

非法植入基因编辑胚胎罪的法益构造与规范适用

梅传强,严雨桐
(西南政法大学,重庆 401120)

〔摘要〕非法植入基因编辑胚胎罪的保护法益存在着人类尊严、胚胎权利、科研伦理、公共安全、卫生管理秩序和人类遗传安全等诸多观点。然而,非法植入基因编辑胚胎的行为并非必然造成受试者和胚胎的生命健康损害,也不宜将过于抽象和浮动变化的客体界定为法益。因此,非法植入基因编辑胚胎罪的法益应为“人类基因安全”为宜。该法益为集体法益,无法被还原为个人法益,具有独立的存在价值。该罪为抽象危险犯,应对“情节严重”予以明确,并将基因编辑行为对人类基因安全这一法益的侵害紧迫性作为“情节严重”的实质判断标准,以限制法益前置化保护对国家刑罚权的扩张。

〔关键词〕非法植入基因编辑胚胎罪;基因编辑;集体法益;情节严重

〔基金项目〕本文系国家社科基金青年项目“生物安全的刑法预防性保护研究”(项目编号:21CFX022)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕梅传强(1965—),男,四川邻水人,西南政法大学法学院教授、博士生导师,主要从事刑法学、犯罪学、犯罪心理学研究;严雨桐(1998—),女,云南澄江人,西南政法大学法学院2023级刑法学博士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-05-20

〔中图分类号〕D924.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)04-002-09

一、问题的提出

随着人们对生物安全保护的日渐重视,基因编辑作为新兴生物学领域的领军技术,日趋受到公众关注并引发热烈讨论。基因编辑能够抑制或消除某些疾病,但也可能带来巨大的生物、伦理和法律风险。为确保人类基因安全,2020年10月17日,全国人大常委会审议通过了《中华人民共和国生物安全法》,并在2020年12月26日通过的《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)》)中新增非法植入基因编辑胚胎罪^①。将非法植入基因编辑行为纳入刑法规制,是通过刑事治理现代化实现国家生物

安全治理的具体体现,其对社会关切、政策导向和行为规范积极回应,为我国刑法的立法发展指明了方向。法律条文新增必然伴随着多种立场的分析和解读。司法实践中该罪名尚未广泛适用,作为新增罪名,非法植入基因编辑胚胎罪的法益类型和具体适用尚未明晰,学界对于该罪保护法益的争议从人类尊严、科研伦理争论至公共安全、生命健康,观点不一、众说纷纭。因此,有必要进一步厘清非法植入基因编辑胚胎罪的保护法益,并对该罪的法益性质和适用边界作出明确,为司法者准确适用法条规定提供参考。

①因本文仅研究基因编辑行为,不涉及克隆行为,因此,本文所涉“非法植入基因编辑、克隆胚胎罪”均称为“非法植入基因编辑胚胎罪”。

二、非法植入基因编辑胚胎罪的法益评析

(一) 宪法精神视角：“人类尊严”

“人类尊严”已被《世界人权宣言》以及许多国际人权条约确认为现代法治社会人权的基石，可以成为保护的主体。因此，将“人类尊严”作为非法植入基因编辑胚胎罪的保护法益是有力观点之一^①。德国《胚胎保护法》在立法理由书中指出，本法立法之目的在于维护基本法对人性尊严和生命权的保护，将胚胎视为基本法第 2 条第二句规定的“人的生命”^②。个人权利和其他个人主义的观点无法用来解决人类对后代的关切，故援引“人类尊严”这一概念，能够为防止新兴生物技术滥用提供理论依据。

宪法固然将“人类尊严”作为最基本的权利予以保护，但也正因为其保护价值的绝对性，“人类尊严”已经不仅仅是一项基本权利，而是一切基本权利的根源与核心。“自 20 世纪以来，在历经思想动荡与革命后，‘人类尊严’得到了现代国家宪法更为普遍的确认，成为人类文明演进过程中的普遍价值共识，并在法律系统中得到落实和发展”^③。然而，刑法的谦抑性要求对刑法所保护的利益类型进行限制，不能将保护的利益内容设置得过于抽象。尽管现代刑法高度重视“人类尊严”的保护问题，公民的各项基本权利也均与“人类尊严”这一宪法层面的上位概念相关，但“人类尊严”法益过于抽象，无法划定其保护边界，需要在具体的刑法条文中将保护对象具象为具体法益，故不适宜作为刑法保护法益的具体内容。

(二) 行为对象视角：“胚胎权利”

因为非法植入基因编辑胚胎罪客观行为的作用对象为胚胎，而胚胎会成长为后代个体，因此有观点认为，胚胎的生命健康权、身体权自然应当成为该罪保护的利益^④。

然而，胚胎的法律地位不明确。刑法所要保护的利益必须具有真实性，即法益作为犯罪所侵害的利益必须具有可侵害性。目前，胚胎作为具有生命发展潜能的细胞体尚未成为一个可被侵害的主体。若承认胚胎的法律主体地位，则使得堕胎行为无法得到正确评价。因此，将胚胎权利作为法益保护对象不具备理论和司法实践的可行性。即便在胚胎出生后，婴儿的生命健康权成为法益保护对象，但生命健康权在传统观念上包含身体的完整性与功能性（完整性是指身体躯干与四肢的完整，功能性是指人体机能正常运转），而被非法编辑的基因既不影响身体躯干与四肢的完整，在短时间内也难以检测到对人体机能正常运转的影响。待胚胎在数十年后出现健康问题后再行规制，则会使得法律适用严重滞后，失去惩罚和预防的刑罚功能。

(三) 技术应用角度：“科研伦理”

有观点认为，非法植入基因编辑胚胎行为侵害的法益是科研伦理^⑤；也有观点认为，非法植入基因编辑胚胎行为侵害的法益是“技术应用的伦理性和安全性”^⑥，并列举《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》《涉及人的生物医学研究伦理审查

①参见张小罗，刘登高：《论基因权利的法理基础》，载《湖南大学学报》2017 年第 4 期，第 158 页。该观点认为：“基因是生命源头之所在，其携带着个人绝无仅有的遗传信息，具有不可替代性与唯一性。人类基因是人格价值的一部分，它基于人性尊严与人格价值而应该受到保护”。

②参见朱振：《基因编辑必然违背人性尊严吗？》，载《法制与社会发展》2019 年第 4 期，第 182 页。

③参见〔德〕埃里克·希根多夫：《德国刑法学：从传统到现代》，江溯、黄笑岩等译，北京：北京大学出版社 2015 年版，第 154 页；转引自马永强：《基因科技犯罪的法益侵害与归责进路》，载《法制与社会发展》2021 年第 4 期，第 109 页。

④该观点认为：“生命法益和身体健康法益是自然人最重要的法益。生殖系基因编辑技术对生命和身体健康法益侵害的风险体现在两个方面：导致个体患病或死亡和导致人类后代身体抵御风险能力降低”。参见詹红星，叶梦燕：《生殖系基因编辑技术的刑法规制》，载《湖南工业大学学报》2021 年第 3 期，第 71 页。

⑤该观点认为：“虽然人类基因编辑最直接的受害者是被编辑胚胎的个体，但更深层次是对我国现有研究秩序的违反，是对国家基因库和基因科技秩序法益的侵犯，更是对被编辑胚胎者甚至是人类尊严的亵渎”。参见李芬静：《人类胚胎基因犯罪刑法规制的检讨与探索——以〈刑法修正案（十一）〉为基础》，载《南京航空航天大学学报》2022 年第 2 期，第 78 页。

⑥该观点认为：“人类基因科学技术应用的伦理性是指在进行人类基因科学技术应用时，应当符合国际、国内对基因技术试验伦理性的要求；人类基因科学技术应用的安全性是指在进行人类基因科学技术应用的过程中所涉及的被试人的人身安全与人类基因安全”。参见阴建峰，林枫：《非法植入基因编辑、克隆胚胎罪之检视与完善》，载《扬州大学学报》2021 年第 3 期，第 58 页。

办法》《人类辅助生殖技术管理办法》等文件中的总则性规定^①,论证各规范制定的依据为“科研伦理”或“技术安全”。

然而,一方面,科研伦理和技术安全等内容如同道德标准一样,会随着时间和空间的改变而处于动态变化状态。当下的伦理共识为“禁止生殖系基因编辑技术的临床研究和应用”,多年以后的伦理共识可能修改为“开放部分技术下的生殖细胞临床研究”。法律通过规定人们权利、义务以及法律责任,引导民众的生活模式,将社会主体的行为和活动控制在法律允许的范围内进行,从而使国家治理和社会秩序趋于稳定。以浮动的伦理规范作为刑法保护的法益有违法律稳定性的要求,无法对人们的行为起到预测和指导的作用。另一方面,因伦理共识无法做到完全覆盖基因编辑技术的方方面面,完全遵守现有伦理规范和技术安全的基因编辑行为也可能侵犯受试者的权益。在伦理规范的空白地带,例如,将基因编辑的人类胚胎置于人造子宫中进行体外培养发育,或在英国获得允许的线粒体置换(Mitochondrial Replacement Techniques, MRT)基因编辑技术^②等,就难以被该罪所包含。

(四) 社会利益视角:“公共安全”

从社会利益的视角出发,有观点认为,“人类基因涉及人类公共安全福祉,一旦人类的基因编码出现了缺失或者雷同,势必影响到未来人类整体的遗传。该罪所侵犯的法益具有危害不特定多数人生命和健康的特点,将其定位为公共安全更为妥当”^③。同时,建议将涉及人类基因行为的相关罪名调整至刑法分则第二章的“危害公共安全罪”中,以更准确地定位其所侵犯的法益,并加强基因安全保护的系统性和体系性。

对受试者实施基因编辑并对母体进行胚胎移植使得经基因编辑的胚胎成功出生的行为,有可能影响不特定多数人的生命安全,故而将“公共安全”作为法益具有一定的合理性。然而,人类基因池的污染与多数个体的生命安全不能简单等同。经基因编辑操作后的个体可能在身体表征上与常人无异,甚至更为健康。若将不特定多数人的生命健康作为非法植入基因编辑胚胎行为的罪责依据,会使得未影响个体生命健康的基因编辑行为无法得到刑法规制,限制了非法植入基因编辑胚胎罪惩治“植入”行为的作用,不利于刑法周延地打击非法基因编辑行为。

(五) 刑法体系视角:“卫生管理秩序”

认为非法植入基因编辑胚胎罪保护的法益是“卫生管理秩序”的主要依据为新罪设立的体系性。目前,该罪被置于《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第六章第五节“危害公共卫生罪”中,属于第336条“非法行医罪”的具体罪名之一。由此,认为该罪保护的法益为我国卫生管理秩序的观点似乎得到了立法者的背书。

然而,如果认为非法基因编辑行为侵害了卫生管理秩序,则必然需要以“存在相关的卫生管理秩序”为前提。我国虽然出台了《基因工程安全管理办法》《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》等有关基因编辑的前置法,但《基因工程安全管理办法》出台较早,并不能适应如今的基因编辑前沿技术发展状况;其余前置法内容针对性不强,对于基因编辑技术并无详尽、明确的管理秩序规范,无法作为前置法成为刑法的入罪依据。同时,在《刑

①例如《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》第1条规定:“为了使我国生物医学领域人胚胎干细胞研究符合生命伦理规范,保证国际公认的生命伦理准则和我国的相关规定得到尊重和遵守,促进人胚胎干细胞研究的健康发展,制定本指导原则”。《人类辅助生殖技术管理办法》第3条规定:“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行,以医疗为目的,并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定”。《涉及人的生物医学研究伦理审查办法》第1条规定:“为保护人的生命和健康,维护人的尊严,尊重和保护受试者的合法权益,规范涉及人的生物医学研究伦理审查工作,制定本办法”。

②2015年英国通过《线粒体捐献条例》(Mitochondrial Donation Regulations 2015),允许在英国实施旨在预防重度线粒体疾病的线粒体替代疗法(Mitochondrial replacement therapy),生产经第三者线粒体脱氧核糖核酸修饰的胚胎所形成的婴儿。英国成为世界上首个允许该技术临床应用的国家。

③参见赵辉:《论人体基因编辑的刑法规制》,载《铁道警察学院学报》2022年第1期,第80页。

法修正案(十一)》的制定过程中,立法者删去了“非法植入基因编辑罪”之“违反国家规定”这一前置性要件,表明非法基因编辑不需要以前置行政法的规定为依据,只要实施了基因编辑植入胚胎的行为并达到“情节严重”的标准,即应受刑事处罚。由此可知,将非法植入基因编辑胚胎罪置于《刑法》第336条之下,更多是基于贺某奎等人以非法行医罪^①承担刑事责任的立法补充,而不能简单得出非法植入基因编辑胚胎罪的保护法益为“卫生管理秩序”这一结论。

(六) 风险衡量视角:“人类遗传安全”

生殖系基因操作被视为犯罪行为的原因是其通过后代繁衍的可遗传性。因此,有观点认为,在对生殖系基因操作进行刑法规制时,应将保护人类遗传安全作为其法益保护的核心,以更加精确地定位其所侵犯的法益^②。

如果说保护法益是“人类尊严”会使得法益过于抽象和模糊,那么“人类遗传安全”这一法益则显得过于狭窄。遗传过程的稳定性和遗传信息的保密性谓之“遗传安全”,遗传安全更强调“遗传过程的安全性”,而基因安全更强调“基因结果的天然性”,两者有着本质差别。确保人类遗传安全,是确保人类在遗传过程中得以稳定、顺利地进行繁衍,使生命健康在遗传过程中不受损害,遗传信息得以保密而不被泄露。然而,非法植入基因编辑胚胎的行为并不一定会导致遗传过程的不安全性,甚至还会借助人工辅助确保母体和胎儿的存活和健康,使得遗传过程更加平稳顺利,安全性和保密性得到保障。因此,相较于《刑法修正案(十一)》新增的“非法植入基因编辑克隆、胚胎罪”,新增的“非法采集人类遗传资源、走私人类遗传资源材料罪”的保护法益为“人类遗传安全”则显得更为恰当。

三、非法植入基因编辑胚胎罪的法益确证

通过上述分析可知,人类胚胎基因编辑行为的风险并非出现受试者的生命健康遭受侵害的实害结果,而是人类胚胎基因编辑行为将会产生人类“工具化”“客体化”以及污染人类基因天然性、独特性,加剧社会不平等的风险。众所周知,“贺某奎编辑胚胎事件”促使了非法植入基因编辑胚胎罪的设立,而在该事件中,基因编辑的婴儿在出生后并未出现身体机能上的异常,也并未检测出任何亚健康状态。因此,立法者设置非法植入基因编辑胚胎罪的初衷并非是惩罚基因编辑对受试者造成的身体伤害,而是惩罚“生殖系基因编辑”这一行为,从而杜绝默许胚胎基因编辑行为所产生的不可控风险。

由此,笔者认为,非法植入基因胚胎罪的法益为“人类基因安全”。由以上分析可知,“胚胎身体健康权”与“卫生管理秩序”等作为该罪的保护法益,会使得基因编辑行为的规制滞后,法网不够严密;“科研伦理”和“技术安全”浮动性较大;“人类尊严”过于抽象,而“人类遗传安全”过于狭窄,均不宜作为该罪法益。相较于上述法益,侵害“人类基因安全”与非法基因编辑行为之间的关系更为紧密,使得司法人员能够较为清晰地认定行为与危险之间在刑法上的因果关系,故将“人类基因安全”作为非法植入基因编辑胚胎罪的保护法益更为适宜。

关于新罪法益的证成,应当遵循“四规则”,即法益保护的真实性、必要性、价值性和规范性^③。法益保护的真实性要求刑法所关联的利益必须是人类共同生活的基本条件,且该项利益具有可侵害性;法益保护的必要性要求法益必须与

①参见《“基因编辑婴儿案”贺建奎因非法行医罪被判3年》,载最高人民法院网,<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/213381.html>,最后访问时间:2024年5月15日。

②有观点认为:“‘人类尊严’作为一个形而上的概念无法具体衡量,难以划分该罪的适用范围。与之相比,‘人类遗传安全’概念更为务实,可以准确划分该罪的边界”。参见刘森:《非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的法教义学分析》,载《锦州医科大学学报》2022年第3期,第7页。亦有观点认为:“人类遗传安全的法律保障比生物伦理学更务实,它旨在规范生物技术产品的研究、教学、生产和销售活动,包括规范开发和提供与生物技术有关的服务”。参见姜涛:《基因编辑之刑法规制及其限度》,载《东方法学》2021年第2期,第78页。

③参见姜涛:《新罪之保护法益的证成规则——以侵犯公民个人信息罪的保护法益论证为例》,载《中国刑事法杂志》2021年第3期,第48-51页。

宪法所确定的公民基本权利相关联,且不能违反比例原则;法益保护的价值性要求必须直接或间接损害了人的利益,具有实质上的法益损害;法益保护的规范性要求法益从个罪构成要件中推导出来,从立法目的中阐释得出^①。笔者将从以上四个方面,对基因安全法益进行确证。

在法益保护真实性方面,从权利归属角度来看,人类基因安全是一项伴随基因技术发展而产生的新法益,具有权利属性。非法植入基因编辑胚胎的行为关系着人类共同的基因安全,涉及到人类的遗传利益和个体的生存权益,与维护、增进人类的福祉价值紧密关联,从行为客体的角度来看真实存在。

在法益保护必要性方面,人类基因安全包括基因信息的隐私性、基因科技研究的伦理规范性和人类遗传的天然性、稳定性,能够涵盖人类生殖繁衍的现代风险。侵犯人类基因安全的行为会产生可量化、可视化的后果。一方面,可以表现为基因突变、产生某种疾病等可量化的危害后果;另一方面,可以表现为基因被增加、删除、嫁接、移动等可视化效果。因此,即便基因编辑的行为尚未产生某种现实危害后果,但因基因增加、删除、嫁接、移动所导致基因变动的行为,破坏了人类基因的自然完整性,在与生殖细胞相关联达成遗传效果的情况下,构成实质上的法益损害,具有保护的必要性。

在法益保护价值性方面,一方面,基因信息作为一个人的身份证,不仅承载了个体的前世今生,还具有稳定性和保密性。一旦个体基因被改变,其基因缺陷将会轻易公之于众,对应的成长追踪、观测检查、社会歧视将会随之产生。受基因编辑的个体将不再被评价为具备独立人格的个体,而是一个受到实时监控的“研究对象”。另

一方面,可遗传的基因不仅具有个体性,还具有家族延续性、集体关联性,进而带来群体基因的污名化,造成基因弱势和基因精英的分级分层现象,直接影响人类尊严的平等性。因此,将“人类基因安全”作为法益有其独特价值。

在法益保护规范性方面,法益的内容必须与刑法条文紧密关联,不能抛开规范内容谈法益,否则会导致权利内容的哲学化和抽象化。非法植入基因编辑胚胎罪是抽象危险犯,没有规定“危及”“危害”等具体危险的表述。人类基因安全是指人体基因处于不受人不当活动干扰、侵害、威胁的正常状态^②,符合抽象危险的定位。因此,将“人类基因安全”确定为刑法保护的法益符合教义学的解释。

四、非法植入基因编辑胚胎罪的法益性质

在风险社会预防性刑法观背景下,法益前置化保护的理念受到重视,随之应运而生的则是“集体法益”的广泛应用。显然,非法植入基因编辑胚胎罪保护的“人类基因安全”法益也属于集体法益的一种。“如果完全否认刑法对集体法益的保护,会导致刑法无力应对现代社会的风险;如果无限制地承认刑法对集体法益的保护,会使得刑法演变为防范未来风险的工具,法的人权保障机能被忽略,法的安定性被消解”^③。集体法益作为早已存在于刑法理论中的实然形式,批判其是否应当存在显然毫无意义,关键在于如何理解集体法益的概念、刑法基础以及集体法益与个人法益之间的关系。

学界以集体法益是否具有独立地位分为“法益独立论”和“法益还原论”^④。“法益独立论”认为,集体法益与个人法益不同,具有独立价值^⑤;

①参见马家彬:《非法植入基因编辑胚胎罪的教义学解读》,济南:山东大学2022年硕士学位论文,第21-22页。
②参见张小罗:《制定我国〈基因安全法〉的重点与难点》,载《政治与法律》2018年第11期,第143页。
③参见王永茜:《论集体法益的刑法保护》,载《环球法律评论》2013年第4期,第67页。
④参见黄鹏:《刑法法益的学术谱系》,载《西部法学评论》2020年第3期,第31页。
⑤“法益独立论”认为:“个体法益关注个体的发展,而集体法益着眼于每个个体之间的关系以及个体之间如何协调共同生存。而在当前社会资源有限的现实背景中,个体利益最大化并不能导致最理想的结果,只有在良好的制度、安全的环境中才可以更好地使个人自由。而良性的发展与不同个体之间和谐共存得到兼顾,这便是集体法益独立价值的体现”。参见刘霜,张雅玮:《非法植入基因编辑胚胎罪侵害法益的界定与论争》,载《贵州大学学报》2022年第6期,第105页。

“法益还原论”认为,集体法益是个人法益“量”的集合,可以还原为个人法益^①。笔者认为,集体法益不是社会法益。把集体法益理解为“多数人或不特定人的利益”以及将“集体法益能否还原为个人法益”作为集体法益正当性依据的论断,实际上是混淆了集体法益与社会法益的外延。放火、爆炸等危害公共安全的犯罪行为一旦实施,会危害不特定多数人的生命健康和财产安全;寻衅滋事、非法行医等行为一旦实施,侵犯的是公共秩序和卫生管理秩序。但无论是公共安全还是社会秩序,其行为危害最后都会落脚于具体的个人健康和财产损失上。因此,将个人法益归纳概括为“公共安全”和“社会秩序”,实际上是基于行为人的自身危险性和社会危害性较为严重,需要在法益侵害尚未具象化、特定化之前将个人法益的保护节点提前,此与集体法益有本质上的差别。

“传统刑法中个人化的、物质性的、静态的法益范畴无法涵盖新的权益类型。风险社会中遭受威胁或损害的对象不限于特定个人,也不限于传统意义上的不特定多数,还包括未出生的后代的权益与自然的利益”^②。集体法益虽然也是通过将危险抽象化,对人类的生态环境和遗传信息等内容在实害发生之前予以提前保护,但其并不是个人法益“量变”的集合,也不是“不特定多数人”的法益集合,而是作为一种独立的法益类型有自身的逻辑和独立价值。德国刑法学家黑芬德尔(Roland Hefendehl)教授指出,“所有的集体法益都有一个特征,就是每个社会成员都可以利用它,它不可能只归属于社会的特定部分成员,例如货币可靠性或人类基因安全、国家的稳定性都有利于所有的公民”^③。由此可知,集体法益具有三个特点:不可拆分性、平等享有性和不可物

化性。只有符合以上特点才能被纳入集体法益的范畴。集体法益发挥着维护国家制度有效运转、保障社会转型平稳顺利、保护生态环境和人类资源等方面的重要功能。集体法益不是具体的生命健康或财产等可以被量化的经济、精神和物质损失,而是由所有公民平等、公平地享有的财富,不能由任何个体自由处分和独占,也不能简单拆分为个人法益。联合国教科文组织1997年发布的《世界人类基因组和人权宣言》第1条指出,人类基因组奠定了人类家庭所有成员的根本统一,以及对他们与生俱来的尊严和多样性的承认,在象征意义上它是人类的共同遗产。因此,与公共安全、卫生管理秩序等法益不同,人类基因安全不能简单地概括为“不特定多数人”的生命健康,其作为个体、家庭、民族、种族乃至整个人类命运共同体的财富,具有独特的研究价值、经济价值和保护价值。

诚然,“法益的抽象性和模糊性决定了确立和建构集体法益的容易性和随意性。而建构集体法益的容易性和随意性也会促成刑法为了保护集体法益而扩张的可能性”^④。因此,集体法益的设立需要施加一定的限制,应当对集体法益的认定和适用进行限缩,从而避免集体法益抽象性导致国家刑罚权的过度扩张。一方面,集体法益的来源必须符合宪法且有保护的价值和必要。与国家治理无关、无法衡量其实际价值的伦理道德和社会风气不能成为集体法益,如浪费食物、近亲结婚等违背善良风俗和道德秩序的行为虽然应受到谴责,但不能成为刑法的规制内容。另一方面,刑法的适用必须符合最后手段性原则。因此,集体法益的保护也应当在民法、行政法无法达到规制效果时才可介入,且“只有当刑罚手

①“法益还原论”认为:“根据法益主体的不同,法益可以分为国家法益、集体法益以及个人法益。无论是关于公共安全的犯罪、针对经济秩序的犯罪还是妨害社会管理秩序的犯罪,都是对集体法益的侵害”。参见付玉明:《立法控制与司法平衡:积极刑法观下的刑法修正》,载《当代法学》2021年第5期,第17页。“集体法益与个体法益之间的连接点就是无数个人法益的共有特点。从这一点上说,集体法益与个人法益具有一致性,个人法益的保护才是刑法最终要实现的价值”。参见李涛:《论我国刑法中抽象危险犯的司法限缩》,载《河南财经政法大学学报》2022年第6期,第114页。

②参见劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,载《中国社会科学》2007年第3期,第129页。

③参见姜涛:《论集体法益刑法保护的界限》,载《环球法律评论》2022年第5期,第122页。

④参见王强军:《刑法干预前置化的理性反思》,载《中国法学》2021年第3期,第239-240页。

段所造成的侵害明显小于所欲追求的目的而获得的利益,才能最终运用刑罚手段”^①。如果人类基因编辑在无法遗传的体细胞内进行研究和操作,治愈疾病且尚未造成任何人身伤害,不违背其他法律法规的情况下,刑法自然不能以保护基因安全为由介入“无法造成遗传效果”的体细胞基因编辑行为。

五、非法植入基因编辑胚胎罪的适用边界

从《刑法》第336条之一的条文表述中可知,只要符合“将基因编辑人类胚胎植入人体或者动物体内,或者将基因编辑的动物胚胎植入人体内,情节严重”的要件,即构成非法植入基因编辑胚胎罪。因此,构成该罪并不需要产生身体机能受损的实害结果,属于抽象危险犯。“将某种犯罪作为抽象危险犯的理由,一方面是因为法益侵害结果重大,故需要将处罚时点提前;另一方面难以或者不能证明(包括不适合在法庭上证明的情形)实害结果与具体危险的发生;有些抽象危险犯则是同时基于上述两方面的理由”^②。人类胚胎基因编辑行为同时符合以上特征。生殖系基因编辑一旦被社会默许,不仅会在代际遗传的过程中危及不特定多数后代的基因天然性,使得基因优化成为新的交易资源,严重破坏人格尊严和平等人权,同时也会在不可控的基因突变和迭代遗传过程中使责任主体变得模糊,实行行为与实害结果的因果关系之间证明困难,归责严重滞后甚至失效。因此,刑法作为保卫国家安全、保障社会稳定和保护公民权利的最后一道防线,应当在大规模未知危害成为现实、因果关系与证明责任模糊之前,对该技术涉及到的政府机关等行政审批人员、伦理委员会等规范监督人员,以及科研机构等试验操作人员构建起全面、完备的刑

事责任体系。以法益保护前置化的立法思路,对人类胚胎基因编辑这类可能严重危及后代生存权益和人格权利的科学技术予以刑法规制,能够充分发挥社会防卫功能。

有学者对于风险社会下抽象危险犯的广泛适用表示担忧,认为积极主义刑法观下抽象危险的前置化保护会导致国家刑罚权的扩张^③。然而,抽象危险犯并非现代风险刑法的产物,也并非伴随着《刑法修正案(十一)》的出台以及积极主义刑法观的观念才出现。《中华人民共和国刑法修正案(八)》第22条将醉酒驾车行为认定为抽象危险,规定在道路上醉酒驾驶机动车的,以危险驾驶罪定罪处罚;第23条将生产、销售假药罪从具体危险犯修改为抽象危险犯,规定行为人只要生产、销售假药就构成犯罪;《中华人民共和国刑法修正案(九)》大量设立一系列有关恐怖主义、极端主义的抽象危险犯^④,呈现出预备行为实行化、共犯行为正犯化、持有行为作为化的扩张态势。虽然在庞杂的刑法体系中,抽象危险犯只是极少数犯罪的形态,《刑法修正案》也仅对少数罪名的形态进行了增加或者修改,但不可否认,“以上条文的修改确实能够印证我国刑法从结果本位主义向行为本位主义转变的趋势”^⑤。需要明确的是,抽象危险犯的设立并不是国家刑罚权的盲目扩张,也并非立法者草木皆兵、杞人忧天的顾虑,而是立法者对于行为人实行行为与危害结果之间因果关系的考量,更是付出行为成本与弥补危害损失之间的利益衡量。刑法不仅有报应功能,还有预防功能。法益保护不能永远在危险发生后才开始意识到问题严重性并予以滞后性的反馈,这无异于亡羊补牢。面对着被编辑的基因一旦发生代际遗传则会无休止地造成基因

①参见张明楷:《法益保护与比例原则》,载《中国社会科学》2017年第7期,第105页。

②参见[日]井田良:《讲义刑法学·总论》(第2版),[日]东京:有斐阁2018年版,第110页;转引自张明楷:《抽象危险犯:识别、分类与判断》,载《政法论坛》2023年第1期,第75页。

③有学者认为:“积极的刑法立法观采取以抽象危险犯为载体,保护前置化的方式,刑法的这种趋势显然背离了自由主义刑法的核心价值”。参见张如,魏汉涛:《人类基因编辑技术发展的刑法应对——以现代风险治理为视角》,载《学术界》2020年第1期,第142页。

④《中华人民共和国刑法修正案(九)》增设了准备实施恐怖活动罪,宣扬恐怖主义、极端主义,煽动实施恐怖活动罪,利用极端主义破坏法律实施罪,强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。

⑤参见陈兴良:《风险刑法与刑法风险:双重视角的考察》,载《法商研究》2011年第4期,第12页。

池污染、扩大贫富差距和阶级对立的现实,立法者不得不未雨绸缪,将涉及胚胎的可遗传基因编辑行为扼杀于摇篮之中。

与“持有型犯罪”“醉驾”等其他抽象危险犯不同的是,非法植入基因编辑胚胎罪的罪状表述中增加了“情节严重”的要求。然而,不能因为该罪中具有“情节严重”的表述就直接将该罪定性为具体危险犯或实害犯。《刑法》第127条^①盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪即为抽象危险犯,且同时属于情节犯,需要根据盗窃、抢夺枪支、弹药、危险物质的种类与数量,综合判断危害公共安全的程度和情节严重的程度。由此可见,与“足以发生……危险”“具有……现实危险”等表述并不相同,“情节严重”“危害公共安全”等表述并不必然导致危险的必然实现和实害的发生,不能因罪状中存在“情节严重”即认定该罪为具体危险犯或实害犯,仍须根据手段和数量对行为人的社会危险性予以“情节严重”内涵的实质判断。事实上,实施基因编辑植入胚胎行为使人类基因安全置于危险状态属于法律拟制的危险,而非必然发生的实害。即便基因编辑胎儿出生即刻会污染人类基因池的天然性,达到了“情节严重”的标准,但这一风险实际上依旧是立法者推定或法律拟制的危险,而非基因改造经过了大面积遗传、繁衍、扩散的具体危险,也非婴儿罹患疾病损害生命健康的具体实害。因此,该罪无法被评价为具体危险犯或实害犯。

没有法益侵害就没有实质违法性,也就谈不上犯罪。抽象危险犯中的“危险”虽然是法律拟制的危险,但并不代表其不存在法益侵害。恰是因为基因编辑行为本身包含了侵害法益的可能性,立法者才将其拟制或推定为抽象危险。但此危险毕竟尚未现实、具体发生,因此,抽象危险犯中的“抽象危险”是否能够达到刑法介入评价的程度,需要对抽象危险的程度进行形式判断和实

质判断,明确法益保护的边界,从而实现对抽象危险犯过度扩张国家刑罚权的控制。

在非法植入基因编辑胚胎罪中,行为人实施了“植入胚胎的行为”即为抽象危险的形式判断,即便尚未对受试者和胚胎造成健康损害,但对代际遗传后的人类基因安全这一集体法益来说仍然造成了破坏。而“情节严重”即为抽象危险的实质判断,并非只要实施了“胚胎植入”的基因编辑行为都直接构成该罪,还需要达到“情节严重”的程度,具有严重的社会危害性才能被评价为犯罪。

目前,尚未有司法解释对“情节严重”进行说明。部分学者认为,“对受试者造成损害”或“对基因编辑出生的婴儿造成损害”属于“情节严重”的情形^②。然而,法益侵害是入罪的前提,“情节严重”的认定也应当体现该行为对法益的侵害程度,不应超越该罪名所保护的法益本身。非法植入基因编辑胚胎罪作为抽象危险犯,保护的法益为人类基因安全,而非生命健康权等实害法益。若行为人在实施基因编辑胚胎植入行为时,因故意或过失损害了受试者或婴儿的生命健康权,造成了现实、具体的损害,可以通过医疗事故罪、故意杀人罪、故意致人重伤罪、过失致人死亡罪和过失致人重伤罪等来规制。对于作为抽象危险犯的非非法植入基因编辑胚胎罪而言,设立该罪的目的是避免生殖细胞基因编辑的胚胎因遗传而引发基因污染、人类客体化、买卖不平等的风险,未能引发基因安全风险的行为不具有刑事上的可罚性。因此,应当以基因编辑行为对于人类基因安全这一法益的侵害紧迫性作为“情节严重”的实质判断条件,根据对抽象危险犯的适用予以适当限缩。

事实上,尚未娩出的基因编辑胚胎无法对人类基因池造成污染,因此,应当以胎儿成功娩出

①《中华人民共和国刑法》第127条规定:“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物的,或者盗窃、抢夺毒性、放射性、传染病病原体等物质,危害公共安全的,处三年以上十年以下有期徒刑;情节严重的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。

②“当基因编辑婴儿受到确定性损害时,则该基因编辑行为可以被评价为情节严重”。参见盛豪杰:《非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的解读》,载《医学与哲学》2021年第42卷,第59页。“造成受试者重伤、死亡的结果也应由试验者承担,将此情形归入情节严重可以更好地保护个人权益”。参见刘森:《非法植入基因编辑、克隆胚胎罪的法教义学分析》,载《锦州医科大学学报》2022年第3期,第6页。

作为“情节严重”的认定标准。经基因编辑的胚胎植入人体后孕育出生的婴儿拥有独立的人格,受到法律的保护,任何人无权将其随意处置或毁灭。因此,经过基因改造的婴儿一旦成功降世,意味着植入基因编辑胚胎的行为对伦理秩序造成了冲击,其改变人类基因天然性的效果随之产生。通过繁衍产生的扩散效应会进一步污染基因池,破坏人类的平等性和独特性,危害人类基因安全,故应当纳入“情节严重”的情形。

以增强为目的^①实施基因编辑胚胎行为或将人兽混合胚胎植入人体内并娩出的,以及多次将基因编辑的人类胚胎植入人体、动物体内或多次将基因编辑动物胚胎植入人体内并娩出的,属于根本违背“自然进化”这一生物繁衍和发展基本规律,加剧人类基因池污染,是主观恶性极强的严重危害人类基因安全的行为,故应当被纳入

“情节特别严重”的情形。

六、结语

非法植入基因编辑胚胎罪的保护法益为“人类基因安全”,是属于具有独立价值的集体法益。法益保护前置化趋势并未违背自由主义刑法的核心价值,也未无限扩张刑罚权的边界。生物刑法倚重抽象危险犯的立法技术并形成预防性刑法的范式,符合风险规制的客观需要,且具有合理性^②。抽象危险犯的设置,并不会直接导致预防的无限扩张和惩罚的过度前置,需要法官结合行为、手段的方式和次数进行“情节严重”程度的综合判断,从而将抽象危险限缩在合理的规制范围之中。

【责任编辑:耿 浩】

Legal interest structure and normative application of the crime of illegal implantation of gene-edited embryos

Mei Chuanqiang, Yan Yutong

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

Abstract: The legal interests protection of the crime of illegal implantation of gene-edited embryos include human dignity, embryo rights, scientific research ethics, public safety, health management order and human genetic safety. However, the act of illegally implanting gene-edited embryos does not necessarily cause damage to the life and health of the subjects and embryos, and it is not appropriate to define objects that are too abstract and floating as legal interests. Therefore, the legal interest of the crime of illegal implantation of gene-edited embryos should be “human genetic safety”. This legal interest is a collective legal interest with an independent value of existence that cannot be reduced to an individual legal interest. This crime is an abstract dangerous crime, so the “serious circumstances” should be clarified, and the urgency of the infringement of the legal interest of human genetic safety by gene editing behavior should be used as the substantive judgment standard of “serious circumstances” to limit the expansion of the state’s penal power by the pre-positioning of legal interests.

Key words: crime of illegal implantation of gene-edited embryos; gene editing; collective legal interests; serious circumstances

①从作用功能上区分,人类基因编辑技术可分为预防型、治疗型和增强型基因编辑三种。增强型基因编辑可以改善或提高五感能力、运动能力、外貌、记忆和智力,或强化肌肉、器官和身体系统,让人类拥有超越生物统计学正常范围的特质和属性。

②参见姜涛:《生物刑法之预防性扩张的教义学路径》,载《环球法律评论》2020年第4期,第5页。

【公益诉讼制度研究】

论新就业形态下劳动者权益保障领域
检察公益诉讼的实践路径选择

付 俊

(上海市松江区人民检察院,上海 201620)

〔摘 要〕近年来,新就业形态下劳动者权益保障是一个备受关注的社会问题。新就业形态在为劳动者提供更多就业机会、更灵活就业选择的同时,由于法律供给的不足,带来了一系列权益保障难题,亟须创新救济手段予以应对。检察公益诉讼作为推动国家治理体系和治理能力现代化的重要制度,在劳动者权益保障领域已开展诸多探索,其对于保障新就业形态劳动者权益而言具有正当性、必要性,是弥补立法与现实之间裂隙的有益手段。通过检察公益诉讼案件范围类型化、优化劳动者权益侵害线索收集机制、平衡检察公益诉讼履职路径选择以及强化持续跟进监督等措施,可以进一步优化检察机关的履职路径,切实保障新就业形态劳动者的合法权益。

〔关键词〕新就业形态;劳动者权益保障;检察公益诉讼;路径选择

〔作者简介〕付俊(1989—),男,江西南昌人,上海市松江区人民检察院公益检察室检察官,主要从事检察公益诉讼研究。

〔收稿日期〕2024-02-20

〔中图分类号〕D925;D926.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-011-08

随着数字经济的快速发展,新的就业形态如网约车、外卖配送等不断涌现,为社会提供了大量就业岗位。这些新就业形态劳动者与传统的劳动者存在显著差异,具有用工灵活、工作自主性强、受线下和算法多重管理等特点。新就业形态在发挥吸纳就业人口、拓宽就业形态发展空间、缓解就业压力等积极作用的同时,也带来了一系列新的风险和挑战,如无劳动基准保障、社会保险缴纳难以及遭受事故伤害救济难等问题。

为保障新就业形态劳动者权益,检察机关在该领域进行了有益的探索和尝试。有代表委员建议,“检察机关应进一步扩大公益诉讼履职范围,将新就业形态劳动者及其权益保护纳入其中,并与工会劳动法律监督等制度相衔接,形成

制度叠加效应”^①;“通过检察公益诉讼特有的助力强化系统治理、溯源治理的制度优势,可以推动外卖骑手权益保障不断加强和改进。以加强外卖骑手权益保护检察公益诉讼为切入点和着力点,进一步增强执法司法合力,推动国家层面优化顶层设计、强化系统治理、细化配套措施,健全劳动法律法规,加强执法检查,为新就业形态持续健康发展提供更加有力的法治保障”^②。但由于法律供给不足、劳动者权益保障尚未纳入法定领域、案件范围不够明确,检察机关对于包括新就业形态的劳动者权益保障领域,在开展检察公益诉讼探索时仍存在诸多局限。因此,有必要进一步明确检察机关在劳动者权益保障领域开展检察公益诉讼的正当性以及在新就业形态劳

①参见《关于加强法律监督职能 有效发挥公益诉讼效能维护职工合法权益的建议》,载上海人大网, <http://www.spesc.sh.cn/n8347/n3802/n9493/u1ai252565.html>,最后访问时间:2023年10月14日。

②参见《黄超、管旭代表:加强外卖骑手权益保障》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202303/t20230305_606142.shtml,最后访问时间:2023年10月14日。

劳动者权益保障领域开展检察公益诉讼的必要性,并通过对检察公益诉讼履职现状及问题的挖掘探析,为未来检察公益诉讼在新就业形态劳动者权益保障领域依法能动履职提供优化路径选择。

一、劳动者权益保障领域开展检察公益诉讼的正当性

(一)劳动者权益保障符合社会公共利益的范畴

社会公共利益是随着经济社会发展,剥离于国家利益、集体利益而形成的一种重要的利益类型。在不同的社会关系当中,社会公共利益所呈现的内容与形式亦有所不同。在生态环境和资源保护领域,社会公共利益表现为物质资源的合理利用;在英雄烈士保护领域,则呈现为社会精神财富保护。

对于社会公共利益的内涵,我国学者进行了类型化解读,指出其内容包含国家安全,公共秩序,社会资源的合理利用,社会弱者利益保障和公共道德、社会精神财富保护等^①。劳动者权益保障即属于社会弱者利益保障,其所表现的社会公共利益应与已纳入检察公益诉讼法定领域的未成年人保护、妇女权益保障、无障碍环境建设等代表的社会公共利益类似,均体现出社会公共利益对于弱势群体保护的价值追求。

弱势群体作为社会学概念,是指由于自然、经济、社会和文化方面的低下状态而陷入困境、处于不利社会地位的人群或阶层。弱势群体的成因受各种因素的制约,既可能是客观的或自然的,如社会的制度安排、生理特征上的健康状况低下、先天或后天残疾等;也有可能是主观的或人为的,如对女性的性别歧视、对城市农民工的社会歧视等。劳动者的弱势地位,恰恰来自社会制度安排下契约建立而形成的隶属关系。在这种关系下,劳动者因为对物质生存资料的追求,而让渡了部分自由;用人单位通过契约关系不仅

掌握了对劳动力的支配权,也实质上取得了对劳动者的支配权,契约双方地位的差异由此产生。消弭此种差异地位对劳动者合法权益产生的不利,是社会基于公平正义实现良性发展的必然追求。社会公共利益除了代表个体需求的集合外,还应当是客观层面上具有扩散性的公民根本价值追求的载体。公平正义、弱者保护正是这一价值追求的重要内核。因而在价值层面上,劳动者权益保障符合社会公共利益的价值属性。

从《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)这一国家根本大法来看,其作为国家价值理念的重要载体,亦是国家利益和社会公共利益价值追求具体化的基点。《宪法》第二章“公民基本权利义务”中,明确将劳动权作为公民基本权利纳入,体现了这一权益不仅具有法律上的重要性,亦具有司法保障的必要性。由此,劳动者权益保障既符合社会公共利益的价值追求,亦合乎我国《宪法》的价值理念,具有纳入社会公共利益范畴的条件。

(二)劳动者权益保障领域检察公益诉讼具有规范基础与政策支持

检察公益诉讼列入《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》时,并未将办案领域仅仅局限于传统的四大领域,而是通过“等”字为检察公益诉讼逐步拓展提供了充分探索的空间。2020年最高人民检察院印发的《关于积极稳妥拓展公益诉讼案件范围的指导意见》,则为拓展公益诉讼案件范围指明了方向。时至今日,随着检察公益诉讼实践的不断丰富,越来越多的办案领域随着单行法律法规的颁布而纳入“等”内,目前已形成了“4+10+N”^②的格局。个人信息保护、妇女权益保障、无障碍环境建设等皆是检察机关基于充分探索实践,推动立法吸收而形成的权益保障内容,为劳动者权益保障在程序法规范层面开展检察公益诉讼提供了极具

①参见孙笑侠:《论法律与社会利益——对市场经济中公平问题的另一种思考》,载《中国法学》1995年第4期。
②“4”指的是《中华人民共和国行政诉讼法》和《中华人民共和国民事诉讼法》规定的4个传统领域,即生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让4个领域;“10”指的是2018年以来全国人大常委会修改、制定修改法律时,通过单行法新增的10个法定领域,即英雄烈士保护、未成年人保护、军人地位和权益保障、安全生产、个人信息保护、反垄断、反电信网络诈骗、农产品质量安全、妇女权益保障、无障碍环境建设10个领域。

价值的参照路径。

在实体法规范基础层面,除《宪法》外,我国已经颁布实施的《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国工会法》(以下简称《工会法》)《中华人民共和国矿山安全法》《中华人民共和国职业病防治法》《中华人民共和国就业促进法》《中华人民共和国劳动合同法》《中华人民共和国安全生产法》(以下简称《安全生产法》)等法律法规为劳动者权益保护提供了较为完整的实体规范体系。与此同时,基本劳动标准立法已列入全国人大常委会立法规划,国务院有关部门正在积极开展《基本劳动标准法》的相关研究论证工作,“新就业形态劳动条件”已经专家建议纳入了立法框架^①,为劳动者特别是新就业形态劳动者权益保障领域开展检察公益诉讼探索提供了积极的信号。

在政策支持层面,党中央在《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》中,明确要求检察机关积极、稳妥拓展检察公益诉讼案件范围;最高人民检察院多次提出在建设工程农民工工资保证金、新就业形态劳动者权益保护等方面积极探索开展检察公益诉讼工作,切实维护劳动者合法权益;人力资源和社会保障部印发的2021—2025年《人力资源和社会保障法治建设实施方案》第25条提出,人社部门要支持配合检察机关开展劳动者权益保障行政诉讼监督和行政公益诉讼,积极主动履行职责和纠正违法行为。可以说,将劳动者权益保障纳入检察公益诉讼的案件范围是大势所趋。检察机关应当充分把握其价值内核,积极总结实践经验,推动该领域履职办案形成完整的规范框架,逐步纳入立法轨道。

二、检察公益诉讼优先探索新就业形态劳动者权益保障的必要性

如前所述,基于社会公共利益的价值范畴以及现有规范体系的构建,结合检察公益诉讼积极

稳妥地推进实践,在劳动者权益保障领域开展检察公益诉讼正当且具有可行性。随着互联网时代的发展,当前部分劳动者拥有了与往日完全不同的面貌。他们依托平台算法寻求就业机会,与用人单位之间形成了多元复杂的法律关系,主要表现为以下两类情况:一类表现为平台直接雇用或经由第三方中介雇用,这与传统意义的劳动关系并无区别;另一类表现为平台通过App将以往由员工执行的工作任务以众包的方式交由自由自愿的个人来承担,即互联网时代的新生产物“新就业形态”。

(一)新就业形态无法被现有劳动规范体系所涵盖

关于劳动关系的定义与认定标准,我国法律并无明确规定。有关部门将劳动关系定义为“劳动关系是指劳动者与用人单位在实现劳动过程中建立的社会经济关系。从广义上讲,生活在城市和农村的任何劳动者与任何性质的用人单位之间因从事劳动而结成的社会关系都属于劳动关系的范畴。从狭义上讲,现实经济生活中的劳动关系是指依照国家劳动法律法规规范的劳动法律关系,即双方当事人是被一定的劳动法律规范所规定和确认的权利和义务联系在一起的,其权利和义务的实现,是由国家强制力来保障的。劳动法律关系的一方(劳动者)必须加入某一个用人单位,成为该单位的一员,并参加单位的生产劳动,遵守单位内部的劳动规则;而另一方(用人单位)则必须按照劳动者的劳动数量或质量给付其报酬,提供工作条件,并不断改进劳动者的物质文化生活”^②。可以看出,我国对于劳动关系的把握突出强调劳动者之于用人单位的“从属性”,而作为众包体系下的劳动者与用人单位之间并无实质上的从属关系,由此,新就业形态劳动关系中存在的风险被平台公司轻而易举地转嫁给了劳动者。在司法实践中,也出现了许多法

①参见全国人民代表大会社会建设委员会:《全国人民代表大会社会建设委员会关于第十三届全国人民代表大会第四次会议主席团交付审议的代表提出的议案审议结果的报告》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202110/t20211026_314333.html,最后访问时间:2023年10月15日。

②参见《什么是劳动关系?》,载中华人民共和国中央人民政府网,https://www.gov.cn/banshi/2005-06/01/content_3029.htm,最后访问时间:2023年10月15日。

院不认可“闪送员”与平台公司之间存在劳动关系的案例^①。从行政监管和司法救济角度来说,法律规范的滞后必然导致行政监管部门与司法机关面对新就业形态下劳动者与用人单位之间的纠纷争议时慎之又慎,出现了监管与救济缺位的情况。

(二)新就业形态劳动者权益更易被侵害

在平台众包体系下,用人单位利用劳动关系的认定争议从法律责任中抽身而出,劳动者与用人单位的关系通过层层外包而渐渐疏离,形成了一道道人为的责任规避屏障,以至于劳动者的合法权益显得尤为脆弱。一方面,平台通过技术手段、大数据资源能够轻而易举地获得劳动者所有的信息数据,从而作出更有利于自身经济利益的劳动安排与定价决策,悄无声息地蚕食劳动者的合法权益;另一方面,劳动者被平台企业越推越远,其在劳动契约关系下发声与议价的能力越来越弱,以至出现权益受到侵害的情况时,连侵权主体都难以明确。虽然2021年修订的《工会法》明确将新就业形态劳动者纳入工会,为其提供了维护合法权益的通道;人力资源和社会保障部等八部委同年7月联合制定了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》;中华全国总工会印发了《关于切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》,但从目前实践情况来看,在现有规范体系不健全的情况下,即便向新就业形态劳动者提供了维权通道和路径,从根源上解决行业背后的群体性权益保护问题仍存在一定困难与障碍,权益维护的最终目的难以真正落实落地。

