

2024年10月
第5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

主办单位：湖南警察学院

出版单位：湖南警察学院学报编辑部

发行单位：湖南警察学院学报编辑部

印刷单位：长沙市天心区井岗印刷厂

主 编：华 婷

执行编辑：天下溪

英文校译：井朔宇

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 10 月 5 日出版

定 价：15.00 元

湖南·长沙

Hunan Changsha

2024 年 10 月第 5 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

智慧侦查

电子数据搜查的逻辑推演和制度构建..... 李克中 (5)

利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的侦查研究..... 张 仪, 杨晨龙 (21)

治安纵横

网络安全的协同治理路径探析..... 赵 维 (29)

《民法典》实施视角下的网络涉警舆情应对研究..... 欧阳梓华 (38)

海外留学生安全风险分析

——基于日常生活理论的思考 莫肖玮 (45)

刑事法学

罚金与惩罚性赔偿金的折抵

——以刑事附带民事公益诉讼为前提 李 茜, 马瑞泽 (54)

刑事程序简化的多元因素探究

| | |
|------------------------------|---------------|
| ——兼论我国多元的简化程序构建 | 李盛璇 (63) |
| 主体区分立场下诈骗行为的限缩认定 | 姜文智, 周清清 (76) |
| 论刑事案件中行政认定的法律性质及其审查路径 | 朱子骁 (85) |
| 从“族刑”案例看魏晋时期缘坐范围的限缩及原因 | 钟一苇 (94) |

法 治 长 廊

| | |
|---------------------------------|---------------------|
| 我国道路交通安全领域“首违不罚”制度的适用及其规范 | 刘 丽, 邓语柠 (102) |
| 基于共商共建共享理念的国际反兴奋剂治理新模式构建 | 熊英灼, 曾暄芳, 杨海涛 (110) |
| 自动化行政中相对人程序性权利保障 | 周午凡 (120) |

Journal of Hunan Police Academy

Vol. 36 No. 5, 2024

Oct. 2024

Main Contents

- Exploration of Collaborative Governance Path for Network Security Zhao Wei (29)
- Deduction of Fines and Punitive Damages: Based on the Premise Of Criminal Incidental Civil Public
Interest litigation Li Qian, Ma Ruize (54)
- The Application and Norm of "Impunity of First violates" in the Field of Road Traffic Safety in China
..... Liu Li, Deng Yuning (102)
- Constructing a New Model for International Anti-Doping Governance Based on the Principles of Extensive
Consultation, Joint Building and Shared Benefits
..... Xiong Yingzhuo, Zeng Xuanfang, Yang Haitao (110)

English editor: Jing Shuoyu

电子数据搜查的逻辑推演和制度构建

李克中

(西南政法大学, 重庆 401120)

摘要:电子数据搜查是近年热门侦查手段之一,但我国却未在大数据时代对电子数据搜查作出立法上的回应。因此,为验证电子数据搜查规则构建的可行性,有必要从传统搜查的概念和特征出发,探寻电子数据搜查的行为模式、内涵、面临的困境及其解决思路。电子数据搜查之行为性质、功能、本质与传统搜查有高度相似性,可以将传统搜查扩张解释至电子数据搜查,也可以利用传统搜查的规制方法来约束电子数据搜查。但问题是,我国的电子数据取证措施中存在大量的“变相搜查”,而且电子数据搜查在实践中会面临难以当场判断关联性、严重侵害公民权利等困境。为解决以上问题,须通过比例原则对电子数据搜查行为予以规制,同时在此前提下运用法律保留原则对公民权利予以事先保护,然后完善、变造传统搜查的搜查证制度、见证人制度,以完成电子数据搜查的制度构建。

关键词:搜查;电子数据搜查;强制侦查

中图分类号:D631.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0005-16

根据中国信息通信研究院的统计,从2018年到2022年的五年时间内,中国数字经济规模从约30万亿元增长到50.2万亿元,总量稳居世界第二,占GDP比重提升至41.5%。^①随着电子信息技术和数字经济的繁荣,法律也会呼应这一社会变化。例如,在2012年修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)中,我国顺应时代潮流,将电子数据规定为法定证据。随后几年,我国颁布了大量涉及电子数据取证的行政法规、部门规章和司法解释。这意味着,侦查取证行为

的实施已不再局限于物理空间。侦查取证行为的对象也不局限于承载着财产权的有形物,而是扩展至具有相对人“隐私合理期待”的物品、空间或信息。^②

然而,我国的电子数据取证规则对传统侦查措施如勘验、检查、扣押、调取等都有回应,却对传统侦查措施中极为常见的“搜查”没有规定。2016年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部共同出台的《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》),规定了封存扣押、

收稿日期:2024-07-10

作者简介:李克中,男,西南政法大学刑事侦查学院法律硕士,主要研究方向为证据法学、侦查法学。

①参见王一涵:《〈2023数字经济高质量发展报告〉发布:“云化”到“智能化”拐点已至》,载光明网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1778183921663420984&wfr=spider&for=pc>, 2023年9月27日发布。

②参见骆绪刚:《电子数据搜查扣押的程序的立法构建》,载《政治与法律》2015年第6期,第156页。

提取、冻结、调取等电子取证措施,但并未出现“电子数据搜查”的确切概念。2019年,公安部出台的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》(以下简称《电子数据取证规则》)规定了封存扣押、现场提取、网络在线提取、冻结、调取等电子取证手段,但依然没有对电子数据搜查作出规定。

与之相对的是,将搜查的对象扩张至电子数据是不少法治先发国家的立法趋势。例如,德国2008年《刑事诉讼法》第110条第3款规定:“查阅在受搜索干预人处之电子储存媒体时,若所寻找之资讯,在不延伸查阅范围之情况下有丢失之虞时,亦得延伸至由此储存媒体可以读取且与其在空间上分离之其他储存媒体。”^③而美国也早在1995年的判例中就要求,在扣押电子存储介质之后可对电子存储介质中的数据进行搜查。^④

搜查是极为常见的侦查行为,也是侦查机关同犯罪作斗争的重要手段。^⑤一方面,搜查能够及时查获犯罪嫌疑人,及时打击犯罪;另一方面,搜查也能及时收集犯罪证据,揭露和证实犯罪,保证侦查和审判的顺利进行。然而,我国法律迄今没有回应新时代下搜查制度的变迁,不禁令人遗憾。

那么,我国是否有必要确立电子数据搜查的制度?针对这一问题的答案是肯定的。为验证这一观点,本文首先分析传统搜查制度逻辑,其次在传统搜查的基础上进一步推演电子数据搜查的行为模式,并以电子数据搜查的强制性为中心,论证建构电子数据搜查规则的必要性。然后探寻电子数据搜查制度构建中的理论和实践困境,并针对这些困境提出规则建构的思路。

一、传统搜查的制度逻辑

在我国,虽然电子数据搜查是一个于法无据的概念,但传统搜查的概念已相对明确。《刑事诉讼法》第136条规定:“为了收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人,侦查人员可以对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜查。”对这一条文分析,不难看出传统搜查包括三个结构要素:主体要素、范围要素和对象要素。因此,综合经典教科书的阐述,^⑥可把传统搜查定义为:侦查机关为了收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人,依法组织侦查人员对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯和犯罪证据的人的身体、物品、住所和其他有关地方进行搜索、查找的侦查行为。

在明晰传统搜查的概念之后,要深入理解电子数据搜查,则需立足传统搜查的制度逻辑,进而阐述电子数据搜查的法理依据。

(一) 传统搜查的模式——“一步式关联性判断”

如上所述,搜查目的在于发现证据和查获犯罪嫌疑人,因此搜查的对象有复合性,人和物均可成为搜查的对象。若将视野限缩至“取证”这一范畴,会发现传统搜查在行为模式上的特征是“一步式关联性判断”。具体而言,侦查人员执行搜查行为时,会对某空间的有形物进行搜索、查找,并当场区分出与案件相关的证据,以指引证据的扣押。^⑦“一步式关联性判断”行为特征的产生,既有其必要性,也有其可能性。

一方面,传统搜查当场进行关联性判断的必要性在于搜查作为一种侵入性的搜索、查找行为,不可避免地会侵害被搜查主体的财产权、

^③参见连孟琦译注:《德国刑事诉讼法》,元照出版社2016年版,第116页。

^④参见陈永生:《电子通讯数据搜查、扣押的制度构建》,载《环球法律评论》2019年第1期,第6页。

^⑤参见孙长永主编:《刑事诉讼法学》(第4版),法律出版社2019年版,第275页。

^⑥参见孙长永主编:《刑事诉讼法学》(第4版),法律出版社2019年版,第275页;卞建林主编:《刑事诉讼法学》(第4版),中国政法大学出版社第2020年版,第433页;樊崇义主编:《刑事诉讼法学》(第5版),法律出版社2020年版,第356页;龙宗智、杨建广主编:《刑事诉讼法》(第6版),高等教育出版社2021年版,第237页。

^⑦参见孙茂利主编:《公安机关办理刑事案件程序规定释义与实务指南》,中国长安出版传媒有限公司2021年版,第541-542页。

隐私权等基本权利。为了保护公民合法权益，侦查人员必须在搜查时尽可能地对搜查对象进行关联性判断，明确辨别出与案件相关的证据，这样才能为扣押提供正确指引，将搜查、扣押带来的损害降到最低。这是比例原则在侦查学领域的体现，即侦查机关实施侦查行为必须尽可能地采取损害最小的手段，侦查人员执行强制搜查也必须尽可能地迅速、精准，尽可能降低对公民权利的侵害。

另一方面，传统搜查当场进行关联性判断的可能性在于：第一，传统搜查的范围有限性决定了搜查时间不会过长。无论是人体、住宅等密闭空间还是露天场所等较大空间，搜查范围都限于某一物理空间，即便在露天场所执行搜查行为，侦查人员也需要划定范围、封锁和保护现场。因此，搜查的范围是与案件有或然性联系的有限物理空间，侦查人员往往能在较短地时间内完成搜查。第二，传统搜查的对象有形性意味着搜查成本较低。在传统搜查中，某场所内藏匿的人身可被侦查人员直观感知，而传统的物证、书证也可被侦查人员借助五感辨别。即便在搜查的现场存在微量物、细微痕迹等肉眼不易察觉之物，侦查人员也可凭借自身的专业经验和技能当场发现。

综上，为保护公民权利，传统搜查有必要当场完成关联性判断，而范围限定性和对象有形性也为当场进行关联性判断提供了可能性，这里的“当场”与“一步式”具有相同内涵。因此，传统搜查的行为特征是“一步式关联性判断”。

值得一提的是，在传统搜查中，侦查人员应当请求被搜查人或者其家属、邻居或者其他见证人在场，以保证搜查行为的真实性并监督侦查机关搜查行为的合法性。^⑧这一措施的可行性也是因为传统搜查具有当场性，一般而言效率高、时间短，不会过于耗费见证人的时间和精力。

(二) 传统搜查的功能——“发现和指引”

根据时间的先后顺序，可将获取实物性证据的过程分为三个步骤：第一阶段是发现证据，侦查人员凭借感官、侦查经验和技能，在实物性证据产生、存在的空间之中将其辨别、发现；第二阶段是保全和固定证据，在发现相关证据材料的基础上，侦查人员以封存、扣押或提取的方式控制、掌握证据材料；第三阶段是分析证据，但并不是所有的证据都需如此，只有在该证据材料所承载的信息无法以人类一般经验和直觉感知时，才需要分析证据。（参见表 1）

表 1 实物证据收集的三个阶段

| | 功能 | 对应的法定侦查行为 |
|-----------|--------------------------|-------------|
| 第一阶段：发现证据 | 发现证据，并指引下一步的证据保全 | 搜查、勘验检查等 |
| 第二阶段：保全证据 | 固定、收集、提取、保全证据 | 勘验检查、查封、扣押等 |
| 第三阶段：分析证据 | 在人类无法凭借一般经验或直觉感知时，分析证据信息 | 辨认、鉴定等 |

