只是“百姓日用而不知”。由于现行法律不认可婚约,只认可婚姻登记的效力,因此这种聘定在今天的法律中不产生法律效力,但民众生活中仍保留了彩礼的聘定意义:“吃订婚宴是订婚中最重要的一个环节,主要是认女婿、认媳妇,男方给女方家一定数量的聘礼。……订婚之后,男女双方都要受到社会伦理的约束,婚姻之事就不可轻易言废”。“男方会在媒人的陪同下携带礼单连同聘礼金、嫁妆费、‘牲礼’金等择日送至女家行聘,俗称下定。……通常,下定后男女方已经正式订婚,双方父母亲也改口称亲家、亲家母”^③。

二、泛彩礼认定——司法解释中的彩礼

彩礼作为与传统法相通的概念,现今只是存在于民间的一种习惯,现行法律对其既无定义也无规范。按照法律渊源,法官在审理彩礼纠纷案件时应当遵循《中华人民共和国民法典》第10条的规定,即在法律无规定和不违反公序良俗的情形下,法官可以依照习惯判案。但事实上基于移风易俗的要求,最高人民法院的司法解释担当了改变习俗的责任,其有关彩礼的解释与规定取代习惯充当了法律,成为当下各级法院审理彩礼返还纠纷案件的法律依据。其中,自2024年2月1日起施行的《最高人民法院关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《彩礼纠纷规定》)第3条对彩礼的范围作了界定:“人民法院在审理涉彩礼纠纷案件中,可以根据一方给付财物的目的,综合考虑双方当地习俗、给付的时间和方式、财物价值、给付人及接收人等事实,认定彩礼范围。下列情形下给付的财物,不属于彩礼:(1)一方在节日、生日等有特殊纪念意

①参见甘肃省张掖市中级人民法院:“白金凤与陈方荣所有权纠纷二审民事判决书”,(2021)甘07民终129号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 74984b568fcdc25dc3879d4104c9566a&s7 = % EF% BC% 882020% EF% BC7>,最后访问时间:2024年12月6日。

②参见湖北省黄石市中级人民法院:“洪某、江某1婚约财产纠纷民事二审民事判决书”,(2022)鄂02民终1927号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html? docId = huIWvFi20HdFd9ARicOSQIPuDBQglt6PBuQn3rXtyXCJF lcjhZ6xhvUKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68E/hd8Z7VDZBPSaRP4oRsE>,最后访问时间:2024年12月7日。

③参见高其才著:《当代中国婚姻家庭习惯法》,北京:法律出版社2012年版,第256页。

义时点给付的价值不大的礼物、礼金;(2)一方为表达或者增进感情的日常消费性支出;(3)其他价值不大的财物”。此规定对彩礼范围的界定由正面认定和反面排除构成。从正面认定看,第3条确立认定彩礼的基本要素由下列因素构成:(1)一方给付财物的目的;(2)综合考虑双方当地习俗;(3)给付的时间和方式;(4)财物价值;(5)给付人及接收人等事实。

从上述最高人民法院《彩礼纠纷规定》第3条看,将彩礼与恋爱期间的一般赠与区分开来是基于赠礼发生的阶段和发生的原因不同。就发生的阶段而言,恋爱期间的赠与发生在恋爱阶段,双方尚未谈婚论嫁;彩礼则发生在谈婚论嫁阶段,通常已经有较为明确的婚期。至于发生的原因,彩礼的给付一般是基于当地风俗习惯,直接目的是缔结婚姻关系,而恋爱期间的赠与多是为了联络关系、增进感情,由一方自愿、无偿给予对方^①。但第3条又规定:“人民法院在审理涉彩礼纠纷案件中,可以根据一方给付财物的目的,综合考虑双方当地习俗、给付的时间和方式、财物价值、给付人及接收人等事实,认定彩礼范围”,因此《彩礼纠纷规定》确立的彩礼认定是一个综合的认定标准,认定要素不仅包括目的性、习俗性,还包括给付的时间和方式、财物价值、给付人及接收人等事实。至于反面排除的三种情形,尽管加了诸多的限定,但皆可以归纳为一点,即金额较小,主要是为了增进感情的需要。存在的问题是,金额大小只是当事人是否产生纠纷的重要动因,却不是彩礼认定的要素。因此,对彩礼范围的界定还存在下列问题有待澄清:

(一) 支付主体

《彩礼纠纷规定》第3条在支付彩礼方

时并没有限定为男方,而是用“一方给付财物的目的”,这就给法官援引判案时留下了主体扩大的空间。事实上,基于对彩礼的生疏,在近些年的一些案件中,一些法院的判决存在彩礼主体混淆的情形,认为“彩礼是男女双方在缔结婚姻时一方依据习俗向另一方给付的钱物”^②;“彩礼是男女双方以缔结婚姻为目的,按照当地民间习俗或习惯做法,由一方或其家庭成员给付另一方或其家庭的礼金及贵重物品”^③。但是,彩礼支付的主体如果没有性别限定,就会呈现支付主体扩大化的问题,如此则赠礼就超出了彩礼的范围,赠礼也就不是习俗上的彩礼。从历史和习俗的视角看,彩礼在中国社会的存在源远流长,自古以来就是男方支付给女方的礼物,它的支付主体只能是男方,否则赠礼就不是彩礼。

(二) 给付时间

就给付时间而言,学术界与司法实务界的传统通识是婚前给付,但近些年来学界有不同的声音,法官也有将彩礼认定扩展至婚后的裁判;还有学者认为,虽然婚前给付符合彩礼这一传统习俗的表面特征,但在特定情形下婚后给付也可以成为彩礼^④。笔者认为,此观点是对彩礼的误解。但凡知晓彩礼的历史渊源和现实民俗,都会知道男女双方有关支付彩礼的合意一定是达成于婚前,且彩礼给付也一定是在婚前,这是彩礼所承担的聘定功能所限定的。如果双方已经结婚,婚后男方的赠礼就没有承担定亲(聘定)的功能,此时即便当事人认为是彩礼,也不应当是法律解释意义上的彩礼。

(三) 给付目的

关于目的性的解释——是否存在结婚合意,

①参见陈宜芳,吴景丽,王丹:《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用,载《人民司法》2024年第10期,第23页;
②参见江苏省苏州市中级人民法院:“董某、朱某3等婚约财产纠纷民事二审民事判决书”,(2021)苏05民终10300号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=74984b568fedc25dc3879d4104c9566a&s7=%EF%BC%9D2451%E5%8F%B7,最后访问时间:2024年12月8日。
③参见江西省贵溪市人民法院:“王某、张某林离婚纠纷民事一审民事判决书”,(2023)赣0681民初3118号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html,最后访问时间:2024年12月7日。
④“婚前给付符合彩礼这一传统习俗的表面特征,囊括了彩礼给付的大部分情况。但婚后给付在特定的情况下也可以成为彩礼,如双方当事人事先已经达成协议,不能一刀切地认为婚后给付一定不是彩礼。若当事人约定采用分期给付的方式支付彩礼,则婚后的给付也可以成为彩礼。虽说彩礼的给付一般是全额、即时的给付,但随着现代社会支付手段的进步,分期给付成了应对较大数额给付的灵活手段。若男方在婚前没有足够的能力给付全部彩礼,并且同意在婚后‘补足’剩余部分的彩礼,女方家庭也做让步与体谅,则婚后补足的部分财物也应属于彩礼的范畴,这从双方合意内容判断也可明知”。参见杜德伟,孙杜遥:《彩礼的法律性质及范围探析》,载《四川文理学院学报》2024年第4期,第69页。

容易存在的问题是单方所为的目的赠与与基于双方结婚合意的赠与相混淆。《彩礼纠纷规定》第3条虽然强调彩礼的认定需要满足缔结婚姻关系的目的,但就赠与的情形而言,既存在单方基于己方存在的结婚意愿而赠与,也存在男女双方达成结婚合意后男方的赠与,二者显然在意思表示层面上存在是否达成结婚合意的差异。前者在生活中常常表现为一厢情愿的赠与,相对方不知或者明知但彼此并不存在将来结婚的合意,此时将赠与物认定为“彩礼”是不当的;后者则是基于对将来结婚合意的期待而发生的赠与,属于婚约赠与,只是因为当事人遵循习俗而赠礼,成为彩礼。司法实践中一些法官将二者混淆,以致不能分清彩礼和恋爱赠与物的区别。目的性要素虽然让赠礼具有了以结婚为目的赠与的内核,但若缺少了基于双方将来结婚合意的赠礼,只是赠与人的主观意愿,其赠礼也就不具有定亲(聘定)的意义,此时将男方的赠礼认定为是彩礼是不当的,且这样的解释在实践中很容易为赠与人争取赠礼返还所利用。

(四) 给付价值

价值大小是否能够取代定性也是一个存在争议的问题:就赠礼的价值大小与认定彩礼的关系而言,有相当多的学者和法官将其作为认定是否属于彩礼的要素之一^①。对此,比较有代表性的观点认为,“男方为缔结婚姻或出于婚后共同生活目的而在恋爱期间或婚约订立期间购买的房产、汽车等价值较高的财产,或者为女方添置的金银首饰等特殊财物,应认定属于彩礼返还的范围;而双方家庭日常交往、洽谈婚约过程中支出的宴席酒水、礼品等费用支出,则不宜认定为彩礼”^②;“按照我国民间习俗,男女双方订立婚约前,给予对方价值较大的财物,如:现金、首饰、不动产等,这类给付具有明显的订立婚约的意思,应认定为彩礼。但为了培养感情而送给对方价值较小的财物以及支付生活费用,如:衣物、小首

饰、个人生活用品、日常费用给付等,不宜认定为彩礼,应属于一般赠与,一旦交付就转移了所有权”^③。

笔者认为,以赠礼的价值大小来判断是否属于彩礼是彩礼认定中的不当,存在把问题的解决带偏的倾向。诚然,国家有打击高价彩礼、移风易俗之决心,但高价与否与赠礼是否属于彩礼并无逻辑联系,否则司法实践中法官也没必要区分彩礼与恋爱赠与物,一律用基于结婚目的的大额赠与来确定返还规则即可。进一步言,赠礼的价值大小只是推动当事人是否产生纠纷的动因和法院是否接受审理的考量因素,却不是彩礼认定的要素。从逻辑上讲,决定一项赠礼是不是彩礼的关键是它的性质,而不是它的价值大小。从这个意义上讲,伟大的法典都有其伟大之处。以《唐律疏议》为例,它在界定赠礼是否属于聘财时就是以物品所担当的意义而论,而非物品的价值大小。“婚礼先以聘财为信,故礼云:‘聘则为妻。’虽无许婚之书,但受聘财亦是。注云:‘聘财无多少之限’,即受一尺以上,并不得悔。酒食非者,为供设亲宾,便是众人同费,所送虽多,不同聘财之限”^④。如同器物在宗教仪式中所起的作用一样,同样的物品在不同的语境中担当的意义也不相同,此义也应当用于彩礼的认定,即只有那些充当了定亲(聘定)功能的物品才能被认定为彩礼。

三、彩礼界定的考量因素

男女双方从开始认识到谈恋爱、进入谈婚论嫁阶段,时间可长可短,在此交往过程中,双方都可能存在赠送与回送礼物的情形。在那些名目繁多的赠礼中,如何识别出彩礼确实是法官必须面对的问题,也是理论上需要回答的问题。就当下彩礼范围的界定而言,目前学术界与司法实务界基本达成一致的认定要素是:习俗性、缔结婚

①参见杜德伟,孙杜遥:《彩礼的法律性质及范围探析》,载《四川文理学院学报》2024年第4期,第69页。
②参见薛建明:《彩礼返还纠纷的类案裁判规则与法律适用问题研究》,载《山东法官培训学院学报》2023年第4期,第114页。
③参见湖北省黄石市中级人民法院:“洪某、江某1婚约财产纠纷民事二审民事判决书”,(2022)鄂02民终1927号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=huIWvFi20HdFd9ARicOSQfPuDBQgl6PBuQn3rXtyXCJFl-cjZh6xhvUKq3u+IEo41YjB58NTF1Tma+KbAHe8y0epRi8Det5yMh9LX828R68E/hd8Z7VDZBPSaRP4o>,最后访问时间:2024年12月7日。
④参见[唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》,北京:中华书局1983年版,第254页。

姻的目的性^①,但是价值大小、给付时间是否是认定彩礼的要素则存在争议。

如前文所述,彩礼属于习惯的范畴,它最基本的意义是作为聘定的信物出现在定亲场合。因此,对彩礼的界定除了需要具备赠礼主体是男方(包括男方个人或者男方家庭)、婚前赠与之外,还需要从下列要素判定其是否属于彩礼:

(一) 习俗性

彩礼的践行来自当地的习俗,为当地人所遵行,这是我们认定彩礼的一个前提。对此习俗性,无论是学术界还是司法实践皆已达成共识,“彩礼系依照当地的风俗习惯,基于结婚的目的,为最终缔结婚姻关系而给付女方的一定数额的金钱”^②;“彩礼是中国婚嫁领域的传统习俗,为人民群众普遍接受,适当数额的彩礼是双方表情达意的重要载体,蕴含着对婚姻的美好祝福,也有的将彩礼作为新家庭的启动资金,是家庭财物传承的重要途径。对于民间习俗,法律不能一律予以禁止,而且,这从实际操作上也是不现实的”^③。基于习俗的特点,在许多案件中,我们可以看到当事人在陈述中对彩礼与其它赠礼在名称上有明确的区分,彩礼与见面礼、改口费、三金、衣服费等诸多名称虽然相提并论,但不同的名称也在证明彩礼有着不同于其他赠礼的特殊功能^④;同时,不可否认的是,许多案件中产生彩礼认定纠纷的一个重要原因是双方当事人基于各自的利益而有意无意地混淆彩礼与其它赠礼的区别。如果法官

没有基本的立场,面对民间层出不穷的名目时,就会显得棘手。

纵观各地法院的裁判,基本上都认可彩礼是民间习俗,“中国自古就有男方在婚姻约定初步达成时,向女方赠送聘金、聘礼的习俗,这种聘金、聘礼俗称‘彩礼’,具有较为浓重的风俗习惯色彩”^⑤。因此,法官在界定彩礼时,首先需要确定当地是否存在定亲给付彩礼的婚嫁习俗。笔者赞成这样的观点:对涉彩礼纠纷案件审理的主要法源是习惯,那么在确定彩礼范围时,就要以当地群众普遍认可的彩礼内容为基础^⑥。

(二) 定亲性质

这是认定和理解彩礼最核心的要素。在当下语境里,定亲与订亲、提亲、聘定都在同一意义上使用,皆表达着双方关系已经确定下来,且就将来结婚已经达成合意的意思。在许多案件的判决书中都能看到彩礼与定亲的密切关系,男方通常是在提亲的场合支付彩礼。例如,在叶某与周某、胡某婚约财产纠纷再审审查案件中,“叶某与周某经亲友介绍相识并确定恋爱关系。交往中,2021年11月28日叶某向周某转账3000元,2022年12月18日叶某向周某转账1000元。叶某及家人于2022年2月20日向周某家提亲,给付周某10万元彩礼,并订立2022年5月20日举行婚礼的婚约。2022年3月27日,叶某向周某转账4500元用于两人拍摄婚纱照”^⑦;“彩礼系由

①参见陈宜芳,吴景丽,王丹:《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用,载《人民司法》2024年第10期,第23页;汪洋:《彩礼范围与返还事由的体系再造》,载《妇女研究论丛》2024年第2期,第38页;胡云红,宋天一:《彩礼返还纠纷法律适用研究》,载《中国政法大学学报》2022年第6期,第21页;叶名怡:《恋爱期间财产给与的定性及处理》,载《东方法学》2024年第2期,第30页。

②参见山东省济南市中级人民法院:“周某某与夏某某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)鲁01民终4767号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html? docId = JGWeB5tetTk + nHAXDGa8ip0ANaafHTl6Y9bd3aw8uGSFkRFeN1NuePUK q3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68E/hd8Z7VDZDN0snoyMjDB,最后访问时间:2024年12月9日。

③参见陈宜芳,吴景丽,王丹:《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用,载《人民司法》2024年第10期,第22页。

④参见江西省贵溪市人民法院:“王某、张某林离婚纠纷民事一审民事判决书”,(2023)赣0681民初3118号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html? docId = VaSG3PCTC/Zm8jjTvt7Jd3bsm + tzGA05s6f + 89T/bv8jg5 + tl-cGoRvUKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68E/hd8Z7VDZKjiSEyNuFKe;江苏省苏州市中级人民法院:“宋某与陆某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)苏03民终2415号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHN2W0/index.html? pageId,最后访问时间:2024年12月9日。

⑤参见湖北省黄石市中级人民法院:“洪某、江某1婚约财产纠纷民事二审民事判决书”,(2022)鄂02民终1927号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html? docId = huIWvFi20HdFd9ARicOSQfPDBQgl6PBuQn3rXt yXCJFl-cjhZ6xhvUKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68E/hd8Z7VDZBPSARp4,最后访问时间:2024年12月7日。

⑥参见陈宜芳,吴景丽,王丹:《关于审理涉彩礼纠纷案件适用法律若干问题的规定》的理解与适用,载《人民司法》2024年第10期,第23页。

⑦参见湖北省高级人民法院:“叶某与周某、胡某婚约财产纠纷再审审查民事裁定书”,(2023)鄂民申8237号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html? docId = smlpFwnNFrB/1JrQwycG7ZRFMx74pCE9MpOzZ1x778 + cT2MK/OMq/UKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68q/wqzI0UA/NpzollQdmqJ,最后访问时间:2024年12月9日。

朱某芳、朱某俭、吕某粉三人在定亲、送日子等当地风俗中共同收取”^①。本文没有采用以结婚为目的的赠与或者以缔结婚姻为目的作为认定彩礼的要素,原因首先基于彩礼是婚前男方向女方支付的赠礼,其支付前提是男方发出的结婚邀约得到了女方回应,即双方达成了将来结婚的合意——婚约。在确定定亲之后,男方才会支付彩礼,因此存在双方将来结婚的合意,基于此合意才有男方的赠礼。至于男方基于自己单方结婚意愿的赠礼,应当排除在彩礼的范围之外。其次,定亲语境的限定更能体现习俗性,能够帮助我们理解彩礼的内在文化性,也能够解释为什么彩礼是男方的赠礼而不是女方的赠礼,由此将彩礼与其它赠礼区分开来。

(三) 赠与人的性别限定

彩礼(聘礼)是内生于中国式聘娶婚的一个传统概念。在儒家文化传统中,婚姻是区别于动物的两性结合,承担着传承世系的重任,因此需要按照聘娶的方式完成,以聘书或者聘礼作为婚约成立的标志。在历史上,聘娶婚是进步于掠夺婚和有偿婚的婚姻形式,它将男女双方分别置于“娶”和“嫁”的位置,男方是婚姻契约的邀约方,女方是受邀约方,双方需要有表达诚信的信物,而嫁出去与娶进来的差异让男子(男方)处于婚姻关系的中心和受益方,在此情形下男子(男方)承担了定亲赠礼的角色,此习俗因彩礼在当代社会的延续而得到保留。

(四) 支付时间的限定

彩礼一定是男方婚前对女方的赠与,这是由彩礼所承担的功能决定的。婚后男方对女方的赠与不构成彩礼,是因为彩礼承担的功能是婚前定亲(聘定),双方一旦结婚,彩礼的功能就已完成。至于男方完成定亲以后的婚前赠礼,则属于以结婚为目的的赠与,属于普通婚约赠与,不属于彩礼。

四、彩礼认定的若干难点问题解析

当下的现实是,尽管彩礼源自古老的“六礼”,却为今天的民众不断创新。在司法实践中,困扰法官的往往是那些五花八门的“传家手镯”“三金”“新衣费”“仪式费”“见面礼”“改口费”等地方习俗属性较强的赠礼是否属于彩礼的问题,一些法官往往简单以陋习称之而否定其效力。在学术界,也有不少学者对此持不同认识。此外,还有学者主张“彩礼或聘礼应在宽泛意义上理解和认定,不该局限于金钱直接给付,也包括一方替另一方向第三方代为清偿等。无论是代付购车款还是装修款,都有可能构成彩礼”^②。笔者对此赞成,理由是随着时代发展,充当彩礼的赠礼并不一定只是金钱,事实上,充当彩礼的赠礼种类在现实生活中已经多样化,对于这些已经存在、未来还可能出现的赠礼,在认定其是否属于彩礼时,我们需要有一个不能改变的基本立场,那就是彩礼的功能是实现定亲(聘定)所用,这是由彩礼习俗自带的特点所决定的,除此则无彩礼可言。如此,则无论充当彩礼的财物及其名称如何改变,我们需要坚持的只是把这些赠礼放在其发生的阶段,看其是否属于依照习俗承担了聘定的功能,有习俗、有聘定即为彩礼,无习俗、无聘定则非彩礼。以洪某、江某1婚约财产纠纷案为例,男女双方经人介绍相识后恋爱,恋爱期间恰逢春节、情人节和女方生日,男方通过微信支付分别向女方转账1314元、520元。同时,春节时男方购买了烟、酒、茶叶等礼品前往看望女方父母,并加入女方家庭的微信群发放红包。此后,男方主动购买了化妆品、包包、衣服等赠与女方,双方在交往中均有日常花销。在恋爱相处五个月后,双方因准备订立婚约的彩礼金额发生分歧而断绝恋爱关系^③。在此案中,男方在恋爱期间的赠礼显然不具有聘定的意义,只是单方为增

①参见河南省高级人民法院:“朱某芳、朱某俭等与王某伟婚约财产纠纷再审审查民事裁定书”,(2024)豫民申7684号,载中国裁判文书网, https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=XpNoldVsWWhfOcejGrH38xEim1XuSOK7YYO_hAt7M VqnWuZkdWwRH/UKq3u+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68PF1P4jldQeNzXOK0HPpfB,最后访问时间:2024年12月9日。

②参见叶名怡:《恋爱期间财产给与的定性及处理》,载《东方法学》2024年第2期,第30页。

③参见湖北省黄石市中级人民法院:“洪某、江某1婚约财产纠纷民事二审民事判决书”,(2022)鄂02民终1927号,载中国裁判文书网, https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=huIWvFi20HdFd9ARicOSQfPuDBQglt6PBuQn3r_XtyXCJfL-cjZh6xhvUKq3u+IEo41YjB58NTF1Tma+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68E/hd8Z7VDZBPSaRP4o,最后访问时间:2024年12月7日。

进对方好感而发生的赠与,即便男方有结婚的动因,也只是单方的意愿。此时男女双方并不存在结婚的合意,因此赠礼不属于彩礼。

需要注意的是,各地的习俗不同,各个家庭的做法也存在差异,有时定亲只是一个简单的交付就完成,有时候定亲又是一个过程,因此彩礼可以是单一的赠礼,也可以由若干赠礼组成,需要我们仔细辨别。

(一) 酒席费用是否属于彩礼

对于筹备婚礼过程中为款待、宴请亲友所支出的费用,一些地方审判指引通常认为不应认定为彩礼^①,审判实践中法官基本上将其排除在彩礼之外^②。在“徐某 1、朱某 1 婚约财产纠纷案”中,二审法院认为,“对于徐某 1 主张给付 3 万元酒席钱,该款不属于彩礼,一审对此不予审理并无不当”^③。对此,有学者主张将婚礼进行过程中支付的宴席费、烟酒钱、赠送女方亲友的小额礼金或红包等排除在彩礼之外^④,还有学者主张:“在现实生活中,一方收到彩礼后,往往会拿出部分用于共同花销,如亲朋聚餐、馈赠礼物及日常的吃喝玩乐等,对数额较小的,由于其不符合彩礼的金额性,故不宜认定为彩礼。对于数额较大的酒席钱等,则应当区分看待。首先分辨其针对性,即其是否是为缔结婚姻所消费的花销。其次分辨其习俗性,如果当地确有办酒席之风俗作为缔结婚姻的必要前置程序,使得当事人为缔结婚

姻不得不花销举办酒席,则可考虑认定为彩礼的一部分”^⑤。

笔者认为,当事人对彩礼的使用与彩礼的认定是两个不同的问题,不能混淆而谈。无论将赠礼用作单方花销还是双方花销,都不影响我们对赠礼是否属于彩礼的认定;价值大小也不是认定彩礼的要素;酒席费用的功能是款待亲朋好友,虽然其来源可能是彩礼,但其若不承担定亲的功能,就不能认定为彩礼。

(二) 见面礼是否属于彩礼

见面礼是彩礼纠纷案件中常见的一种赠礼,围绕其是否属于彩礼,不仅双方当事人存在激烈争执,许多法官对此如何裁判也犹豫不决。在林某 1、蒋某婚约财产纠纷案中,女方婚前收到的男方赠礼除了 78 万元聘金,还有 2 万元见面礼和 1.2 万元酒席开支^⑥,法官认定见面礼不属于彩礼;在蒋某、柳某婚约财产纠纷二审案中,法院认定见面礼 10 万元是当地习俗,不属于彩礼^⑦。但也有不少案件显示,部分法官按照见面礼价值的大小来认定赠礼是否属于彩礼。例如,在管某、陈某婚约财产纠纷案中,法院认为,“原告赠送被告及亲属香烟、白酒、大米、饮料等价值物品,价值不大,属于双方之间的见面礼,不属于彩礼的范围”^⑧;在宋某与陆某婚约财产纠纷案中^⑨,一审法官认定 2 万元的见面礼因数额较大为彩礼:

①参见胡云红,宋天一:《彩礼返还纠纷法律适用研究》,载《中国政法大学学报》2022 年第 6 期,第 16 页。
②参见贵州省贵阳市中级人民法院:“曾某、李某 1 婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2020)黔 01 民终 8090 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = relZp5rmNdoTpJ9 + yg9e4eBKg9E3fZwihS/AC1D/n1kBly + sqMqUD/UKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68PF1P4jIDqeG4Zl/y1Tv0i,最后访问时间:2024 年 12 月 9 日。
③参见安徽省亳州市中级人民法院:“徐某 1、朱某 1 婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2020)皖 16 民终 3968 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = MK + xUnmVnDPPFrTtXnPTD2mWHPUtWZr5TzZyK68HCvPDtyNmyUGyPUKq3u + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68FQwCIDPiUg3BJuWVjJnsS,最后访问时间:2024 年 12 月 9 日。
④参见杜德伟,孙杜遥:《彩礼的法律性质及范围探析》,载《四川文理学院学报》,2024 年第 4 期,第 69 页。
⑤参见胡云红,宋天一:《彩礼返还纠纷法律适用研究》,载《中国政法大学学报》2022 年第 6 期,第 16 页。
⑥参见福建省高级人民法院:“林某 1、蒋某婚约财产纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”,(2020)闽民申 5156 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = 383r6RmArRlyfbuecsnrp7KYUEOs08JwOPFhd26ausK3EGMJBvd1vUKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68FQwCIDPiUglquaPR3o2tD,最后访问时间:2024 年 12 月 9 日。
⑦参见安徽省蚌埠市中级人民法院:“蒋某、柳某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2019)皖 03 民终 844 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = xtjW9zhB4bxsY8K + e38upY1MBIOVJkEafub4FmuPy5nDRmemu/meNvUKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68FQwCIDPiUgy/31ZKIGHLP,最后访问时间:2024 年 12 月 9 日。
⑧参见贵州省毕节市中级人民法院:“管某、陈某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2020)黔 05 民终 5087 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = nFoMeK9rG1SHP32AD6iCeR7Rx0Q5AzqgYlocggFNGmD1ni7pIfOS/vUKq3u + IEo41YjB58NTF1Tma + KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R68FQwCIDPiUg8hVVZPtPmbM,最后访问时间:2024 年 12 月 9 日。
⑨参见江苏省苏州市中级人民法院:“宋某与陆某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)苏 03 民终 2415 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId,最后访问时间:2024 年 12 月 9 日。

“关于彩礼的范围,除正式‘传启’当天给付的财物外,男方会以缔结婚姻为目的在‘传启’前给付女方数额较大的见面礼,该部分财产往往成为男方家庭较大的负担,故也应认定为彩礼,在婚约解除的情况下,理应返还”。二审法院支持了上述判决,认为为缔结婚姻关系,男方给付女方的款项中购车款、传启款、见面礼数额较大,应认定为彩礼^①。在金某1、陈某1婚约财产纠纷案中,法院认为,“见面礼虽是被上诉人父母给付上诉人,但见面礼的性质仍然是被上诉人父母以双方当事人缔结婚姻为目的而支出的费用,本质上仍然属于彩礼”^②。

笔者认为,见面礼是女方首次拜见男方父母时男方父母赠与的财物,表达的是男方父母对女方的认可。通常情况下,若男方父母对女方表示认可,就会支付一笔价值不菲的见面礼,以启动接下来的聘亲等程序;若男方父母不支付这笔见面礼,则婚事不能成就^③。从见面礼支付的阶段看,此时男女双方还未达成将来结婚的合意,因此见面礼通常不是基于定亲而赠与,自然不能认定为彩礼。当然,如果见面礼是在定亲的意义上赠送,那么它就成为彩礼的构成部分。以孟某1、袁某婚约财产纠纷案为例,当地的定亲赠礼由大礼和小礼构成,为此男方分别支付见面礼60800元,回礼20000元;大礼200000元,回礼20000元^④。显然,此案中的见面礼充当了定亲赠礼的组成部分,应当认定为彩礼。

(三)“三金”是否属于彩礼

在恋爱与定亲时赠与女方黄金首饰是我国民间传承已久的习俗,俗称“三金”。对于“三金”是否属于彩礼,需要根据其所担当的功能来判定。现实生活中,男方赠与“三金”通常存在两种情形:一是在恋爱阶段单方基于增进感情的赠与;二是基于聘定的赠与。以“火某、韩某1婚约财产纠纷案”为例,“火某、韩某1二人于2018年经人介绍相识,经双方父母同意二人开始交往。在交往期间,火某赠与韩某1金戒指一枚,多次携带礼品拜访韩某1家人,并多次向韩某1转账。2019年2月10日,火某、韩某1举行了订婚仪式。当日,火某向韩某1支付彩礼101000元、三金2300元、衣服款12000元,给付韩某1家人7个600元红包共计4200元,韩某1家人按习俗退还火某礼金46600元”^⑤。此案中的金戒指显然不是在定亲意义上赠与,因为双方此时并未达成将来结婚的合意,自然不应当将其认定为彩礼。

除了上述诸项赠礼,民间还存在诸如“上下轿礼、改口费、催嫁衣、选日子费”等与结婚相关的赠礼^⑥。对于这些名目繁多的赠礼,只要不是在定亲的意义上所用,就不能认定为彩礼。有学者主张:“彩礼或聘礼应在宽泛意义上理解和认定,不该局限于金钱直接给付,也包括一方替另一方向第三方代为清偿等。无论是代付购车款还是装修款,都有可能构成彩礼。实务中不乏确

①参见江苏省苏州市中级人民法院:“宋某与陆某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)苏03民终2415号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHN2W0/index.html?pageId,最后访问时间:2024年12月9日。

②参见安徽省安庆市中级人民法院:“金某1、陈某1婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2020)皖08民终1148号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=kq9U36fE7LoZic10kAjV7RAyXjReYpT5OUxOElB3Ho5nTvQ+e3tKv/UKq3u+IEo41YjB58NTF1Tma+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R69eII4RfnnOZSEwVltZqPIH,最后访问时间:2024年12月10日。

③参见胡云红,宋天一:《彩礼返还纠纷法律适用研究》,载《中国政法大学学报》2022年第6期,第17页。

④参见安徽省宿州市中级人民法院:“孟某1、袁某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)皖13民终2092号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=6r0k8xc9c7aqVWidLgay/a1yQRbKj/ns9e+/CIqzTovhlOt1hUPVvUKq3u+IEo41YjB58NTF1Tma+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R69eII4RfnnOZQCeDvSdV3lm,最后访问时间:2024年12月10日。

⑤参见甘肃省兰州市中级人民法院:“火某、韩某1婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2021)甘01民终1615号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=yJxAGr8vjV3Lo+6zs2rTu3wheoIPeNRga9oGFidXpToV4cTqobTiQUfUKq3u+IEo41YjB58NTF1Tma+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R69eII4RfnnOZYagsZnlix0g,最后访问时间:2024年12月10日。

⑥参见江西省上饶市中级人民法院:“张某、林某婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2020)赣11民终2023号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=Nf0BqWrxrKTNIBJrGvZE8isV+xp2l+Vp+Au+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R6/v07mHpOnapd7WXIdz/dh;山东省济宁市中级人民法院:“张某1、张某2婚约财产纠纷二审民事判决书”,(2019)鲁08民终5666号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=arQ0BuCrnZ88O6wUjRASmXdlboweZBrEHjOE0s33EM1yNV4Tfs2PUKq3u+IEo41YjB58NTF1Tma+KbAHc8y0epRi8Det5yMh9LX828R6/v07mHpOnapdbAagwQ3uAQ,最后访问时间:2024年12月10日。

认代付购车款之返还应参照彩礼规定处理的立场”^①。对此,笔者赞成彩礼范围认定的现代性和开放性,但也坚持它的聘定性质,否则就会造成彩礼与其它赠礼无法分辨。

综上所述,婚前男女双方皆存在赠与财物的情形,但并非男方婚前所有的赠与物都是彩礼。在名目繁多的赠礼中,我们需要从中鉴别出具有定亲(聘定)习俗意义的赠礼,这类赠礼才是彩礼。因此,对彩礼范围的界定应当建立在彩礼习俗、功能和法律属性的基础上,避免出现泛彩礼化的现象。事实上,彩礼只是属于婚约赠与的一种特殊情形,在此之外,还存在其他的婚约赠与,否则就会出现法官强行将其它的婚约赠与解释为彩礼的现象,也会出现对民间彩礼返还习惯的不尊重。至于彩礼之外男方的其他赠礼,笔者认为,如果男方的赠礼是基于男女双方已经达成将来结婚的合意所赠,那么这是婚约赠与,属于附条件的赠与,否则就是普通赠与,各自适用不同的返还规则。由此,解决彩礼问题有两条路径可

- 以选择:
1. 对彩礼的认定持纯粹态度,坚持传统的聘定意义,如此在彩礼之外就还存在基于婚约的其他赠与。严格区分二者的目的,在于对此二者适用不同的返还规则:就彩礼的返还而言,司法解释应当更多尊重民间彩礼返还的规则;至于其他婚约赠与,则适用附条件赠与的返还规则。
 2. 重塑婚约解除的效力,建立彩礼和普通婚约赠与统一的返还规则,同时弥补信赖利益损害赔偿的漏洞。
- 对此,笔者选择后者彩礼随着人们生活改善呈现多样变化,习惯也处于不断演变之中,如果统一以婚约赠与来统辖彩礼和其他的婚约赠与,同时建立统一的婚约解除返还制度,可以避免因为赠礼种类和名目繁多给法官带来的认定彩礼的困惑,也可以为信赖利益受损者提供法律救济路径,避免对单一性别保护的不当。

【责任编辑:张 戈】

Research on the identification standard of betrothal gifts from

the perspective of the Civil Code

——Distinction between betrothal gifts and love gifts

Jin Mei

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

Abstract: As one of the ancient wedding procedures originating from the Pre-Qin period, betrothal gifts have undergone a long evolutionary process in China. In recent years, with the development of society and the improvement of economic life, betrothal gifts have been rising year by year and have been taken on new forms, but they still bear the same significance of engagement as the betrothal property in history. Therefore, it is obviously inappropriate to determine whether something is a betrothal gift merely based on the value of the gift. The identification elements of betrothal gifts should include customariness, engagement nature, gender limitation and delivery time limitation to avoid the phenomenon of over-broad identification of betrothal gifts.

Key words: betrothal gifts; love gifts; distinction

①参见叶名怡:《恋爱期间财产给与的定性与处理》,载《东方法学》2024年第2期,第30页。

网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的限缩适用研究

梅传强,李媛

(西南政法大学,重庆 401120)

〔摘要〕随着互联网技术的发展,利用信息网络辱骂恐吓他人的行为逐渐增多,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的条文规定应运而生。实证研究表明,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪呈现“情节恶劣”标准认定多样化、案件数量较侮辱罪整体偏高、无罪判决数量整体较少的泛化扩张趋势。究其原因,主要是“情节恶劣”标准模糊、“破坏社会秩序”的法益内涵阐释不清以及罪与非罪行刑衔接程序不完善所致。基于刑法谦抑性和罪刑法定原则的双重考量,有必要对该罪的适用范围进行合理限缩。具体而言,应当通过司法解释明确规定“情节恶劣”的入罪标准,深化“破坏社会秩序”的理论研究,构建科学的行刑衔接程序,以期在保障公民言论自由与维护网络秩序之间实现价值平衡。

〔关键词〕网络辱骂恐吓行为;寻衅滋事罪;网络秩序;司法限缩适用

〔作者简介〕梅传强(1965—),男,四川邻水人,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;李媛(2000—),女,山东烟台人,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〕2025-04-25

〔中图分类号〕D924.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2025)03-012-10

随着信息网络的发展,人类的日常交流和生活变得愈发便利。互联网发展为社会大众提供发展机遇的同时,也带来了一些社会问题,“辱骂、恐吓”等违法犯罪行为拥有了新的平台。最高人民法院、最高人民检察院于2013年颁布了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《“两高”办理网络诽谤案件解释》),其第5条第1款将网络辱骂恐吓行为纳入寻衅滋事罪的规制范围^①。“利用信息网络”这一特殊内容,将网络辱骂恐吓型寻衅滋事与传统辱骂恐吓型寻衅滋事罪进行区分,体现了传统寻衅滋事罪向网络空间的延伸。然而,我国网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的条文规定较为模糊,罪与

非罪、此罪与彼罪的界限不明,使本罪在司法适用过程中呈现明显的泛化趋势^②。基于此,本文以司法案例为参考,以网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪为视角,分析本罪的认定要件,并对本罪的司法适用难题进行总结,以便针对性提出限缩本罪适用的对策建议。

一、网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪适用现状

笔者以“北大法宝”司法案例数据库为检索平台,以“寻衅滋事罪”为案由、以“刑事案件”为案件类型、以“网络犯罪”为专题分类进行精准搜索,共搜索到337份裁判文书。去掉重复案例、无效案例和其他文书,共得到91份关于网络辱骂恐

①《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条第1款规定:“利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的,依照刑法第二百九十三条第一款第(二)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚”。

②参见李会彬:《网络言论的刑法规制范围——兼评两高〈关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释〉》,载《法治研究》2014年第3期,第82页。

吓型寻衅滋事罪的可参考裁判文书。通过分析当前已知的案例数据可以看出,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的司法适用呈现明显的泛化趋势,具体表现为“情节恶劣”标准认定多样化、本罪案件数量较侮辱罪整体偏高、本罪无罪判决数量整体较少。

(一)“情节恶劣”标准认定多样化

从传统辱骂恐吓型寻衅滋事罪的司法解释中可以看出,“情节恶劣”是寻衅滋事罪的定罪标

准。网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪是传统寻衅滋事罪在网络空间的延伸,因而“情节恶劣”也应当是网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的定罪标准。但是,《“两高”办理网络诽谤案件解释》并未明确界定“情节恶劣”的内涵,司法机关在认定网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪时发挥了较大自由裁量权,各地“情节恶劣”标准不统一,呈现多样化特征(详见图1)。

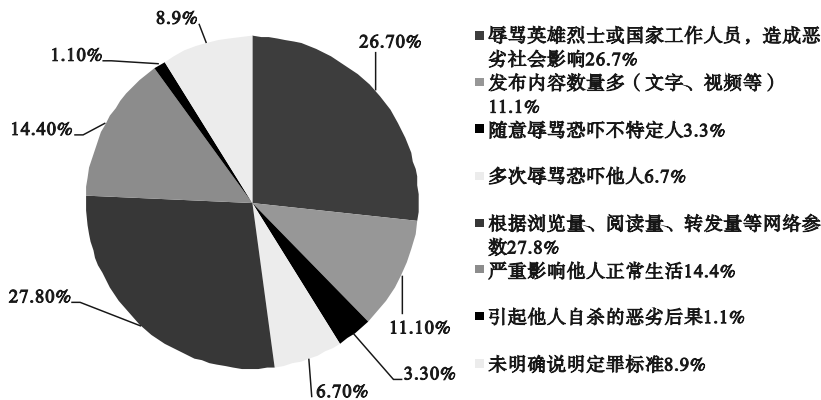


图1 “情节恶劣”标准汇总

从图1可以看出,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的“情节恶劣”标准多样化,不同司法机关采取的认定方式不同,本罪尚未形成统一且明确的定罪标准。我国司法机关在认定本罪“情节恶劣”标准时,缺乏可参考的法律依据,法官只能根据行为次数、传播范围以及可能带来的恶劣社会影响等标准进行粗略判断,极易导致司法实践中出现“同案不同判”现象。

(二)本罪较侮辱罪案件数量偏多

网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的客观行为方式认定相对简单,主要以“是否存在利用信息网络^①进行辱骂、恐吓的行为”作为标准,基本没有疑难之处。然而,本罪的客观行为方式与网络型侮辱罪的客观行为方式具有较高重合性,二者在适用过程中极易产生混乱,容易使原本应定为侮辱罪的案件被判定为寻衅滋事罪。这可能会不当扩大网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的处罚范围。

为进一步厘清网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪

与网络型侮辱罪的界限,笔者以“北大法宝”司法案例数据库为检索平台,以“侮辱罪”为案由、以“刑事案件”为案件类型、以“网络犯罪”为专题分类进行精准搜索,共搜索到20份裁判文书。去掉重复案例、无效案例和其他文书,共得到13份关于网络型侮辱罪的可参考裁判文书。结合前文已有的案例数据,本文对两个罪名的案件数量进行了简单对比(详见图2)。

从图2中可以看出,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的定案率明显高于网络型侮辱罪,案件数量相对较多。实际上,两个罪名在理论层面较容易区分,但在实践层面却存在扩张适用网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的风险,需要引起我们的关注和反思。

(三)本罪无罪判决数量整体较少

在涉及网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的91个案例中,仅有两例未认定被告人构成网络辱骂恐吓型寻衅滋事行为,无罪案件数量整体较少。在

①《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条规定:“本解释所称信息网络,包括以计算机、电视机、固定电话机、移动电话机等电子设备为终端的计算机互联网、广播电视网、固定通信网、移动通信网等信息网络,以及向公众开放的局域网络”。

两例判决书中,法院未认定被告人行为构成网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的理由分别为“无证据证明被告人的行为给他人正常生活和工作秩序造成严重的不良后果”^①和“无证据证明被告人有威胁他人的言语和行为,其行为也未破坏社会秩序”^②。前一个案例尽管被告人在网络平台上发布的内容有116篇回复帖,但法院并未通过回复帖数量即认定为“情节恶劣、破坏社会秩序”,而是根据案件具体情况审慎确认被告人行为的社

会危害性,最终判定其无罪。后一个案例被告人在网络群聊中发送的内容仅为证明个人清白,并非威胁他人,其行为并未破坏社会秩序,不能认定其利用信息网络恐吓他人。尽管此案被告人的其他行为构成犯罪,但法院对公诉机关指控被告人构成网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪未予认可。本文对本罪的有罪判决与无罪判决进行了数量上的简单对比,从整体看,本罪无罪判决数量相对较少,定罪率整体偏高(详见图3)。

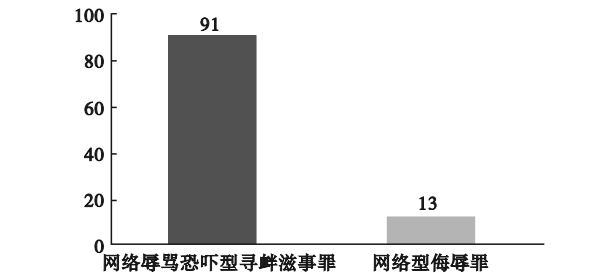


图2 网络辱骂型寻衅滋事罪、网络型侮辱罪案件数量对比图

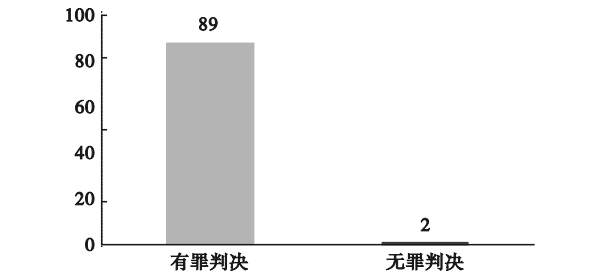


图3 两类案件判决结果对比图

二、网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪泛化适用的原因剖析

通过梳理网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪司法适用现状可以看出,本罪在司法适用过程中存在着定罪标准不统一,罪与非罪、此罪与彼罪界限模糊的问题,具有明显的泛化扩张趋势。究其原因,本文认为,主要是本罪缺乏明确的“情节恶劣”标准、本罪“破坏社会秩序”的理论研究不足以及罪与非罪的行刑衔接程序不完善所导致。

(一)缺乏明确的“情节恶劣”标准

在网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪中,行为人辱骂、恐吓他人的行为“情节恶劣”才能达到入罪标准。“情节恶劣”是认定网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的重要因素,需要准确把握。网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪是传统辱骂恐吓型寻衅滋事行为与网络因素融合产生的,具备网络空间的虚拟性和信息扩散性特征,在认定“情节恶劣”时需要充

分考虑网络空间的独特性^③。然而,我国目前缺乏网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪“情节恶劣”标准的具体规定,导致司法机关定罪时缺乏法律依据,法官自由裁量权较大,不可避免地造成了本罪的扩张化适用。

为了弱化寻衅滋事罪的口袋化倾向,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《寻衅滋事司法解释》)第2条、第3条、第4条以列举的形式细化了“情节严重”或“情节恶劣”的标准。然而,每个法条最后一项的兜底性规定均使寻衅滋事罪在适用时存在一定困难。当前,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的适用标准为《寻衅滋事司法解释》第3条,但此标准并不能完全适用于网络空间下的寻衅滋事行为,其对于网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的“情节恶劣”标准仍缺乏明确规定。司法机关难以借助《寻衅滋事司法解释》第3条来判定网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪时,通常会借

①参见河北省尚义县人民法院:“安某寻衅滋事一审刑事判决书”,(2018)冀0725刑初16号,载北大法宝司法案例数据库, <http://fgggi66f6a8ad06ba47d9sc9ubckuc055k6096.fbch.oca.swupl.edu.cn/pfnl/a25051f3312b07f3287d1f6cf5d95f043f0d521cc440fbd9bdfb.html?way=listView>,最后访问时间:2025年4月25日。

②参见山东省宁津县人民法院:“陈国军寻衅滋事、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章一审刑事判决书”,(2020)鲁1422刑初14号,载北大法宝司法案例数据库, <http://fgggi66f6a8ad06ba47d9sc9ubckuc055k6096.fbch.oca.swupl.edu.cn/pfnl/a6bdb3332ec0adc4c7b797bcca015260d1ddc7de88ec08eddbf.html?way=listView>,最后访问时间:2025年4月25日。

③参见苏晓宇:《网络空间寻衅滋事罪探析》,载《廊坊师范学院学报(社会科学版)》2022年第2期,第94页。

助《“两高”办理网络诽谤案件解释》第2条网络型诽谤罪的“情节严重”规定^①认定本罪。本文认为,寻衅滋事罪与诽谤罪属于不同类别犯罪,侵犯的法益不同,直接适用该标准缺乏合法性。

根据图1汇总的司法机关认定“情节恶劣”的标准,当前认定网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的标准,呈现多样化特征,其中,司法机关主要以行为造成恶劣社会影响、转发量或阅读量等网络参数数量、发布内容数量、实施侵害次数以及行为是否严重影响他人正常生活等标准作为判断依据。部分标准(如“实施侵害的次数”和“行为是否严重影响他人正常生活”)可以通过《寻衅滋事司法解释》第3条规定来适用,具有一定合理性。较有争议的标准是“网络参数数量”,司法机关往往将网络阅读量、转发量、评论量等数据作为标准。在当前缺乏明确法律条文规定的情况下,司法机关判断网络参数是否超过合理范围时,仅能依靠办案人员的自由意志,容易导致相似的网络数据却有不同定罪量刑结果,造成罪名适用混乱^②。同时,由于网络空间具有较强的信息扩散性,阅读量和转发量等数据往往很容易上升,仅以网络数据量作为标准容易降低本罪的人罪标准,过度扩张本罪的适用。

综上,由于我国目前缺乏网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪“情节恶劣”标准的具体规定,仅依照《“两高”办理网络诽谤案件解释》第2条或《寻衅滋事司法解释》第3条规定界定“情节恶劣”缺乏合法性与合理性,不可避免会造成本罪适用的泛化与扩张化。我国法律法规需要对网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的“情节恶劣”标准进行针对性规定,参考相关法律条文进行适当细化和调整。

(二)“破坏社会秩序”的法益阐释不清

随着当前网络侮辱、恐吓行为的逐渐增多,刑法针对性出台了规制网络暴力、网络诽谤等案

件的司法解释,规制此类行为的罪名相对较多。从图2的案例数据可以看出,在司法机关注重维护网络空间秩序背景下,多数网络辱骂、恐吓行为均被定性为寻衅滋事罪而非侮辱罪。此罪与彼罪的界限模糊,在一定程度上导致网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪被泛化适用,加剧了本罪的“口袋条款”倾向。产生这一现象的重要原因,是我国理论界对于网络秩序与社会秩序等相关问题研究不足,尤其对于“行为达到何种程度属于破坏网络秩序”缺乏准确界定,在一定程度上扩大了网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的处罚范围,导致侮辱罪在规制网络辱骂行为时形同虚设^③。

网络空间下寻衅滋事行为的出现,曾引发学界深刻探讨“网络秩序”与“社会秩序”的关系以及网络空间是否属于公共场所等问题^④。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法惩治网络暴力违法犯罪的指导意见》(以下简称《网络暴力指导意见》)第1条提到了“网络秩序”,条文内容为“扰乱网络秩序,破坏网络生态,致使网络空间戾气横行,严重影响社会公众安全感”。该法条未给“网络秩序”作出明确定义,只是以“网络空间戾气横行”和“严重影响社会公众安全感”作为判断“扰乱网络秩序”的标准,并未明确网络秩序与社会秩序、网络空间与公共场所的关系。网络型寻衅滋事罪与传统型寻衅滋事罪不完全相同。部分学者认为,面向大众的网络空间属于公共场所的一种,是人类现实生活向虚拟世界延伸的表现形式之一。网络空间中也应当存在“秩序”,社会秩序包含着网络秩序^⑤。反对该观点的学者则认为,公共场所是人民可以随意进出的客观存在的物理场所,网络空间不属于公共场所,网络秩序不能包含在社会秩序之中^⑥。该问题涉及网络型寻衅滋事罪存在的合理性,是理

①《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条规定:“利用信息网络诽谤他人,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第二百四十六条第一款规定的‘情节严重’:(一)同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的;(二)造成被害人或者其近亲属精神失常、自残、自杀等严重后果的;(三)二年内曾因诽谤受过行政处罚,又诽谤他人的;(四)其他情节严重的情形”。

②参见刘子良:《网络空间秩序混乱型寻衅滋事罪能否成立》,载《安阳工学院学报》2020年第5期,第7-10页。

③参见董杭杰,顾赵丽:《后疫情时代网络寻衅滋事行为的规制》,载《浙江理工大学学报(社会科学版)》2023年第3期,第327页。

④参见张千帆:《刑法适用应遵循宪法的基本精神——以“寻衅滋事”的司法解释为例》,载《法学》2014年第4期,第7页。

⑤参见周光权:《法学专家释疑“两高”网络诽谤司法解释五热点》,载《法制日报》2013年9月26日,第2版。

⑥参见张明楷:《简评近年来的刑事司法解释》,载《清华法学》2014年第1期,第16页。

论界研究网络型寻衅滋事罪保护法益的重要原因^①。从当前司法判例来看,司法机关普遍将网络秩序认定为社会秩序的一种,只是在判断“行为达到何种程度属于破坏社会秩序”时存在标准不明的障碍。

