

诉源治理语境下对规范性文件的检察监督

——以生效行政裁判为中心

温 辉

(国家检察官学院,北京 102206)

〔摘 要〕《中华人民共和国行政诉讼法》第53条规定原告一并请求审查规范性文件的立法目的,在于从源头和行政行为依据上避免违法行为、解决行政争议。规范性文件检察监督既是检察机关参与社会治理的重要举措,也是检察机关作为“保障国家法律统一正确实施的司法机关”的职责所在。规范性文件检察监督,既可以依当事人申请启动,也可以依职权发现启动。人民法院合法性认定错误是否属于检察机关行政诉讼监督范围,需要结合案件实际情况判定:对于规范性文件合法性认定错误,导致“原判决、裁定适用法律、法规确有错误的”,按照监督规则应当提请抗诉,也可考虑以再审检察建议的方式进行监督;在适用《人民检察院行政诉讼监督规则》第97条时,则需要从立法体制和备案审查制度发展的角度全面检视、理解、把握。

〔关键词〕规范性文件;一并审查;合法性;检察监督;诉源治理

〔作者简介〕温辉(1966—),女,辽宁抚顺人,国家检察官学院教授,北京大学法学博士、北京师范大学博士后,全国检察理论人才,主要从事宪法学、行政法学和检察基础理论研究。

〔收稿日期〕2023-11-02

〔中图分类号〕D926.3;D925.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)01-002-08

一、问题的提出

为深入贯彻落实党中央、国务院决策部署,推进法治乡村建设,为全面依法治国奠定坚实基础,为实施乡村振兴战略提供良好法治环境,中央全面依法治国委员会印发《关于加强法治乡村建设的意见》(中法委发〔2020〕1号),提出加强诉源治理,努力将矛盾化解在基层。习近平总书记强调:“我国国情决定了我们不能成为‘诉讼大国’”“法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病”^①。检察机关坚定不移贯彻总体国家安全观,积极投入更高水平的平安中国建设,以诉源治理助力国家治理,践行人民至上理念。《最高人民检察院工作报告(2023年)》明确提出“做实诉源治理”的工作目标。具体到行政检察,

对规范性文件的监督,既是对生效行政判决、裁定的个案监督,同时也有类案监督的作用,更有“消未起之患”之功效,是行政检察诉源治理不可忽视的重要环节和路径。在行政执法实践中,规范性文件对相应的行政机关具有拘束力,是行政机关的执行依据,行政行为的源头。有些行政行为侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益,是“越权错位”的规范性文件造成的。要纠正违法行政行为,就有必要正本清源,从源头开始审查并纠正。《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第53条^②规定原告一并请求审查规范性文件的立法目的,就在于从源头、从行政行为依据上避免违法行为,解决行政争议。对此,信春鹰在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法

①参见习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路,为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《求是》2021年第5期,第13页。

②《行政诉讼法》第53条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在对行政行为提起诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查”。

修正案(草案)》的说明》中已经予以明确^①。

对于规范性文件的涵义,我国“无全面、统一的规定”^②。《行政诉讼法》中规范性文件大体有两种含义,一是该法第34条^③所规定的规范性文件,被限定为“行政行为所依据的”,具体包括属于《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)调整的法律、法规、规章,以及非立法性的规范性文件;二是该法第53条所规定的,仅指当事人可以一并请求审查的规范性文件,其范围限于“规章以下规范性文件”,一般又称为“其他规范性文件”或“行政规范性文件”^④,也有观点称此类规范性文件为“无名规范”^⑤。本文所讨论的“规范性文件”指后者,即根据《行政诉讼法》第53条之规定,原告在提起行政诉讼时一并请求审查的规范性文件。相应地,规范性文件检察监督,特指人民检察院依照审判监督程序,对人民法院审理的当事人请求一并审查规范性文件案件的监督。

为贯彻落实党的二十大“加强检察机关法律监督工作”的部署,立足于检察机关助力国家治理体系和治理能力现代化建设,基于穿透式监督的理念,行政检察部门在办案过程中,发现规范性文件与上位法存在抵触的情形,毫无疑问地可以制发检察建议,向上述规范性文件制定机关提出修改或废止等完善治理的建议。但对《行政诉讼法》“一并审查”规定的理解和把握,以及检察监督法律依据等问题,理解有分歧,认识不统一,有深入探讨之空间和必要。

根据《行政诉讼法》第53条、第64条^⑥的规定,人民法院对规范性文件的审查大致包括以下几个环节。第一,认定环节。即认定原告一并请求审查的规范性文件是否符合《行政诉讼法》第

53条的规定,是否具有可审查性。第二,审查环节。即认为规范性文件是否合法,能否作为认定行政行为合法的依据,换言之是进行合法性审查。第三,建议环节。认为规范性文件不合法的,向制定机关提出处理建议。本文主要探讨规范性文件检察监督启动方式,对法院合法性审查检察监督依据和监督形式,以及《人民检察院行政诉讼监督规则》(以下简称《监督规则》)相关条文适用等问题^⑦。

二、检察监督启动方式

根据《监督规则》规定,检察机关启动监督程序的方式主要有依当事人申请和依职权发现两种。就规范性文件检察监督而言,当事人申请符合《监督规则》相关规定,满足相关条件,检察机关应当受理,即启动检察监督程序。是否可依职权发现而启动,则需要对《监督规则》第36条进行分析后给出答案。

《监督规则》第36条是关于应当依职权监督的规定。从制定技术来看,第36条为例示式规定——法律规范在列举其适用的典型事项后,又以“等”“其他”等词语进行表述。法律规范中列举的事项为“等内事项”,“等”“其他”概括性用语所表示的事项为“等外事项”。按照《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题座谈会纪要》(法〔2004〕96号)(以下简称《座谈会纪要》)规定,对例示式规定进行解释时,应采用同类规则,即“等外事项”应为“等内事项”类似的事项。《监督规则》第36条“等内事项”有四项,第五项“确有必要进行监督的”则为概括语。

笔者认为,按照同类规则,规范性文件检察

①参见信春鹰:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法修正案(草案)〉的说明》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lftz/2014/2013-12/31/content_1822189.htm,最后访问时间:2023年11月1日。

②参见江必新:《中华人民共和国行政诉讼法及司法解释条文理解与适用》,北京:人民法院出版社2015年版,第337页。

③《行政诉讼法》第34条规定:“被告对作出的行政行为负有举证责任,应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件”。

④《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号)将行政规范性文件定义为:“指除国务院的行政法规、决定、命令以及部门规章和地方政府规章外,由行政机关或者法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织(以下统称行政机关)依照法定权限、程序制定并公开发布,涉及公民、法人和其他组织权利义务,具有普遍约束力,在一定期限内反复适用的公文”。

⑤参见朱芒:《对“规定”审查制度试析——〈行政复议法〉第7条和第26条的性质、意义及课题》,载《华东政法学院学报》2000年第1期,第13页。

⑥《行政诉讼法》第64条规定:“人民法院在审理行政案件中,经审查认为本法第五十三条规定的规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议”。

⑦认定环节和处理环节中检察监督具体情形,详见温辉:《规范性文件行政检察初探》,载《中国检察官》2023年第9期,第44-45页。

监督属于第五项“确有必要进行监督的”情形。

2014年修法前,相对于参照规章,《行政诉讼法》对规范性文件的态度是不明确的。透过《行政诉讼法》第32条,隐约有审查之意思表示。正如有学者认为的:“第32条实际上隐含了法院对行政规范性文件具有一定事实上的审查权,否则要求被告将行政行为所依据的规范性文件提供给法院就没有任何意义了”^①。当然,法院对规范性文件的审查权也经历了一个从隐形到显形、从有限到完全、从依职权到依申请和依职权并行^②的发展演变过程。

1. 2014年修法前

2014年修法前,法院对规范性文件的审查是隐形的、不完全的、单纯依职权的。其中,1989年至2000年期间,法院对规范性文件只拥有拒绝适用权,不包括确认权和评述权。但2000年以后,法院对规范性文件的审查权从拒绝适用发展为有限审查,即不仅合法有效的规范性文件可以在裁判文书中引用^③,还可以在裁判理由中对其是否合法、有效、合理或适当进行评述^④。

司法实践中,存在着法官“不愿审查、不敢审查”“不会主动审查”“不敢在裁判文书中对规范性文件进行评述”^⑤等“集体无意识”现象。有研究显示^⑥,到目前为止,还没有发现有案件是因没有行使行政规范性文件司法审理权而被改判。可以说,修法前的依职权审查制度已经设定了对

规范性文件的审查机制,但是没有很好地发挥作用。

2. 2014年修法后

2014年《行政诉讼法》作出修改,明确规定法院享有规范性文件审查权,法院审查权由隐性变为显性,且从有限审查发展为全面审查。具体包括:(1)审查权——规范性文件的合法性经过法院审查才能认定;(2)评述权——对审查过程、结果和理由予以说明;(3)适用权——合法的规范性文件作为认定行政行为合法的依据;(4)建议权——经审查认为规范性文件不合法的,法院应当向制定规范性文件的行政机关提出处理建议^⑦。因法院无权对规范性文件作出撤销或变更判决,因此,有人把这种审查权称为“浅层次的司法评价权”^⑧或“准司法审查权”^⑨。但有研究发现,《行政诉讼法》的修改,几乎没有改变法院回避对规范性文件审查的消极态度^⑩。出现这种情况,一方面说明司法实践的复杂性,另一方面也凸显了检察监督的必要性。加强人民检察院对行政诉讼的监督,正是2014年修法的重要内容之一。“从源头上、制度上解决‘依法打架’的问题,维护社会主义法制的统一,应成为行政检察的使命担当和行动自觉”^⑪。因此,规范性文件检察监督属于《监督规则》第36条第(5)项“确有必要进行监督的”之情形,且与前四项“等内事项”属于同类,检察机关可以依职权监督。

①参见黄学贤:《行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善》,载《苏州大学学报》2017年第2期,第76页。

②有观点认为,行政诉讼法修改时加入一并审查条款,目的是“改进”,而不是“改退”。如果因为原告没有申请或者没有及时申请,法院就不予审查,这不是进步而是退步。原告没有提出一并审查的请求,法院就不能审查或不予审查或者不能审查,这是对法律的错误理解。参见何海波:《论法院对规范性文件的附带审查》,载《中国法学》2021年第3期,第144-146页。有学者提出“隐性审查”的概念,即法院在原告没有提出一并审查请求的情况下,实际上对作为该具体行政行为依据的行政规范性文件进行审查。这种审查并不要求法院在裁判文书主文乃至裁判理由中作出合法或违法的书面评价,因此称之为“隐性审查”。参见耿思远,侯学宾:《行政规范性文件隐性司法审查的生成逻辑与法理反思》,载《法治现代化研究》2021年第3期,第138页。笔者认为,这反映出附带审查与主动审查之间的微妙关系,以及法院对主动审查的微妙态度。

③参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第62条第2款。

④参见最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)。

⑤参见黄学贤:《行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善》,载《苏州大学学报》2017年第2期,第79页;王庆廷:《隐形的“法律”——行政诉讼中其他规范性文件的异化及其矫正》,载《现代法学》2011年第2期,第83页。

⑥参见余军,张文:《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》,载《法学研究》2016年第2期,第56页。

⑦参见黄学贤:《行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善》,载《苏州大学学报》2017年第2期,第78页。

⑧参见陈磊:《规范性文件附带审查之实务问题探析》,载《山东审判》2015年第4期,第26页。

⑨参见宋智敏:《论以人大为主导的行政规范性文件审查体系的建立》,载《法学论坛》2020年第6期,第41页。

⑩参见何海波:《论法院对规范性文件的附带审查》,载《中国法学》2021年第3期,第140页。

⑪参见温辉:《规范性文件行政检察初探》,载《中国检察官》2023年第9期,第46页。

三、规范性文件合法性审查与抗诉事由

《行政诉讼法》第91条规定了当事人申请再审的八种具体情形,这些情形加上第93条规定的“调解书损害国家利益、社会公共利益的”,即构成检察机关抗诉事由。

(一) 规范性文件合法性认定错误

《行政诉讼法》第64条授权人民法院对规范性文件合法性予以审查。那么,人民法院对规范性文件合法性认定错误是否属于人民检察院抗诉事由,具体来说,是否属于《行政诉讼法》第91条第(4)项“原判决、裁定适用法律、法规确有错误的”的情形呢?从法院对规范性文件一以贯之的态度考察,可知第53条“一并审查的规范性文件”不属于第91条第(4)项中“法律、法规”的范畴。

1. 2004年最高人民法院印发的《座谈会纪要》已清晰地阐明了对规范性文件的態度。第一,它不属于正式法源,对行政审判而言,既不具有“依据”意义的约束力,也不具有“参照”意义的效力。第二,规范性文件在不同的行政管理领域、不同的行政管理时期,具有不同的意义。在其具有政策意义时,应承认其政策效力和政策依据的地位;在其作为适用上位法“媒介”时,行政机关往往将其作为作出行政行为的直接依据。第三,法院对规范性文件进行“四性”审查,即合法性、有效性、合理性和适当性审查。第四,经审查,对规范性文件“四性”均作出肯定评价的,法院在认定行政行为合法性时,应承认规范性行为的效力,并可以在裁判理由中进行评述。

2. 2009年最高人民法院出台的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释[2009]14号)(以下简称《引用规定》)中,明确提出引用规范性法律文件的“二分法”——“裁判理由”和“裁判依据”。法律、法律解释、行政法规或者司法解释,应当作为裁判依据引用在行政裁判文书中;地方性法规、自治条例和单行条例、国务院或者国务院授权的部门颁布的行政法规解释或者行政规章,可以作为裁判依据引用。裁判

依据中“应当引用”和“可以引用”以外的规范性文件,在满足以下两个条件的情况下,“可以作为裁判说理的依据”:一是“根据审理案件的需要”;二是“经审查认定为合法有效”。

3. 2016年最高人民法院颁布的《人民法院民事裁判文书制作规范》继续沿袭“二分法”的思路,且在“裁判依据”部分规定,引用法律、法规、司法解释时,应当严格适用《引用规定》的规定。这一规定旨在强调不同位阶规范性文件对行政审判的不同效力。

尽管《引用规定》第1条——人民法院裁判文书应当依法引用相关法律、法规等规范性文件作为裁判依据——采用了例示式规定,根据体系解释,条文中规范性文件的外延可以扩大到规章,但“等外”事项无法涵盖规章以下规范性文件。

综上所述,《行政诉讼法》第91条第(4)项规定的“法律、法规”并不包括该法第53条“一并审查的规范性文件”,进而可以得出这样的结论:法院规范性文件合法性认定错误不属于检察抗诉范围。

(二) 一则典型案例带来的启发

规范性文件合法性认定错误不属于检察抗诉事由,不意味着据此可以否定检察监督的可能性。对规范性文件合法性认定错误,检察机关采用何种方式监督、如何监督,需要结合案件法律适用与判决结果等条分缕析。我们先来看以下典型案例^①。

原告袁某北的住房位于G市Y县中心城区规划范围。被告Y县人民政府依据《Y县城市污水处理费征收工作实施方案》(以下简称《实施方案》)“Y县中心城区范围内所有用水单位和个人”为污水处理费征收范围和对象的规定,根据原告袁某北相应时段使用自来水的情况,征收其污水处理费共计1273.2元。原告不服,以征收行为违法为由诉至法院,请求退还已征收的污水处理费,一并请求对《实施方案》的合法性进行审查。

一审法院经审查认为,《实施方案》规定“Y

^①参见最高人民法院:《行政诉讼附带审查规范性文件典型案例(2018年)》,载最高人民法院官网,<https://www.court.gov.cn/zixun-xianqing-125871.html>,最后访问时间:2023年11月1日。

县中心城区范围内”为污水处理费征收范围,这一表述包含了“征收对象应向城市排污管网和污水集中处理设施实施排污行为”之义,并没有扩大征收范围。被告征收行为并无不当,原告请求缺乏事实和法律依据,故依照《行政诉讼法》第69条之规定,判决驳回原告袁某北的诉讼请求^①。

袁某北不服,提出上诉。二审法院对与污水处理相关的规范性文件进行梳理,认为《实施方案》的上位法为J省发展和改革委员会制定的统一全省征收标准的通知,以及G市物价局制定的核定征收标准的批复,两个文件所规定的征收范围均为“在城市污水集中处理规划区范围内向城市排污管网和污水集中处理设施排放达标污水的所有用水单位和个人”。二审法院认定,《实施方案》违反上位法规定,扩大了污水费征收范围,不能作为认定被诉行政行为合法性的依据,故判决撤销Y县政府的征收行为,责令其返还已征收的污水处理费。

据此可知,二审法院从以下几个方面否定了一审法院判决:第一,“没有扩大征收范围”的审查结论是错误的;第二,判决驳回原告诉讼请求是错误的;第三,驳回原告诉讼请求的法律依据为《行政诉讼法》第69条,故一审法院存在“适用法律确有错误”的情形。

从裁判结果角度来看,法院关于规范性文件的合法性错误认定,可能(不是必然)^②导致生效判决裁定“确有错误”。对规范性文件合法性认

定错误,导致“原判决、裁定适用法律、法规确有错误的”,检察机关应当按照《监督规则》第90条之规定,提请上一级人民检察院抗诉。

(三) 抗诉方式的变通适用

一并审查案件中,人民法院规范性文件合法性认定错误,并导致出现《行政诉讼法》第91条第(4)项情形的,按照《监督规则》应当提请抗诉。但基于以下考量,笔者认为,提出再审检察建议不失为一种更为妥当、适宜的方式。

一方面,规范性文件涉及行政管理方方面面,复杂多样。规范性文件合法性审查,涉及规范性文件判断标准及被诉请对象的“可审查性”等基础问题;审查标准、审查深度、审查效力等重要问题;认定不合法后,法院向行政机关发出废止或修改司法建议,实现源头治理等根本问题。有些问题虽然理论与实务认识一致、观点统一,如对规范性文件的判断标准,“但单纯的概念界定尚不足以应对形形色色的具体实践,且稍显片面”^③,更何况“实践的复杂程度远远超出任何定义所能够解决的范围”^④。同时,规范性文件一并审查实践处于这样一种境地:制度确立时间不长,一并审查案件数量小^⑤、审判经验不足^⑥,可遵循规则有限,行政检察监督几近空白。在这种情况下,检察机关应以“刚强的内心,柔弱的身段”,以“手段相对和缓”的方式,通过再审检察建议进行监督。

另一方面,采取再审检察建议的监督方式,

①参见江西省赣州市中级人民法院(2015)赣中行初字第126号行政判决书,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = TUFllkup + 9feiTEj545yCoXRXtJ,最后访问时间:2023年11月1日。

②法院规范性文件合法性认定错误,不必然导致判决裁定确有错误;同样,行政机关适用不合法的规范性文件,也不必然导致实体处理结果错误。徐云英诉山东莲县社会医疗保险事业处不予报销医疗费用案(行政诉讼附带审查规范性文件的典型案例)清楚地表明了这一点。参见最高人民法院官网,https://www.court.gov.cn/zixun - xiangqing - 125871.html;山东省日照市中级人民法院行政判决书(2016)鲁11行终9号,山东省五莲县人民法院行政判决书(2017)鲁1121行初12号,山东省日照市中级人民法院行政判决书(2017)鲁11行终99号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html? docId = PAToVzfjJQPc93PfiGwUPBO1FcaN0aBzo2U1b/5dL3E5GrtgkIXIp,最后访问时间:2023年11月1日。

③参见江国华,易清清:《行政规范性文件附带审查的实证分析——以947份裁判文书为样本》,载《法治现代化研究》2019年第5期,第42页。

④参见何海波著:《行政诉讼法》,北京:法律出版社2022年版,第154页。

⑤2016年1月到2018年10月,全国法院受理一审行政案件65万件,其中一并审查案件3880件,占比为0.6%。参见最高人民法院:《行政诉讼附带审查规范性文件典型案例》,载《人民法院报》2018年10月31日,第3版。

⑥原告请求一并审查的规范性文件,未进入审查程序的比例很高。由于样本的原因,比例数稍有差别:高位的达90%,低位的为81%,中位数是88.73%;经审查认定不合法的比例为全部请求一并审查案件的2.6%或2%。参见江国华,易清清:《行政规范性文件附带审查的实证分析——以947份裁判文书为样本》,载《法治现代化研究》2019年第5期,第35页;张卓越:《规范性文件司法审查认定不合法后的处理研究——以司法建议为中心》,上海:上海财经大学2020年硕士研究生学位论文,第11页;李明超:《论规范性文件不予一并审查:判断要素及其认定规则——基于1799份裁判文书的分析》,载《政治与法律》2021年第4期,第136页。

也是对法院自我纠错的尊重。基于一并审查的独特性,《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》(2018年)第151条专门规定了人民法院发现已生效判决、裁定中规范性文件合法性认定错误,需要再审时,启动再审的程序。该条司法解释将人民法院对规范性文件合法性审查是否正确作为启动再审的实质要件,但同时以“认为需要再审”为限定条件。从中不难看出,第151条解释制定的初衷和本意是强调一并审查规范性文件案件的特殊性,“尽管人民法院对规范性文件是一并审查,但规范性文件的合法与否以及人民法院对规范性文件合法性的判定不仅对个案会产生直接的影响,更会对规范性文件在一定地域或一定行政管理领域的适用产生影响,因此,对规范性文件的判定极其重要”^①。基于这样的考量,最高人民法院通过司法解释,给法院自我纠错提供了一条“有效的路径”^②。

进入新时代,检察机关提出“双赢多赢共赢”的监督理念,强调监督不是你错我对的零和博弈。行政检察与行政审判有着相同的旨趣,即促进行政机关依法行使职权,保护公民、法人和其他组织的合法权益,解决行政争议。法律赋予检察机关对行政诉讼实行法律监督、监督法院依法审判和执行的职责,根本目的在于保障国家法律的统一正确实施。法院通过自我纠错主动启动再审,同样可以达到这一目的。可以说,以再审检察建议的方式进行监督,既是贯彻落实“双赢多赢共赢”的理念,也是对法院自我纠错的一种尊重。

四、《监督规则》第97条的适用

按照《监督规则》第97条^③的规定,检察院发现规范性文件与上位法相抵触的,可以层报最高

人民检察院,由最高人民检察院向国务院书面提出审查建议。该条适用要件之一为“办理行政诉讼监督案件”中发现,显而易见,其外延包括本文所讨论的规范性文件检察监督,但又不限于此,还包括原告没有一并请求审查的案件。就本文讨论的规范性文件检察监督而言,一并请求作为一项诉讼请求,法院应当“有求必应”,即在裁判理由和主文中予以回应。在这类案件中,检察机关对法院的行政审判监督包含了规范性文件合法性审查,但也不排除在某些情况下,检察机关进行“穿透式监督”,就规范性文件向行政机关提出检察建议。关于这种情况下应当如何适用《监督规则》第97条的问题,笔者认为,应从我国立法体制和备案审查制度发展的角度,全面检视、理解、把握,做到既正确适用规则,又更好地发挥检察监督作用。

(一)我国立法体制与备案审查

根据宪法规定,我国国家机构实行民主集中制原则。这一原则在立法体制上体现出“统一、分层次”的特点。“统一”体现在“以宪法为统帅”,即一切法律法规不得同宪法相抵触;“分层次”表现为中央立法与地方立法之分、人大立法与行政立法之别,形成一个内在统一而多层次的立法格局。其中,属于《立法法》调整范畴的有法律、法规、规章,它们是正式的法律渊源;《立法法》确立的正式法律渊源之外,行政机关还可以制发具有普遍约束力的规范性文件,作为行政执法的直接依据。

在这种立法体制下,如何保障法制的统一,如何维护法制的尊严,始终是社会主义类型宪法监督的重大课题。列宁曾反复论述社会主义法制统一的重要性,他指出:“法制不应该卡卢加省是一套,喀山省又是一套,而应该全俄统一,甚至

①参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》(下),北京:人民法院出版社2018年版,第706页。

②参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》(下),北京:人民法院出版社2018年版,第707页。

③《监督规则》第97条规定:“人民检察院办理行政诉讼监督案件,发现地方性法规同行政法规相抵触的,或者认为规章以及国务院各部门、省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府发布的其他具有普遍约束力的行政决定、命令同法律、行政法规相抵触的,可以向国务院书面提出审查建议,由最高人民检察院向国务院书面提出审查建议”。该条规定与《法规规章备案条例》(2001年)第9条的内容基本一致。《法规规章备案条例》第9条规定:“国家机关、社会团体、企业事业组织、公民认为地方性法规同行政法规相抵触的,或者认为规章以及国务院各部门、省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府发布的其他具有普遍约束力的行政决定、命令同法律、行政法规相抵触的,可以向国务院书面提出审查建议,由国务院法制机构研究并提出处理意见,按照规定程序处理”。

应该全苏维埃共和国联邦统一”^①。

我国从“五四宪法”^②开始,就十分重视宪法实施和宪法监督问题。在“五四宪法”草案说明中,刘少奇特别强调:“在宪法公布以后,违反宪法规定的现象并不会自行消灭,但是宪法给了我们一个有力的武器,使我们能够有效地为消灭这些现象而斗争”^③。这个“有力的武器”就是宪法监督。“八二宪法”^④则更加注重宪法监督,在“序言”和“总纲”中明确规定,“宪法为根本的活动准则”“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”;与此同时,在“国家机构”一章中还规定了保障宪法实施的具体制度,如地方性法规报全国人大常委会备案等。《立法法》则设专章规定了备案审查。这些内容构成了“规范性文件备案审查制度的雏形”^⑤。

(二) 备案审查工作的新阶段

党的十八大以来,我国进入了一个“有件必备、有备必审、有错必纠”的“全部备案”“全面审查”的新时代、“提质增效的新阶段”^⑥。与此同时,逐步建立了一个“分类别、多层次”的备案审查工作机制,即不同效力层级的规范性文件,分别由不同机构进行备案审查。具体而言包括如下内容:

第一,法规。法规^⑦,包括司法解释,备案审查主体为全国人大常委会。

第二,规章。规章备案审查主体为国务院。

第三,规范性文件。《法规、司法解释备案审查工作办法》(2019年)、《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》(国办发〔2018〕37号)等文件,对规范性文件备

案审查作出明确规定:(1)国务院各部门制定的规范性文件,司法部进行合法性审核;(2)县级以上地方各级政府制定的规范性文件,备案机关为上一级政府和本级人大常委会;(3)地方政府部门制定的规范性文件,备案机关为本级政府;(4)实行垂直管理的部门制定的规范性文件,备案机关为上一级主管部门,同时抄送制定机关所在地的本级政府。

与此相应的,检察机关在办理行政诉讼监督案件中发现规范性文件与上位法相抵触时,可以向制定机关提出检察建议,也可以向备案机关提出审查建议。

当然,从国办发〔2018〕37号文第10条^⑧的制定精神出发,着眼于维护法制的统一和尊严,地方各级检察院针对规范性文件合法性问题制发的检察建议应向最高人民检察院报备。

五、结语

有观点从预防和化解的维度,概括出行政检察对行政违法行为监督,对行政非诉执行监督,开展类案监督,以及推动行政争议实质性化解、促进诉源治理四个路径^⑨。规范性文件检察监督,从依法能动履职角度,可以说是对行政检察诉源治理路径的拓宽与延展,将检察监督的触角深入到行政行为依据,透过个案监督找到违法源头,从而解决类案问题,消除未起之患。

我国检察制度以列宁法律监督思想为理论基础,以苏联检察制度为“制度蓝本”,以法律监督为专职和专责。规范性文件检察监督属于《监

①参见《列宁全集》第33卷,北京:人民出版社1957年版,第325-326页。转引自王叔文,李步云,徐炳:《论健全社会主义法制》,载《法学研究》1982年第5期,第6页。

②中华人民共和国第一部宪法于1954年9月20日经第一届全国人民代表大会第一次会议全票通过。因其在1954年颁布,故称为“五四宪法”。

③参见刘少奇:《关于中华人民共和国宪法草案的报告》。转引自王培英编:《中国宪法文献通编》,北京:中国民主法制出版社2007年版,第247页。

④“八二宪法”由中华人民共和国第五届全国人民代表大会第五次会议于1982年12月4日正式通过并颁布,故简称为“八二宪法”。

⑤参见《改革开放40年备案审查制度的发展成就和经验》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/wggkf40nlfjgs/202108/2d6d4aac68aa4cb488d582c83fbd53b3.shtml>,最后访问时间:2023年11月1日。

⑥参见郑磊:《全面贯彻实施宪法,发展全过程人民民主——简析十三届全国人大五次会议通过的常委会工作报告中合宪性审查、备案审查工作的三“全”特征》,载《人大研究》2022年第5期,第6页。

⑦行政法规、监察法规、地方性法规、自治州和自治县的自治条例和单行条例、经济特区法规,统称法规。

⑧《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督管理工作的通知》第10条规定:“探索与人民法院、人民检察院建立工作衔接机制,推动行政监督与司法监督形成合力,及时发现并纠正违法文件”。

⑨参见张立新,刘浩:《行政检察溯源治本的理念引领与实现方式》,载《人民检察》2022年第8期,第21-22页。

督规则》第 36 条第(5)项“确有必要进行监督的”情形。检察监督程序的启动,可依当事人申请,也可依职权发现。对规范性文件合法性认定错误的,应根据具体情节,采取不同处理方式。没有导致原生效判决裁定适用法律法规错误的,以检察建议的方式予以纠正。导致原生效判决裁定适用法律法规错误的,提请抗诉;基于“双赢多赢共赢”的检察监督理念,也可以变通监督方式,以再审检察建议代替抗诉。至于《监督规则》第 97 条的适用问题,需根据全国人大常委会 2019 年颁布的《法规、司法解释备案审查工作办法》,

以及国务院办公厅 2018 年发布的 37 号文件等规定,“分类别、分层次”,向不同机关提出检察建议或审查建议,同时向最高人民检察院报备。

规范性文件检察监督既是检察机关参与社会治理的重要举措,也是检察机关作为“保障国家法律统一正确实施的司法机关”的职责所在。因此,检察机关在法院附带审查阶段介入行政诉讼,就规范性文件合法性向法院提出检察意见,不失为一种“大胆假设”。

【责任编辑:耿 浩】

**Procuratorial supervision of normative documents in the
context of litigation source management
——focusing on effective administrative adjudication**

Wen Hui

(National Prosecutor's College, Beijing 102206, China)

Abstract: Article 53 of the “Administrative Litigation Law of the People’s Republic of China” stipulates that the legislative purpose of the plaintiff’s request to review normative documents is to avoid illegal acts and resolve administrative disputes from the source and the basis of administrative actions. The procuratorial supervision of normative documents is not only an important measure for the procuratorial organs to participate in social governance, but also the responsibilities of the procuratorial organs as “the judicial organs to ensure the unified and correct implementation of national laws.” Procuratorial supervision of normative documents can be initiated upon application by the parties concerned or upon ex officio discovery. Whether the people’s court’s error in determining the legality falls within the scope of administrative litigation supervision by the procuratorial organ needs to be determined based on the actual circumstances of the case; if the error in the legality determination of normative documents results in “the original judgment or ruling’s application of laws and regulations being indeed erroneous”, a protest should be lodged according to the supervision rules, and supervision through retrial procuratorial suggestions may also be considered; when applying Article 97 of the “People’s Procuratorate Administrative Litigation Supervision Rules”, it is necessary to comprehensively examine, understand and grasp from the perspective of the development of the legislative system and the filing and review system.

Key words: normative documents; unified review; legality; procuratorial supervision; litigation source management

企业合规不起诉制度的适用路径考量

许永光¹,明月¹,田一茗²

(1. 长春市绿园区人民检察院,吉林 长春 130062;2. 吉林财经大学,吉林 长春 130022)

〔摘要〕企业合规不起诉制度是我国刑事司法实践中促进企业合法经营、优化营商环境的重要举措。为了在实践中更好地适用该制度,应当在明确该制度维护企业经营、预防犯罪的适用目的基础上,结合我国刑法体系及国情,分析该制度应适用的犯罪类型和罪量程度;同时,应注意到该制度的适用对象应为企业而非个人,大中型企业和小微企业均可适用,但应针对企业的不同规模而差异化适用合规激励方法。

〔关键词〕合规不起诉;预防;企业犯罪;单位犯罪

〔基金项目〕本文系2022年吉林省人民检察院检察理论研究课题“涉案企业合规不起诉制度研究”的阶段性研究成果。

〔作者简介〕许永光(1971—),男,吉林榆树人,长春市绿园区人民检察院党组书记、检察长,二级高级检察官,主要从事刑事检察业务研究;明月(1996—),男,吉林长春人,长春市绿园区人民检察院五级检察官助理,主要从事刑事检察业务研究;田一茗(1996—),女,甘肃兰州人,吉林财经大学法学院2021级法律硕士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2023-12-05

〔中图分类号〕D925.2〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)01-010-07

一、问题的提出

近几年,从“中兴通讯事件”与“华为事件”开始,我国开始关注企业合规制度的构建,以此来减少我国企业在经营中产生的合规风险。在刑事诉讼实践中,检察机关开始尝试企业合规不起诉制度,即在企业完成合规改造后,针对其作出宽大刑事处理,不予起诉。这是促进企业合规制度在我国发展的一种大胆且符合国情的尝试。

2020年3月,最高人民检察院开展企业合规改革第一期试点工作,2021年4月启动第二期试点工作。通过在经济程度不同、企业规模不同以及案件种类不同的单位犯罪案件中进行差异化尝试,对比不同情况下试点工作的进展情况,并归纳总结其中的经验和不足,将其转变为今后企业合规案件中普遍遵守的办案原则。近

年来,法学界诸多学者针对如何实现企业合规制度本土化、如何将合规制度和我国刑法相衔接、探索合规的中国路径等理论问题进行了探讨。2019年,《中共中央 国务院关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》中,阐明了民营经济在我国经济发展中所处的重要地位。构建完备的合规体系,有助于推动民营企业遵纪守法经营,塑造良好企业形象,打造公平竞争的营商环境。

但是,对于企业合规改造后如何适用不起诉制度,在试点工作及现行法律中均未详细提及。本文拟针对该制度的适用路径相关问题进行讨论,以期在帮助完善相关理论研究的同时,有助于最高人民检察院下一步试点改革工作的开展,最终探索出符合我国国情的企业合规不起诉制度的构建思路。

二、企业合规不起诉制度的适用目的检视

我国企业合规的改革试点工作已经进行了两轮,在促进企业依法经营、优化营商环境方面初显成效。对于是否有必要实行企业合规不起诉制度,学术界存在肯定论、否定论与折中论三种观点。目前看来,适用该制度能够保护民营企业长久发展,预防企业犯罪,发挥检察机关在社会治理环节中的作用,值得大力推行。由于目前我国企业犯罪形势严峻,制定和适用企业合规制度是否具有针对性,对解决当前企业犯罪问题具有直接影响。

一方面,当前企业合规意识淡薄,适用该制度能够在保护企业合法经营的同时,促进刑事司法发挥社会作用。企业犯罪是由于企业内部组织与管理体系不完善、风险预防能力不足导致的。我国传统的企业犯罪治理模式过于单一,治标不治本,并不能完全解决产生企业犯罪的根源问题,所以刑事司法的社会效果欠佳。并且,一旦对涉案企业提起诉讼,不仅会使其面临巨大的经济损失,还有可能导致与其关联的合作伙伴、投资方等多方利益受损,对市场经济稳步运行和社会稳定发展都有一定程度的影响。适用企业合规制度,能够促进涉案企业解决内部存在的问题,预防犯罪再次发生;同时,不再一味对犯罪企业进行刑事处罚,对积极合规的企业作出附条件不起诉决定,既能体现宽严相济的刑事司法政策,又提升了处理企业犯罪的刑事司法能力和效率,让企业合规制度获得社会认可,促进刑事司法社会效果的实现。

另一方面,促进司法非犯罪化有利于社会治理体系和国家治理体系的发展。我国刑罚的目的是预防与减少犯罪。对于企业犯罪而言,最重要的不是通过刑罚预防犯罪,而是只要企业通过自身的努力恢复被破坏的利益平衡,就可以免受刑罚处罚。这就是重建主义刑罚目的观的立场,更加强调重建犯罪后的社会秩序。企业合规制度也属于重建主义刑法目的观的内容,开启了刑

事司法历程中非犯罪化的发展。这种非犯罪化的开展以执行刑罚为后盾,促进企业进行自我管理、自我矫正和自我监督,弥补国家治理的不足,构建国家与社会共治的局面。

三、企业合规不起诉制度的适用范围考量

(一)企业合规不起诉制度适用的犯罪类型

犯罪类型是按照实施该犯罪将会侵犯的法益,也就是犯罪客体的种类来区分的。根据我国前两轮合规改革工作发布的典型案例,涉罪企业涉及的案件类型主要以“破坏社会主义市场经济秩序罪”和“妨害社会管理秩序罪”中的经济类犯罪为主,也有假冒注册商标罪、重大责任事故罪等不属于这两类犯罪的非经济类犯罪。那么企业合规是否能够适用于各类犯罪,或者说,企业合规在实践中的适用是否有犯罪类型的限制呢?

最高人民检察院《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》(以下简称《意见》)第5条规定,涉嫌危害国家安全、恐怖活动犯罪以及其他不宜适用的情形,不能适用于企业合规的试点工作。由此可见,除去前述规定的犯罪,企业合规制度的适用与企业实施的犯罪类型并没有直接关联。企业在经营过程中违反法律规定的情况,主要属于经济类犯罪,但是企业实施的其他单位犯罪,只要能够确定与企业生产经营活动密切相关,当然能够适用企业合规制度。

(二)企业合规不起诉制度适用的罪量程度

从最高人民检察院2021年6月3日发布的《企业合规改革试点典型案例》^①中所列举的案例来看,企业刑事合规的适用范围主要以相关责任人可能被判处3年以下有期徒刑的企业犯罪案件为主,如污染环境罪、串通投标罪等。虽然个别案件属于相关责任人可能被判处3年以上10年以下有期徒刑的较为严重的企业犯罪案件,但是需要有自首或立功等附加条件才可适用。不难看出,我国目前的企业刑事合规不起诉大多适用

^①参见《最高检发布企业合规改革试点典型案例》,载最高人民检察院官网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202106/t20210603_520265.shtml,最后访问时间:2023年12月2日。

于轻罪案件。

按照设立企业合规制度的初衷和目的,检察机关作出不起诉决定是为了促进企业合规经营的积极性,因此,该制度的适用与企业构成犯罪的罪量轻重并无直接关系。《意见》明确了不能适用企业合规以及合规监督制度的涉企犯罪类型后,以“其他不宜适用的情形”作为兜底条款。这里的“其他情形”,应当指与危害国家安全与恐怖活动犯罪危害性程度相当的企业犯罪,但并不代表其他严重的经济类犯罪不能适用刑事合规。因此,应当考虑将相关责任人有可能被判处更严重刑罚的企业犯罪案件纳入企业刑事合规的范围。无论罪量程度大小,根据具体情况都可以适用合规不起诉制度。

一方面,企业刑事合规不起诉制度不是对轻微企业犯罪的宽恕。企业刑事合规不起诉制度,是针对响应国家政策制定了有效企业刑事合规计划的企业,不以单位犯罪起诉;或者在企业构成单位犯罪后,因其承诺会制定实施有效的刑事企业合规计划,对企业实施的附条件不起诉制度。对涉案企业作出不起诉决定,并不意味着对企业实施的犯罪不再追究,而是一种治理企业犯罪的新方式。与普通的不起诉决定不同,合规不起诉是将合规制度与刑事诉讼程序联系起来的制度。合规作为一种新兴企业治理方式,要求企业将合规融入企业日常经营中,促进企业遵纪守法、规范经营、公平竞争,提升企业自身竞争力。企业合规不起诉制度通过宽缓处理的决定,鼓励企业进行合规整改,这也是企业合规不起诉制度制定的目的,即提升企业合规的积极性,全面推进企业合规。对单位犯罪轻微的企业作出不起诉决定,只是该制度的一个结果,并不必然代表对重罪企业不能适用企业合规不起诉制度。

另一方面,企业刑事合规不起诉制度不是对严重企业犯罪的纵容。实施了严重单位犯罪的企业,如果要获得不起诉的从轻处罚,就必须付出一些与所犯罪行程度相当的代价,包括巨额罚款、更换领导层、任命合规监督官、加大合规投入、改进并落实合规计划等。例如2006年11月,德国西门子公司因涉嫌商业贿赂受到德国慕尼

黑检察机关的调查。在调查过程中,检察机关发现全球有20多位接受西门子公司“可疑支付”的接收人及其相关公司来历不明,数百万欧元被转往阿拉伯联合酋长国、印度尼西亚、苏丹等多个国家的账户,涉嫌商业贿赂。最终西门子公司以巨额罚金的代价,换取了德国慕尼黑检察机关和美国司法部放弃起诉,并因此建立了完善的合规体系。可见,不起诉决定并不意味着纵容犯罪,相反,企业合规不起诉制度能够让企业在付出违法犯罪代价的同时进行合规建设,实现企业改造重生;对于实施严重犯罪的企业,可以根据企业的补救措施,作出合规不起诉决定或依法起诉但从轻量刑。

可见,无论企业犯罪轻重,适用企业合规不起诉制度都不会破坏司法公正、让法律失去惩治犯罪的作用。相反,恰当地适用该制度,能够让有悔改意愿的企业回到守法的轨道上合法经营,促进社会经济稳定发展,打造健康的营商环境。

四、企业合规不起诉制度的适用对象辨析

我国检察机关在企业合规改革试点工作中,经常会出现一些“双不起诉”的情况,也就是既不对企业提起诉讼也不对企业负责人或高管人员提起诉讼。例如,在最高人民检察院公布的第二批典型案例中,上海某高新技术企业J公司因涉嫌假冒注册商标罪,被浦东新区检察院审查起诉。通过合规管理,J公司提升了合规意识,组建了合规的专门部门,加强了全公司的学习培训。最终,经过各区检察院联合考察评议,对涉案企业及个人做出了不起诉决定。

这种情况会让我们思考这样一个问题:企业合规不起诉制度能够适用于企业,是否也适用于企业负责人或高管;企业合规不起诉制度的适用对象,究竟是企业还是个人。

(一)企业合规不起诉制度适用于企业还是个人

刑事企业合规不起诉制度针对的是企业而不是个人。早期认定企业责任的方式,大多是通过自然人的责任来推断企业应当承担的责任。例如英美法系的代表国家英国确定法人成立犯

罪的依据,是替代责任原则和同一性原则;大陆法系的代表国家法国,认定企业犯罪遵循的是代表责任原则。我国刑法则规定了“双罚制”。随着法人独立责任地位的提升,企业责任与个人责任逐渐开始剥离,企业独立责任逐渐受到重视。企业刑事合规不起诉制度为区别企业独立责任和个人责任提供了制度支持。美国制定的暂缓起诉协议和附条件不起诉制度都只适用于涉案企业,不适用于涉嫌犯罪的自然人。毕竟企业合规制度的制定初衷,是为了预防企业犯罪而针对企业内部的一套经营管理体系,属于企业自己的合规。我国最初引入刑事合规不起诉制度的目的,也是为了区别企业责任和自然人责任。因此,该制度只能适用于企业,而不能适用于个人。

第一,企业意志是判定企业是否实施犯罪的重要因素。企业刑事合规是表现企业意志的重要制度,所以应当是为了预防和惩治犯罪而针对企业实施的刑事合规管理,而不能适用于个人。有效的刑事合规应该包含犯罪预防、识别、应对三个方面的机制,涵盖了合规制度、合规组织机构、合规文化、合规培训、合规风险识别、合规风险评估、合规风险处置、合规审计、合规调查、合规举报、问责与惩戒、持续改进等十二大核心要素^①。合规制度由企业董事会或监事会会议通过,并确定为企业的独立意志。不同企业制定的合规制度,代表了其独一无二的内外在特征。当然,可以通过不同企业合规制度的内容,来倒推其中体现的企业意志,这有助于判断企业犯罪的主观方面。例如,西门子公司在商业贿赂案发生之前,就存在仅仅流于纸面的合规。“在许多情

况下,西门子的高级管理人员,包括董事会成员,尤其宽恕这种行为。由于没有组织高层明确公司不允许腐败行为,有时他们甚至也会加入这种受贿行为。相反,高层传达下来的信息只是维持销售额、达到销售目标,只要不让高层知道,就可以做你想做的任何事”^②。此外,被称作“企业刑事合规抗辩第一案”的雀巢公司员工侵犯公民个人信息一案,证明了在企业员工实施犯罪行为并辩称是“公司行为”的情况下,公司是否具有实施犯罪行为的“主观意志”问题,是有效切割单位责任与员工个人责任的关键^③。本案正是根据雀巢公司内部已经建立的合规管理体系,倒推出该企业所体现出的企业意志,从而判断出是否构成企业犯罪。可见,企业意志和员工意志有些情况下是分割的,不能将企业和个人一概而论,都适用刑事合规制度进行规制。

第二,刑事合规制度作为企业出罪或从宽处罚的基础条件,具有重要的实践意义。有学者指出,“在行政监管和刑法这两个领域构建有效的合规激励机制是很有必要的。刑法领域最重要的激励机制,当属以企业合规换取从宽的刑事处理方式。诸如用企业合规换取检察机关作出不起诉决定、在法院审理后从轻处罚或检察机关与涉案企业达成暂缓起诉协议,并通过敦促企业制定和完善其合规计划以换取无罪处理”^④。法国也认可这种刑罚减免方式。2016年法国通过并开始施行的《萨宾第二法案》,规定了企业特殊情况的暂缓起诉制度。根据该法案,如果企业制定并实施反腐败计划,就可以换取免除或减轻刑事责任的机会。我国目前虽然没有法律明文规定

①参见李玉华:《有效刑事合规的基本标准》,载《中国刑事法杂志》2021年第1期,第114-130页。

②参见J. Paul McNulty, Jeff Knox, Patricia Harned. What an Effective Corporate Compliance Program Should Look Like[J]. 9 Journal of Law Economics&Policy, 2013; 375-384.

