

新精神活性物质“毒品化”处理的法理不兼容性研究

熊谋林¹,赵敏奇²

(1. 西南财经大学,四川 成都 611130;2. 成都行政学院,四川 成都 610110)

〔摘要〕新精神活性物质长期被作为毒品看待,但这与毒品犯罪的行政犯属性相矛盾。事实上,新精神活性物质与毒品的法律属性和规范属性不在同一层面,在是否应当管制,列管的方式、边界上也与毒品有重大差异。简单地将制造、贩卖、运输新精神活性物质的行为直接认定为毒品犯罪,有违罪刑法定原则,甚至有可能违反宪法和立法法。司法实践中,已经出现涉新精神活性物质案件定性和定罪量刑的困难和矛盾,在将其认定为毒品犯罪的同时,或采用法定最低刑处理,或认定为未遂犯和不能犯。新精神活性物质与毒品并不兼容,不能将列管不明的新精神活性物质等同于毒品,更不能将未列管的物质认定为毒品。在坚持罪刑法定原则的前提下,对新精神活性物质应当秉持理性和审慎态度,跳出固有的“毒品化”思维,使其回归其药品及化学品的本质属性,这是解决新精神活性物质定罪量刑疑难问题的关键。

〔关键词〕新精神活性物质;毒品;药品;化学品;行政犯

〔基金项目〕本文系2023年度四川省哲学社会科学基金项目“习近平总书记关于禁毒工作重要论述的学理化阐释及其凉山实践研究”(项目编号:SCJJ23ND219)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕熊谋林(1983—),男,四川广安人,西南财经大学法学院刑事法学研究所所长,教授、博士生导师,主要从事刑法学、犯罪学研究;赵敏奇(1987—),男,山西临汾人,成都行政学院副教授,犯罪学博士,主要从事新精神活性物质治理研究。

〔收稿日期〕2024-01-31

〔中图分类号〕D914;D922.14;D903〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)02-002-16

引言:从新精神活性物质按毒品犯罪定罪量刑的疑难说起

新精神活性物质(new psychoactive substances)被联合国毒品与犯罪问题办公室定义为虽然未被纳入1961年《麻醉品单一公约》和1971年《精神药品公约》的管制范围,但其滥用足以给公共健康安全带来威胁的物质。此处的“新”并非指新的毒品发明,而是指其最近一段时期才被滥用的市场特征^①。新精神活性物质的出现,是行为人为逃避因国际和国内法律管控和执法打击所产生的需求真空,以改变原有化学或合成

结构、成分的方式对毒品改头换面。在形式上,该类物质通过改变物理特征和名称的方式,规避现有法律法规的管制范畴;在合成方式上,其既有基于植物提取物的植物类物质,也有基于化学合成的化学类物质;在性状上,其通过模仿传统毒品的药理特征,为吸毒者带来相似的精神和身体刺激,部分药物(如芬太尼)的成瘾性和致死率甚至远远高于传统毒品。由于大多数精神活性物质在出现初期并未受到法律管制,因此该类物质通常也被冠以“合法的毒品”(legal substances)的名称^②。

①“New Psychoactive Substances (NPS)”,United Nations Office on Drug and Crime,retrieved from <https://www.unodc.org/wdr2013/en/nps.html>.最后访问时间:2024年1月17日。

②Javier Lezaun,The Pragmatic Sanction of Materials:Notes for an Ethnography of Legal Substances,Journal of Law and Society,2012,39(1),20; Savithiri Ratnapalan,Legal Substances and Their Abuse:Legal Highs,Journal of Paramedic Practice,2013,5(1),40.

就中国而言,在我国政府持续保持严打高压态势,全链条打击毒品犯罪的情况下,涉毒品犯罪仍然屡禁不止。目前我国毒品市场上,冰毒和海洛因仍占据主导地位,但以合成大麻素类物质、卡西酮类物质以及芬太尼类物质为代表的新精神活性物质的市场份额逐渐增加。据报道,近年来我国合成大麻素、“笑气”、氟胺酮等毒品替代物质滥用趋势不断攀升,中国在2019年就已成为缴获新精神活性物质数量最大的国家^①。面对这一形势,新精神活性物质到底是否属于毒品,又应当如何处理,这个问题虽然看起来简单,其实并不容易回答。

一方面,从目前广泛通行的词汇来看,“新型毒品”已成为众所周知的司法和实务称谓,大量讨论直接将新精神活性物质放在“毒品”种类之下^②。从现有的文献来看,虽然讨论新精神活性物质犯罪防控类的学术作品异常繁盛,也不乏学者认识到目前毒品管制中法律依据缺失,但实践中无视法律的明确规定而将新精神活性物质认定为毒品已基本成为常态^③。众所周知,毒品犯罪的一大重要特性是行政犯,故新精神活性物质是否属于毒品,本质上需要回到是否有法律的明确认定和管控这个根本问题上。从这个角度来说,法律管控是新精神活性物质是否属于毒品的关键。因此,是否有明确的法律规定将新精神活性物质认定或列管为毒品是所有讨论的最基础问题。虽然有学者认识到新精神活性物质的法律真空或法律属性不明,但鲜有学者思考新精神

活性物质能否等同于毒品;走私、制造、运输、贩卖新精神活性物质的行为是否等同于毒品犯罪,是否能够当然地作为犯罪处理。

另一方面,近年来走私、制造、运输、贩卖列管或未列管新精神活性物质的案件数量持续增长。实践中,司法机关对这类案件虽然都依据毒品犯罪定罪量刑,但在定罪和说理上又难以自圆其说。由于缺乏明确的法律依据,法院虽然将已列管的新精神活性物质认定为毒品,但法官办案时底气不足,对新精神活性物质案件的定罪量刑明显轻于传统毒品。同时,法院将未列管的新精神活性物质认定为毒品,但又根据对象不能犯理论,将涉及新精神活性物质的行为认定为毒品犯罪的不能犯或未遂犯^④。这两种裁判思路的底层逻辑,都是新精神活性物质等同于法律意义上的毒品,但法院裁判时明显感觉到法律依据不足。如下三则案例,充分说明新精神活性物质的法律属性及定罪量刑问题需要反思。

案例一:在孙某芳向境外走私、贩卖“4-氯甲卡西酮”一案中,J省C市中级人民法院于2017年认定被告人孙某芳走私、贩卖毒品15.85千克,故按走私、贩卖毒品罪判处孙某芳有期徒刑15年,剥夺政治权利5年,并处个人没收财产人民币10万元^⑤。本案将涉案“4-氯甲卡西酮”认定为毒品的关键在于,公安部、原国家食品药品监督管理局、原国家卫生和计划生育委员会^⑥、国家禁毒委员会于2015年9月公布的《非药用类麻醉药品和精神药品列管办法》中,明确

①参见国家毒品问题治理研究中心|毒品犯罪与对策研究中心:《2020年中国毒情形势报告》,载国家毒品问题治理研究中心|毒品犯罪与对策研究中心网,https://dcppc.swupl.edu.cn/jddt/jdbg/306129.htm,最后访问时间:2024年1月5日。

②参见崔晓丽:《“零容忍”惩治新型毒品犯罪》,载《检察日报》2022年6月25日,第3版;周献亮,王瑾,董斐:《新型毒品犯罪量刑问题分析》,载《安徽警官职业学院学报》2023年第1期,第27-31+58页;梅传强,盛浩:《新精神活性物质数量计算的困境、症结与完善》,载《中国人民公安大学学报》2020年第2期,第9-20页;陈荣飞,付尚礼:《新精神活性物质现状、滥用原因及防控对策研究》,载《山东警察学院学报》2020年第5期,第92-104页;胡江,隋译锋:《新精神活性物质蔓延态势下毒品犯罪主观明知的认定困难与对策》,载《云南警官学院学报》2020年第5期,第1-6页。

③参见隋译锋:《新精神活性物质的法律规制难点及其对策》,载《四川警察学院学报》2021年第6期,第81-87页;李莉:《我国新精神活性物质防控的现实困境及对策研究》,载《铁道警察学院学报》2022年第6期,第36-41页。

④参见新疆维吾尔自治区克拉玛依市克拉玛依区人民法院:《何青洋走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书》,(2021)新0203刑初55号,载北大法宝,[法宝引证码]CLI.C.316928546。

⑤参见江苏省常州市中级人民法院:《孙小芳走私、贩卖毒品案刑事判决书》,(2017)苏04刑初22号,载北大法宝,[法宝引证码]CLI.C.11043460。

⑥2013年,国务院将卫生部的职责、人口计生委的计划生育管理和服务职责整合,组建国家卫生和计划生育委员会;2018年3月13日,十三届全国人大一次会议审议国务院机构改革方案,组建国家卫生健康委员会,不再保留国家卫生和计划生育委员会。国家食品药品监督管理局是国务院综合监督管理药品、医疗器械、化妆品、保健食品和餐饮环节食品安全的直属机构,2018年3月13日,十三届全国人大一次会议审议国务院机构改革方案,组建国家市场监督管理总局,不再保留国家食品药品监督管理局。本文为表述准确,发文机关均按照发文时的名称列写。

将“4-氯甲卡西酮(4-CMC)”列管到增补目录中。法院判决的理由是,孙某芳明知“4-氯甲卡西酮”被国家列管,仍通过互联网向张某购买20千克“4-氯甲卡西酮”,让供货商直接邮寄给上海的货物代理运输人员李某,并由李某等人分批邮寄到境外,其中17批次检出“4-氯甲卡西酮”成分,被上海海关扣押合计15.85千克。据此,C市中级人民法院认为,因为有了四部委的列管目录,所以4-氯甲卡西酮由新精神活性物质变为毒品。但走私、贩卖15.85千克毒品,数量巨大,不但没有判处死刑,反而按贩卖毒品50克的起点刑档次,只判处孙某芳15年有期徒刑。一审宣判后,孙某芳未上诉,公诉机关亦未抗诉,判决发生法律效力。本案后来成为J省典型案例^①,并进一步被最高人民法院以典型案例的形式公布^②。

案例二:在何某洋贩卖毒品罪一案中,因涉及含有合成大麻素的“烟丝”,公诉方和被告人围绕是否该“烟丝”属于列管范围存在原则性争执。为了解决这个矛盾,主审法院引入未遂犯、不能犯的理论,以解决定罪量刑上的矛盾。公诉机关指控,2019年12月至2020年7月间,被告人何某洋明知“烟丝”具有成瘾性、致幻性效果,依然以400元/包的价格从他人处购入“烟丝”,先后45次以400~500元/包的价格向包括多名吸毒人员在内的8人出售共计79包,非法获利人民币37590元。经公安部禁毒情报技术中心毒品实验室鉴定,检出该“烟丝”含有两种合成大麻素类新精神活性物质,并明确指出该物质在我国尚未被列管。被告人何某洋对公诉机关指控的犯罪事实及罪名均不予认可,主要理由是“烟丝”不属于国家管制的毒品,也不是公诉机关所说的毒品替代物,故不应指控其构成贩卖毒品罪。法院审理后,虽然明确指出本案被告人何某洋贩卖的合成大麻素(烟丝状载体)经鉴定含有我国未列管的

两种大麻类精神活性物质,但在裁决时又认为何某洋的贩卖行为属于对象不能犯中的相对不能犯,依法应认定为贩卖毒品罪,但属于犯罪未遂,可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。最终,以贩卖毒品罪判处被告人何某洋有期徒刑3年,并处罚金人民币30000元^③。

案例三:在被告人李某走私、贩卖、运输、制造毒品一案中,被告人虽然认罪认罚,但围绕合成大麻素是否属于毒品问题,主审法院仍然表现出既按毒品犯罪定罪,又按犯罪未遂处罚的矛盾。公诉机关指控,2020年8月,李某在Z市L区某清吧向陈某出售5.87克大麻类制品,获利500元。交易后,被告人李某被公安民警当场抓获。经鉴定,李某所贩卖的物品系合成大麻素,未列入国家管制。案发后,李某于2020年10月主动退缴违法所得人民币500元至公安机关,在检察机关自愿认罪认罚并签署具结书。法院审理后认为,李某违反国家关于毒品的管理法规,贩卖毒品大麻,其行为已构成贩卖毒品罪;但又认为,李某已经着手实施贩卖毒品犯罪,但是由于其意志以外的原因不能得逞,系犯罪未遂,依法可以比照既遂从轻处罚。据此,公诉机关提出对李某判处有期徒刑6个月,并处罚金人民币2000元,不适用缓刑的量刑建议。不出意外,法院非常配合地照此判决^④。

上述三则案例只是近十年来法院审判新精神活性物质案件的冰山一角,但这些案例所反映出的共性问题的本质,是新精神活性物质到底是否属于毒品。就案例一来说,根据其辩护律师汤某彬的介绍,本案实际查获的15.85千克4-氯甲卡西酮相当于2.2千克冰毒,早已达到可以判处死刑的数量。但面对这么大的贩毒数量,主审法院C市中级人民法院依然只按贩卖50克冰毒的最轻量刑幅度来裁判,核心原因在于新精神活

①参见“省高院公布6起毒品犯罪典型案例 常州一例入选”,载武进新闻网,<https://www.wj001.com/news/focus/2019-03-22/2254.html>,最后访问时间:2024年1月24日。

②参见“孙小芳走私、贩卖毒品案——走私、贩卖国家管制的新精神活性物质,依法惩处”,载中国法院网,<https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/06/id/3371457.shtml>,最后访问时间:2024年1月24日。

③参见新疆维吾尔自治区克拉玛依市克拉玛依区人民法院:“克拉玛依市克拉玛依区人民检察院与何青洋走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”,(2021)新0203刑初55号,载北大法宝,[法宝引证码]CLI.C.316928546。

④参见湖南省株洲市芦淞区人民法院:“李某走私、贩卖、运输、制造毒品一审刑事判决书”,(2020)湘0203刑初373号,载北大法宝,[法宝引证码]CLI.C.305156629。

性物质的列管时间短^①。这充分说明,即使是列管后的新精神活性物质,法院对其法律属性依然存在认识困惑,既将新精神活性物质认定为毒品,又充分认识到将其认定为毒品定罪量刑的法律适用难题,故选择将法律上的问题按事实上的疑罪从轻处理。虽然最高人民法院以“走私、贩卖新精神活性物质,依法查处”为标题公布了孙某芳这起典型案例,但这里的“依法”到底是依照哪部法的哪条具体规定作出判决,依然语焉不详。事实上,关于孙某芳案更准确的总结是,依照行政规章将新精神活性物质认定为犯罪。案例二中,指定辩护人杨某雅律师在被告人何某洋明确反对指控意见的情况下,一方面“对犯罪事实和罪名均不持异议”;另一方面又认为,“依照普通人对法律的理解,都会认为本案属于对象不能犯,法律没有明确将合成大麻素类纳入国家规定管制的目录,它就不属于刑法意义上的毒品,也造成被告人何某洋一直认为自己不构成贩卖毒品罪”^②。换句话说,这位指定辩护律师自己对新精神活性物质的法律属性就认识不明。案例三中,虽然令人震惊地出现了控辩审三方的有罪和认罪一致意见,但法院仍然在认定毒品犯罪和未遂犯、不能犯之间,存在新精神活性物质法律属性和说理的自相矛盾。

综上所述,司法实践中究竟应当怎样裁判涉及新精神活性物质的案件,应当怎样认识新精神活性物质的法律属性,如何认清和区分新精神活性物质与毒品的联系和区别,关于这些问题的问答,绝非简单地运用或解释法律问题,而需从最基层层面解构新精神活性物质和毒品的规范属性。本文认为,在传统的毒品犯罪构成视域下,将新精神活性物质等同于毒品的做法,在法律适用和理论解释上都存在较大缺陷,不仅无法准确体现罪责刑相适应的原则,也会加剧整个毒品法

律法规体系的内部冲突。为此,有必要检视新精神活性物质犯罪与毒品犯罪在法律和理论上的不兼容性,回归其药品和化学品的本质属性,跳出固有的“毒化”思维,准确回应新精神活性物质治理的需求,树立行稳致远的裁判思路和规则。基于这样的目的,本文主要论证新精神活性物质与毒品的法律属性不兼容,阐述不能将新精神活性物质简单地认为毒品的理由,尤其是未列管的新精神活性物质更不能认定为毒品,故不能将相关行为认定为毒品犯罪。

一、新精神活性物质管控模式的比较考察

自 2004 年起,新精神活性物质的数量及其占据的毒品市场版图不断扩张。一方面,新精神活性物质更迭速度持续加快。2009—2021 年间,共有 134 个国家累计报告 1127 种新物质,但仅 2020 年世界范围内就监测到 548 种新精神活性物质,其中 77 种是第一次发现的^③。另一方面,走私新精神活性物质的案件逐渐增多,缴获量急剧攀升,涉案数量百千克以上的案件层出不穷。在世界各地新精神活性物质案件数量呈快速上升态势的同时,亚洲以合成大麻素类物质为代表的合成类物质数量也出现快速上升趋势。这标志着新精神活性物质的蔓延范围和程度更广。以鸦片类合成物为例,东亚和东南亚在 2014 年只发现 3 种,但仅 5 年后的 2019 年就上升到 28 种^④。尽管新精神活性物质种类繁多,且在各大洲差异较大,但都显示出市场供给和终端滥用的猖獗态势^⑤。

为应对新精神活性物质滥用及相关犯罪,全球已有 67 个国家通过制定新法或修订既有立法两种进路弥补现有毒品管制类法律法规的缺陷和不足,并由此形成了四种立法例。第一种是清

①参见“孙某走私、贩卖毒品案——新型毒品案件辩护及罪刑法定原则”,载北大法宝,[法宝引证码]CLI. C. 431229545。
②参见新疆维吾尔自治区克拉玛依市克拉玛依区人民法院:“克拉玛依市克拉玛依区人民检察院与何青洋走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”,(2021)新 0203 刑初 55 号,载北大法宝,[法宝引证码]CLI. C. 316928546。
③“World Drug Report 2022;Drug Market Trends Cocaine Amphetamine-type Stimulants New Psychoactive Substances”,United Nations Office on Drug and Crime,88 - 92,retrieved at https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_4.pdf。
④“Synthetic Drugs in East and Southeast Asia:Latest Developments and Challenges”,United Nations Office on Drug and Crime,May 2020,27,retrieved at https://www.unodc.org/documents/scientific/ATS/2020_ESEA_Regonal_Synthetic_Drug_Report_web.pdf,最后访问时间:2024 年 1 月 17 日。
⑤“World Drug Report 2022;Drug Market Trends Cocaine Amphetamine-type Stimulants New Psychoactive Substances”,United Nations Office on Drug and Crime,89 - 103,retrieved at https://www.unodc.org/res/wdr2022/MS/WDR22_Booklet_4.pdf,最后访问时间:2024 年 1 月 18 日。

单式立法例(The List Model),即根据联合国禁毒公约及国内法律建立毒品清单,将法律禁止的毒品名称逐一罗列;第二种是核心分子式立法例(The Generic Legislation Model),以化学物质的核心分子式为管制基础,将基于已列管的核心分子式衍生的所有物质自动纳入管制范围;第三种是类似物立法例(The Analogue System Model),采用化学上的相似性(chemical similarity)进行管控,即若某化学物质与已列管的物质具有化学上的相似性,则该物质自动列入被管制范围^①;第四种是临时性行政管制(Temporary Bans),通过法律授权卫生行政部门,以行政法令或规章的方式对新出现的毒品进行临时管制。该方式既被看作快速应对新出现毒品的有效方式^②,也被认为是核心分子式立法例的救济形式^③。

上述四种立法模式各有其优缺点。清单式立法的优势在于以名称为中心,可以直接、明确、清晰地界定毒品的边界和具体范围,既有利于发挥法对行为的指引、预测、评价等功能,也有助于司法实践中区分毒与非毒、罪与非罪。但其劣势也较为明显,即受制于立法程序的烦冗和成文法的滞后性约束,无法及时更新毒品清单,难以有效回应打击毒品的现实需求。临时性行政管制可以有效应对暂时新出现的物质,但其缺点表现为难以正式纳入刑事法律体系,且无法持续应对长期被滥用的新精神活性物质。相比而言,核心分子式立法例和类似物立法例的目的均在于提前管控,在保持法律稳定性的前提下,尽可能将潜在的药物纳入管制范围,能够有效应对新精神活性物质更迭速度快的特点,成为多数国家应对新精神活性物质的立法选择。加拿大、意大利、美国等国家在清单式立法例的基础上,相继采用核心化学分子式和类似物立法例,制定新的法律,以应对新精神活性物质的滥用和非法供给。

就中国对新精神活性物质的列管情况来看,应当从毒品立法模式和新精神活性物质的列管模式角度来观察。就立法来说,中国至今没有一部明确的法律文件将新精神活性物质认定为毒品,反而其长期处于药用和非药用药品体系下的麻醉和精神药品交叉地带。就新精神活性物质的列管方式来说,我国长期以中英文化学名称清单式为主,直到近年才以化学类似物或核心分子式模式列管新精神物质。新精神活性物质的迭代更新极快,由于中国的毒品或麻醉和精神药品均是以名称式清单列管为主,大量非列管物质容易溢出管制圈。因此,要评价新精神活性物质的管控模式,需要从非法律文件和法律文件两个层面来看,进而回答新精神活性物质的法律属性。但不管从哪个角度来看,新精神活性物质都不能当然被认定为毒品。

就非法律文件来说,新精神活性物质的列管文件长期以名称或清单式为主。近年来采用化学结构或核心分子式的模式,在麻醉药品和精神药品目录下列管新精神物质。中国在2013年公布了《麻醉药品品种目录》和《精神药品品种目录》,均按英文名称及CAS化学物质登记号采用清单式列举,辅以化学相似物等方式,列管270种麻醉药品和精神药品^④。2015年制定的《非药用类麻醉药品和精神药列管办法》(以下简称《非药类列管办法》),将未作为药品生产和使用,具有成瘾性或成瘾潜力且易被滥用的物质统称为非药用类麻醉药品和精神药品。《非药类列管办法》以清单化方式,将116种新精神活性物质纳入《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》(以下简称《增补目录》)管控。然而,新精神活性物质的更新速度不断加快,新的种类和衍生物不断涌现,替代品不断更迭,远远超过了《非药类列管办法》规制范围,大量新物质处于列管

①Jan van Amsterdam,David Nutt and Wim van den Brink. Generic legislation of new psychoactive drugs. Journal of Psychopharmacology,2013,27(3),319.

②European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council,Towards a stronger European response to drugs,7,retrieved at https://www.tni.org/files/publication-downloads/com2011-6892_en.pdf,最后访问时间:2024年1月19日。

③Jan van Amsterdam,David Nutt and Wim van den Brink. Generic legislation of new psychoactive drugs. Journal of Psychopharmacology,2013,27(3),319.

④参见国家食品药品监督管理总局、公安部、国家卫生和计划生育委员会:《关于公布麻醉药品和精神药品品种目录的通知》,(药监药化监[2013]230号),载国家药品监督管理局执业药师资格认证中心网,<http://www.cqtp.org/info/link.aspx?id=3293&page=1>,最后访问时间:2024年1月22日。

范围之外。公安部等部门在随后几年里陆续修订《增补目录》，先后将 174 种物质和芬太尼、合成大麻素类物质纳入管控范围。但这种打补丁的清单式立法，注定不可能及时列管新精神活性物质，大量新精神活性物质依然处于列管范围之外。

从法律文件来看，中国的毒品立法同样采用名称清单式立法，辅以“国家规定管制的其他麻醉药品和精神药品”作兜底式规定。根据《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第 357 条和《中华人民共和国禁毒法》（以下简称《禁毒法》）第 2 条规定，“本法所称毒品，是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因，以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品”。按照这个法律规定理解，毒品只有两种类别之分：一是“鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因”等传统毒品；二是国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。那么，无论是结合《刑法》第 357 条，还是结合《禁毒法》第 2 条，只有当新精神活性物质满足“国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品”的条件，才能被认为是毒品，否则新精神活性物质就是非毒品。但是，根据《刑法》第 96 条关于“违反国家规定”的含义解读，只有违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，以及国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令，才能作为定罪处刑的依据。由于新精神活性物质不属于《禁毒法》和《刑法》已经明确的 6 种毒品名称之一，将新精神活性物质认定为毒品，只能从“国家规定的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品”的规定入手。然而，这里的“国家规定”只能是国务院制定和规定的行政法规或决定、命令，其他任何机构制定的规范性文件，均不能将新精神活性物质认定为毒品。

二、新精神活性物质与毒品不兼容的规范冲突

新精神活性物质是否属于毒品，必须建立在

“国家规定的管制”条件基础之上，结合《刑法》和《禁毒法》关于毒品的概念来解读。然而，对于“国家规定”的解读和解释，应当回到法律的基本层面，不能因为国家部委具有的行政职能，就当然肯定其规范性文件属于法律和事实上的“国家规定”。事实上，正是因为对“国家规定”的错误理解，才出现将部委文件直接上升为“国家规定”的情况。我国是否有将新精神活性物质认定为毒品的国家规定，回答这个问题不仅需要从毒品问题本身角度去理解，还要注意到相关司法文件、解释和“国家规定”的含义。本文拟从如下三个方面详细解读。

首先，就司法解释来看，最高人民法院在最近 20 年拓展了“其他毒品”的范围。根据最高人民法院 2000 年制定的司法解释，“其他毒品”包含 7 个种（类）（苯丙胺类毒品，大麻油、脂、叶、烟，可卡因，吗啡，度冷丁，盐酸二氢埃托啡，罂粟壳），以及未进一步完全列举的“其他毒品”^①。根据 2016 年的最新司法解释，除 2000 年所规定的 7 个种（类）外，新增了 21 种（芬太尼、甲卡西酮、氯胺酮、美沙酮、曲马多、γ-羟丁酸、可待因、丁丙诺啡，三唑仑、安眠酮，阿普唑仑、恰特草、咖啡因、巴比妥、苯巴比妥、安钠咖、尼美西泮、氯氮卓、艾司唑仑、地西泮、溴西洋）。换句话说，最高人民法院的司法解释一共列举或新增 28 种毒品，以及依然未明确的“其他”兜底性条款^②。至于最高人民法院所新增的 28 种“其他”到底属于对“应用法律问题”所作的解释，还是属于创制犯罪，这个问题的答案虽然很重要，但本文不作详细探讨。仅从应用法律问题的司法解释层面来看，既然最高人民法院已经列明，那么这些包含新精神活性物质的“其他”可以作为司法定罪的依据，但对此需要持高度谨慎的态度。

其次，从最高人民检察院的准司法解释来看，最高人民检察院将部委规章制定的文件作为将新精神活性物质认定为毒品的依据。2019 年，最高人民检察院在《关于〈增补目录〉能否作为认定毒品依据的批复》中明确认定，《非药类列管办

①参见《最高人民法院关于审理毒品案件定罪量刑标准有关问题的解释》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2000 年第 4 期。
②参见最高人民法院：《关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》，载中华人民共和国最高人民法院网，<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-19122.html>，最后访问时间：2024 年 1 月 17 日。

法》及《增补目录》是“根据国务院《麻醉药品和精神药品管理条例》第三条第二款授权制定的”,故可以作为认定毒品的依据^①。按照这个解读,最高人民检察院认为《非药类列管办法》及其附表《增补目录》,符合《刑法》第357条关于“国家规定管制”的情形。值得注意的是,《刑法》第96条关于“违反国家规定”明确说明指的是“国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令”,没有关于国务院授权制定或可以授权制定的表述。换句话说,“国务院制定”与“根据国务院授权制定”不是一回事,《非药类列管办法》及其《增补目录》不是国务院行政法规或行政措施、发布的决定或命令。事实上,《非药类列管办法》及《增补目录》只是行政规章,不仅完全无法上升为符合《刑法》第3条规定的“法律”所表达的含义,也没有达到《刑法》第96条规定的“国务院制定的行政法规”层级。从这个意义上来说,最高人民检察院的这个批复能否作为认定新精神活性物质毒品属性的法律依据,显然是有疑问的。但自从最高人民检察院将《增补目录》作为认定新精神活性物质为毒品的依据后,纳入《增补目录》的新精神活性物质事实上被赋予了法律意义上的毒品含义。本文认为,无差别地以最高人民检察院文件作为判断新精神活性物质是否属于毒品的依据,在法理兼容和解释力方面都有很大问题,需要回到“国家规定”这个本体来解读。

最后,就国家规定而言,国务院2005年制定并于2013年修订的《麻醉药品和精神药品管理条例》(以下简称《麻精药品条例》)没有明确以名称清单或任何其他模式列管新精神活性物质,而是授权通过部门规章制定增补目录。其第3条规定,“本条例所称麻醉药品和精神药品,是指列入麻醉药品目录、精神药品目录(以下称目录)的药品和其他物质。精神药品分为第一类精神药品和第二类精神药品。目录由国务院药品监督管理部门会同国务院公安部门、国务院卫生主管部门制定、调整并公布”。然而,犯罪与刑罚是基本法层面的问题,根据《中华人民共和国宪法》第62

条、第67条规定,只有全国人民代表大会及其常务委员会有权制定和修改《刑法》。这意味着作为犯罪层面的新精神活性物质,只能回到《刑法》来寻找突破口。然而,由于《刑法》对毒品的规定主要采用名称清单式加“国家规定的其他”兜底式规定,真正符合“国家规定”的《麻精药品条例》又没有任何关于新精神活性物质的具体规定。从这个角度来说,新精神活性物质不能认定为毒品犯罪中的“毒品”。《非药类列管办法》及其《增补目录》虽然有国务院的授权,但犯罪问题不能因为授权就当然成立。如果一定要说这个涉及新精神活性物质的授权具有一定的效力,也只能作为非毒品或者非药品管理类的行政管制对象。这需要从如下两方面进一步解读:

一方面,除最高人民法院和最高人民检察院(以下简称“两高”)的司法解释外,要将《麻精药品条例》作为将新精神活性物质当作涉毒犯罪毒品的依据,前提是《麻精药品条例》本身必须有明确规定。从这个层面上看,如果是国务院已合法列管的目录类新精神活性物质,或“两高”司法解释已经明确规定为毒品的,权且可以作为犯罪处理。此时,其判断标准应为《刑法》第6章第7节“走私、贩卖、运输、制造毒品罪”中各具体罪名的犯罪构成要件。详言之,(1)客体层面,行为人的行为侵犯了该类物质的管理秩序;(2)客观层面,实施了走私、贩卖、运输、制造、毒品的行为;(3)主体层面,行为人具有刑事责任能力;(4)主观层面,行为人明知该物质已经纳入管制范围,并且希望或者放任这种结果发生的。“明知”的内容包括毒品的成瘾性以及违法性,即毒品的自然特征和法律特征。前者表现为成瘾性和毒害性,后者表现为刑事违法性。因此,行为人对“明知”内容的基本范畴,需兼具毒品自然特征和法律特征的主观评价,即行为人只要知道其所涉物质具有成瘾性和毒害性,且被《刑法》或《禁毒法》所禁止即可,而不需要达到细分毒品种类、毒品管制级别、毒品具体名称的程度^②。问题在于,《麻精药

①参见最高人民检察院:《关于〈非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录〉能否作为认定毒品依据的批复》,载中华人民共和国最高人民法院网, https://www.spp.gov.cn/zd gz/201904/t20190430_416857.shtml, 最后访问时间:2024年1月20日。

②参见赵秉志,李运才:《论毒品犯罪的死刑限制——基于主观明知要件认定的视角》,载《中南民族大学学报(人文社会科学版)》2010年第5期,第112页。

品条例》本身并没有明确规定哪些是新精神活性物质,而是授权部门规章进行管理,这明显与《刑法》第3条、第96条和第357条所规定的“国家规定”含义不符。因此本文认为,《麻精药品条例》及其授权制定的《非药类列管办法》《增补目录》,都不能作为认定新精神活性物质为毒品的法律依据。

另一方面,《麻精药品条例》所规定的新精神活性物质,可以作为列管麻醉和精神药品的行政规章依据,但不能作为毒品犯罪处理的依据。《刑法》第3条明确规定,“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”。因此,只有法律才能作为定罪处刑的依据。如果法律没有明确将新精神活性物质列管或认定为毒品类麻醉和精神药品,那么涉及新精神活性物质的相关行为就不能作为犯罪处理。同理,《刑法》第96条作为总则性条款,明确说明《刑法》第357条所指的“国家规定”,必须是由国务院作出的规定或全国人民代表大会及其常务委员会颁布的法律、决定或命令。行政规章所规定的麻醉药品目录和精神药品目录,只能作为刑法外的行政管制依据,不能作为认定和处理毒品犯罪的依据。否则,行政规章作为定罪量刑的实质依据,不仅严重违反罪刑法定主义,更违反了具有宪法意义的《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第11条“犯罪和刑罚”“只能制定法律”的规定。

综合现行法律、司法解释、国家规定来看,涉新精神活性物质案件是否应当作为犯罪处理,需要区别对待。就司法解释而言,相关司法解释新增的28种物质名称,从司法现实角度暂且可以理解为“其他”名目。尽管从刑法和宪法层面看,司法解释作为认定犯罪的法律依据仍然存在疑问,但这个问题的详细探讨异常复杂和艰难。在本文中,我们权且将其作为在“应用法律”的司法解释框架下,新精神活性物质可以有限地认定为犯罪的理由。但就国家规定而言,司法解释外的新精神活性物质是否应当作为犯罪处理,应当回到行政法规的本来目的和意义上理解。因此,将新精神活性物质作为行政管制措施的毒品看待自

然没有问题,但从现阶段的立法来看,不能仅凭此就将新精神活性物质当成犯罪层面的“毒品”看待。原因很简单,作为“国家规定”的《麻精药品条例》没有制定关于新精神活性物质的具体内容,作为行政规章的《非药类列管办法》及《增补目录》不具有作为犯罪惩处的“国家规定”的当然含义。从这个角度来看,如果要将涉新精神活性物质案件作为毒品犯罪处理,相对稳妥的做法是再次修订《麻精药品条例》,采用一定的法规技术,继续采用清单式做法或其他方式,将新精神活性物质的具体内容和范畴直接规定在里面。

三、新精神活性物质的列管边界与传统毒品不同

虽然《非药类列管办法》将部分新精神活性物质纳入管制范围,但该类物质并不能等同于刑法意义上的毒品。新精神活性物质列管边界与传统毒品不同,主要表现在清单式与其他列管方式的差异。这种差异虽有规范文件的技术层面问题,但最本质的问题却与毒品犯罪本身行政犯的违法性有关。

(一)清单式列管方式

传统毒品的列管方式是清单式,其边界限于国家制定的毒品名称清单,无论是中文名称、英文名称,还是学名或化学名。《刑法》第357条和《禁毒法》第2条所规定的毒品有两种,即传统毒品和国务院规定的管制麻醉药品和精神药品。据此,传统毒品的界定范围,主要包括明确列举的6类毒品以及“其他”纳入国家管制的麻醉药品和精神药品。通说认为,现行法律对毒品范围的界定方式属于“有限列举加抽象概括”。一方面,对毒品的自然特征和法律特征进行概括,即成瘾性、国家管控性和医药性质;另一方面,通过清单目录,列举出具有代表性的毒品种类物质。上述立法例指明了毒品的主要种类,既便于禁毒实践中的认定和操作,也弥补了列举之不足^①。然而,结合刑法中毒品的法律定义及司法实践,现行法律对毒品的定义本质上属于清单式,具体理由如下:

1. 从立法逻辑上看,《刑法》第357条与《禁

^①参见陈帅锋,甄橙:《“毒品”溯源问题的多维度解析》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第1期,第15页。

毒法》第2条规定中的鸦片、海洛因、甲基苯丙胺、吗啡、大麻和可卡因已经纳入麻醉药品和精神药品目录,这是明显的清单式立法。法条再次将其单独列出,其目的在于强调其典型性和代表性。此时,“其他”可以指在目录中没有单独列出的毒品种类,但问题也在于如何认定这个目录外的新物质。

2. 从立法用语来看,单列的6种毒品以及“国家规定管制的其他”和“麻醉药品和精神药品”并不是对毒品定义的抽象概括,而是对清单的限定范围,即以“国家规定管制”的用语将药品目录范围限定为国家层面立法或者法律授权国务院制定的目录。此时,“麻醉药品和精神药品”,可以指药用、非药用类麻醉药品和精神药品目录。

3. 就是否和能否认定为毒品的依据而言,司法实践违反了《刑法》规定,过度依赖于药品目录范围进行确定。即只有纳入国务院制定的“国家规定”所管制的药品目录,才属于法律意义上的毒品;相反,超出法律规定范围或“国家规定”管制范围外的物品,即使有成瘾性、毒害性,也不能成为刑法意义上的毒品。有学者认为,刑法意义上的毒品范围,限于《刑法》和《禁毒法》规定的6类传统毒品以及《麻精药品条例》框架下的149种精神药品和121种麻醉药品^①。然而,应当注意到,这种论述是有严重问题的,实际上是将作为犯罪的毒品和作为行政管制的毒品混为一谈。原因很简单,行政规章不仅不能代表行政法规,更不能作为认定犯罪的依据。

(二)清单式、化学相似物加核心分子式列管方式

区别于刑法意义上的毒品清单式列举,新精神活性物质的列管方式从清单式、化学相似物,发展为“清单、化学相似物加核心分子式”。对于传统毒品而言,其边界本来限于刑法所规定的6

类毒品,但最高人民法院采用司法造法的形式,进一步将28种新精神活性物质解释进去。与之相比,2013年制定的270种麻醉药品和精神药品目录事实上主要是列举新精神活性物质,并在2015年以后将新精神活性物质的范围进一步扩大为“174+2N”种/类物质^②,具体包括174种非药用类麻醉药品和精神药品,以及合成大麻素项下的N类物质和芬太尼项下的N类物质。新精神活性物质的列管边界,在过去十年里经历了巨大变化。虽然2015年以前的新精神活性物质,主要表现为以名称为主的清单式列举,但都或多或少注意到了清单式可能存在的不足。从2019年开始,新精神活性物质的列管方式陆续强调化学结构上的相似物,尤其在2021年对合成大麻素类的核心分子式表达得最为明显。

1. 2013年版《麻醉药品品种目录》和《精神药品品种目录》均按中英名称及CAS化学物质登记号采用清单式列举,辅以化学相似物等方式。就注明内容而言,表述如下:“上述品种包括其可能存在的盐和单方制剂(除非另有规定)”“上述品种包括其可能存在的异构体、酯及醚(除非另有规定)”^③。就此来看,两种目录列举的121种麻醉品和149种精神药品目录,虽然用盐、单方制剂、异构体、酯及醚等限定语作了进一步补充,但本身并未改变列管药品的结构和属性。清单以外的注明内容,事实上很难清晰认定。

2. 2015年颁布的《非药类列管办法》列举了116种药品清单,并对清单物质加以注明:“上述品种包括其可能存在的盐类、旋光异构体及其盐类(另有规定的除外)”。“盐类物质和旋光异构体”虽然已经包括了列管药品的盐类和异构体,但并未改变列管药品的结构和属性,无法涵盖已列管药品可能存在的衍生物。

3. 2017年发布的两份增补目录,虽公布方式

①参见杨广博:《我国毒品定义的审视与重构——以非药用类麻醉药品和精神药品及其列管为视角》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第6期,第94页。

②2015年制定的《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》列举了116种物质。随后,公安部、原国家食品药品监督管理总局、原国家卫生和计划生育委员会先后四次对目录进行修订,分别增加了卡芬太尼等4种芬太尼类物质、4-二氯苯甲酰胺等4种物质、4-氯乙卡西酮等32种物质、芬太尼类物质,合成大麻素类物质以及氟胺酮等18种物质,故总计174种物质,以及芬太尼和合成大麻素两类(2N)物质。

③参见原国家食品药品监督管理总局、公安部、原国家卫生和计划生育委员会:《关于公布麻醉药品和精神药品品种目录的通知》,(药监药化监〔2013〕230号),载国家药品监督管理局执业药师资格认证中心网,<http://www.cqlp.org/info/link.aspx?id=3293&page=1>,最后访问时间:2024年1月22日。

从清单式改为化学名称式,本质还是清单式立法。2017年2月8日的公告,以名称清单式将卡芬太尼、呋喃芬太尼、丙烯酰芬太尼、戊酰芬太尼四种物质列入增补目录^①;2017年5月22日的公告,又以化学结构方式,将N-甲基-N-(2-二甲氨基环己基)-3,4-二氯苯甲酰胺等4种物质列入增补目录^②。

4. 2018年发布的《关于将4-氯乙卡西酮等32种物质列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录的公告》中,完全是按化学中文和英文名称的清单列管方式。与2013年和2015年的列举方式相比,这次没有任何附加或注明解读方式^③。

5. 2019年发布的《关于将芬太尼类物质列入〈非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录〉的公告》中,又采用化学结构相似物为核心的方式,以“符合以下一个或多个条件的物质”的要件,作为判断是否芬太尼物质的关键^④。这份文件最大的问题,恰恰在于结构相似物的外延太大,导致很难精准定位芬太尼物质。

6. 2021年发布的《关于将合成大麻素类物质和氟胺酮等18种物质列入〈非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录〉的公告》,采用化学核心分子式将“合成大麻素类物质”、采用清单式将氟胺酮等18种物质纳入列管范围^⑤。这份文件最大的特征就是清单加核心分子式结构。与之前只有名称相比,通过6种核心化学结构,界定合成大麻素的列管范围;又用清单列举科纳唑

仑、氟胺酮等18种物质的中文或英文名称,或将化学名称直接列入。这种方式及时回应了理论界对毒品定义的诟病,同时赋予精神药品管理体系足够的弹性,弥补了清单式列举留出的列管空白。

综上所述,《刑法》和《禁毒法》中采用列举毒品名称的清单式立法方式从来没有变更,说明鸦片、海洛因、甲基苯丙胺、吗啡、大麻和可卡因才是毒品犯罪的主战场。即使加上前述最高人民法院列举的28种(类)当成毒品处理的新精神活性物质,毒品总的名称也不过34种(类)。换句话说,涉及现行列管的445种以清单或化学类似物,或核心分子式界定的新精神活性物质案件中,绝大多数不应作为毒品犯罪处理。这只是目前的数据,我们相信将来的新精神活性物质会更加多元和广泛。从这个角度来讲,明确新精神活性物质与传统毒品在法律属性和列管边界的差异,就显得异常重要。

四、新精神活性物质不具有“国家规定”的国家属性

通说认为,传统毒品犯罪侵犯的客体是国家对毒品的管理制度^⑥,但张明楷教授认为,毒品犯罪保护的法益是公众健康,理由在于以下几点:国家对毒品的管理制度含糊不清;国家对毒品的管理制度不能说明毒品犯罪的处罚范围,不能对毒品犯罪的构成要件起到指导作用,不能说明毒品犯罪在不法上的差异;对毒品犯罪的认定过于

①参见公安部、原国家食品药品监督管理总局、原国家卫生和计划生育委员会:《关于将卡芬太尼等四种芬太尼类物质列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录的公告》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/law/detail/2017/01/id/149238.shtml>,最后访问时间:2024年1月22日。

②参见公安部、原国家食品药品监督管理总局、原国家卫生和计划生育委员会:《关于将N-甲基-N-(2-二甲氨基环己基)-3,4-二氯苯甲酰胺(U-47700)等四种物质列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录的公告》,载华律网, <https://www.66law.cn/tiaoli/23838.aspx>,最后访问时间:2024年1月22日。

③参见公安部、国家卫生健康委员会、国家药品监督管理局:《关于将4-氯乙卡西酮等32种物质列入非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录的公告》,载四川省卫生健康委员会官网, <https://wsjkw.sc.gov.cn/scwsjkw/zyzg/2018/9/20/350f9669df26454fb418ea0f9b57194e.shtml>,最后访问时间:2024年1月22日。

④参见公安部、国家卫生健康委员会、国家药品监督管理局:《关于将芬太尼类物质列入〈非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录〉的公告》,载阜阳市人民政府网, <https://www.fy.gov.cn/openness/detail/content/58be64587f8b9a487a076a75.html>,最后访问时间:2024年1月22日。

⑤参见中华人民共和国公安部:《关于将合成大麻素类物质和氟胺酮等18种物质列入〈非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录〉的公告》,载西藏自治区公安厅官网, http://gat.xizang.gov.cn/zwgk_3249/zcfg_219/202105/t20210519_202830.html,最后访问时间:2024年1月17日。

⑥参见高铭喧,马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社 高等教育出版社2019年版,第591页。

超前^①。

笔者认为,毒品犯罪的保护法益既不是管理制度本身也不是公众健康,将其理解为国家对毒品的管理秩序更加妥当。毒品管理的规范文件包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。从系统体系角度来看,毒品犯罪归属于《刑法》第6章“妨害社会管理秩序罪”,其保护的法益当然属于社会管理秩序的组成部分。如果毒品犯罪的保护法益为公众健康,则毒品犯罪应当置于《刑法》第2编第4章即“侵犯公民人身权利、民主权利罪”之中。刑法并没有这样安排,而是将其放在社会秩序罪一章中,说明毒品犯罪侵犯的法益是社会管理秩序。从明确性角度来看,我国对毒品的管理制度比较具体和明确。例如,《禁毒法》《麻醉药品条例》等法律法规根据麻醉药品、精神药品的药理属性和成瘾性,对纳入列管范围的药品分门别类,并根据其毒害性对精神药品分级管理,禁止未经授权的买卖、持有、制造等行为。

应当承认,我国以不同层级的规范文件来表达各种属性和种类,表征其不法和违法类型差异,事实上也是各种毒品、药品、新精神活性物质性质不明的规范位阶差异。如前所述,我国事实上是以多部法律、司法解释、行政法规分别就毒品管制的类型和外延进行规定。根据毒品的种类和行为方式,明确毒品犯罪行为的界限,以及不同类型行为在不法程度上的差异。问题的关键也在于此。由于法律明确规定的是毒品,司法解释有限列举了28种毒品,行政法规本身又不作具体规定,行政规章虽然作了明确,但因规范效力问题不能作为治罪依据。因此,应当明确承认,新精神活性物质不具有国家规定的管理属性,不能当然被认为是毒品。

就国家对毒品的管理秩序这一法益来说,其具体内容应该包括两个方面:一方面,对于纳入国家规定管制范围的药品,未经授权不能制造、运输、持有;另一方面,获得法律法规授权的,可以依法从事生产、运输、管理和使用。从这两方面来说,“国家规定”或“法律法规授权”是判定合

法与否的关键问题,也是判定是否属于毒品范围的基准。如前所述,对最高人民法院司法解释的属性问题暂且不予以评价,但仅就作为国家规定的《非药类列管办法》而言,在层级上属于部门规范性文件,是公安部联合原国家卫生与计划生育委员会、原国家食品药品监督管理局、国家禁毒委员会办公室颁布的规章,不是“国家规定”。从这个层面来看,新精神活性物质并没有上升为作为犯罪法益侵害角度的毒品管理秩序,因此也就不具有作为犯罪层面的“国家属性”。同时,作为规范性文件,《非药类列管办法》本身存在如下问题。

首先,国家禁毒委员会等部门并非“国家规定”的制定主体。《刑法》第96条明确规定,“国家规定”的制定主体,只有全国人民代表大会及其常务委员会和国务院。这就直接排除了公安部、原国家卫生与计划生育委员会、原国家食品药品监督管理局以及国家禁毒委员会办公室制定“国家规定”的主体资格。

其次,从授权内容和范围来看,《非药类列管办法》的制定主体未获得相应授权。根据《麻醉药品条例》第3条第2款,国务院授权的是国务院药品监督管理部门会同国务院公安部门、国务院卫生主管部门有权制定、调整并公布麻醉药品和精神药品的目录。因此,对于没有纳入管制范围,但是已经发生滥用、已经造成或者可能造成严重社会危害的,只是将药品列入目录或升级管控。但“列入目录”,并不当然包括制定新的部门规章、创建新的目录。

再次,从行政法规的授权对象来看,不包括国家禁毒委员会办公室。《麻醉药品条例》第3条的授权对象包括国务院药品监督管理部门、国务院公安部门和国务院卫生主管部门,并不包括作为议事协调机构的国家禁毒委员会办公室。国家禁毒委员会办公室不具备制定和调整列管办法和管制目录的法定权限。

最后,最高人民检察院对《增补目录》适用作出的司法解释,突破了宪法授权的解释范围。2019年最高人民检察院关于《增补目录》能否作为认定毒品依据的批复中,只以“根据国务院《麻

^①参见张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2021年版,第1503-1504页。

醉药品和精神药品管理条例》第3条第2款授权制定”作为解释依据^①。然而,这个解释不但没有说明为什么可以是根据授权制定,反而存在三个方面的突出问题:第一,最高人民检察院的解释对象事实上是行政规章的效力,而不是法律本身的应用问题;第二,最高人民检察院事实上也在解释国务院所制定的行政法规含义,进而将部门规章的属性上升为行政法规;第三,也是最大的问题,该批复忽略了《麻精药品条例》只授权“三部门”联合将其所“制定”的麻醉药品和精神药品“列入目录”,国家禁毒委员会办公室并不在授权行列。由于《麻精药品条例》本身不是法律,其第3条第2款的授权制定也不是《立法法》授权的对检察工作中具体应用法律的解释。一言以蔽之,最高人民检察院应当针对具体的法律条文,而不是整个法规或规章的适用进行解释。这种解释错误地肯定了国家禁毒委员会办公室的立法权限,以及刑法关于“国家规定”的具体含义,与法律条文相冲突,影响了刑法条文内部的系统性和稳定性。

五、新精神活性物质案件的违法性认识与毒品犯罪不同

根据《刑法》第14条规定,“故意”的内容包含明知自己的行为会发生危害社会的结果,希望或者放任这种结果发生。即行为人知道自己做什么,且清楚该行为可能引发的危害结果。“主观明知”包括事实判断与规范判断。事实判断是“明知”的基础,也就是说行为人必须具有自主意识,且清楚地意识到正在进行的自我支配的行为方式及内容。在事实判断的基础上,是否要求行为人具备对行为对象或具体行为法律属性的认识,即违法性认识,学界存在不同观点。传统刑法理论坚持“违法性认识不要说”,认为毒品犯罪的“故意”内容,只要求行为人认识自己的具体行为及可能产生危害后果,并不要求行为人明确认

识到所涉物品的法律属性,即“不知法不免责”。周光权教授认为,要成立犯罪,必须要求行为人具有违法性认识的可能性,但违法性认识不是“故意”的内容。“故意”是事实性判断,与作为规范判断的违法性认识并不相同^②。与之相对的是“违法性认识必要说”。该观点认为,犯罪故意的构成要素包括事实的认识和法律的认识。事实的认识是对构成事实的认识,法律的认识则指违法性的认识,二者共同构成犯罪故意的内容。陈兴良教授认为,违法性认识首先应当作为犯罪故意的规范评价要素加以讨论,这是认识错误阻却责任的逻辑前提^③。

从毒品犯罪类司法解释来看,违法性必要说具有更强的法律事实支撑,也符合毒品犯罪的行政犯本质特征。《大连会议纪要》^④明确指出,“毒品犯罪中,判断被告人对涉案毒品是否明知,不能仅凭被告人供述,而应当依据被告人实施毒品犯罪行为的过程、方式、毒品被查获时的情形等证据,结合被告人的年龄、阅历、智力等情况,进行综合分析判断”^⑤。据此,被告人对案涉毒品的“明知”并非简单的事实判断,而是通过年龄、阅历、智力及以往交易记录等因素,准确判断行为人对案涉毒品法律性质的规范认知,即行为人明确认识到其行为及所涉物品是法律所禁止的。这恰恰与行政犯的立法逻辑相符。坚持“违法性认识必要说”,可以限制“故意”内容的扩大化,提高证据证明要求,避免将误以为是普通商品而购买或者持有的无罪案件认定为有罪的情形。相反,如果坚持“违法性认识不要说”而作出纯事实判断,容易导致将行为人欠缺违法性认识或认识不准的行为认定为犯罪,出现刑法打击面过宽的问题。例如,在“郭某、李某涉及Y-羟基丁酸烟油案”中,行为人为了明确这种新精神活性物质是否含有毒品违禁成分、是否属于毒品,主动将样品送到派出所鉴定,以确保自己不会触及毒品

①参见最高人民法院:《关于〈非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录〉能否作为认定毒品依据的批复》,载最高人民法院网, https://www.spp.gov.cn/zdgg/201904/t20190430_416857.shtml, 最后访问时间:2024年1月20日。

②参见周光权:《违法性认识不是故意的要素》,载《中国法学》2006年第1期,第165页。

③参见陈兴良:《违法性认识研究》,载《中国法学》2005年第4期,第141页。

④最高人民法院于2008年9月在辽宁省大连市召开“全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会”,根据会议精神印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》简称《大连会议纪要》。

⑤参见刘岚:《最高人民法院印发〈全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要〉》,载《人民法院报》2008年12月22日,第004版。

犯罪^①。遗憾的是,即使是这样的案件,主审人民法院仍然将其认定为贩卖、运输毒品罪。

在违法性认识必要说的情形下,传统毒品犯罪中的行为人当然具有违法性认识,其主观恶性更加明显。第一,传统毒品具有较高的可辨识度。传统毒品进入市场的时间较长,物理特征及其呈现方式早已被社会熟悉。例如,冰毒的晶体外观、海洛因的粉末形态等,只要稍有常识便可辨别;传统毒品的价格明显高于普通商品,买卖双方可以通过价格因素推知行为对象的性质;传统毒品流行独立包装,交叉滥用较少,吸食场所较为封闭等特征也十分明显。通过外观、价格、吸食方式、交易场所,可以有效推定或判断物品的法律性质。第二,禁毒宣传力度较大,毒品知识广泛普及。在“零容忍”的政策下,禁毒教育宣传的形式、内容、覆盖面不断拓展,有效覆盖了义务教育、非义务教育和社会教育,毒品的危害性和毒品犯罪的严重性已经深入人心,不存在“知毒不知法”的情形。第三,传统毒品种类趋于稳定,更新换代的情形较少。截至2022年底,已查明的112.4万名吸毒人员中,吸食海洛因和甲基苯丙胺(冰毒)的分别为41.6万人、58.8万人,占吸毒总人数的89.32%^②。

相对而言,行为人对新精神活性物质违法性认识的盖然性较低。第一,新精神活性物质种类繁多,迭代速度极快,有些物质仅仅在市场上短时间出现,不为多数人所知。第二,新精神活性物质的物理形态具有较强的不确定性,包装、名称、价格都具有较强模仿性。例如,“浴盐”模仿洗浴用品、“奶茶”模仿奶茶粉末、“聪明药”模仿保健药品,等等。这些物质不仅包装极为相似,价格也几近相同,其与普通日用品在对外呈现方式上的区别越来越小,部分案件中甚至出现禁毒民警也无法准确判断其是否属于毒品的情形。第三,成本低廉导致吸食方式发生变化。传统毒

品滥用多为满足吸毒者自身毒瘾,其交易形式表现为吸毒者主动购买,但新精神活性物质滥用不仅包括吸毒者主动吸食,还包括行为人为谋取非法利益或出于其他不法目的,秘密引导或欺骗被害人被动吸食的情形。第四,新精神活性物质的辨识度较低,行为人对其违法性认识的盖然性较低。通过交易过程、方式、毒品被查获时的情形等证据,以及被告人的年龄、阅历、智力等情况,很难直接推断出行为人是否“明知”其所涉对象为法律意义上的毒品。

就前文所述新精神活性物质的司法案例而言,两则案例的被告人都表现出没有认识到其所实施的行为是毒品犯罪的情况。据案例一孙某芳的代理律师介绍,“案发之后孙某芳本人也很后悔,她说其实我做的很多产品挣钱都比这个多很多,这单也没挣多少钱,但却被认定为毒品犯罪,她心里接受不了。我国对毒品犯罪一直是重刑化,所以说被告人对毒品的定性,对检察院的量刑还是难以接受”^③。无独有偶,在何某洋案中,其辩护人也是如此阐述:“本案所涉‘合成大麻素类’是一种新精神活性物质。很多涉新精神活性物质案件中,毒品吸食人员及贩卖人员对它的认知都是不清楚的。何某洋也是听信了他人说尿检检不出来,不属于毒品,才抱着侥幸心理吸食和贩卖”^④。这两则案例中,孙某芳案涉案物质是刚列管的新精神活性物质,何某洋案的涉案物质则明确没有被列管,但两者都明显欠缺违法性认识。

综上,虽然立法者在“毒品化”理论视角下,不断推进新精神活性物质在法律上“入毒”,但原有的毒品立法及犯罪体系并不能兼容新精神活性物质的列管内容。因此,从体系化视角来看,不管是否已经列管,新精神活性物质都不能等同于刑法意义上的毒品。同时,在行为人的主观内容上,新精神活性物质案件也与传统的毒品案件

①参见广东省深圳市宝安区人民法院:“郭琛、李晶走私、贩卖、运输、制造毒品一审刑事判决书”,(2020)粤0306刑初3835号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=aae279257bcec15387555341b323c206&s7>,最后访问时间:2024年1月20日。

②参见国家禁毒委员会办公室:《2022年中国毒情形势报告》,载中国禁毒网,http://www.nncc626.com/2023-06/21/c_1212236289_3.htm,最后访问时间2024年1月19日。

③参见新疆维吾尔自治区克拉玛依市克拉玛依区人民法院:“克拉玛依市克拉玛依区人民检察院与何青洋走私、贩卖、运输、制造毒品罪一审刑事判决书”,(2021)新0203刑初55号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTK-HNT2W0/index.html?pageId=aae279257bcec15387555341b323c206&s7>,最后访问时间:2024年1月20日。

④参见“孙某走私、贩卖毒品案——新型毒品案件辩护及罪刑法定原则”,载北大法宝,[法宝引证码]CLI.C.431229545。

有重要区别。不能忽略行为人主观认识要素和控制要素的特殊性,否则难以做到主客观相统一。

六、新精神活性物质犯罪的理性回归及应然选择

本文认为,新精神活性物质不能作为毒品犯罪处理,并不当然代表不能作为犯罪认定。那么,新精神活性物质供给行为到底应该以何种方式处罚,依据何种罪名定罪呢?