“破坏社会秩序”的法益阐释对合理适用网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪与网络型侮辱罪具有重要作用。尽管从理论研究层面,二者具有显著的区别。网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的保护法益为社会秩序,主要是社会法益;网络型侮辱罪的保护法益为公民的人格尊严权,属于个人法益^②。由于理论界与实务界对于“破坏社会秩序”的边界把握不清,导致网络辱骂型寻衅滋事罪与网络侮辱罪的适用难以区分,加之两个罪名的客观行为方式具有较强相似性,均是利用信息网络肆意辱骂他人,司法机关认定法益受侵害程度时,通常根据网络转发量、阅读量等客观数据来判断行为所带来的影响。当网络转发量、阅读量超过一定数量时,司法机关通常认定该行为破坏了社会秩序,构成网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪。然而,在普通网络侮辱罪中,网络转发量与阅读量等数据同样会作为判断“情节严重”的一项标准,此时,“行为达到何种程度属于破坏社会秩序”的理论研究便显得至关重要。

综上,我国学界对“破坏社会秩序”的研究尚不充分,此罪与彼罪的界限较为模糊,容易导致网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪被不合理扩张适用,有违刑法罪刑相适应原则。

(三)罪与非罪的行刑衔接不通畅
依据法益受侵害程度不同,理论界将行为违

法性区分为行政违法性与刑事违法性^③。根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第13条“但书”^④的规定,对“情节显著轻微危害不大”的行为作出罪处理,其余严重危害社会的行为则被认为具有刑事违法性;《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第2条^⑤将尚不够刑事处罚的行为规定为治安违法行为,行为具有行政违法性,由此,我国刑法与行政法形成了二元制裁体系。在辱骂恐吓型寻衅滋事案件中,《刑法》与《治安管理处罚法》均对其作出了相应规定。《治安管理处罚法》第42条^⑥将尚不够刑罚处罚、情节相对较轻的辱骂、恐吓他人的行为定为治安违法行为,《刑法》则将情节恶劣的行为定为寻衅滋事罪。与传统寻衅滋事罪不同,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪缺乏对于“情节恶劣”标准的明确规定,导致网络空间下的寻衅滋事行为难以区分行政违法性与刑事违法性,罪与非罪的行刑衔接不通畅。目前,该类行为大多被纳入刑法的规制范畴中,无罪判决率较低。

三、网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪限缩适用的必要性

从前文的分析可知,当前我国网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪具有明显的泛化适用趋势,限缩适用本罪具有必要性。在网络技术迅速发展的当下,既要充分保障公民网络空间的言论自由权,又要合理限制言论自由权的行使^⑦,限缩适用网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪既有利于保障刑法对言论自由的正当介入,也是遵循罪刑法定和罪刑

①参见卢恒飞:《网络谣言如何扰乱了公共秩序?——兼论网络谣言型寻衅滋事罪的理解与适用》,载《交大法学》2015年第1期,第118页。

②参见金泽刚,张涛:《网络时代侮辱、诽谤罪司法适用之争》,载《探索与争鸣》2023年第7期,第115页。

③参见孙国祥:《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》,载《法学家》2017年第1期,第53页。

④《中华人民共和国刑法》第13条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。

⑤《中华人民共和国治安管理处罚法》第2条规定:“扰乱公共秩序,妨害公共安全,侵犯人身权利、财产权利,妨害社会管理,具有社会危害性,依照《中华人民共和国刑法》的规定构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚”。

⑥《中华人民共和国治安管理处罚法》第42条规定:“有下列行为之一的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节较重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款:(一)写恐吓信或者以其他方法威胁他人人身安全的;(二)公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人的;(三)捏造事实诬告陷害他人,企图使他人受到刑事追究或者受到治安管理处罚的;(四)对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复的;(五)多次发送淫秽、侮辱、恐吓或者其他信息,干扰他人正常生活的;(六)偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的”。

⑦参见石经海:《论网络暴力的实质与刑法适用规则的完善》,载《法律科学(西北政法学报)》2023年第5期,第76页。

相适应原则的要求;更是抑制本罪无限扩张的风险和倾向,保障公众合法权益,捍卫司法公信力的必然选择。

(一)保障刑法对言论自由的正当介入

根据《中华人民共和国宪法》第51条规定,言论自由是指公众可以自由表达自己所想而不受限制的权利,但其言论不能侵害他人合法的自由和权利^①。在网络空间中,公民同样享有充分发言的权利,且言论自由应以尊重他人合法权利为前提^②。行为人在网络空间中随意发表言论,任意辱骂、恐吓他人,并非正确行使言论自由权,应当受到合理规制。此时,刑法介入网络辱骂恐吓型寻衅滋事行为具有正当性,并未违背宪法规定的基本秩序。

公民享有在网络空间自由发表言论的权利,若此种权利受到超出合理范围的限制,将会影响公民合法的权利和自由。如何在保障公民言论自由的基础上,协调刑法介入与言论自由权的冲突,是划定网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪适用边界的重要前提^③。若过分扩大本罪的适用范围,公民将不敢在网络中发表言论,也不敢维护自己的合法权益,不利于我国人权保障政策的落实。我国应在不违反宪法基本精神的基础上,合理划分本罪的适用边界,明确在“维护社会秩序”的前提下可以对哪些言论进行合理限制^④,协调“维护社会秩序”与“保障言论自由”的关系,避免本罪被泛化适用。这不仅是维护公民言论自由权的基本要求,也是保障刑法对言论自由正当介入的重要保障。

(二)遵循罪刑法定与罪刑相适应原则

罪刑法定原则的基本内涵为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,即定罪量刑需要由法律明确规定。尽管罪刑法定原则是一项历史悠久的法律制度,但其仍具有较高的应用价值^⑤。我国关于网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的规

定尚不明确,在“情节恶劣”的规定上缺乏法律指引,罪与非罪、此罪与彼罪的界限模糊,在一定程度上扩大了本罪的处罚范围,造成本罪被泛化适用,有违罪刑法定原则。因此,需要明确网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的相关规定,在罪刑法定原则的基础上对本罪进行限缩解释。这既是严格遵循罪刑法定原则的要求,也是贯彻刑法谦抑性和明确性理念的必经之路。

罪刑相适应原则是指刑罚的轻重应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。随着互联网的发展,网络空间下的辱骂恐吓行为逐渐增多,司法机关不能将这些行为一律归入网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的规制范围中,而应对该行为作出准确的定性与定量分析,指导定罪量刑。针对司法实践中存在的将不符合网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪构成要件的行为认定为本罪的现象,我国需要审慎分析案情、厘清行为性质,对网络辱骂恐吓行为进行准确定性,合理适用刑罚,做到罪刑相称、罚当其罪。

(三)抑制本罪无限扩张的风险和倾向

《“两高”办理网络诽谤案件解释》规定网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的立法初衷,在于弥补刑法对于网络空间下情节恶劣的辱骂、恐吓行为的规制漏洞。遗憾的是,该规定不仅未平息既往的争议,反而引发学界对网络寻衅滋事罪存在合理性的争论^⑥。寻衅滋事罪原本就因“口袋化”属性备受诟病,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的规定不仅没有弥补这个问题,反而使其“口袋化”属性愈发明显。因此,限缩适用本罪、抑制其无限扩张倾向具有必要性。这亦是划定刑法规制的合理边界,实现司法资源合理配置,维护司法公信力的要求。

司法工作者的职能定位是处理社会矛盾与冲突、回应公民诉求。随着互联网的快速发展,

①《中华人民共和国宪法》第51条规定:“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”。

②参见张翔:《基本权利的规范建构》,北京:高等教育出版社2008年版,第62页。

③参见沈晓白:《合宪性视角下网络寻衅滋事的刑法规制边界》,载《华东政法大学学报》2024年第3期,第164页。

④参见黄文婷:《公共秩序的界定:基于香港判例的分析》,载《港澳研究》2022年第1期,第37页。

⑤参见王武超:《法定犯时代罪刑法定原则的坚守与适用——以检例第90号案例为基础的展开》,载《江苏警官学院学报》2022年第5期,第41页。

⑥参见王平,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82页。

网络空间不断出现新情势、新变化和新发展,网络空间违法犯罪活动带来的危害也逐渐显著。司法工作者敏锐地感知到网络犯罪形势的新变化,出台了一系列法律法规予以规制,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪便在其中。但法律存在一定滞后性,难以全方位地规范不断变化的新形势,部分情形缺乏法律的细致规定,极易形成司法工作者“说了算”的局面,造成刑法规制范围过度扩张,降低了公众对法律的信任^①。若将网络辱骂恐吓行为一律归入寻衅滋事罪的调整范围中,会使其他社会制裁手段空置,将许多本应由《治安管理处罚法》等其他法律规范所调整的内容纳入刑法规制范围^②。因此,限缩适用网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪有利于合理划定刑法的规制边界,减少司法工作者任意适用法律的可能性,限制法官的自由裁量权,以避免司法恣意,捍卫司法公信力^③。

四、网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪限缩适用的可行性

我国法律对寻衅滋事罪的规定呈现“兜底化”特征,司法实践对于此罪的适用也具有明显的扩张化趋势。随着网络科技的发展,网络型寻衅滋事罪被规定在《“两高”办理网络诽谤案件解释》之中。作为网络型寻衅滋事罪的类型之一,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪并未改变传统寻衅滋事罪的弊端,本罪的适用也呈现明显的扩张趋势。因此,需要对本罪进行合理的限缩适用,以维护司法公正。

(一) 明确规定本罪的“情节恶劣”标准

我国现行法律条文并未明确规定本罪“情节恶劣”的标准,当前司法机关可以作为依据的法律条文仅有《寻衅滋事司法解释》第3条,但该标准并不能完全将网络空间下辱骂恐吓行为纳入规制范围之内。司法机关参照网络型诽谤罪“情节严重”的规定认定本罪,并不具有合法性与合理性。网络空间犯罪的特殊性迫切要求立法机

关明确规定本罪的“情节恶劣”标准。

当前司法机关认定“情节恶劣”往往会参考网络内容的阅读量、转发量等网络参数,当该数据超过一定数额时,则被认定为“情节恶劣”。该数据一般参照《“两高”办理网络诽谤案件解释》第2条对网络型诽谤罪“情节严重”的规定,即“同一诽谤信息实际被点击、浏览次数达到五千次以上,或者被转发次数达到五百次以上的”。尽管此数据可以间接反映犯罪人侵害行为造成的影响,但寻衅滋事罪毕竟不同于侵害公民个人权利的诽谤罪,其作为妨害社会秩序类犯罪,该数据能否准确反映出社会秩序遭到破坏,需要我们慎重使用该标准。基于此,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪需要规定其专属的“情节严重”标准。在制定标准时,立法者可以将阅读量、转发量等网络参数作为考量要素,因为该数据在一定程度上可以作为衡量网络空间不良之风扩散范围的评估标准,但具体数值需要结合本罪的保护法益进行适当规定。由于网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的法益侵害程度通常高于网络型诽谤罪,对社会的影响相对较大,因此,前罪在“情节严重”的数据评估标准上应高于后罪,在认定时可考虑提高标准。另外,对于辱骂英雄烈士、引发网民愤慨等破坏道德秩序的寻衅滋事案件,不属于“情节恶劣”的认定标准,不应纳入网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的适用范围,而应由侵害英雄烈士名誉、荣誉罪进行规制^④。

因此,结合图1汇总的司法机关常采纳的“情节恶劣”认定标准,参照《寻衅滋事司法解释》第3条及《“两高”办理网络诽谤案件解释》第2条的规定,建议完善相关司法解释,将网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪“情节严重”标准规定为:第一,多次利用信息网络辱骂、恐吓他人或随意辱骂不特定人,造成恶劣社会影响的;第二,行为人明知辱骂、恐吓对象为精神病人、残障人士等弱势群体,仍持续实施辱骂、恐吓行为,造成恶劣社会影响的;第三,利用信息网络辱骂、恐吓他人,

①参见杨丰帆:《论寻衅滋事罪的限缩适用》,载《铁道警察学院学报》2022年第6期,第80-84页。

②参见何荣功:《自由秩序与自由刑法理论》,北京:北京大学出版社2013年版,第69页。

③参见周光权:《刑法“创造性解释”的司法现状与控制路径》,载《法商研究》2023年第1期,第31页。

④参见刘艳红:《法秩序统一原理下侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象研究》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2021年第5期,第114页。

引起他人精神失常、自残、自杀等严重后果的;第四,利用信息网络辱骂、恐吓他人的行为严重影响了他人正常工作、生活、生产、经营的;第五,辱骂、恐吓信息实际被点击、浏览次数或者被转发次数等数据可以作为评估“造成恶劣社会影响”的综合标准,同一辱骂、恐吓信息实际被点击、浏览次数达到 50000 次以上,或者被转发次数达到 5000 次以上的,可以认定为“造成恶劣社会影响”。

综上,当行为人利用信息网络实施辱骂、恐吓行为达到以上标准时,司法机关可以认定该行为达到了“情节恶劣”标准,破坏了社会秩序,构成网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪。值得注意的是,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪“情节恶劣”的数据量化标准需根据网民规模、传播范围以及持续时间等进行动态调整,具体案件应委托专业机构对数据真实性作出鉴定,并参考当地司法判例,不能全部一概而论。

(二) 加强对于“破坏社会秩序”的理论研究

如前文所述,我国对于“破坏社会秩序”的理论研究不足,不仅令司法机关难以准确适用本罪,也混淆了罪与非罪、此罪与彼罪的界限。一般而言,“社会秩序”的内涵具有极强的抽象性,且涵摄范围较广。若想准确把握网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪在何种情况下属于“破坏社会秩序”,必须明确本罪“社会秩序”的内涵。因此,从本罪条文位置及辱骂恐吓行为的影响出发,此处所指的“社会秩序”应当限定为网络空间秩序或社会公众平稳的生活、工作秩序,当二者之一受到侵害时,可以认定为本罪。

一方面,网络空间在特定情况下可以被认定为公共场所,具备社会属性,网络空间秩序属于本罪所指的“社会秩序”范畴。近年来,随着网络科技的迅速发展,人们在网络空间进行工作、学习、购物、社交等各种活动,网络空间突破了物理属性的限制,开始展示其公开性与社会性特点,并逐渐具有“公共场所”的秩序性要求。网络空间并非不受管控的完全自由空间^①,诸如抖音、微

博、小红书等平台具有完全公开的公共属性,朋友圈、微信群等则是具有半公开属性的平台,若行为人在其中发表的言论突破了此空间影响的范围,扩散至完全公开的平台时,也可以认定其具有公共场所属性;若微信群、朋友圈等空间只能限制特定人进入时,则该空间具有秘密性,不具有公共场所属性^②,对于在网络空间“一对一”私密交流的行为不应认定为具有公共场所属性。因此,当行为人实施的辱骂、恐吓行为具有公开性和传播性,足以让不特定人发现或传播,造成网络空间秩序混乱,即可认定其行为“破坏了社会秩序”^③。

另一方面,网络空间中的行为在一定程度上会扩散至现实生活中,致使他人正常的工作、生活受到影响。若社会公众的正常生活秩序被打破,社会的和谐和安宁会受到影响,社会也容易变得动荡不安。因此,“社会秩序”应当包含社会公众平稳的生活、工作秩序。具体而言,行为人利用信息网络辱骂、恐吓他人,其行为会令被害人长期处于被骚扰、被攻击的状态,使被害人长期处于精神紧张状态,导致其正常生活、工作受到影响,平稳的生活、工作状态遭到破坏。当行为人在信息网络空间的辱骂、恐吓行为被进一步传播、扩散,人心将动荡不安,社会公众平稳的生活、工作秩序也会受到破坏。行为人在网络空间实施辱骂恐吓行为时,其侵害对象可能具有特定性或不特定性,但其影响范围具有不可预测性。行为人可能只是针对某个人,但最终可能会影响至社会层面,侵害社会公众平稳的生活、工作秩序。因此,若社会公众平稳的生活、工作秩序受到破坏,也可认定为本罪的“破坏社会秩序”。

综上,若将网络辱骂型寻衅滋事罪中的“社会秩序”细化为网络空间秩序或社会公众平稳的生活、工作秩序,司法机关可以从“秩序”的角度出发,合理界定罪与非罪、此罪与彼罪。当行为人利用信息网络实施的辱骂行为破坏了“秩序”,便可认定为网络辱骂型寻衅滋事罪;若该行为并未造成秩序破坏,仅侵害了他人的的人格权,则应

①参见刘聪颖:《网络空间与现实社会关联视角下刑法中“公共场所”的再解读》,载《西安电子科技大学学报(社会科学版)》2020年第3期,第74页。

②参见于冰:《扰乱公共秩序型网络谣言的刑事规制》,载《泰山学院学报》2022年第2期,第71页。

③参见陈洪兵:《双层社会背景下的刑法解释》,载《法学论坛》2019年第2期,第79页。

认定为网络侮辱罪。当然,若行为人利用信息网络实施辱骂他人的行为,既侵害了他人的人格尊严权,又造成了恶劣的社会影响,应当按照想象竞合犯从一重处罚,司法机关在判决书中也应进行明确的说理。因此,为了准确把握和适用网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪,亟需深入研究“社会秩序”的内涵,理解“何种情况下属于破坏社会秩序”,以便更好限缩网络寻衅滋事罪的适用范围,厘清罪与非罪、此罪与彼罪的界限。

(三)加强网络辱骂恐吓案件的行刑衔接

在处理网络辱骂恐吓他人案件时,司法机关一般将其认定为侮辱罪或寻衅滋事罪,而较少通过治安管理手段进行惩罚。现阶段,在罪与非罪的问题上,网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的入罪门槛较为模糊,容易成为“兜底性”罪名,挤占其他法律制裁手段的空间^①。因此,在办理此类案件时,需要准确把握网络辱骂恐吓行为的法益侵害程度,通过完善相应法律规定和程序设计,为治安管理手段留下足够空间,以更好地实现行刑衔接。

一方面,需要完善网络型寻衅滋事行为行刑责任承担方式的衔接。除准确把握上文所述的“情节恶劣”入罪标准外,还需要加强寻衅滋事行为行刑处罚方式的衔接。对于犯罪情节相对轻微的网络辱骂恐吓型寻衅滋事行为,司法机关可以考虑扩大罚金刑的适用,以罚金替代限制或剥夺人身自由的惩罚^②;对于未达到入罪标准的网络辱骂恐吓行为,则可以通过治安管理处罚手段进行惩罚;对于行政拘留中已被处以罚款的案件,司法机关在认定同一行为时,可以在量刑建议中考虑折抵已执行的行政罚款。通过完善行刑责任方式衔接,可以在一定程度上实现网络辱骂恐吓型寻衅滋事案件的行刑衔接。

另一方面,需要强化行刑衔接程序的业务能力培训。对于网络辱骂恐吓型寻衅滋事案件,执法机关应根据案件具体情况审慎认定行为是否构罪以及构成何罪。在司法资源相对有限的情况下,加强行政司法人员的业务能力培训,提升其职业能力和素质,能够在一定程度上提升行刑衔接的成效。对此,可以定期开展人员培训,分

享寻衅滋事行刑衔接的典型案例,深化司法机关工作人员对行刑衔接程序的认知,潜移默化影响其对案件的理解和把握,进一步提升其业务能力。

近年来,我国的网络辱骂恐吓犯罪行为高发,有必要对网络肆意辱骂、恐吓行为进行合理规制。网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪是适应互联网发展的产物,其存在具有合理性。然而,由于网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的构成要件相对模糊,入罪标准不明确,在适用本罪时应更加谨慎和克制。为营造风清气正的网络空间,维护网络空间秩序稳定,需要限缩网络辱骂恐吓型寻衅滋事罪的适用范围,弱化其“口袋”化属性。因此,我国亟须完善相应法律法规,审慎把握本罪的入罪标准,加强行刑衔接程序的落实,在刑法谦抑性理念指导下,合理限缩本罪的适用边界。

〔参考文献〕

[1]李会彬.网络言论的刑法规制范围——兼评两高《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》[J].法治研究,2014(03):82.

[2]苏晓宇.网络空间寻衅滋事罪探析[J].廊坊师范学院学报(社会科学版),2022(02):94.

[3]刘子良.网络空间秩序混乱型寻衅滋事罪能否成立[J].安阳工学院学报,2020(05):7-10.

[4]董杭杰,顾赵丽.后疫情时代网络寻衅滋事行为的规制[J].浙江理工大学学报(社会科学版),2023(03):327.

[5]张千帆.刑法适用应遵循宪法的基本精神——以“寻衅滋事”的司法解释为例[J].法学,2014(04):7.

[6]周光权.法学专家释疑“两高”网络诽谤司法解释五热点[N].法制日报,2013-09-26(002).

[7]张明楷.简评近年来的刑事司法解释[J].清华法学,2014(01):16.

[8]卢恒飞.网络谣言如何扰乱了公共秩序?——兼论网络谣言型寻衅滋事罪的理解与适用[J].交大法学,2015(01):118.

[9]金泽刚,张涛.网络时代侮辱、诽谤罪司法适用之争[J].探索与争鸣,2023(07):115.

[10]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):53.

[11]石经海.论网络暴力的实质与刑法适用规则的完善[J].法律科学(西北政法学院学报),2023(05):76.

[12]张翔.基本权利的规范建构[M].北京:高等教育

①参见熊理思:《寻衅滋事罪扩张适用的弊端与防范》,载《人民法院报》2023年4月6日,第5版。

②参见阮齐林:《再论财产刑的正当理由及其改革》,载《法学家》2006年第1期,第28页。

出版社,2008:62.

[13]沈晓白.合宪性视角下网络寻衅滋事的刑法规制边界[J].华东政法大学学报,2024(03):164.

[14]黄文婷.公共秩序的界定:基于香港判例的分析[J].港澳研究,2022(01):37.

[15]王武超.法定犯时代罪刑法定原则的坚守与适用——以检例第90号案例为基础的展开[J].江苏警官学院学报,2022(05):41.

[16]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[J].宁夏社会科学,2022(03):82.

[17]杨丰帆.论寻衅滋事罪的限缩适用[J].铁道警察学院学报,2022(06):80-84.

[18]何荣功.自由秩序与自由刑法理论[M].北京:北京大学出版社,2013:69.

[19]周光权.刑法“创造性解释”的司法现状与控制路径[J].法商研究,2023(01):31.

[20]刘艳红.法秩序统一原理下侵害英雄烈士名誉、荣誉罪的保护对象研究[J].法律科学(西北政法大学学报),2021(05):114.

[21]刘聪颖.网络空间与现实社会关联视角下刑法中“公共场所”的再解读[J].西安电子科技大学学报(社会科学版),2020(03):74.

[22]于冰.扰乱公共秩序型网络谣言的刑事规制[J].泰山学院学报,2022(02):71.

[23]陈洪兵.双层社会背景下的刑法解释[J].法学论坛,2019(34):79.

[24]熊理思.寻衅滋事罪扩张适用的弊端与防范[N].人民法院报,2023-04-06(005).

[25]阮齐林.再论财产刑的正当理由及其改革[J].法学家,2006(01):28.

【责任编辑:张 戈】

Research on the narrowed application of the crime of affray in the form of online abuse and intimidation

Mei Chuanqiang, Li Yuan

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

Abstract: With the development of Internet technology, the acts of abusing and intimidating others through information networks have gradually increased, and the provisions of the crime of affray in the form of online abuse and intimidation have emerged as the times require. Empirical research shows that the crime of affray in the form of online abuse and intimidation presents a trend of generalization and expansion, such as the diversified determination of the standard of “vile circumstances”, the overall higher number of cases compared with the crime of insult, and the overall smaller number of non-guilty verdicts. The main reasons for this are the ambiguity of the standard of “vile circumstances”, the unclear interpretation of the connotation of the legal interest of “disrupting social order”, and the imperfect connection procedures between administrative execution and criminal justice for crimes and non-crimes. Based on the dual considerations of the modesty of criminal law and the principle of legality of crimes and punishments, it is necessary to reasonably narrow the scope of application of this crime. Specifically, the criteria for determining the crime of “vile circumstances” should be clearly stipulated through judicial interpretations, the theoretical research on “disrupting social order” should be deepened, and a scientific connection procedure between administrative execution and criminal justice should be constructed, with a view to achieving a value balance between protecting citizens’ freedom of speech and maintaining network order.

Key words: online abuse and intimidation acts; crime of affray; network order; judicial narrowed application

网络虚假信息犯罪刑法规制的解释路径

吴润其,李振林

(华东政法大学,上海 200042)

〔摘要〕网络的发展重塑了信息传播路径,对虚假信息类犯罪的刑法治理体系产生了巨大冲击。网络拓展了信息的传播速度与广度,提高了虚假信息的影响力,使现有规范体系的保护漏洞日益凸显。网络时代虚假信息犯罪的社会危害性显著提升,现行刑法的保护力度与规制范围日益不足。网络传播的“重新中心化”发展趋势亦使现有虚假信息类犯罪的惩处标准难以与之匹配。面对网络虚假信息犯罪的现实挑战,提出针对性应对方案尤为重要。网络虚假信息犯罪并不改变原有犯罪的行为结构与侵害法益,故现有规范仍然具备适应网络虚假信息犯罪治理需要的解释空间。立足网络时代带来的全新法律挑战,需要灵活运用教义学方法构建合适的兜底条款,扩大现有规制范围并采取区别化的惩处方式。

〔关键词〕网络谣言;虚假信息;网络犯罪;刑法解释

〔基金项目〕本文系2024年国家社会科学基金一般项目“刑法司法解释中的法律拟制现象与功能研究”(项目编号:24BFX123)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕吴润其(2000—),男,浙江湖州人,华东政法大学刑事法学院2023级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究;李振林(1985—),男,福建福州人,华东政法大学刑事法学院教授,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2025-06-07

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-022-10

随着网络应用的日益普及,网络犯罪的语义从起初的高技术犯罪进行了代际转变,传统犯罪的网络化日益成为现阶段网络犯罪的主要内涵。把握网络时代传统犯罪的异化样态,是当前刑法研究的重要课题,其中颇具典型性的就是虚假信息类犯罪。详言之,网络虚假信息犯罪是指在网络空间生成或传播虚假信息因而构成犯罪的行为,由于其贯穿于现实空间与网络空间,因此较传统样态呈现出许多新的特征。与此同时,互联网技术对于信息传播机制的重塑,也使得网络虚假信息数量与破坏力与日俱增。截至2024年第3季度,我国公安机关网安部门已办理网络谣言类案件2.7万余起,清理网络谣言信息156.2

万余条^①,而披上“互联网外衣”的虚假信息也不断向外界展露自己的“獠牙”:杭州女生谷某取快递时被恶意编造出轨谣言,网络传播带来巨大的舆论漩涡,最终使其失去工作并患上严重抑郁症;江西赣州网民廖某慧在多个微信群编造“某银行倒闭”的不实信息,使得1500余名储户出于恐慌而集中兑付取款,造成公共秩序的严重破坏;安徽宿州网民刘某辉编造“出售援助甘肃灾区的羽绒服”谣言,导致“援助灾区的羽绒服被倒卖”相关谣言广泛传播,造成恶劣社会影响……面对日益猖獗的网络虚假信息犯罪,刑法必须积极予以回应。立足新的时代背景,刑法研究应当发挥主观能动性,灵活运用教义学方法构建合适

①参见《重拳打击网络谣言!公安机关今年已办理2.7万余起案件》,载央广网,https://news.cnr.cn/native/gd/kx/20240919/t20240919_526909889.shtml,最后访问时间:2025年6月1日。

的解释路径,以适应网络时代虚假信息犯罪治理的需要。

一、网络时代对虚假信息犯罪治理体系的挑战:解释路径构建的背景

理论的提出离不开实践的指引。网络时代重塑信息传播机制,对于现有虚假信息犯罪的治理体系提出了全新挑战,并产生规范与现实之间的错位。因此,有效梳理异化样态、把握现实需求,对于解释路径的构建具有重要启发意义。

(一)信息影响力提高:保护漏洞日益凸显

传统刑法中虚假信息类犯罪一般包括两种类型,即有明确对象的虚假信息类犯罪与不存在明确对象的虚假信息类犯罪^①。现有刑法体系对于有明确对象的虚假信息类犯罪设置较为全面,以诽谤罪与损害商业信誉、商品声誉罪作为核心架构,将自然人与单位等对象均涵盖在内。其中,诽谤罪重点打击侵犯自然人名誉权的犯罪,兼顾对于社会秩序和国家利益的保护;损害商业信誉、商品声誉罪则保护包括单位在内的商业主体,重点对经济利益进行保护,适应这类主体的核心需求。此外,两罪在规范表述上对信息的内容不作出限定,坚持法益导向,涵盖范围较广。

与之相对,没有明确对象的虚假信息类犯罪在设置上存在疏漏,相应罪名分散于刑法的不同章节中。由于保护法益上的差异,在规范表述上大多对虚假信息的内容进行了限定:编造、故意传播虚假恐怖信息罪限定信息为“爆炸威胁、生物威胁、放射威胁等恐怖信息”;编造并传播证券、期货交易虚假信息罪限定为“会影响证券、期货交易的虚假信息”……这种内容上的限制固然可以帮助我们明确犯罪构成要件、有效把握打击重点,但随着信息种类与内容日益繁多,以列举方式架设的法网势必产生保护漏洞。随着互联网技术的不断发展,信息的传播媒介、传播速度与广度均发生了较大变化,互联网时代产生的新型信息类型难以被现有规范限定所涵盖,过去被忽略的虚假信息也在网络加持下造成难以估量的社会危害,列举式规定带来的弊端在网络时代

不断凸显。

现实的保护需要不断推动规范予以有效回应。由于网络时代放大了传统虚假信息犯罪中的保护漏洞,最高人民法院、最高人民检察院于2013年联合发布《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《网络诽谤司法解释》),对利用信息网络实施诽谤、寻衅滋事、敲诈勒索、非法经营等刑事案件的构罪标准作出进一步明确。该解释第5条规定,“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的”,以寻衅滋事罪定罪处罚。这样的处理方式看似有效地作出回应,实质上仍然是“拆东墙补西墙”,进一步造成法律适用上的困顿。

首先,与我国刑法体系中虚假信息类犯罪的规定不同,该司法解释并没有对于信息的具体内容作出限定,而是从维护公共秩序的角度出发,将适用的广度涵盖全部虚假信息。但从现有罪名上看,许多虚假信息类犯罪都会对公共秩序产生严重影响,单纯从法益角度设置处理规则容易导致罪名间的重叠。有学者意识到上述处理的不妥,主张优先适用其他特别规范,将寻衅滋事罪的适用范围限定为刑法未规定的虚假信息类型^②,但实践中,性质相似的行为会因此在刑法上作出差异显著的评价结果,更有可能导致法定刑与行为社会危害性之间的不匹配。

其次,以寻衅滋事罪进行认定,有违反罪刑法定原则而进行类推解释之嫌。针对此种处理方式,主要争论焦点在于“公共场所”的界定。支持者主张,“场所”概念本身可以脱离物理属性而存在,将“网络空间”界定为公共场所符合语义^③。笔者认为,固然可以肯定网络空间在性质上具有一定的公共场属性,但考虑到寻衅滋事罪的立法规定,此处的“公共场所”显然应当限缩解释。根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第293条第4款的表述,“在公共场所起哄闹事,

①参见刘宪权:《网络造谣、传谣行为刑法规制体系的构建与完善》,载《法学家》2016年第6期,第107页。

②参见李睿懿:《网络造谣法律规制问题》,载《法律适用》2016年第9期,第21页。

③参见卢勤忠、钟菁:《网络公共场所的教义学分析》,载《法学》2018年第12期,第91-98页。

造成公共场所秩序严重混乱”,此处的行为与结果之间具有明显的同一性关系,即在公共场所起哄闹事后,即时造成了该场所的混乱。从法益内涵看,网络虚假信息犯罪语境下的公共场所仍然应当聚焦于现实生活秩序^①。当虚假信息的生成或传播行为发生在网络空间时,不仅行为与结果的发生地不具有同一性,而且其作用于现实生活需要经过一定发酵,无法产生即时影响。因此,司法解释对于“公共场所”的理解并不妥当。

最后,这种试图以寻衅滋事罪解决一切问题的思路应当予以摒弃。寻衅滋事罪作为“口袋罪”本身就存在许多争议,在适用上应当严格、审慎。只有在行为社会危害性较大、无法适用其他罪名且符合寻衅滋事罪行为特征的前提下,才能考虑适用该罪名。我国《刑法》中的寻衅滋事罪通过明确的条文款项对行为特征加以限定,但从司法解释规定来看,其侧重点聚焦于编造、传播行为所造成的危害后果,对于行为本身的特征并没有进行限定。即使认为其中的部分情形在行为性质上类同于寻衅滋事罪中的规定,但这种不进行限定的处理规则显然不当扩大了寻衅滋事罪的适用范围。

因此,由于刑法规范对于“信息”内容的限制,不存在明确对象的虚假信息类罪名在保护范围上存在较为明显的漏洞,且由于网络带来的传播变革该漏洞的危害性日益凸显。在寻衅滋事罪难以承担兜底职责的情况下,司法解释上必须重新作出构建,以弥补现有体系的不足。

(二)社会危害性提升:规制范围难以涵括

网络为信息传播带来变革性的成果与影响,但由此导致虚假信息编造与传播行为的社会危害性显著提升。

首先,随着网络的发展与普及,新闻传播日益进入全媒体时代。在这个过程中,信息传播的门槛日益降低,以微博、小红书等为代表的自媒体群不断出现,任何一个普通人或机构组织都在一定程度上承担了“媒体的职责”,可以不受时间

与地点限制与他人分享观点与见闻。相较于需要严格审核的传统媒介时代,网络时代的信息传播自由度较高,不断产生监控真空,信息先生产后过滤甚至不过滤的情况司空见惯。从信息发布者的动机来看,相较于传统媒体注重事实报道的工作导向,自媒体往往基于自我表现、报复意识、不正当竞争等多元化动机和目的^②。随着流量变现通道日益拓宽,信息的转发次数、点击率等因素不断与经济利益画上等号,进一步刺激了信息发布者以“猎奇”“恶意炒作”等要素作为信息发布的主要导向,“标题党”“恶意剪辑”现象屡禁不止,信息传播逐渐背离了真实性要求。可以说,网络平台在一定程度上为虚假信息的滋生提供了温床。

其次,从信息传播过程看,网络为虚假信息扩散提供了媒介。互联网技术的发展使得信息传播成本日益降低,甚至无限趋近于零。过去限于街坊邻里口口相传的虚假信息,在网络空间可以打破地域限制,“坏事传千里”甚至“传万里”都成为现实。如果说互联网技术的发展为虚假信息传播提供了物理的可能,那么即时通讯工具、社交平台、论坛等媒介则进一步提供了技术上的支持。通过相应媒介,网络虚假信息从一开始的链状结构逐步演变为放射状、树状^③,每个参与其中的网络使用者都作为传播点向自己的人际关系网进行放射性传播,使得虚假信息不断滚雪球式扩散。在网络时代,虚假信息的传播速度、传播范围都显著高于传统的虚假信息犯罪。

再次,信息的不对称导致网民对于信息真实性的识别能力逐渐降低。网络在便利信息传播的同时,也加剧了信息的不对称。在网络时代,人们每天对外接收大量信息,但无法对其进行全部处理与吸收,最终因超负荷信息填塞而产生“信息膨胀焦虑症”和“信息紊乱综合征”^④,认真思考、判断信息真实性的意愿与自觉性逐渐降低。此外,由于信息传播的跨地域性,网民求证信息是否真实的成本逐渐升高。相较于过去针

^①后文会对此展开进一步论述。

^②参见王国华,方付建,陈强:《网络谣言传导:过程、动因与根源——以地震谣言为例》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2011年第2期,第114页。

^③参见姜胜洪:《网络谣言的形成、传导与舆情引导机制》,载《重庆社会科学》2012年第6期,第18页。

^④参见王岳川:《博德里亚消费社会的文化理论研究》,载《北京社会科学》2002年第3期,第130页。

对身边之事的谣传,面对千里之外的谣言,人们更多只能依靠只言片语的传来证据识别信息的真实性。由于信息在传播过程中的失真,加之别有用心之人的刻意引导,人们对于信息真实性的识别能力日益降低。

最后,虚假信息作用于生活实际的可能性日益升高。我国社会进入转型期以来,部分人由于外界压力习惯用怀疑的眼光感知一切,容易以个体切身感受或想象对信息作出判断,难以保持足够的理性。这往往是虚假信息制造和大规模扩散的社会心理基础^①。网络平台独特的筛选机制,推动有相似观点的人们聚焦讨论。在这个过程中,群体间的讨论会使得观点进一步极端化,由此放大诸多个体的不安全感^②,使得虚假信息在现实生活中的“变现能力”不断提高。在网络的加持下,虚假信息的传播与落地如虎添翼。

《中华人民共和国宪法》第51条规定,“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”。面对网络虚假信息犯罪日益膨胀的社会危害,建立在传统犯罪基础上的“虚假信息打击”与“言论自由保护”的衡平标准需要发生一定偏转。在网络提高言论自由空间的同时,刑法打击虚假信息传播的力度也应当迎头赶上。因此,适度对涉网络虚假信息犯罪的构成要件进行扩张解释,加大刑法的打击力度确有必要。

(三)网络传播的重新中心化:惩处标准难以匹配

网络时代催生了经济的变革,亦加速了信息传播过程的“去中心化”。相较于传统传媒模式,自媒体时代制造、传递信息的门槛逐渐降低,每个人都具有成为“信息中心”的可能。随着网络时代进一步发展,信息传播链条呈现出“重新中心化”,信息传播过程中网络大V话语权不断加强,非公权力主体内部的分层现象日益突出,现行规范设定下的惩处标准难以与之匹配。

1. 网络大V话语权的加强

话语权是指“信息传播主体潜在的现实影响力”^③。网络时代对于信息传播资源进行了重新分配,经过长时间发展与沉淀,部分用户在网络平台上积累了大量的粉丝及关注度,成为网络大V。其中既包括在现实生活中本就颇具影响力的公众人物,也有许多传统意义上的“素人”。从产生机制上看,利用网民无目的惯性行为,一些自媒体在传播过程中习惯于将局部问题放大化、将关键信息模糊化,从而完成信息内容的转化与重新聚焦,以猎奇的视角吸引外界关注;与此同时,网络平台的推荐与引流机制、网络推手与“水军”的疯狂炒作以及网络大V之间的相互造势都会帮助网络大V进一步攫取高关注度^④。从发展规模看,网络用户影响力的增长速度与其现有的影响力大小呈正相关,高关注度的网络大V自身影响力仍然在快速膨胀。由于网络时代极大改变了人们获取信息的方式,这些“自媒体”的话语权日益显现出超过传统媒体的趋势。具象地看,“粉丝超过1万的是一本杂志,超过10万的相当于一份都市报,而超过100万的就成了一家电视台”^⑤。随着网络平台的不断发展,在多个平台累积超百万或单一平台超过百万粉丝关注的用户不断增多,在一定程度上垄断了信息传播资源,成为虚假信息传播过程中不容忽视的“中心”。

2. 普通网民的自主意识逐渐降低

在网络大V影响力不断增强的同时,普通网民的自主意识正在逐渐降低,不自觉地向外让渡自身的话语权。相较于吸收信息含量较为完整的大幅载体,网络时代下人们更多倾向于碎片化阅读,希望以极少的阅读成本获取尽可能多的信息。此种急功近利的阅读习惯会“以劣币驱逐良币”,使得信息不全但篇幅较少的信息载体大行其道。网络传播的每一步均可能导致信息内容的缺失。与此同时,网络的“聚光灯”“放大镜”效应与网络大V博取眼球的刻意引导,也将人们的关注焦点聚焦于事件的部分细节,从而形成一种

①参见姜胜洪:《网络谣言的形成、传导与舆情引导机制》,载《重庆社会科学》2012年第6期,第15页。

②参见[美]凯斯·桑斯坦:《网络共和国:网络社会中的民主问题》,黄维明译,上海:上海人民出版社2003年版,第47页。

③参见傅昕源:《网络大V的话语权及其形成模式》,载《青年学报》2017年第1期,第20页。

④参见占思柳:《网络大V推动谣言传播的动因及其规范建议》,载《传媒观察》2014年第10期,第32-33页。

⑤参见吴定平:《微博“大V”为何更要讲社会责任》,载《联合日报》2013年8月13日。

具有引导性的思维解构。上述过程往往是在潜移默化中形成的。此外,在信息传播过程中,网络平台特有的信息推荐机制不断向人们灌输相同的事件观点,强化个体认知。因此,一旦有个体选择相信某个虚假信息,愿意相信它的人就会越来越多,从而形成集体认知,并产生似瀑布般裹挟他人也相信的强劲态势^①。在这样的群体心理作用影响下,普通网民主动探明事件真实性的主观意识与客观能力逐渐降低,个体在信息传递过程中的话语权不断让渡^②,进一步扩大了网络大V的影响力。

在上述两方面因素共同推进下,网络时代信息传播过程呈现“重新中心化”,原有虚假信息类犯罪在惩处标准上难以与之匹配。一方面,由于过去的主要传播资源控制在传统媒体手上,因此重点依赖行业规范与国家监督来遏制虚假信息生成,刑法的适用空间相对狭窄,规范重要性未能凸显。面对传播资源重新分配后产生的新型传播中心,传统监管手段作用相对有限,在新型监管体系尚未完全构建、监管存在真空的环境下,必须重视刑法的规制价值。另一方面,随着传播资源的重新分配,一般群众内部出现了明显的分层,过去的虚假信息类犯罪在惩处标准上不进行具体区分,这种做法逐渐难以匹配现实环境。因此,刑法必须根据“重新中心化”的发展态势进行区别化打击,以适应网络时代责任发展的实际变化。

二、既有规范可适用性的证成:解释路径构建的前提

对于解释路径的构建而言,其可行的前提是现有规范体系具有适应网络犯罪样态的解释空间,针对性的解释结论不会与现有规范的法条表述、体系设置产生明显冲突。在对待网络犯罪时,应当秉持辩证的视角,既要看到其全新的时代特征,也要看到其不变的犯罪本质。基于此,有学者以网络犯罪与传统犯罪的对比作为区分标准,将网络犯罪划分为“与传统犯罪本质无异

的网络犯罪”“较传统犯罪呈危害‘量变’的网络犯罪”与“较传统犯罪呈危害‘质变’的网络犯罪”^③。申言之,可以将前两者统称为性质不发生改变犯罪,即网络因素的存在对于原本犯罪样态不会发生质上的影响。笔者认为,在网络时代,虚假信息类犯罪的本质不会发生改变,现有的刑法规范仍可适用于网络虚假信息犯罪。

(一) 犯罪的行为架构未发生改变

刑法中的构成要件设置体现了立法预设的犯罪定型,蕴含同类犯罪共通的犯罪性质,如果超出犯罪定型开展解释,就有违反罪刑法定原则的可能^④。因此,在罪名适用范围的把握上必须立足犯罪类型化要求,结合其中核心的行为样态。就虚假信息类犯罪而言,尽管刑法在不同罪名中的表述存在差别,但其中最为核心的行为要素系“编造”与“传播”,前者即生产、制造虚假信息,后者则进一步将虚假信息扩散,使之被外界知晓。比较来看,尽管网络虚假信息犯罪具有许多全新样态,但仍符合现有刑法体系的行为结构。

一方面,网络虚假信息犯罪并没有催生出其他行为类型。网络对于传统虚假信息类犯罪有两方面重塑,其首要作用在于犯罪空间上的转化。网络时代的虚假信息犯罪过程既可以全部发生在网络空间中,也可以在现实与网络之间交融发生,由此呈现出虚拟性特征。从工具属性上看,网络既可能辅助虚假信息产生,也可能推动虚假信息传播,由此从虚假信息的产生到传播的全过程都呈现网络时代特有的行为样态。从概念本身的内涵来看,“编造”与“传播”的核心语义均基于信息流通过程而构建,本身没有空间、样态上的限定。如果对网络时代信息流通样态抽丝剥茧,“论坛发帖”“微博更博”等行为实质上无外乎新的信息产生与既有信息的扩散,仍然未脱离“编造”与“传播”的范畴。因此,网络时代对于编造、传播过程的重塑更多停留在表层,无法动摇其本质。

另一方面,网络虚假信息犯罪无法剥离“编造”与“传播”的行为构造。在网络虚假信息流通

①参见[美]卡斯·R·桑斯坦:《谣言》,张楠迪扬译,北京:中信出版社2010年版,第37页。

②参见[法]古斯塔夫·勒庞:《乌合之众:大众心理研究》,冯克利译,北京:中央编译出版社2004年版,第15页。

③参见刘宪权:《网络犯罪的刑法应对新理念》,载《政治与法律》2016年第9期,第5-7页。

④参见刘英楠:《刑法解释的合法限度与综合性标准》,载《刑法解释》2023年第9期,第119-120页。

过程中,人工智能技术的运用尤其值得关注。社交机器人可以化身网民,介入网络平台的信息传播过程;生产式人工智能可自主确定谣言的传播群体,并自动生成虚假信息^①,人的要素在其中被极大弱化。刑法意义上的行为一般是指法定主体有意识的行为,由此产生了网络虚假信息犯罪是否不再具有编造与传播两种基础行为类型的质疑。本文认为,现有的人工智能技术本质上仍然停留在弱人工智能阶段,固然信息生成、传播可以在一定程度上脱离人的控制呈现出“自动性”,但其本质上仍然在程序设计的范围内运行,体现出工具属性。此种样态下的人工智能实质是具体程序设计、使用者意志的延伸,可以被归纳为“人的行为”^②。因此,就目前发展阶段看,网络时代的虚假信息类犯罪无法脱离“编造”与“传播”的行为构造。

(二) 犯罪侵害的法益未发生改变

受限于刑法语义的表述与体系定位,刑法规范的涵射与保护范围始终是有限的,因此对于罪名适用范围的讨论,必须充分认识到法益保护的有限性,不能进行无端扩张。事实上,刑法所保护的法益及其内涵并非一成不变,需要随着时代变化灵活调整,一些过去未引起充分重视而在网络时代产生并变得日益重要的利益,理应进入刑法的保护视野。因此,分析虚假信息网络传播后的法益变化,对于证成原有规范的可适用性同样十分重要。

在网络时代,随着信息的快速膨胀,虚假信息的内容与种类五花八门,样态较过去存在很大不同。从法益与对象的关系上看,对象只是刑法保护法益的具象化载体,即使作为犯罪对象的虚假信息发生了巨大改变,其仍然有可能指向同一法益。网络时代对虚假信息本身的影响更多表现为信息载体本身的变化,即将现实空间中的文

字、语言等转化为网络空间中的符号,从而形成样态上的重构。但从信息的内容来看,网络空间无法对其产生直接影响。传统视域下的信息种类在网络空间内仍然与保护法益具有高度关联性,空间转换后的虚假信息不会发生质的变化。

与此同时,面对网络时代带来的变化,以《网络诽谤司法解释》第5条为指引,有学者认为,网络时代存在两个独立的空间即“网络空间”与“现实空间”,由此解构出独立的“网络空间秩序”概念,并将其作为全新法益纳入刑法保护^③。基于此,网络虚假信息犯罪就由于破坏网络空间秩序而呈现出与一般虚假信息类犯罪本质上的不同。本文认为,这样的观点存在不妥之处。

一方面,在现有语境下,构建出独立的“网络空间秩序”概念的难度很大,很大程度因为网络空间更多处于依附性地位,难以彻底剥离现实生活要素,解构出独立内涵。因此,许多学者在论述中将网络公共秩序的概念等同于网络使用时的行为规范^④,或在表述上不自觉地将“在网络空间内违反法律法规”与侵犯网络公共秩序画上等号。法益的概念本身应当与人的利益相联系,否则就会有“秩序维持论”之嫌。事实上,2013年最高人民法院《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》(以下简称《虚假恐怖信息司法解释》)第3条即提出了扰乱社会秩序的具体表现形态,其中的核心意蕴即为现实生活秩序的混乱^⑤。在网络已经较为普及、网络虚假信息较为猖獗的适用环境下,司法解释仍然将判断的重心投入现实生活中,足以表明并不存在独立的网络空间秩序法益。

另一方面,即使网络空间秩序法益确实存在,也很难认定网络虚假信息犯罪会对其造成侵害。一般认为,公共秩序类法益的具体内涵是公

①参见宁珊:《人工智能背景下的网络谣言治理研究》,载《中国信息安全》2023年第8期,第74页。

②参见刘宪权:《论人工智能时代智能机器人的刑事责任能力》,载《法学》2018年第1期,第44页。

③参见储槐植,李梦:《网络谣言的刑法规制探究》,载《山东警察学院学报》2019年第1期,第21-22页。

④参见何明升:《中国网络治理的定位及现实路径》,载《中国社会科学》2016年第7期,第116页。

⑤《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》第3条规定:“编造、故意传播虚假恐怖信息,严重扰乱社会秩序,具有下列情形之一的,应当依照刑法第二百九十一条之一的规定,在五年以下有期徒刑范围内酌情从重处罚:(一)致使航班备降或返航,或者致使列车、船舶等大型客运交通工具中断运行的;(二)多次编造、故意传播虚假恐怖信息的;(三)造成直接经济损失二十万元以上的;(四)造成乡镇、街道区域范围居民生活秩序严重混乱的;(五)具有其他酌情从重处罚情节的”。

民生活的平和与安宁^①,具体而言即是使得公民无法按照原有的状态开展生产、生活。此处的“无法按照”,主要包括因恐惧而产生的心理上的不能,或者因造成某种阻碍而导致的物理上的不能。如果认为网络空间秩序为独立法益,那么作为公共秩序法益的子概念,其只能指向公民无法按照原有的状态利用网络开展生产、生活,但网络虚假信息犯罪无论从物理上还是精神上均无法产生上述效果。

因此,尽管网络对于虚假信息类犯罪的具体样态产生了巨大影响,但从其本质上看,虚假信息类犯罪核心的行为样态及侵害的法益并没有发生变化。网络要素的存在并不会改变虚假信息犯罪的本质,结合实际需要构建现有虚假信息类犯罪的解释路径具有可行性。

三、既有规范的解释路径构建:规制网络虚假信息犯罪的教义学方案

面对网络时代对于虚假信息类犯罪的重塑,刑法适用过程应充分发挥主观能动性,使既有规则兼容全新的时代命题。针对日益扩大的法律漏洞,选择并构建合适的兜底条款是可行的有效路径;面对虚假信息犯罪社会危害性的显著提升,在现有监管体系存在明显真空的情况下,根据网络传播的特点扩大打击范围迫在眉睫;而在传播过程“重新中心化”的态势下,应当进行有效的责任划分,避免打击的过度或不足。

(一)兜底条款的解释路径构建

面对保护漏洞的逐渐扩大,以寻衅滋事罪作为虚假信息类犯罪的兜底条款存在诸多不妥,较为合适的做法是将编造、故意传播虚假信息罪构建为兜底条款。

一方面,该罪名由《中华人民共和国刑法修正案(九)》增设,从立法背景上看正处于网络快速发展、网络虚假信息肆虐的时期,因此在表述上凸显了着重打击网络虚假信息犯罪的立法导

向。此外,从规范本身的内涵看,其在适用范围上与《网络诽谤司法解释》中的规定相重叠,表明了立法者有意否认将“寻衅滋事罪”作为兜底条款,代之以全新规则的目的导向^②。以此为思路进行梳理,该罪名是为了填补法律保护漏洞而设立,具有较强的兜底条款属性。此外,刑法分则第六章本身就带有兜底特征。由于社会秩序本身相对宽泛的概念外延,因此其涵射范围相对较广。尽管根据信息内容的不同,虚假信息类犯罪指向不同领域、侵害不同法益,但从发酵后引发的社会生活动荡来看,对于社会秩序的侵扰是其与生俱来的特征。因此,可以认为虚假信息类犯罪大多侵犯了复合法益。从法益属性上看,本罪符合普通法条特征,可以作为兜底条款。