③2011年至2013年期间,雀巢(中国)有限公司西北部婴儿营养部经理郑某与兰州分公司婴儿营养部甘肃区域经理杨某为了抢占市场份额、销售本公司奶粉,授意其员工被告人杨某某、李某某、杜某某、孙某通过非法手段,多次获取兰州各大医院医务人员手中的公民个人信息。2016年10月,兰州市城关区人民法院一审判决上述被告人均构成侵犯公民个人信息罪。一审判决后,各被告人均提起上诉,称自己的行为是按照公司要求做的,系公司行为,本案属于单位犯罪。2017年5月,兰州市中级人民法院不开庭审理后认为,“单位犯罪是为本单位谋取非法利益之目的,在客观上实施了由本单位集体决定或者由负责人决定的行为。雀巢公司手册、员工行为规范等证据证实,雀巢公司禁止员工从事侵犯公民个人信息的违法犯罪行为。各上诉人违反公司管理规定,为提升个人业绩而实施的犯罪为个人行为”。被告人郑某、杨某甲、杨某、李某某、杜某某等为完成工作业绩,故意违反法律规范和公司规范,通过违法手段获取公民个人信息的行为,并非雀巢公司的单位意志,故本案不属于单位犯罪,即雀巢公司不构成犯罪。

④参见陈瑞华:《合规视野下的企业刑事责任问题》,载《环球法律评论》2020年第1期,第23-40页。

企业合规能够成为出罪或减轻、从轻处罚的事由,但是在司法实践中,检察机关会根据企业的合规结果,决定是否作出不起诉或附条件不起诉的决定。

第三,企业刑事合规不起诉制度属于一种针对企业的合规激励制度,无法适用于个人。检察机关通过出罪和从轻处罚,激励企业进行合规整改,对已经开始或承诺进行合规整改的企业做出不起诉决定,不同国家的方式不尽相同。英国的合规激励方式是对涉案企业暂缓起诉,美国的合规激励方式是与企业达成不起诉协议或暂缓起诉协议,我国则主要通过附条件不起诉来激励企业。企业刑事合规不起诉制度设立的目的,是为了激励企业进行合规整改,促进企业合法经营,打造健康的营商环境。如果针对个人适用,就违背了该制度的设立初衷。对自然人不起诉,依据的还是认罪认罚从宽制度。

(二)企业合规不起诉制度适用于大中型企业还是小微企业

在确定刑事企业合规制度针对的主体是企业以后,检察机关在实践中,还需要进一步确认该制度的适用对企业规模有无限制。我国公布的合规改革试点典型案例中,检察机关在实践中适用该制度的涉案企业,大多是小微企业;国际上适用合规不起诉制度的案例中,涉案企业却大多是大型企业,有的甚至是跨国大型企业。

大多数国家在建立企业合规制度时,都会对企业规模做出一些要求,其适用对象多为大中型企业。主要出于以下原因:

第一,大中型企业提供的商品或服务范围、数量较大,如果大企业出现违法经营,会给社会带来严重的不良影响。2022年7月21日,国家互联网信息办公室在依法对D全球股份有限公司涉嫌违法行为立案调查的过程中,查实该公司违反多部法律法规,违法处理个人信息达647.09亿条,严重侵犯了用户隐私,严重侵害了用户个人信息权益,造成了恶劣的社会影响。因此,对D全球股份有限公司处以人民币80.26亿元巨额罚

款,对D全球股份有限公司董事长兼CEO程某、总裁柳某各处以人民币100万元罚款。如果能够敦促这类大企业提前建立起完备的企业刑事合规体系,就能避免出现严重的企业违法违规情况。

第二,大中型企业经营多年,其关联企业、投资者众多,如果涉案会产生很严重的连带效应,不仅会损害企业的声誉,还会使各关联企业、投资者、合作方等多方利益受损,进而引起社会经济领域的动荡。因为企业规模大而使其免于刑事处罚,有违法律平等的属性;如果依法处罚,又会使无辜的第三方利益受损。企业刑事合规不起诉制度可以解决这一难题,避免出现多方利益受损的连带效应。如此,既可以稳定社会环境,又能激励企业积极进行合规整改,帮助企业健康成长、守法经营。

第三,合规需要较高成本,一般的小微企业难以负担。美国于1991年发布了《组织量刑指南》,简要罗列出有效性审查的七要素,主要可以概括为预防机制、识别机制和应答机制。建立这些机制需要投入较大的成本,而这些成本并不是小微企业能够承担的。正是出于这个原因,很多国家没有对小微企业提出强制进行合规整改的要求。

域外实践中,可供借鉴的针对小微企业适用企业合规不起诉制度的经验较少。由于国情不同,我国在借鉴域外实践经验时,应当对其进行“本土化转化”,使我国设计的企业合规不起诉制度既适用于大中型企业,也适用于小微企业。当前,小微企业作为我国经济发展不可或缺的重要组成部分,对复苏后疫情时代经济、优化营商环境具有重要作用。在新冠疫情期间,我国检察机关针对小微企业成功实施合规不起诉制度的案例,既为我们进一步做好制度完善工作提供了宝贵经验,同时,也让我们看到了小微企业适用该制度的必要性。

第一,小微企业有合规经营、健康发展的内在需求和外在期待。“尽管不强制要求所有企业实施合规,但是加强自身规范建设、积极预防犯

罪风险的合规精神是值得所有企业吸纳的”^①。涉案企业在面临刑事追诉和审判时,为了维持企业长久发展,对于合规有内在的需求和动力。在合规改革试点工作过程中,小微企业适用合规不起诉制度后,经营业绩往往较前期取得了更大发展。在最高人民检察院公布的第二轮企业合规改革试点典型案例中,走私普通货物的深圳水果行业龙头企业 X 公司进行合规整改后,企业年营业收入同比增长 25%、年进口额同比增长 60%,2021 年获得了深圳市宝安区“3A”信用企业的荣誉称号,同年 9 月 9 日又获评为诚信合规示范企业(案例 5)。检察机关在合规改革试点工作中逐渐意识到,企业只有通过合规,才能拥有更好的发展前景;帮助企业进行合规整改,是维持企业长久发展的有效途径。对小微企业适用刑事合规不起诉制度,能够促进企业建章立制、经营管理和部门结构各方面的提升改变,将企业犯罪的“萌芽”扼杀在合规整改过程中。通过前期合规整改与后期考验期考察,促使企业更加优质规范经营。

第二,特定情况下,小微企业能够对维护社会稳定产生很大影响。虽然小微企业从业人员、资产总额与营业收入相对较低,出现问题对社会经济影响不大,但当众多小微企业都出现类似问题,或社会总体经济发展处于低谷时,小微企业的稳定经营,就会在维持社会稳定发展方面发挥举足轻重的作用。在新冠疫情期间,我国并未过于关注 GDP 增速,而是提出了“六稳”“六保”的年度工作目标,对于稳定社会经济、保障人民生活产生了积极的影响。现阶段,小微企业稳定的生产经营对中国经济复苏至关重要,企业合规不起诉制度适用于小微企业具有其必要性和紧迫性。同时,我国小微企业适用企业合规的探索,也会为企业合规制度在世界的发展提供中国智慧和经验。

小微企业大多具有人企合一的特点,其在经营过程中应对企业风险的能力与成本,都明显弱于部门结构完善的大中型企业。合规不起诉制

度将小微企业排除在外,一旦对企业提起公诉,按照我国刑法双罚制的规定,企业与其负责人都需要承担刑事责任,轻则企业受到影响,导致经营萧条;重则企业无法维持甚至倒闭;同时,与之关联的投资人、合作方以及债权人也会遭受损失。因此笔者认为,我国企业合规制度不仅适用于大中型企业,也应该适用于小微企业。

(三) 合规不起诉适用于不同的企业规模是否需要差别对待

涉案企业若受到刑事追诉,难免会对企业产生其他“副作用”,所以企业大多倾向于通过刑事合规不起诉的方式,使自己免于刑事追诉。同时,对涉案企业实施犯罪的个人进行惩罚,既能体现法律的权威,又能对其他企业及涉案企业的其他员工起到警示作用。由于大中型企业与小微企业在适用刑事合规中存在不同境遇,因此在适用该制度时,有必要对规模不同的企业适当差别对待,使企业合规更加顺利地进行。

从我国合规不起诉的实践可以看出,小微企业对于进行企业合规整改的积极性很高,但难以承担合规整改需要的成本。因此,不应该让过高的合规成本变成构建企业合规制度的绊脚石。笔者认为,可以根据企业规模不同,对合规成本进行适当调整:针对大型企业,制定高标准合规要求,使之起到带头示范的作用;针对小微企业,可以通过简化合规流程或者分散承担合规费用主体的方式,降低小微企业的合规成本;同时,通过地方财政,帮助企业筹集合规资金^②。实践中,还提出针对中小企业,可以在不低于合规标准底线的前提下适当降低合规标准,只保留最核心、最基本的要求。对合规考察流程,也可以根据企业所成立的单位犯罪和整改情况进行变通。考察时,企业只需要满足最低限度的有效合规因素即可。

需要注意的是,虽然基于小微企业适用企业合规制度的难点给予其差别对待,但目的是让企业长久维持、合法经营,成本降低、流程简化,适

①参见李玉华:《有效刑事合规的基本标准》,载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期,第 114-130 页。

②参见李玉华:《有效刑事合规的基本标准》,载《中国刑事法杂志》2021 年第 1 期,第 114-130 页。

当降低标准不能影响企业的合规整改效果,以避免合规流于程序化。

五、结语

刑事合规作为“跨学科认知和系统化推动的预防工作的一种新形式”,不仅关涉刑事实体法与程序法,而且与我国现行行政制裁与刑事制裁分离的二元化制裁模式等制度联系紧密。刑事合规不起诉制度的构建,将是一个长期且变化的过程。因为篇幅有限,本文仅从几个方面针对刑事合规不起诉制度的适用问题进行了探讨。企业合规不起诉制度适用路径的选择,与刑事合规制度的刑事法支持度、企业自我监管的完善、刑事一体化观念的转变等都存在密切联系。在之后该制度的推行中,我们要不断试错、不断改进,以建立更加适合中国国情的企业合规不起诉制度。

[参考文献]

[1]熊亚文.理性建构刑事合规的中国路径[J].比较法

研究,2022(03):74-91.

[2]李会彬.刑事合规制度与我国刑法的衔接问题研究[J].北方法学,2022(01):79-89.

[3]李玉华.有效刑事合规的基本标准[J].中国刑事法杂志,2021(01):114-130.

[4]陈瑞华.合规视野下的企业刑事责任问题[J].环球法律评论,2020(01):23-40.

[5]王先知.西门子重建合规体系在华业务不降反升[J].WTO经济导刊,2009(12):59.

[6]关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行).检察日报,2021-06-04(003).

[7][德]埃里克·希尔根多夫.德国刑法学:从传统到现代[M].北京:北京大学出版社,2015:504.

[8]J. Paul McNulty, Jeff Knox, Patricia Harned. What an Effective Corporate Compliance Program Should Look Like [J]. 9 *Journal of Law Economics & Policy*, 2013:375-384.

[9]Brandon L. Garrett. Globalized Corporate Prosecutions [J]. *Virginia Law Review*, 2011:1775-1811.

【责任编辑:耿浩】

Consideration on the application path of the non-prosecution system for corporate compliance

Xu Yongguang¹, Ming Yue¹, Tian Yiming²

(1. Lvyuan District Procuratorate of Changchun, Changchun Jilin 130062, China;
2. Jilin University of Finance and Economics, Changchun Jilin 130022, China)

Abstract: The non-prosecution system for corporate compliance is an important measure in China's criminal justice practice to promote the legal operation of enterprises and optimize the business environment. In order to better apply this system in practice, on the basis of clarifying the application purpose of this system to safeguard business operations and prevent crimes, and in combination with China's criminal law system and national conditions, we should analyze the types of crimes and the degree of crime to which this system should be applied; at the same time, it should be noted that the applicable objects of this system should be enterprises rather than individuals. It can be applied to large and medium-sized enterprises as well as small and micro enterprises, but compliance incentive methods should be differentiated according to different sizes of enterprises.

Key words: non-prosecution for compliance; prevention; corporate crime; unit crime

【企业合规不起诉制度研究】

我国企业合规不起诉的实践困境与出路探析

李 荣, 张佳星

(中央民族大学, 北京 100081)

〔摘 要〕企业合规不起诉是我国法治化营商环境建设的重大制度创新。分析最高人民检察院发布的四批企业合规典型案例可以发现,我国企业合规不起诉的适用范围,主要为民营企业与中小微企业;涉案罪名分布较集中,适用案件范围主要为轻罪案件;案件处理决定多为“双不起诉”;合规考察期限一般在3个月及以下。实践中,企业合规不起诉存在着运行模式与不起诉条件相冲突、“双不起诉”的正当性受到质疑、合规不起诉的适用范围及合规考察期限不明确等现实困境。在未来的制度完善过程中,应当构建独立的企业合规不起诉制度,严格区分企业责任和个人责任,明晰企业合规不起诉的适用范围,确定一定幅度的合规考察期限。

〔关键词〕企业合规;合规不起诉;单位犯罪;“双不起诉”;合规考察期限

〔作者简介〕李荣(1970—),女,湖北宜昌人,中央民族大学法学院副教授,法学博士,主要从事刑法学、刑事诉讼法学研究;张佳星(2000—),女,北京人,中央民族大学法学院2022级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学、刑事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2023-12-05

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)01-017-10

一、问题的提出

党的十八大以来,随着国家一系列加强企业保护政策的出台,我国的企业刑事合规不断进行理论研究和创新,并逐渐进入实践探索阶段。2020年3月,最高人民检察院将深圳宝安区、上海浦东新区等6个基层检察院确定为第一批企业合规不起诉改革试点单位;2021年3月,最高人民检察院扩大了企业合规不起诉改革试点范围,在10个省份中选取了165家基层检察院和27家市级检察院作为第二批试点单位^[1]。随着我国企业合规不起诉改革的不断推进,经过两批试点实践后,2022年4月试点范围扩大至全国,全国检察机关全面开展了企业合规不起诉改革试点工作,改革的深度进一步深入,影响不断扩大。2023年作为全面贯彻落实党的二十大精神开局之年,民营经济发展迎来重磅政策利好。7月19日,《中共中央 国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》(以下简称《意见》)发布,党中央立

足于国家事业发展全局高度,着眼中国式现代化建设长远目标,对促进民营经济发展壮大作出了新的重大战略部署。

在企业合规不起诉改革背景下,对于涉嫌犯罪、具有合规意愿且符合合规适用条件的企业,检察机关可以通过自身或者第三方组织,监督涉案企业进行合规整改与合规体系建设,进而在对其评估合格后作出不起诉决定^[2]。当下,对我国企业合规不起诉改革的研究多以理论探讨为主,对更具实践性的实证研究较少。笔者认为,全面把握和实证研究企业合规不起诉改革实践,对促进改革向纵深发展具有重要意义。最高人民检察院发布的企业合规典型案例,在我国企业合规不起诉改革实践中颇具代表性,充分体现了我国企业合规不起诉改革的实践样态。故本文以推动我国企业合规不起诉改革发展为出发点,以前四批涉案企业合规典型案例为实证研究样本,对我国涉案企业合规不起诉的实践样态与实践困境进行分析,进而提出改革建议,为我国企业合

规不起诉改革寻找下一步实践出路,以期对优化我国法治化营商环境有所裨益。

二、我国企业合规不起诉的实践样态

最高人民检察院于2021年6月3日、2021年12月8日、2022年7月21日、2023年1月16日

先后发布了四批共计20个企业合规典型案例。这20个典型案例是我国企业合规不起诉改革实践的缩影,具有很强的典型性和代表性。本文拟通过对这20个典型案例进行实证分析,归纳出我国企业合规不起诉改革的若干特点(见表1)。

表1 最高人民检察院发布的四批企业合规典型案例实践样态汇总

企业合规典型案例	企业类型及企业规模 (共涉及49家企业)	涉案罪名及所属 《刑法分则》章节	涉案预期法定刑及所 涉罪名法定最高刑	检察机关处理决定	考察期限
第一批典型案例之 案例一	民营企业;中小微企业	污染环境罪;《刑法分则》第六章	3年以下有期徒刑; 7年以上有期徒刑	双不起诉	无
第一批典型案例之 案例二	涉及2家民营企业,均推测为大型企业	虚开增值税专用发票罪;《刑法分则》第三章	10年以上有期徒刑或无期徒刑;10年以上有期徒刑或无期徒刑	双起诉,检察机关向法院提出从宽处罚量刑建议	无
第一批典型案例之 案例三	民营企业;推测为大型企业	对非国家工作人员行贿罪;《刑法分则》第三章	3年以下有期徒刑; 3~10年有期徒刑	双不起诉	无
第一批典型案例之 案例四	共涉及6家企业,其中1家民营企业、2家国有企业、3家集体企业,均为大型企业	串通投标罪;《刑法分则》第三章	3年以下有期徒刑; 3年以下有期徒刑	双不起诉	无
第二批典型案例之 案例一	民营企业;大型企业	假冒注册商标罪;《刑法分则》第三章	3~10年有期徒刑; 3~10年有期徒刑	双不起诉	5个月
第二批典型案例之 案例二	民营企业;中小微企业	销售假冒注册商标的商品罪;《刑法分则》第三章	3~10年有期徒刑; 3~10年有期徒刑	公安机关根据检察建议作出撤案处理	3个月
第二批典型案例之 案例三	民营企业;中小微企业	串通投标罪;《刑法分则》第三章	3年以下有期徒刑; 3年以下有期徒刑	双不起诉	3个月
第二批典型案例之 案例四	外资企业;大型企业	重大责任事故罪;《刑法分则》第二章	3~7年有期徒刑; 3~7年有期徒刑	单不起诉,对涉案企业主要责任人不起诉	3个月
第二批典型案例之 案例五	民营企业;大型企业	走私普通货物罪;《刑法分则》第三章	10年以上有期徒刑; 10年以上有期徒刑	双不起诉	1年
第二批典型案例之 案例六	民营企业;中小微企业	掩饰、隐瞒犯罪所得罪;《刑法分则》第六章	3~7年有期徒刑; 3~7年有期徒刑	双起诉,但检察机关向法院提出轻缓量刑建议	4个月
第三批典型案例之 案例一	民营企业;中小微企业	非法获取计算机信息系统数据罪;《刑法分则》第六章	3年以下有期徒刑; 3~7年有期徒刑	双不起诉	3个月

续表 1

企业合规典型案例	企业类型及企业规模 (共涉及 49 家企业)	涉案罪名及所属 《刑法分则》章节	涉案预期法定刑及所 涉罪名法定最高刑	检察机关处理决定	考察期限
第三批典型案例之 案例二	民营企业;推测为 大型企业	泄露内幕信息罪、 内幕交易罪;《刑法 分则》第三章	5 年以下有期徒刑; 5~10 年有期徒刑	单不起诉,对涉案 企业不起诉,对其 主要责任人提起 公诉	2 个月
第三批典型案例之 案例三	民营企业;中小微 企业	提供虚假证明文件 罪;《刑法分则》第 三章	5~10 年有期徒刑; 5~10 年有期徒刑	单不起诉,对涉案 企业不起诉,对其 主要责任人提起 公诉	6 个月
第三批典型案例之 案例四	共涉及 23 家企业, 均为民营企业;均 按中小微企业计	非法采矿罪;《刑法 分则》第六章	3 年以下有期徒刑①; 3~7 年有期徒刑	单不起诉,对部分 涉案企业提起公 诉,对涉案企业的 主要负责人均不 起诉	4 个月~ 11 个月
第三批典型案例之 案例五	民营企业;中小微 企业	串通投标罪;《刑法 分则》第三章	3 年以下有期徒刑; 3 年以下有期徒刑	双不起诉	3 个月
第四批典型案例之 案例一	共涉及 2 家企业, 均为民营企业;均 为中小微企业	保险诈骗罪;《刑法 分则》第三章	5~10 年有期徒刑; 10 年以上有期徒刑	单不起诉,对涉案 企业不起诉,对部 分主要责任人提起 公诉	3 个月
第四批典型案例之 案例二	中外合资企业;中 小微企业	污染环境罪;《刑法 分则》第六章	3 年以下有期徒刑; 7 年以上有期徒刑	双不起诉	3 个月
第四批典型案例之 案例三	民营企业;中小微 企业	诈骗罪;《刑法分 则》第五章	3~10 年有期徒刑; 10 年以上有期徒刑 或无期徒刑	单不起诉,对涉案 企业主要责任人 不起诉	3 个月
第四批典型案例之 案例四	外商独资企业;中 小微企业	滥伐林木罪、非法 占用农用地罪;均 在《刑法分则》第 六章	该案所涉两罪名预 期法定刑分别为 3 年以下与 5 年以 下有期徒刑;该案 所涉两罪名法定最 高刑分别为 7 年以 上与 5 年以下有 期徒刑	双不起诉	2 个月
第四批典型案例之 案例五	民营企业;中小微 企业	帮助信息网络犯罪 活动罪;《刑法分 则》第六章	3 年以下有期徒刑; 3 年以下有期徒刑	双不起诉	3 个月

(一)适用范围主要为民营企业与中小微企业

第一,就企业类型而言,以民营企业为主。前四批典型案例共涉及 49 家企业,其中上市公司 0 家、中外合资企业 1 家、外资企业 2 家、国有企业 2 家、集体企业 3 家,且上述国有企业和集体企业均为第一批案例四“串通投标案”所涉及的陪标企业;其余 41 家均为民营企业。

①最高人民法院、最高人民检察院联合下发的《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》规定,应当认定为《刑法》第 343 条第 1 款规定的“情节严重”的情形之一是:开采的矿产品价值或者造成矿产资源破坏的价值在 10 万元至 30 万元以上。同时,第三批典型案例之案例四共涉及 23 家企业,以及案例中“涉案价值人民币 21.69 万元”“有的涉案企业涉案金额较大”,笔者在本文中推测该案符合《刑法》第 343 条第 1 款规定的“情节严重”的情形。因此,笔者将本案预期法定刑按 3 年以下有期徒刑计算。

第二,就企业规模而言^①,主要适用于中小微企业,大型企业较少。首先,就企业数量而言,前四批典型案例涉及的49家企业中,大型企业13家^②,约占涉案企业总数的27%;其余36家均为中小微企业,约占涉案企业总数的73%。其次,就案件数量而言,在20个案件中,7个案件的适用对象为大型企业,占比为35%;13个案件的适用对象为中小微企业^③,占比为65%。

综上可知,现阶段我国合规不起诉的适用对象以中小微企业为主。在中小微企业在我国国民经济中占比绝对多数的情况下^④,正与我国实行企业合规不起诉改革以保护民营经济发展的目的相契合。

(二) 涉案罪名分布较集中

首先,涉案罪名集中于个别罪名。前四批典型案例共涉及18个罪名,其中有3个案件涉及串通投标罪,2个案件涉及污染环境罪。就串通投标罪而言,在前三批典型案例中均有涉及,这主要是因为串通投标罪属于轻罪,其法定最高刑为3年有期徒刑,且案件基数相对较大。其次,涉案罪名集中分布于《刑法分则》个别章节。这18个罪名中,9个罪名属于《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”,占比为50%;7个罪名属于第六章“妨害社会管理秩序罪”,占比约为39%;另有2个罪名分别属于第二章“危害公共安全罪”和第五章“侵犯财产罪”,共占比约11%。

(三) 适用案件范围主要为轻罪案件

就案件性质而言,主要适用于轻罪案件。分析这20个典型案例可以发现,我国企业合规不起诉改革的适用案件范围以轻罪案件为主,重罪案

件相对较少。在20个典型案例中,就预期法定刑而言,有10个预期法定刑为3年以下有期徒刑的轻罪案件,占比为50%^⑤;有2个预期法定刑为10年以上有期徒刑的重罪案件,占比为10%;预期法定刑为3年以上7年以下、5年以上10年以下有期徒刑的案件分别有2个,共占比为20%;有3个预期法定刑为3年以上10年以下有期徒刑的案件,占比为15%;预期法定刑为5年以下有期徒刑的案件有1个,占比为5%。与此同时,预期法定刑在3年以上有期徒刑的10个案件中,通常伴有被告人主动投案、自首、认罪认罚等从宽量刑情节。就罪名而言,20个典型案例所涉及的18个罪名中,有4个罪名的法定最高刑为10年有期徒刑以上,占比约为22%;其余14个罪名的法定最高刑均为10年以下有期徒刑,占比约为78%。这14个罪名中,有4个罪名的法定最高刑为3年以上7年以下有期徒刑,在18个罪名中占比约为22%;有3个罪名的法定最高刑为3年以上10年以下有期徒刑,在18个罪名中占比约为17%;分别有2个罪名的法定最高刑为3年以下、5年以上10年以下有期徒刑以及7年以上有期徒刑,在18个罪名中共占比约为33%;有1个罪名的法定最高刑为5年以下有期徒刑,在18个罪名占比约为6%。此外,在18个罪名中,有14个罪名的法定最高刑为3年以下有期徒刑,充分反映了我国“轻罪合规”这一司法理念。

(四) 以“双不起诉”处理决定为主

从检察机关的处理决定来看,以“双不起诉”为主。分析20个典型案例可知,其中有11个案件检察机关作出“双不起诉”决定,即检察机关对涉案企业及其主要责任人均作出不起诉决定,占

①全国工商联、最高人民检察院等9部门联合印发的《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》第22条规定:“大中小微企业的划分,根据国家相关标准执行”。本文以2011年6月18日工业和信息化部、国家统计局等4部门印发的《关于印发中小企业划型标准规定的通知》规定的不同行业企业规模划分标准为依据,判断20个典型案例中涉案企业的规模。

②第一批典型案例之案例二、案例三以及第三批典型案例之案例二均未提供企业员工人数及营业收入等相关信息,笔者根据第一批典型案例之案例二中“涉案企业系我国某技术领域的领军企业”、案例三中“该公司在专业音响领域处于国内领先地位”以及第三批典型案例之案例二中“国家级科技企业孵化器”,判断此三个案件所涉及的4家企业均为大型企业。

③第三批典型案例之案例四涉及23家矿山企业,由于涉案企业多为小型企业,故该案件的适用对象以小型企业计。

④截至2018年末,我国共有中小微企业法人单位1807万家,占全部规模企业法人单位数量的99.8%;中小微企业吸纳就业人员23300.4万人,占全部企业就业人员的比重为79.4%;拥有资产总计达到402.6万亿元,占全部企业资产总计的77.1%;全年营业收入达到188.2万亿元,占全部企业全年营业收入的68.2%。参见《中小微企业成为推动经济发展的重要力量——第四次全国经济普查系列报告之十二》,载国家统计局官网, https://www.stats.gov.cn/xxgk/sjfb/zxfb2020/201912/t20191217_1767576.html,最后访问时间:2023年11月25日。

⑤第四批典型案例之案例四中涉及的两个罪名为滥伐林木罪、非法占用农用地罪,该案所涉及两罪名的预期法定刑分别为3年以下有期徒刑和5年以下有期徒刑,两罪名预期法定刑在“3年以下有期徒刑”范围内重合,因此,笔者将该案的预期法定刑按3年以下有期徒刑计算。

比为 55% ;有 6 个案件检察机关作出“单不起诉”决定,即检察机关对涉案企业或对涉案企业主要责任人作出不起起诉决定,占比为 30% ;有 2 个案件检察机关作出“双起诉”决定,即检察机关对涉案企业及其主要责任人均作出起诉决定,占比为 10% ;仅有 1 个案件检察机关提前介入引导侦查,公安机关根据检察建议作出撤案处理,占比为 5% 。

(五) 合规考察期限一般为 3 个月及以下

这 20 个典型案例中,一半以上案件的考察期限在 3 个月及以下。最高人民检察院发布的第一批企业合规典型案例未提及考察期限,除此之外的 16 个案件中,仅有 1 个案件的考察期限为 1 年,占比约为 6% ;4 个案件的考察期限在 3 个月以上 1 年以下,占比为 25% ;其余 11 个案件的考察期限在 3 个月及以下,占比约为 69% 。将考察期限与涉案企业罪行轻重、合规方式进一步结合分析可知,大多数案件的合规考察期限为 3 个月及以下。

三、我国企业合规不起诉的实践困境

企业合规典型案例是理论界和实务界了解实践现状的重要依据。随着我国企业合规不起诉改革向纵深发展,不难发现,其在运行模式、适用范围、处理结果、考察期限等内容上亟须达成共识。

(一) 我国合规不起诉运行模式与不起诉条件相冲突

就其实质而言,我国的企业合规不起诉制度,是旨在通过激励企业进行合规建设,换取检察机关对其不起诉的一种刑事激励机制。在我国企业合规不起诉改革的探索中,检察机关形成了两种企业合规不起诉模式。第一,“附条件不起诉模式”。该模式指在审查起诉期间,检察机关对涉案企业设定合规考察期并对涉案企业暂时不予起诉,通过自身或者第三方组织监督其进行合规整改、建设企业合规管理体系,合规考察期满后根据评估结果作出起诉或者不起诉决定。第二,“检察建议 + 相对不起诉模式”。该模式指在审查起诉期间,针对犯罪情节轻微且认罪认罚的涉案企业,检察机关作出相对不起诉决定后,通过检察建议的方式,要求涉案企业进行合规整

改、建设企业合规管理体系^[3]。这两种不起诉模式都与《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)所规定的不起诉条件相冲突。首先,就“检察建议 + 相对不起诉模式”而言,根据《刑事诉讼法》第 177 条第 2 款的规定,检察机关只能针对犯罪情节轻微,不需要判处刑罚或者应当免除刑罚的犯罪嫌疑人作出相对不起诉决定。然而,需要通过合规不起诉来解决的企业犯罪案件,一般都超过了“情节轻微”这一限制。前四批企业合规典型案例中,甚至有一半案件所涉罪名的法定刑期为 3 年以上有期徒刑。这意味着目前检察机关采取的“检察建议 + 相对不起诉模式”,已经突破了《刑事诉讼法》关于相对不起诉的规定。其次,就“附条件不起诉模式”而言,根据《刑事诉讼法》第 282 条的规定,我国附条件不起诉仅适用于未成年人,单位犯罪明显超出了法定附条件不起诉的适用范围。综上,检察机关目前实行的两种企业合规不起诉模式虽然符合相关司法政策,但直接法律依据不足。

(二) “双不起诉”正当性受到质疑

对于单位犯罪,我国实行“双罚制”,即在处罚涉罪企业的同时,处罚涉罪企业的主要责任人。但着眼于司法实践,当案件涉及单位犯罪时,司法机关更注重追诉单位的主要责任人,真正处罚单位的反而较少。造成这一现象的主要原因,在于司法机关难以证明单位主要负责人的犯罪行为是否以单位名义、为单位利益并体现单位意志,即难以证明单位主要负责人的犯罪行为构成单位犯罪还是自然人犯罪。司法实践中对于此类情形,司法机关只能将其认定为单位中的自然人犯罪,无法认定为单位犯罪。此外,目前我国大部分中小微企业仍然实行家族式管理模式,企业的所有权和经营权处于合一状态,导致企业犯罪和企业主要责任人犯罪相勾连,进而无法判断企业涉罪是出于单位意志还是个人意志。当前,我国企业合规不起诉改革对企业和企业主要责任人多适用“双不起诉”,是立足于我国企业治理现状的成果。如果我国采取欧美国家“放过企业、严惩企业家”的处罚理念,企业合规整改恐难以达到预期效果。但是,学界对我国企业合规不起诉改革中实行“双不起诉”的正当性存在质疑。

理论界对我国企业合规“双不起诉”正当性的质疑主要有以下两点。首先,企业合规旨在对企业实施激励机制,其影响应当仅限于企业,不包括个人。其次,企业犯罪反映的是企业整体意志,因而企业刑事合规整改的对象应是企业整体;企业应当是刑事合规整改的受益者,而非让企业的主要责任人受益。黎宏教授指出,我国目前“既放过企业、又放过企业家”的企业合规不起诉制度,不仅违反我国《刑法》的基本原则,而且与我国实行企业合规不起诉的本意背道而驰^[4]。通过分析四批典型案例可知,并非所有典型案例都能适用“双不起诉”,且“双不起诉”的适用标准缺乏立法层面的规定,导致各地检察机关在司法实践中对“双不起诉”的适用具有一定的随意性,违反了《刑法》规定的罪刑法定原则与刑法适用平等原则。此外,西方国家实行企业合规制度的本意,是在企业建立有效的合规制度后,将企业涉嫌的刑事犯罪风险转移至企业员工。企业员工若想避免这种风险,就要在自身的业务活动中恪守职责。在我国,企业通过有效合规整改后,检察机关在放弃追诉企业犯罪的同时,也放弃追诉企业主要责任人犯罪,仿佛给企业和企业主要责任人提供了“免死金牌”。这不仅有违企业合规“放过企业、严惩企业家”的原意,也无法达到预防企业犯罪的目的。

(三)我国企业合规不起诉适用范围尚不明确

1. 未明确适用的企业范围

有学者认为,强制性的合规整改与合规体系建设不受企业规模的限制,其适用范围应当是所有企业,主张合规计划是法律法规确定的强制性义务,所有企业必须遵守^[5]。从我国探索企业合规不起诉改革的实践经验来看,建设企业合规计划以及企业合规管理体系,需要企业投入大量的人力财力,会对企业的收益及业绩产生无法避免的消极影响。这意味着合规计划建设并不能适用于所有企业^[6]。开展合规计划的西方国家,一

般将合规计划的适用对象限定于大型企业。只有大型企业有足够的人力财力资源,支撑其进行合规计划与合规体系建设,进而换取从宽处罚;占经济市场主体绝大多数的中小微企业,很难有充足的资本进行合规计划建设,从而换取从宽处罚^[7]。鉴于此,有学者从企业合规能力以及合规成本的角度考量,提出企业合规刑事豁免或刑事减免的适用对象仅为大型企业这一观点^[8]。但是,这一观点会导致企业合规不起诉制度适用范围过窄的问题。公开数据表明,我国现有4000多万家企业,其中95%以上为中小企业^①。由此可以看出,在我国市场经济企业数量中,中小微企业占据了绝大多数。与此同时,司法实践表明,很大一部分企业犯罪案件是中小微企业为了追求更高的利润而以身试法。特别是企业发展过程中,随着企业业务范围和经营规模的不断扩大,企业之间为争夺市场份额而恶性竞争,极易导致企业违法犯罪现象的发生。在前四批典型案例所涉及的36家中小微企业中,94%为民营企业。由于民营企业家族色彩浓厚且经营权和所有权高度集中,一旦企业被追究刑事责任,其主要责任人通常也会被适用羁押性强制措施或者被定罪量刑,对企业造成致命打击。因此,将合规不起诉适用于所有规模的企业,具有现实必要性且符合我国国情。

2. 未明确适用的案件范围

分析四批企业合规典型案例可以发现,在第一批典型案例中,检察机关将企业合规不起诉所适用的案件类型限定为应当判处3年以下有期徒刑的轻罪案件,与西方国家主要针对重罪案件实行的暂缓起诉或不起诉制度形成本质区别;同时,部分地区的检察机关出台相关规定,将合规不起诉的适用范围限定为轻微刑事案件^②。随着企业合规不起诉改革向纵深发展,从第二批企业合规典型案例开始,试点检察机关将部分应当判处3年以上有期徒刑的重罪案件也纳入企业合规不起诉的适用范围。在企业合规计划与企业合

①参见《我国现有4000多万企业中95%以上是中小企业》,载中华网,http://www.china.com.cn/lianghui/news/2021-03/08/content_77287627.shtml,最后访问时间:2023年11月26日。

②辽宁省人民检察院《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第6条指出,合规考察制度一般适用于可能被判处3年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金的涉案主管人员和其他直接责任人员;应当被判处3年以上10年以下有期徒刑,具有自首情节或者在共同犯罪中系从犯等情节的,也可以考虑适用合规考察制度。

规建设逐渐成为酌定从宽处罚情节的情况下,涉罪企业进行合规计划和合规体系建设,无须区分轻罪、重罪,均可换取从轻或减轻处罚。但是,重罪是否涵盖在合规不起诉的适用范围之内,目前理论界和实务界仍存在较大争议。

(四) 合规考察期限缺乏法律依据

首先,根据《刑事诉讼法》第 172 条规定,检察机关的审查起诉期限为 1 个月;对于重大、复杂案件,可以延长至 45 天。然而,分析四批企业合规典型案例可以发现,关于涉案企业合规整改的考察期限,检察机关设定了 3 个月、4 个月和 1 年等多个时间期限。这意味着检察机关所确定的企业合规考察期限,明显长于《刑事诉讼法》规定的检察机关审查起诉期限。由于现行立法尚未规定合规考察期限及其计算方法,因此实践中司法机关极易将企业合规考察期限内嵌于检察机关审查起诉期限进行计算,从而出现以下两种情形。其一,针对企业主要责任人被羁押的案件,检察机关的审查起诉期限通常为 1 个月,至多不超过 45 天。在如此短暂的时间里,大部分企业都无法按照严格标准完成合规整改与合规体系建设,存在企业合规考察期限过短的问题。其二,针对企业主要责任人未被羁押的案件,实务部门对其审查起诉期限的把握较为宽松。检察机关对取保候审案件的审查起诉期限一般在 1 年以内,不仅不符合《刑事诉讼法》第 172 条的规定,而且可能出现企业合规考察期限过长的问题。司法实践中,为了确保企业完成合规整改和合规体系建设,检察机关在审查起诉阶段,可能会将企业主要负责人的羁押型强制措施变更为非羁押型强制措施,从而规避《刑事诉讼法》规定的审查起诉期限的限制,达到延长企业合规考察期限的目的。

其次,企业合规案件适用认罪认罚从宽制度。若合规考察期限过长,就与该制度提高诉讼效率的本意背道而驰。换言之,认罪认罚从宽制度要求司法机关对认罪认罚从宽案件从快办理、从轻量刑,合规案件中的合规考察期限较长,势必导致检察机关办案期限延长,与认罪认罚从宽制度的基本理念相冲突。

最后,虽然我国企业合规考察期限比检察机关审查起诉期限要长,但相较于西方国家则短很

多。西方国家设定的企业合规考察期限一般以“年”为单位,考察期限甚至长达 10 年之久^[9]。其主要原因是西方国家实行企业合规制度的根本目的,在于“放过企业、严惩企业家”,且其适用对象多为大型企业。目前,理论界和实务界均对我国的合规期限设置产生了质疑,即涉案企业尤其是大型企业能否在如此短促的考察期内完成合规计划、合规体系建设等合规考察内容。笔者认为,这是一个值得商榷的问题。

四、我国企业合规不起诉制度的构建路径

企业合规不起诉改革是检察机关主导的以预防企业犯罪与护航企业发展为目的的刑事激励机制。随着企业合规不起诉改革向纵深发展,未来应从制度构建与程序完善两个层面探寻改革发展路径。

(一) 构建独立的企业合规不起诉制度

检察机关合理利用其合规不起诉权力推进企业合规改革,对促进民营经济发展、优化民营企业发展环境具有重要推动作用。但如果我国企业合规不起诉模式仍依托于相对不起诉制度或附条件不起诉制度,改革将很难突破现在的制度基础。

首先,企业合规不起诉适用于企业犯罪,而我国《刑事诉讼法》规定的相对不起诉制度主要适用于自然人犯罪,这必然导致企业合规不起诉在适用条件、审查标准以及处理方式等问题上,与主要适用于自然人犯罪的相对不起诉制度之间存在很大不同^[10]。其次,我国检察机关多采取“检察建议+相对不起诉”模式,督促企业进行合规整改,构建企业合规管理体系。虽然检察建议是检察机关参与社会治理和履行法律监督职责的重要手段,但在我国司法实践中,企业犯罪所涉罪名多样,极易突破轻罪案件标准中“3 年以下有期徒刑”这一限制性规定。换言之,检察机关在此基础上照搬相对不起诉的相关规定,仅对犯罪情节轻微的企业犯罪案件适用合规不起诉,明显不符合我国治理企业犯罪的司法现状。为此,在我国企业合规不起诉改革的实践探索阶段,很多地区的检察机关为降低涉罪企业的法定刑,将“认罪认罚”与“相对不起诉”相结合。综上,本文认为,应当对我国《刑事诉讼法》进行局部修改,增加独

立的企业合规不起诉制度,从而为我国企业合规不起诉改革提供立法层面的依据。

此外,在构建独立的企业合规不起诉制度时应注意以下内容:

第一,企业合规不起诉是检察机关参与社会治理、履行法律监督职责与积极延伸刑事检察职能的重要体现。就当前我国企业合规改革的发展趋势而言,检察机关合规不起诉可能成为检察机关的“第十一大检察业务”^①,即企业合规检察业务^[11]。因此,应当明确企业合规不起诉制度与《刑事诉讼法》规定的相对不起诉等五种不起诉制度^②处于并列地位,将其确定为我国《刑事诉讼法》中的第六种不起诉制度。第二,应当将涉案企业认罪认罚、具有合规整改意愿与合规整改能力等情况,作为对涉案企业适用企业合规不起诉制度的前提条件。第三,随着认罪认罚从宽制度的深入推进,企业合规不起诉制度应注重检企协商。在审查起诉期间,检察机关在依法行使自身职权的同时,应当充分听取涉案企业意见,在合规整改内容、期限等方面与企业充分协商,以实现合规整改的最佳效果。

(二) 严格区分企业责任与个人责任

如前文所述,由于难以区分是单位意志还是个人意志原因导致企业涉罪,在我国现阶段改革实践中,检察机关一般对涉罪企业和企业主要责任人作出“双不起诉”处理决定。在我国推行企业合规不起诉改革背景下,仍将企业责任和企业责任人责任混为一谈,会导致两种风险:第一,在司法实践中,检察机关可能不当地适用企业合规刑事激励机制;第二,企业主要责任人不当出罪。有学者指出,我国的企业合规不起诉改革为区分企业责任和个人责任奠定了基础^[12]。本文赞同这一观点。首先,应当在坚持“企业独立意志理论”的基础上,对企业责任和个人责任进行严格区分。单位作为独立的责任主体,具有独立的行为和独立的主观意志。司法机关在最终认定刑事责任时,要综合考虑单位的整体行为与整体意志。其次,合规考察的对象应仅限于企业,不涉

及个人。如果涉案人员的行为符合《刑事诉讼法》第177条规定的的不起诉条件,检察机关可以依法对其作相对不起诉处理。这主要是考虑案发后,涉案人员通常存在认罪认罚、自首、立功或积极退赃退赔等从宽量刑情节。将个人排除出合规考察适用对象之列,恰与企业合规“放过企业、严惩企业家”的本意相契合。此外,应从立法层面明确“双不起诉”的适用标准,避免司法实践中出现的各地检察机关适用“双不起诉”标准不统一的问题。进言之,企业和企业主要责任人根据各自实施的犯罪行为,承担相应的刑事责任,从而避免检察机关笼统地采取“双不起诉”处理决定。如此,不仅与我国引入企业合规不起诉制度以预防企业犯罪的目的相契合,也符合我国《刑法》所规定的罪刑法定原则与适用刑法平等原则。只有正确理解企业合规理念与单位犯罪理论,才能在企业合规不起诉制度制定与实施中,正确处理好企业责任与个人责任的关系。

(三) 明确企业合规不起诉的适用范围

1. 明确适用的企业范围

我国企业合规不起诉不受企业规模的限制,应适用于所有企业。对大型企业而言,合规建设本就属于企业组织架构中的一部分,涉案后进行更为全面的合规整改,且聘请第三方组织对其合规整改结果进行监督评估,是完全可行的。但是,全面合规整改对中小微型企业而言成本过高,很可能增加企业资金压力,导致企业经营状况恶化,与企业合规不起诉改革旨在优化企业营商环境、保护企业发展的本意背道而驰。进言之,在我国企业合规不起诉向企业合规从轻或减轻处罚等多元化方向发展的背景下,建立具有中国特色、符合中国国情的企业合规制度,应当扩大企业合规的受益企业范围,使中小微企业也能够通过合规整改,获得企业合规赦免或减免处罚的机会。全面推广企业合规,才能真正优化营商环境、促进经济发展。首先,全面合规整改并非企业合规所必需。对于中小微企业的合规整改,

①目前我国检察机关“十大检察业务”是指普通刑事犯罪检察业务、重大刑事犯罪检察业务、职务犯罪检察业务、经济金融犯罪检察业务、刑事执行和司法人员职务犯罪检察业务、民事检察业务、行政检察业务、公益诉讼检察业务、未成年人检察业务、控告申诉检察业务。

②“不起诉制度”是刑事诉讼制度的重要组成部分,“不起诉权”是检察职权的重要内容。根据《刑事诉讼法》第16条、第177条、第182条、第282条等相关法律规定,实践中,不起诉分为法定不起诉、酌定不起诉、存疑不起诉、附条件不起诉和特定不起诉等五种类型。

应当更具有针对性和现实性。可以根据涉案中小微企业的犯罪情节严重程度或所涉罪名,确定刑事合规计划的具体内容,有针对性地进行更为简化的专项合规。其次,对中小微企业的合规整改应从快进行,从而降低企业合规整改的成本。例如,对中小微企业确定相对较短的合规考察期限,由检察院直接对合规整改结果进行监督评估,而无须引入第三方组织等。最后,在考虑中小微企业合规整改特殊性的同时,应当尊重其建立合规计划的自愿性。

2. 明确适用的案件范围

有学者认为,企业合规不起诉制度适用的案件类型应仅限于轻罪案件,对重罪案件可适用企业合规从轻或减轻处罚^[13]。本文认为,对于重罪案件而言,企业合规建设不能作为涉案企业的免责事由,否则有放纵犯罪之嫌。换言之,可以对涉嫌重罪的企业适用企业合规从轻或减轻处罚,但是不能适用企业合规不起诉。现代罪责原则主要体现在两方面,一是明确自然人或单位是否需要负刑事责任,避免没有罪责的自然人或单位受到刑罚制裁;二是明确自然人或者单位应当承担多大的刑事责任,判断是否存在从轻或者减轻处罚的事由,从而避免自然人或单位受到不当的刑罚制裁。就此而言,企业刑事合规建设是对传统责任论的重大突破,是我国司法改革现状孕育出的新的免责事由。因此,在论证企业合规建设这一新的刑事免责事由是否合理时,应当判断其是否符合现代罪责原则;同时,应当将其限制在罪责原则所确定的正义界限范围内,以实现企业合规不起诉预防单位犯罪这一目的。此外,分析四批企业合规典型案例可以发现,并非所有案件中的检察机关对涉案企业作出相对不起诉决定后,都会对其进行事后监督或者长期监督。这意味着企业再犯罪的风险非常大,无法达到预防企业犯罪的目的,可能使企业合规建设成为企业“法外开恩”的保护伞。因此本文认为,我国企业合规不起诉改革应放缓进行。目前,不应将重罪案件归入企业合规不起诉的适用范围。

(四) 确定一定幅度的考察期限

受《刑事诉讼法》中期间制度的制约,企业合规整改和合规体系建设的考察期限应当是有限的。检察机关决定对涉案企业启动合规考察程

序后,企业应当立即开始合规整改。在司法实践中,有些地区的检察机关根据地区实际情况,规定了3~5个月、6~12个月或6~24个月等多个时间维度的合规考察期限;同时,明确规定在审查起诉期间或审查起诉结束后进行合规考察^[14]。有观点指出,企业合规考察期限不宜短于1年且不宜长于3年^[15]。合规计划的有效建立、合规整改与合规体系建设的有效评估,是一个漫长的过程,涉及制度构建与顺利运作等多方面内容,需要大量的时间与成本,非短期内可以解决。因此,本文提出以下三点建议。第一,应对《刑事诉讼法》第172条进行完善,即区分犯罪嫌疑人被羁押与犯罪嫌疑人未被羁押的情形,为二者设定不同的审查起诉期限,从而为各地检察机关提供更为具体的审查起诉期限标准。第二,应在检察机关审查起诉期限结束后开始合规考察期限的计算,即检察机关审查起诉期间不应包括合规考察期限。换言之,涉案企业作出合规承诺且检察机关与其达成合规协议后,检察机关的审查起诉期间宣告结束,合规考察期限开始计算。此外,为契合认罪认罚从宽制度,提高诉讼效率,合规考察期限不宜超过三年。第三,检察机关在对企业启动企业合规整改程序时,应当结合企业具体情况,为企业设定具有一定弹性的考察期限,并要求其在考察期限内完成合规整改与合规体系建设。

五、结语

在全球构建企业合规不起诉制度以及我国优化营商环境建设背景下,建立企业合规刑事激励机制,构建独立的企业合规不起诉制度,能够达到预防企业犯罪与保护企业发展的双重目的,是一项集前端治理与末端处理于一体的机制创新^[16],对我国社会治理以及企业管理都具有里程碑意义。针对现今改革实践中,合规不起诉运行模式与不起诉条件相冲突、“双不起诉”的正当性受到质疑、合规不起诉的适用范围尚不明确、合规考察期限缺乏法律依据的困境,应着眼于未来立法修改的角度,从制度体系建构、程序完善两个层面出发,构建独立的企业合规不起诉制度;严格区分企业责任与个人责任;明确企业合规不起诉制度适用于大型企业的同时,也适用于中小

微企业;明确企业合规不起诉制度适用于轻罪案件,但不适用于重罪案件;确定一定幅度的考察期限。未来,随着我国企业合规不起诉改革向纵深发展,要及时对企业合规不起诉改革中的诸多争议进行理论和实践探索,逐步完善具有中国特色的企业合规不起诉制度,持续推进法治化营商环境建设,护航我国经济健康发展。

〔参考文献〕

[1]徐日丹. 医治成长“病症”,引导企业扣好“第一粒扣子”[N]. 检察日报,2021-09-01(001).
[2]陈瑞华. 企业合规不起诉制度研究[J]. 中国刑事法杂志,2021(01):78-96.
[3]陈瑞华. 刑事诉讼的合规激励模式[J]. 中国法学,2020(06):225-244.
[4]黎宏. 企业合规不起诉:误解及纠正[J]. 中国法律评论,2021(03):177-188.
[5]时延安. 合规计划实施与单位的刑事归责[J]. 法学杂志,2019(09):20-33.
[6]赵恒. 认罪答辩视域下的刑事合规计划[J]. 法学论坛,2020(04):149-160.
[7]赵恒. 涉罪企业认罪认罚从宽制度研究[J]. 法学,

2020(04):122-134.
[8]陈瑞华. 企业合规不起诉改革的八大争议问题[J]. 中国法律评论,2021(04):1-29.
[9]赵恒. 刑事合规计划的内在特征及其借鉴思路[J]. 法学杂志,2021(01):66-79.
[10]杨宇冠. 企业合规与刑事诉讼法修改[J]. 中国刑事法杂志,2021(06):144-162.
[11]朱良. 我国企业合规不起诉的实践样态与建构路径[J]. 北方法学,2022(05):136-145.
[12]李玉华. 企业合规不起诉制度的适用对象[J]. 法学论坛,2021(06):21-30.
[13]姜涛. 企业刑事合规不起诉的实体法根据[J]. 东方法学,2022(03):129-144.
[14]严忠华,蔡红伟,赵雅蒙. 企业犯罪相对不起诉制度引入合规监督考察的实践与思考[J]. 犯罪研究,2021(05):18-27.
[15]李勇. 企业附条件不起诉的立法建议[J]. 中国刑事法杂志,2021(02):127-143.
[16]邱春艳. 企业合规改革,第三方监管如何落实——涉案企业合规第三方监督评估的实践与思考[J]. 检察日报,2021-12-17(001).

【责任编辑:耿 浩】

Analysis on the practical difficulties and solutions of non-prosecution for corporate compliance in China

Li Rong,Zhang Jiaying

(Minzu University of China,Beijing 100081,China)

Abstract: Non-prosecution for corporate compliance is a major institutional innovation in the construction of China’s legalized business environment. An analysis of four batches of typical corporate compliance cases released by the Supreme People’s Procuratorate shows that the applicable scope of non-prosecution for corporate compliance in China is mainly private enterprises and small,medium and micro enterprises;the crimes involved are relatively concentrated,and the scope of applicable cases is mainly misdemeanor cases;most of the decisions are “double non-prosecution”;and the compliance inspection period is generally 3 months or less. In practice,there are practical difficulties in non-prosecution for corporate compliance,such as the conflict between the operating model and the conditions for non-prosecution,the legitimacy of “double non-prosecution” being questioned,and the unclear scope of application of non-prosecution for compliance and the unclear compliance inspection period. In the process of improving the system in the future,an independent non-prosecution system for corporate compliance should be established to strictly distinguish corporate responsibilities and personal responsibilities,clarify the applicable scope of non-prosecution for corporate compliance and determine a certain range of compliance inspection periods.