这个问题的回答,事实上是回到新精神活性物质的药品和化学品本质,在此基础上寻找治罪逻辑。新精神活性物质的出现,是毒品犯罪分子对于逐渐完善的毒品立法和管制措施的有效突围,利用毒品管制清单的有限性这一固有缺陷,去寻找毒品替代物的无限性。然而,若固守“毒品化”的理论底线,难免陷入追着制毒技术和毒品市场跑的被动局面,同时也会导致毒品犯罪立法的不稳定和不协调。因此,应当回归到新精神活性物质的药品或化学品的本质属性,通过转换“赛道”,将供给新精神活性物质的行为纳入药品类或化学品类犯罪进行考察。如此,不仅能够有效回应该类违法犯罪的动态特征,也能全方位地呈现该类犯罪的全部“画像”,促进刑法理论和司法实务的有机结合。

若跳出“毒品化”立场,在“药品”和“化学品”视域下,不难发现,已有的药品管理及化学品管理制度能够有效应对新精神活性物质种类不特定、更新速度快、替代性较强等特点。一方面,根据《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)确定的“以人民健康为中心”“风险管理”和“全程管控”的原则,无论该药品是否获得上市资格,任何未获得授权的供给行为都属于违法行为。因此,即便有新的药品类物质出现,仍然可以通过前述法律,否定供给行为的合法性。此外,从体系化的角度出发,将《非药类列管办法》从禁毒法律法规体系中剥离出来,置于药品管理体系中,不仅可以减少禁毒法律法规的内部冲突和不协调,疏通毒品类司法解释的种种阻滞,同时能够对药品管理立法现状体系形成有益补充,助力药品(包括非药用类药品)管理体系

的规范化建设。另一方面,若该类物质属于化学品,根据《易制毒化学品管理条例》《危险化学品安全管理条例》等确定的许可制度,任何未经授权的供给行为,均属于违法行为。若该类化学品并不在现有管制清单内,仍然可以由国务院药品监督管理部门、安全生产监督管理部门等主管部门对分类目录进行及时调整,在不需要重新制定新法的情况下,确保整个化学品管理法律法规体系的系统性和实践性。

首先,应当肯定新精神活性物质供给行为具有社会危害性。这是将其作为犯罪处理的重要理由。法的目的不仅仅在于对法秩序的维护,也需要立足公民切身权利的保护。习近平总书记指出,“保护人民权益,这是法治的根本目的”。虽然新精神活性物质的种类具有不确定性、临时性、替代性等动态特征,但是成瘾性是其固有属性,否则不可能成为毒品的替代物进入毒品市场。正因为此,行为人的目的就是利用该类物质的成瘾性牟利。可见,若行为人主观明知某物质具有成瘾性,仍然希望或者放任该物质流入市场,进而实施的走私、贩卖、运输、制造等行为,必然导致该物质被滥用,进而危害不特定人群的健康安全。根据联合国毒品问题办公室(UNODC)发布的文件,新精神活性物质特别是合成大麻素类物质和合成卡西酮类物质,对吸食者的身体健康具有严重伤害,同等计量下的部分物质具有更高的致死率^①;与此同时,大量研究及相关案例,也进一步证明了新精神活性物质的致死性。因此,滥用新精神活性物质对公众健康的侵害,是其供给行为社会危害性的重要表征,同时也是通过法律对该类物质进行管控的正当性的基本立场。

其次,新精神活性物质供给行为具有刑事违法性。药品管理法律法规和化学品管理法律法规所创设的经济秩序,是刑法中相应罪名所保护的重要法益。为此,刑法通过设置加重情节,将法益侵害程度达到值得科处刑罚的行政违法行为规定为犯罪行为,但并非所有的供给新精神活性物质的行为都构成犯罪。例如,违反药品管理规定,只有达到“足以严重危害人体健康”的程度

^①参见“New Psychoactive Substances (NPS)”, United Nations Office on Drug and Crime, retrieved from <https://www.unodc.org/wdr2013/en/nps.html>, 最后访问时间:2024年1月17日。

才构成犯罪。同样,违反制毒物品管理制度,只有情节严重的才构成犯罪。可见,只有违反前置性行政法规并且达到一定程度的行为,才具备刑事违法性。

再次,新精神活性物质供给行为的具体罪名,可以根据具体情况来论证。现行刑法事实上为有效规制新精神活性物质犯罪提供了多个罪名选择。由于新精神活性物质认定为“毒品”欠缺法理依据,但从新精神活性物质的药品本来属性入手,却不存在处理障碍。对于缺乏合法授权或合法经营性的行为,完全可以根据《药品管理法》或《易制毒化学品管理条例》《危险化学品安全管理条例》进行处罚。各种行为达到入罪标准的,则可以通过非法生产、买卖、运输制毒物品,走私制毒物品罪,生产、销售假药罪,妨害药品管理罪,危险驾驶罪(违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品)和危险作业罪定罪处罚。具体而言,对于供给药品类活性物质的行为,若行为人未取得生产许可证、经营许可证即进行生产经营且足以严重危害人体健康的,构成生产、销售假药罪或妨害药品管理罪;对于供给化学品类活性物质的行为,若行为人将该物质用于毒品制造,达到“情节严重”程度的,可以通过非法生产、买卖、运输制毒物品,走私制毒物品罪定罪处罚;若行为人将该物质用于毒品之外的成瘾性物质的生产制造,可以通过危险作业罪将其纳入规制范围;若行为人仅实施了运输该物质的行为,则可以依据危险驾驶罪定罪量刑。

《武汉会议纪要》^①在毒品犯罪的定性疑难问题上,明确对非法贩卖麻醉药品和精神药品给出了贩卖毒品罪和非法经营罪两种定性。即向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者吸食、注射毒品的人员贩卖国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品或者精神药品的,以贩卖毒品罪定罪处罚;出于医疗目的,违反有关药品管理的国家规定,非法贩卖上述麻醉药品或者精神药品,扰乱市场秩序,情节严重的,以非法经营罪定罪处罚。这说明即使是最高人民法院,对于新精神活性物质的定性问题仍然有毒品和药品两种定性不同的理解。从这个角度来看,本文提出对涉新精神

活性物质案件的定性和处罚转换赛道,具有现实可能性和可行性。

七、结语及展望

新精神活性物质与毒品不兼容,其根源在于现行法律体系对毒品的立法定义和新精神活性物质的列管模式和法律属性的差异性。如果坚持在毒品犯罪构成视域下,将走私、贩卖、运输、制造已列管的新精神活性物质认定为毒品犯罪,无法解决整个禁毒法律体系内部的冲突问题。同时,将走私、贩卖、运输、制造未列管的新精神活性物质认定为毒品犯罪的未遂犯或不能犯,也不能解决行为人在主观故意、客观行为等方面的特殊性问题。随着科技进步以及普法宣传的不断深入,行为人系统研究法律法规,针对性研发并制造未受管制的新型“毒品”的案件越来越多。新精神活性物质日益更新、品种繁多,制造技术相对简单,必将造成新精神活性物质的“毒品化”认定越来越困难。将新精神活性物质“毒品化”的做法与法理不兼容,不仅无助于通过司法实践打击毒品犯罪,反而会因违反罪刑法定原则而导致司法裁判中的罪与非罪界限不明和罪责刑不相适应,更难以达到依法裁判的定罪效果。

“毒品”并非天然的产物,而是法律规制的定性结果。将部分药品或者化学品规定为毒品,进而开展“禁毒战争”曾经功勋显著。随着生物科技的进步,新的药品不断出现,这也意味着事实上可能被滥用的药物范围越来越广。对此,若仍然坚持法律上的毒品化,必将陷入法律追逐科技的被动局面。因此,应当理性审视新精神活性物质的本质属性,有效区分毒品、药品和化学品,不断完善不同种类物质的法律管理体系,确保各自相互区别,监管体系有效运行。一方面,应当进一步加快修订完善我国毒品管制类法律法规,明确毒品的概念、种类、边界,确保整个毒品管理立法保障体系的系统化和协调化;另一方面,要不断完善药品和化学品管理法律法规,利用核心分子式或者通用化学式的立法体例,将具有滥用风险的新型精神活性物质及时纳入管制范围。

^①2015年5月在武汉召开的“全国法院毒品犯罪审判工作座谈会”印发的会议纪要简称《武汉会议纪要》。参见最高人民法院:《关于印发〈全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要〉的通知》(法[2015]129号),载北大法宝,[法宝引证码]CLI.3.249246。

我们相信,只有形成有效的管理机制,才能更好地应对潜在犯罪风险。在坚持罪刑法定原则的基础上,充分利用现行刑法的罪名设置,纵向形成毒品、药品、化学品管理体系和罪名体系,可以且能够做到罪责刑相适应。刑法的严谨性和严格性,决定了不能因为新精神活性物质更新较快,就直接在没有法律依据或国家规定的前提下,按最简单的做法将新精神活性物质供给行为直接认定为毒品犯罪。罪刑法定原则永远是刑

法的生命力,新精神活性物质作用于人体的合成化学品、药品本质,决定了回到药品和化学品路径上来处理犯罪才是最有效的做法。受限于研究主题和篇幅,本文显然难以系统有效地阐释从毒品化向合成化学品、药品认定的转变思路,未来将在此领域继续探索。欢迎各界同仁因据论评。

【责任编辑:耿 浩】

Research on the legal incompatibility of the “narcotic”
treatment of new psychoactive substances

Xiong Moulin¹, Zhao Minqi²

(1. Southwestern University of Finance and Economics, Chengdu Sichuan 611130, China;
2. Chengdu Administration Institute, Chengdu Sichuan 610110, China)

Abstract: New psychoactive substances have long been treated as drugs, but this contradicts the administrative criminal nature of drug crimes. In fact, the legal and normative attributes of new psychoactive substances and drugs are not at the same level. They are also significantly different from drugs in terms of whether they should be controlled, the methods and boundaries of their control. Simply identifying the manufacture, sale and transportation of new psychoactive substances as drug crimes violates *Nulla poena sine lege* and may even violate the Constitution and legislative laws. In judicial practice, difficulties and contradictions have arisen in the characterization, conviction and sentencing of cases involving new psychoactive substances. While identifying them as drug crimes, they may be treated with the statutory minimum penalty, or they may be deemed as attempted offenders and incompetent offenders. New psychoactive substances are incompatible with drugs. Uncontrolled new psychoactive substances cannot be equated with drugs, nor can uncontrolled substances be identified as drugs. On the premise of adhering to *Nulla poena sine lege*, we should adopt a rational and prudent attitude towards new psychoactive substances, jump out of the inherent “narcotic” thinking, and return them to their essential properties as medicines and chemicals, which is the key to solve the criminalization and sentencing issues on new psychoactive substances.

Key words: new psychoactive substances; drugs; medicines; chemicals; administrative crimes

未成年人适用认罪认罚从宽制度： 根基、困惑与走向

——兼评《未成年人保护法》的相关规定

朱叶¹, 颜子清², 郑国宝³

(1. 湖南省衡阳市人民检察院, 湖南 衡阳 421200; 2. 辽宁省沈阳市人民检察院, 辽宁 沈阳 110002;
3. 湖南省常宁市人民检察院, 湖南 常宁 421500)

〔摘要〕随着时代的发展, 宽严相济刑事政策在立法演变中被认罪认罚从宽制度具象化。作为该政策适用的主要对象, 未成年人适用认罪认罚从宽制度具有价值共识、理念共鸣和现实共振的正当性根据。由于未成年人在刑事立法上的特殊身份、地位和处遇, 增加了其认罪认罚时认罪“真意”受损, 认罚“认同”失灵和从宽“幅度”失衡等风险。因此, 司法实践中应当严格按照最有利于未成年人原则、双向保护原则和个别化处遇原则的要求, 全面保护未成年被追诉人和被害人的权利, 准确把握实体从宽和程序从简, 从而更好地贯彻宽严相济刑事司法政策, 推动未成年人认罪认罚“从宽”处遇个别化、规范化和专业化。

〔关键词〕未成年人; 认罪认罚从宽制度; 被害人权益保护; 个别化处遇

〔作者简介〕朱叶(1986—), 女, 湖南常宁人, 湖南省衡阳市人民检察院政策研究室副主任, 主要从事刑事检察业务研究; 颜子清(1988—), 男, 辽宁沈阳人, 辽宁省沈阳市人民检察院法律政策研究室一级检察官助理, 主要从事刑事诉讼法学和检察学研究; 郑国宝(1991—), 男, 湖南常宁人, 湖南省常宁市人民检察院第一检察部三级检察官助理, 主要从事刑事检察业务研究。

〔收稿日期〕2023-12-23

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-018-07

随着司法改革的深入推进, 宽严相济刑事政策被以立法的方式制度化为认罪认罚从宽制度, 这在一定程度上实现了司法公正与诉讼效率的统一。认罪认罚从宽制度所秉承的价值、内涵、理念, 与最有利于未成年人原则、未成年人特殊处遇程序及未成年人犯罪的特殊性相契合。但由于认罪认罚从宽制度从设计之初便缺乏具体的适用规范及程序, 使得司法实践中未成年人适用该制度时仍存在诸多问题。因此有必要立足于未成年人的特殊性, 构建未成年人适用认罪认罚从宽制度个别化、规范化和专业化的制度体系。

一、根基: 未成年人适用认罪认罚从宽制度的法理基础

(一) 最有利于未成年人原则与宽严相济刑事政策的价值共识——制度适用的实体从宽依据

随着我国犯罪结构的变化, 宽严相济刑事政策逐渐在刑事立法和司法领域描绘出“整体从宽”的宽缓化特征, 从而衍生出一整套以从宽为核心的宏观脉络图谱, 即认罪认罚从宽制度^①。当前, 我国未成年人刑事司法实践总体上呈现出

①参见孙谦:《关于检察机关开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的几个问题》, 载《未成年人检察》2016年第4辑, 第2页。

贯彻宽缓化的刑事政策,这与认罪认罚从宽制度蕴含的宽缓化司法精神相契合。由于未成年人具有认知能力不足、易于矫正等特点,因此当前各国刑事立法对未成年被追诉人普遍采取从轻的刑罚处遇。《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)第4条明确规定了最有利于未成年人原则,赋予未成年被追诉人以特殊、优先保护,相关的司法解释及未成年人司法实践亦从定罪、量刑等方面规定了未成年被追诉人特殊处遇的刑事司法政策。认罪认罚从宽制度作为一项宽缓化刑事政策,契合最有利于未成年人的价值理念,并且有利于帮助未成年人悔过自新、回归社会,符合“保护与教育相结合”的目的。

(二)未成年人“特殊处遇”程序与协商性司法的理念共鸣——制度适用的程序从简依据

认罪认罚从宽制度是宽严相济刑事政策的制度化,目的是在解决司法实践中“案多人少”矛盾的基础上,努力实现诉讼效率与司法公正的相对平衡^①。由于未成年被追诉人身份的特殊性,当前我国刑事立法不仅在实体上赋予未成年人以更优惠的从宽条件,而且在程序上给予未成年人以特殊处遇程序。社会调查制度、附条件不起诉制度等未成年人特殊处遇程序理念与认罪认罚从宽理念相一致。未成年人特殊处遇程序意图拓展宽缓化的从宽渠道,以达到教育、感化、挽救未成年人的目的,从而修复因罪错行为破坏的社会关系,促使未成年人顺利回归社会。而认罪认罚从宽制度中量刑协商所蕴涵的协商性司法理念,则意图通过平等自愿的协商,促使未成年被追诉人自愿接受处罚,认真悔过并及时修复被损害的社会关系。两者在司法理念上形成共鸣,都能促使未成年被追诉人真诚悔罪,自愿接受处罚,及时回归社会。

(三)未成年人犯罪的“特殊性”与司法实践“案多人少”矛盾的现实共振——制度适用的司法现实需要

随着我国经济发展进入快车道,近年来,我国未成年人犯罪案件数量逐年上升、总量居高不下,“案多人少”的司法现状不仅引发了司法资源的挤兑,也进一步导致诉讼效率下降和犯罪惩治效果降低。根据最高人民检察院发布的《未成年人检察工作白皮书(2022)》,检察机关受理审查起诉未成年被追诉人的数量,从2020年的54954人上升至2022年的78467人,同比上升42.79%,且仍以盗窃罪、聚众斗殴罪、强奸罪、抢劫罪和寻衅滋事罪为主,占比共达67.4%^②。与成年人犯罪相比,未成年人犯罪类型简单、动机单一、社会危害性不大,可塑性更强,用较为宽缓温和的方式加以教育挽救,更容易感化未成年人。因此《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)规定了未成年人特别处遇程序,以实现程序正义前提下的程序简化。但由于未成年人特别处遇程序适用范围相对有限,提升诉讼效率的能力不足,以至于司法实践中较难回避“案多人少”的矛盾。认罪认罚从宽制度顺应了“案多人少”和未成年人犯罪特殊性的现实需要,兼顾了司法公正与诉讼效率的平衡,根据未成年人犯罪的特殊性及未成年被追诉人认罪、认罚的情形,通过难案精办、简案快办等方式,能够实现办案质量与办案效率的统一^③。

二、困惑:未成年人适用认罪认罚从宽制度的学理冲突

(一)未成年人特殊“身份”与认罪“真意”受损风险

一是被追诉人自愿认罪“真意”不明。认罪认罚自愿性是指未成年被追诉人出于本人的真

①参见王艺超,涂龙科:《未成年人犯罪适用认罪认罚从宽制度研究》,载《青少年犯罪问题》2017年第6期,第62页。
②参见《最高检发布〈未成年人检察工作白皮书(2022)〉》,载《光明日报》微信公众号, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1767623655055859008&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2023年11月25日。
③参见北京市朝阳区人民检察院课题组:《轻微刑事案件快速办理机制》,载《国家检察官学院学报》2009年第5期,第76-81页。

实意愿认罪认罚,是内心真实意思的表示。认罪认罚从宽制度强调“自愿性”,与《刑事诉讼法》规定的“不得强迫自证其罪原则”相一致。但未成年人的特殊法律地位使得其表达“自愿性”时存在以下不足。首先,相较于成年人而言,未成年人由于自身心理与智力发育情况的特殊性,导致刑事责任能力欠缺,其是否能够基于权利义务告知而真正理解认罪认罚的内涵,从而作出真实认罪认罚;是否能够认识到认罪认罚行为的性质并承担后果,现有法律规范均未予以回应。其次,相较于成年人而言,未成年人因心理和生理发育的特殊性,更容易受到哄骗、欺骗等,因此法院的自愿性审查成为保障未成年被追诉人是否“自愿”认罪认罚的最后防线。然而,现行法律规范并无自愿性审查的相关规定。

二是法定代理人确认“真意”不够。《刑事诉讼法》第174条第2款规定了未成年人认罪认罚适用和不适用具结的情况,这是国家亲权理念和未成年人保护工作思路的升华。但该条文与刑事诉讼中的法定代理制度却有明显冲突。未成年人因心理、生理尚未成熟,一旦被国家机关追诉将处于不利状态,因此需要法定代理人帮助其维护自身权益。法定代理人是亲权理论的制度化体现,其与认罪认罚从宽制度的冲突本质,表现为亲权与国家亲权的冲突。国家亲权干预的前提是传统自然亲权缺失或滥用。认罪认罚从宽制度并非单纯地给予有形利益,而是需要相应的协商条件——如实供述犯罪事实,自愿接受处罚。若亲权人不同意适用程序从简,可以看成是对程序正义的高标准要求,因而不必然否定亲权人行为。若亲权人不同意实体从宽建议,检察机关又将如何处理;亲权人是否一定是法定代理人,若法定代理人怠于履行职责,其他监护人可否代行其权利,上述疑问现有法律均未作出明确规定,从而无法全面确保未成年被追诉人的认罪“真意”。

三是值班律师保证认罪“真意”不足。长期以来,基于“对抗模式”的追诉机制,作为追诉机关的检察机关较易将自己定位为法律和道德制高点上的强势者,对于被追诉人这个法律和道德上的弱势者,往往是命令、强制居多。这种强与弱之间的“势不两立”不仅客观存在,而且可以理解,但此种思维惯性与我国制定和实施认罪认罚从宽制度的宗旨和目的略有不符。认罪认罚从宽程序能够启动,与未成年被追诉人自愿选择适用该程序是直接因果关系,基于未成年被追诉人对自己所犯罪行的深刻反省、自愿认罪及接受处罚,才启动了认罪认罚从宽程序。在认罪认罚从宽制度中,检察机关没有自行适用该制度的权力,值班律师更是认罪认罚从宽程序适用后的“附加产品”,那么,未成年被追诉人在认罪认罚中的主体地位^①就得以凸显。因为未成年被追诉人的认罪态度,使得节约国家司法资源、提升诉讼效率存在可能性。作为相应的等价交换,被追诉人的量刑应当得到从宽处理,诉讼程序也得以简化。此时,手中握有“筹码”的被追诉人至少是在程序适用和量刑方面可以与检察机关平等协商的,这种协商并不是检察机关“恩赐”给被追诉人的,而是未成年被追诉人基于自愿的选择。那么如何才能实现平等、有效协商,辩护人和值班律师在这里理应起到至关重要的作用。本文重点并不是对辩护人的有效辩护进行论证分析,因为律师在社会实践大多扮演着“拿人钱财替人消灾”的角色,被追诉人和辩护人之间基于委托而形成代理关系,辩护人出于职业道德、双方承诺、职业可持续发展等因素,会尽可能地为被追诉人在法律框架范围内谋取最大化的利益。然而,对于值班律师而言,其并未收取高昂的代理费,更多是基于职业职责或所在律师事务所的任务分配,来进行认罪认罚从宽制度中的法律帮助。顾名思义,值班律师为被追诉人提供法律咨询帮助,而辩护律师则是最大限度地为被追诉人提供辩解

^①参见贾志强:《论“认罪认罚案件”中的有效辩护——以诉讼合意为视角》,载《政法论坛》2018年第2期,第182页。

与维护;值班律师基于国家的指派,辩护律师则是基于“金钱的委托”,这不得不让人疑虑拿“死工资”的值班律师能否为被迫诉人提供有效帮助,而不至于沦为“见证人”^①的角色。避免让值班律师成为“见证人”,需要每一个诉讼当事人的努力,同时也不能排除部分值班律师因业务水平有限或工作不负责任等原因,成为认罪认罚从宽程序中的“工具人”。当前,值班律师确实为被迫诉人提供了法律帮助,但真正做到提供“有效帮助”依然任重而道远。

(二) 未成年人特殊“地位”与认罪“认同”失灵风险

认罪认罚从宽制度中的“认罪”,主要体现在控辩双方的协商,即在检察机关主导下,被迫诉人为追求宽缓待遇向检察机关所作的自愿接受刑罚的协商过程。在此过程中,未成年被迫诉人力求得到优惠刑罚,检察机关力求在未成年被迫诉人自愿认罪认罚的前提下尽快结案,因此双方协商的结果可能存在忽视甚至无视被害人利益的情况。与此同时,未成年被迫诉人的特殊地位,使其具有双重从宽的优惠条件,若无被害人对未成年被迫诉人认罪的“认同”,容易导致从宽幅度过大。被害人权益的保护,在于明确其在认罪认罚从宽制度中的主体地位。由于《刑事诉讼法》和《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》等法律规定均未明确被害人的主体地位,再加之最有利于保护未成年人原则和未成年人犯罪案件的特殊性等因素的影响,因此有些学者认为,被害人在控辩协商过程中,容易因个人主观情感随意改变看法而不宜列为参与主体^②。这不仅有违《刑事诉讼法》确定被害人诉讼参与人地位的初衷,而且容易造成因滥用认罪认罚从宽制度而放纵犯罪^③。有学者指出,只有当被害人愿意接受被迫诉人的物质和精神补偿时,其参与认罪认罚从宽制度的认罪“认同”才有效^④。综上,本文

认为,当前被害人的认罪“认同”对于认罪认罚从宽制度至关重要,必须强化对被害人权益的保护,以保障认罪“认同”。

(三) 未成年人特殊“处遇”与从宽“幅度”失衡风险

认罪认罚从宽制度的核心是从宽,认罪、认罪是前提,从宽是结果,是激励司法实践中制度适用的有效动力^⑤。未成年人适用认罪认罚从宽制度时,因未成年人的特殊“处遇”,使得司法实践中控辩双方“从宽”量刑协商,在实体维度和程序维度呈现以下现象:

一是实体维度“无序”从宽。就被迫诉人从宽影响因素而言,司法实践中,被害人谅解成为决定缓刑关键性因素的案件屡见不鲜。被害人谅解作为影响“从宽”量刑的因素,能够修复由被迫诉人破坏的社会关系,促进社会和谐稳定。但其并非认罪认罚前提的构成要素^⑥。一味拔高被害人谅解的重要性,甚至将其作为被迫诉人是否适用缓刑的关键性因素,不仅有悖于认罪认罚从宽制度的目的,而且容易导致被害人漫天要价,引发司法不公,明显有违修复性司法理念。就被迫诉人“从宽”渠道而言,当前未成年被迫诉人法定从宽渠道有从轻处罚、减轻处罚、缓刑、免于刑事处罚四种,但随着未成年人非监禁刑处遇原则和最有利于未成年人原则的相继确立,司法实践中难以针对未成年被迫诉人的认罪认罚情节,确定独立的“从宽”价值。就被迫诉人“从宽”量刑结果而言,由于缺乏统一的量刑规范,检察机关对认罪认罚从宽幅度把握不一,法官自由裁量权过大,以至于司法实践中,相同犯罪情节的不同未成年被迫诉人适用认罪认罚从宽制度后,宣告刑期差异较大。

二是程序维度“杂乱”从简。就程序从简的前提——社会调查制度而言,由于《刑事诉讼法》

①参见贾志强:《论“认罪认罚案件”中的有效辩护——以诉讼合意为视角》,载《政法论坛》2018年第2期,第182页。

②参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016年第2期,第48-64页。

③参见王敏远:《认罪认罚从宽制度疑难问题研究》,载《中国法学》2017年第1期,第17-34页。

④参见陈国庆:《试论构建中国式的认罪协商制度》,载《环球法律评论》2006年第5期,第541-545页。

⑤参见李艳霞,孙延杰:《未成年认罪认罚案件量刑协商中的三个法律问题》,载《鲁东大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第81页。

⑥参见白宇:《认罪认罚从宽制度研究》,北京:中国人民公安大学博士学位论文,2019年。

第279条^①规定的社会调查主体多元,实践中多元责任主体易互相推诿和重复调查;同时,社会调查内容缺乏规范性模板,调查主体各行其是,缺乏统一标准,致使社会调查结果对未成年被追诉人适用程序从简的参考价值微弱。就程序从简的内容而言,由于缺乏从宽幅度的上限控制,司法实践中,对一些依法应当判处五年以上有期徒刑重罪案件的未成年被追诉人亦适用附条件不起诉制度,难免有损害司法公正之嫌。

三、走向:未成年人适用认罪认罚从宽制度的体系构建

(一)最有利于未成年人原则:全面保障被追诉人权利

一是自愿性审查制度的保障。首先,应当确保未成年被追诉人适用认罪认罚从宽制度的“知情权”。具体而言,未成年被追诉人在“认罪认罚”之前,应当能够明确、清楚地知道并理解适用认罪认罚从宽制度可能对其产生的法律后果,以及适用与不适用认罪认罚制度的区别。“知情权”的实现,需要公检法三机关切实做好全面、全流程的告知和解释工作,保障未成年被追诉人在知道且清楚地理解的情况下,真正自愿地选择认罪认罚从宽制度。目前的司法实践中,公检法机关普遍采用以《权利告知书》的方式向未成年被追诉人告知认罪认罚从宽制度的内容,可能会导致未成年被追诉人不能真正理解《权利告知书》中专业名词的内涵,“稀里糊涂”地选择了认罪认罚。因此,在权利义务告知的过程中,应尽到解释说明的义务,保障未成年人被追诉人能够真正清楚地知道并理解选择认罪认罚的后果。其次,完善法官审查制度。具体可以从法律帮助情况,对认罪认罚的认识、认知能力,自愿性、合法性,在案证据等方面进行综合审查。在法律帮助获得方面,不能简单询问未成年被追诉人“是否获得了法律帮助”,而是要具体询问其得到了值班律师哪些帮助,当庭是否还存在法律适用或者刑

罚判处方面的疑问;在认知能力方面,要询问未成年被追诉人对于罪名和处罚的知晓情况,可以简单地让未成年被追诉人陈述对涉嫌罪名的理解及对判处刑罚的意见;在自愿性、合法性方面,要询问未成年被追诉人是否受到了威胁或强迫,是否有法定代理人到场,是否出于自己真实意愿的表示,签署具结书时是否有值班律师在场等;在涉案证据审查方面,除了对被追诉人的口供当庭核实外,主要审查是否存在无罪证据,证据能否达到确实、充分的标准等。

二是监护人制度的保障。“监护人”与“法定代理人”的异同,历来是法学理论界争议的焦点。有学者认为,“由于监护人系实体法而非程序法概念,因此监护人并不能成为诉讼主体”^②。但是,诉讼法也有实体权利义务的内容规定,如果简单地从实体和程序两个维度去机械地界分监护人和法定代理人,极易引发误解。综上,本文认为,基于区分民事诉讼法定代理人制度的考虑,应当在《刑事诉讼法》中直接用监护人代替法定代理人^③。与成年人相比,未成年人因其自身心智的原因,容易做出不当或不合理的行为。《中华人民共和国民法典》第35条第1款明确了监护人的法律定位,对此,《刑事诉讼法》可以合理借鉴,除赋予监护人或未成年被追诉人专属人身权利外,应当允许监护人代替法定代理人,行使《刑事诉讼法》第174条第2款规定的权利。监护人认为未成年被追诉人在认罪认罚从宽制度中怠于行使权利或滥用权利时,有权通过独立行使权利,达到保护未成年被追诉人合法权益的目的。

三是值班律师制度的保障。由于社会主义法制体系尚未完善,刑事诉讼模式多元化构造尚未完成,被追诉人的权利体系并未在我国《刑事诉讼法》中得到完整确认。即便被追诉人的权利已被《刑事诉讼法》所确认,其权利保障在司法实

①《刑事诉讼法》第279条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人刑事案件,根据情况可以对未成年犯罪嫌疑人、被告人的成长经历、犯罪原因、监护教育等情况进行调查”。

②参见聂阳阳:《我国未成年人行使诉讼法定代理人制度之探析》,载《北京青年政治学院学报》2009年第2期,第26页。

③参见陶朗道:《未成年人自主性辩护权行使问题研究》,载《北方法学》2019年第5期,第150页。

践中仍未得到有效执行^①。据此,在认罪认罚案件中,面对行使国家公诉权力的检察机关,被追诉人的权利行使更显弱化。《刑事诉讼法》并未限制认罪认罚案件的范围。就未成年人刑事案件而言,如果不能获得律师的“有效帮助”,处于劣势的未成年被追诉人不仅无法与处于主导地位检察机关进行平等沟通协商,从而依法获取更优惠的量刑建议,而且被追诉人因心智尚未成熟、自身法律素养欠缺等原因,可能无法认知认罪认罚的法律后果,从而作出虚假“自愿”的认罪认罚。因此,要保障认罪认罚案件中律师的“有效帮助”,必须强化律师在认罪认罚案件中实质性参与协商辩护的职责,全面保障未成年被追诉人的权利。首先,推动值班律师辩护人化。通过立法明确值班律师的辩护人身份,赋予值班律师与辩护人同等的权利。值班律师可享有事先与未成年被追诉人会见、阅卷及为被追诉人量刑协商提供实质建议等诉讼权利,从而推动控辩关系平衡,保障被追诉人的诉讼权利^②。其次,推动辩护工作重心前移。认罪认罚案件中,控辩双方已对实体和量刑问题进行充分协商,庭审阶段对此已无需过多辩护。因此,亟需将辩护工作重心前移,从积极进行程序性辩护、改变辩护思路为“协商为主、抗辩为辅”、注重审前程序的法律帮助与辩护三个方面进行引导和加强。最后,强化值班律师的辩护质量。因未成年被追诉人在心理和生理上的特殊性,应配置熟悉未成年人案件办理值班律师参与辩护,以及时发现未成年被追诉人认罪认罚的心理态度,避免出现“认罪换刑”,有效遏制诱供等违法违规办案情形发生。

(二)双向保护原则:尊重和保障被害人权益

一是提高被害人赔偿事项在认罪罚量刑协商中的比重。当前的刑事政策趋势,强调司法机关在依法办理案件的同时,积极化解社会矛盾。在存在被害人的认罪认罚案件中,如何修复和弥补被害人的损失,是化解社会矛盾的关键。建议在考量未成年被追诉人是否真正“认罪认罚”时,关键看其是否有能力赔偿被害人;是否存在嘴上

认罪认罚,行动上逃避处罚的行为。如果确有能力赔偿而拒不赔偿,则不能认定其自愿认罪认罚。同时,在赔偿过程中要考察被追诉人的悔罪态度。如果虽然愿意赔偿,但对被害人态度恶劣,则其从宽幅度就要有所缩减。

二是赋予被害人获得法律帮助的权利。被害人是案件最直接的利益受损者,理应得到保护和尊重。既然经济困难的被追诉人享有法律援助的权利,那么经济困难的被害人同样应当享有得到法律帮助的权利;既然法律规定国家应当为未成年被追诉人指定辩护人,那么当未成年被害人利益损失巨大时,也应当享有获得免费专业法律咨询和帮助的权利,以切实维护其自身合法权益。

(三)处遇个别化原则:探索多元化处遇措施

一是完善程序从简个别化处遇。首先,完善社会调查报告制度。社会调查制度的核心在于社会调查报告,其内容重在未成年被追诉人成长环境、心理生理状况和外在环境进行个别性评估,并据此选择合适的个性化矫正措施。这与个别化处遇的理念相一致。就未成年被追诉人而言,理应由专业社会调查人员对其社会危害性、人身危险性、真诚悔罪、回归社会等要素进行评估,并作为未成年人犯罪适用认罪认罚从宽的依据。如上所述,当前社会调查存在责任主体多元、内容缺乏针对性等问题,因此需要克服社会调查形式化、内容片面化的问题,增加评估细节内容及评估指标,细化个案干预措施评价,从而发挥社会调查制度作为个别化处遇措施的依据。其次,完善附条件不起诉制度。法律的权威在于实施程序的公平、实施结果的公正。司法实践中,对未成年人适用认罪认罚从宽制度时,附条件不起诉与缓刑的适用往往过度依赖于被害人的谅解。依据法律规定,附条件不起诉的适用只需征求被害人的意见,而无需其同意。但实践中,检察机关迫于外界压力,往往会过多考虑被害人的谅解,对适用附条件不起诉犹豫不决。本

①参见李奋飞:《刑事被害人的权利保护——以复仇愿望的实现为中心》,载《政法论坛》2013年第5期,第25-37页。

②参见闵春雷:《认罪认罚案件中的有效辩护》,载《当代法学》2017年第4期,第27-37页。

文认为,当被害人不同意时,检察机关可以采取听证的形式作出决断。通过这种形式,“能更好地判断犯罪嫌疑人的表现和犯罪后态度,促进案件和解,恢复被损害的社会关系”^①。

二是完善实体从宽个别化处遇。未成年人刑事司法的目的,在于对其行为进行矫治,以促使其尽快回归社会,而非传统的刑罚报应。基于最有利于未成年人原则,可采用非刑罚措施代替刑罚措施,以实现教育、感化、挽救未成年人的目的。罪刑法定的一般正义具有向个别正义让步的空间,认罪认罚案件中,可以根据最适合未成年人心身特点的处遇措施,作为对其教育挽救的

最佳选择,即未成年人刑事司法个别化处遇理念。当前,针对未成年人的附条件不起诉、社会调查报告已具有个别化处遇的影子,但是由于缺乏非刑罚处遇措施,以至于在认罪认罚案件中,个别化处遇措施很难发挥效果。之所以强调未成年被追诉人处遇“个别化”,目的在于通过个别化的手段达到个别预防。此处强调个别化处遇而非个别化刑罚,最重要的是处遇内涵多元化的非刑罚措施。

【责任编辑:柴 玮】

Application of leniency system for minors to plead guilty and accept punishment: foundation, confusion and direction
——Comments on the relevant provisions of the
“Law on the Protection of Minors”

Zhu Ye¹, Yan Ziqing², Zheng Guobao³

- (1. Hengyang Municipal People's Procuratorate of Hunan Province, Hengyang Hunan 421200, China;
2. Shenyang Municipal People's Procuratorate of Liaoning Province, Shenyang Liaoning 110002, China;
3. Changning Municipal People's Procuratorate of Hunan Province, Changning Hunan 421500, China)

Abstract: With the development of the times, the criminal policy of combining leniency with severity has been embodied in the leniency system for pleading guilty and accepting punishment in the legislative evolution. As the main target of this policy, the application of leniency system for minors to plead guilty and accept punishment has the legitimacy basis of value consensus, conceptual resonance and realistic resonance. Due to the special identity, status and treatment of minors in criminal legislation, there are increased risks such as damage to the “real intention” of their confession, failure of “identity” in accepting punishment and imbalance in the “range” of leniency when they plead guilty and accept punishment. Therefore, in judicial practice, we should strictly follow the requirements of the principle of what is most beneficial to minors, the principle of two-way protection and the principle of individualized treatment, comprehensively protect the rights of minors being prosecuted and victims, and accurately grasp the substantive leniency and procedural simplicity, so as to better implement the criminal justice policy of combining leniency with severity, and promote the individualization, standardization and professionalization of “lenient” treatment for minors who plead guilty and accept punishment.