相较而言,本罪在罪名表述上与《中华人民共和国刑法治安管理处罚法》第25条第1款^③的规定颇为类似,不同之处在于后者在列明信息外还设置了“以其他方法故意扰乱公共秩序”的兜底表述。刑法上的限制适用是出于立法明确性的要求,亦含有限制罪名扩张的考量^④,但从其前置法的表述中可以看出,其他虚假信息的编造与传播行为在性质上与列明对象具有同质性。在此基础上,行政违法与犯罪之间的界限主要在于不法行为的社会危害性。在其他虚假信息发布与传播行为日益猖獗的网络环境下,刑法必须进行适度调整,与前置法相衔接,避免同性质不法行为在处置上的失衡。从构建路径看,可以对于险情概念进行实质性扩张。根据《汉语词典》的解释,险情是指“危险的情况”,申言之,即意味着虚假信息的内容会加剧个体的不安全感。出于安全的需要,个体会采取相应的应对措施,从而引起现实秩序的混乱。当前个体的需要来自各个方面,任意需求的缺失均有可能引起较为普遍的恐惧与担忧。以是否会引发不安全感作为概念构建的核心,既符合本罪保护社会秩序的需要,同时也可以在意可能的范围内最大程度兼容不

①参见卢恒飞:《网络谣言如何扰乱了公共秩序?——兼论网络谣言型寻衅滋事罪的理解与适用》,载《交大法学》2015年第1期,第123-125页。

②参见欧阳本祺、王倩:《〈刑法修正案(九)〉新增网络犯罪的法律适用》,载《江苏行政学院学报》2016年第4期,第130页。

③《中华人民共和国刑法》第25条规定:“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;(二)投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、腐蚀性物质或者传染病病原体等危险物质扰乱公共秩序的;(三)扬言实施放火、爆炸、投放危险物质扰乱公共秩序的”。

④参见廉波:《论网络谣言入罪的正当性——兼评〈刑法修正案(九)〉相关条款》,载《人民论坛》2015年第32期,第89页。

同类型的虚假信息,以适应网络时代信息大量膨胀的现实。

但概念扩张后所面临的罪名重叠问题也需要进一步探讨,其中最为核心的就是本罪中的虚假信息与虚假恐怖信息的区分问题。《虚假恐怖信息司法解释》第6条扩展了刑法列明的信息内容,由此产生了区分上的困难。从顺序上看,编造、故意传播虚假恐怖信息罪应当优先适用,因此,应当首先判断是否属于虚假恐怖信息,只有在作出否定评价后才能考虑适用本罪^①;从概念间的关系看,二者的意蕴都在于制造恐惧情绪,引发公众不安全感上升,其中的核心区别在于恐慌程度的不同,故应当根据信息的内容进行综合判断。具体来看,虚假恐怖信息一般应当具备以下特征:(1)虚假信息的可信度较高,一般群众难以分辨;(2)信息内容与人民的重大利益相关,一般直接指向人身法益,且具有严重的威胁性;(3)虚假事项的发生具有即时性,即所预留的处置与应对空间有限,更容易引起恐慌。

(二) 规制范围扩大的解释路径构建

1. 虚假信息的认定标准

目前关于虚假信息的内涵具有多种不同的理解。有学者认为,虚假信息的外延应当等同于谣言^②,或在刑法适用上对二者作同一理解^③;亦有学者认为,二者并非同一概念^④。笔者认为,可以结合网络时代特点,把握虚假信息的内涵。

首先,对于虚假信息与谣言,原则上应当进行同一理解。前文已经论及,虚假信息类犯罪的行为架构并不会因为网络化而发生变化,虚假信息与谣言皆是以编造与传播作为核心架构,强调信息内容的非真实性。人为地对于二者进行区分理解,容易造成罪名适用上的分裂。一些论述习惯于在“事件无根据”的维度把握虚假信息的概念,但“无根据”与“虚假”并没有直接的对应关系,其更多指向信息的来源缺乏可靠性,并未排

除信息真实的可能。对于无根据但真实的信息,从保障知情权的角度考量,似乎没有纳入刑法规制的必要。

其次,尽管部分伪造是否属于虚假信息仍然具有争议,但立足网络时代背景,应当将部分伪造的情形纳入刑法规制。目前在网络传播过程中,信息真假掺杂的现象较为突出,人们往往基于对信息部分细节真实性的认可而全面肯定其中的所有内容。从传播机制上看,互联网的传播扩散容易对信息错误进行放大,仅存在部分错误也可能导致对于某一事件的认知发生较大偏差,产生较为严重的社会危害,故将部分伪造的情形纳入其中尤为必要。当然,在具体概念的把握上,并非只要存在错误即可以认定为虚假信息,判断的重点应当放在事件的核心要素上,比较真实信息传播与虚假信息传播的社会影响,从而作出妥善处理。

最后,网络时代的虚假信息不仅应当包括对于已发生事实的虚假阐述,还应当包括对于未来可能发生事项的不切实际的推测与分析。尽管对于未来事项的分析不存在可以与之相对照的真实性判断标准,但诸如“抢盐风波”^⑤等事件足以表明,经过互联网发酵,不切实际的推测分析同样会对社会秩序产生巨大影响,因此将其纳入刑法规制具有应然性。在解释路径的建构上,对于未来事项的预测并非空穴来风,常常建立在一定的事实前提及因果关系论证基础之上,因此可以从事实前提虚构或因果链条无科学依据的角度出发证成其虚假性,进而对相应行为进行归责。

2. “编造”“传播”的认定规则

根据行为要件的设置进行区分,目前刑法体系中的虚假信息类犯罪可以分为“编造、传播类”“编造并传播类”和“传播类”三种^⑥。除编造、传播类犯罪外,后两者对于虚假信息的扩散行为均

①参见黎宏:《刑法学各论》(第2版),北京:法律出版社2016年版,第375页。

②参见廖斌,何显兵:《论网络虚假信息的刑法规制》,载《法律适用》2015年第3期,第37页。

③参见苏青:《网络谣言的刑法规制:基于〈刑法修正案(九)〉的解读》,载《当代法学》2017年第1期,第16页。

④参见孙万怀,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页。

⑤2011年3月16日,日本地震海啸造成核泄漏,受日本核电站爆炸引发的“核泄漏”恐慌在全国蔓延,我国绍兴、宁波、福州等江浙地区沿海城市开始出现抢盐潮,不少居民纷纷奔走各大超市抢购盐,以备战日本核辐射污染。出现抢盐风波的原因有二:一是传言吃碘盐可防辐射;二是谣传核泄漏污染了海盐。

⑥参见赵秉志,徐文文:《论我国编造、传播虚假信息的刑法规制》,载《当代法学》2014年第5期,第9页。

进行了选择性处罚。此种区分在传统的谣言类犯罪中具有一定适用价值,但结合网络时代虚假信息传播的特点,应当对“传播”与“编造”进行同一解释,从而扩大原有罪名的适用范围。

首先,网络时代信息的传播结构日益复杂,加之匿名性的传播特点,试图从传播链条中明确找出信息的原始来源十分不易。即使能够进行准确定位,但由于信息传播跨地域的性质,也常常会面临管辖权争议。可以说,网络时代重构了信息的传播机制,使得在许多案件中试图找到或处罚明确的“编造者”成为不可能。与此同时,网络时代单纯的传播行为即能产生巨大的社会危害,相较于现实空间中既编造又传播的行为往往有过之而无不及。如果不及时针对编造并传播类犯罪进行调整,就难以适应网络时代的需要。

其次,网络时代单一的编造行为同样具有较为严重的社会危害性。“眼球经济”时代,互联网上涌现出一大批职业“网络写手”,通过编造虚假信息博取关注并谋取经济价值。即使其中单一消息的传播与转发量无法达到法律规定的量刑标准,但其源源不断产出虚假信息,综合来看仍然造成了巨大的社会影响。对于此类网络虚假信息源头进行有效遏制,必须引起我们的高度重视。因此,我国在面对网络犯罪时采取全链条惩治的刑事政策,立法、司法机关对于传播虚假信息类犯罪总体上持造谣、传谣行为同步打击的思路^①。根据刑事政策的需要,对于传播类犯罪进行调整迫在眉睫。

针对前述现象,对于编造、传播进行同一解释,可以适当扩大罪名的适用范围。事实上,从实际运作过程看,对于二者进行同一解释符合网络时代的传播特点。相较于过去的泾渭分明,网络时代编造与传播的界限日益模糊,甚至在很大程度上融为一体。自媒体的出现,将社会公众从单纯的“受众”转化为“传方”和“受众”的双重角色,不再具有明确的信息制造者、传播者、接收者的角色划分,为“编造”与“传播”的融合提供了角色基础。与此同时,网络时代信息的快速膨胀加大了信息在传递过程中的失真。面对大量的外

界摄入,在信息传播过程中会产生削平、磨尖、同化三种基本机制,即人们由于记忆量的限制,往往只关注部分信息,且重点记载自己感兴趣或符合自身认知的内容^②。因此,网络平台中的信息传播本身就具有较为明显的新造特征。对于信息流通而言,转发、分享等既是信息的传递与接收,更意味着对外发布新的信息。

因此,对于网络时代的虚假信息类犯罪而言,原则上应当淡化“编造”与“传播”之间的界限,从而对信息传递过程中的每一环节都保留刑法介入的可能性。

(三) 惩处区别化的解释路径构建

权利越大,责任越大。为适应网络时代虚假信息传播的“重新中心化”特点,有必要区分惩处重点,通过设置区别性的构成要件标准,重点规制掌握较多传播资源的网络大V。

1. 作为义务的区分

从法益恢复的角度分析,对于犯罪的处罚不是刑法的唯一目的,重点应当强调及时消除影响,尽可能恢复被破坏的社会关系。对于虚假信息治理而言,最为重要的是还原事件真相,因此有必要构建不作为的传播概念。在认定不纯正不作为犯时,对作为义务的构建需要重点考量是否具有原因设定和结果支配^③,故应结合具体的主体特征设置不同的作为义务。立足“重新中心化”背景,一般网民由于掌握的传播渠道较少,影响范围相对狭窄,故其在虚假信息传播过程中施加的原因力相对有限。从支配性角度分析,一般网民的作为义务主要为删帖义务,即在信息被证伪后,应当履行对社交账户的控制与支配职能,及时消除信息的影响。对于网络大V而言,除了要求其及时删帖外,作为虚假信息扩散的重要媒介,其必须利用自身的传播资源承担及时澄清事实真相的义务,主动利用影响力发布事件的真实信息,对于不当信息进行妥善说明与证伪。即使网络大V在发布信息时未能意识到信息本身的虚假性,但如果在事件辟谣后不能妥善履行义务的,仍然有成立不作为犯罪的可能。

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63页。

②参见周晓虹:《传播的畸变:对“SARS”传言的一种社会心理学分析》,载《社会学研究》2003年第6期,第49-50页。

③参见陈兴良:《作为义务:从形式的义务论到实质的义务论》,载《国家检察官学院学报》2010年第3期,第79页。

2. 主观责任的区分

主观责任即非难可能性,体现刑法对于行为人的谴责程度。基于客观能力上的差别,在主观责任的判断上也应当区分普通网民与网络大 V。当前,虚假信息类犯罪的主观要件皆为故意,但在具体判断上,应当体现区分性。对于网络大 V 而言,由于其对于事实真相具有较强识别能力,并掌握了广泛的渠道帮助探明事件真相,因此对其认识因素的判断标准应当宽泛于普通网民,即使针对证伪上存在门槛的信息,也可以结合实践能力认定其具备“明知”。在意志要素的判断上,网络大 V 相较于普通网民承担了更为重要的社会责任,需要以更为审慎的态度对待网络平台中的信息,尤其在面对真伪难辨的信息时,如果以放任其扩散的态度听之任之,可以认为其具有犯罪故意。与之相对应,一般网民在信息转发过程中往往出于拯救关爱心理、求证心理等非恶意状态,抑或无目的的惯性行为^①,故从保护言论自由的角度出发,对其进行归责时应当遵循实质恶意原

则,即只有在明确知道信息本身的虚假性且积极追求法益侵害后果的情况下,才能认定其构成犯罪。

四、结语

面对目不暇接、纷繁复杂的网络虚假信息,基于传统犯罪特征而建立的虚假信息类犯罪体系仍然没有过时,对其进行适当的解释重构即可回应网络时代提出的全新挑战,主张增设罪名以应对网络虚假信息犯罪的观点从现阶段来看不具有必要性。随着时代变迁,尤其是人工智能技术的迅猛发展,或许有一天虚假信息类犯罪会发生颠覆性的变革。因此,在刑法研究的过程中既要立足于现有规范,也需要保持思维上的前瞻性,对于未来的发展变化保持开放、主动的态度。本文立足虚假信息犯罪的本质特征,结合网络时代的全新样态,对其共性要件构建了解释路径,期冀能够对于具体个罪的研究提供方法论上的启发。

【责任编辑:耿 浩】

Interpretation path of criminal law regulation for cybercrime of false information

Wu Runqi, Li Zhenlin

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The development of the internet has reshaped information dissemination pathways, causing a huge impact on the criminal law governance system for false information-related crimes. The internet has expanded the speed and breadth of information dissemination, enhancing the influence of false information and increasingly exposing protective loopholes in the existing regulatory system. In the internet era, the social harmfulness of false information crimes has significantly increased, while the protective intensity and regulatory scope of the current criminal law have become increasingly inadequate. The trend of “recentralization” in online communication also makes the existing punishment standards for false information-related crimes difficult to match. Facing the practical challenges of the cybercrime of false information, it is particularly important to propose targeted solutions. The cybercrime of false information does not change the behavioral structure or the legal interests infringed by original crimes, so the existing norms still have interpretive space to adapt to the governance needs of the cybercrime of false information. Based on the new legal challenges brought by the internet era, it is necessary to flexibly use doctrinal methods to construct appropriate miscellaneous provisions, expand the existing regulatory scope and adopt differentiated punishment methods.

Key words: network rumors; false information; cybercrime; criminal law interpretation

^①参见王国华,方付建,陈强:《网络谣言传导:过程、动因与根源——以地震谣言为例》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2011年第2期,第114页。

帮助信息网络犯罪活动罪“明知”要素的解释与限缩

章 林

(中国政法大学,北京 100080)

〔摘 要〕帮助信息网络犯罪活动罪的“明知”认定在理论与实务中存在分歧。本罪应当作为量刑规则的独立化,在因果共犯论的意义上依附于上游犯罪的法益侵害性,“明知”要素的认定也受到正犯的限制。对“明知”的解释应当遵循核心语义并适度扩散,以明确知道为中心,在特殊情形下通过推定知道认定为明知。实务中推定是认定“明知”的主要手段,应当严格限定推定的依据,将推定的基础事实类型化为被帮助者网络犯罪行为的征表事实、帮助者与被帮助者之间的关系事实与帮助行为事实。对“明知”认定的限缩分为事实与规范两个层面,在规范层面应当引入帮助者规范认识的考虑。

〔关键词〕明知;帮助信息网络犯罪活动罪;应当知道;推定

〔基金项目〕本文系2024年度最高人民法院司法研究重大课题“‘网络水军’违法犯罪类型及法律适用问题研究”(项目编号:GFZDKT2024C01-1)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕章林(2000—),男,河南义马人,中国政法大学刑事司法学院2023级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2025-04-02

〔中图分类号〕DF626 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-032-11

一、问题的提出

风险社会背景下,网络安全价值在网络刑法体系价值中渐居首位,对刑事立法与司法实践产生重要影响^①。2015年,全国人大常委会通过了《中华人民共和国刑法修正案(九)》,其中新增帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称帮信罪),即明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助,情节严重的。最高人民检察院《刑事检察白皮书(2023)》统计数据显示,帮信罪在审查逮捕与审查起诉案件中均占比8%,成为适用率最高的三大罪名之一。帮信罪的法定构成要件不够明确,对法条的解释直接且显著地影响了罪名适用范

围的大小。2019年最高人民法院、最高人民检察院颁布《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《帮信罪解释》)后,帮信罪案件量大幅增长并长期保持高位。然而,实务部门与理论界对于帮信罪案件的认定与证据证明存在诸多分歧,其中之一就是帮信罪中的主观明知要素。

“他人的感官无法直接把握的内心世界的过程,例如特定的意图、动机、善意或恶意,就更是只能借推断证据来推知了”^②,帮信罪的“明知”认定需要借助间接证据推断行为人是否明知被帮助者实施信息网络犯罪活动。帮信罪的主观明知认定在理论上存在认识内容、认识程度等差异,而实务中为降低证明难度而对“明知”的要素

①参见孙道萃:《网络安全客体的刑法理论展开》,载《学术交流》2024年第11期,第66-67页。

②参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,上海:商务印书馆2020年版,第386页。

进行“稀释”,从而出现了应当知道、可能知道、知道可能等多个“变种”,亟待检讨。司法解释与相关指导性案例逐步确立了一种“客观+综合认定”的判断模式,这一模式存在着模糊不清以及范围过大的嫌疑。帮信罪立法初衷,在于将不符合传统共犯理论但法益侵害性较大的部分网络犯罪帮助行为纳入犯罪圈。然而,在为此类行为设计规范形象的第一步,以及基于此规范形象涵摄具体行为的第二步中,产生了错位与失真,导致本不应入罪的行为被“拔高”入罪。从限制入罪的角度出发,应基于帮信罪的规范性质,在明确其可罚性基础之上,对主观明知要素的状态与对象进行检视;应当将实体问题与证明问题相结合,防止实践中证明的异化导致对明知要素的限制被束之高阁。

二、“明知”的理论前提:帮信罪的可罚性基础判断

区别于传统帮助行为,网络犯罪帮助行为具有意思联络单向性、犯罪共同体松散性、帮助行为指向模糊性等特点,导致连接犯罪行为与帮助行为的线条较为薄弱。但从客观上来看,犯罪行为具有较大法益侵害性,且帮助行为客观上对犯罪活动起到较大的帮助作用。应当注意的是,在当前共犯模式下,基于罪刑法定原则,仍然不能突破共同犯罪的立法要求,因此应当重新思考网络犯罪帮助行为的可罚性基础,作为进一步明确“明知”要素的前提。

(一) 网络犯罪帮助行为的异变

网络犯罪帮助行为相对于一般意义上的帮助行为,二者主要有两方面的不同。从主观方面看,网络犯罪帮助者对受帮助人犯罪行为的主观心理不同于一般的帮助犯,网络犯罪帮助者对于其受助者的认识一般为概括的故意或未必的故意,即并非传统意义上的“明知”且追求犯罪结果发生或明知且放任结果发生的故意;从客观方面看,网络犯罪帮助行为可能为一般的业务行为或生活日常行为,并不是专门为正犯行为做准备。通常情况下,网络犯罪帮助行为有独立的社会意

义。网络犯罪帮助行为不同于所谓的中立帮助行为,后者的主观明知程度更低、社会相当性更高,部分场景下甚至具有积极的社会意义。相较于一般的帮助行为,网络犯罪帮助行为的行为主体、发生空间、行为方式等因素在网络时代正发生显著的变化,其行为特征相较于传统的帮助行为已发生了较大的改变,同时又具有一定的中立帮助行为特色,因此有必要对其进行单独讨论。

网络犯罪帮助行为之受帮助者应为网络空间内的行为者,而帮助者可能并不在网络空间内活动,如支付结算型帮信罪行为人仅出租或出借了银行卡。互联网空间具有扁平化特点,同时与现实空间呈现高度融合的状态,网络空间内的行为方式也与现实社会不同。根据帮信罪的规范表述,网络犯罪帮助行为体现在为犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持,或者提供广告推广、支付结算等帮助。在帮信罪纳入刑法之前,最高人民法院出台的司法解释也有类似的表述。例如,《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》将帮助行为规定为电信业务经营者、互联网信息服务提供者明知是淫秽网站,为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收费等服务。观察刑法之外的其他法律对网络空间行为主体的表述,可以发现网络运营者、网络服务提供者等规范表述方式,还有网络建设者、网络平台、智能主体等新型网络犯罪主体^①。

在网络空间下,传统帮助行为发生了显著变化。首先,在意思联络上,传统帮助行为类似于片面帮助犯,其意思联络呈现出由帮助者到行为者的单一方向。在网络空间下,其意思联络不仅具有单向性,而且增加了模糊与不确定性;其主观状态更加难以被查明,且帮助意图的指向性趋于弱化。这打破了传统中立帮助行为对帮助者主观状态的认知^②。其次,是独立性的突破。网络空间扁平化、主体数量庞大,某一个或少部分主体聚集向广大网络用户提供的信息服务,都是

①参见孙道萃:《犯罪主体的网络化演变动向与立法修正脉络》,载《中国应用法学》2019年第5期,第145-147页。

②参见孙道萃:《网络犯罪时代的刑法解释理论:检视和回正》,载《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2025年第1期,第78页。

网络空间的特征。就某一个受帮助者主体来看,网络犯罪帮助行为的影响是微小的,但其行为同样可以影响其他众多独立的网络主体,其行为本身对网络空间秩序将会产生巨大影响。最后,帮助行为所危害的法益可能不同于正犯的实行行为,其危害结果甚至远远超过实行行为。以“K播案”为例,其软件平台上存在着大量由用户自主上传的淫秽视频。K播平台本身以“技术中立”自居,对平台内容的审查力度较低。淫秽视频充斥在网络空间中,其侵害的是覆盖范围极广、所有网络主体均可自由获取信息的网络空间秩序,反观单个用户上传个别淫秽视频,二者对法益的侵害程度有质的不同^①。帮信罪中帮助者与被帮助者虽有“一对多”的特点,但仍要求被帮助者与帮助者构成共同犯罪,只是对“共同”的要求进行了松绑。

(二)对传统帮助行为可罚性的挑战与再解释

网络犯罪帮助行为处罚依据的关键在于共犯的处罚根据。关于共犯的处罚根据大致可以分为因果共犯论、违法共犯论和责任共犯论,三者分别对应三阶层内部不同层面的“共同”。责任共犯论认为共犯把正犯引入到责任和刑罚中,共犯的成立以正犯具有构成要件符合性、违法性和有责性为前提,是较为极端的从属性。违法共犯论认为共犯的处罚依据在于使正犯符合构成要件的违法行为。违法共犯论与责任共犯论一样,承认绝对的共犯从属性^②。在绝对从属性之下,共犯不法以正犯不法为前提,且具有绝对的连带性,即若正犯不法,则共犯一定具有不法性。因此,责任共犯论与我国立法原义不相符,不应被采纳;违法共犯论将成为限制网络犯罪帮助行为可罚性的理论障碍,同样不可取^③;因果共犯论将法益侵害考虑在内,具有合理性。相较于责任共犯论与违法共犯论,因果共犯论将介入或参与了共犯行为而引起法益侵害作为共犯的处罚依据,有利于对共犯的处罚范围进行合理限制。在

此学说内部,根据共犯违法性与正犯违法性的关系,又可以进一步区分为纯粹惹起说、混合惹起说和修正惹起说。混合惹起说对网络犯罪帮助行为具有较强的解释力,原因在于坚持违法的相对性,如果脱离正犯行为的违法性而考虑共犯行为的处罚根据,将会忽视刑法的法益保护原则,即有法益侵害才有处罚,因此有利于限制网络犯罪帮助行为的可罚性。该学说例外地承认共犯行为的独立性,即相对于正犯来说,共犯有时有独立的法益保护要求^④。但帮信罪立法已经对“明知”内容进行了扩大化处理,这一处理方式能够将最初应追究而未被追究的部分网络犯罪帮助行为纳入刑事处罚范围内,再通过共犯理论进一步松绑不合理的处罚范围。

(三)共犯可罚基础视角下规范性质的确定

虽然混合惹起说能够例外地承认部分共犯行为具有独立犯罪化的必要性,但是本罪所指涉的这类行为并未达到例外独立犯罪化的程度,原则上应当谨慎地推进共犯行为的正犯化。

1.“明知”与量刑规则的独立化

“明知”与网络犯罪帮助行为可罚性基础的联系,首先体现在帮信罪是作为网络犯罪共犯还是作为共犯行为正犯化来展开可罚性基础的讨论。前者以共犯处罚根据为可罚性基础,而后者由于正犯化而不存在依赖于正犯的共犯可罚基础。因此,帮信罪是作为量刑规则的独立化还是作为共犯正犯化,对于本罪“明知”要素的判断具有重要意义。帮信罪若作为量刑规则的独立化,其犯罪成立不仅需要符合本罪的构成要件,还需要符合共同犯罪的规定,才能予以定罪处罚。有观点提出,共犯的正犯化分为绝对正犯化和相对正犯化,前者是分则独立条文的规定,后者仍需要对帮助行为本身是否可罚进行判断^⑤。本罪设立独立的分则条文并不能直接说明共犯的正犯化,但是能够直接改变的规范因素在于:一是不依赖于正犯的行为进行定罪量刑,而是判断帮助行为本身的法益侵害程度;二是不依赖于正犯的

①参见李睿:《网络中立帮助行为的刑法分析》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2020年第6期,第51页。

②参见陈兴良:《共同犯罪论》,北京:中国人民大学出版社2023年版,第127页-152页。

③参见陈洪兵:《中立行为的帮助》,北京:法律出版社2010年版,第29页。

④参见钱叶六:《共犯处罚根据的再思考》,载《环球法律评论》2021年第1期,第139页。

⑤参见张明楷:《论帮助信息网络犯罪活动罪》,载《政治与法律》2016年第2期,第3-4页。

法定刑进行总则意义上的定罪量刑,而是将法定刑的设置独立化。量刑规则的独立化是本罪条文设置带来的最直接的改变,而是否发生了共犯的正犯化需要进一步规范判断。证立后者需要承担更强的举证责任。

2. 对帮助行为正犯化的反思

共犯正犯化论证思路的重要支撑点在于对立法原意的解释,即认为立法之所以独立设置帮信罪条文,原因在于网络犯罪模式的变化。网络犯罪帮助行为由于意思联络弱化等因素,冲击了传统的共同犯罪认定模式,因此需要通过正犯化来降低证明难度,从而提升打击力度。这一判断暗含了价值的衡量与主观解释的推测。网络犯罪模式的变革是现实变化,是否需要将其与传统共同犯罪认定进行松绑并非不言自明的问题,需要给出较强的法益论或规范论的论证支撑。显然,帮助行为正犯化的观点并未给出充足的论证,所谓处罚漏洞究竟是立法滞后还是解释得不充分,是需要反思的问题。从当前司法实践来看,帮助行为正犯化是一种过度推进,是不合理地扩大处罚范围的始作俑者^①。在当前立法模式下,外围犯罪越来越多,增大对核心犯罪帮助行为的处罚力度,并不直接带来核心犯罪的减少,反而导致核心犯罪的行动愈加难以捉摸^②。并且,本罪的帮助行为依附于正犯而存在。依照共犯正犯化的观点,难以想象对不存在的网络犯罪提供帮助并据此定罪处罚;网络犯罪帮助行为本身并不具有独立的法益侵害性,当正犯没有实施网络犯罪行为,帮助行为也不会有法益侵害性^③。“一对多”是常见的支撑本罪行为正犯化的观点,通过检索案例可以发现,“一对多”具有多种表现形式:一种是狭义的“一对多”,即通过提供专业化结算或其他技术支持服务网络犯罪者,具有职业化特点,如“卡商”“卡头”等专门从事非法收购、贩卖“两卡”的群体;另一种是常见的出租出借“两卡”,经常被犯罪团伙所利用,没有职业化特点。后者并不能认定为严格意义上的“一对多”,行为人并没有直接与多个犯罪团伙接触,其

危害程度远小于狭义上的“一对多”。占据当前案件主体地位的并非狭义的“一对多”,因此基于“一对多”而提出的正犯化难以站住脚。《帮信罪解释》第12条也对帮助者与被帮助者的关系作出回应,即对于被帮助者客观上无法查清是否构成犯罪,但相关数额达到一定标准或造成严重后果的,应以本罪论处。司法解释认为,原则上应当以被帮助者构成犯罪作为本罪的前提。因此,帮信罪的规范性质应属于量刑规则的独立化而非帮助行为的正犯化。

3. 对“明知”因素应在共同犯罪内的解读

作为共犯的成立,帮信罪受制于正犯,共同犯罪的处罚根据将影响对帮信罪构成要件要素的判断。网络犯罪帮助行为意思联络趋于弱化,需要在帮信罪条文中得到一定程度的关注,即不要求帮助者具有明确具体的认识。比如,在对电信网络诈骗行为人为人提供支付结算帮助时,并不需要对诈骗有具体的犯罪故意,仅需认识到行为人为人利用信息网络实施犯罪即可。量刑规则独立化的观点将本罪与正犯的法益侵害性相连接,避免处罚没有法益侵害性的行为。即使帮助者明知被帮助者实施信息网络犯罪活动,但由于被帮助者并未造成法益侵害,也无法将帮助者认定为本罪;若帮助者对被帮助者实施信息网络犯罪活动并不“明知”,即使被帮助者在其帮助下造成了法益侵害,也不能认定为本罪。

三、“明知”的规范阐释:状态与对象

刑法分则存在多处“明知”的表述,这些“明知”表达着不同的规范含义。有学者归纳出“明知”的几种形态:涉及行为对象,事态状况,共犯,过失犯等。应当肯定,本罪中的“明知”要素是作为共犯的明知,与制造毒品罪、骗购外汇罪的共犯明知规定类似^④。

(一)“明知”的解释原则

1. 罪刑法定原则与客观解释

罪刑法定原则是我国刑法基本原则,具有丰

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184-185页。
②参见夏伟:《论外围犯罪的穿透性治理》,载《中国刑事法杂志》2023年第5期,第56页。
③参见张明楷:《帮助信息网络犯罪活动罪的再探讨》,载《法商研究》2024年第1期,第24-25页。
④参见张小宁:《刑法分则中“明知”的类型与功能》,载《政治与法律》2024年第12期,第162-164页。

富的内涵。罪刑法定原则通过限制刑事立法权来限制刑事司法权。罪刑法定原则要求刑事处罚具有明确性,即范围、主体等均需要明确。同时,罪刑法定原则禁止处罚不当罚的行为。从网络犯罪帮助行为的视角来看,我国刑法新增的帮信罪并未明确处罚范围,对于是否全面处罚网络犯罪帮助行为在理论与实务界均有不同理解。实践中,帮信罪有口袋罪倾向,只要明知其行为对可能发生的犯罪起到帮助作用,就可能受到刑事处罚,这对于网络空间中提供信息服务的主体来说,无疑会过度加重其作为义务。另外,主观解释包含对立法原意的探寻,通过追溯立法目的来指导构成要件的解释,帮助行为正犯化的观点即运用了这一方法。在成为独立的正犯之后,“明知”要素的内涵也因此得到了解放,受到共同犯罪的限制减少。“明知”要素在我国刑法中大量出现,且含义存在差别:有总则意义上的“明知”;有分则意义上的“明知”;也有类似本罪受到一定程度修正的“明知”。“明知”意味着明确知道,与过失犯意义上的“应当知道”不同,不同的“明知”应具有法律体系内部的逻辑一贯性。主观解释并不具有优位且欠缺可行性,客观解释同样基于立法者所框定法律文本的语义范围,与主观解释共享正当性基础,且相较于主观解释更具有可行性与合理性^①。

2. 法益保护原则

刑法的法益保护原则要求废除刑法没有起到法益保护作用的罪名,并且要为保护刑法尚未规定的新法益设立新罪。法益的概念在刑事立法与司法中都具有重要作用,是刑事处罚的重要根据。当行为具有法益侵害性时,对其设置处罚规定才是正当的。对于网络犯罪帮助行为,根据共犯混合惹起说,其侵犯的法益与正犯行为侵犯的法益相同。如果正犯行为侵害了法益,需要受到刑事处罚,那么相应地对其起到帮助作用的帮助行为也需要受到刑事处罚;同时,在特殊情况下,偏向于中立的网络犯罪帮助行为可能并未侵犯法益,此时就不需要对其进行刑事处罚。另

外,网络犯罪帮助行为侵犯的法益可能不同于正犯行为所侵犯的法益,此时仍需要对其进行刑法上的评价。总之,对网络犯罪帮助行为的刑事处罚需要遵循有法益侵害才有处罚的原则,既要通过刑事立法与司法对侵害法益的网络犯罪帮助行为进行处罚,也要将未侵害法益的行为排除在刑事处罚的范围之外。

法益保护原则指出了刑法的目的与任务,但并非所有侵害法益的行为都应当进入犯罪化领域,只有在其他保护手段无法发挥作用时,才考虑动用刑罚,即遵循刑法的补充性与片断性^②。对网络犯罪帮助行为的处罚由于司法解释的扩张解释而逐渐增多,但在实务中由于欠缺对此类行为的行刑衔接,因此多数情况下都以刑法予以规制。《中华人民共和国反电信网络诈骗法》第38条规定,组织、策划、实施、参与电信网络诈骗活动或者为电信网络诈骗活动提供帮助,尚不构成犯罪的,由公安机关处以拘留、没收违法所得、罚款等处罚。网络犯罪帮助行为一律入罪并不符合刑法精神,应考虑对难以认定为“明知”等情节较轻的案件实施行政处罚。

3. 责任主义原则

对于责任的探讨,以道义责任论、社会责任论到规范责任论的变迁为视角逐渐达成共识,即“责任渊源于应受法律的社会非难之心理状态”^③。广义上的责任主义原则包括主观责任和个人责任。一般认为,主观责任是指“只有当行为人对所实施的违法行为和结果具有责任能力以及故意、过失、违法性认识的可能性与期待可能性时,才能对行为人进行非难”^④。对网络犯罪帮助行为的行为人进行刑事处罚,应当在行为人具备主观责任的条件下进行。从消极责任主义的角度看,没有责任就没有处罚,责任是犯罪成立的条件。网络犯罪帮助行为者的主观状态应为故意或明知被帮助人利用其帮助行为进行犯罪,具有高度盖然性。唯有此时,行为人的帮助行为才是应受非难的。

①参见陈兴良:《刑法教义学中的目的解释》,载《现代法学》2023年第3期,第155-157页。

②参见[日]山口厚:《刑法总论》,付立庆译,北京:中国人民大学出版社2018年版,第5-6页。

③参见韩忠谟:《刑法原理》,北京:北京大学出版社2009年版,第172页。

④参见张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2021年版,第87页。

在责任主义原则下,不仅要求行为人明知被帮助者的行为事实,还要求行为人认识到行为事实的违法性,即具备违法性认识,明知被帮助者的行为属于信息网络犯罪活动,且“明知”一般应当达到高度盖然性的程度。实务中通常仅关注行为人对事实层面的明知,而对违法性认识层面的“明知”则付诸推定。强行将行为人的认识水准拔高至行业内部人员水准,显然有违责任主义原则。

(二)“明知”的状态:核心语义的谨慎扩散

“明知”存在“明确知道”“可能知道”与“应当知道”等多种含义,理论与实务中存在混搭使用、表述模式级次混乱、含义不统一等问题,往往把某一解释作为“明知”的当然含义。相关司法解释将“应当知道”作为“明知”的含义,且与“明确知道”并列。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》第2条认为,“明知”包含“知道或者应当知道”,其他司法解释也有着相同的表述。当然,也有学者认为,“明知”包含“知道”与“可能知道”^①。

1. 核心语义:明确知道

“明知”应当解释为“明确知道”,作为本罪明知要素的核心含义。明确知道只是对认知状态的确定,而非认知程度^②。对“明知”的认定应当从认知状态与认知程度两个角度理解,其中,认知状态是指对某一事实或规范的明确理解,与“应当知道”“可能知道”相对应,而后两者在本质上并无证据证明帮助者对被帮助者的行为有认识。有观点认为,“明确知道”意味着不存在概括性认识,这是对状态与程度的混淆。“明知”中“明”是对所“知”状态的限定修饰,而非“知”的内容,这是两个层面的问题^③。从“知”的内容来看,无论是明知、可能知道还是预见,在犯罪构成要件发生之前都只是对可能性的认识,从这个角度无法区分这几种“知”^④。还有观点认为,对司

法解释等规范文件的混用,是将“应当知道”等同于推定知道。这一观点仍然混淆了事实与规范的差异。推定知道是对事实的推定,而非对规范义务的推定;应当知道表达的是具有知情的义务,并不关注事实是否知道。本罪中的“明知”有总则和分则的双重意义。总则意义上的“明知”一方面代表着在故意犯罪中明知会发生社会危害性后果,另一方面是在过于自信的过失中明知可能导致危害结果发生。本罪为故意犯罪,在总则意义上的“明知”,应当为故意犯罪中的“明知”。

“明知”在理论上并非确切概念,行为人的“明知”是抽象意义上的“明知”,即对犯罪行为具有危害结果有认识,还是具象意义上的“明知”,即对具体犯罪行为产生的具体危害结果有认识,这一点至关重要^⑤。只有网络犯罪帮助者对接受帮助的犯罪行为具有明确性认识时,才属于本罪的“明知”;若仅对其具有刑法总则意义上的认识,在主观上并不属于“明知”。同时,“明确知道”的内容不仅包括犯罪行为必然会引起危害结果,也包括犯罪行为与危害结果之间具有高度盖然性。从限制入罪的角度考虑,如果将“明知”认定为总则意义上的“明知”,会不合理地扩大处罚范围,对网络行为主体施加巨大的审查压力,不利于网络的发展。但为防止出现打击犯罪的漏洞,本条的“明知”不仅要求明确知道行为与结果之间的必然性,而且也要求高度的盖然性。如此解释本罪的“明知”,才符合具有可罚性的网络犯罪帮助行为的主观特征。

本罪作为故意犯罪,“明知”区别于“应当知道”的过失犯罪,对于已经预见但是过于自信的状态,应当加以区分。预见不同于知道,主要是犯罪过程与犯罪结果的区分。由于过失犯罪主要为结果犯,因此明确认识犯罪过程的发展代表着对犯罪结果的预见;同时,犯罪过程仅仅预示着犯罪结果,因此预见也是一种对可能性的预

①参见冷大伟:《犯罪故意“明知”问题探析》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2015年第5期,第52页。

②参见邵等弟:《帮助信息网络犯罪活动罪“明知”证明的掣肘点和突破口》,载《甘肃政法大学学报》2024年第2期,第125-126页。

③参见涂龙科:《网络内容管理义务与网络服务提供者的刑事责任》,载《法学评论》2016年第3期,第66-73页;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(社会科学版)》2023年第1期,第60页。

④参见许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社2005年版,第214页。

⑤参见孙运梁:《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页。

见。故意犯罪并不都是结果犯,并且本罪是上游犯罪的帮助犯,只要认识到自己的帮助行为能够对达成犯罪目的具有积极意义,就构成了“明知”,并不涉及对可能性的认识。

2. 扩散语义:“应当知道”与“可能知道”

“明知”仅能够从“明确知道”扩散至高度可能性知道,即“推定知道”,而不能扩散至表征某种认识义务的“应当知道”。“应当知道”的语义存在两种用法,一种指向为“理应知道”,一种指向为“必然知道”。在过失犯的语境下,其表达的是具有某种认识或预见义务;在故意犯的语境下,其表达的是对某种情状有一种事实认识。前者应作为“应当知道”的本来含义,或者是狭义上的“应当知道”。“明知”语义向表征具有高度认识可能性的“应当知道”的扩散,本质上是本罪司法认定标准的降低。若混淆“应当知道”在司法认定时的两种语义范畴,将“明知”等同于“应当知道”,就会导致作为故意犯罪的本罪向过失犯罪靠拢。因此,本罪不仅是具有犯罪故意的帮助共犯,也成为具有犯罪过失的帮助共犯,这将导致过失帮助也进入刑事处罚的范围。实务中对于应当明知与可能明知的判断存在两种路径:一种是通过既往经历等事实推知其应当知道;一种是通过支配、管理等规范意义上的角色判断其应当知道。在判断时,“应当知道”与“可能知道”都存在着推定。“可能知道”指向对是否明确知道的证明,而“应当知道”指向对是否有义务明知的证明,二者的方向不同。实务中,存在将狭义的“应当知道”纳入“明知”范畴之内的情形。在“万某某帮助信息网络犯罪活动案”中,公诉机关指控被告人“明知银行卡不能提供给他人使用的情况”仍借给他人使用,即是对明知内容的错误理解。刑法并不禁止转借银行卡,而是禁止通过转借银行卡帮助他人实施信息网络犯罪活动^①。应当认为,“明知”只是对事实的明知,而非对规范义务的明知。

严格意义上讲,“应当知道”与“可能知道”是有本质区别的,但司法解释中存在二者语义混用的情形。部分采用“可能知道”的语境中使用了“应当知道”,实际表达的是在某种情形下应有高度可能性知道,“应知”成为“明知”认定的中间环节^②。在使用“应当知道”的场景时,应注意区分狭义的“应知”与推定知道的区分。虽然司法解释形成了“知道或应当知道”的惯常用法,但此处的“应当知道”并不包含过失意义上的认知义务^③。

(三)“明知”的对象:程度与内容

1. “明知”对象的可能性认识与整体认识

“明知”的认识对象应从两个层面进行区分:一是对认识对象发生可能性的认识;二是对认识对象整体事实的认识。前者是程度问题,即“知道可能”,问题在于对被帮助者犯罪的认识是知道其可能在犯罪,还是知道其必定在犯罪。后者是认识内容问题,即犯罪是构成要件意义上的,还是违法意义上的,抑或兼具构成要件符合性、违法性和有责性意义上的犯罪;是否是兼具社会危害性、应受惩罚性与刑事违法性的犯罪行为。从前者来看,帮助者可能存在侥幸心理,即仅仅怀疑被帮助者可能涉嫌违法犯罪,但是出于某种信任或其他原因而选择忽视。从后者来看,帮助者对被帮助者的行为认识较为模糊,可能是受到欺骗或隐瞒,对事实的认识不全面;或者即使掌握了足够的事实信息,但可能由于受教育水平、网络意识、法律认识等个人经历与认知原因,无法对事实信息产生违法性认识。

2. 本罪对“明知”的修正与定型化

帮信罪的“明知”要素不同于一般故意中的“明知”。作为帮助犯,本罪不要求对被帮助行为有具体的认识,立法通过修正认识内容为处罚网络犯罪帮助行为松绑,仅要求认识到被帮助者在实施网络犯罪活动即可。因此,本罪的“明知”要

①参见山西省稷山县人民法院:“万某某帮助信息网络犯罪活动一审刑事判决书”,(2021)晋0824刑初200号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=b+6XwRiJBSazVFtqKbZlkVVMcgjG5+jimZUS8mJrBGeWm7cUkK8CJ/dgBYosE2gTNvNWke0+8aD6LQ7ng5tkM8XwNl2bq0gP7O51V6ctiRABR9YE+U+v794tQNvte+f>,最后访问时间:2025年3月17日。

②参见孙万怀,刘宁:《刑法中的“应知”引入的滥觞及标准限定》,载《法学杂志》2015年第9期,第32-33页。

③参见陆建红:《刑法分则“明知”构成要件适用研究——以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪为视角》,载《法律适用》2016年第2期,第80页。

素既非严格意义上的总则“明知”,也不同于分则中的“明知”,不能简单认为本罪的“明知”要素是注意性规定。如前所述,本罪对总则“明知”进行了修正,即使帮助者对于被帮助者的犯罪构成要件并不“明知”,也可被拟制为帮助犯。在刑法中,“明知”有时被立法者明确指出,有时作为故意犯罪的一般要件并未列明。例如,刑法对持有假币罪明确规定了“明知是伪造的货币”,但是持有毒品罪中却仅规定“非法持有”。“明知”出现与否与现实发生的概率有关:毒品不常见且相对易分辨,因此立法并未作注意规定;假币混杂于真币中真假难辨,因此立法者列明“明知是伪造的货币”,以提示司法人员注意^①。

根据明知对象的内容不同,可以区分本罪与上游犯罪共犯。行为人若仅明知自己的帮助行为可能被被帮助者用以实施信息网络犯罪活动,但并没有更加深入地认识具体犯罪类型、受害人情况等信息,也并未实施其他符合上游犯罪构成要件行为的,应当认定为帮信罪;反之,若明知被帮助者实施电信网络诈骗或其他网络犯罪,并且与犯罪人之间形成稳定的共同实施犯罪活动的关系,则应当考虑构成上游犯罪的共犯。

四、“明知”的限缩方案:推定与证据

推定是因概念本身较为模糊、方法混杂而在事实和规范层面使用的一种证明方式。在法学视角下,推定是一种法律逻辑,也是一种法律适用方法,各个部门法中均有使用,刑法也不例外。我国刑法中较为典型的推定情形是“巨额财产来源不明罪”:被告人若无法说明巨额财产的来源,则将其视为非法所得,适用该罪定罪处罚。在刑法中,推定主要与刑事证据法相结合,如果主体的主观要素难以被察觉,有时需要客观证据来推定刑法中的某些主观构成要件,如对非法占有目的的推定。本罪中行为人是否“明知”被帮助者实施网络犯罪活动,在缺乏直接证据证明时,需要通过间接证据进行推定。对于扩散语义的“推

定知道”,应当通过明确的方案予以限缩,以防止推定范围过度扩大。

(一) 推定的依据与方法

有观点认为,刑法的推定主要有三类:巨额财产来源不明罪来源非法性的推定、“明知”要素的推定以及犯罪目的性要素的推定^②。本罪“明知”要素的推定属于第二类推定,除此之外,刑法中还有毒品犯罪、商标犯罪等涉及“明知”要素的证明与推定。推定具有客观性与可反驳性特点,可反驳性在一定程度上保证了客观性。推定又可以分为法律推定与事实推定^③。推定的依据是基础事实,对行为人“明知”的推定首先应当有基础事实。

1. 严格限定推定的依据

有观点认为,推定的存在有三种目的性考量:保证司法裁判的正确性、公正性以及经济性^④。可见,降低证明难度和成本并非使用推定的唯一因素,但经济性在实际操作中必然与正确性、公正性相悖,因此,平衡好推定的经济性与正确性、公正性至关重要。《帮信罪解释》对如何通过客观证据推知行为人具备“明知”要素进行了列举,主要有已被告知违法、交易价格或方式异常、躲避监管或调查等。《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)》第8条进一步明确了对行为人“明知”的判断规则:根据支付账户和手机卡的收购、出售、出租次数、数量,以及认知能力、既往经历、交易对象、与实施信息网络犯罪的行为人的关系、提供技术支持或帮助的时间和方式、获利情况和行为人供述等主客观因素进行综合认定,并进一步提出,收购、出租、出售单位支付结算账户,或相关从业人员利用从业便利非法开办并出租出售手机卡、银行卡的,可以直接认定为“明知”。在“徐某等诈骗、帮助信息网络犯罪活动案”中,侦查机关提取犯罪嫌疑人韦某手机中的电子数据,证实其在2020年1月多次搜索“帮助网络信息犯罪活动罪”“检察院不批捕”等内容,据此推断其明知被帮助者

①参见张少林,刘源:《刑法中的“明知”“应知”与“怀疑”探析》,载《政治与法律》2009年第3期,第149页。

②参见陈瑞华:《论刑事法中的推定》,载《法学》2015年第5期,第108-110页。

③参见叶自强:《论推定的概念、性质和基础事实》,载《法律适用》2021年第9期,第56-58页。

④参见何家弘:《司法证明方法与推定规则》,北京:法律出版社2018年版,第201-203页。

实施网络犯罪活动^①;在“董某等帮助信息网络犯罪活动案”中,法院审理认为,三名被告人设置完成伪基站后,在调试运行伪基站让上游犯罪分子使用期间,为逃避风险开车搭载伪基站先后在多个城市不停转移位置,证明三名被告人主观上应当明知上游犯罪分子使用该伪基站的目的是实施网络犯罪活动^②。

推定分为可被推翻的推定与不可被推翻的推定两种,其中本罪的明知推定属于可被推翻的推定。司法解释不仅列明了基于经验法则而归纳出的推定依据,同时也指出具有相反证据的除外。《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》提出对于“交易双方存在亲友关系等信赖基础,一方确系偶尔向另一方出租、出售”的情形,应当谨慎认定“明知”。不可被推翻的推定在刑法中也有存在,如对未满12周岁的未成年人欠缺刑事责任能力的推定即是不可被推翻的推定,即使行为人在心智等各方面均较为成熟,也无法追究其刑事责任。基于经验法则所归纳出的推定结论具有相当的不稳定性,且不能基于此再作出第二次推定。推定只能由客观证据直接推定主观明知,而不能在这一单向的、一步走的推定链条中加入其他推定的步骤与素材,如不能根据客观先推定出另一客观,再推定出主观。

网络犯罪不断迭代变形,而司法实务归纳出的推定规则往往落后于形势发展,因此不应固守现阶段得出的推定规则,避免“刻舟求剑”“守株待兔”式地适用司法解释。公安部推进的“断卡”行动以及普及度较高的反诈宣传,使公众对“两卡”的规范使用有了更加清晰的认识。从这个意义上讲,司法解释所作出收购、出租、出售“两卡”的“明知”推定具有一定的经验基础。

2. 推定基础事实的类型化

在本罪“明知”的认定中,存在帮助者、被帮助者两个主体以及主体间关系等三个认定线索,

借助这三个线索进一步推出“明知”认定的类型化:被帮助者实施信息网络犯罪活动的征表事实;被帮助者与帮助者之间的交往关系事实;帮助者的帮助行为事实。第一,被帮助者实施信息网络犯罪活动的征表事实,主要判断帮助者认识范围内的被帮助者所需帮助的异常性。当被帮助者多次、大量借用非本人的银行卡、手机卡,且出现频繁变动的大额流水记录,帮助者应当能够认识到“两卡”有较大概率被用于信息网络犯罪。第二,在被帮助者与帮助者之间交往关系事实方面,若二者有基础社会关系如系亲友等,具备一定的信任关系,则应当提高对推定的证明要求。对于亲友之间借用银行卡、手机卡本不应予以谴责,但当被帮助者多次提出借用要求,且借用范围不限于其亲友,帮助者就应当认识到其可能实施信息网络犯罪活动。现实中被认定为本罪的案例,多发生于缺乏基础社会关系、欠缺信任基础的陌生人之间。第三,帮助者的帮助行为事实。司法解释所列出的被明确告知涉嫌违法犯罪后仍实施帮助行为,曾多次实施类似帮助行为,或在银行、电信等相关行业工作,能够认识到被帮助者可能实施网络犯罪活动,但仍利用从业便利开办“两卡”的,都可能被认定为本罪。

(二)“明知”的双层次限缩进路

我国台湾地区学者陈子平教授将规范构成要件要素事实的认识划分为对物体的认识、对内涵的认识以及对违法的认识三个层次,其中前两个层次为对事实层面的认识,是构成要件故意的内容;后一个层次为对违法性的认识,是责任要素的内容^③。本罪行为人即帮助者对被帮助者的认识可以分为两个层次:首先是对被帮助者的事实认识问题,当帮助者对被帮助者在事实层面没有认识时,就直接阻断明知因素的判断;然后是违法性认识层面的问题,在能够证明帮助者有事实认识时,需要进一步判断其是否具有规范认

①参见广东省珠海市斗门区人民法院:“徐银银、韦廷等诈骗罪、帮助信息网络犯罪活动罪、诈骗罪、帮助信息网络犯罪活动罪一审刑事判决书”,(2021)粤0403刑初11号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=YBxnFgDquvBPrZnenK+a1vjNNBVrHiClPtQel0padOXmRqRJSfXmvJ/dgBYosE2gTNvNWke0+8aD6LQ7ng5tkM8XwNl2bq0gP7O5IV6ctiSP6p2F1yuo0OWSIjHMtyEM,最后访问时间:2025年3月17日。

②参见河南省平顶山市卫东区人民法院:“董智、韩政伟诈骗一审刑事判决书”,(2021)豫0403刑初25号,载北大法宝,https://www.pku-law.com/pfnl/c05aeed05a57db0a585361e40b78635aa698f8007b73fc30bdfb.html?keyword=%EF%BC%882021%EF%BC%89%E8%B1%AB0403%E5%88%91%E5%88%9D25%E5%8F%B7&way=listView#anchor-documentno,最后访问时间:2025年3月17日。

③参见陈子平:《刑法总论》,北京:中国人民大学出版社2008年版,第130页。

识,即对自己行为的规范认识,以及对被帮助者具有违法性的认识。帮助者首先认识到被帮助者的行为事实,在此基础上对其进行违法性判断,若综合多种因素能够认定帮助者确实不知被帮助者行为违法,就不能判断其为“明知”;若帮助者对被帮助者行为有所疑虑,或呈现出不在意的客观心态,则应当认定其为“明知”。

1. 事实层面的“明知”限缩

根据陈子平教授的观点,事实层面的认识内容包含对物体的认识和对意涵的认识,也就是对物体本身在物理层面上的认识以及社会意义上的认识。吸引他人关注自己账号、增加粉丝量,属于对事物本身的认识;增加粉丝量能够进一步延伸至对其社会意义,即“推广引流”的认识;推广引流的法律评价则属于下一层面的认识。在事实层面上,实务中常常存在这样的认定逻辑:出租出借“两卡”一般会被用于网络犯罪——行为人出租出借“两卡”——行为人具有“明知”。对明知要素的推定应遵循社会一般人的视角,并根据个案调高或降低认定标准。这种实务认定逻辑在大部分案件中并无问题,尤其在特定行业(电信、银行等)从业人员“明知”要素的判断中,可以直接认定其“明知”。最高人民检察院发布的典型案例“周某平、施某青帮助信息网络犯罪活动案”中,两名被告人均为电信行业从业人员,利用办理宽带的便利私自利用客户信息申请大量宽带账户并出售给他人。行业内部人员当然明知宽带账号不得私自买卖,不得私自利用客户信息开办宽带账户。从社会意义的角度看,大量收购非本人宽带账户并不具有社会相当性,应当能够由此推知其具有较高的实施犯罪活动的可能性,即应当具有下一层面的“明知”。

2. 违法性认识层面的“明知”限缩

不同于一般意义上讨论的违法性认识问题,本罪的违法性认识首先是对被帮助者行为的违法性认识,并进一步产生对自己行为的违法性认识。一般来说,违法性认识要求行为人对具体的构成要件有认识,而不是抽象、概括地认识到自己的行为具有刑事违法性。由此,在本罪中,抽

象地“明知”他人实施犯罪活动成为对自身行为构成要件该当性的具体认识,亦即前者是构成要件的一部分。长期以来,学界围绕违法性认识是否必要、违法性认识与故意要素的关系以及违法性认识的体系地位等问题存在诸多争议^①。在认定是否存在违法性认识时,并不一定由于不存在违法性认识而阻却责任,而是需要判断违法性认识可能性(违法性认识错误的回避可能性)问题。这一转化类似于对“明知”的判断。是否“明知”属于主观内容,实践中无法直接判断,需要间接证据予以证实。因此,对“明知”的判断与对违法性认识的判断类似,都存在推定的步骤。其不同点在于,违法性认识的推定属于规范推定,而“明知”的推定属于事实推定。前者可以通过存在认识的义务(如自然犯)而直接认定具有违法性认识可能性,从而排除责任阻却事由的存在;后者则是由一个客观事实推定另一个客观事实存在(对于行为人本人以外的其他人来说,行为人的主观认识内容是一种客观事实)。

本文认为,实务中以“应该知道”出租出售“两卡”可能被用于犯罪为由认定行为人存在“明知”的案例,有过度扩张犯罪圈、证明过于粗糙之嫌。如前所述,虽无法直接证明行为人明确知道被帮助者实施电信网络犯罪活动,但可以通过证明其具有高度可能性来推定“明知”。从事前的角度看,出租出售“两卡”只是可能被用于网络犯罪活动,要最终证明行为人两方面的“明知”,还需要以更多的间接证据互相印证,并且排除相反证据提供的合理怀疑。司法解释所提供的“明知”推定情形,不能作为单一证据确定行为人的“明知”。例如,行为人虽多次出租出借“两卡”,但是出租出借对象均为其亲友,则后者作为相反证据,必须有更强的证据予以排除。

帮信罪案件的泛滥,客观上是司法解释对行为类型的扩充,主观上是对行为人“明知”要素的松绑。曾有学者总结当前“明知”认定存在的问题:将社会一般人的标准与行业内部人员的标准对等;被帮助者行为的犯罪征表认定过宽,未严格遵守高度盖然性标准;事前判断与事后判断混

^①参见张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2021年版,第415-416页。

淆,以事后标准代替事前标准^①。当前,我国对于帮信罪的认定在事实层面与违法性认识层面上均存在这三类问题。事实层面的问题前已论及,而违法性认识的问题需要进一步探讨。对于这一层面的限缩,需要抓住事实向规范的两次跨越:认识到被帮助者的行为征表,并不能直接推定认识到被帮助者实施信息网络犯罪活动;“明知”被帮助者实施信息网络犯罪活动,不等于对自己的帮助行为具有违法性认识可能性。故意形式的判断在责任之前,只有存在故意的情况下,才能进一步判断违法性认识可能性的问题;只有在能够推定帮助者具有“明知”时,才能进一步判断对自身帮助行为的违法性认识可能性问题,这也是两次跨越之间的关系^②。

五、结语

帮信罪的“明知”要素不仅具有我国刑法“明

知”要素的一般特征,也具有本罪受到修正的特殊之处。随着学界对本罪的反思逐步深入,对“明知”要素的探讨也渐趋类型化,更加注重处理“明知”要素的证明问题。“明知”要素的证明既是证据法问题,也是刑事实体法需要认真考虑的问题,将证明问题与实体问题分隔,不利于对“明知”要素的正确判断。对“明知”要素的判断需要将实践中的证明难题考虑在内,为基础事实划定类型化框架,为推定内容与方法限定合理的范围。未来,应更注重对核心犯罪即正犯的穿刺治理,注重对职业化、“一对多”帮助犯的打击,将司法资源在正犯与帮助犯之间合理分配,从而实现网络犯罪治理,保障网络空间主体的利益。

【责任编辑:高 锋】

Interpretation and narrowing of the “knowing” element in the crime of assisting criminal activities on information network

Zhang Lin

(China University of Political Science and Law, Beijing 100080, China)

Abstract: There are differences in the determination of “knowing” in the crime of assisting criminal activities on information network in both theory and practice. This crime should be independent as a sentencing rule and be attached to the infringement of legal interests of the upstream crime in the sense of the causal theory of complicity, and the determination of the “knowing” element is also restricted by the principal offender. The interpretation of “knowing” should follow the core semantic meaning and spread moderately, with clear knowing as the center, and can be determined through presumption in special circumstances. In practice, presumption is the main means of determining “knowing”, so the basis for presumption should be strictly limited, and the basic facts of presumption should be typed as the manifestation facts of the cyber criminal acts of the assisted person, the relationship facts between the assistant and the assisted person, and the facts of the assisting act. The narrowing of the determination of “knowing” is divided into two levels: fact and norm, and the consideration of the normative understanding of the assistant should be introduced at the normative level.

