

不法归属功能下违法性认识与犯罪故意的基本关系

刘 科,暴紫维
(北京师范大学,北京 100875)

〔摘 要〕《中华人民共和国刑法》第14条规范下的实质故意概念具有不法归属的功能,刑事违法性认识同样具备不法归属的功能。刑事违法性认识的不法归属功能,从动态看,体现为与客观构成要件要素“故意”认识的判断具有一致性;从静态看,体现为与犯罪故意概念之下的“社会危害性认识”之间具有互补性。虽然“故意”和刑事违法性认识都具有不法归属的功能,但是刑事违法性认识并非“故意”之下的要素,而是可以通过判断犯罪故意的有无,来推定刑事违法性认识的有无。

〔关键词〕违法性认识;社会危害性认识;犯罪故意;不法归属

〔基金项目〕本文系司法部2019年度法治建设与法学理论研究成果项目“司法解释中的‘不按照犯罪处理研究’”(项目编号:19SFB2026)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕刘科(1974—),男,河南平舆人,北京师范大学法学院教授、博士生导师,中国法学会案例法学研究会理事,主要从事刑法学研究;暴紫维(1999—),女,河北邯郸人,北京师范大学法学院2022级刑法学硕士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-11-13

〔中图分类号〕D924.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-002-11

一、问题意识与研究路径

自1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)颁行以来,我国刑事法治治理的核心从以自然犯为主向以行政犯为主进行转变^①,与行政犯在刑事立法上的不断增设相伴随的是,违法性认识理论作为一项重要理论命题在刑法学界引发了广泛讨论。目前,理论界对违法性认识的研究大体可分为两个不同的方向,一个是从体系

构建的角度,试图将违法性认识纳入阶层论的犯罪构成体系之中^②;另一个则试图通过体系性构建违法性认识可避免性的判断标准,将重点放在违法性认识错误出罪机制的构建上^③。

以上两种并行不悖的研究路径从不同视角切入,对违法性认识进行理论研究。但是,与理论上如火如荼的研究相比,违法性认识在司法实践中却遭遇了冷落,具体表现为:法院对欠缺违法性认识的抗辩理由不予理会或敷衍对待;对违法性认识和犯罪故意间关系的处理混乱;对违法

①参见田宏杰:《合作共治:行政犯治理的路径选择》,载《法律科学(西北政法学报)》2022年第5期,第155页。
②参见刘赫:《违法性认识作为责任的故意——基于二阶意志的本土化建构》,载《法学家》2023年第6期,第161-178页;蔡桂生:《违法性认识不宜作为故意的要素——兼对“故意是责任要素”的反思》,载《政治与法律》2020年第6期,第111-121页;陈璇:《责任原则、预防政策与违法性认识》,载《清华法学》2015年第5期,第89-111页;刘艳红:《违法性认识的体系性地位——刑民交叉视野下违法性认识要素的规范分配》,载《扬州大学学报(人文社会科学版)》2015年第4期,第16-21页。
③参见劳东燕:《责任主义与违法性认识问题》,载《中国法学》2008年第3期,第150-166页;车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,载《清华法学》2015年第4期,第22-46页;孙国祥:《违法性认识错误的不可避免性及其认定》,载《中外法学》2016年第3期,第702-724页。

性认识欠缺与否的法律后果认定不同等^①。为何理论界提出的违法性认识的相关理论无法赋能于具体的司法实践呢？笔者认为,根源在于我国现有的《刑法》规范中没有明确规定违法性认识的具体内容。由于难以在《刑法》中为违法性认识寻求正当依据,所以造成了如下后果:

一方面,司法工作人员可能出于一种“违法性认识无用论”的心态,认为刑事违法性的有无并非裁判案件时缺一不可的存在,从而放弃在裁判案件时援引违法性认识进行说理。例如,在“赵某华案”中,终审法院只是认定赵某华对其摆摊经营的枪型物具有主观故意,并没有对其是否对触犯非法持有枪支罪具有刑事违法性进行说明^②;在“王某军案”中,再审法院认为王某军的行为并没有达到成立非法经营罪所要求的社会危害性和刑事处罚必要性的程度,将之作为改判无罪的理由,同样没有提及违法性认识^③。另一方面,即便司法工作人员意识到刑事违法性认识的有无对案件裁判具有关键作用,但可能由于刻板追求“以法律为准绳”的底线标准,严格依照法律规定裁判以求规避风险,所以对缺乏规范依据的违法性认识理论“视而不见”。

但是,违法性认识理论作为行为人主观方面的重要内容,对其正确适用关系到刑法主客观相一致原则或责任主义原则能否在实践中贯彻落实。因此,必须从理论上寻求激活违法性认识理论在司法实践中应用的实践路径。基于这样的思考,本文尝试论证《刑法》第 14 条可作为违法性认识的规范依据,试图为违法性认识在司法实践中的适用提供明确的规范依据。论证的逻辑如下:

首先,对理论上现有的、为违法性认识寻求规范依据的理论作出梳理,指明若要对违法性认识在犯罪论体系中准确定位,进而在《刑法》中为其寻求规范依据,需要就犯罪故意以及违法性认识的具体意涵和功能归属作出明确定位。其次,

阐明我国《刑法》第 14 条之下的实质犯罪故意的概念具有不法归属的功能,刑事违法性认识同样具备不法归属的功能。刑事违法性认识不法归属功能的发挥,动态体现为其与作为犯罪故意认识对象的客观构成要件要素的认定具有一致性,静态体现为其与《刑法》第 14 条之下产生的社会危害性概念具有互补性。下文将按照这样的逻辑进行论述。

二、探寻违法性认识规范依据的落脚点——
现有方案评析

(一) 违法性认识的体系地位——故意说和责任说的争议

立足于阶层犯罪论体系,随着犯罪论体系从古典犯罪论体系、新古典犯罪论目的行为论犯罪论体系、新古典与目的体系相结合的犯罪论体系到目的理性的犯罪论体系的转换,心理责任论向规范责任论的转变,“故意”具备了双重地位和功能,即被分化为构成要件故意与责任故意^④,并且这种双重的犯罪故意概念逐渐成为主张阶层犯罪论体系的德日刑法学界的通说。如此,“不法是客观的,责任是主观的”两者截然区分的犯罪论体系框架被打破。在罪责阶层,随着规范责任论的贯彻,责任的判断得到了客观化;在不法阶层,由于“人的不法论”的提出,对“不法”的判断也体现出主观化色彩。与犯罪故意体系地位的变迁相反,违法性认识在犯罪论体系变迁过程中的体系地位则较为稳定,违法性认识在犯罪论体系的变迁过程中一直稳定地被置于责任阶层。在此情况下,若承认责任故意的概念,那么同处罪责阶层的责任故意与违法性认识之间的关系就会有分歧。理论上,关于违法性认识与犯罪故意间的关系,大致可分为“故意说”和“责任说”两种:“故意说”主张违法性认识属于“故意”的要素;“责任说”则认为违法性认识是独立于故意与过

①关于违法性认识在我国司法实践中的适用现状,参见江璐伊:《违法性认识错误的司法困境与判断方法——以 936 份裁判文书为样本》,载《中外法学》2023 年第 1 期,第 182 - 185 页。

②参见刘浩:《赵春华涉嫌非法持有枪支案:刑法教义学视角的分析》,载北大法宝. http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Db=art&Gid=335646084,[法宝引证码]CLI.A.0101764,最后访问时间:2024 年 10 月 28 日。

③参见《内蒙古农民王力军无证收购玉米案(王力军非法经营案)》,载中国法院网. <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/01/id/3145183.shtml>,最后访问时间:2024 年 10 月 28 日。

④参见林东茂:《刑法综览》(修订五版),北京:中国人民大学出版社 2009 年版,第 35 - 45 页。

失的责任要素^①。

(二)违法性认识规范依据的前提——理清犯罪故意和违法性认识的具体意涵和功能归属

基于以上理论知识的传播,以及司法实践中“新四大奇案”的出现,我国刑法学界也逐渐认识到不能坐而论道地对违法性认识的体系地位作空洞的理论探索。为了激活违法性认识理论在司法实践中的应用,理论上开始在《刑法》中为违法性认识寻求规范依据的尝试,试图为违法性认识在《刑法》中寻求规范的落脚点。其中,在归纳结论一致的观点前提下,理论上提出的有关违法性认识的规范依据的代表性观点如下:

第一种解决方案立足于二阶的犯罪故意,认为基于《刑法》第14条的实质故意概念可被划分为构成要件故意与责任故意。在责任阶段,区分违法性认识和责任故意,将违法性认识重构为责任故意的要素,因而将《刑法》第14条视为违法性认识的规范依据(故意说)^②。

第二种解决方案聚焦于《刑法》第14条关于社会危害性的规定,认为该条款规定下的“故意”属于实质的犯罪故意。我国的犯罪故意具有不法归属的功能,应承认不法故意的概念;违法性认识同样具有不法归属的功能,应将违法性认识纳入“故意”要素,将《刑法》14条作为违法性认识的规范依据(故意说)^③。

第三种解决方案仍然立足于二阶的犯罪故意,但认为违法性认识不宜作为“故意”的要素,违法性认识只是与责任故意同为罪责阶层的独立要素,由此,《刑法》第14条就无法包含违法性认识的内涵,因而主张在《刑法》总则中增设违法性认识条款(责任说)^④。

第四种解决方案在否认责任故意的基础上,认为“故意”是不法要素,违法性认识属于责任要素。由于责任谴责的条件为行为人具备法规范的可交谈性,所以对违法性认识判断时只要求具备违法性认识可能性即可,因而主张将《刑法》第16条作为违法性认识可能性的规范依据(责任

说)^⑤。

综上,我国理论中提出的违法性认识的规范依据可分为以《刑法》第14条为依据、以《刑法》第16条为依据以及增设违法性认识的新条款三种不同的方案。在对以上四种观点进行“故意说”和“责任说”归类的情况下,可以看出,规范性依据的找寻和采取“故意说”还是“责任说”并无必然联系。以上不同观点,论证中都绕不开对《刑法》第14条之下犯罪故意的内涵作出分析。其一,主张《刑法》第14条可分化出责任故意的内涵:在罪责阶层,若认为违法性认识是罪责故意的要素,则是以上第一种观点主张的“故意说”;若认为违法性认识是独立于罪责故意的要素,则是以上第三种观点主张的“责任说”。其二,若主张《刑法》第14条仅具有不法故意的内涵:若仍将违法性认识放在罪责阶层,则不法故意和违法性认识各属于不同阶层,属于以上第四种观点主张的“责任说”;若认为违法性认识属于“故意”的要素,就是以上第二种观点主张的“故意说”。

因此,为了回答违法性认识在我国刑法中的规范依据究竟为何的问题,首先,要回答《刑法》第14条规定之下“故意”的意涵,点明其仅具不法意涵,还是也能从中推导出责任故意的意涵;其次,在明确了“故意”的意涵及体系地位后,还要结合违法性认识的体系地位,进而明确违法性认识与犯罪故意间的体系关系。

三、违法性认识与犯罪故意的不法属性

本文主张,立足于《刑法》第14条规定之下的犯罪故意概念,可以认为我国的犯罪故意概念仅具不法归属的功能,责任故意抑或双重故意的概念均不符合《刑法》第14条的应有之义。理论上所说的违法性认识,指的是刑事违法性认识,这种刑事违法性认识同样具有不法归属的功能,属于“故意”的要素。《刑法》第14条应该是违法

①参见[日]山口厚:《刑法总论》(第三版),付立庆译,北京:中国人民大学出版社2018年版,第263-266页。

②参见刘赫:《违法性认识作为责任故意的要素——基于二阶意志的本土化建构》,载《法学家》2023年第6期,第161-178页。

③参见石佳宇:《不法归属视野下违法性认识的功能论证——兼论〈刑法〉第14条之规范解释》,载《南大法学》2023年第4期,第30-51页。

④参见蔡桂生:《违法性认识不宜作为故意的要素——兼对“故意是责任要素说”反思》,载《政治与法律》2020年第6期,第111-121页。

⑤参见柏浪涛:《违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据》,载《法律科学(西北政法学报)》2020年第6期,第18-30页。

性认识的规范依据。

(一)《刑法》规范下犯罪故意不法属性之确定

从古典的犯罪论体系以来,基于“不法是客观的,责任是主观的”观念,“故意”要素一直被置于责任要素;自从目的行为论被提出,“故意”概念被提升到构成要件阶层;发展到新古典与目的体系相结合的犯罪论体系后,“故意”概念被分化为构成要件故意和责任故意。在我国,理论上关于“故意”的体系地位也存在与以上故意体系地位变迁联动的构成要件故意说^①、责任故意说^②以及双重故意说^③三种不同观点。

1. “双重故意说”之否定

“双重故意说”是新古典与目的体系相结合的犯罪论体系针对目的行为论犯罪体系下,无法对过失犯、不作为犯以及非意图犯作出解释的情况下,对故意理论的新改造^④。在容许构成要件错误例如误想防卫的情况下,由于当事人误以为存在阻却违法性的事实情状存在,在构成要件阶段,行为人构成犯罪故意。此种情况下,若按照目的行为论的犯罪体系来处理,只能认为成立故意犯罪。事实上,行为人由于误以为存在阻却违法性的事实情状存在,其主观上并不具有“故意”的罪责型态,将其认定为故意犯罪有失准确。因此,为了修正这样不合理的结论,“双重故意说”将“故意”分化为构成要件故意与责任故意两个层面的判断,如此,针对假想防卫的情形,虽然行为人具备构成要件故意,但是不具有责任故意的罪责型态,视情况认定其为过失犯罪或无罪。“双重故意说”的提出,确实可以对容许的构成要件错误进行正确处理,但是,该理论唯一的实益也只是帮助容许构成要件错误的处理^⑤。

其一,“双重故意”对故意要件在不同阶层先

后进行两次评价,具有不必要的重复性。犯罪构成要件的功能在于对犯罪进行过滤,而用来过滤犯罪的构成要件在理论上只需检验一次即可。双重故意理论没有办法明确回答“为什么在检验不法的时候已经检验过行为人是否具备故意的问题,到了责任的地方还要重新检验一次行为人是否具备故意的问题”^⑥。若认为“双重故意”的提出是为了解决如上的“回旋飞碟”问题,但容许构成要件错误之所以在原有的目的行为论的犯罪论体系之下无法解决,可能是由于该犯罪论体系本身的缺陷所造成的问题。为了补正这个缺点,理论上又创造出双重故意理论对其进行修正,实际上是用一个没有必要的理论去填补一个本可以不存在的错误。“如果不是在犯罪结构之基本概念的出发点上出了差错,那么所谓故意责任或故意的双重作用的说法也就没有必要了”^⑦。

其二,“双重故意说”并非解决容许构成要件错误的唯一方案。由上可知,“双重故意说”的唯一效用就是解决“回旋飞碟”问题,但若理论上还有其他替代方案可以解决该问题,那么“双重故意说”就因为前后对“故意”要素评价的不一致性,更加没有存在的必要。理论上,针对“回旋飞碟”问题,周光权老师提出了“构成要件故意可从规范判断的角度被抵消”的主张^⑧。该观点认为,可以在判断完构成要件故意之后,再结合正当化构成要件错误重新排除构成要件符合性阶层中的犯罪故意。如此,可以在构成要件阶层对犯罪故意进行一次判断后,就对容许构成要件错误作出正确处理。

2. 责任故意说之否定

结果无价值论主张的责任故意说,严格恪守“不法是客观的,责任是主观的”意涵,认为故意和过失只能作为责任要素^⑨。本文无意对行为无

①参见蔡桂生:《违法性认识不宜作为故意的要素——兼对“故意是责任要素说”的反思》,载《政治与法律》2020年第6期,第111-121页;柏浪涛:《违法性认识的属性之争:前提、逻辑与法律依据》,载《法律科学(西北政法学报)》2020年第6期,第18-30页。

②参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第331页。

③参见刘赫:《违法性认识作为责任故意的要素——基于二阶意志的本土化建构》,载《法学家》2023年第6期,第161-178+196页。

④详细论述,可参见陈家林:《外国刑法理论的思潮与流变》,北京:中国人民公安大学出版社,第118-120页。

⑤参见林钰雄:《新刑法总则》(第九版),中国台北:元照出版有限公司2021年版,第306页。

⑥参见黄荣坚:《基础刑法学》,中国台北:元照出版公司2012年版,第191页。

⑦参见黄荣坚:《基础刑法学》,中国台北:元照出版公司2012年版,第191页。

⑧参见周光权:《行为无价值论的中国展开》,北京:法律出版社2015年版,第162页-175页。

⑨参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第327-328页。

价值和结果无价值作出取舍和论证,但要探究“故意”究竟为责任要素还是构成要件要素,可以结合不法阶层和罪责阶层区分的实质和标准进行判断,讨论若将“故意”定位于不同阶层,究竟会产生何种不同。

其一,刑法不应该将行为人无预见可能性的行为认定为不法行为。“不法概念是在确定行为规范的尺度,而责任概念是在行为不法之后进一步确定刑罚的尺度。因此,如果我们把故意或过失定位为不法概念要件的一部分,表示刑法价值观念对于一个人在欠缺故意及过失下所为之侵害行为的态度是,根本性地认为并无不可。相反的,如果我们把故意或过失定位为责任概念要件的一部分,表示刑法价值观念对于一个人欠缺故意及过失之侵害行为的态度是,行为不对,只不过不用刑罚来处理此一问题”^①。反过来思考,在行为人无认识故意或过失的情况下,对此认定为不法但止步于刑罚,还是认定连不法都不构成呢?本文认为,后一种处理方式才是符合人之常情的。若行为本身缺失“故意”或“过失”的主观要素,那么由此行为造成的法益侵害在刑法上也应该是被允许的,并非不法。

其二,我国实质的“故意”概念具有不法归属的功能。从“故意”的认识内容来看,我国的“故意”属于实质的故意概念。故意“明知的内容应当包括法律所规定的构成某种故意犯罪所不可缺少的危害事实”^②,包括行为的内容和社会意义、行为会产生的危害结果以及特定故意犯罪需认识到行为时间、地点、方法、行为对象等特定事实^③。首先,这种实质的“故意”,可助力完成因果关系的判断。因果关系属于不成文的构成要件要素,在因果关系判断中,作为前提的“危害行为”,指在人的意志支配下实施的危害社会的身體动静,这表明危害行为必须受到人的意志支配,只有赋予行为意志支配的内涵,才可完成“行为人”与“危害行为”之间的连接,而实质化的犯

罪故意概念恰好可填补危害行为中的意志支配要素^④。其次,犯罪故意是影响犯罪本质的要素。只有将“故意”和“过失”提到不法阶层,才可在不法阶层区分基于不同主观心态下的不同犯罪类型的不法侵害程度的不同,更好地实现犯罪的个别化^⑤。

3. 小结

综上所述,由于双重故意理论解决问题的局限性以及前后两次评价的不必要性,该种故意理论不足采信。而基于我国《刑法》第14条规范之下产生的实质的故意概念,可以填补作为因果关系中实行行为的意志内涵,成立连接行为和行为人之间的桥梁,且可区分在不法阶层区分不同主观意志下行为侵害性的大小,助力在不法阶段实现犯罪的个别化。

(二)违法性认识的不法归属功能之论证

以上论证了《刑法》第14条规范下的犯罪故意概念具有不法归属的功能。若要进一步论证违法性认识与犯罪故意之间具有强关联性,则需要对违法性认识所具有的不法归属功能进行论证。首先,作为论证的前提,需要明确本文主张的违法性认识指的是刑事违法性认识。其次,在犯罪论体系不断变迁的过程中,针对违法性认识较为稳定地被置于罪责阶层,可以追问的是,为何要将违法性认识放在罪责阶层讨论,不法阶层和罪责阶层的区分意义及标准为何?如果以不法阶层和罪责阶层的区分为源头进行追问和探讨,更容易从根本上理解刑事违法性认识体系地位的不同主张。

1. 违法性认识的内涵廓清——刑事违法性认识

理论上,关于违法性认识的对象,即违法性认识中的“法”指的是什么,国内刑法理论界关于此问题的争议主要聚焦于“法律规范违反说”和“刑法规范违反说”之间^⑥。本文主张“刑法规范违反说”的观点。

①参见黄荣坚:《基础刑法学》,中国台北:元照出版有限公司2012年版,第193页。
②参见高铭喧,马克昌:《刑法学》(第九版),北京:北京大学出版社2019年版,第103页-104页。
③参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第338页-339页。
④参见石佳宇:《不法归属视野下违法性认识的功能论证——兼论〈刑法〉第14条之规范解释》,载《南大法学》2023年第4期,第43-44页。
⑤参见蔡桂生:《构成要件论》,北京:中国人民大学出版社2015年版,第225-228页。
⑥参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第413页-414页。

其一,主张刑事违法性认识并不会不当放纵犯罪。法律规范违反说认为,现代刑法出于法益保护目的增设的行政犯行政管理色彩强烈,若要求具备违反刑法规范的认识,对普通人来说标准过高,会不当放纵犯罪^①。然而,一方面,只有将违法性认识理解为刑事违法性认识,在行政刑法的领域才可划分出专业人士和普通人之间不同的知法义务,避免不当地将圈内人的标准套用在圈外人之上。行政刑法大多是出于行政管理目的,针对特定行业或特殊群体的法律规范^②。对于特定领域内的专业人士而言,在资讯传播快速、资源获取便捷的现代社会,可默认其掌握着规制本行业最低法律底线的刑法规范;而对于普通大众来说,其本就不享有在行业内从事业务的权利,自然也不必履行知法的义务。另一方面,以上观点也不符合我国行政犯司法适用的现状。透过“王某军案”“赵某华案”等被错误适用非法经营罪或非法持有枪支罪的情状来看,司法实践中的问题并不在于因为滥用刑事违法性认识致使犯罪人不当地逃脱处罚,而在于实践中没有激活违法性认识理论。刑事违法性认识在认定犯罪时的缺位,导致根本不可能具备刑事违法性认识的行为人被错误定罪。

其二,刑事违法性认识契合我国犯罪定性又定量的特点。我国《刑法》第13条规定了犯罪概念,这一概念揭示了我国传统刑法理论概括的犯罪三大基本特征,即社会危害性、刑事违法性与应受刑罚处罚性。在这三大基本特征关系的处理上,无论是一般违法行为抑或犯罪行为,都具有社会危害性,所以社会危害性这一概念并不具有廓清一般违法行为与犯罪行为界限的功能。而刑事违法性只提供犯罪行为的形式特征,并不能从根本上说明犯罪行为之所以为犯罪的理由。只有应受刑罚处罚性这一特征,才“可以将犯罪与一般违法行为相分离,以给立法和司法提供具体有效的定罪准则——犯罪是应受刑罚

处罚的行为”^③。三大基本特征之间的关系通过《刑法》第13条之规定,结合《刑法》分则个罪中关于数额、情节、后果等的规定,体现出我国刑法既定性又定量的特征。针对犯罪行为,在具备犯罪行为的“质”的基础上,还需要达到“量”的要求,即只有达到应受刑罚处罚的程度,才可认定其构成犯罪行为;否则,其只属于一般的行政违法行为。

2. 不法阶层主观化,罪责阶层客观化的发展及必然要求

20世纪初,贝林和李斯特提出的古典犯罪论阶层体系对不法阶层和罪责阶层作了区分,在此之后,区分不法和罪责的观点成为主流学说^④。之后,受新康德主义的影响,在摒弃了之前犯罪论体系过于机械和自然主义色彩的基础上,施密特提出了“社会行为论”,主张必须从社会价值的角度对行为进行评价。该行为论的提出,使得“不法是客观的”观念得到突破,承认了部分主观构成要件和规范的构成要件要素^⑤。第二次大战后,韦尔泽尔基于存在主义哲学提出了“目的行为论”,以之为基础建构出来的目的犯罪论体系将“故意”完全提升至不法阶层,“违法性认识”成为罪责阶层的核心,纯粹的“规范责任论”确立,完全否认了“不法是客观的,责任是主观的”命题^⑥。

“构成要件的该当性与违法性两个阶层或被统称为不法阶层,评价的对象是行为,判断该行为是否具有不法性;而有责性阶层评价的对象是行为人,即针对前一阶段的不法行为,判断对行为人是否具有可非难性或可谴责性”^⑦。在不法阶层,针对行为的不法评价必须结合行为人的主观方面进行认定,否则就没有办法判断产生的危险是否属于刑法规制范围内的危险,以及是否应该将该危险归因于行为人。若无法确定在不法阶段判断的“行为”是否属于“行为人的行为”,那

①参见田宏杰:《走向现代刑法:违法性认识的规范展开》,载《政法论坛》2021年第1期,第68-73页。

②参见林东茂:《禁止错误的刑法评价》,载《东海大学法学研究》2017年总第25期,第75-76页。

③参见冯亚东:《理性主义与刑法模式》,北京:中国政法大学出版社1998年版,第130页-131页。

④参见许玉秀:《当代刑法思潮》,北京:中国民主法制出版社2005年版,第36页-37页。

⑤参见林东茂:《刑法综览》(修订五版),北京:中国人民大学出版社2009年版,第41页。

⑥参见张明楷:《刑法学》(第六版),北京:法律出版社2021年版,第126页。

⑦参见王皇玉:《刑法总则》(八版),中国台北:新摩林出版股份有限公司2022年版,第130-131页。

么在进一步的有责性阶段,就无法判断是否对该“行为人的行为”进行非难^①。承认主观构成要件,是尊重法定构成要件的必然之义。“既然构成要件的原义就是指说明何者为罪、区分此罪和彼罪的法律表达,那故意、过失若不是构成要件的内容,则无异于构成要件的自我否定,这会使人们所说的构成要件其实不是构成要件”^②。

就有责性阶层来说,随着“规范责任论”的提出,理论上逐渐认识到单纯的故意或者过失并不等于有责性^③。脱离了“故意”和“过失”,需要为责任理论寻求新的内涵。“规范责任论”提出了非难可能性的概念,即行为人没有实行合法行为不是因为其不为,而是因其不能为^④。之后,理论上提出了“功能责任论”,认为应当以刑罚意义去建构有责性的内涵,判断是否对行为人进行归责时,需要考虑刑罚本身是否具有正当性^⑤。总而言之,有责性阶层的内涵越来越多元化,尽管目前有观点主张在责任阶层考虑责任故意和责任过失的要素,但除此之外,有责性阶层还提出了要考虑行为人的责任能力、行为人是否具有无法遵守法律规范的特别情状等^⑥。责任阶层归根到底是要对行为人是否具有自由意志进行判断,“从所谓心理学的罪责概念演变成规范的罪责概念,只是改头换了法理和体系的门面而已,罪责概念的本质并没有受到影响。罪责取决于个人的他行为可能性这一点,也适用于判断可责任性,而可责难性的判断是规范的罪责概念的基本内涵,这是因为也只有避免可能的,才是可以被责难的”^⑦。

3. 刑事违法性认识具有不法归属功能

以上论证了随着犯罪论体系的变迁,“不法是客观的,责任是主观的”两者主客观分割的界限被打破。在罪责阶层,随着“规范责任论”的贯

彻,责任的判断得到了客观化;在不法阶层,由于“人的不法论”的提出,不法的判断也体现出主观化的色彩。所以,针对违法性认识这一主观要素,当然也不能想当然地以其为主观要素为由径直抛到违法阶层。理论上,可以进一步追问的是,在不法阶层和罪责阶层的内容呈现出主客观交织的趋势时,两者在阶层判断中的功能各为什么,不法阶层和罪责阶层如何区分;对行为所牵涉到的各种主客观要素,应如何合理地放置在阶层判断的体系之中。

关于这一点,黄荣坚教授有如下论述:“不法意识的定位问题最后一定会回到不法概念与责任概念的区别问题。如果对不法概念的基本理解是确立人类行为的理性标准,那么不法意识的定位问题所要问的就是,人的理性标准有多高的问题。析言之,到底是因为知道其行为的侵害性,所以应该节制其行为?或是除了行为的侵害性之外,人是因为其行为被禁止,所以才应该节制其行为(只要不是法律所禁止,即使有害也无妨)?”^⑧

诚如黄荣坚教授所言,说到底,不法阶层的判断其实是在为人类行为设定一个理性标准。本文主张“故意”和“过失”属于不法阶层的构成要素,不法判断应该是结合了结果不法和行为不法的人的不法^⑨。所以,若要构成不法,主观上首先要求行为人具备犯罪故意或者犯罪过失。本文认为,犯罪故意或者犯罪过失的判断离不开对刑事违法性认识的考量,刑事违法性认识同样具有不法归属的功能。

其一,对实质故意认识对象的客观构成要件要素需要实质解释,而该实质解释过程,实际上可视为对客观构成要件要素刑事违法性的认识过程。如上所述,我国《刑法》规范之下的“故意”

①参见罗世龙:《主观违法要素的论争及体系地位》,载《法学家》2023年第3期,第155页。

②参见蔡桂生:《构成要件论》,北京:中国人民大学出版社2015年版,第229页。

③参见黄荣坚:《基础刑法学》,中国台北:元照出版责任公司2012年版,第598页。

④参见冯军:《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》,载《中外法学》2012年第1期,第49-50页。

⑤参见黄荣坚:《基础刑法学》,中国台北:元照出版有限公司2012年版,第603页。

⑥参见王皇玉:《刑法总则》(八版),中国台北:新摩林出版股份有限公司2022年版,第335页。

⑦参见[德]许迺曼:《刑法上故意与罪责之客观化》,郑昆山、许玉秀译,载《不移不惑献身法与正义——许迺曼教授刑事法论文选集》,中国台北:学林文化事业有限公司2006年版,第490页。

⑧参见黄荣坚:《基础刑法学》,中国台北:元照出版有限公司2012年版,第457页。

⑨参见陈尔彦:《故意犯中客观归责理论的主观性批判》,载《河南警察学院学报》2020年第1期,第86页。

属于实质的犯罪故意。“既然刑法中的故意承载了最高层级的责任非难,那它就不可能是一个与价值判断绝缘的纯粹心理要素;单纯对于构成要件事实的认知,并不足以支撑犯罪故意的规范内涵”^①。犯罪故意的认识对象是客观的构成要件事实,若要达到成立犯罪故意的程度,则对该客观构成要件要素事实的认识要建立在事实背后刑法规范意义认知的基础之上,即若对客观构成要件要素具备实质的犯罪故意认知,那么就不仅要认识到该客观构成要件要素的“形式外壳”,而且要认识到对该客观构成要件要素实质化解释之后产生的“实质内涵”。认识到客观构成要件要素实质内涵的过程,实际上也就是认识到刑事违法性的过程。换言之,犯罪故意的认识对象,是对达到刑事犯罪程度的事实的认识,本质上契合了“刑事违法性认识”的内涵,刑事违法性认识在判断犯罪故意的过程中,对客观构成要件要素的实质规范化解释发挥出不法的归属作用。

其二,首先,不能认为刑事违法性认识是对“故意”或者“过失”的进一步评价,而故意或过失是需要进一步接受刑事违法性认识待评价的对象。因为不论是“故意”“过失”的主观心态还是刑事违法性的认识,都属于个人的内心状态,虽然前两者是对于某种事实的认知,而后者涉及到刑法上的价值评价,但其都只能成为法律评价的素材,反映的均是行为人的内心事实,是刑法规范据之进行不法判断和刑罚非难的基础,不能成为法律评价的标准^②。实际上,按照上一点的论述,在进行犯罪故意判断的过程中,刑事违法性认识就已经发挥了作用。若行为人主观上构成犯罪故意,那么就说明行为人已经在客观构成要件要素方面具备了刑事违法性认识,没必要将行为已经构成犯罪故意当作一个整体的结果,再用刑事违法性认识进行进一步判断。虽然刑事违法性认识的内涵,是判断行为人是否对行为违反刑法规范具备认识,但作为刑事违法性认识对象的刑法规范,难道不就是指分则个罪的客观构成

要件要素吗?其次,应当区分刑事违法性认识的内容与刑事违法性认识错误的判断。我国的犯罪故意具有不法归属功能,本文认为,刑事违法性认识也具有不法归属功能,但这并不妨碍在进行了不法判断之后,进而在责任阶层针对认识错误进行判断。

其三,若认为刑事违法性认识具有不法归属功能,那么没有必要区分构成要件错误与禁止错误。综上所述,刑事违法性认识的判断和犯罪故意的判断具有一致性,若行为人没有对客观的构成要件要素达到刑事违法性认识的程度,那么就不能认定行为人主观上具备犯罪故意,即刑事违法性认识的欠缺可以阻却犯罪故意的成立。那么理论上,关于构成要件认识错误与禁止性认识错误,实际上就变成同一种错误,失去了区分的必要性。按照区分两种认识错误的观点,构成要件错误可以阻却犯罪故意;禁止性认识错误不能阻却故意,至多可以阻却责任。但是,首先,禁止性认识错误的可谴责性并非一定高于事实认识错误,尤其是在行政刑法不断增设的背景下,空白刑法以及规范性构成要件要素的存在,行为人对构成要件的认识标准提高,构成要件认识错误者和禁止性认识错误者在对待法规范的态度方面很难说有什么差别^③。其次,理论上对不区分构成要件错误与禁止错误观点在刑事政策上的忧虑没有必要^④。对新增设的行政刑法来说,其针对的行为对象往往是特定领域的专业人士,对其认知程度的要求自然要比普通公民要高,实际上并不会造成随意脱罪的情形。

四、刑事违法性认识的刑法规范连接点——《刑法》第14条

以上说明了刑事违法性认识与犯罪故意一样具备不法归属的功能,并且犯罪故意的判断与刑事违法性有无的判断具有一致性。这种判断的一致性,在动态上,可以通过对作为犯罪故意认识对象的客观构成要件要素的规范性解释彰

①参见陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,北京:法律出版社2019年版,第198-199页。

②参见陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,北京:法律出版社2019年版,第203页。

③参见陈璇:《刑法归责原理的规范化展开》,北京:法律出版社2019年版,第203-209页。

④对于对不区分构成要件错误和禁止错误观点的批判,参见林钰雄:《新刑法总则》(第九版),中国台北:元照出版有限公司2021年版,第

显;在静态的规范层面,《刑法》第14条规范之下产生的“社会危害性”概念可作为刑事违法性认识在犯罪故意中的规范落脚点。犯罪故意由“知”与“欲”两部分构成,具体到刑事违法性认识在犯罪故意中的存在形式,本文认为,刑事违法性认识可以同时存在于犯罪故意的“知”与“欲”两个层面。

(一)社会危害性与刑事违法性之关联关系

在我国刑法总则中,“危害社会”共出现在4个法律条文中^①。作简要分类的话,第13条和第30条中规定的“危害社会”,意在说明犯罪的三大特性之一的“社会危害性”;第14条和第15条中规定的“危害社会”,意在说明若要具备犯罪故意或过失,则主观上需要认识到行为的“社会危害性”结果。在这个层面上,“社会危害性”作为我国不同于德日刑法理论中的特殊规定,在理论上成为我国特有的一个理论命题。由于《刑法》第15条第2款规定“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”,对于过失犯罪的处罚只是例外情形,所以理论上将社会危害性认识的规范依据定位在《刑法》第14条之上。

犯罪故意概念的核心是对于危害社会的结果的认识,但何谓危害社会的结果,从法条来看并不明晰,因此需要从理论上对“危害社会的结果”这一概念的具体内涵进行解释,而这就给刑事违法性认识的引入提供了具体空间,且刑事违法性具备将社会危害性概念具体化、明确化的特征。

1. 形式的刑事违法性和实质的社会危害性统一于犯罪概念

社会危害性和刑事违法性分别从违法实质和违法形式的层面定义了犯罪的概念,从不同层面发挥着对行为的规范性评价作用。社会危害性揭示了犯罪行为作为违法行为的一种所具备的社会危害性本质,刑事违法性则以违反刑法这一形式特征承载出社会危害性在犯罪中的独特

表现形式^②。行为人的刑事违法性认识建立在对刑法行为规范的认识基础上,而刑法的行为规范本质建立在具有构成犯罪程度的社会危害性的基础上。所以,刑事违法性认识并不是单纯的对刑法规范的认识,而是在认识到刑法规范的同时,认识到行为具有达到犯罪程度的社会危害性。

2. 刑事违法性认识的引入可以弥补社会危害性认识的不足之处

其一,“社会危害性”需要规范性的解释和填充。社会危害性在国家立法中具有存在的必要性,因为“在现代法秩序中,为避免过度干预国民的行为自由,国家的刑事立法也必须遵循比例原则,即立法者只能将危害社会、需要以刑法加以禁止的行为规定为犯罪”^③。对于刑法而言,社会危害性的概念可以区分犯罪行为与非法益侵害行为,但社会危害性是所有违法行为所共有的本质特征,并非为犯罪行为所独有,其并不能区分一般违法行为与犯罪行为。若要区分犯罪行为与一般的违法行为,则要求社会危害性的量累计达到构成犯罪的程度。故在我国《刑法》第14条的解释中,明知行为的“社会危害性”,应指足以“达到刑事犯罪标准的量的社会危害性的认识”,但这种程度的社会危害性认识的具体含义为何,并非不证自明的概念,这恰恰给予了“违法性认识”的解释余地。

其二,“社会危害性”概念存在标准不明的问题。针对社会危害性的具体内涵究竟为何,传统观点认为,“明知的内容应当包括法律所规定的构成某种故意犯罪所不可缺少的危害事实”^④。此种表述虽然对社会危害性的具体内涵进行了阐述,但并未回答何谓构成犯罪不可缺少的危害事实,对该种事实的认识需要达到何种程度的问题。可见,传统观点中论述的“社会危害性只是一种盖然性认识,是先实证的范畴,公民只能根据模糊的法定的罪刑关系进行预见”^⑤。如果在

①上述4个法律条文分别为《刑法》第13条“犯罪概念”之规定、第14条“故意犯罪”之规定、第15条“过失犯罪”之规定以及第30条“单位负刑事责任范围”之规定。

②参见田宏杰:《走向现代性刑法:违法性认识的规范展开》,载《政法论坛》2021年第1期,第72页。

③参见王钢:《法益与社会危害性之关系辩证》,载《浙江社会科学》2020年第4期,第41页。

④参见高铭喧,马克昌:《刑法学》(第九版),北京:北京大学出版社2019年版,第103页-104页。

⑤参见黄京平,陈毅坚:《试论我国犯罪构成中的违法性认识》,载陈忠林主编:《违法性认识》,北京:北京大学出版社2006年版,第209-210页。

此引入“违法性认识”的概念,在司法实践中就可以将“故意”的认识对象从相对模糊、具有盖然性的“社会危害性”替换为相对明确且具有规范依据的刑事法律规范。根据理论上构建的关于“违法性认识错误可避免性”的具体判断标准,就可以对社会危害性认识的有无进行更为精细化的判断。

3. 小结

综上所述,《刑法》第14条规定了社会危害性的概念,但由于此概念具有模糊性和标准不明的缺点,基于社会危害性和刑事违法性两者对于刑事犯罪的内在关联性,《刑法》第14条中的社会危害性规定,可以为刑事违法性提供解释的规范依据,并且辅助社会危害性的判断。若在社会危害性的判断中引入刑事违法性认识的理论,就可以弥补社会危害性概念的模糊性,并且通过刑事违法性认识可避免性的判断标准,使社会危害性的判断更具明确性和可操作性。

(二)刑事违法性认识在我国犯罪故意中的存在形式

犯罪故意,指行为人明知自己的行为会产生危害社会的结果,并且希望或放任这种结果发生的主观心理态度。按照通说所认为的,犯罪故意由“知”与“欲”两个因素构成,前者被称为认识因素,后者被称为意志要素。那么,刑事违法性认识在“知”与“欲”双重划分的故意结构中,在何种层面发挥作用呢?

首先,刑事违法性认识可以在“故意”的认识因素层面发挥不法归属的作用。如上所述,一方面,刑事违法性认识的有无可以通过对客观构成要件要素“故意”认知的有无判断而体现。在“故意”的认识因素层面来说,认识的对象即为客观的构成要件要素,那么若行为人对客观构成要件要素具有认识,也就意味着可以推定其也对行为的刑事违法性具备认识。另一方面,根据犯罪故意的定义,“行为人认识到自己的行为会产生危害社会的结果”。就此来说,社会危害性同为犯

罪故意的认识对象。如上所述,刑事违法性和社会危害性分别从形式和实质的侧面体现了不法的特征,两者相互补充。所以,刑事违法性认识自然也可以通过社会危害性的概念发挥不法归属的功能。总的来说,犯罪客观构成要件要素的故意认识、刑事违法性认识以及社会危害性认识,三者之间的内涵具有共通性,只不过以三种不同的存在形式,在相同意义上对行为不法的判断发挥作用。

其次,刑事违法性认识也可在“故意”的意志因素层面发挥不法归属的作用。“如果故意的意欲要素中缺乏违法性认识作为推动行为人产生行为决意的关键要素那么不仅犯罪故意无法与行为规范发生规范上的关联,进而无法完成不法的归属活动,甚至对故意犯罪的处罚也将会成为一个问题”,“对法益特别危险的意念就是对先于法益存在的行为规范的违反,而在犯罪故意中具有这种意念的最重要前提,就是行为人已经具备违法性认识,并且在意志要素中将其作为行为决意的来源”^①。在违法性认识对犯罪故意进行规范填充后,“在不法归属的过程中,规范化的故意概念就可以通过对行为人是否具有‘违法性认识’的检验来确认行为人是否有意以违反行为规范为目的规划并实践自己的行为,继而决定是否要将外在的结果归属于行为人从而发动刑罚否定该行为。在这一过程中,对行为人行为的不法属性的确认从行为规范出发,最终刑罚的发动又回到行为规范,这一逻辑闭环能够成立的关键要素就是行为人的违法性认识”^②。

综上,在刑事违法性认识和犯罪故意的关系上,刑事违法性并不是一个单独被犯罪故意所评价的要素,犯罪故意的构成仍然是按照通说所认为的“知”与“欲”两个要素组成,刑事违法性认识并非犯罪故意的组成要素,而是刑事违法性认识有无的判断,与犯罪故意中“知”与“欲”的判断具有一致性。^③

①参见石佳宇:《不法归属视野下违法性认识的功能论证——兼论〈刑法〉第14条之规范解释》,载《南大法学》2023年第4期,第37页。

②参见石佳宇:《不法归属视野下违法性认识的功能论证——兼论〈刑法〉第14条之规范解释》,载《南大法学》2023年第4期,第38页。

③该观点也回应了批评意见所提出的如下相反意见:“既然故意说认为,构成要件事实与其违法性评价具有同等的主观归责意义,那么在将违法性纳入到故意认识对象之后,故意说也必须说明,对于该评价行为人应当持何种意志态度才能成立故意。倘若故意说认为,对于构成要件事实既需要认识因素也需要意志因素,而对违法性评价则仅需要认识因素即可,则恰恰说明两者在主观归责层面的意义并不相同,区别对待两者的认识错误在刑法归责体系上有其必要性”。参见马春晓:《行政违法性认识错误的性质与处理规则》,载《中国法学》2023年第6期,第270页。

五、余论

司法实践中,行政犯被不当入罪的案例不断涌现,这提醒着刑法学界对行政犯相关课题的研究不能陷于理论的自我沉湎之中,而是要结合司法实践的具体情况,对司法实践中的错误做法进行纠偏。作为犯罪主观方面的重要内容,对违法性认识理论的研究,同样要关照司法实践的具体需求。本文认为,刑事违法性认识与司法实践相结合的规范落脚点就是《刑法》第14条。一方面,我国《刑法》第14条规范之下的实质故意概念具有不法归属的功能;另一方面,刑事违法性认识在判断行为人对客观构成要件要素是否具有故意认识以及社会危害性认识时,也发挥着不法归属的作用。两者在具体的判断流程和意义

上具有一致性。就两者之间的具体关系而言,刑事违法性认识并非犯罪故意的要素,两者在犯罪论体系中是相互独立的关系。简而言之,可将犯罪故意与刑事违法性认识的关系形容为“烟”与“火”的关系:若行为人主观上不具备犯罪故意,那么其肯定不具备刑事违法性认识,接下来只需要检验是否存在成立过失犯的可能性;若行为人主观上具备犯罪故意,那么就可以推定其同时也具备刑事违法性认识,这一推定在理论上可以被推翻,而检验其是否可被推翻的标准,就是进一步检验该刑事违法性认识是否具有可避免性。至于刑事违法性认识可避免性的具体判断标准,需要另行撰文研究。

【责任编辑:张 戈】

Basic relationship between the knowledge of illegality and criminal intent under the function of illegal attribution

Liu Ke, Bao Ziwei

(Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

Abstract: The concept of substantive intent under the regulation of Article 14 of “the Criminal Law of the People’s Republic of China” has the function of illegal attribution. Criminal knowledge of illegality also has the function of illegal attribution. The function of illegal attribution of criminal knowledge of illegality, from a dynamic perspective, is reflected in its consistency with the judgment of intentional knowledge of objective constituent elements; from a static perspective, it is reflected in its complementarity with “knowledge of social harm” under the concept of criminal intent. Although “intent” and criminal knowledge of illegality both have the function of illegal attribution, criminal knowledge of illegality is not an element under “intent,” but can be inferred to have criminal knowledge of illegality by judging whether there is criminal intent.