Key words: minors; leniency system for pleading guilty and accepting punishment; protection of rights and interests of victims; individualized treatment

①参见王满生:《英美加羁押必要性证明机制对我国逮捕审查程序完善的启示》,载《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期,第54页。

【认罪认罚从宽制度研究】

困局与破局：认罪认罚案件中量刑协商的模式转型

赵怡康

(河北省石家庄市长安区人民检察院,河北 石家庄 050000)

〔摘要〕认罪认罚从宽制度的确立,在一定程度上认可了具有中国特色的协商诉讼模式。其中,量刑协商是实现认罪认罚从宽制度平息争端、繁简分流目标的关键基础。由于我国的量刑协商机制处于中间状态,存在着启动动力不充足、过程参与不充分、结果确认不协调的问题,有造成认罪认罚不充分和诉讼构造失衡的风险。对此,应当在程序修正、角色定位、机制保障三个方面,积极探索量刑协商模式转型的进路,推动量刑协商问题的解决和相关制度的完善。

〔关键词〕认罪认罚从宽制度;量刑协商;量刑建议

〔作者简介〕赵怡康(1994—),女,河北邢台人,石家庄市长安区人民检察院四级检察官助理,法学硕士,主要从事检察理论研究。

〔收稿日期〕2023-10-24

〔中图分类号〕D925.2;D926.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-025-08

认罪认罚从宽制度是我国司法诉讼结构的重大调整,突出体现了中国刑事司法现代化的特点和内涵^{〔1〕}。量刑协商是认罪认罚从宽诉讼程序的核心,彰显了该制度调解公正与效率的功能,有利于推动刑事案件繁简分流,节约司法资源,缓解社会冲突。然而,量刑协商的实践样态与应然状态存在一定程度的脱节,如法律规定模糊、控辩双方协商博弈阙如以及控审关系紧张等。为提升检察工作现代化水平,有必要推动量刑协商机制的完善,保障量刑环节的公平、公正。本文通过对理论与实践中的量刑协商所面临困局的分析与反思,试图从程序修正、角色定位、机制保障三个方面探究破局之法,以期推动认罪认罚从宽制度的成熟稳定运行。

一、争鸣：认罪认罚案件中量刑协商的有无之争

(一) 法律规定言之不详

2016年在部分地区开展的认罪认罚试点工作,被认为是中国式认罪认罚量刑协商模式的开启^{〔2〕}。但是,2018年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)规定了认罪认罚案件检察机关须履行告知权利、听取意见、提出量刑建议等职责,其中并无“协商”字眼表述。2019年“两高三部”^①联合发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》),明确了检察机关应当听取意见,尽量协商一致^②。针对此条文提出的“协商”一词,学界众说纷纭:一种观点认为,这表示从法律角度正式肯定了量刑协商;另有观点认为,通观《指导意

①2019年10月24日共同发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》的最高人民检察院、最高人民法院、公安部、国家安全部、司法部合称“两高三部”。

②《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》第33条第1款规定:“犯罪嫌疑人认罪认罚的,人民检察院应当就主刑、附加刑、是否适用缓刑等提出量刑建议。人民检察院提出量刑建议前,应当充分听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师的意见,尽量协商一致”。

见》,其并未体现被追诉方作为诉讼参与人参与量刑协商的程序和主体地位,量刑协商的边界并未限定,我国认罪认罚从宽制度中其实并无协商;还有一种折中的观点,认为《指导意见》的颁布,标志着我国量刑协商模式的建立,但是囿于规定表述的模糊,我国的量刑协商模式尚未完善。为何我国法律规定对量刑协商的表述呈现朦胧之态,笔者认为,主要原因是限于我国司法土壤的现实状况。传统的刑事司法表现为控辩双方的激烈交锋,被追诉人具有天然的弱势。“协商”的字眼可能会刺痛传统刑事逻辑的神经,引起社会公众的误解,从而冲击刑事司法制度的架构和威严。现行法律规定的“有所保留”,是对刑事司法实践发展状况的反映,也是对社会公众认同程度的映射。

(二) 实践操作浮于表面

笔者以“量刑协商”为关键词,在“中国裁判文书网”进行检索,共查到 259 篇文书,其中一审判决 227 篇,二审裁定 32 篇。进行类型化整理后发现,裁判文书中涉及“量刑协商”的表述 2019 年开始增多,其中 2020 年最多,为 135 篇;2021 年次之,为 75 篇。如某裁定书中表述,“该院在开展认罪认罚工作时,已充分与值班律师、被告人进行了量刑协商,对自首情节已予以体现,值班律师与被告人均同意该院量刑建议并在具结书上签名确认”^①;亦有表述为,“被告人张某兴自愿适用认罪认罚从宽制度,并对量刑协商结果予以确认,根据认罪认罚从宽制度相关实施意见规定,可以依法从宽处理”^②。似乎在司法实践中,量刑协商模式运用得非常充分。但现实是否真的如此,经了解,实践中的“量刑协商”多为检察机关根据案件情节拟订《认罪认罚具结书》后,在提审时听取被追诉人意见。若被追诉人认罪认罚,则在律师见证下签订具结书;若被追诉人对量刑有异议,则可能被认为其认罪不认罚,从而取消对其的量刑优惠。此过程中控辩双方交互运动较少,体现为检察机关主导下的“交流式”协

商。理想状态下的量刑协商,应表现为一方手持量刑激励,另一方主动认罪悔罪的“交易”式协商,双方均有后续利益值得期待。因此,在法律规定不完备的背景之下,当前的实践仅触碰到量刑协商的表象,并未深究其内涵。

(三) 中间状态的量刑协商

通过对理论与实践的分析不难发现,如今多数观点认为我国已经确立了量刑协商制度,笔者对此表示认可。但本文认为,该制度仅有名称表述而缺乏运作机理,当前尚处于游离的中间状态。首先,对被追诉人的法律帮助不是为了量刑协商。辩护人制度是刑事诉讼法的基础制度,值班律师制度是辩护人制度的有效补充,并非为了认罪认罚程序而专设。其次,《指导意见》中的“听取意见”和“协商”的含义不同。中国传统的刑事诉讼,也有在审查起诉环节听取被追诉人及其辩护人意见的相关条款。“听取意见”和“协商”并不能简单划等号。前者为检察机关提出量刑建议,被追诉人有权决定是否采纳该建议的封闭式静态流程;而在后者中,双方会依据证据状况持续修改量刑建议,形成一种连贯性的动态过程。此外,关于控辩协商的程序并未完全明确,对量刑建议的程序启动以及控辩双方就此展开的交流和调整等,均未作出详细说明^[3]。因此,我国目前的“量刑协商”根基是脆弱的,理论界的政策性解读和实务界的表面运用,都表明其仍有深究和完善的空间。

二、困局:应然之态与实然之态的矛盾冲突

(一) 设计初衷

1. 内在的法理价值

认罪认罚从宽制度的设计目的,在于推动案件繁简分流、缓解社会纷争、节约司法成本。为实现此目的,需要全面且深入的量刑协商。若控辩双方就量刑达成一致,经法庭确认后,法官可以用最低限度的资源处理简单无异议的案件;被追诉人接受简化程序审理;控辩审三方都置于高

①参见山西省晋城市中级人民法院(2021)晋05刑终190号“文某某、张某某、姚某某等吸收客户资金不入账罪二审刑事裁定书”,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html,最后访问时间:2023年10月19日。

②参见安徽省马鞍山市雨山区人民法院(2021)皖0504刑初63号“张国兴危险驾驶罪一审刑事判决书”,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? s8 = 02&pageId = 0. 9301194665690158,最后访问时间:2023年10月19日。

效运作的状态下,有助于解决对抗性司法所面临的“案多人少”的难题。同时,认罪认罚化解社会矛盾的必经途径,在于修复因犯罪而遭到破坏的社会关系。作为认罪认罚内核的量刑协商,应在运作时体现“恢复性司法”的法理,双方甚至多方共同参与修复社会关系,最终经过“协商”和审判,落实对被追诉人的追责。在此过程中,司法公正也在潜移默化地实现。如被追诉人通过积极赔偿,获得被害人的谅解,积极退赃退赔就是量刑协商时获得从宽量刑激励的重要砝码,是获得从宽处罚的充分条件。这样,既能有效缓解被害人的不满情绪,又能确保司法公正^[4]。

2. 域外国家的相关规定

美国的辩诉交易制度是协商性司法的典型代表,包括罪名交易、罪数交易及量刑交易,在个案中可以选择适用一个或多个交易内容。其过程为检察官与被追诉方以类似商业谈判的形式进行协商,以被追诉方的有罪答辩,换取检察官指控或法官判决的让步。检察官在辩诉交易中,拥有不起诉、暂缓起诉等较为广泛的裁量权;被追诉方也有权主动提出交易;法官则作为形式审查主体参与案件审判,体现了当事人主义模式的特点^[5]。德国在职权主义诉讼模式下,产生了刑事协商制度。检察官可在提起公诉之前与被追诉人协商,通过减少指控罪数或减轻刑罚,来换取被追诉人认罪。但该协商结果对法官不具备约束力。法官也可在给出量刑范围后,在庭审中与被追诉人协商,并有强制性的告知及记录义务。但职权原则下,法官仍须查明事实真相并审查被追诉人认罪的真实性^[6]。不难看出,我国的“量刑协商”投射出美国辩诉交易和德国刑事协商的影子。但本文认为,对国外制度的借鉴,首先需要从我国国情和发展阶段出发,探索具有中国特色的量刑协商制度,防止因机械移植造成“水土不服”。

(二) 冲突显现

1. 启动动力不充足

认罪认罚从宽制度从开始试点到如今如火如荼地开展,无法否认其具有一定的指标推动色彩。我国检察机关之前适用的《检察机关案件质量主要评价指标》,对于各项指标均有一定硬性任务要求,使得检察机关为完成规定动作而被动

选择认罪认罚方式。在较大的考核压力下,检察机关不得不耗费大量司法成本进行思想转化工作,促使嫌疑人认罪认罚并签署具结书,以期达成较高的认罪认罚适用率^[7]。实务中,还存在基层院若有不认罪认罚的案件,需要写《情况说明》向上级院汇报的现象。为了不被评价为“工作开展不到位”,实践中难免会出现量刑过度让步、量刑不合理等情况,颇有几分“赶鸭子上架”的无奈。并且,检察机关很难从量刑协商中获得实质性的诉讼利益,内在驱动力亦不充足。

2. 过程参与不充分

认罪认罚案件的量刑协商需要律师见证,然而很多情况下,被追诉人并未聘请辩护律师,或者未达到法律援助标准。针对这种情况,我国设立了值班律师制度,并将其定位为“法律帮助律师”。但由于值班律师并非由被追诉人自行委托,无法充分发挥辩护作用,在量刑协商过程中逐渐角色失语。其一,值班律师的权利不充分。实践中,受制于人员数量、工作时间限制、经费保障等因素,值班律师的会见权、阅卷权虚化。一般情况下,只有检察机关提审嫌疑人并需要做认罪认罚见证时,才会通知值班律师到场,并且对诸多案件集中时间“排队”见证,导致值班律师无法掌握案件全貌,更遑论根据案件事实进行量刑协商,难免有“站台效应”之嫌。其二,值班律师的地位不明朗。值班律师与被追诉人不存在委托代理关系,量刑协商的结果如何,与其并无实质性关系,也难以由此提升能力或者获得职业荣誉感。因此,实践中值班律师的见证人化趋势明显,甚至辅助检察机关担任“劝降者”,其作用逐渐走向形式化。其三,量刑协商的程序不规范。检察机关的量刑建议需要内部请示,所以通常是听取意见或者单向告知,不愿积极参与到深度、反复的量刑协商中。此种过程,呈现的是检察机关的“权力适用”行为,而非控辩双方的“权力—权利”互动^[8]。

3. 结果确认不协调

量刑协商的结果,是在检察机关的主导下签署《认罪认罚具结书》。实践中,一般都是检察机关提供业已填写好的具结书,被追诉人只需签字确认即可,难以提出实质性的观点。因此,可以认为检察机关手握量刑建议的确定权,决定量刑

协商核心成果的走向。量刑协商结果确认的不协调,会带来一定的连锁反应。一是被追诉人认罪认罚后反悔,认为量刑过重或是想争取时间“留所服刑”,在一审判决之后提出上诉^①。被追诉人上诉一般会引起检察机关抗诉,防止上诉人二审“占便宜”。这也从侧面反映出量刑协商的结果存在不合理的可能。二是检法关系紧张。《刑事诉讼法》规定,审判机关“一般应当”采纳检察机关的量刑建议;即使认为存在不当,也应先建议检察机关调整量刑建议。有专家表示,检察机关对认罪认罚案件已经开始发挥“准裁判”的功能,检察官成为法官之前的“法官”^②。司法实务中,也有相应的刑事裁判反映了上述矛盾。如“王某、郑某某等走私、贩卖、运输、制造毒品案”中,法院未建议检察机关调整量刑而径行判决,引发检察机关抗诉,认为“一审判决程序违法,改变量刑剥夺了庭审中检察机关的控诉权及被告人的辩护权”;二审法院则认为属于程序瑕疵,不构成违法,最终裁定驳回抗诉,维持原判^③。不可否认,聚焦于量刑建议的检法矛盾经常处于胶着状态,此种权力冲突不仅影响量刑协商的开展,也会影响量刑协商机制的完善^[9]。

三、反思:现有状态的成因及风险分析

(一)成因分析

1. 传统的职权主义思想

长期以来,我国的刑事诉讼被认为是公检法机关根据相应的法律规定和程序,对被追诉人刑事责任予以解决和落实的国家活动。在此理念的支配下,作为公权力主体的公检法机关和作为私权利主体的辩护方难以形成可抗衡的相对关系,司法机关对刑事诉讼程序起到掌控、主导作用,辩护方仅担当配合、补充的次要角色^[10]。首先,体现在司法机关对羁押措施的适用上,被羁押的被追诉人无法掌握案件信息,获得权利救济

和保障的途径相对受阻。其次,体现在被追诉人“沉默权”的丧失。在中国刑事司法的语境中,为了及时、准确、快速查明案件事实,司法机关具有收集证据、查明事实的权力。面对公安机关的讯问,被追诉人需要如实供述,虽然法律规定“不得强迫自证其罪”,但被追诉人的沉默抑或辩解,可能被认为认罪态度不端正或者对抗侦查,由此带来刑罚的加重。认罪认罚从宽制度的施行,让“权力—权利”的天平趋于平和,但绝对平等的协商在当前中国的司法环境下,难以有足够的生存空间。经由侦查阶段的供述,被追诉人用以量刑协商的筹码几乎全部公开化,其不肯认罪并不影响检察机关提起公诉^[11]。因此,传统职权主义思想下的量刑协商,难免有几分理想与现实无法兼容的尴尬。

2. 法定主义的权力行使

一般认为,中国是传统的大陆法系国家,中国的司法制度有着大陆法系的特点,主要表现在法定主义的职权行使,如刑法的罪刑法定原则,以及以起诉法定主义为主的公诉模式。检察机关经由案件的审查,认为被追诉人犯罪事实清楚、证据确实充分,需要追究刑事责任的,一般会向法院提起公诉。在此过程中,控辩双方的量刑协商也会被法定主义所约束,不能像美国那样就罪名、罪数展开协商,而是主要体现在依据相关的法律法规,在合法范围内探讨刑罚类别、期限、从宽幅度、执行方式等。即使控辩双方经过谈判、妥协、交流完成了量刑协商,也需经由法院对认罪认罚自愿性、证据链条完整性的审判。故而,法定主义的必然结果是检察主导下的量刑协商。

(二)风险分析

1. 认罪认罚不充分

在传统的职权主义与法定主义框架中,我国

①参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2019)桂01刑终724号“方学胜走私、贩卖、运输、制造毒品罪二审刑事判决书”,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html,最后访问时间:2023年10月18日。

②参见龙宗智:《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;陈兴良:《从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”——刑事法治视野中的检察权》,载爱思想网,http://www.aisixiang.com/data/41992.html,最后访问时间:2023年10月15日。

③参见海南省第一中级人民法院(2020)琼96终74号“王腾、郑亚海等走私、贩卖、运输、制造毒品罪二审刑事裁定书”,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html?pageId=6e0385d0ca60ae4464d27e6a7b4d90fa&s7,最后访问时间:2023年10月19日。

的量刑协商面临潜在问题,协商性司法有异变为压制性司法的可能,导致引发冤假错案。例如,部分认罪认罚案件办案质量不高、效果不好,为了追求认罪认罚高适用率而削弱证据标准,仅凭被追诉人认罪悔罪便判定其犯法,忽视了其他证据的收集,造成未达到起诉标准的被告人被法院宣告无罪或检察机关撤回起诉的结果;个别案件忽视认罪认罚的真实性、自愿性、合法性,急于提起公诉或者达成量刑协商,通过误导、引诱甚至胁迫的方式让被追诉人认罪,增加了出现冤假错案的风险。

2. 诉讼构造的失衡

如前文所述,量刑协商应然之态与实然之态存在矛盾冲突,体现于“启动—过程—结果”的整个环节,其中控辩关系和控审关系的运行不可忽视。量刑协商的不充分,可能异化原本稳定的三角构造,造成诉讼构造的失衡,不利于公平正义的实现和司法制度的完善发展。首先,是控审构造的异化。量刑协商中检察机关的精准量刑以及对于法院的约束力,一定程度上导致权属的渗入,法院审判权处于进退维谷的尴尬境地。若无法合理审视两者之间的关系并使其正确发挥职能作用,将会影响诉讼价值的实现。其次,是控辩构造的异化。值班律师的见证人化和辩护律师辩护作用的有效化,导致部分案件被追诉人无法获得最优化的法律帮助;甚至一些案件中,辩护人与被追诉人之间沟通不足、信任不够,发生独立辩护的情形,进而影响认罪认罚的效果。

四、破局:认罪认罚案件中量刑协商的模式转型

(一) 程序修正:规范检察机关的权力实施

在传统的职权主义观念中,检察机关在认罪认罚从宽制度下发挥着主导作用。为避免检察主导的内在风险,切实保障被追诉人认罪认罚的自愿性,需要对量刑协商程序进行修正。

1. 协商的启动

明确量刑协商的启动主体、实施方式、协商范围、结果的履行以及拒绝协商的后果,以保障量刑协商的程序正义^[12]。首先,检察机关要充分履行诉讼关照义务,进行政策宣告,告知被追诉人享有认罪认罚的权利及可能带来的风险,让

被追诉人充分理解并考虑是否选择此诉讼模式,确保其意思表示真实自愿;其次,在立足案件事实的基础上,告知被追诉人认罪认罚之后可以享有的量刑优惠,阐明法律适用的思路^[13]。基于此,检察机关应当积极采用“抗辩”方式,让辩护律师或值班律师、被追诉人就证据、案情与法律适用提出意见,书面记录并附以同步录音录像,确保协商过程能够经受日后的司法审查,防止“密室磋商”^[14]。对于律师的量刑意见,检察机关无论接受与否,都应当体现在协商记录中;若不接受辩方意见,应当主动澄清并做好记录^[15]。为减轻检察机关的办案压力和负担,可以采取便捷化的释明方式,针对被羁押的被追诉人,在律师在场情况下,采用远程视频释明的方式;针对未被羁押的被追诉人,可采用电话等方式,释明之后再行签署具结书。

2. 证据开示制度的运用

根据《指导意见》第29条规定,检察机关可以尝试探索证据开示制度。证据开示制度一方面肯定了被追诉人庭前对于指控证据的知情权,从而保障其理性选择;另一方面,可以促使检察机关以积极姿态参与协商,提高量刑协商的质量。目前,证据开示制度在我国司法实践中的运用并不充分。为此,本文建议,加快构建和完善具有中国特色的证据开示制度,明确可以开示的案件类型、方式、内容、例外情况及开示后的法律后果,以弥合控辩双方信息的不对称,确保认罪认罚的真实性和自愿性^[16]。当前,可以先行探索对被追诉人不认罪但其他证据确实充分的案件,通过展示关键证据的方式进行证据开示,之后再推广到犯罪事实清楚、证据确实充分的案件中。实践中可以结合认罪认罚同步录音录像,记录被追诉人接受证据开示前后的态度变化,准确反映被追诉人当时的心理状态,为案件审查提供更为准确有效的帮助。

(二) 角色定位:实现控辩审的多边互动

1. 值班律师法律帮助有效化

为保证认罪认罚从宽制度中协商性逻辑的最大化运用,必须确保值班律师辩护作用的尽然发挥。对此,可以考虑赋予值班律师阅卷权、会见权和调查证据的权利,许可值班律师向办案机关核实证据情况;当被追诉人不自愿认罪认罚

时,值班律师可进行辩护。优化值班律师制度和法律援助制度的衔接机制。若被追诉人满足了法律援助的标准,可以允许值班律师接受法律援助机构的委托,转化为法律援助律师;或者允许被追诉人直接委托值班律师作为辩护人,参与案件的整个处理过程^[17]。为调动值班律师的工作积极性,建议改善值班律师开展工作的软硬件环境,提高办案补贴,优化办公条件;同时,适时组织对值班律师的专门培训,提高值班律师的思想政治素质和法律业务水平。

2. 法官司法审查实质化

鉴于我国与英美法系国家分属于不同的法律体系,结合我国国情特点和司法实践,我国办理认罪认罚案件必须满足“案件事实清楚、证据确实充分”的标准。这意味着法院需要对认罪认罚自愿性进行审查,同时也要审查案件事实和证据情况。检察机关量刑建议的适当与否,也是法院审查的内容之一。为此,检察机关应当对量刑依据和计算过程进行充分论证释明,使量刑建议回归“建议”本色,为法官“一般应当采纳”量刑建议拿出检察机关的诚意;法院不采纳量刑建议时,应当增强沟通说理力度,以便检察机关履行监督职责^[18]。此外,应当清晰界定量刑建议“明显不当”的情况,包括检察机关错误认定犯罪事实、对法定刑基本区间认定有误、对宣告刑节点认定偏差,或者附加刑认定不当、同案犯量刑不均衡等情形导致的量刑建议客观性存疑。对于法院未通知检察机关径行判决的情况,笔者认为,此行为属于程序违法,应当充分认识到《指导意见》的司法解释地位,其不属于一般的“工作规定”^[19],而是“两高三部”在达成一致的前提下共同作出的权威司法解释,对各相关机关的办案工作都具有约束性。当然,现实中存在检法双方的“相互试探”和磨合,可能会通过业务沟通的形式进行量刑建议的事前拟定和调整,但无论如何,量刑建议权与量刑权的复杂博弈,应在量刑协商的基础上,保证认罪认罚的合理适用空间。

3. 对被追诉人认罪认罚后反悔权的限制

理论界和实务界对于是否应当赋予被追诉

人认罪认罚后的反悔权众说纷纭。保障被追诉人的反悔权,有利于保障其认罪认罚的自愿性,减少冤假错案的发生。但是,司法实务中也存在诸多技术性、策略性反悔,如上文案件中的“留所服刑”行为。若不对被追诉人滥用反悔权的行为加以限制,就会背离认罪认罚的效率价值目标,影响诉讼程序的有效运行。因此,对于被追诉人以一审判决事实不清、证据不足为由上诉的,不宜限制其上诉权;被追诉人基于量刑过重上诉的,为避免“不当得利”问题,应设置相关例外条件,如受暴力、威胁、引诱而非自愿认罪认罚的,认罪认罚时精神状况或认知能力异常且有证据证明的,被追诉人确有理由主张无罪或者量刑畸重的。除上述情形外,其他无正当理由上诉的应当予以限制^[20]。认罪认罚案件中,经常会有检察机关以抗诉权反制被追诉人反悔上诉的情况发生。本文认为,检察机关不能动辄使用抗诉权,应当在全面了解事实和证据的基础上,谨慎判断是否应当抗诉。

(三) 机制保障:完善量刑相关配套机制

1. 修订完善量刑指导意见

目前,认罪认罚案件量刑工作的主要依据是《指导意见》等相关规范性文件,但该类文件多为宏观上的指引,即使有具体的量刑指导,也仅限于常见多发罪名,不够全面、系统、完善^①,难以适应认罪认罚案件的实践要求。为此,相关司法机关亟须尽快修订完善量刑指导意见,扩充罪名适用范围。依据被追诉人的认罪阶段及悔罪表现等具体情况,科学构建可供量刑协商参考的阶梯式量刑等级体系。此外,应当将确定型量刑建议和幅度型量刑建议相结合,对可能判处三年以下有期徒刑的案件,应当精准量刑;针对案情复杂或新型、罕见罪名的案件,可以设置一个月至三个月的量刑幅度;对于可能判处三年以上或者十年以上有期徒刑刑罚的案件,则需分别设置三至六个月以及一至两年的弹性区间^[21]。同时,上级检法机关应当加强沟通,进一步细化标准,固定量刑的起点、基准刑的调节,促进同类案件判决结果的统一^[22]。

①上述规范性文件主要包括“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》《关于规范量刑程序若干问题的意见》、“两高”《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》、最高人民法院《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》等规范性文件。

2. 研发量刑建议智能辅助系统

由于目前新发的新类型案件较多,现有的量刑辅助系统与实践应用需求存在一定程度的脱节。本文建议,在统筹案例和相关法律法规的基础上,研发智能系统分析裁判规律,推动大数据、人工智能与量刑工作的深度融合与有效联动;同时,依托数字检察,建立数据平台和数据模型,实现办案数据资源共享^[23],使检察机关办案人员既能够及时了解相关判例,分析量刑情节和量刑结果;也能通过平台对相关案件量刑建议进行预判,增强量刑建议生成的系统性、科学性。当然,该系统仅可承担辅助功能,最终结果的确定,仍需要检察机关发挥专业优势,进行个案分析校验,以确保罚当其罪,实现实质正义。

3. 加强检察官的量刑专业能力养成

认罪认罚语境下,检察机关履行主导责任需要具备与之相匹配的量刑专业能力,这是保证量刑建议规范有效运行的基础。目前,办案检察官依然面临办理疑难复杂案件能力欠缺、精准量刑能力和释法说理能力不足等问题。为此,需要坚持目标导向、问题导向和效果导向,加强检察官的量刑专业能力养成。一是充分运用恢复性司法理念,加大工作力度,善用工作方法,通过释法说理、解疑释惑、利弊分析等多种手段,促使被追诉人在审查起诉阶段或之前退赃退赔、达成和解;二是探索附条件的量刑建议,评估预判被追诉人退赃退赔等修复性情节的可能性,根据将来条件成熟与否设置两种以上量刑建议,使被追诉人能够明确量刑预期,及早修复被侵害的法益;三是开展岗位练兵,拓宽培训渠道,磨砺检察干警实战素能,提升精准量刑能力。

五、结语

作为协商性司法模式的产物,检察机关主导的量刑协商机制具有独特的优越性,对于促进认罪认罚从宽制度成熟稳定运行起着关键作用。但是我国量刑协商机制尚存在职权性逻辑与协商性逻辑错位,控辩协商不充分、不到位,检察机关动力不足、值班律师作用式微、检法之间复杂博弈等弊端,需要在程序修正、角色定位、机制保

障三个方面探究转型路径。诚如德沃金所言,“法律是一种不断完善的实践”^①。源于实践并服务于实践的法学制度和理论,才真正具有生命力。针对量刑协商的各种挑战,我国也在积极探索和实践,如认罪认罚案件听取意见的同步录音录像制度,以及在部分地区试点的刑事案件律师辩护全覆盖工作,都进一步确保了认罪认罚的真实性、自愿性和合法性,有效助推了我国的人权司法保障。随着中国法治化进程的不断推进,量刑协商运行机制会不断得到试验和修正,认罪认罚从宽制度也会不断做实做好。

〔参考文献〕

[1] 苗生明. 以深化刑事检察工作助推中国式刑事司法现代化[J]. 人民检察,2022(21):12-17.

[2] 樊崇义. 刑事诉讼模式的转型:评《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》[J]. 中国法律评论,2019(06):186-190.

[3] 陈实. 认罪认罚案件量刑建议的争议问题研究[J]. 法商研究,2021(04):157-171.

[4] 杨萱. 论量刑协商的合理性、困境及出路[J]. 常州工学院学报(社科版),2021(06):108-113.

[5] 闵丰锦. 认罪认罚从宽制度中的控辩协商研究[D]. 重庆:西南政法大学,2020.

[6] 姬林艺. 认罪认罚从宽案件中量刑协商制度研究[D]. 郑州:河南财经政法大学,2022.

[7] 广东省广州市人民检察院课题组,曾晖. 认罪认罚控辩协商的实践样态及交互机理[J]. 中国检察官,2022(05):50-54.

[8] 钟达玮. 从检察主导型到控辩平等型:认罪认罚案件量刑协商模式的转型[J]. 唐山学院学报,2022(01):52-62.

[9] 叶锦坪. 认罪认罚从宽制度下量刑协商机制研究[D]. 广州:广东外语外贸大学,2022.

[10] 李奋飞. 从“顺承模式”到“层控模式”——“以审判为中心”的诉讼制度改革评析[J]. 中外法学,2016(03).

[11] 李奋飞. 量刑协商的检察主导评析[J]. 苏州大学学报(哲学社会科学版),2020(03):36-47.

[12] 刘少军,杨峥. 认罪认罚从宽制度中量刑协商问题研究[J]. 安徽农业大学学报(社会科学版),2021(05):105-111.

[13] 闫召华. 听取意见式司法的理性建构——以认罪

①参见 Ronald Dworkin: Law's Empire, Harvard University Press 1986, p. 44, 转引自王利明:《试论法学的科学性》,载《法治研究》2022年第3期,第9页。

认罚从宽制度为中心[J]. 法制与社会发展,2019(04):56-79.

[14]简琨益,杨乐. 认罪认罚从宽制度中量刑建议的风险及其控制[J]. 学术探索,2022(12):78-84.

[15]刘昂. 认罪认罚从宽之量刑协商若干问题研究[J]. 北京政法职业学院学报,2020(04):23-28.

[16]王冬松. 依托“量刑协商”履行认罪认罚从宽制度适用主导责任[N]. 检察日报,2021-04-23(003).

[17]史立梅,路晓静. 认罪认罚案件协商合作模式的构建[J]. 贵州民族大学学报(哲学社会科学版),2021(04):150-160.

[18]秦宗文. 检察官在量刑建议制度中的角色定位探究[J]. 法商研究,2022(02):36-48.

[19]何显兵. 量刑建议权控辩审互动运行机制的规范

与完善[J]. 暨南学报(社会科学版),2022(05):69-78.

[20]赵梓霖,张丽莹. 认罪认罚从宽制度中量刑协商程序的不足与完善[J]. 辽宁公安司法管理干部学院学报,2021(05):54-60.

[21]胡铭. 认罪认罚案件中的量刑协商和量刑建议[J]. 当代法学,2022(02):79-88.

[22]江苏省徐州市沛县人民检察院课题组,王琦,刘练军. 认罪认罚案件确定刑量刑建议规范化探析[J]. 中国检察官,2022(05):46-49.

[23]胡小敏. 认罪认罚从宽制度下量刑协商主体间的冲突与衡平[J]. 甘肃理论学刊,2021(05):105-111.

【责任编辑:张虹】

Dilemma and breakthrough: transformation of sentencing negotiation model in cases of pleading guilty and accepting punishment

Zhao Yikang

(Chang'an District People's Procuratorate of Shijiazhuang in Hebei Province, Shijiazhuang Hebei 050000, China)

Abstract: The establishment of the leniency system for pleading guilty and accepting punishment has recognized the negotiated litigation model with Chinese characteristics to a certain extent. Among them, sentencing negotiation is the key basis for achieving the goal of a leniency system for pleading guilty and accepting punishment to calm disputes and separate the complicated and simplified cases. Because China's sentencing negotiation mechanism is in an intermediate state, there are problems such as insufficient motivation to start, insufficient participation in the process and uncoordinated results confirmation. There is a risk of insufficient confession and punishment and an unbalanced litigation structure. In this regard, we should actively explore ways to transform the sentencing negotiation model in three aspects: procedural modification, role positioning and mechanism guarantees, to promote the resolution of sentencing negotiation issues and the improvement of related systems.

Key words: leniency system for pleading guilty and accepting punishment; sentencing negotiation; sentencing recommendations

【公安理论与实务研究】

公安机关侦办串通投标犯罪案件
面临的挑战与应对策略郭丽娜¹, 陈志浩²

(1. 中国刑事警察学院, 辽宁 沈阳 110854; 2. 山东省济南市中级人民法院, 山东 济南 250001)

〔摘要〕上世纪八十年代我国引入了招投标制度, 这种交易方式对合理、高效配置市场资源, 促进公平竞争营商环境建设起到了重要作用。与此同时, 不法分子在利益驱动下, 利用相关规范不完善、法律相对滞后等制度漏洞, 实施串通投标的行为愈演愈烈。近年来, 由于受疫情影响, 招投标方式发生了变化, 串通投标犯罪手段随之变得更加隐蔽, 团伙化、职业化特征明显, 涉案人员趋向多元化, 给公安机关线索获取、案件定性、调查取证、数据分析等打击治理工作带来诸多挑战。对此, 应及时变革侦查思维及模式, 积极打通数据通道, 多元化获取案件线索, 利用数据化实战手段突破壁垒, 形成多警种、多部门融合侦查的全新办案模式, 为全面打击串通投标犯罪赋能增效。

〔关键词〕公安机关; 串通投标犯罪; 大数据; 侦查思维; 侦查模式

〔基金项目〕本文系 2020 年辽宁省社会科学规划基金项目“辽宁省招投标行业非法经济业态研判及治理研究”(项目编号:L20BFX005)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕郭丽娜(1982—), 女, 辽宁沈阳人, 中国刑事警察学院经济犯罪侦查学院商贸教研室主任、副教授, 经济学博士, 主要从事商贸犯罪案件侦查研究; 陈志浩(1996—), 男, 山东东营人, 山东省济南市中级人民法院立案庭四级警长, 主要从事商贸犯罪案件侦查研究。

〔收稿日期〕2023-12-28

〔中图分类号〕D918 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-033-08

我国招投标市场发展迅速, 市场竞争日趋激烈, 招投标项目金额动辄千万元甚至更为巨大。在巨大利益的驱使下, 招投标市场催生的串通投标违法犯罪行为不断侵蚀着市场肌体, 严重破坏了营商环境, 扰乱了市场秩序, 加大了经济发展的风险。尽管行政部门和公安机关对串通投标行为进行了一系列“打、防、管、控”, 行业乱象得到一定程度的规制, 然而, 随着不法分子反侦查意识逐渐提高, 其串通投标手段也在不断翻新, 市场中甚至出现大量职业陪标人, “无标不围”“无标不串”已成为业内共识, 为公安机关打击治理涉招投标犯罪带来了新的难题和挑战。如何在新形势下应对新挑战, 提升打击串通投标犯罪效能, 净化招投标市场良性发展的环境生态, 是

值得公安机关深思与研究的问题。

一、新形势下串通投标犯罪的变化趋势

为获得研究数据, 笔者统计了 2019—2023 年中国裁判文书网已决案例, 以“串通投标罪”“判决书”为关键词, 共检索到判决书 1537 份。通过对相关判决书的分析, 结合部分省市的调研情况, “以影观形”, 分析近几年来串通投标犯罪的变化趋势。

(一) 犯罪黑数巨大, 犯罪形势依然严峻

从笔者统计的近五年裁判文书数量看, 分别为 2019 年 669 份、2020 年 662 份、2021 年 148 份、2022 年 37 份、2023 年 21 份, 串通投标案件数量

呈逐年下降趋势^①。除裁判文书网刊载不完全这一因素外,串通投标案件数量的下降是否说明此类犯罪已得到有效遏制,犯罪黑数也随之下降呢?笔者分析论证“论剑2023”全国公安经侦部门比武A省公安厅经济犯罪侦查总队撰写的《招投标行业风险感知研判报告》时发现,通过精准测算,2020年至2022年,A省公安机关办理的串通投标案件数量仅占全省招投标项目总数的0.25%。经过进一步分析,在近三年招标项目宗数和参与投标企业数量相对持平的情况下,测算出有职业化串标团伙参与的项目覆盖率高达80%以上,与2019年测算结果基本一致。可见,公安机关办理串通投标案件涉及的项目只是冰山一角。通过多年的打击治理,有职业化串标团伙参与的招投标项目仍居高位,串通投标犯罪黑数巨大,犯罪形势依然严峻。

(二)串通方式团伙化、职业化、区域化特征突显

分析归纳裁判文书列写的作案手段时发现,大部分案件的串通手段为被告人联系多家具有资质的企业进行围标,串通投标报价,支付陪标费、好处费等费用,项目成功中标后,再转包或分包给关系人。在“吴某串通投标案”中,吴某得知

某大学综合楼工程项目的招标信息,找到H省某建设集团公司副总经理黄某,借用该公司资质进行投标。为了能够中标,吴某先后找到多家公司进行围标,并找到熟人顾某、秦某分别制作五家投标公司的技术标书和经济标书,后吴某成功中标,中标价格1000余万元,非法获利42万余元^②。研究发现,近两年来单纯发生于投标人之间、投标人和招标人之间的传统型串通投标案件数量逐年下降,由职业化陪标团伙参与的案件数量逐年上升。特别是2021年开始,职业化陪标团伙呈倍数上升(参见图1)。这些职业化陪标团伙以专门提供陪标服务为业,通过负责人或者代理人,以网络群聊或口口相传等方式联系陪标业务,为围标发起人(金主)提供一整套标准化陪标服务。犯罪团伙内部形成了老板、业务员、专业制作标书员、开标员等完整分工,专业化程度极高。A省W市公安局S分局侦办的L公司串通投标案中,犯罪嫌疑人杨某为了确保L公司中标,自己联系多家公司陪标,并指使邓某通过职业陪标人晋某(有犯罪前科)、丁某寻找其他11家陪标公司参与陪标。该职业陪标团伙组织性强,一切事宜(报价、制作标书、保证金支付等)都由职业陪标人提供“一条龙”服务,串通手段职业

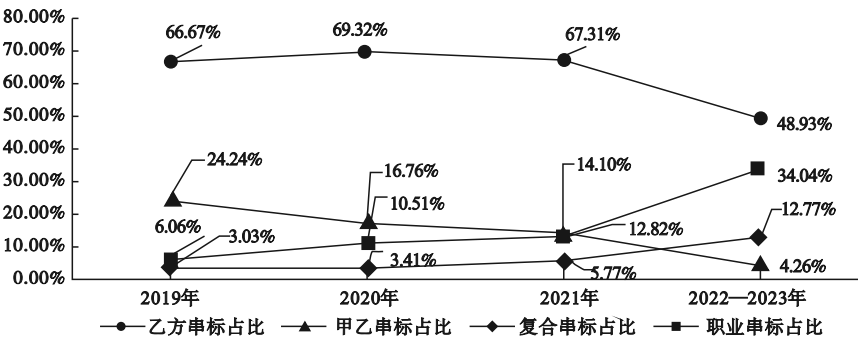


图1 2019—2023年全国串通投标犯罪类型变化趋势^③

①由于中国裁判文书网逐渐不再对外公开法律文书,此统计数量与实际判决的数量可能存在较大差距。
②参见黑龙江省鸡西市城子河区人民法院:“吴绪奎串通投标罪、串通投标罪刑事一审刑事判决书”,(2022)黑0306刑初25号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 95f4f2ca59bf06a538a5f2410f1643a2&s7>,最后访问时间:2023年12月19日。
③本图来源于“论剑2023”全国公安经侦部门比武练兵安徽省公安厅经侦总队比武研判报告。

化、团伙化。陪标公司大多是本区域内具有一定资质的二、三流公司,他们相互串通合谋,以轮流坐庄、事先约定、区域独享的方式,对工程项目形成串标、围标共识,垄断当地某行业招投标项目,串通投标犯罪团伙的区域化特征突出。

(三)串通人员多元化、复杂化、聚集性特征突出

通过对裁判文书及部分省份典型案例的分析发现,串通投标犯罪的参与人员不仅包括招标人和投标人,还有招标代理机构、评标专家、相关公职人员。更值得关注的是,从浙江、安徽、湖南等地侦破的串通投标案件看,串通团伙中出现了职业“黄牛”和串标牵头人,甚至黑客。“黄牛”长期代理某一行业资质公司投标权,专业牵线,按比例收费,为组织串通投标相关事宜提供中介服务;串标牵头人拥有一定的社会关系,利用社会关系统筹各方利益,达成串通投标共识,中标后负责项目的转包、分包等后期协调工作。这两类人员在整个串通团伙中起着至关重要的作用。浙江台州侦破的“水利一哥”杨某等串通投标案中,涉案团伙由串标牵头人、职业陪标企业、黄牛和资质公司组成。他们长期租借省内外一、二级水利总承包资质公司,通过掌控的资质公司联合报价进而控制中标基准价等方式,对浙江台州、嘉兴、湖州、温州等地省、市重点水利工程项目进行串标、围标活动,中标后以公司数量、工程量、管理费等方式分红。该案犯罪团伙参与台州水利工程项目招投标项目 19 个,涉案标的金额 12 亿余元。在 2020 年初安徽合肥侦破的以季某为首的“3.7”特大系列串通投标案中,涉案团伙在全国专门寻找标的金额大的项目,联系相关投标企业,再由黑客侵入各地评标专家系统,将抽取的专家名单篡改为已被围猎、控制的专家,在评标过程中给予意向企业高分,为其中标提供“切实”帮助,从中收取高额手续费。该案由黑客、黄牛、评标专家等组成多层级犯罪网络,涉及 13 省 24

市 49 个项目,涉案项目标的金额达 302 亿元。

二、新形势下公安机关侦办串通投标犯罪案件面临的挑战

随着招投标市场的发展及各领域招投标专项整治工作力度的加大,招投标活动中参与串通投标人员及串通手段都发生了巨大变化,串通行为痕迹化、隐匿化特点愈加明显,为公安机关侦办此类案件带来诸多挑战。

(一)作案手段隐蔽,线索获取手段单一

串通投标犯罪多为暗箱操作,本身具有极大隐蔽性及迷惑性,极易逃避相关部门监管,通常被称为“密室里的犯罪”。串通投标案件线索来源较为狭窄,绝大部分线索来自于纪检监察部门移送^①。其原因在于以下几点:

1. 在国家持续深化标本兼治,反腐败斗争压倒性胜利不断巩固发展,常态化开展扫黑除恶专项斗争,巩固扫黑除恶专项斗争成果的态势下,发现了一批串通投标犯罪线索。2. 串通投标行为在招投标行业普遍存在,但没有参与招投标活动的人员几乎无法知晓内情。3. 招投标活动的相关行政监管部门即使在日常工作中发现招标方或者投标方存在串通投标嫌疑,但出于缺乏直接证据和避免追责等考虑,不会主动反映问题,有的甚至以罚代刑,导致知情人举报和行政部门移送线索较少。4. 由于犯罪团伙具有长期行业经验,串通行为表面上看起来并无异常,投标过程中相关主体无明显串通痕迹,导致公安机关很难发现隐藏其中的犯罪事实,主动发现线索能力较弱。

(二)法律适用模糊,案件定性存在争议

《中华人民共和国刑法》第 223 条仅对串通投标犯罪做了概括式规定。自该罪 1997 年入刑以来,尚无任何相关立法、司法解释对串通投标犯罪的犯罪主体、客观行为作具体解释,使得串通投标案件在定性方面存在诸多争议,主要集中在串通行为及情节的认定方面。司法实践中,办

^①参见郭丽娜,王昌浩:《串通投标犯罪实证分析及防控路径研究》,载《浙江警察学院学报》2022 年第 6 期,第 69 - 78 页。

案人员依据《中华人民共和国招标投标法》及《中华人民共和国招标投标法实施条例》等相关规定,将投标人之间的串通报价行为理解为一致抬高或者压低投标报价,抑或报价呈规律性变化,但何为规律性变化却没有统一标准,为投标人横向串标行为的定性带来一定难度。例如,部分省份招投标采取“统一报价,摇号中标”的方式进行,虽然所有投标人的报价一致,但在投标过程中仍然采取各种串通方式谋求中标;在属于政府采购的先施工后招投标项目中,投标人采取串通报价中标的行为;使用竞争性磋商、竞争性谈判等采购方式,供应商之间通过串通报价进而中标的行为;非强制性招标项目或者民营企业使用自主采购方式(如三方比价)进行招投标的,投标人之间互相串通报价进而中标的行为,等等。在坚守罪刑法定原则下,以上行为能否构成串通投标犯罪,在当前司法实践中仍存在一定争议。另外,串通投标犯罪属于情节犯,只有情节严重的行为才构成犯罪。2022年5月15日开始实施的最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第68条规定,投标人相互串通投标报价,或者投标人与招标人串通投标,损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法利益,造成的直接经济损失数额在50万元以上的,违法所得数额在20万元以上的,应予立案追诉。但上述规定划分直接经济损失、违法所得的范围界限依然不明确,更没有统一标准。例如,一些案件以合理低标为中标者,且工程未实施即被查获,对本案造成的直接经济损失只能是招标过程中先期投入的费用,但部分案件的这项费用尚不足50万元。参与投标(围标)公司所获“招标费”、中标企业收取的“管理费”、实际承建工程项目公司获取的“利润”等费用是否属于违法所得,公检法各机关的认定常常不一致,给案件定性带来很大挑战。

(三)犯罪团伙反侦查意识强,调查取证难度极大

近年来,行政部门及执法机关对串通投标违

法犯罪行为开展系列专项整治后,行业内串通投标行为受到一定程度的遏制。随之而来的是,串通投标团伙的反侦查意识更强,串通行为更加隐蔽。不法分子长期参与投标活动,对行业规则非常熟悉,在串通投标时为了避免留下证据,往往将重要物证、书证、关系人之间通信通联等重要证据销毁;团伙成员间的一切资金交易全程使用现金,不涉及个人账户、不使用银行转账;串标层级少则几道、多则十几道,且层级之间单线联系。常常是某一环节尚未查清,下一环节随即“失联”,抑或其他环节嫌疑人已串供或外逃,使得串通痕迹越来越“无迹可寻”,给客观证据的收集工作带来很大困难。同时,串通投标的参与人员涉及大量的投标公司、招标代理机构、评委、部分公职人员甚至黑客;被调查对象既有本地的,也有外地的,人员流动性大,互相之间利益关系交错复杂,形成了利益共同体。相关人员到案后往往心存侥幸,拒不交代串通事实,嫌疑人供述获取困难,直接降低了客观证据与口供之间的互相印证关系。证明犯罪嫌疑人的主观故意,是司法机关查实案件面临的一大挑战。

(四)数据量巨大庞杂,挖掘分析任务重

随着招投标市场电子化进程的快速推进,招投标活动生成了大量数据。尤其许多工程建筑项目分为若干标段,每个标段投标企业可能多达几十家甚至上百家,由此产生的招投标相关数据量极为庞大。这些数据的格式、字段、包含的信息也大不相同,公安机关利用相关技术对数据进行清洗、挖掘、分析耗时耗力,工作难度可想而知。2018年辽宁抚顺侦办的“三供一业”串通投标案中,涉及39个投标标段,每个标段大约有100家企业参与竞标,即共有约3900家企业的招投标数据需要逐一核查,调取案件涉及的数据约19G。如何快速从巨大庞杂的数据中抽丝剥茧,精准锁定犯罪团伙,寻找围标团伙的幕后操控人,成为办案民警面临的现实挑战和客观难题。

(五)多重风险叠加,净化行业生态存障碍
串通投标案件经常与职务犯罪、涉黑涉恶案

件相互交织、相伴而生。经过笔者对裁判文书中串通投标数罪并罚案件进行统计分析,发现其衍生犯罪主要为行贿受贿、非国家工作人员受贿、伪造公文印章、贪污等犯罪,其中行贿受贿犯罪合并占比超过 50%。在招投标过程中,投标方通常采用贿赂手段,买通招投标活动的主管部门负责人,为其成功中标打开方便之门。其常见手段有为投标企业量身定做评标条款,提前透露评标专家信息及评标办法,甚至利用废标、流标帮助投标企业中标。这种情况在政府投资的工程建设领域尤为常见。如 H 省 S 县黄某喜受贿、串通投标案中^①,黄某喜在担任 S 县房产局党组书记、局长期间,通过指定招标代理机构及设置一级资质招标门槛等方式,与投标人串通投标,为相关投标企业顺利中标提供帮助,非法收受他人财物共 84.9 万元,严重损害了国家与集体利益。招投标项目大多集中在工程建设、政府采购领域,项目动辄千万元甚至上亿元。串通投标团伙为攫取非法经济利益,经常使用贿赂手段招揽项目,有的地方甚至有黑恶势力参与其中。他们使用暴力、威胁手段垄断当地招投标市场,从中谋取不法利益。在打击此类犯罪时,很容易“拔出萝卜带出泥”,案件侦查工作常常遇到很大阻力。通过打击串通投标犯罪净化行业生态面临重重挑战。

三、公安机关打击串通投标犯罪的应对策略

随着我国经济进入后疫情时代,经济活动向正常状态的“修复”以及由疫情引发的结构性“嬗变”叠加在一起,国内生产秩序逐渐恢复,招投标市场走向活跃,串通投标犯罪案数也必将随之增加。以数据共享为基础、分析技术为武器、专业队伍为保障,提升公安机关打击串通投标犯罪效能,对营造市场化、法治化的营商环境具有重要意义。

(一) 通达数据壁垒,赋能数据实战

当前,国家大力推进招投标电子化进程,招投标全过程会留下大量数据痕迹,为经侦数据化实战的“大应用,大研判”提供了条件。在以往工作中,侦查人员利用已获取的线索,针对个案获取相关数据进行分析;或利用网络爬虫等情报技术手段,从公共资源交易中心平台抓取数据信息。通过这种方式获取的数据常因数据结构不统一、数据信息不完全,影响研判效果,造成公安机关对招投标犯罪打击力度有限。经过多年努力,我国很多省份公安机关已经实现与公共资源交易中心的数据共享,但仅限于打通省级层面的“总对总”数据通道,对于地市级、区县级层面的数据共享工作,尚需进一步完善落实。笔者认为,经侦部门应主动作为,通过地方党委政府统一协调,取得相关职能部门及公共资源交易中心的工作支持,获取招投标活动的全部项目数据,建立并及时更新“招投标信息库”,积累数据资源,为数据挖掘、分析研判作支撑。这是准确高效打击串通投标犯罪的基础和保障。

(二) 革新侦查思维,变革侦查模式

1. 树立数据化侦查思维

经济犯罪案件的侦查思维应顺势而变、与时俱进,紧扣大数据时代的发展步伐。尤其对于数据密集型的串通投标案件,更要建立“数据引领侦查”“数据指导办案”的侦查思维。培养数据化侦查思维,要求侦查人员注重对数据信息的收集、挖掘和分析,提高对数据的敏感性,向数据要方向、要思路、要结果。在侦办串通投标案件中,电子标书中的投标人资质、报价、参与标段、MAC/IP 地址等重要信息,投标保证金账户资金往来数据,电子保函编号,关键人员通信信息等,都是直接关系到案件事实证据的有效数据信息。通过对这些重要数据信息的收集和分析,可以有效确定侦查方向和思路,提高案件侦办效率。

^①参见湖南省绥宁县人民法院(2020)湘 0527 刑初 161 号刑事判决书,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHN2W0/index.html>,最后访问时间:2024 年 1 月 9 日。

2. 建立“数据—证—供”的侦查模式

在以往的侦查实践中,侦查人员通常在获取犯罪嫌疑人的供述后反向追溯串通证据,如资金流向、标书制作等,久而久之形成了“由供到证”的传统侦查模式。这种侦查模式的弊端,在于取证工作很大程度上取决于嫌疑人的口供。在串通投标案件中,犯罪嫌疑人大多具有较强的反侦查能力,其口供往往难以获取,导致侦查工作陷入“无供无证”的恶性循环,极大程度影响了办案质量。数据时代的到来,为串通投标案件侦查模式的变革带来了机遇。在招投标电子化进程下,招投标活动的各个环节都会留下痕迹,这些痕迹里必然隐藏着串通投标犯罪活动的证据。侦查人员应及时突破传统侦查模式,在数据实战理念的引领下,将大数据技术应用于侦查实践,通过对串通行为进行标签式分解,从海量数据中发现串通投标犯罪的各种证据,将电子证据作为串通投标案件定性的主要依据。在完整的证据支撑下,突破嫌疑人的口供,使证据链闭合,进而形成“数据—证—供”的新侦查模式,为有效办理串通投标案件奠定基础。

(三) 主动拓展渠道,提升线索发现能力

公安机关应当整合各种资源,不断拓宽线索收集渠道,提升主动感知犯罪的能力。第一,依靠行业内知情人员获取线索。串通投标这类专业性较强的案件,大多数群众很难感知并发现犯罪线索,但对于行业内部人员来说,可以依靠知情人员获取一定的线索。在浙江开展的招投标领域突出问题专项整治行动中,许多案件线索都是依靠群众、知情人举报获取,效果十分明显。为了提高知情人的举报积极性,应当简化举报程序,为其开设举报专门通道,并向线索举报人提供相应的奖励。在此过程中,要注意保护举报人的个人隐私,打消其顾虑,提高行业内部人员参与监督串通投标行为的积极性、主动性和自觉性。第二,依托网络平台获取线索。自媒体时代的到来,使公安机关利用舆情技术挖掘犯罪线索成为可能。近年来,网络平台逐渐成为群众监督

的重要渠道。公安机关应当及时关注网上有关招标投标活动的资讯,尤其注重微博等自媒体平台反映的关于项目质量不过关的新闻或讨论。这些事件的背后,可能有涉及串通投标犯罪行为的线索。对于从网络平台上获取的线索信息,公安机关应及时与相关披露人取得联系,争取得到其支持,通过询问了解提炼出有价值的涉嫌串通投标犯罪的具体信息。第三,通过数据检索,自主发现可疑团伙。串通投标案件通常利用围标方式进行团伙作案,快速从数据中发现围标团伙,对案件侦破工作可以起到事半功倍的作用。根据侦查工作需要,可以利用数据检索技术(Data Retrieval),从数据集合中搜索出案件所需的有效信息和数据,从而缩小侦查范围。首先,利用数据检索技术,找出某一时间段内中标率较高的企业或参与投标次数较多但中标率极低的企业;其次,以上述企业为中心点,检索出这一时间段内与该企业共同参与投标活动次数较多的投标企业,将这些企业作为重点研判对象,及时确定侦查方向,为开展下一步侦查工作做好铺垫。

(四) 大数据赋能,挖掘客观证据

发现可疑串通投标团伙后,侦查人员可利用大数据技术对“抱团”企业进行进一步甄别,多维度挖掘其涉嫌串通投标的证据。例如,以中标公司为对象,通过数据碰撞发现与之共同参与竞标的公司在标书雷同性、投标保证金(或保函)同一性、重点人员轨迹交叉性、公司股权嵌套性等方面的关联,进而确定其串通行为,并固定犯罪证据。标书雷同性分析,是指通过对获取的标书、制作标书过程、上传标书网络环境、上传标书硬件设备、同标段清单加密锁等数据和痕迹进行雷同性比对,准确判断投标人之间是否涉嫌串通投标犯罪。当然,围标企业会尽力规避标书制作时产生的雷同数据,部分标书雷同性比对分析,难以满足侦查工作需要,但通过对雷同性分析碰撞出的关联人员轨迹进行二次分析,仍可为侦查工作打开新的突破口。投标保证金同一性分析,是针对围标企业交纳投标保证金“等额进、等额出”

的规律特点,以保证金缴纳账户为对象,向上溯源和向下追踪至多级账户,查证保证金回流和资金备注字样。若投标企业的投标保证金均出自同一企业或同一关联人,那么该企业或关联人可能存在串通投标行为。此外,为缓解企业资金压力,投标人可向银行申请保函以代替交纳投标保证金。如果某一招投标活动存在串通投标团伙,投标企业保函有可能由某一人在同一家银行同一时间办理,保费也可能出自同一账户。侦查人员可通过对保函编号、受理银行的分析以及对保费的反向溯源,有效追踪串通团伙及重点人员。重点人员轨迹交叉性分析,是对涉嫌串通投标重点人员住宿、出行、网吧、物流等信息进行比对,确定关联关系。通过对重点人员同行、同住、同上网、同车辆等轨迹分析,发现其时空交集。此分析中,亦可增加对重点人员在敏感时间段的话单比对,判断是否存在聚集及串通嫌疑。公司股权嵌套性分析,主要针对幕后操控型串通投标行为,利用公安网资源、互联网资源和行政部门资源获取的公司信息,通过对公司间的股权分析,厘清公司间的嵌套关系,找出围标、陪标行为的幕后操控者,以确定串通投标犯罪网络。

(五)融合型侦查,多方共防共治

工程建设领域一直是黑恶势力盘踞滋生的“重灾区”,其行为通常与其他黑恶犯罪行为相交织,同时也涉及多方主体。例如,在工程项目招投标中,涉黑涉恶团伙采取恐吓威胁、逞强斗狠、寻衅滋事等胁迫方式获取标的;或以工程项目和企业所在地为由,设置不合理限制条件,承揽或强行肢解分包工程,强行推荐设计、施工、监理队伍等。类似行为可能涉及串通投标罪在内的不同罪名。一方面,公安机关应整合力量,形成以经侦部门为主导,刑侦、网安、技侦等多部门共同参与,在线索获取,资金查控及溯源,电子证据收集、保存、研判,重点人员布控等方面融合侦查的工作模式。通过多警种资源共享和协同配合,坚决“打伞破网”,协同推进招投标领域专项整治。另一方面,串通投标案件涉及市政工程、道路施

工、桥梁建设等公共建设项目,规避公开招标、化整为零、围标串标、违规公示等问题较为突出,往往会牵涉政府部门国家工作人员,为滋生腐败提供了温床。侦办此类案件时,可以纪检监察为主导,以行政监管为依托,以刑事打击为保障,推动各相关力量有机贯通、相互协调;必要时,联合相关部门成立专项整治工作领导小组,紧盯政府采购领域招投标项目违规违法问题,及时通报各方情况,共享资源,形成打击预防合力,净化政府采购领域招投标活动政治生态。

(六)固化办案指导,加强业务培训

调研中发现,部分基层侦查人员对办理串通投标案件具有一定胆怯心理,时常出现“不敢办”现象,抑或侦查人员缺乏办理此类案件的经验,侦查工作难以达到证据互相印证的要求,导致案件移送检察院审查后退回补充侦查,影响了诉讼效率。对此,可由各省公安厅经侦总队牵头,对本省侦办的串通投标典型案例进行汇总,提炼办案经验,定期向各市区县发布,供办案民警学习;及时更新打击串通投标犯罪技战法,结合工作需要,解决取证环节中的瓶颈问题;根据本地区实际情况,会同检察院、法院及院校学者共同制定本省《串通投标犯罪案件侦办指南》,在执法规范化的要求下对案件的行为认定、立案标准、侦查思路、证据规格等作系统梳理,为侦查人员提供“一站式”指导,最大程度地解决民警“有案不会办”问题。在基础业务方面,聘请招投标职能部门专家,针对招投标业务流程、相关政策文件作分析和解构,使办案民警及时了解招投标制度的变化、招投标流程中的风险点;司法实践方面,聘请相关领域专家,针对串通投标犯罪案件最新作案手段、案件侦办难题及破解思路开展培训,提高民警业务素质,提升执法效力和公信力;数据手段方面,聘请数据实战专家对串通投标案件针对数据获取、数据清洗、数据比对、可视化展示作系统深入介绍,探索构建串通投标犯罪打击和预警监测模型思路和方法,提升办案民警执法现代化水平。

[参考文献]

[1]王玉辉. 串通投标法律控制机制研究[M]. 北京: 科学出版社, 2017: 36.