Key words: knowing; crime of assisting criminal activities on information network; ought to know; presumption

①参见龙宗智,胡佳:《帮助信息网络犯罪活动罪的“明知”认定》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2024年第1期,第65-66页。

②参见陈兴良:《案例刑法研究(总论)》(下卷),北京:中国人民大学出版社2022年版,第45-48页。

【公安理论与实务研究】

侦查治理的理论证成

董博文,张德智

(中国刑事警察学院,辽宁 沈阳 110854)

〔摘要〕侦查治理是国家治理体系的构成要素,是侦查工作在治理能力上的体现。随着数字经济信息时代的发展,犯罪态势不断发生新的改变,给侦查工作提出了新的考验。侦查工作的目标逐渐从单一打击演化为综合治理,衍生出侦查治理新格局,以侦查治理的必要性为原点,分为实践和理论两个层面。其理论层面包括结构、方法、运行、制度等内容,结合侦查治理的权力向度,形成侦查治理中“权力—权利”之间的动态平衡。

〔关键词〕侦查治理;国家治理;大数据侦查;侦查学基础理论

〔作者简介〕董博文(2001—)男,吉林白山人,中国刑事警察学院侦查与反恐怖学院 2023 级侦查学硕士研究生,主要从事侦查学研究;张德智(1973—),男,辽宁沈阳人,中国刑事警察学院侦查与反恐怖学院刑事案件教研室主任,教授、硕士研究生导师,主要从事侦查学研究。

〔收稿日期〕2025-05-29

〔中图分类号〕D918 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-043-08

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央坚持和发展中国特色社会主义,将依法治国作为党领导人民治理国家的基本方略。在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化,是全面推进依法治国的具体要求。侦查作为国家全面推进依法治国方略的重要一环,面对当今日益发展的信息技术融合以及衍生出的治理难题,理应主动融合国家宏观治理布局,提升侦查理论的实践性和科学性。

一、侦查治理的理论发展

“治理”一词在我国最早出现于东周。《荀子·君道》指出:“材技官能,莫不治理,则公道达而私门塞矣,公义明而私事息矣^[1]”,“治理”在此语境中具有“统治”和“管理”的含义,并未成为一个专有名词。在春秋战国诸子百家争鸣的时代,涌现出多种有关国家治理的思想理论。以孔子为代表的儒家思想,主张以“礼乐之治”构建以德为主的维持封建体制和社会秩序的“礼乐”制度;与之相反,法家思想主张以严刑峻法来治理社会,以达到富国强兵的政治目标。总的来说,中国古

代的国家治理思想是封建地主阶级为维护自己的统治而采用的工具,其根本目的是维护皇权、加强统治地位。

20 世纪初期,“治理”一词被用作管理等工作的代名词,如生态环境等方面的治理,其主要停留在概念层面,并未形成真正的理论体系。改革开放以来,随着社会治安综合治理委员会的成立,中国的社会治理方针开始鼓励民众参与,并逐渐演化为鼓励全社会参与的社会治理和以吸纳为中心的国家治理^[2]。2000 年,俞可平教授总结了西方治理理论并总结提炼出“社会治理”一词。党的十八届三中全会将“社会治理”正式应用于国家文件,首次提出推进国家治理体系和治理能力现代化的议题,标志着我国正式进入治理时代。这不仅体现在党领导人民治理国家的实践层面,更体现在学术研究的理论方面。当下,治理理论研究在法学、社会学、政治学、管理学等方面的热度居高不下^[3],而作为依法治国的重要一环,侦查工作也逐渐向法治思想靠拢。习近平法治思想的提出和国家治理理论的转变,都在引领着侦查治理理念的发展。可以说,侦查治理理

论是时代发展的必然产物,是理论进步的智慧结晶。

国内学者对于侦查治理的研究主要分为理论研究和实践应用研究两个层面。在理论研究方面,任惠华通过研究极端杀人犯罪治理,总结出科技治理与传统治理、源头治理与过程治理、综合治理与协同治理的结合,形成极端型杀人犯罪侦查治理的长效机制,提出了侦查治理的概念^[4];胡翔从“表达—指示—反应”的关系模式下进行侦查治理的学理论析,解答了侦查治理研究的必要性,从历史维度、方法维度、价值维度、行动维度构建了侦查治理相关理论的研究体系^[3];丁万鹏从概念证成、结构维度、功能效应、规制边界四个维度,从社会治理共同体的治理结构与格局出发,总结出侦查治理的理论体系^[5];林东梅从国家治理视角下大数据侦查犯罪治理功能的角度出发,探讨事后控制犯罪向“预防—控制”犯罪治理格局转变的合理性^[6]。

在实践应用方面,刘文强认为,防止电信网络诈骗犯罪需要树立全链条的综合治理思路,从事前监测防范、民众防范意识宣传以及社会资源整合等方面逐渐探索新型综合治理路径^[7];李婧指出,大数据背景下网络犯罪的侦查治理应当构建大数据下网络犯罪预警侦查系统、侦查技术体系、联动式侦查模式、打击网络犯罪的国际合作模式^[8];张凯迪认为,应当根据现有人才构成体系,着重科技人才的引进与分类培养,从而实现侦查治理的技术人才支撑^[9]。

综合国内学者对侦查治理的研究成果,现有研究更侧重于类案治理以及技术治理研究,基础理论方面的研究较少。侦查治理的理论内涵尚未形成体系,对于侦查治理的内涵界定、结构维度等问题未作出明确阐述,在研究内容的深度与广度上有一定提升空间。

二、侦查治理的应生逻辑

(一)大数据时代侦查实践工作面临困境

随着信息时代到来,数据化信息技术一方面促进了数字经济和实体经济的深度融合,使人民生活内容日渐丰富、生活水平不断提高,另一方面也造成了非传统安全风险的提高^[6]。犯罪分子作案手段不断演进,给人民群众的生命财产安

全造成严重威胁,数据安全、人工智能、金融等领域新型犯罪逐渐凸显,给公安机关维护社会安全、打击违法犯罪带来了严峻考验。

1. 传统侦查模式存在滞后性

以往侦查部门在打击传统犯罪时,通常通过举报、报案、自首或自行发现等方式发现犯罪案件并开展侦查,通过犯罪遗留下来的各种证据锁定犯罪嫌疑人并予以抓捕,完成刑事诉讼法“查明犯罪事实,收集犯罪证据”的任务;通过追缴赃款赃物弥补被害人的经济损失;通过抓获犯罪嫌疑人并使其依法受到审判,恢复被犯罪破坏的社会秩序,并对犯罪进行特殊预防和一般预防。由于通常是在犯罪结束之后进行侦查,因此也叫事后型侦查或被动型侦查。面对当前层出不穷的新型犯罪,这种事后补救的侦查模式通常带有滞后性。犯罪团伙有组织的新型经济犯罪,涉案金额通常高达几千万元甚至上亿元,在犯罪发生之后开展侦查很难全部追回,一旦犯罪嫌疑人将赃款转移到境外,更加大了追查的难度;涉及国家安全、商业机密以及公民个人安全等数据安全问题的犯罪案件,造成的损失更是难以弥补。这就要求侦查部门必须由“事后侦查”向“事前侦查”转变,由被动防御转为主动出击,利用数字信息技术及社会力量进行有效干预,将犯罪扼杀在萌芽之中,从根源上杜绝犯罪行为发生。

2. 新型犯罪形势发生剧变

近年来,国际国内犯罪形势发生巨大变化。数字技术的广泛应用、网络空间的隐匿虚拟消解了物理时空的界限,催生了犯罪形式的深刻变革。传统的“盗抢骗”案件逐渐减少,侵财类犯罪案件数量直线上升,犯罪手段和技术不断演进,组织化集团化特点凸显。首先,犯罪的智能化程度提升。传统接触性犯罪借助科技手段实现技术升级,催生出电信网络诈骗案件、网络赌博案件、区块链犯罪案件等新型非接触型犯罪。犯罪分子利用互联网、通讯网络、人工智能技术、区块链技术等工具实施犯罪,将犯罪渗透到“互联网+”、网络自媒体、金融平台等电信网络领域。其次,犯罪的组织化程度提高,形成组织庞大、分工明确的犯罪集团,滋生诸多黑灰产业链条,帮助其进行引流、销赃、洗钱等非法活动。从公开的案例判决可以发现,有些从事电信网络犯罪的

犯罪集团高达上百人,涉案金额往往达到上亿元人民币。最后,是犯罪的脱域性^[5],即犯罪中的社会关系脱离地域、时空限制。新型犯罪多有跨地域特点,犯罪分子身处位置不得而知,上下游犯罪分离度高,网络地址扑朔迷离。侦查机关受制于“条块结合”的体制,加之侦查资源短缺、侦查人员不足的现状,一旦犯罪分子跨地域作案,侦查难度将极大提升。这种“犯罪手段无限,侦查手段受限”的被动局面亟待改进。

新型犯罪案件不断衍化的趋势颠覆了传统的侦查资源分配方式与协作机制。面对紧迫的犯罪新形势,需要全新理论予以指导,而不仅仅是简单的突破侦查壁垒、提高协作效率。面对专业性智能化的犯罪手段,绝非公安部门单打独斗可以应对,需要多元化主体共同参与犯罪的打击和预防。

(二) 现代化进程中侦查理论体系亟待丰富

1. 国家治理背景下侦查治理的概念应生

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央坚持和发展中国特色社会主义,不断推进国家治理体系和治理能力现代化。中国特色社会主义法治理论是推进国家治理体系和治理能力现代化的指导理论。坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化,是全面依法治国的具体要求,也是侦查工作承担国家治理中公共安全治理功能的有效依据。党的二十大报告提出,要提高公共安全治理水平,强调“坚持安全第一、预防为主,建立大安全大应急框架,完善公共安全体系,推动公共安全治理模式向事前预防转型”。这代表随着风险社会的到来,我国公共安全治理模式逐步向事前预防推进。侦查作为公共安全治理的重要一环,承担着社会治理的功能,是政府实现善治的载体^[10]。必须坚持推进侦查治理体系和治理能力现代化,提高侦查效益,以技术手段和理念创新构建以事前预防为主的侦查治理模式。侦查治理的重要理念就是预防为主、打防并举。侦查治理概念的形成,不仅契合国家治理向事前预防推进的总体趋势,也符合中国特色社会主义法治理论的发展需求。

2. 社会变革背景下侦查功能的转向需求

侦查作为一门实践科学,在社会经济发展的时代背景下,结合当前科学发展、技术创新和形

势政策,总结归纳实践经验而不断丰富。从历史发展的角度看,技术的发展和运用决定了治理能力、治理效果和发展空间^[5]。传统侦查模式主要依靠案发后在特定的侦查范围内摸底排队、调查访问,基于以群众为中心的情报信息收集以及犯罪后遗留的痕迹物证作为刻画犯罪嫌疑人体貌身份特征的主要依据,进行案件侦破和犯罪控制。采用这种方式,主要是由于当时科学技术发展有限,需要借助群众力量、动员社会资源补足侦查能力。人类科学技术与社会制度是协同演化的互动关系,“现行制度具有创新潜力,在制度创新被确认之前即会出现一些新的技术变化,会迫使现行制度进行变革,从而使技术得到制度性确认”^[11]。在国家治理现代化进程中,侦查治理现代化变革源于科学技术的引入与侦查权的互动,信息时代互联网、人工智能、云计算相继进入侦查工作视线,这些技术能够更好地对案件进行管控,更精准地控制犯罪源头,更主动地制定侦查决策,提升公共安全治理效果。

三、侦查治理的理论内涵

任惠华在《极端型杀人犯罪侦查治理研究》中提出,侦查治理是在更快破大案、更多破小案、更准办好案、更好控发案的目标导向之下,兼顾打击犯罪与预防犯罪的任务,通过发挥侦查专业化的主导作用,依靠人民群众和社会各方力量协同参与,综合运用各种手段,践行减少犯罪以维护社会治安、保障人民幸福生活、建设平安中国的社会治理理念^[4];丁万鹏在《侦查治理的理论维度和规制边界》中提出,侦查治理是侦查机关为预防犯罪发生、查明犯罪事实,针对尚未发生或已发生的犯罪行为,利用数字技术或社会力量实施干预、开展侦查活动的行为方式总和^[5]。从概念上看,侦查治理是“侦查”与“治理”的结合,是对侦查工作的全方位改进与完善,是根据新时代犯罪特点作出的基本反应与社会回应;从主体上看,侦查治理是以侦查机关为主导,依靠社会各方力量和群众配合的“一体多元”式主体;从目标上看,侦查治理具有预防犯罪和打击犯罪并重的双重导向;从功能上看,侦查治理是服务于审判的诉讼功能和维护社会秩序的社会功能的双向演进;从机制上看,侦查治理是优化预防与打

击犯罪的对外机制与加强侦查自身体制机制建设的有机结合。

侦查治理的内涵主要体现在以下三个方面:第一,侦查治理的对象是侦查工作,这是其与犯罪治理的主要区别,其本质是使侦查工作更高效完善运行,以实现维护社会治安、保障人民生命财产安全的国家治理理念;第二,侦查治理在结构上包含对犯罪的控制和对侦查体制机制的建设完善,其不单单是预防、控制、打击犯罪的侦查模式,而是在总体运行层面对侦查工作的改进;第三,侦查治理在控制犯罪方面包含预防犯罪和打击犯罪两个内容^[12],二者相辅相成,能够更大幅度减少犯罪发生并消除犯罪带来的恶劣影响。换言之,侦查治理从属于国家治理和社会治理。随着现代善治模式的转化,国家治理强调政府与公民之间积极而有效的合作,进而突出“以人为本”的理念^[13]。社会治理的权力也逐渐呈下沉趋势,强调协同共治、综合治理等理念。侦查治理本质上并没有改变以国家为主导的治理模式,在引导多元主体参与、推动权力向基层下移的同时,仍然坚持以国家政治方向为主要引领,以适应国家治理体系和治理能力现代化的转型。侦查治理的理论维度,主要从以下几个层面展开。

(一)结构层面:侦查管理与犯罪控制相结合

侦查治理是对侦查工作的科学化改进与完善,是以提高侦查工作效率、有效控制犯罪、维护社会秩序为目标的由内而外的革新。“侦查”既是治理的主体,也是治理的对象,侦查治理从结构上包含对侦查工作管理模式的内部改革,也包含对犯罪进行预防与打击的机制革新。刑事诉讼领域的“侦查”概念将侦查功能基本框定在揭露犯罪、防控犯罪与保障人权上^[14]。《中华人民共和国刑事诉讼法》第118条规定了侦查的概念。在法律上,侦查是国家法定机关在刑事诉讼活动中通过一系列工作和措施,为审判活动做准备的诉讼程序。侦查功能摆脱不了刑事诉讼的功能范畴,即查明案件事实、收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人、保障诉讼顺利进行。侦查和犯罪是认识与被认识的关系。侦查只能针对刑事犯罪,没有刑事犯罪就没有侦查活动。犯罪是对个人自由与社会秩序的否定,是应受到社会谴责的“恶”,作为打击和防范这种“恶”的刑事程序活

动,侦查就是对犯罪的否定,对自由与秩序的维护。侦查与犯罪之间的辩证关系,决定了侦查与犯罪之间相互依存、对立统一的规律,也决定了对犯罪的打击是侦查的根本职能,同时也是侦查服务于审判的程序功能。近年来,随着风险社会概念的提出,“情报主导警务”的理念引导着侦查向事前预防演进,侦查职能也逐渐突破侦查程序功能(犯罪事后控制功能)界限,向犯罪事前治理领域寻求突破,“预防+打击”的结合,形成了对犯罪的控制。

关于预防犯罪的机制,学术界研究成果颇丰。侦查学界提出了预测型侦查、事前侦查、宏观侦查、预测性侦查思维、监控预警侦查法、预测型侦查模式、大数据侦查对象是预备状态的犯罪等主张。上述观点虽表述各异,但基本内涵一致,即基于大数据的犯罪预测功能,侦查可以提前对尚未实施或正在实施的犯罪进行侦查或早期干预,以减少犯罪带来的损失^[15]。本文认为,以上观点均停留在机制层面,实践中,侦查机关面临侦查资源分配不均、侦查协作困难等现实问题,仅强调对犯罪的主动预防无法真正解决。侦查治理是侦查机关及其内部业务部门协同化和一体性的体制要求,要求侦查机关各部门之间整合全部侦查资源,用于预防和打击犯罪;同时,从体制角度削弱离散化结构和分明的等级制度,以实现权力扁平化运行和侦查协作顺利进行。

侦查管理与犯罪控制相结合既是对侦查的体制要求也是机制要求。侦查机关不仅要注重建立预防和打击犯罪机制,也要适当调整侦查机关内部资源分配和权力运行;不仅注重对外业务的专业化建设,也要注重自身侦查队伍的适应性调整。

(二)运行层面:犯罪预防与打击犯罪相结合

犯罪预防与打击犯罪相结合是侦查治理的实践要求。基于二者目标的一致性和功能的互补性,二者结合能够对犯罪进行有效控制。犯罪预防实际上是一个宏观概念,包括事前预防和事后预防。按照刑法学的观点,犯罪嫌疑人被宣判有罪并被执行刑罚,会起到一般预防和特殊预防的效果,属于事后预防^[16]。但在侦查实践中,更紧迫的问题是建立事前预防机制。从司法走向预防,既是侦查治理能力的体现,也是社会治理

现代化的崭新模式。这种模式将治理优先于惩治。刑法的规制只能起到震慑性、事后惩治性作用,这种惩治对于较抽象的危险而言是滞后的。刑法的事后回应模式在风险社会背景下应当作出合理改变,从事后回应到事前预防的转变可以有效规避未知风险带来的隐患^[17]。应当将更多司法资源集中于犯罪前阶段,将犯罪截断、阻隔在刑事运行之前,更有利于保障人民群众生命财产安全,有利于节省司法资源。事前预测并不能完全替代打击犯罪,犯罪预防既不能防止所有的犯罪,也不能根除犯罪,只能减少犯罪发生^[18]。对于已经发生的犯罪,依然应当按照刑事诉讼程序进行侦查并移送起诉,这是刑事程序运行的过程,也是打击犯罪的主要方式。通过刑事程序的运行,能够及时惩治事前预防无法覆盖的犯罪行为,并实现对犯罪的事后预防。

犯罪预防和打击犯罪之间是对立统一的辩证关系。事前预防能够有效减少犯罪发生,节省刑事运行的司法资源;对犯罪的打击能够弥补事前预防的疏漏,实现事后防御功能。事后防御对事前预防的功能颇有裨益,二者相互补强,“打中有防,打防结合”,共同完成对社会秩序的维护。“打防结合”的有效运行,是侦查治理运行层面的实践要求。

(三)方法层面:科学技术与法治理论相结合

侦查治理体系的现代化程度,决定了侦查治理能力能否高效发挥。当前,互联网已经成为犯罪主要手段、方式和场域,犯罪网络日益庞大。信息时代,以网络犯罪为代表的新型犯罪对侦查治理能力提出了更高要求,侦查机关应当强化科技强警战略,将科学技术融入治理手段。技术治理包括两方面内涵:一是用科学化思维方法强化侦查体制机制建设,这是技术治理的制度价值;二是将科学技术融入治理手段之中,这是技术治理的工具价值^[19]。就侦查治理能力而言,随着信息时代的到来,大数据、人工智能、互联网等工具成为提升治理能力的有效工具:大数据技术能够对数据进行收集、归纳、储存,作为数据引导认知的侦查活动,对于犯罪的事前预测是在大数据平台广泛使用的前提下进行的;人工智能能够利用模型算法快速分析数据,帮助侦查人员快速准确锁定目标,辅助侦查决策。当前,侦查治理能力

的提升应当从事前预警平台建设入手,快速建立情报信息研判预警平台,进一步实现大数据技术与治理手段高度融合,推动侦查治理能力的提升。

技术赋能与技术赋权常导致技术治理陷入效率与公正的困境之中。过度追求科学技术对治理能力的提升,并不能达成侦查治理现代化的目标,还需要法治理论对技术治理予以指导,将侦查治理技术提升归纳到法律框架中合理运行。犯罪是与国家、法治乃至现代化建设相伴相随的社会现象,而侦查则是与犯罪作斗争的法定程序。侦查治理现代化,是国家治理体系和治理能力现代化的重要内容,因此侦查治理应当契合新时代法治观念,符合权力运行规律,融合治理理念,增强人权保障意识,完善法律程序控制,促进技术治理法治化、侦查活动规范化。

科学技术与法治理论的结合是侦查治理方法层面的关键,二者理论与实践相结合,是方法论与价值论的统一。在侦查实践中,要注重科学技术的运用,逐步提升侦查治理能力现代化水平;同时,要符合新时代法治理论,避免技术赋权带来的困境,在公正与效率之间找到平衡,保障侦查活动在法治轨道高效运行的同时,保障侦查治理的规范性、科学性、可持续性。

(四)制度层面:公共治理与自我管理相结合

多主体、参与式的治理是侦查治理中重要的社会参与形式。多个主体在有序调配下,形成相互协调合作、共担责任风险的有序治理结构,进而实现整体治理功效最大化。我国长期以来的犯罪治理基本上采取国家绝对主导的一元化模式,其主要特点是国家垄断犯罪控制的资源配置,强调由上而下对社会的管控,过度依赖刑事司法系统在犯罪治理中的作用。权力的来源都是单一的,只能来自国家。在侦查工作中,侦查机关是代表国家行使权力的主体,起着引导社会力量的主导作用;权力运行向度是单向的,属于自上而下地模式^[20]。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中,明确提出鼓励社会力量参与,改进社会治理方式,创新有效预防和化解社会矛盾体制,阐述了改革的总体理念和部署,提出“坚持系统治理,加强党委领导,发挥政府主导作用,鼓励和支持社会各方面参与,实现政府治理和社会自我

调节、居民自治良性互动”；党的十九大报告进一步指出：“推动社会治理重心向基层下移，发挥社会组织作用，实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动”。法国著名思想家米歇尔·福柯在其代表作《规训与惩罚》中提出：现代知识型（科学话语型）带来了一个权力作用形态和方向上的后果，即权力不再仅仅自上而下运作，而是以一种二元性形态发生着作用^[21]。侦查权利也应该如此。面对风险社会的考验，自上而下地运行权力、推行政策已难以满足打击治理新型犯罪的现实要求。侦查治理要求侦查机关与社会力量之间的权力以二元互动方式协同发挥作用，政策也应随着现代科技的发展而适时调整。俞可平教授提出，善治是以“一体多元”为本质特征的治理，以寻求社会利益最大化为根本目标，并在这个根本目标统摄下实现多系统治理的协同与合作^[13]。侦查治理需要社会力量的广泛支持和参与配合，在承认“政府对社会的治理为核心”基础上强调上下互动的治理过程。在侦查工作中，应当坚持以侦查机关为主导，多元主体协同参与治理的“一体多元”的参与形式。以代表国家权力的侦查机关为主导，重在公共性；多元主体协同参与，重在自主性。本质上，侦查治理是“他治”与“自治”相结合的新型治理模式，将社会权力（权利）作为约束和制衡侦查权力的因素，同时作为侦查机关应当动员和整合的权力资源。风险社会阶段的参与性、协商性政治秩序在侦查治理领域的渗入和要求，来自侦查权对民众积极参与的开放性，使侦查治理成为政府专门权力与社会权力协同担当的事业。

四、侦查治理的权力向度

随着数字技术向侦查工作不断渗透，侦查工作的行为模式也逐渐发生着变化。从本体论视角来看，侦查治理的基础建立在技术赋权和技术赋能上，这种改变使得侦查权力范式演化成为健全完善侦查治理无法回避的话题。数字技术的引入，提高了侦查的治理效能。一方面，侦查治理依托数字技术进行大数据预测，可以达到控制犯罪发生率、破坏犯罪滋生土壤的目的，是国家治理现代化进程的关键一步。另一方面，权力的合法性并没有支撑侦查权信息化和技术化演变，

大数据技术在侦查活动中的广泛应用，使公民权利被侵犯的风险日益增加。如何解决数据时代公权力与私权利之间的平衡与统一，成为健全完善侦查治理理论的当务之急。身处数据信息膨胀的时代中，我们既要发展符合新时代治理政策的侦查理论，又不得不面对侦查权力异化的风险。

（一）权力扩张：侦查权力范式的演化

从侦查权力范式的演化来看，侦查权正在经历由调查型侦查权向治理型侦查权的演化。调查型侦查权的特点是由“已经发生的案件事实”作为权力驱动标志，对于缺乏事实和法律依据的未来可能发生的犯罪行为，不能作为侦查权力的指向和作用对象。这种侦查权力范式具有一定优势：作为国家公权力的侦查权，在行使的同时具有法律的明确授权，并有一定案发事实作为依据；侦查工作必须客观理性、程序正当、措施合理必要，在完成刑事诉讼职能的同时，实现程序正义的价值。随着社会关系日益复杂多样、日趋抽象分层，大量犯罪无法通过回溯式侦查方式认知，或者该种认知方式已经失去控制犯罪的意义^[22]，如网络犯罪、毒品犯罪、走私犯罪等。面对这些犯罪，调查型侦查权显得力不从心。

侦查学的发展，需要认真审视侦查面对的社会需求，融合侦查工作的实务经验探索和侦查学界的制度理论^[23]。与回溯调查不同，治理型侦查权主张将侦查职能向犯罪预防与根除犯罪的方向扩张，不再被动地对已经发生的犯罪作出反应，而是前瞻性介入造成犯罪的原因和根源，对未发生的犯罪进行阻断。这种治理型侦查权力职能在实践中存在两个问题。首先，侦查权的扩张缺少法律依据。侦查权长期以来被限定在刑事诉讼的框架之中，只对已经发生的犯罪行为依法采取侦查措施，对于未发生的犯罪行为的预测和干预行为被排除在刑事诉讼程序之外，司法实践中很难界定这种权力的法律属性。失去了法律的明确授权，治理型侦查权就失去了合法性根基。其次，犯罪风险性的评估标准难以把握。对于没有发生的犯罪行为，侦查人员无法通过法律明确规定的原因作为开展工作的依据，大多以犯罪产生原因、犯罪滋生条件等作为依据。在这个过程中，一旦犯罪风险评估过于激进，就会侵犯公民的个人权利如隐私权等。这就需要在法治

轨道上推进侦查治理,回应大数据时代民众对数据权利的诉求,结合时代特点重新统一权力与权利的平衡。

(二)权利诉求:数据时代的公民权利

权力与权利是相伴而生的。要讨论数据技术给侦查权力带来的变化,就必须涉及权利主张的问题。如上文所言,侦查工作的治理功效建立在大数据技术的广泛应用上,其对应的数据权力由公民数据资料所衍生。在公民将自己的数据资料上传的同时,也割让了数据权利的一部分^[24]。从数据公平的角度看,收集和使用个人数据的本质,是个人让渡权利给国家以交换自由、安全和秩序,然而,作为掌握大量数据的权力实体,稍有不慎就可能反过来侵害公民的个人权利。从理论上讲,权利产生的基础是新型社会关系的形成^[22],这意味着权利主张的范畴并非一成不变,当新的社会关系产生时,权力必将介入新型社会关系的运作之中。这时,权利的主张范畴必须以新的方式来适应新型社会关系和阻抗权力扩张,否则二者就会发生冲突。在大数据时代,社会关系通过数据化整合、储存、流转,权力以数据监控的方式对权利主张的范畴进行干预,公民数据权利的范畴也应适当调整以维持权力与权利的动态平衡;同时,由法律划定双方的界限,以防止公权力的滥用和扩张。

当前,大数据应用的地步势不可挡。在侦查工作中,侦查的起点逐渐前置,权力向预测犯罪势头与治理犯罪根源扩张,对公民数据的收集和统计不可避免,但这种扩张不是无止境的。实践中,应当避免对数据的过度掌握和超出界限的监控,以免陷入“数据乌托邦”的困境之中。侦查权力的有限扩张应当达到何种程度,如何做到合理、适度,满足侦查必要性和正当目的性,在保障公民数据权利的同时提升治理效能,是每个侦查学者都应当思考的问题。

(三)追求善治:权利与权力的动态平衡

善治的本质是解决社会矛盾并建立有效秩序。解决侦查权力与数据权利之间的矛盾,是当前实现侦查治理亟待解决的问题。应当做到将侦查的治理效能发挥到最大功效的同时,将侵害公民权利的风险降到最低。权利保护和权力规制双管齐下,是有效追求权利与权力平衡的关

键,也是在法治轨道上推进侦查治理现代化的有效路径。

“法治体系的形成与有效运行既是法治现代化的重要标志,也是国家治理现代化的重要标志”^[25]。对于权力规制,需要国家立法予以确定,以完善侦查法治体系,规范侦查程序法治化运行,保障侦查工作有法可依。对于侦查机关的事前预防工作,要及时确立并规范侦查措施,根据采取措施强制性大小、侵犯公民隐私可能性大小、收集数据类型、案件社会危害性大小、侦查效益等因素进行分析,根据侦查措施使用的适当性、必要性、均衡性设立比例原则,规范侦查措施的启动、运行、审批及监督程序,以限制侦查权滥用。在权利保护方面,要将权利保护主张融入权力介入机制之中,制定数据保护的系列制度,规范数据收集、使用、储存程序,构建二者的良性秩序,确保数据安全。

五、结语

侦查治理归属于中国式现代化的总体框架之中。在风险社会的考验以及新时代犯罪总体演化趋势下,侦查内容的扩充属于必然现象。本文从必要性分析、理论体系构建、权力维度等角度展开,期冀对实现打击犯罪与防控犯罪相结合、调整权力规制与权利保护动态平衡的治理目标有所裨益。作为紧扣时代主题的理论,侦查治理理论的广度深度远不止于此,拥有丰富的理论内涵。在治理时代大背景下,侦查工作应与治理理念紧密结合,紧跟时代步伐,不断丰富自身内涵,主动接纳治理时代,迎合国家治理宏观布局,加强对国家治理现代化的安全保障。

〔参考文献〕

[1]中国汉语大辞典编辑委员会,汉语大辞典编纂处.汉语大辞典[M].北京:汉语大辞典出版社,1990:1126-1127.

[2]刘鹏,刘嘉.非均衡治理模式:治理理论的西方流变及中国语境的本土化[J].中国行政管理,2019(01):109-115.

[3]胡翔.释明与建构:侦查治理的学理论析[J].中国刑警学院学报,2023(02):98-108.

[4]任惠华,李轩.极端型杀人犯罪侦查治理研究[J].公安学研究,2022(04):84-104+124.

[5]丁万鹏. 侦查治理的理论维度与规制边界[D]. 重庆:西南政法大学,2021.

[6]林冬梅. 国家治理视角下大数据侦查犯罪治理功能:问题、内涵及边界[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2023(05):33-40.

[7]刘文强. 伪基站电信诈骗案件的侦查对策与治理路径[J]. 广西警察学院学报,2018(06):63-67.

[8]李婧. 大数据背景下的网络犯罪治理研究[D]. 重庆:西南政法大学,2017:23-26.

[9]张凯迪. 流量类黑灰产犯罪治理路径研究[D]. 兰州:甘肃政法大学,2022.

[10]杨萌. 区块链技术背景下侦查变革研究[J]. 北京警察学院学报,2020(05):88-95.

[11]刘为军,胡晓乐. 论技术进步与侦查权的协同演化[J]. 公安学研究,2023(06):86-102+122.

[12]杨宗辉,翟尚铭. 中国式犯罪治理的历史演进、实践要求与现代化格局[J]. 公安学研究,2023(06):43-59+121-122.

[13]俞可平. 治理和善治:一种新的政治分析框架[J]. 南京社会科学,2001(09):40-44.

[14]任惠华. 侦查学原理[M]. 北京:法律出版社,2002:23.

[15]栾兴良. 大数据侦查观的反思与重构[J]. 中国刑警学院学报,2021(06):5-13.

[16]陈兴良. 刑法研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2021:609.

[17]董邦俊,张颖果. 犯罪预防中心观下生命科技犯罪治理[J]. 中国刑警学院学报,2024(03):5-13.

[18]王瑞山. 犯罪预防原理[M]. 北京:法律出版社,2019:5-13.

[19]施生旭,陈浩. 技术治理的反思:内涵、逻辑及困境[J]. 天津行政学院学报,2022(02):13-23.

[20]冯卫国. 寻求更加有效的犯罪治理——走向国家与社会合作共治[J]. 甘肃理论学刊,2015(01):39-47+2.

[21][法]米歇尔·福科. 规训与惩罚[M]. 刘北成,杨远婴,译. 北京:三联书店,1999.

[22]韩德明. 从回溯调查到犯罪治理:侦查权范式的演化趋向[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2015(05):37-53.

[23]任惠华,胡翔. 侦查学理论范式的历史演绎与现代证成[J]. 中国刑警学院学报,2022(03):5-13.

[24]吴理财,王为. 大数据治理:基于权力与权利的双向度理解[J]. 学术界,2020(10):33-42.

[25]张文显. 法治与国家治理现代化[J]. 中国法学,2014(04):5-27.

【责任编辑:张 戈】

Theoretical justification of investigative governance

Dong Bowen,Zhang Dezhi

(Criminal Investigation Police University of China,Shenyang Liaoning 110854)

Abstract: Investigative governance is a component of the national governance system and reflects the governance ability in investigative work. With the development of the data information era,the crime situation is constantly changing,which poses new challenges to investigative work. The goal of investigative work has gradually evolved from single combat to comprehensive governance,giving rise to a new pattern of investigative governance. Taking the necessity of investigative governance as the starting point,it is divided into two levels:practice and theory. The theoretical level includes contents such as structure,method,operation and system. Combined with the power dimension of investigative governance,a dynamic balance between “power and rights” in investigative governance is formed.

Key words: investigative governance;national governance;big data investigation;basic theory of investigation science

【公安理论与实务研究】

治安整体防控视域下流动人口“破窗效应”治理研究

巫卓凡,李春华
(中国人民公安大学 北京 100038)

〔摘 要〕快速增加的流动人口成为我国经济高速增长的基础,但其在社会转型过程中带来的冲击不容小觑。在破窗理论视域下,流动人口中的失序分为物理、社会和人文空间失序,违法犯罪包括“自救式”“自发式”及流窜犯罪。经济层面的相对剥夺感、社会管理制度缺陷以及聚居区软硬环境恶化是引发“破窗”的主要原因。社会治理中的破窗治理及破窗效应本土化理论调适,有助于构建流动人口动态治理路径:基于“预防(防窗破)—修复(修破窗)”双维警务治理模式机制,实现治安基础的硬环境修复和社会规范的软环境塑造;系统化增强管理制度韧性,提升治理能力,为解决流动人口涉“破窗效应”问题提供理论与实践依据,实现社会秩序稳定与民生福祉提升。

〔关键词〕流动人口;“破窗效应”;社会治安整体防控;理论调适;动态治理

〔作者简介〕巫卓凡(2002—),男,广东揭阳人,中国人民公安大学治安学院2024级治安学硕士研究生,主要从事治安学研究;李春华(1966—),女,河南许昌人,中国人民公安大学治安学院教授,社会治安防控体系建设研发基地主任,北京信用学会公安执法公信专委会主任,主要从事治安学和公安执法规范化研究。

〔收稿日期〕2025-04-18

〔中图分类号〕D917.6;D631.42;D035.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2025)03-051-11

一、问题的提出

改革开放以来,随着我国市场经济体制逐步完善,城乡一体化步伐日益加快,越来越多的乡村劳动者流向都市,形成大规模的“人口迁移潮”。人口的频繁流动突破了计划经济阶段相互隔离、畸形发展、封闭僵化的“二元经济”社会局面,为城乡融合发展提供了“劳动者+市场需求”的健康循环与巨大推动力。但是,人口自由流动所造成的治安问题不可小觑,流动人口违法犯罪尤其是与民生相关的违法犯罪依然占有较高比例,流动人口引发的治安问题已经成为制约续写社会和谐稳定、促进平安中国建设迈向更高水平的瓶颈之一,成为不可忽视的社会治安秩序与公共安全隐患。

从治安管理角度出发,流动人口主要指以工作、生活为目的,离开户籍所在地或经常居住地

而在其他地区居留的人口,根据流动性可以分为常住流动人口和短期流动人口。针对流动人口内部异质性大,聚居区人群密集、环境脏乱差,传统盗抢类案件高发与新型犯罪猖獗等社会安全风险特点,本文以破窗理论为出发点,拟深入研究流动人口中涉“破窗效应”问题并探讨治理对策。在理论层面上,对流动人口引发的失序、违法犯罪类型及其产生原因分类梳理,通过总结与归纳问题,发挥破窗理论本土化调适治安治理成效;在实践方面,研究流动人口中涉“破窗效应”问题,以期发现流动人口管理与服务中存在的薄弱环节和风险因素,为完善治安治理探索新的路径。

在流动人口涉“破窗效应”问题治理上,国内学者主要从流动人口社会管治、破窗理论实效两方面进行了研究。关于流动人口社会管治的研究,王慧慧(2020)提出破除“信息孤岛”壁垒,形

成共建共享的信息资源联动治理框架^[1];周学馨(2020)强调,现代流动人口管理系统应打造“一核多元”的治理组织架构,建立以实现公平正义为旨趣的法治体系和促进整体协同的治理政策体系^[2]。关于破窗理论实效的研究,楼伯坤、满涛(2013)提出深化网格化管理,建立宏观“防破”制度和微观“修窗”实践的针对性防控体系^[3];韩玲(2016)与张扬(2023)的共同观点在于积极防范社区微小破窗行为,科学转变社会认同局面^[4],鼓励流动人口自主参与社区犯罪治理,构建警民共治的良好治安环境^[5];杨皓翔(2022)认为失序现象直接或间接影响非正式社会控制,导致犯罪问题加剧,斩断犯罪因果链条能够有效预防和控制犯罪发生^[6]。国外学者的研究主要集中在失序与犯罪的关系、流动人口聚居区警察自由裁量权两个方面。蔡一军(2017)研究认为,西方国家社区无序环境主要是个体层面的越轨和违法行为^[7];任玲(2019)研究表明失序事件对失序知觉有显著影响,失序知觉倾向于增加对人身安全的恐惧感和不安感^[8];Mark Jay(2017)倡议给社会边缘化流动人员以尊严、同情和安抚,赋予社区警察充分的自由裁量权,凡使流动人口自我市民意识得以提升的举措都可以去实施^[9];Gabriel(2019)阐明公安机关需根据内心状况、公共秩序期望值等群体心理禀赋,与流动人口集聚群体共同制定失序行为标准、惩罚措施、严重性等规制,因地制宜共创并维持良好的劳动秩序,使流动人口实实在在不想去触碰法律的红绳^[10]。

目前,国内学界虽然在流动人口管治层面确定了共建共治共享、多元主体协同的新思路,但研究范围仅限于宏观上对流动人口的社会管治,对于流动人口涉破窗效应问题具体研究欠缺,没有清晰厘定流动人口中的“破窗”现象,对于失序及违法犯罪类别尚未作出进一步界定,对于“破窗”的原因探索也是走马观花,无法达到运用破窗理论针对具体治安“破窗”现象提前预防治理。国外虽然对于其起源地的破窗理论研究解释较

为透彻,发展了社区警察自由裁量权的现实应用,但在流动人口涉“破窗效应”问题上如何实现良治善治层面存在较大缺陷,研究成果各成孤岛,无法在我国流动人口管理与服务日趋复杂的现实国情下紧密联系并清晰运用。学术界的研究成果为本文提供了较为丰富的理论支撑。针对以上研究中存在的不足,本文拟通过分析流动人口中破窗现象表征和原因,对“破窗效应”的社会治安整体防控进行解析,聚焦于社会治理中的破窗治理及其本土化调适,构建流动人口涉“破窗效应”问题动态治理实践路径,以“人民至上”为情感基调,标注直抵人心的民生刻度之尺,以期增强流动人口的幸福感、安全感与获得感。

二、流动人口场域的“破窗”表征:失序及违法犯罪

在分析流动人口的“破窗”现象时,我们不仅要关注其表面上的失序行为,还需深刻理解这些失序现象如何成为违法犯罪的前兆。流动人口失序现象不仅表现为城市空间的物理混乱,还伴随着社会治理的薄弱和文化认同的缺失。当这些失序现象达到一定程度时,便会在社区内引发恐惧和不安,进一步促使违法犯罪行为的发生。流动人口中的“破窗”现象可以分为失序和违法犯罪两个层面,详细分析其类别特点,可以为原因剖析和探索“破窗效应”具体治理路径奠定基础。

(一)流动人口治安失序的三重镜像

根据乔治·凯林和凯瑟琳·科尔斯提出的定义,失序是指都市生活中粗莽的、具有威胁性的、对生活造成滋扰的不文明行为,明确指向侵犯性乞讨、小巷诱淫、蓄意占道无照经营、醉酒撒野肆扰、随处便溺、涂鸦破坏等失范行为。当失序达到临界规模时,将在社区引发恐惧,导致犯罪、城市衰败和腐败^①。依据日本学者伊藤滋的死角理论,城市犯罪受物理环境和空间特性影响,城市空间环境差异会导致不同类型、属性和

^①参见[美]乔治·凯林、凯瑟琳·科尔斯:《破窗效应 失序世界的的关键影响力》,陈智文译,北京:生活·读书·新知三联书店2021年版,第18-20页。

进程的犯罪现象,犯罪的发生往往集中在那些被称为“犯罪死角”的区域,这种现象为城市犯罪的空间分布现象^①;流动人口短暂居住在城市之中,首先需要安定的物理空间庇护所,围绕流动人口聚居区会因地制宜发展各种社会管理制度即构成社会空间;社会发展又以人的交流互动为核心,从而形成了人文空间。因此,流动人口的失序现象包括物理空间失序、社会空间失序以及人文空间失序。

1. 物理空间失序

在物理环境上,流动人口大多聚集在城中村或城镇社区,居住时间随工期时间变化不定。受经济条件所限,流动人口大多追求价格低廉的住所,通常选择租住于城乡结合部的出租屋。大部分出租屋空间狭小,设备简陋、年久失修,安全隐患层出不穷;其居住地缺少统一管委会,道路楼宇规划不当,“楼道厨房一体通用”“烟囱相对互呛”等乱序现象屡见不鲜;停车位、垃圾箱、公共卫生、健身娱乐等基础设施不完备,监控摄像无法全覆盖或干脆成为摆设,造成物理空间失序现象。

2. 社会空间失序

在社会治理上,流动人口大多为了谋求更好经济发展而选择流入城市,但由于文化层次较低、职业技能不足,只能从事收入较低的行业工作。日复一日地辛勤劳作只能维持自家生活,无暇顾及他人利益,参与自我管理服务的意识不强,短期租住情况下更不愿意花费精力参与社区治理。政策制定者往往忽略对流动人口聚集区的政策倾斜,投资者看不到发展红利,更愿意选择城市中心便利繁华地带投资建设;即使有明确政策支持,基层执法者在宣传、推行上得到流动人口的支持较少,执行力度大打折扣,导致政策屏蔽,造成社会空间失序现象。

3. 人文空间失序

在人文氛围上,流动人口对城市缺乏归属感,虽然他们主观上向往城市,但却被现实中的城市拒绝。流动人口由熟人社会迈入半熟人社会甚至陌生人社会,身份认同差异导致其与原住

人口日常生活交流匮乏,主要在自己的群体内交往,加之迁入搬出较为频繁,邻里之间缺少相互交流的时间与空间,邻里关系淡薄、感情疏远,不利于居住地区文化环境建设。当前流动人口较为集中的社区管理较为松散,社区活动宣传方式单一、形式陈旧,无法满足社区居民日益增长的文化需求,导致居民参与度和满意度降低,城市生活的安定感与舒适感低、缺乏相互支持与配合,久而久之就会导致人文空间失序现象。

流动人口失序现象对邻里关系带来的损害甚至超过严重的犯罪类别。失序能瓦解社区、损害商业、导致公共区域废置,伤害民众对政府治理能力的信心。当这类失序行为达到甚至突破临界阈值时,就会在社区激发恐惧。心理恐惧会使人际关系更加疏离,民众正常有序的互动瘫痪,周而复始加重失序的冲击,引发违法犯罪、都市衰败和腐败接踵而至。因此,必须守住抗拒失序的阵地,才能避免更为恶劣的刑事犯罪、城市衰败和滋生腐败;忽略失序,等于放任潜在治安风险进入社区并不断扩散。恢复秩序是振兴城市、防止城市衰败陷入恶性循环的关键。

(二) 流动人口违法犯罪的三类情境

根据马斯洛需求理论,人的需求由低到高依次为生理、安全、社交、尊重和自我实现五个层次。以食物、水、住所为主的生理需求是人类最基本的需求。流动人口由于经济或社会困境,部分个体会感到生理需求压力,导致他们在日常工作生活中自发参与违法犯罪活动以求温饱;流动人口安全需求面临威胁时,就会被迫从事违法犯罪活动以求“自卫”;流动人口为实施违法犯罪后逃避抓捕,或与犯罪集团合作以获取信息、资源和保护,满足自尊和自我实现的需求,就会实施流窜犯罪。本文从犯罪动机和目的出发,结合公安工作实际,将流动人口违法犯罪类型分为合法权益被侵害“自救式”违法犯罪、日常工作生活中“自发式”违法犯罪和流窜犯罪三类。