Key words: knowledge of illegality; knowledge of social harm; criminal intent; illegal attribution

【羁押制度研究】

我国羁押权制约监督体系的反思与重塑

冉 劲, 李永航

(重庆市江北区人民检察院, 重庆 400025)

〔摘 要〕羁押权的控制主要有制约和监督两种模式。域外多数国家采用权力制约模式, 主要表现在分权制衡和救济程序设置两个方面。我国对羁押权的控制以监督为主, 以制约为辅, 注重防控放纵犯罪的风险。当前被羁押者并非控权主体, 其控权效力以柔性监督意见为主。现行羁押权制约监督体系在防范羁押权恣意滥用上发挥了积极作用, 但隐性超期羁押在一定范围内仍然存在, 急于制约监督问题较为突出, 部分羁押权仍处于制约监督盲区。对此, 应积极改变控权思路, 采用“以制约为主, 以监督为辅”的控权模式, 以保障公民人身自由为主要控权方向, 突出被羁押者的控权主体地位。在制度构建上, 应加强羁押权的分权制衡, 构建羁押合法性司法审查制度, 强化对羁押权的监督。

〔关键词〕未决羁押; 羁押权; 制约; 监督

〔基金项目〕本文系重庆市人民检察院 2024 年度课题“轻罪治理完善路径研究”(项目编号: CQJCY2024B01)和重庆市人民检察院第一分院 2024 年度课题“羁押权制约监督体系的反思与完善”的阶段性研究成果。

〔作者简介〕冉劲(1969—), 男, 重庆丰都人, 重庆市江北区人民检察院党组书记、检察长, 二级高级检察官, 主要从事刑法学、刑事诉讼法学研究; 李永航(1987—), 男, 河南周口人, 重庆市江北区人民检察院检察八部主任、四级高级检察官, 主要从事刑事诉讼法学和检察制度研究。

〔收稿日期〕2024-10-18

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-013-11

近年来, 党中央高度重视司法权的制约监督。党的二十大报告指出, “规范司法权力运行, 强化对司法活动的制约监督, 促进司法公正”^[1]。最高人民检察院检察长应勇在 2023 年大检察官研讨班上强调, “要进一步强化包括检察权运行制约监督在内的刑事诉讼制约监督体系”^[2]。在我国刑事诉讼中, 羁押权是一种对被追诉人影响极大但恣意滥用风险较高的司法权力。许多学者提出, 我国应借鉴英、美、德、法等域外国家的立法经验, 由中立的审判机关行使羁押权, 并赋予被羁押者上诉权, 通过司法授权和司法审查的方式合理限制羁押权^①。从长远来看, 这或许会成为我国羁押制度发展的趋势, 但是, 在较长的

时间内, 我国不同诉讼阶段分别由侦查机关、检察机关、审判机关行使羁押权的制度现状难以改变。在此背景下, 如何实现对羁押权的有效控制, 防止羁押权被恣意滥用, 是一个值得思考的问题。本文在梳理我国羁押权制约监督体系构成的基础上, 分析其特点及运行中存在的不足, 并提出完善进路, 以期对我国羁押制度的完善有所裨益。

一、羁押权控制的基础理论

(一) 羁押权的内涵界定

汉语中的“羁押”一词是清末修律“西法东渐”的产物。我国最早规定有“羁押”一词的法律

①自 20 世纪末以来, 郝银钟、陈瑞华、刘计划、陈卫东、姚莉、顾永忠等多位学者均提出类似观点。

文献,是清政府于1907年完成的《大清新刑律》^①。从最早规定“羁押”一词的法律文献及最早收录它的词典解释来看^②，“羁押”在汉语中是作为法律术语出现的^③，特指刑事诉讼中的“未决羁押”，即被追诉人在法院作出生效判决前被剥夺人身自由的状态。

在我国，“羁押权”并非法律概念，而是学术概念。许多学者研究羁押制度时，根据其研究对象的不同，对羁押权的内涵作出不同的界定。有学者将“羁押权”限定为适用羁押性刑事强制措施的初始决定权^④，也有学者将“羁押权”限定为看守所对被采取羁押性强制措施的被追诉人的关押权^⑤，还有学者将“羁押权”分为羁押启动权、决定权、执行权、关押权等相对独立的子权力^⑥。与羁押相关的诸多权力中，最为核心的是羁押决定权，这是使被追诉人处于羁押状态的实质原因，也是最需要加以合理限制的司法权。因此，本文研究的“羁押权”是使被追诉人处于未决羁押状态或者使被追诉人继续保持未决羁押状态的决定权。“使被追诉人处于未决羁押状态”，是指作出初始羁押决定，如决定刑事拘留、逮捕。“使被追诉人继续处于羁押状态”包括两种情形。一是作出延长羁押期限的处理决定，或者客观上导致羁押期限延长的处理决定，如延长刑事拘留期限、延长捕后侦查羁押期限。在被追诉人处于被羁押状态下，公安司法机关作出的诉讼中止、重新计算羁押期限等处理决定，客观上都会使被追诉人继续处于被羁押状态。二是有权变更逮捕措施的公安司法机关拒不变更强制措施，使被追诉人继续处于被羁押状态。此种情形下，羁押权既可以以积极作为的方式行使，也可以以消极不作为的方式行使。

多数域外国家羁押权由法院统一行使，羁押期限与办案期限有明确的界分，羁押权的外延相对清晰、简单。我国的公安机关、检察机关、人民法院在不同诉讼阶段均有羁押的初始决定权和延长羁押期限的决定权，且审查起诉阶段和审判

阶段不区分办案期限和羁押期限，使被羁押者继续处于未决羁押状态的情形较多，羁押权的外延相对丰富。

(二)两种不同的控权模式：制约与监督

“制约”与“监督”在广义上属于政治学范畴，均有对社会公共权力进行限制、拘束之意，其目的均为防止擅权和滥权^⑦。在我国许多官方文件和领导讲话中，习惯于将“制约”和“监督”一同作为加强对公权力控制的措施使用，甚至存在将二者混同使用或等同使用的现象。实际上，制约和监督属于两种不同的控权模式。根据《现代汉语词典》的解释，一个事物本身的存在和变化以另一事物的存在和变化为条件，称之为“制约”^⑧。实践中，权力制约方式主要有两种，一是分权制衡，明确各主体之间的权力边界，使权力主体在行使权力时受其他权力主体的限制和约束，即所谓的“以权力制约权力”。例如检察机关行使公诉权，法院行使审判权，两机关互相制约。二是通过启动救济程序，由其他中立的权力主体对原处理决定的合法性和正确性予以审查，并重新作出处理意见，即所谓的“以权利制约权力”。例如被告人不服法院判决可以提起上诉，检察机关认为法院判决、裁定确有错误可以提起抗诉。“监督”则是指察看并督促^⑧。实践中，权力监督的方式主要是察看权力运行情况，发现其存在的问题并提出纠正意见。权力监督的主体既可以是其他权力机关，也可以是公民个人或其他组织。在我国，检察机关是专门的法律监督机关，对公安机关、法院、行政机关履行法律职责情况负有监督职责；人民监督员可以根据检察机关的邀请或者依职权对检察机关办案活动开展监督；人民代表大会则有权对其他机关的权力运行情况予以监督。

“制约”和“监督”两种控权方式在作用方式、程序依附性等方面存在许多不同。制约是一种双向行为，监督则是一种单向行为^⑨。监督附随诉讼活动的外在行为，如果去掉“监督”，诉讼活

①《大清新刑律》第80条规定：“未决期内羁押之日，得以2日抵徒刑、拘役1日或抵罚金1元”。
②我国最早收录“羁押”一词的普通词典和专业词典分别是1980年出版的《新华词典》和《法学词典》。《新华词典》对“羁押”的解释是：“法院、检察院和公安机关把尚未判决的罪犯关押在看守所或其他规定场所，限制其人身自由的一种强制措施”。参见《新华词典》，北京：商务印书馆1980年版，第388页。《法学词典》对“羁押”的解释是：“把依法逮捕或拘留的现行犯或重大嫌疑分子关押在看守所或其他规定的场所，以限制其人身自由的一种强制措施”。参见《法学词典》，上海：上海辞书出版社1980年版，第736-737页。

动仍然是完整的;制约是诉讼活动的内在行为,去掉“制约”则诉讼活动是不完整的^[10]。监督的运行随时可能发生,制约的运行则要受行为发生时间的限制^[7]。监督具有可选择性,监督谁、监督什么、什么时候监督,监督主体有很大的选择性;制约则是日常工作^[11]。监督不具有强制力,被监督者可以选择接受监督意见,也可以选择不接受监督意见;制约有的有强制执行力,有的只是启动重新审查程序^[12]。我国刑事诉讼中既有制约也有监督,二者有各自的优势。相比于制约,监督更具灵活性、效率更高;相比于监督,制约更具有有效性和民主性^[11]。有观点认为,刑事诉讼中,没有必要的监督作为后盾,相互制约的约束会逐渐弱化,因此,强调监督比强调制约更重要,更具现实必要性和紧迫性^[9];也有观点认为,制约比监督更符合诉讼规律,更具优势也更为有效,我国刑事诉讼权力监控理论应从监督论走向制约论^[13]。

(三)域外国家对羁押权的控制

羁押的恣意滥用极易侵犯被追诉人的人身自由,因此,以德国、法国、英国、美国为代表的欧美国家普遍重视对羁押权的合理限制。在控权模式上,主要采取权力制约模式,具体体现在权力配制和程序救济两个方面:

在羁押权配置上,对羁押启动权和羁押决定权实行分权制衡。为了防止羁押权过分集中,域外大多数国家将羁押的启动权、决定权分别交由不同机关行使^[6]。初始羁押决定和延长羁押期限决定权由中立的法官行使^①,而羁押启动权则由警察机构或检察机关行使^②。在审前阶段,未经警察机构或检察机关提请,法官一般情况下不能直接签署羁押令,羁押启动权机关与羁押决定权机关互相制约。德国和日本的羁押制度均分为起诉前的羁押和起诉后的羁押。起诉后的羁押通常由审理案件的法院直接作出,不再以检察官的申请为必要^[14]。

①在英国和美国,羁押权由治安法院法官或者地方法院法官行使;在德国,羁押权由基层法院的侦查法官行使;在法国,羁押权由自由与羁押法官行使,但须经预审法官审查后,才能报自由与羁押法官作出羁押决定。

②在警察机构相对独立的国家,警察可以直接提请法官对被追诉人适用羁押措施,如英国、美国;在实行“检警一体化”或者警察指挥侦查的国家,须由检察官提请法官适用羁押措施,如德国、法国、意大利和日本。

③在德国,被追诉人羁押时长超过3个月,没有对羁押决定提出抗告,也没有申请羁押复查的,如果被追诉人没有辩护人,法院会主动启动羁押复查程序。被追诉人羁押时长超过6个月,无论被追诉人是否有辩护人,州高级法院必须启动羁押复查程序。州高级法院如果作出维持羁押的决定,则须每隔3个月开展一次羁押审查,直至一审宣判。

在程序救济上,为被羁押者提供了诸多可供选择的权利救济路径。一是上诉或抗告。在域外多数国家,法官作出的羁押决定具有可诉性,被羁押者可以提请中立的法庭对羁押合法性和必要性问题作继续审查。法国、意大利、美国等国家称该程序为“上诉”,而德国和日本称该程序为“抗告”。在法国和意大利,不仅被羁押者可以对羁押决定提出上诉,检察官不服法院作出的裁判决定的,同样可以提出上诉。二是申请羁押复查。在美国,对于治安法官以及联邦上诉法院的法官签发的羁押令,被羁押人可以向对该案有初审权的法院申请撤销或变更释放条件。对于该项申请,法院应立即作出裁定。在德国,除依申请启动羁押复查程序以外,法官还可以依职权开展羁押复查^③。三是保释制度。在英美法系国家,保释是被羁押者获得救济最为重要的途径。在英国,被羁押者在不同条件下可以分别向羁押警官、治安法院、皇室法院、高等法院以及上诉法院等申请保释。在自动审查以及法官每隔28天的主动审查中,认为不需要继续羁押的,可以采用保释,将被羁押者释放^[15]。四是人身保护令制度。在英国,若不同法官基于相同理由对被羁押者数次羁押,申请人身保护令便成为被追诉人维护自己权益最重要的方式之一;在美国,任何受到羁押的人如果可以证明羁押违反宪法,就可以向法院申请人身保护令^[15]。获得“人身保护令”在美国被认为是宪法所确立的“最重要的人权”,是“对个人自由的最好的和充分的保障”^[16]。

二、我国现行羁押权制约监督体系解构

我国关于限制和约束羁押权行使的规定更为错综复杂。在权力控制方式上,既有“制约”也有“监督”,在不同诉讼阶段,两种控权模式相互交织。

(一)我国羁押权控制中的权力制约

我国对羁押权的控制同样体现在分权制衡和救济程序设置两个方面。

1. 羁押权配置中的分权制衡

我国羁押权配置中,体现分权制衡主要有两个诉讼程序。一是审查逮捕程序。在审查逮捕程序中,提请批准逮捕权由公安机关行使,批准逮捕权则由检察机关行使。在侦查阶段,未经公安机关提请,检察机关不能直接决定逮捕;未经检察机关批准,公安机关也不能直接对被追诉人实施逮捕,公安机关与检察机关互相制约。二是捕后延长侦查羁押期限程序。在捕后延长侦查羁押期限程序中,提请延长侦查羁押期限的权力由公安机关行使,延长侦查羁押期限的决定权则由检察机关行使,两机关互相制约。第一次延长侦查羁押期限,须经同级检察机关审核同意后,报上级检察机关审批;第二次延长侦查羁押期限和第三次延长侦查羁押期限,则须层报省级检察机关审批。在对公安机关延长侦查羁押期限申请的审核中,上下级检察机关之间也形成了一种权力制约关系。

2. 羁押权运行中的救济程序

我国羁押权运行中,体现程序救济精神的主要有两个程序。一是不批准逮捕案件的复议复核程序。公安机关不服检察机关不批准逮捕决定的,可以申请复议;检察机关须指派其他检察官对案件原处理决定的合法性和正当性进行审查,并根据复查情况作出复议处理决定,即维持或者改变原不批准逮捕决定。公安机关对检察机关作出的复议处理决定不服的,还可以提请上一级检察机关复核。不批准逮捕复议复核程序是我国羁押制度中唯一直接对羁押机关作出的处理决定提出异议的程序设置,是公安机关对检察机关不批准逮捕权予以限制和约束的重要方式。遗憾的是,立法者并未赋予被追诉人对检察机关作出的逮捕决定提出异议的权利,仅赋予羁押启动机关异议权。二是逮捕措施的撤销和变更制度。检察机关作出逮捕决定后,正在办理案件的公安机关、检察机关、人民法院发现对被追诉人采取逮捕措施不当的,或者有不能在法定期限内办结案件等情形的,可以依申请或者依职权撤销逮捕措施或者变更为非羁押强制措施。有学

者将该制度称之为我国的“羁押复查制度”^[17]。

(二)我国羁押权控制中的权力监督

根据监督主体和监督对象的不同,我国对羁押权的监督可以分为以下两类:

1. 检察机关对公安机关、人民法院羁押权的监督

检察机关是专门的法律监督机关,负有侦查监督和审判监督职责,在对羁押权的控制中扮演着非常重要的角色。从监督内容和监督方式上看,检察机关对公安机关、人民法院羁押权的监督主要包括四个方面。一是纠正漏捕。检察机关在办理审查逮捕案件中,发现公安机关应当提请批准逮捕而未提请的,可以提出纠正漏捕的监督意见,要求公安机关对遗漏提请逮捕的犯罪嫌疑人提请批准逮捕。纠正漏捕是享有羁押决定权的检察机关对公安机关履行羁押启动权的监督,是一项极具中国特色的监督制度。二是对公安机关刑事拘留权的监督。在公安机关违法作出刑事拘留决定、延长刑事拘留期限决定或者存在超期羁押问题的情况下,检察机关可以通过制发纠正违法通知书的方式提出监督纠正意见。三是对人民法院逮捕权、羁押期限的监督。发现人民法院有违法采取逮捕措施、超期羁押等情形的,检察机关可以提出审判监督意见。四是羁押必要性审查。羁押必要性审查是2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》确立的一项诉讼制度。根据该制度,检察机关在作出逮捕决定以后,仍然要对被追诉人的羁押必要性予以审查。发现被追诉人无继续羁押必要的,应当建议公安机关、人民法院释放被追诉人或者变更刑事强制措施。羁押必要性审查制度与德国的羁押复查制度有许多相似之处,但从权力属性上看,我国的羁押必要性审查制度属于监督权,而德国的羁押复审属于司法审查职权。

2. 其他机关或者组织对检察机关羁押权的监督

检察机关是我国最为重要的羁押权力机关,检察机关作出的逮捕决定,是致使被追诉人长期羁押的重要原因。因此,检察机关羁押权获得有效控制,对规范羁押权的运行,保障被追诉人人身自由权具有非常重要的意义。从监督主体和监督途径来看,实践中对检察机关羁押权的监督

以内部监督为主,外部监督为辅,具体包括以下几种情形:

一是上级检察机关对下级检察机关审查逮捕案件的监督。根据《人民检察院刑事诉讼规则》规定,外国人、无国籍人涉嫌危害国家安全犯罪以外的其他犯罪,决定批准逮捕的检察院应在作出批准逮捕决定后48小时内报上一级人民检察院备案;检察机关办理审查逮捕的危害国家安全犯罪案件,亦须向上一级人民检察院备案;上级检察院经审查发现处理决定确有错误的,应当依法及时纠正。二是检察机关案件管理部门对审查逮捕案件质量的监督。审查逮捕案件办结以后,案件管理部门可以通过常规抽查、专项评查、重点评查等形式,对刑事检察部门办理的审查逮捕案件开展质量评查,评查发现作出的批准逮捕或不批准逮捕决定有错误的,经报请检察长或检察委员会决定后,可以启动纠正程序。三是人民监督员对检察机关办理审查逮捕案件的监督。人民监督员制度是检察机关为完善外部监督机制所设立的一项专门制度,其设立初衷是为了破解“谁来监督监督者”的难题。人民监督员依照规定对人民检察院的办案活动进行监督。对有重大影响的审查逮捕案件进行公开听证的,应当邀请人民监督员参加,听取人民监督员对案件事实、证据的认定和对案件处理的意见。

三、我国现行羁押权制约监督体系的特征

(一)在控权模式上,以“监督”为主,以“制约”为辅

我国对羁押权的控制既有监督也有制约,但总体而言以监督为主,以制约为辅。尽管我国的审查逮捕程序、不批准逮捕决定复议复核程序均体现了权力制约,但制约并未成为我国羁押制度的主要控权模式。从羁押权配置上看,我国羁押权过度集中的现象并未从根本上改变。在许多情况下,正在办理案件的公安司法机关可以依职权直接采取羁押性强制措施,或者直接决定使被追诉人在较长时间内继续保持被羁押状态。他们既是羁押性强制措施的提请适用者,也是羁押

决定者,集启动权和决定权于一身。例如公安机关在侦查阶段可以直接决定刑事拘留,检察机关在审查起诉阶段可以直接决定逮捕,且公安机关、检察机关、人民法院在不同的诉讼阶段可以直接作出延长羁押期限(延长侦查羁押期限除外)、重新计算羁押期限、诉讼中止等决定。在救济程序设置上,尽管我国建立了不批准逮捕复议复核制度,但是,被羁押者均无权提请中立的司法机关对羁押决定的合法性和正当性进行审查。实际上,我国对羁押权的控制主要通过检察机关或者其他机关组织对羁押权运行中存在的问题提出纠正意见的方式来实现,即通过监督的控权模式实现对羁押权的控制。其中,检察机关的法律监督无疑处于核心地位。

(二)在控权对象上,偏重防控放纵犯罪的风险

对初始羁押权不当行使的防控,是对羁押权合理控制的重要内容。从检察机关审查逮捕程序的设置和考核指标设置情况来看,我国对羁押权的控制更为注重防控放纵犯罪的风险。在程序设置上,不批准逮捕程序要比批准逮捕决定更为严格。检察机关拟不批准逮捕的案件,须报请检察长决定^①;作出不批准逮捕决定时,要向公安机关说明不批准逮捕的理由;公安机关不服检察机关作出的不批准逮捕决定,可以提请复议复核。对于拟批准逮捕的案件,一般情况下检察官可以自行决定,且无须向被追诉人说明理由;被羁押者对检察机关作出的批准逮捕决定不服的,无权提请复议复核。可见,检察机关作出不批准逮捕决定时较为谨慎。从考核指标的设置上看,纠正漏捕是检察机关一项非常重要的侦查监督工作,一直以来被纳入审查逮捕环节侦查监督质效的重要考核指标,“纠正漏捕、漏诉率”还被最高人民检察院纳入刑事检察案件质量主要评价指标。相比之下,对违法刑事拘留、超期羁押等工作的重视程度要逊色许多。出现这种情况,一定程度上是因为检察机关一旦作出不批准逮捕决定,或者公安机关遗漏提请批准逮捕,可能会导致案件不再进入后续诉讼阶段,存在放纵犯罪

^①《人民检察院刑事诉讼规则》第285条第3款规定的需报请检察长审批的拟不批准逮捕案件,原本并未包含无社会危险性不批准逮捕的情形。但是多数省级检察机关在制定检察官权力清单时,均规定不批准逮捕应经检察长审批决定。

的风险;而出现错误羁押,在后续诉讼阶段仍有纠正的机会。这反映了我国追求实体真实的控权理念,但在某种程度上,也体现了对人身自由权益保障重视程度不足。

(三)在控权主体上,被羁押者的参与性不足在英、美、德、法、意等国家的羁押制度中,被羁押者是非常重要的控权主体。被羁押者可以通过启动司法救济程序,将羁押合法性问题提交中立的法庭持续审查;羁押决定不合法或者不必要的,中立的法庭会作出释放决定。尽管我国立法赋予被羁押者及其法定代理人、近亲属、辩护人申请变更强制措施和申请羁押必要性审查的权利,但是远远没有达到“以权利制约权力”的控权效果。其主要原因,是受理变更强制措施申请的是正在办理案件的公安机关、检察机关或人民法院。上述单位要么是提请适用羁押措施的权力主体,要么是羁押决定者,要么对保障诉讼程序顺利进行有直接的利益需求^①,在审查被羁押者提出的变更强制措施申请时,难以保持客观中立,很难针对羁押的合法性和必要性进行客观处理。被羁押者提出的关于变更羁押措施的申请,实质上是被羁押者向享有羁押权的主体申请权利保障的请求,或者向负有法律监督权的检察机关请求履行监督职责,但并不必然起到启动控权程序的法律效果,对羁押权的控权效果不大。因此,在我国现行羁押制度中,被羁押者并未成为羁押权的控权主体。

(四)在控权效力上,以柔性监督意见为主在对羁押权的控制中,制约监督主体控权意见的效力将会直接影响对羁押权的控制效果,强制力越大,控权效果越好,反之亦然。在英、美、德、法等国家,被羁押者提起上诉、控告、申请复查虽然仅起到启动救济程序的作用,但是,中立的法庭对羁押决定合法性和必要性审查后作出的裁定,通常具有强制约束力,如德国抗告法院

作出的撤销羁押令、英国法官作出的保释裁定等。而我国羁押权制约监督体系较为复杂,控权主体作出的制约决定或监督意见,有的具有强制约束力,有的则不具有强制约束力。前者包括检察机关就不批准逮捕复议复核案件作出的处理决定,办案机关变更逮捕措施的处理决定,上级检察机关审查备案的审查逮捕案件提出的纠正意见,检察机关案件质量评查报请检察长或检察委员会决定后作出的纠正意见;后者则包括检察机关针对公安机关、法院违法适用刑事强制措施或者超期羁押提出的监督意见,检察机关开展羁押必要性审查活动提出的监督意见,人民监督员对检察机关履职提出的监督意见,等等。有学者认为,监督这种控权模式只在理论上具有强制性,在实务中则只具有建议性质,被监督者可自行决定是否采纳^[13],其实并不尽然。检察机关内部的监督意见通常是具有强制力的,如上级检察机关对下级检察机关的监督意见。有的对外监督意见虽然不具有强制约束力,但检察机关可以通过其他方式保障其实施。例如,公安机关不采纳检察机关作出的纠正漏捕的监督意见,检察机关可以直接决定逮捕交公安机关执行。但总体而言,我国对羁押权的控制是以不具有强制约束力的柔性监督意见为主,是否采纳监督意见通常由被监督者自行决定。这在某种程度上严重影响了对羁押权的控制效果。

四、现行羁押权制约监督体系存在的问题检视

我国现行羁押权制约监督体系,在防止羁押权恣意滥用上发挥了一定的积极作用,例如无辜者遭受错误逮捕的情况越来越少,显性超期羁押现象得到有效遏制,纠正漏捕工作取得了较好成效^②,等等。但是,隐性超期羁押现象仍然在一定

①正在办理案件的公安机关、检察机关、人民法院都有保障刑事诉讼活动顺利进行的利益需求。一旦被追诉人在诉讼过程中有逃跑等妨害诉讼活动的行为,可能会对诉讼活动的顺利进行造成较大阻碍。因此在通常情况下,正在办理案件的侦查人员、检察官、法官变更羁押措施的动力不足。

②2020年,检察机关对应当逮捕未提请逮捕的,追加逮捕2万人;2023年,检察机关对应当逮捕未提请逮捕的,追加逮捕1.9万人。参见《最高人民检察院检察长张军:〈最高人民检察院工作报告——2021年3月8日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上〉》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202103/t02010315_512731.shtml;《最高人民检察院检察长应勇:〈最高人民检察院工作报告——2024年3月8日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上〉》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202403/t0240315_649603.shtml,最后访问时间:2024年10月10日。

范围内存在,急于制约监督的问题较为突出,部分羁押权甚至处于制约监督盲区。

(一)检察机关对公安机关、法院羁押权制约监督作用未充分发挥

在我国羁押权制约监督体系中,检察机关是最为重要的控权主体,其职能作用未能充分发挥,主要表现在以下几点:

一是极少对刑事拘留适用情况开展监督。刑事拘留是享有侦查权的公安机关可以自行决定适用的羁押性强制措施,且特殊情况下最长羁押期限可达37天。刑事拘留权的恣意滥用,极易侵犯公民的人身自由,加强对公安机关刑事拘留权的监督极为重要。但因受“重实体轻程序”“重配合轻制约”等陈旧思想的影响^①,以及案件信息共享受限等情况长期存在^②,检察机关极少对公安机关违法适用刑事拘留措施和违法延长刑事拘留期限开展侦查监督^③,尤其是刑事拘留后未提请批准逮捕也未移送起诉的案件,实际上并未进入检察机关的监督视野。

二是对提请延长侦查羁押期限的审查流于形式。可能是基于确保案件顺利追诉的考虑,避免“捕后判无罪”等质量问题发生,检察机关对公安机关提请延长侦查羁押期限请求的审查并不严格,通常是“有求必应”。

三是对法院羁押期限过长问题监督不力。我国羁押制度在审判阶段存在的最大问题莫过于超期羁押问题,审判阶段被学者称之为“超期羁押现象最多、最严重的诉讼阶段”^[18]。检察机关在审判阶段诸多工作受制于法院,极少针对超期羁押问题向法院提出监督纠正意见。在部分隐性超期羁押现象中,检察机关甚至扮演“帮助者”的角色,即便偶尔针对审限过长问题提出监督意见,但因监督意见不具有强制执行力,其效

果并不理想。

四是羁押必要性审查制度在运行中异化。捕后羁押必要性审查在实践中发挥着一定的积极作用。但是,在“捕诉一体化”改革背景下,作出逮捕决定的检察官与开展羁押必要性审查的检察官通常为同一主体,属于典型的“自我决定,自我审查”。实践中,部分检察人员以“先捕后放”的方式虚增羁押必要性审查数据,这已成为羁押必要性审查工作中较为严重的“反管理”现象^[19]。这种“反管理”现象,本身就是一种权力恣意。

(二)其他机关、组织对检察机关羁押权制约监督作用未充分发挥

对检察机关批准逮捕权予以合理控制,是我国羁押权制约监督体系的重要内容。但从实际运行情况来看,检察机关的羁押权难以受到有效限制。

一是逮捕措施变更制度较少被主动适用。有权作出变更逮捕措施的国家机关,是批捕后各诉讼阶段正在办理案件的公安机关、检察机关和人民法院^④,而他们对保障刑事诉讼程序顺利进行有着较强的利益需求,因此极少主动变更逮捕措施。变更逮捕措施的处理决定,大多是在检察机关羁押必要性审查建议下作出的,或者遇到“不得已”的特殊情形,如发现不应当追究被追诉人的刑事责任,被追诉人因患有严重疾病不适合继续羁押,在法定期限内不能办结,等等。

二是检察机关内部监督效果较为有限。检察机关对羁押权的内部监督方式主要有审查逮捕案件报备制度和检察机关案件质量评查纠正程序。两种监督方式在实践中发挥了一定的作用,但是,需要报上级检察机关备案的案件范围太小,仅限于外国人犯罪和危害国家安全犯罪两

①许多检察人员认为,只要定罪没有问题,刑事拘留时间最后会折抵犯罪嫌疑人被判处的刑期,延长刑事拘留期限最终不会对犯罪嫌疑人服刑刑期造成实质性的影响。参见李永航,梁选点:《派驻公安机关执法办案管理中心检察职能研究》,载《江苏警官学院学报》2022年第4期,第103—104页。

②实践中,由于法院、检察院未建立审判阶段决定逮捕案件信息共享机制,检察机关不能及时获知法院决定逮捕情况,难以及时开展有效监督。检察机关对公安机关刑事拘留措施的监督也存在类似问题。

③以西部某市A区的情况为例,2019—2023年间,该地检察院共向公安机关制发书面纠正违法通知书417份,其中,因违法适用刑事拘留措施或违法延长刑事拘留期限而制发书面纠正违法通知书0份。

④“捕诉一体化”改革前,检察机关审查逮捕与公诉职能分别由不同的部门行使。在审查起诉期间,公诉部门可以对无继续羁押必要的案件作出变更强制措施的决定,进而形成内部制约;“捕诉一体化”改革后,检察机关作出批准逮捕决定的检察官与办理审查起诉案件的检察官为同一主体,难以发挥权力制约作用。

类案件,案件质量评查活动的启动具有滞后性,难以起到及时纠正错误逮捕决定的作用。

三是人民监督员对逮捕权难以形成有效监督。审查逮捕案件的办案期限较短,侦查证据不对外公开,检察机关较少开展审查逮捕听证,邀请人民监督员对逮捕案件开展监督的情形较少。人民监督员大多来自于各行各业,有法律知识和法律实践的较少,难以对检察机关逮捕案件办理情况开展有效监督。且人民监督员的意见只是作为参考,不具有强制约束力,难以发挥应有的控权效果。

综上,我国羁押权制约监督体系在防止羁押权恣意滥用方面发挥了一定作用。从理论上讲,几乎所有的羁押权均处于制约监督之下;但实际上,部分羁押权有被制约监督之名,却无被制约监督之实,现有制约监督体系难以有效防止羁押权恣意。羁押权是否被恣意滥用,某种程度上取决于权力主体的业务素质、职业操守和自我克制情况。

五、羁押权制约监督体系的完善思路

我国羁押权制约监督体系的控权作用未能有效发挥,其根本原因是“监督”模式存在固有缺陷,控权主体难以保持中立,控权方向未突出保障公民人身自由权的理念。对此,完善我国羁押权制约监督体系应遵循以下思路:

(一) 改变控权模式,以制约为主,以监督为辅

我国限制羁押权采取的是“以监督为主,以制约为辅”的控权模式,而监督的前提是“集权”,且该控权模式存在一些固有缺陷,一旦没有发挥应有的作用,权力恣意滥用的风险必然加大。监督具有主观性和可选择性,羁押权滥用现象是否监督、对谁监督,完全由监督者自行决定,且监督者不会因为怠于履职而承担相应责任;有时监督效果受制于被监督者,如公安机关不及时共享案件信息,检察机关就难以对刑事拘留措施适用情况开展有效监督,人民监督员对检察机关逮捕权的监督也存在同样问题;由于监督意见具有非强制性,除检察机关内部监督意见以外,对监督者提出的监督意见是否采纳由被监督者决定,无论是检察机关对公安机关、人民法院提出的监督意

见,抑或其他组织或人民监督员对检察机关提出的监督意见,都不具有强制执行力。这些固有缺陷导致“监督”模式的控权效果具有很大的主观性和不确定性,最终导致我国羁押权制约监督体系未能发挥应有的控权效果。相比之下,权力制约具有经常性的优势,制约比监督更为有效,权力主体行使诉讼权力,必然产生法定效力或效果^[13]。对此,应基于我国国情特点,适当借鉴域外立法经验,采取权力制约方式合理限制羁押权的适用。一方面,要注重羁押权的分权制衡,避免权力过度集中导致羁押权恣意;另一方面,应注重救济程序的设置,对于一些关键性的羁押权运行必须采取制约模式予以限制,如对初始羁押决定、羁押时间过长、重新计算羁押期限等作出的处理决定。

当然,不同于国外羁押制度,我国羁押权的外延较为复杂多样,一律实行权力制约模式显然并不现实。无休止地启动羁押救济程序,不仅会造成司法资源的浪费,也有违诉讼效率原则。因此,我国对羁押权的控制应采取“以制约为主,以监督为辅”的控权模式,对于部分非关键性的羁押权,可以继续采取“监督”的控权模式,但是须完善相关监督工作机制,强化监督的控权效果。

(二) 优化控权方向,注重保障公民的人身自由权利

现代羁押制度的实质精神内涵就是限制羁押权和保障公民的人身自由^[3]。由于羁押性强制措施具有剥夺他人人身自由的特点,与无罪推定原则相抵牾,法治国家对羁押措施的适用大多持谨慎态度。在许多法治国家设计的羁押司法救济程序中,被追诉人可以对法官作出的羁押裁定提出抗诉或抗告,但控方却无权对法官作出的不予羁押判决提出上诉或抗告。其对羁押权控制的主要目的甚至唯一目的,就是防止任意羁押和过度羁押,保障被追诉人的人身自由权。相比之下,我国对羁押权的控制更为追求实质真实和实体正义,对保障被追诉人人身自由权利的重视没有提升到应有的高度。这显然不符合现代羁押制度精神和现代诉讼制度的发展趋势。在推进国家治理体系和治理能力现代化的背景下,我国对羁押权的控制应更为侧重限制公权力和保护私权利,更多致力于防止羁押权的恣意滥用,

保障公民的人身自由。在设计羁押制度时,除了考虑放纵犯罪的情形以外,更多应考虑如何防止错误羁押和超期羁押等问题,以及一旦发生错拘、错捕、超期羁押问题,如何通过程序设计实现权利救济。

(三)重塑控权程序,突出被羁押者的控权主体地位

“以权利制约权力”是防止公权力恣意滥用的重要方式。在该控权方式下,受公权力影响的相对人处于控权主体地位。“以权利制约权力”并非域外国家独有的控权方式,我国公权力运行中也不乏“以权利制约权力”的制度设计,如行政相对人不服行政机关作出的行政处罚决定,可以申请行政复议或者提起行政诉讼;刑事诉讼被告人和民事诉讼当事人不服法院作出的判决、裁定,有权提起上诉,等等。只不过在我国权力运行体系中,关于羁押权控制的立法是一个相对例外的制度设计,其背后蕴含着“重实体轻程序”“重打击轻保护”的陈旧理念。实践证明,“以权利制约权力”是一种非常有效的控权方式,可以倒逼权力机关规范用权。作为人身自由被较长时间剥夺者,被羁押者对公安司法机关作出的羁押决定启动制约程序的动力足、积极性高,对自己是否实施犯罪及社会危险性情况也最为清楚,因此,理应使其成为羁押权的重要控权主体,赋予其对羁押决定和羁押期限提出异议的权利。

被羁押者成为羁押权的控权主体须满足三个条件:一是赋予被羁押者就公安司法机关作出的初始羁押决定及使其继续保持羁押状态决定的合法性和正当性提出申诉的权利;二是充分保障被羁押者的知情权,保障被羁押者对羁押决定提出异议时能够有的放矢;三是负责对羁押决定合法性继续审查的权力机关必须保持客观中立,能够对羁押决定的合法性和正当性问题作出客观公正的处理。

六、羁押权制约监督体系的重塑路径

有效的制约监督体系,是确保羁押权规范运行,防止其权力恣意滥用的有效路径,也是保障

公民人身自由不被任意剥夺的重要措施。在制度完善上,具体可以从以下几个方面建构。

(一)加强羁押权的分权制衡

虽然我国行使羁押权的主体较为分散,但权力却较为集中。羁押权过度集中是我国羁押制度存在的问题之一,分权制衡是对羁押权有效制约的重要路径。最为理想的分权制衡方案是借鉴域外法治国家的立法经验,将羁押权统一由法院行使,羁押启动权则由检察机关行使。但是,该方案在我国短时间内难以实现。当前,在不改变“公安机关行使刑事拘留权,检察机关、法院行使逮捕权”现状的情况下,可以从以下几个方面加强分权制衡:

一是加强对刑事拘留期限延长的分权制衡。一方面,限缩刑事拘留期限,将一般情况下的刑事拘留期限限定为3天,特殊情况下可以延长至7天,回归刑事拘留的强制到案和临时羁押功能的制度设计初衷;另一方面,将延长刑事拘留期限的审批权改由检察机关行使,刑事拘留期限超过3天的均须报请检察机关审批,由检察机关行使延长刑事拘留期限决定权。二是加强审查起诉阶段逮捕决定权的分权制衡,实行捕诉分离。审查起诉阶段的逮捕决定,可以由负责审查起诉的检察官报请负责审查逮捕职能的检察人员审查决定,通过内部分权制衡,强化对逮捕权的制约。三是强化对重新计算羁押期限和诉讼中止的分权制约。在侦查阶段重新计算侦查羁押期限,应报请检察机关审查决定;在审查起诉阶段重新计算侦查羁押期限和诉讼中止,应报请上级检察机关审查决定。

(二)构建羁押合法性司法审查制度

赋予被羁押者司法救济权利,是保障被追诉人诉讼权利的需要,也是实现“以权利制约权力”的控权模式,防止羁押权恣意滥用的重要途径。从比较法的角度看,无论是英美法系国家还是大陆法系国家,均建立了羁押合法性司法审查制度。俄罗斯曾实行与我国相似的羁押制度^①,但俄罗斯于1992年5月开展了审前羁押司法审查制度改革,赋予被羁押者及其辩护人、法定代理

^①苏联解体后,俄罗斯在很长一段时间内沿用苏联的诉讼制度,羁押决定权由侦查机关和检察机关行使,直到2001年俄罗斯修订刑事诉讼法,把羁押决定权划归法官行使。

人对羁押或延长羁押期限决定合法性和合理性问题向法院申诉的权利。由中立的法院对羁押合法性开展司法审查以保证公民人身自由不受任意剥夺,已成为现代羁押制度的发展趋势。我国应顺应现代羁押制度的发展趋势,赋予被羁押者及其法定代理人、辩护人可以对羁押合法性、正当性问题向法院申请司法审查的权利。法院可以设置自由与羁押法官,专门负责羁押合法性审查,确保法院在对羁押合法性问题开展审查时更为中立。除依申请开展羁押合法性审查以外,还可以借鉴德国的立法经验,建立继续羁押必要性强制审查机制,对于羁押时间长达6个月的,法院应当对被追诉人继续羁押的必要性予以审查。对于无继续羁押必要的,应当裁定对被羁押者予以释放;对于有继续羁押必要的,每隔三个月主动开展一次继续羁押必要性审查。被羁押者不服法院作出的羁押合法性裁判,可以向上级人民法院提出上诉;检察机关不服法院作出的释放被羁押者判决,则可以向上级人民法院提出抗诉。

(三) 优化检察机关对羁押权的监督制度

检察机关应当加强对羁押性强制措施适用情况及羁押期限的监督,确保羁押权规范运行。首先,应加强对刑事拘留措施适用情况的侦查监督。深化侦查监督与协作配合工作机制,努力破解案件信息共享难题,同步掌握公安机关适用刑事拘留情况,及时发现并纠正错误采取刑事拘留措施和刑事拘留超期等侦查活动违法现象。其次,应加强对审判阶段羁押权运行情况的监督。审判阶段应重点监督法官是否对可能判处缓刑的被告人采取逮捕措施,法院作出的延期审理、诉讼中止、重新计算办案期限等司法决定是否具有合法性和正当性,是否存在隐性超期羁押情况。最后,应完善羁押必要性审查制度。鉴于羁押必要性审查制度运行中存在“先捕后放”的“反管理”现象,作出逮捕决定的检察官在诉前阶段不宜再行使羁押必要性审查职权。诉前阶段的羁押必要性审查工作,应当归口刑事执行检察监督部门行使,其审查重点是犯罪嫌疑人是否因身体或者其他原因不适宜继续羁押,或者羁押时长违反了比例原则。在审查起诉阶段,检察官发现犯罪嫌疑人存在不宜继续羁押的情形,直接变更强制措施即可。在审判阶段,羁押必要性审查职

权可由检察机关刑事检察部门的检察官行使,他们具有了解案情的优势,其审查重点是羁押时长是否超过必要限度,或者量刑情节有无发生变化,被告人是否可能会被判处缓刑(如被告人与被害人在审判阶段已达成和解)。

(四) 强化对检察机关羁押权的有效监督

在我国,检察机关是最为重要的羁押权力机关,检察机关作出的逮捕决定是未决羁押的重要“入口”。因此,强化对检察机关逮捕权的有效制约监督,对完善我国羁押权制约监督体系极为重要。首先,应强化人民监督员对逮捕案件的监督。在程序启动上,可改由上级检察机关组织人民监督员对下级检察机关办理的审查逮捕案件开展监督。为防止监督活动流于形式,参与监督活动的人民监督员应具有一定法律知识背景和工作经验,确保其有能力提出较为专业的监督意见。人民监督员开展监督活动时,应着重审查犯罪嫌疑人是否符合逮捕的刑罚条件,是否有可能判处有期徒刑,检察官认定被追诉人具有社会危险性的理由是否充足。其次,应完善上级检察机关对下级检察机关审查逮捕案件的监督。扩大向上级检察机关备案审查的逮捕案件范围,除涉及特殊案由的案件以外,还可以将单以有社会危险性为由批准逮捕的案件纳入报请上级检察机关备案的范围。上级检察机关审查后,发现认定被追诉人具有社会危险性的理由不充足,可以提出监督纠正意见。最后,应强化对审查逮捕案件的质量评查。检察机关应将审查逮捕案件作为重点评查对象,在评查审查逮捕案件时,应注重监督的时效性,及时开展评查活动。发现逮捕决定错误的,及时报请检察长或者检察委员会作出纠正决定。

[参考文献]

[1] 习近平. 高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗[N]. 人民日报, 2022 - 10 - 26: (001).

[2] 史兆琨, 高可. 深入推进公正司法 维护社会公平正义——最高检新一届党组深入推进高质效履行法律监督职责工作纪实[N]. 检察日报, 2023 - 12 - 04: (002).

[3] 石经海. 我国羁押制度的法文化考察[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2008(03): 11 - 12.

[4] 刘磊. 从分权制衡原则审视羁押权之归属[J]. 环球

法律评论,2008(03):42-51.

[5] 闵丰锦. 羁押权、批捕权与执行权的话语争端与消解[J]. 江淮论坛,2019(04):121-127.

[6] 陈卫东,陆而启. 羁押启动权与决定权配置的比较分析[J]. 法学,2004(11):73-81.

[7] 张书铭. 制约与监督辨析——以刑事诉讼为视角[J]. 河南社会科学,2012(01):41.

[8] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典(第七版)[M]. 北京:商务印书馆,2016:633,1689.

[9] 周理松. 公检法三机关互相制约与人民检察院对刑事诉讼的法律监督[J]. 法学评论,1997(01):61-65.

[10] 张建伟. 刑事诉讼法通义(第2版)[M]. 北京:北京大学出版社,2016:159.

[11] 葛洪义. “监督”与“制约”不能混同——兼论司法权的监督与制约的不同意义[J]. 法学,2007(10):3-6.

[12] 周标龙. 论刑事诉讼中的“制约”与“监督”[J]. 法学杂志,2010(02):66.

[13] 周标龙. 刑事诉讼中的权力制约与监督[J]. 行政与法,2012(02):106-107.

[14] [德] 维尔纳·薄逸克,萨比娜·斯沃博达. 德国刑事诉讼法教科书(第15版)[M]. 程捷译. 北京:北京大学出版社,2024:229.

[15] 王磊. 域外未决羁押审查制度比较与借鉴[J]. 人民检察,2018(19):67-68.

[16] 陈瑞华. 审前羁押的法律控制——比较法的角度的分析[J]. 政法论坛,2001(04):109.

[17] 姜伟. 未决羁押制度的主要架构、问题及其比较[J]. 理论界,2015(03):62.

[18] 袁红主编. 我国未决羁押制度研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2018:119.

[19] 李永航. 推进非羁押强制措施适用的路径和策略[J]. 广西政法管理干部学院学报,2024(03):81.

【责任编辑:张 戈】

Reflection and reshaping of China's restriction and supervision system of detention power

Ran Jin, Li Yonghang

(Jiangbei District People's Procuratorate of Chongqing, Chongqing 400025, China)

Abstract: There are two main modes of control over the detention power: restriction and supervision. Most foreign countries adopt the power restriction mode, which is mainly reflected in the two aspects of the checks and balances of powers and the establishment of relief procedures. China's control over the detention power is mainly based on supervision, supplemented by restriction, and focuses on preventing and controlling the risk of indulging crime. At present, detainees are not the main controllers of the power, and their control effectiveness is mainly based on flexible supervision opinions. The current restriction and supervision system of detention power has played a positive role in preventing the arbitrary abuse of the detention power, but hidden overdue detention still exists within a certain range, and the problem of negligence in restriction and supervision is more prominent. Some detention powers are still in the blind spot of restriction and supervision. In this regard, we should actively change the control thinking, adopt the control mode of "mainly based on restriction and supplemented by supervision", take the protection of citizens' personal freedom as the main control direction and highlight the main control status of detainees. In terms of system construction, we should strengthen the checks and balances of the detention power, establish a judicial review system for the legality of detention and strengthen the supervision of the detention power.

Key words: pretrial custody; detention power; restriction; supervision

【羁押制度研究】

健全羁押人员表现考核对接机制的难点研究

——以S市看守所羁押人员交付监狱执行后
羁押表现考核对接的调查分析为视角

罗 萧¹,李桂杰²,彭云杰³

(1. 辽宁省沈阳市人民检察院,辽宁 沈阳 110005; 2. 辽宁公安司法管理干部学院,辽宁 沈阳 110161;
3. 辽宁省沈阳市城郊地区人民检察院,辽宁 沈阳 110044)

〔摘 要〕对罪犯“计分考核”是目前调动罪犯改造积极性的基本手段,也是衡量罪犯改造质量的基本尺度。S市15个看守所与10个监狱的调查数据显示,因投监不及时、久押不决等原因,造成大量在看守所长期羁押的罪犯;又因这些罪犯的表现考核不能及时有效对接监狱考核机制,使得计分考核制度未能充分发挥应有的作用,带来了诸如监管压力持续增加、罪犯合法权益无法得到有效保障等实际问题。通过提升相关规定的法律位阶、补充制度漏洞、强化检察监督等方式,可以有效推进考核对接机制的构建,对刑事执行工作高质量发展有所裨益。

〔关键词〕羁押表现考核;看守所;监狱;罪犯

〔作者简介〕罗萧(1982—),女,黑龙江大兴安岭人,辽宁省沈阳市人民检察院第四检察部副主任、四级高级检察官,主要从事刑事诉讼和检察实务研究;李桂杰(1980—),女,黑龙江齐齐哈尔人,辽宁公安司法管理干部学院发展规划处主任科员,主要从事政法理论与实务研究;彭云杰(1988—),男,辽宁西丰人,辽宁省沈阳市城郊地区人民检察院综合业务部主任、四级高级检察官,主要从事刑事诉讼和检察实务研究。

〔收稿日期〕2024-10-08

〔中图分类号〕D924.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-024-07

进入新时代,看守所和监狱始终坚持问题导向,聚焦监管工作中的突出问题和薄弱环节,通过健全机制、强化责任、提升工作能力等措施,不断提升监管工作的法治化水平,开创了监管工作新局面。在现有刑罚执行体系中,绝大多数罪犯需要先后被看守所、监狱监管,但因缺少有效的工作对接,导致在看守所羁押的罪犯因表现考核不能及时有效对接监狱考核机制,使得计分考核制度未能充分发挥应有作用,影响了对在押人员的教育改造。当前宽严相济刑事司法政策广泛深度适用,刑罚轻缓趋势带来了大量短刑犯,减刑假释案件实质化审理使得减刑假释审核更加严格,这些变化使得羁押人员表现考核对接不完善的问题愈发突出。目前,国内理论界尚未深度关注看守所羁押人员表现考核交付监狱执行后认定对接机制问题;因罪犯执行刑罚跨越多个执

法部门,具有一定边缘性,执法司法实务人员的相关研究也较少。本文聚焦执法司法实践中这一突出问题,重点对羁押表现考核无法正常对接带来的负面影响进行深入分析,并从制度规定基础、执法实践需求、实际操作可能等方面进行可行性论证,提出将看守所押人员表现情况规范纳入未来监狱开展减刑、假释及分级处遇序列的建议,以期对刑事执行工作高质量发展有所裨益。

一、问题的提出:从减刑适用说起

减刑是对原判刑期适当减轻的一种刑罚执行活动,在激励罪犯认罪悔罪、接受教育改造方面发挥着突出作用。最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》(以下简称《减刑假释规定》)对罪犯减刑的起始时间、时间间隔和减刑幅度提出了明确要求。可见,罪犯减

刑起始时间和时间间隔——即减刑考核期的认定,对于罪犯减刑尤为重要。根据《减刑假释规定》第6条和第40条的规定,有期徒刑减刑的起始时间自判决执行之日起计算,“判决执行之日”是指罪犯实际送交刑罚执行机关之日。依据上述规定,罪犯在交付监狱执行刑罚前,无论其在看守所羁押多长时间,都无法计入减刑考核期。同时,虽然2021年司法部《监狱计分考核罪犯工作规定》(以下简称《计分考核规定》)第18条将2016年司法部《关于计分考核罪犯的规定》第3条规定“计分考核按月进行,自罪犯入监教育结束次日起实施”修改为“罪犯入监教育期间不予基础分,但有加分、扣分情形的应当如实记录,相应分值计入第一个考核周期。监狱应当根据看守所提供的鉴定,将罪犯在看守所羁押期间的表现纳入入监教育期间的加分、扣分,并计入第一个考核周期”,将罪犯在看守所羁押期间的表现纳入计分考核。但是司法实践中,囿于《计分考核规定》本身法律级别的限制,加之由于规定内容过于原则缺乏可操作性以及看守所与监狱之间对接机制不健全等因素,《计分考核规定》第18条并没有得到有效落实,长期处于“沉睡”状态。如罪犯李某,因涉嫌犯罪被羁押于某区看守所,2020年12月被判处有期徒刑七年,刑期至2026年3月止,但因同案犯被判处死刑,须经死刑复核程序,李某至今仍被羁押在看守所,羁押时间已超过五年。罪犯交付监狱执行刑罚后,一方面,其被羁押的五年的时间无法被确认为减刑考核期;另一方面,其在看守所的现实表现也无法转化为监狱的考核分数。

司法实践中,因在看守所羁押导致影响罪犯减刑的原因主要包括三个方面。一是投监不及时,没有按照《中华人民共和国监狱法》(以下简称《监狱法》)^①等相关规定,在规定期限内将罪犯交付执行。二是同案犯处于死刑复核阶段。死刑案件法院作出终审判决后,死刑判决并未发

生效法律效力,须报经最高人民法院核准。司法实践中,原审法院在未收到最高人民法院核准裁定前,不会对未判处死刑的同案犯送达执行通知书,导致同案犯不能及时投监执行。三是久押不决。根据最高人民检察院相关规定,犯罪嫌疑人、被告人被羁押超过五年,案件仍然处于侦查、审查起诉、一审、二审阶段的,为久押不决案件^②。

如上,罪犯在看守所的羁押表现并不会影响其日后在监狱的处遇。看守所与监狱罪犯羁押表现考核对接的缺失,一定程度上影响了看守所和监狱的监管秩序安全稳定和罪犯的教育转化。

二、现实困境:考核无法正常对接带来的负面影响

作为国家权力的象征,看守所与监狱是我国的两大监管场所,分别按照刑事诉讼法及其相关法律规定,各自履行限制人身自由的强制措施与刑罚执行的职责。对于已决待送罪犯,看守所与监狱要进行交接,同时交接的还包括“三书一表”^③。尽管2021年司法部《计分考核规定》第18条已经作出明确规定,但如前文所述,整体落实情况并不理想。现阶段罪犯交付执行时,并未涵盖罪犯在看守所羁押期间的主要表现,无论在看守所羁押了多长时间,其在监狱面临的处遇条件均是从零开始,大体相当,并不会影响未来的行政奖惩以及获得减刑、假释的条件等。看守所与监狱之间有关罪犯羁押人员表现考核对接机制的不健全,带来了诸多执法司法问题。

(一)看守所监管压力持续增加

看守所的任务是“依据国家法律对被羁押的人犯实行武装警戒看守,保障安全;对人犯进行教育;管理人犯的生活和卫生;保障侦查、起诉和审判工作的顺利进行”^④。看守所始终强化依法文明管理,坚持严密警戒看管与教育相结合的方针;同时,为确保羁押监管安全,针对在押人员在羁押期间的不同表现,法律法规还赋予看守所根

①《中华人民共和国监狱法》第15条规定:“人民法院对被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯,应当将执行通知书、判决书送达羁押该罪犯的公安机关,公安机关应当自收到执行通知书、判决书之日起一个月内将该罪犯送交监狱执行刑罚。罪犯在被交付执行刑罚前,剩余刑期在三个月以下的,由看守所代为执行”。

②参见《人民检察院刑事执行检察部门预防和纠正超期羁押和久押不决案件工作规定(试行)》第2条。

③“三书一表”即检察院的起诉书副本,法院的判决书、执行通知书和结案登记表。

④参见《看守所条例》第3条。

据在押人员违规情况分别给予警告、训诫、责令具结悔过或者禁闭的处罚权力等^①。2010年3月,中央相关部门更是将看守所安全管理工作纳入社会治安综合治理考核范围^②,切实保证看守所安全。随着超量羁押与超期羁押的存在,监所管理面临的风险、压力持续增加,逃跑、打架、闹监、自杀、自伤、自残等问题均有不同程度发生,制约了公安监管工作规范化与正规化的开展。近年来,《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》《看守所条例》《看守所执行刑罚罪犯管理办法》《看守所防范和打击“牢头狱霸”十条规定》《看守所受理在押人员投诉规定》等系列法律法规相继出台,不断推进在押人员日常管理规范化,为促进看守所监管提供了制度条件。同时,各地也纷纷有针对性地采取措施,通过加大地方财政支持力度、健全管理工作机制、强化监管队伍建设、加强信息化管理、创新管理工作方式方法等措施,有效解决监管中存在的实际问题。但仅仅依靠严格细致的管理无法杜绝上述问题的发生。无论是实现看守所监管安全,保障刑事诉讼顺利进行,还是达到保障在押人员合法权益的目的,都需要在监管强制措施强度与在押人员有效积极配合上寻找平衡点,这就需要设计激励因素,让在押人员积极主动接受看守所的管理和教育,提高看守所教育管理效果。

(二) 监狱短刑罪犯监管问题突出

2012年《中华人民共和国刑事诉讼法》对看守所代为执行刑罚的刑期进行了修改,余刑三个月以上一年以下的短余刑罪犯不再由看守所代为执行,也要送交监狱服刑。这一修改直接导致了《监狱法》《看守所留所执行刑罚罪犯管理办法》的修改。根据有关适用减刑的规定,司法机关对减刑的审查相当审慎,要“严格控制减刑起始时间、间隔时间及减刑幅度”^③,罪犯的刑期和履行财产性判项情况,对是否有减刑资格起着决定性影响。除有重大立功表现外,对于没有财产性判项或者已经履行完毕的短刑犯,减刑起始间

隔期执行1年,加上减刑提请、审判和全程监督等程序需要的6个月左右时间,罪犯获得减刑机会需要余刑在18个月以上。因此,余刑在18个月以下的罪犯在监狱一般是无法获得减刑的。我们暂且将这部分罪犯称之为短刑犯。从最高人民检察院公布的数据看,近年来,我国犯罪结构发生深刻变化,判处三年有期徒刑以下刑罚的案件占比稳定保持在85%以上^④,刑罚轻缓已形成必然趋势。同样,监狱在押短刑犯的比例有所升高。近5年,S地区监狱在押短刑犯数量从占比8%上升至10%。