可以说,新就业形态在外观上突出“去劳动关系化”的趋势,而既有的法律规范体系无法给予新就业形态劳动者有效的法律保护,其权益保障凸显出比传统劳动者更为迫切的需要。检察公益诉讼作为保障劳动者权益积极有效的路径,

优先介入新就业形态劳动者权益保障领域能够发挥其协同之诉、督促之诉的独特价值,不仅彰显检察公益诉讼制度的生命力,更是守护新就业形态劳动者美好生活需要的现实需求。

三、当前劳动者权益保障领域检察公益诉讼实践现状及存在的问题

(一)劳动者权益保障领域检察公益诉讼的实践现状

目前,基于劳动者权益保障仍处于“等”外探索领域,虽然各地检察机关通过能动履职,针对新就业形态劳动者权益保障开展了积极有益的线索排摸、调查核实工作,但出于稳妥考虑,真正进入立案、诉前等环节的公益诉讼案件较少。笔者通过网络搜索发现,基于更大范畴下的劳动者权益保障而开展的检察公益诉讼案件体量不大,在案件类型方面主要表现为以下四类。

1. 就业平权类

该类型案件主要基于妇女权益与劳动者权益的结合,以着眼于维护妇女群体平等就业权的案例居多。如S市S区人民检察院办理的保护残疾妇女平等就业权案件。2022年5月,“益心为公”检察云平台志愿者向S市S区人民检察院反映在该区残疾人线上专场招聘活动中,部分招聘岗位指向性明显,涉嫌性别歧视。S区检察院经及时研判与调查核实,发现该招聘活动系2022年S区国有企业招录残疾人线上专场招聘,旨在帮扶残疾人就业。针对招聘启事中有企业岗位设定性别限制的问题,S区检察院经审查认为,相关岗位不属于国家规定的不适合妇女的工种或岗位,却限招男性,侵犯了残疾妇女平等就业权,损害了社会公共利益。同年6月,S区检察院邀请主管行政机关、人民监督员、“益心为公”志愿者及用人单位举行线上听证会,就保护妇女平等

^①参见北京市第一中级人民法院:“庄燕生与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议二审民事判决书”,(2014)一中民终字第6355号;上海市徐汇区人民法院:“郭灵迪与北京河狸家信息技术有限公司、韩凯云生命权、健康权、身体权纠纷一案民事判决书”,(2015)徐民一(民)初字第1731号;北京市西城区人民法院:“尹广华与中国平安财产保险股份有限公司北京分公司、中国人民财产保险股份有限公司北京市西城支公司等机动车交通事故责任纠纷一案民事判决书”,(2017)京0102民初14100号,载中国裁判文书网,<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHT2W0/index.html>,最后访问时间:2023年10月16日。

就业权达成共识,后依法向主管行政机关提出诉前检察建议,督促其及时纠正违法招聘行为,消除就业歧视;同时,注重扩大办案效果,发挥检察公益诉讼制度优势,分别向相关部门发出工作提示函,督促相关单位进一步优化就业招聘工作机制;做好溯源治理,与 S 区妇联建立工作联动机制,推动实现以“我管”促“都管”,形成多元主体协同保护残疾妇女权益的治理格局^①。

2. 农民工劳动报酬权类

该类案件着眼于农民工“讨薪难”这一社会热点问题。前期实践中,检察机关多以民事检察支持起诉的方式参与。随着检察公益诉讼制度的不断完善,检察机关通过行政公益诉讼的方式,督促相关行政机关在用人单位工资保证金缴纳等方面积极履职监管,通过事前预防有效避免欠薪事件发生。如 G 省 A 市 G 县人民检察院办理的“农民工工资保证金行政公益诉讼案”就是其中最为典型的案例。2021 年 3 月,G 县人民检察院发现辖区某建设项目未按照规定缴纳农民工工资保证金,且该工程已经出现了欠薪情况,及时向行政监管部门制发诉前检察建议,督促其就农民工工资保证金监管问题依法履职。后检察机关跟进调查发现行政机关并未整改到位,工资保证金依然未及时缴纳,遂就行政机关未依法履行监管职责依法向法院提起行政公益诉讼,最终获得法院判决支持^②。2022 年,最高人民检察院部署各地检察机关在建设工程农民工工资保证金领域开展公益诉讼专项监督活动,要求各级检察机关以检察公益诉讼履职积极维护劳动者权益,收到了良好的政治效果、法律效果和社会效果。

3. 特殊劳动者权益保护类

该类案件与前述保障妇女平等就业权案件(平权案件)类似,均为劳动者权益与特殊群体权益的结合,如未成年人、残疾人等群体。S 市 S 区

人民检察院未成年人检察部门曾办理多起用人单位违法安排未成年职工劳动的案件,通过向区人社部门制发诉前检察建议,切实保障了未成年劳动者的合法权益。

4. 劳动安全权类

该类案件着眼于劳动安全卫生,是随着安全生产、公共安全纳入检察公益诉讼办案范围而逐渐增多的案件类型。例如,S 市 S 区人民检察院曾接到劳动者反映其工作环境存在气体污染,且劳动防护措施不到位,影响劳动者生命健康的投诉,据此通过行政公益诉讼立案,督促行政机关责令用人单位整改;S 市检察机关从外卖骑手主要交通工具电动自行车安全的角度入手,探索开展预防性公益诉讼,推动完善落实《非机动车安全管理条例》中的监管规定,从安全视角入手切实维护外卖骑手劳动权益^③。

(二)劳动者权益保障领域检察公益诉讼实践存在的问题

1. 案件类型化不明确

根据现有劳动关系法律规范,劳动者权益涉及公平就业、获取报酬、劳动时长、劳动保护、休息休假等诸多方面。因该领域仍处于检察公益诉讼工作“等”外探索阶段,多数检察机关办案以稳妥审慎为主;同时,基于与行政机关开展协作需进一步达成共识,故目前在劳动者权益保障领域进行的公益诉讼实践颇为有限,案件范围不明确且类型过于集中。诸如前述妇女平等就业权保护、未成年劳动者权益保护、劳动安全权保护的案例,更多是由于相关案件同时涉及的另一领域如妇女权益保障、未成年人保护、安全生产等已纳入公益诉讼法定案件范围;同样在就业平等权中大量存在的地域歧视、外观歧视等类型案件则几无涉及;在劳动安全权中,现有案例在论证公益受损情形时,更多是基于《安全生产法》的立

①参见最高人民检察院:《妇女权益保障检察公益诉讼典型案例》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202211/t20221125_593721.shtml,最后访问时间:2023 年 10 月 16 日。
②参见《安顺市人民检察院探索开展农民工劳动报酬权益保护公益诉讼专项监督 促进农民工欠薪问题溯源治理》,载贵州省安顺市人民检察院网,http://www.anshun.jcy.gov.cn/gzdt/202206/t20220602_3683140.shtml,最后访问时间:2023 年 10 月 16 日。
③参见《外卖骑手赶时间不要命? 检察官沉浸式体验了 5 天,发现了大问题》,载腾讯网,<https://new.qq.com/rain/a/20240122A0400P00>,最后访问时间:2024 年 1 月 29 日。

法目的,即安全隐患对于人民群众生命财产的影响,而非劳动者群体本身的劳动安全利益。

2. 路径选择单一

2022年,全国检察机关共立案办理公益诉讼案件19.5万件,其中民事公益诉讼类立案2.9万件,行政公益诉讼类立案16.6万件,行政公益诉讼案件占比达85%^①;而劳动者权益保障领域发布的案例,更是集中于行政公益诉讼范畴,民事公益诉讼案件的数量几乎可以忽略不计。目前,部分检察机关所宣传的农民工欠薪问题民事公益诉讼,亦只是通过支持私益诉讼的方式维护农民工个体的合法权益,并非真正的民事公益诉讼。之所以出现路径选择单一的问题,主要有两个原因:一是前述案件适用范围不明确,导致检察机关提起民事公益诉讼的法律依据不足;二是在劳动者权益保障领域,还有哪些组织或机构有权提起民事公益诉讼,这些单位与检察机关如何衔接等问题尚不明确。

3. 线索收集机制不完善

线索发现难是开展检察公益诉讼需要持续突破的瓶颈。目前,检察机关通过设置举报平台、举报中心、宣传实践基地等多种方式,主动为社会公众打通维权渠道,以期获取更多公益受侵害的线索。但劳动者权益被侵害线索往往较为隐蔽,且仅仅掌握在劳动者和用人单位手中,线索发掘渠道不畅。目前,检察机关办理的就业歧视等相关案件都是公开于招聘广告中的显见内容,对于更深层次的权益侵害线索难以发掘。对于权益被侵害的劳动者而言,在维权结果不明朗的情况下,几无可能冒着失业的风险为公益问题与用人单位“死磕”。尤其是作为新就业形态劳动者,其本身被用人单位隔离于劳动关系之外,在权益保障方面缺乏足够的话语权,难以掌握权益被侵害的证据材料,甚至根本无法察觉平台企业的隐形侵权行为。因此,检察机关开展劳动者

权益保障领域公益诉讼工作,重点需要解决的就是线索发现难问题。

四、新就业形态劳动者权益保障领域检察公益诉讼实践的优化路径选择

(一) 案件范围类型化

社会公共利益看似语义简单,实则是难以明确、偏向于直觉的概念。检察公益诉讼需要有相对明确的诉讼范围与规范指引,才能积极能动履职,更好维护劳动者权益。将新就业形态劳动者权益涉及的社会公共利益具体化、类型化,是检察公益诉讼下一步深入实践的有益路径。具体而言,可以将案件范围分为六类:

1. 就业歧视类

主要包括传统的性别歧视、地域歧视、外观歧视,以及平台经济下催生出的利用算法、数据决策而产生的算法歧视、工资歧视等。

2. 违反劳动工时类

保障劳动者休息休假权益是用人单位的法定义务和责任,但相当数量的企业尤其是短视频、在线教育、出行、电商等新业态企业,违反法律规定延时加班现象较为广泛,且呈现企业失控、监管失序、工会失灵的状态。媒体持续曝光的外卖平台通过算法决策,不断增强外卖骑手工作强度的问题,反映出新就业形态劳动者最高工时规范需要检察公益诉讼的积极介入^②。多位全国人大代表、政协委员提出,应针对普通劳动者“996”工作制(即早9点上班,晚9点下班,每周工作6天)开展公益诉讼探索,最高人民检察院亦作出了相关工作部署。

3. 个人信息保护类

该案件类型体现在平台企业对劳动者劳动信息的全方位掌控,导致劳动者在谋求个人权益保障时处于更加不利的地位。在涉平台骑手劳动纠纷案件中,多次出现骑手合同、送餐记录等

①参见《2022年全国检察机关主要办案数据》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230307_606553.shtml#1,最后访问时间:2023年10月15日。

②参见《外卖骑手赶时间不要命? 检察官沉浸式体验了5天,发现了大问题》,载腾讯网,<https://new.qq.com/rain/a/20240122A0400P00>,最后访问时间:2024年1月29日。

数据无故消失的情况^①,面对掌握了技术手段和数据资源优势的平台企业,处于弱势地位的劳动者通过个人力量显然无法实现维权,需要检察机关通过公益诉讼手段强化劳动者的个人信息保护。

4. 违反最低工资标准类

新就业形态劳动者因就业性质所限,经常处于不稳定的财务状况中。为保障劳动者基本生活需求,应通过检察公益诉讼手段,对平台企业制订的工时收入标准进行科学评估认定。

5. 违反劳动安全法律规定类

平台企业通过对骑手数据的掌握,在送餐路线、送餐时效等方面均向骑手提出严苛要求,导致骑手的工作安全性无法得到保障。《安全生产法》已经明确将平台经济安全生产纳入其中,检察公益诉讼亦应积极介入监督。

6. 其他涉及不特定多数新就业形态劳动者权益的案件

因新就业形态劳动者权益保护相关的法律规范尚不健全,应当将检察公益诉讼作为弥合法律缺失与劳动者权益保障现实需求的纽带,通过积极能动履职介入,尽可能减少劳动者权益无法得到救济的情形。

(二) 优化线索收集机制

劳动者本身以及代表劳动者群体的工会组织,是劳动者权益被侵害线索最可靠的来源,故而应进一步优化线索收集机制,做好劳动者和工会两方面的衔接工作。对于劳动者,检察机关应当建立更为有效的激励机制,一方面,畅通劳动者反映线索的渠道,保障劳动者能够高效便捷地提供线索;另一方面,对劳动者提供全方位的信息保护,减少劳动者对于用人单位打击报复的后顾之忧。在工作协作配合方面,检察机关应当与工会建立更为紧密的协作机制,在线索共享、信息交换、线索调查等方面形成更为全面的融通与合作。S市S区人民检察院探索建立了“检察+工会”协作机制,并将该机制与最高人民检察院

“益心为公”志愿者工作充分结合,组建工会系统“益心为公”志愿者队伍,通过开展定期会商、志愿者培训等工作,有力推动了劳动者权益保障领域的线索挖掘。

(三) 平衡路径选择

目前,针对劳动者权益保障领域开展的公益诉讼类型均为行政公益诉讼。由于新就业形态劳动者面对的侵权人往往是平台型企业,该类型企业实质上承担了一定的公共管理职能和重要社会责任。最高人民检察院在《关于积极稳妥拓展公益诉讼案件范围的指导意见》中指出,“为及时有效保护受侵害的公益或者应急处置重大侵害危险,充分发挥检察公益诉讼的预防功能,推动源头治理、系统治理,对于承担一定公共管理职能和重要社会责任的网络运营者、电子商务平台经营者,以及在防止和减少生产安全事故中承担主体责任的生产经营单位,可以探索提出民事公益诉讼诉前检察建议,督促其整改”。笔者认为,在劳动者特别是新就业形态劳动者权益保障领域,亦可参照该规定,发挥检察机关三级院一体化优势,通过民事公益诉讼诉前检察建议的方式,督促平台型企业切实落实主体责任,维护新就业形态劳动者的合法权益。

(四) 强化持续跟进监督

用人单位特别是平台型企业作为“理性经济人”,其目标必然是追逐自身利润最大化。故针对劳动者权益的侵害,极易出现反复“回潮”的情况。对此,应当将持续跟进监督理念切实贯穿于劳动者权益保障领域检察公益诉讼履职的始终。一方面,充分依托检察机关与工会建立的协作机制,采取三方评估、定期回访等方式,实现监督常态化;另一方面,充分利用检察大数据、互联网舆情数据等数据资源,对用人单位进行画像跟踪,及时获取用人单位侵害劳动者权益的线索。

五、结语

新就业形态的发展为劳动者提供了更为灵

^①参见江苏省苏州市中级人民法院:“苏州云霆网络科技有限公司与蒙景平确认劳动关系纠纷二审民事判决书”,(2020)苏05民终2639号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId= 53258533 c6ed1a7669add72 bc1b13799&s7>,最后访问时间:2023年10月16日。

活、多样化的就业机会,同时也带来了诸多权益保障问题。检察公益诉讼作为一种独特法律监督手段,能够有效弥合法律滞后与劳动者权益保护需求之间存在的鸿沟,应当在新就业形态下劳动者权益保障中发挥更加重要的作用。通过检察公益诉讼案件范围类型化、优化劳动者权益侵害线索收集机制、平衡检察公益诉讼履职的路径

选择以及强化持续跟进监督等措施,检察机关可以积极稳妥地推进公益诉讼在新就业形态劳动者权益保障领域的履职探索,推动社会公平正义的实现。

【责任编辑:耿 浩】

On the practical path selection of public interest litigation in the field of the protection of workers’ rights and interests under new forms of work

Fu Jun

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

Abstract: In recent years, the protection of workers’ rights and interests under the new forms of work has been a social issue that has attracted much attention. While the new forms of work provides workers with more employment opportunities and more flexible employment options, it has also brought about a series of rights protection problems due to the lack of legal supply, so innovative relief measures are urgently needed to deal with them. As an important system to promote the modernization of the national governance system and governance capabilities, public interest litigation by prosecutors has carried out many explorations in the field of protecting workers’ rights and interests. It is legitimate and necessary to protect the workers’ rights and interests in new forms of work, and is a useful means to fill the gap between legislation and reality. Through measures such as categorizing the scope of public interest litigation cases, optimizing the mechanism for collecting clues of infringement of workers’ rights and interests, balancing the choice of paths for performing public interest litigation duties and strengthening continuous follow-up supervision, we can further optimize the performance path of the procuratorate and effectively protect the legitimate rights and interests of workers in new forms of work.

Key words: new forms of work; protection of workers’ rights and interests; public interest litigation by prosecutors; path selection

【公益诉讼制度研究】

环境检察公益诉讼内外部协同与衔接研究

刘 军,杨 琚,杨 康

(北京市顺义区人民检察院,北京 101300)

〔摘 要〕环境检察公益诉讼制度作为生态环境国家保护义务的制度供给之一,位于行政与司法“双轨规制”结构枢纽,应于行政权与司法权的权能参照系中认识其法律监督机关与公益诉讼起诉人的二元身份定位。在外部协同方面,应当在避免架空生态环境损害赔偿诉讼优先顺位、把握环境检察民事公益诉讼专门优势的基础上,着重优化程序衔接;在内部协同方面,除以行政公益诉讼优先为原则外,应当在综合衡量制度功能侧重、公益保护力度的前提下,选择适用行政公益诉讼程序或民事公益诉讼程序。

〔关键词〕法律监督;环境检察公益诉讼;生态环境损害赔偿诉讼

〔基金项目〕本文系北京市人民检察院 2023 年度检察理论研究课题“环境检察公益诉讼的诉讼模式选择与机制衔接研究”(项目编号:BJ2023B38)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕刘军(1964—),男,北京顺义人,北京市顺义区人民检察院副检察长,主要从事检察理论研究;杨琚(1983—),女,北京顺义人,北京市顺义区人民检察院第五检察部主任,主要从事检察理论和公益诉讼研究;杨康(1995—),女,江苏邳州人,北京市顺义区人民检察院第五检察部检察官助理,主要从事检察理论和公益诉讼研究。

〔收稿日期〕2024-03-10

〔中图分类号〕D925 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-019-07

一、行政、司法“双轨规制”视域下的环境检察公益诉讼

(一)“司法审查”对传统行政规制的补强

1. 行政规制与司法规制双轨并行

《中华人民共和国宪法》第9条第2款、第26条第1款确立了环境保护的国家义务^①;2020年3月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于构建现代环境治理体系的指导意见》,在环境治理体系“多元参与”的基本导向中强调地方政府环境质量责任制^②,赋予并强化了行政机关在环境治理领域的主导性责任。

具有公公益融合特征的环境问题,要求环境治理手段同样兼顾公私法特征,现代化环境治理

目标的实现内在要求行政规制与司法规制并轨而行。由于两种生态损害法律责任实施机制的功能优劣具有相对性与不确定性,实践中的双轨并行作为一种外部性的“合作规制”,主要指向传统环境纠纷行政解决机制对司法解纷机制的引入,实质上主要体现为法院对行政规制的“司法审查”^③,在一定程度上促成二者的功能优势互补。在此背景下,环境治理领域中的不同国家权力深刻关联,形成结构势能。

2. 行政权呈现“民事化”特征

行政权传统规制路径核心是以权力为基础的惩罚型解决机制,司法规制对其补强主要通过将私法中的平等协商理念运用于环境管理中,并

①《中华人民共和国宪法》第9条第2款规定:“国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”;第26条第1款规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害”。

②参见刘长兴:《超越惩罚:环境法律责任的体系重整》,北京:法律出版社2022年版,第60-61页。

③上述司法审查不涉及对行政法规、规章和行政规范性文件效力的确认。

通过司法控制路径的中立性弥补行政执法人员的机会主义倾向等不足^①,主要范式即为生态环境损害赔偿制度。由于自然资源资产产权制度的改革,国家有权既能以自然资源所有权人的身份,也能以自然资源和生态环境监管者的身份主张生态环境损害赔偿^②,两种角度均不以权利而以国家义务为立场,系以民法手段实现生态环境修复的公法责任。

3. 审判权规制力实质性强化

我国“以侵权责任规则为基础建构生态损害法律责任的司法实施机制,并由此确立了三类具体的民事诉讼”^③,使其在当前生态损害法律责任的实施领域中占据主导地位;司法活动的审判中心主义,又使审判机关在多元共治环境治理格局中的地位日益重要。尽管审判机关强调自身定位为发挥维护环境正义最后一道防线的功能作用,但“法院借助侵权法实际上获得了与政府借助管制法获得的路径有别但功能趋同的环境规制职能”^④之论断,在一定程度上不无道理。

(二)作为两大规制路径“联结点”的环境检察公益诉讼

1. 生态环境国家保护义务的一项制度供给

宪法具有统领立法、行政、司法客观价值秩序的功能,将包括检察权在内的国家权力共同置于其目标指引之下。基于此,检察环境公益诉讼制度同样为国家环境保护义务制度供给之一种,属于国家在强化环境治理中对司法职权的一项配置优化。检察公益诉讼亦自制度创设之初即倚重生态环境与资源保护为主要履职场域^⑤,履职目标明确聚焦于“社会治理”;其自主发现线索、积极行使调查权和督促权的履职方式,又具有打破司法活动封闭性的鲜明能动性特征。其不同于传统检察职能的履职方式,被概括为“以诉的形式履行法律监督职能”。此复合特征凸显

于“公共利益代表(公益诉讼起诉人)”与“法律监督机关”的双重身份维度。办理环境行政公益诉讼案件与环境民事公益诉讼案件的制度设计,又通过“支持起诉”对维护国家利益与社会公共利益的职能结构进一步补全,可在其他适格主体提起的环境民事公益诉讼中发挥支持起诉作用,在生态环境损害赔偿制度中支持行政机关提起诉讼。

2. 以行政权、审判权为参照系的二元身份构造

检察环境公益诉讼在多元主体环境治理体系中的独特地位,根源于其“法律监督机关”的宪法定位。公益诉讼职权也衍生自法律监督内涵,通过法律监督,检察机关在行政与司法不同规制机制形成的网状结构中,成为发挥衔接、疏通、催化与制衡功能的重要坐标与枢纽。概言之,检察权构成对行政权的补充与制衡,与审判权分立而协作^⑥。从法律监督机关角度看,一方面,法律监督本质是对公权力的监督;另一方面,“行政执法在公益救济方面的内在缺陷是公益诉讼兴起的根源,具体分为执法动力不足和损害填补责任缺失两方面”^⑦,勾勒出检察权对行政权的监督制衡、协同补充。从公益诉讼起诉人角度看,检察机关同时作为诉讼程序的发动者与监督者,其以维护国家法律正确实施或对受损环境公共利益进行兜底维护为职责,提起环境行政公益诉讼或民事公益诉讼;对审判权的规范公正行使、执行情况进行监督,起到对法院作为终局性裁决作出者维护环境公共利益履职能效的促进作用。作为一种“相互作用”,审判职权主义要求审判程序具有不同于诉前程序之灵活性的严格性,并要求身为一方诉讼主体的检察机关严格恪守公益保护之旨归,不得任意处分诉讼权利。通过促进更为积极地履行自身在司法规制路径中的角色,审判机关与检察机关分立并协作,共同推动环境公

①参见宋亚辉:《社会性规制的路径选择:行政规制、司法控制抑或合作规制》,北京:法律出版社2017年版,第210-211页。

②参见汪劲:《生态环境损害的概念:由来、演变与形成》,载北京大学法学院编:《北大法学高阶(叁)》,北京:法律出版社2023年版,第172页。

③参见程玉:《生态损害法律责任实施机制的选择》,北京:中国社会科学出版社2021年版,第108页。

④参见何江:《论环境规制中的法院角色——从环境公益诉讼的模式选择说开去》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第145页。

⑤2022年全国检察机关共立案办理公益诉讼案件19.5万件,其中生态环境和资源保护领域案件9.5万件。相关数据载中华人民共和国最高人民法院网, https://www.spp.gov.cn/spp/zdgg/202302/t20230221_603174.shtml,最后访问时间:2023年12月7日。

⑥参见刘艺:《论国家治理体系下的检察公益诉讼》,载《中国法学》2020年第2期,第159-161页。

⑦参见巩固:《环境民事公益诉讼性质定位省思》,载《法学研究》2019年第3期,第131页。

益诉讼目的更好实现。

3. 职责定位依据诉讼类型、诉讼阶段有所侧重

检察机关二元身份定位的侧重有所区分。在优化环境公益诉讼审判与执行的具体建议中,包括根据诉讼的不同阶段明晰检察机关的不同角色定位。“诉前和诉中作为公益诉讼起诉人参加诉讼程序,诉后主要身份是法律监督机关”^①。此种侧重同样体现于不同类型的公益诉讼中,如民事公益诉讼更强调检察机关依据公益信托原理,由法律授权的“公益诉讼起诉人”身份;行政公益诉讼尽管并非纯粹的“维护客观法秩序”的客观诉讼,但因其强调对行政行为的监督,更突出推动法治国家、法治政府建设的“法律监督”主旨。

本文在上述背景与不同环境法治制度“现实到达点”的基础上,探讨环境检察公益诉讼的内、外部协同与衔接问题,主要关注其中环境民事公益诉讼与环境损害赔偿诉讼、环境行政公益诉讼与环境民事公益诉讼之间的协同与衔接问题。

二、外部协同与衔接:环境检察民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼

(一) 避免架空生态环境损害赔偿诉讼优先顺位

1. 生态环境损害赔偿制度优先规范依据

政策与司法解释从多个角度明确了生态环境损害赔偿制度适用的优先性。《生态环境损害赔偿管理规定》(以下简称《管理规定》)第14条规定了生态环境损害赔偿工作的党委和政府责任^②,第33条规定了生态环境损害赔偿考核与督

察机制,证明和强调了这项机制运行动力的环境治理政治责任属性,是其诉讼优先顺位的内在保证;《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》第16条至第18条确立了生态环境损害赔偿诉讼案件受理在先、环境民事公益诉讼在后的处理原则^③,并规定以诉讼请求是否能彼此涵盖为原则对二者进行区分处理;《人民检察院公益诉讼办案规则》(以下简称《办案规则》)第91条规定了检察公益诉讼与生态环境损害赔偿制度的衔接,即检察机关可以以公告督促起诉等方式,告知赔偿权利人对检察机关认为符合条件的案件启动生态环境损害赔偿程序。此外,《管理规定》对既往规范性文件规定的线索来源进行进一步整合,除原有的包含中央和省级生态环境保护督察线索、突发生态环境事件、资源与环境行政处罚案件等体现该制度特征的类别以外,新增了“检察机关移送的案件线索”。此项案源的确立,一定程度上从侧面印证了检察机关履职的协同和补充原则。

2. 制度协同应以避免出现缺位为旨归

现行法律规范下,生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼(以下简称“两诉”)被认为针对同一环境损害事实、诉讼客体为修复同一生态环境,并且在诉讼请求与胜诉权益归属方面不存在差异。但不同诉讼制度对生态环境损害救济的处理边界重叠,并不能成为将两种诉讼等而视之或以此代彼的充分理由。损害生态环境的案件往往本身就会触发多重法律责任,具有诉讼主体资格多元性、赔偿义务人责任形式多样性等特

①参见于文轩:《环境法视域下检察公益诉讼的立法定位及程序规则》,载《人民检察》2023年第21期,第34页。
②《生态环境损害赔偿管理规定》第14条第1款规定:“省级、市地级党委和政府对本地区的生态环境损害赔偿工作负总责,应当加强组织领导,狠抓责任落实,推进生态环境损害赔偿工作稳妥、有序进行。党委和政府主要负责人应当履行生态环境损害赔偿工作第一责任人职责;党委和政府领导班子其他成员应当根据工作分工,领导、督促有关部门和单位开展生态环境损害赔偿工作”;第33条规定:“生态环境损害赔偿工作纳入污染防治攻坚战绩效考核以及环境保护相关考核。生态环境损害赔偿的突出问题纳入中央和省级生态环境保护督察范围。中央和省级生态环境保护督察发现需要开展生态环境损害赔偿工作的,移送有关地方政府依照本规定以及相关法律法规组织开展索赔。建立重大案件督办机制。赔偿权利人及其指定的部门或机构应当对重大案件建立台账,排出时间表,加快推进”。
③《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定(试行)》第16条规定:“在生态环境损害赔偿诉讼案件审理过程中,同一损害生态环境行为又被提起民事公益诉讼,符合起诉条件的,应当由受理生态环境损害赔偿诉讼案件的人民法院受理并由同一审判组织审理”;第17条规定:“人民法院受理因同一损害生态环境行为提起的生态环境损害赔偿诉讼案件和民事公益诉讼案件,应先中止民事公益诉讼案件的审理,待生态环境损害赔偿诉讼案件审理完毕后,就民事公益诉讼案件未被涵盖的诉讼请求依法作出裁判”;第18条规定:“生态环境损害赔偿诉讼案件的裁判生效后,有权提起民事公益诉讼的国家规定的机关或者法律规定的组织就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害,并提起民事公益诉讼的,人民法院应予受理。民事公益诉讼案件的裁判生效后,有权提起生态环境损害赔偿诉讼的主体就同一损害生态环境行为有证据证明存在前案审理时未发现的损害,并提起生态环境损害赔偿诉讼的,人民法院应予受理”。

征^①。从诉讼范围看,理论上环境民事公益诉讼范围更广,但伴随生态损害赔偿制度的案件范围不断扩张,两种制度的案件范围也渐趋同一^②。

在规范已较为明确的基础上,妥善协调“两诉”功能重叠的问题,不应纠结于“两诉”之趋同特征对司法资源的所谓浪费,而是要确保在司法规制路径中不出现履职空白或缺位。从权能行使的“先天优先”与诉讼程序运转符合“成本—效益”原则的角度来看,需体现行政权与检察权的权能定位中内在蕴涵的“衔接”层次:贯彻行政管辖权优先原则,只有在行政规制未发生效力时,方可引入环境公益诉讼等诉讼程序。即启动诉讼的“公益诉讼起诉人”身份,属于法律监督职能之延伸,也即以避免对生态环境损害赔偿诉讼优先顺位的架空为首要原则。

(二)发挥环境检察刑事附带民事公益诉讼利于促成环境救济的专门优势

1. 环境民事公益诉讼关键特征

环境民事公益诉讼同样并非民事诉讼,其作为公益救济代理机制之一,本质上属于公法诉讼,功能上重在损害填补,相较于生态环境损害赔偿诉讼,具有代位行使的特征。环境民事公益诉讼制度不如生态环境损害赔偿诉讼以“生态环境救济”为诉讼标的来得直接,其损害事实指向包括生态环境本身及不特定多数人利益所遭受的损害或受损风险^③。与此关联,环境民事公益诉讼生效裁判既判力可“单项扩张”,使相关私益诉讼原告搭公益诉讼“便车”^④。相较于生态环境损害赔偿制度,环境民事公益诉讼最具特别之处应在刑事附带民事公益诉讼。

2. 环境刑事附带民事公益诉讼之优势

环境刑事附带民事公益诉讼线索直接来自检察机关办理的环境资源刑事案件。检察机关一体化履职机制,使刑事附带民事诉讼制度天然

地具有促成当事人主动承担生态修复责任或积极赔偿的功能。因为刑事附带民事案件办理过程中,当事人的“民事赔偿”情况能够成为其刑事犯罪量刑考量的要素,使当事人具有履行生态环境损害修复或赔偿的动力。生态环境损害赔偿磋商欲获得成功,同样需要专门对行政处罚与磋商启动的时机进行把握,“公法制裁在形式上看似最为严厉,然而,在环境资源损害案件中公法制裁并无益于已受损的生态环境修复……人民法院采用‘先民后刑’程序将是否积极主动履行生态环境损害赔偿修复义务作为刑事制裁的酌定因素时,会促使赔偿义务人积极磋商并履行修复或赔偿义务。而……公法制裁在先、磋商启动在后,导致赔偿义务人得知已受到最严厉的公法制裁的结果后对积极参与磋商失去动力”^⑤。相较之下,环境刑事附带民事公益诉讼“刑事+公益诉讼”组合功能及实施效率,相较于行政机关的“行政处罚+磋商”手段结合,在审查特定案件,促成生态环境损害赔偿实现、协调民事与刑事责任、减少办案成本等方面具有独到优势,应积极稳妥适用。

(三)协同与衔接的若干设想

1. 程序衔接的“程序分流”内涵

在行政优先的总原则统摄下,环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的协同与衔接实质是程序分流问题。协同衔接的基础是把握“两诉”之各自侧重,这种衔接又由于“两诉”局部涉及行政与司法两种规制内部的两组选择,即“行政强制手段—‘私法化’手段”与传统二分法下的“行政公益诉讼—民事公益诉讼”的交叉而层次更为丰富。例如,检察机关基于生态环境损害赔偿磋商前置的规定,依托环境民事公益诉讼案件的办理,积极实践在磋商阶段对赔偿权利人的法

①参见汪劲:《生态环境损害的概念:由来、演变与形成》,载北京大学法学院编:《北大法学高阶(叁)》,北京:法律出版社2023年版,第175页。

②参见王伟,李春灵等:《生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的竞合与衔接》,载《江汉大学学报(社会科学版)》2022年第5期,第20-21页。

③参见冯汝:《政府提起生态环境损害赔偿诉讼制度研究》,北京:中国政法大学出版社2022年版,第169页。

④《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第30条第2款规定:“对于环境民事公益诉讼生效裁判就被告是否存在法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形、行为与损害之间是否存在因果关系、被告承担责任的大小等所作的认定,因同一污染环境、破坏生态行为依据民事诉讼法第一百一十九条规定提起诉讼的原告主张适用的,人民法院应予支持,但被告有相反证据足以推翻的除外。被告主张直接适用对其有利的认定的,人民法院不予支持,被告仍应举证证明”。参见最高人民法院环境资源审判庭编著:《最高人民法院环境民事公益诉讼案件司法解释理解与适用(修订版)》,北京:人民法院出版社2023年版,第367-377页。

⑤参见宋亚容,汪劲:《生态环境损害赔偿磋商达成一致的影响因素分析》,载《环境保护》2022年第9期,第26页。

律支持。从实现不同诉讼制度功能周延、有效协同的角度,探讨传统行政管制与生态环境损害赔偿制度的分工模式设计思路——“大量相对简单、典型、规则清晰的整治修复案件,采用传统管制方式即可;对于复杂案件,在通过更为严密的诉讼程序,全面深入评价事件前因后果,综合权衡各方责任的基础上,更加精细化地分配责任”^①。

2. 更清晰地界定线索通报与法律支持

实践中,检察机关主动加强与赔偿权利人的对接,督促其及时开展生态环境损害赔偿诉讼,通常会依托相关案件事实进行环境民事公益诉讼立案,并发布民事诉前公告。“赔偿权利人已开展生态环境损害赔偿磋商或提起诉讼”是公告期满后的一项评估事项。此时,由于“线索通报”与“法律支持”的层次界定未能截然分明,易产生相关问题。一方面,将线索通报等同于法律支持。检察机关未进行实质性“法律支持”,仅将简单、易办的“小案”用于支持磋商,存在搭赔偿权利人“便车”的隐患。另一方面,由于未区分线索通报与法律支持的标准,易使检察机关因协同或衔接流程不畅而受牵制。如果赔偿权利人因磋商周期过长或磋商失败而无继续提起生态环境损害赔偿诉讼的意愿,检察机关将面临是否应因其怠于履行环境资源监管保护职责而另行启动环境行政公益诉讼程序,先行立案的环境民事公益诉讼如何与行政公益诉讼衔接,以及由此导致的诉讼成本提高等问题。根据北京市生态环境局、北京市人民检察院《关于建立生态环境损害赔偿和检察公益诉讼衔接机制的实施意见(试行)》,即使已有民事公益诉讼或刑事附带民事公益诉讼在先,生态环境部门在公告期届满前告知检察机关其拟提起生态环境损害赔偿诉讼的,也需保障生态环境损害赔偿诉讼的优先性;同时,如生态环境部门“确有困难不能提起诉讼的”,可商请检察机关依法提起民事公益诉讼^②。通过限定检察机关“补位”的条件与方式,能较为妥适地遵循前述协同原则。

基于此,本文认为,应当回归对环境公益诉讼起诉人与赔偿权利人主体性的保障,将不同诉讼程

序启动“共参共治”的主动权重新置于“两诉”启动者手中。相关流程及要点概略阐述如下:

首先,检察机关内部需对生态环境损害线索进行分流,将具备可诉性的刑事附带民事公益诉讼作为重点办理线索,依托相关协同机制,将符合启动生态环境损害赔偿程序条件的案件向行政机关通报线索。

其次,行政机关获得线索通报后,从自身履职角度再次进行内部分流,对真正符合案件事实复杂、有多个责任主体、有必要进行综合权衡的生态环境损害赔偿案件,由行政机关根据实际需要提请或申请检察机关提供法律支持;检察机关对相关提请或申请进行审查,依职权作出是否支持的决定,并适时启动相关办案程序。

再次,检察机关的法律支持可包括“支持磋商”与“支持起诉”。评估是否有必要进行法律支持时,应参照《办案规则》等规范规定的涉及支持起诉的相关标准,衡量赔偿权利人在掌握行政规则、技术标准、效果评估等方面具备专业优势的前提下,是否确需检察机关协助调查取证、提供法律咨询。

最后,由于《管理规定》已强制赋予赔偿权利人诉讼实施权,检察机关应注意同时履行好法律监督职能,发挥对行政权的监督制约作用,对经通报线索后怠于履行生态环境损害赔偿工作的行政机关,根据个案实际情况,结合司法资源“成本—效益”分析,选择启动环境行政公益诉讼程序或另行提起环境民事公益诉讼。

三、内部协同与衔接:环境行政公益诉讼与环境民事公益诉讼

(一)衔接原则:兼顾行政公益诉讼优先与制度功能周延

针对同一公益侵害事实,以行政责任为内核的间接规制路径和以民事责任为内核的直接规制路径对于维护环境公共利益的核心目的一致^③,使得行政公益诉讼与民事公益诉讼程序应择一适用还是可并立进行成为一项可探讨的问

①参见赵鹏:《生态环境损害赔偿的行政法分析》,载《政治与法律》2023年第10期,第56页。
②参见北京市生态环境局北京市人民检察院《关于建立生态环境损害赔偿和检察公益诉讼衔接机制的实施意见(试行)》第10-11条。
③参见何江:《论环境规制中的法院角色——从环境公益诉讼的模式选择说开去》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2020年第1期,第141页。

题。此问题的内涵包括两个层次,一是程序适用顺位,二是不同类型诉讼功能发挥的周延性。从公益诉讼制度设立初衷看,行政公益诉讼制度拥有顺位优先性,针对公益受损情况,检察机关通常应首先督促行政机关依法履行职责;从诉讼功能充分发挥的角度看,“除非能更好地救济受损公益”是民事公益诉讼制度适用的先决条件。程序选择后,原则上应排除另一程序的适用,即以择一适用为主;微观如“一般办理行政公益诉讼后,检察机关在刑事公诉部分不再附带提起民事公益诉讼,除非通过行政执法仍无法实现全面保护公益”^①。故由上述程序衔接原则自外延伸,对确有必要并行运用制度情形的情况应设置例外补充规则,使特定情境下不同的公益诉讼制度可以并用^②,也可作为一项公益诉讼内部衔接关系原则予以保留,以待为规则完善留存空间。

(二)考量因素:制度功能侧重与公益保护力度

环境行政公益诉讼作为督促之诉,目的在于

达到与环境行政管制相类似的制度功效,民事公益诉讼则能发挥直接救济受损社会公益的功能。因此,具体实践中应综合办案的检察履职侧重与公益保护力度需求加以比较选择。如在特定案件中,法律监督之侧重点在于通过法律监督推动行政机关履行其公益代表第一顺位的职责,或实现以类案监督形式推进专门问题治理的目的,则以环境行政公益诉讼为最适宜;而在另外一些特定案件中,考虑到环境资源审判具有法律关系复杂多维、涉及利益主体广泛多元、专业性和技术性较强、事实认定难度大等特征^③,选择检察环境民事公益诉讼能够更精细深入调查、高标准证明因果关系并确认诉讼请求,从而能够更为直接地保护受损公益。此外,一些旨在更好地促进行政公益诉讼与民事公益诉讼顺畅衔接、提高履职效率的规则构想或制度激活,如行政附带民事公益诉讼等,也具有探索与适用空间。

【责任编辑:耿浩】

Research on internal and external coordination and connection of environmental public interest litigation by prosecutors

Liu Jun, Yang Jun, Yang Kang

(Shunyi District People's Procuratorate of Beijing, Beijing 101300, China)

Abstract: As one of the institutional supplies for the national obligation to protect the ecological environment, the system of environmental public interest litigation by prosecutors is located at the hub of the “dual-track regulation” structure of administration and justice. Its dual identity positioning as a legal supervision agency and a public interest litigation plaintiff should be recognized in the power reference system of administrative power and judicial power. In terms of external coordination, it should focus on optimizing the procedural connection on the basis of avoiding the priority of ecological environmental damage compensation litigation and grasping the special advantages of civil public interest litigation on environment by prosecutors; in terms of internal coordination, in addition to the principle of giving priority to administrative public interest litigation, it should choose to apply administrative public interest litigation procedures or civil public interest litigation procedures on the premise of comprehensively weighing the emphasis of system functions and the strength of public interest protection.

Key words: legal supervision; environmental public interest litigation by prosecutors; ecological environmental damage compensation litigation

①参见刘艺:《检察公益诉讼立法的规范定位与基本原则》,载《人民检察》2023年第21期,第49页。
②参见巩固:《检察公益“两诉”衔接机制探析——以“检察公益诉讼解释”的完善为切入》,载《浙江工商大学学报》2018年第5期,第34页。
③参见江必新:《环境资源审判的理念、政策与机制》,北京:人民法院出版社2019年版,第81-87页。

【公安理论与实务研究】

冲突与融构：道德困境影响下警察执法能力提升研究

陈永峰¹, 常佳慧²

(1. 河南警察学院, 河南 郑州 450046; 2. 河南师范大学, 河南 新乡 453007)

〔摘要〕警察执法是法治国家、法治政府建设中的重要环节。在具体执法实践中, 警察很容易基于个人道德观念及职业价值观, 陷入具体道德选择上进退两难的困境。警察执法道德困境主要来自于警务实践, 包括公众期待与现实可能的困境、能力有限与职责泛化的困境、对诉求合理行为非法的管控困境以及自由价值优先或秩序价值优先的选择困境。分析警察执法道德困境的类型和产生原因, 从利益、德法共治、执法规范、警察队伍建设、警媒协作、公众从众心理等多层面多角度出发, 以社会主义核心价值观为引领破解警察执法道德困境, 可以有效提升警察执法能力。

〔关键词〕警察执法; 道德困境; 德法共治

〔基金项目〕本文系河南省软科学研究计划 2024 年度项目“农村社会治理法治化进程中公安工作创新实践研究”(项目编号: 242400410032) 和河南省教育科学规划 2024 年度项目“习近平文化思想融入公安院校心理健康教育研究”(项目编号: 2024YB0311) 的阶段性研究成果。

〔作者简介〕陈永峰(1975—), 男, 河南淮滨人, 河南警察学院马克思主义学院教授, 法学博士, 主要从事法治现代化与法治公安研究; 常佳慧(1997—), 女, 河南武陟人, 河南师范大学法学院 2023 级法律专业硕士研究生, 主要从事法治现代化研究。

〔收稿日期〕2024-04-21

〔中图分类号〕D631.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-025-10

党的二十大报告明确指出: “加快推进市域社会治理现代化, 提高市域社会治理能力”^①。公安机关必须紧紧围绕中国式现代化谋划推进公安工作现代化, 以公安工作现代化服务保障中国式现代化。进入新时代, 我国公安机关不断实现执法创新发展的同时, 仍面临着诸多执法道德困境。警察执法道德困境是指警察在执法实践过程中, 基于个人道德观念及职业价值观, 陷入具体道德选择上进退两难的境地。

对于警察执法道德困境的破解研究, 既往的理论与实践往往局限于从完善执法规范、明确职责范围、提高执法能力、加强执法制度保障等执法实践角度, 单向寻求解决路径, 而从国家利益、道德、社会以及公众个人等层面展开的分析较

少。任何一项社会问题的解决都需要协同治理、全方位治理, 破解警察执法道德困境问题亦不例外。本文认为, 警察执法道德困境的产生原因主要有两种: 一种来自外界因素的施加, 一种来自自我认知。所谓道德困境, 是指在外界因素与自我认知这两种因素的共同干预下, 出现个人必须在两个或更多冲突选项之间作出选择的情况。事实上, 任何仅从单一道德体系中寻求道德困境的解决方案都是难以奏效的, 执法道德困境永远都无法在伦理道德范畴内寻找到最符合道德的解决方案, 因为道德困境属于现代社会治理中必然面临的一种现象, 即“现代性困境”。解决这一困境的根本之道, 在于跳出原本的命题逻辑体

①参见习近平: 《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》, 北京: 人民出版社 2022 年版, 第 32 页。

系,在原本的思维系统之外寻找答案。这一答案可能并不指向最佳道德行动选择,甚至可能不足以解决道德困境,但是从社会治理这一视角出发,却会成为破解警察执法道德困境的应有价值选择^{[1]104}。

因此,在现代化社会治理中,无论是走出执法道德困境抑或化解执法道德风险,都需要关注道德个体以及影响道德个体的社会环境。可见,破解警察执法道德困境需要一种系统思维,不仅要警察群体内部寻求答案,还要从警察群体之外寻求答案。通过分析警察执法道德困境的类型及其产生原因,从利益分析、道德、法律、社会以及个人层面出发,提出破解警察执法道德困境的具体策略,可以为破解警察执法道德困境提供更符合社会治理现代化需要的理论指导及实践策略,从而推动警察执法行为的规范化、合理化、合法化,同时提高公众对警察执法行为的认可度及满意度。可见,破解警察执法道德困境才能有效提升警察执法能力,加快形成和提升新质公安战斗力,从而为奋力推进公安工作现代化提供强大动力,支撑与服务中国式现代化建设^[2]。

一、冲突:警察遭遇执法道德困境的表现

警察执法道德困境不仅考验着警察的道德品质和职业素养,也要求他们具备高度的责任感以及自我约束能力,以维护社会的公正与公平。警察面临的执法道德困境主要包括公众期待与现实可能的困境、能力有限与职责泛化的困境、对诉求合理行为非法的管控困境、自由价值优先或秩序价值优先的选择困境四种类型。

(一) 公众期待与现实可能的困境

公众期待与现实可能的困境是指社会公众对警察执法的要求越来越高,希望警察能够公正、高效、文明执法,维护社会公正与公平;同时,警察执法又面临着现实中的各种困难及挑战,如警力不足、执法资源有限、执法环境复杂等。

首先,基于传统思维的期待。自新中国建立以来,警察的执法方式对社会大众产生了深远的影响,主要体现在他们展示出一种特质,即能在公众面临困境或危险情况时提供及时有效的救

助。然而,随着法治社会的持续发展,警察权力需要在法治框架内运作。在当前社会背景下,传统的警察执法模式已经变得不再适用,更加规范的警察职责和权限限制了公众基于传统思维对警察角色的期望。

其次,基于权利意识觉醒的期待。近年来,公众的权利意识逐渐觉醒,对公安机关执法工作提出了更高要求。作为对此的回应,公安机关在持续推动执法规范化建设的同时,提倡“理性、平和、文明、规范”的执法理念。然而,从客观角度看,随着转型期社会矛盾急剧增加,公安机关面临越来越繁重的执法任务,同时也面临着警力不足的问题。

最后,实际与期待之间存在差距。在个别执法实践中,警察的实际执法能力未能满足公众期待。在资源不足、执法能力有限的情况下,警察如何能更好地满足公众期望、保持平和文明的执法态度、妥当且高效地处理矛盾纠纷,一定程度上取决于警察内心的衡量和选择。因此,警察在执法实践中常常陷入两难境地。这种窘境在根本上是社会对警察的期望与警察现实可能满足公众期望之间的潜在冲突。

(二) 能力有限与职责泛化的困境

公安机关承担着维护社会治安、打击犯罪、维护公正等多重职责,面对日益复杂及多元化的执法需求,能力有限与职责泛化是人民警察执法中常见困境之一。

首先,能力有限与职责泛化之间存在冲突。一方面,警察的能力以及资源有限,可能导致其在面对一些复杂案件或紧急情况时无法充分应对,从而影响执法的效率和效果;另一方面,公安机关承担着多项职责,往往需要在多个领域进行协调,与多部门配合。警察的能力及资源有限,会影响到公安机关与其他执法部门以及社会组织合作效果,从而影响到警察整体执法的效果。

其次,多重身份导致职责泛化。在维护公共安全与秩序的过程中,警察不仅扮演着行政管理人的角色,也是社会服务的提供者。长期以来,警察不得不参与超出其职责范围的非警务活动,且非警务活动占据了大量的警察资源。无论是

被动参与还是主动承担的非警务活动,都会造成警察的职责泛化,同时导致公众对警察职责产生固化认知。比如,近几年警察群体经常因为不参与非警务活动而被公众误解并由此产生道德上的困扰。

