

2024年8月
第4期



湖南警察学院

JOURNAL OF HUNAN POLICE ACADEMY

学报

- RCCSE核 心 学 术 期 刊
- 全 国 优 秀 社 科 学 报
- 全 国 高 校 优 秀 社 科 期 刊
- 湖 南 省 “ 双 十 佳 ” 期 刊
- 湖 南 省 优 秀 学 报 一 等 奖
- 《CAJ-CD 规范》执行优秀期刊

Journal of Hunan Police Academy

编辑委员会

顾问：姜明安 李健和 郝宏奎 周学农 罗国文 林少菊
刘曙光 许中缘 肖北庚 肖冬梅 陈文胜 李先波
蔡炎斌 张志华 胡和平

主任：王 周 廖永安

副主任：秦立春 刘绪崇

委员：（以姓氏笔画为序）

王勇鹏 史伟奇 皮华英 冯晓峰 李语湘 陈永辉
陈俊豪 岳光辉 周定平 罗 维 范 瑛 赵 薇
唐 励 黄娟娟 鄢喜爱 雷惠雄 廖文丽

主管单位：湖南省公安厅

主 编：华 婷

主办单位：湖南警察学院

执行编辑：芙 蕙

出版单位：湖南警察学院学报编辑部

英文校译：袁华平

发行单位：湖南警察学院学报编辑部

印刷单位：长沙市雅捷印务有限公司

国内统一连续出版物号：CN 43-1511/D

国际标准连续出版物号：ISSN 2095-1140

出版日期：2024 年 8 月 5 日出版

定 价：15.00 元

湖南·长沙

Hunan Changsha

2024 年 8 月第 4 期

本刊声明：凡向本刊投稿者，如无特别说明，即视为同意本刊拥有对该稿刊发后的网络版和光盘版的使用权。凡不愿在《中国学术期刊(光盘版)》上刊载的作者，请在来稿时注明。

湖
南
警
察
学
院
学
报

(
双
月
刊
)

湖南警察学院学报 (双月刊)

Journal of Hunan Police Academy

目次

法 制 长 廊

论亲子鉴定申请司法审查要件的检视与完善

——基于子女最佳利益原则的展开 夏先华, 曹 颖 (5)

电子数据完整性审查的偏误、成因及其改善进路 林小芳 (18)

边民互市贸易的法律风险和司法应对 陈立毅, 马璐璐 (28)

罪错未成年人分级干预措施的非相称性及解决

——以专门矫治教育为着眼点 袁圣滔 (37)

刑 事 法 学

轻罪速裁程序的价值反思及制度重构 杨开湘, 曾 倩 (48)

醉驾案件附条件不起诉问题研究 李学倩 (58)

非对峙型受虐妇女反杀案的出罪事由 姜盼盼, 王雯慧 (68)

智 慧 侦 查

深度学习技术在刑侦图像处理中的应用研究····· 陈韩英, 胡熔曦 (75)

元宇宙视域下链游犯罪案件的侦查难点及应对····· 程聪聪 (85)

治 安 纵 横

韧性理论视域下中欧班列(成渝)的风险应对····· 何茂林 (94)

基于 ChatGPT 的误导性舆情研究与治理 ····· 王轶群 (102)

警 学 研 究

基于社会燃烧理论的涉警网络舆情演化分析····· 陈 杨, 李 爽, 王彦顺 (111)

警察意外开枪行为研究····· 徐丹彤, 唐 勇, 薛亚捷 (121)

Journal of Hunan Police Academy

Vol. 36 No. 4, 2024

Aug. 2024

Main Contents

On the Inspection and Improvement of the Elements of Judicial Review of the Application of Paternity Identification

——Based on the Principle of the Best Interests of the Child Xia Xianhua, Cao Ying (5)

Reflection on the Value and Institutional Reconstruction of the Rapid Trial Procedure for Minor Crimes

..... Yang Kaixiang, Zeng Qian (48)

A Study on the Issue of Conditional Non-prosecution in Drunk Driving Cases Li Xueqian (58)

A Research on the Application of Deep Learning Technology in Criminal Investigation Image Processing

..... Chen Hanying, Hu Rongxi (75)

English editor: Yuan Huaping

论亲子鉴定申请司法审查要件的检视与完善 ——基于子女最佳利益原则的展开

夏先华¹, 曹颖²

(1. 湘潭大学, 湖南 湘潭 411105; 2. 中南财经政法大学, 湖北 武汉 430073)

摘 要:亲子鉴定申请的司法审查与程序启动涉及子女的切身利益,其对于血缘真实主义的价值追求应受到限制,且以子女最佳利益作为首要考量因素。从亲子鉴定申请司法审查要件的适用现状来看,其存在一般性审查要件的适用刚性不足、对于子女利益保护的司法审查缺位、“欠缺合意型”申请的审查要件适用紊乱等问题。为贯彻子女最佳利益原则,有必要明确程序性要件、证明必要性要件在亲子鉴定中的适用内容,并规范法院的审查行为。同时,应将子女最佳利益作为独立的审查要件,明确其评判与确定要素,加强对8周岁以上子女的意见听审,并通过引入程序辅助人制度保障子女的意见表达。对于“欠缺合意型”的亲子鉴定申请,需论证“提供必要证据”作为审查要件的正当性,并将其证明标准合理设定为“存在合理怀疑”。

关键词:亲子鉴定;司法审查要件;子女最佳利益;亲子关系

中图分类号:D925

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0005-13

问题的提出

随着传统婚恋观念的嬗变与家庭观念的式微,亲子关系的错位与缺位问题已越来越突出。为此,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1073条规定的亲子关系诉讼制度,为我国亲子关系纠纷的诉讼解决提供了法律依据。当事人提起亲子关系诉讼,旨在通过生物学上血缘关系的认定,实现法律上亲子关系的确认或否认。而伴随着科技的迅速发展,血缘关系的解明技术与方式也在不断更新。目前,DNA亲子鉴定可通过对人类遗传标记的检测,计算出精确的亲权指数,直接判断生物学上亲子关系是否存在,故其被作为重要的证据方法运用于亲子关系诉讼之中。鉴于亲子鉴定在解明血缘关系上的高度精确性,其对于亲子关系诉讼结果具有决定性的影响。尽管亲子鉴定程序的启动包括依申请与依职权两种方式,

但由于我国民事诉讼采取职权主义模式,整个证据调查与事实认定的过程由法院进行主导,^①故鉴定启动的最终决定权也归属于法院。然而,亲子关系诉讼涉及未成年子女的切身利益与身份关系的认定,以及基于特定身份所获得的受抚养、教育乃至继承等权益,具有强烈的公益性与伦理性。故亲子关系诉讼并非以发现真实为唯一的价值追求,而应包括未成年子女利益保护、家庭关系和谐与身份安定等多重价值。在此价值指引下,法院对于当事人所提出的鉴定申请,不再是基于真实主义价值而一味地同意启动,而应围绕子女最佳利益等价值,对亲子鉴定启动的必要性展开全面的司法审查,并作出审慎的决定。在此过程中,司法审查要件完备与否,无疑决定了亲子鉴定程序的启动是否在合理限度之内,也决定了亲子关系诉讼中子女利益能否得到妥适保护。然而,我国现行

收稿日期:2024-03-01

基金项目:2021年湖南省教育厅优秀青年项目“《民法典》背景下亲子关系诉讼的程序法理与规则构造”(21B0153);2021年湖南省社会科学成果评审委员会项目“家事审判改革背景下证据收集模式转型研究”(XSP21YBC367)

作者简介:夏先华,男,湘潭大学法学院硕士生导师,法学博士,主要研究方向为民事诉讼法学;曹颖,女,中南财经政法大学法学院硕士研究生,主要研究方向为民事诉讼法学。

^①参见钱颖萍:《论大陆法系证据调查及其对我国的启示——以当事人的权利保障为中心》,载《河北法学》2012年第5期,第164页。

规范关于亲子鉴定申请审查要件的规定不尽合理,且缺乏对子女利益的充分审酌,引发了一系列不利后果。鉴于此,本文以子女最佳利益原则为指引,通过对亲子鉴定申请司法审查要件的现实问题进行检视,进而探索相应的完善路径,以实现血缘真实、身份安定以及子女利益保护等多重价值的衡平。

一、亲子鉴定申请司法审查的价值争鸣与应然抉择

诉讼价值为具体的诉讼程序以及法官的司法裁判提供了理念指引,其在内化引导的基础上影响着相应的制度设计。同样,亲子鉴定申请司法审查的要件设计与适用,也应受到亲子关系诉讼价值的影响。然而,在亲子鉴定申请的司法审查中,存在以血缘真实主义为先,抑或以子女利益保护为先的价值争鸣。法的价值是立法的思想先导,^②对于上述价值的讨论与抉择,将为司法审查要件的完善提供根本性的方向导引。

(一) 血缘真实主义的有限追求

亲子关系纠纷的根源在于真实血缘关系存在与否的争议。当事人对于血缘真实主义的追求,源自父母子女知悉自身血脉的来源与延续的天性需求。在我国社会中,血缘依旧被视为构建身份关系的基础,是否存在血缘关系以及血缘关系的亲疏,在很大程度上决定着人们的情感认同程度与交往方式。亲子关系涉及亲代与子代之间血脉的直接传承,父母与子女对血缘关系的真实性有着高度的期待,其追求血缘真实具备天然的正当性与合理性。但司法所产出的正义事实上是一种有限的正义,“不能完美地满足正义的要求”^③。故而,在实现正义的过程中,我们要有所取舍,甚至为实现较大的正义而牺牲较小的正义。同理,在亲子关系诉讼中,对于血缘真实主义的追求,也应在与

其他正义价值的权衡中进行取舍,并限定在合理的限度之内。以德国法为例,德国高度重视血缘真实,将血缘知悉权证成为一般人格权,从基本权利的高度给予保护。即便如此,在司法实践中对于法律父所拥有的血缘知悉权的保障,仍应受到子女利益保护的限制,不得与之相悖。^④亲子鉴定技术的发展与成熟,优化了解明血缘关系的实现方式,但也使得子女利益遭受损害的风险扩大。在亲子关系诉讼中,倘若探求血缘真实会对身份安定与家庭稳定造成负面影响,严重侵害到子女利益,此时应当认为血缘真实的追求超出了合理限度,并对其进行相应限制,避免造成更多的不利益。因此,对于当事人所提出的亲子鉴定申请,法院在进行司法审查时应将血缘真实的追求控制在合理限度内,并以子女利益作为其限制边界。

(二) 子女最佳利益的首要考量

1989年联合国大会通过了《儿童权利公约》(以下简称《公约》),其所确立的子女最佳利益原则得到了国际社会的一致认可,成为处理涉儿童权利事项的基本原则。《公约》高度尊重儿童作为权利主体的独立地位,明确了儿童所享有的基本权利,并确立了儿童利益相较于其他主体利益的显著优益性。然而,我国传统亲子法奉行“家族本位”“父权本位”的理念,强调父亲的权威与子女的服从,在亲子关系的处理上以教令和惩戒为主要内容。^⑤尽管在20世纪以后立法开始转向关注子女权利,但在贯彻子女最佳利益原则方面仍有所不足。一般而言,父母是子女利益的天然守护者与最佳代言人。但在亲子关系诉讼中,父母与子女的利益并非完全共向契合,甚至可能出现对立的情况,父母为实现己方利益诉求,很可能忽视甚至牺牲子女利益。当子女作为亲子鉴定的被申请方,父母对于血缘真实的追求,往往会影响甚至牺

②参见卓泽渊:《法理学》,法律出版社2009年版,第102页。

③郑成良:《法律内的正义——一个关于司法公正的法律实证主义解读》,法律出版社2002年版,第92页。

④参见边琪:《论德国司法实践中一般人格权下血缘知情权的发展——兼论自然人新型人格权益的司法证成及其发展》,载《中德法学论坛》2020年第1期,第106-107页。

⑤参见陈苇:《外国婚姻家庭法比较研究》,群众出版社2006年版,第273、277页。

性子女的成长环境、情感利益、隐私权、基因信息自决权、受抚养与教育的权利等主体利益。可见,基于亲子鉴定程序启动与子女利益的密切关联性,法院在审查当事人提出的鉴定申请时,应当遵循子女最佳利益原则,将子女利益保护作为首要考量因素,并结合其他司法审查要件作出合理、妥适的决定。

二、亲子鉴定申请司法审查要件的问题检视

现代亲子法已转向子女本位,亲子鉴定申请的司法审查应以子女利益保护为根本价值指引。对亲子鉴定申请的司法审查制度进行检视,可以发现其审查要件较为形式化,且缺乏对亲子关系的独特性以及子女利益保护的充分考虑,在司法实践中的适用也较为混乱,不利于最大限度地维护子女利益。

(一) 一般性审查要件的适用刚性不足

亲子鉴定属于法医物证鉴定,是司法鉴定的具体类别之一。因此,亲子鉴定申请的司法审查需符合司法鉴定申请的一般性审查要件。通过对现行法律规范进行梳理,可以得出鉴定申请司法审查的一般性要件大体包括以下内容:第一,鉴定事项应属于专门性问题。查明案件事实属于法官裁判职权的主要内容,一般无须借助他人。不过,囿于法官个体知识的有限性,其对于医学、痕迹学、建筑工程等领域内专业性问题的判断,往往因知识的非适配性而力不从心。为了帮助法官更好地履行裁判职能,立法设置了司法鉴定制度,通过借助鉴定人的专业知识,从而对专门性问题作出专业性的判断,为法官作出最终裁判提供证据资料与参考依据。因此,现行《民事诉讼法》第79条明确规定了当事人申请鉴定和法院委托鉴定的事项限于“查明事实的专门性问题”。《最高人民法院关于人民法院民事訴訟中委托鉴定审查工作若干问题的规定》第1条更是从反面

清单排除的维度,明确了不属于专门性问题的拟鉴定事项。第二,鉴定事项应具备关联性要件与证明力要件。^⑥根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法司法解释》)第121条的规定,法院需审查判断申请的鉴定事项与待证事实有无关联,或者对于证明待证事实有无意义,对于不具备关联性要件或证明力要件的事项,法院不予准许其鉴定申请。具体而言,关联性指向的是证据与案件之间的证明关系,也即该证据的存在能使某些信息或事实得以证成,进而使得待证事实成立的可能性增加或减少。^⑦证明力则指向某一证据对于待证事实所具备的证明价值,或所起的证明作用。^⑧如果鉴定事项不具备关联性要件或证明力要件,其事实解明对于案件事实的探知与诉讼程序的推进并无实际意义,自然也不存在启动司法鉴定程序的必要性。第三,鉴定事项需符合证明的现实必要性要件。司法鉴定需要耗费大量的司法资源,且增加了当事人的诉讼成本,故其程序启动需具备一定的现实必要性。如若待证事实可以通过本案中提交的其他证据予以证明,或者待证事实的查明对于诉讼程序的推进已无必要,在此种情况下启动司法鉴定程序则有违诉讼经济原则。第四,鉴定申请需符合程序性要件,即申请方须在指定的期间内提出鉴定申请并预交鉴定费,否则法院将不予准许其鉴定申请。

尽管现行法律规范对于司法鉴定申请的审查要件作出了相应的规定,但上述要件内容分散在不同的规范性文件之中,缺乏体系性。这无疑给法官的司法适用带来了不便,也容易导致法官审查过程中遗漏审查要件的现实问题。另外,现行法律规范对于司法鉴定的规定存在价值取向上的根本错位,其规范调整的重心并不包括鉴定启动司法审查在内的法官行为,而是对于鉴定机构与鉴定人执业行为失范风险的

^⑥参见曹志勋:《对当事人鉴定申请的司法审查——兼论书证真伪鉴定的特殊性》,载《法学》2020年第12期,第119页。

^⑦参见陈瑞华:《关于证据法基本概念的一些思考》,载《中国刑事法杂志》2013年第3期,第64-65页。

^⑧参见李祖军:《自由心证与法官依法独立判断》,载《现代法学》2004年第5期,第103页。

有效防范。^⑨事实上,在鉴定程序中,法官处于主导者的现实地位,掌控着鉴定程序启动与鉴定意见的最终决定权,其职权行为最具有规范约束的必要性,应成为法律规制的重点。^⑩然而,立法理念的错位导致了法官行使鉴定启动司法审查职权的恣意,其往往基于转嫁事实探知的真实风险或回避矛盾的目的,在未对鉴定启动要件进行实质审查并保障当事人异议权的前提下,便随意或轻率地准许当事人的鉴定申请,从而引发了鉴定泛化、以鉴代审的失范行为。^⑪可见,鉴定启动的一般性审查要件在司法实践中所发挥的作用有限,对于鉴定启动的实质约束力不足。

(二) 对于子女利益保护的司法审查缺位

我国规范层面关于亲子鉴定的专门性规定不多,细化到鉴定启动审查要件层面的规定更是寥寥无几。在此规范背景下,实践中法院对于亲子鉴定申请的司法审查,往往视同一般的司法鉴定,缺乏对子女利益保护的审酌与考量。

1. 鉴定启动司法审查中子女利益考量不足

在亲子关系诉讼中,父母子女之间通常存在利益冲突,子女利益与父母利益发生了分离,父母不再是子女利益的最佳代言人。甚至当父母利益与子女利益相牴牾时,父母可能会牺牲子女利益以博取自身利益最大化。以婚生子女否认之诉为例,法律父提起该诉讼旨在消灭婚生推定的亲子关系,解绑法律上的父亲身份以及相附随的抚养义务。对于母亲而言,该诉讼的结果将会影响到其个人隐私信息的公开、婚姻关系的存续以及相应的财产权利分配。亲子鉴定作为解明亲子关系的关键证据,其程序启

动自然也成了父母利益博弈的重要场域。如此一来,很容易导致父母将亲子鉴定作为诉讼中追逐个人利益的工具,进而引发恶意进行申请或拒绝的现实风险。^⑫在这一过程中,子女利益极容易被忽视,未能得到充分的考量。这一问题在父母双方同意型的鉴定申请中体现得尤为突出。以王某诉郭某同居关系纠纷案为例^⑬,王某向法院申请就其与非婚生女王瑾之间是否存在亲子关系进行司法鉴定,由于非婚生女的母亲郭某对此表示同意,法院便准许了当事人的鉴定申请。在这类双方同意型的鉴定申请案件中,父母的合意成了法院审查判断的核心要件,取代了对子女利益保护的全面审查。

纵观域外,许多国家都关注到了子女利益的独立性,并要求在亲子鉴定的启动程序中充分审酌子女的利益。美国法要求在亲子鉴定启动程序中贯彻子女最佳利益原则,倘若进行亲子鉴定与子女利益保护相悖,如子女不愿知悉其生物学上的父亲,或可能的生父提起鉴定申请的对象,为已与法律父建立实质家庭关系的子女等情况,法院则可以拒绝采取亲子鉴定来解决纷争。^⑭德国法为澄清血缘关系,设置了基因检测制度以及当事人的勘验容忍义务。基于子女利益保护的考量,德国《民法典》第1598a条第3款规定了例外情形。如澄清子女出身将严重损害未成年子女最佳利益,且即便与澄清出身的利益进行衡平,这一损害对于未成年子女也不具有合理期待性的,此时法院应当停止基因检测程序。^⑮综上所述,将子女利益保护作为亲子鉴定程序启动的重要审查要素,已然成为国际社会共通性的发展趋势,也

^⑨如司法部《司法鉴定程序通则》(2016年)规定其制定目的为,规范司法鉴定机构和司法鉴定人的司法鉴定活动,保障司法鉴定质量,保障诉讼活动的顺利进行。

^⑩参见孟勤国:《司法鉴定规则应重在规范法官行为——最高法院(2011)民一终字第41号判决书研读》,载《法学评论》2013年第1期,第85页。

^⑪参见厦门市中级人民法院、厦门市思明区人民法院课题组:《关于司法鉴定结论作为民事诉讼证据的调研报告》,载《东南司法评论》(2009年卷),第123页。

^⑫参见任学强:《论亲子鉴定中的未成年人权利保障》,载《青年研究》2007年第8期,第33页。

^⑬王某诉郭某同居关系纠纷案,参见山西省大同市中级人民法院(2021)晋02民终1478号民事判决书。

^⑭参见赖红梅:《亲子鉴定结论在亲子关系诉讼实务中的定位》,载《河北法学》2013年第1期,第137页。

^⑮参见陈卫佐译注:《德国民法典(第5版)》,法律出版社2020年版,第564页。

是未成年子女利益最佳原则的应然要求。显然,我国亲子鉴定启动程序中对于子女利益的司法审查缺位,是与这一国际发展规律以及伦理要求相背离的。

2. 司法审查中子女意见表达“失声”

在亲子鉴定的司法审查中,法院对于子女利益保护的审酌,不仅需要依职权主动调查涉及子女利益的相关事实,还需要积极听取子女的意见。子女是否同意亲子鉴定,对于法院作出是否准许亲子鉴定的决定具有重要影响。但是,在亲子鉴定申请的审查实践中,子女意见表达通常处于“失声”的现实状态,未能对鉴定程序的启动产生实质影响。第一,未成年子女缺乏表达意见的机会。从规范层面来看,我国立法并未明确未成年子女在亲子鉴定事项上享有意见表达权,对于保障子女意见表达的规范供给不足。从司法实践来看,现实中法院大多将父母是否同意、申请理由与抗辩意见等作为审查的要件或考量要素,很少听取未成年子女的意见,也未为子女提供充分表达意见的机会。显然,这一做法缺乏合理性与正当性。一方面,亲子关系诉讼中争讼的对象为亲代与子代之间的血缘关系,未成年子女作为子代享有基本的程序参与权,有权对于是否启动鉴定以及鉴定事项表达自己的意见。另一方面,亲子鉴定的实施需要从被申请的未成年子女身体组织取样,涉及未成年子女的人身、隐私权以及个人基因信息自决权等利益,原则上进行亲子鉴定需要自愿。^⑩可见,子女缺失意见表达的权利与机会,实际上减损了亲子鉴定程序中的子女利益。第二,子女缺乏正确表达意见的能力。在通常情况下,未成年子女的认知与表达能力有限,缺乏完全的行为能力,对于亲子鉴定事项的意义与后果,未必能形成正确认知并进行合理表达。并且未成年子女的辨识能力

较弱,加之子女对父母的情感依赖,其意思表示极易被父母所左右,甚至被父母意志所强行代表,导致子女意见实际上背离其切身利益与真实诉求。然而,现行立法与实践并未设置子女的特别代表人等制度来代替未成年子女进行“发声”,基于未成年子女的真实利益发表意见。

(三)“欠缺合意型”鉴定申请的审查要件适用紊乱

当亲子鉴定申请缺乏被申请方同意时,当事人双方关于亲子鉴定程序的启动发生了实质争议,法院对于启动要件的司法审查将更为严格。这一理念在《最高人民法院关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原作亲子鉴定问题的批复》中得到了贯彻,尽管该批复后续被废止,但对于欠缺合意型鉴定申请需要从严掌握,已成为司法实践中的通识做法。^⑪只不过,由于立法缺乏对于亲子鉴定申请审查要件的特别规定,司法实践中对于欠缺合意型亲子鉴定申请的司法审查较为混乱,具体标准不一,存在无序发展的问题。

1. 实践层面适用的审查要件不一

在缺乏直接、明确规范指引的现实情境下,法官在司法实践中对于“欠缺合意型”鉴定申请的司法审查,只能准用其他相关的法律规定,以获得鉴定启动裁判的适法性。由于法官个人的认知差异,实践中法官所援引的审查要件大致存在两类,即“有正当理由”要件与“提供必要证据”要件。第一类“有正当理由”要件,强调亲子鉴定程序的启动应存在解明亲子关系的合理理由,申请人需提供证据证明存在启动鉴定程序的必要性。这一要件实质上来源于《民法典》第1073条关于亲子关系异议之诉起诉要求的规定,适格主体只有当其对亲子关系存在异议且提出正当理由之时,方可提起亲子关系异议之诉。比如,在武某诉王某、郑某等监

^⑩ 参见刘敏、陈爱武:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉建议稿及立法理由书》,法律出版社2017年版,第231页。

^⑪ 司法实践中法院仍使用《最高人民法院关于人民法院在审判工作中能否采用人类白细胞抗原作亲子鉴定问题的批复》(已废止)这一规定。张某诉李某离婚纠纷案,参见河北省邢台县人民法院(2016)冀0521民初268号民事判决书;崔某诉何某1抚养费纠纷案,参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终8434号民事判决书。

护权纠纷案中,^⑮原告武某向法院申请亲子鉴定,法院援引此条规定,认为原告武某仅以怀疑为由申请亲子鉴定,不符合“存在正当理由”这一要件,因而未予准许。同样,在孙某诉张某甲抚养费纠纷案中,^⑯孙某在一审与二审中均已提出亲子鉴定申请,但一、二审法院都以不具备“有正当理由”要件为由,从而作出不予准许的决定。第二类“提供必要证据”要件,则是从证据层面对亲子鉴定程序的启动提出了要求,即申请人必须先行提供必要的证据,避免当事人因主观臆想、猜测而随意申请亲子鉴定,造成对家庭关系的不当破坏。另外,“提供必要证据”要件的适用,也减少了当事人一方利用亲子鉴定进行摸索证明的可能。这一要件来源于婚姻法司法解释或民法典婚姻家庭编司法解释中关于亲子关系证明妨碍推定规则的特别规定。^⑰对于相对方拒绝接受亲子鉴定的妨碍行为,推定请求方关于亲子关系的主张成立,其规则适用的前提应限于申请方“提供必要证据予以证明”。比如,在吴某1诉何某1婚姻家庭纠纷案中,^⑱吴某1主张其与何某1之间不存在亲子关系并申请亲子鉴定,法院通过援引亲子关系推定规则,将“提出必要证据”作为司法审查要件,经审查认为申请方吴某1并未提出必要证据,因而不准准许。同样,在王某诉李某1确认亲子关系纠纷案中,^⑲法院在审查原告提出的亲子鉴定申请时,也将“提供必要证据”作为核心审查要件。可见,由于立法规定的缺失,实践中关于“欠缺合意型”鉴定申请的司法审查要件并不统一,不符合“同案同判”的法治精神。

2. “提供必要证据”要件中证明标准不明

从实践观察的情况来看,法院大多是将“提供必要证据”作为“欠缺合意型”亲子鉴定申请司法审查的核心要件。在这一要件的审查过程中,申请人需提供必要证据证明相应亲子关系事实达到证明标准,法院方可准许当事人的鉴定申请。但由于立法规范层面并未对其证明标准予以明确,司法实践中对于何为“必要证据”、申请人需提供证据证明相应事实达到何种程度,其理解上存在较大的差异,最终导致实践中亲子鉴定审查的尺度不一。纵观之,司法实践中关于“提供必要证据”要件中的证明标准存在以下几种观点:其一,采用较低的证明标准,也即证明待证事实具备一定的可能性,实践中具体的表述包括“相当性的证明义务”“提供初步证据”等。其司法审查标准相对宽松,鉴定程序启动相较容易。如在金某1诉金某2抚养费纠纷案中,^⑳法院在对申请方的亲子鉴定申请进行司法审查时,只要求申请方需完成相当的证明义务。在崔某诉何某1抚养费纠纷案中,^㉑法院将“必要证据”理解为“初步证据”进行司法审查。其二,采优势盖然性的证明标准,也即证明待证事实成立的可能性优于不成立的可能性。比如,在余某诉陈某探望权纠纷案中,^㉒原告提供与被告的微信、短信记录及转账流水等必要证据已形成优势证据,法院认为原告与非婚生子之间存在亲子关系的可能性较大,完成了“提供必要证据”所需达到的证明标准。在许某2诉叶某婚姻家庭纠纷案中,^㉓二审法院根据双方当事人提供的证据,认为被上诉人提供的必要证据使得其证

⑮ 武某诉王某、郑某等监护权纠纷案,参见陕西省略阳县人民法院(2022)陕0727民初613号民事判决书。

⑯ 孙某诉张某甲抚养费纠纷案,参见江苏省南通市中级人民法院(2021)苏06民终796号民事判决书。

⑰ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(已废止),法释〔2011〕18号,第2条;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(法释〔2020〕22号)第39条。

⑱ 吴某1诉何某1婚姻家庭纠纷案,参见浙江省金华市中级人民法院(2020)浙07民终2099号民事判决书。

⑲ 王某诉李某1确认亲子关系纠纷案,参见甘肃省酒泉市肃州区人民法院(2022)甘0902民初4866号民事判决书。

⑳ 金某1诉金某2抚养费纠纷案,参见北京市丰台区人民法院(2020)京0106民初5631号民事判决书。

㉑ 崔某诉何某1抚养费纠纷案,参见北京市第二中级人民法院(2020)京02民终8434号民事判决书。

㉒ 余某诉陈某探望权纠纷案,参见广东省广州市越秀区人民法院(2019)粤0104民初41937号民事判决书。

㉓ 许某2诉叶某婚姻家庭纠纷案,参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终4228号民事判决书。

明的事实盖然性占优,符合亲子鉴定的审查要件。其三,采用高度盖然性标准,也即证明待证事实达到极大可能性。在这一证明标准下,法院对于启动亲子鉴定程序的审查极为审慎严苛,鉴定启动殊为不易。比如,在王某2诉王某1婚姻家庭纠纷案中,^{②7}法院认为原告提供的证据未能证明其与王某1之间不存在亲子关系达到高度盖然性的程度,不符合“提供必要证据”的要求,因此不予准许。在王某2诉王某1、魏某婚姻家庭纠纷案中,^{②8}法院同样将必要证据要件的证明标准明确为高度盖然性标准。综上,实践中法院对于申请人提供必要证据所需达到的证明标准分歧较大,司法审查的宽严尺度相差悬殊,这无疑影响了亲子鉴定制度的适用以及对子女利益的统一保护。

三、亲子鉴定申请司法审查要件的完善进路

(一) 一般性审查要件的承继与规范适用

亲子鉴定作为司法鉴定的具体类型,其程序启动自应受到一般性审查要件的约束。由于亲子鉴定所查明的待证事实是生物学上的亲子关系是否存在,且这一事实证明高度依赖生物学以及遗传学等专门性知识与技术。因此,亲子鉴定事项应属于专门性问题的范围。另外,亲子鉴定事项与生物学上亲子关系认定这一要件事实具有高度的相关性,且现代鉴定技术的发展使得亲子鉴定手段在解明血缘关系方面具有极高的准确性,亲子鉴定申请应然地符合司法审查的关联性要件与证明力要件。故而,司法实践中对于亲子鉴定申请的一般性司法审查,应主要聚焦于程序性要件与证明的现实必要性要件。

第一,审查程序性要件,即申请方是否在指定期间内提出亲子鉴定申请以及是否预交鉴定费。关于申请司法鉴定的期限,最高人民法院于2001年出台的《最高人民法院关于民

事诉讼证据的若干规定》将当事人申请鉴定的行为认定为当事人提供证据的一种表现形式,故而要求当事人“应当在举证期限内”提出申请。最高人民法院在2015年出台的《民事诉讼法司法解释》第121条继续沿袭这一规定,只不过在具体适用上相对宽松,将“应当”改为“可以”。然而,考虑到司法实践中许多鉴定申请是针对对方当事人在庭审过程中提交的证据而提出的,在未组织证据交换的情形下,当事人的鉴定申请无法在举证期限届满之前提出。故而,2019年修订的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对于这一申请鉴定的期限作出了灵活规定,即当事人应当在法院指定期间内申请鉴定。^{②9}同样,当事人申请亲子鉴定也应遵循这一规范要求。不过,由于亲子鉴定事项涉及身份关系,属于法院依职权调查收集证据的范围,对于因当事人超期申请亲子鉴定而被驳回的情形,法院认为有必要的,应当依职权委托亲子鉴定。对于鉴定费的承担,应由申请一方当事人预先缴纳,并最终由法院结合案情判定给败诉方承担或双方按比例分担。对于当事人未预交鉴定费用的,视为放弃申请鉴定,法院应不予准许。司法实践中也存在不少亲子鉴定申请因不符合程序性要件而被驳回的实例。如在张某1诉张某2抚养费纠纷案中,^{③0}张某1向法院申请亲子鉴定,由于其拒不交纳鉴定费,法院最终未予准许其鉴定申请。

第二,审查证明的现实必要性要件,即在具体案例中是否存在通过亲子鉴定手段来解明亲子关系的必要性。这一必要性要件包括两方面的内容:其一,基于现有证据不能直接认定所争议的亲子关系是否存在。如果法院在进行证据调查时、通过本案现有证据便已能够对亲子关系存否形成确定心证,则亲子鉴定程序的

^{②7} 王某2诉王某1婚姻家庭纠纷案,参见山东省淄博市中级人民法院(2020)鲁03民终1829号民事判决书。

^{②8} 王某2诉王某1、魏某婚姻家庭纠纷案,参见山东省淄博市博山区人民法院(2020)鲁0304民初162号民事判决书。

^{②9} 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用(上)》,人民法院出版社2020年版,第321-323页。

^{③0} 张某1诉张某2抚养费纠纷案,参见福建省仙游县人民法院(2021)闽0322民初5212号民事判决书。

适用已无必要。^{③①}比如,在亲子关系否认之诉中,若法律父证明其在子女受孕期间已无生育能力或者与女方未发生性关系,那么法院便可基于现有证据直接认定亲子关系不存在^{③②},无须再通过亲子鉴定进行证明,因此也不具备启动亲子鉴定的必要性。以黄某诉刘某同居关系子女抚养纠纷案为例,^{③③}法院认为根据原告提供的聊天记录、照片等证据,足以证明子女与被告之间存在亲子关系,且被告并未证明申请亲子鉴定仍具备必要性,因而未予准许被告的鉴定申请。其二,不存在可替代亲子鉴定的适宜证据方法。由于亲子鉴定程序涉及被检人的隐私权等切身利益,且为相对方设立了强制接受亲子鉴定的协力义务以及违反该义务的事实推定,因而亲子鉴定程序的启动极为审慎,只有当该案件不存在可替代亲子鉴定的其他适宜证据方法之时方可适用。故而,法院需审查采用亲子鉴定这一证据方法对于证明待证事实是否具有唯一性,如若存在其他合适的直接证据或者间接证据足以证明亲子关系事实,那么该鉴定申请因不符合必要性要件而应予驳回。

在明晰一般性审查要件具体内容的基础上,仍需进一步保障法官规范适用上述审查要件,减少法官裁量的恣意性。如前所述,在规范层面缺乏对法官行为的有效制约,是导致司法鉴定一般性审查要件适用刚性不足的重要成因。而在鉴定审查实践中,法官实施失范行为主要是基于工具理性而进行的消极应付或责任规避,这实质与司法鉴定中法官权责结构失衡有关。^{③④}鉴于此,一方面,需约束法官在鉴定启动过程中的审查权力,强化法官的审查职责。在司法鉴定规则制定过程中,需着重规范法院的审查行为,明确鉴定申请的审查要件,并要

求法院严格按照这些要件进行审查,杜绝随意允许鉴定或以鉴代审、以鉴止审。同时,对于法官审查失范的行为应进行追责,从而倒逼法官规范适用其审查职权。另一方面,保障当事人在司法鉴定启动中的程序参与和异议权利,从而对法院职权形成有效制约。对于当事人提出的鉴定申请,法官在作出决定之前,应当给予当事人以及利害关系人陈述意见的机会,充分听取多方意见。对于是否准许鉴定申请的决定,法院应一并告知当事人相应理由,保障当事人的知情权。如若当事人对该决定存在异议,应赋予当事人申请救济的权利与机会。

(二) 子女最佳利益要件的重点审查与程序保障

21 世纪全球家事诉讼法发展的一大共同趋势便是子女最佳利益原则的贯彻。^{③⑤}同样,对于亲子鉴定申请的司法审查也应积极践行这一基本原则,对子女利益保护进行全面审查。不过,子女最佳利益具有抽象性与模糊性,极难把握,故而有必要在理论层面疏明其判断要素,从而帮助法官结合案情作出妥适恰当的判断。另外,针对司法审查过程中子女意见表达“失声”的现实问题,也应通过法院对于子女意见的重点听审,以及完善子女意见表达的程序保障来予以解决。

1. 子女最佳利益的判断要素

子女最佳利益有着一张“普洛透斯”似的脸,缺乏明确、固定的形象,在不同的案例中表现为不同的形式。因而,法官在审查判断子女利益时,需结合具体案情以及背景信息、感情关系等进行综合性评判。对此,联合国儿童权利委员会发布了关于儿童最大利益的《第 14 号一般性意见》,其中便提出了评判和确定儿

^{③①} 参见毕玉谦:《对我国目前在亲子鉴定问题上基本取态的反思》,载《中国司法》2010年第9期,第103页。

^{③②} 参见毕玉谦:《对我国法院采用证明妨碍制度审理亲子关系纠纷案件的基本思考》,载《法律适用》2010年第9期,第31页;参见栗明:《亲子关系推定规则的理解与适用——基于“北大法宝”251份民事判决书的分析》,载《证据科学》2021年第2期,第172页。

^{③③} 黄某诉刘某同居关系子女抚养纠纷案,参见广东省大埔县人民法院(2021)粤1422民初807号民事判决书。

^{③④} 参见陈如超:《民事司法鉴定中的法官行为规制》,载《法商研究》2018年第2期,第131页。

^{③⑤} 参见刘敏:《21世纪全球家事诉讼法的发展趋势》,载《中国应用法学》2017年第5期,第42-44页。

童最大利益的二阶模式。第一,需查明评判子女最佳利益应予考虑的相关要素,在情景化分析的基础上对要素内容进行具象化,并合理划定各项要素的权重。第二,通过相应的程序设计与法律保障,恰当适用儿童最佳利益原则,对于某一具体措施作出决定。^{③6}同样,对于亲子鉴定申请中子女利益的司法审查,也可借鉴上述二阶模式,明确评判与确定子女最佳利益的相应要素,并通过相应的程序机制予以保障。具体而言,法院审查亲子鉴定申请时需考量的涉及子女利益的要素,具体包括子女的年龄、性别、个体性格、健康程度等身份信息与身体要素,子女认知与表达能力、发表意见内容等主观意见要素,子女成长环境、与家庭成员的关系、情感依赖、子女与父母分离产生的影响等家庭环境与关系要素,子女的照料、保护和要素,子女的健康权、受教育权要素等内容。以亲子关系否认之诉为例,法律父在诉讼中申请亲子鉴定,法院需审查子女的相关意见、启动鉴定是否会损害子女的身心健康、现有家庭关系的和睦程度、子女的成长环境、双方经济状况以及对子女抚养权与受教育权的保障性等内容,来判断该鉴定申请是否符合子女最佳利益。当然,需明确的是子女最佳利益原则要求将子女利益作为首要考虑,而非绝对优先的排他性考虑。^{③7}对于亲子鉴定申请的司法审查,既需要审酌子女的最佳利益,也需要对其他利益予以衡平,如对法律推定之父的血缘知悉权及生母的隐私权等权益的合理考虑。

2. 对于子女意见的听审与程序保障

如前所述,根据《第14号一般性意见》的规定,评判和确定儿童最大利益的第二步,

便是落实儿童最大利益的程序性保障。其中,至关重要的要素就是与儿童的沟通,以恰当的方式与服务征询儿童的意见,保障儿童自行表达或通过代理人表达意见的权利。然而,在我国亲子鉴定申请的司法审查中,子女意见表达未能得到应有的重视,尤其是在双方同意型亲子鉴定中,子女意见表达“失声”的问题更为突出。基于子女本位主义以及最佳利益原则的考量,在审查亲子鉴定申请时,需对子女意见进行重点听审,并保障其表达意见的权利。

对此,域外部分国家或地区已有相对成熟的做法。例如,德国法在血缘关系事件处理中便极为注重对未成年子女听审请求权的保障,以实现对于子女意见的全面探知与审查。根据德国《家事事件和非讼事件程序法》第175条的规定,法院对血缘关系事件进行法庭调查,应当要求具备程序能力的利害关系人出庭发表意见。如若法院以裁判方式启动亲子鉴定程序并作出相对人容忍采样命令的,应当为听审父母双方以及年满14周岁的子女。对于未满14周岁之子女,法院在审酌其身心发展特点的基础上,也可对其进行听审。^{③8}法院应注重听审未成年子女的方式,不能对子女的成长、教育以及健康造成不良影响。^{③9}我国台湾地区的“家事事件法”在确认血缘关系的检验程序中也有类似的规定。对于未成年子女为当事人的亲子关系事件,法官在命令其接受血缘检验之前,应保障未成年子女享有陈述意见的机会。^{④0}法院在必要的情形下,应通知指派社会工作人员或其他适当人员陪同未成年子女进行陈述,并提供私密友善的空间、采取适当措施,确保未

^{③6} 参见苑宁宁:《最有利于未成年人原则内涵的规范性阐释》,载《环球法律评论》2023年第1期,第146页。

^{③7} 参见前注^{③6},苑宁宁文,第147页。

^{③8} 参见王葆蔚、张桃荣、王婉婷译注:《德国家事事件和非讼事件程序法》,武汉大学出版社2017年版,第82页。

^{③9} 参见夏先华:《德国家事审判中证据收集制度的发展特色》,载《人民法院报》2023年5月26日,第8版。

^{④0} 参见我国台湾地区“家事事件法”第68条规定,“未成年子女为当事人之亲子关系事件,就血缘关系存否有争执,法院认有必要时,得依声请或依职权命当事人或关系人限期接受血型、去氧核糖核酸或其他医学上之检验。但为声请之当事人应释明有事实足以怀疑血缘关系存否者,始得为之。命为前项之检验,应依医学上认可之程序及方法行之,并注意受检验人之身体、健康及名誉。法院为第一项裁定前,应使当事人或关系人有陈述意见之机会。”

成年子女以及陪同人员的隐私与安全。^{④1}

基于上述分析,我国现行立法有必要借鉴已有的通行做法,明确亲子关系诉讼中对于子女意见的听审与尊重,并通过相应的程序机制保障子女的表达意见权,强调亲子鉴定启动程序中对于子女最佳利益要件的重点审查。事实上,我国的司法实践中,已经出现了在亲子鉴定启动过程中听取子女意见的有益做法。如在张某诉李某亲子关系否认之诉中,^{④2}尽管法律父的亲子鉴定申请得到了母亲的同意,但9岁的婚生女儿认为自己与法律父张某感情深厚,不愿进行亲子鉴定,法院最终在审酌子女意见的基础上未予准许法律父的鉴定申请。只不过,上述实践探索仅仅是个案,并未改变亲子鉴定程序中未予听取子女意见的普遍现状。另外,在法律规范层面,我国《民法典》第1084条第3款规定了离婚抚养案件应听取并尊重8周岁以上未成年子女的真实意愿。第1104条也规定,收养8周岁以上未成年人的,应当征得被收养人的同意。由此可见,我国立法已经认可了8周岁以上的子女具备一定的主观认知与意思表示能力,应赋予其表达意见的权利与机会,尊重其主观意愿。对此,可在立法层面将这一听取子女意见的规定扩张到亲子关系案件中,明确在启动亲子鉴定程序之前,法院应听取并尊重8周岁以上子女的真实意见。基于未成年子女的身心特点,法院也应注重询问子女意见的环境与方式,视情况采取单独询问或有关人员陪同询问、游戏互动等方式,询问过程中应注意询问的语气、语言表达、询问的环境,尽可能消除未成年子女的紧张情绪,避免对未

成年子女造成情感与心理伤害。^{④3}

此外,为保障子女意见表达权的实现,立法应为其提供相应的程序保障。鉴于未成年人认知与表达能力的天然弱势,域外许多国家或地区设置了未成年人利益代表人制度,代表未成年人的利益发表意见。比如,德国法在血缘关系事件程序中设置了程序辅助人制度,独立地维护未成年子女的利益。程序辅助人应当以适当方式向子女告知程序内容与审理信息,听取其真实意思,同时也可与子女的父母、其他亲属等相关人员进行沟通,获取与子女利益相关的信息。对于已经选任程序辅助人的案件,法院应当在程序辅助人在场的情况下听审子女本人。^{④4}事实上,我国的司法实践中已经存在未成年人特别代理人或权益代表人等类似制度,并取得了良好的社会效果。^{④5}对此,我国也可在立法层面引入程序辅助人制度,代表未成年子女独立主张权利,探知并帮助未成年子女表达意见,强化法院在亲子鉴定审查等涉及子女利益的程序中对于子女利益的全面审查。

(三)“欠缺合意型”鉴定申请审查要件的修正

从应然层面来看,对于“欠缺合意型”亲子鉴定申请的司法审查应当更为严格与审慎,但由于立法未对该审查要件作出统一规定,司法实践中的适用较为混乱,并未为子女利益提供妥适、周全的保护。基于此,有必要对审查要件予以修正,基于对证据协力义务与证明妨碍法理的深入剖析,论证以“提供必要证据”作为司法审查要件的正当性,并在利益衡平的基础上设定合理的证明标准。

^{④1} 我国台湾地区“家事事件法”第11条规定,“未成年人、受监护或辅助宣告之人,表达意愿或陈述意见时,必要者,法院应通知直辖市、县(市)主管机关指派社会工作人员或其他适当人员陪同在场,并得陈述意见。前项情形,法院得隔别为之,并提供友善环境、采取适当及必要措施,保护意见陈述者及陪同人员之隐私及安全。”

^{④2} 参见张君、贾海雄:《九岁女童不同意亲子鉴定 法院尊重孩子意见》,载《民主与法制时报》2020年10月15日,第5版。

^{④3} 参见张艳丽、李亚楠:《英国家事诉讼中脆弱人员出庭制度及借鉴》,载《河北法学》2022年第5期,第72页。

^{④4} 参见郝振江、赵秀举译:《德国家事事件与非讼事件程序法典》,法律出版社2017年版,第71、77页。

^{④5} 例如,2022年2月11日,合肥市庐阳区人民法院在借鉴上海和浙江等地法院经验的基础上,引入未成年人权益代表人制度并首次适用于一起变更抚养权纠纷案。参见皮磊:《安徽首份“未成年人权益代表人”制度文件签署》,载《公益时报》2022年10月18日,第5版。

1. “提供必要证据”要件的理论证成

如前所述,实践中对于“欠缺合意型”鉴定申请的审查,主要存在“有正当理由”与“提供必要证据”两类审查要件。其中,“有正当理由”这一要件源于《民法典》第1073条关于亲子关系异议之诉中起诉要求的规定。其旨在规范当事人诉权的行使,抑制亲子关系诉讼的恣意启动,维护身份安定与家庭稳定。^{④6}诉的利益是当事人行使诉权的先决要件,亦为法院进行实体审理的前提。^{④7}《民法典》第1073条设定“有正当理由”这一要件,实质上是对是否存在诉的利益进行审查,判断当事人提出的诉讼请求本身是否具有实体审理的必要性。^{④8}可见,“有正当理由”本质上为亲子关系异议之诉的诉讼要件。然而,亲子关系诉讼中亲子鉴定作为一项解明真实血缘关系的证据方法,主要用于对亲子关系异议事实的查明与认定,其实际上涉及本案争议的实体权利、义务关系的审理,属于本案要件的审理范围。从二者的关系来看,诉讼要件的审查判断具有先决性,如果已经先行确定缺乏诉讼要件,那么将不能进入到本案审理的阶段,而应终结诉讼程序。^{④9}如此一来,法院在诉讼程序启动之初便已然先行审查了“有正当理由”这一诉讼要件,对于不符合这一要件情形的,法院应裁定不予受理或驳回起诉。即便法院是在本案审理的鉴定启动审查阶段,发现当事人的起诉或申请不具备正当理由,此时也应终结诉讼程序,而非不予准许当事人的鉴定申请。由此可见,“有正当理由”应当理解为亲子关系诉讼中的诉讼要件,且在审查顺序上具有先决性,并非亲子鉴定申请的司法审查要件。

“提供必要证据”要件源自相关司法解释所设立的亲子关系推定规则。学界对此并未予以论证,司法实践中法院通常直接援引推定规

则来对鉴定申请进行审查,缺乏相应的正当性依据。对此,有必要从法理层面厘清亲子鉴定申请审查与拒绝鉴定证明妨碍推定之间的逻辑关系,对于“提供必要证据”要件作为鉴定审查要件予以证成。具言之,亲子关系推定规则本质上是对于当事人拒绝履行证据协力义务的私法制裁手段,其适用的前提在于当事人负有相应的证据协力义务,且实施了拒绝配合亲子鉴定的妨碍行为。为了避免推定规则对于相对方妨碍行为的惩戒过重,衡平证明妨碍惩戒与身份关系真实性之间的利益冲突,现行立法要求亲子关系的异议方应“提供必要证据”予以证明。可以说,“提供必要证据”是法院为相对方设立证据协力义务的前提条件,是适用推定规则的必备要件。然而,亲子鉴定申请审查从形式上看是启动了血缘关系强制检测程序,其实质是在当事人之间设立了配合接受鉴定取样的证据协力义务。如此一来,鉴定程序的启动与证据协力义务的设立之间存在同频共振的关系,证据协力义务的设立要件理应成为亲子鉴定程序启动的审查要件。反之,在缺乏“提供必要证据”要件的情形下启动亲子鉴定程序,将可能因证据协力义务的缺失,而无法得到相对方的高度配合。综上,亲子鉴定申请的司法审查要件应准用亲子关系推定规则的相关规定,将“提供必要证据”作为其核心的审查要件。

2. 必要证据要件中证明标准的合理设定

作为亲子鉴定申请的审查要件,“提供必要证据”所需达到的证明标准在很大程度上决定了法院司法审查的宽严尺度,影响着亲子鉴定启动的难易程度。对于“必要证据”所对应的证明标准,学界与实务界并未形成共识,存在较大的分歧。部分学者认为所谓的“必要证据”应当认定为申请方提供的证据证明亲子关系异议的事实达到高度盖然性的标准,也即

^{④6} 参见林剑锋:《〈民法典〉第1073条(亲子关系诉讼)诉讼评注》,载《法学杂志》2023年第3期,第51页。

^{④7} 参见廖永安:《论诉的利益》,载《法学家》2005年第6期,第92页。

^{④8} 参见张卫平:《诉的利益:内涵、功用与制度设计》,载《法学评论》2017年第4期,第1页。

^{④9} 参见段文波:《起诉条件前置审理论》,载《法学研究》2016年第6期,第83-84页。

裁判者对于亲子关系异议事实形成极大可能性的内心确信。^{⑤0}持这一观点的学者主要是基于身份关系涉公益性、伦理性的特质以及对于客观真实主义的高度追求,其要求亲子鉴定程序的启动必须严格、审慎,避免申请方利用亲子鉴定方式对亲子关系异议事实进行摸索证明,同时也减少在相对人拒绝配合接受亲子鉴定的前提下适用推定规则,背离客观事实真相的真实风险。至于在最终的亲子关系事实认定与法院裁判方面,法院则应持以更高的证明标准,而亲子鉴定程序的适用正是在启动亲子鉴定的高度盖然性标准上,进一步强化对亲子关系的探知与查明。也有观点认为“必要证据”应当理解为“能够形成合理证据链条证明当事人之间可能存在或不存在亲子关系”。其大体包括两部分的要求:第一,申请方提交的证据链条使得法官形成可能存在相应事实的内心确信程度;第二,申请方提交的证据达到足以转移证明责任的条件。^{⑤1}

对此,笔者认为高度盖然性的证明标准设置过高,在司法实践中当事人在启动亲子鉴定程序之前极难满足这一要求,其鉴定申请难以被准许。如此一来,当事人反而无法通过亲子鉴定程序解明亲子关系,高度盖然性的证明标准最终束缚了亲子鉴定程序在澄清血缘关系方面的功能发挥,案件审判可能更易背离客观真实主义的价值追求。另外,在亲子关系案件仍准用普通民事诉讼证明标准的立法现状下,这一证明标准要求导致亲子鉴定程序启动与案件事实认定的证明标准混同,亲子鉴定程序在事实查明方面的作用已变得可有可无。

相对而言,笔者更为认可第二种观点,并将其进一步明确为对于亲子关系异议的事实“存在合理怀疑”的证明标准。也即,申请方提交的证据使得法官对于现存的亲子关系产生

了“合理怀疑”,有必要启动亲子鉴定手段对其进行查明。从法理层面来看,在亲子鉴定程序启动中设立这一“存在合理怀疑”证明标准具有其正当性:第一,契合认识论与诉讼程序机理的内在规律。亲子鉴定程序是处于案件审理与查明的阶段,而非法庭辩论终结的阶段,此时对于亲子关系的认识尚处于待深入的初步阶段,不宜采取过高的证明标准。第二,契合亲子关系诉讼证明的实际情况。由于母体受胎的隐私性,相应的证据材料极为欠缺,当事人很难收集到有力的证据证明相关亲子关系的事实,其对于亲子鉴定的证明方式高度依赖。故而,在亲子鉴定程序启动方面,只需要申请方提供配偶在可能受胎期间存在出轨行为、子女与父母的血型不符等足以对亲子关系产生合理怀疑的证据即可。第三,契合亲子鉴定制度的设置目的。亲子鉴定制度旨在以技术手段解明亲子关系,当申请方提供的证据使得法官对于现存亲子关系产生合理怀疑,且其无法提供更为充分的证据进一步证明之时,有必要启动亲子鉴定程序从技术手段上解决亲子关系证明难题。第四,契合亲子关系诉讼职权探知主义法理。对于亲子关系的查明或解明,不仅是承担证明责任一方当事人的应然责任,更是法院遵循职权探知主义法理的职责要求。如果对于鉴定申请方提交的证据要求过高,则存在法院消极履行探知职责、转嫁调查取证任务的问题,造成申请一方当事人的证明负担过重。

不过,对于这一鉴定启动的“存在合理怀疑”证明标准,也可能存在相应的质疑,有必要予以有力回应。第一个可能的质疑便是,设定的证明标准过低容易导致亲子鉴定程序启动过于轻率,危及亲子关系的稳定性,损害子女利益。对此需疏明的是,“提供必要证据”要件只是法院审查要件之一,法院仍可根据“子

^{⑤0} 参见张海燕:《亲子关系诉讼中亲子鉴定适用问题研究——兼评〈婚姻法司法解释(三)〉第2条》,载《山东社会科学》2013年第5期,第102页。

^{⑤1} 参见李春景:《关于亲子关系否认制度若干问题探讨——评析〈婚姻法司法解释三〉第2条第1款之规定》,载《河北法学》2016年第12期,第65页;最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第373-374页。

女最佳利益”要件的审查,不予准许可能损害子女最佳利益的鉴定申请。第二个可能的质疑是,“提供必要证据”同时也是亲子关系推定的前提条件,其要求过低会导致将举证方的证明责任不当转变为相对方的协力义务,且容易使得亲子关系推定规则的适用过于宽松。对此,一方面基于亲子关系身份案件的独特性,其不再是双方当事人自由对抗的“零和博弈”,而是强调保护身份公益与子女权益的诉讼协力性,要求相对方承担协力义务具备相当的合理性。况且,相对方可提出合理理由拒绝接受鉴定,如可能危害被检人的身心健康等,对抗其证据协力义务。另一方面,适用亲子关系推定规则所带来的身份真实风险,并非来源于“提供必要证据”这一前提要件标准过低,而是直接僵化适用推定规则的运行模式本身。对于被申请方拒绝接受亲子鉴定情形,其行为、态度等应作为全辩论意旨的一部分,成为法官自由心证的重要参考,而非直接简单作出推定。

结语

血缘关系的异议与论争是亲子关系诉讼中最为核心的争议焦点。现代科技的发展使得真实血缘关系的探知由诉讼证明转向了技术证明,亲子鉴定成为最为关键的证据方法,对于判决结果具有决定性影响。然而,亲子鉴定证据方法一方面连通着对于真实血缘关系的技术解明,另一方面却关涉子女人身、隐私权、身份安定与成长利益,以及子女的受抚养、教育与继承权益。因而,法院对于亲子鉴定申请的司法审查与程序启动应保持审慎、严格的态度,需全面践行子女最佳利益原则。然而,从我国的司法适用现状来看,其对于子女利益的保护存在整体缺位的问题,且要件规范缺乏体系性,适用较为混乱,刚性不足。对此,应以子女最佳利益原则为指导,分别从一般性审查要件、子女最佳利益要件、“提供必要证据”要件三个方面对现有的亲子鉴定司法审查要件进行完善,强化对于子女利益的审酌与保护,妥适地处理亲子关系纠纷。

On the Inspection and Improvement of the Elements of Judicial Review of the Application of Paternity Identification

——Based on the Principle of the Best Interests of the Child

Xia Xianhua¹, Cao Ying²

(1. Xiangtan University, Xiangtan, 411105, Hunan;

2. Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, 430073, Hubei)

Abstract: The judicial review and procedural initiation of paternity identification applications involve children's personal interests, and their pursuit of the value of blood relation realism should be limited, with the best interests of children as the primary consideration. From the current situation of the application of judicial review elements for paternity identification applications, there are such problems as insufficient rigidity in the application of general review requirements, lack of judicial review for the protection of children's interests, and disorderly application of review elements for "lack of agreement" applications. In order to implement the principle of the best interests of children, it is necessary to clarify the application of procedural and evidential elements in paternity identification, and regulate the court's review behavior. At the same time, the best interests of children should be regarded as an independent review element, and its evaluation and determination elements should be clarified. The hearing of opinions on children over 8 years should be strengthened, and the system of procedural assistants should be introduced to ensure the expression of children's opinions. For parent-child identification applications that lack consensus, it is necessary to demonstrate the legitimacy of "providing necessary evidence" as the examination element, and set the proof standard reasonably as "the existence of reasonable doubt".