[2]刘赤炜, 王健民. 串通投标“顽症”与“防治”[J]. 中国招标, 2021(11): 74-75.

[3]刘智焕. 数据挖掘技术在投标报价评审中的应用[J]. 贵州大学学报(社会科学版), 2017(06): 60-64.

[4]袁泽宇. 经济犯罪侦查中的大数据思维研究[J]. 网络安全技术与应用, 2021(09): 159-161.

[5]郭丽娜, 王昌浩. 串通投标犯罪实证分析及防控路径研究[J]. 浙江警察学院学报, 2022(06): 69-78.

[6]谢欣汝, 蒋利清. 串通投标犯罪的司法适用困境及解决——以H省Y市4年来串通投标犯罪案件为样本[J]. 湖南人文科技学院学报, 2021(03): 68-74.

[7]张冠男. 工程建设领域串通投标犯罪案件侦查对策研究[D]. 北京: 中国人民公安大学, 2017.

[8]浙江公安. “收网! 全省公安机关开展招投标领域突出问题专项整治第一次集体收网行动”[OL]. [https://baijiahao. baidu. com/s? id = 1766035492094508560&wfr = spider&for = pc](https://baijiahao.baidu.com/s?id=1766035492094508560&wfr=spider&for=pc). 2023. 5. 16.

【责任编辑: 张 虹】

Challenges faced by public security organs in investigating criminal cases of bid-rigging and response strategies

Guo Lina¹, Chen Zhihao²

(1. Criminal Investigation Police University of China, Shenyang Liaoning 110854, China;
2. Jinan Intermediate People’s Court of Shandong Province, Jinan Shandong 250001, China)

Abstract: In the 1980s, China introduced the bidding system. This transaction method played an important role in rationally and efficiently allocating market resources and promoting the construction of a fair competitive business environment. At the same time, more and more criminals, driven by interests, take advantage of institutional loopholes such as incomplete relevant regulations and relatively lagging laws to engage in bid-rigging practices. In recent years, due to the impact of the epidemic, bidding methods have changed, then the criminal methods of colluding in bidding have become more covert, with obvious gang-like and professional characteristics. The people involved in the case tend to be diversified, which makes it more challengeable for the public security organs to obtain clues, characterize cases, investigate evidences and analyze datas. In this regard, we should promptly change our investigative thinking and models, actively open up data channels, obtain case clues in a diversified manner, use data-based practical means to break through barriers, and form a new case-handling model that integrates investigation by multiple police types and departments, in order to empower and increase efficiency for comprehensively combating the crime of bid-rigging.

Key words: public security organs; crime of bid-rigging; big data; investigative thinking; investigative model

【公安理论与实务研究】

“情指勤舆”一体化机制在电信诈骗案件侦查中的应用

范海波

(河南警察学院,河南 郑州 450046)

〔摘要〕随着大数据时代的到来,电信诈骗犯罪案件呈现逐渐增长趋势。破解电信诈骗案件侦防难题,须建立既懂技术又懂侦查的专业队伍,构建区域公安部门之间的协作机制,建立公安机关与电信、银行等行业的数据信息共享机制。为了有效打击电信诈骗,公安机关积极探索,形成了情报、指挥、勤务、舆情多部门一体化协同办案机制,并将其深度应用到电信诈骗案件侦查中。为了使“情指勤舆”一体化机制在电信诈骗案件侦防中得到更好应用,可以通过构建情指精控、情勤对接、舆情预警、分析研判一体化实战模式,提升公安机关电信诈骗案件侦办效能,增强人民群众自身预防电信诈骗的能力。

〔关键词〕“情指勤舆”;电信诈骗;公安情报;信息化侦查

〔基金项目〕本文系2022年度河南省科技攻关资助项目“煤矿井下多机器人编队协同导航关键技术研究”(项目编号:222102210041)和2022年度河南省高等学校重点科研项目“监控视频图像超分辨率重建技术研究”(项目编号:22A510002)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕范海波(1992—),男,河南信阳人,河南警察学院助教,主要从事信息传播、计算机应用技术研究。

〔收稿日期〕2023-10-18

〔中图分类号〕D631.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-041-08

近年来,电信网络诈骗案件发案率持续居高不下。犯罪分子借助电子通信技术,将犯罪手段从传统的暴力性手段转变为当前的技术性手段,其诈骗手法更加多样化、专业化。他们依托电子设备、网络信息等现代科技手段远距离操作监控,隐蔽自己行踪,骗取他人财物,降低被抓获风险,实现违法犯罪目的。电信诈骗案件日益猖獗,不仅严重危害社会治安秩序、侵害人民群众的财产安全,也给公安工作带来了极大挑战。对此,公安机关积极应对,集合情报、指挥、勤务、舆情等多部门,形成了“情指勤舆”一体化协同办案机制,并将其深度应用到电信诈骗案件侦查中。本文围绕情指精控、情勤对接、舆情预警、分析研判一体化实战模式,探讨“情指勤舆”一体化在电信诈骗案件侦查中更好应用的具体策略,以期提高侦查工作效率,强化对电信诈骗犯罪的有效

打击。

一、“情指勤舆”一体化的特点

“情指勤舆”一体化是集情报收集、信息追踪、警情对接、预警防控、指挥调度、勤务管理、舆情引导等多个业务领域工作于一体运行的新时代警务作战模式。该模式联合多警种部门,充分调动大数据、互联网、云计算、移动终端、电子通信等信息化数据资源,高效分析研判信息,进而形成情报^[1]。当前,公安机关“情指勤舆”一体化有以下三个主要特点。

(一)较强的科技依赖性

借助大数据、云计算和人工智能技术,公安情报部门在工作中更易寻求规律,进而精益求精,创新改进信息分类系统,自动筛查汇入数据库工作;指挥部门可以及时获取实时信息,根据

案件发生的事态情况作好统筹安排;警务部门工作人员做好相应的后勤保障工作,事后持续进行实地走访,利用微信、微博线上跟进,及时消除负面影响。“情指勤舆”一体化运行模式充分吸收运用了现代创新科技的成功经验,让科技赋能公安工作,以大数据资源资料为支撑,以新媒体、网络平台信息传播为媒介,以专业化人员培训为保障,依托科技力量,严格监管数据信息,不断提高预警能力,明确追查方向,及时沟通止损,有效保障了人民群众的生命财产安全。

(二)复杂完整的系统性

“情指勤舆”一体化运行机制涉及多环节、多部门,涵盖情报、指挥、勤务、舆论四个部分,每个部分都蕴含大量类型不同的数据信息,涉及到风险研判、个人安全、公共安全以及舆论引导等诸多方面。“情指勤舆”一体化并非将上述四个部分的关键节点简单相加,而是分析每个节点部分所包含的信息资源内容、特点及价值作用,进行筛查整合,最终将运行成果应用到公安实战中^[2]。

(三)敏锐的环境态势感知^[3]

态势感知系统以大数据为支撑,以科技为保障,涉及感知、理解与预防三个部分,能持续监控网络空间数据动态,及时发现各种风险与异常数据。我国各省级公安机关均建立了数据平台和警务信息中心,增设了反馈渠道,为“情指勤舆”一体化运行提供了庞大的数据资源^[4]。通过情报、舆论态势感知系统,对大数据持续监控,能在第一时间发现异常,发出预警;通过搜索、挖掘、分析、研判,能够及时发现犯罪线索;通过数据碰撞以及时空伴随,搜集和固定证据材料,能够形成完整的证据链,逐一破除犯罪嫌疑人设置的各种假象,进而锁定犯罪行为人,侦破犯罪案件。

二、“情指勤舆”一体化在电信诈骗案件侦查中的应用现状

(一)电信诈骗案件的主要特征

电信诈骗是以非法方式占有他人财物为目的,利用电子网络通信信息,以刻意捏造、虚构事实或隐瞒真相等欺骗性手段骗取他人信任,引导他人转移财物,最终实现骗取他人数额较大财物的犯罪行为^[5]。当前,电信诈骗案件特征主要有

以下几点:

1. 远程非接触化。诈骗人员通过电话、网络 and 短信方式,编造虚假信息,设置骗局,对被害人实施远程、非接触式诈骗,诱使被害人打款或转账。

2. 犯罪组织职业化。电信诈骗涉案金额越来越大,犯罪团伙分工越来越细,以招募管理、业务人员及后勤人员为主要手段,一般分为计划组、制卡组、话务组、提款组。其成员分工明确、层级分明,内部等级森严。

3. 涉案人员年轻化。电信诈骗犯罪手法涉及网络信息技术,年轻人学习能力较强,接受现代科技知识较快,因而更容易入手操作;同时,年轻人更容易被欲望所支配,为满足自我经济需求而加入电信诈骗犯罪团伙。受上述因素影响,当前社会上电信诈骗涉案人员呈现出低龄化、低学历化趋势。

4. 诈骗手法多样化。借助互联网、大数据技术的发展,电信诈骗手法变得更加多样化,从传统的线下面对面沟通转变为“线上+线下”的新模式。例如:诈骗分子通过视频直播,以明星、军官、彩票中心工作人员、被害人亲属朋友等假身份出现;通过微信、陌陌等社交网站平台或是网络购物、扫二维码等方式,实施远程诈骗。

5. 作案手段智能化。犯罪分子利用网络技术,研究制作出用于获取群众信息的专用设备或产品,比如“钓鱼”网站、猫池、伪基站等,利用违法违规设备窃取个人资料,通过非接触手段迅速套取赃款,实现骗取财物的目的^[6]。

6. 犯罪跨区域化。犯罪分子为获取更多非法利益、提高犯罪隐蔽性,通常进行跨国、跨省远程沟通,国内外相互勾结,形成规模化、跨区域化犯罪形式。

7. 反侦查意识增强。犯罪团伙运用线上通信视频的方式远距离操控,以设置虚拟软件网页套取支付密码,频繁更换手机卡、银行卡等方式作案,逃避公安情报部门“话单”追踪,给案情分析、案件侦破、犯罪嫌疑人抓捕、证据搜集等工作带来了极大困难^[7]。

(二)“情指勤舆”一体化在电信诈骗案件侦查中的应用

从实践情况来看,“情指勤舆”一体化运行机

制打破了常规公安办案思路,顺应时代发展,为服务电信诈骗侦破工作提供了有力支撑。“情指勤舆”一体化在电信诈骗案件侦查应用中效果明显,公安机关不但节省了大量侦查资源、释放了部分警力、提高了侦查效率,而且强化了民警的警务技能,提高了办案思维能力。主要表现在以下几个方面:

1. 感知警情舆情,妥善处置化解

随着时间的推移,电信诈骗犯罪套路变得更加灵活,以合法形式掩盖实施诈骗的目的,通过话术与金钱,诱使群众一步步走入陷阱;诈骗行为具有明显的地域色彩和轨迹隐蔽性,加之网络通信渠道的多样性和犯罪分子反侦查意识不断增强,导致舆论在传播过程中受主客观因素影响,内容趋向于片面化、极端化,网络暴力、谣言滋生,仅依靠民众个人能力难以察觉与预防违法犯罪行为^[8]。在电信诈骗案件侦查中运行“情指勤舆”一体化机制,需要多部门共同努力,多资源大力支持,以大数据为保障,依靠网络科技实时感知事态。同时,各警种部门之间,加强信息共

享与更新,掌控事态发展趋势,洞察规避网络风险,及时引导舆论导向,强化事态感知能力。通过现代网络技术,持续监控网络安全,及时发现各种网络攻击与异常现象;依托大数据,快速研判电信诈骗的诈骗区域、诈骗成员、实施途径、依靠渠道,有效作出防范决策,及时发出预警(参见图1)。“情指勤舆”一体化模式引领公安机关转变思维,从重点打击犯罪向预防犯罪、引导舆情转变。公安机关通过整合大数据资源,系统地进行情报、舆情态势观测,实时监控、感知网络数据,及时发出防范预警,掌控事态发展趋势,预防电信诈骗犯罪发生。通过“情指勤舆”一体化平台建设,将线上和线下研判分析的电信诈骗信息推送给一线部门或执法民警,对被害人进行电话劝阻;同时,民警通过一体化平台推送的信息赶往被害人居住地,上门面对面劝阻,制止被害人可能遭受的诈骗,并及时向情指中心反馈信息;事后对被害人进行回访,加强反诈骗宣传教育,提升公民反诈骗意识(参见图2)。

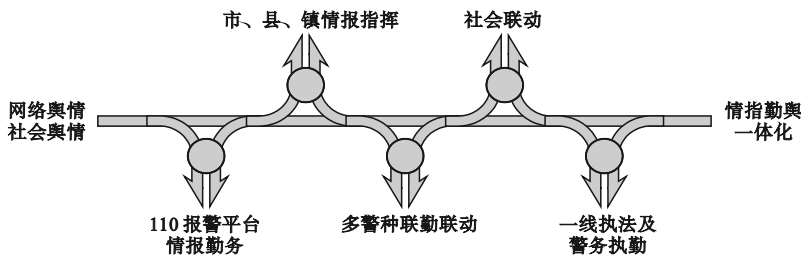


图1 “情指勤舆”一体化指挥流程图

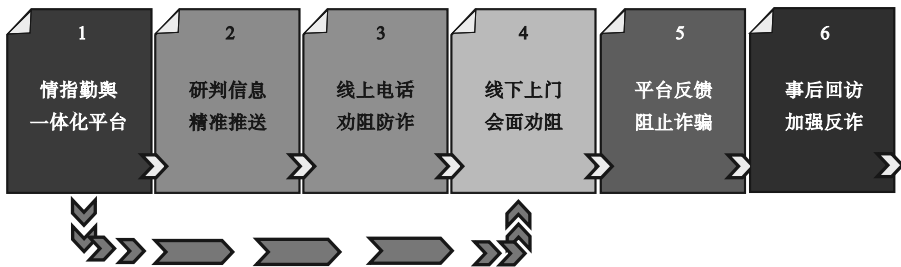


图2 线上线下电信诈骗规劝流程图

2. 发现犯罪线索、确定侦查方向

在新型电信诈骗案件侦查过程中,线索收集可谓重中之重。在全民法律意识不断提高的背景下,犯罪分子的反侦查能力也在提高。为逃避警方追捕,他们会通过多种形式掩饰自己的身份,伪装成境外友人、学生、银行工作人员、邻居、

亲友,甚至冒充公检法机关工作人员,以骗取群众信任,实施犯罪目的。在此情形下,如果公安机关仍然依托传统的侦查措施,显然难以发现犯罪线索。打击新型电信诈骗应从犯罪手段入手。新型诈骗活动离不开网络科技的支持,犯罪分子会在网络平台留下大量的数据痕迹。公安机关

启动“情指勤舆”一体化运行模式开展侦查,充分结合电子监控与手机信号定位,进行时空伴随分析和数据碰撞,就可以搜索、挖掘犯罪线索,确定侦查方向。

3. 发现证据材料、侦破犯罪案件

当下,我国新型电信诈骗案件呈高发态势,被害人群众多,严重危害了社会治安秩序,破坏社会和谐稳定,侵害人民群众生命财产安全。为有效打击电信诈骗,在公安部一体指挥下,省、市、县公安机关三级联动,依托数据信息资源,运用“情指勤舆”一体化机制,分析研判电信诈骗的手法、方式、渠道;有针对性地对个人信息、社交聊天、账户信息实时监控;利用道路监控探头、人脸识别、伪基站监测、云影、云镜、云捕等技术系统,通过空间、时段分析,摸清信号地址、资金流向、人员轨迹,搜集和固定境外犯罪网站和人员活动数据,系统锁定诈骗犯罪行为人的真实身份,侦破犯罪案件。在电信诈骗案件侦查中合理应用“情指勤舆”一体化机制,对于降低被害人财产损失、震慑犯罪分子具有重要作用。

三、“情指勤舆”一体化在侦查应用中存在的问题

目前,我国电信诈骗犯罪案件呈现出跨国、跨省、跨市及跨领域犯罪特点,犯罪手法日趋复杂多样。而“情指勤舆”一体化机制运行中,也存在情报转化率低、运行“错位”、专业人才缺少、舆论宣传有待强化等诸多问题。对于“情指勤舆”一体化运行的预测性、关联性和整体性功能问题,公安机关还需要进一步全面、深入地探索完善。

(一) 情报转化效率偏低

随着大数据时代的到来,信息技术给人民群众生产生活带来极大便利的同时,推动了公安工作效率的提高。数据、信息、情报之间可以相互转化,最终成为有价值的线索并应用到实际侦查工作中。有效信息转化为情报,可以通过去伪存真型分析、对比型分析、见微知著型分析、由此及彼型分析等模式。由于当前公安机关在数据管理上缺乏专门机构、专业人员制定标准和规范管理,导致“信息爆炸而情报缺乏”,造成数据汇总难、上报难、分析难,大量有价值的数据无法及时

收集转化为情报。此外,当前警务活动依然依赖传统的数据分析工具和方法,缺乏必要的数据模型,导致很多时候数据处理是信息的简单累加、运算,内在关联挖掘不足,数据潜在联系分析不透,数据与情报的转化力不足^[9]。

(二) 部门对接存在“错位”

当下,情报、指挥、勤务、舆论联合协作导控的新格局已经形成,但在电信诈骗情报搜集、预警分析、用户实名监督、追查线索以及事后舆论引导一系列连贯操作中,尚未形成各单位的联防布控和有效对接;同时,应对敌情、警情、舆情等工作分属于不同警种部门,情报指挥部门与其他警种之间的信息资源存在偏差,工作命令存在一定滞后,任务对接有待磨合;专业警种互动联系的积极性不强,出现情指联动不及时、情勤对接不稳定、情舆协调不到位等问题。加之相关警种职责范围存在一定交叉,实践中出现了根据案件侦办难易程度而“踢皮球”相互推诿或者“多争一”现象,公安机关人力、物力、财力未得到充分利用,警务效能不够理想。

(三) 专业人才数量不足

当前,公安机关在情报收集、指挥调动、预警分析、舆论监控等方面尚缺少专业人才,上述业务领域民警的职业能力也有待提高。近年来,诈骗分子借助科技手段实施诈骗转型,利用网络服务平台实施诈骗,通过登录虚假账号、设置虚拟运营商;有组织、有目的地指挥“马仔”、员工进行具体操作,避免亲自进行网络通信;通过盗用、骗取或违法购买他人信息,利用微信、QQ、抖音、快手等运营平台宣传虚假信息,抓住被害人贪图利益的侥幸心理,或是通过给被害人带来内心恐慌,促使被害者产生误判,将个人钱财转入他人账户。实体运营商未能严格落实互联网用户信息审核机制^[10],也是造成电信诈骗犯罪猖獗的重要原因之一。公安机关相关业务领域专业技术人员较为紧缺,现有民警业务技能水平不足。“情指勤舆”指挥调度领域需要具备“懂实战、会指挥,懂分析、会研判,懂技术、会合成,懂管理、会协调”的“四懂四会”能力,但实践中普遍存在指挥人员实战经验少、沟通方式有限、应用技能落后、协调处置能力不足等问题;同时,在技术层面存在服务平台数据汇总、筛查以及人员信息核实

力度薄弱的情况,在服务平台视频、音频、文字信息统计方面研判能力有待进一步提升;缺乏与官方服务平台预警监控协作、大数据归类分析以及关键信息筛查的技术能力;电信诈骗案件侦办中,多数情况为被害人受骗或主动报警后,公安机关被动登记,收集相关线索,追查犯罪嫌疑人,指挥环节未能通过研判实现提前预警。专业技术人员的缺乏和专业研判预警能力的不足,严重影响了警务效能的充分释放。

(四)舆论宣传有待加强

近年来,公安机关在防范电信诈骗宣传方面取得了诸多成效,但仍需进一步加强。公安机关通过线下与线上结合的方式进行防诈骗宣传,线下发放宣传单、车载广播、人员入户走访,线上利用官方公众号、抖音平台直播及“反诈 app”等多种形式开展宣传,但仍然不断有群众上当受骗。公众没有清晰认识到电信诈骗的危害,主观上未关注反诈宣传知识,即使一对一宣传也很难达到理想效果。群众安全防骗意识薄弱导致屡屡上当受骗以及案件侦破难,是电信诈骗犯罪频发的客观原因^[11],大量通过多种渠道泄露而被犯罪分子购买、盗用的公民个人信息,更是为电信诈骗犯罪分子提供了有利犯罪条件^[12]。诈骗分子依靠通过非法方式获取的公民个人信息,灵活制定有针对性的诈骗套路,提高诈骗的可信度,诱使被害人一步步落入电信诈骗陷阱。造成这一现象的主要原因,是公民对个人隐私保护不重视、不了解,保护措施渠道单一;信息管理部门内部监管机制不够完善;公安机关防范宣传力度有待进一步强化,情报监控预警能力需要进一步提升,事后舆论引导针对性有待进一步加强等多种因素共同作用的结果。

四、“情指勤舆”一体化在电信诈骗案件侦查中的改进与完善

基于大数据时代现代科技手段的电信诈骗犯罪,呈现远程非接触化、犯罪组织职业化、涉案人员年轻化、诈骗手法多样化、作案手段智能化、犯罪跨区域化、犯罪嫌疑人反侦查意识增强等特点。为更好地应用“情指勤舆”一体化机制,有效打击电信诈骗犯罪,应当对当下电信诈骗犯罪高发原因进行针对性分析,借鉴“情指勤舆”一体化

的成功案例经验,制定相应方案,改进措施细节,提高警务技能,强化监管力度,提高各警种部门凝聚合力,构建全方位、多层次的电信诈骗犯罪长效防控机制。

“情指勤舆”一体化运行机制并非性能单一的警务平台,而是一个综合性警务应用系统。要确保这一警务系统的高效能,需要不断加强各相关主体的协同治理,强化对相关警种的协调监督,加强面向社会的防诈宣传,持续关注舆论导向并制定完善处变应急预案;要保持打击电信诈骗的高压态势,组建专业的电信诈骗犯罪侦破队伍,强化对电信金融行业的监管,加强针对新型诈骗手段的防范宣传,提升全社会的安全防骗意识(参见图3);要建立完善电信诈骗犯罪协同治理平台,强化反诈骗中心高效运转,通过大数据分析进行电信诈骗犯罪情报信息碰撞,深入打击电信诈骗,通过源头治理堵塞监管漏洞^[13]。本文认为,改进与完善“情指勤舆”一体化在电信诈骗案件侦查中的应用,应当从以下四个方面入手。

(一)提升情报转化利用率

公安机关应当以科技强警战略为引领,借助科技力量,提升打击电信诈骗警务实战效能。实行“研、交、办、督、结”全流程工作闭环,打通数据壁垒,深入挖掘、全面提取、及时更新相关数据,收集、汇总、梳理、分析已经掌握的数据信息,摸清数据之间的关联,精准研判,形成系统清晰的情报信息链,使之成为打击电信诈骗犯罪的高效武器。

首先,应当结合人力、技术,发散思维,搭建数据模型,研究创建情报信息研判中心,将碎片化信息拼凑成完整的情报产品,为精准预警、精确防控、精细指引提供科学有力的数据支撑。其次,细化流程,围绕电信诈骗案件的犯罪手法、犯罪高发时段、高风险区域及重点关注人群等内容,系统筛查归类,设置自动划分,生成风险指数预判。最后,根据不同级别风险警情,将情报信息与数据库成功处置案件的信息相互匹配,高效筛查处理意见,明确案件处置涉及的警种部门,并实时在警务工作系统中实现信息共享,从而保障信息、情报实时性,实现情报主导警务,情指联动、情勤一体、情舆同襄的勤务模式,做到“敏锐

感知、主动预警、快速反应、源头治理”,实现情报任务高效率转化。

数据的价值在于预测事态发展趋势,规避风险隐患。“情指勤舆”一体化机制在运行过程中应按照“一站存储、区域归类、多网支撑、信息核查、一体作战”的功能要求,搭建智能化集成作战平台,并通过“云捕、云镜、云觅”等数据抓取技

术,美团、饿了么、淘宝、京东、微信、QQ、陌陌等软件平台,及时准确收集信息数据,征集群众意见,进行数据比对,及时感知风险,做好预警分析、指令交办、实地查控等警务工作。在电信诈骗案件侦办中,借助科技力量,将传统的面对面交涉改为线上研判、线上流转、线上反馈,及时把控事态,并做好信息的安全保密工作,为实战赋能。

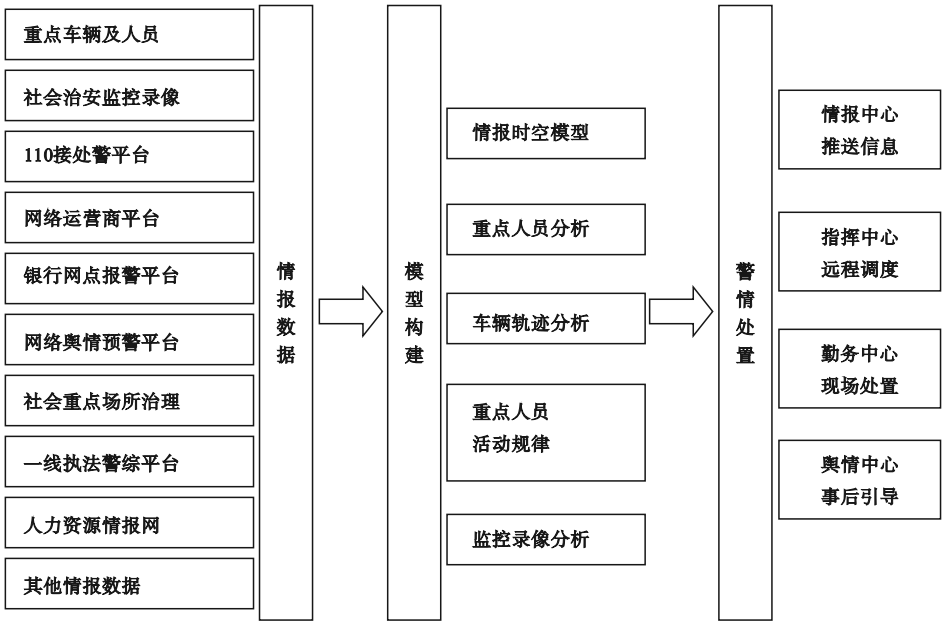


图3 “情指勤舆”一体化机制在电信诈骗案件中的应用流程图

(二)实时掌控事态,精准指挥研判

为深入打击电信诈骗违法犯罪活动,公安机关应主动适应社会动态化、信息化发展趋势,及时改进警务实战工作模式,实时调控、专人专案,实现从业务指导到实战指挥的转变。根据专案需要,聚焦风险隐患,按照“谁发起、谁牵头、谁负责”的原则,实行“专班+警种”模式,以情报研判牵引专班运转,以专班支撑服务专案办理。公安机关各警种部门之间的配合存在一定的磨合期,为增强各部门的协调配合,消除部门之间的生涩隔阂,不仅需要部门负责人及成员熟悉了解工作性质、工作内容,同时也需要增强个人素质和人际交往能力。办案民警需要将业务流程形成操作记忆,系统性构建数据模型,形成有效的情报信息;能客观、科学地预测、感知、分析事态发展趋势;能够跟踪监测、发现犯罪、舆论引导。实战中,需要围绕安保维稳、实时警情、治安热点、突出犯罪等方面,聚焦敏感话题,采取线上热点关

注与线下实地调研相结合,及时收集、合成、研判资料,指挥、情报、行动紧密融合,按照“点对点指挥、线对线调度”的规律,理顺各警种与指挥部门之间的分工协作关系,加强“情指勤舆”一体化建设。针对电信诈骗案件,做到就近调警、就近处置、就近移交,简化工作流程,缩短响应时间,形成“一点发起、全员响应、精准研判、高效打防”的整体作战效能,井然有序地进行指挥调度,充分发挥“情指勤舆”一体化的效能。

(三)加强勤务人员能力培训

随着世界全面进入信息时代,以云计算、物联网、大数据、人工智能、第五代移动通信技术(5G)为代表的新一代信息技术已经成为驱动社会发展的核心力量。新时代新要求,提升警务人员的相应能力素质,包括信息技术的运用能力、个人身心素质、专业领域知识储备能力、工作创新能力等,对做好当代警务工作尤为必要。公安机关应根据工作属性制定方案,定期开展公安民

警素质能力培训,提高其专业技能水准,建立立体化人员数据库,开发挖掘专业人才潜力;同时,加强人与物的结合,融合技、网、情、视多领域,收集警种资源信息,形成系统的人员培训计划;组织安排各警种人员定期开展知识交流会、座谈会,聘请相关专家和资深业内人士举办专题讲座,提高警务人员对电信网络诈骗的认识;按照“轮班制”模式,组织相关人员最大限度地接触数据采集过程、热点采集设备、人脸识别前端采集设备以及联网接入社区、街道、校园的视频监控等电子设备,提高其警务设备操作水平与实战技能,更为充分地发挥现代科学技术的服务支撑作用。

(四)把握舆论导向,创新宣传方式

当今社会信息传播广泛,人与人之间借助微信、QQ、贴吧等社交平台进行视频、图片以及文件资料的信息互换,其过程背后都需要数据流量的支持。可以说,掌握数据流量就掌握了财富。为赚取流量博取大众眼球,很多无良网民甚至运营团队越过红线,故意传播未被证实的虚假信息,甚至恶意捏造虚假信息,对广大网民及社会舆论形成误导。电信诈骗也借助这一网络乱象起死回生,不仅改进诈骗套路,误导被害人,给人民群众造成严重经济损失,也扰乱了正常的网络秩序,给社会造成恐慌。面对舆论影响,公安机关应冷静处置,搭建“大数据+受案立案”平台、“情报+预警”平台,通过警综平台和专业平台,持续关注事态发展及相关舆论热点,线下线上结合开展调研,切实了解群众关注,及时公布办案进展,及时提供相应的法律条文及司法解释,在释法说理的同时,提升社会公众的反诈防诈意识;同时,充分利用“全民反诈 app”“国家反诈中心 app”等专业防诈程序,通过电视、微博、微信、多媒体、广播等多渠道开展宣传防范工作,加大普及防范新型电信诈骗手段的宣传力度,控制事态蔓延,引导舆论走向,消除社会恐慌,避免造成二次危害;广泛收集网友、市民的反馈意见和看法,形成数据趋势图,分析安全隐患,及时回应群众,答疑解惑,提升公民的法律意识,培养正确的思想观念,进而有效拉近警民关系,提升公安机关在群众心目中的地位,提升司法公信力。

五、结语

电信诈骗案件侦查中,“情指勤舆”一体化机制应充分利用科学技术,简化、改进工作流程,提高公安机关多部门联动协作、信息交互及情报预警能力;及时发现化解矛盾纠纷,排查、预防风险隐患,完善保密工作;引导舆论发展,表明态度立场,消除负面影响。“情指勤舆”一体化运行机制必须按照“研、交、办、督、结”统筹联动,着眼于风险防控全面精准、决策指挥高效顺畅、数据情报融合共享、部门区域整体联动、网上网下同步应对,形成跨层级、跨区域、跨警种的一体化实战模式;多部门协同治理,各司其职、紧密合作,共同构建权责明晰、无缝衔接的情报研判落地运行模式,形成高效实用的电信诈骗犯罪防控机制,有效打击和防范电信诈骗,努力减少诈骗犯罪行为造成的财产损失,有力保障广大人民群众切身利益。

[参考文献]

[1]湖北警官学院“情指勤舆”专项研究课题组,曹礼海.现代新型“情指勤舆”一体化警务运行机制研究[J].湖北警官学院学报,2021(03):24-32.

[2]张中天,于洋.新发展阶段下“情指勤舆”一体化警务运行机制构建研究[J].广州市公安管理干部学院学报,2021(04):8-13.

[3]贺兴,陈旻昱,唐跃中,艾芊,张东霞.基于数字孪生与元宇宙技术的能源互联网态势感知系统论方法研究(一):概念、挑战与研究框架[J/OL].中国电机工程学报:1-13[2023-05-15].

[4]王彬,易卓.“情指勤舆”一体化运行机制侦查应用研究[J].新疆警察学院学报,2022(01):30-37.

[5]张淑环.安溪县电信诈骗的长效治理研究[D].泉州:华侨大学,2020.

[6]陈睿毅,刘双阳.“互联网+”背景下电信诈骗犯罪防控机制研究[J].犯罪研究,2019(03):51-58.

[7]李世蕾,刘宇腾.惩治电信诈骗犯罪的困境及出路[J].法制博览,2021(06):116-117.

[8]黄玉珮,单婧文,谭玲雁.智慧警务背景下“情指勤舆”一体化运行机制建设[J].公安教育,2022(08):35-40.

[9]湖北警官学院“情指勤舆”专项研究课题组,曹礼海.现代新型“情指勤舆”一体化警务运行机制研究[J].湖北警官学院学报,2021(03):24-32.

[10]李佩霖.电信诈骗犯罪认定难点及防范措施[J].法制与社会,2021(04):189-190.

[11]董颖莉.电信诈骗案件现状趋势及治理对策研究[J].法制博览,2020(25):106-107.

[12]季金升.网络诈骗犯罪立体防控体系构建[J].安徽警官职业学院学报,2021(02):50-55.

[13]刘灵芝.成都市电信诈骗犯罪协同治理模式的案例研究[D].成都:电子科技大学,2019.

[14]邵祖峰,黄龙艳.警务一体化改革的理论基础与实践反思——兼论湖北“情指勤舆”实战一体化改革[J].湖北警官学院学报,2022(02):48-56.

[15]肖新民,陈龙.钟祥:“情指勤舆”一体化为社会治理装上“科技引擎”[N].人民公安报,2022-06-09(005).

[16]肖新民,刘领.麻城“情指勤舆”一体化实现“1+1>2”[N].人民公安报,2022-02-22(003).

[17]高蕴麟.大数据背景下电信诈骗犯罪侦防对策实证研究——以重庆市立案情况为分析样本[J].法治论坛,2019(03):305-317.

【责任编辑:凌秋千】

Application of the integration of “intelligence, command, service and public opinion” in the investigation of telecommunications fraud cases

Fan Haibo

(Henan Police College, Zhengzhou Henan 450046, China)

Abstract: With the advent of the big data era, telecommunications fraud cases have shown a gradual growth trend. To solve the problem of detecting and preventing telecommunications fraud cases, it is necessary to establish a professional team that understands both technology and investigation, build a collaboration mechanism between regional public security departments, and establish a data and information sharing mechanism between public security agencies and telecommunications, banking and other industries. In order to effectively combat telecommunications fraud, the public security organs have actively explored and formed an integrated collaborative case handling mechanism among intelligence, command, service and public opinion departments, and have deeply applied it to the investigation of telecommunications fraud cases. In order to make the integrated mechanism of “intelligence, command, service and public opinion” better applied in the detection and prevention of telecommunications fraud cases, we can build a practical model of precise control of intelligence and command, docking between intelligence and service, early warning of public opinion, and integration of analysis and judgment, to improve the case investigation efficiency of public security organs and enhance the people’s ability to prevent telecommunications fraud.

Key words: “intelligence, command, service and public opinion”; telecommunications fraud; public security intelligence; information-based investigation

【司法理论与实务研究】

从检察主导到法院主导：涉案企业合规改革的理想模式

梁 旭¹, 赵子微²

(1. 河北省高级人民法院, 河北 石家庄 050051; 2. 河北省衡水市中级人民法院, 河北 衡水 053000)

〔摘 要〕企业合规改革在司法层面的刑事激励手段, 包括前期检察机关的合规不起诉和后期法院主动参与的合规量刑从宽两方面。现阶段的理论研究和实践探索多着眼于前者, 而对后者的关注偏少。当前实践中, 运用合规不起诉存在适用范围有限、检察求刑权越界、正当性不足等问题, 限制了合规改革的效果。扩大改革辐射范围, 推进建立审判环节刑事激励体系, 是以审判为中心的诉讼制度改革的题中之义。理想的合规改革模式是从主体、制度、证据、审限四个维度进行解释论分析, 明确法院的主导、裁判地位, 确立合规从宽的量刑激励制度, 赋予合规材料法定证据资格, 优化审限管理, 建立法院参与改革的“四梁八柱”, 解决无法可依、无章可循等应用障碍, 以更好应对现实挑战。

〔关键词〕涉案企业合规; 法院参与; 合规量刑激励; 证据; 审理期限

〔作者简介〕梁旭(1967—), 女, 河北保定人, 河北省高级人民法院审判委员会委员、刑一庭庭长, 法学博士, 主要从事刑法学研究; 赵子微(1994—), 男, 山西晋中人, 河北省衡水市中级人民法院法官助理, 法学硕士, 主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-01-12

〔中图分类号〕D926.3; D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-049-09

自最高人民法院院长张军在 2023 年 3 月 23 日召开的全国法院学习贯彻全国两会精神电视电话会议上指出“研究同检察机关共同做好涉案企业合规改革”后, 人民法院参与涉案企业合规改革^①正式成为战略决策, 涉案企业合规改革由检察院探索的试验期进入法检协作的后半程。尤其是新发展阶段改革进入深水区后, 不起诉的范围已无法囊括企业合规案件, 进入审判环节是刑事诉讼流程的必经之路。审视检察机关前期实践经验亦可以发现, 适用泛化可能逾越罪刑法定原则、偏离改革本意。为确保改革行稳致远, 人民法院积极参与企业合规改革理所当然、恰逢

其时。

遗憾的是, 距检察机关 2020 年 3 月开展企业合规改革试点已过去三年, 理论和实务界的视角均关注着检察机关对轻罪案件的不起诉, 第三方机制等制度设计亦以检察机关为主导, 人民法院陷入自上而下推进顶层设计缺失和自下而上实践摸着石头过河的困境, 严重束缚了改革成效。至今, 从法院视角研究企业合规改革尚未引起各方的足够关注。鉴于此, 本文尝试探究人民法院参与涉案企业合规改革的原因、亟待解决的问题及契合改革的解释路径, 架构起人民法院参与企

①涉案企业合规改革: 在企业合规、涉案企业合规改革、刑事合规等多种表述中, 企业合规涵盖企业、社会、司法等多个层面, 司法层面的企业合规只是其下位概念。刑事合规容易产生刑事犯罪标签效应的不良影响, 且会误导合规的范围仅为刑事法律法规。对此, “涉案企业合规”的表述最为贴切。“涉案”明示企业已进入刑事诉讼程序, “企业合规”体现企业受规制约束进行整改, 集刑事激励与企业经营于一体, 符合改革要求和实务探索方向。

业合规改革的“四梁八柱”^①,以期为司法实践提供遵循和借鉴。

一、逻辑起点:人民法院参与涉案企业合规改革的原因证成

涉案企业合规前期改革由检察机关唱“独角戏”,暴露出改革泛化、不起诉激励不足等问题,因此受到学界诟病。改革行至深处,立足审查起诉向侦查、审判环节辐射成为应然走向^②,对人民法院参与改革的现实呼声愈演愈烈。

(一)及时性:检察求刑权过度扩张缺乏有效监督

涉案企业合规改革存在“检察院裁判”现象,不符合以审判为中心的刑事诉讼制度改革的要求。2014年10月23日,党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,作出推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革等重大决策部署。审判中心主义是现代法治国家共同遵守的诉讼法则,强调被告人的刑事责任及关涉其人身自由等强制性措施的重大决定应由审判作出,且必须依照法定程序和方式;刑事诉讼中一切活动应当以审判活动为中心,围绕审判的任务与目标进行,接受审判活动的检验。其内涵包括以下几方面。

首先,审判的性质是对侦控机关活动进行司法审查,为被追诉人提供司法保障。与其说审判是一种权力,不如说是被追诉人要求公正审判的权利。其次,刑事审判不仅仅是法官依国家权力行使审判权的活动,还应该是为被告人提供公正审判的保障活动。审判是通过一系列司法审查活动,为被告人提供有效的司法保障,使其免受不公正的定罪和处罚。与起诉程序不同,法院通过刑事审判程序所要解决的是国家追究犯罪的合法性和正当性问题,即通过对国家追诉机关对

追究某一个人刑事责任的合法性和正当性进行审查,独立地判明被告人刑事责任的有无及轻重,并给予被告人等可能受裁判结果不利影响的人以获得公正审判的机会,以实现法治及正义的要求。最后,审判以其特有的方式解决争端,实现对当事人的司法保障。与其他解决纠纷的方式不同,审判活动以其独特的方式进行,凸显其公正性、科学性和权威性^③。

按照审判中心主义的改革要求,刑事诉讼应当以庭审为中心,事实证据调查在法庭,定罪量刑辩论在法庭,裁判结果形成于法庭。然而,检察机关开展的企业合规不起诉探索,在事实上将定罪权掌握于检察机关手中,这不仅违背了审判中心主义改革的基本要求,也违反了司法最终解决原则。正如学者所言,检察机关对达到具有严重社会危害性且符合犯罪构成要件的案件,肆意适用不起诉,有违罪刑法定原则^④。以最高人民检察院公布的第四批典型案例中第三例为参照^⑤,南某某三人分别为L公司总经理、会计、工人,因另一工人张某因工受伤,南某等三人为使公司逃避高额赔偿责任,通过补缴保险、二次入院等手段,骗取工伤保险金26万余元。检察机关认为上述三人的行为均已构成诈骗罪,基准量刑期是66个月。综合考虑本案存在自首、退赔退赃、合规整改等情节,检察机关对南某等三人作出相对不起诉决定。这是一起个人犯法定刑3年以上重罪的案件,检察机关以合规为由,跨越两个量刑档作不起诉处理,其求刑权已突破微罪不起诉范围^⑥。域外实践经验亦表明,检察机关对合规案件的暂缓起诉,应由法院进行审查,以实现有效制约为妥。例如,英国法院对暂缓起诉协议拥有司法审查权,任何对涉企犯罪案件作非犯罪化处理的前提均是得到法院授权^⑦。控诉与审

①“四梁八柱”:来源于中国古代传统的一种建筑模式,四梁、八柱代表了建筑的主要结构。“四梁八柱”论是以习近平同志为核心的党中央提出的一种改革思维、改革方法论,“四梁八柱”是形象的比喻,强调改革要有一个基本的主题和框架。

②参见李玉华:《企业合规与刑事诉讼立法》,载《政法论坛》2022年第5期,第91-102页。

③参见闵春雷:《以审判为中心:内涵解读及实现路径》,载《法律科学》2015年第3期,第35-43页。

④参见李本灿:《刑事合规制度改革试点的阶段性考察》,载《国家检察官学院学报》2022年第1期,第23-39页。

⑤参见最高人民检察院:《最高检发布涉案企业合规典型案例(第四批)》,载最高人民法院官网, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/20230116/t20230116_598548.shtml#1,最后访问时间:2023年8月1日。

⑥参见刘艳红:《刑事实体法的合规激励立法研究》,载《法学》2023年第1期,第79-94页。

⑦See David M. Uhlmann, Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability, Maryland Law Review, Vol. 72:1295, p. 1328 (2013).

判的相互制约与配合,是我国权力配置的理想状态。当前出现的求刑权泛化状况,需要法院裁判权进行监督和限制。

(二)必要性:合规不起诉对涉案企业的激励不足

刑事诉讼制度设计有多种激励手段,合规不起诉激励范围有限。如弗鲁姆所言,激励的过程表现在个体期望达到目标时采取行动^①,涉案企业合规改革应以刑事激励为核心。审查起诉阶段,将合规整改视为出罪事由,通过合规整改的企业可以不被起诉。其实践难点在于,一方面,合规不起诉的依据,是《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第177条第2款规定的“情节轻微”。单位犯罪情节轻微本就属于不起诉的范畴,又何必大费周章、劳民伤财进行合规建设^②。另一方面,单位犯罪不仅存在于审前起诉阶段,责任人所涉刑罚亦不全是可以不起诉的轻微犯罪。对于不能作不起诉处理,已进入审判环节的案件,合规不起诉无法发挥激励机能,而这类企业往往比较轻微犯罪的企业及相关责任人更具有合规整改的必要性和迫切性。只有将涉案企业合规改革适用于所有符合条件的企业,将出罪和量刑从宽的刑事激励适用于诉讼全流程,才能全面消除企业犯罪诱因,达到刑法参与社会治理的特殊预防功能^③,实现合规改革的司法成效。基于这种考虑,涉案企业合规改革还应增加刑事激励手段,即在审判阶段将合规整改视为量刑情节。

此外,检察机关开展的合规不起诉只适用于轻微刑事案件,对于较为严重的公司企业犯罪则束手无策。对此,有学者指出,“起诉裁量权专指检察机关对于那些已经达到法定起诉条件的案件,从一定的政策、利益等出发进行合目的性的考量之后,作出不起诉处分的权力,检察机关对于证据的判断以及对法律的解释均不属于裁量的范畴。在我国制度背景下,检察机关无权以某

一刑法规则不具合理性为由作出裁量不起诉的决定,其裁量权原则上只能在轻微犯罪这一有限范围内行使”^④。而从实践的角度来看,某些公司企业犯罪涉嫌严重犯罪,但如果其负责人愿意积极参与企业合规改造,本身就属于认罪悔罪的酌定从宽处罚情节,在审判中完全可以作为从宽处罚的依据。因此,人民法院参与企业合规改革,意味着在一定程度上消除了企业合规适用的案件范围限制,有助于企业合规改革的大范围推广和适用。

(三)正当性:刑罚裁量权系法院审判权的应有之义

司法最终解决原则是国际社会普遍奉行的原则,是法治原则的根本体现,也是法治精神最重要的支柱。然而,检察机关对涉案企业合规案件作出最终处理的做法,却违背了司法最终解决原则。正如学者所言,法院实体裁量缺位易遭受法外施恩的社会质疑^⑤。

作为刑事诉讼的最后环节,法院承担判断案件事实、定罪量刑的职责^⑥。法院以中立的裁判者身份依照法律程序对定罪、量刑的事实进行实质审查,客观作出评判,才能保证案件实体公正,维护民众的司法认同和法治的权威。域外经验及我国实践已经证明,涉案企业合规改革包括无罪、不起诉、从宽量刑等面向诉讼全流程的刑事激励方式。从现阶段涉案企业合规的政策文件内容看,涉案企业合规的启动、考察、适用都是以检察机关为主导,完成合规整改的案件进入审判环节后,法院径行按照刑事诉讼程序审理即可,似乎没有必要对法院参与进行专门研究。本文认为,实则不然。相比检察权,法院在审判中的裁判权更具有权威性。如若法院采用被动式的形式审查,则裁判权易受到求刑权裹挟,一些符合条件的企业在检察权主导下会失去合规量刑激励的机会。法院对企业合规改革的参与,能够

①See Vroom, V. H. Work and Motivation. New York: Wiley, 1964.