最后,警力不足导致能力受限。对此,可从以下几点分析。一是人员数量不足。警察数量不足会导致其无法充分应对各种警情和案件并发挥其职责和能力。二是人员素质不高。警察队伍中存在一些素质不高的人员,他们在专业技能和知识方面存在欠缺,无法胜任纷繁复杂的警务工作。三是工作负担过重。由于警力不足,部分警察工作负担过重,缺乏充分的时间和精力来应对日益复杂的警务工作,无法充分发挥专业能力和水平。四是培训和晋升机会不足。由于警力不足,部分警察的工作岗位长期得不到调整,缺乏相应专业培训和职级晋升机会,影响到警察的能力提升和职业发展。

(三)对诉求合理行为非法的管控困境

诉求合理但行为非法的管控困境在于,如果仅因为行为非法就对其进行限制或禁止,可能会剥夺其合理权益。但是,如果不对这些行为进行管控,又可能对社会秩序以及公共安全造成威胁。

首先,管控行为是否合法合理。对于非法行为进行管控是否合法,是警务实践中经常遇到的一个问题。一些人可能会利用非法手段来表达诉求,如非法集会、游行等,对于这些人进行管控可能会引发冲突与对抗。同时,警察管控非法行为的手段较为有限,如警告、罚款、拘留等,可能不足以阻止非法行为继续发生。另外,管控诉求合理但行为非法的人员,需要警察与其他部门、机构协调沟通,很有可能面临沟通不畅、合作困难等问题。

其次,群体诉求是否得到合法合理的满足。警察的职责不仅局限于保障社会稳定和秩序,还需要向大众提供各种社会服务,以满足他们合理的需求。在执法过程中,警察往往会遇到一些民众不理解、不满甚至抵触和反抗的情况。在一些

涉及民众上访或示威游行的社会事件中,确实有一些群众诉求是完全合乎情理的。“面对不同的群体,治安主体会遇到相对于公安刑事工作所不同的难题,直接触及社会的道德价值问题,于是就陷入了困境”^①。因此,在维护公共秩序中,面对不同道德秩序之间的冲突,经常会使警察处于一种困惑状态。

最后,善后处理是否得到足够的重视。在公众看来,警察是一种压制力量,他们负责维护社会秩序、确保社会稳定、履行执法职责。那么如何满足公众的实际需求呢?许多警察只是对事件本身进行单一处理,在善后处理方面并未真正满足民众的需求,可能导致公众对警方执法行为产生不满。

(四)自由价值和秩序价值何者优先的选择困境

自由价值优先或秩序价值优先的选择困境表面上似乎是二选一,实际上却互为因果。只有坚持自由公正,才能有持续、稳定、正常的良好社会秩序;只有在国家与社会平稳发展的大环境下,自由公正才能有条件实现。在实践中,自由、公正、秩序都是重要的价值,但有时它们之间也会产生冲突。

首先,自由价值应受到保护。自由是人类的本质属性之一,是人类追求幸福及尊严的基础。自由包括思想自由、言论自由、信仰自由、人身自由等,这些自由是人们行使其他权利的基础。因此,在某些情况下,为了保护自由,可能需要限制其他权利的行使,以确保自由的实现。

其次,公平正义应当坚守。公正也是重要的价值之一,它涉及到社会公平与正义。公正包括程序公正与实体公正两个方面,程序公正是指法律程序还有制度的公正性,实体公正是指法律制度以及社会政策对不同群体和社会阶层的平等对待。如果社会秩序以及公共安全受到威胁,警察可能需要采取一些措施来维护秩序和安全,这可能会限制某些人的自由和权利。

最后,秩序价值与自身安全需要兼顾。在同

^①参见宫志刚:《治安价值论》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2006年第5期,第10页。

时面对维护秩序及保护自身安全两者时,警察需要做出选择。对于警察而言,奋不顾身、全心投入去维护社会秩序是一种无私奉献精神的体现。在某些特殊警情发生时,警察采取自保措施的行为却会遭到媒体的批评。因此,在真正遭遇危机的情况下,如何做出选择以确保警察自身在道德上不受谴责,并在最大程度上确保人民群众的生命财产安全,也是警察在执法时所面临价值观念选择的一大难题。

二、症结:警察执法道德困境产生的原因

导致警察执法道德困境的原因需要从多个角度进行分析,主要包括多元社会准则、需求及利益因素,法治与德治相脱节、相关法律滞后,警察职责范围模糊、执法能力有待提升、核心价值观念不强,媒体过度渲染、警察权威弱化等方面。

(一)多元社会准则、社会需求及社会利益因素

随着社会的转型,社会准则、社会需求以及社会利益正在进行多元化发展。警察执法道德困境是多元社会准则、需求和利益要求导致的常见问题,涉及到价值观、法律、道德规范和公众期望之间的平衡。这种困境的出现,通常是由于多种因素的综合影响,包括法律规定的模糊性、执法环境的多样性、公众期望的不一致性,还有执法人员自身道德标准和道德立场的多样性。

首先,多元社会准则导致警察执法道德困境。在社会准则多元化的背景下,警察在执法时要忠实于法律职责,还需要遵循警察职业道德规范,导致在遵循一个标准的同时,可能违反另一个标准。这主要体现在以下几个方面:第一,社会中存在多种不同的价值观以及信仰体系,这些因素可能会影响警察的执法方式及决策;第二,执法过程中的不确定性以及复杂性增加,不同的人对同一事件可能有不同的看法与解释;第三,警察需要处理各种不同的利益与需求,还要遵守法律与警察职业道德规范,面临着更大的压力与挑战。

其次,多元社会需求导致警察执法道德困境。在社会需求多元化背景下,警察执法主要受

到以下几个方面影响。第一,执法难度增加。随着社会需求越来越多元化,警察面对各种不同的情况和问题,需要灵活应对各种复杂情况,同时也需要平衡各种不同的利益关系。第二,执法标准难统一。在多元化的社会中,不同的群体及组织有着不同的价值观与利益诉求,这使得警察在执法过程中需要权衡各种因素,难以确定最佳的执法方式,从而陷入道德困境。第三,执法效果的不确定。多元社会需求导致警察执法的目标更加复杂化与多样化,执法过程也面临着各种不确定性与潜在风险,因此,警察执法中需要更加谨慎与灵活,注重政治效果、法律效果与社会效果的统一。

最后,多元社会利益关系导致警察执法道德困境。社会利益多元化对警察执法的影响也是多方面的。第一,多元社会利益可能导致警察执法的难度增加。在多元化社会中,不同的利益群体可能存在不同的利益诉求,导致警察在执法过程中面临更多的挑战与困难。例如,某些特定群体可能对警察的执法行为质疑或反对,影响警察的执法效果与声誉。第二,多元社会利益可能导致警察执法的公正性与合法性受到挑战。在多元化的社会中,不同的利益群体可能对警察执法的标准以及程序存在不同的看法与要求,导致警察在执法过程中面临公正性及合法性的挑战。第三,多元社会利益可能导致警察执法的透明度以及公开性受到挑战。在多元化社会中,公众对警察执法的期望与要求也更加多元化,对警察执法过程的透明度与公开性提出了更高要求。

(二)相关法律滞后,法治德治缺乏充分结合

对于警察在执法过程中所遭遇的道德难题,有观点认为,只要严格遵循法律规定来执行,就可以在很大程度上规避这些问题。然而,随着经济社会的不断发展,社会矛盾纠纷不断产生新的变化,很多与警察执法有关的法律、规定与实际情况并不相匹配;同时,在法治建设进程中,某些社会不良现象的出现也与道德建设未能跟上社会发展和法治建设步伐有着密切的联系,导致法治与德治在一定程度上相互脱节,成为警察执法道德困境产生的原因之一。

首先,相关法律滞后导致警察面临执法道德困境。一方面,当前我国法治建设尚不健全,导致法律与道德之间的冲突。当某些行为或事件尚无法律明确规定作为处理依据时,警察不知道如何应对这些情况,不知道应该遵循什么样的道德标准处理,由此可能会面临道德困境。例如,警察需要采取某些行动来维护公共安全或保护公众利益,但这些行动可能会违反某些道德标准或伦理原则,他们可能会感到困惑及矛盾。另一方面,相关法律滞后导致执法环境复杂,加大了警察执法压力与责任。在涉及各种利益与关系的复杂执法环境下,警察需要权衡各种因素,包括法律要求、公众利益、个人利益,还有道德标准。这种权衡过程会导致警察在执法过程中面临道德困境以及巨大的压力与责任。

其次,职责范围模糊导致警察面临执法道德困境。一是职责范围不明确或存在重叠,导致警察在处理案件时感到困惑。他们可能需要考虑是否应该遵循道德原则来作出决策,以避免职责混淆或责任推诿。二是模糊的职责范围导致警察在处理案件时存在不确定性,难以明确自己的职责及权限。他们可能会不知道是否应该采取行动,如何处理案件,这会影响警察的决策过程,导致执法不力或过度执法,进而引发公众对警察执法质疑甚至不满。三是职责范围模糊导致警察面临道德困境。在处理案件时面临多种选择,可能会让警察陷入道德上的矛盾与挣扎。这种情况下,他们会面临遵循道德规范和法律规定的双重压力及挑战,决策过程以及执法效果会受到影响。

最后,德治与法治相脱节导致警察面临执法道德困境。一方面,道德标准不明确。在执法过程中,警察可能会面临道德标准不明确的问题,他们会感到困惑,不知道应该遵循哪种道德标准,这可能会导致执法过程中的不公正与不公平。在某些特殊情境与条件下,有些违法行为是符合道德伦理的,那么此时如何发挥法治的有效作用就考验着警察的执法能力。另一方面,缺乏有效的道德指导。如果法治与德治之间存在脱节的情况,那么警察可能会缺乏有效的道德指

导。在这种情况下,他们会感到困惑与无助,不知道如何处理某些情况,导致在执法过程中出现法律或者道德上的错误。

(三)警察执法能力有待提升,核心价值观念不强

警察作为执法者,需要具备较高的执法能力及较强的核心价值观念,以确保公共安全与公正执法。警察队伍在维护社会治安、打击犯罪等方面发挥着重要的作用,同时也需要不断地加强自身的教育与培训,提升执法能力与素质,以更好地履行职责,维护社会稳定,保护人民的生命财产安全。

首先,个人能力对警察执法道德困境的影响。警察的执法能力与其所面临的道德困境有着密切的联系。某些道德困境是可以避免的,但由于执法能力不足,警察没有有效解决相关问题。例如,警察在执行抓捕任务过程中,确保自身生命安全与维护社会公平正义不是完全冲突的。若在执行抓捕任务前,警察就具备了相应的协调能力,将有助于避免很多意外事件的发生。同时,即使有些执法道德困境难以避免,执法能力的提升将有助于警察对执法行为可能产生的负面影响进行有效控制。

其次,综合素质对警察执法道德困境的影响。如果警察的综合素质欠缺,他们很难在执法道德困境中找到平衡。警察的综合素质不仅包含执法能力与办案能力,还包括应急处理能力与心理调节能力。执法工作需要面对各种复杂的情况与挑战,警察更需要注重心理素质的培养。例如,当遇到险情时必须选择快速“冲进去”的情况下,如何保证自己安全地“出来”;当面对社会整体对警察的信任度不高时,如何找到更好的契机去赢得公众的理解与信任;当面临内心道德选择的冲突时,如何避免干扰并坚定地执行任务。对此,提高警察的综合素质尤为关键。提高心理素质、提升应对压力的能力,警察才能更好地应对各种执法挑战。

最后,人民警察核心价值观对警察执法道德困境的影响。人民警察核心价值观决定着人民警察行为的目标和方向,增强对人民警察核心价

价值观的认同感,可以增强警察的职业荣誉感及使命感,激发他们的执法热情与责任感。同时,人民警察核心价值观中还包含着对法律的尊重与遵守。人民警察增强践行核心价值观的自觉性,就会更加重视法律、尊崇法律,不断提升自身法律意识与法律素养,在执法过程中更加严格遵守法律,减少执法道德困境的出现。另外,人民警察核心价值观强调公正、为民,可以让人民警察在执法过程中更加注重与群众建立良好的关系,提高执法效果以及公众满意度。

(四)媒体过度渲染,警方对负面舆论应对不当

媒体过度渲染会对人民警察的执法权威和形象产生一定的负面影响。部分媒体在报道警察执法行动时,为博取眼球会选择一些极端或负面事件进行渲染,而忽略了大部分正常、积极的执法工作。有关警察执法的负面舆论因群体效应导致发酵,也是造成警察执法时遭遇道德困境的原因之一。

首先,媒体过度渲染导致警察权威弱化。执法活动中,负面舆论过度发酵会给警察带来巨大的困扰,导致警察在正面行动时面临困境。许多媒体过分关注事件在短期内的影响力、热度以及舆论对于他们的利用价值,而忽视了事件的本质与真相。在事件的长期影响被忽略时,媒体往往基于短期利益对警察执法行动的负面信息过度渲染,从而使得公众对事件产生误解。在新媒体环境下,“负面解读”盛行已经成为当前我国社会舆论生态的显著特征,这对警察坚持严格执法极为不利^[3]。社会媒体很少关注警察执法行为的正确性与错误性,更加关注的是利益的博弈,他们更多关注因事件而引发的舆论效果以及舆论话语权的争夺,很少专门站出来为警察发声。

其次,群体效应导致涉警负面舆情发酵。群

体效应是指个体在一个群体中的行为与态度会受到群体中其他成员的影响,当处于群体中时,约束着个人不敢发泄欲望的责任感就彻底消失了^[4]。一方面,对于公众而言,群体效应往往会导致从众行为的出现。由于自媒体发声来源众多,在缺乏权威信息的背景下,公众在面对涉警负面舆情时,往往难以分辨其真实性,很容易被误导,导致对警察的信赖程度降低,使公安机关陷入“塔西佗陷阱”。群体还非常容易受到暗示而失去判断力,给警察执法带来了不可避免的困扰,“群体极化”^①与“群体盲思”^②便是警察执法过程中的最大群体性障碍。另一方面,对于警察而言,群体效应可能导致警察内部道德标准下降。如果公安机关普遍存在对某些警察执法不当行为或违法行为的宽容,受这种现象的影响,其他警察会逐渐降低自己的执法标准,甚至可能出现对执法不公正行为的默许。这些情况都可能导致警察在面对道德困境时难以保持独立思考与行动,从而作出错误决策。

最后,公安机关对网络舆论的影响力认识不够。实践表明,当前公安机关对网络舆论影响力的认识有所欠缺,在一定程度上对网络舆论仍然持有“不理”“不管”的态度,对涉警舆论的处理仍然采取“轻、疏、慢”的方式。在传统媒体时代,民众在一定程度上只能单向接受主流媒体的报道,公安机关掌握着舆论的主要话语权。随着Web2.0时代的到来,民众可以在网络平台中获取社会事件相关资讯并发表见解,公安机关运用传统媒体手段获取的舆论主导权在很大程度上被稀释。与此同时,由于公安机关工作具有特殊性、敏感性,引发了网络民众极大的好奇与关注,致使公安机关负面新闻相较官方发言,受到了更多网络民众的关注,稍有不慎就会导致其执法公信力的下降^[5]。

①“群体极化”(Group polarization)是社会心理学术语,最早是由传媒学者詹姆斯·斯托纳于1961年发现群体讨论时的现象而提出。在一个组织群体中,个人决策因为受到群体的影响,容易作出比独自一个人决策时更极端的决定,这个社会现象被称为“群体极化”。

②“群体盲思”也称为“群体盲从”“团体迷思”(Group Think),由美国心理学家 Irving Janis 研究提出,指具有较高凝聚力的群体在进行决策时,成员的思维会高度倾向于一致,以至于使其他变通行动路线的现实性评估受到压抑。这种倾向性思维方式的本质是由于群体压力所导致的思考力、事实检测力和道德判断力的退化。

三、融构：以社会主义核心价值观引领警察执法走出道德困境

社会主义核心价值观对于警察执法具有重要的指导意义。自由、平等、公正、法治是社会层面的价值取向，是警察执法的基本原则；爱国、敬业、诚信、友善是个人层面的价值准则，是警察执法的道德基础；文明、和谐作为国家层面的价值目标，对警察执法的社会形象提出了要求。综上，社会主义核心价值观为警察执法提供了重要的指导思想与道德基础，能够指引警察走出执法道德困境，更好地履行职责。

（一）将维护国家利益、公共利益放在首位

坚持国家利益、公共利益优先原则既是国家和个人共同的责任与义务，也是推动国家、社会发展的重要保障。同时，国家利益、公共利益优先也是一个普遍适用的原则，它强调了国家利益、公共利益的重要性，并要求个人、团体与组织在作出决策及开展行动时，优先考虑国家以及公共利益。

首先，警察要在多元利益中做最优选择。对于警察而言，面对多元利益冲突导致的执法道德困境，要提高自己的判断能力与选择能力，在多元利益中作出最优选择。在集体性事件中，尽管公众的需求是合理的，但倘若他们的行为有可能破坏社会秩序，就应当立即制止。在确保国家、社会稳定和满足少数群体合理需求之间，警察应当果断地选择前者。保障国家安全、维护社会稳定、确保公众利益需求得到满足，是警察需要明确的自身职责定位和第一要务。公安机关的首要任务，就是确保国家安全与维护社会稳定。唯有如此，警察才不容易在多元利益的选择中迷失自己，才能在履行职责的过程中有足够的自信与底气。坚持国家利益、公共利益优先原则，就是要求警察在处理利益关系时，要把国家与社会的整体利益放在首位，同时也要尊重并保护公民个体的合法权益。

其次，公众要树立正确利益观。对公众而言，要增强维护国家利益的责任感与使命感，树立正确的国家利益观。每个人都应该认识到国

家利益的重要性，认识到自己是国家的一分子，有责任与义务维护国家利益，始终把国家利益放在第一位，为了国家利益不计较个人得失，甚至不惜牺牲自己的生命。同时，要注意防范风险，不要轻易透露个人信息，防止不法分子利用自己的个人信息进行非法活动。在涉及国家利益的问题上，要严格遵守法律法规，不得从事任何违反法律规定或有损于国家利益的活动；要通过参加志愿者活动、社区服务等方式，积极维护国家利益和社会利益，为国家的繁荣富强贡献自己的力量。

最后，加强部门协作及宣传教育。公安机关在维护国家安全和社会稳定时，应当把维护国家利益和社会利益放在首位；同时，积极倡导共建共治共享的社会治理理念，由自上而下的单向管理转向政府和多元主体良性互动，充分尊重人民群众主体地位，引导人民群众依法充分参与社会治理，提升社会治理效能的同时，有效减轻警察的负担。公安机关与相关政府部门相互协作，共同参与社会治理，不仅有利于重塑警察执法权威，也有利于改善警民关系，推动多元社会准则、需求、利益导致的警察执法困境得以解决。此外，要大力加强宣传教育，不断提高公众对国家利益和社会公共利益的理解与认识，让每个人都认识到维护国家利益和社会公共利益的重要性。

（二）完善执法规范，加强德治法治的有效融合

保障警察执法权力并完善执法规范是非常重要的，这有助于提高警察的执法效率以及公众对警察的信任度；同时，德治法治内在统一是我国社会治理的重要理念与基本方略，它强调了道德与法律的重要性，注重道德和法律的结合与相互促进，体现了我国现代化治理的智慧及水平。

首先，及时修正滞后性法律法规。警察执法相关法律法规存在滞后性主要是由于法律法规的制定与修改需要一定的时间及程序，而执法实践的发展速度往往快于法律法规的更新速度。对此，可以通过以下措施及时修正难以满足现代社会治理需求的滞后性法律法规：

一是定期评估。定期对现行法律法规进行评估,了解其在实际执法中的适用情况以及需要改进的地方。二是公开讨论。通过公开讨论以及广泛征求公众意见,了解社会各界对现行执法相关法律法规的看法与建议,以便及时进行调整修正。三是建立反馈机制。通过建立反馈机制,让执法人员、当事人与社会各界及时反馈执法中遇到的问题及困难,以便相关部门及时了解并加以解决。四是完善立法程序。在立法过程中,充分考虑执法实践中存在的问题与现实需求,不断完善立法程序,提高法律法规的针对性和可操作性。五是加强执法监督。加强执法监督,推进严格规范公正文明执法,及时纠正执法中的偏差及错误,维护法律的公正性与权威性,加快形成新质生产力,更好推进服务型政府建设。

其次,扩大警察权力范围,严格依规用警。一方面,中国特色社会主义市场经济和法治体系尚处于逐步完善阶段,社会矛盾纠纷错综复杂,而公安机关经常处于各种社会矛盾的前沿、漩涡的中心。市场与社会环境的状况要求强化警察执法权力,并适当地扩大其权力的影响范围。从实战的角度来看,规定警察使用武力和强制手段的相关法律法规,要确保能够使警察权力的控制作用得到有效发挥。对于治安处罚的处理方式,也要赋予警察灵活选择的权利,但前提是需要有效维护社会秩序,从而实现权力在控制与教育方面的双重转化。另一方面,严格按照法律规定用警,最重要的是明确人民警察的义务与职责范围,完善相关法律法规,严格执行已经被明确界定的警察执法范围、程序等。如果警察不明确其职责与执法界限,盲目地调解所有纠纷,极有可能刚走出一个困境,又陷入另外一个误区。

最后,加强法治与德治的内在统一。一是要重视道德在执法中的作用。我国的法治建设取得举世瞩目成就的同时,仍然存在诸如道德建设薄弱、法治信仰缺失等不足。形成这些缺陷的一个重要原因,是“重法轻德”导致的德治疲软以及道德水平滑坡,影响了法治的根基与环境^[6]。解

决警察执法所遇到的困境,除了加强法律体系建设,还需要有道德建设的全力支持与配合。法治与德治均需要得到公众的认同才能得到有效实施。二是要将道德融于法律之中。法治与德治相结合并不是简单地用正义观与道德观去代替法律的内在目标,而是要寓道德于法律之中。法律追求实质正义时,不能简单地用道德的逻辑与标准来替代法律的逻辑与标准;强调法律对于道德的独立性,也不能忽略法律本身的道德性。三是要在德治法治相结合中兼顾秩序与活力。法治的实施以强制力要求社会成员遵守,突出强调保障社会秩序;道德则以多元并存的形式来影响并提高社会成员的道德觉悟,从而保障社会活力。所以,德法共治是法治中有道德精神,同时道德辅助法治,既保障社会秩序构建,也保障社会活力^{[1]109}。

(三)加强警察执法能力和职业价值观建设

强化警察执法能力和职业价值观,是维护社会治安与保障人民安全的重要任务。对此,需要从培养高素质警察工作队伍、转变态度以增强在高压环境中依法依规工作的专业技能、加大人民警察核心价值观的教育力度、建立有效的沟通机制等多个方面入手。这些措施将有助于提高人民警察的执法效率及职业素养,为维护社会治安与保障人民安全做出更大的贡献。

首先,培养高素质人民警察工作队伍。培养高素质警察工作队伍,使其参与社会治理,能够有效推动社会主义法治建设。习近平总书记强调:“全面推进依法治国,首先要把专门队伍建设好”^①。进入新时代,公安机关在培养高素质法治工作队伍方面采取了许多重要措施,并取得了显著成效。公安机关队伍建设的主要任务就是推进法治专门队伍革命化、正规化、专业化、职业化,确保做到忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律,坚持建设德才兼备的法治工作队伍^[8]。因此,各地公安机关应大力开展技能培训及学习教育,打造高素质的人民警察工作队伍,切实担负起党和人民赋予的维护新时代国家安全和社会

①参见习近平:《从全局和战略高度推进全面依法治国》,载《习近平著作选读》第二卷,北京:人民出版社2023年版,第386页。

稳定的重大职责使命。

其次,转变思维方式,正确对待困境。人民警察应当具备将压力化为动力的思维方式和积极心态,提高自身在高压环境中的专业技能。人民警察应转变思维方式,正确面对执法困境,将公众需求或外部压力转化为做好公安工作新的动力,始终坚持“人民至上、生命至上”理念,打造一支“平常时间能看得出来、关键时刻能冲得出来、危急时刻能豁得出来”的公安队伍,加强人民警察与广大人民群众的血肉联系,积极利用相关资源与优势,进一步提高警察执法能力、完善执法行为,促进社会和谐发展。

最后,增强人民警察核心价值观教育力度。当今社会处于转型期,传统的道德观念及优秀品质,如忠于职守、无私奉献、不怕牺牲等,正逐渐被现代社会中的自由、平等观念所替代。“在这场对抗中,传统道德要求的败北是不可避免的,因为个体权利的自由、平等原则是从现实生活的必然需求中产生的,而传统道德要求却正在日益丧失其与现实生活的关联”^①。在这种影响下,许多警察的思维方式发生了转变,他们的责任感逐渐减弱,自私的观念开始影响他们的职业奉献精神。因此,加强人民警察的核心价值观与道德教育变得尤为重要。

(四)促进警媒合作,打破从众心理

当前社会,媒体影响力不断增强,警媒之间的合作逐渐成为警察执法的主流方向,这种合作可以有效减少警媒之间的摩擦以及由于媒体的不实报道给公安工作带来的负面影响。同时,公安机关可通过培养舆论领袖,扩大社会上正向舆论的影响力,提高群体中个人的独立思考能力,以降低群体效应对警察执法工作产生的负面影响。

首先,促进警媒合作,重塑执法权威。一方面,充分尊重媒体的言论自由,是公安机关与媒体建立合作的基础。媒体在与公安机关合作的过程中,拥有对执法活动进行监督的权利,且公安机关应当满足媒体所提出的合理要求。如果

公安机关的某些不当行为妨碍了媒体的言论自由,那么理应承担相应的刑事、民事与行政责任。同时,完善舆情响应程序,共同建立动态化、适应新媒体时代特点的舆情治理机制,面对复杂的网络环境以及随时可能爆发的涉警舆情,切实做到早发现、早报告、早应对、早处置。另一方面,媒体工作者应坚持正确舆论导向,努力利用正面舆论来鼓励公众支持、信任、拥护人民警察,用积极的视角看待执法人员,不断提升自身的政治觉悟与大局意识,主动承担起其所肩负的社会责任。同时,网络平台管理者要切实强化对信息来源的管理,在对网络信息进行转载时,要对信息源的真实性进行仔细核查,防止虚假、不良信息的传播;要正确引导舆论导向,在出现试图损害公安机关执法权威性、执法公信力的言论时,要在第一时间对信息进行管控,防止谣言进一步扩散。

其次,注重培养舆论领袖,扩大正向舆论影响力。针对涉警事件引发的舆论,公安机关除了第一时间在官方平台上公布涉警事件发生原因、进展情况、跟进后续处理结果,还可以在日常工作中与微博、微信、抖音等公众普遍应用的新媒体平台合作,培养舆论领袖。当今社会,新媒体平台和拥有大量粉丝的网络大V在某种程度上是群体中的舆论领袖。通过舆论领袖引导正向舆论,可以有效减少新媒体信息传播中的信息泛滥、真假难辨等弊端。同时,公安机关应当充分发动权威人士,引导正确舆论导向。当前,许多法学专家、网络大V在新媒体平台上拥有大量粉丝,并且能够通过他们的言论对舆论导向产生重大影响。针对涉警舆情,学术专家、法律专家、网络大V等舆论领袖应当在网络上出现恶意诋毁公安工作的负面舆论时,以令人信服的说理与论证,依据相应的法律知识和事实情况,对不实传闻与恶意诋毁进行正面回击,带动引导网络媒体形成正确的舆论导向。

最后,打破群体效应,保持独立思考。打破群体效应,保持独立思考需要个人和群体的共同努力。对于公众而言,要保持群体中个体的独立

^①参见邹平林:《道德滑坡还是范式转换?——论社会转型时期的道德困境及其出路》,载《道德与文明》2011年第2期,第145页。

思考,需要在“主我”与“客我”之间寻找到一个平衡点,这样才不会被群体思维带偏。同时,要形成群体之间的良性互动,在不同群体之间形成良性互动,可以帮助群体进行意见交换,不断引入新的观点,以防止走向“群体极化”,从而更好地助力公安机关开展工作。对于警察而言,加强自身建设,一是要在公安机关内部宣扬良好的执法文化,强调道德及职业操守的重要性,为人民警察提供正确的价值观与行为准则;二是构建严格的内部监督机制,对人民警察的行为进行严格监控与评估,同时对于违反道德规范的警察进行严肃处理,以起到警示与震慑作用;三是加强职业培训及教育,提高人民警察的道德素养、执法水平、独立思考能力,使其在面对道德困境时能够作出正确的决策。

[参考文献]

[1]陈永峰. 理性、良法与善治:社会治理中警察执法风险防控维度[J]. 广西警察学院学报,2022(04):104,109.
[2]陈永峰. 新质公安战斗力的生成逻辑、科学内涵与实践路径[J]. 北京警察学院学报,2024(03):1.
[3]李宏. 新媒介环境下“负面解读”的不良社会心态及对策[J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版),2017(05):149.
[4][法]古斯塔夫·勒庞. 乌合之众:大众心理研究[M]. 冯克利,译. 北京:中央翻译出版社,2004:24.
[5]陈永峰,康家豪. 公安机关应对扫黑除恶负面网络舆论策略研究——以唐山烧烤店打人事件为例[J]. 山西警察学院学报,2023(02):20.
[6]李少文. 中国式现代化的法治内涵及其实践路径[J]. 马克思主义研究,2023(04):22-27.

【责任编辑:凌秋千】

Conflict and integration: research on improving police’s law enforcement ability under the influence of moral dilemma

Chen Yongfeng¹, Chang Jiahui²

(1. Henan Police College, Zhengzhou Henan 450046, China; 2. Henan Normal University, Xinxiang Henan 453007, China)

Abstract: Police’s law enforcement is an important part of the construction of a country ruled by law and a government ruled by law. In specific law enforcement practices, police will easily fall into a dilemma in specific moral choices based on their personal moral concepts and professional values. The moral dilemma of police’s law enforcement mainly comes from police practice, including the dilemma between public expectations and possible reality, the dilemma between limited capabilities and generalized responsibilities, the dilemma of illegal control of reasonable demands and the dilemma of choosing priority between freedom value and order value. Analyzing the types and causes of moral dilemmas in police’s law enforcement, starting from multiple levels and angles such as interests, co-governance of morality and law, law enforcement norms, police force construction, police-media cooperation and public conformity, and using the socialist core values as a guide to solve the moral dilemma of police’s law enforcement can effectively improve the police’s law enforcement ability.

Key words: police’s law enforcement; moral dilemma; co-governance of morality and law

【公安理论与实务研究】

基于场域理论的警用无人机飞手队伍培训路径探析

史天阳,张李斌
(中国人民公安大学,北京 100038)

〔摘 要〕在科技兴警的背景下,无人机作为一种新型警用装备在警务工作中发挥着越来越重要的作用。无人机技术与人工智能、大数据等新兴技术相互结合嵌入公安工作,成为加快形成和提升新质公安战斗力的要素之一。警用无人机飞手队伍建设对于无人机的实战运用具有重要意义。场域理论是一种实践模型,飞手培训作为一种社会问题,可结合场域理论对其分析。当前,我国警用无人机飞手培训工作存在主辅场域尚没有形成有效交织、资本引入不足、惯习形塑缺少实践场域等问题,对此,应当从资本、场域、惯习三个角度引导资本入场,加强主辅场域交织,创新无人机使用惯习的培育路径。

〔关键词〕场域理论;警用无人机;飞手培训

〔基金项目〕本文系国家社科基金一般项目“习近平总书记关于社会治理现代化重要论述的理论体系和原创性贡献研究”(项目编号:22BKS085)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕史天阳(2001—),男,山东济宁人,中国人民公安大学治安学专业2023级硕士研究生,主要从事社会治安治理研究;张李斌(1985—),男,河南新蔡人,中国人民公安大学治安学院副教授,博士研究生导师,主要从事社会治安治理研究。

〔收稿日期〕2024-04-02

〔中图分类号〕D631.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-035-11

一、问题的提出

在现实需求层面上,警用无人机飞手队伍培训是提高人民警察综合素质,推动形成和发展新质公安战斗力的必行之举。习近平总书记指出,“新的历史条件下,公安机关要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,坚持总体国家安全观,坚持以人民为中心的发展思想,坚持稳中求进工作总基调,坚持政治建警、改革强警、科技兴警、从严治警,履行好党和人民赋予的新时代职责使命”^[1]。随着科技发展进步,公安工作对科技的需求逐渐增加,以科技力量助力公安工作提质增效已成为亟待解决的重要课题。2023年公安部、科技部召开科技兴警三年行动计划推进会,对科技兴警工作开展总体部署,提出构建公安战略科技力量体系,优化公安科技创新平台

布局,增强公安重大业务需求科技支撑能力,完善公安科技人才梯队培育体系,形成科技兴警协同工作格局,提升科技创新支撑平安中国建设的水平。

警用无人机技术具有极强的技术融合性。在人工智能、大数据蓬勃发展的时代,无人机以其融合性特点,结合新兴技术共同助力公安工作,成为加快形成和提升新质公安战斗力的关键要素。党的二十大报告指出:“人才是第一资源”^[1]。警用无人机的应用能否取得更高实效,飞手的作用至关重要。飞手培训是公安机关警用无人机飞手队伍发展与完善的关键,其培训质量关乎公安机关飞手人才层次,关乎无人机的使用导向。公安部对警用无人机管理和驾驶员培训高度重视,在2016年、2017年先后颁布了《警用无人驾驶航空器管理暂行规定》《警用无人驾驶航空器驾驶员培训及执照管理办法(试行)》

《警用无人驾驶航空器登记管理办法(试行)》,但由于警用无人机尚处于发展初期,在使用和管理方面缺乏经验,通过民航 AOPA 考核认证取得无人机驾驶资格的公安干警为数不多,专业人才的缺乏仍然是影响警用无人机实战应用的重要因素。据不完全统计,目前我国 34 个省级行政区 333 个地级行政区 2843 个县级行政区中,持有警用无人机驾驶证的民警只有约 2000 人,“人机匹配失衡”是大部分公安机关在警用无人机应用方面的现实情况^[3]。研究解决警用无人机飞手培训存在的问题,是顺应公安机关科技兴警战略,破除人机失衡问题,健全完善公安人才体系的关键举措。

学术层面上,本文基于中国知网数据库检索,发现关于警用无人机的研究主要体现在三个方面。第一方面是警用无人机警务应用研究。警用无人机的应用一直是学术研究的重要方面,大体包括警用无人机在刑事侦查、治安管理、应急救援等方面的应用。如贾治辉对警用无人机在侦查活动中应用的研究^①,柯多凯对警用无人机在大型活动安保中的实战应用研究^②。第二方面是关于警用无人机管理的研究。如赵旭、姬艳涛对警用无人机的适航审定问题进行研究,分析警用无人机当前存在管理缺位、标准缺位的问题^③;李华、胡刚从法治的角度出发,对警用无人机执法应用的规范化建设进行研究,确保警用无人机的法治化、规范化使用^④。第三方面是警用无人机的技术研究。这方面主要包括警用无人机的配备体系、集群指挥网络构建等内容,如曹志波对警用无人机集群指挥网络的研究^⑤。上述三方面主要研究内容虽然角度各不相同,但都指出当前公安机关警用无人机飞手素质有待提高的问题。根据知网检索数据,专门针对警用无人

机飞手培训的研究主要有以下内容:王越对公安院校警用无人机培训课程建设的对策研究^⑥;栾润生对我国警用无人机飞手培训体系的研究^⑦;李凯对飞手培训课程教学模式创新改革的研究^⑧。

笔者在中国知网以“警用无人机”为主题词进行检索,截至 2024 年 2 月 1 日,共检出 126 篇关于警用无人机研究方面的学术论文,其中“警用无人机应用”是研究的重点领域,而对警用无人机飞手的研究相对较少,只有 6 篇。一方面,在研究内容上,这 6 篇学术论文内容多有重叠,主要聚焦于公安院校的飞手培训课程设计,研究的范围较窄;另一方面,对飞手培训的理论研究欠缺,6 篇论文的作者多来自公安实战部门,主要从实战经验视角来分析当前飞手培训存在的问题。不同地区的情况有所差别,单纯经验式的研究难以构建“具体问题具体分析”的研究框架,难以对飞手培训进行系统化分析。因此,当前迫切需从理论层面对警用无人机飞手培训进行系统化研究,实现以理论指导实践,以实践检验理论的研究目标。场域理论是皮埃尔·布迪厄(Pierre Bourdieu)提出的社会实践模型,该理论以场域、资本及惯习为核心内容,分析三要素之间的互动关系,在动态交互之中分析场域中各主体所占有的资本,形塑的惯习,并以此为基础确认不同主体在场域中的位置关系和行为倾向。飞手培训是教育培训的内容之一,场域理论在教育领域已经有了较为成熟的研究范式。飞手培训的目标是推动警用无人机在警务活动中的有效使用,加快新质公安战斗力的形成与发展。实现该目标需要深入实践,而场域理论正是以实践为导向的研究理论。总体而言,警用无人机飞手培训缺少理论层面的研究,本文认为,场域理论与飞手培

①参见贾治辉,薛楠:《侦查活动中无人机的应用探讨》,载《公安学刊(浙江警察学院学报)》2019年第3期,第32-39页。
②参见柯多凯:《警用无人机在大型活动安保中的实战运用》,载《公安教育》2021年第6期,第34-36页。
③参见赵旭,姬艳涛:《我国警用无人机适航管理之审视:定位、不足与建构》,载《中国人民警察大学学报》2023年第2期,第40-45页。
④参见李华,胡刚:《警用无人机执法应用与法律规制问题研究》,载《辽宁警察学院学报》2022年第4期,第87-92页。
⑤参见曹志波:《警用无人机集群指挥网络的构建与应用》,载《中国人民警察大学学报》2023年第8期,第26-32页。
⑥参见王越:《公安院校警用无人机培训课程建设的对策研究》,载《科技视界》2022年第7期,第78-80页。
⑦参见栾润生:《我国警用无人驾驶航空器培训体系研究》,载《公安教育》2019年第2期,第35-38页。
⑧参见李凯:《警用无人机课程教学模式创新改革与实践》,载《科技创新导报》2018年第33期,第152-153页。

训之间具有耦合性,能为飞手培训搭建分析的理论框架,完善警用无人机飞手培训的研究体系。

二、警用无人机飞手培训及场域理论引入

(一)警用无人机飞手队伍培训

根据公安部颁布的规范性文件《警用无人驾驶航空器驾驶员培训及执照管理办法(试行)》(下简称《管理办法》),警用无人机(UAV for police)是警用无人驾驶航空器(Unmanned Aerial Vehicle for police)的简称,是在公安机关内部的公认概念。当前警用无人机主要包括固定翼无人机、无人直升机、多旋翼无人机,不同类型的无人机性能各具优劣,适用于不同的警务场景。伴随无人机配套系统的完善,警用无人机并非单纯指无人航空器,而是包括警用无人驾驶航空器、地面控制单元、通信链路和任务设备在内的警用无人驾驶航空系统^[4]。

探讨警用无人机飞手培训的概念,首先要明确警用无人机飞手概念。所谓飞手,是指对无人驾驶航空整体系统进行操作控制,完成各项飞行任务的人员。根据《管理办法》第一章内容,可以概括出公安部警用航空管理办公室对警用无人机飞手的资格限定情况,即具有警用无人机飞手资格的人员,包括人民警察和警务辅助人员(辅警)。培训概念被广泛应用于管理学之中。1911年,Taylor首次以培训的目的来界定培训;此后,不同学者对培训进行了独立研究,但培训至今仍没有一个被广泛认同的确切定义。从经验主义角度来看,培训本质上是为实现一定目的的针对性学习过程。区别于一般学历教育,培训的目的性更强,周期性较短。因此本文认为,警用无人机飞手培训的概念可以作如下定义:为提高公安机关人民警察、警务辅助人员对警用无人驾驶航空器整体系统的理论认识水平和实践操作水平而开展的短期学习活动。

(二)场域理论及其耦合性分析

美国心理学家考夫卡首先将原为物理学概念的“场域”引入哲学社会科学领域;法国社会学家布迪厄将场域概念进一步发展,指出场域理论

包含三个核心要素——场域、资本和惯习。布迪厄认为,社会是由许多相互独立又相互联系的场域所构成。场域是行动者的活动空间,资本是行动者的活动保障,惯习是行动者的活动倾向。具体而言,对于警用无人机飞手培训,公安院校与公安机关是各类主体——包括领导者、教官、学员等,相互互动并展示相对位置的空间,因此可以视为飞手培训的场域;培训场域的资本,则是场域内各主体所拥有的资源或技能优势。例如,教官在培训场域中掌握着警用无人机理论、操作等文化知识的优势,这是决定教官在飞手培训场域中具有主导权的重要因素。在场域内,惯习支配着各类主体的行动选择。在飞手培训中,学员起初对无人机的使用没有形成倾向,对无人机的理论知识与操作实践没有掌握。通过与教官和其他学员等主体在培训场域中的互动,逐渐形塑着自己对警用无人机的使用选择,为在以后的警务活动中熟练正确应用无人机提供可行的行动选择。总之,教育场域是场域理论研究的重要内容,飞手培训作为教育的分支,也可以适用场域理论搭建其研究的理论框架。

1. 场域理论与飞手培训内容相契合

场域理论的核心内容体现在场域、资本与惯习三个层面(见图1)。场域理论与飞手培训内容契合的第一个方面,体现在场域的关系性与警用无人机飞手培训中的互动。布迪厄认为,“一个场域可以被定义为在各种位置之间存在的客观关系的一个网络,或一个构型”^[5]。飞手培训具有多元主体,主要包括公安机关的领导者及内部教官,无人机企业,从事无人机培训行业的教官、学员,这些主体在培训场域中进行互动。各主体拥有的资本和形塑的惯习不同,决定其在飞手培训场域中占有不同的位置。内容契合的第二个方面,表现在场域的斗争性与警用无人机飞手培训中的竞争。“作为包含各种隐而未发的力量和正在活动的力量的空间,场域同时也是一个争夺的空间,这些争夺旨在继续或变更场域中这些力

量的构型”^①。场域理论认为,场域并非静态的,而是存在竞争与较量的利益争夺场所。在力量较量之中,布迪厄提出了资本和惯习两个核心概念。在飞手培训场域中存在着丰富的资本形态。飞手培训需要经济资本提供基础,缺乏必要的资金支持,培训活动自然无法开展;培训本身是教育的体现,这需要文化资本的注入,并以技术知识的更新和警务实践的反馈在场域中进行文化资本再生产。内容契合的第三个方面,体现在场域的自主性与警用无人机飞手培训的独立性。

每个场域都有自身的逻辑和规则,这些逻辑和规则是场域内行动者所共同认可和遵循的。警用无人机飞手培训作为一个特定的培训场域,不同主体必须按照这个培训场域的规则进行人员选拔、人员考核、教官遴选等活动。这些逻辑和规则不仅包括飞行技能、安全意识、法律法规等方面的要求,还包括培训对象、培训内容、培训方式等方面的规定。这种独特性使得警用无人机飞手培训与其他场域相区分,成为一个相对独立的社会空间。

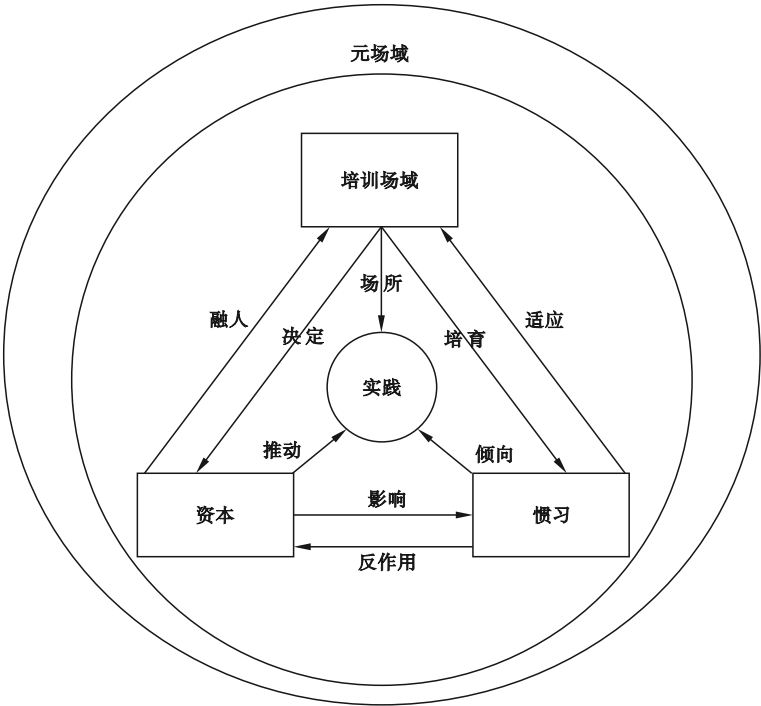


图1 飞手培训场域理论图

2. 飞手培训的应用目标与场域理论相契合

布迪厄将实践与场域、资本和惯习相互关联起来,认为实践 = 惯习 × 资本 + 场域^[6]。实践受到惯习、资本和场域的综合影响;惯习为实践提供规则,场域为实践提供场所,资本则作为场域内斗争的武器^[7]。飞手培训的最终目的是将无人机技术落实到实践,而如何提高警用无人机在不同警务场景中的使用效果,是当前需要解决的现实问题。飞手培训工作正是为提高人民警察、警务辅助人员无人机理论水平、实践操作熟练程度、战术配合能力等实践性要求而开展的活动。

(1) 飞手培训的应用目标与场域理论实践上契合的第一个层面,表现在场域理论与飞手培训过程性相契合。场域理论认为,场域之中的惯习与资本并非一成不变。例如,飞手培训中,学员通过吸收知识、熟悉操作,掌握了警用无人机的应用方式,提高了自身所拥有的文化资本,进而实现培训场域中资本的动态变化。竞争中场域要素的动态变化过程,体现着飞手培训所具有的过程性。场域理论能针对培训过程的不同阶段搭建分析的理论框架。

(2) 飞手培训的应用目标与场域理论实践上

①参见[法]布尔迪厄,[美]华康德:《实践与反思:反思社会学导论》,李猛、李康译,北京:中央编译出版社1998年版,第139页。

— 38 —

契合的第二个层面,体现在飞手培训的目标性与场域理论相契合。培训本身具有极强的目标导向,飞手培训的目的是提高飞手综合素质,推动警用无人机嵌入公安工作,使公安工作的科技化水平能够满足警务需要。布迪厄认为,“惯习是一套持续的、可转换的性情倾向系统”^①。飞手培训场域通过浓厚的无人机培训教育氛围,不断形塑飞手的使用惯习,实现从能用到善用的惯习转变,并改变公安机关对警用无人机的传统认识,从而影响培训学员对警用无人机使用途径的认识,实现警用无人机在公安机关广泛应用的目标。

三、警用无人机飞手培训存在的问题剖析

(一)主场域培训体系单一,各培训场域系统化交织不强

公安院校是我国培养预备公安人才的主阵地,是助力科技兴警的主力军;公安机关是发挥警用无人机效能的主战场,肩负着维护社会秩序稳定的重任,迫切需要高素质飞手为公安工作提质增效。因此,公安机关与公安院校都是警用无人机飞手培训的主场域。无人机企业和民用培训机构是无人机关键技术的掌握者,在飞手培训场域中拥有较多文化资本,但并未以公安工作为主要着眼点,因此只能作为飞手培训的辅助培训场域。主场域的培训体系,应当注重飞手队伍的层次性发展,但目前的培训体系在某些方面存在单一性特点。主辅培训场域的交织过程存在偏差,以致两者之间的资本难以互通,惯习形塑的经验交流存在壁垒,未能形成飞手培训合力。

1. 主培训场域的学员选择范围单一

警用无人机在公安工作中具有广泛用途。其不再局限于执法办案,在情报搜集、勤务指挥中也发挥着重要作用。同时,无人机“黑飞”问题管制也是公安管理与治安秩序维护的重要内容。公安院校的不同专业可以从各自领域的研究内容出发,对警用无人机的管理和应用进行解构研究。但当前公安院校开设的警用无人机课程囿于警务战术与指挥专业,表现出人才培养范围的

单一。对于公安机关而言,当前开展的飞手培训主要是从人民警察和辅警中选拔对航模有基础或感兴趣的人员,缺少系统的人员选拔标准。学员选拔的主观性过强,不利于保障飞手培训的质量。这正是单一选拔标准所带来的弊端。

2. 主培训场域的培训课程内容单一

在警务工作中,飞手要具备不同的综合能力。如具备相当的政治能力,以确保警用无人机专业人才队伍始终听党指挥;具备高超的技术能力,以保障无人机的顺利使用与维修;具备沉稳灵活的心理能力,以保证有效应对突发情况。有学者指出:“无人机专业课程的教学标准与要求……其中,教学内容仍然没有脱离学历教育框架,课程内容设置仍主要集中于理论指导方面,无法满足实战化条件下部队与公安部门的岗位能力要求”^②。对于公安机关来说,警用无人机飞手并非单纯指驾驶人员,还应当根据警务工作的现实需要,囊括地面保障人员、指挥员和载荷协调人员等。这种以无人机理论和操作为主要内容的培训课程,只是增加了驾驶人员的数量,却无法解决其他类型人才缺失的问题。结合S省某市公安机关的调研情况看,目前的飞手培训课程内容缺乏专业导向,警务模拟仿真性低,理论与操作的关联性不足。上述问题导致培训课程枯燥单一,无法实现学员对警用无人机内容的综合掌握。

3. 主培训场域的考核方式不具有梯度性

考核是检验飞手培训效果的重要环节,是保障培训质量的必然要求。在培训场域中,不同主体对警用无人机的需求有所差别。飞手队伍应具有合理的层次体系,以满足不同层次工作对无人机的需求,减少因考核方式相同造成飞手人才单一化。所谓梯度性考核方式,是根据公安机关不同层次的飞手人才需求,对学员采取差异化的考核方式,以满足公安机关在不同警务工作中对无人机的使用需求。当前,我国培训场域的考核方式尚不具备梯度性(见图2)。“民警培训的对象是来源于各级公安机关各个不同警种、岗位和