Key words: paternity identification; elements of judicial review; the best interests of the child; parent-child relationship

(责任编辑: 芙 戴)

电子数据完整性审查的偏误、成因及其改善进路

林小芳

(中国政法大学, 北京 100088)

摘要:数据的完整性审查是电子数据审查的重要内容,但在司法实践中却存在偏误现象,主要表现为完整性要素审查不充分、完整性审查替代了合法性审查以及内容真实性审查反制了完整性审查等。究其原因,一是电子数据完整性审查存在技术复杂性,二是电子数据合法性审查规则以完整性审查为核心内容,三是电子数据完整性审查的独立程序缺位。有鉴于此,未来应当发挥专家在电子数据完整性审查中的专业作用,帮助法官实现电子数据完整性的实质性审查;同时,应梳理电子数据完整性与合法性的审查规则,理清两者的审查范畴;最后,还应构建电子数据完整性审查的独立程序,防止电子数据完整性审查偏误的发生。

关键词:电子数据;完整性;合法性;内容真实性

中图分类号:D925.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0018-10

引言

电子数据作为信息时代的“证据之王”,具有存储内容的海量性、形态的易变性、内容的难以直接感知性等特征。^①这些特性对电子数据的审查提出了更高要求。自2012年《刑事诉讼法》将电子数据正式确立为法定证据以来,其审查体系不断完善。^②2016年“两高一部”(最高人民法院、最高人民检察院、公安部)联合颁布的《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》(以下简称《电子数据规定》)对电子数据的收集、审查作出了详细规定,并在第2条中明确提出了人民检察院、人民法院应当围绕真实性、合法性、关联性审查判断电子数据。该规定对电子数据效力审查对象的排列顺序体现了对电子数据真

实性的重视。《电子数据规定》第四部分“电子数据的审查与判断”详细规定了电子数据属性的审查:真实性首当其冲,完整性紧随其后且独立表达,合法性殿后。电子数据真实性审查的重要性可见一斑。理论上,电子数据真实性包含电子数据载体的真实性、电子数据自身的真实性和电子数据内容的真实性三个层面,^③前两个属于电子数据完整性的审查范畴。这在立法上亦有体现:从《电子数据规定》第22条规定来看,电子数据完整性是电子数据真实性审查的因素之一。所谓电子数据完整性,是指收集、提取的电子数据保持未被篡改、破坏的状态,电子数据完整性是电子数据真实性的重要考量因素甚至是最重要因素。^④吴洪淇更是在梳理电子数据完整性规范的历史发展脉络

收稿日期:2024-03-28

作者简介:林小芳,男,中国政法大学证据科学研究院硕士研究生,主要研究方向为刑事诉讼法学、证据法学。

①参见陈永生:《电子数据搜查、扣押的法律规制》,载《现代法学》2014年第5期,第111页。

②2016年最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合颁布了《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》(以下简称《电子数据规定》);2019年公安部又专门颁布了《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》(以下简称《电子取证规则》);2021年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》中“证据”一章下面专门设一节来规定“视听资料、电子数据的审查与认定”问题;2021年最高人民检察院印发《人民检察院办理网络犯罪案件规定》;2022年最高人民法院、最高人民检察院、公安部又联合修订了《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》,其中有不少部分涉及电子数据的收集。通过具体分析发现,当下的电子数据审查规定基本上借鉴、沿袭2016年的《电子数据规定》。鉴于《电子数据规定》的体系性、有效性且适用范围更广(由三大司法机关联合颁布),本文的分析文本主要以2016年的《电子数据规定》为主。

③参见褚福民:《电子证据真实性的三个层面——以刑事诉讼为例的分析》,载《法学研究》2018年第4期,第121页。

④参见周加海、喻海松:《〈关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2017年第28期,第33页。

中发现,电子数据完整性审查经历了从电子数据审查边缘到审查核心的蜕变。^⑤可见,电子数据完整性已然成为电子数据证据效力审查的主要对象。

电子数据完整性属于电子数据鉴真范畴,其目的在于确保电子数据的同一性,^⑥即确保电子数据在收集、提取、转移过程中未受到任何污染,使举证者在法庭上所声称的那个电子数据呈现在法官面前作为证据使用。^⑦从电子数据完整性理论的定位来看,电子数据完整性是通过保障证据的形式真实性,为确认电子数据的可采性提供基础。^⑧目前,《电子数据规定》明确要求对电子数据采取相应措施保障电子数据的完整性,第23条规定了电子数据完整性审查的具体措施,第27条、28条确立了完整性不足的排除后果,共同构成电子数据完整性的审查体系。然而,通过对中国裁判文书网中涉及《电子数据规定》的刑事判决书进行分析解读发现,电子数据完整性审查在实践中存在偏误现象,比如,电子数据完整性要素审查不全面、电子数据完整性审查替代电子数据合法性审查范畴等。鉴于此,本文旨在深入探讨这些偏误现象的具体表现、潜在风险、成因分析,并提出相应的改进路径与策略。

一、电子数据完整性审查的偏误

关于电子数据合法性、完整性和内容真实性的审查,由于价值指涉不同、审查范畴不同,分别具有不同的审查逻辑。但刑事诉讼是一个牵一发而动全身的体系,电子数据完整性审查的偏误问题不仅体现在自身要素审查不足的问题上,还体现在与合法性审查、内容真实性审查的关系中。

(一) 完整性要素审查不全面

对书证、物证等传统实物证据鉴真,主要通过“保管链条证明”和“独特性验证”两种方式。^⑨因为物证、书证等传统证据的载体具有实体性,收集方式较为单一。电子数据作为信息时代的产物,具有极强的技术性,且其载体虚拟化或可分离,现实中存在“一体式收集”“单独提取”和“转化收集”等多元收集方式。^⑩因此电子数据审查的内容更加丰富,审查方式更加复杂。从完整性审查内容上看,在“一体式收集”情况下,法官对电子数据完整性的审查包含对电子数据载体的真实性和电子数据自身的真实性两方面的审查;在“单独提取”和“转化收集”情况下,法官需要审查电子数据自身的真实性。从审查方式来看,法官除了通过传统的鉴真方式,还可以通过数字签名、完整性校验等技术性鉴真方法进行完整性审查。更甚者,电子数据完整性的认定还需要通过传统型和技术型的双重鉴真。例如,根据《电子数据规定》第8条所规定的电子数据“一体式收集”情形,可以将“一体式收集”的审查分为两个步骤,这两个步骤分别使用不同的鉴真方法:一是审查电子数据原始存储介质的扣押、封存状态及其取证笔录,确保电子数据载体的真实性;二是审查电子数据自身的真实性,确保提取数据的完整性。第一步涉及传统取证方式,法官对其鉴真亦按照传统方式,追溯有关人员的收集、移送、保管等环节即可完成审查。第二步则需要借助技术性鉴真手段,审查电子数据完整性校验值前后是否一致或者数字签名真假等。又如,根据《电子数据规定》第9条的“单独提取”情形,可以将法官对电子数据完整性的审查分为两步,法官先通过传

^⑤参见吴洪洪:《电子数据完整性的法律定位与理论反思》,载《国家检察官学院学报》2024年第1期,第152-153页。

^⑥参见陈丽:《论电子证据的完整性》,载《证据科学》2021年第6期,第718页。

^⑦参见陈瑞华:《实物证据的鉴真问题》,载《法学研究》2011年第5期,第127页。

^⑧参见前注^⑤,吴洪洪文,第149页。

^⑨参见陈瑞华:《刑事证据法》,北京大学出版社2021年版,第283页。

^⑩“一体式收集”是将电子数据连同其原始存储介质一并予以收集、封存、移送;“单独提取”是仅收集提取电子数据而不扣押收集其原始存储介质;“转化收集”是将电子数据所承载的证据信息通过打印、拍照或录像等方法进行固定、收集,而不收集电子数据本身。详情可参见谢登科:《电子数据的技术性鉴真》,载《法学研究》2022年第2期,第222页。

统的笔录鉴真方式了解电子数据来源,再根据电子数据完整性的校验值实现其完整性确认。因此,电子数据完整性的审查包含双重内容,可能需要多元化审查方式才能实现全面审查。

然而,法官在司法实践中对电子数据的审查可能以部分完整性要素替代全部的完整性审查。例如,在李某涉嫌走私、贩卖、运输、制造毒品案件^⑪中,辩护人提出,本案关键证据——微信聊天记录(电子数据)的提取过程,未遵循规范封存原始存储介质,且笔录中未给出合理解释和说明,无法确保完整性,因此提取的照片不能作为证据采信。法院则认为,该微信聊天记录的提取,系两名侦查人在见证人见证下进行,整个提取过程以拍照的方式予以固定,从提取的照片上看不出存在删减聊天记录的情况,整个提取过程完整,符合《电子数据规定》的相关要求,并无不当。

在上述案件中,电子数据系通过“单独提取”方式收集。如前文所述,应当通过“笔录+完整性校验值”这一传统型鉴真与技术型鉴真交叉适用的方法全面审查电子数据的完整性。辩护人正是以此为思路展开了辩护。但法院对电子数据的审查逻辑却是——见证人与拍照这一保管链条的证明足以认定电子数据的完整性。事实上,这一案件中电子数据完整性的保障要素包含保管链条的证明与技术性鉴真,完整性校验值这一技术性鉴真的缺位已然招致质疑,遑论保管链条完好与否、电子数据是否经过删除修改。

(二) 完整性审查替代了合法性审查

电子数据完整性与电子数据合法性均涉及电子数据的可采问题。^⑫若电子数据不具有完整性或者合法性,均应被排除。但完整性和合法性的价值指涉不同。^⑬不同价值追求的证据属性审查应具有不同的审查体系。电子数据完

整性作为电子数据真实性的形式审查,期冀通过让能够证明案件事实的证据以本来面貌全面地进入法官视野,实现事实的准确认定,即以求真为价值导向。因此,电子数据完整性的核心在于同一性认定。例如,《电子数据规定》第14条规定了收集提取电子数据的笔录、清单、见证人签名、盖章以及录像等要求,通过保管链条的确认实现电子数据完整性的认定。证据的合法性则是强调取证主体、行为及取证程序符合法律规范。进一步看,合法性是通过合法程序规制侦查人员的取证行为,使其在规制的轨道上合理运行,避免对其他主体造成侵权问题,^⑭即以求善为价值导向。例如,《电子数据规定》第9条规定,侦查机关若是在远程勘验过程中需要采取技术侦查手段,应当经过严格的批准手续。这正是出于防止技术侦查措施滥用,保护公民隐私权、财产权等合法权益的考量。理论上,完整性审查与合法性审查应当具有不同的审查体系,对应的审查范畴也应有所差别。然而,司法实践中却存在不同的审查逻辑。例如,在孙某涉嫌生产、销售有毒、有害食品案件^⑮中,辩护人根据《电子数据规定》第24条所规定的电子数据合法性审查的内容提出辩护意见,本案手机和电子数据未以封存状态移送;本案笔录或者清单上没有侦查人员、电子数据持有人(提供者)、见证人签名或者盖章,不应作为定案的根据;提取电子数据的前提条件是无法扣押原始存储介质,本案手机可以扣押封存且实际已经扣押封存,不符合前述第9条规定的提取电子数据的条件。对此,法院认为,侦查机关提取证据过程中虽存在瑕疵,但被告人孙某及证人张某1、李某2对手机记载信息予以认可,且相关司法鉴定对数据完整性进行了鉴定并予以确认,故辩护人该合法性辩护意见不能成立,不予支持。

^⑪ 参见四川省内江市中级人民法院(2018)川10刑终80号刑事判决书。

^⑫ 参见前注⑥,陈丽文,第719页。

^⑬ 参见前注⑤,吴洪淇文,第151页。

^⑭ 参见前注⑨,陈瑞华文,第63页。

^⑮ 参见河南省鹿邑县人民法院(2018)豫1628刑初792号刑事判决书。

在上述判决书中,辩护人认为电子数据不具有合法性的具体原因包括取证主体不明、取证程序存在瑕疵、取证手段不符合规定等。对此,按照证据法的合法性理论,法官应展开针对性审查,调查取证主体、取证程序以及取证手段是否违法且对他人的权利造成侵犯。然而,法官对电子数据合法性审查要求视若无睹,认为被告人的自认和技术性鉴定的方式可以认定电子数据的完整性,以完整性认定否定辩护人的合法性异议。固然,针对非法证据存在自由裁量的排除规则,我国允许控方针对瑕疵证据进行一定的补正或解释,最终由法官综合案件情况决定证据的采纳与否。但是,补正或解释应当从合法性补充的角度出发,法院也应当针对合法性进行审查。^⑩由此来看,法院不应通过认定电子数据完整性的方式补正电子数据的合法性。在该案件中,辩护人提出合法性质疑以排除电子数据,法官以电子数据的完整性为由驳回电子数据合法性的异议。此时,法官混淆了电子数据完整性与合法性的审查,呈现出以电子数据完整性审查替代电子数据合法性审查的现象。

(三) 内容真实性审查反制了完整性审查

证据是证据载体和证据事实的有机统一,但只有证据的载体才需要通过鉴真。鉴真是实物证据具备证据能力的前提条件。^⑪证据无法得到鉴真,其同一性无法得到确认,证据自然也不能作为定案根据。电子数据信息内容有电子数据载体和电子数据“双载体”,因此,电子数据完整性的确认,即对电子数据载体和电子数据自身的审查,旨在保证证据的同一性。而电子数据内容的真实性则涉及电子数据内容中所包含的信息,属于案件(证据)事实的证明问题,应结合其他证据对案件事实进行认定。^⑫例如,《关于办理死刑案件审查判断证据若干

问题的规定》第29条规定,对电子数据内容真实性的审查,应当结合其他证据。电子数据只有在证据之间相互印证、排除了矛盾的情况下才能确定真实性。这种事实认定的过程,除了需要以多个证据所承载的信息为基础,还依靠审查者的经验判断或推理。因此,在刑事证据法中,法官只会对那些在证据载体上不存在争议的实物证据,借助审查人的知识、经验或逻辑等,通过鉴定或者相互印证的手段进行证据事实的审查。^⑬据此,电子数据完整性具有基础性地位,电子数据内容真实性只有在电子数据完整性确定的基础上进行审查。毕竟,从消极角度来看,电子数据完整性一旦无法得到保证,电子数据内容也不具有可信性。然而,实践中却存在不同的审查逻辑。

例如,在陈某、柯某涉嫌组织、领导传销活动案件^⑭中,辩护人提出电子数据和据此作出的鉴定意见不得作为定案根据。理由是本案的《调取证据通知书》不能证明从亿速云调取电子数据的内容和移送过程,不能保证其真实性和完整性,且未送达给被告人。首先,电子数据存储介质的调取未制作提取笔录和记载说明,本案中的MD5值不能证明亿速云的电子数据与原始电子数据完整一致。其次,卷宗材料中的《调取证据通知书》和《调取证据清单》没有制作调取笔录、无见证人在场或说明、未记录保管人,无证据证明调查取证符合相关标准。对此,法院认为,北三真司法鉴定中心具有鉴定资格、鉴定意见形成不存在违法情形,并根据《最高人民法院 最高人民检察院 公安部关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》中“关于传销组织层级及人数的认定问题”的规定,结合缴纳、支付费用及计酬、返利记录,视听资料,传销人员关系图,银行账户交易记录,互联网电子数据,

^⑩ 参见褚福民:《电子数据合法性审查的真实化问题》,载《比较法研究》2024年第1期,第124页。

^⑪ 参见前注⑨,陈瑞华文,第240页。

^⑫ 参见前注③,褚福民文,第128页。

^⑬ 参见前注⑨,陈瑞华文,第136页。

^⑭ 参见湖北省恩施市中级人民法院(2019)鄂2801刑初533号刑事判决书。

鉴定意见等证据综合认定传销的人数、数额等,反过来主张《司法鉴定意见书》能够作为本案的主要定案依据,不采信辩护律师关于电子数据完整性存疑的辩护意见。根据上述裁判,辩护人以电子数据原始存储介质的收集和电子数据的提取、保管链条不完善为由,主张电子数据鉴定意见不可靠,故而鉴定意见中所揭示的传销人数和数额无法得到准确印证。该辩护理由亦符合从证据载体审查到证据事实认定的判断原理。然而,法官却反其道而行之,以证据之间的相互印证确认鉴定意见内容,再以电子数据鉴定意见中所揭示的电子数据内容反制电子数据的完整性,驳回辩护意见。

除了上述的审查内容错位问题之外,关于完整性、合法性、真实性的审查顺序也较为混乱。理论上,电子数据完整性作为证据同一性审查范畴,是具备证据能力的前提条件。毕竟,在证据审查过程中,必须先证明相关证据就是证据提出者所主张的证据,然后再决定证据的采纳与否。^{②①}电子数据合法性属于证据能力的审查范畴。只有在确保证据系侦查人员合法取得的情况下,法官才允许电子数据进入法庭的证据评估环节,审查证据的内容真实性。然而,在上述实践中,法官在合法性审查环节将合法性审查与完整性审查混同,对电子数据内容真实性的审查提前至完整性审查环节,导致证据的准入与评估步骤发生混乱。

二、电子数据完整性审查的偏误成因

电子数据完整性要素内审不足,将导致完整性审查流于形式。更为严峻的是,电子数据完整性审查替代了合法性审查的核心地位,削弱了整个合法性审查体系的根基。在电子数据完整性审查阶段,内容真实性审查的提前介入将使得本不该呈现在法官面前的证据信息进入法官视野。法官可能因提前接触本不该接触的

信息形成错误预判,导致冤假错案。针对当下的电子数据完整性审查现状,需要我们进一步反思其偏误原因以寻求出路。

(一) 电子数据完整性审查存在技术复杂性

法官对传统实物证据的审查,只需要借助个人感官即可完成。例如,对某一杀人凶器的确认,法官只需以文件记录为基础,根据自身的识别能力即可判断。不可否认,传统证据的真实性审查常常伴随着科学技术的身影,例如,法官借助指纹鉴定实现对犯罪凶器上指纹印痕的同一性证明。但这种鉴定方法依然通过提升人的局限感知能力为核心,比如,通过仪器设备放大指纹,由专业人员进行人工上的直接比对或者根据指纹螺旋分布特征进行辨别。而电子数据作为数字科技的产物,具有虚拟性、易变性、海量性等特征,既看不见又摸不着,甚至找不到,电子数据完整性审查也随之变得复杂。

首先,电子数据以0和1的数字代码组成,具有虚拟性。^{②②}该特征导致法官无法通过证人证言或保管笔录认定电子数据完整性,还需要通过科学技术方法、仪器设备感知数据信息内容。^{②③}因此,司法人员对电子数据所依附的介质载体进行审查并不能全面有效地实现完整性认定,因为在电子数据载体并没有发生改变的情况下,还存在通过无线传输等方式远程改变数据。其次,电子数据具有易变性,电子数据的改变只在一键之间且频繁发生,甚至自动发生,操作者和使用者自身都未必注意到或者也不想进行这一操作。^{②④}部分电子数据要求的温度、湿度等保存条件十分苛刻,若保管人员在保存、转移过程中装卸行为有失轻重,或者温湿度条件配置不到位,电子数据发生改变亦是在所难免。这种易变性使电子数据即便在收集完成的情况下依然面临巨大的改变风险,完整

^{②①} 参见张保生:《证据法学》,中国政法大学出版社2023年版,第233页。

^{②②} 参见邢永杰、张杨杨:《刑事诉讼中电子数据真实性审查“三步法则”》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第76页。

^{②③} 参见前注⑩,谢登科文,第211页。

^{②④} 参见前注①,陈永生文,第112页。

性的保障工作难以“一劳永逸”。最后,电子数据具有海量性,例如,在著名的“快播案”中,法院所扣押的电子数据便多达10TB。^{②5}这已经超出人工所能审查的数量范围,电子数据的完整性已经无法通过人工识别进行认定。

鉴于上述复杂性,法官在电子数据完整性审查中面临前所未有的挑战,亟需借助专业技术支持。然而,作为专业法律人,法官难以快速掌握跨学科的计算机、互联网、人工智能乃至区块链等专业知识,对电子数据完整性的技术审查有心无力,导致在实践中更倾向于形式审查。早有学者注意到,法官在刑事司法实践中更倾向于根据鉴定意见判断电子数据的证据能力和证明力。^{②6}这固然体现了法官对技术人员专业能力的信任,但也在一定程度上反映出法官对电子数据完整性审查权力的放弃。

(二) 合法性审查规则以完整性审查为核心

司法实践中,电子数据的完整性审查替代了合法性审查。究其根源,在我国以真实性审查为中心的证据法体系下,《电子数据规定》的合法性审查规定明显体现为“完整性转合法性”,即名义上审查电子数据的合法性,实质上借由合法性审查保障电子数据的完整性。根据《电子数据规定》第24条,首先,第一款规定了取证人数却忽视了对电子数据取证主体的权限;其次,第一款规定取证技术是否符合标准依然属于技术型范畴,即通过技术性方法保障电子数据的完整性;再次,第二、三款规定关于取证笔录、清单、录像等的制作均属于传统的鉴真方法,为电子数据完整不变地呈现在法庭上“保驾护航”;最后,第四款规定的读取技术办法主要是在收集完成之后的过程要求,即要求侦查人员采取一定的措施对电子数据进行备份或保存,避免因侦查措施导致电子数据的毁损或者灭失。整体来看,《电子数据

规定》第24条规定的“合法性”审查无处不体现对电子数据完整性的“呵护”,而非对电子数据拥有者或相关者的权利保障。

从刑事证据的“生命流程”来看,电子数据取证活动位于刑事诉讼程序的前端,决定了事实认定者能看到哪些信息以及什么形式的信息,因此,德国、法国、比利时等域外国家均关注审前的证据收集规范,并设立了诸多取证规则。^{②7}一方面,法官可以追溯电子数据的生成、收集和保存等环节,确保证据的同一性和可靠性。特别是随着数字技术的不断发展,立法者将技术性规范设定为法律规范已为常态,试图帮助法官通过法律审实现技术审。另一方面,从国家权力行使的角度来看,取证作为国家公权行使手段,存在权利滥用、不规范行使的可能性,所以,国家通过设定法律程序,要求权力在合法的轨道上运行,避免严重侵犯公民权利。鉴于上述因素,在电子数据取证规则中,有些电子数据收集程序涉及完整性保障,例如,电子数据收集笔录制度和取证录像制度,特别是因电子数据的科学技术问题而将技术性操作纳入法律程序的规范;有些收集程序,以保障当事人的权利为核心,例如,侦查机关为进行网络远程勘验而采取技术侦查措施,需要依法经过严格的审批手续。通过回溯证据法学的合法性理论可以发现,证据合法性规则是以人权保障为核心的非法证据排除规则体系,取证人员对取证程序的违反并不一定招致证据合法性上的质疑,只有以违反法定程序并严重侵犯基本权利的手段取得证据,法院才对证据启动合法性审查。^{②8}故而前者属于广义的合法性审查范畴,可以放在电子数据完整性审查范畴里实现,后者才是电子数据合法性的核心审查范畴。或许正是因为这一原因,我国根据违法的严重性,将具有程序瑕疵但可补正的部分非法证据

^{②5} 参见北京市第一中级人民法院(2016)京01刑终592号刑事裁定书。

^{②6} 参见李学军、朱梦妮:《电子数据认证问题实证研究》,载《北京社会科学》2014年第9期,第57页。

^{②7} 参见冯俊伟:《刑事证据“证明流程”的理论阐释》,载《中国法学》2023年第1期,第269-270页。

^{②8} 参见陈瑞华:《刑事程序的法理(下卷)》,商务印书馆2021年版,第442页。

称为“瑕疵证据”，用以区别传统上严重侵犯人权的狭义上的非法证据。我国目前立法规定的电子数据合法性审查，主要是对电子数据完整性保障程序是否合法的审查，缺乏对权利保障程序的审查，忽视了电子数据合法性审查的核心。正因如此，当前的电子数据合法性审查规则体系中，完整性审查的内容占据了主导地位，替代了本应全面展开的合法性审查。

这种“完整性转合法性”的审查规则，不仅诱发前文所述的孙某涉嫌生产、销售有毒、有害食品案件中，电子数据合法性审查被完整性审查替代的问题，还导致辩方对电子数据的合法性存在异议时，以电子数据完整性审查内容作为依据。例如，在王某刚、王某荣组织、领导传销活动一审刑事判决书^{②9}中，辩护人一直主张侦查人员收集的电子数据不具有合法性，属于非法证据应当予以排除，但是对其不具有合法性的证明，却不乏以鉴定或者完整性校验值作为依据。

（三）电子数据完整性审查的独立程序缺位

当代刑事证据审查体系以“证据准入—证据评估”相分离为核心特征，不论是英美法系还是大陆法系，均设置相应的诉讼程序予以有效保障。^{③0}例如，美国律师可以提出审前动议，要求法官将不具有可采性的证据排除在法庭之外，德国法官可以通过证据禁止制度对证据的证据能力进行审查，以上两种审查还应当庭审之前进行。若是辩方在庭审上提出，法官应立即回应或优先进行审查。我国同样存在类似的证据准入审查程序，目前已经初步建立庭前会议制度以实现非法证据的审前排除。并且，2010年“两高三部”（最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部）联合颁布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第5条确立了非法证据的先行

调查原则。之所以如此安排，是因为证据的准入与证据评估是两种不同性质的活动。证据的评估应当交由事实认定者依据逻辑和经验自由裁量。这是证据法史的发展经验，也是法定证据主义历史所深刻揭示的教训。证据的准入不加以控制，将导致良莠不齐的案件事实认定依据涌入法庭，对审判者特别是作为门外汉的陪审员造成不当影响，导致“知而不用”这一心理学难题在司法实践中尤为凸显。因此，只有通过程序分离证据的准入与评估活动，将有问题的证据排除在事实认定者的视野之外，立法上所确立的证据排除规则才能够在实践中得到有效实施。

然而，在缺乏电子数据完整性独立审查程序的情况下，电子数据完整性这一证据准入的审查已然与电子数据评估发生混同。法官可能会根据提前形成的心证去寻找依据来增强自己的预判，这是促成冤假错案的重要原因。更何况，我国向来存在实体真实探知主义的传统，^{③1}法官将案件事实真相作为诉讼的最终目标，对其他价值的重视难免逊于求真价值。这种反制现象广泛存在于司法实践，例如张某、杜某、侯某等组织卖淫罪一审刑事判决书^{③2}中，被告人杜某、侯某的辩护人提出有关电子数据的辩护意见，认为案涉电子证据在送检上有瑕疵，送检电子数据是未封存的状态，不能证明被检的电子数据与现场电子数据具有同一性。对此，法院认为，公安机关虽以未封存状态送检原始存储介质，但已作出合理说明，且该数据内容能够与公安机关在远程数据平台调取的数据相互印证，证明被告人张某组织卖淫，被告人杜某、侯某等协助组织卖淫的事实，可以作为定案的根据，故本院对该辩护意见不予采信。本案中，辩护人针对电子数据的完整性提出异议，法院以电子数据虽存在瑕疵但得到合理解释，

^{②9} 参见山东省烟台市芝罘区人民法院（2018）鲁0602刑初320号刑事判决书。

^{③0} 参见吴洪淇：《刑事证据审查的基本制度结构》，载《中国法学》2017年第6期，第167页。

^{③1} 参见陈瑞华：《中国刑事司法的三个传统——以死刑复核制度改革问题为切入点的分析》，载《社会科学战线》2007年第4期，第200页。

^{③2} 参见四川省南充市嘉陵区人民法院（2019）川1304刑初76号刑事判决书。

并且其内容真实性得到其他证据的相互印证为由驳回辩护意见。显然,法官并没有将电子数据完整性的审查与内容真实性的审查针对不同事由作出区分,而是将两者合二为一,笼统作出认定。可见,电子数据完整性独立审查程序的缺失是电子数据内容真实性反制完整性的重要原因。

三、电子数据完整性审查的改善进路

电子数据完整性审查的内忧外患之境与其证据之王的地位形成鲜明对比,这并非意外。毕竟我国2012年才将电子数据正式确立为法定证据种类,其间不过十几年光景。电子数据完整性审查机制的构建与实践尚处于探索阶段。针对上述偏误现象,未来可以从以下三方面进行矫正。

(一) 发挥专家在电子数据完整性审查上的专业作用

鉴于电子数据的复杂性,法官在电子数据完整性审查时难免存在专门性知识困境。要求法官因为一个案件而深入学习某一领域的专业知识,这既不合理也不现实。因此,电子数据完整性审查应秉持“法律归法律,技术归技术”的理念,^③将电子数据完整性审查中涉及的法律问题交由法官认定,将专门性问题交由专业人士与专业技术解决。为此,可以借助专家辅助人的专业能力,为电子数据完整性审查提供技术性、专业性保障。

目前,我国对专门性问题的审查主要依赖于专家辅助人在法庭上的质证。但根据《刑事诉讼法》第197条和《电子数据规定》第26条第3款规定,专家辅助人只能就电子数据的鉴定意见提出意见。这主要存在两方面问题:一方面,专家辅助人只能以电子数据的鉴定意见为审查对象,若是电子数据涉及鉴定意见没

有提及的其他专门性问题,专家辅助人是否可以就此提出意见?目前没有明确且统一的规定。^④另一方面,鉴定人与专家辅助人同为有专门知识的人,但是,鉴定意见具有法定证据地位,而专家辅助人意见尚不具有证据效力,两者均为专门性意见,效力却不对等。该差异性规定理论上存在违控辩平等的诉讼构造理念,实践中容易导致专家辅助人在法庭上的诉讼地位遭受歧视。^⑤以上制度设计大大限制了专家辅助人的角色功能。

为发挥专家辅助人对专门性问题的实质性审查作用,从而帮助法官实现电子数据完整性技术方面的专业审查,一方面,应当适当拓宽专家辅助人的质证权利范围,即允许专家辅助人就电子数据完整性审查中所出现的专门性问题提出意见,且专家辅助人提出意见不需要以鉴定意见的存在为前提。另一方面,应明确专家辅助人的专家证人地位,确认专家辅助人意见的证据效力,使专家辅助人与鉴定意见具有同等的证据效力,对电子数据完整性审查发挥实质作用。

(二) 梳理电子数据完整性审查与合法性审查规则

针对完整性审查与合法性审查的混同,应对完整性审理规则与合法性审理规则作体系性梳理。

一方面,应将合法性审查规则中有关完整性的审查内容归还于完整性审查规则,并进一步整理、优化完整性审查体系。目前完整性审查条款对电子数据的审查过于笼统,缺乏实践操作性,例如,《电子数据规定》第23条第2款规定,应当“审查电子数据的收集、提取过程,查看录像”,但就目前电子数据取证的相关规范文件来看,“电子数据不同鉴真手段的罗列

^③ 参见谢登科:《电子数据真实性审查规则的反思与完善》,载《学术交流》2021年第3期,第67页。

^④ 目前,专家辅助人能否就鉴定意见之外的其他专门性问题作出专门性意见,全国还没有具有普遍性适用效力的法律规范文件进行全面性规定,《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程(试行)》虽有规定但仅适用一审案件。

^⑤ 由于法律上没有明确规定设置专门属于专家辅助人的诉讼角色,刑事专家辅助人在法庭上的诉讼地位不明确,在不同的案件中处于不同的位置,经常出现处处都可以又处处不可以的尴尬情形。有的庭审中法警临时搬来桌子安置专家辅助人。参见胡铭:《鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究》,载《法学研究》第4期,第202页。

缺乏内在的逻辑关系,且散落在不同的规范文件之中”^{③⑥}。在我国司法解释文件层出不穷的情况下,电子数据的收集、提取过程的规范统一或许难以实现,但我们可以借助细致且完善的审查条款实现对侦查机关收集的电子数据进行完整性审查。又如,审查条款仅仅明确列举了完整性校验值比对这一技术性方法,但司法实践中已然出现诸多成熟的技术性鉴真方法,有待于立法进一步跟进。

目前,根据《电子数据规定》完整性审查规定,“根据保护电子数据完整性的相应方法”进行审查具有一定的合理性。根据经济学上的路径依赖理论,人一旦选择了某种路径便会产生依赖并不想改变。因此,未来可以整体上按照传统鉴真方式与电子数据技术性鉴真的分类方式展开规定,而且随着科学技术的发展,电子数据的技术性鉴真方法将更加多元,应对技术性鉴真持开放性态度。具体来说,对电子数据是否完整,应当根据保护电子数据完整性的相应方法进行验证,包括但不限于:(一)审查原始存储介质的扣押、封存状态;(二)审查电子数据的收集、提取过程:是否附有笔录、清单,并经侦查人员、电子数据持有人(提供者)、见证人签名或者盖章;没有持有人(提供者)签名或者盖章的,是否注明原因;对电子数据的类别、文件格式等是否注明清楚;(三)是否录像,是否依照有关规定由符合条件的人员担任见证人;(四)比对电子数据完整性校验值、可信时间戳、数字签名;(五)与备份的电子数据进行比较;(六)审查冻结后的访问操作日志;(七)其他技术方法。

另一方面,应当在剔除保障完整性的规定之后,将权利保障作为合法性审查规定构建的核心。毕竟,人权既是法律存在、构建的基础,

又需要法律的保障。权利保障内容还应具有针对性,指涉电子数据取证所涉及的一般性权利与特殊性权利。电子数据作为数字时代的产物,电子数据合法性审查所涉及的权利并不仅仅包含传统的隐私权和通信自由权,^{③⑦}还涉及未来智慧社会中以数字人权为代表的“第四代人权”。^{③⑧}例如,侦查取证人员对电子数据存储介质的扣押,不仅涉及相关人的财产权与隐私权,还涉及数据支配权、收益权等等。

具体来说,关于电子数据的收集、提取是否合法,应着重审查以下内容:(一)是否通过非法搜查、扣押获得电子数据,例如,未持证明文书直接带走他人电子数据的原始存储介质;(二)是否私自截取传输中的电子数据;(三)是否非法侵入计算机信息系统获得电子数据;(四)是否私自破解已加密的电子数据;(五)是否以植入木马、病毒等侵害他人合法权益的手段获得电子数据;^{③⑨}(六)是否以其他严重侵犯他人权利的手段获得电子数据。

(三) 确立电子数据完整性的独立审查程序

鉴于证据评估与证据准入的区别,应当具有相应的承载隔离作用的程序。然而,电子数据完整性审查作为证据可采性的门槛,其程序载体迟迟未出现,与内容真实性一同被置于庭审中核实。这导致了电子数据完整性审查与内容真实性审查的混同。对此,未来可以从以下两方面入手解决该问题:

一方面,将电子数据完整性纳入庭审会议审查范畴。庭前会议为证据的合法性审查提供了平台,电子数据完整性审查与合法性审查同为证据准入的审查环节,能科学防止无效证据对案件事实的认定形成干扰。电子数据完整性审查可以此为审查程序载体,实现完整性审查与证据评估相分离的目的。从制度构建的便捷

^{③⑥} 参见前注⑤,吴洪淇文,第159页。

^{③⑦} 参见前注④,周加海、喻海松文,第32页。

^{③⑧} 关于“第四代人权”,详情可参见马长山:《智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障》,载《中国法学》2019年第5期,第5页。

^{③⑨} 参见胡铭:《电子数据在刑事证据体系中的定位与审查判断规则——基于网络假货犯罪案件裁判文书的分析》,载《法学研究》2019年第2期,第187页。

性与立法修改的成本上考虑,该程序设计效益最大。另一方面,确立电子数据完整性的优先审查原则。目前,根据《电子数据规定》所规定的电子数据真实性、完整性与合法性审查的条文顺序,真实性在前,完整性次之,合法性最后。该顺序安排不免指引法官优先审查电子数据真实性,其次审查完整性,最后审查合法性。该审查安排不仅违背了理论上的“证据准入—证据评估”审查体系,还导致实践中完整性审查的偏误,对此应当予以重视。未来应当将电子数据完整性审查摆在首位,确保证据的同一性,为合法性审查奠定基础。同时,将内容真实性审查置于合法性审查之后,既遵循“证据准入—证据评估”审查体系,也有利于发挥非法证据排除规则的求善功能,避免求真探知主义一枝独大。据此,在庭审过程中,若辩方

对电子数据完整性提出异议甚至对合法性有意见时,法官应中止庭审,优先调查电子数据的完整性问题。

结语

电子数据完整性审查作为电子数据在司法证明领域的“基础铺垫”,具有特殊意义。针对实践中电子数据完整性审查偏离的现象,需要通过重新梳理电子数据完整性审查与合法性审查规则,构建完整性审查的独立程序,并完善相关配套制度等手段进行纠偏。不仅要寄望于立法层面的突破性进展,更应致力于提高司法人员的法律专业素养和科学素养,从而理清非法证据排除和瑕疵证据排除的界限,严防证据准入和证据评估的混乱审查。唯有如此,方能确保电子数据在司法证明中的有效运用,维护司法公正与权威。

Errors, Causes, and Improvement Approaches of Electronic Data Integrity Review

Lin Xiaofang

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

Abstract: Data integrity review is an important part of electronic data review. However, there are bias phenomena in judicial practice, mainly manifested as insufficient review of integrity elements, replacement of legality review by integrity review, and counteraction of integrity review by content authenticity review. The reasons for this are twofold: firstly, the technical complexity of electronic data integrity review; secondly, the core content of electronic data legality review rules is integrity review; thirdly, there is a lack of independent procedures for electronic data integrity review. In view of this, experts should play a professional role in electronic data integrity review in the future, helping judges achieve substantive review of electronic data integrity. Meanwhile, the review rules for electronic data integrity and legality should be sorted out, and the scope of both reviews should be clarified. Finally, an independent procedure for electronic data integrity review should be established to prevent errors in electronic data integrity review.

Key words: electronic data; integrity; legitimacy; authenticity of content

(责任编辑: 芙 藏)

边民互市贸易的法律风险和司法应对

陈立毅, 马璐璐

(广西壮族自治区人民检察院, 广西 南宁 530028)

摘要:边民互市贸易发展已久,近年来,海关等相关部门严厉打击利用边民互市贸易变相走私的进口行为,部分口岸互市贸易一度停滞,边境地区经济发展因边民互市贸易现实与潜在的法律风险,陷于罪与非罪的司法困境、变与不变的政策困境。在“一带一路”倡议下,为推动边民互市贸易再次焕发生机,亟须进一步明确政策与法律的边界,完善走私犯罪相关司法解释,填补边民互市贸易政策漏洞;以边境为根,以边民为本,引导加工产业落地,积极促进企业合规发展,突破互联网时代边民互市贸易发展的新局面。

关键词:互市;边民;走私犯罪;政策完善;刑法规制

中图分类号:D924.33

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0028-09

一、边民互市贸易的背景

边境贸易是毗邻国家或地区之间的一种重要经济往来形式,自古有之。受气候、地理等环境影响,边民在语言文化、民俗信仰以及饮食起居等方面具有相似性,又因边境线分隔及国家或地区发展水平的不同,在产业结构、商品类别以及消费习惯等方面具有差异性,故而有互通有无以调剂余缺、满足生存、便利生活的必要。^①边民通过相互贸易、缔结婚姻等方式建立联系,有利于稳定民心、增加税收、繁荣市场、巩固边防。

中国历史上,中央王朝与外国及少数民族地区之间的贸易通称为“互市”。《国语·齐语》记载“关市几而不征”;西汉时对匈奴、南越均设有关市;东汉时始有“互市”之称;南北朝时,西南地区渐起茶马互市,唐时尤甚;宋辽金元时期设“榷场”,又因战争兴废无常;明朝延续旧制,多设马市,“三关三市”贸易异常活跃;清朝在边境设关市与朝、俄等国进行贸易往来,西南边贸也较为活跃;晚清中法

战争后,清政府开放广西龙州等通商口岸,中越边民通过圩场交易货物。

近代以来至新中国成立初期,我国边境地区的互市贸易一度较为沉寂。改革开放以来,随着我国与周边国家之间关系的变化,边境地区的经济地位日渐凸显,边贸活动的发展也越来越受到重视。自1984年起,我国政府先后通过《边境小额贸易暂行管理办法》等一系列政策性文件对边境贸易进行管理,并对小额贸易和互市贸易、“五自原则”、免税限额等边境贸易有关内容进行界定。^②到20世纪80年代中期以后,我国与大多数周边国家的边境贸易逐渐恢复,各边境口岸也逐步开放。^③

现阶段所称“边民互市贸易”,源自1996年海关总署、对外贸易经济合作部制定的《边民互市贸易管理办法》,其中明确:“边民互市贸易是指边境地区边民在我国陆路边境20公里以内,经政府批准的开放点或指定的集市上、在不超过规定的金额或数量范围内进行的商品交换活动。”在此之前,新疆维吾尔自治

收稿日期:2023-12-07

基金项目:2021年第十批广西壮族自治区人民检察院检察理论研究课题“边民互市贸易法律问题研究”(GJ2021B29)

作者简介:陈立毅,男,广西壮族自治区人民检察院第四检察部副主任、三级高级检察官,法学博士,主要研究方向为中国刑法学;马璐璐,女,广西壮族自治区人民检察院一级检察官助理,法学硕士。

①参见孟庆雷:《“一带一路”建设与中国边境贸易发展研究》,科学出版社2019年版,第4页。

②参见程敏、李燕等:《中国云南省与越南西北四省边境贸易研究》,中国社会科学出版社2014年版,第4页。

③参见杨珂、李燕:《中越边境贸易研究——基于滇越、桂越间对比合作视角的考察》,人民出版社2019年版,第57页。

区、内蒙古自治区已于1992年先后出台《边民互市贸易管理试行办法》《边民互市市场暂行管理办法》。其他各边境省、自治区及市、县各级人民政府也先后出台一系列边民互市贸易相关政策,通过各种形式的尝试和探索,不断规范和完善边境贸易管理,促进边境贸易发展繁荣。

二、边民互市贸易的法律风险

在推进中国式现代化的新征程中,边民互市贸易的理论根基和制度架构得到了社会各界的充分肯定,其经济效果和政治效果有机统一的效应日益彰显。但是,制约和妨碍边民互市贸易发展的因素依然存在,参与边民互市贸易的行为主体依然存在一定的法律风险。为发挥边民互市贸易的更大成效,务必查找影响其发展的瓶颈因素和潜在的法律风险。

(一) 边民互市贸易税收优惠政策

国家为鼓励和支持边疆少数民族地区发展,结合打赢脱贫攻坚战、实现全面建成小康社会的目标任务,通过财政补贴、税收优惠等举措,持续加大对边民的扶助力度。而各项政策的制定、推行与边民互市贸易的发展,都倚赖和围绕边民互市限额、限量免税优惠政策而行。

1. 国家政策的变化。1996年海关总署、对外贸易经济合作部制定的《边民互市贸易管理办法》明确:“边境地区居民每人每日从边境口岸或从边民互市贸易区(点)内带进的物品,价值在人民币1000元以下的,免征进口关税和进口环节税。”2010年,该条款修改为:“边民通过互市贸易进口的生活用品(列入边民互市进口商品不予免税清单的除外),每人每日价值在人民币8000元以下的,免征进口关税和进口环节税。超过人民币8000元的,对超出部分按照规定征收进口关税和进口环节税。”这一数额远超边民自用消费水平,间接助推边民利用此免税额度将商品从国外带入境内另行出售谋利。2017年,国务院办公厅发布《关于

印发兴边富民行动“十三五”规划的通知》,明确加强边民互市点建设,严格落实国家规定范围内的免征进口关税和进口环节增值税政策。2019年,国务院办公厅印发《关于促进边境贸易创新发展的指导意见》,支持部分互市贸易的进口商品用于落地加工。2020年,商务部、海关总署印发《边民互市贸易进口商品负面清单》,明确除《边民互市贸易进口商品负面清单》所列商品外,边民均可通过互市贸易方式进口,进口商品须源自周边国家。2021年,习近平总书记在第四届中国国际进口博览会开幕式上作主旨演讲,强调“推进边民互市贸易进口商品落地加工,增加自周边国家进口”^④。2024年4月8日,财政部、海关总署、税务总局印发《关于边民互市贸易进出口商品不予免税清单的通知》,明确除《边民互市贸易进口商品负面清单》所列商品外,边民均可通过互市贸易方式进口。除国家禁止出口的商品不得通过边民互市贸易免税出口外,将应征收出口关税的商品、取消出口退税的商品列入边民互市贸易出口商品不予免税清单。

2. 地方政策的完善。在国家规定的基础上,地方政府也不断调整政策措施,支持和引进企业入驻边境,打通边境贸易与内地市场的隔阂,密切边民与企业之间的联系,以期做大做强边民互市贸易,进一步发展地方经济。以广西为例,1996年,广西发布《广西壮族自治区人民政府贯彻国务院关于边境贸易有关问题的通知》,鼓励内地企业到边民互市区(点)办企业,开展加工、装配业务。2020年,防城港市防城区人民政府出台《关于印发防城区互市进口商品落地加工改革实施方案的通知》,进一步试行边民互助组(合作社)“集中申报”和落地加工产品“直通式”通关,引导边民转变过去走流通的思想。2023年,凭祥市农业对外合作试验区优化、简化口岸通关流程,推动试运行东盟十国商品互市进口,构建“互市贸易+商

^④《习近平在第四届中国国际进口博览会开幕式上发表主旨演讲》,载《人民日报》2021年11月5日,第1版。

贸中心(平台)+加工+流通”模式。^⑤地方政府通过鼓励边民成立互助组、合作社等,整合人力、资金等资源,将每人每日8000元的额度最大化,形成货源优势,使边民成为真正的贸易主体。同时,各地创新优化“边民互市+跨境电商”“边民互市+落地加工”“边民互市+线上互市”等形式,使企业得以降低成本、增加效益,使边民得以独立经营、自主决策,从而达成互惠互利、合作共赢的理想状态。

(二) 边民互市贸易中的变相走私

从合法贸易到变相走私,不过一步之遥。政策的利好,为互市贸易带来了活力,但部分市场参与主体过分逐利,陷于错误认识,进而走入歧路,滋生新的违法犯罪。从边民免税政策的条文规定来看,免税的主体是边境地区居民,互市区(点)均贴边建设,商品流通围绕边民自售和落地加工,可见中央的政策意图十分清楚。而实践中,边民互市贸易入境的商品一旦加快市场流通进度,在市场经济环境的利益驱使及市场化运作下,难免导致实际发展情况与政策预期的不一致,这也是边民互市贸易政策出现偏差进而产生法律风险的最重要因素。一方面,边民文化知识水平相对不足,经营专业能力不强,较难独立发展壮大,若缺乏及时、正确的引导,极易成为手握免税额度的“工具人”,部分边民甚至违规避税创收。另一方面,边境地市基础设施建设受限,营商环境未必能达到或满足入驻企业的需求,为追求利益最大化,部分企业及个人难免铤而走险,以边民互市贸易之名行走私之实,谋求一己私利。

边民互市贸易中的走私行为,无论其行为主体是边民或者非边民,均是利用边民身份,将国家限制进口或者禁止进口的货物偷逃正常报关所需的关税和增值税以限额免税商品的正常渠道报关入境。而在合法清关表象的掩盖下,

其行为之所以成立“走私”,关键在于货主出于偷逃税款等目的,选择将货物以边民名义向海关申报入境,甚至于其申报入境的货物本身根本不符合互市贸易进口条件。从司法实践来看,边民互市贸易走私常见于以下几种形式。

1. 伪报贸易方式走私。指的是行为人将本应以一般贸易方式进口的货物伪报为边民互市贸易方式进口。从狭义的角度理解,主要表现为货物的实际所有者(货主)通过境外渠道采购符合互市贸易品类的货物,运输至我国毗邻国家口岸,然后将本应作为整体向海关申报纳税的大宗货物拆分为小包装,“化整为零”,按照每名边民所享受的免税额度进行分摊,而后以极低的“打卡费”等作为报酬,组织边民在互市点以个人名义填录申报信息、办理通关手续,待货物完成查验放行后,再将货物集中装箱,“化零为整”,按照货主要求运送至指定地点。以岑某、何某珍走私普通货物、物品案为例,何某珍帮助他人在云南省天保口岸以边民互市方式走私火龙果、鲜龙眼等入境,被告人根据货物价值并按照每个边民每天8000元的额度计算出所需的边民数及大概费用,又安排他人向边民互助社联系所需边民、打印拼车单、支付购买边民每日额度所需费用等事宜。^⑥

2. 伪报原产地走私。指的是行为人将第三方国家的货物伪报为周边国家的货物,以边民互市贸易方式申报进口入境。盖因边民互市贸易的对象原本仅限于毗邻国家的商品,后扩大至周边国家的商品,但除此之外的第三方国家的商品并不在该贸易形式免税之列。又因部分商品难以从外观性状判断原产国,故而滋生将第三国商品谎称及伪报为周边国家商品的行为。该类走私一般又与伪报贸易结合进行,主要通过伪造周边国家的原产地证、检疫证等单证,更改产地标签等方式逃避海关及检疫部门监管,常见于农副产品进口环节,如水果、坚果、

^⑤参见《广西积极对接RCEP新规则 农产品进出口贸易额稳步提升》,载中国新闻网, <https://www.chinanews.com/cj/2023/08-28/10068498.shtml>, 2023年8月28日上传。

^⑥参见云南省文山壮族苗族自治州中级人民法院(2021)云26刑初19号刑事判决书。

海鲜等。以华某贸易有限公司吴某民走私普通货物、物品案为例,吴某民从也门、伊朗等国家采购冻墨鱼、冻带鱼等冷冻海产品发往越南海防港,而后运送至中越边境,并通过使用中性包装、将货物原有标签撕掉、替换为无字包装袋等方式,经由广西弄怀、爱店等口岸以边民互市贸易方式报关进口。^⑦

3. 伪报品名走私。指的是行为人将《边民互市进口商品不予免税清单》及《边民互市贸易进口商品负面清单》的货物伪报品名为可通过边民互市贸易方式免税进口的商品,在互市点正常向海关申报进口,使本应通过一般贸易进口流程报关缴税的货物物品或者限制、禁止进口的货物物品非正常入境。行为人主要通过伪报、瞒报、夹藏、拆柜、拼柜等行为逃避海关及其他相关部门的监管。该行为涉及走私普通货物、物品罪及走私国家禁止进出口的货物、物品罪等多个罪名。以马某专走私废物案为例,马某专帮助越南人“阿顶”走私尼龙废碎料,又雇请黄某以“尼龙绳”为品名从凭祥海关爱店互市点申报入境,后在海关抽检时因申报品名与货物实际属性不符被查获,经鉴定为国家禁止进口的固体废物。^⑧

三、边民互市贸易的司法困境

(一) 边民互市贸易走私出入罪之争

边民互市贸易优惠政策落地,对边境经济发展的积极影响不言而喻,却也被一些不法分子曲解、利用,假借政策和边民身份攫取最大利益,使边民成为实际上的牺牲品,长此以往形成恶性循环,不仅损害了边民个人利益,还危害了边境进出口管理秩序及国家关税收益。事实上,大部分边境省区都对此有明文规定。如广西支持、引导边民互市贸易合作社发展,同时“严禁组织边民利用免税额度或限量带进的规定,变相进行走私及从事违法活动,违者

按有关法律法规予以处理”^⑨。但司法机关对利用边民互市贸易进口货物入境行为的刑事打击,仍然经历了一个较长时期的权衡考量,甚至存在各地区司法尺度不一的情况。2010年以前,网络可查的边民互市贸易走私犯罪及相关新闻报道屈指可数,而2015年以来,该类案件数量增长迅速,且大、要案频发,各地打击力度明显加大,司法裁判认识也逐渐趋于统一。

从司法实践来看,前述假借边民互市贸易方式走私进口的行为,可以通过中国裁判文书网查询到全国各地均有不少判例,可见该行为绝非个别边境省区的个例、个案,已然成为影响边民互市贸易健康及长远发展的症结所在。虽相关案例的判决及裁定结果均以走私犯罪定论,但从判决书或裁定书中所载被告人及其辩护人的辩解,以及司法实践、学术界中的不同观点,可以得知部分民众对国家及地方边民互市贸易政策的理解存在偏差,对该类行为的定性也仍然存在争议。

结合司法实务中的具体案例来看,其中伪报原产地及伪报品名等类型的走私行为,行为人客观上往往需要主动作为,通过篡改单证、虚假申报等行为,使货物在形式上符合边民互市贸易进口条件,并结合边民代为报关行为,方能使货物清关入境。行为人实施前述行为,可以推断其应当明知其欲进口的货物本身并不符合边民互市贸易进出口商品种类、数量等方面的要求,也不符合海关等部门对货物进行监管和查验的制度规定,可以认为其主观上具有逃避海关监管的故意。故此,在证据确实、充分的情况下,根据主客观相统一原则,实践中对于将该类行为认定为走私犯罪几无争议。

争议的焦点集中于伪报贸易方式走私。该类行为在边境口岸地区曾长期大量存在,早年甚至被认为是“合法”的进口途径,是政府吸

⑦参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01刑初111号刑事判决书。

⑧参见广西壮族自治区崇左市中级人民法院(2018)桂14刑初79号刑事判决书。

⑨《广西壮族自治区人民政府办公厅关于印发广西边民互市贸易进出口商品管理规定的通知》(桂政办发〔2016〕56号),2019年1月18日修改。

引投资的政策之一,也是政府支持和鼓励的常见避税途径,几乎成为行业惯例。正如大量广播影视行业从业人员基于避税目的而选择在霍尔果斯等地注册成立公司,边境口岸地区是否也成为农副产品等货物、物品进口入境的税收洼地?边民互市贸易走私出入罪之争,既离不开避税与逃税之争,更在于部分地方政府政策态度的模糊,同时也暴露了行为人主观上明知其不可为而为之的放任与侥幸心理,以及对地方经济和边民利益的实质性损伤。

1. 出罪——以政策解读为要

这一观点认为,法律没有明文禁止边贸企业委托边民在互市点携带货物过关,法无禁止即自由。行为人虽然通过边民伪报贸易方式,将货物化整为零,以边民互市进口入境,但并没有违反相关法律法规和互市贸易规定。边民互市贸易“化整为零”不应认定为犯罪行为,也应当区别于“水客带货”的“化整为零”。^⑩综合司法判例及学者观点,出罪理由主要归结为以下四个方面。

第一,行为人客观上没有实施逃避海关监管的行为。根据《中华人民共和国海关法》,海关管理的违法行为分为走私行为和违反海关监管规定的行为,即使行为人的行为违反了海关监管规定,也不等于行为人逃避了海关监管。事实上,行为人虽然通过边民代为申报,但最关键的货物品名、价格、原产地等信息均如实申报,且按规定缴纳所有费用,并在经过严格检查边民身份、边民证、货物三者均符合条件的情况下才由海关准许货物通关。^⑪这一过程中,行为人并未使自己的货物、物品脱离海关的查验和管理,甚至积极配合海关监管。

第二,行为人主观上没有走私的故意。行为人之所以选择通过边民互市贸易渠道进口货物,在于该种方式可以更大程度降低税费支出。

因此,行为人的主观目的通常只在于借由政策漏洞逃避税款缴纳,而不在于逃避海关监管,甚至多数法律专业人士也不能意识到这种行为属于走私。^⑫其本质是在法律允许的情况下,以合法的手段和方式来达到使纳税人减少缴纳税款的经济行为,甚至不应当属于《海关行政处罚实施条例》规制的对象,而应定性为合理避税行为。^⑬

第三,地方政策使行为人陷于法律上的认识错误。支持互市商品落地加工已成为边境地区推动边贸转型升级的重要出路,多地政府出台文件明文鼓励落地加工企业批量向边民收购货物,如广西东兴市组建边民互助小组,将边民限额集中起来,进口商品销售给边境的加工企业;又如防城港市防城区政府曾规定,企业或个体经营者向边民收购互市进口商品后直接销售,或者经过加工再销售的,应根据《中华人民共和国增值税暂行条例》及其实施细则规定缴纳增值税。该类政策鼓励边民将互市进口的货物出售给第三人,本质上也是将边民身份利益最大化,而行为人利用边民身份直接将货物进口入境,只是省略了边民与行为人之间的货物交易流程,最终结果仍是一致的。因此,从行为人的角度,其行为顺应地方政府政策,并不具备违法性认识的可能。

第四,行为人的行为不具有走私犯罪的社会危害性。边境地区经济长期相对落后,边民大多缺乏资金、货源、销售渠道等的支撑,难以真正参与互市贸易中,更遑论从中受益。行为人在既有政策之下,将边民身份充分利用起来,使边民每日免税额度不再空置,既用活了政策,也带动了经济,边民虽然并非贸易的真正主导者,却也是贸易不可或缺的重要环节,从中获得了实质利益。该行为本质上更接近《海关法》第57条规定的将国家给予特定主体的

^⑩参见陈宁:《对中越边民互市贸易“化整为零”的合法性探讨》,载《法制与经济》2021年第9期,第8页。

^⑪参见欧静、覃湘钰:《互市贸易走私刑事规制中政策与法律的协调》,载《法制与经济》2021年第1期,第21页。

^⑫参见虞伟华:《走私罪的“口袋化”与民营经济保护》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/290565560_653338, 2019年1月21日上传。

^⑬参见前注^⑩,陈宁文,第8页。

减免税设备移作他用的违法性质,可以类比予以罚款并责令补税即可,无须追究刑事法律责任。^⑭该行为使多方共赢,有利于边贸发展,将其所谓的危害性等同于走私犯罪,违背了罪责刑相适应原则,不利于社会稳定。

2. 入罪——司法机关的普遍立场

伪报贸易方式利用边民互市进口货物的入境行为,司法实践中一般认定为走私普通货物、物品罪。从走私普通货物、物品罪的构成要件看,其主体可以是个人或单位,主观方面为故意,客观方面表现为通过设立海关的地点进出国(边)境,但采取隐匿、伪装、假报等欺骗手段,逃避海关监管、检查,非法盗运、偷带或者非法邮寄国家禁止或限制进出口的货物、物品或者依法应当缴纳关税的货物、物品等走私行为,侵犯的客体是国家对外贸易管制制度。行为人伪报贸易方式利用边民互市进口货物入境,符合走私普通货物、物品罪的犯罪构成。

从客观方面分析,该行为最常见的表现形式就是“化整为零”,将应缴税款的大宗货物拆分为免税额度范围内的小柜货物,不再以一般贸易形式申报,而是假冒边民身份作为互市商品申报。这一“化整为零”的行为是直接影响货物是否具有边民互市贸易申报资格、能否进口入境的关键。而边民既不是货物进口环节的中间人,更不是货物的所有人,无从参与其中的利益分配。因此,行为人表面上看似将货物置于海关监管之下,实际上已经借由边民身份从源头规避了海关监管,使海关对已进入互市环节的货物难以细查,违反了海关法律法规,客观上符合走私普通货物、物品罪的特征。

从主观方面分析,行为人将本应通过一般贸易报关进口的货物、物品伪报为边民互市贸易货物进口,主观上即是有规避海关正常监管的故意,符合走私犯罪的主观明知。边民互市贸易从来都不是我国进出口贸易主流,更有严格的身份及免税品类、额度等方面的限制,

这在国家及地方政策中均可见明确规定。而行为人并未选择从边民手中批量集中收购散货,而是利用边民身份和边贸渠道直接进口大宗货物,可见行为人明知其不具有边民身份,也明知其货物不得通过边贸渠道大宗进口。同时,结合前述客观方面表现,行为人逃避海关监管的意图是明确的,偷逃海关应缴税款的目的是明确的,足以认定其主观上具有走私普通货物、物品罪的故意。而所谓的地方政策引导致使行为人产生认识错误,亦是误读或曲解。地方政府鼓励的是集中收购与落地加工,是边民作为货主将自己的货物经由互市合法进口后再行出售,而非鼓励行为人借互市之形行走私之实。即使个别地方政府长期默许该行为发生,当地海关亦在查处打击上有所懈怠,地方政府及海关的行为也不能超越国家规定,更不能成为行为人所谓认识错误的理由。