②参见邱春艳:《从讲政治的高度共同推进企业合规工作——最高检调研组赴江苏张家港调研企业合规改革试点》,载《检察日报》2021年5月17日,第1版。

③参见李奋飞:《论涉案企业合规的全流程从宽》,载《中国法学》2023年第4期,第263-280页。

④参见孙远:《起诉裁量权的概念、范围与程序空间》,载《求是学刊》2022年第1期,第94-103页。

⑤参见蔡绍刚:《从定性到定量:人民法院参与刑事合规改革的逻辑基础与路径构建》,载《法律适用》2023年第4期,第13-21页。

⑥参见龙宗智:《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。

有效防止和降低这种遭受不公正对待的风险。

将企业合规案件纳入审判视野后,法院将面临启动合规整改、对合规整改情况进行审查和裁判无法可依、无章可循的问题,对此,需要我们重新审视企业合规改革内容。

二、现实需求:人民法院参与涉案企业合规亟待厘清的四个基本问题

法院参与是涉案企业合规改革的重要一环。当前,我国的企业合规改革脚步因存在以下四方面现实障碍而踟蹰不前。

(一)角色缺位:涉案企业合规改革需要明确法院主体地位

审判环节启动合规整改的主导机关是检察院还是法院,目前尚有争议。在国家层面,由最高人民检察院主导发布的《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《指导意见》)等涉案企业合规改革文件,是基于检察院办理案件决定合规不起诉的设定,主要适用于审前起诉阶段,并未设立法院参与的方式。诸如法院的职责定位、商请启动第三方机

制、对合规材料的审查、发出司法建议、受理申诉控告等内容都没有涉及。在省级层面,自2023年3月全国法院系统开展企业合规主动探索以来,已制定会议纪要等规范性文件的法院尚在少数(见表1),大部分省份仍处于观望状态。以H省为例,案件审理情况亦不容乐观。自2022年7月至2023年7月,检察机关诉至H省法院的16件企业合规案件,仅有2件是审判阶段自行发现,更多的法院还处于观摩学习状态,没有积极挖掘涉案企业合规案件。可以认为,法院在推行涉案企业合规改革方面动力不足,缺乏积极性和主动性。究其原因,既有对涉案企业合规制度深学细悟不到位的原因,更深层的原因在于无法可依:《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)和《刑事诉讼法》均没有专门的企业合规规定,相关的政策性文件中也没有审判环节的内容。即便是目前按照最高人民法院的要求,各级法院已加入第三方管委会,但由于上述规定没有作出相应调整,法院的主体地位仍然不明确。各地在先行先试过程中,难免会有畏难情绪。

表1 各省法院参与涉案企业合规改革的方案探索

时间	省份	文件
2023.4.3	湖北省	湖北省高级人民法院、湖北省人民检察院 《关于办理涉案企业合规案件的指导意见(试行)》
2023.4.11	江苏省	江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院 《关于加强涉案企业合规工作协同协作的座谈会纪要》
2023.4.13	黑龙江省	黑龙江省高级人民法院、黑龙江省人民检察院 《关于开展涉案企业合规工作的办法(试行)》
2023.5.10	甘肃省	甘肃省高级人民法院、甘肃省人民检察院 《关于推进涉案企业合规案件办理的协作办法(试行)》

(二)规范阙如:法院依合规情况作量刑激励需要法律支撑

一方面,合规量刑的法律依据不足。依照《指导意见》的相关规定,“涉案企业、个人认罪认罚”是适用第三方监督评估机制的前提,检察机关可以根据合规整改情况提出量刑建议。关于

认罪认罚与企业合规的关系,目前形成两种观点:一种观点认为,认罪认罚从宽与合规从轻虽有一定交叉,但合规从轻的目的是对涉案企业进行整改以预防再犯罪风险,认罪认罚从宽的目的是节约司法资源,两种制度并不相同,需要通过立法的形式增设为专门制度^①;另一种观点则认

①参见李玉华:《企业合规与刑事诉讼立法》,载《政法论坛》2022年第5期,第91-102页。

为,应当将合规管理情况纳入认罪认罚从宽制度中^①。对这两种争议进行学理思辨,并不能明确企业合规整改的量刑从宽幅度,从轻、减轻或者免除处罚,不起诉等具体细节的处分上仍然无法可依。不同于认罪认罚从宽制度已经得到立法确认,企业合规尚处于政策推行阶段,尚不属于法定量刑情节,法院若随意裁量,势必违反量刑均衡原则。如何在现有立法框架内为量刑激励提供法律支撑,是目前法院面临的较为迫切的问题。

另一方面,合规从宽的激励受益对象是否包括个人亦有争议。对此,犯罪分离构造论持否定观点,认为合规的效力不及于责任人^②。有学者从我国国情出发,认为“人企合一”是小微企业的主要特点,企业意志,包括实施犯罪和进行合规整改,都依附于责任人实现。对企业激励的同时,也应当在法律的规范下对责任人进行一定激励^③。学界的两种争议,实际上关乎合规改革的成效。厘清个人与企业的责任归责机制,能够为司法提供支撑。本文认可第二种观点。

(三)效力不明:合规材料作为裁判依据需要证据资格

证据裁判原则是现代法治国家刑事诉讼中认定犯罪事实时必须遵循的原则。法国《刑事诉讼法》第427条明确规定,在轻罪审判中,“除法律另有规定外,罪行可通过各种证据予以确定,法官根据其内心确信判决案件。法官只能以提交审理并经双方辩论的证据为依据作出判决”。日本《刑事诉讼法》第317条规定:“认定事实应当根据证据”。证据裁判原则不仅要求认定犯罪事实必须有证据,还要求证据必须具备相应的证据资格。证据资格包括两方面的要求:一是证据材料不被法律禁止;二是证据应当经过法定的调查程序。

根据《指导意见》第13条规定,合规材料有

合规考察书面报告、合规计划、定期书面报告等内容,是检察机关作出决定、提出量刑建议的重要参考。其中,合规整改情况属于事实认定,合规计划属于事实认定的参考标准,合规考察书面报告是合规整改事项和评估结果的反映。从政策层面看,合规材料能够影响案件的实然走向甚至刑罚的裁量,已经具备证据属性,但距离认定为证据尚面临两个问题:一是合规材料作出机关是第三方监督评估组织,非法定侦查主体,合规考察报告应否属于书证、鉴定意见尚不明确;二是合规材料作为定罪量刑重要参考的证明效力不足,法院在认定企业合规整改情况时有极大的自由裁量权,可以决定参考或者不参考,无法保证合规考察报告效用最大化。

(四)审限掣肘:合规整改效果与有限审理期限的矛盾需要调和

人民法院审理期限的有限性与合规整改效果对更多期限的需要存在矛盾。启动涉案企业合规改革,需要历经制定合规计划、合规整改、合规考察等步骤。尤其是适用第三方监督评估机制的案件,为了保证合规整改效果,客观上需要较长的周期。单是合规计划就需要企业针对内部隐患、外部规范设计明确指标,包括建立合规管理机制、内部程序规范、监督评估等方方面面^④。合规整改需要围绕合规计划的内容开展,并取得实在成效;合规考察还需要选任合格的第三方组织,对整改效果进行观察与评估。学者对考察期的设置虽有不同意见,但大抵认为应在一年以上^⑤。根据《刑事诉讼法》第208条规定,刑事一审案件审理期限为3个月,可见,在法院审理阶段适用合规整改时间较为紧迫,严重影响合规整改成效。即便按照延期审理进行技术性处理,延长审限带来的审判质效负面评价,仍会对法官形成无形束缚,导致不少法官畏首畏尾不敢作为,影响了涉案企业合规改革在案件中的合理

①参见孙国祥:《刑事合规的理念、机能和中国的构建》,载《中国刑事法杂志》2019年第2期,第3-24页。

②参见刘艳红:《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》,载《中国刑事法杂志》2022年第1期,第107-123页。

③参见孙国祥:《涉案企业合规改革与刑法修正》,载《中国刑事法杂志》2022年第3期,第50-67页。

④参见赵恒:《刑事合规计划的内在特征及其借鉴思路》,载《法学杂志》2021年第1期,第66-79页。

⑤参见陈瑞华:《合规监管人的角色定位——以有效刑事合规整改为视角的分析》,载《比较法研究》2022年第3期,第28-43页;李勇:《企业附条件不起诉的立法建议》,载《中国刑事法杂志》2021年第2期,第127-143页;李奋飞:《“单位刑事案件诉讼程序”立法建议条文设计与论证》,载《中国刑事法杂志》2022年第2期,第37-54页;杨宇冠:《企业合规与刑事诉讼法修改》,载《中国刑事法杂志》2021年第6期,第144-162页。

适用。

三、理想模式：人民法院主导涉案企业合规的制度构建

现阶段法院的涉案企业合规整改探索属于摸着石头过河,动辄修改法律的提议并不可取。本文认为,通过解释论将涉案企业合规的相关内容融入现行法律规范,在合法性前提下鼓励探索的主动性,是涉案企业合规改革的应然之路。

(一) 职能定位:法院是审判阶段的主导者、裁判者

企业合规案件一旦诉至法院,控辩审三方交织,延续检察机关主导模式,会削弱审判中心主义。应确立法院在审查合规等实体性内容上的主导地位,以此制约检察裁量权,保障辩方辩护权。

1. 审判环节涉案企业合规整改由法院主导

审判环节涉案企业合规整改,包括审前未整改完毕的延续以及审判时决定启动两种。前者因程序的延续性,应由最初负责机关主导;后者则应由法院主导,原因如下。

一是审前检察机关未启动而法院审理中发现案件符合合规整改条件的,检察机关对案件已形成固化认识。再由检察机关主导,难免具有偏见而影响整改成效。二是审判环节启动合规整改,需要审查企业是否符合合规整改条件,合规整改的自愿性,决定合规整改的第三方组织,合

规考察报告的真实性、合法性等内容。作为影响量刑的事实,理应由居中裁判的法院审查。三是法院主导,能够有效保障辩护权。在法院主导下,律师和当事人的辩护权得以充分行使,能有效避免检察机关片面认定企业是否符合合规整改条件。法院主导是不偏不倚的居中裁判,并非既当运动员又当裁判员。当事人与检察机关意见不一致时,法院客观中立的决定更具有司法公信力。

2. 涉案企业合规整改情况由法院最终评价

法院是涉案企业合规整改情况的最终评判者。第三方出具的书面报告仅具有佐证效力,应坚持法定证明标准,不能因第三方出具了合规整改考察报告而降低证明标准。具体包括两个方面。一是对合规效果的审查,应坚持整改有效性标准,包括合规计划符合恢复性司法的价值目标、合规考察报告能反映合规计划的完成情况、企业建立防止再犯罪的合规机制三项内容^①。二是法院裁量权最终体现为定罪量刑等实体性制裁。对于检察机关提出的量刑建议,法院应充分发挥审查权。只有法院有权根据合规整改情况对企业与个人进行责任认定,在罪责刑相适应与罪刑均衡的基础上适用刑罚,才能真正维护各方利益,保证司法公信力。

审判阶段法院启动合规整改的程序如下图所示:

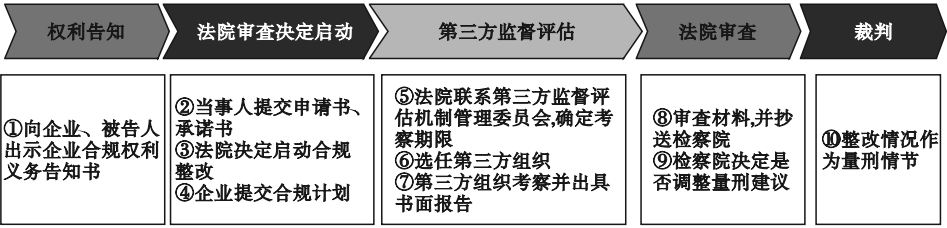


图1 审判阶段法院启动合规整改的程序

(二) 制度衔接:将合规管理情况纳入量刑激励制度

1. 合规情况为量刑情节

企业合规整改契合恢复性司法理念,在恢复法益侵害状态的同时可以预防再犯罪风险^②。虽

没有明文规定合规整改为法定量刑情节,但因符合刑事政策要求^③,将其作为酌定量刑情节应无争议。应当说,前述学界关于认罪认罚从宽制度与合规从宽的争议均有道理,但朝令夕改,动辄

①参见褚福民:《法院参与企业合规改革的基本路径》,载《法学论坛》2023年第2期,第25-36页。
②参见庄绪龙:《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》,载《中外法学》2017年第4期,第969-999页。
③参见李会彬:《刑事合规制度与我国刑法的衔接问题研究》,载《北方法学》2022年第1期,第79-89页。

通过立法增设新的制度并不可取,不如从服务实践的角度思考如何衔接。两种观点都承认认罪认罚是企业合规整改的前提,二者不应作重复评价^①。至于认罪认罚是否完全包括合规整改,合规整改是否突破认罪认罚的从宽幅度,此时尚言之过早。在理论进行充分论证之后,再谨慎立法方可。当前的实操策略,应是在认罪认罚从宽的范围内办理合规从宽案件。考虑到合规整改可能存在未通过评估、部分整改内容通过评估、全部通过评估三种情况,合规从宽应表现为阶段性递进方式,设立认罪认罚、制定合规计划并进行部分有效整改、合规整改评估有效三个由低到高的从宽幅度,上限为认罪认罚从宽的最高限度。因单位的刑罚为罚金刑,在从宽时,应参照最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》中的内容,从以上三个梯度对罚金金额进行相应减免,如减少 1/5、1/3、1/2 等。此为法律框架内的应急之举。为确保从宽幅度的均衡,避免背离罪刑法定原则的隐忧,待条件成熟时,应在《刑法》第四章“刑罚的具体运用”中,将其明确为法定量刑情节^②。

2. 放过企业,也适度放过责任人

一般认为,企业合规是一种基于企业风险防控而确立的公司管理体系,因而企业合规的适用对象当然是作为商业组织的企业本身。企业合规是为了避免企业自身合规风险而建立的治理体系,尽管有时会使企业高管获得收益,但其本质不是“保护企业高管”的管理机制。从合规风险防控的角度看,企业合规的本质是通过将企业责任与高管责任、员工责任、第三方责任进行有效分割,最大限度保障企业不因上述各方违法违规行而承担责任;从企业应对合规风险的角度来看,企业合规包含了自我披露与自我内部调查的因素,而这种应对经常包含对从事违法违规行的高管和员工惩戒的内容。在此种情况下,企业合规机制的实施,不仅不会加强企业家的风险防控,反而有可能带来追究企业家法律责任的后

果^③。不过,检察机关在合规不起诉制度的改革探索中,对于涉案企业和涉案责任人员同时适用附条件不起诉制度,并根据企业实施合规体系的实际效果来决定对企业和责任人员是否提起公诉。原因在于,传统单位犯罪理论认为,所有单位犯罪都要由自然人实施。单位作为法律拟制的人格体,没有独立意志和行为,只能依靠内部主管人员或其他关联人员代为行事,所以单位责任与关联人员责任无法分离^④。

笔者认为,量刑激励的对象包括企业和个人,这并不违背企业与企业家人责任分离的原则。从涉案企业合规改革的政策和实践分析,企业合规的规制对象包括公司相关责任人。如《指导意见》规定,第三方机制适用于实际控制人、经营管理人、关键技术人等实施的与公司经营有关的犯罪。此外,最高人民检察院公布的 20 个典型案例中,有 18 个案例涉及到公司负责人、高管和员工,这些个人均因企业合规整改而享受了不起诉或从轻处罚的刑事激励。有观点对个人“搭便车”提出质疑,认为应引入国外奉行的“放过企业,严惩责任人”模式,合规激励针对企业而不适用于个人。这种差别处遇的前提,是企业实行对个人依赖较弱的现代化管理,为合规不起诉额外付出高额罚金等巨大代价。这种模式同我国现实并不相称,盲目引入恐难以达到理想效果。一是不同于外国企业具备实现人企分离的制度基础,我国很多民营企业都实行家族制或者管理人模式,公司负责人或高管掌握着公司的绝对话语权甚至命脉。对公司高管施行严厉的刑罚,人身依附性强的企业会面临“严惩责任人等同于严惩企业”的窘境,等同于对企业宣判“死刑”。二是合规整改效果是企业中个体参与、分工负责之后的聚合性体现。企业合规整改过程中,公司责任人员亦发挥不可或缺的作用,体现出悔罪、改过的心理状态^⑤。责任人作为单位意志的外在表现,入罪时,因其违法违规行为需接受处罚;出罪时,若对企业合规施加正作用,亦应享受从宽处遇。

①参见李本灿:《刑事合规立法的实体法方案》,载《政治与法律》2022 年第 7 期,第 65-82 页。

②参见李奋飞:《涉案企业合规刑事诉讼立法争议问题研究》,载《政法论坛》2023 年第 1 期。

③参见陈瑞华《企业合规基本理论》(第三版),北京:法律出版社 2020 年版,第 18-19 页。

④参见陈瑞华:《企业合规不起诉改革的八大争议问题》,载《中国法律评论》2021 年第 4 期,第 1-29 页。

⑤参见叶良芳:《刑事一体化视野下企业合规制度的本土化构建》,载《政法论坛》2023 年第 2 期,第 113-123 页。

这是刑法平等适用原则的体现。

诚然,依靠个人而忽视企业现代化管理,不利于企业竞争力的提升。待整个社会建立起现代化企业制度,“放过企业,严惩企业家”的分离归责原则未尝不能成为新的导向。但在当前转型期,适当保护涉案企业家却尤为必要。这并非不加区分地对单位和个人适用同一尺度^①,而是综合个人在企业合规整改中的表现,实事求是地予以从宽处理。自然人因其在合规整改中的作用而降低应承担的刑事责任,不等于对单位和个人刑事责任分离构造的破坏。

(三)证据效力:赋予合规材料以法定证据资格

证明整改情况的材料主要是合规计划和合规考察报告。合规计划是涉案企业拟定的书面材料,可作为考察报告出具的参考标准,应为书证;合规考察报告作为合规材料的主要内容,其作用和适用需要确立法定证据资格。

1. 合规考察报告属于鉴定意见

合规考察报告作为有专门知识的人出具的报告,属于证据。合规考察报告是合规材料的主要内容,从现有法律规定中找到作为证据使用的答案。根据《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》第100条、第101条规定^②,有专门知识的人就案件专门性问题出具的报告,可以作为证据。合规考察书面报告由第三方机制管委会选任的具有企业运营或其他相应专业知识的人员作出,第三方组织人员均经过审查、面谈、公示等程序后确立。在证据种类方面,合规材料有书证和鉴定意见两种争论^③。从外在形式上看,其具有以外部载体形式证明案件事实的作用,属于实物证据;从出具主体看,属于第三方组织就专门问题发表的意见,具有言词性质。况且出具报告人有出庭作证的义务,具有专业性,同鉴定意见有相同之处。上述条文中“参照适用本节”指《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》第四章“证

据”中第五节“鉴定意见的审查与认定”,故应参照作为鉴定意见。

2. 合规考察报告具有决定作用

合规考察报告是检察机关决定采取强制措施、起诉或者不起诉、提出量刑建议的重要参考,对于法院决策亦具有决定作用。据统计,截至2022年底,全国检察系统已经对整改合规的1498家企业3051人依法作出不起起诉决定,其余67家未通过第三方评估的企业或负责人被依法起诉。法院参与涉案企业合规改革之后,应建立合规考察报告的互认机制。概言之,检察机关作为主导的合规案件,进入审判时法院对合规考察情况“一般情况下”应予以认可,但需要充分发挥法院的监督制约作用进行审慎审查。法院审判环节主导下的合规案件,法院应在合规考察期满后,将涉案企业合规申请、合规承诺、合规考察报告等材料抄送检察机关,检察机关可以据此调整量刑建议。法院认为调整后的量刑建议适当的,应当予以采纳;检察机关不调整量刑建议或者调整后仍然明显不当的,法院应依法作出判决。

(四)期限完善:合规整改案件的审限优化规范

1. 前期通过延长审限同合规考察期契合
一方面,契合审限与合规考察期的应急之策,是对审判程序中的合规整改案件延期审理。前已述及,合规整改结果是影响量刑的证据材料,在审判环节决定启动合规整改的,应当由检察机关通过补充侦查的方式收集证据,并延期审理。延期审理可由人民法院直接决定,也可先由人民检察院向人民法院建议延期审理,然后再由法院作出延期审理决定。另一方面,是对审判质效考核内容进行改革。因企业合规延期审理的,案件不应进行负面评价。深刻认识做好考核工作是破解当前队伍建设突出问题的重要举措,对开展合规整改进行延期审理的案件不问责,兼顾考核的科学性和简便性,遵循规律、尊重人性,才能从根本上消除法官对审限的思想障碍,保障合

①参见朱孝清:《企业合规中的若干疑难问题》,载《法治研究》2021年第5期,第3-17页。
②《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》第100条规定:“因无鉴定机构,或者根据法律、司法解释的规定,指派、聘请有专门知识的人就案件的专门性问题出具的报告,可以作为证据使用。对前款规定的报告的审查与认定,参照适用本节的有关规定。经人民法院通知,出具报告的人拒不出庭作证的,有关报告不得作为定案的根据”。
③参见李作:《论合规考察书面报告的性质、效力及适用程序》,载《中国刑事法杂志》2022年第4期,第161-176页。

规整改顺利进行。

2. 后期增设为中止审理情形

治本之策是在未来立法时,将合规整改增设为中止审理的情节^①。实践中已出现以合规整改为由中止审理的案件^②,但目前《刑事诉讼法》规定的中止审理情形^③中,“不能抗拒的原因”并不包括合规整改,以此为由裁定案件中中止审理无法可依。“不能抗拒”是指非因自身原因,而是由于出现自然灾害或者突发事件等客观原因,导致案件在较长时间内无法审理。合规整改系权力机关主动作为的产物,带有主观性质,显然不可谓“不能抗拒”。诉讼中止是出现确因无法预计的特殊情形阻碍诉讼程序,通过立法对审理期限进行的技术处理。涉案企业合规整改的目的是帮助企业健全合规制度,抵御犯罪风险。宽裕的整改期限是合规整改取得实效的必然要求,仅凭延期审理争取到的时间并不足以满足这种需要,应

在《刑事诉讼法》第 206 条增设“企业开展合规整改”的内容,作为新的中止审理情形。

四、余论

涉案企业合规改革全面铺开非一日之功,改革成效非一蹴而就。本文结合关于合规不起诉的理论研究成果及检察机关前期实践经验,致力于对涉案企业合规量刑从宽激励机制的研究,以期提供人民法院参与企业合规整改的解决方案。法律作为一种行为规范,明确告诉人们行为模式与标准,对人们的行为起指引、评价、教育、预测和强制的作用。在法律、解释的规范下谨慎推进,逐步有序构建法院参与涉案企业合规改革的路径,才能助力司法层面涉案企业合规建设慎始而敬终。

【责任编辑:耿 浩】

From prosecutorial leadership to court leadership: the ideal model for corporate compliance reform

Liang Xu¹, Zhao Ziwei²

(1. Higher People's Court of Hebei Province, Shijiazhuang Hebei 050051, China; 2. Hengshui Intermediate People's Court of Hebei Province, Hengshui Hebei 053000, China)

Abstract: The criminal incentives for corporate compliance reform at the judicial level include the procuratorate's compliance with non-prosecution in the early stage and the court's active participation in compliance with sentencing leniency in the later stage. At this stage, the theoretical research and the practical exploration focus more on the former, while paying less attention to the latter. In current practice, the use of compliance with non-prosecution has problems such as limited scope of application, overstepping of prosecutorial powers to seek punishment and insufficient legitimacy, which limit the effectiveness of compliance reform. Expanding the scope of reform and promoting the establishment of a criminal incentive system in the trial process is the essence of the trial-centered litigation system reform. The ideal compliance reform model is to conduct an interpretative analysis from the four dimensions of subject, system, evidence and time limit of trials, clarify the leading and refereeing status of the court, establish a lenient sentencing incentive system for compliance, grant legal evidence qualifications to compliance materials, optimize the management of time limit of trials, establish the “four beams and eight pillars” for courts to participate in reform, and solve application obstacles such as no legal basis and no rules to follow, so as to better respond to practical challenges.

Key words: compliance of enterprise involved in the case; court's participation; compliance sentencing incentives; evidence; time limit of trials

①参见陈卫东:《刑事合规的程序法建构》,载《中国法律评论》2022 年第 6 期,第 19-34 页。
②参见李阳:《审判阶段涉企合规改革,湖北破冰》,载《人民法院报》2023 年 4 月 9 日,第 1 版。
③《刑事诉讼法》第 206 条第 1 款规定:“在审判过程中,有下列情形之一,致使案件在较长时间内无法继续审理的,可以中止审理:(一)被告人患有严重疾病,无法出庭的;(二)被告人脱逃的;(三)自诉人患有严重疾病,无法出庭,未委托诉讼代理人出庭的;(四)由于不能抗拒的原因。中止审理的原因消失后,应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限”。

论涉罪企业合规的刑行衔接

张云鹏¹,张啸天²,王娜¹,于沐卉¹

(1. 辽宁大学,辽宁 沈阳 110036;2. 辽宁省沈阳市法库县人民检察院,辽宁 沈阳 110499)

〔摘要〕涉罪企业合规刑事司法与行政执法的有效衔接,是企业合规预防违法犯罪功能得以完整实现的必然要求。企业合规刑行衔接关涉刑事合规整改监督评估衔接、合规不起诉后的接续监管衔接以及其他相关企业合规建设衔接三个方面。为保障刑事合规企业合规预防功能、激励功能的充分实现,检察机关需要与行政机关加强理念沟通、操作配合,优化刑行衔接机制,推动涉罪企业及关联企业、行业企业的合规建设。

〔关键词〕企业合规;刑行衔接;行政机关参与

〔基金项目〕本文系2023年度辽宁省检察应用理论研究课题“涉罪企业合规刑行衔接问题研究”的阶段性研究成果。

〔作者简介〕张云鹏(1974—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院教授、博士生导师,法学博士,主要从事刑事诉讼法学研究;张啸天(1979—),男,辽宁沈阳人,辽宁省沈阳市法库县人民检察院党组书记、检察长,管理学博士,主要从事刑事检察制度研究;王娜(1997—),女,北京人,辽宁大学法学院2022级诉讼法专业硕士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究;于沐卉(2000—),女,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院2022级诉讼法专业硕士研究生,主要从事刑事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2023-11-27

〔中图分类号〕D924.3;D922.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-058-07

引言

企业合规属于“舶来之品”,我国没有先例可循,早期的相关学术研究也很少。近年来,许多国内企业在国外因违规发展被制裁,在被处以罚款之余还往往被要求开展企业合规,逐渐引起了我国对企业合规问题的重视。由于不同国家(地区)的文化背景、法律规定、企业类型与管理模式的差异,域外企业合规的相关经验不能不加修正地移植过来并直接适用于我国涉罪企业。在学界深入开展理论研究的同时,检察机关也在实践中积极探索更适合本土司法实践的企业合规方案。一方面,检察机关以企业刑事合规为切入点开展试点实践,不断发现问题、总结经验,并发布多批有代表性、有影响力的指导案例,为全

国各地开展企业合规提供办案指导;另一方面,检察机关积极联合其他有关机关,研究起草《关于建立涉罪企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》(以下简称《指导意见》),推动建立国家层面的企业合规第三方监管机制,并配套出台了《〈关于建立涉罪企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)〉实施细则》《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》等规范性文件,以推动企业合规工作顺利进行。由检察机关主导涉罪企业合规改革在我国具有内生动力和深层根源,检察主导已成为企业合规发展过程中的鲜明特点^①。但是,企业合规是一项系统工程,仅依靠检察机关自身努力难以达到预期效果,需要行政机关密切配合,共同推进企业合规制度走向成熟。不论是对涉罪企业合规整改的监督与

^①参见董坤:《论企业合规检察主导的中国路径》,载《政法论坛》2022年第1期,第117-118页。

评估,还是不起诉后对企业合规的接续监管,抑或关联企业、行业企业的合规建设,都离不开行政机关的实质性参与。目前,关于涉罪企业合规行政执法与刑事司法的衔接问题,学界多关注“行政违法向刑事犯罪递进”的衔接,忽视了“刑事犯罪向行政违法回转”的衔接以及个案办理与行业规范的衔接问题,亟待理论上的研究补足与实践中的探索试验。

涉罪企业合规刑行衔接主要包括三方面的内容:一是涉罪企业合规整改过程中的刑行衔接;二是合规不起诉后的刑行衔接;三是关联企业、行业企业合规建设的刑行衔接。本文拟对此进行系统探讨,以期对通过企业合规预防企业违法犯罪功能的完整实现有所裨益。

一、涉罪企业合规整改过程中的刑行衔接

人民检察院是宪法规定的国家法律监督机关,也是宪法授权的国家司法机关,在涉案企业合规改革实践中发挥主导作用。检察机关在办理企业合规案件时,在审查企业合规计划、监督合规计划执行、评估合规整改效果等方面,都需要专业化、技术化的行政机关参与和协助。

(一) 合规考察对象准入时征询行政机关意见

相比于检察机关,负有企业日常监管职责的行政机关更熟悉涉罪企业的生产经营状况、所属行业背景等情况,对于涉罪企业合规整改的意义有更为客观、准确的判断。因此,检察机关在确定合规整改对象时,有必要向相关行政机关了解情况、征询意见。试点实践中,检察机关虽然也是如此操作,但因为缺乏明确的规范指引,采取的具体方式不尽相同。有的检察机关采取书面方式了解情况、征询意见,由行政机关在一定期限内予以书面回复;有的检察机关选用实地走访方式,当面问询相关人员;有的检察机关采用召开听证会的方式,邀请行政机关工作人员参与并

提出意见。意见征询方式的不同,带来的考察效果也呈现差异性。笔者认为,应当在规范层面予以明确规定。比较意见征询的不同方式,书面问询相较于实地走访、召开听证会更为便捷、有效、易操作,且形式正规、方便存档;但是对于情况复杂或者具有较大社会影响性的案件,召开听证会的方式更有利于实现检察机关与行政机关的充分交流与深入沟通,保证决策的公正与公开。

检察机关对于行政机关提出的意见通常会进行充分考量,以决定是否对涉罪企业开展合规考察。有的地方性规范文件甚至赋予行政机关的意见以绝对效力,即如果行政机关不同意对涉罪企业进行合规考察,检察机关只能按照一般刑事案件处理程序对案件作出处理决定^①。在合规考察对象准入之时即吸纳行政机关参与,不仅可以准确把握涉罪企业的真实情况,为正确决定是否启动合规考察提供依据,而且能够引起行政机关对涉罪企业的关注,为后续开展合规考察乃至行政合规奠定基础。需要说明的是,检察机关应当充分重视行政机关提出的意见,但是否启动对涉罪企业合规考察的决定权,始终应归属于检察机关。

(二) 监督评估过程中吸纳行政机关参与

合规考察监管是检察机关对涉罪企业进行合规整改的关键环节,是企业合规计划能否得到有效执行的关键^②。从试点实践情况看,企业合规监管主要有四种模式,即检察机关主导模式、外部合规官主导模式、行政机关主导模式以及第三方独立监管模式^③。最高人民检察院所倡导的第三方独立监管模式,融合了外部合规官主导模式与行政机关主导模式,更具有制度设计上的合理性,得到了学界与实务界的普遍认可,目前已成为企业合规监管的主导模式。《指导意见》对第三方监管模式作出了明确规定,检察机关联合各行政监管机关在国家层面和各级试点地区组建第三方监督评估机制管委会,负责遴选作为合

①例如,辽宁省人民检察院等10家机关共同发布的《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第8条规定:“检察机关应当自企业犯罪案件移送审查起诉之日起三十日内,对案件是否适用合规考察制度进行审查,并向涉罪企业、行政监管机关征询是否适用合规考察制度的意见。检察机关经审查认为可以适用合规考察制度,涉罪企业、行政监管机关均同意适用的,应当适用合规考察制度;检察机关经审查认为不应适用合规考察制度,或涉罪企业、行政监管机关不同意适用合规考察制度的,检察机关应按照一般刑事案件处理程序对案件作出处理决定”。

②参见谈倩,王宗秀,孙宋龙:《检察机关办理企业合规案件的程序构建》,载《人民检察》2021年第17期,第52页。

③参见李本灿:《企业合规程序激励的中国模式》,载《法律科学》2022年第4期,第150页。

规监管人的第三方监督评估组织;行政机关工作人员作为第三方组织成员,成为合规监管的重要力量^①。在合规考察期内,第三方组织可以定期或不定期对涉罪企业合规计划履行情况进行检查和评估;在合规考察期届满后,第三方组织还应当对涉罪企业的合规计划完成情况进行全面检查、评估和考核,并制作合规考察书面报告报送检察机关。

以上一系列制度安排,都涉及检察机关与行政机关的职能衔接问题。为了增进多方协作,《指导意见》提出第三方机制管委会各成员单位建立联席会议机制,根据工作需要定期或者不定期召开会议,研究有关重大事项和规范性文件,确定阶段性工作重点和措施^②。值得注意的是,检察机关与行政机关的沟通、协作是必要且有意义的,但检察机关在听取行政机关意见的同时,也要对其履职行为进行监督,以确保评估过程与结果的客观性、中立性。

(三)验收标准设计上参考行政执法规范

对涉罪企业合规整改效果进行评估验收,是企业合规考察的最后一个环节,评估结果将直接影响到检察机关对涉罪企业作出的处理决定。企业犯罪大多数属于行政犯,犯罪的成立以行政违法为前置条件。刑事犯罪与行政违法在法益侵害上具有同质性,二者的区别仅体现为法益侵害的不同程度。因此,仅依据刑事法律制定合规计划,并不能从根本上预消除行政违法的风险。真正有效的合规计划,应当从行政合规与刑事合规一体化的视角来制定。换言之,合规计划中既要包含预防刑事犯罪行为的要素,也要囊括防范行政违法行为的内容。《指导意见》明确要求,企业提交的合规计划要能够“防止再次发生相同或者类似的违法犯罪”^③。其中,“去违法化”而非

仅仅“去犯罪化”的合规目标显而易见。申言之,从最终意义上看,企业合规整改不仅要达成预防犯罪的目标,还要督促企业建立一整套依法依规经营的管理制度和企业文化^④。可见,检察机关应当会同行政机关,参考行政执法规范制定合规计划的验收评估标准,如此,既有利于实现对犯罪行为的预防,也对行政违法行为的防控有所裨益。同时,验收评估标准的统一,也为行政机关认可刑事合规效力提供了便利。

二、合规不起诉后的刑行衔接

检察机关根据企业合规整改情况向行政机关制发的“检察意见”,是涉罪企业合规实现刑行衔接的载体和推动力^⑤。检察机关应当善用检察意见,加强与行政机关的深度合作,建立起合规刑行衔接的长效机制^⑥。

(一)畅通检察机关与行政机关的衔接沟通机制

企业合规管理体系建设是一项系统性、持续性工程。在刑事程序结束之后,涉案企业仍需继续关注自身合规管理体系存在的问题,不断开展完善、优化工作。由是,检察机关与行政机关应当加强沟通,延伸对企业合规的监管,促进刑事合规整改效果的后续深化。囿于刑事程序的紧张期限,涉案企业高质量完成合规整改缺乏时间保障,有必要在后续的行政处罚程序和日常行政监管活动中接续改进、加强。

首先,有序出台衔接规范性文件。2021年9月,最高人民检察院出台《关于推进行政执法与刑事司法衔接工作的规定》(以下简称《衔接工作规定》),就行政执法与刑事司法的衔接情形、衔接方式、各部门间的职责分工等问题作出规范,但未涉及行政主管机关对检察意见处理不到位

①参见《指导意见》第6-8条。
②参见《指导意见》第7条。
③参见《指导意见》第11条。
④参见陈瑞华:《有效合规的中国经验》,北京:北京大学出版社2023年版,第210-212页。
⑤《指导意见》第14条第3款规定:“人民检察院对涉罪企业作出不起诉决定,认为需要给予行政处罚、处分或者没收其违法所得的,应当结合合规材料,依法向有关主管机关提出检察意见”。
⑥在最高人民检察院发布的第一批涉案企业合规典型案例之“张家港L公司污染环境案”中,在企业刑事合规整改后,张家港市人民检察院对其作出不起诉处理决定,并向生态环境部门提出对该公司给予行政处罚的检察意见。随后,苏州市生态环境局根据《中华人民共和国水污染防治法》有关规定,对L公司作出行政处罚决定。

的制约问题^①。检察机关可以会同行政机关就处理检察意见的问题出台相关规范性文件,为检察意见的落地落实提供明确指导;同时,检察机关制发的检察意见应当具有专业性,载明企业风险点、建议企业后续有效整改方式等有针对性和可行性的内容^②。对于欠缺行政处罚承受能力的小微企业,可以建议行政主管部门以行政监管的方式替代行政处罚,完成对企业合规整改的持续性监管。

其次,建立监管信息共享平台。《衔接工作规定》第16条规定,“人民检察院应当配合司法机关建设行政执法与刑事司法衔接信息共享平台”。在我国现行双轨执法体制下,检察机关和行政机关关于涉罪企业案件办理进展与合规整改情况并不互通,建立信息共享平台尤为重要。信息共享平台旨在消除信息壁垒,实现信息互通,实现办案全程的协同。就涉罪企业合规刑行衔接而言,需要上传平台的信息至少包括审查起诉情况,企业合规整改进展情况,检察意见信息,行政机关处理检察意见的情况,企业后续合规落实情况,等等^③。

最后,设立跟踪回访制度。为保证涉罪企业合规整改达到预期效果,加强刑事司法与行政执法的衔接,在企业合规不起诉决定作出后的一定期限内,检察机关与行政机关仍需对涉罪企业的合规运行情况进行跟踪回访。结合企业的生产经营情况及合规基础等因素,两机关可以采取约谈企业、实地走访、数据监控等灵活的跟踪回访方式。跟踪回访的期限可以设置为弹性区间,对于合规整改完成质量较高的企业,无需设置过长的回访期限;对于合规基础较差的企业,则需要常态化回访考察。

(二) 确立刑事合规的效力认可制度

涉罪企业被决定不起诉只是免除了刑事责

任,仍需承担行政责任。所谓刑事合规效力认可,是指以涉罪企业在刑事诉讼阶段的整改效果,作为后续减轻行政处罚的考量因素^④。在我国刑事司法与行政执法的双轨制执法框架下,刑事合规整改的良好效果,对于涉罪企业的行政责任并不产生法定的减免结果^⑤。只有行政机关认可前一阶段企业刑事合规整改成果,减免其行政责任,不对其作出责令停产停业、吊销营业执照等可能致使企业关停的行政处罚措施,才不会使企业刑事合规整改工作前功尽弃。另外,如若后续行政处罚过于严厉,那么涉罪企业合规激励效果几近于零,无疑会打消企业接受刑事合规整改的积极性,无法达到企业合规改革的预期目的。如是以观,在涉罪企业合规整改过程中,应当明确合规效力认可,使自愿承诺实施合规整改的涉罪企业不仅可以获得宽大的刑事处理,还可以进一步获得轻缓的行政处罚,实现刑事司法与行政执法效果的一体落地,激活行政处罚激励机制^⑥。

刑事合规效力确认的目的在于后续行政处罚的实体从宽。一般认为,行政机关将刑事合规整改效果作为涉罪企业行政责任的减免事由,没有直接的规范依据。笔者认为,可以将《中华人民共和国行政处罚法》第32条的规定理解为其间接规范依据。根据该条文规定,“主动消除或者减轻违法行为危害后果”等行为,可以作为从轻或减轻处罚的依据。涉罪企业刑事合规以赔偿被害人的经济损失、补缴税款为前提条件,而这些行为本身就是为了减轻企业犯罪行为造成的危害结果。于是,“主动消除或者减轻违法行为危害后果”是刑事合规的题中应有之义,刑事合规整改效果自然成为行政处罚从宽的考量情节。从法理上看,企业违反刑事规范侵害的是秩序型法益,而秩序法益也是行政规范维护的主体。由此可以得出这样的结论:通过先前的刑事

①《衔接工作规定》第9条规定:“人民检察院提出对被不起诉人给予行政处罚的检察意见,应当要求有关主管机关自收到检察意见书之日起两个月以内将处理结果或者办理情况书面回复人民检察院。因情况紧急需要立即处理的,人民检察院可以根据实际情况确定回复期限”。司法实践中,由于行政机关与检察机关没有隶属关系,检察意见的落实情况并不理想。

②参见刘译硖:《论企业合规检察建议激励机制的强化》,载《江淮论坛》2021年第6期,第163-164页。

③参见李煜兴:《行刑衔接的规范阐释及其机制展开——以新〈行政处罚法〉行刑衔接条款为中心》,载《中国刑事法杂志》2022年第4期,第76页。

④参见刘译硖:《论涉罪企业合规的刑行衔接及其实现》,载《中国刑事法杂志》2022年第6期,第168页。

⑤参见李奋飞:《涉案企业合规刑行衔接的初步研究》,载《政法论坛》2022年第1期,第109页。

⑥参见郭华:《企业合规整改行刑衔接的协调机制》,载《华东政法大学学报》2022年第6期,第40页。

合规,企业在承担刑事责任的同时,已经承担了一部分行政责任;先前承担的行政责任,应视为后续行政处罚从宽的措施之一^①。

关于刑事合规效力认可的程序要求有三。其一,移送合规整改有关案件材料。检察机关对涉罪企业作出不起诉决定后,应将诸如企业合规计划、合规考察报告等合规整改材料,连同不起诉决定书一并向行政主管机关移送,以备行政主管机关作出行政处罚时审查考量^②。其二,制发检察意见书。检察意见书是行政主管机关对涉罪企业启动行政处罚程序的主要依据。在检察意见书中,检察机关应当写明涉罪企业合规整改的情况与效果,并建议行政主管机关对涉罪企业从宽处罚。需要说明的是,从宽处罚建议应当是概括性的,不宜就处罚种类、幅度等提出具体建议。但是,可以明确建议不适用吊销营业执照、责令停产停业、取消招投标资格等处罚种类,以保障刑事合规整改的积极成果。其三,确认合规整改效果。行政主管机关对照检察机关移送的合规整改材料,评估涉罪企业合规计划的执行情况,包括对被害人的经济赔偿、合规政策融入企业日常生产经营活动的情况^③。对于完成实质性合规整改的企业,作出较为宽缓的行政处罚或免于行政处罚。

三、其他相关企业合规建设的刑行衔接

由个案治理引发的关联企业、行业企业合规建设具有积极意义。个别企业在生产经营活动中涉嫌违法犯罪,在一定程度上反映出行政机关监管不力的问题。不仅涉罪企业需要进行合规

整改,暴露出合规风险的关联企业、行业企业都应开展合规建设,以防范类似违法犯罪行为发生。检察机关有必要延伸检察职能,充分运用类案调研成果,携手行政监管部门、行业协会,推动关联企业、行业企业开展合规建设^④。

(一)促进关联企业合规建设

所谓涉罪企业的关联企业,主要是指被害企业、上下游企业、并购企业以及子公司等。首先,被害企业。有的地方检察机关制定工作规范,明确将被害企业纳入企业合规的对象范围^⑤;在最高人民检察院发布的涉案企业合规典型案例中,不乏对被害企业进行合规整改的事例^⑥。其次,上下游企业。分工精细的生产模式拉长了企业生产链,也紧密了上下游企业之间的关联。若其中一家企业涉嫌犯罪,那么上下游企业均可能受到牵连。为了更好预防关联企业违法犯罪风险,将上下游企业列入合规对象势在必行。最后,并购企业和子公司。涉罪企业实际控制人所控制的并购企业、子公司在管理方式、交易习惯和经营理念等方面均与涉罪企业有着类似之处,通常也存在着互通的法律风险。例如,在“张家港保税区某贸易公司虚开增值税专用发票案”中,涉案公司负责人宋某同时是外省某生物化工有限公司的实际控制人。张家港市人民检察院对宋某所有的两家公司同时启动合规整改,取得了良好效果^⑦。

在企业合规试点实践中,促进企业开展合规建设的方式可以概括为三类。一是将关联企业纳入涉罪企业刑事合规整改过程中,一并进行合

①参见苏晓阳:《企业合规的行刑衔接研究》,载《山东法官培训学院学报》2022年第6期,第163页。
②参见苏晓阳:《企业合规的行刑衔接研究》,载《山东法官培训学院学报》2022年第6期,第160页。在最高人民检察院发布的第二批涉案企业合规典型案例之“深圳X公司走私普通货物案”中,深圳市人民检察院将“企业合规计划、定期书面报告、合规考察报告”等案件材料移送至深圳海关,实现刑事合规的效力认可。
③参见刘译硕:《论涉罪企业合规的刑行衔接及其实现》,载《中国刑事法杂志》2022年第6期,第170页。
④在最高人民检察院发布的涉案企业合规典型案例中,有多起涉及检察机关能动履职促成关联企业、行业企业合规的案例,实现“办理一起案件,扶助一批企业,规范一个行业”的良好示范效应。例如,第二批典型案例之“山东沂南县Y公司、姚某明等人串通投标案”中,检察机关能动履职促进关联企业共同整改;第三批典型案例之“上海Z网络科技有限公司非法获取计算机信息系统数据案”中,推动网络公司行业合规;第四批典型案例之“北京李某某等9人保险诈骗案”中,推进保险和汽车销售服务行业合规,等等。
⑤参见《光明区检察院出台〈企业合规工作实施办法(试行)〉并启动企业合规监督考察工作》,载公众号“深圳市光明区人民检察院”,2021年9月7日发布。
⑥例如,在第三批涉案企业合规典型案例之“王某某泄露内幕信息、金某某内幕交易案”中,企业高管王某某泄露内幕信息的行为,暴露了被害企业存在保密制度缺失和治理结构风险、经营决策风险、制度运行漏洞以及外部关联公司风险等多项深层次合规风险,最终对该被害企业进行合规整改。
⑦参见《张家港市检察院召开两场企业合规案件公开听证会》,载公众号“张家港检察发布”,2021年8月23日发布。

规划建设。由于关联企业只是存在违法犯罪风险而非已然的涉罪企业,对其进行刑事合规整改的正当性值得商榷。而且,刑事合规的本质是以涉罪企业承诺合规并整改效果达标换取刑事责任的减免,对尚未涉罪关联企业的合规建设缺乏激励作用。二是由检察机关直接向关联企业制发检察建议,建议关联企业进行合规整改^①。囿于检察机关与关联企业不存在行政监管关系,且“检察建议”只是检察机关履行职责中,结合执法办案建议有关单位完善制度,加强内部制约、监督的司法建议,不具有强制执行力,故此方式的实际效果十分有限。三是由检察机关向行政主管部门制发检察建议,要求后者督促、指导关联企业完成合规建设^②。笔者认为,这种方式考虑到关联企业经营领域的多样及预防违法犯罪的实际效果,由相应的行政机关在其职责范围内督导关联企业合规建设,是落实检察建议内容的最好方式。

(二) 推动行业企业合规机制

部分企业犯罪的根本原因,与其所属行业的经营方式、商业模式等不无关系,甚至整个行业企业或多或少都存在类似犯罪企业的违法犯罪风险。为实现企业违法犯罪活动的源头治理,检察机关对于带有结构性、行业性、普遍性特征的违法违规现象,应当以涉案企业合规整改为契机,建议负有行政监管职能的行政机关联合相关行业协会,引导虽未涉嫌犯罪,但已暴露或存在潜在相关合规风险的行业企业开展合规管理体系建设。

首先,检察机关通过制发检察建议,开启行业企业合规建设。检察机关在涉罪企业合规整改过程中,如果发现涉罪企业所属行业存在违法犯罪隐患,应当向相关行政机关和行业协会制发检察建议,要求它们参照涉罪企业整改方案进行专项治理,推动整个行业企业开展合规建设^③。例如,在最高人民检察院发布的第二批涉案企业

合规典型案例之“山东沂南县 Y 公司、姚某明等人串通投标案”中,检察机关在办理案件时,发现涉及建设工程等多个领域存在违法犯罪的制度漏洞,因此向财政、教育、市场监管三部门发出检察建议,要求其督促相关行业企业“完善招投标管理、堵塞制度漏洞”。

其次,行政机关、行业协会督导行业企业开展合规建设。行政机关是企业的主管机关,负有对企业的监管职责;行业协会是行业企业的自律组织,承担行业自律监督和行业风险防控的职责。行政机关、行业协会督导行业企业合规建设包括以下内容。一是由行政机关联合行业协会制定行业企业合规管理指引。我国行业企业合规建设始于金融业,以政府主导的方式发展。例如,原中国银行保险监督管理委员会(现国家金融监督管理总局)先后制定了《商业银行合规风险管理指引》和《保险公司合规管理办法》,监督银行业和保险业合规发展。有鉴于行业协会分工精细,且全面了解行业企业的交易习惯、内部管理和合规建设,由行政机关联合行业协会共同制定行业企业合规管理指引,构建行业企业合规管理体系更具科学性。相关企业根据行业合规指引,明确行业合规样本,能起到识别、预防企业风险的作用。二是开展行业企业合规的日常性监管工作,如定期评估行业内风险等级、开展行业培训等。三是推行合规认证,以激励企业开展合规建设。行业协会以企业合规整改效果作为认证评价标准,实施分级管理,获得高等级合规认证的企业不仅能够在行业内部享有较高的声誉,担任行业协会的常任理事单位,成为行业监管的“免检企业”,还可以在行政机关的支持下适用较为宽松的行政监管措施,甚至可以在参加招投标、申请贷款等方面获得政策优惠^④。

四、结语

企业合规对优化营商环境、推进社会经济高

①例如,辽宁省人民检察院、辽宁省高级人民法院联合发布的《关于联合推进涉案企业合规改革的实施办法》第 28 条第 1 款规定:“人民检察院、人民法院在办理案件过程中,发现关联企业或相关行业存在合规风险的,可以建议关联企业或行业进行合规整改”。
②在最高人民检察院发布的第二批涉案企业合规典型案例之“山东沂南县 Y 公司、姚某明等人串通投标案”中,检察机关向县工商联、市场监管局制发检察建议,要求后者参照涉罪企业合规计划督促关联企业合规整改。
③参见钟亚雅等:《走出企业合规改革的“广州节拍”》,载《检察日报》2022 年 5 月 11 日,第 9 版。
④27 参见陈瑞华:《行业合规的探索与反思》,载《民主与法制(周刊)》2022 年第 15 期,第 46 页。

质量发展、推进全面依法治国具有重要价值。检察机关作为法律监督机关,指导和监督各类企业依照法律规定开展合规管理,是检察职能的题中应有之义。为保障刑事合规企业合规预防功能、激励功能的充分实现,有必要在刑事程序结束后引入行政激励模式,推动合规成果在行政领域得到认可,由行政机关对涉罪企业继续开展“去违法化”整改,实现违法风险的有效防控;同时,检察机关在办理具体案件过程中,发现案件背后反映的行业监管漏洞和社会治理问题,有针对性地

制发检察建议,无疑是检察机关依法能动履职的体现。毋庸置疑,实现检察机关与行政机关在企业合规整改问题上的刑行衔接不能一蹴而就,需要在理念上持续更新、实践上不断检验,同时还需要出台相关法律法规加以指导。检察机关与行政机关应当充分发挥各自的职能优势,既要不断加强合作,也要把握好尺度,实现涉罪企业合规刑行衔接工作的顺利推进。

【责任编辑:耿 浩】

On the connection between criminal justice and administrative law enforcement for suspected corporate compliance

Zhang Yunpeng¹, Zhang Xiaotian², Wang Na¹, Yu Muhui¹

(1. Liaoning University, Shenyang, Liaoning 110036; 2. People's Procuratorate of Faku County, Shenyang City, Liaoning Province, Shenyang, Liaoning 110499)

Abstract: The effective connection between criminal justice and administrative law enforcement for suspected corporate compliance is an inevitable requirement for the complete realization of the crime preventive function of corporate compliance. The connection between criminal justice and administrative law enforcement for corporate compliance involves three aspects; the connection between supervision and evaluation of criminal compliance rectification, the connection between subsequent supervision after compliance and non-prosecution, and the connection between other related constructions of corporate compliance. In order to ensure the full realization of the preventive and incentive functions of criminal compliance and corporate compliance, the procuratorate needs to strengthen conceptual communication and operational cooperation with administrative agencies, optimize the connection mechanism between criminal justice and administrative law enforcement, and promote the compliance construction of suspected enterprises, affiliated enterprises and industrial enterprises.