①参见[法]布迪厄,[美]华康德:《实践与反思:反思社会学理论》,李猛、李康译,北京:中央编译出版社1998年版,第168页。
②参见李凯:《警用无人机课程教学模式改革创新改革与实践》,载《科技创新导报》2018年第33期,第152-153页。

层级的一线公安民警,虽然每期学员职务可能同级,但由于年龄、工作性质、生活环境、社会阅历不同,他们的整体素质差别很大。对他们的考核也应针对其特点,以考察其对知识的理解、应用和解决实际问题的能力为主”^①。当前,主场域对飞手的考核方式主要采取理论机考+操作考核的形式进行,但来自不同警种的学员对无人机应用的着眼点是不同的。飞手培训没有根据无人机应用方式和警种需求的不同来制定更为细化的考核方案,在考核中采取同质化考核形式,呈现出学历化培训的特点,无法实现专业化、梯度化的培养目标。此外,这种单一的考核方式会导致公安机关飞手的职业上升通道过于拥挤,既降低了飞手的积极性,还会造成不同警种之间的利益隔阂,不利于构建合成作战体系的现代警务模式。

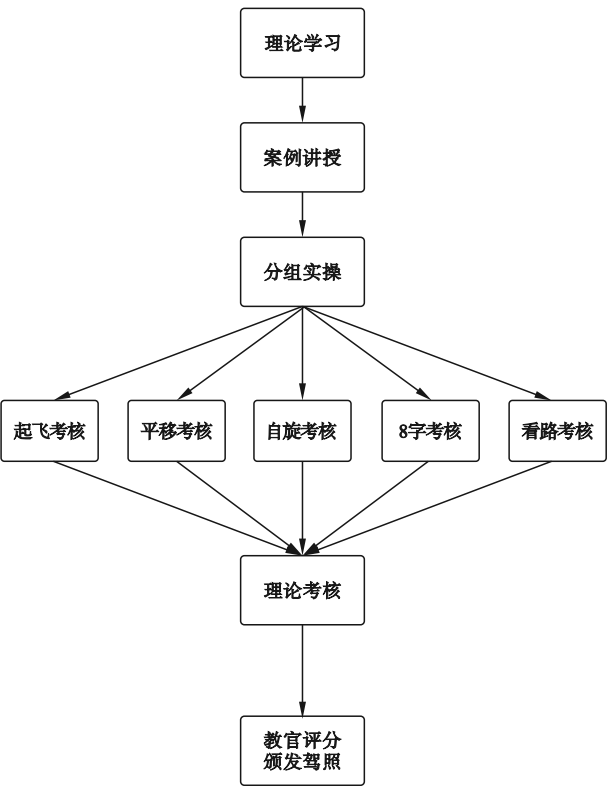


图2 培训考核流程图

4. 主辅场域交织存在偏差

公安部以文件的形式,确认了部分无人机企业与无人机培训机构具有培训警用无人机飞手的资格,标志着除主培训场域以外,还存在着飞

手培训的辅场域。但当前主辅场域存在部分交织裂缝,导致主辅场域间培训缺乏连贯性,无法形成系统性的整体培训场域。首先,辅场域的驾照标准与主场域不同。我国无人机驾照类型较多,包括深圳市大疆创新科技有限公司颁发的UTC驾照、ALPA《民用无人机操作员应用合格证》、APOA驾照以及中国民航局飞行管理司颁发的CAAC驾照。这些驾照的取得方式与能力证明力不同,导致主培训场域在确认辅培训场域的位置后,并没有规定飞手能力转化的对照机制,造成主辅场域之间关系界定不清晰。其次,辅场域培训内容缺少警务内容的融合。无人机企业与培训机构面向更为多元的市场主体,难以专门满足公安工作的实际需要;辅培训场域的培训方式更多以利益为导向,难以帮助学员树立听党指挥的政治理念。主辅场域培训内容的差异和权力场域干预的程度不同,导致两者在交织中存在偏差。最后,主辅培训场域训练无人机的机型选择存在差异性。主培训场域根据警务工作需求,更注重无人机的续航与环境忍耐力;辅场域则更关注无人机所带来的低空经济优势。目标的不同,导致主辅场域在机型选择上存在差别。机型选择上的差异,决定着主辅场域在无人机操作模式、维修保养等方面的内容存在偏差,不利于两个场域的系统衔接。

(二) 培训场域中经济资本失衡,文化资本尚不成熟

布迪厄认为,经济资本是指“指经济财产、经济利益、经济收入以及生产的不同要素(如劳动、货币、土地等)”^[8]。在警用无人机飞手培训中,不同行动主体根据自身所拥有的经济资本开展相应的实践活动,存在培训场域中经济资本失衡的问题。对培训场域的组织管理者来说,经济资本包括购买不同类型与数量的警用无人机、教官等工作人员的劳动报酬、讲义编制出版费用、场地建设与设施配备、宣传推广费用等;对学员来说,其经济资本则包括路费、培训费等。飞手培训场域对于入场的经济资本要求基本相同,学员

①参见李黎红:《公安民警培训中存在的突出问题及对策》,载《公安研究》2006年第1期,第47-52页。

考取 B2 级驾照平均需要花费 1 万元(2024 年 N 警察学院的飞手培训费用为 1.32 万元,且不包含往返路费),已经超过了我国大部分警察的平均月工资。部分经济发展较弱地区的公安机关打造飞手队伍存在着经济资本不足的压力,加之主辅培训场域对入场名额均有数量限制,并未对经济资本不足但需求庞大的行动者给予政策上的帮扶。警用无人机训练的损耗相当大,仅电池损耗往往 1 年就高达上百万元,并非每个地市的公安机关都能承担的^[9]。主培训场域的承担者也承担着较大的经济压力。经济资本不充足的主培训场域,吸引的文化资本和社会资本不足,不利于提升飞手培训的效果。总体来看,培训场域中各行动主体经济资本失衡,会导致飞手需求与供给的结构性差异。某些地区基于地理环境因素,对传统警务的要求较高,更需要警用无人机对其赋能,但这部分地区所拥有的经济资本通常较差,因此产生了飞手需求的增加与供给不足的矛盾。

布迪厄将文化资本分为三种类型:“具体化状态,即身心的长久定势形式;物体化状态,即文化产品的形式(如图画、书籍、字典、工具、机器等),它是理论或理论批评或各种问题的踪迹或体现;体制化状态,即必须被区别开来的物化形式,因为正如从学历可看出的那样,它将原有的资产完全赋予给可作担保用的文化资本”^①。由于警用无人机飞手培训在我国起步较晚,文化资本成熟的历史积累还不足,使飞手培训场域中文化资本的再生产存在堵点,导致飞手的专业化培训缺少成熟的文化资本支撑。

1. 对具体化的文化资本而言,该资本主要通过教育培训的环境取得信息并转化为某种神经网络结构。公安院校是构建培训环境、进行文化资本积累与创造的主场域。在义务教育阶段和高中阶段,我国并没有开设与警用无人机相关的专门课程,因此,承担警察高等教育职责的公安院校就成为传播警用无人机相关知识的主场域。但在目前,公安院校对警用无人机的宣传尚不到

位,没有形成研究、应用无人机的良好氛围,无法满足在主培训场域中进行信息交流的现实需求。

2. 对物体化的文化资本而言,存在培训场域中缺少成熟教材且虚拟培训系统适用情况较差等问题。教材是由信息、符号、媒介三个基本要素构成的核心教学材料^[10],当前飞手培训场域中,教材存在着知识孤立性、滞后性、可读性不强等方面的问题。首先,飞手培训教材未能将无人机原理与警务内容衔接融合,缺少理论与应用的结合,使得理论与实践之间互为“孤岛”。在孤岛效应下,无人机的理论知识难以和警务实践产生融合,飞手无法构建用理论知识去解决实践问题的思维。其次,警用无人机所具有的技术融合性,决定着无人机技术的应用会随着其他相关技术的发展而不断创新。伴随着人工智能、大数据技术的迅猛发展,警用无人机应用的创新速度也得到科技赋能,由于教材的编写、审核及出版均需要时间,因此飞手培训的正式教材存在一定的滞后性。最后,飞手培训教材存在内容冗杂与原理抽象的问题,降低了可读性。操作性较强的飞手培训,其教材应当合理安排内容,对无人机飞行中的抽象原理进行通俗化解释,以提高其可读性和实用性。但当前的培训教材大多追求表面上的内容充实,缺少对内容的合理规划,导致内容冗杂、主次不分,学习体验感较差,影响了培训效果。飞手虚拟培训系统是培训场域可引入的重要文化资本,虚拟驾驶系统已经在车辆驾驶培训领域得到良好运用。但在飞手培训场域中,虚拟驾驶系统普遍存在普及度不高、警务场景单一、操作体验性差等问题。

3. 对体制化的文化资本而言,无人机驾照作为一种能力证明的证书,既是飞手培训场域中重要的体制化文化资本,也是飞手培训场域下多数行动者的目标追求。但就警用无人机驾照而言,除因主辅场域交织偏差导致的驾照类型繁多且难以进行能力同等转化等问题外,当前警用无人机驾照自身分类方式过于笼统。警用无人机飞

①Bourdieu, Pierre. The Forms of Capital[C] in: A. H. Halsey, Hugh Lauder, Philip Brown and Amy Stuart Wells(eds.). Education, Culture, Economy and Society[M]. Oxford: Oxford University Press, 1997: 46 - 58.

手人才队伍不仅仅是无人机操作员,还应当是维修保障员、勤务指挥员,而当前警用无人机驾照以机型的驾驶权限进行类别区分,导致驾照的证明力只能证明其驾驶能力,不能体现其在无人机维护和勤务指挥等方面的能力。

(三)警务实践场域培训作用发挥不足,难以支撑惯习培育

惯习是一种性情的倾向,能够在潜意识中影响行动者的行为选择。投射在警用无人机的应用中可以得出,警用无人机能够真正成为公安机关“数智时代”的有力工具,关键在于警察能形塑使用无人机的惯习。飞手培训场域中,实践既是场域、资本和惯习三要素的综合结果,也是改变行动者认知和性情倾向的要素。由于警察的传统惯习具有历史性,因此不能依靠简单的集中培训方式来形塑惯习。飞手需要在警务实践中进行行为刺激,但在实际工作中,存在着警务实践场域稀缺问题,导致难以支撑惯习的形塑。

1. 警务场域中使用意识不足

一方面,公安机关正处于传统警务向智慧化现代警务模式转化的阶段。我国警用无人机的发展处于起步阶段,应用方法尚不成熟,加之警务转化并非对传统警务的完全抛弃,因此在警务模式发展过程中,警用无人机未形成成熟的应用体系,导致飞手的使用意识不足。另一方面,警用无人机的使用受到无人机自身缺陷和政策的限制。警用无人机的续航能力和抗环境变化能力,难以满足警务工作的实际需要。这种缺陷使得公安机关不能将警用无人机作为常态化警用工具,导致在警务场域中,无人机使用并未获得普遍青睐。

2. 警务场域中规范保障不足

首先,警务场域对警用无人机的适航审定存在问题。我国尚无真正意义上的警用无人机适航标准^[11]。一方面,我国关于警用无人机的规范制定起步较晚,适航标准尚处于缺位状态,使得警用无人机在使用中缺少规范保障,导致飞手使用无人机从事警务工作时存在诸多顾虑,严重影响了无人机战斗力的发挥。另一方面,警用无人机的使用涉及隐私保护、空域管理、数据安全等

多方面问题。由于警务场域中缺少规范指引,无法对这些问题作出回答,导致警用无人机在某些场域中只能被束之高阁。

3. 警务场域对无人机的总结不到位

警务场域中对无人机应用与战法的总结,是提炼无人机使用核心、完善无人机使用路径、提高无人机使用效果的关键一步。飞手只有对警用无人机的应用具有体系化、整体化认识,才能在警务场域中不断刺激性情倾向的形成,最终为惯习的形塑提供动力。实际警务场域中,飞手之间缺少思想的碰撞与交流,对无人机使用经验的交换存在壁垒,导致对警用无人机的应用不能形成系统化认识。

四、提高警用无人机飞手培训效果的建议

(一)引导资本入场,为飞手培训提供动力

资本是飞手培训场域中行动者争夺的目的,也是行动的手段。针对飞手培训场域经济资本、文化资本等资本未能有效汇聚和合理分配的问题,需要引导资本进入飞手培训场域之中。本文拟以经济资本、文化资本及社会资本三种资本类型为出发点,对资本入场的内容与方式作出说明。

1. 增加经济资本投入,设立飞手培训基金

对于培训场域中的培训者来说,引导经济资本入场能实现对警用无人机设备及时更新,对培训模拟现场进行细化,使其更加符合警务实践要求,提高培训场域对教官的吸引力。不同于市场化企业可通过市场引资的形式筹集经济资本,公安机关经济资本的累积,需要依靠权力场域的支持。在元场域即权力场域中,公安机关的领导者可在科技兴警的背景下,制定提高警用无人机飞手培训资金供给的政策,通过顶层设计增加公安机关对警用无人机飞手培训的总体经济投入。此外,可以尝试设立飞手培训专项基金,坚持“以人为本”的培训理念,优化经济资本的分配方式,保障专项基金的合理规划和分配,使警用无人机的使用需求与供给实现动态平衡。

2. 完善飞手培训文化资本,实现文化资本再生产

一是对于具体化文化资本而言,文化资本来

自于个体在学习培训过程中的知识储备。公安机关和公安院校亟须提高无人机知识的传输效率,这与培训教官的综合能力密切相关。公安机关需要在现有的飞手人才队伍中,进一步选拔具有深厚理论基础、娴熟操作技能、较强表达能力的飞手培训教官,形成飞手培训人才库,力争在培训阶段弥补飞手在警用无人机知识方面的空白。二是对物体化的文化资本来说,飞手培训教材是完善文化资本的关键,也是培训场域文化资本再生产的主要内容。公安机关需要从政治上予以支持。公安院校作为学校场域,负责教材的统编。编撰教材应充分考虑警务实际,打造既抓住理论核心,又紧贴警情实战的专业化飞手培训教材,并借助互联网,以公安内部线上培训的形式及时进行内容更新。三是对于制度化文化资本而言,该资本的引入是解决有证不能飞、不敢飞的有效举措。考核评估制度是提高飞手能力的倒逼机制,将考核评估制度在时间范围上扩大,对取得相应等级驾照的飞手进行跟踪式考核;持续完善考核测项,根据警用无人机的应用反馈不断改进考核内容,使测项更具科学性;建立考核档案制度,定期关注飞手能力变化,对长时间无飞行记录的飞手进行相应的资格降级。

3. 积极利用社会资本,加强警企合作

社会资本是指某一群体或个人,凭借制度化的、稳定的、相互熟识的关系网建立起来的资源总和^[12]。换言之,社会资本的积累要求公安机关与其他主体之间展开飞手培训合作。公安机关与公安院校对无人机的研究,起步比专业无人机企业晚,而无人机企业在飞手培训与无人机开发方面较为成熟。公安机关依靠国家公权力的权威性,可以与无人机企业之间形成稳定的合作关系,加强与无人机企业的良性互动,将无人机企业研发的最新技术应用到警务实践之中。

(二) 完善主场域培训体系,促进培训场域有效融合

资本汇聚是警用无人机飞手培训主场域,也是培育警用无人机使用惯习的核心场域。在飞手培训中,需要实现培训体系的系统化、梯度化。同时,主培训场域要减少与辅培训场域的交织偏

差,构建主辅培训场域的高效衔接路径。

1. 完善主场域人员选拔体系

培训学员的选拔事关我国警用无人机飞手队伍建设,是保障培训质量的关键所在。公安机关要在以兴趣为导向的基础上,对民警、辅警的教育培训背景进行全面检索,将具有无人机知识背景及无人机搭载技术背景的人员优先列入培训名单;制定飞手预选拔问卷,以客观指标与主观推荐相结合的方式人员进行选拔;同时,调整机关单位和一线警务人员的数量比例,在工作时间与无人机使用需求之间把握平衡,减少出现重培训、轻应用的情况。对于公安院校而言,当前无人机培训还处于发展期,可以将警务战术与指挥专业学员作为飞手培训的重点;同时,将无人机衍生的管理、反黑飞、技术与伦理平衡等问题整合与分类,在此基础上,有针对性地对其他专业学员进行培训,以实践视角为相关专业解决无人机理论与实践问题提供条件。

2. 丰富主场域培训形式

培训形式影响着参训人员接收无人机知识信息的方式。改变培训场域中教官与学员的互动形式,可以为学员惯习的形塑和场域中文化资本的积累提供便利。首先,通过线上课堂等远程教育形式进行无人机理论教学,将理论内容前置,为培训学员提供不同形式的学习方式。现代远程教育具有时空共享性、高效性、灵活性、个性化等特点^[13],能够激发学员的学习自主性,并为线下实践操作培训打下基础。其次,可以借助虚拟仿真技术,为飞手学习基本操作技能提供辅助。警用无人机驾驶培训虚拟仿真系统可以为相关警察提供更加完善的技术培训,有效提升其无人机操作技能^[14]。公安机关和公安院校可以利用虚拟培训系统,为飞手培训提供“点对点”和“点外卖”等培训方式,以分流缓解警用无人教练机的使用压力。

3. 提高主辅培训场域合作的密切程度

主辅培训场域的有效衔接,可以最大限度释放培训场域中蕴含的资本,减少场域之间衔接偏差而产生的资本消耗,增强对惯习形塑的刺激;提高两场域间的合作密切程度,可以有效减少主

辅场域之间的偏差。首先,对不属于公安机关颁发的无人机驾照进行同等技能水平转化,让具有其他类型无人机驾照的人民警察可以在公安系统中得到相应的驾照转化,以减少培训资本投入,为更高水平的教官队伍建设夯实人员基础。其次,加强主辅场域间的技术交流。无人机企业在无人机技术开发方面投入了大量经济资本,生产了丰富的文化资本。公安机关应加强与无人机企业的技术交流,有针对性地学习、开发,与企业共研适用于新时代警务模式的无人机技术,并对警用无人机进行及时更新。

(三)形塑警用无人机使用惯习,提高警务实践效能

惯习是场域中影响行动者实践的重要因素。作为行动者性情的倾向,惯习与习惯不同。惯习并非机械性的。要使警用无人机在警务工作中有更突出的表现,需要发挥飞手的主观能动性。形塑惯习,正是为飞手在警务工作中会用、能用、敢用警用无人机,提高公安新质战斗力提供有效路径。

1. 形塑培训场域主体的思维倾向

思想是行动的先导。公安机关对警用无人机的原有惯习,已经不适应现代化警务模式对无人机应用的现实需求。因此,亟须通过对公安机关各主体警用无人机使用惯习的形塑,为培育警用无人机应用意识奠定基础。首先,公安机关内部要牢固树立科技兴警的观念,对科技兴警的相关内容入脑、入心,充分认识警用无人机及相关技术给警务工作发展带来的益处。不能只算经济账,更要算政治账,严格落实科技兴警的政治要求。其次,公安机关与公安院校作为飞手的主培训场域,要及时总结、宣传警用无人机的能效和作用,营造公安机关向科技要警力、要战斗力的良好氛围,在潜移默化中形塑警察的内心性情倾向。最后,处于权力场域上层的公安机关(厅局级以上单位),可经常组织开展警用无人机学术交流和比武大赛,在学术探讨和实践操作中改变公安机关对警用无人机的传统认识,充分发挥《人民公安报》、中国警察网等媒介的传播和引领作用,积极宣传警用无人机在警务实践中的丰硕

成果,改变部分公安机关认为警用无人机是“花拳绣腿”的认知偏见。

2. 完善培训场域的外部制度

实现飞手培训场域中惯习的形塑与重塑,需要对飞手培训的外部制度进行完善,通过飞手职业发展制度和队伍建设制度等外部制度的完善,来促进培训场域中惯习的形塑。首先,建立飞手合理晋升体系。形塑飞手使用无人机的惯习,激发其充分发挥主观能动性,需要为飞手的职业发展提供保障。一方面,飞手职级晋升体系要明确晋升标准,并通过质性研究与实证研究相结合的方法确定标准内容,确保晋升标准的科学化;另一方面,职级晋升体系要做到公开透明,以保障晋升公平公正。其次,要依靠规范与制度解决警用无人机适航管理的问题。警用无人机惯习的形塑需打通警用无人机使用过程中的堵点,弥补过程中的漏点。建立完善警用无人机适航管理制度,是解决无人机应用中隐私保护、空域管理、数据安全等问题的重要手段。

五、结语

本文通过对当前警用无人机研究现状进行分析概括,认为该领域研究存在理论性缺失的不足。通过引入场域理论,从新的视角研究警用无人机与人民警察培训的理论性,为飞手培训提供一种新的分析框架,以期更为全面地理解警用无人机培训过程中不同行动主体的相对位置与互动关系,为飞手队伍建设的研究提供理论文本。同时,本文系统分析了警用无人机飞手培训存在的问题,并提出相应的解决方案,以期为提高公安队伍综合素质,推动科技兴警目标的实现,加快形成和发展新质公安战斗力提供理论支持。诚然,本文虽基于场域理论,对飞手培训进行了理论分析,但在实践层面的具体细节上尚不够充分,且飞手培训的效果受多重因素影响,其他场域是否对培训效果产生影响并不明确,厘清这一问题需要借助多学科的力量视角,通过实证研究进行更为深入的探讨。

[参考文献]

[1]新华社. 习近平在全国公安工作会议上强调 坚持政

治建警改革强警科技兴警从严治警 履行好党和人民赋予的新时代职责使命[EB/OL]. https://www.gov.cn/xinwen/2019-05/08/content_5389726.htm,2019-05-08.

[2]习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[R]. 北京:人民出版社,2022.

[3]韦兴华. 基于实战需求的警用无人驾驶航空器培训体系建设的现状、困境及应用策略[J]. 公安教育,2023(03):25-27.

[4]吕帅,张训志,尹伟. 警用无人机研究的文献综述[J]. 湖南警察学院学报,2020(06):105-111.

[5]Wacquant,Loïc. Towards a Reflexive Sociology: A Workshop with Pierre Bourdieu[J]. Sociological Theory 7, 1989:26.

[6]Bourdieu P. Distinction: A social critique of the judgement oftaste[M]. Harvard university press,1987:49.

[7]周冬霞. 论布迪厄理论的三个概念工具——对实践、惯习、场域概念的解析[J]. 改革与开放,2010(02):192-193.

[8]高宣扬. 布迪厄的社会理论[M],上海:同济大学出

版社,2004:149.

[9]韦兴华. 基于实战需求的警用无人驾驶航空器培训体系建设的现状、困境及应用策略[J]. 公安教育,2023(03):25-27.

[10]王恬,阎燕. 加强教材建设 助力人才培养[J]. 中国大学教学,2013(09):93-95.

[11]赵旭,姬艳涛. 我国警用无人机适航管理之审视:定位、不足与建构[J]. 中国人民警察大学学报,2023(02):40-45.

[12][法]布迪厄,[美]华康德. 实践与反思:反思社会学理论[M]. 李猛,李康译. 北京:中央编译出版社,1998:131.

[13]甘乐平. 发挥远程教育在干部培训中的作用[J]. 继续教育研究,2009(02):36-38.

[14]罗熹,魏威,李波兴. 警用无人机驾驶培训虚拟仿真系统发展现状及问题研究[J]. 电脑与信息技术,2023(06):30-32.

【责任编辑:凌秋千】

Exploration to the path of training police drone pilots based on field theory

Shi Tianyang,Zhang Libin

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

Abstract: In the context of the development of science and technology in the police,as a new type of police e-equipment,drones play an increasingly important role in police work. The combination of drone technology with e-emerging technologies such as artificial intelligence and big data embedded in public security work has become one of the elements to accelerate the formation and improvement of new-quality public security combat effectiveness. The construction of a police drone pilot team is of great significance for the actual use of drones. Field theory is a practical model. Pilot training,as a social problem,can be analyzed in combination with field theory. At present, there are still problems in the training of police drone pilots in China,such as the lack of effective interweaving of the main and auxiliary fields,insufficient capital introduction and lack of practical fields for habitus shaping. In this regard,we should guide capital entry from the three perspectives of capital,field and habitus,and strengthen the interweaving of the main and auxiliary fields,to innovate the training path for the habitus of drones.

Key words: field theory;police drones;pilot training

《企业破产法》修订背景下破产检察监督的困境与出路

张兵¹,申惠丹²,董慧³

(1. 重庆市沙坪坝区人民检察院,重庆 401331;2. 四川省宜宾市中级人民法院,四川 宜宾 644000;
3. 北京金诚同达(成都)律师事务所,四川 成都 610000)

〔摘要〕破产程序中利益主体的权利保障与救济、破产程序中权力主体行使权力的有效制约以及破产诉讼监督体系化,均离不开破产检察监督。当前,破产检察监督面临诸多困境:制度缺乏系统性规范,地方法律文件效力层级低,无法在全国范围内形成统一指引;破产检察监督对象集中于法院和破产管理人,忽略了破产程序中的其他利益主体和权力机构;监督以事后监督为主,缺乏强制力支持,方式较为单一,有效性有待提升等。在《企业破产法》修订背景下,应对破产检察监督制度进行体系化完善:一是在法律层面明确破产案件检察监督语义,明确赋予其法律效力;二是确立破产监督的合法性、客观中立、合目的等原则;三是从监督范围、监督对象和监督方式等方面,健全破产检察监督机制。

〔关键词〕法律监督;破产程序;企业破产法;调查核实

〔作者简介〕张兵(1994—),男,四川资中人,重庆市沙坪坝区人民检察院检察官助理,主要从事刑事诉讼法学和检察实务研究;申惠丹(1995—),女,四川宜宾人,四川省宜宾市中级人民法院法官助理,主要从事刑事诉讼法学研究;董慧(1995—),男,四川达州人,北京金诚同达(成都)律师事务所律师,主要从事破产实务研究。

〔收稿日期〕2024-03-31

〔中图分类号〕D926.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)04-046-10

一、问题的提出

随着市场经济的深入发展,破产案件数量呈现井喷式增长态势。2018年至2022年五年间,全国各级人民法院共审结破产案件4.7万件、破产重整案件2801件。仅2023年一年,就审结破产案件2.9万件,同比增长68.8%;审结破产重整、和解案件1485件^①。破产审判工作的法治化对于深化供给侧结构性改革,营造稳定、公平、透明、可预期的营商环境作用更加凸显,备受各界重视。破产案件牵涉的利益群体复杂,人民法院

在诉讼过程中作出的多数裁定或决定即时发生法律效力,仅仅依靠人民法院主导、债权人会议和债权人委员会的二元监督模式,难以有效制约破产程序中的违法行为。现行《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)因颁布时间久远,并未规定破产案件的检察监督问题。由于缺乏直接而明确的法律规范依据,检察机关能否介入、如何介入破产程序等问题,在理论和实务界引发了较大争议。

2023年5月30日,全国人大常委会发布

①数据来源于2023年、2024年最高人民法院工作报告。参见周强:《最高人民法院工作报告——2023年3月7日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》,载《新京报》2023年3月7日;张军:《最高人民法院工作报告——2024年3月8日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》,载中国新闻网,<https://www.chinanews.com/gn/2024/03-08/10176866.shtml>,最后访问时间:2024年3月30日。

2023 年度立法工作计划,《企业破产法》的修改被纳入预备审议项目。其修改的方向和内容之一,就是加强外部监督机制。与此同时,部分检察机关牵头出台规范性文件,对破产检察监督制度进行了有益探索,但也带来法律文件效力层级不一、内容不一,难以统一适用的问题;此外,破产检察监督还面临监督对象单一、监督方式薄弱、监督保障不力的困境。在此背景下,以现行规范性文件为依据,深入阐明破产检察监督的正当性和必要性,提出破产检察监督的具体构建意见,具有现实意义和理论价值。本文坚持以问题为导向,在《企业破产法》讨论修订之际,总结现行破产检察监督制度的不足,从理论与实务双视角提出完善意见,以期与实践操作和制度完善提供参考。

二、法理重述:破产检察监督的正当性与必要性

(一) 破产检察监督的正当性

1. 破产检察监督具备宪法基础

《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第 134 条与《中华人民共和国人民检察院组织法》(以下简称《人民检察院组织法》)第 20 条明确规定了检察机关八项法律监督职能,从根本法角度确立了检察机关法律监督职权。在此基础上,《人民检察院组织法》细化了检察机关具体的法律监督权。检察机关作为国家利益和社会公共利益的代表,是国家法定的监督机关,对破产程序进行法律监督具有宪法意义上的合法性。

2. 破产检察监督得到法律确认

《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第 14 条规定:“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”。该法在总则部分规定了检察监督原则,但并未明确检察机关介入破产程序的具体机制。《民事诉讼法》第 14 条将检察监督作为民事诉讼的一项基本原则,即检察机关能够对所有的民事诉讼活动进行监督。该条文将原来的人民检察院有权对“民事审判活动”

进行法律监督扩大为人民检察院有权对“民事诉讼活动”进行法律监督,从法律角度明确了检察机关对于民事审判、民事执行等活动可以进行监督。一般意义上,破产审判是人民法院执行的一种特殊方式,由此,从《民事诉讼法》规定的检察监督原则出发,检察机关有权对破产程序进行法律监督。

3. 破产检察监督具有直接依据

2021 年 8 月 1 日起正式实施的《人民检察院民事诉讼监督规则》(下称《民事检察监督规则》)针对人民法院审判人员违法行为和执行活动违法情形的监督程序作出了重大调整。其中,第 98 条第(9)项将“破产程序”纳入审判程序予以规定。《民事检察监督规则》作为现行司法解释,丰富完善了审判程序的内涵,检察机关可依据此条文并结合《民事诉讼法》直接介入破产案件,对审判人员的违法行为进行调查,提出检察建议等。

4. 破产检察监督与检察官客观公正义务契合

检察官客观公正义务是指检察官应当追求案件真相,实现客观公正。《中华人民共和国检察官法》第 5 条明确规定了检察官在履行职责过程中,应当坚持客观公正的立场^①。《企业破产法》第 1 条直接明确其立法目的是“公平清理债权债务”,这一要义与检察官客观公正义务相契合。检察机关介入破产程序,可以发挥检察官客观公正的精神,公平清偿债务,化解社会矛盾。由此,从检察官客观公正义务角度出发,能够说明破产检察监督的正当性。

(二) 破产检察监督的必要性

1. 破产检察监督是完善权利救济的应有之义

破产程序中涉及的利益主体多样,涉及职工、债权人、金融机构、政府单位、人民法院等多个主体,牵涉的利益多样。由于现行《企业破产法》出台时间较为久远,其中规定的债权人权利救济问题存在空白之处,导致各主体之间利益存在极大冲突。在权利救济不到位的情况下,更是加重了破产清算过程中利益主体的矛盾。

①《中华人民共和国检察官法》第 5 条规定:“检察官履行职责,应当以事实为根据,以法律为准绳,秉持客观公正的立场”。

在破产实践中,法院通常会以裁定或者决定的方式推进破产程序。很多裁定或者决定一旦作出就会立即发生法律效力,但大部分裁定中并没有规定权利救济的途径。特别是有的人民法院错将《企业破产法》第65条、第87条规定的“强裁”制度作为程序性步骤,忽略了破产当事人尤其是破产债权人的切身利益,对“强裁”制度是否有必要实施、是否维护公共利益并未认真考虑,导致“强裁”制度的适用流于形式,且与立法原意背道而驰。“强裁”在人民法院作出裁定或决定后立即生效,对异议债权人没有提供任何权利救济途径,是对私权的极大侵犯。正如学者指出:“若法院的强裁职权缺乏明确合理的法律条件必然会导致私权被任意剥夺,司法权的独立性受到来自多种社会公共利益的干涉,最终被扭曲和滥用”^①。因此,检察机关有必要从维护国家利益、社会公共利益,维护社会稳定的角度出发,介入破产程序,拓宽债权人救济途径,缓解不同利益主体之间的矛盾。

2. 破产检察监督是落实权力制约的必然要求

企业破产过程中往往涉及多个行政主体。现有企业破产实践中,特别强调府院联动,行政机关对于破产的参与范围不断扩大、程度逐渐加深,各地破产程序的推进也离不开当地政府的支持。一旦行政权失范,便会对司法权形成冲击,阻碍审判机关独立行使审判权,由此造成的后果便是影响企业破产行为,损害债权人的合法权益。检察机关作为法律监督机关,依法履行法律监督权,对行政机关的不当行为展开调查核实,可以有效限制行政权对破产过程的不当干预,有助于审判权独立运行。

特别是在司法实践中,因《企业破产法》和《中华人民共和国税收征收管理法》(以下简称《税收征收管理法》)的立法目的不同,加之《税收征收管理法》乃至各税法中并无专门规范破产过程中涉税处理方式的具体内容,有的税务机关就通过停票、列为非正常纳税户、降低税务信用、限

制注销等方式,要求破产企业缴纳企业破产前的税款,该行为实则违反了《关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职 进一步优化营商环境的意见》(发改财金规[2021]274号)等相关政策性文件的规定。因此,在办理涉税事项时,检察机关可通过制发检察建议等方式,督促税务机关依法履职,纠正其不当行为。

3. 破产检察监督是实现监督体系化的必备内容

现行《企业破产法》确立了以人民法院为主导、债权人会议与债权人委员会为双翼的内部监督模式。这种监督模式分为三个层次:一是债权人会议以及债权人委员会对破产管理人的履职行为进行监督,对其提交的债权人会议报告进行审议;二是法院通过日常指导,对破产管理人的行为进行监督;三是司法机关对破产过程中管理人的民事、行政、刑事责任进行监督。这种监督模式通过内部监督与法律责任监督相结合,完善了对破产管理人的监督机制,其不足之处在于缺乏外部监督。目前,破产管理人的选任均由人民法院单方面决定。虽然名义上人民法院只是对破产管理人工作进行指导,但实际上容易形成人民法院与破产管理人间的利益联合体,消解了监督机制的效用;同时,该内部监督机制仅关注对于破产管理人的监督,对于破产程序中的其他主体缺乏有效制约,对人民法院的裁定或决定、债权人虚假诉讼申报债权、行政机关的不法行为等均缺乏有效监督。检察机关作为独立第三方法律监督机关,以外部监督方式完善破产监督机制,不仅符合检察机关作为国家法律监督机关的定位,也是构建内部监督、外部监督、法律责任监督一体化监督体系的必然要求。

三、实务检视:破产检察监督制度的运行及其现实困境

现行的破产检察监督规范体系由全国性法

^①参见齐明,郭瑶:《破产重整计划强制批准制度的反思与完善——基于上市公司破产重整案件的实证分析》,载《广西大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期,第49-57页。

律规范和地方性法律规范构成,并以地方性法律规范为主。全国范围内破产检察监督的直接法律依据为《民事诉讼法》第 14 条和 2021 年《民事检察监督规则》第 98 条的规定。但在此之前的司法实务中,不同地方已经结合地区经验,逐步

探索形成了地方性破产检察监督机制。尽管不乏有借鉴意义的地方实践经验,但因缺乏统一规范指引,破产检察监督实践呈现出各行其是的格局。主要法律规范梳理如下表:

表 1 涉及破产检察监督的主要法律规范

发文时间	规范名称	发文主体	内容简介
2023 年	《中华人民共和国民事诉讼法》	全国人大常委会	第 14 条:“人民检察院有权对民事诉讼实行法律监督”。
2021 年	《人民检察院民事诉讼监督规则》	最高人民法院	第 98 条:“审判程序包括:(一)……(九)破产程序”。
2017 年	《关于对破产程序实施监督的若干意见》	杭州市富阳区人民检察院、人民法院	明确了监督原则、监督范围、监督内容。
2017 年	《关于破产程序法律监督的若干意见(试行)》	吉林省长春市人民检察院、人民法院	明确了法院、检察院在企业破产程序中的工作原则,建立沟通联系工作机制。
2020 年	《关于建立破产债权申报中虚假诉讼线索移送工作机制的会议纪要》	浙江省人民检察院第六检察部、浙江省破产管理人协会	建立了破产过程中虚假债权申报线索移送机制。
2020 年	《关于破产程序法律监督工作机制的若干意见(试行)》	广西壮族自治区人民检察院、自治区高级人民法院	从案件类型、监督内容、监督方式和反馈机制、调查核实措施、责任追究情形和措施、工作机制等六个方面作出具体规定。
2021 年	《加强破产案件办理的配合协作机制》	上海市人民检察院第三分院、上海市破产管理人协会	聚焦破产中“逃废债”和虚假诉讼情形的监督和治理,制定了线索发现、评估,立案查办和监督移送相关机关办理的具体协作机制。
2021 年	《关于破产程序法律监督的若干意见》	浙江省台州市路桥区人民检察院、人民法院	从检察院依职权开展监督的案件类型、检察院对破产程序的监督内容、破产程序的监督方式和反馈机制、破产程序监督的调查核实措施、规定责任追究具体情形和处理措施、健全破产程序法律监督工作机制等六个方面作出具体规定。
2022 年	《关于建立司法联动保障破产工作规范运行的实施意见》	江苏省宿迁市宿城区人民法院、人民检察院	围绕破产案件监督线索移送、破产管理人监督管理、破产类违法犯罪打击等重难点予以明确。
2022 年	《关于建立提前介入监督民事、破产案件工作规范运行机制的意见(试行)》	广西壮族自治区桂林市荔浦市人民法院、荔浦市人民检察院	明确各成员单位职责定位,适用提前介入的具体案件类型、提前介入的方式,建立信息通报机制。

续表 1

发文时间	规范名称	发文主体	内容简介
2022 年	《破产检察监督及审判工作协作备忘录（2022 年）》	广西壮族自治区贵港市人民检察院、贵港市中级人民法院	明确了有关破产案件卷宗调阅、线索移送、问题研判等具体内容,确定法院审理破产案件中发现涉民事行政检察监督职能的问题线索要及时移送等。
2023 年	《关于破产程序法律监督的实施意见》	宁夏回族自治区银川市西夏区人民法院、人民检察院	明确了法院、检察院在企业破产程序中分工负责、密切配合、沟通联系的原则,建立法检两院企业破产程序合作联动工作机制。聚焦破产领域虚假诉讼,维护相关主体合法权益。

（一）现行法律规范效力层级较低、统一性不足

除了综合《民事诉讼法》和《民事检察监督规则》相关条文可以间接证成破产检察监督的合法性外,没有其他全国性的法律规范可以援引,也缺乏破产检察监督的细化规定。绝大多数关于破产检察监督的规范文件均是各地人民法院联合检察机关或者检察机关联合破产管理人协会发布,涉及不同层级的政法单位和发文主体,其文件效力仅限于本辖区范围之内,辖区之外的办案主体对此没有遵循义务。由于破产案件涉及面较广,在动辄几十家公司联合申请实质性合并破产的情况下,破产检察监督具体应当怎么开展尚不明确,不利于确保检察监督效力。

此外,各地规范破产检察监督的法律文件内容不尽相同。从具体名称来看,有直接命名为“破产检察监督”、有命名为“破产程序法律监督”、有命名为“提前介入破产程序”,说明在司法实务中对于破产检察监督的功能认识存在差异;在适用范围上,有针对整个破产程序进行法律监督的文件,有仅针对破产程序中债权申报环节、虚假诉讼进行法律监督的文件,也有仅针对破产过程中违法线索移送机制的规定;在监督对象上,有的强调对于破产程序中债权人虚假诉讼行为进行检察监督,有的强调对于人民法院受理、审理、终结破产程序进行法律监督。事实上,暂未发布破产检察监督法律文件的地区,如果出现可以开展检察监督的法律线索,办案人员在监督的范围、对象或方式上具有极大的裁量权。由

此,对于类似的破产案件,各地可能因规范文件的不同而出现检察监督差异,造成法律适用上的不平等。

（二）破产检察监督对象单一、体系性不足

破产案件具有持续时间长、程序复杂、涉及主体多、涵盖范围广的特性,涉及职工、债权人、债务人、行政机关等多个利益主体。目前,检察机关对破产程序的监督对象主要局限于人民法院的生效裁判和破产管理人的履职行为。从已有破产检察监督文件来看,检察机关监督破产程序主要依据《民事检察监督规则》第 100 条规定的“人民检察院对同级人民法院审判程序中审判人员违法有权进行监督。经调查核实,存在违法情形的,应当向同级人民法院提出检察建议”。该规范性文件对于人民法院审判人员违法行为以及线索移送机制作出了规定,实践中部分检察机关对于破产程序中债权人的虚假诉讼行为进行了关注,但鲜有涉及对破产管理人违法行为、行政机关不法行为的法律监督。从整体来看,现有破产检察监督对象主要集中在人民法院。例如,吉林省长春市人民检察院、人民法院出台的《关于破产程序法律监督的若干意见(试行)》明确规定法律监督集中在“审判人员在审理破产案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法执行等违法行为的”。但是,破产程序涉及债权人和评估、审计机构等多个机构,这些主体在破产程序中也可能存在违法违规行为。如审计机构未按照要求评估,导致资产评估价值过低,势必影响债权人的合法权益。为了维护破产程序的公正性,有必要

拓宽破产检察监督的对象范围。

(三) 破产检察监督方式简单、有效性不足

目前,检察机关对破产程序的监督方式主要是事后监督,即对破产程序中的违法违规行为进行调查核实后,通过提起抗诉等方式进行监督。这种监督方式存在监督效果滞后、难以发现复杂问题、监督力度有限等问题。目前,检察机关介入破产程序更多只能依靠《民事诉讼法》规定的检察建议、抗诉两种方式,而司法实践中探索出以听证、纠正违法通知书、支持起诉等方式进行检察监督。相比而言,纠正违法通知书、支持起诉、检察建议等方式与抗诉刚性之间存在天然不足之处。但是,现有破产检察监督有关法律文件并未明确规定上述监督方式,导致司法实践中检察机关难以实际介入破产程序,更难以发挥破产检察监督的功效。同时,破产程序中检察监督应当强调提前介入、主动介入,通过职权或者依申请介入破产程序,以实现监督方式多样化。

(四) 破产检察监督保障不力、执行力不足

由于破产程序涉及的法律问题比较复杂,实施破产检察监督需要具备一定的法律知识和实践经验。同时,为了确保检察监督效果,监督人员需要灵活和综合运用多种监督保障。目前,有关破产检察监督的法律文件并未规定检察机关如何组织保障。相比各地破产法庭的普及,检察机关并未专门设立针对破产检察的组织机构,检察机关后续介入破产程序往往面临着较大的难度和挑战。

破产程序涉及多个部门和机构,包括法院、破产管理人、税务机关等。目前,有关破产检察监督的法律文件大多是检察机关联合人民法院、破产管理人协会等共同制定,多系倡导性规范,难以保证执行效果。如上海市人民检察院第三分院、上海市破产管理人协会《加强破产案件办理的配合协作机制》第3条规定:“破产管理人在办理破产案件时,如遇‘逃废债’等情形的,特别是以下几类情形的,可以及时将相关线索移送管理人协会,经管理人协会核实研判,违法情形确实存在的,管理人协会可以将相关书面材料提交

三分院,申请实施法律监督”,并未明确规定其法律后果。而破产程序中的一些违法违规行为可能涉及刑事犯罪,检察机关在监督过程中有必要采取一些强制措施,例如调查取证、冻结资产等。目前,检察机关在破产程序中缺乏必要的强制措施,更多是以民事检察监督形式进行法律监督,导致检察监督效果不彰。

四、解决之道:《企业破产法》修订背景下破产检察监督制度体系化的完善

为了紧紧围绕服务保障经济发展大局,持续推进破产案件检察监督机制,助力营造良好的法治营商环境,更好履行检察机关法律监督职能,有必要在法律层面明确破产检察监督的理念,确立破产检察监督的基本适用原则,并细化破产检察监督的对象、方法以及保障措施等。

(一) 法律层面确立破产检察监督地位

虽然《民事检察监督规则》对于检察机关介入破产程序作出了规定,但其属于检察机关制定的司法解释。从《中华人民共和国立法法》角度看,司法解释不能超越法律进行解释,在《民事诉讼法》《企业破产法》未直接明确检察机关介入破产程序进行破产检察监督的情况下,《民事检察监督规则》直接将破产程序纳入审判程序进行监督,难免有自我设权之嫌。同时,从各地开展破产检察监督的实践来看,多地出台有关破产检察监督的法律文件,对检察机关介入破产程序进行破产检察监督进行了有益探索,但是相关规范性文件更多针对的是一种试点工作。各地有关破产检察监督的法律文件效力不一,难以统一适用,造成破产领域检察监督存在“割据”境况。为解决上述问题,在《企业破产法》修订背景下,笔者建议《企业破产法》将“破产检察监督”原则及相应制度从“法律”层面予以规定,为人民法院和检察机关后续司法解释留下空间,通过后续具体的司法解释逐步完善破产检察监督制度。

(二) 明确破产检察监督的基本原则

1. 坚持合法性原则

合法性原则,是指权力机关在执法活动中的

执行根据要合法,执行程序要合法,采取的执行措施要合法,主要包括以下三个方面内容。一是执法机关必须坚持法无授权不可为,必须在法律规定的范围内行使权力。二是按照法律规定的程序执行法律。法律规章细化了权力行使的过程与方式,必须按照法律规定行使相关权力。三是用权必有责,违反法律规定的程序与内容行使权力,需要承担相应责任。针对破产检察,检察机关必须在法律授权的范围内行使权力,不得越权监督,不得肆意推翻当事人之间的意思自治。

2. 坚持客观中立原则

在破产程序中,检察机关应当全面客观收集证据,对不同线索材料进行调查核实,不能因为一方当事人申请或者一方当事人在原审裁判中承担不利情形而偏袒一方,需要保持客观中立的立场。具体来说,检察机关在破产程序中应当遵循破产法规定的平等清偿债务原则,不能因为债权人受损严重而先入为主予以关照,以防止偏信误判的发生。

3. 坚持合目的原则

合目的原则指的是检察机关开展破产检察工作不能超过检察监督的目的,避免影响当事人之间的平衡,防止对法院审判权和当事人意思自治的不当干预。破产检察监督作为外部监督的一种方式,检察机关必须避免过度介入私权纠纷领域。法律监督权的过度使用可能导致国家全面干预破产程序,使得检察机关“取代审判”。因此,在构建破产检察监督体系时,要注意审查依照职权介入或者依照申请介入的范畴,做到破产检察监督合目的运行。

(三) 构建完善破产检察监督机制

1. 明确破产检察监督的范围

笔者认为,检察机关介入破产程序可以采取依申请以及依职权并列的方式。

一是依申请启动破产检察监督程序。检察机关对于当事人申请监督提供的线索,应当按照《民事检察监督规则》规定的手段和方法进行调查核实,对于符合监督条件的,及时启动监督程序。

二是依职权启动破产检察监督程序,其范围可明确为以下几个方面:

(1) 涉及损害国家利益或者社会公共利益的破产案件。包括国企破产案件、上市公司破产案件以及具有重大影响的涉外破产案件等。检察机关对这类案件进行重点关注和监督,确保国家利益和社会公共利益得到有效保护。(2) 人民法院有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判等违法行为的破产案件。检察机关对破产程序中出现的违法行为进行监督,包括对承办法官的违法行为进行调查和惩处,确保司法公正和程序透明。(3) 债权人存在虚假诉讼、债务人虚假破产等妨害司法秩序行为的破产案件。检察机关对这类行为进行打击和制止,维护司法秩序和社会公正。(4) 破产管理人未尽到勤勉履职行为。对于人民法院未发现破产管理人在破产程序中未勤勉履职,而检察机关已经掌握相关线索的,应当依法进行监督。(5) 破产程序严重违法的破产案件。检察机关对破产程序中的违法行为进行监督,包括程序违法、实体违法等,确保破产程序依法进行。(6) 其他需要人民检察院进行跟踪监督的破产案件。对于一些社会影响较大、案情较为复杂的破产案件,检察机关应当进行跟踪监督,确保案件得到公正、合理的处理。

2. 完善破产检察监督的对象

当前的破产检察监督主要针对法院的审判活动和执行活动,监督对象较窄,未来可以逐步扩大监督对象范围,将破产程序中涉及的其他主体纳入监督范围,包括破产管理人、债务人及相关中介机构等,以更好地保障破产程序公正、合法和高效运行。

(1) 强化对破产管理人的全方位监督。一是对破产管理人的选任环节进行法律监督。目前,关于破产管理人的选任,各地均有不同的标准。申报环节有律师事务所申报模式,破产清算公司申报模式,也有律师事务所和会计师事务所、评估师事务所联合申报模式,不同地方制定的选任、考核标准差异明显,破产管理人水平参差不齐,容易造成权力寻租空间。因此,检察机关有

必要在破产管理人的选任环节展开监督,关注破产管理人是否具有相应资质以及履职能力,关注人民法院是否公正、公开选拔破产管理人。二是对破产管理人履职过程全面监督。司法实践中,破产管理人勤勉履职与否决定着破产程序的公平与效率。如破产管理人在债权审核、认定过程中可能利用债权人对破产程序不熟悉,错误审核、认定债权;或破产管理人未认真审核债权,造成虚假债权申报等,极易给债权人利益造成损害。现行《企业破产法》虽规定了破产管理人的民事责任、行政责任甚至刑事责任,但是,实践中线索的发现往往较为困难,检察机关的介入确有必要,在发现线索后通过制发检察建议、支持起诉等方式,督促人民法院协助债权人追究破产管理人的勤勉履职责任。具体而言,检察机关应当坚持“有权必有责,用权受监督”的原则,根据《企业破产法》第25条规定的管理人职责行为进行全面监督,监督破产管理人是否依法审核认定债权、是否准确核查债务人财产、是否尽到追缴出资义务、是否合法处置分配债务人财产等。需要指出的是,检察机关对于破产管理人的监督要坚持破产监督的三大原则,注意破产检察监督的合目的性原则,坚持依申请为主、依职权为辅的监督方式,防止检察机关对管理人不当干预,剥夺人民法院的监督权。

(2)加强对人民法院的监督。一是强化破产案件准入监督。司法实践中不仅存在通过破产程序进行“逃废债”的案例,也存在破产案件“受理难、立案难”的困境。一方面,检察机关需要对企业破产原因进行审查,审核申请企业是否真正达到“到期不能偿还债务”的程度;另一方面,需要审查人民法院的受理程序,是否符合法律规定,人民法院是否在法定期限内作出受理或不予受理的裁定。由此,不仅可以防止不法分子利用破产程序“逃废债”,也可以监督人民法院及时受理破产案件,破解破产立案的困境。二是加强对人民法院裁定、决定的监督。检察机关可以通过对人民法院的裁定进行抗诉等方式,监督人民法院的裁判行为。司法实践中,人民法院对破产案

件作出的裁定大多数是不可诉的,导致部分债权人无法通过法定渠道得到权利救济。从程序公正与实体公正角度来说,人民法院作出的裁定与决定均应得到检察机关的监督。正如学者指出的那样,检察机关对破产程序的监督,是其民事检察监督职能的重要组成部分。检察机关对人民法院在破产程序中作出的不符合法律规定的裁定,可以提出抗诉,要求法院重新审查。由此可以减少破产程序中债权人的矛盾,顺利推进破产程序合法有效运行。三是加强对法院执行活动的监督。现行《企业破产法》虽然规定了企业破产后执行活动中止,但实践中各地法院做法不一,破产管理人通常无法联系执行法院,导致破产管理人在调查、处置债务人财产过程中遭遇困难。检察机关对违法执行行为及时监督,可以有效维护法律尊严。四是加强对法院工作人员的监督。检察机关可以通过行使对司法工作人员相关职务犯罪的侦查权,对法院工作人员的严重职务违法行为进行侦查、起诉等方式,加强对法院工作人员的监督。

(3)加强对行政机关的监督。司法实践中,破产程序的推进很大程度上依赖当地政府及各职能部门的配合。这也是现实语境下,多地法院强调“府院联动”的目的所在。但在此过程中,可能造成行政机关对于破产程序的不当干预。检察机关可从两方面着手加强监督。一方面,加强与行政机关、人民法院的沟通协调。在破产程序中,建立常态化联络通报机制,积极与相关行政机关、人民法院沟通协调,通报案件情况及办理中存在的问题,对行政机关应当适用而未适用的政策,组织召开“府检院”联席会议,争取行政机关的理解和支持,最大程度保障破产程序的正常运行。另一方面,应当严格依法监督。检察机关应当依法监督破产程序中涉及的行政机关,对违法干预破产行为及时提出纠正意见;对于行政机关工作人员严重违法的行为,及时移交线索至监察部门。

(4)加强对其他参与主体的监督。在破产程序中,对破产管理人、人民法院、行政机关的法律

监督是重中之重,但是破产程序牵涉的利益主体多样,还涉及对其他利益主体的监督,如对于债权人的虚假诉讼行为,要依法严厉打击,及时纠正错误裁判;对于审计、评估机构的不诚实履职行为,要及时展开调查;对相关涉嫌违法犯罪行为应及时移交主管部门;必要时可制发检察建议,确保破产程序的顺利推进,强化检察机关的外部监督。

3. 完善破产检察监督方式

司法实践中对于破产检察监督方式并未统一,有的检察机关通过列席债权人会议形式进行破产检察监督^①,有的检察机关通过听证方式进行破产检察监督^②,还有的检察机关通过调查核实方式进行破产检察监督^③。笔者认为,无论列席还是听证,均属于破产检察监督的方式。《民事检察监督规则》“审查”一章中,明确了检察机关对于民事活动监督的方式为“听证”与“调查核实”;《民事检察监督规则》第六章将破产程序纳入检察机关“对审判程序中审判人员违法行为的监督”中,表明检察机关法定的监督方式有“听证”与“调查核实”两种方式;《民事检察监督规则》第63条规定采取的“列举+兜底”及反面规定的方式,对于“调查核实”予以细化。检察机关在破产程序中要注重运用上述措施,通过依法查阅、调取和复制破产案件卷宗等方式开展调查核实,促进破产程序的合法有效推进。

4. 完善破产检察监督的保障措施

缺乏保障措施的监督方式会成为无源之水、无本之木。破产检察监督的保障措施直接决定了破产检察监督的效果。笔者认为,针对破产程序专业性强、程序多、难度大的特点,可以从内外两方面予以完善。

(1) 内在方面。首先,“打铁必须自身硬”。

针对目前检察人员专业化水平不及审判机关人员的情况,进一步整合资源,联合人民法院共同开展职业技能培训。其次,要顺应数字检察的发展趋势,通过大数据、人工智能等辅助措施提升破产检察监督的信息化、数字化、智能化水平,为破产检察监督插上数字翅膀。最后,加强和公安机关、政府部门、破产管理人协会等主体协作,形成长效协作机制,以达到各主体支持、配合检察机关在破产程序中进行法律监督的目的。

(2) 外在方面。目前,破产检察监督的表现形式主要为抗诉和检察建议两种形式。建议进一步拓宽检察监督的方式,明确纠正违法通知书、支持起诉等监督方式的法律效力。进一步细化检察监督的法律后果,辅之以必要的保障手段。对于拒不配合检察监督的单位或个人,检察机关可以依法采取相应措施,如提起抗诉、提起公益诉讼等,以确保监督的有效性。

[参考文献]

[1] 翟静波. 破产案件检察监督制度研究[D]. 南宁:广西民族大学,2022.

