

# 认罪认罚制度下有效法律援助辩护的现实检视与理性回归

潘金贵,吴庆棒

(西南政法大学,重庆 401120)

〔摘要〕认罪认罚制度下强调有效法律援助辩护,旨在保障受援人认罪认罚的自愿性、真实性和合法性。但在实践中,值班律师法律帮助效果不甚理想、指定辩护服务尚未达到预期水平以及法律职业共同体尚未完全建立等问题仍较为突出,相关制约因素主要包括法律援助辩护实践因素、立法规范因素以及司法观念与诉讼制度因素。为实现认罪认罚制度下法律援助辩护的有效性,在实践供给方面,需要强化法律援助律师内部管理的规范性及跨区域协作机制,调适辩护定位并优化司法观念;在规则续造方面,应当健全获得法律帮助权规定、有限允许侦查讯问的律师介入、保障值班律师权利顺畅行使,并明确量刑建议生成机制;在制度依托方面,可从判断标准、程序适用和法律后果三个层面构建我国刑事诉讼中的无效辩护制度,从而进一步提升法律援助律师的辩护质量。

〔关键词〕认罪认罚;法律援助辩护;量刑协商;法律帮助权;值班律师

〔基金项目〕本文系2024年度最高人民检察院检察应用理论研究课题“刑事财产性判项执行检察监督研究”的阶段性研究成果。

〔作者简介〕潘金贵(1973—),男,贵州毕节人,西南政法大学法学院教授、博士生导师,刑法学博士后,西南政法大学刑事辩护高等研究院执行院长、西南政法大学证据法学研究中心主任,主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究;吴庆棒(1996—),男,安徽蚌埠人,西南政法大学2021级诉讼法学博士研究生,主要从事刑事诉讼法学、证据法学研究。

〔收稿日期〕2024-05-30

〔中图分类号〕D925.2;D926.5〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)05-002-13

现代刑事诉讼中,法律援助制度的设置在一定程度上解决了辩护条件或辩护能力匮乏的受援人<sup>①</sup>获得法律帮助的实际问题,是受援人辩护权保障的应有之义。但我国刑事法律援助制度在落实过程中仍面临着诸多现实困境,尤其是在认罪认罚制度向纵深推进的过程中,法律援助有效性无法得到切实保障,受援人辩护权行使流于形式,将直接影响认罪认罚制度的贯彻落实以及法律援助制度的应然功效。就此,本文旨在着重探讨在认罪认罚制度下如何构建和完善法律援助辩护制度,进一步提升法律援助辩护实质化的

空间,以确保受援人的合法权益得到充分保障。这对于推动司法公正、提升司法效率具有重要的理论价值和实践意义。

## 一、认罪认罚制度下有效法律援助辩护的价值与理据

(一)认罪认罚制度下有效法律援助辩护的价值

当前,我国刑事法律援助辩护制度呈现出法律援助辩护和值班律师“准辩护”的二元化体系

①出于文章主旨和行文简练考虑,如无直接表述和特别说明,本文将犯罪嫌疑人与被告统称“受援人”。

结构<sup>①</sup>。刑事法律援助辩护制度是司法人权保障的重要制度,是落实“法律面前人人平等”宪法原则的必要措施。刑事法律援助辩护制度旨在充分保障经济困难的群众和其他弱势群体可以获得必要的法律援助,从而在实质上享有平等参与诉讼、表达和辩护的机会。有效法律援助辩护支撑并推动着认罪认罚从宽制度的深入发展和落实,主要体现在:

第一,助推认罪认罚制度效率价值的实现。提升司法效率是认罪认罚制度的重要价值追求。根据《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)第5条规定,认罪认罚制度并没有适用阶段和适用案件范围的限制,认罪认罚制度的适用有利于简化全流程诉讼程序、优化司法资源配置、减少审前羁押等,有效法律援助辩护能够通过为未委托辩护人的被追诉人提供及时的法律咨询和帮助,促进受援人认罪认罚,避免了因缺乏辩护人而导致的案件积压,减少不必要的诉讼程序或因程序错误所导致的案件反复,提高了司法效率。

第二,助推认罪认罚实体公正的实现。在认罪认罚案件中,被追诉人的主动认罪并不等同于其所承认的事实完全是客观真实的,或是其出于自愿及理性的考虑。因此,法律援助辩护律师尤其是值班律师的存在能够保障受援人充分理解案件的事实基础和认罪认罚可能产生的法律后果,避免因信息不对称或外界压力而导致非自愿、非真实的认罪认罚,确保认罪认罚案件处理结果的质量和公信力。

第三,助推认罪认罚程序公正的实现。在认罪认罚案件中,法律援助辩护律师的职责主要在于确保程序的公正和合法。法律援助辩护律师

对案件进行独立、客观的调查和分析,为受援人提供专业的辩护和法律建议,确保受援人在诉讼过程中能够充分了解相关诉讼权利和义务,防止刑讯逼供等不法取证行为的发生。此外,有效法律援助辩护能够保障认罪认罚量刑协商程序的实质性。法律援助辩护律师对量刑建议进行审查和监督,确保其符合法律规定和公正原则。如果发现量刑建议存在不当之处,可以及时提出异议,以维护受援人的合法权益,保障认罪认罚的自愿性和真实性。

(二)认罪认罚制度下有效法律援助辩护的内涵

联合国刑事司法准则将“有效辩护”表述为“保障被指控人获得律师帮助的平等、及时和有效”的原则<sup>②</sup>。当前,我国法律规范层面并未明确有效辩护的内涵,理论界对此存在分歧,主要存在以下观点:

1.有效辩护的“责任”内核。有效辩护是尽职尽责的辩护,即律师在辩护过程中忠诚地履行了辩护职责,而不论最终诉讼结果如何<sup>③</sup>。

2.有效辩护的“权利”内核。有观点认为,有效辩护是以维护被追诉人的合法权益为中心的辩护,要求律师忠于职守,兢兢业业地完成各项辩护活动,促使办案机关接受或采纳其提出的正确辩护意见或主张,从而作出有利于被追诉人的诉讼决定<sup>④</sup>;还有观点认为,应从辩护权的保障及实现的角度出发,强调有效辩护的两方面内容,即有律师辩护与律师辩护能够最大限度地保障被追诉人的合法权益,对案件裁判发挥积极有利的影响<sup>⑤</sup>;另有观点认为,有效辩护源于正当程序观念,是指辩护的深度,辩护需足以发挥其在刑事诉讼权力架构中应有的作用<sup>⑥</sup>。

①2022年《中华人民共和国法律援助法》第14条明确将值班律师规定为一种特殊的刑事法律援助形式,即法律援助机构可以在人民法院、人民检察院和看守所等场所派驻值班律师,依法为没有辩护人的犯罪嫌疑人、被告人提供法律援助。同时,鉴于我国引入值班律师制度的背景以及值班律师法律帮助的灵活性、便捷性和公共性的特点,本文认为值班律师应定位为一种“准辩护律师”,其提供的法律帮助的性质也应为一种“准辩护行为”。如若完全将值班律师辩护人化,将产生值班律师制度与法律援助制度的叠合效果,并可能最终瓦解值班律师制度。

②参见熊秋红:《有效辩护、无效辩护的国际标准和本土化思考》,载《中国刑事法杂志》2014年第6期,第129-135页。

③参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期,第3-13页。

④参见顾永忠,李竺娉:《论刑事辩护的有效性及其实现条件——兼议无效辩护在我国的引入》,载《西部法学评论》2008年第1期,第67-73页。

⑤参见闵春雷:《认罪认罚案件中的有效辩护》,载《当代法学》2017年第4期,第27-37页。

⑥参见冀祥德:《刑事辩护准入制度与有效辩护及普遍辩护》,载《清华法学》2012年第4期,第116-131页。

3.有效辩护的“结果”内核。有效辩护是有效果的辩护,强调从辩护结果意义层面评价辩护活动的效用<sup>①</sup>;换言之,有效辩护主要是对辩护效果的追求,在刑事理论上,可将其分为实质辩护和形式辩护<sup>②</sup>。

尽管关于有效辩护内涵仍存在不同见解,但确立有效辩护维护公平正义的理念,已得到广泛的认同。从有效辩护的理念出发,其实质内涵可作广义界定。正如《布莱克法律词典》对有效辩护所作的语义解释,“刑辩律师认真地履行自己的辩护义务,包括律师就所有的权利对被告人提出建议、积极地提出有利于被追诉人减轻或免除罪行的辩护意见,最终能够达到被追诉人和辩护人预期的合理结果”<sup>③</sup>。有效辩护兼具“责任”“权利”与“结果”内核,对此,刑事法语境下的有效辩护,是指为保障被追诉人辩护权利得以全面充分地行使,有关部门应在设立必要的辩护供给制度包括法律援助制度的基础上,设置保障辩护权享有和行使的便利条件,以及相关辩护失效惩戒机制,以督促律师恪尽职守、兢兢业业地为被追诉人提供法律辩护服务,并产生正向、积极的辩护效果。

理论上,有效法律援助辩护同样应具备“责任”“权利”与“结果”内核。但从实然角度来看,刑事法律援助是政府为受援人提供的公益法律帮助,法律援助律师履职具有义务性质,受援人与法律援助律师之间并不存在委托辩护合同关系,这就意味着在一定程度上,受援人欠缺要求法律援助应当具备特定有利诉讼结果的立场;并且,当前法律援助辩护律师的权益保障仍面临一些问题和困难,不利于充分实现法律援助辩护在维护实体公正与程序公正方面的价值。因此,在当前诉讼环境下,对有效法律援助辩护内涵的认识,不宜过多强调“效果”内核,而应侧重于有效辩护的“责任”与“权利”的内核,要求法律援助律师秉持最大化受援人合法权益的目标,认真、负责地履行法律援助辩护职责。在认罪认罚案件

中,应突出法律援助辩护在保障受援人认罪认罚自愿性、真实性、合法性方面的作用。

(三)认罪认罚制度下有效法律援助辩护的逻辑向度

在认罪认罚案件中,有效辩护有其独特的属性,法律援助辩护律师需要准确把握自己的职业角色,依法履行职责,提供尽职尽责的辩护服务。在辩护逻辑向度,法律援助律师需要全面、深入地研究案件,积极开展实体性辩护、程序性辩护和证据性辩护,为受援人提供全面、有效的法律帮助,确保案件审理的公正性和合法性。具体包括:

第一,实体性辩护。法律援助律师需要仔细研究案件事实,分析案件的法律适用问题,判断是否存在不构成犯罪、罪轻或减轻处罚的情形。在受援人选择自愿认罪认罚后,辩护的工作焦点可相应转变为量刑辩护,辩护方式也应由抗辩转向沟通与协商,即律师应积极同控方开展量刑协商,并根据案件具体情况,提出合理的量刑建议,力争为受援人争取到法律允许范围内的最轻刑罚。在有被害人的案件中,应积极协助受援人退赃、退赔,争取双方达成和解。

第二,程序性辩护。其一,仔细审查案件的程序是否合法,如果发现案件程序存在违法情况,可以提出程序违法的辩护意见,要求纠正程序错误。其二,关注受援人诉讼过程中的各项权利是否得到保障,如辩护权、知情权、申请回避权等,如有侵犯受援人诉讼权利的情况,应及时提出辩护意见。其三,在宽严相济刑事司法政策下,法律援助律师应更为重视程序性辩护,为受援人争取不捕不押甚至不诉以及及时终止程序。其四,面对并不确定的诉讼后果,受援人难以对程序选择作出理性判断。对此,法律援助辩护律师应严谨对待并协助受援人行使认罪认罚程序选择权,注意结合案情为受援人分析利弊、帮助其认真权衡,尊重受援人的程序选择权。

①参见左卫民:《有效辩护还是有效果辩护?》,载《法学评论》2019年第1期,第86-94页。

②参见樊崇义:《刑事诉讼法再修改理性思考》,北京:中国人民公安大学出版社2007年版,第153页。

③Garner, B. A., Black's Law Dictionary, 9th ed, Eagan: West Publishing, 2009, pp. 138-139.

第三,证据性辩护。法律援助律师应在职责范围内充分收集、调取有利证据,准确把握涉案证据情况,仔细审查和判断证据的真实性、关联性和合法性。如果案件的证据存在不足或瑕疵,可以提出相应辩护意见,要求办案机关对证据进行补充或排除,以确保案件审理的公正性。

## 二、认罪认罚制度下法律援助辩护的现状审视

当前,刑事法律援助已成为辩护制度的重要组成部分,是确保刑事司法公正的最基本制度保障<sup>①</sup>。有效法律援助辩护有助于推动和巩固认罪认罚从宽制度的实施。但在认罪认罚案件中,法律援助辩护仍面临着诸多困境和挑战。

### (一) 值班律师法律帮助效果不甚理想

第一,值班律师角色定位存在异化情况。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)规定,值班律师的岗位应设立于法院、检察院以及看守所等地,以确保受援人能够迅速获得必要的法律援助。然而,在认罪认罚司法实践中,随着值班律师与司法机关的联系日趋紧密,致使部分值班律师角色定位出现异化,即沦为办案机关认罪认罚程序合法性的见证人与背书者<sup>②</sup>。

第二,值班律师权利保障不足。在规范层面上,值班律师缺乏促进有效辩护的实质性权利,例如完整的阅卷权、会见权、救济权等。在认罪认罚实践中,值班律师主动提出会见受援人也具有相当难度,甚至只有在签署《认罪认罚具结书》时,值班律师才会在检察机关安排下与被追诉人完成“初次会见”。由于这种会见的时间很短,值班律师不易了解受援人真实意思表示和案件情况,难以与控方进行有效的量刑协商,从而导致受援人诉讼地位不利的状况进一步加剧。

第三,值班律师工作机制不健全。一方面,值班律师服务率低,队伍缺乏稳定性,影响辩护质量。在值班律师资源较为匮乏的情况下,多采取“轮流坐班”的工作方式。在这种工作方式下,

值班律师的法律帮助任务较重,甚至存在短则数分钟即可完成对受援人法律帮助的情况,限制了其深度参与案件实质性问题的调查分析和提供具有针对性的法律建议的可能。另一方面,值班工作衔接不畅。通常在不同诉讼阶段受援人由不同的值班律师提供法律帮助,这种“接力式”法律援助缺乏必需的诉讼衔接机制。“接力式”值班不仅使得下一诉讼阶段的值班律师无法了解掌握上一诉讼阶段值班律师的工作情况和内容,而且由于信息连贯性的缺失,进一步加大了下一诉讼阶段值班律师本不必要的工作量,严重影响了法律援助工作的质量。尽管《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)第13条分羁押与未羁押两种情况明确了“法律帮助的衔接方式”,但值班律师资源匮乏以及该规定的“可以”主义,在某种程度上弱化了该规定的执行力,使得此种值班模式难以完全落实,因而难以理想化地实现值班律师法律援助的有效性。

### (二) 指定辩护服务尚未达到预期水平

第一,侦查程序中的消极履职。主要表现为以下三种情况。其一,部分指定辩护律师在办案过程中不同受援人会见或会见次数少、会见缺乏实质性,极少开展调查取证工作,在无法阅卷的情况下便很难把握案件的基本事实,以提交证明受援人无罪、罪轻的证据材料和辩护意见,或者为受援人递交办理取保候审意见材料、申请羁押必要性审查;亦无法根据案件具体情况,对受援人进行认罪认罚释法说理,损害了受援人应有的辩护利益。其二,对于侦讯过程中发生的违规行为,指定辩护律师在了解情况后可及时向有关部门申诉、控告,进而形成对侦查机关的监督压力,敦促侦查机关依法办案。但因指定辩护律师消极履职,受援人在无法会见亲友的情况下,可能难以有效地救济自身受损利益。其三,在有受害人的案件中,未同受害人积极联系,促进双方和解谈判,争取不批捕或者为之后的案件走向提供

①参见左卫民:《中国应当构建什么样的刑事法律援助制度》,载《中国法学》2013年第1期,第80-89页。

②参见汪海燕:《三重悖离:认罪认罚从宽程序中值班律师制度的困境》,载《法学杂志》2019年第12期,第12-23页。

量刑铺垫。

第二,控辩协商程序中的消极履职。认罪不等于有所认之罪,也不等于必然有罪,辩护律师应当运用自身独立辩护权,就案件本身的疑点向办案机关提出辩护意见。然而实践中,有少数指定辩护律师扮演着“控方”角色,从情理角度劝说坚持不认罪或虽认罪但对量刑建议有意见的受援人选择认罪认罚,而未对案件事实、证据进行实质审查,也未同受援人、检察官有效沟通,以争取不起诉或有利的量刑建议。如若受援人选择认罪认罚,其对认罪认罚自愿性的审查,以及对证据收集与分析的主动性、积极性便会降低,即便对认罪认罚自愿性、真实性有异议,也不再作无罪或罪轻辩护。

第三,庭审程序中的消极履职。在法律援助辩护庭审实践中,部分法律援助律师常常发表可适用于所有案件的“三段论”式辩护意见,辩护效果较差<sup>①</sup>。在庭审的发问环节,法律援助律师选择不发问或仅提出几个与案件定罪量刑不相关的问题;在质证环节,不发表质证意见或仅发表一些笼统且缺乏说服力的质证意见;在法庭辩论阶段,仅提出如“被告人是未成年人、无前科、偶犯、已如实供述且有悔罪表现,建议法院从轻处罚”等意见。在某种程度上,导致法律援助辩护成为“无效辩护”的代名词<sup>②</sup>。

第四,法律援助律师介入案件的程序烦琐。在当前的法律援助体系中,法律援助律师的分配过程较为复杂,包括受援人申请、资格审查、律师的选择与指派等多个步骤,法律援助的申请和审批流程不仅耗费了大量司法资源,还可能引起诉讼进程的延迟,造成受援人无法及时获得法律帮助。

### (三)法律职业共同体尚未完全建立

在刑事诉讼中,构建法律职业共同体指的是法官、检察官、律师以及其他法律工作者之间形成的一种相互协作和相互尊重的关系,共同维护司法公正和法律权威。然而,目前法律职业共同

体尚未成功构建,司法办案机关对于律师的有效诉讼参与不够重视,甚至控审双方与辩护方之间存在着一定的诉讼利益冲突,在一定程度上阻碍了认罪认罚制度下有效法律援助辩护的实现。一方面,在提供法律援助辩护层面,实践中存在部分办案人员未能充分履行法律援助通知义务,应当通知的没有通知<sup>③</sup>,或者为尽早在更为有利的条件下获取有罪口供,急于告知被追诉人行使申请法律援助帮助、约见值班律师权利的情况;也不乏案件进入审判程序后指定辩护才被提上日程的情况。在提供法律援助过分延迟的情形下,法律援助律师并无足够时间会见、阅卷、调查取证,以实现有效辩护。另一方面,在控辩协商层面,控辩之间的平等协商是认罪认罚的关键要素。但由于法律职业共同体尚未完全建立,控辩双方平等协商的平台未能充分搭建,在办案量化管理机制下,控方为了追求定罪率便可能忽略其检察客观立场,突出表现在认罪认罚实践中的量刑建议往往由检察机关自行决定,并且被追诉人被要求承认指控的犯罪事实,而几乎不存在异议的空间。另外,对待律师辩护人包括指定辩护律师,则是以通知的形式将量刑建议告知辩护人,限制了律师平等量刑协商甚至作独立无罪辩护的权利。

## 三、认罪认罚制度下有效法律援助辩护的制约因素

### (一)法律援助辩护实践因素

#### 1.法律援助的人力与财力相对匮乏

一方面,从当前法律援助实际情况来看,需要法律援助的人数或案件数量远远超过法律援助机构提供服务的能力。在资源有限的情况下,法律援助服务的质量难以得到充分保证。以经济发展和法治建设的水平较高的Z省为例,在2023年法律援助工作情况数据中,全省法律援助工作人员仅有481人,但办理的法律援助案件数

①参见钱春:《认罪认罚从宽制度中的有效辩护:从缘起到嵌入》,载《学术交流》2020年第3期,第72-85页。

②参见陈瑞华:《有效辩护问题的再思考》,载《当代法学》2017年第6期,第3-13页。

③参见李立家:《刑事案件律师辩护全覆盖现状与对策》,载《中国司法》2017年第11期,第43-47页。

和法律帮助案件数共计 200593 件,呈现出严重的法律援助供需缺口(详见表 1)<sup>①</sup>。在一些偏远或

贫困地区,法律援助资源更为匮乏,供需矛盾更为突出。

表 1 Z 省 2022 年与 2023 年法律援助工作情况

| 项目        |           | 单位 | 2023 年 | 2022 年 | 同比     |
|-----------|-----------|----|--------|--------|--------|
| 法律援助机构总数  |           | 家  | 102    | 102    | 0%     |
| 法律援助工作人员数 |           | 人  | 481    | 487    | -1.23% |
| 办理法律援助案件数 |           | 件  | 107322 | 82004  | 30.87% |
| 类别        | 民事法律援助案件数 | 件  | 45440  | 37536  | 21.06% |
|           | 刑事法律援助案件数 | 件  | 61715  | 44289  | 39.35% |
|           | 行政法律援助案件数 | 件  | 167    | 179    | -6.70% |
| 办理法律帮助案件数 |           | 件  | 93271  | 86516  | 7.81%  |
| 接受法律援助人数  |           | 人  | 108175 | 82009  | 31.91% |
| 接待法律援助咨询数 |           | 人次 | 979465 | 874781 | 11.97% |

另一方面,提高法律援助服务质量以法律援助经费的保障为基本前提,但在实践中法律援助经费呈现出投入总量少、占比低的问题。如 2022 年全国法律援助经费总投入 36 亿元<sup>②</sup>,占全国财政一般公共预算支出 260552.12 亿元的 0.0138%。相较而言,在一些经济发达国家,法律援助的财政投入已经达到了较高水平。以英国为例,早在 2000 至 2001 年期间,英国对法律援助的净财政拨款已高达 17 亿英镑,接近其年度财政总支出的 1%;同年,人口规模为 1500 万人的荷兰,其法律援助的年费用约为 3.5 亿荷兰盾,占全国财政支出的 1%;此外,丹麦的法律援助开支约占其国家财政支出的 0.5%<sup>③</sup>。

2. 法律援助案件质量监督体系与责任追究机制仍未健全

健全的法律援助案件质量监督体系和责任追究机制,可以有效提升法律援助服务的整体水平,保障受援人的合法权益,促进司法公正和社会公平正义的实现。但当前我国法律援助案件

的质量监督体系和责任追究机制仍存在着较为明显的规范空白和不足之处。其一,在案件质量监督体系方面,法律援助案件的质量监督主要依赖于司法行政机关的内部监督,以及律师协会等行业自律组织的辅助;监督方式往往局限于事后书面审查案件材料,无法实现对案件的实时动态监督,且案件质量评估标准不统一、随意性较大。在缺乏有效外部监督机制的情况下,法律援助案件的质量往往难以得到全面、客观的评价。其二,在责任追究机制方面,对失职或者违法违规办案的法律援助律师责任追究的程序、条件、后果等规定尚未明确,不仅使得相关法律援助律师难以受到应有的惩戒,也使得受援人的合法权益无法得到充分保障,从而制约着法律援助案件质量监督的实效性,影响了法律援助制度的健康发展。

3. 法律援助律师辩护定位失当

随着认罪认罚制度的深入推进,已愈来愈呈现出程序重心前移至审查起诉阶段的态势<sup>④</sup>,即

①参见《2023 年全省律师、基层法律服务、法律援助工作数据》,载浙江省司法厅网,https://sft.zj.gov.cn/art/2024/3/1/art\_1229247327\_5271007.html,最后访问时间:2024 年 5 月 11 日。

②参见《司法部:2022 年全国共办理法律援助案件 137 万余件》,载中国网,https://www.thepaper.cn/newsDetail\_forward\_24333737,最后访问时间:2024 年 5 月 11 日。

③参见左秀美,郭婕:《法律援助的国际视野》,载《中国司法》2009 年第 9 期,第 105-109 页。

④参见马静华,李科:《新刑事诉讼法背景下认罪认罚从宽的程序模式》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 2 期,第 31-41 页。

控辩双方量刑协商程序已逐渐成为制度的核心环节<sup>①</sup>。对此,法律援助辩护律师应注意收集受援人相关罪轻、无罪的证据材料,在控辩协商程序中积极提出辩护意见,为受援人争取更为有利的量刑建议。但当前部分法律援助律师并未充分认识到认罪认罚程序的此种特殊性,未能及时调整自己的辩护策略和重心,仍然沿用传统辩护方式,将重点放在庭审阶段的辩护上,忽视了在审查起诉阶段与控方进行量刑协商的重要性。这种辩护定位失当的情况,不仅可能影响到受援人的合法权益,也可能对司法公正造成一定的损害。因此,对于法律援助律师而言,应紧跟司法改革的步伐,不断学习和掌握新的法律知识和辩护技巧,在面对认罪认罚制度所带来的辩护新变化时,及时调整自己的辩护策略和重心,确保在控辩协商过程中为受援人提供更为全面、有效的法律帮助。

(二)立法规范因素

1. 获得法律帮助权规则设置不够合理

其一,告知义务规则缺失。虽然《刑事诉讼法》第36条明确了法检及看守所应当告知被追诉人享有申请值班律师权利的义务规定,但告知义务的具体履行细则缺失,并未明确法检应当“何时”告知被告人其有权“何时”约见值班律师。尽管“两高三部”《法律援助值班律师工作办法》规定了看守所应于入所时告知被追诉人享有值班律师约见权,但仍未作出被追诉人可“何时”约见值班律师的具体规定。其二,辩护律师程序介入规则失当。《指导意见》第10条第2款和《人民检察院刑事诉讼规则》第267条第2款的规则设定本末倒置,即将“自愿认罪认罚”作为通知值班律师或者法律援助律师的必要前提之一,这将导致公安司法机关享有决定诉讼中值班律师会否介入以及介入程度的程序权力,从而使得控辩力量进一步失衡。其三,获得法律帮助权的路径

仍待拓宽。美国宪法第六修正案确立了国家提供辩护服务的责任,明确指出所有刑事案件的被告人均有权获得律师帮助。但基于现实国情考虑,我国目前尚不具备完全由国家承担公益辩护职责的条件。不过,2022年出台的《中华人民共和国法律援助法》(以下简称《法律援助法》)已进一步扩大了刑事法律援助的“受益人群”,即根据《法律援助法》第25条的规定,除了法定“应当”提供法律援助的情形外,“其他适用普通程序审理的刑事案件,被告人没有委托辩护人的,人民法院可以通知法律援助机构指派律师担任辩护人”。该规定基本上采纳了学者“针对普通程序审理的案件,在一审中设立普遍的法律援助”<sup>②</sup>的建议,具有现实的相对合理性<sup>③</sup>。但从辩护全覆盖和有效法律援助辩护的落实方向来看,该条“可以”而非“应当”的规定,将在一定程度上导致受援人获得法律援助的比例相应降低,也制约了法律援助辩护律师诉讼参与的充分性。

2. 侦查讯问律师介入权利规范阙如

认罪认罚制度的关键是诉讼资源配置的“控辩平衡”<sup>④</sup>。在侦查程序中,美国联邦最高法院早在1964年便确立了讯问律师在场,否则供述不得采用的规则<sup>⑤</sup>,有效避免了警察的非法讯问行为,进一步保证了被追诉人认罪供述的自愿性。但在我国侦查程序中,由于立法并未赋予律师侦查讯问在场权,侦查程序几乎呈现为一种“闭环”样态。在这种程序封闭环境中,被追诉人被动接受侦查人员的讯问,有可能出现妥协认罪、违心认罪的情况。在“侦查主导型”司法模式下,如果辩护律师无法有效参与其中并发挥保障被追诉人认罪认罚自愿性的实质作用,有效辩护的目标实难达成。当然,讯问录音录像也具有监督侦查讯问活动,保护被追诉人合法权利的重要功能<sup>⑥</sup>。有的学者就此提出,应当完善侦查讯问同步录音

①参见杨立新:《认罪认罚从宽制度理解与适用》,载《国家检察官学院学报》2019年第1期,第51-63页。  
②参见左卫民:《中国应当构建什么样的刑事法律援助制度》,载《中国法学》2013年第1期,第80-89页。  
③参见潘金贵:《刑事法律援助制度的发展与完善——兼评〈法律援助法〉相关条文》,载《法学杂志》2022年第2期,第83-94页。  
④参见龙宗智:《完善认罪认罚从宽制度的关键是控辩平衡》,载《环球法律评论》2020年第2期,第5-22页。  
⑤参见蒋丽华:《侦查程序中律师帮助权若干问题研究》,载《政法论坛》2003年第5期,第146-154页。  
⑥参见瓮怡洁:《英国的讯问同步录音录像制度及对我国的启示》,载《现代法学》2010年第3期,第103-111页。

录像制度,以应对前述现实问题的观点。该观点并非不妥,但同步录音录像的适用有其自身局限性,无论扩大其适用范围抑或加强适用监管,都将带来诉讼烦琐化以及可能的形式化问题。相对而言,赋予律师侦查讯问在场权更有助于实现辩护效果的最大化。

### 3. 量刑建议生成机制不够明晰

当前认罪认罚量刑建议生成机制不明,一定程度上导致法律援助辩护的内容和标准不清,律师参与量刑协商程序的形式化问题较为突出。第一,量刑规范不明。目前检察机关提出的精准量刑建议普遍存在容易受到主观因素影响的“估堆式”量刑现象,主要表现为有量刑结论而无量刑论证,有量刑结果而无量刑过程,即在确定法定刑幅度后,罗列一系列量刑情节,然后径直得出量刑结果<sup>①</sup>。这与量刑规范精准性不足、可操作性不强等问题有关。虽然《指导意见》和2021年7月1日“两高”出台的《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(以下简称《量刑意见(试行)》)在一定程度上增强了认罪认罚量刑建议的规范化,但并未从根本上改变现有量刑规范不完善和从宽情节实体法依据不足的总体现状,部分案件量刑难精准的情况持续存在,量刑不确定性所带来的量刑建议幅度过宽、控辩量刑协商实质化不足的问题仍然难以避免。第二,量刑协商程序的启动权属单一和主体参与模式不明。当前,量刑协商程序的启动权属仅归控方所有,辩方并未被明确赋予程序启动权,而仅扮演程序启动后提出意见的角色。这种控方单方启动量刑协商程序的方式存在重大缺陷<sup>②</sup>,不利于辩方程序性利益的保障。在量刑建议协商程序的参与模式方面,《指导意见》和《人民检察院办理认罪认罚案件听取意见同步录音录像规定》(以下简称《同录规定》)对量刑建议协商程序的参与模式规定也较为笼统,并未明确被追诉人参与量刑建议协商程序时,辩护律师需在场见证的要求,也未明确辩护律师和值班律师在量刑建议协商程序中的参与顺位,从而易出现控方越过律师,径直同

被追诉人协商的问题。第三,量刑建议调整程序规范不明。从规范性角度来看,在需要变更或调整量刑建议时,控方不可随性决定,而应遵循诚信原则,同辩方重新开展相关协商程序,维护辩方的司法信赖利益和诉讼权利。但目前无论《刑事诉讼法》还是有关司法解释,均未对变更或调整量刑建议的二次协商程序作出具体规范,因而存在控方擅自调整量刑建议的现实可能,限制了辩护律师有效量刑协商的权利。

### (三) 司法观念与诉讼制度因素

在理论上,积极司法观念与有效法律援助辩护是相辅相成、相互支持的。司法观念,尤其是其公正性、公平性和尊重人权等特征,为法律援助辩护提供了认识基础和道德支持。但通过对认罪认罚制度下法律援助辩护现状的审视可以发现,部分司法人员存在着较为排斥刑事辩护、不重视律师意见的问题。这与司法人员的司法观念有关。其一,重权力行使而轻权利保障。在刑事诉讼中,公权力的行使是为了维护社会秩序和公共利益,而被追诉人和辩护人的权利保障则是法治精神和人权原则的基本要求。因此,在保障公权力有效行使的同时,必须充分尊重和保障被追诉人和辩护人的合法权益。然而,在法律援助辩护实践中,有时会出现司法办案机关过分强调自身的犯罪追诉职能,相对忽视辩护方权利的情况,从而影响法律援助辩护的有效性。其二,过于强调效率而忽视公正。有效辩护追求的价值在于保障人权,帮助司法机关查明事实真相,维护社会秩序和公共安全。但是,如果司法过度追求效率,可能会极大影响辩护的实际效果。例如,为了快速结案,司法人员可能会压缩受援人的辩护时间,限制其申请回避或提出新证据的权利,或者缩短法庭调查和辩论的时间。这些做法不仅剥夺了受援人的合法权益,也可能影响司法人员对案件事实的全面了解和准确判断。此外,无效辩护制度的缺失,进一步影响了法律援助辩护的成效。获得律师给予的辩护不等于获得了

①参见田立文:《认罪认罚案件量刑的四个核心问题》,载《中国应用法学》2022年第6期,第1-19页。

②参见陈实:《论认罪认罚案件量刑从宽的刑事一体化实现》,载《法学家》2021年第5期,第128-142页。

律师富有意义的有效辩护。为规范律师的辩护行为,保障被告人的合法权益,美国通过一系列典型案例确立了无效辩护制度。但由于我国法律制度层面并未设立无效辩护制度,因此,对于辩护实践中存在的一些律师不尽职尽责辩护、违背职业伦理等无效法律援助问题,难以给予受援人以诉讼救济,无效辩护行为也难以得到有效纠正和补救。

四、认罪认罚制度下实现有效法律援助辩护的图景展望

(一)认罪认罚制度下有效法律援助辩护的实践供给

1. 强化法律援助律师内部管理的规范性

(1)在选任方面,《法律援助法》作出了法律援助律师“资格准入”的规定<sup>①</sup>,在一定程度上有利于实现法律援助有效性。但由于该规定仅适用于“极刑案件”,难以保障介入“非极刑案件”的法律援助律师质量。原则上,“非极刑案件”也应严格落实法律援助律师“资格准入”规定,但囿于案件性质和符合“资格”的法律援助律师资源不足,总体上可以通过灵活设置选任条件、拓宽选任渠道,采取政府购买法律服务、法律援助公职律师等途径,选择有一定相关办案量、突出业务专长、丰富社会阅历的律师担任“非极刑案件”法律援助律师。(2)在选派方面,法律援助机构应根据需提供的受援人数量,综合考虑律师在办案件数量决定律师指派的具体情况。(3)在监督机制方面,要做到事中、事后监督相结合,可综合采取案卷检查、对受援人回访、建立侦检法评价机制、庭审旁听等监督手段<sup>②</sup>。(4)在奖惩机制方面,可以建立投诉查处和异议审查制度,对于消极办案、违规办案甚至严重侵害受援人正当权益的法律援助律师,可分情况施以纪律处罚、罚款或清除出律师队伍等惩戒;对于在法律援助案件

评查中表现突出的法律援助律师,则应授予荣誉称号,着重作出社会性宣传并给予一定物质奖励。

2. 进行法律援助服务资源跨区域调配与流动

法律援助服务资源跨区域调配与流动,主要是指各地区范围内的律师事务所、律师以及法律援助志愿者,接受法律援助机构指派,支援法律援助服务资源相对短缺地区的法律援助工作,跨区域承办法律援助事项,以积极应对法律援助律师地区供给不均、不足的实践问题。当前,各省级司法行政部门可以依照《法律援助法》《法律援助值班律师工作办法》等规范性文件,根据具体情况,统筹全省律师事务所、律师、法律援助志愿者等法律服务资源,建立全省跨区域流动法律援助资源库,明确各类法律援助服务资源提供的服务类型及服务地区,供各地调配、选派承办服务事项,组织、指导、支持法律援助基金会和律师资源相对充裕地区与法律援助服务资源相对短缺地区建立结对帮扶、异地协作长效机制。法律援助服务资源跨地区调配与流动,可就承办法律援助机构指派的法律援助案件、参与法律援助机构安排的值班以及参与研究和处理重大、疑难案件法律援助服务事项进行帮扶,有效维护受援人合法权益,保障法律援助辩护的质效。

3. 适当提高法律援助补贴标准

一方面,应将法律援助办案经费列入本级政府预算,地方财政部门综合考虑实际财政收入和法律援助情况,确定补贴标准涨幅;另一方面,中央财政可以设立专款专用的刑事法律援助经费,以贴补地方尤其是偏远地区、经济发展落后地区的法律援助经费。此外,还可以通过拓宽经费来源渠道等方式,解决法律援助经费紧张问题<sup>③</sup>。政府可以在逐步扩大法律援助财政投入的同时,通过宣传鼓励或者税收减免的措施,引入个人、企业、社会团体(如基金会)对法律援助经费的支

①《中华人民共和国法律援助法》第26条规定:“对可能被判处无期徒刑、死刑的人,以及死刑复核案件的被告人,法律援助机构收到人民法院、人民检察院、公安机关通知后,应当指派具有三年以上相关执业经历的律师担任辩护人”。

②参见陈光中,褚晓园:《刑事辩护法律援助制度再探讨——以〈中华人民共和国法律援助法(草案)〉为背景》,载《中国政法大学学报》2021年第4期,第266-277页。

③参见樊崇义:《中国法律援助制度的建构与展望》,载《中国法律评论》2017年第6期,第189-202页;胡铭,王廷婷:《法律援助的中国模式及其改革》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2017年第2期,第76-92页。

持,以实现经费来源方式的多元化。此外,虽然《法律援助法》明确了法律援助补贴实行“动态调整,免征增值税和个人所得税”的规定,但并未完全形成办案补贴同办案质量挂钩的激励机制。因此,在提高补贴标准的原则下,根据办案质量区分补贴标准给予差别对待,既能切实落实补贴发放的目的,也能够正向激励律师的办案积极性,增强法律援助律师特别是值班律师的履职责任心。

#### 4. 调适辩护定位,优化司法观念

对于法律援助律师而言,应在不断更新专业知识、提高辩护理念的前提下,根据认罪认罚制度的协商性本质,调适辩护定位,将法律援助工作的重心由审判阶段转移至审前阶段,积极开展权益辩护和量刑协商。尤其是在宽严相济刑事司法政策下,充分利用政策价值,为受援人争取利益最大化。对于公安司法人员而言,必须明确受援人仅仅获得律师的形式帮助是不够的,刑事辩护优劣得失的价值标准必须是保障其获得律师实质性的法律帮助<sup>①</sup>。公安司法办案人员应及时调整“重治罪轻保护”的司法观念,牢固树立有效辩护理念。为此,一方面,需注重履行对被告人申请法律援助的告知义务,畅通辩护权利行使的渠道;另一方面,应重视法律援助律师提出的程序和实体方面的辩护意见,主动同法律援助律师进行案件信息沟通。

(二)认罪认罚制度下有效法律援助辩护的规则续造

##### 1. 健全获得法律帮助权规定

(1)明确获得法律帮助权规则。关于告知时间,在案件处于侦查、审查逮捕程序时,侦控机关应于第一次讯问开始前或采取强制措施时,及时书面告知被追诉人有权委托辩护律师、符合条件的可以申请法律援助或随时提出约见值班律师的申请。在案件相应进入审查起诉、审判程序

时,控审机关应自受理案件之日起三日内、讯问前,书面通知被追诉人有权委托辩护律师或随时提出约见值班律师的申请;并在被追诉人选择认罪认罚进行量刑磋商前,再次告知其享有法律帮助获得权,由被追诉人自主选择是否由辩护律师介入;无辩护律师的,司法机关应及时通知值班律师介入。同时,无论侦查机关还是控审机关,均应及时审查被追诉人是否符合法律援助条件,如若符合,应及时通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。关于告知方式,基于权力行使规范化原则,公权力机关应通过权利义务告知书等书面形式告知;仅在特殊情况下无法出具书面告知书时,方可临时性口头告知,但事后需作出情况说明、补充相应材料并重新予以书面告知。

(2)拓展获得法律帮助的路径。其一,及时调整值班律师介入案件的程序规定,废止将“自愿认罪认罚”作为强制法律帮助前置要求的规定。其二,适时扩大强制指定辩护覆盖面<sup>②</sup>,如将适用各类诉讼程序审理的无委托辩护人,可能判处三年以上有期徒刑以上刑罚的案件纳入其中,以更好地保障受援人获得律师帮助,增强法律援助的现实效果。此外,在时机成熟时可以将《法律援助法》中关于普通程序审理的刑事案件,被追诉人没有委托辩护人的,人民法院“可以”通知法律援助机构指派律师担任辩护人的表述,修改为“应当”通知法律援助机构指派律师担任辩护人等,从而使更多的被追诉人能够得到法律援助的帮助,感受到国家的司法关照<sup>③</sup>。

##### 2. 有限允许侦查讯问的律师介入

(1)关于律师介入的类型。除指定法律援助律师以外,值班律师也应享有讯问在场权,必要时,值班律师也可在符合法律规定的情况下转为委托律师或指定法律援助律师。(2)关于律师介入的案件范围。有学者指出,应当全面放开案件标准,在全部案件中实现律师在场权<sup>④</sup>。本文认

①参见陈瑞华:《刑事诉讼中的有效辩护问题》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第5期,第94-105页。

②参见刘奕君:《强制辩护制度之法解释学分析与本土化改革》,载《中国刑事法杂志》2021年第3期,第160-176页。

③参见潘金贵:《刑事法律援助制度的发展与完善——兼评〈法律援助法〉相关条文》,载《法学杂志》2022年第2期,第83-94页。

④参见陈卫东、孟婕:《重新审视律师在场权:一种消极主义面向的可能性——以侦查讯问期间为研究节点》,载《法学论坛》2020年第3期,第120-129页。

为,该观点较为理想化。在司法条件有待进一步提升的当下,可主要基于案件的性质、复杂性和特殊性来确定侦查讯问律师介入的案件范围。对于重大复杂、社会影响较大的案件,由于极易侵害被追诉人的合法权益,可优先考虑赋予辩护律师在此类案件中的侦查讯问在场权。当然,在司法环境得到进一步改善时,可以逐步实现讯问律师在场权的案件范围全覆盖。(3)关于律师介入的限制与例外。在程序的任何阶段,律师均现场提供咨询和帮助应为理想状态<sup>①</sup>,但出于平衡侦查利益的考虑,应给予讯问律师在场权一定的限制,具体限制情形可参考《刑事诉讼法》第39条第3款关于律师会见权的限制规定,即对于“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪”案件,应限制律师侦查讯问的程序介入。此外,《公安机关办理刑事案件程序规定》规定的“紧急情况下现场讯问”的情形,可成为侦查讯问律师在场权的例外,但对此侦查人员需作出书面说明呈递办案机关负责人,并告知有关律师;在紧急状况消失后,应及时于下次讯问时通知律师到场。(4)关于律师的权利与义务。讯问时,律师在场除享有讯问现场监督权,还应享有提供法律咨询权、讯问笔录无异议时的签字确认权等;相应地,其也须承担不得干扰讯问、保守诉讼秘密、不得无故拒绝签字等义务。

当然,考虑到辩护实践现状以及律师个人的时间、精力,完全要求讯问时律师在场不切合实际,因此,在充分发挥讯问同步录音录像权利保障作用的基础上,法律援助律师可以根据讯问时间和自身实际情况,选择性地行使权利,自由决定讯问在场与否。不过,为防止律师在场权被过分搁置,律师放弃讯问在场权的,应以书面形式向办案机关及所在律师事务所出具合理的情况说明。

### 3. 保障值班律师权利顺畅行使

(1)完善值班律师阅卷权。由于立法对于值班律师阅卷权作出了“只能查阅,无法摘抄、复制”的限制,那么在人的记忆力有限的情况下,这

种限制将严重阻碍值班律师对案件情况的了解和掌握。因此,应当赋予值班律师“摘抄、复制”案卷材料的权利。(2)赋予值班律师救济权。公安司法机关应探索设立值班律师权利行使保障机制,积极协助、配合值班律师阅卷权、会见权等权利的行使,不得肆意设限。同时,还应赋予值班律师申诉、控告权,以实现对公安司法人员阻碍其依法行使法律援助权利的救济。(3)探索值班工作衔接机制。在难以保障值班律师人手足够、不同诉讼阶段值班律师同一的情况下,应规定并规范上一诉讼阶段的值班律师详细记录法律帮助的情况,如开展的具体工作明细、侦控阶段受援人的咨询内容,以及各方参与人提出的意见等,形成书面材料,以供后一阶段值班律师提供法律帮助时参考。

### 4. 明确量刑建议生成机制

(1)明确量刑立法规范。当前,立法机关应不断总结实践量刑经验,待时机进一步成熟时,制定更具操作性的认罪认罚量刑适用规范。在规范制定时需注意以下几点:在《量刑意见(试行)》基础上,首先,应进一步区分影响量刑的责任性因素和预防性因素;其次,严格认罪认罚与坦白、自首、被害人谅解等量刑情节的分类适用,并注重对不同从宽量刑情节的量化、细化,在刑罚量上给出相对具体的增减百分比;再次,量刑规范要体现不同程序适用下不同犯罪类型的量刑差异;最后,注意扩大量刑规范适用的罪名范围。同时,“两高”可定期或不定期公开发布有关典型量刑案例以供实践参考,但应注意适当缩短发布周期。

(2)明确量刑协商的程序启动、参与主体。为充分体现程序对权利的保障作用,量刑协商程序除可由控方启动外,立法还应明确被追诉人及其辩护律师作为程序申请启动和参与的主体地位。同时,为最大程度保障量刑协商效果,应明确辩护人和值班律师的主体顺位<sup>②</sup>,即在协商主体程序参与优先性方面,指定辩护律师优先于值

<sup>①</sup>参见施鹏鹏:《法律改革,走向新的程序平衡》,北京:中国政法大学出版社2013年版,第158页。

<sup>②</sup>参见陈实:《认罪认罚案件量刑建议的争议问题研究》,载《法商研究》2021年第4期,第157-171页。

班律师。

(3)明确无效量刑协商的预防、管控及惩戒措施,以确保量刑建议的合意性。第一,完善协商过程的同步录音录像制度。对此,可在《同录规定》的基础上进一步明确以下几点。其一,同步录音录像的全案化。限制《同录规定》第2条第2款<sup>①</sup>中控方对同步录音录像适用的可选择权,明确“讯问与听取意见、签署具结书同时进行的”,应一并录制,条件成熟后则应对全部讯问过程开展同步录音录像,包括侦查讯问阶段。其二,同步录音录像的自动化。更新录音录像设备及配套装置,确保实现对被讯问人从进入羁押场所或者检察机关办案区的提讯室或者专门听取意见室,到核对讯问笔录、听取意见笔录、签字按手印全过程的不间断录制,并取消《同录规定》第9条同步录音录像的起始和结束全部由检察人员宣布和掌控的要求。其三,同步录音录像的证据化。同步录音录像的证据化意味着此类录音录像及与其相关的过程记录等材料必须随案移送,且允许律师查阅与复制,并接受非法证据排除规则及其法庭准入资格的审查,从而可以更为有效地保证量刑协商过程的公开公正。第二,除完善适用同步录音录像外,协商过程必须形成对意见、磋商过程、结果等内容的详尽而有效的书面记录。第三,设置量刑协商考核制度,将量刑协商有效与否归入与办案人员绩效挂钩的工作内容审查考核的范围。第四,引入律师抗辩机制,即控方无效开展量刑协商工作时,律师有权拒绝见证、签署具结书,并可向上级检察机关提起申诉或者控告。同时,立法还应明令禁止控方单方面调整量刑建议,并对该种情形设置量刑建议无效,以及对相关检察人员施以纪律处分甚至刑事处罚的惩戒措施。

(三)认罪认罚制度下有效法律援助辩护的制度依托

要想实现有效辩护,必须推行无效辩护制度<sup>②</sup>。随着近年来“有效辩护”理念的培育,我国引入无效辩护制度的相应条件已经成熟,以此矫正法律援助律师辩护质量低劣的问题<sup>③</sup>。对于无效辩护制度需明确以下几点:

1. 无效辩护的判断标准

美国联邦最高法院于1984年在“Strickland v. Washington”案中,对无效辩护的标准作出了权威解释<sup>④</sup>。以此为据,美国“无效辩护”的标准采取“双重标准”模式,即“辩护行为有缺陷”与“缺陷辩护行为导致不利结果”。鉴于我国与美国诉讼结构的差异,以及职权主义诉讼模式所导致的无效辩护法外因素,我国并不宜直接套用“双重标准”,而应立足具体司法背景,探索创新型标准。在无效辩护制度的初步探索阶段,为了具象化无效辩护判断标准,可以将标准设置为“责任清单+‘双重标准及例外’”。其中,“责任清单”包括致使辩护无效的法内外因素,即公权机关侵权(如限制阅卷)和辩护人失职(如值班律师怠于审查受援人认罪认罚的自愿性)。对于“责任清单”,可由相关部门依据法律规定联合出台有关无效辩护的实施细则,以尽可能列明无效辩护行为类型。“双重标准及例外”即为允许审查者在自由心证下,对法律援助律师的辩护行为是否存在缺陷,以及该缺陷是否损害受援人合法权益并最终影响诉讼结果的公正性做出具体判断。

2. 无效辩护制度的程序适用

与美国由被告入于随附审查程序<sup>⑤</sup>中申请无效辩护的做法不同,我国可以参照既有的非法证据排除程序规则,确立无效辩护专门审查程序规则。具言之,第一,启动程序。无效辩护审查程序

①《人民检察院办理认罪认罚案件听取意见同步录音录像规定》第2条第2款规定:“听取意见同步录音录像不包括讯问过程,但是讯问与听取意见、签署具结书同时进行的,可以一并录制”。

②参见陈瑞华:《刑事辩护制度四十年来的回顾与展望》,载《政法论坛》2019年第6期,第3-17页。

③参见韩旭:《第四次〈刑事诉讼法〉修改的法治现代化期待》,载《政法论丛》2024年第1期,第53-68页。

④参见[美]德雷斯勒,[美]迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解(第1卷):刑事侦查》,吴宏耀译,北京:北京大学出版社2009年版,第113页。

⑤随附审查程序是一种定罪后的救济程序,通常在与定罪法院不同的初审法院进行,当事人也可传唤证人和提出证据。

的启动主体既包括被追诉人也包括法检机关,对于公权机关侵权型无效辩护,还应当包括权利受侵的法律援助律师。第二,证明程序。美国判例作出的无效辩护证明责任由被告承担<sup>①</sup>的要求过于绝对,对此,应分情况而定:在公权机关侵权型无效辩护中,由辩护人提出相关材料和情况说明进行程序申请,由公权力机关负责人及具体侵权行为人予以辩解;在辩护人失职型无效辩护中,对于无效辩护的证明可适当减轻受援人的证明责任,即受援人仅负有提出符合“责任清单”列举的无效辩护行为并加以说明的初步责任,而由辩护人承担辩护正当性、充分性的举证责任;当无效辩护审查程序为法检机关所启动时,则由审查机关依法依规公正审查,各诉讼参与方予以配合即可。第三,认定程序。在受援人、法律援助辩护律师、公权力机关作出相关证明后,由法检人员在进行证据审查和听取各方意见的基础上,依

据相应判断标准进行审查判断。

3. 无效辩护的法律后果

同非法证据排除程序的法律后果类似,无效辩护的法律后果也可作为程序层面的相关制裁措施,但可根据具体无效辩护的类型与实际不利后果的严重程度,区分情况宣告无效辩护行为后的程序、事实、结果无效。例如,在上级法院认定律师的辩护行为构成严重无效辩护时,那么相应的辩护所取得的诉讼结果应被宣布为无效。这意味着案件可能需要发回重审或者指令下一级人民法院再审,诉讼程序将重新进行。同时,在公权机关侵权型无效辩护中,还应给予侵权公职人员纪律处分甚至刑事处罚;在辩护人失职型无效辩护中,还应对律师处以警告或者罚金、职业纪律惩罚(如职业禁止)等。

【责任编辑:耿 浩】

Realistic review and rational return of effective legal aid defense under the system of pleading guilty and accepting punishment

Pan Jingui, Wu Qingbang

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

**Abstract:** The emphasis on effective legal aid defense under the system of pleading guilty and accepting punishment aims to ensure the recipient's voluntariness, authenticity and legality of pleading guilty and accepting punishment. However, in practice, there are prominent problems such as the legal aid effect of on-duty lawyers is not ideal, the designated defense service has not reached the expected level and the legal professional community has not been fully established. The relevant restrictive factors mainly include legal aid defense practice factors, legislative norms factors and judicial concepts and litigation system factors. In order to achieve the effectiveness of legal aid defense under the system of pleading guilty and accepting punishment, in terms of practical supply, it is necessary to strengthen the normativeness of the internal management of legal aid lawyers and the cross-regional cooperation mechanism, adjust the defense positioning and optimize the judicial concept; in terms of rule continuation, it is necessary to improve the provisions on the right to obtain legal aid, allow limited lawyer intervention in investigation and interrogation, ensure the smooth exercise of the rights of on-duty lawyers and clarify the mechanism for generating sentencing recommendations; in terms of system support, the invalid defense system in China's criminal proceedings can be constructed from the three levels of judgment standards, procedural application and legal consequences, so as to further improve the defense quality of legal aid lawyers.