Key words: corporate compliance; connection between criminal justice and administrative law enforcement; participation of administrative agencies

【司法理论与实务研究】

催收非法债务罪的司法适用误区及其纠偏

田靖雨¹, 朱韩韩²

(1. 天津商业大学, 天津 300134; 2. 天津君辉律师事务所, 天津 300010)

〔摘要〕催收非法债务罪系《中华人民共和国刑法修正案(十一)》增设的罪名。该罪名在司法适用过程中, 存在非法债务类型类推适用可能、形式化认定催收行为、罪名溯及力适用标准不一等问题。对此, 应当采取实质解释方法, 明确非法债务的具体类型, 排除债务非法性的类推适用; 以罪刑法定原则为基础, 以实质法益侵害为标准, 廓清催收行为的适用场域; 排除行为社会危害性对罪名溯及力适用的干扰, 恪守“从旧兼从轻”的溯及力适用标准。

〔关键词〕催收非法债务罪; 实质解释; 罪刑法定; 溯及力

〔基金项目〕本文系天津市哲学社会科学规划项目“监察委员会职务犯罪调查措施研究”(项目编号: TJFX19-006) 的阶段研究成果。

〔作者简介〕田靖雨(1998—), 女, 天津市人, 天津商业大学法学院 2021 级经济法专业硕士研究生, 主要从事经济刑法研究; 朱韩韩(1995—), 女, 山东枣庄人, 天津君辉律师事务所律师, 主要从事司法实务研究。

〔收稿日期〕2023-10-20

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-065-07

一、前言

行为主体的复杂性、行为方式的多变性、非法债务类型的单一性及罪名溯及适用问题的广泛性是当下催收非法债务罪司法适用的主要特征。上述特征的形成, 与“运动式犯罪治理”所形成的司法惯性有较大的相关性。司法惯性虽为该罪名提供了深厚的适用基础, 但也给其正确司法适用造成了较大的阻力。出台的新罪名如果只是旧罪名、旧司法习惯的移植物、复制品, 立法就会徒劳无功。新罪名应当运用多重解释方法, 厘清其自有的罪名适用范围和罪名适用特征, 以便发挥其应有的犯罪治理功能。笔者拟结合实践案例, 归纳催收非法债务罪具有代表性的司法适用问题, 以期提出针对性的司法适用建议。

二、催收非法债务罪的司法适用误区

(一) 非法债务类型存在类推认定可能
非法债务类型作为催收非法债务罪的必要

构罪要件, 从立法用语上即可知, 没有非法债务就没有催收非法债务罪的存在基础。非法债务类型的认定, 在一定程度上影响着催收非法债务罪所规制犯罪圈的大小。如果对非法债务的认定条件较为苛刻, 相应该罪名的适用范围就小; 反之, 该罪的适用范围则会扩张。

目前, 作为法条中唯一列明的非法债务类型——高利贷, 无论是民法还是刑法的司法解释均有明文规定。2002 年, 中国人民银行发布《关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》, 首次对高利放贷行为作出明确界定: “民间个人借贷协商的利率不得超过央行公布的金融机构同期、同档次贷款利率(不含浮动)的 4 倍。超过上述标准的, 应界定为高利借贷行为”。之后, 高利贷作为法律用语, 逐渐进入到司法与立法者的视野中。2015 年最高人民法院颁布《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》, 正式将“两线三区”作为高利贷认定的统一标准; 2019 年,

“两高两部”^①联合印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》，规定“违反国家规定，未经监管部门批准，或者超越经营范围，以营利为目的，以超过36%的实际年利率经常性地向社会不特定对象发放贷款，扰乱金融市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪”。该规定正式确立了刑法认定非法放贷的实际年利率基准线^[1]，为当前催收非法债务罪中辨析高利放贷行为产生的非法债务提供了可供操作的认定标准。催收非法债务罪的罪状描述中对于非法债务采取了不完全列举方式，对非法债务的类型认定使用了“等”字概括的立法用语。立法用语采用模糊处理，提升了刑法的稳定性，同时也为类推解释埋下了诱因。

(二)催收手段认定形式化

催收非法债务罪规定了“使用暴力、胁迫方法；限制他人人身自由或者侵入他人住宅；恐吓、跟踪、骚扰他人”三种基本行为方式^[2]。行为人采用上述行为方式催收高利放贷等产生的非法债务，情节严重的构成本罪。但是本罪在司法适用的过程中，出现了忽略“情节严重”结果要件限制，形式化认定催收行为的现象。

“被告人罗某明催收非法债务案”一审刑事判决书表明^②，2016年11月，被告人罗某随洪某等人驾驶车辆前往被害人家中，索要被害人用于赌博的高利贷借款。因当时家中无钱，被害人母亲承诺卖掉黄桃树苗还钱。几天后，被害人父亲借款2万元用于偿还债务。因被害人借款中有被告人罗某明借给被害人用于赌博的高利贷1万元，便将索要的钱款分给被告人1万元。贵州省

Y自治县人民法院据此认定，被告人明知他人采取跟踪、骚扰等方式催收其高利放贷产生的非法债务，仍一同参与，情节严重，其行为构成非法催收债务罪。笔者认为，该案中被告人虽然参与了催收非法债务的行为，但是依据上述事实，难以认定被告人实质性地实施了催收非法债务的行为。首先，其行为不具有实质法益侵害性。就判决书中叙述的催收事实来看，被告人单次驾车前往债务人家中索债、寻找债务人家属索债的行为难以构成刑法意义上的危害行为。虽然债务人家属卖掉黄桃树苗并借款为其偿还高利贷，但被告人在此期间并未使用暴力或者以暴力相威胁。除去赌场内高利贷这一容易使得一般人对行为违法性的认定先入为主的因素，以上讨债行为并不会被刑法纳入评价范围之内，至多被处以行政处罚。其次，被告人参与催收行为不具有主动性。被告人先后两次索债行为均为他人索债时电话邀约参与，自己并未主动组织讨债行为。虽然被告人取得了被害人的还款，但实则是他人索债行为的附属结果，被告人对于索债行为并未积极参与。将被告人罗某明参与讨债行为的弱刑事违法性与消极性结合起来看，笔者认为，其行为不应被认定为催收非法债务罪。

上述形式化认定催收行为的情况并非个例。在“尹某轩催收非法债务案”中^③，浙江省Y市人民法院将被告人“开车到被害人住所催收高利贷非法债务，见被害人不在家，将被害人人家四扇窗户玻璃砸碎”的行为，认定为以暴力手段催收非法债务；在“赵某某催收非法债务案”^④中，贵州省H市人民法院将被告人至被害人家中催收债务时

①“两高两部”指最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部。
②参见贵州省玉屏侗族自治县人民法院：“罗志明催收非法债务罪”一审刑事判决书，(2021)黔0622刑初48号，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId= eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7>，最后访问时间：2023年10月10日。
③参见浙江省玉环市人民法院：“尹维轩催收非法债务罪”一审刑事判决书，(2021)浙1021刑初155号，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId= eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7>，最后访问时间：2023年10月10日。
④参见贵州省仁怀市人民法院：“赵某某催收非法债务罪”一审刑事判决书，(2021)黔0382刑初137号，载中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId= eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7>，最后访问时间：2023年10月10日。

与被害人发生争执的行为,认定为以骚扰手段催收非法债务。

(三) 罪名溯及力标准不一

实践中,部分法院在适用催收非法债务罪时,坚守了“从旧兼从轻”的溯及力原则。在“张某等催收非法债务案”^①中,一审判决认定被告人的行为构成敲诈勒索罪与寻衅滋事罪,并数罪并罚;二审法院认定,“原审定罪量刑时根据当时的法律规定构成寻衅滋事罪并无不当。《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)将该类行为认定为催收非法债务罪,依据‘从旧兼从轻’原则,应以催收非法债务罪追究其刑事责任”^[3]。与此相同,在“吴某城、王某飞催收非法债务案”“蔡某通等催收非法债务案”“刘某河等催收非法债务案”中,主审法院均依据“从旧兼从轻”的溯及力原则,将所涉寻衅滋事罪改判为催收非法债务罪。

部分法院在判断催收非法债务罪是否应当溯及适用时,将行为的社会危害性作为“从旧兼从轻”之外的标准予以考量。在“肖某标等高利放贷寻衅滋事案”^②中,二审辩护人提出,“本案二审期间《刑法修正案(十一)》施行,第34条新增了催收非法债务罪。肖某标等人的催讨债务行为正是该法律规范调整的内容,且量刑更轻。根据‘从旧兼从轻’的原则,对肖某标应按新的法律规定重新量刑”。二审法院经过审查,针对上述辩护事由认为,“其社会危害性及恶劣程度远大

于短期的程度较深的限制人身自由和寻衅滋事行为,应依法从重打击,原判定罪并无不当,本院不作变动”。此裁判观点表明,二审法院虽然承认被告人的行为符合催收非法债务罪的溯及时间范围,但并未将“从旧兼从轻”原则作为溯及适用标准,而是以“催收非法债务罪作为轻罪,无法完全包容评价被告人行为的危害性”为由拒绝改判。同样的裁判观点还出现在“谭某博、邹某波诈骗、敲诈勒索、寻衅滋事案”“赵某淳等寻衅滋事案”等案件中。

三、催收非法债务罪司法适用纠偏

(一) 区分赌债与因赌博而欠下的债务

赌债是实践中仅次于高利贷的非法债务类型^③。一般意义上的赌债,是指赌博活动当事人之间产生的合意性承诺欠款^[3],也即赌债仅产生于特定的赌博活动参与者中,没有参与特定赌博活动或者不作为赌博活动的直接当事人之间产生的债务不能称为赌债。但依(2021)苏1283刑初180号刑事判决书显示,案件债务产生的原因是被告人借款给某人至澳门赌博,后借款人无力偿还。为索取债务,被告人进行“软暴力”催收。本案中的债务并非传统意义上的赌债,应当被描述为“因赌博而欠下的债务”。虽然该债务的产生与赌博活动有关,但并非赌局当时参加人之间因赌博活动而产生的债务,而是赌债类推解释的

①参见福建省泉州市中级人民法院:“张彪等催收非法债务罪”二审刑事判决书,(2021)闽05刑终399号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7,最后访问时间:2023年10月10日。

②参见浙江省金华市中级人民法院:“肖云标等寻衅滋事罪”二审刑事裁定书,(2021)浙07刑终92号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7,最后访问时间:2023年10月12日。

③参见辽宁省抚顺市望花区人民法院:“李某某催收非法债务罪”一审刑事判决书,(2021)辽0404刑初162号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7B7,最后访问时间:2023年10月12日;上海市静安区人民法院:“顾某某寻衅滋事罪”一审刑事判决书,(2021)沪0106刑初353号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7 = % EF% BC% 882021,最后访问时间:2023年10月12日;贵州省盘州市人民法院:“孙鑫催收非法债务罪”一审刑事判决书,(2021)黔0281刑初742号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = eb0ac0e270ad9cf5c8b1fbe1184698b0&s7 = % EF% BC% 882021BB% 940622,最后访问时间:2023年10月15日;江苏省泰兴市人民法院:“芮冬催收非法债务罪”一审刑事判决书,(2021)苏1283刑初180号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 0feac47da2d66158679512,最后访问时间:2023年10月15日。

结果。

笔者认为,应当严格区分“赌债”与“因赌博而欠下的债务”。首先,作为参赌人员之间产生的一般意义上的赌债,作为本罪的非法债务类型,符合现实需求和法律规定。从规范层面来看,参赌人员因赌局产生的债务具有明确的外延,将其作为催收非法债务罪的入罪条件,有助于恪守罪刑法定原则。其次,因赌博而欠下的债务应当分情况探讨。其一,若出借方明知借款人实施赌博犯罪活动的,对于出借人应当根据最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条,“明知他人实施赌博犯罪活动,而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的,以赌博罪共犯论处”。其二,若出借方对借款人实施赌博等犯罪活动不知情,且借款利息超过法定利息标准,可以将借款归为高利贷这一非法债务类型。其三,如果出借人既对借款人实施赌博等活动不知情,借款利息也未超过法定利息标准,则不应将此类借款认定为非法债务。针对此类债务进行“软暴力”催收,应当仅对行为人的手段予以单独评价,进而适用非法侵入住宅罪、非法拘禁罪等罪名。

(二)“套路贷”不应纳入催收非法债务罪规制范畴

实践中,“套路贷”也被纳入催收非法债务罪的规制范围,但法院对于“套路贷”是否应当纳入催收非法债务罪规制范围态度不一。在“张某等敲诈勒索案”^①中,被告人一方要求借款人签订借款承诺书、告知书、借条、二手车交易协议书、抵(质)押汽车逾期变卖委托合同等只有借款人一方签名的格式合同,单方设定低门槛违约条件和高额违约金等明显不利于借款人的条款,制造民

间借贷的假象,再收取首月利息、安装GPS等费用,使借款人实际借得的款项明显低于合同约定的借款金额。当借款人出现轻微违约情形后,被告人通过电话威胁、谩骂、软磨硬泡、喷漆、殴打等手段,逼迫借款人就范。一审法院将财产非法占有目的与“软暴力”行为分开评价,认为被告人同时触犯了敲诈勒索罪与寻衅滋事罪;二审法院认为,原审定罪量刑并无不当,依据“从旧兼从轻”的原则,应以催收非法债务罪追究其刑事责任。最终认定被告人犯敲诈勒索与催收非法债务罪,数罪并罚。然而,在“李某、徐某坤诈骗、寻衅滋事案”^②中,被告人采用提前扣除30%“砍头息”的方式,在多个网络平台放贷,到期不能归还加收逾期费。当被害人不想续借或无力偿还时,被告人以“借款次数越多利息越低”为由,诱使被害人向其所属公司关联人员继续借贷,通过这种“以贷还贷”的方式不断垒高债务。对到期不能归还的,对借款人及其亲友、同事采取辱骂、威胁、多次拨打电话或短信“轰炸”等方式催收。一二审法院均肯定了被告人的非法占有目的,并将此非法占有目的与催收行为分别评价,以诈骗罪与寻衅滋事罪数罪并罚。二审法院还认为,被告人大肆实施“套路贷”犯罪活动,对无力还款的被害人通过软暴力手段,扰乱被害人及其亲友的正常工作、生活,并造成被害人杀害亲人的严重后果,严重破坏了社会秩序,其行为均已构成寻衅滋事罪,不构成催收非法债务罪。

上述案例的共同点在于,“套路贷”本身的非法性已被具有非法占有目的的财产性犯罪(敲诈勒索罪、诈骗罪)所评价。而财产犯罪不能评价的非法催收行为,应当被单独评价。在单独评价这些催收行为时,产生了寻衅滋事罪与催收非法债务罪两种不同观点。2019年“两高两部”《关于

①参见福建省泉州市中级人民法院:“张彪等敲诈勒索罪”二审刑事判决书,(2021)闽05刑终399号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 0feac47da2d66158679512e9ef4c1c44&s72>,最后访问时间:2023年10月15日。

②参见河南省商丘市中级人民法院:“李鑫、徐乾坤诈骗罪、寻衅滋事罪”刑事裁定书,(2021)豫14刑终21号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 0feac47da2d66158679512e9ef4c1c44&s7>,最后访问时间:2023年10月15日。

办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》明确规定,“实施‘套路贷’过程中,未采用明显的暴力或者威胁手段,其行为特征从整体上表现为以非法占有为目的,通过虚构事实、隐瞒真相骗取被害人财物的,一般以诈骗罪定罪处罚”。根据上述文件精神,笔者认为,一旦对“套路贷”债务类型做出明确认定,其债务非法性已被财产性犯罪所评价。在评价基于此债务的催收行为时,应当避免再次评价债务的非法性;不应当在认定催收行为构成犯罪的同时,再将“套路贷”定性为非法债务予以评价并认定为催收非法债务罪。催收非法债务罪的构罪公式为“债务非法+催收非法”,“债务非法”与“催收非法”二者缺一不可;“套路贷”作为一种非法债务类型,其债务非法性已被财产性犯罪完整评价,剩余催收行为的非法性,不足以单独成立催收非法债务罪。为了避免重复评价的情形出现,催收行为的非法性只能被寻衅滋事罪等其他罪名评价。当前对“套路贷”行为的规制,应当坚守“财产性犯罪+催收行为非法性”的评价模式。

(三)催收行为应具有实质性法益侵害

刑法并非将一切违法行为均纳入其处罚范围,只有具有严重社会危害、应受刑罚惩罚的行为才能成为其规制对象^[5]。从实质刑法观的核心命题——实质刑法解释论的观点来看,应当避免仅仅根据法条文字规定对构成要件作形式的理解,要通过实质解释阐述法条背后蕴含的正义理念,通过实质正义矫正形式正义存在的不当入罪出罪,实现刑法人权保障之机能与法益保护之目的^[6]。但是,实质解释不应当没有边界,否则就会引发出于法益保护而侵犯人权的反噬效应。所以,实质解释应当以罪刑法定原则为根本边界,在法律用语允许的框架之内发挥作用。笔者认为,对于催收行为的认定,应当以罪刑法定原则为基础,结合行为是否具有法益侵害作实质性判断。

首先,对催收行为的认定应当恪守罪刑法定

原则。一方面,应当严格依照法律规定定罪处罚,不得漏罚。据此,应当对催收非法债务罪当中的催收行为作出适当扩大解释,以适应当前复杂多变的社会现状。虽然刑法条文对催收行为作出了封闭式叙明列举,但是每种被定型的催收行为又表现出多样化的具体行为样态。同时,随着社会的复杂式运动发展,网络诽谤等新形式的滋扰方式不断出现,有必要对催收行为以法条为基础,适当作出扩大解释,以合理扩充催收非法债务罪的适用范围。另一方面,法律没有明文规定为犯罪的,不得定罪处罚。也即依据罪刑法定原则,对催收非法债务罪的催收手段,在上述适当扩张解释的基础之上严格把控适用边界。当催收出现诸如普通上门讨债、非骚扰性的电话讨债、协商还债等明显不符合法条规定范围之内的行为,应当积极考虑出罪的可能性。

其次,在罪刑法定原则基础上,对催收行为进行考量法益侵害性的实质解释。我国刑法采用的是“定性+定量”的立法模式,定性用来限定行为的刑事违法性,而定量限定的是刑罚可罚性。如果不考虑行为造成的实质性法益侵害这一量的要素,仅单纯考量行为的形式样态,可能导致部分《中华人民共和国刑法》规制的行为与《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)规制的行为难以区分,这一特点对于作为“行政犯”的催收非法债务罪来说尤其凸显。例如,《治安管理处罚法》第40条与催收非法债务罪的文字表述中,均有“限制他人人身自由或者侵入他人住宅”的规定。如果不对上述两种行为造成结果的量进行有效区分,就难以断定行为人是行政违法还是犯罪。所以,针对催收非法债务罪中的催收行为,必须结合其实质性的法益侵害严格把握。案例中,非骚扰性到欠债人家中索债、将被害人人家四扇窗户玻璃砸碎、与被害人一般争执的行为,由于其法益侵害程度不足以达到刑法的评价标准,不应当作为催收手段认定。与上述形式化认定催收手段相比,“芮

某催收非法债务案”^①中,被告人虽然同样采取了入户讨债的行为,但是不同于罗某明仅采取进入家中商谈讨债,该案被告人先后四次至被害人亲属家中,采用辱骂、雇佣残疾人侵入他人住宅等方式骚扰,严重影响了被害人亲属的正常生活。不论从入户的次数、方式还是入户后的行为,都能显示出其入户行为对于被害人正常生活的严重影响,达到了需要刑法保护的程度。

因此,针对当前催收非法债务罪司法适用过程中出现的催收手段认定形式化现象,应当以罪刑法定原则为基础,以法益侵害实质性解释为方法,对其予以及时纠偏,有效划定催收非法债务罪的适用范围,进而实现打击犯罪、保障人权的双重功能。

(四)“从旧兼从轻”系罪名溯及适用的唯一原则

从消极层面来看,法院将行为危害性作为溯及力考量标准的做法是自相矛盾、有违立法本意的。其一,“从旧兼从轻”原则本身已将行为社会危害性因素考量在内,无需在此原则之外考量行为危害性。“从旧兼从轻”原则植根于罪刑法定原则的派生原则——禁止事后法原则。这一原则中的“从旧”,突出表现了罪刑法定原则的基本内容^[7],既要求对任何人所实施的当时合法的行为,不得追究其刑事法上的责任;也要求对行为人的定罪处罚要以行为时的法律为准。此原则中的“从轻”,则是罪刑法定原则根本精神的直接体现,讨论的是行为之时规定的刑罚,不允许事后加重。对此,《日本刑法典》第6条明确规定,“犯罪后的法律使刑罚有变更的,适用处罚较轻的法律”。这表明“从轻”原则要求对溯及力的调整对象,仅仅比较法条刑罚的轻重即可,应当排除具体案件中行为的具体样态危害性。因为此处有一先验事项,即立法者已将法条调整范围内的行为危害性作出了前置性轻重比较,适用“从

轻兼从轻”原则时,只需比较罪名刑罚的轻重即可,不应再以“行为虽然符合轻法构成要件,但是由于行为危害性较大,轻法处罚较轻不足以评价”为由,否认轻法的溯及适用。其二,从此罪与彼罪的区分来看,寻衅滋事罪与催收非法债务罪在构成要件层面存在根本性不同,二者是互相排斥的关系;非法拘禁罪、非法侵入住宅罪则与催收非法债务罪存在吸收竞合关系。所以,构成催收非法债务罪的行为不应当再被判处寻衅滋事等罪。这已不单是法律溯及适用的问题,而是法律适用纠错问题。

从积极层面来看,司法观念应当随着立法观念的更新而逐渐转型。当代刑法立法的功能性特征极其明显,立法者的反应更为迅捷,通过刑法控制社会的欲望更为强烈。对这种刑法立法活跃的现象,西方国家称之为立法的“灵活化”,日本则称之为立法的“活性化”。二者实质表达的内涵相同,即刑法立法必须符合时代精神。我国刑法立法从消极立法观向积极立法观的渐进式转向,恰好与此一致。所谓积极的立法观,是本着“严而不厉”的原则,设立大量针对性轻罪严密刑事法网,以达到刑法参与社会治理的目的。针对此立法观念的转变,司法机关也应当适时改变“重罪治世”的司法观念,及时接受和学习立法者传达出的轻罪治理理念,对于《刑法修正案(十一)》中设置的大量轻罪条款,在符合行为构成要件时,依照“从旧兼从轻”原则正确理解与适用。催收非法债务罪作为典型的功能性轻罪,法院对此应当在罪刑法定的范围内适用,不应当以刑法设置较轻为由,限缩其适用场域。这不但有违罪刑法定原则,也与上述立法趋势相悖。

每个时代都有其相应的刑法参与社会治理的模式。当前,我国正处于生产力加速发展时期,众多新的社会治理问题亟待解决。建立完善“严而不厉”的轻罪刑事法网,一方面有助于有效

①参见江苏省泰兴市人民法院:“芮冬催收非法债务罪”一审刑事判决书,(2021)苏1283刑初180号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId=0feac47da2d66158679512e9ef4c1c44&s7=%EF%BC%882021>,最后访问时间:2023年10月16日。

规范社会秩序;另一方面,轻罪的设置有助于在刑事法网扩张进程中,坚守刑法的人权保障职能。

〔参考文献〕

[1]李霁.催收非法债务行为的犯罪认定界分[J].中国政法大学学报,2022(01):254-265.
[2]陈兴良.套路贷犯罪研究[J].法制与社会发展,2021(05):5-27.
[3]黄婷.催收非法债务罪与关联罪名之司法认定[J].闽江学院学报,2022(06):79-89.
[4]王泽鉴.民法学说与判例研究(第二册)[M].北京:

中国政法大学出版社,2005:103.
[5]张平寿.催收非法债务罪的限缩适用与路径选择[J].中国刑事法杂志,2022(01):158-176.
[6]刘艳红.实质刑法的体系化思考[J].法学评论,2014(04):56-69.
[7]刘宪权.最新刑法修正案司法适用疑难问题研究[J].法学杂志,2021(09):1-16.
[8]赵运锋.功能主义刑法解释论的评析与反思——与劳东燕教授商榷[J].江西社会科学,2018(02):193-191.

【责任编辑:张虹】

Misunderstandings in judicial application of the crime of collecting illegal debts and their correction

Tian Jingyu¹, Zhu Hanhan²

(1. Tianjin University of Commerce, Tianjin 300134, China; 2. Junhui Law Firm of Tianjin, Tianjin 300010, China)

Abstract: The crime of collecting illegal debts is a crime added in the “Eleventh Amendment to the Criminal Law of the People’s Republic of China”. In the process of judicial application of this crime, there are problems such as the possibility of analogical application of illegal debt types, formal identification of collecting behavior and different application standards for the retroactivity of the crime. In this regard, a substantive interpretation method should be adopted to clarify the specific types of illegal debts and exclude the analogical application of the illegal debts; based on the Nulla poena sine lege, and based on the standard of substantial infringement of legal interest, the applicable field of collecting behavior should be clarified; the social harm of the behavior should be excluded to avoid the interference in the application of retroactive effect of crimes, and the applicable standard of the retroactive effect of “following both the old and the lighter” should be abided by.

Key words: crime of collecting illegal debts; substantive explanation; Nulla poena sine lege; retroactive effect

政府特许经营协议中行政优益权的法律规制研究

卢政峰,李 勃,李钧泽
(大连海洋大学,辽宁 大连 116000)

〔摘 要〕随着福利国家和服务型政府的构建,政府特许经营逐渐成为我国公共事业服务的主要形式。政府特许经营协议中的行政优益权主要通过优益权的授予来实现对特定公共事业的行政管理目标,并体现在发起与选择权、监督指导权、变更与解除权、制裁权等方面。目前,我国政府特许经营协议制度尚缺乏理论基础和实践经验,尤其在行政优益权的行使上,存在着法律规范不健全、缺乏完善的程序机制、救济制度标准不明确等诸多问题。通过完善行政优益权的相关法律规范,强化权力行使过程中的程序机制,完善其救济制度标准,可以更好地保障协议主体的合法权益,维护各方主体在行政协议中的平等地位。

〔关键词〕政府特许经营;行政优益权;救济制度标准

〔基金项目〕本文系2022年辽宁省社会科学基金项目“政府特许经营协议在履行中的法律问题研究”(项目编号:LJKFR20220245)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕卢政峰(1971—),男,辽宁凤城人,大连海洋大学海洋法律与人文学院副教授,法学博士,主要从事行政法与行政诉讼法研究;李勃(1995—),女,吉林松原人,大连海洋大学海洋法律与人文学院法律专业2021级硕士研究生,主要从事行政法与行政诉讼法研究;李钧泽(1995—),男,河南新乡人,大连海洋大学海洋法律与人文学院法律专业2020级硕士研究生,主要从事环境法学、行政法与行政诉讼法研究。

〔收稿日期〕2023-10-27

〔中图分类号〕D912.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-072-08

一、政府特许经营协议与行政优益权的基本范畴

(一)政府特许经营协议的内涵

行政优益权一般是指行政主体在履行职责过程中,为实现行政管理目标或维护社会公共利益,以法律规范等形式赋予行政主体享有相对于行政相对人的优先权和受益权。我国现行行政法律规范中虽未对行政优益权的概念作出明确界定,但在相关司法解释中已予以认可。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议规定》)第16条第1款规定:“在履行行政协议过程中,可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形,被告作出变更、解除协议的行政行为后,原告请求撤销该行

为,人民法院经审理认为该行为合法的,判决驳回原告诉讼请求;给原告造成损失的,判决被告予以补偿”。也就是说,行政优益权在行政协议中的典型表现之一,是法律规范赋予行政机关以可能损害国家利益、公共利益为由,突破合同约定,单方面变更或解除协议的权力。

(二)行政优益权的内涵

行政协议是行政机关为实现行政管理或维护公共利益的目标,在其法定职权范围内,通过双方合意,平等自愿协商交流,与法人、自然人或其他组织订立行政合同的新型管理方式,同时兼具合意性与行政性双重属性;政府特许经营协议,指行政机关在某些公共领域或特定事业中,通过相关法定规范与程序,利用市场竞争机制,平等选择参与其中的投资者与经营者,并由行政

机关授予其在合同约定的范围或期限内有权经营该事业或向社会公众提供特定服务的行政协议。

(三) 政府特许经营协议中行政优益权的表现形式

政府特许经营协议是一种较为典型的行政协议模式。其行政优益权主要体现在以下五个方面：

1. 协议的发起权与选择权

虽然政府作为特许经营协议的发起者，会于协议订立前与交易相对人就协议的内容或履行进行协商讨论，但协议的主要内容由行政机关单方确定，以求能够达到满足公共服务需要的目的。但出于公平竞争与合理分配的考量，协议相对方的选择往往经由招标、投标等方式来进行。相对人必须符合订立协议项目须具备的基本条件，再由行政机关从参与竞标的主体中选择最合适的一方，以完成政府特许经营协议的缔结程序。例如，住房和城乡建设部制定的《市政公用事业特许经营管理办法（2015 修正）》（简称《市政管理办法》）第 7 条和第 8 条对竞标者所应具备的各项条件及程序作了详细规定。由此看来，政府所享有的筛选协议相对人的权利，不仅是出于维护公共利益考虑，也是为了确保特许经营协议的顺利履行。

2. 协议履行的监督指导权

在政府特许经营协议实施过程中，行政机关拥有双重身份，不仅作为协议一方当事人需要履行合同约定的相关义务，还要履行行政职责和维护公共利益职能。政府有义务对经营协议进行指导和监督。例如，《中华人民共和国政府采购法（2014 修正）》第 13 条规定了政府财政部门依法应当对政府采购活动履行监督管理职责^①。行政机关在对协议执行方法的理解和对公用事业的服务效果等方面，更能意识到协议的实施目的与履行效果。因此，行政机关有必要履行指导和监督职能，在协议的执行过程中给予协议相对人一定的指导，帮助协议相对人更好地履行协议内

容。同时，行政机关作为公共事业的发起者与监督者，有义务保障特许事项的顺利进行。履行特许经营协议过程中，发生危害国家或公共利益的突发状况时，行政机关有权要求相对人及时纠正错误并进行补救；对相对人的履行和经营能力加以考核，监督其产品质量、服务质量和安全生产等情况，以确保政府特许经营协议能够成功履行。

3. 单方面变更与解除权

在履行政府特许经营协议过程中，对于订立时无法预见、无法避免，或因法律法规、政策变化使得政府特许经营协议无法继续履行，或继续履行将对国家利益和社会公众利益造成损害的情形，行政机关可以实施行政优益权，单方面变更原协议中的权利义务内容或者单方面解除该协议，使其归于无效，最大程度地减少或减低损害。

与民事合约中的法定或约定解除权不同，行政机关的单方面变更权和解除权是行政主体的专属性权利，若此项权利不能得到有效规制，就会使得协议双方主体权利失衡，极有可能给对方当事人的权益造成损害，从而滋生社会矛盾。因此，行政主体在行政契约中行使单方变更权和解除权时，受到更加严格的前置条件限制。首先，单方面变更或解除行政协议的目的，必须是为了实现行政管理目标或维护社会公共利益。其次，变更权和解除权的行使，应当由特殊原因引起，且没有其他补救方案。再次，为降低相对方的负担，解除权的行使应当较变更权更加严格。遵循比例原则应有的比例要求，当行政主体单方变更协议内容不足以维护社会公益时，才可单方面解除该协议使其无效。最后，在继续性合同中，若相对人已经履行了合同中的部分义务，行政机关在变更或解除协议时，应对合同相对人履行义务部分给予适当补偿。

4. 行政主体的法定制裁权

制裁权是法律赋予行政主体的一种特殊惩罚权，是赋予行政主体对不履行或违反合同义务的相对人给予制裁处罚的权利。与民事契约权

^①《中华人民共和国政府采购法（2014 修正）》第 13 条规定：“各级人民政府财政部门是负责政府采购监督管理的部门，依法履行对政府采购活动的监督管理职责。各级人民政府其他有关部门依法履行与政府采购活动有关的监督管理职责”。

利中的制裁权不同,行政主体拥有的制裁权必须是法律赋予的,而非依合同约定达成。当政府特许经营协议中的相对人不履行或违反协议义务时,行政机关可以行使行政优益权来维护社会公共利益,以行政处罚的方式给予协议相对人制裁,以更好地促进协议的履行。制裁措施可以是财产罚、资格罚或解除协议等。例如,我国《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例(2020修订)》第17条规定,对于不遵守合同约定开发期限和条件的,相应的土地管理部门可以给予警告、罚款以及无偿收回土地使用权等制裁措施^①。

二、政府特许经营协议中规制行政优益权行使的现实困境

(一)行政优益权相关法律规范不健全

行政主体合法合理地行使行政优益权,不仅需要督促行政机关在特许经营协议中依法依规妥善行使权利,更需要成熟且规范的法律法规提供制度保障。我国现行行政法律规范对于行政优益权的规定散见于单行性法规和地方性立法,不仅效力层级较低,立法上也缺乏对行政优益权系统且规范的规定。《行政协议规定》第16条、第21条与第24条等规定的内容,常被学界解读为行政机关在行政协议中享有行政优益权的法律依据,但该解释本质上只是针对法律条文的解释性规范,而非明确的授权性法规,无法直接、普遍地授予行政机关在行政协议中享有行政优益权。《行政协议规定》规定行政机关行使行政优益权,并非授予其优益权。对此,应当坚持“无授权则无行政”的原则,通过立法明确规定行政机关在行政协议中行使优益权的合法性。

目前,在《市政管理办法》和《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的相关条款中,规定了行政机关拥有监督权、变更解除权、制裁权等

权利。这两个部门规章虽然对特许经营协议中优益权的个别表现形式进行了适当规范,但是对行政优益权的地位、法律性质、行使条件、具体表现形式及适用范围等,仍未作出明确规范和解释,不仅缺乏统一的立法原则与理念,也不具有普遍适用性与系统性。这使得行政执法实践中滋生出不少现实问题。例如,在“湖北某饮料有限公司诉J经济技术开发区管理委员会、J市人民政府行政协议纠纷”案中,一审法院认定双方当事人签订的《招商项目投资合同》及《补充合同》的性质为行政合同,其逻辑是以行政优益权为行政协议特征,从而定性合同的“行政性”;二审法院以合同出于行使行政职能,以完成行政管理目标为内容,认定该合同为行政协议,在此基础上认为协议履行过程中行政机关依法享有行政优益权^②。由此可见,行政优益权界定层面的缺失,使得该权利在具体证成过程中陷入了诠释困境。

(二)行政优益权缺乏完善的程序机制

程序法定是规范行政优益权的重要内容。行政机关依法行使行政管理职能,在程序规范下对特许经营协议进行指导和监督,是行政法的一项基本要求。司法机关在对特许经营协议中的行政优益权行使行为进行合法性审查时,除了应注意维护社会公共利益等实体评价标准外,更应当注重听证、听取当事人陈述等程序性保障。《市政管理办法》第25条规定了行政机关在取消相对人特许经营权时,应当按法定程序进行,并履行听证程序^③。但是,实务中仍存在一些行政主体未履行告知听证义务就行使行政优益权解除协议的情形。例如,在“长春某燃气有限公司与某住建局诉讼案件”中,二审法院审理认为,该燃气企业与行政机关签订的特许经营协议,只是企业通过经营协议的方式获得了特许经营权,而

①《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例(2020修订)》第17条规定:“土地使用者应当按照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求,开发、利用、经营土地。未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的,市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正,并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚”。

②参见最高人民法院:(2017)最高法行申3564号“湖北草本工房饮料有限公司、荆州经济技术开发区管理委员会经贸行政管理(内贸、外贸)再审审查与审判监督”行政裁定书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZOBOXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年9月27日。

③《市政公用事业特许经营管理办法(2015修正)》第25条规定:“主管部门应当建立特许经营项目的临时接管应急预案。对获得特许经营权的企业取消特许经营权并实施临时接管的,必须按照有关法律、法规的规定进行,并召开听证会”。

解除特许经营协议与撤销行政许可两个行政行为的性质并不相同。该案被诉的行政行为本质上是行政机关单方解除特许经营协议,致使燃气企业丧失特许经营权的行为,不属于行政许可行为的撤销或者注销。因此,燃气企业根据《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)第7条提出的陈述与抗辩主张,因被诉行政行为被认定为不属于行政许可行为而被二审法院认为其主张不成立,故不予支持^①。从该案可以看出,部分司法机关对于行政优益权行使的程序性审查较为僵硬,未能正确适用正当程序原则,协议相对人的程序性权利没有得到保障。行政主体在特许经营协议下行使的单方变更解除权,极易对相对人的权益造成侵害。因此,对于这类具有侵益性的优益权的合法性审查应当更加严格,以防止公权力在市场公平交易环境下的滥用。

(三)行政优益权救济制度缺乏明确标准

我国对相对人的司法救济路径主要分为行政复议和行政诉讼。由于救济途径的相关规范尚不完备,使得在实务中救济的表现较为匮乏。行政复议是行政相对人发现行政主体实施的具体行政行为危害到其合法利益时,向行政复议机关寻求救济的权利。《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第44条规定,对属于受理范围内的行政案件,既可以选择先行政复议再行政诉讼,也可直接提起诉讼,二者择一而行^②。虽然新修订的《行政诉讼法》已经将行政协议纳入行政诉讼的受理范围,但是,《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)和《中华人民共和国行政复议法实施条例》均未明

确将政府特许经营协议纠纷纳入行政复议案件的受理范围。在“杨某与江苏省C市W区人民政府行政复议纠纷案”中,法院认为,该案行政相对人对政府特许经营协议提起的行政复议申请,不属于行政复议的受理范围^③,且根据国务院原法制办公室作出的《对〈交通运输部关于政府特许经营协议等引起的行政协议争议是否属于行政复议受理范围的函〉的复函》(国法秘复函[2017]866号)规定,政府特许经营协议纠纷不属于《行政复议法》规定的受案范围^④。因此,政府特许经营协议行政优益权纠纷中的行政相对人难以通过行政复议途径寻求救济。

此外,行政优益权的行使往往是以“公共利益的需求”为前提。但在司法实务中,对于“公共利益”的判断并没有明文规定,往往是行政机关主观评价的结果。在判断标准缺失的前提下,法院对优益权的行使原因及对公共利益的解释与判断往往也较为主观,缺乏必要的说理过程。司法机关审理这类案件时,基于对行政机关经验性的尊重,往往不会推翻行政机关作出的这类认定,对于“公共利益”的法律概念保留谦让的解释空间。例如,在“李某与J市J区人民政府等补偿协议”诉讼案件中,对于行政机关因第三方评估计算错误导致多支付补偿款,进而单方面变更补偿协议的行政决定,二审法院审理后认为,虽然相对人对该案协议中的数据错误不存在主观过错,但协议约定价款与实际应获价款存在较大偏差,相对人所获补偿不具有合理的信赖利益。行政机关根据协议向相对人支付的额外价款来源于公共财政,若不对其进行合法合理的分配,势必损害社会公共利益,遂认定该行政机关行使行

①参见吉林省长春市中级人民法院:(2017)吉01行终218号“长春鼎源燃气有限公司与农安住建局城建行政决定及行政协议”二审行政判决书。载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年9月27日。

②《中华人民共和国行政诉讼法》第44条规定:“对属于人民法院受案范围的行政案件,公民、法人或者其他组织可以先向行政机关申请复议,对复议决定不服的,再向人民法院提起诉讼;也可以直接向人民法院提起诉讼。法律、法规规定应当先向行政机关申请复议,对复议决定不服再向人民法院提起诉讼的,依照法律、法规的规定”。

③参见最高人民法院:(2019)最高法行申3268号“杨金华、江苏省常州市武进区人民政府再审审查与审判监督”行政裁定书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年9月27日。

④参见国务院原法制办:《政府特许经营协议等行政协议争议不属于行政复议受案范围》,载江西省发展和改革委员会官网,http://drc.jiangxi.gov.cn/art/2018/4/3/art_14671_639221.html,最后访问时间:2023年9月28日。

行政优益权作出的变更协议行为并无不当^①。但是,在“贵州省某县人民政府与唐某变更房屋征收补偿协议”诉讼案件中,虽然情况相同,但判决结果却截然不同。该案行政主体因第三方测绘报告认定错误,导致多支付补偿款,故行使行政优益权单方面作出变更补偿协议的行政决定。最高人民法院再审认为,该案行政协议在订立过程中即使存在瑕疵,亦是因为行政机关对房屋用途判断的失误,属于行政机关内部决策问题;唐某作为善意相对人,并不存在主观上的故意或过失,因此并不能归咎于唐某;该案中因调查失误导致经营面积及房屋用途认定错误的“情况说明”系第三方公司作出,其责任也理应由第三方公司承担,不存在损害国家和公共利益的情形,遂支持二审法院撤销行政机关变更协议的行政决定^②。

由此可见,在司法实践中,如果仅靠行政机关或法官个体主观方面的判断,难以对“公共利益的需求”形成统一的判断标准。缺乏严谨规范的评价说理过程,势必滋生“同案不同判”的审理情况,不仅会降低当事人对判决结果的期待可能性,也损害了司法活动的统一性与权威性。

三、规制政府特许经营协议中行政优益权的建议

(一)健全行政优益权的相关法律法规

1. 推进行政协议立法进程

目前,我国行政协议立法多以单一的行政协议为对象,立法内容较为零散、不够全面,难以对行政协议中行政优益权的行使范围进行有效规范。对此,应当制定统一、具体的法律规范,确认行政协议的功能,以推动新型行政管理模式的进一步发展。

行政优益权的行使必须遵循一定的法定条件和法定程序,应当根据我国现行法律制度的逻辑框架,科学地确定行政优益权的内容,妥善处

理行政优益权适用的层次关系,对行政优益权作出统一的规定。一方面,政府可以对特许经营实行统一管理。政府特许经营制度的立法,既要考虑行政优益权的制订是否符合公共利益的要求,又要考虑行政优益权的制订是否能够促进政府特许经营制度的实施,是否具有普遍性并能够在全国范围内推广应用,以保证特许经营正常运行。另一方面,通过立法完善政府特许权协议中的行政优益权,并在全国范围内制定具体的行政优益权实施细则。根据具体情况,可以采取先行改革试点的方式,梳理司法实践中取得的经验和存在的问题,据此制定具体的规范措施,以有效解决行政优益权司法实践中存在的问题和矛盾。

2. 明确行政优益权的行使规则

行政优益权是我国立法授予行政主体的一项特殊权利。为避免行政优益权的滥用,应当对其行使条件进行严格限制。立法应当对行政优益权明确以下行使规则:

一是起因条件充分。在司法实践中,由于起因条件不足而引起的纠纷不在少数。将行政优益权行使事由限制在缔约后,即协议履行期间,能够有效避免此类事件的发生。对于双方当事人在订立合同时无法预见的异常情形,不属于合同当事人一方的责任范围,但由于行政主体本身的过失造成,且不能作为行使优益权理由的,应当准用民事法律的规定,并根据其过错程度,由行政主体承担相应责任。

二是行使目的明确。行政优益权的行使必须以国家利益和社会公共利益为出发点,以避免或减少对国家利益和社会公共利益的损害为前提。在行政主体行使行政优益权之前,应当明确行政主体的责任。

三是明确实施内容。为了规范行政优益权的实施,应当界定行政优益权的具体范围及规范方式,并明确行政主体履行的义务及标准等。在

^①参见山东省济南市中级人民法院:(2021)鲁01行终104号“李天宇与济南市济阳区人民政府等”二审行政判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html>,最后访问时间:2023年9月28日。

^②参见最高人民法院:(2018)最高法行申8980号“贵州省关岭布依族苗族自治县人民政府、唐仕国再审查与审判监督”行政裁定书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html>,最后访问时间:2023年9月28日。

行政优益权的具体范围上,特许经营合同中行政主体的行政优益权包括发起权与选择权、监督与指导权、单方变更与解除权、制裁权、解释权等。具体到该权利的规范方式,可以通过立法明确规定,并在签订行政协议时将上述权利作为一项强制性规定列入协议内容。

四是责任条件合理。行政主体因公共利益需要而行使行政优益权,给协议相对人合法权益造成损害的,应承担对协议相对人赔偿的责任。对协议相对人的经济补偿,应当细化补偿标准和程序。在补偿程序方面,应明确行政相对人必须在规定时限内提出补偿方案;在规定时限外提出的,则不予补偿。

(二) 优化行政优益权行使的程序机制

1. 规范行使行政优益权的事前告知程序

行政主体在作出不利于行政相对人权益的决定前,应当告知其依法享有的程序性权利,并在作出不利于行政相对人的决定时予以说明。在公共利益受到损害或可能受到损害的情形下,行政主体与行政相对人的法律地位是不平等的,这就要求行政主体必须依法合理行使行政优益权。由于行政协议当事人地位不平等、信息不对称等原因,许多情况下,行政协议当事人并不知晓行政优益权的存在。因此,行政协议的事先告知具有十分重要的意义。

行政主体行使行政优益权之前,应当遵循程序规范,在向公众披露事实和法律依据的同时,告知行政相对人并听取相对人的意见和辩护,以保证行政相对人表达意见的权利,增强行政行为的正当性。行政主体在履行政府特许经营协议时,应当按照法律规定的程序行使行政优益权,对行政相对人的救济权利、内容、途径以及行政权力行使的法律规范、事实、期限等方面作出书面说明。如此,不仅可以使行政主体更为谨慎地作出解除协议的决定,也有利于进行事后审查,判断解除协议行为的正当性。若发生紧急情况,应加强与行政相对人的沟通并及时作出解释说明,以降低双方当事人之间发生误会和纠纷的可能性,充分保障行政相对人的合法权益。同时,

要采取适当的提前告知方式,确保行政相对人及时获得有关信息。告知一般应当以书面形式通知行政相对人,口头通知的,为避免纠纷也应做好笔录,由行政相对人签名确认或录像。如果穷尽各种方法仍然无法联系到行政相对人,也可以采用公告方式通知,留给行政相对人陈述、申辩的时间。严格履行事前告知程序,可以使行政相对人在行政决定作出时,无需等待事后救济就能更好地保护自己的合法权益。

2. 完善基于行政优益权的听证机制

我国行政法律规范中的听证制度不同于一般意义上的听证和申辩。现行《中华人民共和国行政处罚法》和《行政许可法》中,均规定了专门的行政听证制度;司法实践中,行政听证制度在行政许可和行政处罚等特定行政行为中的应用也取得了较好的效果,对于制订基于行政优益权的行政协议听证程序,具有一定的借鉴意义。狭义的听证制度是指以听证会的形式进行的意见收集。在政府特许经营领域,行政主体单方面行使合同的变更和解除权,会对行政相对人的利益产生重大影响,听证制度能够有效保护交易相对人的合法利益,对行政优益权的规制具有重要的现实意义。完善基于行政优益权的行政协议听证制度,应从以下几方面着手:

一是接受公众监督。在举行听证前,应事先向社会公开听证的时间、地点和内容,听证内容不得涉及国家机密和个人隐私。

二是听证方式合理。应当充分考虑听证对象的特殊性和行政许可协议的专业性。在听证过程中,可以邀请相关专家、学者、法官、行政、司法部门工作人员等专业人士作为第三方参与听证,为行政机关合理行使行政优益权提供专业意见。上述第三方人员因为没有参与行政协议的执行,且具有较高的法律专业水平和法律素养,在听证过程中能够保持中立性。

三是严格限制当事人申请听证的条件和资格。为实现设立行政协议的目的,提高行政纠纷的处理效率,可以仅针对政府特许经营协议等利益重大的合同设立强制性听证规定;对于其他不

影响当事人合法权益的协议或者因情势紧急而来不及履行的协议,则适度放宽听证条件和资格。

(三)明确行政优益权纠纷救济标准

1.完善行政协议受案范围

相较于行政诉讼的矛盾对抗性,行政复议制度通过内部层级监督或纠错的方式解决行政纠纷,实践操作更加方便快捷,已成为解决行政优益权纠纷的主要途径。《行政复议法》已将政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等行政协议纳入行政复议的受案范围,其受理情形可以分为两类:一类是基于合意性的三种情况,包括“不依法订立”“不依法履行”“未按照约定履行”,凸显行政协议本身作为契约的双方合意属性;另一类是具有行政性的两种情况,包括“违法变更”和“解除协议”,体现行政机关通过行政协议行使行政优益权,以实现行政管理的目的。同时,《行政复议法》第71条还规定了几种复议决定与补偿条款。

行政复议应当充分考虑合法性与合理性的审查原则。行政复议机关的审查工作首先应注重合法性。《行政诉讼法》第12条第(11)项列举了四种行政协议可诉情形,但通过现行行政诉讼规范、民事法律规范及司法解释来看,行政协议的可诉情形不应当仅限于这四种情形,还应包括行政协议的生效、无效、终止、可撤销、缔约过失、请求继续履行、补救、补偿和赔偿责任以及监督、解释等情形。同时,《行政诉讼法》第44条确立了行政案件当事人自由选择提起行政诉讼还是申请行政复议的权利,可以依照这一条款的法理,对行政协议纠纷当事人可申请行政复议的情形进一步扩展。复议机关在进行合理性审查时,应当充分考虑行政优益权的行使原因是否合理,是否以维护公共利益为前提;是否遵守了协议的合意属性,参照经济平衡原则给予行政相对人合理的补偿。

2.统一规范公共利益的评价标准

为避免行政优益权不当行使,行政主体应当在行使行政优益权前,对其正当性进行充分说理论证,并以此为客观标准,判断其是否符合社会

公共利益。就公共利益的性质而言,判断政府所保障的利益是否属于公共利益,可以归为以下几点。首先,公共利益的本质特征是公益性,它涵盖了公共条件下的秩序、环境、卫生、健康等方面,是关系到整个社会、公民生活与发展的基本权益。其次,公共利益是一种具有系统性与发展性的权益。公共利益具有广泛的覆盖面和系统性,它是全体社会成员不可分割的共同利益。公共利益的内涵与社会价值取向有着千丝万缕的联系,并随着时代变迁和社会价值观念的转变发生着深刻的变化。再次,公共利益的享有主体为不特定多数人。公共利益既要体现多数人的共同利益,也要区别于普遍多数人的共同利益,并体现对社会大众的开放性。最后,公共利益应体现其重要性。公共利益作为一种重要的社会利益,不仅能够影响到国家政策,也关系着人民群众的日常生活。

就公共利益的认定方式而言,可以借鉴我国《行政诉讼法》中界定行政诉讼受案范围的立法经验,采用“总括+列举”的混合模式,首先对公共利益进行肯定式的概括性规定,然后再对其进行正反两方面的解释,清晰界定公共利益与非公共利益的基本情形,剔除公共利益外延中易混淆的情形,以避免行政主体单纯从政绩、经济、地区利益等角度认定公共利益。同时,公共利益的定义不应局限于概念层面,还应结合具体的行政诉讼案例。在案件审理过程中,应当对公共利益的评判进行充分规范的说理论证,以增强司法公信力。

公共利益是社会所有成员都能享受到的整体利益,被归入公共利益范围的利益都是对个体利益的高度概括。公共利益作为容易被任意解释且具有高度概括性的概念,很难设计出一个一成不变的定义。虽然公共利益的界定标准难以充分明确,但并不意味着行政主体可以仅凭主观判断任意评判。进一步厘清公共利益的法律概念,不仅是行政主体行使行政优益权的前提,也有利于防止行政机关行政优益权行使的无限扩张。

[参考文献]

[1]江必新. 中国行政合同法律制度:体系、内容及其构建[J], 中外法学, 2012 (06):1159-1175.