搜查之目的在法律上有明确规定，即“收集犯罪证据，查获犯罪嫌疑人”^⑨，但这并不等于搜查的功能。因为“收集犯罪证据”通常通过“扣押”的方式，而“查获犯罪嫌疑人”通常是通过人身强制措施。搜查本身并不能保全证据或控制嫌疑人，搜查只是帮助侦查机关收集相关证据和查获相关嫌疑人。因此，可以说搜查的功能在于发现和指引，无论是发现证据还是发现犯罪嫌疑人，搜查都表现为对某一空间的搜索、查找行为，在发现证据或嫌疑人之后，搜查才能为下一阶段的固定保全或人身强制提供指引。

根据以上分析不难看出，搜查处于发现证据的第一阶段，侦查人员只有通过搜查发现证据，才能进一步固定、保全该证据。同样具备发现和指引功能的取证措施还有现场勘验，但是现场勘验更加强调提取、固定微量物质或痕

⑧参见前注⑦，孙茂利书，第 539 页。

⑨王爱立主编：《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修改与适用》，中国民主法制出版社 2020 年版，第 257 页。

迹,^⑩具备固定和保全证据的功能。而搜查之后往往会衔接扣押措施,其“发现和指引”之目的特征比现场勘验更加纯粹。

(三) 传统搜查的本质——“强制性侦查”

侦查行为可以分为任意性侦查行为与强制性侦查行为,其划分标准为是否侵害公民的基本权利。任意侦查行为不侵害基本权利,而强制侦查行为是指为了收集或保全犯罪证据、查获犯罪嫌疑人而通过强制方法对相对人实施的侦查行为。搜查则属于典型的强制性侦查行为,若被不当实施会侵害被搜查人的财产权、隐私权等基本权利。

首先,传统搜查侵害公民权利的体现在于:其一,在以获取证据为目的的搜查活动中,搜查对象包括场所、物品和人身及相关地方,在实践中通常表现为封锁某一场所,针对其中的物品和人身进行搜索以发现证据。不难看出,对住宅等场所进行搜查会侵害公民的住宅安宁权,而对公民人身进行搜查会侵害人格尊严,还会不可避免地侵害公民的隐私权。其二,在以查获犯罪人为目的的搜查活动中,搜查对象通常是某些场所,这也不可避免地会侵害公民的住宅安全及隐私权,且搜查之后可能采取的人身强制措施又难免侵害公民的人身自由。总的来说,搜查表现出严重的权利侵害性。

其次,搜查具备强制性的本质原因在于,搜查的客体^⑪是泛化的。《刑事诉讼法》第136条规定,搜查的客体是“可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方”,这意味着相当模糊的怀疑也会成为搜查的充足理由。^⑫一般情况下,只要侦查机关有足够理由相信某一空间隐匿犯罪嫌疑人

或犯罪证据,就有可能启动搜查程序。实践中会出现这种状况:侦查机关收到错误线索或作出错误决策,搜查与案件完全无关的场所,最后却发现被搜查的场所、人身并未隐藏罪犯或犯罪证据。因此,搜查客体的泛化导致了搜查的强制性。

最后,正是因为搜查是强制性侦查行为,所以各国都对其有着严格的规制,以保障公民的合法权利。在我国,对搜查的规制可分为事前审查、事中规制和事后救济。

在搜查的事前审查上,我国一方面在刑法上静态地规定搜查的适用程序,另一方面也以搜查证动态规制。一般情况下,启动搜查需要经过县级以上侦查机关负责人批准,人民检察院启动搜查则需要经过检察长批准。侦查人员进行搜查时,必须向被搜查人出示搜查证,否则被搜查人有权拒绝搜查。在紧急情况下,侦查人员也可以在没有搜查证的情况下进行搜查,但是需要在紧急搜查结束之后即时补办相关手续,^⑬这样可以及时纠正可能存在的不当,又有利于搜查严格依法进行。^⑭

在事中规制方面,我国制度上的体现是见证人制度。《刑事诉讼法》第140条规定,“搜查的情况应当写成笔录,由侦查人员和被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或者盖章。”见证人制度固然是为了表明搜查取得证据的真实性,^⑮但也能促进侦查人员合法、谨慎地搜查,从而保障被搜查人的知情权。

在事后救济方面,西方国家一般会赋予司法机关事后审查、非法证据排除等职能,以对侦查行为进行司法控制。我国在《刑事诉讼法》第56至60条确立了非法证据排除规则。该规

^⑩参见前注⑨,王爱立书,第248页。

^⑪搜查的客体即搜查针对的场所、人身,也可称为搜查的范围。搜查客体与搜查对象不同,搜查对象是指搜查所欲找到的对象,即犯罪证据或嫌疑人。

^⑫参见[德]托马斯·魏根特:《德国刑事诉讼程序》,岳礼玲译,中国政法大学出版社2004年版,第98页。

^⑬我国《刑事诉讼法》并未明确规定紧急搜查之后需要即时补办相关手续,只是在2019《人民检察院刑事诉讼规则》第205条规定“……搜查结束后,侦查人员应当在二十四小时以内补办有关手续。”

^⑭参见童建明、万春主编:《〈人民检察院刑事诉讼规则〉理解与适用》,中国检察出版社2020年版,第146页。

^⑮参见前注⑨,王爱立书,第261页。

则起源于美国,旨在通过排除证据的方式威慑侦查人员进行合法取证。在我国,非法证据排除方式包括绝对排除和裁量排除。根据《刑事诉讼法》第56条,搜查获取的实物证据不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,允许作出补正和解释;只有不能补正或者作出合理解释的,才会排除该证据。

综上所述,因为搜查经常衔接扣押等具备固定保全功能的侦查措施,所以搜查具有较为纯粹的“发现和指引”功能。在法定的侦查取证措施中,同样具备这一功能的是现场勘查,^{①⑥}但现场勘查不具备搜查的强制性,因为其取证范围是与案件相关的现场,如犯罪现场、处理证据现场,而人身检查的客体也通常限于犯罪嫌疑人。现场勘查的客体是限定的,一般情况下并不会对被害人及第三人的合法权利造成侵害。因此,传统搜查的独特性得到体现:它是法定取证措施里唯一兼具“发现和指引”功能的强制性措施,并且其行为模式是一步式关联性判断。

二、电子数据搜查的法理逻辑

界定电子数据搜查的含义,不能机械地理解为只是把搜查的对象从传统实物证据扩展到电子数据。因为电子数据搜查在我国于法无据,所以应立足于传统搜查的制度逻辑,先推演出电子数据搜查最直观的行为模式,再根据扩张解释,由表及里地精确把握电子数据搜查的功能和本质。只有掌握了电子数据搜查的法理逻辑之后,才能判断出是否有必要构建电子数据搜查的制度。

(一) 电子数据搜查的模式推演

分类是认识事物的方法之一,分析电子数据搜查的模式也可依据该思路。综合学界观点,^{①⑦}再考虑到电子数据的特性,可根据电子数据搜查是否以扣押存储介质为前置条件,将电子数

据搜查分为“一体搜查”模式和“单独搜查”模式。

1. 电子数据“一体搜查”模式

该模式被称为“一体搜查”的原因是,侦查人员需要通过搜查、扣押存储介质以间接完成对电子数据的搜查,该模式通常针对静态电子数据。所谓静态电子数据,是指单独存储于电子设备、存储介质中的数据,^{①⑧}这类电子数据状态稳定,与存储介质的联系紧密,且依附于一定的物理存储介质而存在。

电子数据“一体搜查”的行为模式可分解为“两步式”。第一步是在物理空间中搜查并扣押相关物理存储介质。电子数据搜查的对象是可为证据的电子数据,并非存储介质,但电子数据的无形性决定其必须依赖电子设备才能为人所直接感知。因此,以搜查、扣押存储介质来间接搜查电子数据的方式,最为直观有效。在“一体搜查”模式的第一步中,侦查人员可利用传统搜查的方法,进入某一物理场所,利用感官搜索、寻找电子数据的存储载体,继而排除被搜查人对存储载体的占有,由侦查人员控制该载体。然而,囿于技术能力不足、搜查现场情况复杂等原因,侦查人员在现场搜查时往往不能及时地、实质性地判断电子数据与案件的关联性,只能根据电子设备与犯罪嫌疑人、犯罪行为的联系,来间接判断数据与案件的关联性。

第二步是在虚拟空间中检查相关电子数据。在搜查、扣押相关电子设备、存储介质之后,侦查人员会把这些扣押物带回实验室进行整理、分析,以发现与案件相关的线索和证据。与“一体搜查”第一步发生在物理空间不同,第二步是在虚拟空间搜索、查找相关电子数据。在第二步中,侦查人员会对存储介质里的电子数据进行分析整理,尽管存储介质里可能有与

^{①⑥} 现场勘查也具备获取证据的功能,通常以固定、提取等方式来获取微量物质、痕迹等证据。

^{①⑦} 参见张欣:《电子数据搜查法律规制研究》,吉林大学2022年博士学位论文;谢登科:《电子数据的取证主体——合法性与合技术性之间》,载《环球法律评论》2018年第1期,第86-90页;李荣耕:《电磁记录的搜索及扣押》,载《台大法学论丛》2012年第41期,第1060页。

^{①⑧} 参见赵长江:《刑事电子数据证据规则研究》,法律出版社2018年版,第53页。

案件相关的数据，但也可能有大量无关数据，而这些数据往往会关涉公民隐私。为保证案件的侦破，侦查人员不得不对海量的电子数据进行实质地关联性判断，这样不免会让公民的隐私更多地暴露在侦查人员的面前。

2. 电子数据“单独搜查”模式

在网络技术发达的当今，大多数电子数据并非孤立的、静态的，而是处于开放环境中，在局域网、因特网之中传播，充满未知性和无限性。^{①9}这类电子数据被称为动态电子数据，其与存储介质的联系并不紧密，甚至不需要依附于特定的存储介质而存在（比如“云存储”的电子数据）。因此，侦查人员很难以“一体搜查”模式获取动态电子数据，这造就了电子数据“单独搜查”模式。

所谓“单独搜查”模式，是指侦查人员不通过封存、扣押原始存储介质的方式，而是直接收集、提取电子数据。需要指出的是，由于我国的电子数据取证规范体系以封存、扣押原始介质为原则，^{②0}所以“单独提取”模式常常用于无法封存扣押原始介质的情况，比如对动态电子数据的收集。

电子数据“单独搜查”的行为模式也可分解为“两步式”。在“单独搜查”的第一步中，由于无法封存、扣押原始介质，侦查人员会以网络在线提取的方式获取公开发布的电子数据、境内远程计算机信息系统上的电子数据；或者，侦查人员会通过大数据监控、过滤程序，对网络传输信息进行智能筛查，发现与目标犯罪密切相关的信息，^{②1}从而为网络远程勘验提供线索。因为直接在网络空间直接寻找“得以为证据”之电子数据的成本过高，所以侦查人员往往只能基于可能性对电子数据作概括性提取，然后将概括性收集的动态电子数据存储到

新的介质中。

“单独搜查”的第二步与“一体搜查”的第二步相似，都是把第一步概括收集的电子数据送入实验室，然后以计算机信息技术整理、分析、概括提取的电子数据，最终分辨得以为证据的电子数据。尽管两者在第二步都会侵害公民的隐私权，但是“一体搜查”的第一步还带有传统搜查的特征，而“单独搜查”的两个阶段都发生在虚拟空间。

3. 电子数据搜查出现“两步式”搜查模式的原因

传统的“一步式”搜查具备当场性，侦查人员能够当场完成对证据的搜索、查找和辨别工作，为扣押提供指引。与之相对，在电子数据搜查中，侦查人员以扣押电子设备或电子数据的存储载体为原则，若不能扣押载体，便会通过现场提取、网络在线提取、网络远程勘验的方式直接获取电子数据。然后，侦查人员将电子设备、存储载体、镜像复制体或者在线提取所得的电子数据带回实验室，进一步对其中的电子数据进行关联性分析，以选出与案件相关的、可作为证据的电子数据（见表2）。^{②2}

表2 电子数据搜查的“两步式”模式

| 电子数据搜查第一步 | | 电子数据搜查第二步 |
|-----------|------------------|-------------|
| 一体搜查 | 传统搜查、扣押 | 电子数据检查、检验鉴定 |
| 单独搜查 | 现场提取、网络在线提取、远程勘验 | 电子数据检查、检验鉴定 |