[2] 何欢. 债务清理上破产法与执行法的关系[J]. 法学研究,2022(03):141-158.

[3] 刘辉. 破产法实施中检察权配置研究[J]. 中国检察官,2008(03):34-37.

[4] 陈晓君. 破产程序检察监督的重点内容[J]. 中国检察官,2023(09):19-22.

[5] 曹欣. 论我国破产重整计划强裁制度的司法难题——兼评《中华人民共和国企业破产法》第八十七条修改与完善[J]. 行政与法,2022(07):77-84.

[6] 齐明,郭瑶. 破产重整计划强制批准制度的反思与完善——基于上市公司破产重整案件的实证分析[J]. 广西大学学报(哲学社会科学版),2018(02):49-57.

①2022年4月20日,武汉市青山区人民检察院检察官首次列席青山区人民法院正在办理的破产清算案件第一次债权人会议,提示破产管理人及债权人关注虚假申报债权的法律风险,率先在武汉市建立并运行检法共同防范和惩治虚假诉讼的常态化协作机制。参见《检法合作再升级:检察官首次列席债权人会议引导诚信诉讼》,载湖北省武汉市青山区人民检察院官网,http://qs.wh.hbjc.gov.cn/ssjd/202204/t20220427_1718002.shtml,最后访问时间:2024年3月10日。

②遵义市湄潭县人民检察院就孙某不服破产重整裁定申请检察监督案件举行公开听证,会议邀请了法院、破产管理人、人大代表、政协委员及人民监督员参与听证。参见罗华:《不服破产重整裁定?公开听证!》,载当代先锋网,http://www.ddepc.cn/detail/d_fazhi/11515116117303.html,最后访问时间:2024年3月10日。

③参见《2021年度四川省民事检察法律监督工作报告》。

[7]文秀峰,杨丽莲. 论民事诉讼检察监督的范围[J]. 国家检察官学院学报,2002(01):101-104.

[8]王华伟,刘一玮. 试论行政执法检察监督方式之改进——以“检察督促令”为切入点[J]. 湖北社会科学,2017(06):148-155.

[9]高黎谦. 企业破产重整中税收法律问题的研究[D]. 济南:山东大学,2022.

[10]梁伟. 破产案件检察监督新构造[J]. 西南政法大学学报,2017(03):29-37.

[11]高志宏. 困境与出路:我国破产管理人制度的现实考察——以“东星航空破产案”为视角[J]. 法治研究,2010

(08):60-65.

[12]胡卫列,兰楠,刘小艳. 中国特色民事行政检察的制度实践与理论探索——民事行政检察30周年综述[J]. 国家检察官学院学报,2018(06):65-85.

[13]陈冰如. 民事检察监督与当事人权利保障[J]. 中国检察官,2013(21):68-70.

[14]张杰. 检察机关法律监督刚性视域下的调查核实权[J]. 政法论坛,2023(03):95-105.

【责任编辑:柴 玮】

Dilemma and way out of procuratorial supervision of bankruptcy under the background of revising Enterprise Bankruptcy Law

Zhang Bing¹, Shen Huidan², Dong Hui³

- (1. Shapingba District People's Procuratorate of Chongqing, Chongqing 401331, China;
- 2. Yibin Intermediate People's Court of Sichuan Province, Yibin Sichuan 644000, China;
- 3. Beijing Jincheng Tongda(Chengdu) Law Firm, Chengdu Sichuan 610000, China)

Abstract: The protection and relief of the rights of the interest subject, the effective restriction of the exercise of the power of the authority subject and the systematization of the supervision of bankruptcy proceedings are all inseparable from the procuratorial supervision of bankruptcy. At present, procuratorial supervision of bankruptcy is faced with many difficulties; the system lacks systematic norms, the effectiveness level of local legal documents is low, and it is impossible to form unified guidance across the country; the object of procuratorial supervision of bankruptcy is concentrated on the court and the bankruptcy administrator, ignoring other interest subjects and power organs in bankruptcy proceedings. supervision is mainly post-supervision, lack of coercive support, the way is relatively simple, and the effectiveness needs to be improved. Under the background of revising the Enterprise Bankruptcy Law, the system of procuratorial supervision of bankruptcy should be systematically improved. First, the semantic meaning of procuratorial supervision of bankruptcy should be clarified at the legal level and its legal effect should be clearly endowed; secondly, it is to establish the principles of legality, objectivity, neutrality and conformity of bankruptcy supervision; thirdly, we should improve the mechanism of procuratorial supervision of bankruptcy in terms of scope, object and method of supervision.

Key words: legal supervision; bankruptcy proceedings; Enterprise Bankruptcy Law; investigation and verification

司法责任制背景下检察机关刑事错案 责任追究机制研究

王英珍,吴海伦,孙琳

(辽宁省沈阳市人民检察院,辽宁 沈阳 110002)

〔摘要〕理论界对我国刑事错案责任追究的探讨由来已久,并在一定程度上促成了一系列制度性尝试。但囿于思想观念转变不及时、体制机制矛盾未解决、网络民意介入较强势等因素,我国的刑事错案责任追究在初始阶段就呈现出泛化和随意化的趋向,同时存在追责难、追责依据不足等较为显著的问题。为有效解决上述问题,亟须健全完善检察机关刑事错案责任追究机制,在理念重塑上体现法治思维和法治方式;在顶层设计上使高位阶立法与司法规范性文件并轨推进;在原则把握上统筹兼顾职业尊荣与自我修复;在程序完善上建立刑事错案责任追究的特别程序;在具体分责上追求客观公平不枉不纵的追责效果;在豁免与救济上慎重追责,体现和完善职业保障。

〔关键词〕司法责任制;刑事错案;责任追究;法治思维;法治方式

〔作者简介〕王英珍(1974—),女,辽宁沈阳人,辽宁省沈阳市人民检察院副检察长,主要从事刑法学研究;吴海伦(1977—),女,辽宁抚顺人,辽宁省沈阳市人民检察院研究室副主任,主要从事检察学研究;孙琳(1987—),男,辽宁丹东人,辽宁省沈阳市人民检察院研究室检察官助理,主要从事刑事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2024-06-06

〔中图分类号〕D925.2〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)04-056-09

刑事错案责任追究机制是对由于司法工作人员主观过错导致错案的相关责任主体进行事后惩处制裁的机制。该机制直接体现了国家的法治文明程度,也是“以人民为中心”治国理念的彰显与落实。在司法责任制背景下建立完善科学理性的刑事错案责任追究机制,既是对“谁办案谁负责,谁决定谁负责”核心理念的回应,也是有效避免冤假错案的实践举措。检察机关在刑事诉讼环节中处于承接和主导的深度关联地位,加之在以审判为中心的刑事诉讼制度改革中,检察机关的职责和使命被赋予新的内涵,对刑事错案的产生承担全程责任^①。因此,基于司法规律、检察权运行规律和检察官职业特点,研究检察机关刑事错案责任追究机制殊为必要。本文以刑

事错案的概念重建为逻辑起点,探讨刑事错案责任追究机制的运行原理以及建构难点,进而提出在司法责任制背景下建立并完善检察机关刑事错案责任追究机制的路径。

一、司法责任制改革背景下对刑事错案概念的厘定

(一)对刑事错案主客观标准的厘定

案件的查明是一个逆向还原的过程。造成刑事错案的原因除了有司法人员主观过错因素之外,不真实的被害人陈述、虚假的证人证言、错误的鉴定意见、非人为巧合等客观因素,都可能导致司法人员在案件事实认定、法律适用上发生错误,作出与客观事实不符的处理结论。可见,

①参见高一飞:《检察机关是刑事错案的全程责任人》,载《人民检察》2020年第7期,第57页。

由客观因素引发的无辜者被处以刑罚或有罪者得以脱罪的情形,毫无疑问是符合司法、公众对刑事错案的一般性理解,应该被认定为刑事错案。也就是说,只要司法人员在刑事案件的事实认定和法律适用中出现误判,形成结论性错误的,无论是否造成了事实上的损害后果,都属于刑事错案。

(二)对刑事错案诉讼阶段的厘定

由于侦查、起诉、审判各阶段环环相扣不可绝对割裂,加之刑事错案对司法公正和司法公信的损害尤为严重,因此这是一种以错案结果为倒查追责依据的责任承担思路,且与普通追责相比,刑事错案的追责强度更甚,不宜对其作过于宽泛的理解。本文认为,刑事错案之“错”,错在诉讼程序上的不可逆,错在犯罪嫌疑人人权保障的不可逆。如果在二审终审的审判程序之内对刑事错案进行有效纠正,可将侦查、检察和审判机关概括地视为司法机关的一个整体,进而认为司法机关进行了自我修复。即只要不发生审判程序终结和犯罪嫌疑人人身自由和生命权受损的严重后果,不应以刑事错案为由对相关司法人员进行追责,而应视案件处理情况,以不合格案件或普通过错追责,从而避免因为矫枉过正损害司法人员的职业尊严感和从业积极性。

(三)对刑事错案价值取向的厘定

在刑事错案认定的价值取向上,实体正义与程序正义在刑事诉讼中具有同等重要的诉讼价值。但就我国的诉讼传统和司法实践而言,笔者更倾向的是:司法人员虽然违反法定程序且具有

主观过错,但只要作出的结论并未违背客观真实,且无损实体正义和犯罪嫌疑人人权,那么案件就不应被认定为刑事错案。

综上所述,本文认为,司法责任制背景下的刑事错案,是指经诉讼程序作出了违背客观事实的错误性、终结性实体决定,致使出现无辜者被处以刑罚或有罪者得以脱罪后果的案件。在诉讼链条上的各诉讼责任主体,需根据各自的主观过错承担相应司法责任。

二、我国刑事错案责任追究的探索及检视

(一)法律制度考察及评析

从20世纪90年代开始,最高人民法院(以下简称最高法)、最高人民检察院(以下简称最高检)在地方司法责任追究探索创新经验的基础上,分别出台了多个司法规范性文件。在党的十九大至今的时间跨度内,错案责任追究制度规范经历了较大规模集中制发、修订和废止的过程。从规范形式上看,以法律,最高法、最高检(以下合称“两高”)及地方司法机关司法规范性文件,地方性法规为主要形式。由于地方性法规对错案责任追究机制的规定比较庞杂,其存废处于动态调整中,无法以列举的形式尽览全貌,且我们对以省级司法机关为单位建立刑事错案责任追究机制持不同意见。因此,在此次文本考察中,未将地方性法规及地方司法机关司法规范性文件列入研究范围,而是重点考察了法律和最高检司法规范性文件(详见表1、表2)。

表 1 相关法律法规

法律	条文	内容	程序	责任方式	免责事由	救济措施
《中华人民共和国 刑法》	第 399 条	徇私枉法罪;民 事、行政枉法裁 判罪	司法程序:检 察 机 关 立 案 调 查、 起 诉	拘 役 或 有 期 徒 刑	未规定	无
《中华人民共和 国检察官法》	第 47 条	故意违反法律 法规办 理 案 件 等 十 种 行 为	未规定	行政处分或刑 事责任	无	可申请复议 或申诉
《中华人民共和 国国家赔偿法》	第 31 条	追偿个人责任 的四种情形	未规定	追偿部分或全 部赔偿费用;给 予行政处分或 追究刑事责任	当事人原因;法 律 规 定;个 人 行 为	无规定

表2 最高人民法院司法规范性文件

规范名称	颁布时间	颁布单位	效力
《人民检察院错案责任追究条例(试行)》	1998年	最高人民法院	已失效
《检察人员执法过错责任追究条例》	2007年	最高人民法院	已失效
《检察机关党风廉政建设责任制实施办法》	2003年	最高人民法院	有效
《人民检察院监察工作条例》	2000年	最高人民法院	已失效
《人民检察院检务督察工作条例》	2019年	最高人民法院	有效
《最高人民法院关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》	2015年	最高人民法院	有效
《关于印发〈人民检察院司法办案廉政风险防控工作指引〉的通知》	2019年	最高人民法院	有效
《人民检察院司法责任追究条例》	2020年	最高人民法院	有效
《最高人民法院关于进一步做好刑事错案的依法纠正、责任追究和善后工作的意见》	2021年	最高人民法院	有效
《关于印发〈检察官惩戒工作程序规定(试行)〉的通知》	2021年	最高人民法院	有效

以上法律和司法规范性文件共同构成了我国现行检察机关刑事错案责任追究机制的制度体系,使刑事错案责任追究有法可依、有规定可依,对推动我国刑事错案追究问责起到一定积极作用。但是,作为制度体系主体的《人民检察院司法责任追究条例》(以下简称《条例》)和《检察官惩戒工作程序规定(试行)》(以下简称《规定》)仍然存在一些问题,使得刑事错案责任追究仍然处于相对被动、公信力不足且地区把握差异较大的困境。一是责任追究依据的法律位阶不高。在我国,规定法官及检察官权利、义务的基本法是《中华人民共和国法官法》《中华人民共和国检察官法》。两部法律虽然都对追责事由及追责形式作出概括性规定,但因其内容较为宏观,无法对实践操作起到具体引导作用。最高检的司法规范性文件在效力位阶上远低于法律,且因其法律性质不明晰而被学界诟病,导致其相应的追责效力尚未具备足够的权威性和公信力。二是鼓励基层创新的同时造成制度乱象。司法改革之初,考虑到我国不同地区检察机关在案件数量、检察官整体素质、基层检察院规模大小等方面差异较大,对业务工作运行方式和检察官权责范围产生影响,因此顶层设计出改革总体框架,由各地以省为单元因事制宜、因地制宜、因时制宜进行试点探索。在近十年的改革实践中,基层首创精神得到了充分的尊重,但不同地区对司法责任追究的制度性规定差异较大,有些规定内容

甚至与最高检《条例》《规定》中的部分条款相矛盾,导致刑事错案责任追究的严肃性无法体现,不同地区相似错案中责任主体的担责不平衡。三是系统内部规定无法厘清责任链条。刑事错案的产生往往牵涉多个诉讼主体,侦查机关、检察机关、审判机关递进式的诉讼关系共同造成错判或错放,因此应以刑事错案结果倒查责任,视主观过错程度对诉讼责任主体进行分责。如果各诉讼主体均依据各自颁布的规范性文件进行追责,极易出现责任区分不明确或互相观望的情况,导致时间上的贻误或责任上的轻纵。

(二) 问责实践与检视

复盘近年来有重大社会影响的冤错案件,如云南省的杜某武案、湖北省的余某林案、辽宁省的李某伟案、河南省的赵某海案等,会发现其中一些案件的被告人已因错判而被执行死刑,使得错误审判造成的恶果再也无从弥补,如聂某彬强奸杀人案、呼某图强奸杀人案等。然而在追责过程中却少有一查到底的案例,有的涉事办案人员在被追责过程中自杀,后续追责也就不了了之;有的案件被追责人数虽然众多,如呼某图案27人被追责,但远未达到当事人和家属诉求;还有部分错案当事人出于种种原因主动放弃追责,刑事错案止步于国家赔偿。笔者在调研中发现:司法改革之前纠错的案件,大多源于真凶再现或亡者归来;司法改革后,司法理念逐步更新,对于刑事案件案件的纠错相当一部分源于对案件事实、证据重

新审视后的“疑罪从无”(见表3)。在后者的情形下追责更需要格外慎重,避免因追责权滥用而损害司法人员的免责权,又或者因追责而产生新的“错案”。

表3 30起具有重大影响性刑事错案

案件名称	罪名	纠错耗时	纠错主要因素
谭某善案	故意杀人	13 年	长期申诉、最高检抗诉
陈某案	故意杀人、放火	23 年	长期申诉、最高检抗诉
聂某斌案	故意杀人、强奸	21 年	发现真凶
乐平黄某强等五人案	故意杀人、强奸	16 年	发现真凶
呼某图案	故意杀人	18 年	发现真凶
黄某光案	故意杀人	17 年	同案犯归案
高某举、谢某勇案	抢劫、故意杀人	10 年	发现真凶
张氏叔侄案	强奸、故意杀人	9 年	发现真凶
念某案	投放危险物质罪	8 年	长期申诉、省高院复核
福清五人爆炸案	爆炸罪	11 年	长期信访、省高院终审
郝某安案	故意杀人	10 年	发现真凶
赵某海案	故意杀人	11 年	亡者归来
余某林案	故意杀人	9 年	亡者归来
李某伟案	故意杀人	12 年	发现真凶
滕某普案	故意杀人	16 年	亡者归来
张某环案	故意杀人	27 年	长期申诉,省高院改判
黄某全、黄某育案	抢劫	10 年	发现真凶
孙某刚案	故意杀人	8 年	发现真凶
李某明案	故意杀人	2 年	发现真凶
杜某武案	故意杀人	2 年	发现真凶
“沈某斤”案	故意杀人	3 年	提出申诉,省检察院抗诉
杨某武案	故意杀人	16 年	长期申诉,省检察院建议再审
于某生案	故意杀人	16 年	省高院再审宣告无罪,后真凶落网
萧山五青年案	抢劫、故意杀人	18 年	发现真凶
王某余案	强奸、故意杀人	18 年	发现真凶
王某松案	故意杀人	9 年	检察院撤诉,确认无犯罪事实
王某国案	买卖枪支	5 年	检察院以证据变更撤回起诉
吴某龙案	爆炸杀人	12 年	省高院以证据不足宣判无罪
曹某彬案	故意杀人	17 年	长期申诉,重审改判无罪
黄某光案	故意杀人	5 年	省高院改判无罪

研究分析以上有重大影响的刑事错案的追责情况,本文认为存在以下几个问题。一是追责程序透明度不高。一些刑事错案被错判人长年申诉,改判无罪后仍然坚持要求追责,但司法机关迟迟未予回复,多方呼吁未果,错案是否进入调查程序或进展如何均不予公开。除赵某海案

等极少数错案中参与刑讯逼供的警察被追究刑事责任外,其他案件的追责结果几乎都不予公开,当事人及公众难以对其进行监督,追责结果亦难以对其他司法工作人员起到警示作用。二是追责范围和强度的不确定。按照《人民检察院司法责任追究条例》的规定,司法责任包括故意违反法律法规责任、重大过失责任和监督管理责任。但是由于追责和担责的“内部性”特征,致使追责范围和担责强度取决于司法机关内部、司法机关之间,甚至司法机关与社会舆论间的博弈。尤其是对于司法改革之前出现的刑事错案,造成错误判决的因素比较复杂,既有司法不规范的通病,亦有集体决策甚至“命案必破”理念主导下的失职。此种情况下仅追究司法办案人的责任显失公平,而且责任的分担又无法律和制度依据,甚至缺少证据支撑。在聂某斌案中,公众及学者普遍持将责任倒查范围从原办案人员扩大到幕后人员的观点,但现有追责制度显然无法平复诸多负面情绪,满足社会公众对阳光司法和公平正义的现实需求。此外,刑事错案追责应是司法责任中最为严重的一种,但在实践中亦缺少参照,随意性较大。三是追诉时效存在争议。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第247条规定,刑讯逼供的基准刑是三年以下有期徒刑或者拘役;但如果出现致人伤残死亡的特殊情况,则应以故意伤害罪和故意杀人罪从重处罚。从以上规定可知,在未出现致人伤残或死亡的情况下,刑讯逼供的追诉时效是五年。同时《刑法》第88条规定,被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的,不受追诉期限的限制。由于追溯时效是1997年《刑法》的规定,而一些刑事错案发生在1997年之前,对于延长期限的规定是否适用该类案件,长期以来一直存在争议,张某环案^①便是典型例证。这一情况导致该案至今无法追责。

三、司法责任制背景下建立检察机关错案追责制的路径

(一)理念重塑:以法治思维和法治方式建立健全刑事错案责任追究机制

司法责任制改革是司法体制改革的核心工程,其根本要旨在于建立权责统一、权责明晰、权力制约的司法权运行机制,为公正司法、高效司法、廉洁司法提供机制保障。在司法责任制改革下处理好充分放权和有效监管的关系尤其重要。为防止出现过度放权的极端状况,必须以法治思维和法治方式监管权力的滥用,使司法权的使用者承担与之相适应的责任。检察权兼具行政属性、司法属性和法律监督属性,责任体系的构建必须遵循检察权固有的特性,对以行政属性为突出特征的职务犯罪侦查职能,以司法属性为突出特征的批捕起诉职能,以监督属性为突出特征的民事行政检察职能均对应建立起各自的责任体系和担责标准,公平合理地确定司法责任。

(二)顶层设计:高位阶立法与司法规范性文件并轨推进

鉴于目前我国没有刑事错案责任追究的相关立法规定,而“两高”的司法解释性文件等非立法性文件,无论从形式还是内容上、纵向维度还是横向维度上,都存在各自为政的局面。因此,本文建议:全国人民代表大会及其常委会以现有刑事错案责任追究理论研究和实践运行为基础,整合地方性立法中经实践检验证明行之有效的规定,制定一部司法责任制背景下,各诉讼主体均可适用的《司法责任法》。该法应以落实司法责任制为目标导向,对刑事错案责任追究作出专章规定,以提升刑事错案责任追究在司法责任追究中的分量;着重对刑事错案的概念、认定标准、刑事错案责任追究范围、程序启动主体、追责主体以及救济程序等作出权威规定。与立法的逐步完善相配套,“两高两部”应对各自发布的司法规范性文件进行完善和清理,确保在法律原则下

^①2020年8月4日,江西省高级人民法院对张玉环案再审宣判,宣告张玉环无罪,至此,其入狱26年,被羁押9778天。作为迄今为止被羁押时间最长的中冤人,他在26年前遭受的刑讯逼供却因已过追诉时效难以追责。原因是,刑讯逼供罪基本刑是三年以下有期徒刑或者拘役。如果出现致人伤残、死亡的特殊情况,则转化为故意伤害罪、故意杀人罪从重处罚。此种情况下量刑可以达到十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑。结合张案,如果没有转化犯的特殊情况,追诉时效是五年,即1993—1998年。张案发生于1993年,适用的是1979年刑法,没有追诉时效延长的规定,因而无法追究刑讯逼供者的刑事责任。

细化刑事错案责任追究具体应用法律的规则,作出不违背立法本意的解释。就检察机关而言,最高检应对《条例》《规定》作出细化完善,在刑事错案责任追究程序、担责方式等方面体现出从严追责和谨慎追责并重的理念。

(三) 原则把握:统筹兼顾职业尊荣与自我修复

1. 依法追责原则

党的十八届四中全会决定的出台,标志着我国法治社会建设进程进入新时代,依法治国成为治国基本方略,法治思维成为全社会共同遵守的思维准则。在司法体制改革背景下建立检察机关错案追责机制,应坚持以法治思维作为问题导向,对检察人员追究责任,必须以预先设定的规定为前提,法无明文规定不追责。绝对禁止在错案发生后,迫于网络民意进行随意追责。这既侵犯检察人员的职业权利,造成办案恐慌;又容易造成新的错案,产生不可预知的后果。

2. 终身追责原则

司法体制改革以“责、权、利”相统一为导向,与司法人员权力清单以及司法人员职业保障建立起对应关系。这必然要求建立严格的司法责任制,使司法人员对经办案件终身负责,对造成错案的司法人员实行终身追责。然而,在终身追责的大趋势之下,检察人员面临着思想负担沉重、司法能力不足、职业风险加大等一系列困难,有可能在一定程度上对检察人员办案造成掣肘。因此,在实行终身追责的前提下,要求与司法体制改革相关的其他配套改革同步跟进,消除检察人员的顾虑,提升检察人员的素质能力,逐步解决办案一线人少案多的矛盾;实行精细化的办案组织形式,对追责事由、追责形式、追责程度等作出科学合理的设计,以实现防止发生错案与司法职业责任有效行使之间的平衡。

3. 过错追责原则

过错责任原则是现代责任制度中的一个基本原则,承担责任的过错形式包括故意和过失两种。如果行为人在主观上没有故意和过失,即使客观上发生了某种损害后果,也不能追究行为人的责任,严格防范追责扩大化。在刑事案件的处理过程中,司法办案人员基于不同的认识,对同一案件的事实和证据可能提出不完全一致的处理意见;在诉讼的不同阶段,也可能出现不同的

结论,但不能据此判断高级别的司法人员或高级别的司法机关作出的结论是正确的,反之就是错误的。对这样的案件,自然不能仅因在诉讼过程中改变了案件的处理结果,就追究作出原处理决定检察人员的责任。

4. 举证责任倒置原则

在刑事错案追责过程中,举证责任倒置是指由被问责者承担举证责任的一种证明形式。以检察机关追责为例,检务督察部门开展初步调查工作,实际上可视为对被调查人有主观过错的假定和推定,继而在调查核实的过程听取被调查人陈述和辩解,由被调查人以举证责任倒置的形式自证清白。诚然,检务督察部门和检察官惩戒委员会都应以客观公正的立场收集和审查证实错案责任的正反两方面证据,但来源于被调查人的证据在证明体系中居于特殊重要的地位。一方面,由于被调查人在错案形成过程中具有亲历性,对主观心态的描述更接近于事实真相;另一方面,被调查人具有专业性,提出证据的可采信度一般比较高。以上举证方式不仅避免了检务督察部门和惩戒委员会的调查工作陷入主观臆断僵局,而且有利于追责主体根据被调查人的举证作出客观公正的判断。

5. 适度公开原则

我国刑事错案责任追究公信力不足的重要原因之一,在于追责过程和追责结果不公开。一些在全国产生负面效应的刑事错案被害人,长期提出追责要求得不到正面回应,自然会产生抵触情绪,最终向媒体求助。这在一定程度上损害了司法的权威。刑事错案的严重社会危害性,是在司法责任追究中着重强调刑事错案责任追究的重要原因。如果司法机关对追责结果讳莫如深,在理性纠错的道路上与人民的期待背道而驰,则个案司法纠错的拖延和逃避,必然损害司法制度的良性发展。基于此本文认为,在刑事错案责任追究中,应坚持适度公开原则,在一定范围内公布追责进度和追责结果,并积极向被害人释法说理,力争得到被害人的认同和理解。

(四) 程序完善:建立刑事错案责任追究特别程序

1. 建立刑事错案线索管控机制

司法实践中,刑事错案大多集中于刑事再审

改判案件,对再审改判案件进行审查和倒查,确定其是否为刑事错案,是启动责任追究程序的第一步。检察机关应建立刑事再审改判案件备案审查机制,由案件管理部门对再审改判案件进行初步审查,认为不能排除因办案人主观过错导致刑事错案合理怀疑的,按照《人民检察院案件管理与检务督察工作衔接规定》第7条的规定,将案件线索移交检务督察部门,同时制作《个案评查报告》。国家赔偿案件中当事人或其近亲属同时要求追究相关检察办案人员司法责任的,需向控告申诉检察部门提交《司法责任追究申请书》;控告申诉检察部门应及时将申请书转交检务督察部门,并及时向申请人反馈办理意见。检察机关对于在办案过程中发现的其他机关违反办案规定并造成刑事错案的线索,应及时移送相关司法机关;如果认为刑事错案责任追究可能涉及职务犯罪的,应移送纪检监察部门或检察机关职务犯罪侦查部门。

2. 建立检察一体化立案调查机制

检务督察部门对刑事错案责任追究线索进行分析研判,对涉及到的相关专业问题,可商请业务部门出具意见;认为需要初核的线索,需要与派驻纪检监察组共同作出立案意见,报检察长批准。为体现对刑事错案追责的严肃和严谨,检务督察部门立案后应成立刑事错案联合调查组。调查组由检务督察部门负责人任组长,人事部门、派驻纪检监察组、相关业务部门均应派员参与,在各自职责范围内提供专业意见。在立案调查阶段,原则上不应停止被调查人的业务工作;对被调查人的陈述和申辩,应充分重视并记录在案;被调查人拒绝配合的,应就后果向其明确说明,并予以记录。调查组就刑事错案进行调查,可向其他案件相关人取证;若证据已充分指向被调查人应承担刑事责任的,调查组应提请检察长批准,向相关部门移送案件线索和证据,并终止调查程序。经调查认为被调查人应承担司法责任的,检务督察部门应制作提请惩戒审议意见书;如调查组对调查结果存在明显争议,必要时应经检察长批准,提请检察委员会讨论决定。

3. 建立刑事错案责任追究听证机制

现有检察官惩戒机制的规定来自《检察官惩戒工作程序规定(试行)》。该《规定》对检察官惩戒听证规定了较为详细的工作流程,但鉴于刑事错案责任追究的特殊性,其听证程序应有别于一般司法责任听证。首先,刑事错案涉及的诉讼主体不止于检察机关,诉讼链条上的其他诉讼机关办案人员均有存在追责事由的可能性,且存在分责的关键问题,因此笔者认为,召开刑事错案追责听证会应由省级以上党委政法委员会牵头,法官、检察官惩戒委员会,相关司法机关负责人、相关办案人员,以及有追责诉求的错案受害人均应共同出席听证会,充分发表意见并就是否追责进行举证和质证,为作出最终追责决定提供参考。其次,由于刑事司法理念的发展进步和诉讼制度的逐步完善,在司法责任制下考量刑事错案责任,应允许当事检察官自证案件处理决定系在检察官自由裁量权范围内作出,或处理决定遵循了疑罪从无理念及相关刑事司法政策。听证主持人应尊重当事检察官申辩,并充分予以考虑。

4. 建立因时因事追责机制

在对刑事错案相关办案人员作出追责决定时,应充分考虑刑事错案形成的历史背景、法治环境、刑事政策、司法权配置和运行机制、刑事科学技术发展水平等时代因素,结合办理案件时法律、司法解释规定的办案程序和证据要求,准确认定检察人员对刑事错案的发生是否存在故意或者重大过失。对刑事错案进行责任追究,原则上应明确追责的强度高于一一般性司法责任。造成刑事错案的主要办案人员不应继续从事检察业务工作且退出员额的决定一经作出,五年内不准许其参加员额检察官遴选。对于作出国家赔偿决定的刑事错案,检察机关有权向错案责任人按一定比例追偿。在作出追责决定时,亦应统筹考虑被追责人在调查阶段的悔过情况,依据法律和相关政策规定适度从宽或从严处理。

(五)理性分责:追求客观公平不枉不纵的追责效果

中国刑事诉讼构造的阶段性与司法职业的特殊性决定了在责任分配过程中,公检法三机关

及其办案人员的责任与过错必须合比例或相称^①。虽然刑事错案大多来自刑事再审改判案件,但这并不意味着刑事错案只追究法官责任。以呼某图案追责结果为例,该案共追责 27 人:公安机关 12 人,检察院 7 人,法院 8 人。按处分类型划分,行政记大过党内严重警告处分 7 人,行政记大过处分 3 人,行政记过处分 5 人,党内严重警告处分 7 人,党内警告处分 4 人,另案处理 1 人。从追责强度上看,明显是公安机关最强,检察机关次之,审判机关最轻。该案追责结果虽然向媒体公开,为研究刑事错案责任追究提供了范本,但追责过程和责任分配原则无从得知;且因三机关中对审判机关处罚最轻,受到错案受害人家属和公众的质疑,追责的效果有所减损。笔者认为,因案件具体情况不同,查明事实及证据证明的责任也应有所区别。在追究错案责任时分清责任的主次和比例,既是对错案受害人、被追责人负责,也是对刑事审判制度的尊重。

1. 分责主体

在错案责任分配上首先应解决的是谁来分配的问题。如前所述,错案责任不同于一般司法过错责任,为便于追责和责任的分配,本文认为,应由省级以上党委政法委员会统一主导为宜,以确保刑事错案责任追究统管机构的相对独立、中立和专门。刑事错案责任追究委员会虽为政法委员会非常设性内部机构,但应体现人员的相对固定,其中知名法学专家、律师、法官、检察官按比例抽取,组成错案调查和责任认定组。此外,如果刑事错案中部分被调查人涉嫌职务犯罪而被移送检察机关或纪检监察部门,则对其他相关责任人的处罚应在司法机关对涉嫌犯罪人员作出判决之后。这不仅避免了因司法责任追究前置给案件侦查和审判带来影响,也有利于分责主体根据司法审判情况认定相关被调查人的司法责任,在司法责任与法律责任间作出权衡和比照。

2. 分责比例

原则上,在刑事错案诉讼链条上作出决定的办案人员和组织均应参与分责。但按照权责一致和过错责任要求,在分责过程中需综合考虑责

任人在错案产生过程中的作用以及各自的主观过错程度和悔罪表现等。因此在分责结果上,可能体现出外界不能完全理解的差异性。通过比较检察机关和审判机关的错案责任,笔者发现,由于检察机关具有上级领导下级和检察一体化的工作特征,其监督管理责任要高于审判机关,相应地其对于具体案件的领导责任也会重于审判机关。在司法改革后司法权的实际运行模式下研究刑事错案责任,司法辅助人员亦可能成为责任承担者,所以应就具体案件作具体分析,不可一概而论。在分责过程中,争议较大的当属不当干预、指示、插手案件的领导干部。对此,本文的观点是错案分责应体现“谁办案谁负责,谁决定谁负责”的原则,没有决定权的领导干部对案件作出的错误指示,不应以刑事错案追责,而应依据其他处分条例追责,以此来加固司法办案人员坚守办案独立性的信念,主动排除外界干扰。

3. 分责结果

根据惩罚结果的不同类别,可将个体责任的承担方式分为法律责任、行政责任和党纪责任。根据《中国共产党纪律处分条例》第 8 条的规定,党纪责任分为警告、严重警告、撤销党内职务、留党察看、开除党籍等五种;根据《行政机关公务员处分条例》第 6 条规定,行政责任分为警告、记过、记大过、降级、撤职、开除等六种;同时,对于情节恶劣、后果严重的错案办案人,我国刑法规定了相关职务犯罪的刑事责任。按照《人民检察院司法责任追究条例》第 25 条规定,相应的处理决定包括:“给予停职、延期晋升、降低等级、调离司法办案工作岗位以及免职、责令辞职、辞退等组织处理;按照《中华人民共和国公务员法》《中华人民共和国公职人员政务处分法》《中华人民共和国检察官法》等法律规定给予处分”。可见,我国现行的刑事错案责任追究结果承担方式的依据较多较杂,给追责实践带来一定困扰。本文认为,应对刑事错案责任追究制定出几种特定的担责方式,以减少追责的随意性,努力推动刑事错案责任追究程序向司法化发展。

^①参见贺宁,江国华:《错案责任的分解与分配——基于 23 起刑事错案的样本分析》,载《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2021 年第 1 期,第 24 页。

(六)豁免与救济:在慎重追责中体现和完善司法职业保障

在刑事错案责任追究中设立司法豁免权,其主要出发点在于在权责一致原则下,充分尊重司法人员的案件处断权,即尊重法官和检察官的自由裁量权。也就是说,在疑罪从无原则和相关刑事司法政策下作出的处理决定,即使事后证明发生了司法错误,特别是错放情况,亦无须办案人员对此承担司法责任。此外,对于司法瑕疵,最高检文件已经明确规定,无论检察官是否存在主观过错,都应当予以免责,这可视为司法豁免权的一种。本文认为,除了完全豁免权外,由于案件被告人自身错误和不可抗力因素导致的刑事错案,即使司法人员存在一定的主观过错,也应享有部分司法责任豁免权,即减轻或免除其责任。

在刑事错案责任追究中,还应重视权利的救济,体现出救济与追究的对等,增加二者之间的对抗性。在刑事错案责任追究中,被追责人对追责决定提请复核和提出申诉是基本权利,必须注重其权利保护;同时,还应在调查过程中增加权利救济意识,充分保障被调查人的抗辩权。如果被调查人提出证据线索,但本人存在取证困难情形的,负责调查的部门应视情况客观公正地收集证据,作出正确的追责决定。此外,对经错案调查认定相关案件并非错案或者相关司法人员可以对刑事错案免责的,应及时为司法人员正名,以消除相关事件对司法机关及司法人员的不良影响。

【责任编辑:高 锋】

Research on the accountability mechanism of procuratorial
organs for misjudged criminal cases under the
background of judicial accountability system

Wang Yingzhen, Wu Hailun, Sun Lin

(Shenyang Municipal People's Procuratorate of Liaoning, Shenyang Liaoning 110002, China)

Abstract: Theoretical circles have been discussing the accountability of misjudged criminal cases in China for a long time, which has led to a series of institutional attempts to a certain extent. However, due to factors such as untimely changes in ideological concepts, unresolved conflicts between systems and mechanisms, and the strong intervention of online public opinion, the accountability of misjudged criminal cases in China has shown a tendency to be generalized and arbitrary at the initial stage. At the same time, there are obvious problems such as the difficulty and the weak basis to hold people accountable. In order to effectively solve the above problems, it is urgent to improve the accountability mechanism of procuratorial organs for misjudged criminal cases, and reflect the legal thinking and legal approach in the reshaping of concepts; in terms of top-level design, high-level legislation and judicial normative documents should be promoted in parallel; in terms of grasping principles, take both professional honor and self-repair into account; in terms of procedural improvement, establish special procedures for the accountability of misjudged criminal cases; in terms of specific allocation of responsibilities, pursue objective, fair and just accountability effects; and in terms of exemptions and relief, carefully pursue accountability and embody and improve job security.