**Key words:** pleading guilty and accepting punishment; legal aid defense; sentencing negotiation; right to legal help; on-duty lawyer

<sup>①</sup>参见申飞飞:《美国无效辩护制度及其启示》,载《环球法律评论》2011年第5期,第142-150页。

## 【未成年人犯罪预防机制研究】

## 未成年人犯罪预防机制的检视与完善

陶天意

(江西财经大学,江西 南昌 330013)

〔摘要〕当前,我国未成年人犯罪呈现增长快、低龄化、暴力化等特点。在司法与社会层面,我国历来注重未成年人犯罪事后治理与事后预防,但对未成年人犯罪的事前预防有所忽视。尤其是未成年人网络犯罪多发,传统犯罪预防机制无法有效应对未成年人网络犯罪。对此,应实现从“治罪”到“预防”的理念转变,构建未成年人大数据信息平台,实现对未成年人的动态监控;系统优化各相关主体的功能,构建未成年人犯罪预防的“六大预防机制”。

〔关键词〕未成年人;未成年人犯罪;犯罪预防

〔基金项目〕本文系 2024 年度鹤壁市法学研究课题“未成年人犯罪预防机制的检视与完善”(项目编号:HBLS202412)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕陶天意(1996—),男,甘肃平凉人,江西财经大学法学院 2023 级刑法学博士研究生,主要从事刑事司法研究。

〔收稿日期〕2024-04-30

〔中图分类号〕D917.6 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-015-08

## 一、问题的提出

当前,我国未成年人犯罪数量呈逐年上升趋势,且呈现出低龄化、暴力化等特征。2020 年 10 月,立法机关结合未成年人犯罪的新特点,在广泛听取社会意见的基础上,修订刑事法律、下调刑事责任年龄,以实现对未成年人犯罪的有效威慑、防治和打击。遗憾的是,从实践效果看,这一措施并未从根本上实现预防未成年人犯罪的立法目标。2020 年后,我国未成年人犯罪反而呈现迅速增长趋势<sup>①</sup>。近期,社会上连续发生多起涉未成年人恶性案件,如 2024 年 3 月河北邯郸 3 名未成年人涉嫌杀害初中一年级学生<sup>②</sup>、13 岁在校生猥亵女生<sup>③</sup>等。未成年人犯罪案件的持续多发

不断刺痛公众的心脏,刺激公众的神经,社会上再次出现降低刑事责任年龄、严惩涉罪未成年人的呼声。在此前我国刑事立法已对民众的呼声有所回应,下调刑事责任年龄后未成年人犯罪数量不降反增的背景下,再去讨论通过下调刑事责任年龄实现对未成年人犯罪的源头治理,显然并非一种理性的选择。

诸多研究表明,未成年人犯罪是个体因素以及家庭、学校、社会等外部因素综合作用的结果<sup>④</sup>。既然导致未成年人犯罪的因素是多样的,那么仅仅强调依赖刑事手段打击未成年人犯罪,是否存在偏颇呢?本文认为,未成年人犯罪预防应是多元化的。《中华人民共和国预防未成年人

①参见姚建龙:《不教而刑:下调刑事责任年龄的立法反思》,载《中外法学》2023 年第 5 期,第 1204 页。

②参见《检方通报邯郸初中生遇害案》,载新华网,<http://www.news.cn/legal/20240408/dfe22eb00f554b0a82bdb5341dd195e5/c.html>,最后访问时间:2024 年 4 月 18 日。

③参见《梅州通报 13 岁在校生猥亵女生:男生被送至专门学校》,载华商网,<https://news.hsw.cn/system/2024/0318/1728187.shtml>,最后访问时间:2024 年 4 月 18 日。

④参见吴羽:《广义刑事政策立场下未成年人犯罪的治理》,载《青少年犯罪问题》2021 年第 6 期,第 122 页。

犯罪法》(以下简称《预防未成年人犯罪法》)第6条明确指出,国家机关、人民团体、社会组织、企事业单位、居民委员会、村民委员会、学校、家庭等主体具有预防未成年人犯罪的法定义务;同时《中华人民共和国刑法》《预防未成年人犯罪法》明确规定,对有严重不良行为的未成年人进行专门教育<sup>①</sup>。立法层面有关未成年人犯罪预防的法律不断完善,但实践中未成年人犯罪数量却呈现出增长趋势,现实促使我们思考,我们在具体操作即未成年人犯罪治理过程中究竟遇到了什么样的困境。

二、当前我国未成年人犯罪预防之难题

2021年修订的《预防未成年人犯罪法》从预防犯罪教育、对未成年人不良行为干预、对未成年人严重不良行为矫治、未成年人重新犯罪预防等方面为有效预防未成年人犯罪提供了指引。“徒法不足以自行”,法律的生命在于实施<sup>②</sup>。《预防未成年人犯罪法》只有在预防未成年人犯罪实践中真正发挥作用,才能实现其立法价值。受制于预防未成年人犯罪的理念、模式等因素,本文认为,当前《预防未成年人犯罪法》的价值并未完全实现。

(一)重“治罪”轻“预防”的观念依旧存在

一方面,从司法实践与社会观念来看,目前仍有严惩未成年人犯罪的固有观念。从司法实践来看,对未成年人犯罪嫌疑人的逮捕率较高。统计数据显示,2021年全国各级检察机关批准逮捕未成年犯罪嫌疑人2.72万人,不批准逮捕2.77万人,逮捕率为49.54%;2022年全国各级

检察机关批准逮捕未成年犯罪嫌疑人1.5万人,不批准逮捕3.4万人,逮捕率为30.61%;2023年全国各级检察机关批准逮捕未成年犯罪嫌疑人2.7万人,不批准逮捕3.8万人,逮捕率为41.54%。最高人民法院公布的2024年一季度司法审判工作数据显示,全国各级人民法院共判处未成年人罪犯1.2万人,同比增长77.67%,占罪犯总数的3.12%,同比上升1.12个百分点,其中重刑率8.50%<sup>③</sup>;根据最高人民检察院公布的2024年一季度司法审判工作主要数据,各级检察机关该季度共批准逮捕未成年犯罪嫌疑人7100余人,对未成年犯罪嫌疑人决定起诉1.2万人<sup>④</sup>。可见,司法机关在理念上依然注重用刑事手段打击未成年人犯罪。从社会观念来看,社会公众乃至很多法律专业人士强烈表示应当严惩未成年人犯罪。河北邯郸初中生遇害事件发生后,最高人民法院表示,对未成年人严重犯罪该惩处的要依法惩处<sup>⑤</sup>;社会上亦出现引入“恶意不足刑事责任年龄”以实现未成年犯罪人的威慑,更好地预防未成年人犯罪的观点<sup>⑥</sup>。曾有学者作过统计,问卷调查中,受访者绝大多数为受过法学教育、从事法律相关职业或关心未成年人成长的人士,其中67.0%的受访者赞同降低未成年人刑事责任年龄,28%的受访者表示不赞同<sup>⑦</sup>。可见,社会大众更倾向于用刑法手段来规制未成年人犯罪,注重对未成年人犯罪的打击而非预防。

另一方面,包括未成年人父母或者监护人、学校教师及基层执法人员等主体理念依然相对滞后,思想上不重视对未成年人犯罪的预防。首

①《中华人民共和国刑法》第17条第5款规定:“因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令其父母或者其他监护人加以管教;在必要的时候,依法进行专门矫治教育”。《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第6条第1款规定:“国家加强专门学校建设,对有严重不良行为的未成年人进行专门教育。专门教育是国民教育体系的组成部分,是对有严重不良行为的未成年人进行教育和矫治的重要保护处分措施”。

②参见郭晔:《中国式法治现代化概念的逻辑构造及其展开》,载《法学研究》2024年第2期,第17页。

③参见《最高人民法院公布2024年一季度司法审判工作主要数据》,载中国新闻网, <https://www.chinanews.com/gn/2024/04-22/10203743.shtml>,最后访问时间:2024年4月22日。

④参见《2024年1至3月全国检察机关主要办案数据》,载澎湃网, [https://m.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_27174914](https://m.thepaper.cn/newsDetail_forward_27174914),最后访问时间:2024年4月30日。

⑤参见《最高法:对未成年人严重犯罪该惩处的依法惩处》,载新华网, <http://www3.xinhuanet.com/legal/20240416/9477806fb5c446ff9bade0489e283e41/c.html>,最后访问时间:2024年4月21日。

⑥参见李媛:《用恶意补足年龄规则制裁少年杀人犯——初中生杀人案两种处理可能的延伸思考》,载光石法学苑, [https://mp.weixin.qq.com/s/\\_biz=MzU2NjYzNjI0MQ==&mid=2247572539&idx](https://mp.weixin.qq.com/s/_biz=MzU2NjYzNjI0MQ==&mid=2247572539&idx),最后访问时间:2024年4月30日。

⑦参见自正法:《未成年人刑事特别程序:法理、模式与路径》,北京:北京大学出版社2023年版,第371页。

先,父母或者监护人的教育观念较为落后。部分父母较为关心孩子的学习成绩,但对于孩子的品行等心理素养不够重视<sup>①</sup>,认为孩子只要不犯大错误就可以,对其平时的一些不良行为听之任之。其次,部分基层执法机关的执法理念落后。一些基层执法机关受理涉未成年人案件后,认为涉案未成年人年龄未达到法定刑事责任年龄,故不予处罚<sup>②</sup>。如发生在江苏某地的一起案件:两个13周岁的未成年人使用弹弓打伤8岁女童左眼,致被害人左眼眼球破裂失明。司法鉴定结果显示,被害人左眼部损伤初评构成轻伤二级。该案因行为人未达到刑事责任年龄,警方决定不予立案<sup>③</sup>。即使对部分涉案未成年人不能追究刑事责任,根据《预防未成年人犯罪法》的规定,也应对其适用专门教育、矫治教育等措施,但由于基层执法理念滞后,导致部分涉案未成年人无法接受专门教育。最后,学校教师对未成年人行使管理教育权限面临风险。尽管《预防未成年人犯罪法》明确规定了学校对不良行为未成年人的管理教育措施,《中小学教育惩戒规则(试行)》亦在制度层面规定了中小学教师的教育惩戒权,有助于为学校及教师管理教育学生、纠正学生不良行为提供法治保障,但遗憾的是,实践中因为家长对教育惩戒权的接受程度不同,教师在行使教育惩戒权的过程中面临较大风险,不仅要担心自己面临网络舆论的负面评价,更会担心因惩戒学生被学生家长举报而承担责任<sup>④</sup>。在这样的社会和舆论环境下,学校教师更倾向选择对未成年人不良

行为放任不管,只负责学生在校的学习和人身安全。如此,学校管理教育未成年人义务的落实效果将大打折扣。

(二) 传统预防机制应对未成年人网络犯罪的“无力”

未成年人网络犯罪迅速增加,对传统的未成年人犯罪预防模式产生较大冲击。传统的未成年人犯罪防控手段收效甚微,显示出该机制已陷入转型困境<sup>⑤</sup>。2019年、2020年、2021年,检察机关分别起诉未成年人涉嫌利用电信网络犯罪2130人、2932人、3555人,同比分别上升37.65%、21.25%。其中,未成年人涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪明显上升,2020年起诉130人、2021年起诉911人,同比上升超过6倍<sup>⑥</sup>。2020年至2022年,全国各级检察机关审结(含起诉、不起诉)未成年人涉嫌帮助信息网络犯罪活动罪犯罪人数分别为236人、3001人、5474人,2022年较2021年同比上升82.41%<sup>⑦</sup>。可见,越来越多的未成年人依赖网络技术实施犯罪行为。有的未成年人进行网络诈骗,有的传播淫秽物品,有的通过网络销售或者购买笑气、迷药等违禁品,还有的通过网络社交工具实施欺凌、敲诈勒索、寻衅滋事等违法犯罪活动<sup>⑧</sup>。在姚某某(成年人)拉拢、招募、吸收大量未成年人参与网络诈骗犯罪一案中,涉案未成年人达560人,其中450余人系在校学生,犯罪数额为30万元至350万元不等<sup>⑨</sup>,涉案犯罪团伙的小组管理职责亦由未成年

①参见李豫黔:《未成年人犯罪现状原因及预防治理对策思考》,载《预防青少年犯罪研究》2023年第2期,第26页。  
②参见刘言:《应对低龄未成年人违法犯罪专门矫治教育落实不力现状亟待扭转》,载《中国青年报》2024年4月3日,第8版。  
③参见《两少年用弹弓射瞎8岁女童左眼逃离!警方:未达刑责年龄,不予立案》,载极目新闻,<https://movement.gzstv.com/news/detail/Hd4XbQ/>,最后访问时间:2024年4月30日。  
④参见赵伟,周然,赵士谦:《中小学教师教育惩戒权的行使困境及纾解之策》,载《沈阳师范大学学报(教育科学版)》2023年第2期,第57页。  
⑤参见谢梓亦,郑睿:《后疫情时代基于犯罪科学的未成年人犯罪防控路径研究》,载《重庆科技学院学报(社会科学版)》2024年第2期,第41页。  
⑥参见《未成年人检察工作白皮书(2021)》,载中华人民共和国最高人民检察院网,[https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202206/t20220601\\_558766.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202206/t20220601_558766.shtml#2),最后访问时间:2024年4月20日。  
⑦参见《未成年人检察工作白皮书(2022)》,载中华人民共和国最高人民检察院网,[https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202206/t20220601\\_558766.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202206/t20220601_558766.shtml#2),最后访问时间:2024年4月20日。  
⑧参见《最高检:未成年人网络犯罪呈现类型多、实施载体多样化等新特点》,载央视网,<https://news.cctv.com/2023/05/31/ARTI4DQYyXnbmB6SDVGss5yb230531.shtml>,最后访问时间:2024年4月20日。  
⑨参见“最高人民检察院第十五批指导性案例检例第201号:姚某某等人网络诈骗案”,载律师门户网,<https://m.055110.com/xs/1/21953.html>,最后访问时间:2024年4月20日。

人赵某某承担。

网络时代未成年人已经成为网络中较为活跃的主体。2022年,我国未成年人网民规模达1.93亿人,未成年人使用手机上网的比例为91.3%,小学生互联网普及率达到95.1%,其他各年龄段未成年人互联网普及率均超过99%<sup>①</sup>。究其原因,手机、平板电脑等移动式电子设备方便携带,可以实现与未成年人的“全天候”接触;网络本身的虚拟性特点,也决定了未成年人网络犯罪具有隐蔽性成为必然。未成年人利用网络实施犯罪行为时,往往不容易被父母、老师及其他人发现,甚至有时候未成年人会在监护人的眼皮下实施犯罪行为。未成年人何某(15周岁)潜入家长微信群冒充班主任,向家长们发出收取398元费用的通知,先后有20位家长通过微信红包向何某转账;何某用同样手段诈骗云南、四川、山东等地学生家长,每次犯罪金额都在两三千元<sup>②</sup>。作为未成年在校学生,行为人何某能够熟练运用网络跨时空、跨地域特点对成年人实施诈骗,并且实施犯罪行为时并未被父母、老师或同学发现。只是由于事后被害人报警,公安机关通过侦查才发现何某实施网络诈骗。由此可见,父母、教师等责任主体的日常监管、禁止未成年人进出特定场所等预防未成年人犯罪的传统方式<sup>③</sup>,显然已经无法实现对未成年人网络犯罪的有效预防。

(三) 多预防主体下的“九龙治水”困境

法律规定了诸多主体应当承担预防未成年人犯罪的义务,但并未就各主体应履行的具体义务作出规定,致使保护主体履行义务积极性减弱,预防未成年人犯罪工作的推进陷入“九龙治水”困境。《预防未成年人犯罪法》第4条明确规定:“国家机关、人民团体、社会组织、企事业单位、居民委员会、村民委员会、学校、家庭等各负其责、相互配合,共同做好预防未成年人犯罪工

作,及时消除滋生未成年人违法犯罪行为的各种消极因素,为未成年人身心健康发展创造良好的社会环境”<sup>④</sup>。立法层面规定如此之多的预防未成年人犯罪义务主体,是为了实现对未成年人犯罪的综合治理。立法目的固然是美好的,但如何实现预防未成年人犯罪之目的,有赖于这些法定义务主体是否认真履行相应义务。遗憾的是,《预防未成年人犯罪法》中对此规定得较为粗糙。笔者通过检索地方的《预防未成年人犯罪条例》发现,地方性法规中对以上法定主体的应尽义务予以较多明确。例如河北省唐山市颁布实施的《唐山市预防未成年人犯罪条例》中,第5条、第6条就明确规定了市、县、乡镇人民政府和街道办事处在预防未成年人犯罪工作中的职责。

通过梳理发现,尽管这些规范性法律文件中针对各个主体规定了诸多的法定义务,但各主体间的义务亦存在重合之处。《天津市预防未成年人犯罪条例》第24条规定,“未成年人的父母或者其他监护人发现未成年人有不良行为的,应当及时制止并加强管教,帮助其认识不良行为的性质和后果,监督其改正不良行为”;第25条规定,“公安机关、居民委员会、村民委员会发现本辖区内未成年人有不良行为的,应当及时制止,并督促其父母或者其他监护人依法履行监护职责”。条例规定未成年人的父母或者其他监护人、公安机关与居(村)民委员会都有及时制止未成年人不良行为的义务,那么以上主体履行制止义务是否具有先后顺序、能否同时履行,如何明晰各个法定主体之间的义务界限,是具体工作中较为棘手的问题。此外,我们必须认识到这样一个现实:生活于城市中的未成年人,其与社区之间的关系不如传统的农村社区那般密切,甚至可以说处于一个“陌生人社会”。能否期待居民委员会出面制止未成年人的不良行为并督促未成年人的父母或监护人依法履行监护职责,是值得我们

①参见共青团中央维护青少年权益部,中国互联网络信息中心(CNNIC):《第5次全国未成年人互联网使用情况调查报告》,第2页。  
②参见《涉未成年人电信网络诈骗案件引关注 多方携手筑牢防线遏制犯罪》,载法治网,http://www.legaldaily.com.cn/IT/content/2021-08/05/content\_8573203.html,最后访问时间:2024年4月22日。  
③参见龙敏:《未成年人犯罪治理与大数据应用》,载《青少年犯罪问题》2023年第4期,第140页。  
④参见苏银侠,刘左鑫惠:《“枫桥经验”视角下未成年人违法犯罪预防机制探究》,载《浙江警察学院学报》2023年第5期,第101页。

进一步思考的现实问题。

三、未成年人犯罪预防机制的完善路径

(一) 从“治罪”到“预防”:转变预防理念

未成年人的身心发展都与成年人有较大差异,未成年人犯罪有其特殊性,因而对未成年人犯罪的治理重在预防<sup>①</sup>。不论是公安机关、司法机关,或者是未成年人的监护人及所在学校,都应摒弃对待未成年人罪错行为的固有观念,共同在预防未成年人犯罪上下功夫。公安机关是打击违法犯罪的主要力量,针对未成年人违法犯罪行为,公安机关应更新执法理念,避免通过简单的年龄判断让具有罪错行为的未成年人“逍遥法外”,以至出现“养大了再打,养肥了再杀”的“养猪困局”<sup>②</sup>。特别要认真研读领会《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》等规范未成年人法律责任和保护措施的法律文件,在注重打击违法犯罪行为的同时,重视对未成年人的教育矫治。对符合接受专门教育条件的未成年人,公安机关要及时将其送入专门学校接受教育<sup>③</sup>。

检察机关是我国法律监督机关,通过对未成年人犯罪案件行使检察权,实现控制、预防未成年人犯罪的目的<sup>④</sup>。检察机关近年来受理审查逮捕未成年犯罪嫌疑人数、受理审查起诉未成年犯罪嫌疑人数呈现明显增加趋势,有助于打击治理未成年人犯罪。同时,检察机关亦要适应未成年人犯罪治理现代化的需要,做到“高质效办好每一个案件”,从个案中追根溯源,及时发现容易滋生未成年人违法犯罪的消极因素,以检察履职促进家庭、学校、社会、网络、政府、司法“六大保护”系统发力<sup>⑤</sup>,为未成年人学习、生活、成长创造更为友善的环境,实现未成年人犯罪的提前干预、提前预防。

家庭与学校是教育未成年人的重要场所,学校教育对预防未成年人犯罪的作用不言自明。未成年人的父母或者监护人、未成年人所在的学校及教师都需要及时转变教育观念,积极履行对未成年人的管教义务。其一,父母或者监护人应重视对未成年人思想、品行和习惯的培养<sup>⑥</sup>,对未成年人生活中出现的不良行为、不良情绪及时干预和处理,避免出现“以恶小而为之”的情形。其二,家庭、学校与社会要为教师行使教育惩戒权提供支持与保障。父母或者其他监护人应加强与学校尤其是与未成年人所在班级班主任的沟通与交流,增进对教育惩戒的理解和认识,支持学校教师针对孩子的不良行为实施教育惩戒。学校应根据自身具体情况,在广泛征求学生、家长、社会等各方意见的基础上,依据《中小学教育惩戒规则(试行)》,制定学校层面的教育惩戒细则,让教育惩戒具体化、可操作化<sup>⑦</sup>;教师亦要积极履行预防未成年人犯罪、严格管理教育未成年学生的法定义务,将法治教育与道德教育融入日常教学活动中,发现学生的不良行为尤其是严重不良行为及时干预并报告学校管理者,实现对未成年人犯罪的主动预防。

(二) 从“传统”到“现代”:用大数据预防

将大数据运用于未成年人犯罪治理、预防,是实现未成年人犯罪治理现代化的必然选择。检察机关应运用大数据等科技手段,不断完善涉网络犯罪未成年人的监管方式,如建立涉网络犯罪未成年人动态管理系统等<sup>⑧</sup>。诚然,涉网络犯罪未成年人群体是未成年人犯罪预防治理中应重点关注的群体,仅仅注重对网络犯罪未成年人的监管,尽管可以实现预防涉网络犯罪的未成年人重新犯罪,但无法实现刑罚的一般预防目的,

①参见江莉:《两岸视域下未成年人轻罪治理机制的比较与借鉴》,载《人民检察》2023年第24期,第132页。  
②参见姚建龙:《论〈预防未成年人犯罪法〉的修订》,载《法学评论》2014年第5期,第121页。  
③具体内容参见《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第38条至第44条。  
④参见童德华,成梦露:《检察机关对未成年人犯罪预防治理的探索》,载《贵州警察学院学报》2023年第4期,第87页。  
⑤参见绿杰:《以检察履职促“六大保护”协同发力用心用情用力保护未成年人》,载《人民检察》2024年第2期,第38页。  
⑥参见王枫梧,黄志慧:《生态系统理论视角下未成年人犯罪检视及预防》,载《河南警察学院学报》2024年第3期,第38页。  
⑦参见赵伟,周然,赵士:《中小学教师教育惩戒权的行使困境及纾解之策》,载《沈阳师范大学学报(教育科学版)》2023年第3期,第59页。  
⑧参见门植渊:《大数据应用于未成年人网络犯罪治理研究》,载《北京青年研究》2019年第2期,第88页。

即实现对潜在未成年犯罪人的威慑<sup>①</sup>。笔者认为,大数据治理未成年人犯罪,所面向的主体应是社会上的所有未成年人,而不应仅限于涉网络犯罪未成年人群体。在具体操作过程中,可以根据未成年人的日常行为、家庭监护等因素,对未成年人实行分层次、有重点的监管。

《未成年人网络保护条例》第18条明确规定:“国家鼓励和支持研发、生产和使用专门以未成年人为服务对象、适应未成年人身心健康发展规律和特点的网络保护软件、智能终端产品和未成年人模式、未成年人专区等网络技术、产品、服务”。通过网络大数据碰撞,可以即时获取未成年人的最新数据,实现对未成年人的动态监管,对违法犯罪的苗头及时干预,实现对未成年人犯罪的“源头预防”。

首先,由公安部门牵头,在全国范围内搭建统一的未成年人信息大数据平台<sup>②</sup>。目前,很多地方检察院已开发“智慧未检”<sup>③</sup>“‘数智’监管链·未成年人综合保护平台”<sup>④</sup>等涉未成年人信息平台。未成年人信息大数据平台的搭建,为监护人、学校、公安机关、司法机关等其他对未成年人负有保护义务的主体实时监管未成年人提供了便利,有助于保护未成年人合法权益,为未成年人犯罪预防和治理提供信息支持。

其次,未成年人数据信息是未成年人信息大数据平台得以存在的基础,应全方位、多渠道采集未成年人相关信息,让大量数据进入信息大数据平台。具体来讲,可以包括未成年人的年龄、家庭情况、受教育情况、行为轨迹等与未成年人密切相关的重点数据。在以往的实践中,这些数据可能分别被学校、公安机关、检察院、教育行政部门等单位分别掌握,部门之间的数据流通性弱、共享程度不高。应积极打破部门之间的“数据壁垒”,将公安机关、法院、检察院、教育、司法、

网信办、网络运营商等部门的涉未成年人数据一并导入未成年人信息大数据平台<sup>⑤</sup>。当然,这种数据导入工作不是一次性完成,而应随着未成年人相关数据变化情况即时汇集导入未成年人信息大数据平台,以保证大数据平台内信息的准确性。

最后,在充分汇集海量未成年人信息的基础上,发挥大数据的挖掘能力与分析能力,由专业人员对平台内的大数据进行深度分析,总结未成年人犯罪的规律,重点关注和检测有旷课、吸烟等不良行为的未成年人群体,对于有违法犯罪倾向的未成年人及时干预,实现在源头上预防未成年人犯罪。同时,大数据平台的应用除了向公安机关、检察院、法院等司法机关开放,也应向未成年人监护人、学校、教育行政部门等对未成年人负有法定保护义务的个人或者组织开放,以便于相关保护主体及时掌握未成年人动态,实现对未成年人不良行为的及时干预。

(三)从“九龙治水”到“六大预防”:系统化预防的设想

首先,优化各主体之间的职能,形成未成年人犯罪预防合力。有论者基于生态系统论的视角,分别从宏观、中观与微观三个维度提出未成年人犯罪预防的策略<sup>⑥</sup>。过于强调各主体在预防未成年人犯罪中的作用,有时反而不利于未成年人犯罪的综合治理,甚至会出现“1+1<2”的窘境。该论点与先前诸多研究一样,都是强调未成年人个体、家庭、学校及社会等主体具有何种义务,认为这些主体认真履行了法定义务,未成年人犯罪便可以预防。这是一种相对理想化的状态,实践中部分义务是否具有可行性,值得我们进一步探索。再如,有人建议让村民/居民代表负责收集区域内未成年人的信息<sup>⑦</sup>,这种做法

①参见高铭喧,马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社2022年版,第224页。  
②参见龙敏:《未成年人犯罪治理与大数据应用》,载《青少年犯罪问题》2023年第4期,第144页。  
③参见《当未检工作有了“智慧+”的钥匙》,载“南浔检察发布”微信公众号,2020年1月20日上传。  
④参见《“数智”监管链·未成年人综合保护平台》,载“相城检察发布”微信公众号,2024年4月1日上传。  
⑤参见门植渊,王加军:《大数据应用于未成年人网络犯罪治理研究》,载《北京青年研究》2019年第2期,第88页。  
⑥参见王枫梧,黄志慧:《生态系统理论视角下未成年人犯罪检视及预防》,载《河南警察学院学报》2024年第3期,第36-40页。  
⑦参见高继超:《未成年人罪错行为预防机制的改革与完善——以“枫桥经验”“群众说法、法官说法”为视角》,载《青少年犯罪问题》2018年第5期,第9页。

是否有法律依据、在实际操作中是否可行,同样值得进一步探讨。笔者认为:未成年人犯罪预防应坚持“系统化”“大保护”的思路,通过对父母/监护人、学校、公安机关等主体的职能予以优化,促使各主体尽职尽责履行义务,形成预防未成年人犯罪之合力。

其次,实现对未成年人的系统化保护。所谓系统化保护,就是要处理好各主体之间、各主体与未成年人犯罪预防目标之间的关系,以各主体功能的实现,推动未成年人犯罪预防目标的实现;以未成年人犯罪预防之目标,促进各义务主体功能的完善。根据《预防未成年人犯罪法》的规定,国家机关、人民团体、社会组织、企业事业单位、居民委员会、村民委员会、学校、家庭等单位或者个人都有做好预防未成年人犯罪工作的义务。以往实践中,各主体以完成法律规定的义务为主要目标,“单兵作战”模式下的预防工作要么衔接不畅,要么出现预防盲区<sup>①</sup>。低龄未成年人违法犯罪的预防与治理,融汇生物学、心理学、教育学、社会学、犯罪学、法学等交叉学科专业知识,涉及教育、民政、卫健、文旅、网信、公安、检察、法院、司法、工青妇等各职能部门和群团组织<sup>②</sup>。因此,部门之间的配合协同必不可少。笔者认为,应以《未成年人保护法》所提出的“六大保护”为依据,以促进基层执法机关(公安机关)<sup>③</sup>履职尽责为主导,以基层执法促进家庭、学校、社会、网络、政府、司法“六大预防”协同发力。

最后,应明晰各主体之间履行义务的顺位。《预防未成年人犯罪法》及相关规范性文件规定了各级人民政府、家庭、学校、公安机关、检察机关、司法行政部门等主体在预防未成年人犯罪中的义务。笔者认为,这些明文规定的义务为义务

主体必须履行的基本义务,如未成年人父母或其他监护人必须履行监护职责,培养未成年人良好品行,履行教育、引导和劝诫未成年人等义务;教育行政部门及学校必须承担对未成年学生开展法治教育、心理健康教育、处理或预防学生欺凌等义务。基本任务是父母、学校等主体在平时应履行的义务。在此基础上,应考虑各主体履行预防未成年人违法犯罪义务的顺位。笔者认为,可以考虑“未成年人父母或者其他监护人>公安机关>学校>检察机关>村委会/居委会>其他社会组织”的顺位。主要基于如下理由。其一,父母是预防未成年人犯罪的首要责任人<sup>④</sup>。《预防未成年人犯罪法》用近 20 个条文明确了未成年人父母或者其他监护人在预防未成年人犯罪工作中的义务,《未成年人保护法》等其他法律亦是如此,足见国家立法对父母或者监护人在预防未成年人犯罪中的期待。同时,依据美国著名犯罪学家特拉维斯·赫希的社会控制理论,只要未成年人对父母有感情依恋,他们犯罪的可能性就较小<sup>⑤</sup>。因此,要注重未成年人父母在预防未成年人犯罪中的作用。父母要特别注重与未成年人建立情感依恋,让其感受到家庭的温暖,提升家庭教育控制未成年人犯罪的作用。其二,在父母或监护人监管缺位、疏于管教的情形下,如针对涉罪未成年人多属于留守儿童、流动打工家庭或者离婚家庭儿童的情形<sup>⑥</sup>,国家应积极承担管教未成年人、预防未成年人犯罪的责任。有观点认为,在未成年人父母健在但怠于履行监护职责的情况下,国家只能限制父母的亲权,督促未成年人父母履行法定义务;在未成年人父母双亡或者无法履行监护职责时,国家才可以直接参与未成

①参见高继超:《未成年人罪错行为预防机制的改革与完善——以“枫桥经验”“群众说事、法官说法”为视角》,载《青少年犯罪问题》2018 年第 5 期,第 6 页。

②参见代秋影:《低龄未成年人违法犯罪预防与治理建议》,载《中国妇女报》2024 年 4 月 22 日,第 6 版。

③《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第 7 条规定:“公安机关、人民检察院、人民法院、司法行政部门应当由专门机构或者经过专业培训、熟悉未成年人身心特点的专门人员负责预防未成年人犯罪工作”。

④参见陈立毅,李金丽,郭瑞霞:《论新生代未成年人团伙犯罪之治理——以西南 G 省为研究样本》,载《预防青少年犯罪研究》2024 年第 1 期,第 30 页。

⑤参见吴宗宪:《西方犯罪学》,北京:高等教育出版社 2023 年版,第 361 页。

⑥参见潘华杰:《我国未成年人犯罪:现状、原因与对策》,载“水木网络法学”微信公众号,2024 年 4 月 25 日上传。

年人的监督、照顾活动<sup>①</sup>。笔者认为,在当前未成年人犯罪形势愈发严峻的情况下,国家应在父母监管不足、监护缺位时,积极承担对留守儿童、流动打工家庭或者离婚家庭儿童的监护义务,通过动员公安机关、学校、检察机关等单位的力量,依托未成年人信息大数据平台,对未成年人重点人群实施即时动态监控,对发现的未成年人违法犯罪风险因素,及时通过教育、批评等措施予以干预,实现在犯罪前端预防未成年人犯罪。

四、结语

新时代下,未成年人犯罪呈现出新的特点和趋势,对我国犯罪治理提出新的挑战。过分依赖降低刑事责任、严惩未成年人犯罪等刑事手段打

击未成年人犯罪,显然与新时期“未成年人利益最大化”理念相抵牾,更与国家“教育、感化、挽救”犯罪未成年人的刑事政策相背离。未成年人自身的特殊性决定了未成年人犯罪与成年人犯罪之不同,进而决定了未成年人犯罪治理的特殊性。正如贝卡里亚所言:“犯罪预防是比惩罚犯罪更高明的手段”<sup>②</sup>。本文认为,应对新时代下的预防未成年人犯罪,要实现从治罪到预防的理念转变,发挥大数据的优势,强化对特殊未成年人群体的动态监控,让预防未成年人犯罪变得“有迹可循”。

【责任编辑:张 戈】

Review and improvement of juvenile delinquency prevention mechanism

Tao Tianyi

(Jiangxi University of Finance and Economics,Nanchang Jiangxi 330013,China)

**Abstract:** At present,juvenile delinquency in China is characterized by rapid growth,younger age and violence. At the judicial and social levels,China has always focused on post-crime governance and post-crime prevention of juvenile delinquency,but has neglected the pre-crime prevention of juvenile delinquency. In particular,juvenile cybercrime is frequent,and traditional crime prevention mechanisms cannot effectively deal with juvenile cybercrime. In this regard,we should realize the concept change from “punishment” to “prevention” and build a big data information platform for juveniles,to realize dynamic monitoring of juveniles;systematically optimize the functions of various relevant entities and build “six major prevention mechanisms” to prevent juvenile delinquency.

**Key words:** minors;juvenile delinquency;crime prevention

<sup>①</sup>参见郑博文:《国家亲权理论指导下未成年人专门教育制度适用问题研究——基于解释论的三维分析》,载《青少年犯罪问题》2024年第1期,第19页。

<sup>②</sup>参见[意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京:中国法制出版社2002年版,第119页。

## 【未成年人犯罪预防机制研究】

## 完善罪错未成年人分级干预机制之路径探析

崔月玲, 赵 霖

(辽宁省沈阳市浑南区人民检察院, 辽宁 沈阳 110179)

〔摘 要〕未成年人罪错行为干预机制是有效应对我国未成年人犯罪态势的题中之义,也是预防青少年犯罪、完善社会治理的重要举措。建立符合我国司法实践的罪错未成年人分级干预机制,需要从机制构建的核心概念出发,在明确基本价值追求的基础上,分析现有体系下面临的困境,从完善法律体系、专门学校建设等方面入手,制定符合新时代我国国情及司法实践需求的罪错未成年人分级干预机制,实现从源头上减低未成年人犯罪的目的。

〔关键词〕未成年人;罪错行为;分级干预;路径建议

〔作者简介〕崔月玲(1982—),女,辽宁庄河人,辽宁省沈阳市浑南区人民检察院副检察长,四级高级检察官,主要从事检察业务研究;赵霖(1989—),女,吉林省吉林市人,辽宁省沈阳市浑南区人民检察院二级检察官,主要从事未成年人检察工作研究。

〔收稿日期〕2024-06-15

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-023-06

## 引言

近年来,我国校园欺凌未成年人、未成年人涉嫌暴力犯罪人数及其他重罪人数均有所下降,但最高人民检察院2023年公布的《未成年人检察工作白皮书(2022)》<sup>①</sup>(以下简称《白皮书(2022)》)相关数据显示,第一,未成年人犯罪总体呈上升趋势。全国各级检察机关2020至2022年受理审查起诉未成年人犯罪嫌疑人数量达32.7万人,年均上升7.7%。第二,低龄未成年人犯罪比例上升。上述案件中,不满16周岁的未成年犯罪嫌疑人达8700余人,年均上升16.7%<sup>②</sup>。通过数据分析,当前我国未成年人犯罪形势仍不容乐观且低龄化趋势增强,特别是诸如“邯郸初中生遇害案”等社会广泛关注的恶性案件,因涉

案犯罪嫌疑人年龄问题,引发了社会民众广泛关注和讨论。

在司法实践中,部分观点认为现行法律对未成年人的违法犯罪行为过多偏向于保护,应当从法律层面通过降低刑事责任年龄对未成年人起到震慑作用。但笔者认为,以特别恶劣手段实施违法犯罪行为并非由刑事责任年龄高低而引发,单纯降低刑事责任年龄无法从根本上应对未成年人犯罪低龄化和犯罪数量总体上升趋势。未成年人处于成长发育阶段,从偏差行为发展成为错误行为乃至犯罪行为同样也是一个发展过程,如果不能对其罪错行为及时、有效干预、矫治,就可能出现“由轻及重”的情况,不良行为可能转变为犯罪行为。只有采取行之有效的方法预防低龄未成年人犯罪,及时矫正错误行为,才能从源

①2023年6月1日,最高人民检察院发布《未成年人检察工作白皮书(2022)》(以下简称《白皮书》),首次披露检察机关强化“四大检察”融合履职,深化未成年人全面综合司法保护有关情况。《白皮书》从涉未成年人“四大检察”办案数据、向全国人大常委会专项报告工作、加强双向保护、强化融合履职、促进“六大保护”整体落实、提升法治宣传教育效果、推进专业化规范建设和深化理论研究等方面进行了分析总结,梳理了对未成年人检察及司法保护工作具有一定影响的案事件、典型做法和创新机制。

②参见最高人民检察院:《未成年人检察工作白皮书(2022)》,载中华人民共和国最高人民检察院网,[https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601\\_615967.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601_615967.shtml#2),最后访问时间:2024年5月30日。

头上降低犯罪率。因此,对未成年人的不良行为、错误行为和犯罪行为由轻及重进行科学分级,从而根据不同层级行为提前进行干预,才是当前应对我国未成年人犯罪态势的科学之举。

目前,《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》(以下简称《预防未成年人犯罪法》)以我国未成年人犯罪形势和犯罪预防为出发点,对罪错未成年人分级干预机制(以下简称“分级干预机制”)进行了基本框架规定,但尚有部分内容需要完善。本文以我国未成年人犯罪态势为出发点,在当前分级干预机制整体框架下,分析我国司法实践中分级干预机制存在的问题,并尝试就该机制的完善提出路径建议。

一、未成年人罪错行为的相关概念

最高人民检察院发布的《2018—2022 年检察改革工作规划》中,首次出现了“罪错未成年人”这一概念,其表述为“探索建立罪错未成年人分级处遇和保护处分制度”。罪错是对未成年人实施的两种不同类型行为的概称,具体来说:罪,指未成年人实施的犯罪行为;错,指未成年人实施的包含不良行为等尚未构成犯罪的错误行为。笔者认为,构建分级干预机制的前提,是厘清与分级干预机制相关的几个核心概念。

(一) 罪错行为的分级

对罪错行为的分级,在司法实践中需要根据行为的方式、行为过程程度进行划分。在《预防未成年人犯罪法》实施之前,我国理论界对罪错行为的分级方法主要有两种:第一种为“三级干预”,即将实施的罪错行为分为三种:“不良行为、行政违法行为和违反刑法行为”<sup>①</sup>;第二种为“四级干预”,即将罪错行为分级为“虞犯行为、违警行为、触法行为和犯罪行为”<sup>②</sup>。

我国《预防未成年人犯罪法》对如何矫治和预防未成年人犯罪,分别在第三章、第四章、第五章以定义和列举的方式,将罪错行为划分为三个

层次,即“不良行为、严重不良行为和犯罪行为”。因此,我国未成年人的罪错行为可以概括为:“未成年人不利于自身成长的不良行为、对社会或他人有严重危害的行为和触犯刑法的犯罪行为”<sup>③</sup>。根据我国刑法分则的罪名构成要件,对“罪”即犯罪行为,可以作出“罪”的判断;而可以定性属于不良行为和严重不良行为的“错”行为,则在预防未成年人犯罪法中对其行为的具体界定和表现进行了详细规定。

“不良行为”定义为“未成年人实施的不利于其健康成长的行为”<sup>④</sup>,包含旷课、逃学等八种未成年人实施的对其自身安全、成长不利的具体行为,并使用第(九)项规定了“其他行为”作为兜底条款。这些不良行为既包含了“自害”行为,也包含了具有一定社会危害的行为。从《预防未成年人犯罪法》对不良行为的定义,实践中较为容易对具体行为的性质进行判定。

“严重不良行为”定义为未成年人实施的由《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)规定,因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚的行为,以及严重危害社会的行为,具体列举了结伙斗殴、寻衅滋事、非法携带管制器具、吸食毒品等八种严重危害行为,同样使用第(九)项规定的“其他严重危害社会行为”作为兜底条款。通过条文解读,严重不良行为的九种行为实质上可以分为三个层级,即虽然危害社会但并未触犯《中华人民共和国治安管理处罚法》(以下简称《治安管理处罚法》)规定,尚未构成行政违法行为;触犯《治安管理处罚法》规定的行政违法行为;已经触犯《刑法》,但因未达到刑事责任年龄而不承担刑事责任的行为。因此,严重不良行为实质上兼有“罪”“错”的性质。

(二) 罪错未成年人的年龄分级

《中华人民共和国民法典》将 18 周岁作为划分未成年人与成年人的界限<sup>⑤</sup>,同时根据年龄对

①参见上海市长宁区人民检察院课题组:《未成年人罪错行为分类干预体系研究》,载《青少年犯罪问题》2019 年第 3 期,第 13 页。  
②参见姚建龙:《论〈预防未成年人犯罪法〉的修订》,载《法学评论》2014 年第 5 期,第 114 - 123 页。  
③参见周姊沫:《未成年人罪错行为分级干预研究》,成都:西南财经大学硕士学位论文,2021 年。  
④参见宋英辉,钱文鑫:《我国罪错未成年人分级干预机制研究——以专门教育为核心抓手》,载《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2022 年第 6 期,第 51 - 59 页。  
⑤《中华人民共和国民法典》(2021 年 1 月 1 日起施行)第 17 条规定,十八周岁以上的自然人为成年人,不满十八周岁的自然人为未成年人。

民事行为能力进行了划分。《刑法》同样认定 18 周岁以下为未成年人,对刑事责任能力的具体划分如下:第一,实施犯罪行为时不满 12 周岁的人,不具备刑事责任能力;第二,经最高人民检察院核准追诉,对实施犯罪行为时已满 12 周岁不满 14 周岁的人构成故意杀人、故意伤害致人死亡等几类严重犯罪行为的,应当承担刑事责任;第三,对实施犯罪行为时已满 14 周岁不满 16 周岁的人,触犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡等八类罪名的,应当负刑事责任;第四,已满 16 周岁的人犯罪,应当负刑事责任。依照上述规定追究刑事责任的不满 18 周岁的人,应当从轻或者减轻处罚。由此可见,我国刑法对未成年人承担刑事责任的年龄构建了四个层级。

对于罪错未成年人的年龄划分,目前《预防未成年人犯罪法》并未明文规定,理论界有观点认为根据行为种类划分即可。笔者认为,无论刑法还是民法,都从年龄层次划分了责任能力,说明年龄是判定行为性质和事后可罚性、可罚程度的重要依据,因此,需要结合行为的社会危险性、对他人的人身危害性、年龄的不同、责任能力的不同等方面进行科学分类。只有如此,才能采取最为恰当的干预方法。正确的逻辑应当是基于未成年人实施相应的罪错行为后,再结合年龄进一步分级,确定采取何种干预、矫治手段。但上述对未成年人年龄划分是否可以直接镶嵌到分级干预机制,尚有待商榷。

(三) 干预措施的分级

分级干预机制能否发挥实效,最为关键的一点就是干预措施是否具有针对性、适配性和有效性。因此通过行为分级、年龄分级后,采取恰当的分级干预措施是构建完整分级干预体系的应有之义。《联合国儿童权利公约》<sup>①</sup>《预防未成年人犯罪法》<sup>②</sup>均对分级干预进行了定义,最高人民检察院发布的《2018—2022 年检察改革工作规划》中亦提出“探索建立未成年人临界预防、家庭教育、分级处遇和保护处分制度”<sup>③</sup>。上述规范性

文件对干预措施种类方法进行了概括阐述,特别是《预防未成年人犯罪法》在不同章节中对干预主体和措施进行了阐述。总体上,司法实践中现有三大种类干预措施,即教育措施、处分措施、刑罚措施。

教育措施,目前主要包括家庭教育、学校教育和公安机关矫治教育。过去一段时间内,相关法律对学校和公安机关能够进行的教育措施进行了明确规定。2022 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国家庭教育促进法》,明确了家庭教育的主体、责任及社会各方协同,从法律层面促进了家庭教育完善。针对处分措施,我国实践中主要规定了专门教育、监督考察及跟踪帮教。专门教育和专门矫治教育,主要针对严重不良行为未成年人,以及实施了犯罪行为但尚未达到刑事责任年龄的未成年人,即建立专门学校对上述未成年人进行集中封闭管理。由于各地专门学校发展状况不一,导致了实践中教育发挥效果差异。相较专门教育的基础薄弱,监督考察、跟踪帮教作为检察机关对附条件不起诉未成年人采取的预防重新犯罪措施,已经在我国司法实践中运行多年并取得了较好效果。针对刑罚措施,主要是贯彻教育、感化、挽救的方针,坚持教育为主、惩罚为辅的原则,以加强对未成年人的特殊保护。对此,我国通过专门立法,在实体法、程序法方面均作出了相应规定。

二、构建罪错未成年人分级干预机制的价值取向

对于实施了错误行为乃至犯罪行为的未成年人,司法政策往往会根据一段时期内未成年人犯罪的态势,在保护和惩罚之间权衡。例如,20 世纪 80 年代,由于未成年人暴力犯罪激增,美国整体刑事政策发生巨大变化,将以“保护”为宗旨的矫正型少年司法,改变为严罚型少年司法政策。少年司法制度的重点更多地转向谴责和惩

①参见《儿童权利公约》,载联合国儿童基金会官网,<https://www.unicef.org/zh/>,最后访问时间:2024 年 5 月 30 日。  
②《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》第 2 条规定:“预防未成年人犯罪,立足于教育和保护未成年人相结合,坚持预防为主、提前干预,对未成年人的不良行为和严重不良行为及时进行分级预防、干预和矫治”。  
③参见最高人民检察院:《2018—2022 年检察改革工作规划》,载中华人民共和国最高人民检察院网,[https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsf-bt/201902/t20190212\\_407707.shtml#2](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsf-bt/201902/t20190212_407707.shtml#2),最后访问时间:2024 年 5 月 30 日。

罚,而不是教育和改造<sup>①</sup>。然而,随着时间推移,现实司法态势发生变化,严罚政策无法适应实践,又逐渐转变为以公正惩罚和有效减少犯罪为目标的发展型少年司法。域外司法政策变化的历程充分显示,由于主体的特殊性,未成年人司法政策势必不同于一般司法政策。片面的保护或者惩罚,实质上都是对未成年人司法政策特殊性的片面解读,预期效果也注定无法实现。

同理,未成年人罪错行为分级干预机制作为一项未成年人司法制度,构建该制度的精神内核不能是片面的保护或者惩罚,其价值追求应当与我国现行未成年人司法政策体系相融合。《中华人民共和国未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》居于未成年人保护法律体系的核心位置,两部法律分别规定了“最有利于未成年人的原则”及“保护处分措施”。具体到办理的个案中,每个案件起因不同,每个未成年人主观恶性、手段方式不同,每个未成年人背后的家庭状况不同,因此对于成长中的未成年人来说,并不能采取一概而论的标准决定片面保护还是惩罚,而是要从有利于未成年人改正错误、获得教育和持续发展的角度采取措施。由此可见,保护处分符合我国法律实际,开展未成年人司法工作的根本遵循是“最有利于未成年人”,而绝非片面保护或惩罚。构建罪错未成年人分级干预机制亦是如此。

三、司法实践的困境

如前文所述,《预防未成年人犯罪法》对分级干预机制运行提供了框架,但是对分级对象、分级干预主体、分级干预操作程序和执行标准,尚未形成有效的衔接互动机制。分级干预机制尚未形成完整的体系,成为制约该机制在司法实践中充分发挥其效能的最重要原因。笔者认为,当前最突出的困境主要体现在以下几个方面。

(一) 罪错行为分级界限笼统

如上文所述,严重不良行为兼具“罪”“错”两种性质,将触犯《刑法》和违反《治安管理处罚法》行为统归于一类,司法实践中会大大降低干预措施的科学性和有效性。最为明显的就是部分未

成年人从客观上实施行为构成犯罪,但因年龄问题或程序设定问题,导致其无需承担刑事责任<sup>②</sup>。但对于此类案件,如果我们排除年龄等问题,仅从主观恶性、行为方式、社会危险性等方面客观分析可惩罚性,就会发现存在对部分未成年人的综合评估已经超过部分已被依法追究刑事责任的未成年人的情况。此时,受限于分级界限的笼统,就会对其同等适用针对一般治安违法行为的分级干预措施,且适用相同的评估程序。这显然有违罪错行为科学分级、分别处遇的基本标准。司法实践中,对于未满14周岁的未成年人实施的贩卖毒品、赌博等犯罪行为,如果存在教唆或引诱同龄人参与吸毒、赌博的情况,则实施犯罪行为的未成年人和被引诱的未成年人均属于严重不良行为。从行为实质上分析,前者主观恶性及行为社会危害程度均超出后者,但因为分级界限较为笼统,缺少细化标准,导致二人同时接受专门教育,罪错行为的干预和预防效果无法达到预期。

(二) 干预措施种类少,效能发挥不足

家长教育和学校教育是当前干预措施的一种,但实践中上述干预模式的效能发挥不足。一方面,该种干预本身不具有强制性,缺乏评估标准,无法量化考评干预效果是否有效;另一方面,笔者结合办理案件及当前家庭教育情况认为,很大一部分罪错未成年人的家庭存在不履行或未适当履行教育职责的情况,此种情况往往在罪错行为发生后才能发现,是导致未成年人罪错行为的重要原因之一。公安机关的矫治教育是具有强制性的干预措施,具体方式主要有训诫、责令赔礼道歉、报告活动情况等。司法实践中,公安机关往往仅介入已触犯治安管理处罚法的行为并予以行政处罚,训诫等其他方式的矫治教育使用率较低,导致公安机关对危害程度较低的罪错行为并未充分发挥其强制力的威慑作用。在专门教育方面,则存在着专门学校建设数量较少、资源配备薄弱等问题,其辐射广度和影响深度不能满足社会的客观需求。可见,目前的干预措施

①参见[美]布鲁斯·N·沃勒编著:《罪与罚:关于公正的19场激辩》,李立丰译,北京:法律出版社2021年版,第465页。  
②例如,2020年12月26日,十三届全国人大常委会第二十四次会议表决通过刑法修正案(十一)规定:已满12周岁不满14周岁的人,犯故意杀人、故意伤害罪,致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾,情节恶劣,经最高人民检察院核准追诉的,应当负刑事责任。

需要进一步细化及完善,方可发挥其应有效能。

### (三) 教育措施与惩罚措施未能有机结合

对于未成年人罪错行为,片面的保护或惩罚都无法实现最有利于未成年人的价值追求。笔者在工作中对辖区内近五年参与社区矫正的未成年人档案进行查阅、梳理,发现大部分的教育内容集中在其个人反思行为、汇报日常,对于矫治期间闲散的未成年人,并无职业技能、文化和身体素质等方面的教育,其中一人甚至在矫正期间重新犯罪。“单纯的惩罚性措施,容易使未成年人更加偏向极端化,更易走上犯罪的道路”<sup>①</sup>,只有将教育和惩罚性措施相结合,才能让未成年人在反思行为、接受惩罚的同时,重新找到生活方向,降低重新犯罪率。

### (四) 司法机关专业机构未实现一一对应

目前,检察机关内设未成年人检察部门,由专人负责涉未成年人案件办理,通过综合履职,切实提高对未成年人的全方位保护;最高人民法院虽设立了少年法庭工作办公室(后改为少年审判工作办公室),但并不是完全意义上的少年法庭,而基层法院受限于实际情况大多无法设置专门少年法庭,往往由刑事审判庭统一受理案件,无法做到专人专办;公安机关并未设立专门部门办理未成年人案件,也没有组建熟悉未成年人心理、生理特点的办案团队,且受限于日常工作繁杂,导致教育矫治效果无法达到预期。

## 四、构建分级干预机制可行性路径

### (一) 完善分级干预法律体系构建

《预防未成年人犯罪法》是我国未成年人法律体系中关于罪错行为教育矫治问题的专门立法,重点关注罪错行为的早期干预和预防处遇事项,在目前分级干预体系中居于核心位置,也是构建我国未成年人罪错行为分级干预机制的框架。与此同时,《治安管理处罚法》《刑法》《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国社区矫正法》《中华人民共和国监狱法》等法律中也对罪错未成年人特殊执法司法处遇作出相应规定。上述法律是分级干预体系的重要组成部分。总体而言,我国已经初步形成了根据适用对象、行

为性质,对罪错未成年人进行分别干预、分级处遇的法律法规体系。在后续制度构建过程中,一方面,要着重解决立法分散的问题,梳理法律之间衔接不畅、责任权属空白等缺陷,建立配套制度或法律法规,形成有效的各部门协作配合;另一方面,探索建立我国未成年人分级干预专门法,明确采取限制或剥夺罪错未成年人人身自由的具体程序及期限,确定不同部门之间的具体分工及衔接流程,同时对于有社会力量参与未成年人罪错行为干预的具体运行机制予以明确,以此逐步建立完善一个衔接有致、系统完备、科学有效的罪错未成年人分级干预体系。

### (二) 细化罪错行为分级

一方面,重点针对严重不良行为中“已构成犯罪但因不满刑事责任年龄而不承担刑事责任的行为”,探索专门分级、专门评估、专门干预。《预防未成年人犯罪法》将这类行为与其他违反治安管理法律法规的违法行为并列为严重不良行为,但从行为性质、主观恶性、社会危险性方面来说,前者已经严重超出了不良行为的范畴,如果不单独分级,会导致干预措施适用混乱,预防犯罪、惩戒、教育效果均会受到影响。因此,亟须对罪错未成年人进行精准分级。另一方面,大类别行为之下细分行为,可以探索建立综合评估制度,根据未成年人年龄、行为动机、行为次数、行为性质、人身危险性的程度等设立不同等级风险值,结合社区评价、学校评价、涉案人员评价,最终确定罪错行为的评估值,以此为依据确定不同程度的干预措施,从而提高分级干预的针对性。需要注意的是,对于行为实施主体不能忽略年龄分级,应根据其是非辨别能力等判断是否可以适用强制性干预措施,是否有必要脱离家庭环境进行干预。

### (三) 完善司法机关内部机构设置

鉴于家庭教育、学校教育并不具有强制性,因此从司法机关着手提高分级干预质效,是现阶段最具有可实践性的方向。一方面,探索在公安机关设立未成年人警务部门,专门负责对罪错未成年人案件的办理,以确保案件的专业化和高效处理。并且,公安机关更清楚辖区内人员家庭情

①参见周姊沫:《未成年人罪错行为分级干预研究》,成都:西南财经大学硕士学位论文,2021年。

况,具备有针对性分级干预未成年人的条件,可充分发挥训诫、责令赔礼道歉等矫治教育工作能效,更有利于未成年人案件的后续监督。另一方面,根据行为性质,建议检察机关主导已触犯《刑法》未成年人的干预工作,决定是否起诉,是否需要采取专门矫治教育等干预措施;公安机关则重点针对不良行为、严重不良行为开展干预工作,根据行为过错程度,决定采取训诫、行政处罚乃至送专门学校教育矫治等干预措施。通过不同部门分工负责,可以有效提高分级干预的效率和效果。

(四)加强专门学校建设

专门学校作为专门教育矫治实施严重不良行为或涉罪未成年人的学校,其在预防犯罪、感化教育、惩罚犯罪方面发挥着不可替代的作用。结合实际,笔者认为可以从以下方面入手,着力完善专门学校的建设:一是明确专门教育和专门矫治教育的入学程序,特别明确公检法等司法机关移送涉案未成年人入学程序,明确招生年龄应当与整个分级干预机制相适应。二是专门学校内部分班标准化,对具有严重不良行为和涉罪的未成年人实行分班教学管理,避免混管混教。三是根据上文所述,建议将不满法定刑事责任年龄

不予刑事处罚的未成年人单设一级,单独管理。四是除明确必修道德与法治教育、纪律教育、行为规范教育及必要的学科知识外,应当为受教育者提供必要的工作及生活技能培训,提高矫治教育的作用。五是完善专门学校考核机制,明确专门学校并非完全替代正常教育。对考核合格的学生,符合就学年龄的需要对接至相应常规学校;对于有就业意愿的学生,联合相关单位部门为其提供就业机会。

结语

对待罪错未成年人,需要以司法实践为基础,构建行之有效的分级干预机制。本文在厘清未成年人罪错分级干预机制的相关概念以及制度构建价值追求的基础上,分析了目前司法实践中存在的问题,并结合工作实际提出了构建该机制的可行路径建议。通过制度建设,可以实现对罪错未成年人的正确引导,促进预防与矫治未成年人犯罪工作进一步取得实效,全面提升我国未成年人保护水平,促进新时代预防与矫治未成年人犯罪工作体系和工作能力现代化。

【责任编辑:耿 浩】

Exploration of paths to improve the graded intervention mechanism for delinquent minors

Cui Yueling,Zhao Lin

(Hunnan District People's Procuratorate of Shenyang City in Liaoning Province,Shenyang Liaoning 110179,China)

**Abstract:** The intervention mechanism for juvenile delinquency is the key to effectively responding to the situation of juvenile delinquency in China. It is also an important measure to prevent juvenile delinquency and improve social governance. To establish a graded intervention mechanism for delinquent minors that conforms to China's judicial practice, we need to start from the core concepts of mechanism construction, analyze the difficulties faced under the existing system on the basis of clarifying the pursuit of basic values, start from improving the legal system and building specialized schools, and formulate a graded intervention mechanism for delinquent minors that meets China's national conditions and judicial practice needs in the new era, so as to achieve the goal of reducing the juvenile delinquency from the source.