以上模式一般被称为“电子数据的两步式搜查”，这意味着电子数据搜查突破了传统搜查的当场性“一步式”特征，原因在于：

第一，无论是“一体搜查”还是“单独搜查”，电子数据往往数量庞杂，如果遇到加密的电子数据会加剧当场搜查的难度。所以，基于侦查

①9 参见李双其、林伟：《侦查中电子数据取证》，知识产权出版社2018年版，第93页。
②0 我国2016《电子数据规定》第八条“收集、提取电子数据，能够扣押电子数据原始存储介质的，应当扣押、封存原始存储介质……”；2019《电子数据取证规则》第十条“在侦查活动中发现的……电子数据，能够扣押原始存储介质的，应当扣押、封存原始存储介质……”。
②1 参见郑曦：《网络搜查及其规制研究》，载《比较法研究》2021年第1期，第23页。
②2 参见李荣耕：《电磁记录的搜索及扣押》，载《台大法学论丛》2012年第41期，第1060页。

效率的考虑,侦查人员很少能当场对电子数据进行关联性判断。

第二,电子数据的双重载体性为“两步式搜查”提供了可能。依信息论的观点,某一待证事实产生了信息,该信息通过某种方式传递,在某一介质上保存下来,这样就形成了证据。^{②③}与传统证据不同,电子数据的信息必须首先以信号编码等形式存在,其次再储存在物理介质当中。^{②④}因此,在传统的思路下,侦查人员若想获取承载案件信息的电子数据(第二层载体),必须先扣押承载电子数据的存储介质(第一层载体);如果无法扣押存储介质,侦查人员只能通过现场提取、网络在线提取、远程勘验等方式概括收集大量电子数据。最终,无论是哪种方式获取的电子数据,都会被送入实验室进行搜索、查找。

第三,电子数据搜查对技术的高要求,导致侦查人员不得不采取“两步式”搜查。在物理空间中,侦查人员仅需凭借侦查经验,或者借助探针、小型X光机、紫外线及红外线等金属探测器^{②⑤}拓展人类感官的器械,就能发现物理空间中的证据材料,而这些器械往往操作简单,一般的侦查人员都能熟练掌握。但是电子数据依赖于各类电子设备而存在,收集提取电子数据必须依赖各种国家规定的技术标准,以保障电子数据的真实性和完整性。在对电子数据进行检验分析的过程中,必须采取一些具备壁垒性的技术,如数字签名、区块链存证、完整值校验等。因此,执行电子数据搜查的侦查人员必须掌握与传统技术不同的新取证技术。在实践中,一般的侦查机关工作人员仅仅能对物理空间的存储介质实施搜查、扣押,对电子数据的进一步分析必须交给具备专业知识的人员。由此可见,电子数据取证的技术壁垒是“两

步式搜查”出现的原因之一。

(二) 电子数据搜查的功能推演

通过对电子数据搜查的模式进行推演,可发现电子数据搜查的两种模式基于两种不同的思路:一方面,电子数据“一体搜查”模式还带有传统搜查的思维,先从物理空间着手,需经搜查、扣押存储介质来间接收集可作为证据的电子数据,这种模式以日本为代表。^{②⑥}另一方面,电子数据“单独提取”摒弃了传统搜查的思维,将电子数据这一无形物作为搜查对象,并将搜查范围拓展至虚拟空间,侦查人员可直接对电子数据进行搜查,并不都需要扣押存储介质。

尽管传统搜查与电子数据搜查的行为模式并不相同,但二者在法理上的功能相似,都具备“发现和指引”之用。一方面,电子数据“一体搜查”的第一步旨在物理空间发现相关存储介质,以指引下一步的扣押行为;而“单独搜查”的第一步直接在虚拟空间对电子数据进行概括性复制、提取,其前提也是对电子数据作概括性搜查,以指引对电子数据的概括性提取。另一方面,虽然两个模式的第一步不同,但第二步都是在实验室进行分析、检验,以寻找出得以为证据的电子数据。这是因为在实践中,无论是电子数据的解密还是电子数据的恢复,通常都难以当场完成,所以在电子数据现场取证和专门性问题判断的鉴定程序之间增加了电子数据的检查环节,以作为现场取证工作的自然延续。^{②⑦}不难看出,电子数据检查作为第一步的延续,其功能是对第一步概括扣押、提取的大量电子数据进行搜索、分析,以发现可为证据的电子数据。

由此观之,电子数据搜查以“发现”和“指引保全”相关电子数据为目的,这与传统搜查

^{②③} 参见前注^{①⑧},赵长江书,第22页。

^{②④} 传统证据的载体都是单一的,例如传统物证以有形物本身作为信息载体,传统书证以纸张等可书写的介质作为信息载体。

^{②⑤} 参见任惠华、马方:《侦查学教程》,法律出版社2019年第2版,第237页。

^{②⑥} 参见[日]田口守一:《刑事诉讼法》(第七版),张凌、于秀峰译,法律出版社2019年版,第140-148页。

^{②⑦} 参见喻海松:《刑事电子数据的规制路径与重点问题》,载《环球法律评论》2019年第1期,第42页。

之功能——“发现”和“指引”相吻合。

（三）电子数据搜查的本质与法理内涵

1. 电子数据搜查的本质——强制性侦查行为

一方面，在电子数据搜查的第一步中，扣押电脑、手机等电子设备可能会一并收集与案件无关的电子数据，而直接在网络空间直接寻找“得以为证据”之电子数据的成本过高，所以侦查人员往往只能基于可能性对电子数据作概括性提取。这种概括性取证会极大侵害公民权利，不符合现代刑事侦查谦抑性、明确性的理念。另一方面，电子数据搜查的第二步发生在虚拟空间。因为虚拟空间的边界比现实空间更加模糊，侦查人员难以限定搜查的范围，所以大量与案件无关的电子数据不得不暴露在侦查人员的眼中。而且，由于第二步是在实验室内完成，受到空间和时间的制约极小，所以比传统搜查更具备隐蔽性，更难以被规制。因此，电子数据搜查侵害公民隐私权的程度往往会比传统搜查更深。

综上，电子数据搜查不仅有可能侵害存储介质本身承载的传统财产权，也会侵害介质中电子数据承载的数据财产权、数据隐私权等重要权利。电子数据搜查和传统搜查一样具有强制性和侵权性，二者的本质都是强制性侦查行为。

2. 电子数据搜查的法理内涵——借喻于传统搜查

经过以上对电子数据搜查模式、功能的推演，在确定其本质是强制性侦查行为的基础上，可对“电子数据搜查”下一定义：“电子数据搜查是侦查人员在虚拟空间中，对电子数据进行搜索、查找，进而分析出能够作为证据的电子数据的侦查行为。”尽管从功能和本质上来看，电子数据搜查与传统搜查有极高相似度，但二者毕竟在行为模式上有很大差异，在搜查范围、搜查对象的层面上都有区别，甚至可以

说电子数据搜查很大程度上只是借喻于传统搜查。^{②8}

尽管如此，在传统搜查的基础上扩张解释电子数据搜查是必要的，这是由我国的法律现状决定的。如上所述，电子数据搜查的行为模式上表现出极强的侵权性，尤其是对公民隐私权的侵害比传统搜查更大。但是带有强制性的各种电子取证措施，如远程勘验、电子数据检查等，都是规定在部门规章、司法解释等规范性文件之中，而且并无严格的事前审批和令状约束，这些状况不利于保护公民合法权益。本文第一部分已分析过，在刑诉法规定的传统侦查取证措施中，搜查在具备发现和指引功能的同时，也有相对完善的约束机制，如搜查证、见证人制度等。尽管传统搜查制度本身也有不足之处，但是与其他传统的侦查取证措施相比，传统搜查更能发挥约束强制性取证措施的功能。

而且在法理上，在传统搜查的基础上扩张解释电子数据搜查也是必要的。面对现有规范的不足，通常有两种思路：一是运用法解释学的方法对传统的搜查规则作解释，把电子数据纳入搜查的对象；二是跳出传统思维，通过立法的方式规定独立的电子数据侦查取证模式。第一种方法虽然保守，但是能结合立法原意、规则意涵为电子数据搜查提供明确的解释学路径，连接规范与实践。第二种方法不仅略显激进，而且容易陷入“修法”的对策法学结果，规范表达永远是不完善的和滞后的。^{②9}因此，面对法律不完善、有疏漏的情况，应当首先考虑解释法律，而非一开始就想通过立法和修法来应对复杂多变的社会关系。

综上，电子数据搜查脱胎于传统搜查，将搜查范围扩展至虚拟空间，也把搜查对象扩展至电子数据这一无形物。尽管电子数据搜查与传统搜查在具体细节程序上有较大差别，可二者功能和本质具备高度相似性，因此在形式上将传统搜查扩张解释为电子数据搜查并无不

^{②8} 参见刘品新：《电子证据法》，中国人民大学出版社2021年版，第187页。

^{②9} 参见董坤：《刑事诉讼法的解释图景》，法律出版社2022年版，第6-10页。

可。而且,还能依托现有的搜查制度对电子数据搜查进行规制。由此可见,构建电子数据搜查制度既有必要性,也有可行性。

三、电子数据搜查制度构建的问题检视

如上所述,在传统搜查的基础上推演电子数据的法理逻辑,可明晰电子数据搜查的模式、功能和本质。然而,电子数据搜查与传统搜查相比,毕竟在行为模式上大相径庭,不能把电子数据搜查理解为传统搜查的简单扩张。在电子数据搜查的制度构建的过程中会产生一系列问题,既存在现有制度层面的困境,也有该措施本身在行为规制、权利保护方面的问题。

(一) 电子数据取证中“变相搜查”泛化

正如前文对电子数据搜查行为模式的分析,现有的部分电子数据取证措施中带有“发现—保全”的特征,这些取证措施因为带有搜查的因素,所以可被称为“变相搜查”。“变相搜查”无疑会对电子数据搜查的制度构建造成困扰,以下是对电子数据取证措施中“变相搜查”因素的分析。

1. 现场提取中的搜查

有学者认为,提取具有保全的“先行措施”的特征,是在扣押或冻结措施之前适用的一种临时性、过渡性的措施。^{③0}这意味着传统的提取不是独立性的取证措施,具有附属性,但我国的电子数据取证规则却着重强调“提取”,使其成为独立的电子数据取证措施。例如,《电子数据规定》第9条和《电子数据取证规则》第三节共七个法条规定了电子数据的现场提取,这些条文明确了现场提取的适用前提、操作程序,以及见证人、提取笔录制作等要素。现场提取是收集、提取电子数据的措施之一,其适用场景通常是需要是在有限时间内迅速地对大量电子数据作出应对的情况。

公安机关在执行搜查时经常会涉及现场提取,^{③1}但是现场提取必须以不能扣押、封存原始介质为适用前提,因此现场提取通常作为搜查原始介质的补充性措施,一般针对易失性的动态电子数据。尽管现场提取具有保全电子数据的功能,但侦查人员在实施现场提取时,势必要先对海量的电子数据作粗略的关联性判断,其中也暗含“发现证据”的步骤,以引导侦查人员在现场对电子数据进行概括性提取。这意味着现场提取具有搜查的功能。

2. 网络远程勘验中的搜查

《电子数据取证规则》中将“网络远程勘验”放在“网络在线提取电子数据”一节中,这是因为二者具有“远程性”,都是通过在线的、非接触式的方法收集电子数据。但是网络在线提取的对象是公开发布的境内电子数据,提取时不会侵害公民权益,是任意性侦查行为;而网络远程勘验会对内容信息类电子数据^{③2}进行收集取证,还存在技术侦查的情况,属于强制性侦查行为。^{③3}

在实践中,侦查人员实施网络远程勘验时,会利用网络对远程计算机信息系统实施勘验,以发现与犯罪有关的电子数据,也会在获取相对人的账号密码之后远程登陆以实施勘验,对相关的电子数据进行搜索、查找。然而,因为当场找到精确的证据较为困难,侦查人员通常还是会进行概括性的在线提取,以保全发现的电子数据。类比于传统取证措施,搜查通常与扣押衔接,体现了“发现证据—保全证据”的过程;而远程勘验同样作为强制性侦查行为,最后也衔接到网络在线提取这一证据保全措施,也体现了“发现证据—保全证据”的过程。这意味着网络远程勘验具有搜查的功能。