短刑犯的大量存在,相应给监狱监管带来了新的问题。从对上述监狱的短刑犯适用减刑情况调研数据分析来看,近5年,S地区监狱对短刑犯适用减刑的比例最高时仅为0.59%,最低时仅为0.19%,远远低于罪犯整体适用减刑的比例。从对监狱干警的调研访谈中,干警普遍认为,目前存在突出矛盾的罪犯群体之一即为短刑犯。因为这些短刑犯基本无法获得减刑、假释政策支持,核心利益需求缺失,加之监狱缺少针对这一群体的有效激励机制,导致短刑犯接受教育改造的内生动力不足,各项表现整体较差,尤其是基本劳动改造很难完成,容易产生打架、私藏违禁品、扰乱监管执行、不服从管理等监管问题。对于基层一线监管民警来说,此类短刑犯已成为监管工作的难点和重点。

(三) 罪犯的减刑权益未能得到有效保障

看守所、监狱作为我国的刑事羁押机关,除了具有打击犯罪、保障监管安全等职能作用外,保障在押人员合法权益亦是其职能之一。但现实中,确保安全往往是监管场所的首要目标,对于看守所和监狱来讲,最重要的任务就是保障各方面安全,看守所和监狱管理的一系列工作也往往是围绕“安全”来开展的。检察机关在派驻检察和巡回检察过程中发现,相关司法机关往往忽略了在押人员普遍关心、关注的减刑权利。看守所与监狱减刑依据不统一、周期长、不及时、不平衡等问

①参见《看守所条例实施办法(试行)》第47条。
②参见《中央社会治安综合治理委员会办公室、公安部、最高人民法院、最高人民检察院、司法部、国家发展和改革委员会、财政部、住房和城乡建设部、卫生部关于综合治理看守所安全管理工作的意见》,(综治办[2010]34号)。
③参见《关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见》。
④该数据为最高人民检察院2024年2月26日召开的“加强刑事检察监督 促进刑事司法公正”新闻发布会上通报的内容。

题,导致刑事执行公平公正未能得到有效保障。

一方面,减刑在实现激励短刑期罪犯教育改造上的作用发挥不力。根据《中华人民共和国刑法》规定,符合减刑、假释法定条件的罪犯,可以依法予以减刑或假释,但由于时间的限制及减刑审批程序的复杂,导致短刑期罪犯减刑假释在看守所很难得到有效适用。通过对 S 地区监所的调研,从 2013 年至今,无论对于在看守所还是在监狱执行短期余刑的罪犯来说,减刑适用情况并不理想,全部看守所均未出现任何一例减刑案件,在监狱的适用比例也极低。另一方面,久押不决的存在阻碍了减刑权的正当行使。从羁押时间看,除超期羁押外,还有久押不决的情况。久押不决案件系犯罪嫌疑人、被告人被羁押超过五年,案件仍然处于侦查、审查起诉、一审、二审阶段。久押不决案件的存在,一定程度上导致了刑事诉讼过程中部分罪犯羁押期比预判刑期还长的问题。为保障在押人员的合法权益,确保公正与效率,司法机关不断通过健全完善协作配合机制(如不久前湖北省高级人民法院与湖北省人民检察院联合签署了《关于健全完善长期未结及久押不决案件监督制约与协作配合机制的工作办法》,其中明确,检察院依法开展监督工作,督促人民法院及时审结案件、纠正“超审限”“长期未结”“久押不决”等突出问题。人民法院对人民检察院提出的监督意见应当及时反馈办理情况)、加强审限管理、开展久押不决案件专项清理行动等方式,按照“减存量、控增量”的原则,对久押不决案件持续亮剑。但这些措施始终无法从根本上扭转目前的司法现状。正如前文所述,尽管刑法明确规定了“判处拘役、有期徒刑,判决执行以前先行羁押的,羁押一日折抵刑期一日”,但实践中不容忽视的问题,即久押不决“先行羁押”与服刑在押之间的矛盾,除增加看守所监管压力外,这种矛盾集中体现在看守所的羁押表现无法切实纳入进监狱考核体系中,罪犯的减刑权利直接受到影响。

(四)刑事法律制度及司法政策无法统一适用

在押人员分由监狱、看守所两个机关监管,

尽管比较《监狱法》和《看守所条例》,监狱与看守所在羁押人员合法权益的保障上分别有所侧重,但其在监管性质和手段,特别是管理执法模式方面有很多相似之处。例如《看守所条例》第 47 条明确规定,看守所对已决待送罪犯的管理应执行《监狱法》;检察机关的监督方面,也是由刑事执行检察部门统一负责对监狱、看守所和社区矫正机构执法活动的监督;最高人民检察院部署开展“监督维护在押人员合法权益专项活动”等活动,也是对在押人员的合法权益统一予以保护,没有对在押人员羁押场所作分别划分,并将此类监督案件统称为“依法办理涉及在押人员权益保障类刑事执行监督案件”^①。本文认为,对在押人员的刑事司法理念与政策均应统一适用,不能有所偏颇。就减刑、假释来讲,都是激励罪犯改造的刑罚制度,其适用应当贯彻宽严相济刑事政策,最大限度发挥刑罚的功能,实现刑罚的目的^②。特别是对于司法理念及司法政策,在适用上不能相差过大。正是因为考核机制无法有效对接,导致罪犯处遇在看守所和监狱之间标准不统一,直接影响了执法司法公正。

三、理性证成:考核对接的现实可行性分析

(一)具有制度规定基础

《法治中国建设规划(2020—2025 年)》对建设公正高效权威的中国特色社会主义司法制度作出新的部署,要求“完善监狱、看守所与社区矫正和安置帮教机构之间的工作对接机制”。虽然拘役、有期徒刑、无期徒刑等监禁刑与刑事拘留、逮捕等强制措施在法律性质上不同,但在实行方式上同为剥夺犯罪嫌疑人、被告人、罪犯的人身自由,看守所监管已决待送罪犯的管理应执行《监狱法》。在全国已经统一计分考核办法的大背景下,有研究者认为,《计分考核规定》第 18 条将计分考核时间前置的规定,将罪犯在看守所羁押期间的表现纳入计分考核中,使罪犯的管理与考核对接贯穿刑罚执行全过程,使罪犯的表现一直处在监督和考核之中,为短刑期罪犯和一贯表

①即保障在押人员作为公民应当享有的通信权、休息权、获得劳动报酬权等宪法权利真正实现,对刑期计算错误、减刑未及时呈报、禁闭处罚不公正等关系到在押人员切身利益问题坚决依法纠正等。

②参见《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 1 条。

现良好的罪犯增加了减刑机会,提高了其改造积极性^①。1991年《看守所条例实施办法(试行)》第53条明确规定,除正常释放外,凡是需要另行监管的,在办理出所手续时,要将人犯在羁押期间的表现形成书面材料随案移交^②。根据2013年公安部《看守所留所执行刑罚罪犯管理办法》(以下简称《管理办法》)第2条^③和第4条^④规定,看守所具有考核和改造罪犯的职责和义务。同时,《管理办法》第二章“刑罚的执行”、第三章“管理”、第四章“教育改造”对留所服刑罪犯的收押、暂予监外执行、减刑假释提请、释放、分押分管、会见、通信、临时出所、生活、卫生、考核、奖惩等内容都作出全面规定。可见,看守所具有执行刑罚的规定基础和实践经验,理应与监狱保持较为一致的执法标准,罪犯计分考核便是其一。

(二)具有执法实践需求

从看守所方面来看,一是近年来刑罚轻缓趋势逐步显现,看守所留所服刑罪犯日益增多,加之看守所年久老化、监室和警力有限等原因,造成看守所已决犯和未决犯混押、混管的顽疾长期存在。如明确考核,可一定程度上解决混押、混管问题。二是看守所在押人员违纪行为造成一定监管压力,但违纪在押人员因违纪行为受到处罚后对自身的消极影响有限,不利于在押人员积极改造。三是根据法律和司法解释规定,看守所服刑罪犯在刑罚执行期间认真遵守监规、接受教育改造、确有悔改表现,符合减刑、假释条件,也可以适用减刑、假释。但因为考核标准缺失等原因,看守所服刑罪犯长期得不到减刑、假释待遇,不利于制度实施和罪犯改造,更不利于法律统一正确实施。

从监狱方面来看,一是因缺乏相关对接机制。《计分考核规定》第18条规定在罪犯交付监

狱执行刑罚后,难以得到适用。二是缺乏对短刑犯的激励改造措施,监狱监管压力持续增加。设置看守所的最主要目的,是临时性羁押依法被刑事拘留、逮捕的犯罪嫌疑人、被告人,但是根据法律规定,看守所羁押人员和担负职责并非单一。在被交付执行前,有期徒刑剩余刑期在三个月以下的罪犯和被判处拘役的罪犯,都在看守所执行刑罚,这决定了看守所在一定范围承担了与监狱相同的职责。看守所与监狱虽是两个不同执法主体,但在监管执法工作方面有很多相似之处。若看守所在送交罪犯至监狱收监执行时,一并出具客观真实有效的“在押人员考核鉴定表”,可以有效保证罪犯在思想和行为上具有长期稳定性,减少波动性,进而激发在押人员在看守所和监狱积极改造的内生动力,有效提升罪犯改造整体水平。

(三)具有实际操作可能

一是在押人员审前羁押表现在个别地区已纳入量刑。在现实中,在押人员在羁押期间无论表现如何,只要没有再次犯罪,基本都不会影响后续对其的司法处理。面对在押人员通常关押在看守所消极等候审判的现状,2007年,西安市未央区公检法机关在国内首次联合试行把看守所在押人员羁押期间表现纳入量刑情节制度;2016年,广州市越秀区人民检察院在充分调研的基础上,撰写了《未决在押人员看守所羁押期间表现纳入量刑建议》^⑤的调研报告;江苏、重庆、安徽等地相继将在押人员审前羁押表现纳入量刑;部分地方法检公机关联合印发《关于看守所在押人员羁押期间表现纳入量刑情节实施办法》。将在押人员羁押期间表现纳入量刑情节,一方面,有利于避免因看守所监管措施不力和奖励措施不足导致的监管秩序难以维护、在押人员的人身

①参见高江川:《监狱罪犯管理工作的法治化进程——以〈监狱计分考核罪犯工作规定〉新旧变化为视角》,载《山西省政法管理干部学院学报》2023年第4期,第85-88页。

②《看守所条例实施办法(试行)》第53条规定:“对于判决已经发生法律效力应当移送劳动改造场所执行的、人民法院裁定暂予监外执行,或者执行缓刑的、判处管制的、转送外地审查的、临时寄押解走以及依照规定实行劳动教养等原因而出所的要分别依照规定,办理出所手续,并将人犯在羁押期间的表现形成书面材料随案移交”。

③《看守所留所执行刑罚罪犯管理办法》第2条规定:“被判处有期徒刑的成年和未成年罪犯,在被交付执行前,剩余刑期在三个月以下的,由看守所代为执行刑罚。被判处拘役的成年和未成年罪犯,由看守所执行刑罚”。

④《看守所留所执行刑罚罪犯管理办法》第4条规定:“看守所管理罪犯应当坚持惩罚与改造相结合、教育和劳动相结合的原则,将罪犯改造成为守法公民”。

⑤参见广州市越秀区人民检察院课题组:《未决在押人员看守所羁押期间表现纳入量刑建议》,载《法论坛》2016年第4期,第299-316页。

权利难以保障等问题;另一方面,可以充分体现宽严相济的刑事司法政策和罪责刑相适应原则;同时,为将在押人员表现纳入监狱考核提供了实践经验。

二是指导案例已经明确假释的罪犯服刑时间包括判决执行前在看守所羁押时间。2023 年 10 月,最高人民检察院印发第四十九批指导性案例(假释监督主题)^①,其中检例第 198 号“罪犯邹某某假释监督案”对《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 23 条^②规定进行了司法阐释。对于“执行原判刑期二分之一以上”的理解,监狱与检察院各持不同意见:监狱认为,对原判刑期不长,在监狱服刑时间较短的罪犯适用假释时,应严格控制假释考验期,在监狱实际服刑时间一般应超过原判刑期的二分之一,罪犯邹某某属于该规定情形,不符合提请假释条件;而检察院认为,“执行原判刑期二分之一以上”不仅包括交付监狱实际执行的刑期,也包括判决执行以前先行羁押的期限。最终,邹某某被裁定予以假释。针对执法司法机关出于认识不同可能导致司法适用中出现偏差的相关内部规定、政策性文件,该指导案例通过个案办理,推动了相关机关及时调整修正,保障法律统一正确实施。该假释指导案例为看守所与监狱罪犯羁押期间的考核对接提供了新的司法操作实践参考。

四、路径优化:健全考核对接机制的建议

(一)提升《计分考核规定》的法律位阶

本文认为,应由全国人大出台相应的法律制度,或由相关司法机关联合制发规范性文件,以弥补立法上的空白。2021 年司法部《计分考核规定》为看守所与监狱在押人员考核对接提供了制度依据,但从《计分考核规定》的实施效果看,立法和司法保障的力度还有待进一步增强。立法部门在调研、论证及加快探索、实践看守所与监狱对在押人员考核管理对接的基础上,亟须提升《计分考核规定》的位阶。同时,《计分考核规定》作为司法部制定的部门规章,未与公安机关达成

形式上的“共识”,对隶属公安机关的看守所的约束力较弱,导致原有看守所的羁押表现考核作用流于形式。面对立法程序的复杂性,当前可以由公检法司机关联合制定规范性文件,明确看守所计分考核转化为监狱计分考核方式和标准,在司法实践中先试先行。

(二)建章立制,完善计分考核程序规制

由看守所出具完备的“在押人员羁押期间情况鉴定表”,为罪犯送交监狱执行后考核认定对接提供可操作性“证明”。目前,S 地区看守所虽出具《羁押期间情况鉴定表》,但其内容仅原则性记录了该罪犯的现实表现,供监狱了解该罪犯在被监管期间的基本情况,主要为定性类的原则评价,缺乏定量类的计分考核。解决此问题,需要制定“看守所计分考核在押人员工作规定”,分别明确未决犯和已决犯考核事项和标准。因为客观条件限制,绝大多数看守所都没有对罪犯进行劳动改造。因此制定考核事项和标准时,可以参照《计分考核规定》第 20 条,“对老年、身体残疾、患严重疾病等经鉴定丧失劳动能力的罪犯,不考核劳动改造表现,每月基础总分为 100 分,其中监管改造基础分 50 分,教育和文化改造基础分 50 分”的规定,仅对看守所在押人员考核监管改造表现、教育和文化改造两大类内容。同时,进一步规范操作程序,确保看守所出具的鉴定表能正常对接罪犯在监狱的“计分考核”。

(三)强化检察机关的同步监督

强化检察机关同步监督,既保障在押人员人权,又确保对接工作的客观公正。检察机关对整个考核对接的检察监督必不可少,要明确看守所计分考核表及其佐证材料需提交检察机关派驻看守所检察室审查确认后,在交付执行时一并移送监狱。制度设计中,要界定派驻检察室的监督权与工作职责。派驻检察室根据平时的监督情况,对看守所拟向监狱提出的《羁押期间情况鉴定表》所记载的内容进行审查,接受其他在押人员的举报;必要时可以到监室调查了解,核实看守

①参见最高人民检察院:《关于印发最高人民检察院第四十九批指导性案例的通知》,载中华人民共和国最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/spp/jczdal/202311/t20231106_633020.shtml,最后访问时间:2024 年 10 月 8 日。

②《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 23 条规定:“被判判处有期徒刑的罪犯假释时,执行原判刑期二分之一的时

所提出意见书的真实性。对于看守所或监狱存在的问题,可以提出纠正违法或检察建议,确保羁押表现鉴定工作程序规范,结果客观公正公平。

(四)不断深化改革

深化改革,先行先试,为全面实施在押人员羁押表现考核对接工作提供经验。地方先行先试,是我们党治国理政的重要方式,也是许多重大改革获得成功的重要密码。可以选择一些有条件有基础并有一定代表性的地方,就健全看守所羁押人员表现考核交付监狱执行后认定对接机制先行先试,发挥先行先试地区的示范引领作用;注重基层干警的实践创新,为刑罚执行工作探索新路径、积累新经验,逐步在全国范围复制和推广,并将经过实践证明的积极有效的创新政策和可复制可推广的经验做法上升为更高层面的立法设计。

党的十八大以来,我国的人权事业取得了历史性成就,人权保障已经写入宪法原则、国家规划、执政理念、发展目标,整体、系统、协调推进各

项人权保障,是人权事业发展的保障方式。随着法治建设的不断前进,罪犯合法权益的保障也愈发引起社会各界的重视,监管场所执法更加规范,高墙也更加透明,但高墙与高墙之间的对接似乎影响了监管场所的法治建设步伐。健全看守所羁押人员表现考核交付监狱执行后认定对接机制,只是打通对接工作的一个尝试,希望经过立法、执法、司法部门的共同努力,更好助力刑事执行工作高质量发展,助力平安中国、法治中国建设。

[参考文献]

[1]高江川.监狱罪犯管理工作的法治化进程——以《监狱计分考核罪犯工作规定》新旧变化为视角[J].山西省政法管理干部学院学报,2023(04):85-88.
[2]广州市越秀区人民检察院课题组.未决在押人员看守所羁押期间表现纳入量刑建议[J].法治论坛,2016(04):299-316.

【责任编辑:耿浩】

Research on the difficulties of improving the docking mechanism for performance assessment of detainees
——From the perspective of investigation and analysis of the docking of custodial performance assessment of detainees in the detention centers of S City after being delivered to prison for execution

Luo Xiao¹, Li Guijie², Peng Yunjie³

- (1. People's Procuratorate of Shenyang City in Liaoning Province, Shenyang Liaoning 110005, China;
2. Liaoning Administrators' College of Police and Justice, Shenyang Liaoning 110161, China;
3. People's Procuratorate of Suburban Areas of Shenyang City in Liaoning Province, Shenyang Liaoning 110044, China)

Abstract: The "scoring assessment" for criminals is currently the basic means to mobilize the enthusiasm of criminals for reform, and also the basic scale to measure the quality of criminal reform. Survey data from 15 detention centers and 10 prisons in S City shows that a large number of criminals are detained in detention centers for a long time due to reasons such as untimely imprisonment and long-term detention without decision; and because the performance assessment of these criminals cannot be timely and effectively connected to the prison assessment mechanism, the scoring assessment system has failed to fully play its due role, resulting in practical problems such as the continuous increase in supervision pressure and the inability to effectively protect the legitimate rights and interests of criminals. It can effectively promote the construction of assessment docking mechanism and benefit the high-quality development of criminal execution work by improving the legal status of relevant regulations, supplementing system loopholes and strengthening procuratorial supervision.

Key words: custodial performance assessment; detention center; prison; criminal

【公安理论与实务研究】

中国式现代化视域下公安院校建设发展的时代任务与路径选择

孟翔飞

(辽宁警察学院,辽宁 大连 116036)

〔摘 要〕公安院校肩负着为党育人、为国育才、为警铸剑的重要使命,服务国家安全战略,推进公安工作现代化和公安高等教育高质量发展,是新形势下提升新质公安战斗力的源泉与基础,也是锐意改革、守正创新的系统工程。公安院校要坚持政治统领,加强党的绝对领导;强化顶层设计,夯实学科专业基础;推进科研创新,激发公安新质战斗力;优化师资结构,打造高水平人才队伍;深化资源融通,构建开放办学新格局。

〔关键词〕中国式现代化;公安教育现代化;高质量发展;新质公安战斗力

〔基金项目〕本文系 2021 年辽宁省教育厅人文社科项目“习近平重要训词精神引领全周期育警模式研究”(项目编号:JYT2021WJ01)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕孟翔飞(1966—),男,辽宁朝阳人,辽宁警察学院党委副书记、院长、教授,经济学博士、社会学博士后,主要从事公安教育和治安治理研究。

〔收稿日期〕2024-11-13

〔中图分类号〕G649.2;D631.15〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)06-031-07

习近平总书记指出:“中国式现代化是强国建设、民族复兴的康庄大道,中国式现代化走得通、行得稳,是强国建设、民族复兴的唯一正确道路”^[1]。中国式现代化必然要求公安工作现代化。公安机关要深刻认识以公安工作现代化支撑和服务中国式现代化的战略部署,准确理解把握推进公安工作现代化的基本内涵,不断塑造公安事业发展的新动能新优势^[2],为推进中国式现代化贡献公安力量。公安院校作为实施公安教育的重要载体,是科教兴警的生力军和培养公安人才的主阵地。通过服务国家安全战略,推进公安工作现代化和公安高等教育高质量发展,是新形势下公安院校改革发展的时代命题。

一、公安教育现代化是公安教育的时代任务

教育、科技、人才是全面建设社会主义现代化国家的基础性、战略性支撑。党的二十大标志

着中国式现代化建设进入新阶段,科教兴国开启新征程,高等教育高质量发展进入快车道^[3]。高等教育现代化是中国式现代化的应有之义和重要支撑^[4]。公安高等教育是高等教育事业的重要组成部分,公安院校是公安教育、公安科技和公安人才的集中交集中点,面向中国式现代化,公安院校需要精准认识和准确把握公安教育发展的时代坐标,在新形势新任务下求新求变,以创新发展驱动公安教育现代化先行。

当前,我国已建成世界上规模最大的教育体系,教育现代化发展总体水平跨入世界中上国家行列,公安高等教育已经成为世界上规模最大、人员最多的专门教育体系。改革开放以来,公安教育特别是公安高等教育取得了巨大进步。截至 2024 年,全国共有公安院校 35 所,已形成结构多元、层次合理的公安人才培养体系,创建了公安学和公安技术两个一级学科,在公安专业人才

培养、在职民警培训、公安科研创新、公安文化传承创新、服务警务合作交流等方面发挥了主阵地和主渠道作用,取得了丰硕成果^[5],为公安机关护航中国式现代化提供了人才保证,也为推进中国式高等教育现代化乃至中国式现代化注入了强劲力量。

公安教育作为党和国家教育事业的重要组成部分,是国民教育中具有武装性质和纪律部队特点的特殊行业教育类型,具有鲜明的公安职业性质和行业属性。公安教育也是公安事业的重要组成部分,是公安队伍建设的源头与基础,在整个公安工作中处于基础性、先导性、全局性地位^[6]。公安教育现代化是公安工作可持续发展的根本保证,是中国式教育现代化的重要支撑。把公安教育放在中国式现代化的时代背景中考量,实质上是要求公安院校进一步把握时代发展大势,抓住时代变革先机,顺势而为、乘势而上,确保公安教育始终在历史前进的逻辑中前进,在时代发展的潮流中发展^[7]。公安教育现代化就是要落实党中央深化高等教育和公安改革部署,遵循教育规律和人才成长规律,实施教育强警、人才兴警,以为党育人、为国育才、为警铸剑为根本任务,以实战化培养为导向,以内涵式发展为主线,以改革创新为动力,进一步推动完善与公安工作现代化相适应的公安高等教育发展工作体系,挖掘人才培养新内涵、制定立德树人新方案、构筑国家安全保障新支撑。

二、公安院校高质量发展是公安教育现代化的重要支撑

(一)公安院校要承担起公安教育现代化的职责使命

公安院校肩负着为党育人、为国育才、为警铸剑的职责使命。作为公安高等教育的责任主体,公安院校必须承担起公安教育现代化的时代使命。面向中国式公安工作现代化,公安教育必须深刻认识以公安工作现代化支撑和服务中国式现代化的战略部署,牢牢把握新征程公安工作创新发展的目标要求,把公安院校的发展放在国

家安全战略的大局之中考量。人民警察是国家重要的治安行政和刑事司法力量。新的历史条件下,我国人民警察要对党忠诚、服务人民、执法公正、纪律严明,全心全意为增强人民群众获得感、幸福感、安全感而努力工作,坚决完成党和人民赋予的使命任务。

(二)公安教育现代化的首要任务是坚持高质量发展

中国式教育现代化建设的首要任务,是以高质量发展为龙头,着力建设布局合理、供给有效、开放有度、动力强劲的高质量教育体系^[8]。推进高等教育高质量发展,是我国建设高质量高等教育体系和高等教育强国的核心战略。高等教育是多元开放的系统,高等教育高质量发展不只是少数类型高等教育的高质量发展,而是各种类型院校整体的高质量发展。公安院校肩负着为党育人、为国育才、为警铸剑的重要使命,在加强公安队伍思想淬炼、政治历练、实践锻炼、专业训练,锻造“四个铁一般”公安队伍方面承担着重要任务,以高质量发展推进中国式现代化之于公安院校而言责无旁贷。面向公安教育现代化,公安院校必须坚持供给侧与需求侧统一^[9],坚持以保障新质生产力发展为主线,以推动高质量发展为主题,以立德树人为根本,以服务实战为导向,以内涵建设为主业,以人民满意为目标^[10],努力为公安工作发展和队伍建设提供强有力的人才保障和智力支持,加快形成和提升新质公安战斗力,将公安院校建设成为优秀人才培养高地、警务科技创新高地、服务实战支撑高地。

(三)公安院校高质量发展要坚持高站位思想引领

习近平法治思想立足新时代的历史方位、基本国情和国际环境,科学回答了新时代中国法治建设走什么路、向哪里走、实现什么目标以及如何实现目标等根本性问题。贯彻落实好习近平法治思想,是公安工作一项长期的重要政治任务,也是公安机关提高治理和服务能力的必然要求。全面推进习近平法治思想进教材、进课堂、进头脑,是用党的创新理论武装大学生头脑,落

实公安院校立德树人根本任务的重大举措,为新形势下加强公安队伍建设、推动公安事业发展提供了行动指南。深入贯彻落实习近平总书记关于新时代公安工作、教育工作的重要论述,忠实践行重要训词精神,立足公安,服务政法,鼓励公安院校师生扛起“三安”使命任务,服务“五大安全”,增强推动高质量发展本领、服务群众本领、防范化解风险本领,努力以新安全格局保障新发展格局、以高水平安全保障高质量发展,为推进中国式现代化贡献公安力量^[11]。公安院校要切实提高政治站位,坚持高质量发展和高水平安全良性互动,切实把习近平法治思想落实到公安教育训练工作的每个环节。

三、公安院校高质量发展的路径选择

高等学校是高等教育活动的基本单元,高等学校高质量发展的目标在于开展高质量的高等教育活动,尤其是开展高质量的人才培养、科学研究、社会服务和对外交流。公安院校的高质量发展不是抽象的,而是具体的。公安院校回应中国式现代化的时代要求,实现高质量发展,就是要深入贯彻落实公安部、教育部《关于加快推动公安高等教育高质量发展的意见》,始终坚持政治建警、政治建校,努力建成一流的学科专业体系,打造适应公安教育发展的人才队伍,围绕实战需求,开创高质量的科研工作新局面,形成全面开放办学的新格局。

(一) 坚持政治统领,加强党的绝对领导

中国式现代化是中国共产党领导的社会主义现代化。党的领导决定中国式现代化的根本性质。面向中国式现代化,公安院校必须以政治建校为统领,坚持党对学校工作的全面领导,确保坚持正确的办学方向,强化党性教育、忠诚教育,夯实打牢“高举旗帜、听党指挥、忠诚使命”的思想基础,使公安院校成为坚持党的领导的坚强阵地^[12]。

一要坚持政治建校,发挥公安院校政治教育

主阵地作用。将坚定拥护“两个确立”、坚决做到“两个维护”作为最高政治原则和根本政治规矩,始终同以习近平同志为核心的党中央保持高度一致。坚持用习近平新时代中国特色社会主义思想铸魂育人,着力完善新时代立德树人落实机制,把思想政治教育摆在人才培养的首要位置,突出抓好世界观、人生观、价值观教育,为培养具有健全人格的、全面发展的人奠定坚实基础;真正把“三个绝对”“四个铁一般”“五个过硬”贯穿于教学育人全过程,把“讲政治”融入学生的灵魂和血脉。通过多种形式的学习教育,引导师生树牢政治意识、厚植红色基因、筑牢忠诚使命的思想根基,真正使公安院校成为师生提高政治觉悟、加强思想引领的高地。

二要确保党的领导落实到教育教学全过程。习近平总书记指出,加强党对高校的领导,加强和改进高校党的建设,是办好中国特色社会主义大学的根本保证^①。党的领导是公安教育现代化的根本保证,实现立德树人的目标必须在党的领导下完成。公安院校始终要牢牢把握“公安姓党”的根本政治属性,坚持党的绝对领导,落实党的教育方针,把牢人才培养的正确政治方向,坚持不懈地用党的创新理论武装头脑、指导实践、推动工作,努力建成政治坚定、特色鲜明的现代化大学。

三要持续强化忠诚教育,确保公安队伍绝对忠诚、绝对纯洁、绝对可靠。中国式现代化背景下,公安工作肩负着捍卫国家政治安全、维护社会安定、保障人民安宁的使命任务。履行好这个使命任务,就必须始终把对党绝对忠诚置于首位,确保“刀把子”牢牢掌握在党和人民手中。公安院校作为培养锻炼公安队伍的重要阵地,是忠诚教育的第一课堂,必须秉承“育忠诚卫士,铸忠诚警魂”的育人目标,将忠诚教育列为公安教育的核心课程,把党旗警旗插在教学科研第一线,坚决履行好为党育人、为国育才、为警铸剑的职

^①参见《习近平就高校党建工作作出重要指示强调 坚持立德树人思想引领 加强改进高校党建工作》,载中华人民共和国教育部网, http://www.moe.gov.cn/jyb_xwfb/s6052/moe_838/201412/t20141229_182511.html, 最后访问时间:2024年10月18日。

责使命,为党和人民培养又红又专、德才兼备的合格警务专门人才。

(二) 强化顶层设计,夯实学科专业基础

学科专业建设是大学高质量发展的永恒主题。随着中国式现代化建设加速,人才培养面临新的需求,调整优化学科专业设置既是必由之路,也应顺势而为。公安院校学科专业建设是贯通公安教育和公安队伍现代化建设的关键环节,要进一步向“专业”聚焦发力,坚持“以专对专”思路,聚焦各类实战场景,进一步优化专业流程、集成专业手段、提升专业能力、强化专业攻坚,真正把专业力量汇聚起来,把专门优势发挥出来。“情指行”一体化运行机制建设是衡量公安工作现代化水平的重要指标^[13],公安院校学科专业建设必须围绕公安工作现代化改革需要,牢牢把握公安事业新征程建立完善“专业+机制+大数据”新型警务运行模式的着力点,充分发挥“情指行”一体化运行机制的牵引作用,聚焦对学生“情报、指挥、行动”三大能力的培养,深入谋划公安专业人才培养的思路方向,切实打造“优秀人才的培养高地”。

一要强化顶层设计,优化专业结构。以“专业+机制+大数据”新型警务运行模式为引领,优化专业布局、推动专业升级改造。充分发挥传统专业优势,用心打磨,让“老品牌”焕发“新光彩”。针对新型犯罪的特征设置新型专业,顺应现实斗争需要和形势发展变化,聚焦电信网络诈骗等新型违法犯罪领域,加强和改进教学教研、实习实操、实战实训,做到干什么、学什么,用什么、教什么,培养更多的管用、有用人才,更好地服务现实斗争。以公安队伍现代化、革命化、正规化、职业化的需求为导向,着力构建以打造一流专业为龙头,以改造传统专业为重点,以创设新兴专业为特色的专业发展格局,锻造堪当时代重任的“四个铁一般”公安铁军。

二要立足人才培养是学科专业建设的逻辑起点。高校是社会公共文化教育机构,人才培养是学校的首要职责和履行其他职责的基础。习近平总书记指出,培养什么人,是教育的首要问题^①;办好我国高校,办出世界一流大学,必须牢牢抓住全面提高人才培养能力这个核心点,并以此来带动高校其他工作^②。学科专业建设工作应把握全面提高人才培养能力这一核心点,坚持“以生为本、结果导向、持续改进”新理念,做到“知识传授、能力培养与价值塑造”三位一体相统一。公安院校要立足公安所需,紧贴“情指行”一体化运行机制建设,从公安机关“打、防、管、控、服”实战实践出发,着重培养“情报、指挥、行动”三大能力,让学生在德、智、体、技等方面全面发展,培养政治坚定、作风过硬、业务精通、素质优良的卓越警务人才。

三要突出公安行业特色和区域应用特色。公安院校是行业特色院校,建设发展既要面向实战需求,坚持行业特色;也要面向地方,形成区域特色。要依托学校学科专业建设基础,结合地方区位优势 and 公安工作需求,明确建设方向;要夯实学科基础,在建设方向基础上,辐射若干研究领域,扩充相关二级学科知识增量,积淀学科建设厚度。在专业设置上,突出少而强、少而特、少而优,形成竞争优势,打造专业品牌;在学科专业融合上,切实发挥学位点建设的引领作用,将学科专业建设与研究生教育充分融合,通过师资队伍建设、平台建设、资源配置机制的建立完善,实现公安院校学科专业建设的高质量发展^[14]。

(三) 推进科研创新,激发公安新质战斗力

科技现代化是中国式现代化的关键,加快实现高水平科技自立自强是推动高质量发展的必由之路。发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点^[15],加快新质战斗力的形成,是提升公安队伍能力素质、推进公安工作

①参见《培养什么人,是教育的首要问题——一论学习贯彻习近平总书记全国教育大会重要讲话精神》,载共产党员网,<https://www.12371.cn/2018/10/19/ARTI1539934931994573.shtml>,最后访问时间:2024年10月18日。

②参见《贯彻落实全国高校思想政治工作会议精神 全面提高高校人才培养能力》,载中华人民共和国教育部网,http://www.moe.gov.cn/jyb_xwfb/xw_fbh/moe_2069/xwfbh_2017n/xwfb_20171206/sfcl/201712/t20171206_320709.html,最后访问时间:2024年10月18日。

现代化的必然要求^[16]。落实王小洪部长“深刻认识加快形成和提升新质公安战斗力的内在要求,进一步向‘专业’聚焦发力,聚焦各类实战场景,进一步优化专业流程、集成专业手段、提升专业能力、强化专业攻坚”^[17]的指示精神,公安院校要充分发挥院校学科交叉融合、基础研究深厚、专业人才济济等方面的天然优势,系统谋划释放公安院校对加快形成新质公安战斗力的支撑作用,打造“警务科技创新高地”。

一要为加快形成新质公安战斗力提供人才支撑。人才是第一资源,科技强国需要人才,科技兴警亦然。公安院校应该主动适应中国式现代化背景下公安工作发展需求,为公安领域科技人才发展营造良好的教育环境。注重面向科技前沿、面向公安工作主战场、面向国家安全需求,创新人才培养方案,深化教育教学改革,重视学生科研素养的培养,全面提高学生人才培养质量,为公安工作输送科技“生力军”,为中国式公安现代化注入“人才动能”。

二要为加快形成新质公安战斗力提供技术支持。迈入大科学时代,公安科技创新发展面临前所未有的挑战。面对日益复杂的公安工作形势,公安院校应该更加重视基础理论研究和科技研发工作,充分发挥学校人才团队、科研平台、文献资料等研究基础和平台作用,聚焦基层社会治理、维护网络安全、打击治理电信诈骗等新形势、新任务,提升公安院校科技创新的核心竞争力。

三要为加快形成新质公安战斗力提供智力支持。积极服务公安机关决策咨询,配合开展重大安保增援、重点案件侦办和疑难技术研究等工作。进一步加强公安智库建设,切实增强公安院校与公安战线、科研院所、协会组织的密切联系,实现优势互补、资源共享、技术联动,为公安工作汇聚更加丰富的人才和智力资源。

(四) 优化师资结构,打造高水平人才队伍

推进中国式现代化,人才是战略性支撑。高校应充分发挥作为教育、科技、人才“三位一体”

结合点的重要作用,“全面提高人才自主培养质量,着力造就拔尖创新人才”^①。公安院校肩负着培养、锻造、储备公安人才的重任,同时也是高水平公安人才的聚集地,必须不遗余力地支持人才发展,打造高水平人才队伍。公安院校教师承担着为中国式现代化建设培育公安人才的光荣使命,是开展科技创新,加快形成新质公安战斗力的重要力量。公安院校须努力建设一支政治坚定、师德高尚、业务精湛、素质优良、结构合理、充满活力的高水平教师队伍,为公安高等教育现代化和公安工作护航中国式现代化提供人才保证。

一要做好人才队伍梯队建设。做好人才引进顶层设计,完善人才引进机制,加大人才引进力度,优化人才队伍结构;细化学科专业人才数量结构和层次目标,实施分类和差异性人才政策,在稳步扩大师资队伍规模的同时,实现队伍结构不断优化;持续推进学科(学术)带头人、专业带头人、中青年骨干教师遴选和培养工作,加大对优秀青年骨干教师的培养力度,促进学科专业领军人才的成长;做好教师管理工作,加强师德师风建设,构建政治建设、师德师风建设和业务能力建设“三位一体”的教师队伍建设新格局。

二要提升人才队伍实战化教学能力。依托校局合作平台,完善教师到公安机关调研锻炼、挂职锻炼、换岗实践、专题调研等工作机制,推进教师积极参与挂职锻炼,在公安实践中及时学习和更新技术与战法,提升教师融入实战、服务实战、引领实战的专业能力水平;鼓励教师为实战部门提供决策咨询,不断提升教师对警情社情的认识和社会实践能力;聘请公安专业理论精通、实践经验丰富的优秀人才担任教官,提高实战化育人水平,全方位打造学历教育与在职培训相融合、具有较高理论素养和丰富实战经验的“双师型”人才队伍。

三要强化人才身份认同。公安院校教师具有共产党员、人民教师、人民警察三重身份。作

①参见习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,载共产党员网,<https://www.12371.cn/2022/10/25/ARTII666705047474465.shtml>,最后访问时间:2024年10月18日。

为共产党员,公安院校教师必须恪守共产党员的初心使命,坚定树立全心全意为人民服务的思想观念,具备党员干部的责任担当和人民公仆的奉献精神;作为人民警察,要坚决落实“十六字方针”总要求,积极践行育警铸魂神圣使命,在为党育人、为国育才、为警铸剑上有担当作为;作为人民教师,要弘扬教育家精神、科学家精神,从“国之大者”战略高度自觉履行职责使命。既要传道授业解惑,做学有专长的“经师”;也要立德立言立功,做涵养德行的“人师”,努力当好学生成长路上的“引路人”和为学、为人、从警的“大先生”^[18]。

(五)深化资源融通,构建开放办学新格局

开放是高等教育竞争力的重要源泉,为高等教育高质量发展带来新理念、新方式和新动力。党的二十届三中全会倡导推进高水平教育对外开放,《关于加快推进公安高等教育高质量发展的意见》要求推进公安院校开放办学,整合利用优质资源,完善校局协同、战教融合育人机制。产学研深度融合有助于实现教育、科技、人才三位一体推进的良性循环,赋能新质生产力发展。公安院校作为特色鲜明的行业院校,在中国式现代化背景下更应该持续畅通科技创新、人才培养、行业发展的有机衔接和良性互动,走产学研深度融合的开放办学之路。

一要深度推进校局合作。深化校局合作机制,积极推进与公安机关联合培养人才、合作建设技术实验室、智库平台和案例数据库,在积极争取警务数据、人员、案例、平台、装备等资源的同时,促进课题共研、学生共育、队伍共建、成果共享,更好服务各层次公安实战工作需要。探索“数智警务”实验室等创新式校局合作模式,努力实现理论、技术、思维与实战的深度融合。

二要大力推进校际合作。重视同类型、不同类型的校际之间的合作交流。通过互派教师、互换学生、互认学分等形式,鼓励公安院校学生跨学校、跨学科、跨专业选修课程,满足多样化学习需求;加强校际之间的信息共享,加强技术合作,共建科研团队,联合攻关高水平科研项目,努力

开拓全方位、多层次、宽领域的校际交流合作局面。

三要全面做好“同城一体化”建设。探索与属地公安机关“捆绑式”办学模式,深化人才培养、科技攻关、实验室共建、民警培训等合作,通过执勤、安保等方式向政府提供后备警力资源,全方位促进院校与属地公安工作的深度融合。充分发挥学校的人才、科技优势,汇集校地双方智力资源,加强精准对接,深入挖掘合作潜力,积极推动双方在大项目合作、大平台共建等领域取得新突破。

四要坚持国际化办学新格局。深化中外警察教育培训合作机制建设,注重加强与共建“一带一路”国家警察教育培训机构的交流合作;积极构建具有中国特色的外警培训体系,依托有条件的公安院校建立国际执法培训基地,扎实推进对外执法培训品牌建设;建立中短期培训和来华留学生教育相结合、“请进来”与“走出去”相呼应的多元化对外培训交流模式,服务国际警务合作与国家对外开放大局。

[参考文献]

[1]习近平.中国式现代化是强国建设、民族复兴的康庄大道[J].求是,2023(16):4-8.

[2]王小洪在公安部党委(扩大)会议和部直属机关传达学习全国公安工作会议精神干部大会上的讲话[EB/OL]. https://news.cpd.com.cn/n19016/n47141/624/t_1138365.html.

[3]管培俊.科教兴国新征程与高等教育的使命[J].中国高教研究,2022(12):2.

[4]王少媛.中国式现代化进程中高等教育系统功能重塑的制度路径[J].中国高教研究,2023(12):12.

[5]王龙.公安高等教育发展历史回顾与新时代展望[J].公安学研究,2019(05)1-28+123.

[6]公安部党委.认真学习贯彻习近平总书记在全国教育大会上的重要讲话精神,奋力开创新时代公安教育工作新局面[N].人民公安报,2018-09-25.

[7]黄园.中国式现代化的公安治理逻辑与创新[J].公安研究,2023(03):5-15.

[8]刘国瑞.中国式高等教育现代化的逻辑、特征与任务[J].高等教育研究,2022(11):13-24.

[9] 邬大光. 重新审视中国高等教育现代化的三对关系[J]. 高等教育研究, 2023(12): 1 – 15.

[10] 段妍磊. 新时代公安教育高质量发展的时代内涵、战略思考和实现路径[J]. 大学, 2023(01): 42 – 45.

[11] 人民公安报评论员. 以公安工作现代化服务保障中国式现代化[N]. 人民公安报, 2023 – 03 – 20.

[12] 深入学习贯彻习近平总书记重要讲话重要指示精神更好服务和保障高质量发展[J]. 人民公安, 2023(22): 1.

[13] 张武清. 以情指行合成作战体系建设为牵引释放改革动能实现战力倍增[J]. 公安研究, 2023(12): 75 – 81.

[14] 武晶. 省属公安院校学科建设与专业学位研究生教育的融合发展策略研究[J]. 公安教育, 2022(09): 57 – 61.

[15] 高中华. 筑牢新质生产力发展的人才根基[N]. 人

民日报, 2024 – 05 – 29(009).

[16] 李储信. 深化育人模式改革 支撑公安新质战斗力[N]. 人民公安报, 2024 – 04 – 21(005).

[17] 公安部党委(扩大)会议和部直属机关传达学习全国公安工作会议精神干部大会召开 坚持和加强党对公安工作的绝对领导 奋力推进公安工作现代化[EB/OL]. <https://www.mps.gov.cn/n2253534/n2253535/c9603426/content.html>.

[18] 马荣. 大力弘扬教育家精神 努力做“经师”和“人师”的统一者[EB/OL]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1782602725435611647&wfr=spider&for=pc>, 2023 – 11 – 15.

【责任编辑: 张 戈】

Contemporary mission and path selection for the construction and development of public security colleges and universities under the perspective of Chinese modernization

Meng Xiangfei

(Liaoning Police College, Dalian Liaoning 116036, China)

Abstract: Public security colleges and universities shoulder the important mission of educating people for the Party, cultivating talents for the country and forging swords for the police. They serve the national security strategy, promote the modernization of public security work and the high-quality development of public security higher education. They are the source and foundation for improving the new public security combat effectiveness under the new situation, and also a systematic project of reform and innovation. Public security colleges and universities should adhere to political leadership and strengthen the absolute leadership of the Party; strengthen top-level design and consolidate the foundation of disciplines and majors; promote the innovation of scientific research and stimulate the new public security combat effectiveness; optimize the faculty structure and build a high-level talent team; and deepen resource integration and build a new pattern of open education.