Key words: corporate compliance;non-prosecution for compliance;unit crime;“double non-prosecution”;compliance inspection period

【公安理论与实务研究】

合成作战警务运行机制中“情”的定位与发展探析

——以基层社会治理为视角

郑雁卿, 曾庆华

(中国人民公安大学, 北京 100038)

〔摘要〕随着大数据技术的普遍应用,基层治理数字化转型升级已成为社会治理现代化的必然趋势。公安工作是国家治理的重要环节,数据化时代探讨公安情报工作在合成作战警务运行机制中的定位与发展,对于促进公安工作更好地适应国家治理现代化要求具有重要意义。当前,在多警种合成作战运行机制中,公安情报工作在核心职能、多元互动、数据挖掘和情报主导作用等方面仍存在一定的不足,需要在明确公安情报工作定位的基础上,从治理主体、治理工具和治理机制三个维度创新其发展路径。

〔关键词〕公安情报工作;合成作战;社会治理;多元主体;数字赋能

〔基金项目〕本文系2022年度中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“国家安全专题监测数据库”(项目编号:2022SJKJS04)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕郑雁卿(2000—),男,山东潍坊人,中国人民公安大学国家安全学院2022级国家安全学硕士研究生,主要从事反恐情报研究;通讯作者:曾庆华(1971—)男,黑龙江甘南人,中国人民公安大学国家安全学院副教授、硕士研究生导师,军事运筹学博士,主要从事反恐情报研究。

〔收稿日期〕2023-10-07

〔中图分类号〕D631 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)01-027-10

在分析西方现代化理论和发展道路的基础上,德国社会学家贝克提出了“风险社会”和“自反性现代化”的概念。当前,随着改革开放的不断深化,我国经济社会发展迅速,社会矛盾日益多元化复杂化,进入了一个新的社会风险期。社会结构和执法环境发生深刻变革,人流、物流、信息流等要素流动逐步加快,犯罪形态不断变化,动态化、职业化、智能化特征日益明显,社会治安形势日趋严峻^[1],治理难度显著增大,公共安全面临巨大挑战。

《国务院关于加强数字政府建设的指导意见》(国发〔2022〕14号)指出,加强数字政府建设是创新政府治理理念和方式、形成数字治理新格局、推进国家治理体系和治理能力现代化的重要举措^[2]。在社会治理数字化转型背景下,原有的治理理念、手段和方式难以应对现实挑战,迫切

需要顺应时代需求,重塑政府、市场、社会三者之间的关系,提升政府的社会治理与公共服务水平。在这一契机下,合成作战公安情报工作需要推动自身转型,深入贯彻落实国家战略部署。本文所论述的公安情报工作实践,以社会治理为分析视角,遵循“理论阐述—困境分析—创新路径”的渐进式思路,对大数据环境下合成作战公安情报工作的定位与发展问题进行研究,以期推动公安情报工作高质量发展,助推社会治理体系与治理能力现代化。

一、合成作战警务机制研究回顾

“合成作战”这一概念原本属于军事术语,其目的是实现诸军兵种信息、资源、指挥作战等各要素的高度集成和有机统一,充分发挥整体效能,实现“1+1>2”的目的。我国公安学界和实

战部门面对复杂严峻的社会治安环境,在参考借鉴西方实践经验的基础上,将军事合成作战理念引入公安领域,从不同角度对合成作战机制进行探索,取得了显著成效。

顺应公安实践发展需要,我国学界对警务合成作战的研究热情自2014年起显著提升,近年来持续保持高位运行。在中国知网搜索关键词“合成作战”,人工去除无关文献后,得到相关文献155篇(截至2023年10月5日)。发文量总体分布趋势如图1所示,大体可分为3个阶段:准备期、上升期、稳定期。其中1994—2013年为准备期,在此期间,“合成作战”作为一项新概念进入公安领域,但并未引起广泛关注,一定程度上反

映出当时各地公安机关受到既有工作模式惯性影响,探索合成作战警务模式的积极性不高。2014—2017年为上升期,这是外部社会治安形势与公安机关内部共同推动警务机制改革的具体反映。在此期间,公安部召开的全国刑侦工作会议强调全面实行“科学指挥、合成作战、技术支撑、情报导侦”^[3]的打击犯罪新机制,掀起了业内合成作战研究的高潮。2018年至今为稳定期,形成以中国人民公安大学、湖北警官学院、中国人民警察大学等公安院校为核心的学术研究高地;此外,福建三明、辽宁大连等地公安实战单位也围绕合成作战多角度发力,持续开展理论与实践探索。

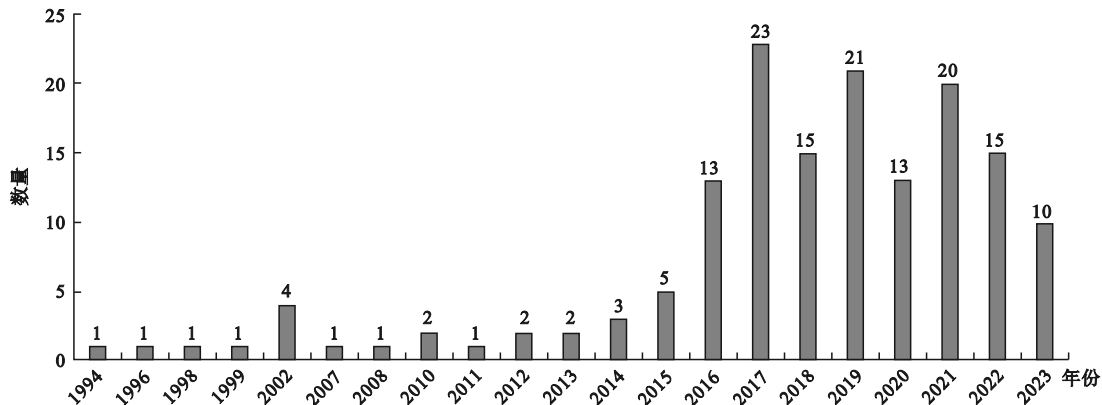


图1 合成作战文献量总体趋势分布图

从研究内容来看,以往关于警务合成作战的研究集中在以下三个方面。一是探讨大数据背景下,合成作战机制在各类型犯罪案件侦查工作中的应用研究。曹晓宝、武雪琛强调,要充分发挥侦查合成作战机制优势,实现对“杀猪盘”电信网络诈骗犯罪的精准打击^[4];朱健序试图探索与完善反恐怖合成作战模式,突破公安工作传统手段和机制的束缚,加强公安机关预防、打击、管控恐怖活动的水平和能力^[5]。二是探讨合成作战一体化警务运行机制优化问题。唐云祁、蒋占卿等认为,在合成作战体系建设中,应注重构建合成作战信息平台,实现物质流、能量流、信息流的良性互动^[6]。三是侧重合成作战指挥相关问题研究。齐浩源、宋维才认为,应从加强配套指挥调度系统、支撑全局作战指挥入手,实现指挥要素快速联动,发挥警务合成作战指挥模式的整体效能^[7]。

综上,当前关于警务合成作战的研究集中于案件侦查应用、指挥与一体化警务运行体系优化等领域,在取得丰硕成果的同时,对于合成作战警务运行机制中“情”的研究较少,且未将合成作战公安情报工作融入社会治理系统筹思考。本文在现有研究基础上,基于社会治理视角,尝试梳理分析大数据时代合成作战警务运行机制中公安情报工作现状及面临的问题挑战,并探讨其定位与发展路径。

二、社会治理与合成作战公安情报工作的耦合机理

(一) 社会治理的理论内涵及分析维度

在党的十六大报告中,“社会管理”和“社会管理创新”被置于党和国家重要议事日程及构建社会主义和谐社会的战略高度;党的十八届三中

全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中,第一次以正式文件的形式提出“社会治理”的概念,明确提出创新社会治理体制,改进社会治理方式,强调系统治理、综合治理、依法治理和源头治理的治理理念和路径,并将“推进国家治理体系和治理能力现代化”作为全面深化改革的总目标^[8];党的十九大提出,要打造共建共治共享的社会治理格局;党的二十大报告指出,在社会基层坚持和发展新时代“枫桥经验”,要建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。

20 世纪 90 年代,治理理论在西方政治学和管理学领域引起关注,并迅速被引入中国。田凯认为,治理理论的产生与兴起,基于传统的以政府为主要行动主体、以层级制为基本组织形态的治理模式所面临的困境,其主要论点是政府在社会治理过程中,由单向、强制、垄断向平等参与和互动的转变^[9];俞可平作为最早将治理理论引入中国的学者,认为治理的本质是合作,是建立在市场规则、公共利益和社会认同三者基础上,依赖于合作网络权威的多元、互动权力体系^[10]。可见,治理概念已逐渐去除强制、统治等传统思维,更加强调社会多元主体协同参与,认为政府、社会组织和公民等治理要素能够通过平等协商与沟通互动等形式协同治理公共事务,以实现社会公共利益最大化。

我国的社会治理理论在西方治理理论基础上进行了延伸,实现了中国化发展。不同于西方治理理论,孟天广等认为,政府在社会治理过程中发挥决定性主导作用,其目标是化解社会矛盾,推动公共服务均等化,保障和改善民生,促进社会和谐有序发展。中国特色社会治理有其自身独特的发展背景和社会基础,既是党和政府对自身执政方式的理性反思,也是对社会转型期各种社会矛盾和问题的积极回应^[11]。相对于社会管理在主体、理念和管理方式等领域的不足,麻宝斌认为,社会治理符合当前和未来一段时间我国工业化、城镇化与市场化发展趋势,应当成为未来社会体制机制建构的基本方向之一^[12]。推

动中国式社会治理理论与实践创新发展,既是顺应时代发展潮流的必然要求,也是各级政府积极探索社会治理体系和治理能力现代化的题中应有之义。

相对于传统社会管理模式,可以从理念、目标和方式三个维度对社会治理的内涵进行整合。这三个方面共同构成了新时代社会治理的内涵要素和主要分析维度。一是社会治理理念。社会治理理念的核心在于其超越了国家权力中心论,转而强调多元主体间的平等合作与良性互动,即实现由单一治理主体垄断向政府、市场、社会力量等多元主体沟通、互动与合作的协同治理转变。二是社会治理目标。社会治理的理想目标是善治,即追求整个社会的正向运行和健康发展,是从人民利益出发,各行为主体在平等互信的基础上参与、协商与合作,化解矛盾冲突,保障社会良性运转,最终实现公共利益最大化的管理活动,是国家与社会关系的最佳状态。大数据环境下的社会治理,更加强调治理过程的主动性、溯源性和预防性^[13],意味着社会治理目标已逐渐由工具理性向价值理性转变。三是社会治理方式。不同治理主体通过某种途径和手段,构建起良性的互动与合作关系,以完成既定社会治理目标。社会治理方式包括体制机制与技术工具两方面。在体制机制方面,强调加快转变政府职能,进一步推动简政放权,使政府从适合发挥市场机制的领域中退出来,鼓励民间力量进入社会公共服务领域,强化公共服务,不断完善公共服务体系与能力。在技术工具方面,当前我国政务运行体系高度依赖数字工具使用,数字化治理方式已深深嵌入社会治理过程,在多元互动、推行政府政策措施与战略部署等方面发挥了重要作用。具体而言,数字化治理工具通过实时采集相关信息,掌握社情民意,搭建与社会运行相关的数据库和知识库;通过开发和引进相关算法模型,对数据进行深度分析研判,洞察经济社会运行规律,实现对社会风险的预警预测。

(二) 社会治理理论与合成作战公安情报工作的耦合关系

1. 治理目标:“善治”是合成作战公安情报工

作的核心动力

相对于传统社会管理对管理技巧、手段等“治理之术”的改革,社会治理更强调内在效果、社会公平和源头预防等“治理之道”,不再将治理社会理解为某种手段的改变或某项指标的达成,而是希望达到“善治”这一最佳状态,即满足治理的合法性、法治性、透明性、责任性、回应性、有效性以及参与、稳定、廉洁与公正等10个基本要素^[14],以真正实现源头风险管控。在社会治理数字化、智能化转型过程中,应当重新审视合成作战公安情报工作的警务质效,进一步明确新时代背景下,合成作战公安情报工作的核心职能并非单纯服务于侦查破案,而是应当立足于防范国家安全风险的战略高度,及时发现威胁国家和社会治安秩序的风险诱因,推动情报工作职能定位由“事后”转向“事前”,由“打”与“控”转为“防”与“管”,引导警务行动由被动应战向主动消解犯罪隐患的方向转化^[15],从源头预防和遏制各类安全风险。

2. 治理理念:多元主体协同参与是合成作战公安情报工作的内在要求

在社会治理的理想状况下,权力运行体系突破上下层级而趋于平行,多元治理主体将平等参与各项社会事务,即在科学制度与规范指导下,充分发挥多元主体协同作用,鼓励其通过沟通协商,形成符合整体利益的社会政策;同时,通过促进多元主体协同治理,深入贯彻全过程人民民主,有效弥补单一主体治理的盲点,充分发挥不同治理主体各自优势,调动多元主体参与积极性,强化社会治理的自我调节能力。合成作战公安情报部门作为公安机关的“智慧大脑”,肩负着社会人员管控、综合研判和风险预警等基本任务,相关工作以多方面数据信息作为支撑,要求构建既包括公安机关内部警种业务数据,也包括教育、医疗、住宿、运输等社会数据信息的“纵向到底,横向到边”全方位情报搜集体系。建议公安情报部门通过适当赋权与制度约束,实现治理主体主动有效参与,依靠集体力量解决社会矛盾,为民众提供丰富的公共产品和服务^[16]。

3. 治理方式:深化数字治理是合成作战公安情报工作的迫切需要

数字赋能社会治理,推动治理工具转型升级。进入信息社会以来,一系列颠覆性技术的诞生与应用,为社会治理提供了新的时代发展机遇,是社会治理体系与治理能力现代化的必然要求。2015年国务院印发的《促进大数据发展行动纲要》明确指出,科学运用大数据是政府提升社会治理能力的有效途径^[17]。大数据等智能技术在社会治理领域的应用,不仅体现在对海量数据的快速抓取、处理和管理上,还在于通过数据深度挖掘与分析,能够联结社会生活和显示社会行为,进而洞察社会关联模式与运行规律。对合成作战公安情报工作而言,需要充分利用颠覆性技术优势,推动公安工作数据化、智能化结构性变革,着眼于长期存在且反复发生的警务与社会问题,探讨其发生机制与内在联系,有针对性地建立预警预测模型,为社会源头治理提供技术支撑,推进以智能化手段辅助科学决策,满足数字化时代社会治理转型的迫切要求。

三、当前合成作战公安情报工作面临的现实困境

随着大数据时代的到来,各级政府坚持依托大数据资源,统筹推进平安中国建设,推动实现“大数据+政务”治理模式,取得了一系列积极成果。为提升合成作战效能,公安情报工作顺应时代发展趋势,强化同高科技企业的合作,引进与开发多维智能感知设备,积极构建社会智能感知体系。公安机关围绕“人”这一核心要素,通过人脸识别、车辆动态比对、天网工程、智能社区等项目建设,掌握了互联网、通信、卡口、电商贸易、交通等多领域的的数据资源。这些数据能够显示人们的身份、关系属性等特征,为合成作战和社会治理提供了有效数据支持。各地公安情报工作以大数据智能情报平台建设为抓手,通过汇集多方数据,运用热点分析、智能动态交互等技术手段,引入时空分析、网格地图等方法,打造可视化、扁平化的跨网综合性智能化情报指挥平台,

推动情报资源整合。值得注意的是,目前合成作战公安情报工作本质上仍未摆脱传统社会管理模式制约,在社会治理数字化背景下,对于公安

情报工作未来发展方向的理论认识尚未达到深刻明晰的理想效果。

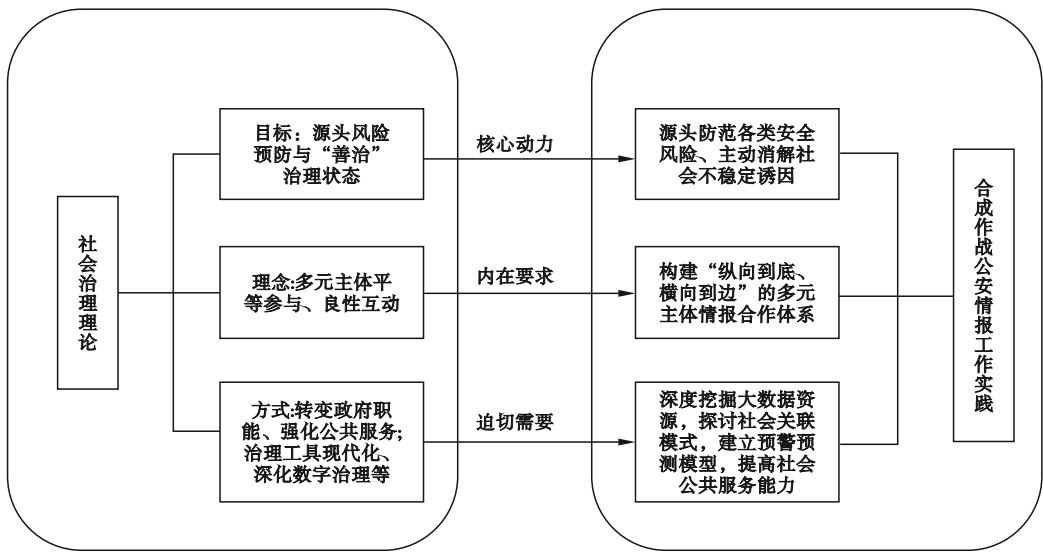


图2 社会治理理论与合成作战公安情报工作耦合关系

（一）公安情报工作核心职能定位不清

公安情报工作的核心职能,是指其相对于其他警种而言具有独特性和唯一性的业务职能。在合成作战警务运行机制改革过程中,情报主导警务战略虽然已深入人心,但主导并不意味着情报工作核心职能的明确。从当前警务实践来看,各地大多将公安情报工作职能定位为搜集、整合各领域数据资源,收集数据范围覆盖越广,其职能作用发挥也就越强。在这一逻辑支配下,“情报归口”“四侦合一”“多轨联动”等成为当前公安情报工作主流模式,但简单的数据汇总整合并不能从整体上提升合成作战警务工作效能,达到主动防控风险和预防犯罪的目的,也无法体现公安情报工作职能的独特性和唯一性,甚至在一定程度上造成公安情报工作与其他警种业务工作之间的冲突。曾有专家形容,公安情报工作是既无“责任田”,也无“自留地”^[18],在一定程度上揭示了公安情报工作核心职能不清的尴尬处境。

（二）多元主体互动不足,情报搜集难以真正做到全面

有专家研究发现,某地级市每天收集 Wi - Fi 数据高达 5 亿条,动态监控数据量更是大得惊人^[19],情报搜集的范围亦涵盖社会生活诸多领域

的结构化、半结构化与非结构化数据。面对如此庞大的数据集,为何情报搜集仍然难以做到全面,值得我们进一步探讨。公安工作因其特殊性,需要实时准确掌握社会各领域相关信息,这离不开公安机关与社会各界的多向互动。当前,公安机关主要采取“拿来主义”的情报搜集方式,许多社会组织与公民的积极性尚未得到充分调动,导致公安机关缺乏同多元主体的有效互动与合作,搜集的数据存在缺失与偏差、时效性不强、格式不兼容等普遍问题,情报搜集始终存在盲区和短板。部分社区、医院、旅馆等单位的门禁信息等数据资源未能及时上传相关数据库,导致难以及时对车辆及人员进行准确定位;有的数据,如书写方式、步态、视频等,虽然能够得到及时上传,但由于数据格式非结构化等原因而无法得到及时有效处理,导致出现信息滞后等弊病,数据资源利用效率不高。

（三）数据挖掘缺乏深度,情报预警预测能力相对不足

合成作战公安情报工作的核心,在于开展专业的情报分析,这是大数据时代将“技术工具嵌入社会治理”这一优越性的具体体现。公安机关针对多发性社会问题进行数据整合,通过挖掘与

分析,抽取社会问题的典型特征数据建模,依靠数据模型进行社会动态监测与研判,准确识别时空高风险点(区域)、高风险社会人、易害群(个体等),据此及时采取遏制手段并提出有针对性的预防措施。限于专业数据分析人员和数据分析手段不足,目前的数据挖掘与分析大多基于经验基础,确定风险等级并进行积分研判,研判深度不够,与社会系统复杂性的拟合度不足,难以对犯罪的概率和类型进行准确预测。该类型情报分析仅能解释当前社会状况“是什么”,却无法揭示问题成因并预测社会治安趋势。

(四)公安情报工作在合成作战中未能凸显主导地位

情报主导警务作为现代警务改革的战略目标,其实现需要一个长期、复杂的过程。在当前合成作战警务模式探索初期,公安情报工作在其他警种业务办理过程中只能起到辅助性作用,其专业性和权威性有待进一步提升。究其原因,在于当前公安机关大数据技术的赋能作用仍未得到有效发挥,部分地区存在缺乏支撑情报工作的智能设备、数据来源复杂且数量巨大、数据格式缺乏统一标准等问题,导致情报分析效率低下,无法产出满足各警种需要的情报产品。同时,公安情报工作作为情报产品生产者,对用户需求分析有所欠缺,未能做到个性化、精细化推送。其他业务警种普遍反映,情报部门推送的情报可靠性不强。综上,公安情报工作难以得到相关部门的普遍支持。

四、合成作战警务运行机制中“情”的定位探析

随着大数据、云计算、人工智能等新一代信息技术的快速发展与应用,社会治安形势发生了深刻复杂的变化。人们越来越深刻地认识到,合成作战不能被片面地定义为某种单一作战模式,而是整体上在公安理论实践中普遍存在的一种现象级产物^[20]。在数字化转型背景下,重新思考合成作战公安情报工作定位问题,有助于提高情报工作效能,推动社会治理创新,发挥整体作战

优势。

(一)明确将防范化解各类国家安全风险置于合成作战情报工作职能首位

党的二十大报告指出:“要推动公共安全治理模式向事前预防转型”^[21]。贯彻落实总体国家安全观,必须持续做好预防风险、确保安全、维护稳定和促进发展的相关工作。从风险社会理论视角来看,在现代科技背景下,“社会财富”的底层正酝酿着在极大范围内造成惶恐和震颤的社会风险^[22]。虽然部分学者认为这一观点有失偏颇,但在我国现代化发展过程中,社会风险日益增多却是无可争议的客观事实。在此背景下,公安机关作为我国国家安全防控体系的重要一环,不断提升风险防范能力和水平,既是对现实要求的有效回应,也是适应国家战略发展的必然选择。合成作战公安情报工作现实困境的根源,在于其未站在国家安全风险防控、推动现代警务改革、顺应数字化时代需求的战略层面,发挥在合成作战中的独特优势所致。公安情报工作应在国家安全风险防控体系建构的整体框架下,进一步明晰强化职能定位,主动适应新形势要求,增强工作的前瞻性,识别威胁国家安全的各类风险要素,明确工作重点,科学调整资源配置,从源头上控制、防范各类安全风险。

(二)充分发挥合成作战公安情报工作的风险预警预测职能

公安情报工作预警预测职能的实现,主要得益于大数据、物联网等现代技术的应用,即充分利用数据统计分析模型,对搜集的海量数据进行处理分析,发现常规条件下难以发现的各违法犯罪要素之间的内在关联和运行规律,从而在重大风险发生前发现蛛丝马迹,发出预警信息,积极采取行动阻止风险发生。由于大数据能够准确、客观反映事物的“已知”状况,那么,由“已知”推演“未知”,即对事物作出预测性分析,同样具有很强的科学性^[23]。美国预测警务实践证明,人们通过分析各类风险的模式与因素,能够合理预测可能发生的风险等级,进而采取措施干预和降低风险。其预警预测方法主要包括四类,即针对犯

罪行为、犯罪行为、行为人身份和犯罪被害人等展开的预测^[24]。合成作战公安情报工作可以结合我国具体国情,有选择地合理借鉴这些较为成熟的预测分析技术方法,做到针对不同状况,为各业务警种采取相应治理手段提供有价值的情报,为警力配置提供最优选择。

(三)强化公安情报工作对合成作战警务机制的支撑、协调与驱动引擎职能

“情报主导警务”战略,要求公安情报工作在融合警务信息、扁平警务流程和优化警力布局方面发挥信息化驱动引领作用,为提高警务决策与指挥的权威性提供情报支撑。当前,情报工作已经成为各警种指挥与行动的驱动引擎。公安机

关预防和打击犯罪、防控风险等,需要在精准的情报信息引领下,采取具体行动才能取得实效。公安情报部门优化大数据情报指挥平台,整合公安内部与社会实时感知设备等数据资源,对海量数据进行处理,通过组织、挖掘、统计、建模、分析等流程,实现从数据到信息再到知识的转化,最终形成对当前社会治安形势和防控重点的对策建议。针对此类宏观指导,技侦、网侦等部门应当通过对重点方向数据信息查询检索、碰撞比对和关联拓展等手段,梳理出人流、物流、资金流等有效数据,为警务指挥与行动等提供具体情报支持,实现公安情报工作与其他业务部门工作的有效衔接。

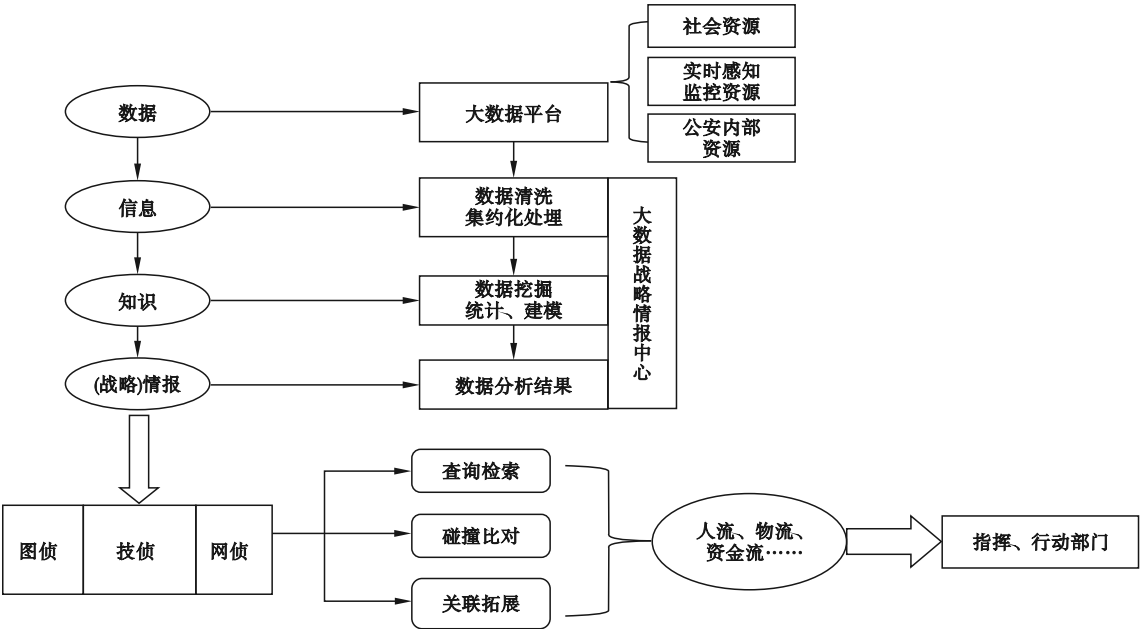


图3 合成作战公安情报工作驱动引擎图

五、社会治理视角下合成作战公安情报工作创新发展路径思考

合成作战作为一个复杂的系统工程,需要着眼全局、高效协同,围绕总目标协调一致行动,实现整体效果最优。公安情报工作是合成作战的驱动引擎。回溯社会治理的理论内涵,可以从治理主体、治理工具、治理机制三个维度,探究其对公安情报工作发展的影响,借助社会治理理论的工具价值,为合成作战公安情报工作的创新发展提供有益思路。

(一)治理主体:构建合成作战公安情报工作多元主体协同治理框架

合成作战的主体构成较为广泛,可以按照“公安机关主导、多元主体参与互动”的基本原则,从“公安机关”和“社会组织与公民”两个方面,探讨如何推动公安情报搜集工作更加全面高效。具体而言,一是公安机关应当建构多元情报互动平台,加强对情报搜集工作的统筹力度。依靠公安机关在互动平台中数据信息中枢的优势地位,建立健全情报搜集多元主体协调机制与监督机制;完善顶层设计,逐步加强相关配套设施、

制度建设以及情报互动流程、规则的完善;进一步明确有关部门职责权限,以“利益补偿”作为激励机制,激发多元主体的参与热情与活力,鼓励社会公众及有关组织将日常生活中的噪声扰民、邻里纠纷等潜在风险在平台中分享,探索形成“政府—社会组织—公民”三者互动模式。二是强化社会组织与公民参与情报搜集管理体系的效果。以社会组织和公民为代表的社会要素,贯穿于公安情报搜集工作的全过程,触及社会治理体系的“末梢神经”^[25]。充分发挥社会力量的主体优势,进行事实型专向情报获取,有助于解决“技术盲点”所衍生的社会问题。

(二)治理工具:数字赋能强化合成作战公安情报分析能力

所谓数字赋能,是指在社会治理数字化转型背景下,情报部门借助大数据算法等新技术手

段,建立公安情报分析系统,对海量数据综合分析研判,从而揭示现象,发现其背后社会经济的运行逻辑。一方面,依靠数据深度挖掘,提升风险预警预测能力。运用时空序列分析和关联网络分析等技术,揭示数据隐含的要素交集和内在关联,通过逻辑回归、随机森林和神经网络等模型进行预测,研判个人信息、社会关系与行动轨迹,判明风险类型,进行风险预警并提出对策建议^[26]。另一方面,充分发挥市场效能,深化警企技术合作。公安机关数据挖掘与分析的工作量大、专业性强,离不开专业分析人员和技术设备。在确保数据安全的前提下,可以尝试将科技公司的先进技术与优秀人才引入公安情报分析领域,利用市场机制建立警企之间长期良性合作关系,提升公安情报分析技术水平,满足合成作战运行机制和社会治理现代化的需求与期冀。

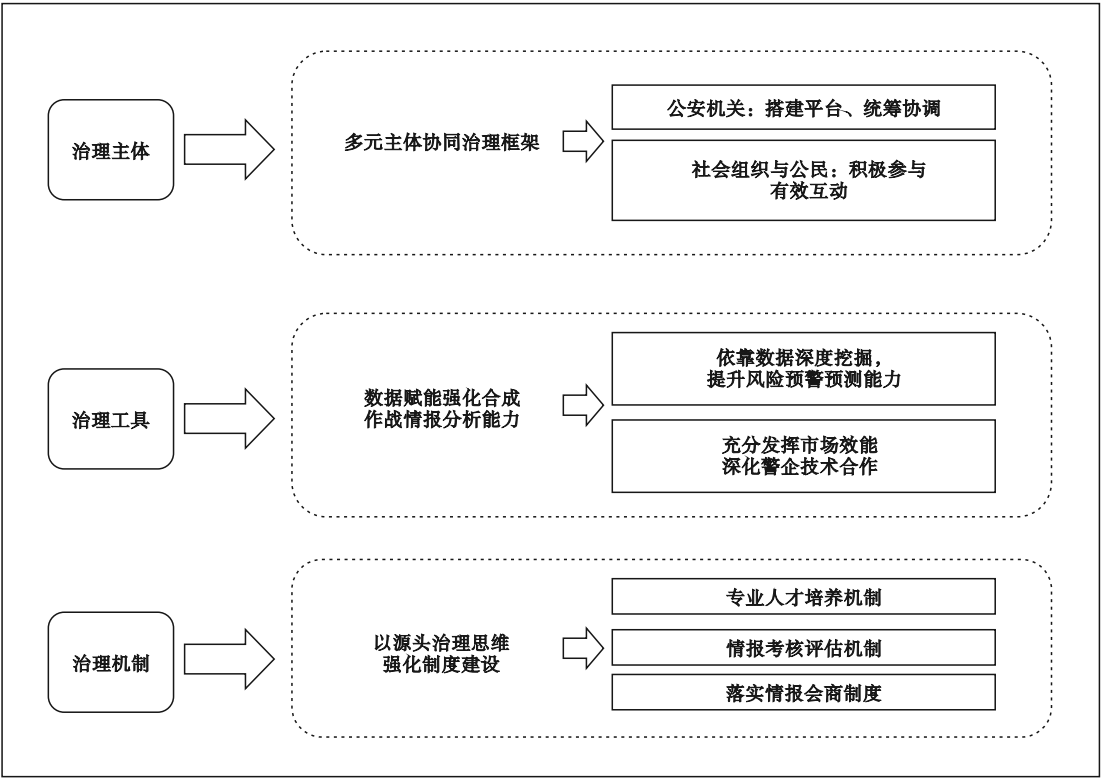


图4 合成作战公安情报工作创新发展路径图

(三)治理机制:以源头治理思维为合成作战公安情报工作提供制度保障

完善顶层设计,发挥人才培养、考核评估与情报会商的支撑作用,构建合理的公安情报工作

保障机制,对促进合成作战警务机制良性运转具有重要意义。一是健全专业人才培养机制。多措并举,培养兼具数据分析技术优势与符合警务工作实际需求的优秀人才。公安情报工作需要

来自于不同专业、具备不同学科背景的专门技术和指挥人才。公安机关从社会招录的技术人才和地方科技公司的专家,往往缺乏公安业务的基本知识与经验积累;公安院校毕业生则大多缺乏扎实的技术背景,两种人才都存在知识盲点与技术缺陷。公安机关对从社会招考的技术人员,应重点加强基层业务培训和锻炼,强化其对公安工作的具象认知;对公安院校毕业生,则应紧跟公安实战要求,开设数据分析等内容的专业技术培训,有针对性地培养其数据思维。二是完善考核评估机制。以公安情报工作为核心的合成作战警务机制改革,是一项全局性、系统性、基础性工程。考核的最终目的是激励。只有在明确工作标准、层层压实责任、客观量化贡献程度、严格考核评估的前提下,才能有效提升情报准确性、预警针对性。必须建立客观、公正且符合情报发展规律和公安改革要求的评价标准,从情报产品、研判力、信息数据量、工作长效性等方面进行考核,摒弃单纯主观判断,以情报服务实战为根本,着力解决时效性、精准性问题。三是落实情报会商制度。有关部门需要定期组织情报沟通会议,通过对人力情报、经验、数据等信息多维碰撞和对社会治安状况进行实时监测,分析判断社会形势的现状、原因和发展趋势,不断提升合成作战中情报工作的实际效能和引领性作用。

六、结语

公安工作是社会治理的重要环节。本文立足于社会治理理论,从治理主体、治理工具和治理机制等维度,探索合成作战公安情报工作的定位与发展路径。鉴于情报工作和社会发展本身的复杂性,合成作战公安情报工作的准确定位与科学发展难以依靠单一理论全面解释。因此,后续还需要在多维视角下,进一步深入合成作战公安情报工作的理论思考与实践探索,推动公安工作更好地服务国家治理现代化的发展需求。

[参考文献]

[1]侯睿.打击犯罪合成作战机制之考察与完善——以

S省公安机关的实践为例[J].山东警察学院学报,2017(06):59-65.

[2]国务院关于加强数字政府建设的指导意见[J].中华人民共和国国务院公报,2022(19):12-20.

[3]徐永胜,徐公社.试论大数据背景下侦查合成作战机制[J].山东警察学院学报,2017(04):73-79.

[4]曹晓宝,吴雪琛.“杀猪盘”类电信网络诈骗案件侦查合成作战研究[J].湖北警官学院学报,2023(02):71-81.

[5]朱健序.大数据背景下反恐合成作战模式探究与完善——以Z市公安机关合成作战中心为例[J].情报探索,2018(09):78-82.

[6]唐云祁,蒋占卿,李卓容.打击犯罪新机制中合成作战体系建设分析[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2019(02):47-55.

[7]齐浩源,宋维才.大数据背景下创新警务合成作战指挥模式研究[J].武警学院学报,2021(07):81-85+96.

[8]中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定[N].人民日报,2013-11-16(001).

[9]田凯.治理理论中的政府作用研究:基于国外文献的分析[J].中国行政管理,2016(12):118-124.

[10]俞可平.治理和善治引论[J].马克思主义与现实,1999(05):37-41.

[11]孟天广,赵娟.网络驱动的回应性政府:网络问政的制度扩散及运行模式[J].上海行政学院学报,2018(03):36-44.

[12]麻宝斌,任晓春.从社会管理到社会治理:挑战与变革[J].学习与探索,2011(03):95-99.

[13]孟天广,赵娟.大数据驱动智能化社会治理:理论建构与治理体系[J].电子政务,2018(08):2-11.

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

[15]冯跃东.探析“情指勤舆”一体化警务运行机制中“情”的定位与发展[J].广州市公安管理干部学院学报,2022(03):25-29.

[16]向德平,苏海.“社会治理”的理论内涵和实践路径[J].新疆师范大学学报(哲学社会科学版),2014(06):19-25+2.

[17]国务院关于印发促进大数据发展行动纲要的通知[J].中华人民共和国国务院公报,2015(26):26-35.

[18]吕雪梅.公安综合情报部门的发展困境与战略转向[J].情报杂志,2015(06):16-19+26.

[19]吕雪梅,徐志香.大数据驱动的犯罪治理模式的现

实困境与破解路径[J].北京警察学院学报,2021(04):72-77.

[20]王祎,陈刚.论大数据视域下合成作战的演进路径[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2021(05):41-50.

[21]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——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[M].北京:人民出版社,2022.

[22][德]乌尔里希·贝克·风险社会[M].何博闻译.南京:译林出版社,2004:21

[23]彭知辉.大数据:让情报主导警务成为现实[J].情报杂志,2015(05):1-6+16.

[24]吕雪梅,丁文俊.犯罪分析及其社会治理[M].北京:群众出版社,2016:76.

[25]杨浩,张小兵.协同治理视阈下养老诈骗犯罪的困境与纾解[J].广西警察学院学报,2023(04):99-105.

[26]陈成鑫,曾庆华,李丽华.大数据环境下公安情报工作的创新发展路径[J].情报理论与实践,2019(01):10-15.

【责任编辑:凌秋千】

Analysis of the positioning and development of “emotion” in the operational mechanism of synthetic warfare policing
——taking grassroots social governance as the perspective

Zheng Yanqing, Zeng Qinghua

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

Abstract: With the widespread application of big data technology, the digital transformation and upgrading of grassroots governance has become an inevitable trend in the modernization of social governance. Public security work is an important part of social governance. In the era of data, exploring the positioning and development of public security intelligence work in the operational mechanism of synthetic warfare policing is of great significance for promoting public security work to better adapt to the requirements of the modernization of national governance. Currently, in the operating mechanism of multi-police combined operations, there are still certain deficiencies in the public security intelligence work in terms of core functions, multiple interactions, data mining and intelligence leading role. It is necessary to innovate its development path from three dimensions of governance subjects, governance tools and governance mechanisms on the basis of clarifying the positioning of public security intelligence work.

Key words: public security intelligence work; synthetic warfare; social governance; multiple subjects; digital empowerment

【公安理论与实务研究】

交通犯罪现状调查及治理对策研究

——以 S 市交通犯罪治理为视角

乔顺利¹, 安 军²

(1. 中国刑事警察学院, 辽宁 沈阳 110854; 2. 上海市公安局静安分局, 上海 200040)

〔摘 要〕在建设平安 S 城和经济高质量发展的背景下, S 市交通枢纽系统在高速发展的同时, 衍生出交通风险隐患递增与群众安心出行需求的矛盾。当前, S 市交通事故逐年增加, 交通犯罪量大势猛, 整体交通安全形势不容乐观, 严重威胁着城市安宁和群众出行安全。在界定交通犯罪内涵的基础上, 从犯罪原因三元论的视角讨论交通犯罪发案的主要影响因素, 运用犯罪统计、文献研究和案例分析等方法, 结合 S 市交通建设实际, 揭示交通犯罪的发生形势、主要特征及形成原因, 可以进一步探索治理我国城市交通犯罪的有效路径。

〔关键词〕危险驾驶; 交通肇事犯罪; 现状分析; 治理对策

〔基金项目〕本文系 2014 年辽宁省社会科学规划基金项目“公安大数据背景下交通拥堵治理策略研究——以 S 市为研究对象”(项目编号: L14CFX031) 的阶段性研究成果。

〔作者简介〕乔顺利(1981—), 男, 河南焦作人, 中国刑事警察学院副教授, 硕士研究生导师, 主要从事侦查学、社会治理研究; 安军(1992—), 男, 甘肃陇南人, 上海市公安局静安分局四级警长, 江苏苏禾社会治理现代化研究院特约研究员, 主要从事侦查学研究。

〔收稿日期〕2023 - 10 - 13

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009 - 1416(2024)01 - 037 - 08

近年来, S 市城市交通系统发展迅速, 不仅在城市发展布局、生产要素流动、城际联接交流等方面发挥了积极作用, 也有效助推了地方经济建设, 增进了民生福祉。随着 S 市城市交通的大规模、高速度发展, 衍生出一些安全问题和治理难题。由于城市道路规划弊端、汽车保有量的迅速增长及人们对交通安全法规认识欠缺等原因, S 市交通安全问题凸显, 交通犯罪数量激增, 造成的人员伤亡和财产损失巨大。数据显示, S 市交通犯罪案件约占 S 市刑事犯罪案件总量的 24%, 其中危险驾驶犯罪案件和交通肇事犯罪案件数量分别占比 19% 和 5%; 2021 年, S 市共发生交通事故 1004 起, 造成的伤亡人数达 1399 人(死

亡 458 人, 受伤 941 人), 损失折款 483 万元^①。

无论是交通案事件的发生频次、数量, 还是造成的人财物损失和社会消极影响, 以及由此引发的一系列社会问题, 均应受到政府交管部门的高度重视, 值得我们认真研究和深入思索。当前, 交通安全问题已成为城市公共安全治理面临的一大挑战, 交通安全问题尤其是针对交通犯罪的研究和治理刻不容缓。

一、交通犯罪的内涵及相关要素

(一) 交通犯罪的内涵

《犯罪学大辞书》将交通犯罪划分为广义和狭义两种。广义交通犯罪指一切与交通有关的

①数据来源于 S 市统计局《2022 年统计年鉴(数据年份 2021 年)》, 载 S 市统计局官网, <https://tjj.shenyang.gov.cn/wzfs/ss/index.html?qt=统计年鉴>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 8 日。

犯罪,包括铁路、公路、航运和空运等交通运输中所发生的犯罪^①;狭义的交通犯罪仅指有关公路汽车交通方面的犯罪,与汽车、驾驶人关系密切,可分为把汽车作为犯罪对象的犯罪和由汽车造成交通事故的犯罪。犯罪学意义上的交通犯罪,指汽车道路运输中发生的严重破坏交通运输秩序、严重危害交通运输安全的犯罪行为,既包括《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)规定的危险驾驶罪和交通肇事罪,也包含交通运输中其他相关的犯罪^②。本文所述的交通犯罪主要指危险驾驶罪和交通肇事罪。《刑法》第133条规定,危险驾驶罪是指“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的;醉酒驾驶机动车的;从事校车业务或者旅客运输,严重超过定额乘员载客,或者严重超过规定时速行驶的;违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危害公共安全的行为”。交通肇事罪则是指“违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失;交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节;因逃逸致人死亡”等行为。最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第2条规定:“交通肇事具有下列情形之一的,处三年以下有期徒刑或者拘役:(一)死亡一人或者重伤三人以上,负事故全部或者主要责任的;(二)死亡三人以上,负事故同等责任的;(三)造成公共财产或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在三十万元以上的”^③。从法学理论和司法实务出发,某种意义上可以认为交通肇事犯罪是危险驾驶犯罪的从重情形。

(二)交通犯罪的主要影响因素

一般认为,“人、车、路、环境”是交通安全问题的主要因素^④。犯罪原因三元论认为,犯罪现

象的产生与人、社会、自然三个方面的因素有关,是三个方面相关因素综合作用的结果。交通犯罪作为一种犯罪现象,也可以借助犯罪原因三元论来探讨其主要影响因素。交通犯罪是指驾驶人违反道路交通安全管理法规或交通运输管理法规,严重破坏交通运输秩序及危害交通运输安全的犯罪行为。交通犯罪中人的因素主要指交通参与者,这里指的是驾驶员。驾驶员是交通犯罪发生的主要因素,驾驶员的交通安全意识、交通法规素养及车辆驾驶技术等,都对交通违法行为的产生具有直接主导作用。社会因素主要包含城市规划、交通设施建设、交通管理水平等,具体而言包括路况、车辆性能、道路安全设施(信号灯、交通标志、路面标线、护栏、隔离栅、照明设备、视线诱导标、防眩设施),以及交通管理部门及交警队伍建设。道路线性设计、路面结构及安全设施建设不科学,是交通犯罪产生的客观因素;交通管理部门及交警队伍,是预防和查处交通违法犯罪的主要力量;车辆的性能,给交通违法行为的发生增添了不可控因素。自然环境因素主要是指气象条件、城市地形地貌等。自然环境因素是交通犯罪产生的次要因素,气象条件、城市地形地貌能在一定程度上间接影响交通犯罪的发案频次。雨雪和雾霾等恶劣天气条件下,由于路面湿滑、视野不佳等原因,加之车辆驾驶人违规驾驶,极易出现交通肇事,肇事逃逸行为更是频繁出现。城市地形地貌的变化,给道路规划设计和交通安全设施建设带来了困难和挑战,容易形成交通事故多发的不良路段。

二、S市交通犯罪形势分析

(一)2016—2021年交通事故统计分析

1. S市交通事故总量及趋势

如图1,数据^⑤统计显示,S市2016—2021年

①参见康树华,王岱,冯树梁等:《犯罪学大辞书》,兰州:甘肃人民出版社1995年版,第495页。

②参见梁海涛:《交通肇事罪研究》,北京:北京大学硕士学位论文,2005年。

③参见郭建泽,陈浩庆:《交通肇事案件中禁止重复评价原则分析》,载《中国检察官》电子版,2011(10):2. DOI:10.3969/j.issn.1008-6676.2011.10.008.

④参见凌毅,汪其明:《影响城市道路交通安全的因素及对策》,载《城市建设理论研究》电子版,2014(36). DOI:10.3969/j.issn.2095-2104.2014.36.1825.