^{③0} 参见裴炜:《论远程勘验:基于侦查措施体系性检视的分析》,载《政法论坛》2022年第4期,第158页。

^{③1} 参见田虹、翟晓飞、王艺筱:《〈公安机关办理刑事案件电子数据取证规则〉的理解与适用》,载《派出所工作》2019年第3期,第9页。

^{③2} 国际网络犯罪公约委员会2015年的调查报告将网络犯罪侦查中所涉电子数据概括为三类:注册信息、交互信息和内容信息。其中内容信息承载的隐私期待利益最高,因为其直接涉及最为私密的通信自由与通信秘密。

^{③3} 参见谢登科:《电子数据远程勘验规则反思与重构》,《中国刑事法杂志》2020年第1期,第63页。

3. 电子数据检查中的搜查

《电子数据规定》第 16 条和《电子数据取证规则》第 31 条，明确了电子数据检查的操作模式是对上一步概括性收集的电子数据进行恢复、破解、搜索、仿真、关联、统计、比对，目的是进一步发现和提取与案件相关的线索和证据。当然，电子数据检查不同于电子数据鉴定，因为其主体仍是侦查人员，所以电子数据检查仍有侦查的性质。经过本文第二部分的法理逻辑推演，电子数据检查属于电子数据搜查的第二步，是针对概括性扣押、提取的电子数据所作出的精确分析、检验，其目的是找出可为证据的电子数据。由此不难看出，电子数据检查同样具备“发现—保全”的逻辑，只不过相比电子数据搜查的第一步，其更加注重精准的搜查。

一般观点认为，传统检查的对象为活人的人身，而且是经由被人身强制后的相对人同意而进行的，属于任意侦查措施。尽管传统检查一般被认为是任意性措施，但学界对其人身干预的属性还是提出了质疑。^{③4} 电子数据检查会对比、分析、搜索、统计、破解概括性提取的电子数据，其中固然有与案件相关的证据，但也有大量无关数据，其中既有相对人的无关数据，也有第三人的无关数据。因此，电子数据检查会严重侵害公民隐私权，是强制性侦查行为。

4. 电子数据检验鉴定中的搜查

《电子数据规定》第 17 条和《电子数据取证规则》第 55 条都有规定，为了查明案情、解决案件中某些专门性问题，可以对电子数据进行检验鉴定。这一措施的制定意味着解决电子数据的专门性技术问题的“两条腿走路”原则，对电子数据涉及的专门性问题难以确定的，一方面可由司法鉴定机构出具鉴定意见，另一

方面也可由公安部指定的机构出具报告。^{③5} 电子数据检验与电子数据鉴定虽然主体不同，鉴定的主体是具有鉴定资质的法定机构，而检验的主体是有技术能力但没有鉴定资质的“有专门知识的人”。但是，二者的功能相似，都是对电子数据进行分析、对比，以明晰电子数据取证中遇到的专门性问题。

电子数据鉴定可以分为发现型鉴定和分析型鉴定。传统取证一般都能当场精确地发现证据，面对专门性问题只需后续交付检材进行分析性鉴定。然而，由于取证主体资质与取证能力之间的矛盾，公安机关在收集提取电子数据阶段面临大量专门性问题，于是传统证据收集提取阶段并不常见的发现型鉴定，经常出现在电子数据取证中。^{③6} 由于一般的侦查人员难以一直在海量的电子数据中精准找到关联证据，所以电子数据检验鉴定阶段会针对概括性扣押、提取的电子数据作出精确分析、检验，以找出可为证据的电子数据。因此，电子数据检验鉴定也具备“发现—保全”的逻辑。而且和电子数据检查一样，鉴定检验也会严重侵害公民的隐私权。

通过对电子数据取证中“变相搜查”泛滥的分析（见表 3），可以发现电子数据搜查制度构建的过程中，如何协调现有电子数据取证措施是困境之一。

表 3 电子数据取证措施中的“变相搜查”

| 对应规则 | | 2016 《电子数据 规定》 | 2019 《电子数据 取证规则》 |
|-----------|----------|----------------------|------------------------|
| “变相搜查”措施 | | | |
| 电子数据搜查第一步 | 现场提取 | 第 9 条第 1 款 | 第 16—22 条 |
| | 网络远程勘验 | 第 9 条第 3 款 | 第 27—33 条 |
| 电子数据搜查第二步 | 电子数据检查 | 第 16 条 | 第 43—49 条 |
| | 电子数据检验鉴定 | 第 17 条 | 第 55—60 条 |

③4 参见常洁琨：《人权保障视阈下刑事诉讼人身检查制度研究》，《兰州大学学报（社会科学版）》2018 年第 3 期，第 92 页。

③5 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》2017 年第 28 期，第 36 页。

③6 参见陈如超：《以鉴代侦：电子数据司法鉴定的扩张趋势及其制度回应》，载《法学研究》2024 年第 3 期，第 177 页。

（二）电子数据搜查中关联性判断的难度剧增

在电子数据搜查的具体行为方面，由于电子数据区别于传统证据的特点，侦查人员难以即时判断电子数据与案件的关联性。这主要体现在以下几个方面。

1. 电子数据的存储海量性加大了关联性判断的难度

随着信息技术的不断发展，各类存储介质对电子数据的承载能力也急剧上升，尤其是与传统证据相比，一般存储介质所承载的电子数据几乎是天文数字。例如，一张普通的A4纸上所能承载的汉字一般在700到1000字，但同等字数的文本文档（TXT文件）却只有2.5kb左右。在理想状态下，如果一个容量1TB的硬盘使用其全部空间以txt的形式来储存汉字，可以承载大约 5.5×10^{11} 个汉字。对传统书证而言，这种信息承载量难以想象的，何况1TB容量的硬盘在生活中比比皆是。

电子数据的存储海量性，使得侦查人员执行搜查时，难以直接利用感官和简单侦查技术从海量数据中分辨出“得以为证据”的电子数据。

2. 电子数据的感知无形性增大了关联性判断的难度

在传统证据中，无论是实物证据还是言词证据，绝大多数人都能以五感直接感知、辨别、认识其蕴含的信息。但是，电子数据本质上是电磁波和二进制编码，以电、光、磁等形式存在于介质之上，人类并不能直接以肉眼感知这些信号和编码，必须借助特定的设备仪器才能转化为可直接认知的信息。^{③7}在电子数据搜查中，由于电子数据难以直接感知，侦查人员必须借助一定技术手段才能准确识别电子数据传达出的信息，如果遇到电子数据加密的情况，识别电子数据所承载信息的成本会加倍增长。

电子数据的感知无形性增加了信息分析、

整理的成本，使侦查人员无法短时间作出关联性判断，一般要经过概括式取证和实验室分析两个步骤才能找到可作为证据的电子数据。

3. 电子数据的搜查范围泛化增加了关联性判断的难度

传统搜查的范围是场所或人身等可能隐藏犯罪证据的物理空间，比如搜查赃物需要进入可能藏匿赃物的房屋，搜查公共交通上安装的爆炸物需要进入交通工具以内，这些空间虽然无法让人一览无余，但也是有边界的。然而，电子数据所处的虚拟空间是由电缆、光缆、无线电波或其他物理链路，将地理上分散的电子设备连接起来的资源共享系统，^{③8}数据可以存储在单独的介质中，也可以利用网络在不同设备之间复制、传播。因此，虚拟空间的边界远比物理空间模糊，对存在于虚拟空间的电子数据进行搜查无疑比传统搜查更难。如果强行在网络空间搜查电子数据，很可能会造成一般探索性搜查，从而侵害公民合法权益，这恰恰是现代司法尽力避免的。因此，电子数据存在于虚拟空间的特性增加了关联性判断的难度。

综上，电子数据不仅数量庞大、无法令人直接感知，而且其存在的虚拟空间边界模糊，这三个特点决定了侦查人员几乎不可能当场对电子数据的关联性作出判断。因此，侦查人员在很多时候不得不对电子数据或者其存储载体进行概括式地搜查、扣押，并将电子数据的存储载体或者其镜像复制件送入实验室进一步分析检验，以精准搜查、提取相关电子数据。如何准确判断电子数据搜查中的关联性，是电子数据搜查制度构建的困境之二。

（三）电子数据搜查中公民权利保护之难题

一般情况下，权利会附着于一定载体之上。传统搜查会对物理空间的住宅、人身、物品等进行搜索、查找，而这些客体往往承载着公民的财产权、隐私权、住宅安宁权。到了大数据时代，公民的个人权利不可避免地

^{③7} 参见汪振林主编：《电子证据学》，中国政法大学出版社2016年第1版，第15页。

^{③8} 参见前注^{③9}，李双其、林伟书，第107页。

联系在一起。谢登科将电子数据分为财产类、隐私类、通信类和言论类,分别探讨各类电子数据取证措施会侵害什么权利,结论是这些电子数据承载了公民的数据财产权、数据隐私权、数据通信权与数据言论自由权。^{③⑨}不难看出,电子数据侵害的基本权利依旧在传统基本权利的范畴类,只不过权利载体物从物理空间的有形物变成了虚拟空间的电子数据。但是,相比传统搜查,电子数据搜查不仅侵权性更严重,而且更难被规制。

1. 电子数据搜查侵害公民之财产权与隐私权

一方面,在电子数据搜查的第一步中,侦查人员会通过封存扣押、现场提取、网络在线提取或网络远程勘验的方式,概括性地收集电子数据。由于无法当场判断电子数据的关联性,这些措施本身就会导致概括性取证,与排斥漫无边际侵害公民权利的现代法治观念不合。^{④⑩}如果侦查人员在物理空间对电子设备或存储介质进行扣押,那么与传统搜查所侵害的权利相一致:若搜查公民住宅,会侵害公民的住宅安宁;若搜查公民人身,会侵害公民人格尊严;对设备或价值进行扣押,则会侵害公民对手机、电脑以及存储介质的财产权。值得注意的是,若在“一体搜查”中扣押的电子设备、存储介质不是犯罪工具,而是相对人生产生活所使用的工具,那么长时间的扣押势必会对相对人的生产生活带来不利影响。因此,以提取电子数据原始存储介质为原则的电子数据取证方法值得商榷。

另一方面,在电子数据搜查的第二步,侦查人员会将电子设备或原始存储介质送入实验室中进行电子数据检查或直接进行检验鉴定,这避免不了使公民的隐私数据过多暴露在侦查人员面前。电子数据同样也能承载公民的财产

权、隐私权、通信自由权、言论自由权等基本权利,若没有取得被搜查人的同意,电子数据搜查就会侵害这些权利。其中最容易被侵害的是公民的隐私权,比如搜查电子交易数据、网络浏览痕迹、电子设备的GPS记录等。因为电子数据的无形性、存在虚拟性以及边界模糊性,所以对电子数据搜查更有可能会扣押、提取无关数据或属于第三人隐私的数据。

综上所述,电子数据“一体搜查”有可能因长时间扣押载体而侵害公民的财产权,而且相比传统搜查,电子数据搜查会让大量无关数据过多地暴露,对隐私权的侵害一般也更深。

2. 传统的权利保障措施难以奏效

如本文第一部分所示,传统搜查会以搜查证、见证人、非法证据排除等方式从事前、事中、事后三个阶段对搜查进行规制。然而电子数据搜查的行为模式与传统搜查大相径庭,直接将传统搜查的权利保护思路挪用到电子数据搜查之上,并不具备可行性。

一方面,电子数据的搜查证制度构建面临困境。由于电子数据搜查分为两个阶段,因此搜查证的签发就需要考虑不同阶段取证措施各自的强制性,而且电子数据的海量性、无形性也会对搜查证内容的特定性提出挑战。另一方面,电子数据搜查的见证人制度构建面临困境。电子数据搜查中第一步的远程勘验、第二步的电子数据检查和检验鉴定通常都发生在实验室内,而且由于电子数据取证、分析检验的技术壁垒,这些措施很可能会持续较长时间,如果强行让相对人或第三人见证,会大大提升见证的成本。

综上,电子数据搜查制度构建的权利保护中,会遇到各类困境,不能直接挪用传统搜查的保护思路。如何构建合理、高效的权利保护制度,是电子数据搜查制度构建的困境之三。

^{③⑨} 参见谢登科:《刑事电子数据取证的基本权利干预》,载《人权》2021年第1期,第72-88页;谢登科:《论电子数据收集中的权利保障》,载《兰州学刊》2022年第12期,第33-45页。

^{④⑩} 参见吴桐:《电子数据搜查、扣押的行为关联性研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第5期,第64页。