Key words: Chinese modernization; modernization of public security education; high-quality development; new public security combat effectiveness

侦查经营在非法采矿犯罪案件侦查中的应用研究

李静媛, 万金冬

(中国刑事警察学院, 辽宁 沈阳 110854)

〔摘要〕作为保障经济健康发展的基础,矿产资源长期被放在国家战略高度加以统筹。当前,我国非法采矿犯罪较为严重,无证开采、越界开采、借口式开采案件频发,跨地域性、团伙性、隐蔽性、多种犯罪相交织等特点明显。侦查经营作为积累式、延伸式打击的策略典范,对于解决当前非法采矿犯罪“打不透”问题具有积极作用。侦查部门应从线索经营、人员经营、证据经营、阵地经营等方面入手,采取相应侦查方法,以实现以“小线索”破“大案”、全链条打击犯罪活动、一网打尽犯罪团伙、高效整体移诉的侦查工作目标。

〔关键词〕侦查经营;非法采矿犯罪案件;侦查策略

〔作者简介〕李静媛(2000—),女,山东潍坊人,中国刑事警察学院2023级经济犯罪侦查专业硕士研究生,主要从事经济犯罪侦查研究;万金冬(1975—),女,辽宁沈阳人,中国刑事警察学院经济犯罪侦查学院副教授,主要从事食药环犯罪侦查研究。

〔收稿日期〕2024-11-07

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-038-08

矿产资源作为国家经济和社会发展的基石,对于工业化和现代化进程具有不可替代的作用,是国家能源安全和经济自主权的关键。习近平总书记高度重视生态环境和资源保护工作,多次强调资源开发要牢固树立生态红线的观念^[1]。然而,蕴含巨大利益的矿产资源催生了非法采矿犯罪行为,常有不法分子采取爆破、采掘、转移等系列手段擅自采矿牟取暴利,严重破坏国家对矿产资源的所有权,既恶化了山林地区良好的生态环境,也严重危害了周边居民生命财产安全。为有效遏制这一趋势,保障矿产资源的合法开发,执法机关面临着提升打击非法采矿犯罪行为效率和准确性的挑战。

侦查经营是指侦查主体在遵循法律规定的基础上,为全面揭示案件真相,构建完整的证据链,实现案件整体移诉的侦查目的,以“线索、证据、人员”为中心,在保证人赃妥善控制的条件下,综合运用经营策略和侦查措施的延后处理案件方式^{[2]76}。当前,非法采矿犯罪链条化、复杂化特征较为明显,公安部于2015年倡导的侦查经营

策略,即通过一系列周密的侦查措施和手段,对团伙性、系列性犯罪实施积累式、延伸式打击^[3]。该策略对于解决当前非法采矿犯罪“打不透”的问题具有积极意义。

一、当前非法采矿犯罪案件主要特点

非法采矿罪是指违反《中华人民共和国矿产资源法》规定,未取得采矿许可证擅自采矿,擅自进入国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿,或者擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种,情节严重的行为^[4]。未经许可的形式具体分为两种:有采矿许可证的采矿和无采矿许可证的采矿。拥有采矿许可证后,可能会由于过度追求经济利益而超范围、超矿种、超量开采,从而构成非法采矿;无采矿许可证的采矿则是因为各种理由,未经任何批准擅自采矿。非法采矿犯罪与我国当前经济发展关系密切。非法采矿犯罪在追求高额利润的同时,常与黑恶势力和腐败行为相互关联,严重破坏社会秩序和经济发展^[5]。其具体特点如下:

(一)地域性特征明显

笔者在中国裁判文书网上以案件名称“非法采矿罪”、裁判日期“2019 年 1 月 1 日至 2024 年 1 月 1 日”为条件检索一审程序刑事案件判决书,发现近五年共有 2907 份相关判决。其中数量位居前 11 位的省(自治区、直辖市)分别为安徽(250 起)、福建(235 起)、江苏(235 起)、广东(233 起)、河北(233 起)、山东(199 起)、浙江(195 起)、广西(182 起)、吉林(182 起)、湖南(128 起)和四川(117 起),全国范围内仅有这 11 个省级行政区划的相关裁判文书数量超过百份。进一步分析表明,近五年来,非法采矿案件多发于华东地区(主要集中于福建、江苏、山东、浙江四省)和华南地区(主要集中于广东省和广西壮族自治区)。非法采砂案件由于大多涉及横跨海域,其跨地域性特征更加明显,往往需要海警协同参与打击。

(二)关联犯罪较多

涉及环境的犯罪通常是有组织犯罪,组织内部会进行系统分工、领导、协作^[5],其中较为紧密的组织可能涉及单位犯罪。由于开采矿产品工程难度高,非法采矿犯罪往往呈链条式发展,围绕“采、运、销”主链行为牵涉人员、行为众多。不同的非法采矿案件前后行为呈流动性进展,环环相扣又各自涉及不同犯罪,主要涉及罪名有非法采矿罪,破坏性采矿罪,非法经营罪,非法占用农用地罪,重大责任事故罪,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪;甚至为逃避打击,收买腐蚀地方官员而涉及贪污贿赂、渎职等职务犯罪,以及涉黑、涉恶势力犯罪等。这些犯罪各自独立又相互依存。例如,非法占用土地行为可能与土地管理部门腐败有关,非法改装车辆行为可能与交通管理部门失职有关。这种既独立又相关的强关联性犯罪特点,要求非法采矿犯罪的侦查和打击执法机构打破部门壁垒,实现跨领域通力合作。

(三)暴力性强

非法采矿行为在为违法犯罪嫌疑人带来巨大经济利益的同时,其所面临的刑事处罚相对较轻。非法采矿的普遍立案起点在十万元以上,而涉案矿产品价值多在几十万元甚至更高。作为原材料获取方式,自然资源的开采成本较低,违法犯罪行为人为多有曾采矿资质和能力的个人,甚至是正规采矿企业,其往往具有齐全的设备、充足的人力资源以及稳定的销售渠道,为非法活动提供了技术和市场保障。贩卖毒品犯罪虽然惩罚严厉^①,仍有人因获利空间巨大而趋之若鹜;非法采矿能获取数额更为巨大的暴利,但其风险远小于贩卖毒品罪^[7]。由于非法采矿活动的巨大利润空间,加之受矿产资源开采技术相对简单,政府相关部门监管不力、执法机制不完善等因素影响,导致非法采矿行为屡禁不止,甚至愈演愈烈。

(四)隐蔽性强

非法采矿犯罪之所以隐蔽性强,主要在于犯罪地点隐秘、作案手法巧妙以及掩护手段多样化。首先,矿山大多处于人迹罕至的深山密林,地理位置隐蔽,未经开发的矿山资源处所更是鲜为人知。其次,作案人往往反侦查意识较强,通常采取昼伏夜出、签订攻守同盟等作案方式,发现政府组织检查的迹象立即停工停产封闭矿场,导致被发现的犯罪现场多为陈旧性案发现场。侦查工作需要以已造成的结果为出发点,从物证入手,逐步追溯到涉案人员,因此该类案件侦查难度大。最后,非法采矿犯罪借口理由的多样性导致犯罪隐蔽性强。作案前期,作案人往往以“平整土地”^②“清理水库”^③“塘坝治理”^④等为借口,为掩护犯罪打“幌子”。由于其编造的谎言合情合理,加之犯罪处所人迹罕至隐蔽性强,往往能够瞒天过海,给违法犯罪行为披上合法化外

①《中华人民共和国刑法》第 347 条规定,走私、贩卖、运输、制造毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚。
②参见浙江省宁海县人民法院:“郭某某非法采矿罪一审刑事判决书”,(2024)浙 0226 刑初 62 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html,最后访问时间:2024 年 10 月 9 日。
③参见海南省高级人民法院:“陈必聪非法采矿罪二审刑事判决书”,(2018)琼刑终 183 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html,最后访问时间:2024 年 10 月 9 日。
④参见徐州铁路运输法院:“周勇、周杨等非法采矿罪张杰、王来朋掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪一审刑事判决书”,(2019)苏 8601 刑初 112 号,载中国裁判文书网,https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html,最后访问时间:2024 年 10 月 10 日。

衣,导致监管失察。

二、非法采矿犯罪案件适用侦查经营的可行性分析

(一) 线索来源依靠侦查经营的情报信息

非法采矿犯罪立案主要涉及两种情况。一是符合入罪条件时,由自然资源等有责部门移到公安机关立案侦查。这种情况下,由于行刑衔接不畅,证据标准不同,重新取证既消耗时间又可能由于延误时间而损失重要线索,影响后续侦查。二是公安机关接到报案或者发现相关线索主动出击。由于矿产资源丰富地区往往较为偏僻,周边很大范围无人居住,因此很少有人能注意到挖矿行为;抑或有人注意到违法犯罪嫌疑人动土开工,但无法分辨该行为是非法还是合法;有时犯罪嫌疑人为了非法采矿,低价购买附近农户的山地、耕地等农用地佯装“开发”,并通过亲属、老乡、同事等相互关联形成结构松散但利益攸关的“团伙”,共同从事非法采矿活动。此外,实施非法采矿行为的犯罪嫌疑人大多在当地具有相当势力,甚至本身就是前科劣迹人员,案件本身涉黑涉恶或者涉及权钱交易,普通村民无人敢向公安机关提供线索。

侦查经营以案件延伸为前提,通过对情报信息进行深入研判,围绕线索、人员、证据等核心要件进行全方位经营,在严格控制下任其继续发展,为一网打尽违法犯罪活动铺设前路。侦查本身就是一个线索搜集和证据构建的连续过程,通过对信息的细致分析、审慎筛选和准确记录,将侦查线索转化为确凿证据,以揭示犯罪真相^[8]。通过侦查经营,可以让个案线索逐步发展为多案线索,使得证据网络不断扩大,证据链条趋向完整。在侦查经营中,案件线索来源变得更为广泛,积极响应政府号召的群众举报、相关部门在履行职责中自行发现的线索、中央生态环境保护督察等相关部门移送的案件信息、媒体的曝光、专业监测系统的实时监控、与其他执法机构的协同合作等,都为侦查机关提供了丰富的案件线索。这些线索经过专业的分析和研判,能够帮助侦查机关构建一个全面、系统的非法采矿犯罪打击网络。

(二) 非法采矿犯罪案件的人员构成符合侦查经营的适用条件

非法采矿行为包含采矿、运输、销赃等环节,每个环节都需要大量的人员参与,包括采矿前寻找买家、人员分工,采矿后运输矿石、销赃交易。其中往往还涉及为了达到采矿目的实施爆破作业而牵扯到的非法制造、买卖、运输、储存爆炸物的行为,以及某些案件中为得到“表面批准”而违法获得审批的行为。上述环节中,采矿需要矿工、运输需要驾驶员、销赃需要买家,其中还可能涉及多个中间商甚至监督管理人员,形成利益环环相扣的犯罪聚合体。上述人员构成中,还会涉及主犯、从犯以及无关人员。在这些链条状的行为中,相关人员构成通过链接形成复杂的人员网络(参见图1)。

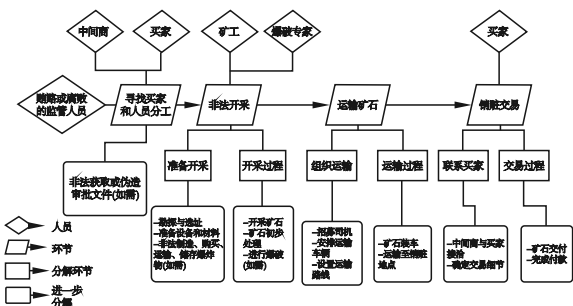


图1 非法采矿犯罪人员、环节流程

侦查经营对打击团伙性犯罪具有重要作用。它遵循犯罪行为的连续性和团伙成员的复杂性这一客观规律,是专门针对结构复杂、团伙作案情形的综合侦查策略与手段^{[2]77}。面对犯罪链条延伸的犯罪,侦查经营的目的在于“放长线、钓大鱼”,不过分强调以往的“快速”击破,而是着重酝酿积累,从次要人员入手等待主要人员现身,待线索挖掘、证据固定到事实清楚、证据确凿的办案要求再采取集中行动,对犯罪团伙实施深入式全方位打击。这种打击行动需要精心策划、周密部署,确保一举摧毁犯罪团伙的核心力量,彻底铲除其生存的土壤。面对网络式发展的非法采矿案件,侦查经营覆盖面的广度、深度与非法采矿所涉及的违法犯罪人员网络恰好匹配。

(三) 非法采矿犯罪案件涉案数额需要侦查经营的充分证实

在非法采矿罪的认定中,矿产资源价值评估涉及多种因素,包括矿产品的市场价值、开采成

本、环境损害等。开采矿产品的价值或者造成矿产资源破坏价值数额的认定,直接关系到罪与非罪、此罪与彼罪。实践中,涉案数额的查证和评估极易成为争议焦点。虽然历经刑法修订和追诉标准细化,相关法规的适用操作性日渐增强,但矿产品价值和矿产资源的破坏程度依然是定罪和量刑的关键因素。侦查人员需要运用专业知识和技能,对涉案数额进行精确查证和评估。

在非法采矿罪的认定中,侦查经营的必要性尤为显著。在以审判为中心的诉讼制度改革大背景之下,侦查人员承担着确保案件事实以证据为支撑的重任。为实现案件整体移诉,必须强调证据的充分性和证明力,以及证据链条的完整性和连贯性,真正做到“以证定案”。侦查经营追求全面认定犯罪事实并实现整体移诉。基于此目的,对证据证明力的标准要求更高^{[8]36},证据必须完整、充分,彼此之间能够相互印证。在非法采矿犯罪案件中,金融关联证据的经营追求与矿产品涉案数额的查证要求相符合,这使金融关联证据经营成为侦查经营活动不可或缺的组成部分,进一步凸显了侦查经营在此类案件中的重要作用。

(四)非法采矿犯罪的预防控制追求侦查经营的价值观念

非法采矿罪是一种时间跨度较长的犯罪,涉及采矿、运输、交易等环节。由于矿床的地理位置具有确定性和不可移动性,犯罪一旦实施其形态就会比较稳定,造成的破坏结果不会被抹除;当采矿环节基本结束后,对自然环境所造成的损害结果已不可逆,而运输和交易环节均建立在已造成的危害结果之上。因此,对打击非法采矿犯罪行为可以采取“等”的策略,在等待交易和运输环节自然结束的过程中,顺势查出牵连的交易、运输等参与人员再行收网,以达到以最小成本打击最大范围违法犯罪行为的效果。同样,由于非法采矿犯罪行为可能以约定交易为起点,因此在预防犯罪方面,可根据前案侦查经营总结出的经常交易矿种、采矿多发地点等经验提前布控。

侦查经营的本质是通过经营获取最大的侦查效益,实现侦破系列案件、打击团伙犯罪的目

的^[10]。侦查经营同样讲究长期策略规划,以长远眼光和科学规划,采取不立即查处的侦查方式,通过对已知线索、人员、证据等信息的不断经营,获取更多相关信息,预防和打击更多关联犯罪,使侦查经营活动“利上生利”,产生“复利效应”。非法采矿犯罪具有涉及范围广、地理位置不可变等特点,侦查经营的风险低于其他侵犯财产类犯罪,符合比例性原则^①,预防控制非法采矿罪的价值追求与侦查经营追求长期效益最大化的价值取向相匹配。

三、侦查经营在非法采矿犯罪案件侦查中的应用路径

(一)线索经营

线索经营是指侦查机关利用已发现的案件线索,对犯罪行为进行深入分析和系统管理,以揭露犯罪事实并关联犯罪网络的一种侦查经营方法。经营时要注意案件侦破过程中暴露出的其他案件线索并进行分析研判,以关联出系列案件并实施系统性、积累式打击。案件线索来源与情报信息密切相关。非法采矿犯罪涉及的犯罪环环相扣,相关犯罪嫌疑人可能涉嫌多个违法犯罪活动,如非法运输、储存爆炸物,掩饰、隐瞒犯罪所得罪,行贿罪,受贿罪等。所以,搜集、分析情报,查找个案线索并加以整合,是对非法采矿案件系统侦查、全面打击的必由之路。线索经营中,首先通过对矿产流通市场的调研,扩大线索来源,拓宽视野渠道,变非法采矿犯罪被动侦查为主动查找;获得相关线索时切忌打草惊蛇,应对搜集到的非法采矿案件有关线索与情报累积整理,分析关联点,以点带面进行综合分析研判;同时,梳理相关案件信息,寻找牵连犯罪网络,并制定相应的“收网”策略与计划。

在侦查经营中,公安机关需要构建以线索为起点,多部门协作的立体化打击体系。线索来源一是主动发现,二是移送线索。公安机关应与国土资源等权责部门协调统一,建立健全监测系统,加强信息共享,及时掌握非法采矿活动动态,实现从被动接收到主动发现的转变。在其他案件侦办过程中,侦查部门应与技侦、网安、情报等

①即侦查经营适用底线是犯罪行为对社会现实危害不大,在社会治安秩序受损可承受范围以内。

部门形成合力,主动了解信息、获取线索,深度经营,形成多部门合作的联合打击机制。对于国土资源部门移送的线索,公安机关应注重审查研判,尽可能实现行政执法证据转化为刑事证据的成功率最大化。此外,群众力量也不应忽视。非法采矿犯罪实施期间,难免会产生粉尘、噪声等污染,影响附近群众日常生活。在自媒体高度发达的情况下,大概率会在网络上出现相关信息线索。公安机关侦查部门应密切关注微博、微信、贴吧、论坛等平台信息,在网侦部门积极参与下,及时发现并追踪新的线索。

(二) 人员经营

人员经营是侦查经营的一种,它通过细致分析与犯罪行为相关个体之间的人际关系、工作联系和社会纽带,梳理线索、挖掘证据,进而揭露犯罪事实。从以上定义可以看出,人员经营与线索经营涉及内容上有所重合,只是侧重点不同。非法采矿通常是由以有组织团伙形式进行的违法犯罪活动,例如某林场尖峰地段非法采矿案件涉及四名嫌疑人,其中唐某强负责投资,廖某兵做技术指导、管理工人,谢某武负责管账,雷某进负责处理矛盾、协调关系^[11]。侦查经营往往通过以点引线、以线引面,将人员构成看作一个互相关联的整体;进行人员网络分析时,根据成员身份、角色分配确认犯罪事实的存在,并对犯罪过程进行复盘。

1. 交易人员

有买卖才会有非法采矿活动,挖掘的矿石有收益最大化的去处,才会使犯罪嫌疑人铤而走险。涉案犯罪嫌疑人进行非法采矿前往往会提前联系好买家,盗采矿产后直接销售给买方,形成“牵一发而动全身”的交易链条。侦查经营活动选择切入点,可以从交易人员这一要素入手。

交易人员通常为需要矿石的下游企业和非法采矿案件中的财务负责人。侦查的突破口可以选择此类人员,围绕此类人员联络动向确定通信基站,调取通话记录,通过话单分析研判寻找交易方,以此确认涉案买方,核对销售账款;进而调取关联人员工商资料、银行交易流水,梳理涉案账户开户信息、资金流转等情况,进行数据穿透,查明资金来源,形成轨迹图,找到焦点集中击破。此外,可通过调查访问,查明该公司法定代

表人、实际控制人、员工数量和公司实际经营情况等,同时查找潜在的犯罪嫌疑人^[12]。侦查经营中,必然涉及对涉案赃款的处理。侦查经营追求的是以最少成本获得利益最大化,最大程度保证人赃俱获,因此,既要通过交易人员查明资金数额和去向,还要保证已在控制范围内的资金不被转移。一旦出现可疑情况,应当立即停止经营,及时收网。

2. 采矿人员

由于主要犯罪现场为矿床区域所在地,采矿人员属于人数较多的涉案人群,由于其参与程度较浅,对于自身实施行为的违法违规性缺乏明确认知,因此能站在较为客观的角度看待问题。公安机关可以通过组织对采矿人员开展访谈,把握非法采矿对生态环境造成的破坏,包括破坏行为发生的具体时间、地点、手段、影响的生态要素、破坏的规模,以及由此引发的土地使用或植被类型的变更等详细损害情况^[13]。也可根据访谈内容了解涉案人员网络关系,进而判断管理者、决策者、施工者,对相关参与人员在案件中所起的作用进行划分,以判断主犯及从犯。获得相关人员信息后,可以进一步通过大数据研判确认犯罪事实存在。如某地采矿案件由办案人员进行大数据研判,秘密调取犯罪嫌疑人通话记录,通过定位确定多名犯罪嫌疑人长期出没在人迹罕至的偏远山区实施非法采矿,由此确定其在地理位置意义上的采矿活动。

对于采矿人员,要注意根据相关规定区分其是否为犯罪嫌疑人。《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条规定:“对受雇佣为非法采矿、破坏性采矿犯罪提供劳务的人员,除参与利润分成或者领取高额固定工资的以外,一般不以犯罪论处,但曾因非法采矿、破坏性采矿受过处罚的除外”。同时,应参考最高人民检察院、中国海警局2023年发布的办理海上非法采砂相关犯罪典型案例之“林某某、高某某非法采矿案”的典型意义,明确“一般不以犯罪论处”并非“一律不以犯罪论处”。受雇为非法采矿提供劳务人员的即使为雇员,也应承担相应责任^[14]。

3. 运输人员

运输矿物属于赃物的转移,运输环节是赃物

流通的关键节点。运输人员不仅是从犯罪现场到交易地点必经之人,更是揭示犯罪网络结构和运作方式的重要窗口。对运输人员进行经营,既可获得赃物从犯罪现场向其他地点转移的直接证据,也是揭示犯罪网络的重要线索途径之一。采矿之前,可能有相关运输人员运输采矿工具或者爆炸物;采矿之后,运输人员则负责将矿产赃物转移到交易地点。在这个过程中,运输人员与交易人员直接对接。通过对运输人员的监控和调查,执法机构可以获取关键的直接证据,追溯赃物的流向,分析犯罪网络的组织结构和交易模式。鉴于非法采矿犯罪往往具有较长的交易链条,公安机关可以在交易的关键环节对嫌疑人进行严密监控,采取不立即逮捕的策略,通过持续跟踪、深入调查、细致访问和控制下交付等手段,有效收集和固定犯罪证据,进而逐步揭示犯罪团伙成员之间的联系,为全面查明案件事实提供坚实基础^{[10]33}。

(三) 金额关联证据经营

证据经营是一种针对证据进行串并案件的手段,强调证据的全面性、真实性。从《关于办理非法采矿、破坏性采矿刑事案件适用法律若干问题的解释》以及《〈关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(一)〉的补充规定》(以下简称《追诉标准(一)补充规定》)^①中可知,非法采矿犯罪的认定重点及难点在于开采矿产品销赃数额认定,也就是金融关联证据的认定。为实现证据认定的准确与全面,需要对金融关联证据进行侦查经营,通过多方面证实与证据之间相互印证,还原事件本来面目。上文所述采、运、销环节证据,在非法采矿销赃数额的认定方面均具有重要意义。

1. 通过现场勘查初步认定矿产种类数量

现场勘查主要针对金融关联证据经营链条中的“采”这一环节。通过现场勘查,可以初步确定矿产种类及大体采矿量,从而确定下一步侦查方向。现场作为第一发现场地,表面上对于矿产量统计是最为直观的,实际上由于技术限制,只能根据矿产种类、密度计算涉案量。关于计算方

法,李英龙、董通生两位学者曾给出参考^[15],但实际办案中,直接通过现场勘查来认定涉案数额是十分困难的。例如,破坏性开采会导致部分矿产资源失去使用价值,这部分损失是否应包含在价值计算内;采矿、运输中的成本价格是否应当扣除;矿产品价格受供求关系、地域差异影响的波动,导致涉案数额认定存在偏差时应如何处理;需要依据价格认证机构或省级以上自然资源主管部门出具报告时,应当怎样减少时间成本,等等。从《追诉标准(一)补充规定》可以发现,其强调涉案数额应根据销赃数额认定,在难以获取该数额的情况下可以根据价格数量进行认定。这表明矿产品的价格和数量,是确定涉案数额的次要因素。综上,涉案数额证据的经营,应以“销”环节为主,现场勘查的重点任务应当是确定矿产品种类,同时可粗略计量涉案矿产数量及生态环境损害程度。

现场勘查时要注意重点取证的位置。《中华人民共和国刑事诉讼法》第128条规定:“侦查人员对于与犯罪有关的场所、物品、人身、尸体应当进行勘验或者检查。在必要的时候,可以指派或者聘请具有专门知识的人,在侦查人员主持下进行勘验、检查”。非法采矿案件现场勘查收集证据时,也应当在具有专门知识的人员指导下进行,先初步分析判断涉案矿产种类,设计取样方案,对于不同矿产种类采用不同的收集方式;取样时要分层分区,以科学方式进行多次取样,保证后续鉴定环节的准确性、客观性。

2. 通过销售记录查证涉案矿产销赃数额

非法采矿犯罪案件中,犯罪嫌疑人非法采出的砂石、矿产品基本用于城市建设、工业原料生产等领域。其中,砂石主要用于商业混凝土制造、施工场所、城市基础设施建设以及农业水利建设;非金属矿物如菱镁石和铁矿石则需转化为苦土粉、轻烧镁粉和重烧镁粉,进而用于冶金过程中。对此,侦查经营工作的核心在于对已知矿产品的工厂信息进行归纳分析,通过经营式侦查,从矿产品销售链条顺藤摸瓜,采取控制下交付等侦查经营措施,确保在关键证据掌握后进行

①上述两项规定明确:非法开采的矿产品价值,根据销赃数额认定;无销赃数额,销赃数额难以查证,或者根据销赃数额认定明显不合理的,根据矿产品价格和数量认定。

全面收网,防止赃款转移。将售卖途径找齐后,应当对购买矿物的下游生产企业的财务记录进行会计资料勘查,通过交易单据准确认定矿产交易数量及销赃数额。

例如,对于本地涉黑非法采矿案件,岳阳市某专案组确立了“从销售渠道入手、运输环节印证;书证为主,口供为辅”的取证方向,成功展开系列非法采矿案件的侦查经营工作^[16];新邵森林公安局2021年破获的一起非法采矿犯罪案件中,办案民警从犯罪嫌疑人的各种账单及交易证据入手,不仅突破了嫌疑人拒供僵局,而且直观统计出其销赃数额,可见销售数据证据的重要性。侦查经营中的证据经营应从销售入手,直截了当认定销赃数额。

3. 通过运输车辆相关数据进行证据补充

发现非法采矿线索常源于大型运输工具,如大型货车、推土机、铲车、挖掘机、运砂船等,由于此类设施体积巨大、功能属性明显,更容易暴露行踪,引导侦查机关顺藤摸瓜。对此,可以通过相关车辆运输矿产品的视频监控数据,筛查购买非法采矿产品的下游生产企业,继而对非法采矿行为的销售数额进行固定。

此外,还可以利用运输工具的运输量和工作时长对非法采矿价值量进行补充。除借助运输工具自身载重量和运输的车次与数量乘积粗略计算运输量外,部分采石场会安装专业管理重量和车辆信息的地磅管理软件^[17],这有助于公安机关调取非法采矿矿产品运输车辆存储的地磅数据,通过矿产品运输量对关联金融证据进行印证。大型运输工具在使用时往往相互搭配,如挖掘车辆行动不便,需要大型托运车运送周转。挖掘设备以及运输车辆都自带车载定位系统,且挖掘机还自带工作时间记忆功能,办案人员在调查取证过程中,可以通过研判车辆轨迹及在盗采现场工作的时间,推算犯罪嫌疑人盗采矿产品的数量以及涉案价值。

侦查人员应以“证据全面”“以证定案”“证据延伸”为目标导向,在搜集和评估证据过程中,将追求证据完整性、确立以证据为核心的案件构建

原则以及证据链的扩展性作为工作的核心追求,坚持系统观念、要素思维,以“销”为主,“采”为补充,“运”为印证,对各途径获得的信息进行综合研判,全面评价关联案件事实证据,经营案件证据链条,根据已经掌握的证据及时发现并关联其他案件,从而对非法采矿犯罪团伙实施全面打击。

(四) 阵地经营

在当前矿业资源保护领域,行业阵地控制和秘密力量建设都亟待加强。对于可能发生犯罪领域的阵地侦查经营措施,有利于实现对非法采矿犯罪的源头预防,从而迈好全链条打击非法采矿犯罪的第一步。公安机关应从非法采矿的销赃途径入手,切断其利润来源,加强对相关机械厂、矿石加工厂等下游企业的监管;同时,通过警示教育提高企业的法律意识和社会责任感,明确其对可疑原材料来源的举报义务。在加强企业作用的同时,注重发展壮大社会治安力量,使其成为打击非法采矿行为的生力军;通过教育和激励相关社区居民主动积极参与,构建广泛的情报网络,实现对非法采矿行为的早期发现、准确打击和有效遏制,确保对矿产资源的依法保护。

同时,公安机关可以通过遥感观测、现场调查和资料收集等途径,充分利用3S^①和谷歌地图,将历史信息资料与当前数据进行比对,以数据分析为抓手,对易发生非法采矿的地形地貌提前布控,并持续观测追踪;还可以利用卫星测绘、无人机、远程监控等现代科技手段进行侦查,与传统侦查方法相结合,形成多维度、全方位的“新型卧底”^[18],对相关涉及场所的地理位置、地形地貌、矿产种类进行提前掌控。

生态环境保护关乎国计民生。在国家对环境治理的持续关注下,环境资源法律体系和司法保障日益完善。面对呈链条式发展的非法采矿犯罪,公安机关面临的重要任务是采取蛰伏式侦查经营打击犯罪。通过侦查经营措施的实施,公安机关可以构建一张打击非法采矿犯罪的严密网络,从源头到末端、从人员到资金、从预防到侦查,以一案破数案、以小案破大案,潜心经营,着重打击。

①3S技术是遥感技术、全球定位系统、地理信息系统的统称,在案发现场的精确定位、测算面积、价值评估等方面发挥着重要作用。

〔参考文献〕

〔1〕李冬冬. 习近平生态文明思想的历史本源、科学内涵与实践创新〔J〕. 中学政治教学参考, 2023(08): 17-20.

〔2〕德丽娜尔·塔依甫, 张尧. 论侦查经营的几个基本问题〔J〕. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2016(03): 75-81.

〔3〕侦查经营是打击犯罪新机制在打法上提出的新要求〔N〕. 人民公安报, 2015-03-11(003).

〔4〕张明楷. 刑法学(第六版)〔M〕. 北京: 法律出版社, 2021: 1479.

〔5〕潘镇洋. 破坏矿产资源犯罪案件侦查研究〔D〕. 重庆: 西南政法大学, 2022: 12-14.

〔6〕刘菁婉. 环境犯罪侦查若干问题研究〔J〕. 河北企业, 2020(11): 147-148.

〔7〕康纪田, 严旭. 非法采矿适用共同犯罪的反思与出路〔J〕. 广西政法管理干部学院学报, 2022(01): 29-38.

〔8〕李建军. “套路贷”犯罪的侦查经营策略〔J〕. 中国刑警学院学报, 2020(01): 55-61.

〔9〕斯盼. 基于PDCA循环理论的侦查经营流程构建研究〔D〕. 北京: 中国人民公安大学, 2022: 33-36.

〔10〕杨光. 基于风险评估的侦查经营效益研究〔D〕. 北京: 中国人民公安大学, 2020: 3.

〔11〕杨光磊, 谢珺晗, 朱合根. 心怀侥幸难逃法网——新邵森林公安成功破获一起非法采矿破坏生态案〔J〕. 林业与生态, 2022(04): 28-29.

〔12〕谢波, 蒋和平. “套路贷”犯罪的特点及其法律规制〔J〕. 山东警察学院学报, 2018(02): 83-88.

〔13〕郭超, 王伟, 古清月, 吕俊岗. 非法采矿类公益诉讼案生态环境损害鉴定评估的审查要点探析〔J〕. 环境保护, 2022(18): 54-58.

〔14〕姜昕, 孙国祥, 阴建峰, 柳慧敏, 周晓东, 王小飞. 借疏浚作业之机盗采江砂又出具来源证明外运销售的行为如何定性〔J〕. 人民检察, 2023(18): 37-42.

〔15〕李英龙, 董通生. 非法采矿破坏的矿产资源价值估算方法初探〔A〕. 2005年全国金属矿山采矿学术研讨与技术交流会论文集〔C〕. 昆明: 昆明理工大学, 云南省矿业协会, 2005: 4.

〔16〕刘奇杰. 铲除生态“毒瘤”——岳阳县公田镇非法采矿案侦破记〔J〕. 林业与生态, 2022(08): 32-33.

〔17〕郑超峰. 非法开采石矿案件查办难点探析〔J〕. 山西省政法管理干部学院学报, 2015(01): 123-125.

〔18〕刘爽. 环境污染犯罪侦查问题研究〔J〕. 党政干部学刊, 2020(05): 23-28.

〔责任编辑: 张 戈〕

Research on the application of investigative operations in the investigation of illegal mining crime cases

Li Jingyuan, Wan Jindong

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

Abstract: As the foundation for ensuring the healthy development of the economy, mineral resources have long been placed at the national strategic level for overall planning. At present, illegal mining crimes in China are relatively serious, with frequent cases of unlicensed mining, cross-border mining and pretextual mining, and with obvious characteristics of cross-regional, gang-based, concealed and multiple crimes intertwined. As a strategic model of cumulative and extended strikes, investigative operation plays a positive role in solving the current problem of “not being able to penetrate” illegal mining crimes. The investigation department should start from the aspects of clue operation, personnel operation, evidence operation and position operation, and adopt corresponding investigation methods to achieve the investigation goals of solving “big cases” with “small clues”, cracking down on criminal activities throughout the chain, catching all criminal gangs in one fell swoop and efficiently transferring prosecutions as a whole.

Key words: investigative operations; illegal mining crime cases; investigation strategy

高质量与现代化:新时代检察监督路径革新

张庆立

(华东政法大学,上海 201620)

〔摘要〕进入新时代,实现高质量发展与现代化已经成为检察工作的总体要求,二者既有联系,也有区别。就检察机关定位而言,国家法律监督机关具有统帅地位。高质量与现代化都首重思想观念,因此要实现高质量发展和现代化的目标,必须以铸造忠诚的政治品格,打造奋斗、争先的精神风貌,塑造革新、协调的工作机制为理念;就具体路径而言,应从维护正义、保障发展、服务人民三个角度出发,探索国家安全检察、缉私边防检察、海事检察、金融检察、知识产权检察、民行检察、商事服务检察、科创服务检察、涉外服务检察、行政羁押检察、交通运输检察、网络安全检察等新领域,为经济社会高质量发展和人民生活幸福安康提供高质量司法保障。

〔关键词〕新时代;检察机关;法律监督;理念革新;路径创新

〔基金项目〕本文系2023年度最高人民检察院检察应用理论研究课题“赌博犯罪的法律适用问题”(项目编号:GJ2023D24)和国家检察官学院2023年度科研基金资助项目“重塑检察侦查体系全面提升检察侦查权能”(项目编号:GJY2023D15)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕张庆立(1983—),男,山东聊城人,上海市松江区人民检察院第六检察部副主任、四级高级检察官,法学博士,华东政法大学刑事法学院博士后研究人员,主要从事刑事法学研究。

〔收稿日期〕2024-04-14

〔中图分类号〕D926.3〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)06-046-06

当前,中国特色社会主义进入新时代,国家经济社会发展进入新阶段,检察工作迎来新机遇与新挑战。在新的历史条件下,作为国家法律监督机关,检察机关如何适应新时代需要,以习近平法治思想为指导,贯彻落实党的二十大精神,贯彻落实中共中央《关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》(以下简称《意见》)精神以及最高人民检察院有关工作要求,实现高质量发展和现代化目标,既是我们必须思考的时代课题,又是必须回答的历史命题。

一、高质量发展与现代化的关系厘清

作为完整表述,“检察工作高质量发展”与“检察工作现代化”都是近年来检察机关对检察工作提出的新要求。根据中国知网查询的数据,“检察工作高质量发展”的提法最早见于有关媒体对江苏省泰州市检察机关的报道,该文提出

“应走内涵式发展道路,立足提高办案质量、工作质效、服务效益,秉持法治化、体系化、创新化、服务化思维,推动检察工作高质量发展”^[1],但当时这一提法并不广泛。2021年初,中央政法工作会议召开之际,习近平总书记对政法工作作出重要指示,要求“各级政法机关要更加注重系统观念、法治思维、强基导向,切实推动政法工作高质量发展”^[2]。此后,最高人民检察院召开全国检察理论研究工作会,明确提出“为检察工作高质量发展提供理论支撑”的工作要求^[3]。从此,“努力实现检察工作高质量发展”成为检察工作各条线和各地方检察机关的工作目标,行政检察、刑事检察、民事检察、公益诉讼检察均有相关研究成果发表。“检察工作现代化”的提法被广泛使用则始于去年初。2023年初,习近平总书记指出,“政法工作是党和国家工作的重要组成部分,要全面贯彻落实党的二十大精神,坚持党对政法

工作的绝对领导,提高政治站位和政治判断力、政治领悟力、政治执行力,坚持以人民为中心,坚持中国特色社会主义法治道路,坚持改革创新,坚持发扬斗争精神,奋力推进政法工作现代化,全力履行维护国家政治安全、确保社会大局稳定、促进社会公平正义、保障人民安居乐业的职责使命,为全面建设社会主义现代化国家、全面推进中华民族伟大复兴贡献力量”^[4]。政法工作现代化主要包括思想观念的现代化、工作体系的现代化、工作能力的现代化^[5]。“检察工作现代化”是最高人民检察院党组贯彻习近平总书记重要指示精神和党的二十大精神,落实中央政法工作会议部署的具体举措,也是在今年全国两会上提出的工作目标^[6]。检察工作现代化的内涵包括:检察工作现代化的先导是法律监督理念现代化;重点在于法律监督体系现代化;关键在于法律监督机制现代化;基础在于法律监督能力现代化^[7]。

从上述两个概念的起源看,“高质量”和“现代化”既有联系,又有区别。二者的联系主要体现在以下四个方面:一是二者都是检察机关贯彻习近平总书记对政法工作重要指示精神、落实中央政法工作会议部署的务实之举;二是检察工作高质量发展的提法在前,检察工作现代化的提法在后,可见“现代化”是对“高质量”的继承和发展;三是检察工作现代化包括了对检察工作高质量发展的要求,实现检察工作高质量发展是检察工作现代化的题中之义;四是“高质量发展”和“现代化”都重视思想观念方面的要求,前者提出要注重系统观念、法治思维,后者提出要实现思想观念的现代化。二者的区别主要表现在一是“高质量发展”是横向的概念,而“现代化”是纵向的概念,在视野上“现代化”更为长远。二是高质量发展强调内涵式发展,针对的是简单的粗放式发展,侧重工作质效而不是工作数量;现代化发展强调以检察工作现代化服务保障中国式现代化,反对的是能动履职不足、服务保障不到位、成效不明显等问题,侧重能动开展法律服务而不是简单地就案办案,只办案不治理。三是除了思想观念外,“高质量发展”要求强基导向,而“现代化”要求体系、机制、能力的现代化。可见,“现代化”不仅要求强基,而且是全系统的工作要求。

二、新时代检察机关四大定位的关系厘清

根据《意见》的规定,人民检察院的定位为:国家的法律监督机关、保障国家法律统一正确实施的司法机关、保护国家利益和社会公共利益的重要力量、国家监督体系的重要组成部分。就上述四个定位之间的关系,实践中存在“并列说”与“总分说”的争议。“并列说”认为,上述四个定位之间是相互并列的关系,互相之间既不隶属也没有交叉,更不可能总分;“总分说”则主张四个定位之间具有明显的从属性,即国家法律监督机关的定位统帅其他三个定位。对此,本文同意“总分说”的主张。一方面,从法理角度看,国家法律监督机关乃现行宪法对检察机关的定位,而宪法具有国家根本大法的地位,其他法律、规范性文件和工作机制中关于检察机关的定位必须在宪法定位的统领之下,而不可能超出宪法定位。另一方面,从逻辑角度看,“保障国家法律统一正确实施的司法机关”“保护国家利益和社会公共利益的重要力量”“国家监督体系的重要组成部分”,分别是对检察机关开展法律监督工作的目的和依据、身份和角色、地位和方式的概括和提炼。从目的和依据上看,检察机关开展法律监督工作的目的在于保障国家法律的统一正确实施,这也意味着检察机关只能依据法律规定对违反法律的问题开展监督。从身份和角色上看,检察机关开展法律监督工作,是检察机关作为国家机关行使公务的活动,其身份是国家机关,而国家机关显然是保护国家利益和社会公共利益的力量,承担着公共利益维护者的角色。从地位和方式上看,在开展法律监督工作中,检察机关的地位是监督者而不是领导者,只能采用监督的方式,而不是强制命令或者直接变更的方式。检察机关的法律监督与人大监督、政协监督、审计监督、监察监督等在方式方法上存在明显差别。对照上述四个定位,当前检察机关法律监督工作还存在有待提升改善的空间。《意见》直接指出:“进入新发展阶段,与人民群众在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的新需求相比,法律执行和实施仍是亟须补齐的短板,检察机关法律监督职能作用发挥还不够充分”。可见,未来在“高质量”和“现代化”目标的指引下,检察机关还

需要从理念到实践开展更多工作,作出更多努力。

三、新时代检察机关法律监督之理念革新

新时代检察机关法律监督的新理念既应当考虑新时代条件下的机遇与挑战,也应当考虑检察机关的定位与不足,前者为检察机关开展法律监督勾勒了时代背景、提供了客观条件、提出了实践需求,而后者是检察机关坚持党的领导、坚持问题导向、坚持攻坚克难必须考虑的因素。具体理念分析如下:

(一)政治上树立“忠诚”理念

一是忠诚于党。中国特色社会主义最本质的特征是中国共产党领导,中国特色社会主义制度的最大优势是中国共产党领导,中国共产党是最高政治领导力量,坚持党中央集中统一领导是最高政治原则。新时代检察机关必须牢牢树立忠诚于党的理念不动摇,在工作中认真贯彻执行党的路线、方针、政策。二是忠诚于人民。我国的国体是人民民主专政的社会主义国家,人民是国家的主人;我国的政体是人民代表大会制度,人民通过人民代表大会制度行使国家权力,这是国家的根本政治制度。新时代检察机关必须坚持忠诚为民的理念不动摇,具体要求就是要坚持司法为民。三是忠诚于法律。坚持走中国特色社会主义法治道路,建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,在法治轨道上全面建设社会主义现代化,全面依法治国,这是国家治理的总方针。作为法律监督机关,新时代检察机关必须坚持忠诚于法律不动摇,最根本、最核心的体现在于对公平正义的追求不动摇。

(二)精神上树立“奋斗”理念

从外部看,新时代检察机关法律监督工作高质量发展有机遇也有挑战。当前,经济领域面临脱钩风险,科技领域还有不少“卡脖子”技术有待攻克,民生领域还有不少难题需要破解。从内部看,检察改革已经进入深水区。近年来,检察机关推动和完成了职务犯罪侦查机构转隶、公益诉讼制度改革、大部制改革、司法责任制改革、“捕诉一体”改革、认罪认罚制度改革、以审判为中心的刑事诉讼制度改革等一系列改革,检察改革力度之大、程度之深、难度之高前所未有。从上述内外部的情况看,新时代检察机关开展法律监督

工作有必要汲取红色基因,从党史、新中国史、改革开放史、社会主义发展史的“四史”学习中吸收养分。“四史”就是一部中国共产党人的奋斗史。正是老一辈无产阶级革命家勇于奋斗、艰苦奋斗、接续奋斗、不懈奋斗,才有了今天新中国的辉煌成就。新时期面临新困难,但检察队伍的精气神不能丢,需要始终坚持“奋斗”理念,提振检察队伍整体精神面貌。

(三)内容上树立“革新”理念

法律监督权既包括功能性权力,也包括结构性权力。功能性权力决定法律监督的广度和外延,而结构性权力决定法律监督的深度和内涵。结构性权力是功能性权力得以实现的保障,是功能性权力运作的方式和手段。功能性权力的革新,就是要在“四大检察、十大业务”之外开拓法律监督新战场,不能受“四大检察、十大业务”所局限,要在“法律监督”的宪法定位范围内,贯彻依法能动履职要求,从执法办案向提供服务延伸,从事后办案向事前预防拓展。同时,结构性权力的革新就是要从职权司法向协商司法转变,在继续做好侦查、逮捕、起诉、立案监督、纠正侦查活动违法、抗诉、检察意见、检察建议等工作的同时,在监督方式上采用定期发布执法办案数据、部分领域的执法办案白皮书、各类业务分析报告、专门法律分析报告等,以探索更务实、更管用、更贴心、更柔性的监督措施,用检察机关的专业性、规范化、高质量,吸引、感召全社会知法守法,依法维权,支持党和政府的决策部署落实到位。

(四)路径上树立“协同”理念

新时期面临新困难,唯有实现政法协同、两法协同、社会协同、体系协同才能有效应对。一是政法协同。我国刑事诉讼法明确规定,公检法三机关之间系互相配合、互相制约的关系;同时,政法机关都受同级党委政法委的领导,工作联系紧密、契合度高,针对实践中的突出问题和热点案件,需要密切协同。二是两法协同。行政执法与刑事司法是国家治理的重要公权力手段,发挥二者的合力,对于有效治理违法犯罪问题十分关键,而且这也是党中央一直推进的一项重要工作。检察机关应当发挥牵头部门的优势,持续推进两法协同。三是社会协同。随着“社会管理”

向“社会治理”理论的过渡,多元参与、综合治理的格局已经形成,检察机关需要在其中找准自己的定位,充分发挥检察职能优势,在法治社会建设进程中发挥应有的作用。四是体系协同。新时代检察机关法律监督工作要更好地服务大局,对接国家战略,必须做好横向跨区域、纵向跨层级的检察协同与合作,充分发挥检察一体化优势,实现共同发力、协同治理。

(五)目标上树立“争先”理念

一是和自己以往比。既不能看不到已有的成绩,妄自菲薄;也不能满足于现有的成绩,裹足不前。要客观分析已有的成绩和存在的不足,结合时代发展的新需求、人民群众的新期盼,创造性地开展工作。二是在检察系统内部,与兄弟单位相比,既要看到自身的优势,也要看到存在的不足。吸收兄弟单位的经验,结合自身实际,对标最高人民检察院的考核要求、工作要求,树立“争一流、排头兵、走在前”的意识,敢于争先、敢于胜利、敢于进取。三是在政法系统内部,与兄弟政法单位相比,要依托法律监督的宪法定位,发挥诉讼监督的职能优势,尤其是发挥检察机关贯彻刑事诉讼全流程监督的工作优势,发挥检察机关对民事诉讼、行政诉讼事后监督的机制优势,以及公益诉讼检察工作的创新优势,在加强自身专业化建设方面,努力提供更优质、更专业、更权威的法律服务。四是从全社会层面来看,高质量发展体现在经济社会发展的方方面面,检察工作高质量发展应当有更广阔的视野,要在经济社会发展大局中勇于率先突破,为中心大局工作奠定良好的法治基础,让服务保障中心大局工作更有成效。

四、新时代检察机关法律监督之路径创新

在国家法律监督机关的定位之下,新时代检察机关坚持“忠诚、奋斗、革新、协同、争先”的新理念,既要内化于心,也要外化于行,这就要求法律监督工作必须要有所创新。具体路径如下:

(一)打通“断头式诉讼”,丰富专门检察种类

一是国家安全检察。组建国家安全检察机关,对接国家安全机关,承办国家安全机关管辖刑事案件的审查逮捕和审查起诉工作,履行立案

监督、侦查监督职能。长期以来,检察机关对国家安全机关办理刑事案件重视程度不够,没有组建专门机构,而是有相对固定的办案组办理相关案件,与其他类型案件办理模式有明显差异,以致专业化程度不足。新时代背景下,在总体国家安全观指导下,国家安全的内容不断丰富,一些涉及商业安全、生物安全的新罪名已经入法,需要检察机关更加重视国家安全案件的办理,重视为守护国家安全提供更高质量的检察服务。

二是缉私边防检察。组建缉私边防检察机关,对接海关缉私部门、移民管理部门、海警部门,承办相应刑事案件的审查逮捕和审查起诉工作,履行立案监督和侦查活动监督职能。海关缉私部门、移民管理部门、海警部门是维护国家边防安全的治安管理部门,担负打击走私、偷越国边境、拐卖人口等违法犯罪的职责,是维护边防安全的重要警务部门。长期以来,由于各方面原因,检察机关属地化考虑较多,系统性考虑不足,以致与上述侦查部门对接的检察机关长期欠缺,造成缉私边防类案件检察工作专业化不足。新时代下,随着机构改革完成,相关机构的职能定位已基本清晰,与上述部门相对接的检察机关应当抓紧组建。

三是专门民行检察。对照人民法院设置,组建海事检察、知识产权检察、金融检察专门机构,负责对海事法院、知识产权法院、金融法院等专门法院办理民事案件、行政案件的审判活动和执行活动进行监督。人民检察院负责对人民法院的审判和执行等诉讼活动的监督是法律明确赋予的职权,但长期以来,由于检察机关“重刑轻民”的思想仍然存在,加之民事检察、行政检察部门力量较为薄弱,以及海事诉讼、知识产权诉讼、金融诉讼的专业门槛较高,对专门法院的检察监督机构一直处于缺位状态,相应的检察监督工作多由其他同级检察机关兼任,其监督效果可想而知。新时代下,检察机关完成了“四大检察、十大业务”这一“四梁八柱”的搭建,正努力向“四大检察”协调推进的方向迈进。对应诉讼工作需求建立专门检察部门,正是对民事、行政检察业务的强化。

(二)围绕中心大局工作,打造检察服务品牌
一是商事服务检察。党的二十大报告从构

建高水平社会主义市场经济体制,建设现代化产业体系,全面推进乡村振兴,促进区域协调发展,推进高水平对外开放等五个方面,提出“加快构建新发展格局,着力推动高质量发展”的工作要求;《意见》提出,检察机关要立足新发展阶段,深入贯彻新发展理念,服务构建新发展格局,充分发挥检察职能作用,为经济社会高质量发展提供有力司法保障。检察机关服务中心大局工作不能被动等待,也不能仅限于执法办案,新时代条件下,必须按照能动检察、能动履职的要求,主动对接经济社会高质量发展的司法服务需求,以服务为主线,打造商事检察体系,为经济社会高质量发展保驾护航,保在前、护在先。

二是科创服务检察。新时代背景下,科技是第一生产力,创新是第一动力。创新驱动发展是国家战略,要实现国家富强、民族复兴的伟业,首先要实现科技自立自强。全社会都要关心、支持和培育国家科技创新事业,为国家科技创新发展提供全方位、体系化的支撑,支持科技创新参与国际竞争。作为参与社会治理的重要力量,新时代检察机关开展法律监督工作,要对标对表国家创新驱动发展战略,支持和保护国家和社会力量参与科技创新工作;要主动谋划,加强对接,大力开展检察服务保障科技创新工作,成立专门机构,结合地方科技创新发展实际,出台务实举措,解决科技创新中的司法难题、法律难题。

三是涉外服务检察。当今世界,我们既要看到逆全球化的挑战依然存在,也要看到和平、发展、合作、共赢的历史潮流不可阻挡。我国始终坚持对外开放的基本国策,坚定奉行互利共赢的开放战略,坚持经济全球化正确方向,推动贸易和投资自由化便利化,推进双边、区域和多边合作。无论是从逆全球化挑战导致矛盾丛生的情况看,还是从开放、合作的历史潮流下中外交流频繁的趋势看,都可能带来涉外矛盾纠纷的增多。目前,一些市场效益好、门槛不高的涉外法律服务工作,已经开展了市场化和非市场化的ADR运作;但对于收益低、门槛高的涉外纠纷,尤其对中小企业等成本负担能力不足的当事人而言,往往难以找到合适的涉外法律服务机构。对此,检察机关作为国家和社会的守护人,是维护国家公平正义的重要力量,可以以服务为主线,

探索提供以ADR涉外纠纷解决机制为核心的涉外法律服务工作。

(三) 围绕民生福祉,创建民生保障检察

一是行政羁押检察。人身自由是人权保障的重要内容,限制和剥夺人身自由必须依法进行,坚持比例原则和严格程序控制。目前,除刑事领域外,行政领域也存在不少限制或剥夺人身自由的执法行为和执法场所,如拘留所、安康医院、公安机关和司法行政机关所属的强制隔离戒毒所、司法行政机关管理的戒毒康复医疗机构等。以往,由于检察机关案多人少、工作任务繁重,且对具体行政执法行为的监督缺乏明确的法律依据,在上述行政领域没有开展法律监督工作。新时代背景下,《意见》指出,检察机关要抓住群众反映强烈的执法不严、司法不公等问题,加大法律监督力度,维护社会公平正义。目前,检察机关开启了多重改革,检察职能也在不断完善调整,将行政领域内的羁押执法纳入法律监督领域,可能是最容易取得共识的突破口。

二是交通运输检察。以铁路检察为基础,构建涵盖港口和航运、机场和航空、轨道和公交的大交通运输检察体系,为陆路、水路、航路畅通提供一体化、高质量的检察保障。“要想富,先修路”,依法治路、保障路通、平安运输,才能为群众幸福生活奠定基础。江山就是人民,人民就是江山。要实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益,就要紧紧抓住人民最关心最直接最现实的利益问题。交通顺畅、交通安全就是群众最关心的利益问题之一。目前,交通运输领域的检察工作呈现分散性,由不同的检察机关分别负责,不利于构建大交通的保护格局;交通保护、交通司法、交通检察的系统性和专业化不足,亟须打通交通检察工作中的单位和职责壁垒。构建交通运输检察体系,不仅基础最好,而且难度最小。

三是网络安全检察。现代社会已经是一个不折不扣的网络社会,而且越来越向智能化网络社会发展,人们工作、生活的很多内容已经向网络迁移。网络作为一种载体、一种手段、一种方式,涉及政治、经济、文化等方方面面的工作。因此,网络安全不单是网络本身的安全,还可能涉及更多方面的安全问题。正是看到网络在现代社会中所处的独特地位,国家先后出台了《中华

人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》等一系列法律法规,力求形成完备的网络安全保护体系。由于网络安全立法较新,网络安全形势变化较快,执法和司法中难免遇到一些疑难、复杂问题,需要一个权威的部门统合对接。检察机关既是社会公平正义的守护者,又是法律部门中的专业力量,应当对国家网络安全承担更多的责任。网络安全检察可以从检察机关执法办案和两法衔接机制中汲取智慧,形成思考,推进工作。

总之,新时代检察机关开展法律监督工作,必须体现新的精神面貌、新的检察内容、新的工作抓手。具体来说,就是以党的二十大精神为指引,以《意见》为统领,树立“忠诚、奋斗、革新、协调、争先”的新理念,从维护正义、保障发展、服务人民三个角度出发,打通“断头式”诉讼模式,丰富专门检察种类;围绕中心大局工作,打造检察服务品牌;围绕民生福祉,创建民生保障检察,从而推动新时代检察机关法律监督工作高质量发

展,为经济社会高质量发展和人民生活幸福安康提供高质量司法保障。

[参考文献]

[1]李军.用品质检察引领检察工作高质量发展[N].检察日报,2018-03-08(003).
[2]邱春艳.新时代,检察工作高质量发展的知与行[N].检察日报,2021-03-06(003).
[3]张军.以习近平法治思想指引检察理论研究为检察工作高质量发展提供理论支撑[J].人民检察,2021(14):1.
[4]“贯彻落实党的二十大精神奋力推进政法工作现代化[N].人民法院报,2023-01-09(001).
[5]邬春阳.解读新时代新征程政法工作的历史方位——政法工作现代化是中国式现代化的重要组成部分[N].人民公安报,2023-01-10(002).
[6]评论员.准确把握检察工作现代化的内涵要求[N].检察日报,2023-01-14(001).
[7]评论员.守正创新 开拓进取 以检察工作现代化服务中国式现代化[N].检察日报,2023-01-10(001).

【责任编辑:张 戈】

High quality and modernization :innovation of procuratorial supervision path in the new era

Zhang Qingli

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620 ,China)

Abstract: In the new era, achieving high-quality development and modernization has become the overall requirement of procuratorial work. The two are both related and different. In terms of the positioning of the procuratorial organs, the national legal supervision organs have a commanding position. Both high quality and modernization are based on ideas and concepts. Therefore, to achieve the goals of high-quality development and modernization, it is necessary to build a loyal political character, create a spirit of struggle and striving for the first, and shape an innovative and coordinated working mechanism as the concept; in terms of specific path, we should explore new areas such as national security prosecution, anti-smuggling border prosecution, maritime prosecution, financial prosecution, intellectual property prosecution, civil prosecution, commercial service prosecution, scientific and technological service prosecution, foreign-related service prosecution, administrative detention prosecution, transportation prosecution and network security prosecution from the three perspectives of maintaining justice, ensuring development and serving the people, so as to provide high-quality judicial guarantees for the high-quality development of the economy and society and the happiness and well-being of the people.