从犯罪主体来看,该类行为涉及组织策划、境外采购、资金转账、口岸通关、货物运输、国内销售等众多环节,各流程均由不同人员负责完成,货主、边民、清关团伙乃至运输、搬运人员等,均可成为走私普通货物、物品罪的犯罪主体,并根据地位、作用的不同区分主从犯,公司、企业亦可成立单位犯罪。司法实践中,不少行为人借由“包清关”“包税费”等辩解称其已经以包税的形式将应缴税款等各项费用交予中间人或清关公司,并不清楚货物进口渠道及具体流程,试图将自己从犯罪链条中摘出或以从犯自辩,既不符合前述主观明知推断,也不符合犯意发起人、直接受益人的立场与意图。

从犯罪客体看,该行为伪报贸易性质、假借边民身份,扰乱了边民互市贸易进出口管理秩序,使海关未能按照一般贸易流程征收相关税款,损害了国家税收利益,所侵犯的客体符合走私普通货物、物品罪的构成要件。

^⑭ 参见林倩:《边民互市走私案的特点和争议法律问题》,载司法文明协同创新中心, <http://www.cicjc.com.cn/info/1041/13940.htm>。

（二）打击边民互市贸易走私对边贸发展的长远影响

司法机关对边民互市贸易走私行为的打击,除却在法律理解与适用上的争议,在社会面上也引发过长久讨论。司法机关对边民互市贸易走私行为的打击面、打击力度与边民互市贸易量的升降是否存在必然关联?边民互市贸易量的升降是否可以认为是企业生存环境、边境地区经济发展状况的直接体现和主要指标?边民互市曾经的表面繁荣是否真正为边民和边境带来利益?这些都值得细究。

一直以来,我国对于边民互市贸易的国家政策都非常明确,旨在让利边民,各地在具体执行时又以地方法规或政策等形式加以补充完善,也未有破格之处。不可否认的是,大量资本为降低税费成本涌入互市贸易,又在利益裹挟之下最大限度榨取边民价值,将向边民收购进口货物的一般交易模式,转变为直接从境外购买货物仅借助边民身份报关的模式,将边民应享受的免税额度,合并嫁接为国内货主的“合法避税”,实际上是对边民互市贸易政策的曲解利用。因此,假借边民互市进口货物入境行为从短期来看带动资本涌入边境,一时带起了边境GDP的繁荣,但本质上是对边民和边境资源的攫取,其对边境经济促进作用的上限只能是“通道经济”。同时,大量免税的低成本农副产品等货物流入国内市场,对特定品类商品市场造成严重冲击,扰乱市场秩序。

司法机关对边民互市贸易走私的打击,是对边境商品交易活动的刑法规制,是边民互市贸易政策兴边富民正确导向的法律支撑,从公权力立场否定了行为人以避税之名行走私之实压降经营成本的做法,以反面典型敦促市场主体依法依规经营,是对社会主义市场经济公平公正秩序的维护。从短期看,司法机关对边民互市贸易走私行为的打击,确实导致一些过分依赖内地企业“走货”的边境地市GDP增长

难以为继;从长远看,更有利于边民互市贸易回归良性发展,推动地方政府内在发力,着眼于提高边民素质、规范互市流程、提升边贸管理水平,赋予边民互市贸易本源的生命力和发展机遇。

四、边民互市贸易的立法与政策完善

新发展格局之下,如何立足当下、着眼长远,使政策的归政策、法律的归法律,推动边民互市贸易回归本源、深层变革、健康发展,更好预判和防控可能产生的法律风险,走出政策误区与变相走私的司法困境,值得深入探讨。

（一）完善政策顶层设计与配套落地

现行《边民互市贸易管理办法》为2010年修正施行,早已不能满足边民互市贸易实践现状,顶层设计的不完善、法律政策的模糊严重掣肘边民互市贸易发展。

早在2017年,国务院办公厅《关于印发兴边富民行动“十三五”规划的通知》就指出要加强边民互市点建设,修订《边民互市贸易管理办法》和《边民互市进口商品不予免税清单》;2023年,国务院办公厅《关于推动外贸稳规模优结构的意见》再次明确完善边境贸易支持政策,修订出台边民互市贸易管理办法,优化边民互市贸易多元化发展的政策环境。2019年,商务部发布了拟修订《边民互市贸易管理办法》的消息,拟将边民互市贸易的定义由原本的“商品交换活动”调整为“商品交易活动”,且拟进一步明确互市贸易的范围、形式、交易主体、交易地点、交易模式和监管方式。^⑮

在此基础上,建议相关主管部门同步加快立法立规进度,围绕突出边民在互市贸易中的主体地位,推动周边国家符合条件的商品通过互市贸易进口,探索陆运、海运等多形式进口互市商品,推动边境地区产业结构转型升级,促进边民互市贸易多元化发展。一是做好《办法》的落地落实准备工作,适时动态调整边民互市贸易进出口商品不予免税清单,同时进一

^⑮《商务部外贸司负责人就支持边境贸易创新发展发表谈话》,载中华人民共和国商务部网, <http://www.mofcom.gov.cn/article/zhengcejid/bl/201912/20191202919140.shtml>, 2019年12月4日上传。

步完善配套政策,细化具体执行标准,包括建立健全互市商品信息录入系统、规范商品包装、细化互市申报项目、完善互市申报流程等,使互市贸易各环节参与者更加明晰商品品类、进口渠道、申报方式的可为与不可为。二是针对边境省区广泛开展的互市进口商品落地加工试点,应围绕落地加工企业的发展方向和前景,在明确互市进口商品进入国内市场流通合法性的前提下,对边民向落地加工企业销售商品额度、完成互市清关商品在国内市场流通的税费缴纳、落地加工企业税费优惠以及产品加工程度等作出规定,做好落地加工招商引资及风险防控措施。

(二) 完善走私犯罪相关司法解释

目前,我国《刑法》条文对于走私犯罪的罪状表述较为简略,而相关司法解释中虽有提及以虚假申报方式走私、伪报价格走私、加工贸易活动走私等情形,但尚未有专门条文列举边民互市贸易走私情形,司法实践中罪与非罪之争犹在,司法裁判更多依赖证据体系的构建以印证走私犯罪构成要件。

边民互市贸易走私不同于一般贸易走私,在清关进口过程中,货物被拆箱打散又重新整合,仅能凭借边民互市通关单上的信息摸查至边民,并无对应的集装箱号、提单号、发票号等信息,货物来源难以追溯,因此,导致人员、单据、资金、货物一一对应的难度极大。从刑法规制角度,还需从上层进一步规范司法。一是以司法解释、工作意见或会议纪要等形式,进一步统一认识、明确标准。包括细化边民互市贸易走私或伪报贸易性质走私案件证据指引,明确境外采购、边民通关、境内收购、国内销售各环节全链条打击的罪名认定、主从犯区分、量刑建议等重点问题的证据审查及法律适用,并就租用、借用或使用购买的他人边民证,国内公司、企业或个人委托边民携带货物通关,游客委托边民代购等行为的违法性提出意见。二是以指导性案例、典型案例等形式,针对新情况、新问题以及社会关注度高的案件

等加强办案指导。如边民以不同形式不同程度地参与互市贸易走私的不同法律评价标准与裁判结果等。因边民在该类走私中一般处于底层,其上又有边民互助组、合作社,组织、联系边民的人员,组织、联系货物的人员,运输、销售货物的人员等,各环节、层级人员地位、作用的认定、主观故意的推定等都需要明确区分和认定,只有将宽严相济刑事司法政策和打防结合原则落到实处,才能更好实现打击效果与治理效果的统一。

(三) 积极引导企业合规发展

边民是边民互市贸易的基石,企业则是边境贸易发展繁荣的关键。当前,要促进边民互市贸易的规范化、多元化发展,当务之急是需要构建一整套政府搭建、引导,职能部门护航,行业协会协同推动,企业积极参与、合规发展、真实受益的平台和机制。首先,需要地方政府做好互市企业经营体系的合规审查和引导,避免互市企业出现行业性违法违规风险。紧盯加工厂设立、货物入厂加工、加工完成、货物出售等环节,对参与互市贸易落地加工的企业建立全流程的监控体系和异常预警机制,对其实施动态台账管理,防止个别企业利用互市政策漏洞,假借互市落地加工之名,将互市商品进口后直接运往外地销售的“假加工”现象。同时,政府相关职能部门需要引导企业走好落地加工与产业升级并行之路,规范和完善互市贸易结算等金融服务,用足、用好边境省区的区位优势与周边国家的资源优势,以企业为载体,以边民和边民协作组织为单位,形成当地产业特色与集群优势,打造知名品牌。其次,建议地方工商业联合会协同政策制定部门,加强与企业的良性沟通,及时传达国家及地方关于边民互市贸易政策的最新精神,着重对边民互市贸易政策加以正确解读。最后,公检法、海关等职能部门应当更加注重司法办案“三个效果”的统一,充分履行好“谁执法谁普法”的职责,结合具体案例加大对企业的普法宣传力度,强化企业守法经营理念和法律风险意识。

结语

边民互市贸易对带动我国边境地区的经济社会发展、推动扩大开放、推进兴边富民政策至关重要。当前，做好边民互市贸易的顶层设计，完善边民互市贸易的地方性立法和配套制度，规范边民互市贸易的准入主体和操作规程，依法办理假借边民互市贸易实施走私犯罪案

件，提升涉边民互市贸易的社会治理能力及体系的科学化水平，仍是推动边境贸易创新发展的关键路径。今后，如何提升边民互市贸易的活力，协调解决政策落实中存在的突出问题，进行深入的制度构建，完善配套措施，共同推动边民互市贸易的可持续性创新发展，仍任重道远。

The Legal Risks and Judicial Responses to Barter Trade Among Border Residents

Chen Liyi, Ma Lulu

(The People's Procuratorate of Guangxi Zhuang Autonomous Region, Nanning, 530028, Guangxi)

Abstracts: The development of border trade has been going on for a long time. In recent years, customs and other relevant departments have severely cracked down on import activities that use border trade as a form of smuggling. Some port trade has temporarily stagnated, and the economic development of border areas has fallen into a judicial dilemma of crime and non-crime, as well as a policy dilemma of change and unchanging due to the reality and potential legal risks of border trade. Under the initiative of "the Belt and Road", in order to promote the revitalization of border trade, it is urgent to further clarify the boundaries between policies and laws, improve judicial interpretations related to smuggling crimes, and fill loopholes in border trade policies; Taking the border as the root and the border people as the foundation, we need to guide the implementation of the processing industry, actively promote the compliance development of enterprises, and break through the new situation of the development of border people's mutual trade in the Internet age.

Key words: barter trade; border residents; smuggling crimes; policy improvement; regulation of Criminal Law

(责任编辑：芙 葳)

罪错未成年人分级干预措施的非相称性及解决 ——以专门矫治教育为着眼点

袁圣滔

(北京师范大学, 北京 100875)

摘要:专门矫治教育与其他罪错未成年人分级干预措施之间存在非相称性问题。以最有利于未成年人原则、相称性原则和个别化原则为指导,分级干预措施的选择需考察行为因素和行为人因素,综合评估未成年人接受教育和矫治的必要性。解决罪错未成年人分级干预措施的非相称性问题,首先应明确专门矫治教育的保护处分性质与惩罚色彩,通过合理解释“在必要的时候”以明晰适用条件,并完善准司法化的适用程序。最后从检察提前介入促成侦查阶段转处,精细化设置附条件不起诉的监督考察和拓宽缓刑与假释犯的非刑罚化路径三个方面,构建专门矫治教育与刑事处遇措施的转处机制,推动罪错未成年人分级干预体系的进一步优化。

关键词:罪错未成年人;分级干预;专门矫治教育;非相称性

中图分类号:D925.1

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0037-11

近年来,未成年人恶性案件越来越得到社会的广泛关注。预防和治理未成年人违法犯罪,始终是全社会的共同任务。为此,我国总体上形成了一套以《预防未成年人犯罪法》《刑法》《刑事诉讼法》等法律法规为基础的罪错未成年人分级干预体系。贝卡利亚曾在《论犯罪与刑罚》中提出“罪刑阶梯”的思想,即“对于明智的立法者来说……不打乱其次序,不使最高一级的犯罪受到最低一级的刑罚”^①。罪错未成年人分级干预也体现了这种精神。对罪错程度严重的未成年人施以更加严厉的处遇措施,对罪错程度轻微的未成年人施以相对宽松的处遇措施,便是分级干预的相称性所在。最高人民检察院第九检察厅厅长綦杰接受采访称,检察机关要积极推动罪错未成年人分级干预机制建设,研究起草《关于加强未成年人罪错行为分级干预矫治的意见(试行)》。^②罪错未成年人分级干预体系的合理构建,应立足

系统思维,设置层层递进的“罪刑阶梯”,最终实现“教育、感化、挽救”的法律效果与社会效果的统一。

一、问题的提出:并不完美的罪错未成年人分级干预措施

按照实施场所和权利限制的不同程度,分级干预措施大体可分成社会化处遇措施、半机构化处遇措施、机构化处遇措施和刑事处遇措施四种类型。^③社会化处遇措施以家庭和学校教育为核心内容,主要是针对实施不良行为的未成年人进行“以教代罚”。半机构化处遇措施以《预防未成年人犯罪法》中的专门教育为典型,未成年人虽进入专门学校,但并没有完全脱离原有的生活环境。机构化处遇措施的代表类型是《预防未成年人犯罪法》规定的专门矫治教育,其以长期性限制人身自由为主要特征。刑事处遇措施则只能适用于未成年人刑事案件。理想状态下,不同处遇措施的严厉程度

收稿日期:2024-05-07

基金项目:2023年北京师范大学法学院学术型研究生专项科研基金课题“罪错未成年人分级干预中的专门教育研究”(2023LAW012)

作者简介:袁圣滔,男,北京师范大学法学院刑事诉讼法学硕士研究生,主要研究方向为刑事诉讼法学、未成年人法学。

①[意]切萨雷·贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第18页。

②参见郭荣荣:《让涉孩子问题有人管、管得住、管长远——专访最高人民检察院第九检察厅厅长綦杰》,载《检察日报》2024年2月22日,第2版。

③参见何挺:《罪错未成年人分级干预的体系性要求》,载《人民检察》2020年第19期,第20页。

与适用对象之间应呈现相称性,但实践中出现非相称性的情况并不少见。

(一) 专门矫治教育规定不明带来“轻行重治”

《刑法修正案(十一)》将原有的收容教养制度修改为专门矫治教育,后者还保留了前者的某些特征。第一,专门矫治教育仍部分沿袭了收容教养制度的行政化适用模式,未能实现司法化的程序控制。^④第二,专门矫治教育的严厉性特征尤为突出。受到收容教养制度的遗留观念、严惩少年犯的社会态度等因素的影响,部分专门学校对接受专门矫治教育的未成年人实施严厉的管教措施,有些甚至是“半军事化”管理,未成年人事实上处于被严加看管且限制人身自由的状态。^⑤因此,专门矫治教育是一项典型的机构化处遇措施,具有较强的人身权利干预性。根据《刑法》和《预防未成年人犯罪法》规定,专门矫治教育适用于“实施刑法规定的行为、因不满法定刑事责任年龄不予刑事处罚”且符合“在必要的时候”条件的未成年人。该措施还存在一些有待解决的问题。

首先,“在必要的时候”规定不详。从体系解释的角度,其程序内容表现为《预防未成年人犯罪法》第45条规定的“经专门教育指导委员会评估同意”和“教育行政部门会同公安机关可以决定”,即专门教育指导委员会评估的内容为未成年人是否有接受专门矫治教育的必要性。而对“在必要的时候”的实体内容,暂时没有细化规定。其二,专门矫治教育与专门教育之间的界限模糊,二者的具体性质和内容也不明确。^⑥实践中,相当一部分专门学校也并未严格区分专门教育与专门矫治教育,将实施不良行为与严重不良行为的未成年人均登

记入学,在班级管理上未对不同类型的未成年人进行明确的分类分区。即便是仅实施不良行为和未触犯《刑法》的严重不良行为的未成年人,也可能在专门学校接受专门矫治教育。这让本就处于身心发展关键阶段的未成年人在相当一段时间内脱离社会,不利于回归正常的社会生活。^⑦此外,不少未成年人在专门学校中容易产生“感觉自己是犯人”的内心感受,此种自我身份认同的偏差给未成年人的成长留下不可磨灭的心理阴影,也带来“犯罪人”的标签化效应,对未成年人的健康成长和长远发展产生不利影响。

(二) 专门矫治教育与刑事处遇措施的非相称性

1. 专门矫治教育与逮捕措施的非相称性

逮捕后往往伴随着长时间的羁押,而未成年人在被羁押期间缺乏有效帮教,且面临着交叉感染与不良诱导的风险。走上犯罪道路的未成年人大多缺少家庭管教,对其直接采取非羁押措施难以确保未成年人在之后的程序中及时到案。实践中很多公安司法机关也正是由于担心造成“一放了之”的后果,对很多并不符合逮捕条件的未成年人“普遍羁押”,此类现象在人口流动量大的东部沿海地区更为常见。^⑧许多被逮捕的未成年人在行为和心理偏常程度上要低于接受专门矫治教育的未成年人,却由于已经进入了刑事司法程序,而只能被采取干预程度更加严厉的羁押措施,违背了相称性的要求。

2. 专门矫治教育与不起诉制度的非相称性

附条件不起诉监督考察期间的有关要求更加贴近于社会化处遇措施和半机构化处遇措施的特征。人民检察院是未成年人的监督考察者,

^④参见苏明月:《〈预防未成年人犯罪法〉修订中的选择与平衡》,载《少年儿童研究》2021年第5期,第22页。

^⑤参见石军、鲁国花:《回归“学校与教育属性”:专门学校文化发展的历史、问题与改进路径》,载《中国青年社会科学》2023年第2期,第116-117页。

^⑥参见陈小彪、柳佳炜:《论未成年人专门矫治教育的刑行衔接——基于罪错未成年人教育矫治之体系性建构》,载《中国青年社会科学》2023年第2期,第105页。

^⑦社会联系理论也认为,使未成年人在正常的轨道上生活更加有利于治理罪错行为。参见孙雅姝:《未成年人罪错行为分级处遇机制的法理逻辑与规则展开》,载《湖南警察学院学报》2023年第2期,第104-105页。

^⑧参见占善刚、王译:《“少捕慎诉慎押”融入未成年人刑事司法的完善路径》,载《中国法治》2023年第7期,第43页。

未成年人的监护人配合检察院做好监督考察有关工作。^⑨承办检察官并不全天候地与未成年人接触,而是通过会同有关机构实施跟踪帮教。^⑩具体的监督考察方式一般有学校就读、观护基地监督考察、监护人监督考察等,其中监护人监督考察与观护基地考察占多数,司法社工在附条件不起诉中也发挥了重要的作用。^⑪如果将专门矫治教育视作“全日制”的干预,那么附条件不起诉的监督考察更类似于“非全日制”的“课外补习班”,二者在严厉程度上存在较大差距。

附条件不起诉的适用条件为“涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪,可能判处一年有期徒刑以下刑罚,符合起诉条件,但有悔罪表现的”未成年人。专门矫治教育与附条件不起诉存在以下非相称性。其一,专门矫治教育针对非犯罪行为,附条件不起诉针对犯罪行为,呈现非犯罪行为适用机构化处遇措施,而犯罪行为适用非机构化处遇措施的现象。其二,针对同一行为,对已达刑事责任年龄的未成年人适用轻缓的处遇措施,对未达刑事责任年龄的未成年人适用严厉的处遇措施。由于“在必要的时候”规定不详,如果是已满16周岁的未成年人实施了“涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪、可能判处一年有期徒刑以下刑罚”的行为,检察机关可以对其适用附条件不起诉。如果是未满16周岁的未

成年人实施了同样的行为,公安机关却可以令其接受专门矫治教育。一般情况下,年龄更小的未成年人身心尚未成熟、可塑性更大,不一定需要接受过于严厉的矫治措施,而是应当以教育为主。根据有关数据推断,^⑫涉嫌可能判处一年有期徒刑以下刑罚行为的未成年人在涉罪未成年人中占据较高比重。结合实践中专门学校的招生范围,可见此类非相称性问题的严重性。

此外,《刑事诉讼法》将迎来第四次修改,不少观点认为当前的附条件不起诉适用范围过于狭小,应予以拓宽,将刑期范围扩大为3年有期徒刑以下刑罚。^⑬如果附条件不起诉的适用范围在未来的修法中有所放宽,那么达到刑事责任年龄的未成年人若实施了可能判处三年有期徒刑以下刑罚的行为,检察机关可以对其适用干预程度较轻的附条件不起诉。而实施了同样行为但未达到刑事责任年龄的未成年人,则可能接受专门矫治教育,非相称性问题将进一步凸显。

相对不起诉适用于“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的犯罪嫌疑人。相对不起诉的决定一经作出便立即生效,检察机关缺乏足够的制约力来监督相对人积极履行特定义务。^⑭因此,相对不起诉决定作出后基本不存在对未成年人人身权利的干预和事后的教育、矫治。然而,不起诉仅仅意

⑨《刑事诉讼法》第283条;《人民检察院刑事诉讼规则》(高检发释字〔2019〕4号)第475条:人民检察院对于被附条件不起诉的未成年犯罪嫌疑人,应当监督考察其是否遵守下列规定:(一)遵守法律法规,服从监督;(二)按照规定报告自己的活动情况;(三)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经批准;(四)按照要求接受矫治和教育。

⑩《最高人民检察院关于印发〈未成年人刑事检察工作指引(试行)〉的通知》(高检发未检字〔2017〕1号)第196条第2款:人民检察院可以会同司法社工、社会观护基地、公益组织或者未成年犯罪嫌疑人所在学校、单位、居住地的村民委员会、居民委员会、未成年人保护组织等相关机构成立考察帮教小组,明确分工及职责,定期进行考察、教育,实施跟踪帮教。

⑪参见何挺:《附条件不起诉制度实施状况研究》,载《法学研究》2019年第6期,第160-163页。

⑫2020至2022年,检察机关对未成年犯罪嫌疑人的附条件不起诉适用率分别为20.87%、29.69%和36.1%,呈逐年增长趋势。参见《未成年人检察工作白皮书(2022)》,载最高人民检察院官网, https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202306/t20230601_615967.shtml#2, 2023年6月1日发布。最高人民法院公布的审判数据也显示,2024年一季度全国法院对未成年人罪犯的重刑判处率仅8.50%(“重刑”一般指三年以上有期徒刑以上刑罚)。参见《最高人民法院公布2024年一季度司法审判工作主要数据》,载央视网, <https://news.cctv.com/2024/04/22/ARTIOwdyQlb2r2WlwJQL0WvS240422.shtml>, 2024年4月22日上传。

⑬参见何挺:《附条件不起诉扩大适用于成年人案件的新思考》,载《中国刑事法杂志》2019年第4期,第57页;参见陈瑞华:《轻罪案件附条件不起诉制度研究》,载《现代法学》2023年第1期,第160页。

⑭参见邵俊:《轻罪时代附条件不起诉的立法建议》,载《法学杂志》2024年第2期,第63-64页。

意味着刑事司法程序的结束,并不意味着未成年人没有实施罪错行为、不需要接受教育和矫治。如果不开展任何延伸治理工作,将错失对未成年人进行教育和矫治的最佳时机,轻则影响其对法律的敬畏之心,重则导致其走上犯罪之路。

3. 专门矫治教育与社区矫正制度的非相称性

《社区矫正法》规定,对被判处管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行的未成年人罪犯进行社区矫正。社区矫正是非机构化处遇措施,强调未成年人在社会中的改造与融入。实践中存在未成年人与成年人社区矫正区分程度不够、专门化矫正项目不足和专门工作队伍缺乏等问题,^⑮导致未成年人回归社会效果不佳。此外,缓刑的适用条件之一是“被判处拘役、三年以下有期徒刑”,这意味着实施被判处三年有期徒刑犯罪行为的未成年人可能被采取社区矫正,而实施更轻行为但未达刑事责任年龄的未成年人却会成为专门矫治教育的适用对象。

因此,现有的刑事处遇措施无法满足精细化的分级干预需求,而专门矫治教育与刑事处遇措施间也并未构建畅通的衔接机制,致使已经进入刑事程序的未成年人难以分流,分流之后也“无处可去”。

二、问题的分析:罪错未成年人分级干预的理论基础

(一) 分级干预的指导原则

1. 最有利于未成年人原则

罪错未成年人分级干预的首要原则为最有利于未成年人原则。联合国《儿童权利公约》第3条确立了儿童利益最大化原则,即“关于儿童的一切行动,不论是由公私社会福利机构、法院、行政当局或立法机构执行,均应以儿童

的最大利益为一种首要考虑”。《未成年人保护法》第4条规定的最有利于未成年人原则是儿童利益最大化原则的中国表达,其本质要求是以未成年人权利为本位,而且在权衡各方利益时也应给予未成年人特殊、优先的考虑。^⑯

2. 相称性原则

分级干预体系能否合理构建,关键在于能否满足相称性原则的要求。《联合国少年司法最低限度标准规则》规定了相称性原则,“少年司法制度应强调少年的幸福,并确保对少年犯作出的任何反应均应与罪犯和违法行为情况相称”,且“采取的反应不仅应当与犯罪的情况和严重性相称,而且应当与少年的情况和需要以及社会的需要相称”^⑰。罪错未成年人分级干预的相称性要求,就是对罪错程度严重的未成年人施加更为严厉的处遇措施,注重教化和改造,而对程度轻微的未成年人宽大处理,注重教育和保护,从而构建“轻行轻治”“重行重治”的“罪刑阶梯”。

3. 个别化原则

在分级干预的过程中还应坚持个别化原则,为未成年人制定有针对性的处遇方案。当代刑罚体系严格遵循报应主义与预防主义之核心理念,前者意味着对恶行的恶报,后者包括以震慑作用预防社会一般人犯罪(一般预防)和以个别化的刑罚防止犯罪人再次犯罪(特殊预防)两种目的。^⑱未成年人处遇的个别化原则与成年人刑罚理论中的特殊预防目的一脉相承,分级干预措施应与其个人情况相称,追求个别公正的内在价值,以最大可能实现未成年人的福祉。^⑲

(二) 确定分级干预措施的思路与方法

现行《预防未成年人犯罪法》以三级预防为逻辑架构,将未成年人的罪错行为划分为不

^⑮ 参见张凯:《我国未成年人社区矫正工作的执行现状及推进路径——以我国社区矫正法相关规定为切入》,载《长白学刊》2021年第6期,第97-99页。

^⑯ 参见童建明:《最有利于未成年人原则适用的检察路径》,载《中国刑事法杂志》2023年第1期,第6-7页。

^⑰ 《联合国少年司法最低限度标准规则》(北京版本)第5.1条和第17.1条。

^⑱ 参见张明楷:《刑法学》(第6版),法律出版社2021年版,第674-677页。

^⑲ 参见盛长富、郝银钟:《论少年司法处遇个别化原则——基于相关国际准则的分析》,载《广西社会科学》2012年第4期,第78-79页。

良行为、严重不良行为与犯罪行为三种类型。^{②①}学界对《预防未成年人犯罪法》的“三分法”有不同意见,^{②②}不少学者主张对未成年人的罪错行为进一步细化。“四分法”认为应将未成年人的罪错行为划分为虞犯行为、违警行为、触刑行为和犯罪行为。^{②③}“五分法”将行政责任年龄考虑在内,把罪错行为划分为不良行为、违法行为、违警行为、触刑行为、犯罪行为五个层级。^{②④}

然而,无论是采取“三分法”,还是采取“四分法”或“五分法”,罪错行为的分层标准均比较僵化,无助于构建更为精细化的分级干预体系。严重不良行为和犯罪行为的严重程度并非逐渐加深,一旦加入其他考虑因素,将会打破《预防未成年人犯罪法》对这两种罪错行为的分层机制。其一,《预防未成年人犯罪法》第38条规定的9种“严重危害社会的下列行为”与犯罪行为之间界限模糊,前者覆盖了许多已经违反《刑法》并达到刑事处罚标准的行为。^{②⑤}其二,《预防未成年人犯罪法》并未考虑行为的具体情节,非暴力的犯罪行为的社会危害性也可能低于手段暴力的严重不良行为,例如已经构成犯罪的盗窃行为与尚未构成犯罪的校园霸凌。其三,在触刑行为与犯罪行为的分层上,《预防未成年人犯罪法》仅以是否达到刑事责任年龄为标准,而未考虑刑期条件——触刑行

为涉嫌的可能是刑期更高的罪名,而犯罪行为却可能只是触犯了轻罪或微罪的法律条款。

未成年人法学以行为人为中心,除了罪错行为之外,未成年人的人身危险、再犯风险也是考察对象的一部分。人身危险与再犯风险的概念均来自成年人刑法,“犯罪人的人身危险性,是指再犯的可能性。再犯的可能性并不直接反映罪行的轻重,却可以表明今后对社会潜在威胁程度”^{②⑥}。国内外也有学者立足风险因素预防模式(The Risk Factor Prevention Paradigm),以预防犯罪和防止再犯为目标,依据未成年人的风险因素和风险评估(Risk Assessment)而采取干预措施。^{②⑦}罪错未成年人分级干预的直接目的是消除未成年人的再犯风险,预防未成年人犯罪。但从根本上来看,分级干预坚持最有利于未成年人原则,应当以未成年人的健康成长和长远发展为目的。人身危险与再犯风险都着眼于行为人可能对社会造成的风险,实际是将未成年人当作客体对待,而没有真正站在未成年人立场上考虑其需求。从儿童利益最大化的视角出发,在分级干预具体措施的选择中,应当评估的是未成年人是否具有接受教育和矫治的必要性,以及接受何种干预措施才更有利于未成年人的健康成长和长远发展,而不是仅仅考虑如何降低对社会的危险。“即使他实行的是根据刑法的可罚行为或

②① 不良行为规定于《预防未成年人犯罪法》第28条,包括未成年人的身份罪错和轻微违法行为。严重不良行为规定于《预防未成年人犯罪法》第38条,包括未达刑事责任年龄的未成年人实施的触刑行为,以及立法列举的9种“严重危害社会的下列行为”两种类型。

②② 有学者认为,在“三分法”中,不同罪错行为之间区分标准不一、边界模糊,参见侯倩、林晓萌:《试论未成年人罪错行为干预体系的分层构建》,载《青少年犯罪问题》2019年第4期,第102-103页。也有学者认为,《预防未成年人犯罪法》中的“严重不良行为”将违警行为(违反《治安管理处罚法》的行为)与触刑行为合二为一并适用相同的程序和干预措施,忽略了两种罪错行为之间的异质性,参见姚建龙:《未成年人违警行为的提出与立法辨证》,载《中国法学》2022年第3期,第270-271页。

②③ 参见姚建龙:《未成年人罪错“四分说”的考量与立场——兼评新修订〈预防未成年人犯罪法〉》,载《内蒙古社会科学》2021年第2期,第84-85页。

②④ 参见朱良:《解构与建构:未成年人罪错行为分级制度研究》,载《学习与实践》2022年第4期,第80-81页。

②⑤ 参见何挺、王力达:《论未成年人保护处分与刑事司法的适用关系——基于需罚性与刑法补充性的本土模式构建》,载《新疆社会科学》2023年第4期,第102页。

②⑥ 林亚刚:《刑法学教义(总论)》,北京大学出版社2014年版,第19页。

②⑦ 参见张丽霞:《风险评估与未成年人司法社会支持体系的精准化构建——以未成年人司法模式转变为切入点》,载《中国青年社会科学》2023年第6期,第125-126页; See David P. Farrington, *Explanation and Prevention of Crime: the Globalization of Knowledge—the American Society of Criminology 1999 Presidential Address*, *Criminology*, Vol.38:1, p. 10-12 (2000).

者根据行政法的秩序违反行为……看到的就只有这件事：少年有教养的需要或需保护性”^{②7}。

因此，个案情况复杂多样，应全方位考察罪错未成年人的各方面情况，从而确定有针对性的分级干预措施。首先要合理界定未成年人罪错行为的严重性层级，以此决定对其适用的分级干预措施类型，再综合评估未成年人的年龄阶段、心理状况、外在环境、悔错态度等多方面因素，最终落脚到未成年人接受教育和矫治的必要性。其一，调查罪错行为的类型和情节。未成年人的罪错行为不仅对其自身成长存在显著不良影响，其中的违法犯罪行为也对法律所保护的社会关系和受害人的合法权益造成了现实侵害，属于“看得见的人身危险性”，应当被纳入分级干预措施的考察因素之中。此外，在“不良行为”“严重不良行为”“犯罪行为”分类的基础上，还应考虑行为的具体情节，综合评价行为的严重程度。其二，重视未成年人的年龄阶段和身心发展程度。不同年龄阶段未成年人的身心发展程度不同，抵御诱惑和自我悔改的能力也各有差异。一般情况下，低龄未成年人身心发展不成熟且可塑性较强，对其的处遇措施应更加注重教育与保护，减少矫治与惩罚的内容。其三，结合心理状况判断。心理状况是影响未成年人成长的关键性因素。发展心理学表明，处于青春期的未成年人心理尚未成熟，在决策能力、对不良环境和外来压力的承受能力以及性格与价值观等方面均存在不成熟的表现。^{②8}应注重发掘引发未成年人实施罪错行为背后的心理原因，并采取沙盘疗法、宣泄疗法等方式进行有针对性的心理干预，以引导其改变不良认知、形成健康心理。其四，

生活环境也是重要考察因素。家庭、学校等外在环境对未成年人的人格塑造影响深远，如监护人能否对未成年人进行有效的管教、未成年人原就读学校的教育体系是否健全、未成年人结交的“朋友圈”是否多为不良青年等，都是需要加以考虑和评估的。其五，悔错态度也应被纳入个案考察范围，体现的是未成年人积极悔改的自我意愿。

三、问题的解决：罪错未成年人分级干预措施的优化路径

从体系化视角解构不同层级的未成年人罪错行为，严重不良行为处于中轴位置，应以其为分级干预的重心，促进未成年人犯罪的临界预防和再犯预防。^{②9}专门矫治教育作为严重不良行为中的触刑行为的干预措施，是分级干预体系的特殊一环。专门矫治教育虽然并非刑事处遇措施，但其严厉程度和人身干预程度已经超越部分刑事处遇措施，甚至接近刑罚。同时，专门矫治教育又与专门教育、家庭教育、学校教育等存在密切关系，位于非刑事处遇措施与刑事处遇措施的交界地带。因此，应以专门矫治教育为着眼点优化罪错未成年人的分级干预措施，构建精细化的分级干预体系。

（一）特征突出：具有惩罚色彩的保护处分措施

基于少年司法的“教育、感化、挽救方针”和保护主义的价值目标，虽然作为触刑行为的法律后果而存在，专门矫治教育也应被定位为保护处分措施。保护处分，一方面超越刑罚，贯彻“以教代刑”的思想；另一方面超越保安处分，控制“社会危险分子”的人身自由以短时间换取社会秩序并非专门矫治教育的主要目的。^{③0}

^{②7} 吴俊毅：《少年偏差行为的辅导机制——德国法观察的启发》，载2023年《台湾法律人》第22期，第97页。

^{②8} 参见宋英辉、苑宁宁：《未成年人罪错行为处置规律研究》，载《中国应用法学》2019年第2期，第42-43页。

^{②9} 参见宋英辉、钱文鑫：《我国罪错未成年人分级干预机制研究——以专门教育为核心抓手》，载《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2022年第6期，第56页。

^{③0} 参见姚建龙：《犯罪后的第三种法律后果：保护处分》，载《法学论坛》2006年第1期，第33-35页。也有学者认为，收容教养制度兼具保安处分和保护处分属性，前者在于社会防卫、消除特定主体人身危险性，后者则在于教育和保护未成年人，参见唐稷尧：《论我国收容教养制度的定位及适用条件——以〈中华人民共和国预防法〉修订为背景》，载《中国青年社会科学》2020年第4期，第129-130页。笔者认为，《刑法修正案（十一）》将收容教养修改为专门矫治教育，从名称上看已经放弃了保安处分的属性，而是将其定位为保护处分措施。

专门矫治教育的重点聚焦于对未成年人的教育和保护,引导未成年人顺利回归社会,不再走上犯罪之路。

福利保护与责任负担是未成年人分级干预的基本目标。^{③①}除了教育与保护的基本特征之外,“惩罚为辅”也是专门矫治教育相较于专门教育的独有特征,“矫治”一词便体现了惩罚的思想。其一,环境原因的确对未成年人影响重大,但是在众多可行的选项中选择犯罪的,终究是未成年人本身。环境的恶劣并不会让所有人都选择犯罪,因此适当范围内的惩罚与矫治并非绝对不可取。其二,无论是限制或剥夺人身自由的机构化处遇,还是少年犯标签所带来的污名化,都不可避免地带有一定的惩罚性色彩。其三,适当的惩罚性也是法的规范作用的体现,如果未成年人以为犯错的后果不会带来惩罚反而带来保护,他们就不会从中吸取教训。即便未达到相应的责任年龄,也有必要让未成年人知道自己行为的“对”与“错”之分。正如有学者所说,“我国对于实施严重不良行为的罪错未成年人的矫治体系都应当消除未成年人不承担任何责任的观念误区,而在坚持保护处分法律属性的前提下树立责任主义的基本立场”^{③②}。

因此,专门矫治教育兼具教育与矫治属性,是一项带有惩罚色彩的保护处分措施,且“矫治”在前、“教育”在后,在矫治得当的基础上加强教育。其矫治的一面体现在强制入学、“闭环管理”与“类军事化”管教,通过严明的纪律与适当的惩罚措施培养罪错未成年人的规矩意识,促使其深刻反省并认识到自己的错误,但需守住不能侮辱、体罚、虐待未成年人的底线。其教育的一面体现为在完成义务教育

的基础上,加强思想道德教育、法治教育、实践和职业教育等,特别是要注重未成年人的心理偏差并加强心理教育,促进未成年人的道德养成。正由于专门矫治教育所具有的惩罚特征和人身权利干预性,其适用条件应当有所限缩,适用程序也应走向正当化。

(二)条件明晰:“在必要的时候”的教义学阐释

“在必要的时候”的模糊性是专门矫治教育入学门槛低、招生范围大的主要原因。对此,应从接受教育和矫治的必要性对“在必要的时候”作出教义学阐释,提高专门矫治教育的适用门槛,避免大量罪错程度较轻的未成年人进入专门学校接受专门矫治教育。关于“在必要的时候”的内涵,有学者认为“应当以心理行为偏常程度为主要决定因素,以行为的社会危害性、家庭监护能力和条件等为辅助性参考因素”^{③③}。也有学者围绕主观恶性、罪错行为次数、家庭监护情况、学校教育情况等方面给出具体的解释。^{③④}还有学者从比例原则出发,认为只有无法避免未成年人人身危险性现实化时才为“必要的时候”。^{③⑤}

1. 罪错行为的严重程度

从相称性角度看,接受专门矫治教育的未成年人在罪错行为的严重程度必须超过处于附条件不起诉的监督考察期间的未成年人。也即,专门矫治教育的首要条件是,未成年人实施违反刑法规定、可能判处一年有期徒刑以上刑罚的行为。该条件只是专门矫治教育适用的必要不充分条件,条件不满足便不得适用专门矫治教育。即便条件满足,但综合考虑行为情节、客观损害、社会影响等因素以及行为人因素,认为不具有矫治的必要性,也可采取干预

^{③①} 参见刘艳红、阮晨欣:《新法视角下罪错未成年人司法保护理念的确立与展开》,载《云南社会科学》2021年第1期,第86页。

^{③②} 唐稷尧:《矫治责任视野下的触法未成年人专门矫治教育制度研究》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2023年第4期,第53页。

^{③③} 苑宁宁:《低龄未成年人收容教养制度改革研究——应对低龄未成年人严重暴力行为的视角》,载《预防青少年犯罪研究》2020年第5期,第45页。

^{③④} 参见吴静:《制度与出路:专门矫治教育制度困境与重构》,载《重庆社会科学》2021年第8期,第100页。

^{③⑤} 参见李泊毅:《专门矫治教育的基本权干预性质及规则完善》,载《预防青少年犯罪研究》2021年第5期,第73页。

程度更轻的措施。

2. 影响未成年人接受教育与矫治必要性的其他因素

第一，年龄条件。有观点认为，参考世界卫生组织的儿童体格心智发育评价标准和《刑法修正案（十一）》，专门矫治教育的最低年龄下限可以规定为10周岁。^{③6}但是年龄越小的未成年人，身心发育越不成熟，对家庭和学校教育的依赖性更强。低龄未成年人只有在实施极其严重的行为时才可以适用专门矫治教育。笔者认为，可以参考《刑法》第17条的设置，10—12周岁的未成年人实施第三款规定的行为、12—14周岁的未成年人实施第二款规定的行为时才满足专门矫治教育的必要条件。第二，心理状况条件。未成年人的抑郁表现、应激心理等也是专门矫治教育的考察因素，对抑郁、患有心理疾病的未成年人要慎重考虑适用严厉的专门矫治教育，以防止产生相反作用。但对于逆反暴躁心理、反社会人格、不具备悔改态度的未成年人，可以考虑通过专门矫治教育来矫治其心理偏常。此外，成长经历、监护情形、教育状况等因素都应纳入“在必要的时候”的评估体系之中。^{③7}

3. 专门矫治教育的“最后手段性”

专门矫治教育的基本权利干预性决定了其必须严守谦抑性和比例原则的要求，只有在家庭和学校教育、公安机关矫治教育难以发挥应有作用时才适用。笔者认为，并不需要将专门教育作为专门矫治教育的前置条件。因为此类未成年人本身的行为和心理偏常程度较高，如果在没有进行充分矫治的前提下就先将其送入专门学校接受专门教育，不仅难以达到“教育、感化、挽救”的效果，而且容易导致其他学生交叉感染。

（三）程序规范：专门矫治教育的准司法化完善

《预防未成年人犯罪法》第45条规定，专门矫治教育的适用需要专门教育指导委员会评估同意和教育行政部门会同公安机关决定。但实践中，公安机关才是专门教育指导委员会的核心成员，对专门矫治教育的适用享有决定权，“这种运动员兼任裁判员的做法延续了原收容教养制度下公安机关权限集中、‘一家独大’的弊病”^{③8}。专门矫治教育直接干预了未成年人的基本权利，故其适用也应以遵守正当程序为基本前提。

1. 以专门教育指导委员会为核心，“公安机关—专门教育指导委员会—罪错未成年人”为基本框架的准司法化入学程序

其一，行政法中并没有专门的未成年人程序规定，多数涉及严重不良行为的案件也不符合刑事立案标准。公安机关对未成年人涉嫌实施严重不良行为的案件，应先以保护处分案件立案，进行案件化办理。其二，贯彻全面、及时调查原则。公安机关不仅应当调查涉案未成年人罪错行为情况，也应自行或委托有关社会组织、机构对未成年人的成长经历、家庭教育、心理偏差等情况进行调查并制作调查报告，作为后续评估的参考材料。在调查过程中，公安机关可以依法对未成年人采取适当的矫治教育措施。^{③9}公安机关按照法定程序调查终结后，需及时会同教育行政部门决定是否将该案件及有关材料报送专门教育指导委员会。其三，不少观点认为应构建司法化的专门矫治教育适用程序，由法院作出决定。但笔者认为，由于当前国家机关的权力配置和法院自身组织结构的现状，以及专门的“未成年人司法法”仍然缺位，对专门矫治教育采取严格的司法控制是不现实

^{③6} 参见郭展程：《专门矫治教育制度的完善路径——以澳门地区收容制度为借鉴》，载《青少年犯罪问题》2024年第1期，第49页。

^{③7} 参见张鸿巍、钟琦龄：《“风险—需求—响应”模型在未成年人专门矫治教育中的适用——兼议〈预防未成年人犯罪法〉第四十五条第一款》，载《中国青年社会科学》2023年第3期，第118—120页。

^{③8} 陈立礼、夏菁：《专门矫治教育制度的困惑与完善思考》，载《中国检察官》2023年第15期，第69页。

^{③9} 《预防未成年人犯罪法》第41条。

的。目前较为可行的办法是构建准司法化的适用程序,尽可能实现正当程序的要求,减少对基本权利的不正当干预。

专门教育指导委员会的评估阶段是最有可能实现准司法化的阶段,可以从以下两个方面完善。第一,评估主体。专门教育指导委员会组成人员庞杂,难以发挥实质性的评估作用,在具体个案中可以成立评估小组进行“一案一估”。在评估中应重点发挥检察机关的作用,由未检部门牵头公安人员、教育人员组成评估小组。由检察机关来发挥主要作用,具备理论基础和现实基础。首先,其作为法律监督机关负有客观性义务。其次,自未成年人检察专门机构建设以来,检察机关便积极参与未成年人罪错行为分级干预制度建设,积极推动帮教模式和社会支持体系的建立,积累了丰富的未成年人司法实践经验。^{④①}第二,评估程序。评估过程中可以设置听证程序,由检察机关有关人员主持,罪错未成年人本人及其监护人参加,被害人一方以及有关的未成年人保护组织所派的代表也可出席。评估程序需听取各方意见,充分保障罪错未成年人及其监护人和被害人一方的参与权与发表意见权,同时也便于有关机关直接进行释法说理、矫治帮教。

2. 动态化的专门矫治教育转出机制

《预防未成年人犯罪法》在第46条规定了接受专门教育的未成年人经专门教育指导委员会评估后转学的相应程序。同理,专门矫治教育也应具备相应的转出机制,防止未成年人长时间脱离社会生活。一般情况下,专门矫治教育的适用期限在决定作出时确定,期限届满自动解除。除此之外,专门学校应在每个学期适时提请专门教育指导委员会对未成年人展开评估,对于得到有效的矫治和教育的未成年人,专门教育指导委员会应当向原决定机关提出建议而“加速到期”。转出程序中的评估也可以

采取听证方式。对解除专门矫治教育的未成年人,原决定机关可以根据实际情况将其转移至专门学校的其他场所接受专门教育,或者转回普通学校、回归社会生活。对于后两种情形,有关机关不仅应当跟踪回访,也要积极与未成年人的监护人和有关单位衔接好后续的入学、就业等相关事宜。

(四) 措施衔接: 专门矫治教育与刑事处遇的转处

专门矫治教育在基本权利干预方面与刑事处遇措施具有共通性,甚至其干预程度已经超过部分以恢复性司法为理念的附条件不起诉、社区矫正等措施。有观点认为,从刑事程序中分流的未成年人符合构成要件、具备有责性,其只是因为政策原因而没有进入审判程序,在理论上应接受专门矫治教育。^{④②}但也有观点认为,刑事分流建立在当事人社会危险性、再犯可能性、心理行为偏常程度较低,通过非刑罚手段亦能实现再犯预防的基础上,对此类未成年人适用专门教育即可。^{④③}笔者认为,为构建精细化的分级干预体系,不能绝对排除专门矫治教育在刑事程序转处后的适用,但也不可将其作为转处后的唯一出罪路径。

1. 检察提前介入促成侦查阶段转处

无论是羁押还是“一放了之”,均无助于及时帮教罪错未成年人。如果能将专门矫治教育作为羁押替代性措施,也可以在一定程度上实现少捕慎诉慎押的要求。但二者存在刑事处遇与非刑事处遇的本质区别,不存在于刑事程序中直接适用保护处分措施的可能性。因此,笔者认为应加大检察机关提前介入、引导未成年人刑事案件侦查程序的力度,提前完成向保护处分程序的转处。

具体来说,公安机关办理未成年人刑事案件,在作出拘留决定前或提请批准逮捕前,检察机关有权提前介入。如果发现未成年犯罪嫌

^{④①} 参见毕琳等:《未成年人罪错行为分级干预主导部门的构建》,载《人民检察》2020年第19期,第35页。

^{④②} 参见林维:《未成年人专门教育的适用难题与制度完善》,载《探索与争鸣》2021年第5期,第29页。

^{④③} 参见前注^{②⑨},宋英辉、钱文鑫文,第67-68页。

疑人符合不起诉条件,检察机关可以提前将案件转处,报送专门教育指导委员会评估并决定适用专门矫治教育、专门教育或采取其他相应措施。如果发现未成年人未达刑事责任年龄,但符合专门教育、专门矫治教育适用条件的,也可及时分流出刑事程序。检察机关的提前介入一方面有利于减少羁押性措施的适用,另一方面也减轻了后续提请批准逮捕、移送审查起诉等程序繁琐的负担,体现了未成年人案件办理的迅速简易原则,^{④③}更重要的是有助于及时开展对未成年人的教育和矫治工作。

2. 精细化设置附条件不起诉的监督考察要求

实践中已有检察机关开始探索附条件不起诉与专门学校的衔接,将专门矫治教育或专门教育作为附条件不起诉监督考察的一部分。^{④④}由于专门矫治教育严厉的人身干预性和惩罚性,不宜将该处遇措施直接适用于“涉嫌刑法分则第四章、第五章、第六章规定的犯罪,可能判处一年有期徒刑以下刑罚,符合起诉条件,但有悔罪表现的”的未成年人。如果修改后的法律扩大了附条件不起诉的适用范围,便存在对被附条件不起诉的未成年人适用专门矫治教育的制度空间。未成年人实施的可能判处1年以上、3年以下有期徒刑的犯罪行为,可以由承办检察官综合考察其心理偏常、生活环境、悔罪情况等因素,责令其在附条件不起诉的监督考察期间接受专门矫治教育,从而增加程序出罪的渠道。而对实施可能被判处1年有期徒刑以下刑罚、不具备接受矫治必要性的未成年人,可以采取专门教育措施与家庭、学校教育相结合的措施,以促进其回归社会。

相对不起诉以犯罪情节作为是否出罪的判断标准,不利于对罪错未成年人的延伸治理,应采用“是否具有通过附条件不起诉来监督考

察的必要性”作为相对不起诉与附条件不起诉选择适用的标准。^{④⑤}即便犯罪情节轻微,若有必要对未成年人进一步监督考察,则应优先考虑适用附条件不起诉,从而分流为专门教育或社会化处遇措施。关于监督考察的必要性,检察机关可以综合评估家长的监护能力、在本地有无固定住所、未成年人心理状况等因素来判断。

3. 拓宽缓刑与假释犯的非刑罚化路径

缓刑与假释的核心条件是社会危险性因素,即“没有再犯罪的危险”与“对所居住社区没有重大不良影响”。但社会危险性仍然是从成年人刑法的角度出发,而没有站在未成年人的立场——对社会没有危险并不意味着未成年犯不需要接受教育与矫治。对于未成年犯来说,社会危险性只是一个方面,更重要的是对有接受教育与矫治必要性的未成年人采取有针对性的干预措施。社区矫正和刑罚执行之间干预程度的差别较大,这种差别反而在一定程度上阻碍了对未成年犯适用缓刑、假释等宽缓处理的空间。通过引入专门矫治教育或专门教育这样的“中间措施”,可以拓宽非刑罚化渠道,有利于未成年犯的再社会化。因此,在缓刑中也应有专门矫治教育和专门教育的适用空间,具体程序可以由人民法院报送专门教育指导委员会评估,并根据案件具体情况在判决中适用。被假释的未成年犯已经在未成年犯管教所接受了更为严厉的矫治措施,因而无须再对其适用专门矫治教育,可据情况令其接受专门教育。

结语

随着社会对未成年人犯罪问题关注的不断提升,构建科学、系统的罪错未成年人分级干预体系显得愈发重要。未成年人也应当为自己的行为承担责任,但鉴于其成长的不完全性,无法独立承担此重任。处遇措施的直接作用对象虽然是未成年人,但责任的重担却落在家庭、

^{④③} 参见宋英辉、甄贞主编:《刑事诉讼法学》(第七版),中国人民大学出版社2021年版,第489页。

^{④④} 参见管莹:《“熊孩子”在这里经历了怎样的蜕变》,载《检察日报》2020年10月9日,第4版。

^{④⑤} 参见何挺:《附条件不起诉适用对象的争议问题:基于观察发现的理论反思》,载《当代法学》2019年第1期,第159-160页。

学校以及每一个社会成员的肩上。保护处分，一方面在于“保护”，保护未成年人的合法权益，保障其健康成长；另一方面在于“处分”，教会未成年人什么是对、什么是错，促进其长远发展。预防未成年人犯罪，需要从治理未成

年人的罪错行为开始，真正站在以未成年人为主体的立场上，坚持“教育为主、惩罚为辅”，做到前端预防、中端治理、后端帮教相统一，从而构建层次分明、科学合理的罪错未成年分级干预体系。

The Non-proportionality of Graded Intervention Measures for Juvenile Delinquency and Its Solution

——Focusing on Special Correctional Education

Yuan Shengtao

(Beijing Normal University, Beijing, 100875)

Abstract: There is a mismatch between specialized corrective education and other graded intervention measures for juvenile delinquency. Guided by the principles of being most beneficial to minors, proportionality, and individualization, the selection of graded intervention measures should consider behavioral and human factors, and comprehensively evaluate the necessity of minors receiving education and correction. To address the issue of disproportionate intervention measures for juvenile delinquency, the first step is to clarify the protective nature and punishment color of specialized corrective education, clarify the applicable conditions through reasonable explanations "when necessary", and improve the quasi judicial application procedures. Finally, from three aspects: the early intervention of the prosecution to facilitate the transfer of the investigation stage, the refinement of the supervision and inspection of conditional non prosecution, and the expansion of the non punitive path for probation and parole offenders, we will construct a specialized mechanism for the transfer of corrective education and criminal treatment measures, and further optimize the hierarchical intervention system for juvenile offenders.