四、电子数据搜查制度构建的路径检视

通过文章第三部分的分析,可以发现电子数据制度构建存在各种问题:一是如何与现有电子数据取证制度相协调的问题,二是电子数据搜查中具体行为如何进行关联性判断的问题,三是电子数据搜查的制度中如何建构权利保护措施的问题。为解决以上问题,这一部分将从理论基础、具体架构两个方向阐述电子数据搜查制度构建的思路。

(一) 电子数据搜查制度构建的理论基础

1. 电子数据搜查的基本原则

电子数据搜查的本质与传统搜查并无不同,这意味着比例原则和法律保留原则不仅适用于传统搜查,也适用于电子数据搜查。

一方面,电子数据搜查应当贯彻比例原则,而且其启动应秉持谦抑性原则,^{④1}以规范公权力的行使。比例原则为现代法治国家所共同遵循,有三个子原则:适当性原则、必要性原则和相当性原则。魏玛共和国时代的行政法学家弗莱纳对此有过经典描述,即“警察不可用大炮打麻雀”^{④2}。如果将比例原则运用到电子数据搜查中,就意味着:(1)电子数据搜查必须合乎立法目的,只能以可作证据的电子数据为目的;(2)电子数据搜查必须选择侵害最小的手段,若能取得权利人同意进行搜查,就没必要申请令状进行强制搜查;(3)必须衡量行使电子数据搜查所获之利益与其损害的利益,不能为了公共利益而无限牺牲公民个人利益。

另一方面,电子数据搜查应当遵循强制措施法定原则。在行政法领域,为限制公权力对公民权利的干预,通常需要遵循法律保留原则,即公权力行使侵害公民基本权利的行为,必须严格依照法律规定。在刑事诉讼法领域,类似法律保留原则的是强制侦查法定原则,这一原

则要求必须有法律规定才能实施侵害个人重要利益的处分。^{④3}也就是说,由法律规定强制侦查措施的启动条件、令状制作、实施方式和救济途径。因为侦查机关经常积极主动地实施侦查行为,这就造成了侦查权天然的扩张趋势,极易突破基本权干预的界限,对公民权利造成损害。所以,电子数据搜查权利保护应当遵循强制措施法定原则。

综上,比例原则能规制电子数据搜查的具体行为,让侦查人员在搜查过程中尽可能限缩搜查范围,准确判断电子数据的关联性;而强制措施法定原则是从规则的层面上保护搜查可能侵害的公民权利。这两个原则一静一动,两相结合,共同组成电子数据搜查的基本原则。

2. 电子数据搜查的侵权标准

要想保护电子数据搜查侵害的权利,首先需要界定侵权标准,即电子数据搜查需要侵害权利到哪种程度才需要被规制。在传统认知里,搜查对财产权的侵害标准都被定义为“物理侵害”,即是否使用有形力对公民的财产权造成实质性地侵害。但是,在美国1967年的卡兹(Katz)案中,联邦最高法院首次明确《宪法第四修正案》所规制的搜查行为本质是侵犯公民隐私权,并就此设立了搜查侵犯公民隐私权的标准。^{④4}在这之前,美国也是采用类似的“物理侵入”标准来判断搜查对公民权利侵害程度,比如博伊德案的法官就是从财产权的角度出发,为公民抵制不合理搜查、扣押作出解释。^{④5}卡兹案的法官创造性地使用了侵害公民“隐私合理期待”的标准:一方面从主观上判断公民本身有无对其隐私权的合理期待,另一方面从客观的经验常识上判断社会大众是否认为公民的隐私期待具有合理性。^{④6}卡兹案之后,“隐私合理期待”标准渐渐为世界各国所借鉴使用。

^{④1} 参见裴炜:《比例原则视域下电子侦查取证程序性规则构建》,载《环球法律评论》2017年第1期,第81-84页。

^{④2} 吴宏耀主编:《刑事搜查扣押制度改革与完善》,中国人民公安大学出版社2011年版,第98页。

^{④3} 参见前注^{②6},[日]田口守一,第52页。

^{④4} 参见高一飞:《“合理私密生活期待”搜查标准的形成与审视》,载《河南财经政法大学学报》2023年第4期,第115页。

^{④5} Boyd v. United States, 116 U. S. 616 (1886).

^{④6} Katz v. United States, 389 U. S. 347 (1967).

用隐私权侵害标准来确定搜查的界限是合理的,因为传统搜查所侵害的住宅安全 and 人格尊严本质上都是公民的隐私合理期待。侦查人员执行电子数据搜查时,因为难以在虚拟空间判断搜查的边界,所以会侵害到许多无关的电子数据,而这些电子数据也有可能承载着公民的隐私合理期待。因此,宜将隐私合理期待来衡量电子数据搜查的侵权标准。

3. 令状主义与我国的搜查证制度

美国的搜查、扣押极其重视令状原则,并在联邦宪法第四修正案里着重强调该原则,这种重视源于殖民地时期的北美人民对英国统治者颁发的空泛令状的痛恨。具体而言,为令状主义排斥一般性的、内容空泛的侦查活动,并且把决定可否实施强制处分的权限与执行强制处分的权限分割开来。原则上只有中立、公平的法官在具备正当理由、合理根据的情况下,才能批准明确特定的令状,授权侦查机关对犯罪嫌疑人、被告人、应搜查的场所、应扣押的物品等实施逮捕、搜查、扣押等强制处分行为。^{④7}德国、日本等大陆法系国家也有令状制度,令状的签发主体也是中立、客观的司法官员。

我国的搜查证制度与西方的令状制度不同,最明显的区别就是我国签发搜查证的主体是公安机关和人民检察院等具有侦查职能的机关,而非中立、被动的人民法院。但是这不等于我国拒斥公民享有不受无理搜查的权利。^{④8}我国《宪法》第37条明文禁止非法搜查和非法侵入住宅,这意味着我国既禁止非法搜查,也禁止任意搜查。我国的搜查证制度尽管有“自搜自批”的不足,但还是能在一定程度上规范侦查机关搜查的合法性。因此,我国电子数据搜查的搜查证制度构建,可在不改变基础制度的前提上进行,以适应电子数据搜查的“两步骤”模式。

(二) 电子数据搜查制度构建的具体架构

1. 将电子数据明确规定为搜查对象

根据强制措施法定原则,应当在刑事诉讼法里将电子数据明确为搜查的对象,而不能用行政法规和司法解释等规范性文件来规制电子数据搜查。这是因为,在一般情况下,电子数据搜查比传统搜查更具侵权性,根据当然解释,连传统搜查都需要以法律来规制,遑论电子数据搜查。

2. 协调电子数据搜查与其他电子数据取证措施

首先,应当将电子数据提取明确为附属性措施。传统搜查并未将提取作为独立取证措施,而是作为勘验、检查、扣押等具有保全功能措施的附属行为。然而,电子数据的现场提取、网络远程提取都具备一定的搜查因素。因此,宜将现场提取与在线提取中的搜查因素还原为电子数据搜查,从而让提取本身回归附属性措施。

其次,应当明确电子数据搜查与电子数据勘验的区别。我国一般将勘验视为任意性侦查措施,这是因为勘验对象是与案件有关的现场,通常不会侵害第三人的权利。但是电子数据的网络远程勘验具备侵权性和强制性,违背了传统勘验的思路。而远程勘验又可分为直接侵入型和技术侦查型,其中的直接侵入性就相当于远程搜查。^{④9}因此,可将直接侵入型远程勘验纳入电子数据搜查的范畴,并且把技术侦查型远程勘验纳入技术侦查。

再次,应当将电子数据检查还原为电子数据搜查。如上文所述,电子数据检查本质上是带有强制性的搜查行为,但传统检查一般被视为任意性措施,这两个措施之间存在冲突。况且,现行电子数据检查的控制措施不足以规制其强制性。因此,宜将电子数据检查视为电子数据搜查,并以严格的程序规制其强制性。

最后,应当明确电子数据搜查与电子数据

^{④7} 参见李东阳:《令状主义的例外及其限制》,载《政治与法律》2020年第4期,第81-82页。

^{④8} 参见易延友:《刑事诉讼法:规则、原理、应用》,法律出版社2019年第5版,第308页。

^{④9} 参见梁坤:《论远程搜查措施在侦查程序中的规范定位》,载《中国刑警学院学报》2018年第6期,第53-55页。

检验鉴定的界限。电子数据搜查与检验鉴定的混同易出现在“发现型鉴定”的过程中,这种情况下,鉴定人会越俎代庖主动搜寻电子数据,从而出现“以鉴代侦”“自找自鉴”的问题。所以,应当加强专家辅助人制度以避免发现型鉴定,并且应把辅助侦查人员搜查电子数据的专家与鉴定人员分开,以保持鉴定的客观性和中立性。

3. 改造搜查证“两步式”模式

运用搜查证为电子数据提供事前审批是电子数据搜查的应有之义,这是因为强制侦查在通常情况下都需要令状制度来规制,但我国目前并没有实质性的司法控制强制侦查制度,^⑤所以只能在传统搜查证的基础上进一步延伸出电子数据搜查证。电子数据搜查证的签发应当具备相当理由,而且要尽可能地明确搜查范围。

问题在于,电子数据搜查证可以贯彻运用于电子数据两个阶段,还是两阶段需要两份搜查证?这个问题可分为两个模式讨论:其一,在“一体搜查”模式下,因为第一阶段的物理空间搜查和第二阶段的虚拟空间搜查都具有强制性,在不偏离搜查证内容的情况下,可以将一个令状运用于两阶段。其二,在“单独搜查”模式下,如果第一阶段的数据概括性搜查提取是任意性的,第二阶段的实质搜查是强制性的,那么就应当针对第二阶段的实质搜查单独申请搜查证;如果第一阶段的概括性搜查提取是强制性的,在不偏离搜查证内容的情况下,也可将一个令状运用于两阶段。

4. 规范电子数据搜查的具体行为

我国电子数据取证的法律规范都是以扣押原始存储介质为原则,只有无法扣押介质时才采取现场提取和在线提取。但是将介质和数据一起扣押会造成概括性取证,侵害公民的财产权和隐私权,而仅仅针对电子数据进行提取固定,就不会侵害存储介质所承载的财产权。所以,应当转变以扣押原始介质为原则的取证思路,采取灵活性的行为。在条件允许的情况下,

以“单独搜查”直接现场提取或在线提取电子数据。然而,考虑到现实世界的复杂性和多变性,侦查活动也必须因时而变,如果对象案件的案情复杂难以当场判断关联性,或者侦查人员没有进行现场提取或在线提取的技术条件,可以一并搜查、扣押电子数据的存储介质。这种情况下,必须严格遵守法律规定,并提供行之有效的救济途径。

综上,电子数据搜查的行为规制具体思路是:以“单独搜查”为原则,以“一体搜查”为补充。侦查人员在搜查过程中要贯彻比例原则,尽可能地当场进行关联性判断以限定搜查范围,并直接对电子数据进行固定和提取。只有在例外情况下才可以扣押电子数据的存储介质。

5. 完善见证人制度

传统搜查的见证人制度能保障搜查的合法性、搜查所得证据的真实性以及被搜查人的知情权或监督,该制度的可行性在于搜查的即时性和当场性,这不会占用见证人较多时间。但是电子数据搜查会涉及远程取证、数据检查等行为,这些行为因其技术要求较高,往往会持续较长时间,如果要在电子数据搜查时保障合法性、真实性以及被搜查人的知情权,就不能简单挪用传统搜查的见证人制度。因此,在完善搜查的见证人制度时,应当考虑到不同电子数据搜查模式。在“一体搜查”的第一步,可以沿用传统搜查的见证人制度;在“一体搜查”的第二步及“单独搜查”模式下,不宜过分要求见证人在场,可依据现有的对取证行为录像制度,以保障搜查过程合法性及搜查所得证据的真实性。

结语

电子数据搜查的模式从传统的“一步式关联性判断”变成了“两步式搜查”,但这只是形式上的差异。从根本上来说,传统搜查和电子数据搜查都以发现证据材料为目的,更重要的是二者都具有强制性,都需以立法和司法进

^⑤ 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122页。

行规制。所以，从发展变化的视角来看，电子数据搜查可从传统搜查的基础上推演而来。

本文以“强制性”为核心来比较电子数据搜查和传统搜查，并阐释为何要在传统搜查的基础上衍生电子数据搜查的规制思路。与传统搜查一样，电子数据搜查同样针对“可能隐匿犯罪证据的空间”，同样也具备强制性，可以在传统搜查的基础上进一步拓展规制思路。所以，应当将电子数据正式确立为搜查对象并完善传统搜查规范，将带有强制性的网络远程勘

验和电子数据检查纳入法律规定，同时以比例原则规制电子数据搜查行为。

最后可进一步思考的是，电子数据搜查的制度构建不仅涉及搜查制度本身的变革，还关涉整个传统侦查和电子数据取证措施的协调问题。鉴于我国的侦查取证制度中存在的文义冲突、各取证措施之间界限不明等问题，如何厘清这些冲突、明确各取证措施的界限，是值得研究的问题。

Logic Deduction and Institutional Construction of Electronic Data Search

Li Kezhong

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

Abstract: Electronic data search is one of the popular investigative methods in recent years, but China has not made a legislative response to electronic data searches in the era of big data. Therefore, in order to verify the feasibility of constructing rules for electronic data search, it is necessary to start from the concept and characteristics of traditional search, explore the behavioral patterns, connotations, challenges faced by electronic data search, and their solutions. The nature, function, and essence of electronic data search are highly similar to traditional search. Traditional search can be extended to electronic data search, and the regulatory methods of traditional search can also be used to constrain electronic data search. However, the problem is that there are too many "disguised searches" in China's electronic data forensics measures, and electronic data searches will face difficulties in determining relevance on the spot and seriously infringing on civil rights in practice. To solve the above problems, it is necessary to regulate electronic data search behavior through the principle of proportionality, apply the principle of legal reservation to protect civil rights in advance at the same time, and then improve and modify the traditional search warrant system and witness system to complete the construction of the electronic data search system.