Key words: new era; procuratorial organs; legal supervision; concept innovation; path innovation

刑事一体化视域下轻罪治理体系构建研究

——以检察机关审前职能发挥为视角

王忠良

(浙江省舟山市普陀区人民检察院,浙江 舟山 316100)

〔摘要〕刑法结构及犯罪结构的变化表明,我国已进入轻罪治理时代。轻罪立法的负外部性与立法者的立法本意之间,产生了一定程度的张力。检察机关作为宪法确定的法律监督机关,在审前发挥着主导作用,立足自身职能主导轻罪治理自然责无旁贷。轻罪治理应坚持刑事一体化思维,坚持刑法与刑事诉讼法等相关部门法的融合互动,治罪与治理并重,完整、准确理解和贯彻宽严相济刑事政策,通过提供立法建议,明确常见轻罪入罪出罪标准,改革并扩大附条件不起诉制度适用,创新非刑罚替代措施,争取授权试点轻罪犯罪记录封存、消灭制度等路径,构建中国特色轻罪治理体系,为我国轻罪治理现代化探索有效路径,提供经验样本。

〔关键词〕审前主导;刑事一体化;宽严相济;轻罪治理体系

〔作者简介〕王忠良(1987—),浙江舟山人,浙江省舟山市普陀区人民检察院员额检察官,主要从事刑法学、刑事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2024-04-10

〔中图分类号〕D915.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-052-08

一、问题的提出

受积极主义刑法观影响,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)历经十一次修订,犯罪圈不断扩大。根据笔者对我国历次刑法修正案新增罪名的统计,《中华人民共和国刑法修正案(九)》至《中华人民共和国刑法修正案(十一)》三次修法新增罪名35个,其中轻罪占65.7%。从我国现行刑法罪名来看,法定刑为三年以下有期徒刑或者拘役的罪名占比超过20%。犯罪圈的扩大反映了立法者通过增设轻罪、严密法网,推动刑法立法与经济社会发展同频共振的主观愿望。我国刑法结构正从“厉而不严”向“严而不厉”转变。刑法结构的变化也深刻影响了犯罪结构。统计数据显示,2011年至2020年,我国轻刑案件基本占案件总数85%左右,重刑案件则占15%左右^[1]。理论界习惯于将法定刑为三年以下有期徒刑及管制、拘役的案件称为轻罪案件。

我国刑法结构及犯罪结构的变化表明,我国已进入轻罪治理时代。

实践表明,危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪等新增轻罪犯罪,在填补立法空白、严密法网、降低重刑、实现罪责刑相适应方面发挥了积极作用,对于打击犯罪起到了预期效果。但相伴而生的犯罪附随后果也造成了轻罪犯罪的行为人人及家人因为轻罪被标签化进而使其在就业、教育等方面遭受歧视,由此产生“轻罪不轻”的尴尬现象。

轻罪立法的负外部性与立法者的立法本意之间产生了一定程度的张力。这种张力在某种程度上会抵消甚至反噬轻罪立法的积极效应。轻罪犯罪所滋生的社会问题在一定条件下又会转化为新的犯罪问题,长此以往,可能产生“社会问题引发犯罪—犯罪滋生新的社会问题—新的社会问题引发新的犯罪”的怪圈。轻罪立法符合我国新时代经济社会发展不平衡、不充分的特

征,是刑法立法发展的长期趋势。在刑法立法已经锚定方向的背景下,如何矫正轻罪立法的负外部性,是一个值得研究并亟待解决的课题。

发挥轻罪立法的积极功能、消减其负外部性是一个系统工程。检察机关作为宪法确定的法律监督机关,连接公安机关和法院,在审前发挥着主导作用,立足自身职能主导轻罪治理自然责无旁贷。最高人民检察院(以下简称最高检)在《2023—2027年检察改革工作规划》中明确提出,要研究轻微刑事案件出罪入罪标准,促进构建治罪与治理并重的轻罪治理体系。

刑事一体化思维为检察机关主导审前轻罪治理提供了理论与方法论基础。检察机关审前主导轻罪治理,应坚持刑法与刑事诉讼法等相关部门法的融合互动,坚持治罪与治理并重,完整、准确理解和贯彻宽严相济刑事政策;通过提供立法建议,明确常见轻罪入罪出罪标准;通过改革并扩大附条件不起诉制度适用,创新非刑罚替代措施,授权试点轻罪犯罪记录封存、消灭制度等路径,充分发挥检察机关审前主导作用,构建治罪与治理并重的中国特色轻罪治理体系,为轻罪治理现代化探索出路。

二、检察机关审前主导构建轻罪治理体系的正当性

轻罪立法带来的负外部性是我国轻罪治理体系构建的内部动因。轻罪治理是一项系统性工程,从刑事一体化视角分析,孤立地从刑法立法角度寻求解决方案无异于“头痛医头,脚痛医脚”,不能从整体上解决问题,容易出现“按下葫芦浮起瓢”的结果。轻罪治理应抓前端、治末端,检察机关的职能定位,决定了其在审前轻罪治理中应发挥重要作用。法律具有滞后性,如何通过刑事司法运行机制,矫正刑事立法滞后所带来的负外部性,充分发挥检察机关审前主导作用,既有必要性,也具可行性。

(一)检察机关审前主导构建轻罪治理体系的必要性

1. 治罪:轻罪立法“先天不足”

犯罪分层治理是一项犯罪治理策略,为多数

国家刑事立法所采纳。犯罪分层的核心在于根据犯罪的轻重进行分类,并采取不同的刑罚策略。犯罪分层理论在我国司法领域早有体现,对于轻罪而言,主要表现为处理轻罪案件程序应从简从快。2003年最高人民法院(以下简称最高法)、最高检、司法部联合出台《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》,体现了最高司法机关从简从快办理轻罪案件的意见要求,具有较强的现实指导性;2014年6月,最高检开展刑事案件速裁程序试点工作;2018年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》规定了刑事速裁程序和刑事和解程序等轻罪案件快速办理机制。此外,2019年最高法、最高检、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》规定,可能判处三年以下刑罚的认罪认罚案件,应尽量依法从简从快从轻办理。

从实体法角度看,刑事实体法改革滞后于程序法。目前,我国刑法既未界定轻罪概念,也未明确犯罪分层标准。从内容上看,刑法仅对个别轻罪规定了特别从宽制度。《刑法》第383条规定:“在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第二项、第三项规定情形的,可以从轻处罚”。其中第一项是轻罪,第二、三项是重罪,对同样的情节区分轻重罪予以不同的处罚,体现了对轻罪的特别从宽。《刑法》第67条、第272条、第390条关于行贿罪也规定了类似情形。但总体上看,实体法对轻罪治理的规定较为零散,主要存在如下缺陷。一是轻罪、重罪的标准不明确。现有零散规定背后的内涵有所不同,如前所述《刑法》第383条实际使用的是法定刑标准,而第67条、第272条、第390条体现的是宣告刑标准。二是未形成统一、规范的轻罪特别从宽制度。三是缺乏配套制度,主要表现为犯罪附随后果规制。在司法层面上,犯罪分层与刑事诉讼运行机制密切相关,包括管辖、强制措施的运用、案件繁简分流等。

从刑事一体化角度看,我国刑事案件犯罪结构发生了显著变化。最高检工作报告提供的数

据显示,1999年至2019年,全国检察机关起诉到法院的案件,其中被判处不满三年有期徒刑及以下刑罚的案件,从2000年占比53.9%上升至77.4%^[2];醉驾已取代盗窃成为数量排名第一的犯罪,帮助信息网络犯罪活动罪已成为数量排名第三的犯罪。可见,我国已进入轻罪时代,轻罪的特点决定了应当对其作有别于重罪的特殊处理。我国刑事立法领域犯罪分层的缺位以及轻罪概念的阙如造成了轻罪、重罪混同,且《刑法》第13条的“但书”规定比较模糊,可操作性不强,影响了轻罪与重罪的分流,进而造成轻罪出罪通道不畅。

2. 治理:轻罪附随后果负外部性凸显

从犯罪附随后果立法角度上看,《刑法》第37条和第100条规定了从业禁止和前科报告制度,其他犯罪附随后果更多地规定在其他法律法规、规范性文件、行业规定中。当前我国关于犯罪附随后果的规定较为粗糙,并未区分重罪与轻罪。而刑法的犯罪类型和刑罚功能已经从规制实害犯为主向规制危险犯为主转变,刑罚功能从行业规制向社会治理转变,目前无区别的犯罪附随后果立法已无法适应当前刑罚功能要求。从犯罪附随后果立法目的角度看,犯罪附随后果的初衷在于预防再次犯罪,但预防本身具有权益克减性,在考虑匹配犯罪后果的同时,需要着重考量是否超越了预防目的。如果罪犯承担了不应承担的附随责任,当然不符合责刑相适应原则^[3]。自古以来,中国社会对犯罪存在根深蒂固的负面评价。行为人因轻罪受到的刑事处罚虽并不算重,但被定罪所产生附随后果制裁的严厉性远远超过刑罚本身^[4]。行为人哪怕触犯了刑罚最轻的危险驾驶罪,一旦被起诉而定罪判刑,其犯罪记录就会跟随其一辈子,其本人及家人就会被标签化。

除了犯罪附随后果相关规定不足外,我国尚未建立统一的犯罪记录封存、消灭制度。从目前的规定分析,2022年5月30日最高法、最高检、公安部、司法部联合发布的《关于未成年人犯罪记录封存的实施办法》,对未成年人犯罪记录封

存进行了有益探索。但总体上看,我国对于轻罪犯罪附随后果并未建立犯罪记录封存、消灭制度。

从社会治理角度看,对于轻罪罪犯,特别是人身危险性和主观恶性相对较低的轻微犯罪群体,其自我犯罪人身份的认同度极低;同时,僵硬的前科持续带来的种种不利后果实质性地阻碍了他们复归社会,若不及时处理或者处理不当,该群体有走向社会对立面的风险^[5]。据统计,我国有160多部法律法规对受过刑罚的人进行执业、职业资格限制,导致该类群体就业困难。这在一定程度上限制了行为人回归社会、重新生活的机会^[6],导致该类群体反而成为社会的不稳定因素。

(二)检察机关审前主导构建轻罪治理体系的可行性

1. 刑事一体化理念提供理论基础

刑事一体化思想有两层意思:作为观念的刑事一体化和作为方法的刑事一体化。刑事一体化作为观念,旨在论述建构一种结构合理、机制顺畅的实践刑法形态;刑事一体化作为刑法学研究方法,重在深度融合^[7]。刑事一体化思想的哲学根基是普遍联系与动态发展的唯物辩证法,蕴含着系统论思想,推动刑事科学各学科之间的融合并倡导采用多种不同的研究方法进行综合性研究^[8]。轻罪治理是一项系统性工程,刑事一体化理念为轻罪治理提供了理论和方法论基础。刑法的运作机制在很大程度上等同抑或依赖于刑事司法运行机制。在轻罪治理背景下,为了维护刑法制定的稳定性和权威性,也基于法律具有滞后性,从刑法运作机制角度入手来矫正轻罪立法的负外部性,不失为一种比较务实的解决方案。

轻罪治理重点在审前。单从刑事司法运行角度分析,检察机关的宪法定位和司法属性决定了检察机关在审前发挥主导作用。离开了检察机关在审前发挥作用,轻罪治理机制必然不畅,反而会抑制刑法功能的发挥。根据前文所述,面对实体法和程序法在轻罪治理方面存在的不匹配问题,刑事一体化理念推动实体法、程序法以及司法政策等各学科的融合,为检察机关审前参

与轻罪治理提供了理论和方法论基础。

2. 认罪认罚改革为检察机关发挥审前主导作用提供成功经验

在认罪认罚背景下,我国犯罪治理模式主要分为两种:一种是按照认罪程序处理,一种是按照非认罪程序处理。对于认罪认罚案件,从权利告知到讯问、释法说理,到量刑协商,再到签署认罪认罚具结书,检察机关在审前均居于主导地位。对于检察机关的量刑建议,如无不当地情形,法院一般应当予以采纳。对于无起诉必要的轻罪案件,检察机关可直接作出相对不起诉处理。在当前认罪认罚适用率普遍较高的情况下,检察机关对绝大多数刑事案件均可发挥审前主导作用。

从实践来看,绝大多数轻罪,如危险驾驶、法定刑为三年以下有期徒刑的盗窃案件、帮助网络信息犯罪等,犯罪嫌疑人一般都会认罪认罚。检察机关在轻罪治理中处于主导地位。通过检察机关的审前过滤,除极个别因证据问题被绝对不诉、存疑不起诉外,大多数轻微犯罪被检察机关作相对不起诉或按照速裁、简易程序起诉。被作出相对不起诉处理的轻微犯罪,检察机关可以通过检察意见书建议公安机关等执法部门进行行政处罚。

检察机关在刑事诉讼中承上启下。在认罪认罚背景下,检察机关从事实认定、法律适用、认罪认罚量刑协商、程序选择等方面发挥主导作用。我国轻罪治理体系的构建首先是治罪,其次是在此基础上的治理。检察机关在轻罪治理中的主导地位,为其治理轻罪奠定了扎实的基础。

三、检察机关审前主导构建轻罪治理体系的路径

构建轻罪治理体系要坚持问题导向、系统观念、法治思维,坚持刑事一体化思想,贯彻宽严相济刑事政策,明晰常见轻罪入罪出罪标准,改造并扩大附条件不起诉制度适用,探索适合中国国情的轻罪犯罪记录封存、消灭制度。

(一) 完整准确贯彻宽严相济刑事政策

作为观念的刑事一体化与刑事政策的关系

极为密切。一方面,它要求良性刑事政策为之匹配,同时在内涵上又与刑事政策兼容并蓄,因为刑事政策的基本载体是刑法结构和刑法机制。刑事政策实际上就是刑事政治。刑事政策是指刑事立法、刑事司法和刑事执行的原则、策略和措施的总称,有基本刑事政策和具体刑事政策之分^[9]。当前,我国的基本刑事政策是宽严相济的刑事政策。宽严相济刑事政策具有很大的灵活性,能够适应不同的犯罪态势变化。在轻罪时代,宽严相济的刑事政策更是起着推动犯罪治理转型的重要作用,它能够成为轻罪时代的刑事立法和司法实践提供政策基础和理论养分^[10]。宽严相济刑事政策可以用十六个字概括:“该严则严、当宽则宽,宽严相济,罚当其罪”。

关于宽严相济刑事政策,可以从以下几个方面理解。第一,该严则严、当宽则宽。对于轻罪的制裁方式、宣告刑和刑罚附随后果一般较轻,而对于危害国家安全、严重危害社会秩序的暴力犯罪、严重危害市场秩序的经济犯罪制裁及其后果一般较重。对于后者,司法实践中一般要求司法机关快捕快诉,从严惩治;而对于前者,司法机关一般优先适用非羁押强制措施、非监禁刑、量刑从宽或相对不起诉,如无涉酒前科的危险驾驶犯罪,无违法犯罪前科的一次性盗窃等。第二,辩证看待轻罪与重罪的关系。“轻轻重重”是宽严相济政策的基本面和一般性,宽严相济是该政策的特殊性,即宽和严是相对于个案而言的,要在审查个案中具体把握。轻罪中可能有严的一面,重罪中也可能有轻的一面。前者如行为人实施了危险驾驶行为,血液酒精含量在170mg/100ml以下,但其系无证驾驶,且曾因醉酒驾驶被检察机关作相对不起诉处理,那么,行为人虽然血液酒精含量不高,本来可以作相对不起诉处理,但因其犯罪情节较重而只能起诉,且不能适用缓刑;后者如长期遭受丈夫家暴和凌辱,不堪忍受毒杀丈夫的行为人,其行为明显触犯了故意杀人罪,而故意杀人罪在我国国民朴素认知中明显属于重罪,但结合犯罪原因和动机来看,其仍然有值得宽宥的一面。第三,罚当其罪是指罪责刑相

适应。检察机关在提出量刑建议时除了依据某个具体犯罪的法定刑,还要照顾上下游犯罪、共同犯罪中不同行为人的量刑平衡,不能机械套用法定刑。例如,对于掩饰隐瞒犯罪所得罪刑期倒挂问题,在量刑时不能仅仅依据数额达到十万元以上或者实施掩饰隐瞒犯罪所得行为三次以上、数额达到五万元以上,就建议在三年以上量刑,还要考虑上游犯罪是否成立以及上游犯罪行为入量刑情况。

在司法运作中,检察机关应完整准确地贯彻执行宽严相济刑事政策。具体把握以下几点:第一,对于法定刑为三年以下有期徒刑的案件,要在审查逮捕环节加强社会危险性的量化评估,除确有逃跑、自伤自残、毁灭证据、串供等社会危险的以外,可优先适用非羁押强制措施;第二,对于法定刑为三年以下有期徒刑或者拘役的案件,要在审查起诉环节主动行使起诉裁量权,除确有起诉必要的以外,可优先考虑不起诉;第三,对于法定刑、宣告刑为三年以下有期徒刑或者拘役的案件,除确有监禁必要的以外,可优先考虑建议适用缓刑;第四,对于涉众型犯罪,如人数众多的电信网络诈骗、非法运输海砂案件,在共同犯罪中所起作用很小,无移送审查起诉必要的,检察机关可建议公安机关不再移送审查起诉;第五,对于一些虽然法定刑、宣告刑为三年以下有期徒刑,但犯罪嫌疑人认罪态度较差、拒不赔偿,被害人意见较大,有信访风险的案件,即使刑期较低,一般也不宜适用非羁押强制措施、相对不起诉或者建议适用缓刑。例如,笔者办理的某交通肇事案,犯罪嫌疑人酒后驾驶机动车将被害人撞死,负事故全责;案发后犯罪嫌疑人及其家属逃避赔偿,被害人家属意见很大,有上访倾向。承办人虽认为该案属于轻罪案件,但仍批准逮捕并提起公诉,并建议法院判处实刑。

(二) 细化常见轻罪入罪出罪标准

轻罪罪名的增加带来的另一后果,就是部分罪名的刑事处罚标准与行政处罚标准之间的界限愈加模糊。从司法规范性角度看,最高检应联合公安部对常见轻罪确定统一的立案追诉标准,

明确轻罪行政处罚与刑事追诉的界限,通过司法手段限制实际进入刑事诉讼的案件。从刑事一体化的视角来看,即通过改善刑法运行机制调整刑法内在结构,防止因刑事立法产生犯罪圈扩大而导致轻罪案件数量激增。例如,对于伪造身份证件罪、使用虚假身份证件罪应当设定一定的数量标准,适当拉开刑事处罚标准与行政处罚标准之间的距离。

除制定统一的轻罪入罪标准、适当提高轻罪入罪门槛外,还应当畅通轻罪出罪机制^[11]。一方面,笔者建议激活我国《刑法》第13条“但书”规定。司法机关要敢于、善于运用《刑法》第13条“但书”规定的立法精神,在制定司法解释或者规范性文件过程中,充分吸收立法精神,对于常见轻罪尽可能详细规定出罪情形。另一方面,应就常见轻罪制定司法解释,尽可能明确“情节显著轻微”与“情节轻微”的界限,为司法人员提供规范性依据,从而区分绝对不起诉和相对不起诉,减少公安、检察、法院各司法机关内部争议。例如,行为人几个月内偷了三盆价值极小的盆栽,此种行为究竟是属于情节显著轻微,按照绝对不诉处理;还是属于情节轻微,按照相对不诉处理,司法实践颇具争议。笔者认为,该行为情节显著轻微,应当根据《刑法》第13条“但书”规定出罪。类似的案件还有笔者办理的刘某某危险驾驶案。刘某某酒后叫了代驾,但之后双方发生激烈争吵,刘某某因担心对方情绪激动会打她,先行报警,并将车从酒店停车场缓慢开出十米左右即靠边停车,接报民警到达现场后发现其有酒后驾车嫌疑,遂联系交警前来查处。关于本案,一种观点认为应作绝对不起诉处理,另一种观点认为应作相对不起诉处理。笔者认为,该案情节显著轻微,应作绝对不起诉处理,理由为刘某某驾驶距离短、速度慢,案发时段照明条件好、车辆少且系主动停止驾驶。尽管危险驾驶属于抽象危险犯,但也要考虑个案在具体条件下由抽象危险转化为现实危险的可能性大小。

(三) 改造并扩大附条件不起诉制度适用

当前,附条件不起诉仅适用于犯罪时不满十

八周岁的未成年人,对于犯罪时已满十八周岁的成年人,现阶段只能通过相对不起诉来终结刑事诉讼程序。相较于相对不起诉,在附条件不起诉中,犯罪嫌疑人要被科以一定的义务、设置一定的考察期,犯罪嫌疑人即使进入附条件不起诉阶段,最终也未必会被作相对不起诉处理。未成年犯罪嫌疑人实施盗窃行为,一般要按照附条件不起诉来处理,经过一定期限的考察期,完成一定的考察任务才能作出相对不起诉处理;而成年犯罪嫌疑人实施盗窃行为,情节较轻的,则可直接作出相对不起诉处理。实践中的这种做法,某种程度上违背了“举轻以明重”原则。

相较于单纯的相对不起诉制度,附条件不起诉制度具有以下优势:第一,给予检察机关办案人员更多的时间观察犯罪嫌疑人是否发自内心地真诚认罪、悔罪,防止其为骗取相对不起诉处理结果而表面认罪认罚,进而防止办案人员被上述假象所迷惑,草率作出相对不起诉决定;第二,附条件不起诉通过创设一定的考察期、科处一定的义务,为检察机关办案人员多方面考察犯罪嫌疑人对本次犯罪的心理认知提供内容和载体,并在此基础上评估其再犯可能性大小以及回归社会的难易程度,从而为最终作出起诉与否的决定提供依据;第三,附条件不起诉通过科处犯罪嫌疑人履行一定的义务,促使其从内心深处意识到自己的行为给他人和社会带来伤害,增强其法治意识,降低再犯可能性,对于特殊预防有较大价值;第四,犯罪嫌疑人履行社会义务的过程本身就是普法教育的过程,对于一般预防具有重要意义。

相较于起诉定罪量刑,附条件不起诉制度更具优势。其可以防止将一些轻微犯罪的嫌疑人交付法庭审理,避免因将其贴上罪犯标签而对本人甚至家人的教育、就业产生负面影响,最终产生新的社会问题,酝酿新的犯罪动机。

由此观之,在轻罪立法背景下,检察机关所独有的附条件不起诉制度在消减轻罪立法的负外部性方面具有重要作用。在轻罪治理背景下,检察机关应对附条件不起诉制度进行改造,以适

应新的形势。具体思路如下:

第一,将附条件不起诉制度适用对象从未成年犯罪嫌疑人扩大到全部犯罪嫌疑人。第二,将附条件不起诉制度的适用范围从一年以下有期徒刑的案件扩大到除严重暴力犯罪以外的可能判处三年以下有期徒刑、拘役的案件。第三,设置改革考察期。根据案件可能判处的刑罚长短设置合适的考察期,比如,拘役刑最长考察期为六个月,有期徒刑最长考察期为一年。第四,进一步丰富和完善非刑罚替代措施。联动党委、政府、群团组织和企业,根据案件的不同类型和犯罪嫌疑人不同特点,设置多种类型的公益义务供犯罪嫌疑人选择。对于因生活困难而实施犯罪的犯罪嫌疑人,联动企业提供公益岗位,从根源上消除犯罪的动机。第五,附条件不起诉决定由检察机关作出,考察则委托司法行政机关社区矫正机构统一执行,检察机关可对执行情况进行法律监督。

(四)探索轻罪犯罪记录封存、消灭制度

目前,我国尚未建立完善、统一的犯罪记录封存、消灭制度。现阶段的犯罪记录封存制度仅适用于被法院判处五年以下有期徒刑或者被检察机关作出相对不起诉处理的未成年被告人或犯罪嫌疑人。

轻罪治理背景下,对于不得不起诉定罪量刑的案件,建立完善、统一的轻罪犯罪记录封存、消灭制度,对于消减轻罪立法负外部性具有最直接的作用。对此本文建议,可按照先易后难、先选择部分罪名试点再推广到其他罪名的方法,探索轻罪犯罪记录封存、消灭制度。具体思路有以下几个方面。

第一,轻罪犯罪记录封存、消灭制度原则上仅适用于法定刑、宣告刑在三年以下有期徒刑或管制、拘役的案件,以及认罪认罚、赔偿损失、被害人谅解且无法定刑升格情节的过失犯罪案件。之所以这样规定,主要考虑两点:首先,轻罪案件一般是指法定刑或者宣告刑在三年以下有期徒刑或者管制、拘役的案件;其次,过失犯罪的行为人虽然主观恶性低于故意犯罪,但也存在从重情

节即法定刑升格的情况,对于情节恶劣特别是因此导致法定刑升格的过失犯罪案件,原则上不宜适用犯罪记录封存、消灭制度。

第二,轻罪犯罪记录封存制度依职权进行,轻罪犯罪记录消灭制度则需满足一定年限和特定条件,依当事人申请进行。主要理由有以下几点:

首先,犯罪记录封存制度的设立初衷是轻罪犯罪嫌疑人、罪犯会因犯罪标签遭受教育、就业歧视,影响其发展甚至生计,如果司法机关在作出处理决定之后不立即对其犯罪记录予以封存,有可能导致该犯罪记录被学校、用人单位查询,从而导致该制度流于形式,背离初衷。

其次,轻罪犯罪记录消灭制度不同于封存制度。封存只是暂时封存,而消灭是指视为自始不存在。相较于消灭,封存对于轻罪嫌疑人和罪犯更具紧迫性。轻罪只是罪行相对较轻,并不代表其无罪,更不代表无害。因此,对于轻罪消灭要极为慎重。在犯罪记录已被严格封存的情况下,设置一定年限和门槛是极为必要的,否则就是对轻罪犯罪的变相纵容,容易走向制度的反面,对控制犯罪不利。例如,对判处拘役刑的轻罪案件,当事人连续五年未重新犯罪;对判处有期徒刑的轻罪案件,当事人连续十年未重新犯罪,认罪悔罪、遵纪守法、热心公益。在此基础上,当事人可以向轻罪犯罪记录封存机关申请消灭轻罪犯罪记录。

再次,对于办案机关已经对轻罪犯罪记录采取封存措施的轻罪罪犯或者被不起诉人,建议修改法律,免去其前科报告义务。上述人员即使在入伍、入党、报考公务员时也可以不主动报告。特定单位确因工作需要,根据国家规定需要查询的,要向封存机关申请查询,查询后继续封存;其他就业单位申请查询的,一般不提供查询。被封存犯罪记录的罪犯或被不起诉人再次犯罪的,办案机关依照规定的程序查询,其犯罪记录将作为前科评价,同时封存机关解除封存。

从次,根据“举重以明轻”原理以及刑行衔接的需要,对于被检察机关作出相对不起诉处理的

当事人,其被不起诉之后的行政处罚记录也应一并纳入封存对象。否则,轻罪犯罪记录封存制度就会存在漏洞,难以起到应有作用。

最后,轻罪犯罪记录封存机关按照办案权限确定。凡是办理过该案的侦查机关、检察机关、人民法院,都有义务严格执行轻罪犯罪记录封存规定。检察机关作为法律监督机关,有权对封存执行情况实施法律监督。对于不严格执行封存规定的,视情节轻重制发检察建议或纠正违法通知书。

党的二十大擘画了中国式现代化的美好图景,轻罪治理是推进国家治理体系和治理能力现代化的重要组成部分。轻罪治理是一个庞大的系统工程,会给刑事立案、刑事司法带来巨大挑战。在我国轻罪治理过程中,应坚持刑事一体化的思维,坚持刑法与刑事诉讼法等相关部门法的融合互动,治罪与治理并重,完整、准确理解和贯彻宽严相济刑事政策,通过提供立法建议,明确常见轻罪入罪出罪标准,改革并扩大附条件不起诉制度适用,创新非刑罚替代措施,争取授权试点轻罪犯罪记录封存、消灭制度等路径,探索构建中国特色轻罪治理体系。同时,应注重公检法各机关的协作配合,充分发挥检察机关审前轻罪治理作用,充分发挥检察机关与公安机关、人民法院、党委政府、群团组织以及企业的协同合作,实现轻罪案件诉源治理,为我国轻罪治理现代化探索有效路径,提供经验样本。

〔参考文献〕

[1]卢建平.轻罪时代的犯罪治理方略[J].政治与法律,2022(01):55.

[2]徐彪,陈玉苹,梁凤培.犯罪结构变化与少捕慎诉慎押刑事司法政策的贯彻落实[J].中国检察官,2022(10):30.

[3]邹子铭.中国轻罪立法的现状、诘难与未来[J].刑事法学研究,2012(05):24.

[4]张明楷.轻罪立法的推进和附随后果的变更[J].比较法研究,2023(04):12.

[5]梁云宝.中国式现代化背景下轻微犯罪前科消灭制度的展开[J].政法论坛,2023(05):40.

[6] 山东省高级人民法院,首都经济贸易大学联合课题组. 犯罪附随后果研究[J]. 人民司法,2024(07):24-29+36.

[7] 储槐植. 再说刑事一体化[J]. 法学,2004(03):80.

[8] 贾凌. 刑事一体化问题研究评述[J]. 刑法论丛,2009(04):17.

[9] 袁彬. 犯罪结构变化呼唤刑法精准治理[J]. 人民论坛,2021(08):79.

[10] 刘艳红. 轻罪时代我国应该进行非犯罪化刑事立法——写在《刑法修正案(十二)》颁布之际[J]. 比较法研究,2024(01):26.

[11] 史立梅. 刑事一体化视野下的出罪路径探究[J]. 法学杂志,2023(04):98.

【责任编辑:高 锋】

Research on the construction of misdemeanor governance
system under the perspective of criminal integration
——From the perspective of playing the procuratorial
organs' pre-trial functions

Wang Zhongliang

(Putuo District People's Procuratorate of Zhoushan City in Zhejiang Province,Zhoushan Zhejiang 316100,China)

Abstract: Changes in the structure of criminal law and crime structure indicate that China has entered the era of misdemeanor governance. There is a certain degree of tension between the negative externalities of misdemeanor legislation and the legislative intent of the legislator. As the legal supervision agency determined by the Constitution,the procuratorial organ plays a leading role in pre-trial proceedings. It is natural that the procuratorial organ is responsible for leading the misdemeanor governance based on its own functions. The misdemeanor governance should adhere to the thinking of criminal integration,adhere to the integration and interaction of the criminal law and other relevant departmental laws such as the criminal procedure law,attach equal importance to crime punishment and governance,fully and accurately understand and implement the criminal policy of both leniency and severity,and build a misdemeanor governance system with Chinese characteristics by providing legislative suggestions,clarifying the standards for conviction and exoneration of common misdemeanors,reforming and expanding the application of the conditional non-prosecution system,innovating non-penal alternative measures,and striving for authorization to pilot the sealing and elimination system of criminal records of misdemeanors,so as to explore effective paths for the modernization of misdemeanor governance in China and provide experienced samples.

Key words: pre-trial leadership;criminal integration;both leniency and severity;misdemeanor governance system

个人信息保护案件引入惩罚性赔偿制度的 思辨与构建

——以公益诉讼案件为视角

张艺伟¹, 朱慧敏²

(1. 北京华象律师事务所, 北京 100020; 2. 北京市门头沟区人民法院, 北京 102300)

〔摘要〕个人信息保护公益诉讼案件在司法实践中存在案件数量递增、侵权行为多样化、损害赔偿款计算标准不统一的问题。个人信息的二重性决定了侵权者应当承担对个人、社会的双重责任。惩罚性赔偿制度的引入,既可以通过对侵权者科以较重的经济处罚,促使侵权者趋于理性进而减少侵权案件的发生;又可以有效解决公益诉讼中存在的资金短缺问题。弹性的惩罚性赔偿制度,即根据获利数额确定赔偿基数,同时结合侵权主体能力、规模,侵权手段、次数,侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果,侵权人事后及诉讼中的行为等多方面因素,根据案情适用1至5倍弹性惩罚性赔偿;对于无法确定计算基数的案件,则应根据案情以500万元为限酌情量定。

〔关键词〕个人信息;公益诉讼;惩罚性赔偿制度

〔作者简介〕张艺伟(1996—),女,河南太康人,北京华象律师事务所律师,主要从事刑事法理论和刑事辩护实务研究;朱慧敏(1998—)女,河南驻马店人,北京市门头沟区人民法院民事审判一庭法官助理,主要从事司法理论和司法实务研究。

〔收稿日期〕2024-01-25

〔中图分类号〕D922.16;D923〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)06-060-09

引言

互联网大数据时代,个人信息的产生与处理已不再仅具有个人属性,其相关业务办理也带有一定的公共服务和公共利益属性,个人信息安全在一定程度上体现了国家的公共安全治理水平。个人信息保护不仅仅是对个人利益的保护,也是对公共利益的保护。现实生活中,个人信息权利被侵犯后维权难、成本高,甚至无法意识到个人信息被泄露的问题广泛存在。为回应个人信息领域维权难的现实问题,2020年9月,最高人民检察院出台《关于积极稳妥拓展公益诉讼案件范围的指导意见》,明确将个人信息保护纳入公益

诉讼领域。检察机关认为泄露个人信息情节严重已经侵害到国家利益或者社会利益的,可依法向人民法院提起公益诉讼。2021年,全国检察机关提起的个人信息保护公益诉讼案件超过2000件^①;2022年,全国检察机关共立案办理个人信息保护公益诉讼案件6000余件^②。案件数量的激增,衍生出一系列相关问题:基于个人信息保护案件的特性,侵权行为难以取证,侵权行为造成的损失难以计算,损害赔偿金额缺乏计算标准等问题尚未得到妥善解决。

由此,是否有必要引入惩罚性赔偿制度,以及何种情况下适用惩罚性赔偿,惩罚性赔偿计算标准如何认定,这些都是需要我们认真思考的问

①参见最高人民检察院网上发布厅:《检察机关积极维护个人信息安全,2021年办理个人信息保护领域公益诉讼2000余件》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202202/t20220227_545967.shtml,最后访问时间:2023年5月8日。

②参见最高人民检察院网上发布厅:《最高检发布个人信息保护检察公益诉讼典型案例 保护个人生物识别信息》,载中华人民共和国最高人民检察院网,https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202303/t20230330_609756.shtml#1,最后访问时间:2023年5月8日。

题。惩罚性赔偿即个人信息侵权损害赔偿中,超过侵权人的实际获益或被侵权人的实际损失范围的额外赔偿。如果需要引入惩罚性赔偿支付,建立该制度的基础与必要性何在,本文尝试以此为出发点展开分析、研讨,以期构建合理的惩罚性赔偿规则提供可供参考的路径。

一、我国个人信息保护公益诉讼现状审视

(一)立法现状:个人信息保护公益诉讼赔偿损失难以弥补损失

随着人类社会全面进入信息时代,数字经济迅速发展,个人信息在社会生产、个人生活中发挥着越来越重要的作用,侵犯公民个人信息权利的案件屡见不鲜。为更好保护公民个人信息权利,2021年11月1日实施的《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)首次确立了个人信息公益诉讼制度,并在第七章中明确规定了侵害个人信息的当事人应当承担法律责任。在司法实践中,个人信息保护公益诉讼的责任形式主要包括停止侵害、赔礼道歉和赔偿损失等。但在经济赔偿责任的问题上,作为新兴领域,其立法根基还十分薄弱,立法制度还不够完善:一方面,赔偿损失以明确计算损失为前提,但是侵害个人信息遭受的具体损失难以衡量;另一方面,即便损失能够明确,赔偿数额也仅仅起到弥补损失的作用,并不能起到保护个人信息并震慑侵害者的实际效果。这一点从侵害个人信息案件的数量逐年递增这一现象中也有所体现。基于目前立法尚未对赔偿标准作出明确规定,因此司法实务中经常出现赔偿数额标准不同的判决,也即所谓的“同案不同判”,对于司法公信力造成了负面影响。

(二)司法现状:个人信息保护公益诉讼之实践梳理

1. 从数量上:案件数量递增趋势明显,以刑事附带民事诉讼案件为主

个人信息保护纠纷公益诉讼案件可存在于民事、刑事、行政诉讼过程中。笔者以“‘个人信息保护’+‘公益诉讼’”为关键词在中国裁判文书网进行检索,共检索到127份相关案例,其中28份为行政公益诉讼案例。这仅仅是进入到审判流程并依法作出裁决的案件。检察机关通过会商、检察建议等形式在诉前予以解决,案件并未进入审判流程的案件不在此列。

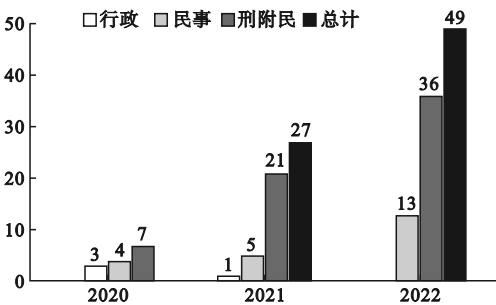


图1 2020—2022年个人信息保护公益诉讼案件数量统计表

从2020—2022年的案件数量上看,个人信息保护纠纷公益诉讼案件数量自2020年起逐年上升,尤其是2021年、2022年,每年案件数量均超过之前两年案件数量的总和。案件数量的变化,主要受《个人信息保护法》公益诉讼条款的设置以及随后最高人民检察院下发的《关于贯彻执行个人信息保护法推进个人信息保护公益诉讼检察工作的通知》的影响。该《通知》明确了个人信息保护公益诉讼办案重点,为个人信息侵权公益诉讼提供了较为充足的立法支撑。在案件来源上,检察机关在开展“公民个人信息保护专项监督行动”中发现的相关线索,以及通过群众举报获得的案件线索占据了一定比例;同时,源自个人信息保护领域“刑先民后”办案原则,在刑事案件办理过程中获得侵权线索形成的公益诉讼也不应被忽视。基于目前的案件增长趋势,本文作出基本预测:大数据的飞速发展,对数据安全的重视程度提高以及立法的完善,都将促使个人信息保护案件的数量不断增长。

2. 从侵权行为上看:包含未经授权获取信息和未经允许传播信息获利

实现对个人信息的保护,首先需要明确个人信息的定义。从《个人信息保护法》第4条明确的相关定义可以看出^①,个人信息具备三大要件,即“可识别性”+“有载体”+“主体为自然人”。本文对公益诉讼案件认定的侵权行为进行了列

^①《中华人民共和国个人信息保护法》第4条规定:“个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息”。

举和归纳,从中可以看出,未经授权收集、处理个人信息的侵权主体一般为 APP 类或者固定场所如景区或住宅小区,该类案件中侵权主体的侵权主观意思不强,也未对信息进行扩散,主要侵权行为集中于在需要收集个人信息的情形下,未征询用户同意径自收集;相较于此,个人信息公开大多为以盈利为目的出售个人信息,情形严重时甚至危及用户的财产安全,具有较强的主观恶性(参见表1)。

表1 检索案例中个人信息类别及侵权行为统计表

个人信息范围	个人信息种类	具体侵权行为
已识别的与自然人的有关的信息	需当事人授权获取的信息,例如相册、通讯录等权限	视频 APP 类未以显著清晰方式征得儿童监护人同意,允许儿童注册账号,向儿童推送含有个人信息的短视频,未采取分区管理
		App 强制索取“访问设备上的照片、媒体内容和文件”及手机设备号等权限行为
		景区在采集游客人脸信息时未依法履行告知义务,存在强制要求购票游客录入人脸信息、“刷脸”入园的情形
		使用他人身份证办理激活手机号码,将手机号码和获取的随机验证码贩卖
可识别定位公民身份的信息	一般个人信息:身份证号、手机号等	搭建互联网平台出售未实名注册网络平台账户、公网身份号码等个人信息交易
		出售姓名、电话号码、电子邮箱等个人信息
		出售学生姓名、年龄和家長电话号码等公民个人信息
		出售个人简历
		出售学籍、身份证号码
	敏感个人信息:住址信息、通信记录等其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息	出售户籍信息、QQ 账号注册信息、京东账号注册信息、车辆信息、借贷信息等个人信息

3. 从损害赔偿数额看:计算标准不一,惩罚性赔偿仍为少数

在公益诉讼案件中,人民检察院作为起诉人有一定的诉请权利,而法院出于对“不诉不理”原

则的遵守,一般不会超出诉讼请求进行裁判。在个人信息保护公益诉讼司法实务中,对侵权人而言,民事法律责任无外乎三方面:一是停止侵害,消除侵害载体或者媒介;二是承认错误,面向社会道歉;三是给予经济赔偿类处罚。其中,经济赔偿处罚存在计算标准不统一的情况。首先,计算基数不统一。由于侵权行为对个人信息造成的损失难以计算,大多数案件以违法所得作为计算基数;在一些民事调解案件中,双方会协商达成一定数额的赔偿。其次,计算倍数不一。在计算基数明确后,赔偿数额有些案件按照基数1倍赔偿,也有些案件按照基数3倍或者5倍的数额作出赔偿。大多数案例都是按照基数1倍的标准赔偿,仅能对侵害结果予以填平和补足。在笔者检索的全部案例中,仅查询到2例案件作出突破基数1倍标准赔偿的裁决。出现这种情况的原因,归根结底在于实务中的诉求尝试必须以立法规定作为基础。

表2 实务中具有惩罚性赔偿性质的个人信息保护案件

案例	侵害信息数量	违法所得	赔偿金额	计算依据
1	出售小区业主信息共计20余万条	2000元	支付赔偿金10000元	按违法所得五倍计算
2	非法获取个人信息1290万条,利用个人信息诱骗受害人购买商品	商品销售价款55.4605万元	支付三倍惩罚销售价款166.3815万元	按违法所得三倍计算

个人信息保护牵涉众多群众利益,个人信息侵权公益诉讼案件数量逐年增多,说明公众个人信息保护领域仍问题频发,侵害个人信息的案件层出不穷。本文认为,侵权行为屡禁不止的原因之一,在于法律对侵权行为的惩罚力度过小,致使侵权者在较大利益面前忽视甚至故意损害群众个人信息和个人隐私等权利。正因为如此,理论界和实务界将惩罚性赔偿制度引入个人信息公益诉讼的探讨声不绝于耳。刘金林、林京两位检察官提出,“有必要在个人信息保护公益诉讼领域引入惩罚性赔偿制度”;谭吉研究员指出,“在此类案件中适用惩罚性赔偿具有重要意义”。上述观点既是回应司法理论与实务中加强个人信息保护的呼吁浪潮,也进一步暴露了公益诉讼中尚存在侵权法律责任承担未达成统一标准等

亟须完善之处。

二、将惩罚性赔偿引入个人信息公益诉讼的理论证成

(一) 价值融合: 引入惩罚性赔偿制度势在必行

1. 互补性: 矫正正义与预防主义的互补统一

亚里士多德在《尼各马可伦理学》中提出了矫正正义的概念,其内容主要为加害方与受害人系平等的双方关系,正义便是要维持双方的平等关系。当侵害行为发生时,加害方破坏了本来平等的双方关系,侵害行为在使受害方遭受一定损失的同时,使得加害方获得了等量的利益。矫正正义所要做的,便是将这段关系由侵害后的不平等矫正为平等。直观的做法便是将变化的获益和损失同时消除。换言之,将加害方的收益归还于受害方。

在个人信息侵权中,侵权行为将原本处于平等地位的双方关系扭曲化——受害方个人信息等权益受损,侵害方大概率获得一定的收益。而法院判定侵害方承担赔偿责任,促使扭曲的关系得以矫正,这便是填平原则在个人信息保护领域应用的哲学根基。相较于普通侵权,个人信息领域侵权所具有的受害法益的双重性及受害主体的群体性等特点,体现了侵权行为具有更高的危害性,也自然产生了减少该侵权行为的预防要求。矫正正义只能适用于关系畸变之时,于减少侵权而言确实力有未逮。惩罚性赔偿制度所具有的预防功能恰能相应补缺:填平损失的赔偿制度若不足为惧,守法的天平自然将日渐倾斜;若能使侵权者负担数倍的经济代价及其所代表的法律和社会谴责,无疑可以对潜在侵权者形成威慑,促使其更趋于理性权衡,进而打消通过违法方式获取高额利润的非法获利目的,真正实现降低个人信息侵权率的迫切要求。惩罚性赔偿制度的引入,将实现“向后看”的矫正正义与“向前看”的预防主义的互补统一,将扭曲的社会关系予以恢复的同时,从源头上减少扭曲的形成。

2. 二重性: 个人信息内在属性与外在价值的平衡保护

信息化与工业化已成现实,以网络形式搭载

的个人信息在个人属性的内核之外,亦兼具公共属性。“个人信息是任何能够认知、辨析、了解特定个人的信息,是社会交往和社会运行的必要工具或媒介”,由此个人信息既具有独特性、私人性,也因其工具属性而兼具流通性、互动性。正因为如此,个人信息侵权所造成的危害并非局限于个人信息所属的主体。伴随着信息的溢出效应^①,该侵权行为亦将对由个人信息链接而成的社会法益产生冲击。由此出发对于个人信息权益的保护,不仅是出于对人格独立性和基本人权的尊重,亦是出于对社会秩序的维护和交际安全的保护。

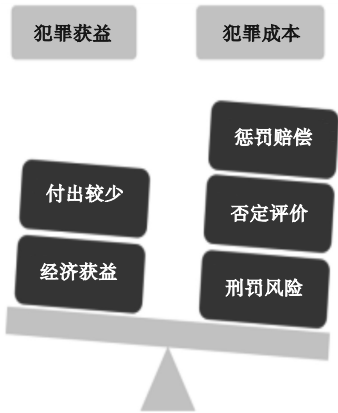


图2 惩罚性赔偿有助于预防侵权示意图

个人信息价值的双重性亦可从司法实践中得以旁证:个人信息公益诉讼以刑事附带民事公益诉讼或刑事判决作出后另行提起民事诉讼的模式为主。换言之,个人信息侵权公益诉讼所针对的多为适用刑罚的案件。国家动用刑罚这一最终手段,必然是因为犯罪行为所造成的侵害已经超越了公民私人之间的范围,对社会整体产生了无法容忍的损害。可见,个人信息的确承载着个人权益之上的超个人法益。平等主体间对侵权的求偿难言“惩罚”,但个人信息的社会性赋予国家以侵权受害方地位,其所具有的惩罚手段自然也成为可资使用的方式。

3. 救济性: 侵权责任的损害填补与社会公益损害填补

私法领域侵权责任的损害填补原则仅局限于对个人造成的损害,但公益诉讼中受到侵害的

①溢出效应是指一个组织在进行某项活动时,不仅会产生活动所预期的效果,而且会对组织之外的人或社会产生的影响。

对象还包括社会法益。基于此,公益诉讼中的惩罚性赔偿将赋予社会以更广泛的救济途径和更多的救济手段。

侵犯个人信息类案件所造成的损失深远无形又难以挽回,惩罚性赔偿制度的设立或许无法直接弥补损失,但却可构筑多样化的救济渠道,降低潜在的损害。如在杭州市余杭区人民检察院诉北京K科技有限公司未成年人保护民事公益诉讼案中,判决书中对赔偿金的去向有重点标示“赔偿因侵权行为造成的社会公共利益损失人民币150万元,款项交相关儿童公益保护组织,专门用于儿童个人信息安全保护等公益事项”^①。该判例确立了惩罚性赔偿金用于救济的新方向。除此之外,惩罚性赔偿金也可用于支持相关案件的办理,以进一步提升侦查效率,促进该类案件的快速侦破,及早防止更大损害的形成。总体而言,通过惩罚性赔偿制度获取更多的经济来源,是公益诉讼发挥其实际功能、聚焦受害群体与问题预防的必然要求。

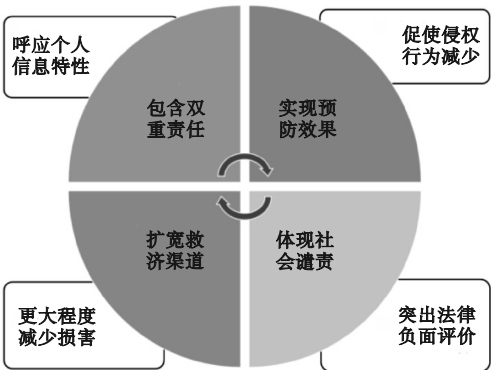


图3 设置个人信息侵权惩罚性赔偿制度的价值分析图

(二) 内在自洽:解决惩罚性赔偿的适用冲突

1. 民刑冲突:不受“一事不再罚”限制,可与罚金折抵

司法实务中,个人信息公益诉讼以刑事附带民事公益诉讼或在刑事审判后单独提起公益诉讼为主。基于此,或有观点质疑,在刑事判决判处罚金、没收违法所得等判项的基础上,再对侵权人施以惩罚性赔偿或有多重追责、违反“一事

不再罚”原则之嫌。该观点看似秉持处罚的谦抑性,实则混淆了多重法律责任的区别性。

性质上,“一事不再罚”原则出自《中华人民共和国行政处罚法》^②,系在行政机关内部处罚上进行的限制,不具有外溢的限制效力。民事、行政、刑事责任分属于不同的部门法,本不属于“一事不再罚”原则所针对的范畴。逻辑上,刑事定罪是法律对某一行为的最低评价,刑罚代表国家公权力对犯罪行为人进行惩处,并不当然导致行为人需要承担的其余责任被吞噬。从规范上看,与个人信息侵权行为相似的其他侵权行为同时主张多项法律责任的情况有明确规定,如食药领域的食品药品侵权案件中,可以要求被告同时承担民事责任、行政责任和刑事责任^③;消费欺诈行为可能涉及诈骗罪、非法经营罪等多项罪名而被刑事追责,但并不影响民事公益诉讼中惩罚性赔偿金的判决。同理,在侵犯个人信息案件中,即使判处刑罚在前,民事公益诉讼中的惩罚性赔偿主张也不存在合理性上的障碍。

罚金和惩罚性赔偿金都是国家行使公权力对侵权行为进行评价和追责,目的和功能上具有有效质相当的同一性:均带有评价和威慑,均是为了减少违法行为人再次违法的可能性。因此,在罚金和惩罚性赔偿金两者之间相互折抵具有正当性基础。

2. 弹性考量:周延不同侵权行为的否定性评价

如上所述,实务中公益诉讼存在赔偿标准不统一、不合理等现实问题,如侵权人实际获利极少,与所实施行为的严重性明显不成比例;或侵权行为造成的潜在影响很大,但实际损失难以估计,故无法主张具体的赔偿金额,等等。类似案件无疑将遭遇无法按照《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1182条规定的“侵害他人人身权益造成财产损失的,按照被侵权人因

①参见杭州互联网法院:“杭州市余杭区人民检察院诉北京快手科技有限公司未成年人保护民事公益诉讼案”,(2020)浙0192民初10993号,载 Alpha 法律检索平台, <https://alphalawyer.cn/#/app/tool/excellentCase/detail/goodb1059e171bc3a2410e58511409099c49?queryId=2e22a97e8a3711ef9f8a08ceba3f5e6&focus=1>,最后访问时间:2024年1月10日。

②《中华人民共和国行政处罚法》第29条规定:“对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚。同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的,按照罚款数额高的规定处罚”。

③《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第14条规定:“生产、销售的食品、药品存在质量问题,生产者与销售者需同时承担民事责任、行政责任和刑事责任,其财产不足以支付,当事人依照民法典等有关法律规定,请求食品、药品的生产者、销售者首先承担民事责任的,人民法院应予支持”。

此受到的损失或者侵权人因此获得的利益赔偿”这一原则,主张赔偿金额的现实问题。

弹性式的惩罚性赔偿金制度将促成该问题的合理应对。如针对不同的案件类型,设置不同的索赔幅度、类型和方案,以达到尽可能更周延地适用于更多案件的规划。实际上,设置合理的惩罚性赔偿金制度,将赋予《民法典》第1182条在个人信息侵权民事公益诉讼方面以更大的可行性和现实性。

综上,单纯按照损失或获利金额赔偿,既无法回应对社会危害性较大的侵犯个人信息行为的惩罚要求,也无法在网络化时代发挥抑制类似侵权行为行为的预防效果,更无法实际化对类似案件作出全面合理的应对。因此,在侵犯个人信息公益诉讼案件中引入惩罚性赔偿金制度,具有切实的必要性、合理性。

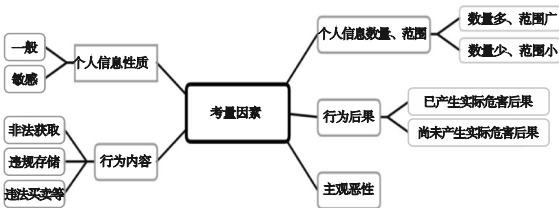


图4 确定惩罚性赔偿金需要考量的因素

三、个人信息保护公益诉讼案件惩罚性赔偿的制度设计

(一) 规则探索:惩罚性赔偿金的考量因素

1. 行为规制:主客观结合

(1) 客观方面:界定行为严重程度

第一,侵权涉及的性质。个人信息一般是指与自然人相关的能够单独识别或者辅以其他信息能够识别出特定主体的所有信息,根据敏感程度可以分为一般信息和敏感信息。其中敏感信息可细分为三类:①具有可识别性的、直接关联个人的信息,如银行卡密码等;②具有可识别性的,在具体情境中将产生危险的信息,如行动轨迹等;③其他经去识别化后可能给信息主体带来危险的信息,如网页搜索记录等。由于敏感信息较之于一般信息隐秘性更高、公共性更低、敏感