⑤上述数据来源于S市统计局2017至2022各年度统计年鉴,载S市统计局官网,<https://tjj.shenyang.gov.cn/wzfz/ss/index.html?qt=>统计年鉴,最后访问时间:2023年6月3日。

间交通事故数量逐年增加,并呈现继续上升趋势,交通条件、交通流量与群众安全出行需求的矛盾日益突出。交通事故高发是目前我国各大城市社会治理普遍面临的难题之一,交通安全已成为城市发展、平安建设及民生安康的一大阻碍。遏制交通事故高发态势,需要从交通参与者、交通执法主体、交通法规建设、道路设施规划等方面入手,多管齐下。具体来说,要加强对交通参与者的法治宣传教育,强化执法主体权威,加大交通执法力度,科学规划完善城市道路和设施,进一步细化交通法律规定和相关司法解释。

2. S市交通事故数量占比及变化

数据统计^①显示,S市市区及郊区(包括K县、F县、X市)交通事故数量占比分别为82.83%和17.17%,市区交通事故数量远大于郊区。2016—2021年间,S市市区交通事故数量除了2018年下降较多,其他五年年均交通事故数量均在800起以上,未来一段时间交通事故数量总体上仍有可能呈上升趋势;2016—2021年,S市郊区交通事故数量围绕中位数162起上下波动,变化幅度较小。另外,2016—2021年间,S市发生的交通事故中累计死亡2664人伤5667人,年均伤亡1389人,年均损失金额折合人民币472.23万元。交通事故造成的直接经济损失数额巨大,不仅给事故当事人及其家庭造成无法抹平的伤痛,也给城市平安建设带来无形的压力。

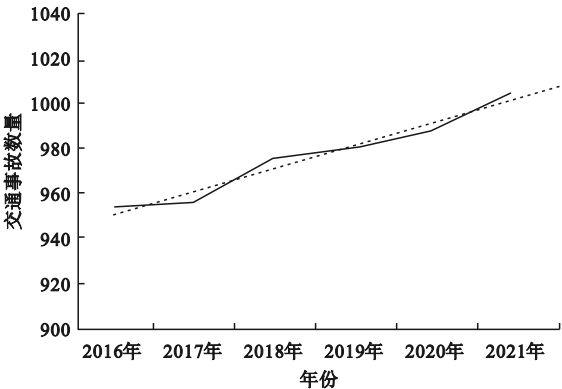


图1 S市2016—2021年交通事故数量变化及趋势

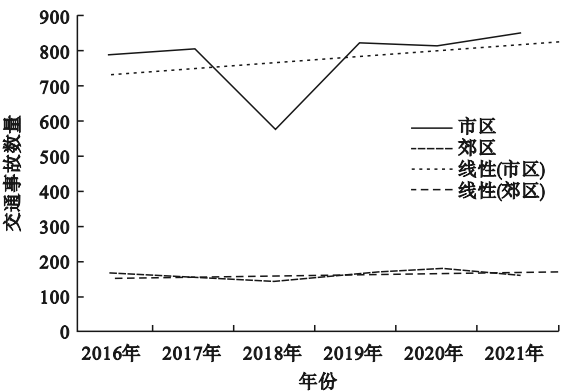


图2 2016—2021年S市交通事故数量变化及趋势

(二) 两种交通犯罪的占比、数量及趋势

数据统计^②表明,危险驾驶罪与交通肇事罪的数量在交通犯罪中占比分别为83.14%和16.86%,危险驾驶犯罪的数量远远大于交通肇事犯罪。如图3所示,2016年、2017年和2018年S市危险驾驶犯罪案件数量连续增加,特别是2018年增速较快,达到六年内的峰值;随后的2019年、2020年和2021年,危险驾驶犯罪案件数量逐年下降;未来一段时间内,危险驾驶犯罪数量仍可能呈持续增加趋势。2016—2021年,S市交通肇事犯罪案件年发案量变化幅度较小,围绕中位数554起上下波动,发案趋势总体较为平稳。因此,交通犯罪整体发案数量的变化,主要是危险驾驶犯罪的数量波动。在扎实推进各项交通犯罪预防措施和大力惩治交通违法犯罪的的基础上,重点防控和查处危险驾驶犯罪案件,进一步调整工作措

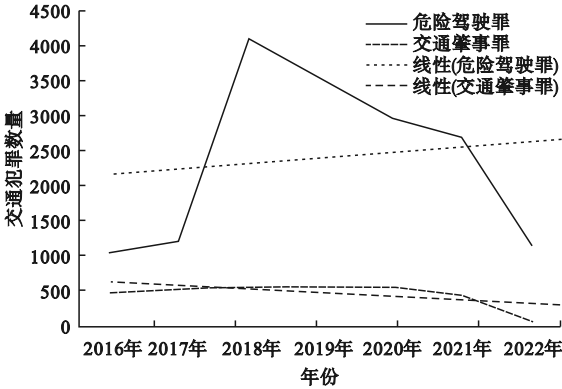


图3 2016—2021年S市两种交通犯罪的数量变化及趋势

①数据来源于S市统计局2017至2022各年度统计年鉴,载S市统计局官网,<https://tjj.shenyang.gov.cn/wzfz/ss/index.html?qt=统计年鉴>,最后访问时间:2023年6月3日。

②数据来源于中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=0ec6bc107e19d14cf94c1d31be5666ee&s8=02>,最后访问时间:2023年9月1日。

施降低交通肇事犯罪发案率,可以从整体上降低交通犯罪数量,遏制其高发趋势。

(三)各行政区交通犯罪情况

1.各行政区交通犯罪案件数量占比

数据统计^①显示,从数量来看,2016—2021年S市属各县区^②交通犯罪案件数量^③占比排名前7位分别为S区(12.04%)、H区(11.04%)、F县(9.88%)、G区(9.20%)、D区(8.08%)、T区(7.70%)和X市(7.46%),上述7个行政区交通犯罪案件数量占全部13个县区交通犯罪总数的65%以上。交通犯罪数量占比靠后的县区有N区(7.34%)、Y区(7.02%)、J区(6.12%)、B新区(5.75%)、L区(4.79%)和K县(3.58%)。借助统计方法从宏观上掌握交通犯罪数量的各区占比情况,有助于实现“网格化”交通犯罪治理;也可以根据研究样本的翔实数据,进行交通犯罪热点图绘制及局部空间自相关分析(LISA),为交通犯罪的预防和查处提供具体参考依据。

2016—2021年,S市各行政区危险驾驶犯罪案件数量占比按由多至少排序,分别为S区(13.46%)、H区(12.27%)、G区(10.13%)、F县(10.13%)、D区(8.85%)、T区(7.56%)、N区(7.17%)、X市(6.23%)、Y区(6.22%)、J区(5.44%)、B新区(5.23%)、L区(3.95%)和K县(3.38%);6年间各行政区交通肇事犯罪案件数量占比排序,依次为X市(15.28%)、Y区(12.09%)、J区(10.48%)、L区(10.13%)、B新区(9.10%)、T区(8.86%)、N区(8.56%)、F县(8.48%)、K县(4.84%)、G区(3.72%)、S区(3.38%)、D区(3.38%)和H区(1.88%)。危险驾驶和交通肇事犯罪案件数量占比均在前7位的行政区分别为T区和N区,说明这两个行政区的交通犯罪高发频发、基数较大,属于应当重点进

行交通犯罪预防、整治和打击的地区。

2.交通犯罪数量及趋势变化

表1为S市各行政区2017—2021年交通犯罪增长率变化情况。从表中可以看出,各行政区6年间交通犯罪案件增长率均有不同程度的变化。应用“两段平均法”^④对2016—2021年S市各行政区的交通犯罪数量进行趋势分析,除了L区、J区和X市呈减少趋势外,其他10个行政区均呈增长趋势;增长速度由高到低排序,依次为H区、T区、G区、F县、D区、S区、Y区、K县、B新区和N区;其中交通犯罪案件基数大且数量呈增长趋势的行政区,主要有H区、G区、F县、D区和T区。上述五个行政区交通犯罪数量庞大、发案上升趋势明显,交通主管部门应深入实地调研、落实属地治理职责、整合交管部门资源、依问题导向综合施策,全方位做好交通犯罪的预防和整治工作,从源头入手降低发案数量,遏制交通犯罪发案的高速增长趋势。

三、S市交通犯罪特征及成因探析

(一)S市交通犯罪的特征

1.交通事故数量逐年攀升,交通安全隐患较多

2016—2021年,S市交通事故数量逐年攀升,年均发生交通事故977起,并呈持续上升趋势。其中,市区的交通事故数量远多于郊区(K县、F县、X市),市区、郊区占比分别为82.83%和17.17%,市区交通事故数量呈上升趋势,郊区交通事故数量则波动较小。5年来,S市交通事故伤亡人数及经济损失逐年增加,交通事故高发已成为S市平安建设和群众安全出行的一大威胁。此外,S市还存在较为普遍的交通安全隐患问题,部分道路等级低,道路通行条件较差;部分交通安

①数据来源于中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=0ec6bc107e19d14cf94c1d31be5666ee&s8=02,最后访问时间:2023年9月1日。

②截至2021年末,S市辖13个县级行政区,即H区、S区、T区(含经济技术开发区)、G区、D区、N区(含高新技术产业开发区)、Y区、B新区、J区、L区10个市辖区,X市1个县级市,F县、K县2个县。

③数据来源于中国裁判文书网公布的危险驾驶和交通肇事犯罪案件数量,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=0ec6bc107e19d14cf94c1d31be5666ee&s8=02最后访问时间:2023年9月1日。

④两段平均法,即将所有年度(2016—2021年)分为两段即2016—2018年、2019—2021年,每段各自计算平均值 $\bar{X}_1$ 、 $\bar{X}_2$,再对两段的平均值 $\bar{X}_1$ 、 $\bar{X}_2$ 作比较,进行趋势分析。

全设施污损破旧,点位设置不合理;有些对应交通设施配套不健全;部分地段三轮汽车、低速载货汽车违规载客、接送学生,存在巨大交通安全隐患;

汽车无牌无证上路、报废车辆上路行驶等路面严重交通违法行为屡禁不止。

表 1 2017—2021 年 S 市各行政区交通犯罪增长率变化

	2017 年	2018 年	2019 年	2020 年	2021 年
H 区	-0.5	4.05	0.43	-0.05	-0.51
S 区	0.58	2.74	-0.03	-0.53	-0.03
D 区	0.19	2.69	-0.07	-0.06	0.59
G 区	1.6	1.85	-0.13	0.57	-0.42
T 区	-0.1	0.85	1.18	0.23	-0.46
J 区	1.96	2.25	-0.53	-0.08	-0.01
N 区	0.59	3.5	-0.69	0.27	0.65
B 新区	-0.01	2	-0.22	-0.58	0.95
Y 区	0.61	1.57	-0.13	-0.44	0.26
L 区	0.43	1.31	-0.47	-0.43	-0.50
X 市	-0.09	0.35	-0.13	-0.01	-0.04
K 县	-0.21	-0.01	0.55	-0.23	0.32
F 县	1.78	1.54	-0.1	0.39	-0.36

2. 交通犯罪案件基数较大,整体增长趋势明显

S 市交通犯罪案件约占刑事案件总量的 24%,其中危险驾驶犯罪案件约占 19%,交通肇事犯罪案件约占 5%。危险驾驶犯罪案件数量位居刑事案件发案数量第一位,远远多于交通肇事犯罪案件数量。换言之,交通犯罪治理主要是针对危险驾驶犯罪案件的治理,交通肇事犯罪则可以认为是危险驾驶犯罪的加重情形。从 2016—2021 年危险驾驶罪和交通肇事罪案件增长率来看,危险驾驶犯罪数量有明显增长趋势,交通肇事犯罪数量则变化不大。

3. 各行政区数量不一,呈现一定的区域集聚现象

交通犯罪作为一种特定时空条件下产生的行为现象,呈现一定的区域分布特征。从数量来看,S 市交通犯罪数量占比由多到少,依次为 S 区

(12.04%)、H 区(11.04%)、F 县(9.88%)、G 区(9.20%)、D 区(8.08%)、T 区(7.70%)、X 市(7.46%)、N 区(7.34%)、Y 区(7.02%)、J 区(6.12%)、B 新区(5.75%)、L 区(4.79%)和 K 县(3.58%);从个罪来看,T 区和 N 区危险驾驶犯罪和交通肇事犯罪案件基数较大,属于交通犯罪较为猖獗的区域,应加大对犯罪的整治力度。从区域划分来看,市区的交通犯罪案件数量多于郊区。S 市市区交通犯罪主要集中在 S 区、H 区、G 区、D 区和 T 区,而郊区交通犯罪数量则是 F 县和 X 市较多,K 县较少。

4. 交通犯罪行为人多为男性,年龄呈现集聚分布特征

根据对中国裁判文书网危险驾驶罪和交通肇事罪一审刑事判决书的抽样分析,交通犯罪案件的被告人多为男性,女性被告人极少,女性交通犯罪率普遍较低。从被告人年龄分布来看,主要集

中在29~49岁之间,约占59%;尤其是40~49岁的被告人占比较多,约占被告人总数的40%;未成年被告人数量较少,老年被告人更是数量极少。

5. 交通犯罪发案有周变化规律,并随季节性起伏变化

从S市交通犯罪每周案件变化情况来看,星期一到星期三交通犯罪发案较少;星期四和星期五的发案数量相当,各约占17%;交通犯罪发案主要集中于星期五、星期六晚上,约占案件总量的50%。值得注意的是,每年的“五一黄金周”“国庆七天假”等节假日交通犯罪高发频发,尤其是酒后驾车的情形较多。从交通犯罪发案的日变化规律来看,交通肇事罪发案高峰时段为每天6至7时和18至19时,危险驾驶犯罪主要案发时段为22时以后;从交通犯罪案件数量的季节变化来看,交通犯罪秋冬季发案频次较高。交通犯罪的发案季变化、周变化、日变化规律,可以为交通犯罪预防、酒驾设卡盘查提供参考依据。

6. 交通犯罪涉案车辆类型较集中,两罪犯罪行为情节具有典型性

从交通犯罪的车辆类型来看,危险驾驶犯罪的车辆类型大多为小型汽车、小型轿车,还有部分小型普通客车,其他车辆类型占比较少;交通肇事车辆类型以小型客车、货车、摩托车居多,电动车道路违法犯罪行为也呈不断上升趋势。从两罪的犯罪行为来看,危险驾驶的行为主要为酒后驾车(包括酒驾和醉驾);交通肇事的犯罪行为主要是超速、超载、车况不符合安全驾驶标准及驾驶操作不当引发严重后果,尤其是货车超载、无证驾驶、超速现象较为严重,应当引起交管部门高度重视。

(二)S市交通犯罪的成因分析

S市交通安全问题尤其是交通犯罪高发的原因,主要可以归结为以下几个方面。酒后驾驶、超速驾驶、逆向驾驶、无证驾驶、其他未按规定情形行驶是造成交通事故多发的直接原因;导致交通犯罪高发频发的直接原因是酒后驾驶、无证驾驶、超速、超载、车况问题及驾驶操作不当。交通犯罪高发的深层次原因,主要涉及城市道路规划设计、

交通安全设施建设、交通参与者规制、交通法制完善、交通管理部门和交警队伍建设等方面。具体而言,一是交通参与者交通安全意识淡薄、交通法规素养缺乏。交通参与人主要有机动车驾驶员、非机动车驾驶员、行人、乘客等,因其对交通事故的严重后果和交通犯罪所应承担的责任认识不到位,常存有侥幸心理和自负情绪。行人闯红灯、乱穿马路等引发交通事故,驾驶员不按有关规定行驶(闯红灯、酒驾、超速等)发生交通犯罪的情况较为突出。二是城市汽车保有量急速增加,汽车管理和道路通行压力增大。2016—2021年,S市汽车拥有量逐年增加,至2021年达2946980辆^①,由此带来的交通拥堵、停车难等问题,导致交通犯罪层出不穷。三是城市道路规划与基础设施建设滞后,交通安全设施陈旧。随着经济发展和城市区域、环境变化,原城市道路规划设计和基础设施建设趋于滞后,部分交通标志和交通标线设置不合理、未及时更新,形成交通安全案事件多发路段。四是交通违法犯罪处罚力度不足,交通执法主体地位弱化。S市交通违法违章行为日益增多,执法力量和执法手段不足,致使交通违法查处频次和交通执法工作覆盖面受限是主要原因之一。司法实务中,交警的执法权益得不到及时有效保障,使得交警执法底气不足,削弱了交警执法的力度和强度,使得部分交通违章行为得不到应有的惩处,埋下了交通事故甚至交通犯罪的隐患。

四、交通犯罪的预防措施和治理对策

(一)政府重视交通安全问题,大力整治交通违法犯罪

S市每年因交通事故造成的人员伤亡数量和财产损失数额巨大,交通犯罪数量在刑事案件总量的占比位居第一,严重影响了城市平安建设和社会治安综合治理成效,致使交通安全形势、交通条件与市民安全出行的矛盾日益突出。究其原因,交通管理部门虽经常依工作职责、勤务模式,通过专项整治行动,对本辖区交通违法犯罪行为

①参见S市统计局《2022年统计年鉴(数据年份2021年)》,载S市统计局官网,<https://tjj.shenyang.gov.cn/wzfz/ss/index.html?qt=统计年鉴>,最后访问时间:2023年6月9日。

进行查处,但因缺乏指挥监督和长效工作机制,使得交通乱象屡禁不止,交通整治效果得不到巩固和提升。对此,地方政府要从思想上高度认识交通安全问题带来的严重损失和重大社会影响,将交通安全问题治理提上议事日程,督促交管职能部门落实主体责任,深入实地调查,因时因地综合施策,形成交通安全长效治理工作机制。

(二)科学布局城市道路规划,规范完善交通安全设施

城市道路规划设计要结合城市自然环境、城市发展布局、区域人流动态及实地探测情况进行规划、设计和更新。因道路设计技术人员与主管部门思路差异、沟通有限,每届主政者制定的发展战略和施政策略有所不同,导致城市道路规划建设缺乏系统性和前瞻性,道路设计不能适应城市长期发展变化的需要。部分道路交通安全设施陈旧,有财政资金短缺的原因,也有主管部门不积极作为的因素。道路因素引发的交通安全问题及交通犯罪行为应引起道路规划设计、养护管理等部门的重视,并依据现有城市布局和道路规划,结合近年来道路交通事故及交通犯罪查处数据,深入分析研判,深挖道路交通事故多发路段频发事故的原因及规律,并及时整改,减少不良道路引发的道路安全事件。

(三)常态化进行早晚高峰交通整治,科学化开展交通设卡专项行动

交通事故和交通犯罪的发生可以通过预防措施而减少。对此,可以由市公安局牵头成立工作组,分小组分别督促各行政区县组织部署警力,强化路面巡控,对本辖区内乱停乱放、违规载人、违法占道、随意掉头等交通乱象进行摸底和整治;评估各重要路口、路段车流、人流及交通事故发生率,在早晚高峰配置相应警力开展交通整治行动,做到“违章必纠、违法必查”,提高见警率、管事率,从严从快整治各类交通违法行为。根据交通犯罪案发日变化、周变化和季变化情况,结合交通犯罪多发的空间规律性,科学配置警力,开展交通设卡专项行动,做到“逢车必检、违章必查、违法必究”;加强对小型汽车、货车等重点车辆的盘查,认真核查驾驶人及随行人身份,及时核查酒驾

毒驾、无证驾驶、超速行驶等违法犯罪行为及车辆年检标志。在交通整治及交通设卡执法中,对拒不配合民警执法的当事人,依法依规现场处置,对妨碍公务的人员视情节依法追究其相应责任,形成规范化的交通违法犯罪查处工作机制。

(四)落实交管部门主体责任,完善交通民警执法权益保障

各级交管部门作为交通管理的主要职责部门,要认真落实主管领导责任制度和交通安全治理成效评估制度,扎实履行好部门职责,定期排查整治交通安全隐患,细致完成各项车管业务;及时查处各类交通违法犯罪行为;作好交通安全教育工作;定期对下辖区县交通治理成效进行评估、比较,并将评估成绩纳入单位年终考核。实践中,交警执法遭遇阻碍或遭受侵害的事件时有发生,当事人对执法不理解、不配合、不满意,经常采用暴力袭警、恶意投诉、侮辱诽谤等非法方式干扰正常执法,以期达到逃避处罚的目的。上述违法行为不仅损害法律尊严和交通民警执法权威,更会挫伤交警工作的积极性。在强调交警执法规范化的基础上,如遇暴力袭警、恶意投诉、侮辱诽谤等非法行为,应及时固定证据、还原事实真相、作好舆论引导,联合媒体为受侵害民警正名,全力保护交通民警的合法权益。

(五)多渠道开展交通法治宣传教育,构筑交通安全群众防线

交通安全宣传和法治教育在交通违法犯罪预防中具有重要意义。政府部门工作人员要以身作则、带头引领,主动学习交通法律法规,遵守交通规则,借助主流媒体大力开展交通普法宣传,提升全民的交通安全意识和交通法律素养。发动居委会、沿街商铺、企业,通过张贴海报、建网络聊天群、开通自媒体账号等多种途径,加强交通法治宣传;联合城管及其他公安业务部门,进一步加大交通安全整治力度;在保护公民个人信息隐私的前提下,对暴力袭警等阻碍交警依法执行职务的案件,在依法坚决打击惩处的同时,及时联系新闻媒体曝光,表明政府整治交通安全秩序和维护交警正当执法权益的信心和决心,营造交警正当执法权益不可侵害的环境氛围,着力构筑“安全出行、

人人有责”的交通安全群众防线。

〔参考文献〕

[1]康树华,王岱,冯树梁,等. 犯罪学大辞书[M]. 兰州:甘肃人民出版社,1995:495.
[2]梁海涛. 交通肇事罪研究[D]. 北京:北京大学[2023-10-02]. DOI:CNKI:CDMD:2. 2005. 052357.
[3]郭建泽,陈浩庆. 交通肇事案件中禁止重复评价原

则分析[J]. 中国检察官电子版,2011(10):2. DOI:10. 3969/j. issn. 1008-6676. 2011. 10. 008.

[4]凌毅,汪其明. 影响城市道路交通安全的因素及对策[J]. 城市建设理论研究电子版,2014(36). DOI:10. 3969/j. issn. 2095-2104. 2014. 36. 1825.

【责任编辑:张 虹】

Investigation into the current situation of traffic crimes and
research on governance countermeasures
——from the perspective of traffic crime management in S city

Qiao Shunli¹, An Jun²

(1. Criminal Investigation Police University of China, Shenyang Liaoning 110854, China;
2. Jing'an Branch of Shanghai Public Security Bureau, Shanghai 200040, China)

Abstract: In the context of building a safe S city and high-quality economic development, while the transportation hub system of S city is developing at a high speed, it has created a contradiction between the increasing traffic risks and the people's demand for safe travel. Currently, traffic accidents in S City are increasing year by year, resulted in that the traffic crimes are increasing rapidly, so the overall traffic safety situation is not optimistic, seriously threatening urban tranquility and people's travel safety. On the basis of defining the connotation of traffic crimes, the main influencing factors of traffic crimes are discussed from the perspective of the triarchy of crime causes, using crime statistics, literature research, case analysis and other methods, combined with the actual traffic construction of S city, to reveal the situation, main characteristics and causes of the traffic crime, which can further explore effective ways to control traffic crimes in China.

Key words: dangerous driving; traffic accident crime; analysis of current situation; governance countermeasures

【司法理论与实务研究】

认罪认罚案件量刑建议调整问题研究

颜竹芹

(江苏省泰州市人民检察院,江苏 泰州 225300)

〔摘 要〕作为认罪认罚从宽制度的重要配套程序之一,认罪认罚量刑建议既有调整可能,亦有调整必要。认罪认罚量刑建议调整工作规范与否,直接影响着认罪认罚从宽制度的价值目标能否实现。分析研究既有认罪认罚量刑建议调整案件,可以发现当前认罪认罚量刑建议调整工作存在调整原因不明、控辩协商不足、文书效力不够等问题。对此,应完善有关立法,重新审视“量刑建议明显不当”的内涵,建立完善检察机关、人民法院量刑建议调整工作履职规范,促进认罪认罚量刑建议调整规范有序发展。

〔关键词〕认罪认罚;量刑建议调整;量刑建议明显不当

〔作者简介〕颜竹芹(1990—),女,江苏泰州人,泰州市人民检察院第一检察部检察官助理,主要从事刑法学与刑事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2024-01-02

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)01-045-07

一、认罪认罚案件量刑建议调整的正当性和必要性

(一)认罪认罚量刑建议不具有终局性,有调整可能

2018年《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第201条虽赋予认罪认罚量刑建议一定的拘束力^①,但认罪认罚量刑建议在本质上仍属于求刑权,系公诉权的组成部分,不具有终局性。认罪认罚从宽制度并没有改变控、辩、审三方在刑事诉讼中的法律关系与构造格局,辩护权、裁判权并未受到根本动摇^②。一方面,被告人在接受检察机关量刑建议并签署具结书后至一审判决生效这段时间均可以反悔。量刑建议系协商性司法模式下的控辩协议,双方都

有反悔的可能,亦有反悔的权利(力)。“被告人认罪认罚后又上诉,除非上诉导致认罪认罚从宽优待取消后的量刑明显不当,检察机关才能抗诉”^③的规定便是明证。另一方面,掺入辩方合意的检察机关量刑建议并没有超出求刑权范围,不具有终局性。《刑事诉讼法》第201条规定的“一般应当采纳”并没有排除法官的实质审查^④。该实质审查是构建以审判为中心的诉讼制度改革的必然要求,也是检法机关相互监督制约的必然要求。

(二)精准量刑建议弹性小,有调整现实需要

精准量刑建议可以为检察机关诉讼监督前置提供新思路、新视角。一方面,精准量刑建议可以倒逼检察机关提高量刑建议水平,使法律监督作用发挥更为有力;另一方面,可以在客观上

①参见卞建林、陶加培:《认罪认罚从宽制度中的量刑建议》,载《国家检察官学院学报》2020年第1期,第132-145页。
②参见曹东:《论检察机关在认罪认罚从宽制度中的主导作用》,载《中国刑事法杂志》2019年第3期,第134-144页。
③《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》第39条规定:“认罪认罚案件中,人民法院采纳人民检察院提出的量刑建议作出判决、裁定,被告人仅以量刑过重为由提出上诉,因被告人反悔不再认罪认罚致从宽量刑明显不当的,人民检察院应当依法提出抗诉”。
④参见龙宗智:《认罪认罚案件如何实现“以审判为中心”》,载《中国应用法学》2022年第4期,第13-30页。

为法官的量刑裁量权设置标尺、提供参照系,对丰富和完善诉讼监督具有重要意义。在认罪认罚从宽制度实施早期,就有学者提出,要严格限制检察机关调整量刑建议,以维护司法确定性、严肃性和公信力^①。《刑事诉讼法》第201条第2款在明确提出量刑建议是检察机关权力的同时,也预设了调整量刑建议的前提,即在“法院审查后认为量刑建议明显不当”“被告人、辩护人提出异议”两种情况下,检察机关可以调整量刑建议。精准化的量刑建议必然缺少韧性和弹性,面对复杂多变的司法实践,精准量刑建议存在调整的现实需要。随着精准量刑建议改革的不断深入,量刑建议调整的重要性也愈加突出。

(三)量刑建议规范调整是保障被告人合法权益的必然要求

量刑建议是认罪认罚从宽的关键步骤,是被告人认罚的核心载体,也是控辩双方协商的主要内容,内含被告人对刑期优待权益的期待。因而法院审查时,如果认为检察机关量刑建议明显不当,或出现新的影响定罪量刑的事实证据时,不

能径直改判,应当履行规范的量刑建议调整程序,给予检察机关与被告人重新协商具结的机会。这是保障被告人合法权益的必然要求。此外,与在审查起诉阶段签署认罪认罚具结书相同,量刑建议的调整亦涉及被告人的核心权益,因此,调整量刑建议必须同样注重对被告人认罪认罚自愿性的保障,这是协商性程序正义的必然要求^②。

二、认罪认罚案件量刑建议调整工作现状及原因探析

(一)量刑建议调整工作现状梳理

为深入探究量刑建议调整工作的现状,笔者选择了J省T市检察机关2020年以来认罪认罚调整量刑建议的案件作为研究对象。经统计,T市检察机关近三年调整认罪认罚量刑建议的案件占认罪认罚案件总人数的比例在8%~11%之间(详见表1)。这一比例相当可观。但目前,量刑建议调整的规范化问题尚未引起立法、司法以及理论界的足够重视。

表1 2020年—2023年3月T市认罪认罚案件量刑建议调整占比

	2020年	2021年	2022年	2023年1-3月
认罪认罚(人)	5282	4809	3863	920
调整量刑建议(人)	471	497	315	91
调整量刑建议占比	8.9%	10.3%	8.2%	9.9%

笔者进一步剖析T市检察机关2021年以来调整量刑建议的903件案件,发现实践中量刑建议调整工作存在两个“怪象”:一是《刑事诉讼法》没有提及的调整情形在实践中大量存在;二是《刑事诉讼法》第201条规定的调整情形反而较少存在,或以隐蔽、变相的方式存在(详见表2)。

(二)量刑建议调整原因探析

以提出主体来划分,量刑建议调整可分为两类:一类是检察机关自行发现后主动调整;一类是法院建议调整后检察机关采纳建议调整。检察机关提出量刑建议的时机是在审查起诉阶段,此时距开庭审理仍有较长时间,极有可能出现需

要调整量刑建议的新情况^③;案件进入审理阶段后,法院是线索第一发现人,在量刑建议调整工作中掌握了更多的主动权。至于调整量刑建议的起因是否包含“被告人、辩护人提出异议”,实践中存在争议:一种观点认为,此种情况下协议一方违背了此前的认罪认罚协议,丧失了认罪认罚从宽的基础,也就谈不上量刑建议调整;另一种观点认为,《刑事诉讼法》第201条明确规定,此种情形下检察机关可以调整量刑建议,应当属于调整量刑建议的起因之一。笔者支持第一种观点。被告人、辩护人提出异议的,可以根据提

①参见王汝琴:《认罪认罚从宽制度量刑建议研究》,昆明:云南师范大学硕士学位论文,2021年。
②参见陈瑞华:《论协商性的程序正义》,载《比较法研究》2021年第1期,第1-19页。
③参见刘文钊,孙晓博:《认罪认罚从宽制度中量刑建议调整程序的完善》,载《人民检察》2022年第16期,第17-21页。

出的对象不同,分别划入检察机关主动调整或法院建议调整的范畴之中,且从实践来看,此种情况极少出现,争论价值亦不大。

表 2 2021 年—2023 年 3 月 T 市认罪认罚量刑建议调整原因

	调整原因	数量	占比
1	类案或同案犯、牵连犯量刑均衡	56	6.2%
2	变更、追加起诉;改变认定罪名、自首、主从犯等	45	5.0%
3	审理阶段认罪认罚,退赃,预缴财产刑执行保证金、生态修复金,赔偿被害方,取得谅解,审理阶段脱逃等新增量刑情节	486	53.8%
4	法律、司法解释、刑事司法政策修改或调整	26	2.9%
5	被告人身体健康状况或家庭、经济状况等	10	1.1%
6	检法对量刑减让幅度、情节严重、主从犯认定、量刑计算标准、缓刑适用等认识不一致	67	7.4%
7	未说明原因	193	21.4%
8	其他	20	2.2%

从量刑建议调整的具体原因来看,表 2 第(1)至(5)项的情形常发生在案件审理阶段,问题是第(1)至(5)项的情形是否属于《刑事诉讼法》第 201 条规定的“法院认为检察机关量刑建议明显不当”范畴。一方面,检察机关根据当时掌握的情况所提出的量刑建议是准确、恰当的,但随着案件的事实、证据,量刑情节,法律、司法解释客观上发生了变化,确有调整的必要;而“量刑建议明显不当”的措辞隐含了对检察机关量刑建议的负面评价,笔者认为,这种客观变化不应成为评价检察机关量刑建议工作的标尺。另一方面,实践中绝大多数的量刑情节变动并不会对量刑建议调整的幅度产生太大影响,但因客观理由存在,轻微的调整确有必要。例如,案件进入审理阶段后,被告人主动缴纳财产刑执行保证金,与未缴纳保证金的被告人相比,该被告人认罪悔罪态度明显要突出。此时,法院通常会建议检察机关轻微调整量刑建议。此种调整幅度恐怕也不属于“明显”范畴。综上,笔者倾向认为,《刑事诉讼法》第 201 条第 2 款之规定存在一定的局限性,从字面意思上看并不适用于表 2 第(1)至(5)项的情形。此类调整原因在司法实践中客观存在,且占调整量刑案件的绝对多数,亟需立法、司法予以明确。

笔者研究发现,表 2 第(7)项情形常发生在

案件事实、证据,量刑情节,法律、司法解释未发生变化时。检察机关在书面《量刑建议调整书》或当庭发表的公诉意见中,将调整原因含糊表述为“根据事实情节”“根据当庭态度”“考虑案件审理的社会效果和法律效果”等,此种隐蔽含蓄的调整理由通常是因为检法的认识不一致,法院建议检察机关作出略微调整。根据《刑事诉讼法》规定,法院一般应当采纳量刑建议,只要不属于“明显不当”情形的就不应建议调整。根据《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》(以下简称《指导意见》)规定,法院建议调整的,检察机关不调整或者调整后法院不采纳,检察机关认为判决、裁定量刑确有错误的,应当依法提出抗诉,即“量刑确有错误”是检察机关提起抗诉的标准。根据《人民检察院刑事抗诉工作指引》的规定,“量刑确有错误”大体上相当于“量刑明显不当”的意思。《指导意见》以理性客观的立场约束此种情形下检察机关的抗诉权,在事实上给法院轻微调整量刑建议开了一个口子。既然检察机关缺乏有效的制约手段,在法院主动提出建议时,检法机关自然会达成默契欣然调整。因为幅度不大的调整需求与“明显不当”的字面意思不相符,自然无法说得过于直白。因此,“根据当庭态度”“考虑案件审理的社会效果和法律效果”等隐蔽含蓄的调整理由也就应运而

生。检察机关轻易调整量刑建议,既不符合《刑事诉讼法》的规定,也不符合权力制约原则;既损害了认罪认罚从宽制度的稳定性、可预期性,也损害了被告人的实体权益。

三、认罪认罚案件量刑建议调整程序存在的问题

(一)二次控辩协商不足

按照调整时机划分,量刑建议调整可分为庭前调整、当庭调整和庭后调整(详见表3)。三种情况的量刑建议调整程序不尽相同,但均存在控辩协商不足的问题。有学者指出,我国在正当程序建设尚未完成、“以审判为中心”的目标尚未实现时,就建立、实施了认罪认罚从宽制度。由于缺乏控辩平等的协商机制,势必妨碍认罪认罚的自愿性及此类案件的客观真实性^①。不规范的量刑建议调整程序,会进一步挤压控辩双方平等协商的空间。结合研究数据,笔者认为,当庭调整量刑建议在实践中占比最大,控辩协商不足的情况也最为突出。

关于当庭调整量刑建议是否需要控辩双方重新具结的问题,有观点认为,案件进入庭审阶段后,与被告人签署认罪认罚具结书的公权力机关事实上已经转变为法院,因此法官具有案件主导权。当庭调整量刑建议的,法官可以简化程序。如调轻量刑建议的,检察机关可概括表述为“适当从宽,由法院自由裁量”,然后由法院直接提出具体的量刑。如此,既能满足简化审理程序、提高庭审效率的需要,也符合认罪认罚从宽制度程序从简的目的。也有观点认为,当庭调整量刑建议,仍需要由检察机关与被告人进行协商。法院的裁判具有终局性,而检察机关的量刑建议具有协商性,控辩双方有拉锯、有反复,这才是协商的应有之义。为了充分保证被告人、辩护人的权益,应当由检察机关与被告人当庭具结。当庭无法达成一致意见的,应于庭后重新具结。笔者赞同第二种观点。观点一将法院异化为“第二公诉人”,有悖于法院在司法体系中应有的中立、被动位置^②,不符合权力监督制约原则。实践中,庭审期间检察机关会询问被告人是否愿意接

受调整后的量刑建议,如果被告人表示同意的话,量刑建议调整程序即宣告完成,控辩双方无需重新签署认罪认罚具结书,记录在案即可。问题是庭审时间有限,被告人受制于庭审的压力,不得不接受量刑建议的调整。此种情况下易出现量刑建议调整时控辩协商不足的问题,违背认罪认罚的自愿性。特别是在调重被告人刑期的情形下,将会严重影响被告人的实体权益。

表3 2020年—2023年3月T市量刑建议调整期间分布

	数量	比重
庭前	306	22.3%
当庭	558	40.6%
庭后	510	37.1%

(二)工作文书效力不足

与量刑建议调整工作有关的文书,包括法院制作的建议调整量刑建议函、庭审笔录、判决书,检察机关制作的《量刑建议调整书》、公诉意见书及判决、裁定审查表等。由于量刑建议调整工作缺乏明确的法律、法规规定及相关的司法解释,因此将哪种文书作为量刑建议调整工作的载体,在实践中做法不一。其共性问题是,绝大多数工作文书效力不足。与控辩双方在审查起诉阶段签署认罪认罚具结书相比,检察机关调整量刑建议,因时间、效率等原因,一般不会再与被告人签署书面认罪认罚具结书,仅制作《量刑建议调整书》提交法院,同时在公诉意见书,判决、裁定审查表中阐述调整量刑建议的原因及内容。这些文书的法律效力明显偏弱。一方面,上述文书作为内部工作文书,仅在检察机关内部或者在法院和检察院之间有效;另一方面,这些文书由检察机关自己制作,没有被告人意志的加入,理论上不具有约束被告人的效力,更无法体现控辩双方重新达成合意的动态过程。

(三)工作文书不规范、不统一

当庭调整量刑建议的,法院通常会在庭审笔录中记录调整过程。虽然庭审笔录会经被告人签字确认,但实践中庭审笔录的记录质量不一,

①参见龙宗智:《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡》,载《环球法律评论》2020年第2期,第5-21页。
②参见吕子逸:《演化、反思与重塑:认罪认罚从宽改革视域中的审判机关角色》,载《时代法学》2022年第4期,第56-72页。

有的庭审笔录甚至遗漏了记载检察机关与被告
人重新协商过程的内容。实践中,有的法官在判
决书中载明了检察机关当庭调整量刑建议,但载
明上述内容的文书数量极少,且未能清楚说明检
察机关调整量刑建议的原因,亦无法体现控辩协
商的动态过程。检察文书同样存在不规范、不统
一的问题。例如,《量刑建议调整书》未载明调整
原因,公诉意见书中仅载明新的量刑建议,但未
阐明调整过程及原因。另外,同一案件的不同文
书之间往往也存在矛盾,例如《量刑建议调整书》
所载调整后的量刑建议与法院最终判决的刑期
不同,但判决、裁定审查表却记载法院采纳了量
刑建议。至于《量刑建议调整书》是否需要送领
导审批,各地方的做法也不一致。2020 年最高
人民检察院颁布实施的《人民检察院办理认罪认
罚案件监督管理办法》第 7 条规定,若原量刑建议
是由检察官提出的,检察官调整量刑建议后,应
当向部门负责人报告备案;若原量刑建议是由检
察长(分管副检察长)决定的,由检察官报请检
察长(分管副检察长)决定。但该条规定并未明确
备案方式,实践中也未被充分遵照执行。

四、认罪认罚量刑建议调整规范化的路径 思考

(一)以“列举+兜底”客观立法模式明确量
刑建议调整理由

《刑事诉讼法》第 201 条第 2 款规定的内
容已然不能满足司法实践的需要。2020 年最高
人民检察院颁布的《人民检察院办理认罪认罚案
件监督管理办法》规定,“案件提起公诉后,出现
新的量刑情节,检察官可以视情作出调整”。该
条规定虽然在一定程度上弥补了立法上的不足,
但仍有许多实践情形未能被囊括在内,如因出
现新证据需改变认定的事实,因拆并案需考虑
同案犯量刑均衡,因法律、司法解释修改需调
整罪名适用等;同时,受制发主体所限,对于法
院建议调整量刑建议的,该规定也不具有当然
适用的效力。笔者建议下一次修改《刑事诉讼
法》时,应着重厘清逻辑结构,摒弃现行以提
出异议主体“认为量

刑建议明显不当”的主观模式,采取“列举+兜
底”的客观模式,明确认罪认罚量刑建议调整
的具体理由,并将“量刑建议明显不当”之外
的确需调整的其他情形纳入《刑事诉讼法》规
定之中。采用客观模式明确量刑建议调整理
由,有多年的司法实践样本提供支撑,理论上
具有可行性;同时,采取该立法模式既可以为
检察机关调整量刑建议提供正当性基础和明
确指引,也有助于限制和约束量刑建议调整
的主观随意性,提升量刑建议工作的规范性。

(二)重新审视“量刑建议明显不当”概念

《刑事诉讼法》、“两高三部”《关于适用
认罪认罚从宽制度的指导意见》等文件均未对
“量刑建议明显不当”进行阐释。曾有学者从
限制量刑建议调整角度进行研究,设计了“明
显不当”的数字化标准,引入量化分析,设定
正负 10% 的偏差空间,认为超过此区间范围
的即为“明显不当”^①。此种观点忽视了实
践的多变性,极易落入机械司法的窠臼。亦
有学者指出,统一的数字化标准必然无法承
受来自“世上没有两个相同案件”的现实拷
问,在量刑过程中,即使两个案件的犯罪构
成事实基本相同,但被告人的人身危险性也
会有所差异。因而,在明确“量刑建议明显
不当”定量标准的基础上,还需为法官保留
应对复杂案情、实现罪刑均衡而突破标准
的制度出口^②。笔者认为,“法院认为检
察机关量刑建议明显不当”限于在被告人
签署具结书后未出现新的需要调整量刑
建议的客观事由,仅是法院在从宽减让幅
度、主从犯认定等方面与检察机关存在认
识不一致的情况下适用。在现行立法未作
修改的情况下,建议将“量刑建议明显不
当”交由法官自由裁量,由法官根据案
件审理需要决定,而无需从实体层面通
过设置比例等方式给予过多限制。在案
件事实、证据和量刑情节未发生变化,
仅法检机关在认识上存在分歧时,可以
从程序方面对法官的此种裁量权进行约
束。

(三)检察机关调整量刑建议之规范

1. 规范设置审批、备案程序

建议将量刑建议调整权作为一项独立的检

①参见朱和平:《认罪认罚案件量刑建议“明显不当”的司法认定研究》,重庆:西南政法大学硕士学位论文,2023 年。

②参见陈峰:《认罪认罚案件量刑建议明显不当的司法认定》,载《人民检察》2021 年第 5 期,第 28-31 页。

察官权力清单内容予以明确,至于调整是否需经审批以及是否需要事后备案,应当区分调轻和调重的不同情形:凡涉及调重被告人量刑的,均应当报部门负责人审批;当庭调重被告人刑期的,也应当在事后及时报部门负责人备案。虽然设置审批、备案程序会在一定程度上影响诉讼效率,但我们仍应警惕效率至上的片面价值观^①。过度追求效率而造成在量刑建议调整实践中被告人具结的形式化,会直接动摇认罪认罚自愿性的根基。从实践来看,调重量刑建议的人数,仅占全部调整量刑建议人数的1/4(详见表4)。采取此种分类方法,在保障被告人实体权益的同时,并不会对司法效率造成过重的负担。

表4 2021年—2023年3月T市量刑建议调整轻重对比

	数量	比重
单纯调轻	639	70.8%
单纯调重	211	23.4%
部分调重、部分调轻	30	3.3%
幅度刑变确定刑	23	2.5%

2. 规范检察工作文书

对于庭前和庭后调整量刑建议的,检察官均应向法院提交书面《量刑建议调整书》,且在文书中清晰载明调整原因。当庭调整且当庭裁判的案件,必须将有被告人签字的详细记录控辩协商过程的庭审笔录附卷,并在《判决、裁定审查表》中载明当庭调整量刑建议的原因及内容。此外,《量刑建议调整书》和《判决、裁定审查表》中所记载的调整原因应具体明确,避免使用“案件审理社会效果需要”“庭前与法院沟通”“根据案件事实情节”等过于概括、含糊的表述。

(四) 法院建议调整量刑建议之规范

规范法院建议调整量刑建议工作机制,首先要正确认识法院的审查义务与检察机关的审视义务。前者是“定罪量刑在法庭”的必然要求,法院对检察机关提出的量刑建议有审查的权力和义务;后者是诉讼经济原则的必然要求,不能机械地认为凡是与法官认定刑期不一致的量刑建议就应当调整。

1. 法院认为“量刑建议明显不当”的告知义务

《刑事诉讼法》没有明确规定法院在认为检察机关量刑建议明显不当时有告知义务。此前,法院系统的主流观点认为,“告知”是工作要求,不是法定义务,因而法院可以告知,也可以不告知。笔者认为,此种观点是基于权力争夺观念作出的,值得商榷。有学者从文义解释、立法沿革等角度对此观点予以批驳^②。法院是量刑建议调整线索的第一发现人,如果法院不履行告知义务,就会导致检察机关不知晓调整事由,径直作出裁判会严重损害控辩双方的合意。2019年10月24日,“两高三部”发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第41条明确规定了法院向检察院告知调整量刑建议的程序义务。虽然目前针对《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》效力问题仍有争议,但随着理性合作理念逐渐占据主导,实践中法院认为检察机关的量刑建议明显不当时,一般都会通知检察机关,检察机关因“量刑建议明显不当”的理由提出抗诉的案件也几乎消失。

2. 建立“部分书面告知”机制

当前,法院的告知义务仍面临新问题,即口头告知多,书面告知少。口头告知随意性大,且告知时机不确定。很多案件都是在临近开庭或庭审过程中,法院才告知检察机关需要调整量刑建议。为避免庭审过于延长或重新开庭影响司法效率,检察机关通常会当庭调整量刑建议,此时控辩协商的充分性以及被告人具结的自愿性保障均不充分。笔者认为,应兼顾工作便宜、庭审效率、权益保障三个维度,建立“部分书面告知”机制。法检机关在量刑减让幅度等问题存在认识分歧时,应当从程序上对法官的此种裁量权进行约束,即法官认为检察机关量刑建议明显不当的,应向检察机关制发书面建议函;要求法官以书面方式提出调整量刑建议的意见,应当阐明需要调整量刑建议的幅度范围及原因,并进行充分释法说理。如此,可以有效约束乃至消除隐蔽

①参见王迎龙:《协商性刑事司法错误:问题、经验与应对》,载《政法论坛》2020年第5期,第46-63页。
②参见张兆松,张孟春:《认罪认罚量刑建议调整程序司法解释的冲突及破解》,载《山东警察学院学报》2021年第4期,第5-16页。

调整,促使量刑建议调整工作在规范的轨道上运行。

3. 给予控辩双方重新具结的必要时间

在告知时机上,宜区分客观上存在新增量刑情节和检法机关认识不一致两种情况,分别处理。对于客观上存在新增量刑情节的,原则上可以当庭重新具结;特殊情况下控辩双方无法当庭达成一致的,可以休庭后再予协商。对于检法机关认识不一致的,因量刑基础与审查起诉阶段,控辩双方签署认罪认罚具结书时是一致的,特别

是在法院拟调重被告人刑期的情况下,被告人对量刑建议调整的接受度显然偏低,为充分保障被告人合法的实体权益,应当给予检察机关与被告人重新进行控辩协商和具结的必要时间。笔者建议,检法机关认识不一致的,法院认为量刑建议明显偏轻、拟调重被告人刑期的,应至少在开庭审理3日前书面告知检察机关。

【责任编辑:凌秋千】

Research on the adjustment of sentencing recommendations in cases of pleading guilty and accepting punishment

Yan Zhuqin

(Taizhou Municipal People's Procuratorate of Jiangsu Province, Taizhou Jiangsu 225300, China)

Abstract: As one of the important supporting procedures of the leniency system for pleading guilty and accepting punishment, the sentencing recommendations for pleading guilty and accepting punishment are both possible and necessary to be adjusted. Whether the adjustment of sentencing recommendations for pleading guilty and accepting punishment is standard will directly affect whether the value goal of the leniency system for pleading guilty and accepting punishment can be achieved. Analyzing and studying the existing cases of adjustment of sentencing recommendations for pleading guilty and accepting punishment, it can be found that the current adjustment work has problems such as unclear reasons for adjustments, insufficient negotiation between the prosecution and defense, and insufficient document effectiveness. In this regard, the relevant legislation should be improved, the connotation of "obviously inappropriate sentencing recommendations" should be re-examined, and the performance standards for the adjustment of sentencing recommendations should be established and improved for the procuratorial organs and the people's courts, to promote the orderly development of standards for adjusting sentencing recommendations for pleading guilty and accepting punishment.