Key words: search; electronic data search; compulsory investigate

(责任编辑：天下溪)

利用生成式人工智能实施 电信网络诈骗犯罪的侦查研究

张 仪, 杨晨龙

(中国刑事警察学院, 辽宁 沈阳 110854)

摘 要:生成式人工智能具备设计剧本、伪造图片、合成人语音等功能,现已成为电信网络诈骗分子的重要犯罪工具,由此带来了犯罪资源自动化生成、犯罪手段精确化实施等一系列的问题。侦查机关需革新侦查思路,将技术理论前瞻与犯罪治理相结合,在把握生成式人工智能技术犯罪风险的基础上,以犯罪分子所处的“使用端”视角进行深入探究,分析生成式人工智能的犯罪效能。在明确文本、图片、音频、视频四类生成式人工智能的非法运用情景后,有针对性地改进电信网络诈骗犯罪预警模型,调整案件线索、证据收集方向,建立完善的电信网络诈骗犯罪的预防、识别、控制机制。

关键词:生成式人工智能;电信网络诈骗犯罪;侦查研究

中图分类号:D631.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0021-08

随着计算机技术的不断发展,人工智能在某些领域的才能已经超越人类,如1997年超级电脑Deep Blue击败了国际象棋世界冠军加里·卡斯帕罗夫,2016年至2017年围棋人工智能AlphaGo击败了李世石、柯洁等一众人类职业棋手。2022年11月,Open AI公司推出了大型语言模型ChatGPT,以之为代表的生成式人工智能技术逐渐走向社会大众,同时图片类、音频类、视频类生成式人工智能技术也日趋成熟。虽然生成式人工智能可以给社会带来诸多便利,但它同时也促使了诈骗犯罪的迭代与演

进。在当前电信网络犯罪形势严峻的背景下,有必要对利用生成式人工智能技术实施电信网络诈骗犯罪进行研究,以该技术的应用逻辑来预测此类犯罪的演变趋势,探索相应的侦防对策。

一、利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的成因

(一)生成式人工智能技术发展迅速但易被滥用

以模型生成内容的类型来对生成式人工智能进行分类,可以将其分为文本、图片、音频、

收稿日期:2024-07-22

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“利用生成式人工智能实施诈骗犯罪的侦防研究”(2023YCZD01);辽宁省教育厅2024年度高校基本科研项目“电信网络诈骗监测预警的完善研究”(LJ112410175013);辽宁省教育厅2024年度高校基本科研项目“新型电信网络诈骗被害人预警劝阻优化路径研究”(LJ112410175018)

作者简介:张仪,男,中国刑事警察学院硕士研究生,主要研究方向为电信网络新型违法犯罪;杨晨龙,男,中国刑事警察学院硕士研究生,主要研究方向为侦查学。

视频四类。以视频类生成式人工智能为例,此领域的生成式人工智能包括 DeepFaceLive、DeepFaceLab 等视频换脸、直播换脸模型与文生视频模型 Sora。与 2023 年发布的 Runway 与 Pika 等文生视频模型相比, Sora 极大提高了生成视频的真实性与连贯性, 并已衍生出图生视频、视频生视频的功能, 且能完成两个任意视频的拼接, 以此达到画面局部替换、视频补全等效果。美国人工智能研发公司 OpenAI 也凭借其开发的 ChatGPT、Sora 等生成式人工智能融资超百亿美元, 可见生成式人工智能领域的关注度极高且发展迅速。

但技术的快速发展常伴随着技术的滥用, 生成式人工智能的发展同时也促使了电信网络诈骗犯罪的迭代与演进。2023 年 4 月, 《纽约邮报》(New York Post) 报道了一起利用人工智能语音克隆技术的诈骗案件, 犯罪分子伪造受害人女儿的声音, 称自己被人绑架, 要求受害人向绑匪支付赎金;^① 2024 年 2 月, 香港媒体也报道了香港首宗多人 AI 换脸诈骗案, 犯罪分子收集某公司多名高层的面部与声音数据, 利用提前伪造的视频进行多人视频会议, 骗取该公司财务的人员信任, 涉案金额近 2 亿港元。^② 生成式人工智能技术的持续发展将不断降低其使用门槛, 极易导致该技术被电信网络诈骗犯罪分子滥用。

(二) 生成式人工智能监管体系不完善

为应对生成式人工智能技术所带来的犯罪风险与挑战, 国家互联网信息办公室等三部门于 2022 年 11 月 25 日发布了《互联网信息服务深度合成管理规定》, 其中规定了“深度合成技术”的含义, 是指“利用深度学习、虚拟现实等生成合成类算法制作文本、图片、音频、视频、虚拟场景等网络信息的技术”, 并列出了该技术应用场景包含“篇章生成、文本风格

转换、问答对话”“文本转语音、语音转换”“人脸生成、人脸替换、人物属性编辑”等, 且规定了可能导致公众混淆或者误认的深度合成内容, 应当在生成或者编辑的信息内容的合理位置、区域进行显著标识。2023 年 7 月 13 日, 国家网信办等七部门联合发布了《生成式人工智能服务管理暂行办法》, 其中明确指出“生成式人工智能技术”的含义是“具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术”, 并针对使用生成式人工智能可能导致的“传播虚假信息、侵害个人信息权益、数据安全和偏见歧视”等一系列问题作出了相应规定。除我国外, 欧盟《通用数据保护条例》实现了对深度伪造中所使用的公民图片等个人数据的保护, 并初步解决了换脸软件和社交媒体软件可能产生的隐私泄露问题。欧盟于 2018 年出台的《反虚假信息行为准则》加强了网络运营者对其平台内容的审查, 发挥了各个网络平台在治理网络虚假信息方面的作用。此外, 美国则出台了《深度伪造责任法案》, 用以规范深度伪造技术的应用, 防止虚假信息的传播。^③

以上法律对生成式人工智能的监管, 集中在侵害个人信息权益、数据泄漏、算法偏见等场景, 注重解决数据安全保护、个人信息保护、著作权保护等具体问题, 在生成式人工智能的研发者、部署运营者和使用者三类群体中, 着重于规范前两者的法律义务与责任, 而缺少针对恶意使用者的法律条文, 所能解决的案件是已经发生或正在发生的违法犯罪行为, 而对于所衍生的诈骗犯罪这种可以预见的“未罪”的防范存在一定的空缺。且当前生成式人工智能的诸多模型为开源项目, 开发者将模型上传至 GitHub 等软件项目平台, 个人用户无须付费即可本地部署训练。此种共享模式使得不法分子可以轻易获取各类生成式人工智能用于犯罪,

①参见《人工智能在价值百万美元的绑架骗局中克隆少女的声音: “我抓住了你的女儿”》, 载纽约邮报官网, <https://nypost.com/2023/04/12/ai-clones-teen-girls-voice-in-1m-kidnapping-scam/>, 2023 年 4 月 12 日发布。

②参见《防范“AI 换脸”诈骗》, 载央视网, <https://news.cctv.com/2024/02/26/ARTI1JNnT6fAdR8jRKPOgBe240226.shtml>, 2024 年 2 月 26 日发布。

③参见李明鲁:《深度伪造技术滥用行为的刑法治理路径》, 载《法治社会》2021 第 6 期, 第 96 页。

对此情况单一国家的监管体系收效甚微,且各国之间尚未达成监管的共识。

此外,生成式人工智能行业内部的监管也存在较大的缺陷。相关网络运营商对于所推出的 ChatGPT、文心一言等线上商用模型,在对公众发布前的内部审查通常较为严苛,且对强人工智能除法律限制外还予以道德约束。但随着生成式人工智能底层技术的开源化,由犯罪分子个人或团伙自行训练生成式人工智能的门槛已经降低,并已产生 WormGPT 这种专为网络犯罪者提供服务的生成式人工智能。可以预见,随着生成式人工智能技术的进步,本地部署训练的模型数量将逐渐增多,即使没有网络运营商所拥有的庞大训练集、验证集与测试集,此类模型也能达到实施诈骗犯罪所需的能力。因此,生成式人工智能行业内部若没有在模型开源前就对其进行有效监管,那么随之产生的犯罪将无法得到有效遏制。

(三) 电信网络诈骗犯罪仍顽固存在且呈现新趋势

2023年以来,电信网络诈骗犯罪人员数量呈下降趋势,但犯罪活动仍然顽固存在。据公安部官网公示的信息显示,自2023年中缅警方联合打击跨境电信网络诈骗犯罪以来,截至2024年6月18日,缅甸警方已将4.9万名电信网络诈骗犯罪嫌疑人移交我国。^④同时,电信网络诈骗的发案数量与涉案金额仍然居高不下。以辽宁省S市为例,该市2024年1月1日至2月29日电信网络诈骗警情达1080起,被骗金额超过5500万元。

此外,电信网络诈骗的骨干、头目归案难,且诈骗园区呈现跨国转移的趋势。以浙江省T市为例,对于缅甸移交的涉诈人员,该市公安机关2024年上半年的逮捕率未达75%,且部分涉诈人员因犯罪金额无法查明而难以受到应有的刑事处罚。虽然缅甸警方已向我国移交了白所成、刘正祥等犯罪集团的主要头目,

但所抓获的涉诈人员多为犯罪情节较轻的底层人员,犯罪组织者、领导者归案数量相对较少。自2023年起,迪拜等地也出现了“永利园区”“绿洲园区”等由缅甸派系设立的电信网络诈骗园区,这表明部分犯罪骨干、头目已经由缅甸转移至其他地区。由此可见,电信网络诈骗犯罪呈现全球蔓延之势,短期内难以禁绝。

在电信网络诈骗犯罪集团仍然顽固存在,而又无法招募足够底层人员的情况下,犯罪分子开始寻求利用生成式人工智能来解决人手不足的问题。通过生成式人工智能,犯罪分子可以编写诈骗剧本、伪造人脸与文书、证件等图片,并代替原有的话务组成员与受害人进行对话交互。由于现有生成式人工智能监管体系对诈骗犯罪分子所处的“使用端”规制力度较低,生成式人工智能不仅精简了犯罪集团的人员架构,降低了犯罪风险,还减少了犯罪集团的开支。综上所述,利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪满足了其当前的客观需求,已成为此类犯罪的未来发展趋势。