Key words: juvenile delinquency; graded intervention; special correctional education; non-proportionality

(责任编辑: 芙 蕖)

轻罪速裁程序的价值反思及制度重构

杨开湘, 曾倩

(中南大学, 湖南 长沙 410083)

摘要:刑事速裁程序是实现轻罪治理现代化的重要突破口。轻罪时代下的速裁程序应坚持效率优先、兼顾公平、减少犯罪人这三重价值准则,力求推动刑事诉讼全过程的从宽。现行的速裁程序存在速裁不速、被追诉人诉前处遇不宽松、诉讼沟通机制不健全等问题。对此,应当促进轻罪速裁全流程的宽简化,引入刑拘直诉制度和专人专办制度以重塑公检法三大机关轻罪案件处理模式;通过加强检察机关量刑建议说理实现被追诉人处遇的宽松化;探索法院快速审理、直接判决、裁量从宽的宽缓化工作模式。

关键词:轻罪速裁;程序宽缓化;轻罪治理现代化;司法效率价值

中图分类号:D925

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0048-10

从2014年试点到2018年正式纳入《中华人民共和国刑事诉讼法》,刑事速裁程序在促进程序分流、提升诉讼效率方面发挥了很大的积极作用,但同时也存在一些理论障碍和实践困境。回望刑事速裁制度从试点到立法及实施的过程,可以发现理论界和实务界的积极讨论,有些学者的观点得到较为广泛的认可,为刑事速裁程序的制度适用和进一步完善奠定了良好基础。例如,有学者主张,基于认罪认罚从宽制度的运行情况,以速裁程序为切入点,能够看到速裁程序在试行中的诸多问题;^①从比较法的意义上,可以将中国、美国和德国的刑事案件快速审理程序进行横向比较,为速裁程序提供国际经验;^②立足于轻罪的时代背景,以刑事诉讼模式的转型为视角,有学者主张以速裁程序为抓手可以为轻罪案件处理专门化、体系化提供良好契机。^③速裁程序的若干制度运行问题在犯罪结构变化以及轻罪治理现代化理念的检视下显得愈发突出。可以说,轻罪治理给

速裁程序提出新要求、带来新挑战的同时,也能给刑事速裁程序的完善提供新思路、新指引。鉴于此,如能从剖析轻罪治理和速裁程序的逻辑关联出发,以轻罪速裁为核心概念,重述速裁程序的价值追求,并针对速裁程序中存在的与轻罪治理、轻罪速裁的价值相悖的诸多问题,提出一种贯穿刑事诉讼全流程的解决路径,或许可以为打造全面宽缓化的轻罪速裁新模式提供助益。

一、轻罪治理与速裁程序的关系探究

(一)轻罪治理与刑事速裁产生交集的契机:轻罪时代的来临

近年来,刑事立法的扩大化和轻刑化趋势使得刑事案件数量不断上升,随之而来的是犯罪结构发生显著性变化,轻罪案件数量激增,已经占据我国刑事犯罪的绝对主导地位。以最高检的办案数据为例,检察机关受理审查起诉刑事犯罪从1999年的82.4万人增至2019年的220万人,起诉严重暴力犯罪从16.2万人降至

收稿日期:2024-03-10

作者简介:杨开湘,男,中南大学法学院教授、法学博士,主要研究方向为刑事诉讼基本理论、刑事侦查与司法人权;曾倩,女,中南大学法学院刑事诉讼法专业硕士研究生,主要研究方向为刑事诉讼法学。

①参见陈瑞华:《“认罪认罚从宽”改革的理论反思——基于刑事速裁程序运行经验的考察》,载《当代法学》2016年第4期,第3页。

②参见李本森:《我国刑事案件速裁程序研究——与美、德刑事案件快速审理程序之比较》,载《环球法律评论》2015年第2期,第111-112页。

③参见樊崇义、何东青:《刑事诉讼模式转型下的速裁程序》,载《国家检察官学院学报》2020年第3期,第8页。

6万人,被判处三年以上有期徒刑的占比从45.4%降至21.3%;危险驾驶罪这一法定最高刑为拘役的典型轻罪的数量在2019年首次超过盗窃罪跃居第一位。^④由此可见,我国刑事司法已步入轻罪时代。目前,我国立法上对于轻罪的分界线尚不明确,学术界却多有讨论。对于如何界定轻罪,传统刑法理论长期以3年为分水岭将犯罪体系分为重罪和轻罪,但也有观点主张应以5年区分重罪和轻罪。^⑤但是,可以明确的是,被判处3年以下有期徒刑的犯罪必然属于轻罪的范畴。纵观我国现行刑事诉讼法,只有刑事速裁程序、刑事和解适用条件的规定与3年以下有期徒刑的轻罪有直接的联系。其中,刑事和解属于私力协商的刑事特别程序,对轻罪的治理不具有针对性。所以,刑事速裁程序当仁不让地与轻罪案件挂上了钩,成为基于现有法制基础来实现轻罪治理现代化的重要切入点。

(二) 轻罪治理与刑事速裁程序存在有机联系

首先,轻罪治理现代化与刑事速裁程序在价值上具有高度契合性。轻罪治理现代化强调的是通过现代化的手段和方式,改变重罪办理思维,以“轻罪更轻”为指导实现对轻罪的快速处理,提升司法质效;刑事速裁程序则是在司法实践中为了解决案件积压和拖延等问题而采取的一种快速处理机制,它以被追诉人自愿认罪认罚为适用条件,带有量刑从宽的色彩。两者都强调了对案件的快速、高效且宽缓化处理,在价值、实践和目标上具有高度契合性和紧密联系,体现了刑事司法对人权保护和公正效率的价值追求。两者相互促进、共同发展,

为推进刑事司法现代化提供了有力支撑。

其次,刑事速裁制度是实现轻罪治理现代化的重要保障。刑事速裁程序具有高效性、公正性的特点,这一点将在后文轻罪速裁的价值追求中详细阐述。对轻罪案件设置专门的轻罪速裁程序暗合区分治理、精准施策的治理逻辑。如学者所言:“对犯罪进行分类,并区分治理。既是最基本的刑事法治经验之一,也是最基本的刑事诉讼规则之一。”^⑥因此,速裁程序与轻罪有着很高的适配度,它只针对轻罪案件来加以适用,与重罪适用的普通程序区分开来,有利于摆脱以往的重罪治理理念,实现对轻罪的专门且特别的治理。

二、轻罪治理视野下速裁程序价值的追求重述

在刑事速裁程序试点阶段,学术界即对其价值追求进行了热烈的讨论,这些讨论主要聚焦在公正价值与效率价值的优先顺位上,并形成了两种不同的观点。第一种观点认为,刑事速裁程序仍需以公正优先,而后才是效率。比如,樊崇义提出,公正优先是刑事速裁程序在实施细则上必须始终坚持的基本原则,与此同时,还需要兼顾诉讼效率。^⑦第二种观点则认为,刑事速裁程序应当以效率为首要价值。比如,汪建成主张,刑事速裁程序与普通程序、简易程序的价值导向均不相同,其构建应当以效率为价值导向。^⑧这些讨论和研究为刑事速裁程序的入法和实践推行贡献了很多智识,但是,立足于轻罪治理的时代背景下,这些观点的局限性逐渐暴露,故本文将从三个层次重新剖析轻罪速裁的价值追求。

^④参见《最高人民法院、最高人民检察院关于人民检察院适用认罪认罚从宽制度情况的报告——2020年10月15日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议上》,载中华人民共和国最高人民法院网, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202010/t20201017_482200.shtml, 2020年10月17日上传;参见《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,载中华人民共和国最高人民法院网, https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202006/t20200601_463798.shtml, 2020年6月1日上传。

^⑤参见徐岱、王沛然:《中国轻罪治理体系规范检视与路径选择》,载《社会科学战线》2022年第10期,第267页。

^⑥樊崇义:《中国式刑事司法现代化下轻罪治理的理论与实践》,载《中国法律评论》2023年第4期,第192页。

^⑦参见樊崇义:《刑事速裁程序:从“经验”到“理性”的转型》,载《法律适用》2016年第4期,第13、14页。

^⑧参见汪建成:《以效率为价值导向的刑事速裁程序论纲》,载《政法论坛》2016年第1期,第119页。

(一) 基本追求: 效率优先

速裁程序是在司法资源紧张的情况下, 基于效率原则构建的一项程序制度, 轻罪治理视角下的速裁程序的基本追求是实现从速从简, 这一点不会动摇。这意味着, 轻罪速裁程序需要在保证司法公正的前提下, 通过简化程序和优化流程, 提高审判效率、缩短案件处理时间, 在降低司法成本的同时快速有效地修复社会关系。“为减少案件积压和诉讼拖延, 各国都在合理配置和利用有限的司法资源, 以最大限度地追求诉讼的效率。”^⑨因此, 速裁程序追求效率价值与国际司法潮流一致, 值得我们参考。具体而言, 进一步简化轻罪速裁程序具有以下正当性。

1. 速裁程序有严格的适用范围和适用条件。这主要是指, 速裁程序只适用于被追诉人认罪认罚且可能被判处三年以下有期徒刑的案件。与普通程序相比, 适用速裁程序的犯罪, 其被追诉人的主观恶性和社会危害性都较小, 在轻微案件中适当地降低正当程序的要求不会严重侵蚀基本的公正。因为速裁程序还有一个适用条件, 那就是案件事实清楚, 证据确实、充分。这些轻罪案件的事实往往都简单明了、证据数量有限, 即使在犯罪嫌疑人矢口否认的情况下也基本能形成证据链并达到证明目的。^⑩有学者认为, 是否可以适用速裁程序等体现所谓效率优先的诉讼制度, 与罪行的轻重不存在必然的逻辑关联性, 无论轻罪重罪, 程序的简化必须以被追诉人的主体地位和自愿放弃权利为基础, 才能具有正当性。^⑪对此说法, 笔者认为细究下来其实不具有说服力。速裁程序对效率价值的追求是应然层面的, 它必然是以速裁程序得到合法、妥当的实施为前提。这种合法妥当的实施也当然地建立在确认被追诉人主

体地位并允许其自愿放弃完整审判权的基础之上。以现实中可能实然存在的被追诉人诉讼主体权利受侵害现象为由否定一种应然的价值追求, 是武断且粗暴的。

2. 速裁程序保障了刑事司法运行的经济性, 体现了诉讼及时原则, 这也是诉讼公正的应有之义。正如学者所言: “无论对于国家或被告之利益, 迅速裁判对于刑事司法而言至关重要——如何使迅速裁判之目的与其他刑事诉讼目的相配合, 不失为今日刑事司法最迫切之课题。”^⑫因此, 轻罪速裁的效率优先与维护公平这两大价值其实并不矛盾: 一方面, 从国家的角度来看, 速裁程序大大简化了诉讼流程, 节约并优化了司法资源的配置, 让重大、疑难、复杂的案件获得更多的与之相匹配的司法关注, 为落实“以审判为中心的诉讼制度改革”创造条件, 有利于个案公正的实现; 另一方面, 从当事人的角度看, 速裁程序是被追诉人在充分权衡利弊后做出的最有利于自身利益的选择。惩罚犯罪的刑罚越是迅速和及时, 越减轻捉摸不定给犯人带来的无益而残酷的折磨, 犯人越富有想象力, 越感到自己软弱, 就越感受到这种折磨。^⑬速裁程序给了被追诉人一种确定性的预判, 这既能够减少被追诉人的讼累, 还能缓解被追诉人的负面情绪, 让其尽早回归到正常生活当中。

(二) 底线要求: 兼顾公平

诉讼效率本身不是刑事速裁的目的, 而是促进国家司法机器有效运转的工具。把提升诉讼效率作为轻罪速裁的唯一追求会陷入“诉讼工具主义”的陷阱。公正具有相对性, 它在个案中的实现程度是参差不齐的, 在普通程序中, 公正的实现程度高; 在速裁程序中, 可能会有

⑨宋英辉:《刑事诉讼原理》, 法律出版社2003年版, 第149页。

⑩参见李本森、戴紫君:《反思与重塑: 刑事速裁程序适用范围研究》, 载《学术界》2021年第12期, 第135页。

⑪参见段陆平:《健全我国轻罪诉讼制度体系: 实践背景与理论路径》, 载《中国刑事法杂志》2021年第3期, 第167页。

⑫蔡墩铭:《刑事诉讼法论》, 台湾五南图书出版公司1993年版, 第22页, 转引自宋英辉:《刑事诉讼原理》, 法律出版社2003年版, 第149页。

⑬参见[意]贝卡利亚:《论犯罪与刑罚》, 黄风译, 中国法制出版社2005年版, 第69页。

所降低。在公平和效率之间我们要有所取舍,容许这些差异的存在,但与此同时我们也不能放弃对正义的追求,要始终坚守公平正义的底线。

首先,速裁程序在坚持效率优先的同时应当兼顾公正,在立法上体现为速裁程序的消极条件,即案件事实不清楚,证据标准尚未达到确实、充分时就不得适用速裁程序。其次,轻罪速裁应当始终坚持以人为中心,保护被追诉人的诉讼主体权利,这主要体现在赋予和保障当事人充分的程序参与权上。人们“至少有理由期望,在作出关系他们的判决之前,法院听取其意见,即他们拥有发言权。某人被允许参与诉讼也表明别人尊重他,即他受到了重视”^④。最后,轻罪速裁对公平的追求还体现在对刑事协商有效性的保障上。轻罪速裁程序作为认罪认罚从宽制度的载体,因公力协商贯穿其中,庭审的对抗性大大降低,“为权利而沟通”的诉讼理念得到彰显。根据哈贝马斯的交往行动理论,现代司法诉讼的基本伦理在于理性交往行为,这种交往是以理解为目的的平等互动,^⑤其特征之一包含主体间性和交往的可误性。交往合理性是开放的、暂时的、可误性的,司法亦然。司法结果是通过主体间平等的对话沟通所达到的一种共识,这种共识不是绝对真理,只是暂时的、脆弱的,当刑事协商的自愿性和有效性受到侵蚀时,这种共识的根基就会随之动摇。在速裁程序中,如果被追诉人认罪认罚及程序选择的真实有效性不足,就容易出现被追诉人反悔和程序转换等不稳定的结果。对此,司法机关应该尊重当事人的意愿,以充分的沟通来化解分歧,力求维护协商的稳定性。

(三) 最终目标: 减少犯罪人

速裁程序是一种高效、公正的司法程序,是认罪认罚从宽制度的重要组成部分。其设立的初衷主要是配合认罪认罚从宽制度的推行,

快速处理轻微且案情简单的案件,以此减轻司法系统的负担。随着轻罪时代的来临,轻罪速裁程序的价值不能仅仅停留在速裁程序设计之初时对司法效率的追求,而是应该进一步升华为减少犯罪人。轻罪速裁程序这一最终目标的内涵具体包括以下两大转变。

1. 轻罪速裁程序要实现从“关注犯罪行为”到“关注犯罪人”的转变

在传统的轻罪治理模式中,司法机关往往将重点放在犯罪行为本身,而非犯罪人。这种治理方式虽然在一定程度上有效地打击了犯罪行为,但却容易忽略行为人的个体差异和具体情况,有时甚至可能导致冤假错案的发生。因此,轻罪治理速裁程序的转变势在必行。实现这一转变意味着,在处理轻罪案件时,不应仅仅关注犯罪行为本身,而应更加关注犯罪人的背景、动机、心理和行为模式等方面。这些因素对于准确判断行为人的刑事责任、合理地给予其改过自新的机会具有重要意义。通过对行为人的关注,可以更好地实现罪责刑相适应原则,避免刑罚的滥用。

总之,轻罪治理速裁程序的转变是时代发展的必然要求,从“关注行为”到“关注行为人”的转变有助于实现更加公正、合理的轻罪治理,促进社会和谐与稳定发展。通过深入了解犯罪人的情况,一方面,可以充分评估其风险等级和改造可能性,从而制定更加精准的治理方案,让其更好地回归社会;另一方面,体现了司法以人民为中心的理念要求,增强了法的教化作用和法的权威,有利于预防犯罪,最终实现减少犯罪人这一制度目标。

2. 轻罪速裁程序要实现从“重治罪、轻治理”到“治罪治理一体化推进”的转变

传统的刑事司法往往注重对犯罪行为的打击和惩罚,而忽视了对犯罪人的改造和重返社

^④ [美] 迈克尔·D·贝勒斯:《法律的原则:一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第35页,转引自郑春燕:《程序的价值视角——对季卫东先生〈法律程序的意义〉一文的质疑》,载《法学》2002年第3期,第22页。

^⑤ 参见[德] 尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论》(第1卷),曹卫东译,上海人民出版社2018年版,第385-387页,转引自陈文曲:《我国民事诉讼基本原则的内在沟通逻辑》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第4期,第184页。

会的效果。然而,真正的犯罪治理既应当包括使用法律手段惩罚犯罪行为,维护社会公正和秩序,也应当包括借助程序感化、法律援助、社区关照等方式帮助犯罪人认识到自己的错误,改变自己的行为模式,更快更好地重返社会。相比于重罪及普通程序而言,适用速裁程序的被追诉人所涉犯罪比较轻微且认罪态度良好,法律对他们的处罚不宜过于严苛。在实践中,已经有很多基层法院通过轻罪速裁方式,得到了社会大众和法学界的充分肯定,为实现轻罪速裁减少犯罪人这一目标提供了良好的范本,非常值得进一步推广。^{①⑥}

通过以上两个转变,轻罪速裁程序可以实现减少犯罪人的目标,提高刑事司法的效率和公正性。同时,这也有助于增强社会对刑事司法体系的信任和支持,推动社会的和谐稳定和

发展,为推动国家治理体系和治理能力现代化贡献力量。

三、轻罪治理视野下速裁程序现存问题的检视

(一)速裁不速问题与轻罪速裁效率优先的价值追求相悖

在刑事诉讼中,速裁程序被视为一种高效、快捷的审理方式,然而实际运作过程尤其是审前程序中,却存在程序繁琐的问题,导致速裁不速,打击了司法机关适用速裁程序的积极性,使我国目前速裁程序的适用率偏低。笔者在“把手案例”数据库中,以“自愿认罪认罚”“速裁程序”为关键词对湖南省已公开的2019—2023年刑事一审判决进行检索(结果见表1)发现,速裁程序的适用率虽然逐年递增,但与被判处三年有期徒刑以下刑罚的案件比例

表1 湖南省2019—2023年刑事速裁程序适用率初步统计情况

年份(年)	一审案件数(件)	认罪认罚案件数(件)	速裁程序案件数(件)	认罪认罚案件速裁适用率(%)	速裁整体适用率(%)
2019	40249	6453	1725	26.7	4.3
2020	35738	19345	2471	12.8	6.9
2021	23629	15205	3507	20.1	14.8
2022	13076	9746	3082	31.6	23.6
2023	5131	3740	1338	35.8	26.1

相比,其整体适用率仍然偏低。以前文最高检2020年工作报告为例,2019年被判处三年有期徒刑以下刑罚的案件占比为78.7%,而湖南省同期已公布的刑事案件速裁程序整体适用率仅为4.3%。据此也可以推知,刑事速裁程序的适用现状与轻罪时代所带来的犯罪结构变化不相匹配,速裁程序并没有在处理轻罪案件过程中发挥充分的作用。

适用刑事速裁程序进行审理的案件,省略了法庭调查和法庭辩论环节,庭审时间大幅缩

短,但是审前程序却非常繁琐。在侦查阶段,案件不分轻重地都会经历从基层派出所到区县公安局的审批,公安局内部又要经过刑侦、预审、法制等多个部门的审批流程。这些审批流程不会因为速裁程序而有所减少,甚至还可能会增加新的审批程序。^{①⑦}在审查起诉阶段,检察院既要对是否符合速裁程序的条件进行审核,又要告知当事人认罪认罚和适用速裁程序的后果并征得同意,之后还需要综合案情提出量刑建议,这在无形之中增加了检察机关的工

^{①⑥} 参见刘丰:《刑事速裁彰显司法速度与温情》,载中国经济网, http://www.ce.cn/xwzx/fazhi/202304/24/t20230424_38515399.shtml, 2023年04月24日上传。

^{①⑦} 参见李勇:《认罪认罚案件“程序从简”的路径》,载《国家检察官学院学报》2019年第6期,第146页。

作量和工作难度。在审判阶段,由于适用速裁程序需要当庭宣判,法官必须在开庭前就对案件证据、认罪认罚真实性、量刑建议的合法性等进行严格的审查,工作量也随之增加。

陈瑞华将这种诉讼流程称为“流水作业”的诉讼模式。“在这种三机关‘流水作业’的诉讼模式下,每个案件一般都要经历立案、侦查、审查批捕、审查起诉和审判等五道工序和流程。案卷要由侦查人员、审查批捕人员、审查起诉人员和审判人员先后分别进行查阅和研读,后一道工序的主持者要对前一道工序的质量进行重新审查和检验,这造成三机关诉讼活动的大量重复,埋下了诉讼拖延的隐患。”^⑮总之,在目前“流水作业”的诉讼模式下,原本应该从速处理的轻罪速裁案件被繁冗的往来文书和机关报批程序所束缚,其治理效果也大打折扣。

(二) 检察机关对轻罪速裁被追诉人的待遇不够宽松

1. 检察机关的量刑建议不够精准

在以检察为主导的认罪认罚从宽制度中,检察建议中的量刑建议常常不明确,对量刑的说理力度也存在明显不足。在起诉书中,检察机关通常只会给一个模糊的量刑建议,并且只有结论,而无对量刑情节的具体分析和量刑折算过程。这种问题在轻罪速裁案件中同样是屡见不鲜,不利于诉讼效率和公平价值的实现。一方面,量刑建议及说理的不明确不利于认罪协商的稳定,可能会在后续过程中造成诉讼程序的转换;另一方面,在检察机关没有充分说明量刑依据的情况下,法官需要重新对案件进行充分的审查,重新列举量刑情节和量刑依据,一定程度增加了法官的工作量。另外,由法院直接作出的判决也可能会与被告人预想的有较大落差,因此损害司法机关的公信力,助长被告人的不满情绪,不利于被告人服判息讼。

2. 强制措施的适用率仍然过高

实践中,对于公安机关移送过来请求批准逮捕的刑事案件,无论是轻微刑事案件还是复杂、重大的刑事案件,检察机关通常是以批捕为原则,不批捕为例外。这背后体现了“重打击轻保护”的重罪治理思维,也反映出强制措施的保障性功能朝惩罚性功能异化这一不良趋势。轻罪速裁案件最后判处的刑期短,较高的逮捕率和审前羁押率很容易导致刑期倒挂问题,与轻罪治理宽缓化理念相悖;被追诉人羁押时间过长也会带来交叉感染的风险,不利于轻罪速裁减少犯罪人这一最终目标的实现。这一问题的出现可以归因于程序设置,即检察机关不同意批捕的程序比同意适用强制措施的程序要复杂得多。“检察官有权独自作出批准逮捕的决定,若要作出不批捕的决定,则必须遵守司法机关所作出的严格适用程序规定,即要层报审核,如先上检察官联席会议讨论,然后报部门领导和分管检察长审核……”^⑯这样的程序设置潜在地迎合了检察机关“构罪即捕”的工作习惯,与少捕慎诉慎押和宽严相济的刑事政策背道而驰。

(三) 诉讼沟通机制不健全影响轻罪案件的治理效果

速裁程序中,沟通机制不健全不利于保障诉权,除了前文所述的可能会造成被追诉人反悔、影响诉讼效率外,还可能会带来轻罪错案风险。因为刑事司法制度和程序具有高度专业性和复杂性,而刑事被追诉人的文化素养和法律素养通常都处于较低的水平。司法机关对某一法律概念或者法律制度的解释可能不足以让被追诉人充分理解其中的意思及对应的法律后果,抑或出现被追诉人混淆客观事实和法律事实,因主客观认识偏差而“自愿”认罪的现象。法律知识的欠缺让被追诉人更容易“受人摆布”,只要追诉机关采取一定的审讯策略或者

^⑮ 陈瑞华:《论刑事诉讼的全流程简化——从刑事诉讼纵向构造角度的分析》,载《华东政法大学学报》2017年第4期,第14页。

^⑯ 叶青:《轻罪刑事政策背景下速裁程序构建之思考》,载《江淮论坛》2020年第6期,第10页。

许诺一定的量刑优惠, 被追诉人很可能就会愿意通过认罪认罚来获得从轻处理。此外, 在司法实践中, 认罪认罚案件的庭审程序大大简化, 整个审判过程可能就只需要几分钟, 这导致法庭很难发现错案。律师的介入则可以弥补控辩双方的知识差和信息差, 畅通速裁程序的沟通机制。但是, 实践中速裁案件的律师实质参与度不足, 一是轻罪的刑事辩护率不足。在“把手案例”上以“律师事务所律师”为关键词对湖南省已公开的 2019—2023 年被告人自愿认罪认罚且适用速裁程序案件进行检索, 结果显示, 近五年间该类案件总量是 12123 件, 其中聘请辩护律师的案件共 756 件, 律师辩护率约为 6%。二是速裁程序中值班律师发挥的作用有限。司法实践中, 值班律师对案件处理的参与度较低, 其重要表现之一就是律师的会见权与阅卷权基本虚置, 其作用主要只是配合检方在认罪认罚具结书上签字, 以完成认罪认罚从宽制度这一强制性的形式要件。^{②0}

四、轻罪治理理念下轻罪速裁制度的体系重构

(一) 重塑公检法三大机关处理轻罪案件的工作模式

1. 探索轻罪速裁刑拘直诉模式

刑拘直诉模式可以帮助司法机关摆脱普通程序因“流水作业”诉讼构造存在的低效率弊端。具体而言, “对于那些事实清楚、证据充分且犯罪嫌疑人、被告人对可能的定罪量刑并不存有争议的案件, 审前阶段的这些流转与审批机制承载了太多形式化的成分, 不具有存在的必要性, 完全可以被压缩甚至省略”^{②1}。浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合发布的《关于推行刑拘直诉工作机制的意见》就是这种跳跃压缩式司法的缩影, 为简化公检法三机关的办案流程提供了有益借

鉴, 可以在全国范围内予以推行。刑拘直诉模式的具体做法是, 对于犯罪嫌疑人符合刑事速裁程序适用条件的案件, 侦查机关如决定对其进行刑事拘留, 则应当在作出拘留决定后尽快将其纳入速裁程序, 跳过向检察机关申请批准逮捕的环节; 在刑事拘留的法定期限内, 公诉机关快速完成移送审查起诉和提起公诉的工作, 最终由法院快速作出裁判。^{②2}

2. 探索轻罪案件专人专办制度

轻罪案件专人专办制度能够有效简化轻罪速裁案件的审前程序。首先, 可以吸收基层司法机关的治理经验, 将速裁程序的启动节点提前至侦查机关, 赋予侦查机关速裁程序的建议权。对于案件事实清楚、嫌疑人承认实施犯罪行为且案件属于速裁案件范围的, 公安机关在征得嫌疑人同意后作为速裁案件办理。其次, 可以在看守所内分别设置公检法三大机关的速裁办公室, 这样既能实现三机关办案机制的有效衔接, 减少诉讼文书的过度流转, 还有望将速裁程序的识别时间前移至犯罪嫌疑人被采取强制措施之日, 促进轻罪案件更快更好地实现程序分流。另外, 还可以考虑直接在公安机关设置速裁法庭, 由检察机关和法院指派特定人员前来现场办公, 让实践中大量存在的危险驾驶这种可能被判处一年以下有期徒刑、拘役或者管制的案件得到进一步的分流简化处理。最后, 对于程序方面的审批和流转问题, 亦可通过在速裁法庭或者速裁办公室设置专门的人员来完成, 以此免去科层式、重叠性的机关间程序性交流工作。

(二) 检察机关要以实现被追诉人处遇的更加宽松化为履职目标

1. 促进量刑建议的精准化

适用速裁程序的案件, 都属于轻刑、简单案件, 对有明确的量刑规范和成熟的本地司法

^{②0} 参见张青:《认罪认罚案件二审实践的逻辑与反思——以 4799 份二审裁判文书为样本》, 载《环球法律评论》2020 年第 6 期, 第 134 页。

^{②1} 孔令勇:《刑事速裁程序价值的理论阐释与冲突衡平》, 载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 4 期, 第 29 页。

^{②2} 参见前注^{①8}, 陈瑞华文, 第 16 页。

实践的案件,要以提出确定量刑刑建议为主,进而明确被告人对认罪认罚获得从宽的预期,减少被告人因不满法院在量刑建议幅度内判处中线以上较重的刑罚等原因引发的上诉。各地检察机关可以立足区域内的轻罪案件的量刑经验,以检察大数据为依托,总结办案中常见的量刑情节及对应幅度,并结合法院对量刑建议的采纳情况作进一步细化量刑规范,争取做到一情节一量刑幅度,为利用大数据快速计算量刑建议创造条件。

2. 推动量刑建议走向宽缓化

“从司法理念上看,当今时代条件下,宽容已然成为现代司法的一项基本价值追求,越来越受到重视。”^{②③}轻罪速裁案件的被追诉人犯罪情节轻微、对社会的危害性小,根据罪责刑相适应的原则,对其的刑事处罚不宜太重。被追诉人自愿认罪认罚并同意适用速裁程序审理,一方面显示出良好的认罪悔过态度,对其建议从轻处罚有刑法上自首、坦白等从宽情节的实体法依据;另一方面,给司法机节约了大量的诉讼资源。检察机关在坚持罪刑法定原则和实质真实原则的基础上作出更加宽缓化的量刑建议可以鼓励更多人选择适用轻罪速裁程序,有利于轻罪速裁效率价值的实现。

3. 切实贯彻少捕慎诉慎押之“慎押”刑事政策

从宽适用刑事强制措施是强化检察权的谦抑性、恢复性,体现司法的克制性、妥协性和宽容性的必要之举。^{②④}具体而言,一要纠正“构罪即捕”这一暗含重罪治理思维的传统办案理念。刑事强制性措施的功能定位不是惩罚犯罪,而是为刑事诉讼程序保驾护航。轻罪案件案情简单、情节轻微,速裁程序的审判周期短,证据的收集和事实的认定受到被追诉人干扰的可能性较小,所以对其适用强制性措施的必要

性不大。二要坚持检察权的谦抑性,以适用非羁押强制措施为原则,改革批捕程序制度。针对实践中存在的批捕程序简单、不批捕程序复杂的问题,应该及时予以流程上的纠正。对于一些确实需要适用强制措施的轻罪案件,也需要审慎对待。在审查批捕时,如果发现被追诉人符合取保候审、监视居住条件的,应该优先采取非羁押性强制措施。另外,检察机关还有必要加强对被追诉人进行动态的羁押必要性审查,一旦逮捕的理由松动,就要立刻调整强制措施。

(三) 审判机关对轻罪速裁案件的定罪量刑要走向宽缓化

“审判阶段的程序非罪化空间不大,法定的终止审理情形在经过审前分流后很少出现在审判阶段,即便是可能因程序瑕疵或证据不足而作出的无罪判决,也可被检察官撤回公诉行为消解。”^{②⑤}但是,为了更好地实现轻罪案件的犯罪治理,发挥刑事审判的教化功能并间接地减少犯罪人,法院可以尝试向从简审判、从宽量刑这一宽缓化的审判模式展开探索。

1. 探索快速审理与直接判决的审判模式

法院要创新轻罪治理的审判模式,结合认罪认罚从宽制度的“程序从简”和“实体从宽”,对轻罪速裁案件作进一步分流并实现快慢分道。我们可以借鉴德国的处罚令程序,跳过开庭审理环节,通过“略式”书面审理的模式来对轻微案件快速审理、直接判决,以此加速轻罪案件的处理进程。具体来讲,即检察院将可能判处一年以下有期徒刑、管制、拘役的案件从所有符合速裁程序刑罚条件(可能被判处三年以下有期徒刑以下刑罚的轻罪)的案件中抽离出来,针对这些案件单独提出处罚建议,并向法院提交适用书面审理的申请书。法院在接到这种处罚建议书后进行审查时,可以作出以下三

^{②③} 叶青、韩东成:《轻罪刑事政策下认罪认罚从宽制度的司法适用程序若干问题研究》,载《中国刑事法杂志》2020年第5期,第96页。

^{②④} 参见贾宇:《坚持少捕慎诉 促进社会治理》,载《人民检察》2019年第19-20期,第51页。

^{②⑤} 叶青、杨慧妍:《非罪化的程序法进路研究》,载《犯罪研究》2022年第3期,第57页。

种处理结果: 法院如果认为该申请并无不当, 就应该对检察机关的处罚建议原封不动地予以采纳, 直接向被告人作出书面判决; 如果认为检察机关提供的证据不足, 即被指控人的犯罪嫌疑不充分时, 有权拒绝该申请; 如果法官对该申请有疑虑, 可择期召开庭审。此时, 法院应当与检察院展开协商, 建议让检察院变更处罚申请的内容, 如果检察院同意法院意见, 就向法院重新提交处罚申请; 如果不同意, 就由法院以一般的速裁程序开庭审理该案件。^{②6}另外, 值得注意的是, 这种略式书面审理模式牺牲了被告人的当庭质证权等基本诉讼权利, 所以需要给法院设定指定辩护的义务来对此进行一定的弥补。

2. 确保被追诉人认罪认罚与程序选择的自愿有效性

首先, 对速裁程序的适用条件及其适用后果的全面知悉是被追诉人作出真实有效的程序选择决定的前提。对此, 法院应当在接到检察机关速裁建议和起诉状副本时就应当向被追诉人履行全面的告知义务, 让被追诉人充分地权衡速裁程序的利弊, 增强程序选择的自愿性。其次, 法院对被追诉人程序自由选择权的保证要贯穿于整个诉讼过程之中。在法院作出判决前, 被告人推翻之前的认罪供述, 或者对认罪认罚具结书中的罪名、量刑建议等实质内容予以否认时, 法院应当认为速裁程序的适用条件已不再成就, 中止审判, 给予被追诉人重新选择诉讼程序的机会。当然, 以上法律后果仅以被告人本人的意见为准, 辩护律师对认罪认罚和速裁程序的适用有异议不能中止审判并转换程序。最后, 要完善值班律师制度, 实现轻罪速裁值班律师的全覆盖, 并通过经费支持、定期考核、人员培训等配套制度让值班律师的帮助作用落到实处。

3. 坚持裁量从宽并善用社区矫正方式增强轻罪速裁治理效果

对于轻罪速裁案件, 法院在量刑时应当从宽把握, 充分考虑犯罪人的具体情况和犯罪情节的轻重。同时, 法院还应当善用社区矫正方式促进犯罪人回归社会, 最终实现轻罪治理现代化的目标。社区矫正是一种非监禁的刑罚执行方式, 通过限制犯罪人的一定自由、让其参与社区服务等方式帮助犯罪人认识到自己的错误并重新融入社会。对于轻罪速裁案件的犯罪人来说, 社区矫正不仅可以减轻他们的刑罚负担, 还可以为他们提供更多的改正错误的机会。在社区矫正的实施过程中, 法院应当加强对犯罪人的监督和考察, 确保他们认真履行社区服务义务, 并给予必要的指导和帮助。同时, 法院还应当对犯罪人的表现进行严格的评估和考核, 根据考核结果对社区矫正的实施进行及时调整和完善。通过从宽量刑、善用社区矫正等措施, 法院可以更好地维护社会公正和稳定, 促进犯罪人回归社会, 为构建和谐社会作出积极的贡献。

结语

轻罪速裁是一个全新的概念, 其以轻罪时代为依托, 承载着实现轻罪治理现代化的重要使命, 在价值准则和最终目标方面必定与以往的普通的速裁程序有所不同。本文因此对其价值追求进行重述, 总结出了基本追求、底线要求和最终目标这三重价值, 既为检视现阶段刑事速裁程序仍然存在的诸多问题建立了参照系, 又为推动轻罪速裁案件全过程的宽缓化制度重构提供了理论支撑和价值遵循。未来, 我们仍应以轻罪速裁为核心概念深入反思刑事速裁程序, 进一步简化轻罪速裁案件的工作模式、提升被追诉人的诉前处遇、探索快速且从宽处罚的审判路径, 以此创新刑事司法的轻罪治理模式, 为提升轻罪治理质效赋能。除此之外, 将轻罪速裁程序的制度重构与前科消灭制度联系

^{②6} 参见李倩: 《诉讼分流背景下刑事速裁程序评判——以德国刑事处罚令为参照》, 载《中外法学》2020年第1期, 第226、228页。

起来,可以对轻罪案件形成治理合力,亦不失为完善轻罪速裁制度的一种可行之举。对此,

本文篇幅有限,不另阐述,只期在此抛砖引玉,诚待其他专家学者的进一步探讨。

Reflection on the Value and Institutional Reconstruction of the Rapid Trial Procedure for Minor Crimes

Yang Kaixiang, Zeng Qian

(Central South University, Changsha, 410083, Hunan)

Abstract: Criminal speedy trial procedure is an important breakthrough in achieving modernization of the governance of minor crimes. The speedy trial procedure, in the era of misdemeanors, should adhere to the triple values of prioritizing efficiency, striking a balance between fairness and reducing the number of offenders, striving to promote leniency throughout the entire process of criminal proceedings. The current speedy trial procedure has such problems as speedy trial not speedy, inadequate pre-trial handling of the accused person, and unsound litigation communication mechanism, etc. In this regard, it is necessary to promote the simplification of the entire process of rapid conviction for minor crimes, introduce the system of direct criminal detention and the system of specialized personnel to reshape the handling mode of minor crime cases in the three major organs of public security, procuratorial and judicial organs; strengthening the reasoning of sentencing recommendations by the procuratorial organs to achieve lenient treatment for the accused; explore the mode of expedited hearings, direct sentencing, and leniency in discretionary work.

Key words: speedy trial of misdemeanors; procedural leniency; modernization of misdemeanor governance; value of judicial efficiency

(责任编辑: 芙 葳)

醉驾案件附条件不起诉问题研究

李学倩

(中国人民公安大学, 北京 100038)

摘要:随着我国进入轻罪治理时代,醉驾型危险驾驶罪入罪门槛低而出罪模式有限,刑事规范和政策调控对醉驾犯罪惩治的边际效应逐渐显现,从正当性角度出发,醉驾案件附条件不起诉契合法律理念并有相关法律法规支撑;在实践探索方面,各地区近年来对情节轻微的醉驾案件所尝试的“相对不起诉+”处理模式,实质上属于附条件不起诉。未来应发挥刑事诉讼的程序法优势,探索醉驾案件适用附条件不起诉制度,推动构建中国特色轻罪诉讼体系。我国醉驾案件适用附条件不起诉制度,可以从扩展附条件不起诉的适用范围,明确醉驾案件适用附条件不起诉的条件,科学设置醉驾案件附条件不起诉的考察机制,加强醉驾案件附条件不起诉相关人的权利保障等方面加以构建。

关键词:醉驾;危险驾驶罪;轻罪治理;附条件不起诉

中图分类号:D925.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0058-10

自2011年醉驾正式入刑以来,全国各地依法加大对醉驾型危险驾驶罪的惩治处罚力度,醉驾治理卓有成效,酒后驾车引发的重大交通事故明显减少,“开车不饮酒”的法治观念深入人心,有效维护了道路交通安全,对维系社会和谐稳定、保障人民群众的生命安全起到了重要作用。但近年来,我国已进入轻罪时代,犯罪结构发生深刻变化,轻罪案件数量激增,重大犯罪发生频率下降,在案件办理追求轻重分离、快慢分道的背景下,对醉驾案件一味追求从严从厉的弊端已初现端倪。因此,优化醉驾案件的治理方式,完善轻罪治理手段,对构建具有中国特色的轻罪诉讼体系具有重要意义。

一、醉驾案件大规模进入审判程序的问题反思

在传统刑事追诉思想的影响下,检察机关

更倾向于积极的追诉模式,批捕率和起诉率较高,即便情节轻微的醉驾案件,也经常出现“诉了就判”的一刀切做法。2023年全国检察机关决定起诉168.8万人,^①其中提起公诉人数位列第一的罪名是危险驾驶罪,占起诉总人数的19.47%。^②涉嫌危险驾驶罪的案件中,醉驾型危险驾驶占比较大,醉驾案件长期大量涌入审判程序,多方面问题接踵而至。

(一) 案件数量激增与司法资源有限性的矛盾凸显

2018—2022年,最高人民法院受理案件14.9万件,地方各级人民法院和专门法院受理案件1.47亿件,比上一个五年分别增长81.4%和64.9%。^③2023年,全国各级法院收案4557.37万件,同比增长15.62%,刑事一审案件中危险驾驶罪案件总数位列第一,同比上升

收稿日期:2024-04-16

基金项目:2024年度中国人民公安大学拔尖创新人才培养经费支持研究生科研创新重点项目“轻罪治理视域下附条件不起诉法律问题研究”(2024yjsky002)

作者简介:李学倩,女,中国人民公安大学法学院诉讼法学专业硕士研究生,主要研究方向为刑事诉讼法学。

①参见《2023年全国检察机关主要办案数据》,载中华人民共和国最高人民检察院官网, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202403/t20240310_648482.shtml#1, 2024年3月10日发布。

②参见史兆琨、高可:《在依法惩治犯罪中做实检察为民》,载中华人民共和国最高人民检察院官网, https://www.spp.gov.cn/zd gz/202403/t20240320_649873.shtml, 2024年3月20日上传。

③参见《最高人民法院工作报告——2023年3月7日在第十四届全国人民代表大会第一次会议上》,载中华人民共和国最高人民法院官网, <https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/391381.html>, 2023年3月8日发布。

15.25%。^④我国醉驾型危险驾驶罪大多情况下涉嫌轻微罪，但因司法适用的入罪门槛低，对轻重案件的办案标准未作区分，立案的醉驾案件均需严格遵循刑事诉讼程序，即便适用速裁程序将醉驾案件集中开庭审理，庞大的案件基数也需要大量司法资源支撑。醉驾案件的性质决定了承接案件的一般为基层法院，我国基层法院一直存在案多人少的现象，司法资源和司法人员精力极其有限，日益庞大的醉驾案件数量严重增加了司法人员的办案负担，妨碍法官将有限的精力更多地投入重大复杂的案件中，也不利于司法资源的优化配置。

（二）醉驾立法严厉与惩治效果不理想的反差明显

《刑法》第133条之一规定，醉酒后在道路上驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。就规范目的和入罪标准而言，更倾向于从严从厉打击醉酒型危险驾驶行为。由于多数醉驾案件性质上属于轻微刑事案件，且相较于暴力犯罪等恶性较大的刑事犯罪，其主观恶性和人身危害性较小，被交警查处时较少造成实际损害，故醉驾者多基于侥幸心理或未深刻认识饮酒后驾车的危害而酒后驾车。自醉驾入刑以来，被判处刑罚的醉驾嫌疑人，即便适用缓刑也会记入刑事犯罪记录。一方面，严格的法律规定对遏制酒后驾驶行为，防范交通安全隐患具有显著的积极作用；另一方面，从严的醉驾规定也引起了学界的反思和担忧：醉驾犯罪的标签效应和附随后果造成的困扰远大于刑罚本身，相较于危险驾驶罪的最高法定刑——拘役，醉驾者本人及其近亲属不仅在职业选择、参军入政审等方面受到重重限制，而且也有损其社会地位和人格尊严，不利于醉驾者重新融入社会，间接增加了社会不稳定因素，威胁国家的长治久安。

（三）单一的不起訴方式与多层次的治理需求相悖

为有效发挥检察机关的裁量权，实现刑事案件程序分流，缓解审判环节的压力，我国《刑事诉讼法》规定了五种不起诉类型，^⑤但醉驾案件大多仅适用相对不起诉。首先，满足法定不诉和特殊情况不起诉适用条件的案件数量甚少。其次，通过酒精呼气检测仪初筛，发现情况及时进行血检，证据较易收集，一般均可达到事实清楚，证据确实、充分的标准，适用存疑不诉的可能性不高。再次，我国将附条件不起诉的对象限缩为未成年人，成为醉驾案件适用附条件不起诉制度的阻碍。最后，醉驾案件适用相对不起诉存在短板，不起诉的醉驾案件行刑衔接不畅，后续行政处罚和监管不力，醉驾者未受到应有处罚，无法满足教育矫正、预防犯罪、溯源治理的多元化社会治理需求。由此引申，可发现处罚体系存在漏洞，情节轻微的酒驾处罚甚至可能重于不起诉的醉驾处罚，醉驾威慑效果减弱，将影响我国的法律权威和司法公信力。

综合上文，允许醉驾案件适用附条件不起诉是解决上述问题的有效途径。第一，将部分轻微刑事案件程序分流能够缓解审判环节的压力，有效节约司法资源；第二，通过考察所附条件的完成情况决定是否对醉驾案件提起公诉，确保醉驾行为教育矫正的落实；第三，附条件不起诉的制度设计有利于实现矫正醉驾行为、减少刑罚弊端、预防犯罪发生、维系社会稳定的多元化社会治理目标。

二、醉驾案件适用附条件不起诉的正当性证成

附条件不起诉设立之初，是充分考虑对未成年人的特殊保护以及矫正效果的确保发挥，因此适用范围仅限于未成年人。如今该制度的独特优势已充分彰显，醉驾案件适用附条件不

^④参见《最高法发布2023年人民法院审判执行工作主要数据》，载澎湃新闻网，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1793032891038259785&wfr=spider&for=pc>，2024年3月9日上传。

^⑤我国的不起诉类型有：法定不起诉、相对不起诉、存疑不起诉、附条件不起诉及特殊情况不起诉。

起诉获得相关法律理念支持、法律依据支撑，具有一定的正当性和可行性。

（一）相关政策和理念的支撑

1. 宽严相济的刑事政策

宽严相济的刑事政策是我国刑事司法的基本政策，罚当其罪展现了当严则严、该宽则宽的司法理念，在刑事程序上体现为捕与不捕、诉与不诉的界分。具体到醉驾案件，应综合考量其犯罪情节，根据违法轻重程度而对刑罚予以分档。对于道路情况、行驶距离、认罪悔罪等因素，每起醉驾案件均有个案的特殊性，不可一刀切对待。过分的惩戒和威慑会加重轻微犯罪人的犯罪倾向，现实落差和心理失衡不利于其改过自新和重返社会，甚至会造成法律信仰崩塌，给社会安定埋下隐患。对部分醉驾案件适用附条件不起诉，可以免除轻微醉驾者的刑事责任，避免因犯罪标签效应而沦为真正的犯罪人。但对情节较重的醉驾案件则继续启动审判程序，“轻轻重重”案件分流应充分贯彻“应严则严、当宽则宽”的实质内核，符合宽严相济的刑事政策导向的宽严有序理念。

2. 法益恢复性司法理念

法益恢复是指行为人在犯罪行为发生后，通过有效的风险控制避免危害结果发生或者使受犯罪侵害的法益恢复到不受侵害的原满状态。^⑥有学者认为，附条件不起诉的立法实质是以保留诉权为制约手段，敦促不起诉对象完成附带条件，以不起诉换取受犯罪损害的社会关系之修复，兼顾公平和正义。^⑦我国刑罚观由报应刑逐渐向目的刑转变，如果醉驾者基于法益恢复考虑，自愿主动地采取补救措施，弥补醉驾行为造成的损害，修复社会公共秩序，表明其认罪悔罪态度良好，主观恶性和再犯可能性较小，对其采取刑罚的必然性和需求性将会有所降低。适用附条件不起诉制度后，醉驾

行为人通过有效履行所附条件，经审查能够使遭到损害的法益恢复的，可以作出不起诉决定。此举不仅有利于实现恢复性司法，而且符合比例原则，更好地保障醉驾行为人的合法权益。

3. 诉讼经济主义思想

在诉讼经济思想的影响下，司法资源实现优化配置成为提高诉讼效率、促进公平正义司法目标实现的重要途径。鉴于我国长期案多人少的司法状况，如何将有限的司法资源最优化配置是必须重点考虑的问题。案件轻重分离、快慢分道，是轻罪时代背景下对优化配置司法资源提出的新思路，是实现繁简分流、减少诉累司法需求的新方案。我国未明确轻重罪的划分，刑事司法统计数据通常以宣告刑3年有期徒刑以下作为认定轻刑案件的标准。^⑧由此判断危险驾驶罪属于轻罪范畴，对犯罪情节轻微的醉驾案件不加区别统一诉讼流程的做法缺乏科学性。适用附条件不起诉可将问题迎刃而解，有效促进案件审前分流，减轻司法机关的诉累，将有限的司法资源集中于重案要案。在醉驾型危险驾驶犯罪数量庞大的司法环境下，对醉驾案件适用附条件不起诉制度，符合诉讼经济主义的要求，契合司法资源优化配置的理念。

（二）相关法律和法规的规定

1. 《刑法》第13条“但书”和第37条规定

我国《刑法》总则对分则具体的犯罪均有指导和约束作用。根据《刑法》第13条“但书”^⑨，犯罪情节显著轻微且造成危害不大的醉驾案件，可以视作未违反法律，否认了醉驾一律入刑的论断。《刑法》第37条则表明对犯罪情节轻微、不需要判处刑罚的醉驾行为可以免于刑事处罚。由此分析得出，《刑法》的相关规定为醉驾案件出罪提供了方向和角度，虽然是刑法实体性规定，但为醉驾程序化出罪及轻刑化处理作了法律层面的铺垫，奠定了良好的规

⑥参见庄绪龙：《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》，载《中外法学》2017年第4期，第984页。

⑦参见李辞：《论附条件不起诉与酌定不起诉的关系》，载《法学论坛》2014年第4期，第116页。

⑧参见姜昕、卢建平等：《轻罪治理现代化的推进路径》，载《人民检察》2023年第1期，第46页。

⑨《刑法》第13条：“……依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”

范基础。

2.《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》(以下简称《指导意见(二)》)

《指导意见(二)》相关规范^⑩体现了对《刑法》第13条“但书”规定的认同和对醉驾案件的具体细化,为不起诉出罪方式的实行提供了规范层面的依据。并非将所有醉驾均作犯罪处理的指导思想,实现了实体法与程序法醉驾出罪的衔接与对应,将醉酒型危险驾驶的犯罪情节纳入案件定性入刑的考量中,提示司法机关应结合具体案情对案件分档处理,推动了醉驾案件不起诉适用标准的进一步明确。加之,对于检察院不起诉的案件,依据具体案件的实际情况,可以对被起诉人予以训诫、责令悔过或赔偿损失等,^⑪为醉驾案件依据犯罪情节等因素综合评估进而适用附条件不起诉提供了可能。

3.《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》(以下称《醉驾新规》)

两高两部^⑫印发的《醉驾新规》于2023年12月28日正式实施,虽然醉驾标准仍为80mg/100ml,但第4条、第12条和第13条进一步明确了醉驾案件按情节轻重分档惩治的规定:血液酒精含量为80mg/100ml—150mg/100ml,无法定从重情节的,可以不认为是犯罪,亦或免于刑罚、作不起诉处理;符

合法定从重情节的,以危险驾驶罪处理。血液酒精含量达150mg/100ml以上,直接以危险驾驶罪处理。^⑬可以看出,新规对醉驾一直以来“从严从厉”的态度有所改变,在轻罪时代犯罪结构深刻变化的背景下,针对醉驾案件基数庞大而刑事法律规范对醉驾案件惩治的边际效果不佳问题,及时对醉驾案件的处理方案作出“轻轻重重”调整,为醉驾案件适用附条件不起诉的可行性提供了细化的规范依据。

三、醉驾案件适用附条件不起诉的实践探索

近年来,我国不断深化对醉驾治理规律的认识,各地纷纷尝试醉驾案件办理和醉驾防治的新路径,创新“认罪认罚+不起诉+公益服务”醉驾办案模式。^⑭各地对醉驾案件适用附条件不起诉的成功探索证明了醉驾适用附条件不起诉在实践上的可行性。

(一)我国醉驾案件适用附条件不起诉的考察

1.浙江省瑞安市率先探索创立“瑞安模式”
在醉驾案件适用附条件不起诉的探索中,浙江省瑞安市2017年率先创立了具有经验借鉴价值的“瑞安模式”,实现全国首例公益服务换取醉驾不起诉的先行尝试。在犯罪嫌疑人达到相对不起诉条件的基础上,要求其参加社会公益服务,接受法治教育和矫正学习,依据

^⑩《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二)(试行)》:“对于醉酒驾驶机动车的被告人,应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况,准确定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的,不予定罪处罚;犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。”

^⑪《人民检察院刑事诉讼规则》第三百七十三条第一款:“人民检察院决定不起诉的案件,可以根据案件的不同情况,对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。”

^⑫“两高两部”此处是指最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部。

^⑬《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》第四条:“……对情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪的,不予立案。”第十二条:“醉驾具有下列情形之一,且不具有本意见第十条规定情形的,可以认定为情节显著轻微、危害不大,依照刑法第十三条、刑事诉讼法第十六条的规定处理:(一)血液酒精含量不满150毫克/100毫升的;(二)出于急救伤病人员等紧急情况驾驶机动车,且不构成紧急避险的;(三)在居民小区、停车场等场所因挪车、停车入位等短距离驾驶机动车的;(四)由他人驾驶至居民小区、停车场等场所短距离接替驾驶停放机动车的,或者为了交由他人驾驶,自居民小区、停车场等场所短距离驶出的;(五)其他情节显著轻微的情形。醉酒后出于急救伤病人员等紧急情况,不得已驾驶机动车,构成紧急避险的,依照刑法第二十一条的规定处理。”第十三条:“对公安机关移送审查起诉的醉驾案件,人民检察院综合考虑犯罪嫌疑人驾驶的动机和目的、醉酒程度、机动车类型、道路情况、行驶时间、速度、距离以及认罪悔罪表现等因素,认为属于犯罪情节轻微的,依照刑法第三十七条、刑事诉讼法第一百七十七条第二款的规定处理。”

^⑭参见苗春生:《醉酒型危险驾驶的治罪与治理——兼论我国轻罪治理体系的完善》,载《中国刑事法杂志》2024年第1期,第13页。

醉驾者在考察期限内的表现,检察机关综合权衡考量作出是否不起诉的处理决定。^⑮经实践检验,“瑞安模式”以符合法律规定、兼顾人文关怀的优势,协调了事理、法理与情理间的平衡,缓解了醉驾入刑门槛低导致犯罪数量激增、审判压力大等问题,弥补了相对不起诉后续矫正监管措施缺乏的不足,为其他地区探索醉驾案件附条件不起诉提供了宝贵的经验借鉴。

2. 全国各地涌现醉驾附条件不起诉的改革

2019年广州市越秀区检察院尝试将轻微醉驾案件引入社会公益服务考察项目,考察项目包括文明交通志愿服务、平安社区志愿服务等。满足申请条件的醉驾行为人一个月内完成40小时社会公益服务并考核表现良好,达到90分合格线可换取不起诉的机会。^⑯2020年甘肃省永昌县检察院要求不被起诉的醉驾行为人履行交通协助管理、交通事故医疗护理等社会公益服务。^⑰2021年福安市检察院将醉驾不起诉与交通志愿服务融合,当醉驾者血液酒精含量低于120mg/100ml,并无从重处罚情形,完成交通规则宣传、协助交通疏导等交通志愿服务,检察机关综合案件情节决定是否对其不起诉。^⑱2021年西宁市城中区检察院对危险驾驶案件10人适用“不起诉+社会服务”机制,服务类型有交通劝导、交通路口执勤站岗等,累计社会服务总时长400小时。^⑲此外,山东、辽宁、湖南等地纷纷进行醉驾案件附条件不起诉探索,摸索出轻微醉驾治理新路径,为轻罪案件治理积累了有益的实践经验。

3. 对我国醉驾案件附条件不起诉实践的分析

各地醉驾案件不起诉附加社会公益服务、教育矫正等做法,在形式上通常概括为“相对不起诉+”模式,附加义务的内容主要包括两类:第一类是醉驾行为人自愿进行交通安全主题教育学习,其中具体分类有学习交通安全法律法规、观看交通事故警示教育片等。第二类是醉驾行为人自愿参加社会公益服务,在交管部门或所在社区组织下,参加交通劝导志愿服务、协助交通安全宣传以及其他类型社区公益活动等。“相对不起诉+”的办案模式旨在以醉驾者自愿履行相关义务换取不起诉而实现司法案件分流,进而消除醉驾行为发生的内生性原因,是对醉驾案件办理路径的一种创新性探索。

有观点认为相对不起诉不排除适用附条件的情形,推断以公益服务换取醉驾不起诉的模式系相对附条件不起诉,属于相对不起诉,本质是对相对不起诉出罪路径的完善与创新。^⑳但也有观点认为,公益服务换取醉驾不起诉的做法,实质上是附条件不起诉。^㉑笔者赞同后一种观点,理由是:第一,相对不起诉和附条件不起诉不应存在完全包含关系,否则会导致两者选择适用混乱。第二,“相对不起诉+”本质上接近于附条件不起诉制度,若单纯因法律限制而规避在名称上的适用,缺乏实际意义且违背实践规律。

^⑮ 参见《瑞安检察院购买公益服务落实醉驾不起诉 工作再创新》,载瑞安市检察院官网, <http://www.zjruian.jcy.gov.cn/system/2017/11/28/013188948.shtml>, 2017年11月28日发布。

^⑯ 参见越秀检察:《酒驾也能从宽免刑?先做了这40个小时社区矫正义务服务再说》,载环球网, <https://m.huanqiu.com/article/9CaKrnKldsA>, 2019年6月29日上传。

^⑰ 参见赵志锋:《甘肃机关落实慎诉理念治理醉驾出新招》,载《法治日报》2021年8月23日,第3版。

^⑱ 参见福建检察:《轻微酒驾人员完成30小时交通维护志愿服务可不起诉,宁德福安市检察院探索试行认罪认罚从宽新机制》,载网易新闻, <https://m.163.com/dy/article/G73FAR770514CSI1.html>, 2021年4月8日上传。

^⑲ 参见张小娟:《“不起诉”不等于“不诉了之”——西宁市城中区人民检察院探索“不起诉+社会服务”机制》,载《青海法治报》2022年9月6日,第3版。

^⑳ 参见浙江省瑞安市人民检察院课题组:《醉驾附条件相对不起诉之探讨——以“瑞安模式”为蓝本的分析》,载《犯罪研究》2020年第5期,第50页。

^㉑ 参见陈文聪:《醉驾案件附条件不起诉制度研究》,载《比较法研究》2022年第6期,第77页。

（二）我国醉驾案件适用附条件不起诉的问题

1. 因法律规定导致附条件不起诉的适用受限

我国醉驾案件不起诉的类型主要为相对不起诉，至少在名称形式上没有明确冠以附条件不起诉。醉驾案件无法明确适用附条件不起诉制度的原因在于，法律规定附条件不起诉的适用范围为涉嫌《刑法》分则第四章侵犯公民人身权利、第五章侵犯财产权利和第六章妨害社会管理秩序的犯罪，而醉酒型危险驾驶罪属于《刑法》分则第二章危害公共安全犯罪，因此无法适用附条件不起诉。^{②②}

2. 醉驾案件附条件不起诉的功能被部分替代

受法律规定的影响，在形式上无法明确将醉驾案件不起诉探索冠以附条件不起诉之名，但司法实践中涌现大量“相对不起诉+”的做法本质上契合附条件不起诉制度理念，彰显附条件不起诉的制度价值。就此而言，附条件不起诉制度的功能被“相对不起诉+”的形式部分替代。客观上，此做法具有一定的价值意义：其可以弥补相对不起诉作出后程序无法回旋而难以约束被不起诉人的缺陷，一定程度上保障了不起诉制度积极效果的实现。然而，过分依赖相对不起诉制度产生的弊端也不容小觑，不起诉决定的作出需要检察官行使裁量权，出于避错求稳的考虑，检察官对相对不起诉的适用慎之又慎，限制了不起诉对案件分流作用的发挥。^{②③}另外，受相对不起诉制度的禁锢，不区分是否具有特殊预防必要性的行为人，容易造成司法不公正现象。^{②④}

笔者认为，醉驾案件“相对不起诉+”的

办案模式是兼顾法律规定与现实需求的变通之策，虽然对醉驾治理和司法分流的成效明显，但长此以往，替代做法容易忽视和削弱相对不起诉制度自身的意义，造成附条件不起诉制度存在的价值被不合理低估，引发相对不起诉与附条件不起诉适用关系上的竞合和混淆，不利于我国逻辑严密、层次有序的法律体系的维持和运行。

四、醉驾案件适用附条件不起诉的制度构建

2018年人大代表陈建华提出部分醉驾案件纳入附条件不起诉范围的观点，建议未造成实际交通事故的醉驾案件适用附条件不起诉。^{②⑤}近年来，我国犯罪结构出现轻刑化趋势。推动刑事案件实现轻重分离，构建具有中国特色的轻罪治理体系，是新时代司法的重要目标。2023年8月，最高检明确提出“促进构建治罪与治理并重的轻罪治理体系”^{②⑥}，在此背景下，构建醉驾案件适用附条件不起诉制度，对轻重案件实现程序分流、推动治罪向治理转变具有重要意义和现实价值。

（一）适当扩展我国附条件不起诉制度的适用范围

自2012年以来，附条件不起诉制度在帮助挽救、教育感化涉罪未成年人方面取得显著成效，但仅限未成年人适用，限制了该制度更广泛的社会效益发挥。鉴于附条件不起诉制度在优化配置司法资源、修复社会关系、防治犯罪等方面的特殊价值，有学者呼吁扩展附条件不起诉的适用范围。^{②⑦}考虑到近年来醉驾案件数量大幅增长且大规模入刑的弊端，可以考虑将轻微醉驾案件纳入附条件不起诉的适用范围，对附条件不起诉扩展适用至成年人进行尝试和探索。

^{②②} 参见王志祥、融昊：《对醉驾行为适用不起诉制度的思考》，载《人民检察》2020年第20期，第21页。

^{②③} 参见蔡巍：《“醉驾”不起诉裁量权的适用及完善》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期，第54页。

^{②④} 参见史立梅：《论醉驾案件的程序出罪》，载《中国法学》2022年第4期，第257页。

^{②⑤} 参见谢文英：《陈建华代表：建议修改法律对醉驾案附条件不起诉》，载正义网，转引自中华人民共和国最高人民检察院官网，https://www.spp.gov.cn/spp/zdggz/201803/t20180316_371132.shtml，2018年3月16日上传。

^{②⑥} 最高人民检察院《2023—2027年检察改革工作规划》：“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。”

^{②⑦} 参见徐斌：《宽宥的代价——附条件不起诉的价值重塑及制度完善》，载《湖南警察学院学报》2012年第5期，第62页。

在美国,延缓起诉制度与附条件不起诉制度相似,其创立初衷是保证未成年犯罪人矫正的有效性。而随着社会情况的变化,该制度的适用主体已扩展到吸毒者和营利性法人。德国附条件不起诉制度除了适用于未成年人案件外,嫌疑人可能被判处一年有期徒刑以下刑罚的轻罪案件、因依赖麻醉品被判处二年有期徒刑以下刑罚的案件也可以适用。^{②⑧}相较于域外代表性法治国家,我国附条件不起诉制度的适用条件较为严格。在适用主体上,仅允许未成年犯罪人适用;在犯罪种类上,仅涉嫌《刑法》分则第四、五、六章犯罪符合适用条件;在法定刑方面,限制可能判处1年有期徒刑以下;在主观方面,要求行为人具有悔罪表现。适用附条件不起诉制度的多重条件和规定的限制,极大地限缩了可以适用附条件不起诉制度的案件范围,阻碍了制度优势更广泛地发挥。2022年全国未成年犯罪人数为2.8万人,^{②⑨}而同年全国检察机关共批准逮捕49.4万嫌疑人。可见,犯罪主体绝大部分为成年人,将附条件不起诉制度扩展适用于成年人具备需求性和必要性。

(二) 严格限制醉驾案件附条件不起诉的适用条件

1. 案件事实清楚,证据确实、充分

醉驾案件涉嫌醉驾型危险驾驶罪,即便再轻微也属于刑事案件,刑事案件所需达到的证明标准是案件事实清楚、证据确实充分。附条件不起诉可以理解为一种作出处理案件的决定并完成诉讼活动的结局选择,若案件存疑,事实不清、证据不足则真相不明,不符合附条件不起诉的要求,存疑不诉或继续诉讼流程是更恰当的选择。唯有将醉驾案件的事实调查清楚,收集的证据确实且充分,才能够证明醉驾犯罪事实成立,进而通过考量综合因素,作出适用旨在帮助醉驾者教育矫正和改过自新的附条件不起诉的决定。