**Key words:** minors; delinquency; graded intervention; path suggestions

## 【公安理论与实务研究】

## 新时代高质量推进公安信访工作的思考

刘良军<sup>1</sup>, 张翔华<sup>2</sup>

(1. 中共荆门市委党校, 湖北 荆门 448001; 2. 荆门市公安局, 湖北 荆门 448000)

〔摘要〕公安信访工作体现了公安机关践行初心、履职尽责的重要使命,是公安机关维护公平正义,让人民群众更有获得感、幸福感和安全感的一项重要工作。新时代,公安信访工作必须把高质量发展作为关键词,坚持问题导向、系统观念,把习近平总书记关于新时代新征程做好信访工作的重要指示批示精神与党中央决策部署落到实处,立足“两个经验”,创造性开展公安信访工作,着力打造高素质专业化公安信访工作队伍,推动公安信访工作高质量发展。

〔关键词〕新时代;公安信访工作;“两个经验”;专业化

〔作者简介〕刘良军(1972—),男,湖北荆门人,中共荆门市委党校教授,主要从事经济管理、党的建设研究;张翔华(1968—),男,湖北钟祥人,荆门市公安局信访处处长,主要从事公安信访、公安党建研究。

〔收稿日期〕2024-03-10

〔中图分类号〕D631 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-029-06

信访工作是党的群众工作的重要组成部分,是了解社情民意的重要窗口,是维护群众权益、增进民生福祉、促进社会和谐稳定的重要途径。党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视信访工作,对信访工作作出一系列重要决策部署,引领开创新时代信访工作新局面,为深入推进公安信访工作提供遵循、指明方向、增强信心。新时代,人民群众在民主、法治、公平、正义、安全等方面提出更高要求,公安信访工作只能加强、不能削弱。必须坚持人民至上理念,把涉事群众的利益实现好维护好发展好,推动广大群众在党的领导下心往一处想、劲往一处使,汇聚起全面建设社会主义现代化国家、以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴的磅礴力量<sup>[1]</sup>。公安机关必须把高质量发展作为关键词,坚持问题导向、系统观念、改革创新、克难奋进,使公安信访工作成为人民公安对党忠诚、服务人民的一张亮丽“名片”;成为保障人民权益、增进民生福祉、促进社会和谐、维护社会稳定,实现人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安的有力依托。

## 一、新时代高质量推进公安信访工作的重大意义

### (一) 对党忠诚、替党分忧的根本要求

人民公安是我们党直接领导下的一支特殊纪律部队,对党忠诚是人民公安的生命线,也是根本价值所在。应当看到,发生在公安系统的信访案事件,直接影响公安机关声誉,更危及党的形象,关系党执政的基层群众基础。正是基于此,公安信访工作本质上是对党忠诚、为党尽责、替党分忧的现实之举,有利于进一步密切党群、干群关系,推动亿万群众更加坚定地听党话、跟党走,在党的领导下坚持和发展中国特色社会主义,以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴。因此,在奋进强国建设、民族复兴的新征程,要把公安信访工作作为人民公安忠实践行对党“绝对忠诚、绝对纯洁、绝对可靠”立警誓言的有力印证,以“在党言党、在党为党、对党忠诚、替党分忧”的高度政治责任感,推动公安信访工作高质量发展,彰显人民公安始终听党指挥,坚决捍

卫“两个确立”,坚决做到“两个维护”的不变初心和使命<sup>[2]</sup>。

## (二)服务人民、为民造福的内在必然

立警为公,执法为民。人民公安的性质宗旨、初心使命、奋斗目标,决定了服务人民、为民造福是人民公安的立身之本、价值之基、成事之要。一直以来,人民公安以为民服务、替民造福为根本价值追求,矢志把群众的利益实现好维护好发展好,让广大群众有可持续的获得感、幸福感和安全感,推动警民关系和谐;人民群众更是把人民公安视为知心人、贴心人、自己人,高度信任、依赖公安,愿意有事找公安。人民群众日常生活生产中的涉信访案事件,直接关系其切身利益,公安信访工作应主动作为,以责无旁贷、事不避难、义不容辞的担当作为精神,切实做到民有所呼、我必有应,民有所求、我必有为,让公平正义如同阳光一般带给当事群众以光明和温暖,使其葆有信心和希望。

## (三)维护稳定、护航发展的职责所在

社会稳定是国家强盛的根基、民族复兴的前提,高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务。人民公安以维护社会稳定、护航经济社会发展为己任。在强国建设、民族复兴的新征程,我们会面临诸多难以把握、无法预料的矛盾、风险和挑战,必须时刻维护稳定大局,为经济社会高质量发展营造良好的环境和条件。实践中,涉公安信访案事件的处置,稍有不慎就有可能破坏来之不易的安定和谐的政治局面,波及原本井然有序的社会发展氛围。因此,推动公安信访工作高质量发展,必须站在全局角度看问题,坚持问题思维、问题导向,实现改革由问题倒逼而产生,在不断解决问题中得以深化。通过对人民群众急难愁盼问题的有力解决、有效化解,为经济社会高质量发展保驾护航,推动国家社会更高质量、更有效率、更加公平、更可持续、更为安全地发展。

## (四)正风肃纪、锻造队伍的时代之需

一段时间以来,涉公安信访案事件大多不同程度与少数公安机关责任民警履职尽责出现偏差,乃至不作为、慢作为、乱作为有着密切关联。

推动公安信访工作高质量发展,既是更好保障、维护人民群众正当合法权益的迫切需求,也是以此为契机,推动公安机关持续正风肃纪、锻造公安铁军的时代之需。无论是践行严格规范公正文明执法的要求,还是着眼于打造一支现代化、专业化的高素质人民公安队伍的需求,新征程上公安机关在推动相关信访难题及时妥善化解的同时,应进一步加强自身建设。公安机关要以全面从严治警永远在路上的执着、清醒和坚定,深入推进政治建设、思想建设、组织建设、作风建设、纪律建设,把制度建设贯穿其中,深入开展党风廉政建设和反腐败斗争,确保人民公安永远不变质不变色不变味,成为对党忠诚、服务人民、执法公正、纪律严明的公安铁军。

## 二、新时代高质量推进公安信访工作的重点重心

### (一)减少存量

以动态清零、彻底化解信访积案为第一着眼点,持续提升公安信访工作质效。一方面,信访积案长期得不到化解,当事群众的耐心和信心受到考验,有可能在情绪失控、心理失衡下,引发新的信访诉求,乃至产生新的司法案件;另一方面,能否及时化解信访积案,也是对公安信访工作质量和效率、能力和水平的检验。因此,当前和今后一个时期,要把动态清零、彻底化解信访积案作为新征程上公安信访工作高质量发展的重中之重。公安机关要制定任务书、出合作战图、排出工期表,按照先易后难的顺序,在系统梳理、总结、归纳的基础上,组织“大会战”。实践证明,聚焦存量,把动态清零作为当前公安信访工作的重头戏,才能推动公安信访工作不断有新气象、新作为,愈发彰显人民公安为人民的初心使命、本质本色,让党放心,让人民群众满意<sup>[3]</sup>。

### (二)防止增量

以控制信访增量为抓手,尽可能把矛盾、冲突和纠纷化解在萌芽状态,实现大事化小、小事化了。新时代我国社会主要矛盾的转变,决定了信访工作不可能一劳永逸、毕其功于一役。越是经济体制深刻变革、社会阶层深刻变动、利益格

局深刻调整、思想观念深刻变化,越会面临前所未有的新矛盾新问题新挑战。高质量推进新时代公安信访工作,必须坚持“两手抓”“两手硬”“两不误”,做到全力减存量的同时,用力防增量。“明者防祸于未萌,智者图患于将来”。公安信访工作防增量,关键是要把眼光投射于前端,把应有的各项工作做在前面,要坚持人防、物防、技防、智防、制防协同推进,对有可能引发信访案事件的人和事,做到第一时间予以关注,努力实现大事化小、小事化了。要聚焦于事物的主要矛盾与矛盾的主要方面,把各方的真实诉求与迫切愿望搞清楚、弄明白,做到“一把钥匙开一把锁”,有针对性地进行调处化解工作。

### (三) 做实基层

构建新时代公安信访工作新格局,进一步强化源头治理,推动基层公安机关与队所守土有责、守土负责、守土尽责。“求木之长者,必固其根本;欲流之远者,必浚其泉源”,构建新时代公安信访工作新格局,要坚持向下用力,把基层基础打牢固。当前,随着基层公安机关“主战”“主防”职责功能的划分、确定,为构建新时代公安信访工作新格局提供了思路、给出了遵循,即进一步强化源头治理,推动基层公安机关与队所在日常专注主责主业的同时,必须在信访方面担责于身、主动作为。在推动、促进公安派出所“主防”过程中,相应做好当事群众信访工作,尽可能防止信访、减少信访、杜绝信访。面向未来,要以基层派出所为起点,构建“派出所—基层公安机关—信访职能部门—党组织领导下公安信访联席会议制度”的共商共建共享新时代公安信访工作新格局,压实责任,快速有效地推动信访热点、难点问题及时调处、有效化解。

### (四) 统筹兼顾

做好教育疏导、帮扶救助工作,既实现案结事了,更推动当事群众从此心无旁骛,满怀信心地创造幸福美好新生活。很多时候,之所以出现群众重复上访、多次上访等情形,大多缘于信访部门“只见树木,不见森林”,没有坚持系统观念,做到统筹兼顾。案子虽然结了,但当事群众心里仍然有不少疑虑困惑;事情虽然处理了,但当

事群众却失去了面向未来的希望和信心。新时代高质量推进公安信访工作,必须坚持做好信访“后半篇文章”,教育引导当事群众不能“信访不信法”,需要通过司法途径解决的问题,应该向司法机关寻求帮助。切实做好当事群众思想政治工作,对其内心仍然存在的疑惑释法说理,及时回应群众内心关切,增强其对信访事件的正确理解和对今后生活的信心。尤其针对实践中出现的当事群众后续生产生活缺乏必要的物质保障等问题,必须设身处地地站在群众立场考虑,为其排忧解难、提供帮助。要坚持统筹兼顾,既为当事群众谋一时,更要替其考虑长远,才能推动“信访为民”落到实处,让当事群众有真正的获得感、幸福感和安全感,从而杜绝不良信访行为,为后续信访化解工作提供有益的参考和借鉴。

### (五) 厉行法治

坚持法治思维、法治方式,始终在法治轨道上开展信访工作,确保信访程序和结果经得起历史、实践和人民群众的检验。“奉法者强则国强,奉法者弱则国弱”。法治是我们党治国理政的基本方式,建设社会主义法治国家、推进国家治理体系和治理能力现代化是中国式现代化的题中应有之义。高质量推进新时代公安信访工作,必须把法治思维贯穿于信访工作全过程各方面,确保各项工作于法有据,符合法律规定、契合法治精神、彰显法治要义。既往实践中,少数群众之所以“信访不信法”,主要原因是或多或少奢望通过信访获得额外的预期和收益。因此,越是强调依法治国,越应该厉行法治,坚持在法治的轨道上开展信访工作,使公安信访无论程序上还是实体上都始终体现公平正义原则,既推动群众办事依法、遇事找法、解决问题用法、化解矛盾靠法,也促进公安机关执法办案更加经得起历史、实践和人民群众的检验。就公安信访部门而言,要以新修订的《信访工作条例》为行动指南,不断提高信访法治化规范化科学化水平,在高质量推进信访工作的同时,促进群众发自肺腑地信仰法治、践行法治,努力营造法治中国、平安中国建设的浓厚社会氛围<sup>[4]</sup>。

### 三、立足“两个经验”创造性开展公安信访工作

(一) 推动“枫桥经验”和“浦江经验”有机结合

“枫桥经验”与“浦江经验”为新征程上创造性开展公安信访工作提供了宝贵启示、有益启迪。一方面,以“发动和依靠群众,坚持矛盾不上交,就地解决”为核心要义的“枫桥经验”鲜明昭告,群众的力量是无穷的,把蕴藏在群众中的积极性、主动性和创造性调动起来、激发出来,善于从群众中汲取智慧和能量,能得其法者事半功倍,极大减轻信访工作的压力和负担,实现人民内部矛盾依靠自身力量有效解决;另一方面,以“变群众上访为领导下访,深入基层,联系群众,真下真访民情,实心实意办事”为主要内容的“浦江经验”启示我们,凡事预则立不预则废,只有领导干部始终把群众放在心上,主动深入基层、深入一线、深入群众,才能及时发现矛盾、问题和纠纷,下好先手棋、打好主动仗,解决好群众的操心事烦心事揪心事。立足“两个经验”进行创造性转化、创新性发展,就能推动公安信访工作更高质量、更有效率,既为群众排忧解难,也进一步赢得群众信任,永葆与群众的血肉联系。

(二) 立足基层基础,做到信访为民、信访靠民

坚持信访接待下基层,问政于民、问计于民、问需于民,推动新征程上公安信访工作不断取得务实成果、扎实成效。“枫桥经验”与“浦江经验”共同的着眼点,是始终坚持眼光向下,走近群众身边解决群众面临的问题,努力防止矛盾上交、矛盾激化、矛盾升级。新时代高质量推进公安信访工作,要求各级公安信访部门与责任民警必须牢牢立足基层基础,以宣传党的路线方针政策下基层、调查研究下基层、信访接待下基层、现场办公下基层之“四下基层”为抓手,推动信访为民、信访靠民有新进展、新成效。要坚持一切为了群众、一切依靠群众,从群众中来、到群众中去,把群众朴实的愿望、真切的心声、迫切的诉求一一掌握全、理解透、把握准,在调查研究的基础上实

现案结事了,赢得当事群众的认可和满意。要有意识地把群众组织起来,鼓励群众自己谈想法、出点子、给方案、订措施,进而去粗取精、去伪存真,最终推出着眼当下,更有利长远、能管根本的解决方案。

(三) 坚持领导干部以身作则、率先垂范

坚持领导以身作则、率先垂范,亲临基层调查研究、解决信访问题,既能够成功化解群众的急难愁盼问题,又可以为此后公安信访工作走深走实提供参考借鉴。实践中,对“枫桥经验”与“浦江经验”进行创新发展,推动各级公安机关主要领导主动下访、预约接访、带案走访、包联包办,不仅能取得扎实显著的公安信访工作效果,也能使当事群众对公安机关更满意、更信任。公安机关领导主动下基层接访,本身是深入践行党的群众路线的应时之举,在及时办理好当事群众相关诉求的同时,领导干部能够对基层基础更加了然于胸,制定出台更多惠民生、暖民心、顺民意的利好政策。着眼未来,各级公安机关主要领导不能“单枪匹马”独下基层,而是应该重视公安信访部门的协同协作,通过亲自带队、组团下沉等方式,既推动公安信访工作更加高效有力,又于潜移默化中进一步提升公安信访部门做好信访工作的能力和水平、决心和信心<sup>[5]</sup>。

(四) 努力实现公安信访工作制度化、法治化

坚持制度保障,把发扬“枫桥经验”、弘扬“浦江经验”中的好做法好经验好模式制度化,推动新征程公安信访工作进一步立足基层、贴近实际、契合民意。制度带有根本性、全局性特点,具有刚性约束属性,依靠制度抓落实才能避免“急就章”、片面性、随意性等不良现象的出现。无论是坚持发动群众,依靠群众自身的智慧和力量实现矛盾就地解决、纠纷完美化解,还是着眼防范问题上移、矛盾上交、越级上访,都要求公安机关主动下基层接访、现场办公,努力实现公安信访工作标准、流程、手续制度化。同时,凡事按制度办事、依制度行事,才能让涉事群众信访前有合理的预期,能够合理合规地提出自己的信访诉求,进而增强当事人法治意识,强化法治观念,推动越来越多的信访案事件通过更为科学合理的

方式和途径解决。

#### 四、着力打造高素质专业化公安信访工作队伍

##### (一) 提高政治素质

提高政治素质,强化“对党忠诚、替党分忧”的高度政治责任感、使命感。政治建设是党的根本性建设,决定党的建设方向和成效。公安信访工作本质上是党的群众工作在公安工作中的具体体现、生动呈现。迈进新时代、奋进新征程,广大公安民警必须时刻牢记自己的第一身份是党的卫士,第一职责是为党分忧,与时俱进提高政治素质、葆有政治觉悟,严明政治纪律和政治规矩,始终在思想上政治上行动上同以习近平同志为核心的党中央保持高度一致,更加深刻领会“两个确立”的决定性意义,坚决做到“两个维护”,不忘初心、不辱使命。要把对党忠诚贯穿于公安信访工作全过程各方面,使公安信访工作鲜明体现替党分忧的责任担当。要深入学习领会习近平新时代中国特色社会主义思想,切实以之武装头脑、指导实践、推动工作,使公安信访工作体现时代性、把握规律性、富于创造性,更好促进亿万群众坚定不移跟党走,同心共圆中国梦<sup>[6]</sup>。

##### (二) 站稳群众立场

站稳群众立场,增进群众感情,把“为民服务、替民造福”作为最大政绩。公安信访工作直接与基层群众打交道,体现“人民公安为人民”的性质和宗旨、奋斗目标和根本价值追求。广大公安信访民警必须切实站稳群众立场,坚持人民至上,把群众放在心中最高位置,始终做到权为民所用、情为民所系、利为民所谋,以“替民造福”为公安信访工作的第一职责追求、最大工作业绩。要以“时时放心不下”的工作责任心、岗位责任感,勤下基层,多到一线,在与基层群众同呼吸、共命运、心连心中,深刻感知、理解、把握涉信访群众的痛处、苦处、难处,进一步坚定为民情怀,厚植恤民情感,真正把群众的事当作自己的事,坚决维护好群众的各项正当合法权益。

##### (三) 提升能力本领

提升能力本领,努力成为做好新征程公安信

访工作的行家里手、专业能手。公安信访民警如果对相关公安业务知之甚少,就不可能卓有成效地开展公安信访工作;公安信访民警与群众朝夕相处,却不能从内心里行动上与群众打成一片,赢得群众的信任,同样做不好、做不了公安信访工作。新时代高质量推进公安信访工作,要求公安信访民警必须在提高专业素养、能力本领方面下功夫,着力把自己打造成为公安信访工作的行家里手、专业能手。要坚持在学中干、在干中学,既读有字书,也读无字书,同时多向身边先进典型、优秀同事学习取经,勤于对标对表,甘于拜基层群众为师,多向他们请教,不断实现理论知识与业务实战能力的双提升。要勇于自我加压,补短板、强弱项,力戒畸轻畸重,以胜任公安信访工作各方面要求。

##### (四) 恪守清正廉洁

恪守清正廉洁,始终把纪律和规矩挺在前面,永葆人民公安、人民公仆政治本色。腐败与不正之风是侵蚀党的执政基础、损害党的形象和公信力的最大病灶,也深为人民群众所反感、所诟病。广大公安信访民警面对面与基层群众接触,解决群众诉求,更需要严明纪律、严守规矩,始终把纪律和规矩挺在前面,做政治的明白人、老实人,坚决不因腐败与不正之风而自毁形象、自取其辱、自掘坟墓。要坚持审慎用权、依法用权、廉洁用权、为民用权,牢记公权力姓公也必须为公,既不利用职权损公肥私、假公济私,也不伸手向基层群众索要报酬、讨要好处。清正廉洁是对人民公安的底线要求,也是公安信访民警树立形象、赢得口碑的基点基础。新时代新征程公安信访民警始终坚持一心为公、一身正气、一尘不染,才能持续增强做好公安信访工作的志气、骨气和底气。

#### 结语

习近平总书记指出:“当前群众通过信访渠道反映出来的信访突出问题,既有新动向,也有老难题,但都事关群众切身利益,事关社会和谐稳定”<sup>[7]</sup>。公安信访工作是整个国家信访工作的

重要组成部分,是推动解决群众切身利益、维护社会和谐稳定,进一步密切党群、干群关系的重要推动力量,理应在新时代高质量推进信访工作方面发挥先锋作用。广大信访公安干警要坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,把习近平总书记关于新时代新征程做好信访工作的重要指示批示精神与党中央决策部署落到实处,推动公安信访工作高质量发展,更好彰显人民公安对党忠诚、为党分忧的职责使命,彰显人民公安为人民的恒久初心,持续创造人民公安新辉煌,为强国建设、民族复兴贡献更大力量。

[参考文献]

[1]李文章. 开创新时代信访工作高质量发展新局面[J]. 求是,2022(09):58-63.  
[2]高闻何. 用心用情用力做好新时代公安信访工作

[N]. 人民公安报,2022-07-17(003).  
[3]翟翔. 国家信访局:从2023年开始开展信访问题源头治理三年攻坚行动[EB/OL]. 中华人民共和国中央人民政府网,https://www.gov.cn/xinwen/2023-01/15/content\_5737032.htm.  
[4]蒋美兰. 坚持法治思维和法治方式做好信访工作[N]. 河南日报,2015-06-24(005).  
[5]王春. 推动领导干部带头下访实心实意化解信访难题[N]. 法治日报,2023-07-28(006).  
[6]石启飞. 加强新时代公安队伍建设[N]. 人民公安报,2023-07-30(003).  
[7]习近平. 下大力气把信访突出问题处理好 把群众合理合法的利益诉求解决好[N]. 人民日报,2016-04-22(001).

【责任编辑:凌秋千】

Thoughts on promoting high-quality public security petition work in the new era

Liu Liangjun<sup>1</sup>, Zhang Xianghua<sup>2</sup>

(1. Party School of Jingmen Municipal Committee of CPC, Jingmen Hubei 448001, China;  
2. Public Security Bureau of Jingmen, Jingmen Hubei 448001, China)

**Abstract:** Public security petition work reflects the important mission of public security organs to practice their original aspirations and perform their duties. It is an important task for public security organs to maintain fairness and justice and make the people feel more fulfilled, happy and secure. In the new era, public security petition work must take high-quality development as the keyword, adhere to problem-oriented and systematic concepts, implement the important instructions of General Secretary Xi Jinping on doing a good job in petition work in the new era and new journey and the decisions and arrangements of the Party Central Committee, and creatively carry out public security petition work based on the “two experiences”, to build a high-quality and professional public security petition work team and promote the high-quality development of public security petition work.

**Key words:** new era; public security petition work; “two experiences”; professional

## 【公安理论与实务研究】

## 反恐地方立法现状与发展完善路径探析

张 洪

(四川警察学院,四川 泸州 646000)

〔摘 要〕建立和完善反恐怖主义法律体系,是健全反恐工作格局,完善反恐工作体系,维护国家安全的必由之路。由于《中华人民共和国反恐怖主义法》的规定较为宏观,对反恐工作中具体事宜的解决缺乏明确的规范性指引,其独特价值在反恐实践中未能充分体现,亟须通过地方立法来进行针对性、补强性和系统性的解决。当前我国已有七个省(直辖市、自治区)探索制定了相应的实施办法,这些法规在编排体系、条文内容等方面各具特色,对其他地区反恐地方立法具有重要借鉴意义。各地应承继上位法的思路理念,科学设计体例框架,以问题为导向细化内容,并根据实践需要创新制度设计,充分发挥下位法的延伸补充功能和统一融合功能,制定科学严谨符合反恐实践需要的地方立法,进一步完善我国反恐法律体系。

〔关键词〕反恐;地方立法;立法对策;制度创新

〔基金项目〕本文系2022年度国家社科基金项目“反恐视域下的阿富汗塔利班未来走向及应对策略研究”(项目编号:22BGJ070)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕张洪(1976—),男,重庆潼南人,四川警察学院副教授,四川省智慧警务与国家安全风险治理实验室副主任、四川省反恐怖主义研究中心常务副主任,主要从事侦查学、情报学和反恐怖主义研究。

〔收稿日期〕2024-05-20

〔中图分类号〕D924.3;D922.14〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)05-035-10

反恐怖主义工作事关国家总体安全。在全面推进依法治国的大背景下,建立和完善反恐法律体系,是健全反恐工作格局,完善反恐工作体系,加强反恐力量建设的必由之路,也是维护重要战略机遇期国家政治安全和社会稳定,保障人民群众生命财产安全,为实现“两个一百年”奋斗目标提供稳定社会环境的必然要求。《中华人民共和国反恐怖主义法》(以下简称《反恐法》)于2016年1月1日开始实施,在国家层面对于防范和惩治恐怖活动、加强反恐工作、维护国家安全发挥了极为重要的法治引领和规范作用。但在反恐实践中,出于国家立法位阶所限,《反恐法》的规定较为原则和宏观,在对具体反恐工作的操作指引及与其他法律衔接适用等方面存在脱节,导致《反恐法》的独特价值未能得到充分体现,仍

需要配套的、更具操作性的下位立法的支持。

### 一、《反恐法》实施现状分析

恐怖主义是全人类的共同敌人。防范和惩治恐怖活动,加强反恐怖主义工作,维护国家安全,是国家制定《反恐法》的立法目的。作为一部反恐怖主义的专门法律,《反恐法》坚持总体国家安全观,对恐怖主义的定义、反恐怖主义工作的基本原则和工作体制机制,以及安全防范、情报信息、调查、应对处置、保障措施、法律责任等均作出规定,对进一步健全完善反恐法律制度体系、规范反恐工作,都具有重要意义。自《反恐法》实施以来,各地全面落实相关规定,大力营造“全民反恐”的社会氛围,积极构筑反恐怖的“人民防线”,严厉打击各类涉恐违法犯罪活动,取得

了良好社会成效。然而,在《反恐法》实施过程中,也出现了一些难以全面贯彻和有效操作的问题。

(一)反恐意识淡薄,公众认知不明

《反恐法》的立法目的旨在动员全社会力量,特别是相关国家机关的职能力量,来遏制恐怖主义,以形成“全民反恐”态势,有效维护国家安全。但在具体实施过程中,有些国家机关(单位)认知不同,想当然地认为反恐是公安机关和其他国家机关的责任,自己不是“有关部门”,对自身担负的反恐职责敷衍搪塞,甚至以“谁执法、谁普法”为由草率应对《反恐法》规定的宣传教育工作。

《反恐法》通过国家法律的形式,引导全民参与反恐活动,提高反恐防恐意识,体现出我国反恐怖主义法预防为主的原则。但事实上,公众对“恐怖”的心理回避和恐怖行为本身发生的低概率性,使得公众对《反恐法》本身虽有较高的认同度和接受度,但对《反恐法》的具体内容并不了解,无法自觉提升自我保护能力,应对恐怖主义袭击,更遑论主动有效配合反恐工作部门对抗恐怖主义,甚至可能因为不知法而犯法。

(二)责任主体不明确、不具体

1. 反恐责任主体规定不够明确具体

一方面,对“有关国家机关”的规定不具体。《反恐法》第8条规定了“公安机关、国家安全机关和人民检察院、人民法院、司法行政机关以及其他有关国家机关”为责任机关,但由于立法未对“其他有关国家机关”中的“其他”作出明确界定,概括性的立法表述让“有关国家机关”变得抽象而模糊,其指向的不具体性直接影响了反恐责任主体的责任落实。另一方面,对单位和个人的规定不明确,导致企业的主体责任落实不到位。对于流动人口住宿管理方面,《反恐法》第21条规定,“电信、互联网、金融、住宿、长途客运、机动车租赁等业务经营者、服务提供者,应当对客户

身份进行查验。对身份不明或者拒绝身份查验的,不得提供服务”。但住宿业务既涉及旅店又包括房屋租赁,而房屋租赁(含“网约房”)的“业务经营者、服务提供者”是指房主、中介机构还是网约平台,责任主体规定模糊不清,特别是对负责房屋日常安全管理的物业服务公司在流动人员发现、申报,安防设施建设管理等方面的责任更是缺乏规定。

2. 改革调整或新增的国家机构未能明确责任

现有相关反恐责任部门的反恐职责主要源于2016年中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《反恐怖工作责任制实施办法》之规定<sup>[1]</sup>。2018年3月,中共中央颁布实施《深化党和国家机构改革方案》,党和国家组织结构和管理体制实现了系统性、整体性重构,整合或新设了相关政府职能部门。很多整合或新设的政府职能部门都与反恐工作紧密相关,但其反恐责任主体地位并未随着机构的整合和新设得到调整和确定。例如新组建的应急管理部门,其承担的指导应对突发事件、推动应急预案体系建设等职责均与反恐工作密切相关,应在反恐相关法律规定中进行细化明确。

3. 安置教育不落地

《反恐法》第30条规定,对经评估具有社会危险性的“恐怖活动罪犯和极端主义罪犯”应当进行“安置教育”;同时,该条第2款规定“安置教育由省级人民政府组织实施”。但这一规定没有明确上述工作是由罪犯服刑地的省级人民政府组织实施,还是由罪犯居住地抑或罪犯户口所在地省级人民政府组织实施,给安置教育具体实施工作带来困惑。

(三)工作机制不明晰、不确定

1. 恐怖活动调查机制

《反恐法》第49条、第50条、第51条对于恐怖活动调查机制的规定<sup>①</sup>,虽有“依照相关法律规

①《中华人民共和国反恐怖主义法》第49条规定:“公安机关接到恐怖活动嫌疑的报告或者发现恐怖活动嫌疑,需要调查核实的,应当迅速进行调查”。第50条规定:“公安机关调查恐怖活动嫌疑,可以依照有关法律规定对嫌疑人员进行盘问、检查、传唤,可以提取或者采集肖像、指纹、虹膜图像等人体生物识别信息和血液、尿液、脱落细胞等生物样本,并留存其签名;公安机关调查恐怖活动嫌疑,可以通知了解有关情况的人员到公安机关或者其他地点接受询问”。第51条规定:“公安机关调查恐怖活动嫌疑,有权向有关单位和个人收集、调取相关信息和材料。有关单位和个人应当如实提供”。

定”的条款明确,但由于反恐工作的特殊性,极易对基层公安机关形成误导,认为因反恐工作的特殊需要,存在一个有别于现有行政、刑事办案程序而专门适用于办理恐怖活动案件的特别程序规定。

至于调查工作中所涉及“暴恐音视频”的认定,由于操作层面缺乏工作机制的具体规定,公安机关作出《审读意见书》<sup>①</sup>的法律性质也缺乏明确界定。

2. 指挥长负责机制

为了更为便捷高效地进行第一时间应对处置,《反恐法》设定此制度,规定在应对处置恐怖事件时,各级反恐怖主义工作领导小组应当成立有关部门参加的指挥机构并确定指挥长,统一领导指挥,协同开展打击、控制、救援、救护等工作。但是法律没有规定指挥长产生的程序机制,实践中可能导致出现指挥长“过多”或“过少”的情形;同时,指挥长与指挥员的工作衔接机制也缺乏明确规定。本文认为,上述缺陷可能阻碍该制度的实际执行,应予健全完善。

3. 协同配合机制

《反恐法》规定的协同配合主要体现在政府各部门、政府与军队以及公众参与三方面,但对于如何实施协同配合并无具体细致的指引。本文认为,应进一步明确相关协同配合机制,确保各相关部门间加强日常沟通、经常进行演练,以提高工作配合度,更好预防与惩治恐怖活动。

4. 恢复重建机制

恐怖活动具有巨大破坏性,其导致的恐怖情绪蔓延对社会生活造成的影响甚至超过恐怖行为本身。因此,有必要建立恢复重建机制,包括对受害者进行救助以及其他合法权利秩序的恢复,以尽快消除恐怖活动所造成的影响,尽快恢复社会稳定。当前的《反恐法》对此缺乏明确规定。

(四) 情报信息未共享,流通不顺畅

《反恐法》第四章是关于“情报信息”的专章

规定,其中第43条规定建立“国家反恐怖主义情报信息中心”并实行“跨部门、跨地区情报信息工作机制”,“地方反恐怖主义工作领导小组应当建立跨部门情报信息工作机制”。但实践中,关于如何实现情报信息共享、保证信息畅通,尚缺乏具体和可操作性的规定。当今处于“互联网+”时代,信息技术发展日新月异,依托互联网的信息数据非常丰富,大量开源情报爆炸式增长,我国反恐部门对这些海量信息数据缺乏收集和分析的法律授权以及情报信息共享机制,反恐情报的挖掘应用程度不够,多数情况下局限于对自己掌握的信息进行关联研判,数据来源较为单一,分析水平不高。

(五) 缺乏权威的反恐情报预警体系

恐怖风险的判断是一个综合性评判,具体可以通过收集情报信息、统计数据以及分析数据得出粗略结论。恐怖主义作为时代挑战和社会风险,关乎每个地区和每个公民。由于中国地域广大、人口众多、经济发展水平不一,各地对恐怖风险形势的认定也有所不同,所以对恐怖风险的判断既要站在全国视角,也应当结合各地具体实际予以评估。建立反恐情报预警系统,可以为“特定时间、特定区域”的确定提供科学、适时的判断依据和分析指标。所以,在中国既有必要建立全国性的反恐情报预警系统,也有必要建立各省的反恐情报预警系统。

(六) 行政处罚适法困难且裁量权过大

1. 法条竞合以致适法困难

对某些涉恐违法行为进行行政处罚时,因《反恐法》与其他法律之间存在法条竞合,且不同法律规定的罚则幅度悬殊较大,从处罚的合法性、合理性、比例性以及处罚效果等角度考虑,对这些行为究竟适用《反恐法》还是适用其他法律进行处罚更为适宜,执法者面临选择困难。例如:对住宿旅客不按规定登记姓名、身份证件种类和号码的,依《反恐法》规定应处十万元以上五

①《审读意见书》是公安机关在办理刑事案件中,对案件相关材料进行审查后所出具的一种书面意见。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理恐怖活动和极端主义犯罪案件适用法律若干问题的意见》,暴恐音视频资料的认定,由公安机关进行审查并逐一标注或者摘录,提出审读意见。

十万元以下罚款,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以下罚款<sup>①</sup>;同样情形按《中华人民共和国治安管理处罚法》规定,则应处二百元以上五百元以下罚款。

2. 法定罚则幅度较宽以致自由裁量权过大<sup>[2]</sup>

例如,对从事铁路、公路、水上、航空货运以及邮政、快递等物流运营单位和电信、互联网、金融业务经营者、住宿、长途客运、机动车租赁等业务经营者、服务提供者的违法行为,《反恐法》多规定处以十万元或二十万元以上五十万元以下罚款,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以下罚款<sup>②</sup>。跨越幅度如此之大的处罚规定,给了执法者极大的弹性执法灵活空间,同时也给执法者带来了“权力任性”的可能。

(七) 经费保障的规定尚有缺失

《反恐法》第八章规定了“保障措施”,着力于从国家财政层面对反恐提供资金支持和保障,但对于公共交通运输工具的营运单位按第35条规定“配备安保人员和相应设备、设施,加强安全检查和保卫工作”所产生的费用,却没有作出规定。面对配置反恐设备、人员增加的经费成本问题,很多企业虽然表示积极支持国家反恐政策,但是基于自身经营实际考虑,不惜冒着被处罚的危险,在反恐设施设备配置上以次充好、临时设置、缺乏维护,人员配置上尽力精简、缺乏专业培训,难以满足反恐价值和目的的实际需要。

(八) 独特价值尚未得到全部体现

《反恐法》立足于全民反恐,发动群众,构建社会力量与国家力量相结合的反恐防护体系,保障公民的各项基本权利能够依法实现。现实生活中,部分相关企业或个人在经营过程中缺乏反恐防范意识,总以为“恐怖主义”离自己很远,防范措施落实不力,容易使恐怖分子有机可乘。我国各行各业在制定行规时,应把“反恐”元素纳入其中,从源头上重视反恐防范,切实落实好《反恐

法》的有关规定,形成“全民反恐”社会氛围,提升预防恐怖事件发生以及打击恐怖主义活动的的能力,以保障社会各行业的安全有序发展,实现《反恐法》的独特价值。

(九) 新兴业态没有得到有效规制

在“互联网+”背景下的共享经济时代,各种共享经营模式层出不穷,其中,以在线短租为代表的“网约房”受到年轻消费者的热捧。由于未受法律认可,目前“网约房”尚处于经营“灰色地带”,面临无法可依的尴尬处境<sup>[3]</sup>。“网约房”行业管理法律和法规跟进不及时、管理机制不健全,导致“网约房”在房主和商家资质审核、住宿人真实身份核验、治安安全管理方面隐患突出。加上公安部门警力有限,依靠现有手段难以形成有效管理。大量“网约房”普遍存在失管漏控现象,客观上存在着给暴恐分子提供隐藏条件的安全隐患。对此,有必要通过立法加以有效规制。除此以外,网约车、闪送、低慢小飞行器(无人机)等管理也存在反恐监管漏洞甚至出现监管空白。

二、反恐地方立法必要性

综观《反恐法》不难发现,作为国家基本立法,其宣示性、原则性规定多,而实施性、操作性规定少,能够对我国反恐工作起到宏观指导作用,但对反恐怖工作中具体事宜的解决缺乏明确的规范性指引,对反恐怖工作实务的指导作用难以直接发挥。因此,需要辅之以更具操作性的配套立法。地方立法机关有必要以《反恐法》为指导,结合本地区实际情况,针对具体情形开展地方反恐立法,尤其是要根据本地区反恐怖工作的重点难点,提出针对性立法对策,切实指导本地区反恐怖工作实践。

(一) 反恐地方立法是健全和完善《反恐法》的需要

《反恐法》的实施,对于防范和惩治恐怖活动

①《中华人民共和国反恐怖主义法》第86条第2款规定:“住宿、长途客运、机动车租赁等业务经营者、服务提供者有前款规定情形的,由主管部门处十万元以上五十万元以下罚款,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以下罚款”。

②《中华人民共和国反恐怖主义法》第85条规定:“铁路、公路、水上、航空的货运和邮政、快递等物流运营单位有下列情形之一的,由主管部门处十万元以上五十万元以下罚款,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以下罚款”。

具有极为重要的法治引领和规范作用,我国从此走上了新时代依法反恐之路。但是,《反恐法》在实施中所暴露出来的诸如立法定位不够明确、执法主体不够清晰、执法程序不够完善、配套措施不够健全等问题已被学界和实务界普遍关注,亟须通过地方反恐怖主义立法规范的建立,进行针对性、补强性和系统性解决。

(二)反恐地方立法是应对和解决现实问题的需要

当前,我国反恐工作总体形势可控、趋好,但必须看到,一方面,国际恐怖活动仍处于高发期,“暴力恐怖主义境外有‘种子’、境内有‘土壤’、网上有‘市场’,始终是最现实的威胁”<sup>[4]</sup>;另一方面,“受边疆地区防控和打击整体态势的影响,恐怖势力原有的活动空间受到挤压,暴恐分子开始采取迁徙式袭击策略”<sup>[5]</sup>,国内任何一个地区都可能成为其迁徙路线上的“节点”,任何一个地方都有可能成为其就地实施恐怖袭击的场所。我国地域辽阔、人口众多、民族较多,全国各个省级行政区因地域、人口、民族、文化、经济、社会、交通等差异,面临的安全形势和安全问题也不尽相同。各地在国家以及国际反恐体系中都具有不可或缺的位置和义不容辞的责任,必须在总体国家安全观指导下,坚持反恐工作“全国一盘棋”,以《反恐法》为基本依据和行为规范,纵向贯通、横向协同,立足地方实际,探索完善从中央到地方一体化的反恐法治路径,为我国依法反恐提供科学、合理、可行的地方立法支持和保障。

(三)反恐地方立法是总结和固化实践经验的需要

《反恐法》实施以来,各地全面认真贯彻执行相关法律法规规定,坚持执行主动进攻策略,扎实推进反恐宣传教育,严格实施反恐安全防范,积极开展涉恐案件调查处置,在长期的反恐怖活动斗争实践中形成了许多有益做法和经验,如对向他人传播暴恐音视频视频案件的查处,对快递行业寄递网点实名登记制度的落实等等。在总结提炼上述做法和经验的同时,从健全完善各地反恐防范长效机制的角度出发,有必要通过地方立法的

形式,对这些实践做法和经验予以固化。

(四)反恐地方立法是健全和完善法律规范的需要

《反恐法》对主体责任单位的行政处罚权规定明确,但在具体实施中,寄递、交通、电信、互联网、金融等行业主管单位很少用《反恐法》对相关行业进行法律规制。究其原因,在于《反恐法》规定的处罚标准较高,相关主管部门考虑到行业发展的现实情况,往往依据相对较轻的行业规定对违法单位或个人进行处罚。但这种做法既不能突出反恐的目的,也不利于形成全民反恐的社会环境和意识。本文认为,有必要通过更为具体、更具可操作性的地方立法作为支撑<sup>[6]</sup>,明确职责划分和法律责任,构建全面、规范的法律责任体系,健全主体责任追究机制,提高相关主体责任单位的履职能力,更好推进《反恐法》的贯彻实施。

### 三、反恐地方立法现状

为了更好地贯彻执行《反恐法》各项规定,为社会稳定和经济发展提供良好的法治环境,多个省份已制定实施了相应的实施办法,应对和解决反恐工作中出现的现实问题。截至目前,我国省(直辖市、自治区)级行政区中,新疆、浙江、湖南、上海、四川、福建、北京等地已经完成反恐地方立法工作,并已颁布实施,其他多个省份反恐地方立法工作正在积极推进中。

(一)从立法理念看

从立法指导思想的贯彻情况看,现有反恐地方立法一方面致力于对上位法原则性、抽象性的内容进行阐释和细化,增强可操作性,确保有效、规范执行;另一方面根据本地区社会经济发展现状和反恐工作实际需求,立足于解决实际问题、具体问题的需要,进行深化、补充和延伸。在沿袭上位法立法精神和条文规定的前提下,对实际操作中的问题拾遗补漏,很好地实现了普遍性与特殊性相互补充,稳定性与灵活性彼此兼容。特别是各地针对社会信息化飞速发展的现实背景,在条文中作出了前瞻性预设。如上海市颁布实

施的《上海市实施〈中华人民共和国反恐怖主义法〉办法》(以下简称《上海实施办法》)第46条规定,“推动大数据、人工智能等现代信息技术在反恐怖主义工作中的应用,依托‘一网通办’‘一网统管’平台赋能反恐怖主义工作,提升信息化、智能化水平”,很好地体现了立法与社会发展实践相适应的思想。

从立法操作原则的执行情况看,各地的反恐地方立法较好地兼顾了“不抵触”和“不重复”的原则。《中华人民共和国宪法》第100条规定,“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案”;《中华人民共和国立法法》第72条再次对“不抵触”原则进行了明确。现有反恐地方立法完全遵从这一原则,在《反恐法》的总体规定下进行细化和完善,维护了法制的统一和稳定。“不重复”原则源自《中华人民共和国立法法》第73条,其条文内容为“制定地方性法规,对上位法已经明确规定的内容,一般不作重复性规定”。现有反恐地方立法遵循这一原则,绝大部分条文避免了与上位法出现重复性规定。仅有的少量重复,如《新疆维吾尔自治区实施〈中华人民共和国反恐怖主义法〉办法》(以下简称《新疆实施办法》)第3条对恐怖主义的定义与《反恐法》第3条一致,主要是出于新疆相对严峻的反恐形势,对恐怖主义定义进行再次明确和强调,实现重要术语与上位法协调一致;第4条在将《反恐法》中“坚持专门工作与群众路线相结合”归纳提炼为“专群结合”,并提出“全民参与”原则的同时,引用了《反恐法》第5条“防范为主、惩防结合和先发制敌、保持主动的原则”,通常认为这是与上位法相互衔接、层层递进的体现,以指引性条款重复上位法的内容,实现法条的连接和逻辑的周延,属于必要而合理的重复。

## (二)从编排体系看

地方立法的法规层级决定了其法规体例。通常情况下,地方立法有“条例”“实施办法”“规定”和“规则”四种基本类型<sup>[7]</sup>。现有反恐地方立

法无一例外都采用了“实施办法”的形式,并在第1条对立法目的和立法依据进行了明确。即为了在本区域范围内全面贯彻实施《反恐法》,结合本区域范围内的实际情况,对《反恐法》的相关规定内容作出便于操作执行的、具体的、详细的规定。法律的结构安排是地方立法技术的核心要素之一<sup>[8]</sup>。在结构安排上,各地根据不同的侧重,择取不同的立法技术,使得法律文本结构设计各具特色。

新疆作为第一个颁布实施反恐地方立法的地区,其于2016年颁布实施的《新疆实施办法》注重与上位法在立法技术上的有机协调,在编章体例安排上与上位法充分衔接。《新疆实施办法》内容共分十章,除第七章将“国际合作”改为“教育管理”外,其余章节与《反恐法》完全一致。此种与上位法保持高度一致的结构安排与当地特定的反恐形势对立法内容的全方位要求相关,注重了体系的完整性,有效避免了对上位法内容的遗漏和抵触,在一定程度上提高了法律的公信力和法律体系的稳定性。

与之相对应,《湖南省实施〈中华人民共和国反恐怖主义法〉办法》(以下简称《湖南实施办法》)更注重其条文结构与地方立法的功能相匹配,并与本行政区域内的立法风格保持统一,尽可能减少对上位法中抽象的原则性、宣示性条款的强调和重复,更致力于针对实操中具体问题的规范性指引。其全文共30条,直接列示不分章节,内容精炼指向性强,极具地方特色。