Key words: judicial accountability system; misjudged criminal cases; accountability; legal thinking; legal approach

【司法理论与实务研究】

公私益诉讼并行模式下食药领域 惩罚性赔偿制度的立法完善

——基于 S 市(2020—2022 年)民事公益诉讼司法实践的分析

刘宏立¹,郭 兵²,田迪歌²

(1. 辽宁省沈阳市浑南区人民检察院,辽宁 沈阳 110015;2. 辽宁省沈阳市人民检察院,辽宁 沈阳 110002)

〔摘 要〕近年来,各地检察机关在食药领域民事公益诉讼中,积极探索提出惩罚性赔偿诉讼请求,受到社会各界的广泛关注和高度认可。但由于缺乏明确的实体法规定,出现了诸多争议与问题。因此,有必要通过专门立法的方式,明确提起惩罚性赔偿的前提条件,规定提供帮助者、雇员可作为惩罚性赔偿的责任主体;连环销售中的责任主体,应分别承担惩罚性赔偿责任;以获利金额作为基数乘以弹性倍数的方法,计算惩罚性赔偿金额;食药领域民事公益诉讼惩罚性赔偿金,应设立专门的账户进行管理和使用。

〔关键词〕食品药品安全;民事公益诉讼;惩罚性赔偿制度;立法完善

〔作者简介〕刘宏立(1969—),女,辽宁沈阳人,辽宁省沈阳市浑南区人民检察院党组书记、检察长,主要从事检察理论、公益诉讼研究;郭兵(1971—),女,辽宁沈阳人,辽宁省沈阳市人民检察院第七检察部主任、三级高级检察官,主要从事公益诉讼研究;田迪歌(1986—),女,辽宁沈阳人,辽宁省沈阳市人民检察院第七检察部检察官助理,主要从事公益诉讼研究。

〔收稿日期〕2024-03-27

〔中图分类号〕D925 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-065-07

一、问题的提出

惩罚性赔偿制度源于英美法系,具有补偿受害人损失和惩戒不法行为等多重功能,在我国最早适用于消费者权益保护的私法领域。由于司法实践中鲜有消费者提出惩罚性赔偿诉讼请求,该项制度长期处于“静默”状态,直至检察机关被赋权提起食药领域民事公益诉讼,惩罚性赔偿制度的活力才真正得以激发。不同于私益诉讼惩罚性赔偿有明确的法律依据,公益诉讼惩罚性赔偿由于法律供给不足,尚处于探索阶段。司法实践中,检察机关办理案件的依据主要来源于相关政策和司法解释,例如2017年最高人民检察院发布的《关于加大食药领域公益诉讼案件办理力度的通知》、2019年中共中央、国务院发布实施的《关于深化改革加强食品安全工作的意见》、2020

年最高人民检察院等10部门联合发布的《关于在检察公益诉讼中加强协作配合依法保障食品药品安全的意见》以及2021年最高人民检察院等7部门联合印发的《探索建立食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿制度座谈会会议纪要》(以下简称《惩罚性赔偿会议纪要》)均提出在食品药品安全民事公益诉讼中探索提出惩罚性赔偿诉讼请求。直至2021年7月实施的《人民检察院公益诉讼办案规则》,才明确规定检察机关办理食品药品安全民事公益诉讼可以提出惩罚性赔偿诉讼请求。根据最高人民检察院在其官方网站发布的信息显示,2020年至2021年,全国检察机关提起食药领域民事公益诉讼3200余件。其中,提出惩罚性赔偿诉求的占起诉案件总数的80%以上,人民法院支持检察机关诉讼请求的案件占已作

出生效裁判案件的99.1%^①。各地检察机关积极探索惩罚性赔偿诉讼制度,得到了司法判例的肯定,受到了社会各界的广泛认同与好评,但也出现了诸多问题与争议。如何通过完善立法,使惩罚性赔偿制度在公益诉讼并行模式下相得益彰,充分体现各自独立的价值与功能,值得深入研究。

二、惩罚性赔偿在食药领域民事公益诉讼司法实践中的适用现状

由于食药领域民事公益诉讼绝大多数由检察机关提起,为深入了解检察机关办理案件过程中涉及的实际问题,笔者选取了2020—2022年S市检察机关办理的食药领域民事公益诉讼案件进行分析研判,力求“窥一斑而知全豹”。

2020—2022年,S市检察机关共办理食药领域民事公益诉讼案件68件,其中,基层院办理刑事附带民事公益诉讼案件67件,市级院办理民事公益诉讼案件1件^②;其中44件案件提出惩罚性赔偿诉讼请求并全部获法院判决支持,24件案件未提出惩罚性赔偿诉讼请求。

提出惩罚性赔偿案件办理情况如下。一是关于承担惩罚性赔偿责任的主体。承担惩罚性赔偿的主体是生产者或者销售者,但所有案件的

裁判文书均未明确生产者或销售者承担责任后是否享有追偿权。此外,对于同一销售链条上的多个销售者,S市检察机关适用了分别承担责任的追诉方式。二是关于惩罚性赔偿的计算方法。所有案件均以销售价款作为惩罚性赔偿金额的计算基数,在倍数的选择方面并未严格参照《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)第148条和《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)第144条关于支付价款“10倍”的规定,而是根据具体案情,依照支付价款3倍、5倍或者10倍惩罚性赔偿金进行计算。经笔者统计,按照支付价款3倍或者5倍计算惩罚性赔偿金额的案件为17件,占提起惩罚性赔偿案件总数的39%。并且,被告在刑事判决部分被判处的罚金,在计算惩罚性赔偿金时并未予以折抵。三是关于惩罚性赔偿金的执行与管理情况。惩罚性赔偿金执行到位的案件共有40件,且金额均在10万元以内,由法院或者检察院代收后上缴国库;未执行到位的案件共有4件,其中金额超过20万元的有2件,超过100万元的有2件。

未提出惩罚性赔偿的案件处理方式共有三种,具体情况如下(见表1)。

表1 办理食药领域民事公益诉讼案件未提出惩罚性赔偿的案件处理方式

处理方式	案件数量	理由
终结审查,作不起诉处理	1	经公安机关查实,被告仅向1人售出1盒“假性药”,虽然被告供述向多人销售,但没有其他证据佐证,无法认定被告的行为侵害了不特定多数人的身体健康,不能认定公共利益受到损害。
赔礼道歉、消除影响	16	主要有3种理由:一是公安机关未对销售价款作出明确认定,无法确定计算惩罚性赔偿的基数;二是被告的身份为雇员,无法确定惩罚性赔偿的基数;三是被告无相关资质,从国外购入第二类精神药品向不特定人员销售,但其初衷是给儿子治病,且家庭条件十分困难,故检察机关未提出惩罚性赔偿要求。

①参见《最高检发布检察机关食品药品安全公益诉讼典型案例 关注解决食品安全领域新业态新问题》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230315_608471.shtml#1,最后访问时间:2024年3月15日。

②该案中,检察机关从刑事案件中获取被告销售有毒有害食品线索,被告购进含有西布曲明成分的减肥食品向外销售,危及众多不特定消费者的生命健康权,损害社会公共利益。考虑到被告实施违法行为的时间、获利状况、财产状况以及刑事处罚等因素,检察机关未提起惩罚性赔偿诉讼请求,而是要求被告按照获利金额赔偿损失,法院判决支持了检察机关的诉讼请求。

续表 1

处理方式	案件数量	理由
按照销售价款赔偿损失并赔礼道歉	7	该种处理方式没有明确的法律依据,直接要求被告按照销售价款赔偿损失,未提出惩罚性赔偿要求。其中 1 件案件对理由进行了陈述,认为根据《惩罚性赔偿会议纪要》,综合考量该案被告违法行为持续的时间、获利状况、财产状况以及刑事处罚等因素,认为该案不宜提起惩罚性赔偿,但应该赔偿公共利益受到的损失。因社会公共利益的损失难以计算,根据《中华人民共和国民法典》第 1182 条的规定,可以按照侵权人获得的利益赔偿损失。

综上,由于缺乏明确的法律规定,食药领域民事公益诉讼适用惩罚性赔偿制度存在诸多问题,主要包括以下几种情况:1. 对是否损害社会公共利益的认定过于依赖刑事案件认定的事实和证据;2. 惩罚性赔偿制度的适用条件和计算方法不统一;3. 对于惩罚性赔偿的责任主体和责任方式存在不同的认识;4. 惩罚性赔偿金的管理和使用不规范。

三、公私公益诉讼并行模式下惩罚性赔偿制度的差异与衔接

食药领域民事公益诉讼惩罚性赔偿在司法适用中呈现出的各种问题,盖因在公益诉讼的制度框架下适用了私益诉讼的法律规则。因此,需要明晰两种诉讼模式下惩罚性赔偿制度的差异,并处理好两种惩罚性赔偿制度的衔接问题。

(一) 私益诉讼中惩罚性赔偿的制度设计

在食药领域私益诉讼中建立惩罚性赔偿制度的目的,在于通过设置超过实际损失的惩罚性赔偿金,提高不法行为赔偿率以及消费者获取赔偿的积极性,进而加重不法行为人的赔偿负担,并以此遏制此类行为的发生。为便于消费者获取足额的惩罚性赔偿金,在进行惩罚性赔偿的制度设计时,根据《食品安全法》第 148 条和《药品管理法》第 144 条之规定,生产者和有过错的销售者之间实行首负责任制,即当消费者向其中任何一方主张惩罚性赔偿时,其应当先行赔付,赔付后可以向责任的最终承担者追偿;消费者也可以同时起诉生产者和销售者,要求二者承担连带责任,以保障惩罚性赔偿金得到足额赔付。对于个体消费者而言,其购买食药品所支付的价款和实际所受到的损失是确定的,故而法律规定可以按照支付价款的 10 倍或者损失的 3 倍计算惩罚

性赔偿金额。

(二) 公益诉讼中惩罚性赔偿的制度设计

针对严重的食品药品安全不法行为,当私益救济和公法制裁不足以对违法者产生惩罚、遏制和预防功能时,催生了民事公益诉讼惩罚性赔偿在司法实践中的探索。虽然目前尚未建立独立的食药领域民事公益诉讼惩罚性赔偿制度,但在立法完善过程中,应注意公益诉讼惩罚性赔偿与私益诉讼惩罚性赔偿的差异。一是公益诉讼提起的主体是检察机关或其他组织。基于主体的法定性,公益诉讼惩罚性赔偿不必从提高获得惩罚性赔偿的积极性出发进行制度设计,而是更好地维护社会公共利益,有效遏制食品药品不法行为,侧重对食品药品生产、流通环节违法行为的制裁,即生产者、销售者均应实际承担惩罚性赔偿责任。二是在私益诉讼中,按照消费者支付价款的 10 倍或者所受损失的 3 倍主张惩罚性赔偿金。由于起诉的消费者数量较少,且单个消费者主张的惩罚性赔偿金额不高,一般而言总金额不会超出违法行为人的偿付能力。但在公益诉讼中,若以生产者或者销售者销售价款的总额(等同于所有消费者支付价款的总额)作为惩罚性赔偿金的计算基数,再乘以 10 倍后确定惩罚性赔偿金额,则赔偿数额可能远超出违法行为人的偿付能力,使得公益诉讼惩罚性赔偿制度设计目的落空。因此,应根据案件的实际情况设置可以浮动的惩罚性赔偿金额。

(三) 公私公益诉讼并行模式下惩罚性赔偿制度的衔接

一方面,公私公益诉讼所保护的法益与目的不同,故因同一侵权事实已经提起公益诉讼,并不影响被侵权人提起私益诉讼,反之亦然。同时,公益诉讼的胜诉利益也不当然向确定的被侵权

人分配,但应保障私益诉讼中被侵权人受到的实际损害得到优先救济。另一方面,当私益诉讼足以实现惩罚性赔偿的制度功能时,公益诉讼应坚持补位性和兜底性的功能,防止惩罚过当。

四、食药领域民事公益诉讼惩罚性赔偿制度的立法完善

在厘清公私公益诉讼惩罚性赔偿制度的差异并使两种制度有效衔接的基础上,民事公益诉讼惩罚性赔偿制度的立法完善应重点明确以下问题。

(一)关于适用条件

《惩罚性赔偿会议纪要》^①提出,应当根据侵权人主观过错程度、违法次数和持续时间、受害人数、损害类型、经营状况、获利情况、财产状况、行政处罚和刑事处罚等因素,综合考虑是否提出惩罚性赔偿,并例举了可以提出惩罚性赔偿诉讼请求的五种情形。基于以上规定以及S市检察机关的办理案件情况,笔者认为,在食药领域民事公益诉讼中提起惩罚性赔偿需要满足三个前提条件:一是侵权人的行为严重损害了社会公共利益;二是侵权人主观过错严重;三是侵权人受到的财产性惩罚不足以产生威慑和预防作用。实践中的判断难点主要集中于以下两个方面:

1. 社会公共利益的认定

《惩罚性赔偿会议纪要》提出,“认定是否损害社会公共利益,应当以是否存在对众多不特定消费者造成食品安全潜在风险为前提,不仅包括已经发生的损害,还包括有重大损害风险的情形”。有学者认为:“消费领域的公共利益具有抽象性和不可分性,不同于特定消费者的个体利益”^[1]。还有观点认为:“消费领域的社会公共利益不是消费者个人遭受损失的简单叠加,而是指向不特定的众多消费者的超个人利益”^[2]。笔者认为,认定是否损害了社会公共利益,关键在于如何理解“众多”和“不特定”。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75条之规定:“民事诉讼法第56条、第57条和第206条规定的人数众多,一般指10人以上”。该条解释虽未对《民事诉讼法》第58条(公益诉讼条款)中的“众多”一并作出解释,但可以参考适用。“不特定”并非消费者数量上的不确定,而是消费者身份的不确定,即当消费者数量固定,但身份难以识别,依然可以认定为“不特定”。此处,需要注意的是对社会公共利益的损害只需达到“造成重大损害风险”即可。

2. 侵权人受到的财产性惩罚是否足以产生威慑和预防作用

司法实践中,由于食药领域民事公益诉讼的案件线索绝大多数来源于刑事案件,人民法院对侵权人均会判处罚金;侵权人也可能在行政处罚中被处以罚款;在检察机关提起公益诉讼之前,消费者可能基于同一违法事实提起私益诉讼并提出惩罚性赔偿。即食药领域的同一违法行为可能会同时受到行政罚款、刑事罚金、公益诉讼惩罚性赔偿、私益诉讼惩罚性赔偿等多重惩罚。因上述四种财产性惩罚均具有威慑和预防之功能,故应充分考虑惩罚的适当性问题。当行政罚款、刑事罚金和私益诉讼惩罚性赔偿足以产生威慑和预防作用时,则无提起公益诉讼惩罚性赔偿之必要。一直以来,设立公益诉讼惩罚性赔偿请求权面临的最大质疑是针对同一违法行为,可能存在两个惩罚性赔偿请求权,经营者面临重复支付惩罚性赔偿金的风险^[3]。因此,在设置公益诉讼惩罚性赔偿金适用条件时,应考虑私益诉讼惩罚性赔偿的影响,在一定程度上避免重复赔偿的发生。

(二)关于证据标准与诉讼选择

如前文S市办理案件数据所示,绝大多数食药领域民事公益诉讼案件是通过刑事附带民事的方式提起的,对是否损害社会公共利益的认定,检察机关过于依赖刑事案件认定的事实和证

①参见《最高检等七部门印发〈会议纪要〉规范食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿实践探索》,载最高人民检察院微信公众号,2021年6月8日发布。《惩罚性赔偿会议纪要》强调,办理食品安全民事公益诉讼惩罚性赔偿案件,要准确把握惩罚性赔偿制度惩罚、遏制和预防严重不法行为的功能定位,应当根据侵权人主观过错程度、违法次数和持续时间、受害人数、损害类型、经营状况、获利情况、财产状况、行政处罚和刑事处罚等因素,综合考虑是否提出惩罚性赔偿诉讼请求。有下列情形之一的,可以参照《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国食品安全法》《中华人民共和国消费者权益保护法》等法律规定提出惩罚性赔偿诉讼请求:一是侵权人主观过错严重;二是违法行为次数多、持续时间长;三是违法销售金额大、获利金额多、受害人覆盖面广;四是造成严重侵害后果或者恶劣社会影响的;五是具有其他严重侵害社会公共利益的情形。

据。但二者遵循的证据标准并不一致,刑事案件遵循的是“排除合理怀疑”的证据标准,而民事案件遵循的是“具有高度盖然性”的证据标准;同时,刑事案件侦查机关调查事实的范围达到可起诉的程度即可,而民事案件则应查清所有的损害后果。民事公益诉讼案件如果完全依照刑事案件主张的事实和证据,可能造成应起诉而未起诉、应提起惩罚性赔偿而未提起、惩罚性赔偿金额计算偏低等后果。在 S 市检察机关办理的食药领域民事公益诉讼案件中,共有 15 件案件因刑事部分认定的事实与证据问题,未提起民事公益诉讼或未提出惩罚性赔偿诉讼请求。因此,检察机关在办理刑事附带民事公益诉讼案件时,应遵循民事案件的证明标准,全面调查社会公共利益受到损害的事实,当认定的案件事实与刑事案件差异较大时,应选择单独提起民事公益诉讼。

(三)关于责任主体与责任方式

1. 责任主体

司法实践中,对于生产者和销售者是民事公益诉讼惩罚性赔偿的责任主体并无争议。在 S 市检察机关办理的王某某生产、销售不符合安全标准的食品案中,王某某为病死羊的交易提供便利,但因获利较少且刑事部分未对相关数额作出明确认定,检察机关在附带民事公益诉讼中仅提出赔礼道歉、消除影响的诉讼请求,未要求被告承担惩罚性赔偿责任;在 S 市检察机关办理的李某某生产、销售不符合安全标准的食品案件中,李某某的身份为雇员,检察机关基于上述同样的理由作出了相同处理。那么,在食品药品违法案件中,提供帮助者和雇员是否应认定为惩罚性赔偿的责任主体,可以参考《海南省高级人民法院关于审理海洋生态环境自然资源纠纷案件的裁判指引(试行)》第 9 条规定:“雇员在明知或者应知雇主所作的指示违反法律法规规定且会导致海洋生态环境资源损害的后果,仍然按照雇主的指示实施相关行为并造成海洋生态环境损害的,被

侵权人、公益诉讼起诉人请求雇员与雇主按照民法典关于共同侵权的规定承担连带责任的,应予支持;但承担连带责任的雇员一般应当限于起组织、领导、指挥作用的高级雇员或以收益分成作为收入来源的雇员”^①。该条规定对于确定民事公益诉讼惩罚性赔偿的责任主体具有一定的参考价值,即在判断提供帮助者、雇员等应否承担惩罚性赔偿责任时,可以重点审查以下因素:行为人是否具有主观恶意;是否在违法行为中具有较高的决策权或者以违法行为的收益分成获取报酬。

2. 责任方式

当食药违法行为人为多人时,需要考虑责任方式的问题。司法实践中的难点集中于生产者与销售者之间、同一销售链条上的销售者之间如何承担责任方面。在最高人民检察院发布的典型案例中,承担连带责任和分别承担责任的各有判例。例如,在浙江省松阳县人民检察院办理的刘某某等生产、销售有毒有害食品案中,检察机关对非法销售链条上的其他违法者持续调查,陆续追究 8 名中间商的责任。在关联案件中,人民法院判决“下线”在自己销售数额内与“上线”承担连带责任^②。又如,在北京市通州区人民检察院诉段某某等 6 人生产、销售有毒有害食品案中,段某某生产含有西地那非和他达拉非的保健食品并销往全国各地。王某某等人在明知段某某没有保健食品生产销售资质的情况下,仍从段某某处大量进货,同时也从其他渠道购买不合格保健品向外销售。通州区人民检察院要求段某某按照其销售给王某某的保健品销售价款的 10 倍承担惩罚性赔偿责任;王某某按照从其他渠道购进的保健品销售价款的 10 倍承担惩罚性赔偿责任^③。北京市通州区人民检察院对生产者与销售者同案起诉时,生产者作为终局责任人对其销售的不合格保健品直接承担惩罚性赔偿责任,销售

①参见《海南省高级人民法院关于审理海洋生态环境自然资源纠纷案件的裁判指引(试行)及典型案例》,载天涯法律网(海南省高级人民法院网),<https://syjc.hicourt.gov.cn/preview/article?articleId=923d462c-94eb-45b5-b84d-8292ac99823f>,最后访问时间:2024 年 3 月 16 日。

②参见《检察公益诉讼起诉典型案例》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202109/t20210915_529543.shtml#2,最后访问时间:2024 年 3 月 16 日。

③参见《最高检发布“公益诉讼守护美好生活”专项监督活动典型案例》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202109/t20210909_529071.shtml,最后访问时间:2024 年 3 月 15 日。

者对未查明生产者的部分承担惩罚性赔偿责任。此种做法用分别承担责任的方式,避免了同案销售者与生产者承担连带责任后的追偿问题;同时,按照该案的裁判逻辑,肯定了销售者对未查明生产者部分承担的惩罚性赔偿,享有追偿的权利。此外,在S市检察机关办理的魏某生产、销售有毒有害食品案和王某某生产、销售有毒有害食品案中,被告王某某、魏某为上下线关系,检察机关采取了分别起诉、分别承担惩罚性赔偿责任的做法。

笔者认为,在公益诉讼中,认定生产者与销售者、同一销售链条上的销售者之间承担连带责任,并赋予责任主体之间的追偿权,是为了调动被侵权人起诉维权的积极性,使其获得足额赔偿。但公益诉讼惩罚性赔偿是为了对具有严重过错的食药领域违法犯罪行为加以惩罚,以此达到威慑违法者、警示其他人的目的。如果公益诉讼惩罚性赔偿中的责任主体适用连带责任,将导致在执行环节选择赔偿能力更强的违法行为人承担责任,可能会造成严重违法者的责任逃逸。因此,公益诉讼惩罚性赔偿的责任主体并无适用连带责任之必要,分别承担惩罚性赔偿责任更加适宜。虽然食药安全问题一般是由生产者造成的,但销售者明知食药产品可能存在安全隐患,依然购进并向外出售,进而侵害了不特定消费者的健康权,其对社会公共利益的损害也应承担责任。因此,在公益诉讼中,笔者认为不宜赋予销售者追偿权,避免其最终享有免责的权利。

(四)关于计算方法及考量因素

如前文所示,检察机关在司法实践中并未完全参照私益诉讼惩罚性赔偿金的计算方法。由于销售价款最接近消费者支付价款的总额,故用销售价款作为赔偿基数。在倍数选择上,并未僵化适用销售价款总额10倍的规定,而是在10倍的范围内灵活确定倍数,一般选用3倍、5倍或10倍。

笔者认为,公益诉讼惩罚性赔偿适用私益诉讼的计算方法,是造成质疑二者重复赔偿的根本原因,且不能从遏制食品药品生产者和销售者追求高额利润的角度体现惩罚性赔偿的功能。以生产者和销售者的获利金额作为公益诉讼惩罚性赔偿金的计算基数应视为更优选择。关于倍数,可以参考《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》第10条规定的不超过计算基数2倍的立法技术,食药领域惩罚性赔偿的倍数可以设置为不超过计算基数的10倍,并综合考虑违法情形(销售数额、获益数额、造成损失的大小)和执行可能性(侵权者的财产状况)等因素^[2],确定个案的倍数。关于行政罚款、刑事罚金应在确定惩罚性赔偿金额时予以折抵,三者之间虽然功能趋同,但行政罚款、刑事罚金与惩罚性赔偿的责任性质不同,不宜直接折抵。

(五)关于惩罚性赔偿金的管理

实践中,食药领域惩罚性赔偿金的管理模式主要有三种:第一种模式是上缴国库,如S市检察机关办理的食药领域民事公益诉讼案件的惩罚性赔偿金全部上缴国库;第二种模式是缴纳到设立在消费者协会的惩罚性赔偿金专户;第三种模式是与生态环境损害赔偿金混用专户^①。关于惩罚性赔偿金如何使用有两种做法:第一种是用于公益诉讼办案和公益修复^②;第二种是向符合条件的消费者发放^③。

笔者认为,食药领域民事公益诉讼惩罚性赔偿金应该设立专户进行管理,专门用于食药领域的公益修复和对消费者实际损失的救济。赔偿金的使用可以考虑以下两个方面。一是由于各个地区食品药品监管机构每年的抽检费用十分有限,并不能有效覆盖到食药产品广阔的品类中,每年从专户中提取一定比例的资金投入到食药产品的抽检工作中,有利于行政机关发现更多的食药产品违法行为并及时进行查处,避免不安全食药

①参见《关于全国检察机关2020年至2021年办理食品药品安全领域民事公益诉讼惩罚性赔偿案件情况的报告》,载最高人民检察院第八检察厅编:《公益诉讼检察工作指导》2022年第3辑。

②参见《〈佛山市公益诉讼专项资金使用管理办法(试行)〉出台》,载佛山市人民政府网,https://www.foushan.gov.cn/zwgk/zwdk/jryw/content/post_2495543.html,最后访问时间:2024年3月15日。

③参见《十多起消费民事公益诉讼胜诉传递信号——消费维权,不再是“一个人的战斗”》,载中国江苏网,http://jsnews.jschina.com.cn/shms/202108/t20210818_2836698.shtml,最后访问时间:2024年3月16日。

品危害到更多的消费者。在一定程度上控制公益受损扩大,也是对公益的一种“修复”。二是基于同一食品药品违法事实,检察机关和受到实际损失的消费者先后提起公益诉讼和私益诉讼,当侵权人先行缴纳了公益诉讼惩罚性赔偿金后,无法足额赔偿消费者实际受到的损失时,消费者依据胜诉判决书和其他证据材料,可以申请从公益诉讼惩罚性赔偿金专户支取相关的费用,以弥补其实际受到的损失。据此,专项账户管理人代位取得消费者的债权请求权,可向食品药品违法行为人继续追索赔偿。虽然公益诉讼的胜诉利益不应向消费者分配,但是,若食品药品违法行为人缴纳了公益诉讼惩罚性赔偿金后,其财产不足以赔偿消费者受到的实际损失时,应优先保证消费者的实际损失得到充分救济。

五、结语

对食药领域民事公益诉讼惩罚性赔偿的实

践探索已经从“量的积累”转向“质的提升”,应适时加快立法步伐,为公益诉讼高质量发展提供制度保障。在厘清公益诉讼关系的基础上,制定与公益诉讼制度目的和功能相契合的法律规则,可以使公益诉讼惩罚性赔偿与私益诉讼惩罚性赔偿并行不悖、相得益彰,筑牢食品药品安全法治屏障。

[参考文献]

[1]张雪樵,万春. 公益诉讼检察业务[M]. 北京:中国检察出版社,2022:393-394.
[2]徐全兵. 稳妥推进民事公益诉讼惩罚性赔偿实践探索[N]. 检察日报,2020-11-09.
[3]杨会新. 公益诉讼惩罚性赔偿问题研究[J]. 比较法研究,2021(04):125.

【责任编辑:柴 玮】

**Legislative improvement of the punitive compensation system in the food and drug field under the parallel model of public and private interest litigation
——Analysis based on the judicial practice of civil public interest litigation in S City(2020-2022)**

Liu Hongli¹, Guo Bing², Tian Dige²

(1. Hunnan District People's Procuratorate of Shenyang in Liaoning, Shenyang Liaoning 110015, China;
2. Shenyang Municipal People's Procuratorate of Liaoning, Shenyang Liaoning 110002, China)

Abstract: In recent years, local procuratorates have actively explored the filing of punitive compensation litigation in civil public interest litigation in the food and drug field, which has received widespread attention and high recognition from all sectors of the society. However, due to the lack of clear substantive law provisions, many disputes and problems have arisen. Therefore, it is necessary to clarify the prerequisites for filing punitive compensation through special legislation, stipulating that helpers and employees can be the responsible parties for punitive compensation; the responsible parties in chain sales should bear punitive compensation respectively; the amount of punitive compensation should be calculated by multiplying the profit amount by the elastic multiple; and a special account should be established for the management and use of punitive compensation in civil public interest litigation in the food and drug field.

Key words: food and drug safety; civil public interest litigation; punitive compensation system; legislative improvement

股权代持执行异议之诉的裁判规则探析

勾雪峰

(辽宁省沈阳市中级人民法院,辽宁 沈阳 110013)

〔摘 要〕在股权代持情形下,实际出资人能否阻却人民法院依名义股东债权人的申请对股权的强制执行,在理论界与司法实践中均存在较大争议。案外人对执行标的享有的权益是否足以排除强制执行,应根据该权益的性质进行分析。在股权代持模式中,实际出资人对执行标的享有的权利性质应为债权。同时,名义股东债权人的信赖利益应当得到法律保护。基于利益平衡与社会效果的考量,实际出资人原则上不能排除强制执行,但对实际出资人执行前取得人民法院确权判决,申请执行人明知股权代持等特殊情形,应当准许实际出资人排除执行。

〔关键词〕股权代持;实际出资人;执行异议之诉

〔作者简介〕勾雪峰(1990—),男,辽宁抚顺人,沈阳市中级人民法院民二庭法官助理,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2023-11-04

〔中图分类号〕D915 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-072-07

引言

在商事审判中,当名义股东的债权人申请执行登记在名义股东名下的股权时,人民法院应当如何裁决对实际出资人提起的执行异议之诉,实践中存在较大争议。在此法律关系中,实际出资人与名义股东签订股权代持协议,由实际出资人履行对公司出资义务,但股权登记在名义股东名下,并由名义股东代为行使股东权利。如名义股东另行与第三人交易该股权,或以该股权设立担保,抑或名义股东的普通债权人在执行阶段发现该股权并请求人民法院执行,此时,实际出资人往往以其作为真实股东并实际出资为由,提起执行异议之诉并请求排除执行,进而形成了实际出资人与名义股东债权人之间的权利冲突。在司法裁判中,是优先保护实际出资人的出资权益,还是保护名义股东债权人对股权登记的信赖利益,值得深入探讨。

一、司法裁判中的分歧

笔者在中国裁判文书网以“执行异议之诉”“股权代持”为关键词检索,得到 183 个案例。通过对检索的案例进行梳理,发现对实际出资人是否能够阻却执行,司法实践中存在针锋相对的两种观点。

(一)不支持实际出资人排除执行

此观点认为,首先,股权代持法律关系本质上是债权债务法律关系,仅具有约束隐名股东与名义股东的内部效力,对合同之外的第三人不产生效力。实际出资人在不符合法定取得股东地位条件情况下,对公司仅享有债权,该债权并不具有优先性。其次,根据商事外观主义原则,第三人对公示体现的权利外观产生合理信赖,即使真实情况与第三人信赖不符,其法律行为效力仍应得到优先保护。而《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第 32 条第 3 款规定的“第三人”不应当限缩解释为与名义股东具有股权交

易关系的债权人。最后,部分裁判从利益衡量角度认为,实际出资人通过股权代持方式获利的同时,亦应自行承担风险。股权代持的风险负担规则应向保护债权人倾斜^①。

(二) 支持实际出资人排除执行

首先,此类观点优先考虑股权的实质归属,进而考察实际出资人是否经过法定程序或者通过诉讼方式取得股东资格。例如,最高人民法院在(2018)最高法民申 5464 号裁定书中认为:“从权利形成时间上来看……虽然谢某平(实际出资人)并未登记为汇丰公司的名义股东,但其对于案涉股权享有的权利在查封前即取得。从权利性质看,江某权(名义股东债权人)系基于合伙协议纠纷案件中形成的民事调解书确定的一般债权而对案涉股权采取查封措施……江某权的权利主张并不能当然优先于谢某平的权利主张”。四川省高级人民法院在(2016)川民再 22 号判决书中认为:“工商登记只具有推定的公示效力,只是证明股权归属的表面证据,在已有生效判决驳回名义股东的确认股权诉讼请求时,不能对该股权予以执行”。其次,此类观点认为商事外观主义的目的在于维护交易安全,只适用于交易场合。《公司法》第 32 条第 3 款规定的“第三人”不包括与名义股东没有股权交易关系的第三人。而申请执行亦并不属于商事主体间基于外观信赖而产生之行为,没有商事外观主义的适用空间^②。

二、裁判分歧背后的理论争议

司法实践中的分歧来源于理论认识上的争议:一是股权代持中名义股东与实际出资人的法律关系如何,实际出资人对股权享有何种权利;二是外观主义是否得以适用于执行领域,即《公司法》第 32 条第 3 款规定的“第三人”是否包括申请执行债权人。

(一) 优先保护第三人利益:内外关系说与外观主义之扩张

否定实际出资人排除执行的观点(以下简称“否定说”)侧重于对外部第三人的利益保护。在对名义股东与实际出资人法律关系的认识上,“否定说”以“内外关系说”为理论基础,即在涉及公司内部关系,如股东与股东之间、股东与公司之间对股东身份发生争议时,应优先按照实质要件认定股东资格;在涉及公司外部法律关系时,即债权人与股东、债权人与公司之间,基于保护善意第三人以及交易安全的需要,应以外观主义确定股东身份,尊重公司登记材料的公信力^[1]。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《〈公司法〉解释(三)》)第 25 条、第 26 条采纳了内外关系说,对名义股东与实际出资人之间的投资权益归属争议,侧重考查实际出资义务的履行;而对名义股东对外处分股权,则参照物权法上善意取得的规定保护善意第三人。在此认识下,实际出资人未经公司股东过半数同意的显名程序,并不能认为享有股权。而名义股东与实际出资人之间产生的是债的法律关系^[2]。因此,在公司对外关系上,实际出资人仅以债之关系不足以对抗对公司登记信息产生信赖的第三人。

在外观主义的适用范围上,“否定说”观点认为对外观主义的适用范围不应过于限制,《公司法》第 32 条第 3 款规定的“第三人”应包括申请执行人。外观主义的适用具有广泛性,并非仅限于民商法中判断私法法律效果与确认交易效力。在股权执行中,基于工商登记的公示公信效力,执行法官应以此为判断依据。而实际出资人与名义股东之间的股权代持协议,只对当事人之间有约束力,不能对抗执行^[3]。此外,由股权代持

①参见最高人民法院(2019)最高法民再 99 号民事判决书、(2019)最高法民再 45 号民事判决书、(2017)最高法民终 100 号民事判决书,载中国裁判文书网,https://wenshu. court. gov. cn,最后访问时间:2023 年 11 月 14 日。
②参见辽宁省高级人民法院(2018)辽民终 135 号民事判决书、福建省高级人民法院(2017)闽民终 481 号民事判决书,载中国裁判文书网,https://wenshu. court. gov. cn,最后访问时间:2023 年 11 月 14 日。

而形成的虚假登记状态,是由实际出资人故意行为造成的。实际出资人操纵的登记在程序和内容上一般不会有较大瑕疵,申请执行人会产生较高的信赖。而真实权利人的权利随时可以更正,故不应具有对抗善意第三人的效力,当然也不能对抗执行程序中的申请执行人^[4]。因此,在权利优先性上,鉴于被执行人名下所有财产均是其对外部债权人承担债务的一般责任财产与总体担保手段,实际出资人原则上应礼让申请执行人^[5]。

(二) 优先保护实际出资人利益:真实权利归属与外观主义之限制

相比于“否定说”观点对公司内外关系的区分,相反观点(以下简称“肯定说”)则强调在股权执行的领域,应当坚持“事实标准”,优先保护作为股权投资利益实际享有者的实际出资人。该说进一步认为,从《〈公司法〉解释(三)》第24条规定上看,实际履行出资义务是股东资格最为本质的特征,应确认实际出资人为名义股东所代持股权的所有者。因此,实际出资人享有股权,其权利性质属于物权属性,故其依据股权得以对抗外部债权人的普通债权^[6]。

同时,“肯定说”认为应当对外观主义的适用边界予以严格限制,《公司法》第32条第3款规定的“第三人”应限于对股权具有交易关系的第三人,不包括名义股东的普通债权人。首先,外观主义的目的在于维护交易安全,由于其可能损害无过错当事人的利益,因此应当予以谨慎适用,范围限于交易第三人^[7]。其次,从股权登记的效力而言,公司法对股权登记采取登记对抗主义,在此情形下登记的目的在于对未经登记人权利的否定,而非对登记人权利的设立。因此,股权登记不能产生股权或股东资格的公示公信力,也就难以作为权利外观的基础,而且在执行中尚没有体现外观主义原则的法律规定^[8]。最后,执行程序的逻辑前提是执行的财产必须是被执行人的,因此应确认股权的实际权利归属,不能适用外观主义。崔建远教授认为,非交易场合大多

不得运用外观主义,在执行领域不应适用公信原则,在确定被执行人的财产时,应依实事求是原则,确定可执行财产^[9]。

(三) 对上述两种观点的初步分析

前述争议的本质是在处理实际出资人与名义股东债权人的权利冲突时,以何者利益作为优先保护对象。分析上述两种观点,“否定说”以区分公司内外关系为思路分析法律关系,有其合理性。但认为外观主义适用具有广泛性,易导致外观主义范围不当扩大。特别是最高人民法院在2019年11月8日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《民商事会议纪要》)中强调“外观主义是为保护交易安全设置的例外规定,一般适用于因合理信赖权利外观或意思表示外观的交易行为”,并要求实务中要避免外观主义的泛化和滥用。在此背景下,如何论证在股权执行领域运用外观主义的合理性,仍需探讨。而“肯定说”以执行财产必须是被执行人的财产,作为排除适用外观主义的逻辑前提,本质上是认为在股权代持中,实际出资人享有股权,甚至将该权利定性为物权性质。此种观点是否符合股权兼具财产权及成员权的特殊性质,不无疑问。另外,“肯定说”强调将外观主义的适用严格限制于交易领域,但并未充分阐释在执行领域适用外观主义将产生何种负面影响。笔者认为,除了上述在法理层面的探讨,还应关注何种路径能够兼顾双方利益的平衡保障问题。

三、实际出资人不得排除执行的理论证成

案外人执行异议之诉的目的,在于通过对案外人是否对执行标的享有足以阻止其转让、交付的实体权利的判断,以排除法院对执行标的的强制执行。因此,首先应对实际出资人对其出资所享有的权利性质进行厘清,进而再讨论外观主义的适用范围及当事人的利益平衡问题。

(一) 实际出资人对其出资的权利性质之厘清

“肯定说”所坚持的所谓“事实标准”是主张

实际出资人为股权的享有者,并将其视为股东。对此观点,笔者并不赞同。首先,仅以出资作为股权归属的判断标准,甚至认为股权具有物权性质,忽视了股权既是财产权又是成员权的性质。从实证法的角度看,《〈公司法〉解释(三)》第25条规定了实际出资人应通过公司其他股东半数以上同意的法定程序,方能取得股东资格。如径直以实际出资人出资为由确认其享有股权,无疑绕过了公司股东的认可程序,损害了公司的人合性与意思自治。其次,现实中固然存在物权或股权的权利表象与真实权利分离的情形,典型情况如错误登记与非基于法律行为的物权变动。对此,物权法与公司法均规定不动产登记簿、股东名册及工商登记仅具有权利推定效力,可以确认实际权利人的物权或股权。但此种权利与表象的分离并非由于当事人原因造成的,而股权代持中名义股东与实际出资人的分离是由于当事人的意思形成的,其权利状态系当事人通过合同关系加以调整,不宜认定为属于上述权利分离情形。故应考虑当事人意思的作用,对两种情形加以区别^①。最后,《〈公司法〉解释(三)》第26条规定名义股东处分股权适用无权处分规则,正是区分了公司内外关系,名义股东对股权的处分权受限,仍是基于其与实际出资人的合同关系,不能证成实际出资人即享有股权。而在对外关系上准用善意取得制度,进一步说明实际出资人的权利不具有外部对抗力。

笔者支持“内外关系说”的分析思路。一方面,在公司对外关系中,应明确名义股东的股东身份。结合《公司法》第32条第3款与《〈公司法〉解释(三)》相关规定,实际出资人对其出资仅享有有限的财产权,而在公司层面完全行使股权,则需要具备形式要件。在面对外部第三人时,更须以股权登记作为对抗要件。可见,随着

法律关系从代持股协议延展至公司内部,再到公司外部,公共性越强,形式要件的适用强度也就越强^[10]。且名义股东取得股权的路径为基于自己的名义实施的法律行为而取得,而实际出资人虽然出资,但其从未以股东身份参与到公司设立及运行中。实际出资人与名义股东的协议不足以成为其取得股东资格的依据,而名义股东与其他股东的信赖关系足以构成其股东资格基础。另一方面,在实际出资人出资进入公司后以股权形式体现的权利均集于名义股东的情况下,实际出资人只能通过与名义股东的合同约定名义股东^[11]。《〈公司法〉解释(三)》第25条也规定对股权归属争议,“实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持”。可见司法解释规定的实际出资人主张权利的依据,也只能是合同关系。因此,实际出资人对其出资享有的权利性质应为债权。

综上所述,在公司对外关系中,名义股东具有股东资格。而实际出资人对其出资仅享有债权,其权利性质不能对抗外部债权人。

(二)外观主义原则在执行领域的适用可能性

外观主义是否得以适用执行领域的争议,集中体现于对《公司法》第32条第3款中“第三人”的范围理解,即是仅限于与名义股东具有股权交易关系的第三人,还是包括名义股东的债权人。争论的本质在于执行领域的债权人是否存在因信赖权利外观而形成的值得保护的信赖利益。

外观主义作为一项法理原则,基于效率的考量,着重保护商事交易相对人对外观的信任,进而维护商事交易安全,促进交易迅捷^[12]。其构成包括三个要件:外观事实、本人与因与交易相对人的信赖^[13]。从其内在原理来看,外观主义将虚假外观置于真实权利之上作为权利推定的

①对于借名买房问题,部分地区法院也认为借名人应以合同关系主张权利。例如广东省高级人民法院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》第28条规定:“借他人名义购买房屋,借名人请求确认房屋归其所有的,不予支持。借名人请求出名(登记权利人)协助办理房屋所有权转移登记的,可予支持,但房屋在限购范围内,借名人不具有购房资格的除外”。北京市高级人民法院《关于审理房屋买卖合同纠纷案件若干疑难问题的会议纪要》第10条也作出类似规定。股权代持关系与之具有一定相似性,前述观点可资借鉴。

基础,根本原因在于实际权利人本人行为的可归责性^[14]。换言之,是由于实际权利人的原因导致其权利状态与公示的权利外观不一致,不利后果应当由其自身承担。而从信赖利益的角度,在交易产生与合同订立阶段,由于登记的股权可以成为名义股东经济实力与履约能力的体现,债权人在选择与名义股东交易时必然对此予以考量。而在执行阶段,名义股东债权人善意相信股权登记启动执行程序,由于法律禁止超标的保全,债权人可能会因此放弃对其他财产的保全执行。因此,即使名义股东债权人与名义股东不存在股权交易关系,也不能否认债权人在此过程中的信赖利益,该利益同样需要法律予以保护。

《公司法》司法解释其他规定也表明,外观主义在交易关系之外也存在适用空间。《〈公司法〉解释(三)》第27条规定,公司债权人请求未履行出资义务的股东对公司债务承担赔偿责任时,名义股东不得以其非实际出资人抗辩。在此情形下,公司债权人与名义股东也无商事交易的联系,但公司债权人基于对股东登记的合理信赖要求其承担责任,名义股东对自己登记为股东存在过错,因此有外观主义的适用空间。既然《公司法》司法解释对公司债权人基于股东登记的信赖予以保护,则股东债权人的信赖利益同样有予以优先保护的必要。因此,将《〈公司法〉解释(三)》第32条第3款中的“第三人”限缩解释为交易领域的第三人,难以找到充分依据。

此外,对于最高人民法院在《民商事会议纪要》中强调外观主义应适用于交易领域,笔者予以赞同。但认为应按照以下思路理解:外观主义维护交易安全的功能应是在宏观层面的考量,而并不应将其束缚在某一具体的交易中^[15]。在股权代持执行异议之诉中运用外观主义思路,保护了债权人对股权登记的信赖,有利于市场整体的交易安全与效率,这与《民商事会议纪要》的理念是契合的。

(三) 利益平衡与社会效果之考量

从利益平衡与风险负担角度考量,如果优先

保护实际出资人的出资权益,名义股东债权人只能自行承担执行风险与成本;如果通过准许执行方式保护债权人,实际出资人出资权益的损失可通过向名义股东追偿的方式弥补,当然此时风险由实际出资人负担。本文认为,对比两种风险分配模式,后者较为可取。理由如下:

首先,股东投资公司,应将其身份公开于市场,这是《公司法》的应然要求。而实际出资人掩盖自己的出资,往往基于规避法律、逃避管制或追求特殊利益等与法律背道而驰的目的。此种行为增加了公司、外部债权人及监管机关、司法机关等部门的审查成本,增加了市场交易风险。因此,虽然法律不禁止隐名出资,但其目的并非鼓励而是规制。在义务与风险的分配上,应更多地向隐名出资方倾斜,促使其显名化。其次,实际出资人作为商事“理性人”,能够预见隐名出资的相应风险,其选择放弃股东身份系对风险与收益充分权衡的结果。且在股权代持关系中,实际出资人具有较强的风险控制能力,可通过法定程序显名成为真正股东。而外部债权人对股东内部的股权代持关系难以知悉,难以防范法律风险。从风险与收益相一致的角度,实际出资人隐名出资的风险应当自行承担,而不应转嫁给外部债权人。最后,从司法政策角度,债务人与案外人恶意串通利用执行异议之诉逃避债务、拖延执行等现象大量存在,也是造成“执行难”现象的重要原因。司法实践中不仅难以甄别,即使能够准确判断,也将耗费大量时间,造成执行久拖不决。如果允许实际出资人轻易排除执行,无疑传递了错误的信号,易导致利用股权代持逃避执行现象的泛滥,损害执行效率。

四、股权代持执行异议之诉的具体处理

审理执行异议之诉的关键在于确定案外人对执行标的是否享有足以排除执行的民事权益。一方面,名义股东享有股东权利,而实际出资人对作为执行标的的股权仅享有债权。根据债的相对性,实际出资人的债权不能产生排除名义股

东债权人债权执行的效力。另一方面,股权代持系实际出资人故意为之,而名义股东债权人及执行法院基于股权登记产生信赖利益,外部债权人利益应优先于实际出资人利益予以保障。实际出资人与名义股东的内部约定不足以对抗名义股东债权人。因此,原则上应驳回实际出资人的诉讼请求,准许对登记在名义股东名下股权的执行。但在司法实践中,仍存在以下特殊情形需要予以讨论:

一是实际出资人在股权被冻结前取得人民法院确认股东资格或变更股东登记生效判决,并以此主张排除执行的。此时涉及到人民法院裁判认定的权利之间的冲突,可参照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第26条规定,基于法律文书确认的权利基础具体分析。如名义股东债权人为普通金钱债权人,法院生效裁判确认实际出资人股东资格,实际出资人的股权得到司法确认。如法院裁判公司履行变更股东、办理股东登记义务,往往在判决中也已明确实际出资人的股东资格。同时法院裁判对社会公开,可以产生公信力,故此两种情况实际出资人得以排除执行。如名义股东债权人为股权受让人或担保权人等股权交易关系债权人,笔者认为可参考《民商事会议纪要》第123条的观点,作为执行依据的裁判是给付标的物的裁判,而作为提出执行异议之诉依据的裁判是确权裁判,一般应据此排除执行。股权交易关系债权人的执行依据一般为给付裁判,如实际出资人取得法院确权裁判,则应排除执行。

二是实际出资人在股权冻结前取得公司其他股东过半数同意,或公司过半数其他股东知道其出资事实未提出异议,实际出资人以此主张排除执行的。此情形按照《〈公司法〉解释(三)》第24条及《民商事会议纪要》第28条的规定,实际出资人可以请求登记为公司股东。笔者认为,此种情况下实际出资人享有的仅为登记为股东的请求权。与前述经过人民法院确权判决不同,在未完成登记公示的情况下,仍不能对抗第三人,

故不能排除执行。

三是名义股东债权人在交易或者申请执行时明知或应知名义股东为代持股权的。债权人既已知晓股权代持的状态,其对股权登记就难言存在值得予以特殊保护的信赖利益,故此时不存在外观主义的适用空间,应当允许实际出资人排除执行。但此项事实的举证责任,应由实际出资人承担。

四是有观点认为只有当名义股东确无其他财产可供执行时,才能执行其代持的股权^[16]。此种观点固有平衡实际出资人及债权人利益的考量,但要求债权人申请执行时必须查明名义股东的全部财产,附加义务较重,有损执行效率。股权代持状态本身系实际出资人原因形成,结合前文所述实际出资人应礼让申请执行人的观点,应由实际出资人而非名义股东债权人承担此种不利后果。因此,笔者认为并无此必要,实际出资人可向名义股东寻求救济。

结语

执行异议之诉中案外人对执行标的的权益是否能够排除执行,首先应根据其权益的实体法性质进行判断,而非径行以外观主义思路进行裁判。面对利益衡量的困惑,基于对股权代持中法律关系的厘清及对外观主义内涵的探究,结合当事人利益与社会效果的综合衡量,实践中,应首先识别实际出资人对股权的权利性质,该权利是否具有足以排除申请执行人债权的优先性,最后审查债权人是否享有值得法律保护的信赖利益。原则上,名义股东债权人的信赖利益应优先于实际出资人得到保护。

〔参考文献〕

[1]郑云瑞.公司法[M].北京:北京大学出版社,2016:108-109.

[2]最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院关于公司法解释(三)清算纪要理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2016:405-406.

[3]肖建国.执行标的实体权属的判断标准——以案外

人异议的审查为中心的研究[J].政法论坛,2010(03):97-105.

[4]尹田,尹伊.论对未经登记及登记不实财产的强制执行[J].法律适用,2014(10):37-42.

[5]刘俊海.代持股权作为执行标的时隐名股东的异议权研究[J].天津法学,2019(02):7-14.

[6]钱玉文,周运宝.论执行异议之诉中隐名股东资格的确认[J].常州大学学报(社会科学版),2015(01):21-26.

[7]张勇健.商事审判中适用外观主义原则的范围探讨——与最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》相关条文对照[J].法律适用,2011(08):23-26.

[8]王延川.执行程序中权利外观优先保护之检讨——以名义股东股权被执行为例[J].法学杂志,2015(03):72-78.

[9]崔建远.论外观主义的运用边界[J].清华法学,2019(05):5-17.

[10]甘培忠,周淳.隐名出资纠纷司法仲裁若干问题探

讨[J].法律适用,2013(05):18-24.

[11]张双根.论隐名出资——对《公司法解释(三)》相关规定的批判与发展[J].法学家,2014(02):61-77+177.

[12][德]卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].王晓晔,邵建东等译.北京:法律出版社,2003:59-60.

[13]丁南.论民商法上的外观主义[J].法商研究(中南政法学院学报),1997(05):32-38.

[14]陈林莉.外观或事实:隐名股东执行异议之诉的裁判标准//深化司法改革与行政审判实践研究(下)——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集[M].北京:人民法院出版社,2017:47-55.

[15]司伟.有限责任公司实际出资人执行异议之诉的裁判理念[N].人民法院报,2018-08-22.

[16]邓国鹏.关于权利外观主义在执行异议之诉中的适用问题//法院改革与民商事审判问题研究(上)——全国法院第29届学术讨论会获奖论文集[M].北京:人民法院出版社,2018:687-695.

【责任编辑:柴 玮】

Analysis of the judgment rules for litigation against execution of share-holding entrustment

Gou Xuefeng

(Shenyang Intermediate People's Court, Shenyang Liaoning 110013, China)

Abstract: In the case of share-holding entrustment, whether the actual investor can prevent the people's court from enforcing the equity based on the application of the nominal shareholder and creditor is a matter of great controversy in both theoretical circles and judicial practice. Whether the rights and interests enjoyed by a party outside the case in the subject matter of execution are sufficient to exclude compulsory execution should be analyzed based on the nature of the rights and interests. In the model of share-holding entrustment, the nature of the rights enjoyed by the actual investor over the subject matter of execution should be creditor's rights. At the same time, the trust interests of nominal shareholders and creditors should be protected by law. Based on the consideration of the balance of interests and social effects, the actual investor cannot exclude compulsory execution in principle. However, if the actual investor obtains a judgment confirming the rights of the people's court before execution, or the person applying for execution is aware of share-holding entrustment, the actual investor should be allowed to exclude the execution.