性更强,泄露后的危险性也更大,自然需要匹配以更有力的保护手段和预防措施。这点也体现在考量惩罚性赔偿数额时,应当将所侵犯个人信息的性质作为首要考量因素,收集、泄露等侵犯敏感个人信息的行为,自然应当比侵犯一般个人信息的行为更具有提出惩罚性赔偿要求的必要性。

第二,侵权涉及的范围。《个人信息保护法》第70条规定,在侵权人“侵害众多个人的权益”时,人民检察院有权提起诉讼。可见,“受害者众多”为提起公益诉讼的基本前提。但在符合“受害者众多”这一条件的基础上,受害者的数量、波及范围的广度因素等对于确定侵犯行为的客观危害、主观恶性仍具有不可忽视的参考价值:侵权行为所涉及的受害者越多,大概率地代表着行为人为人实施侵害个人信息行为的持续性更长、获取信息的渠道更广泛、潜在危害性更强,同时也反映出行为人通过违法方式获取非法利润的主观目的更为强烈。因此,在制定惩罚性赔偿制度时,应当将侵犯个人信息的数量、受众面作为区分案件情节的重要参考:所侵犯的个人信息数量越多、受害面越广,对侵权人主张惩罚性赔偿金的必要性更大,主张的赔偿金额也应当相应增加。

第三,侵权行为的类型。如表1所示,对个人信息的侵权行为表现多样,如非法获取个人信息、违规储存个人信息、出售个人信息等行为。对于个人信息的暴露程度和潜在的危险性而言,上述行为也存在严重性上的差异,如将获取到的个人信息出售牟利,其社会危害显然远大于违规获取行为。因为其对个人信息实施了两次侵权行为(获取、出售),且将非法获取的个人信息暴露于可能的违法犯罪行为危险下,具有更高的惩罚必要性。

(2) 主观要件:确定侵权主观恶性

除却客观行为,对于惩罚性的判断还应考察行为人的主观恶性。明知系违法行为仍实施,无疑要比单纯的管理过失具有更大的主观恶性;曾因类似行为受行政甚至刑事处罚后再次侵权者,

①参见杭州互联网法院:“浙江省杭州市余杭区人民检察院、杭州妥妥网络科技有限公司网络侵权责任纠纷一审民事调解书”,(2020)浙0192民初4252号,载载Alpha法律检索平台,<https://alphalawyer.cn/#/app/tool/result/%7B%5B%5D,%7D/detail/13497F1FAC046517D5DE181F6165654E?focus=1&relation=359217432&queryId=2027104b8ace11ef9f8a08c0eba3f5e6>,最后访问时间:2024年1月11日。

显然比初次侵权者有更为恶劣的主观心态;在侵权后积极采取补救措施减少损失,当然比毫无作为甚至继续侵权体现出更低的主观恶性。比如在某案的调解方案中有这样的阐述:“T公司承诺今后合法合规经营,若存在违反协议约定的行为,将自愿支付50万元违约金用于全国性个人信息保护公益基金的公益支出”^①。这段文字表明,若公益诉讼后该公司仍重蹈覆辙,其反映的主观恶性显然具有更高的经济处罚必要。

2. 结果效应:厘定行为所致后果

侵犯个人信息案件的危害结果一般具有潜伏性特点,但也不乏行为人所获取、出售的个人信息已经被不法分子所利用,产生了实际危害后果的案件。如在徐某玉案中,侵害人购买个人信息后雇佣他人实施诈骗,导致受害人徐某玉原本用于支付大学学费的9900元被骗走后伤心欲绝,心脏骤停不幸离世。该案直观地展示了对个人信息的侵犯绝非孤立的环节,也不以出售/购买个人信息的交易结束为终结,以违法方式获得个人信息的一方大概率会继续实施违法犯罪行为,如诈骗、敲诈勒索等,进而导致新的法益受损。后续犯罪行为虽然需要独立评价,但其与上游的侵犯个人信息行为具有因果关系这点应无争议,因此,侵权行为中潜在的危险性已经转化为现实危害,相比尚未造成任何实际后果的行为,自然具有更高的可惩罚性。

(二) 制度建构:惩罚性赔偿金的计算设计

适用惩罚性赔偿确定的赔偿总额为基数及基数与倍数乘积之和,因此应当先确定赔偿基数,再确认惩罚性赔偿的倍数。

1. 固定赔偿基数

如上所述,《民法典》第1182条对侵权赔偿的基数有所规定,即被侵权人有财产损失或侵权人有实际获益时,以财产损失或实际获益确定赔偿金额。如典型的违法出售/购买个人信息类案件,对于出售方可按照上述规定将其获取的个人信息出售获利数额作为计算基数,在此基础上确定是否适用惩罚性赔偿规定。与此相关联的是侵权人购买个人信息后实施后续侵权行为,但后续行为尚未获利的案件。该类型案件虽然并非与《民法典》的规定直接吻合,但从购买行为与出售行为的对合性方面考虑,购买、出售涉及的金

额均针对同一批个人信息,且出售者“获取—出售”个人信息与购买者“购买—使用”个人信息在行为流程方面具有对应性。因此,在没有获利等其他基数参照的前提下,可以将侵权人购买个人信息所花费的金额作为计算赔偿基数的依据。

对于无法明确赔偿基数的案件,应适用区间式裁定赔偿。在个人信息侵权案件中,难以确定获益数额或受损金额的案件并不鲜见,例如因APP未显示隐私政策条款、用户拒绝提供非必要权限而拒绝提供服务,由此构成侵犯个人信息的案件。该类案件并未涉及出售/收买行为,因此未产生直接获益,行为人亦未将收集到的信息二次使用导致产生实际损失,因此难以估量案件中的获利数额或受损情况,即无法确定赔偿基数。同时,由于个人信息本身不应当也不适宜以金钱作为计量单位,因此并不存在合法购买类似信息的“市场价格”。但本文认为,该类情况并非无法确定赔偿金额。《个人信息保护法》第69条明确规定,“个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的,根据实际情况确定赔偿数额”。可见,即便在难以确定基数的情况下,也需要根据案件实际情况酌定赔偿的具体金额。

如果排除该种方式,较为适宜的就是区间式赔偿幅度,该方式在我国法律体系中并不少见。例如,《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)规定,在难以确定赔偿基数的情况下,“由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿”;《中华人民共和国专利法》亦有类似规定。在司法实践中,相似规定可援引借鉴,因此在侵害个人信息诉讼中,可以以500万元为限,由人民法院参照上述考量因素具体酌定。

2. 细化赔偿倍数

(1) 划定倍数区间

在倍数选择上,秉持“他山之石可以攻玉”的原则,可以参考类似惩罚性赔偿制度的规定,合理设置个人公益诉讼侵权案件的惩罚性赔偿制度。《商标法》第63条规定,“对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的1倍以上5倍以下确定赔偿数额”;《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国著作权法》同样作出了1~5倍的区间式赔偿规定。考虑到个

人信息在使用和侵权上都依托于网络数据,具有一定的抽象意义,在此种特质上,其与商标专利或知识产权具有相似性和可借鉴意义。因此,在惩罚性赔偿金的制度设计上,区间式弹性设置具有相当的可行性。

表 3 个人信息侵权惩罚性赔偿确定倍数要素表

要素	行为列举		倍数确定
客观行为	信息类型	非敏感信息	0.5
		敏感信息	1
	信息数量	$Q \leq 1000$ 条	0.5
		$1000 \text{ 条} < Q \leq 10000$ 条	1
		$Q > 10000$ 条	2
	信息范围	聚焦某一群体	0.5
		具有广泛性、公众性	1
	持续时间	$T \leq 1$ 年	0.5
		$1 \text{ 年} < T \leq 2$ 年	1
		$T > 2$ 年	1.5
	侵权行为数量 (包括但不限于非法收集、使用、买卖、公开等)	1 个	0.5
		2~3 个	1
		3 个以上	2
引起后果	财产损害	$1 \text{ 人} < \text{受损害人} \leq 3 \text{ 人}$	1
		受损害人 > 3 人	2
	人身损害	造成身体伤害	2
		造成死亡	3
主观心态	恶性程度	受到权利人或相关部门警告后仍继续实施侵权行为的	0.5
		曾因类似行为受到过刑事、行政处罚或被提起民事诉讼后再次实施的	1
其他因素	是否造成了不良的社会影响		
	侵权人的承担能力		
	侵权人是否主动采取了补救措施		
	侵权人所承担的罚金、罚款等处罚的情况		

(2)精确计算过程

如上所述,对情节是否未达到“严重”的判断,人民检察院或人民法院可以综合考虑侵权主体能力、规模,侵权手段、次数,侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果,侵权人在事后及诉

讼中的行为等多方面因素。以参考因素为轴线,结合实务中的常见案情,将案情特征与赔偿金的倍数作衔接。从案情中分离出制表需要考量的因素,并按照各自要素对应的倍数作加总,其上限设置为 5 倍,即当倍数总和超过 5 时,无论最终为多少都只取 5 倍这一结果。

(3)留有酌定余地

如表 3 所示,虽然实务中的案情可以通过对要素切割加总形成精确的计算结果,但在司法实务涉及的具体案件中,难免出现特殊情形。此时,需要赋予法官以自由裁量权,以免造成具体案件的不公情形,如侵权人的承担能力较差;侵权人侵权后积极采取补救措施,体现其向法秩序回归的心态;侵权人因本案接受了其他多种处罚,赔偿金数额不宜过高等情形。类似情形中,法官可以根据个案情节,予以一定幅度的调高或调低处理。

总体而言,现行个人信息侵权诉讼中,赔偿金制度与构建后惩罚性赔偿金制度的比较如下表所示:

表 4 个人信息诉讼赔偿制度现状与惩罚性赔偿金制度构建后的对比表

		赔偿金制度现状	构建惩罚性赔偿金制度后
立法规范		散见于《民法典》《个人信息保护法》,规范本身较为模糊	制定明确的制度规范和操作指引
具体内容	赔偿基数	实际获益/实际受损,无法确定的根据实际情况确定	实际获益/实际受损,无法确定的根据情况在五百万元以下酌定
	倍数计算	无倍数计算的规定	根据具体案情,在五倍以下确定惩罚性赔偿金数额
	考虑因素	无明确的规范指引	细致列举需参考的因素,并与赔偿倍数衔接

结语

个人信息保障势必会随着网络技术与应用的飞速发展成为时代命题。公益诉讼作为更有力保障个人信息的诉讼手段被寄予厚望。现有的赔偿制度无法达到惩罚严重侵权行为、预防个人信息侵害、救济受害社会关系的作用,因此,引

入惩罚性赔偿制度具有必要性和合理性。据此,可以设置一般案件适用1倍赔偿、情节严重案件根据案情适用2~5倍弹性惩罚性赔偿;无法确定计算基数时,根据案情以500万元为限酌情量定的系列惩罚性赔偿制度,并加强判决中的释法说理,促进实现制度设置的初衷。

[参考文献]

[1] 赖若涵. 刑法视阈下的公开个人信息保护:困境反思与进路构建[J]. 江西警察学院学报, 2023(02): 98-105.
[2] 沈岍. 接近如同损害没有发生的救济理想——评涉执行司法赔偿标准的进步[J]. 法律适用, 2022(05): 41-27.

[3] 高富平. 论个人信息保护的目——以个人信息保护法益区分为核心[J]. 法商研究, 2019(01): 93-104.
[4] 陈璇. 法益概念与刑事立法正当性检验[J]. 比较法研究, 2020(03): 51-72.
[5] 李立丰, 王俊松. 个人信息法律保护体系的建构:以信息界定与分类为前提[J]. 河南财经政法大学学报, 2023(02): 1-12.
[6] 赵雷新, 魏颖, 刘傲硕. 个人信息保护领域民事公益诉讼损害赔偿数额的厘定[J]. 中国检察官, 2023(04): 47-50.
[7] 孙鹏, 杨在会. 个人信息侵权惩罚性赔偿制度之构建[J]. 北方法学, 2022(05): 91-107.

【责任编辑:张 虹】

Thinking and construction of introducing punitive compensation system in personal information protection cases
——From the perspective of public interest litigation cases

Zhang Yiwei¹, Zhu Huimin²

(1. Huaxiang Law Firm of Beijing, Chaoyang District, Beijing 100020, China;
2. Mentougou District People's Court of Beijing, Mentougou District, Beijing 102300, China)

Abstract: In judicial practice, there are problems such as increasing number of cases, diversified infringements and inconsistent calculation standards for damages in public interest litigation cases involving personal information protection. The duality of personal information determines that the infringer should bear dual responsibilities to individuals and society. The introduction of the punitive compensation system can not only reduce the occurrence of infringement cases by imposing heavier economic penalties on the infringer, but also effectively solve the problem of funding shortage in public interest litigation. The flexible punitive compensation system, that is, determining the compensation base based on the amount of profit, and combining the ability, scale, means and number of infringements of the infringing subject, the duration, geographical scope, scale, consequences of the infringement, and the infringer's behavior after the event and in the litigation, etc., to apply 1 to 5 times the flexible punitive compensation according to the case; for cases where the calculation base cannot be determined, it should be determined according to the case with a limit of 5 million.

Key words: personal information; public interest litigation; punitive compensation system

【司法理论与实务研究】

社区矫正检察监督的现实困境与破解对策

吕 芳,董升儒

(辽宁省庄河市人民检察院,辽宁 大连 116400)

〔摘 要〕随着社会主义法治建设迈入新阶段,我国非监禁刑判决数量显著增长,对社区矫正检察工作提出了更高要求。囿于检察监督理念固化等因素制约,检察机关“四大检察”“十大业务”的内涵仍需进一步发展完善,社区矫正监督工作尚未达到以高质量监督促进工作规范化的要求。对此,应优化社区矫正检察监督资源配置,强化监督力量,形成固定制度和机制,以规范执行与监督工作;充分利用自侦权加强检察监督刚性,以高质量检察监督促进社区矫正工作规范化开展。

〔关键词〕社区矫正检察监督;自侦权;交付执行;异地监督

〔作者简介〕吕芳(1982—),女,辽宁庄河人,辽宁省庄河市人民检察院检察委员会委员、一级检察官,主要从事刑事执行检察研究;董升儒(1999—),男,辽宁庄河人,辽宁省庄河市人民检察院检察官助理,主要从事刑事执行检察研究。

〔收稿日期〕2024-10-10

〔中图分类号〕D926.3;D926.8 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-069-06

纵观世界各地刑罚执行的演化,刑罚均表现为逐渐趋于轻缓化趋势。二十世纪七八十年代以来,各国都在不断进行刑罚制度的创新,对罪犯实行人道处遇和再社会化改造,以适应社会文明和进步发展要求。社区矫正凭借其执行效率高和消耗成本低两个天然优势,逐渐在各地被广泛采用。在我国,随着人道主义刑罚理念的影响以及认罪认罚从宽制度的深度推广,涉及非监禁刑的判决数量显著增长,已然形成监禁、非监禁执行的二元刑罚执行格局。2020年7月《中华人民共和国社区矫正法》(以下简称《社区矫正法》)颁布实施,社区矫正制度正式在中国“落地生根”;2021年6月《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》(以下简称《意见》)出台,对检察机关提出了“完善刑事执行和监管执法监督,加强对社区矫正和财产刑执行的监督”的新要求。面对与日俱增的社区矫正人员数量和新时代对检察监督质量的高需求,检察机关必须优化原有的刑罚执行监督机制,革新社区矫正检察监督理念,以规范全流程监管执法,促进社区矫正法治化。

一、社区矫正检察监督面临的困境

《社区矫正法》颁布实施以来展现出惊人的生命力,社区矫正工作不断趋于规范化、制度化,充分体现了其促进社区矫正对象顺利融入社会,预防和减少犯罪的立法目的,同时也给检察机关的法律监督工作带来了新挑战。《意见》规定,实现社区矫正检察监督高效化、精准化,是未来刑事执行检察工作的重要目标之一。虽然司法改革已推行多年,但刑事执行检察部门仍面临着诸多困境,这些困境制约了社区矫正检察监督的效果,使之难以更好满足新时代工作要求。

(一)检察机关监督质效有待提高

司法改革后,社区矫正检察监督大多依托刑事执行检察部门开展工作,但这一架构尚存不足之处,主要表现在以下两个方面:

1. 检察监督理念偏于陈旧

2014年底,最高人民检察院监所检察厅更名为刑事执行检察厅,反映了顶层设计加强刑事执行检察监督的政策导向;随后,各地检察机关陆续以不同方式组建了刑事执行检察部门。《社区

矫正法》的颁布实施,为刑事执行检察部门开展社区矫正检察监督提供了更为清晰明确的法律依据和操作指引,社区矫正检察监督成为刑事执行检察的一项重要职能。由于基层检察机关现有刑事执行部门多在原监所检察部门基础上组建,受人员编制及部门职能架构影响,对社区矫正检察工作需要配置的人员力量无法达成统一认识;许多基层检察机关刑事执行检察部门还承担司法工作人员职务犯罪侦查工作,社区矫正检察专业培训存在不足,无法实现专人专岗,造成刑事执行检察部门的工作内容过于繁杂,部门人员一岗多职,除处理日常工作事务外,还经常被抽调从事自侦案件侦办工作,难以做到日常监管、全流程监督,监督力度自然无从谈起。

2. 监督力量补足机制未发挥实质效果

社会力量^①参与是社区矫正制度的当然内容,也是当下社会治理体系建设的应有之义。社区矫正检察工作特别是暂予监外执行检察监督涉及行政、医疗等多个专业领域,面临的病情诊断、病志审查等情况纷繁复杂,仅仅依靠专职检察干警的学识和从业经历无法应对;当前社区矫正监督往往仅限于查阅卷宗的纸面检察,检察工作的质量难以保障,无法起到实质效果。囿于地区经济发展水平、机构设置、人员编制、社区矫正工作水平不同,目前各地社区矫正检察监督工作仍处于各自为战的状况,未能形成统一监督模式,社会力量参与社区矫正工作的广度、深度和规模都难以令人满意,未能起到补足监督力量的效果。

(二)《社区矫正法》的实施力度亟须加强

《社区矫正法》的颁布实施,为司法机关工作人员的监管工作提供了统一标准,具有重要的实践指导意义。法律的生命在于实施,保障《社区矫正法》实施力度的工作要求,给检察机关刑事执行检察监督工作带来了新的挑战。主要表现在以下四个方面:

1. 执法标准不统一

《社区矫正法》第四章规定了社区矫正的监督管理工作,因为《社区矫正法》本身的纲领性和前瞻性属性,该章条款设置以构建基本框架为主,为后续制定实施细则预留了空间,落实到具

体工作上则表现为缺乏实践指导性。《社区矫正法》第27条规定,“对于社区矫正人员因正常工作和生活需要经常性跨市、县活动的,可根据情况简化批准程序和方式”。第27条的设置打破了社区矫正传统的区域限制,为有正当理由长期跨区县活动的社区矫正人员打通了一条“绿色通道”,但因缺少相应实施细则来具体规定何为“正常工作和生活”,导致各地区对法条适用的理解不同,执法标准无法统一。例如,长期从事海上作业的社区矫正人员,被监管后如果仍从事海上作业就需要长期跨区县活动,不从事此类职业则可以避免跨区县活动。如何认定其从事海上作业是否是正常工作需要,诸如此类的问题如果没有统一标准,《社区矫正法》的施行力度和执行效果就难以保障。

2. 交接工作履行不规范

为了避免异地交接的社区矫正对象出现人档分离的漏管现象,《社区矫正法》第20条规定,“社区矫正决定机关应当自判决、裁定或者决定生效之日起五日内通知执行地社区矫正机构”。该规定对促使决定机关积极履行通知义务确有一定效果,但实践中仍有部分社区矫正决定机关秉持之前的行事思维 and 操作流程,未形成规范的通知方法和交接流程,甚至根本没有履行通知和交接义务。出现上述情况,极有可能造成社区矫正对象漏管等问题,甚至引发漏管期间再犯罪等严重后果。

3. 检察机关难以主动监督

《社区矫正法实施办法》第15条规定,“社区矫正决定机关应当自判决、裁定或者决定生效之日起五日内通知执行地县级社区矫正机构,并在十日内将判决书、裁定书、决定书、执行通知书等法律文书送达执行地县级社区矫正机构,同时抄送人民检察院”。将相关法律文件同时送达社区矫正机构和检察机关,可以确保检察机关通过双向比对的方式,确定社区矫正决定机关是否及时交付执行,以及社区矫正人员是否及时到矫正地入矫,及时纠正社区矫正未及时交付执行及社区矫正人员不及时报到、脱逃等造成的漏管现象。但《社区矫正法》第20条关于异地的新送达方式

^①关于社会力量的定义及范围,目前尚没有明确的官方解释。本文中的“社会力量”除指专门的社区矫正工作人员外,还指能够参与、作用于社区矫正,助力社会发展的自然人与组织。

则是“社区矫正决定地与执行地不在同一地方的,由执行地社区矫正机构将法律文书转送所在地的人民检察院、公安机关”。双向比对规则向单向比对规则的转变,极大影响了检察机关介入监督的及时性,且文书的真实性也变得不可查证,给了社区矫正机构删除或篡改入矫时间等监管信息的可能性,加大了社区矫正检察监督的压力。检察机关的执行监督完全变成了事后监督、纸面监督,能否实现监督完全取决于社区矫正机构是否履行了转递送达义务。检察机关的监督失去了提前量,因此在工作中处于被动地位。

4. 跨部门配合衔接不到位

社区矫正工作涉及多个部门共同参与,包括法院、司法局、检察院及其他社会组织和个人。各主体之间如何做到有效衔接配合,是社区矫正工作的重点问题。《社区矫正法》实施后,多部门配合衔接未能实现立法追求的理想状态,导致社区矫正工作各自为战、步履维艰。实践中,部分患病罪犯的交付未执行问题、应收押拒不收押等问题困扰着基层办案单位。有效解决上述问题,需要地方党委政法委、公安机关、检察机关、人民法院、司法行政部门的高度重视和积极协调配合,方能妥善解决。

(三) 检察自侦权未能发挥“利剑”作用

自侦权赋予检察机关对司法工作相关人员渎职行为进行查处的权利,是检察机关法律监督刚性的有力保障。政法系统教育整顿和违规“减假暂”专项整治活动期间查处的相关案件证明,社区矫正监管不依照新规开展工作的情况时有发生,在部分地区和领域更是普遍存在。检察机关能动行使自侦权,可以有效震慑社区矫正工作人员的渎职违法犯罪行为,保障社区矫正检察监督的刚性。由于种种原因,当前检察机关自侦权行使的力度不够大、范围不够广,对社区矫正工作中出现的违法犯罪线索不够敏感,导致自侦权没有起到对法律监督的刚性保障作用。

(四) 异地监督问题难以解决

改革开放以来,在自然地理环境、人文素质及区域经济非均衡发展战略等因素共同作用下,我国南北方之间、沿海地区与内陆地区之间区域经济发展不平衡的情况日趋明显,就业、求学、商

事活动等引发的跨区域人员流动越来越频繁,经常居住地与户籍所在地分离不一致的情况司空见惯,跨区县社区矫正监督工作越来越重要。从当前社区矫正司法实践来看,异地矫正监督工作主要面临两方面问题:

1. 社区矫正决定机关和执行机构交接不畅

司法实践中,户籍所在地与经常居住地不一致的社区矫正人员非常多。以笔者所在地区为例,2019 年自外地社区矫正决定机关接收的社区矫正人员占比为 23.96%;2020 年该数据占比增至 41.54%;2021 年受新冠疫情影响,该数据占比回落至 39.52%;2022 年该数据增长至 41.54%;2023 年该数据占比达到 42.48%^①。《社区矫正法》第 17 条第 2 款、第 3 款虽规定社区矫正决定机构有权确定社区矫正人员经常居住地或户籍所在地为矫正执行地,即社区矫正可以在社区矫正对象居住地执行,但实践中该规定的落实面临两难境地,主要原因在于社区普遍不愿接受非当地户籍的社区矫正人员,在户籍所在地执行又无法保障其工作、生活等基本需求,容易形成不稳定因素。实践中,普遍存在社区矫正决定机关为追求效率,将社区矫正人员一律发回户籍所在地接受社区矫正的现象。这一做法将社区矫正人员经常居住地与矫正地完全割裂,不利于社区矫正人员重新融入社会,不利于修复受损社会关系,也给社区矫正执行机构日常监管带来了诸多困难,监管形式化、漏管、脱管现象时有发生。同时,在现行法律框架下,社区矫正机构确定矫正执行地不需要听取执行地检察机关的意见,检察机关对法院确定执行地缺乏有效的监督依据和手段,且未与相关检察院形成联合机制,对异地社区矫正的交付执行进行监督。上述情况不仅导致检察机关难以及时发现异地执行漏管问题,使社区矫正面临检察监督虚化的困扰,对社会稳定也形成了严峻挑战。

2. 流动矫正对象异地监管法律监督面临挑战

实践中,长期外出务工人员、涉海涉渔从业人员、民营企业、民间商事等主体都存在着较为旺盛的外出需求,具有上述职业身份的社区矫正人员入矫后管理是极为棘手的难题,对检察机关的执行监督工作提出了新要求。如何实现对

①数据来源于 Z 地区社区矫正工作日常统计数据。

上述社区矫正对象的有效监管,使监管不至流于形式,杜绝“一放了之”的情形发生,已成为社区矫正法律监督工作面临的全新挑战。《社区矫正法》第27条规定虽改变了以往机械式死卡活动区域、严格控制社区矫正对象外出行为的做法,放宽了对符合跨区域流动条件社区矫正对象的限制,但实践中依然面临如何界定社区矫正人员的职业身份,如何核实其外出、请假需求是否属实等诸多问题。各地执法尺度难以统一,制约了社区矫正检察监督效能的有效发挥。

二、社区矫正检察监督的完善路径探析

社区矫正立法工作的不断推进,化解了诸多检察监督实践难题,同时在某些方面给检察监督工作带来新的困惑。法律的生命在于实施,实施的保障在于监督,如果不能去除检察监督的死角,新法律的出台仍然难以有效规范社区矫正制度,促进社区矫正工作质量的提升。为此,检察机关应充分考虑社区矫正工作的现实状况,深入剖析问题成因;整合现有资源,合理分配监督力量;积极引入其他专业人员力量参与咨询、办案;充分发挥自侦权的保驾护航作用;找准数字检察赋能社区矫正法律监督工作的发力点、着力点和落脚点,形成数字检察监督新机制。

(一) 优化配置社区矫正检察监督资源

检察机关应立足新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局,创新数字时代“检察+”工作模式,积极整合现有资源,合理分配监督力量。具体应当从以下方面着手:

1. 重视刑事执行理念更新,树立系统性监督工作理念

社区矫正是与监禁矫正相对的行刑方式,是以社区为基础展开的矫正罪犯犯罪心理和行为恶习,通过思想改造和劳动改造,并促进其顺利回归社会的非监禁刑罚执行活动,是矫正罪犯的崭新行刑模式和制度^①,其开放性打破了传统的监管与被监管的封闭模式,有利于社区矫正人员顺利实现再社会化,有利于社会治安防控体系进一步充实和完善,有利于构建和谐社会,有利于更好推进法治国家法治社会建设进程。作为一种全新行刑模式,社区矫正监管离不开社会力量

的参与。刑事执行检察人员应改变过去习惯性被动监督的传统理念,树立系统性监督工作理念,以实现被矫正人员成功社会化为共同目标,追求检察监督和社区矫正工作的双赢;同时,注重与审判机关、公安机关、司法机关及相关社会力量的协作配合,形成社区矫正的协作合力,通过建立更专业、分工更为明确的工作团队实现有效监督。

2. 注重刑事执行检察团队建设,引入“日常检察+巡回检察”制度

当前,刑事执行检察部门的人员力量在不断加强,但是科层化管理的分工模式造成了人员力量分化,不利于整合人力资源形成合力。在新一轮国家机构改革背景下,特别是在国家提出精简中央国家机关人员编制、加强重点领域和重要工作的前提下,单纯追求“增编扩部”以壮大检察监督力量是不切合实际的。本文认为,在目前有限的人员配置下,尝试调整员额检察官与检察官助理的分配,以“一老带多新”架构建设专业办案团队,方为务实之举。各级检察机关要注重检察干警业务能力的培养,做到刑事执行检察各条线业务一手抓,有效整合刑事执行检察部门的人力资源,根据部门工作情况合理分配力量。具体实施中,可以尝试建立社区矫正检察、监管场所检察等不同办案组,由员额检察官牵头负责,辅助人员按工作需要灵活分配。这种工作模式要求相关业务部门强化部门内合作与跨部门协作,形成社区矫正执行监督合力;部门负责人合理安排年度工作,提前制订相关计划;加大对辅助人员的培养使用力度,提升其法律监督履职能力,使之成为刑事检察业务的多面手;同时,尝试改进监所检察监督模式,精简社区矫正日常监督任务,开展社区矫正巡回检察工作,将深挖违法线索以及保障监督力度的任务交由巡回检察处理。通过日常检察与巡回检察有机结合,充分发挥日常检察的便利与巡回检察的优势,有效解决检察资源整合问题,保障监督力度。

3. 引进专业人才,切实加强监督力量

社会力量参与能够有效提升司法执法效率,提升案件办理质量。法律经济学家波斯纳认为:“在一个资源有限的世界中,效率是一个公认的

^①参见周国强:《社区矫正中的社会力量参与》,载《江苏大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第49页。

价值”^①。社区矫正检察监督同样遵循这一原则。实践中,可以根据社区矫正检察工作需要,邀请医疗、审计等领域专业人才担任特邀检察官助理,参与案件公开听证,暂予监外执行的病志审查、专项检察等活动。受自身专业知识领域限制,检察干警对于实务中医疗单据、资质认定等审查工作难以胜任,亟须借助专业人才的辅助。2018 年最高人民检察院提出深化智慧借助理念,倡导检察机关充分发挥社会力量作用,借助专业人才的外脑智库赋能刑事执行检察工作。虽然各级检察机关对于推广该项工作进行了积极探索,但受制于司法成本消耗巨大、缺乏统一资源调配、未形成统一制度体系等现实因素,该项工作的开展面临诸多困境。本文建议,检察机关可尝试自上而下推广外脑智库赋能工作,借助最高人民检察院及省级人民检察院的影响力,统筹建立人才资源库,为基层检察机关提供助力,填补检察机关这一环节的监督空白。

4. 合理制定社区矫正实施细则,规范执法标准

建议在国家层面,以司法解释方式提供更为详尽的适用法律指引,解决各地、各部门对《社区矫正法》部分规定适用标准不一致、执法尺度不统一问题。目前,各地都根据实际情况,结合地区特点制定了针对性的社区矫正方案。执法标准不统一的焦点问题主要体现在长期跨区县活动的社区矫正人员监管方面。

首先,执法标准不统一体现在对社区矫正对象的活动范围限制不统一。以笔者所在地区为例,社区矫正对象的正常活动范围为本县级市辖区内,前往 D 市其他区县需要经过社区矫正机关批准。而 D 市内各区社区矫正对象活动范围为除 D 市代管区县外的辖区。这种规定方式虽然符合社区矫正对象日常工作生活需要,但这种差异化处遇与法律的公平准则不相符。笔者认为,对社区矫正对象的活动范围进行限制,不必局限于传统的行政区域划分,可以针对不同人员的日常活动需求,将多个区县指定为活动区域。既然

社区矫正的本意就是以人为本,便于矫正对象生产生活和再社会化,就应该在日常监管工作中努力唤醒矫正对象回馈社会,帮助他们提高认识,帮助他们争取更多社会帮教,以期更好融入社会。在这方面,上海创设的个性化监管方式应该得到进一步推广^②。

其次,跨区矫正对象跨区域流动条件的审查需要统一标准量化,且涉及多个机关的相互配合,仅仅依靠检察机关和社区矫正机构的力量难以起到实质性监督效果。以“涉海涉渔”社区矫正对象监管工作为例,为破解上述执法难题,江苏、浙江等先进省份以联合下发执法规范性文件的形式进行了创新性探索。2022 年 9 月 9 日,浙江省人民检察院联合省司法厅、农业农村厅、海事局、中国海警局直属第二局及浙江海警局联合下发了《浙江省涉海涉渔社区矫正对象外出活动监督管理办法(试行)》。该《办法》结合浙江省实际情况,对涉海涉渔社区矫正对象外出活动监管的定义、条款、审查程序、监督方式、执法细则等作出详尽规范,统一了省内各执法部门的执法尺度,就如何破解矫正对象跨区域流动难题提供了可供其他地区借鉴的参考答案。

(二) 发展社区矫正智慧监督新方式

《意见》第 19 条明确了利用大数据和区块链促进公检法司与其他机构跨部门协同办案,确立了检察监督工作向智能化、数据化发展的未来方向,倡导建立以检察机关为主导,多部门配合、多环节衔接的社区矫正综合办案信息平台、社区矫正智慧办案系统。在日常社区矫正司法实践中,各执法机关在社区矫正执法过程中产生了海量执法数据,由于各部门之间数据联通、共享方面存在障碍,形成一个个数据孤岛,成为社区矫正监督现代化的数据障碍。如何破解数据障碍已成为实现智慧监督的关键。当前飞速发展的区块链技术以其去中心化和可追溯性、不可篡改等特质,成为检察监督智慧赋能的不二之选。利用区块链技术开发数据监督模型,可以使检察监督不再囿于传统信息管理模式下的事后监管样态,

①参见沈宗灵:《论波斯纳的经济分析法学》,载《中国法学》1990 年第 3 期,第 53 - 64 页。
②上海市浦东新区检察院今年以来按照修改后刑诉法和最高法、最高检、公安部、司法部四部门颁布的《社区矫正实施办法》规定,通过开展密集巡查、开设社区讲堂、启动诉前调查、创建就业基地等四项创新举措,积极探索社区矫正监督的新方式,有力推进社区矫正工作按照新规正确实施。参见蔡顺国:《上海浦东:创新社区矫正监督方式对接新规》,载中华人民共和国最高人民法院网,https://www. spp. gov. cn/spp/zd gz/201209/t20120906_27800. shtml,最后访问时间:2024 年 10 月 10 日。

既可以保障数据互递共享的效率,又能通过隐私计算加密,确保社区矫正人员个人信息不被泄露;同时,解决了相关单位对数据互通的后顾之忧。共享数据联合机制以开发智慧检务应用的方式,助力社区矫正检察将传统监督方式升级为数据智慧监督方式,大大降低了社区矫正监管台账比对、数据誊抄等重复性工作的强度。通过对涉社区矫正数据碰撞筛选,引入合理的判断规则,能够及时发现监管违法点,为检察机关执法办案提供翔实有力的数据支撑。

(三)发挥检察机关自侦权制约作用

提高社区矫正工作的检察监督力度,重要途径之一是增强检察机关自侦办案专业能力。自2018年检察机关反贪、反渎力量转隶纪检监察机关后,检察机关自侦力量受到很大影响,基层检察机关缺乏具有自侦案件办理经验的检察人员,困扰着很多地区的职务犯罪查办工作。经过长期实践探索,各地区检察机关纷纷通过“一体化办案”等多种途径,整合现有自侦侦查力量,加强司法工作人员职务犯罪案件自侦工作。2021年6月颁布的《意见》第15条提出,检察机关要注重办案团队专业化建设。社区矫正检察工作内容繁杂、涉及领域众多,要在其中发掘公职人员违法犯罪线索,就要求检察干警必须具有较高专业

素养,具备应用大数据信息技术指导侦查科技能力、以证据为中心进行收集和固定工作的丰富经验。为更好完成社区矫正检察监督工作,检察机关应注重刑事执行部门团队建设,注重对检察干警线索发掘能力的培养;同时,整合省辖多地区刑事执行检察干警组成专家库,专攻社区矫正司法工作人员职务犯罪问题,为检察机关对社区矫正工作的全方位监督提供坚实后盾。

三、结语

我国社区矫正检察监督工作尚处于起步阶段,现有监督制度仍需不断健全完善。我国国土面积广阔,地域经济社会发展不均衡,如何设立一个统一的法律规范,从来都是立法首先需要考虑的难题。本文认为,基于社区矫正制度以人为本的设立初衷,应适当放权于各地区,由各地区在国家授予的权限内,以上位法为指引,结合自身情况制定适合本地区经济社会发展状况的社区矫正办法,报上级机构审核批准后实施;在工作绩效考评方面,以社区矫正对象监管和安抚帮教效果为指标考核社区矫正与监督工作,不失为一种合理选择。

【责任编辑:张戈】

Current dilemma and solutions for procuratorial supervision of community corrections

Lv Fang, Dong Shengru

(People's Procuratorate of Zhuanghe City in Liaoning Province, Dalian Liaoning 116400, China)

Abstract: As the construction of socialist rule of law enters a new stage, the number of non-custodial sentences in China has increased significantly, which has put forward higher requirements for prosecutorial work of community corrections. Limited by factors such as the solidification of the concept of procuratorial supervision, the connotations of the “four major procuratorial offices” and “ten major businesses” of the procuratorial organs still need to be further developed and improved, and the supervision work of community correction has not yet met the requirements of promoting work standardization through high-quality and efficient supervision. In this regard, we should optimize the resources allocation of the prosecutorial supervision of community correction, strengthen supervision forces and form fixed systems and mechanisms to standardize implementation and supervision; make full use of the power of self-investigation, strengthen the rigidity of prosecutorial supervision and promote the standardized development of community corrections with high-quality and efficient prosecutorial supervision.

Key words: prosecutorial supervision of community corrections; power of self-investigation; deliver to execution; remote supervision

【司法理论与实务研究】

群体诉讼示范性判决研究

——既判力扩张与司法理念的碰撞

朱新宇¹, 张文峰²

(1. 安徽大学, 安徽 合肥 230031; 2. 安徽省黄山市歙县人民法院, 安徽 黄山 245200)

〔摘要〕群体纠纷示范性判决是我国现行诉讼制度的重要补充。群体纠纷具有案情复杂、主体多元、利益杂糅、取证困难等特点,其案件数量和审理难度与日俱增,引入示范性判决应对群体纠纷势在必行。与具有准法律渊源地位的指导性案例不同,示范性判决目前只在特定范围内具有可欲性,不具有普遍性。通过在法律层面建立健全群体纠纷示范性判决机制,明确示范性判决的既判力尺度,强化程序制度衔接,可以从法院内部挖掘深化诉源治理潜力,有效发挥示范作用,提高群体性纠纷审判效率,在为基层法院减轻司法负担的同时,减轻群众诉累。

〔关键词〕群体诉讼;示范性判决;司法效力;法律适用

〔作者简介〕朱新宇(2000—),男,安徽黄山人,安徽大学法学院2022级法学硕士研究生,主要从事行政法和党内法规研究;张文峰(1986—),男,安徽黄山人,安徽省歙县人民法院四级法官助理,主要从事行政审判和数字法研究。

〔收稿日期〕2024-05-17

〔中图分类号〕D925.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-075-07

“一判止千案”是推进我国示范性诉讼工作的理想司法目标。当前,我国示范性判决机制主要应用于证券期货领域的群体纠纷,最具代表性的“东方电子案”就是我国(证券)示范性诉讼的雏形^①。示范性诉讼对其他民商事案件及行政纠纷案件关注较少^②,而后者恰恰是群体纠纷的高发领域,且具有涉案主体复杂、利益多元、取证困难等特点。进入数字化时代,案件数量和审理难度与日俱增,往往“一案涉百人”“一案引千案”。因此,有必要在法律层面建立健全“群体诉讼示范性判决机制”,围绕构建科学统一的示范性判决机制,明确示范性判决既判力范围、示范性案件选择标准和类案执行等问题,进一步厘清其理

论基础和实践逻辑,以助力基层人民法院提升司法效率、减轻司法负担。

一、现状检视:群体纠纷示范性判决机制的引入

(一) 示范性判决的制度现状

“群体诉讼制度”是有效应对“群体纠纷”的特殊诉讼机制,主要包括美国的集团诉讼、英国的代表诉讼、德国的团体诉讼和我国的代表人诉讼^③。我国是世界上群体纠纷和群体诉讼最多的国家^④,但我国的“群体诉讼制度”理论研究却乏善可陈,亟待深入。特别是进入数字社会以来,数字技术的广泛应用引发群体案件井喷,导致以

①参见张晓茹:《中国证券示范诉讼的雏形与构建规范——兼评德国投资者示范诉讼法》,载《人民司法》2011年第15期,第87-91页。

②参见蔡一博,潘裕:《示范性判决机制适用的理念转变与方法拓展》,载《法学前沿》集刊2023年第3卷《新征程中的依规治党与纪检监察研究文集》,第193-202页。

③参见肖建国,谢俊:《示范性诉讼及其类型化研究——以美国、英国、德国为对象的比较法考察》,载《法学杂志》2008年第1期,第33-37页。

④参见杨严炎:《群体诉讼研究》,北京:法律出版社2010年版,第5页。

代表人诉讼为单一主体的群体诉讼制度难以满足现实需要。合并审理具有同一诉讼标的案件的方式,受限于案件本身复杂性及不同个体繁杂的需求,实务中操作难度不断加大,且影响示范效应越来越有限。

鉴于群体纠纷案件中,原告诉讼请求和被告抗辩理由往往具有鲜明的同质性,作为群体诉讼制度重要组成部分的另一项重要制度——示范性诉讼制度应运而生。狭义上,示范性诉讼指诉讼当事人之间达成契约,约定选择某一具有相同事实或法律问题的诉讼作为示范性诉讼,并接受示范性诉讼判决的约束,因此又称为示范性诉讼契约^①;广义上,示范性诉讼是我国地方法院在司法实践中,为解决某些特定的群体纠纷,直接适用具有一定共通性的“类案”而产生的特殊诉讼制度。

在我国多年司法实践中,示范性诉讼制度已逐步发展为“示范性判决机制”。前者强调“诉讼程序”的一致性,后者则强调类案间“判决结果”具有一致性。目前,示范性判决机制只在我国特定范围内具有可欲性,不具有普遍性,主要由特定法院依职权选取具有代表性的示范性案件,作为某些具有共通性的群体纠纷型类案解决的基准。

当前,示范性判决机制在法律层面暂无明确规定。它的形成和发展,有赖于最高人民法院分别于2016年和2018年启动的案件繁简分流改革^②,以及各省市法院先后就示范性判决机制出台的一系列规范^③。上述理论证成和实践探索,为我国在规范层面建立统一的示范性判决机制打下了良好基础。

(二) 示范性判决的主要特征

其一,示范性判决机制主要适用于群体诉

讼。这类诉讼往往具有案情复杂、主体多元、利益杂糅、取证困难等特点,审理难度大,对司法人员要求高。示范性诉讼能以较小的诉讼规模解决较大的群体纠纷中共通的事实或法律问题,从而扩大诉讼制度解决纷争的能力^④。

其二,示范性判决具有典型性和代表性,与其他类案在事实认定和法律适用中存在同一性(共通性)^⑤。示范性判决机制是代表人诉讼制度在我国经过司法实践后发展出来的一个重要变形,即从“选取代表人”发展到“选取代表判决”阶段。因此,我国示范性判决机制目前主要应用于具有同一诉讼标的的群体纠纷案件之中。

其三,示范性判决的既判力具有扩张性,能够在示范性案件的类案中对各方当事人产生同等法律拘束力^⑥,否则示范性判决机制就不具有正当性。也正是因为它具有扩张性,并且很难将影响控制在合理范围,使得这项制度在实践中饱受争议。示范性判决的既判力能否适用到不具有同一诉讼标的的类案之中,目前仍然存在疑问。

其四,示范性判决的应用不限于民事群体诉讼,行政诉讼在司法实践中也有适用示范性判决机制的现实需要。学者张学府根据行政诉讼类型化分析,认为类似必要共同诉讼适用职权型示范诉讼,普通共同诉讼适用契约型示范诉讼,固有必要共同诉讼则不适用示范诉讼^⑦。在这个基础上,示范性判决的效力能否及于类案,取决于两诉的关系如何,以及法律是否有规定或者当事人之间是否有约定。

(三) 示范性判决的重要意义

适时引入示范性判决,可以有效助力法院高质量解决群体纠纷。具体来说,主要包括以下两个方面:

①参见肖建国,谢俊:《示范性诉讼及其类型化研究——以美国、英国、德国为对象的比较法考察》,载《法学杂志》2008年第1期,第33-37页。

②参见最高人民法院、中国证券监督管理委员会2016年颁布的《关于在全国部分地区开展证券期货纠纷多元化解机制试点工作的通知》,最高人民法院、中国证券监督管理委员会2018年颁布的《关于全面推进证券期货纠纷多元化解机制建设的意见》。

③参见2021年河南省高级人民法院《关于行政案件示范性诉讼的指导意见(试行)》、2020年深圳市中级人民法院《依法化解群体性证券侵权民事纠纷的程序指引(试行)》、2020年四川省成都市温江区人民法院《同类型纠纷示范裁判机制》等。

④参见杨严炎:《群体诉讼研究》,北京:法律出版社2010年版,第236页。

⑤参见刘毅,张谷:《示范诉讼及其在我国审判实践中的运用》,载《人民司法》2009年第11期,第44-50页。

⑥参见蔡一博,潘裕:《示范性判决机制适用的理念转变与方法拓展》,载《法学前沿》集刊2023年第3卷《新征程中的依规治党与纪检监察研究文集》,第193-202页。

⑦参见张学府:《行政示范诉讼的正当性基础》,载《行政法学研究》2024年第1期,第63-73页。

1. 理论意义

其一,有利于防止“类案异判”,降低法律适用错误的风险。现实中的群体纠纷往往具有较大相似性,但由于法律层面缺乏统一的规范机制,导致审判人员对个案的理解和把握存在较大差异,从而出现判决不合理现象甚至适法错误。

其二,有利于促进适法统一,为类案提供较为明确的法律标尺。数字化时代“新型案件”层出不穷,通过“司法先行”引入示范性判决机制,实现类案同判,可以有效化解纠纷,为当事人提供合理的审理预期,且有助于弥补法律滞后的局限性。

其三,有助于更新司法理念。传统司法理念往往局限于“非大陆即欧美”的视野,示范性判决机制的引入,有助于我国司法工作人员正视自身的司法方法,在立足中国国情的基础上,合理吸收借鉴国外先进经验,综合利用演绎推理和归纳推理的优点,推动我国司法理念的更新。

2. 实践意义

其一,有利于提高司法效率。群体纠纷具有案情复杂、主体多元、利益杂糅、取证困难等特点,其案件数量和审理难度与日俱增。引入示范性判决机制,提供类案事实认定和责任分配基准,有利于缓解审判机关案多人少的实践困境,实现司法效率和司法公正的有机统一。

其二,有利于高质效解决群体纠纷,降低审理难度。群体纠纷的特点,决定了参与审理的审判人员必须具有较高的司法素质和审理能力。引入示范性判决机制,要求各方当事人提供必要的电子数据和网络信息,借助专业技术人员参与案件审理,有利于帮助审理人员准确认定事实和界定责任主体,从而降低审理难度。

其三,有利于避免群体性诉讼井喷式爆发。现代社会当事人的法治意识不断增强、维权意识日趋高涨,群体性诉讼纠纷日益增多,导致个案审理与司法效率之间的关系愈发紧张。树立典型示范性案件,实质性化解群体纠纷,能够提高法院审理质效,避免同类纠纷大量涌入法院。

二、制度反思:群体纠纷示范性判决应用的难点

(一)上位法依据不足

《中华人民共和国民事诉讼法》第56条确定了群体诉讼制度,即代表人诉讼制度。“人民法院作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生法律效力”,这种代表人诉讼的本质是将具有同一诉讼标的的类案集中统一审理^①。示范性判决机制不仅适用于具有同一诉讼标的的“类案”,还适用于虽不具有同一诉讼标的但具有统一法律关系和请求权基础的“类群体诉讼”。换言之,代表人诉讼没有扩大本案判决的既判力,示范性判决则可能在一定程度上扩大本案判决的既判力。目前,法律对于示范性判决机制尚无明确规定,各地设置示范性判决的规范性文件也大多内容比较模糊。即便是规范设计最为全面清晰的上海金融法院《关于证券纠纷示范判决机制的规定》,在示范性判决机制的关键性问题,诸如示范性案件的选择标准、示范性判决效力范围方面未能做到透彻把握^②。

示范性判决机制的上位法缺位,最主要的原因是审判理念与现实需要之间存在一定的紧张关系:一方面,示范性判决的既判力扩张可能导致类推解释,进而导致法律解释失去客观性;另一方面,示范性判决机制在司法实践中的确能够促进纠纷解决,但法官往往难以把握本案与类案之间是否存在法律上的因果关系。例如,很多类案调解时,援引相似案件进行释法说理,但因于法无据导致解释权威性不够,调解结果难以令人满意。本文认为,想要真正在法律层面建立统一的示范性判决机制,就要深入理解示范性判决的形成条件,明确示范性判决的司法效力和我国司法理念之间的关系,进而找到一条适合我国司法制度发展的新道路。

(二)司法理念的碰撞

我国不是判例法国家,法官不能造法,因而示范性判决对其他不具有同一诉讼标的的判决

①参见陈杭平:《“合众为一”:代表人诉讼判决效力论》,载《法学评论》2024年第2期,第65-76页。

②参见蔡一博,潘裕:《示范性判决机制适用的理念转变与方法拓展》,载《法学前沿》集刊2023年第3卷《新征程中的依规治党与纪检监察研究文集》,第193-202页。

不具有法律上的直接拘束力^①。在推进示范性判决机制过程中,必然会面临两种截然不同的司法理念的碰撞。过于纠结我们属于哪个法系,往往会彻底失去对本国具体国情和司法实践的深入思考。需要何种司法模式,必须具体问题具体分析,通过实践检验真理,而不能简单通过一个标准来否定另一个标准。因此,简单地建立示范性判决机制并不能彻底改变现状,更重要的是从司法理念层面,准确把握我国司法的脉搏。

示范性判决机制的产生和发展,主要得益于群体性诉讼的“合并审理”。这种司法理念有别于我们以往常用的“演绎推理”,其背后的真正逻辑是“归纳推理”。两种推理方式的不同,经常被学者作为区别两大法系的判断标准^②。我们习惯将自己归类于大陆法系,因而自觉失去了采用“归纳推理”的意识,但这并不代表我们没有对案件进行归纳推理的能力,前提是要认识到,我们并不属于任意一个法系。唯有如此,我们才能找到合适中国自身发展的司法方法和审理技巧。从这个角度来看,示范性判决机制的建立,是我们审视自身制度、理念、方法和手段的重要窗口。

(三) 判决效力的越位

示范性案件效力范围的确定,是示范性判决制度功能能否实现的关键。示范性判决一旦作出即产生既判力。这种既判力是由国家背书的绝对强制力,既对各方当事人产生效力,也规制着裁判法院;不仅是实体法具体化的结果,还面向未来^③。关于这种既判力能否约束类案,目前主要存在三种观点:

其一,直接适用型(职权型)。示范性案件的既判力由法院依职权直接适用于类案,且具有强约束力。法官只需要审查两诉的共通性是否达到法律标准即可,既不需要释明,也不需要说理。

其二,可以适用型(契约型)。推定示范性案件具有预决效力,但其既判力是否可以适用于类案,不仅取决于法律规定,还取决于当事人之间

是否达成适用示范性判决效力的协议。否则,法院必须对具有争议的事实和法律适用问题进一步审理。

其三,参照适用型(混合型)。法院可以依职权适用示范性判决,也可以按照当事人约定适用示范性判决。如果上述两种途径都没有选择将示范性判决的效力适用到类案中,法院也应当参照适用示范性判决,防止出现同类异判的现象产生。

(四) 类案之间差异大

确定示范性案件是建设示范性判决机制的核心内容。那么,应当如何确定示范性案件和类案之间的关系呢?在理论上,要将示范性判决的效力覆盖到类案,两诉之间必须具有某种“共通”的法律要素。实践中,如何判断两诉具有共通性是一个不折不扣的难题。各地出台的示范性判决规范性文件中,对于示范性案件选择的规定大多较为笼统和抽象,缺乏可操作性,特别是当前示范性判决机制的应用领域局限于证券期货纠纷,尚缺少其他领域纠纷的司法实践。参与建设示范性判决机制的地方法院数量较少,能够作为示范性案件选择研究的样本也是凤毛麟角。更重要的是,类案之间的实际差异非常大,对构建统一的示范性判决机制形成了挑战。

示范性判决不同于代表人诉讼,后者表现为共同诉讼模式,代表人和当事人都与诉讼有直接利害关系,且具有同一诉讼标的^④。示范性判决的概念显然比代表人诉讼的概念更加宏观,它还包括不具有同一诉讼标的,但在事实认定和法律适用上存在一定相似性的类案。需要注意的是,它的底层逻辑是“归纳推理”,核心方法是“类推解释”。如果这种推理和解释超出了法律允许的合理范围,就可能造成既判力扩张。所以,何种类案能够适用示范性判决,目前仍存在较大争议,其实质是对我国传统以演绎推理为主的司法模式的冲击。

我国虽然已经建立了较为完善的指导性案

①参见丁慧,刘江:《示范性诉讼与民事诉讼的目的》,载《人民司法》2009年第18期,第36-39页。
②参见陈兴良:《法系与推理》,载《人民检察》2005年第7期,第54页。
③参见董昊霖:《诉讼标的相对论的体系构建》,上海:上海人民出版社2023年版,第133页。
④参见毕玉谦,吐热尼萨·萨丁:《示范性诉讼:旅游消费者群体纠纷救济的制度更新》,载《南京师大学报(社会科学版)》2019年第5期,第109-119页。

例制度,且具有准法律渊源的地位,但其实质仍是“法律解释”——通过选择典型案例,从中总结出具有普遍性但难以理解和把握的法律规则或者法律原则,作为类案的审理标准。指导性案例和类案之间,往往在事实认定和法律适用上具有高度契合性和共通性。示范性判决和类案是否具有法律上的因果关系,决定了法官能否直接适用示范性判决进行裁判。可以说,示范性判决相关的类案,带有明显的海洋法系的普通法色彩,它可能突破“以案说法”的界限,导致产生法官造法的现象。

三、理论完善:群体纠纷示范性判决机制的优化

(一)明确示范效力

法律效力制度的目的在于保障民事裁判的权威性(审判权威保障说)^①,因此,首先必须明确示范性案件对类案有无“既判力”,这是检验示范性判决效力性质的重要指标。有学者认为,在前诉和后诉的“法律关系”同一时,可以将消极既判力扩张至判决理由部分^②。但这一观点忽视了一个重要问题:即使前诉和后诉的法律关系同一,二者的事实认定也未必尽然相同。在司法实践中,前诉作出的事实认定往往被认为具有正当性,导致许多法官将其直接适用于后诉之中,从而使后诉判决失去正当性。从我国目前的国情出发,赋予示范性判决直接的既判力并不适宜。一方面,法官并不都具有将两诉事实和法律认定做到完全对应的能力,且现实中两诉的差异往往较大,这对法官掌控案件事实和法律适用的要求更为严格。另一方面,维护法律秩序是我国现行法律价值的重要体现,赋予法官示范性判决的权力,可能导致“法官造法”的越权现象出现。而示范性判决这一制度的出发点,就是追求适法工作的统一。

因此,本文主张,为了防止示范性案件既判

力的过度扩张,如果两案具有同一诉讼标的,事实认定和法律适用均一致时,可以认定示范性判决具有既判力;两案不具有同一诉讼标的,但两案的事实认定和法律认定相似时,可建立具有“参照适用”效力的群体性示范性判决机制,在示范性案件的基础之上,由原被告继续举证,法院不得拒绝审判。

(二)厘清示范条件

虽然各省市的规范性文件都在不断强调要找到各案之间的“共通性”,实际上却很难真正确定两诉之间事实认定和法律依据存在共通性的标准。有学者提出“实际的示范性”,作为示范性判决的选择标准^③;也有学者认为,只要具有相同的关键争议,即可确定为示范性判决^④。无论哪一标准,都没有对示范性判决的具体条件作出明确规定,但也不是无迹可寻。本文认为,可以从更加系统宏观的层面进一步规范示范性判决的条件,即进一步明确和提炼示范性判决事实和法律两个层面争议焦点的一般特征。

1. 事实层面

案件事实是指当事人之间已经发生的具有客观性的事务。要适用示范性判决,两案的事实认定必须满足以下几方面要求:

其一,案件主体达到一定数量。达到多少数量的原被告可以被称为群体性诉讼,法律并没有强制性规定。法院可以按照本院诉讼的具体情况,设置群体性诉讼的基本门槛。人数较少的案件不适宜应用示范性判决,按照正常程序处理即可,否则会导致示范性判决喧宾夺主。示范性判决机制更强调的对现行司法制度的补充和增强,而非创造。

其二,涉案金额大致相当。涉案金额大小一般是区分法院管辖范围的关键因素,也是决定案件重要性的重要指标之一。群体纠纷的涉案金额一般较大,当事人往往会投入较大的精力举证质证。但在涉案金额较小的群体纠纷中,部分当

①参见陈刚,宫楠,邓继好:《民事诉讼法制现代化——基于法系意识的探讨》,北京:北京大学出版社2020年版,第191页。
②参见王学棉:《民事诉讼预决事实效力理论基础之选择》,载《国家检察官学院学报》2020年第1期,第146-161页。
③参见刘韵:《精细化诉讼程序视域下民事讼争点整理现状及其发展——基于规则和裁判文书的实践分析》,载《法学家》2021年第2期,第131-146页。
④参见蔡一博,潘裕:《示范性判决机制适用的理念转变与方法拓展》,载《法学前沿》集刊2023年第3卷《新征程中的依规治党与纪检监察研究文集》,第193-202页。

事人可能会丧失参与诉讼的积极性,类案适用示范性判决机制的优势在此凸显。

其三,涉案主体的行为同一。客观行为(客体)是判断两案是否具有同一诉讼标的以及是否具有共通性的决定性因素。二者必须具有同一性,否则就不能称之为类案,自然就没有适用示范性判决的基础。例如,侵权行为与婚姻行为之间不存在同一性,但侵权行为和合同行为之间却有可能存在同一性。需要注意的是,侵权行为和合同行为可能因当事人选择不同而产生不同的法律后果。换言之,主体行为同一只是适用示范性判决的必要条件,而非充分条件。

2. 法律层面

类案之间必须具有相同的请求权基础,这是适用示范性判决的基本前提。因此,两案在法律适用中的认定必须满足以下两方面的要求:

其一,法律关系同一。法律关系是两诉标的是否一致的决定性因素^①,群体诉讼据此可以分为两类:(1)两诉具有相同标的,法律关系重叠(这类诉讼本来可以合并审理,但为了提升司法效率,节约司法资源,法院可以将其中的某一案件识别为示范性判决,然后在类案中直接适用该示范性判决);(2)两诉本来属于两个独立之诉,但请求权基础相同,法律关系交叉但不一致。

其二,法律行为同一。法律行为是引起某一法律关系形成、变更或终止的决定性因素^②。两诉标的一致时,示范性判决的效力当然及于另一诉的法律行为;但当两诉标的不一致时,只有两诉法律行为一致才能“参照适用”示范性判决。例如,民法典创造性地规定了“简易债权回收+限定入库”规则,债权人代位权的法律效果依据债权或其从权利是否被采取了保全、执行措施以及债务人是否破产而有所不同^③;但在债权人行使代位权的示范性判决中,类案必须指向行使代位权这一法律行为,其他案情只与法律效果有关,与能否适用示范性判决无关。在行政法律关系中亦是如此。

(三)完善审理程序

示范性判决机制的建立,出发点是为了提高司法效率,减轻法院的审案负担。但在示范性判决既判力扩大的同时,可能会带来一定的法律风险。因此,必须进一步完善法院审理程序,保障当事人的正当合法权益。具体来说应做到以下几点:

其一,尊重当事人的诉讼权利。示范性判决机制可以由法院根据实际案情依职权启动,或依当事人申请确定,但都必须充分考虑当事人接受示范性判决结果的意愿。例如,可以在立案时就对当事人是否愿意适用示范性判决机制进行登记,否则就必须按照当事人提出的证据,依职权引导当事人在庭审中充分辩论;同时,对于接受示范性判决的当事人,可充分告知示范性案件的审理情况,如示范性诉讼的庭审旁听告知、庭审直播安排等,保障当事人参与权。

其二,及时公开示范性判决机制。法院应当就示范性案件的示范条件、司法效力、关键争议、审理结果等内容及时公开公告,并设置一定的公告期间。法院应当通过释明等方式,及时告知当事人本案是否适用示范性判决,以及示范性判决的司法效力究竟属于哪一种类型。

其三,加强示范性判决的审理程序。在办案系统标注“示”字标识并备注关键信息,以方便后续相关群体诉讼均自动链接该案;如果应当适用示范性判决的,必须考虑与一审程序的衔接协调,如是否开庭审理、举证质证等;如需开庭审理,则优先排期、送达、开庭、结案,缩短群体诉讼案件的整体化解时间。在实体审理中,法官自身不得任意扩张示范性判决的既判力,必须严格依法依规适用示范性判决,维护当事人的正当合法权益。

其四,完善示范性判决的监管。应审慎处理示范性判决,将示范性诉讼案件纳入“四类案件”监管范围,完善对审理全过程的监管。对于示范性诉讼案件,原则上必须经过法官专业会议讨

①参见袁中华:《法律关系范式之反思——以民事诉讼法为中心》,载《法学研究》2024年第1期,第129-147页。
②参见张作华:《传统法律行为理论的现代改造及体系重构——从“权利行为”到“关系行为”》,载《法商研究》2009年第1期,第20-27页。
③参见申卫星,傅雪婷:《论债权人代位权的构成要件与法律效果》,载《吉林大学社会科学学报》2022年第4期,第122-137页。

论,确有必要的还须经审判委员会研究;文书签发阶段应加强院(庭)长阅核监管,确保示范性判决对每一个争议焦点都给予充分说理。

其五,完善示范性判决类案调解程序。选取具有代表性和典型性的案件,作为候选示范性诉讼案例,形成具有示范效应的高质效裁判意见,以利于为类案调解提供法律标尺^①。如此,既不用考虑示范性判决司法效力是否越位的问题,同时能够使不具有同一诉讼标的的示范性判决可以参照适用的功能发挥到最大。

四、结语

选取典型群体案件,确立群体诉讼示范性判决机制,既能为法官审理类案提供具体指导和参

照,又能有效促进不同法院适法工作的统一,从而提高司法效率,真正实现“一判止千案”的司法理念,将示范性判决有效转化为“司法动能”。需要注意的是,适用不具有同一诉讼标的类案时,示范性判决既判力可能会不当扩张。因此,必须进一步通过法律或司法解释,明确示范性判决的适用范围和条件、示范性判决的效力以及示范性案件诉讼的审理程序等。这对于我国在司法领域建立统一的群体纠纷示范性判决机制,缩小各地司法制度差距,降低同案异判率,保证群体纠纷审理精度都具有重大意义。

【责任编辑:耿 浩】

Research on model judgments in group litigation
——the expansion of res judicata and the collision of judicial concepts

Zhu Xinyu¹, Zhang Wenfeng²

(1. Anhui University, Hefei Anhui 230031, China; 2. People's Court of She County in Huangshi City of Anhui Province, Huangshan Anhui 245200, China)

Abstract: Model judgments on mass disputes are an important supplement to China's current litigation system. Mass disputes are characterized by complex cases, multiple subjects, mixed interests and difficulty in obtaining evidence. The number of cases and the difficulty of trial are increasing day by day, so it is imperative to introduce model judgments to deal with mass disputes. Unlike guiding cases that have quasi-legal source status, model judgments are currently only feasible within a specific scope but not universal. By establishing and improving the model judgment mechanism for mass disputes at the legal level, clarifying the res judicata scale of model judgments and strengthening the connection between procedural systems, we can tap into the potential for deepening litigation source governance within the courts, effectively play a demonstration role and improve the efficiency of mass dispute trials, to reduce the burden of litigation on the masses while reducing the judicial burden on grassroots courts.

Key words: group litigation; model judgments; judicial effect; application of law

①参见龙立琼,黔南:《示范性诉讼为类案调解提供法律标尺》,载《法制生活报》2023年5月23日,第001版。

中国法治现代化背景下法典化研究的必要性

樊 聪

(中国社会科学院大学,北京 102488)

〔摘 要〕中国式法治现代化应当在坚持中国特色社会主义道路的理论旗帜下,以提高我国立法执法司法水平,提高国家法治能力现代化为目标。法典化趋向作为数字时代增强各部门法体系化、制度化、同一化的一种状态,反映了我国法治能力的提升,也反映了中国式法治现代化的内涵与侧面。为厘清中国法治现代化背景下法典化研究的必要性,应当从理论旗帜、时代性要素、目标三个角度,界定中国式法治现代化的内涵;从民族性、时代性要素、目标三个角度,分析论证法典化趋向是强化中国式法治现代化模式的体现;以法典化趋向带来的集群效应为表,体现的高度法制自信、中国式法治现代化的自我革命性为里,论证法典化趋向有利于沉淀中国法治现代化的司法文明成果,有利于辅助开拓中国式法治现代化国家治理的新道路。

〔关键词〕数字时代;中国式法治现代化;法典化;风险社会

〔基金项目〕本文系2019年国家社科基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”(项目编号:19AFX007)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕樊聪(1996—),女,山西运城人,中国社会科学院大学2022级刑法学博士研究生,主要从事刑法学研究。

〔收稿日期〕2024-05-09

〔中图分类号〕D920 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-082-07

一、中国式法治现代化的内涵

国家建构理论要求完善国家权力的合理化以及国家对社会权力的控制。在中国式法治现代化这一理念中,“中国”体现了我国法治建设始终以坚持中国特色社会主义为旗帜,坚守民族性;“法治化”作为必要手段,将国家权力合理化,通过立法、司法、执法三个层面,实现更完善更细致的国家治理,优化国家社会治理能力与治理水平^①;“现代化”表明该理念是在网络数字化特色突出的数字化时代与风险社会预防中,追求实现风险管控平衡的背景下提出的。由此,中国式法治现代化的内涵以理论旗帜、时代性要素、目标

为组成要素。

(一)中国式法治现代化的理论旗帜:走中国特色社会主义道路

本文认为,中国式法治现代化的理论旗帜应当为:始终坚持走中国特色社会主义道路,注重我国法治的本土性。当今已进入全球化时代,比较法研究成为我国法治研究的重要研究方法之一。我国刑法中的客观归责理论、不法性、有责性等理论观点,都借鉴于德日刑法。现有的刑法理论由借鉴苏联到借鉴德日刑法,属于典型的大陆刑法,但新时代对刑法理论提出了更深层次的要求^②。客观归责理论以及片面共犯理论无法解

①参见孙光宁、侯晓燕:《法典化时代的法律方法研究——中国法律方法论研究报告》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2022年第6期,第173-184页。

②参见代瑞婷:《法典化时代法律渊源理论反思与体系重构》,载《西南政法大学学报》2022年第6期,第16-30页。

决我国当前司法实践中面临的一些问题,如共同犯罪中是否存在片面共犯、如何定性,在学界与实务界都存在分歧。对于这样的问题单纯运用比较法研究方法,使用德日既有理论并不能有效解决,只有以中国国情为基本土壤,深入到我国司法实践理论中来,不盲从使用他国概念,才能找到真正有效的破解之道。我国的四要件体系、三阶层理论与二阶层理论究竟应该如何选择,需要刑法理论在具体实践中被检验与选择。与之相对应的,中国式法治现代化的必然要求,是构建属于中国的学科体系与话语体系,这是我国在立法论与司法论研究中必须秉持的理论旗帜。

(二) 中国式法治现代化的时代性要素:数字法治背景

中国式法治现代化的“现代化”表明该理念处于网络数字化特色突出的数字化时代背景下^①。信息革命时代到来后,第一次工业革命时期的社会存在与社会治理模式已经发生了巨大的转型。信息的共享与畅通,使得现代国家建设不得不在数字经济与网络社群的轰炸下做好充足的准备,以应对数字经济时代带来的机遇与风险。中国式法治现代化在这样的数字法治时代,需要面临种类更加丰富的社会治理对象。在刑事法领域,刑法对环境法益的重视已经被提上日程,不仅反映了环境法益对人类的侵害性达到了值得科处刑罚的程度,也反映了绿色原则在企业发展中被关注度的提高^②。环境法益的提出与受到重视,目的是达到企业自身经济发展与长期稳健趋势的并存,通过行刑衔接,以刑罚处罚督促做出污染环境行为的企业重视企业发展的多维性,实现绿色稳健发展^③。在刑事诉讼法中,认罪认罚从宽制度的试点铺开,也是出于经济效益下的功能主义法治方式,通过新型的程序转处对犯罪嫌疑人进行分流,并且对刑罚的犯罪附随后果进行补足,以实现刑事法处理的新平衡。在犯罪学领域,主张使用信息共享平台与实证研究对犯罪率进行量化分析,在数字法治时代创新了自己的学科研究方法。因而,中国式法治现代化的第二个内涵为时代性要素:数字法治背景。

(三) 中国式法治现代化的目标:风险社会下社会预防与管控平衡

当中国式法治现代化以数字法治为其时代性要素时,我们必须同时注意到,数字经济时代资本的积累与发展在创造新型地域文化与社交模式时,各类新型冲突的产生使现有法治要素提前预判未知风险的能力降低,国家公民对民族文化与国家的认同也受到前所未有的挑战。中国式法治现代化的目标,正是在风险社会众多不稳定与不可预测的因素下,提高抵抗风险的能力。这就需要中国式法治模式随着数字时代的发展而作出新的发展。以刑法为例,在风险社会理论下刑法体系具有预防性的走向。风险社会的政策性基调与刑法的政治化趋向互相影响,刑法的目的由传统的“惩罚犯罪、保护人民”转向社会治理,行刑衔接、民刑衔接,行政管理处罚法与刑法对于人身性处罚在同一个治理层面进行联通;民法与刑法在罚金刑以及损害性赔偿方面,达到了同一治理层面的联通。

在风险社会理论背景下,虽然法治作为国家治理能力和治理水平最直接的体现之一,公法“走下神坛”,积极参与社会治理,使得国家社会的法治水平明显提升,但风险社会理论也会对传统的法治体系产生冲击:风险社会理论导致刑法理论面临危机,法益论在当代产生了流变与困境,刑事责任根据发生结构性嬗变,传统的刑法教义学理论遭遇隐蔽重构,预防刑法对自由刑法产生侵蚀。本文以刑法性质与理论嬗变为例,是想表明中国式法治现代化的第三个内涵就是在法律的意义、目标层面给出了新时代的答案:实现风险社会背景下社会预防与国家治理的平衡。

二、法典化趋向是强化中国式法治现代化模式的体现

(一) 法典化是法律民族主义的深化,极具中国特色

根据法律发展历史,法典化的产生与发展来自四个定点:第一,以成文法典代替习惯法;第

①参见郑智航,曹永海:《国家建构视野下法律制度的法典化》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期,第62-75页。
②参见杜健:《中国环境法治:体系、教义与法典化》,载《学术论坛》2022年第2期,第42-56页。
③参见黄茂钦,戴航宁:《论法典化时代经济领域软法的绿色转向》,载《西南政法大学学报》2022年第6期,第112-123页。

二,法典化帮助强化法律民族主义,增强民族凝聚力;第三,法典化作为一种意识形态进行跨区域渗透与传播;第四,全球化时代的准据法挑选吸引力,也即比较法上的先进性与国际竞争力。以罗马法为例,在第一个阶段,罗马法以成文法的方式取代习惯法^①,使法律发挥出真正的可预测性、确定性、指引性。在有利于提高国家治理水平的情形下凝聚了国家统一,增强了身份认同。在第二个阶段,虽然饱受学者尤其是罗马法坚定鼓吹者的质疑(萨维尼^②就坚决反对编纂民法典),但民族国家的君主仍试图摆脱作为普通法的罗马法的影响,使法律“国有化”,强调突出民族国家本国的独特性,使其更具法律民族主义。第三,当法典具备价值及原则的普适性时,可以通过传播促进法律的区域化进程。此时,法典作为一种意识形态可以促进地区的一体化进程。第四,法典化面临作为全球化时代的准据法选择,需要增强自身本土法律的吸引力与国际竞争力。当今正处于全球化时代,各国的法律体制彼此之间既相互影响又互相竞争。在法典化产生与发展的这四个定点阶段,只有坚持走中国特色社会主义道路,符合中国特色、适合本土国情且具有价值及原则参考力的法典,才能在全球化时代具备自身的优势。将法典化与民族性作为一组充分必要条件进行反推,法典化的发展程度,同时可以反映出我国在坚持中国特色社会主义道路下理论的自身发展程度与进路,随着时代发展和实践检验与时俱进不断优化,才能在提升我国本土法律价值意义以及国际竞争力的同时,增强法律民族主义与本土性。

(二)法典化是实现国家治理能力现代化的必然要求

国家治理体系的构建与国家治理能力的提高,最重要的依托是较为健全的法治体系。法治体系可以将国家治理制度与国家治理体系以法威慑性与法公信力的方式进行固定。只有在法制化的背景下,才有可能实现国家治理能力在民主集中意志下得以肯定和提高。我国属于大陆

法系,同时属于典型的成文法国家,法公信力与既判力都是我国法制的必然特征与优势。法典化的推进,可以充分调动各部门法的力量,在各种法益的穿插与交互中平衡各方利益,实现我国国家治理体系和治理能力现代化的再发展。

例如《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的编纂,从多个角度与侧面,立足于我国社会主义市场经济良好发展环境的营造、我国社会主义基本经济制度的巩固与完善,在坚持党的领导、坚持人民民主专政、坚持以人为本的合宪性理念下,把尊重和保障人权、推进人权法治保障、构建人权治理的中国话语体系深度融入我国人权事业发展及我国国家治理体系和治理能力现代化发展的进程中^③。在《民法典》编纂之前,诸多单行法盘根错节,民法基本价值上的一贯性很难通过一部体系化的民法典进行整合与保持。若将单行法以排列整齐的教科书方式进行整理,只能算作法律汇编的工具书,谈不上在内容上实现了内容全面性与内容一致性的体系化。只有以法典化的形式进行整理与研讨,才能集合各方力量,使法律制度在形式上与价值上真正实现体系化和统一化。

因此,我们必须放宽视野。《民法典》的编纂应当作为一个契机进入实现我国治理能力现代化的视野中。法典化的实现,不仅仅是通过某一部部门法内的体系性整合实现司法实践的公正性与实质正义,更是为实现我国治理能力现代化提供了法制依托与动力资源,为实现全面依法治国提供完整优越的法制体系前提。综上,只有确立法典化作为实现我国治理能力现代化重要枢纽的意义后,才能更加明确地认识到应当对法律制度的法典化进行深入研讨,以有效应对全球化背景下国家法制体系建构所面临的挑战。

(三)法典化有利于在风险社会背景下统筹规范法益

法典化在风险社会背景下作出,不免面临风险社会理论对各部门法本身法制的冲击。法律

①参见陈金钊:《法典化语用及其意义》,载《政治与法律》2021年第11期,第2-16页。

②萨维尼(Friedrich Carl von Savigny;1779—1861),普鲁士王朝法学家,历史复古主义思潮的代表,法律关系本座说的创立者。其代表作《论立法和法学的当代使命》站在德国历史法学派立场上,强烈反对制定包括民法、刑法、诉讼法在内的全德国适用的法典。

③参见张卫平:《法典化:实现民事诉讼制度体系化的有效路径》,载《河北法学》2022年第8期,第2页。

制度的法典化作为一项重要的立法活动,其带来的统一性会帮助我们在风险社会理论下系统性、统筹性地看待新兴法益危险种类的识别与归纳。法典化可以帮助原有的法律理论保持足够的敏感性,保持相对稳定的更新速度,以适应网络社会的多变性。以刑法为例,其保护的法益在网络社会中随着社会发展内容在不断变化。有些传统法益在网络时代增加了新的内容(利益),外延发生了变化,且受到了新的侵害。当下的法律制度为了适应网络社会而发展,已经存在的既定内容可以与传统的法律制度一同被体系化。然而,现在对于网络社会很多新生权益尚未有定论,甚至还有未出现的新权益,法典化如何将其同时体系化,便是当下难以回避的疑难问题。但是,法典化有利于系统性、统筹性地对新型法益危险进行识别与归纳。虽然法律本身具有滞后性,不可能用列举的方式无限增加法典的条文,但是识别与及时归类,可以对风险社会背景下作为部门法的研究进路与立场提供建议,对原有理论进行更深层次的反思与重构。

三、法典化趋向辅助开拓中国式现代化国家治理的新道路

(一)法典化体现了中国共产党高度的法制自信

2016年7月1日,习近平总书记在庆祝中国共产党成立95周年大会上明确提出要坚定“四个自信”,即“中国特色社会主义道路自信、理论自信、制度自信、文化自信”;2021年11月8日召开的党的十九届六中全会再次强调,要坚持道路自信、理论自信、制度自信、文化自信。“四个自信”中的制度自信集科学性、民主性、实践性于一身,是极具中国特色的精华思想集成、集体意识体现,是人民意识深刻落地、通过实践反复磨砺与检验的状态展现。有学者指出,制度自信以实践动力、理论动力、效能动力为生成动力,其中,实践动力为符合国情、有效管用、人民拥护,理论动力为马克思主义的科学制度理论体系,效能动力为能够转化为治理效能的制度机制^①。

制度具有根本性、全局性、稳定性、长期性特

点。实践动力、理论动力、效能动力应当通过何种方式进行反映与反馈检验,以实现理论与实践的良性互动呢?具备中国特色的社会主义制度很多,例如作为根本政治制度的人民代表大会制度,中国共产党领导的多党合作和政治协商制度,以按劳分配为主体、多种分配方式并存的基本经济制度,等等。但是,以上制度均为中国共产党领导下经济体制、政治体制、社会体制的不同侧面,只有中国特色社会主义法律体系具备独特性。法律体系可以作为我国社会主义发展的一个“切面”,透过这个切面可以反映出我国制度发展的状态与高度。如果将我国法律体系分为公法与私法,那么典型的私法(如民法)反映了我国民事交易的意思自治与自我范式;典型的公法(如刑法)则通过分论的不同章节,对社会关系中众多不同法益进行分类保护,以保障社会主义建设事业顺利进行。在此角度下,通过我国法律体系这个“切面”,可以探讨马克思主义科学制度的理论体系在我国实定法背景下如何进行自我优化,并突破德国法教义学框架进行自我尝试;通过我国法律体系发展的进程检验与自我革命,反映我国制度自信的实践动力与效能动力。

法典化作为中国特色社会主义法律体系进程中的关键节点,可以强烈地反映我国的法制文明自信。法典化趋向可以兼顾立法论与司法论,通过将部门法典化的形式,将现有的实定法成果固定;通过将单行法的场域分离,使之独立化并自成体系,引领司法实践中的诸多特有法益变化及时被归类与调整。以上法典化的趋向,与立法论与司法论的前提和内在联结有关。中国特色社会主义法律体系以立法论和司法论为两个研究主体,其中,立法论以实定法为体对现行立法进行分析,在“有法可依”的前提下实现依法治国,强调体系性思考与规范性思考;司法论更强调司法实践,既是对现行实定法进行三段论推演的过程,也是通过司法实践反刍,通过具体案例呈现的法益变化态势及时进行立法动态调整,最终达到立法与司法的互利互促。

从总体来说,法典化趋向是一种状态,是我国法治文明发展的一个节点,是中国特色法律体

^①参见龙丽波:《习近平关于制度自信重要论述的生成动力、价值旨归与实践指向》,载《学术探索》2022年第4期,第38-44页。

系构建的必然趋势。我国是成文法国家,强调法的可预测性和指引性,“法治”与“德治”并行是我国法律历史发展过程中留下的宝贵精华。在当今法治现代化背景下,“德治”不仅是对实定法中蕴含的人文精神的体现,也是立法者立法目的与立法精神中的民主性、国家政治意志上反映出的国家司法文明发展程度以及对知识体系给予极大尊重的体现。政治意志决定法典化“可不可为”,学术积淀则决定法典化“能不能为”。法典表征着法学学术的积淀^①。法典化的趋向,体现了中国特色法律体系发展的进程,也直接反映了中国共产党作为执政党对自身法律体制的高度应用自信。

(二)法典化体现了中国式法治现代化的自我革命

中国式法治现代化的自我革命主要体现在三个层面:一是政策贴合国情;二是国家自主性;三是具备时代性要素,并且此三层面是层层递进的关系。在第一层面即“政策贴合国情”层面,如果国家政策不贴合本国国情,很容易使辛苦耕耘的劳动成果束之高阁,无从用之。因此,国家政策首先必须从符合国情的角度出发,才能提出创新性的思考与发展。在第二层面即“国家自主性”层面,法治现代化建设如果不具备国家自主性,将无从获得“阿尔法收益”而只会成为“贝塔收益”^②,使得法治现代化的推进以盲目吸收他国一切优质成果为目标,并随着他者变动而变动,发展变化极具被动性,自身的中国特色无从保留,获得的收益也难以长期维系,有悖于我国发展现代化法治的目标。因此,法治现代化发展必须站在中国场域,进行自主性的探索与思考。在第三层面即“具备时代性要素”层面,中国式法治现代化必须具备时代性要素。仅仅具备对基本国情的把握与国家自主性还不够,在国家发展的自我探索中,要有的放矢,对现代世界体系的经济、制度、文化维度进行理解与消化,尤其不能

忽视数字化特色突出的数字化时代背景,也不能忽视对出现的新兴法益的重视,而是要在风险社会背景下,探寻符合我国自身建设发展需要的现代化法治之路。

在国情贴合层面,法典化的演进逻辑体现了我国法治文明发展中本土主体存在的特殊意义。中国式法治现代化着眼于对法家、儒家等本土法治文化的充分自信,立足于中国共产党领导的法治理论实践和全面推进依法治国的百年法治奋斗经验^③。中国本土法治土壤长期以来奉行“法治”“德治”双行,二者相互促进相互补充。儒家文化饱含着中华优秀传统文化法律文化,两千多年来深深地影响着每一个中国人。传统法律文化对中国法治发展的影响和作用提醒我们,应当在实现中国式法治现代化的过程中深刻把握历史源脉,充分发挥人本主义、德法共治、人民民主等要素,并以此为前提,在符合我国国情的前提下发展现代法治文明。法典化的演进逻辑,符合我国德法共治、人本主义、人民民主要素,譬如《民法典》中对人格权独立成编、刑事诉讼法提倡成典以对程序分流转处进行优化设计,正是体现了这种逻辑。这种逻辑强化了我国法治现代化进程中对基本国情把握的重要性。法典化的演进逻辑,与我国法治文明发展进程中强化本土性的逻辑心心相印。

在国家自主性层面,法典化趋向的形成反映了中国式法治现代化进程的定点沉淀。国家自主性是现代化发展进程中的一个关键变量。国家具有自主性,意味着国家作为拥有一定疆域和人口控制权的机构,会确立并追求一些不受社会集团、阶级或整个社会影响的目标^④。在这个意义上,可以用公募基金区分与选择领域中的“阿尔法收益”与“贝塔收益”做类比。“阿尔法收益”不随市场一起波动,可以独立跑赢市场;而“贝塔收益”跟随市场一起波动。在评估公募基金的组

①参见雷磊:《法典化的三重视角》,载《法制与社会发展》2023年第2期,第58-76页。
②“阿尔法收益”也称为超额收益,指通过主动投资管理获得的超越市场平均水平的收益;“贝塔收益”也称为市场风险收益,指因市场整体波动而带来的收益。“阿尔法收益”是跑赢大盘的超额收益,主要承担的是非系统性风险;“贝塔收益”是跟随整个市场波动获取的平均收益,风险主要来自于市场的系统性风险。
③参见刘玄龙,王宝磊:《中国式法治现代化的演进逻辑——从儒法文化、百年法治和人工智能谈起》,载《社会科学家》2022年第12期,第114-120页。
④参见陈柏峰:《中国式法治现代化的中国特色》,载《法制与社会发展》2023年第2期,第5-25页。

合上,“阿尔法收益”所占的比重越大,组合的质量就越好,原因就在于“阿尔法收益”具备自主性与独立性,具备自身不随市场价格正向波动的独立价值回归,并且可以随着自身的发展使投资者获益。中国的法治现代化进程也是如此。只有具备国家自主性,我们才能拥有大比重“阿尔法收益”,具备独立跑赢市场的定性与稳定发展的价值评估。法典化趋向的形成,正是我国尝试在把握国家自主性前提下的一种勇敢尝试。我国的法典化趋向不同于德国的法教义学理论——仅在教条主义、“释经”条件下进行的实定法修改与完善,而是一种动态的、随着我国法益变化而实时调整的体制完善,是中国法治现代化进程中自主性发展程度定点的一次沉淀、一次落地。

在时代性要素层面,法典化趋向可作为中国式法治现代化建构方案中的关键一环,以理念与要点的方式促进国家治理体系能力的提高。法典化趋向反映了提升国家治理能力的深度进展,尤其体现在《中华人民共和国刑法修正案(十一)》中新增一系列罪名以及关于刑法再典化的讨论,这体现了我国公法领域的深刻变革。传统意义上的德国刑法教义学,随着风险社会理论的引入与数字法治的背景,已经在中国本土发生着变革与重塑。中国尝试建构自己的轻罪治理体系,正是刑法作为基础部门法参与国家治理,充分发挥甚至优化公法功能的体现。“在中国式法治现代化的建构方案上,国家治理能力与法治能力在相当程度上是重叠的,国家治理的视野与法治的事业在相当程度上是重叠的,国家治理体系与法治体系在相当程度上是重叠的”^①。面向国家治理的法治功能定位,可以展示中国现代法治的中国特色,且中国现代法治具备改进国家治理的可能性^②。我国的法典化趋向,不得不说是中国式法治现代化建设充分吸收时代性要素,并且根据自主性原则打破旧有框架进行的全新尝试。

(三)法典化有利于沉淀中国法治现代化司法文明成果

“法治文本创新为中国式法治现代化之表,

以《民法典》的颁布实施为标志,中国特色社会主义法律体系逐步迈向法典化新阶段”^③。在中国共产党的坚强领导下,中国式法治现代化的进程得到了巨大推进。以《民法典》的颁布实施为例,《民法典》在体例创新、时代属性、科技文明、人文特色四个角度,都体现了我国对于民法体系的法治文本创新与立法司法理念的应时更新。在《民法典》之后,各类单行法追求法典化已然形成浩然之势。

《民法典》在体例创新上设置了七编制结构,在时代属性上被称为“21 世纪民法典”,在科技文明上加强网络时代的个人信息保护,在人文特色上将人格权独立成编,为我国法典化趋向提供了很好的模板与范本。在这样的背景下,我们可以很稳健地去想象法典化趋向成型后的状态:法典化将极大地有利于法体系的系统化建构;有利于厘清各部门法的概念与范畴——防止法条内部的错乱与混淆;有利于法教义学的深化与更新——探索具有中国自主特色的法教义学理念;有利于构建中国自主法学话语体系;有利于充分继承《民法典》的独特经验;有利于系统法学大视野的发展;有利于开展领域法学与新兴交叉学科的研究。这种状态可以分为两个层面:法典化有利于法体系的系统化建构,有利于构建中国自主法学话语体系。

首先,法典化趋向有利于中国法治现代化的内涵在法体系内部实现文本上逻辑清晰、内容上详尽完善、系统上法教义学的深化,与中国自主探索的经验成果巧妙融合为一体。不同部门法之间各自的内涵与范畴并非完全清晰,存在一些空白地带或模糊地带,如空白罪状的解释与司法裁量、兜底性条款与口袋罪。以刑法为例,当涉及民刑衔接与行刑衔接时,大概率只会在本条法律文本末端以“构成犯罪的,依法追究刑事责任”结尾。“抛绣球”式的规定将本场域存在的难以处理的“连接点”束之高阁,交由法官进行自由心证、裁量,这不利于对司法公信力的保证,甚至会

①参见喻中:《论中国法的精神》,西安:陕西人民出版社2019年版,第65页。

②参见喻中:《中国式法治现代化的建构方案》载《法律科学(西北政法大學學報)》2023年第2期,第16-26页。

③参见付子堂:《中国共产党创造法治文明新形态的历史叙事》,载《中国社会科学》2022年第12期,第45-58+200-201页。

带来更大的危机。法典化趋向将以体系性思维进行立法与司法。强调体系化,就必然会督促各单行法尽可能地做到内容详尽、逻辑清晰,如此才能进行法典自身内部实定法的研究与司法实践上的反刍修正。

其次,法典化趋向有利于构建中国自主法学话语体系。法典化植根于我国本土经验,并将不同部门法的创新性探索落地在系统法学的大视野中。这种独具中国特色的法典化倾向,有利于开展领域法学与新兴交叉学科的研究。在中国式法治现代化建设过程中,独属于我国的不同部门法的研究成果,完全可以通过法典化方式加强与固定。例如在刑法领域,刑事一体化思想、立

体刑法学思想、关系刑法学思想、数量刑法学思想、实证法学研究方法等,都是我国宝贵的自主尝试;在刑事诉讼法领域,认罪认罚从宽制度、监察法治文明等等,都是我国在对英美法系辩诉交易的借鉴下,取其精华去其糟粕,提出中国式诉讼结构理解,进而得出的法治实践性尝试。

希望法典化趋向作为我国法治文明发展的阶段性定点,既是理论研究成果的沉淀,也可以成为我国探索中国式法治现代化征程中的一次具备自主性、时代性、人民性的勇敢尝试。

【责任编辑:张 戈】

Necessity of codification research under the background of the modernization of Chinese rule of law

Fan Cong

(University of Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 102488, China)

Abstract: The modernization of Chinese rule of law should be based on the theoretical banner of adhering to the path of socialism with Chinese characteristics, aiming at improving the level of legislation, law enforcement and justice in China and improving the modernization of rule of law capacity. The trend of codification, as a state of enhancing the systematization, institutionalization and unification of various departmental laws in the digital era, reflects the improvement of China's rule of law capacity and the connotation and aspects of the modernization of Chinese rule of law. In order to clarify the necessity of codification research under the background of the modernization of Chinese rule of law, the connotation of the modernization of Chinese rule of law should be defined from the three perspectives of theoretical banner, contemporary elements and goals; it is analyzed and demonstrated that the trend of codification is the embodiment of strengthening the model of the modernization of Chinese rule of law from the three perspectives of nationality, contemporary elements and goals; it is demonstrated that the trend of codification is conducive to the precipitation of the judicial civilization achievements of the modernization of Chinese rule of law and to the assistance of opening up a new path for the national governance of the modernization of Chinese rule of law, with the cluster effect brought by the trend of codification as the surface, and the high legal confidence and the self-revolutionary nature of the modernization of Chinese rule of law as the inner core.

Key words: digital era; modernization of Chinese rule of law; codification; risk society

【法学理论研究】

论复合式行政允诺司法审查规则的证成与完善

卢政峰¹, 张 墩¹, 郎雨竹²

(1. 大连海洋大学, 辽宁 大连 116023; 2. 辽宁省人民检察院, 辽宁 沈阳 110033)

〔摘 要〕行政诉讼以行政行为合法性审查的展开为基本原则, 构建了以法定职权、正当程序等要件为基础的司法审查规则。随着推进简政放权与服务型政府的建构, 行政机关借助社会力量实现公益的复合行政允诺行为模式日渐增长。复合性行政允诺行为蕴含行政承诺行为与行政履约行为两个层面, 而传统合法性审查标准具有单向性, 以审查单一行政行为为指向。故有学者指出, 传统审查标准已然无法适应当前需要, 应借鉴民事法律关系的审查基准, 构建行政允诺的新型审查规则。其实不然。复合式行政允诺行为是两个行政行为的统一体, 坚持行政行为形式理论与合法性审查的标准, 就能构建完善的行政允诺行为审查机制, 实现法的安定性与依法行政的应然性。

〔关键词〕复合式; 行政允诺行为; 法律关系; 合法性审查

〔基金项目〕本文系辽宁省教育厅高等学校基本科研项目“政府特许经营协议在履行中的法律问题研究”(项目编号:LJKFR20220245)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕卢政峰(1971—), 男, 辽宁凤城人, 大连海洋大学海洋法律与人文学院副教授, 法学博士, 主要从事行政法与行政诉讼法研究; 张墩(1999—), 男, 广东揭东人, 大连海洋大学海洋法律与人文专业法学专业 2021 级宪法学与行政法学硕士研究生, 主要从事行政法与行政诉讼法研究; 郎雨竹(1985—), 女, 辽宁沈阳人, 辽宁省人民检察院第四检察部四级高级检察官, 主要从事刑法学和行政诉讼法研究。

〔收稿日期〕2024-10-09

〔中图分类号〕D922.1 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2024)06-089-08

一、问题的提出

现代行政法治以摒弃管控型政府理念, 构建服务型政府体系为导向, 使得行政允诺案件频繁进入公众视野。最高人民法院 2009 年印发的《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》(以下简称《意见》)指出, 各级人民法院应依法积极受理行政给付、行政允诺等新型行政案件。虽然《意见》将行政允诺行为纳入行政诉讼受案范围, 但现行法律法规并未就行政允诺司法审查规则作出详尽规定。如何界定行政允诺内涵及构建完善的司法审查规则等问题, 学界争议较大。

2019 年, 最高人民法院颁布《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》, 指出了行政协议适用行政法律关系审查的基本路径。随之, 行政允诺适用行政协议审查的做法较为普遍, 如“黄某、张某诉某市人民政府、某市某镇人民政府行政允诺案”(以下简称“黄某案”)中, 人民法院采取了未曾引用的裁判逻辑^①, 即以确定行政法律关系成立为前提, 在法律关系存在位阶下认定被告具有给付义务, 从而转入履行法定职责的诉讼审查思路。该审查方式突破了传统合法性审查规则, 是行政法律关系审查标准在行政

①参见湖北省黄石市中级人民法院:“黄银友、张希明与大冶市人民政府、大冶市保安镇人民政府行政奖励一审行政判决书”, (2015)鄂黄石中行初字第 00036 号, 载中国裁判文书网, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181217BMTKHNT2W0/index.html? pageId = d2da2ef770622ff337b448b66fe0619a&s7>, 最后访问时间:2023 年 12 月 27 日。

诉讼中的直接引用。

“黄某案”是社会转型视角下对行政允诺司法审查困境的一个缩影。针对以公私融合趋势为典型特征的行政允诺行为,还存在着“双阶理论”与“民事法律关系审查”的规则指向。对此,本文将对对比现有行政允诺司法审查方式之利弊,证成合法性审查标准适用的可行性,辅以信赖利益保护规则加以规制,以期重构对行政允诺司法的审查标准,更好地化解行政允诺司法审查争议。

二、“民事审查说”的引入:优劣之分

有关行政允诺内涵的厘定,存在多种认定标准。追本溯源,在于行政允诺行为自身的复杂性。行政允诺行为可划分为单一式行政允诺行为与复合式行政允诺行为,单一式行政允诺行为又称具体行政行为的承诺行为,是指行政机关针对特定主体所应允的优惠承诺。该行为对象特定,实践中多以行政合同、行政协议等方式存在,并不存在审查争议,自然无须赘言。复合式行政允诺的构成要件包括三方面内容:一是行政机关针对不特定对象作出承诺;二是特定相对人实施了应允行为;三是特定相对人请求行政机关依法履行给付。故复合式行政允诺是行政机关为实现行政管理目标或保障社会公益,以规范性文件或其他形式对不特定相对人作出承诺,于条件成就时使特定相对人获得请求给付权利的法律行为。

(一)“民事审查说”的基础理论

1.“双阶理论”审查

区别于完全主张适用民事法律关系审查的观点,部分学者提出了“公法”+“私法”性质的“双阶理论”审查模式。“双阶理论”起源于德国,旨在解决德国行政实务中政府提供补贴救济所产生的争议。当时,联邦政府拒绝承担对电影从业人员的债务保证,将行政机关为实现目的而采取的私法行为置于私法规范下进行审查,排除了行政规范的适用。德国学者伊普森(Ipsen)在其著作《Private Zuschüsse》中明确指出,应将联邦政府的保证行为区分为两个阶段进行论证:第一阶段为国库行政行为,具有公法性质;第二阶段为发放补贴的合同行为,则属于私法性质。在拆分阶段后,德国法院可以依据不同的请求进行适法审查,第一阶段设定为行政机关与行政相对人之

间的行政法律关系,第二阶段则设定为请求人与被请求人之间的民事法律关系。“双阶理论”的提出,不仅解决了公法与私法之间的对立冲突问题,而且突破了学界传统思维中认为法律关系的审查应力求在同一法律关系中处理的局限。

行政允诺行为要求相对人的参与,是行政机关关于相对人实现要求后即兑现允诺权益的意思表示行为。持“双阶理论”的学者认为,基于行政允诺行为与民事法律行为的同质性,当公法规定无法涵摄处理时,便可类推适用民事法律规范。为此,有学者提出了二阶构造民事法律关系审查的观点,否定传统的合法性审查标准。理由如下:

(1)复合式行政允诺行为包含具体行政行为与抽象行政行为。传统的具体行政行为审查基准无法进行学理证成,抽象行政行为不应为传统基准所审查,即承诺并不属于行政允诺行为本身。尽管2014年修订的《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)将“具体行政行为”修改为“行政行为”,有将抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围之嫌,但依据法定主义原则,现行行政诉讼司法审查范围仍为具体行政行为。将行政机关的允诺行为纯粹认定为行政行为,将引发行政诉讼直接审查抽象行政行为的法律效果,混淆了具体行政行为与抽象行政行为的立法救济导向。

(2)随着私法向公法领域的渗透以及服务型政府的构建,传统的二元分化模式已趋于模糊,行政事务的复杂性催生了诸如行政允诺等非正式的行为模式。此类行为模式尚未被正式“正名”,因此,应对现有审查规则进行革新。例如,在传统行政行为中,公民通常无权过问行政权的行使,行政权的行使遵循“命令—服从”模式,而在行政协议、行政允诺等新型行政行为中,行政机关的意思表示往往不再具有独立性,而是与公民协商的结果。因此,有学者认为,在充满私法精神的行政允诺中,引入民事法律关系审查机制极为重要。

(3)有学者认为,2014修订的《行政诉讼法》第101条提供了正当化的法定依据,即人民法院审理案件,在行政法律规范外可参照民事诉讼的相关规定。实务中也有案例予以印证,如在辽宁省本溪市某贸易公司清算小组与某市人民政府

行政允诺一案中^①,法院以案涉主体达成合法行政允诺关系为由,参照民事法律关系成立的标准,判决该市政府依法承担给付义务。

(4)司法审查范围的径直突破。尽管现行《行政诉讼法》已将行政允诺纳入受案范围,赋予司法机关对行政允诺合法性审查之权利,但行政诉讼立法目的有保障相对人权益与限制公权之意,对司法审查标准以及范围的径直突破,可满足行政诉讼立法精神之期许。故从法解释学角度出发,“双阶理论”审查可进行间接适用。

值得注意的是,“黄某案”中呈现出的判决模式,是首先以先行判决确认该市人民政府与相对人黄某的行政允诺关系成立,又后判决确认行政机关负有履责义务,以前后递进的审查逻辑解决案涉争议;而“双阶理论”不主张诉讼程序的前后推进,强调在同一时空条件下对被诉行为进行区分,适用不同的法律规范。因此,两阶层裁判建构模式前后两次诉讼的推进饱受“双阶理论”学者的批评,其原因在于诉讼程序繁琐、耗时长久、消耗应诉主体精力,不利于行政争议的高效解决。

2. 行政法律关系审查

奥托·迈耶(Otto Mayer)采纳了行政关系失衡的思想,认为任何行政行为都具有不平等性和强制性等特点,因此行政机关与公民之间无法形成平等的合约关系。在公法与私法融合的时代背景下,为了限制行政权力的滥用,奥托·迈耶虽然借鉴了民事关系理论,却严格坚守公法与私法的二分法原则,将行政法律关系划分为一般权力关系和特别权力关系。一般权力关系受宪法的规制,国家只能按照法律规范在既定的权限范围内活动;特别权力关系则赋予了行政机关较大的自主权,允许其与公民通过协商来确立合约关系。基于此,奥托·迈耶援引民事法律关系理论,构建了一种区别于整体适用民事关系理论的行政法律关系审查模式。

我国众多学者主张运用行政法律关系对被诉行政行为进行审查,其依据如下:

首先,行政允诺行为是政府与公民合作,并经过法律规范调整所形成的合同关系。在合法

性审查过程中,公民的合法权益往往被置于次要地位,缺乏对公民权益的充分关注。而行政法律关系审查则将公民的合法权益纳入审查范围,并强化了对其的救济措施。此外,部分行政法律关系论者还主张,公权力并非仅由行政机关独享,私主体也可在特定情境下享有部分“公权力”,并在此基础上构建平等秩序的理念。

其次,行政法律关系通过对行政行为的动态审查,涵盖了从行为作出到行为结束等一系列时间点,更能有效推动行政争议的解决以及公民权益的保护。

最后,合法性审查往往缺乏对附随义务的足够关注。在民事合同法律关系中,“附随义务”是与主给付义务相对应的概念,是民事合同约定的给付义务以外的隐性补充。在行政行为中,附随义务表现为行政机关的告知、解释等民事性质的义务。因此,引入行政法律关系审查可以强化对附随义务的规制,从而弥补行政行为形式审查的不足。

(二)“民事审查说”的不足

相较于以往,当前公民更多地参与到行政管理中,推动着社会规制与国家规制的良性互动。但笔者认为,民事法律关系审查等新型审查方式均存在固有的缺陷,于中国本土化借鉴移植所难以容纳,理由如下:

1. 意志自由界限的冲突

无论是整体适用的行政法律关系审查还是后阶适用民事法律关系审查的“双阶理论”,均离不开意思自治原则的权衡。意思自治原则又称私法自治原则,指法律确认民事主体得以自由地基于其意志进行民事活动的基本准则。首先,在民事合同中,民事主体在不违反法律法规强制性要求的前提下,可自由创设、选择行为发生的各种要素。在此方面,行政允诺确实类似民事行为。但作为国家职能部门,行政主体的行为必然受到行政职权等规范的限制,自由度无法与民事行为相提并论,充其量为“行政法上决定空间”。因此,民事行为的法律效果并非必然产生行政行为之法律效果。如民法规定未成年人的精神状

^①参见山东省高级人民法院:“辽宁本溪民族贸易公司清算小组诉荣成市政府行政允诺案二审行政判决书”,(2000)鲁行终字第1号,载讼也网,<http://ms.isheng.net/index.php?doc-view-21168-%282000%29%E9%B2%81%E8%A1%8C%E7%BB%88%E5%AD%97%E7%AC%AC1%E5%8F%B7>,最后访问时间:2023年12月27日。

态会影响其行为法律效果的产生,采取的是主观意思说;而行政法采取的是“客观意思说”,即执行公务人员的精神状态并不必然影响行政行为的效力。例如,精神失常的公务人员所作出的行政行为,在具备合法性要件时,其行为效力并不受影响。其次,民法上的意思自治并不受行政法上的程序错误、超越职权等违法要素的严格限制。直接引用民事法律关系审查理论,不仅有使行政意思突破法规以及目的限缩之嫌,还易产生赋予违法行政行为合法性之悖论。尽管“双阶理论”将行政允诺行为一分为二,有效避免行政允诺行为不受公法的约束,但明显违背了传统的法哲学思想。最后,民法意思自治的基础在于主体地位的平等性。虽然复合式行政允诺行为具有协商性特征,但是作为公权力主体的行政机关强势地位并未消除。“私法论”的引用,易使行政主体脱离行政法约束,在意思自治的“面纱”下损害行政相对人的利益。

2. 穷尽原则的考量

民事法律关系适用于复合式行政允诺审查,是出于私法学理与公法学理有共通性的考量。若不对私法与公法加以区分,则无明显划分之必要。有学者认为,基于行政诉讼法的规定,人民法院在审理案件时,可在行政法规外参照或适用《中华人民共和国民事诉讼法》之规定,其观点有待商榷。行政允诺作为行政行为,其属性决定应优先适用行政法规范。在现行行政法律规定无法有效解决纠纷时,不应一味追求引入民事法规的适用,否则易造成法律体系的混乱。在我国合法性审查理论框架下,私法理论的引入,将冲击已有的审查逻辑,造成法律规范之间的对立。因此,在现行行政法规存在缺陷时,应首先通过法解释技术等方式,扩张法规的适用性与规制性。即使在法解释技术不能处理的情形下,也应考量适用民事法规是否会产生与行政法规不相容的结果。

三、传统审查的缺陷:路在何方?