2. 醉驾行为人自愿认罪认罚

《意见(二)》明确提及不起诉应当考量行为人认罪悔罪态度,醉驾行为人应在充分认识醉驾行为危害性的前提下,自愿认罪认罚、真诚悔罪。倘若醉驾者拒绝认罪认罚或者非自愿地作出认罪认罚承诺,说明未完全认识到醉驾行为的错误和危害,将导致醉驾案件适用附条件不起诉制度的必要性阙如,制度的作用和效果会大打折扣。因此,考量醉驾案件是否可以适用附条件不起诉制度的条件之一,是必须严格审查醉驾行为人是否认罪认罚以及认罪认罚是否自愿。

3. 醉驾行为人同意适用附条件不起诉程序

在决定适用附条件不起诉程序前,必须征询醉驾行为人的意见。检察机关经审查认为,醉驾案件可能达到适用附条件不起诉的条件且具备适用价值的情况下,负有使醉驾行为人了解附条件不起诉制度的适用目的和实施流程、明确相关要求和规定的义务。醉驾行为人应当在充分了解附条件不起诉制度的基础上,对是否适用附条件不起诉程序慎重考虑并提出意见,体现的必须是内心真实的意思表示。决定案件适用附条件不起诉制度的过程征询醉驾行为人的意见,对尊重醉驾行为人的人权,保障其合法权益具有重要意义。

4. 醉驾行为人自愿接受监督考察且有履行能力

醉驾行为人接受所附条件的自愿程度和履行能力的大小直接决定了附条件不起诉制度的教育矫正效果,对司法目的和制度价值的实现产生影响。根据各地实践情况,一般而言,醉驾行为人需完成的公益服务和教育学习有时长和类型要求,服务时长以三四十小时居多,不排除部分醉驾行为人不愿接受等情况。若强制要求醉驾行为人履行所附条件便与制度初衷相悖,丧失该制度的价值和意义,甚至产生适得

^{②⑧} 参见李倩:《德国附条件不起诉制度》,载《比较法研究》2019年第2期,第179-180页。

^{②⑨} 参见《2022年〈中国儿童发展纲要(2021—2030年)〉统计监测报告》,载国家统计局官网, https://www.stats.gov.cn/xgk/sjfb/zxfb/2020/202312/t20231231_1946120.html, 2023年12月31日上传。

其反的效果。另外,醉驾行为人还应具备所附义务需要的履行能力,这是实现预期目标必须具备的客观条件,检察机关应根据醉驾案件具体考察项目对不起诉人的相关履行能力进行评估。

5. 醉驾案件的不起诉决定符合社会公共利益

醉驾案件的起诉与否不仅需要结合案件情况,还必须考虑相关公共利益。醉驾一般不涉及国家安全、国防外交等重大政治利益,考虑侧重点为不起诉对社会公共利益的影响。“公共利益”考量因素包括司法公正利益和效率利益,涵盖罪行轻重、所致损害程度、社会影响大小以及起诉的成本与收益等。^{③①}对具体醉驾案件作出不起起诉决定前,检察机关应全方位评估,假设对案件给予不起诉处理决定,综合考量对社会公共利益的影响。需要注意的问题有:第一,对醉驾行为的一般预防效果。若民众对法律敬畏不足导致醉驾频发,经评估不起诉无法强化遵守法律的规则意识,则不适合附条件不起诉。^{③②}第二,社会公众对不起诉决定的认同度。若醉驾案件因特殊原因而社会关注度高、社会影响大,作出不起起诉决定应当尤其慎重。

(三) 科学设置醉驾案件附条件不起诉的考察机制

1. 充分发挥协商性司法机制的作用

适用附条件不起诉的醉驾行为人客观上具有改过自新的可能,主观上认罪认罚且真诚悔过,具备自愿性和主动配合的条件,应当运用好协商性司法机制,发挥附条件不起诉制度的最大化优势。

检察机关和相关辅助组织制定考察项目,应当征询醉驾行为人的意见,必要时可以灵活地给予醉驾者选择部分考察项目的机会。一是可以提高醉驾行为人配合司法机关开展司法活动的主动性,减轻检察机关不必要的工作负担;

二是能够增加醉驾行为人接受考察项目的自愿性,考察项目的制定和选择过程尊重醉驾行为人的意愿,有利于强化醉驾行为人对所附带义务的理念理解和价值认同,促进其积极主动地履行附带义务,可以使考察项目教育矫正的效果最大限度地实现,保障醉驾案件适用附条件不起诉的功能价值和意义。

2. 结合好基础性义务与专门性义务

附条件不起诉制度最显著的优势并非简单的不诉了之,而是待考察期届满,评估考察期表现作出最终决定。因此,附带义务的内容和形式对醉驾行为人矫正的效果具有重要影响,必须设置明确且科学有效的附带义务。

为更好实现醉驾行为教育矫正、预防再犯的目标效果,附带义务需要兼顾普遍性问题和特殊性要求,分为必须履行的法定基础义务和选择履行的差异化专门义务。^{③③}所有案件均需履行的法定义务应具有基础性,包括醉驾行为人真诚悔过、弥补醉驾造成的损害、接受交通安全教育学习、参加社区公益服务等;有被害人的醉驾案件,还应向被害人赔礼道歉,争取获得谅解。考虑到个案间存在差异和特殊性,应遵循“因案制宜”的方法路径,制定差异化的专门性义务,在法定义务基础上,以供选择性附加履行。例如,醉驾原因是醉驾者对《道路交通安全法》等法律法规不重视,法律观念和法治意识淡薄,可以在加强理论学习的同时,参与交通劝导活动,通过切身感受深化对“饮酒不开车”重要性的认同。对于酒精成瘾的醉驾者,主要问题则是帮助其摆脱酒瘾,可以联系定点医院借助医疗手段进行酒精戒断治疗,从根源上降低醉驾行为再犯的可能性。

3. 引入社会力量参与教育矫正环节

酒后驾车是法律问题,也是社会治理问题。《醉驾新规》着眼于酒驾醉驾法律规范的完善,更强调溯源治理和综合整治。惩治醉驾不单是

^{③①} 参见朱孝清:《公诉裁量中的公共利益考量》,载《国家检察官学院学报》2023年第3期,第103页。

^{③②} 参见敦宁:《醉驾治理的司法困境及其破解之策》,载《法商研究》2021年第4期,第42页。

^{③③} 参见陈瑞华:《轻罪案件附条件不起诉制度研究》,载《现代法学》2023年第1期,第160-161页。

司法机关的职责,也需要社会多主体的共同参与、协同治理,充分发挥各方优势,齐抓共管、群防群治,将法律治理与群众路线巧妙结合,践行新时代“枫桥经验”蕴含的法治精神,实现法治效果与社会效果的统一。

对醉驾案件决定适用附条件不起诉后,可以由社会公益机构或所在社区负责帮扶改造和考察,通过一定期限的专业教育矫正,敦促醉驾者真诚悔罪,警示他人远离犯罪,并将考察期限的表现作为不起诉的重要考量因素。需注意,社会组织的定位是辅助者,考察环节的主导者和决定者应为检察机关。考察组织作为教育矫正的提供者存在,主要职责是以专业性和公益性帮助犯罪嫌疑人矫正醉驾行为,执行检察机关制定的考察规则,辅助完成案件考核。引入社会力量配合实施附条件不起诉,要明确摆正检察机关和考察组织的关系,为保障社会考察组织的规范性和公正性,考察组织需要接受检察机关的监督。

4. 检察机关履行好监督考察的职责

在醉驾治理过程中,检察机关要履职尽责发挥主导作用,确保附条件不起诉的效果落到实处。考虑到司法资源节约和矫正专业性,社会专业组织参与是两全其美的方案,但义务履行完毕后,判断和检验是否合格应由检察机关决定,即由检察机关设定醉驾行为人义务履行评估的指标。首先,检察机关作出附条件不起诉,行为人所附条件履行完毕后,检察机关审查作出起诉或不予起诉的最终决定,设定考察评估标准才顺理成章。其次,检察机关是法律机关,具有高度的司法权威和公信力,避免社会组织以权谋私的乱象,由其制定考察评估标准更具有说服力和公平度。

除了设定醉驾案件附条件不起诉的考察评估标准,检察机关亦不可将考察事项全权委托而一概不管。由于服务组织的公共化和社会化,为防止其沦为少数人逃脱法律制裁的工具,检察机关应加强醉驾案件附条件不起诉后续流程的监管,未来可依托数字技术强化对醉驾行为

人的监督,实时更新教育矫正动态和所附义务完成情况,借助云计算科学评估醉驾者的教育矫正效果。在终局不起诉后可在一段时间内对不起诉人不定期追踪回访,强化其对交通法规的遵守和认同敬畏。

(四) 加强醉驾案件附条件不起诉制度的权利保障

1. 强化对检察机关不起诉决定权的监督

为了让人民群众切实感受到司法的公平正义,督促检察机关更好履责,防范不起诉裁量权的滥用,检察机关应在醉驾案件附条件不起诉考察期届满时,积极主动开展不起诉公开听证。在听证程序鼓励并邀请多方利益主体参与,包括醉驾案件双方当事人、社会组织、交警部门相关负责人、政协委员等,检察机关应充分推动问题讨论交流,促进各方交换意见,对双方当事人意见、社会服务组织或公益机构所作的评估报告、相关机关的意见等全面综合考量,并作出最终是否提起公诉的决定。此外,要求检察机关细化阐述附条件不起诉的理由,让社会公众明确不起诉的思路和原因,减少社会舆论压力,对监督检察机关公正履责、强化各方对检察决定的认同具有重要意义。

推行醉驾案件附条件不起诉听证工作,加大释法说理强度,自觉接受人民监督,旨在彰显人民民主的优越性,实现真正“看得见的正义”,体现了司法公开公正和科学民主,以程序正义保障实质正义,还有助于检察机关作出正确司法决定,促进当事人接受和认同,并对社会公众进行法律教育和价值引导,能有力推动公正司法、全民守法的法治社会建设。

2. 补充醉驾案件相关权利人的救济机制

正如英国法谚所说,无救济则无权利。完善相关权利人对附条件不起诉决定有异议的法律救济程序,给予对处理结果有异议的当事人申请司法审查和救济的机会,是实体权利实质性实现的重要保障和最后屏障。

醉驾案件附条件不起诉需要满足的条件之一是犯罪情节轻微,与重大案件相比,较为容

易忽视对相关权利人的救济,应当充分保障醉驾案件附条件不起诉案件相关人的权利,构建醉驾案件附条件不起诉的救济程序。首先,情节轻微的醉驾案件大多未发生实质性不法侵害,一般情况下不存在人身或财产受损害的受害人,对附条件不起诉决定有异议的相关人员以醉驾行为人或交警部门居多,任何一方对附条件不起诉决定不服,可以自不起诉决定作出之日起七日内向作出决定的检察机关申诉,要求变更不起诉决定、对所附条件提出异议或申请恢复诉讼程序。其次,若作出不起诉决定的检察机关对申诉予以驳回或存在不作为的情况,申诉人有权向上一级检察机关申诉。

结语

轻罪治理时代,犯罪治理方式和刑事诉讼程序均亟须改革,情节轻微的醉驾案件在轻罪案件中数量占比庞大,提升醉驾治理方式具有必要性和重要性,醉驾案件适用附条件不

起诉制度是完善中国特色轻罪治理体系的有益探索。从司法程序角度来看,通过发挥检察机关不起诉裁量权的作用,推动案件审前繁简分流,实现司法资源集约高效的优化利用,能够彰显新时代检察精神;对社会公共利益而言,权衡法理与情理,推动诉源治理,实现惩罚与教育并进、防范与治理结合,兼顾司法温度和人文关怀,能够展现检察工作与社会治理有机融合的智慧 and 力量。近年来我国各地纷纷尝试醉驾案件附条件不起诉探索,受我国附条件不起诉限未成年人适用影响,虽然形式上醉驾案件适用附条件不起诉制度具有合理性,但缺乏立法层面的正当性。未来,应当以《刑事诉讼法》第四次修改为契机,在立法上进行全方位设计,将各地醉驾不起诉的实践经验上升为法律规范,对探索轻罪案件程序出罪的新路径、优化轻罪治理的刑事法治架构具有重要意义。

A Study on the Issue of Conditional Non-prosecution in Drunk Driving Cases

Li Xueqian

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

Abstract: As China enters the era of misdemeanor governance, the threshold for criminalizing dangerous driving in drunk driving is low and the mode of excluding offenses is limited. As a result, the marginal effect of criminal norms and policy regulation on the punishment of drunk driving crimes is gradually emerging. From the perspective of legitimacy, the conditional non-prosecution of drunk driving cases is in line with the legal concept and supported by relevant laws and regulations. In terms of practical exploration, the "relative non-prosecution+" processing model attempted by various regions in recent years for cases of minor drunk driving is essentially a conditional non-prosecution. In the future, we should leverage the advantages of criminal procedure law, explore the application of the conditional non-prosecution system in drunk driving cases, and promote the construction of a Chinese characteristic minor crime litigation system. The application of the conditional non-prosecution system in drunk driving cases in our country can be constructed by expanding the scope of application of conditional non-prosecution, clarifying the conditions for applying conditional non-prosecution in drunk driving cases, scientifically setting up the inspection mechanism for conditional non-prosecution in drunk driving cases, and strengthening the protection of the rights of relevant parties in conditional non-prosecution of drunk driving cases.

Key words: drunk driving; the crime of dangerous driving; misdemeanor governance; conditional non-prosecution

(责任编辑: 芙 藏)

非对峙型受虐妇女反杀案的出罪事由

姜盼盼, 王雯慧

(河北农业大学, 河北 保定 071001)

摘要:受虐妇女选择在家暴结束后趁丈夫熟睡或者以下毒的方式将其杀害,这是一种典型的非对峙型受虐妇女反杀行为,入罪结论不符合民众的情感期待,出罪空间有限。其出罪难点是不符合正当防卫“不法侵害正在进行”的时间条件,容易定性为事前防卫;如果通过“受虐妇女综合症”把这种家暴行为视为一种持续侵害行为,容易定性为事后防卫。因此,理解非对峙型受虐妇女反杀案的出罪逻辑,应从紧急避险的“防御性”上做实质判断,受虐妇女为避免遭受家暴,当施暴丈夫对其实施不法侵害难以察觉时,基于生命权冲突的利益衡量,不得已选择反杀行为具有出罪的正当性。

关键词:受虐妇女反杀;防御性紧急避险;生命权

中图分类号:D924.11

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0068-07

家暴受虐妇女反杀行为可以分为“对峙型对抗”和“非对峙型对抗”^①。“对峙型对抗”是指受虐妇女对正在发生的家暴行为即刻进行反抗,此种情况可以构成正当防卫。“非对峙型对抗”是指妇女受自身生理因素的影响,很难在家暴实施过程中立即反击,而选择在家暴结束后趁丈夫熟睡或者以下毒的方式将其杀害的行为。在司法实践中,对峙型杀夫行为一般被判处故意杀人罪,但这样的审判结果忽视了其中存在的防卫因素,因此在理论界仍有讨论空间。非对峙型杀夫行为在出罪上存在两种倾向,第一种是基于正当防卫,通过放宽正当防卫的时间将非对峙型受虐妇女杀夫行为认定为正当防卫,第二种是引进外国的受虐妇女综合症作为出罪事由。第一种倾向因不符合正当防卫不法侵害的时间条件而脱离了案件真实情况。第二种倾向因为在我国适用时具有现实困

难,所以也无法成为非对峙型受虐妇女反杀案的出罪事由。而防御性紧急避险则在非对峙型受虐妇女反杀案中展现出了无可替代的优越性且可以被我国刑法接纳,因此,其完全可以为非对峙型受虐妇女反杀案提供出罪的可能性。

一、非对峙型受虐妇女反杀案既有出罪事由及其不足

(一)正当防卫作为出罪事由的不足:不符合正当防卫不法侵害的时间条件

一些学者认为正当防卫理论成立的前提条件在于不法侵害人和防卫人的力量相当^②,而妇女受自身生理因素的影响,她们很难在丈夫实施家暴时立即反击,只能选择在家暴结束后趁丈夫熟睡或者以下毒的方式将其杀害,这虽然在表面上提前了防卫时间,但在当时的情况下已经没有其他更合适的防卫方法。如果严格按照传统正当防卫的时间条件,相当于剥夺

收稿日期:2024-05-07

基金项目:2021年国家社科基金项目“功能主义刑法观视角下侵犯公民个人信息罪的保护法益研究”(21CFX021)

作者简介:姜盼盼,男,河北农业大学人文社会科学学院教授,法学博士,主要研究方向为刑法学;王雯慧,女,河北农业大学人文社会科学学院法律专业硕士研究生,主要研究方向为刑法学。

①张丽:《论家庭暴力反击杀人行为的防御性紧急避险》,载《西南科技大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期,第68页。

②参见李春斌:《挑战与回应:性别正义视域下的家庭暴力与正当防卫——兼论〈反家庭暴力法〉的家庭法哲学》,载《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2015年第2期,第172页。

了受虐妇女唯一的自救方法,难免有失公平。^③所以这些学者认为即使受虐妇女在下一次家暴开始前实施了防卫行为,那也是因为情况紧急,应当视为受虐妇女对丈夫进行了正当防卫,本文认为这种观点有待商榷。正当防卫具有很强的攻击性,不同于其他的紧急权,这主要体现在以下三个方面。其一,由于不法侵害人违反了不得侵犯他人法益的义务,导致自己深陷法益冲突的泥潭,因此与防卫人相比,不法侵害人的“法益值得保护性”严重下降。^④其二,与紧急避险相比,正当防卫并没有规定只能在迫不得已的情况下实施,因此,即使除了杀害不法侵害人以外还有其他的方法可以保护自身法益,比如躲避或者报警,也不影响行为人实施正当防卫。其三,在限度方面,虽然法律规定了不能超过必要限度,但我国通常认为判断正当防卫是否超过必要限度的标准并不同紧急避险一样严格。综上所述,正当防卫的限制条件如此之少,而攻击性却如此之强,因此在适用正当防卫时必须进行严格的限制,不可贸然放宽正当防卫的时间条件。

防卫时间是辨别正当防卫与防卫不适时的分界线。^⑤我国关于不法侵害开始进行的学说主要有进入侵害现场说、直接面临说、综合说以及着手说。一些学者认同综合说,主张应当将多年的家暴行为视为一连串的持续行为,如此便满足了正当防卫的时间条件。此种观点变相地放大了正当防卫的时间条件,而且很可能受到了我国刑法中连续犯的影响,本文对此观点持怀疑态度。首先,连续犯并不是指一直连续犯罪,而是犯罪人根据概括或者同一的犯罪决意,连续实施多个犯罪行为,这些犯罪行为

所触犯的都是同一罪名。但是在非对峙型受虐妇女反杀案中,不同的家暴行为之间存在时间上的间隔,很难认定其全部基于一个概括或者同一的犯罪决意,如以下案例:

案例1:桑敏故意杀人案。^⑥

桑敏与周某丁系夫妻关系,周某丁长期因琐事殴打桑敏。某日,周某丁因怀疑桑敏与其他男性有不正当关系,对桑敏实施家暴殴打。桑敏不堪忍受,萌生杀害周某丁的想法。当晚,桑敏趁周某丁睡觉之机,用平时工作的榔头连续猛击周某丁头部等处,致周某丁当场死亡。

从案例1可以得知,促使被害人对被告实施家庭暴力的动机并不相同,之前是由于生活中的琐事,最后一次则是因为怀疑妻子对自己不忠,无法认定被害人是基于一个概括或者同一的犯罪决意实施了家暴。再者,法的规则是以一般化为前提的规则。如果在非对峙型受虐妇女反杀案中,将各个独立的家暴行为看作是持续的行为,那么这一解释在其他正当防卫的案件中也应当同样适用,但是实际上这并不适合。^⑦例如甲是一个惯偷,曾在短时间内多次盗窃他人财物。如果按照上述解释,甲的多起盗窃行为就是一个完整的犯罪过程,其中任何时间都可以看作盗窃行为正在进行,在任意时间点都可以对甲进行正当防卫,这明显是不合理的。

(二)“受虐妇女综合症”作为出罪事由的不足:与我国刑法体系不相容

受虐妇女综合症(Battered Woman Syndrome)(以下简称BWS)是指女性在亲密关系或者家庭中长期遭受暴力而产生的一种独特行为模式。^⑧BWS主要包括习得性无助理论(Learned

③参见季理华:《受虐妇女杀夫案中刑事责任认定的新思考》,载《政治与法律》2007年第4期,第178页。

④参见陈璇:《侵害人视角下的正当防卫论》,载《法学研究》2015年第3期,第120页。

⑤参见房瑞:《事后防卫的实践认定与理论重构——基于234个案例的类型化分析》,载《湖南警察学院学报》2023年第4期,第48页。

⑥参见浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭刑初201号刑事判决。

⑦参见章栗黎:《司法逻辑视角下受虐妇女杀夫案的出罪进路》,载《湖南警察学院学报》2023年第3期,第90-91页。

⑧参见郭晓飞:《论“受虐妇女综合症”的意义、局限及其在中国的接受——一个比较法的视角》,载《妇女研究论丛》2023年第6期,第109页。

Helpless) 与暴力循环理论 (Violent Cycle)。习得性无助理论是指妇女在长期遭受虐待后认为自己无法摆脱家暴而产生的无助心态, 此理论解释了受虐妇女为何不离开丈夫, 反而采取杀夫这一极端行为的原因。^⑨暴力循环理论则分为三个阶段, 第一阶段为轻微暴力期, 第二阶段为严重殴打期, 最后一阶段是道歉原谅期, 之后这三个阶段不断循环往复。根据暴力循环理论, 一些学者认为可以将长期的家暴行为看作是连续的侵害, 这为非对峙型受虐妇女杀夫行为符合正当防卫的时间条件提供了依据。因此, 许多学者主张适用 BWS 来为受虐妇女提供出罪理由, 但本文对此种观点持怀疑态度。尽管一些英美法系国家已经在审判中将 BWS 作为受虐妇女成立正当防卫的依据, 但这主要是因为英美法系国家以防卫人的主观认识来判断不法侵害是否正在进行, 即只要防卫人合理相信不法侵害人的侵害正在进行就可以实施正当防卫。^⑩我国刑法学界并不认同英美法系国家的“主观说”, 当客观事实与防卫人的主观认识不一致时, 在我国只可能成立假想防卫。^⑪同时, BWS 也并不属于我国刑法意义上不负刑事责任的精神病, 我国对精神疾病的定义是一种对认知、情感以及行为造成不同程度障碍的疾病, 但 BWS 只是一种心理状态的描述, 假如直接将 BWS 用作无罪辩护的依据也有些牵强。^⑫综上可知, BWS 与我国的刑法体系并不相容, 在是否引入 BWS 的问题上我们应当保持谨慎的态度。

二、非对峙型受虐妇女反杀案出罪事由之防御性紧急避险的合理性

从上文可以得知, 正当防卫与受虐妇女综合症无法成为非对峙型受虐妇女杀夫行为的出

罪事由, 前者是由于非对峙型受虐妇女杀夫行为不符合正当防卫不法侵害的时间条件, 后者则是因为其与我国刑法体系不相容, 无法在实践中适用。因此, 引入防御性紧急避险作为非对峙型受虐妇女杀夫行为的正当化依据十分重要。防御性紧急避险是指为了消除正在发生的危险, 避险人在不得已的情况下对危险源进行避险的行为。防御性紧急避险理论最早出自德国《民法典》第 228 条, 后被德国刑法学界引入,^⑬目前我国越来越多的刑法学者对防御性紧急避险投入了更多的关注。

(一) 防御性紧急避险可以作为非对峙型受虐妇女反杀案的出罪事由

我国刑法学界对于紧急避险的通说认为, 其所针对的对象是无辜第三人的合法权益, 但一些学者认为此种观点有待商榷, 他们认为我国传统的紧急避险理论并不完整, 因为它只囊括了攻击性紧急避险, 忽视了防御性紧急避险存在的空间,^⑭ 本文对此观点表示认同。首先我国《刑法》第 21 条规定了紧急避险理论, 即为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险, 不得已采取的紧急避险行为, 造成损害的, 不负刑事责任。其中并未明确限定紧急避险的对象只能是无辜第三人, 因此该条款完全可以接纳防御性紧急避险理论。此外, 我国有学者指出紧急避险中的“避”是一种被动的行为, 其含义为躲开、回避, 而在非对峙型受虐妇女反杀案中, 受虐妇女采取的杀夫行为意味着消灭了危险源, 这是一种积极主动的行为, 与躲避或者回避的含义完全不同, 因此不能适用防御性紧急避险理论为其出罪。^⑮ 但是值得注意的是, 在现代汉语词典中“避”字不仅有躲开和回避

^⑨ 参见付胥宇:《“受虐妇女综合症”的刑事责任减免意义: 美国经验及启示》, 载《北方法学》2018 年第 6 期, 第 67 页。

^⑩ 参见赵秉志、陈志军:《英美法系刑法中正当防卫构成条件之比较研究》, 载《法商研究》2003 年第 5 期, 第 112 页。

^⑪ 参见王武超:《防卫行为伤及第三人的法教义学分析》, 载《湖南警察学院学报》2022 年第 5 期, 第 59 页。

^⑫ 参见丁文焯:《受虐妇女杀夫案中的出罪路径研究》, 载《刑法论丛》2022 年第 1 期, 第 141 页。

^⑬ 参见李森:《防御性紧急避险之提倡》, 载《法大研究生》2017 年第 2 期, 第 155 页。

^⑭ 参见陈璇:《家庭暴力反抗案件中防御性紧急避险的适用——兼对正当防卫扩张论的否定》, 载《政治与法律》2015 年第 9 期, 第 19-20 页。

^⑮ 参见张明楷:《受虐妇女反杀案的出罪事由》, 载《法学评论》2022 年第 2 期, 第 19-20 页。

之意,更包含防止与避免的意思,^{①6}“避险”一词也完全可以理解为防止危险发生之意。因此,将防御性紧急避险引入我国,不存在适用上的障碍,防御性紧急避险在我国刑法中存在被接纳的空间。

(二) 防御性紧急避险适用于非对峙型受虐妇女反杀案的出罪逻辑

1. 受虐妇女寻求公力救济无效后选择反杀丈夫是不得已的

“不得已”是指避险人实施的行为是避免危险的唯一方法,不存在其他侵害性更小的解决措施。^{①7}其理论依据之一为徐昕提出的底线救济概念,即公力救济没有办法保障自身权益时,人们会寻求私力救济为自己伸张正义,这是一种迫不得已而为之的最后救济。^{①8}因此,如果受虐妇女还有其他可以保全自身权益的方法,就不能牺牲被避险人的合法权益。在非对峙型受虐妇女反杀案中,理论上存在很多路径能够帮助受虐妇女逃离丈夫的家暴,但是在实际中,这些看似可行的方法却很难实现。下文将结合案例2来对这种困境进行探讨:

案例2: 张殿如故意杀人案。^{①9}

张殿如与某甲系夫妻关系,某甲长期对张殿如实施家暴。某日,某甲醉酒后回到家中,又与张殿如发生争吵,后某甲入睡,张殿如心生怨恨,遂准备好秤砣等工具欲杀害某甲。待某甲熟睡后,张殿如用凶器连续攻击某甲,某甲当场死亡。

路径一,寻求亲友帮助。我国一直都有“宁拆十座庙,不破一桩婚”的传统观念,即使受虐妇女寻求亲友的帮助,亲友也只会抱着“劝和不劝分”的心理让受虐妇女对丈夫多加忍耐。如案例2,张殿如在被丈夫某甲多次暴力殴打后曾向大嫂以及姐姐寻求帮助。亲友们

知某甲经常对张殿如实施严重的家暴行为,甚至因丈夫的家暴导致张殿如失去了劳动能力的情况下,仍劝其再忍一忍,“娃娃都这么大了,忍着点有什么事也就过去了”“一家人哪有不打不闹的,走到哪步算哪步”。

路径二,报警。我国长期受男尊女卑封建传统思想的束缚,丈夫对妻子实施家暴一直被认为是家庭的内部事务,不受刑法的约束。甚至一些警察也存在这样的思想误区,他们对家暴的处理方式也仅仅是“和稀泥”式调解。但这种避重就轻的处理方法轻视了家暴对家庭乃至整个社会的影响,实质上是社会将本该由自己承担的一部分责任强加给了受虐妇女。张殿如曾多次报警求助,但警察的处理方式也只是调解,甚至让张殿如自行去旅社躲避丈夫的家暴。

路径三,离婚。既然已经无法共同生活,离婚也不失为一种好的选择,但是离婚往往没有想象中那么容易。首先,协议离婚是几乎不可能实现的,因为大多数情况下施暴者不愿意离婚,加之处于暴力的威胁下,很多受虐妇女也不敢提出离婚。其次,即使提起诉讼离婚,离婚难的问题在我国也普遍存在,首诉不离的现象比比皆是。基于中国司法大数据服务网已公开文书进行的统计,2016—2022年全国离婚纠纷一审判决中,支持原告全部或部分诉讼请求的比例仅有10.22%。^{②0}而且受虐妇女提起离婚诉讼的行为不仅无法让丈夫收敛,反而会使丈夫觉得自己的家庭地位和权威受到挑战,可能会变本加厉虐待妻子。再次,即使成功离婚,受虐妇女无法摆脱前夫骚扰的案子也比皆是,比如网红拉姆,其生前曾多次遭到丈夫唐某的家暴,在离婚后本以为能过上平静的生活,但没想到某日直播时,前夫唐某突然冲进

^{①6} 参见李行健主编:《现代汉语规范字典》(第3版),外语教学与研究出版社2010年版,第28页。

^{①7} 参见[日]大塚仁:《刑法概说》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版,第397页。

^{①8} 参见徐昕:《私力救济的正当性及其限度——一种以社会契约论为核心的解说》,载《法学家》2004年第2期,第97页。

^{①9} 参见云南省楚雄彝族自治州中级人民法院(2015)楚中刑初114号刑事判决书。

^{②0} 参见甘霆浩、郭敏:《诉讼话语视角下的女性诉讼离婚难研究》,载《云南大学学报(社会科学版)》2023年第4期,第134页。

她家将整桶汽油泼向她,随后用打火机点燃,造成她全身大面积烧伤,最终不幸去世。最后,由于一些受虐妇女文化程度较低,不具备法律知识,她们也许不会想到寻求公力救济,甚至可能对公力救济存在误解。张殿如正是因为缺乏法律知识,害怕需要支付一定的起诉费用而未能去法院起诉离婚。

路径四,出逃。既然无法从外界获得帮助,那么受虐妇女自行逃离家暴的丈夫也不失为一种好方法。但在实际情况中,逃离并没有想象中那么容易。一是一些受虐妇女缺少经济来源。如张殿如作为被家暴的一方,在家庭中处于弱势地位,被丈夫控制着经济命脉,加之自身缺乏劳动能力,即使逃跑成功也会面临食不果腹的困窘处境。二是因为担忧自己离开家庭后孩子的处境,所以她们很难逃离施暴的丈夫。

综上所述,就案例2中张殿如而言,她竭尽全力,采取过所有在其认知范围内合法可行的救济手段,完全符合“不得已”杀夫的情况。

2. 对受虐妇女所保护与损害的生命法益可以进行衡量

利益衡量是判断紧急避险是否成立的前提条件,主要表现在所损害的利益不能大于所保护的利益。我国刑法传统理论认为在法益位阶顺序中,生命权高于身体权,身体权高于自由权,财产权位阶最低。^{②①}在非对峙型受虐妇女反杀案中,受虐妇女所保护与损害的法益均为生命法益,这就涉及了生命法益之间能否进行利益衡量的问题。一些学者认为每个人的生命都体现着绝对的最高价值以及无法比较的个人价值,因此都应当受到法律的绝对保护,不可相互比较,更不能成为紧急避险的对象。^{②②}针对此观点,一部分学者提出了质疑。他们认为

根据“社会团结义务说”,社会共同体成员之间是休戚与共的关系,互相之间应当多加照顾,并且每个人对其他人都负有一定的责任,在必要时,甚至应当为他人牺牲自己的一部分利益。^{②③}因此,在非对峙型受虐妇女反杀案中丈夫应当对妻子侵害自己生命法益的行为进行容忍。本文认为此观点有待商榷,因为自利的理性人愿意承担一定社会团结义务的目的是为了追求自身利益的最大化,而生命法益具有特殊性,一旦失去便不会同财产法益一样可以重新获得,所以自利的理性人绝对不可能忍受他人侵犯自身的生命法益。^{②④}

虽然“社会团结义务说”无法成为生命权之间可以进行利益衡量的依据,但本文认为可以从以下三个方面来论证生命权之间进行利益衡量的可能性。首先,根据风险管辖原则,当被避险人与避险人的利益发生冲突时,因为被避险人的行为给避险人带来了潜在的危险,所以被避险人应当为自己的行为负责,并且必须容忍对方为排除危险而带给自己的损失。在非对峙型受虐妇女反杀案中,丈夫实施的家暴行为给受虐妇女的生命法益带来了潜在的风险,丈夫在自身能够放弃施暴行为的情况下,放任自己对受虐妇女实施家暴,此时便不能阻止受虐妇女为了保护自身的法益而采取的反杀行为。其次,根据法益值得保护性原则,由于被避险人违反了不得侵害他人法益的义务,与避险人的法益相比,被避险人的法益值得保护性有所下降。^{②⑤}所以在非对峙型受虐妇女反杀案中,丈夫法益的重要程度低于受虐妇女的法益重要程度,丈夫的法益应当为受虐妇女的法益让步。由此可知,由于丈夫的法益值得保护性下降,受虐妇女为保护自身法益而杀害丈夫并

②① 参见孟红艳:《社会团结义务与紧急避险的利益衡量》,载《江海学刊》2022年第3期,第178页。

②② 参见黎宏:《紧急避险法律性质研究》,载《清华法学》2007年第1期,第45页。

②③ 参见王钢:《紧急避险中无辜第三人的容忍义务及其限度兼论紧急避险的正当化根据》,载《中外法学》2011年第3期,第618页。

②④ 参见王钢:《对生命的紧急避险新论——生命数量权衡之否定》,载《政治与法律》2016年第10期,第102页。

②⑤ 参见李焕集:《类型化视角下防御性紧急避险的正当化根据——兼论“生命冲突案”证成情形的适用根据》,载《人权研究(辑刊)》2021年第1期,第245页。

没有超出防御性紧急避险的合理限度。最后,自尊原则是生命权之间能够进行利益衡量的宪法依据。我国《宪法》第38条规定,中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。任何人都应该得到尊重,虽然不同的人有不同的特点,但每个人的独特性也不该是其他人拒绝尊重他人的借口。尊严不受他人侵犯原则不仅是我国法律规范体系的基础性原则,更是我国宪法基本权利规范体系的着眼点。^{②6}因此,在非对峙型受虐妇女反杀案中,若任由被避险人侵犯避险人的生命法益,而避险人只能被动承担死亡的风险,这明显是不公平的。并且,因为被避险人是危险的制造者,所以即使避险人对被避险人进行反杀也并不会侵犯对方的尊严。但如果不允许受虐妇女进行反抗,那么这就意味着受虐妇女的生命完全被自己的丈夫所掌控,这是对受虐妇女生命尊严的无情剥夺。综上所述,在非对峙型受虐妇女反杀案中完全可以进行生命权之间的利益衡量,受虐妇女对丈夫的反杀行为也并没有超过防御性紧急避险的合理限度。

3. 受虐妇女难以察觉施暴丈夫的不法侵害是一种隐蔽性的危险

防御性紧急避险的起因条件是危险正在发生。有的学者认为危险正在发生不仅指危险已经显现,而且也包含了危险近在咫尺的情况。但是为了防止对此学说的滥用,本文认为在非对峙型受虐妇女反杀案中,“家暴受害者及一般人对于危险是否紧急的预判,应根据危险的形态区分为:可视性危险和隐藏性危险,分别进行判断”^{②7}。可视性危险是指受虐妇女可以预判家暴行为即将发生,比如说妻子长期遭受丈夫的家暴,在某次家暴中,丈夫已经购买了凶器并扬言等过段时间就杀死妻子,此时对于妻子来说,危险就具有可视性,她可以清晰地预判到丈夫的侵害行为即将发生。在可视性危险的情况下,受虐妇女趁丈夫熟睡时下手不能

适用防御性紧急避险作为出罪事由。因为在这种情况下,只有危险的制造者打算着手实施不法侵害时,才可以认为危险正在发生。丈夫熟睡的阶段意味着危险并不紧急,受虐妇女趁丈夫熟睡实施杀夫行为并不符合防御性紧急避险的时间条件。隐蔽性危险是指危险制造者实施不法侵害时受虐妇女难以察觉,比如说妻子已经发现丈夫事先准备了毒药准备毒杀自己,但是下毒这种方式具有很强的隐蔽性,当丈夫实施不法侵害时,妻子很难察觉。此种情况具有很强的特殊性,因此可以依据紧急的危险说,危险近在咫尺时即可对丈夫进行紧急避险。但应当注意的是,对危险是否近在咫尺的判断不仅应根据社会一般人的普遍认知,同时也需要结合避险者的特别认识。也就是说,如果社会一般人认为发生的危险具有紧急性,则可以推断出避险人也能够认识到危险的急迫。但是假如社会一般人并没有意识到危险的紧急性,而避险人根据自己的特别认识意识到时,则也应当推断出危险具有急迫性。虽然受虐妇女综合症无法成为非对峙型受虐妇女杀夫案的出罪事由,但是其中的暴力循环理论在此种情况下仍然具有借鉴意义。根据前文所述的暴力循环理论,三个阶段不断循环往复。受虐妇女由于长期遭受家庭暴力,对丈夫下一阶段家暴的到来产生了社会一般人所不具有的特殊认识。受虐妇女根据自身的特殊认识了解到危险已经近在咫尺,此种情形下趁丈夫熟睡时实施杀夫行为完全可以满足防御性紧急避险的时间条件。综上所述,在判断非对峙型受虐妇女反杀案时应当按情况进行讨论。如果属于可视性危险,那么受虐妇女趁丈夫熟睡时实施的杀夫行为并不满足防御性紧急避险的时间条件。只有丈夫的侵害行为属于隐蔽性危险时,才可将防御性紧急避险作为非对峙型受虐妇女反杀案的出罪事由。

^{②6} 参见齐延平:《“人的尊严”是〈世界人权宣言〉的基础规范》,载《现代法学》2018年第5期,第22页。

^{②7} 付玉明、焦亚楠:《家暴中弱势方的紧急权确证:非对峙性反击致死行为的非犯罪化研究》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2022年第12期,第80页。

结语

如前所述,我国对于非对峙型受虐妇女反杀案的出罪事由主要有正当防卫和受虐妇女综合症,但根据本文对非对峙型受虐妇女反杀案的分析研究,发现了正当防卫和受虐妇女综合症作为出罪事由的不妥之处。前者不符合正当防卫“不法侵害正在进行”的时间条件,容易定性为事前防卫;后者通过“受虐妇女综合症”

把这种家暴行为视为一种持续侵害行为,容易定性为事后防卫。在否定了这两种观点后,本文引入了防御性紧急避险理论。防御性紧急避险不仅可以被我国刑法理论界所接受,而且还可以针对危险源进行避险,完全可以成为非对峙型受虐妇女杀夫行为的出罪事由。但需要注意的是,防御性紧急避险在实践中仍然还存在许多不足和缺陷,需要进一步完善和发展。

Prosecution of Non-confrontational Battered Women's Anti-murder Cases

Jiang Panpan, Wang Wenhui

(Hebei Agricultural University, Shijiazhuang, 071001, Hebei)

Abstract: Abused women choose to kill their husbands while their husbands are asleep or under poison after the end of domestic violence. This is a typical non-confrontational anti-killing behavior of abused women. The conclusion of conviction does not meet the emotional expectations of the public, and the space for conviction is limited. The difficulty of its conviction is that it does not meet the time conditions of legitimate defense "unlawful infringement is ongoing", and it is easy to be characterized as ex ante defense; if this kind of domestic violence is regarded as a continuous violation through "battered women syndrome", it is easy to be characterized as ex-post facto defense. Therefore, to understand the decriminalization logic of non-confrontational battered women's anti-murder cases, we should make a substantive judgment on the "defensiveness" of emergency hedging. In order to avoid domestic violence, battered women have to choose anti-murder behavior based on the conflict of interests of the right to life when it is difficult to detect the unlawful infringement by the violent husband.

Key words: anti-murder of abused women; defensive emergency hedging; the right to life

(责任编辑: 芙 葳)

深度学习技术在刑侦图像处理中的应用研究

陈韩英, 胡熔曦

(湖南省邵阳市公安局双清分局, 湖南 邵阳 422000)

摘要:深度学习技术在刑侦图像处理中的应用展示了显著的成果,尤其在人脸识别、物体检测和行为分析等领域。通过模拟人类视觉系统的工作方式,深度学习技术能够有效处理复杂图像,从而提取犯罪现场的图像数据及相关信息中的线索和证据,已在全国范围内涌现出多个成功案例。然而,模型的鲁棒性、数据隐私保护、算法公平性以及实时性等问题仍然是深度学习技术面临的主要挑战。尽管如此,深度学习技术凭借其强大的数据处理能力和精准的分析能力,显著提升了刑侦图像处理的效率和准确性,为未来的研究和实际应用提供了广阔的发展空间。

关键词:深度学习;刑侦图像处理;人脸识别;物体检测;行为分析

中图分类号:D631.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0075-10

随着信息技术的迅猛发展和社会治安形势的日益复杂化,传统刑侦手段在处理复杂案件和海量数据时显得力不从心。犯罪现场的图像数据,包括现场照片、监控视频和指纹图像,蕴含着重要的犯罪线索和证据。这些数据不仅数量庞大,而且视觉信息复杂,需要高效、精准的处理方法才能发挥其最大价值。

深度学习技术由于在图像识别、目标检测、图像修复等方面取得了突破性进展,逐渐成为刑侦图像处理的重要工具。^①通过深度学习算法,可以实现对复杂图像数据的自动化分析和处理,从而提取关键信息,辅助刑侦人员快速锁定嫌疑人或犯罪行为,加快案件侦破的进程。

然而,技术进步也带来了新的挑战。例如,模型的鲁棒性需进一步提升,以应对各种复杂的实际应用场景;数据隐私保护成为亟待解决的伦理问题;算法的公平性和透明性需要在设计和实施中得到有效保障。此外,深度学习技术在处理实时数据时,需要平衡处理速度和效率,确保能够及时响应和处理关键信息。

因此,深度学习技术在刑侦图像处理中的

应用,不仅需要技术层面的持续创新和优化,还需在伦理和法律框架下谨慎应用,以确保在提升刑侦效率的同时,保护个人隐私和维护社会公平正义。随着技术的进步和社会需求的不断演变,深度学习技术在刑侦图像处理中的角色和影响将继续深化和拓展。

一、深度学习模型

深度学习在刑侦图像处理中的应用依赖于多种模型,包括卷积神经网络、循环神经网络、生成对抗网络、自编码器等等。

(一)卷积神经网络

卷积神经网络(Convolutional Neural Network, CNN)是专门用于处理图像数据的深度学习模型,通过卷积层提取局部特征,并通过池化层减少特征维度,能够自动学习图像的层次化特征,无须手动设计特征提取器。其不仅简化了传统图像处理方法中复杂的特征工程过程,还极大地提高了图像分析的准确性和效率。^②CNN原理如图1所示。

通过学习人脸的特征,CNN可以在大规模人脸数据库中快速准确地识别个体。此外,

收稿日期:2024-03-12

作者简介:陈韩英,女,湖南省邵阳市公安局双清分局刑警大队民警,主要研究方向为刑侦影像技术;胡熔曦,男,湖南省邵阳市公安局双清分局刑警大队民警,主要研究方向为刑侦影像技术。

①参见王江鹏:《基于深度学习技术的进展和未来趋势》,载《中国安防》2021年第7期,第81页。

②参见郭庆梅:《基于卷积神经网络的图像分类模型综述》,载《电子技术应用》2023年第9期,第31页。

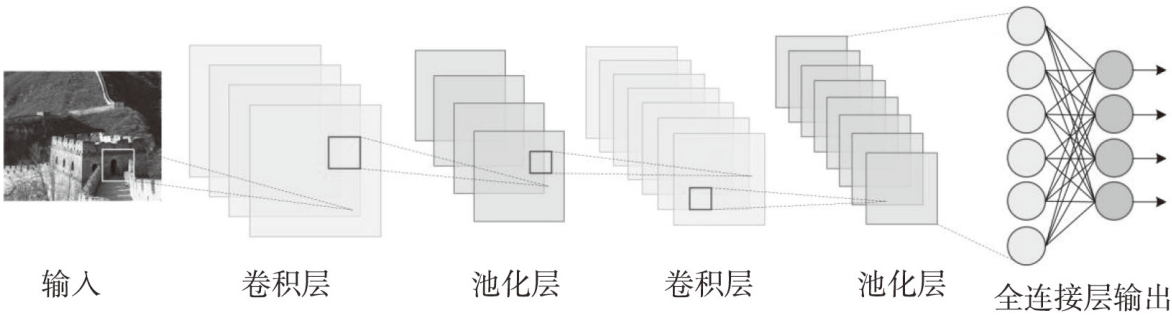


图 1 卷积神经网络原理

CNN 能够识别图像中的各种物体，如车辆、行人等，对于交通监控和公共安全具有重要意义。

（二）循环神经网络

循环神经网络（Recurrent Neural Networks, RNN）是处理序列数据的重要工具，能够有效

地捕捉数据的时间依赖性。RNN 通过循环结构将当前时刻的输入与前一刻的隐藏状态结合，用于处理语音、文本和时间序列等动态数据。RNN 原理如图 2 所示。

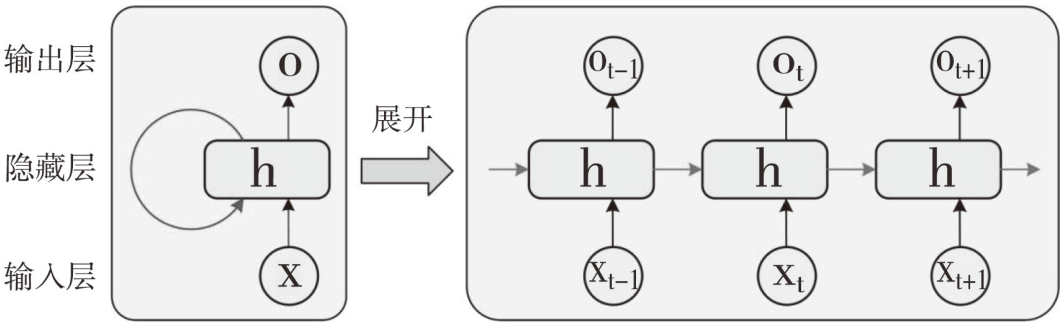


图 2 循环神经网络原理

在刑侦图像处理中，RNN 主要应用于语音识别和文本分析。RNN 能够处理连续的语音信号，将其转化为文本信息，对于犯罪现场的语音分析非常有用，同时可以用来分析犯罪报告、证人陈述等文本数据，提取关键信息。

（三）生成对抗网络

生成对抗网络（Generative Adversarial Networks, GAN）由生成器和判别器组成，通过对抗训练实现高质量样本生成。生成器负责生成逼真的数据，判别器则评估生成数据的真实性，原理如图 3 所示。

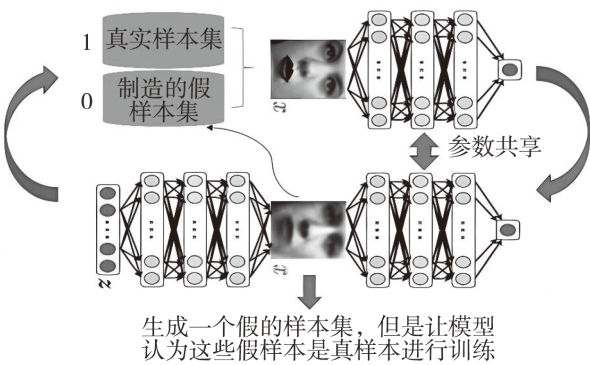


图 3 生成对抗网络原理

GAN 在图像生成、图像修复和数据增强等方面表现突出，在刑侦图像处理中可用于生成模拟犯罪现场，帮助警方进行案件重现，还可

以生成额外的训练数据，增加数据多样性，提高模型的泛化性能。

（四）自编码器

自编码器（Auto-Encoder，AE）是一种无监督学习模型，旨在学习输入数据的压缩表示

（编码），并能够从该表示中重构输入数据。它通常由一个编码器和一个解码器组成，编码器将输入数据映射到低维空间，解码器则将这个低维表示映射回原始数据空间，原理如图 4 所示。

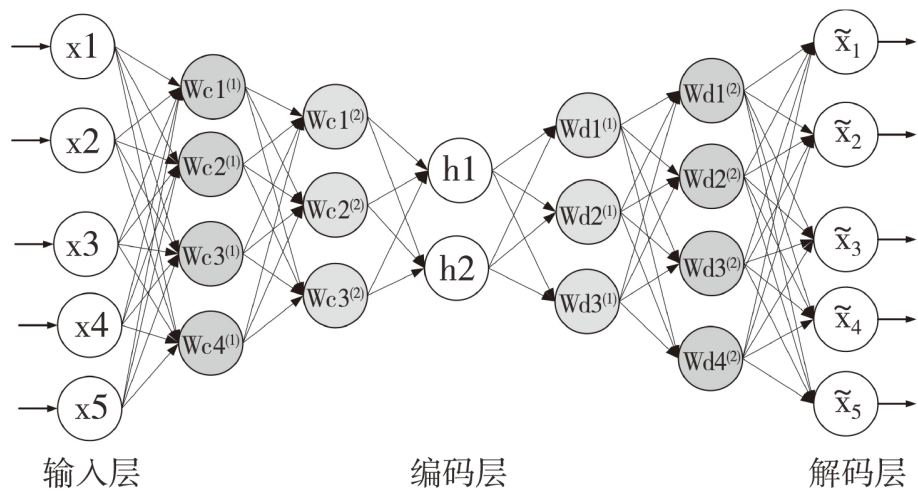


图 4 自编码器原理

AE 在公安刑侦领域中，可能涉及从监控视频中提取特征，以便于识别可疑行为或犯罪活动。其可以通过学习正常数据的分布，并通过重建误差来检测异常或伪造的数据，这在网络入侵检测、金融欺诈检测等方面尤为有效。同时，它也可以用于修复受损的图像，例如在刑侦领域中，如果监控摄像头损坏导致图像模糊，自编码器可以尝试恢复图像的清晰度，以便于分析。

以上几个模型的应用特点和应用场景各不相同，详见表 1。除此之外，迁移学习、注意力机制等技术的引入也为深度学习在图像分类

中的性能提升作出了贡献。迁移学习通过利用在大规模数据集上训练的预训练模型，加速小规模数据集上模型的收敛并提高准确性。而注意力机制则使模型能够更集中地关注图像中重要的局部区域，从而提升对关键信息的感知和利用。近年来，随着 Transformer 被用于复杂场景下的目标检测、跨模态数据融合和多视角图像分析，可以考虑引入刑侦领域中，帮助警方有效地分析和推断案件线索。同时，GPT 作为 Transformer 的生成式预训练模型，适用于自然语言处理中的文本摘要与生成等任务，也可以引入刑侦领域用于分析犯罪现场的证人陈述或

表 1 几种常用深度学习模型的性能对比

对比维度	CNN	RNN	GAN	AE
优点	图像识别精度高	处理序列数据能力强	数据生成能力强	数据压缩和特征提取能力强
缺点	计算资源消耗大	难以捕捉远距离的依赖关系	训练过程复杂，需要平衡生成器和鉴别器	可能导致过度拟合
应用场景	人脸识别指纹识别视频监控	语音识别文本分析	图像修复伪造检测	图像降噪风格转换

受害者描述等。

二、深度学习在人脸识别技术中的应用

人脸识别技术是刑侦图像处理中的重要应用之一,通过分析和识别人脸图像,能够快速、准确地确认个体身份,为侦查破案提供有力支持。深度学习的引入大幅提升了人脸识别技术的精度和效率。

(一) 基本原理

深度学习在人脸识别中的基本原理是通过构建和训练深度神经网络,自动提取人脸图像中的特征,并进行匹配和分类。CNN 是人脸识别中最常用的模型,能够有效地提取人脸图像的层次化特征,具体步骤包括预处理、特征提取、特征匹配和分类决策。其中,预处理一般是对输入的人脸图像进行标准化处理,以提高图像的质量和一致性。然后利用卷积层提取人脸图像的低级特征(如边缘、角点等)和高级特征(如眼睛、鼻子、嘴巴的形状和布局)。接下来,将提取的特征与数据库中的特征进行匹配,利用相似度度量(如欧氏距离、余弦相似度等)进行身份识别,最后根据匹配结果进行分类决策,确定输入图像的身份。

通过使用深度卷积神经网络进行端到端的训练,人脸识别系统能够学习到更加鲁棒和抽象的表示,使得系统在大规模人脸数据库中的准确性更高。此外,深度学习还为处理变化较大的实际应用场景,如跨年龄、跨种族等提供了更好的适应性。

目前,基于深度学习的人脸识别算法涵盖了多种架构和方法,CNN 是最常见和经典的深度学习结构。该技术通过多层卷积和池化操作,能够提取图像中的局部和全局特征,实现对人脸的准确识别。Siamese 网络是一种用于度量学习的网络结构,广泛用于人脸验证任务。它通过共享权重的两个网络支路,学习将同一人脸映射到特征空间中的相邻区域,从而实现人脸的精准匹配。深度嵌入网络(Deep Embedding Network)通过学习将人脸图像嵌入低维空间中,使得同一人脸的嵌入特征更为

接近,不同人脸的嵌入特征更为分散。Triplet Loss 是一种通过比较三元组样本来优化模型性能的损失函数,常被用于训练人脸识别模型。注意力机制被引入人脸识别领域,通过赋予网络对关键区域更多的权重,提高了对人脸重要特征的关注度,从而增强了识别性能。深度卷积生成对抗网络(DCGAN)结合生成对抗网络的思路,通过生成逼真的人脸图像来拓展人脸数据集,同时可以用于特征提取和识别。深度人脸验证与识别网络(DeepFace)是一个端到端的深度学习人脸识别系统,通过使用多个卷积神经网络层进行特征提取和相似性度量,实现了高性能的人脸验证和识别。这些深度学习人脸识别算法在不同场景和任务中都表现出色,其性能和效果的选择取决于具体的应用需求和数据情况。随着深度学习领域的不断发展,人脸识别算法也在不断演进,不断涌现出更多创新的思想和技术。

(二) 关键技术

深度学习在人脸识别中的关键技术包括面部特征提取、特征降维和分类算法。人脸识别的核心之一是特征提取,而深度学习通过自动学习图像中的高级特征,为人脸特征的提取提供了强大的工具。深度神经网络中的多层次结构能够自动学习并表达人脸的细微差异,从而在不同情境下实现更为可靠的识别。这种端到端的学习方式避免了手工设计特征的繁琐过程,使得人脸识别系统更具灵活性和适应性。

这些模型能够逐层学习人脸图像中的复杂特征,从而提高特征的鉴别性和表达能力,例如经典的网络结构 VGG、ResNet 和 Inception 在特征提取方面表现十分优异。此外,深度学习模型还可以用于人脸关键点的定位,如眼睛、鼻子、嘴巴等部位。这些关键点的准确定位为更精细的人脸特征提取提供了基础,有助于构建更具判别性的特征向量。这些特征向量可以通过降维技术,如主成分分析(PCA)或 t-分布领域嵌入算法(t-SNE),减少冗余信息,提高识别性能。常用的分类算法包括支持向量

机(SVM)、Softmax回归和最近邻分类器(kNN)等,每种算法都有其独特的优势和适用场景。SVM是一种监督学习模型,广泛应用于分类和回归任务中。SVM不仅能够有效处理高维数据并找到最优的超平面,还能将不同类别的样本区分开来。SVM的核心优势在于其强大的泛化能力,即使在小样本情况下也能表现出色。当深度学习模型提取出高维人脸特征后,这些特征可以被输入SVM中进行分类,进一步提高识别的准确性和鲁棒性。Softmax回归作为一种多分类逻辑回归模型,被广泛用于深度神经网络的输出层。Softmax回归通过计算每个类别的概率分布,将输入特征分类到最可能的类别中。在人脸识别中,深度学习模型提取出的特征向量可以被输入kNN中,通过比较这些特征向量与数据库中已知样本的距离,实现快速而准确的身份匹配。kNN的优势在于其简单易用且无须训练,特别适用于实时性要求较高的应用场景。

(三) 应用场景

深度学习在人脸识别技术中的具体应用场景包括但不限于以下几个方面:

犯罪嫌疑人追踪:通过监控视频中的人脸识别技术,实时识别和追踪犯罪嫌疑人,帮助警方迅速定位目标人物。

失踪人口寻找:利用人脸识别技术对比数据库中的人脸图像,快速寻找失踪人口,提高寻人效率。

监控系统增强:在人流密集的公共场所安装人脸识别系统,实时监控并识别潜在威胁,提高公共安全。

案件侦破:在案件现场或视频证据中提取人脸图像,与数据库进行比对,确认嫌疑人身份,辅助案件侦破。

(四) 案例分析

1. 矿物宝石博览会中的人脸识别系统

在第五届中国国际矿物宝石博览会举办期间,当地公安机关精心部署了一套先进的人脸

识别系统,该系统以其卓越的性能,成功预警并精准识别了348名重点关注人员,其预警的有效率高达惊人的98%以上。更为引人注目的是,这套系统还助力警方在一众人群中慧眼识珠,成功逮捕了一名在逃的全国通缉犯。

2. 南亚东南亚国家商品展暨投资洽谈会人脸识别系统

2017年6月,一场汇聚全球86国、4000多家企业的南亚东南亚国家商品展暨投资洽谈会在昆明举行,吸引了超过50万人次的参观者。为确保活动安全,组织方设置了9个人员安检口和6个车辆出入口,配备了42套人脸抓拍机和12套车辆抓拍机,并与省市级的人脸和车牌识别系统无缝对接,实现了对进出核心区域的人员和车辆的严格管理。^③在展会期间,人脸识别技术共捕获了近百万张人脸图像,成功预警405次,包括5名逃犯、1名涉毒人员、5名扒手、1名证件冒用者及其他重点监控对象328人。得益于这些高科技手段,展会期间的扒窃案件同比下降了70.8%,有力地保障了活动的顺利进行。