[2]郑雅方. PPP 协议中公私法律关系的界分[J]. 行政法学研究, 2017(06):35-43.

[3]张国敏, 郝培轩. 公法与私法的融合性社会治理——以民法典中行政主体义务性规范为视角[J]. 河北法学, 2021 (06):121-132.

[4]许鹏, 乐巍. 行政协议单方变更权的司法审查[J]. 人民司法(应用), 2016(22):102-106.

[5]郑秀丽. 行政合同过程性研究[M]. 北京:法律出版社, 2016:125.

[6]江必新, 梁凤云. 行政诉讼法理论与实务(上)[M]. 北京:法律出版社, 2016:339-340.

[7]梁凤云. 行政协议司法解释讲义[M]. 北京:人民法院出版社, 2020:14.

[8]江西省发展和改革委员会. 国务院法制办:政府特许经营协议等行政协议争议不属于行政复议受案范围. drc.

jiangxi. gov. cn/art/2018/4/3/art_14671_639221. html.

[9]余军. “公共利益”的论证方法探析[J]. 当代法学, 2012 (04):17-24.

[10]王利明. 论行政协议的范围——兼评《关于审理行政协议案件若干问题的规定》第1条、第2条[J]. 环球法律评论, 2020 (01):5-22.

[11]吴俊. 行政协议争议诉讼要件研究[J]. 苏州大学学报(法学版), 2017 (03):114-127.

[12]宋华琳, 郑琛. 行政法上听取陈述和申辩程序的制度建构[J]. 地方立法研究, 2021 (03):52-68.

[13]刑鸿飞, 王春业, 韩轶, 吴志红. 行政法专论[M]. 北京:法律出版社, 2016:260.

[14]章剑生. 行政协议复议审查的范围、规则与决定方式[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2023 (02):124-133.

[15]黄先雄. 论“行政法上权利义务内容”的识别及其对协议性质的影响[J]. 清华法学, 2023 (03):21-38.

【责任编辑:柴 玮】

Research on the legal regulation of administrative preferential rights in government franchising agreements

Lu Zhengfeng, Li Bo, Li Junze

(Dalian Ocean University, Dalian Liaoning 116000, China)

Abstract: With the construction of the welfare state and service-oriented government, government franchising has gradually become the main form of public utility services in China. The administrative preferential rights in the government franchising agreements are mainly used to achieve the administrative management goals of specific public utilities through the grant of preferential rights, reflected in the right of initiation and selection, the right of supervision and guidance, the right of change and termination, the right of sanction, etc. At present, China's government franchising agreement system still lacks theoretical foundation and practical experience. Especially in the exercise of administrative preferential rights, there are many problems such as imperfect legal norms, lack of perfect procedural mechanisms and unclear standards of relief system. By improving the relevant legal norms of administrative preferential rights, strengthening the procedural mechanism in the exercise of power and improving the standards of its relief system, the legitimate rights and interests of the parties to the agreements can be better protected and the equal status of all parties in the administrative agreements can be maintained.

Key words: government franchising; administrative preferential rights; standard of relief system

提供假药罪主观责任要素认定及出罪路径探析

李金珂,张进帅

(北京师范大学,北京 100875)

〔摘要〕《中华人民共和国刑法修正案(十一)》在“生产、销售假药罪”的基础上新增了“提供假药罪”的犯罪类型。正确处理提供假药案件,首先,应当明确传统的推定规则无法解决新罪体系下“明知”的认定问题,行为人所“明知”的不是其行为将产生严重危害他人生命健康法益的实害后果,而是将使他人生命健康法益处于危险状态中;其次,应当通过主观超过要素的一般描述与具体判断,对本罪的“营利目的”进行教义学解读;最后,出于刑法的谦抑性,对于违反药品监管秩序,但未造成生命健康法益受侵害的提供假药案件,可以借助危险反证的方法,或发挥“但书”条款在具体案件中的出罪功能,予以出罪。

〔关键词〕提供假药罪;明知;营利目的;“但书”条款

〔基金项目〕本文系2023年北京市社会科学基金重点项目“轻罪治理中刑事司法问题与路径选择”(项目编号:23FXA005)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕李金珂(1999—),女,河南信阳人,北京师范大学法学院2022级博士研究生,主要从事刑法学和刑事诉讼法学研究;张进帅(1994—),男,山东菏泽人,北京师范大学法学院2022级博士研究生,主要从事刑法学和犯罪学研究。

〔收稿日期〕2023-12-26

〔中图分类号〕D924.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)02-080-09

一、问题的提出

《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)删除了《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)原第141条第2款和第142条第2款,同时新增“药品使用单位的人员明知是假药、劣药而提供给他人使用”的规定,构成了新的独立罪名——提供假药罪。至此,我国涉假药犯罪的刑法规制体系更加完备、行刑衔接更加紧密。在适用本罪进行假药犯罪规制时,需要考虑其与并列的生产、销售假药罪的区别,否则极易出现罪名适用错误的问题。本文认为,提供假药罪和生产、销售假药罪之界分,可以从以下几个方面着手:其一,本罪主体为特殊主体——药品使用单位人员,而生产、销售假药罪的主体是药品生产者、销售者;其二,本罪的行为人并不必须基于营利目的实施提供假药的行为,

但生产、销售假药罪的行为人主观上以通过生产、销售假药营利为目的;其三,本罪的提供行为有可能贯穿在整个药品流通过程中,而生产、销售假药罪的行为主要集中在销售阶段。当然,本文的目标并非进行本罪与生产、销售假药罪的辨析,而是尝试通过论证本罪的特征,更加准确地认定提供假药罪的主观责任要素,探讨本罪的出罪路径。

二、主观“明知”的认定

从当前《刑法》第141条的文义可以看出,提供假药罪是一种毋庸置疑的故意犯罪。本罪主观上的认知因素从外观上表现为明知药品是假药仍提供给他人使用,结果就是对使用者的生命健康法益造成损害;意志因素则表现为提供假药给他人使用,对危害结果的发生抱有放任和促使的态度。本文认为,对提供假药罪“明知”的认定

问题应当考虑以下几方面。

(一) 主观罪过的认定争议

对提供假药罪主观罪过的认定,应当同时考量认识因素与意志因素。就当前的学术研究成果来看,与药品犯罪主观罪过相关的观点主要有以下几种:

其一,直接故意说。该学说认为,药品犯罪的主观罪过在于行为人明知自己向他人提供假药的行为将危害他人健康、破坏药品管理秩序,主观上对此类后果持赞同态度。在直接故意说视域下,行为人首先必须在客观上具有认识其所提供的药品是假药的可能性,其次必须对提供行为造成的不利后果抱以赞同和追求的积极态度^①。

其二,间接故意说。该学说认为,药品犯罪的主观罪过在于行为人明知自己向他人提供假药的行为将危害他人健康、破坏药品管理秩序,主观上对此类后果抱以放任的态度。在间接故意说视域下,行为人首先必须在客观上具有认识其所提供的药品是假药的可能性,其次必须对提供行为造成的不利后果抱以放任的态度^②。

其三,故意说。该学说认为,本罪属于故意犯罪,可以进一步细分为直接故意与间接故意,即行为人在明知自己提供给他人的药品是假药的情况下依然故意提供,放任或赞同危害后果发生^③。

上述三种学说从不同角度分析了药品犯罪的主观罪过形态。从中可以看出,它们的共性在于都指向行为人具备认识到自身行为违法的可能性,而对意志因素的判断则是三种学说的界分所在——行为人对危害后果抱以赞同实现的心态,还是放任的心态,抑或二者兼有。本文倾向于间接故意说,原因在于本罪的主体。“药品使用单位及工作人员”从文义上就可以看出是医药行业中人,对药物的理化性质有着强于常人的认识程度,而且在提供时,需要严格履行注意义务。

正因为如此,如果以“不知道所提供的药品是假药”为由进行抗辩,就意味着人们对从事特殊行业者不应抱以“期待可能性”。这显然是对社会普遍规则的冲击。

现实生活中,行为人往往为了推卸法律责任而谎称自己不知道所提供的药品是假药。但就本罪的主体而言,“药品使用单位及工作人员”本身就是从事医药行业工作的专业人员,无论对药品的文字说明还是物理性质,都具有较强的认知能力;并且,出于职业操守,其对药品的真假与否则应履行注意义务。因此,如果其谎称对提供之药品是假药的事实并不知情,有较大的逃避法律责任之嫌^④。在这样的基本推定下,考量《刑法修正案(十一)》新增提供假药罪的立法目的,本文认为,提供假药罪的本质是一种间接故意犯罪。假使药品使用单位及其工作人员在明知药品将对他人生命健康法益造成侵害的情况下,依然提供给他人使用,对行将发生的危害后果持赞同和促进的态度,行为人的行为显然已超出了提供假药罪的范畴,带有故意杀人的性质。相比之下,间接故意犯罪的属性更加贴近提供假药罪的立法目的,即敦促药品使用单位及工作人员积极履行自身义务,为相对人的生命健康法益保驾护航。

(二) 主观明知的“客观事实”

在提供假药罪的认识因素方面,行为人首先要认识到其所提供的药品是假药,其次要认识到其提供假药的行为存在违法性,且只需达到普通意义上的认识程度即可。换言之,在行为人不了解自己所提供的药品是假药的情况下,不构成本罪。司法实践中,行为人为了逃避罪责,往往声称自己不知道所提供的药品是假药。因此,在进行罪名认定时,需要结合行为人的客观行为——若客观上存在与本罪密切相关的事实,可推定其存在主观明知。在提供假药罪“主观明知”的判定中,上述“客观事实”包括但不限于以下

①参见储槐植,李莎莎:《生产、销售假药罪若干问题研究——以〈刑法修正案八〉第23条为视角》,载《江西警察学院学报》2012年第1期,第70-74页。

②参见翟中东:《生产、销售伪劣商品罪》,北京:中国人民公安大学出版社2010年版,第58-59页。

③参见赵秉志:《刑法》,北京:高等教育出版社2012年版,第344-345页。

④参见韩耀元,卢宇蓉,杨建军:《细化标准遏制药品安全犯罪》,载《检察日报》2014年12月29日,第3版。

几种:

其一,行为人的工作经历和知识背景。若行为人为具有医药行业的从业经历或相关知识背景,应推定其具有识别假药的能力,进而推定其存在主观明知。

其二,相关药品的进货渠道、价格等因素。在渠道和价格异于常态的情况下,行为人作为药品使用单位工作人员,应当对这一异常产生敏感和注意。

其三,通过药品的外包装或使用说明中的信息,判断行为人是否知晓其所提供的药品是假药。国内市场上有相当比重的进口药物,其外包装和使用说明都以英文标识。即使是药品使用单位工作人员,也未必能从全英文外包装和使用说明中察觉出异样。因此,在行为人以“读不懂英文”作为抗辩理由时,需要结合其他因素判定其是否具有“主观明知”,比如以往是否能够正确使用和提供英文标识的药物。

(三)提供假药罪与妨害药品管理罪“主观明知”的界限模糊

《刑法修正案(十一)》新增“妨害药品管理罪”后,因未履行义务性规定而推定行为人存在“主观明知”的逻辑不再适用于生产、销售、提供假药罪。就所本文讨论的提供假药罪而言,应当尽快形成以事实认知为核心的提供假药罪“主观明知”认定规则。本文认为,由于提供假药罪保护的法益之一是国家药品管理秩序,为避免司法适用中两种罪名适用混淆,应当尽快确定以违反义务规范为核心的妨害药品管理罪“主观明知”认定规则,以便刑法规制这两种犯罪时能够更加准确地规范适用。

自从新修订的《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)和《刑法修正案(十一)》生效后,在认定假药时,已经采用实质化的判断标准。因而,在认定提供假药罪时,也应当坚持用实质化的方式来推定行为人的主观状

态。换言之,只有在能够证明行为人明知自己提供的药品是“以非药品冒充药品”,却还坚持提供这一药品的情况下,才能认定行为人存在犯罪故意。与此相比,妨害药品管理罪的认定较为简单。该罪涉及的四类药品^①都是不符合我国药品监管程序的问题药品,这意味着行为人在提供药品时,只要未履行法规规定的对药品进行审核查验的义务,或者明知所提供的药品没有满足国家规定的程序标准,仍然提供给他人使用,便可推定行为人对药品的问题“明知”或具有“明知”的可能性。简言之,判断行为人是否履行了法定义务,是妨害药品管理罪中推定“主观明知”的核心所在。司法实践中,对提供假药罪的认定困难,即在于很难证明药品使用机构及其工作人员对药品是假药的情况“明知”^②。对此,笔者在上文表示,可以借鉴妨害药品管理罪的主观明知推定逻辑来认定。这种认定方式有其合理之处,原因在于妨害药品管理罪与提供假药罪的构成要件具有包容关系。首先,两种罪名的客体相似。提供假药的行为不仅扰乱了我国的药品管理秩序,也威胁甚至侵害到药品使用者的生命健康法益,妨害药品管理的行为同样侵犯到以上两种法益。如此,提供假药罪与妨害药品管理罪就具备了共用“主观明知”推定规则的前提条件——构成犯罪故意。行为人需要了解,自身的不法行为会对药品管理秩序造成破坏。其次,在《药品管理法》修订后,对假药的判定依据是其实际功效,但提供这类药物的行为必然不符合《药品管理法》规定的药品流通规范,构成了程序不法层面的实体违法。与之相应的是,妨害药品管理罪中的问题药品之所以能够流通,同样是行为人未履行其程序性义务。因此,提供假药的行为落在了妨害药品管理秩序的规制范畴之内,可以被评价为妨害药品管理罪。这样,在认定提供假药罪时,就无法根据其违反程序性义务的程度,推定药品使用

①《刑法》第142条之一规定:“违反药品管理法规,有下列情形之一,足以严重危害人体健康的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:(一)生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的;(二)未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售的;(三)药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的;(四)编造生产、检验记录的”。

②参见高铭喧、孙道萃:《〈刑法修正案(十一)〉(草案)》的解读,载《法治研究》2020年第5期,第3-15页。

单位及其工作人员“明知”其提供的药物属于假药。上述主体提供药品时,并未尽职履行审查药品安全性的义务,很大程度上决定了相关药品是否属于妨害药品管理罪视域下的问题药品。药品使用单位及其工作人员无法证明自己提供药品时,已经履行了关于药品安全性的审查义务,就可以认定上述主体“明知”药品可能是妨害药品管理罪视域下的问题药品,却依然提供给他使用,从而证明了妨害药品管理罪的“主观明知”,导致将提供假药罪评价为妨害药品管理罪。

(四)通过刑事推定判断“明知”的可能性

在将刑事实体法与程序法联结起来时,刑事推定的作用不可小觑。鉴于司法实践对主观要件中“明知”等要素的认定存在较大难度,用推定来降低认定难度不失为一种变通方法。推定本身就是对司法证明进行补充的重要事实认定手段。既然是补充,则必须在穷尽了所有证明方法仍不能证明确定事实存在时才能适用。在刑事诉讼实践中,推定手段并不鲜见,但国内外研究者都未对“推定”给出一个清晰统一的概念。本文认为,推定是指基本事实与直接的法律或经验规则要求证明的事实之间的正常联系。基本事实确认后,可以说待证明的事实存在,但被否定推定的当事人可以举证反驳。

推定必须基于客观存在的基础事实,基础事实是推定得以进行的先决条件。既然是“推定”,就不是采用直接证明的方式来证明待证事实的存在,而是通过法律规定、逻辑与经验法则等,推导出存在待证事实的认定结果。换言之,推定是采用转移证明对象的方式来认定推定事实存在,因此在进行推定时,必须有法定的证据可以证明基础事实是客观真实存在的。与此同时,在进行推定时,推定事实与基础事实之间,必须存在高度盖然性的内在关联。虽然人们在长期的实践活动与经验积累中产生了对事物关系的认识,但这种认识毕竟存在局限性,只是逻辑上“不完全归纳推理”范畴内的认识。即使二者之间存在看似紧密的逻辑关联,也不排除例外的存在,因此这种关联不具有必然性。在我国,进入药品流通

领域的“门槛”较高,一旦进入后,从业者将具备非业内人士所难以具备的专业知识和能力,具体表现为他们对药品的认知和识别水平远高于普通人。对于药品使用单位的人员而言,工作经验、知识背景决定了其应当对假药具有较高的辨识能力,专业素养要求其应当对药品的真假履行严格审慎的注意义务,能够对药品的包装、成分含量、物理特征等基本信息等进行准确研读和判断。在此基础上,可以推定为药品使用单位及工作人员对假药的“明知”。

(五)本文对“明知”的理解

即使在《刑法修正案(十一)》生效之前,对《刑法》第141条和142条的适用也存在主观认定困难的问题,并且这种问题已然成为司法实践中应对假药犯罪的重大阻碍——正因为难以判定行为人的主观状态,案件无法继续办理不了了之的情况时有发生。研究显示,仅在S市M区这一区域内,过去五年中受理的因无法认定“主观明知”而建议公安机关撤案的案件在案件总量中占比就高达45%^①,可见认定“主观明知”的任务之艰巨。2009年,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)出台了《关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕9号)(以下简称《解释一》)。《解释一》中对“主观认知”的规定,虽然针对的是生产、销售假药、劣药罪,但同样可以辐射到本文所讨论的提供假药罪的主观认知问题。《解释一》第4条规定,医疗机构在知道或应当知道相关药物是假药的情况下使用或销售药物,可以认定为销售假药罪。从上述条文表述可以看出,行为人主观上的“明知”状态被延展为“知道”与“应当知道”两种情形。虽然2014年“两高”再度出台《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释二》),将此前的《解释一》废止,但由于《解释二》并未专门针对“主观明知”作出新的规定,因此司法实践依旧遵照2009年《解释一》执行。

“应当”本身就具有模棱两可的特性,因此

①参见俞蕾,马珣:《生产、销售假药类案件实证研究——以上海市司法实践为视角》,载《上海法学研究》2019年第5期,第196页。

“应当知道”往往使司法实践进退两难。法理层面,对“应当知道”的正当理解应该是“推定的知道”,而且其具备帮助公诉机关减轻证明责任的功能作用。但是正因为对减轻证明责任过于看重,“应当知道”在司法实践中的运用常常被异化。比如有司法部门提出对假药的“明知”应当包含以下几种情况:已经知道或应当知道该药物是假药,已经怀疑或应当怀疑该药物是假药,无法肯定或不应肯定该药物是真药,但是仍然做出了使药物得以流通和使用的行为。按照上述逻辑对“应当知道”进行理解的问题,在于应当怀疑是假药但是没有怀疑、无法肯定却已经肯定是真药,这本属于过失心态,与故意的内涵并不相同。2014年“两高”出台的《解释二》仍然滞留在故意逻辑的常规框架中,只不过将认识要素扩张为“知道”与“应当知道”。但上文列举的司法部门实践中对“明知”的理解,显然是对“故意”逻辑的常规框架进行消解,对认识要素进行格式化般的重置,将本应隶属于过失的情形生硬地纳入故意的范畴之中,这就是对概念进行异化理解的表现。

本文认为,对提供假药罪行为人主观方面的判断,应当依据以下两个方面的考量:

一是认识要素中是否需要包括对行为违法性的认识。本罪的性质是行政犯,其基本特征是行为违法性。从刑法对非法提供假药罪的立法模式来看,属于不要求行为具有违法性的立法例,这意味着本罪的成立不以行为违法性为必要条件。但这仅仅是降低了罪名认定的证明标准,体现了刑事政策从严治理药品犯罪行为的理念,而不是否定提供假药的行为具有客观违法性,更不是否定行为人需要在主观上具有行为违法性认识。事实上,只要行为人能够意识到其行为有违社会公德、伦理秩序,就应推定其具备违法性认识^①。对于药品使用单位的人员来说,将假药提供他人使用当然是违法行为。这不仅是行业要求,更是法律为该行业工作人员设置的法定义务。

二是“明知”是否包含了对行为可能导致危害后果的认知。在刑法学视域下,“明知”一方面是作为故意犯罪构成要素的“明知”,另一方面是作为犯罪故意概念构成要素中的“明知”。前者必须与刑法分则具体罪名所指的具体对象相结合,才具有法律意义;后者则是刑法总则中由犯罪故意的概念衍生出来的词语,因此只要使用就有意义。从非法提供假药罪在刑法分则中的文义阐释来看,如果基于前一种语境,则作为本罪构成要件的“明知”所指代的是行为人知晓其所提供的是假药,并没有指代行为人对危害后果也有认识;但基于后一种语境,则指代了对危害后果的认识。对于非法提供假药的行为来说,行为人应当“明知”的内容,是其提供假药的行为有可能使他人的身体健康法益受损。

三、营利目的的认定

(一) 营利目的

对于提供假药罪来说,必须明确行为人在主观上抱有怎样的意图,或者说持有怎样的目的,这一点对于本罪的认定至关重要。直观来看,提供假药的意图或目的是从中牟利,但《刑法修正案(十一)》在《刑法》第141条“生产、销售假药”的基础上新增“提供假药罪”的做法,彰显了“销售”与“提供”两种行为的本质差异。就当前的刑法规定来看,对于普通主体而言,其“提供”相关药品的行为不作入罪评价;但如果是“销售”相关药品,则要受到刑罚处罚。由此可见,对“销售”与“提供”的界分至关重要。厘清二者的区别时,到底应当遵循“付款”这一既有的客观评价标准,还是“以营利为目的”的主观评价标准,学界颇有争议。持认同态度者认为,以营利为目的只是本罪的不成文构成要件,实施此行为者的目的除了营利别无其他^②;而持否定态度者则认为,刑法条文及司法解释中并没有明确规定“以营利为目的”是本罪的构成要件,因此行为人无论是否从中营利,都不妨碍本罪的成立^③。

①参见赵星:《再论违法性认识》,载《法学论坛》2016年第6期,第34页。

②参见高铭瑄:《刑法学》,北京:北京大学出版社2014年版,第370-371页。

③参见张明楷:《刑法学》,北京:法律出版社2016年版,第740页。

我国现行刑法中共有 17 个典型的目的犯^①,即罪状中含有“以……为目的”,但并非全部都含有主观超过要素。这是因为即使法律要求目的犯必须满足特定的目的条件,但这一条件并不能直接推导出目的是超出故意之外的存在。刑法中完整的个罪必然具备四要件,但这四个要件未必需要一字不漏、一目了然地出现在刑法条文中。较为常见的是明确规定了罪名的客观要件,同时对主观要件不予明列,但不明列出来并不代表可以不予考虑,因为刑法总则对过失、故意的原则性规定,足以推导个罪中的过失、故意,故而无需再行赘述。除非当某一罪名与其他罪名存在容易混淆的要件时,为便于界分不同的罪名,才专门提出这一罪名的主观要件加以亮明和强调。这是刑法用以凸显罪名特征的一种手段,并不意味着该目的即主观超过要素。除了“以……为目的”之外,“意图……”同样是行为人主观上的表现之一。有研究者认为,意图犯与目的犯是等同的,二者只是同一意思的不同表达^②;并且从文义上看,“意图”也确实可以取代“目的”。从当前刑法中涉及“意图”的罪名罪状来看,其“意图”的表达方式可以用“以……为目的”来表示,如“意图使他人受刑事追究”替换为“以使他人受刑事追究为目的”,文义并没有发生变化。为此本文认为,可以将当前的意图犯都转变为目的犯,以求刑法中罪名罪状的统一。明确了意图犯可以等同于目的犯之后,需要进一步明确的就是其是否属于主观超过要素。下文将就提供假药罪的主观超过要素进行分析和认定。

(二) 主观超过要素的认定

2021 年,《人民司法》第 10 期刊登了题为《最高人民法院 最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(七)的理解与适用》的文章,其中提到《刑法修正案(十一)》新增提供假药罪的主要考量是:

其一,由前述两款规定可以得出,给对方支

付对价并不是罪名成立的必要条件,因为实践中存在药品使用单位向相对人免费提供药品的情況。如果将不支付对价的情形纳入到“销售”的范畴中,一是“名不副实”,二是无法体现本罪的构成要件,三是无形中造成了“销售”的外延扩大,进而造成其他有关销售的罪名也类比适用这一理念。其二,提供假药罪的立法目的主要是敦促药品使用单位人员积极履职,而这显然有别于销售假药的行为。

由此可见,对“销售”的判定要以支付对价为标准,即相对方只要有支付钱款的行为,就算其支付的钱款数目少于药品的成本价,也属于“销售”行为。这一点,《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)的补充规定》(以下简称《立案追诉标准补充规定》)也持认同态度:“医疗机构、医疗机构工作人员明知是假药而有偿提供给他人使用,或者为出售而购买、储存的,属于本条规定的‘销售’”。该《规定》同样将“有偿”作为“销售”的客观判断标准。

在司法实践中,涉假药案件的行为人大多都是出于营利目的,不过也存在例外情况。在这类情况下,司法机关需要就“以营利为目的”是否是本罪的主观要件进行审慎考量。比如湖南省 Y 市人民检察院在审查“陆某案”并依法作出不起訴处理决定后,通过《关于对陆某妨害信用卡管理和销售假药案决定不起訴的释法说理书》展现了检方的态度和立场:陆某帮助白血病患者购买药品的行为属实,但其并未从中谋取私利,并非以营利为目的,因此不构成生产、销售假药罪^③。检察机关的这一认定结论,显然对涉假药犯罪是否需要具备“以营利为目的”要件给出了清晰和肯定的回应。由于符合民众对假药犯罪的朴素价值判断,该认定结论广受群众认可和社会好评。

本文同样深以为然,认为以营利为目的的涉

①这 17 个典型目的犯分别是:违规制造、销售枪支罪,走私淫秽物品罪,高利转贷罪,集资诈骗罪,贷款诈骗罪,信用卡诈骗罪,侵犯著作权罪,销售侵权复制品罪,合同诈骗罪,非法转让、倒卖土地使用权罪,绑架罪,拐卖妇女、儿童罪,特殊的盗窃罪(第 265 条),破坏生产经营罪,赌博罪,倒卖文物罪以及制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。

②参见陈兴良:《目的犯的法理探究》,载《法学研究》2004 年第 3 期,第 52 页。

③参见谢望原:《药品犯罪的修改完善与合理解释——基于〈刑法修正案(十一)〉的解读》,载《中国法律评论》2021 年第 1 期,第 27-33 页。

假药犯罪的不成文构成要件。原因在于,即使《刑法》及其司法解释中没有明确规定“以营利为目的”是假药犯罪的构成要件,但并不意味着这一因素不能作为假药犯罪的认定条件之一。事实也确实如此。许多法律条文出于对公众普遍性认知不再赘述以及体现法律条文简洁明了的目的,并不会事无巨细地将犯罪要件列入法律文本的字里行间。这类被隐藏起来但可以通过刑法条文间的关系推导出来的要件即不成文构成要件。必须承认的是,不成文构成要件在刑法中并不常见,比如“以非法占有为目的”就是抢劫罪、盗窃罪等的不成文构成要件。这些不成文构成要件虽然没有明确清晰地出现在这些罪名的构成要件规定中,但却是这些罪名成立不可或缺的要素。对于本文研究的提供假药罪来说,如果行为人从不以营利为目的,始终以低于药品成本的价格向他人转让假药,这种行为的本质是一种“买方行为”,而不是“卖方行为”。也就是说,行为人所实施的是“提供”行为,而不是“销售”行为。基于这一理念,可以看出“提供”存在有偿与无偿两种情形,但这并不意味着有偿提供就是“销售”——只有超过购入价格的有偿提供才是“销售”。

值得注意的是,《立案追诉标准补充规定》对“销售”概念的界定是基于当时特定的社会背景,为了填补医疗机构和工作人员向相对人提供假药的立法空缺,采用扩大化的解释定义了“销售”。随着立法空缺被填补起来,应当将原本被扩大化的解释回归本原,不再继续沿用该司法解释中将提供行为扩大解释为销售行为的理念。总之,营利与否并不是本罪入罪的条件,而是量刑时的参考。在《刑法修正案(八)》出台之前,假药犯罪罚金刑的罚金数额是以销售金额的倍数来计算的,表明在《刑法修正案(八)》之前的时代,行为人以营利为目的假药犯罪的构成要件之一。虽然《刑法修正案(八)》出台之后,罚金刑变更为无限额罚金,但并不意味着行为人以营利为目的的要件被淡化和否定,只是刑法为使用更大力度打击假药犯罪而采取的措施。一旦否定了“以营利为目的”主观目的在假药认定中的重

要作用,本罪与他罪的界分将变得十分困难。司法实践中,对以危险方法危害公共安全罪和假药犯罪进行界分的要点之一,就是看行为人是否以营利为目的。如果否定了“以营利为目的”在认定假药犯罪中的重要参考价值,那么当行为人并不抱有营利的主观目的,但明知是假药却提供给他人使用,对该行为性质的认定,将在提供假药罪与以危险方法危害公共安全罪之间产生两难。

四、提供假药罪的出罪路径构想

在打击治理假药类犯罪的司法实践中,案件经由检察机关移送至审判机关后,绝大部分将以假药犯罪定罪论处,少有转圜余地。但是,只要满足出罪条件,进入司法环节的假药类犯罪仍能以无罪认定而告终。药品监管部门将涉假药案件移交给公安机关后,公安机关需要研判该案件是否在其刑事管辖范围内,否则案件将被退回药品监管部门;公安机关将涉假药案件移送检察机关后,检察机关需要对案件进行综合研判,认定不存在相关犯罪事实后,将作不起诉处理。总之,对于形式上符合犯罪构成要件的涉假药类案件,必须经过实质研判后,才能决定入罪或出罪。出于刑法的谦抑性,对于违反药品监管秩序,但并未造成生命健康法益受侵害的案件,应予以出罪。

(一)借助危险反证解决出罪问题

为了对抽象危险犯的处罚范围进行限缩,有研究者提出,行为人应当被允许从相反的角度证明其行为无危险性。理论上,这不失为一种降低抽象危险犯可罚性的路径:只要证明犯罪风险不存在,自然不应定罪处罚。抽象危险犯的认定之难,来自其定罪标准是由相关行为对社会造成的抽象风险来评定,但此类风险是难以进行准确评价的。正因为如此,有必要为抽象危险犯构建专门的出罪机制,准许行为人反证自身行为不具有危害社会的风险。这不仅体现了法律对人权之保障,也借助行为人的主观能动性提高了司法效率。对于提供假药的行为而言,行为人应当被允许在案件侦查阶段反证其自身的行为并不是刑事犯罪层面的“提供”,或者反证自身行为不具有社会危害性。此外,主观认定也可以作为出罪路

径,即反证行为人不具有主观犯意,进而排除犯罪。

(二)发挥“但书”条款在具体案件中的出罪功能

在法律责任认定方面,《药品管理法》和《刑法》第141条采取了同一种行为类型,即无需满足“量”的要求就可以构成犯罪;在认定“假药”的司法实践中,药品行政部门出具的认定结果,将直接成为司法机关对行为人定罪的依据。这意味着基本没有限制条件制约提供假药罪的成立。从“但书”条款的前半部分看,其可适用于刑法分则中的所有具体犯罪,因此定量的因素具有介入所有罪名认定的可能性^①。换言之,数额大小、情节严重程度、社会危害性等都可以反向成为影响犯罪成立的要素,这样就实现了通过“但书”条款出罪的目的。在提供假药罪的认定中发挥“但书”条款的出罪功能,可以通过以下几种方式:

其一,不构成提供假药罪的构成要件而出罪。在适用这一方式时,需要结合假药类犯罪成立的必要条件,即法益与假药两个要素进行判定。若案件满足提供假药罪构成要件的形式要素,但不符合提供假药罪“侵害他人身体健康法益”的实质性要素条件,便可通过“但书”条款来出罪。另外,对于减肥类产品、性保健品等,由于其不在“药品”的范畴内,就算添加了禁用成分,成为《药品管理法》层面的“假药”,也因为不满足本罪的构成要件即“假药”,因而可以出罪。

其二,不具备严重危害性而出罪。判定相关行为是否具有严重危害性时,需要结合案件的具体事实。在行为人未通过提供假药的行为获利,提供对象有限,存在坦白、自首、初犯等情节时,可考虑以“但书”条款出罪。

其三,以启动刑法有“小题大做”之嫌而出罪。这一路径主要针对司法实践中对《刑法》第141条僵化适用的情形——该条的构成要件属于抽象危险犯,一旦实施提供假药的行为,就可以构成本罪。为此,应结合刑法的谦抑性进行考量,对于非必要采用刑罚且情节轻微的行为,通

过行政处罚足以应对的,可以适用出罪。

五、结语

生命健康是人得以存活和发展的先决条件,因而人的生命健康法益是刑法坚决保护和捍卫的重要法益。为了进一步筑牢我国的药品安全防护网,《刑法修正案(十一)》对药品犯罪立法体系进行了新的调整,新增非法提供假药、劣药罪,以此彰显法律对药品犯罪行为的“零容忍”态度,强力敦促药品使用单位及人员提高药品安全管理责任意识,对人民的生命健康法益提供更加周密的保护。本文探讨了提供假药罪主观明知、营利目的的认定问题,提出了提供假药罪出罪路径的构想。现实生活中,提供假药罪的行为人有可能身处情与法的两难境地,为此,不妨在合法范围内,借助解释学的能动性,将合理的实质解释作为一种出罪理由,这才是法律追求实质公平的表现。

〔参考文献〕

[1] 储槐植,李莎莎.生产、销售假药罪若干问题研究——以《刑法修正案(八)》第23条为视角[J].江西警察学院学报,2012(01):70-74.

[2] 翟中东.生产、销售伪劣商品罪[M].北京:中国人民公安大学出版社,2010:58-59.

[3] 赵秉志.刑法[M].北京:高等教育出版社,2012:344-345.

[4] 韩耀元,卢宇蓉,杨建军.细化标准遏制药品安全犯罪[N].检察日报,2014-12-29(003).

[5] 高铭喧,孙道萃.《刑法修正案(十一)(草案)》的解读[J].法治研究,2020(05):3-15.

[6] 俞蕾,马珣.生产、销售假药类案件实证研究——以上海市司法实践为视角[J].上海法学研究,2019(05)194-204.

[7] 赵星.再论违法性认识[J].法学论坛,2016(06):33-40.

[8] 高铭喧.刑法学[M].北京:北京大学出版社,2014:370-371.

[9] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2016:740.

[10] 陈兴良.目的犯的法理探究[J].法学研究,2004

①参见孙万怀,崔晓:《法定刑的修订趋势及其反思》,载《法治现代化研究》2021年第5期,第30-51页。

(03):72-81.

[11]谢望原.药品犯罪的修改完善与合理解释——基于《刑法修正案(十一)》的解读[J].中国法律评论,2021(01):27-33.

[12]孙万怀,崔晓.法定刑的修订趋势及其反思[J].法治现代化研究,2021(05):30-51.

[13]徐岱.《刑法修正案(十一)(草案)》的修订进路[J].法治研究,2020(05):25-33.

[14]周光权.积极刑法立法观在中国的确立[J].法学研究,2016(04):23-40.

[15]廖海金.对医院用过期药必须零容忍[N].中国医药报,2016-08-19(001).

[16]时方.生产、销售假药罪法益侵害的规范解释——主次法益价值冲突时的实质判断[J].政治与法律,2015(05):47-54.

[17]劳东燕.功能主义刑法解释的体系性控制[J].清华法学,2020(02):22-49.

[18]马松建,潘照东.我国食药犯罪刑法应对策略探讨[J].河南警察学院学报,2018(04):93-98.

[19]刘艳红.法定犯与罪刑法定原则的坚守[J].中国刑事法杂志,2018(06):60-76.

[20]张明楷.避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径[J].中国法学,2017(04):37-56.

[21]孙万怀.违法相对性理论的崩溃——对刑法前置化立法倾向的一种批评[J].政治与法律,2016(03):10-21.

[22]欧阳本祺.论行政犯违法判断的独立性[J].行政法学研究,2019(04):86-99.

【责任编辑:高 锋】

Identification of subjective liability factors for the crime of providing counterfeit drugs and analysis of the path to decriminalization

Li Jinke,Zhang Jinshuai

(Beijing Normal University,Beijing 100875,China)

Abstract: The“Eleventh Amendment to the Criminal Law of the People’s Republic of China”adds a new crime type of“the crime of providing counterfeit drugs”on the basis of“the crime of producing and selling counterfeit drugs”. To correctly handle the case of providing counterfeit drugs,first of all,it should be clear that the traditional presumption rules cannot solve the problem of“knowing perfectly well”under the new crime system,that is, what the perpetrator“knowing perfectly well”does not mean that his behavior will have actual harmful consequences that seriously endanger the life,health and legal interests of others,but it will put the life and health of others in a dangerous state;secondly,the“profit-making purpose”of this crime should be interpreted doctrinally through a general description and specific judgment of subjective overriding factors;finally,out of the modesty of criminal law,for the cases of providing counterfeit drugs that violate the drug regulatory order but do not infringe the interests of life and health,it can be decriminalized by using the method of dangerous counter-evidence or by using the“proviso”clause in specific cases.

Key words: crime of providing counterfeit medicines;knowing perfectly well;profit-making purpose;“proviso” clause

【法学理论研究】

开设赌场罪的司法扩张与理论限缩

邓义伟

(南昌大学,江西 南昌 330031)

〔摘要〕当前,开设赌场罪构成要件中,对于开设实体赌场的认定有司法适用扩张之嫌,应当予以理论限缩。在主观目的上,司法机关倾向于将“明知”开设供他人赌博的场所等同为开设赌场,应限缩“明确知道”的适用范围;在客观开设赌场行为上,赌场的语义射程边界呈不当的扩张趋势,应将刑法上的“赌场”含义与行政法上的“为赌博提供场所”进行区分,对赌场的综合认定不要以营利为目的;在违法所得的认定上,应不包括正常收取的场所和服务费用,将“抽头渔利”作为违法所得认定的关键因素。

〔关键词〕开设赌场罪;限缩解释;主观明知;赌场认定;违法所得

〔作者简介〕邓义伟(1998—),男,江西南昌人,南昌大学立法研究中心助理研究员,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-01-24

〔中图分类号〕D924.36 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)02-089-10

一、引言

《中华人民共和国刑法修正案(六)》第18条将开设赌场罪单列为第2款,并设置了两档法定刑;之后,为了重点打击网络赌博犯罪,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》提高了第一档的法定刑上限,由三年有期徒刑提高至五年有期徒刑。法定刑的提高,意味着社会危害性的提升,该罪的人罪门槛也应作相应调整。当前司法实践中,对所谓“实体”赌场的处理呈现出扩大化趋势,对于赌场的认定过于宽松,导致部分开设“赌场”的行为只是被判处拘役或者宣告缓刑,实际制裁的效果并不好,而留下案底的“赌场”老板又存在着回归社会的问题。处理此类案件的本质,在于对赌场的认定。对开设赌场的认定,主要应考察赌场的控制者、赌场规模、赌博时间、赌博规则等。刑法打击的应该是有一定组织和规模、持续一段时间连续赌博的赌场,而不是临时、偶然地聚合在一起,赌博方式临时商定、赌博持续时间较短的赌场^[1]。

我国自古以来就有赌博的陋习,赌博及其规

制同时存在的时期,最早可以追溯到先秦时期。魏晋南北朝时期更是“赌风鼎盛,全民参与”,流行六博、樗蒲、双陆、斗鸡等多种博戏。虽然在赌博规制方面,各朝各代主流思想是禁赌,但多出于政治原因。清朝雍正皇帝曾发布上谕历数赌博的危害:“荒弃本业,荡费家资,品行日即于卑污,心术日趋于贪诈。父习之则无以训其子,主习之则无以制其奴,斗殴由此而生,争论由此而起,盗贼由此而多,匪类由此而聚,其人心风俗之害,诚不可以悉数”。由于赌博文化本身拥有顽强的生命力,纵使统治者严刑禁赌,赌博依然屡禁不绝。时至今日,中国社会仍存在着“小赌怡情”的民间说法。故在立法时,对于赌博罪进行了较为严格的限缩,要求以赌博为业;但对于开设赌场罪,立法并未进行限缩解释,公众可能由于认知局限,对为他人提供赌博的场所与赌场产生误判。宋代统治者在严厉禁赌的同时,针对当时全国民众都沉迷于“扑卖”(一种以掷钱定输赢来进行货物买卖的游戏)的实际情况,在不危及社会治安的情况下,规定每年元旦、寒食、冬至,开封府准许士庶“关扑”(即扑卖)三日。到南宋

时期,政府更放宽了限制,大多数节假日均可“关扑”。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)第9条规定,不以营利为目的,进行带有少量财物输赢的娱乐活动,以及提供棋牌室等娱乐场所,只收取正常的场所和服务费用的经营行为等,不以赌博论处。从中我们可以看出,从古至今,国家一直允许一定范围内的带有娱乐性质的赌博,但由于开设赌场罪中对“主观明知”认定模糊,对于开设赌场定义不清,导致开设赌场罪被不当地司法扩张化。同时,为杜绝司法机关为了追求司法功利主义而采用“入罪”解释的做法,对开设赌场罪的构成要件应作严格的限缩解释,厘清“为带有少量财物输赢活动提供的场所”和“赌场”之间的区别。

二、开设赌场罪的司法扩张趋势

(一)对“主观明知”的扩张趋势

通过对《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第303条第2款关于开设赌场罪的立法目的分析,可以看到开设赌场罪要求行为人主观上“明知开设赌场”,并以经营赌场牟利为目的。开设赌场罪的“主观明知”,应该要求行为人实际认识并确认法益损害结果的发生,而自己希望或放任法益损害结果的发生。即只有达到“明知开设赌场”才能追责,否则将有司法不当扩张之嫌。在司法实践中,常见情况是行为人开设的是棋牌室,拥有合法营业执照;该场所涉及赌客较为固定,多为朋友邻居,行为人仅收取一定数额的座位费和茶水费,并未抽头渔利,却被认定为开设赌场罪^①。这一定罪显然并不合理,其将开设赌场罪的主观“明知开设赌场”,扩张解释为“明知开设为他人提供赌博活动的场所”。

如果行为人在未获得相关许可的情况下故意开设赌场,或以合法经营为幌子开设赌场,则很可能符合故意行为中“明知”的要求。在这种情况下,行为人属于明知故犯。即使行为人没有开设赌场的积极意图,但完全了解赌场的性质,并缺乏必要的合法经营许可证,也可能满足“明

知开设赌场”的入罪要求。如果行为人在知情的情况下继续开设赌场,仍可能因明知故犯而承担刑事责任;如果行为人有意识地忽视了在未获得适当授权的情况下开设赌场所带来的风险,并且没有适当考虑法律后果,那么其行为也可能构成开设赌场罪;如果行为人本应知道或合理地意识到在没有适当许可的情况下,开设所谓的“赌场”是非法的,但却没有采取合理的谨慎措施,则可以被视为疏忽。开设赌场罪要求行为人主观上存在故意,不存在“过失开设赌场”这种说法。如果将“供他人赌博的场所”扩张解释为“赌场”,则会大大降低定罪所需的举证责任,增加错误定罪的风险,有罪门槛也随之降低。一方面,扩大“供他人赌博的场所”的范围,可能会导致司法者将更多的日常活动定为刑事犯罪。如果行为人可以根据他们本应知道的事情,即使其实际并不知情,却要承担刑事责任,司法者将更倾向于依赖这一标准的法律认定被追诉人的行为性质,造成过度犯罪化。另一方面,如果将“知情”要求扩大到包括轻微违法行为可能会导致严重后果这些情形,则会阻止行为人从事可能与非法行为有偶然联系的合法活动。司法系统通常会优先处理对公共安全构成直接威胁的严重犯罪,如果将“知情”要求扩大到包括轻微违法行为,会转移处理更重大犯罪活动的司法资源,从而影响犯罪预防和控制的整体效果。例如,追究开设有关赌博活动类似于“棋牌室”场所的相关行为人的刑事责任,将超出国民预期可能性,影响到人民的日常娱乐生活。

规范的构成要件要素作为“明知”的内容,对于“故意”的成立具有基础性作用,这不仅是罪责原则的必然要求,也是“故意”作为违法评价对象的当然结论^[2]。开设赌场罪的“明知”并不能与毒品犯罪的“明知”划等号,可以将“明知”理解为既包括知道行为对象确切存在,也包括知道行为对象可能存在两种情况。在毒品犯罪中,只需要行为人知晓携带的是违禁品,就可以得出行为人知道自己携带的违禁品可能是毒品的结论,进而

①参见广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03刑终1320号刑事裁定书,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=HhXJUuixFC5wviKSOKhUIBGJhVcs0Pu25qGCj9dJ/tSTNJIflU6p03qNaLMqsJawyorz3CteC+kAmZ5LrvE4SVxTIAHp29n87JjzpC1CfNyosWjYb6JBOphR/zTfpo>,最后访问时间:2023年10月17日。

认定行为人具有毒品犯罪的故意^[3]。开设赌场罪则需要行为人必须具备明知自己开设场所招揽他人赌博并以此牟利的主观故意,不然会产生许多问题。

首先,“供他人赌博的场所”扩大了“赌场”的范围,模糊了行为人的责任界限。这种模糊性给行为人带来了更高的风险,其可能无法确定自己对“赌场”的了解程度。在一般人的社会认知中,赌场是含有各式各样的赌博游戏、允许客户投注和下注、庄家进行抽头渔利的场所。不能否认的是,在日常的棋牌室中,也有类似“小赌”的情形,但更多意义上是朋友之间的娱乐,并不能被定性为赌博。这种认知上的不确定性,要求行为人承担更为严格的认知义务,给行为人带来了沉重的刑事责任负担。

其次,将“供他人赌博的场所”纳入“赌场”的范畴,使司法机关准确辨别行为人主观意图的任务趋于复杂化。不严格区分行为人“开设供他人赌博的场所”与“开设赌场”,会导致司法机关决策权的扩大和判断标准的模糊。这种自由裁量权的扩大,会加大司法机关错误判断和错误定罪的风险。如果考虑到“供他人赌博的场所”,会使得行为人对娱乐场所与赌博场所之间的界限产生模糊,从而导致更宽泛的定罪判决。

最后,开设所谓“供他人赌博的场所”的行为人,往往对自己的行为与客户赌博的关联程度只有片面的认识。鉴于打击治理赌博犯罪宽严相济的刑事司法政策,将“赌场”的概念扩展到包括“供他人赌博的场所”是不必要的。在不知情的情况下为他人提供赌博场所的行为人,可能对棋牌室的管理范围缺乏深入了解,从事相关活动的危害程度和严重程度相对较低。在“供他人赌博的场所”的基础上扩大打击范围,会导致打击范围过广、力度过大。在部分场合下,行为人会为

客户提供“筹码”例如扑克牌,以方便客户计算输赢成本。但应注意到,客户行为的本质仍是娱乐性质,不能仅因为提供了“筹码”就转换行为性质。如果是行为人主动招揽赌客,提供赌具并抽头渔利,此时方可以认定行为人“明知”开设赌场^①。

总之,在与开设赌场相关的犯罪中,将“供他人赌博的场所”纳入到“赌场”范畴的判定,会带来潜在的风险和挑战。它给行为人带来了不确定性,使司法解释的任务复杂化,并可能导致罪刑不相适应。在不断发展的技术与法律交叉的背景下,在追究个人行为责任与确保刑事案件结果公平公正之间取得平衡,对于实现法的社会效益仍然至关重要。

(二)对赌场认定的扩张趋势

《解释》和最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》中,只明确了“聚众赌博”以及开设网络赌场的情形,并未明确开设实体赌场的情形。部分司法机关将为赌博人员提供场所和赌具并向参赌人员收取台费的行为,认定为开设赌场罪^②,实际上混淆了行政法与刑法之间的概念。行为人为他人赌博提供场所,组织他人参与赌博并抽取参赌人员的赌资,该场所可以认定为刑法意义上的“赌场”^③;行为人为他人赌博提供场所并抽头渔利,该场所也可以认定为刑法意义上的“赌场”^④。只有在法益和行为重合的范围内,行政法规才能上升为刑法规范;法益和行为不重合的范围内,行政法规不能上升为刑法规范,以防止刑法对行政法领域的侵犯。无论此种行政违法行为的危害如何严重,也不能将其直接上升为刑事犯罪,除非刑法对行为的属性要求发生了变化^[4]。

行政法和刑法的目的不同,受不同的规则和

①参见江苏省盐城市中级人民法院(2021)苏09刑终149号刑事裁定书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=XLrP06vRhcHVSit7wJ5J2BwHBGw1hiesYRB3ekvAzZfsQVevPAV1J03qNaLMqsJawyorz3CtcC+kAmZ5LrvE4SVxTIAHp29n87JjzpC1CfNyosWjYb6JG/o5g5OIv17>,最后访问时间:2023年10月17日。

②参见广西壮族自治区天等县人民法院(2021)桂1425刑申2号刑事判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

③参见湖南省衡阳市蒸湘区人民法院(2021)湘0408刑初171号刑事判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

④参见浙江省余姚市人民法院(2021)浙0281刑初1222号刑事判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

程序管辖。如果将两者混为一谈,将造成司法不一致,行为人会因相似的违法行为而受到不同的处罚,导致法律制度缺乏统一性和公正性。如果行政法和刑法对相似罪行的处理方式不同,就会导致行为人在相似情况下受到不平等待遇。例如,两行为人从事同样的提供赌博场所的活动,一人可能被行政拘留十五天,另一人则根据刑法被起诉,这将导致公众产生对于法律的困惑,削弱公众对法律制度的信任。惩罚的严厉程度是法律制度的一个重要方面,其可以对不法行为起到威慑作用,并旨在提供与违法行为严重程度相称的处罚。当行政法和刑法对相似违法行为的处罚存在显著差异时,就会产生一些问题。

首先,罪责刑相适应原则确保刑罚的严厉程度与所犯罪行的严重性相称。当不同的法律框架适用于相似行为时,刑罚的相称性可能会受到影响。例如,《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)第70条规定:以营利为目的,为赌博提供条件的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节严重的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上三千元以下罚款。故为他人提供赌博场所是相对较轻的行政违法行为,而开设正规赌场是更为严重的刑事犯罪。如果为他人赌博提供场所受到的处罚比开设正规赌场更为严厉,就会造成明显的不平衡。刑罚是对潜在罪犯的一种威慑,如果对相似行为的处罚因其分属于行政法还是刑法调整而有很大差异,将会导致威慑力过于强大,影响到人们的正常生活。如果越来越多的行为人仅仅因为为他人赌博提供场所而构成开设赌场罪,将严重影响人们的日常娱乐。

其次,过度刑事化是指将更适合行政监管或民事处罚的行为刑事化的过程;反之,当具有重大社会危害性的行为受到相对较轻的处罚时,就会出现定罪不足的情况。当行政法和刑法重叠时,就有可能出现对轻微违法行为定罪过度或对严重违法行为定罪不足的情况,这两种情况都会损害法律制度的有效性。处罚上的差异,会导致个人因其社会经济地位、种族或所在地等因素而受到不同的待遇。在为他人提供赌博场所的行