二、利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的手段、发展动向与侦查难点

(一) 利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的手段

1. 设计剧本,沟通交互

对于文本类生成式人工智能,犯罪分子首先可以将其用于诈骗剧本的编写。电信网络诈骗不同于其他犯罪,它需要预测受害人心理,事先设计犯罪的具体流程,确定“故事”的发展大纲,明确犯罪中需要的各个角色的身份与行为,而这一过程也被称为犯罪剧本的设计。在浙江省杭州市中级人民法院于2021年审理的老挝“保亿大厦”案件中,判决书明确指出,所涉及的犯罪团伙中某一骨干专门负责培训各组成员编写诈骗话术,且犯罪分子专门搭建“剧本群”为话务组提供诈骗话术。

犯罪分子在使用文本类生成式人工智能

^④参见《150名在缅甸大其力地区实施跨境电诈的犯罪嫌疑人被移交我方》,载中华人民共和国公安部官网, <https://www.mps.gov.cn/n2255079/n6865805/n7355741/n7912601/c9621822/content.html>, 2024年6月18日发布。

后,或利用程序漏洞绕过开发者设置的防护措施,或直接使用 WormGPT、FraudGPT 等非法文本类生成式人工智能,皆可极大地加快诈骗剧本的编写效率。随着 LLM(大语言模型)技术的不断发展,犯罪分子自行训练模型的难度进一步降低,可以预见未来电信网络诈骗犯罪可能出现犯罪集团自主训练模型,根据受害人特点定制诈骗剧本的犯罪模式。

除编写剧本外,犯罪分子还可以将文本类生成式人工智能用于与受害人的沟通交互。在现有案件中,负责与受害人沟通交互的通常为话务组人员,其数量在电信网络诈骗犯罪团伙中占比最大。以冒充公检法诈骗为例,此类犯罪境外窝点犯罪成员除后勤管理人员外,主要包括一线、二线、三线话务员及电脑手。^⑤文本类生成式人工智能可以替代话务员这类犯罪底层人员,并能更好地实现实时交互、角色转换、话术诱导等功能,且解决了因犯罪集团过于庞杂而导致的场地、设备受限等问题,降低了犯罪成本。

2. 伪造图片,制作诈骗手机软件(APP)与网站

图片类生成式人工智能可以被犯罪分子用于文书、证件等图片的伪造。在刷单返利、虚假投资理财、虚假网络贷款、冒充客服、冒充公检法这五大高发类案中,犯罪分子需要伪造的图片包括“购物订单”“佣金返现截图”“投资提现截图”“贷款审核截图”“警官证”“通缉令”等。参考当前已开源的 Stable Diffusion 模型所具备的“文生图”“图生图”的基础功能,以及“局部重绘”“图片拼接”等特殊功能,在使用图片类生成式人工智能后,犯罪分子可以通过提示词生成图片,也可结合已有图片仿制新图片,并快速对伪造的返现、提现截图与公文、证件进行局部修改,在与受害者沟通交互的过程中使用为其“量身打造”的伪造图片。犯罪分子借此更易获取受害人的信任,同时也反制了侦查机关运用同一涉案图片开展的案件

串并工作。

图片类生成式人工智能同样可以被犯罪分子用于设计诈骗 APP、网站的 UI。在 2023 年下半年出现的“百万保障”系列案件中,犯罪分子仿制官方网站的 UI 设计,制作的诈骗网站内嵌入大量正规网站链接以获取被害人信任。在使用图片类生成式人工智能后,此类 UI 设计可以一键生成,在此基础上结合文本类生成式人工智能的编程功能,犯罪分子可轻松实现前后端交互与数据处理,搭建诈骗网站不再需要专人开发,仅需在租用域名、测试与优化网站后做好推广与运营维护即可。

3. 合成语音,替换人脸

音频类生成式人工智能可以被犯罪分子用于语音合成,以此冒充受害者所熟识的人,从而骗取财物。当前已开源的 So-VITS 模型在目标说话人的人声质量较好的情况下,仅需使用 30 分钟的纯人声数据集即可完成初步训练,2 小时的人声数据集即可得到良好的模型训练结果。随着聚类算法、扩散算法等技术的进步,对音频类生成式人工智能训练所需的纯人声数据集的要求将逐渐降低,犯罪分子在社交平台上即可获取大量语音信息,在提取对象声音特征后,可以根据诈骗剧本的内容生成不同内容的音频片段,模仿他人与受害人进行实时沟通。

视频类生成式人工智能可以被用于人脸替换。与 So-VITS 模型使用方式类似,当前已有 DeepFaceLive、DeepFaceLab 等视频类生成式人工智能模型可供个人使用,在经过训练后,不仅可以对本地视频中的人物替换人脸,也可在多人视频会议过程中实现实时换脸。与音频类生成式人工智能不同,替换人脸功能所需的训练数据集要求较低,部分模型如 Roop 已经实现单张人像图片即可实时换脸的功能。此外,结合 OBS、E2Esoft(又名 WeCam)等视频场景编辑软件,犯罪分子可以利用模型输出的实时换脸视频代替摄像头,在微信、QQ 等即时聊天软件的视频通话中伪装成他人。

^⑤参见徐永胜、许韬:《跨境电信网络诈骗犯罪规律特征与对策研究》,载《青少年犯罪问题》2021 年第 4 期,第 92 页。

（二）利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的发展动向

1. 电信网络诈骗犯罪资源生成自动化

在利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪后，各类诈骗资源不需要犯罪分子自行编写或搜集。诈骗剧本可以通过向所用模型描述需求的方式快速生成，诈骗所需的各类图片同样可以通过描述少量“提示词”“反向提示词”的方式，以“文生图”“图生图”的方式直接生成，也可根据诈骗需求实现图片局部重绘。电信网络诈骗团伙不再需要招募专门人员编写诈骗剧本、伪造公文证件，犯罪组织架构将极大精简。

2. 电信网络诈骗犯罪手段精准化

现有的电信网络诈骗案件中，同一批犯罪分子实施的案件手段存在相似性。在某一时间段内，也存在大量犯罪分子使用同一犯罪剧本实施诈骗的情况。在使用生成式人工智能后，犯罪分子可以根据每个受害人的性别、年龄、职业等特点制定相应的剧本，并以社交平台为媒介获取受害人周围亲戚、朋友等熟识的人的人声、人脸等信息，以此进行的深度伪造可以大幅提高犯罪手段的个性化与精确化程度。

3. 电信网络诈骗犯罪运行包网化

利用生成式人工智能实施的电信网络诈骗犯罪将向跨境网络赌博犯罪的包网发展趋势靠拢。提供生成式人工智能非法技术支持的包网公司可以同时给多个电信网络诈骗团伙提供服务，降低了电信网络诈骗犯罪的技术门槛，使得犯罪分子仅需投资而不需要参与管理。而相关包网公司则通过从电信网络诈骗团伙的利润中按固定比率进行抽成，实现自身盈利。^⑥

（三）利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的侦查难点

1. 电信网络诈骗犯罪规律难以掌握

以往的电信网络诈骗犯罪大多需要人工撰写诈骗剧本，利用 Photoshop 等软件伪造证件、

公文等图片，且在诈骗进入实行阶段之前，需要根据剧本要求培训多级话务员。由此，同一犯罪团伙的犯罪手法更新速度受限，犯罪模式在短时间内相对固定，犯罪具有较强的规律性。

犯罪分子在利用生成式人工智能之后，可以在短时间内大量产出诈骗剧本、虚假图片与视频，并利用文本类生成式人工智能伪装成客服等官方工作人员，削减了电信网络诈骗犯罪的话务员培训时间，使得同一犯罪团伙能够“零成本”快速更新犯罪手法。侦查人员难以从差异性较大的犯罪手法中发现犯罪规律，不仅阻碍了电信网络诈骗犯罪的预警，也阻碍了以科普类案规律为宣传基础的反诈防范工作。

2. “深度伪造”识别难度加剧

被害人自身难以识别“深度伪造”产物。随着图片、视频、音频类生成式人工智能的发展，以人像伪造为例，该方面的伪造技术现已实现实时迁移对象说话时的嘴型与表情，并同步移植对象肢体动作，单凭人眼观察难以判断伪造内容的真伪，需要借助“深度伪造”检测技术才能识别。

侦查机关运用“深度伪造”内容检测技术，虽然可以发现当前社交平台、即时通讯工具中的涉诈信息，但该项技术的准确度仍存疑。“深度伪造”随着 GAN（生成对抗网络）、CNN（卷积神经网络）等新兴技术的发展，其伪造的对象已经从图片发展至音频、视频，产出内容的识别难度也不断加剧。当前的“深度伪造”内容检测技术主要依赖两点：一是通过对伪造内容数据集完成对模型检测器的训练，二是基于生物信息不一致性实现对伪造内容的判别。^⑦随着生成式人工智能技术的井喷式发展，伪造内容数据集无法及时补充新兴伪造内容，“深度伪造”产出内容中生物信息拟真度不断提高，针对眼部、手部等细节部位的生物信息差异识别难度加大，且在电信网络诈骗案件的非受控场景中，生物识别的精度会进一步降低，难以

^⑥参见张仪：《涉 APP 类跨境网络赌博犯罪侦查对策研究》，载《湖南警察学院学报》2023 第 6 期，第 38 页。

^⑦参见梁瑞刚等：《视听觉深度伪造检测技术研究综述》，载《信息安全学报》2020 第 2 期，第 11 页。

满足应用需求。

3. 电信网络诈骗犯罪隐蔽性进一步提高

生成式人工智能精简了电信网络诈骗的犯罪工具,致使侦查人员所能获取的诈骗线索减少,提高了电信网络诈骗犯罪的隐蔽性。以冒充领导或熟人实施诈骗的方法为例,犯罪分子既可以利用突发疾病医疗证明、项目打款凭证等伪造图片取得被害人信任,也可以利用相关领导、熟人的声纹信息与人脸信息发送语音,实现视频聊天、线上会议。在此过程中,犯罪分子无须制作诈骗 APP 与搭建网站,仅使用即时通讯工具与视频会议软件便可完成诈骗。侦查人员开展网络流侦查的线索渠道减少,案件侦查难度提高。

生成式人工智能缩小了诈骗窝点的规模,提高了犯罪的隐蔽性。生成式人工智能取代了话务员等犯罪底层人员,将减少境外诈骗窝点的人数。当前侦查实务中,在无法查实犯罪嫌疑人涉及案件的金额大小时,常以多名同伙交叉指认作为定罪的重要依据。电信网络诈骗团伙人数的减少将影响这一工作的开展,变相提高了犯罪的隐蔽性。此外,窝点人数的减少使得犯罪分子不再需要大规模购买或租赁工作场地、电子设备、生活用品,有利于犯罪分子转移窝点,逃避侦查打击。

三、利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪的侦查对策

(一) 改进诈骗犯罪行为特征预警模型

犯罪模式是以两个以上不特定的犯罪人或犯罪团伙的作案手段为基础而整理出的一套具有共通性的作案手段。^⑧而电信网络诈骗犯罪模型是侦查机关对此类犯罪的犯罪模式以数据方式进行抽象化表达,旨在从已知案件的信息流、资金流、人员流中发现犯罪规律与特征,进而用于识别潜在犯罪的一种工具。当前我国侦查机关所运用的电信网络诈骗犯罪预警模型,大多依托此类犯罪的人员特征与行为特征来识别犯罪。在利用生成式人工智能实施电信

网络诈骗犯罪出现后,随着电信网络诈骗犯罪人员数量的减少,犯罪“无人化”趋势会导致根据前科劣迹、年龄、职业等人员特征所建立的犯罪预警模型效用受限。

首先,侦查机关需要充分利用电信网络诈骗犯罪的行为特征来建立预警模型,同时扩大行为特征预警对象的范围。在社交平台与各大搜索引擎中,针对生成式人工智能这一犯罪工具所衍生的深度伪造图片、视频、音频开展实时抽查,对于网络运营商开发的线上商用生成式人工智能模型,在必要时对用户的高危行为进行监测。行为特征预警对象的范围也应涵盖生成式人工智能非法应用场景中起辅助作用的应用程序,如 Zoom 等视频会议软件与 OBS 等视频场景编辑软件。