1. 合法权益被侵害“自救式”违法犯罪

流动人口在城镇中主要承担密集型体力劳

^①参见[日]伊藤滋:《城市与犯罪》,夏金池、郑光林译,北京:群众出版社1988年版,第168-169页。

动,其职业类型纷繁复杂,城市社会保障覆盖率较低。绝大多数流动人口没有签订正式劳动合同,工作时间被任意延长,资方克扣拖欠工资现象严重。某些企业缺乏对外来务工人员的职业保障,流动人口的各项权利往往与居住证挂钩,申办困难或过期未报都会导致其无法享受应有权利,走投无路时就会选择极端方式进行维权或报复“自救式违法犯罪”。Z省X市某工厂长期拖欠员工工资,导致以流动人口为主体的打工者基本生活保障不到位,协商无果后工人选择集体罢工,围堵工厂追讨工资、扰乱工厂秩序,致使工厂的正常工作生产难以进行;在“12.04”火灾事故中,G省S市某内衣厂工人刘某因劳资纠纷,购买汽油到该厂纵火后,造成14人死亡的严重后果^①。由于法律意识相对淡薄,部分流动人口缺乏依法维权意识,无法运用理智合法手段或通过法律诉讼途径解决问题,在“以暴制暴”或“越闹越有”的传统逻辑思想驱使下,经常选择使用极端方式维权,轻则扰乱社会秩序,重则实施暴力破坏、杀伤绑架等“自救式违法犯罪”^[13]。

2. 日常工作生活中“自发式”违法犯罪

流动人口为谋求生存或改善经济条件,往往选择向经济发达、人口密集的大城市流动。繁华城市通常拥有更多的资源和机会,意味着更多的人会聚集在这里竞争这些资源,因此越繁华的城市“内卷”程度越高。很多流动人口由于学历偏低,没有掌握足以保障生存的职业技能,相较于其他就业群体面临着流动性强、稳定性低、失业率高、社会保障覆盖面小等诸多困境。面对严峻的生存环境,部分流动人口铤而走险,从事盗窃、抢劫、诈骗、敲诈勒索等侵财类犯罪。同时,流动人口具有同乡同族的地域性特点,“传帮带”现象比比皆是,往往一人违法带动多人违法。笔者调研的某区某镇属于工业镇,经济较为发达,夜晚盗窃汽车内财物案件多发。经过公安机关缜密分析与集中突破,涉案嫌疑人都来自邻省某偏远乡镇,他们大多辍学较早,流动至本地后好逸恶

劳,以深夜拉拽路边车门盗窃车内财物为生,多次得手后返乡炫耀,吸引更多同乡前来谋求非法经济收入,形成“自发式违法犯罪”。

3. 流窜犯罪

流动人口这一群体本身具备的最大特性就是居住地不定、流动性极强,其犯罪更倾向于流窜作案。在轰动全国的劳某枝案中,1996年起劳某枝先后化名“陈佳”“沈凌秋”“雪莉”等,伙同同案犯法某英在赣浙苏皖四省实施抢劫、故意杀人、绑架案件4起,致7人死亡。劳某枝与法某英正是利用其作案流动性强、公安机关难以及时核实身份的特征,多次犯下严重罪行。1999年案发后,法某英被判处死刑,劳某枝隐姓埋名继续四处逃亡,直至2019年被抓获归案。从犯罪动机角度来看,一些流动人员根据犯罪风险和犯罪收益不断改变作案地点,如侵财案件中扒窃犯罪嫌疑人往往选择人员密集流动的电梯、市集、早晚高峰交通工具等公共场所作案,犯罪既遂即流窜至其他地点继续作案;部分犯罪嫌疑人实施激情犯罪后产生后怕、懊悔等心理,在犯后冷静期离开暂居地,逃窜至其他地区或者返乡藏匿。

三、流动人口“破窗”的原因分析

流动人口进入城市后面临更多的就业机会,但不可避免会受到社会和心理层面的挑战。经济地位及思想的差异、社会制度的盲区、不良的居住及心理环境等原因都会造成“破窗效应”恶性循环,不仅影响流动人口生活质量,也助长社会治安问题的蔓延。因此流动人口“破窗”的原因分析应当从经济、社会和心理因素等层面展开。

(一) 相对剥夺之“破窗”——经济原因

长期生活在现代化城市中的流动人口,对于自由平等、权利意识以及自我价值体现等现代文明的理念熏陶在心,然而在现实中,由于缺乏平等就业权及户籍等体制性障碍,其在工作生活纠纷中总是处于弱势地位。在巨大的贫富差距以及长期的逆来顺受心理压迫下,流动人口的相对

①参见新华社:《广东汕头“12·04”火灾犯罪嫌疑人供认放火起因于劳资纠纷》,载中华人民共和国中央人民政府网,https://www.gov.cn/jrzq/2012-12/05/content_2283315.htm,最后访问时间:2025年4月1日。

剥夺感和社会不平等感增强,引发愤慨和厌恶的情绪,渐渐演化为反社会性格和心理障碍,引发“自救式违法犯罪”和“自发式违法犯罪”破窗现象。这种“破窗”如果得不到及时疏导、制止,很容易被同社区流动人口群体及亲友、同乡接受并逐渐蔓延,形成群体性违法犯罪。

1. 经济发展导致社会结构异化

经济发展导致社会阶层变化,收入差距增大。经济体制改革推动生产结构发生翻天覆地的变化,社会阶层重组接踵而至,人民收入水平拉开距离,各阶层收入不平衡现象较为严重。流动人口为改善生存环境而进城经商务工,一旦遇到逆境如经商折本、求职无门等现实障碍,失去稳定经济来源,就会导致生活捉襟见肘,无奈以偷、抢等违法犯罪活动作为生活出路。尤其是打工族一般聚集生活区域较为集中,极易相互影响、相互“沟通”,甚至形成帮伙,成为衍生治安问题的导火索。

2. 消费思想导致人生观念异化

社会财产不断丰富,导致人们经济思想畸变。由于我国市场经济的快速发展,社会资本大幅增加,商品经济流转功能的提高使琳琅满目的消费品目不暇接,极易产生高消费、超前消费的畸形经济消费思想。当缺少正确的教育引导时,极端个人主义、重吃喝玩乐的社会福祉观念等受到强化,就会在流动人口中滋生违法犯罪思想,治安隐患随之扩大。

(二) 社会管理制度“破窗”——社会原因

人口流动速度加快,对以常住人口为中心、相对稳定的城市治安管理制度形成持续冲击。旧有的规范体制亟需改变,但新型社会治理模式仍在转型过程中,尚未成熟定型。传统型静态社会向现代动态社会迅速转变,在新老交替的过程中社区管理能力弱化,各社区群体失范状态持续加剧,极易导致违法犯罪。

1. 社会合力尚未完全形成

社会治安综合治理力度不够,整个社会齐抓共管的局面尚未全面形成。社会转型过程中城

乡联结纽带发生了巨大变化,大规模的人口流动既是中国经济增长繁荣的标志,同时又削弱了传统行政控制手段的效能^①。在中国,有效的社会资源总量与超大规模社会对国家治理资源大规模需求的矛盾将长期存在,对复合因素诱发的流动人口“破窗效应”问题的治理迫切需要动员各方力量,采取各种综合性手段,以实现人口流动中秩序与活力的平衡。

2. 共建共治共享的社会责任感缺失

社会成员的社会责任感低,公共精神缺失。治安秩序维护是一项社会公共事务,公共事务治理既需要作为公意代表的国家组建专门机构行使,也需要具有公共精神和社会责任感的公众参与。长期处于流动状态下的人口虽然有在城市定居的主观愿望,但由于客观条件限制难以全身心投入城市生活,因而产生了过客心理,缺乏社区归属感和认同感等市民意识,遇事往往采取“事不关己,高高挂起”的冷漠态度,缺乏见义勇为的正义感和责任感。

(三) 聚居区软硬环境“破窗”——心理原因

满目疮痍的环境更容易造成心灵秩序的破坏,流动人口聚居区硬性环境的低质容易造成其心理上的消颓。在软环境建设上,流动人口与常住人口存在自我身份认同异质,造成市民意识心理的缺失;青少年务工人员占比较高,该群体的情绪特质影响极易成为社会不稳定因素。

1. 流动人口居住环境脏乱差助长反社会心理

多数流动人口暂时租住在城中村等城市边缘化地带,其居住区域普遍面临楼房群集、空间狭窄,设备低质、卫生环境脏乱差等问题。短期居住的流动人口因无法共享社区福利,难以对社区基础设施和公共卫生建设投入共同维护热情。这些硬环境层面的无序物理现象传递着浓烈的反社会心理性气息,“破窗”的无序负面状态易造成社区社会组织松散,诱使犯罪分子利用该环境薄弱点实施违法犯罪活动,并将此地作为藏身庇护场所逃避法律制裁。

^①参见唐皇凤:《社会转型与组织化调控:中国社会治安综合治理组织网络研究》,武汉:武汉大学出版社2008年版,第137-138页。

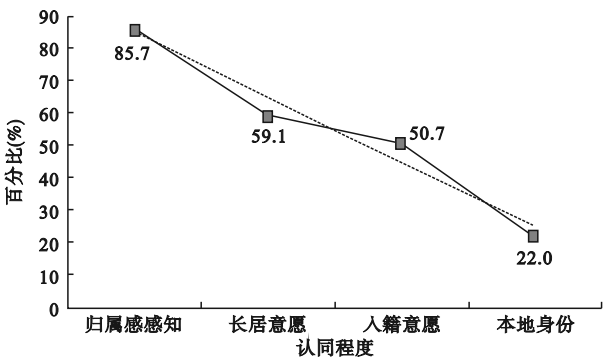


图1 流动人口自我认同指维度折线图

2. 青少年自我身份认同的异质性助推行为失范

青少年群体与自我身份认可的异质性及归属感缺失的现状,进一步加剧了流动人口行为失范。在年龄构成方面,属于年轻劳动力就业年龄的流动人口占比高达59.81%,分别超过城市、全国人口16%、20%。青少年意志相对薄弱,周遭环境“哥们儿义气”“行帮思想”的煽动往往成为青少年违法犯罪组织的信条。在自我身份认同方面,在流入地感受到最低程度归属感的流动人口占比不到九成,仅有近六成流动人口表达了长住意愿,仅一半数量的流动人口表示愿意入籍,而实现本地身份转变的流动人口只有两成左右^[14]。在这种心理环境下,人们难以自觉地遵循共同体中的社会规范,对不当行为产生容忍甚至模仿的心理,认为违法行为、道德偏差或不规范行为是“正常的”或“可接受的”。

四、流动人口中的“破窗效应”问题治理转译

解决现实问题应立足于时代背景,适用发展的眼光以及现代的观念才能解决本土化问题。在新时代中国特色社会治理背景下,将其先进理念与“破窗效应”治理有机结合,成为破解流动人口涉“破窗效应”问题的核心。社会治理中的“破窗”治理转译并非简单的理论套用,而是要立足中国特色社会治理目标与实践路径,“破窗效应”本土化理论调适重在取其精华弃其糟粕,因地制宜为治理路径的构建提供理论指导。

(一)“破窗效应”的社会治安整体防控解析

党的二十届三中决定指出:“完善社会治安整体防控体系”^①。社会治安整体防控是指在党委、政府领导下,依据系统论整合警力与社会资源,健全立体化、法治化、专业化、智能化的全时空防控运行机制,集打击、防范、管理、控制、服务功能于一体,通过共建共治实现动态环境下的社会治安安全方位防控。

治理流动人口中的“破窗效应”问题,其社会治安整体防控解析需聚焦三重逻辑。其一,系统性防控逻辑。将流动人口聚居区的物理空间失序(如环境脏乱、设施破损)、社会空间失序(如管理真空、政策屏蔽)与人文空间失序(如认同缺失、关系疏离)嵌合为相互关联的风险链条,通过构建“源头预防—过程干预—末端修复”的全周期防控网络,阻断失序向违法犯罪的演化路径。其二,动态化响应逻辑。针对流动人口流动性强、失序形态多变的特点,依托智慧治理技术实现对微小失序行为的实时监测与分级响应,避免“零容忍”策略的机械性,形成符合中国国情的“精准识别—柔性处置—长效跟进”特色机制。其三,本土化融合逻辑。将“破窗理论”与中国新时代“枫桥经验”“共建共治共享”理念结合,在防控中既注重物理环境整治,又强化社会规范引导与心理认同建构,通过党建引领激活社区自治组织能力,实现全要素治理。

(二)社会治理中的破窗治理转译

新时代中国特色社会治理理论以不断创造美好生活、逐步实现全体人民共同富裕为治理目标,明确建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体,以现代科技工具体系实现治理精细化^[15]。其在社区警务中的应用要求包括:1. 坚持汇集民意民智,使治理主体构成多元化;2. 社区民警积极构建不同主体良性互动、功能整合的多元共治网络^[16],实现治理过程合作化。

针对流动人口中的“破窗效应”问题治理,社

①参见新华社:中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定,载中华人民共和国中央人民政府网,https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm,最后访问时间:2025年4月1日。

会治理理论的创新译用即实现“预防—修复—共治”的立体化治理范式,以共建共治共享理念为内核,通过党建引领构建多元主体协同机制,依托智慧治理技术实现失序行为的精准识别与快速响应;同时,通过网格化管理和社区协商机制激活流动人口的治理主体性,将“破窗效应”的阻断转化为社区成员的共同责任,形成政府主导、社会调节和居民自治的良性互动。将“破窗效应”治理从被动应对转向主动预防,从单一执法转向综合施策,从外在约束转向内在认同,实现秩序维护与民生改善的有机统一,体现中国特色社会治理理论在解决特定社会问题时的理论张力和实践智慧。

(三)“破窗效应”本土化理论调适

James Q. Wilson 和 George L. Kelling 提出的“破窗效应”认为,当社区出现打破窗玻璃等微小破坏行为,而这扇窗户又没有得到及时修复,别人就可能受到示范性纵容去打烂更多的窗户,破坏行为和违法犯罪就会增加,以“破窗”为喻表示失序现象间接造成社会治安问题数量增加。为应对“破窗效应”,探索实现清除社会障碍的战术转变,1990 年时任纽约市长鲁道夫·朱利安尼(Rudolph Giuliani)与纽约警察局长威廉·布拉顿(William Bratton)领导推动一套以“破窗理论”为核心理念的警务实践方式“纽约注重提高市民生活品质的警务策略与方案”,相关文件包括明确的目标“系统和积极执行法律对低级社会障碍清除:涂鸦,激进乞讨,因票价引发的殴打,公共醉酒,无证售货,公共小便和其他低水平的轻罪”^①,继续扩大警察队伍规模和对低级犯罪的新关注能够提高市民生活品质并减少严重违法犯罪。该方案及相关实践强调对“破窗效应”的阻断不可置否,但在治理中缺乏直达心灵的内化情感治理,对于心灵内部秩序的建构较为单薄,难以最大程度实现治理能力现代化。

西方原生的“破窗理论”强调物理环境失序对犯罪行为的诱导作用,其治理逻辑主要依托环

境设计和社区警务,这种个体主义取向的治理模式在中国集体主义文化土壤中需要进行多维度重构。中国语境下的“破窗效应”不仅表现为物质环境的破损,更深刻地体现为制度缝隙、关系疏离和心理失衡的复合形态,因此本土化调适的关键在于将物理空间治理与社会治理、心理建设有机融合,形成具有中国特色的“全要素治理”模式。该模式要求对微小失序保持制度化的快速响应能力,避免西方“零容忍”策略可能引发的治理僵化,在主动警务、预防警务的合理机制调适下,通过技术治理与人文关怀的平衡,构建更具韧性的治理生态。中国流动人口治理中的“破窗效应”阻断,必须兼顾秩序维护与发展包容的双重目标,使破窗理论在保持其解释力的同时,更好服务于中国社会治理现代化的实践需求。

五、流动人口“破窗效应”动态治理路径构建

深刻把握“破窗效应”蕴涵的社会治安整体防控理念,完成流动人口“破窗效应”的社会治理转译与本土化调适后,亟需一套切实可行的动态治理路径,将理论优势转化为实践效能。面对复杂多变的现实场景,需要从理念建设、机制创新、环境优化、制度强化等多维度协同发力,推动流动人口治理与服务向精细化、动态化迈进。

(一)社会治安整体防控理念建设

社会治安整体防控理念建设要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,着力提高动态化、信息化条件下驾驭社会治安局势能力,以突出治安问题为导向,以体制机制创新为动力,以信息化为引领,以基础建设为支撑,坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理^②,保障公共安全,提升人民群众安全感、获得感和幸福感。

1. 预防为先与动态修复的协同治理理念建设

针对流动人口中的失序与违法犯罪,确立“防微杜渐”与“即时止损”的辩证思维。在预防层面,聚焦经济剥夺感、制度缝隙等源头性诱因,

^①S. M. Lilliputian neglected happenings call for snafu: “theory of broken windows” [J]. Medico-Legal Update, 2020, 20(1): 141 - 143.
^②参见新华社:《中共中央办公厅、国务院办公厅印发〈关于加强社会治安防控体系建设的意见〉》,载中华人民共和国中央人民政府网, https://www.gov.cn/zhengce/202203/content_3635176.htm, 最后访问时间:2025 年 4 月 1 日。

通过常态化风险评估预判物理空间失序与社会空间失序的演化趋势,建立风险清单,实现预警分级、源头干预,将“破窗效应”阻断于萌芽阶段;在修复层面,发挥多元主体共治的协同性和系统性效能,强调对已发生失序行为的快速响应,突破传统的“事后处置”被动模式,通过失序行为精准识别、分类处置、效果反馈,防止微小“破窗”扩散为系统性治安风险。

2. 民生导向的包容性治理理念建设

坚持人民至上,将秩序维护与民生改善深度融合。一方面,着力解决流动人口在就业、社会保障等领域的现实困境,从根本上减少“自救式”“自发式”违法犯罪诱因;另一方面,在执法过程中融入人文关怀,避免简单化机械化的“零容忍”策略,通过调解协商、心理疏导等柔性手段处理轻微失序行为,在维护社会规范时兼顾流动人口的生存尊严与发展需求,实现治理效能与民生福祉的统一。

3. 科技赋能与人文关怀的平衡治理理念建设

依托智慧治理技术提升防控精准度,同时坚守人文底线。通过大数据分析对流动人口聚居区的治安热点实时监测与预警,搭建社区治理数字化平台,激活流动人口自主管理能力。把牢技术应用边界,在人脸识别、轨迹追踪等场景中强化隐私保护,避免因技术滥用加剧流动人口的被排斥感,实现“技术防控”与“人文认同”双向促进。

(二) 基于“预防(防窗破)—修复(修破窗)”双维警务治理模式的机制建构

中国特色流动人口“防窗破—修破窗”双维警务治理机制构建,是在充分借鉴国际经验的基础上,结合我国社会治理实际进行的重大理论创新和实践突破。这一模式突破了传统警务工作被动应对的局限,形成了预防与修复并重、刚性与柔性结合、技术与人文交融的现代化治理体系,运用在流动人口失序及违法犯罪治理两大宏观层面:“防窗破”重在源头治理,通过风险预警和制度防控,预防和遏制小问题的出现,消灭治安隐患苗头,阻断失序诱因,构建稳定的心理空

间秩序,降低“破窗”发生概率;“修破窗”侧重系统修复,以问题导向恢复社会秩序,变失序为有序,通过快速处置阻断“破窗”扩散效应,使其他违法犯罪行为没有立足蔓延之地。

“防窗破”预防维度作为双维警务治理模式的基础性环节,其核心价值在于构建源头防控的风险治理体系,建立前端预防机制。通过将传统被动式警务升级为主动预防型治理,实现对治安隐患的前置性消解。在治理理念上,突破“事后处置”的路径依赖,转向“风险预判—早期干预”的预防逻辑;在治理结构上,形成“技术防控+制度规范+文化引导”的立体防御体系,既注重物理环境的秩序维护,又关注社会心理的良性塑造;在治理过程上,实现常态化监测与动态化调整有机结合,通过持续的风险评估不断完善预防策略,在宏观上实现一线执勤警察具备一定程度的行动自主裁量权^[18],将法律视为法律领域行为者可以利用的资源而不是刻板严厉的规则^[19],带动流动人口群体愿意共同“防窗破”。

“修破窗”修复维度作为双维警务治理模式的终端闭环环节,其核心要义在于形成快速响应与长效修复相结合的治理态势,建立末端干预机制。混乱和违法犯罪之间存在着递进联系,如果解决了混乱即修复“破窗”,对轻微违法行为即时矫正,那么其他违法犯罪就没有蔓延立足点。与西方强调执法威慑的修复模式不同,中国实践更突出“修复性治理”理念,在维护法律权威的同时,通过调解协商、心理疏导等方式化解矛盾根源。从治理效能来看,末端干预机制吸收了破窗理论的核心主张,融入了中国“标本兼治”的传统治理智慧,实现了从“就事论事”向“系统治理”转变,从“末端处置”向“源头治理”延伸,从“刚性执法”向“刚柔并济”演进,为破解流动人口治理难题提供了宏观维度。

基于“预防(防窗破)—修复(修破窗)”双维警务治理模式的前端预防机制和末端干预机制构成辩证统一的治理闭环,二者通过信息共享和效能反馈形成动态平衡:预防为修复创造条件,修复为预防提供依据,共同推动流动人口涉“破

窗效应”问题治理效能螺旋形上升。

(三)实现治安基础的硬环境修复和社会规范的软环境塑造

针对流动人口中出现的物理空间失序和人文空间失序,破解“破窗”背后的心理原因,需做到软硬环境两手抓,通过净化失序物理环境、改进完善街道布局及居住区空间,实现治安基础的硬环境修复;通过加强社会责任感和公共精神培育,营造和谐人文环境与治安氛围,实现社会规范的软环境塑造。

1. 全方位净化失序物理环境

根据流动人口聚集地出现的环境脏乱差状况,行政单位如环卫办、市政办和相关社会团体应主动指导本地居民与流动人口共同整治,着力改善基本生活条件,健全相关设施(如排水和环保设备);定期清除日常污物,提高夜间照度;及时修缮损坏严重的公共设施(如“失明”监控、“傀儡”路灯),对治安死角和治安问题多发点设置监控摄像头,通过社会环境的净化,消除易于诱发违法犯罪的物理失序现象。

2. 完善街道布局和居住区空间设计

通过完善优化居住区的整体道路结构“防窗破”。严格管控冗余穿插街巷,提升道路可见度和安全性,尽可能建造安静安全且隔离快速交通的尽端路。社区花园中儿童能够无忧无虑玩耍,老人可以安心在路上闲聊,对于增强流动人口居住环境的领域感大有益处。增加居住区出入口的趣味性,设计可供停留的公共空间,为居民创造更多碰面交往、共同活动的机会,逐渐建立稳定友好的邻里关系,增强对潜在罪犯的自然监控功能和威慑力^[20],从“防窗破”角度出发减少社区“破窗”的出现。

3. 加强社会责任感和公共精神培育

“修破窗”不仅是物理环境上的修复,更是对流动人口淡薄社会责任感的重新培育。激活社区内流动人口参与社区警务工作的集体激情与创造力,鼓励流动人口由内而外实现自我治理,

切实增强流动人口归属感;逐渐取缔本地人口与外来人口的边界区分,解绑本地人口依赖于身份资格的特权,消弭不合理的差别对待,建立保障外来人口的就业机制和社会福利制度,增强流动人口融入感;为流动人口提供免费文化娱乐场所、健身休闲场地、社区停车位、书刊阅读室等社会公用设施,增强流动人口生活舒适感;建立健全流动人口权益保障、矛盾调处、诉求表达机制,增强流动人口的安定感。

4. 营造和谐人文环境与治安氛围

公安机关加强对流动人口集中地社会团体的指导联合,加强保安业务培训,特别关注洗浴服务中心、网吧、歌舞厅等文娱公共场所的保安管理问题,建立常态化巡逻安保机制,建设安全、舒适的治安环境。充分发挥流动人口的亲友、同乡同族等独特文化特征,在教育管理时选配德才兼备的非户籍居民“两委”委员,落实非户籍群体的自我管理服务效能^[21];坚持党建引领,以居民喜闻乐见的形式开展亲民化党建活动;以正确的经济思想和消费价值观为教育目的,加强社区流动人口软文化建设,优化社区人文环境,营造和谐温馨的治安氛围。

(四)系统化增强管理制度的韧性,提升治理能力

在流动人口涉“破窗效应”治理上,往往面临人口流动频繁、治理场景多样的复杂局势。通过优化居住证制度、“警+N”互动联防、网格化管理与技术平衡,可以使管理制度更具抗冲击的“韧性”^①,有效提升治理水平。

1. 完善居住登记审核制度

强化居住信息登记审核,释放居住证申领红利。对暂住三天以上的流动人口,应及时进行居住信息登记;居住期限半年以上,符合有合法稳定就业、住所、连续就读条件之一的流动人口申领或签注居住证的,公安派出所或流动人口管理服务事务所应在规定时间内完成审核签发,从源

①参见刘桂芝,白向龙:《制度韧性的基本内涵、外在表现与影响因素》,载《行政论坛》,2025年第1期,第28-39页,DOI:10.16637/j.cnki.23-1360/d.2025.01.003。

头为精细化社会管理服务提供精准数据支撑。发挥居住证的治安效用,保障就业医疗教育住房等“同城待遇”红利,促使流动人口主观愿意报备登记,避免因时间错位造成制度漏洞,产生流动人口管理层面的社会死角^[23]。

2. 发挥互动联防邻里效应

实现“警+N”互动联防,发挥邻里效应。科学配置警力,实现警警联动;跨区域跨警种协作,构建流出地与流入地治安信息实时共享平台;把社区民警、治安警、交警、刑警等各单位业务职责整合起来,形成侦防互动、职责分担的防控一体联防联控体系。善用“邻里守望”实现警民联动,充分利用流动人口亲属性和同地域性特点,发挥“邻里效应”的积极影响;社区民警对于居民反映的问题及时处理,无法现场处理的要第一时间反馈并持续跟进。公安机关进一步主动加强与属地综治、司法、劳动、应急管理、市场监管、消防工作站、妇联等部门的协作,通过交流对接、定期会商、问题抄报等形式,进一步推动落实其管行业、管安全、管稳定的职责任务,赋予部门协作“1+1>2”的效能。

3. 实现警务管理与隐私保护平衡

精细网格化警务管理,同时注重隐私保护平衡。对城中村、城乡接合部实行人口管理技术改造,社区中实现“以业管人”,加强劳动就业单位监管,掌握流动人口的就业信息、税务状况和基本经济形势;实行“以房管人”,充分了解辖区内出租住房的底数,建立完善出租住房动态登记信息系统,对出租房源与暂住人员信息进行统一整合;充分发挥网格员作用,全面提高网格化治理水平。在运用智慧应用系统进行大数据治安热点预测时,把握人脸识别、轨迹追踪的技术应用边界,注重个人隐私保护;杜绝为管理而管理,立足于全心全意为流动人口服务而管理,体现服务温度,真正拒违法犯罪活动尤其是流窜式犯罪于门外。

流动人口涉“破窗效应”问题的治理,既是城市化进程中的挑战,也是提升社会治理能力的重要契机。本文在破窗理论视域下分析流动人口

失序与违法犯罪的表现与成因,对“破窗效应”的社会治安整体防控进行解析,并通过社会治理中的破窗治理转译及破窗理论的本土化调适,为提升流动人口幸福感提供具体实践路径。

在理念建设上,强化预防为先与动态修复的协同治理、民生导向的包容性治理以及科技赋能与人文关怀的平衡治理的社会治安整体防控理论建设;在机制运转上,实现“预防—修复”双维支撑。在环境重塑上,净化失序物理环境,注重街道布局和居住区空间设计;加强社会责任感和公共精神培育,营造和谐人文环境与治安氛围。在管理制度上,强化居住信息登记审核,释放制度红利;加强“警+N”互动联防,发挥邻里效应;精细网格管理,注重隐私保护平衡。未来,伴随社会治理体系的不断实践优化,相信“破窗效应”问题的有效治理将为实现社会公平、秩序稳定和提升民生福祉注入更强动力。

[参考文献]

- [1]王慧慧.大流动社会背景下流动人口治理逻辑与复合联动策略[J].求索,2020(05):128-136.
- [2]周学馨,接栋正.现代流动人口治理体系构建研究[J].行政管理改革,2020(01):70-75.
- [3]楼伯坤,满涛.我国流动人口犯罪的防控策略——基于“破窗理论”的本土化思考[J].犯罪研究,2013(06):42-48.
- [4]韩玲.转型时期流动人口犯罪社区治理研究[J].行政与法,2016(04):104-109.
- [5]张扬.破窗理论视角下的社会治安防范结构研究[J].武汉公安干部学院学报,2023(03):16-20.
- [6]杨皓翔.破窗效应阻断及犯罪治理研究[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2022(06):26-38.
- [7]蔡一军.破窗理论视角下中国社区安全治理的现实启示[C].中国犯罪学学会预防犯罪专业委员会,上海政法学院刑事司法学院.犯罪学论坛(第四卷·上册),上海:华东政法大学法学博士后流动站,2017:10.
- [8]Ren L, Zhao J, He N. Broken Windows Theory and Citizen Engagement in Crime Prevention[J]. Justice Quarterly, 2019,36(01):1-30.
- [9]Mark Jay, Philip Conklin. Detroit and the political origins of ‘broken windows’ policing[J]. Race & Class, 2017, 59(02).

[10] Gabriel C. Gherasim. Misdemeanorland: Criminal Courts and Social Control in an Age of Broken Windows Policing [J]. American, British and Canadian Studies, 2019, 33 (01).

[11][美]乔治·凯林,凯瑟琳·科尔斯. 破窗效应 失序世界的关键影响力[M]. 陈智文,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,2021:18-20.

[12][日]伊藤滋. 城市与犯罪[M]. 北京:群众出版社, 1988:168-169.

[13]陈泽乐. 上海地区外来流动人口犯罪与治安防控体系研究——以B区为例[D]上海:华东政法大学,2018.

[14]刘文博,周皓. 流动人口主观社会地位对身份认同影响的异质性分析——基于2014年流动人口动态监测调查数据的实证分析[J]. 攀登,2021(03):69-78.

[15]周文翠,于景志,于辉. 新时代社会治理创新研究[M]. 北京:人民出版社,2022:88-100.

[16]张红晓. 社区警务[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2023:36-37.

[17]S. M. Lilliputian neglected happenings call for snafu;

“theory of broken windows”[J]. Medico-Legal Update,2020, 20(01):141-143.

[18]杨学锋. 破窗警务的误解澄清与重新发现[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2021(01):93-100.

[19]Tejeda G E,Fondevila G. Policing Social Disorder and Broken Windows Theory: Spatial Evidence from the “Franeleros” Experience [J]. ISPRS International Journal of Geo-Information,2023,12(11).

[20]李春华,陈萍. 城市社区治安防控中的市民意识研究[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2016(06): 136-141.

[21]中央党校(国家行政学院)科研部. 社会治理案例集[M]. 北京. 中共中央党校出版社,2022:54.

[22]刘桂芝,白向龙. 制度韧性的基本内涵、外在表现与影响因素[J]. 行政论坛,2025(01):28-39. DOI: 10. 16637/j. cnki. 23-1360/d. 2025. 01. 003.

[23]米文豪. 居住证制度在预防流动人口犯罪中的作用及完善[J]. 山西警官高等专科学校学报,2016(02):48-51.

【责任编辑:张 戈】

Research on the governance of floating population involving the problem of “broken windows effect” from the perspective of overall prevention and control of public security

Wu Zhuofan, Li Chunhua

(People's Public Security University of China, Beijing 100038, China)

Abstract: The rapidly increasing floating population has become the basis for the high-speed economic growth in China, but the impact it brings during the process of social transformation cannot be underestimated. From the perspective of the broken windows theory, the disorder among the floating population can be divided into disorder in the physical, social and humanistic spaces, and the illegal and criminal acts include “self-help”, “spontaneous” and itinerant crimes. The relative sense of deprivation at the economic level, the defects in the social management system and the deterioration of the soft and hard environments in the concentrated residential areas are the main reasons for the occurrence of the “broken windows”. The governance of the broken windows in social governance and the localization and adjustment of the broken windows effect theory are helpful for constructing a dynamic governance path for the floating population; based on the dual-dimensional police governance model mechanism of “prevention (preventing the windows from breaking) -repair (repairing the broken windows)”, the restoration of the hard environment of public security foundations and the shaping of the soft environment of social norms can be realized; systematically enhancing the resilience of the management system and improving the governance ability can provide a theoretical and practical basis for solving the problem of the “broken windows effect” of the floating population, and achieve the stability of social order and the improvement of people's livelihood and well-being. floating population; broken windows effect; overall prevention and control of social public security; theoretical adjustment; dynamic governance

Key words: floating population; “broken windows effect”; theoretical adjustment; dynamic governance

全过程人民民主视角下基层检察听证实践审视与完善

周少华, 占宜婷

(上海市松江区人民检察院, 上海 201620)

〔摘要〕新时代背景下,检察机关高度重视检察听证工作。检察听证不仅是检察机关探索开展检察权运行外部制约的重要手段,而且是贯彻落实“高质效办好每一个案件”价值理念的具体举措,还是践行全过程人民民主理念的生动检察实践。当前,不同地域检察机关检察听证工作存在主客体上的局限性以及民主建设上的差异性。为更好贯彻落实全过程人民民主理念,检察机关应完善听证员库建设和管理,优化听证工作流程,提升检察人员履职能力,加强区域间资源共享,从而提高听证质效。

〔关键词〕全过程人民民主;检察听证;实践审视;完善建议

〔基金项目〕本文系2024年度最高人民检察院听证理论研究一般课题“基层检察机关听证实践研究”(项目编号:ZGJAGB2024T21)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕周少华(1979—),女,河南濮阳人,上海市松江区人民检察院党组成员、副检察长,三级高级检察官,主要从事刑法学研究;占宜婷(1996—),女,浙江衢州人,上海市松江区人民检察院第六检察部检察官助理,主要从事检察实务研究。

〔收稿日期〕2025-03-14

〔中图分类号〕D926.32 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-062-05

“坚持以人民为中心”是习近平法治思想的核心要义。检察听证是检察机关贯彻“以人民为中心”法治思想,推动人民群众参与司法,落实全过程人民民主的重要举措^①。全过程人民民主通过全过程人民民主制度和人民群众的广泛参与,践行着全过程人民民主的价值,在微观上价值需要通过个体的实践回应得以实现^②。基层社会是全过程人民民主最主要的实践场所,是检验全过程人民民主实效的最重要场域。基层检察听证工作能够充分保障公民、组织的知情权、参与权和监督权,体现了检察机关以公开促公正、用听证赢公信的理念。实践中,检察听证工作仍然存在一些需要优化的问题,只有解决这些问题,推进检察听证实质化,才能更有利于实现“案结事

了人和”。

一、检察听证的实践审视:基于东中西部三家基层检察院听证数据的分析

为更好了解基层检察听证的实际情况,我们分别选取了东部地区S市S区人民检察院、中部地区J省X县人民检察院、西部地区X自治区D县人民检察院作为调研对象。比较三地检察听证实践,大致情况如下:

(一)民主主体之听证员的选择

为贯彻落实以人民为中心的发展思想、积极推进全过程人民民主,强化检察工作人民性,检

①参见中国军:《中国检察特色听证制度理论与实务研究》,载《人民检察》2023年第7期,第10页。

②参见张爱军:《理想与现实:全过程人民民主的价值引领与实践调适》,载《学术界》2022年第3期,第57页。

察机关从人民群众中广泛选任听证员参与检察工作^①。在检察听证中,听证员作为中立的第三方参与案件审查讨论并提供独立意见,是听证活动的主体。实践中,不同地区听证主体的选择呈现集中性特点。

以分别位于东中西部地区的三家基层人民检察院为例,受辖区大小与人口密度等因素影响,相对于东部地区基层检察院,中、西部地区基层检察院听证员总人数较少,听证员人数与辖区人口数量呈正相关。三家基层检察院听证员年龄主要集中在20岁至50岁之间,均包含一定比例的法律专业人士、政府工作人员和医疗人员。相对于中、西部基层人民检察院,东部基层院高素质人才占比更高,一定数量的高校教授被引入听证员库提供专业知识支持。另外,因西部检察院位于少数民族自治区,其少数民族听证员占比超过50%,充分体现了民族地区检察工作特色,东、中部地区检察院听证员则以汉族为主。

(二)民主客体之听证对象的范围

检察听证以符合条件的案件为审查对象,在办案过程中围绕案件内容展开,检察机关办理的案件即为检察听证的客体。

2023年,东部地区基层院全年开展检察听证超200件次。从听证形式上看,公开听证近八成;从“四大检察”业务案件类型上看,刑事检察业务类案件占比87.6%;从具体检察听证案件类型上看,拟不起诉案件、控告类案件占比超过七成。同年,西部地区基层院开展听证次数不足10次,均为公开听证,其中刑事检察业务中不起诉案件听证占比近半,公益诉讼检察业务类案件仅1件次。中部地区基层院同年办理检察听证案件30余件次,绝大多数为公开听证案件,业务范围覆盖“四大检察”,其中刑事检察业务类案件占比超过50%,拟不起诉案件占比超过30%。

(三)民主建设之区域间的差异

检察听证制度是落实全过程人民民主的重要举措,其建设与发展程度在不同行政区域间存在一定差异。

受地理环境、经济发展水平、历史文化、检察工作水平等因素影响,基层人民检察院之间听证

案件类型、听证员库建设、听证制度创新水平存在差异。东部地区基层院已完成听证案件“四大检察”全覆盖,并在听证员库的基础建设之上探索更科学的听证员选任及抽选方式。在听证数字化进程中,其积极参与检察听证系统建设,助力检察听证系统的全国试点和全面应用工作。

相对于东部地区基层院,西部地区基层院听证类型较为单一,主要涉及常规、简单的案件类型,听证员库仅完成初步建设,在制度创新方面尚未有充分进展。

二、检察听证的制约因素:主体选择、客体覆盖以及实践发展存在的不足

通过对前述东、中、西部地区三家基层人民检察院情况的调查,可以发现目前检察听证工作在听证主体选择、听证客体覆盖、听证实践发展方面还存在一些不足之处,这些问题制约了检察听证的发展。具体如下:

(一)听证主体选择的局限

横向对比三家基层院听证员库的情况,听证员以中青年为主,包含一定比例的专业人士,人员构成相对简单。虽然《听证工作规定》《人民检察院听证员库建设管理指导意见》围绕听证员选任条件和听证员库建设管理作出了原则性规定,社会人士符合一定条件也可担任听证员,但从实践看,听证员主要来源于人民监督员、人大代表和政协委员^②。

听证员的来源不够丰富,未能充分考虑涉老年人案件听证员选择、专业化听证员职业类型分布、特殊群体听证员选择等问题。另外,听证员以专业化人士为主,通常具有一定社会身份,对大众化听证员和下沉化需求的关注相对不足。

(二)听证客体覆盖的缺漏

近年来,随着检察听证的逐步推广,三家基层人民检察院听证案件数量不断增加,一些欠发达地区基层院也实现了检察听证的从无到有。同时,案件类型选择倾向性明显。“四大检察”业务中,除西部地区基层院,另两家基层院已实现全覆盖,但开展听证的案件仍以刑事检察为主。

①参见崔玮:《推进听证员作用发挥 践行全过程人民民主》,载《检察日报》2022年11月21日,第3版。

②参见谭金生,陈荣鹏:《检察听证制度实践的审视与完善》,载《西南政法大学学报》2022年第2期,第63页。

在具体检察听证案件类型上,拟不起诉案件听证均占较大比例。

基层检察听证业务领域存在“偏科”现象,主要集中于特定的案件类型,如拟不起诉案件、刑事申诉案件等;对于其他类型的案件,如公益诉讼案件、行政诉讼监督案件等,开展听证则相对较少。检察人员开展听证的主动性不足,偏向于选择案情简单、争议较小的案件,部分案件甚至采用“流水线”听证、批量听证方式。这种“冷热不均”的情况不仅影响了听证工作的全面性和深入性,也影响了听证效能的发挥。

(三) 听证实践发展的失衡

东部地区经济发展水平较高、法治环境较好、检察机关的资源投入较多,听证案件类型相对丰富,包括一些复杂、疑难、新型的案件类型。与东部地区相比,西部和中部地区基层检察院的听证工作发展相对缓慢。

在听证员库建设与制度创新上,东部地区基层院听证员人数多、质量高,同时积极探索符合当地实际情况的听证员选拔、培训和履职机制,致力于完善听证员库建设和创新听证工作方法;西部和中部地区基层检察院听证员库建设相对落后,在检察听证创新工作方面更注重借鉴和学习发达地区的先进经验和做法。

三、检察听证的完善路径:推进全过程人民民主视角下的基层检察听证实质化

既然检察听证工作在具体实践中存在主体选择、客体覆盖、实践发展等方面的问题,未来的完善之路也应当对症下药,针对问题制定有针对性的完善之法;同时,根据新时代检察实践的发展不断完善检察听证工作,探索检察听证高质量发展的新路径和新方法,为“高质效办好每一个案件”,实现检察工作现代化贡献制度方案。

(一) 建好用好管好听证员库

1. 完善听证员选任标准

根据听证员专业化与大众化的双重需求,可以采用对专业人才与群众代表分别进行遴选的方式,探索建立分门别类、各有侧重的听证员库。

在突出群众性质的听证员选任上,充分考虑听证员的来源,注重听证员的工作经历与基层群众生活的关联程度,侧重向来自农村、社区等基层组织或者单位的人员倾斜^①;考量听证员个人的品德与威望,选择群众认可度高、社会责任心强的人员,以“群众”帮助“群众”;在具体案件处理过程中注入民众情感和价值判断,确保法理不再游离于人情之外^②,有效提升听证化解矛盾的质效。在突出专业性质的听证员选任上,注重对专业能力的考察,可以以职业资格的取得或参考不同行业的专业分级标准遴选听证员,以满足检察听证中对专业知识释明和说理的需求。

另外,结合本地区特点,因地制宜选任符合本地区实际的听证员。老龄化地区可以适当放宽对听证员的年龄限制,为涉老案件提供具有年龄共鸣的听证员;民族地区合理设置听证员库中少数民族听证员和汉族听证员的比例,减少语言和习俗上的摩擦;各地基层检察机关可以根据实际情况关照听证案件中的特殊群体,选任与特殊群体救助、帮扶、医疗等相关的听证员。

2. 建立完善听证员考核和评价机制

检察机关对听证员的考核是听证员续任、表彰和出库的重要依据,一般包括履行听证员职责及成效情况、遵守听证工作规定和纪律情况、工作态度和勤勉履职情况、学习培训情况等内容。应当科学合理设定检察听证的评价标准,在项目设置、分值设定上有所侧重,突出工作重点,重点评价和考察检察听证对“程序公正与实体公正”“依法办案与案结事了人和”“治标与治本”辩证统一关系的积极影响^③。除了对基础能力与履职情况的考评之外,对专业化听证员和大众化听证员可以采用个性化的考评方式。专业化听证员应当定期审查专业资格是否存续,及时更新职业与技能状态,结合检察机关实际,在年度考核中适当设置对专业履职情况的考察内容;大众化听证员的考核可以针对履职实效,适当增加考核年度内矛盾化解成功案件内容,作为表彰的重要依据。

3. 强化听证员培训

①参见李晓龙,侯庆奇:《大众抑或精英——人民监督员的任职条件之辩》,载于《河南公安高等专科学校学报》2010年第4期,第88页。

②参见霍敏:《检察听证制度完善研究》,载《国家检察官学院学报》2022年第1期,第88页。

③参见张学军,金石:《重大疑难复杂案件检察听证机制的完善》,载《人民检察》2023年第3期,第55页。

听证员参与审查案件的过程包括了解基本案情、听取检察机关拟处理意见和听取当事人意见。听证过程具有法律程序的严肃性和规范性,也具有对案件事实和法律适用的判断,对听证员理解辨析能力与法律知识素养提出了较高要求。无论是专业化听证员抑或大众型听证员,较高的综合素质是听证员履职的基础。检察机关承担听证员的培训和教育,日常应当组织听证员进行相关法律知识学习,包括定期组织听证员培训,以邀请专业人士开展讲座或组织研讨会的形式,提高听证员履职水平。有能力的检察机关可以制定针对性培养计划,帮助听证员发挥自身优势,在“法理”“情理”和“事理”中更好地找到协调之道,通过检察听证这一形式化解社会矛盾。

(二) 优化听证工作流程

1. 做好案件源头把关工作

做好检察听证案件源头审核把关工作,是确保检察听证工作公正、高效、规范进行的重要环节。一是明确听证案件范围。应明确哪些类型的案件适合进行检察听证。通常,涉及公共利益、社会关注度高、争议较大的案件,以及需要听取多方意见以作出公正决定的案件,是听证的重点对象。通过制定具体的案件类型清单或标准,确保听证案件的准确性和针对性。二是建立严格的筛选机制。在组织听证会之前,对申请听证的案件进行全面审查。审查内容应包括案件事实是否清楚、证据是否充分、法律依据是否明确、争议焦点是否突出等;同时,还应考虑案件的社会影响、听证的必要性和可行性等因素。通过综合评估,筛选出符合听证条件的案件。

2. 完善听证会议流程

会前,做好提前阅卷工作,给予听证员充足的时间了解案件情况和涉案人员情况。会中,在程序上保障听证员独立思考、中立发表意见的权利,为听证员评议提供独立场地并预留充分时间,供听证员合理提问和独立发表听证意见;同时,设置法定的听证笔录,听证过程由书记员制作笔录并全程录音录像^①。会后,检察机关对于

听证意见是否被采纳应当向听证员反馈。如听证意见中包含需要执行的内容,还应当反馈执行的结果。听证员对于检察机关不采纳听证意见的,拥有救济渠道,允许发表意见人提出异议,检察机关应当作出合理解释。

(三) 提升检察人员听证履职能力

检察听证会作为实现检察机关调查核实权的有效途径,应当覆盖“四大检察”“十大业务”的方方面面^②。在“应听”基础上,以多方面能动履职促进“尽听”的落实。

1. 强化检察人员的业务能力

通过观摩、实训、竞赛等多种方式,着力提升检察官的沟通协调能力、释法说理能力和突发情况应对能力^③,增强其应对复杂听证局面的信心;对需要听证的疑难复杂、有重大影响的案件,在事实认定和法律适用上有分歧的案件,准确适用听证程序;克服畏难情绪,避免选择听证案件时“避重就轻”对争议基本解决或没有严重争议的简单案件进行听证。

2. 鼓励检察人员创新听证工作方式

针对特殊类型的当事人,检察机关可以上门听证,组织检察官和听证员到案件当事人所在的乡镇、街道、社区、农村等场所,就案件事实认定、法律适用和案件处理听取听证员和当事人意见。借助信息网络,有条件的检察机关可以在中国检察网申请直播听证,发挥直播听证公开透明、便捷高效的优点。检察听证制度可以探索与其他检察制度组合衔接的创新工作方式,达到“1+1>2”的效果。如“公开听证+人民监督员”“检察听证+检察建议”“检察听证+附条件不起诉”等^④,最大程度优化、整合制度优势,扩大听证覆盖面,真正发挥听证效能。

(四) 加强跨域交流资源共享

1. 跨域调用听证员

依托最高人民检察院部署的对口援助工作开展检察听证协作。不同地区检察机关之间可以在听证员共享、听证方式以及听证工作管理和培训等方面形成合作关系。近年来,东部地区检

①参见中国军:《中国检察特色听证制度理论与实务研究》,载《人民检察》2023年第7期,第12页。

②参见庄永康:《检察听证的理论依据与实践发展》,载《人民检察》2021年第1期,第40页。

③参见钟琦等:《运用穿透式理念深化检察听证工作》,载《人民检察》2022年增刊,第90页。

④参见柳小惠,杨芳,杨利军:《检察听证价值功能分析及实践运用》,载《中国检察官》2022年第17期,第72页。

察院与西部和中部地区检察院建立了对口援助机制,选择以检察听证为切口开展听证协作。其中,进行听证协作的重要举措是听证员库共享和跨院借用听证员。不同地区检察机关可以充分发挥听证员资源的特色优势,比如东部地区检察院可以提供金融、知识产权、高新技术等领域以及高校专家学者的听证员资源,西部地区检察院可以提供了解少数民族情况的听证员资源,中部地区检察院可以提供熟悉涉农帮扶和困难救助政策的听证员资源,因案制宜助力案件“破局”,实现更好听证效果。

2. 跨区域联合开展听证员培训

跨区域联合听证需要创新听证员培训方式,发挥不同地区检察机关的资源优势,开展联合培训。联合培训旨在实现优势互补、经验共享、队伍共建,提升听证员的专业素养,实现司法协作。经济发达地区检察机关可以发挥专业领域优势和师资优势,为听证员培训提供课程资源、培训场地以及数字化设施。参与的检察机关还可以发挥区位优势,提供特色化案例供其他地区检察机关参考、讨论和学习。跨区域联合培训的内容可以包括法律法规与政策讲解、案例分析、沟通技巧与心理疏导等内容,全面提升听证员的能力。依托信息化和数字化设备,跨区域联合听证员培训可以实现线上进行,以网络课堂和直播交

流的形式开展,减少交通成本,提升培训质效。

新时代检察改革步履铿锵,在多方面都取得了较大成效,检察听证工作就是其中之一。在司法实践中,各级检察机关必须充分认识检察听证的时代意义,即检察听证不仅是检察机关探索检察权运行外部制约的重要手段,而且是贯彻落实“高质效办好每一个案件”价值理念的具体举措,还是践行全过程人民民主理念的生动检察实践。各级检察机关应高度重视这一工作。从实践考察的角度看,目前不同地域检察机关检察听证工作不同程度存在主客体上的局限性以及民主建设上的差异性问题。为更好落实全过程人民民主理念,提高案件办理质效,强化检察权运行的制约监督,检察机关需要从以下几个方面入手采取有效举措:一是通过完善选择标准、考核评价机制和培训制度,完善听证员库的建设和管理;二是通过严把案源关口,规范事前、事中、事后环节,优化听证工作流程;三是通过提升检察人员业务能力和创新听证方式,扩大听证适用范围;四是通过探索跨区调用和跨区联合培训,加强区域间资源共享。落实上述举措,可以有针对性地突破目前制约检察听证的瓶颈问题,有利于提高检察听证工作质效,推动整体检察工作高质量发展。

【责任编辑:张 戈】

Practical review and perfection of grassroots procuratorial hearings
from the perspective of whole-process people's democracy

Zhou Shaohua,Zhan Yiting

(Songjiang District People's Procuratorate of Shanghai,Shanghai 201620,China)

Abstract: Under the background of the new era, procuratorial organs attach great importance to procuratorial hearings. Procuratorial hearings are not only an important means for procuratorial organs to explore and carry out external constraints on the operation of procuratorial power, but also a specific measure to implement the value concept of “handling every case with high quality and efficiency”, and still a vivid procuratorial practice of practicing the concept of whole-process people's democracy. At present, there are limitations in the main and object aspects and differences in democratic construction in the procuratorial hearing work of procuratorial organs in different regions. In order to better implement the concept of whole-process people's democracy, procuratorial organs should improve the construction and management of the hearing panel, optimize the hearing work process, enhance the performance ability of procuratorial personnel and strengthen resource sharing among regions, so as to improve the quality and efficiency of hearings.