Key words: pleading guilty and accepting punishment; adjustment of sentencing recommendations; obviously inappropriate sentencing recommendations

创建“枫桥式人民法庭”的路径探析

田鹏辉¹,任玲²

(1. 沈阳工业大学, 辽宁 沈阳 110870; 2. 沈阳市中级人民法院, 辽宁 沈阳 110013)

〔摘要〕新时代“枫桥经验”被赋予了鲜明的时代特征,即“矛盾不上交、平安不出事、服务不缺位”。作为司法审判系统的末梢,人民法庭处在司法服务群众的最前沿,在践行“枫桥经验”中尚存在诸多问题,主要表现为诉源治理工作开展不够深入、非诉讼纠纷化解资源分散、统一协作机制运行不畅、缺乏长效制度机制及经费保障、参与基层社会治理的边界存在模糊地带等。究其根源,主要是部分人民法庭运用“枫桥经验”开展工作的观念意识、路径方法没有与时俱进所致。为更好地发挥人民法庭厚植党的执政根基、能动司法为民服务的作用,应转变司法服务理念,坚持源头预防为先、非诉机制挺前,不断完善矛盾纠纷多元化解工作机制。

〔关键词〕诉源治理;巡回审判;人民调解;多元解纷

〔基金项目〕本文系2023年辽宁省社会科学规划基金重大委托项目“中华优秀传统文化法律文化传承发展研究”(项目编号:L23ZD063)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕田鹏辉(1970—),男,辽宁新民人,沈阳工业大学教授,主要从事刑法学、犯罪学研究;任玲(1987—),女,辽宁沈阳人,沈阳市中级人民法院法官助理,主要从事民事审判业务研究。

〔收稿日期〕2023-12-01

〔中图分类号〕D926.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)01-052-07

“枫桥经验”是浙江诸暨枫桥镇干部群众于1963年在处理基层人民矛盾时提出的理念,其核心内容是“依靠群众就地化解矛盾”^①。2023年3月,习近平总书记在参加十四届全国人大一次会议江苏代表团审议时,强调要坚持和发展新时代“枫桥经验”,完善正确处理新形势下人民内部矛盾机制,及时把矛盾纠纷化解在基层、化解在萌芽状态。新时代“枫桥经验”衍生出多种方式和内涵,是全国政法系统开展综合治理工作的一项理念法宝。深入贯彻践行“枫桥经验”,离不开基层治理与服务。基层人民法院处于解决矛盾纠纷的前沿阵地,而人民法庭作为基层法院的司法触角,是治理基层、服务群众、化解矛盾纠纷的第

一道防线^②。《中共中央 国务院关于做好2022年全面推进乡村振兴重点工作的意见》(2022年中央1号文件)明确要求创建一批“枫桥式人民法庭”^③,以推进乡村治安文明、促进社会和谐发展,为新时代人民法庭高质量开展工作指明了方向。人民法庭通过践行新时代“枫桥经验”,将“以人民为中心”的理念落到实处,坚持将非诉讼纠纷解决机制挺在前面,紧紧依靠群众就地化解矛盾;充分发挥一站式多元解纷和诉讼服务体系效能,运用法治逻辑思维解决涉企、涉民生矛盾;提升司法公信力,推动完善社会基层治理体系,改进乡村治理,维护农村社会平安稳定,筑牢新发

①参见陈洪,潘建兴:《基层治理中的信访难题与“枫桥经验”之引鉴》,载《重庆行政》2019年第4期,第35页。

②参见何抒,危浪平,赵志:《〈关于推动新时代人民法庭工作高质量发展的意见〉重点问题的理解与适用》,载《人民司法》2021年第5期,第34页。

③参见周强:《以党的二十大精神为指引 奋力推进新时代新征程人民法院工作高质量发展》,载《人民司法》2022年第1期,第85页。

展格局基础。

一、创建“枫桥式人民法庭”的时代价值

进入新时代,人民法庭必须顺应社会新变化,立足社会现实需要,主动参与基层社会治理,服务党和国家中心工作。党中央在全面促进乡村振兴、健全城乡基层治理体系等方面作出了一系列重要部署,以实际行动践行“枫桥经验”,创建“枫桥式人民法庭”,正是人民法庭融入基层社会多元治理格局的有效举措。

(一)创建“枫桥式人民法庭”,是厚植党长期执政基础、构建强基工程的重要举措

习近平总书记强调:“基础不牢,地动山摇。只有把基层党组织建设强、把基层政权巩固好,中国特色社会主义的根基才能稳固”^①。《中共中央 国务院关于加强基层治理体系和治理能力现代化建设的意见》明确指出,要从巩固党的执政基础和维护国家政权安全的高度,深刻认识做好基层治理工作的重要性。人民法庭面向基层、面向农村、面向群众,是基层社会治理体系的重要组成部分,是党治国理政的“司法末梢神经”,在化解矛盾纠纷、维护基层稳定、巩固基层政权方面具有重要作用^②。创建“枫桥式人民法庭”,必须深入贯彻党的群众路线,全面提升人民法庭的初始案件质量、地域治理能力、司法服务水平,将我国社会主义制度优势更好地转化为司法服务社会基层治理、乡村振兴的司法效能,以巩固党的执政地位,满足人民群众安居乐业的基本诉求。

(二)创建“枫桥式人民法庭”,是服务我国乡村振兴的司法保障

习近平总书记指出:“全面建设社会主义现代化国家,实现中华民族伟大复兴,最艰巨最繁重的任务依然在农村,最广泛最深厚的基础依然在农村”^③。在党中央坚强领导下,我国的脱贫攻坚战已经取得全面胜利。全面推进乡村振兴,是在脱贫攻坚战取得胜利后,“三农”工作重心的历

史性转移。多数人民法庭地处乡村,与所辖乡镇、村屯有着紧密关联,在乡镇脱贫攻坚战中作出了积极贡献,获取了宝贵经验。创建“枫桥式人民法庭”,需要准确把握新时代乡村地区的社会特点、时代变迁,更好发挥人民法庭在维护农民权益、保护涉农产业、促进农村富裕方面的区位优势;以司法角度巩固乡村脱贫攻坚成果;加快农村农业集约化、现代化建设,为农业蓬勃发展、涉农产业集约化规模化经营、民风优良、农民安得其所提供有力的司法服务保障。

(三)创建“枫桥式人民法庭”,是服务基层社会治理的重要路径

习近平总书记指出:“推进基层治理体系和治理能力现代化建设,是全面建设社会主义现代化国家的一项重要工作”。创建“枫桥式人民法庭”,必须按照党中央部署精神,结合新时代特点,多维解读“枫桥经验”的广泛内涵,充分发挥人民法庭化解初始矛盾的定位优势,在市域、县域治理体系框架内,紧扣辖区治理需求,形成涵盖城市、乡村的司法服务网格,努力打造有法可依、有法必依、在法治轨道上行事的社会环境,通过密切联系群众、紧紧依靠群众、完善社区网格管理等举措,将矛盾化解在基层,为党长期执政筑牢社会根基^④。

二、创建“枫桥式人民法庭”的现实困境

当下,部分人民法庭在践行“枫桥经验”的过程中,在立足新发展阶段、贯彻新发展理念、适应新发展格局等方面还存在着不同程度的问题和矛盾^⑤,在一定程度上制约了人民法庭在推进基层治理体系和治理能力现代化建设中的法治效能。

(一)观念认识有待进一步提高,诉源治理工作开展不够深入

部分人民法庭尚未形成推动诉源治理从“接

①参见习近平:《在基层代表座谈会上的讲话》,载中华人民共和国中央人民政府网, https://www.gov.cn/xinwen/2020-09/19/content_5544781.htm,最后访问时间:2023年10月9日。

②参见周强:《坚持以人民为中心 更加注重强基导向 不断提升人民法庭建设水平和基层司法能力》,载《法律适用》2021年第8期,第78页。

③参见习近平:《坚持把解决好“三农”问题作为全党工作重中之重,举全党全社会之力推动乡村振兴》,载《求是》2022年第7期,第8页。

④参见尹华广:《“枫桥经验”与基层社会治理法治化》,北京:中国人民公安大学出版社2020年版,第157页。

⑤参见尹华广:《“枫桥经验”与基层社会治理法治化》,北京:中国人民公安大学出版社2020年版,第156页。

诉即办”到“未诉先办”的自觉意识和行动,推动诉调对接的“调”向前延伸不够主动,前端纠纷预防化解职能作用发挥还不够充分;有些人民法院对于多元解纷工作认识不足、重视程度不够,与当地党委、政府有关部门的请示沟通不到位,在案多人少的压力下,没有正确认识到前端诉源治理的意义;有的人民法院虽参与了乡镇政府、街道社区、村委以及基层调解组织的诉源治理工作,但更多的是充当“消防员”的角色,主动融入基层社会治理不够,在一定程度上导致了诉源治理效果不明显。

(二)非诉讼纠纷化解资源分散,统一协作机制运行不畅

长期以来,基层法院及人民法庭一直充当着解决纠纷的先锋和主力军。其他诉讼外调解组织往往认为,即使矛盾纠纷调解不成,法院仍可以进行司法处理,导致其参与调解互动的积极性不高。个别地方的基层治理工作仍然处于相对分散状态,尚未形成一体化、常态化的基层治理工作格局,在信息、资源共享以及机制衔接上缺乏制度供给和顶层设计。这在实践中不仅容易出现纠纷化解流转不够畅通等问题,还容易出现前端的纠纷解决不能为后续其他解纷机制提供有价值的参考,后端的解纷资源不能与前端共享等问题。以诉调对接为例,虽然法庭与当地基层社会治理组织共同出台了一系列文件和对接规范,但在实际运行中,并未做到技术、数据和信息的有效共享,存在对而不接、联而不动、程序空转等问题,在一定程度上弱化了多元解纷的效能。

(三)法庭多元解纷工作保障不足,缺乏长效制度机制

当前,人民法庭多元矛盾纠纷化解工作的各项保障机制还不够健全,人民调解工作经费保障不足,缺乏制度的统一支撑。实践中,多数人民法庭缺乏专项资金保障,多元解纷工作激励机制和考核办法有待健全和完善,严重制约了矛盾纠纷多元化化解工作的开展。同时,多数法庭没有设置人民调解委员会等多元化解组织,在大多数情况下,只能依赖院内诉讼服务中心进行诉前调

解。法官对调解工作指导力度不足,培训指导方法不够准确,调解路径还需要进一步丰富,靠前指导的力度还需要进一步加强。这些因素在一定程度上导致矛盾纠纷化解成效大打折扣。

(四)没有专项预算编制科目,部分法庭缺乏经费保障

现有的财政制度中,没有设置人民法庭专项预算编制科目,各级法院编制的预算只有基本支出和项目支出,没有人民法庭专项预算。人民法庭的各项经费支出,只能依靠各级法院通过挤占其他经费的方式解决。但是,由于基层法院资金额度有限,一般情况下基层法院的资金需要优先保障本院急需的项目和日常工作使用,然后才能用于所辖人民法庭的各项支出,造成部分人民法庭出现经费有限、信息化建设滞后、办公设备老化、安保设施陈旧等工作困境,无法满足偏远地区人民群众对智能信息化办案、车辆巡回审判的司法需求。

(五)新型案件增长迅速,人民法庭参与基层社会治理的边界模糊

人民法庭所在辖区的很多矛盾纠纷就是潜在的诉讼案件。由于司法审判具有中立性、被动性特点,其参与基层社会治理的深度和范围不易把握,导致人民法庭参与解决当地纠纷的范围及性质仍存在模糊。尤其在当前法庭辖区内疑难案件及新类型案件增长迅速的情况下,部分人民法庭对于新法律法规的灵活运用无法跟上形势,对上级法院的裁判指引未能消化透彻,仍需要求助上级法院指点迷津。

三、创建“枫桥式人民法庭”实践路径

根据最高人民法院《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设 推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》的要求,传承和发展新时代“枫桥经验”,创建“枫桥式人民法庭”,必须坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,坚持以人民为中心的发展思想,坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理,坚持完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科

技支撑的社会治理体系^①,打造共建共治共享的社会治理格局,将法庭工作从以“注重办案”为重心向以“参与治理”为中心转移,从“法庭内”向“法庭外”延伸。构建“党委牵头、政府推动、法庭指导、基层组织参与+网格化管理”的诉源治理体系,积极构建府院有效对接、力量整合、综合施策的立体化治理模式,确保“小事不出村,大事不出镇,矛盾不上交,纠纷不激化”,为人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安提供有力的司法服务保障。

(一)深度运用“三个平台”,深化诉源治理联动机制

1. 依托人民调解平台,提升矛盾源头化解效能

基层人民法院应紧紧抓住“调解化访”这条主线,从“诉前调解工作的人员、经费、场所”等入手,构建诉前调解保障体系。可以依托诉讼服务中心,建立人民调解、行政调解、司法调解与司法审判功能互补、良性互动的协作机制,促进诉前调解工作健康发展。凡经人民调解组织调解后达成的调解协议,积极倡导当事人向人民法院申请司法确认。就人民法庭而言,应为当事人提供集“就地立案、现场缴费、文书印刷、线上服务”等功能于一体的“一站式”诉讼服务,实现人民法庭诉前调解与立案的无缝衔接;同时,充分运用示范性诉讼,为人民调解工作提供强有力的法律支撑。新民市人民法院大民屯法庭因地制宜开展驻村、驻企服务活动,充分运用示范性诉讼机制,以案源治理控增量,示范裁判减存量,达到了深化诉源治理的预期效果^②,是人民法庭“一站式”诉讼服务的典型范例。

2. 依托网格化管理平台,推动源头纠纷治理形成合力

法庭人员进社区网格、包片区,与网格员、综治委员等基层工作人员建立常态化联络,构建“网格员+调解员+法官”基层多主角解纷机制,共享纠纷排查信息,实现共抓矛盾化解、共拓便民举措、共推法律宣传、共建关爱机制的多元解

纷大格局。加强释明引导,广泛运用网络媒体、工作平台、宣传手册等形式,向人民群众充分释明先行调解机制的价值和优势,合力将矛盾纠纷消除在萌芽状态。

3. 依托案件回访平台,确保矛盾实质性化解

部分人民法庭地处偏远,所在辖区社会治安较差,具有民风彪悍,家庭矛盾、邻里矛盾多,偶有恶性暴力事件发生等特点。人民法庭适宜在该地推行软化民风、柔性司法的理念,选派家事法官送法下乡,努力为辖区营造尊法、学法、守法的社会风气;对留守儿童、被家暴妇女、孤寡老人等弱势人群诉讼后生存状态和权益保障密切关注,建立家事案件重点群体回访清单,对诉讼后的当事人进行案件回访;必要时,可以委派心理咨询师开展心理辅导,以便从源头上遏制矛盾再次升级、激化,避免相似纠纷再次成诉。

(二)主动延伸司法服务 打通参与基层社会治理的“最后一公里”

根据第四次全国人民法庭工作会议精神,人民法庭需要主动融入地方辖区党委、政府的基层社会治理体系中,充分发挥党委领导的政治优势,积极向当地党委请示汇报,争取各级党委、政府的政策支持和人财物保障,将万人成讼率、无讼乡村(社区)建设情况纳入平安建设考核体系,推动矛盾化解工作与经济社会发展同安排、同部署、同考核。同时,结合本辖区社会、经济特点,找准司法服务地方社会治理工作的着力点。具体可以采取以下方式:

1. 建立基层组织联建共建的多元解纷机制

坚持“党委领导、政府支持、法院参与、多方联动”。人民法庭充分发挥“家门口的人民法院”作用,前移解纷关口,积极探索“庭所共建”联动调处机制,有效化解婚姻家庭及邻里纠纷、土地承包经营、相邻关系及土地征收补偿、房屋拆迁补偿纠纷等矛盾,通过多元解纷机制推动矛盾纠纷源头化解和合理化解;同时,建立完善人民法庭与派出所、司法所、综治办、妇联等基层组织多方联络机制,积极构建“法官+N”多元解纷大格

①参见最高人民法院:《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设,推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》(法发〔2021〕25号),载法信网, <http://192.0.100.134/lib/Zyfl/ZyflContent.aspx?gid=A305731&userinput>,最后访问时间:2023年11月20日。

②参见:《我为新民办实事 新民法院示范诉讼——“诉”解民忧》,载新民市人民法院网, <http://syxm.lncourt.gov.cn/article/detail/2022/05/6667959.shtml>,最后访问时间:2023年11月29日。

局;强化与司法所等基层政法单位的常态化协作,拓宽矛盾纠纷“多元化解”渠道。具体实施途径为以村(社区)联络员为调解基础,以乡镇司法所为法律支撑,以人民法院为司法后盾,以乡镇派出所为强力保障,形成“四位一体”网格化纠纷排查调处体系。通过“法官工作站”与司法所、“评理说事点”的协同配合,实现司法与调解资源向基层下沉,积极推动辖区“无讼村”“无讼社区”建设。同时,探索建立“四所一庭”(派出所、司法所、律师事务所、法律服务所、人民法庭)联动工作机制,完善信息共享机制。各部门通过联动,加强社会矛盾纠纷类信息的收集整理,特别是影响社会稳定的倾向性问题的筛查梳理,及时、准确地互动、交换信息,做到资源共享、互通有无、及时应对、联动处置,着力推动纠纷排查调处由被动受理、静态分析、事后调处向主动预防、动态管理和事前预警转变,通过部门联动就地化解矛盾纠纷。

2. 依法提前介入社会矛盾纠纷预防化解工作^①

社会问题在不同时期有着不同的特质,以矛盾纠纷是否发生及形成诉讼为标准,可以将其分为初始矛盾、未成诉矛盾、诉讼矛盾。对于初始矛盾,要加强源头治理,其中易诱发成诉的纠纷,可以通过制定法律风控预案,向乡镇、街道等相关基层治理组织提出预警及建议措施;对于未成诉纠纷,即在其他类似案件办理过程中发现的普遍存在的社会问题,可以通过司法建议、司法审判白皮书、数据调研报告等方式,及时向地方党委、政府及公众反馈司法服务科学决策;对于成诉纠纷,可以深入基层巡回审判,例如通过“智能化+巡回审判”的方式,深入交通不便、人员稀少的偏远村屯,利用智能化设备就地立案、就地开庭、当庭调解,将矛盾化解于田间地头,打通便民服务的“最后一公里”。值得注意的是,当人民法庭受限于司法资源而无法准确把握参与基层社会治理的途径时,上级人民法院应当给予及时明确的法律指导^②,以便人民法庭开展矛盾化解工

作时更为准确专业、有章可循,并起到良好的普法效果。

(三)坚持非诉挺前,为辖区内基层社会治理提供决策服务

1. 构建诉前介入机制

人民法庭应当与当地党委、政府密切联系,充分发挥府院协同机制。在本辖区内发生群体性纠纷或者重大项目建设引发的纠纷时,在当地党委、政府的支持下,人民法庭可以提前介入,了解矛盾根源、精准评估风险,并引入类案参考机制,在诉前协助当地政府及相关基层社会治理部门调解群体性矛盾纠纷,将纠纷止于诉前,为解决类似矛盾纠纷提供可供参考的方式方法和案例样板^③。

2. 充分发挥参谋作用

人民法庭应当及时总结辖区内常发的案件类型,分析其形成原因,合理制定对策,定期向辖区党委、政府通报相关情况,并提出相应司法建议,为辖区基层社会治理提供高效权威的法律服务,促进相关政策制度依法依规运行,使人民群众在政务活动中充分感受到公平正义。

3. 提速增效送法普法

针对辖区内产业特点,加强涉企诉讼服务,通过小额诉讼、远程立案、网络开庭、要素表格式裁判等方式,将案件快审快结。缩短立案与审理的时间,根据当地政策为扶持型企业、纳税突出型企业开辟绿色通道,保证企业平稳有序运行,进而实现促进经济发展、稳定社会秩序、有效惠及民生的基层社会治理效能。与此同时,常态化开展“送法进企业”活动,通过普法讲座、设立人民法庭驻企工作站等方式,及时为企业答疑解惑,帮助企业树立法律风险防控意识,不断提升企业的抵御风险能力和自我保护能力。

(四)转变司法服务理念方式,满足群众高品质生活需求

1. 构建线上与线下指导相结合的工作模式

人民法庭组建“法官—社区”调解工作群,使

①参见李强,安超:《中国基层社会治理》,北京:清华大学出版社2023年版,第78页。
②参见何抒,危浪平,赵志:《〈关于推动新时代人民法庭工作高质量发展的意见〉重点问题的理解与适用》,载《人民司法》2021年第5期,第34页。
③参见景越进,陈明明:《当代中国政府与政治》,北京:中国人民大学出版社2016年版,第398页。

法官和辖区内人民调解员、网格管理员成为群友,通过在线解答法律咨询,定期推送相关法律常识、业务链接等途径,为基层组织开展调解工作提供法律支撑;组织辖区内基层调解员开展系统化、理论化培训,着力提升基层调解人员的业务工作能力;同时,在法庭中成立人民调解工作室(专业品牌工作室、退休老法官调解工作室等),充分发挥退休法官生活阅历丰富、法律知识娴熟的专业优势,公示调解员擅长的专业领域,将人民调解从“法院派”转向当事人“自己选”,切实发挥人民法庭贴近群众的优势。在引导群众选择非诉方式化解矛盾时,可以采取“1+1”组织架构,即由1~2名驻庭调解员和1名心理咨询师组成调解组,对婚姻家庭类纠纷,安排心理咨询师先行参与化解;对于易成诉纠纷,则安排调解员运用人民调解平台开展工作。通过“在线调解+司法确认”机制,进一步拓宽便捷解纷渠道,避免矛盾拖延导致激化和升级。

2. 充分发挥司法裁判示范引领作用

推广示范性诉讼引领做法。在解决群体性同类批量纠纷时,选取一个或几个典型案件进行精细化审理,形成判例或调解方案,然后在诉讼中或诉讼外对其他同类批量纠纷统一处理,实现“审理一案,教育一片”的示范性诉讼引领作用,助推纠纷高效解决。切实消除群众“有纠纷进法院”的思维定式,努力将大量矛盾纠纷消灭在萌芽状态,化解在法院诉讼之前。康平县人民法院北四家子法庭在审理200多件基于同一事实的涉农村土地承包案件时,向地方党委和上级法院及时沟通汇报,通过高质高效审理两起典型案件形成判例,促使其他案件当事人全部撤诉,取得了良好的法律效果和社会效果。人民法庭通过发挥“三进”机制(进乡村、进社区、进网格),通过群众预约和主动调解相结合、诉讼服务与法治宣传相结合、远程庭审与巡回审判相结合的模式,实现了在家门口解决群众的操心事、烦心事、揪心

事,同时取得了“审理一案、教育一片、影响一方”的良好社会效果。

(五)延伸审判职能,为服务乡村振兴提供有力司法保障

服务乡村振兴是人民法庭的重要职责。沈阳市位于黑土地肥沃的东北平原,司法服务保护黑土地是服务乡村振兴的重要举措。设置在乡村的人民法庭应当在党委领导下科学谋划布局,通过出台“法治护航种业振兴”工作方案,实现法律服务对当地涉农产业的全覆盖。人民法庭积极联合多部门形成治理合力,打击、曝光销售伪劣种子、农资农药的违法行为;加强与当地质量监管部门协同配合,在因种子质量问题引发纠纷时,及时固定证据并引入专业部门鉴定机制,在第三方鉴定机构介入下,将矛盾化解在初始阶段。通过设立黑土地保护站、出台相关政策文件等方式,实现百姓田间地头的矛盾纠纷化解方式制度化、法治化,确保涉农企业合规经营^①。乡村法庭可以联合辖区内农资站、农场建立驻村法官工作站,选派土地纠纷、农资纠纷专业型法官联手对口涉农组织,开展定点司法服务,在处理农业农村生产经营纠纷过程中了解民情和相关农业生产政策,在对口帮扶中不断发现问题、深化研究,逐步形成高效解纷的制度举措,从制度设立、工作机制运行、成效集中体现等方面,体现人民法庭通过能动司法深入乡村化解矛盾纠纷的职能定位。

(六)上下级法院联动,为践行“枫桥经验”提供法律支撑

人民法庭处于基层,在践行“枫桥经验”时需要上级法院给予指导^②。由于我国采取二审终审制,人民法庭审理的案件均为一审案件,其审判结果是否正确,在一定程度上需要由二审法院把握和评判。同时,上级法院在对下指导中更具法律权威性。人民法庭只有在准确把握法律适用的基础上,才能更为妥善地化解基层矛盾纠纷。

①吉林省梨树法院在黑土地保护利用迈向法治化轨道、服务构建现代化农业经营体系等方面“一以贯之”持续发力,设立26个黑土地保护服务点,创办黑土地保护活动专刊,出台《关于为黑土地保护进一步提供司法服务和司法保障的十项措施》,从加强普法宣传、提供司法建议、法律援助等十个方面全方位制定保护农地、保护农业的司法行动操作指引。参见最高人民法院:《“打造枫桥式人民法庭 服务全面推进乡村振兴”典型案例暨新时代人民法庭建设案例选编(三)》,载法信网,http://192.0.100.134/lib/zyfl/ZyflContent.aspx?gid=A320282&libid=all&userinput,最后访问时间:2023年10月9日。

②参见曹诗权:《新时代“枫桥经验”与基层社会治安治理创新》,北京:中国人民公安大学出版社2020年版,第2657页。

上级法院应深入贯彻“公正与效率”司法理念,以提升审判质效为核心,落实落细监督指导责任。具体措施包括:通过出台《民事审判类型化案件裁判指引》,解决两级法院同案不同判的问题,统一裁判尺度和理念;通过案件评查机制,认真总结改发案件成因,深入基层法院采取面对面讲评机制,帮助基层法院提升审判能力;设立审判团队包保法院、包保法庭机制,集中开展对下指导;通过创建业务指导微信群,及时解决基层人民法庭遇到的实际问题,为人民法庭在法治轨道上践行“枫桥经验”提供强有力的法律支撑。同时,上级法院可通过开展“枫桥式人民法庭”创建示范活动,在辖区内评选出一批“枫桥式人民法庭”,充分发挥典型示范引领作用,以点带面,引导辖区内人民法庭坚持以人民为中心,提高基层司法能力水平,推进基层社会治理现代化,促进社会和谐稳定,为乡村振兴、民族复兴,为平安中国、法治中国建设提供强有力的司法保障。

(七)制定人民法庭软硬件标准,提升法庭建设水平和服务保障能力

习近平总书记强调,“十四五”时期,要在加强基层基础工作、提高基层治理能力上下更大功夫^①。人民法庭属于法院审判系统的神经末梢,是“基层中的基层”。为充分发挥人民法庭服务社会基层治理、践行“枫桥经验”的司法效能,需要基层法院在硬件、软件设施建设上为人民法庭提供坚实可靠的保障。辽宁省高级人民法院首创人民法庭“五化”创建活动,从法庭的硬件基础设施、法庭管理制度、诉服便民举措、信息化设备使用程度、文化特色五个方面,细化人民法庭建设标准,有效推动全省人民法庭支持保障水平进一步提升,审判质效进一步提升,“三个服务”功能作用进一步提升。只有法庭的基础设施有保障,信息化水平跟得上,才能让法庭在远程调解、巡回审判等机制中充分发挥效能,更好地践行“从群众中来,到群众中去”的司法理念。

【责任编辑:高 锋】

Exploration of the path to create a “Fengqiao-style People’s Court”

Tian Penghui¹, Ren Ling²

(1. Shenyang University of Technology, Shenyang Liaoning 110870, China;

2. Shenyang Intermediate People’s Court, Shenyang Liaoning 110013, China)

Abstract: The “Fengqiao Experience” in the new era has been endowed with distinctive characteristics of the times, that is, “contradictions will not be submitted, safety will not be harmed and services will not be lacking.” As the end of the judicial system, the people’s court is at the forefront of judicial services to the people, so there are still many problems in the implementation of the “Fengqiao Experience”. The main manifestations are that the management of litigation sources is not carried out deeply enough, non-litigation dispute resolution resources are scattered, the unified collaboration mechanism is not functioning smoothly, there is a lack of long-term institutional mechanisms and funding guarantees, and there is a blurry zone around the boundaries of participation in grassroots social governance. The root cause is mainly due to the fact that some people’s courts have not kept pace with the times in terms of their concepts, awareness, approaches and methods of using the “Fengqiao Experience” to carry out their work. In order to better give play to the role of the people’s courts in strengthening the Party’s ruling foundation and stimulating judicial services to serve the people, the judicial service concept should be changed into that the priority should be given to prevention at the source and non-litigation mechanisms, to continuously improve the working mechanism for diversified resolution of conflicts and disputes.

Key words: management of litigation sources; itinerant trials; people’s mediation; diversified dispute resolution

^①参见习近平:《在基层代表座谈会上的讲话》,载中华人民共和国中央人民政府网, https://www.gov.cn/xinwen/2020-09/19/content_5544781.htm, 最后访问时间:2023年10月9日。

【司法理论与实务研究】

新时代人民法院涉诉信访工作存在的
问题及对策研究

——以 L 省涉诉信访工作为视角

李 宁¹, 席明珠²

(1. 沈阳市皇姑区人民法院, 辽宁 沈阳 110031; 2. 辽宁大学, 辽宁 沈阳 110036)

〔摘 要〕信访制度是一项极富中国特色的政治制度, 肩负着民众诉求表达、民主监督的政治职能。随着经济社会的飞速发展, 我国逐渐进入社会转型期和矛盾凸显期, 大量社会矛盾涌入司法领域。由于公民的法治意识尚不健全, 部分民众未能从司法救济中得到自己满意的结果, 转而进行信访, 涉诉信访由此产生。由于涉诉信访案件持续保持高位运行态势, 近年来党政机关陆续发布了相关条例与意见, 为解决涉诉信访工作中存在的问题构建了宏观制度体系, 使得涉诉信访依法终结有法可依。但在实践中, 实质性化解的涉诉信访案件数量依然不多, 涉诉信访工作仍存在信访分离难、工作制度不健全、实质性依法终结难等困境, 亟需从加强涉诉信访案件源头治理、完善信访依法终结机制、畅通涉诉信访案件出口等方面入手, 将涉诉信访工作纳入法治轨道运行。

〔关键词〕涉诉信访; 法治化信访分离; 依法终结

〔基金项目〕本文系辽宁省高级人民法院第四期“审学研”课题项目的阶段性研究成果。

〔作者简介〕李宁(1984—), 男, 辽宁沈阳人, 沈阳市皇姑区人民法院民一庭副庭长, 一级法官, 主要从事民事审判业务研究; 席明珠(1999—), 女, 河南洛阳人, 辽宁大学法学院 2022 级法律硕士研究生, 主要从事民法学研究。

〔收稿日期〕2023-11-07

〔中图分类号〕D922.182.1; D926 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)01-059-10

涉诉信访的概念最早出现于 2004 年最高人民法院在长沙召开的全国法院信访工作会议。近年来, 随着我国社会进入转型期, 社会结构和利益格局发生深刻变化, 层出不穷的新型矛盾纠纷逐渐涌入司法领域, 导致由此产生的涉诉信访问题层出不穷, 缠访、闹访现象突出, 成为人民法院除审判与执行工作之外的又一项工作难题。2013 年, 党的十八届三中全会明确了涉法涉诉信访法治化改革的方向, 涉诉信访法治化改革由此正式开启^①; 2022 年, 《信访工作条例》的出台进一步完善了信访工作规程, 使信访工作总体上有法可依。但纵观涉诉信访工作现状不难发现, 涉

诉信访工作的实质化解率依然较低, 其制度化、法治化水平有待进一步提高, 涉诉信访全面走上法治化道路仍然道阻且长。

一、涉诉信访的渊源与内涵

(一) 涉诉信访的概念界定

最高人民法院将涉诉信访界定为“有关当事人以来信、来访的形式向人民法院提出告诉、申诉和申请再审以及当事人向人民法院信访的同时, 向其他国家机关信访, 其他国家机关接访后, 通过一定的方式促使人民法院完成某种诉讼行为”。学界一般认为, 涉诉信访指因对人民法院

①参见王次宝:《涉诉信访法治化: 类型、规范与程序》, 载《西部法学评论》2017 年第 4 期, 第 60 页。

处理的诉讼案件不满所引起的信访,具体包括两个方面:“一是与某一个具体的诉讼案件相联系,当事人要求人民法院完成某种诉讼行为的来信、来访;二是指就某一个具体的诉讼案件,当事人向人大、党委、行政机关等权力部门申诉,期求其他国家机关以一定的方式影响诉讼案件的进程或结果”^①。结合相关概念,笔者认为,涉诉信访是指与诉讼有关的当事人及其相关利害关系人,对诉讼案件处理结果不满意或者认为在司法裁判中存在司法不公、程序瑕疵,司法执法人员不作为、徇私枉法等现象,故而向相关政法单位或信访部门信访的行为;部分信访行为是为了寻求行政干预司法,意图影响案件的进程和结果,其中不乏为了谋取不法私人利益而缠访、闹访的不合理访行为。

(二) 涉诉信访的特点

近年来,随着经济社会的快速发展,我国社会变革不断加剧,社会结构和利益格局随之发生了深刻变化。与此同时,各种社会矛盾不断涌入司法领域。由于现行司法体制尚处于发展完善阶段,公民的法治意识亦不健全,加之司法资源的有限性,导致部分案件裁判结果难以让当事人满意,存在大量“案结事未了”的情况。部分民众存在“信访不信法”“信上不信下”“弃法转访”甚至“以访压法”的心态,司法机关涉诉信访处理机制也存在一定的制度缺陷,习惯于通过“困难救助”的方式解决信访问题,导致涉诉信访“终而不结”的现象凸显。

新形势下涉诉信访具体表现出以下特点:

1. 多数信访者为老信访户

近年来,随着司法体制改革的不断深入,法院审判案件的质效明显提升,人民群众对司法裁判的满意度不断提升,新发涉诉信访案件数量不多、占比不大;从涉诉信访案件的总体情况来看,时间跨度较长的信访案件占比较大,信访人员也多为老信访户。尤其在重大活动的时间节点,老信访户往往四处信访,甚至多次越级省访、进京

访。他们的信访活动大多相互影响、相互串联,并通过微信、短视频等通信软件传播对社会稳定不利的负面信息。老信访户大多文化水平较低、法治意识淡漠,开展教育劝解工作成效甚微。因此,涉诉信访工作的关键和重点,应侧重于解决老信访户的涉诉信访问题。

2. 涉及民事与执行案件较多

目前,在人民法院办理的各类案件中,民事案件占比最大,民事审判业务部门存在司法资源与案件数量不匹配的情况;加之民事案件所固有的执行力度不够和“执行难”等现实困难,导致民事审判与执行案件的涉诉信访数量最大。民事案件中,劳动争议、拆迁安置补偿、人身损害赔偿、普惠金融等都是与人民群众工作生活、平安健康息息相关的民事纠纷,是涉及民生的热点问题,直接关系到涉案群众的切身利益。在当事人的诉讼请求未能通过法院裁决得到完全满足的情况下,极易引发当事人的不满情绪,进而引发涉诉信访案件。

3. 对缠访、闹访行为缺乏有效的应对和制裁措施

部分信访人通过采取过激方式,如拦截车辆、扯拉横幅、穿状衣等极端手段,到人民法院门前进行非法访;少数信访人在法院滞留,或者将年龄较大、健康状况堪忧的亲属滞留在法院;更有甚者以自杀相威胁,向人民法院施加压力。虽然多数公检法部门针对缠访、闹访等非法上访行为出台了相应的处理办法,但缺乏明确具体的可操作性规定,对调取证据、与公安机关衔接等工作均未作出具体规定,导致执行不够顺畅。法院信访部门针对缠访、闹访等非法访人员,除了反复约谈、释法明理等教育工作外,仍然缺乏有效的打击处理手段。

4. 案件的复杂性导致实质有效化解难

涉诉信访案件复杂性主要体现在以下两点。一是信访主体的复杂性。信访人员的年龄集中在50到65岁之间,多为初中及以下文化程度的

①参见王次宝:《论法治视域下涉诉信访与司法救济的关系》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2015年第6期,第47页。

无业人员。近年来,信访主体出现多元化趋势,出现了包括退休公务员、企业高管等文化和收入水平较高的人群。二是反映对象的复杂性。近年来,涉诉信访除了反映法院的有关事项外,还涉及到公安机关、检察机关、公证机构等涉法部门。

涉诉信访化解难主要表现在以下方面。一是部分当事人存在诉外需求。例如,S市信访人员何某某(原审被告游某某母亲)要求对被告人游某某改判无罪,并提出索要廉租房一套及各项赔偿总计100万元的诉求。二是信访所反映的问题不属于法院管辖范围,法院单独参与化解力有不逮。有的涉诉信访案件涉及土地征用、拆迁安置、企业转制等相关问题。这些问题与经济体制改革息息相关,在司法裁判中案情牵涉主体广泛、矛盾突出,易出现当事人对判决结果不满从而转向信访的情形。三是信访主体出现团体化、专业化倾向。随着网络通信的快速发展,信访人之间相互沟通获取信息更加便捷,大量信访群体不断涌现。由于受利益驱使,其中不乏以牟利为目的的信访组织者、煽动者,给通过信访工作有效化解矛盾纠纷增加了难度。

二、新形势下涉诉信访工作的现状分析

(一) 涉诉信访案件数量近年来有所下降

2018—2022年,L省来省访、进京访的案件总量整体呈逐年下降趋势。这反映出L省各级人民法院对涉诉信访工作的重视程度逐年增强、工作力度逐年加大、工作效率不断提高,反映出矛盾在属地化解机制的作用明显,部分信访人员的信访诉求在属地得到圆满解决。

(二) 初访占比较高,源头化解机制仍需加强

2018—2022年,L省法院涉诉信访初访占比逐年下降。这说明近年来L省涉诉信访源头化解工作取得了较为显著的成效,司法审判的定分止争功能得以有效发挥。但初访仍占据涉访案件总量近一半的比例,说明地方性矛盾纠纷源头化解机制仍有待加强。此外,续访量大于初访量、重复信访占比大的情况不断凸显,说明攻坚

化解“钉子案”“骨头案”的任务依旧艰巨。

(三) 决定终结访占比较低

2018—2022年,L省依然存在依法终结的涉诉信访案件申报总量较多,而决定终结的案件占比不高的问题。其原因有以下两点:一是按最高人民法院的要求,2020年3月L省高级人民法院对《L省高级人民法院涉诉信访终结工作实施细则(试行)》进行了修订,完善了信访终结的步骤、措施及要求,对各地之前申报的案件退回原申报法院重新修改、补充申报;二是各中级人民法院对申报终结案件持审慎态度,省高级人民法院在形式上严格审核把关材料是否齐全、规范,对案件实体、程序、执法过错、司法救助等情况逐一合议、评议,案件不符合“四个到位”标准或还有教育帮扶空间的,暂不予终结,视后续工作情况再行报送。

(四) 非法信访现象突出

近年来,全国各地越级访、来省访、无理访等现象层出不穷,非法信访已成为普遍现象。由于涉诉信访所涉案件已经走完了相应的司法程序,其案件复杂程度及案件实质化解难度相较于普通信访而言更大,故涉诉信访领域的非法信访现象更为突出。2022年,L省高级人民法院机关门前出现的非正常访数量达到三千余件,同比2021年虽有一定程度的下降,但缠访、闹访、串联访的现象依然较为严重。

三、新形势下涉诉信访工作存在的问题

(一) 职能转变存在困难

随着诉、访的不断交织,涉诉信访已经在很大程度上承担了司法的救济职能,偏离了其本身的职能定位。面对大量新型社会矛盾,我国现有的司法资源以及现行的司法制度难以很好地满足人民群众日益增长的纠纷解决需求。同时,因为实践中民事案件的数量远大于其他类型的案件,这一冲突在民事司法领域表现得更加激烈。由于民事案件的社会影响力相对来说较小,有关部门往往以行政化的手段解决相关信访纠纷,多数情况下都是采用“困难救助”的方式息访,更加

助长了信访权利救济职能的扩张。由此带来的可能性危害是,部分信访人“以访压法”,企图通过行政手段干预司法,谋求私人利益,严重危害了司法的公正性、权威性和独立性。

(二) 实质性诉访分离难

现行信访工作条例及相关意见已经为诉访分离提供了较为完善的制度安排,但实践中的落实效果不甚理想。其中自然有法律滞后性、不可抗力、法律事实与客观事实不符等缘故,更为主要的原因是根据“诉访分离”的政策要求,诉讼归诉讼、信访归信访,能由诉讼解决的矛盾纠纷通过诉讼方式解决,已经完成诉讼程序的信访案件则应由相关部门负责实质性化解。但实践中,其他国家机关往往不愿接手已经从法院剥离的信访案件,导致已经完成诉讼程序的案件,由于当事人持续信访仍然滞留在法院难以被剥离,最终无法实现实质性的诉访分离。

(三) 工作制度不规范,多采用非正式调整手段

尽管国家层面已经出台了《中央政法委关于健全涉法涉诉信访依法终结制度的意见》,对涉诉信访的依法终结作出了明确规定,但对于部分信访人而言,相关规定对他们来说是难以理解的,案件结果只要没有达到他们的满意程度,他们将会持续信访,致使信访案件无法从实质上终结。面对这种涉诉信访当事人,部分相关单位选择向信访人妥协,即“花钱买平安”,通过经济补偿换取一时的“安宁”。这种行政化的处理方式会让唯利益者以信访牟利,助长将信访作为牟利工具的不良风气。

(四) 涉诉信访受理机构众多、分工不明

从法院内部来看,L省全省基层法院中,有独立信访部门的法院占比仅为20%左右,而且涉诉信访部门名称不一,有的叫立案二庭,有的叫信访办,有的叫信访团队;80%的基层法院均无独立信访部门,信访职能有的隶属于立案庭,有的隶属于综合审判庭,有的隶属于法警队等。基层法院信访部门大多只负责涉诉信访登记、接待、信访维稳等工作,极少数兼做信访案件复查工作。

此外,各市中级人民法院的涉诉信访部门职能设置及其职责也存在不一致的情况。部分市中级人民法院的信访办除了负责涉诉信访登记、接待信访维稳以外,还负责信访案件的复查办理。据此可知,L省各级法院的信访部门尚未形成统一的职责划分标准,信访部门职能相对较为混乱,不利于实现涉诉信访案件归口办理。

从外部来看,在目前的信访制度下,人大、党委政法委、公检法、纪委监委等部门均有受理涉诉信访的职能。设立众多信访机构虽然有利于拓宽民意反映渠道,更好地维护人民群众的合法权益,但客观上容易出现各部门职责交叉、相互推诿的现象。即使对于管辖明确的案件,也存在信访人为达到信访目的同时向多个部门反映诉求的行为,造成一个案件被多个部门重复受理,信访处理效率低下;甚至存在因为多头信访无人处理,导致信访案件随着时间的推移变得日趋复杂,最终难以处理的现象。

(五) 实质性依法终结难

司法裁判具有终局性特点,而涉诉信访则具有反复性、无限性特点。实践中,出现了大量信访人在涉诉信访案件依法终结后,仍然到多个部门信访的现象。长此以往,诉与访的交织,必然造成司法最终解决机制功能的丧失。

2014年9月11日,中央政法委出台了《关于健全涉法涉诉信访依法终结制度的实施意见》(以下简称《实施意见》)。但在具体运行过程中,以L省为例,存在新的责任主体落实工作不理想,不能有效履行自身稳控化解责任的现象。主要体现在以下几个方面:

一是省高级人民法院(以下简称“省法院”)决定终结并移交省信访工作联席会议办公室(以下简称“信访联席办”)的案件,信访联席办在办理对下移交时存在一定的阻力。许多已终结案件在对下移交环节出现积压,导致后续稳控工作难以及时有效地落实。二是终结移交后稳控责任主体的反馈不及时。目前,省法院与省信访联席办尚未建立能够有效运行的终结移交后稳控责任主体反馈机制,省法院往往只能借助其他渠

道,间接获悉已终结案件的稳控责任主体,导致省法院在突发性信访事件处置方面较为被动。三是稳控主体的责任标准不够明晰。《实施意见》虽然规定了涉诉信访终结后,新的责任主体具有教育疏导、帮扶救助等责任,政法机关具有相应的配合义务,但实践中存在诸多理解与适用上的争议。例如,政法机关的配合义务怎么界定;涉诉信访依法终结后,当事人仍持续信访由谁负责解决;稳控主体的稳控责任如何具体划分;何种情况下需要变更稳控主体,等等。这些问题亟须进一步明确。

此外,信访人重复信访,也是涉诉信访实质性终结难的重要原因。即便出具了信访终结决定,若当事人对诉访分离、信访终结不予理会,仍会出现终而不结的情形,尤其是信访救助后反悔、再次信访、重复交办现象较为严重。案件经法院穷尽法律程序,依法作出终结性结论,或者通过涉法涉诉信访救助等多种救助方式解决到位后,部分信访人为了获取更大利益,仍以涉诉为由到各级法院走访登记。这种无限性信访浪费了大量宝贵的司法资源,破坏了司法裁判的终局性效力^①。

(六) 部门合作衔接难

长期访、缠闹访案件化解工作的衔接、配合及联动化解存在的困难,不仅体现在法院与其他职能部门之间,也体现在法院内部各部门之间。国企改革、公司破产、征收补偿、环境保护等涉行政机关职责范围的信访案件以及行政诉讼案件,由于牵涉面广、社会影响大,仅靠法院自身难以有效化解。仅依靠信访工作联席会议协调、行政机关与法院联动化解力度尚显不足,法院对该类案件的实质化解效果不明显。

四、将涉诉信访工作导入法治化轨道运行

(一) 深入贯彻习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的重要思想

党的十八大以来,习近平总书记就加强和改

进人民信访工作作出一系列重要指示和重要论述,系统回答了“信访工作是什么”“信访形势怎么看”“信访工作怎么干”等重大理论和实践问题,形成了习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的重要指示精神。这是以习近平同志为核心的中央治国理政思想在信访工作的集中体现,是做好新时代人民信访工作的根本遵循^②。

法院信访部门在化解涉诉信访案件时,应当将习近平法治思想作为化解涉诉信访案件的强大思想武器,深入学习贯彻习近平总书记关于加强和改进人民信访工作的系列重要指示精神,准确把握涉诉信访工作新形势、新要求,牢记为民解难、为党分忧的政治责任,坚持人民情怀,切实履行化解涉诉信访突出问题、维护人民群众合法权益、促进社会和谐稳定的职责使命。

(二) 加强涉诉信访的源头防范治理

习近平总书记强调,对于信访工作要加强源头预防治理,尽可能地将矛盾化解在基层,化解在萌芽状态。

1. 立案、审判、执行各环节严格把控

在立案环节,坚持“该立的立,不该立的不立,可立可不立的慎立”原则。对于矛盾争议较大、法院难以单独处理、易引发信访风险的案件,如退役军人安置、土地征用、土地流转、承包经营土地等需要行政权解决的矛盾,可以引导当事人到有关部门解决,法院从中进行沟通协调。在审判环节,从提高审判质量入手,做到实体公正和程序公正,做好对当事人的判后答疑、服判息诉工作。在执行环节,加大案件执行力度,提高执行效率。对拒不执行判决的被执行人,坚决依法采取强制措施,充分保护申请执行人的合法权益。

2. 发扬新时代“枫桥经验”

涉诉信访工作要坚持和发展新时代“枫桥经验”,完善预防性法律制度,完善社会矛盾纠纷多元预防调处化解综合机制,重视基层基础工作,推动更多司法资源向引导和疏导端用力。对此,

①参见杨梅花,卢紫阳:《新形势下涉诉信访工作的特点、成因及对策建议》,载《徐州审判》2018年第5期,第30页。

②参见舒晓琴:《新时代开创人民信访工作局面的强大思想武器》,载《求是》2018年第24期,第43页。

可以借鉴Z省基层法院入驻当地矛盾调解中心的举措,将县级矛盾调解中心作为信访和矛盾纠纷调处化解平台,将化解矛盾纠纷和解决信访问题所涉及的司法资源、行政资源和社会资源向中心聚集,形成纠纷解决合力;对群众提出的矛盾化解、投诉举报、信访诉求等各类事项,实行统一受理、分类流转导入办事程序。建立完善引导和疏导制度体系,可以有效提升纠纷解决效率,有利于实现矛盾纠纷的源头化解,减少涉诉信访案件的产生。

3. 推广信访工作联席会议机制,健全基层工作网格

建立完善基层信访工作联席会议制度,建立健全信息收集报送、事项协调处理、矛盾纠纷多元化解等工作机制,有利于进一步提升信访工作的时效性和精准性。

信访工作联席会议办公室负责督促落实联席会议议定的事项,协调处理紧急信访问题;加强台账跟踪管理,切实做到有人管事、有人办事、有人担事,实现信访联席会议研判事项有记录、可查询、有跟踪、能解决的工作效果最优化。完善的制度体系建设能够在防范化解信访稳定风险工作中形成强大合力,切实提高基层治理和矛盾纠纷化解的工作效率,有效促进信访问题在家门口及时就地化解,实现“小事不出村、大事不出乡、矛盾不上交、信访不上行”的工作目标。同时,以网格化建设为契机,健全基层工作网格,将人民调解功能融入网格职能中,就把网格员变成调解员,做到有矛盾第一时间调解,实现基层矛盾“不出网、不上交、不激化”^①。网格员同时负责上报矛盾信息,实现上下级对基层矛盾情况的互联互通,降低基层矛盾向涉诉信访案件的转化几率。

4. 建立健全案件质效评查机制和案件信访风险评估机制

建立健全案件质效评查机制和案件信访风险评估机制,严把案件审执质量,强化源头治理。

首先,参照最高人民法院和省法院的案件质量评查工作方案,对涉诉信访案件的审判程序、事实认定、法律引用、文书制作等方面进行全面评查,出具评查意见,根据具体办案质量情况形成无瑕疵、有瑕疵、确有错误等评查结果;根据评查结果,综合运用“三到位、一处理”,对涉诉信访事项进行分类化解。

其次,将涉诉信访评查与案件质量终身责任制、错案倒查机制、违法审判责任追究制等制度规定有机结合。只有做到案件审判的实体公正和程序公正,做好案件评查,提升案件审执质量,才能从根源上减少涉诉信访案件的数量。此外,针对信访案件评查缺乏配套奖惩措施的现状,制定细致量化的奖惩考核标准,激励法官主动提高参与案件评查的积极性。

第三,研发涉诉信访数据控制平台,完善、健全案件信访风险评估机制,推动涉诉信访处理工作智能化、大数据化,做到信访信息全过程录入、全流程节点管控、全域查询,实现案件办理全程追踪与监管督办。在此基础上,借助数据分析工具对案件信访风险进行评估,提前开展针对性防控。

(三) 完善诉访分离体制

1. 严格界定区分“诉”与“访”

最高人民法院出台的《关于进一步推进涉诉信访工作机制改革的若干意见》中,对诉类事项与访类事项作出了较为明确的界定。实践中对二者进行严格区分,是实现诉访分离的重要基础。据此,可以在入口处甄别诉与访,让诉讼的归诉讼、信访的归信访,对涉诉信访与普通信访作出有效区分,厘清法院的受理范围,对于不属于法院管辖的事项及时转办交办。此外,应当进一步明确权力的边界,减少行政权对司法权的干预,提高司法权威性和公信力;引导当事人正确认识诉权和访权,合理定位司法救济与权利救济的关系,权利受到侵犯时首先寻求司法救济,避免诉访混淆。

^①参见任锦辉,王霞霞:《多元解纷机制规范涉法涉诉信访秩序初探》,载《支部建设》2021年第12期,第43页。

2. 完善分类管理和接访制度

针对来访的各类诉求,首先应对其是否属于涉诉信访事项进行区分,法官态度问题、对法官的举报和执行中的程序问题都不属于涉诉信访事项,有关工作人员在接访时,应仔细加以鉴别。经鉴别确属于涉诉信访事项的,登记后进行分流处理:不服生效判决提起申诉的,由信访工作人员或驻点律师、特邀调解员接谈;可以进行化解的,由相关人员开展化解工作;对权利救济已经穷尽、案件已经依法终结、已经签署息访协议的,由信访工作人员或包案人、包案领导共同接谈。

(四) 加强法治教育,提升民众法治思维

涉诉信访化解工作难以取得实质性进展的重要原因之一,就是法院审判工作的法治思维与涉诉当事人的人治思维相冲突。审判工作的本质是进行法律事实的认定以及法律规定的正确适用,而群众大多没有接受过法律教育,法律知识较为匮乏,法律意识尚处于萌芽阶段。他们可能无法理解法律事实与客观事实之间存在差异,导致对案件处理结果的不满。对此,各级法院应强化判后答疑工作,加深信访人对法律的认知与理解,提升他们的法治意识,从而有效化解信访人“法”结与“心”结^①。