事实证明,深度学习在人脸识别技术中的应用显著提升了刑侦工作的准确性和效率。在大型公众活动和复杂环境中,深度学习驱动的系统通过高效特征提取、实时监控和预警,成功识别和逮捕了多名犯罪嫌疑人,确保了公共安全。这些系统的跨系统协作和数据整合能力也增强了案件侦破的整体效率,验证了深度学习技术在现代警务中的巨大潜力和实际效果。

三、深度学习在物体检测中的应用

物体检测是计算机视觉领域的重要任务之一,涉及在图像或视频中定位和识别各种目标物体。深度学习技术在物体检测中的应用显著提升了检测的准确性和效率,使其在刑侦、安防等领域得到了广泛应用。

^③参见钟海波:《基于深度学习的人脸识别技术在指挥安防建设中的应用》,载《广东公安科技》2018年第1期,第39页。

（一）基本原理

深度学习在物体检测中的基本原理是通过构建复杂的神经网络结构, 结合适当的损失函数和优化算法, 实现单类别和多类别目标的检测与区分; 再利用区域建议网络 (RPN) 生成候选目标区域, 并通过多尺度和多尺度融合技术处理不同尺度的目标; 最后通过目标定位与边界框回归技术精确定位和标识目标位置, 从而实现高效、精准的物体检测和识别。与传统的手工特征提取方法相比, 深度学习可以处理更复杂的图像数据, 具有更强的鲁棒性和泛化能力。

1. 目标定位与边界框回归

目标定位与边界框回归技术通过对检测到的目标进行精确的边界框定位, 从而准确地标识出目标的位置和大小。这一过程通常结合了深度学习网络对目标特征的提取和回归技术的应用, 使得检测系统能够输出精准的目标边界框。目标定位通过确定目标的中心点或者生成初始边界框的位置, 而边界框回归则进一步通过机器学习模型, 精确地调整和修正这些边界框, 以最终获得更为精准的目标位置信息。这种结合目标定位与边界框回归的深度学习方法为刑侦图像处理提供了更精细、准确的物体检测工具, 为犯罪侦查提供了强大支持。

2. 单类别和多类别检测

单类别和多类别检测是目标检测任务中的两种不同设置。在物体检测中, 单类别检测专注于特定类型的目标, 例如只检测车辆或只检测人员。多类别检测则需要同时识别和区分多种不同类别的目标, 如人员、车辆、动物等。这些检测任务通过深度学习网络结构和适当的损失函数来实现, 使得系统能够在同一场景中同时处理多个类别的目标。这两种设置在实际应用中都具有重要意义, 因为它们能够满足不同任务和场景对目标检测的不同需求。随着硬件技术的进步, 深度学习模型在物体检测中越来越注重实时性和高效性。一些轻量级的网络结构以及模型压缩技术的引入, 使得物体检

测能够在计算资源有限的设备上实现高效的运行, 从而更适用于现场刑侦工作。

3. 区域建议网络 (RPN)

RPN 在物体检测中起着关键作用, 用于生成候选目标区域。它利用 CNN 提取特征, 并结合锚框技术在输入图像中产生多个候选区域。这些区域随后会通过分类和边界框回归模块进一步处理, 以精确定位和识别目标。在刑事侦查中, RPN 的应用为快速而精准的目标检测提供了基础, 为犯罪调查提供了强大的技术支持。RPN 的成功应用使得整个目标检测系统能够在端到端的训练中协同学习, 提高了目标提议的准确度。其高效的实时目标检测能力, 使其在视频监控、罪案现场图像分析等刑事侦查场景中具有显著优势。因此, RPN 在刑侦图像处理中的广泛应用为加强对犯罪证据的识别和分析提供了关键技术, 推动了刑事侦查的现代化和智能化。

4. 多尺度与多尺度融合

多尺度和多尺度融合技术在刑侦图像处理中被广泛应用, 通过采用多尺度的特征提取方法, 系统能够有效捕捉图像中目标的不同尺度信息, 提高目标检测的适应性。这对于刑事侦查中常见的目标尺寸变化以及环境复杂性的情况至关重要。同时, 多尺度融合技术通过整合来自各尺度的特征, 有助于消除信息缺失、提升系统对图像内容的整体理解, 从而增强对犯罪现场图像的解读能力, 为刑事调查人员提供更为全面、准确的视角。

多尺度和多尺度融合技术的优势在于通过综合利用多尺度信息更全面地把握图像内的目标特征, 提高目标检测的鲁棒性。在刑侦领域, 它不仅有助于准确定位犯罪现场的关键目标, 还能为侦查人员提供更有力的线索, 推动犯罪调查工作的深入进行。因此, 多尺度和多尺度融合技术的应用为刑侦图像处理提供了重要的工具, 为提高犯罪侦查效率和准确性作出了积极贡献。

（二）主要算法

深度学习在物体检测中的主要算法包括区域卷积神经网络（R-CNN）、快速 R-CNN（Fast R-CNN）、更快速的 R-CNN（Faster R-CNN）、单次多框检测（SSD）和 YOLO 等。这些算法各有特点，适用于不同的应用场景。R-CNN 是深度学习物体检测的开创性工作，通过选择性搜索用于生成候选区域，随后每个区域通过 CNN 进行特征提取和分类。R-CNN 在提高检测准确性方面有所帮助，但速度较慢，因为需要单独处理每个候选区域的特征。对此，Fast R-CNN 对其进行了改进，通过将候选区域映射到特征图上，并利用 RoI（Region of Interest）池化层提取固定长度的特征向量，显著提高了计算效率。此外，Fast R-CNN 在单个网络中同时进行目标定位和分类，进一步提高了检测速度和精度。Faster R-CNN 作为当前物体检测领域中精度和速度表现都较好的算法之一，该算法引入了区域提议网络，用于生成候选区域，从而消除了选择性搜索的计算瓶颈。RPN 与 Fast R-CNN 共享卷积特征，使得 Faster R-CNN 不仅提高了检测速度，还保持了高精度。SSD 直接在多尺度特征图上预测边界框和类别，无须区域提议步骤，从而实现了实时物体检测。其高速检测能力适用于实时性要求高的场景，如视频监控和自动驾驶。YOLO 将物体检测简化为单个神经网络的回归问题，直接预测物体边界框和类别，实现高效的物体识别。YOLO 的最大优势在于其极快的检测速度能够在实时处理视频帧时实现高效的物体检测，适用于需要快速响应的应用场景，如无人机监控和实时安全检测。

（三）应用场景

深度学习在物体检测中的应用场景广泛，如刑侦案件现场分析、视频监控系统、交通管理和智能搜救等。一方面，可以通过分析监控视频和现场照片，自动检测和识别嫌疑人、车辆、武器等目标物体，帮助警方快速锁定犯罪

线索。另一方面，在公共场所和重要区域部署物体检测系统，实时监控异常行为，如携带危险物品、遗弃可疑包裹等，提高公共安全水平。同时，可以利用物体检测技术识别车辆、行人、交通标志等，实现智能交通管理和违章停车、闯红灯等交通违法行为监控。最后是智能搜救方面，在灾害现场，可以通过无人机和物体检测技术，快速定位被困人员和重要物资，提高救援效率。

（四）案例分析

在金华市公安智慧警务的案例中，金华公安通过建立覆盖全市的智能视频监控系统，系统集成大量监控探头和智能卡口，每日处理数千万条车辆通行记录，并整合各类社会监控设备。利用深度学习模型，特别是在目标检测领域的应用，金华公安局实现了对人、车、RFID 等动态信息的实时感知和智能分析。具体而言，金华公安利用视频萃取技术和先进的目标检测算法，如基于深度学习的单类别和多类别检测模型，成功实现了对重点人员和车辆的精准识别和跟踪。通过 RPN 的应用，系统能够在复杂的城市环境中生成高质量的候选检测框，并通过目标定位与边界框回归技术精确定位目标位置，从而提升了实时监控和应急响应的能力。这些技术的应用使金华市公安局在刑侦工作中取得了显著成效。例如，系统能够准确地识别和记录犯罪嫌疑人的活动轨迹，为警方提供了重要的线索和案件侦破支持。同时，视频图像的智能化分析和处理大幅提高了视频破案率，截至 2018 年底，同比 2016 年全市接警数下降 15.05%，刑事案件下降 31.94%，治安案件下降 13.25%。视频应用在刑事案件侦破中的效果显著增强，视频打处占比从 2016 年的 32.44% 提升到 2018 年的 36.36%，视频破案占比从 2016 年的 38.34% 增至 2018 年的 45.28%。^④这些措施显著提升了警情案情处理效率，还增强了群众的安全感，整体社会治安形势持续向好。

^④参见郑辉：《全域智能框架下的智慧警务建设》，载《数字通信世界》2020 年第 11 期，第 55 页。

四、深度学习在行为分析中的应用

(一) 基本原理

行为分析的基本原理是利用计算机视觉和模式识别技术,通过分析目标的动态行为数据,从中提取特征并进行模式识别,以达到对异常行为或潜在威胁的检测和预警。该技术主要包括行为检测和行为识别两个步骤。

行为检测是在视频中定位和分割出行为的动态信息,这是行为识别的前提。行为检测通常使用深度学习的方法,如 CNN 和 RNN,在复杂背景下能够准确地检测出行为。行为识别则是通过比对行为的动态信息确定行为类型,关键在于提取行为的特征,包括目标的运动轨迹、速度、姿态等。深度学习方法,如 CNN 和 RNN,已经在行为识别中取得了显著效果。在公安视频监控中,行为分析技术应用非常广泛。例如,通过行为分析,公安部门可以快速发现监控视频中的异常行为,如打斗、逃跑等。此外,行为分析还可以用于人群管理,如人群聚集、人流密度估计等。

(二) 关键技术

1. 动作识别与行为分类

使用 CNN 和 RNN 等深度学习模型,对视频中的目标进行动作识别和行为分类。这些模型能够从视频帧中提取时空特征,识别出目标的不同动作,如行走、奔跑、打斗等,为警方提供实时监测和分析能力。

2. 行为轨迹分析

利用多摄像头系统和视频流数据,对目标在时间和空间上的运动轨迹进行跟踪和分析。通过建立行为轨迹模型,系统能够检测异常的行动模式或停留行为,帮助警方理解和预测目标的活动路径。

3. 群体行为分析

分析群体中个体之间的互动、姿态和动作,识别出群体的集体行为模式。深度学习模型能够评估群体行为的稳定性和安全性,提前预警可能的群体事件或冲突,为治安管理和公共安

全提供支持。

4. 情绪识别与态势感知

结合情感识别技术,分析目标的面部表情、身体语言和声音,识别不同情绪状态和态势变化。这种技术能够帮助警方识别犯罪嫌疑人或精神状态异常者,及时干预和处理潜在的安全风险。

(三) 应用场景

公共安全监控:在重要场所和事件中,通过监控系统实时分析和预警异常行为,保障公众安全。

刑事侦查:通过分析嫌疑人或目标的行为模式,提供案件侦破的关键线索和证据。

治安管理:对城市公共空间进行实时监控,预防和应对突发事件和治安问题。

事件预测:通过分析群体行为和动态轨迹,预测可能发生的事件和冲突,提前采取措施防范风险。

(四) 案例分析

浦东新区公安视频监控系统升级,结合深度学习技术,实现了对 200 路人脸、200 路行为和 800 路人体的解析,显著提升了监控系统的智能化水平。系统新增了行为解析功能,实时监控和预警人群聚集、快速移动、剧烈运动等异常行为。通过视频结构化解析和信息关联分析,展示特定目标的行为轨迹。在实际应用中,系统依据“事前布控、实时预警”的设计思路,从平台获取流量数据并对关键视频图像进行布控,快速识别潜在安全威胁并提供实时预警,大幅缩短了应急响应时间,提高了处理城市安全事件的效率,减少了损失风险。

智能分析系统为浦东公安局提供了强大的信息化手段,涵盖交通管理、治安管理等多个业务应用领域。在重大安保、视频巡逻、调查取证及治安案件调查中,系统通过精准的行为解析和轨迹展示,帮助警方快速锁定目标,提升案件侦破效率。^⑤自该系统投入使用以来,浦东新区的公共安全管理水平显著提升,警情

^⑤参见王昊宇:《智能分析系统在公安视频监控中的应用研究》,载《中国市政工程》2019年第2期,第100、103页。

案情大幅下降,破案率和打处率大幅上升,为保障社会稳定和公众安全作出了重要贡献,使浦东新区在公共安全管理方面走在了全国前列。

五、优势与挑战

(一) 优势

1. 高效的特征学习

深度学习模型通过多层次的神经网络结构,能够自动学习图像中的复杂特征,避免了传统图像处理方法中需要手动设计特征的繁琐过程。这使得刑侦图像处理中的特征提取更为高效和精准,为后续任务提供了更为可靠的基础。

2. 强大的泛化能力

深度学习模型在大规模数据集上的训练使其具备强大的泛化能力,能够处理各种不同场景和条件下的刑侦图像。这使得模型在实际应用中更具灵活性,能够处理各种复杂的图像情境,提高了刑侦工作的适应性和智能化水平。

3. 多任务学习的优势

深度学习框架支持多任务学习,即在一个模型中同时处理多个相关任务。例如,在同一模型中结合人脸识别、物体检测等任务,使得模型能够综合利用不同任务的信息,提高整体效能。这对于刑侦图像处理中需要综合多个信息源的情况尤为重要。

4. 实时性和高效性

随着硬件技术的不断进步,深度学习模型在图像处理中的实时性和高效性不断提高。一些轻量级的网络结构以及模型压缩技术的引入,使得刑侦图像处理能够在计算资源有限的设备上实现高效的运行,更适用于实际场景中的刑侦工作。

(二) 挑战

1. 数据隐私问题

深度学习模型需要大规模的训练数据来取得良好的性能,但随之而来的问题是涉及个人隐私的图像数据可能面临泄露的风险。保护犯罪嫌疑人和无辜公民的隐私成为一个重要的挑战,需要在技术研究和法律法规方面寻找平

衡点。

2. 模型的鲁棒性

深度学习模型对于一些对抗性攻击(adversarial attack)具有一定的敏感性,即使在微小的干扰下也可能产生误导性的结果。这使得模型在刑侦图像处理中的鲁棒性成为一个需要解决的问题,以确保模型在复杂和恶劣环境下的可靠性。

3. 模型的可解释性

深度学习模型通常被认为是“黑盒”模型,难以解释模型内部的决策过程。在刑侦图像处理中,模型的可解释性是至关重要的,尤其是在司法系统中需要解释模型结果的情况下。因此,如何增强深度学习模型的可理解性是一个迫切需要解决的问题。

4. 对小样本的处理

深度学习模型通常需要大量的标注样本进行训练,但在刑侦图像处理中,有时可能只有有限的标注数据。如何在小样本情况下训练出稳健的深度学习模型,仍然是一个需要深入研究的问题。

结语

深度学习在刑侦图像处理领域展现出了显著的优势,为提高犯罪侦查的效率和准确性提供了有力的支持。该技术在大规模数据上训练的模型具备强大的泛化能力,能够适应不同场景的刑侦图像处理需求。多任务学习的优势则使得模型能够综合利用多个任务的信息,更好地服务于复杂的刑侦环境。然而,面临的挑战包括数据隐私问题、模型的鲁棒性、可解释性以及对小样本的处理。在处理数据隐私问题上,需要采取有效的保护措施,以确保敏感信息不会被滥用。同时,提高模型的鲁棒性和可解释性,以及优化在小样本情况下的模型训练策略,是未来研究亟待解决的问题。

总体而言,深度学习在刑侦图像处理中的应用为犯罪侦查提供了新的可能性,然而要更好地应对挑战,需要跨学科的合作和全方面的思考。未来应当聚焦于提高模型的鲁棒性、加

强数据隐私保护、提升模型的可解释性等方面, 面、可持续的发展。
以实现深度学习技术在刑侦图像处理中的更全

A Research on the Application of Deep Learning Technology in Criminal Investigation Image Processing

Chen Hanying, Hu Rongxi

(Shuangqing Public Security Bureau, Shaoyang, 422000, Hunan)

Abstract: The application of deep learning technology in criminal investigation image processing has demonstrated remarkable achievements, especially in the fields of face recognition, object detection and behavior analysis. By simulating the working mode of the human visual system, deep learning technology can effectively process complex images, thereby extracting clues and evidence from image data and related information of crime scenes. Multiple successful cases have emerged nationwide. However, the robustness of models, data privacy protection, algorithm fairness, and real-time performance remain the main challenges faced by deep learning technologies. However, deep learning technology, with its powerful data processing and precise analysis capabilities, has significantly improved the efficiency and accuracy of criminal investigation image processing, providing broad development space for future research and practical applications.

Key words: deep learning; criminal investigation image processing; facial recognition; object detection; behavior analysis

(责任编辑: 芙 蕙)

元宇宙视域下链游犯罪案件的侦查难点及应对

程聪聪

(中国刑事警察学院, 辽宁 沈阳 110854)

摘要:近年来,元宇宙链游犯罪在黑灰产业领域高发、频发,给我国金融秩序的安全与稳定带来了新风险,主要包括洗钱风险、传销风险、非法集资风险、赌博类风险等。从司法实践出发,元宇宙链游犯罪的侦查难点主要包括四个方面,分别为犯罪发现难、证据查控难、资金追溯难、侦查协作难。为有效打击该类犯罪,公安机关应建立链游犯罪预警算法模型、规范取证模式、运用图计算模型追溯资金流向、完善协作机制,提升打击元宇宙链游犯罪的应对能力。

关键词:元宇宙;链游犯罪;犯罪风险;侦查难点;侦查对策

中图分类号:D631.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0085-09

引言

随着区块链技术的迅猛发展,“元宇宙”(Metaverse)这一虚拟世界逐渐走入现实,在加密资产、沉浸式教学、数字孪生、AR/VR等诸多领域应用落地,实现了虚拟与现实的交融互动。作为打造科技产业链条的关键一环,元宇宙已经成为世界各国政府竞相布局的新高地。在多方资本进入的同时,元宇宙潜在的犯罪风险已初露端倪。其中,“链游生态”犯罪尤为突出。“元宇宙链游”作为一种新生事物,具有较强的新颖性和迷惑性,经常出现一些披着链游外衣行各种违法犯罪之实的乱象,容易被不法分子恶意利用,成为实施传销、洗钱、诈骗等犯罪活动的新型作案工具。

一、元宇宙链游犯罪相关概念

(一)链游与元宇宙

“链游”,区块链游戏的简称,也称GameFi(即Game Finance,游戏化金融)。简单来说,GameFi指的是将去中心化金融产品以游戏的方式呈现,将DeFi的规则游戏化,完成游戏道具与NFT(非同质化代币)之间的价

值转换,即 $GameFi=DeFi+NFT+游戏$ 。^①链游的模式主要分为NFT模式、DeFi模式、社交娱乐模式以及共识机制模式四种,玩家可以在游戏中获得的代币、装备、道具和其他NFT通过交易市场出售并获得收益,这与其宣扬的P2E模式(play to earn)即“边玩边赚”属性相契合,也是目前链游项目的最大亮点。

“元宇宙”(Metaverse)起源于1992年的国外科幻小说《雪崩》,斯蒂文森在文中描述了一个平行于或者超越现实世界的网络世界——元界。^②元宇宙本质上是对现实世界虚拟化和数字化的过程,利用NFT完成虚拟商品的数字资产化和交易流通,实现了数据价值的有效流转。元宇宙链游在智能合约规则的约束下,以NFT为载体,通过购买游戏中的虚拟资产、道具、货币等方式获得收益,实现个人游戏资产的私有化。但元宇宙链游在繁荣发展的同时,也为犯罪分子利用链游平台和游戏玩家实施犯罪活动提供了便利条件。

(二)链游犯罪

“链游犯罪”并非传统意义上的刑法罪名,

收稿日期:2024-03-10

作者简介:程聪聪,男,中国刑事警察学院研究生院公安专业硕士研究生,主要研究方向为经济犯罪侦查。

基金项目:2023年度中国刑事警察学院研究生创新能力提升重点项目“区块链技术下利用虚拟货币洗钱犯罪侦防对策研究”(2023YCD02)

①参见《链游有多火爆,被割的“韭菜”就有多惨!》,载微信公众号“成都链安”,2021年12月2日上传。

②参见陈飞林:《元宇宙业态下链游传销犯罪侦查对策研究》,载《广州市公安管理干部学院学报》2022年第4期,第35页。

而是针对当前出现的一种新型犯罪的总称。目前我国学术界对“链游犯罪”还没有统一的定义。笔者基于“网络犯罪”的概念,将“链游犯罪”定义为“行为主体以链游平台为犯罪对象或利用链游平台,故意实施针对链游平台安全或者利用链游平台侵犯国家以及公民的合法权益,破坏社会经济秩序的行为”。根据上述定义可知,明确链游犯罪的客观行为对确定该类犯罪的性质尤为重要。

通过对链游犯罪的定义进行剖析,可将其客观行为概括为犯罪分子通过攻击链游平台造成了巨大经济损失,或通过搭建链游平台吸引玩家参与,并利用平台特定规则变相实施洗钱、非法集资等犯罪行为。值得注意的是,许多犯罪虽利用链游的名义实施违法犯罪活动,但实际并不存在真正的链游平台,笔者认为也应将其归入链游犯罪系列。

二、元宇宙视域下的链游犯罪风险

(一)以链游平台为犯罪对象的风险

链游是一种以区块链技术为基础的带有金融属性的综合游戏,其相关数据存储在每个区块链节点上,具有不可篡改的特性。但链游上的数据并非绝对安全,犯罪分子为了牟取非法利益,往往会采取多种技术手段攻击区块链系统,如 51% 攻击、双花攻击、恶意节点攻击等。2022 年 3 月 23 日,热门链游 Axie Infinity 被盗事件震惊全球, Sky Mavis 的 Ronin 验证器节点和 Axie DAO 验证器节点遭到了黑客的破坏。黑客先后通过两笔交易,从 Ronin 桥接了 17.36 万个 ETH(价值 5.91 亿美元)和 2550 万美元的现金至自己的账户钱包中。^③此次 Axie Infinity 被盗事件带来的负面影响远大于资金损失,使 NFT 游戏的安全性遭到巨大质疑,降低了游戏玩家对区块链和 P2E 模式的信任度。

通过上述事件可以看出,以链游平台为对象实施犯罪,篡改或盗取计算机信息系统数据,破坏计算机信息系统正常运行,同时造成巨大

经济损失的行为,应以盗窃罪、非法侵入计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统罪、非法控制计算机信息系统罪分别定罪量刑,必要时可数罪并罚。

(二)利用链游平台实施犯罪的风险

虚拟货币作为链游内的虚拟财产与法币相互转换的关键纽带,其天然存在去中心化、匿名性、跨境性等特点,使得链游平台存在被不法分子利用从事以下犯罪活动的风险。

1. 洗钱风险

链游可通过 NFT 道具实现虚拟货币与法定货币的双向转换,犯罪分子利用这一特性实现赃款洗白,链游则自动或被动地成为不法分子实施洗钱犯罪的工具。

(1) 主动洗钱

主动洗钱是指链游的开发商或者运营商以“链游”之名行“洗钱”之实,通过开发某种火热链游吸引玩家参与,并限定玩家只能使用比特币、莱特币等虚拟货币充值游戏,平台吸收资金后,再通过发放奖励的方式将具有赃款性质的虚拟货币转移给玩家,从而达到赃款洗白的目的。

(2) 被动洗钱

被动洗钱则是指链游平台被当作洗钱的工具,玩家将具有赃款性质的虚拟货币充值在链游账户中,再通过游戏机制获得洗白的 USDT 奖励并将其提现。在违法所得洗白的过程中,即使整个链游平台对此并不知情,但在客观上帮助了不法分子完成洗钱活动,仍有可能被认定为洗钱罪的帮助犯。

2. 传销风险

传销通过不断发展下线获取利益,其最大的特点便是层级性和财富的非法获得。玩家需要通过购买游戏道具、人物英雄、代币等才能参与游戏,而链游项目方如果再采用传销手段发展新玩家,就极有可能构成组织、领导传销活动罪。具体而言,链游项目方采用层级性返

^③参见《Hub.Ronin 被盗官方梳理:6 天前发现漏洞,5 个私钥被盗》,载微信公众号“零度 Metaverse Hub”,2022 年 3 月 30 日上传。

利的推广规则,上线玩家通过推送二维码、分享链接等方式发展下线新玩家,上线玩家不仅可以获得下线玩家的初始充值分成,还能按照一定比例获取下线玩家在游戏中赚取的收益,并且该返利可以进行层级性传递。但如果链游平台仅想通过扩大规模来吸引玩家的参与,那么单纯的层级性返利并不必然构成组织、领导传销活动罪。

3. 非法集资风险

非法集资罪的构成包括四个要件,即非法性、社会性、公开性、利诱性。链游作为一种具有 P2E 属性的大众游戏,天然具有后三个特性。因此,判断某链游项目是否构成非法集资罪的关键在于是否具有非法性,即是否公开承诺保本付息或通过变相设置游戏规则实际达到类似承诺保本付息的效果。保本付息在链游中具体表现为,链游平台通过设置特定的游戏规则,使游戏玩家充值一定的虚拟货币购买某一英雄角色、道具以及宠物等,并经过一段时间自动升级为价值更高的角色、道具,同时可以兑换更多的虚拟货币,这种规则便是一种变相的保本付息承诺。

4. 赌博类风险

司法实践中,链游平台是否具有赌博类犯罪风险,需要注意以下两个方面。一方面,是否具有提现功能,即该游戏玩家可否通过玩游戏获取虚拟货币,并且该虚拟货币能否在二级市场自由交易和与法定货币自由兑换。另一方面,该款链游是否具有偶发性,即一款链游的主要游戏模式是否为通过开盲盒或参加并赢得棋牌活动等赌“概率”的形式获得奖励,是否呈现出一种射幸行为。若具有网络赌博性质的链游项目提供代理服务、抽头返利、提供充值账户等具有支付结算、技术支持和广告推广属性的外部服务,则可能涉嫌赌博罪或成为开设赌场罪的共犯。

5. 非法经营风险

由于我国严禁金融机构开展虚拟货币与法定货币的兑换业务,很多以太坊链游玩家并没有合法渠道参与链游,因此滋生了一大批从事链游代理的商家。代理商为牟取非法利益,在未获得国家有关部门批准的情况下,自行搭建境外服务器,私自架设非法网络换汇平台,通过回收和代币充值各类网络游戏的方式,为他人提供币币兑换服务,并从中获取高额手续费。^④此外,若在链游平台进行的 ICO 涉及某种证券发行行为,就可能会被认定为非法证券活动交易平台,进而存在构成非法经营的犯罪风险。

6. 侵犯著作权风险

当链游玩家在游戏中获取角色、装备等 NFT 形式的虚拟资产时,这些所有权已发生转移的 NFT 著作权仍属于其创作者。此外,链游领域常见的开发游戏外挂,往往需要突破原游戏软件的技术保护措施,并在此基础之上进行增补、删减或调序,这便违反了相关著作权条例。因此,若行为主体对 NFT 形式的虚拟资产存在复制或开发行为,且对著作权人造成较大数额的损害,则可能承担侵犯著作权的刑事责任。

三、元宇宙链游犯罪案件的侦查难点

(一) 犯罪发现难

元宇宙链游本质上是一种新型的 DeFi“挖矿”模式,链游本身的游戏属性一定程度上淡化了投资属性,致使发生在链游背后的金融犯罪难以被察觉。一方面,以区块链为底层技术的链游,通常采用虚拟货币作为结算工具,天然具有跨链性,每条区块链都可建立起独有的交易方式,不同区块链之间也可建立临时的关联,这使得链游犯罪手段隐蔽、犯罪链条难以查清。另一方面,元宇宙链游尚处于发展初期,我国对链游犯罪尚未有一个准确的界定,也没有建立起针对链游犯罪的专门性监管体系,导致办案人员难以对链游异常行为准确定性,犯

^④参见《惊天大案!用游戏点卡非法换汇,涉案竟高达250亿元...》,载澎湃网,https://m.thepaper.cn/baijiahao_15149267,2021年10月30日上传。

罪发现难度呈指数型增长。

从众多实际案例来看,犯罪分子为吸引玩家参与,通常会与热潮链游项目相结合实施犯罪行为,其表现形式呈现多样化和复杂化特征,如空气币陷阱、庞氏骗局、数据造假等,犯罪手段十分隐蔽,侦查人员无法从表面直接发现犯罪线索。其中,犯罪分子为隐藏交易路径,大多会使用 Facebook、Twitter 等境外社交软件进行交易。利用电子货币等网上支付工具收支资金,整个犯罪过程难以被发现,监管和追踪难度大大增加。此外,在案件侦办过程中,由于区块链技术具有去中心化特征,侦查人员难以发现犯罪分子的真实身份和交易细节,只有取得多个区块节点和个体授权,才能获取关联信息以追踪犯罪行为。

(二) 证据查控难

1. 电子证据提取难

链游犯罪属于非接触性犯罪,犯罪证据大多属于电子数据,这要求办理该类案件的侦查人员不仅具备专业的法律素质,还要兼备相应的技术能力。但在实际案件中,公安机关缺少专业人才和相关技术设备,面对海量数据,电子证据提取效率低下。同时电子证据具有易变性、易篡改性等特点,存储在电子介质上的数据信息一旦遭受破坏,其包含的证据内容就会产生变化,进而影响电子证据的真实性和完整性。

2. 跨境取证难

在链游犯罪中,犯罪分子为了躲避监管,寻求犯罪空间,往往会将链游服务器设置在境外,因此侦查人员难以收集存储于境外的电子数据。司法实践中,由于跨境取证需要执法部门层层逐级上报,程序繁杂,且耗时长,审批的滞后性为犯罪嫌疑人销毁证据提供了时间。此外,不同国家链游法律地位的差异、单边跨境取证涉及侵犯国家主权等都使刑事司法协助难以顺利开展,不同国家之间的管辖权难以确定,导致侦查人员无法获取证实链游犯罪发生的直接证据。

(三) 资金追溯难

1. DeFi 交易痕迹识别难

DeFi 作为链游的底层逻辑,其将流动性挖矿过程用游戏取代,用户想要参与链游就必须将主流虚拟货币兑换为游戏项目方的代币,即通过去中心化交易所(DEX)进行币币交易。去中心化交易模式是基于区块链上的智能合约记录交易的发生,并自动将相应数量资产转移给交易方。智能合约允许没有第三方的可信交易,用户可以通过私钥完成授权和身份证明,其身份信息仅以一串数字代码的形式呈现。因此,链游玩家在进行币币兑换时,无须向某个区块节点进行身份认证便可完成交易,且公安机关无法直接调取存储于合约代码中的相关数据,导致整个虚拟货币交易痕迹难以被识别。

2. 虚拟货币流转层级复杂化

从玩家兑换虚拟货币“入场”时起,到链游平台“跑路”时止,贯穿整个链游过程的媒介是虚拟货币,整个资金链路形成多元化的区块链资金盘。在区块链资金盘流转过程中,主要是法币、虚拟货币以及游戏代币三者之间在链上、链下多次反复流转,不断切换区块链和币种,形成了一个完整且复杂的资金链路,即法币→主流虚拟货币→游戏代币→增值 NFT→主流虚拟货币→法币。以利用链游洗钱犯罪为例,犯罪分子将上游犯罪违法所得通过去中心化交易所兑换为主流虚拟货币,后通过链游钱包兑换为游戏代币并购买相关 NFT 道具,并对通过挖矿增值的 NFT 道具进行多次买卖,最终获取洗白的主流虚拟货币或法币,以达到赃款洗白的目的。

(四) 侦查协作难

1. 跨区域间侦查部门存在协作壁垒

链游犯罪不受时空限制,犯罪地往往涉及多个地区,犯罪空间呈现多元化特征,因此公安机关需要进行异地侦查,跨区域作战。在跨区域侦查过程中,仅靠一个部门往往难以为继,需要得到经侦、网安、情报等部门的协作配合。但目前异地协查仍存在公安机关被动参案的情

况，部门间协作效率低下，无法实现警力资源的有效配置，导致现有公安机关组织架构难以适应链游犯罪等涉众型经济犯罪，跨区域侦查协作存在壁垒。

2. 侦查机关与链游平台难以协调配合

一方面，链游作为一种去中心化游戏，宽松的监管政策更有利于链游的发展，而侦查机关的介入必然会影响链游平台的收益，这与侦查机关的协作请求相矛盾。另一方面，一些链游平台内部存在违法、违规行为，为了规避法律风险，纷纷消极应对侦查机关的协作请求。上述两方面导致侦查机关和链游平台难以形成统一战线。

四、元宇宙视域下链游犯罪案件的侦查对策

（一）建立链游犯罪预警算法模型

链游犯罪将多种犯罪模式融入游戏内部规则，为通过链游平台实施犯罪披上合法的外衣，侦查人员难以从外部察觉异常行为。为精准打击该类犯罪，笔者以决策树中的 C4.5 算法为核心，以海量数据特征为基础，建立数据挖掘模型，实现对链游犯罪的监测预警。^⑤

1. 建立犯罪预警模型

运用 C4.5 算法对链游犯罪进行预警监测，需借助大量相关数据，根据实践案例可知，其数据来源主要包括以下三个方面：

（1）链游平台：平台注册数据（注册资金、上市信息、经营风险、司法风险、经营状况、知识产权）、账户交易数据（虚拟货币与游戏代币兑换汇率、NFT 数量与价值、游戏总产出、游戏总消耗、交易周期）。

（2）链游玩家：游戏玩家身份数据（玩家注册基本身份信息、注册地址、玩家活跃量与年龄分布情况）、游戏玩家资产数据（虚拟货币兑换类别、充值金额、提现金额、充值周期）。

（3）区块链开发者：账户数据（账户公钥、账户私钥、账户资产、数字证书、账户所在机构）、实体数据（钱包地址、地址余额、发起方地址、接收方地址、存储数据与实体数据备注）、区块数据（随机数、哈希、gas、摘要值、时间戳、默克尔树根、区块高度）。

对上述数据进行分析研判，并以相关数据特征为分类标准进行排序，生成线索来源数据、案件类型数据、涉案人员数据、犯罪模式数据、高危区块数据等数据集合，将不同犯罪数据样本集合融入 C4.5 模型算法，采用递归方式由上往下对决策树内部节点进行分割，以犯罪属性阈值为临界点，判定父节点下方的子分类别，循环往复，直到所有犯罪数据样本“纯度”达到一定标准，最终得到决策树结论（见图1）。

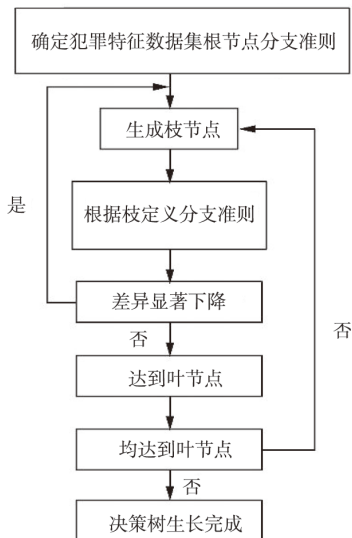


图1 决策树生成图

^⑤参见韩存鸽、叶球孙：《决策树分类算法中 C4.5 算法的研究与改进》，载《计算机系统应用》2019 年第 6 期，第 199 页。

决策树形成的过程主要包括四个核心步骤:

第一步, 设 S 是犯罪数据样本集合, 内含 m 个样本类别, 将 S_i 看做集合中的第 i 个样本数值, P_i 是任意样本属于犯罪数据样本集合的概率 (用 S_i/S 来表示), 则对一个确定的样本分类的信息熵 $INFO(S)$ (熵越大, 犯罪随机变量的不确定性越大), 计算公式为:^⑥

(1)

$$INFO(S_1, \dots, S_m) = - \sum_{i=1}^m P_i \log_2(P_i)$$

第二步, 设犯罪属性 A 中具有 V 个样品子集 S_1, S_k, \dots, S_v , 其中 S_j 包含 S 中的部分样品子集, A 犯罪属性的对应值也具有 V 个 a_i, a_k, \dots, a_v 。如果将 A 选作测试属性, 则这些样品子集对应由包含集合 S 的节点生长出来的分枝。^⑦设 S_{ij} 是子集 S_j 中的样本数值, 则根据由 A 划分成子集的熵由下式给出:

(2)

$$INFOA(S) = \sum_{i=1}^v \frac{S_{ij} + \dots + S_{mj}}{S} \times INFO(S_{ij}, \dots, S_{mj})$$

第三步, 当 a_i 为犯罪属性 A 的某一对应值, 以犯罪属性 A 为样本进行子集分割, 得出犯罪属性 A 的犯罪数据的分裂信息熵 $INFO(A)$ (熵值越小, 子集划分纯度越高) 为:

(3)

$$INFO(S_{1j}, S_{2j}, \dots, S_{mj}) = - \sum_{i=1}^m P_{ij} \log_2(P_i)$$

第四步, 犯罪数据属性 A 的信息增益率为:^⑧

(4)

$$Gain-Ration(A) = \frac{Gain(A, S)}{INFO(A)}$$

2. 优化犯罪预警模型

在决策树预警模型建立后, 由于犯罪样本数据可能会出现噪声点和离群点, 导致产生一些反应训练样本中的异常分支, 即节点过度拟合。^⑨为优化决策树, 需运用与 C4.5 算法高度契合的悲观剪枝进行模型修剪。

由悲观剪枝技术得知, 当 t 满足 $e'(t) \ll e'(Tt) + S(e'(Tt))$ 时, 则该节点应被裁剪。其推导过程如下:

(5)

$$e'(t) = \left[e(t) + \frac{1}{2} \right]$$

(6)

$$e'(Tt) = \sum e(i) + \frac{Nt}{2}$$

(7)

$$Se(e'(Tt)) = \frac{1}{\left(e'(Tt) \frac{n(t) - e'(Tt)}{n(t)} \right)^2}$$

其中, $e(t)$ 为点 t 的误差值, Nt 为 Tt 分支节点数, $N(t)$ 为节点 t 训练样本数, i 为 Tt 分支节点。

以决策树根部节点为起始点, 逐个计算每个节点的期望错误率:

(8)

$$q = \frac{f + \frac{Z^2}{2N} + Z \sqrt{\frac{f}{N} - \frac{f^2}{N} + \frac{Z^2}{4N}}}{1 + \frac{Z^2}{N}}$$

⑥参见华红艳:《基于数据挖掘聚类分析的犯罪预警方法研究》,载《信息技术》2020年第12期,第39页。

⑦参见山石网科安全技术研究院:《深入浅出决策树》,载微信公众号“工控安全实验室”,2022年7月29日上传。

⑧参见姚岳松、张贤勇、陈帅等:《基于属性纯度的决策树归纳算法》,载《计算机工程与设计》2021年第1期,第143页。

⑨参见《C4.5算法剪枝1》,载微信公众号“SPSS学堂”,2019年5月31日上传。

其中, q 为节点期望错误率, f 为观测的错误值, Z 为选定匹配值。当 q 结果为正值时, 则将该值作为置信度的上限阈值。剪掉测试节点后, 若 q 值大于置信度的最低阈值时, 则保留该决策树节点下的所有分支节点, 反之剪掉该节点。

3. 检验犯罪预警模型

链游犯罪预警模型建立后, 需对其置信度进行验证以检验模型的可信性。设 X 为案件特征, Y 为案件类型, X 、 Y 同时发生的案件占该类案件的置信度公式为:

(9)

$$SUPPORT(X,Y)=\frac{P(X,Y)}{P(ALL)}$$

其中, $SUPPORT(X,Y)$ 为置信度, $P(ALL)$ 为该类案件的总量, X 、 Y 同时发生的案件占该类案件总量一半以上时, 则认为该模型具有可信性。

(二) 规范取证模式

链游犯罪证据类型多是以数字化形式存储于计算机中的电子证据, 不仅难以提取、固定和保存, 而且难以收集全面。为解决链游犯罪案件中取证难的问题, 公安机关应从取证程序、取证技术两方面入手, 以保证案件证据链的完整性。其一, 在取证程序方面, 链游犯罪案件证据数量庞大且复杂, 侦查人员收集证据时必须客观全面, 深挖余罪关联证据。在收集电子证据的同时, 也要严格按照正确的取证步骤进行, 必须符合相关取证程序。如提取电子证据时, 需对原始存储介质进行情况说明, 也需邀请与案件无关的人员作为见证人, 否则就会导致证据失真或者作为非法证据予以排除。其二, 在取证技术方面, 在链游犯罪实践案例中, 由于公安机关缺乏专业的电子数据提取存储技术, 在电子取证过程中提取数据不完整或关键证据缺失的现象时有发生, 导致取证工作难以

顺利完成。因此, 侦查人员掌握新型电子取证技术已经迫在眉睫, 如可将取证工作与区块链、云计算、大数据等高新技术相结合, 以提高侦查人员的取证能力。

在完善取证程序、提高取证技术的同时, 也要做好跨境取证方面的工作。传统跨境取证主要是通过刑事司法协助的方式完成, 但由于不同国家法律性质的差异, 导致跨境取证程序和司法衔接尤为繁琐, 取证跨度时间过长。为解决跨境电子取证的难题, 笔者认为, 应从简化取证程序、建立跨境取证数据共享平台以及签订多边条约等方面入手, 完善不同国家间的取证协作制度, 提高刑事司法协助效率。

(三) 运用图计算模型追溯资金流向

链游犯罪中, 犯罪分子以虚拟货币为流通媒介, 贯穿犯罪的每一个环节。与法定货币相比, 虚拟货币可在链上实现自由交易, 在流转过程中涉及复杂的交易链和隐蔽的资金链, 使传统的资金查控手段陷入窘境。为有效挖掘涉案地址和交易信息, 应运用图计算模型整合相关虚拟货币地址层级和交易行为等数据, 构建不限层级的全币种全链路的网状图, 进一步查清完整的虚拟货币资金链条。^⑩

经对相关案例分析研判, 运用图计算模型追溯虚拟货币流向主要包括以下步骤:

第一, 提取海量数据。在案件初期, 起始线索通常为关联地址, 如该案件初始资金的归集地址等。以该资金地址为基点, 从数据库中搜索并提取与之相关的所有下游交易, 根据案件类型灵活设置向后搜索的层级, 最大限度地搜索案件交易地址。

第二, 研判交易数据并构建网图。对上述数据进行分析研判, 并依据图计算模型构建地址网图。其中网图的“节点”是交易对手的地址, “边”是两个地址之间的交易关系, 链路则是一个起始地址到另一个终点地址之间的交易通路。起始线索地址与任意一个终点地址之间,

^⑩参见闫明路、连航宇、朱丹青等:《图计算在反洗钱领域的应用》, 载《金融会计》2023年第10期, 第65页。

可能存在多条不同长度的链路。这将构建一个包含数十万节点与边的复杂网络。

第三,提取特征。生成网图后,按照链路维度,从链路中每个地址和每笔交易中提取关键特征。其中主要包括5大类,共计超过100个数据特征:(1)地址资金余额相关特征,比如平均账户余额、账户余额的标准差、最新余额等;(2)交易模式相关特征,比如平均交易频率、交易频率的标准差、交易总次数、交易间隔等;(3)交易金额相关特征,比如除了均值、中位数、标准差等,还有异常大额交易等;(4)交易时间特征,比如时间戳分布(是否有特定的交易活动时间段)、交易时间重合度等;(5)社交网络相关特征,用户的连接度(用户连接的其他用户数量)、用户的社交网络位置(中心性)、用户所属社群的数量等。

第四,模型训练。基于以上特征,需运用图计算模型不断测试规则阈值和注意力权重。以规则模型为特征进行打分后加权求和,得出各链路分数,再根据链路数量、各链路分数,综合计算出起始线索地址与某个终点地址之间的“关联度”。

第五,结果产出。计算从起始线索地址到所有终点地址的“关联度”并进行排序,关联度最高的终点地址,就是高度可疑的涉案地址,侦查人员可以针对这些涉案地址进行下一步的分析,比如,可发函向有关的交易所要求调取证据。

(四)完善协作机制

链游犯罪是一种犯罪行为与犯罪结果相割裂的犯罪形式,犯罪时空呈现多元维度特征,使案件侦查协作和部门联动面临诸多困难。在具体案件侦查过程中,侦查人员在收集平台注册信息、资金账户信息、嫌疑人员信息等诸多数据的同时,还要面临警力不足、资金紧张等现实问题。在此情形下,单纯依靠某一部门、某一地区的侦查机关办理此类案件,难度将会大大增加。因此,为解决协作难题,应从以下

几个方面着手:(1)增强协作思维。面对链游犯罪区域性强、流动性大的特点,必须培养侦查人员协作办案的思维,在思想上增强对侦查协作的重视程度。如可制定异地协作法律规范、定期开展多部门协作联动演习等,使其意识到仅依靠一区域警力“单打独斗”难以实现警力优化配置,难以有效侦破案件。(2)建立公安机关内部数据共享库。链游犯罪链条往往涉及全国多个省、市、县,为提高各级侦查机关的协作能力,应建立公安内部数据库,其中包含各类刑事案件特征信息、犯罪嫌疑人基本信息、黑名单信息等,侦查人员可直接进入浏览,并提取与案件相关的各类数据,既可避免繁冗的审批程序,又可减少侦查协作中的主、客观障碍。(3)主动开展外部协作。侦查机关做好内部协作的同时,还应积极加强与工商、税务等其他行政部门的联动,发挥各部门的独特优势,共同推进侦查工作的顺利进行。如可主动搭建金融、税务等多部门联合协作平台,开展关键技术和数据资源的交换合作,以更高效地收集犯罪证据和敏感痕迹源。

此外,加强侦查机关与链游平台的协作配合也是侦破案件的关键一环。在利用大数据技术采集、筛选、分析链游平台关键数据的同时,应适当与链游平台共享公安机关内部数据,快速发现案件线索,以维护市场经济秩序的安全与稳定,实现警企合作的协作价值。

结语

随着元宇宙的不断演进,元宇宙链游犯罪的形式和手段呈现复杂化特征,对案件的侦查工作造成了诸多困难。为有效打击此类犯罪、降低犯罪风险,公安机关应聚焦于链游平台和链游玩家两条犯罪主线,全面总结犯罪规律,梳理侦查难点。此外,侦查人员在面对链游犯罪这种新型犯罪时,应及时转变侦查思维,以资金流向轨迹、数据载体形态、人员痕迹等为切入点,结合新型技战法,拓宽情报来源以提升犯罪预警水平,加强侦查取证能力以提高犯罪打击效率。因此,为应对未来复杂的犯罪形

势，只有在技术、方法、合作等方面不断升级 维护我国金融秩序的安全和稳定。
革新，才能切实提升案件侦破能力，进而有效

Difficulties in Investigating Chain Game Crime Cases and Countermeasures from the Perspective of Metaverse

Cheng Congcong

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

Abstract: In recent years, metaverse chain game crimes have been prevalent and frequent in the black and gray industry, bringing new risks to the security and stability of China's financial order, mainly including money laundering risks, pyramid schemes risks, illegal fundraising risks, gambling risks, etc. Starting from judicial practice, the investigation difficulties of metaverse chain game crimes mainly include four aspects, namely difficulty in crime discovery, difficulty in evidence investigation and control, difficulty in fund tracing, and difficulty in investigation cooperation. To effectively combat such crimes, public security organs should establish a chain game crime warning algorithm model, standardize evidence collection models, use graph calculation models to trace the flow of funds, improve cooperation mechanisms, and enhance the response ability to combat metaverse chain game crimes.

Key words: metaverse; chain game crimes; crime risk; difficulties in detection; investigation countermeasures

(责任编辑：芙 葳)

韧性理论视域下中欧班列（成渝）的风险应对

何茂林

（中国人民公安大学，北京 100038）

摘要：在“一带一路”建设的背景下，中欧班列（成渝）发展势头迅猛，开创了多国密切合作的国际班列运行新模式。但是，2022年以来，由于受到沿线国家地缘政治的影响，中欧班列（成渝）的运输量及开行量下降，货物被盗案件频发，面临的恐怖主义袭击风险上升。目前，沿线国家警务合作模式并不成熟，导致中欧班列（成渝）的韧性不足，抵抗风险的能力较弱。应当在韧性理论视域下对中欧班列（成渝）进行风险评估，科学规划班列运输线路，构建风险应对机制。一方面，要落实地方公安自身主责，保障班列境内运输安全；另一方面，要通过推动国际班列法律法规制定，完善国际警务执法合作模式，强化我国海外安保能力。

关键词：韧性理论；中欧班列（成渝）；俄乌冲突；地缘政治；警务合作

中图分类号：D631.4

文献标志码：A

文章编号：2095-1140(2024)04-094-08

一、中欧班列（成渝）概况

2011年，首列中欧班列（重庆—杜伊斯堡）开通，其组织者为中铁铁路总公司。中欧班列运行于中国与“一带一路”沿线国家之间，是推动“一带一路”建设的重要载体，也是深化班列沿线国家与我国经贸往来的重要助推剂。2013年4月26日，蓉欧快铁正式开通运营，首条成都—罗兹线路开通；2015年6月8日，蓉欧快铁正式更名为中欧班列（成都）；2016

年，“成都国际班列”开行460列，开行数量跃居国内中欧班列首位，成为首个“天天有班列”的中欧班列。

（一）线路概况

2021年1月1日，为向“成渝地区双城经济圈”建设蓄力赋能，中欧班列（成渝）首发。目前，中欧班列（成渝）分为4条线路，分别为“中欧线”“中俄线”“中亚线”“东盟海铁联运线”（见表1）。

表1 中欧班列（成渝）开行境外线路

产品	线路	距离(km)	运行时间(天)
中欧线	成都—罗兹	9826	12
	成都—纽伦堡	10546	14
	成都—蒂尔堡	10858	14
中俄线	成都—莫斯科	9572	12
中亚线	成都—霍尔果斯	3509	3
	成都—阿拉木图	4250	8
东盟海铁联运线	成都—钦州港（铁路）—东盟（海运）	1669（铁路距离）	10

收稿日期：2023-11-28

作者简介：何茂林，女，中国人民公安大学研究生院警务专业硕士研究生，成都市公安局青白江区分局三级警长，主要研究方向为涉外警务。

(二) 运行概况

自 2013 年开通运行至今的 10 余年时间里,中欧班列(成渝)综合实力持续提升,开行数量逐年递增,网络规模不断扩大。目前,中欧班列(成渝)已联接境外 105 个城市,境内 27 个城市,枢纽能级持续提升,逐步“连点成线”“织线成网”,运输服务网络覆盖欧洲、蒙俄、日韩、东盟等,运输进出口货物涵盖 22 个大类(植物产品类、机器类、塑料橡胶制品类、仪器类、纺织类、运输设备类、动物产品类、贱金属及制品类等)。电子产品生产公司如富士康、戴尔、TCL,汽车生产公司沃尔沃、吉利、菲亚特等公司的大客户群为中欧班列(成渝)的客源稳定作出了积极贡献,确保了中欧班列(成渝)的良好运行(见表 2)。

表 2 中欧班列(成渝)开行的国内线路概况

线路	距离(km)	运行时间(h)	计划开行周期 (列/周)
成都—昆明	1130	40	1.5
昆明—成都	1130	34	0.5
成都—深圳	2213	77	0.5
深圳—成都	2357	56	2
成都—宁波	2356	75	1
宁波—成都	2356	80	待定
成都—上海	2255	55	3
上海—成都	2298	57	6
成都—广州	2280	99	0.5
广州—成都	2280	79	1.5
成都—南宁	1708	53	1
南宁—成都	1708	65	1
成都—武汉	1347	30	2
武汉—成都	1347	44	2
厦门—成都	2791	66	0.5
青岛—成都	2682	待定	1
日照—成都	2082	75	2
天津—成都	2540	待定	1
成都—泸州	323	11	1

二、韧性理论及其在中欧班列(成渝)研究中的适用

(一) 韧性理论的兴起与延伸

“韧性”概念最早出现在材料科学领域,用于研究物体承受压力产生形变后,恢复至其原本状态的能力,韧性越好,则发生脆性断裂的可能性越小。韧性理论的开创者为生态学家霍林,他在 20 世纪 70 年代首次提出“生态韧性”的概念,用以探讨在应对气候变化、自然灾害及人类行为干扰时,如何维持生态系统稳定运行的问题。自此以后,韧性理论开始兴起,并逐渐延伸至多个学科及领域,例如物理学、公共管理学、经济学、国际政治及国际关系等。

党的十八大以来,习近平总书记多次在国内及国际不同会议、场合上提出:“我们有信心、有能力应对各种可能出现的风险。”从 2014 年至今,习近平总书记共提出“韧性”概念达 70 余次,例如在新冠肺炎疫情暴发初期,习近平总书记在中央政治局常委会会议研究应对新型冠状病毒肺炎疫情工作时的讲话中指出:“首先要坚定信心,不要被问题和困难吓倒。我多次讲,中国是个大国,韧性强,潜力大,回旋余地大。”^①“韧性”体现在当各方面面临外部冲击或威胁时,仍然能够“扛得住”,不会垮掉或崩溃,且能在冲击过后保持稳定、可持续的发展。

(二) 韧性理论在中欧班列(成渝)研究中的适用

近年来,随着“一带一路”的提出与建设,中欧班列(成渝)快速发展、壮大。但是,在日益复杂的国际大环境中,风险也变得更为隐匿、灵活且充满不确定性。因此,韧性理论成为安全领域研究中的热点理论。近年来,世界面临着百年未有之大变局,“一带一路”沿线各类安全威胁交织并存,非传统安全问题不断增加。“一带一路”境外建设处在中国对外开放以来最为复杂和严峻的国际安全环境之中。

^①习近平:《在中央政治局常委会会议研究应对新型冠状病毒肺炎疫情工作时的讲话》,载《求是》2020 年第 4 期,第 11 页。

2018年8月27日，在推进“一带一路”建设工作5周年座谈会上，习近平总书记指出，“要高度重视境外风险防范，完善安全风险防范体系，全面提高境外安全保障和应对风险能力。”^②

综上所述，有必要基于韧性理论理解中欧

班列（成渝）存在的安全风险，提出相应的解决对策。韧性理论将系统分为正常状态、干扰状态及恢复状态三种状态，并分别对应了积极应对外部干扰、灵活适应不确定及意外、整合资源与增强联络三种要求（见图1）。

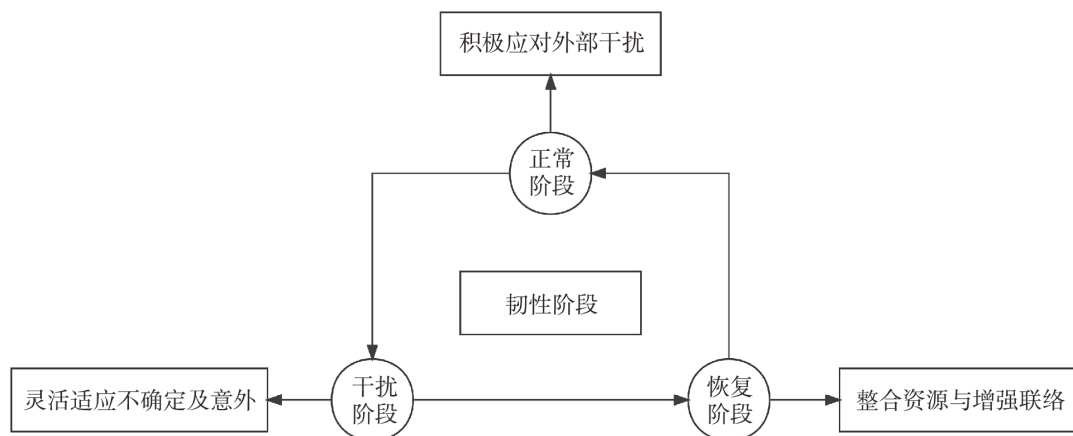


图1 中欧班列（成渝）韧性阶段图

1. 正常阶段：积极应对外部干扰

安全系统的吸收能力可以帮助我们有效地抵御各种干扰，从而降低风险，提高整体性能。这一技术的关键点在于实时监控、及时反映，以便及早发挥出安全系统吸收能力的最大作用，抵御可能出现的危害。在中欧班列（成渝）中，以不受干扰或受最小干扰为目标，应当提前考察班列会出现的风险并对风险进行识别排查。2017年，国家设立了由推进“一带一路”建设领导小组办公室负责的“中欧班列专题协调机制”，承担对中欧班列发展进行规范、指导、协调的工作。^③该机制一方面要协调发挥外交部、中铁、交通运输部、质检总局、海关总署、财政部等成员单位的合力作用；另一方面要指导成立于2017年的中欧班列运输协调委员会在企业或市场层面协调工作的具体开展。当前，公安、铁路检察院等执法部门通过多种方式确保班列的安全。但是，由于沿线国家尚未建立

起一套完善的双边或多边执法合作机制，且缺乏及时移交相关证据和案件的措施，导致一些涉及班列的案件无法得到妥善处理。

2. 干扰阶段：灵活适应不确定及意外

干扰阶段以适应能力的构建为核心，使中欧班列（成渝）的安全在世界百年未有之大变局中得以保障。以灵活适应为理念，通过消除干扰、创新采用替代方案、及时止损或减损的方式，中欧班列（成渝）可以灵活适应可能出现的不确定及意外情况。自2022年俄乌冲突全面爆发以来，中欧班列（成渝）途经的地点面临传统安全威胁，存在货物运输量降低、班列客户取消订运的情况。在上述情况下，采取替代通道成为最好方式。2017年，中欧之间首次尝试建立起一条新的联运系统，以取代原有的陆联运输模式。随着更多的物流企业，如船舶、铁路、航空运输企业的参与，这条新的联运系统得到发展，实现了陆海联运、互利互惠、

^②参见习近平：《坚持对话协商共建共享合作共赢交流互鉴 推动共建“一带一路”走深走实造福人民》，载《人民日报》2018年8月28日，第1版。

^③参见马斌：《中欧班列的发展现状、问题与应对》，载《国际问题研究》2018年第6期，第79页。

共同受益的目标,为中欧班列联运系统的建设提供了新的思路。

3. 恢复阶段:整合资源与增强联络

在韧性理论中,恢复阶段是利用系统自身的组织力量,迅速有效地进行干扰后的恢复,并最终回到正常状态。鉴于“一带一路”途经的国家可能存在安全问题,中欧班列(成渝)应当完善应急恢复机制。例如,在中欧班列(成渝)途经的中亚地区,有必要整合各种资源,构建协同执法模式,鼓励各方参与,增强彼此联络。更多的国家参与中欧班列(成渝)的安全保障工作中来,能够推动增量决策达到最佳的效果。我国作为“一带一路”的倡议方,有责任也有义务培育和推广相关的价值理念,强化责任担当,提高整合能力,增强多方联络。