Key words: whole-process people's democracy; procuratorial hearings; practical review; suggestions for improvement

【司法理论与实务研究】

基层检察机关听证实践研究

——以 L 省基层检察机关检察听证实践为样本

席照生¹, 李景波², 王 镭³, 运胜雷⁴

(1. 锦州市人民检察院, 辽宁 锦州 121000; 2. 沈阳市人民检察院 辽宁 沈阳 110002;

3. 辽宁省人民检察院辽河分院, 辽宁 盘锦 124010; 4. 沈阳市大东区人民检察院, 辽宁 沈阳 110044)

〔摘 要〕检察听证是新时代背景下检察机关提升司法公信力、实现办案“三个效果”有机统一的重要举措,也是改进司法办案方式、促进治理体系完善的有力抓手。当前,基层检察机关把检察听证作为创新履行法律监督职责的重要方式,积极主动开展听证工作,检察听证数量、覆盖范围、听证室和听证员库建设等方面都取得显著成效,但听证公开程度、听证员选任、听证方式、听证程序等诸多方面仍然存在不足。检察机关应在拓展公开途径、明确听证范围、加强听证员管理、促进诉讼化运行等方面优化实践路径,提升检察听证实效。

〔关键词〕检察听证;全过程人民民主;治理体系;实践路径

〔基金项目〕本文系 2024 年度最高人民检察院检察听证理论研究课题“基层检察机关听证实践研究”(项目编号:ZGJAGB2024T25)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕席照生(1973—),男,河南延津人,锦州市人民检察院党组书记、检察长,二级高级检察官,主要从事刑事检察研究;李景波(1984—),男,辽宁喀左人,沈阳市人民检察院案件管理办公室副主任,四级高级检察官,主要从事刑事检察研究;王镭(1973—),男,辽宁沈阳人,辽宁省人民检察院辽河分院党组副书记、分管日常工作的副检察长,三级高级检察官,主要从事刑事检察研究;运胜雷(1980—),男,河南南乐人,沈阳市大东区人民检察院综合业务部副主任,一级检察官,主要从事刑事检察研究。

〔收稿日期〕2024-03-28

〔中图分类号〕D926.32 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-067-08

检察听证是检察机关贯彻落实习近平法治思想、践行全过程人民民主要求,依法能动履职的重要举措,是检察机关监督办案的新形态、新方式^①。2020 年 9 月,最高人民检察院印发《人民检察院审查案件听证工作规定》(以下简称《听证工作规定》),听证制度在检察机关全面铺开。检察听证工作不仅需要自上而下的制度构建与顶层设计,还需要基层检察机关的生动实践。近年来,基层检察听证工作面临诸多困境,站在省级院角度,亟需全面梳理基层检察听证实践中存在的问题和困境,探索出解决的方法和路径,着力

破解制约检察听证工作高质量发展的各项难题。2023 年 2 月 15 日,最高人民检察院召开检察听证工作座谈会,强调做好检察听证制度“精装修”,把全过程人民民主贯彻到检察监督办案中,对进一步做好检察听证工作提出了明确要求。基层是检察听证工作的底板,在新时代法治社会建设背景下,如何做好做优基层检察听证工作,答好全过程人民民主的“检察答卷”,促进“高质量办好每一个案件”,更好服务发展新质生产力,是检察机关面临的现实考验。

①参见中国军:《中国检察特色听证制度理论与实务研究》,载《人民检察》2023 年第 7 期,第 10 页。

一、基层检察听证工作的实践价值

检察听证作为检察机关深入践行司法为民理念的制度举措,坚持“案结事了人和”的价值目标,与诉源治理“预防化解矛盾纠纷”、践行公平正义、实现全过程人民民主的价值意蕴一脉相承、高度契合。

(一)有利于化解基层矛盾,减少信访隐患

基层检察机关处在办案第一线,位于趁早趁小化解矛盾、防止负面舆情的最前线。如何在高质量办理案件过程中化解矛盾、为民司法,是每一个基层检察机关面临的现实挑战。检察机关通过召开听证会的方式办理案件,将案件存在的矛盾展现出来,把当事人请进来,使其充分享有、行使参与听证、提交证据、质证辩论的权利,实现案件当事人与检察机关之间平等对话^①,推动“法结”“心结”一起解,促进公正办案、消弭积怨、化解基层矛盾。

(二)有利于践行公平正义,推进全过程人民民主

最高人民检察院检察长应勇指出,要坚持“高质效办好每一个案件”^②,既要通过履职办案在实体上确保实现公平正义,也要在程序上让公平正义更好更快实现,还要在效果上让人民群众真正、切实感受到公平正义。基层检察机关作为“群众身边的检察院”,是社会大众参与司法程序、感受公平正义的“第一窗口”。检察听证是检察机关积极贯彻落实党中央提出的“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”要求的有益探索,让人民群众以最直接的方式可感受、能感受、感受到公平正义,不仅在履职办案过程中实体上实现公平正义,也在程序上进一步践行公开公正。

(三)有利于推进检务公开,践行检察为民

检察听证是推进检务公开、践行阳光司法的有力抓手和重要载体。听证过程中,检察机关将听证案件的证据情况、法律适用、拟处理意见等信息以公开透明的方式呈现给社会公众,是一种更贴近群众、更具时代意义的检务公开方式,让

案件当事人既解“法结”又解“心结”,让人民群众以看得见、听得清、摸得着的方式感受司法的公平正义和温度,是新时期检察为民理念的生动实践。

二、基层检察听证工作的实践审视

2020年以来,全国基层检察机关深入践行全过程人民民主,认真落实最高人民检察院关于检察听证工作的决策部署,结合自身区域特色全面开展检察听证工作,办案质效得到有效提升,推动基层检察听证工作由“盆景”走向“风景”,有效促进“高质效办好每一个案件”。

(一)基层检察听证工作现状

基层检察听证工作在新时代迎来了“凤凰涅槃”,步入发展的“快车道”,听证制度不断完善,听证管理日益规范,检察听证质效凸显。L省检察机关秉持“以公开促公正,以公正赢公信”的司法理念,发挥区域优势,创新探索“检察听证+”工作模式,将检察听证与“检察护企”“检护民生”专项行动深度融合,在新赛道上精耕细作,在检察听证“有数量”的基础上,努力实现“有质量的数量”。2020年以来,L省基层检察机关共办理检察听证案件16640件,其中公开听证14957件,不公开听证1683件,实现检察听证“关键少数”和“四大检察”全覆盖,让检察办案可见可闻、公平正义可感可触,充分保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权,生动践行全过程人民民主。

(二)基层检察听证工作的特点

基层检察听证在司法实践中已呈现常态化、规范化的发展态势。通过以近五年来L省基层检察机关听证案件为样本进行实证分析,同时运用问卷调查、交流访谈等方法在听证员、办案人、当事人中进行广泛调查研究发现,L省基层检察听证工作呈现以下特点:

- 1. 案件适用范围实现“四大检察”全覆盖
- 实现检察听证“四大检察”全覆盖,是检察机关逐步建立从案件办理到社会治理新渠道的大胆探索与实践。L省基层检察机关坚持“能听证

①参见车芳芳,苏之彦:《对检察机关听证制度的实务分析》,载《法治博览》2022年6月上,第114页。
②参见《应勇:高质效办好每一个案件 努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/tt/202410/t20241008_668110.shtml,最后访问时间:2025年3月28日。

尽听证”原则,聚焦群众“急难愁盼”,针对群众诉求强烈、矛盾突出、疑难复杂、引领性案件开展听证,逐步实现案件类型全覆盖,并将听证环节全面拓展至“四大检察”所涉及的审查逮捕、决定不起诉、刑事訴訟监督、刑事执行监督、刑事申诉等业务(参见图1)。从听证案件类型分布情况来看,L省基层检察听证主要适用于拟不起诉、民事诉讼监督、公益诉讼案件,这三类案件占比超过75%;听证范围全面覆盖“四大检察”,并进行了延伸探索,基本做到“能听证尽听证”,听证工作逐步走向常态化、规范化。

2. 听证推动进程发挥“头雁”引领示范作用

为推动听证工作进一步取得实效,L省基层检察机关积极作为、主动作为,将检察听证作为一项重要政治任务 and “一把手”工程,注重发挥检察长“头雁”引领示范作用。检察长带头办理有较大影响力的检察听证案件,“头雁带动”“群雁齐飞”,为办案检察官打造检察听证工作的“样板”,打通政策落实“最先一公里”,高站位、常态化推动检察听证工作全面开展。2022年9月,D区检察院检察长主持召开赵某、马某非法狩猎刑事附带民事公益诉讼听证会^①,邀请当事人、办案单位、听证员等多方参与,在主持人引导下,经质证、申辩、释法说理,被告人当即表示认罪认罚,愿意承担损害赔偿责任,并在省级媒体公开道歉,实现了“办理一案、警示一片、治理一方”的良

好社会效果。

3. 听证员选任突出多元化和专业性

为确保听证参与主体的广泛性和专业性,L省基层检察机关坚持“以需求为导向”的选取标准,按照多元化、专业化、规范化、常态化原则选任和组建检察听证员库,积极探索“借力、借智”。2020年以来,根据案件涉及的专业问题,L省基层检察机关累计邀请听证员46445人次参加听证会,听证员身份涵盖人大代表、政协委员、人民监督员、专业人士、村(居)委会成员及其他社会人士,具有广泛的社会基础(参见图2)。

从听证员身份分布情况来看,人民监督员、人大代表、政协委员、其他社会人士是听证员队伍的“主力军”,这四类人员占比超过92.48%;同时,涵盖专家咨询委员、特约检察员等专家型人才和居住地居民委员会、村民委员会委员等基层人民群众代表,各行各业、不同领域的听证员成为检察办案的“智囊团”,有针对性地参与释法说理类、教育宣传类、矛盾化解类案件听证,有力监督检察权正确行使,最大限度杜绝“关系案”“人情案”。在L省基层检察机关办理的听证案件中,采纳多数听证员意见的案件15296件,占比91.92%;未采纳多数听证员意见的案件,检察官也对听证员进行了重点反馈和说明,努力实现听证员“真监督”“真建言”,检察机关“真欢迎”“真接受”。

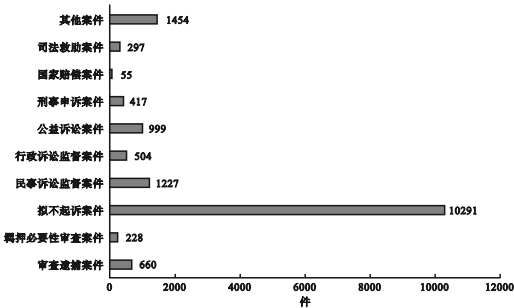


图1 L省听证案件类型分布情况

4. 听证开展方式探索“听证+互联网”新模式

为适应新时代检察工作的现实要求,L省基

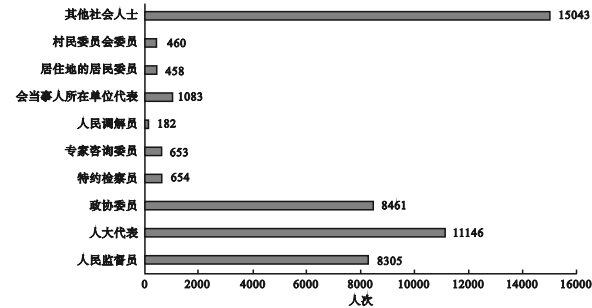


图2 L省检察机关听证员身份分布情况

层检察机关创新开展公开听证,借助新媒体技术整合打破空间限制,探索以视频方式“云听证”,夯实司法为民“中间一公里”。2022年6月,X区

①参见《大东:检察长主持召开刑事附带民事公益诉讼案听证会》,载《沈阳检察》微信公众号,https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA-xMTY0MTQwOQ==&mid=2653136100&idx=4&sn=7a5f6bfb72f9a8dac7fed2175cb5cb8b&chksm=806af3cab71d7adedcf403bd019f78f0f1257c4daf25fdfb38c3fe02818f38d6fb17f4b0db9&scene=27,最后访问时间:2025年3月28日。

人民检察院建成L省首个“沉浸式”检察听证室,打造“听证+互联网”新模式,让千里之外的人民群众“零距离”参加检察听证。截至目前,多数L省基层检察机关已完成检察听证室智能化改造,接入“中国检察听证网”,实现了同步录音录像、证据展示、听证互联网直播、评论等功能,让听证直播成为检察办案“新常态”。2022年9月,D区人民检察院对7件拟不起诉的危险驾驶案件开展L省首批互联网直播集中类案听证,听证参与人“一次也不用跑”,既充分保障了当事人表达诉求的权利,又节约了人力、物力、财力及时间成本,提升了案件审查效率,确保了处理结果的平衡性和一致性,让检察听证经得起“围观”。2020年以来,L省基层检察机关共组织互联网听证直播案件1132件(次),以检察智慧提升检察效率,让“数据多跑路,群众少跑腿”,真正让检察听证走进公众视野,让公平正义“可感可触”。

5. 听证场所从“机关大楼”走向“百姓门口”

为贯彻落实“司法为民”服务理念,践行新时代“枫桥经验”,L省基层检察机关积极推进“一次也不用跑”改革,“带案下乡”,将听证场所由听证室搬到社区、百姓家门口,并邀请社区工作人员参加听证,打通服务群众的“最后一公里”。2023年8月,Y区人民检察院在办理一起刑事申诉听证案件时,考虑到申诉人因病卧床、行动不便,将听证会地点搬到其居住社区,并邀请区政协委员、社区工作人员共同参加听证。听证会上,办案检察官用娓娓道来的方式讲解法律规定,用温暖的语言代替法律文书的冰冷,从法理和人情两方面对申诉人进行了释法说理和劝导。将听证会开到社区,主动上门化解矛盾纠纷,在“家门口”与信访人面对面交流,拉近了检察官和信访人的距离,在案结事了、息诉罢访的同时,扩大了公开听证在人民群众中的知晓度和影响力,让人民群众切实感受到检察温度。

6. 听证效果实现“案结事了人和”

L省基层检察机关以为民办实事为导向,积极探索“首访即终访”模式,在听证中化解矛盾,推动“法结”“心结”一起解,促进司法办案由“结案了事”向“案结事了人和”转变。2022年8月,D区人民检察院办理佟某不服不起诉申诉案时,听证会前检察长作为包案领导接待了申诉人并

了解其申诉原因。本案涉及邻里纠纷,为打开申诉人的心结,该院主动适用公开听证方式办理。听证会上,检察官就案件事实、证据及不起诉依据全面释法说理,一一回应申诉人的申诉理由,在矛盾症结、问题解决等方面充分说理和劝慰安抚,消除了申诉人与嫌疑人之间的心理隔阂,使申诉人充分理解检察机关作出不起诉决定的理由,从而撤回申诉。检察机关积极践行“两邻”理念,力促从源头化解矛盾纠纷,真正做到“案结事了人和”。

三、基层检察听证工作的实践困境

近年来,基层检察机关把检察听证作为创新履行法律监督职责的重要方式,积极主动开展听证工作,检察听证的数量、质量、影响力不断提升,制度建设、人员管理、基础设施不断完善,基层检察听证工作稳步发展。但从L省基层检察机关司法实践来看,基层检察听证工作还存在以下几个问题:

(一) 听证公开程度不高

《人民检察院审查案件听证工作规定》(以下简称《听证工作规定》)第19条规定:“公开听证的案件,公民可以申请旁听,人民检察院可以邀请媒体旁听”。但在司法实践中,听证活动没有事前公示,仅由承办部门“点对点”通知听证参与人员,听证活动仅有当事人、案件关联人员和听证员参加,群众知晓度不高,公开听证影响力不足。听证活动事后宣传力度也有所欠缺,多数基层检察机关不能很好利用新媒体等平台开展有效宣传,对听证活动的事后宣传仅在官方公众号或检察系统内网发布,发布内容通常为活动信息,较少披露案情、释法说理,公开听证效果延伸不足,在接受群众有效监督方面有待进一步加强。

(二) 听证案件范围相对单一

L省基层检察机关扎实开展检察听证工作,实现了“四大检察”全覆盖,但从总体来讲,与最高人民检察院提出的“应听证、尽听证”要求还存在差距。检察听证的目的在于充分发挥听证功能作用,促进重大、疑难、复杂案件依法办理和社会矛盾纠纷实质化解,实现案结事了人和。但在司法实践中,部分基层检察机关采取选择性听证、“为听证而听证”:为追求考核成绩、保证听证

会顺利召开、减少矛盾冲突选择案情相对简单、争议较小的拟不起诉案件听证,有盲目追求听证数量而忽视听证质量和效果的倾向;对于确需听证的争议较大或有重大社会影响的重大、疑难、复杂案件,召开听证会的比例相对较小,有违最高人民检察院“对于重大、疑难、复杂案件,可以进行全案听证,着重体现第三方专业机构对办案成效评估结论的客观性、专业性和权威性,提升司法办案公信力”的听证工作要求。

(三) 听证员选任机制不完善

目前,基层检察机关在办理听证案件时,受地域、层级和办案期限的限制,加之可对接资源有限,邀请的听证员多为与检察机关有联系的人大代表、政协委员和人民监督员等,较少邀请专业对口、权威性高的听证员。2020年以来,L省基层检察机关邀请参加听证的人大代表、政协委员、人民监督员占听证员总数60%。部分听证员缺乏相应专业知识和相关从业经验,对检察机关的意见盲目认同,使听证会流于形式,影响了人民群众对检察机关公正办案的完美预期和良好法治宣传效果的实现,对检察听证质效造成一定影响。

(四) 听证程序诉讼化程度不高

检察听证是正当程序原则的具体化,是一种“检察开庭”活动^①。与法院“庭审开庭”活动相比,检察听证程序诉讼化程度不高,一定程度影响了听证实质化效果。一是听证告知程序不完善。一方面,由于部分案件办案期限较短,基层检察机关未在听证3日前向听证员履行告知程序,没有将案件材料发送给听证员,听证员未能提前熟悉案情,对检察机关意见盲目认同;另一方面,办案检察官未告知当事人有申请听证的权利,听证多为检察官依职权启动。二是缺乏辩论对抗程序。司法实践中,主要由案件当事人或者其他参加听证的人就需要听证的问题作出说明,未对争议焦点设置“交锋程序”^②,影响了听证的司法化程度。三是缺乏听证救济机制。每种影响当事人利害关系的程序都应当有相应救济机制,但因《听证工作规定》无相关权利救济规定,

司法实践中出现当事人对检察机关作出决定存在异议却无处复议复核的情况,无法有效保障当事人的权利,影响案件办理效果。四是主持人中立性不强。司法实践中,听证会主持人一般由案件承办检察官或办案组主办检察官担任,检察官既是“运动员”又是“裁判员”,客观中立性不强,使听证会“等腰三角形”结构有所偏移,不能完全客观公正履行主持人职能。

(五) 听证方式较为单一

目前,基层检察机关公开听证开展方式比较单一。虽然基层检察机关逐步探索直播听证、“上门听证”和“带案下乡”等听证新形式,但部分基层检察机关尤其是经济相对落后地区的检察机关统筹管理、经费保障相对滞后,智慧检务推进过程较慢,“云”听证仍在起步阶段,“走出去”听证尚有欠缺。从应用总量来看,公开听证主要依托本院检察听证室,听证方式仍较为单一。

四、基层检察听证工作的实践路径

基层检察机关全面开展听证工作,是提升司法公信力、践行全过程人民民主的重要举措,也是改进司法办案方式、促进治理体系完善的有力抓手。立足听证工作现状,破解实践困境,进一步优化听证工作实践路径,是每个基层检察机关亟需作答的“检察答卷”,也是创新履行法律监督职责的迫切要求。

(一) 拓宽公开途径,提高听证公开程度

检察听证关键在于公开。基层检察机关应充分发挥公开听证的价值功能,全面落实“能公开、尽公开”工作要求,拓展公开途径,进一步提高听证公开程度,以公开促公信,提高公开听证效果。一是完善会前公告机制。区分不同案件性质,对可以公开的案件基本情况积极公开,充分利用检察机关“两微一端”、关注度较高的新闻媒体、机关公告栏和当事人所在单位、社区(村委会)滚动屏,以“线上+线下”相结合的方式发布听证公告,邀请新闻媒体、人民群众参加旁听,拓展检察听证公开途径,提高民众参与度。在听证常态化后,可以尝试采取时间相对固定、类案集

①参见闫振兴:《深化检察听证工作“六要”》,载《检察日报》2021年2月4日,第3版。

②参见姜明安:《公开听证:彰显检察履职方式创新发展》,载《检察日报》2021年2月19日,第3版。

中听证等方式开展听证活动,并通过会前公告机制提高公众参与检察工作的积极性^①。二是完善听证宣传机制。注重结合检察机关司法为民的政策、举措,更好传达“检护民生”的政策理念,借助抖音、微博等新媒体手段,结合图片、视频、动画等鲜活方式加强社会宣传,全方位、多角度讲述检察听证工作新方式、新动态,讲好检察听证“好故事”,传播检察听证“好声音”。同时,重视对检察听证典型案例的宣传,加强释法说理、政策宣传,强化中国特色社会主义法治意识,起到“公开一案、影响一片”的社会效果。

(二)明确听证范围,逐步实现“能听证尽听证”

基层检察听证实践中,要准确把握检察听证的范围、内涵和特质,严格落实最高人民检察院“能听证尽听证”的要求,进一步明确听证案件范围,既要“做加法”,又要“做减法”。“做加法”,就是进一步拓展检察听证的案件类型,将听证案件划分为“可以听证”和“应当听证”两种情形。“可以听证”案件由检察机关根据检察工作实际情况决定,将少捕慎诉慎押司法理念贯穿始终,破解羁押必要性审查案件听证案件数量少的难题,积极开展控告申诉案件简易公开听证工作,积极探索罪犯假释监督案件公开听证,不断拓展听证案件类型。“应当听证”案件则把听证作为必经程序,既包括检察机关作出终局性决定的案件,如不起诉案件、拟不支持当事人申请的民事及行政监督案件,也包括社会关注度高、争议较大、有较高信访风险、有重大社会影响的案件。对于这些重点案件,要以制度化、过程实质化、效果最大化为抓手,努力做到听证全覆盖,将检察办案与接受外界监督、参与社会治理有机结合,让司法公正可感可触^②。“做减法”就是构建听证案件过滤机制:严把“案件争议程度”“案件影响程度”“案件轻重程度”三个要素,对与《听证工作规定》精神相背离的简单案件和矛盾纠纷不突出的案件不开展检察听证;对事实清楚、双方当事人对结果无异议、没必要听证的简单案件原

则上不听证,杜绝听证工作中存在的做样子、走过场,纠正浪费司法资源、损害检察公信力的行为。

(三)加强听证员管理,完善听证员选任机制

《听证工作规定》第7条和《人民检察院听证员建设管理指导意见》第4条规定了听证员的选任条件。听证员的选择权在检察机关,具有相应工作经验、能力素质和影响力等因素是检察机关考量听证员选择的主要内容。检察听证会质量高低与否,一个重要影响因素就是听证员选任是否合理。为保证检察听证高质量开展,听证员选任要做到规范、民主、公平,结合本地区办案数量和类型制订合理规划,同时加强听证员库的统筹管理、分类管理和科学管理。

一是完善听证员选任机制,明确主动邀请、单位推荐和自愿报名三种选任方式的适用顺序,扩大公开选聘人员所占比例,确保听证员来源的广泛性。区分听证案件听证的重点,选取具有不同特长的听证员:对听证事项涉及专业领域的,要选取专业人士作为听证员;有重大争议、矛盾化解难问题的,邀请有社会威望、有较高社会矛盾化解能力的社区工作者参与听证,通过有效听证增强个案的法治宣传效果;对于控告申诉类案件尤其是长期信访案件,解“心结”往往比解“法结”更重要,可以邀请申诉人所在村委会(居委会)干部群众担任听证员,让申诉人聆听身边人的意见和想法,配合检察官的释法说理,以取得更好效果。二是完善听证员库管理机制,精准匹配办案需要分类建库。依据听证的焦点问题种类,可以将听证员库划分为法律争议类、事实争议类、社会效果类和矛盾化解类四种基本类型,也可以依据人员专长,划分为刑事、民事、行政、公益诉讼、心理健康、法医学司法鉴定、会计审计等类别。对于涉及专业领域问题的案件,可以根据案件特点选取办案经常涉及的专业领域建立专业人才库,特殊需求则可以通过当事人指定、临时聘请等方式灵活解决。此外,为了使听证结

①参见山西省临汾市人民检察院课题组:《检察权视野下的听证制度研究——基于山西省临汾市检察机关听证工作实践》,载《中国检察官》2021年第1期,第72页。

②参见石磊:《检察听证实务运行状况及优化路径——以S市检察机关检察听证实践为样本》,载《北京政法职业学院学报》2023年第2期,第47页。

果更贴近民意,可借鉴传统文化中民间社会自行处理纠纷的方式,注重吸收具有一定社会工作经验、德高望重的基层群众代表到听证员库中,使听证反映出最真实的民意。三是加强听证员培训和年度考核:定期组织专门培训,依据不同类别听证员的履职需求,制订“菜单式”培训计划,创新培训形式,组织开展检察官和听证员同堂业务培训,通过专家授课、业务交流、观摩听证等方式提升听证员履职意识和履职能力;加强年度考核工作,根据听证员年度履职情况和考核情况,对听证员库进行动态管理,确保听证员能上能下,有序参与检察机关办案活动。

(四)完善听证程序,促进听证诉讼化运行

检察听证制度构建了类似于法院庭审的模式,相当于检察官的“开庭”,因此必须进一步完善听证程序,充分发挥检察听证的制度效能。一是完善听证告知程序。在听证3日前履行告知程序并将案件材料发送给听证员,加强与听证员的沟通,让听证员充分了解案件争议焦点、法律适用问题等,为保障听证会高质量开展做好充分准备。此外,依据听证启动程序划分,可分为申请型听证和职权型听证,办案检察官要提前告知当事人有申请启动听证权利,明确申请程序和救济途径,充分保障当事人合法权益。二是建立预备会议制度。对于社会关注度较高、重大疑难复杂、敏感度较高的案件,在听证前组织召开预备会议,有选择性地邀请听证员参加会议,由案件承办人详细向听证员介绍案情以及需要解决的问题;必要时,听证员可以阅卷,做到事前“心中有数”,避免现场临时“听”案影响质效,进一步强化听证员事前实质性参与。三是建立对抗辩论程序。借鉴刑事诉讼法庭调查、法庭辩论程序,在检察官、案件当事人介绍案情、说明情况后,围绕双方争议焦点,由参加听证会的各方分别陈述事实理由并负责各自举证、质证,确保参加听证的侦查人员、检察人员与案件当事人平等对抗^①。四是完善听证救济机制。在当事人权利义务告

知书中增加听证权利义务告知程序,详细解释听证的申请渠道、时间节点和方式方法以及听证一经启动后可能导致的实体、程序效果,进一步明确其听证申请被否定后申请复议、对听证主持人及听证员的回避、对听证结果异议的复议、重新申请听证等问题,提高利害关系人对听证制度的认知和运用能力,切实落实“司法为民”的理念。五是建立异地或异部门检察官担任主持人机制。检察听证在案件当事人和听证员共同参与下,对案件的事实认定和法律适用等进行全面审查,是司法办案的一部分^②。听证主持人需要有客观公正的立场和扎实的法律功底,由检察官担任主持人较为合适。为避免案件承办检察官担任主持人可能引发的不客观隐患,由其他辖区或者其他部门的检察官担任主持人更为适宜^③,这样能最大程度保持主持人中立地位,强化听证中立性。

(五)创新听证方式,不断提升听证效果

为更好提升听证效果,基层检察机关应积极探索更加灵活多样的听证方式,提升检察听证的实效性和便民性,力求让群众不跑腿、少跑腿。一是聚焦高效便民服务。探索能够让群众更加方便参与的方式,如加大开展简易听证、巡回听证等,持续开展“下访式”听证,“带案下乡”,把听证会开进社区、村庄、家门、企业,常态化开展各种“上门式”检察听证活动,让检察工作更“接地气”,逐步拓展群众参与听证的渠道,促进案结事了人和^④。二是聚焦矛盾纠纷实质化解,探索开展示范听证。检察机关参与社会治理、服务社会大局的载体是个案,要完善公开示范听证制度,开展检察听证示范庭观摩+评议专项活动,根据案件情况充分研判评估,在取得申诉人及当事人同意的基础上,邀请上级院检察官、业务部门骨干、媒体记者、人大代表、政协委员、人民监督员等公开示范听证观摩和评议,以“听”促学、以“评”促改、以“议”代训,既提升办案透明度和司法公信力,促进实现案结事了人和,又拓宽检察机关自我检视的工作思路,推动内部监督和外部

①参见石磊:《检察听证实务运行状况及优化路径——以S市检察机关检察听证实践为样本》,载《北京政法职业学院学报》2023年第2期,第47页。

②参见中国军:《中国检察特色听证制度理论与实务研究》,载《人民检察》2023年第7期,第12页。

③参见钟政,王文佼,陈焕友:《关于完善检察听证制度的几点建议》,载《中国检察官》2021年第5期,第72页。

④参见方威,运胜雷:《基层检察机关做好听证工作的具体举措》,载《人民检察》2023年第24期,第148页。

监督相互交融、形成合力。三是整合制度资源优势,提升听证办案质效。将听证制度和其他相关检察制度有效衔接,在相互融合中促进检察听证工作高质量发展。开展“检察听证+检察建议”,注重在检察听证案件中发现社会治理中暴露出来的问题,通过深入开展调查研究,剖析问题症结,向相关部门或单位发出检察建议,形成检察机关与相关单位共同参与社会治理的良性互动,以“我管”促“都管”,实现双赢多赢共赢,助推社会诉源治理;组织“检察听证+司法救助”,摒弃“就案办案”“机械办案”的办案方式,注重在检察听证环节发现当事人的实际困难,对于符合司法救助条件的当事人及时启动司法救助程序,并借力相关部门拓展救助形式、延伸帮扶触角,在化

解社会矛盾中传递司法温度;开展“检察听证+释法说理”,将公开听证与化解信访案件紧密结合,坚持以法为据、以理服人,充分用好公开听证化解矛盾的作用,运用群众语言、鲜活案例、化解策略讲清法理、讲明事理、讲透情理,解开信访人心结,推动定分止争,促进息诉罢访。促进“检察听证+刑事和解”,听证过程中双方矛盾化解的,可进入刑事和解程序,听证后适时回访,“一次性听证”与“延续性善后”相结合,切实解决矛盾纠纷,做实“检护民生”工作,高质效办好每一个案件。

【责任编辑:耿 浩】

Research on the hearing practice of grassroots procuratorial organs
—taking the procuratorial hearing practice of grassroots procuratorial
organs in L Province as a sample

Xi Zhaosheng, Li Jingbo, Wang Lei, Yun Shenglei

- (1. Jinzhou People’s Procuratorate, Jinzhou Liaoning 121000, China;
- 2. Shenyang People’s Procuratorate, Shenyang Liaoning 110002, China;
- 3. Liaohe Branch of Liaoning Provincial People’s Procuratorate, Panjin Liaoning 124010, China;
- 4. Dadong District People’s Procuratorate of Shenyang, Shenyang Liaoning 110044, China)

Abstract: Procuratorial hearing is an important measure for procuratorial organs to enhance judicial credibility and achieve the organic unity of the “three effects” of case handling under the background of the new era. It is also a powerful means to improve judicial case handling methods and promote the perfection of the governance system. At present, grassroots procuratorial organs have taken procuratorial hearings as an important way to innovate the performance of legal supervision duties, actively carried out hearing work and achieved remarkable results in terms of the number of procuratorial hearings, coverage, construction of hearing rooms and hearing officer pools. However, there are still deficiencies in many aspects, such as the degree of hearing openness, the selection of hearing officers, the hearing methods and the hearing procedures. Procuratorial organs should optimize practical paths in expanding the open channels, clarifying the scope of hearings, strengthening the management of hearing officers and promoting litigation-based operations, to improve the effectiveness of procuratorial hearings.

Key words: procuratorial hearing; whole-process people’s democracy; governance system; practical path

【法学理论研究】

中国式法治现代化的优秀传统文化法律
文化溯源与现实关照

张振芝,周美艳

(烟台黄金职业学院,山东 烟台 265401)

〔摘要〕中国式法治现代化是中国特色社会主义法治道路的集中体现。它在回应中国现实治理需求与参加全球法治文明对话中,汲取了诸多中华优秀传统文化法律文化,诠释了“两个结合”与“两创”在法治领域的“为何能”“怎么做”的逻辑思路。其中“有道以统”的政治基点、“民为邦本”的政治底色、“天下无讼”的价值追求和“德法并济”的方式方法等内容,涵养了坚持党的领导、人民主体地位、社会主义核心价值观、依法治国有机统一的底气、立场、取向与智慧。

〔关键词〕中国式法治现代化;优秀传统文化法律文化;社会主义核心价值观;“德法并济”

〔基金项目〕本文系2024年山东省高等学校哲学社会科学研究项目“习近平法治思想中用典研究”(项目编号:2024ZSMS460)和2025年山东省社科联人文社会科学课题“中国式现代化进程中胶东红色文化传播力研究”的阶段性研究成果。

〔作者简介〕张振芝(1965—),女,山东临沂人,烟台黄金职业学院教授,管理学博士,主要从事法治理论研究;周美艳(1964—),女,山东蓬莱人,烟台黄金职业学院教授,主要从事法治实务研究。

〔收稿日期〕2025-04-12

〔中图分类号〕D920.0;G122 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-075-07

习近平法治思想与中国式法治现代化是理论纲领与道路实践深度互构关系。全面推进中国式法治现代化、复兴中华法系和对中华优秀传统文化的“两创”,是习近平法治思想核心要义和科学方法的守正与创新。习近平总书记2020年在中央全面依法治国工作会议上指出,“要传承中华优秀传统文化法律文化,从我国革命、建设、改革的实践中探索适合自己的法治道路,同时借鉴国外法治有益成果,为全面建设社会主义现代化国家、实现中华民族伟大复兴夯实法治基础”^[1]。推进中国式法治现代化建设不能割裂其与中华法系的历史关系,不能抛弃中华传统法律文化的优秀成果^[2]。从传承中华法律文化精华、阐发中国优秀传统法治文化、讲好中国法治故事、提升我国法治体系和法治理论的国际影响力和话语权出发,探寻、挖掘中华优秀传统文化法律文化,汲取营养、择善而用,可以克服长期以来人们

对中国传统法治文化的成见、偏见,加快构建中国特色社会主义法治体系,彰显中华文化动态整体、天人合一哲学观点,是融通多种资源,推进知识创新、理论创新、方法创新,促进中国式法治现代化建设走深走实的重要举措。

一、“有道以统”的政治基点与党对全面依法治国领导的根本保证

马克思认为:“全部社会生活在本质上是实践的”^[3]。这一论断深刻体现了马克思主义实践哲学的核心观点,即社会存在决定社会意识,实践是物质世界与人类历史发展的根本动力。习近平总书记指出,“党和法的关系是政治和法治关系的集中反映”^[4]，“党和法、党的领导和依法治国是高度统一的”^[5]。坚持党的领导,把党的领导贯彻落实到全面依法治国的全过程,是中国特色社会主义最本质特征在法治实践中的彰显。

因此,在创造人类文明新形态的文化源流中,吸收与借鉴中华优秀传统文化法律文化蕴含的“有道以统”思想,是保证全面推进依法治国正确方向的政治基点。

“有道以统之,法虽少,足以化矣;无道以行之,法虽众,足以乱矣”(《淮南子·泰族训》),就是说用“道”来统帅,法令即使很少,也足以感化民众;没有以“道”来统帅,法令即使很多,也不足以安定民众,反而不断地出乱子。这里的“道”指的是宇宙和社会的根本规律、治国的根本原则。一切本源性、根本性、决定性的东西都可以理解为“道”。就古代封建制度而言,所谓“道”不仅是以儒法思想为内核,以周秦汉唐法制为外在形式,指向国家富强与治理效能的法文化系统,更强调与历代王朝统治者、治国者密切相关的为谁执政、怎样执政之道。中国传统法律文化高度注重“天道”“仁道”,也非常关注治国者的道德品质。对此,儒家、法家都进行了详尽深刻的阐述。儒家主张“为政在人”“为政以德”“其人存,则其政举;其人亡,则其政息”,法家经典《商君书·开塞》指出,“分定而无制,不可,故立禁。禁立而莫之司,不可,故立官。官设而莫之一,不可,故立君”。《唐律疏议》中对于“君”的维护更是非常突出,对于忤逆者的处罚有着详细的规定。

对于统治者执政,无论先秦诸子百家还是大一统时期的法学典籍都有所阐述。荀子强调“有治人、无治法”,为官者、执法者要清正廉洁、光明正大,发挥“民以吏为师”的头雁效用;孟子提出“徒善不足以为政,徒法不能以自行”(《孟子·离娄上》),强调法律的现实应用在很大程度上依赖于执法者的个人道德与品格素质。与之对应,历朝历代统治者对于立法与执法的重视程度也保持在一个相当高的程度。魏晋时期,律学地位和经学同等重要,成为并立的学府,开创了律学专门学府的先例;明清时期,统治者要求对国家法典《大明律》和《大清律例》进行全民讲读。在治国理政中,明确决定一种法律善恶、是非或存废,不在于它是“先王之制”还是“末世之事”,而在于它是否是合于“道”的“良法”,还要重视良法与善治中的“贤吏”,这就是“有道以统”的解读。

传统儒家强调圣者、仁者、君子在人类社会历史发展进程及具体社会历史发展阶段中发挥

着推动作用,而中国特色社会主义法治道路,必须坚持党对全面依法治国的领导,健全党中央对重大工作的领导体制机制,完善坚持党的全面领导的制度。党领导人民制定宪法法律,党领导人民实施宪法法律,党自身必须在宪法法律范围内活动,这就是当代中国式法治现代化之“有道以统”的“道”。

中国共产党带领中国人民实现了从站起来、富起来到强起来的历史性飞跃。围绕这些历史性伟大成就,中国特色社会主义法治体系逐步建立。1941年5月19日,毛泽东在延安干部会议上作《改造我们的学习》的报告时,第一次详细阐述了“实事求是”的内涵:“‘实事’就是客观存在着的一切事物,‘是’就是客观事物的内部联系,即规律性,‘求’就是我们去研究”。因此,实事求是的提出,是以毛泽东为代表的中国共产党人科学地理解马克思主义的思想精髓,用中国成语对辩证唯物主义和历史唯物主义世界观和方法论作出的高度概括。这里的“是”所指的规律性,即是“道”。新中国成立不久,《中华人民共和国宪法》《中华人民共和国婚姻法》《中华人民共和国土地法》等法律法规相继出台,为我国经济建设和社会发展提供了有力保障。党的十一届三中全会强调要加强社会主义法制,使民主制度化、法律化,做到有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。党的十五大正式提出,党领导人民治理国家的基本方略是“依法治国”;1999年宪法修正案规定,“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”。宪法条文的修订,即由“社会主义法制国家”到“社会主义法治国家”的转变,标志着中华人民共和国治国理政方式的重大转变。党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视全面依法治国工作的推进,将其纳入“四个全面”战略布局,统筹推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。与之对应,党在推进社会主义法治建设中,提出建设中国特色社会主义法治体系,把日臻完善的党内法规体系纳入中国特色社会主义法治体系重要内容,确保党要依据宪法法律治国理政,也要依据党内法规管党治党、全面从严治党;同时,持之以恒地加强自我革命,把提升领导干部法治素养,建设德才兼备的高素质法治工作队伍作为重中之重。

坚持中国式法治现代化,不仅要吸纳和消化中华优秀传统文化中的理据,更要在此基础上吐故纳新,才能使文化自信更好为认识和改造世界提供启迪,为治国理政提供启示,为道德建设提供启发,更好支撑坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一的中国特色社会主义政治发展道路。

二、“民为邦本”的政治底色与坚持“以人民为中心”的发展理念

历史唯物主义有一个根本性的命题:人民群众是历史的创造者。这是马克思主义历史观在历史主体论问题上的回答。主体是实践活动的承担者,是在坚强的政治保证下实现历史改变、做出奋斗努力的实践者。习近平总书记多次强调,“江山就是人民,人民就是江山”^[6]。坚持以人民为中心,坚持人民主体地位,是我们的制度优势,也是中国特色社会主义法治区别于资本主义法治的根本所在。因此,探究与展示中华法系蕴含的“民为邦本”思想,从而坚守“以人民为中心”的发展理念,是践行“民为邦本”思想精华的继承和创新发展。

古代中国民本思想源远流长,深得诸学派重视。“皇祖有训,民可近不可下,民惟邦本,本固邦宁”(《尚书·五子之歌》)。只有百姓安居乐业,根本稳固,国家才能安定。儒家法治思想中特别强调民本思想,主张“为政以德”。孔子曰:“节用而爱人,使民以时”(《论语·学而》),强调对待百姓要惠民顺民利民;孟子曰:“民为贵,社稷次之,君为轻”(《孟子·尽心下》),旨在劝谏君王以百姓为重;荀子也提出“君者舟也,庶人者水也,水则载舟,水则覆舟”(《荀子·王制》)的君民关系论。从一定意义上讲,孔子、孟子、荀子等儒家先贤的重民思想,为坚持以人民为中心、坚持人民至上的发展理念注入了文化元素和历史基因。法家学派也充分认识到这一点。商鞅提出:“法者,所以爱民也;礼者,所以便事也。是以圣人苟可以强国,不法其故;苟可以利民,不循其礼”(《商君书·更法》)”,其主旨就是法的功用在于爱民。古代中国的政治家、思想家都认识到民心向背是影响政治兴衰和国家存亡的重要因素,因而主张重民、利民、裕民、养民、惠民,把能否得民

心视为治国理政之根本。对此,在中国古代虽说民法逊色于刑法,但是作为基础的买卖、借贷、继承、婚姻等民事法律关系能够顺利进行,依然保留着中华文明绵延数千年的精神密码“平恕信民”的文化底色。中华法文化的“家”“任职回避”“胥鼎记载”“一物多卖”“赦免与私债”等观点,并非单纯的“礼”或“习惯”,而是礼法交融、国俗互构的治理智慧结晶,体现了中国古代“礼法合一”“情理法兼容”的独特法律传统。随着时代发展,民本思想逐渐成为中国传统法治文化的鲜明底色,成为历朝历代治国理政的核心政治观念之一。

传统儒法思想中的民本理念,虽以“保民而王”为旗号,但其经济主张本质上是通过有限度地调整利益分配来维系封建统治秩序。这种“以民为本”的治理逻辑与现代意义上的权利保障有明显的差异,而“轻徭薄赋”“均平调控”“灾害救济”等政策,在一定意义上有利于保障农业生产、抑制社会矛盾,实现“家国同构”。如今,在吸收和运用民本思想基础上,除了经济上采取保护私有产权的法律主张外,还在政治上体现国家一切权力属于人民的人民代表大会制度安排,全过程人民民主的鲜明特色有效激发了人民创造活力,彰显出民本思想的强大生命力。

自中国共产党建立的开天辟地,到新中国成立的改天换地,再到改革开放的翻天覆地,特别是党的十八大以来,习近平总书记反复强调的“以人民为中心”“坚持人民主体地位”的法治核心价值取向,既植根于中华优秀传统文化法律文化中的民本思想,又立足于马克思主义人民观,并在新时代治国理政实践中实现了历史性升华,是中国特色社会主义法治理论的重大创新。它不断深入解决影响人民根本利益和共同诉求的新矛盾、新问题,把坚持人民主体地位、更好保证人民当家作主、促进社会公平正义、增进人民福祉作为推进法治国家治理体系和治理能力现代化的工作重点,把坚持人民主体地位作为全面建成小康社会必须遵循的首要原则。

党的十八届四中全会明确强调,必须坚持法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民,以保障人民权益为出发点和落脚点。“人民”一词更是成为党的十九大报告中出现频率最高

的词汇^[7]。党的二十大报告在强调保障人民经济权利的同时,还从政治上提出了最广泛、最真实、最管用的全过程人民民主,并设计科学有效制度,充分体现人民意志。以习近平同志为核心的党中央提出以人民为中心的发展思想,彰显了人民至上的价值取向,既是中华文明“民惟邦本”传统治理智慧的当代转化,也是马克思主义人民观与中国具体实际相结合的创新成果。这一理念以“人民主体性”为核心,通过制度重构、治理升级、价值引领三重维度,实现了从“维护统治秩序”到“保障人民权利”、从“单向惠民”到“共建共享”的历史性跨越。在立法上,借助“诚信”“富民”“法典化”理念与技术,加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法,科学推进以“民法典”为样本的“环境法典”“教育法典”“行政基本法典”的行政领域法典编纂;在执法、司法上,借鉴“仁恕”“法不阿贵”等法治理念与取向,建立权责统一的依法行政体制,建设公平公正的中国特色社会主义司法制度,建设党统一领导、全面覆盖、权威高效的监督体系,让人民在法律制度框架范围内获得经济上的独立、政治上的民主、文化上的自由。

坚持中国式法治现代化,首先要坚持强调人民群众是历史的创造者。人民立场是中国共产党的根本政治立场。要坚持人民主体地位,强调在中国特色社会主义法治道路上,人民是依法治国的主体和力量源泉,法治建设为了人民、依靠人民、造福人民、保护人民。人民民主是我们党治国理政的重要前提和基础,保证人民当家作主是我们党领导和执政的重要使命。

三、“天下无讼”的价值理念与社会主义核心价值观的入规入法

党的十八大倡导的富强、民主、文明、和谐,自由、平等、公正、法治,爱国、敬业、诚信、友善的社会主义核心价值观,为新时代依法治国提供了全方位、多层次的价值支撑,体现了中国共产党高度的文化自觉与文化自信。社会主义核心价值观是依法治国的价值取向,同时也是中华法系以“天下无讼”为目标的价值取向的创造性转化和创新性发展。因此,在创造人类文明新形态的“天下无讼”境界中,探求中华法系中蕴含的“天下无讼”法治意蕴,更能从深层理解社会主义核

心价值观入法入规的引领作用。

中华优秀传统文化崇尚“以和为贵”,这种理念深深影响着中国人的思想和行为,也影响着国家和社会治理方式。在中华传统法律文化中,“无讼”是一个重要理念。对于息事宁讼,我国古代众多的思想流派均有直接阐述或者类似阐述。孔子说:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎”(《四书章句集注·大学章句》),体现了儒家在国家和社会治理中尚“和”的主张,蕴涵着通过道德教化来达到社会秩序稳定、长治久安的目的。“孔子为鲁司寇,有父子讼者,孔子拘之,三月不别。其父请止,孔子舍之(《荀子·宥坐》)”,这则故事集中体现了孔子以德为先、以德去刑,反对不教而诛的法治思想。孔子所主张的“无讼”并非不要诉讼,而是更应重视产生诉讼的根本原因,通过教化帮助民众解决问题,使得民众和谐相处。社会主义核心价值观是依法治国的价值取向,同时也是中华法系以“天下无讼”为目标的价值取向,从而实现天下大同的价值引领。我们可以把这种方式总结为一种用道德伦理来规范人民、限制诉讼的模式。道家则致力于构建一种“小国寡民”的理想社会形态。在老子少私寡欲理念(“见素抱朴,少私寡欲”《老子·十九章》)的影响下,民众可以将自己的欲望控制在合法合理的范围内,有利于培育“为而不争”的人生境界,达到使民众之间减少纷争的目的。法家思想则主张使用严刑峻法达到震慑人民的作用,通过“以刑去刑”减少诉讼,实现“无讼”的理想社会。中国历史倡导的“无讼”理念,并非主张杜绝纷争,而是提倡努力减少纷争,并尽可能通过非官方诉讼的方式解决纷争。在实践层面,民间倡导“遇争谦让,息事宁讼”,尽量避免诉讼。明朝颁布的《教民榜文》规定:“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事,不许辄便告官,务要经由本管里甲、老人理断”。对于必须付诸诉讼的纷争,则要求官吏秉公办案,通过公正裁断、明辨是非、晓谕百姓,尽快协调好利益关系,为百姓做好示范,从而减少类似诉讼发生。

儒家思想中“赏罚”“无讼”“恤刑”的价值追求,一定意义上是为了实现“天下无讼”的理想境界。这些理念在社会主义核心价值观中均有所涵摄,是对中华优秀传统文化的批判性继承与创

新性发展,为全面依法治国提供了全方位、多角度、深层次的价值支撑,为中国特色社会主义法治道路提供了重要指引。随着社会主义核心价值观不断融入法治建设,源于儒家优秀传统文化的“赏罚”“无讼”“恤刑”等政策理念作为关键的价值论理据,将在中国特色社会主义法治道路上得到更加完善、有力、创新的理论阐发和实践探索,为全面依法治国提供全方位、多角度、深层次的价值支撑,为中国式法治现代化提供取向鲜明的指引。

随着经济发展和社会变革的不断深入,各种利益关系相互交织,各种社会纠纷也大量增加,诉讼案件数量逐年增长。案件逐步增加,但资源却是有定量的,导致司法资源与审理诉讼案件之间产生了矛盾。在新时代全面推进依法治国建设中,一方面,我们将社会主义核心价值观融入立法、执法、司法、守法各个环节当中,出台了《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》,强化社会主义核心价值观的引领作用;另一方面,我们借鉴蕴含于中华传统法律文化中的“息讼”观念及中国古代社会在“无讼”思想指导下进行的司法实践,高度重视以“非诉讼”方式解决民事纠纷问题。司法界让“马锡五审判方式”作为一面旗帜,在群众最需要的地方落地生根,基层法院将“枫桥式人民法庭”的司法服务嵌入基层治理当中。通过调解制度、劳动仲裁、基层乡规民约、法律援助与法律咨询,逐步建立起立体化、多方位的法律保障体系,实现人民法院由单纯办案向综合治理转换、由坐堂问案向主动服务转型、由单打独斗向多元共治转变的定位和职能,在“定分止争”、消弭矛盾的同时,努力使大量纠纷化解在诉讼之前,以节约司法成本、维护社会安定和谐。与此同时,强化司法对于解决社会纠纷的引导作用,特别是通过司法案例,引导当事人对纠纷解决结果形成合理预期,为非诉化解纠纷提供示范。通过这些具体措施,推动人们对诉讼形成理性认识,正确对待和行使自己的权利,自觉抑制滥用诉讼权利、浪费司法资源的行为,让“天下无讼”法治理念在法治中国建设中发挥更加积极的作用。

四、“德法并济”的方式方法与法德相得益彰的政治智慧

方法论是关于人们认识世界、改造世界的方法的理论,指导人们用什么样的方式、方法来观察事物和处理问题。习近平总书记指出:“全面依法治国是一个系统工程,必须统筹兼顾、把握重点、整体谋划,更加注重系统性、整体性、协同性”^[8],充分体现了以方法论视角重新审视传统法律文化的重要性和必要性。在中华法系中,多用“外儒内法”“杂霸王道而用之”的策略,形成了“礼法互补”的传统。因此,必须深刻领会中华法系蕴含的“德法并济”治国理念,从而科学理解中国共产党正确处理依法治国和以德治国关系的政治智慧。

在几千年的历史演进中,中华民族创造了灿烂的中华法治文明。“德法并济”是具有中国传统特色的治国理念,也是沿袭数千年的治国策略。“德主刑辅、以德化人”的德治主张,是国家制度和国家治理的鲜明特色和重要内容;“德法互补、综合为治”的法文化传统,是中华传统法文化独具特色的思想内核,反映了中国传统法律观、道德观的鲜明特点,体现了中华法系的优秀思想和核心理念,彰显了中华法制文明的深厚底蕴。在夏、商、周三代的礼典实践中,正统社会礼制与民间生活礼俗内在的相互联结,首先表现在“礼”既是上层社会用来处理社会关系的手段,又是社会中各阶层的人都应当具备的礼仪修养。孔子将“礼”作为“德”的外化表现,同时认为对“礼”的遵守能够助长“德”的以“仁”为基底的内化品质,而“德”的内化品质反过来又将助力对“礼”的遵守。当人人都能从内、外两个方向去尊礼守德,社会将达到德治的理想境界。

先秦儒家对“德”“法”概念有其独到的见解。西周时周公提出“礼乐德罚、综合为治”,开辟了中国古代德法共治的先路,将德治与法治相结合,为成康之治奠定了坚实基础。孔子继承了西周时期“德”的伦理化倾向,强调对于一般民众进行主观道德能动性的激发和培养,认为应该施行以德为主、德主刑辅的治理方针:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格”(《论语·为政》);并将“德”外化表现为对

“礼”的遵守,甚至认为礼制是法制的先导和准绳,“礼乐不兴,则刑罚不中”;提出充分发挥道德对不法行为的预防作用,“君子有勇而无义为乱,小人无勇而无义为盗”。在孔子的道德体系中,“仁”是核心,仁的内涵是“爱人”。以仁为核心的“德”包括义、礼、孝、悌、忠、信、恭、宽、敏、惠、温、良、谦、让等。孟子和荀子在对“德”的理解上继承和发展了孔子的思想,提出了更多更加细致深化的道德理念。孔子的法概念有着比“刑”大的外延,但却没有具体的范畴。荀子提出的“引法入礼”扩大了“法”概念的内涵,使其具有了现代意义上的法理念。孟子曾有言:“徒善不足以为政,徒法不能以自行”,其实已经把德治与法治的互补关系说得相当明确了。

在实践层面,西汉后在汲取秦朝“专任刑法”“用刑太极”以至于失天下的沉痛教训基础之上,封建统治者开始既重视法律的惩戒作用又强调“德”“礼”的主导作用。“礼法结合、德刑兼施、经律互用”逐渐成为封建立法、司法的指导原则。唐朝将“礼法结合”“德主刑辅”转化为国家治理的基本原则,主张“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”。东亚最早成文法之一的《唐律疏议》,便是一部“出礼入刑”“明刑弼教”的中国古代法典典范。

深入研究和阐发“德法并济”在我国古代法制传统中的历史经验,汲取营养、择善而用,对于推动马克思主义法学理论同中华优秀传统文化法律文化相结合,坚定不移走中国特色社会主义法治道路,坚定中国特色社会主义法治道路自信具有重大现实意义。习近平总书记指出:“法律是成文的道德,道德是内心的法律。法律和道德都具有规范社会行为、调节社会关系、维护社会秩序的作用,在国家治理中都有其地位和功能”^[9]。将“倡导社会主义核心价值观”写入宪法,将“弘扬社会主义核心价值观”写进民法典,这些举措体现了依法治国和以德治国的有机结合。法治和德治不可分离、不可偏废。把社会主义核心价值观这一党和人民创造的宝贵财富上升为法律规定,并由宪法予以确认,将更好地发挥宪法的规范、引领、推动、保障作用,更好地为培育和践行社会主义核心价值观创造良好法治环境。在新时代,要发挥好法律的规范作用,强化法律对

道德建设的促进作用,使法律法规更多体现人文关怀,并通过法律强制力来强化道德作用、维护道德底线,推动全社会道德素质提升;以道德滋养法治精神,强化道德对法治文化的支撑,让法律真正成为人们的内心自觉,实现法安天下、德润人心,推动法治建设健康可持续发展。

坚持中国式法治现代化,把法治建设和道德建设紧密结合起来,把社会主义核心价值观融入法治建设全过程各环节的同时,坚持用法律来推动社会主义核心价值观建设,是中国特色社会主义法治道路对中华优秀传统文化之脉、法史之脉、哲学之脉的全面延续与创新,是中国古代法律思想历经数千载传承发展在中国特色社会主义法治道路上开出的新花。

五、结语

从我国优秀传统法律文化中围绕治国的整体逻辑来看,微观层面上政策的价值取向应紧紧围绕宏观层面上治理的基本方略展开,外化的政策和方略均对“以民为本”这一仁政的本质属性加以映现。德法兼治、以德为先、“仁者爱人”^[10]是以民为本的必要保障,而“赏罚”“无讼”“恤刑”是以民为本的具体措施。由此,传统法治文化治理思想在本质论、方法论、价值论三个维度达成有机统一,融贯一气。上述优秀传统思想的局部内容及体系脉络,以不同形式对后世历史中国家与社会的治理乃至中华法系的形成和演变产生了极其深远的影响。对于产生于特定社会历史阶段的优秀文化遗产,中国特色社会主义法治道路将其纳入自身理据,并积极进行转化和发展,充分反映出中国特色社会主义法治的道路自信、理论自信、制度自信、文化自信。同时,传统文化自信是对法治道路自信的有力诠释、检验和支持,深刻揭示出坚定不移走中国特色社会主义法治道路的必然性、必要性和必胜性。

“历史和现实告诉我们,只有传承中华优秀传统文化法律文化,从我国革命、建设、改革的实践中探索适合自己的法治道路,同时借鉴国外法治有益成果,才能为全面建设社会主义现代化国家、实现中华民族伟大复兴夯实法治基础”^[11]。以坚定不移走中国特色社会主义法治道路为核心要义的习近平法治思想,对中华优秀传统文化

思想的当代提炼与创新发扬,是对夯实中华优秀传统文化根基、提高马克思主义中国化、弘扬和传播当代中国文化创新成果的充分而坚定的文化自信与自信。习近平同志躬身践行了从“文化自觉到文化自信”^[12]的文化观念,以其法治思想的深厚文化内涵,为全面依法治国、建设法治中国的伟大实践提供了原创性指引,为全党、全国各族人民坚定不移跟党走中国特色社会主义法治道路注入了无比强大的信心。

〔参考文献〕

[1] 习近平. 论坚持全面依法治国[M]. 北京:中央文献出版社,2020:110-111.
[2] 金蕊. 推进中国式法治现代化的大历史观意蕴[J]. 中国矿业大学学报(社会科学版),2025(01):76.
[3] 马克思恩格斯选集(第1卷)[M]. 北京:人民出版社,2012:135.
[4][5] 中共中央文献研究室编. 习近平关于全面依法

治国论述摘编[M]. 北京:中央文献出版社,2015:34+36.
[6] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗[M]. 北京:人民出版社,2022:46.
[7] 江必新等. 深化依法治国实践:党的十九大报告法治精神研读[M]. 北京:中国法制出版社,2019:28.
[8] 中共中央召开党外人士座谈会 习近平主持并发表重要讲话 俞正声刘云山张高丽出席[N]. 人民日报,2013-11-14.
[9] 习近平. 论坚持全面依法治国[M]. 北京:中央文献出版社,2020:110-111.
[10] 金良年. 孟子译注[M]. 上海:上海古籍出版社,2004:184.
[11] 习近平. 在庆祝中国共产党成立100周年大会上的讲话[M]. 北京:人民出版社,2021:9.
[12] 孙元君. 习近平的文化自觉与自信[J]. 奋斗,2015(05):54-55.