Key words: share-holding entrustment; actual investor; litigation against execution

【法学理论研究】

数字安全视角下侵犯虚拟货币的
刑法定性与财产处置

唐岚敕, 刘 浩

(清华大学, 北京 100084)

〔摘 要〕针对实践中侵犯虚拟货币行为的刑法定性, 审判实务中的裁判结果莫衷一是。刑法理论虽陆续提出了“计算机犯罪说”“财产性犯罪说”和“秩序性区分说”三种不同方案, 但均存在一定疑问。解决侵犯虚拟货币的行为定性问题, 应当充分考察我国关于虚拟货币的前置性规范文件, 考量其数字安全保护视野的确立。以虚拟货币为规范对象的前置法, 应将其界定为违禁品而排斥于普通虚拟财产的刑法保护客体之外。解决上述问题, 应当独立建构刑法规制方案, 参照侵犯违禁品的财产犯罪路径对其予以定性; 难以查清货币价值时, 可依照情节定罪量刑。同时, 根据法秩序统一原理的要求, 对于涉案财产处置应采用国家没收的方案, 而不应返还给被害人。

〔关键词〕侵犯虚拟货币; 数字安全; 刑法定性; 财产处置

〔基金项目〕本文系 2024 年四川省犯罪防控研究中心课题“数据产权刑法保障的立法逻辑与向度”(项目编号: FZFK24-09) 的阶段性研究成果。

〔作者简介〕唐岚敕(2001—), 男, 湖北襄阳人, 清华大学法学院刑法学专业 2023 级硕士研究生, 主要从事刑法学研究; 刘浩(1997—), 男, 安徽合肥人, 清华大学法学院刑法学专业 2023 级博士研究生, 清华大学法学院刑事法研究中心研究人员, 主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-06-29

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)04-079-10

端赖网络技术与数字经济在近年来的迅猛发展, 虚拟货币的交易与炒作成为我国数字金融领域一个显著现象, 非法获取他人或平台虚拟货币的行为在司法实践中时有发生。虚拟货币具有去中心化、数字化、弥散化等新型数据的特征, 同时还在自然物理意义上具有一定的经济价值, 因而, 对虚拟货币的规制直接影响到我国的数字金融安全。在总体国家安全观视角下, 数字信息安全和经济安全都是国家安全观“十一个方面”内涵当中的重要环节^①, 维护数字金融安全是数字信息安全和金融经济安全的重要抓手, 也是防范、化解系统性金融风险的必然要求。因此, 从理论上厘清侵犯虚拟货币行为的刑法定性, 不仅

仅是教义学内部理论完善的必然要求, 更在外部实践中对数字法治治理具有重大意义。

一、问题的提出: 对侵犯虚拟货币行为生效 裁判定性之差异

虚拟货币概念向来有广义与狭义之分, 广义的虚拟货币包含“去中心化的加密货币”“中心化的加密货币”和“非加密货币”三种类型^②, 而狭义的、受到国家最严格监管的、直接涉及到数字金融安全的虚拟货币只包含比特币、以太币等去中心化的加密货币和泰达币等中心化的加密货币。本文采纳国家基于安全考量而在有关法律

①参见鞠丽华:《习近平总体国家安全观探析》, 载《山东社会科学》2018 年第 9 期, 第 18 页。

②参见郭旨龙:《侵犯虚拟货币刑法定性的三层秩序观——从司法秩序、法秩序到数字经济秩序》, 载《政治与法律》2023 年第 5 期, 第 49 页。

文件中规定的狭义定义,其研究对象仅包含前两类加密货币。对于游戏币等非加密货币,本文认为可以参照非法获取虚拟财产的规制路径予以处理,而无须将其作为特殊的虚拟货币再行讨论。

当前,在侵犯虚拟货币行为的裁判实务中,行为人承担刑事责任的大方向并不存在过多争议,而在案件裁判中对行为人此罪与彼罪的定性却莫衷一是。下面就几宗案例展开探讨。

(一)案例1:邓某、龚某等人盗窃案

被告人邓某获取包括被害人李某在内多人的雷达网账户及机主个人信息,然后根据获取的机主信息,用同案被告人王某的照片制作虚假的被害人临时身份证。被告人邓某带领王某等人使用该身份证补办了被害人手机卡;补卡成功后,被告人张某将手机卡装至自己手机中,接收被害人雷达网账户登录及交易验证码,再由被告人杨某利用验证码从后台登录被害人雷达网账户,将账户中存储的虚拟货币全部转出。被告人龚某负责接收杨某转移的虚拟货币,通过套现非法获利。一审法院认为:盗窃罪侵犯的客体包括公私财物的所有权,虚拟货币对于其持有人来说具有特定价值,可以作为盗窃罪的侵犯客体,因而应以盗窃罪认定。二审法院肯定了一审法院意见而维持原判^①。本案的案例编写人进一步指出:虚拟货币具有管理可能性、转移可能性和价值性等特点,因而可以成为盗窃罪的客体;本案各被告人的行为构成盗窃罪和非法获取计算机信息系统数据罪的想象竞合^②。

(二)案例2:余某某诈骗案

被告人余某某等人在微信平台上发布虚假广告,欺骗被害人登录其事先建立的虚假质押挖矿网站,投入以太币或柴犬币进行质押,以获取高额收益为诱饵实施诈骗,先后骗取被害人张

某、陈某等11人共计476.745个以太币和54.5亿余个柴犬币。一审法院认为,被告人以非法占有为目的,利用电信网络虚构事实、隐瞒真相,骗取公私财物,情节特别严重,已构成诈骗罪。一审判决后被告人上诉,二审法院裁定驳回上诉、维持原判^③。在案例的定性评析中,承办人指出,认定虚拟货币具有财产属性与禁止虚拟货币流通的规定并不矛盾,骗取他人虚拟货币的行为可以认定为诈骗罪;在涉案财产处置上,二审法院认为,被害人能够提供其合法取得持有依据的涉案虚拟货币,应依法予以返还。但案件承办人指出,对于尚未兑换成法定货币的虚拟货币,能否在执行上以同等价款退赔仍然存在问题^④。

(三)案例3:秦某非法控制计算机信息系统案

被告人秦某利用木马程序,非法控制服务器及客户端计算机共计123台,通过此举“挖矿”获取虚拟货币“门罗币”并盈利。法院认为,被告人秦某违反国家规定,采用向他人计算机信息系统植入木马程序的方式对计算机信息系统实施非法控制,且情节特别严重,已构成非法控制计算机信息系统罪^⑤。

(四)案例4:田某某非法获取计算机信息系统数据案

本案中,被告人田某某应被害人陈某的请求为其申请了数字钱包,并从火币网上将陈某所有的虚拟货币转移至该数字钱包内。在转移虚拟货币过程中,被告人田某某以拍照记录的方式暗中保存了陈某的数字钱包地址和密码。此后,田某某利用保存的密码擅自登录陈某的数字钱包,将陈某数字钱包里的以太坊币转移至自己的数字钱包内。被告人田某某将上述部分以太坊币

①参见江西省南昌市青云谱区人民法院(2021)赣0104刑初274号刑事判决书、江西省南昌市中级人民法院(2022)赣01刑终174号刑事裁定书,载北大法宝网, <https://www.pkulaw.com/pfnl/95b2ca8d4055fce18e45ef6b89be14b568438b6268c9ec6a1bdfb.html>, 最后访问时间:2024年6月27日。

②参见胡件平:《江西南昌青云谱法院判决邓某、龚某等人盗窃案——通过补办被害人手机卡登录被害人雷达网账户窃取虚拟货币行为的定性》,载《人民法院报》2022年7月14日,第6版。

③参见浙江省杭州市上城区人民法院(2021)浙0102刑初479号刑事判决书、浙江省杭州市中级人民法院(2022)浙01刑终123号刑事裁定书,载北大法宝网, <https://www.pkulaw.com/pfnl/08df102e7c10f2060b2a73eff312873fa988cbclaccl8abbdfb.html>, 最后访问时间:2024年6月27日。

④参见蒋科宇,蒋璐如:《骗取他人虚拟货币的定性及涉案财产处置》,载《人民司法·案例》2023年第11期,第7-10页。

⑤参见重庆市丰都县人民法院(2018)渝0230刑初208号刑事判决书,载北大法宝网, <https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3b1114fcec18e6942fc7519fd7c951ee16bdfb.html>, 最后访问时间:2024年6月27日。

兑换成泰达币卖出套现,获利 20352 元。被告人田某某以同样方式将华某数字钱包内的 3.7937 个以太坊币转至自己的数字钱包内,再通过他人将其中 1 个以太坊币卖出套现,获利 20038 元。法院认为,被告人田某某违反国家规定,采用其他技术手段,获取他人计算机系统中存储的数据,其行为构成非法获取计算机信息系统数据罪,责令被告人田某某退赔被害人陈某 20352 元,退赔被害人华某 20038 元^①。

上述四个案件中,裁判定性体现出财产犯罪、计算机犯罪之间的对立。在案例 1、案例 2 中,法官均将虚拟货币认定为被害人合法持有的财产,并运用财产犯罪的思路定性处理;而在案例 3、案例 4 中,法官回避了侵犯虚拟货币的行为定性,根据手段行为的不同,将其分别定性为非法控制计算机信息系统罪和非法获取计算机信息系统数据罪。在涉案财产处置上,由于案例 4 中的被告人已经把非法获取的部分虚拟货币出卖,兑换成法定货币,因而在处置上直接要求被告退还出卖获得的钱款,但是对被告人尚未出卖的 2.7937 个以太坊币,法院并没有明确应当采取何种处置方式。同样,在案例 2 中,被告人并没有把所有非法获取的虚拟货币兑换成法定货币,在涉案财产退赔处置上面临一定的疑问。

由上可知,司法实务针对侵犯虚拟货币行为在刑法上如何定性、尚未兑换成法定货币的涉案虚拟货币如何进行财产处置这两个问题未能形成一致认识,有待于依据刑法教义学理论构建妥当的处理方案。本文的论述思路为:首先,梳理既有侵犯虚拟货币行为的规制路径,评析其各自存在的理论不足;其次,基于数字安全视角论证虚拟货币对象的“类违禁品”属性;最后,基于该属性,具体阐释侵犯虚拟货币行为的刑法规制方案。

二、观点之聚讼:既有侵犯虚拟货币刑法规制路径之反思

针对司法实践中频发的侵犯虚拟货币行为,

理论界在既往针对非法获取他人虚拟财产讨论的基础上,对侵犯虚拟货币的行为做进一步探究,提出了“计算机犯罪说”“财产犯罪说”“区分说”三种主要规制方案。

(一)“计算机犯罪说”的缺陷:诱发刑法评价的不尽周延与实质不公

在关于规制方案的讨论中,有学者明确提出,虚拟货币不属于财产的范畴,应当将侵犯比特币的行为定性为非法获取计算机信息系统数据罪。这种观点的主要依据在于:其一,司法解释明确认为虚拟货币属于计算机信息系统数据而非财产;其二,无论是将虚拟货币作为犯罪对象抑或作为犯罪手段,运用计算机犯罪说的观点都能对其进行合理的处理;其三,相比于财产犯罪需要考虑虚拟货币过大的价格浮动,主张计算机犯罪说更有利于实现实质正义^②。应当说,这种观点不仅反映了司法答复目前的明文要求,也充分考虑到虚拟货币的自然属性和评价属性,在一定程度上回避了案件处置中犯罪数额认定这一难题。

但实际上,“计算机犯罪说”存在如下诸多疑问。第一,司法答复虽然没有直接肯定虚拟货币属于财产,但不能因此直接认为虚拟货币属于计算机系统数据。相关论者提及的最高人民法院《关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》,其主旨是虚拟财产不能被评价为传统意义上的财产,应当被认定为计算机数据。相关论者据此主张虚拟货币应当被评价为计算机信息系统数据,但是其中缺失了一环重要的论证过程——加密货币究竟能否被评价为虚拟财产。考察这一意见回复的具体背景,可以发现其是在虚拟货币体现为游戏币这种非加密化的货币时作出的。将游戏币这种虚拟货币界定为虚拟财产并不存在显著的障碍,但是比特币、以太币、泰达币等加密货币在性质上与游戏币并不相同。游戏币只是在特定的游戏空间场域中具有相应的购买装备、服务功能,而加

①参见重庆市秀山县人民法院(2022)渝 0241 刑初 132 号刑事判决书,载北大法宝网, <https://www.pkulaw.com/pfnl/08df102e7c10f206d9a6e4d613e327989e972c437c755759bdfb.html?keyword=%EF%BC%882022%EF%BC%89%E6%B8%9D0241%E5%88%91%E5%88%9D132%E5%8F%B7%20&way=listView>,最后访问时间:2024 年 6 月 27 日。

②参见张春莉:《虚拟货币的刑法属性及保护路径》,载《浙江社会科学》2022 年第 11 期,第 54-57 页。

密货币的传播广度、衍生投资品属性均是游戏币所不具备的。能否把加密虚拟货币直接按照游戏币的逻辑,界定在“虚拟财产”这一概念的射程范围之内,很难说不存在疑问。

第二,计算机犯罪说的主张无法妥当地解决以虚拟货币为犯罪对象的案件。对于窃取虚拟货币的行为,可以将其评价为手段行为;对于未经允许进入计算机系统转移货币的行为,可以依照行为的不同性质,分别认定为破坏计算机信息系统罪或非法获取计算机信息系统数据罪;但针对诈骗、抢夺、抢劫、敲诈勒索等行为时,这一路径便会显现出一定颓势。例如,甲在乙正在操作虚拟货币系统网站时持枪威胁乙,要求乙将账户内的虚拟货币转移到甲的账户,否则就当场杀死乙。乙迫于威胁,亲自操作电脑将账户内所有虚拟货币交付给甲。又如,丙在知道公职人员丁存在违纪违法事实的情况下,威胁丁如果不将自己账户内的虚拟货币转移给丙,就向纪检监察机关告发丁的违纪违法事实。丁因害怕被告发而向丙交付了自己账户内的虚拟货币。在上述两个案件中,如果不引入抢劫罪、敲诈勒索罪等财产犯罪的分析框架,则无法解决这些以虚拟货币为犯罪对象的案件。在这种情况下,即使引入想象竞合犯或者牵连犯的理论,由于行为人自始至终没有实施过侵入计算机信息系统的行为,穷尽计算机相关的犯罪也无法找到相应的规制方案。

同时,从这一司法文件的性质来看,其只是最高人民法院对于相关问题的司法答复,并没有统一的法释文号,因而只是非规范层面的法律适用答复,在效力上不能和在全国范围内起普遍指导作用的最高人民法院、最高人民检察院司法解释等同。因而不能以本答复为依据,直接推导出“计算机犯罪说”的必然结论。

第三,运用计算机犯罪说的观点同样会导致实质正义的缺陷。虽然最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》确定了认定计算机相关犯罪“情节严重”的多个标准,但其仍然肯定了“违法所得五千元以上或者造成经济损失一

万元以上”可以作为其中一个认定标准。在其他标准无法满足时,仍然不能回避财产犯罪所提供方案的数额认定问题。在不能解决原有缺陷的基础上,“计算机犯罪说”进一步增加了新的实质正义上的问题;如果不承认以数额作为罪量标准而优先考虑计算机犯罪成立的其他标准,则会导致在仅控制、侵入一台计算机的情况下,对于获取虚拟货币数量巨大和数量微小的罪量要素差别无法进行有效区分,最终增加新的实质不公平。

(二)“财产性犯罪说”的不足:导致刑法评价的类推涵摄与处置障碍

面对司法实践中诉诸计算机类犯罪规制路径处理虚拟财产犯罪出现的捉襟见肘现状以及新兴侵犯虚拟货币类犯罪频发的现实问题,多数学者开始立足于财产犯罪规制方案展开讨论。持这一观点的学者主张,将侵犯虚拟货币的行为定性为计算机犯罪,会存在涵盖罪状类型不充分、违背罪责刑相适应原则、忽视行为本质和犯罪目的、导致计算机犯罪滥用、无法适用罚金刑起到预防效果等几个大方向问题;主张肯定比特币等虚拟货币的财产属性,进而适用刑法侵犯财产罪的有关罪名对相关的非法获取行为进行评价^①。此种财产犯罪的路径在大的方向上有其可取之处,因为明确客观存在属于前置法上不予保护的财产和刑法要予以评价的财产之间并不矛盾,体现了该观点对于法秩序统一原理的进一步深化认识;同时,相比于“计算机犯罪说”的观点,其更为全面地评价了行为人的实行行为与法益侵害。

但若深入探究,便会发现“财产犯罪说”的观点并非完美无缺,理论界出现了许多针对这一观点的质疑之声。

一方面,有学者认为,从立论根据性上看,与主张“计算机犯罪说”的学者一样,主张“财产犯罪说”的学者没有详细分析虚拟货币相比于虚拟财产在自然属性与法律性质上的特殊性,直接依照管理可能性、转移可能性、价值性的三个特征标准把虚拟货币归入财产范畴,而没有依据财产

^①参见任彦君:《侵犯虚拟货币行为的刑法定性分析》,载《法商研究》2022年第5期,第167-171页。类似的观点参见江溯:《侵犯虚拟货币行为的定性》,载《人民司法·案例》2023年第11期,第17-18页;叶良芳:《数据抑或财物:以虚拟货币为犯罪对象的案件之定性分析》,载《中国应用法学》2023年第3期,第70-73页。

的完整性定义去对虚拟货币进行涵摄归属。这如同当时针对非法获取虚拟财产犯罪的讨论中,持“计算机犯罪说”的学者对持“财产犯罪说”的学者所批评的一样,把虚拟货币解释为财产“属于类比而不是涵摄”^①。不利于被告人的类推是对刑法没有明文规定的行为进行定罪处罚,在本质上属于创造法律^②,因而这种论证方法应当被禁止。

另一方面,从方案可行性上来看,“财产犯罪说”的观点面临数额认定和涉案财产处置两个方面的问题。在数额认定上,如前文所述,虚拟货币每日的价格均会出现较大浮动,如果按照传统的犯罪路径去认定,在数额的具体确定上就会面临标准不明的问题,对后续的精准量刑、涉案财产处置均会产生一定消极影响;而在涉案财产处置上,如果将其认定为财产犯罪,一个重要内容就是确定对被害人的赔偿数额,那么继续按照市场法确定虚拟货币价值进行退赔,将会再次陷入价值不明的“罗生门”。如果虚拟货币仍然存在,尚未被行为人兑换成法定货币,也同样会陷入前述案例中实务人员所面临的困局:在我国已经明确出台了禁止虚拟货币流转的规定后,要求行为人直接把特定数量的财产直接退还到被害人原来的网络账户中,在技术上是否具有可操作性,其操作方法是否违反前置法的规定,均会产生一定的难题。

(三)“秩序性区分说”的疑问:引起刑法评价的标准不明与法域冲突

不同于“计算机犯罪说”和“财产犯罪说”所主张的单一规制路径,也有学者主张根据不同的侵犯虚拟货币行为背后所涉及的不同秩序,在数字经济秩序观的视野下对不同行为进行区分定性:对于侵犯平台的虚拟货币、扰乱计算机网络程序运行秩序的,应当根据不同的情形认定为破坏计算机信息系统罪或非法获取计算机信息系统数据罪,抑或同时构成两罪;对于侵犯货币用户利益的犯罪,则应当依照相关的财产犯罪去进

行定罪处罚^③。这种观点对于侵犯行为的对象作进一步区分,形成了形式上更为清晰的处理规则。但这种区分说的方案不仅未能解决之前两类学说所面临的问题,反而对侵犯虚拟货币行为的刑法规制造成了新的疑问。

第一,这一区分方案所提出的区分标准并不明确。平台秩序和用户利益在特定条件下往往是同时受到侵害的。虽然从形式上看,平台运行秩序和用户利益是两种独立的客观实在,二者有各自独立存在的价值,可是在每一个侵犯虚拟货币的特定犯罪中,行为人对于网络平台秩序的侵犯和对用户利益的侵害往往是一体化的。例如,在行为人甲秘密窃取被害人乙交易平台账户内虚拟货币的场景下,行为人甲必然首先采取技术手段,破除平台准入的相关保密技术措施,才有可能对乙个人账户内的虚拟货币进行转移。可见,在未取得用户形式同意的情况下,行为人在手段上必定先违反虚拟货币运营平台的规则,然后再侵犯用户个人的利益,二者往往同时遭受侵害。这种场景下,很难界定受到主要侵害的究竟是平台秩序还是用户利益。

第二,即使行为人采用窃取之外的其他手段,也无法明确将损害区分到不同的数字经济秩序当中去。由于虚拟货币不同于传统实体财产中清晰的占有关系,民法对于虚拟财产的性质尚有“权利说”与“利益说”之争,在“权利说”中也存在着“物权说”“债权说”“知识产权说”等多种主张^④。如果采纳“债权说”“知识产权说”和“利益说”的观点,那么虚拟货币的实际权利归属者所享有的就是一种对网络平台的财产性请求权,虚拟货币实际上由平台事实占有。在这种情况下,即使绕开网络平台,单纯以窃取以外的其他手段来取得用户虚拟货币的行为,在侵犯用户对于虚拟货币的财产性利益的同时,也完全有可能侵犯了平台对相关数字经济信息的占有。

第三,这种对于平台秩序的认可与前置性法律法规的精神存在矛盾。对于虚拟货币的一切

①参见欧阳本祺:《论虚拟财产的刑法保护》,载《政治与法律》2019年第9期,第42页。

②参见黎宏:《刑法学总论》(第二版),北京:法律出版社2016年版,第19页。

③参见郭旨龙:《侵犯虚拟货币法定性的三层秩序观——从司法秩序、法秩序到数字经济秩序》,载《政治与法律》2023年第5期,第62-67页。

④参见谢潇:《网络虚拟财产的物债利益属性及其保护规则构造》,载《南京社会科学》2022年第9期,第90页。

交易所涉及的民事法律行为的效力,有关法律文件直接认定为无效,并且相关行为一概会受到行政处罚。因而,即使采纳经济财产说,也只能认为相应的占有事实具有经济价值性,可以受到有限保护,但不能认可相应的平台交易秩序可以成为受刑法保护的对象。

综上,理论界提出的“计算机犯罪说”“财产犯罪说”和“秩序性区分说”都建立在以往针对侵犯虚拟货币行为刑法定性的讨论基础上。这些方案均能在一定程度上解决侵犯虚拟货币的刑法评价问题,但也存在着共性的问题:从方案普遍性的角度来看,其没有能够很好地解决以往针对虚拟财产的刑法规制讨论中所出现的问题;从方案特殊性的角度来看,这些观点在很大程度上只是将虚拟货币简单涵摄到虚拟财产当中,没有考虑到虚拟货币有别于一般虚拟财产的特殊性,这些特殊性会对刑法规制方案、财产处置规则的建构产生更为重要的影响。因而,从理论的视角看,仍然有从教义学方法上对这些方案进行进一步完善的空间。

三、前置性问题:数字安全视野下虚拟货币刑法属性之定位

从上述不同观点主张中可以看出,不同的方案均涉及到一个共同的问题——虚拟货币在我国法律上的性质究竟为何。在上述不同观点的论证中,持“财产性犯罪说”和“秩序性区分说”的学者肯定了虚拟货币可以构成刑法意义上的财产;持“计算机犯罪说”的学者则否定了虚拟货币可以进行上述涵摄。民法学界既有学者主张虚拟货币是一种非中心化的新型数据^①,也有学者主张虚拟货币应当作为一种财产性利益来进行保护^②。对于虚拟货币性质的认定,尤其是虚拟货币是否构成刑法上的财产、构成刑法上何种类型的财产利益,则会直接影响到规制路径的不同。本文认为,如果要探讨这一问题,必须认真考虑前置法规和司法解释对于虚拟货币性质的认识,结合数字安全观,对虚拟货币的刑法性质作出准确认定。

(一)前置法对虚拟货币性质界定的态度转向

早在2013年,面对社会经济生活中新出现的比特币等虚拟货币所涉及的投资风险,中国人民银行(以下简称央行)、工业和信息化部等五部门联合发布了《关于防范比特币风险的通知》(以下简称《2013通知》)。在这一规范性文件中,央行等五部委将虚拟货币界定为“一种特定的虚拟商品”,并且认定了比特币等虚拟货币“不能且不应作为货币在市场上流通使用”,明确要求我国金融机构和支付机构不得从事经营虚拟货币相关的业务。但对于公众使用虚拟货币所进行的金融投资,文件只是进行了洗钱、投资等风险的提示,没有表现出明确的否定评价态度。

到了2017年,面对虚拟货币市场经济实践当中出现的问题,央行等七部门再次针对虚拟货币的有关问题发布了《关于防范代币发行融资风险的公告》(以下简称《2017公告》)。这一公告除了重申《2013通知》中关于虚拟货币不属于法定货币的立场外,还把禁止从事代币发行融资活动的主体从金融机构扩展到了任何单位和个人,要求全社会高度警惕从事虚拟货币相关交易活动的风险,并且要求相关行业组织充分发挥自律作用,自觉抵制虚拟货币金融活动,彰显对融资活动的全面禁止和对虚拟货币经营活动指导性意义上的否定性评价。

继续考察2021年中国人民银行、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等十部门联合发布的《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》(以下简称《2021通知》)则会发现,有关部门的监管态度全方位加强。该文件直接明确虚拟货币相关业务活动均属于非法金融活动,“一律严格禁止,坚决依法取缔”。对于一切民事主体开展的有关虚拟货币的投资,其相关民事法律行为的性质均应当被界定为无效。这实际上就是向全社会宣告:一切涉及虚拟货币的交易活动在法律上均予以禁止,一切涉及虚拟货币的投资均违反了效力性强制性规范而被认定为无效。

①参见王敬礼,李建华:《数据权视域下虚拟货币法律属性及其规制》,载《中国社会科学院大学学报》2022年第2期,第101-112页。

②参见齐爱民,张哲:《政策与司法背景下虚拟货币法律属性的实证分析》,载《求是学刊》2022年第2期,第105-118页。

(二)数字安全渗入虚拟货币监管的鲜明特点

归纳上述虚拟货币监管文件精神就会发现,现行司法文件对虚拟货币的态度总体上出于对数字安全视野的考量。这一数字安全观的确立主要有以下特点:

第一,数字监管主体不断增多,在监管职权上呈现出不断增强的趋势。从最开始的只有涉及金融的行政机构和党的领导机构发布规范性文件,到有司法权和侦查权的司法机关和行政机关联合发布司法文件,体现了国家监管态度的重视和监管力度的加大。

第二,数字监管内容不断丰富,在监管对象上由特殊主体到一般主体。在最初的《2013 通知》中,监管部门只是禁止金融机构从事虚拟货币相关的融资活动;到了《2017 公告》,监管部门把上述禁止性规定的对象扩大到了一切主体;而最新发布的《2021 通知》,则直接把涉及虚拟货币的所有投资交易都界定为非法金融活动,对一切主体所涉及的一切与虚拟货币相关的业务活动均在法律规范上予以效力性禁止。

第三,数字监管态度不断趋严,对于虚拟货币的否定程度不断增强。在《2013 通知》中,有关部门虽然否定虚拟货币属于法定货币,但仍然承认其具有虚拟商品属性;在《2017 公告》中,监管部门直接将虚拟货币一词加上了引号,彰显了对相关融资活动指导性意义上的否定评价;在《2021 通知》中,虽然没有直接否定虚拟货币的财产属性,但直接将其相关的业务界定为非法业务,禁止其在我国境内进行流转交易,实际上明确了虚拟货币在我国是类似于毒品、淫秽物品的违禁品。

有学者提出,“通知并未禁止私人之间的虚拟货币交易,也未规定这类交易一律违反公序良俗原则”,认为只是从禁止融资走向禁止炒作^①。出现这种主张源于没有充分运用语言逻辑和背景原因来分析《2021 通知》的含义。从语言逻辑上看,《2021 通知》的语言表述为“虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动”,而不是“虚拟货币

相关金融活动属于非法金融活动”,这说明一切与虚拟货币相关的交易都是被禁止的,况且“炒作”一词本来就内含金融活动的意旨;从背景原因上来看,国家禁止比特币等虚拟货币交易,并不仅仅是对于金融机构发生风险进而损害投资者利益的考量,其根本原因是基于数字金融安全观的指导,防止虚拟货币产生危害国家的系统性金融风险,防范潜在的犯罪人利用虚拟货币在“暗网”等不受国家监管、不留痕的虚拟空间中为实施犯罪做出准备和提供便利。在总体国家安全观视角下,加密的、不受监控的虚拟货币的存在自然应当被全面禁止。

综上所述,在我国总体金融安全观不断增强安全保障、强调打赢化解系统性金融风险攻坚战的角度下,应当将虚拟货币的性质界定为违禁品,并在此基础上探寻刑法的规制方案。

四、新方案建构:刑法类违禁品财产犯罪规制方案之提倡

在虚拟货币可以被界定为违禁品的基础上,本文主张运用财产犯罪的基础框架对侵犯虚拟货币的行为进行规制;在涉案财产的处置上,本文亦主张参照违禁品的处置规则。

(一)建构侵犯虚拟货币规制方案的基点:尊重前置法规及法秩序统一性

若要在刑法规制的视角下构建出合理的定性和处置方案,就必须在法秩序统一原理的指导下,在建构规制定性和财产处置方案时不与前置法的目的发生冲突。

目前,针对法秩序统一原理对建构刑法规制方案的要求,学界主要存在“绝对从属性”“相对从属性”和“刑法独立性”三种观点,其中主张相对从属性观点的内部又可以划分为“缓和的违法一元论”和“违法相对论”两种观点。主张“绝对从属性”的学者认为,犯罪的罪质定性是由前置法决定,而量的具备由刑法自身来决定,刑法与前置法的关系可以概括为“前置法定性与刑事法定量的统一”^②。持“相对从属性”观点的学者根

①参见叶良芳:《数据抑或财物:以虚拟货币为犯罪对象的案件之定性分析》,载《中国应用法学》2023年第3期,第72页。

②参见田宏杰:《刑民交叉问题的实体法立场与分析方法》,载《政治与法律》2021年第12期,第50页。

据对是否承认一般违法性这一问题的不同态度,被区分为“缓和的违法一元论”和“违法相对论”两种观点。持“缓和的违法一元论”的学者认为,刑法与前置法存在一般的违法性概念,但是如果构成刑法上的不法,则应当具备一定的“质”和“量”即可罚的违法性^①;持“违法相对论”观点的学者则否认一般违法性概念的存在,但同样要求顾及前置法的立场,不能在刑法领域作出与前置法的目的相矛盾、冲突的解释^②。认可刑法独立性的观点,则会认为刑法自身有独立的规范目的,可以完全不受前置法的拘束,只需要结合法益和构成要件进行独立的判断^③。应当说,考察上述观点,除了作为少数说的刑法绝对独立性的观点以外,无论采用哪种观点,均要求我们对于前置法认定为合法的行为,在刑法上不能认定为违法;对于前置法认定为违法的行为,如果能够确定规范保护目的是一致的,并且能够达到刑法所规定的罪量要求,在刑法上也应当给予否定性评价^④。在规制侵犯虚拟货币的行为时,也必须贯彻上述要求,让前置法与刑法规范的保护目的不相冲突。

在本文所讨论的问题中,如果要贯彻上述各种观点对法秩序统一原理的共识,首先要尊重前置法规对比币的性质界定。如前文所述,在总体国家安全观背景下,鉴于对数字安全的突出强调,虚拟货币在我国的事实地位已经类似毒品、淫秽物品等违禁品。因此,在建构规制方案的过程中,必须考虑到虚拟货币这一“类违禁品”的特殊性,在“法律—经济的财产说”下构建合适的定性规制与财产处置方案。

(二)类违禁品财产犯罪定性方案的适用:保护事实占有和参照情节量刑

虽然虚拟货币在我国目前被界定为违禁品,一般人对违禁品既没有所有权也没有占有权,只

是一种非法占有^⑤,但我国民法学界一般肯定将占有作为一项“能够依法赋予占有人在其实施控制之物上以特定法律地位的事实”^⑥,我国的司法解释也肯定违禁品可以成为财产犯罪的对象^⑦。因此,即使将虚拟货币界定为违禁品,也并不影响参照财产犯罪的处理规则对其进行处理。需要指出的是,刑法对于侵犯虚拟货币占有的行为进行评价定性,并不能代表国家层面对虚拟货币金融交易、买卖双方具体利益的认可。从规范的层面来看,刑法对于某种行为进行否定性评价是为了确保刑法不得侵犯他人财产这一规范的有效性;从法益的角度来看,这里所保护的法益也并不是非法金融交易市场双方买卖虚拟货币有关的权利,而仅仅是特定人对于虚拟货币的占有这一特定事实。进一步来说,是为了方便让虚拟货币这一违禁品能够像毒品、精神类麻醉药品一样早日进入国家收缴管控范围,进而维护我国金融安全,防范系统性金融风险。

在“法律—经济的财产说”指导下,认定虚拟货币本身属于违禁品,但同时可以定义其为刑法上的财产,这与前置法的规定并不矛盾。的确,并非所有在民法上无效的法律行为均能表明行为对象属于违禁品,比如民法上同样认为利率超过4倍LPR的借款合同属于无效合同,但不代表法定货币属于违禁品。可是如前文所述,仔细审查我国有关虚拟货币的法规中对于金融安全保障问题的规定,或许在《2013通知》和《2017公告》出台时可以采纳这种解释,但是在《2021通知》出台之后,有关虚拟货币的一切交易活动均被禁止。一种一切交易均被禁止的物品,在法律属性上当然可以被界定为违禁品。与此同时,民法上对于此类物品的态度虽然类似违禁品,以此类违禁品为交易对象的一切附带行为也都会在

①参见郑泽善:《法秩序的统一性与违法的相对性》,载《甘肃政法学院学报》2011年第7期,第65页。
②参见周光权:《论刑法所固有的违法性》,载《政法论坛》2021年第5期,第39页。
③参见郭研:《部门法交叉视域下刑事违法性独立判断之提倡——兼论整体法秩序统一之否定》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2020年第5期,第79-84页。
④参见周光权:《法秩序统一性原理的实践展开》,载《政法论坛》2021年第5期,第1-3页。
⑤参见张明楷:《刑法学(下)》(第6版),北京:法律出版社2021年版,第1230页。
⑥参见刘家安:《民法物权》,北京:中国政法大学出版社2023年版,第328页。
⑦《最高人民法院 最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条第4款规定:“盗窃毒品等违禁品,应当按照盗窃罪处理的,根据情节轻重量刑”。

效力评价上被认定为无效,但就这些违禁品本身而言,其仍然具有管理可能性、价值性和转移可能性^①,在民法上也仍然是法秩序所认可的财产。因此,认定虚拟货币属于类违禁品,同时认定其属于刑法中的财产,这与前置法规的要求并不矛盾。

在对侵犯虚拟货币的行为按照财产类犯罪定罪量刑时,可以参照《最高人民法院 最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条的规定,采用“根据情节轻重量刑”的方法处理。值得说明的是,由于我国的司法解释并没有建构具体的情节量化规则,所以仍然需要参考虚拟货币在被告人实施相应行为当日的“市场价”来进行处理,这与非法获取毒品等违禁品的审判实践中需要参考“黑市价”的做法相类似。如果在特定时期内,虚拟货币在非法交易市场上的价格波动过大,可以采取市场法的价格认定规则,让专业价格认定机构形成专门性问题的调查报告,在价格事实存疑时按照有利于被告人的原则进行价格认定。运用这种方案进行处理,既可以避免以往计算机犯罪中法益评价的不充分,还可以避免旧的财产犯罪说的数额认定难题。事实上,从对司法解释修正的角度来看,在未来或许可以探究出单纯依据情节来进行财产犯罪量刑的规则。因此本文认为,可以按照此方案进行处理。

(三)类违禁品涉案财产处置方案的展开:禁止交易回溯与没收处置财产

具体到本文而言,在具有金融法性质的前置监管规范中,《2021 通知》明确禁止了虚拟货币在我国领域内的交易,而且将一切与买卖虚拟货币相关的民事法律行为界定为无效,这实际上向社会公众传递出一种规范信号,即一切与虚拟货币相关的交易均不受民法的肯定评价,无法通过法律途径进行救济,并且会受到金融监管部门的处罚。正如前文所述,之所以要实行此种最严格的禁止,正是出于防范虚拟货币衍生出的系统性金融内生风险,并且进一步防范虚拟货币可能引发的“暗网”犯罪等次生犯罪。刑法之所以要对侵

犯违禁品的行为给予否定性评价并进行规制,其主要目的是国家能够尽早将违禁品没收,防止其社会上进一步流通造成危害。这与前置法的规范保护目的是一致的。因此,对于前置法已经明确仅仅保护有关虚拟货币的占有事实,而不保护任何个人和组织关于虚拟货币的财产权利或利益的态度,刑法在案件财产的处置态度上也应当与之保持一致。而且,从实践角度来看,如果要把虚拟货币从被告人所控制的账户返还给被害人,在技术上只能通过被告人自己委托第三方虚拟货币交易平台进行处理。在《2021 通知》的背景下,这些第三方交易平台的存在本身以及其所从事的交易活动在性质上均会被认定为违法,其所实施的一切法律行为在民法上也会被认定为无效,实际上不可能存在以合法方法将作为违禁品的虚拟货币退还给“被害人”的情况。

因此,在涉案财产处置上,应当根据《中华人民共和国刑法》第64条规定,“违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收”,由审判机关在财产处理时对相关虚拟货币依据判决交由国家没收。这里并没有真正的“被害人”,因而不需要进行复杂的法定货币对应核算和财产退赔。国家将虚拟货币作为违禁品没收后,在技术上可以直接运用数据的删除手段来完成。通过数据删除,可以直接回避前文所述在虚拟货币没有兑换成法定货币时,返还“被害人”在技术上和行为规范上所面临的难题。即便在技术上直接删除虚拟货币面临着相应的难题,但在全面禁止比特币交易的背景下,也不应将委托第三方公司卖出虚拟货币所得价款返还给原占有人。

五、结语

面对在理论和实践中引发广泛讨论的侵犯虚拟货币行为,本文充分考虑了金融法的前置性规定,以及维护总体国家安全观中的数字安全、防范化解系统性金融风险的中心思想。本文基于前置法规对虚拟货币交易行为效力的态度变化,界定了当下虚拟货币在我国法秩序中的性质

^①虽然有学者批评此种做法属于类推涵摄,但站在本文的立场上,管理可能性、转移可能性、价值性是财产的核心要素,只要符合这三个要素就可以认定为财产。将具备这三个特征的客观实在归入财产范畴并不是类推涵摄,而是演绎推理的结果。

定位,并在尊重法秩序统一原理和前置法规的基础上,提出类违禁品财产犯罪处理方案。对于侵犯虚拟货币的各类行为,本文主张按照财产犯罪规制侵犯违禁品行为的类似路径进行定性处置,在无法以数额定罪量刑时,可以依照情节、数量来进行具体刑期的确定。在财产处置上,要避免通过刑法来保护前置法不予保护的财产性利益,对相应的虚拟货币应采取国家没收的方案。这不但是化解实践中处理返还虚拟货币法律问题的便宜之策,更具有贯彻法秩序统一原理的长远考虑。

当然,在实践当中贯彻本文所提出的方案,未来仍须从两个方面发力:其一,在刑法教义学

上,要逐步改变我国财产犯罪认定中自唐律以来形成的单一“计赃论罪”模式,构建以情节为基础的财产犯罪科学量刑方案;其二,在财产处置技术上,必须适应虚拟货币去中心化的现实。尤其是公安机关和法院财产执行部门,应当提高虚拟财产处置的技术能力,避免当下部分案件中出现的自行委托甚至要求犯罪嫌疑人委托涉嫌违法的第三方公司处置虚拟货币的现象。只有从理论和实践两方面发力解决好上述难题,本文所建构的方案才能够在司法实践中发挥出更大的效能。

【责任编辑:高 锋】

Criminal characterization and property disposal of infringement of virtual currency from the perspective of digital security

Tang Lanchi, Liu Hao

(Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: Regarding the criminal characterization of acts that infringe virtual currency in practice, the judgment results in trial practice are inconsistent. Although criminal law theory has successively proposed three different solutions, namely “computer crime theory”, “property crime theory” and “order distinction theory”, there are certain doubts in all of them. To solve the problem of characterization of acts that infringe virtual currency, we should fully examine China’s pre-regulatory documents on virtual currency and consider the establishment of its digital security protection vision. Pre-regulatory laws that regulate virtual currency should define it as contraband and exclude it from the protection objects of ordinary virtual property in criminal law. To solve the above problems, we should independently construct a criminal law regulation plan and characterize it by referring to the property crime path of infringing contraband; when it is difficult to ascertain the value of the currency, the conviction and sentencing can be based on the circumstances. At the same time, according to the principle of unity of legal order, the property involved in the case should be confiscated by the state, but not be returned to the victim.

Key words: infringement of virtual currency; digital security; criminal characterization; property disposal

【法学理论研究】

论数字经济背景下劳动者的个人信息保护

马 银¹, 潘善斌²

(1. 吉林大学, 吉林 长春 130012; 2. 贵州民族大学, 贵州 贵阳 550025)

〔摘 要〕数字经济的发展在给人们生活带来便利的同时,也为个人信息泄露和滥用行为提供了可乘之机,在劳动者个人信息保护方面体现得更加明显。尽管我国已出台多部涉及劳动者个人信息保护的法律法规,司法机关也作出诸多相关判决,但尚未形成体系性,实践中依然存在一定问题。数字经济背景下劳动者个人信息具备的独特之处,为其个人信息保护带来困难,包括“知情—同意”规则虚置、劳动者在收集和处理个人信息等方面处于劣势、劳动者个人信息保护法律法规滞后等。对此,应当拓宽劳动者个人信息保护路径,及时采取以下对策:落实“知情—同意”规则适用范围;规制用人单位收集和处理劳动者个人信息环节的行为;健全保护劳动者个人信息的法律法规体系。

〔关键词〕数字时代;劳动者个人信息保护;“知情—同意”规则

〔作者简介〕马银(1992—),女,安徽阜阳人,吉林大学法学院2024级人权法学博士研究生,主要从事人权法学研究;潘善斌(1966—),男,安徽安庆人,贵州民族大学法学院教授、博士生导师,法学博士,主要从事民商法学研究。

〔收稿日期〕2023-11-13

〔中图分类号〕D922.16;D922.5〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)04-089-08

数字经济时代以其独有的特征和发展趋势,对劳动者个人信息保护提出了前所未有的挑战。随着大数据、云计算、人工智能等新技术的广泛应用,个人信息的收集、存储、分析和利用方式发生了深刻变革。统计数据显示,近年来全球数据量呈爆炸式增长(如图1所示)。这一庞大的数据规模不仅为经济发展提供了强劲动力,也加剧了个人信息泄露和滥用的风险。近年来引起广泛关注的“N市环卫工人智能手环”^[1]“H市某企业智能坐垫”^[2]和“女子拒绝公司查看手机被无偿辞退”^[3]等事件,都证明了劳动者个人信息保护的重要性和紧迫性。

一、数字经济背景下劳动者个人信息保护概述

(一) 数字经济的概念和特征

在G20杭州峰会上,数字经济被定义为:“把数字化的知识以及数字化的信息当成重要的生

产要素,载体为网络,以有效使用信息通信技术当成提高效率和优化结构的助推力的各种经济活动”^[5]。目前来说,G20峰会对于数字经济的定义是比较典型的,在此基础上,本文拟对数字经济作如下定义:数字经济是把数据资源当成不可或缺的生产要素,把现代信息网络当作载体,以数字技术为驱动力量的新的经济形态。在技术层面,包括大数据、云计算、物联网、区块链、人工智能、5G通信等新兴技术;在应用层面,“新零售”“新制造”等都是其典型代表^[6]。

综合各方观点,本文认为数字经济具有以下特征。第一,更新迭代快。经济的高速发展和技术更新之间的矛盾只有通过快速的更新迭代才能缓解。第二,非独占性。当今是一个共享的时代,共享即代表着数字经济的高速发展既不属于某一个人,也不属于某个群体,而是属于全人类。第三,专用性。数字经济的非独占性并不代表着无界限、无区分。某项数字经济技术的研究和发

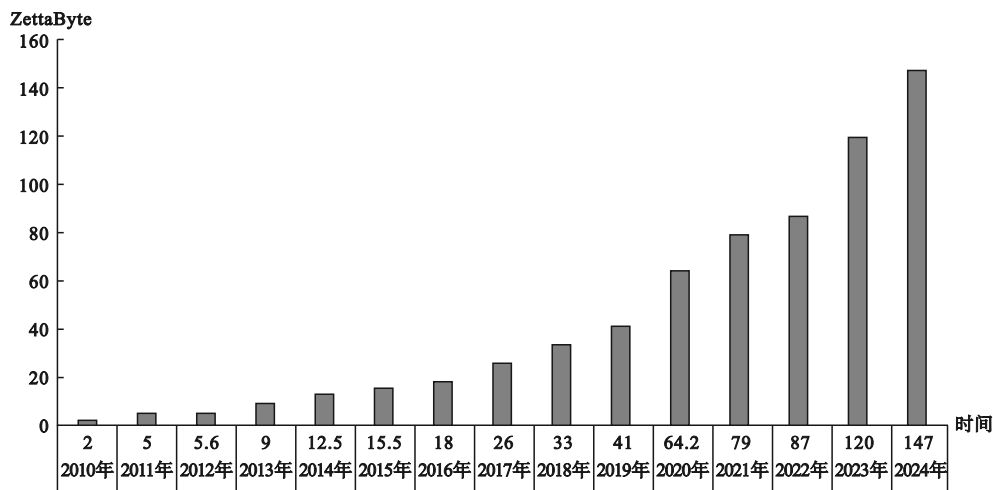


图1 全球范围内创建、捕获、复制和消费的数据/信息量^① [4]

展必定专属于某个行业、专用于某个行业;同时,数字经济是专属于这个时代的产物,即信息大爆发时代的产物。

(二)数字经济背景下劳动者个人信息权的特点

在数字经济浪潮下,劳动者个人信息的收集与利用方式相较于之前发生了深刻变革,具备了鲜明的时代特色。

第一,数字化与网络化的形态。随着数字技术的发展和普及,劳动者的个人信息逐渐实现了数字化和网络化。此种变化无疑为劳动者求职应聘、签订劳动合同、日常沟通等活动提供了便利,但这些过程都包括大量的个人信息,且需要即时在线处理和存储。较之以往,数字经济时代下劳动者的个人信息更易于获取、处理和使用,在为相关各方提供便利的同时,增加了信息被泄露和滥用的风险。

第二,丰富的内容以及高敏感度。劳动者的个人信息不仅包含姓名、年龄、性别等基本信息,还包括工作经历、技能特长、薪资水平等职业信息,甚至包括健康状况、家庭情况等敏感信息。这些信息对于用人单位来说具有重要的商业价值,但涉及较多个人隐私,需要得到法律法规及各相关主体的严格保护。

第三,复杂的处理方式。在数字经济时代,劳动者个人信息可能被多种主体以多种方式处理和使用。劳动者本人、用人单位、第三方服务机构、数据分析公司等多种主体都可能随时随地处理劳动者个人信息。数字经济时代的个人信息内容庞杂、涉及面广,其处理方式繁多,包括但不限于收集、存储、分析、共享等。这种复杂性和多样性增加了个人信息保护的难度。

第四,动态化的权益边界。随着数字经济的快速发展和技术的不断进步,劳动者个人信息权的内涵和外延也在不断变化。新的个人信息类型、处理方式和应用场景不断涌现,使得劳动者个人信息权的边界变得更加模糊和动态。因此,对劳动者个人信息权的保护需要不断适应这种变化,及时调整和完善相关政策和措施。

第五,失衡的隐私保护与数据利用。数字经济的发展依赖于数据的收集、分析和利用。然而,这种利用往往涉及到劳动者个人信息的获取和处理。如何在保障劳动者个人隐私权的同时,促进数据的合理利用,成为数字经济时代面临的严峻挑战。用人单位需要在遵守法律规定的前提下,采取适当措施,确保劳动者个人信息的合法获取和使用,并尊重劳动者的隐私权。

①Zettabyte(ZB,泽它字节或皆字节)是一种资讯计量单位,现今通常在标示网络硬盘总容量,或具有大容量的储存媒介之储存容量时使用。1泽它字节(ZB)的容量大约等于1万亿吉字节(GB)。随着技术的发展,全球数据量正以前所未有的速度增长,GB、TB、PB、EB等单位将逐渐显得不足,全球将正式进入一个以ZB为单位的数据存储和处理的新时代。参见百度百科, <https://baike. so. com/doc/3215794 - 25371856. html>,最后访问时间:2024年7月10日。

二、数字经济背景下劳动者个人信息保护的现状

（一）数字经济背景下劳动者个人信息保护的立法现状

在劳动法领域,我国尚未就劳动者个人信息保护作出直接规定,仅在《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第8条^[7]中略有涉及。这一条款通常被用以限制用人单位的知情权,但由于规定较为简略,实践中难以切实保障劳动者个人信息权益。相反,该条款更多体现的是对用人单位知情权的授权,要求劳动者配合,而未充分展示倾斜保护劳动者利益的精神。2020年12月18日,人力资源和社会保障部发布的《网络招聘服务管理规定》则是针对数字经济背景下新型招聘模式而制定的。该规定明确要求用人单位合法、合理地收集、保存、使用劳动者个人信息,禁止非法提供、买卖劳动者信息,违反者将依据《中华人民共和国电子商务法》相关规定受到处罚。

2021年,我国首部针对数据信息的专门立法《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)正式实施。该法分为八章,对个人信息的定义、保护原则、处理规则、跨境传输规定、信息主体权益、处理者义务、个人信息保护部门职责以及相关法律责任作出明确规定,初步建立了较为完善的个人信息保护法律框架。此外,《中华人民共和国网络安全法》(以下简称

《网络安全法》)第四章“网络信息安全”部分对网络经营者处理个人信息的原则、规则、保管义务以及信息主体的删除权和更改权作出规定,为个人信息保护提供了宏观法律依据。公安部网络安全保卫局联合北京网络行业协会、公安部第三研究所共同研究制定的《互联网个人信息安全保护指南》,进一步明确了个人信息的概念,规范了收集、删除行为,并提出了信息安全等级保护、匿名化处理等技术措施,以保护互联网个人信息。

目前,《中华人民共和国宪法》尚未对个人信息权作出专条规定,但是在“公民的权利义务”中规定了人格权;在民法方面,2017年实施的《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)首先在第109条规定了人格权的保护,紧接着在第110条、第111条对隐私权和个人信息分别作出规定,意味着《民法总则》在立法层面承认了隐私权和个人信息的区别,并予以区分对待;2021年正式实施的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)延续了《民法总则》的规定,将个人信息纳入“人格权编”的保护范围之内,并在第六章中对个人信息的保护范围、权能范围、责任承担方式、匿名化处理等内容作出进一步细化,为保护公民个人信息提供了更为具体的民法支持;《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第253条之一“侵犯公民个人信息罪”规定了侵犯公民个人信息的三种情形,并明确规定该罪名的犯罪主体包括单位。刑法的处罚相对于民法更加严厉,能够督促相关单位积极保护劳动者的个人信息。

表 1 与劳动者个人信息保护相关的法律

序号	颁布时间	法律名称
1	2012 年	《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》
2	2012 年	《中华人民共和国劳动合同法》
3	2016 年	《中华人民共和国网络安全法》
4	2017 年	《中华人民共和国民法总则》
5	2019 年	《互联网个人信息安全保护指南》
6	2019 年	《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》
7	2020 年	《中华人民共和国刑法》
8	2020 年	《网络招聘服务管理规定》
9	2021 年	《中华人民共和国个人信息保护法》
10	2021 年	《中华人民共和国民法典》
11	2021 年	《中华人民共和国数据安全法》
12	2022 年	《中华人民共和国妇女权益保障法》

综上所述,我国已经从各方面、各层级的法律法规进行立法,以重点保护个人信息,但是尚未在《劳动合同法》中具体、明确地规定对劳动者的个人信息进行保护。用人单位往往掌握更多劳动者的个人信息,在数字经济高速发展时期,劳动者面临更大的个人信息权益遭受侵害的风险。例如,许多用人单位要求劳动者将个人档案调入单位保管,用人单位采集劳动者的面部信息、指纹信息以便于考勤打卡等,这些管理行为都包含了收集劳动者的基本个人信息。上述信息一旦泄漏,将使劳动者处于一种“透明状态”。

(二)数字经济背景下劳动者个人信息保护的司法现状

笔者以“个人信息”为关键词在中国裁判文书网检索,共检索到12955份法律文书,反映出我们国家对个人信息保护的重视,也反映出公民保护个人信息的积极性。本文从中选取与“劳动者个人信息保护”主题有关的案例进行分析,归纳出我国个人信息保护的以下现状。

第一,信息保护的案例数量连年上升。根据图2以看出,我国个人信息保护案例数量总体处

于不断上升趋势(此表根据中国裁判文书网的数据绘制。根据中国裁判文书网上传数据惯例,近几年的数据尚未完全上传,所以2020年以后的案例数量出现减少情况)。该趋势既彰显我们国家从司法领域加大对个人信息的保护,也说明我国确实存在较多的侵害个人信息的情况。中国裁判文书网只是展示了我国司法领域对个人信息的保护的基本情况,实践中还有许多个人选择隐忍或者私下解决。