浙江和上海的《实施办法》似乎在上述二者之间探求兼顾与平衡。浙江颁布实施的《浙江省实施〈中华人民共和国反恐怖主义法〉办法》(以下简称《浙江实施办法》)共分七章,在章节内容安排上与上位法大体一致,又根据实际情况进行了适当调整。新增“职责分工”部分,并将其放置在第二章的位置重点强调;还将“调查”和“应急处置”两个部分内容合并为“调查处置”,置于“安全防范”和“情报信息”之后。《上海实施办法》与之类似,在《反恐法》框架结构的基础上,增加了第二章“责任体系”,并基于自身定位取消了“恐

怖活动组织和人员的认定”“国际合作”等章节。该处理方式根据本地区反恐工作的实际需求,对《反恐法》的整体框架结构进行了适宜于本地区实际情况的优化处理,形成了除“总则”“法律责任”“附则”之外,以“职责分工”“安全防范”“情报信息”“调查处置”四大制度为核心的基本结构。

### (三)从条文内容看

各地地方立法条文数量差距较大。《新疆实施办法》共设计了61条内容,针对反恐工作各环节均制定了较全面的规范;《湖南实施办法》虽然仅有30条内容,但其内容指向性更强。从条文内容上看,都着力于对贯彻实施《反恐法》实际工作中出现的操作性问题进行梳理和规范,在明确法律责任的基础上,着重对职责分工和安全防范等具体工作进行细化分解。其中,浙江和上海的《实施办法》分别针对成员单位职责和安全防范工作设计了专门章节;《新疆实施办法》虽然未设置专门章节规定职责分工,但在第10条中特别指出,要实行“反恐怖主义、反极端主义工作责任制……各有关地方、部门、单位应当建立任务明确、层级清晰、相互承接、到岗到人的责任体系”,明确了通过实施反恐工作责任制落实责任体系,为通过地方规章和规范性文件进一步压实工作责任预留了接口;《湖南实施办法》未划分章节,但其30条规定中有23条都是针对部门职责和防范工作所作的具体规范,占其条文总数的77%。

在内容总体方向一致的基础上,各地《实施办法》根据本地反恐工作形势不同和实际需要又各具特色。如新疆针对“教育管理”用专章作出规定,突出新疆地区反恐工作的特色重点。该部分内容主要规定了对涉恐犯罪人员服刑期间,以及按《中华人民共和国刑法》第13条规定不构成犯罪人员的教育问题,其重点在于对“安置教育”制度进行细化规范。《浙江实施办法》在细化职责分工的基础上,针对沿海地区实际情况对“建立海域反恐怖主义安全防范协作机制”及沿海船舶管理进行了专门规定,突出了问题导向的特点。其内容安排完全以该省在反恐工作实

践中的需求为中心,能够为该省的反恐工作特别是反恐指挥机构顺利开展工作,起到较好的“定分止争”作用。《上海实施办法》在第三章用了18条内容来规定安全防范工作,远超其他章节的平均条文数量。条文内容有针对性地细化了行业防范措施,因地制宜地推动了重点目标管理,与时俱进地规范了新兴领域监管,这与上海作为现代化国际超大城市反恐防范工作的高要求相一致。《湖南实施办法》用绝大部分篇幅重点明确了职责和防范工作,紧抓重点环节,直接突出要点,精简高效,用相对较小的立法难度实现了立法目标,特色鲜明。

通过以上对比分析可以看出,现有反恐地方立法都着力于强化整体防控、重点守护和源头治理,细化防范措施,最大限度挤压暴恐活动空间;有针对性地根据本行政区域实际情况,选择需要地方立法加以明确的制度和环节,对实际反恐工作进行赋权与规范,据此形成具有鲜明地方特色的实施办法。

## 四、反恐地方立法路径探析

法治体系完善与革新的动力,来源于法治建设实践。对上位法实施中的操作性、执行性问题进行细化完善,是地方立法的重要功能和价值体现。反恐实践工作中出现的新情况、新问题,亟须各地根据实际情况实施地方立法,通过充分发挥下位法的延伸补充功能和统一融合功能,完善反恐法制体系来作出回应。以上关于反恐地方立法的探索,对其他省份具有很高的参考借鉴意义。

### (一)从立法思路上看

反恐地方立法应着眼于我国反恐工作的大环境,以解决长期困扰反恐工作的重难点问题为出发点,以预防和减少涉恐案事件为直接要求,以消除暴恐思想根源为根本目标,体现地方立法的依法性、补充性和可操作性。

首先,应坚持预防性反恐,凸显反恐立法独特价值<sup>[9]</sup>。反恐地方立法应秉承和坚持《反恐法》预防性反恐的立法理念,坚持把预防性反恐

放在第一位,将近年来我国“去极端化”的政策和经验上升为法律<sup>[10]</sup>。其次,注意平衡与法治、保障人权的关系,在为严厉打击暴力恐怖违法犯罪活动提供明确、具体、操作性强的地方立法依据的同时,为开展反恐怖主义源头治理提供科学的法治理念支撑。最后,应积极倡导社会参与,突出全民反恐。在坚持《反恐法》防范为主、惩防结合,先发制敌、保持主动根本原则的同时,突出统一领导、分工负责,专群结合、全民反恐的思想。积极营造由政府统一领导、部门各司其职、全社会积极参与的全民反恐格局,通过社会公众普遍参与,提升反恐防范的精准性和有效性<sup>[11]</sup>。

## (二)从立法体例上看

在整体框架设计上,现有的几种体例类型各有所长,呈现的不同之处更多体现出立法过程中地方立法机构的价值选择,对其他省份地方立法具有极具价值的参考借鉴意义。各地可以根据本地实际情况和工作需求,参考设计本地反恐地方立法体例,据此形成具有鲜明地方特色、更加符合当地反恐实践工作的地方性法律规范文件。一般而言,地方立法的编章体例安排应考虑与上位法所使用的立法技术协调衔接,从而体现逻辑上的顺延和法制的统一。但是,不同省份的反恐形势和实际工作差别较大,如果完全承接《反恐法》的框架体例对其条文进行全方位的细化阐释,不仅会造成立法资源的浪费,其过于细化的规定甚至可能在一定程度上加深实际工作中的困扰。因此,《浙江实施办法》对于其他地区反恐地方立法而言更具普遍意义。本文建议,可更多借鉴《浙江实施办法》的先进经验,在总体上承接《反恐法》体例的基础上,根据当地反恐工作的具体问题适当调整结构,突出问题导向,紧抓重点环节,以指导反恐实践工作有针对性地展开。

一方面,建议大体遵循《反恐法》的体例进行章节划分,避免出现体系碎片化、条文孤立化,有助于逻辑构造的严谨性和制度内容的完整性;另一方面,在具体板块内容上可进行适当调整,根据自身的特色需要,实现体例结构的简化、轻型化。具体而言,除“总则”“法律责任”“附则”作

为必不可少的内容之外,可以有针对性地选择需要地方立法加以明确的制度和环节,进行筛选、合并,据此设计本地反恐地方立法文本。例如,“恐怖活动组织和人员的认定”标准和程序在《反恐法》中已作出明确规定,体现了国家层面对恐怖主义的态度,在地方立法层面无更多阐释空间;“国际合作”更多作为国家层面的制度设计,一般省份对此没有太多地方立法需求,此类章节在地方立法中可以省略或弱化为一般条文进行处理;针对我国大多数省份以一般防范为重点的反恐需求和当前大数据、人工智能应用不断深化的现状,反恐宣传教育、信息化支撑等内容可在框架设计时视情纳入考虑范围。

## (三)从立法内容上看

在条文内容设计上,应结合各地反恐实践工作需要,立足反恐地方立法目的和功能,针对实际工作中出现的主要问题,明确反恐职责、细化责任认定,并在此基础上根据实际需求加入特色内容。

### 1. 落实主体责任、明确职责分工

针对反恐主体职责不明确、不具体等方面的问题,建议参考中共中央办公厅、国务院办公厅《反恐怖工作责任制实施办法》和各省据此制定的责任制实施细则,结合本地行政体制改革实际情况,将不同类型的反恐责任落实到不同主体及监管单位。具体而言,可以包括各级政府、基层组织、行业组织的反恐职责,反恐领导机构和各成员单位、工作联系单位,及各级各类反恐防范重点目标单位职责等。

### 2. 明确反恐工作方法和工作机制

反恐案件的处理一般不需要专门程序,按照行政案件或刑事案件办案规则处理即可。在基层执法实践过程中可能造成误解的地方,可以通过地方立法加以明确。部分需要特别规定的地方,如调查工作中涉及的暴恐音视频的认定程序、《审读意见书》的法律性质问题等,可以根据实际情况在“调查处置”章节进行规定。同时,可以尝试构建“调查—指挥—协同”工作机制,以完善反恐工作方法流程架构。

对于“安置教育”地域的确定,建议通过地方立法规定,由罪犯经常居住地省级人民政府组织实施。改革开放以来,我国境内人口流动成为常态,由经常居住地的政府职能部门负责经常居住地人口的服务和管理工作已经成为比较成熟的模式,可以让各种管控措施真正落到实处。

### 3. 明确法律责任裁量

针对《反恐法》与《中华人民共和国治安管理处罚法》等其他法律可能产生法律适用竞合的情形,可以根据具体反恐需求,对不同情况下存在的法律适用问题进行具体规范。对于《反恐法》中存在的部分行政处罚自由裁量空间较大问题,可以对裁量区间进行分段,并规定不同区间的对应法定情形;还可以通过列举“从重”“从轻”的法律适用情形,进一步确保责任裁量的合理性。同时,可考虑通过构建反恐情报预警体系的形式,进行情势预判,并以此确定根据“特定时间、特定区域”建立法律适用基准,进一步明确法条竞合情况下不同法律规范的适用。

### 4. 完善保障措施

从反恐实战部门机构编制、运行经费来源、人员技能培训等方面多角度全方位完善反恐工作保障措施,确保反恐工作体系正常有效运行。特别是对地方企业因反恐设备、人员增加可能产生的额外支出,如果缺乏制度上的激励极易造成运营成本的提高和积极性的倦怠,不利于反恐工作的长效开展。对此,可以通过授权有关部门制定明确的评价细则,并对完成较好的企业、单位设置税费减免等一定程度的奖励措施。

### 5. 其他制度创新

在条文内容的具体设计过程中,还可根据实际情况拓展思路,在以上基本内容的基础上进一步探索制度上的创新。

如创新地区分类管理制度。任何一种社会风险的防控都是对社会资源的消耗,因而法律在社会资源分配过程中必须充分权衡利益关系。建立分类管理制度,并建立常态化的态势评估机制<sup>[12]</sup>,动态确定反恐工作重点地区,可以为做好重点防控工作更好地提供制度保障。我国地域

广袤、地区差异大,各省份内部也普遍存在经济社会发展不平衡的情况,不同地区面临不同的反恐工作需求,可以根据实际情况探索分类管理制度。一些特大城市经济发展迅速,人口密集,重点目标单位众多;一些经济社会发展不平衡地区社会环境压力大,部分民众受恐怖思想影响、受恐怖组织利用和煽动风险较大;其他经济社会发展较为均衡的地区,涉恐因素影响较少,发生恐怖案事件可能性较小。创设分类管理制度,将二者合理区分,可以更好实现有限社会资源的优化配置,维护社会的长期安定与团结。地区分类管理制度的思路还可以顺应《反恐法》关于“县级人民政府根据需要设立反恐怖主义工作领导小组”的规定,为部分反恐重点地区的“反恐领导机构实体化”预留空间。

再如,创新新业态管理机制。对于包括民宿、出租房在内的“网约房”这类新业态,能否沿用既有的在宾馆、酒店安全管理方面业已形成的一套有效管控制度,各方面存在争议。但为保证对住宿人员情况的掌控,避免住宿业成为暴恐分子藏身、活动的场所,必须加强对“网约房”的管控,不能让“网约房”游离于公安机关管控范围之外。所以,有必要积极探索“网约房”的管理模式,在“网约房”信息实名登记、身份查验(人像比对)、安防设施建设、物业(楼宇)管理、基础信息采集工作等方面,进行富有成效的制度设计。网约车、闪送、低慢小飞行器(无人机)等其他新业态的管理也应一并纳入。

还应当探索建立情报信息共享平台和情报预警机制。《反恐法》有设立反恐情报中心的规定,各地可尝试结合相关要求,探索建设恐怖活动情报分析共享平台,从地方立法层面对平台的职责范围、机构组成、信息共享程序、保障措施等方面予以规范,促进平台有效开展工作<sup>[13]</sup>。同时,应明确对有关情报信息的筛查、研判、核查、监控等职责分工,确保反恐情报预警体系高效运转。反恐情报预警体系的框架应主要从情报的组织体系、情报的收集与处理、分析及总体决策支持系统出发,设计一套完整的反恐情报体

系<sup>[14]</sup>,真正实现反恐情报的融合与监测,服务反恐决策,服务反恐实战。

[参考文献]

[1] 中国政府网. 郭声琨:扎实细致抓好反恐怖斗争各项工作 着力营造持续安全稳定的社会环境[EB/OL]. [http://www.gov.cn/guowuyuan/2016-11/29/content\\_5139980.htm](http://www.gov.cn/guowuyuan/2016-11/29/content_5139980.htm),2024-03-23.

[2] 孟璐. 系统论视角下公安机关反恐执法问题探讨[J]. 广西警察学院学报,2023(04):46-54.

[3] 王君,王驰. 后疫情时代住宿新业态安全监管研究[J]. 江苏科技信息,2022(05):30-32.

[4] 人民网. 陈一新:聚力防范化解政治安全风险[EB/OL]. <http://legal.people.com.cn/GB/n1/2019/0405/c42510-31015294.html>,2022-04-06.

[5] 倪春乐,陈嘉鑫. 内陆城市暴力恐怖犯罪防控警力资源布局的再构建[J]. 山东警察学院学报,2020(01):146-153.

[6] 孟璐. 刑事政策视域下反恐怖法律体系的完善[J]. 江苏警官学院学报,2023(05):75-80.

[7] 宋才发. 地方立法的基本程序及功能研究[J]. 河北

法学,2021(03):2-16.

[8] 魏治勋,汪潇. 论地方立法技术的内涵、功能及科学化路径[J]. 云南大学学报(社会科学版),2019(01):126-134.

[9] 国务院新闻办公室. 坚持把预防性反恐放在第一位[EB/OL]. <http://www.scio.gov.cn/ztk/dtzt/39912/40016/40030/Document/1649854/1649854.htm>,2024-03-23.

[10] 王胜华,张星勋. 塔吉克斯坦反恐刑事立法的最新态势[J]. 云南警官学院学报,2023(06):17-25.

[11] 柴瑞瑞,刘德海,李纲. 基于联防联控机制的反恐资源配置序贯博弈模型[J]. 系统工程学报,2023(05):678-691.

[12] 苏申昊,王雪莲. 反恐怖常态化治理视角下政府注意力配置研究[J]. 福建警察学院学报,2023(06):41-48.

[13] 金冬雪. 新时期我国反恐情报工作法治化保障研究[J]. 中国人民警察大学学报,2023(09):57-62.

[14] 裴昕,芦鹏,郭伟锋. 大数据背景下反恐情报预警体系构建分析[J]. 云南警官学院学报,2023(05):33-39.

【责任编辑:耿 浩】

Analysis on the current situation and development and improvement path of local anti-terrorism legislation

Zhang Hong

(Sichuan Police College,Luzhou Sichuan 646000,China)

**Abstract:** Establishing and improving the anti-terrorism legal system is the only way to improve the anti-terrorism work pattern,improve the anti-terrorism work system and safeguard the national security. Since the provisions of the “Anti-Terrorism Law of the People’s Republic of China” are relatively macro,there is a lack of clear normative guidance on the resolution of specific issues in anti-terrorism work. Its unique value has not been fully reflected in anti-terrorism practice,so it is urgent to adopt local legislation to carry out targeted,complementary and systematic solutions. At present,seven provinces ( municipalities and autonomous regions) in China have explored and formulated corresponding implementation measures. These laws and regulations have their own characteristics in terms of arrangement system and content of articles,which are of great referential significance for local anti-terrorism legislation in other regions. All regions should inherit the ideas and concepts of the superior law, scientifically design the framework,refine the content with problem orientation,innovate the system design according to the needs of practice,give full play to the extension and supplementary functions and unified integration functions of the inferior law,and formulate scientific and rigorous local legislation that meets the needs of anti-terrorism practice,to further improve China’s anti-terrorism legal system.

**Key words:** anti-terrorism;local legislation;current situation;path

## 【司法理论与实务研究】

## 司法化改革背景下检察官独立性问题研究

孙溪骄<sup>1</sup>, 刘红<sup>2</sup>, 孙伯涛<sup>3</sup>

(1. 中国社会科学院大学, 北京 102488; 2. 辽宁省本溪市人民检察院, 辽宁 本溪 117020;

3. 辽宁省本溪市明山区人民检察院, 辽宁 本溪 117022)

〔摘要〕我国长期以来对检察机关的定位都是法律监督机关,同时也是国家司法机关。随着检察机关司法责任制改革的不断推进,有必要重新审视检察官的独立性问题。当前的刑事诉讼改革对检察官办案方式提出了司法化的要求,这就决定了检察官必须具有适当的独立性。我们必须改变过去严格的“上命下从”式检察官管理方式,赋予检察官以一定的法律主体地位,从而在坚持检察长对检察官进行监督管理的基础上,保证检察官办案的独立性,以适应司法化改革的需要。

〔关键词〕司法改革;检察一体;检察官独立;司法责任制

〔作者简介〕孙溪骄(1982—),男,辽宁本溪人,中国社会科学院大学2019级刑事诉讼法专业博士研究生,北京中银律师事务所律师,主要从事刑事诉讼法学研究;刘红(1973—),女,辽宁本溪人,辽宁省本溪市人民检察院综合业务部主任,主要从事检察学研究;孙伯涛(1971—),男,辽宁本溪人,辽宁省本溪市明山区人民检察院党组书记、检察长,主要从事检察学研究。

〔收稿日期〕2024-07-21

〔中图分类号〕D926.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-045-07

关于检察机关的属性问题,理论界存在诸多争议,长期以来一直有司法机关和行政机关之争,但是我们党和国家长期以来对检察机关的定位始终都是司法机关。特别是党中央在2021年6月发布的《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》,再次明确了我国检察机关既是宪法规定的法律监督机关,同时也是司法机关。正是基于党和国家对检察机关的这一定位,我国在推动司法机关内部司法责任制改革进程中始终将检察官和法官并列。

检察官司法责任制改革中的一项重要内容就是如何科学合理地设置检察官办案权限。最高人民检察院2017年颁布的《关于完善检察官权力清单的指导意见》指出,检察机关需要为检察官制定权力清单,既要突出检察官的办案主体地位,也要保证检察长对司法办案工作的统一领

导。改革就是要合理解决检察官办案独立性与落实检察长监督制约的问题。本文认为,应当结合司法责任制改革这一时代背景,对合理确定检察官办案独立性的问题进行深入分析和探讨。

### 一、我国检察官独立性问题现状

在检察权的司法、行政属性之争中,行政权属性说观点认为检察权不是司法权的重要理由之一就是检察机关内部实行“上命下从”的行政管理方式,这就决定了检察官在办理案件时不具有司法官的独立性地位,因此不符合司法权的独立性要求<sup>①</sup>。由人民法院行使的审判权是毫无争议的司法权力,因此我们在分析我国检察机关和检察官独立性的问题时,应当以我国法院和法官行使审判权为样本,将其与检察院以及检察官的独立性进行对比分析,以便明确我国检察官是

①参见谢鹏程:《论检察权的性质》,载《法学》2000年第2期;陈卫东,郝银钟:《实然与应然:关于侦检权是否属于司法权的随想——兼答王天国先生》,载《法学》1999年第6期,第25-27页。

否能够获得司法官的独立地位。

(一) 法律关于法院、检察院对外独立行使职权的规定完全相同

检察机关和检察官的独立性体现在检察机关对外独立性方面。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第131条、第136条分别规定了人民法院和人民检察院独立行使职权的问题,要求二者必须按照法律规定独立行使审判权和检察权,不受其他行政机关、社会团体和个人的干扰。《中华人民共和国刑事诉讼法》第5条以及2018年修改的《中华人民共和国人民法院组织法》(以下简称《人民法院组织法》)、《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》)中也有相同规定。可见,宪法和刑事诉讼法等相关法律对我国法院和检察院对外独立行使职权问题作出了完全相同的规定,人民法院、人民检察院只对作为国家权力机关的同级人民代表大会负责,不受其他组织和个人的干扰影响。因此,在与其他行政机关之间的关系方面,人民法院、人民检察院是完全一致的,都是各自独立行使审判权、检察权。

(二) 法律关于法院、检察院内部上下级关系的规定存在区别

检察机关和检察官的独立性体现在检察机关上下级关系之间。《宪法》第132条第2款规定,法院上下级之间的关系是上级对下级的审判工作进行监督;第137条第2款规定,检察院上下级之间的关系是上级对下级的工作进行领导。2018年修订的《人民法院组织法》第10条第2款、《人民检察院组织法》第10条第2款规定的内容与宪法的上述规定一致。

显然,宪法以及人民法院、人民检察院组织法对法院、检察院内部的上下级关系进行了不同的规定。法院的上下级之间没有直接的领导关系,上级法院只能对下级法院进行“监督”,并且监督的范围和对象是“审判工作”。审判以外的

其他工作人民法院组织法没有规定,在理论上意味着审判以外的其他工作由下级法院自行决定。检察院上下级之间则是“领导”关系,并且没有采取法院将领导范围和对对象限定在审判工作的做法,意即上级检察院对下级检察院的领导是包含业务工作在内的全部工作。

同时,最高人民检察院2019年修订的《人民检察院刑事诉讼规则》第10条明确规定:上级检察院对下级检察院的决定,有权撤销、变更;发现下级检察院办案有错误的,可以直接要求下级检察院纠正,下级检察院应当执行。可见,这种上级检察院直接变更下级检察院决定的权力是一种典型的“上命下从”的行政化管理方式,与上级法院需要通过二审、再审等审判程序变更下级法院判决、裁定的方式截然不同。

(三) 法律关于检察长与检察官、法院院长与法官关系的规定存在区别

检察机关和检察官的独立性问题还体现在检察长与检察官的上下级关系方面。2018年修订的《人民检察院组织法》第29条规定,检察官的工作由检察长领导;第36条规定,检察长领导全院的工作,管理全院的行政事务;最高人民检察院2019年修订的《人民检察院刑事诉讼规则》第9条规定,检察长统一领导检察院的工作。上述法律规定和司法解释都明确了检察长与检察官之间是“领导”与“被领导”的关系。《人民检察院刑事诉讼规则》第7条以及《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》第10条进一步明确,检察长对于检察官提出的处理意见,可以直接作出决定;检察官认为检察长的决定存在错误时,有权提出异议,但如果检察长要求立即执行的则应当执行<sup>①</sup>。

最高人民法院2021年颁布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第214条规定,合议庭成员在评议案件时应当独立发表意

<sup>①</sup>《人民检察院刑事诉讼规则》第7条规定:“检察长不同意检察官处理意见的,可以要求检察官复核,也可以直接作出决定,或者提请检察委员会讨论决定。检察官执行检察长决定时,认为决定错误的,应当书面提出意见。检察长不改变原决定的,检察官应当执行”。《关于完善人民检察院司法责任制的若干意见》第10条规定:“检察长(分管副检察长)有权对独任检察官、检察官办案组承办的案件进行审核。检察长(分管副检察长)不同意检察官处理意见,可以要求检察官复核或提请检察委员会讨论决定,也可以直接作出决定。要求复核的意见、决定应当以书面形式作出,归入案件卷宗。检察官执行检察长(分管副检察长)决定时,认为决定错误的,可以提出异议;检察长(分管副检察长)不改变该决定,或要求立即执行的,检察官应当执行,执行的后果由检察长(分管副检察长)负责,检察官不承担司法责任。检察官执行检察长(分管副检察长)明显违法的决定的,应当承担相应的司法责任”。

见,在意见分歧时按多数意见决定,但同时强调了少数合议庭成员的意见应当记入笔录<sup>①</sup>。可见,这一规定赋予合议庭成员独立发表意见的权利;同时,该司法解释在第 216 条规定,合议庭对拟判处死刑等三种情况的案件以及合议庭认为难以作出决定的案件,可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。此外,最高人民法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第 3 条规定,法官对于案件的事实认定问题和法律适用问题都应当独立发表意见;第 23 条规定,法院的院长、庭长对审判工作的管理和监督应当按照其权限进行,并且应当在工作平台中公开进行,院长、庭长可以对其参加审委会、专业法官会议的案件发表意见,但不得对其没有参加审理的案件发表倾向性意见<sup>②</sup>。

通过对比上述规定可以看出,法官、检察官在办理案件独立性方面存在较大区别。本文分别对法院及法官的独立性,检察院和检察官的独立性作出如下总结。第一,我国法院、检察院对外都依照法律规定独立行使审判权、检察权,只对人民代表大会负责,不受其他组织或者个人的影响。第二,上级法院对下级法院是监督审判工作的关系,而上级检察院对下级检察院是领导工作的关系。第三,法院院长对员额法官办理的案件同样是监督关系,而检察长对员额检察官办理的案件则是领导关系,并且这种监督、领导与上级法院对下级法院的监督、上级检察院对下级检察院的领导在管理方式、方法方面一脉相承;法院院长必须通过审判委员会会议等特定的法院内部评议程序对员额法官审理的案件施加影响,而检察长则可以直接采取行政命令的方式对员额检察官办理的案件施加影响。前者是有限度的、间接的,按照司法程序的方式施加的影响;后者则是宽泛的、直接的,通过行政命令的方式施加的影响。

通过对比本文认为,我国法官在办理案件中已经具备了一定的独立主体地位,但是检察官个人在办理案件中仍然不具备独立性,至少在立法层面不具备。按照现有体制,上级检察院以及上级检察长可以直接以行政命令的方式决定或者变更下级检察院以及下级检察官的办案决定。当然,需要强调的是,我国的法官、检察官独立办案区别于西方国家的法官独立原则,我国的司法官独立是突出法官、检察官主体地位与坚持对法官、检察官的监督管理相结合基础上的司法官独立。

我国的检察机关内部管理关系可以说是一种较为严格的“上命下从”式行政管理方式,司法实践中习惯地将这种管理方式理解为“检察一体原则”<sup>③</sup>。这种行政化管理方式显然已经不能适应当前对检察机关司法改革的要求。

## 二、保障检察官办案适度独立的理论和实践需求

关于保障检察官办案适度独立问题,党和国家早已有了明确认识。相关理念从 2021 年 6 月颁布的《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》以及 2017 年颁布的《最高人民检察院关于完善检察官权力清单的指导意见》相关规定中就可以看到,这也体现了司法理论和实践两方面的需求。

(一)“检察一体原则”的不断完善要求检察官办案具有适当独立性

长期以来,理论界对“检察一体原则”的认识则较为单一,强调“上命下从”的行政化领导关系,强调检察官需要服从上级检察长的行政指令,对合理保障检察官办案独立性问题有所忽视。有学者指出,检察一体化原则要求检察机关自身形成一个“共同体”,独立于其他行政机关、

①最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 214 条规定:“开庭审理和评议案件,应当由同一合议庭进行。合议庭成员在评议案件时,应当独立发表意见并说明理由。意见分歧的,应当按多数意见作出决定,但少数意见应当记入笔录”。

②最高人民法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第 3 条规定:“法官依法履行审判职责受法律保护。法官有权对案件事实认定和法律适用独立发表意见。非因法定事由,非经法定程序,法官依法履职行为不受追究”。第 23 条规定:“院长、副院长、庭长的审判管理和监督活动应当严格控制在职责和权限的范围内,并在工作平台上公开进行。院长、副院长、庭长除参加审判委员会、专业法官会议外不得对其没有参加审理的案件发表倾向性意见”。

③参见孙谦:《中国检察制度》,北京:人民出版社 2004 年版,第 218 - 219 页。

组织、个人,但在内部则是“上命下从”的领导关系<sup>①</sup>。实务界同样长期将“检察一体原则”看作检察机关组织管理的重要原则。最高人民检察院原副检察长陈国庆曾指出,“检察一体是指各级检察机关、检察官形成一个统一的整体。各级检察机关和检察官在这个整体中要服从上级的命令,根据上级的命令来履职”<sup>②</sup>。

基于这种严格的理解,检察机关上下级之间、检察长与检察官之间都是一种“上命下从”的行政化组织管理方式。上级检察机关或者检察长的行政指令对下级检察机关和检察官有着决定性影响。因此,下级检察官不具有司法官员所必须的独立行使诉讼职权、进行诉讼活动的法律地位。随着理论研究的不断深入,已经有学者对我国长期以来对“检察一体原则”的这种理解进行了反思。随着对检察制度研究的不断深入,我们对检察权的认识也更加全面。学界越来越认识到从检察权发展的整体历史进程中,检察官行使检察职权的独立性在不断增强,上级首长的命令权在逐步受到限制。万毅教授指出,即便是在大陆法系的德国,这种检察一体制度也已经从绝对化的“首长代理制”演化为强调检察官独立于检察长的“当然代理制”,东亚的日本则进一步发展出“检察官独任制”体制,以保证检察官办案具有适当独立性<sup>③</sup>;龙宗智教授提出,要改变检察机关办案过度行政化的现象,使检察机关的办案方式适度司法化,并提出确认骨干检察官的相对独立性,使其成为司法办案的“一线责任主体”<sup>④</sup>。

可以说,检察一体制度发展至今,已经与检察官独立行使职权问题成为两个彼此共存、相互补充的原则,不能因为实行检察一体制度就否定检察官的独立性。随着社会的发展进步,我国不断推进检察机关去行政化改革,越来越强调检察官的司法属性,努力控制行政首长对检察官的干预。检察机关这种“上命下从”的行政化管理关系在不断改进,与检察官办案的独立性问题不断融合,检察官的司法属性也在不断增强。

(二)检察机关司法化的改革方向要求检察官办案具有适当独立性

我国长期以来坚持的司法改革方向,都明确将检察院与法院并列作为司法机关。1997年召开的党的十五大就已经确定要深入推进司法改革,并且从制度上保证司法机关独立行使审判权、检察权。党中央的这一决定显然是对将检察权作为司法权提出了改革要求。既然检察权应当是司法权,检察机关要发展成为司法机关,那么作为司法官的检察官就应当具备与作为司法官的法官相类似的独立地位。只要司法体制以及司法改革方向仍然是检法并列,我们就不得不将二者进行对比。

在当前的司法责任制改革中,检察官与法官在独立性方面已经表现出一定差异。上级法院及其院长必须通过特定司法程序如二审、再审程序以及审判委员会会议、专业法官会议,来变更或者影响下级法院和下级法官、合议庭的裁判结果;而上级检察院及其检察长仍然可以通过行政命令的方式,直接变更下级检察院和检察官的决定,这就是二者之间的本质差别。上级法院及其院长对下级法院和法官的管理和监督是司法化的方式,为下级保留了必要的独立性;而上级检察院及其检察长对下级的管理和监督则依然是行政化管理方式,没有范围、方式、程序等方面的限制。

既然我国当前司法体制与司法改革仍然将检察院与法院并列,那么就无法解释为什么在司法改革中法官可以具有一定的独立性,而检察官仍然要坚持严格的行政化管理方式。特别是在检察权行政化改革与司法化改革两种不同方向的抉择中,如果选择继续坚持现有司法体制和司法改革方向,则必然要解决检察官的独立性问题。不能确保检察官在合理范围内具有一定的独立地位,则检察权的司法化改革方向很难得到广泛认可。同时,为检察官保留必要的独立性也

①参见陈光中:《中国司法制度的基础理论问题研究》,北京:经济科学出版社2010年版,第235页;樊崇义主编:《走向正义:刑事司法改革与刑事诉讼法的修改》,北京:中国政法大学出版社2011年版,第172-173页。  
②参见陈国庆:《检察制度原理》,北京:法律出版社2009年版,第113页。  
③参见万毅:《论检察制度发展的“东亚模式”——兼论对我国检察改革的启示》,载《东方法学》2018年第1期,第198-208页。  
④参见《专家称认定司法责任要坚持主观过错与客观行为相一致原则》,载中华人民共和国最高人民检察院网, [https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201510/t20151009\\_105530.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/201510/t20151009_105530.shtml),最后访问时间:2024年7月10日。

是检察权运行符合司法规律的必然需要,是检察权基于其各项诉讼职能的必然需求。检察官的法律地位取决于检察官行使的具体职权,因此探讨检察官是否应当具有独立性这个问题时,还是需要回到检察官行使的具体职权上来。有学者指出,检察机关的侦查、起诉、批捕等职能都在一定程度上具有司法属性,因此检察机关的办案方式应当与这些职权的司法属性相适应。如果是完全以行政化办案方式来行使这些职权,不符合司法规律和检察规律<sup>①</sup>。

我国检察官在刑事诉讼活动中主要行使的职能是批准逮捕、公诉、诉讼活动监督以及部分职务犯罪案件的侦查。除自侦案件相关工作是集体团队行为,集中体现了行政权属性以外,其他三者都是需要由办案检察官本人亲历的诉讼活动。检察官这三项职权的行使与法官审理案件具有高度相似性,这就是学者们经常提到的检察官与法官具有同质性,是检察官被称为“立席法官”的原因<sup>②</sup>。同时,近年来的几轮刑事诉讼法修改中,对检察机关批捕程序、司法救济权、非法证据调查、不起诉决定权等都进行了司法化改革。上述职能的司法属性不断增强,伴随而来的要求必然是检察官办案方式司法化;而办案方式的司法化,必然要求检察官具有适当的独立性。

综上,赋予检察官以必要的独立性,既符合当前司法体制和司法改革方向,也符合检察权各项诉讼职能自身需要。检察官应当具有独立性,这一方向性的结论是确定无疑的。当然,在我国当前的特殊国情之下,检察官只需要获得与法官基本相当的独立性即可。我国并非三权分立制和联邦制国家,因此不宜实行绝对的法官独立以及检察官独立。只要二者之间的独立性基本相当,就可以说检察官具有与法官同等的符合司法权和司法官员职能的独立性特征。

### 三、探索具有中国特色的检察官独立办案机制

通过前文分析可以看到,保证检察官办案时具有适当独立性已成为当前检察机关改革的重

要任务,且具备了相应理论基础,符合司法实践的需要。但是,我国的司法改革必须立足我国国情,探索具有中国特色的检察官独立办案机制。

可以参考借鉴的是,我国当前实行的法官独立审理案件就是一种有限度的法官独立,这种独立原则更加适合我国的现实需要。从纵向看,中央与地方的刑事司法权力统一于中央;从横向看,立法、行政、审判、检察、监察等职权统一于人民代表大会。这种高度集中的统一制度决定了我国司法工作的统一性。因此,我国不宜实行绝对的法官独立,由上级对法官的裁判行为进行一定的监督是必要的,也是必需的。应当打破过去检察机关严格意义的行政化管理做法,参考我国法官的独立性特征,提升检察官依法办案的独立性。本文认为,我国的检察官独立应当以事实证据问题作为保留底线,以职务收取和转移作为程序保障,以检委会会议作为决策机制。

(一)检察官应对案件事实、证据问题独立发表意见,上级检察长和检察院不得直接变更

案件的事实认定与证据采信是司法的最基础工作。基于证据的裁判性和司法的亲历性原则,事实、证据问题只能由作为裁判者的司法官本人作出认定结论。裁判者以外的人由于没有亲历案件,不具有代替裁判者作出认定结论的资格。因此,确认检察官的独立性,必须要保证检察官在进行事实认定和证据采信时能够独立作出认定结论。我国在保证法官独立行使审判权时已经初步确立了这一原则。

《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215条第2款规定,人民陪审员参加审判时,应当对事实认定问题独立发表意见,并且与审判员共同表决;人民陪审员对法律适用问题可以发表意见,但不参加表决。从这一规定可以看出,人民陪审员对于法律适用问题发表的意见不是必需的,但其对事实认定问题发表的意见是不可替代的,必须由人民陪审员独立发表。最高人民法院《关于健全完善人民法院审判委员会工作机制的意见》第7条第(2)项规

①参见龙宗智:《检察机关办案方式的适度司法化改革》,载《法学研究》2013年第1期,第169-191页。

②参见万毅:《德国检察官“与法官一样独立”》,载2015年6月23日《检察日报》;万毅:《法国检察官的身份之谜》,载2015年8月4日《检察日报》。

定,审判委员会的主要职能包括重大、疑难、复杂案件的法律适用;第9条规定,可以提交审判委员会讨论决定的案件类型,包括合议庭对法律适用问题分歧较大,经专业法官会议讨论后仍然难以作出决定的案件。从这一规定同样可以看出,作为法官上级的法院院长、审判庭长通过审判委员会对法官审理案件进行的监督,所针对的也是法律适用问题。

结合上述规定可以得出这样的结论:法官以及人民陪审员在审理案件中就法律适用问题发表的意见是可以替代的,可以由上级通过一定方式变更;但是事实、证据问题,则需要由法官及人民陪审员独立作出判断。如果将检察官定义为司法官员,也可以参照这一做法,遵循证据的裁判性和司法的亲历性,由检察官对案件的事实、证据问题独立发表意见,上级检察长和检察院不得直接变更。

(二)上级对检察官关于案件、事实证据问题的意见不予认可,只能通过职务收取和转移程序进行变更

前文已经分析,当前我国严格的检察一体模式中,上级可以通过行政命令方式直接变更检察官作出的决定。这是一种比较宽泛的方式,极大限制了检察官的独立性。应当承认,在司法实践中上级检察长和法院院长对检察官、法官办理案件的业务指导和监督具有重要价值和作用,但这种业务指导和监督不能是没有限制的、任意的,而应当是有限度的、程序化的。所谓“有限度的”,就是要确保检察官对事实、证据问题独立发表意见,上级的意见不能直接变更、代替下级检察官的决定;“程序化的”内涵,是如果上级认为下级检察官对于事实、证据问题的决定存在错误时,必须通过职务收取和转移的方式,交由其他检察官对案件的事实、证据问题重新审查,并独立作出结论性意见。这种职务收取和转移的程序应当有法定的限制。如果新的检察官作出的决定仍然与原检察官意见一致时,则不得再次将案件转交其他检察官办理。

这种变更下级检察官意见的方式是通过法定的职务收取和转移程序进行的,是以司法化方式而不是以行政命令方式进行的。这种方式同样也是当前法院在司法责任制改革中所采取的做法。二审、再审程序都要求原审合议庭法官回避,而由其他法官另行组成合议庭审理,其实质也是一种职务的转移。

(三)上级对检察官关于案件法律适用问题的意见不予认可,可以通过检委会议的机制进行变更

司法官对于案件事实、证据的审查判断是个别的,必须遵循亲历性和不可转授性原则,但法律适用问题则是共同的,不必严格遵循亲历性和不可转授性原则。上级不认可下级检察官对案件法律适用问题的结论时,并非必须采取职务收取和转移的方式,指定其他检察官办理案件,但也不宜以行政命令的方式进行变更。符合司法化的合理方法,应当是参考当前人民法院司法责任制的做法,通过检察委员会会议等司法化的决策机制进行。

前文已经分析,我国法官独立审理案件并非绝对独立,需要接受上级的业务监督;但是作为法官上级行政长官的法院院长、审判庭长只能通过参加审判委员会会议、专业法官会议的方式进行监督。法院的这种法官独立虽然受到上级的制约,但这是一种司法化的制约。最高人民法院2021年颁布的《关于进一步完善“四类案件”监督管理工作机制的指导意见》就明确指出,法院对于“四类案件”的监管要遵循司法规律,应当符合“让审理者裁判,由裁判者负责”这一原则,通过推动实现全过程监督、组织化行权,有效防控各类风险,不断提升审判质量、效率和司法公信力<sup>①</sup>。所谓“组织化行权”,就是指当法院院长或者法庭庭长对案件的监管意见与法官以及合议庭的意见出现分歧时,需要通过合议庭复议、专业法官会议讨论、提请审判委员会决定等法定的程序和形式来解决这种分歧,从而最终对案件作

<sup>①</sup>最高人民法院2021年《关于进一步完善“四类案件”监督管理工作机制的指导意见》规定:“各级人民法院监督管理‘四类案件’,应当严格依照法律规定,遵循司法规律,落实‘让审理者裁判,由裁判者负责’,在落实审判组织办案主体地位基础上,细化完善审判权力和责任清单,推动实现全过程监督、组织化行权,有效防控各类风险,不断提升审判质量、效率和司法公信力”。

出结论<sup>①</sup>。这种行权方式不是行政化的管理,而是符合司法化要求的程序化行权方式。

本文认为,无论法官还是检察官都不应当享有绝对独立的、不受限制的司法权力,但是这种上级机关和上级领导对下级法官、检察官所作决定的监督制约,应当以符合司法化要求的方式进行。通过以事实证据问题作为保留底线,以职务收取和转移作为程序保障,以检委会会议作为决策机制的方式,我们既能够保证上级对检察官办案进行合理有效的监督和管理,又可以使检察官获得与法官基本相当的独立性,从而使我国检察权具备与审判权基本相当的司法权独立性特征。

可以说,保障检察官行使检察权的独立性问

题,是制约我国检察权成为司法权的最大障碍。通过以上分析可以看到,我国检察权的独立性问题并非无法克服的障碍,完全可以通过对当前检察制度进行司法化改革,确保检察官在行使职权过程中能够获得与我国法官相当的独立性,为检察权的司法化改革创造前提条件。这种强化检察官独立性的改革既符合刑事诉讼法的基本规律,也符合党中央对检察机关是司法机关的定位。因此,推进这种改革既有可行性,也有必要性。

【责任编辑:耿 浩】

Study on the independence of prosecutors in the context of judicial reform

Sun Xijiao<sup>1</sup>, Liu Hong<sup>2</sup>, Sun Botao<sup>3</sup>

(1. University of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 102488, China;

2. Benxi Municipal People's Procuratorate, Benxi Liaoning 117020, China;

3. Mingshan District People's Procuratorate of Benxi, Benxi Liaoning 117022, China)

**Abstract:** For a long time, China has positioned the procuratorial organ as a legal supervisory organ, as well as a national judicial organ. As the reform of the judicial accountability of the prosecution service continues to advance, it is necessary to revisit the issue of the independence of prosecutors. The current reform of criminal procedure calls for a more judicial approach to the prosecution, which makes it necessary for prosecutors to have appropriate independence. We must change the strict "obedience to authority" approach to the administration of prosecutors in the past and give them a certain status as legal subjects in order to guarantee their independence in case-handling, on the basis of adhering the supervision and management of the prosecutors by the Prosecutor General, in order to meet the needs of judicial reform.

**Key words:** judicial reform; integration of prosecution; independence of prosecutor; judicial accountability

①参见徐英荣:《组织化行权是全面准确落实司法责任制的关键一招》,载《人民法院报》2023年9月2日,第02版。

未成年人保护公益诉讼若干实践问题研究

朱德安<sup>1</sup>,左莹<sup>2</sup>,杨飞<sup>3</sup>

(1. 天津商业大学,天津 300134;2. 天津海庭律师事务所,天津 300202;  
3. 天津市红桥区人民检察院,天津 300122)

〔摘要〕修改后的未成年人保护法填补了检察机关提起未成年人保护公益诉讼实体法依据的空白,检察数据亦体现出该类案件立案数显著上升、案件领域明显扩张、行政公益诉讼占较大比例、诉前检察建议为主要结案方式等特征。当前,司法实践中仍存在涉未成年人公共利益判断标准阙如、案件线索发现机制单一、检察建议质效缺乏保障、未成年人检察队伍建设有待加强、规范供给有所不足等问题亟待梳理。为更好保护未成年人合法权益,应尝试在实践操作上结合非有效性和多发性两方面因素进行涉未成年人公共利益的判断;在最有利原则与公益有限性原则之间把握受案范围,将非公益诉讼案件予以排除;规范另案发现、群众提供、主动作为等渠道案件线索的类型化受理;通过完善诉前调查核实权的规范行使,强化诉前检察建议的针对性和可行性,提升检察建议质效。

〔关键词〕公益诉讼;未成年人;公共利益;检察建议

〔基金项目〕本文系2019年天津市哲学社会科学规划项目“监察委员会职务犯罪调查措施研究”(项目编号:TJFX19-006)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕朱德安(1991—),男,安徽安庆人,天津商业大学法律事务室助理研究员,主要从事刑事法律与司法制度研究;左莹(1984—),女,天津市人,天津海庭律师事务所律师,主要从事司法实务研究;杨飞(1983—),男,河北承德人,天津市红桥区人民检察院综合业务部主任,主要从事检察业务研究。

〔收稿日期〕2024-02-21

〔中图分类号〕D915〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)05-052-09

一、问题的提出

检察公益诉讼是一项具有中国特色的公益司法保护制度,拓展检察公益诉讼案件范围和完善检察公益诉讼制度不仅是党的十九届四中全会和党的二十大提出的明确要求,“也将是公益诉讼检察部门近几年工作的重点”<sup>[1]</sup>。不仅如此,“基于未检4.0体系升级的需要和内部考核的压力,检察机关自身也有不断发展公益诉讼检察职能的内需”<sup>[2]</sup>。为了满足公益诉讼的规范供给,最大限度实现其公益保护制度初衷,2020年修订的《中华人民共和国未成年人保护法》(以下

简称《未成年人保护法》)、2022年制定的《中华人民共和国反电信网络诈骗法》以及同年修订的《中华人民共和国反垄断法》《中华人民共和国农产品质量安全法》《中华人民共和国妇女权益保障法》(以下简称《妇女权益保障法》)等法律均新增了检察公益诉讼条款。尤其是《妇女权益保障法》第77条,以列举的方式详细规定了妇女权益保障领域检察公益诉讼的五类受案范围。

不难发现,在未成年人权益保护领域适用检察公益诉讼是上述修法(立法)活动中最先付诸实施的。习近平总书记早在2014年就曾指出,对损害少年儿童权益、破坏少年儿童身心健康的言

行,要坚决防止和依法打击<sup>①</sup>。通过立法或者修法的方式尽管在一定程度上满足了检察公益诉讼的制度合法性、诉讼主体适格性等问题的规范供给,但司法实践中仍有不少亟待梳理的问题,这一点在未成年人检察公益诉讼领域表现得尤为突出。“现阶段未成年人保护工作仍存在不少短板和不足”<sup>[3]</sup>成为共识。正如有学者提出的,“作为一种创新性的制度安排,现代公益诉讼的兴起更有其特定背景和目的功能,相关制度安排应结合其产生背景、置于公益保护制度整体框架下统筹思考……而不能仅抓公益救济一点,凭空构建”<sup>[4]</sup>。鉴于公益诉讼是事关国家司法制度顶层设计的宏大安排,本课题组因能力有限,但求窥一斑而知全豹,故而本文主要从司法实践的角度,结合课题组成员及其他相关一线检察官的办案经验,聚焦于探究未成年人检察公益诉讼中的若干实践问题,提出对策建议,以期促进该项制度的完善和效用的发挥。

二、未成年人保护公益诉讼的司法实践现状

关于明确提出在未成年人权益保障领域适用检察公益诉讼的规范性文件,最早见于2017年最高人民检察院发布的《关于依法惩治侵害幼儿园儿童犯罪全面维护儿童权益的通知》(以下简称《通知》),彼时为期二年覆盖十三地的公益诉讼改革试点工作刚行结束。《通知》规定,依法提起未成年人公益诉讼的受案范围为幼儿园存在食品安全、教育设施质量等问题,实体要件为需要维护儿童的群体利益。经过近六年的司法实践,未成年人检察公益诉讼的实施现状呈现出显著特点,且不足之处也较为集中。

(一) 检察数据的面相

检察数据公开是新时代检察工作能力和工作水平现代化的重要表征,有利于更加充分地保障人民群众对检察工作的知情权、参与权和监督权。本课题组通过对近年来最高人民检察院发

布的《未成年人检察工作白皮书》<sup>②</sup>中的统计数据 进行整理分析(具体参见表1),发现未成年人保护公益诉讼案件具有如下特征:

一是未成年人保护检察公益诉讼立案数总体呈显著上升趋势,充分体现了国家、社会对未成年人这一特殊群体的关切以及公益诉讼制度全面铺开的决心。其中,2021年立案总数比2020年上涨3.2倍;2022年同比上升46.24%,立案总数达到9700件。

二是未成年人保护公益诉讼以行政公益诉讼案件为主,且该类案件以提出诉前检察建议为主要结案方式,继而未成年人保护公益诉讼多以诉前检察建议结案。数据显示,近三年提出诉前检察建议的案件数分别为1541件、5811件和7779件,分别占到总立案数的97.9%、87.6%和80.2%。

三是未成年人保护公益诉讼案件实际进入诉讼程序的较少,且在比例上略显下降趋势。其中,2020年为26件、2021年为84件、2022年为57件,尽管数量上有所起伏,但比例只占到当年总立案数的1.65%、1.27%和0.59%。这一数据与特征二显示的结案方式相呼应。

四是未成年人保护公益诉讼案件的受案领域呈扩张态势,从食品药品安全、校园安全、产品质量等传统领域逐步向网络信息传播、个人信息保护、娱乐游戏、文身等新兴领域拓展。从数据来看,在2018年至2019年涉未成年人案件统一集中办理试点期间,检察机关聚焦未成年人食品药品安全、环境保护等传统领域,发出公益诉讼诉前检察建议577件;同时开展了法条规定“等”之外领域的公益诉讼探索,主要回应社会关注度较高的、对未成年人合法权益造成较大损害的问题,发出诉前检察建议172件<sup>[5]</sup>。2020年办理传统领域公益诉讼案件943件,新兴领域案件631件;2021年办理传统领域公益诉讼案件1957件,

①参见《习近平:让社会主义核心价值观的种子在少年儿童心中生根发芽》,载中华人民共和国中央人民政府政府网,https://www.gov.cn/xinwen/2014-05/30/content\_2691167.htm,最后访问时间:2024年2月5日。

②参见最高人民法院:《未成年人检察工作白皮书(2014—2019)》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202006/t20200601\_463698.shtml#2;《未成年人检察工作白皮书(2020)》,载中华人民共和国最高人民法院网 https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202106/t20210601\_519930.shtml#2;《未成年人检察工作白皮书(2021)》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202206/t20220601\_558766.shtml#2;《未成年人检察工作白皮书(2022)》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601\_615967.shtml#2;最后访问时间:2024年1月10日。

占当年立案总数的29.5%;办理“等”外涉未成年人的其他领域案件4676件,占比达到70.5%。新兴领域案件数量和比例逐年攀升。

五是未成年人保护和预防未成年人犯罪的专门机构以及专门人员的配备日益增加。据统计,截至涉未成年人案件统一集中办理试点结束当年,全国共有10045名未成年人检察工作人员,

包括4479名检察官、3322名检察官助理和2244名书记员;到2021年底,全国共有255个市级检察机关和536个县级检察机关设立有独立的未成年人检察工作机构,较2020年分别增加了20个和164个;另有1385个市、县级检察机关设立了未成年人检察工作办案组,同比增加602个。

表1 2018—2022年未成年人保护公益诉讼案件数据一览表

| 年份                      | 立案数   | 发布公告数 | 刑事附带民事发布公告数 | 行政公益诉讼中诉前检察建议数 | 行政公益诉讼数 | 民事公益诉讼数 | 刑事附带民事公益诉讼数 |
|-------------------------|-------|-------|-------------|----------------|---------|---------|-------------|
| 2018—2019年 <sup>①</sup> | —     | —     | —           | 2303件          | —       | —       | 10件         |
| 2020年                   | 1574件 | —     | —           | 1541件          | 26件     |         |             |
| 2021年                   | 6633件 | 87件   | 50件         | 5811件          | 18件     | 17件     | 49件         |
| 2022年                   | 9700件 | 107件  | 40件         | 7779件          | 12件     | 17件     | 28件         |