【责任编辑:耿 浩】

Tracing the origin of excellent traditional legal culture and realistic care for the modernization of the rule of law with Chinese characteristics

Zhang Zhenzhi,Zhou Meiyan

(Yantai Gold College,Yantai Shandong 265401,China)

Abstract: The modernization of the rule of law with Chinese characteristics is a concentrated manifestation of the path of the rule of law of socialism with Chinese characteristics. In responding to China's practical governance needs and participating in the dialogue of global rule of law civilization,it has drawn on the excellent traditional Chinese legal culture and interpreted the logical reasoning of “why it can be done” and “how to do it” for “the two combinations” and “the two innovations” in the field of the rule of law. Contents such as the political basis of “governing with the right path”,the political background of “the people being the foundation of the state”,the value pursuit of “no litigation in the world”,and the approach of “combining morality and law” have nurtured the confidence,stance,orientation and wisdom of the organic unity of adhering to the Party's leadership,the principal position of the people,the core socialist values and the rule of law.

Key words: modernization of the rule of law with Chinese characteristics;excellent traditional legal culture;core socialist values;“combining morality and law”

《刑事诉讼法》修改背景下贪污贿赂案件 特别程序之整合

程照锦

(北京师范大学,北京 100875)

〔摘要〕刑事诉讼法第四次修改在即,此次修改是重构我国贪污贿赂案件特别程序的良机。我国违法所得没收程序和缺席审判程序关系紧密,其立法渊源和背景相似,均适用于被追诉人不在案的情形。两个程序既存在竞合空间,也存在诉讼客体不同、证明标准不同等区别。违法所得没收程序具备双重属性,既是刑事缺席程序,也是特殊的涉案财物处理程序。涉案财物处理程序的另行设立与特别程序的特殊定位,使得对贪污贿赂案件特别程序的整合成为可能。整合思路为吸收现有违法所得没收程序的规则,完善涉案财物处理程序;整合缺席审判程序和违法所得没收程序,构建贪污贿赂案件缺席裁判程序。具体内容包括适用情形、启动条件、救济体系、辅助事项等。在贪污贿赂案件缺席裁判程序基础上,构建我国刑事缺席裁判程序。

〔关键词〕违法所得没收程序;缺席审判程序;贪污贿赂犯罪;缺席裁判程序;涉案财物处理程序

〔作者简介〕程照锦(1999—),女,河南郑州人,北京师范大学法学院2023级未成年人法学博士研究生,主要从事刑事诉讼法学、未成年人法学研究。

〔收稿日期〕2025-05-23

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2025)03-082-11

十四届全国人大常委会将刑事诉讼法列入“条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案”的立法规划中^①,自此刑事诉讼法第四次修改成为学界讨论的热点。按照我国刑事诉讼法的修改规律,社会各界对刑事诉讼法第四次修改寄予厚望,希望能够借助此次修改解决司法实践中积累的问题。此次修改也是反思违法所得没收程序和缺席审判程序——两个针对贪污贿赂犯罪设置的特别程序的良机。虽然这两种特别程序均在犯罪嫌疑人、被告人不在场的情况下作出裁判,具有相同的立法背景和目的,其适用范围和条件交叉重叠,但在缺席审判程序被新增至刑事诉讼法时便存在对这两种程序之间关系的争议。近年来学界对“对物之诉”的探讨,以及实务界对

涉案财物处理程序的需求,也为违法所得没收程序的发展提供了新思路。在刑事诉讼法第四次修改之际,无论是此前的学界争论还是现今的实践需求,均需要对这两种特别程序的存废及修改问题进行再探讨。本文在全面梳理违法所得没收程序和缺席审判程序两者关联和区别的基础上,结合违法所得没收程序的程序属性,为贪污贿赂案件设计程序整合路径,以期对刑事诉讼法特别程序的修改提供参考。

一、违法所得没收程序与缺席审判程序的关联与区别

违法所得没收程序和缺席审判程序联系紧密,适用范围相似,例如,缺席审判程序中规定了

^①参见《(授权发布)十四届全国人大常委会立法规划》,载新华网,http://www.xinhuanet.com/politics/2023-09/07/c_1129851114.htm,最后访问时间:2025年5月20日。

可对违法所得及其他涉案财产作出处理^①,且学界对二者的复杂关系也有很多讨论分析。反思违法所得没收程序和缺席审判程序的区别与联系,是探讨两程序发展方向和梳理修法思路的基础。

(一) 相似的渊源与背景

违法所得没收程序和缺席审判程序拥有相同的国际法渊源,即2003年通过的《联合国反腐败公约》。该公约第54条规定了通过没收事宜的国际合作追回资产的机制,各缔约国可以考虑采取必要措施,使得在犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉时,能够不经过刑事定罪而没收这类财产,这是刑事诉讼法规定违法所得没收程序的直接渊源;第44条规定了依据刑事判决服刑是支持引渡的条件之一,即“按引渡或者移交请求所涉审判、诉讼中作出的判决服刑为条件”,成为我国构建缺席审判制度和程序的国际法渊源。

2012年刑事诉讼法修改时新增了违法所得没收程序,其立法目的在于对贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪的犯罪所得及时采取追缴措施,与我国已加入的联合国反腐败公约及有关反恐恐怖问题决议的要求相衔接^②。2012年至2018年间,我国国际追逃追赃工作力度不断加大,外逃人员缉捕人数逐年上升,引渡、遣返工作取得新突破。结合有关方面意见和现实需要,在2018年刑事诉讼法修改时建立了刑事缺席审判制度,以丰富国际追逃追赃工作手段,通过“以审促返”加大劝返力度^③。显然,违法所得没收程序和缺席审判程序均是针对贪污贿赂犯罪而设计的,体现了国家打击腐败犯罪的决心。但从立法者的释义来看,2012年刑事诉讼法新增违法所得没收程序的原因之一,在于我国没有对缺席审判作出规定,致使犯罪嫌疑人因逃匿或者死亡而无法到案时诉讼程序无法进行下去,有些犯罪分子

的违法所得及用于犯罪的财产无法追缴,不利于打击这类犯罪和保护相关权益^④。换言之,违法所得没收程序是具有救急性的措施。有学者指出,违法所得没收程序是在直接创设缺席审判程序时机尚不成熟的情况下采取的折中方案,其根本目的在于弥补原刑事诉讼法缺席审判程序的缺失,在功能上属于缺席审判程序的替代性制度设计^⑤。

(二) 不在场的被追诉人

违法所得没收程序和缺席审判程序的共同特点是被追诉人不在场,即缺少诉讼主体。开庭时被追诉人没有参与庭审,既是两程序特殊性的体现,也是其被设置在特别程序的原因之一。正是由于被追诉人不到场参加庭审,其诉讼权利难以得到保障,因此两种程序均设置了特殊的权利体系和救济规则。首先,被追诉人的近亲属具有特殊的权利和诉讼地位。具体而言,违法所得没收程序中近亲属有权申请参加诉讼,缺席审判程序中因严重疾病中止审理时近亲属的申请或对恢复审理的同意是启动缺席审判的条件;同时,两种程序中被追诉人的近亲属均可以提起上诉,即拥有相对独立的上诉权。其次,在被追诉人到案后,两种程序已有的裁判进度均会在一定程度上被“推翻”。在违法所得没收程序审理过程中,被追诉人到案法院将终止审理;在缺席审判程序审理过程中,被告人到案则法院会重新审理;裁判生效后到案的罪犯有权提出异议,法院会在异议提出后重新进行审理。这种被追诉人到案后引起审理程序变化和相关权利的赋予,也是对不在场被追诉人的特殊权利保护。

(三) 不同的诉讼客体和证明标准

违法所得没收程序和缺席审判程序的本质区别在于诉讼客体不同。诉讼客体是指检察机关和当事人发生争执或提起请求并要求法院予以裁决的权利义务关系^⑥。违法所得没收程序针

①参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第292条。

②参见朗胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,北京:法律出版社2012年版,第613页。

③参见王爱立:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,北京:法律出版社2018年版,第615页。

④参见朗胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,北京:法律出版社2012年版,第613页。

⑤参见万毅:《刑事缺席审判制度立法技术三题——以〈中华人民共和国刑事诉讼法(修正草案)〉为中心》,载《中国刑事法杂志》2018年第3期,第32页。

⑥参见陈瑞华:《刑事诉讼法》,北京:北京大学出版社2021年版,第96页。

对“违法所得及其他涉案财产”,解决的是《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第64条规定的犯罪物品的处理问题;缺席审判程序涉及被告人定罪量刑问题,同时可以对违法所得及其他涉案财产作出处理,其诉讼客体与违法所得没收程序有所重合。

两种程序的诉讼客体不完全相同,所解决的问题也不完全一致,因此二者有着不同的证明标准。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》(以下简称《违法所得没收程序规定》)第17条规定,认定申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产的证明标准为“高度可能”。该标准不同于刑事诉讼程序规定的“排除合理怀疑”的证明标准,并与民事诉讼高度盖然性的证明标准相似^①。缺席审判程序的证明标准在学界存在争议。有观点认为,缺席审判的证明标准应采用“优势证据标准”^②;也有观点认为,缺席审判程序应在申请上采用“高度可能”之证明标准,在定罪量刑时采用传统证据标准^③。《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第291条规定,人民检察院提起公诉的标准是“犯罪事实已经查清,证据确实、充分”,与对席案件的证明标准相同。从体系解释的角度出发,缺席审判的证明标准仍为“排除合理怀疑”。从我国刑事缺席审判第一案——程某昌案的相关报道也可以看出,缺席审判的证明标准与对席审判相同^④。

(四)交叉重叠的适用范围和条件

现行规定中违法所得没收程序和缺席审判程序的案件适用范围和适用条件并不完全相同。从适用范围来看,缺席审判程序仅适用于贪污贿

赂、国家安全和恐怖活动犯罪案件;违法所得没收程序适用的案件范围更为广泛,除上述案件外,还包括走私、洗钱、毒品、电信诈骗等犯罪案件^⑤。从适用条件来看,以贪污贿赂犯罪为例,两种程序的适用条件不完全一致,即被追诉人是否处于境外、是否逃匿被通缉等有所区别。缺席审判程序强调被追诉人在境外,对是否逃匿没有作出要求,甚至仅需要知悉被追诉人的地址即可完成送达;违法所得没收程序要求被追诉人逃匿且被通缉,对于其是否在境外则不作要求^⑥。违法所得没收程序中的“逃匿且通缉一年后不能到案”与缺席审判程序中的“在境外”,二者存在交叉重叠,即被追诉人逃匿至境外一年以上则同时满足两程序的适用条件。对于被追诉人死亡的案件,缺席审判程序要求有证据证明被告人无罪,违法所得没收程序针对财产进行处置则无此要求。在缺席审判程序中,危害国家安全和恐怖活动犯罪案件需要最高人民检察院核准追诉,被告人因病无法出庭、中止审理的案件则需要被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理。就整体而言,缺席审判程序适用条件较违法所得没收程序更为复杂,这种复杂程度的区别与两个程序涉及的诉讼客体的不同有关。

二、违法所得没收程序的双重属性

违法所得没收程序被列入刑事诉讼法时,学界就对其性质存在争议。第一种观点认为,违法所得没收程序的性质为民事诉讼程序,理由是违法所得没收程序的诉讼标的是涉案财物权利归属问题,且域外代表性国家或国际公约都称之为“民事没收”^⑦;也有观点认为,违法所得特别没收

①《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2022年修正)第108条规定:“对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在”。

②参见施鹏鹏:《缺席审判程序的进步与局限——以境外追逃追赃为视角》,载《法学杂志》2019年第6期,第22页;胡志风:《刑事缺席审判中的证明标准》,载《国家检察官学院学报》2018年第3期,第119页。

③参见谢澍:《刑事缺席审判之类型化分析与体系化建构——以〈刑事诉讼法〉再修改为语境》,载《法学》2019年第12期,第112-113页。

④参见《最高检详解我国“刑事缺席审判第一案”程三昌案的检察经验》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202202/t20220214_544476.shtml,最后访问时间:2025年5月28日;《我国“刑事缺席审判第一案”程三昌贪污案一审宣判》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/03/id/6563756.shtml>,最后访问时间:2025年5月20日。

⑤参见《中华人民共和国刑事诉讼法》第298条、《违法所得没收程序规定》第1条。

⑥参见甄贞、杨静:《缺席审判程序解读、适用预期及完善建议》,载《法学杂志》2019年第4期,第119页。

⑦参见万毅:《独立没收程序的证据法难题及其破解》,载《法学》2012年第4期,第77-78页。

程序是被设置在刑事审判之前的附带民事诉讼^①。第二种观点认为,违法所得没收程序根据没收对象的不同有所差异:没收违法所得是对国家的补偿,没收违禁品是保安性处分,即分别属于刑事诉讼和保安处分^②。第三种观点认为,违法所得没收程序的性质是具有特殊性的刑事诉讼程序^③,或者是带有保安处分属性的刑事诉讼程序^④。按照刑事之诉的理论和类型区分,违法所得没收程序属于“对物之诉”中的刑事对物之诉^⑤。违法所得没收程序的性质对于其在刑事诉讼中的地位、与其他程序的关系、证明标准等方面均有影响,对违法所得没收程序性质的分析是讨论该程序未来发展方向的基础。

(一) 违法所得没收程序是刑事缺席审判程序

违法所得没收程序属于刑事诉讼程序这一论断在学界已取得一定共识。虽然该程序不同于普通的刑事诉讼程序,二者分别适用不同的证明标准,但是难以否定其与刑事诉讼的关系。首先,违法所得没收程序的基础在于有刑事犯罪发生,需要处理刑事案件中的违法所得或涉案财物。换言之,没有刑事犯罪发生就不可能存在违法所得,更谈不上没收,不能因为其是针对财物的“对物之诉”而否定其与刑事诉讼的关联。其次,违法所得没收程序属于未定罪没收程序。虽然有观点认为违法所得没收程序有违反程序正义之嫌,即尚未经过法院审判定罪便将财物认定为违法所得,但未经定罪判决并不意味着这些财物不属于违法所得,即存在客观真实和法律真实之分。违法所得没收程序对于实现实体正义具有积极作用。最后,从诉讼价值的视角分析,违法所得没收程序体现的是诉讼效率和实体正义

的平衡。在牺牲部分程序正义的基础上减少国家、公民的财产损失,能够在一定程度上实现惩罚犯罪和保障人权的刑事诉讼目的^⑥。域外各国对违法所得没收程序这种未定罪没收程序有民事没收、刑事没收、单独立法等不同模式^⑦。例如,美国将未定罪没收程序认定为民事诉讼程序,以避免与无罪推定原则冲突^⑧,其处罚体系有保安处分和刑事处罚之分。结合我国处罚体系以及刑事诉讼各机关尤其是检察机关的职能作用,将违法所得没收程序定位为刑事诉讼程序更具有合理性。附带民事诉讼解决的是被害人因犯罪行为而遭受的物质损失,而违法所得没收程序解决的是犯罪所得、涉案财物等,并不必然存在被害人。被告人非法占有、处置被害人财产属于涉案财物处理而非附带民事诉讼的范畴,二者并不相同,也不能混为一谈。相较于附带民事诉讼,违法所得没收程序所解决的财物问题与犯罪行为的关系更为紧密。综上,违法所得没收程序属于特殊的刑事诉讼程序。

前文已对违法所得没收程序和缺席审判程序的关系和区别作出了较为完整的分析。从刑事之诉构成要素角度出发,二者最大的共同点是诉讼主体缺失,即被追诉人不在场,并因此设置了不同于普通刑事程序的救济规则;最大的不同点则在于诉讼客体不同。有观点认为,违法所得没收程序不属于缺席审判程序,理由是违法所得没收程序属于定罪与没收相分离的刑事特别程序,不属于审判程序,故不能用“缺席”或“对席”命名^⑨。本文认为,这种理由略显牵强。对席审判与缺席审判的区别在于诉讼主体即被追诉人

①杨宇冠老师认为,违法所得特别没收程序是针对特定财物——违法所得的一场“对物之诉”,是一种被设置在刑事审判之前的附带民事诉讼,只针对物而不针对人,即使审查犯罪事实,也完全不涉及犯罪嫌疑人、被告人的定罪和刑事责任问题。参见张建升,杨书文,杨宇冠:《违法所得特别没收程序的司法适用与制度完善》,载《人民检察》2014年第9期,第42页。

②参见孙煜华:《涉案财产没收程序如何才能经受宪法拷问》,载《法学》2012年第6期,第118页。

③参见陈卫东:《论新〈刑事诉讼法〉中的判决前财产没收程序》,载《法学论坛》2012年第3期,第11页。

④熊秋红老师认为,结合我国法律体系的基本建构以及立法中的具体规定,将违法所得没收程序的性质解释为刑事诉讼程序,尤其是带有保安处分属性的刑事诉讼程序更具合理性和逻辑自治性。参见张建升,杨书文,杨宇冠:《违法所得特别没收程序的司法适用与制度完善》,载《人民检察》2014年第9期,第42页。

⑤参见陈瑞华:《论刑事之诉的类型和效力》,载《法学论坛》2020年第4期,第52页。

⑥参见陈卫东:《论新〈刑事诉讼法〉中的判决前财产没收程序》,载《法学论坛》2012年第3期,第11页。

⑦参见陈卫东:《论新〈刑事诉讼法〉中的判决前财产没收程序》,载《法学论坛》2012年第3期,第7-9页。

⑧参见吴光升:《未定罪案件涉案财物没收程序之若干比较——以美国联邦民事没收程序为比较视角》,载《中国政法大学学报》2013年第2期,第89页。

⑨参见李海滢,王延峰:《缺席审判抑或独立没收:以“追赃”为基点的程序选择》,载《政治与法律》2019年第7期,第6页。

是否参与庭审,与诉讼客体无关,不能因为诉讼客体的不同而否定违法所得没收程序的“缺席”性质。刑事之诉理论认为,违法所得没收程序与缺席审判程序的诉讼理由各有不同:违法所得没收程序的事实依据是通过违法犯罪行为获取犯罪所得及其孳息的事实,法律依据是检察机关援引的有关追缴违法所得、犯罪工具和违禁品的法律条款;缺席审判程序的事实根据是检察机关指控的犯罪事实和量刑事实,法律依据则是刑法所确立的构成要件与刑事处罚条款^①。由于违法所得没收程序的基础是存在刑事犯罪,所依据的事实理由仍然涉及指控的犯罪事实,法律依据也涉及刑法对犯罪构成的规定,并不仅仅包括违法所得本身所涉及的事实和法律依据,因此违法所得没收程序和缺席审判程序在诉讼理由上存在较强的关联性。换言之,同一刑事案件中对人之诉和对物之诉在诉讼理由方面的关联较强。因此,在同样缺少诉讼主体的情况下,违法所得没收程序可以被理解为特殊的刑事缺席审判程序。

(二)违法所得没收程序是特殊的涉案财物处理程序

涉案财物处理问题长期处于被忽视的状态,附属刑事审判定罪量刑程序之后。2021年出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)将涉及涉案财物调查的条文位置调整至一审程序,旨在提醒审判人员和诉讼参与人在审判程序中高度重视对涉案财物的处理问题^②。近年来,涉众型经济犯罪的涉案金额巨大、人员众多、地域广泛,使得被害人等案件相关人员对于涉案财物处理有了更高要求^③;同时,信访因素的影响也促使司法机关加大了对涉案财物处理的重视程度。

从涉案财物的内涵和外延来看,涉案财物的处理程序包含违法所得没收程序。我国相关法律规定中并没有对刑事涉案财物直接下定义,但是该表述在不同层级的法律规范中均有所体现,《刑诉法解释》就以专章形式规定了“涉案财物处理”,并且直接使用了“涉案财物”这一用语。结合我国现行法律规范的相关规定,涉案财物主要是指公安司法机关在刑事诉讼过程中通过依法适用对物强制措施获得的,应按照法定处置程序予以追缴、没收或责令退赔、返还被害人或上缴国库的与被追诉之犯罪相关的财物及孳息^④。涉案财物可定义为“在刑事诉讼过程中可能与案件处理直接或间接相关的、受法律规制的、具有财产价值的物的总称”^⑤。涉案财物处理程序则是指公安司法机关依据我国《刑法》第64条规定,按照一定的法律程序区分涉案财物的法律性质,分别予以追缴、没收、返还被害人或采取其他处置措施的活动^⑥。违法所得没收程序中的涉案财物包括违法所得及其他涉案财产,违法所得是涉案财物的典型类型,其他涉案财产同样属于涉案财物,因此涉案财物处理程序可以包含违法所得没收程序。

从诉讼客体来看,违法所得没收程序属于涉案财物处理程序。诉讼客体指刑事诉讼程序所处理的对象或标的^⑦,违法所得没收程序和涉案财物处理程序解决的都是犯罪涉及财物的没收、追缴、退赔以及权属确定关系等问题,诉讼客体同属于要求法院追缴涉案财物的诉讼请求。按照刑事之诉的类型区分,违法所得没收程序属于缺席审判案件的刑事对物之诉,而所有针对犯罪嫌疑人涉案财物的追缴程序则是刑事对物之诉^⑧,也就是涉案财物处理程序,所以违法所得没收程序是一种特殊的涉案财物处理程序。

①参见陈瑞华:《论刑事之诉的类型和效力》,载《法学论坛》2020年第4期,第49页。
②参见姜启波,周加海,喻海松:《〈关于适用刑事诉讼法的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2021年第7期,第32页。
③涉众型经济犯罪中身份复杂,除了被害人外,还存在集资参与人等不属于传统刑事诉讼主体但同样有保护财产减少损失需求的人。
④参见孔祥伟:《刑事涉案财物处置论》,上海:华东政法大学2021年博士论文,第9页。
⑤参见陈卫东:《涉案财产处置程序的完善——以审前程序为视角的分析》,载《法学杂志》2020年第3期,第42页。
⑥参见方柏兴:《论刑事诉讼中的“对物之诉”——一种以涉案财物处置为中心的裁判理论》,载《华东政法大学学报》2017年第5期,第121页。
⑦参见林钰雄:《刑事诉讼法(下册)》,中国台北:新学林出版股份有限公司2020年版,第295页。
⑧参见陈瑞华:《论刑事之诉的类型和效力》,载《法学论坛》2020年第4期,第52-53页。

违法所得没收程序与涉案财物处理程序诉讼客体的同一性使得二者具有较多相似点。例如,诉讼参与人的身份较为丰富,除了被追诉人、被害人等当事人,还有近亲属、利害关系人等案外人参与诉讼。学理上对涉案财物处理程序证明标准的探讨虽有不同观点,但多与违法所得没收程序“高度可能”的证明标准类似。例如,有观点认为,对于作为犯罪事实组成部分的违法所得采用“证据确实、充分”的证明标准,其他部分采用“高度可能”的证明标准^①;也有观点认为,对于应予没收的财物与犯罪行为存在的实质联系证明到优势证据标准即可^②。二者不同之处在于违法所得没收程序中诉讼主体是缺失的,并且违法所得没收程序属于未定罪的没收程序,即尚未定罪量刑便对涉案财物进行处理。普通涉案财物处理程序大多附随于定罪量刑程序,不论是对席审判还是缺席审判案件,会在定罪量刑的同时对涉案财物的性质、权属等事项作出裁判。

三、贪污贿赂案件特别程序整合的可能性分析

通过前文分析可知,违法所得没收程序具有刑事缺席程序和涉案财物处理程序的双重特征,这势必会使相关规定与其上位程序有所重合。无论从立法宗旨、适用案件范围还是处理方式和效果上看,外逃人员缺席审判对于违法所得没收都存在着功能上的包容、程序上的竞合关系^③。这种重复规定不仅仅资源浪费,也是一种立法漏洞,会给司法部门造成实践中的困扰。两程序的竞合体现在贪污贿赂犯罪案件中,在被追诉人未到案的情况下,存在适用违法所得没收程序和缺席审判程序两种可能,而程序整合则是解决竞合问题的思路之一。违法所得没收程序究竟从属于缺席程序还是涉案财物处理程序,则是不同的

立法选择。笔者认为,按照我国现有的立法体例,延续特别程序的特殊性,将违法所得没收程序与缺席审判程序整合为新的特别程序更具有可行性。

(一) 涉案财物处理程序的另行设立

前文提及,《刑法解释》中对涉案财物规定位置的变化,其背后体现的是司法机关对涉案财物处理程序的重视态度,学界针对刑事诉讼法第四次修改也提出了健全涉案财物处理程序及相关制度的建议^④。在实务界和学界的双重关注下,涉案财物处理程序势必引起立法机关的重视,成为第四次刑事诉讼法修改的重点之一。

学界对涉案财物处理制度及程序模式的观点有所不同,存在构建独立的涉案财物处理程序、相对独立的涉案财物处理程序和刑事附带民事诉讼程序扩张性修正三种观点。具体而言,扩张性修正刑事附带民事诉讼程序是指将刑事附带民事诉讼程序的功能扩张至确定与犯罪事实密切相关的民事法益^⑤。此种观点由民事诉讼法学者提出,对于保护案外人的相关权利具有积极作用。附带民事诉讼审理范围的特点较为鲜明,违法所得没收显然难以由附带民事诉讼程序处理,该种观点未能考虑涉案财物处理程序的刑事特点,显然并不可取。构建相对独立的涉案财物处理程序,是指参照量刑规范化改革的规定,建立相对独立的涉案财物庭审程序,树立定罪量刑与涉案财物处理并重的理念^⑥。独立的涉案财物处理程序,是指被告人、被害人或其他利害关系人对检察机关提出的涉案财物追缴请求提出异议或申请参与涉案财物追缴程序的,应启动独立的对物之诉程序进行审理;没有异议的,则将对涉案财物的处理纳入法庭审理过程中。持该观点的学者支持探索建立相对独立的涉案财物处

①参见梁健:《刑事涉案财物处置的失范与规范》,载《中国刑事法杂志》2022年第5期,第15-16页。

②参见方柏兴:《论刑事诉讼中的“对物之诉”——一种以涉案财物处置为中心的裁判理论》,载《华东政法大学学报》2017年第5期,第131-132页。

③参见董坤:《论外逃人员缺席审判的三重关系》,载《法学杂志》2019年第8期,第27页。

④参见陈卫东:《〈刑事诉讼法〉第四次修改前瞻》,载《政法论坛》2024年第1期,第55页。

⑤参见韩波:《论涉案财物审理程序中案外人的参与权保障》,载《法学杂志》2020年第8期,第21页。

⑥参见福建省厦门市中级人民法院刑二庭课题组,吴成杰:《刑事涉案财物处理程序问题研究》,载《法律适用》2014年第9期,第94页;张向东:《黑社会性质组织犯罪涉案财物的处置困境及应对》,载《中国刑事法杂志》2019年第1期,第97页。

理程序^①,支持建立相对独立程序的学者肯定独立的对物之诉的理想模式和积极作用,但认为其可行性不足^②。

从现有观点来看,学界对于涉案财物处理程序的发展有一定共识,即针对对席裁判构建的相对独立的涉案财物处理程序,在与定罪量刑程序并重的同时,融入传统的刑事审判程序中,在法庭调查、法庭辩论等环节中,完成对涉案财物问题的审查评价。虽然涉案财物处理程序与定罪量刑大有不同,但其与定罪量刑的事实、证据有着千丝万缕的关系,不能与传统刑事诉讼程序完全割裂,并且绝大多数案件均会涉及涉案财物处理的问题,因此涉案财物处理程序将会发展成为法庭审理程序的一个环节。真正独立的对物之诉目前仅指违法所得没收程序,而普通刑事案件中的涉案财物处理程序是否存在独立的可能则有待商榷。从域外立法例来看,将没收程序区别于定罪量刑程序是普遍的,但有罪判决与没收程序是否同时进行则有所不同^③。从涉案财物先行处置的需求来看,建立独立的涉案财物处理程序具有一定积极价值,司法机关可以根据案件具体情况决定是否进行独立的对物之诉,即由司法机关判断涉案财物处理的时间,既可以与定罪量刑程序同时进行,也可以在定罪量刑之前或之后进行。例如,在涉众型经济犯罪中,可以在定罪量刑前对涉案财物先行处置并作出裁决,减少信访因素的同时降低司法机关的办案压力。案件简单、对涉案财物没有异议的,可以在庭审中一带而过,但并不否定该程序在法庭审理程序中的相对独立性,最终将其一并体现在裁判文书中。涉案财物复杂、存在异议的,涉案财物处理程序可能耗费的时间更多、占庭审比重更大。为了不使案件处理过分迟延,可以先完成定罪量刑判决,再单独进行涉案财物处理程序。现行违法所得没收程序的相关规定已经较为完善,能够为构建独立的涉案财物处理程序提供指导,构建独立的

涉案财物处理程序具有可行性。因此,涉案财物处理程序的相对独立应当是既可以在保持独立性的同时与定罪量刑程序相融合,也可以是完全独立的涉案财物处理程序。

倘若涉案财物处理程序被立法新增至刑事诉讼法中,将会与违法所得没收程序的规定有较多重合,此种情况下,违法所得没收程序作为特殊程序将面临调整或修改。换言之,违法所得没收程序面临被拆解分散至不同程序的可能,但将其整合至涉案财物处理程序抑或缺席审判程序,是两种不同的立法选择。本文认为,将违法所得没收程序与缺席审判程序整合更为合理。一方面,虽然违法所得没收程序本质上是涉案财物处理程序中未定罪的没收程序,却由于诉讼主体缺失而难以被纳入普通刑事程序之中,而现有缺失诉讼主体的程序为缺席审判程序。另一方面,虽然违法所得没收程序和缺席审判程序存在诉讼客体方面的本质区别,普通刑事程序中定罪量刑程序与涉案财物处理程序同样存在诉讼客体的区别,但并未影响两者可融合亦可独立的关系。整合后的违法所得没收程序和缺席审判程序可以与普通程序中的涉案财物处理程序和定罪量刑程序相对应。因此,将违法所得没收程序与缺席审判程序整合更具可能。

(二) 特别程序的“特别”定位

现行《刑事诉讼法》中“特别程序”一编规定了五种特别程序,除了违法所得没收程序和缺席审判程序外,另外三种程序也各有特点:由于未成年人特殊的身心特点而规定了未成年人刑事案件诉讼程序,在刑事诉讼的各个阶段中对未成年人给予特别保护;在恢复性司法理念指导下产生当事人和解的公诉案件诉讼程序,修复因犯罪而被破坏的社会关系^④;由于精神病人无法承担刑事责任而设置了强制医疗程序,此种强制医疗属于保安处分性质。未成年人和精神病人由于

①参见陈瑞华:《刑事对物之诉的初步研究》,载《中国法学》2019年第1期,第214-216页;陈瑞华:《论刑事之诉的类型和效力》,载《法学论坛》2020年第4期,第52-53页;方柏兴:《论刑事诉讼中的“对物之诉”——一种以涉案财物处置为中心的裁判理论》,载《华东政法大学学报》2017年第5期,第133页。

②参见闵春雷、张伟:《论相对独立的刑事涉案财物处置程序之建构》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2022年第4期,第101-102页。

③参见陈卫东:《论新〈刑事诉讼法〉中的判决前财产没收程序》,载《法学论坛》2012年第3期,第7-9页。

④参见朗胜:《中华人民共和国刑事诉讼法释义》,北京:法律出版社2012年版,第604-605页。

其诉讼主体的特殊性而被规定在特殊程序,违法所得没收程序和缺席审判程序由于适用于特殊罪名和缺少被追诉人而被列于特殊程序。时过境迁,恢复性司法理念已经逐渐融入刑事诉讼的各个阶段,尤其在认罪认罚从宽制度发展的今天,在考察犯罪嫌疑人、被告人认罚时应当结合退赃退赔、赔礼道歉等因素来考量^①。换言之,刑事和解制度已经逐渐被认罪认罚从宽制度所吸收,当事人和解的公诉案件诉讼程序已经不再具有特别程序中鲜明的“特别”性。

刑事诉讼中存在各种特别的诉讼程序,也存在前文所述的特别程序专章,特别程序专章的设置应当符合诉讼标的存在本质区别、诉讼条件存在重大缺失或特定群体保护等条件之一^②。从特别程序的设置条件来看,违法所得没收程序和缺席审判程序均具备诉讼主体缺失的特点,违法所得没收程序兼具诉讼标的特殊性,这些特点使其难以融入普通刑事程序中,应当位于特别程序专章。同时,这两个程序自被增加至刑事诉讼法以来,适用的案件数量并不多,违法所得没收程序出台八年时间,适用于职务犯罪案件的案件数量不过一百余个^③;缺席审判程序更是在出台四年后才有了第一起案件^④。显然,从案件数量来看,违法所得没收程序和缺席审判程序仍具有较强特殊性。因此,按照我国的立法经验,将违法所得没收程序和缺席审判程序整合成为贪污贿赂案件刑事特别程序,应继续归属于“特别程序”一章。

四、贪污贿赂案件缺席裁判程序的整合思路和制度设计

通过前文分析可知,违法所得没收程序的双重属性、法律规定和程序适用竞合、实际办案情况等共同决定了违法所得没收程序的功能在一定程度上被拆解,该程序可以与缺席审判程

序进行整合。特别程序的立法应当遵循谦抑性、必要性和协调性原则,因此,贪污贿赂案件特别程序可以不再增加权利克减程序,在现有程序规则的基础上实现整合,保证特别程序与普通程序的协调性,以应对打击贪腐犯罪的特殊需求。

(一) 贪污贿赂案件刑事特别程序的整合思路

在缺席审判程序被新增至刑事诉讼法时,便有学者提出在缺席审判程序兼具对“人”裁判和对“物”裁判的前提下,将没收程序并入缺席审判程序中,对于被告人为逃避刑事追诉而“潜逃”的案件,应当启动缺席审判程序对被告人定罪量刑,并追缴、没收涉案财物;对于“被告人死亡、但依法应当追缴其违法所得及其他涉案财产”的案件,应当通过单独的特别程序处理^⑤。两种程序适用范围交叉重叠,适用条件相似,救济规则体系相同,存在整合的基础条件。整合贪污贿赂案件刑事特别程序需按照以下思路进行。

1. 吸收现有违法所得没收程序的规则,完善普通程序中涉案财物处理程序。现行刑事诉讼法、司法解释等涉及违法所得没收程序的法律规定,尤其是《违法所得没收程序规定》中的规则具有可操作性,能够直接指导司法实践,是涉案财物处理程序立法的重要参考。具体而言,现有规定中的以下内容可直接被涉案财物处理程序吸收:违法所得等涉案财物的认定;公告程序;独立的涉案财物处理程序的启动方式和条件;利害关系人的认定,及其参与涉案财物处理程序的条件、方式、权利和救济;“高度可能”的证明标准,证明责任的分配;裁决作出后的效力,对裁决的上诉、抗诉的期限等等。缺席裁判程序的基础是对席裁判程序,即普通刑事诉讼程序。按照本文构想,缺席裁判程序与对席裁判程序在诉讼要素上仅存在诉讼主体的区别,即被追诉人到案与否,因此缺席裁判程序中可以简化、吸收原有违

①参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第7条。

②参见蔡元培:《论刑事诉讼中的程序特别与特别程序》,载《环球法律评论》2024年第2期,第167-170页。

③2013年1月至2021年12月,检察机关共受理适用违法所得没收程序职务犯罪案件133件138人。参见《最高检:2017年至今,适用违法所得没收程序案件数量明显增加》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202112/t20211209_538463.shtml, 最后访问时间:2025年5月20日。

④参见《最高检详解我国“刑事缺席审判第一案”程三昌案的检察经验》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202202/t20220214_544476.shtml, 最后访问时间:2025年5月20日。

⑤参见施鹏鹏:《缺席审判程序的进步与局限——以境外追逃追赃为视角》,载《法学杂志》2019年第6期,第22页。

法所得没收程序的规定和内容,保留对被追诉人、近亲属的特殊救济权利、特殊的适用案件范围等内容。除了缺席裁判程序需要特殊规定的部分外,其他部分无需重复规定,可以直接参照适用对席裁判的内容。

2. 整合缺席审判程序和违法所得没收程序,构建新的缺席裁判特别程序。融合两个现有程序需要分三步进行。第一步是提取两个程序的通用规则,包括均适用于贪污贿赂犯罪、管辖、近亲属特殊权利等规则。例如,缺席审判程序和违法所得没收程序均由中级人民法院管辖,整合后自然继续由中级法院审理。第二步是融合两程序存在差别的规则,如适用条件等。“逃匿”“在境外”“死亡”“通缉一年后未到案”等表述存在相似相通之处,“逃匿”就包含了“在境外”的情形。对于适用条件的措辞进行梳理,在减少混淆的基础上选取能够最大程度涵盖所有情形的用词。第三步是保留其他无法融合的部分。例如,在适用罪名方面,违法所得没收程序适用的罪名范围大于缺席审判程序。《违法所得没收程序规定》中规定了违法所得没收程序适用于走私、洗钱、金融诈骗、黑社会性质组织、毒品犯罪,以及电信诈骗和网络诈骗案件,对适用范围作出如此规定的原因是这些案件的犯罪所得往往特别巨大,有将此类犯罪纳入适用范围的必要^①。适用范围的扩大来自司法实践的需求,因此应当通过适当方式将贪污贿赂犯罪以外的罪名予以保留。缺席审判程序中的被告人因病中止审理和因被告人死亡终止审理的情形与其他内容难以融合,但同时具有存在的必要性,故应当保留^②。

(二) 贪污贿赂案件缺席裁判程序的制度设计

整合后的贪污贿赂案件特别程序仍位列于“特别程序”一编,对于被追诉人不在案的刑事案件适用该特别程序。没收违法所得作出的文书是裁定书,而缺席审判则大多适用判决,故整合二者之后的特别程序可以命名为“缺席裁判程序”。

1. 适用情形和启动条件

在整合违法所得没收程序和缺席审判程序

现行规定的基础上,贪污贿赂案件适用缺席裁判程序的情形可以为“犯罪嫌疑人、被告人逃匿的,且通缉一年后不能到案”或“犯罪嫌疑人、被告人死亡”,这里主要采用的是违法所得没收程序的规定。缺席审判程序中规定为“在境外”,而“逃匿”的范畴大于“在境外”,两词为包含与被包含的关系。从打击贪腐犯罪的角度出发,可以直接采用违法所得没收程序中的“逃匿”一词。保留“通缉一年后不能到案”的要求,主要原因在于鼓励司法机关尽力通缉、抓捕,避免司法机关权力滥用。虽然程序启动的实质条件没有时间限制,但通常情况下贪污贿赂犯罪案件的侦查时间较长,“通缉一年”的条件容易得到满足。在犯罪嫌疑人、被告人死亡的情况下仍然有没收财产的需求,因此该适用情形也应保留。

贪污贿赂案件适用缺席裁判程序的启动条件分为两类,针对不同的诉讼客体适用不同的启动条件。拟对被追诉人判处刑罚的案件,启动条件可以为“犯罪事实已经查清,证据确实、充分”,这里延续了缺席审判程序的规定,法院可以依法开庭审理,对被告人定罪量刑并对涉案财物追缴、没收等一并处理。对于仅仅没收违法所得的案件,适用情形为“依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的”,则延续违法所得没收程序的规定。概言之,贪污贿赂案件适用缺席裁判程序的适用情形和启动条件可以概括为:对于贪污贿赂犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人逃匿,且通缉一年后不能到案,犯罪事实已经查清,证据确实、充分,依法应当追究刑事责任的,检察院可以向法院提起公诉;犯罪嫌疑人、被告人死亡的,依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,检察院可以向法院提出没收违法所得的申请。

2. 特殊救济权利体系

与被追诉人未到庭相伴而生的特殊救济权利规则,是缺席裁判程序与普通程序的重要区别,是其作为特别程序的“特别”之处。针对贪污贿赂犯罪中被追诉人逃匿的情况,参照违法所得

①参见裴显鼎,王晓东,刘晓虎:《〈关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2017年第16期,第33页。

②从裁判文书网公开的文书中可以看出,刑事案件中存在适用《中华人民共和国刑事诉讼法》第296条、第297条进行缺席审判的情况。

没收程序和缺席审判程序的规定,缺席裁判程序的救济权利体系具体包括以下两点。一是近亲属的特殊权利。由于被追诉人缺席,近亲属可以为被追诉人委托辩护人,有权参加诉讼或委托诉讼代理人代为参加诉讼;近亲属享有独立的上诉权利,同时辩护人经被告人或其近亲属同意可以提出上诉;案件的起诉书、判决书、裁定书均应向近亲属送达副本。二是针对被追诉人潜逃情形下到案后的处理。审理过程中在逃的被追诉人自动投案或者被抓获的,案件应当重新审理;在判决、裁定发生法律效力后到案的,交付执行刑罚前罪犯对判决、裁定提出异议的,应当重新审判;依照生效判决、裁定对罪犯财产进行的处理确有错误的,应当予以返还、赔偿。这里延续了缺席审判程序中的特殊救济权利规定。在被追诉人死亡的情况下,理论上不存在后续到案的可能性,因此对于贪污贿赂犯罪中单独适用违法所得没收程序,仅需适用针对近亲属的特殊权利。

3. 其他配套或相关事项的规定

缺席裁判程序的特殊性要求健全相应的配套规则,这在缺席审判程序和违法所得没收程序中已有所体现,结合现有规定可概括为以下几点。一是管辖。缺席裁判案件统一由中级人民法院组成合议庭审理,由犯罪地、被追诉人居住地或者最高人民法院指定的中级人民法院进行审理。二是送达程序。有证据表明犯罪嫌疑人、被告人在境外的,应当通过有关国际条约规定或者外交途径提出的司法协助方式,或者被追诉人所在地法律允许的其他方式,将传票和人民检察院的起诉书副本等相关法律文书送达犯罪嫌疑人、被告人;没有证据表明犯罪嫌疑人、被告人在境外的,则以公告等适当方式送达相关法律文书。三是法律援助。在近亲属未委托辩护人的情况下,应当由法律援助机构为被追诉人提供辩护或其他法律服务。

余论:我国刑事缺席裁判程序之构建

违法所得没收程序和缺席审判程序具有相

似的立法目的和背景,存在一定的竞合空间,但学界对二者的关系和适用始终存在争议。结合近年来涉案财物处理程序的发展,学界对违法所得没收程序的性质和定位作出更精准的分析。虽然违法所得没收程序在打击违法犯罪、保护国家和人民财产方面发挥了积极作用,但是从法律修改和法律体系的视角来看,应当将现有违法所得没收程序拆分到涉案财物处理程序和缺席审判程序中,构建我国的刑事缺席裁判程序。

虽然打击贪污贿赂犯罪是设置缺席裁判程序的核心,但也需要兼顾其他情形。现行违法所得没收程序和缺席审判程序的规定中,有不少贪污贿赂案件以外的其他规则。因此,除了前文提及的贪污贿赂案件外,还有其他适用缺席裁判程序的情形。一是经最高人民检察院核准的、需要及时进行审判的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件,可以适用缺席裁判程序;二是走私、洗钱、金融诈骗、黑社会性质组织、毒品犯罪、电信诈骗和网络诈骗案件,被追诉人逃匿且通缉一年后不能到案,或被追诉人死亡的,适用缺席裁判程序对涉案财物进行处理;三是因被告人患有严重疾病无法出庭,中止审理超过六个月,被告人及其法定代理人、近亲属申请或者同意恢复审理的,法院缺席审理后作出包含涉案财物处理情况的裁判;四是贪污贿赂犯罪以外其他案件的被告人死亡,但有证据证明被告人无罪,法院经缺席审理确认无罪后作出判决,此种无罪情形下不涉及违法所得没收的问题。

以上四种情形综合了现有规定,大致可以分为四类。类型化分析方法是研究缺席审判程序的常见方法,学界根据被告人是否全部缺席、被告人出庭的权利义务属性、被告人主观意志对启动缺席审判程序作用力大小、被告人自愿性基准与国家目的性基准等角度,对刑事缺席审判程序作出类型化分析^①。类型化分析有助于对不同类型的缺席审判程序设置符合其立法目的和要求的规则,缺席裁判程序中的几种适用情形可以按照不同的标准分类。按照被追诉人是否逃匿,可

^①参见韩旭:《我国刑事缺席审判制度的类型化分析及其完善》,载《政法学刊》2021年第3期,第90-91页;谢澍:《刑事缺席审判之类型化分析与体系化建构——以〈刑事诉讼法〉再修改为语境》,载《法学》2019年第12期,第105-106页;吴进娥:《我国刑事缺席审判“重审规则”的合理性证成——基于程序类型化的研究进路》,载《法学论坛》2021年第4期,第131-133页;步洋洋:《论我国刑事缺席审判制度的类型化》,载《政法论坛》2020年第4期,第186-188页。

分为被追诉人潜逃和被追诉人在案两类;按照诉讼客体不同,可分为既定罪量刑又处理涉案财物和仅处理涉案财物两类,分别对应判决和裁定两种文书。不同的类型决定了被追诉人享有不同的诉讼权利和规则体系。被告人在案但因病或因死亡无法出席庭审的缺席裁判案件,则没有适用特殊救济权利规则的需求和必要,也不需要特殊的送达规则,这与现有刑事缺席审判程序的规定和条文设计精神是契合的。究其原因,在于这两种缺席裁判本质上并非针对逃避审判而设计,而是非典型的缺席裁判程序,目的在于解决审理过程中产生的诉讼障碍,或为避免诉讼过分迟延,或为被告人沉冤昭雪。被追诉人逃匿且为贪污贿赂犯罪以外的其他犯罪,则适用与贪污贿赂犯罪缺席裁判程序中相同的救济权利和配套措

施。同时,在只涉及违法所得没收的案件中,在逃的犯罪嫌疑人、被告人自动投案或者被抓获的,法院应当终止审理。没收犯罪嫌疑人、被告人财产确有错误的,应当予以返还、赔偿。

将所有涉及到诉讼主体缺失的情况统括在缺席裁判程序之下,延续其特别程序的地位,不乏为解决此种特殊情形的思路,也能与普通刑事程序相呼应。现有涉及诉讼主体缺失的案件类型丰富,适用情形和规则体系有待进一步梳理和分析。更重要的是,只有普通程序中涉案财物处理程序完备,才能让特别程序参照适用其相关规则。

【责任编辑:高 锋】

Integration of special procedures for corruption and bribery cases under the background of the amendment of the Criminal Procedure Law

Cheng Zhaojin

(Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: The fourth amendment of the Criminal Procedure Law is imminent, which is a good opportunity to reconstruct the special procedures for corruption and bribery cases in China. The procedure for the confiscation of illegal gains and the procedure for trial in absentia in China are closely related, with similar legislative origins and backgrounds, and both are applicable to the situation where the person being prosecuted is not present in the case. There is both an overlapping space and differences such as different litigation objects and different standards of proof between the two procedures. The procedure for the confiscation of illegal gains has a dual nature, being both a criminal procedure in absentia and a special procedure for handling property involved in the case. The separate establishment of the procedure for handling property involved in the case and the special positioning of the special procedure make it possible to integrate the special procedures for corruption and bribery cases. The integration idea is to absorb the existing rules of the procedure for the confiscation of illegal gains and improve the procedure for handling property involved in the case; integrate the procedure for trial in absentia and the procedure for the confiscation of illegal gains to construct the procedure for judgment in absentia for corruption and bribery cases. The specific contents include applicable situations, initiation conditions, relief systems and auxiliary matters. On the basis of the procedure for judgment in absentia for corruption and bribery cases, construct the criminal procedure for judgment in absentia in China.