为中,行为人可能本应受到行政处罚却面临刑事指控,从而导致法律面前的实际不平等。

最后,将行政法与刑法相混淆可能会增加不必要的刑事审判,从而堵塞法院系统的正常运行通道,并将司法资源从更严重的刑事案件中转移出来。这种低效率会降低司法系统有效处理真正开设赌场犯罪的能力。刑事定罪对行为人影响深远,包括就业前景、住房机会和人际关系。混淆行政违规与刑事犯罪可能会导致个人因轻微违规而获得不必要的犯罪记录,其社会危害性与所犯罪行的严重程度不符。在部分情况下,为他人提供赌博场所甚至也是伪命题。在中国,很难见到不带有财物输赢的麻将、扑克活动。司法实践中,通过将这些娱乐活动认定为赌博,计算累计金额,进而认定“棋牌室”老板开设赌场,显然是不合理的。当一项活动的性质已经确定时,就不能依照累计金额完成性质的转化,这是判断顺序的问题。司法机关经常出现顺序倒置的情形,从累计金额判断是否构成赌博,如果累计金额达到五万元以上,即便是日常少量财物输赢的活动,也按照赌博犯罪来处理,显然这是不合理的。

行政法与刑法都是权力约束和权利保护的律,但责任追究的方式迥异,有必要明晰两者的界限。无论是立法上还是法律适用中,两部律之间的界限都存在模糊不清之处。这不但会导致不同性质的权力相互越界,而且会使违法行为人受到不应有的待遇^[5]。

(三)“违法所得”认定的扩张趋势

《刑法》第303条第2款并未明确规定开设赌场中“违法所得”和“赌资”的范围及金额,但可以参考最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的意见》的规定。根据上述规定,赌资应包括当场查获的用于赌博的款物,代币、有价证券、赌博积分等实际代表的金额,在赌博机上投注或赢取的点数实际代表的金额。行为人违法所得金额累计达到五千元以上,或赌资数额达到五万元以上的,即可构成开设赌场罪。此处的“违法所得”应指抽头渔利,并不包括正常的场所

和服务费用。将行为人为他人“赌博”提供场所而收取的正常的场地和服务费用认定为违法所得^①,不仅采取了“毛利法”的计算方式,而且也扩大了刑法的处罚范围,将行政法中的“违法所得”概念通过累计计算达到了刑事处罚的标准。且在计算违法所得时,应当扣除必要的成本,理由在于行为人从事违法经营利益行为所付出的成本,并非获取的利益,因而不能称之为“违法所得”^[6]。但在司法实践中,在计算违法所得规则上存在一系列扩大化手段,“毛利法”有被滥用的倾向。一些犯罪行为人不仅需要缴纳非法所得,还需缴纳犯罪成本,所科处的刑罚也随之提高^[7]。故行为人无论是否“明知”客户在其经营场所内赌博,其收取的正常场所和服务费用都不应全部被认定为违法所得。开设赌场罪与非法经营罪并不相似:从非法经营数额或者销售收入角度,难以准确反映非法经营行为的投机和社会危害程度;从开设赌场行为人抽头渔利、参赌人数以及赌资数额,足以判断其社会危害性,并不需要通过台费的收取进行判断。

在我国,“违法所得”是一个各部门法通用的概念,刑法、民法和行政法等都有相关规定。按照部门法分类,“违法所得”可以分为刑法意义上的违法所得、民法意义上的违法所得和行政法意义上的违法所得等。刑事违法所得,其实质是犯罪行为人因犯罪行为而获得的经济性利益的增长。在赌场、酒店或娱乐场所等企业,为维护场所和为客户提供基本服务需要支付大量费用,将这些合法收入视为犯罪所得,会扭曲经营此类场所的经济现实;以类推解释的方式扩大“犯罪所得”的范围,也会打击个人从事合法商业活动的积极性。如果法律没有明确区分违法所得和合法支出,行为人将会担心不当的起诉和处罚,这会导致法律失去正确的引导作用。

当刑法对刑法用语的定义规定得不明确时,司法机关会以不同的方式解释和适用法律。这种不一致将导致不同的结果,即相似的案件会因司法管辖区域不同或个别检察官、法官的自由裁

量权而得到不同的处理。法律用语定义的不明确将会导致任意解释,对法律条文的解释和适用也不存在绝对或唯一正确的答案。由于在解释和适用法律时,法官往往拥有相当大的自由裁量权^[8],司法人员会依赖个人偏见或主观评估,来确定哪些应被视为犯罪所得,因而可以选择性地针对个人或企业,利用这种模糊性来公报私仇,保护与他们有关联的特定团体或个人并使其受益,为潜在的滥用权力打开了大门。这些可能出现的情况都增加了出现不公正结果的风险。同时,刑法用语定义的模糊性也会削弱监管机制,法官将更容易掩盖自己的失当行为,根据松散的法律标准为自己的判决辩护,从而导致公众对司法公信力的信任降低,削弱他们对法律制度完整性和公正性的信心。这种怀疑会超出具体案件的范围,并对行政和司法部门的整体公信力产生影响。对于法律用语解释的模糊性,会导致法律诉讼旷日持久,无论是违法犯罪行为人还是检察机关,都可能就法官对法律的解释提出异议,从而加重审判机关的负担。出现这些现象,不仅会导致案件迟迟得不到合理解决,并有可能使受害者和被告人都无法伸张正义。

在开设赌场罪中,当“违法所得”的范围宽泛而模糊时,行为人将会被推定为有罪,其必须证明自己商业支出的合法性,这会增加误判的风险,有悖于“疑罪从无”的原则。不仅如此,这种模糊性还会造成执法漏洞。不法分子可能利用这些漏洞来避免起诉或尽量减轻处罚,利用法律框架的不明确性,以掩盖真实性质收益的方式实施非法活动。

三、开设赌场罪的理论限缩

刑法对法益的保护并非在其四周建造一堵密不透风的墙,而是通过举止规范,禁止国民采用特定的方式侵害法益^[9]。刑法带来的附随效果对个人的影响很大,刑事前科会对犯罪人产生多方面的负面法律后果,从而对有前科的公民回

①参见江西省分宜县人民法院(2022)赣0521刑初198号刑事判决书,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZOBXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

归社会后的日常生活带来持续性的不利影响。在严惩政策的趋势下,对刑法条文的边缘含义作扩大解释,往往成为司法机关首要的“入罪”解释方法。此种司法功利主义摄入了鲜明的主体性意识与价值取舍,导致对司法正义的遵从可能被弱化^[10]。在部分开设赌场罪的判决书中,对犯罪分子科处的刑罚仅为拘役且附加缓刑,这一方面说明了犯罪分子的情节轻微,另一方面也反映了开设赌场罪认定标准较低。对此,我们可以通过理论限缩,提高开设赌场罪的认定标准,避免司法适用的无限扩张,从而精确打击开设赌场的违法犯罪行为。

(一)明确“主观明知”的内容

对于聚众赌博、开设网络赌场、利用赌博机开设赌场等行为的认定,有着明确的司法解释,只要满足相关条件的行为,即属于《刑法》第303条所规定的“开设赌场”。但是对于开设实体赌场,至今尚未有明确的司法解释。在刑法的整体框架下,为了尽可能实现对开设赌场罪的精准打击,应该将主观认定限缩为“赌场”,不能仅仅为了打击犯罪而降低认定标准。否则,仅仅凭借场所内有赌博活动就将其认定为赌场,存在认知过于模糊的问题,存在司法无序扩张的嫌疑。依法打击开设赌场的违法犯罪行为,首先必须明确罪责标准,在确保打击潜在犯罪行为与防止司法不当扩张之间取得平衡。

在认定本罪“明知”时,需要充分考虑到行为人开设赌场的性质、时间与人员流动性,综合判断行为人造成的法益损害后果。例如,行为人与其余7人在自家一楼大厅打麻将,1枚筹码2元钱,行为人每天收取20元台费。司法机关认为行为人以营利为目的,提供场所和赌具供他人赌博,并从中营利,其行为构成开设赌场罪^①。这种行为只是打麻将娱乐,收取的费用也仅限于基础台费,收费并非明显不合理,也并非专门开设赌场营利。行为人主观上仅是为他人小额赌博活动提供场所。难以想象,为普通民众娱乐性小额赌博提供场所的行为属于开设赌场。对于此类

行为,若是初犯,对行为人宜依据《治安管理处罚法》予以行政处罚;若经过多次行政处罚,行为人仍拒绝改正,可以以开设赌场罪或者赌博罪追究其刑事责任。如果多行为人之间采取分工配合的形式开设供他人赌博的场所并抽头渔利,甚至采取暴力形式追索赌债,即便是初犯,也可以认定行为人“明知”开设的是赌场^②。

赌场经营的性质是确定“赌场”的一个重要因素。刑法应区分随意的、偶然的赌博活动与有组织的、以营利为目的的赌场经营活动。行为人可能出于娱乐目的参与赌博,而没有充分认识到其法律影响;其他行为人则可能有详细的计划来经营赌场,以获取经济利益。分析赌场结构的复杂性、运营的规律性和赌博设置的复杂性,对于评估行为人是否“开设赌场明知”至关重要;同时,行为人对有关赌博活动的法律要求和规定的认识,在确定“明确知道”方面起着重要作用。一方面,如果行为人明知故犯,无视或违反合法经营、许可和报告义务,则表明他对自己行为的非法性质有较高等度的了解;另一方面,如果行为人确实不了解经营赌场的法律复杂性,则可作为缺乏“明知开设赌场”的证据。对赌场经营的财务投资和参与程度,也是一个重要的考虑因素。如果行为人投入了大量资源并积极参与赌场的管理和推广,则表明其“明确知道开设赌场”的可能性很高。这种参与,表明其有意识地从开设赌场活动中获利,意味着其对活动的犯罪性质有着深刻的认识。不仅如此,赌场经营的持续时间和规律性也表明了经营者的意图。长期、持续和系统的赌博活动强化了“明知开设赌场”的程度,持续参与经营赌场表明其对行为的犯罪性有持续的认识,并表明其在规避法律方面经过了深思熟虑。从刑事诉讼法的角度来看,确凿证据的存在,如书证、聊天记录或证人证词,会对“明知开设赌场”的判定产生重大影响。经营者知情具体证据,如对赌场利润、计划的讨论,或之前对赌博活动的承认,都会加强对其刑事责任的认

①参见广西壮族自治区天等县人民法院(2020)桂1425刑初71号刑事判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

②参见广东省清远市中级人民法院(2021)粤18刑终181号刑事判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

定。例如,参赌人员的证词中是否提到抽头渔利,是否会提供非法贷款,开设供他人赌博场所行为人的流水是否符合正常的棋牌室流水,其收取的费用属于正常的服务费用还是抽头渔利的费用,都是判定行为人是否开设赌场的重要依据。在这里需要注意一点:部分场所收取的费用不仅包含台费,还包括餐费及饮品费用,三者叠加的价格偏高,司法机关就可以以此认定为不合理的服务费用,认为其是变相的抽头渔利^①。抽头渔利的认定关键并不在于数额大小,而在于收取的时间以及是否与赌局输赢相关。行为人若是在他人赌博前收取的费用,对于是否属于抽头渔利的认定就要十分慎重,应从场所是否高端、是否包含其他服务费用以及当地居民消费水平等方面进行综合认定;如果行为人是在他人赌博之后收取的费用,尤其是在支付正常台费后找赢家收取的额外费用,则大概率可以认定为抽头渔利^②。

故确定赌场运营中的“明确知道”需要对各种因素进行细致的审查,以确保判罚的公正性和准确性。对于“明知开设赌场”可以作如下限缩解释:一年内曾因开设供他人赌博场所的行为受过行政处罚,又多次实施开设供他人赌博场所行为的;多人结伙分工合作,主动招揽赌客,或为赌博人员提供贷款的;在执法人员调查时,通过销毁账本等方式故意规避调查的,均可以推定行为人“主观明知”开设赌场。通过考虑赌场的性质、对法律要求的认识、财务参与、经营期限、对后果的认识、与执法人员的互动以及辅助证据,司法机关可以更为全面地了解个人的意图和罪责。这种平衡兼顾的方法,有助于精确有效地打击非法经营赌场犯罪。

(二)对赌场应进行综合认定

关于实体赌场的判断,刑法并没有作出明确规定,这也导致了司法实践中的混淆情况,即将刑法中的“赌场”理解为行政法中的“为他人赌博提供的场所”。刑法中“赌场”的语义射程范围,应小于行政法中的“为他人赌博提供的场所”,而

并非简单等同。一般认为,开设赌场罪从赌博罪中分离出来并得以提高法定刑的原因,一是由于开设赌场罪的行为特征,二是出于打击赌博犯罪的“严重情节”^[11]。故开设赌场罪的前置条件应是有聚众赌博的行为发生,若只是带有少量财物输赢的娱乐活动,即便累计金额达到了五万元以上,也不应认定为聚众赌博。故应厘清娱乐与赌博之间的界限。

首先,赌博通常主要依靠机会,其结果更多由运气而非技巧决定。涉及技能、策略或知识的娱乐活动,应更倾向于被视为非赌博活动。例如,斗地主、各类风格麻将的结果大多取决于技巧,因此一般不被视为赌博,但利用扑克、麻将进行大量财物输赢的活动除外。赌博通常涉及对结果不确定的事件下注或付出代价,例如投注体育赛事或赛马、玩赌场风格的游戏(老虎机、轮盘赌、德州扑克)、参与在线赌博活动,即使金额很小,也应认定为赌博。

其次,活动背后的动机尤为重要。在娱乐活动中,参与者通常愿意接受财产的少量损失,其认为这是整体体验的一部分,尽管知道结果是不确定的。财产的价值对于获得的乐趣来说是次要的。在赌博中,主要动机往往围绕着潜在的金钱收益,参与者愿意为赢得更多的机会而冒财产损失的风险。值得注意的是,意图是主观的,可能因人而异。有些人可能会以娱乐的心态对待某项活动,另一些人则可能主要将其视为赌博的机会。因此,不能仅仅依靠主观目的判断是否构成赌博。在赌博中,通常会有明确的金钱奖励或报酬;在娱乐活动中,任何潜在的财物输赢可能都是次要的,主要是享受娱乐本身。例如,朋友之间的少量财物输赢应认定为娱乐活动,而不能按照累计金额认定为“聚众赌博”。

即便在固定场所内出现聚众赌博的行为,也仅能认定为“为他人赌博提供场所”,而不能认定为赌场。“赌场”需要结合其他方面进行综合认定,不能仅以营利为目的就判定构成刑法意义上

①参见辽宁省大连市甘井子区人民法院(2022)辽0211刑初9号刑事判决书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

②参见新疆维吾尔自治区阿克苏地区中级人民法院(2021)新29刑终87号刑事裁定书,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html>,最后访问时间:2023年10月17日。

的赌场。因为即便是收取正常场所和服务费用的娱乐场所,其本质目的也是为了营利。按照司法惯例,赌场的定义狭隘地与追求利润联系在一起。然而,要将赌场与其他收取服务费的合法娱乐场所区分开来,还应进行其他的限缩。传统观念认为,赌场仅仅是一个以营利为目的的赌博场所,这种观念过于简化了“为赌博活动提供便利的场所”的复杂面貌。要真正把握刑法意义上赌场的本质,就必须将“抽头渔利”纳入最核心的衡量标准之中。

辨别赌场的要素之一,在于其是否拥有合法营业执照。这一要素超越了赌博活动的表象,深入到场所对法律规范和监管要求的遵守情况。真正的赌场并不愿意接受相关机构的审查,表明其致力于在法律允许的范围内经营。拥有合法的营业执照,意味着该行为人并没有开设赌场的主观目的,从而与未经许可或长期聚赌的赌博场所区分开来。但是拥有合法的营业执照,并不意味着行为人不可能开设赌场,其完全有可能披着合法的外衣行非法之事。因此,判断赌场的另一个重要因素为是否积极、刻意地招揽赌客。与零星的赌博活动不同,赌场投资于有针对性的“营销”和推广活动,以吸引稳定的客户群,包括促销活动、返水返利等,在赌场和顾客之间建立起一种共生关系。有意识地培养一个赌博社区,是赌场致力于持续经营的象征,也使其有别于短暂的、以营利为目的的经营活动。赌场对投注、赢钱和赔钱都有细致的记录,这种复杂的财务管理使赌场有别于休闲娱乐场所,后者往往没有这种细致的记录保存。例如,一般的棋牌室只是收取固定的台费,对于客户的盈亏并不关心,也不会记录在案。赌场的最终目的,是建立起长期稳定的创利模式,而此类模式基本依靠“抽头渔利”以及提供高利率贷款来实现,其基础是致力于提供多样化的赌博机会、设施和服务。愿意提供高利率贷款,是赌场致力于培养忠实客户和维持长期赌博互动关系的象征。这种做法使赌场有别于短期娱乐活动,因为后者缺乏这种多层面的客户参与方式。这与零星的营利活动形成鲜明对比。正常经营棋牌室是有可能亏本的,但是抽头渔利的赌场并不会出现此类情况。筹码或代币的交换也是赌场运营不可或缺的一部分。赌场建立

了无缝的筹码兑换机制,允许顾客将货币兑换成形式标准化的筹码用于赌博。这种基础设施表明,赌场有能力为各种赌博活动提供便利,而不是临时休闲娱乐的场所。

总之,对刑法意义上的赌场应当作较为严格的限缩,对赌场的综合认定应当超越“以营利为目的”范畴,深入到一系列的决定性要素之中。通过对这些要素进行评估,监管机构和司法机关可以制定出更准确、更有效的分类方法,以适应当代赌博场所的复杂性。必要性原则要求刑法的处罚规定必须是为了达成刑法目的而造成最小侵害的必要手段。倘若为了达成刑法目的,存在两个以上符合适当性原则的法律手段,则应选择采用对行为人权益侵害最小的手段^[12]。行政制裁是处罚不法行为的基础和前置手段,刑法制裁是处罚不法行为的后盾和最后手段,因此,犯罪的认定应当以行政法为前提依据^[13]。对于为他人赌博提供场所的行为人,宜以《治安管理处罚法》进行规制。只要未抽头渔利,即便赌博参与人的赌资数额累计达到五万元以上,也不应当追究其刑事责任,否则不仅超出社会一般人对于开设棋牌室的认知,而且刑罚带来的附随效果也是其难以承受的。

(三) 违法所得应不包含正常的服务费用

由于“违法所得”旨在为罚金刑提供判罚基数及定罪处罚标准,因此,明确开设赌场罪的“违法所得”,对于行为人有着重大意义。应当明确开设赌场罪的违法所得不包含正常的服务费用,以营利为目的中的“利”不应当包含正常的服务费用,从而进一步提高开设赌场罪的入罪门槛。

在侵犯著作权罪中,“违法所得数额”就是行为人非法获利的数额,是其非法经济活动后的投入与产出之比。行为人实际上的获利多少,就是“违法所得数额”。因为在对侵犯著作权犯罪的认定中,并没有把“违法所得数额”作为唯一的标准^[14]。1995年最高人民法院《关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》中,就将“违法所得数额”解释为“获利的数额”。原国家工商行政管理总局(现国家市场监督管理总局)2009年印发的《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》中,明确了“违法所得”的一般认定原则和特殊认定原则。

一般认定原则,是指“以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入,扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出,为违法所得”;特殊认定原则,是指对于一些社会危害大或者违法成本难以计算的违法行为,“以其销售收入为违法所得”。对开设赌场罪的违法所得认定,宜采用一般认定原则。在认定中同样存在着多种认定方式,司法机关可以从抽头渔利数额、赌资数额、参赌人数等综合考虑其社会危害性。可见,即便实践中行为人实施了开设赌场的行为,其仍然可能采取各种手段隐瞒违法所得的数额,导致追查和计算难度加大。对此,我们可以按照参赌人数来认定本罪,不至于出现开设赌场而无法认定的情况。对“违法所得数额”作如此理解,不仅不会在定罪和量刑上产生严重问题,反而会在一定程度上有利于对行为人定罪量刑。

在开设赌场罪中,违法所得应包括抽头渔利数额和放贷所获利息数额。开设赌场的获利方式非常丰富,既能通过抽头渔利,也能通过放贷等方式获取高额利润。真正意义上的赌场并不会收取每人每次的台费。向参与赌博的人员收取台费,更多意义上是一个行政法概念,部分场合下仅属于民事法律关系。由于开设合法经营场所本应收取合理费用,如果将这种其他部门法的概念纳入刑事处罚范围,增加对此情节的认定,将会不当地扩大刑事处罚的范围。例如,很多宾馆设有麻将房,在正常收取客户住房费后,客户在房内赌博。在多数情况下,服务员可能意识到客户开麻将房是为了赌博,那么以房费作为违法所得累计计算,是否也要认定宾馆所有者构成开设赌场罪呢?这显然是不合理的,也即棋牌室收取正常的台费不应认定为违法所得。故在开设赌场罪中,应主要以抽头渔利的数额作为入罪门槛。开设赌场罪的本质是妨害社会管理秩序犯罪,并不是经济类犯罪,不应以营利为目的论,将收取台费作为入罪的门槛,把本不应由本罪规制的内容纳入刑法的管理当中,这显然难以被民众所接受。对于情节的把握,应采取综合判断的方法,全面考察行为人的认识程度、意志因素、客观风险、因果关系、危害后果等,然后具体判断入罪的必要性,将主观恶性小、社会危害性低、危害结果轻微的行为排除在刑法规制范围之

外^[15]。换言之,即便将收取台费纳入违法所得的范围,亦可在综合判断后予以出罪,进一步限缩开设赌场罪的入罪。同时,要准确把握开设行为行刑衔接的规定,发挥行政规制的分流作用,对于行为人为赌博人员提供场所的情形,可以使用行政处罚时,就不必科处刑罚,避免刑法对日常娱乐或者“小赌”的过度规制给公众日常生活造成负面影响。

四、结语

《周礼》提出,“刑新国用轻典,刑平国用中典,刑乱国用重典”,意即区别不同的政治形势,确定立法宽严的尺度。明初以严法治吏,是因为明太祖“吾治乱国,刑不得不重”。本文认为,在社会经济高速发展的新时代,不必再采用严苛的刑罚对社会危害性不大的行为进行规制。部分刑法法条应随着社会发展缩小语义的射程。在刑法观念逐步转向功能主义、刑法与政策考量紧密关联的今天,刑法的谦抑性并不反对及时增设一定数量的新罪。从技术层面考虑,未来中国的刑法立法需要进行相当规模的犯罪化,但处罚不能轻易由轻改重,应尽可能降低犯罪的附随负面效应,使罪行较轻的犯罪人能够顺利回归社会^[16]。积极主义刑法观追求的应是积极立法、消极司法,在建立严密法网的同时,对罪名的适用予以限缩,避免出现过度使用刑罚的现象。刑法解释方法的多元性,表明不可能通过一种解释方法就可以一劳永逸地解决所有案件的问题^[17]。只有刑法规范规定得具体,才能保障刑法规范的明确性;只有刑法规范规定得明确,才能让一般国民很容易认识到自己的行为是否违法^[18]。清代是中国历史上赌博最为繁盛的时代,赌博花样繁多,参赌人员广泛,遍及社会各个阶层。同时,清代也是禁赌法律规定最为严厉的时代。雍正时规定,凡开赌拍头者,初犯杖一百徒三年,再犯杖一百流三千里。对于旗人开设赌场,康熙、雍正时均处以绞监候;乾隆时则规定,初犯者发配极边远地区充军,再犯绞监候,同时赌场房屋一律没收充公。这些规定试图从根本上解决开设赌场的问题,也确实收到了积极的社会效果。故笔者认为,在开设赌场罪中,中华法系从传统来讲强调“抽头”这一关键要素,现代刑法也应强调

“抽头渔利”这一关键构成要件,以明确开设赌场罪的犯罪构成,达到国民预测的可能性。

[参考文献]

[1] 闫君剑. “实体型”开设赌场的司法认定[J]. 中国检察官, 2017(03): 13-14.

[2] 高巍. 论规范的构成要件要素之主观明知[J]. 法律科学(西北政法大學学报), 2011(03): 89.

[3] 刘志伟. 主观明知的内容、程度及证明[J]. 人民检察, 2007(21): 33.

[4] 袁彬. 刑法与相关部门法的关系模式及其反思[J]. 中南大学学报(社会科学版), 2015(01): 49.

[5] 赖早兴, 董丽君. 行政法与刑法的界限: 从模糊到清晰[J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 2018(05): 37.

[6] 时延安. 违法所得和违法收益的界定[J]. 中国检察官, 2007(02): 37.

[7] 刘清生. 论刑事违法所得的认定与追缴[J]. 湖南社会科学, 2009(02): 55.

[8] 张心向. 构成要件要素: 从文本概念到裁判类型[J]. 东方法学, 2020(01): 60.

[9] [德] 乌尔斯·金德霍伊泽尔. 德国刑法总论教科书[M]. 蔡桂生译. 北京: 北京大学出版社, 2015: 42.

[10] 高铭暄, 孙道萃. 网络时代刑法解释的理论置评与体系进阶[J]. 法治研究, 2021(01): 36.

[11] 林丹丹. 从组织架构谈赌博罪与开设赌场罪的区别[J]. 中国检察官, 2017(08): 72.

[12] 林山田. 刑法通论(上册)[M]. 中国台湾: 元照出版有限公司, 2008: 94.

[13] 曾粤兴. 尊重与保障: 刑罚如何介入行政法领域——从打击“地沟油”犯罪切入[J]. 北方法学, 2013(06): 63.

[14] 高铭暄, 王俊平. 侵犯著作权罪认定若干问题研究[J]. 中国刑事法杂志, 2007(03): 6.

[15] 王希. 疫情防控期间刑法适用的精准化研究——以涉疫情犯罪刑法适用为样本的实证分析[J]. 东南法学, 2021(01): 163.

[16] 周光权. 积极刑法立法观在中国的确立[J]. 法学研究, 2016(04): 23.

[17] 石聚航. 刑事裁判文书中目的解释的实践运用[J]. 法学家, 2017(05): 143.

[18] 张金刚. 法益中心主义的目的解释观之反思[J]. 法律方法, 2018(03): 179.

【责任编辑: 高 锋】

Judicial expansion and theoretical limitation of the
crime of opening a casino

Deng Yiwei

(Nanchang University, Nanchang Jiangxi 330031, China)

Abstract: Among the current constitutive elements of the crime of opening a casino, the opening of physical casinos is suspected of expanding judicial application and should be theoretically limited. For subjective purposes, the judicial authorities tend to equate knowingly well opening a place for others to gamble with opening a casino, so the scope of application of “knowing well” should be narrowed; in terms of the objective behavior of opening a casino, the semantic range boundaries of casinos show an inappropriate expansion trend, so the meaning of “casino” in criminal law should be distinguished from providing places for gambling in administrative law, and the comprehensive identification of casinos does not require profit-making; in the identification of illegal income, the expenses normally charged for venues and services should not be included, but the profits taken from gambling should be a key factor in determining illegal income.

Key words: crime of opening a casino; explanation of limitation; subjective knowing well; identification of casino; illegal income

【法学理论研究】

我国农村宅基地使用权退出法律机制研究

阎其华,邢晓琳

(沈阳师范大学,辽宁 沈阳 110034)

〔摘要〕宅基地使用权退出在农村宅基地制度中扮演着重要角色,对于统筹城乡发展、保障农民财产权及加强宅基地的财产属性具有重要作用。在改革试点工作中,J省Y区成效显著,但也反映出农村宅基地使用权退出机制面临立法不健全、资金压力大、缺乏退出后长效保障机制等实践困境。构建农村宅基地使用权退出机制,是我国农村宅基地改革的关键点,也是农村宅基地改革的堵点与痛点。对此,应当从完善立法、拓宽资金来源、加强社会保障等方面入手,探索完善农村宅基地使用权退出机制的可行路径。

〔关键词〕农村宅基地改革;宅基地使用权;退出制度

〔作者简介〕阎其华(1982—),女,辽宁沈阳人,沈阳师范大学法学院副教授,法学博士,主要从事经济法学研究;邢晓琳(1999—),女,辽宁沈阳人,沈阳师范大学法学院2021级经济法学专业硕士研究生,主要从事经济法学研究。

〔收稿日期〕2023-12-07

〔中图分类号〕D923.2〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)02-099-06

近年来,我国农村宅基地流转问题备受关注,其在我国集体建设用地使用权制度改革中扮演着重要角色。但当前我国农村宅基地存在诸多问题,如占地面积较大、一户多宅等,农村宅基地流转面临一系列挑战。数据显示,我国约有8.9%的农户拥有两处或两处以上宅基地,而全国范围内约有10%~15%的农村宅基地处于闲置状态。这一现象与农村宅基地流转与退出机制的缺失密不可分。在我国人地矛盾突出的国情下,上述现象大大降低了土地利用效率,有违我国提倡的珍惜土地、节约资源的土地政策。2021年中央“一号文件”着重提出加强宅基地管理,党的二十大报告也再次强调,要实施乡村振兴战略,赋予农民更加充分的财产权益。

本文从宅基地使用权退出制度的内涵、模式出发,分析构建农村宅基地使用权退出机制的必要性,进而以试点地区J省Y区为例,进一步剖析我国农村宅基地使用权退出机制面临的法律困境,并提出相关的完善对策和建议,以期进一步完善农村宅基地使用权退出机制,促进农村土

地资源的有效利用,更好保障农民权益,为推动我国农村宅基地使用权的完善提供有益参考。

一、宅基地使用权退出制度概述

(一) 宅基地使用权退出的内涵

宅基地使用权是指集体经济组织成员经过申请批准后无偿取得的,可以在土地上建造住宅及附属设施,并且享有占有和使用权利的权能。在理论层面,农村宅基地使用权的退出,是指农民将其闲置宅基地的使用权转让给集体经济组织,集体经济组织是农村宅基地退出的承受者和直接的补偿义务人,在取得宅基地使用权之后,能够进行自主经营或共同经营。在法律层面上,宅基地使用权的退出,意味着基于特定宅基地的合法使用权回归宅基地的所有权人,从而导致基于该宅基地的用益物权消失。

(二) 宅基地使用权退出的模式

1. 暂时性退出(保留资格权退出使用权)

宅基地使用权暂时性退出,是指农民在一定期限内,将其拥有的宅基地使用权通过村集体经

济组织进行流转,并从中获取收益的行为。在这种情况下,农民虽暂时放弃了宅基地的使用权,但仍然保留了该资格权。宅基地使用权暂时性退出的期限是事先约定的,农民在一定时间段内无法自行使用宅基地,而村集体经济组织或其他受让方则有权利和责任对该宅基地进行管理、开发或出租。在约定期限届满后,宅基地使用权将会重新归还给农民,他们可以再次行使宅基地的实际使用权。这种暂时性退出的安排可以提供处分灵活性并产生经济效益,使农民能够在一定期间内将宅基地使用权转化为经济资源,从中获取收益或实现其他目标。然而,需要注意的是,这种退出方式需要明确约定权益的归属、流转期限、收益分配等方面的细节,以确保各方的权益得到妥善保护和协调。

2. 宅基地资格权和使用权的共同退出

农民在退出宅基地使用权的过程中,有时还会同时放弃宅基地的资格权,这就意味着他们将土地使用权以及作为集体经济组织成员的权益一并交还给原集体。集体经济组织在获得宅基地使用权后,可以根据需要将土地使用权转变为集体土地的一部分。对于农民而言,资格权的退出意味着成员身份的消失,代表了农民身份的变化。此外,农民在退出宅基地资格权和使用权时,也意味着他们无法再享受任何与该集体经济组织相关的福利和保障。因此,这种土地资格权和使用权的联合退出,对农民来说存在很大的风险。

二、构建农村宅基地使用权退出法律机制的必要性

(一) 有助于解决其收益权能缺失的问题

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)“物权编”明确规定了农村集体土地的物权内容。这些规定初步确立了农村土地的交易规则,为农村集体土地融入市场经济提供了制度基础。然而,作为一种用益物权,目前法律法规中对于农民宅基地使用权的收益权利并没有作出明确规定。

此外,宅基地使用权作为一种权利,现行法律法规中尚无对宅基地使用权退出的明确规定。因此,有必要完善宅基地使用权退出制度,明确

宅基地使用权的收益权利,并在法律层面规定宅基地使用权的退出条件和程序。

(二) 有助于保障进城务工农民的财产权,加强宅基地的财产属性

党的二十大报告明确提出要推进乡村振兴。宅基地有偿退出法律机制的构建,对于实现农民的土地财产权益,进而推进乡村振兴具有重要作用。

第一,提高农民的收入。通过有偿退出,农民可以将宅基地使用权转化为现金或其他有价值的财产,从而提高财产收益和财富积累能力。

第二,保护农民的土地财产权益。当前农村宅基地制度存在所有权主体虚设、使用权不完整等问题,农民在宅基地使用中的权益保障不足。有偿退出机制的构建,可以通过明确的法律和制度安排,确保农民在宅基地使用权退出过程中的合法权益得到保护,避免权益遭受损失或侵害。

第三,促进农民拓展多样化收入来源。通过合理的退出机制,农民可以将宅基地租赁、转让或置换给其他需要土地资源的主体,从而获得租金、转让款、住房等实物或货币回报。

第四,促进乡村振兴。宅基地有偿退出机制的构建,可以吸引城镇资本进入农村,推动休闲农业、旅游业、餐饮业等新业态发展,推动乡村振兴战略的有效实施。

(三) 有利于统筹城乡发展

第一,促进城乡资源优化配置。通过宅基地的有序退出,可以释放农村宅基地的潜力,提供更多的土地资源供城市发展使用,有助于解决城市土地紧缺问题,促进城乡资源优化配置。

第二,促进农民进城居住和农村土地流转。通过退出机制,实现土地流转和农民进城的有序过渡,有助于提高农民的生活条件,促进农村人口向城市转移,推动城乡人口有序流动,实现城乡资源的良性互动和优化配置。

第三,促进农村新社区建设和城乡一体化发展。通过宅基地的有序退出和土地流转,可以使农村土地得到合理规划和集约利用,建设更加现代化的农村社区,有助于改善农村居民的生活环境和居住条件,提高农村基础设施建设水平,推动城乡发展的协调和一体化。

第四,优化生态环境。通过流转和合理利用

宅基地,可以减少土地的粗放利用,保护农田和生态环境,提升土地利用效率。

三、宅基地退出制度改革试点地区分析:以 J 省 Y 区为例

J 省 Y 区(原名 Y 县)隶属 J 省 Y 市,是“农村宅基地制度改革试点”的重点区域。从 2015 年开始,Y 区就出台了一系列农村宅基地制度改革措施。在 Y 区的宅基地自愿有偿退出机制中,具体规定了以下五个操作步骤:

1. 制定统一补偿标准。确保对放弃宅基地使用权的农民给予合理、平等的经济补偿。2. 自愿有偿退出多余宅基地。对于闲置废弃和一户多宅的情形,农民可以选择放弃闲置宅基地的使用权和多余的宅基地。3. 宅基地流转和出租。Y 区允许宅基地在全县范围内进行流转和出租,农民可以将自己的宅基地租赁给他人使用,获取租金收入。4. 农房抵押贷款。为了增加农民的财产性收入,Y 区开展了农房抵押贷款业务,农民可以将拥有的宅基地作为抵押物,获得贷款支持。5. 农村宅基地退出“权证”。规定暂时性退出宅基地使用权的农户 15 年后可以凭“权证”回到原农村集体经济组织,重新申请农村宅基地。截至 2018 年 3 月,全区共有 389 户农民选择了退耕还林进城,目前已经有 323 户完成了退耕还林还贷。Y 区采用“以时间换空间”的方法,取得了显著效果。

Y 区的宅基地自愿有偿退出机制模式,旨在鼓励农民自愿放弃不需要的宅基地,实现资源的合理配置和经济效益的提高。同时,政府对宅基地改革进行了统一规划和指导,制定了相应的补偿和激励政策,保障了农民的合法权益,推动了改革的顺利进行。

四、我国农村宅基地使用权退出机制面临的法律困境

J 省 Y 区试点工作成效显著,既对全省农村宅基地制度改革、新农村建设起到了积极促进作用,又对我国其他区域的试点工作有一定的参考价值,同时也提出了完善我国农村宅基地使用权

退出机制需要进一步探讨的问题。

(一)立法不健全

《中华人民共和国土地管理法》(以下简称《土地管理法》)第 62 条第 1 款规定了一户一宅原则,第 5 款规定禁止宅基地流转后的再次取得。上述条款可以解读为基于一户一宅的限制,集体成员将宅基地流转之后,便永久丧失了宅基地的取得权。顺此逻辑,法律并未禁止宅基地退出后的重新取得权。有学者认为,应赋予这种“暂时退出”宅基地的农民优先受让权,经集体承诺后,可以在一定期限内享有再次获取宅基地使用权的权利^①。从理论层面来看,按照法律规定,在该成员选择有偿退出宅基地时,就已经收到退出补偿费用;再次申请宅基地时如果无偿取得的话,就会出现“以地套现”的情况,即“退地补偿,要地免费”^②。因此,再次申请的制度设计重点并不在于能不能申请、如何申请,而在于是否有偿。对此,需要进一步完善相关法律法规。

同时,《土地管理法》第 62 条规定了宅基地使用权的自愿有偿退出,但并没有对保留资格权的退出和丧失资格权的退出作出区分。由此引发了一个问题:在农村宅基地使用权退出的过程中,应否区分具体的退出方式。丧失资格权的退出,是指该成员放弃集体所有权的全部利益,离开村集体;在法律上主要体现为丧失民法上规定的财产权,即农民个人处分财产的自由。保留资格权的退出,是指放弃宅基地使用权这一财产性权利,这种退出方式的前提是:自动放弃宅基地使用权的村集体组织成员仍然享有成员资格,不符合强制退出的标准,否则就转化为强制退出,缺乏公平性。

J 省 Y 区在此次试点改革中,对退出宅基地进城落户对象进行了区分:一类是丧失资格权的退出,一类是保留资格权的退出。研究表明,尽管 Y 区针对是否退出宅基地资格权作出了划分,但在改革实践中,从保护农民利益和推动改革进程角度出发,Y 区并没有区分相应的补偿政策,而是采取了统一的补偿政策^③。这种做法虽然在短

①参见高海:《论农民进城落户后集体土地“三权”退出》,载《中国法学》2020 年第 2 期,第 30-47 页。

②参见段程旭:《宅基地使用权退出的法理逻辑与制度完善》,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2023 年第 3 期,第 34-45 页。

③参见赵林玉,冯广京,谢莹:《农村宅基地价值构成及其退出补偿对价研究》,载《农业经济问题》2021 年第 8 期,第 104-112 页。

期内推动了改革进程,但损害了农民的合法权益,违背了公平原则。本文认为,应进一步完善相关法律法规,明确两种不同的退出方式及其补偿标准。

(二)宅基地使用权退出隐形交易频繁

宅基地设立的初衷,是为了保障农民的基本生活需求。随着生活水平的提高和对美好生活的向往,越来越多的农民离开乡村走进城市,导致许多农村宅基地及地上农房闲置。《民法典》“物权法编”虽然规定宅基地使用权属于用益物权,但并没有赋予宅基地使用权以收益权,农民的自由处分权受到限制,隐形交易即变相流转现象逐渐增多。比如,一些经济发达地区农村建设速度快,农民住宅不仅承担着住宅功能,其资产属性也比较明显。因此,农民一般不会轻易选择退出宅基地。当其认为该房屋的资产性达到了预期,便会违背国家法律和政策私下买卖宅基地。

(三)宅基地使用权退出资金压力大

目前,许多省市地方政府正在积极推进农村宅基地使用权有偿退出工作,并逐步完善相关法律法规和政策。然而,实践中让农民退出宅基地需要大量资金,不少经济欠发达地区为此甚至背负了巨额债务。城乡建设用地“增减挂钩”政策^①的最初目的是保护耕地、节约用地,现在将本应通过公共政策来实现的资源转移以虚拟的“增减挂钩”指标交易来实现,表明大量的资金都来自于国家,而不是农民所退出宅基地上的产出。试点期间,国家和地方政府的资金都会向试点地区倾斜,但如果宅基地退出制度在全国大范围推广,由于“增减挂钩”指标有限,绝大多数农村地区农民退出宅基地上的产出和收入也是有限的^②,因此,宅基地使用权的退出以“增减挂钩”作为主要资金来源的可持续性较差,这也是我国农村宅基地使用权退出机制面临的主要困境之一。

(四)宅基地使用权退出后缺乏长效保障机制

在推动宅基地有序退出的过程中,农民的生

活和就业等基础生计问题需要得到有效解决和切实保障,否则可能导致他们面临生计困难;此外,一些农民对宅基地的依赖和重视程度,以及退出宅基地对农民个人和家庭的影响往往超出其自身想象和承受能力,可能成为宅基地退出后发生纠纷的主要诉源。例如,J省Y区退出宅基地进城落户的农民不仅能够获得相应补偿和优惠政策,还能换得“权证”,凭借“权证”退地后的农民可以重新申请宅基地。从表面看,这种做法为农民提供了回头路,但值得注意的是这份“权证”的生效时间:退出宅基地的农民如果在城市生活困难,必须在15年之后才能重新申请宅基地。这种做法,导致保护农民合法权益的农村宅基地改革目的难以落地生根,更谈不上开花结果。

五、完善农村宅基地使用权退出机制的对策建议

(一)完善宅基地使用权退出立法

第一,构建再次申请有偿使用制度。针对上述“退地补偿,要地免费”的问题,可以考虑构建再次申请的有偿使用制度。如此,不但可以避免村集体利益受到侵害,而且可以提高宅基地的集约式利用率。再次取得宅基地的有偿性是基于宅基地的有偿退出,无须再论证其正当性。因此,集体组织成员再次申请宅基地时,必须支付不少于退出时补偿费用的相应金额。

第二,明确区分退出方式。一种退出方式是丧失资格权的退出。在此种退出方式下,农户退出宅基地后会有相对应的损失,因此应综合考量多方面的价值因素,使退出宅基地的农户获得合理补偿。另一种退出方式是保留资格权的退出。此种退出方式与第一种方式相反,保留了农村集体经济组织成员的资格权及其所享有的其他各项权利,并没有产生除了宅基地使用权之外的损失。需要注意的是,根据《民法典》和《土地管理法》等相关法律法规的规定,宅基地资格权并不属于财产权,而是农户基于集体经济组织成员身

①土地增减挂钩(以下简称“增减挂钩”)即城镇建设用地增加与农村建设用地减少相挂钩,是指依据土地利用总体规划,将若干拟整理复垦为耕地的农村建设用地地块(即拆旧地块)和拟用于城镇建设的地块(即建新地块)等面积共同组成建新拆旧项目区,通过建新拆旧和土地整理复垦等措施,在保证项目区内各类土地面积平衡的基础上,最终实现增加耕地有效面积,提高耕地质量,节约集约利用建设用地,城乡用地布局更合理的目标。

②参见吴婧:《农村宅基地使用权退出的实践与路径:基于乡村振兴基础阶段的思考》,载《江海学刊》2020年第3期,第84-90+254页。

份享有的可以申请在本集体土地上建造住宅及附属设施的一种资格^①。因此,针对第二种退出方式的补偿标准,应按转让市场中的价格确定。

总之,在具体补偿方式的设计上,村集体经济组织应结合当地实际情况和经济发展水平,充分听取农民意见,设计出符合当地经济社会发展水平、具有地区特色、公平合理的补偿方式。

(二) 设立专门机构负责审批

当前,农村宅基地隐形流转现象十分普遍。受知识和阅历的限制,我国农民的法治意识普遍较为薄弱,在宅基地流转时往往处于弱势地位。仅凭自身力量,出现问题时其合法权益很难得到充分有效保护。流转过程中缺乏相关机构的监管,会极大阻碍宅基地使用权流转的效率。作为整个流转制度的切入口,需要科学规范地引导农民集体参与宅基地使用权的流转过程。

依照法律规定,我国非农业用地宅基地的审批权限在县级人民政府。本文认为,在目前城乡一体化进程中,法律规定的审批层级过高。顺应经济发展的潮流,上述审批权限应下放至乡镇人民政府。乡镇人民政府通过设立专门的官方交易平台,负责审批宅基地使用权流转。如此,一方面符合农民建房的随时性特点,能够满足农民多样化的需求,提高审批效率;另一方面,更贴近农民生活实际,防止农民宅基地指标被侵占和滥用,能够在一定程度上防止未经审批先行建房的情形发生。对于宅基地流转审批权限下放,各地应结合实际情况,从简政高效的角度出发,采取委托或权限下放的形式,在提高流转效率的基础上,切实维护农民的合法权益。在实践中,应该贯彻落实中央一号文件提出的“深化村民自治”规定,在宅基地使用权的受让主体受让宅基地之前,增加“农民集体过半数同意”作为法定前提。

除在对外流转前设定必要条件才能流转外,在流转过程中,地方政府和集体经济组织应充分发挥监督和帮助职责;最后审批时,专门机构要发挥好最后一道防线的作用,保护农民的合法权益。村民自治组织要提高村民自治参与度,主动在宅基地使用权流转过程中充分发挥村民和村

集体组织的监督作用;负责宅基地使用权流转的专门机构应当贯彻落实行政公开制度,自觉接受村民监督,把权力关进制度的笼子里,防止权力滥用侵害农民或村集体经济组织的合法权益。

(三) 确定补偿来源

第一,适当加大政府财政补贴力度。村集体在农民自愿退出宅基地后,应支付相应对价,但由于村集体资金有限,不能完全保障农民的财产权,政府资金扶持仍然占对价的大部分^②。适当加大政府财政补贴的力度,不仅有利于保证农民有偿退出制度的落实,也有利于保障农民的财产权,维护社会和谐稳定。

第二,推行超标宅基地有偿使用制度。实践中,很多农户存在多占宅基地的情形。在其有偿退出时,如果还想继续占有超标土地,村集体可以对超过法定范围的土地征收相应的费用。因为无偿使用的范围仅限于“一户一宅”,对于多出的部分如果不采取有偿使用方式,对其他村民来说显失公平,有违平等原则。

第三,与土地“增减挂钩”政策相结合。对退出的土地进行整合,将其复垦为耕地,就会得到部分建设用地指标。将该建设用地通过法定程序出让,引入市场主体,可以拓宽宅基地使用权的用途,构建新型农村经济发展方式,增加农民的收入和工作机会。

(四) 完善宅基地使用权退出后的社会保障

第一,丰富宅基地补偿形式。每个农民的情况不一样,其在自愿退出宅基地后的需求也不相同。在农民自愿退出宅基地后,政府或者村集体应结合村民自身需求,制定出多样的补偿方式,供村民自愿选择。当前,实践中仍然采用依据面积大小确定补偿具体数额的做法,即以货币补偿作为主要补偿方式。但是,仅以面积大小作为确定补偿数额的唯一条件不够全面,补偿时还应综合考量宅基地退出时的可利用程度、新旧属性等标准,将宅基地划分为不同等级,按等级给予补偿。在丰富宅基地使用权退出补偿机制时,可以借鉴宅基地“三权分置”试点改革地区的经验,增加补偿形式。例如住房补偿,即按照同等面积为

①参见宋志红:《宅基地资格权:内涵、实践探索与制度构建》,载《法学评论》2021年第1期,第78-93页。

②参见高峰:《我国农村宅基地改革的经济效应及实践路径研究》,载《商业经济》2021年第1期,第130-132+139页。

农民配置新的城镇住房,使退出宅基地使用权的农民在城市中有房可住,以保障农民的居住权;补偿形式还有权益补偿,即农民在退出宅基地之后,土地用途改变后会增加宅基地的经营效益,村集体将这部分收益适当回馈给农民,增加农民的经济性收益。

第二,加强农民的社保补偿。社保补偿,指农民退出宅基地后享有和城镇居民相同的社会保障水平。具体而言,包括政府为进城务工生活的农民子女安排学校,做好农村医疗保险和城镇医疗保险的有效衔接。农民自愿退出宅基地进入城镇后,应享受与城镇居民相同水平的保险待遇,包括失业、生育、养老医疗、工伤保险等。针对农村地区社会保险水平较低的问题,可以完善新型农村社会保障体系,政府和农民共同缴费,以减轻农民负担;可以增加农民的福利待遇,如提供节日补贴、培训机会等,以提高农民的生活水平和就业能力。

第三,完善就业保障。政府应积极帮助农民纳入城镇就业保障体系,提供就业咨询平台,鼓励农民自主创业,提供相应岗位增加农民的就业机会;提供职业培训机会,以提升进城务工农民职业技能,增强其就业竞争力;同时,政府可以采取帮扶和激励手段,促进当地非农产业发展,为进城落户的农民提供更多就业机会,确保农民在城市获得稳定的工作收入。

综上所述,完善宅基地使用权退出后的社会保障体系,应包括住房保障、社会保险和就业保障等方面的措施。通过建立健全相关制度和政策,确保农民在宅基地有偿退出后顺利融入城镇社会。如此,不仅有利于实现农村宅基地资源的有效利用,使各方利益相关者共享收益,而且可以在一定程度上防范新生事物可能带来的负面效应,避免社会稳定、粮食安全等方面的风险,实现农民生活富裕和城镇化发展两翼齐飞,推动乡村振兴战略向纵深发展。

【参考文献】

[1]高海.论农民进城落户后集体土地“三权”退出[J].中国法学,2020(02):30-47.
[2]段程旭.宅基地使用权退出的法理逻辑与制度完善[J].大连海事大学学报(社会科学版),2023(03):34-45.
[3]陈小君,蒋省三.宅基地使用权制度:规范解析、实践挑战及其立法回应[J].管理世界,2010(10):1-12.
[4]赵林玉,冯广京,谢莹.农村宅基地价值构成及其退出补偿对价研究[J].农业经济问题,2021(08):104-112.
[5]吴婧.农村宅基地使用权退出的实践与路径:基于乡村振兴基础阶段的思考[J].江海学刊,2020(03):84-90+254.
[6]宋志红.宅基地资格权:内涵、实践探索与制度构建[J].法学评论,2021(01):78-93.
[7]高峰.我国农村宅基地改革的经济效应及实践路径研究[J].商业经济,2021(01):130-132+139.

【责任编辑:耿 浩】

Research on the legal mechanism for withdrawal
of rural homestead use rights in China

Yan Qihua,Xing Xiaolin

(Shenyang Normal University,Shenyang Liaoning 110034,China)

Abstract: The withdrawal of homestead use rights plays an important role in the rural homestead system, and plays an important role in coordinating urban and rural development, protecting farmers' property rights and strengthening the property attributes of homesteads. In the reform pilot work, District Y of J Province has achieved remarkable results, but it also reflects that the withdrawal mechanism of rural homestead use rights faces practical difficulties such as imperfect legislation, high financial pressure and the lack of a long-term guarantee mechanism after withdrawal. Constructing an withdrawal mechanism for rural homestead use rights is a key point in the rural homestead reform in China, and also a blockage and pain point. In this regard, we should explore feasible ways to improve the withdrawal mechanism for rural homestead use rights by improving legislation, broadening funding sources and strengthening social security.

Key words: rural homestead reform; homestead use rights; withdrawal system