第二,劳动者保护个人信息更加困难。被称为“第四次工业革命”的“数字革命”不仅给人们的生活带来便利,也使得人们陷入随时随地变成“透明人”的状态,给劳动者个人信息保护带来了诸多挑战。相对于用人单位来说,劳动者明显处于劣势地位,且用人单位往往掌握更多劳动者的个人信息。如果不加以严格监管,将会严重侵害劳动者的合法权益。很多用人单位在劳动者使用的办公电脑上安装监视软件,监视劳动者上班期间的一举一动,这种做法无疑严重侵犯了劳动者的个人隐私。

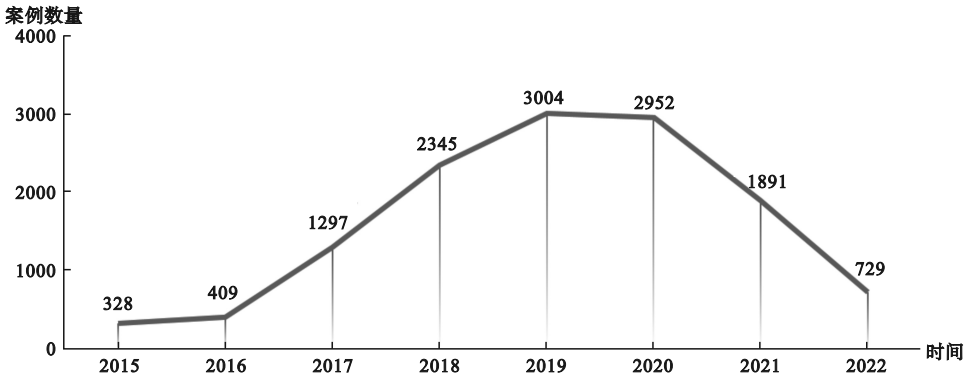


图2 2015—2022年我国个人信息保护案例数量

三、数字经济背景下劳动者个人信息保护的困境

(一)“知情—同意”规则虚置

“知情—同意”规则构成用户行为信息采集的合法性基础^[8]。该规则要求信息处理者在收集、处理、使用或共享个人信息之前,必须向信息主体提供充分的信息,并获得其明确同意^[9]。但在实际操作中,“知情—同意”规则未得到严格执行。“知情—同意”规则虚置,是个人信息保护领

域受到广泛关注的问题。

收集和使用信息变得复杂和普遍,增加了信息收集、保存和使用的成本。技术的高速发展,使得个人信息的收集、处理、使用和共享程序变得日趋普遍和复杂,用人单位需要向其他信息主体(劳动者)索要的信息也越来越多。站在用人单位的角度考虑,每次涉及使用劳动者(信息主体)的信息均需要适用“知情—同意”规则,无疑会增加信息处理者的工作量和成本,导致其不愿意履行或无法充分履行相应义务。

从另一个角度来看,作为信息主体的劳动者往往缺乏相应的知识、能力和时间来理解复杂的隐私政策和条款。隐私政策和条款的专业性加大了劳动者理解的难度。有些劳动者认为,这些政策和条款只是简单地点击“同意”按钮作出表态,没有真正理解其含义和后果。当前国内劳动力市场竞争激烈,劳动者时间的匮乏性和求职的迫切性无疑使这种情况愈演愈烈。更有些用人单位利用劳动者“不理解、没时间”的弱点,故意采用模糊或误导性的表述来规避告知义务,使劳动者难以作出正确的选择。

导致“知情—同意”规则虚置的另一个重要原因是监管和法律执行力度不足。根据表1的分析可知,尽管我国已经颁布实施的与个人信息保护相关的法律法规较多,但是直接规定“知情—同意”规则及其如何适用的法规几乎没有,加之监管能力和资源受限,处罚力度偏弱,导致难以对用人单位进行有效监督,加剧了用人单位冒险违规操作的现实风险。

(二)劳动者在收集、处理个人信息方面处于劣势

当前,劳动者与用人单位在信息收集和处理能力上存在着较为显著的差距。用人单位通常拥有更为先进和强大的技术手段,能够更方便地收集、存储和处理劳动者的个人信息;相比之下,劳动者往往缺乏足够的技术资源和知识能力保护自己的个人信息,使得劳动者难以有效维护自己的个人信息权利。

劳动者与用人单位的差距源于劳动者在劳动关系中通常处于弱势地位。劳动者往往依赖用人单位提供的工作机会和条件来维持生计,因此在面对用人单位强势的个人信息收集和处理要求时,没有足够的谈判能力和话语权。如前所述的“强制给环卫工人配置智能手环”事件中,环卫工人将辛苦繁重且受人轻视的环卫工作作为唯一生活来源,在明知佩戴手环会侵犯其个人隐私、影响劳动者个体尊严的情况下,仍然选择牺牲隐私和尊严换取微薄的经济收入以维持生计。企业创新管理,采用新技术手段以改善生产环节、提高生产效率无可厚非,加强管理、追逐更高利润亦可以理解。但在此过程中,不能将员工置于隐私暴露、自由受限、缺乏安全感的环境而不

顾。近年来,随着经济下行、就业市场低迷,劳动者处于劳动关系劣势的态势不断加剧,其权利义务随着就业难度加大仍处于不断失衡的状态。

信息不对称的问题加剧了劳动者在劳动关系中的不利态势。在收集和处理个人信息时,用人单位掌握着更多的信息和资源,牢牢控制着劳动关系的主动权;劳动者则处于相对劣势,对自己个人信息被如何收集、使用和共享一无所知。如前文所述“为员工配备智能坐垫”的案例,H市某高科技企业打着照顾员工身体健康的旗号,为员工配置智能坐垫,侵犯劳动者个人隐私,对员工进行无死角监控。事发之前,员工根本不知道公司配置智能坐垫行为背后的真实动机。信息能力和信息技术的不对称,使得劳动者难以有效管理和控制自己的个人信息。

(三)劳动者个人信息保护的法律法规滞后

信息技术的飞速发展,尤其是人工智能和大数据等技术的广泛使用,使得用人单位收集、处理、使用、分享劳动者个人信息的行为变得更加复杂、隐蔽。如前所述,信息收集、使用的复杂性让劳动者无从理解这些过程,隐蔽性让劳动者无从知道这些过程,最终导致劳动者对个人信息泄露这一企业侵权行为既无应对之觉也无应对之策。现有法律法规未能及时跟上技术发展的步伐,导致在保护劳动者个人信息方面存在滞后性。如表1所示,针对个人信息保护我国目前已经形成以《民法典》为基本保护,以《个人信息保护法》和《网络安全法》为专门保护,以《刑法》为升级保护的 mode。但是这些法律规定分布较为零散,缺乏统一性和系统性,导致出现纠纷时劳动者个人信息保护相关依据不明确、不全面,出现了法律适用空白和冲突。

目前,我国关于劳动者个人信息保护的规定尚不完善。尽管已有多部法律明确规定保护个人信息,甚至制定了专门法律强化个人信息保护,但大多数法律规定只提供了概念性的描述,缺乏具体的保护措施和操作指南。例如,虽然《民法典》对个人信息保护作出专章规定,但只规定了责任内容及责任主体;《刑法》只是设置了“侵犯公民个人信息罪”以保护公民的信息权利,但对于如何保护劳动者个人信息、如何界定侵权行为等问题均语焉不详,使得实际操作中缺乏明

确的法律依据和操作指引。

四、数字经济背景下劳动者个人信息保护的
路径探析

(一)明确“知情—同意”规则的适用范围

明确“知情—同意”规则的适用范围,是一个既涉及道德约束、法律和社会责任,又涉及多方利益主体的重要议题。在明确这一规则的适用范围时,应当对各方利益进行仔细权衡,既确保劳动者的知情权和自主权得到尊重,也可以在较为合理的、合法的范围内,维护社会秩序和公共利益。

首先,需要明确“知情—同意”规则的基本含义。这一规则要求在涉及个体权益的决策过程中,个体应被告知相关信息并基于这些信息作出自主决策。然而,在现实中,这一规则的适用范围过于宽泛,导致出现不必要的限制或滥用。本文认为,为明确“知情—同意”规则的适用范围,可以从以下方面进行规范。第一,明确信息披露的必要性和范围。并非所有信息都需要向个体披露,因此可以制定明确标准,确定哪些信息是必要披露的,哪些信息可能是不必要的。对于不必要的信息可规定免于披露,以减轻个体的负担。第二,区分不同类型的决策场景。对于风险较高或影响重大的决策,应严格执行“知情—同意”规则;对于风险较低或较为普通的决策,则可以适当放宽要求,允许个体在不完全了解所有细节的情况下作出决策。第三,考虑公共利益和社会福祉。在某些情况下,为了维护公共利益或社会福祉,可能需要限制个体的知情权和自主权。例如,在突发公共卫生紧急事件的情况下,政府需要采取应急措施,此时个体的知情权和自主权可能会受到一定限制,这是合理合法且必要的。第四,加强监管和执法力度。为了确保“知情—同意”规则在合理范围内执行,政府相关部门需要加强监管和执法力度。对于滥用或违反规则的行为,应依法予以惩处。

其次,明确“知情—同意”规则的适用范围,需要在尊重个体权益与维护社会秩序和公共利益之间找到平衡。通过明确信息披露的必要性和范围、区分不同类型的决策场景、考虑公共利益和社会福祉以及加强监管和执法力度等措施,

可以更好地实现这一目标。

(二)规制用人单位收集、处理劳动者个人信息
环节中的行为

规制用人单位收集、处理劳动者个人信息环节中的行为需要多方面努力,多种措施并举。通过明确告知与同意、限制收集范围、合理使用与存储、建立监督机制以及加强法律宣传与教育等措施,可以规范用人单位的信息收集和使用行为,有效保护劳动者的个人信息安全。

第一,明确告知与同意。用人单位在收集劳动者个人信息前,必须明确告知劳动者收集信息的目的、范围、方式以及可能出现的风险。最重要的是,必须获得劳动者的明确同意。劳动者授权既可以是书面、纸质的直接同意,也可以是电子授权,还可以通过微信或者通话直接授权、同意。劳动者有权拒绝提供个人信息,且用人单位应当尊重劳动者的这一权利。用人单位不能用开除劳动者、转岗、扣发工资或奖金等形式要挟劳动者同意提供个人信息。第二,限制信息收集范围。用人单位只能收集与劳动合同直接相关且有必要的个人基础信息,且用人单位应当说明收集这些信息的用途。例如,用人单位可以收集劳动者的姓名、联系方式、教育背景、工作经历等个人信息,这些信息属于劳动者的基础信息,便于用人单位因人制宜,决定是否录用劳动者以及为劳动者安排适合发挥其知识技能优势的工作岗位,且上述信息并不涉及劳动者较为私密的信息。但是,对于涉及劳动者隐私的敏感信息,如健康状况、家庭情况等,用人单位原则上不得收集,除非有明确的法律依据规定应当收集或劳动者自愿提供。例如,根据《中华人民共和国食品安全法》第45条规定,对直接接触入口食品的工作,需要相关人员提供健康证明^[10]。第三,用人单位必须采取必要的技术和管理措施,确保收集的劳动者个人信息不被泄露、篡改或滥用。对此,用人单位可以通过使用加密技术保护数据传输和存储、限制信息访问权限、定期进行安全审计和风险评估等方式,加强对劳动者信息的管理。第四,合理使用与存储。用人单位只能在收集信息时明确告知的目的范围内使用劳动者个人信息。如果因为工作需要把信息用于其他目的,必须再次获得劳动者的明确同意。同时,用

人单位应当根据工作需要合理确定信息的存储期限,并在不再需要该信息时及时删除。比如,在员工离职时,用人单位应当将与该员工有关的个人信息及时删除。第五,建立监督检查机制。劳动监察部门应加强对用人单位收集、处理劳动者个人信息行为的监督检查,对违法行为及时查处,依据违法情节和相关法律规定予以行政处罚;泄露劳动者个人信息情节较为严重尚不构成犯罪的,由公安机关依据《中华人民共和国治安管理处罚法》予以治安处罚;情节严重的,则适用《刑法》追究其刑事责任。劳动者也应积极维护自身合法权益,对用人单位违法收集、处理个人信息的行为及时投诉和举报。第六,加强宣传教育。政府相关部门通过举办讲座、制作发放宣传资料等方式,提高劳动者保护个人信息的意识和能力,帮助其主动维护自己的合法权益。适当、适时的普法宣传教育,能够提高用人单位和劳动者双方的个人信息保护意识,劳动者可以知道哪些属于应当提供给用人单位的信息,用人单位则可以明确哪些信息处理行为属于侵权行为。

(三)健全保护劳动者个人信息的法律法规体系

体系性的法律保护应当着眼于劳动者信息保护的方方面面。首先,需要明确规定劳动者个人信息的定义和范围。劳动者个人信息包括但不限于姓名、年龄、性别、身份证号码、联系方式、家庭住址、教育经历、工作经历、薪资水平等。这些信息直接关系到劳动者的隐私权和财产权,因此必须得到严格保护。其次,应当严格界定收集、存储、使用和共享的范围。收集个人信息时遵循合法、合理、正当、必要的原则固然重要,但明确告知劳动者信息收集、存储、使用、共享的目的、范围和方式更加重要。同时,应当规定采取保护的必要技术和管理措施,确保劳动者个人信息的安全性和保密性。对于违反法律法规的行为,应依法追究相关责任人的法律责任。最后,应当规定个人信息泄露应急响应机制,并明确具体责任及责任主体。一旦发生个人信息泄露事件,相关部门应立即启动应急响应机制,采取有效措施防止信息进一步扩散,并及时通知受影响的劳动者。相关部门应及时组织对信息泄露事件的调查和处理,查明事件原因,确定具体责任

人以及责任承担方式。

为了切实保障劳动者的合法权益,形成体系性的法律法规保护尤为重要。劳动者是社会发展的基础,他们的权益保障直接关系到社会的稳定和发展。劳动者在应聘时、工作过程中、离职时,其个人信息权均应受到依法保护。劳动者个人信息权益的保障,不仅关乎劳动者的生存权与发展权,也是社会公平正义的重要体现。

五、结语

在数字经济蓬勃发展以及国家高度关注人权保护的时代背景下,劳动者的个人信息权保护已成为一个不容忽视的重要议题。大数据、云计算等技术的广泛应用,使个人信息的获取、存储、分享、分析和利用愈发便捷,同时也伴随着信息泄露、滥用和非法买卖等风险。面对这一挑战,劳动者应增强个人信息保护意识,了解相关法律法规,学会运用法律武器维护自己的合法权益;用人单位作为信息的主要收集者和使用者,应主动承担起相应责任,依法依规使用劳动者个人信息;政府作为保障责任主体,应当积极立法和司法,推动个人信息保护法律法规的完善和实施,形成体系性的个人信息保护法律法规,确保劳动者个人信息使用的安全与合法;劳动监管部门应当加强监管和执法力度,积极进行普法宣传教育,为劳动者营造安全、可靠的信息环境;社会组织应当和上述主体齐心协力,共同做好劳动者个人信息保护工作。

数字经济背景下劳动者个人信息保护是一项长期而艰巨的任务,需要各方共同努力、协同推进。只有这样,我们才能在享受数字经济带来的便利与高效的同时,确保劳动者个人信息得到充分、有效的保护。

[参考文献]

[1] 裴睿. 南京环卫工停留超 20 分钟手环就喊“努力工作”? 已叫停[EB/OL]. (2019 - 04 - 04) [2024 - 6 - 14]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_3256944.

[2] 李白白. 用坐垫监视员工,这是“高科技管理”?[EB/OL]. (2021 - 01 - 06) [2024 - 6 - 14]. https://mp.weixin.qq.com/s/_biz=MjM5NzM0MzQ4MQ==&mid=2654643446&idx=1&sn=ddd206156c7b5ec98b777336d5012cce&chksm=bd157d608a62f476cd52b0a260463d7d95477fe05

ff4387a9d248fb313ddc7dddf1307834b67&scene=4#wechat_redirect.

[3] 观察者网. 女子拒绝公司查手机聊天记录被无偿辞退, 专家解读: 明显违法[EB/OL]. (2023-04-07)[2024-6-14]. https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_22605488.

[4] 栾晓曦, 赵易凡. 全球数据量井喷但存储量只占2%[EB/OL]. (2023-03-15)[2024-06-14]. <https://www.iit.tsinghua.edu.cn/info/1131/3346.htm>.

[5] 刘顺海. 数字经济定义为以使用数字化的知识和信息作为关键生产要素[EB/OL]. (2022-10-05)[2023-11-14]. https://roll.sohu.com/a/590433374_416839.

[6] 袁伟华. 数字经济, 如何引领未来[N]. 河北日报, 2017-11-24(005)。

[7] 全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国劳

动合同法[EB/OL]. (2012-12-28)[2024-6-17]. https://www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdgdgknl/zcfg/fl/202011/t20201102_394622.html.

[8] 郑佳宁. 知情同意原则在信息采集中的适用与规则构建[J]. 东方法学, 2020(02): 198-208.

[9] 林涸民. 个人信息保护中知情同意原则的困境与出路[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2018(03): 13-21.

[10] 全国人民代表大会常务委员会. 中华人民共和国食品安全法[EB/OL]. (2021-04-29)[2024-06-17]. <http://lawdb.cncourt.org/show.php?fid=153065&key=CA%B3%C6%B7>.

【责任编辑: 张戈】

On the protection of workers’ personal information in the context of digital economy

Ma Yin¹, Pan Shanbin²

(1. Jilin University, Changchun Jilin 130012, China;
2. Guizhou University for Nationalities, Guiyang Guizhou 550025, China)

Abstract: The development of the digital economy not only brings convenience to people’s lives, but also provides opportunities for personal information leakage and abuse, which is more obvious in the protection of workers’ personal information. Although China has issued a number of laws and regulations concerning the protection of workers’ personal information, and the judicial organs have made many relevant judgments, it has not yet formed a system, and there are still some problems in practice. The unique features of workers’ personal information in the context of digital economy bring difficulties to the protection of their personal information, including the absence of “informed-consent” rules, the disadvantage of workers in the collection and processing of personal information, and the lagging laws and regulations on the protection of workers’ personal information. In this regard, we should broaden the path of protecting workers’ personal information and take the following measures in time: implementing the scope of application of the “informed-consent” rules; regulating the collection and processing of workers’ personal information by employers; improving the system of laws and regulations of protecting workers’ personal information.

Key words: digital age; protection of workers’ personal information; “informed-consent” rules

【法学理论研究】

法治视域下辽宁数字经济治理面临的挑战与应对

史亚杰

(辽宁公安司法管理干部学院,辽宁 沈阳 110161)

〔摘 要〕良好的法治环境是数字经济高质量发展的重要条件之一。以法治保障辽宁数字经济发展,是缩小辽宁与经济发达地区差距,促进辽宁社会经济效率提升的重要路径。在新经济形势下,结合辽宁省情实际,在把握数字经济快速发展带来机遇的同时,应充分认识到法治视域下辽宁数字经济治理所面临的问题与挑战。在全新数字化法治理念的基础上,构建数字经济发展的法律治理体系,需要立法、执法、司法以及守法主体共同努力,充分发挥法治对数字经济发展的的保障作用,更好推动数字经济高质量发展。

〔关键词〕数字经济;数据安全;法律治理;知识产权

〔作者简介〕史亚杰(1981—),女,内蒙古通辽人,辽宁公安司法管理干部学院刑事司法教研部副教授,主要从事法理学研究。

〔收稿日期〕2024-06-07

〔中图分类号〕D901〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)04-097-08

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央对加快推进法治中国、数字中国、网络强国建设,推进数字治理体系和治理能力现代化作出系统谋划,提出一系列具有原创性贡献的新思想、新观点、新论断。党的二十大报告指出,要加快发展数字经济,促进数字经济和实体经济深度融合,打造具有国际竞争力的数字产业集群^①,为数字经济的未来发展指明了方向,并将其上升为国家战略。习近平总书记强调:“要完善数字经济治理体系,健全法律法规和政策制度,完善体制机制,提高我国数字经济治理体系和治理能力现代化水平”^②。以数字化认知、数字化思维、数字化技术全面推进和系统建构法治中国,已成为推进全面依法治国的战略需求和必然选择。在习近平法治思想指引下,我国相继出台了《促进大数据发展行动纲要》等一系列重要政策制度,制定了网络安全法、数据安全法、个人信息保护法等法律法规。2022年1月,国务院印发《“十四

五”数字经济发展规划》,明确“十四五”数字经济高质量发展需要法治护航。2023年3月,中共中央、国务院印发《党和国家机构改革方案》,提出组建国家数据局,推进数据制度体系建设;2023年10月,国家数据局正式揭牌。大数据战略已经上升为国家战略,将数字中国、数字经济、数字社会建设一体纳入法治化轨道。

近年来,我国高度重视数字经济发展的法治保障。在国家层面,有关数字经济发展的相关政策和立法不断完善,特别是在电子商务、互联网金融科技、网约车、网络直播等“新业态”方面制定了一系列行之有效的法律法规,为数字经济的快速发展提供了有力支持,极大促进了我国数字经济创新发展;同时,部分省市也在积极探索推进数字经济发展的举措,结合本地区经济特点和发展环境制定和出台相关地方政策法规。数字经济和实体经济深度融合发展,已经成为催生我

①参见习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗》,载2022年11月1日《人民日报》,第1版。

②参见习近平:《不断做强做优做大我国数字经济》,载《求是》2022年第2期,第4-8页。

国实体经济高质量发展新动能的关键举措和建设现代化经济体系的重要着力点。

尽管当前我国数字经济发展整体向好,但其法律治理仍存在着一定程度的不足与困境。本文以辽宁数字经济发展的法律治理为研究样本,深入分析其法律治理现状、面临的困境及其成因,并进一步探讨优化辽宁数字经济发展的法律治理路径,以期对辽宁乃至全国的数字经济发展提供有益参考。

一、我国数字经济发展法律治理现状

进入全面智能化、数字化转型时代,数据已经成为现代社会发展的新型生产要素和基础性战略资源,建立健全数据治理体系成为推进国家治理体系和治理能力现代化的重要支撑^①。2019年10月,国家发展和改革委员会、中央网络安全和信息化委员会办公室联合推出《国家数字经济创新发展试验区实施方案》,确定在浙江、福建等六个地区进行数字经济创新发展与治理试验,旨在鼓励这些试验区在体制机制上进行创新,并探索制定地方性法规。在此背景下,数字经济领域的法治建设,除了由国家统一制定的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)、《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)等基础性法律制度外,还包括地方政府制定和出台的适用于本经济区域数字经济发展的政策和法规。

(一)国家层面数字经济发展法律治理现状

在国家层面,全国人大及其常委会对数字经济的发展与立法高度重视。2004年颁布的《中华人民共和国电子签名法》,成为我国第一部涉及数字经济的法律规范。党的十八大以来,我国不断加快数字经济立法步伐,相关法律体系日益完善。2020年通过的《中华人民共和国民法典》,为数字经济的法律行为和法律关系提供了基本遵循,并为相关立法预留了空间;《中华人民共和国电子商务法》《中华人民共和国网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等法律法规,不仅为数字经济发展提供了明确的法律依据,也为保障网络安全、数据安全和个人信息安全划定了安

全底线。2021年通过的《个人信息保护法》《数据安全法》,是我国发展数字经济的关键立法。在数据被提升到基本战略资源高度的背景下,保障数据安全成为保障数字经济发展的关键。因此,要构建科学严密的数字经济法律体系,相关法律、行政法规、部门规章在对数字经济的某些事项作出具体规定的同时,应处理好数字经济与法律治理的关系,充分保障数字经济政策法律能够发挥其应有的作用,推动数字经济健康有序发展。

与此同时,我国通过制定包括《互联网信息服务算法推荐管理规定》《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》《网络强国战略实施纲要》《“十四五”数字经济发展规划》在内的政策规范和战略规划,明确了数字经济发展的目标和路径,为数字经济的长远发展提供了指引。《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》是全球第一份系统构建数据基础制度的政策文件,构建了数字经济的基本权利框架,完善了数据基础制度,不仅为数据的合理使用和流通提供了法治保障,也为数字经济和实体经济的深度融合发展奠定了坚实基础。为应对新形势新挑战,把握数字化发展新机遇,拓展经济发展新空间,推动我国数字经济健康发展,2023年1月,国务院印发《“十四五”数字经济发展规划》,明确了“十四五”时期推动数字经济健康发展的指导思想,描绘了“政府主导、多方参与、法治保障”的数字经济治理蓝图,这就要求构建一个协调统一、高效运转的数字经济治理架构和规则体系,包括打造跨部门、跨地域的协同监管网络,建立健全与数字经济相契合的法律法规体系等。

(二)地方层面数字经济发展法律治理现状

近年来,为了贯彻落实中央精神,各地党委政府积极出台与数字经济有关的政策,旨在推动本区域内数字经济高质量发展。2020年推出的《浙江省数字经济促进条例》,在推动浙江省乃至全国的数字法治化建设方面具有里程碑意义,也是我国首部关于促进数字经济发展的地方性法律规范。该条例在国内首次定义了数字经济的法律概念,并首次提出了“数字产业化”与“产业

①参见房毓菲:《推动协同治理 健全数据治理体系》,载《中国信息界》2023年第1期,第44-47页。

数字化”的法律概念,标志着我国正式在法律层面将发展数字经济确立为经济社会发展的重要战略^①。同年9月,《广东省数字经济促进条例》正式施行,明确规定数字经济发展应以数字产业化和产业数字化为核心,推进数字基础设施建设,实现数据资源价值化,提升城市治理数字化水平,为数字经济的良好发展营造了有利环境^②。

2022年以来,地方数字经济的立法工作加速推进。河南、江苏、上海、福建、北京等地纷纷出台了与数字经济或数据相关的促进条例和发展条例。这些地方性法规对地方数字经济发展作出系统规划,为数字经济的健康发展提供了有力的制度保障。福建省是我国数字经济发展起步早、发展成果显著的地区,特别是在数据资源整合、数据共享和信息技术创新应用方面取得了显著成效,其实施的省级政府信息资源标准化、规范化和时空化转换等举措,以及整合各部门的数据中心和信息中心,探索数据相关领域的创新应用,为我国大数据科学立法提供了宝贵经验^③。

二、法治视域下辽宁数字经济治理的挑战

作为老工业基地,辽宁省拥有丰富的产业数字化场景资源和数字产业化数据资源,数字经济在工业领域的渗透力高于全国平均水平^④。党的十八大以来,辽宁省委、省政府高度重视数字辽宁建设,将其作为推动辽宁社会经济高质量发展的重要路径。为了提升数字融合发展能力,辽宁省以数字经济引领高质量发展,推动制造业领军企业率先实现数字化发展,以带动整个行业的数字化转型进程。中国信息通信研究院发布的《中国数字经济发展报告(2021年)》显示,辽宁

省2021年数字经济总体规模已超过人民币1万亿元,数字经济已经成为振兴辽宁、提升城市韧性的重要力量^⑤。

党的二十大报告明确提出“推动东北全面振兴取得新突破”。为全面贯彻落实党的二十大精神,把握新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局,推动高质量发展,辽宁省委、省政府充分利用辽宁数据资源优势,加快建设“数字辽宁、智造强省”。数字经济的高质量发展,离不开法治保驾护航^⑥。2021年辽宁省政府印发《数字辽宁发展规划(2.0版)》,全面布局全省数字化发展思路、发展目标和工作举措,在此基础上制定颁布了《辽宁省数字经济发展促进条例》,旨在强化顶层制度设计,推动数字经济的发展。在数字化转型中,辽宁省和很多地区一样,面临着数据资源挖掘汇聚难、开发利用不充分、数据处理市场主体预期不明晰、数据安全保障体制机制不健全等突出问题,在一定程度上影响着资源优势的发挥,迫切需要制定一部地方性法规加以解决。2022年8月出台的《辽宁省大数据发展条例》(以下简称《条例》),其立法目的就是要充分挖掘我省数据资源优势,发挥数据效用,加快大数据发展,为建设“数字辽宁、智造强省”提供法治保障^⑦。该《条例》不仅明确了大数据发展的具体目标和核心原则,还进一步强调了对公共数据的规范化管理和安全保障,以确保数据使用的合规性与安全性。2024年5月制定的《沈阳市数字经济促进条例》,旨在推动数字技术与实体经济深度融合,助力数字经济蓬勃发展。这些法律法规共同构成了辽宁省数字经济治理的法律框架,为推动数字经济的健康发展和加快老工业基地数字

①参见郭其钰:《〈浙江省数字经济促进条例〉3月1日起实施 系国内首部》,载中国新闻网,<https://www.chinanews.com.cn/gn/2021/02-26/9420157.shtml>,最后访问时间:2024年3月23日。

②参见广东省工业和信息化厅:《广东省数字经济促进条例》,载广东省工业和信息化厅网,http://gdii.gd.gov.cn/gkmlpt/content/3/3459/mpost_3459410.html#2896,最后访问时间:2024年6月4日。

③参见吕利玲:《宁夏数字经济发展法律治理研究》,银川:宁夏大学硕士学位论文,2022年。

④参见施文郁:《2023中国数交会在大连开幕》,载《中国经济导报》2023年7月13日,第06版。

⑤参见侯鑫宇,李雪铭,宋瑞,刘贺,宋依珊:《辽宁省数字经济与城市韧性协调发展时空演化特征与驱动力》,载《资源开发与市场》2023年第12期,第1584-1591页。

⑥参见马树娟:《法治护航数字经济高质量发展》,载《法治日报》2023年3月7日;转引自中国人大网,http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202303/t20230307_424043.html,最后访问时间:2024年6月5日。

⑦参见《辽宁省大数据发展条例》,载百度百科,https://baike.baidu.com/item/%E8%BE%BD%E5%AE%81%E7%9C%81%E5%A4%A7%E6%95%B0%E6%8D%AE%E5%8F%91%E5%B1%95%E6%9D%A1%E4%BE%8B/61291803?fr=ge_ala,最后访问时间:2024年6月5日。

化转型提供了有力法治保障。

良好的法治环境是数字经济高质量发展的条件,以法治保障辽宁数字经济发展,是缩小辽宁与经济发达地区差距,促进辽宁社会经济效率提升的重要路径。当前,辽宁数字经济建设正沿着数字化、网络化、智能化方向发展,整体呈现良好的发展态势,但与北京、上海、广东等先行地区相比还有一定差距^①。在工业互联网、车联网、平台经济、直播电商、在线教育、远程办公等新业态、新模式不断涌现的新经济形势下^②,辽宁数字经济发展在紧密结合辽宁省情实际、适应数字经济加速发展带来机遇的同时,也要充分认识到法治视域下数字经济治理所面临的问题与挑战。

(一)数字经济治理的立法问题

当前,我国在数字经济法律治理方面已经形成基本的法律框架体系。然而,由于制定主体之间沟通不畅,导致法律、行政法规、地方性法规之间缺乏有效衔接,法律制度之间的相互协调性不足。在推进数字经济法律治理的辽宁实践过程中,如何监管、怎样保护、怎么规制等一系列问题亟待立法予以规范明确。

一是数字经济法律供给缺乏。在数字经济高速发展的时代背景下,我们面临的首要问题是数字经济法律供给的缺乏。随着新技术不断涌现,传统的工业经济体系已经受到重大影响,现实中,由于法律规则的制定往往滞后于新型经济业态的发展,导致现有的法律制度体系无法全面、具体地满足数字经济的需求。为了解决这个问题,亟须尽快建立一套完善的市场化法治保障体系,涵盖数据确权、交易、保护等方面,以释放数据的价值和活力。例如,因辽宁省缺乏数据信息共享方面的政策法规,尚未做到有效收集、整合、利用数据资源,很难实现跨部门、跨行业信息资源互联、互通、共享,影响了数字经济的高效发展。

二是规制数字经济的法律规范存在分散和缺位的问题。尽管我国在法律、法规、规章和规范性文件等多个层面对数字经济相关制度作出

了规定,但由于缺乏个人信息保护、数据安全、数字经济促进等领域的法律法规,导致数字经济法律体系不够健全。同时,由于沟通不充分和本位主义等因素,既有的相关规定有时存在相互冲突的情况,导致在应对数字经济发展过程中出现的新问题时,往往陷入“头痛医头,脚痛医脚”的被动困境。

三是数字经济立法层级较低,难以解决现有问题。很多对数字经济有重要影响的规定只是规范性文件。随着数字经济的深入发展,亟须与时俱进,尽快变革完善现有的法治体系,以适应数字经济的特点。这就需要我们运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定、应对风险,在现有法治体系的基础上进行动态性重塑,建立适应数字经济发展特点的新型法治体系。

(二)数字经济治理的执法挑战

辽宁在数字经济法律治理执法建设方面面临着多重挑战,这些挑战不仅源于数字经济的复杂性及快速发展带来的一系列不确定因素,也与相关法律法规的滞后性和执法工作难度较大密切相关。

一是数字经济的跨界性、虚拟性和动态性,使得传统的执法方式和手段难以适应数字经济快速发展的现状。数字经济具有高度创新性和动态性,涉及大数据、云计算、人工智能等多个领域,这些技术的快速发展使得传统的法律框架和监管手段难以适应新形势需要。目前,数字经济治理的基础问题尚未厘清,治理共识有待深化融合。法律保护制度的缺位,重要概念界定、认定机制、保护机制的缺失,以及制度供给不足和配套措施不全,制约了数字经济的发展。此外,部门化、利益化以及治理目标不统一等现象在实践中频繁出现,中央与地方各部门之间权限划分不明确,多种因素的重叠纠缠,导致实践中执法效果不佳,不仅增加了执法工作难度,也增加了企业的合规成本。

二是执法标准不清晰是当前数字经济执法

①参见刘海波:《加快发展我国数字经济路径研究——以辽宁省为例》,载《辽宁行政学院学报》2023年第6期,第46页。

②参见金凤:《江苏省数字经济促进条例8月1日起施行》,载中国科技网, <http://stdaily.com/index/kejixinwen/202205/434bed61e6cd4d6e90cd41bd6fcb8992.shtml>,最后访问时间:2024年6月6日。

工作面临的一大难题。由于数字经济领域的复杂性,不同部门、不同地区在执法过程中往往存在标准不一致的情况,不仅影响了执法公正性和权威性,而且由于法律概念不明确、标准不一致和透明度不足,使得在法律适用和执行过程中存在争议和质疑。由于数据权属不清,导致出现政府部门多系统、多流程、重复投入的不合理现象。

三是数字经济中的数据安全和隐私保护问题是执法工作面临的重要挑战。随着数字经济的不断发展,个人数据和信息成为重要资产,面临被泄露和滥用的风险。辽宁数字经济治理的执法工作还面临着技术挑战。数字经济具有高度的技术性和创新性,而传统的执法手段往往难以适应这一特点。如何在保障数据安全、隐私保护的前提下,有效运用技术手段进行执法,是当前亟待解决的问题。

四是数字经济的跨境性使得执法工作面临更大的难度。在全球化背景下,数字经济活动往往涉及多个国家和地区,不同国家的法律体系和监管标准存在差异,给辽宁的数字经济执法工作带来了很大挑战。

(三)数字经济治理的司法挑战

数字经济的发展也给司法工作带来了诸多挑战。数字经济的不断发展与强大,持续催生个人数据、企业数据等特殊的数字权利客体,不断孕育出数据采集者、加工者、持有者、使用者、经营者等全新类型的法律主体,快速塑造着数据库利用、AI生成、算法推荐等极具特色的法律关系。伴随而来的争议纠纷,对司法提出了新的挑战与要求。

一是数据安全与数据保护的挑战。随着数据全球化和数字技术的发展,法律需要平衡国家安全、公共利益和个人隐私之间的关系,需要进一步规范数据跨境流动、数据泄露和防范网络攻击等行为。辽宁省在数据权益保护、新就业形态劳动者权益保护、网络消费者权益保护等方面的

法律法规还不完善,导致司法实践过程中出现法律性质不明确、法律依据缺乏等问题。如何确保数据安全和隐私保护,已成为司法实践中亟待解决的一大难题^①。

二是数字经济对知识产权司法保护的挑战。数字经济中的知识产权保护和侵权问题日益突出,而数字技术的发展和商业模式创新使得知识产权的保护客体更为多样,司法实践中出现众多法律与技术问题交织的新类型案件,既要平衡技术创新和知识产权之间的关系,又要鼓励创新并保护知识产权^②。涉知识产权案件大量增加,侵权行为的认定、赔偿标准的确定、取证难、鉴定难以及案件审理出现的一些新特点,给辽宁各级法院的诉讼服务工作带来新挑战。

三是智慧司法综合服务效能仍有待提高。在数字经济时代,司法机关需要特别关注数据权益保护、数据安全以及司法信息化自身所带来的风险。出现利用司法公开信息来逃避义务履行以及当事人大量隐私泄露等情况,都会严重地影响司法公信力^③。

三、法治视域下辽宁数字经济治理的应对

数字经济领域的发展离不开法律的规范与保障作用,要保障数字经济系统建设全面有序进行,就要构建与数字经济系统建设运行相适应的兼具前瞻性与规范性、科学性与实用性的数字经济系统法治保障^④。考虑到辽宁省数字经济法治治理的现状,为了实现全面振兴新突破,必须完善辽宁数字经济的法律保障,推动数字政府和法治政府的协调发展,围绕数字化法治营商环境建设,加速辽宁省数字经济领域的地方立法工作。同时,借鉴国内先进地区数字经济发展法律治理的优良经验,构建促进数字经济发展的法律治理体系,全面发挥立法、司法和执法的功能作用,从以下方面提升辽宁数字经济发展的有效法律治理,为全国提供更多更好的辽宁实践和经验。

①参见最高人民法院民一庭:《主题教育调研成果巡礼|关于数字经济背景下民生权益司法保护问题的调研报告》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/410032.html,最后访问时间:2024年6月4日。
②参见叶瑞:《应对数字经济挑战探索治理新规则——“数字经济下知识产权与竞争司法保护研讨会”综述》,载北京知识产权法院网,https://bjzcfy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2022/09/id/6927181.shtml,最后访问时间:2024年6月6日。
③参见孙文红:《司法服务保障数字经济发展的路径与对策》,载《沈阳工业大学学报(社会科学版)》2022年第4期,第181页。
④参见黄武,曹婷:《加快构建数字经济系统法治保障的对策研究》,载《论道》2022年第3期,第40页。

(一)健全辽宁数字经济立法

在辽宁省数字经济发展的背景下,制定具有针对性的地方立法显得尤为重要。地方立法应紧密结合辽宁省实际,反映本地数字经济法律治理的具体问题和实际需求。强化法治规范理念,充分利用我国多层次的立法体制优势,从辽宁的实际情况出发,系统评估数字经济发展的制约因素,准确把握主要短板,全面研究法律障碍,精准识别市场主体的法律需求。这不仅需要制定符合辽宁特色的数字经济地方立法,还需要确保这些立法精细化,能够真正解决数字经济发展中的实际问题。

1.制定数据安全与合规利用法规

制定数据的收集、存储、使用、共享等规范,确保数据安全与合规利用,同时明确数据产权的界定,激发数据要素的活力^①。首先,要在数据基础设施建设方面进行立法保障,推动高速网络、数据中心等基础设施的合理规划与建设。其次,要强化数据安全和隐私保护。随着数字经济的不断发展,数据安全和隐私保护问题日益突出。应制定严格的辽宁省数据保护和隐私安全法规,明确数据收集、使用、存储和共享的规则,加大对数据泄露和滥用的打击力度。最后,要促进数字经济公平竞争。针对数字技术创新,通过立法提供激励机制和保障措施,鼓励企业加大研发投入,提升辽宁在数字技术领域的竞争力。对于数字市场秩序,要确立公平竞争规则,防止垄断和不正当竞争行为,保护中小企业发展空间。

2.构建与完善数据基础制度

秉持发展与规范并重的原则,加速构建与完善数据基础制度。首先,要制定用以规范数据要素的法律法规,从而为数据要素提供制度支撑。其次,加快推进数据权制度建设,通过科学设计数据产权规则、构建柔性产权制度体系以及推进公共数据、企业数据和个人数据授权管理的透明性来实现个人数据、企业数据以及公共数据之间

的平等保护与合理分配。最后,制定数据要素收益分配制度的相关规范,建立成本核算制度,探索相关环节的税收机制,建设辽宁公共数据开放平台,加快培育具有地方特色的多元化数据中介体系,从全面且细致的层面构建数据流通交易规则体系与监管框架,促使数据依法依规进入数据市场,加强数据治理^②。

3.健全数字经济监管体系

健全数字经济的监管体系,包括监管机构的设置、监管职责的明确以及监管手段的完善等。首先,加强对辽宁数字经济新业态、新模式的监管研究,及时应对可能出现的风险和挑战。为了更有效地应对数字经济和数字技术所带来的风险与挑战,应深入研究并制定与科技监管相关的法律法规,强化监管的科技属性。其次,构建一个全方位、多层次且立体化的监管体系。特别要推动大数据、云计算、人工智能、区块链等前沿技术在监管领域的深度融合与应用,确保从事前预防、事中监控到事后处置的全链条、全领域得到有效监管,从而严防监管盲区,提高监管效能。最后,制定针对数字平台监管的专项法律,明确数字平台的主体责任,并推动不同数字平台间形成协同合作、共商共建的准则体系。这样不仅可以营造一个互联互通、互信共治的信息网络环境,还能建立健全数字平台控制者与平台内各参与方(特别是用户)共同参与的治理机制,确保数字经济的健康发展^③。

(二)加强辽宁数字经济执法

为了更好推动数字经济发展,政府应当积极调整职能,充分利用传统监督手段与先进技术,为数字经济的健康、有序发展提供坚强的法治保障。

1.提升政务服务能力

政府应当致力于提升政务服务能力,加强对相关部门的监督,确保在数字经济发展中严格依法办事。严禁任何部门擅自提高市场准入门槛

①参见杨东,黄尹旭:《加快数字经济立法 做强做优做大我国数字经济》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/c2597/zgrmdbhzdlllyjh/zgrmdbhzdlllyjh002/202312/t20231219_433483.html,最后访问时间:2024年6月5日。
②参见杨东,黄尹旭:《加快数字经济立法 做强做优做大我国数字经济》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/c2597/zgrmdbhzdlllyjh/zgrmdbhzdlllyjh002/202312/t20231219_433483.html,最后访问时间:2024年6月5日。
③参见杨东,黄尹旭:《加快数字经济立法 做强做优做大我国数字经济》,载中国人大网,http://www.npc.gov.cn/c2597/zgrmdbhzdlllyjh/zgrmdbhzdlllyjh002/202312/t20231219_433483.html,最后访问时间:2024年6月5日。

或违规执法,确保公平、公正的市场环境。同时,政府需坚持法治引领,积极适应数字经济发展的新形势,不断提高行政执法能力和规范性,以“法定职责必须为,无法定授权不可为”为基本原则,维护法律的严肃性和权威性。辽宁在数字经济法律治理执法建设过程中,需要建立起完备的法律治理体系和政策体系,强化数字经济治理的分工与协调,明确各部门的职责和权限,建立统一的治理目标和协作机制,以应对新技术带来的挑战。

2. 提高市场执法包容性

在推动数字经济发展的过程中,政府应提高市场执法的包容性。对于数字经济新业态,特别是在现行法律法规尚未涉及的领域,政府应允许企业在总体风险可控的前提下进行试错。执法过程中应贯彻包容性原则,与时俱进地运用新的执法理念和管理方式,既要保护数字经济的发展,又要防止恶性竞争。同时,建立轻微违法容错机制,为数字经济的初期发展提供宽松的环境^①。

3. 加快建立数字治理执法框架

政府需要加快建立更加有效的数字法治执法框架,以适应数字经济的快速发展。首先,面对数据滥用、垄断、国家涉密数据与个人信息泄露等问题,政府应积极探索建立数据市场的统一管理机制,加大数据治理的执法力度。在保障数据安全、流动和涉密信息管理的同时,增强市场主体对法律的遵守度、信任感和可预期性,为数字经济的可持续发展提供坚实的法治保障。其次,要在数字经济可持续发展和高质量发展背景下,摒弃既有模式,尝试构建统一数字监管制度,将原有若干部门涉及数字监管的职权统一交由某一具体部门实施,实行集中监管,减少监督边界重叠与权力越位缺位。再次,为了推动辽宁的数字法治与数字经济高质量发展,需要针对数字法治基础设施,加强硬件和软件的研发,目标是推动本地化的数字法治数据库、数据交换机、大数据运算中心,以及人工智能法治应用平台的建设,确保这些基础设施在自主可控的同时,也能

安全运营。最后,为了维护网络安全、数据主权和国家安全,需要统一布局数字法治的安全屏障,研发符合新时代数字经济需求的全方位监督保障技术体系,建立具备完善的风险预警、安全防护和应急处置能力的法治安全链条。此外,辽宁需要加强与其他国家(地区)的合作,共同制定和完善跨境数字经济治理规则,以确保数字经济的健康有序发展。

(三) 完善辽宁数字经济司法

在数字经济发展过程中,各种新事物、新问题不断涌现,给司法工作带来了诸多挑战。为应对这些挑战,辽宁省各级司法机关应依托司法手段助推数字治理体系建设,为数字经济的有序发展提供强有力的司法保障与司法服务。这既是产业发展和司法实践的需要,也是对社会关注问题的积极回应。

1. 完善知识产权司法保护

在数字产业化方面,应规范和完善知识产权的司法保护。要研究数字经济新形势下知识产权侵权的新形态、新方式,并注重智力成果的维护和专利权益的保护。辽宁司法机关应找准服务保障数字经济高质量发展的司法定位,充分发挥职能作用,确保民商事交易安全,保护公民的个人信息安全,严厉惩处各种危害数字经济发展的犯罪行为,着力提升数字法治思维能力与司法专业能力,努力营造更高层次的数字正义,为做强、做优、做大数字经济提供强有力的司法保障^②。

2. 探索多元化纠纷解决机制

积极探索多元化、数字化、智能化的纠纷解决机制,以满足数字经济发展不断变化的需求。系统探索如何保护和执行虚拟财产和数字资产,促进审判执行与社会信息系统建设之间的无缝融合,通过加强“平台+智能”框架,在数字时代建立智能司法的新前沿。

3. 构建人工智能司法服务平台

随着人工智能技术的不断进步,其在司法领域的应用也愈发广泛。利用人工智能建立智能案件

①参见吕利玲:《宁夏数字经济发展法律治理研究》,银川:宁夏大学硕士学位论文,2022年。
②参见李真慧,王新亮:《数字经济时代下的司法进路——读〈迈向数字社会的法律〉》,载光明网,https://legal.gmw.cn/2022-07/19/content_35894639.htm,最后访问时间:2024年6月4日。

审理和矛盾纠纷解决平台,通过智能化手段,优化审判流程,为当事人提供更加便捷的服务。这不仅有助于提升司法的客观性和公正性,还能大大提高司法效率,满足数字经济对效率和成本的需求。

(四)推动辽宁数字经济守法

1. 促进数字市场主体主动开展合规建设

鼓励数据要素市场主体主动开展合规建设,推动数字经济的合规发展。这包括推动平台数字合规,对整个数据运行链条进行合规检查,确保在现行法律框架内合法经营,并主动承担数据安全义务。同时,还需要建立外部激励机制,促使数字市场主体积极参与到合规建设中来,形成数字市场主体自觉遵守法律法规的诚信经营环境。

2. 增强数字主体数据合规意识

加强数据合规,构建数字安全基础。随着数字经济的迅猛发展,数据作为关键要素,其合规性和安全性至关重要。为推动数字经济的健康发展,数字经营者必须主动检视数字市场上游产业链供给的数据风险,确保数据的来源与供给正义合法,从而为数字安全奠定坚实基础。在这一

过程中,数据的占有人、处理人与收益权人应进一步增强数据合规意识,承担起维护数据安全和数据权益的责任。

构建数字经济发展法律治理体系需要立法、执法、司法以及守法主体的共同努力。为应对数字经济带来的法律挑战,更好地适应数字经济的新形势,应当在构建全新数字化法治理念的基础上,完善数字经济法律体系,充分发挥数字经济发展的法治保障作用,以推动数字经济的高质量发展。

[参考文献]

[1]房毓菲. 推动协同治理健全数据治理体系[J]. 中国信息界,2023(01): 44-47.
[2]孙文红. 司法服务保障数字经济发展的路径与对策[J]. 沈阳工业大学学报(社会科学版), 2022(04):181.
[3]黄武,曹婷. 加快构建数字经济系统法治保障的对策研究[J]. 论道,2022(03):40.
[4]周雪霞. 数字经济发展的法治保障研究[J]. 上海法学研究,2022(20):167-173.

【责任编辑:张 戈】

Challenges and responses faced by Liaoning’s digital economic governance from the perspective of the rule of law

Shi Yajie

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

Abstract: A good legal environment is one of the important conditions for the high-quality development of the digital economy. Using the rule of law to ensure the development of Liaoning’s digital economy is an important path to narrow the gap between Liaoning and economically developed regions and promote the improvement of Liaoning’s social and economic efficiency. Under the new economic situation, combined with the actual situation of Liaoning Province, while grasping the opportunities brought by the rapid development of the digital economy, we should fully recognize the problems and challenges faced by Liaoning’s digital economic governance under the perspective of the rule of law. On the basis of the new digital rule of law concept, to build a legal governance system for the development of the digital economy requires the joint efforts of legislation, law enforcement, justice and law-abiding entities to give full play to the important role of the rule of law in safeguarding the development of the digital economy and better promote the high-quality development of the digital economy.

Key words: digital economy; data security; legal governance; intellectual property rights