(二)司法实践的面相

本课题组采取座谈调研的方式与课题组内外的若干名一线办案检察官进行交流了解,并结合学界现有理论成果,梳理了司法实践中未成年人保护公益诉讼存在的亟待解决的问题。

1. 涉未成年人公共利益的判断标准阙如

“公共利益广泛存在于公法与私法领域,并且是一个界定困难、适用混乱和目标繁杂的问题,由于难以形成社会共识,时常给司法和公共行政过程带来困扰”<sup>[6]</sup>。在未成年人保护公益诉讼实践案件中同样存在这一问题。对涉未成年人公共利益的判断,既关乎对是否存在侵害公益事实的认定,也与如何承担法律责任相关。“公益诉讼的目标之一是使得受损的公共利益得以恢复或得到赔偿”<sup>[7]</sup>。例如在“宿迁市人民检察院诉章某消费民事公益诉讼案”(文中简称“未成年人文身案”)中,被告人辩称,“法律并未禁止为未成年人文身……接受文身服务的未成年人中,有的已经参加工作,有的年龄在十六七岁,可以作出独立判断……其文身行为涉及的未成年人也未达到多数人的程度,并未损害社会公共利益”<sup>②</sup>。该案中,为未成年人提供文身服务是否侵

害了涉未成年人公共利益是案件审理的核心,判决书中法官也就此进行了详细说理。

关于涉未成年人公共利益的判断,目前学界主要存在三类基本观点。传统观点(即“限缩说”)坚持“不特定”“多数”的立场,认为“公益诉讼中的‘公共利益’需要针对‘不特定多数人’,不能将公益诉讼任意扩大”<sup>[8]</sup>,继而认为只有在满足“多数”且该“多数”系不特定人情形之下的未成年人的合法权益被侵犯时,方可以被认定构成公共利益,从而提起公益诉讼。持扩张说观点的学者基于未成人的弱势地位、共同保护责任以及国家亲权理论,提出未成年人的合法权益在某种程度上来说约等于公共利益。未成年人公益诉讼是弱势群体利益导向型公益诉讼,除了传统观点中所包含的案件之外,个别或者偶发性的对未成年人合法权益造成侵犯的案件也在受案范畴之中<sup>[9]</sup>。折中的观点则认为,尽管未成年人保护法未明确受案范围,给予未成年人保护以较大的实践探索空间,但并不能由此直接得出可以在未成年人权益与公共利益之间等价视之,还是应当将未成年人保护公益诉讼的“等”外领域聚焦到

①最高人民法院《关于开展未成年人刑事执行检察、民事行政检察业务统一集中办理试点工作的通知》决定自2018年1月起,在全国13个省份部署开展未成年人检察业务,由未成年人检察部门统一集中办理试点工作。

②参见江苏省宿迁市中级人民法院:“公益诉讼起诉人江苏省宿迁市人民检察院与被告章雨消费民事公益诉讼案”民事判决书,(2021)苏13民初303号判决书,载宿迁市中级人民法院网,<http://www.sqfy.gov.cn/article/detail/2023/03/id/7209950.shtml>,最后访问时间:2024年1月15日。

“众多”二字上来;至于尚不构成“众多”的个别的或者单独的侵犯未成年人权益的案件,可以考虑其他合理方式(比如检察建议<sup>①</sup>)予以保护<sup>[10]</sup>。从检察机关的定位设定来看,检察机关司法职能的发挥具有被动性和后置性,那么其职能范围应当就有一定的边界。但如何厘定这个边界是一项技术性很强的立法活动,既要边界清晰、具有可操作性,还应满足不断变化的保护未成年人合法权益的实际需要。

2. 案件线索发现机制单一

“案件线索发现机制单一问题是未成年人保护公益诉讼的核心问题之一”<sup>[11]</sup>。未成年人保护公益诉讼案件领域所呈现的扩张态势直接导致该类案件在诉讼参与主体上呈现多元性,损害未成年人权益的可能是行政机关,也可能是个体经营者、公司企业等;在空间范围上突破了以往的家庭、学校及其周边的地域限制,任何一个实体公共场所,乃至虚拟空间都有成为未成年人活动场所的可能;在案件性质上,也会出现民、刑、行等多个法律部门相互交叉的复杂局面。不同于其他公益诉讼案件,未成年人保护公益诉讼案件采取统一集中的一体化办案机制,跳出了法律部门的分类制约,各部门法的案件均可能是其案件线索的来源,以往发现线索的机制则显得有些力不从心,难以应对实践中未成年人保护公益诉讼案件的需要。对于未成年人检察部门尤其是人员配备不足或者机构设置不健全的未成年人检察部门来说,案件线索发现的难度再度增加。

在基层检察机关实践中,检察监督的后置性使得检察机关不宜过多干涉行政权的行使,其自我发现案件线索能力不足。有学者指出,当前依然存在不少先有“案”后“补”线索的现象<sup>[12]</sup>。这是由于一来不少未成年人保护公益诉讼案件的线索发现于刑事案件或者是在办理其他案件过程中发现行政机关存在怠于履职的情况。例如,新业态典型案例之“上海市检察机关督促履行点播影院监管职责行政公益诉讼案”(文中简称“点播影院案”),就是在查办未成年人性侵案件时发现很多该类案件案发于点播影院中。二来部分

未成年人权益受到侵害的案件并未直接进入司法程序,而是在地方开展相关专项工作或者上级检察机关布置相关工作后,才在相关工作程序中被要求补充“线索来源”。

3. 检察建议质效无法保障

如前所述,绝大多数未成年人保护公益诉讼案件都是以诉前检察建议的形式宣告终结。如何保障检察建议的质量和效果,是办理该类案件所必须考虑的。2019年施行的《中华人民共和国人民检察院组织法》第21条明确,有关单位有配合检察机关行使调查核实权的义务,同时对于检察建议的采纳情况有及时书面回复检察机关的义务。《人民检察院提起公益诉讼试点工作实施办法》(以下简称《实施办法》)更是将书面回复期限限定为1个月。这样的制度安排能够为诉前检察建议的效果提供一定程度的保障,但难以有效规避检察建议这一监督形式自身刚性不强的问题。具体而言,一方面,未成年人保护公益诉讼检察建议的质量存在参差不齐的情况。这是因为检察机关多是从其他案件(主要指刑事案件)办理过程中获取案件线索,调查核实往往基于前期形成的卷宗材料,导致检察建议内容有缺漏、问题不够深入等情况。尤其是涉及到某些专业领域的案件,如食品药品安全、环境治理等,检察机关办案人员囿于相关专业知识的缺乏,提出的检察建议在针对性、准确性上可能有一定差距,即使采纳了检察建议也可能会出现整改效果不到位,相关单位敷衍执行、执行不彻底等情况。另一方面也是公益诉讼案件普遍存在的问题,由于检察建议不具有强制力,相关单位收到检察建议后,采纳程度及整改效果如何缺乏必要的评价考核机制,往往在规定期限内书面回复就宣告终结,存在以“书面回复”替代“采纳执行”规避被起诉的可能。

4. 未成年人检察工作队伍建设有待加强

尽管如前文所及,在全国范围内未成年人检察机构的检察工作人员和专门的检察机构的数量呈上升趋势,但总体量上还有待加强,且不同地区和不同层级的检察机关存在较大差异。本课题组曾就检察机关未成年人检察工作队伍人

①需要说明的是,此处的“检察建议”不是指诉前检察建议。

员组成展开调研,以T市为例,各基层检察机关未成年人检察部门通常配置在编人员4人,包括主管副检察长(或者检委会专职委员)1人、部门主任1人、负责未检工作的副主任1人、检察官助理1人。极个别为3人或者5人的配置。如此,实际基层检察机关未成年人检察部门专职工作人员通常就只有2人,即1名办案的员额检察官和1名检察官助理。市级检察机关在基层检察机关的基础上一般会再多配置1名检察官或者检察官助理。省级检察机关未成年人检察部门人员配置则相对齐整,包括主任1人、副主任2人、检察官2人、助理检察官4人,书记员1人。在机构设置上,省级检察机关设有专门的未成年人检察部门(即第八检察部),市级检察机关基本能与省级对应,但基层检察机关由于人员数量的限制很难做到与上级对应,一般与其他检察业务在同一部门,通过安排专人负责的方式予以区分。上述调研结果在一定程度上揭示了未成年人检察工作队伍配置的倒挂现象,实际承办案件的基层检察机关人员配置不利于未成年人保护公益诉讼的开展。而“未成年人保护公益诉讼制度能否发挥出预期保护未成年人合法权益的效果,关键在于基层检察机关”<sup>[13]</sup>。

此外,还有一些论者提出关于未成年人公益诉讼的规范供给仍有不足,特别是相较于修订《妇女权益保障法》而言,《未成年人保护法》的修订未将受案范围予以明确。纵观《检察机关提起公益诉讼改革试点方案》《实施办法》抑或修订后的未成年人保护法、民诉法、刑诉法以及相关的司法解释,关于受案范围的规范表述都较为原则。尽管不难看出立法者意图建构未成年人权益保护的多元协作格局,但责任共担的设计宗旨容易造成多元主体在职责履行中的任意性和弹性化。表面上的共治难以掩盖实质上对未成年人权益保护功能的稀释。实践中已经出现在某些案件办理中(如娱乐场所、文身、游戏等治理),牵头部门、责任部门难以确定,检察建议难以作出或者作出后难以执行的情况。

### 三、未成年人保护公益诉讼的问题疏解

#### (一) 涉未成年人公共利益判断

“在未成年人保护场景中,未成年人的弱势

性与发展性使得涉未公共利益有必要在内容与功能上有所扩张”<sup>[14]</sup>,这一观点在实践中已得到充分证明。但究竟何谓涉未成年人的公共利益,有学者指出,“脱离特定背景而纯粹从实体公益的角度出发给出的解释,又易使公益诉讼沦为一个极为空泛的概念”<sup>[15]</sup>。从我国目前的立法技术和理论研究成果来看,对于公共利益的表述,有采取列举式的,如《妇女权益保障法》第77条;有采取反向排除的,如有学者在对民事公益诉讼中的“公益”进行界定时,提出刑事犯罪行为所侵犯的利益应予排除、国家利益应予排除<sup>[16]</sup>。2017年《通知》中关于涉未成年人公共利益的规定采取的是列举式,但在《未成年人保护法》修法之后转为更为灵活的方式,即由立法机关作出原则性规定,结合司法机关在个案裁判过程中,对“公共利益”定义予以进一步明确<sup>[17]</sup>。例如在上述“未成年人文身案”中,法院认为“被告从事的文身经营活动面向不特定的文身消费者,且对未成年消费者而言,文身存在损害身体健康,妨碍就学、就业等直接后果,易出现效仿效应和排斥双重效应”,据此该行为侵害了不特定未成年人利益,属于损害社会公共利益的行为。

如前所及,在未成年人保护公益诉讼案件中,涉未成年人的公共利益在内容和功能上得以适度扩张。这种扩张会产生两方面的效果。在理论层面上,相较于其他类型的公益诉讼而言,未成年人保护公益诉讼的覆盖面更广,需要凌驾于对未成年人一体化保护的角度之上来检视造成不特定未成年人群体权益受到侵害的情况,通过对是否涉及公共利益的判断决定是否启动诉讼;在实践层面上,表现为对检察机关和其他相关社会组织的要求,即较以往要以更为主动的姿态关注未成年人合法权益保护,这种要求可以为将来未成年人权益保护水平和保护能力的提升带来动力供给。

遵循这一思路,对涉未成年人公共利益的判断,既不能仅依据“不特定”“多数”的标准,亦不能只要是涉及未成年人的案件就纳入受案范围。本课题组认为,可以在实践操作上从非有效性和多发性两个方面入手,构建“非有效性+多发性”的判断标准。具体而言,“非有效性”指公益诉讼以外的其他救济途径未起到有效作用。也就是

说,当未成年人合法权益遭受侵害或者面临遭受侵害的风险时,倘若可以通过公益诉讼以外的其他救济途径(如民事、行政途径)可以更为直接、有效地制止侵害、弥补损失或者避免风险,此时的未成年人合法权益不宜认作公共利益,也即缺乏提起公益诉讼之必要。相反地,倘若公益诉讼以外的其他救济途径难以有效维护未成年人合法权益或者更不易于采用,此时法律授权的其他社会组织(如消费者协会)就应当作为提起公益诉讼的主体,检察机关作为兜底(前提是有法律法规的授权)。“多发性”则是指侵害行为发生(或者可能发生的风险)的出现频次较高,不局限于案发当地。当发生侵害未成年人合法权益的行为时,倘若该行为系偶发的、个别的,并且通常不会给其他多数的未成年人带来侵害风险,此时公共利益当然也不应被提及,以个案处理即可。相反,倘若某一侵害行为被发现多发于(包括可能多发于)未成年人群体之中,乃至在未成年人群体之中普遍存在,那么除了案发的侵害行为外,还可能存在侵害其他未成年人的行为正在或者已经发生。例如未成年人文身公益诉讼提起的并不多,但未成年人文身已是很普遍的现象。此时的未成年人合法权益应被视为公共利益。即便采取公益诉讼以外的其他救济途径可能更为直接或者有效,也应当从未成年人权益保护的整体角度出发,通过公益诉讼的方式维护更多未成年人的利益,以利于形成未成年人权益保护的示范效果。

## (二) 受案范围的厘定

2017年《通知》要求在“幼儿园食品安全、教育设施质量”两个领域开展未成年人公益诉讼,而《未成年人保护法》则采取了更为原则的表达方式,这一点为多数学者所诟病。伴随公益诉讼制度司法实践不断走向深入,未成年人公益诉讼实践中的受案范围不断扩大,以实际行动对“等”外领域的内涵作出了新的注释。《关于加强新时代未成年人检察工作的意见》(以下简称《意见》)指出,对食品药品安全、产品质量、烟酒销售、网络信息传播以及其他领域侵害众多未成年人合法权益的,结合实际情况,积极、稳妥开展公益诉讼工作。《意见》还对完善统一集中办理工作机制提出明确要求,“研究制定统一集中办理工作

业务指引,明确受案范围、履职方式和工作标准”。从理论上讲,基于最大限度地保护儿童利益的少年司法理念考量,不应对受案范围作过多边界限制,这也是近年来未成年人公益诉讼受案范围不断扩张的出发点。

但最大限度不意味着没有限度,扩张也应当有其边界。基于未成年人检察部门办案经验有限和办案能力存在差异的现状,应当秉持从客观实际出发和“有多大能力办多大事”的原则,不应一味“求新”盲目扩大受案范围,而是应当将有限的司法资源投送到实践较为成熟、具有司法保障急迫性和可行性的未成年人公共利益领域。有学者认为。可以通过对未成年人受保护的具体权利领域进行类型化处理,从而明确受案范围包括“教育权利、游戏权利、网络权利以及食品药品安全、环境安全”等<sup>[18]</sup>。在操作上,按照检察机关办案多以内部的政策文件为指引的传统,省级检察机关(主要是省级未成年人检察部门)应当结合当地工作实际,找准监督对象,出台指导意见,合理划定未成年人公益诉讼的受案范围,将问题较为突出、社会反映较为强烈、办案经验较为成熟的领域循序渐进地作为可以开展公益诉讼的范围。我国南方地区的游戏电子竞技活动较为活跃,未成年人是该类活动的主要参与者,检察机关可以结合案例出台相应的指导意见。对最高人民检察院而言,需要注意总结类案规律和“等”外探索经验,通过典型案例和实施意见等司法解释的形式进行示范引领。例如,最高人民检察院于2022年发布第三十五批指导性案例,于2023年发布四起新业态治理典型案例;印发《关于积极稳妥拓展公益诉讼案件范围的指导意见》,明确规定符合四个要件的案件检察机关才可以提起公益诉讼。实践证明,受案范围的厘定所遵循的应当是“精”而不是“大”,一味扩大检察权的范围会导致司法资源浪费。有学者提出,“在拓展案件范围时……应当以未保法为指引,依照‘六大保护’的基本格局,锁定‘家校圈’这一核心活动范围,重点关注与未成年人保护最为密切的领域”<sup>[12]</sup>。

退一步讲,即使如有的学者所认为的,在某种程度上未成年人合法权益与社会公共利益可以等而视之,但这也不能说明凡是对未成年人合

法权益造成侵害的行为都可以被纳入公益诉讼受案范围<sup>[9]</sup>。基于诉讼救济的后位性以及行政权独立性和对私权领域保护的考量,公益有限性原则需要被检察机关一以贯之地遵循。“公益诉讼制度的目的和意义并非一定要通过诉讼程序方能实现,公益诉讼的价值更不能以司法裁判的数量和检察机关胜诉的比例来衡量”<sup>[19]</sup>。在未成年人检察公益诉讼中,公益有限性的作用在于对检察机关诉讼权力行使的限制,即对受案范围作出一定的约束,具体体现在以下方面。

其一,监护权具有优先地位。家庭及其监护人是未成年人最直接也是最值得信赖的权益保护主体。在家庭及其监护人并未怠于履行或者放弃履行监护职责时,面对侵害未成年人合法权益的行为,家庭及其监护人在情理上会第一时间寻求救济。“国家不干涉”主义要求,除非出现法定事由并经法定程序,否则公权力通常不宜直接干涉家庭生活中的未成年人以及其父母或其他监护人行使监护权。此时检察机关需要做的是畅通渠道、提供力所能及的政策法规指导,保证监护权优于检察监督权的地位。

其二,行政权不宜被过早干涉。行政权具有独立性和专业性,行政机关的执法管理职权应当被尊重。在未成年人保护行政公益诉讼中,最行之有效的方式就是督促、提醒相关行政机关及时地履行行政职责,尽快消除风险,最大限度减少对未成年人权益的侵害。这也是诉前程序实质化的内在要求。直接提起行政公益诉讼从结果导向的角度看,较漫长的诉讼审理过程反而不利于案件的高效处理。在法律规定有其他适格诉讼主体时,检察机关需要提醒相关主体主动积极履职,并支持提起公益诉讼,这也是诉前公告的意义所在。

其三,明显非属公益的应予排除。这一类案件具有明显的个别性、偶发性特征,并未对未成年人的公共利益造成侵害或者侵害风险,诸如学校工作人员对未成年学生的身体侵权、培训机构造成未成年学员的人身损害等,宜作为普通民事主体之间的侵权责任处理,尚不构成《未成年人保护法》中关于共同责任的规定,缺少动用检察监督权的必要性,因此需要排除在未成年人检察公益诉讼受案范围之外。

(三)案件线索的类型化受理

线索是案件查办的逻辑起点,检察机关提起公益诉讼同样如此。案件线索的发现能否做到准确及时,关乎受到损害的公共利益能否得到有效保护。倘若线索发现机制受限或者线索本身有限,极易导致难以启动公益诉讼前置程序,与检察机关如下的尝试相违背。即实践中,为了更好地发挥公益诉讼的作用,节约司法资源,检察机关努力推动前置程序(主要指诉前检察建议)的作用实质化和最大化。尤其是在行政公益诉讼案件中,检察机关作为法律规定的唯一的适格起诉主体,其自身案件线索发现能力毕竟有限,只有鼓励社会广泛参与(如建立公益诉讼联络员或观察员制度),形成多元案件线索发现机制,疏通线索来源渠道,才能更好地发挥未成年人公益诉讼这一司法制度的作用,促进检察机关依法履职。

1. 检察机关查办其他案件中发现,特别是在刑事案件的查办过程中发现的案件线索。例如,在“诸暨市人民检察院督促履行电竞酒店监管职责行政公益诉讼案”中,检察机关在查办犯罪嫌疑人所涉嫌的刑事案件时发现该案犯罪嫌疑人系未成年人,存在冒用成年人身份证件购买烟酒以及其他违法犯罪行为。此种方式系检察机关实践中最常见也是操作最为熟练的方式。通常在查办涉未成年人刑事犯罪案件时,检察机关会着重关注案件事实和证据梳理,对刑事案件所反映出的可能存在的损害未成年人公共利益的苗头线索顺藤摸瓜、及时查证、以案查案,在个案中实现对普遍问题的发现处理。

2. 社会民众通过反映举报提供的案件线索。相关利害关系人提供、社会民众举报,是检察机关获取公益诉讼案件线索的重要渠道之一。随着信息化的普及,还可以运用更为便捷的信息手段为案件线索的获取赋能。例如,在移动平台(如官方微信公众号)设置反映提供案件线索的入口,在相关网站(如中国检察网)开设未成年人保护问题线索提供、帮助服务申请专栏等,通过技术手段简化、优化操作流程,使群众反映、举报问题线索更加便捷,促进平台发挥更大效用。

3. 检察机关发挥自身能动性,通过搭建平台、专项行动等,形成稳定的案件线索发现受理机制。陕西省检察机关开展的“检爱同行、共护未

来”未成年人保护法律监督专项行动、湖北省检察机关开展的“青春护航 守护成长”未成年人保护专项行动、天津市检察机关开展的“全面综合履职 护佑未成年人健康成长”活动等,已成为未成年人公益诉讼实践中案件线索发现的重要方式。当然,专项行动并非检察机关一家所能及,需与司法行政部门、公安机关、教育部门、妇联等相关部门合力而为。除了开展专项行动,检察机关还可以与相关单位、组织(如妇联、教育部门、共青团以及民间组织等)搭建协作平台,实现案件线索的多元发现与共享,助力拓宽案件线索发现渠道。此外,检察机关经常组织开展“法治副校长”“法治进校园”“法治联络员”等未成年人检察特色工作,通过日常活动中介绍、宣传未成年人公益诉讼职能,打消师生、家长心中的疑虑,鼓励他们在掌握相关案件线索时主动向检察机关反映举报。

(四) 诉前调查核实完善与检察建议强化

1. 完善诉前调查核实权的规范行使

调查核实权是法律赋予检察机关的职权。该项权力应当围绕案件查办需要实质化行使,不能仅仅针对已经形成的卷宗作形式核实。在未成年人公益诉讼中,需要充分考虑未成年人这一特殊群体的心理、年龄特点,制定调查核实的具体方案。首先,做好调查核实前的预备工作,包括确定方法、步骤,拟定待查证目录,检索相关领域法律法规、行业规范等。其次,关注调查核实中的重点问题。在客观、全面调查取证的基础上,对于调查核实中的重点问题应当格外明晰,并形成具体的问题清单。最后,综合运用多种调查手段。除询问、查询、调取等传统方式外,可根据具体情况采取召开行业规范管理研讨会、发放问卷、与相关部门联合走访等多种调查手段。

2. 强化诉前检察建议的针对性

检察建议的质量高低与公益诉讼的办案质效有着密不可分的关系<sup>[20]</sup>。由于多数未成年人保护公益诉讼案件源于行政机关怠于履行职责,因此该类案件的检察建议本质上就是检察权对行政权的监督。在具体的未成年人公益诉讼检察建议内容安排中,不仅需要体现建议的针对性,还需要体现行政机关处置权的优先性。在未成年人公益诉讼司法实践中,多数情况下行政机

关怠于履行职责是因为相关工作人员一时疏忽或者抱有侥幸心理,并非故意而为之。检察机关诉前检察建议要把准问题方向、充分释法说理,提出具有较强针对性和可操作性的建议措施,警示行政机关依法履职尽责,并提醒行政机关如果怠于履职或者未予纠正,将会导致诉讼的法律后果。

3. 加强专业化办案力量建设

充实未成年人检察部门专门人员力量、完善机构设置是实现专业化办案、提升办案能力的根本途径<sup>[21]</sup>。考虑到检察机关尤其是基层检察机关层级较低,内设机构编制紧张、调配困难,但部门业务并未减少,加之不同地区未成年人检察部门人员组成、专业化水平存在一定差异,短期内难以通过部门内部努力实现从量到质的变化,可以尝试与其他业务部门之间建立线索共享、联合办案等融合工作模式,组合成“未检检察官+民行检察官”联合办案组,从而提升案件线索发现能力、调查核实能力,有效提升未成年人案件检察官民事、行政和公益诉讼专业素养,培养多能型、复合型专业人才。

四、结语

尽管诉讼可能被认为是合法权益保护的最有效方式之一,但其不应当成为首要方式和唯一方式。在法治社会中,合法权益保护应当有一套多元、共治的机制。公益诉讼制度设立的初衷,是形成保护公共利益的社会意识和国家合力。对于未成年人保护公益诉讼而言,停留在就案办案并不可取,应倡导以非诉为常态、以诉讼为补充的案件办理模式,尽可能节约司法成本、减少司法干预,将强化全面综合司法保护的理念贯穿始终。只有动员未成年人保护利益攸关者特别是国家、社会、父母或其他监护人等积极参与,才有可能调动各方面积极性,共同推动和实现保护未成年人公共利益最大化和最优化。

[参考文献]

[1] 刘艺. 妇女权益保障领域检察公益诉讼机制的理论基础与实现路径[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2022 (02): 171-182.

[2] 顾琤琮, 翁伟丰, 蔡领. 未成年人消费领域公益诉讼惩罚性赔偿金的适用与规范[J]. 青少年犯罪问题, 2023

(01):150-160.

[3]那艳芳,陈晓,隆赞. 积极履行公益诉讼检察职责依法保护未成年人合法权益——最高人民检察院第三十五批指导性案例解读[J]. 人民检察,2022(11):45-48.

[4]巩固. 公益诉讼的属性及立法完善[J]. 国家检察官学院学报,2021(06):55-71.

[5]焦洪昌,赵德金. 未成年人检察公益诉讼制度的实践困境与优化路径[J]. 浙江工商大学学报,2021(02):62-71.

[6]王福华. 公益诉讼的法理基础[J]. 法制与社会发展,2022(02):59-81.

[7]朱德安,张伦伦,杨飞. 刑事附带民事公益诉讼若干问题探讨——以157份判决书为样本[J]. 贵州警察学院学报,2022(01):52-61.

[8]高扬,包建华,杜鹏. 未成年人保护检察公益诉讼类型探索[J]. 辽宁警察学院学报,2023(01):49-55.

[9]党瑜,张垚. 未成年人检察公益诉讼的权力边界探析——从一起“4A级景区儿童票”公益诉讼案谈起[J]. 预防青少年犯罪研究,2019(04):36-45.

[10]吴燕,余莉,顾丽琛. 未成年人检察公益诉讼新领域探索的实践与思考——未成年人保护法视域下的路径选择[J]. 中国检察官,2021(05):66-67.

[11]于璐. 未成年人检察公益诉讼观察员制度的实践理性与路径[J]. 吉林省教育学院学报,2022(09):174-177.

[12]谢剑,史立梅,金森英. 未成年人保护检察公益诉讼规范发展[J]. 中国检察官,2023(09):60-63.

[13]谷舞,张钰伟. 基层检察机关未成年人保护公益诉讼工作开展的规范化研究[J]. 警学研究,2023(04):68-76.

[14]何挺,王力达. 未成年人保护公益诉讼中的公共利益[J]. 国家检察官学院学报,2023(03):163-176.

[15]朱晓飞. 公益诉讼语境下的“公益”涵义解析[J]. 环球法律评论,2008(03):14-22.

[16]彭敬贵. 公益诉讼语境下“公共利益”的界定[N]. 人民法院报,2014-04-23(008).

[17]高扬,包建华,杜鹏. 未成年人保护检察公益诉讼类型探索[J]. 辽宁警察学院学报,2023(01):49-55.

[18]于翀. 未成年人公益诉讼检察理论与实践[J]. 山西省政法管理干部学院学报,2023(02):31-35.

[19]张彬. 检察公益诉讼案件范围拓展的实践与反思[J]. 法治现代化研究,2023(02):156-178.

[20]奚晓雯,纪锦程,陈静佳. 未成年人公益诉讼检察的困境与破局[J]. 中国检察官,2023(03):65-68.

[21]梁曦,张洋. 未成年人检察公益诉讼的制度建构[J]. 中国检察官,2022(17):64-67.

【责任编辑:耿浩】

# Study on practical problems of public interest litigation for the protection of minors

Zhu De'an<sup>1</sup>, Zuo Ying<sup>2</sup>, Yang Fei<sup>3</sup>

(1. Tianjin University of Business, Tianjin 300134, China; 2. Haiting Law Firm of Tianjin, Tianjin 300202, China; 3. Hongqiao District People's Procuratorate of Tianjin, Tianjin 300122, China)

**Abstract:** The revised law on the protection of minors fills the gap in the substantive law basis for procuratorial organs to bring public interest litigation for the protection of minors. The prosecution data also reflects the significant increase in the number of such cases, the significant expanding of the areas of the cases, the large proportion of administrative public interest litigation and the pre-trial prosecution recommendation as the main method of settlement of cases. At present, there are still issues in judicial practice that need to be addressed such as lack of standards for judging the public interest related to minors, a single mechanism for detecting case leads, lack of guarantees for the quality and effectiveness of prosecution recommendations, the construction of prosecutorial teams for minors to be strengthened and insufficient supply of norms. In order to better protect the legitimate rights and interests of minors, it is necessary to attempt in practice to combine ineffectiveness and multiple factors in judging the public interest of minors; grasp the scope of accepting cases between the principle of beneficence and the principle of limited public interest and exclude non-public interest litigation cases; regulate the typed admissibility of case leads from alternative sources such as discovery in other cases, public sources and initiatives; strengthen the targeting and feasibility of pre-trial prosecution recommendations to enhance the quality and effectiveness of prosecution recommendations by improving the standardized exercise of the right to verify pre-trial investigation.

**Key words:** public interest litigation; minors; public interest; prosecution recommendations

## 【司法理论与实务研究】

## 刑事一体化视域下轻罪治理的检察路径研究

尚铮铮<sup>1</sup>, 王家弘<sup>2</sup>

(1. 辽宁公安司法管理干部学院, 辽宁 沈阳 110161; 2. 鞍山市立山区人民检察院, 辽宁 鞍山 114031)

〔摘要〕随着我国刑事犯罪结构的显著变化,轻罪案件大幅增多,轻罪治理不仅是犯罪治理科学化的必然要求,更是国家治理现代化的必然要求。在刑事一体化框架内,基于轻罪多元化成因,检察机关通过构建系统化的轻罪案件分案规则,创新性地提出“一站式”轻罪工作体系,强化行刑衔接的闭环治理模式,并通过检察建议推动轻罪源头治理,有效承担起轻罪“治罪”与“治理”双重职能,为“轻罪时代”社会治理转型释放检察之智。

〔关键词〕轻罪;刑事一体化;检察路径;治罪;治理

〔作者简介〕尚铮铮(1981—),女,辽宁本溪人,辽宁公安司法管理干部学院刑事司法教研部副主任,副教授,主要从事刑法学、犯罪学研究;王家弘(1972—),男,辽宁鞍山人,鞍山市立山区人民检察院党组书记、检察长,四级高级检察官,主要从事刑事检察规制与实践研究。

〔收稿日期〕2024-07-30

〔中图分类号〕D924.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-061-06

## 一、轻罪时代:国家治理的新高度

近年来,我国刑事犯罪形势发生了显著变化,已经进入了轻罪时代。一方面,全国整体犯罪总量呈现下降趋势。公安部数据显示,2023年全国公安机关立案的刑事案件数较2019年减少了12.9%,其中包括爆炸、杀人等八类严重暴力刑事案件数减少了10.7%,每10万人命案发生率为0.46起。我国已成为全球命案发案率最低、刑事犯罪率最低、枪爆案件最少的国家之一<sup>①</sup>。另一方面,在这一总体趋势下,我国犯罪结构发生突出变化。从1999年到2022年,被判处三年有期徒刑以下刑罚的案件比例从不足55%上升至超过85%,重罪案件数量及其占比明显下降,轻罪案件数量及其占比则显著上升。2003年至2022年,全国各级检察机关起诉严重暴力犯罪案件数量从17.4万人降至5.6万人<sup>②</sup>。

近年来,我国在立法、执法及司法等多个维

度,通过持续优化法律法规体系、强化执法监管力度、严厉打击各类涉黑涉恶犯罪活动,不断提升司法公正性,逐步构筑起一个更加成熟与稳固的法治框架,为轻罪时代的来临打下了坚实基础。与此同时,随着社会文明程度不断提升以及法治理念深入人心,社会治理模式正逐步由传统的事后惩处转变为预防性措施与早期干预相结合的先进方式。《中华人民共和国反有组织犯罪法》《中华人民共和国反电信网络诈骗法》等专项立法的出台,不仅持续推动了犯罪预防和社会秩序维护的目标,也体现了国家在社会治安综合治理方面的坚定决心和积极作为。轻罪时代的到来,是国家治理能力与治理水平显著提升的重要标志,也是我国法治建设不断深化的必然产物。这不仅是对我国综合治理成效的肯定,更是对未来优化轻罪治理策略,持续推进法治建设和国家治理现代化的激励与指导。

①参见《公安部:近五年全国犯罪率下降,社会治安持续改善》,载央广网,[http://news.cnr.cn/native/gd/20240527/t20240527\\_526720191.shtml](http://news.cnr.cn/native/gd/20240527/t20240527_526720191.shtml),最后访问时间:2024年7月20日。

②参见屈辰:《高质效办好每一个案件》,载《新华月报》2024年第8期,第117页。

二、轻罪治理的核心要素：分类与成因探析

轻罪治理作为国家治理现代化与犯罪治理科学化的必然要求，其核心在于对轻罪行为进行细致分类及深度剖析，通过系统化的分类方法，精确识别轻罪行为的多样性，为准确界定研究对象奠定理论基础；同时，深入探讨轻罪成因多层因素，把握轻罪行为的社会根源与个体心理动机，为构建科学有效的治理策略提供实证研究依据。

（一）轻罪的分类

在我国现行法律体系中，轻罪的界定主要以宣告刑为三年以下有期徒刑为依据，此即学界与实务界通常所称的“宣告刑”标准。该标准虽明确了轻罪与重罪的界限，但在实际应用中，其涵盖的罪名范围极为广泛，几乎囊括了刑法分则中多数章节的罪名。鉴于此，单一的宣告刑标准已难以满足国家治理现代化及犯罪治理科学化的深层次需求。通过对我国轻罪现象的分析，可将轻罪细分为三个主要类别，为轻罪治理提供更为精确的分类基础。一是轻微犯罪。依据刑法规定，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。2024年3月《最高人民法院工作报告》显示，2023年检察机关对犯罪情节轻微，依法不需要判处刑罚或者应当免除刑罚的，决定不起诉49.8万人，同比分别上升22.5%和12.6%。二是纯正的轻罪，即最高法定刑为三年有期徒刑的犯罪。三是不纯正的轻罪，指无论犯罪的最高法定刑是否为三年有期徒刑，只要该罪的法定刑中包含三年以下有期徒刑的量刑幅度，该部分犯罪就属于轻罪，因而也可以称之为罪量意义上的轻罪<sup>①</sup>。针对上述不同类型的轻罪，治理策略应当差异化实施，以实现刑罚适用的个性化与精准化，促进司法公正与效率的有机统一。

（二）轻罪的成因

首先，轻罪的产生与我国积极的刑事立法政策密切相关。随着社会的发展和交通安全问题、网络犯罪以及人民群众普遍关注的公共安全问题等新型犯罪形态的出现，立法机构通过不断扩

大犯罪圈以有效应对这些挑战。自2011年起，通过一系列《刑法修正案》的出台，轻罪立法进入了快速发展阶段，犯罪的定义和范围得到了显著扩展。《中华人民共和国刑法修正案（八）》首次将危险驾驶罪纳入刑法，针对酒驾、醉驾等行为设定了明确的处罚规定，以强化交通安全管理；继后的《中华人民共和国刑法修正案（九）》进一步拓宽了轻罪的范畴，新增了包括宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪在内的14项罪名，加强了对社会秩序和公共安全的法律保护；《中华人民共和国刑法修正案（十）》新增了侮辱国歌罪，体现了对国家尊严和民族情感的维护；《中华人民共和国刑法修正案（十一）》继续调整轻罪立法，新增8项轻罪罪名，使轻罪总数达到105项，占全部483个罪名的21.7%<sup>②</sup>。这一系列立法修正案的制定出台，大大加强了刑法在社会治理中的威慑力和作用范围，契合国家治理现代化的需求，亦符合公众对法治建设的期待。

其次，伴随着我国刑事诉讼制度改革不断深入，轻罪的量刑影响因素呈现出多样化特点。在传统量刑实践中，立功和自首被视为减轻刑罚的关键情节，但随着2018年刑事诉讼法的修订，认罪认罚从宽制度全面推行，轻罪量刑逐渐展现出更为宽缓的倾向。有关数据显示，自认罪认罚从宽制度实施以来，全国检察机关办理了大量相关案件，其中相当一部分为涉及三年以下有期徒刑的轻罪案件。这表明，该制度在司法实践中对增加三年以下有期徒刑案件的数量起到了重要推动作用。同时，轻罪量刑的考量还涵盖了对社会危险性和再犯可能性的综合评估。对于初犯、偶犯以及未成年人犯罪，司法机关在量刑时会特别考虑其较低的社会危害性和再犯可能性。基于这些因素，司法机关往往会作出更为宽缓的量刑决定，旨在实现刑罚的教育和改造功能。此外，现代刑法理论亦强调刑罚的谦抑性和人道主义精神，提倡采用社区矫正等非监禁措施替代传统的监禁刑。综合上述量刑政策的合力作用，进一步促进了大量轻罪的出现。

再次，部分轻罪的成因可归结于上游重罪的

①参见陈兴良：《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023年第3期，第5页。  
②参见张印：《轻罪时代“但书”出罪的功能困境与理论重构》，载《山东法官培训学院学报》2023年第5期，第37页。

催化效应。犯罪链理论为我们提供了一个理解犯罪行为复杂性和相互依存性的框架。根据该理论,犯罪并非孤立事件,而是构成一个系统性过程的一系列紧密相连的行为。在此过程中,上游的犯罪活动为下游犯罪提供了条件和支持,构建起一条完整的犯罪链。深入分析犯罪链理论有助于明确重罪与轻罪之间的因果联系,尤其是识别上游犯罪如何促进下游轻罪的产生。以电信网络诈骗为例,该行为作为一种典型的上游犯罪,通过欺骗手段非法获取受害者财产,为下游轻罪的滋生提供了肥沃土壤。电信网络诈骗不仅直接导致受害者财产损失,还可能引发一系列相关的下游轻罪,如帮助信息网络犯罪活动罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪。这些轻罪现象常常是电信诈骗行为的衍生结果。值得注意的是,上游犯罪活动往往具有复杂的组织结构和广泛的犯罪网络,其隐蔽性高,难以被有效侦查和打击。这种隐蔽性增加了下游轻微犯罪的发生概率,导致轻罪现象在社会的广泛传播。因此,为了有效预防和减少轻罪现象,必须从犯罪链的整体视角出发,重视对上游犯罪活动的打击和预防,切断犯罪链的连续性,从根本上减少轻罪的发生和扩散。

最后,社会协同性不足是轻罪产生的另一个重要原因。目前,我国轻罪立法中包含大量危险犯、持有犯、不作为犯甚至预备犯的规定,旨在通过刑法的威慑力达到特定的震慑和预防效果。然而,以“醉驾”为代表的危险驾驶罪自立法以来一直位居刑事犯罪的首位,并长期居高不下,并未完全实现其立法初衷。这也反映了我国社会协同方面存在着不足,单纯依靠刑事司法并不能完全预防和减少此类轻罪的发生。此外,社会环境和文化因素对法治建设影响深远。在一个价值观多元化的社会中,不同个体对法律的理解和认同存在差异,再加上社会压力和经济利益等因素,导致一些人铤而走险触犯法律。

三、轻罪治理中刑事一体化的关键价值

储槐植教授提出的刑事一体化理论,旨在实现刑法内在结构的合理性(横向协调)与刑法实

施过程中的前后相互制约(纵向协调)<sup>①</sup>。作为一种重要的方法论,刑事一体化强调刑法各要素之间的深度融合与协调,旨在通过系统性思维来优化刑事法律体系的运行。针对轻罪的分类及其成因,国家治理的现代化与犯罪治理的科学化更需要刑事一体化所倡导的系统治理理念与方法。

(一)横向协调:法律适用的统一性与合理性

在刑法的横向协调方面,刑事一体化极力倡导不同法律条文之间的紧密配合与有效衔接,以确保在应对轻罪问题时,法律的适用能够充分彰显一致性与合理性。这种协调不仅应体现在法律文本的精心制定上,更应切实反映在实际的执法与司法过程之中。当前,我国一些轻罪罪名由于竞合理论的混乱而被搁置,未得到有效运用<sup>②</sup>,这表明在实际操作中,因未能实现法律条文之间的良好协调,导致轻罪规定在适用过程中遭遇诸多问题。故而,刑事一体化着重强调执法者与司法者处理案件时,应在尊重罪刑法定原则的基础上,合理解释法律,以高度的一致性降低法律适用中的随意性,大力增强法律的可预见性,进而有效提升公众对法律的信任度。

(二)纵向协调:刑法实施的前后制约机制

在纵向协调层面,刑事一体化强调刑法实施过程中的前后制约机制。这要求在处理刑事案件时,既要对当前的犯罪行为进行治罪,也要预见并关注其可能产生的后续影响及社会反响。通过公开刑事司法统计数据,建立有效的反馈机制,可以更好地分析犯罪模式、评估犯罪防治效果及完善刑法实施策略,以纵向协调确保社会对轻罪的反应与法律制裁之间形成良性互动,可以有效促进社会治安的稳定与发展。

(三)系统治理理念:国家治理现代化与犯罪治理科学化

在推进国家治理现代化与犯罪治理科学化的进程中,刑事一体化的系统治理理念已成为实现有效治理的关键途径。现代国家治理的核心在于不同政策领域之间的协同与配合,其中刑法的调整与执行需要与社会经济、文化等多元因素紧密结合。深入分析轻罪成因,可以发现轻罪的

①参见陈兴良:《刑法法论(第二版)》,北京:中国人民大学出版社2017年版,第12页。

②参见罗翔:《轻罪时代刑法的解释立场——以竞合论为视角》,载《比较研究》2024年第4期,第19页。

多发与刑事立法理念的更新、犯罪链条的复杂性以及社会协同性不足等因素紧密相关。这些因素的交织表明,构建一个全面且协调的治理体系尤为关键。这要求法律政策的制定者不仅要深刻理解社会环境的变迁,还需加强跨部门合作,整合资源与信息,形成治理合力。此外,提升公众的法治意识和参与度,对于预防轻罪的发生同样至关重要。通过教育和宣传,增强公民对法律的认识和尊重,激发其参与社会治理的积极性,是构建法治社会不可或缺的一环。

综上所述,刑事一体化的系统治理理念,为治理轻罪的多元化形态提供了一种全新的视角,为实现全面科学的治罪策略提供了理论支持。

四、刑事一体化框架下轻罪治理的检察路径探索

轻罪治理的概念,最初由最高人民检察院基于对刑事犯罪结构变化的深刻洞察而提出<sup>①</sup>。显然,作为国家法律监督机关,检察机关在轻罪治理中发挥着关键枢纽作用。在刑事一体化的视野下,检察机关将通过系统构建轻罪案件分案规则,探索“一站式”轻罪工作体系,强化行刑衔接闭环治理,并以检察建议为延伸来推动轻罪源头治理,承担起轻罪治理的重要职能与责任,做到“治罪”与“治理”并重。

(一)轻罪案件分案规则的系统构建

轻罪分案规则的制定应遵循“从政治上看”和“高质效办好每一个案件”的总要求<sup>②</sup>,有效区分和差异化处理犯罪行为,实现轻罪治理策略的精准和个性化实施;同时,努力提升司法效率,促进犯罪者重新融入社会,以适应社会发展和公众期待。

一是明确轻罪案件分案规则的制定原则,以确保规则的合理性和有效性。轻罪案件分案规则主要包括以下原则:

第一,公平性原则。公平性原则是轻罪分案规则的基石。“轻罪”不应被简单等同于“简案”,根据轻罪的分类解析,轻罪可分为轻微犯罪、纯正轻罪和不纯正轻罪三种类型。这三种类型的

特性,决定了它们在适用分案规则时需采取不同的处理策略。轻微犯罪和纯正轻罪具有轻罪的法定属性,而对不纯正轻罪则需考虑其裁量属性。检察机关在制定分案规则时,应区分对待不同类型的案件,确保轻罪处理的公平性。第二,效率性原则。效率性原则是轻罪分案规则设定的核心要义,其目的在于节约司法资源、提高司法效率。通过实施“繁简分流、快慢分道、轻重分离”的策略,可以高效处理轻罪案件,同时保证高质效修复受损的法益。这一原则强调在处理轻罪案件时,应追求司法效率与质量的有机统一。第三,灵活性原则。灵活性原则是轻罪分案规则的重要组成部分,它为规则提供了必要的适应性,以满足不同地区的司法实践和常见轻罪案件的具体情况。

二是轻罪案件分案规则的制定应深入考虑轻罪的分类特点,并在此基础上精细化设定量刑建议、程序规定以及非刑罚化处理等关键要素。

第一,量刑建议精细化。即对于轻微犯罪情形,应制定明确的处理标准和程序,包括对于免于起诉的案件确立清晰的判断依据和操作流程,以及行刑衔接处理办法,以确保法律适用的准确性和公正性。第二,羁押必要性审查常态化。对于每一起轻罪案件,应严格评估是否有羁押必要,确保羁押措施的合理适用。第三,程序规定规范化。对于符合简易程序或速裁程序条件的纯正轻罪案件,检察机关应及时启动相关程序,以实现快速、高效的司法处理。这不仅能够提高司法效率,同时可以合理平衡轻罪重罪司法资源,集中力量攻坚复杂重大案件。第四,增设分案初查环节。对于不纯正的轻罪案件增设分案初查环节,对案件的具体情况进行细致审查,以裁量分案渠道。这一环节的设置,旨在保证案件处理的灵活性和法律适用的准确性。第五,深入贯彻落实《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》,建立轻微犯罪记录封存制度。

三是轻罪案件分案规则的实施与监督。为了确保轻罪案件分案规则的有效实施,需要建立

①参见最高人民检察院:《轻罪治理已是时代课题》,载中国新闻网,<https://www.chinanews.com.cn>,最后访问时间:2024年7月20日。  
②参见最高人民检察院:《轻罪治理已是时代课题》,载中国新闻网,<https://www.chinanews.com.cn>,最后访问时间:2024年7月20日。

一套完善的监督机制。第一,监督机构。设立专门的监督机构,负责监督分案规则的执行情况,确保规则得到正确应用。第二,定期评估。定期对分案规则的实施效果进行评估,分析存在的问题和不足,及时进行调整和完善。第三,司法人员培训。加强对司法人员的培训,提高他们对分案规则的理解和运用能力。

(二) 依托轻罪治理中心,创建“一站式”轻罪工作体系

轻罪案件的治理直接关系到人民群众的切身利益及其对司法公信力的感知,承载着民众对于高效处理轻罪案件的期待与关切。“一站式”轻罪工作体系作为一项创新举措,为此提供了可行的路径。“一站式”轻罪工作体系是指在刑事一体化框架下,打通公检法轻罪案件办理衔接堵点,将轻罪案件的处理流程整合为一个统一整体,以轻罪治理中心为平台,集中并整合案件的立案、侦查、起诉、审判与执行全流程,以促进案件的精准分流、快速流转与高效办理。根据相关实证经验,在“一站式”轻罪工作体系中,轻罪治理中心建设应注意以下问题:

一是强化沟通协调。构建“一站式”轻罪治理中心工作体系,有赖于公安机关、人民检察院、人民法院、司法局四家机关的资源整合与合力支撑。检察机关应当在沟通协调中充分发挥积极作用,与其他单位共同研究轻罪案件的流转、类案证据指引、信息共享、协作配合等工作机制,通过达成共识来推动落实。

二是强化队伍建设。专业化的轻罪专办团队是轻罪治理效能得以切实彰显的关键要素。团队人员需拥有刑事一体化的轻罪治理思维,不仅具备过硬的办案能力,能够精准审核证据、准确适用法律、恰当分流程序,而且要具有洞察社会治理漏洞的能力,能够在个案或类案办理中及时察觉问题,并提出有效建议,以遏制相关案件的持续发生。故而,需专业化配置办案人员,并加强对轻罪治理司法人员的共同培训,从而确保“一站式”轻罪工作体系的高质量运行。

三是加强科技支撑。案件比压力是基层检察院不可回避的现实难题,特别是数量巨大的轻罪案件和高质效、短周期的办案要求,科技赋能已成为轻罪治理中心建设的必要条件和应有之

义。科技在轻罪治理中的应用,一方面体现在轻罪案件信息管理系统建立,以此减少人力投入与人为因素干扰,实现案件信息的快速录入、查询、统计与数据分析,提高工作效能;另一方面为评估轻罪治理效果与发展形势提供有效的反馈机制,通过对数据的深入分析,能够及时发现轻罪治理中存在的问题和不足,为决策提供科学依据。例如,利用大数据技术,可以对轻罪案件的发案趋势、犯罪类型、犯罪成因等进行精准分析,从而有针对性地调整治理策略,加强预防和打击力度。

(三) 强化行刑衔接,形成轻罪治理闭环

在刑事一体化视角下,加强刑事执行衔接,构建轻罪治理闭环,是实现轻罪治理科学化、规范化的重要举措。通过加强监督与沟通,及时推动轻罪案件在刑事执行中的双向移送,防止“无罪即无责”的管理短板,形成闭环治理模式,提高治理效率,更好实现轻罪治理目标。

一是发挥法律监督职能,确保衔接流畅。一方面,检察机关对行政机关移交的轻罪案件进行合法性审查,确保案件移送符合法定条件,防止刑事诉讼程序被滥用;另一方面,检察机关对行政执法活动进行有效监督,防止出现不立案、以罚代刑等情况,保障法律的统一与正确实施。

二是统一认定标准,确保行刑反向衔接的顺畅运行。检察机关应持续积极完善与行政执法机关的信息共享机制、案情通报制度以及案件移送程序,构建系统化、整体化的检行衔接工作模式。对于在案件办理过程中情节显著轻微而不予起诉的案件,应移交行政管理部门依法进行处罚。通过反向衔接治理手段,实现轻罪治理环节的闭合,防止出现违法责任倒置的情况。

(四) 善用检察建议,促进轻罪源头治理

检察建议作为检察机关参与社会治理的重要工具,也是调动激活社会协同的重要路径,在轻罪治理的源头阶段扮演着关键角色。《人民检察院检察建议工作规定》第11条规定,“人民检察院在办理案件中发现社会治理工作存在下列情形之一的,可以向有关单位和部门提出改进工作、完善治理的检察建议……”(四) 相关单位或者部门不依法及时履行职责,致使个人或者组织合法权益受到损害或者存在损害危险,需要及时整

改消除的”。在诉源治理中,检察建议的运用发挥着其独特的优势。

一是促进社会治理创新及完善犯罪预防机制。轻罪问题往往揭示出社会治理中的薄弱环节,这些漏洞或缺失可能成为引发犯罪的潜在因素。以盗窃轻罪为例,可能反映出该地区治安防控体系不够完善,如监控摄像头覆盖不足、超市自助结算技术监管手段缺失等,导致犯罪分子有可乘之机。检察部门在处理案件时,应主动分析识别其中的治理短板,通过提出相关检察建议,推动社会治理结构的完善与革新,促进轻罪的根本治理。这也是“最好的刑事政策其实是社会政策”<sup>①</sup>的本意。

二是推动行业优化升级。针对轻罪案件中暴露出的行业弊端,检察机关积极提出切实可行且具有建设性的检察建议,不仅能够促进行业的改进与发展,还能显著提升行业的整体规范性与运作效率。例如,某检察机关在处理一起诈骗案件时,发现受害单位在制度管理和风险防控方面存在缺陷,导致不法分子能够轻易利用网络平台伪造订单,从而非法获取平台奖励和提成。针对

该单位存在的主要问题,办案人员提出了针对性和可行性的检察建议,并通过公开宣告会的形式进行了反馈,同时邀请区人大代表作为第三方出席并进行现场评议,取得了良好的社会反响<sup>②</sup>。通过这种方式,检察机关的角色不仅限于法律的执行者,更演变为行业规范化发展的重要推动者,从根本上推动相关行业的制度完善与规范建设,促进法律与行业的良性互动。

三是检察建议的落实需要建立长效机制。相关部门应根据检察建议,制定相应的整改措施,并定期评估实施效果。通过建立反馈机制,可以确保检察建议不是停留在纸面上,而是转化为实际行动。如此,才能从根本上改善轻罪频发的状况,推动社会治理的创新与完善。同时,检察机关应不断总结经验,完善检察建议的提出和落实流程,确保其在源头治理中的有效性和针对性。通过这些努力,最终实现对轻罪的有效遏制,提升全社会的法治意识,为构建平安和谐社会提供检察智慧和检察力量。

【责任编辑:耿 浩】

## Research on the prosecutorial path of misdemeanor governance under the perspective of criminal integration

Shang Zhengzheng<sup>1</sup>, Wang Jiahong<sup>2</sup>

(1. Liaoning Administrators' College of Police and Justice, Shenyang Liaoning 110161, China;

2. People's Procuratorate of Shanshan District in Anshan, Anshan Liaoning 114000, China)

**Abstract:** With the significant changes in the criminal structure of China, misdemeanor cases have increased significantly. The governance of misdemeanors is not only an inevitable requirement for scientific crime management, but also an inevitable requirement for the modernization of national governance. Within the framework of criminal integration and based on the diversified causes of misdemeanors, the procuratorial organs have innovatively proposed a “one-stop” misdemeanor work system by constructing systematic classification rules for misdemeanor cases and strengthened the closed-loop governance model of administrative and criminal connection. It also promotes the governance of the source of misdemeanors through procuratorial recommendations, effectively assumes the dual functions of “punishment” and “governance” of misdemeanors, and releases procuratorial wisdom for the transformation of social governance in the “misdemeanor era”.