Key words: procedure for the confiscation of illegal gains; procedure for trial in absentia; crimes of corruption and bribery; procedure for judgment in absentia; procedure for handling property involved in the case

【法学理论研究】

我国监狱罪犯医疗保障体系化问题研究

张子君,丁玉婷,郝梦迪
(西北大学,陕西 西安 710127)

〔摘 要〕目前,我国监狱罪犯医疗矛盾主要呈现五个方面:一是财政拨款短缺与罪犯医疗需求增加;二是监狱医疗条件有限与罪犯医疗诉求无限;三是罪犯医疗权利法定与医疗诊治标准不明;四是医疗罪犯心态恶意与安全免费医疗制度漏洞;五是“老病残”服刑人员人数激增,导致医疗费用激增。回溯我国相关历史制度,罪犯医疗保障从唐初的“悯囚制度”至近现代形成了体系化罪犯医疗保障服务体系;域外监狱医疗则以预防为主、防治结合为原则,具有政府财政负担为主、特殊费用自行承担、支付方式多样化、经费使用细则化的特点。我国监狱罪犯医疗保障应充分汲取我国古代司法智慧,借鉴域外成功经验进行体系化改革,形成监狱罪犯医疗法律保障规范化、罪犯医疗财政保障多元化、罪犯社会医疗保障体系化、监狱医疗人才保障专业化、监狱医疗模式改革科技化的模式。

〔关键词〕监狱罪犯医疗;财政保障;社会医疗

〔作者简介〕张子君(1990—),女,陕西西安人,西北大学法学院讲师,法学博士,主要从事诉讼法学和司法制度研究;丁玉婷(2001—),女,安徽合肥人,西北大学法学院 2023 级法律(法学)硕士研究生,主要从事诉讼法学和司法制度研究;郝梦迪(1999—),女,河北石家庄人,西北大学法学院 2023 级经济法学硕士研究生,主要从事诉讼法学和司法制度研究。

〔收稿日期〕2025-04-18

〔中图分类号〕D926.7〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2025)03-093-12

党的二十大报告提出:“增进民生福祉,提高人民生活品质,强调推进健康中国建设,把保障人民健康放在优先发展的战略位置,完善人民健康促进政策”,成为新时期罪犯医疗保障领域的方向指引。自 2007 年我国开始推进监狱体制改革以来,罪犯医疗成本与医疗需求长期呈矛盾态势。合理构建科学、有效的监狱罪犯医疗保障体系不仅符合监狱管理秩序要求,对于维护社会安定、构建和谐社会、落实国家人权保障的宪法原则也具有重要意义。

一、我国监狱罪犯医疗保障问题厘清

(一)国家财政拨款短缺与罪犯医疗需求增加的矛盾

近年来,由于国家收押政策变化,在押犯中病犯占比不断增大,秩序维护的行政逻辑和规范形塑的法治逻辑产生弥合,监狱医院罪犯医疗费缺口与罪犯医疗需求之间产生矛盾,监狱医疗经费财政拨款不足。数据显示,2016 年 L 省监狱在押人员每月人均医疗费用保障标准为 42 元,尽管这一标准在全国监狱系统中已经处于相对较高水平,但随着社会医疗成本持续上升,该标准仅能满足罪犯基本医疗需求,难以覆盖重大疾病医

疗救治或者慢性疾病长期治疗需要。由于罪犯医疗费严重超标,监狱只能从其他行政经费中补贴,直接或间接导致多方矛盾,甚至引发监管安全事故^①。

(二)监狱医疗条件有限与罪犯医疗诉求无限的矛盾

监狱医院一般为一级甲等医院,部分监狱医院甚至无法达到此级别,且因经费不足大多设施简陋,药品及急救器械不全,设备更新滞后。遇到大病、疑难病症时监狱只能将罪犯送到地方医院诊治,医疗费用超支情况时有发生。例如,某省监狱医院仅具备开展X光、B超及心电图等基础检查的能力,而CT、彩超等进阶医学检查项目均需通过保外就医程序转至地方医院实施,直接造成相关医疗费用呈显著上升趋势。同时,监狱医院工作人员素质能力存在明显短板。一是学历不足。受限于财政投入不足,监狱医务人员参与专业进修的机会有限,导致其临床实践经验积累相对薄弱。二是监狱医务工作人员兼具双重身份与职责,工作内容与考核任务翻倍,福利待遇偏低,在岗人员普遍缺乏工作热情,医务民警岗位对专业医疗技术人员吸引力不大,导致监狱医院医生流失严重。

(三)罪犯医疗权利法定与医疗诊治标准不明的矛盾

保障在押人员医疗诊治是监狱的法定职责,彰显了国家对人權的制度性保障与尊重。然而,当前患病罪犯在检查项目选择、用药方案、治疗程度界定、免费治疗范围、就诊医院资质及费用分担机制等方面缺乏清晰界定和统一规范。虽然相关文件要求监狱参照属地医保目录统一诊疗项目标准、规范服务设施配置、动态更新保障范围,以保障罪犯基本医疗需求,但由于缺乏全国统一执行标准,各地监狱为防范法律风险和医疗纠纷,往往扩大免费医疗覆盖范围,导致“拘

禁”的主体限制延伸到医疗保障领域^②。医疗标准应通过法律法规加以明确,使服刑人员有权利获得应有的医疗待遇^③。

(四)医疗罪犯心态恶意与全免费医疗制度漏洞的矛盾

由于完全免费的医疗保障模式缺乏自我调节的经济约束机制,部分在押人员存在钻制度空子的现象,通过夸大病情、虚构病症等方式规避劳动改造义务,甚至出现符合保外就医条件的罪犯及家属因不愿放弃免费医疗待遇而拒绝依法办理保外就医的情况。这种情况不仅对监管秩序造成干扰,在一定程度上损害了执法公信力,更是浪费了本已紧张的医疗资源^④,导致全免费医疗产生负面效应,具体表现为以下几个方面:一是部分罪犯夸大病情甚至自伤自残,以达到逃避劳动改造的目的;二是监狱对罪犯的就医诉求过分满足,造成罪犯就诊率居高不下,医疗资源浪费严重,有的犯人全面检查无异常仍反复申请就医;三是罪犯恶意利用免费医疗政策的制度漏洞,导致监狱医疗费用居高不下,有些患有严重疾病的服刑人员即将刑满释放时向监狱要求做费用高昂的手术;四是部分刑满释放人员因无法享有与服刑期间同等水平的医疗保障,为获取必要医疗资源而蓄意实施新的违法犯罪行为。因此,有必要从源头上弥补全免费医疗的制度漏洞。

(五)“老病残”服刑人员人数激增,导致医疗费用激增

数据显示,2013—2016年间我国西部某监狱患病服刑人员人均住院费用从8965.34元增至15900.63元,增幅达77%,其平均费用已超出同期财政拨款水平,住院费用平均超过财政拨款的76%;中部某省监狱系统近四年在押人员医疗费用支出攀升132.14%;西部某女子监狱2011—2014年医疗总支出增加78.1%,而同期财政保障资金仅为实际支出的六分之一。从全国范围看,

①参见陈万发,欧洲华,吴乐:《健康中国视角下的罪犯医疗法治化研究》,载《福建警察学院学报》2022年第1期,第14-21页。
②参见侯国:《监狱罪犯医疗保障制度探索》,载《犯罪与改造研究》2021年第2期,第44-48页。
③参见苏新建,沈运峰:《论罪犯医疗权:以〈监狱法〉完善为视角》,载《西南政法大学学报》2022年第3期,第142-153页。
④参见胡海燕:《罪犯医疗经费支出分析与控制策略的探讨》,载浙江省监狱管理局编:《监狱医疗管理现状与对策调研文集》,第320页。

多数省(区、市)在押人员医疗费用持续上涨,普遍超出财政保障标准 50% 以上,全系统医疗经费缺口达数亿元。老年及患病服刑人员占比持续上升,成为推动监狱医疗成本增长的重要因素^①。部分老年罪犯病情符合暂予监外执行条件,但罪犯亲属不愿担保,避免自己承担暂予监外执行期间医疗费用,希望继续在监狱服刑,医疗费用由国家承担。罪犯由于没有保证人无法办理保外就医,只能继续在监狱羁押,由监狱承担其医疗费用。

二、我国罪犯医疗保障历史溯源

我国监狱医疗有着漫长发展历史。古代监狱环境恶劣,囚犯淹滞、监狱拥塞,加之狱吏虐待,囚犯极易患病。以“悯囚制度”为核心的政府医疗模式在历史进程中逐渐发展演变,形成了较为严密的罪犯医疗保障体系化规范。

(一)秦汉时期“悯囚制度”基本形成政府医疗模式

西周时期,统治当局重视监狱医疗卫生,保证狱囚基本生活待遇,防止狱吏随意凌虐狱囚,形成了包括囚犯衣粮配给制度、囚犯医疗卫生保障制度、监狱官吏违反衣粮供给医疗保障制度或凌虐狱囚承担责任等保障囚犯基本权利的制度,被称为“悯囚制度”^②。该制度至汉朝成熟、完善并形成体系。《秦律》规定了服刑人员日常饮食数量的供应和管理,“其病者,称议食之”,对有病的服刑者酌情给予口粮,并由令吏主管。之后一段时期,疾患囚犯给药治病形成制度。《后汉书》卷七《桓帝纪》载,建和三年(公元 149 年)十一月诏曰:“徒在作部,疾病致医药,死亡厚埋藏”^③,即刑徒患病由官府负责医治,死亡由官府负责埋

葬。西晋时期,明确由官府为囚犯提供医药并著之于令。《狱官令》规定:“疾者给医药”^④。“悯囚制度”以儒家仁政思想为指导,标榜“圣王仁及囹圄”,体现了统治者悲天悯人的仁爱之心,在一定程度上缓和了阶级矛盾,推动了我国古代司法统治和监狱管理的进步。

(二)唐宋时期“狱囚医疗”制度鼓励政府医疗积极性

唐朝法律对于病囚医疗的规定较为系统,建立了规范的狱囚医疗诊治制度,涉及药物医治、狱具待遇、入狱探视照顾等。《唐律疏议》卷二十九《断狱律》载:“诸囚应请给衣食医药而不请给,及应听家人入视而不听,应脱去枷、锁、杻而不脱去者,杖六十;以故致死者,徒一年”。根据当时制度要求,在监犯人若患病,管理机关有义务为其安排医疗救治;若病势危重,可准许亲属进入监所看护;囚犯的衣食供给原则上由其家庭承担;家庭住址偏远、短期内无法及时提供物资的囚犯,暂由官府提供相应保障,但家属抵达后需按实际领用数量如数偿还;囚犯患病时的医药费由官府承担^⑤。

唐代以后,后晋、后周各朝代均有类似规定。后晋天福二年(公元 937 年)敕令:“今后或有系囚染疾者,并令逐处军医看候,于公廨钱内量支药价,或事轻者,仍许家人看候”^⑥。此处的“并令逐处军医看候”即隶属于病囚院,所需药费从何处开支史料无明确记载,按照历史连续性推断应从官府公廨钱中开支。

宋代病囚医药费用来源呈现往复式变化。北宋时期,病囚医药费用出自地方免役宽剩钱或

①参见苏林,范昕建,李友军,陈璟,赵江:《对服刑人员医疗费用增长的分析及对策建议》,载《中国卫生法制》2020 年第 1 期,第 103 - 105 页。

②参见陈光中:《中国古代司法制度》,北京:北京大学出版社 2017 年版,第 445 - 447 页;李文彬:《中国古代监狱史》,北京:法律出版社 2011 年版,第 108 - 109 页。

③参见范晔编撰:《后汉书》(卷七)《桓帝纪》,北京:现代教育出版社 2013 年版。

④参见程树德:《九朝律考》,北京:商务印书馆 2010 年版,第 398 页。

⑤参见杜文玉:《论唐宋监狱中的医疗系统——兼论病囚院的设置》,载《江汉论坛》2007 年第 5 期,第 90 - 97 页。

⑥参见欧阳修撰,徐无党注:《旧五代史》卷一百九十九《刑法一》,北京:中华书局 2000 年版。

坊场钱^①；南宋初期，朝廷医疗经费由户部中央财政统一划拨；南宋后期，再度转为依赖地方赃款罚没收入作为资金来源。两宋政权交替之际，中央财政直接承担医疗支出。这一举措既缓解了地方官府在战乱时期的财政压力，也确保了动荡时期医药供给体系的正常运转^②。神宗元丰二年（公元1079年）正月，苏轼于奏本中提出：病囚医疗经费主要来源于免役宽剩钱与坊场钱两项财政资金，其支取方式采取分阶段拨付制度——首期支付总额的三分之一，待任期届满时进行综合考评。考评标准将囚犯死亡率作为核心指标（排除拒捕及斗殴致死等非正常死亡案例），具体分为四个等级：每十名囚犯死亡一人以下评为上等；死亡二人为中等；死亡三人为下等；死亡四人及以上为下下等。考评结果直接关联经费支取：上等可获全额拨款；中等拨付60%；下等停止拨款；下下等则需追究监管责任，相关官吏将受杖刑六十至一百的行政处罚。这一制度不仅明确了监狱医疗经费的来源，还制定了分级考核机制，将医药费用拨付比例与囚犯死亡率直接挂钩。这种绩效管理模式能够有效激励狱官积极救治病囚，同时对监管不力、导致囚犯死亡率过高的监狱长官实施降职、杖刑等行政处罚，形成了一套完整的监督与奖惩体系^③。

（三）明清“悯囚制度”形成体系化规范

首先，明代对于病囚医药费作出明确规定。《大明会典》记载：“正德十四年题准，每月……疗病药材银二两五钱”“无家属者，日给仓米一升，冬给棉衣一件，夜给灯油，病给医药，并令于本处有司系官钱粮内支出，狱司预期申明关给，毋致缺误”^④。即对于生病狱囚要给药医治，相关费用

由官府先行垫付。其次，明代监狱医疗管理逐渐规范化、体系化。“成化十二年，令有司买药饵部，又广设惠民药局，疗治囚人”^⑤。说明当时对囚犯疾病的治疗已经形成体系，并设立了囚犯医药提供和管理专门机构。

清代“矜恤罪囚”作为关键的治狱理念，集中体现了统治者体恤、善待囚犯的治理思想，其核心目的在于契合统治者“法外施仁”的意旨，彰显“朝廷立法之仁”的治国导向。这一理念以“狱囚照护”为核心，具体制度化表现为“锁具常清洗、席垫常铺设，夏季备凉饮、冬季设暖床，患病供医药”等措施，其中又以医药卫生管理为重点内容^⑥。作为清代最高司法机构的刑部，被清政府视为践行“矜恤罪囚”的典范场所，实施了包括疾病防治、病囚死亡处理在内的一系列狱囚照护举措。此外，刑部监狱设有医治病犯的狱医，这一制度在顺治八年（公元1651年）正式成为定制。当年，多罗顺承郡王勒克德浑等大臣奏请恢复狱司医药制度，指出“狱底人杂，气候惨恶，故疾病易生，且收监人犯未结待结，罪多不至于死”^⑦，建议依照旧制增设狱医一名，所需医药费用由户部统筹拨付，“设刑部狱司医生一名，疗治病囚”^⑧。获皇帝准奏后，正式在刑部狱司设置专职医生一名，负责病囚诊疗事务。

（四）近现代监狱医疗保障以公费为主

中国古代监狱对罪犯的待遇保障主要源自儒家仁爱思想，意在维护中央集权。近代以来，监狱医疗体系构建逐渐得到关注，这不仅是监狱制度文明演进的重要标志，也彰显了人道主义精神在司法监管领域的实践。清末中国借鉴西方监狱制度着手筹建新式监狱，在此过程中逐步建

① 免疫宽剩钱：宋代行免役法时于所收免役钱、助役钱外增收的钱，又称免疫宽剩钱。坊场钱：指宋代的一种酒课名目，也被称为净利钱。在宋代酒专卖制度中，有一种称为买扑制的制度，商人会承包农村的一定区域，定期向官府缴纳课利钱，以获得在指定区域销售酒品的权利。坊场钱既泛指酒坊场的净利收入，有时又专指地方场务向官府缴纳的净利钱。

② 参见唐文海：《唐宋监狱安全管理制度研究》，济南：山东师范大学硕士学位论文，2021年。

③ 参见[元]马端临：《文献通考》，杭州：浙江古籍出版社2000年版，第103页。

④ 参见[明]李东阳等纂：《大明会典》卷一百七十八《提牢》，扬州：江苏广陵古籍刻印社1989年版。

⑤ 参见[清]张廷玉等：《明史》卷九十四《刑法二》，北京：中华书局1974年版。

⑥ 参见赵尔巽等：《清史稿》卷一百四十四《刑法三》，北京：中华书局1977年版，第4217页。

⑦ 参见张伟仁主编：《明清档案第12册：刑部为请复狱司医药之制由》，中国台北：台湾“中研院”历史语言研究所1986年版。

⑧ 参见[清]巴岱、图海等：《清世祖实录》卷五十六《顺治八年四月壬子》，北京：中华书局1985年版，第445页。

立和完善与之配套的医疗保障机制,颇具代表性的文献是清末受清廷聘请的日本监狱学家小河滋次郎负责草拟的《大清监狱律(草案)》。该草案第 135 条规定,“在监人罹疾病须令监狱医治,若有必要情形须收容于病监”;第 136 条规定,“病人或其亲族指定医士请以自费令其补助疗治者,斟酌情形得许之”^①。除病囚自己指定医师需要自费外,政府设有狱医负责监狱在押罪犯的医疗救治,费用由政府财政收入承担。尽管该草案未能正式颁布施行,但其在中国监狱制度发展史上具有开创性意义和较为深远的影响,其大部分条款被后来的北洋军阀政府和国民党政府所沿用。

新中国成立后,我国高度重视罪犯医疗权利保障问题,出台了一系列法律法规和制度文件。1954 年中央人民政府政务院颁布的《中华人民共和国劳动改造条例》第 55 条和第 74 条对监狱罪犯医疗作了相应规定^②。这一时期,我国对于监狱罪犯医疗费用规定较少,但明确了犯人医疗费用由劳改机关提供。1982 年公安部制定的《监狱、劳改队管教工作细则》中,虽然对监狱医疗费用未作具体规定,但在第六章“生活管理”第 2 节规定了卫生、医疗制度,体现了我国对监狱罪犯人权和健康权的重视。1992 年我国发布的《中国改造罪犯的状况》白皮书系统阐述了罪犯医疗保障制度,即罪犯可享受免费医疗服务,每年定期进行健康检查,患病时能获得及时诊疗^③。可见,我国推行的是由国家财政全额承担的监狱医疗国家公费制度。1994 年《中华人民共和国监狱法》(以下简称《监狱法》)颁布实施,其第 54 条对罪犯医疗救治及费用作出规定,标志着我国监狱管理工作逐步走入正规化^④。鉴于我国当时历史

条件以及经济社会发展的制约,关于监狱罪犯医疗费用从早期的简要规定到后来不断修改完善,反映了我国监狱医疗体系的历史脉络与时代进步,监狱医疗费用作为国家财政开支的一部分愈来愈受到重视。我国始终秉持依法保障罪犯合法权益的治理原则,并切实落实与罪犯改造相关的刑事政策要求。

罪犯的人权保障贯穿于《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)立法、修法过程。1996 年《刑事诉讼法》新增了 27 个人权法律规范条款,包括重大立功停止执行死刑、生活不能自理暂予监外执行等有关罪犯人权保障的内容;2012 年《刑事诉讼法》不仅确立了“尊重和保障人权”的宪法性刑事程序原则,还补充了包括强制医疗复议等罪犯人权保障内容在内的 25 个条款的人权法律规范;2018 年《刑事诉讼法》修改时,新增 6 条涉及人权的法律规范^⑤。随着我国社会主义民主法治建设的不断发展,《刑事诉讼法》历经三次修改,为保障罪犯更广泛、更深入的权利提供了法律依据,刑事诉讼中的人权理念和制度保障进一步加强和完善^⑥。

三、我国监狱罪犯医疗保障体系化对策

(一) 罪犯医疗保障的理论厘清

1. 罪犯医疗保障法治化原则

在监狱罪犯医疗保障体系构建及制度改革进程中,法治原则始终是贯穿其中的核心准则。党的二十大报告明确提出,要全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,将法治化要求贯穿于国家各方面工作全过程。罪犯医疗工作作为监狱管理的关键构成要素,直接关系到罪

①参见[日]小河滋次郎:《大清监狱律(草案)》“第八章:卫生及医疗”。
②《中华人民共和国劳动改造条例》第 55 条规定:“对犯人的医疗卫生、教育、体育和娱乐工具等费用都应由劳动改造机关按照规定标准和实际需要供给”;第 74 条规定:“劳动改造机关的经费来源:(一)国家预算内拨款;(二)劳动改造机关的生产收入”。
③参见《中国改造罪犯的状况》,载中华人民共和国中央人民政府网,https://www.gov.cn/zhengce/2005-05/25/content_2615733.htm,最后访问时间:2024 年 4 月 16 日。
④《中华人民共和国监狱法》第 54 条规定:“监狱应当设立医疗机构和生活、卫生设施,建立罪犯生活、卫生制度。罪犯的医疗保健列入监狱所在地区的卫生、防疫计划”。
⑤参见谢进杰:《国家尊重和保障人权的刑事程序模式》,载《人权法学》2023 年第 4 期,第 96-119 页,第 168-169 页。
⑥参见杨宇冠,李涵笑:《中国特色人权刑事司法保障的逻辑进路》,载《中共中央党校(国家行政学院)学报》2021 年第 5 期,第 128-136 页。

犯人权保障及社会公平正义的实现。基于此,罪犯基本医疗保障的覆盖范围、医疗经费的预算与拨付机制、监狱医疗机构的规划建设标准以及医务人员的配置与专业能力建设等议题,均需纳入制度设计的核心考量,相关医务人员应当遵循规范严格管理,依法治监。

在罪犯医疗权利保障方面,联合国《囚犯待遇最低限度标准规则》确立了基本准则:要求每个拘留场所配备至少1名具备资质的医务人员;拘留机构的医疗服务应具备相应诊疗能力;医务人员须对囚犯提出的医疗诉求及疾病诊治请求作出必要响应^①。医疗权利着重体现为医疗待遇。联合国《医疗伦理原则》第1条规定,“负责囚犯或被拘禁者医疗工作的医务人员,应为其提供周全的医疗保护。被拘禁人员在医疗待遇方面,有权享有与未被拘禁者同等质量和标准的服务,以便有效预防和治疗疾病”;第6条强调,“上述原则无论在何种情形下,包括社会紧急状况,均不得被削减或违背”^②。在西班牙,服刑人员的医疗保障主要由驻监的当地医疗机构承担,罪犯若有额外需求,可自费申请使用其他社会医疗资源。相关部门会对此进行综合评估,一旦发现这种情况可能对监管安全产生不利影响,就会予以制止。日本《刑事收容设施及被收容者待遇法》规定,允许罪犯在监狱内享受一定的医疗保健服务,特殊情况下会酌情批准患病服刑人员提出自己指定的医师进行会诊治疗^③。

2. 罪犯医疗保障科学化原则

监狱罪犯医疗保障必须坚持用科学的理念、思维和方法,不断完善和创新监狱医疗工作体制机制,探索监狱罪犯医疗保障的有效途径和方法,合理配置监狱的人力、物力、财力等资源,积极探索科学化、规范化、标准化的监狱医疗管理

制度,全面提高监狱罪犯医疗保障水平。

(1) 支出比例科学化,政府财政负担为主,特殊费用自行承担。荷兰法律规定,犯人能够获得由监狱提供的医疗服务,该服务的费用由政府财政支付。如果服刑人员自行要求由私人医生诊治,那么所产生的费用由其自己承担^④。德国法律规定,对于生病的罪犯,若其经济情况许可且由其个人承担医疗费用不会影响治疗目的达成,那么费用由罪犯本人负责。因此,在域外司法实践中,服刑人员通常享有根据医疗需求自主选择狱外医疗服务并承担费用的权利。(2) 经费使用科学化,建立严格的审核制度。审核制度是对患病罪犯提供医疗服务的必要程序和前提条件。审核系统采用多层审批机制,当罪犯提出医疗服务请求时,由专家小组或经授权的医生对请求的必要性进行评估。通过这种评估筛选,能够有效排除不合适、不恰当的临床服务,避免医疗资源浪费。审核中还会考虑低成本、高效率的替代治疗方案,以减少不必要的住院治疗情况,在保障罪犯医疗权益的基础上,切实降低整体医疗成本。

3. 罪犯医疗保障平等化原则

联合国《医疗伦理原则》着重强调了罪犯医疗权利的平等性,明确指出医疗工作者必须遵循“物理上的获取同等性”准则,为罪犯提供与普通国民质量和标准完全一致的医疗服务。无论存在何种特殊情形或特定事实,都不得削减罪犯应享有的医疗待遇,以切实保障其基本医疗权益。世界医师协会在《里斯本宣言》及《爱丁堡宣言》中指出,医疗公平性应当覆盖全体社会成员,包括被司法监管的罪犯群体。宣言明确要求,医疗服务提供者需确保罪犯与普通社会公众享有同等医疗权利,严禁以患者的法律身份作为差别对待的依据,坚决杜绝任何形式的医疗歧视^⑤。被

①United Nations. The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners [R]. Genève,13 May 1977.
②United Nations General Assembly, Principles of Medical Ethics [R]. Genève,9 March 1983.
③参见《日本刑事收容设施及被收容者待遇法》,载司法部预防犯罪研究所:《域外最新刑事执行法律法规选编(第三卷)》,北京:中国法制出版社2020年版。
④参见荷兰《监狱原则法案》(Penitentiary Principles Act)。
⑤The Declaration of Lisbon on the Rights of the Patient, World Medical Association General Assembly [R]. Lisbon, September/October 1981 (Edition by 2015); The Declaration of Edinburgh, World Medical Association General Assembly [R]. Edinburgh, September 1988 (Edition by 2005)。

拘禁者的医疗权与其自由权是分离的,这一原则源于国际战俘待遇规范,“罪犯被限制的仅是行动自由,而仍享有作为基本权利的医疗权”^①。这些国际条例和公约深刻影响了世界各国对于服刑人员医疗权方面的立法。

《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》第5条规定,“公民依法享有从国家和社会获得基本医疗卫生服务的权利”。《“健康中国2030”规划纲要》清晰阐明,构建健康中国的核心目标在于实现全民健康福祉。该纲要着重强调,健康服务体系需以全体社会成员为对象,聚焦生命全周期的各个阶段,着力构建覆盖广泛、公平普惠、系统连续的健康服务网络,通过优质资源均衡配置与高效供给,推动全民健康水平迈向新高度,切实保障每一位公民都能享有公平可及的健康权益。罪犯医疗保障中的平等原则体现在两方面:一是罪犯和普通公民之间平等,即平等地享有健康权;二是罪犯之间平等,罪犯不分性别、年龄、犯罪性质,平等地享有医疗保障权,监狱在提供医疗保障时应一视同仁。平等原则是监狱罪犯医疗保障平稳开展、有效实施的制度基础。

(二) 罪犯医疗法律保障规范化

中共中央、国务院2020年联合发布了《关于深化医疗保障制度改革的意见》(以下简称《意见》)。《意见》提出:“加强医疗保障领域立法工作,加快形成与医疗保障改革相衔接、有利于制度定型完善的法律法规体系”。现阶段,罪犯医疗保障法律制度尚存在诸多有待完善之处,部分法规条文表述笼统,执行细则缺失,法律体系尚未形成有机整体。对此,改革进程需以法治建设为核心,聚焦构建科学完备、层次分明的罪犯医疗法律体系。

1. 修订完善《监狱法》

我国《监狱法》的修订与完善应适当借鉴《联合国囚犯待遇最低限度标准规则》(《曼德拉规则》),吸收有关国家监狱法律制度中关于罪犯医

疗保障的成功经验,结合我国具体国情进行本土化改进。

第一,将罪犯纳入医疗保险范畴。我国已经建立了罪犯医疗费用全额保障机制,罪犯服刑期间的医疗费用全部由监狱承担,以保障其基本医疗权益。本文认为,这与监狱目的任务和我国医疗保障基础不相适应。《曼德拉规则》第24条规定,囚犯所接受的医疗保健服务标准,应当与社会普通居民在社区中能够获得的医疗服务标准保持一致,以确保其基本医疗权益不受司法身份影响而被减损。自2012年《监狱法》修订后,监狱非程序性“拒收权”被依法废止。这一法律调整使得原本可能因健康问题暂缓收监的病犯依规入狱,致使监狱内病犯群体规模不断扩大。随着病犯数量持续攀升,监狱在医疗救治、日常护理等方面的资金投入显著增加,运营成本大幅上升,给监狱管理工作带来了前所未有的压力与挑战。笔者认为,现行我国罪犯医疗费用由监狱全额兜底的保障模式,在公平性与资源配置效率方面存在一定探讨空间。从社会公平视角出发,这一模式可能引发公众对医疗资源分配合理性的质疑。相较之下,将罪犯医疗保障体系与社会医疗保险制度相融合,使罪犯享受与普通公民同等水平的医疗保障待遇,不仅有助于平衡社会公平价值,也能借助社会医疗保险的规范管理优化医疗资源利用效能,推动罪犯医疗保障体系的现代化转型。

第二,明确罪犯疾病通知制度。《曼德拉规则》第69条规定了罪犯的疾病、死亡通知制度。我国《监狱法》第55条规定了罪犯死亡通知制度,但当前我国罪犯疾病通知制度尚未形成统一、完善的国家层面规范体系,仅有部分省份结合本地实际情况,因地制宜制定了相关制度,导致各地区在罪犯疾病通知流程、标准及执行力度上存在显著差异,难以保障该制度的规范性与一致性。罪犯依然享有广泛而充分的人权,疾病通

^①Jotterand F, Wangmo T, The Principle of Equivalence Reconsidered: Assessing the Relevance of the Principle of Equivalence in Prison Medicine, . The American Journal of Bioethics, 2014.

知制度符合基本人权保障要求,有利于因疾病死亡罪犯的监狱舆情处置。规范建档罪犯医疗史,可增强监狱与家属沟通的主动性。凭借翔实的档案资料,监狱能够更加高效、准确地回应家属关切,及时化解潜在矛盾,在面对相关事件时迅速采取有效措施,妥善处置并平息可能引发的舆情,维护监管秩序稳定与社会和谐。上海市南汇监狱的实践证明,“这种主动与家属联系、沟通的做法,有效避免了很多问题”。实施过程中,需要对该制度适用范围进行清晰界定,明确规定纳入该制度管理的病种类型及病情严重程度标准。具体而言,罪犯疾病通知制度仅针对病情较为复杂、严重影响罪犯身体健康或需要特殊医疗干预的病症启动,通过常规医疗流程处理的普通轻微疾病不必纳入该制度适用范围。

2. 修改完善《暂予监外执行规定》

我国现行法律体系在费用承担方面存在差异性规定。《中华人民共和国社区矫正法》确立了政府财政保障原则,《暂予监外执行规定》则实行个人自费原则,要求相关对象自行承担生活、医疗等必要支出。两项规定在资金保障主体上存在差异,前者强调政府财政保障的责任,后者则将费用负担归于个人,这种制度设计上的不同引发了关于保障责任划分和执行公平性的争议;同时,我国关于罪犯医疗费用的相关规定尚显笼统、单薄。笔者建议,对暂予监外执行对象的医疗费用分类管理。

(1)构建由社区矫正机构统筹管理的专项经费使用机制,将罪犯医学评估费用和政府采购医疗服务支出统一纳入专项经费管理范畴。通过这种集中管理模式,既能确保费用使用的规范性和透明度,也能有效整合资源,保障相关医疗监管工作顺利开展,提升社区矫正工作的专业化和精细化水平。(2)通常情况下,罪犯日常诊疗护理及定期复查产生的医疗费用,按规定由其本人或亲属承担。在保外就医人员、生活完全不能自理者等特殊情形下,由于医疗支出高昂,部分罪犯面临亲属无力资助、被家庭遗弃,自身丧失劳动能力、缺乏经济来源的困境,难以履行定期复

查及报告义务。针对此类确实存在经济困难、无法承担复查费用的特殊个案,可建立司法救助机制,允许当事人向政府申请司法救助金,以保障其基本医疗权益,确保医疗监管工作有效落实。(3)鉴于司法救济金在保障范围和资金规模上存在局限,《中华人民共和国精神卫生法》确立的精神障碍患者“政府主导、社会参与、分类保障”医疗模式,可为完善暂予监外执行对象的医疗保障机制提供有益借鉴。建议设立专项医疗保险项目,重点保障危重病患、失能人员、特困群体接受医疗的权利。通过这种制度化保障,既能拓宽医疗费用的资金来源渠道,又能依托成熟的医疗保险管理机制,实现医疗资源的合理分配与高效利用,切实保障暂予监外执行对象的基本医疗权益,推动司法医疗保障体系的完善与发展。

3. 修改完善《刑事诉讼法》中关于社区矫正的规定

社区矫正经费与罪犯医疗保障费用密切相关。与监狱矫正经费不同,社区矫正经费由省级以下地方财政予以保障,很多财政经费紧张的地区对社区矫正经费无法单列。充足的经费是罪犯医疗保障的前提,对此,应巩固完善国家社区矫正资金制度,实现专项经费保障。在财政支出分类项目上,落实社区矫正资金财政分级承担制度,将社区矫正支出计划单列,确立以财政资金为主的保障机制,建立以省级财政部门为主的资金保障机制,确保社区矫正具有和司法、监狱、强制戒毒等司法执行工作同等的资金渠道。

目前,部分地区在社区矫正人员医疗保障方面开始探索实施新政策。北京市人力资源和社会保障局、北京市司法局联合推出新政,将本市户籍的社区服刑人员纳入城乡居民医保参保范围,即包括管制、缓刑、假释、暂予监外执行人员在内的社区服刑人员,如果没有其他基本医疗保障,可以参加本市城乡居民基本医疗保险并按规定享受医疗保险待遇。该制度的实施,有利于进一步提高社区服刑人员的医疗待遇水平。

(三)罪犯医疗财政保障多元化

随着国家财政收入增加,为进一步强化服刑

人员人权保障,国家应提高服刑人员医疗保障水平,加大对罪犯医疗费用的投入,实现“开源”与“节流”并举^①。(1)建立罪犯医疗经费动态增长机制。根据本地区经济发展状况和居民生活消费水平,按照适当比例确定罪犯人均医药费、防疫费标准,逐步增加财政拨款,实现服刑人员和社会人群年平均医疗费用大体一致。(2)依托国家医药卫生体制改革,立足“监所医联体建设”,加强全系统医疗资源统筹调配能力建设,切实解决基层一线能力、药品、设备等方面的短板弱项。(3)加强各单位、部门间沟通衔接,加大经费保障力度,提高物资采购效率。(4)加大上级扶持力度,持续强化政策对接,为顺利推进专科医院创建争取政策和资金支持^②。

(四)罪犯社会医疗保障体系化

1. 明确罪犯社会医疗保障标准

目前,我国尚缺乏统一的罪犯医疗保障标准,基本由各省监狱管理局根据本区域情况专门制定地区标准,国家主要对罪犯所患的常见病、多发病、传染病以及多种慢性病给予相应的治疗与管理;及时对处于危急状态的重病患者展开抢救,保障其生命安全;积极开展狱内疾病预防,通过卫生宣传、环境整治等措施减少疾病发生,及时监测、发现疾病流行趋势;建立健全医疗应急预案,针对可能出现的集体食物中毒、传染病暴发等医疗突发事件迅速反应,采取有效应对措施,维护监狱内医疗秩序和罪犯健康权益。

本文认为,针对重大疾病、疑难病症以及难以根治的慢性疾病,在罪犯医疗保障层面,应当建立健全更为科学合理的应对措施;国家对必要且合理的医疗费用予以保障,重点支持疾病治疗与基本康复需求;严格区分治疗性医疗与保健性

医疗,明确将非必要保健性医疗服务排除在保障范围之外,以实现医疗资源的优化配置,在保障罪犯基本医疗权益的基础上,兼顾社会公平与财政资源的可持续性。当前,保外就医标准设定较为严格,部分罹患难以根治疾病的罪犯,即便家属具备承担医疗费用的意愿和能力,也无法顺利获得保外就医机会。从保障罪犯基本医疗权益的角度出发,对此类情形一概采取否定态度不利于实现司法人道主义精神与权利保障的平衡。建议在相关法律制度中增设特别条款,对符合“病情难以治愈、家属自愿承担费用”条件的个案予以合法性认可,通过规范审批流程与监督机制,在保障公共安全和司法秩序的前提下,适度拓宽保外就医的适用范围,实现刑罚执行与权益保障的有机统一。

2. 构建罪犯社会医疗保障体系

被监管人员的健康保障是政府部门的责任。监狱管理机关和社会卫生主管部门应摒弃部门狭隘主义,在社会医疗全局观视野下通力合作,提高监管场所的卫生服务保障水平;逐步探索监狱医疗与社会医疗融通机制,将监狱医疗与社会商业医疗保险相融合^③。罪犯医疗保障监狱化具有场域局限性和治疗阶段性,罪犯回归社会后医疗保障就会失去衔接与延续。在全民医保整合社会资源、扩大医保范围的应然语境下,应将罪犯医疗保障纳入社会医保范畴,建立监狱统筹基金和罪犯个人账户相结合的罪犯基本医疗保险制度,实行监狱统筹和个人账户结算并举的支付方式^④,制定超医保目录药物按比例收费规则,从“完全免费”的监狱医疗转向监狱医疗卫生防疫与医疗保健,真正惠及每一名罪犯^⑤。

①参见戴祥法,李光程:《监狱医疗卫生体制改革的政策选择》,载浙江省监狱管理局编:《监狱医疗管理现状与对策调研文集》,唐高智:《我国服刑人员医疗保障改革研究》,长沙:湖南大学硕士学位论文,2020年。

②参见刘瑜,李汉泉,王羽:《四川监狱戒毒医联体建设的实践与探索》,载《中国法治》2023年第8期,第27-33页。

③参见张禹:《吉林省监狱医疗卫生服务供求矛盾成因与对策》,长春:吉林大学2014年硕士学位论文,第18-19页;郑振玉,孟庆跃:《监管场所医疗卫生服务需求与供给分析》,载《中国卫生经济》2008年第3期,第41-42页。

④参见徐伟:《试论我国服刑人员的医疗权保障》,苏州:苏州大学2013年硕士学位论文,第38-39页;沈松涛:《监狱医疗费用改革研究——以杭州市某监狱为例》,北京:中国社会科学院2010年硕士学位论文,第33-35页。

⑤参见邱寅虎:《罪犯的医疗权利及其完善思考》,载《犯罪与改造研究》2023年第7期,第59-66页。

3. 创新罪犯社会医疗协作改革

为适应政府职能转变和监狱体制改革的要求,应大力探索协作医疗新模式,有效链接监狱诊疗和社会诊疗^①。一是明确监狱、地方政府、卫生防疫医疗机构各方的职责内容、业务范围和相互关系,明确监狱社会协作的相关条款,在医疗资源统筹和政府拨款等方面作出明确规定;二是通过医疗协作、联合办院、购买医疗服务三种方式,着手推进监狱医疗机构社会化改革,利用社会优势资源解决监狱系统医疗技术力量不足、硬件欠缺、质量不高的问题^②。浙江省长湖监狱在监狱医疗体制改革进程中进行了积极探索与创新实践。该监狱医疗管理制度突出两大特色,一是移植社会医保的统筹共济机制,二是创新监区医疗经费包干办法,很好实现了保障水平与管理效能的平衡。在这一模式下,监狱层面负责统筹调配医疗资金,把控整体医疗预算与重大医疗项目支出;监区根据实际情况,包干管理日常诊疗费用,实现责任细化与资源精准分配;同时,配套制定一系列辅助措施,建立医疗费用使用监督机制、优化药品采购流程、强化医护人员绩效考核,有效提升了医疗资金使用效率与医疗服务质量。长湖监狱的实践成果,为全国监狱系统医疗体制改革提供了可复制、可推广的经验范本,为推动监狱医疗保障体系的科学化、规范化发展开辟了新路径。

(五) 监狱医疗人才保障专业化

1. 科学制定监狱医务人员配置标准

目前,国家对监狱规模与医护人员配比没有明确规定。S省监狱管理局根据本地实际情况作出规定,监狱卫生所(医务室)至少应有1名执业医师、1名注册护士,其他医务人员按需配置。实践证明,这个最低标准无法满足监所医疗工作需要。监狱医务人员配置应根据实际需要科学规划。鉴于监狱卫生所医疗职能与执法职能的双重竞合,应当结合统筹医疗工作与监管改造任务

综合考虑,合理配比。

2. 招录符合实际需求的医疗岗位人员

中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步完善医疗卫生服务体系的意见》(中办发〔2023〕10号)着重强调,“科学制定公立医院编制标准、建立编制动态增核机制以提升医疗卫生服务效能”。本文认为,监狱医疗机构建设应以文件精神为指引,动态调整机构设置和人员配置。比如某监狱迫切需要医学专门人才,就应加大招录人数,并明确该岗位的执业条件,以满足工作需要。除了固定的公务员招录方式,监狱还可以探索建立“编制内+聘用制”双轨并行用人机制,通过市场化招聘方式补充医疗岗位工作人员,并按照一级医院薪酬水平确定待遇标准;通过返聘退休医疗人员,弥补监狱医疗人才队伍薄弱的缺陷;与社会医疗机构建立长期协作关系,展开常态化医疗人才交流培训。

3. 加强监狱医务人员专业技术培训

医务人员队伍建设是保障监狱医疗服务水平的关键,对此,既要拓宽渠道,充分吸收外部新鲜血液,也要加强内部管理,发挥既有医务人员在专业领域的特长。对新招录的医务人员应专岗专职,增加特殊岗位津贴,充分调动其工作积极性;在时间和经费上鼓励监狱医务人员参加继续教育、专科培训等学习项目,在工作考核奖励和职级晋升中予以体现;根据实际情况,在学习对象、学习内容、学习条件等方面灵活安排,加强与所在地医疗卫生机构的联系,积极参加医疗卫生部门举办的各类学术会议,提高监狱医务人员的医疗水平。

(六) 监狱医疗模式改革科技化

第一,远程医疗。监狱远程医疗系统可实现服刑人员与狱内医疗人员通过视频连线方式接受外部专家远程会诊服务,包括远程咨询、远程门诊、远程会诊等环节,或通过网络平台邀请外

①参见吴超:《我国监狱医疗保障研究——以河北某监狱为例》,石家庄:河北师范大学2015年硕士学位论文,第29页;庞勇:《罪犯社会医疗保障中存在问题及对策——基于黑龙江监狱系统的实证分析》,哈尔滨:黑龙江大学2015年硕士学位论文,第36-37页。
②参见贾亦真:《我国监狱罪犯身体健康权保障问题研究》,长沙:湖南师范大学2014年硕士学位论文,第20-21页。

部专家提供在线医疗培训、专题讲座、技术指导等。远程医疗可以打破空间限制,增加基层监狱医务民警与社会医疗专家交流的范围和深度,“面对面”学习国内外先进医学知识和操作技能,有利于监狱医院医疗人才培养和医务民警医疗技术水平提高^①。专家远程会诊可以使别有用心、的伪病犯原形毕露,最大限度减少伪病犯“缠医”问题。2012年5月28日,新疆监狱系统首家网络医院挂牌成立,成为监狱医疗体系发展的重要里程碑。网络医院凭借其独特优势,能够在医疗技术水平方面打破地域限制,引入外部优质医疗资源;通过远程会诊、线上培训等方式,使监狱医护人员及时接触先进医疗技术和理念,提升自身业务能力;在提高医院管理人员素质和节约诊治时间上具有独特优势,为监狱医疗保障体系注入新的活力,提升了监狱医疗服务的整体水平。

远程会诊在监狱医疗管理中展现出独特优势。通过远程会诊,能够有效降低运送囚犯到医院产生的交通费用、安保人力等高额成本,节省频繁派遣警察护送犯人外出就诊消耗的人力资源和时间成本。美国许多州的矫正部门利用远程医疗技术寻求专业治疗^②。在监狱单元内安装远程医疗设备的成本通常可以在15个月左右收回,之后,大多数使用远程医疗技术的监狱每月可以节省医疗费用14200美元^③。美国密歇根州矫正机构关于远程医疗的评估认为,每月远程会诊83~124次即可实现收支平衡;俄勒冈州矫正机构调查发现,每月远程会诊超过43次就会节省医疗费用^④。

第二,运用罪犯医疗服务的电子管理^⑤。在美国,数字化医疗管理在监狱系统中广泛应用,超过40个州的矫正机构采用计算机系统管理罪

犯医疗信息,实现了医疗档案电子化,涵盖诊断、治疗等全流程数据;17个州的矫正机构正着力开发医疗费用管控系统,从药品采购、费用追踪、内外医疗服务管理到合作医院监督,形成全链条成本控制体系。各矫正机构结合实际需求持续深化应用:在新墨西哥州矫正机构,HIV药物的成本核算与需求预测均借助电子表格实现精准化管理;俄勒冈州矫正机构运用技术手段,高效处理来自外部医疗机构的账单信息。这些实践充分展现了数字化管理在提升监狱医疗服务效率、优化资源配置、控制医疗成本方面的显著成效。

在这方面,我国部分地区监狱管理机构先行先试、大胆探索,取得了较为成功的经验。广西壮族自治区贵港监狱启用HIS系统(医院管理信息系统),有效提升监狱医疗服务质效,开启数字化医疗发展新模式。罪犯就诊或住院时,监狱医院医师通过HIS系统模糊检索和相似检索功能,可以快速查找所需药物,快速查阅其既往就诊史、用药史,提高诊疗效率。贵州省第二女子监狱引入HIS系统、电子档案柜,通过科技手段融合将从前翻阅病案花费的10分钟变成了如今的10秒钟;按照一级医院配置标准对医疗设施设备全面升级,以标准化建设为引领,全力提升监狱医疗卫生保障水平,取得了良好社会效益。山东省临沂监狱、福建厦门监狱等多家监狱通过与当地医院签署“医联体协议”建立远程会诊系统,使患病服刑人员在狱内即可获得高质量医疗服务,更好维护了罪犯健康权益。

(七) 医疗安置政策的老年关注

随着监狱罪犯人口老龄化趋势加剧,矫正成本攀升、医疗服务需求激增以及刑满释放后生存

①参见陈森尧:《“互联网+”下监狱医疗模式的构建》,载《中国监狱学刊》2017年第1期,第58-62页。

②Douglas C C M P D, Hassol A, Carlson K, et al. Telemedicine Can Reduce Correctional Health Care Costs: An Evaluation of a Prison Telemedicine Network [J]. Bureau of Justice Statistics, 1999.

③National Institute of Justice, “Telemedicine Can Reduce Correctional Health Care Costs: An Evaluation of a Prison Telemedicine Network,” March 1999, <http://www.ncjrs.org/telemedicine/toc.html> (26 August 2003).

④U. S. Department of Justice National Institute of Corrections Information Center, “Prison Medical Care: Special Needs Populations and Cost Control”, September 19970.

⑤U. S. Department of Justice National Institute of Corrections Information Center, “Prison Medical Care: Special Needs Populations and Cost Control”, September 1997.

保障缺失等问题日益凸显。鉴于此,有必要将监狱罪犯老龄化议题纳入国家人口老龄化整体应对体系,构建专项政策框架。通过设立老年罪犯医疗保障专项资金、优化养老护理资源配置、完善再社会化支持机制等举措,保障老年罪犯合法权益,减轻监狱管理压力,推动刑罚执行与社会治理协同发展,实现司法人文关怀与社会稳定的双重目标。一是基于老年犯身心健康和管理需要建立专门老病残监狱,或设置老病残监区专门

收押老年犯;二是专项安排老年监舍建设改造经费与管理人员编制,对监区实施无障碍化改造。在监管改造体系中,应当从政策制度入手,构建适应老年服刑人员身心特点的管理模式、教育方案和改造措施体系,并加强对刑满释放老年犯的安置帮教^①。

【责任编辑:张 戈】

Research on the systematization of the medical security system for prison inmates in China

Zhang Zijun, Ding Yuting, Hao Mengdi

(Northwest University, Xi'an Shaanxi 710127, China)

Abstract: At present, the medical contradictions of prison inmates in China mainly present in five aspects: first, the shortage of financial appropriations and the increase in the medical needs of inmates; secondly, the limited medical conditions in prisons and the unlimited medical demands of inmates; thirdly, the legalization of the medical rights of inmates and the unclear medical diagnosis and treatment standards; fourthly, the malicious mentality of medical inmates and the loopholes in the free and safe medical system; fifthly, the sharp increase in the number of “elderly, sick and disabled” inmates has led to a sharp increase in medical expenses. Looking back at China’s relevant historical systems, the medical security for inmates has evolved from the “system of compassion for prisoners” in the early Tang Dynasty to a systematic medical security service system for inmates in modern times. The prison medical care abroad is based on the principle of prevention first and the combination of prevention and treatment, with the characteristics of mainly being borne by the government’s financial resources, inmates themselves bearing special expenses, diversified payment methods and detailed rules for the use of funds. The medical security for prison inmates in China should fully draw on the ancient judicial wisdom of China and learn from the successful experience abroad for systematic reform, forming a model of standardizing the legal guarantee for the medical care of prison inmates, diversifying the financial guarantee for the medical care of inmates, systematizing the social medical security system for inmates, professionalizing the talent guarantee for prison medical care, and modernizing the reform of the prison medical model with science and technology.

Key words: medical care for prison inmates; financial guarantee; social medical care

^①参见张桂荣:《关于监狱老年犯相关问题的思考》,载《中国司法》2021年第9期,第78-85页。