传统行政法以行政行为形式理论为依托,要求行政主体的行政行为应在法律规范内行动,在行政活动中指定特定的时间点作为审查行政行为的范畴,完成行政行为合法与否的评价。大陆法系国家以该审查模式为指引,不断赋予行政行

为类型化区分。如行政行为被划分为行政法律行为与行政事实行为,又在此基础上演进分为数个概念,其指向在于根据子概念构建可审查的法技术概念,最终建立不同的行政行为救济审查规则。即行政主体于行政活动中采用哪种形式,受到哪种程序规制以及行政行为的实施与相对人之间的关系,均有专门的规范予以限制。此种对行政行为模式的高度概括与提炼,催生了行政行为的合法性审查标准。长期以来,合法性审查标准在行政行为审查中发挥了巨大优势,但随着政府与公民合作模式的发展,受限于立法的滞后性,合法性审查标准的弊端逐渐显现并为诸多学者所诟病。主要体现在以下两个方面:

(一) 缺乏对行政行为持续过程的动态把握

合法性审查以特定时点为基准,对该时点所固化的权利义务关系进行审查,只注重完成阶段的行政决定,并不着眼于行政行为持续的过程。此类审查形式所带来的明确性虽有助于司法机关进行事后审查,但明显不利于相对人权益救济的展开,无益于权利救济平衡性。在多数行政争议中,行政主体的违法侵害行为并不仅仅存在于审查发生时,其往往持续贯穿于行政允诺行为实施过程中,存在违法继承性的问题。因此,对过程观察的不足,使得行政主体对相对人权益的不合理限制与剥夺行为屡遭忽视。

(二) 缺乏对行政相对人权益的关注

行政允诺行为是行政机关与私主体合作实现互补、最终达成满足公益目的的形式。而合法性审查标准所构筑的行为模式是以行政行为的展开为基本遵循,使得不同行政行为衔接不同的适法性要件,通过这种方式实现对公权的监管与规制。这种审查模式的目光仅聚焦于行政允诺行为本身,缺乏对相对人权益的关注。尽管立法者力求在修法中将所有行政行为纳入受案范围进行审查,却忽视了行政允诺审查缺乏公民权益保障的问题。

四、审查规则的修正:归本溯源

行政允诺行为虽然吸纳了诸多私法元素,但其本质旨在实现行政管理目的,理应受行政法规则的约束与调整。无论是行政法律关系审查理论还是“双阶理论”,均引用民事法律关系原理,

构建全新的行政允诺审查框架,突破传统行政法中合法性审查的局限,以应对新兴行政行为的涌现。然而,在既有模式下,我们对于行政允诺本质、行政法律关系的界定以及构建新型审查规则体系的路径均缺乏清晰的认知。尽管传统审查规则在应用中存在局限,但在新型审查规则存在缺陷且尚未实现质的飞跃的情况下,盲目引入可能导致行政诉讼审查体系的瓦解,引发秩序构建的混乱,最终徒劳无功。传统合法性审查标准虽有局限,但通过理论的深化与完善,可以解决诸多现存问题。因此,应坚持行政行为的形式审查标准,同时不断完善合法性审查标准,实现复合式行政允诺纠纷的有效解决,以维护法秩序的稳定。

(一) 合法性审查规则的证成

在不同行政行为中,行政机关所承担的通知、公开等义务不同,适用新型审查方式易忽略行政行为的核心要素,造成审查畸轻现象的发生。而合法性审查标准作为一种标准化的行为审查规则,从“权限”“程序”“法律效果”“诉讼类型”等方面对行政行为进行适法性审查,能够根据行政行为的不同特征,限制行政主体在行政行为模式下的程序遵循,达到法规范视角下的合法行政。故从纠纷解决和权利保障的角度出发,适用行政行为合法性审查原则,能妥善解决复合式行政允诺争议问题。

2014年修订《行政诉讼法》的目的之一,就在于防止适用行政诉讼法原则的落空。对受案范围作“应收尽收,例外排除”的解释,是对以往法院过度恪守司法尊让原则,对行政允诺案件大多持不敢审、不想审、不能审片面取向态度的回应。尽管《行政诉讼法》所设立的封闭对抗型审查模式在实践中不断被调适,但开放合作型行政行为模式的构建不应以传统合法性审查标准的放弃为导向,也不意味着要将新型审查标准直接引用至行政诉讼法律规范中。将行政允诺纳入行政诉讼范围,其目的在于规制人民法院的拒绝裁判行为,防止借机规避合法性审查行为的发生,强化司法对行政权的监督作用。作为行政诉讼法的基本规则,在坚持依据合法性审查对行政允诺进行全面审查的基础上,完善合法性审查的基本要件,便可解决这一问题。

(二) 合法性审查规则之展开

承接前述,部分学者主张排除合法性审查规则在行政允诺行为中的应用,理由如下:合法性审查规则主要关注行政行为的结果,忽视了对行政过程的审查与保障;此外,传统行政法学往往将视角聚焦于行政行为的规制上,对私人在行政程序中的意思表示、合法权益等缺乏足够关注,导致在行政允诺行为的规范上,合法性审查出现了逻辑断层以及审理不兼容的问题。这正是实务中机械认定合法性审查的弊端所在。

复合式行政允诺以前后递进的投合行为为构造。其中,前行为即承诺行为,本质上是一种意思表示行为,以相对人的应予作为生效要件。当承诺所约定的要件未成就时,该承诺不对外发生法律效力,也不会导致行政主体与相对人之间法律关系的产生。因此,如果相对人单纯提起对承诺行为的诉讼,法院应当不予受理。然而,根据行政行为的公定力理论,除非行政行为当然无效或存在重大、明显违法的情形,否则应假定其合法有效,任何组织和个人都不能否定其效力。在公定力理论下,当行政相对人基于对承诺合法有效的信赖实施了应允行为后,承诺所附的生效要件成就,此时行政主体与相对人之间便产生了所约定的权利与义务关系,相对人因此获得了基于承诺产生的支付请求权,而行政主体则应承担相应的支付义务。这一过程构成了一个新的行政法律行为。

由于前行为(承诺行为)与后行为(履约行为)是不可或缺的统一体,因此,合法性审查标准应突破单向性审查的局限,对承诺与后续行政机关的履行义务行为进行实质性审查,以保障相对人的合法权益。为弥补传统审查规则之不足,我们应对行政诉讼合法性审查的要件进行完善,以应对复合式行政允诺司法审查中的挑战。具体而言,对行政允诺行为合法性的审查应从以下路径展开。

1. 法定职权审查

法定职权审查是对作出被诉行政行为的行政主体职权进行适法性审查,主要审查被诉行政主体是否存在超越职权、滥用职权的情形。针对复合式行政允诺行政主体创设自由度高、自由裁量空间大以及缺乏立法规制的问题,法定职权审

查的遵循可有效监督行政主体虚置法律、违法使用职权的行为。

2. 要件事实审查

所谓要件事实审查是对构成被诉行政行为的法定要件进行审查。在行政允诺行为中应当遵循法定要件,否则将丧失实定法依据。具体表现为行政主体在诉讼中对其所作的行政允诺行为,应达到要件事实清楚、证据确实充分的标准,否则将承担行政允诺行为违法的不利后果。

3. 适用法律审查

行政立法以限制公权、保障私权为导向,行政主体的各项权能均需实定法框架内实施,以达到依法行政之法律效果。在此基础上,行政允诺适用法律规范的审查不可或缺。但在实践中,行政允诺行为是行政主体结合自身职权需要,针对特定情形所创设的承诺,承诺行为往往没有实定法依据。从这点看,行政允诺行为似乎脱离了实定法的规制,其实不然,行政允诺行为依然需要达到法律规范的最低限度,即行政允诺所约定的内容、标的等不得违反法律、行政法规的禁止性规定。故行政允诺行为项下的适用法律审查,是针对无其他实定法规制情形下禁止性规定的审查。

4. 法定步骤审查

任何行政行为的实施均应按法律规定的程序进行。实践中,行政允诺行为不可避免地存在着一些程序瑕疵的情形,如期限超期、送达及通知等程序轻微违法等。这些程序上的瑕疵虽然可能未直接损害行政允诺的实体内容,但无疑会对行政允诺的公信力、执行力和行政相对人的合法权益产生不利影响。法定程序审查机制的建立与完善,正是为了有效应对和防范此类程序瑕疵的发生。通过对行政行为实施过程中每个步骤、每个环节进行严格的审查与监督,确保行政允诺行为在法定程序框架内规范进行,避免任何损害行政程序公正性、合法性和效率性的行为发生。

5. 正当程序审查

行政允诺内含“协议性”特征,是由行政主体与相对人在意思自治情形下协商的结果,在协商的内容事项上享有较强的自由裁量性。程序性立法为行政行为提供总括的基本规则,无法事无巨细地对各项行政允诺行为制定专门性规范。因此,行政允诺存在缺乏程序性规制、程序规定

不详尽的困境,使得行政主体在作出行政允诺行为过程中,屡屡创设不合法之程序性规定,肆意剥夺与限制相对人正当程序之合法权益。对此,有必要在程序性规范不详尽时,参考正当程序原则进行审查与判断,要求行政主体在行使行政允诺行为过程中,遵循最低限度的程序公正标准,以达到充分保障程序正义的指向。

6. 合理性审查

所谓合理性审查是人民法院在审理被诉行政行为时,不仅要注重其合法性的审查,更应当对其合理性进行审查。实践中存在的大量行政主体以“公共利益需要”为由随意裁撤或不履行行政允诺的行为,其根源在于裁量范围缺失所引发的裁量权滥用问题。合理性规则要求裁量权的行使必须坚持适度、公正的原则,遵循相同情况相同对待的原理,严格限缩行政裁量权在公正合理的范围内实施,避免行政主体滥用裁量权侵害行政允诺相对人权益行为的发生。《行政诉讼法》第77条规定,行政处罚明显不当,或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的,人民法院可以判决变更。该规定明确地将行政处罚“明显不当”列为行政行为合法性审查的标准之一,表明合法性审查标准中适用合理性审查的必要性,证成了在涉行政允诺行为案件中适用合理性审查的正当性。

7. 原告合法权益审查

在涉行政允诺行为案件中,虽然适用民事法律规范进行审查未免失之偏颇,但在对行政相对人合法权益的范围与赔偿标准进行审查时,可以适用民事法律规范,以避免出现相对人行政合同中的救济不如民事合同的情形。

(三) 合法性审查救济之展开

1. 信赖利益保护的引入

在行政允诺行为中,相对人通常在知悉行政主体的承诺后,便会产生预期之信赖,并据此着手采取准备行为与实施行为。此时,预期信赖利益已成为相对人的合法权益。若行政主体贸然拒绝履行或迟延履行行政允诺,将导致相对人遭受信赖利益损失。司法实践中,法院常以履责之诉来审理行政允诺案件,并辅之以信赖利益保护原则,以促进行政允诺争议的妥善解决。所谓信赖利益保护原则,是指公民对行政主体法律秩序

的稳定性所产生的合理信任,行政主体应当予以保障的原则。其法理基础在于行政公定力理论,即行政行为一经作出,在未经法定程序撤销之前,应被视为合法有效。无论行政行为最终是否被撤销,行政主体均不得贬损公民对行政行为合法性的预期信赖,而应予以充分保障。

信赖利益保护原则已成为我国行政法的重要原则之一,是规制行政协议、行政允诺等行政行为的重要理论工具。该原则创设了违法行政行为中利益权衡的两项基本理念。其一,若个案中行政主体通过行使撤销权所欲保障的私人利益优于公共利益,则相对人对违法行政行为所产生的信赖利益亦应得到保障。此时,违法行政行为应存续而不得撤销。此即信赖利益保护中的存续保障。其二,若个案中行政主体通过行使撤销权所欲保障的公共利益明显优于相对人的私人利益,则相对人对违法行政行为所产生的信赖利益应转化为财产保障。行政主体可撤销违法行政行为,使其恢复到作出之前的状态,同时给予相对人相应的经济补偿。此即为信赖利益保护中的财产保护。财产保护方式的原理在于,因为保障公共利益的重要性显然大于公民利益,所以对行政允诺行为予以撤销,转而通过经济补偿的方式保障相对人的合法信赖利益。

然而,通过财产保护与存续保护的双重衔接,虽然信赖利益保护原则看似为行政允诺案件相对人权益救济构建了规范路径,但在财产保护方面仍存在一定缺陷:其一,信赖利益保护原则在一定程度上可能冲击法的安定性,其适用往往取决于裁判者的主观判断,衡量基准的缺失易导致个案判决结果的不一致;其二,信赖利益保护原则允许在公共利益大于私人利益的情况下撤销违法行政行为,虽然保护了公共利益,但也可能引发随意撤销行为事后赔偿的信任危机;其三,在违法赔偿方面,尽管撤销违法行政行为后公民仍可提起信赖利益之财产保护请求,但赔偿通常仅具有填补损失的法律效果,远远不及正常履行行政允诺所能给公民带来的合法收益。

2. 合法预期保护的引入

针对信赖利益权衡的困境,学者们在审视信赖利益保护理论的基础上,广泛引入域内外各类学说观点,以期弥补信赖利益保护的不足。对

此,我们可以借鉴英美法系中的合法预期规则,构建起一套严密的行政允诺行为司法审查规则体系。合法预期是指行政相对人基于行政机关的先行行为(如制定通知、进行指导、实施承诺等),虽然尚未获得某种具体的权利或利益,但已经合理产生了对行政机关未来必定会实施某种行为,从而使其获得某种利益或保持某种状态的预期。相较于信赖利益保护,合法预期具有以下优势:

其一,在实体保护层面,合法预期不局限于财产保护与存续保护的两分法,对于公益大于私益的行政允诺案件,合法预期主张从保障相对人合理信赖出发,可以责令行政机关行使裁量权,寻找可调适的行为空间,以避免行政允诺行为被撤销的法律效果,转而实现满足相对人允诺期许的法律效果。即,当行政主体的原承诺行为损害公益时,若通过更换其他承诺可以存续行政允诺行为,则行政主体不得轻易撤销该行政允诺。此外,合法预期还提供了一种新的纠纷化解途径,即通过调整行政允诺行为(如变更奖励),来促成承诺目的的最终达成。这在公益大于私益的情形下,能有效挽救政府信任危机,并为相对人提供比财产保护更为积极的救济方式。在相对人对行政机关所应给予的授益性利益已产生心理信赖的基础上,引入合法预期理论能够确保公民对政府承诺的信任得到保障。这一理论使得合法性审查标准更加注重行政行为的动态过程,规制行政主体的裁量自由空间,从而弥补信赖利益保护的不足,并充分解决行政允诺行为中相对人权益保障不充分的问题。

五、结语

当前,合法性审查规则在行政诉讼中依然占据着首要且不可或缺的地位,其重要性并未因时间的推移而有所减损。尽管“黄某案”等个别案例为我们提供了审视行政允诺的新视角,启示我们思考现有审查标准的局限与拓展路径,但盲目地割裂或摒弃现有的审查框架,无疑将导致论证失范与逻辑混乱。从维护法秩序安定性的高度出发,我们应当致力于完善合法性审查的基本要件,确保司法权在介入行政允诺全过程时,既能遵循法定审查路径,又能灵活应对复杂多变的行政实践。具体而言,应当通过细化审查标准、明

确审查程序、强化审查效力、引入合法预期等措施,使合法性审查在行政允诺案件中发挥更加积极、有效的作用,不断推动合法性审查规则的完善与发展,更好地服务于行政审判工作。

[参考文献]

[1]张鲁萍.行政允诺的性质及其司法审查——基于对司法判决书的实证分析[J].西南政法大学学报,2016(06):48-56.

[2]张怡静.行政允诺裁判思路的体系整合[J].浙江社会科学,2022(05):58-65+93+156-157.

[3]刘莉,胡攀.生态环境损害赔偿磋商制度的双阶构造解释论[J].甘肃政法学院学报,2019(01):37-46.

[4]陈又新.政府采购行为的法律性质——基于对“两阶段理论”的借鉴[J].行政法学研究,2015(03):110-118.

[5]戴俊英.行政允诺的性质及其司法适用[J].湖北社会科学,2010(12):157-160.

[6]卢航,杨峥嵘.具体行政行为与抽象行政行为的交叉地带及其法律思考[J].河北科技大学学报(社会科学版),2020(03):65-71.

[7]沈达明,梁仁洁.德意志法上的法律行为[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2015:39-40.

[8]鲁鹏宇.论行政法学的阿基米德支点——以德国行政法律关系论为核心的考察[J].当代法学,2009(05):50-59.

[9]王本存.行政法律关系的功能与体系结构[J].现代

法学,2020(06):96-109.

[10]赵宏.法律关系取代行政行为的可能与困局[J].法学家,2015(03):32-54+176-177.

[11]赖恒盈.行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析[M].中国台北:元照出版社,2003:59.

[12]李昊.德国新债法中附随义务的构造[J].环球法律评论,2009(05):113-123.

[13]陈天昊.行政协议中的附随义务[J].浙江学刊,2022(03):76-87.

[14]严益州.德国行政法上的双阶理论[J].环球法律评论,2015(01):88-106.

[15]余凌云.行政契约论[M].北京:中国人民大学出版社,2000:109-110.

[16]成协中.行政行为概念生成的价值争论与路径选择[J].法制与社会发展,2020(01):154-171.

[17]章志远.法治政府建设中的人民法院:问题与再定位[J].探索与争鸣,2022(01):92-99+179.

[18]李洪雷.行政法上的意思表示与法律行为[J].法哲学与法社会学论丛,2006(02):31-74+282-283.

[19]余凌云.诚信政府理论的本土化构建——诚实信用、信赖保护与合法预期的引入和发展[J].清华法学,2022(04):125-147.

[20]赵贵龙.论“信赖保护原则”司法审查标准的规则创制[J].中国应用法学,2021(05):89-108.

【责任编辑:柴玮】

On the justification and improvement of the judicial review rules of compound administrative promises

Lu Zhengfeng¹, Zhang Dun¹, Lang Yuzhu²

(1. Dalian Ocean University, Dalian Liaoning 116023, China;

2. Liaoning Provincial People's Procuratorate, Shenyang Liaoning 110033, China)

Abstract: Administrative litigation takes the development of reviewing the legality of administrative actions as its basic principle and constructs judicial review rules based on statutory powers, due process and other requirements. With the promotion of streamlining administration and delegating power and the construction of a service-oriented government, the compound administrative promise behavior model in which administrative agencies use social forces to achieve public welfare is increasing. Compound administrative promise behavior contains two levels: administrative commitment behavior and administrative performance behavior. The standard of traditional review of legality is unidirectional and is aimed at reviewing a single administrative behavior. Therefore, some scholars point out that the traditional review standard can no longer meet current needs, so we should draw on the review benchmark of civil legal relations to construct a new review rule for administrative promises. In fact, this is not the case. Compound administrative promise behavior is a unity of two administrative behaviors, so adhering to the theory of administrative behavior form and the standard of the review of legality can build a perfect review mechanism of administrative promise behavior and realize the stability of the law and the necessity of administration according to law.

Key words: compound; administrative promise behavior; legal relationship; review of legality

【法学理论研究】

新污染物的治理挑战与公法规制路径

张梦蝶

(中央民族大学,北京 100081)

〔摘要〕在传统污染物之外,一些隐蔽性较强、危害发现较晚的新型污染物逐渐成为威胁生态环境与公众健康的新问题。现行有关新污染物的治理框架,在立法规范、监管组织结构、监管措施选择等方面均存在一定不足,需要结合新污染物隐蔽性高、难降解、多场域的风险危害特征,从以上三个方面予以完善。具体而言,应将新污染物治理作为“有毒有害化学物质防控编”的特别章节,并对一般规则和特殊规则予以明确;同时,加强环保部门的统筹能力,建立健全部门间协调机制和责任制度,以提升监管部门的内部监管合力;借助行业自律机制的建立和完善,拓宽监管结构的规模,发挥外部监管力量的作用。此外,在弱风险防范原则的基础上,强调前端监管与过程监管的结合,增加柔性措施与软法规范的适用,并加强监管分流和精准监管,从而形成更有效的新污染物公法规制方案。

〔关键词〕新污染物;风险防范原则;分散式监管;柔性监管;公法规制

〔作者简介〕张梦蝶(1993—),女,江苏南京人,中央民族大学法学院讲师,法学博士,主要从事行政法学研究。

〔收稿日期〕2024-11-01

〔中图分类号〕D922.68;X327〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2024)06-097-08

一、引言

环境是人类赖以生存和发展的基础物质条件,良好的生态环境不仅关乎公民的健康安全与生活品质,更影响着社会经济可持续发展的程度。在较长的一段时间里,我国对经济发展的过度追求引发了较多环境污染与生态破坏问题,为公众健康和社会发展带来了负面效应。随着社会对良好生态环境的需求不断提升,政府不断推进防污治理工作,雾霾、黑臭等传统污染物的治理均取得了较好成绩^[1]。但在传统污染物之外,一些隐蔽性较强、危害发现较晚的新型污染物却逐渐成为威胁生态环境与公众健康的新问题。为回应新污染物的规制问题,2022年国务院发布《新污染物治理行动方案》(以下简称《行动方案》),正式将新污染物治理纳入国家防污治理体系,明确对新污染物的治理属于政府履行环境保

护职能的重要方面,政府应加强对新污染物的监管工作。由于相关规范和实践措施尚不完善,对新污染物的治理更多停留在纸面构想上,距离实际目标还存在着不小的差距。本文拟以《行动方案》为基础,结合政府监管理论与我国实践需求,探讨如何针对新污染物形成更合理、更有效的公法规制路径。

二、新污染物的危害特征与规制困境

目前,理论界与实务界并未就新污染物形成统一的定义,《行动方案》亦回避了这一问题,只是从新污染物的来源进行了初步界定,即认为“有毒有害化学物质的产生和使用是新污染物的主要来源”^[2]。这一定义的意义,在于明确了新污染物与化学品之间的密切联系。如果以传统污染物为比较对象,有观点认为,可以将新污染物界定为“由人类活动造成的、目前已经明确存

在、但尚无法律法规和标准予以规定或规定不完善、危害生活和生态环境的所有在生产建设或其他活动中产生的污染物”^[3]。该定义显然是从危害的未知性与规制的未完善性来界定“新”的含义。相较于定义的不确定,对于新污染物的种类则有相对一致的认识。主流观点一般认为,新污染物包括持久性有机污染物(POPs)、内分泌干扰物(EDCs)、抗生素、微塑料等物质^[4],这些物质所具有的毒性对人体健康和生态环境均存在造成损害的风险。

从新污染物的内涵与种类来看,其既有与传统污染物相似的风险危害特征,也有其特殊的风险危害特点。就共性而言,新污染物与传统污染物均能对生态环境和人体健康造成危害,且都涉及到产业发展与环境健康之间的冲突。这意味着对新污染物的治理同样需要以多元利益的平衡为目标,在平衡的基础上依据治理的重点不同而有所侧重。就特殊性而言,新污染物具有许多不同于传统污染物的风险危害特征。其一,相较于传统污染物而言,新污染物的隐蔽性和长期性更强,其危害可能在较长时间内都不易被察觉。及时发现污染的存在是实现有效治理的关键。传统的污染物可以通过视觉、嗅觉等感官接触较为容易地被观察到,而新污染物则难以通过人体感官直接察觉,这就为政府监管带来了更多挑战。其二,新污染物不易降解、不易代谢,生物富集和累积效应明显^[5]。有些污染物可以通过生态环境的自我代谢进行分解,但新污染物很难依靠自然力量自行降解,这意味着对新污染物的治理主要依靠的是人为力量,因此,新污染物治理对政府监管履行力的依赖度更高,对其履行质量的要求也更高。其三,新污染物的来源所涉及的行业和种类繁多,規制场域过于分散,这对监管的一致性和协调性提出了更多挑战。其四,新污染物虽然具有多种生物毒性,但对其危害的生成机理和减排技术目前还缺乏充足的研究,导致对其风险性质难以准确界定。新污染物主要源于化学品的制造和使用。随着城市与工业化的发展,化学品产业在经济发展和日常生活中所占的

比重不断提升。风险预防需要综合考量科学因素、经济因素、社会因素、监管能力等要素^[6],在缺乏对新污染物风险危害科学界定的情况下,很难明确行政监管权对新污染物进行规制的合理界限,这将进一步影响监管措施的选择。

通过对新污染物危害风险特征的梳理,本文认为,新污染物主要存在以下几方面的规制问题和困境,需要予以回应和完善:

首先,现阶段关于新污染物治理只有政策文件作为依据,缺乏明确的法律规范依据和相关治理标准,这既不利于明确监管部门的职责和责任,也难以形成正式、完整的治理体系。其次,新污染物的危害风险特征对环保部门的统筹和协调能力提出了较高的要求。如何以现行监管体制为基础,提升监管活动的一致性、协调性和统筹性,是新污染物治理是否具有显著成效的关键因素。此外,新污染物的治理要求环保部门形成更加灵活和多元的监管模式,而不能纯粹依靠单一强制的传统监管模式。新污染物防治所涉及的利益冲突较多、风险危害的不确定性较强,这就需要监管部门以更具针对性和灵活性的监管策略予以回应。因此,在传统的单方强制监管模式之外,应当引入更为丰富的监管措施和规制力量,例如软法、柔性监管工具、参与程序等,通过前端与后端的监管合力形成全过程监管。同时,还应积极培育行业自律机制,释放企业自我规制的潜能,通过建立合作监管模式,提升监管的质量和回应性^[7]。如此,既能够减轻环保部门的监管压力和监管成本,将有限的监管资源用于核心监管任务,也有助于解决新污染物治理所面临的不易察觉、难降解、不确定危害等治理挑战。本文拟分别从立法模式、监管机构、监管措施三方面展开,并尝试在现行治理框架的基础上,对新污染物公法规制路径予以完善。

三、新污染物治理的立法模式选择

有法可依是实施监管和实现治理目标的基础。从现阶段的治理框架来看,在国家法律规范层面上关于新污染物治理的立法框架尚未建立,

目前主要以一些政策性文件作为新污染治理的依据,缺乏必要的实体法规范。以《行动方案》为例,方案主要围绕新污染治理的基本原则、基本思路和主要制度进行了初步构想,但缺乏更为细化的制度规定和体系联系,也未明确各主体在新污染治理中的职责分工、权利义务以及责任承担^[8]。这种框架性的构想更多是对保护和治理的态度明示,但缺乏对监管实践的指导意义和可操作性。此外,除《行动方案》之外,其他许多政策性文件也或多或少涉及新污染治理的内容,例如原环境保护部(2019年更名为生态环境部)出台的《化学品环境风险防控“十二五”规划》、国家发展和改革委员会出台的《产业结构调整指导目录(2019年)》、国家海洋局出台的《海洋微塑料监测评价技术规程》等等。过于分散的规定不仅容易产生规则之间的重叠、空白、冲突等问题,也容易造成监管执法无所适从并引发监管权力部门化的困境,不利于新污染防治工作的开展。因此,有必要在国家法层面针对新污染治理出台统一规定,明确新污染治理与污染防治体系的关系以及具体的职责分工、权利义务、监管机构、责任分配等内容,将新污染治理纳入法治化和规范化的轨道。

现阶段,我国《生态环境法典》的制定正在有序推进过程中。新污染治理是生态环境污染防治体系的重要组成部分,更是今后环境保护的重点课题,因此,有必要在《生态环境法典》里对新污染治理予以专门规定。根据学界的主流观点,法典一般应按照“总—分”的结构设计^[9],因此,对污染物的治理应当归属于污染控制部分并独立成编。但是,对于防污治理领域而言,污染控制的机理不同所带来的法律规范制定方式也将有所差别,有的是依据污染行为的类型来划分,有的是根据污染结果的种类来划分,还有的是根据污染源来划分,彼此之间还可能存在一定的交叉和冲突,这就让“污染控制编”的制定更加复杂。现行法一直为人所诟病的问题之一,就是有关环境保护的法律法规规定过于冗余和繁复,环境立法的数量优势与环境保护的实际效果之

间并不成正比^[10],反而因此导致不少保护规范处于被搁置的状态,因此,有必要提升立法技术和能力来促进环境立法的实效性,并为环保部门的有效监管提供坚实基础。总体而言,我国现行的污染防治立法以环境要素型立法为主,同时存在一定的有毒有害物质型立法^[11]。从《行动方案》的规定来看,关于新污染治理的规定同样存在环境要素与污染物质相混同的问题,既有从大气、土壤等环境要素角度进行的规定,也有从农药、兽药等污染物质要素角度进行的规定,这种分散的立法方式对整个法典的统一性和完整性存在不利影响。因此,对新污染治理的立法模式选择应当予以明确。从新污染物的属性特征来看,虽然有部分污染是通过土壤污染、大气污染、海洋污染等环境要素所呈现,但仍有相当部分的污染并不是作用于一定的环境要素,而是通过室内环境、生物聚集等方式,直接对人体健康产生负面影响。由于现阶段对污染危害机理的研究存在较大难度,新污染物与其他环境介质之间的关系仍有待进一步研究。因此,如果以现有环境要素为标准对新污染物进行规范制定,很可能导致部分新污染物以及治理环节处于立法空白的状态。而从污染物质的角度出发,则有助于将绝大部分新污染物纳入污染治理规范体系,且新污染物从来源上说与有毒有害化学物质之间的联系更加紧密,防污治理的原理和方式更加接近,如果将其作为一种特殊情形编入“有毒有害化学物质防控篇”,将更有助于后续相关职责分工、监管机构、权利义务、责任承担等部分的设置。

如果将新污染物规制纳入有毒有害化学物质防控章节,则需要进一步明确一般规定与特殊规定的划分以及与环境要素章节的关系。原先大气、土壤、海洋等法律规范都有涉及新污染治理的内容,在制定法典时,应当将这些部分内容剥离并归入新污染物防控专章,重新按照新污染物种类而非环境要素类型来梳理防控目录、监管职责、管控措施等规定,形成针对新污染物风险特征的全过程防控体系和监管机制。例如,根据新污染物的毒性等级、常用程度、确定性程度

等划分防控目录,并配置相应的监管措施。此外,作为有毒有害化学物质的一种特殊类型,新污染物既有与常规有毒有害化学物质相同之处,也存在一定的差异性,因此,需要在一般规定之外,针对新污染物的特性制定特殊的风险防控规则。具体而言,应当在有毒有害化学物质章节设置专门的新污染物治理规定,通过一般风险防控原则、特殊风险防控原则、监管机构与职责分工、识别标准、风险评估与风险防控目录、各类新污染物的防控措施、生产运输者与经营者的保护规则、保护义务与权利救济等方面,对新污染物防治予以专门规定。此外,责任承担是促进义务履行的重要措施,如果没有相应的法律责任,将导致法律规范的遵循度和实效性降低,而责任部分具有较强的共通性,可以考虑不在特定章节里分别规定,而是予以专章规定。例如,可以在“污染防治编”最后专门设定一章,规定违反相关法律规定和义务的责任承担形式,通过行政责任、民事侵权损害赔偿责任等多种责任形式予以制约。

四、新污染物分散式监管格局的改善思路

从新污染物的特征来看,政府监管的质量和效果是能否实现新污染物有效治理的关键因素,而良好的监管效果需要以合理的监管机构模式作为前提。根据《行动方案》的相关规定,现阶段关于新污染物防治主要采取分散式多部门监管的模式,这也是目前污染防治所采取的主要监管机构模式。但是,这种模式存在一定的局限性,难以充分满足监管需要。

首先,分散式监管格局容易削弱监管部门的内部监管合力。在环保部门缺乏足够的统筹和协调能力的情况下,内部监管合力的缺乏与新污染物全过程治理的高质量保护要求之间可能存在不相匹配的问题,更易导致新污染物治理的监管实践效果不佳。从方案的治理思路来看,对新污染物防治需要采取源头管控、过程控制、末端治理的全过程治理思路,且涉及风险评估、风险交流、风险管理等多方位监管领域,需要多项监管职责和监管措施的相互配合运作,可见方案对

新污染物治理提出了较高的监管要求和治理期待。这种多领域、深层次、全过程的监管治理要求对监管者的要求更高,需要监管部门形成较强监管合力才能达到相应要求,否则极易造成监管冲突、监管重叠、监管空白等问题^[12]。而方案所设定的监管机构模式,虽然在名义上将新污染物的监管职责交由环保部门统一行使,但实际上具体的执法权分散于不同监管部门^[13],且缺乏具体明确的部门间沟通协调机制,在实质意义上仍然是一种分散式监管机构的模式,不仅不能有效解决职能交叉、多头监管的问题,反而可能因为监管部门林立和职权分散而导致整体治理效果的低效^[14]。例如,就新污染物技术防控标准,方案提到由生态环境部牵头并由工业和信息化部、国家卫生健康委员会、国家市场监督管理总局等多个部门分工负责,共同完成技术标准体系的制定。新污染物往往涉及多个领域或行业,很容易同时涉及多个部门的职责领域,环境部门由于自身的执法资源有限,因而牵头能力较弱^[15],此时,如何进行部门间统筹分工以及如何与现有部门技术标准进行协调,都存在实际困难。

其次,现阶段的分散式监管格局存在职责划分不清与责任认定缺失的问题。责任承担是保障监管活动有效性和规范性的重要因素,缺乏明确的责任划分标准和认定方式,将反向影响监管部门的履职动力和履职能力。从《行动方案》的内容来看,对监管部门的责任配置情况处于规定空白的状态,这可能导致方案所追求的全过程、多方位、高质量的监管预期落空。在分散式监管模式下,各监管部门有其自身的监管定位与利益需求,且存在多重监管目标和多元监管需求的情况。例如,市场监督管理局在环境保护职责之外,还需承担维护市场公平、促进市场健康发展等经济性职责,而不同的监管职责之间难免会存在一定的冲突。监管活动均需要付出一定的人力、物力成本,而监管部门的监管资源有限,很难做到平均分配,往往需要根据不同监管任务的紧迫性以及部门情况进行选择,特别是对于以经济发展为主要职责的部门来说,进行防污监管的动

力通常是不足的。在这种情况下,需要加强环保部门的统筹协调,而从实践情况来看,环保部门既缺乏足够的牵头能力,也缺乏健全的部门间信息沟通与合作协调机制。因此,必须更加强调后续的责任承担机制,通过建立健全责任分配与承担机制,激发监管部门的履职动力,倒逼各部门积极履行新污染物监管防治职责。

此外,在分散式结构导致内部监管合力不足的情况下,未能充分吸收外部规制力量予以补充,是现阶段监管结构的另一问题。根据规制理论,规制资源并不全部来自于政府的监管活动,而是分布在政府、行业、企业、公众等多个领域^[16]。如果将规制活动全部理解为政府的监管活动,既会导致政府不堪重负和监管效率的缺乏,也是对外部规制资源的忽视和浪费。现行监管结构只回应了政府监管的组织法配置,并未将行业组织、社会公众、企业等规制主体纳入监管体制。以《行动方案》为例,方案主要规定了不同政府部门的监管保护职责,仅在最后部分提到发挥社会舆论的监督作用,且主要以举报投诉的方式进行,可见,依据方案规定,外部规制力量的参与空间和程度都非常有限。但是,无论是从新污染物的标准制定和新物质的登记评估,还是后续风险管理措施的实施,都需要被规制者的大量参与。例如新物质的登记,由于新污染物以及产生新污染物的化学品种类处于不断发展和变化过程中,如果完全依靠政府登记,实际上很难保证将所有的新污染物都纳入防治体系;新污染物的危害机理较为复杂且研究难度较大,技术标准的界定具有难度,更容易产生监管逃逸的问题。在这种情况下,必须充分调动被监管者的积极性,通过行政程序、柔性监管工具、软法等措施的应用,发挥行业组织、企业的自我规制潜力^[17]。一方面,可以减轻政府的监管压力和成本,提高政府监管活动的有效性和精准性;另一方面,有助于促进行业自律机制的建立健全,从而拓宽规制力量和规制空间,形成内部监管和外部规制力量相合作的治理结构,保障新污染物的治理效果。

因此,新污染物分散式监管格局的改善思路

应当从两方面展开:其一,通过强化环保部门的统筹职责,建立健全内部协调机制以及归责制度,加强内部的监管合力;其二,通过吸收多元规制主体和规制空间的力量,拓宽监管结构的规模,从而充分发挥外部的监管作用。由于新污染物涉及的行业和种类繁多,在客观上更容易形成不同监管领域的交叉和重叠,因此,通过专门监管机构的模式予以监管,就需要对现有监管部门的职责领域进行较大的调整,在实践上存在较多阻碍,因而可行性较低。更为务实的做法,或许是在现行分散式监管结构的基础上,加强环保部门的统筹牵头能力;同时,明确划分部门间的职责分工,提升交流合作的程度并进一步明晰责任归属。首先,需要在环境法典的“污染防治编”集中规定环保部门的一般性职责、监管目标以及监管措施,通过立法明确并强化生态环境部门对新污染物的统一防污治理事权,通过提取公因式的方式,对防污治理事权的职责边界、内容、措施、程序等予以明确。在此基础上,可以在新污染物防治章节设置各部门的特定监管职责和责任分配原则,明确违反相应监管职责的责任承担形式与具体内容。其次,应当建立健全部门间的信息沟通和合作机制。例如,明确规定部门间的配合请求权以及拒绝配合请求权的具体情形,同时,还可将实务中关于联合执法的经验予以制度化和规范化,形成正式的部门间合作机制。另一方面,应当增加外部规制与政府监管的相关规定,在风险评估、标准制定、过程监管、末端治理等方面引入行业组织和企业自我规制规则,增加监管部门对外部规制主体进行监督的间接监管职责规定,明确监管部门与行业组织、企业之间的规制边界。同时,通过政府信息公开、公众参与、专家咨询等制度,将公众和专家的力量引入政府监管体系,在现有监管结构下,提升分散式监管模式的专业性和公正性。

五、新污染物的风险预防边界与规制方案

从《行动方案》的主要治理思路来看,对新污染物采取的是以风险预防为基础的监管策略,也

即通过风险筛查、风险评估、风险管理等方式,进行预先防范治理的路径。风险的核心要素就是不确定性,不仅无法对风险进行准确定性或定量界定,并且决定风险标准的要素和内容还可能处于不断变化的过程,从而导致风险的内涵和基准同样无法确定。既然对风险无法予以明确,那么对风险进行何种程度的预防或规制才属于合理范畴,当然成为值得探讨的问题。监管措施的严厉程度各有差别,按照执法金字塔理论,行政处罚、行政强制等刚性执法措施一般位于执法金字塔的上端,而行政约谈、信用规制、行政指导等柔性监管措施则一般处于下端。监管部门应当根据被监管者的违法情况和监管目标,选择合适的监管工具^[18]。如果对轻微危害选择了过于严厉的监管措施,就可能导致监管双方之间的张力过大,对整个规制体系的有效性和权威性产生影响。对风险预防边界的合理理解,是选择适当监管措施的基础,因此,有必要对新污染物的风险预防程度进行探讨。新污染物的风险属性具有以下几点特征:

其一,现阶段对新污染物危害机理和损害机制的研究还不充分,对其环境风险的评估还有待完善,大部分新污染物的危害性质都有待进一步明确。并且,新污染物属于一种开放式的污染类别,未来还会有更多的污染物质进入新污染物名录,新的污染物质自然会带来风险预防边界的重新调整。其二,新污染物主要源自化学品的生产和使用,随着城市化和工业化的发展,作为社会发展的重要领域,化学品产业在经济社会发展中起着越来越重要的作用。因此,对新污染物风险进行预防,不仅需要考虑环境健康等因素,更需要考虑经济风险、社会风险等其他风险因素。并且,在分散式监管结构下,各监管部门除履行新污染物防治职责外,还需承担大量的社会、经济、文化方面的监管职责。因此,划定新污染物的风险预防边界,需要在综合考量各种因素的基础上作出,这样才能保障风险预防原则具有可操作性和可负担性^[19]。

由此可见,新污染物风险并不是一个确定的

数值,而是需要动态调整和平衡多元因素的综合结果。风险预防的出发点不是阻止所有的潜在风险,而是尽可能地从前端进行干预,从而避免发生严重或不可恢复的公众健康损害^[20]。目前来看,新污染物的危害机理并不明确,对人体健康和生态环境的危害程度还有待进一步研究。考虑到经济社会发展对化学品的刚性需求,现阶段可以考虑采取弱风险预防原则作为监管的基础^[21]。随着新污染物的种类增加、对其危害机理的研究深入、其他风险因素的影响变化,新污染物的风险内涵和标准将逐渐明确,此时应及时对新污染物的风险内涵进行修改,并调整新污染物风险预防原则的边界以及相应监管措施的选择。

现行监管方案对传统单方强制性监管措施的适用较多,对登记、禁止、限排、处罚等措施过于青睐,缺乏对柔性监管措施、软法工具、合作规制工具的更好适用。强度过高、注重单方性的监管策略,并不能有效实现弱风险预防原则的规制要求,应加强过程性监管,强调预防与惩戒相结合,加强多元监管工具的动态适用。首先,弱风险预防原则应当与新污染物全过程治理的要求相一致,因此,不能仅强调前端预防,更要重视过程监管,避免只防不管的情形出现。风险预防原则的一个适用误区,是认为预防是监管活动的全部内容,缺乏对过程和末端治理的重视。事实上,规制是由多个环节共同组成的完整体系,不同环节无法单独存在,需要相互配合才能最大程度地发挥政府监管的合力作用。如果缺乏后续的过程监管和末端监管,前端的风险防范措施难以实际发挥功效,且源头禁止的“一刀切”思路与弱风险预防原则的要求并不符合。以新污染物登记为例,现行监管方案强调对登记措施的适用,而登记实则是一种前端风险防范的措施。如果只强调登记而没有后续的监管分流和分级分类监管方案,那么整个监管活动就演变为一种简单的风险筛查而非风险管理。登记的目的,是为了确定后续管理的目标和方式,根据登记的信息可以对不同新污染物或化学物质进行风险分级分类,从而为监管部门后续的监管分流和精准监

管提供参考和前提。因此,需要在强调前端风险防控监管措施的基础上,加强与之相对应的过程监管与激励、惩戒措施的规定和适用。其次,弱风险预防原则下对柔性监管工具、软法规范以及合作监管措施的适用需求增加,应当在刚性执法措施之外,补充规定相应的柔性监管方案,从而形成预防与惩戒相结合、刚性执法与柔性执法相结合的治理路径。风险与损害不同,对于确定的损害可以通过行政处罚等刚性执法工具予以有效规制,但风险的不确定性使得归责变得困难,因此,需要借助其他监管措施来实现治理目标。以行政指导、行业规则为代表的柔性监管工具或软法规范,以提升被监管者的义务履行动力为立足点,被监管者的义务履行情况越好,则风险转换为损害的可能性就越小。因此,加强柔性措施和软法规范的适用,有助于提升风险预防的效果;并且,柔性措施与软法规范的灵活性更强,更有助于根据新污染物分级分类目录形成动态监管和精准监管,在减轻政府监管压力的同时,实现更高效的监管效果。

本文认为,在后续制定新污染物治理法律规范时,应当明确将风险预防原则作为新污染物治理的基本原则;同时,在现阶段应采取弱风险预防原则的标准,并预留一定的调整空间和调整机制,为未来新污染物风险预防原则的变动保留可能性。应专门规定新污染物监管的柔性监管措施,将行政约谈、信用规制、行政指导、行政奖励等纳入新污染物治理监管体系;同时,还可以建立新污染物评估认定和软法规范体系,将行业与社会的规制力量纳入新污染物的治理方案。此外,可以考虑通过评估认证等机制,加强前端防范措施与过程监管、末端治理之间的联系和衔接,形成更有效且更高效的整体监管体系。

六、结语

新污染物治理是当下和未来环境污染治理的重要课题之一。现行治理框架在立法规范、监管组织结构、监管措施选择等方面均存在一定的不足。因此,需要结合新污染物隐蔽性高、难降

解、多场域等风险危害特征,从以上三个方面予以完善。具体而言,应当将新污染物治理作为有毒有害化学物质防控的特别章节,并从原则、职责分工、权利义务、责任承担等方面,对一般规定与特殊规定予以明确;同时,通过强化环保部门的统筹职责、建立健全内部协调机制以及归责制度,加强监管部门的内部监管合力,并借助行业自律机制的建立和完善,拓宽监管结构的规模;还可以通过行政程序,将公众和专家力量引入政府监管体系,从而提升分散式监管模式的专业性、公正性和有效性。此外,在弱风险预防原则的基础上,还应强调前端监管与过程监管的结合,增加柔性措施与软法规范的适用,加强监管分流和精准监管,从而形成更有效的新污染物公法规制方案。

[参考文献]

[1] 严厚福. 环境法典中新污染物环境风险管控的立法思路[J]. 南京工业大学学报(社会科学版), 2022(05): 18 - 19.

[2] 国务院办公厅. 新污染物治理行动方案, 2022 - 05 - 04.

[3] 张丛林, 郑诗豪, 邹秀萍, 王文静, 黄宝荣. 新型污染物风险防范国际实践及其对中国的启示[J]. 中国环境管理, 2020(05): 71.

[4] 国务院办公厅. 新污染物治理行动方案, 2022 - 05 - 04.

[5] 李秋爽, 於方, 曹国志, 只艳, 林民松. 新污染物治理进展及“十四五”期间和长期治理思路研究[J]. 环境保护, 2021(10): 13 - 15.

[6] 苏宇. 风险预防原则的结构化阐释[J]. 法学研究, 2021(01): 35 - 53.

[7] [英] 科林·斯科特. 规制、治理与法律: 前沿问题研究[M]. 北京: 清华大学出版社, 2018: 185 - 192.

[8] 国务院办公厅. 新污染物治理行动方案, 2022 - 05 - 04.

[9] 王利明. 总分结构理论与我国民法典的编纂[J]. 交大法学, 2019(03): 43 - 55.

[10] 巩固. 激励理论与环境法研究的实践转向[J]. 郑州大学学报(哲学社会科学版), 2016(04): 20 - 23.

[11] 汪劲. 中国环境法典编纂要论(上卷)[M]. 北京: 法律出版社, 2023: 224.

[12] 马怀德,孔祥稳. 中国行政法治四十年:成就、经验与展望[J]. 法学,2018(09):34-52.

[13] 汪劲. 中国环境法典编纂要论(上卷)[M]. 北京:法律出版社,2023:235.

[14] 刘超. 环境风险行政规制的断裂与统合[J]. 法学评论,2013(03):75-82.

[15] 陈海嵩. 中国环境法典编纂的基本理论问题[M]. 北京:法律出版社,2021:196.

[16] [英]科林·斯科特. 规制、治理与法律:前沿问题研究[M]. 北京:清华大学出版社,2018:29-58.

[17] [英]罗伯特·鲍德温,马丁·凯夫,马丁·洛奇编. 牛津规制手册[M]. 上海:上海三联书店,2017:139-145.

[18] See Ian Ayres, John Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, 1992, pp. 35-39.

[19] 秦天宝. 论风险预防原则在环境法中的展开:结合《生物安全法》的考察[J]. 中国法律评论, 2021(02): 65-79.

[20] 朱炳成. 环境健康风险预防原则的理论建构与制度展开[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2019(11): 51-62.

[21] 严厚福. 环境法典中新污染物环境风险管控的立法思路[J]. 南京工业大学学报(社会科学版)2022(05):24.

【责任编辑:张戈】

Challenges of governing new pollutants and
paths of regulating by public law

Zhang Mengdie

(Minzu University of China, Beijing 100081, China)

Abstract: In addition to traditional pollutants, some new pollutants that are highly concealed and whose hazards are discovered late have gradually become new problems that threaten the ecological environment and public health. The current governance framework for new pollutants has certain deficiencies in terms of legislative norms, regulatory organizational structure and regulatory measures. It is necessary to improve it from the above three aspects in combination with the risk and hazard characteristics of new pollutants, such as high concealment, difficulty in degradation and in multiple fields. Specifically, the governance of new pollutants should be included as a special chapter of the “Prevention and Control Code of Toxic and Hazardous Chemicals”, and general and special rules should be clarified; at the same time, the overall coordination capacity of environmental protection departments should be strengthened, and inter-departmental coordination mechanisms and responsibility systems should be established and improved to enhance the internal supervision of regulatory departments; with the help of the establishment and improvement of industry self-discipline mechanisms, the scale of the regulatory structure should be expanded, and the role of external regulatory forces should be played. In addition, on the basis of the weak risk prevention principle, it emphasizes the combination of front-end supervision and process supervision, increases the application of flexible measures and soft law norms, and strengthens regulatory diversion and precise supervision, so as to form a more effective regulation plan for new pollutants according to public law.

Key words: new pollutants; risk prevention principle; decentralized supervision; flexible supervision; regulation by public law