**Key words:** misdemeanor; criminal integration; prosecutorial path; punishment; governance

①参见刘哲:《轻罪治理50讲》,北京:清华大学出版社2024年版,第96页。

②参见施净岚:《以检察建议的精、准、实参与网络犯罪治理》,载《人民检察》2020年第12期,第47页。

## 【司法理论与实务研究】

## 司法实务视角下完善保外就医制度的路径探析

刘巍,岳晓菲,肖静

(辽宁省沈阳市于洪区人民检察院,辽宁 沈阳 110141)

〔摘要〕保外就医制度作为我国刑罚执行的一项重要制度,体现了党和政府对罪犯生命健康权的保护。实践中,监外执行启动程序缺乏具体操作规范,一些罪犯利用法律法规漏洞,违规办理保外就医以逃避监管。上述情况不仅严重影响司法公信力,也会给和谐稳定的社会秩序造成潜在威胁。对此,检察机关应从提升监狱医疗保障能力、完善医学诊断法律规制、探索审判模式的保外审批制度以及加强保外就医监管等方面入手,有效化解当前保外就医制度中存在的问题,以更好维护司法公正,提升社会治理能力和社会治理水平。

〔关键词〕保外就医;司法实务;犯罪风险;检察监督

〔作者简介〕刘巍(1977—),女,辽宁盖州人,沈阳市于洪区人民检察院党组书记、检察长,主要从事刑法学研究;岳晓菲(1995—),女,黑龙江鹤岗人,沈阳市于洪区人民检察院办公室四级主任科员,主要从事刑法学研究;肖静(1985—),女,辽宁沈阳人,沈阳市于洪区人民检察院办公室副主任,主要从事检察技术研究。

〔收稿日期〕2024-10-20

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-067-08

## 一、保外就医制度的设计宗旨

“保外就医”是指应当在监狱或者看守所服刑的罪犯因患有严重疾病,为体现人道主义精神,保障罪犯生命健康权利,经相关程序批准或决定,对其不予关押准许其回归社会接受治疗的刑罚执行方式,是暂予监外执行的三种法定情形之一<sup>①</sup>。在启动路径上,保外就医具有两种批准或决定主体:在交付执行前,暂予监外执行由交付执行的人民法院决定;在交付执行后,暂予监外执行由监狱或者看守所提出书面意见,报省级以上监狱管理机关或者设区的市级以上公安机关批准。

### (一)保外就医制度的发展进程

保外就医制度在我国由来已久,汉朝出现的“颂系”制度,就已经彰显了保外就医的人文内

涵;之后,各朝各代都对这一理念进行了继承、延续和发展。新中国成立后,保外就医制度迎来了新的发展高峰。1979年颁布的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》),正式以条文形式对“有严重疾病需要保外就医”进行了明确规定;2012年修订的《刑事诉讼法》特别加强了检察机关对于保外就医的监督作用;2014年司法部会同最高人民法院、最高人民检察院、公安部、原国家卫生和计划生育委员会联合印发的《暂予监外执行规定》《保外就医严重疾病范围》(以下简称《严重疾病范围》),对保外就医的适用条件、范围、启动程序、监督等内容进行了更加系统、精细的规定,正式确立了我国保外就医制度。

### (二)保外就医制度现实意义

保外就医制度的建立和发展,尊重罪犯的基本尊严和生命健康权利,符合刑罚人道主义的实

<sup>①</sup>《中华人民共和国刑事诉讼法》第265条规定:“对被判处有期徒刑或者拘役的罪犯,有下列情形之一的,可以暂予监外执行:(一)有严重疾病需要保外就医的;(二)怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女;(三)生活不能自理,适用暂予监外执行不致危害社会的”。

质内涵,对罪犯个人、刑罚执行机关乃至社会整体都具有重要的现实意义。

1. 保障罪犯的健康权和生命权

保外就医制度最直接、最显要的价值首先是对罪犯个人生命健康权的保障。服刑期间的罪犯虽然被剥夺了人身自由,但其基本人权依然受到宪法和法律保护。基于条件所限,对于患有严重疾病的危重症罪犯,监狱难以提供与社会医疗水平相匹配的医疗救治条件。通过保外就医制度,让罪犯回到社会,在家人和亲属的照顾下获得更好的医疗救治,从而更好保障其生命健康权,是保外就医制度设立的初衷。从另一个角度来讲,根据保外就医制度规定,保外就医期间计入刑期。不同于监视居住等强制措施,保外就医的监管规定较为松散,罪犯可以获得相当大的人身自由。相较于监狱内的集体劳动改造生活,保外就医对罪犯有着巨大吸引力,也由此引发了王某虹、庄某华等一系列假借“保外就医”之名逃避监管的“纸面服刑”案件。

2. 有效降低刑罚执行成本

首先,对于作为刑罚执行机关的监狱来说,保外就医制度同样具有重要意义,最为直接的作用就是减轻监狱经济负担。长期以来,罪犯医疗保障一直由国家财政拨款负担,实行“公费治疗”,但在收监人员病患比例逐年增加的情况下,国家拨付的医疗经费远远难以覆盖实际支出。以河北省某中型监狱为例,监狱服刑罪犯医疗经费标准为每人每月16元,但该项费用远远难以满足实践需求,该监狱每年医疗费超支达400余万元<sup>①</sup>,给该监狱造成严重的经费困难。罪犯保外就医后自行承担医疗费用,能够有效缓解监狱经费紧张的状况。其次,保外就医能够减轻监狱的监管压力。当监狱医院无法满足罪犯诊疗需求,应当启动外诊程序时,一名罪犯通常需要10余名民警押解<sup>②</sup>,极大占用了狱内监管资源;同时,因外诊不确定、不可控因素增大,留下了罪犯利用外诊机会脱逃监管的安全隐患。最后,通过保外就医程序能够有效减少狱内罪犯因病正常死亡,避免部分家属据此缠闹、冲击监狱机关,索要不

合理赔偿的情况产生,进而提升司法公信力,促进社会稳定和谐。

3. 践行人权保障的现代治理理念

刑罚执行的目的不仅仅是代表社会公义对违反法律的罪犯施以惩罚,维护社会公共秩序,同样重要的是对罪犯加以社会化改造,使其能够以一个合格公民、劳动者、社会主义建设者的身份回归社会。这就要求罪犯在回归社会时,应当具有健康的身体状态和良好的心理素质。通过保外就医制度,罪犯能够得到更充分的医疗诊治,对疾病进行有效治疗和控制,避免因病情影响正常的生理机能和情绪心理,进而影响罪犯再社会化效果。保外就医制度既是对罪犯生命健康权的尊重,是宽严相济政策在刑事执行领域的具体体现,也是维护社会和谐稳定的内在需要,是中国特色社会主义事业创新发展的人文内涵。

(三) 启动保外就医的必要条件

根据现行法律法规,启动保外就医应当同时具备以下四个条件。

1. 病情条件

罪犯所患疾病必须在《严重疾病范围》之列,并经由省级人民政府指定的医院(以下简称“指定医院”)进行医学诊断并开具证明文件。由于缺乏具体规范和责任规制,组织诊断通常是保外就医程序启动过程中最易出现问题的操作环节,本文将在后续章节对这一情况展开详细论述。

2. 保证人条件

根据《暂予监外执行规定》,罪犯需要保外就医的,应当由罪犯本人或其亲属、监护人提出保证人,监狱、看守所审查确定。保证人应当具备完全民事行为能力、完全人身自由、固定的住处和收入、能与被保证人共同居住等条件,具备充分的保证意愿和保证能力。值得注意的是,该规定或其他规范性文件没有对交付执行前法院启动保外就医程序中的保证人审查规则作出明确,导致部分法院决定保外就医时,没有保证人或保证人不适格<sup>③</sup>,这也是当前司法实践中亟待解决的问题之一。

①参见侯国:《监狱罪犯医疗保障制度探索》,载《犯罪与改造研究》2021年第2期,第45页。  
②参见李季:《当前监狱保外就医制度存在的问题及对策》,重庆:西南政法大学2018年硕士学位论文,第4页。  
③参见徐鑫:《我国法院决定保外就医实务问题思考及建议》,载《法治实务》集刊2023年第1卷,第15页。

3. 刑期刑种条件

获准保外就医的罪犯应当为被判处有期徒刑、拘役或者已经减为有期徒刑的罪犯。对于权力势力较大、容易滋生保外就医渎职腐败的职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、涉及黑社会性质组织犯罪的罪犯以患有高血压、糖尿病、心脏病为由申请保外就医的,还要求具有“短期内有生命危险”证明。但《暂予监外执行规定》并未对“短期内有生命危险”证明的开具主体和程序作出明确。在实践操作中,相关证明一般由省级监狱管理机关主管的监狱医院开具,具有较强的主观随意性。

4. 危险性条件

根据《刑事诉讼法》第 265 条第(3)项规定,有社会危险性,或者自伤自残的罪犯,不得保外就医。

二、司法实务中保外就医制度存在的主要问题

保外就医制度的确立,体现了刑罚执行对生命健康权利的让步,回应了人民群众心中最为基本的人权尊重需求,是法治更为昌明的制度体现。该制度自实施至今取得了长足的进步和发展,但不可避免的是,在司法实务中仍然存在着一定的问题和不足。

(一) 诊断环节科学性、规范性有待提高

诊断环节作为保外就医程序中重要的前端流程,具有专业性强、监管制约弱的显著特点,成为近年来“纸面服刑”罪犯及家属的主要突破口。

1. 病情诊断标准规定不够完善

首先,应当明确的是,《严重疾病范围》是否为保外就医程序中医学鉴定病情的唯一诊断标准。在司法实践中常常会出现这样的情形,看守

所为减轻监管压力,对法院交付执行的已决罪犯,并不依据《严重疾病范围》处理,而是引用《中华人民共和国看守所条例》(以下简称《看守所条例》)第 10 条规定<sup>①</sup>作扩大解释,对一些虽患有疾病但尚未达到保外就医标准要求的罪犯,也作出不予收押决定<sup>②</sup>。法官为走出“送放两难”困境,不得已启动保外就医程序<sup>③</sup>。本文认为,虽然没有法律条文明确规定,但探究立法本意及制度沿革,在保外就医程序中,《严重疾病范围》应当作为唯一诊断标准。套用《看守所条例》进行处理,无疑过分放大了保外就医范围,与当前积极倡导与践行的法治精神相背离。

其次,回到病情诊断标准本身来看,《严重疾病范围》中一些条款的主观性和原则性较强,缺乏客观标准和定性细则,导致临床医生在鉴定过程中容易出现理解和操作偏差<sup>④</sup>。如“短期内有生命危险”的规定,正如前文所述,该条款在司法实践中是意义十分重大而定义又非常模糊的概念。对于“短期内有生命危险”的罪犯可以不受刑期执行期限限制<sup>⑤</sup>,审批程序更为简洁方便。但多长时间可以算是“短期”,相关规定并没有提供也没有明确标准。再如,对于保外就医常见疾病高血压合并靶器官受损鉴定中,相关条文规定未将脑和眼列入靶器官进行损害程度量化,不符合一般临床实践要求<sup>⑥</sup>,无法准确全面评判罪犯患高血压病的严重程度。

2. 鉴定人员针对性不强且缺乏有效制约

《暂予监外执行规定》规定了病情诊断证明文件应当由医疗机构两名具有副高级以上专业技术职称的医师共同作出,但并未对科室专业作出具体要求。鉴于现代医学学科门类划分细致、专业性极强,跨科室诊断鉴定难免会出现针对性、科学性不强的弊端。同时,医疗机构不同于

①《中华人民共和国看守所条例》第 10 条规定:“看守所收押人犯,应当进行健康检查,有下列情形之一的,不予收押:(一)患有精神病或者急性传染病的;(二)患有其他严重疾病,在羁押中可能发生生命危险或者生活不能自理的,但是罪大恶极不羁押对社会有危险性的除外;(三)怀孕或者哺乳自己不满一周岁的婴儿的妇女”。

②参见樊秋霞:《保外就医制度的考查与完善——以法院暂予监外执行组织诊断为视角》,载《医学与法学》2021 年第 3 期,第 92 页。

③参见徐鑫:《我国法院决定保外就医实务问题思考及建议》,载《法治实务》集刊 2023 年第 1 卷,第 13 页。

④参见张辉:《当前保外就医鉴定工作中存在的问题及对策》,载《中国法医学杂志》2016 年第 2 期,第 32 页。

⑤《暂予监外执行规定》第 7 条规定:“对需要保外就医或者属于生活不能自理的累犯以及故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪的罪犯,原判处死刑缓期二年执行或者无期徒刑的,应当在减为有期徒刑后执行有期徒刑七年以上方可适用暂予监外执行;原判处十年以上有期徒刑的,应当执行原判刑期三分之一以上方可适用暂予监外执行”。

⑥参见邵家龙,李宜彬,洪小岚,崔梦春:《保外就医中高血压条款的应用与审查探讨》,载《医学与法学》2019 年第 2 期,第 29 页。

专业鉴定机构,医师虽然具备丰富的临床经验,但缺乏相应的法律知识和司法鉴定专门培训,在病情诊断过程中往往沿用惯性思维,侧重于治疗角度对罪犯病情进行检查和诊断,忽视了罪犯为逃避监管而故意虚构、夸大病情的可能<sup>①</sup>,导致医学诊断意见的准确性难以保障。

除此之外,在保外就医法律规范中,没有对医疗机构及医务人员的身分定位加以明确,也未对权利、义务、法律责任进行规定<sup>②</sup>。按照行政归属,医疗机构及医务人员由卫生行政部门进行管理,不受司法行政部门统一监督;对于保外就医程序中的医学鉴定,卫生行政部门同样未作出具体规定<sup>③</sup>,导致在病情诊断过程中缺乏必要的监督和制约,容易滋生权钱交易下的诊断意见造假,损害司法公正和权威。

3. 诊断意见技术监督方面存在短板

对于医师出具的医学诊断意见,保外就医程序的启动机关以及检察机关都具有审查主体资格。在此单独强调技术审查监督,是因为在专业性较强的医学诊断活动中,书面审查、形式审查意义不大,难以起到有效监督作用。按照交付执行前后的区别,保外就医程序启动机关有监狱和法院两个。《暂予监外执行规定》规定省级监狱管理局生活卫生部门负责对医学诊断意见进行技术审查,但鉴于《严重疾病范围》涉猎范围之广、医学专业性之强远超过监狱工作人员的能力范围,审查效果难尽人意。根据专项工作通知,法院启动保外就医程序由司法技术部门法医进行技术审查,虽然其审查能力稍强于监狱,但仍然难以实现有效监督。而作为保外就医全过程监督机关,检察机关在监督过程中多采用书面审查形式,对技术审查缺乏必要关注。因此,目前对于最为核心的诊断环节,医学诊断意见技术监督几乎处于空白状态,为罪犯骗取保外就医脱逃监管留下了可操作空间。

(二) 保证人功效未实际发挥

按照保证人制度设计,保证人不仅应当协助刑罚执行机关对保外就医罪犯进行监管,发挥监

督作用,也要为保外就医罪犯提供医疗帮扶和必要的生活照料,引导罪犯完成社会化改造,是法律寄予厚望的关键角色。《暂予监外执行规定》对保证人的选定与审查作出了较为明确的规定,规定了保证人应当承担的四项义务,如协助监督被保证人遵守法律规定,为被保证人的治疗、护理提供帮助等。但在司法实践中,保证人制度面临的最为首要的问题是“无人愿保”。以辽宁省某监狱为例,近年来,罪犯近亲属基于罪犯医药费用需要额外支出、不愿与罪犯再次产生紧密联系等因素考量,往往拒绝承担担保义务,导致因寻找不到适格保证人,保外就医程序顺利启动者寥寥。

保证人不积极履行义务,也是影响保证制度功效发挥的主要因素之一。“后果”是法律关系的必备构成要件,而《暂予监外执行规定》仅就保证人义务作出要求,未规定违反义务的法律后果,导致保证人制度“后果”要件缺失,在司法实务中直接表现为保证人可以忽视甚至违反保证义务而不必担心任何法律后果,保证人制度功效流于纸面。

(三) 社区矫正监管薄弱失之于宽

根据《中华人民共和国监狱法》第27条规定,暂予监外执行的罪犯由社区矫正机构负责执行,依法实行社区矫正。相较于过去由公安机关监管,将保外就医罪犯统一交由专门机关监管,在监管方式上更为专业化、科学化。但从检察机关对于社区矫正机构“脱管漏管”专项检察活动成果来看,社区矫正机构的监管力度并不理想。

1. 日常监管缺乏统一标准

最高人民法院颁布的《社区矫正实施办法》第11条第2款规定,在社区矫正期间,保外就医罪犯每月须向社区矫正机构报告本人身体情况,社区矫正机构每三个月审查保外就医罪犯提交的病情复查情况。但《暂予监外执行规定》中,并未对提交病情复查情况的具体材料作出明确规定。司法实践中,保外就医罪犯有的提供病历,

①参见宋健文,刘斌:《新时期背景下完善监狱保外就医医学鉴定与技术审查研究》,载《中国监狱学刊》2022年第3期,第78页。  
②参见李季:《当前监狱保外就医制度存在的问题及对策》,重庆:西南政法大学2018年硕士学位论文,第5页。  
③参见宋健文,刘斌:《新时期背景下完善监狱保外就医医学鉴定与技术审查研究》,载《中国监狱学刊》2022年第3期,第70页。

有的提供体检报告,也有的提交化验单等,缺乏统一的考量标准,难以准确反映保外就医罪犯身体情况变化。同时,实践中,由于缺乏对复查过程的程序规定与具体监督,保外就医罪犯可以自行选择医院复查,存在买通医师出具夸大、虚假复查结论的情况,也存在让他人代为检查、偷换医学影像资料等逃避复查诊断的行为。上述情况,社区矫正机关往往难以察觉,不能及时实施有效监管。

2. 收监执行操作不规范

根据《社区矫正实施办法》规定,保外就医罪犯在保外就医期间未按照规定按时报告身体情况、提交病情复查情况,拒绝参加教育学习、社区服务活动的,社区矫正机构应当对其给予警告;对于经警告拒不改正的,应当向保外就医批准或决定机关提出收监申请。实践中,一方面,部分社区矫正机构由于力量薄弱、执法阻力大等原因,对保外就医罪犯违规行为的处置仅停留在警告层面,怠于启动提请收监程序,存在监督刚性不足、收监执行不到位的问题<sup>①</sup>;另一方面,在特殊情况下,保外就医罪犯存在收监前脱逃刑事处罚的可能。当社区矫正人员发现保外就医罪犯存在应予收监的情形时,应向监外执行的批准、决定机关提出收监执行建议书并附相关证明材料,无法立即宣布社区矫正期限中止<sup>②</sup>。从司法机关调查核实到收集相关证据材料,再到监狱或法院审查裁决、作出收监决定,需要经过相当长一段时间,个别保外就医罪犯在此期间脱管在逃。由于社区矫正期限无法立即中止,可能导致在收监决定作出前,保外就医罪犯社区矫正考验期已届满,从而顺利逃避了刑事处罚。

三、保外就医制度瑕疵引发的次生犯罪风险

本文将次生犯罪风险分为两类,一类是罪犯采用非法手段,骗取保外就医行为所引起的系列犯罪;另一类是罪犯通过合规程序获准保外就医后,再次实施犯罪。

(一) 贿赂犯罪交织,逃避监内服刑

如前文所述,服刑罪犯保外就医期间,在计入刑期的同时还可以享受极大程度的人身自由便利。部分罪犯在对“自由”的渴望下,采用违法违规手段骗取保外就医,公然践踏法律尊严。从近年来系列案件的作案规律来看,骗取保外就医的罪犯多为具备“有权优势”、具有一定社会地位的人,其经济基础雄厚、关系网络牢固,凭借着自身的影响力和人脉关系,打通法院、监狱司法工作人员关口,获取鉴定医院信息;买通医师,出具虚假的医学诊断意见;贿赂省级监狱管理机关或法院负责审批保外就医的工作人员,从而实现“纸面服刑”或“提钱出狱”。这类案件往往牵涉众多犯罪主体,如罪犯近亲属、关系人,监狱、法院的相关负责人等;既涉及徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪,也涉及受贿罪。犯罪主体相互勾结,人员关系错综复杂,无疑增加了相关案件的查办难度。

(二) 保外就医危重症病人再次违法犯罪

保外就医罪犯的另一重身份就是危重症病人,他们大多患有难以治愈的对生命具有严重威胁的疾病,生理机能遭到巨大破坏,身心倍感痛苦。该类群体往往具有以下社会特征:

1. 对钱财需求较大

一方面,危重症病人需要长期持续性治疗,如恶性肿瘤中晚期、尿毒症、再生性障碍贫血等疾病,需要大量治疗费用进行放化疗、透析、输血以维持生命;另一方面,部分危重症病人所患疾病预后不理想,认为自己恢复健康无望,将不久于人世,不如在离世前铤而走险给家人留一笔“快钱”。

2. 职业选择受限

由于疾病对身体的侵蚀,危重症病人普遍体力不济、免疫力低下,部分病人伴随躯体活动受限,生活不能完全自理;同时,因社区矫正规定要求,危重症病人活动范围受限于所居住的市县,进一步排除了批发零售、建筑装修等流动性较强

①参见姜全田,王兴华,昌婷:《暂予监外执行规范化思考——以邓州市人民检察院为调研对象》,载《法制与社会》2020年第17期,第87页。

②《社区矫正实施办法》第31条仅规定“社区矫正人员死亡、被决定收监执行或者被判处监禁刑的,社区矫正终止”,未对“发现存在应予收监情形”至“作出收监决定”这一段时间内的社区矫正程序作出规定,缺乏“社区矫正中止”或者“社区矫正期限延长”等特殊情形的相关规定。

的职业。因此,危重症病人能够选择的低体力要求岗位较少,难以从正常的社会劳动中获取报酬。

3. 缺乏社会医疗保障

2014年司法部提出的“具备条件的省份,可以试行罪犯加入城镇居民医保或新农合医保”,截至目前在全国范围内仍未全面落地实现。即便此前缴纳过医疗保险的罪犯,因其犯罪入狱医疗保险也要停止缴费、停止累计缴费时限,使得保外就医危重症病人难以享受社会医疗保障,需要自费承担一定时期的治疗费用,甚至出现了一些为寻求监狱最低医疗救济而故意违规被收监的极端案例<sup>①</sup>。

4. 再犯罪成本较低

无论是从犯罪心理成本还是从行为经济成本上来说,再次违法犯罪对于危重症病人都是“成本低、收益高”的选择,甚至有“司法机关拿自己也没办法”的心理。在上述心理驱使下,保外就医罪犯既容易被不法分子利用,成为毒品犯罪、电信网络诈骗犯罪的帮凶;也容易“重操旧业”,继续从事过去的违法犯罪活动。

综上,尽管经过了严格的社会危险性审查,但保外就医罪犯仍然具有一定的再犯罪风险。危重症病人再次违法犯罪,既是罪犯个人的人生苦果,也是和谐社会建设的痛点和隐患,亟须加以关注和解决。

四、完善保外就医制度的对策建议

综上所述,保外就医制度落实在当前司法实务中仍然存在一些问题,需要进一步予以细化。本文在探究保外就医立法本意的基础上,结合司法实践中发现的问题,从推进司法实务工作高质量发展角度出发,对完善保外就医制度提出以下对策建议。

(一) 提升监狱医疗保障能力

以实际服刑为原则,通过整合监狱医疗资源,加快监管医院建设,提高监狱医疗质量和监管能力,缩减服刑罪犯保外就医必要性。

1. 完善监狱三级医疗体系建设

打破原有监狱医院各自办院的力量分散局面,整合系统内部医疗技术人员、检测设备和治疗设备,提高监狱管理局中心医院的诊疗水平,由中心医院对危重症服刑罪犯集中收治,在保障罪犯生命健康权的同时,实现监管稳定有序。

2. 借助社会医疗资源力量

由于编制和薪酬待遇等问题,监狱医院招录医疗技术人员存在一定困难,医护人员队伍建设经常面临“青黄不接”的局面。相较于社会医疗机构丰富的临床样本和诊疗设备,现有的监狱医疗技术人员难以单靠自身努力提高整体医疗水平。邀请社会医疗机构专家会诊疑难杂症、指导日常诊疗、开展讲座培训,可以有效补齐这一方面短板。

3. 拓宽医疗费用来源渠道

如前文所述,司法实践中监狱医疗经费存在巨大缺口,是制约监狱医疗水平提升的另一大难题。建议以推进大病统筹机制与补充购买商业保险相结合,多层次筹措资金,有效解决在押服刑罪犯的医疗费用问题。

(二) 完善医学诊断法律规制

以科学、规范、严谨为原则,对医学诊断环节的诊断标准、诊断程序进行完善细化,避免医学诊断沦为居心叵测之人的“越狱秘道”。

1. 进一步明确模糊概念

对于诊断指标来说越细致越明确,可人为操作的空间就越小。2023年7月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、国家卫生健康委员会共同制定《关于进一步规范暂予监外执行工作的意见》(以下简称《意见》),对“短期内有生命危险”“久治不愈”“严重功能障碍”等概念标准进行了解释说明,但在实践操作中仍需制定相关细则加以明确深化。

2. 进一步明确医学鉴定人责任

尽管《暂予监外执行规定》对医学鉴定人玩忽职守等行为作出规定<sup>②</sup>,《意见》第29条也对此

①参见侯国:《监狱罪犯医疗保障制度探索》,载《犯罪与改造研究》2021年第2期,第46页。  
②《暂予监外执行规定》第32条规定:“在暂予监外执行执法工作中,司法工作人员或者从事诊断、检查、鉴别等工作的相关人员有玩忽职守、徇私舞弊、滥用职权等违法违纪行为的,依法给予相应的处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任”。

予以重申<sup>①</sup>,但相关规定仍旧缺乏细分明确,缺少制裁性表述,导致这些规定在实践中难以真正发挥作用。例如,在“林某中、刘某民违法保外就医案”中,接受吃请、收受财物的医生并未受到应有的刑事、行政处罚<sup>②</sup>。因此,本文建议对《中华人民共和国刑法》第401条规定的主体<sup>③</sup>作扩大解释,并在《中华人民共和国执业医师法》中,对违反医学鉴定人义务的后果予以明确。

(三)探索审判模式的保外审批制度

如前文所述,在现行保外就医制度下,程序启动主体有监狱和法院两种情况。根据主体不同,审批程序略有差异,严密程度也自然不同。本文认为,在保外就医审批制度上,可以参照“减刑、假释”案件的规定,统一由法院审理裁决;在操作程序上,为监狱或法院提请,检察机关审查,法院最终裁定。这样架构保外就医审批程序的合理性在于:

1. 符合司法机关职权范围

暂予监外执行是一项司法权,同“假释”一样,是对刑罚执行场所和执行方式的变更,属于法院裁判权管辖的范围。

2. 促进审批科学公正

保外就医统一交由法院裁判管辖后,可以对重大复杂案件开庭审理,检察机关出庭参与履行监督职责,具有专业知识的医护人员出庭作证。如此,有利于准确把握保外就医制度内涵,统一保外就医程序审批尺度;顺应以审判为中心的诉讼制度改革趋势,增强审批裁决的科学性与公正性,回应人民群众对于“法律面前人人平等”的期待。同时,探索刑罚暂停或延期执行制度,修改保外就医刑期计算规则,将保外就医期间不再计入服刑期间,在源头上遏制“保外冲动”。

(四)加强保外就医监管

保外就医监管事关罪犯生命健康权能否得到有效保障、刑罚能否得到公正执行、次生犯罪风险能否被有效遏制。尽管“纸面服刑”专项整

治开展以来已经取得了较为显著的成果,但还需要在以下几个方面持续发力:

1. 强化检察机关全过程监督

事先做好医学诊断监督,以抽检等形式派员参与医学现场诊断,严格把控程序标准;事中做好审批监督,在书面审查的同时增强技术审查,对既往病史资料和医学诊断意见进行全面实质性审查;事后做好保外就医跟踪监督,完善随机抽检、定期回访、重点跟踪监督机制,督促社区矫正机构正确履行职责。

2. 修正保证人制度

以法律法规形式,对保证人权利义务及违反义务后果作出进一步明确,避免因笼统性、概括性表述造成的制度规定不能落地落实的弊端。

3. 增强社区矫正监督效果

这里所说的监督效果,一方面是指严格日常监督管理,完善《社区矫正实施办法》“社区矫正期限中止”相关规定,建立社区矫正对象跟踪档案,动态掌握社区矫正对象健康状况和社会表现,切实运用好法律赋予的训诫、提请收监权利,提升社区矫正执行刚性;另一方面是指提供必要的社会化改造帮扶,在生活、就业、诊疗等方面,为社区矫正对象提供便利和帮助,使其能够真诚悔过,以较为健康的状态完成改造,顺利回归社会,实现政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。

[参考文献]

[1]侯国. 监狱罪犯医疗保障制度探索[J]. 犯罪与改造研究,2021(02):44-48.  
[2]李季. 当前监狱保外就医制度存在的问题及对策[D]. 重庆:西南政法大学,2018.  
[3]徐鑫. 我国法院决定保外就医实务问题思考及建议[C]. 法治实务,2023(01):206-211.  
[4]张辉. 当前保外就医鉴定工作中存在的问题及对策[J]. 中国法医学杂志,2016(02):327-328.

①《关于进一步规范暂予监外执行工作的意见》第29条规定:“在暂予监外执行工作中,司法工作人员或者从事病情诊断检查等工作的人员有玩忽职守、徇私舞弊等行为的,一律依法依规追究责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。在案件办理中,发现司法工作人员相关职务犯罪线索的,及时移送检察机关”。

②参见蔡文霞:《论虚假保外就医鉴定中的鉴定人法律责任——以“林崇中、刘益民违法保外就医案”为视角》,载《中国司法鉴定》2012年第5期,第137页。

③《中华人民共和国刑法》第401条规定:“司法工作人员徇私舞弊,对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯,予以减刑、假释或者暂予监外执行的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处三年以上七年以下有期徒刑”。

[5]邵家龙,李宜彬,洪小岚,崔梦春.保外就医中高血压条款的应用与审查探讨[J].医学与法学,2019(02):27-30.

[6]宋健文,刘斌.新时期背景下完善监狱保外就医医学鉴定与技术审查研究[J].中国监狱学刊,2022(03):69-73.

[7]陈文峰.保外就医制度完善研究[J].犯罪与改造研究,2017(08):26-35.

[8]娄全田,王兴华,吕婷.暂予监外执行规范化思考——以邓州市人民检察院为调研对象[J].法制与社会,2020(17):87-88.

[9]张飞.暂予监外执行制度的反思与重构——以张某

暂予监外执行为切入点[J].检察调研与指导,2018(03):92-95.

[10]邵雷.中外监狱管理比较研究[M].长春:长春出版社,2015:110.

[11]樊秋霞.保外就医制度的考查与完善——以法院暂予监外执行组织诊断为视角[J].医学与法学,2021(03):92-94.

[12]司绍寒.论暂予监外执行制度的系统性改革与完善[J].中国法治,2023(10):75-80.

【责任编辑:张戈】

Analysis on the path to improve the medical parole system  
from the perspective of judicial practice

Liu Wei, Yue Xiaofei, Xiao Jing

(Yuhong District People's Procuratorate of Shenyang City in Liaoning Province, Shenyang Liaoning 110141, China)

**Abstract:** The medical parole system, as an important system of criminal punishment execution in China, reflects the Party and government's protection of the right to life and health of criminals. In practice, the initiation procedure of execution outside prison lacks specific operational specifications. Some criminals take advantage of loopholes in laws and regulations to apply for medical parole in violation of regulations to evade supervision. The above situation not only seriously affects the credibility of the judiciary, but also poses a potential threat to the harmonious and stable social order. In this regard, the procuratorate should start from improving the medical security capacity of prisons, improving the legal regulation of medical diagnosis, exploring the parole approval system of the trial model and strengthening the supervision of medical parole to effectively resolve the problems existing in the current medical parole system, so as to better maintain judicial justice and improve the level and capacity of social governance.

**Key words:** medical parole; judicial practice; criminal risk; procuratorial supervision

## 【法学理论研究】

## 担保贷款双重欺诈行为的定性研究

李晓楠

(中国政法大学,北京 100088)

〔摘要〕担保贷款双重欺诈行为涉及刑民交叉,内部法律关系较为复杂,理论界和实务界对该行为的定性存在较大分歧。现有的定性模式存在对担保权本质属性的理解不足以及对担保权效力的探讨缺失等漏洞。担保权作为一种财产性利益,在刑法评价中具有“排除犯罪性”,能够弥补金融机构的财产损失。贷款诈骗罪模式忽视了担保权在财产犯罪中的地位,从而在财产损失要件的判断上存在误区;合同诈骗罪模式抓住了担保权这一关键性问题,但仍存在混淆担保权本身和担保权实现的漏洞。正确的定性思路应当是在确认金融机构取得的担保权合法有效的前提下,界分担保权本身与担保权的实现,最终采用合同诈骗罪模式认定行为人对担保人构成合同诈骗罪。

〔关键词〕合同诈骗罪;贷款诈骗罪;财产损失;担保权

〔基金项目〕本文系2023年度最高人民检察院检察理论研究课题“数据要素的刑法规制研究”(项目编号:GJ2023D19)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕李晓楠(2001—),男,河北衡水人,中国政法大学刑事司法学院2024级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-10-13

〔中图分类号〕D924.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)05-075-13

## 一、问题的提出

《中华人民共和国商业银行法》第36条规定:“商业银行贷款,借款人应当提供担保”。实践中,银行等金融机构为了降低贷款风险,原则上也都会要求借款人提供担保。此种情况下,一些以非法占有为目的的借款人会先对第三人实施欺骗行为,使第三人为自己提供担保,随后凭借此担保骗取银行等金融机构的贷款,最终由第三人偿还银行贷款及其利息。上述行为被称为“双重欺诈”,也被称为“两头骗”<sup>①</sup>。此类案件存在三方主体,涉及众多民事合同,具有“刑民交叉”性质,因而其内部法律关系较为复杂,是实务

中一类疑难案件。

以往学界对于担保贷款双重欺诈类案件的定性大致存在三种模式,即贷款诈骗罪模式、合同诈骗罪模式和损害归属模式,三种模式在该行为内部能够影响定罪的关键问题上所持立场不同,定性结论也各不相同,导致担保贷款双重欺诈行为的性质认定在刑法理论和司法实务中仍处于混乱状态。这种混乱状态造成了司法机关对犯罪人判处罪名的不确定性,一方面严重影响了我国金融贷款交易的市场秩序,使金融机构和担保人的合法权益无法得到有效保护;另一方面也不利于司法机关实现同案同判,构建稳定统一

①有学者主张担保贷款双重欺诈行为分为直线型和三角型,前者指借款人分别单独与担保人和金融机构发生法律关系,担保人和金融机构间不存在直接的法律关系,例如借款人骗取租车公司车辆后,将车辆抵押给金融机构借款。此种双重欺诈行为法律关系较为明晰,争议不大,因而本文讨论的主要是三角形担保贷款双重欺诈行为,即借款人欺骗担保人向金融机构提供担保,随后再次骗取金融机构贷款的行为。参见师晓东:《〈民法典〉背景下担保借款双重诈骗案件之认定》,载《西部法学评论》2021年第1期,第19页。

的司法秩序。

二、担保贷款双重欺诈行为定性之检讨

对担保贷款双重欺诈行为的研究现状进行剖析,一方面要审视担保贷款双重欺诈行为本身,明确该行为内部能够影响定罪的关键因素;另一方面要检验现有的定性模式,明确现有各定性模式内部的缺陷所在。

(一)担保贷款双重欺诈行为的关键问题之辨析

担保贷款双重欺诈行为涉及金融诈骗罪名,因而是否存在欺骗行为与是否存在财产损失成为定性之关键,再加上此行为涉及刑民交叉,如何处理行为内部的刑民关系亦会影响最终的定性结果。故而,在上述问题上选择契合我国刑法规定和司法实践的学说立场,是正确认定担保贷款双重欺诈行为性质的前提。

1. 欺骗行为的存在与否

在担保贷款双重欺诈行为中,行为人向银行等金融机构申请贷款时隐瞒了担保的真实来源,此种行为是否构成欺骗行为,在理论界和实务界争议较大,该问题的结论也影响着最终的定性结果。判断行为人对金融机构是否实施了欺骗行为,关键在于欺骗行为所涉及的内容是否属于“重要事项”。“重要事项”是指对交易双方在交易过程中的决策和行为产生重大影响的事项。例如,桥爪隆教授主张,重要事项是指根据某种交易的性质,被害人在交易过程中“有充分考虑之必要性的事项”<sup>①</sup>;我国亦有学者主张,只有被害人对该交易或者业务内容的性质、目的充分关注的事项,才属于“重要事项”<sup>②</sup>。据此,担保的来源以及担保人为何会为借款人提供担保,对于银行等金融机构来说就不是重要事项,借款人也无

义务进行详细披露,因为银行只要确保第三人提供的担保真实有效即可。这样,不论借款人是否还本付息,由于担保人的存在,银行都不会遭受财产损失,自然不需要过多考虑担保的来源问题。

不过,仅仅讨论隐瞒担保来源问题,也暴露出现有研究的局限性。在担保贷款双重欺诈过程中,具有非法占有目的的借款人对银行等金融机构隐瞒的并不仅仅是担保权的真实来源问题,其在申请贷款过程中势必也虚构了贷款原因、用途等内容,并隐瞒了自己的非法占有目的。而行为人虚构的贷款原因、用途等内容,是银行审查的必要内容<sup>③</sup>,因而其属于贷款交易过程中的重要事项,虚构此类事实无疑属于欺骗行为。至于隐瞒非法占有目的和不归还贷款的内心想法,有观点主张,此种隐瞒也属于欺骗行为<sup>④</sup>。但是,单独讨论主观目的的隐瞒意义不大,因为隐瞒不归还贷款的想法必然附带一系列虚构贷款目的、用途等欺骗行为,单纯隐瞒主观意思的欺骗行为实际上并不存在。据此,应当承认借款人对银行等金融机构实施了欺骗行为,能够评价为欺骗行为的不是借款人隐瞒担保的性质或来源,而是行为人虚构贷款的真实原因和用途等事实。

2. 财产损失的立场选择

银行等金融机构的财产损失,是担保贷款双重欺诈行为定性的又一关键问题。目前理论界存在个别财产损失说和整体财产损失说相对立的局面。个别财产损失说认为,只要存在个别财物和利益的损失,就可以成立诈骗罪。银行在发放贷款时就已经有了财产损失,因此贷款一定无法回收,银行获取利息的交易目的也无法实现<sup>⑤</sup>,因而无需考虑是否存在担保。反之,若持整体财产损失说,认为诈骗罪的成立以被害人整体

①参见[日]桥爪隆:《论诈骗罪的欺骗行为》,王昭武译,载《法治现代化研究》2020年第1期,第172页。  
②参见王超:《合同诈骗罪典型案例裁判规则评析》,载《法治现代化研究》2022年第1期,第132-133页。  
③《中华人民共和国商业银行法》第35条规定:“商业银行贷款,应当对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查”。  
④参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第1030页。  
⑤个别财产损失说在理论界存在形式的个别财产损失说和实质的个别财产损失说之分,后者主张财产损失的有无应当结合交易目的等因素进行实质判断。实际上,即便采取实质的个别财产损失说,也应当认定金融机构没有遭受财产损失,在有担保人的情况下,借款人不履行还本付息的义务,担保人就会代替借款人履行,此时金融机构的交易目的仍可以实现。至于交付本息的是借款人还是担保人,并不会影响其目的的实现。

上的财产损失为必要,则银行等金融机构并不存在整体财产损失,因为其在发放贷款的同时,获得了相同价值的担保权这一财产性利益。

虽然个别财产损失说得到了许多学者的支持,但该学说亦存在以下问题:

第一,个别财产损失说可能导致财产处分自由成为诈骗罪的保护法益。个别财产损失说主张在有对价的诈骗罪中,由于行为人使用了欺诈手段,被害人如果知道真相就不会进行交易,所以被害人存在个别的财产损失。可是,如果评价标准是“知道真相就不会交易”,而不是在整体上考虑财产的得失,那诈骗罪的保护法益就变成了财产处分自由。而我国刑法将诈骗罪明文规定在财产犯罪一节,这说明诈骗罪保护的法益只能是财产,因而个别财产损失说有混淆诈骗罪保护法益之嫌。

第二,个别财产损失说可能导致认定的犯罪数额不合理,并且不当地扩大了诈骗罪处罚范围。在对待给付型诈骗案件中,如果完全不考虑行为人提供的对待给付的价值,将被害人处分的财产全部认定为行为人的诈骗数额,将不合理地增加行为人的犯罪数额,导致对其科处过重的刑罚。同时,“将个别财产说的逻辑演绎到极致,就会得出只要被骗者基于行为人的欺诈交付了财物,就要认为存在财产损失,进而将行为人认定为诈骗罪”<sup>①</sup>。但是不可否认,在当今市场交易中,使用夸大效果、虚假宣传等欺诈手段的交易并不罕见。如果贯彻个别财产损失说的立场,将此类行为都认定为诈骗罪予以打击,将会严重扩大诈骗罪的处罚范围,使刑法过度介入市场交易活动,违背了刑法的谦抑性。

综上所述,以整体财产损失说来判断诈骗罪中的财产损失,更符合我国的刑法规定和司法实践。在担保贷款双重欺诈行为中,银行等金融机构虽然发放了贷款,但其同时获得了担保权这一

财产性利益,所以并不存在整体上的财产损失。如果仅关注个别财物的归属而完全不考虑客观金钱价值的比较,那么案件处理的结果就会有失公平<sup>②</sup>。

### 3. 刑民交叉问题的理解

对于担保贷款双重欺诈行为中的刑民交叉问题,理论界大致存在两种立场。第一种立场主张,民事欺诈与刑事诈骗是一般与特殊的关系<sup>③</sup>,不能因为行为涉及民事欺诈就否认刑事诈骗犯罪的成立。刑法具有自身的独立价值,不能凭借事后的担保去否认银行在发放贷款时的损失,否则就陷入了以民事损失倒推刑事责任的误区。第二种立场则强调刑法的补充性,在银行等金融机构能够通过私法救济手段挽回损失的情况下,就不宜动用刑法的制裁手段<sup>④</sup>。上述两种观点似乎都有一定的道理,但实际上,两者都犯了相同的错误,即没有区分担保权这一财产性利益本身和担保权的事后实现。无论是第一种立场中弥补损失的事后担保,还是第二种立场中挽回损失的私法手段,都是将担保权的效力等同于担保权实现后的效果。

在担保贷款双重欺诈案件中,担保权这一要素使得此类案件具有了刑民交叉的特性,因此,正确评价担保权的地位是捋清案件中复杂刑民关系的关键所在。担保权是一种财产性利益,能够被纳入到诈骗罪的评价范围内;担保权的实现则是事后的私法救济手段,不属于刑法的评价范畴。如果能够正确区分担保权与担保权的实现,重视担保权这一财产性利益在诈骗犯罪中的地位,那么对银行等金融机构财产损失的判断将不再依赖于担保权的事后实现这一私法救济手段,而是转向对担保权这一财产性利益的刑法评价。由此私法的救济手段退出诈骗犯罪的评价范畴,也就无须再讨论民事救济手段能否抵消刑法上的财产损失,因为财产损失的问题可以完全在刑

①参见任永前:《论诈骗罪中的财产损失》,载《法学杂志》2015年第5期,第137页。

②参见张亚:《双重诈骗犯罪案件中财产损失的认定》,载《人民检察》2017年第23期,第75-76页。

③参见肖中华,朱晓艳:《经济纠纷背景下的刑事诈骗案件认定》,载《法学杂志》2021年第6期,第108页。

④参见陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,载《中国法学》2021年第1期,第293-295页。

法内部解决。这样,刑法补充性的问题便迎刃而解。同时,贷款诈骗罪的犯罪构成要件满足与否也要打一个问号,因为银行等金融机构获取的担保权可以弥补自身的财产损失,所以并不具备“财产损失”这一刑事诈骗的构成要件,自然也就不存在民事欺诈排斥刑事诈骗的问题。

(二) 现有定性模式之评析

目前,理论界和实务界对担保贷款双重欺诈行为性质认定的观点可以总结为三种定性模式。第一,贷款诈骗罪模式。此种定性模式的核心主张是借款人对金融机构成立贷款诈骗罪,至于对担保人是否构成合同诈骗罪以及由此产生的罪数问题,则存在观点分歧。第二,合同诈骗罪模式。此种模式主张行为人对担保人构成合同诈骗罪,对金融机构并不构成贷款诈骗罪。第三,损害归属模式。此种模式主张对担保贷款双重欺诈行为性质的认定取决于担保权的最终实现情况<sup>①</sup>。上述三种模式对担保贷款双重欺诈行为内部的关键问题所持立场不同,最终得出的结论也各不相同。事实上,现有的定性模式对担保贷款双重欺诈行为都存在不同程度的理解偏差,尤其是对担保权地位的评价存在误区,因而难以对此类行为的性质作出正确认定。

1. 贷款诈骗罪模式之缺陷:忽视担保权在财产犯罪中的地位

贷款诈骗罪模式的定性依据在于:一方面,行为人对金融机构实施了欺骗行为,隐瞒担保的来源属于隐瞒真相的行为;另一方面,应当采取“个别财产损失说”的立场认定银行等金融机构遭受了财产损失<sup>②</sup>,而无需考虑担保权的存在。此外,该模式主张民事欺诈不能排斥刑事诈骗,

不能因为担保贷款双重欺诈行为涉及民事欺诈,就排斥刑法对该问题的介入<sup>③</sup>。

事实上,在贷款诈骗罪模式下,担保权被视为一种事后的民事救济措施,即便存在真实有效的担保,也不能阻碍诈骗犯罪的成立<sup>④</sup>,否则就会忽视担保权在财产犯罪中的地位。合同的担保(担保权)具有保障债权实现性,通过将保证人的财物或担保财产纳入到可以履行债务的范畴来保障债权的实现<sup>⑤</sup>。据此,担保权是一种典型的财产性利益,属于诈骗罪的保护法益,因而应当将其纳入诈骗罪的评价范围,在认定银行等金融机构的财产损失时,也应当考虑担保权的价值。如果仅仅将担保权视为刑事责任后的财产追回保障机制,既是对担保制度功能的无视<sup>⑥</sup>,也违背了刑法补充性的要求。在刑法评价中,真实有效的担保权能够弥补金融机构因发放贷款而遭受的财产损失。贷款诈骗罪模式在给类似行为定性时,采取了“个别财产损失说”的立场,忽视了担保权在财产犯罪中的地位,因而无法正确评价担保贷款双重欺诈行为的性质。

2. 合同诈骗罪模式之缺陷:混淆担保权本身与担保权实现

合同诈骗罪模式的定性依据在于:一方面,担保的来源不属于诈骗罪中的“重要事项”,即“在存在真实有效担保的情况下,就贷款诈骗罪的‘重要事项’而言,银行并没有受骗”<sup>⑦</sup>;另一方面,诈骗罪中的财产损失判断应当采取“整体财产损失说”,银行等金融机构因为担保权的存在而并不具有财产损失;最后,在此类案件中,金融机构可以通过私法上的手段恢复受损的财产秩序,根据刑法补充性的要求,当适用其他法律能

①参见张亚:《双重诈骗犯罪案件中财产损失的认定》,载《人民检察》2017年第23期,第75-76页;南京市中级人民法院:(2011)宁刑二初字第25号刑事判决书,载中国裁判文书网, [https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 7246 e5a5e21a65684ec39bef31155ce0&s7 = \(2011\)% E5% AE% 81% E5% 88% 91% E4% BA% 8C% E5% 88% 9D% E5% AD% 97% E7% AC% AC25% E5% 8F% B7](https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = 7246 e5a5e21a65684ec39bef31155ce0&s7 = (2011)% E5% AE% 81% E5% 88% 91% E4% BA% 8C% E5% 88% 9D% E5% AD% 97% E7% AC% AC25% E5% 8F% B7),最后访问时间:2024年10月7日。

②参见钱叶六:《担保贷款双重诈骗案刑民交叉实体问题研究》,载《法商研究》2018年第5期,第160-169页。

③参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第1320页。

④参见张明楷:《骗取贷款罪的保护法益及其运用》,载《当代法学》2020年第1期,第50-65页。

⑤参见崔建远:《合同法》(第六版),北京:法律出版社2016年版,第139页。

⑥参见张亚:《双重诈骗犯罪案件中财产损失的认定》,载《人民检察》2017年第23期,第75-76页。

⑦参见杨志琼:《贷款诈骗罪担保条款解释适用研究》,载《法学论坛》2018年第1期,第152页。

够调整某种法律关系时,就不宜适用该行为给行为人为人定罪处罚。

合同诈骗罪模式认识到了担保权在刑法评价上的重要地位,但该模式内部对担保权的理解较为混乱。金融机构事后实现担保权的行为,应该被评价为行使事后民事救济手段,不应该被纳入贷款诈骗罪的评价中,否则就混淆了担保权的设立和担保权的事后实现。这样处理,一方面会陷入以民事损失倒推刑事责任的误区;另一方面,混淆担保权本身和担保权的实现,会得出担保人的财产损失并非由行为人欺骗引起,而是事后银行等金融机构行使担保权所致的结论。但这既不符合财产犯罪所要求的被害人财产损失要直接产生于其处分行为的“直接性要件”,也不符合财产获利与财产损害要具有同一性的“素材同一性”原理<sup>①</sup>。

综上所述,与贷款诈骗罪模式相比,合同诈骗罪模式认识到了担保权在诈骗罪评价中的地位,不过,合同诈骗罪模式内部对担保权的认识并不完全准确,存在混淆担保权本身和担保权实现的问题。另外,合同诈骗罪模式的适用以存在真实有效的担保权为前提,而在司法实践中,这种前提并不必然成立,因此,现有的合同诈骗罪模式不能完全解决担保贷款双重欺诈行为的定性问题。

3. 损害归属模式之缺陷:以民事损失倒推刑事责任

金融机构担保权实现的不同情况导致财产损失最终归属具有不确定性,由此催生了损害归属模式。在损害归属模式下,银行等金融机构通过实现担保权来弥补自身损失后,如果最终损失归属于担保人,则行为人只对担保人成立合同诈骗罪;如果担保权无法顺利实现导致最终损失归属于金融机构,则行为人只对金融机构构成贷款诈骗罪。