三、韧性理论下对中欧班列(成渝)风险的认识

2022年至今,俄乌冲突持续胶着,不仅对交战双方影响深重,还给全球政治、经济及文化方面带来了巨大冲击。随之而来的还有地缘政治带来的恐怖势力、宗教极端势力及民族分裂势力的抬头。中欧班列(成渝)的站点大部分为欧洲城市,因此当前国际形势给中欧班列(成渝)欧洲业务的发展带来诸多“不确定性”及意外。这些“不确定性”及意外使系统进入韧性理论三阶段中的“干扰阶段”。

(一) 中欧班列(成渝)运输量及开行量降低

自2022年2月底俄乌冲突全面爆发后,中欧班列(成渝)货物运输量出现一定程度的下滑,部分班列客户取消中欧班列(成渝)订运。2022年3月,舱位取消情况较以往大幅增多,仓位取消线路主要以欧线为主。舱位取消的主要原因有四个方面:一是客户担心俄乌冲突影响到货物安全、回款、银行结算等;二是部分企业担心其会受到制裁,导致中欧班列(成渝)无法过境俄罗斯,所以取消了中欧班列(成渝)

渝)预订;三是部分欧美国际货代公司主动制裁俄罗斯,同时也担心俄罗斯反制裁扣押其货物,故而选择取消其经过俄罗斯的货运订单;四是自俄乌冲突以来,俄罗斯货币的汇率波动较为异常,且由于历史原因,中亚地区多个国家的货币与卢布汇率涨跌休戚相关,因此2022年以来中亚多国汇率波动严重,对我国的相关进出口企业的正常运营造成了极大的阻碍。

从波兰马拉舍维奇货运站(成都至波兰马拉舍维奇货运停放站点)2022年5月18日集装箱及货物堆放情况来看,右侧货场的集装箱数量较2022年2月减少了约50%,停放的待运车辆较2022年2月与2021年4月也减少了约50%;左侧货场集装箱数量对比前两期数据可以发现,减少了约30%。^④

由于货物运输量降低,造成中欧班列(成渝)开行频次大幅度减少。根据成都市青白江区成都国际铁路港的数据显示,2023年1月至6月,中欧班列(成渝)开行2732列;2022年1月至6月,中欧班列(成渝)开行2108列,2021年1月至6月,中欧班列(成渝)开行2930列。从数据分析上来看,自2022年2月俄乌冲突爆发后,2022年1月至6月中欧班列(成渝)的开行量同比去年降低28.1%,虽然2023年1月至6月同比2022年上升29.6%,但仍不及俄乌冲突爆发以前2021年1至6月的开行量。

(二) 中欧班列(成渝)货物被盗案件频发

自2021年开始,中欧班列(成渝)运送的货物以运输设备、机械设备等整车、整设备及电子产品为主,货物价值越来越大。而中欧班列(成渝)途经的国家及地区大部分尚处在经济不发达的状态,其大部分铁路基础设施修建时间较早、使用频率较高,且铁路技术标准无法与国际标准接轨。例如,其电子围栏等监控设备装配不符合数量要求,工作人员的货柜检查能力也极其欠缺,这些因素均增加了班列

^④参见王聪聪:《从卫星影像看俄乌冲突影响下的中欧班列》,载中国青年报客户端, https://s.cyol.com/articles/2022-06/18/content_r5E7e3tM.html, 2022年6月18日上传。

在运输途中的货物被盗风险。

通过国际货运险的出险和赔偿数量来分析被盗情况可知,2020年至2023年,中欧班列(成渝)国际货运险的出险和赔偿数量显著增加。出险原因主要包括丢失被盗、湿损、损坏碰撞、

机械故障、交通事故和泄露等,其中货物丢失、被盗、短量的原因排名第一,为40%。在赔付保费方面,货物丢失及被盗都是常见的赔付原因,因此中欧班列(成渝)货物在沿线国家被盗的情况复杂且严峻(见图2)。

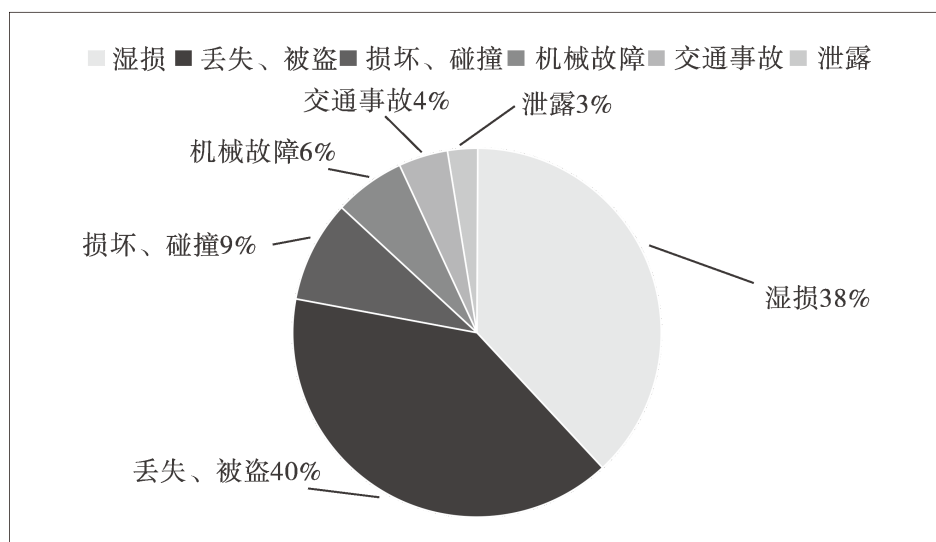


图2 2020—2023年中欧班列（成渝）出险原因占比图

笔者向成都国际铁路港班列运行公司了解情况时发现,2020年1月至2023年6月,成都国际铁路港中欧班列(成渝)共出现41起货物被盗事件。从被盗事件发生时间的角度分析,在运输途中发生39件、等待进入场站时发生1件、在场站内发生1件;去程时发生32件,回程时发生9件。从被盗事件发生地点的角度分析,境外发案40件、境内发案0件、不确定发案地点1件。从被盗货物的角度分析,被盗货物主要为联想、DHL、DELL等企业托运的电子产品、汽车配件等货物,共计损失约11万美元。其中,联想托运货物被盗案共发生14件,为案发总数的34.1%,代理方改变运输方式时被盗1次,在蒂尔堡场站内被盗1次,在铁路运输途中被盗12次;DHL托运货物被盗案共发生3件,占案发总数的7.3%,且均在铁路运输途中发生;DELL托运货物被盗案共发生5件,占案发总数的12.2%,亦均在铁路

运输途中发生。

尽管货物被盗情况日趋严峻,但是由于中欧班列(成渝)沿线国家间关系处于微妙期且各国国际警务合作并未深入开展,所以大多数时候无法判定货物到底是从何处被盗,这直接导致了沿线国家执法部门之间相互推诿,使案件无法被立案。并且,由于班列运输公司需要考虑到时间及运输成本问题,无法在某一沿线站点停留过长时间等待警方调查,因此大多数时候,班列公司会选择直接申报相关铁路保险,挽回自身损失且不耽误班列正常运行。

（三）中欧班列（成渝）面临的恐怖袭击风险增加

西亚、东欧等国家及地区存在严重的宗教极端主义、恐怖主义等非传统安全威胁,而这些国家恰好处在中欧班列(成渝)沿线上,这些地区的恐怖主义活动频繁,给当地造成了巨大的威胁。根据美国马里兰大学公布的全球恐

怖主义数据库（Global Terrorism Database）^⑤的信息得知，2020年每月恐怖袭击数量均维持在600件以上，呈现高发态势。其中，2020年

铁路运输中恐怖袭击事件共有105件（为图中Transportation）。见图3。

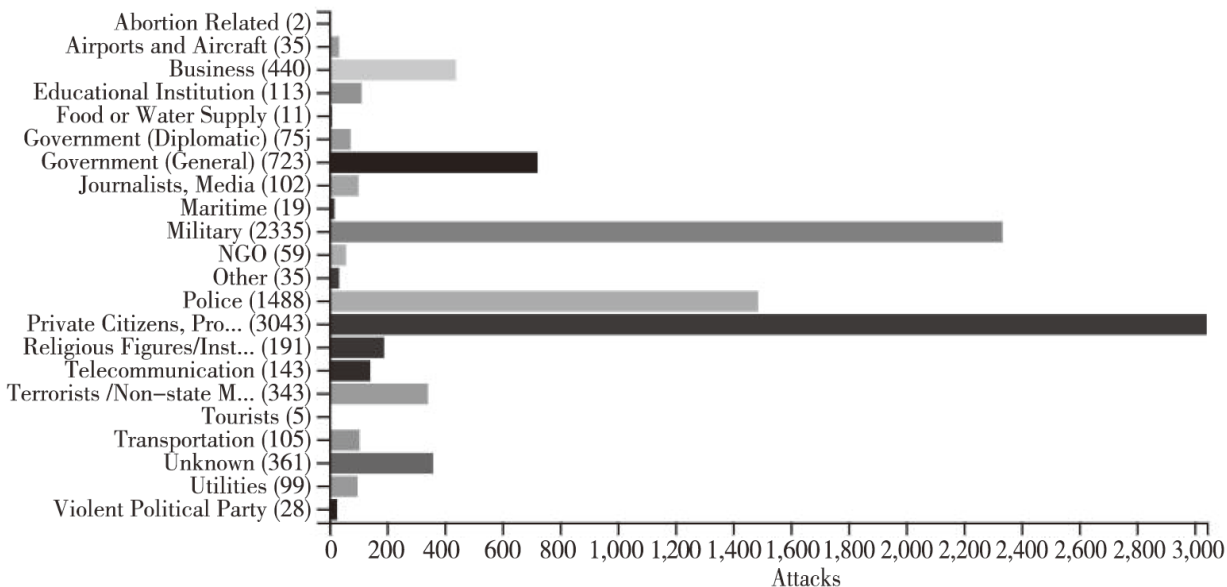


图3 2020年全球恐怖袭击种类图

除此之外，恐怖袭击高发的国家与中欧班列（成渝）途经的国家高度重合，特别是中亚、西亚及东欧沿线国家，这势必也会威胁到中欧班列（成渝）的正常运行。

2022年以来，中欧班列（成渝）沿线地缘政治风险增大，国家与国家之间矛盾加剧，这导致在中欧班列（成渝）沿线经过的国家，恐怖主义有极大的泛滥风险。俄罗斯、乌克兰、波兰等中欧班列（成渝）途经国家在俄乌冲突等政治问题上立场不一，极易引发地区间冲突。截至目前，俄乌冲突还在持续，而战争冲突引发的恐袭导致中欧班列（成渝）面临极大风险。2022年2月26日下午，乌克兰军队为阻止俄罗斯铁路公司通过铁路运输俄罗斯军队及军用设备，炸毁了连接乌克兰铁路系统和俄罗斯铁路系统的铁路枢纽，而这些通道过去曾运输成千上万的货物。相关类似的军事行动势必威胁到中欧班列（成渝）途径的站点、线路的运行安全。

（四）中欧班列（成渝）沿线国家侦查合作缺少规范指引

目前，我国与中欧班列（成渝）沿线国家的警务执法合作存在较大的困难，导致我国公安机关无法及时、有效地制止发生于中欧班列（成渝）运行中的犯罪现象。中国在全球范围内的影响力和地位不断提高，不仅在加强刑事司法协助的国际合作方面取得了巨大进步，而且在引渡条约签订上也卓有成效。但是，在国际刑法公约中，暂时没有将涉及国际班列的犯罪定为国际犯罪的规定，所以在实际操作中，我们仍然无法按照国际刑法公约解决在中欧班列（成渝）运行过程中发生案件的管辖争议问题。尽管中欧班列（成渝）沿线的一些国家已经签订了一系列的国际警务协议，但是尚未涵盖班列沿线的所有国家，这使得仅仅依靠这些协议难以有效保护中欧班列（成渝）的安全运行。

四、应对中欧班列（成渝）风险的对策

为了解决中欧班列（成渝）在“干扰阶段”

^⑤ See Global Terrorism Database, at <https://www.start.umd.edu/gtd/> (Last visited on January 4, 2024).

遇到的相关风险问题,以期让其平稳过渡到“恢复阶段”,并逐渐进入“正常阶段”,需要根据中欧班列(成渝)在“干扰阶段”遇到的风险提出合理的解决对策。

(一) 科学规划班列运输线路

在经历了俄乌冲突等国际突发事件后,中欧班列(成渝)因势利导,提出了班列绕道运输或开行新线路的方案。2022年初,中欧班列(成渝)绕开乌克兰,将原有的经乌克兰抵达匈牙利布达佩斯的线路,调整为从重庆绕道至马拉舍维奇最终到达布达佩斯,进一步挖掘运输潜力。目前重庆—布达佩斯的货物运输仍然较为稳定。2022年,中欧班列(成渝)成都段开行了西部陆海新通道班列、中老(越)班列,以通过开行新线路的方式,减少因俄乌冲突等国际形势新变化造成的班列开行量降低的问题。因此,中欧班列(成渝)仍要抓住当前市场调整机遇期,积极探索开行各方向的备用线路方案,以应对局势持续恶化的可能性。

(二) 强化我国海外安保能力

俄乌冲突之后,面对百年未有之大变局,我国还需在处理海外利益问题上从被动解决逐步过渡到主动预防,通过推进精准的海外安保、合理配置资源等方式兼顾海外利益和国家大局。上海合作组织成立之初,我国便通过该平台开展了一系列的反恐法律制度建设。我国要基于上海合作组织,加强与中欧班列(成渝)有关的货物安全、人员安全的法律合作,推动我们的反恐理念走深走实。在涉及班列重大海外项目上,要加大人力、物力投入,强化海外安保,进行严格的地缘政治风险评估。还应当在地缘政治专家和中欧班列(成渝)组织者之间搭建沟通平台,寻求专业的事前、事中和事后的国别风险防控指导,降低地缘政治风险。

(三) 大力开展警务执法合作

近年来,国际合作日益紧密,我国通过创建上海合作组织来加强国家间执法合作,部分

中欧班列(成渝)沿线国家是上海合作组织成员国。2020年11月17日,中欧班列(成渝)沿线国家执法安全合作会商期间,与会各方就疫情防控常态化下的国际执法合作、中欧班列(成渝)运输安全保障、共建中欧班列(成渝)沿线国家安全命运共同体等问题深入交换意见。^⑥

中欧班列(成渝)沿线城市的组织者可以在外交部的指导下,出访班列沿线国家,推动开展国家间警务执法合作。基于“惩治犯罪、合作共赢”等共同价值取向与目标共识,警务合作前景可期。我国还可以梳理薄弱环节,加快推进中欧班列(成渝)国际警务合作一体化进程,扩大合作范围和途经。例如,选派优秀的警务执法合作联络官到当地交流学习,定期派出相关公安机关人员组成的考察组到相关国家进行国际警务合作执法会谈,持续优化并提高中欧班列(成渝)国际警务合作的综合能力。通过线下的交流访问,对班列沿线发生的案、事件进行梳理分析,提出切实可行的解决方案,减少中欧班列(成渝)沿线犯罪问题的发生。

(四) 维护班列境内运输安全

2021年以来,成渝两地公安精诚合作,紧紧围绕“成渝地区双城经济圈”建设,不断扩展两地合作的广度和深度。近年来,两地不断提高政法领域协同水平,探索司法领域合作模式,加大预防和依法打击跨区域涉众型犯罪案件的力度,打造优势互补、合作共赢的公共法律服务体系,助推了成渝两地唱好“双城记”,建好“经济圈”。

作为模范样板,成都与重庆两地公安可以在相应的框架下,定期协调班列相关企业召开安全联席会议,对国际班列的执法与安全进行部署,有针对性地对突出治安问题进行整治,维护中欧班列运输安全,促进中欧班列持续健康发展。

^⑥参见 Agnes:《深化中欧班列安全保障 加强“一带一路”执法合作——2020 年中欧班列沿线国家执法安全合作会商召开》,载《现代世界警察》2020 年第 12 期,第 8 页。

（五）推动完善国际班列法律

我国尽管是重要的利益相关方,但依据“保护主义”原则行使管辖权的可能性甚微,如此便不利于有效保护我国海外利益。因而,我国应当积极主张将“国际列车”纳入“浮动领土”范围内,以期实现与航空器、船舶管辖相类似的旗国主义管辖,推动班列所属国家对发生的刑事案件行使管辖权。此外,在对具体跨国犯罪案件行使管辖权之前,应当与相关沿线国家进行协商,避免出现管辖权无法行使的情况。

近年来,我国加强“一带一路”建设,推动相关法律制定。为了确保中欧班列(成渝)沿线的贸易安全及班列的正常运行,我国应继续为国际法律的制定与实施建言、助力,为“一带一路”倡议的顺利实施提供重要的法律理念、制度和实践支持。此外,可以适时推行一系列有利于中欧班列(成渝)发展的标准与措施,以便进一步规范班列的相关工作,促进其高质量发展。

Risks and Solutions of the China–Europe Railway Express(Chengdu–Chongqing) from the Perspective of Resilience Theory

He Maolin

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

Abstract: Under the background of the "Belt and Road" construction, the China–Europe Express (Chengdu–Chongqing) has developed rapidly, creating a new mode of international express operation with close cooperation among many countries. However, since 2022, due to the influence of the geopolitical situation of countries along the route, the transportation and operation volume of China Europe freight trains (Chengdu Chongqing) have decreased, and cases of goods theft have occurred frequently, posing an increasing risk of terrorist attacks. At present, the police cooperation model of the countries along the route is not mature, resulting in the lack of resilience of the China–Europe Railway (Chengdu–Chongqing), and the ability to resist risks is weak. Therefore, it is necessary to carry out risk assessment on the China–Europe Railway (Chengdu–Chongqing) from the perspective of resilience theory, scientifically plan the railway transport routes, and build a risk response mechanism. On the one hand, it is necessary to implement the primary responsibility of local public security to ensure the safety of domestic transportation of trains; on the other hand, we need to promote the formulation of international train laws and regulations, improve the international law enforcement cooperation model, and strengthen China's overseas security capabilities.

Key words: resilience theory; the China–Europe Railway Express (Chengdu–Chongqing); Russia–Ukraine conflict; geopolitics; police cooperation

(责任编辑: 芙 戴)

基于 ChatGPT 的误导性舆情研究与治理

王轶群

(中国人民公安大学, 北京 100038)

摘要: ChatGPT作为一种自然语言处理模型,能够根据用户需要生成拟人化的文本内容,在新媒体领域展示出了广泛的应用前景。然而,在公众使用的过程中,ChatGPT也被发现存在虚假信息、偏见和歧视等问题。从胡鑫宇失踪案的舆情传播情况来看,该案自发生以来,热度持续增加,谣言甚嚣尘上。一旦用户借助ChatGPT制作并散播真假参半的信息,会给案件带来间断爆发式的误导性舆情问题。因此,亟待构建舆情管控、舆情反制和法律约束多管齐下的整体治理框架,助力网络舆情领域的良性发展。

关键词: 误导性舆情; ChatGPT; 胡鑫宇案; 舆情治理

中图分类号: D631.4

文献标志码: A

文章编号: 2095-1140(2024)04-0102-09

引言

2022年11月,美国OpenAI公司发布了大规模语言模型ChatGPT,这款模型可以根据用户的需要,生成符合语义的自然语言文本等内容,成为超越语言单模态功能的“多模态大模型”^①。身为“多模态大模型”的ChatGPT几乎拥有无限量的内容生产能力,可以胜任文本写作、方案制定、漏洞检查甚至计算机编程在内的各方面工作。其不仅仅是技术生产信息“数量”的突破,更是人类接收内容“限度”的突破。当ChatGPT成为社会公众交流对话中的引导性工具,推动并影响着公众对社会事件的认知及公共舆论的情感表达时,社会公众也逐渐习惯在ChatGPT提供的大型数字语料库中建构公共舆论场域。因此,ChatGPT的出现改变了网络舆情的主体参与结构,进而影响舆情传播的稳定性,加剧舆情发展过程中的误判风险,甚至导致舆情扭曲,催生出误导性舆情。^②

一、ChatGPT的诞生及应用历程

(一) 智能内容生成技术

ChatGPT在反馈式学习功能的加持下,

能够快速处理自然语言任务并给出系统默认的最优答案,其背后代表着人工智能生产内容(Artificial Intelligence Generated Content, AIGC)时代的到来。^③ ChatGPT可以在遵循人类思维及价值观念的前提下,根据用户的需要提供答案。以ChatGPT为代表的智能内容生成技术的横空出世,成为专用性人工智能到通用性人工智能的关键转折点,逐渐形成人工智能超越人类专业化能力的趋势,甚至有望颠覆既有范式,开启AIGD(AI Generated Decisions, 人工智能决策生成)领域的新探索,引领未来决策模式的革新。

(二) 社交媒体核心变革

随着时代的发展以及社会文明水平的提升,人们对于各种知识内容以及知识专业性的要求也在不断提升,因此当前对于信息的要求标准之一便是信息中包含的知识数量以及获取知识的速度,知识传播的速度也就成为当代社交媒体的核心构成因素。当自媒体进入人们的视野,UGC(用户生产内容)开始出现,社会大众一改往日接收者的形象,依靠抖音、快手

收稿日期:2023-11-28

作者简介:王轶群,男,中国人民公安大学研究生院国家安全学专业硕士研究生,主要研究方向为国家安全情报。

①肖峰:《生成式人工智能与数字劳动的相互关联——以ChatGPT为例》,载《学术界》2023年第4期,第53页。

②参见彭知辉:《误导性舆情研究:以误导性信息为视角》,载《情报理论与实践》2023年第4期,第60页。

③参见李御任、翟红蕾:《ChatGPT模型的舆论风险及应对策略研究》,载《视听》2023年第5期,第7页。

等短视频平台发布视频内容甚至进行同步直播,成为知识内容的输出者。与此同时,借助ChatGPT等生成式人工智能,MGC(机器生产内容)也开始被一些新闻媒体用于编辑、发布相关信息。^④

(三) 互联网络发展现状

根据中国互联网络信息中心发布的第52

次《中国互联网络发展状况统计报告》,截至2023年6月,我国网民规模达10.79亿人,较2022年12月增长1109万人。互联网普及率达76.4%,较2022年12月提升0.8个百分点。^⑤见图1。

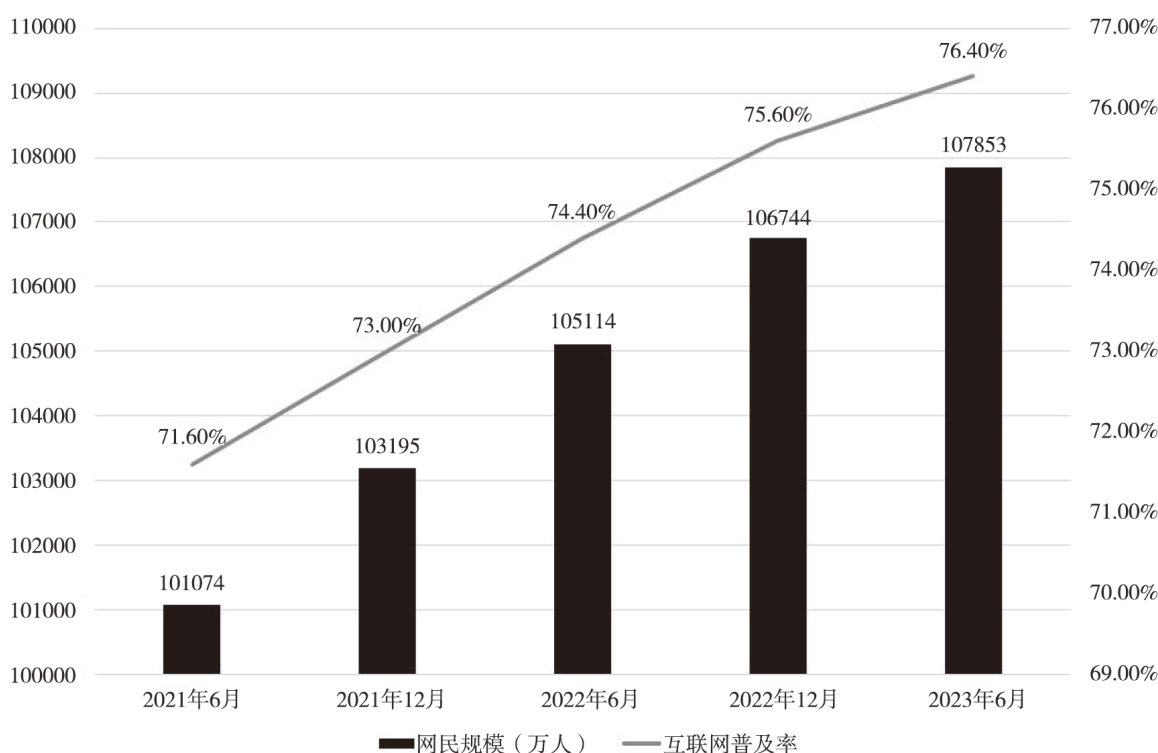


图1 2021年6月至2023年6月中国网民规模及互联网普及率趋势图

统计报告显示,在即时通信方面,即时通信功能与短视频的结合是当前互联网行业发展的主要趋势,生成式人工智能优化了人机交互体验,提升了程序的应答能力。在网络视频方面,云计算、人工智能等新技术迅猛发展,为媒体融合提供有力支撑,全程媒体、全息媒体以及全效媒体特征逐步显现。在网络直播方面,

2023年上半年,AIGC的发展带动了数字人虚拟主播,人工智能根据用户提供的具体要求,一天之内即可生成各方面堪比真人的数字人虚拟形象,同时依托智能内容生成技术构建网上虚拟直播室,输入给定的文稿即可完成视频直播功能。见表1。

^④参见岳宝彩:《人工智能技术在新闻传播中的融合应用、影响及应对策略——以ChatGPT为例》,载《北京印刷学院学报》2023年第4期,第14页。

^⑤参见《中国互联网络发展状况统计报告》,载中国互联网络信息中心,<https://www.cnnic.net.cn/n4/2023/0828/c88-10829.html>,2023年08月28日上传。

表 1 2022 年 12 月至 2023 年 6 月互联网应用用户规模及增长率^⑥

应用	2022 年 12 月 用户规模 / 万人	2023 年 6 月 用户规模 / 万人	增长率 / %
即时通信	103807	104693	0.9
网络视频 (含短视频)	103057	104437	1.3
网络直播	75065	76539	2.0
网络购物	84529	88410	4.6
网络游戏	52168	54974	5.4
网络文学	49233	52825	7.3

二、ChatGPT 对舆情领域的影响

(一) 带来传播安全风险

ChatGPT 除了被用于制作虚假信息外，还存在以用户固有观念为导向的偏见、歧视等问题。以网络舆情传播为例，ChatGPT 在建构公共舆论场域的同时，逐渐成为网络舆情生态安全发展中的重要变量，给舆情传播带来了未知风险。ChatGPT 虽然能够提供最贴合用户需求的语言文本，但其难以将真实性应用于所提供的语言文本中。如果用户在使用 ChatGPT 生成答案时不进行真实性的分辨，而是直接将其作为输出内容的组成部分，利用该内容对社会热点问题回答与评价、发表论文甚至出版书籍，将给互联网生态的良性发展带来毁灭性的风险。这些海量虚假信息除了直接影响受众外，一旦被不尊重信息真实性的用户肆意发布，还将造成难以估量的负面影响。

(二) 生成误导性舆情

网络舆情是一种在“相对自发、不可预料、无组织以及不稳定的情况下对某一共同影响产生反应”的集群行为，网民因为共同的关注点

而临时聚集到一起，他们在社交媒体平台上发布的评论和意见不断汇聚，最终形成网络舆情。在过去，网络舆情的形成和爆发往往要经历一个较长的时间过程。然而，以 ChatGPT 为代表的生成式语言模型能够实现批量生产“类人化”的言论，在短时间内形成一股影响整个网络舆情走势的决定性力量。因此，目前网络舆情诞生了一种新的方向，即具有较多粉丝量的网络大 V、深谙群体心理的网络写手以及流量为王的自媒体机构人为生成或引导网络舆情。针对这种新型的舆情现象，彭知辉将其定义为“误导性舆情”^⑦。在舆情构成的四个要素，即舆情主体、客体、事件和内容上，误导性舆情皆与传统网络舆情有所不同。深入对比发现，误导性舆情是一种不同于传统网络舆情的“非舆情”。见表 2。

表 2 传统网络舆情与误导性舆情在构成要素上的区别

构成要素	传统网络舆情	误导性舆情
主体	社会公众	网络写手、网络大 V 等个体
客体	舆情具体指向的对象	社会公众
事件	引发热点舆情的事件及话题	热点舆情附加的事件及话题
内容	代表社会公众的民情民意	个人观点伪造成的民情民意

误导性舆情作为有别于传统网络舆情的“非舆情”，虽然包含伪舆情的概念，但同伪舆情又有本质上的不同。伪舆情之“伪”，主要表现在其承载的信息上，即“借助网络传递伪造事实的信息”^⑧。误导性舆情以信息的形式展现在人们眼前，而信息既具有自身的“本体属性”，也具有“语义属性”，语义属性则包含了“真的表征性意旨”和“假的表征性意

⑥参见前注⑤，《中国互联网络发展状况统计报告》。
⑦彭知辉：《误导性舆情的社会危害及其应对》，载《公共治理研究》2023 年第 4 期，第 48 页。
⑧刘勘、朱怀萍、胡航：《网络伪舆情的特征研究》，载《情报杂志》2011 年第 11 期，第 58 页。

旨”。虽然误导性舆情中常常包含伪造或虚假的信息，但虚假信息并不会直接导致误导性舆情，误导性舆情中的信息常常是真假参半的。各种难辨真伪的冗余信息杂糅在一起制造出信息迷雾，产生误导网民的作用，继而出现误导性舆情，下文将用一则具体案例来阐述误导性舆情的生成及其影响情况。

三、胡鑫宇案的舆情传播情况

（一）案件过程简介

2022年10月14日，就读于江西省上饶市铅山县致远中学的高一学生胡鑫宇，下午17点49分在从宿舍去往教学楼的路上突然消失，此后再无音讯。2023年1月29日，公安机关在致远中学旁的树丛中找到了一具上吊的尸体，次日，法医部门通过对尸体开展DNA核对后，确认了尸体身份，此时距离胡鑫宇失踪已经过去了106天。几天后，联合工作组在新闻发布会上通报了胡鑫宇自缢死亡及尸检情况。在胡鑫宇失踪的百余天时间里，“胡鑫宇去哪了”成为网络热点话题。

（二）舆情发酵概况

案件发生后，面对网络舆情持续汹涌的情况，当地官方机构仅发布了两份通稿，主流媒体对此也鲜有专业的跟踪报道，导致误导性舆情在网络上大行其道。在胡鑫宇失踪的首月，舆情并未爆发式增长。到了11月15日左右，全国各地陆续爆出与胡鑫宇案相似的学生失联事件，舆情开始升温。2023年1月初，上饶市公安机关发布《关于胡某宇失踪事件调查进展情况的通报》，警方并未找到胡鑫宇被害及其他网民推测的发生意外情况的具体证明。在这种真相尚未被发掘的情况下，网民对于未成年人校园安全的忧虑迅猛增长。2023年1月29日，胡鑫宇遗体被发现，有关胡鑫宇的话题搜索指数与舆情热度也达到了案件发生以来的峰值。2月12日，中央网信办发布了有关胡鑫宇失踪案的虚假信息及谣言传播情况，并就网民关注的问题给予了答复，舆情热度趋于消散。图2展现了整个案件的舆情发酵及消散情况。

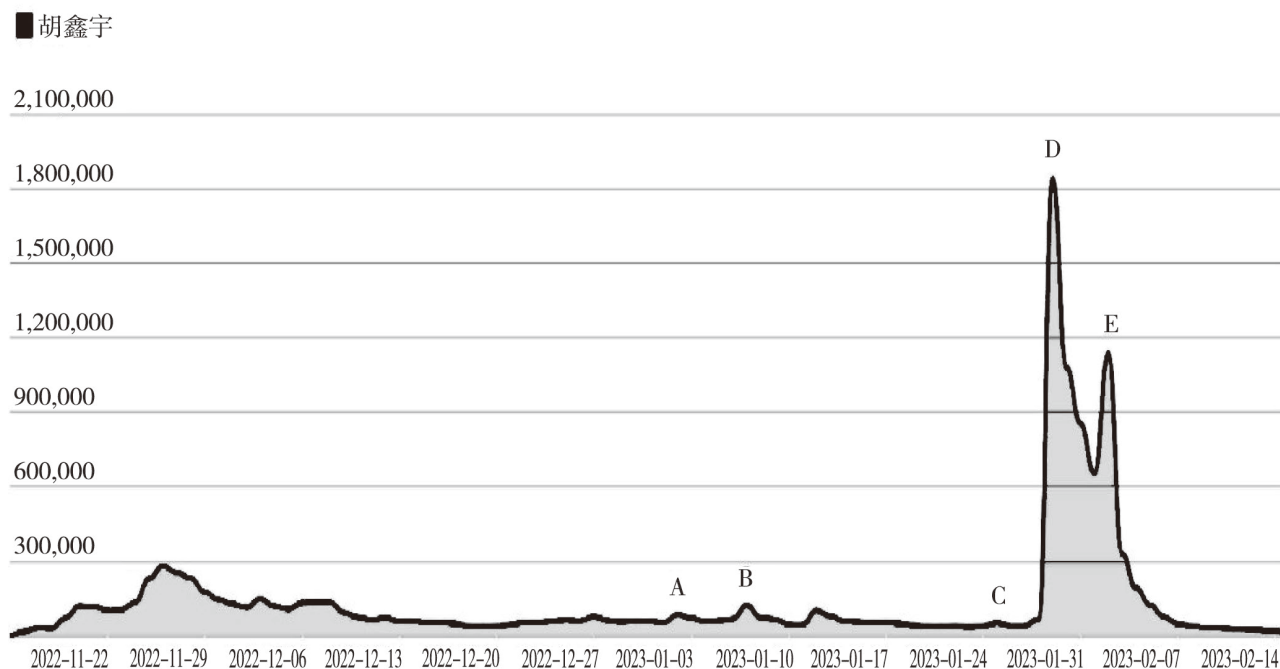


图2 以“胡鑫宇”为关键词的百度搜索指数图^⑨

^⑨载百度指数，<https://index.baidu.com/v2/main/index.html#/trend/%E8%83%A1%E9%91%AB%E5%AE%87?words=%E8%83%A1%E9%91%AB%E5%AE%87>，2023年9月25日访问。

（三）误导性舆情汇总

在胡鑫宇失踪案的调查结果公布之后，网上流传的诸多质疑被澄清，一些看似为真的消息在被列为谣言后也令人大跌眼镜。在时刻关注案件进展的网民群体中，存在许多为博人眼球而伪造信息、杜撰事实的网民。更有不少网络大V及自媒体人罔顾真相和个人隐私，肆意捏造传播虚假信息，无下限地蹭热点、蹭流量，导致误导性舆情大行其道，造成了极其恶劣的社会影响。

1. “学校同家属私了”的视频引爆舆情热点

2022年12月24日，一名昵称为“蜀难等候”的用户发布标题为“胡鑫宇失踪62天，学校想出200万私了，家属表示不和解要真相”的视频，视频讲述，自胡鑫宇失踪后，致远中学曾想和家长以200万元私了。该视频一经发布即引起强烈反响，“给个账户，大家一起捐个500万，彻查到底”“只要命，不要钱！惩凶手”等偏激的网民评论获得上万点赞。视频作者以“有消息称”作为本视频的消息来源，但在该视频的评论区却鲜有网友对其内容和来源的真实性表示质疑。

2. “李昌钰接受采访”的报道掀起舆情热潮

2023年1月25日，网上开始出现大量有关神探李昌钰对胡鑫宇失踪案的分析推理，多个自媒体几乎在同一时间发布消息称李昌钰接受采访，推断胡鑫宇被害，尸体被碎骨或溶解，数个社交平台账号频繁以“李昌钰推断胡鑫宇尸体位置”“胡鑫宇尸体找到了”作为关键词，持续发布相关视频信息，引发网民关注。事后证实，这些平台账号所发布的视频信息与本案并无任何联系。

3. “胡鑫宇并非自杀”的质疑助推舆情发酵

2023年1月29日，警方宣布找到胡鑫宇

的遗体，失踪案件取得了实质性的进展。1月30日，胡鑫宇的亲属在网上表达质疑，他们声称，上吊自杀的人尸体一般会保持脚尖朝下的姿势，但胡鑫宇的尸体被发现时脚尖并未朝下，而是整个脚掌保持在同一水平线上，这意味着胡鑫宇在生前可能存在不断挣扎的现象，与自杀的常规情况不完全吻合。此次质疑使得案件情节被瞬间放大，助推部分媒体进行炒作、发表阴谋论并散播误导性舆情。

四、胡鑫宇案的舆情乱象起因

（一）案件进展速度缓慢导致信息闭塞

事实上，根据主流媒体发布的相关新闻，类似案件并不少见。如宁夏的吴佳涛失踪案、江西抚州的陈思桐失踪案等，也存在人员无故失踪、案件进展速度极其缓慢以致舆情扩散的情况，^⑩但像此案的负面舆情爆炸式增长的状况实属罕见。胡鑫宇失踪案发生一月有余的时候，多家媒体报道称，致远中学当天的监控视频被胡鑫宇的亲属质疑动了手脚，并要求公安机关立案调查。然而，公安机关根据技术人员的鉴定，认为不足以就监控视频问题单独立案。此后，公安机关的案件调查工作进展缓慢，出现了信息闭塞的情况。近一个月的信息空白使得各种猜测纷至沓来，网民众说纷纭，政府部门对此也并无正面回应。

（二）舆情处理消极懈怠导致谣言四起

自胡鑫宇案发生后，全国各地的主播涌入铅山县，部分主播开始利用网民关心案件进展的情绪，精心编织并散播各种误导舆情的谣言。此时，公安机关与政府相关部门对已经产生的网络负面舆情没有及时回应，也没有对肆意编造谣言者进行处置，任由他们炒作以致事态愈演愈烈。部分网民甚至利用ChatGPT等人工智能来随机生成并持续发布逼真的虚假信息及官方声明等，直接导致误导性舆情难以遏制，在社会各行各业产生了不良影响，还严重影响了政府公信力。

^⑩参见卢霜：《探析胡鑫宇案真相缺失下的传播失序》，载《新闻前哨》2023年第12期，第53页。

（三）人工智能的持续介入导致舆情失真

ChatGPT 在舆情传播的过程中扮演多种角色，既可以作为信息提供者，也可以作为舆情引导者。例如，用户将胡鑫宇失踪案的部分真实信息作为素材，在 ChatGPT 中输入案件的关键词及文本，设置相应的新闻风格及文本长度作为数据及模板。在选择与该案相关的标题及图片后，即可生成内容相似但不完全相同的新闻报道，并借助各类新媒体平台进行传播，最终造成舆情失真的现象。尽管 ChatGPT 只是一个没有自主意识的人工智能程序，也没有真实存在的实体或能力参与舆情传播，但根据其回答生成的内容，会在潜移默化中改变网民的观点和态度，造成胡鑫宇失踪案误导性舆情此起彼伏的情况。

五、ChatGPT 带来的误导性舆情问题

（一）舆情反转趋势凸显

舆情反转是指网络舆情在不断发酵时，用户通过网络平台表达见解时发生的舆情向反方向变化的现象。当网络舆情与 ChatGPT 等人工智能相结合，其持续更新的数据资源与问答式的信息提取方式使得舆情难以一次性输出完毕，反而在连续的更新与问答中变得复杂化，造成信息真假混杂。在事件真相尚未浮出水面时，舆情的反转会使网民对整个事件产生个人价值误判，促使网民在只见一斑不见全貌的情况下盲目地发布充满个人情绪色彩的言论。因此，ChatGPT 等生成式人工智能以用户对话的形式传播的“持续性”信息是导致舆情反转的关键。同时，网民的观点表达也会促使舆情持续反转，这与用户利用 ChatGPT 进行不间断信息输出的过程密切相关。

（二）舆情涌现框架受限

ChatGPT 具有极强的内容自主生成能力，其输出逻辑在于构建“框架化”的议题。议题的“框架化”是指信息传播源对某一特定社会

议题进行界定，进一步框定与此议题有关的事项。^⑪这与以 ChatGPT 为核心的舆情发展模式不谋而合，即用户在自我否定的信息选择中推动特定的舆情问题，以确保框架式的舆情议题得以顺利建构。在此基础上，ChatGPT 另外一个关键点是通过内部系统的数据微调、偏好奖励等模式来引导优化，既能充分理解用户指令输入的意图，以此来博取使用者的信任，也为提升模型训练的稳定性、“类人化”提供了支持。基于用户的信任，ChatGPT 所构建的框架式议题能够固定用户思维，使用户在不经意间改变原有观念，进入议题框架构建者为其量身定做的误导性观念中去。

（三）舆情投喂风险增加

ChatGPT 通过强化学习模型，在一定程度上过滤了仇恨、种族歧视、涉恐涉暴等敏感内容，但这一过滤能力明显不足，存在信息“越狱”的风险，会生成深度伪造式的虚假信息并持续伪造图像与音视频资料，^⑫这些信息或者资料充斥着带有情绪化偏见的和谐内容。信息数据的“投喂”可以看作是 ChatGPT 的预训练过程，用户基于自己的偏好，持续“投喂”信息以塑造 ChatGPT 的“三观”。此处仍以胡鑫宇失踪案为例，当别有用心者以吸引眼球、误导网民为本质目的，将诸如“化粪池发现碎骨”“被人带进医院割去器官后抛尸河内”“二楼白布裹尸”“被化学老师用药水化掉”“后山发现带血衣被”等谣言和无根据推论，以设计或反馈的方式渗入 ChatGPT 的数据集后，ChatGPT 对于案件证据的后续论证，以及充满“科学性”与“真实性”的案情推导不仅会诱导民众，甚至会让许多不明就里的管理者也深陷其中，使得该案变得更加扑朔迷离，造成严重的负面舆情，对案件的侦破和政府部门的辟谣工作形成巨大的阻力。

^⑪ 参见马得勇、陆屹洲：《复杂舆论议题中的媒体框架效应——以中美贸易争端为案例的实验研究》，载《国际新闻界》2020年第5期，第102页。

^⑫ 参见蔡文成、牟琛：《“拖钩”的舆论效应：一种政治传播策略的分析》，载《传媒观察》2022年第8期，第15页。

六、基于 ChatGPT 的误导性舆情防范与治理

(一) 不断加强对于误导性舆情的管控

若误导性舆情被包装成传统舆情传播开来,原本真实反映民情民意的舆情则被取代,舆情生态系统被重新洗牌。在与胡鑫宇失踪案有关的各种误导性舆情蔚然成风之时,能够客观反映失踪案件进展的其他声音则会受到排挤,渐渐弱化甚至消失,因为它们已经在当时的舆情生态中变得“不合时宜”了。由“水滴入海”的原则我们可知,真正科学客观的信息会沉没在周围的误导性信息中,在单个个体的意见与整个群体的意见背道而驰的氛围下,人们害怕被孤立,拒绝表达真正的观点。网民在社会热点事件的点评中会时刻受到群体观点潜移默化的压迫,为了融入群体,部分网民会选择跟随所谓的“主流观点”,舆情的传播变成了一种社会模仿行为,误导性舆情也因此呈现出一边倒的形势。

当误导性舆情占据主流,政府及官方部门便无法听到社会公众的客观表述,甚至会将误导性舆情作为民众的真实心声,民众与政府之间的沟通被误导性舆情阻隔。如果任由误导性舆情蔓延扩散、肆意传播,社会矛盾也会被长期遮蔽而得不到解决。因此,政府部门应不断加强对互联网社交媒体平台的舆情管控工作,尤其是针对疑似人工智能生成的内容进行专门监管,做到及时识别处置误导性舆情,扼制误导性传播扩散。在对误导性舆情进行管控时,应严厉打击以吸引流量为本质目的的恶意炒作行为,对借用 ChatGPT 等生成式人工智能编撰并散播误导性舆情的自媒体或个人,必须严肃处理。同时,政府部门还可以组织互联网企业深入开展自我排查整治,开发针对生成式人工智能内容审查的算法,增强对误导性舆情的识别力度,从根源上杜绝 ChatGPT 等生成式人工智能带来的误导性舆情危险。

(二) 及时开展舆情反制,占领舆论高地

在胡鑫宇失踪案中,政府部门的缺位是导致误导性舆情蔓延的重要原因之一。由于案件进展较慢,政府部门在信息的及时更新发布方面存在疏漏,许多网民在自媒体的故意引导下,按照自己的理解填补真相空白,这为误导性舆情的产生及传播创造了绝佳条件。此外,部分别有用心者利用 ChatGPT 等生成式人工智能不断更新“真实”的案件进展,生成各种罔顾事实的离奇内容,不断刺激网民感官。这样的行为在客观上加大了政府部门的舆情处置风险,消解了官方的权威性信息,造成了严重的舆情危机。

因此,当胡鑫宇案因真相暂时缺失而出现误导性舆情时,政府部门应当立即建立涵盖事前、事中和事后的全链条处理体系,及时发声回应民情民意,采取相应的舆情反制措施以占领舆论高地。针对网民对官方声明及调查结果不信任的情况,要灵活变通,适时提级回应,用主流媒体的权威背书,以消除网民对于“政府垄断案情调查”的猜疑。针对利用人工智能生成误导性舆情的情况,政府部门还可与互联网企业合作,在各类新媒体平台上开设官方账号,形成“矩阵式的传播结构”^⑬,发挥 ChatGPT 等生成式人工智能在舆论内容生产中的积极作用,将积极的价值观融入生产内容中,对产生误导性舆情的各类平台进行精准投送,以实现消极价值观的纠偏。同时,政府部门及主流媒体还可通过各类平台的正向评论占领舆论高地,改变误导性舆情的风向,催生出积极舆情。评论中既可以表达对问题的多方关切,也可以引导网民在尊重客观事实的前提下参与讨论,避免非理性情绪和无根据猜测的发酵。

(三) 尽快完善生成式人工智能的立法

在网络舆情发展初期,人工智能技术利用强大的数据反馈系统,将民众普遍关注的热点舆情事件吸纳进数据海,通过数据反馈将真实

^⑬ 吴笛、周锦:《政务新媒体矩阵建设现状及发展策略》,载《青年记者》2021年第6期,第76页。

舆情不断吞并,由此带来舆情传播无规则、无底线的情况。目前,国家已经发布了诸如《互联网信息服务算法推荐管理规定》《互联网信息服务深度合成管理规定》等一系列针对人工智能的法案。然而,和历史上的技术创新一样,针对性法案的滞后使得以 ChatGPT 为代表的生成式人工智能难以得到相关法律的约束。^⑭

2021年4月21日,欧盟发布了《人工智能法案》(Artificial Intelligence ACT),为人工智能治理提供了新的法律支撑。2023年3月21日,意大利个人数据保护局开始立法限制 ChatGPT 处理用户信息数据,对其涉及的隐私安全问题立案调查。2023年4月,国家网信办发布《生成式人工智能服务管理办法(征求意见稿)》,该意见稿共计二十一条,从商业发展的视角对人工智能产品进行规制,并指导网络运营商建立相应的舆情生态修复机制。此外,在市场准入制度方面,可以通过立法明确

ChatGPT 等生成式人工智能的适用范围,在可能影响公众认知、造成误导性舆情传播的行业中,禁止使用此类生成式人工智能的输出内容。在审核监管制度方面,法律部门与市场监管部门可以建立相应的举报制度,通过网络普法等创新方式,引导网民对于可能源于生成式人工智能的误导性舆情问题,积极地向相关部门报告,通过法律手段消除其不良影响,形成法律治理主体与广大网民良性交流的局面,促使法律达到落地见效的结果。

综上所述,面对不断发展的生成式人工智能技术,我们可以从实践中参考西方国家已有的立法与规制方式,结合中国特色法治体系,努力构建综合性的法律框架,真正做到有法可依,以减少生成式人工智能带来的误导性舆情影响,确保网络舆情生态环境良性发展。图3展现了人工智能带来的误导性舆情问题及治理措施。

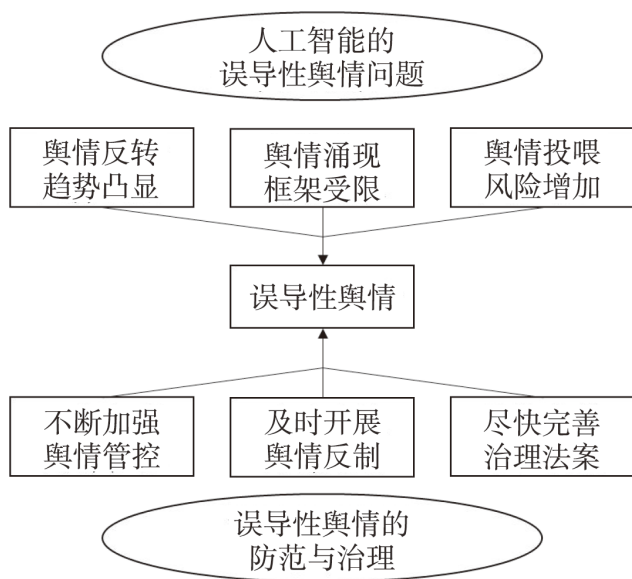


图3 基于 ChatGPT 的误导性舆情风险及治理图

结语

ChatGPT 在应用于网络舆情领域的过程中,展示出了极大的潜能与发展空间。但不正确的

使用方式,使得 ChatGPT 逐渐成为培育虚假信息与误导性舆情的“温床”,给互联网舆情生态带来的风险不容忽视。本研究以胡鑫宇失踪

^⑭ 参见陈永伟:《超越 ChatGPT: 生成式 AI 的机遇、风险与挑战》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 3 期,第 142 页。

案为切入点,分析 ChatGPT 可能导致的误导性舆情问题。在此基础上,从舆情管控、舆情反制、人工智能立法三个方面提出了治理对策。但同时也应当看到,随着人工智能技术的不断发展,其导致的误导性舆情问题将更为复杂。因此,

要想有效应对误导性舆情,提出治理对策只是解决问题的一部分,在完善人工智能识别与过滤系统的同时,还应强化媒介素养教育,提高网民对于信息的辨别能力,从源头出发,根治误导性舆情问题。

Research and Governance of Misleading Public Opinion Based on ChatGPT

Wang Yiqun

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

Abstract: ChatGPT, as a natural language processing model, can generate anthropomorphic text content according to users' needs, and has been widely applied in the field of new media. However, in the process of public use, ChatGPT has also been found to have such issues as false information, bias, and discrimination. From the public opinion dissemination of the case of Hu Xinyu's disappearance, it can be seen that since its occurrence, the popularity of the case has continued to increase, and rumors have been rampant. Once users employ ChatGPT to create and disseminate mixed information, it will bring intermittent and explosive misleading public opinion issues to the case. Therefore, it is urgent to establish a comprehensive governance framework that integrates public opinion control, public opinion countermeasures, and legal constraints, in order to promote the healthy development of the field of online public opinion.