(五) 建立协调联动的涉诉信访化解机制

2017年11月24日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布《关于依法处理涉法涉诉信访工作衔接配合的规定》,规定对信访人提出的涉法涉诉信访事项,人民法院、人民检察院、公安机关、司法行政机关应当按照事项性质、管辖分工依法审查受理;不属于本机关管辖的,引导信访者到有管辖权的机关处理,或者转送有管辖权的机关处理^②。由于立法规定较为抽象,实践中会出现各部门为了追求本部门信访考核绩效优异而相互推诿的现象。对此,人民法院应当主动向地方党委、人大、政协及上级法院汇报相关工作,加强与人大、政法委、信访工作联席会议办公室的沟通协调,构建党委领导、人

大监督、政府支持、法院为主、各界配合的化解涉诉信访工作格局。此外,要规范完善涉诉信访受理机制,完善网络受理渠道,通过构建信访信息共享平台,促进各部门之间的协调配合;运用多元化纠纷解决机制,采用法律援助、心理咨询服务、社会救助等多种方式,形成涉诉信访矛盾多元化解合力,从根本上减少涉诉信访现象。

(六) 完善涉诉信访依法终结制度

1. 增加涉诉信访依法终结的审查力量

成立统一处理涉诉信访依法终结流程的领导小组和涉诉信访终结合议庭。涉诉信访依法终结流程主要包括复查听证、终结申报、审查决定、终结备案、终结告知等,其流程复杂、专业化程度较高,需要专业化的领导小组进行办理。设立合议庭可以根据涉诉信访案件的种类和申报终结访案件的数量,由员额法官组成行政、民事、刑事等部类的信访终结合议庭,对申报终结信访案件进行审查并报审判委员会研究决定终结后,上报最高人民法院终结备案,并将终结信访告知书送达信访人,通知省委政法委和属地党委、政府。涉诉信访被依法终结后,应严格按照规定,对终结信访案件不再办理。

2. 进一步明确无理访的确认机构

尽管从严格意义上来说,“有理访”和“无理访”并非法律概念,最高人民法院和地方各级法院也未出台甄别和筛选上访性质机制的专门文件,但在司法实践中,可以从两个角度对二者进行界定:一是在实体上,以信访案件原审裁判是否确有错误为依据;二是在程序上,以是否终结备案为依据。已经终结备案后,信访人继续信访的,通常可以认定为“无理访”。

对于法律途径已经完结的涉诉信访案件,当事人仍反复申诉控告,缠访、闹访的,政法机关有权依照规定作出终结结论。由于相关法规、政策对无理访的认定标准及具体负责认定无理访的机构尚未做出明确规定,使得许多案件“终而不

①参见洪泉寿:《做好涉诉信访工作五个要点》,载《人民法院报》2014年10月24日第7版,第1页。

②参见李大勇:《“诉访分离”司法政策的表达与实践》,载《法律科学(西北政法学报)》2021年第4期,第170页。

结”。对此,可以考虑将无理访的认定职责赋权给特定单位,其主要职责是根据法规、政策关于涉诉信访案件依法终结的标准,即“法律问题解决到位、执法责任追究到位、解释疏导教育到位和司法救助到位”,综合认定无理访^①。涉诉信访被认定为无理访之后,后续即可进行依法终结的推进工作。当事人如若继续信访,即可以开展相应的教育劝导和无理访打击工作。

3. 完善信访终结标准,畅通信访终结制出口

一方面,现行的涉诉信访终结标准均为程序上的规定,实体标准的缺失难以满足个体对实体正义的基本诉求,导致当事人持续信访,迫使信访案件“终而不结”;另一方面,涉诉信访案件具有多样性,总体标准在具体案件的应用中存在难以适用于个案的情况,导致外部适用困境。涉诉信访终结标准应该以一种利益平衡的方式,将总体标准与具体实体标准相统一。具体而言,总体标准体现为对涉诉信访案件整体程序性的规定,确保程序统一性的落实,以实现程序正义;具体实体标准体现在将涉诉信访案件类型化,在实体标准上考虑不同类型案件的特点,使终结标准表现出一定的个性化,以此畅通信访终结制出口^②。对于已经上报最高人民法院终结备案的涉诉信访,有关部门应及时将终结告知书送达信访人,并将已终结备案的案件移交省信访工作联席会议办公室,确定新的责任主体,落实教育疏导、矛盾化解、帮扶救助等后续工作,履行稳控化解责任。

在具体实践中,首先,要进一步明确终结的责任主体,对政法机关的配合义务进行细化界定,明确稳控责任主体的职能划分以及稳控责任主体变更的情形;其次,要建立终结移交反馈机制,具体可以由省信访联席办负责反馈新的稳控责任主体的信息,以便开展后续对接工作。

(七) 完善司法救助体制

健全国家司法救助制度。对因遭受犯罪侵害或民事侵权,无法通过诉讼获得有效赔偿,造

成当事人生活困难的,按规定及时给予司法救助,并进一步做好帮扶救助工作,促使信访人停访息诉。

人文关怀、司法救助是推动涉诉信访积案化解的有效途径。各地法院应贯彻落实《关于建立完善国家司法救助制度的意见》的要求,充分发挥司法救助资金在涉诉信访案件化解中的作用,对台账内的信访积案进行甄别梳理,积极开展司法救助工作,严格司法救助程序,精准援助,让更多的群众在认可法院信访工作的同时,了解国家司法救助政策,帮助更多需要救助的困难当事人解困纾难,真正践行司法为民、司法利民的宗旨,努力让人民群众在危难之中感受到司法温情^③。

(八) 完善律师参与法院涉诉信访工作制度

将律师引入涉诉信访工作,目的是要引导信访当事人“弃访转法”,以法治思维和法治方式解决信访问题。律师参与化解和代理涉诉信访案件,可以在很大程度上将涉诉信访案件流程引入规范化、合理化、合法化路径,这既是普通信访与涉诉信访分离的要求所在,也有利于推动“诉访分离”制度的实现,对于涉诉信访工作法治化的发展意义重大。

完善律师参与涉诉信访工作制度,应当采取以下措施:首先,保障律师执业权利,提升参与化解工作律师的整体素质;其次,完善律师参与化解工作配套保障机制;最后,完善律师全程介入机制、各部门合作机制及保障和管理机制等工作机制。实践中可以借鉴L省高级人民法院试行的值班律师参与化解涉诉信访和形式代理申诉制度,在信访窗口设置涉诉信访值班律师,释法明理化解矛盾、代理申诉,减轻当事人诉讼负担。

(九) 建立推广涉诉信访事项代理机制

解决当前涉法涉诉信访问题突出、态势复杂的问题,可以借鉴S省F市的经验,建立涉诉信访事项代理机制,以市级为单位设立涉法涉诉信

①参见穆红玉,陈玉:《检察机关涉法涉诉信访改革配套实施办法理解与适用》,载《人民检察》2015年第7期,第33页。

②参见李珊,何国强:《探究涉法涉诉信访治理的困境与出路》,载《公安学刊(浙江警察学院学报)》2016年第5期,第36页。

③参见刘子荧:《济南中院温情化解积案》,载《民生周刊》2021年第1期,第70页。

访服务中心,负责信访案件受理、评查、协调、化解、反馈、救助等具体工作。涉诉信访民众可以与当地的涉法涉诉信访服务中心签订涉诉信访事项代理协议,双方约定代理期间,涉诉信访民众不得再就该涉诉信访事项向其他机关信访、申诉。建立健全该制度,有利于减少就同一问题重复信访的现象。民众涉诉事项交由专业的信访服务中心办理,处理效率更高,更有利于涉诉信访矛盾纠纷的化解,真正做到为群众排忧解难,更好地为人民服务。

(十)明确各级法院涉诉信访工作职责,完善人员配置

应当进一步明确各级法院涉诉信访部门的工作职责。基于基层法院、中级法院、省高院各自的职能定位不同,可以对各级法院的涉诉信访职能作如下分工:基层法院主要负责涉诉信访案件稳控、帮扶、教育疏导和法律解释;中级法院主要负责涉诉信访案件形式及实体的审查纠错、实质纠纷化解、申报终结访;省高院负责全省信访工作统筹、重大疑难信访案件纠错,以及对下进行指导和协调。

针对法院内部涉诉信访部门人员配备不足的现状,应综合考虑各级法院涉诉信访部门应承担的职责,测算相应的工作量,进而设立相应的编制,科学合理地配置专门人员。

(十一)对无理访的打击惩处

应当进一步细化对信访人无理访的惩戒规则。对于依法终结的涉诉信访,信访人继续以缠访、闹访形式企图获得非法利益的,法院应先进行劝解、教育、引导;劝解、教育无效,仍继续信访的,可以按照其对社会影响程度不同给与相应的处罚。情节轻微不构成犯罪的,依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定,给予相应的行政处罚;不合理访情节严重、构成犯罪的,依照我国刑法的有关规定,依法追究其刑事责任。根据《信访工作条例》对于信访工作“三到位、一处理”的要求,对于无理访的处理,要将教育的安抚作用与处罚的震慑作用相结合,做到软硬兼施,有效降低涉诉信访依法终结后的非法信访率,最终

提高司法公信力。

在实践中,如果公安机关对非法信访行为进行打击处理,那么采取打击措施的公安机关大概率会成为信访人的信访对象。为消除公安机关对打击非法信访的顾虑,首先应完善公安机关的绩效考核标准,在进行“扣分”时,严格区分正常公安访案件和信访打击处理案件,从根源上减少公安机关对涉诉信访人的缠访、闹访行为视而不见、不敢处罚的现象。

人民法院应逐渐探索建立机关门前访应急处置工作机制。对于已经落实“三到位”原则的缠访、闹访现象,紧密依靠党委、政府,协同公安机关依法处置;针对门前缠访、闹访、滞留访现象,由信访、法警部门牵头,密切联系公安机关,与属地法院相互配合、协调处理。

五、结语

涉诉信访化解工作的有效开展,需要在入口和出口严格把控,严格区分诉与访,完善信访终结制度,畅通信访终结出口。在制度层面,进一步完善、细化并落实相关规定,为司法实践提供更具体的指引;在实践中,法院内部要进一步明确各自职能,提高工作效率,在立案、审判、执行各环节严格把控,做好涉诉信访源头防范工作。各部门要进一步构建协调联动的工作体制,整合多元化资源,做好涉诉信访的化解工作,以真正实现让人民群众在每一个案件中感受到公平正义,让诉与访不再交织,使信访回归其本来职能。

〔参考文献〕

[1]王次宝,祝小琴.涉诉信访规范化:现状、问题与出路[J].中共天津市委党校学报,2017(02):52-57+81. DOI:10.16029/j.cnki.1008-410X.2017.02.009.

[2]张永和.常县涉诉信访:中国基层法院涉诉信访研究报告[M].北京:人民日报出版社,2013.

[3]杨梅花,卢紫阳.新形势下涉诉信访工作的特点、成因及对策建议[J].徐州审判,2018(05).

[4]李红勃.到人民法院去:当代中国涉诉信访的法社会学分析[J].中国法律评论,2017(02):69-85.

[5]李大勇.“诉访分离”司法政策的表达与实践[J].法

律科学(西北政法大学学报),2021(04):166-176. DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2021.04.001.

[6]李珊,何国强.探究涉法涉诉信访治理的困境与出路[J].公安学刊(浙江警察学院学报),2016(05):34-41.

[7]刘子荧.济南中院温情化解积案[J].民生周刊,2021(01):70-71.

[8]穆红玉,陈玉.检察机关涉法涉诉信访改革配套实施办法理解与适用[J].人民检察,2015(07):31-35.

[9]江必新,黄明慧.习近平法治思想中的法治实施理论[J].湖湘法学评论,2021(01):9-24.

[10]任锦辉,王霞霞.多元解纷机制规范涉法涉诉信访秩序初探[J].支部建设,2021(12):42-43.

[11]戴康.论公共冲突的专业化治理——以上海市H法律服务调解中心为例[J].长白学刊,2021(02):71-77. DOI:10.19649/j.cnki.cn22-1009/d.2021.02.010.

[12]洪泉寿.做好涉诉信访工作五个要点[N].人民法院报,2014-10-24(007).

【责任编辑:张虹】

Research on existing problems and countermeasures in the
litigation-related petition work of the people's
court in the new era
——taking the litigation-related petition work in
L Province as a perspective

Li Ning¹, Xi Mingzhu²

(1. Shenyang Huanggu District People's Court, Shenyang Liaoning 110031, China;
2. Liaoning University, Shenyang Liaoning 110036, China)

Abstract: The petition system is a political system with Chinese characteristics that shoulders the political functions of expressing people's demands and democratic supervision. With the rapid development of economy and society, China has gradually entered a period of social transformation and a period of prominent conflicts, so a large number of social conflicts have poured into the judicial field. Because citizens' awareness of the rule of law is not yet complete, some people are unable to obtain satisfactory results from judicial relief and turn to petitions, so that litigation-related petitions arise. As litigation-related petition cases continue to maintain a high level of operation, the party and government agencies have successively issued relevant regulations and opinions in recent years, building a macro institutional system to solve the problems existing in litigation-related petition work, so that there is a legal basis for the legal termination of litigation-related petitions. However, in practice, the number of litigation-related petition cases that have been substantively resolved is still small. The work of litigation-related petitions still faces difficulties such as difficulty in separating complaints from petitions, imperfect work systems and difficulty in substantively ending them in accordance with the law. There is an urgent need to start from the aspects of strengthening the source governance of litigation-related petition cases, improving the mechanism for terminating petitions according to law and smoothing the export of litigation-related petition cases, to bring the work of litigation-related petitions into the orbit of the rule of law.

Key words: litigation-related petitions; separation of lawsuits and petitions under the rule of law; legal termination

【法学理论研究】

特定语境下正当防卫限度之教义学反思

陆 杰, 凌萍萍

(南京信息工程大学, 江苏 南京 210044)

〔摘 要〕由于刑法对正当防卫条款的概括性规定与现实中防卫案例的高发频率,正当防卫的限度问题既是立法的盲点与痛点,也是司法的争议焦点。为进一步厘定正当防卫的限度条件,需要在明确正当防卫权的基本性质为主动防御权的基础上,以防卫人的身份特征、先前行为、持有武器、所处地点等不同特定语境为切入点,进行相应的教义学反思。具体包括实现不法侵害程度的预测可能性与防卫方式之间的平衡,对精准防卫与概括防卫、强度过当与时间过当、紧急防卫与非紧急防卫等范畴进行合理区分;同时,强调预防性防卫的存在必要性,最终实现对防卫限度的精细化教义学框定。

〔关键词〕特定语境;防卫限度;主动防御权;预防性防卫

〔作者简介〕陆杰(1999—),男,江苏南通人,南京信息工程大学法政学院 2021 级刑法学硕士研究生,主要从事刑法教义学研究;凌萍萍(1979—),女,江西九江人,南京信息工程大学法政学院副教授,法学博士,主要从事刑法教义学研究。

〔收稿日期〕2023-11-09

〔中图分类号〕D924.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)01-069-10

一、问题的提出

2023 年 2 月 6 日,《检察日报》在头版头条“回眸五年奋斗路——新时代新理念新作为”专栏以《昆山反杀案:法不能向不法让步》为题,再回顾“昆山反杀案”对正当防卫制度适用的里程碑式影响。之所以“昆山反杀案”近年来被反复提及,正是因为“法不能向不法让步”应当成为社会共识。当前,由于司法案件的推动,正当防卫的成立条件在刑法上呈现出开放态势,单纯性的立法规定并不能完全解决司法适用中的各种问题,正当防卫案件在我国司法领域内呈现出“关键性转折”^①。其中,正当防卫的限度问题一直以来都是司法关注的焦点。在“昆山反杀案”等典型案例中,防卫的限度问题一度被公众所热议。正当防卫领域存在的问题,并没有一个固态和绝对确定的标准。随着标志性案例的不断出现,正

当防卫的界限问题已经呈现出多元化的评价倾向,并且随着“时间过当”“量的过当”等概念的提出,正当防卫的限度问题在不同的角度呈现出应当被深入研究的趋势。根据《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《指导意见》),应当认为正当防卫的限度认定并不是平面的,而是从原则到方法,从理念到条件的立体式综合判断。尽管传统的正当防卫理论为防卫限度设置了数个条件,但是司法实践中出现的各类具体现象,比如防卫逆转之后的处置、武器防卫的开始设置等现象,都无法通过简单的概念性标准来判定。职是之故,确立正当防卫的限度问题看似一个后置性判断的问题,但是究其根本,应当是一个前置性原则设置与后置性具体判断相结合的问题。所谓前置性原则设置,是指在正当防卫认

①这种关键性转折主要体现在我国司法实务中对正当防卫的认定标准从保守的“退让原则”转变为积极的“对抗原则”或者“坚守原则”。

定的限度问题上设置原则性限制,其作用在于为后置性判断提供模板与划定界限。后置性具体判断的依据在于,司法实践中认定防卫的限度,必须要有客观标准以实现司法公平的保障。但是,正当防卫毕竟是公民个人权利的特殊体现,公民在判断是否行使防卫权、如何行使防卫权时,应当依据的标准是其内心的即时性判断,或者是在不法侵害发生时的特定状态下,由防卫人通过侵害的客观情况并结合其自身的主观情况,作出的综合性判断。这种判断仅仅通过事后性判断难以还原。因此,对正当防卫限度界定的妥当做法,应当是将原则性与特殊性相结合,进行综合性考量,而非以某个标准将之格式化。这也是本文拟引入多个特定语境,以全景式反思防卫限度问题的意旨之所在。

二、正当防卫性质的再确认——主动防御权抑或被动防守权

作为正当防卫的核心原则,“权利无须向不法让步”体现出坚决捍卫“法不能向不法低头”的刑事法治思维。在“正当防卫人—国家公权力—不法侵害人”的三角关系中,在“权利无须向不法让步”与正当防卫限度范围界定的矛盾冲突中,首先应当明晰防卫权的本质。

从我国刑事立法的角度来看,正当防卫并未做出法律条文上的变化。虽然《指导意见》第14条就正当防卫的适用条件和语境进行了较为细致的阐述,但是无论多么详细的解释,都无法完全涵盖正当防卫可能遇到的现实问题。被动防守权的弊端,在于通过将正当防卫限定在法条之内而对防卫人的权利进行否定。对此,应当明确无论是普通类型的侵害还是严重的暴力型侵害,相较于不法侵害人,被侵害人的利益具备天然的质的优越性。对于遭受不法侵害时应当采取何种原则来进行防卫,我国刑法没有明确规定。正当防卫司法案例的多样性,使得我国刑法无法以成文形式来确立一个明确的防卫原则,但是至少可以明确正当防卫应有的性质。相对于紧急避

险而言,正当防卫在我国刑法中的设置没有以“在不得已的情形下”为前提,也没有设置“公力救济求助”的前置性条件。由此可以看出,我国正当防卫的性质不是绝对意义上的被动防卫权。

可以肯定的是,当正当防卫被确立为一项主动防卫权,其内涵就会丰富很多。其不仅仅是私力救济的一种方式,而应当是私力在一定范围与程度内,代替公力进行的社会救济行为。在正当防卫的场合,防卫人不应当仅仅被认定为单个自然人,其所代表的应当是社会公民这一抽象群体,尽管落实到具体案件中,防卫人往往是具体个人的表现形式。不可忽视的是,即使防卫人在特定案件中通过逃避来避免了对侵害人的伤害,侵害人的侵害可能性依然存在。防卫人的替代者或许会成为新的防卫人,亦或是实质意义上的被害人。相较来看,正当防卫的价值不仅仅在于具体案件的私力救济成功,而在于避免了侵害的不确定性可能带来的二次或者多次侵害,以及社会不稳定因素的增加与社会秩序理念的退化。从我国对正当防卫的立法来看,立法者显然没有将正当防卫仅仅作为一种被动性的权力来解释,正当防卫被认为我国公民的一项权利。权利固然对于每个人都具有至上性、神圣性和永恒性,类似自由、平等、民主、财产、安全和反抗压迫等都是“人的自然的和不可动摇的权利”,正如人的自由总是“被看作一种生物学上的必然”或“为生命的保护和改良所必需”^①。正当防卫是权力权利化的一种表现形式。不法侵害在常态下,应当由公权力加以规制,但是当公权力由于某些特殊原因缺位时,私权利在一定程度上可以代替公权力行使。这正是刑法中正当防卫存在的基础。正如有学者所言,“公民权利自在地包含微观权力”^②。所有的公权力来源离不开私权利的集中化,脱离共同私权利的公权力是无力的。因此,所有的公权力都应当包含私权利的集合,而私权利也应当有着一定程度的微观公权力。据此,正当防卫体现出的公民权利不仅仅是一种被动的

①参见张禹:《公民权利正当性的深层分析——当代西方政治哲学核心问题研究》,南京:南京大学2013年博士学位论文,第6页。

②参见张禹:《公民权利与微观权力内涵关系的政治哲学诠释》,载《南京师大学报(社会科学版)》2017年第5期,第30页。

防守,而应当被视为一种积极的、可以在一定程度上替代公权力的主动防御权。

三、防卫限度的特定语境

对正当防卫的正当化依据主要有三种理解。第一种是利益衡量说。张明楷教授认为,正当防卫的原理是优越的利益保护^①。该说从利益大小或轻重角度出发来进行利益的比较,从不同角度对利益衡量的方式、利益认定、利益种类作出不同侧重的阐述。除此之外,日本学者还提出了法确证说理论^②,认为防卫人除了保卫自己和他人的权利之外,同时亦是捍卫了社会整体法秩序。所有保护的利益即便不大于防卫行为侵害的利益,但如果能将两者结合起来,基于优越利益保护的违法阻却就被承认。这种维护法秩序的利益,亦称法确证的利益^③。第二种是合法权利说,即立足于公民个人自我保护的合法权益来阐释正当防卫之正当化来源。第三种则是通过合法权利说与利益衡量说中的法确证的利益说相结合而生成的二元说。其实,从本质上看,无论是利益衡量还是合法权利,只是角度的不同而已,两者都需要注意的是防卫人和不法侵害人的利益比较。权利是保护利益的一种方式,但是无论是权利还是利益,都是一种限制下的内容。因为根据《中华人民共和国宪法》规定的平等权条款,不法侵害人与防卫人是对等的主体,双方在常态情形下都具有平等的权利与利益,只是不法侵害行为会导致侵害人利益的适度缩小,但是缩小限度需要在不同语境下进一步判断。

(一) 防卫人语境

首先,是防卫人的身份逆转语境。例如,在 A 与 B 的防卫对抗案例中,A 对 B 进行了不法侵害,但是这种不法侵害尚未达到致命性标准,而 B 的反击性行为超出一定的限度,则 A 是否可以进

行反击的情况。针对此种情况,美国刑法中明确 A 此时可以脱离“攻击者”身份,但是美国法院对 A 如何重新获得使用致命武器权利的问题有不同看法。针对非致命性攻击,多数原则认为,一旦 B 使用过度的武力威胁,A 就立刻重获正当防卫的权利;少数原则则认为,即使 B 用致命武器威胁回击 A 的非致命攻击,A 也不能使用致命的武力进行自卫,除非 A 首先退让而 B 持续以致命武器威胁 A。但是如果不存在退让的可能,则 A 可以立即使用致命武器还击。针对致命的攻击者,除非致命攻击者 A 放弃其致命攻击并将此事实告知 B,否则 A 在致命冲突下不能重获正当防卫的权利^④。此案的关键性问题在于,当防卫出现逆转时,原不法侵害人是否可以获得防卫权。

我国刑法对此问题并没有进行明确的设定。需要注意的是,我国刑法承认防卫过当行为的人罪,此时的防卫行为被认定为侵害了合法利益,而这一合法利益的拥有者是之前的侵害者。此时的刑法否定带来的另一个效果,就是防卫者与侵害者身份的交换。当不法侵害被遏制时,防卫的正当性终结;当其出现额外的防卫行为时,无论此种行为的主观恶性如何,都具有刑法上的可罚性。

其次,是防卫人有前期过错^⑤的语境。这种情况和防卫挑拨有着一定的区别。正当防卫中认定的防卫挑拨是指出于加害对方的故意,蓄意挑逗对方自己实施某种不法侵害行为,然后以正当防卫为借口向对方加以侵害的行为。在此情形下,防卫权应被全盘否定。防卫人的前期过错是指在不法侵害之前,防卫人对不法侵害行为的发生有着一定的促进作用,但其主观上并非出于蓄意的情形。例如德国刑法中的芬兰刀案(Finnendolch - Fall)。被告人将一辆之前偷来的

①参见张明楷:《正当防卫的原理及其运用——对二元论的批判性考察》,载《环球法律评论》2018年第2期,第51页。

②参见[日]大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,北京:中国人民大学出版社2008年版,第253-254页。

③参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱六叶译,北京:中国人民大学出版社2013年版,第144页。

④参见[美]约书亚·德雷斯勒:《美国刑法纲要》,姜敏译,北京:中国法制出版社2016年版,第34页。

⑤有些国家将这种情况不作为正当防卫的情形来考虑。例如,加拿大刑法规定“任何人在未挑起攻击而遭受非法攻击时,如使用武器系自卫所必要,并且并非意图导致死亡或者严重人身伤害,其以武力抵抗武力,应视为正当”。参见罗文波、冯凡英译:《加拿大刑事法典》,北京:北京大学出版社2008年版,第35页。但我们认为正当防卫强调两个内容:一方面是社会秩序的恢复;另一方面则是公民人身权利的保护。无论是何种原因引发的不法侵害,即使防卫人对此有过错,但是过错并不必然导致不法侵害的产生,非挑拨性的过错仍然具有一定的防卫价值。

汽车开出停车场时,刮到了停在旁边的汽车,并与一辆从旁边开来的汽车相撞。为了避免对方记下他的车牌和相貌,他继续朝前开车逃逸。与他相撞的汽车司机 R 紧追不舍。当被告人受阻于一辆因红灯停在前面的汽车而下车逃走时,R 继续追赶,向被告人大喊并试图杀掉他。当 R 追上被告人时打了他几拳,被告人则掏出一把芬兰刀捅向 R,致其死亡^①。在此案中,防卫人对不法侵害的产生负有重大责任,因而在防卫时需要对限度有严格的限制。在这种场合下,防卫人对不法侵害的发生有着一定程度的基本判断,对侵害可能出现的强度、方式有着可能的预判,以此区别于没有任何准备的防卫行为。也就是说,在这种防卫的场合下,即使是致命性侵害,防卫人在手段与强度的选择上应当以抑制不法侵害的“必须”为限,在可期待的范围内实施防御性防卫;只有在防御性防卫无效的情况下,才可以进行攻击性防卫,即采取循序渐进的二阶段式防卫,而不能实现绝对意义上的“完全制服性”限度。这是由于其前期的过错行为使得其“社会防卫义务”增加,法所确证的利益比一般场合减少,其在防卫时既要保证自身权利的安全性,也要尽量降低其过错行为所可能导致的受损后果。在此种情形下,防卫人的防卫理应是保守的。

最后,防卫人有特定的体力优势亦需纳入考量。正当防卫的刑法规定并没有对防卫人作出特定的职业限制。具有某些职业背景或者有着明显体力优势的人,在遭受不法侵害的场合下,需要对其防卫行为进行一定的限制性设置。例如,甲是受过专业训练的拳击手。某日甲在路上行走时受到乙的攻击,甲试图躲避,但乙依然对甲多次拳打脚踢。甲在制止无效的情况下,出手击打乙的面部,导致乙因伤势过重死亡。在这种特定案件中,由于防卫人具有非常态的身体状态,相对于一般社会人而言,其攻击行为可能会

导致超过不法侵害人预期的后果。因此,防卫人应当按照防守的标准进行适当的避让。只有当其有明显退让行为仍无法阻止不法侵害时,才可以采取积极的防御,而且其积极防御行为应当具有一定的适当性。这种适当性应当由防卫人结合自己的身体力量,进行评估之后作出判断^②。

(二) 武器^③语境

很多国家刑法对在武器语境下的防卫行为都有着特殊性规定。无论是不法侵害者持有武器,或是防卫人利用武器进行还击,还是二者均持有武器的情形,在正当防卫领域内讨论都有其独特的意义。在持有武器的不法侵害语境下,不法侵害应当区别于其他的侵害行为进行独立判断,其原因在于武器侵害的直接性与致命性。相对于一般性的不法侵害,持有武器显然比没有武器更具有威胁生命的可能性,而且持有武器往往是判断特殊防卫的关键性条件。从防卫人的角度来看,持有武器的侵害具有明显的侵害重大身体权利的倾向性。武器对社会一般人而言,都是非常态下出现的攻击性器具。当具有一定杀伤力的武器出现在任何侵害行为中,无论是不法侵害人的恶意还是攻击程度,相对于没有武器的场合无疑要高出很多,防卫人因此产生的恐慌心理也会有所加剧。当然,这里的武器必须以显露作为必要条件。当不法侵害人仅仅携带但是并未以显示的方式让防卫人知晓的情形下,不应当将其设置在武器防卫的语境之中。因此,当不法侵害人显露出武器,且明确该武器是即将针对防卫人所使用,防卫人就可以进行特殊防卫。这里需要例外考察的有三个语境内容:

第一,在持有武器的不法侵害中,接近性防卫是否可以存在。所谓接近性防卫,是指不法侵害尚未完全显露,但是防卫人有合理理由认定不法侵害即将开始,且不法侵害一旦开始,具有一定的瞬时性与失控性,防卫行为必须在不法侵害

①参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社2012年版,第41页。
②进行过专业训练的特殊职业群体,其攻击能力远远超过一般的社会公众,且对攻击的防御能力较强,相对于社会一般人,其控制攻击风险的能力有着显著不同,对遇到攻击时的力量判断会相对比较准确和稳定,因此,要求其在被侵害时作出评估具有可行性。
③这里的武器指的是具有一定攻击性与杀伤性的工具。正当防卫语境下所探讨的武器,是指能对防卫人产生较大的精神恐慌,能够较为直接地产生重大伤亡的工具,一般来说包括管制刀具、枪支、爆炸物等。

真正实施之前进行,才能保证防卫有效性的情形。一般意义上的正当防卫,要求防卫必须发生在不法侵害已经开始尚未结束的阶段。关于不法侵害的开始,我国刑法理论界的观点包括着手说^①、进入现场说^②、犯意确证说^③等学说观点。其中,犯意确证说占据了较为主流的地位。犯意确证说将正当防卫的开始时间设定为当预备行为能明显反映出不法侵害的意图,行为人实施不法侵害的心理可以从这一行为得到确证,该预备行为除表明不法侵害外,不能作出其他合理解释时,才能认为不法侵害已经开始^④。需要考虑这样一种情况。甲曾经多次持枪威胁乙,告诉乙会找机会枪杀乙,而乙明知每次甲都将枪放在固定的上衣口袋中。在一次甲与乙见面时,双方发生争执,甲伸手摸上衣口袋但没有拔出枪,乙为了避免被害,抢先一步杀死了甲。在此案中,乙的行为是否可以认定为正当防卫,是一个需要进一步探讨的问题。本案中采用的侵害手段为枪支,枪支可以在瞬时导致侵害结果的发生。如果要求防卫人必须明确不法侵害人的行为是排除其他任何可能之后的掏枪射击行为,防卫行为很有可能会滞后甚至归于无效。因此,此时不应当对防卫人的等待确认行为作出更多的期待,而应当将其防卫行为的适时性予以提前。在此种情形下,为了防卫的有效性,应当允许接近性防卫的存在。

第二,是关于武器转向情形的认定。这里主要是针对防卫人通过防卫行为,从不法侵害人手中夺取武器的情形。当出现武器转向的情形,一般来说预示着两种可能性。一是不法侵害的紧迫性已经有所缓和。当武器在不法侵害中消失时,意味着不法侵害行为欠缺了最具有攻击性的力量,至少可以认为致命性伤害的可能性有所降低。二是双方力量比较有了初步的判断。防卫人可以通过自身行为夺取不法侵害人的武器,说

明防卫人具有一定的防卫能力,防卫成功的概率有了很大程度的提高。基于以上两点可以看出,防卫与不法侵害之间的力量对比已经有了较为明显的权衡。但是正当防卫并不要求绝对意义上的“必须”,也不需要力量对比上对防卫人作出过于苛刻的限制,毕竟防卫人在受到不法侵害时,会陷入非理性的精神状态之中。如果要求其必须进行力量与利益上的衡量,在这种特定的状态下,就显得勉为其难了。因此,即使出现武器转向的情形,除非能证明防卫人有着明显的恶意伤害故意,都不应当对其后续行为作出否定性评价。

在防卫过程中,防卫人基于自我保护必要性的错误性考虑,或者受到侵害后出现报复性恶意的情况都是存在的。因此,在武器防卫过程中,应当将存在恶意的防卫行为排除在正当防卫之外。很多情况下,存在防卫行为的致命性未必是防卫的最佳选择。最佳选择与最合理选择之间的差异判断,主要在于防卫人当时所处的综合状态。一般认为,“受违法攻击者可以选择那些足以迅速、终局地清除危险的防卫手段。从原则上讲,如果防卫效果堪忧的话,他并没有必要采用更弱的防卫手段”^⑤。

第三,在双方均持有武器的情形中,所谓的武器对等论能否成立。武器对等论本质上是一种判断防卫行为与侵害行为是否具有相当性的方法,其在正当防卫的审判实务中有着广泛的市场。基于惯性思维,司法人员刻意要求行为人与侵害人使用的武器工具要相等;对于来自未持械攻击者的不法侵害,防卫人只能选择徒手与之抗击;纵然面对的是持有武器的不法侵害,也只能选择与之打击效果相对应的武器进行还击,不能有所逾越,即所谓的“拳对拳,刀对刀”。然而,防卫行为明显超过必要限度,但结局上并未造成任何损害,或者未造成重大损害的案件,不能以防

①参见周国均,刘根菊:《正当防卫的理论与实践》,北京:中国政法大学出版社1988年版,第53页。

②参见马克昌主编:《犯罪通论》,武汉:武汉大学出版社1995年版,第702页。

③参见陈兴良主编:《刑法总论精释(上)》,北京:人民法院出版社2016年版,第255-256页。

④参见陈兴良主编:《刑法总论精释(上)》,北京:人民法院出版社2016年版,第256页。

⑤参见[德]克劳斯·罗克辛:《德国最高法院判例刑法总论》,何庆仁、蔡桂生译,北京:中国人民大学出版社2012年版,第41页。

卫过当论处^①。显然,不能简单地以防卫方所持武器的杀伤力大于侵害方为由而认定防卫超出必要限度。对此,需要从行为限度与结果限度两个角度理解。如果仅仅是手段过当,但所造成的结果仍在预期范围内,则不能认定防卫行为超出必要限度。再者,防卫限度也存在着量的程度。既然刑法认定的正当防卫标准为不能明显超过必要限度,就意味着可以超过一定量,并不要求一定是“拳对拳,刀对刀”。“明显超过”是一种防卫行为质的突破,根本衡量标准是防卫人采取的措施超出足以制止对方侵害的程度,具体需要结合当时场景和主观心态,以一般人的标准加以判断。

四、特定语境下正当防卫限度的教义学反思

(一)实现不法侵害程度的预测可能性与防卫方式之间的平衡

一般而言,不法侵害通常具有突发性。对此,行为人难免会由于惊吓、紧张、恐慌等缘由,不能理智地思考运用何种方法、如何把握力量大小以及控制防御措施所导致的损害结果。此时,如若苛求行为人冷静、全面地判断和掌握当时的所有情形,尤其是准确识别不法侵害的性质,要求防卫人将其防卫限度控制在与不法侵害相当的合理范围内,是一种不切合实际的“上帝视角”。面对侵害人针对防卫人实施的突发性、刺激性不法侵害,防卫人往往由于精神上的惊恐、害怕,会自觉形成一种自我保护的本能。此类紧急情形下,防卫人对正在发生的不法侵害伤害程度的预测可能性,很大程度上会受到情绪与生理的双重影响与干扰,继而因无法进行周密且精准的理性判断,导致选择的防卫方式不适当。那么,对于紧急状态下防卫人对不法侵害程度的预测可能性与防卫方式之间的失衡,应当如何规制呢?

防卫人处于恐慌、紧张的状态下,对其依据危险状态中实施的侵害行为的预测判断而采取

的防卫方式,不应具有当然的期待可能性。应当以包容、审慎的态度,从以下两个方面进行法律论证。一方面,应当坚持“防卫人的权利优先”立场^②。在我国,正当防卫制度设立之初的刑法内涵,表明防卫权是刑法赋予防卫人以主动、积极形式实现保护的權利和資格,而非公民最后的私力救济途径。防卫人在短时间内针对突发性不法侵害进行程度预测与结果预判,进而选用的防卫方式,首先应当站在有利于防卫人的立场上,对其进行限度层面的衡量,将防卫人面对紧急情景下的紧急心理状态、应激生理反应,纳入对不法侵害程度的预测性衡量标准中,适当地向防卫人一方倾斜,即作出有利于防卫人的解释。另一方面,还需遵循对侵害人的“最大宽恕原则”^③与“最轻微(最温和)的手段原则”^④。这是因为防卫人的优先立场并非具有绝对的必然性,其优先性应当是在防卫人可实现的合理程度预测范围内,考量防卫人面对多种可供选择的防卫方式下进行的实质选择,切不可矫枉过正,盲目扩大正当防卫的限度条件。此类行为方式的选择,应当尽量控制在对侵害者的人身、财产等损害较小的合理幅度范围内。如果防卫人采取的防卫方式远远超出侵害人行为后果的程度预测结果,即方式选择存在不符合常理常情的情形,显然就超出了防卫正当性的限度范围,构成防卫过当。值得注意的是,“最大宽恕原则”的设置目的不是出于“权利向不法行为的让步”,而是从比例原则与保护义务的角度出发,通过对防卫人权利的合理限缩,解决生命权与防卫权之间的矛盾冲突。此时,防卫人不得采取超出预测可能性范畴的极端防卫方式。防卫权的合理限缩并非意味着法向不法低头,而是防卫权对生命权的让步。这体现出防卫权作为一项权利,其在本质上必然伴随着一定程度的制约,以及刑法对防卫人与侵害人的平等性保护。

①参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,载《法学评论》2017年第5期,第9页。

②参见高铭喧:《正当防卫与防卫过当的界限》,载《华南师范大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第157页。

③参见胡东飞:《论防卫行为的明显超过必要限度》,载《刑法论丛》2019年第2期,第197页。

④参见张明楷:《刑法学》(上),北京:法律出版社2021年版,第277页。

(二) 实现精准防卫与概括防卫的区分

精准防卫与概括防卫在防卫要求上有着不同的标准。精准防卫,要求防卫人的防卫时间与限度要与不法侵害人的行为实现等同的效果。这意味着,此时的防卫人要实现防卫行为强度与不法侵害强度界限相吻合的精准还击,即防卫人所作出的及时防卫行为的强度,不应当超越刑法界限的精确判断,且防卫效果要精准至与受侵害程度相对等。精准防卫的本质在于,希望防卫人通过精确的正当防卫判断,最大限度地实现防卫的正当性。但这种表层的“正义”意识,实质会造成差异个案中的“非正义”。这种通过对防卫人提出更高标准,要求防卫人在面对不法侵害,尤其是紧迫型不法侵害时精准把握侵害行为的强度,采取不过当的防卫,现实中明显是难以实现的。因此,精准防卫这一提法在特定语境中存在不妥之处。

在司法实践中,确实存在由于僵化适用法条,导致将正当防卫判定为防卫过当,甚至否定正当防卫的情形。周光权教授将此类人为压缩防卫行为合法性空间的现象称之为司法异化现象^①。这类刑事司法中的立场错位,不应当率先归咎于刑事立法的抽象性与概括性。事实上,刑事立法对正当防卫的立场,是基于广泛认同防卫行为的立场上,再依据个案的具体情形,进行整体的判断衡量做限缩解释^②。相对于精准防卫而言,概括防卫更加切合我国的正当防卫立法模式以及社会公众的普遍心理预期,将防卫人的防卫要求标准统筹概括在合理限度之内。这种对正当防卫客观事实进行概括的防卫观念的出发点,并非是对正当防卫标准明朗化的排除,相反,是基于对各方主体权益均享有同等的保护立场^③。此时,在特殊情境的处遇中,既发挥出防卫人的主体权益在正当防卫这一制度下具备特殊保护的优势,同时,又避免不法侵害人的权益受到初始贬损甚至消解,有助于整体法秩序的认同。

(三) 实现紧急防卫与非紧急防卫的区分

通过分析中国裁判文书网公布的案例可以发

现,我国司法审判中对“正当防卫”的认定总体呈现趋向保守,司法实践中尚存在法院以防卫人未正确估量侵害行为的现实紧迫性为由,将案件判定为不成立正当防卫或者防卫行为超过必要限度,构成防卫过当的司法弊端。以“于某案”一审判决为例,法院就是以“紧迫性缺少”作为不认定于某无罪的理由。对于司法实践中以“缺乏紧迫性”为由,将应当认定为正当防卫、不负刑事责任的行为认定为防卫过当,甚至判定为故意型犯罪的认知偏差,以及正当防卫的紧迫性标准判断,就成为认定是否成立正当防卫以及是否构成防卫过当的重要问题。

单纯以正当防卫的时间终止节点界定防卫是否过当,存在着明显误区。在某些案件中,存在侵害人已经开始着手实施侵害行为,尚未形成一定强度影响的情形。此时,正当防卫的现实紧迫性要件作为一项隐性要求,成为判定是否构成防卫过当的依据,纳入防卫时间要素的限定之中。作为正当防卫的成立要件之一,正在进行的不法侵害,是指侵害人的侵害行为处于实行阶段,而非预备阶段。陈兴良教授认为,这个实行阶段可以通过划分时间节点的方式,表述为已经发生且尚未结束,即开始时间与终止时间^④。

在此基础上,以现实紧迫性为立足点,作为判断防卫是否过当的紧急防卫与非紧急防卫的概念划分应运而生。紧急防卫,是指面对紧急发生的不法侵害时,如果防卫人不直接采取积极的防卫行为,就会有造成重大损害的现实可能性。其时间范围通常限定于不法行为一经实施,危险可能性或实害结果便会接踵而来。此情形下的防卫人对不法侵害的认知时间短促,属于无法预料的突发性防卫,故而对此类防卫行为的包容性更强。也就是说,即便此时的防卫结果为造成重伤、死亡等重大损害结果,也应当综合考量、评价防卫人的防卫行为,不应直接认定为防卫过当,甚至判定为故意伤害罪、故意杀人罪。在陈某浮正当防卫

①参见周光权:《正当防卫的司法异化与纠偏思路》,载《法学评论》2017年第5期,第1页。

②参见[日]松宫孝明:《刑法总论讲义》,钱叶六译,北京:中国人民大学出版社2013年版。

③参见[美]乔治·P·弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,北京:华夏出版社2008年版,第633页。

④参见陈兴良:《正当防卫:指导性案例以及研析》,载《东方法学》2012年第2期,第4页。

案^①中,被害人陈某酒后无故携带菜刀来到被告人陈某浮家,要求与其打架。在二人扭打过程中,陈某因钝性物体作用于胸部致心包、心脏破裂,导致失血性休克死亡。一审与二审法院均肯定了陈某浮的防卫性质,否定其存在过当情形,认定陈某浮不负刑事责任。

设置非紧急防卫的目的在于明晰防卫人的防卫意图,将之与同态私仇报复区别开来。此外,非紧急防卫并不意味着要求防卫人履行绝对的逃避义务。紧急防卫与非紧急防卫的概念具化与区分,是进一步划分防卫过当与正当防卫基础上的必然要求。紧迫性作为两者的前提要件,是验证不法侵害正在进行的不可缺少的基本参数。只有具备现实紧迫性,防卫人的行为才符合正当性要求。诸如甲提前向乙约架,乙携带武器“赴约”的情形,尽管此时乙依据甲不法侵害行为作出携带武器的准备,但因为乙寻求公权力救济时间充裕、条件充分,无论乙是否具备自我防卫的意图,乙的反击行为都不具备现实紧迫性,更不可能属于有准备的非紧急防卫。将正当防卫的限度置于现实紧迫性的基础上,通过整体判断区分为紧急防卫与非紧急防卫,防止对正当防卫进行过度评价,可以避免将正当防卫认定为防卫过当或故意性犯罪的判定失误。

(四)实现强度过当与时间过当概念的区分

英美法系基于防卫人本位理念以及真诚(honest)标准与合理(reasonable)标准,对防卫限度是否过当进行认定判断。这种标准依托于防卫人对当时情况的主观“真诚”且合理的推断。与英美法系基于防卫人主观立场的自卫判断标准相比较,我国刑法对防卫时间的限制规定采用的是大陆法系客观主义判断标准,即“不法侵害正在进行时”。立法者本意应当是想实现最为精准的防卫,也即防卫行为在不法侵害已经着手实施且尚未结束时进行,才能认定为正当防卫。超出这一精准时间标准实施防卫行为的,都应当被认定

为防卫不适时。

针对实务中引发的防卫人面对突发性不法侵害事态时的理性难以归位以及刑事司法中对精准时间标准认定难以把握的问题,德国、日本的学者通过时间要素与手段强度的划分,进一步将防卫过当细化为强度过当和时间过当两种类型。理论界普遍认为,强度过当,是指防卫人进行防卫所采取的手段强度明显超越了正当防卫的强度界限;时间过当,系防卫人进行防卫的时间逾越了正当防卫的时间界限,并且造成了值得刑法向保护受害人权益作倾斜的实质损害结果(重伤、死亡结果)^②。换言之,若超过时间限度,即不法侵害已经结束,防卫人所采取的防卫行为未造成值得刑法评价的损害结果(比如轻伤害),应当认定为正当防卫,而非防卫过当。此外,刑法理论界又将强度过当命名为质的过当、手段过当,将时间过当命名为量的过当、外延的过当抑或事后过当。

其中,佐伯仁志指出,强度过当为防卫人在急迫的不法侵害进程中所采取的防卫行为自身超出防卫限度;时间过当为防卫人在侵害结束后,随即又实施了反击行为^③。理论界对于强度过当予以广泛认同。与争议较小的强度过当相比,学界对于时间过当尚存在争议。肯定说观点认为,一方面,针对复数防卫行为进行整体性评价,是正当防卫制度的必然路径^④;另一方面,由于立法并未将时间限度条件明确排除在正当防卫的必要限度之规定中,若将时间过当认定为防卫过当,作为防卫人可以有效获得减免处罚的实质依据,在一定程度上实现了量刑相当。故而,对于时间过当可以适用《中华人民共和国刑法》第20条第2款的规定^⑤。否定说普遍认为,时间过当情形缺乏正当防卫的存在前提,即不法侵害一旦结束,正当防卫的前提条件已然丧失。因此,针对因认识错误而导致的时间过当,应当按照事实认识错误进行一般性处理^⑥。这一观点机械地对防卫人的防卫行

①参见“最高人民法院,最高人民检察院,公安部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》新闻发布会”,载中华人民共和国最高人民法院网, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-251621.html>,最后访问时间:2023年2月23日。

②参见张明楷:《防卫过当:判断标准与过当类型》,载《法学》2019年第1期,第21页。

③参见[日]佐伯仁志:《刑法总论的思之道?乐之道》,于佳佳译,北京:中国政法大学出版社2017年版,第136页。

④参见赵宗涛:《整体评价视角下的防卫过当的理论建构》,载《东北大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第100页。

⑤参见张明楷:《正当防卫与防卫过当的司法认定》,载《法律适用》2018年第20期,第3页。

⑥参见陈兴良:《正当防卫论》,北京:中国人民大学出版社2017年版,第163页。

为予以分割评价,从而忽视了防卫人防卫行为在时间与空间维度的过程性的动态导向以及行为本身的连贯性与整体性^①,导致了紧张局势下防卫人的防卫选择与实务中精准的时间要素标准之间矛盾冲突的加剧。

综合而言,刑法学界与司法实务界目前对于强度过当与时间过当的概念理解和实际运用仍有偏差,对二者是否能够作为认定防卫过当的依据,尚未形成统一性的规范认知。换言之,针对防卫人防卫是否过当的认定,一方面,存在强度过当适用不明的情形;另一方面,也存在以实现最精准的防卫为立场,普遍将时间过当排除在防卫过当的范围之外,导致防卫人丧失减免处罚的实质性依据,最终以“防卫不适时”的缘故,认定防卫人构成过失犯罪甚至故意犯罪的情形。在中国刑法语境中,承认强度过当与时间过当的概念适用,有助于解决防卫人连续性防卫行为逾越防卫强度限度与时间要素所带来的不足。

(五)实现事前防卫与预防性防卫的区分

应当承认预防性防卫的存在必要性,其与事前防卫存在本质区别。不法侵害行为是一个具备阶段性动态导向的过程,静态的衡量模式无疑会使得作为特殊主体的防卫人的权利地位得到贬损,这一阶段尚存在某些具有特殊性的时间节点。预防性防卫,正是防卫人针对具有现实紧迫性的不法侵害行为时,采用先发制人的防卫方式进行反击的积极性防卫。它在本质上区别于事前防卫,仍然归属在正当防卫的内涵之中。例如,不法侵害人企图枪杀防卫人,此时,危险产生的节点早于不法侵害的实行行为的开始,即不法侵害人瞄准防卫人时已然产生紧迫性,属于直接面临的危险。根据形式客观说原理,此时不法侵害人已经着手实施侵害,防卫人无需等到其扣动扳机的射击行为,便可以率先针对侵害人采取防卫措施进行自我保护。美国法学会(American Law Institute)制定的《模范刑法典》(Model Penal Code)第3.04(1)条规定,为保护自身而使用武力的正当性,依照本条和第3.09条的规定,如果行为人相信对他人的身或者向他人的人身使用武力,是

为防止他人在当时的情况下针对自己使用非法武力所急需的,对他人使用该武力即具有正当性。依据 Steph Morse 的观点,此类带有攻击性的防卫行为可以定义为“预先的攻击行为”。此类行为作为正当防卫的合法限定在——如果在不久的将来且可能造成死亡或重伤结果,并且当攻击迫在眉睫、确实没有其他合理的防卫救济选择时,传统的刑法自卫学说应该将预防性攻击认定为具有正当性^②。“预防性防卫”的存在,作为时间节点要素,对于判断防卫人防卫是否适时以及是否过当发挥了重要作用,事实上将预防性防卫纳入了正当防卫体系之中。防卫人完全可以预料到侵害人即将实施、结果随之而来的不法侵害行为,并非将不法侵害所制造危险的紧迫性予以排除,定性为缓和的危险,而是通过对主客观因素进行综合评价,从而推导得出的结论。试举以下案例讨论:

案例1:妻子A长期遭受丈夫B持续性的监禁以及危及生命的虐待。某日,A在看到丈夫B去厨房寻找刀具准备施暴时,抢先将丈夫B杀死。

案例2:某女性甲长期遭受丈夫乙危及生命的虐待。某日,甲趁着丈夫乙熟睡之际,将其杀死。

案例3:丈夫丙有醉酒后殴打妻子丁的习惯,且殴打行为有危及生命的可能性,但并非每次醉酒都会发生。某日,丈夫丙醉酒后回家,妻子丁见状用刀将丙刺伤。

分析上述案例,如果将预防性防卫中的危险定性为缓和的危险,那么前文中三个“防卫人”均不存在防卫过当情形。但是,显然在这三种类似案情中,可以推导出截然不同的认定结果。案例1中,面对即将到来的不法侵害,妻子A采取先发制人的预防性防卫对抗丈夫B的不法侵害,是为了保护更为优越的法益——自身的生命安全。此时,危险产生的节点使得防卫时间提前至不法侵害着手阶段,无需先履行“躲避义务”,即可成立正当防卫,而非构成防卫过当甚至故意犯罪。案例2中,从整体性进行评价,侵害行为已经停止,并未处于持续性危险的暂停状态。丈夫乙的熟睡

①参见[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141页。

②See Joseph H. B. Beale, Homicide in Self-Defense, Columbia Law Review, 1903.