损害归属模式的核心,是以民事损失倒推刑

事责任。这种处理方式会导致诸多问题。第一,待担保权实现之后再行定罪,会导致犯罪既遂时点的延后。当行为人实施欺骗行为取得担保权这一财产性利益和银行贷款时,犯罪已然成立,无须再去考虑担保权的实现情况,否则,行为构成犯罪的时点将会取决于他人的行为时点。第二,这种做法不仅忽略了私法上民事损失和刑法上法益侵害两者之间的评价方式、判断时点、判断标准的诸多不同,而且忽视了刑法的独立价值,再加上我国程序法上的“刑事优先”原则,采用这种方法无法对担保贷款双重欺诈行为的刑法性质做出准确评价<sup>②</sup>。第三,该定性模式忽略了担保权实现结果的不确定性和不可预测性。在实践中,由于存在商业风险等诸多因素,不能保证所有担保权都能顺利实现。如果此时仍依赖担保权的实现情况确定罪名,无疑会使案件的定性结论存在不确定性和不可预测性,不仅对解决担保贷款双重欺诈行为定性混乱的局面无可取之处,还会进一步破坏司法秩序的稳定和统一。

三、“合同诈骗罪模式”的再提倡

通过对担保贷款双重欺诈行为内部关键问题及现有定性模式的分析,合同诈骗罪模式的定性路径展现出更高的合理性。然而,该模式内部存在对担保权地位理解模糊、混淆担保权本身与担保权实现的缺陷,外部亦受到其他定性模式的挑战。因此,适用合同诈骗罪模式时,既要同时解决内部漏洞并回应外部质疑,也要确保适用思路的正确性。

(一) 刑法视角下的“担保权”地位辨析

担保权,亦即民法上规定的债的担保,是指在债务人责任财产之外设定额外的财产,在债务人不履行债务时,可以就此额外财产优先受偿,包括保证和担保物权<sup>③</sup>。担保权是担保贷款双重欺诈行为内部刑民关系的交叉点,正确理解担保权在财产犯罪评价中的地位,对担保贷款双重欺

①参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第1309页。  
②参见薛钧文:《“双重诈骗”案件的定性处理——以“财产损失”为视角》,载《经济刑法》2019年第1期,第178-180页。  
③参见李永军主编:《中国民法学》(第三卷),北京:中国民主法制出版社2022年版,第88页。

诈行为的定性至关重要。据此,适用合同诈骗罪模式必须纠正其对担保权的理解误区,一方面,要明确担保权作为财产性利益能够弥补财产损失;另一方面,要明确区分担保权本身和担保权的事后实现。

1. 担保权的“排除犯罪性”

在刑法视野下,担保权应当归属于财产性利益的范畴,但刑法理论界和实务界对有足额担保的诈骗行为是否构成犯罪争议较大。2023年10月10日,最高人民法院发布十二起涉民营企业产权和企业家合法权益保护再审典型案例,部分案例中法院的裁判立场表明,担保权作为财产性利益,在刑法评价中具有“排除犯罪性”。例如,在“蒋某智骗取票据承兑再审改判无罪案”中,法院认为,虽然行为人蒋某智在申请银行承兑汇票过程中提供了虚假申请材料,但其同时提供了超额抵押担保并缴纳约定的保证金,未给银行造成实际损失,因此不具备刑事处罚的必要性<sup>①</sup>;在“H金公司、X然公司及冯某等8人涉嫌骗取贷款罪”中,再审法院也进行了类似的说理<sup>②</sup>。

上述案例中的被告人在与金融机构交易过程中都存在欺骗行为,但同时都提供了足额的担保。再审法院的立场也较为相同,即在有真实足额担保的情况下,对申请贷款或其他金融产品时的材料造假等欺诈行为可以不作为犯罪处理。亦即在刑法视角下,真实有效的担保权作为财产性利益,能够弥补银行等金融机构的财产损失,从而具有“排除犯罪性”。

本文所提倡的合同诈骗罪模式,对于担保权的理解与上述最高人民法院发布的典型案例中的裁判立场一致:在借款人骗取金融机构贷款时,金融机构如果获得了担保人提供的真实有效的担保权,就可以认为其不再具有财产损失,从

而借款人对银行等金融机构的欺骗行为也不再具备刑事处罚的必要性。这种对担保权能够排除犯罪性的理解,一方面契合了当今社会重视民营企业利益保护的 trend,另一方面也是遵循刑法谦抑性的应有之义<sup>③</sup>。

2. “担保权”与“担保权实现”的界分

担保权具有“排除犯罪性”,但是担保权本身不同于担保权的事后实现,后者指的是在债务人不履行债务时,债权人通过拍卖、变卖担保物或者向保证人主张债权来弥补自身损失。在担保贷款双重欺诈案件中,银行等金融机构向担保人求偿的过程,就是实现担保权的过程。由此可见,担保权的实现是担保权的延伸,是将财产性利益转化为担保权人可以切实支配的财产的过程;而对担保人来说,担保权本身(设立)意味着在其特定财产上施加一种法定的权利限制,担保权的实现则标志着该特定财产在法律层面上的权属转移。

虽然担保权本身与担保权的实现联系密切,但是两者之间不可混淆。首先,在性质上,担保权属于财产性利益,而担保权的实现则是一种事后的民事救济措施。其次,在发生时点上,担保权在借款人申请银行等金融机构发放贷款时就已经设立,而担保权的实现则发生在银行等金融机构发放贷款且无法收回本息后。最后,在刑法评价上,担保权作为一种财产性利益,属于财产犯罪评价范畴之内;而担保权的实现作为一种事后的民事救济手段,通常不在财产犯罪的评价范围之内。这是因为,将民事救济手段纳入刑法评价,一方面,会忽视为了主张民事救济而产生的成本;另一方面,如果事后弥补损失能够改变对行为人先前行为的评价,那么惩罚财产犯罪的价

①参见广西壮族自治区高级人民法院:“蒋某智骗取贷款、票据承兑等刑事再审刑事判决书”,(2022)桂刑再4号,载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=DES%E5%8A%A0%E5%AF%86%E5%89%8D%E5%8F%82%E6%95%B0%E4%B8%8D%E5%90%88%E6%B3%95%EF%BC%81>,最后访问时间:2024年10月7日。

②参见新疆维吾尔自治区高级人民法院:“汇金公司、欣然公司及冯韬等8人职务侵占、挪用资金、骗取贷款、故意销毁会计凭证、会计账簿再审部分改判无罪案”,(2023)新刑再1号刑事判决书,载新疆法院网, <http://xjfy.xjcourt.gov.cn/article/detail/2023/10/id/7572101.shtml#:~:text=2023%E5%B9%B41>,最后访问时间:2024年10月7日。

③参见周光权:《担保真实额与骗取贷款罪的界限——从两起涉民营企业保护刑事再审典型案例出发》,载《法律适用》2023年第11期,第14页。

值将不复存在<sup>①</sup>。

尽管担保权本身与担保权的实现联系密切,但两者性质不同,在刑法评价中不能等同看待,后者不能被纳入到财产犯罪的评价范围内。混淆担保权本身与担保权的事后实现,会使合同诈骗罪模式内部逻辑不通。一方面,会导致案件的处理陷入以民事损失倒推刑事责任的困境,使案件的结果具有极大的不可预测性和不确定性;另一方面,如果过度重视担保权的实现情况,不加区分地将其纳入财产犯罪的评价范畴,会导致刑法对市场交易活动的过度介入,使银行等金融机构受到刑法的倾斜性保护,造成担保贷款双重欺诈案件中当事人地位的不平等,违背了刑法的谦抑性。

### 3. 担保权本身与担保权实现界分下的合同诈骗罪模式

对担保权地位理解的误区,是现有研究在界定担保贷款双重欺诈行为性质上存在分歧的根源。在明确真实有效的担保权具有“排除犯罪性”并将担保权本身与担保权实现界分后,担保贷款双重欺诈类案件的评价中心应当转向担保权这一财产性利益,而非之后的担保权实现情况。在借款人欺骗担保人与银行签订担保合同时,借款人就取得了担保人提供的贷款担保,担保人的损失也已经确定。这是因为借款人本身对银行贷款具有非法占有目的,其注定不会归还贷款,因而自始就决定了担保人需要偿还这部分贷款,“此时被害人的担保财产就已经陷入了一种等同于损失的紧迫危险之中”<sup>②</sup>。这种情况下,难以否认借款人对担保人提供的担保具有非法占有目的<sup>③</sup>,所以借款人对担保人已然构成合同诈骗罪既遂。至于金融机构事后的求偿,无非是

将担保人已经遭受的特定财产上的权利限制转化为特定财产所有权的损失。此过程仅是损害形态的变换,而不是财产损失的发生。

而对银行等金融机构来说,其在发放贷款时就已经获得了担保权这一财产性利益。这种财产性利益既可能是第三人的保证,也可能是抵押权或质押权等担保物权,这一财产性利益使其可以在借款人不归还贷款时,享有对担保财产优先受偿的绝对权利。至于担保权能否完全实现,则并不属于刑法的评价范围。在商业贷款的交易模式下,即便是对财产损失进行无比精细化的计算,也终归只是事前的预测性判断;若是允许进行事后判断,甚至用刑法加以规制,那么金融机构一方将会立于不败之地,市场交易的平衡就会被打破。担保权的存在,使银行等金融机构取得了一个“具有财产价值的期待地位”<sup>④</sup>。因此,不应当认为其在发放贷款的过程中存在财产损失,也不应当认为借款人对银行等金融机构成立贷款诈骗罪。据此,在担保权本身和担保权实现的二分体系下,合同诈骗罪模式才是解决担保贷款双重欺诈问题的最佳路径。

#### (二)对“合同诈骗罪模式”质疑的回应

由于存在上文提到的缺陷,以往合同诈骗罪模式受到了诸多质疑。一方面,将担保权和担保权的实现等同看待,会使对诈骗罪构成要件判断出现空当,导致该模式的定性结论无法满足诈骗罪所要求的“直接性要件”和“素材同一性”;另一方面,以往合同诈骗模式缺乏横向和纵向的扩展论证,在横向层面忽略了对担保贷款双重欺诈行为是否成立骗取贷款罪的判断,在纵向层面则忽略了担保贷款双重欺诈行为中可能出现的共同犯罪问题。

①参见师晓东:《〈民法典〉背景下担保借款双重诈骗案件之认定》,载《西部法学评论》2021年第1期,第16页。

②参见薛钧文:《“双重诈骗”案件的定性处理——以“财产损失”为视角》,载《经济刑法》2019年第1期,第185页。

③有学者主张,对于行为人来说,担保人提供的担保只是其获取银行贷款的一个前提和工具,其对担保秉持的是“暂时利用”的态度而非“据为己有”的态度。亦即行为人并不具有非法占有第三人提供的担保财物的目的。但是,担保并不存在“暂时利用”的说法,因为行为人不具有补偿担保人的意愿,在银行要求提供担保时,行为人用担保人提供的担保来交换银行的贷款,这本身就是行为人在处分担保的过程,也能佐证其对担保人提供的担保具有非法占有目的。参见朱纪玲:《“担保贷款两头骗”司法争议问题研究——以2014—2018年的裁判文书为研究样本》,载《安徽警官职业学院学报》2020年第1期,第11页。

④参见恽纯良:《诈骗罪中财产损害之判断——“财产危险”概念的回顾与展望》,载《台北大学法学论丛》2017年第103期,第184—185页。

1. 直接性要件问题

诈骗罪的直接性要件,指的是被害人的处分行为本身导致了财物或者财产性利益的直接转移<sup>①</sup>,而无需介入行为人、被害人或者第三人的其他行为。据此,质疑者指出,在担保贷款双重欺诈行为中,担保人的财产损失并不是由担保人受骗后的处分行为直接造成的,而是由银行等金融机构实施担保权的行为导致的。行为人对担保人的欺骗行为并没有直接导致其遭受财产损失,因而不满足诈骗罪的直接性要件,借款人对担保人不构成合同诈骗罪<sup>②</sup>。

之所以会出现上述观点,仍然是因为没有厘清担保与担保的事后实现之间的关系。上述观点认为,担保人的财产损失是由事后银行等金融机构实现担保权的行为造成的,而担保人向借款人提供担保时,担保人不存在财产损失,因为此时保证人的财产没有被执行,或者担保财产没有被拍卖、变卖。然而,由于借款人自始就没有偿还贷款的计划,相当于担保人在提供担保的那一刻起,就注定将来要被银行等金融机构求偿。担保权是一种财产性利益,而以自己的财产为他人设立担保权,必然会给自己带来财产损失。这种损失并不是表现为担保人自身财产消失,而是表现为担保人要承担主债务或者向债权人让渡担保物的价值和部分财产权<sup>③</sup>,而这部分价值和财产权利是注定无法收回的。据此,对担保人财产损失的认定,无须等到银行等金融机构事后实现担保权。事后实现担保权行为的效果,仅仅是使担保人财产损失的形态发生改变。在担保人为借款人设立担保时,其就已经完成了对自己财产的处分行为。这种处分行为直接使自身的财产权利受到减损,导致了财产损失的发生。所以,合同诈骗罪模式符合直接性要件的要求,上

述质疑并不成立。

2. 素材同一性问题

“素材同一性”要件的设立,是为了确保财产犯罪中财产获利和财产损失之间存在一定的关联,从而避免财产犯罪的处罚过于宽泛。有观点主张,在担保贷款双重欺诈案件中,担保人最终丧失了担保财产,而借款人却并没有获得担保财产,其获得的是银行的贷款,担保人的财产损失和借款人的财产获利之间不具有关联,不满足合同诈骗罪的素材同一性<sup>④</sup>,因此借款人对担保人并不构成合同诈骗罪,而是对银行等金融机构构成贷款诈骗罪。不过,这种观点内部存在诸多漏洞,具体如下:

首先,上述观点中对素材同一性的解释大多倾向于对象一致性,即行为人或第三人取得的财产与被害人处分的财产具有同一性。然而,此种解释本身就与合同诈骗罪模式所持的整体财产损失说相矛盾。因为在整体财产损失说的视角下,诈骗罪中财产损失的判断素材,是被害人实施处分行为前后的整体财产状况。在这种情况下,要求行为人或第三人取得的财产与被害人处分的财产的完全相同没有实际意义<sup>⑤</sup>。因此,对诈骗罪中的素材同一性的理解,应该是行为人或第三人的财产获利能够归属于被害人的处分行为,但并不要求获利行为与处分行为客体上的一致性,只要两者之间具有某种归属关系即可<sup>⑥</sup>。

其次,该观点违背了上文提到的诈骗罪直接性要件。该观点选取的判断时点,是银行等金融机构实现担保权之后,认为此时第三人丧失了担保财产,但行为人取得了贷款。可是,第三人担保财产的损失并非直接产生于该第三人的财产处分行为,而产生于银行等金融机构实现担保权的行为;第三人的处分行为即设立担保权的行

①参见张明楷:《外国刑法纲要》(第三版),北京:法律出版社2020年版,第537页。  
②参见武晓雯:《“双重诈骗”案件的定性处罚——以欺骗不动产担保后骗取银行贷款为例》,载《法学家》2017年第4期,第102-103页。  
③参见陈少青:《担保贷款双重诈骗的犯罪认定——以担保的刑法评价为切入点》,载《政治与法律》2019年第1期,第60-64页。  
④参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第1030页。  
⑤参见恽纯良:《不法意图在詐欺罪的定位、功能与判断标准》,载《东吴法律学报》第27卷第2期,第158页。  
⑥参见徐万龙:《论债务人保护案件中三角债权诈骗的认定》,载《北方法学》2021年第2期,第75页。

为,不会使自己立即失去担保财产,也不能使行为人为人直接获取银行贷款。因此,这种观点无法满足诈骗罪的直接性要件。

最后,该观点忽视了担保权这一财产性利益的地位。在借款人骗取担保人为其贷款提供担保时,担保人处分的是担保权,借款人获得的亦是担保,此时合同诈骗罪已然既遂,也完全符合素材同一性原理。至于之后借款人是否获得贷款,并不能否认之前其已经获得了担保人处分的财产利益,也不能否认合同诈骗罪的成立。上述观点只关注到行为人最后获得了贷款,却忽视了在此之前,行为人早已获得了担保人提供的担保,且最后以担保对照银行贷款,自然得出了不满足素材同一性原理的结论,殊不知其中忽视了诸多步骤。

3. “漏罪”问题

合同诈骗罪模式否定了贷款诈骗罪的成立,但忽略了对骗取贷款罪的审查,骗取贷款罪和贷款诈骗罪的犯罪构成相类似,两者的主要区别在于非法占有目的的有无,而且在《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)对骗取贷款罪的规定中,不仅包括“重大损失”,而且包括“严重情节”,这意味着即便金融机构不存在财产损失,行为人也可能因为存在严重情节而入罪。因而,有学者主张合同诈骗罪模式仅凭借行为人提供的担保就否认“重大损失”和“严重情节”的存在,这种结论过于片面<sup>①</sup>。

上述观点在《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)》)颁布之前具有一定合理性,但《刑法修正案(十一)》对骗取贷款罪的犯罪构成进行了限缩,删除原“或者有其他严重情节的”规定,只保留“给银行或者其他金融机构造成重大损失的”规定,并保留加重形态的“情节”入罪规定<sup>②</sup>。这意味着骗取贷款罪一档刑的成立,必须存在“重大损失”的客观后果,即行为人的骗取贷款行为必须导致银行等

金融机构遭受经济损失。但仍有观点认为,在有足额担保的情况下,如果行为人为人骗取贷款数额特别巨大,可以视为具有“特别严重的情节”,从而适用骗取贷款罪的第二档法定刑。但是,这种观点一方面可能会违背情节加重犯的法理,另一方面也与《刑法修正案(十一)》对本罪做出修改的旨趣不符。

首先,本罪后半段的规定属于情节加重犯,适用时须行为人已构成基本犯<sup>③</sup>。若行为人不符第一档法定刑的要求,就不能直接认定其具有“特别严重情节”而适用第二档法定刑,否则就违背了加重犯的法理。其次,《刑法修正案(十一)》对本罪做出修改,提高本罪的成立门槛,意欲改变民营企业“融资难”“融资贵”的现状,优化民营企业的营商环境并加强对民营企业权益的保障。如果有足额担保的情况下,仍然对企业以骗取贷款罪论处,甚至选取第二档法定刑,这种做法无法改善当前民营企业的融资环境,也使刑法修改目的落空。

总之,“财产损失”也是骗取贷款罪成立的要件之一。在担保贷款双重欺诈行为中,由于担保权的存在,金融机构不会遭受财产损失,借款人也就不构成骗取贷款罪。这种观点契合了最高人民法院发布典型案例的裁判立场。所以,适用合同诈骗罪模式并不会存在“漏罪”问题。

4. 共同犯罪问题

合同诈骗罪模式面临的另一质疑,是在共犯从属性原则下采用该定性模式存在放纵犯罪的风险。当借款人骗取担保后,若此时有共犯人帮助其骗取银行等金融机构的贷款,由于借款人对金融机构不构成贷款诈骗罪,根据共犯从属性原则,作为正犯的借款人不构成犯罪,共犯人自然也不构成犯罪,因而,仅认定行为人为人构成合同诈骗罪无法给上述共犯人定罪处罚。另外,上述行为中的共犯人如果不具有非法占有目的,根据《刑法》第 175 条之一的规定,其应当成立骗取贷

①参见张明楷:《骗取贷款罪的保护法益及其运用》,载《当代法学》2020 年第 1 期,第 50 - 65 页。  
②参见孙道萃:《骗取贷款罪新论》,载《政治与法律》2022 年第 4 期,第 41 页。  
③参见肖中华:《情节加重犯研究》,载《法治研究》2012 年第 4 期,第 4 页。

款罪的共犯。然而,在合同诈骗罪模式的逻辑下,当借款人具有非法占有目的,且共犯对此明知并帮助其虚构材料申请银行贷款时,反而不构成犯罪,这显然造成了处罚不协调,有违刑法的公平正义<sup>①</sup>。

实际上,认为该共犯人构成犯罪是以承认银行等金融机构具有财产损失为前提的,这在贷款诈骗罪模式的逻辑下自然成立,但是,在合同诈骗罪模式视角下,由于担保权的存在,银行等金融机构并没有遭受财产损失,借款人不构成贷款诈骗罪,帮助其骗取银行等金融机构贷款的共犯人自然也不构成贷款诈骗罪。这并不是在放纵犯罪,因为借款人和共犯人根本不满足贷款诈骗罪的构成要件。在不构成贷款诈骗罪的情况下,如果该共犯人不具有非法占有目的,仅仅是帮助借款人伪造了相关材料而骗取贷款,表面上看似符合骗取贷款罪规定的犯罪行为,但上文已经论及,骗取贷款罪的成立要求金融机构遭受重大损失,而在具有真实、足额担保的情况下,金融机构不会遭受重大损失,也不能认为该第三人存在“其他特别严重的情节”,所以该第三人亦不构成骗取贷款罪。据此本文认为,共同犯罪问题并不是合同诈骗罪模式的内部缺陷,其实质仍然是不同定性模式之间的立场差异。

#### 四、“合同诈骗罪模式”的适用思路

合同诈骗罪模式的适用,必须建立在银行等金融机构可以取得合法有效担保权的前提下,而担保权是否合法有效,则受到相关民事合同效力 and 担保财产自身性质的影响。以往的合同诈骗罪模式乃至其他各种定性模式都默认该前提成立,从而将实践中的复杂问题进行了理论上的简单化处理。因此,有必要明晰合同诈骗罪模式的适用思路,在界定担保贷款双重欺诈行为的性质之前,首先进行对担保权效力的检验。

#### (一) 所涉民事合同效力辨析

担保贷款双重欺诈行为中涉及两种类型的民事合同,分别是借款人与银行签订的借款合同,以及担保人与银行签订的担保合同。这两种合同的合法有效与否,都能够影响到金融机构获得的担保权的效力。

##### 1. 借款合同效力辨析

对于借款合同,首先要区分为行为人涉嫌的诈骗行为和双方签订合同的民事行为。借款人的诈骗行为属于刑法的评价范畴,但是借款人与金融机构签订借款合同这一行为本身以及合同的内容,则属于民法的评价范畴<sup>②</sup>。合同内容仅仅是正常的资金借贷,并不违背公序良俗以及法律、行政法规的强制性规定;同时,借款人与银行的贷款交易,也不属于我国民法典规定的虚假的法律行为。因为虚假法律行为要求交易双方具有“通谋性”<sup>③</sup>,而在担保贷款双重欺诈案件中,借款人与银行等金融机构并没有进行通谋,更没有实施《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第158条规定的“恶意串通行为”。据此,该借款合同并不存在法定的无效事由。

除无效事由外,《民法典》第148条还规定了可撤销的民事法律行为。在担保贷款双重欺诈行为中,借款人隐瞒自己真实的贷款目的和贷款用途而申请贷款,对银行等金融机构实施了欺诈行为。依照《民法典》的规定,两者间签订的借款合同属于可撤销合同,银行等金融机构作为被欺诈方,可以行使撤销权,使该借款合同自始无效;若其不行使撤销权,则该借款合同仍然有效,对双方具有约束力。我国相关判例也持此观点。在“中国农业发展银行某支行与某公司借款合同纠纷案”中,法院认为,“银行属于被欺诈一方,其对合同享有撤销权,然而,其并未主张撤销,故本

①参见武晓雯:《“双重诈骗”案件的定性与处罚——以欺骗不动产担保后骗取银行贷款为例》,载《法学家》2017年第4期,第103页。

②参见钱叶六:《担保贷款双重诈骗案刑民交叉实体问题研究》,载《法商研究》2018年第5期,第167页。

③参见李永军:《虚假意思表示之法律行为刍议——对于〈民法总则〉第146条及第154条的讨论》,载《中国政法大学学报》2017年第4期,第42页。

案所涉《流动资金借款合同》应为有效合同”<sup>①</sup>。

综上所述,借款人与银行等金融机构签订的借款合同为可撤销合同。若银行等金融机构不行使撤销权,该借款合同合法有效,此时需要进一步检验担保合同的效力;若银行等金融机构行使撤销权,则借款合同自始无效,而担保合同作为借款合同的从合同,也自始无效。无法约束担保人,银行等金融机构便无法获得真实有效的担保权,结果就是担保人将不再具有财产损失,最终的财产损失归属于银行。此时,合同诈骗罪模式的结论便难以成立<sup>②</sup>。

2. 担保合同效力辨析

依据《民法典》规定,担保合同和保证合同属于从合同,其效力从属于主债权债务合同。因而,担保人和银行等金融机构签订的担保合同是否具有效力,一方面要考察借款合同的效力,另一方面也要考察担保合同本身。从借款合同来看,前文已经论及,作为主合同的借款合同是可撤销合同,在银行等金融机构不行使撤销权的情况下,主合同合法有效;担保合同与借款合同相同,亦不存在法定无效事由,并且担保人是受到借款人而不是合同相对方银行等金融机构的欺诈,因此不能适用《民法典》第 148 条来认定其为因受欺诈而可撤销的合同。同时,此类案件也不符合《民法典》第 149 条规定的第三人欺诈的情形。因为担保人与银行签订担保合同的意思表示是真实的,并且在此类案件中,作为担保合同相对人的银行等金融机构一般不会知晓借款人的欺诈行为,否则就不会放款。据此,在借款合

同合法有效的前提下,担保合同亦不存在效力瑕疵的法定事由。

除上述法定事由外,实践中还出现过无权代理他人为借款人提供担保的案件。例如,在“宋某涉嫌贷款诈骗罪”一案中,被告人宋某申请银行贷款,罗某通过偷取其母亲的房产证、伪造其母亲的授权委托书以及寻找他人冒充其母亲等手段,为宋某提供房产抵押担保,而其母亲孔某对此均不知情<sup>③</sup>。此类案件中,行为人以他人名义实施财产处分行为,符合《民法典》第 171 条规定的无权代理行为的特征。根据无权代理行为的法律规则,担保合同是否有效取决于该财产所有人的追认。若其追认该担保合同,银行等金融机构就可以获得真实有效的担保权;若其拒绝追认,则担保合同不发生效力<sup>④</sup>。

总之,在借款合同合法有效并排除无权代理等个案的前提下,担保合同也是合法有效的,银行等金融机构可以依据此合同获得真实有效的担保权,合同诈骗罪模式的前提得以成立。

(二) 所涉担保财产性质辨析

在司法实务中的某些情形下,即便存在合法有效的民事合同,但由于该民事合同所指向的担保财产的性质存在瑕疵,亦会导致金融机构无法获得真实有效的担保权。因此,确认担保权是否合法有效,还需要对此类行为中涉及的担保财产的性质进行检验。

1. 以无权处分的财物作为担保

在担保贷款双重欺诈案件中,可能会出现担保人受到借款人的欺诈后,以自己名义将他人财

①参见最高人民法院(2013)民二终字第136号民事判决书,载北大法宝, <https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f39f328eb1a584cb5d57fc23bc842cd981bdfb.html?keyword=%282013%29%E6%B0%91%E4%BA%8C%E7%BB%88%E5%AD%97%E7%AC%AC136%E5%8F%B7&way=listView#anchor-documentno>,【法宝引证码】CLI.C.7474555,最后访问时间:2024年10月7日。

②如果银行等金融机构选择行使撤销权,则意味着其无法获得既定的利息,也无法要求行使担保权。因而,实践中银行等金融机构往往不选择行使撤销权,而是主张借款合同有效并行使担保权。

③参见江西省九江市浔阳区人民法院(2004)浔刑二初字第14号刑事判决书,载北大法宝, <https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3a683ff0ae82c4c72a676fee060e4c033bdfb.html?keyword=%EF%BC%882004%EF%BC%89%E6%B5%94%E5%88%91%E4%BA%8C%E5%88%9D%E5%AD%97%E7%AC%AC14%E5%8F%B7&way=listView#anchor-documentno>,【法宝引证码】CLI.C.24326,最后访问时间:2024年10月7日。

④不过,采用无权代理制度会使借款人罪名取决于被代理人追认。对此,有观点主张可借鉴德国财产损失风险理论,即特定情境下,行为致被害人财产面临紧迫危险即视为财产损失,无须实际损失发生。在上述无权代理设立担保的情形中,银行等金融机构获得的担保权随时面临被拒绝追认的风险,这种风险构成财产损失的紧迫危险,可以视为银行等金融机构没有获得合法有效的担保权,从而遭受了财产损失。参见王钢:《德国判例刑法学(分则)》,北京:北京大学出版社2016年版,第216页。

物为银行等金融机构设立担保权的情形。此时,担保人的行为属于典型的无权处分。在无权处分的情况下,需要考虑善意取得制度的适用。若银行等金融机构不满足“善意第三人”的要求,其便无法取得合法有效的担保权来弥补自身财产损失。此时,就无法继续适用合同诈骗罪模式认定行为的性质。如若银行等金融机构满足善意取得制度中“善意第三人”的要求,其可以善意取得担保人无权处分的担保权。这种担保权由于存在法律的背书,对银行等金融机构来说是真实有效的<sup>①</sup>。据此,合同诈骗罪模式的适用条件得以满足。

在上述情况下,借款人与担保人之间的关系变得更为复杂。借款人诈骗担保人,担保人因此无权处分了第三人的财产,此时借款人是否仍然对担保人构成合同诈骗罪?事实上,无论担保人如何取得第三人的财物,代为保管也好,盗窃诈骗所得也罢,此时借款人诈骗担保人以第三人的财物为自己提供担保依然构成合同诈骗罪,因为财产犯罪保护的法益包括这种“需要通过法定程序恢复应有状态的占有”。即使上述财物是盗窃、诈骗、抢劫他人非法所得的,也侵害了财产犯罪的保护法益<sup>②</sup>。

2. 虚构担保财产与重复担保

虚构担保财产包括虚构不存在的担保物和以不足值的担保物冒充足值的担保物。对于前者来说,由于担保财产本身就是不存在的,因而银行等金融机构无法获取真实有效的担保权;同时,担保财产的不存在,也意味着担保人没有遭受财产利益损失,因而借款人对担保人也不成立合同诈骗罪<sup>③</sup>。对于后者来说,不足额的担保财产设立的担保权虽然具有一定的效力,但其无法

完全弥补银行等金融机构的财产损失,此种情形也不满足合同诈骗罪模式的适用条件。不过,不足额的担保依然具有一定的财产价值,属于财产性利益,因而借款人诈骗担保人为自己提供不足额担保,仍然有构成合同诈骗罪的可能。

重复担保是指担保人在已经设立担保权的标的物上另设立一个新的担保权。无论是抵押权还是质权,超出担保财产价值的重复担保都会侵犯顺序在后的债权人(即抵押顺序靠后的银行等金融机构)的利益,使其债权无法得到优先的、完全的受偿<sup>④</sup>。因此,在重复担保已经超出担保财产的价值时,该担保权不能完全弥补银行等金融机构因为贷款本息无法收回所遭受的财产损失,也就不满足合同诈骗罪模式的前提条件。至于借款人对担保人构成的罪名,则要考察担保物价值大小。如若担保物价值可以保证在清偿该担保物上设立的其他顺序在先的担保权后仍剩余部分价值,那么此重复担保设立的担保权仍然具有一定的财产价值,属于财产性利益。借款人骗取了担保人的这部分财产利益,自然构成合同诈骗罪。如若担保财产在清偿其他顺序在先的担保权后没有剩余价值甚至不足以清偿其他担保权,那么后设立的担保权自然无法得到清偿,也不具有财产价值。担保人也不会因为重复担保遭受财产损失,借款人对担保人也就不成立合同诈骗罪。

结论

担保贷款双重欺诈行为是一个刑民交织的复杂议题,要想准确界定此类行为的性质,必须精准剖析行为中涉及的刑事违法行为与民事法

①有学者主张,在善意取得的情况下,银行取得的担保财产随时有被追讨的风险,善意取得人获得的是一个有权利瑕疵的担保权,没有实现交易目的,因而其仍然具有财产损失。但是根据《民法典》相关规定,在银行等金融机构完全满足善意第三人条件的情况下,其取得的担保权就无法被原所有人追讨,也不存在权利瑕疵,善意第三人也实现了原有交易目的。参见张明楷:《无权处分与财产犯罪》,载《人民检察》2012年第7期,第5-12页。

②参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第1225页。

③如果将“着手”理解为实施一部分符合构成要件的行为(形式客观说),借款人此时对担保人构成合同诈骗罪未遂;如果将“着手”理解为行为侵害法益的危险达到紧迫程度(实质结果说),由于担保人是虚构的担保财产上设立担保权,其没有受到财产损失的危险,因而借款人不构成合同诈骗罪未遂。

④参见杨志琼:《贷款诈骗罪担保条款解释适用研究》,载《法学论坛》2018年第1期,第157页。

律行为之间的关联与界限。其中,担保权是此类案件中刑法范畴和民法领域的交叉点。一方面,其作为财产性利益可以被纳入到财产犯罪的评价范畴;另一方面,其背后的法律关系又受到民法的管辖。所以,正确认定担保权在整个案件中

所处的地位,才是给担保贷款双重欺诈案件定性的关键。这也正是现有定性模式的缺陷所在。

正如图 1 所示,一方面,担保权是否合法有效,是认定行为性质的重要前提,应当从有关民事合同的效力和担保财产的性质两方面对金融

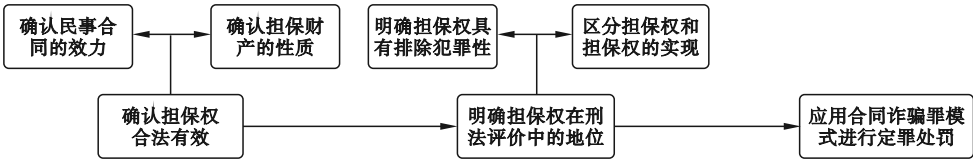


图 1 担保贷款双重欺诈行为的定性思路

机构获得的担保权进行检验;另一方面,要明确担保权作为一种财产性利益,在刑法评价中具有“排除犯罪性”,同时不能混淆担保权本身与担保权的事后实现这一私法救济手段。上述两点论断,弥补了当前合同诈骗罪模式中存在的漏洞。据此,担保贷款双重欺诈行为的定性思路也得以

确立,即在确认担保权的效力和地位后,采用担保权本身与担保权的事后实现界分下的合同诈骗罪模式,来判定行为人对担保人构成合同诈骗罪,对银行等金融机构则不构成犯罪。

【责任编辑:张 戈】

## Qualitative study on double fraud in secured loans

Li Xiaonan

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

**Abstract:** The double fraud of secured loans involves the intersection of criminal and civil law, and the internal legal relationship is relatively complex, so there are great differences in the characterization of this behavior between the theoretical and practical circles. The existing qualitative model has loopholes such as insufficient understanding of the essential attributes of the security right and lack of discussion on the effectiveness of the security right. As a property interest, the security right has “exclusion of crime” in the evaluation of criminal law and can make up for the property losses of financial institutions. The model of loan fraud crime ignores the status of the security right in property crimes, and thus there are misunderstandings in the judgment of the elements of property loss; while the model of contract fraud crime grasps the key issue of the security right, but there is still a loophole of confusing the security right itself and the realization of the security right. The correct qualitative thinking should be to distinguish the security right itself from the realization of the security right on the premise of confirming that the security right obtained by the financial institution is legal and valid, and finally adopt the model of contract fraud crime to determine that the perpetrator has committed contract fraud against the guarantor.

**Key words:** contract fraud crime; loan fraud crime; property loss; security right

# 民营企业高级管理人员涉职务犯罪预防机制研究

王晓翠

(辽宁公安司法管理干部学院,辽宁 沈阳 110161)

〔摘 要〕近年来,民营企业高级管理人员涉职务犯罪问题已成为制约民营经济发展的不良因素并引发社会广泛关注。为进一步优化营商环境,助推民营企业行稳致远,应将治理涉企犯罪的端口前移,综合运用犯罪预防手段,注重民营企业高级管理人员涉罪风险的预防与治理,发挥“消未起之患、治未病之疾”的作用,从源头上遏制民营企业高级管理人员涉职务犯罪行为,减少因民营企业高级管理人员职务犯罪行为对企业发展造成的不良影响。

〔关键词〕民营企业;高级管理人员;职务犯罪;企业合规

〔基金项目〕本文系辽宁省法学会2023年重点课题项目“民营企业职务犯罪的治理研究”(项目编号:LNFXH2023A037)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕王晓翠(1982—),女,辽宁沈阳人,辽宁公安司法管理干部学院民商行政法教研部副教授,主要从事民法学及犯罪学研究。

〔收稿日期〕2024-06-20

〔中图分类号〕D914 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-088-07

## 引言

民营经济是推动社会主义市场经济发展的重要力量,民营企业是推动我国经济高质量发展的重要主体,也是我们党长期执政、团结带领全国人民实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴中国梦的重要力量。国家市场监督管理总局发布的数据显示,截至2023年3月底,全国登记在册的民营企业数量超过4900万户,民营企业在企业总量中的占比达到92.3%;民营经济贡献了50%以上的税收,60%以上的国内生产总值,70%以上的技术创新成果,80%以上的城镇劳动就业。可见,民营企业为国家创造了可观的经济效益和就业机会。但是,随着民营经济的增速发展,民营企业也面临着一些挑战和困难。很多民营企业未能及时跟进现代企业制度发展壮大的步伐,在人、财、物等方面未建立全面的系统体系;民营企业缺乏内部合规经营理念,对内部管理层的决策、资金使用、人员任免等缺乏有效的

监督制约;一些民营企业高级管理人员借制度缺陷之机实施利己行为,损害企业利益,涉企职务犯罪行为凸显,严重破坏民营企业的经营管理秩序,成为制约民营企业健康发展的因素之一。

2022年12月15日,习近平总书记在中央经济工作会议上强调:“民营企业和民营企业要筑牢依法合规经营底线,弘扬优秀企业家精神,做爱国敬业、守法经营、创业创新、回报社会的典范”。2023年7月14日党中央发布《中共中央国务院关于促进民营经济发展壮大的意见》,对促进民营企业健康发展、平等保护等方面提出明确要求,为规制民营企业高级管理人员经营行为,降低其涉罪风险,建立预防民营企业高级管理人员涉罪预防机制提供了政策指引。

## 一、民营企业高级管理人员涉职务犯罪范畴

从主体上看,民营企业职务犯罪行为包含两种类型:一是以单位为主体实施的单位行贿行为;二是以自然人为主体的职务犯罪行为。

自然人实施的职务犯罪行为包含实际控制人等高级管理人员实施的职务犯罪行为以及企业中涉及采购、营销等重要岗位人员实施的职务侵占等职务犯罪行为。由于民营企业高级管理人员在企业经营决策中处于主导地位,在企业融资运作、争取商机、日常资金使用等方面容易引发相关职务犯罪且具有代表性和典型性,故本文在企业高级管理人员实施的职务犯罪层面展开讨论。

(一) 民营企业高级管理人员的界定

关于民营企业高级管理人员的界定,有学者从出资角度看,认为民营企业高级管理人员指该企业的实际控制人;也有学者从出资和管理角度看,认为民营企业高级管理人员应当包括民营企业的董事长、董事、经理、实际控制人、董事会秘书、财务总监以及公司章程规定的其他企业高级管理人员。笔者倾向于认同后者的观点,因为就实际运营情况来看,民营企业尤其是中大型民营企业的主要决策权掌握在企业实际控制人、董事长、经理、董事会秘书等高级管理人员手中,这类人员在民营企业的经营方向、未来发展、人事任免、财务管理等方面起着决定性作用。因此,讨论民营企业高级管理人员涉职务犯罪问题,将企业高级管理人员主体范围明确为上述人员更为符合实际。

(二) 民营企业高级管理人员职务犯罪的类型

关于民营企业高级管理人员涉职务犯罪的类型,刑事法律规范中并未作出直接规定,但根据职务犯罪的本质属性不难发现,民营企业高级管理人员职务犯罪应当指上述人员利用职务上的便利,谋求私利实施的侵犯企业财产利益而应当受到刑罚处罚的行为。通过梳理刑事法律规范可知,涉及企业高级管理人员的职务犯罪主要包括三类:一是徇私型犯罪,如职务侵占罪、挪用资金罪;二是商业贿赂型犯罪,如非国家工作人员受贿罪、非国家工作人员行贿罪;三是违反忠

诚职责型犯罪,如背信损害上市公司利益罪。

二、民营企业高级管理人员涉职务犯罪原因分析

根据中国企业家犯罪预防研究中心发布的《2023 企业家刑事风险分析报告》显示,近三年企业家罪名触犯频率中,民营企业高级管理人员共触犯职务侵占罪、挪用资金罪、背信损害上市公司利益罪 1794 次,约占企业家犯罪总数的 88%。其中高频罪名中涉职务犯罪的罪名包括职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、非国家工作人员行贿罪,上述罪名均位列企业家触犯罪名频率的前五项之内,共占民营企业涉案罪名的 26.09%<sup>①</sup>。由此可见,民营企业高级管理人员涉职务犯罪在民营企业涉罪比例中占比较高。企业高级管理人员的这些犯罪行为有的侵蚀企业财产,有的降低企业信用;此外,通过商业贿赂等不正当手段获取签约机会,严重干扰了市场经济的正常运行和合法秩序。其主要原因在于:

(一) 现代企业管理制度的缺失成为徇私类职务犯罪的主因

多数民营企业的创办主要依靠家族人员的投资运营,存在着治理结构虚化问题。这种模式存在天然的缺陷,即企业经营权与企业财产权合一,企业经营管理活动主要由家族层面的管理人员负责。其直接后果就是企业内部监督机制的失效,在人事管理、用工、晋升提拔等方面任人唯亲现象频发;在决策效果上容易存在利益失衡的问题,决策违法风险较大。很多企业存在公司人格与投资者人格混同的情况,公司决策和运营被实际控制在公司董事长、总经理甚至某一实际控制人手中,董事会处于被架空状态,即便监事会拥有监督权,但在实践中却难以实现监事会与董事会相互之间监督制衡的目的。

现代企业管理制度的缺失使得民营企业经

<sup>①</sup>参见张远煌,孙昕锴,叶子涵:《2023 企业家刑事风险分析报告(2022 暨 2017—2021 数据对照分析)》,载《河南警察学院学报》2023 年第 4 期,第 47 页。

营行为存在一定的随意性和不规范性,给企业人员实施职务犯罪行为提供了可乘之机。如企业高级管理人员不遵守财务制度随意支配企业财产,混淆个人财产与企业财产,将企业资产作为个人财产使用;未依法制订全面合理的规章制度,在采购、销售、财务等关键岗位没有建立有效的监督防范体系;在业务流转过程中未能精准及时确定合规风险和合规方案;资金收支条件、程序和审批权限等操作程序不规范等。这些制度建设的缺失及非规范性,为企业人员触犯职务侵占、挪用资金等徇私型职务犯罪提供了土壤。

(二) 政商关系不健康成为商业贿赂型职务犯罪的主因

民营企业在资金来源上具有私有性的特点,组织形式上较为多样,包括独资、合伙、公司等。因民营企业发展压力,有些民营企业高级管理人员希望通过商业贿赂等方式达到融资、获取项目的目的。因此,选择不遵守市场规则走捷径,通过政商勾结方式进行融资或获取签约机会的现象较为普遍。不健康的政商关系成为滋生腐败的温床,破坏了市场经济的公平竞争原则,阻碍了资源有效配置和经济健康发展,损害了政府形象和公信力;同时,也给民营企业经营管理的非规范化埋下隐患,不利于民营企业长远发展。在错误价值观指引下,一些企业高级管理人员错误地把内幕交易、行贿等违规违法行为作为谋求企业发展的常用手段,甚至触犯国家法律构成非国家工作人员行贿罪,对商业贿赂型职务犯罪形成助长之势。

(三) 缺乏法律规范的明确制约

我国现行法律规范中对民营企业高级管理人员的行为约束主要体现在《中华人民共和国公司法》中,但民营企业的组织形式并非仅采用公司制。刑事法律规范中,缺乏对民营企业高级管理人员犯罪行为的全面规范,主要表现在以下方面。一是对于民营企业高级管理人员主体范围没有明确规定,只有部分学者根据经济学和社会学相关理论对民营企业及民营企业高级管理人员范围作了界定,且界定的范围不统一,在确定犯罪主体范围上没有明确的法律遵循。二是民

营企业的财产权、经营权、公平竞争权以及企业高级管理人员的人身权、财产权、经营自主权等合法权益的范围有待明确。特别是在民营企业高级管理人员个人财产与公司财产权混同情况下,公司独立财产的剥离存在适用法律上的困难,为准确认定企业高级管理人员职务犯罪的涉案金额带来难度。三是对民营企业高级管理人员涉罪案件在适用强制措施的对象上有待明晰,存在因未厘清企业高级管理人员个人财产与企业财产而对民营企业财产超范围、超数额、超时限查封扣押冻结的风险。

(四) 缺乏合规制度体系性建设

多数民营企业对于企业合规问题更多关注的是刑事责任风险的规避,往往存在功利心理,缺乏企业管理合规体系及制度建设的完整性和延续性,未意识到合规体系建设是企业适应市场环境变化、提升竞争力的必然要求。很多民营企业在建立之初并未统筹规划建设科学的管理体系,企业高管人员多将精力集中于融资、与政界沟通等方面,较少关注企业在生产经营中面临的人事、资金安全、财务管理等一系列重点领域容易引发经营风险的问题。一些民营企业忽视预防性合规制度的建设,对企业内部人事任免、财务管理、招标采购等重点领域形成的侵占、贿赂等涉职务犯罪问题并未重点关注,关注更多的是事后拯救性合规。即使适用事后拯救性合规制度,也简单地认为企业合规仅仅是企业内部管理合规而忽视与行政机关、司法机关形成及时沟通、协调一致、及时纠错的合规制度建设。因欠缺合规制度的体系性建设,导致企业在内部管理上存在随意性,难以形成内部管理的制约与监督,给企业高级管理人员实施职务犯罪行为提供了可乘之机。因此,有必要在民营企业合规理念方面及时更新思路,避免功利主义思想的影响,积极推进建立高效、实用、预防与拯救相结合的企业合规体系。

三、建立民营企业高级管理人员涉职务犯罪预防机制的必要性

法治建设的根本目的不是以高昂的代价惩

罚犯罪,而是通过治理手段“消未起之患”。2013年3月8日,习近平总书记参加十二届全国人大一次会议江苏代表团全体会议时提出“预防职务犯罪出生产力”的科学论断,充分肯定了预防职务犯罪工作在反腐倡廉和促进经济社会发展中的重要作用。预防犯罪是降低犯罪带来负面社会影响及降低司法成本的最有效方式。民营经济领域犯罪率居高不下的事实证明,刑事处罚虽然能起到挽回部分损失、震慑不法行为的作用,但对遏制企业家犯罪势头,减少民营企业高级管理人员涉罪的刑事风险仍存在局限性。预防职务犯罪工作与经济建设是相辅相成、互为促进的,必须找准预防职务犯罪工作与助推民营经济健康发展的结合点,将预防民营企业高级管理人员职务犯罪与提高民营企业工作效率、降低经济运行成本有机结合起来,通盘考虑、统一筹划,才能取得最大的经济效益和综合效益。

四、构建民营企业高级管理人员涉职务犯罪的预防机制

(一)构建以企业内部管理体系为主,外部监管体系为辅的预防体系

1. 健全内部治理结构

内因是影响事物发展变化的根本因素。预防民营企业高级管理人员职务犯罪最重要的阵地不在外部监管机关,而应当是民营企业自身。民营企业高级管理人员在经营行为中如果存在失范行为,将会导致企业运营流程的混乱,为日后其在内部实施职务犯罪埋下隐患。“打铁还需自身硬”,建立起合规管理体系是预防民营企业高级管理人员发生涉职务犯罪行为的非常有力的手段,是当前民营企业顺应时代发展进行良好运转的必然要求。在内部治理结构上,要改变家族式管理模式,建立并完善现代企业管理制度,以法治思维作为加强内部管理、规范内部行为的指引。一是强化财务监督,规范资金流转流程,落实审批人与经办人分离制约制度。完善内部审计,从资金流向入手,查清楚每笔资金流转的

每个环节,铲除职务犯罪滋生土壤。二是完善对企业家决策行为的监督,实行权责统一、分工明确、相互制约的经营决策模式,合法形成集体决策。尤其是在公司制企业中充分发挥监事会的作用,对企业高级管理人员侵占公司财产的行为及时进行监督和起诉。三是设立专门预防犯罪的内部合规部门,开展内部日常合规审查,落实合规审查部门人员列席企业管理层相关决策会议制度,及时提示经营风险并对经营风险进行审查评估。四是制定内部奖惩机制,鼓励企业员工形成自觉抵制违法违规行为的意识,并对发现的涉职务犯罪行为及时收集证据并积极举报。

2. 完善外部监督体系

预防企业家职务犯罪是一个复杂的系统工程。在预防手段上,除了发挥法治固根本、稳预期、利长远的指导性作用外,应充分发挥检察机关的监督预防作用。要积极发挥检察机关能动履职的重要作用,通过定期走访调研,及时发现企业家侵害企业利益具体情况并发出检察建议,通过列明风险提示单等方式,及时监督企业家的违法行为,提醒并督促企业落实整改措施。通过上述外部监督方式,指导企业完善对高级管理岗位人员的涉罪风险监测及人事招聘、财务审计、奖惩管理等制度建设,提早防范企业家涉罪的刑事风险。既要对违法行为进行精准打击,又要帮助企业开展重点岗位、重点领域的犯罪预防。结合检察机关的合规审查,及时有效发现企业家涉嫌职务犯罪的行为,制止该行为发展蔓延,从根源上杜绝职务犯罪的发生。这就需要坚持标本兼治,既要依法惩治民营企业内部人员犯罪,又要依法保障企业正常生产经营活动,帮助民营企业去痼除弊、完善内部治理。

近几年来,检察机关通过试点在民营企业合规审查方面取得了一定进展,对于民营企业职务犯罪起到了检察预防的重要作用<sup>①</sup>。对此,应积极总结各地检察机关在涉及民营企业职务犯罪预防方面的有效经验,贯彻全面依法平等保护的

①参见最高人民检察院:《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》。

司法理念,积极开展职务犯罪预防工作。既要纠正企业家职务犯罪的问题,又要保护企业的合法权益。发现民营企业涉职务犯罪行为时,应及时建议公安机关立案查处,并充分指导公安机关及时收集、固定证据。通过打击惩治涉企犯罪,进一步净化民营企业的内部环境,使民营企业健康快速发展壮大。检察机关要善于利用宣传媒介,对走访调研过程中发现的一定时期、一定行业、一定范围内具有职务犯罪倾向的企业家进行重点宣传教育,使其认清违法犯罪行为的危害性,将犯罪苗头扼杀在摇篮中。同时,要鼓励检察机关加强相关调研工作,对易诱发明显职务犯罪的原因进行剖析。检察机关应尝试构建预防信息库,将类案进行整合,向相关单位提供预防咨询服务,通过建立职务犯罪预防信息系统、行业部门规章信息系统、职务犯罪社会信息系统、职务犯罪综合分析系统,针对重点领域、重大项目、重点部门开展专项预防或者同步预防。有条件的地区,可利用网络技术构建专门平台,积极开展网络预防。

(二)完善检察机关与其他行政机关联动预警打击机制

检察机关应充分发挥监督职能,加强与市场监管部门、知识产权主管部门等行政执法机关的工作衔接,通过提示单、建议函的方式,依法监督相关行政执法机关及时向公安机关移送执法过程中发现的涉嫌企业家职务犯罪线索。对于在民营企业中发现的产生职务犯罪的规律或隐患,及时向相关行业协会及工商行政部门提出检察建议,向企业提供有效的预防性措施,有效规避企业面临的因企业家涉犯罪行为带来的刑事法律风险,帮助企业挽回相关损失。针对个案情况,有针对性地提出从业禁止量刑建议,从源头上预防企业家职务犯罪行为的发生。

(三)充分发挥政府职能,引导、监督民营企业规范经营

首先,强化政策引领。通过举办企业高级管理人员培训、组织座谈会等方式,对国家法律政策进行深入解读和宣讲,引导民营企业高级管理人员正确把握党中央在民营经济领域的决策部署及本地区相关惠企政策,增强党对民营企业高级管理人员的凝聚力,提振企业家对未来发展的信心。通过宣传民营领域先进企业家典型,弘扬企业家干事创业精神,对标对表先进经验,引导民营企业高级管理人员形成自觉规范意识。

其次,健全政企沟通协商机制。通过议事提案、社情民意等渠道监督政策落实情况,及时了解企业家合法诉求,进而推动政府相关部门完善政策、改进工作。通过征询立法建议、法治宣传、商会调解等手段,促进企业自治体系建设,实现自我管理、自我规范、自我约束,依法发展,促进本行业自律,构建公平竞争的市场环境。

最后,加强重点领域监督。《2023年企业家刑事风险分析报告》<sup>①</sup>显示,民营企业高级管理人员职务犯罪多发领域发生在日常经营、财务管理、产品生产、贸易融资以及工程承揽等方面。这些领域关乎民营企业日常生产经营的各个环节,属于应当重点关注监管的环节。因此,应加强对企业财产申报、风险评估、不动产登记、招标采购等重点领域的监督力度。

(四)强化法治保障

用法治手段惩治企业家违法犯罪活动,对保护民营企业的权利和权益具有极其重要的现实意义。应当推进构建以专门民营企业法为核心,与相关民商事立法相协调的民营企业法律规范体系<sup>②</sup>,明确规定民营企业及企业家范围,明确企业财产权和企业家财产权边界等具体内容。结合行政、刑事法律规范明确民营企业及企业家涉违法、犯罪场合下的治理手段和惩罚措施等内容。

①参见张远煌,孙昕锴,叶子涵:《2023 企业家刑事风险分析报告(2022 暨 2017—2021 数据对照分析)》,载《河南警察学院学报》2023 年第 4 期,第 47 页。

②最高人民法院《关于依法惩治和预防民营企业内部人员侵害民营企业合法权益犯罪、为民营经济发展营造良好法治环境的意见》指出,“对司法实践中办理民营企业内部人员相关犯罪案件的法律适用、定罪量刑标准、法定从宽从严情形的认定、此罪与彼罪的界限以及宽严相济刑事政策的把握等问题予以明确,统一司法标准”。

1. 构建专门的法律规范体系

实践中,民营企业发展政策会随着经济发展需要进行调整和变更,因此民营企业的发展也存在不稳定性和多变性的特点。一些民营企业高级管理人员对自身企业未来的发展表现出缺乏信心、方向不明、积极性不强等特点。对此,应加强民营企业专门立法,从法律层面对民营企业的法律概念、企业性质、企业家的主体范围、财产权属等给予明确的规定和界分,在立法层面为执法机关和司法机关提供明确的适用指引;同时,让民营企业高级管理人员清晰找准定位、明确权利边界,主动预防犯罪行为的发生。

2. 确保执法行为合法性、正当性

执法机关要依据合法程序、按照法律规定依法实施行政行为。形成依法保护与惩前毖后相结合的法治氛围,就要确保执法行为的合法性、正当性,避免实施不当、违法的执法行为对企业造成损害。执法机关在查处企业家涉职务犯罪行为、采取强制措施过程中,如何处理好维持企业的正常生产经营与依法查处企业家职务犯罪行为的关系是应当重点考量的问题。既要实现对企业犯罪行为的依法查处,又要对企业合法权益提供保障,防止因企业家涉罪而关停企业的不良连锁反应,实现社会效果、警示效果的统一。

对民营企业高级管理人员实施涉嫌职务犯罪的行为符合受立案条件的相关案件,公安机关应当及时明确责任民警,依法开展涉案线索核查、涉案人员排查和相关证据调取工作。应注意加强对企业损失的追赃挽损和退赔工作,积极追缴违法所得,对属于被害企业的财产,应当及时返还。司法机关应树立与市场经济、国家政策调整相适应的观念,对市场经济条件下职务犯罪中所出现的新情况、新问题要有清醒的认识;在企业家涉职务犯罪的处理上作好性质认定,坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷<sup>①</sup>;要树立正

确证据意识,对于依法查证属实的事实进行认定,对于无足够合法证据支撑的事实则不予认定。

3. 以依法行政构建亲清政商关系

依法行政有助于构建清晰、稳定的政商关系。依法行政是法治社会的基石,也是建设优良政商生态环境的重要保障。在依法治国的背景下,依法行政不仅关系到社会大众对公平正义期待的实现,更对政商关系的健康发展起着决定性作用。依法行政能够有效保障法律、政策适用的连续性和稳定性,为政企健康合作提供明确的预期和稳定的法治环境,有助于增强企业家信心,促进资本的有序流动和市场的持续繁荣。

依法行政是保护企业正当权益的有力武器。如前所述,商业贿赂型职务犯罪是破坏政商生态环境的一大毒瘤,而依法行政正是打击企业家职务犯罪、维护市场秩序的重要工具。通过依法行政,可以有效遏制权力寻租、权钱交易等行为,保护企业合法权益,为政商关系的健康发展提供坚实保障。

依法行政有利于促进政府服务效率的提升。在依法行政理念的引导下,政府部门依法行政、廉洁自律、高效便民,为企业提供便捷的服务环境和政策支持,不仅有助于提升政府的公信力,还能激发市场活力,推动经济社会持续健康发展。

(五)“点面结合”多重发力

对于民营企业高级管理人员涉职务犯罪行为,在实行依法预防的同时,还应当充分调动社会各方面积极性,利用有效的社会资源,形成多部门协调一致开展预防体系建设的工作格局。检察机关可采取点面结合的方式,将个案预防与行业预防相结合,根据具体案情采取“一案一分析”的原则,在个案中寻找企业家实施职务犯罪的原因以及企业在管理模式、运营成本操作、财务等重点领域的问题,形成精准防范策略的同时,发挥对其他同类行业企业的警示教育作用。

<sup>①</sup>最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》指出,严格执行刑事法律和司法解释,坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷。坚持罪刑法定原则,对企业家在生产、经营、融资活动中的创新创业行为,只要不违反刑事法律的规定,不得以犯罪论处。严格非法经营罪、合同诈骗罪的构成要件,防止随意扩大适用。对于在合同签订、履行过程中产生的民事争议,如无确实充分的证据证明符合犯罪构成的,不得作为刑事案件处理。严格区分企业家违法所得和合法财产,没有充分证据证明为违法所得的,不得判决追缴或者责令退赔。严格区分企业家个人财产和企业法人财产,在处理企业犯罪时不得牵连企业家个人合法财产和家庭成员财产。

通过鼓励开展行业预防,推动整个行业和同一系统内构建健全、统一、完善、高效、可借鉴的惩治和预防体系,能够有效防范相关重点行业和重点领域的企业家涉职务犯罪问题,有利于整个行业和系统形成统一的防范策略,对相关领域和行业在一定范围形成警示教育作用。

六、结语

民营企业高级管理人员涉职务犯罪行为是困扰民营企业良性发展的因素之一,也是企业犯罪刑事治理领域的一项重要议题。对此,既要积极推动该领域专门立法的形成,又要积极探索现有法治框架下有效制约该类犯罪行为发生的手段;既要关注民营企业内部治理结构的优化与合法合规经营理念的构建,又要积极引导民营企业高级管理人员在法治环境背景下助力企业走上良性经营的轨道;既要积极推动相关部门联动机制的建立,也要给民营企业高级管理人员改过自

新、悬崖勒马的机会,推动民营企业发展与经济社会发展的良性互动,减少民营企业高级管理人员涉职务犯罪行为的发生。

[参考文献]

[1]李榕杰. 刑事法律风险背景下企业家面临的犯罪类别研究[J]. 法制博览,2024(06):76-78.  
[2]王勇. 民营企业内部腐败案件实务疑难问题研究[J]. 中国法律评论,2024(04):70-86.  
[3]赵东,袁培入. 民营企业关键岗位人员受贿犯罪治理的改革路径[J]. 湖北社会科学,2024(04):114-121.  
[4]刘艳红. 保护民营企业视角下职务侵占罪的司法适用研究[J]. 现代法学,2023(03):185-197.  
[5]吴迅. 民营企业内控制度建设存在的问题及其改进措施——以张××职务侵占犯罪会计鉴定为例[J]. 经济研究导刊,2022(20):87-90.