Key words: misleading public opinion; ChatGPT; the case of Hu Xinyu; public opinion governance

(责任编辑: 芙 蕙)

基于社会燃烧理论的涉警网络舆情演化分析

陈 杨, 李 爽, 王彦顺

(中国人民警察大学, 河北 廊坊 065000)

摘 要:网络舆情因其影响广、扩散快、破坏强的特点,逐渐成为社会舆情治理中的重要一环。由于主体的特殊性、牵涉利益的普遍性,涉警网络舆情更容易引起网民非理性的讨论,从而对警察形象、政府威望、社会秩序等造成负面影响。社会燃烧理论作为社会学领域的重要研究成果,通常用来描述无序、混乱、失衡的社会现象,从本质上与涉警网络舆情高度吻合,因此以社会燃烧理论为基础对涉警网络舆情进行类比研究,从可燃物、助燃物、点火温度三个角度分析涉警网络舆情的演化逻辑,便于公安机关理解其产生、发展的规律,从而“对症下药”。

关键词:涉警网络舆情;社会燃烧理论;公安机关

中图分类号:G206;D631.1 **文献标志码:**A

文章编号:2095-1140(2024)04-0111-10

引言

根据第53次《中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2023年12月,我国网民规模达10.79亿人,较2022年12月新增网民2480万人,互联网普及率达77.5%。^①

随着互联网普及度的提升,负面舆情借助互联网得以迅速传播,给公安机关的舆情治理工作带来新的挑战。

涉警网络舆情从性质上可以划分为“正面舆情”和“负面舆情”两种。正面舆情内容积极向上,可以树立警察的良好形象,提高群众对公安机关的好感度;而负面舆情不仅损害警察形象,影响警务工作的开展,还会破坏社会稳定。因此,对于涉警负面网络舆情的研究十分必要,所以下文中论及的涉警网络舆情均以负面舆情作为研究对象。

涉警网络舆情体现的是公众对公安机关执法活动的不信任和质疑,无论是早期“孙志刚

事件”中因执法机关滥用私刑致使被害人死亡,还是2023年河南颍县交警查酒驾过程中遭遇的“亮证免罚”事件,抑或是“开水门”“躲猫猫”“唐山打人”等涉警事件,都对当时的社会环境和社会秩序造成了负面影响。从上述案例中不难看出,涉警网络舆情的爆发总是围绕着“滥用权力、知法犯法、不作为、处置过当”等关键词。尤其是在当今自媒体成为舆论传播主力的情况下,一部分人对警察的执法工作存在误解、片面揣测、造谣等行为,极易在互联网的快速传播下迅速发酵,短时间内成为“全民话题”。

综上,涉警网络舆情不仅加剧了警民关系的对立,阻碍了正常执法活动,还对社会秩序造成了一定程度的破坏,其潜在的负面影响不容忽视。公安机关作为维护社会稳定的重要力量,对于涉警网络舆情的治理更是迫在眉睫。只有深入研究和厘清涉警网络舆情的生成和演

收稿日期:2023-12-02

基金项目:2023年中国人民警察大学国家基金培育课题“公安机关基于大数据的社会情绪风险评估与防控机制研究”(SKJJPY202304)

作者简介:陈杨,男,中国人民警察大学警务指挥与战术专业硕士研究生,主要研究方向为警务指挥;李爽,男,中国人民警察大学智能警用装备技术专业硕士研究生,主要研究方向为效能评估;王彦顺,男,中国人民警察大学警务指挥与战术专业教授,主要研究方向为警务指挥。

①参见《中国互联网络发展状况统计报告》,载中国互联网络信息中心, <https://www.cnnic.cn/n4/2023/0828/c88-10829.html>, 2023年8月28日上传。

化路径, 精准把握其特点和规律, 公安机关才能更加有效地进行舆情疏导, 确保公众对警务工作的理解和支持, 进而维护良好的警民关系和社会秩序。

一、涉警网络舆情与社会燃烧理论的关联分析

为深入研究涉警网络舆情, 以牛文元提出的社会燃烧理论作为研究基础进行类比研究, 可更加直观地了解涉警网络舆情的演化逻辑。

(一) 概念界定

“社会燃烧理论”是由中国学者牛文元在2001年提出的。他在《社会物理学与中国社会稳定预警系统》这篇文章中指出, 可以将社会的无序、失衡、动乱与燃烧现象进行类比, 从而更科学地对社会不稳定现象的发生机制进行解释分析。他认为, 自然界的燃烧需要的三个基本条件: 可燃物、助燃剂和燃点, 与社会矛盾中的“燃烧材料”(即“人与自然”“人与人”关系的不和谐)、“助燃剂”(即媒体传播的误导)和“点火温度”(即具有一定规模和影响的事件)相类似。这三者在共同作用下可能促成危机的爆发。^②

当前学术界对网络舆情的定义是以网络为载体, 以事件为核心, 是广大网民情感、态度、意见、观点的表达、传播与互动, 以及后续影响力的集合。网络舆情带有广大网民的主观性, 未经媒体验证和包装, 直接通过多种形式发布于互联网上。^③涉警网络舆情作为网络舆情的一个子集, 其定义往往融入在更广泛的网络舆情管理和应对的框架中。江苏警官学院王金成从公安执法工作的角度出发, 认为涉警网络舆情主要是指发生在网络上, 并通过网络传播扩散的公众有关公安机关的社情民意;^④中国人民公安大学孙锦露从公众的角度出发认为涉警

网络舆情是发生在网络空间, 与现实舆情密切相关, 针对涉警类热点事件形成的一种公众情绪或意见的集合。^⑤综上所述, 笔者认为涉警网络舆情指的是围绕与警察有关的事件在网络层面引发大量讨论, 以网民情感、态度、意见、观点等为核心的言论的总和。

(二) 涉警网络舆情中引入社会燃烧理论的可行性

从形成过程来看, 无论是涉警网络舆情还是社会燃烧理论两者都符合生命周期(Life Cycle)理论的演化过程, 即任何事物的发展都会经历萌芽、成长、成熟、衰退、消亡五个阶段, 可以通俗地理解为“从摇篮到坟墓”(Cradle-to-Grave)。无论是社会无序现象还是涉警网络舆情都遵循着这样的发展规律。

从包含关系来看, 社会燃烧理论旨在解释社会不稳定状况的发生机理, 属于社会科学范畴, 可适用于描述多数社会失序现象。涉警网络舆情作为社会失序现象之一, 亦在其解释范畴之内。

从所需条件来看, 社会燃烧理论需满足可燃物、助燃物及点火温度三要素, 而涉警网络舆情的爆发亦需满足“舆情传播三要素”, 即传播对象、传播渠道和传播内容。两者所需条件的高度吻合, 为理论的引入提供了坚实基础。

基于上述分析, 笔者认为社会燃烧理论与涉警网络舆情的内在机理具有相似性。因此, 运用社会燃烧理论来阐释涉警网络舆情的演化逻辑, 不仅能深入剖析涉警舆情的特点, 系统归纳和总结处置的方向与重点还能有助于警方更高效地制定针对性的处置策略和解决方案, 从而妥善应对和解决涉警网络舆情, 维护社会稳定。

②参见牛文元:《社会物理学与中国社会稳定预警系统》,载《中国科学院院刊》2001年第1期,第15-20页。

③参见百度百科, <https://baike.baidu.com/item/%E8%88%86%E6%83%85>, 2023年5月15日更新。

④参见王金成:《涉警网络舆情的应对与处置——以公安执法规范化为视角》,载《犯罪研究》2015年第1期,第38-45页。

⑤参见孙锦露:《涉警事件的网络舆情形成机制与应对策略》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2018年第1期,第112-121页。

二、基于社会燃烧理论的涉警网络舆情发生机理分析

鉴于社会燃烧理论与涉警网络舆情之间的相似性,警方可从社会燃烧理论角度深入理解涉警网络舆情的生成机制与现实危害,为后续舆情疏导奠定基础。

(一)“可燃物”的聚集为舆情引燃提供了条件

1. 利益群体基数庞大

网络舆情在一定程度上体现了网民的参与目的和利益诉求,代表了网民的思想意识和价值取向。^⑥涉警网络舆情之所以能得到广泛关注,根本原因在于其牵涉到广大网民的切身利益。因此,相较于其他舆情,涉警网络舆情更易吸引大量有共同利益诉求的网民聚集,通过互动讨论加剧对立冲突,以获取社会关注。刘长龙将绝大多数涉警网络舆情参与者称为“无直接利益冲突群体”,即不以网民自身直接利益为目标,大多数参与者并非事件的直接主体,仅因存在相同的经历而临时聚合起来,将对社会或者阶级的不满情绪转嫁到执法人员中。相较于直接利益冲突群体,该群体基数庞大且分散于各处,很难进行有效的防控。^⑦

2. 网民需求多样

随着社会的不断发展和人民生活水平的提高,群众的需求也日益多样化。根据马斯洛的需求层次理论,人的需求可以划分为生理、安全、社交、尊重和自我实现五个层次。当个体的低层次需求得到满足时,自然会追求更高层次的需求。

在涉警网络舆情中,不同网民的需求表现极为多样。对于直接参与者而言,保护自身利益、惩治违法犯罪是其主要需求;而对于间接参与者来说,发泄情绪、获得社会认可、实现流量变现等也成为其重要需求。正如王欢所指

出的,网民对于话语权的追求、对信任的渴望、对表达的需求以及对安全感的追求,是引发涉警网络舆情的主要原因。^⑧因此,当人们的低层次需求得到满足后,他们便渴望追求更高层次的需求满足。网民之所以热衷于扮演“评论家”或“监督员”的角色,正是实现其高层次需求的一种方式。

3. 消极情绪的极化与潜藏

情绪是舆情产生的内在动力,而舆情则是情绪的现实表达。涉警网络舆情往往以负面情绪为主,这些情绪在“共情效应”的作用下容易形成多个消极情绪群体,并在互动中逐渐趋向极端化,形成“极端情绪群体”。这种群体极化现象增加了非理性行为的风险,可能引发更严重的社会后果。此外,涉警网络舆情具有“长尾潜藏”的特点,即消极情绪不会立即消失,而会在下一次类似舆情出现时再次爆发,导致舆情严重程度递增。^⑨

4. 公安机关的消极应对

公安机关在涉警网络舆情中的应对行为直接影响着舆情的发展。当前,部分公安机关在舆情应对方面存在反应迟缓、不积极解决问题的情况,甚至选择隐瞒、推诿、逃避责任,这进一步加剧了舆情的负面发展。一旦公安机关在舆情应对中出现缺位,“沉默的螺旋”效应便会显现,即舆情开始走向一致性。公安机关沉默越久,网民的反应就越激烈,负面舆情的影响范围和程度就越大。

综上所述,涉警网络舆情的“燃烧”演化是一个复杂的过程,其中“可燃物”的聚集为舆情的引燃提供了条件。因此,公安机关应高度重视舆情应对工作,积极采取措施预防和化解涉警网络舆情危机,以维护社会稳定。

^⑥参见梁炳辉:《疏导网络舆情要关注民众利益诉求》,载《人民论坛》2019年11期,第116-117页。

^⑦参见刘长龙:《网络涉警信息的特点、隐忧及启示》,载《中国公共安全(学术版)》2010年第1期,第111-115页。

^⑧参见王欢:《矛盾与平衡:新时代涉警网络舆论生态研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2018年第5期,第65-71页。

^⑨参见王欢:《涉警舆情态势分析:根源、现状与趋势》,载《山东警察学院学报》2017年第3期,第142-154页。

（二）“助燃物”的注入增加了舆情爆发概率

1. 网络空间提供了“燃烧环境”

网络空间作为涉警网络舆情“燃烧”的重要载体,其特性为舆情的产生和扩散提供了客观条件。首先,我国网民规模庞大,且年轻化趋势明显。第52次《中国互联网络发展状况统计报告》指出,我国青少年网民数量近2亿人,其中10岁以下网民和10—19岁网民占比分别为3.8%和13.9%。这部分群体在信息接收和传播上更为活跃,容易成为舆情传播的主要群体。其次,网络空间的即时性和可追溯性使得舆情信息能够迅速传播,且网民可以在任何时间、任何地点参与讨论,形成了全时段的“意见广场”。最后,网络空间的隐匿性使得网民在发表言论时更加大胆,缺乏约束,这也为舆情信息的非理性传播提供了土壤。

2. 媒体效应加快了“燃烧速度”

媒体效应犹如催化剂,显著加快了“燃烧速度”,使得原本可能逐渐发酵的问题在极短的时间内迅速升温。进入融媒体时代以来,新媒体凭借门槛低、去权威化、传播速度快、多点多传的特点逐渐成为互联网信息报道的重要渠道。新媒体的崛起虽然为信息传播带来了便利,但也在一定程度上恶化了警民关系。孙洪波认为,目前警媒关系已经从早期的良性互动逐渐转化为相互依赖、相互支持,又差异明显、矛盾不断的关系。^⑩新媒体为了追求点击率和关注度,往往会对涉警事件进行选择性的报道,甚至夸大其词,制造对立情绪。这种倾向性的报道如同火上浇油,迅速点燃了公众的情绪,使得原本可能只是小范围的争议迅速扩散,形成大规模的舆论风波。这种“燃烧速度”的加快,不仅使得警民关系变得更为紧张,也增加了社会的不稳定因素。公众在媒体的引导下,往往会对警方产生不信任感,甚至形成对立。

而对立情绪一旦形成,就很难在短时间内消除,从而加剧了警民之间的矛盾。

3. 意见领袖加大了“燃烧力度”

意见领袖在信息传播和舆论形成中扮演着举足轻重的角色,他们的观点和态度往往能够引导大众的认知和情绪。这些意见领袖凭借在某一领域的专业知识,拥有大量的粉丝和广泛的社会关注度。当他们对涉警事件发表观点时,这些观点往往引发大量的讨论和关注。一旦意见领袖的言论偏离正确的方向,过于情绪化或非客观时,他们的影响力就可能成为一把双刃剑,加剧涉警网络舆情的爆发。在这种情况下,意见领袖的非理性评价会使得原本可能只是小范围的争议迅速蔓延,形成大规模的舆论风波。

4. 谣言提高了舆情“温度”

谣言的出现使得原本平静的舆论场变得炙热而混乱。涉警事件因其直接关系到公众的安全感和信任感,天然具有高度的网络关注度。警方作为维护社会安定的重要力量,其一举一动都牵动着公众的神经。这种高度的关注使得涉警事件极易成为谣言滋生的温床。当谣言开始在网络上蔓延时,它如同烈火般迅速燃烧,将原本理性的讨论淹没在情绪的海洋中。奥尔波特指出,谣言的产生并非偶然,它需要两个关键要素的交织:一是话题的重要性,它必须能够触动传谣者和听谣者的情感或利益;二是事实的模糊性,真相被某种程度的不确定性所掩盖。^⑪在涉警网络舆情这一特殊领域,这两个条件尤为显著。

一方面,涉警网络舆情天然具有较高的网络关注度。这种高度关注使得涉警事件的故事主题更容易满足谣言产生的第一个条件——话题的重要性。一旦真实、准确的信息无法满足网民的信息需求时,一些模糊、编造的虚假信息便会填补其空白,致使谣言在网络上野蛮生长。同时高度关注的环境下往往伴随着情绪的

^⑩参见孙洪波:《全媒体时代警媒关系研究》,载《净月学刊》2016年第3期,第124—128页。

^⑪参见李长斌、贾鼎:《涉警网络舆情中的“情治”出场:应用价值与实践路径探析》,载《网络安全技术与应用》2022年第10期,第153—155页。

波动和极化,使得人们更加愿意相信符合自己观点和立场的信息,即使这些信息并不真实。

另一方面,公安工作的特殊性决定了某些信息不能及时或全面地公开。这种信息的缺失和模糊性满足了谣言产生的第二个条件——事实的模糊性。在缺乏权威信息的情况下,公众舆论讨论的事实往往只能基于片面的信息或个人的猜测,这种片面性和模糊性使得谣言有了可乘之机。

(三) 观点的互动达到了“点火温度”

网络空间中,由于参与者众多且立场、角度和认知存在差异,对于涉警事件的讨论往往呈现出多元化的特点。不同的观点在网络平台上相互碰撞、摩擦,逐渐积累起一定的情绪势能。一旦某个观点或言论触发了网民的敏感点或情感共鸣,舆情便可能迅速爆发。这种爆发并非一蹴而就,而是经过了一段时间的酝酿和积累。在这一过程中,网民的情绪逐渐被点燃,形成强大的舆论压力。

此外,民间舆论场与官方舆论场的互动也对涉警网络舆情的爆发起到了推波助澜的作用。民间舆论场往往更加关注事件的细节和个体的感受,对涉警事件进行深入的剖析和讨论。而官方舆论场则更注重事件的整体性和官方立场,通过权威渠道发布信息,引导舆论走向。当两者在涉警事件上产生分歧或对立时,舆情便会更加激烈地爆发。这种纵横交联的互动方式使得舆情信息能够在短时间内迅速扩散和放大,通过社交媒体、新闻网站等渠道,舆情信息得以快速传播,引发更多人的关注和讨论。

三、基于社会燃烧理论的涉警网络舆情演化过程分析

物质燃烧的过程经历了初始、升温、爆燃、燃尽等阶段,这一自然现象的演变过程与涉警网络舆情的发展阶段有着惊人的相似性。通过类比,我们可以更直观地理解涉警网络舆情的发展脉络,并为公安机关提供有效的应对策略。

(一) 涉警网络舆情“燃烧”阶段的划分

1. 萌芽阶段: 星星之火

萌芽阶段是涉警网络舆情的起点,标志着舆情开始在网络空间内悄然生长。在这一阶段,涉警信息像零散的火星出现在各大网络平台,尚未形成燎原之势。然而,尽管此时的涉警信息尚未形成舆论的洪流,但其潜在的影响力不容忽视。

首先,萌芽阶段的涉警网络信息通常具有较高的可信度。这些信息可能源自现场目击者、知情人士或相关部门的初步通报,因此它们在一定程度上能够反映事件的真实情况。然而,由于事件刚刚发生,具体细节往往相对模糊,这使得信息带有一定的主观倾向性。同时,为了维护自身利益,一些发布者可能会选择性地公开信息,对于可能损害其利益的关键信息则保持沉默。

其次,萌芽阶段的涉警网络信息呈现出明显的分散性特点。从信息源的角度来看,这些信息可能出现在新闻转载、评论、微信、博客、微博等多种渠道中,形成了多元化的信息来源。从传播主体的角度来看,这些信息的传播者也是五花八门,包括普通网民、意见领袖、媒体记者等,他们各自拥有不同的立场和观点,尚未形成统一的舆论声音。

2. 升温阶段: 火势蔓延

随着涉警事件的发展,原本散落各处的事件信息开始在这一阶段迅速聚集,如同星星之火逐渐汇聚成燎原之势。在这一过程中,涉警舆情展现出了“快”的特点。

首先,涉警网络舆情的发展。从萌芽阶段到升温阶段,可能仅需几个小时的时间,舆情便如野火般迅速蔓延。这主要是因为进入升温阶段的涉警网络舆情已经具备传播扩散的基本条件,一旦受到某些关键因素的触动,便如同被投入助燃剂的火焰,迅速燃烧起来。其次,网民在这一阶段迅速分化成持有不同观点的群体。这些群体之间往往存在意见分歧,甚至产生激烈的对立。更为关键的是,部分群体中的

意见领袖开始发挥其影响力,他们通过言论引导,使得该群体中的网民情绪和观点逐渐走向极端。这种极端化的情绪和行为不仅加剧了舆情的紧张氛围,也对公安机关的正常办案流程造成了严重的冲击。最后,涉警信息的扩散速度也极快。在网络时代,信息即时传播的特点导致涉警信息一旦出现在网络上,便迅速扩散至全网。网民们纷纷发表各自的意见和看法,其中不乏情绪化的言论和行为,这些情绪性行为不仅进一步加剧了舆情的紧张程度,也对公安机关的公信力造成了损害。

3. 爆燃阶段:烈焰熊熊

这一阶段,传统主流媒体与民间舆论场交织在一起,将涉警事件推向了风口浪尖。传统主流媒体凭借其权威性和公信力,通过实地调查、新闻稿撰写和警方新闻通告等方式,为公众提供了可信度较高的信息。这些信息源不仅详细披露了涉警事件的来龙去脉,还深入剖析了事件的本质和影响。与此同时,民间舆论场也在网络上掀起了一场热烈的讨论。网民们纷纷发表自己的看法和观点,讨论事件的细节和背后的原因。这种民间舆论与官方舆论的交织,使得涉警舆情在短时间内迅速升温,成为全社会关注的焦点。

在这一阶段,涉警事件几乎占领了各大平台的头条位置,信息推送量暴增,网民讨论度也达到了顶峰。然而,随着负面情绪的不断积累,网民的言论逐渐变得极端化,甚至催生了一些线下的过激行为。这些行为不仅加剧了涉警网络舆情的紧张氛围,也对社会的稳定和谐构成了威胁。

爆燃阶段是涉警网络舆情处置的关键时期。在这一阶段,公安机关的任何行为都可能被无限放大,稍有不慎就可能引发一系列连锁反应。因此,公安机关必须保持冷静和理性,坚持依法依规处理涉警舆情,以维护社会的稳定和谐。首先,要及时发布权威公告,曝光事件的整体经过和真相,以消除公众的疑虑和误解。其次,要明确相关主体责任,对涉事人员

进行严肃处理,以维护法律的尊严和权威。再次,公安机关还需要借助媒体发声,澄清事实经过、厘清责任、公正执法,以平息网民的激动情绪。

4. 燃尽阶段:余烬尚温

在涉警网络舆情的燃尽阶段,公安机关通过一系列措施,使得事件的主要危机得以化解,舆情扩散得到有效控制。随着事实经过的公开和处置结果的发布,网民的讨论度开始逐渐下降,涉警舆情逐渐趋于平息。在这一阶段,信息发布量、浏览量、关注量、转发量、点赞量、评论量等数据均呈现出明显的下降趋势。这标志着涉警舆情已经度过了高潮期,开始进入收尾阶段。同时,大众的情绪也逐渐平复,对涉警事件的关注度逐渐降低。然而,尽管舆情已经燃尽,但余烬尚温。公安机关仍需保持警惕,密切关注舆情的后续发展,一方面,要加强对涉警信息的监测和预警,防止舆情死灰复燃;另一方面,要积极总结经验教训,完善舆情应对机制,提升公安机关的舆情应对能力。

5. 复燃阶段:暗火重燃

涉警网络舆情常常表现出“高频反转”的特点,这主要源于互联网信息的碎片化、传播的递进式网状结构以及涉警舆情本身的模糊性。在事件的深度挖掘过程中,新的信息不断涌现,使得公众的观察视角和立场产生变化,这种变化常常带来新的讨论焦点,如同添加了新的“可燃物”,使得原本趋于平静的舆情再次被点燃。

值得注意的是,这种反转并非单向进行,而是正反交替、错综复杂的。对立观点的交锋和碰撞,不仅重新点燃了舆情,还激发了网民的好奇心,使他们更加积极地参与讨论,试图在信息的海洋中探寻真相。

6. 熄灭阶段:灰烬冷却

事件全部经过得到公开,责任明晰,处置妥当,燃烧过程彻底结束,涉警网络舆情随着时间推移逐渐淡出网民视野。

（二）案例分析

1. 案情简述

2022年6月10日凌晨2点40分许，河北省唐山市公安局路北分局机场路派出所辖区某烧烤店发生一起寻衅滋事、暴力殴打他人案件。同日14时相关视频被上传网络，在各大短视频平台转发，引起网民激烈讨论，下午17时舆情达到峰顶。当日17时50分唐山路北分局发布官方微博称“已经锁定犯罪嫌疑人，正在实施抓捕”。当晚23时26分发布通报，主要犯罪嫌疑人陈某志、刘某已经抓获，其他犯罪嫌疑人仍在抓捕中。同时网络各大明星纷纷发表言论力求严惩罪犯。6月11日14时26分，

路北分局官方微博发布通报，最后一名涉案人员沈某俊在江苏境内被抓获。至此所有犯罪嫌疑人全部归案，被采取强制措施。当日22时29分河北省廊坊市广阳分局发布通报称：根据省公安厅指定管辖，本案由廊坊市公安局广阳分局侦办。6月12日唐山市召开会议决定从即日起开展为期半个月的夏季社会治安整治“雷霆风暴”专项行动。

2. 舆情分析

截取事件主体部分10—13日的网络数据分析可知，从事件发生至达到第一轮舆情巅峰仅仅15个小时，舆情迅速经历了萌芽、升温、爆燃阶段。相关数据见图1。

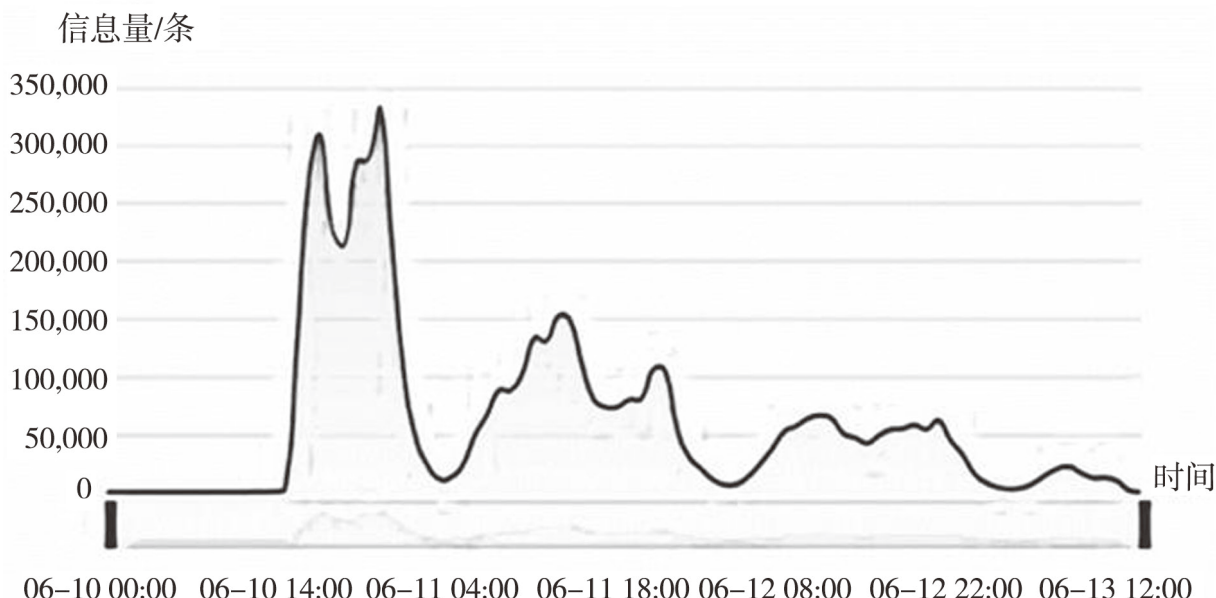


图1 唐山打人案件实时数据图

该话题在抖音、快手、微博、论坛等平台上的点击量急剧攀升，占领互联网头版头条。“女性、警方、精神病、法制社会、打人”等关键词的搜索量快速增加，相关阅读量和讨论量达到数十亿次。^⑫相关数据见表1。

在公安机关17时50分发布的通报后，事件整体热度出现小幅度下降，证明官方的公开通报对于舆情平复是存在作用的。

当晚23时26分发布的通报致使舆情达到第二轮高峰。主要犯罪嫌疑人落网，将网民情绪再次点燃，关注点转向了对犯罪嫌疑人的处置，同时各大明星发挥了“舆论领袖”的作用，在网民的共同推动下将舆情推向了新的高度。虽然受案情的阶段性胜利和作息时间的影

^⑫ 参见优迅舆情：《唐山烧烤店打人舆情分析报告》，载网易网，https://www.163.com/dy/article/HAF3S08P0518U71D.html?spss=dy_author，2022年6月22日上传。

起伏较小且波动性明显。截止到 11 日晚，舆情逐渐平复，可以看出整个“唐山打人案”已经进入燃尽阶段。

值得注意的是在 12 日凌晨，舆情再次出现复燃迹象，话题关注度再次上升，原因是河北省公安厅指定管辖和后续唐山市的扫黑除恶治理，使得网民对于唐山警方的信任度呈现断崖式下降，各种造谣抹黑公安机关的言论随之出现，网民关注点也转向了公安机关，开始出现了“保护伞、黑警、包庇”等言论。

表 1 唐山打人案话题数据表

序号	话题	阅读量 (亿次)	讨论量 (亿次)
1	“唐山打人”	45.2	402.6
2	“唐山多名男子在烧烤店围殴多女子”	22	122.4
3	“唐山打人事件 9 人全部落网”	21.6	65.9
4	“唐山女孩被暴力围殴是所有人的噩梦”	19.4	69.9
5	“公布打人事件受害女子近况宜早不宜迟”	16.4	48.1
6	“公安部门正抓捕唐山打人事件嫌疑人”	17.7	110.2
7	“唐山称打人事件给这座英雄的城市抹了黑”	15.3	36.5
8	“男子实名举报唐山黑社会团体”	15	55.2
9	“唐山市委政法委书记回应烧烤店打人事件”	14.4	53.6
10	“唐山 3 天 3 份实名举报”	13.8	40.6
11	“唐山要求还伤者公道”	13.7	30.5
12	“唐山打人事件由廊坊警方侦办”	12.8	26.2
13	“唐山全市开展扫黑除恶专项斗争回头看”	12.2	32.4
14	“唐山蛋糕店事件嫌疑人落网”	11.8	16.6
15	“唐山烧烤店打人事件已抓获两人”	11.7	27.5

结合上述结论以及图表数据分析可知：

第一，涉警网络舆情发展快且波动性明显。公安机关在一定程度上代表了政府，公众对公

安机关和人民警察的行为关注度普遍偏高。因此，随着案情的不断推进，事实的不断公开，网络舆情会呈现出上下起伏式的波动。

第二，涉警网络舆情中网民主要以情感宣泄为主。无论是前期对主犯陈某志的讨伐还是对受害者的同情，或是后期对公安机关的质疑，网民的发言都以情感宣泄为主。

第三，舆论领袖在涉警网络舆情中起到了推动作用。明星、记者、博主的表态，进一步扩大了舆情的影响力，提高了事件的关注度。

第四，涉警网络舆情失焦明显。网民对于舆情关注点总是发散式的，极易将情绪转嫁到其他人身，如案件中的烧烤店老板娘就受到了网暴。

第五，伴生事件频发。基于涉警网络舆情的“长尾隐藏”特点，很容易导致以前还未解决的相关事件，借助此次的“舆情便车”一同发生，产生次生舆情。如后续发生的“唐山蛋糕店事件”就是借助该次舆情关注度得到曝光。

四、基于社会燃烧理论的涉警网络舆情疏导策略

公安机关在应对涉警网络舆情时，应充分认识到舆情的社会燃烧特性，从减少“可燃物”、控制“助燃物”和降低舆情“温度”三个维度出发，制定有效的舆情疏导策略。

（一）减少“可燃物”

首先，公安机关需持续加强自身建设，确保执法活动的规范化与合法化。通过定期举办执法培训，对执法队伍进行再教育，针对执法过程中出现的普遍问题深入探讨，以明确执法程序，提升执法质量。同时，应强化执法监督，利用执法记录仪等现代科技手段，全程记录执法过程，确保执法行为的透明性和公正性。

其次，公安机关需要转变舆情治理理念，将“情治”作为重要手段，以情感为纽带，增强与群众的联系。^⑬要密切关注群众的呼声和需求，对群众反映的问题和矛盾，要及时介入，

⑬ 参见李长斌、贾鼎：《涉警网络舆情中的“情治”出场：应用价值与实践路径探析》，载《网络安全技术与应用》2022 年第 10 期，第 153-155 页。

积极疏导,防止负面情绪累积和扩大。通过情感治理,疏通警民关系的情感卡点,增强群众对公安机关的信任和支持。

再次,提升舆情监控能力也是减少“可燃物”的关键环节。公安机关应充分利用计算机技术,通过技术算法对海量数据进行搜集、处理、分析和研判。通过建立数据模型,完善涉警网络舆情的监控分析机制,实现对互联网络的日常监测和预警。重点关注网络上的重点人群、重点事件和高频词汇,一旦发现异常情况,应立即示警并采取相应的应对措施。

最后,建立涉警网络舆情快速反应机制是减少“可燃物”的重要保障。这一机制应以收集评估机制为前提,以监测分析机制为核心,以研判分析机制为主体。在遵循早期控制、实事求是、严谨慎重、先声夺人等原则的基础上,确保对涉警网络舆情能够迅速作出反应,有效遏制舆情的扩散和恶化。

(二) 控制“助燃物”

对于涉警网络舆情的治理,公安机关及人民警察必须培养“互联网思维”,利用互联网快速性、便捷性的特点去控制“助燃物”。首先,公安机关应加强顶层设计,制定并完善网络管理法规。对于网络谣言、网络暴力等违法行为,应明确处罚措施,确保法律的威慑力。同时,推动网络实名制和言论管理的进一步落实,确保网络空间的秩序和责任的明确。

其次,公安机关需与媒体建立和谐互动的关系。一方面,加强与主流媒体的合作,通过权威发布和事实澄清,引导舆论的正确走向。主流媒体具有广泛的影响力和公信力,是公安机关传递信息、引导舆论的重要渠道。另一方面,对于自媒体平台上的不实信息和恶意炒作,公安机关应依法进行管控,对故意制造警民矛盾、歪曲事实真相的自媒体进行严厉惩处,以维护网络空间的清朗。

再次,公安机关还应加强网络阵地建设,利用新媒体平台与群众进行互动。通过开通各类公众号、微博、短视频账号等,展示公安工

作的真实面貌,增强群众对公安工作的理解和支持。同时,积极回应群众关切,解决群众疑问,通过互动交流,提升公安机关的公信力和形象。

最后,建设“意见领袖”数据库是控制“助燃物”的有效手段。公安机关应培养一批相信公安、亲近公安的意见领袖,在涉警网络舆情发生时,能够迅速介入,引导大众舆论,防止舆情恶化。通过意见领袖的积极作用,可以有效减少负面信息的传播,稳定群众情绪,维护社会和谐稳定。

(三) 降低舆情“温度”

涉警网络舆情之所以容易失控,很大程度上是因为事件经过往往难以一次性完整展现给网民,这种信息的不对称性会激发网民的好奇心,进而在频繁的互动中导致舆情扩散。为了有效降低舆情“温度”,公安机关应采取一系列措施,确保舆情平稳处置。

一方面,公安机关应建立舆情全程跟踪机制。这一机制要求公安机关在事件发生的初期就迅速介入,及时发布情况通报,以抢占舆论先机,引导公众情绪走向。在事件持续发酵的过程中,公安机关应持续跟进报道,通过发布权威通告来最大限度地安抚群众情绪,压缩谣言的生存空间。事件结束后,公安机关还需及时发布处置通报,对群众关切进行跟踪反馈,维护网络秩序,防止舆情复燃造成二次危机。

另一方面,把握“时间第一”的原则至关重要。对于涉警网络舆情的处置,越早介入越能降低社会危害。公安机关应迅速获取舆情的最新数据,评估其未来走向,对可能发生的危害性后果进行预见,并制定相应的应急处置预案,确保在舆情爆发时能够迅速、有效地应对。

结语

综上所述,在当前复杂的舆论环境中,对涉警网络舆情产生、发展、终结的过程进行研究,更有助于公安机关把握舆情治理的关键节点,明确舆情疏导的方向,有针对性地采取处置措施,从而提高公安机关的处置效能。文章

通过引入社会燃烧理论进行类比研究,对涉警网络舆情产生条件进行分类,分为可燃物、助燃物、点火温度三个要素,提出了“大量可燃物的堆积”“多种助燃物的注入”“观点互动达到了点火温度”是导致涉警网络舆情爆发的重要原因;借助“唐山打人案”中的相关数据,将涉警网络舆情发展的过程分为萌芽、升温、

爆燃、燃尽、复燃、熄灭多个阶段,指出不同阶段中涉警网络舆情的特点;引导公安机关从“减少可燃物、控制助燃物、降低温度”三个方面进行切入,对涉警网络舆情进行有效的疏导治理,为当前公安机关的舆情治理工作指明了方向,为打造和谐的警民关系奠定学术基础。

Analysis of the Evolution of Police-related Network Public Opinion Based on Social Combustion Theory

Chen Yang, Li Shuang, Wang Yanshun

(China People's Police University, Langfang, 065000, Hebei)

Abstract: Network public opinion has gradually become an important part of social public opinion governance owing to its characteristics of wide impact, fast spread, and strong destruction. Due to the particularity of the subject and the universality of the interests involved, police-related online public opinion is more likely to cause irrational discussions among netizens, which can have a negative impact on police image, government prestige, social order, and so on. The social combustion theory, as an important research achievement in the field of sociology, is usually used to describe disorderly, chaotic, and imbalanced social phenomena, which is highly consistent with police network public opinion in essence. Therefore, based on the social combustion theory, an analogical study of police network public opinion is conducted, analyzing the evolutionary logic of police network public opinion from the perspectives of combustible materials, combustibles, and ignition temperature. This facilitates the public security organs to understand the laws of its generation and development, and thus "prescribe the appropriate remedies".

Keywords: police-related network public opinion; social combustion theory; public security organs

(责任编辑: 芙 葳)

警察意外开枪行为研究

徐丹彤¹, 唐勇², 薛亚捷¹

(1. 中国人民警察大学, 河北 廊坊 065000; 2. 珠海出入境边防检查总站, 广东 珠海 519000)

摘要:警察的意外开枪虽属小概率事件,但作为一种执法事故,不仅导致不应有的人员伤亡、财产损失,还会引发公众对警察用枪能力的疑虑,影响警察形象和执法公信力,应当引起立法者、警务机关及其人员的高度重视。为了有效减少警察的意外开枪,警务机关应当聚焦意外开枪产生的内因和外因,采取双轨治理模式,提高警用枪支的安全性能,强化警察使用枪支的科学训练,完善警察使用枪支的安全规则体系,以实现对外意外开枪的实质性防范,维护警察的执法安全。

关键词:警察执法;意外开枪;法律规制

中图分类号:D631

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)04-0121-08

引言

警察的开枪行为,广义上是指警察使用枪支发射子弹的行为。根据警察开枪时不同的主观状态,可以将开枪行为分为两类:故意开枪和意外开枪。其中,故意开枪是警察为实现公务目的而有意识地使用枪支向特定对象射击的行为,是开枪行为的典型形态,也是社会关注的焦点和法律规制的重点。与故意开枪相对应的是意外开枪,是在警察无开枪意图的情况下,由于枪支的机械故障等物理因素或其他意料之外的客观原因以及警察的人为失误所导致的枪支击发。公安部《公安机关人民警察佩带使用枪支规范》第13条有“枪支走火”的表述,是含义上最接近“意外开枪”的术语。

在警务执法实践中,意外开枪虽不像故意开枪那样引人关注,但并非罕见。例如,2005年,美国纽约市警察局记录了24起警察意外开枪的案件。其中4起发生在警察装弹或清理

枪支时,还有13起案件被归为操作武器时发生的意外开枪,7起案件发生在警察与嫌犯搏斗过程中。在之前的几年里,当警察在奔跑、跌倒或试图强行进入住宅时,也有意外开枪的记录。^①美国纽约市警察局1999—2006年执法事件的统计数据表明,期间“每一年的执法事件包括防卫时与对方进行了枪战、防卫时没有开枪还击、使用警犬、意外开枪和其他情况共五种类型”,意外开枪位列其中。“这8年间执法事件总数分别为155、134、136、119、130、114、123、126件,其中,‘防卫时与对方进行了枪战’的数量分别为20、11、16、12、6、11、16、13件,而‘意外开枪’的数量分别为:37、26、27、24、25、27、24、26件”,意外开枪的数量竟然高于故意开枪的数量。^②在瑞典,“意外开枪占报告的开枪案件的10%”^③。我国虽然难以见到警察意外开枪的统计数据,但相关信息常见诸报端。笔者认

收稿日期:2023-11-22

基金项目:2017年度中国人民警察大学国家社科基金培育课题“我国警察执法中武力使用规范体系研究”(SKJJPY201701)

作者简介:徐丹彤,男,中国人民警察大学公安法学院、警察法学研究中心副教授,主要研究方向为行政法学、警察法学;唐勇,男,珠海出入境边防检查总站四级警长,中国人民警察大学警察法学研究中心研究员,珠海出入境边防检查总站特约研究员,主要研究方向为行政法学;薛亚捷,女,中国人民警察大学法学专业2022级硕士研究生,主要研究方向为刑事诉讼法学。

① See Bernard D. Rostker et al., *Evaluation of the New York City Police Department Firearm Training and Firearm-Discharge Review Process*, the RAND Corporation, 2008, p. 87.

② *Id.*, 15.

③ Joseph B. Kuhns & Johannes Knutsson, *Police Use of Force—A Global Perspective*, Praeger, 2010, p.107.

为,对于警察的意外开枪,无论是学术界还是立法者、执法者,都应给予高度重视,加强理论研究和法律规制,有效防范意外开枪行为及其危害后果的发生。

一、警察意外开枪的特征

警察执法中的意外开枪,虽然与故意开枪同属开枪行为,但二者有着明显的差异。而要深入研究意外开枪行为,就应当从意外开枪的特征入手,这样才能设计出专门规制意外开枪的特殊规则。意外开枪与故意开枪相比,具有以下三个特征。

(一) 无开枪意图

警察意外开枪时的主观心态包括警察对枪支击发所持的主观心态和对枪支击发造成的损害结果所持的主观心态两方面内容。首先,警察对枪支击发所持的主观心态是“非故意”。即警察既不希望也不放任开枪行为,枪支的击发是违背警察意愿的、非预期的行为。即使是由过失导致的击发,也是警察本意上希望避免的。其次,警察对枪支击发造成的损害结果所持的主观心态也是“非故意”。意外开枪发生时,警察对于枪支击发造成的损害结果是不希望、不追求甚至极力排斥的。如果警察对于枪支击发的主观态度是故意的,仅对枪支击发造成的损害结果是“非故意”的,例如警察本意是向犯罪嫌疑人开枪,却意外击中了旁观者,此时由于存在开枪意图,只是结果偏离了意图,仍应归属于故意开枪。

(二) 无特定射击目标和瞄准行为

意外开枪发生时,由于警察本无开枪意图,缺乏故意开枪时充分的准备与研判,因此通常无特定对象作为射击目标,也无瞄准特定对象的动作,枪支意外击发后的子弹方向、运动轨迹和弹着点也出乎警察预料。如果警察进行射击准备时已有瞄准动作,但在没有做出开枪决定时因意外因素的介入导致枪支击发,也构成意外开枪。

(三) 发生了枪支击发现象

即实际发生了子弹射出枪膛的结果。包括两种情况:一是警察原本无开枪计划或未做出开枪决定,但出现了枪支的意外击发。二是警察故意开枪后、尚未做出进一步的开枪决定时,意外出现了后续的击发。

二、警察意外开枪的类型

执法实践中,意外开枪的类型多样,既有过失意外开枪,也有无过失意外开枪。对警察意外开枪的类型进行划分,有助于警务机关根据不同类型意外开枪发生的原因,有针对性地规制和防范意外开枪行为。

(一) 过失开枪

过失开枪,是指由于警察的过失导致的枪支意外击发。过失开枪的原因包括两种:

1. 疏忽。警察受过专业训练,应当预见自己违反技术规范的行为具有导致枪支击发的风险,但因疏忽大意没有预见到,结果导致枪支意外击发。例如,警察应当知道把枪支作为一般的击打或撬压工具加以使用时,枪支可能会意外击发,但由于紧张或急于抓捕犯罪嫌疑人,用枪口顶住犯罪嫌疑人的身体,忘记了手扣扳机、弹在枪膛,稍不留神,手指不自觉用力而造成枪支击发。这方面是有血的教训的。2006年6月2日,江西某地公安机关在湖北某地警方的配合下,抓捕一名在逃犯罪嫌疑人。当湖北某地警方将犯罪嫌疑人擒控在地时,一名江西警察持枪上前,用枪柄击打犯罪嫌疑人头部,结果食指无意扣动了扳机,导致湖北某地一名警察不幸被击中,在送往医院途中牺牲。^④

2. 轻率。警察已经预见到枪支有击发的可能性,但因轻信能够避免,没有采取必要的防范措施,导致枪支击发。实践中,因轻率而导致的意外开枪较为常见。例如,警察未决定开枪时却将手指置于扳机上,虽然知道这样做违反了操作规范,可能导致意外击发,但抱有侥幸心理,轻信自己的控制能力,结果由于意外

^④参见吕晓旺、陈天勋:《警察使用枪支战术探究》,载《武汉公安干部学院学报》2007年第3期,第73页。

因素的介入导致枪支击发。

（二）无过失开枪

无过失开枪，是指警察在既无故意也无过失的状态下发生的枪支意外击发，可以归为意外事件。无过失开枪的原因包括两种。

1. 与警察身体有关的原因。具体包括两种情形：第一，警察的下意识行为。在警察控制枪支的情况下，因犯罪嫌疑人突然转身申辩、掏证件、绊倒等意外举动被警察误解为危险行为，导致下意识开枪。下意识开枪的原因在于，执法具有高风险性，要求警察时刻准备应对各种突发事件，但警察由于情绪紧张、身体疲劳、药物影响、旧病复发等因素，导致判断失误，做出了不合理的应激反应。例如，在警匪持枪对峙中，警察手指置于扳机上，尚未决定开枪，但因情绪高度紧张，手部肌肉不自主收缩，导致枪支击发。第二，枪支扳机被意外触碰。例如，警察追缉犯罪嫌疑人时，因天黑路滑等原因摔倒，身体失去控制，手指意外触碰枪支扳机，造成枪支击发；再如，警察遭受犯罪嫌疑人突袭，或与抗拒抓捕的犯罪嫌疑人无法保持安全距离时，在剧烈的肢体冲突中，警察或犯罪嫌疑人意外触碰枪支扳机，造成枪支击发。

2. 与警察身体无关的原因。具体包括两种情形：第一，枪支的机械故障或缺陷。这种情况主要是指枪支设计、制造方面的缺陷导致的枪支安全性能不佳，或者枪支缺乏保养、机件老化并叠加某些间接的人为因素造成的意外开枪。例如，2021年6月，某单位进行射击训练时出现了某型手枪弹反转入膛卡滞、排障时通条撞击底火导致意外击发并炸壳的事故。^⑤第二，无法预见、防范的物理事件。例如，警察手中的枪支意外坠地，剧烈的震动触发了枪机

导致意外击发。据印度媒体报道，2021年3月31日，印度旁遮普邦一名57岁的警察帕拉姆吉特·辛格在站岗时，肩上背着的一步枪突然滑落在地，辛格弯腰去捡，而步枪却意外走火，击中辛格头部致其当场死亡。^⑥

三、警察意外开枪的后果

警察不同类型的意外开枪，虽然原因复杂多样，但由于发生了枪支的击发，均可能造成严重的危害后果。只有正确认识意外开枪的严重后果，才能充分理解防范意外开枪的必要性，并积极采取防范意外开枪的有效措施。

（一）直接后果

意外开枪的直接后果是可能导致人员的伤亡和财产的损失，其中最显而易见的后果是多方人员的伤亡。一是造成犯罪嫌疑人不必要的伤亡。这是意外开枪最常见的直接后果。例如，我国台湾地区彰化县警察局某警员因检视违规车辆时驾驶人不肯熄火，便伸手入驾驶室关闭电门，被驾驶人用起子戳伤，该警员对驾驶人举枪命其熄火，不幸枪支走火，击毙驾驶人。^⑦二是造成持枪警察自身的伤亡。这是特殊情况下意外开枪产生的直接后果。例如，据媒体报道，2005年10月15日，香港一名女警在某实弹射击场作7米距离射靶，女警自枪袋拔出自动曲尺手枪前，手枪已经上膛，自腰间拔枪时突然走火，击中自己，子弹擦过右大腿后射入小腿。^⑧三是造成其他警察或无辜者的伤亡。意外开枪的一个容易被忽视的危害后果是导致现场人员（包括其他警察或旁观者）的伤亡。例如，2002年3月17日，北京市公安局某派出所民警李某为抓捕涉嫌绑架罪的嫌疑人，由楼上跳下时，因落地瞬间的剧烈震动引发手枪走火，子弹击中同伴王某头部，导致王某牺牲。^⑨

⑤参见吴洁、张迪：《误触底火致手枪弹意外击发案例分析与枪械安全训练问题探讨》，载《湖南警察学院学报》2023年第3期，第120页。

⑥参见何卓谦：《惊人一幕！》，载微信公众号“环球网”，2021年4月6日上传。

⑦参见李英生：《警械使用条例实务——建构使用警械安全工程》，2004年自版发行，第320页。

⑧参见《香港女警射靶走火击中自己》，载新浪网，<https://news.sina.com.cn/c/2005-10-17/03047182457s.shtml>，2005年10月17日上传。

⑨参见公安部政治部：《致命错误：公安民警因公伤亡战术失误案例评析》，群众出版社2005年版，第9页。

2018年10月25日,巴西一名警察酒后在路上与朋友聊天时,不慎枪支走火,打中了一名朋友致其倒地,随后该警察当场自杀身亡。^⑩

(二) 间接后果

意外开枪的间接后果主要体现在以下几个方面:一是引发公众对警察使用枪支能力的担忧。意外开枪的频发是警察用枪能力不足的具体体现,公众据此会对警察保护社会的能力产生失望和疑虑。二是影响警察形象和职业生涯。警察意外开枪时如果存在过失且后果严重,就有被问责的可能,进而影响其职业生涯,给其本人和家庭带来严重的心理阴影。三是导致执法冲突甚至群体性事件。在执法对象人多势众的情况下,警察的意外开枪如果造成执法对象的伤亡,很可能引起其他执法对象的愤怒,进而对警察实施暴力或舆论攻击。例如,2023年4月,在柬埔寨波萝勉省巴布农县,当地警方突袭一处斗鸡场,不慎枪支走火,导致一名赌徒腰部受伤,引起了在场赌徒与警察之间的冲突。^⑪意外开枪的间接后果虽然不及直接后果那样令人触目惊心,但影响持久、深远,应当引起警察及警务机关的高度重视。

四、防范警察意外开枪的措施

警察意外开枪是内因、外因共同造成的,其中外因是指客观环境因素,即不以警察意志为转移的物理事件、意外因素、执法环境等;内因则是指人为因素,包括警察的执法经验、训练水平、安全意识、用枪能力等多种复杂因素。在笔者看来,内因是导致意外开枪的根本原因,一些意外开枪看似是由纯粹的外因导致的,但追根溯源,总是伴随警察的人为因素。例如,枪支机件老化导致的意外开枪,虽然可能是因为激发开枪的组件没有停在安全位置,

但警察触动组件则是意外开枪的诱因,而且枪支机件老化导致的意外开枪往往与相关人员对枪支的保养、维护、更新工作不善有关。再如,警察在与犯罪嫌疑人搏斗或倒地时发生的意外开枪,搏斗或倒地是外因,但警察的手指预先违规置于护圈内或无意中触碰扳机则是内因。从这个意义上讲,“走火的永远是人,不是枪”。虽然导致意外开枪的外因难以控制,但对于内因则可以设法施加影响,以避免其发生,或降低其损害结果。笔者认为,可以采取以下措施,防范警察意外开枪的发生。

(一) 破解警察意外开枪外因, 不断提高警察公务用枪的安全性能

枪支的机械构造特性与警察用枪风险有着密切关系,实践中由此导致意外开枪的情况大致包括三类。一是枪支的设计本身存在安全隐患。我国台湾地区学者指出:某些型号的枪支,外露的保险装置容易因碰撞而被打开使枪成为可击发态,降低了警枪的安全度。而有些型号的枪支则有着准确、安全、操作维护简单的特性,使用三重自动保险,枪永远在安全状态,走火是不可能的。^⑫二是枪支保养维修不当。例如,枪支平时保养不够,或未按技术流程进行操作,容易造成意外开枪;再如,枪支发生故障后,保管单位超出自身能力范围对枪支自行维修、处理,或在修理时擅自拼装零件、更换枪支击针等,影响射击和保险结构的可靠性,容易造成意外开枪。三是使用未及时淘汰或报废的枪支。这类枪支的安全隐患很大,使用时容易造成意外开枪。

有鉴于此,可从以下几个方面入手,提高枪支的安全性能。第一,在警用枪支设计制造环节,需强化枪支设计制造的安全性能意识。

^⑩参见《警察酒后疑枪支走火误射朋友,毫不犹豫举枪自尽身亡》,载微信公众号“网易新闻客户端”,2018年10月30日上传。

^⑪参见《警察抓赌,警枪走火致人受伤,赌徒被惊动后围堵警察》,载腾讯网,<https://new.qq.com/rain/a/20230417A04U8E00>,2023年4月17日发布。

^⑫参见前注⑤,李英生,第368页。

警用枪支使用对象的特殊性、多样性以及使用环境的复杂性等因素,要求枪支的设计制造环节在兼顾技术先进性和使用便利性的同时,更要确保安全性。第二,在警用枪支保养环节,需增强枪支保养、保管等安全性能意识。警用枪支使用单位要高度重视枪支的保管、保养、维修和检验工作,针对不同型号的枪支特点建立保管、保养、检验机制。第三,在警用枪支使用环节,需强化枪支使用的安全性能意识。警用枪支主管单位,一方面要及时淘汰“老旧”枪支,另一方面要及时更换存在“问题”的枪支。

(二) 化解警察意外开枪内因, 强化警察使用枪支的科学训练

使用枪支是一项复杂的技能,存在日久生疏的问题,这就需要强化训练。如果警察用枪训练严重不足,对所用枪支的型号、性能等了解不全面,现场处置警情时凭感觉用枪、盲目用枪,或遇到紧急情况时惊慌失措,就很容易造成意外开枪。要避免意外开枪,除了在配枪前对警察严格遴选、考核外,重点是加强训练,提高用枪技能,实现“人枪合一”。为此,应将警察参加相关训练作为刚性要求,实施严格、充分、有效的实战化训练,使警察熟练掌握枪支的构造、性能、使用方法、技术动作、安全规则、法律规范,形成正确的用枪习惯和“肌肉记忆”。具体的训练内容可以重点包括以下几个方面。

1. 加强用枪决定训练,避免警察在用枪决定环节意外开枪。开枪并非孤立的行为,而是使用枪支的一个环节,携枪、拔枪、举枪、鸣枪等使用枪支行为均可能引发意外开枪。美国佛罗里达州丹佛警察局《行动手册》规定,不必要或草率地拔枪或示枪可能导致意外的开枪;警察举枪后,意外开枪的可能性极大增加。如果嫌犯试图暴力抗拒,警察意外开枪击中嫌犯、警察和旁观者的可能性就会大大提高。美

国有研究报告指出,执法机关对警察做出拔枪决定的训练明显不足,纽约目前的枪支训练忽视警察的拔枪决定,虽然新警指南中解释了拔枪的优点和缺点,但训练方案没有重点关注拔枪决定。如果一些警察拔枪过早或者过于频繁,可能会增加事故的风险。^⑬在我国,警察如何做出用枪决定的训练同样不足。因此,要使警察审慎拔枪、举枪、鸣枪,主管机关应当加强警察做出用枪决定的针对性训练,避免其草率和不必要的用枪行为,从根本上减少意外开枪。

2. 强化持枪技术训练,防止警察因手指置于扳机护圈内而引发意外开枪。警察持枪时手指置于扳机护圈内是意外开枪发生的重要原因。美国有研究人员指出,警察意外开枪是因为身体协调问题,或对刺激的无意识生理反应,或在与嫌疑人搏斗时不小心造成。把所有这些不必要的开枪联系在一起的因素是,警察扣动了扳机,尽管是无意的。虽然这些事件在某种程度上是可以理解的,因为每个人都经历过对噪音和跌倒的非自主反应,但这些反应如果导致开枪,通常需要警察的手指置于扳机护圈内。虽然持枪动作不规范未必导致意外开枪,但意外开枪常常源于持枪动作不规范。为了防止意外开枪,几乎所有的枪支安全训练,包括纽约警察局的训练,都强调警察必须把手指放在扳机护圈之外,除非在真正决定开枪的时候。为使警察避免在用枪时养成不良习惯,这一基本的安全原则需要在所有的枪支训练中得到更好的执行,包括射击练习和用枪资格的重新认证所需的训练、弹药和其他模拟器训练以及室内战术训练。在这些训练中,如果警察在瞄准前(或开枪准备尚未就绪时)将手指放在扳机上,教练应中断训练,以确保受训警察养成正确的安全用枪习惯。^⑭

基于此,我国可从以下几个方面强化警察持枪训练。一是加强高科技在民警持枪技术训

^⑬ See Bernard D. Rostker et al., *Supra* note ①, 89.

^⑭ *Id.*, 89.

练中的应用。公安机关可以利用多模态感知技术强化对民警持枪技术的训练监测, 确保其严格将手指放在枪支的正确位置, 养成合理、安全的用枪习惯。二是加强实战仿真环境下的持枪技术训练。公安机关可以借助虚拟现实技术, 模拟实战环境, 对民警持枪技术进行训练, 使其能够根据现场情况的紧急程度, 手指在扳机护圈内外迅速自如地切换, 兼顾持枪的安全性和用枪的便捷性。

3. 增强警察用枪心理素质训练, 避免因心理因素引发意外开枪。实践中导致意外开枪的一个重要原因是警察使用枪支处置警情时出现心理波动。美国研究人员发现, 在一些刺激性场景下, 例如出现了枪声或者有人喊叫“他拿着枪”时, 警察就可能产生错误的应激反应。^⑮因此, 通过经常性的刺激性场景训练, 可以提高警察应对突发情况的心理素质, 使其处变不惊, 对不常见意外情况做出正确反应, 从而减少意外开枪。联合国人权事务高级专员办事处制定的《警察人权标准与实践: 警察使用的人权袖珍手册》建议全体警员“参加消除紧张情绪的咨询活动”, 并且参加培训班, 以提高个人紧张情绪控制方面的技能; 同时建议负有指挥和监督职责的警员“向所有参与使用武力的警察提供消除紧张情绪的咨询”, 并就“紧张情绪控制”等方面提供定期培训。

对此, 我国应当增强警察用枪心理素质方面的训练。一是探索建立全国警察用枪刺激性场景案例数据库, 在借助人工智能技术的基础上, 结合本地人文、自然环境等特点实现案例的针对性化、虚拟仿真化, 推动高新技术辅助警察用枪心理素质训练。二是通过定期的专门培训消除警察用枪时的紧张情绪, 不断提升警察在用枪处置警情时控制自身紧张情绪的能力。三是开展警察用枪心理训练和辅导活动。通过警察用枪前的心理训练和辅导活动, 公安

机关可以科学地确定所属警察能否佩戴枪支或者及时地调整所属警察的用枪类型。通过警察用枪的事后心理训练和辅导活动, 可以缓解警察用枪处置警情后的紧张情绪, 避免警察因用枪而产生心理创伤。

4. 建立警察开枪处置警情后的强制性开枪复习训练制度。使用枪支如同驾驶机动车, 需要“熟练工”。警察的用枪能力既要培养, 更要保持。如果发生了意外开枪, 则表明警察用枪能力下降。“亡羊补牢, 犹为未晚”, 此时进行强制性复习训练有助于帮助警察恢复用枪能力。强制性复习训练的内容是剖析意外开枪发生的原因, 巩固正确的用枪技战术动作和程序意识, 目的是促进警察及时总结、反思教训, 获得提高, 避免意外开枪再次发生。美国有研究人员就曾建议纽约警察局确保所有参与某一枪击事件的警察在靶场接受为期一天的强制性复习训练。^⑯强制性复习训练作为一项制度坚持下来, 对于预防意外开枪是很有裨益的。我国可建立警察开枪处置警情后的强制复习训练制度。对于参与某一枪击事件的警察, 在进行消除紧张情绪咨询活动后, 需到枪支训练场地进行强制性开枪训练, 进一步提升用枪能力。此外, 意外开枪的警察, 在进行必要的心理咨询活动后, 也需要到枪支训练场地进行强制性开枪训练, 总结教训, 提升用枪能力, 从根本上减少和避免意外开枪的发生。

(三) 聚焦防范意外开枪规则, 完善警察使用枪支的安全规则体系

使用枪支的安全性是警察使用枪支制度的一项核心价值追求, 而意外开枪的发生表明用枪安全机制发生了问题: 要么是枪支使用安全规则不完善, 要么是枪支使用安全规则落实不严格。为了有效减少意外开枪的发生, 法律首先应当专门、明确、系统地规定警察使用枪支的安全规则, 强化正确的用枪方法和技术动作

^⑮ *Id.*, 89.

^⑯ *Id.*, 90.

要求。对此,香港警务处《战术训练手册》对警察使用枪支规定了以下要求:一是处理任何枪械时必须视作已经入弹,即算事前可能已知悉该枪械已被退弹。二是打开枪膛,永不将关闭枪膛的枪械交给别人。三是检查枪械,确保已经退弹。接收任何枪械的人士必须在当时当地检查该枪械以确保已经退弹,切勿相信任何有关枪械状况的承诺。四是勿将枪械(无论是否已经入弹)指向任何不欲射击的人士或任何如枪械走火时会造成伤亡或财物损毁的方向。五是除非已决定开枪,否则手指必须放在扳机护环外。六是处理枪械时,不可加以玩弄或嬉戏。上述规则是对实践经验教训的总结,对于减少、防范意外开枪十分有益。

对于香港的上述经验做法,我国内地可以借鉴,聚焦防范警察意外开枪规则,不断完善符合自身实际情况的安全规则体系。除了吸收香港警务处《战术训练手册》等关于枪支使用的安全规则外,我国内地还可以从以下几个方面入手,完善警察使用枪支安全规制体系:

1. 适时评估警察使用枪支的安全规则体系。随着社会的发展,影响警察使用枪支安全规则的因素也会发生变化。例如,以前必须用规则来进行规制的警察意外开枪因素,会随着警察素质提升、枪支使用环境改变等,不再需要规则来进行规制。而以前不必用规则来进行规制的警察意外开枪因素,可能需要规则来进行规制,这就需要主管部门适时评估警察枪支使用安全规制,及时调整相应规则,确保警察枪支使用安全规则体系适应当前及未来警察使用枪支、防范意外开枪的情况。

2. 及时关注域外在防范警察意外开枪方面的最新规则。针对警察意外开枪的新情况、新特点,域外国家或地区出台的专门规则,对我国而言具有参考意义。我国应当及时了解、吸收域外新规则中的有益内容,避免针对某一影响警察意外开枪新因素的规则出现空白或短板。

3. 建立防范意外开枪的审查制度。我国可以探索构建第三方(例如异地警方)定期审查

警用枪支使用单位相关软硬件的制度,以确保该单位警用枪支相关软硬件能够适应未来发展需要,不存在导致意外开枪的客观风险。例如,根据审查结果,如果警用枪支的安全性能不佳,那么,主管单位应当及时将其淘汰,为警察配发安全性能较高的枪支;如果某一项枪支使用、保养等制度存在漏洞,可能造成意外开枪的发生率升高,枪支主管单位或使用单位就应当及时评估、调整此项制度,以降低意外开枪的发生率。

4. 区分风险等级,并建立与之相适应的防范意外开枪技能训练机制。将不使用枪支的单位列为低风险防范意外开枪训练单位,不定期在该类单位进行防范意外开枪技能训练;将使用枪支次数较少的单位列为中风险防范意外开枪训练单位,定期在该类单位进行防范意外开枪技能训练;将使用枪支频繁的单位列入高风险防范意外开枪训练单位,在该类单位常态化地进行防范意外开枪技能训练。

5. 确立合理的奖惩制度。将警察是否发生意外开枪纳入个人和单位考核指标体系,有助于有效鼓励或倒逼警察严格遵守安全用枪规则。主管部门应当对使用枪支未发生意外开枪的个人和单位予以奖励,以发挥奖励制度对警察用枪行为的指引、评价和预测作用。同时,主管部门还应综合警察意外开枪的具体情境、主观原因、损害后果等相关因素,充分考量警察执法用枪行为的高风险性以及意外开枪与故意开枪的差异,设置合理的责任制度以倒逼警察遵守安全用枪规则、防范意外开枪的严重后果。

结语

警察的意外开枪,不仅对自身生理、心理造成不利影响,还会对他人乃至社会带来安全隐患。规制警察的意外开枪,不仅需要警察强化自身的用枪能力,还需要建立、健全防范警察意外开枪的机制。随着社会的发展,影响警察意外开枪的新因素会不断呈现,我们不能因步自封,认为现有的防范机制能够一劳永逸,而是应当根据影响警察意外开枪的新因素适时

调整机制,有效减少意外开枪的发生,助力平安中国建设。

A Study on the Unintentional Discharge of Firearm by Police

Xu Dantong¹, Tang Yong², Xue Yajie¹

(1.Chinese People's Police University, Langfang, 065000, Hebei;

2.Zhuhai Exit and Entry Frontier Inspection Station, Zhuhai, 519000, Guangdong)

Abstract: Although the unintentional discharge of firearm by police is an event of small probability, it, as a law enforcement accident, not only leads to undue casualties and property losses, but also arouses public doubts about the police's ability to use firearm, affecting the image of the police and the credibility of law enforcement. It should be highly valued by legislators, police agencies, and their personnel. In order to effectively reduce unintentional discharge of firearm by police, police agencies should focus on the internal and external causes of accidental firing, adopt a dual track governance model, improve the safety performance of police firearms, strengthen scientific training in the use of firearms by police, and improve the safety rules system for the use of firearms by police, so as to achieve substantive prevention of accidental firing and maintain the law enforcement safety of police.

Key words: police enforcement of law; unintentional discharge of firearm; legislative regulation

(责任编辑: 芙 葳)

湖南警察学院学报

(双月刊, 1989年创刊)

第36卷 第4期 (总第175期)

邮政编码: 410138

电 话: (0731)81866562

<http://hnga.chinajournal.net.cn>

电子信箱: hnjcxymb@163.com

hnga@chinajournal.net.cn

JOURNAL OF HUNAN POLICE ACADEMY

(Bimonth, started in 1989)

Vol.36 No.4(Total.175th)

Postcode: 410138

Telephone: (0731)81866562

<http://hnga.chinajournal.net.cn>

E-mail: hnjcxymb@163.com

hnga@chinajournal.net.cn

ISSN 2095-1140



定 价: 15.00元