表明不法侵害尚未开始或已经结束,女性甲的杀害行为系故意犯罪,根本不成立正当防卫。案例3中,丈夫丙并未制造具有紧迫性的现实危险,在此种情形下,妻子丁确有条件寻求公权力作为救济途径,原则上禁止对未来的侵害实施先发制人的防卫。防卫人应当尽量寻求安全空间,履行一定程度的躲避、退让行为,保持一定程度的克制^①,故妻子丁的行为不属于预防性正当防卫。以受虐妇女遭受身体侵害的家庭暴力为例^②,女性的预防性防卫在成立正当防卫的前提下,不仅

可以适用防卫过当作为减轻或者免除处罚的条件,还可以考量作为出罪事由^③。正当防卫中的紧迫性通常根据防卫人的预期判断,在不法侵害进行过程中展示出攻击紧迫性或者危险的紧迫性^④。预防性防卫的引入,可以通过将正当防卫的时间节点提前,有效促使受害方实现正当防卫,从而进一步厘清不法侵害中防卫行为是否超过法定限度条件。

【责任编辑:柴 玮】

Dogmatic reflection on the limits of legitimate defense in specific contexts

Lu Jie, Ling Pingping

(Nanjing University of Information Science and Technology, Nanjing Jiangsu 210044, China)

Abstract: Due to the general provisions on legitimate defense clauses in the criminal law and the high frequency of defense cases in reality, the issue of the limits of legitimate defense is not only a blind spot and pain point in legislation, but also a focus of judicial controversy. In order to further determine the limiting conditions of legitimate defense, it is necessary to make it clear that the basic nature of the right to legitimate defense is the right to active defense, and to take into account different specific contexts such as the identity of the defender, previous behavior, possession of weapons and location as the pointcut and conduct corresponding doctrinal reflections. Specifically, it includes achieving a balance between the possibility of predicting the extent of illegal infringement and defense methods, and making reasonable distinctions between precise defense and general defense, excessive intensity and excessive time, emergency defense and non-emergency defense, etc. ; at the same time, puts emphasis on the necessity of preventive defense to ultimately lead to a refined doctrinal framing of the limits of defense.

Key words: specific context; defense limits; active defense right; preventive defense

①参见[德]约翰内斯·卡斯帕:《德国正当防卫权的“法维护”原则》,陈璇译,载《人民检察》2016年第10期,第30-34页。
②家庭暴力可综合评价划分为身体侵害行为和精神侵害行为。由于精神侵害尚存在是否成立暴力的争议,原则上受害人只有遭受身体侵害行为时,方可进行正当防卫。
③参见陈兴良:《家庭暴力的正当防卫》,载《政法论坛》2022年第3期,第86页。
④See Boaz Sangero, Self - defence in Criminal Law, Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 154.

【法学理论研究】

撤回公诉中证据不足案件的责任汇集、卸除与再分配

——以司法领域卸责理论为视角

张英哲

(中国人民公安大学,北京 100045)

〔摘 要〕撤回公诉问题作为刑事诉讼程序的顽疾,一直被理论界和实务界所关注。从卸责理论的角度分析,撤回起诉程序实质上是一种疑难案件责任风险流动和再分配的过程。证据不足案件的责任产生于侦查阶段,通过撤回公诉,案件责任被拦截于法院,并重新回流至检察机关。撤回公诉后,检察机关将案件责任通过侦查机关和被告人卸除,但因此造成案件处理效力不明,从而损害被告人权益。为完善撤回公诉制度,需要通过弱化检察机关的卸责机制、加强被告人的责任承担能力等途径,对证据不足案件的责任风险进行再分配。

〔关键词〕撤回公诉;卸责理论;证据不足;被告人权益

〔作者简介〕张英哲(1993—),女,河南平顶山人,中国人民公安大学法学院2020级刑事诉讼法学博士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2023-10-04

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)01-079-09

自从检察机关实行“案件比”考核标准以来,“案件比”就被誉为衡量司法质效的标尺^①。由于检察机关处于刑事诉讼起诉和分流的关键阶段,“案件比”对于检察工作质量的考核,牵动了整个刑事诉讼的效率和质量。无论作为刑事诉讼纵向结构中侦审之间的传送带,还是横向结构下与被告方对立的起诉方,检察机关在刑事诉讼中的作用都举足轻重。检察机关对因证据不足或证据发生变化的案件撤回公诉这一举措,将证据不足案件的责任集中于自身,对检察机关的行为决策产生了重要影响。

一、问题的提出和分析视角

检察机关撤回公诉作为案件过滤和补救措施,是检察机关运用公诉权的表现方式。撤回公

诉对不应当进入法庭而已经进入的案件进行再次分流,属于程序倒流的一种。它突破了疑罪从无原则的限制,使案件进入一种模糊化的留有余地的处理方式。实践中,将“证据不足或证据发生变化,不符合起诉条件”作为撤回公诉的理由不在少数。虽然有观点认为,撤回公诉以起诉裁量权为理论根据,具有正当性基础^②,但学界对此的批评普遍认为,以撤回公诉代替无罪判决,严重损害了司法公信力,制约了刑事辩护制度的发展,侵犯了被告人的合法权益,浪费了司法资源^③。究其原因,撤回公诉抵销无罪判决是诉审合意现象的一种。公诉机关与审判机关在实践层面上的天然同盟关系,导致双方经常法庭外就个案处理进行非正式的交流沟通,希冀就事

①参见范仲瑾,罗向阳,王峰:《“案件比”:衡量司法质效的标尺》,载2020年4月28日《检察日报》,第003版。

②参见周长军:《撤回公诉的理论阐释与制度重构——基于实证调研的展开》,载《法学》2016年第3期,第150-160页。

③参见陈学权:《避免“以撤回公诉代替无罪判决”的理性分析》,载《人民检察》2009年第23期,第51-54页。

实认定、证据采信、法律适用及程序性问题达成共识^①。不仅如此,相关联的撤回公诉的性质和撤回后的效力问题,也在学界和实务界引起广泛讨论。有观点认为,公诉案件撤回起诉不属于法定的诉讼终结方式,不具有终结诉讼的效力^②,公诉撤回权只是引起人民法院中止刑事案件审理的一种诉讼权利^③;也有观点认为,撤回起诉具有终结诉讼进程的效力,不等于退回到审查起诉阶段,不能再作不起诉决定^④。近来有学者提出,《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《新刑诉法解释》)第232条关于庭前会议中新增加的审查功能,规定对明显事实不清、证据不足的案件,检察院又不接受法院建议进行撤回的,应当在庭审中原则上禁止撤回。该项规定在本质上体现了限制公诉案件撤回,倾向于对其作出无罪判决的结果,是对被告人权益的保障^⑤。

与理论研究相悖,尽管撤回公诉的负面影响成为学者们批判的众矢之的,但实务中以“事实不清、证据不足”而撤回公诉的案件仍广泛存在。理论界探讨的完善方案,并未在撤回公诉案件中真正实施,以至于撤回公诉成为流弊。反思撤回公诉以往的研究,有学者从多方面探讨了撤回公诉的原因及完善措施,但是这些研究将撤回公诉归因于宏观上无罪推定观念缺失,中观上检察机关和法院的职权主义体制,微观上撤回公诉阶段太长,并未深入研究这种运作的具体方式和产生原因。研究内容上的缺失,导致实践中撤回公诉的弊病难以根治。

于是,问题的核心——为何撤回公诉中存在理论批判而实践欢迎的相悖情况,因证据不足而撤回公诉难以改善的根本原因是什么,司法领域卸责理论^⑥为研究撤回公诉机制提供了新的视角。根据这一理论,卸责意为责任主体通过程序

或其他方式减轻由司法职务活动带来的责任。责任是动态的,在不同主体之间流动和转移。刑事诉讼程序中,依然存在许多为法院和法官设置的缓解压力和转移责任的机制,其中部分是不合理的错误方式^⑦。通过制度的卸责功能缓解和转移自身压力,反映在制度的运行过程中,为司法主体内心所知悉。撤回公诉便是卸责机制中的一种。司法卸责理论揭示了司法机关之间动态流转司法责任的过程,克服了以往孤立地理解检察机关撤回公诉活动的局限,对于全面、正确理解因证据不足撤回公诉案件具有理论指导作用。

有鉴于此,本文将循着司法领域卸责理论的基本思路,首先对撤回公诉中证据不足案件责任汇集于检察机关的现象描述和归因;然后对检察机关如何处理撤回后案件责任进行描述及问题分析;最后对检察机关进行合理责任减负,根据被告人是否同意撤回公诉,将证据不足案件的责任分配给法院和被告人。

二、撤回公诉下证据不足案件责任的汇集现象及成因

检察机关享有公诉权。在其行使权力的过程中,可能会与国家权力体系内部的其他权力产生冲突或掣肘。检察机关负责对案件进行审查起诉,处于侦、审阶段中间,是刑事诉讼纵向结构中的重要环节。但正是中转、分流案件的功能,使对于证据不足案件的风险把握和平衡成为对检察机关的考验。由于在刑事诉讼纵向结构中,检察机关主要负责案件流转的审查环节;在横向结构中,检察机关则扮演国家公诉人的角色。具备双重身份角色的检察机关作出的案件处理决定,影响着侦查机关、审判机关、被告人和被害人多方的利益,而检察机关也努力在多方利益中达

①参见吴小军、董超:《刑事诉审合意现象之透视——以撤回公诉和无罪判决为样本》,载《人民司法》2011年第15期,第66-69页。
②参见丁能宝:《公诉案件撤回起诉不具有终结诉讼的效力》,载2009年4月28日《检察日报》,第003版。
③参见张秀娟:《公诉撤回程序和条件如何把握》,载2008年3月30日《检察日报》,第003版。
④参见张建伟:《论公诉之撤回及其效力》,载《国家检察官学院学报》2012年第4期,第100-108页。
⑤参见孙远:《论庭前会议环节对控方证据的实质审查——以新〈刑诉法解释〉第232条为中心》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第1期,第119-132页。
⑥参见高童非:《我国刑事司法制度中的卸责机制——以法院和法官为中心》,载《浙江工商大学学报》2019年第5期,第102-119页。
⑦参见高童非:《我国刑事司法制度中的卸责机制——以法院和法官为中心》,载《浙江工商大学学报》2019年第5期,第102-119页。

到平衡。正因为此,造成检察机关通过撤回公诉成为证据不足案件的责任和风险洼地。

(一)无从撤案:证据不足案件责任缘起侦查阶段

缺乏疑罪处理权,是侦查机关移送证据不足案件至检察机关的主要原因。

1. 侦查机关缺乏启动处理疑罪程序的法律依据

《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第156条、第157条和第158条,针对不同案件的复杂程度,分别规定了可延长的期限,但并未说明对于迟迟未侦破的重大复杂案件如何处理;第162条规定公安机关侦查终结的案件,应当以犯罪事实清楚,证据确实、充分为证明标准,但未规定对于未达标准案件的处理程序;第163条规定,侦查过程中,发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的,应当撤销案件。同样,该法条对于应当追究刑事责任,但并未达到侦查终结条件的案件,是否能够作出撤销案件的决定并未规定。严格意义上讲,侦查阶段启动疑案处理程序,并不能直接适用上述法条;同时,相关司法解释也并未对此进行进一步规定,导致未达到侦查终结标准案件的处理无法可依。在司法实践中,侦查机关往往对此类案件“疑案从挂”,既不移送检察机关,也不撤案。这种做法容易导致两种后果:一是强制措施期限延长,犯罪嫌疑人身份难以摆脱,造成日后嫌疑人上访的隐患,甚至形成社会舆情;二是当侦查机关发现新的证据后,嫌疑人将再次被传唤,永远处于刑事程序的困扰中。

2. 侦查机关在疑罪处理中的权利定位不明确

侦查机关同时肩负侦查权和行政权,对于违法类行政案件,公安机关有权行使行政权,作出终结案件的决定;对于刑事案件,侦查机关依据

侦查权是否可以作出终局性的决定则规定不明。很多学者对侦查权的行政属性进行探讨,认为侦查主体的判断不具有终局效力(侦查终结除外),必须通过其他机关的判断和认可才能成为法律事实^①。这种侦查权中行政权力不明的制度设计,变相导致了侦查机关无法通过行使侦查权终结疑难案件。侦查机关对于疑难案件,要么抱着继续侦破的期待“疑案从挂”,不符合客观认识规律;要么将混合着责任隐患的证据不足案件移送至检察机关,建议起诉。

(二)主动撤回:证据不足案件责任回流至检察机关

虽然对于证据不足的案件撤回公诉一直被理论界所诟病,但并不妨碍实务中检察机关的运用,因为撤回公诉可以规避公诉失败的结果。关于公诉失败,王凤涛认为,证明标准靠近逮捕的较低证明标准,就会降低犯罪嫌疑人逃跑的风险,但会增加公诉失败的风险^②;姜涛、许岳华提出,下级检察机关在提起公诉失败后,有时会借助上级检察机关的抗诉支持而“死抗到底”^③;李美荣提到,检察机关关系为规避公诉失败的不利后果而退补^④。由此可以看出,公诉失败是检察机关极力避免的负面结果,因为公诉失败会带来内部和外部两方面的负面影响。内部负面影响主要关系到检察机关内部评估标准。有观点认为,某种意义上,检察机关绩效考核机制导致了无罪判决数和撤回公诉数的双重萎缩^⑤。因为惧怕考核指标下的扣分和其他负面评价,检察机关对法院倾向于作出无罪判决的案件,希望通过沟通和撤回公诉,继续补充侦查或者转移风险,从而规避绩效考核的负面评价。外部负面影响主要来自于被告人、被害人和舆论压力。一旦被告人被法院判决无罪,检察机关将面临对被告人的国家赔偿。不仅如此,追究被告人刑事责任是被害人的迫切愿望,一旦法院作出无罪判决,无疑是对

①参见杨宗辉:《论我国侦查权的性质——驳“行政权本质说”》,载《法学》2005年第9期,第15-22页。

②参见王凤涛:《最高人民法院内设机构改革述评》,载《法治现代化研究》2021年第3期,第22-34页。

③参见姜涛、许岳华:《检察一体化目的论》,载《西南政法大学学报》2014年第5期,第32-40页。

④参见李美荣:《论我国刑事补充侦查的控制》,呼和浩特:内蒙古大学硕士学位论文,2010年。

⑤参见周长军:《撤回公诉的理论阐释与制度重构——基于实证调研的展开》,载《法学》2016年第3期,第150-160页。

被害人的二次伤害。尤其对于因证据不足导致案件存疑所作出的无罪判决,被害人乃至社会公众将对检察机关的追诉能力产生怀疑,进而动摇司法权威。

证据不足案件所造成公诉失败的责任风险,使检察机关在实践中发展出了一套应对策略。这些应对策略打破了疑案案件提起公诉后接受审判,得到有罪判决或者无罪判决的二分决策模式,检察院实际上制造了第三种疑案处理模式,即撤回公诉。对于可能判处无罪的证据不足案件,也存在着审判机关主动与检察机关协商沟通的情况。可见,法院和检察机关都认可通过撤回公诉的方式,解决证据不足案件可能带来的责任风险。因为相对于最终作出不起诉决定所面对的压力,无罪判决的压力显然更大。无罪判决意味着公诉活动的失败,由此产生的考核指标和社会舆论都是检察机关难以承受之重。本着趋利避害的目标,检察机关选择撤回公诉,而非继续移送法院审判。不同于不起诉的是,存疑不起诉属于正常的疑案分流措施,但撤回公诉属于程序倒流机制,并以此造成风险的回流。

(三) 予以默认:证据不足案件责任被拦截于法院

有观点认为,由于法律对法院就撤回起诉实体审查的表述模糊,加之检法两家存在的现实依赖关系,导致法官缺乏必要的实体审查魄力和决心^①。实际上,法院对于撤回公诉的宽松审查甚至主动建议的做法,源于对于疑案风险的惧怕。也正是如此,导致疑案风险回流至审查阶段。具体表现如下:

1. 撤回的时间规定过于宽泛

撤回公诉作为检察机关的一种诉讼分流和程序性补救措施,被诟病为无罪判决的消解程序。因此,我们要正视无罪判决率低和无罪判决消解程序的存在^②。《人民检察院刑事诉讼规则》

(以下简称《诉讼规则》)中规定,检察机关可以在法院作出判决前撤回公诉。此时间范围过于宽泛。在法庭调查后撤回公诉,无异于损害诉讼效率。

2. 撤回公诉范围不当

实践中,撤回公诉的补救功能明显大于分流功能。尽管从《诉讼规则》中关于撤回公诉案件范围的规定可以看出,以诉讼分流为导向的撤回案件种类数量,大于以补救为导向的撤回案件,但是最引起争议的,恰恰是“证据发生变化的案件”这类具有补救属性的撤回案件。

从理论上讲,根据疑罪从无原则,应当对证据不足的存疑案件作出无罪判决。而法院允许此类案件撤回,也是出于对证据不足案件责任风险的规避。对于此类责任风险,法院的应对措施有实体调节术和程序调节术,并且针对疑案风险发展出一套应对策略,实际上享有判决无罪、判决有罪和撤诉三种裁判选择^③。撤回公诉对于法院来说,无疑是最好的结果。这样既免于对案件作出实体认定,也避免了二审、再审的风险。正因为如此,撤回公诉常被诟病为无罪判决的异化。法院之所以逃避疑罪从无精神,避免作出证据不足的不罪判决,主要原因有以下两点:

一是对客观证明的坚持。虽然我国于2012年引入“排除合理怀疑”的主观证明标准要素,但并没有撼动抽象但缺乏界定的“证据确实、充分”标准。该标准因其具有的强烈客观性色彩而获得独立性^④。加之我国传统司法体制下,对于实质真实的无限追求,导致即使对证据不足的案件,法院也往往难以无法“排除合理怀疑”而作出无罪判决。

二是对刑事诉讼维稳模式的依赖。所谓刑事诉讼维稳模式,就是在维护国家长治久安和安定团结的政治局面语境下,为有效解决社会中存在或潜在的不稳定因素而形成的一种刑事诉讼

①参见魏炜:《公诉案件撤回起诉权的限制与规范——以审判权对公诉权的制约为视角》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2019年第2期,第119-125页。

②参见高通:《论无罪判决及其消解程序——基于无罪判决率低的实证分析》,载《法制与社会发展》2013年第4期,第65-80页。

③参见李昌盛:《从判决风险连带到审判结果中立》,载《刑事法评论》2019年第1期,第435-486页。

④参见向燕:《刑事客观证明的理论澄清与实现路径》,载《当代法学》2022年第3期,第113-126页。

的实践样式^①。无罪判决所引起的被害人上访以及社会舆论发酵,成为司法机关压力和顾虑的来源。通过撤回起诉对无罪判决案件进行缓处理,不仅能平衡各方利益,同时可以控制因无罪判决带来的无罪判决率、上诉率等一系列绩效考核指标。

三、撤回公诉后疑案责任的卸除方式及代价

证据不足案件所带来的责任,主要包括法律责任、道德责任等。这些责任在相关司法主体内流动,而检察机关通过撤回公诉,将责任汇集于自身。成为归责中心的检察机关倾向于将自身压力转向他处,以卸除责任,形成检察机关向侦查机关和被告人分散转移责任的卸责情况。卸责手段主要有退回补充侦查后从侦查机关撤案,与被告人继续进行认罪认罚协商,通过被告人对不足证据和有争议事实进行自认,进而完成证明工作。撤回公诉实际上是通过实施程序倒流,将风险集中于不具有裁判权的检察机关,并试图通过程序控制将责任分散。

(一) 通过侦查机关卸除

退回补充侦查,是以“证据不足或证据发生变化,不符合起诉条件”为由撤回案件理应采取的补救措施。通过补充证据、完善证据链,保证案件办理质量。当证据确实、充分时,检察机关再次提起公诉,请求法院根据完善后的证据,对案件进行审判。通过补充侦查将疑案查清,是最好也是最理想化的风险消弭方式。但现实情况是,侦查人员并非全知全能,不能保证每次补充侦查都能完成证据链的完全证明。最高人民检察院于2007年发布的《关于公诉案件撤回起诉的指导意见》规定:“对于撤回起诉的案件,人民检察院应当在撤回起诉后七日内作出不予起诉决定,或者书面说明理由将案卷退回侦查机关(部门)处理,并提出重新侦查或者撤销案件的建议”。根据上述规定,检察院作出不予起诉决定,进而推拒于侦查机关处理是两条平行的路径。实践中,有学者调查了北京市某区人民检察院2005年至2009年出现的26件撤回公诉案件,发现案件撤

回起诉后的处理方式主要集中于退回公安机关作撤案处理和不予起诉,分别占46.2%和42.3%^②。由此可以看出,撤回案件退回公安机关作撤案处理的比例较高。检察机关对侦查机关具有监督和指导侦查的权力,将案件退回公安机关,甚至协商撤案,都能达到转移证据不足案件风险的目的。2018年的《诉讼规则》对此细节重新作出规定:“对于撤回起诉的案件,人民检察院应当在撤回起诉后三十日以内作出不予起诉决定。需要重新调查或者侦查的,应当在作出不予起诉决定后将案卷材料退回监察机关或者公安机关,建议监察机关或者公安机关重新调查或者侦查,并书面说明理由”。根据此项规定,检察机关作出不予起诉决定,成为退回调查或者侦查的前置程序。

将证据不足案件撤回公诉后交由侦查机关补充侦查,实践中亦存在与公安机关协商后,通过公安机关撤销案件的操作,由此形成一种自上而下的卸责机制。案件退回补充侦查后,仍然存在办案质量不高等问题,包括退回补充侦查随意性大、引导侦查作用发挥不充分不全面、未能有效利用二次退回补充侦查、自行侦查意识不强、能力不足等;亦有检察机关法律监督乏力或监督不当的问题,包括对侦查中存在的不规范甚至违法侦查行为未及时有效监督,没有深挖细查漏罪漏犯,怠于履行法律监督权,或履行法律监督职责不到位等^③。

(二) 通过被告人卸除

撤回公诉后交由侦查机关补充的证据,一般是证据链中较为关键的证据,甚至可能是在侦查阶段一直未完成的证明漏洞。和被告人进行协商,针对关键信息的补足最为便利,且成本最小。由此,和被告人进行协商,要求被告认罪认罚,通过自认方式完成证据链证明,是最理想的卸除责任的方式。尽管理论界多数观点认为,认罪认罚并没有降低案件证明标准,但不可否认的是,被告人的配合降低了控诉方的证明难度,导致司

①参见李麒:《刑事诉讼维稳模式的困境与出路》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期,第125-140页。

②参见邢永杰、侯晓焱:《撤回公诉问题评析》,载《国家检察官学院学报》2013年第2期,第112-122页。

③参见彭智刚、王伟:《存疑不起诉监督制约机制之完善——以制约检察官起诉裁量权为视角》,载《人民司法》2020年第34期,第73-76+96页。

法机关对于一些线索和证据的获得更加容易。被告人认罪认罚后,对其提起公诉直至作出有罪判决,检察机关和法院所承担的责任和风险都小很多。此时的责任和风险,一部分通过被告人认罪认罚得到卸除。

从被告人的角度来说,是否选择与检察机关协商也存在利益的权衡。实践中,很多被告人及其律师把检察机关撤回公诉作为认定被告人无罪的处理方式。不少辩护人不会止步于此,反而建议被告人继续对法院作出同意撤回公诉的决定进行上诉,直至取得法院的无罪判决。此时,被告人对于撤回公诉中存在的证据链不完整问题也面临着两难选择,需要决定选择接受合作的诱惑,还是面临审判的风险。尽管因证据不足作出的无罪判决会使被告人从诉讼程序的反复纠缠中得以解放,并使其律师名声大噪,但我国对于真实的无限追求,不得不成为被告人和律师的担心。尤其对于存在犯罪事实的被告人来说,从理性经济人的角度出发,更倾向于合作而非冒险。

(三) 卸除责任的成本

由上文得知,侦查机关因缺乏疑罪处理权,将疑案风险转移至检察机关;而法院因为惧怕审判风险,放任检察机关撤回公诉,疑案风险再次转移至审查阶段。检察机关作为疑案风险的洼地,既掌握处理风险的极大权力,同时也承担风险可能造成的不利后果。根据《诉讼规则》规定,检察机关撤回公诉后消弭风险的方式有两种,即退回补充侦查和作出不起起诉决定。无论选择哪种方式,都是以牺牲被告人的权利作为消弭风险的代价。

1. 撤回公诉法律效力不明,被告人长期处于被追诉状态

关于撤回公诉的法律效力,学界已有长期讨论。一些观点认为,撤回起诉具有终结诉讼进程的效力,不等于退回到审查起诉阶段^①。应当明

确,法院准许撤诉裁定生效时,诉讼程序终结,撤诉后无须再作出不起起诉决定^②。也有观点认为,目前,我国撤回公诉实质上属于法律效力未定的诉讼行为,既然撤回公诉和不起起诉的理由相同,有必要立法规定撤回公诉等同于不起起诉的法律效力^③。正是因为撤回公诉的效力不明确,不能据此认定为诉讼终结。撤回公诉后,检察机关往往不会立即作出不起起诉决定,而是先通过补充侦查,尽可能完善证据;补充侦查后仍然证据不足的,才作出不起起诉或者撤销案件的决定;也存在撤回公诉后,更换起诉罪名再次起诉的做法。无论如何,由于撤回公诉法律效力不明,都会导致被告人长期处于被追诉状态。

2. 撤回公诉无刑事既判力约束,被追诉人的危险困境未解除

所谓刑事既判力,是指刑事既决是有所创设的稳定诉讼状态,包含既决事项的实质确定力和程序结果的自缚力^④。撤回公诉中,法院因未对案件作出实体意义上的处理,所以不存在既判力的问题。从某种角度看,重新起诉实质上是一种变异的审判监督程序,检察机关对被告人重新起诉,基本等同于人民法院对被告人进行再审^⑤。这对被告人而言,意味着失去了法院判决既判力的保护,被告人陷入可能被随时、重复起诉的危险中。检察机关将从侦查机关和审判机关汇集的风险,最终转嫁给被告人。

四、撤回公诉中证据不足案件责任的再分配

(一) 弱化检察机关强势的卸责机制

我国以起诉法定主义为原则,起诉便宜主义为例外。本文认为,检察机关在撤回公诉中的强势操作,与其角色的权力和能力并不相匹配。首先,检察机关作为代理国家追诉犯罪的专门机关,享有请求法院对被起诉人进行定罪和处以刑罚的权力。检察机关应当全力推进诉讼进程,而

①参见张建伟:《论公诉之撤回及其效力》,载《国家检察官学院学报》2012年第4期,第100-108页。

②参见韩平静:《刑事撤诉的效力思考》,载《中国检察官》2017年第14期,第44-46页。

③参见张永昌:《完善撤回公诉制度的思考》,载《法制与经济》2010年11月(下),第57-58页。

④参见施鹏鹏:《刑事既判力理论及其中国化》,载《法学研究》2014年第1期,第150-170页。

⑤参见洪浩,程光:《撤回公诉问题研究》,载《山东警察学院学报》2017年第6期,第14-22页。

不应当以证据不足为理由撤回已经起诉的案件,更不应当将案件责任对外转移。检察机关在撤回公诉中的强势做法缺乏正当性。根据正当程序原则,应当设置“障碍”,对其权力进行弱化和牵制。其次,检察机关并无能力承担完全的证据不足案件责任。我国本身缺乏审前独立的司法裁决机构,虽然听证制度意在加强检察机关决策的中立性,但司法职权主义仍是我国刑事诉讼结构的基调。法院一旦让渡证据不足案件的决定权,此类案件的处理权就会汇集于检察机关,证据不足案件所连带的风险和责任也将集中于检察机关。虽然检察机关可以根据规定作出不起诉决定,但由于我国缺少禁止双重危险等保障措施,在发现新证据和新事实的情况下,能够随时再次对被告人开启追责程序。可以说,检察机关对于撤回公诉的案件,仅有程序处理权,并未对案件作出实质性评价。

大陆法系国家的刑事诉讼制度以职权主义为原则,实行法定起诉主义,检察机关的裁量权受到较大约束。德国《刑事诉讼法》第156条规定,审判程序启动后,不得撤回公诉;但在153c条中提到,对于《反国际法罪法典》中规定的犯罪行为,已经提起公诉的,检察院可以在程序的任何阶段撤回起诉并停滞程序;在153d条中规定,对于政治犯罪行为,继续追诉将给国家造成严重不利的危险,或者有其他更为重大的公共利益与此相抵触的,在已起诉的情况下,可以在任意阶段撤回并停止程序。可见,德国对于撤回公诉采用的是原则加例外的规定方式。在这种模式下,疑案一旦经检察机关提起公诉至法院,非例外情况不能撤回。疑案风险将在审判阶段得以处理。如果法院作出无罪判决,则判决所附带的风险由法院承担。检察机关以被追诉人有罪为案由提起的公诉,因无罪判决宣告公诉失败,所产生的公诉风险由检察机关承担。

检察机关在撤回公诉中的起诉职能与检察客观义务存在一定的矛盾。公诉权本身从不告不理的控审分离原则中创设而来,故检察机关具有客观性,并在刑事司法制度中具有“法的看守人”地位^①。学界和实务界普遍认为,撤回公诉属于检察机关行使公诉权的一种形态^②,当检察机关决定对被告人提起公诉后,检察机关就扮演了诉讼当事人的角色。检察机关在监督者和控诉者的双重身份中,难以做到完全隔离。对于证据不足的案件,尤其需要检察机关超脱于当事人地位,切实保障被追诉人的合法权益。有人主张,法庭正式审判开启之后,以证据不足为由撤回公诉的传统“陋习”应予禁止^③。对此笔者认为,撤回公诉作为公诉权能之一无需完全禁止,但是检察机关在撤回公诉中的强势地位应当受到牵制。建议加入被告人同意的撤回条件,即检察机关向法院提起撤回公诉的申请后,法院需征求被告人同意。如果被告人同意撤回,则程序倒流;如果被告人不同意撤回公诉,则案件应当继续进行审理。

(二) 强化被告人责任承担能力

公诉案件诉讼程序的发生、发展,是人民检察院和被告人分别行使诉权的结果^④。对于检察机关撤回公诉所引起的程序倒流,应当赋予被告人一定的权利予以抗衡。被告人的刑事诉权属于刑事诉权系统中的组成部分。我国的刑事诉讼程序中,大多将被告人诉权理解为“辩护权和应诉权”,其实是将被告人诉权被动化,忽视了被告人对于通过正当司法程序求得审判的积极性。尤其在撤回起诉案件中忽视了被告人的诉权,导致被告人方面无法对检察机关撤回公诉形成制约平衡,以至于在我国职权主义司法对于实质真实的追求下,撤回公诉成为法院和检察机关躲避无罪案件责任的迂回战术和规避无罪判决的替代程序。就撤回起诉来看,检察机关具有自由裁

①参见徐鹤喙:《公诉权的理论解构》,载《政法论坛》2002年第3期,第105-111页。

②参见周长军:《公诉权的概念新释与权能分析》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2016年第6期,第10-18+58页。

③参见孙远:《论庭前会议环节对控方证据的实质审查——以新〈刑法法解释〉第232条为中心》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第1期,第119-132页。

④参见徐静村,谢佑平:《刑事诉讼中的诉权初探》,载《现代法学》1992年第1期,第6-10+24页。

量权,实际上以基于当事人主义理念的制度,达成了职权主义对实质真实无限追求的目的。立法的不足和研究的偏颇,造成被告人在撤回公诉案件中的程序防御权缺失。对此,应当赋予被告人请求裁判权,作为对抗检察机关任意撤诉的防御手段,以切实保障其自身权益。

英美法系奉行当事人主义,对于公诉机关撤回起诉的限制较少,相应地强调被告人的主体地位。在英国,根据《1985年犯罪起诉法》第23条的规定,在可诉罪的案件中,如果被告人已被交付审判,或者在适用简易程序审理犯罪时,法院已经开始听取控方证据的,检察官无权撤回起诉;在预审阶段,检察官可以撤回起诉,但被告人在接到中止诉讼的通知后,有要求继续诉讼的权利。美国《刑事诉讼法》第48条a规定,“经法庭许可,政府可以撤销大陪审团起诉书、检察官起诉书或控告书。未经被告人同意的,政府不得在审批期间撤销指控”。不仅如此,美国刑事诉讼规则以使用禁止双重危险原则并配合被告人同意的规定,来限制撤回公诉:被告人同意撤回起诉的,检察官再次起诉不受禁止双重危险的限制;没有经过被告人同意的撤回起诉,除非存在例外情形,否则不得再次起诉^①。美国并没有规定公诉机关撤回起诉的理由,而是由法院进行判断,主要是判断该撤回起诉是否符合公共利益,包括被告人的权益是否得到足够的保障。只要法院有确定的理由相信,检察官的撤诉行为违背了公共利益,那么即使被告人同意,法院同样可以不允许检察官撤回起诉^②。

目前我国撤回公诉中,被告人一方对于公诉权的制约还存在障碍。首先,被告人刑事诉权理论尚不成熟。被告人裁判请求权作为一种程序防御权,并未被法律认可。刑事诉讼横向结构中,控辩双方并未实现真正平等。检察机关利用当事人主义下撤回起诉权的灵活性,可以对被告人反复追究,却并未平等对待被告人参与诉讼的权利,其本质是利用当事人主义手段,完成职权

主义目的。被告人刑事诉权主导性的缺失,给刑事诉讼机制的运行带来严重的危害后果,实质上堵塞了当事人寻求救济的唯一合法途径^③,造成被告人同意条件的缺位。随着认罪认罚从宽制度的实施,我国刑事合意理念已深入人心,以被告人“同意”为前提的处分行为也逐渐得到认可,撤回公诉中加入被告人同意的条件已经具备实施基础。其次,增强被告人责任承担能力。被告人同意对证据不足的案件撤回公诉,实际上是对获得裁判的权利进行处分,这一处分行为可以作为和检察机关协商的筹码,从中获得有利于自己的对价。与此同时,证据不足的责任和风险将转至被告人自身。根据权责相配的原理,与赋予被告人承担责任和风险的机会相对应,应当强化被告人的辩护权。

笔者认为,应当从以下几方面完善被告人在撤回公诉中的制衡作用。第一,构建被告人刑事诉讼程序防御权,保障被告人程序利益受到侵害后第一时间的防御权利,而非仅赋予被侵害后的救济权利。救济权利具有一定的滞后性,其本质是通过逆转和重置程序修复被告人权利,而以被告人之力逆转和重置程序的阻力往往较大。在被告人程序防御权得以确立的前提下,应当增加撤回公诉中被告人同意的必要条件。一方面,如果被告人同意检察机关撤回公诉,则案件退回至审查起诉阶段。对于证据不足的部分,检察机关可以补充侦查,也可以和被告人协商。被告人可以根据自身辩护实力,评估所能承受的责任、风险的能力,从而进行选择。另一方面,被告人自我评估辩护能力较弱,则可以不同意撤回公诉,选择继续由法院进行审理。由法院对案件进行查明,尤其是一些被告人感到取证困难的证据,可以由法院依职权调查取证查明,这对取证能力处于弱勢的被告人一方更为有利。第二,加强对被告人辩护权的保障。虽然近几年我国通过以审判为中心的诉讼改革,在被告人辩护权的保障方面有了很大提升,但相比起正当程序中被告人应享有

①参见吴常青:《美国刑事诉讼中撤回起诉及其借鉴意义》,载《中国刑事法杂志》2010年第4期,第121-127页。
②参见吴常青:《美国刑事诉讼中撤回起诉及其借鉴意义》,载《中国刑事法杂志》2010年第4期,第121-127页。
③参见李扬:《权利与权力的博弈——从聂树斌案谈我国刑事诉权的缺失与补正》,载《中国刑事法杂志》2009年第1期,第73-78页。

的辩护权益,应当说还有一定的距离。认罪认罚制度中,应当着重保证被告人明知明智自愿地作出选择,防止认罪认罚制度变成司法主体向被告人的单方面卸责机制。

五、结语

在司法领域卸责理论这一研究前提下,本文尝试解释证据不足案件责任如何通过撤回公诉汇集至检察机关,检察机关如何通过侦查机关和被告人进行卸责;分析了卸责的成本和代价;提出对撤回公诉中证据不足案件的责任进行重新分配;回应了撤回公诉何以为理论界所批判,又在实践中难以割舍的传统难题。通过对撤回公

诉中证据不足案件责任的再分配,尝试初步建立以“被告人同意”为条件的撤回公诉制度。当然,本文的研究基础建立在其他学者对于司法领域卸责理论以及撤回公诉缺陷的学术贡献上。在“以审判为中心”和刑事合意理念下,重新对撤回公诉进行反思,有助于重新理解公诉主体所面临的现实难题,并重新对证据不足案件责任进行合理分配。虽然我国目前对于诉讼程序背后隐形卸责功能的研究较少,但是,从动态视角理解程序间的运作和倒流现象,是未来进一步完善撤回公诉法律程序的重要探索路径。

【责任编辑:耿 浩】

Collection, removal and redistribution of responsibilities for cases with insufficient evidence in the withdrawal of public prosecutions
——from the perspective of the theory of shirking responsibility in the judicial field

Zhang Yingzhe

(People's Public Security University of China, Beijing 100045, China)

Abstract: The issue of withdrawal of public prosecution, as a chronic disease of criminal procedure, has always been concerned by theoretical and practical circles. From the perspective of the theory of shirking responsibility, the withdrawal of prosecution procedure is essentially a process of flow and redistribution of liability risks in difficult cases. Responsibility for cases with insufficient evidence arises at the investigation stage. By withdrawing public prosecution, the responsibility for the case is intercepted by the court and flows back to the prosecutor's office. After withdrawing the public prosecution, the procuratorate removed responsibility for the case through the investigative agency and the defendant. However, the effectiveness of the case handling was unclear, thereby damaging the rights and interests of the defendant. In order to improve the system of withdrawing public prosecutions, it is necessary to redistribute the liability risks of cases with insufficient evidence by weakening the procuratorial organ's shirking mechanism and strengthening the defendant's ability to bear responsibility.

Key words: withdrawal of public prosecution; theory of shirking responsibility; insufficient evidence; rights and interests of the defendant

不动产抵押登记被撤销后相关法律问题探究

潘修平,陈彦彤

(北京邮电大学,北京 100876)

〔摘要〕已经登记的抵押权被撤销或注销后,抵押权是否有效以及各当事人之间如何承担责任的问题,在我国理论界探讨不足,立法上尚属空白。在司法实践中,由于不动产抵押登记行为具有行民交叉的特征,存在着诉讼路径与诉讼结果的冲突,增加了司法诉累,影响了司法公信力。抵押登记是一种行政行为,不是一种持续的状态。即使抵押权登记被撤销或被注销,抵押权人的信赖利益仍然受到法律的保护,抵押权应继续有效。应当采取抵押权登记纠纷的行民合并审理模式,以保护交易安全,节约司法成本。如果抵押登记在行政诉讼中被撤销或被行政机关主动注销,说明行政机关在当初登记时就有错误,受到损失的利害关系人可以要求登记机关承担赔偿责任。

〔关键词〕不动产登记;抵押权;公信力;诉讼路径

〔作者简介〕潘修平(1966—),男,辽宁营口人,北京邮电大学人文学院副教授,中国法学会银行法学研究会秘书长,主要从事民商法学研究;陈彦彤(1999—),女,安徽滁州人,北京邮电大学人文学院2021级民商法学硕士研究生,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2023-10-11

〔中图分类号〕D913〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)01-088-09

一、绪论

随着商事活动的繁荣发展,为保证商事活动中债权的实现,产生了多种类型的担保方式。其中,不动产抵押就是典型的担保方式之一。由于不动产具有较高的商业价值,因而受到普遍关注。不动产抵押权是各种民商事活动中的重要财产利益,不动产抵押登记则是确认抵押权属的重要依据。我国法律明确规定,不动产抵押应当办理登记;未经登记的不动产抵押合同,不发生设定抵押权的法律效力;是否办理不动产抵押登记,不影响不动产抵押合同发生法律效力。因此,在未经登记的不动产抵押情况下,法律已明确规定抵押权无效,抵押权人可以按照抵押合同的约定,要求抵押人承担连带赔偿责任。实践中,有关不动产抵押登记的情形,不仅包括已登记和未登记两种情形,还包括已经登记的抵押权被撤销、被注销等情形(以下统称“被撤销”)。在

此情形中,如果法院已经判决抵押权有效,之后抵押权登记被撤销,那么原判决的抵押权是否仍然有效;上述情形下,如何界定抵押权和抵押合同的效力,以及如何承担担保责任或赔偿责任等问题,现行法律尚无具体规定。在不动产抵押登记被撤销的情形下,如何保护与救济利害关系人的合法权益,更是蕴含着民事诉讼路径与行政诉讼路径的冲突难题。此时,行政机关以积极参与者的身份介入民事法律关系从产生到消灭的过程,构成了对民事主体意思自治的必要限制。不动产抵押登记案件同时涉及行政诉讼领域与民事诉讼领域,在司法实践中具有多种审理机制。由于行政诉讼与民事诉讼审判标准不同,极易造成判决之间的冲突。当事人通过某一种诉讼路径没有实现诉求后,将会转而寻求另一种诉讼路径,从而造成司法资源的浪费。

在我国市场经济快速发展的趋势下,现行的担保制度面临着新的需求与挑战,完善法律制度

应当从回应市场经济的需求入手。在我国现行法律框架下,笔者通过分析归纳司法实践中不动产抵押登记被撤销后的诉讼案件,尝试探寻不动产抵押登记被撤销后抵押权的实现与责任承担中存在的问题,以期为完善不动产抵押登记制度提出可供参考的路径选择。

二、不动产抵押登记的效力

(一) 相关学说厘定

1. 不动产抵押合同的性质

学界对于不动产抵押合同性质的争议,主要有以下几种观点。一是物权行为说。该学说认为不动产抵押合同的性质为物权合同,不动产抵押合同的目的是产生抵押权这一物权变动后果,并非在当事人之间设定债权债务。二是债权行为说。该学说认为不动产抵押合同的性质属于债权合同,其具备债权合同的全部要素,签订该类合同并不会直接发生物权变动。不动产抵押登记属于事实行为,并不具有法律行为上的意义^[1]。三是物权行为与债权行为二分说。主张该学说的主要代表人物王泽鉴先生认为,抵押权的约定为负担行为即债权行为,而抵押权的设定为处分行为即物权行为,两者在概念上应当严格区别^[2]。

2. 不动产登记行为的属性

一是认为不动产登记行为属于行政事实行为。该学说认为,不动产物权变动发生的基础仍是当事人的意思自治,而非不动产登记。不动产登记是法律规定的生效要件。章剑生教授认为,不动产登记本身不具有登记机关的“意思表示”,其法律效力也是由《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)所规定的,故不动产登记行为不具有行政决定的“表意性”,其性质属于“表示性”的行政事实行为^[3]。

二是认为不动产登记行为属于民事行为。最高人民法院法官杨临萍认为,不动产登记是一种行政机关作出的物权公示行为。作为物权登记的不动产登记既未赋予权利,也未免除义务,更没有设定权利或剥夺权利,因此不属于行政确

认行为或行政许可行为。应当将不动产登记行为定性为民事行为上的物权公示行为^[4]。

三是认为不动产登记行为属于公私混合的行为。该学说认为,登记行为的动因和效力来源于民法,但是登记的目的却是取得行政机关所给予的公信力。不动产登记行为在物权变动中具有公示公信效力,因此将不动产登记的性质界定为行政行为或民事行为均不准确,其应是一种公私混合的行为。王利明教授认为,不动产登记以当事人的合意为基础,整个登记过程并没有创设新的权利义务关系。但是,登记机构属于国家机构,如果登记机构没有按照法律规定的程序进行活动,当事人有权就登记机构的行政不作为提起行政诉讼,因此,将不动产登记行为界定为公私混合的行为更为恰当^[5]。

(二) 不动产登记簿的效力

1. 不动产登记簿的推定力

不动产登记簿的推定力,也称为“不动产登记簿正确性的推定”,是指不动产物权记载于不动产登记簿后,推定该登记簿上所记载的物权的归属和内容与真实的物权的归属和内容是一致的。按照标的不同,可以将推定分类为事实推定和权利推定。不动产登记簿的推定力标的是某种权利是否存在,至于产生登记的原因,诸如买卖、赠与等行为的存在与否,并不在考虑范围之内。因此,不动产登记簿的推定力应当理解为一种权利推定。同时,按照效果不同,可以将推定分类为积极推定与消极推定。不动产登记簿的积极推定,是指某人只要在不动产登记簿上登记了物权,就推定某人按照登记簿上的记载享有该物权;不动产登记簿的消极推定,是指凡在不动产登记簿上涂销了某一物权的,则推定该权证已不复存在。倘若某一物权根本没有被记载,就无法适用消极推定。

认可不动产登记簿推定力的意义在于交易的安全与效率。由于不动产交易中普遍使用不动产登记簿,不动产物权的变动常常被登记簿所记载,登记簿具有清晰展示不动产上各种物权内

容的功能。所以,从事不动产交易的当事人会对登记簿的记载产生信赖,从而保障交易安全,提高交易效率。

2. 不动产登记簿的公信力

不动产登记簿的公信力,也被称为“不动产善意取得”,是指即便不动产登记簿上记载的物权归属、状态等内容与真实内容不一致,信赖该登记簿记载之人仍然取得该不动产物权。为了使不动产登记取得能够让民商事主体信服的法律效力,不动产登记以国家信用为基础,以国家行为的权威性为保障,由行政机关组织实施。在国家信用的保障下,能够最大限度地保护善意第三人的信赖利益与交易安全。

不动产登记簿公信力的意义在于维护交易安全、降低交易成本,从而促进市场经济的发展。在商事活动中,如果要求所有的当事人都对抵押人有无处分权进行详尽调查,在程序、时间、经费上都会遇到的相应的困难,导致交易成本增加,交易速度减缓,不利于商品经济的发展。登记公信力制度为商事交易确立了一个明确、合理和可信赖的行为标准^[6]。

三、不动产抵押登记实证中出现的问题

(一) 相关案例与诉讼情况

2015年,喻某与L市建通房地产开发有限公司(以下简称“L建通”)因民间借贷产生法律纠纷。L建通两块土地使用权被法院查封,但是人民法院的协助执行通知书仅送达给L市国土局,未送达L市房管局。在前述土地查封期间内,L建通以该土地上的在建工程,为债务人湖北G科技有限公司(以下简称“湖北G”)在民生银行的贷款设定了抵押担保,签订了抵押合同,并在L市房管局办理了抵押登记,取得了抵押权证。

2018年,喻某提起民事诉讼,请求认定抵押权无效。两级人民法院审理后,皆认定抵押合同有效。喻某不服提起再审,再次被驳回。2019年,由于湖北G贷款逾期,民生银行起诉至湖北省高级人民法院。后信达公司受让了民生银行对湖北G的债权,信达公司变更为该案的原告