【责任编辑:柴 玮】

Research on prevention mechanism of job-related crimes committed by senior managers of private enterprises

Wang Xiaocui

(Liaoning Administrators' College of Police and Justice, Shenyang Liaoning 100161, China)

**Abstract:** In recent years, the problem of duty-related crimes committed by senior managers of private enterprises has become a negative factor restricting the development of the private economy and has aroused widespread social concern. In order to further optimize the business environment and help private enterprises to move forward steadily, we should move the control of enterprise-related crimes forward, use crime prevention measures comprehensively, focus on the prevention and control of the risk of crimes committed by senior managers of private enterprises, play the role of “eliminating troubles before they arise and treating diseases before they occur”, curb the duty-related crimes committed by senior managers of private enterprises from the source, and reduce the adverse effects of duty-related crimes committed by senior managers of private enterprises on enterprise development.

**Key words:** private enterprises; senior managers; duty-related crimes; corporate compliance

【法学理论研究】

# 小额诉讼程序繁简分流功能的制度阐释

官胜男

(福建社会科学院,福建 福州 350001)

〔摘 要〕繁简分流与小额诉讼程序具有共同的价值目标。前者以效率为主要导向,兼顾司法公正,核心为“简案简审”;后者以“速裁”为表现形式,重点追求效率。两者均以效率为主要导向,在“简案简审”理念上达成“共识”。可以说,小额诉讼程序具有天然的繁简分流功能。这种功能定位的制度明确程度如同繁简分流与小额诉讼程序的制度发展历程一般,表现出阶段性的变化特点,历经了“未被明确”“被间接明确”“被直接明确”三个过程。

〔关键词〕小额诉讼程序;繁简分流;功能定位

〔作者简介〕官胜男(1992—),女,湖南岳阳人,法学博士,福建社会科学院助理研究员,主要从事诉讼法学与司法制度研究。

〔收稿日期〕2024-03-09

〔中图分类号〕D925.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)05-095-10

近年来,小额诉讼程序与繁简分流的关系日益密切。2016年9月出台的《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》(以下简称《繁简分流意见》),明晰了小额诉讼程序受繁简分流理念指导的政策导向;2020年开始的民事诉讼程序繁简分流改革,更是将完善小额诉讼程序作为重要改革内容予以推进。据此可以看出,顶层设计者肯定了小额诉讼程序的繁简分流功能。然而,这一功能定位并未得到理论界的普遍认可。有学者认为,小额诉讼程序功能应定位为“接近正义”,而非繁简分流。小额诉讼程序的设置绝非基于司法压力分流的考量,而是旨在满足民众对于接近正义的需求,这一程序立足于当事人而非法院<sup>[1-2]</sup>。有学者认为,我国小额诉讼程序司法适用的关注点集中于程序分流、法院减负以及对“案多人少”问题的克服。实际上,这些功能仅可称之为小额诉讼程序运行的副产品,实现司法亲民化与大众化才是相关制度构建的出发点<sup>[3]</sup>。还有学者认为,小额诉

讼程序的功能定位不可作多元化设计,“繁简分流”系小额诉讼制度所不能承受之重<sup>[4]</sup>。当然,也有部分学者支持小额诉讼程序具有繁简分流功能<sup>[5]</sup>。整体来看,不乏学者对小额诉讼程序“繁简分流”的功能定位持消极态度。发人深省的是,何为“繁简分流”,为何顶层设计者肯定小额诉讼程序的繁简分流功能,这种制度层面的功能定位呈现出何种特点?关于这些问题,立法与司法解释尚未给出明确回应,既有研究亦然。为探知究竟,笔者系统梳理了我国繁简分流与小额诉讼程序的相关制度规定,以期掌握制度层面的繁简分流与小额诉讼程序的概念、特点与发展历程,厘清小额诉讼程序与繁简分流的关系以及小额诉讼程序繁简分流功能定位的演变情况。

## 一、诉讼程序繁简分流

### (一)繁简分流的概念与特点

繁简分流并非立法层面的概念,理论界对繁简分流的概念有着不同的理解<sup>[6-8]</sup>,但这些观点

总体上并未脱离司法文件<sup>①</sup>的规定,因此繁简分流的真正内涵应从司法文件中找寻。以此为切入点进行探索可以发现,国家层面最早提及“繁简分流”一词的司法文件当属1999年11月19日最高人民法院印发的《全国民事案件审判质量工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》),该文件并未对繁简分流进行细致描述,不过据此仍可推断出,繁简分流发端于效率观念,其大致意涵可理解为:根据案件具体情况,寻求合法、简便、灵活、快捷的办案方式,促成审判资源的合理配置<sup>②</sup>。随后二十余年间,共有百余份司法文件提到了“繁简分流”一词。2016年9月12日,全国首份以繁简分流为主题的司法文件——《繁简分流意见》较为全面系统地阐述了繁简分流的内涵。据此可大致推知,繁简分流是指科学调配、高效运用审判资源,依法快速审理简单案件,严格规范审理复杂案件,实现简案快审、繁案精审。具体而言,是指根据案件事实、法律适用、社会影响等因素,选择适用恰当的程序,规范完善不同程序间的转换与衔接,做到繁简得当,努力以较小的司法成本取得较好的法律效果。其具有以下几个特点:

其一,繁简分流以效率为主要导向,兼顾司法公正。在民事诉讼领域,效率主要从诉讼成本的角度进行考量,且基本体现为时间成本与人力资源的节约程度。梳理论及繁简分流价值追求的司法文件可以发现,几乎所有的文件均表现出较为强烈的效率价值目标,这一精神内核可从“效率”“高效”“降低诉讼成本”“合理配置司法资源”“减轻当事人诉累”等高频词汇中具体感知。与之相对应的是,明确体现公正价值的内容并不多见,提及“公正”或“为民”词汇的文件较少,且其发布日期多分散在2016~2022年间。换

言之,早期繁简分流的目标定位明显偏向于诉讼效率的提高,而公正价值则随着繁简分流机制的不断发展完善得以凸显。但无论在哪一阶段,繁简分流对于效率价值的强调程度均明显高于公正价值。

毋庸置疑,以效率价值为主要导向并非意味着公正价值的必然缺失。一方面,制度设计者试图兼顾公正与效率的理念基本贯穿于繁简分流发展历程的始终。如2003年最高人民法院发布的《关于落实23项司法为民具体措施的指导意见》表示,建立并完善繁简分流机制,减轻当事人诉累,是贯彻司法为民理念的措施之一。毫无疑问,“司法为民”理念旨在满足民众对于公正、效率等价值的综合需求。又如,2016年《繁简分流意见》强调,繁简分流的目的在于进一步优化司法资源,提高司法效率,促进司法公正。另一方面,效率亦是公正的应有之义。尽管从纯经济学的角度考量,公正与效率属于一对不可调和的矛盾,多数情况下,效率价值的实现往往以牺牲公正为代价。但在诉讼领域,以最小的诉讼成本实现最大限度的公正并非痴人说梦,公正与效率间的对立处于可控状态。正确的认识应是尽可能地实现两者间的最佳匹配<sup>[9]</sup>。换言之,效率价值的实现在某种程度上推动了公正价值的进一步实现。只有追求效率方能保障司法公正,进而最大限度地达到预期目标<sup>[10]</sup>。

其二,繁简分流的核心为“简案简审”。分析现有司法文件的内容可以发现,繁简分流以“简案简审”为主要突破口,鲜有提及“繁案”以及繁案的审理机制。首先,从简案与繁案的出现频次来看,自《纪要》发布以来,相关文件涉及到的民事诉讼程序繁简分流内容多是对简案的描述,少

①需要说明的是:其一,因本文旨在分析全国层面具有繁简分流普遍指导意义的司法文件,且地方性的司法文件大多以全国性的司法文件为参考,因此笔者仅以“法律法规”栏目中的“中央法规”为研究对象,未对“地方法规”作进一步分析;同时,“法律法规”子栏目“立法资料”数据库中的文件对全国繁简分流实践的指导性较弱,同样未被纳入文章分析行列。其二,北大法宝平台所称的“中央法规”实际上是中共中央办公厅、中共中央政法委员会、国务院办公厅、最高人民法院、最高人民检察院等主体发布的文件。因理论与实务界尚未对此类文件的具体称谓形成一致认知,本文采取最大公约数式的界定方法,将相关文件统称为“司法文件”。具体概念可见郭松教授的观点,即指“除法律规范与司法解释之外涉及司法系统组织人事、行政管理、诉讼制度运行、司法改革与法律适用等问题并具有一定约束力的司法文件”。参见郭松:《司法文件的中国特色与实践考察》,载《环球法律评论》2018年第4期,第170-192页。

②详见《全国民事案件审判质量工作座谈会纪要》“二、提高民事案件审判质量应当进一步采取的若干措施”第五部分“(五)强化程序意识,深化审判方式改革”。相关内容为:“增强效率观念,从‘两便’的原则出发,针对不同案件的具体情况,在法律规定的范围内,探索采用简便、快捷、灵活的办案方式,实行繁简分流,对审判资源的合理配置,减少超审限积压案件的数量和比例,除有特殊情况需要延长审限的案件外,要尽力在法定审限内审结”。

数明确提到繁案的文件均在 2011 年之后发布,表明繁简分流之初,制度设计者较少关注繁案以及繁案的处理。其次,从现有司法文件对简案审理机制与繁案审理机制的内容描述来看,前者不仅涉及到简案的性质及判断标准<sup>①</sup>,还涉及到简案可适用的程序<sup>②</sup>、简案审理的具体方式<sup>③</sup>、配套机制<sup>④</sup>与功能<sup>⑤</sup>等。对于后者,相关文件的规定则相对简略,甚至可谓粗糙。若单以此类规定作为繁案审理的依据,我们难以判断究竟何为“繁案”以及繁案审理机制到底为何。相关内容多为大而空的“口号”,如“繁案精审”<sup>⑥</sup>“明确简易案件与疑难复杂案件的分类标准”<sup>⑦</sup>等,罕有实质性的方法指引。尽管个别文件的相关内容较具针对性,或就繁复案件的裁判文书说理进行了规制<sup>⑧</sup>,或对分案作出了指示<sup>⑨</sup>,但此种情形较为少见,规范性的内容仍然较为单薄,且仅关联繁案审理的个别环节,系统性阙如。最后,系统性的民事程序繁简分流改革主要也是致力于实现简案简审的目标。这点在《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》(以下简称《实施办法》)中可见一斑。《实施办法》围绕司法确认、小额诉讼、简易程序、独任制以及电子诉讼制度五个部分内容的改革展开。一方面,除电子诉讼未明确限制适用对象外,其他程序或审判组织基本适用于人们认知范围内的简案。值得注意的是,尽管在线立案、在线送达既可适用于简案,也可适用于繁案,但依据改革规定,作为电子诉讼核心环节的在线庭审并非适用于所有类型的案件。具体而言,《实施

办法》第 23 条指出了四类不得在线庭审的情形,紧随其后发布的《民事诉讼程序繁简分流改革试点问答口径(一)》(以下简称《口径(一)》)解释道,电子诉讼的适用应充分考虑案件性质等因素,案件诉讼参与人多、案件重大、案情复杂、证据繁杂、审理耗时长的,一般不宜在线庭审。概言之,民事程序繁简分流改革的重点对象为简单案件。另一方面,民事程序繁简分流改革落脚于“简审”而非“精审”。同样以《实施办法》为例,相关改革内容着眼于简化诉讼程序,且拟将此种简化拓展至更大范围。其规定的系列举措进一步扩大了小额诉讼程序、简易程序与独任制的适用范围,且尽可能地简化了小额诉讼程序与简易程序,有效提高了诉讼效率。与此同时,电子诉讼有利于案件公正高效审理,其制度完善同样服务于“简审”目标。而司法确认程序作为民事程序繁简分流改革的重要措施之一,其功效在于将纠纷止于诉前,有助于从根源上解决“审不审”“如何审”的问题,间接实现了“简案简审”的改革预期。需要说明的是,“简案简审”往往意味着繁案的审理时间更为充裕,无疑有利于实现“繁案精审”的预期。但这种目标的实现并非直接通过完善繁案审理机制本身来实现,而是通过“简案简审”间接实现。

## (二) 繁简分流的发展历程

### 1. 自发试点遍地开花,制度阙如(1992—2015 年)

繁简分流改革最初起源于 1992 年北京市海

①参见最高人民法院:《关于人民法院深化“分调裁审”机制改革的意见》,法发〔2020〕8号,第三部分“完善案件繁简分流标准”。

②参见最高人民法院:《关于民事案件繁简分流和调解速裁操作规程(试行)》。

③参见最高人民法院:《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》,法发〔2016〕21号。

④参见最高人民法院:《关于进一步加强人民法院基层建设的决定》。

⑤“及时、简便、快捷”的规定,详见最高人民法院:《关于人民法院加强法律实施工作的意见》,法发〔2011〕11号,第16条“完善便民诉讼机制,方便群众诉讼”。

⑥参见最高人民法院:《关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》,法发〔2016〕14号,第29条“完善繁简分流机制”。

⑦参见最高人民法院:《关于进一步加强新形势下人民法庭工作的若干意见》,法发〔2014〕21号,第20条“完善审判管理”。

⑧“根据不同审级和案件类型,实现裁判文书的繁简分流。加强对当事人争议较大、法律关系复杂、社会关注度较高的一审案件,以及所有的二审案件、再审案件、审判委员会讨论决定案件裁判文书的说理性”,详见《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》第24条“推动裁判文书说理改革”;“复杂案件的裁判文书应当围绕争议焦点进行有针对性地地理。新类型、具有指导意义的简单案件,加强说理”,详见最高人民法院:《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》,法发〔2016〕21号,第15条“推行裁判文书繁简分流”。

⑨“根据案件类型和繁简分流安排,随机确定案件承办人,非因法定回避情形或者工作调动、身体健康、廉政风险等事由,不得变更。如需对随机分案结果进行调整,应当由院长、庭长和检察长、业务部门负责人按权限审批决定,调整理由及结果应当及时通知当事人并在统一办案平台公示。重大疑难复杂案件可以指定分案。明确指定分案的范围和条件,指定分案的情况应当在统一办案平台中留痕”。详见中共中央政法委员会、最高人民法院、最高人民检察院:《关于加强司法权力运行监督管理的意见》第5条“健全案件承办确定机制”。

淀区人民法院优化民事审判方式的探索。该院率先将繁简分流的理念落实到地方试点工作,并取得了较为理想的成绩。自其在全国法院系统内首推繁简分流改革以来,该院民事审判工作渐入良性循环的佳境<sup>[11]</sup>。接下来的数年内,全国各地法院不同程度地采纳了繁简分流理念,相关改革呈现出“遍地开花”的样态<sup>[12-17]</sup>。需要说明的是,此时全国范围内不同时段开展的繁简分流改革尚属各地法院自发进行的改革,且尽管繁简分流体系中的部分内容已然制度化,如小额诉讼程序已在历经小额速裁试点后被正式纳入2012年《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》),但有关繁简分流的系统性制度规范仍然阙如。

纵然如此,这一阶段的繁简分流改革仍然取得了较为可观的发展效果。一方面,实现繁简分流目标的方式不断丰富。起初,《纪要》未对繁简分流的实现途径作出特别说明。根据2000年印发的《关于加强人民法院基层建设的若干意见》(以下简称《法院基层建设意见》),繁简分流渠道仅包含简易程序与调解两类。2004年印发的《关于进一步加强人民法院基层建设的决定》随即提出“有条件的基层人民法院以及人民法庭要设立速裁庭或速裁法官”。这一规定昭示着制度设计者已然将速裁程序纳入繁简分流体系。而这一做法在2007年发布的《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》中得到了进一步证实。与此同时,小额诉讼程序也被纳入讨论序列,作为繁简分流重要环节之一的小额诉讼程序呼之欲出。随后几年,相关文件主要围绕简易程序、调解与速裁程序如何推进繁简分流展开,同时夹杂着依靠小额诉讼程序推进繁简分流的预期。在2012年《民事诉讼法》从立法层面引入小额诉讼程序后,2013年最高人民法院《关于切实履行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见》正式肯定了小额诉讼程序的繁简分流功效。与小额诉讼程序一道

纳入繁简分流体系的还有督促程序。至此,繁简分流体系已然囊括了简易程序、调解程序、速裁程序、小额诉讼程序与督促程序。另一方面,参与繁简分流改革实践的法院数量逐渐增加。首次引入繁简分流概念的《纪要》并未明确繁简分流的实践法院。依据最高人民法院2000年发布的《最高人民法院关于加强人民法院基层建设的若干意见》,推行繁简分流改革属于基层人民法院业务建设范畴,因此,最初的繁简分流实践仅在基层人民法院展开。随后十余年间,囿于繁简分流主要通过简易程序、速裁程序<sup>①</sup>、小额诉讼程序、督促程序以及基层法院的调解程序实现,繁简分流的实践法院仍为基层人民法院。直至2015年,《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》指出,要“根据不同审级和案件类型,实现裁判文书的繁简分流”。由此可知,彼时繁简分流的实践主体并不局限于基层法院,而是涵盖了地方各级法院。此后,随着各地繁简分流经验的推广,全国各地加入繁简分流自发试点的法院数量亦不断攀升。

## 2. 统一指引,繁简分流改革加速发展(2016—2019年)

时至2016年9月12日,依据各地各级法院的试点经验,《繁简分流意见》出台,标志着繁简分流改革已然实现由地方自发实践向全国统一调的飞跃。随后,最高人民法院持续构建并完善系统性的繁简分流制度。例如,2017年5月8日印发的《最高人民法院关于民事案件繁简分流和调解速裁操作规程(试行)》(以下简称《繁简分流与调解速裁操作规程》)在既往规范的基础上,对繁简分流的渠道、程序分流员的设置、分流机制的运作等内容作出细化规定;同年5月17日,最高人民法院在全国范围内评选出16个中级法院、64个基层法院作为繁简分流机制改革的示范法院,以推广可供复制的改革经验,加强典型引领<sup>②</sup>;2019年2月7日,《最高人民法院关于深

①此时,速裁程序制度建立在简易程序的基础之上,因此对应案件仍未脱离基层法院管辖范畴。参见最高人民法院:《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》,法发[2005]18号,第6条:“继续探索民事诉讼程序的简化形式,在民事简易程序的基础上建立速裁程序制度,规范审理小额债务案件的组织机构、运行程序、审判方式、裁判文书样式等”。

②参见最高人民法院:《关于确定案件繁简分流机制改革示范法院的决定》,法发[2017]178号,载北大法宝, <https://www.pkulaw.com/chl/69e8b3f224ad4dc5bdfb.html>, 最后访问时间:2024年3月2日。

化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023))》(以下简称《五五改革纲要》)点明了繁简分流改革的五大方向;同年3月,《关于进一步优化司法资源配置全面提升司法效能的意见》(以下简称《优化资源配置意见》)就繁简分流的分案机制提出完善了建议。

在顶层设计的积极引导下,尽管时间跨度较短,这一阶段的繁简分流改革仍然取得了显著成效,繁简分流的实施途径得到了进一步拓展。2016年,《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》将和解、协调等纠纷解决方式归入繁简分流体系;2019年,《五五改革纲要》首次将司法确认程序、独任制与电子诉讼加入繁简分流运行机制;同年发布的《关于授权最高人民法院在部分地区开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作的决定》(以下简称《试点决定》)重申了司法确认程序、小额诉讼程序、简易程序、独任制以及电子诉讼在繁简分流中的重要作用。可以说,自《纪要》发布到本轮繁简分流改革结束,繁简分流体系处于不断扩大的样态,涉及到的内容也由最初的简易程序和调解发展到现今的司法确认程序、小额诉讼程序、简易程序、督促程序、速裁程序、调解、和解、协调、独任制与电子诉讼制度等。

### 3. 新一轮改革助力,繁简分流机制渐成体系(2020年至今)

2019年末发布的《试点决定》为系统化的繁简分流改革提供了法律依据。2020年1月15日,最高人民法院发布《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》(以下简称《试点方案》)及《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》(以下简称《实施办法》),就民事程序繁简分流改革的相关内容进行了较为全面、细致的规定,同时标志着民事程序繁简分流改革的正式开启。紧随其后发布的《问答口径(一)》与《民事诉讼程序繁简分流改革试点问答口径(二)》(以下简称《问答口径(二)》)既解答了试点法院改革过程中的疑惑,补充了《实施办法》的未尽事宜,也给未来繁简分

流改革的进一步制度化提供了参考。2020年2月10日出台的《最高人民法院关于人民法院深化“分调裁审”机制改革的意见》(以下简称《分调裁审意见》),进一步明确了繁简分流的标准与智能化发展方向,无疑对繁简分流改革起到了锦上添花的作用。

在多项改革举措的大力推进下,民事程序繁简分流改革取得了令人瞩目的成效。一方面,实施繁简分流的法院层级逐渐多元化。依据《试点方案》与《实施办法》,新一轮繁简分流改革在部分地区的中、基层两级法院铺开。《分调裁审意见》规定,高级人民法院可探索开展申请再审案件的繁简分流工作<sup>①</sup>。由此不难发现,繁简分流的实践主体范围已然从最初的基层法院延伸到了高级法院。另一方面,民事程序繁简分流改革在发展完善司法确认制度、小额诉讼制度、简易程序制度、独任制以及电子诉讼制度的同时,为2021年《民事诉讼法》及相关司法解释的修订提供了极佳的参考,亦充实、优化了繁简分流的制度框架,不仅为试点法院未来进一步的繁简分流改革奠定了较好基础,也为非试点法院创造了良好的改革环境。同时,伴随着制度上的发展,繁简分流逐渐体系化,更有益于实现司法资源的合理配置。

概言之,历经数十载的变迁,繁简分流不再是抽象化的理念,而是经由实践检验过的概念,相关制度亦在发展、完善,繁简分流实践与制度相辅相成。

## 二、小额诉讼程序具备繁简分流功能的缘由

### (一) 小额诉讼程序以“简案简审”为目标

就小额诉讼程序的概念而言,立法并未给出明确规定。为探知小额诉讼程序在我国制度层面的内涵与特点,进而厘清小额诉讼程序与繁简分流的深层关系,笔者以“全文”包含“小额诉讼”或“小额速裁”或“小额债务”为检索条件,在北大法宝“法律法规”数据库中检索到百余份与法院适用小额诉讼程序相关的法律、司法解释与司

<sup>①</sup>《最高人民法院关于人民法院深化“分调裁审”机制改革的意见》第13条第3款规定:“第二审人民法院对于第一审人民法院采用速裁快审方式审结的上诉案件,以及当事人撤回上诉、起诉、按自动撤回上诉处理案件,针对不予受理、驳回起诉、管辖权异议提起上诉的案件等,原则上作为简单案件分流。高级人民法院可以探索开展民事申请再审案件繁简分流工作”。

法文件<sup>①</sup>。梳理这些资料可以发现,率先明确小额诉讼程序内涵的司法文件当属2011年最高人民法院发布的《关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见》(以下简称《小额速裁指导意见》)。该意见指出,小额速裁程序并非独立诉讼程序,而是改革简易程序的一种更为简易、快捷、方便的新形式。理论界也有学者分析阐述了小额诉讼程序的概念,并就其与简易程序的关系展开了论证<sup>[18-20]</sup>。但从制度演进历程来看,小额诉讼程序的具体内涵处于变化状态。我们能够确定的是,小额诉讼程序是基层法院用于审理特定类型“小额”案件的快捷诉讼程序。考察相关制度可以发现,我国小额诉讼程序具有如下特点:

其一,小额诉讼程序以“速裁”为表现形式,重点追求效率。“小额速裁程序”是小额诉讼程序的“曾用名”,正如该名所示,小额诉讼程序的核心在于快速裁判案件。这一点在历年提及小额诉讼程序的法律、司法解释与司法文件中展现得淋漓尽致。在相关规范性内容中,“快速”“尽快”“加快”“快捷”等字眼频频出现。部分司法文件会在相关内容中反复凸显小额诉讼程序的“快”优势。如最高人民法院、司法部、文化和旅游部联合发布的《关于依法妥善处理涉疫情旅游合同纠纷有关问题的通知》规定,要“充分发挥小额速裁程序优势,通过快捷高效的法律服务,实现涉疫情旅游合同纠纷案件的快立、快审、快结”。

其二,小额诉讼程序是简易程序的衍生物。一方面,相关制度显示,小额诉讼程序是在简易程序的基础上诞生的。尽管理论界在小额诉讼程序与简易程序关系的讨论上并未达成一致意见,但毋庸置疑的是,小额诉讼程序缘起于简易程序。首先,小额诉讼程序萌芽初期,《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》(以下简称《二五改革纲要》)解释了小额诉讼程序的最初来源即简易程序。该文件规定,要继续探索诉讼程序的简化形式,“在民事简易程序的基础上建立速裁程序制度”。其次,立法层面的小额诉讼程

序呼之欲出时,《小额速裁指导意见》重申了小额诉讼程序的设立基础为简易程序。该意见指出,“小额速裁并非独立的诉讼程序”“而是探索改革民事诉讼简易程序的一种新形式”“比我国现行司法实践中所实行的简易程序更为简易、快捷、方便”。复次,小额诉讼程序被纳入2012年《民事诉讼法》时,相关条文位于“简易程序”一章。2013年,《最高人民法院关于海事法院可否适用小额诉讼程序问题的批复》也提到,因2012年《民事诉讼法》在“简易程序”一章规定了小额诉讼程序,而《海事诉讼特别程序法》又允许海事法院适用简易程序,所以海事法院亦可就部分案件适用小额诉讼程序。再次,多份文件将小额诉讼程序视为简易程序所涵盖的内容。如2015年《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》(以下简称2015年《民诉法解释》)称小额诉讼为“简易程序中的小额诉讼”,其第283条规定,小额诉讼程序适用过程中,若涉及到本解释未规定的内容,则适用简易程序的其他规定,进一步肯定了小额诉讼程序附属于简易程序的性质;2017年《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程(试行)》同样使用了“简易程序中的小额诉讼”的表述。由此可见,不乏规范性文件认为小额诉讼程序建立在简易程序之上,且小额诉讼程序属于简易程序范畴。最后,小额诉讼程序改革仍将简易程序作为参照对象。如《实施办法》第9条规定,小额诉讼案件裁判文书的进一步简化可比照简易程序案件展开。另一方面,小额诉讼程序是简易程序进一步简化后的产物,且这种简化具有持续性,最终使得小额诉讼程序明显区别于简易程序。小额诉讼程序实践之初,其简化样态主要表现为审理期限的明显缩短<sup>[21]</sup>。制度层面,小额诉讼程序的首次简化着眼审理流程的系统简化,具体包括一审终审、相关期限的缩短、审理时间的灵活安排等内容<sup>②</sup>。随后几年间,小额诉讼程序的简化范围不断扩大,简化内容也趋于细化。如2014年发布的《关于进一步加强新形势下人民法庭工作的若

①因小额速裁程序系小额诉讼程序的前身,小额速裁案件、小额债务案件也是小额诉讼案件的前身,本文遂将规制小额速裁程序、小额速裁案件、小额债务案件的司法文件、法律、司法解释等均视为与小额诉讼程序相关的制度。

②参见最高人民法院:《关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作的指导意见》,法[2011]129号,载北大法宝, <https://www.pkulaw.com/chl/ae7cbe3981fe0bbcbdfb.html?isFromV5=1>,最后访问时间:2024年3月2日。

干意见》(以下简称《人民法院工作意见》)聚焦于裁判文书的简化;2016年发布的《繁简分流意见》指出,小额诉讼案件审理可直接围绕诉讼请求或者相关要素展开,不受庭审程序限制,且将“当庭宣判”作为原则性的规定;2019年发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《民事证据规定》)指出,就法院指定的举证期限而言,简易程序案件不得超过15日,而小额诉讼案件则是一般不得超过7日。至此,规范层面的小额诉讼程序与简易程序相比,表现得愈发简化。2020年,《实施办法》的出台带来了小额诉讼程序的新一轮系统性改革,其为小额诉讼程序进一步简化提供了空间,包括允许当事人放弃答辩期间与举证期限,将一般情况下的答辩期间控制在7天以内,允许法院比照简易程序进一步简化裁判文书和传唤、送达与证据交换的方式等。尽管2021年《民事诉讼法》与2022年《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》仅采纳了《实施办法》的部分内容,但在前两者规定的内容中,小额诉讼程序仍然得到了一定程度的简化。整体而言,小额诉讼程序从简易程序中来,但是走向了一条截然不同于简易程序的简化道路。

### (二) 小额诉讼程序兼顾效率与公正

在与小额诉讼程序相关的司法文件中,“为民”“便民”“利民”等亦是出现频次较高的词汇。由此可见,小额诉讼程序在重点追求效率目标的同时也兼顾了司法公正。以《实施办法》为例,制度设计者有意通过改革简化小额诉讼程序,并进一步拓展程序适用范围。但为防止程序简化导致公正受损,制度设计者在原有规范基础上放宽了小额诉讼程序审理期限,优化了小额诉讼程序转换条件,强调了当事人启动程序转换的主体地位等,以期保障当事人必要的诉讼权利。实际上,对部分案件强制适用小额诉讼程序的制度安排具有一定的正当性,是实现繁简分流目标的重要内容。从公共资源公平分配的角度出发,金钱给付诉讼的成本与收益相对单纯,案件标的额是其社会价值的主要衡量标准,因此,小额诉讼占用的司法资源至多不应超过社会为此挽救的经济损失。且从当事人的角度考量,若司法制度提供的诉讼程序无法促使当事人的诉讼成本适应其所获得的程序利益,那么基于此种司法制度所

产生的公正即便符合一方当事人的主观预期,就其而言却并不理性;就程序利益与机会成本均无法得到补偿或者得到完全补偿的另一方当事人而言,公正性更是阙如。大陆法系司法制度遵循的“上诉利益规则”与美国司法制度确定的“利益衡量标准”诠释了同一原理:“如果当事人所享有的程序保障与其从程序中所获得的利益相适应,这一程序即为‘正当程序’”<sup>[22]</sup>。质言之,小额诉讼程序是解决小额金钱给付纠纷的“正当程序”。

## 三、小额诉讼程序繁简分流功能定位的制度变化特点

### (一) 小额诉讼程序的发展历程

#### 1. 实践先行,奠定小额诉讼制度基础(1994—2004年)

我国小额诉讼程序的理论研究发端于20世纪80年代末。相较之下,小额诉讼程序的实践运行与制度发展起点稍晚于理论研究。1993年,中共广东省委率先提出设立小额钱债法庭的想法,广东省高级人民法院亦决定在部分基层法院设置小额钱债法庭,并开展相关试点。1994年8月16日,试点单位深圳市福田区人民法院正式成立小额钱债法庭,专门管辖辖区内事实清楚、权利义务关系明确、责任分明、争执不大、双方当事人均能到庭、标的额在人民币10万元以下的小额钱债民事案件(婚姻家庭纠纷案件除外)和经济纠纷案件<sup>[21]</sup>。小额诉讼程序的运行实践由此拉开序幕。随后,北京、山东、福建等地陆续建立小额钱债法庭或者类似的速裁庭,专门审理小额诉讼案件<sup>[23-25]</sup>。小额诉讼程序也逐渐进入公众视野。但在这一阶段,尚无司法文件对小额诉讼程序进行规制。

#### 2. 制度萌芽,试点改革检验程序效果(2005—2011年)

2005年发布的《二五改革纲要》是国家层面首次规制“小额债务案件”且与小额诉讼程序相关的司法文件。该文件指出,在简易程序的基础上建立速裁程序,规范审理小额债务案件的组织机构与运行程序等是法院司法改革的要点之一。随着时间的推移,各地小额诉讼实践仍在分散式地持续进行<sup>[26-28]</sup>,涉及小额诉讼程序的司法文件数量也在零星增加。2006—2010年,相关司法文

件均主张“尝试小额诉讼案件的快速处理机制”<sup>①</sup>;2011年,30名全国人大代表提出了建立小额诉讼程序的议案<sup>②</sup>;多重号召之下,最高人民法院于2011年印发《小额速裁指导意见》,以期较为全面、系统地构建起适合我国国情的小额诉讼制度。

3. 于法有据,小额诉讼程序加速发展(2012—2019年)

随着小额速裁试点的落幕,小额诉讼程序被纳入2012年《民事诉讼法》,正式获得了立法上的身份。而后数年间,相关规定层出不穷,小额诉讼制度得以系统构建并逐步完善。如2013年最高人民法院批复称,符合条件的海事、海商案件可适用小额诉讼程序审理<sup>③</sup>;2014年最高人民法院指出,要在小额诉讼案件中探索适用简易裁判文书<sup>④</sup>;2015年《民诉法解释》明确了不宜适用小额诉讼程序的系列案件、相关举证期限、程序转换等事项;2016年《繁简分流意见》就约定适用小额诉讼程序、简化小额诉讼庭审程序等作出了规定;2019年发布的《最高人民法院司法改革领导小组2019年工作要点》提出,要“探索扩大小额诉讼适用范围,优化小额诉讼适用机制”。随后,这一要点被纳入《五五改革纲要》当中。同年,《优化资源配置意见》就引导当事人约定适用小额诉讼程序、完善程序自身及其适用标准等方面作出了指示;《民事证据规定》对小额诉讼案件的举证期限进行了明确规定……上述制度释明了小额诉讼程序的适用标准、适用范围、运行机制等内容,推动了小额诉讼程序的进一步发展。

4. 再度试点,小额诉讼制度持续优化(2020年至今)

2020—2021年,小额诉讼程序再次成为司法改革的重点对象。伴随着民事程序繁简分流改革的尘埃落定与2021年《民事诉讼法》及配套司法解释对小额诉讼程序相关内容的修订,小额诉

讼制度也走上了另一高度。例如,约定适用得到了立法的明确规定,当事人可自主选择便捷、高效的纠纷解决方式;案件适用范围由原先的“肯定列举”演变为现今的“否定列举”,某种程度上扩大了小额诉讼程序的适用空间;程序简化亦由最初“效率优位”转变成了“质效并举”;程序转换条件也更注重从当事人的角度出发进行考量。另外,2021年发布的《人民法院在线诉讼规则》第20条规定了小额诉讼程序异步审理的三种情形,进一步丰富了小额诉讼制度。最高人民法院也陆续发布系列小额诉讼指导案例,不仅为地方法院开展小额诉讼实践提供了指引,也有利于促进小额诉讼制度的进一步优化。

(二) 小额诉讼程序繁简分流功能定位的阶段性变化特点

通过上述分析可以发现,小额诉讼程序与繁简分流均以效率为主要导向,且在“简案简审”的理念上达成了“共识”。可以说,小额诉讼程序具有天然的繁简分流功能,是繁简分流体系的重要组成部分。当然,这并不意味着小额诉讼程序的繁简分流功能自始至终都得到了制度层面的明确肯定,换言之,小额诉讼制度与繁简分流制度并非自始至终都具有某种密切的联系。纵观小额诉讼程序与繁简分流的制度演进历程可以发现,小额诉讼程序繁简分流功能在制度层面的明确程度表现出阶段性的变化特点。

在第一阶段(1994—2006年),制度层面尚未表露出小额诉讼程序的繁简分流功能。此时,小额诉讼制度与繁简分流制度的关系表现为“目标一致,各自为政”。据可查资料,我国繁简分流实践最早出现在1992年,小额诉讼实践最早诞生于1994年。在两者共存的1994—2006年间,与两者有关的司法文件屈指可数,论及两者关系的文件尚不存在。这一阶段,尽管繁简分流与小额诉讼程序有着共同的发展理念,但相关制度并未明

①参见最高人民法院:《最高人民法院关于为构建社会主义和谐社会提供司法保障的若干意见》(2007年)、《关于为推进农村改革发展提供司法保障和法律服务的若干意见》(2008年)、《最高人民法院关于进一步加强拖欠农民工工资纠纷案件审判工作的紧急通知》(2010年)。

②参见十一届全国人大四次会议秘书处:《关于第十一届全国人民代表大会第四次会议代表提出议案处理意见的报告》,载光明网, [https://epaper.gmw.cn/gmrb/html/2011-03/14/nw.D110000gmrh\\_20110314\\_3-04.htm](https://epaper.gmw.cn/gmrb/html/2011-03/14/nw.D110000gmrh_20110314_3-04.htm),最后访问时间:2024年3月5日。

③参见最高人民法院:《最高人民法院关于海事法院可否适用小额诉讼程序问题的批复》,法释〔2013〕16号,载华律网, <https://www.66law.cn/laws/92788.aspx>,最后访问时间:2024年3月4日。

④参见最高人民法院:《最高人民法院关于进一步加强新形势下人民法庭工作的若干意见》,法发〔2014〕21号,载360百科, <https://baike.so.com/doc/25851504-28101204.html>,最后访问时间:2024年3月5日。

确小额诉讼程序的繁简分流功能。

在第二阶段(2007—2012年),制度层面间接肯定了小额诉讼程序的繁简分流功能。此时,小额诉讼制度与繁简分流制度表现出“弱相关”关系。一方面,小额诉讼制度与繁简分流制度的关联稍显紧密。在这一阶段,涉及小额诉讼程序与繁简分流的制度不断涌现,小额诉讼程序与繁简分流“同框”的情况也愈发常见。且简易程序为彼时繁简分流的主要方式之一,被相关制度明确赋予了繁简分流功能,而这一阶段的司法文件又恰恰认为小额诉讼程序来源于简易程序,因此,小额诉讼程序作为简易程序的衍生物与繁简分流制度间接相关。进言之,制度层面认可小额诉讼程序具备一定的繁简分流功能。但另一方面,制度层面并未明确肯定小额诉讼程序的繁简分流功能。原因在于,这一阶段的小额诉讼制度尚不成熟。在小额诉讼程序被正式纳入2012年《民事诉讼法》之前,与繁简分流相关的司法文件多是倡导尝试小额诉讼案件的快速处理或是主张积极展开小额速裁试点工作。即便小额诉讼程序已经成为法定程序,2012年发布的相关司法文件也没有明确阐释小额诉讼程序与繁简分流的关系。

在第三阶段(2013年至今),小额诉讼程序的繁简分流功能定位已然得到了制度设计者直接且明确的肯定。小额诉讼制度与繁简分流制度呈现出“强相关”关系,且这种关系表现出层层递进的发展趋势,小额诉讼程序的繁简分流功能得到了不同程度的强调。2013—2015年,相关文件明确将小额诉讼程序纳入繁简分流体系。此时小额诉讼程序成为实现繁简分流的方式之一,但小额诉讼程序繁简分流的功能定位并非十分突出。2016—2019年,小额诉讼程序的繁简分流功能日益彰显。制度层面明确了繁简分流理念对小额诉讼程序发展的指导,且繁简分流的功能定位推动了小额诉讼程序的不断变化。《繁简分流意见》的出台,意味着当事人有权利约定适用小额诉讼程序,且法院可以适当简化庭审程序等。2020年至今,小额诉讼程序的繁简分流功能被制度设计者进一步强调,繁简分流改革进一步优化了小额诉讼制度。2020—2021年,繁简分流功能定位下的小额诉讼程序改革可谓空前。《实施办

法》等司法文件大幅调整了此前的小额诉讼程序规定,相关内容更为全面、细致,极大丰富了小额诉讼制度体系。尽管改革结束后的2021年《民事诉讼法》及相关司法解释仅吸收了部分改革内容,繁简分流改革仍然对小额诉讼制度产生了较大影响。

#### 四、结语

根据上述分析可以判断出,繁简分流的功能定位并不影响公众“接近正义”。繁简分流兼顾公正与效率,尽管其以效率为主要出发点,但并非全然立足于法院的政策考量。贬损小额诉讼程序繁简分流功能的相关论述,在某种程度上忽略了效率亦是公正的应有之义,同时也轻视了繁简分流与广义层面“接近正义”的契合度。

整体而言,纵然繁简分流制度与小额诉讼制度的发展步调并非全然一致,但在共同目标的驱使下,两者间的联系逐渐密切。在繁简分流理念的指导之下,小额诉讼制度日趋完善;随着小额诉讼程序加入繁简分流改革的阵营,我国繁简分流机制亦蓬勃发展。可以说,小额诉讼程序具有天然的繁简分流功能,具有实现民事司法领域繁简分流目标的独特作用。在人案矛盾突出的当下,进一步增强小额诉讼程序的繁简分流功能契合了现实需要。尽管小额诉讼程序繁简分流改革仍有不足之处,但基本平衡了公正与效率价值的实现,且完善空间较大,值得继续探索、推进。

#### 〔参考文献〕

- [1]傅郁林. 小额诉讼与程序分类[J]. 清华法学,2011(03):46-55.
- [2]张海燕. 法院“案多人少”的应对困境及其出路——以民事案件为中心的分析[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版),2018(02):48-58.
- [3]肖建华,唐玉富. 小额诉讼制度建构的理性思考[J]. 河北法学,2012(08):39-46.
- [4]肖建国,刘东. 小额诉讼适用案件类型的思考[J]. 法律适用,2015(05):21-25.
- [5]唐力,谷佳杰. 小额诉讼的实证分析[J]. 国家检察官学院学报,2014(02):12-19.
- [6]王亚新. 司法效率与繁简分流[J]. 中国审判,2010(12):12-13.
- [7]胡仕浩,刘树德,罗灿. 《关于进一步推进案件繁简

分流优化司法资源配置的若干意见》的理解与适用[J]. 人民司法(应用),2016(28):23-29.

[8]潘庆林. 民事案件繁简分流制度的完善——基于对A省基层法院的调研[J]. 法学杂志,2019(09):124-130.

[9]赵钢,占善刚. 诉讼成本控制论[J]. 法学评论,1997(01):10-17.

[10]李晓明,辛军. 诉讼效益:公正与效率的最佳平衡点[J]. 中国刑事法杂志,2004(01):3-12.

[11]改革民事审判方式新举措——繁简分流[J]. 人民司法,1993(08):10-12.

[12]龚启录,郑少华,沈仕祥. 寿宁法院繁简分流见成效[N]. 人民法院报,2001-04-03(002).

[13]王书林,杨炜. 沙湾法院繁简分流节约诉讼成本[N]. 人民法院报,2004-05-14.

[14]娄银生,谢晴. 常州天宁调解出现新局面[N]. 人民法院报,2007-04-18(002).

[15]赵刚. 简案处理“能多快就多快”[N]. 人民法院报,2011-01-22(005).

[16]罗斌,程勇,唐业继. 创新预立案 连通大调解[N]. 人民法院报,2013-11-14(005).

[17]湛辉,郝廷婷. 以创新的思维与改革的方法 全面破解案多人少矛盾[N]. 人民法院报,2015-12-02(008).

[18]范愉. 小额诉讼程序研究[J]. 中国社会科学,2001(03):141-153+207.

[19]最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著.《中华人民共和国民事诉讼法》修改条文理解与适用[M]. 北京:人民法院出版社,2012:349-352.

[20]杨荣馨主编.《中华人民共和国民事诉讼法》(专家建议稿)立法理由与立法意义[M]. 北京:清华大学出版社,2012:173.

[21]兆丰. 解决小额钱债纠纷的新尝试[J]. 人民司法,1994(10):43.

[22]傅郁林. 民事司法制度的功能与结构[M]. 北京:北京大学出版社,2006:132-133.

[23]裴奕. 小额债务法庭提高审判工作效率[N]. 检察日报,2000-07-13(005).

[24]张召国,张炜可. 高效运作的小额钱债法庭[N]. 人民法院报,2001-05-22(006).

[25]龚启录,周黎晖,张高飞. 设“小额法庭”审“毛角官司”[N]. 福建日报,2004-04-14.

[26]王鑫,高云君. 五类案件适用民事速裁[N]. 四川日报,2005-06-10.

[27]李新,马文君. 怀远法院推进人民法庭建设[N]. 蚌埠日报,2006-05-29(A02).

[28]成君. 科学缓解案多人少压力[N]. 江苏法制报,2007-09-06(A01).

【责任编辑:张 戈】

# Institutional analysis of the function of separating complex cases from simple cases and small claims procedure

Guan Shengnan

(Fujian Academy of Social Sciences,Fuzhou Fujian 350001,China)

**Abstract:** The separation of complex cases from simple cases and small claims procedure have the same value goals. The former is mainly guided by efficiency,taking judicial fairness into account,and its core is “ simple trials for simple cases”;the latter is manifested in the form of “speedy trial” and focuses on efficiency. Both are mainly guided by efficiency and have reached a “consensus” on the concept of “ simple trials for simple cases”. It can be said that small claims procedure has a natural function of separating complex cases from simple cases. The degree of institutional clarity of this functional positioning is like the institutional development process of the separation of complex cases from simple cases and small claims procedure,showing the characteristics of phased changes,and has gone through three processes of “not being clarified”,“being indirectly clarified” and “being directly clarified”.

**Key words:** small claims procedure;separation of complex cases from simple cases;functional positioning