(债权人)。喻某作为第三人参与该案的审理。人民法院认定,信达公司对在建工程享有抵押权,对拍卖、变卖L建通在建工程的所得价款享有优先受偿权。该案一审判决后,当事人均未提起上诉,一审判决生效。

民事诉讼程序结束后,喻某又提起行政诉讼,要求撤销抵押登记。一审法院经审理,认为抵押登记行为违法,但抵押权人属于善意第三人,撤销抵押登记存在阻却事由,因此依法未予撤销,驳回了喻某的诉讼请求。喻某与L建通不服判决提起上诉,二审法院经审理认为:民生银行作为有审查能力的专业金融机构,怠于审慎审查L建通公司申请抵押登记的相关材料,不符合法律规定的善意第三人条件,且其利益不属于国家利益或社会公共利益保护的范畴,因此判决撤销在建工程抵押登记。之后,L建通向湖北省高级人民法院申请再审,认为在建工程抵押登记已被撤销,原判决中信达公司对在建工程享有抵押权的基础不复存在,请求撤销原判决。

本案的争议焦点是,在法院已经判决信达公司对抵押的在建工程享有抵押权的情况下,抵押登记被撤销后,原判决中的抵押权是否还有效。湖北省高级人民法院经审查认为,根据《中华人民共和国物权法》第179条、第180条的规定,抵押权的标的为抵押人的财产,而非财产的物权凭证,也非抵押权证,故除因办理者串通伪造申报材料损害他人利益的情形外,即便案涉权证因其他行政行为合法性原因被认为违法或被撤销,均不影响抵押权的效力。湖北省高级人民法院据此作出(2022)鄂民申1066号《民事裁定书》,驳回L建通的再审申请。

(二) 不动产抵押登记中存在的问题

1. 缺乏明确具体的法律规定

在上述案例裁判中,对于案涉抵押登记被撤销后,抵押权的效力如何确定的问题,无法找到具体的法律规定。

依据我国现有法律规定,不动产抵押应当办理登记,未经登记的不动产抵押合同不发生设定

抵押权的法律效力。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《民法典担保制度解释》)第46条对未办理抵押登记时抵押人的责任也予以明确规定,即因抵押人的原因导致不能办理抵押登记的,债权人可以请求抵押人在约定的担保范围内承担责任。

《民法典担保制度解释》对未经登记的不动产抵押行为作出了明确规定,但对于该规定是否可以推定适用于抵押权登记被撤销或被注销的情况,仍不甚明确。对于没有作出明确规定的原因,笔者认为是基于传统民法理论,即《民法典》第155条的规定:“被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力”。该条不存在例外情形,因此可以理解为《民法典》默认被撤销的抵押登记行为自始没有法律效力。但是,对于前文所述不动产抵押登记行为的性质,学界存在争议,若不认为抵押登记行为属于民事法律行为,便不能适用《民法典》155条的规定。笔者赞同不动产抵押行为属于公私混合行为的学说。传统的行政法理论认为,具体行政行为被撤销的效力可以溯及至该具体行政行为成立之日,也就是没有溯及既往的效力。但也存在例外情况,即根据法律规定或是涉及公共利益等情况,可以自撤销之日起无效。该理论为行政行为被撤销后的法律效力留下了适用的空间。基于抵押登记行为的特殊属性和民法与行政法传统理论的不一致,笔者认为,对于抵押登记行为被撤销后的法律效力问题,亟待立法作出明确规定。

2. 忽略抵押权人利益的保护

对于抵押权人利益的保护,是基于登记簿的推定力和公信力而产生的。

在登记簿推定力理论中,抵押权人可以任意第三人主张登记效力;第三人则可以在诉讼中,通过提出证据的方式推翻抵押登记,以达到否定抵押权效力的目的。单从理论上讲,第三人要承担较重的证明任务,抵押权人在诉讼中则处于较为有利的地位。但是,通过上述案情可以发

现,实际情况并非如此。抵押权人在诉讼中主张优先受偿权时,需要承担繁重的证明责任。首先,抵押权人需要向法院证明抵押权、债权的有效性;其次,还要证明债权的数额与履行情况、抵押权的实现条件等。在此过程中,抵押权人既要面对与债务人、抵押人的争议,还要面对抵押人的其他债权人的异议。在上述案例中,通过与其他债权人的民事诉讼,抵押权人已证明自己的善意,抵押权已被判决为有效,但抵押权人仍然需要面对其他债权人提起的行政诉讼与民事再审。面对其他债权人已经确定的债权,抵押权人的权利具有不确定性,抵押权人优先受偿权的实现面临着重重困难。作为一种保护手段的不动产抵押登记的推定力,在实践中却难以用于减轻抵押权人的举证责任。

从登记簿的公信力来看,抵押权人基于抵押权登记的公信力而产生的信赖利益,应当受到法律保护。抵押权人的信赖利益是在抵押权登记之日起才产生的^[7],该信赖利益不因抵押登记的撤销而自始灭失。抵押权人正是基于对登记的信赖利益即公信力,才设定抵押权,债权人才与债务人产生了债权债务关系。主债权和抵押权在抵押权登记后生效,即使该抵押登记被撤销,公信力也是不可逆的。在民事诉讼中,法院的裁判对抵押权人的审查义务作出严格的要求;在行政诉讼中,基于行政机关的错误而撤销登记时,法院又对该撤销行为是否对公共利益造成损害进行严格审定。法院往往会根据申请设立抵押登记提交的材料不真实、登记机关未尽到审慎审查义务、无权设立抵押等情形而撤销抵押登记。在行政诉讼中,抵押权人通常作为第三人参与诉讼,其诉讼地位不占优势;法院也往往在行政判决中不受登记簿推定力和公信力的约束,忽略了对抵押权人利益的保护。

3. 行政诉讼路径与民事诉讼路径存在冲突

基于前文所述,不动产登记行为的性质存在多种学说分歧,因此,对于不动产登记行为的诉讼同样存在多种审理方式上的分歧。目前,对于

此类案件,司法实践中存在分别审理和合并审理的模式。

对于分别审理模式,是采用先后民方式还是先民后行方式没有硬性规定。在司法实践中,首先,当事人在面对不动产登记民行交叉案件时,会本着追求自身利益最大化的目标,向法院提起民事或行政诉讼。当最终判决结果于己不利时,当事人会选择采用另外一种诉讼程序解决争议,造成民事、行政诉讼程序的运行混乱。其次,不动产登记诉讼中,物权权属争议与登记行为是否违法的认定,是受案法院始终无法回避的问题。行政判决无法涉足诸如抵押合同的效力、是否属于善意取得等民事法律关系的认定,民事判决同样不能对登记机关的行为进行评判。民事、行政诉讼审查对象与标准不同,必然导致判决结果出现冲突。而民事诉讼与行政诉讼程序缺少相应的衔接机制,势必会拉长案件的审理期限,使得不动产登记争议在短时间内难以解决^[8]。另外,上述案件中采取的是分别审理模式,行政判决撤销了抵押权,否认了民事判决,就会出现判决冲突,使得如何执行法院判决成为难题,损害了法院的司法公信力。

在合并审理模式中,根据《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第61条的规定,法官对于涉及行政登记类诉讼拥有较大的自由裁量权。当事人在行政案件审理过程中提出解决民事争议的,法院可以视具体情况决定应采取一并审理模式。这是行民合并审理模式的法律依据。但是,该模式也存在着局限性。一方面,在该不动产登记诉讼一并审理的情况下,若采用行政诉讼附带民事诉讼的模式,容易出现行政诉讼直接认定民事法律行为效力的局面。如此,法院着力于行政审判,就会忽略民事诉讼的基础功能,不利于对当事人民事权益的有效维护。另一方面,在举证责任的分配上,民事诉讼坚持“谁主张谁举证”的原则,而行政诉讼则更多地由被告承担举证责任。至于当事人的处分权,民事诉讼中的各方当事人可以承认、放弃

或变更诉讼利益,而行政诉讼中的被告却不能任意处置自己的实体权利。由此造成的程序性冲突,成为采用一并审理模式亟待明确的法律问题。

4. 行政机关承担赔偿责任的方式存在争议

上述案例中,抵押登记被法院撤销,说明当初办理抵押权登记的具体行政行为是错误的。L市房管局的错误在于,我国实行房地一体化抵押制度,建设用地使用权已经被法院查封,在此情况下,无法再办理地上建筑物抵押登记。而L市房管局没有注意到建设用地使用权已经被查封的情况,单独为在建工程办理了抵押登记,致使无法实现房地一体化抵押,最终被法院判决撤销抵押登记。由于行政机关登记错误,给利害关系人造成了巨大损失。

《民法典》第222条规定:“因登记错误,造成他人损害的,登记机构应当承担赔偿责任。登记机构赔偿后,可以向造成登记错误的人追偿”。根据该条规定,对于该类经济损失,利害关系人可以要求登记机关作出赔偿。但是,关于该赔偿责任是运用国家赔偿方式还是履行民事赔偿责任,在司法实践中存在着争议。换言之,不动产登记错误发生后,利害关系人应当通过何种司法路径救济自身权益,没有明确的法律规定。选择不同的赔偿责任方式所适用的法律和责任形态并不相同。如果选择国家赔偿方式,其性质属于违法责任,形态属于补充赔偿责任;如果选择民事责任赔偿方式,其性质属于过错责任,形态属于连带赔偿责任。两种赔偿方式在实际运用中差异较大,应当加以明确规定。

四、权利救济与司法建议

关于不动产抵押登记被撤销后,抵押权是否继续有效的问题,我国现行法律、法规、司法解释均无相应规定。为此,笔者提出以下权利救济方式与司法适用方面的建议。

(一)借鉴德国不动产登记制度中的推定力与善意取得制度

清末时期,变法派官员主张采用西方集权制国家创建的大陆法系。虽然清末变法以失败告

终,但是其从大陆法系引入的财产权登记制度,为后续确立不动产登记制度奠定了基础。民国时期,国民政府也模仿与移植西方法制,在确立民法制度时,作为大陆法系代表的德国民法制度被大量采用。1922年,民国政府颁布房地产登记条例,第一次建立了不动产登记制度,对新中国成立之后我国不动产登记制度的建立产生了较大影响。我国在确立现行抵押登记制度时,沿用了德国的物权制度。因此,考察德国的不动产登记制度,对我国相关不动产抵押制度的完善具有重要的借鉴价值。

《德国民法典》将不动产登记簿的推定力分为积极的推定效力与消极的推定效力。其中,消极的推定效力是在登记簿上涂销登记名义人的不动产登记权利,登记名义人就不再享有该权利。至于该被涂销的权利是自始不存在还是仅从被涂销时起不存在,则存在着争议。依据德国最高法院与通说的主张,如果不动产登记被涂销的原因是基于权利转移或者权利放弃,则应当推定在涂销日之前,该登记名义人仍然享有该项权利,抵押人当时是有权处分该不动产的,登记名义人取得抵押权不适用善意取得制度;如果不动产被涂销的原因是出于更正错误登记的需要,则推定登记名义人自始不享有不动产登记的权利,但是抵押人无权处分抵押物,登记名义人仍可以通过善意取得制度取得抵押权。《德国民法典》第892条规定了不动产物权的善意取得制度,即对于通过法律行为取得抵押权的抵押权人,为了保护其法益,如果不存在登记时即有针对该内容的异议登记,或者抵押权人明知登记簿错误的情况,则不动产登记簿所记载的内容视为正确,抵押权人的抵押权有效。简言之,抵押权人只要不是明知登记簿存在异议登记或登记簿错误的,即构成善意取得^[9]。

2022年10月30日,我国自然资源部发布了《关于〈不动产登记法〉(征求意见稿)公开征求意见的公告》,在吸收已有的《不动产登记暂行条例》《不动产登记暂行条例实施细则》等法规规章

的基础上,对不动产登记作出全面系统的规定,以保护不动产权利并维护交易安全。这对完善我国不动产登记制度具有里程碑式的意义。笔者认为,应借鉴上述德国不动产制度中关于消极推定力和善意取得制度的相关经验。

(二) 明确不动产登记簿的信赖利益

在不动产登记的推定力方面,《民法典》并没有明确规定不动产登记簿的推定效力。有学者认为,《民法典》第216条可以解释为不动产登记簿的推定力^[10]。但是,与上文所述的德国法相比较,该规定仍然是不完整的。因为我国《民法典》仅规定了积极推定力,未规定消极推定力。未来在制订《不动产登记法》时,为了使规定更加完整,不仅应当明确不动产登记簿的效力,还应当在此基础上进一步规定消极效力。基于对登记公信力信赖利益的保护,立法应该更倾向于抵押权人继续对抵押物享有抵押权。因为抵押登记是一种行为,不是持续的状态,立法并没有要求抵押期间抵押物要持续处于抵押登记的状态。从我国历来颁布的法律法规及司法解释来看,抵押权登记是一种行为,登记完成后即产生了公示效力。比如,在抵押物被拆迁或损毁、灭失的情况下,抵押物消灭,抵押登记自然消灭,但是这并不影响抵押权的效力,抵押效力仍然及于抵押物的代位物。另外,在抵押物转让的情况下,抵押物的所有权发生了变化,但抵押权依然有效。

从德国法律的相关规定可见,在不动产交易过程中,应当将对不动产登记簿的信赖作为判定第三人是否为善意的标准。我国的《不动产登记法》尚处于草案阶段,相关规定较为分散,不动产登记制度尚不完善。在司法判决中,有法官认为,不动产登记簿不能准确地反映不动产的真实权利状态,不动产登记的公信力仍受到怀疑。随着不动产登记制度的完善和互联网在登记程序中的普遍应用,认可不动产登记簿的公信力,才是法律发展的主流方向。

(三) 适用善意取得制度

《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干

问题的规定》第11条第3款规定:“被诉房屋登记行为违法,但判决撤销将给公共利益造成重大损失或者房屋已为第三人善意取得的,判决确认被诉行为违法,不撤销登记行为”。这一条款明确规定了我国不动产登记中的善意取得制度,将行为违法与不动产登记分开处理。这一原则可以推而广之,适用于抵押权登记被撤销、被注销的情形。

在不动产的公信力方面,《民法典》第311条对于不动产的善意取得制度与动产的善意取得制度采用了同一模式,在构成要件与法律效果方面不作区分。但是,基于不动产登记制度,不动产权利的取得比动产权利的取得本身更为严格,而善意取得制度的构成,又使得对不动产权利取得人的要求更加严苛。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉物权法编的解释》第15条的规定,抵押权人必须不知登记簿错误并且对此无重大过失才构成善意,这意味着交易相对人在商事交易中,必须对他人的产权进行调查。这一要求在实际交易中难以实现,加重了相对人取得抵押权所必须履行的义务,也极大地降低了中国不动产登记簿的公信力。由上可知,德国法所规定的不动产登记制度对于交易保护的度,远高于中国相关法律的规定。该条款弱化了对交易的保护,存在不合理之处。

造成上述案件中司法裁判冲突的原因,是司法实践中对于善意取得制度中“无权处分”行为的认定以及第三人“善意”的认定标准无法达成统一。在司法实践中,一些法院认为,银行作为金融机构,相较于普通民众在作为抵押权人时应当承担更为严苛的合理注意义务。例如,上述案件在行政诉讼二审中认为,银行作为有审查能力的专业金融机构,怠于审慎审查L建通公司申请抵押登记的相关材料,不符合法律规定的善意第三人条件。但是,银行毕竟属于商事主体,并非行政机构,在履行合理注意义务时不应超出其能力范围。而且,无论民事主体抑或商事主体,对于国家行政机关和不动产登记簿的信赖都是相

同的。随意加重商事主体的合理注意义务违反了商事交易中的公平原则,也不利于商业活动开展的效率。另外,在不动产登记中,将“重大过失”作为善意取得制度中“善意”的内涵,会弱化不动产登记簿的推定力和行政机关的公信力,使抵押权人合理的利益得不到保护,不符合完善与发展不动产登记制度的趋势。因此,在上述案件中,法院在行政诉讼中基于更正撤销了抵押登记,根据善意取得制度,信达公司的信赖利益应当得到保护,抵押权继续有效。

(四)采用民事诉讼与行政诉讼合并审理模式

解决诉讼路径下的审判冲突,应当确定不动产登记行为的性质。笔者赞成不动产登记行为属于公私混合的行为性质。不动产登记制度体现了国家公权力对民事法律关系的干预,不动产登记行为具有一定的行政授益效果。一旦法院或行政机关做出撤销、注销登记的行为,可能会导致当事人的民事权利受损。因此,不动产登记涉及民事法律关系,与民事权利义务相关。同时,因为行政机关的行为属于行政诉讼的受案范围,对于不动产登记行为不当全部适用民事路径,也不应当单独适用行政路径。因此,笔者赞成采用民事诉讼与行政诉讼一并审理模式。在单一诉讼模式下,如果当事人仅对不动产权属存有争议,认为登记行为合法,因而选择民事诉讼路径;当民事诉讼失败后,当事人为了尽最大可能寻求救济,往往会改变最初的想法,转而认为登记行为不合法,以此提起行政诉讼,反之亦然。这种情况一方面会造成司法资源的浪费,另一方面分别诉讼极易造成判决冲突,损害司法公信力。

推行民事、行政诉讼合并审理模式,应当建立统一的立案审查标准,确定案件的争议焦点。因为《行政诉讼法》规定了一并审理模式,因此在实践中,决定合并审理后多采用行政诉讼附带民事诉讼的方式。但就不动产抵押登记而言,争议焦点多围绕在不动产权权属、抵押责任承担以及行政机关登记行为上,其争议的最终目的在于

明确如何就抵押财产受偿,即产生什么私法效果。确定行政机关行为是否违法的目的,在于是否应当撤销登记。如果仅确认登记行为违法,不撤销登记,对当事人的权利来说并无影响;是否应当撤销登记,争议焦点便落在如何判断是否损害社会公共利益和认定善意第三人上。因此,不动产抵押登记案件中,首先以民事法律关系作为基础性的法律关系,即采用民事诉讼附带行政诉讼的方式更为合理。其次,采用一并审理模式时,应当就前文所提出的举证责任分配、当事人处分权等作出统一规定。

(五)登记错误后登记机关承担国家赔偿责任

行政机关赔偿责任承担方式的问题,本质上是对不动产登记行为性质的认定问题。依前文所述,就不动产登记行为的属性具有多种学说争议;不动产登记机构就登记错误所承担赔偿责任的性质,也存在着学说争议。第一种学说为国家赔偿责任说。该说认为,应当以行为主体性质界定行为性质。登记机构属于行政机关,其与登记人之间处于管理与被管理的关系,非平等地位。行政机关在履行职务过程中应承担的责任由行政法所调整,因此属于国家赔偿责任^[11]。第二种学说为民事赔偿责任说。该说认为,应当以所侵害的权利性质界定赔偿行为的性质。登记错误行为是对不动产物权的侵害,属于民事权益的损害。不动产登记制度虽然具有行政程序色彩,但是其主要目的在于为民事交易提供保护。因此,行政机关应当承担民事赔偿责任^[12]。

笔者认为,登记机关登记错误的赔偿责任的界定,应当以国家赔偿责任为主。第一,不动产登记机构依据法定程序,对当事人之间的物权变动予以确认。经登记的不动产物权具有公信力,权利人是基于该行政机关的公信力发生民事交易的,其赔偿责任应当由国家保障。第二,登记机关承担赔偿责任,有利于当事人权利的实现。由不动产登记所造成的纠纷,往往产生巨大的经济损失,民事主体的赔偿具有不确定性;国家赔

偿有足够财力支撑,能够弥补当事人巨大的经济损失。第三,采用国家赔偿方式时,可以直接用国家赔偿的专项资金进行赔偿,登记机构不会直接面临巨额的经济责任负担,有利于维持行政机关正常运转,维护不动产登记制度的稳定性。

在上述案例中,抵押登记在行政诉讼中被撤销,但抵押权继续有效,信达公司仍可对抵押物享有优先受偿权。由于行政机关登记错误,给利害关系人造成巨大损失,对于该经济损失,利害关系人可以要求登记机关作出赔偿。该赔偿责任的承担方式为国家赔偿,责任形态为补充赔偿责任。

五、结论

通过上述案例可见,首先,喻某与民生银行、信达公司的不动产登记纠纷,显示出我国立法的欠缺。对于抵押登记被法院或登记机关撤销后,抵押权的效力以及责任承担问题,在现行的法律法规中无法找到明确的规定。不动产登记行为作为公私混合的行为,因其行政属性明显,不适用《民法典》中“被撤销的民事法律行为自始没有法律约束力”的规定。其次,抵押权人利益的保护是基于登记簿的推定力和公信力而产生的,即使抵押登记被撤销,也应当受到推定力和公信力的约束,对抵押权人的信赖利益做出合理保护。抵押权自抵押登记时生效。在主债权发生后,债权人(抵押权人)对登记享有信赖利益,该信赖利益不因抵押登记被撤销而消灭。再次,如果因为行政判决撤销不动产抵押登记,否认之前生效的民事判决,不动产登记的行政诉讼路径与民事诉讼路径就会产生冲突,易造成司法资源浪费,损害司法公信力。对于此类案件,应当行民合并审理。最后,当抵押登记在行政诉讼中被撤销或是行政机关主动注销,说明行政机关在当初登记时就有错误,利害关系人因此受到的损失,可以针对行政机关提起国家赔偿诉讼。

〔参考文献〕

[1]任成印,何凤娟.论未登记不动产抵押合同中抵押

人的责任——《民法典担保制度解释》第46条的理解与适用[J]. 河北科技大学学报,2021(04):45.

[2]王泽鉴. 民法学说与判例研究(第五册)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2005.

[3]章剑生. 行政不动产登记行为的性质及其效力[J]. 行政法学研究,2019(05):34-44.

[4]杨临萍. 审理房屋登记行政案件中的若干问题(上)[A]. 最高人民法院行政审判庭编:行政执法与行政审判(2009)[C]. 北京:人民法院出版社,2009(05):67-68.

[5]王利明. 物权法研究(修订版)(上卷)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007:305.

[6]程啸. 不动产登记簿的推定力、公信力与买方信赖的保护——“丁福如与石磊房屋买卖合同纠纷案”评释[J]. 交大法学,2013(04):158-159.

[7]蒋岩岩. 不动产抵押登记效力三题[J]. 法律适用,

2010(04):40-41.

[8]李宁. 论不动产登记民行交叉案件的审理模式及立法完善[D]. 石家庄:河北师范大学,2020:16-18.

[9]席志国. 中德不动产登记效力比较研究——以统一不动产登记效力体系构建为视角[J]. 中国土地研究,2020(07):24-26.

[10]程啸. 不动产登记簿之推定力[J]. 法学研究,2010(03):106-119.

[11]崔建远. 中国民法典所设不动产权登记之我见[J]. 法学杂志,2020(09):37-50.

[12]刘保玉. 不动产登记机构错误登记赔偿责任的性质与形态[J]. 中国法学,2012(02):156-169.

【责任编辑:柴 玮】

Research on relevant legal issues after real estate mortgage registration is revoked

Pan Xiuping, Chen Yantong

(Beijing University of Posts and Telecommunications, Beijing 100876, China)

Abstract: After a registered mortgage has been revoked or canceled, the issue of whether the mortgage is valid and how the parties bear responsibilities has not been discussed enough in China's theoretical circles, and there is still a gap in legislation. In judicial practice, due to the overlapping administrative and civil characteristics of real estate mortgage registration, there is a conflict between litigation paths and litigation results, which increases the burden of judicial litigation and affects judicial credibility. Mortgage registration is an administrative act, not an ongoing state. Even if the mortgage registration is revoked or canceled, the mortgagee's reliance interests are still protected by the law and the mortgage shall continue to be valid. A consolidated administrative and civil hearing model for mortgage registration disputes should be adopted to protect transaction security and save judicial costs. If the mortgage registration is revoked in administrative proceedings or canceled by the administrative agency on its own initiative, it means that the administrative agency made a mistake during the original registration, so the interested parties who have suffered losses can request the registration agency to bear compensation liability.

Key words: real estate registration; mortgage rights; credibility; litigation path

【法学理论研究】

论动产抵押权的追及效力

——解读《民法典》第 406 条

李丽娜

(辽宁公安司法管理干部学院, 辽宁 沈阳 110161)

〔摘要〕《中华人民共和国民法典》第 406 条规定了抵押人可以任意转让抵押财产, 不需要经过抵押权人的事先同意, 并可通过设立抵押权追及效力来保障抵押权人的利益。这种制度设计较好地平衡了抵押人、抵押权人和受让人的利益。但是, 动产抵押有别于不动产抵押的特殊性, 导致了实践中动产抵押权追及效力的实现困境, 影响抵押权人的利益。动产抵押如何在实现物尽其用、促进交易的基础上, 更好地平衡各方利益、保障抵押权追及效力的实现, 是一个亟需解决的现实问题。在立法和司法实践中, 应当继续探索及完善动产抵押的相关法律制度。

〔关键词〕不动产抵押权; 动产抵押权; 转让合同; 抵押权的追及效力

〔基金项目〕本文系国家社会科学基金 2022 年度项目“民法典动产担保交易规则的规范构造与解释适用研究”(项目编号: 22BFX071) 的阶段性研究成果。

〔作者简介〕李丽娜(1979—), 女, 辽宁东港人, 辽宁公安司法管理干部学院副教授, 主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2023 - 09 - 18

〔中图分类号〕D923 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009 - 1416(2024)01 - 097 - 07

允许转让抵押财产, 既符合所有权的一般原理, 也能充分满足市场经济生活的需求。一方面, 抵押权只是给财产设定了权利负担, 所有权并没有发生变动, 抵押财产仍归抵押人所有, 因此, 抵押人仍然可以处分抵押物; 另一方面, 转让抵押财产有利于实现物的交换价值, 实现物尽其用, 活跃市场经济。至于抵押权人的合法权益保护问题, 则可以通过规定抵押权的追及效力来实现。抵押权的追及效力, 是指依法在不动产或者动产上设立抵押权之后, 无论该不动产或者动产辗转至何处, 抵押权人均可以追及至该不动产或者动产行使抵押权。

一、问题的提出

与《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第 191 条相比, 《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第 406 条对于抵押财产的转让立场, 发生了由“限制流转”到“自由流转”的重大转变。《物权法》第 191 条规定的“限制流转”模式限制了抵押人对抵押财产的处分权, 妨碍了财产的自由流转, 不利于“物尽其用”。偏重保护抵押权人的利益, 在实践中可能会出现抵押权人滥用权利损害抵押人利益的情形。《民法典》第 406 条规定的“自由流转”模式, 允许抵押人可以事先不经过抵押权人的同意, 任意转让抵

押财产^①。这一模式有利于实现“物尽其用,货畅其流”的立法目的,却增大了抵押权人对抵押物的监管难度,造成抵押权的实现困难,不利于抵押权人的利益保护,甚至损害受让人的利益。由此可见,抵押人、抵押权人和受让人之间存在着利益冲突。不同的法律制度侧重保护的利益主体不同,需要找到合适的平衡点,以合理的制度设计来协调各方的利益。

《民法典》第406条规定了抵押财产可以自由流转,赋予了抵押人自由处分抵押财产的权利,通过设立抵押权追及效力,来保障抵押权人的利益^②。抵押权的设立,并不会影响抵押人对抵押财产行使占有、使用、收益、处分的权能。抵押权人虽然享有抵押这一担保物权,但是对于抵押财产的掌控程度较弱,不能像质押那样,通过占有的方式来宣示自己的权利。同时,抵押动产的转让并非必须办理登记,而且即使办理了登记,受让人通常也不会去调查转让的动产是否设有抵押权。抵押动产可能会在交易过程中几易其手,导致抵押权人丧失对抵押动产的监管,等到需要实现动产抵押权时,才发现抵押动产已经不知所踪,抵押权的追及效力自然也就落空了。对于实践中出现的动产抵押权追及效力的争议问题,在司法适用上尚未得到统一。因此,这是一个值得深入探讨的理论和现实问题。

二、动产抵押转让规则的产生与沿革

对于抵押动产能否转让,随着社会生活的变化和发展,我国立法者的态度也历经数次变化。

本文对此梳理如下。

(一)第一阶段:明确规定转让抵押动产的行为无效

大陆法系国家最初采用的是不动产抵押和动产质押二分制度。但由于质押必须转移动产的占有,实践中仅仅依靠质押并不能很好地发挥物尽其用和资金融通的作用,因而又产生了动产与担保、所有权保留等担保方式,以弥补动产质押制度的不足。随着社会发展,经济活动越发活跃复杂,动产质押已经无法满足现实经济生活的需求,其局限性日益凸显。因而,很多国家设立了动产抵押制度。我国最初的立法规定了统一的抵押制度,没有区分不动产抵押和动产抵押。1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第115条规定,未经债权人同意的转让抵押物行为无效^③。该条规定体现了严格限制抵押物转让的立法目的。

(二)第二阶段:规定未通知抵押权人的转让行为无效

1995年颁布的《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第49条规定,未通知抵押权人或者未告知受让人的抵押物转让行为无效^④。这里的“通知行为”是抵押人必须履行的义务,否则会导致转让行为无效,因此“通知”是转让行为的生效要件。这样的规定,实际与《民通意见》第115条的规定一样,严格限制抵押物的转让。事实上,对于抵押权人来说,关注的是抵押物的交

①《民法典》第406条规定:“抵押期间,抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的,按照其约定。抵押财产转让的,抵押权不受影响。抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿”。

②参见《民法典》第406条的规定。

③《民通意见》第115条规定:“抵押物如由抵押人自己占有并负责保管,在抵押期间,非经债权人同意,抵押人将同一抵押物转让他人,或者就抵押物价值已设置抵押部分再作抵押的,其行为无效”。

④《担保法》第49条规定:“抵押期间,抵押人转让已办理登记的抵押物的,应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况;抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的,转让行为无效。转让抵押物的价款明显低于其价值的,抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保;抵押人不提供的,不得转让抵押物。抵押人转让抵押物所得的价款,应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分,归抵押人所有,不足部分由债务人清偿”。

换价值而非使用价值。只要抵押物的交换价值还在,那么抵押权人的权益实现就有了保障。限制抵押人对抵押财产的转让,恰恰影响了抵押物交换价值的实现,与抵押权的设立目的背道而驰。

(三) 第三阶段:《物权法》规定,未经债权人同意不得转让抵押财产

2007 年颁布的《物权法》第 191 条规定,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外^①。《物权法》第 191 条虽然将《担保法》的“通知抵押权人”改为“经抵押权人同意”,但即使经过抵押权人同意的转让,根据该条规定,抵押人也应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。可以说,该条规定对抵押物转让的限制没有发生根本改变,抵押权的追及效力在这种严格限制下也不可能发挥作用。但允许受让人代为清偿的“涤除权”规定,体现了立法者对该问题的认识变化,即抵押权的设立目的,在于担保债权的实现。不管抵押财产如何流转,只要抵押权人的债权能够得到优先受偿,无论债务最终是由抵押人还是受让人偿还,抵押权人的利益都不会受到影响。

(四) 第四阶段:《民法典》允许抵押财产自由流转

2020 年颁布的《民法典》对《物权法》《担保法》的规定作出了重大修改和完善。《民法典》第 406 条规定,抵押人有转让抵押财产的权利,同时确认了抵押权的追及效力,以平衡抵押人与抵押权人的利益。为了尊重当事人意志和选择的自由,进而更好地平衡双方的利益,该条第 1 款又规定,“当事人另有约定的,按照其约定”。这个“另有约定”,是抵押人自愿放弃自由转让抵押财产的权利,只要约定符合民事法律行为的生效要

件,在抵押人和抵押权人之间就会产生法律效力,即按照约定,抵押人不能再任意转让抵押财产。同时,该条第 2 款还规定,抵押权人可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存^②。但是,抵押权人享有的这一请求权是有条件限制的,即必须符合该条第 2 款规定的“抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权”^③的条件。这样的规定,既可以平衡双方当事人之间的利益,又能较好地保护抵押人的期限利益。

三、动产抵押权追及效力的实现困境及解决对策

不动产抵押权的设立采用登记生效主义,抵押人转让抵押财产必须经过登记,才能发生所有权变动的效果。登记这一法定形式,能够确保受让人了解附属在转让不动产上的权利情况,保证转让行为能够在信息公开的环境下进行。因而,以立法限制抵押不动产的转让,剥夺了当事人选择的权利。每个人都是自己利益的最佳判断者,应该把选择和决定的权利交还给当事人。与不动产抵押的抵押权人多是银行等金融机构不同,动产抵押方式多在熟人和融资能力较弱的中小微企业之间设立,动产抵押所具有的方便、快捷、灵活等优点,越来越受到市场主体的青睐。抵押动产的自由流转,会进一步放大动产抵押的优势。因此,《民法典》第 406 条对之前的立法作出重大修改和完善,彻底改变了禁止和限制抵押财产转让的态度,承认了抵押权的追及效力。

①《物权法》第 191 条规定:“抵押期间,抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的,应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。抵押期间,抵押人未经抵押权人同意,不得转让抵押财产,但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外”。

②参见《民法典》第 406 条规定。

③参见《民法典》第 406 条规定。

(一)规定抵押人享有自由转让抵押财产的权利

《民法典》第406条第1款规定,抵押人可以自由转让抵押财产;该条第2款规定,抵押人转让抵押财产的,应当及时通知抵押权人^①。由于动产抵押权人无从知晓抵押动产的权属变动和占有情况,因此该条款明确规定了抵押人在转让抵押财产后,负有通知抵押权人的义务。但此处抵押人通知义务的效力,与《担保法》第49条规定不同。《担保法》第49条规定的抵押人通知义务,是转让合同的生效要件,即只有通知到抵押权人,转让合同才能生效。《民法典》第406条规定的抵押人的通知义务履行与否,并不影响转让合同的效力,即使抵押人没有通知抵押权人,转让行为仍然有效。但是,抵押人通知义务的履行,可以让抵押权人清楚地知道抵押财产的权属情况,以便决定是否主张优先清偿债务、提存或者对谁主张抵押追及权。

因为转让抵押动产不需要办理登记,交易也较为频繁,短时间内可能发生数次交易,抵押人及抵押权人可能无法及时得知抵押动产的权属情况。若找不到抵押动产,抵押权就难以发挥追及效力,抵押权也难以实现,债权人的利益将失去保障。因此,有必要在立法中明确转让抵押财产的通知时间和内容,督促抵押人能够本着诚实信用原则自觉履行通知义务,方便抵押权人根据具体情况,判断是否需要及时采取必要的措施,以保护自身利益。

《民法典》406条第2款同时规定,抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿^②。但该规定并没有明确何为“可能损害抵押权”的

情形,对此,裁判者享有一定的自由裁量权。例如,未通知抵押权人的抵押动产转让行为,虽然依据法律规定抵押权人可以行使抵押追及权保护自身利益,但是由于抵押人没有履行通知义务,将大大增加抵押权的实现成本和消灭风险,因而可以认定抵押人未通知抵押权人的转让行为构成《民法典》406条第2款中的“可能损害抵押权”的情形之一。

除此以外,“可能损害抵押权”的考量因素可以考虑以下几种情形。一是转让抵押动产明显提升了实现抵押权的风险。例如,转让抵押动产后改变了动产的使用方式,增加了动产毁损、灭失的风险。二是抵押人转让抵押动产导致抵押权人追及难度增大。动产经过多次转手,即使办理了抵押登记,抵押权人要找到抵押动产,行使抵押权也极为困难。在判断转让行为是否“可能损害抵押权”时,不应仅局限于某一情形,而应综合多个因素来考量。在举证责任方面,抵押权人需要对是否存在上述情形进行举证,如果有证据证明上述情形存在的,便可要求抵押人将转让的价款提前清偿债务或者提存。当然,抵押人也可以提出相反证据,证明转让行为不存在“可能损害抵押权”的情形,以便维护自己的期限利益。

实践中,抵押动产被转让后,会出现转让价款和债务人其他财产混同的情况。如果债务人还有其他债权人的话,原抵押权人的法律地位会降至与普通债权人相同,导致主债权丧失了对债务人财产的优先受偿权,抵押权人的追及权也会落空。解决这一问题的思路,是就转让所得的价款给债权人设定债权质权或者金钱质权,将转让的价款特定化、用途固定化,确保债务人不能够任意处分这部分财产。这样,既可以保护原抵押权人的利益,也不会损害抵押人的既得利益。

^①参见《民法典》第406条规定。

^②参见《民法典》第406条规定。

(二) 禁止转让特约可以限制抵押财产的自由流转

《民法典》第406条第1款在规定了抵押期间抵押人可以转让抵押财产后,又增加了“当事人另有约定的,按照其规定”的内容^①。此项规定是抵押人和抵押权人禁止转让的特约,是对抵押财产任意转让的限制,目的是在赋予抵押人处分抵押财产自由权的同时,让抵押权人也能够通过订立禁止转让特约的方式,限制抵押人的转让行为,进而降低抵押权的实现风险。准确理解该规定,有助于正确把握抵押权的追及效力。首先,根据合同相对性原理,该约定是抵押人和抵押权人之间达成的协议,不能对受让人产生拘束力。其次,禁止转让特约并不能剥夺抵押人对抵押财产的处分权,即便是抵押人的行为构成无权处分,根据《民法典》的相关规定,抵押人与受让人之间的转让合同依然有效。但能否产生物权效力,主要取决于禁止转让特约是否登记,是否满足善意取得的构成要件。

《民法典》第406条第1款并没有规定当事人之间的禁止转让特约是否需要登记以及如何登记,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第43条对此做了细化。根据该条第1款规定,如果禁止转让特约没有登记,动产已经交付的,抵押权人不能主张行使追及权^②。此时,不仅转让合同的效力不受影响,抵押动产所有权的变动也会发生法律效力,即抵押权的追及效力受到了限制。其包含如下情形:一是受让人并不知道抵押人和抵押权人之间存在禁止转让约定,抵押权人不能行使追及权,只能转而向抵押人主张违约责任;二是如果

禁止转让特约没有进行登记,但受让人明知抵押人和抵押权人之间签订了禁止转让特约,即受让人存在主观恶意,那么,即使抵押动产已经交付了,抵押权人依然可以对抵押动产行使抵押追及权;三是如果禁止转让特约已经登记,那么违反该约定并不会影响转让合同的效力,但不会产生抵押动产所有权发生变动的法律效果。因为受让人通过查询登记,可以了解到抵押动产上存在的禁止转让特约,在已知抵押财产登记情况后,受让人仍与抵押人签订了财产转让合同,证明受让人是出于某种利益的考虑(如价格等因素),愿意接受有权利瑕疵的财产,抵押权的追及效力所带来的风险受让人必须承担。因此,抵押追及权生效,受让人无法取得抵押动产的所有权,但受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外。这与《物权法》中规定的涤除权有异曲同工之处。虽然《民法典》删除了《物权法》中有关涤除权的规定,但根据《民法典》第524条第1款的第三人代为履行规则,同样会达到与行使涤除权相同的法律效果。

当前,我国的不动产抵押登记制度比较完善,并且由于不动产自身不能随意移动的属性,禁止转让特约登记可以限制抵押人对抵押不动产的转让行为,进而实现对抵押追及权的保护。但是对于动产抵押,登记制度和流程本来就有待规范和完善,禁止转让特约登记在事实上更加难以实现。而且,设立过多的登记内容,势必增加交易成本,影响动产抵押作用的发挥。这个问题该如何解决,还有赖于今后动产抵押登记制度的进一步规范和完善。

^①参见《民法典》第406条规定。

^②参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第43条第1款规定:“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产,但是未将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人请求确认转让不发生物权效力的,人民法院不予支持,但是抵押权人有证据证明受让人知道的除外;抵押权人请求抵押人承担违约责任的,人民法院依法予以支持”;第2款规定:“当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经将约定登记,抵押人违反约定转让抵押财产,抵押权人请求确认转让合同无效的,人民法院不予支持;抵押财产已经交付或者登记,抵押权人主张转让不发生物权效力的,人民法院应予支持,但是因受让人代替债务人清偿债务导致抵押权消灭的除外”。

（三）认可抵押权的追及效力

根据《民法典》的规定,以动产抵押的,抵押权自抵押合同生效时成立。即只要抵押合同满足民事法律行为的生效要件,动产抵押权便随之设立,没有经过登记的动产抵押权不能对抗善意第三人。我国动产抵押采用的是登记对抗主义,因此,做过登记的动产抵押,抵押权人可以主张行使抵押追及权;未登记的动产抵押,由于受让人并不知道受让动产存在抵押权,其能够基于善意取得制度取得抵押动产的所有权,抵押权人不能再对抵押动产行使抵押权,即抵押权的追及效力消灭。

抵押权人所受到的损失是由于没有办理抵押登记造成的,这不是抵押权人承担全部风险和损失的理由。我国法律明确规定,动产抵押采用登记对抗主义而非登记生效主义,因此动产抵押未办理登记的行为并不应当受到责难,让抵押权人承担全部的风险和损失是不合理不公平的。况且我国尚未建立起统一的动产抵押登记制度,要求抵押权人通过办理登记降低风险,会增加市场主体的交易成本,给市场交易活动设置障碍,造成大量的动产资产闲置。

解决上述问题的路径,是如何提高动产抵押登记的普及率,提升动产抵押权的公信力。有学者认为,建立统一的电子化动产担保登记系统有利于降低担保交易的成本。2019年4月20日施行的《动产抵押登记办法》第13条规定,当事人可以通过全国市场监管动产抵押登记业务系统,在线办理动产抵押登记的设立、变更、注销;社会公众可以通过全国市场监管动产抵押登记业务系统,查询相关动产抵押登记信息。

系统,查询相关动产抵押登记信息^①。但实践中,动产抵押登记仍然以传统纸质登记办法为主,电子登记并没有成为主流。纸质登记办理流程繁琐,需要提交大量的书面材料,严重抑制了当事人办理动产抵押的积极性。因此,当务之急是构建一套方便、快捷、安全、统一的动产抵押电子登记流程,以取代纸质登记流程,让动产抵押当事人能够在方便快捷的登记流程中,获得动产抵押的安全保障,从而愿意主动进行动产抵押登记。

另外,动产抵押登记中存在的一个重要问题,是动产抵押财产范围过于宽泛。根据《民法典》第395条的规定,可抵押的动产包括生产资料、原材料、半成品、产品,正在建造的建筑物、船舶、飞行器、交通运输工具等具体财产,以及其他法律、行政法规未禁止的抵押财产^②。最后的兜底条款大大扩张了可抵押动产的范围。动产抵押物本身具有种类繁多、价值差异较大、估价困难的特性,加上市场经济繁荣后,各种新型动产抵押如雨后天春笋般涌现,进一步增加了统一动产抵押登记工作的难度。

解决该问题的思路,是借鉴大陆法系国家和我国台湾地区的做法,对动产抵押财产的范围进行限缩。可以通过立法的方式,规定只有价值较大且适宜登记的动产才可以成立抵押权;对于那些不适宜登记的财产(例如古董珠宝、生活用品等),可以规定当事人通过设立质押的方式为债权设立担保。针对不同类型的动产采取不同的担保形式,既可以满足当事人的融资需求,也能够确保交易秩序和安全。综上,只有不断提升动产抵押登记的普及率,才能让动产抵押的追及效力得到有效发挥。

①《动产抵押登记办法》第13条规定:“当事人可以通过全国市场监管动产抵押登记业务系统,在线办理动产抵押登记的设立、变更、注销;社会公众可以通过全国市场监管动产抵押登记业务系统,查询相关动产抵押登记信息”。

②《民法典》第395条规定:“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:(一)建筑物和其他土地附着物;(二)建设用地使用权;(三)海域使用权;(四)生产设备、原材料、半成品、产品;(五)正在建造的建筑物、船舶、航空器;(六)交通运输工具;(七)法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。抵押人可以将前款所列财产一并抵押”。

四、结论

《民法典》406 条规定了抵押人可以自由转让抵押财产,实现了物尽其用、鼓励交易的立法目的,但同时也给交易安全带来了很大的风险,影响了抵押权人的利益。因此,该条通过规定抵押权的追及效力,赋予抵押权人相应的权利,来对抗抵押人对抵押财产的自由处分权。此种制度设计的目的,是为了平衡各方当事人之间的利益冲突。由于我国动产抵押采取的是登记对抗主义,存在着公示制度不统一、不完善等问题,大大增加了动产抵押追及权的实现难度,难以充分发挥保护抵押权人合法权益的作用。因而,针对现实中出现的一些问题,需要在立法层面不断加以完善,实践层面不断地探索更加适合动产抵押的

制度设计。

〔参考文献〕

[1]高圣平. 民法典动产担保权登记对抗规则的解释论[J]. 中外法学,2020(04):954.

[2]王利明. 论抵押权的追及效力——以《民法典》第406条为中心[J]. 政法论丛,2023(01):45-46.

[3]叶子曦. 一般动产抵押的法律困境和发展空间——以《民法典》第四百零六条为切入点[J]. 汉江师范学院学报,2021(01):46.

[4]李志仁. 论约定抵押物不得转让的法律效力——兼评《民法典担保制度解释》第43条[J]. 湖北经济学院学报,2022(05):87-88.

[5]高圣平. 民法典物上担保制度的发展与社会变迁[J]. 探索与争鸣,2020(05):27-28.

【责任编辑:柴 玮】

On the retroactive effect of chattel mortgage rights
——interpretation of Article 406 of the Civil Code

Li Lina

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

Abstract: Article 406 of “the Civil Code of the People’s Republic of China” stipulates that the mortgagor can transfer the mortgaged property at will without the prior consent of the mortgagee, and can protect the interests of the mortgagee by establishing the retroactive effect of the mortgage right. This design of the system better balances the interests of the mortgagor, mortgagee and transferee. However, the particularity of chattel mortgages is different from that of real estate mortgages, which leads to difficulties in realizing the retroactive effect of chattel mortgage rights in practice and affects the interests of the mortgagee. It is a practical problem that needs to be solved urgently that how chattel mortgage can better balance the interests of all parties and ensure the realization of the retroactive effect of mortgage rights on the basis of realizing the best use of the property and promoting transactions. In legislation and judicial practice, the relevant legal system for chattel mortgages should continue to be explored and improved.

Key words: real estate mortgage; chattel mortgage; transfer contract; retroactive effect of mortgage

《辽宁公安司法管理干部学院学报》征稿启事

《辽宁公安司法管理干部学院学报》是由中共辽宁省委政法委主管、辽宁公安司法管理干部学院主办辽宁省法学会协办的学术性期刊,系“中国人文社会科学期刊综合评价指标体系(AMI)”法学类入库期刊,设有名家论坛、公安理论与实务研究、司法理论与实务研究、法学理论研究、社会公共热点问题研究等栏目,“司法理论与实务研究”栏目获评“全国高校社科期刊特色栏目奖”。本刊系经国家新闻出版署核准的公开出版发行的学术期刊(双月刊),国际标准连续出版物号:ISSN1009-1416,国内统一连续出版物号:CN21-1424/D,全年出刊6期,每双月出版。本刊以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,面向政法工作理论与实践问题开展研究,面向法学研究理论前沿,竭诚欢迎广大政法理论工作者和实务工作者投稿,本刊将择优录用。

1. 投稿须具有“标题、作者署名及工作单位、摘要、关键词、作者简介、基金项目说明、正文、参考文献”等内容。文章字数不低于7000字。
2. 文章标题应简明、具体、确切。文章标题不超过20个汉字,必要时可以加副标题。
3. 作者署名置于标题下方,包括作者工作单位全称、所在省市名及邮政编码,加圆括号置于作者署名下方。多位作者的署名之间用逗号隔开;不同工作单位的作者,应在姓名右上角加注不同的阿拉伯数字序号,并在工作单位名称之前加注与作者姓名序号相同的数字;各工作单位之间连排时以分号隔开。
4. 摘要应反映文章要旨,具有独立性和自含性,不以“本文”“作者”等做主语,不使用自我评价性文字,不应出现符号、缩略语,篇幅为100~400字。
5. 关键词要求4~6个,各关键词之间以分号隔开。
6. 作者简介内容包括:姓名、出生年份、性别、籍贯、现供职单位名称、职称职务、研究方向等。多位作者的作者简介之间用分号隔开。
7. 如果投稿文章获得基金资助或者项目奖项,请在文章正文前注明,并提供相应的项目名称及项目编号。
8. 正文要求层次清楚,表达完整,序号采用一、(一)1.(1)①的规范序次语列写方式。
9. 论文使用图表需标注清楚,图表请按顺序编号,并注明图表标题。例如:图(表)1. 2022年离婚纠纷案件判决、调解及撤诉数据分析。按照学术规范要求,图表中数据来自于第三方请注明数据来源。
10. 注释放在文中,采用脚注①②③……的方式,每页重新编号;参考文献著录格式以国家标准为准,并保持格式统一。
11. 作者向本刊提交文章发表的行为即视为同意在著作权保护期内将发表文章的复制权、发行权、汇编权、翻译权、信息网络传播权等授权给本刊。本刊已许可中国学术期刊(光盘版)、国家哲学社会科学学术期刊数据库、中国知网、万方数据、维普网、超星网以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文,作者向本刊提交文章发表的行为即视为同意我刊上述声明。
12. 文章请勿一稿多投,并请自留原稿。本刊审稿周期为1~2个月,出刊周期为2个月;本刊投稿邮箱:kkyyc@163.com,电话:024-86272556。

《辽宁公安司法管理干部学院学报》编辑部

2024年2月