其次,侦查机关需要加强对受害人行为特征的预警监测。电信网络诈骗犯罪的实施阶段,是受害人在接触到诈骗信息后对其进行回应,在此过程中被骗取信任,最后向犯罪分子转账汇款的过程。在利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪后,诈骗话术虽然可以实时更新并不断生成,但受害人的行为存在高度相似性,回应犯罪分子时所使用的话语存在一定规律。因此,可将黑话、隐语的监测机制与受害人的话语监测机制相结合,共同发挥预警作用。除此之外,对于受害人下载诈骗 APP、访问虚假网站与向涉诈账户汇款转账等常见行为,在对行为进行预警监测的同时,也应建立涉诈应用程序、网站与银行账户的高危清单,以便快速识别同案受害人,实现并案侦查。

最后,侦查机关也需要完善涉诈资金流行为的预警监测方法。目前生成式人工智能生成的图片与视频若没有公民身份证与真实手机号,则无法通过银行账户、第三方支付交易平台的实名认证。但犯罪分子可以利用生成式人工智能在虚拟货币钱包公司进行自动化的账户注册与使用。当前虚拟货币钱包公司所开发产品多为非托管型钱包,钱包的私钥由钱包持有

^⑧参见刘南男:《作案手段、犯罪模式与“签名”特征之辨析》,载《犯罪研究》2009年第4期,第53页。

人所有,用户不需要向钱包公司进行身份认证。在批量注册钱包账户后,生成式人工智能同样可以伪装真人进行虚拟货币交易,以此反制传统的资金流侦查。对于此种情况,侦查机关首先要督促相应钱包公司完善转账时的人机验证程序,并根据人工智能操作应用程序时的“点击频率固定”“操作流程固定”等特征锁定嫌疑账户,完善涉诈资金流行为的预警监测方法。

(二)立足诈骗包网趋势建立侦查机制

包网犯罪集团,指的是以盈利为目的,为电信网络新型违法犯罪提供网站搭建、系统维护、漏洞保护、APP开发、虚拟货币支付结算等专门技术支持而建立的犯罪组织。当前的包网犯罪集团通常向网络赌博、电信网络诈骗与裸聊敲诈勒索犯罪提供非法技术支持,并从中抽取佣金盈利。

随着生成式人工智能的发展,包网犯罪集团将提供生成式人工智能技术支持,以此降低电信网络诈骗犯罪技术门槛,促使作案过程“流水化”“产业化”。与此同时,包网化趋势也增强了电信网络诈骗犯罪案件的共性,即同一包网犯罪集团向不同诈骗集团提供相似的诈骗方法与诈骗工具。侦查机关在掌握这一规律后,可以立足于诈骗包网趋势开展反查。

侦查机关需建立包网犯罪集团使用的高危模型“黑名单”。在侦查电信网络诈骗犯罪的过程中,侦查人员应对被犯罪分子用于诈骗的生成式人工智能模型随案记录并及时上报。在发现被多个电信网络诈骗团伙利用的某一高危模型后,便将其列入“黑名单”,并将下载、使用该模型的设备加入行为特征预警对象的范围。若该生成式人工智能模型基本不存在合法用途,则可考虑进行线上封禁处理,并追究相关研发者、运营者责任。

此外,侦查机关还应积极开展区域警务合作,加大对包网犯罪集团的跨境打击力度。包网犯罪集团往往建立在柬埔寨、缅甸等东南亚

国家,博彩行业拥有当地合法经营许可。为应对此情形,侦查机关需完善国际刑事司法合作制度,构建完善的执法合作机制。在此方面,我国已有可借鉴的警务合作典范,如2017年12月中老缅泰共同建立的“澜沧江—湄公河综合执法安全合作中心”,打击包网犯罪集团同样需要从“案件合作”升级到“常态化机制”再到“实体化中心”^⑨。在建立实体化执法安全合作中心后,国内的电信网络诈骗案件可以快速移交实体化中心处理,避免案件的侦办因犯罪嫌疑人在境外无法归案而停滞不前。

在此基础上,侦查机关可以通过包网犯罪集团留存的往来资金、项目报表等信息查获租用其服务的电信网络诈骗团伙。同时,将已有案件信息与电信网络诈骗犯罪团伙、包网犯罪集团的信息进行比对,有助于涉案赃款的数额认定与案件串并。此外,侦查机关应开展包网犯罪的事前防治工作,对于提供深度合成人脸、人声等个人生物特征信息服务的组织或个人,在信息服务上线前应当建立安全评估制度。对于公开发布深度合成技术源代码、模型的组织和个人,应通知其向相关部门备案,同时相关网络运营商应当为侦查机关提供技术接口、解密等技术支持以及协助与保障义务。

(三)调整电信网络诈骗案件线索、证据收集方向

在侦查利用生成式人工智能实施电信网络诈骗犯罪时,侦查人员需加强对窝点设备内本地模型的取证工作。电信网络诈骗犯罪分子为规避网络运营商赋予线上生成式人工智能模型的法律限制与道德约束,逃避侦查机关的网络流打击,会更多地运用窝点内设备来训练本地模型。

首先,侦查人员要明确证据、线索的收集方向。由于大部分本地模型在下载安装后可以离线进行训练,或是通过云端资源训练完成后离线使用。因此,侦查人员要注重对诈骗窝点

^⑨参见黄亚茜:《全球安全治理视域下中国参与跨国犯罪治理的现状与进路》,载《中国刑警学院学报》2022年第4期,第59页。

内未联网电子设备的搜查、扣押与封存工作。在进入电信网络诈骗犯罪窝点前,需充分了解案情,制定与电子数据现场勘验相关的计划。在进入窝点后,要及时控制窝点内犯罪分子,厘清窝点中犯罪分子与所属设备的对应关系,并对负责生成式人工智能相关设备操作的犯罪分子进行现场突审,且对窝点负责人进行深入讯问,以确定是否存在培训诈骗分子并帮助其安装模型的包网犯罪集团。

此外,侦查机关还要完善涉案图片、音频、视频的鉴定机制。在电子数据的勘验过程中,侦查机关需组建专门取证队伍,妥善收集犯罪分子利用生成式人工智能产出的各类诈骗资源。生成式人工智能在使用过程中不会重复产出完全相同的图片、音频、视频等诈骗资源,

因此侦查人员可以对受害人与犯罪分子两方设备内电子数据、视听资料进行同一性比对,以此串并案件。若要将比对结果作为证据使用,则需要建立完备的鉴定机制,确保送检的速度与准度,推进取证工作顺利进行。同时,在明确网络运营商的技术支持、协助与保障义务后,侦查机关应与其开展合作,共同完善深度伪造检测技术。

最后,侦查机关需扩宽相关企业的调证渠道。公安机关与生成式人工智能企业合作时,应在严格管控的基础上,完善电信网络诈骗案件侦办平台调证功能。侦查人员将调证需求与所属案件相关联,经审批后,便能快捷调取企业后台中涉案人员账户使用数据,从而提高案件侦办效率。

Investigation of Fraud Crime by Using Generative Artificial Intelligence

Zhang Yi, Yang Chenlong

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

Abstract: Generative artificial intelligence possesses functions such as designing scripts, fabricating images, and synthesizing voices. It has now become a significant criminal tool for telecommunication network fraudsters, thereby giving rise to a series of issues, including the automated generation of criminal resources and the precise implementation of criminal means. Investigation authorities are required to innovate their investigation methods, integrating forward-looking technical theories with crime governance. Based on grasping the criminal risks of generative artificial intelligence technology, they should conduct an in-depth exploration from the perspective of the "user end" where the criminals are located and analyze the criminal efficacy of generative artificial intelligence. After clarifying the illegal application scenarios of the four types of generative artificial intelligence, namely text, images, audio, and video, targeted improvements should be made to the early warning models for telecommunication network fraud crimes, adjustments should be made to the directions of the case leads and evidence collection, and a comprehensive prevention, identification, and control mechanism for telecommunication network fraud crimes should be established.

Key words: generative artificial intelligence; telecom network fraud; investigation countermeasure

(责任编辑: 天下溪)

网络安全的协同治理路径探析

赵 维

(吉林警察学院, 吉林 长春 130117)

摘 要:网络安全是社会稳定和公共安全的基础。近年来,伴随着我国网络安全法治建设的不断推进,以及网民安全意识的提升,网络安全形势持续向好。然而,随着网民数量的持续增加以及网络在各行业领域的广泛深入应用,一些不法分子为追求自身利益做出破坏网络安全的行为,扰乱了网络安全秩序和环境。因此,网络安全治理仍然是当前及今后一段时期国家安全治理的重点。同时,考虑到网络安全问题产生原因过于复杂且涉及主体相对较多的实际情况,网络安全协同治理应当成为网络安全治理的重要方式。基于此,文章在分析网络安全协同治理必要性的基础上,对当前协同治理实践中存在的问题进行了总结,并结合问题提出了协同治理的路径,包括不断夯实网络安全协同治理法治基础,丰富网络安全协同治理经验,健全网络安全协同治理机制,增强网络安全协同治理资源整合能力,以期能为网络安全协同治理实践提供参考。

关键词:网络安全;协同治理;法治基础;协同机制;资源整合

中图分类号:D631.4

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0029-09

在当今全球化和数字化快速发展的背景下,网络信息技术的高速发展及广泛应用正在深刻推动人类社会的变革。然而,伴随技术的进步和网络应用的普及,网络安全问题也日益成为国家安全的重要议题。特别是在大数据和物联网技术广泛应用的今天,各种黑客攻击、网络犯罪以及数据泄露事件频繁发生,不仅对个人隐私和企业商业秘密构成威胁,更可能直接影响到国家安全和社会稳定。我国作为全球最大的互联网市场之一,所面临的网络安全形势尤为复杂。随着网民数量的剧增及网络应用的深化,网络犯罪形式日益多样,从传统的网

络攻击、病毒传播到现在的勒索软件攻击、跨国网络欺诈等,其手段不断升级。此外,随着5G技术的部署和物联网设备的普及,诸如设备安全漏洞增多、数据安全风险上升等新的安全问题不断浮现。在这种形势下,网络安全治理显得尤为紧要和迫切。而在应对网络安全威胁中,我国一方面加强网络安全的战略部署,通过推动网络安全技术的研发和应用,强化关键信息基础设施的保护,以及建设网络安全防护和应急响应体系等措施强化网络安全威胁的分析应对能力;另一方面持续完善相关法律体系,为公共安全机构积极推动公私部门之间的

收稿日期:2024-07-12

基金项目:2023年吉林省教育厅科学技术研究项目“基于深度学习的校园安全行为识别和预警研究”(JJKH20231083KJ);2023年吉林省教育厅高等教育教学改革课题“基于深度多视角的学生在线学习行为与心理分析”(JLJY202301810566)

作者简介:赵维,女,吉林警察学院副教授,工学博士,主要研究方向为网络安全与执法。

协同合作提供支撑,通过信息共享、技术合作等方式,提高整体网络安全防御能力。但是,由于网络的隐蔽性和安全风险源的复杂性,仅凭某一部门或者机构很难完全治理好网络空间,多元主体协同参与已然成为网络安全治理的最优方式之一。而网络安全的协同治理需要有明确的路径作为参考。这就需要结合当前网络安全治理的形势,探讨分析具有可行性的网络安全协同治理路径。

一、网络安全治理现状

(一) 网络安全治理法律体系逐步完善

在网络安全治理方面,法治是基础也是主要路径。一方面,法律的权威性、强制性和普遍约束性,可以确保所有网络活动主体、网络空间行为以及相关的技术、产品和服务等内容都被纳入网络安全治理的规范范畴内,从而保障网络安全治理的公平、公正、有力和可持续,进而保证网络环境的健康发展;另一方面,鉴于法治的超国家价值、互联网治理的核心是法律问题以及全球互联网治理对法治的呼吁等因素,^①法治已成为我国参与全球网络治理的最佳选择路径。正是基于这种内在逻辑,我国不断探索和完善网络安全治理的法律体系建设。首先,形成以宪法为根本,以法律法规为依托,以传统立法为基础,以网络专门立法为主干的网络法律体系,搭建了中国网络法治的“四梁八柱”^②,为网络安全治理法治化实践提供了基本支撑。其次,先后出台《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等网络安全治理领域的法律。同时,立法机关根据法律实施的情况,适时调整完善部分发条的内容,切实保障法治的基础。例如,基于《网络安全法》与新实施法律之间的衔接协调,完善法律责任

制度,进一步保障网络安全的考虑,国家网信办于2022年9月14日发布了《关于修改〈中华人民共和国网络安全法〉的决定(征求意见稿)》,披露了对《网络安全法》部分条款进行修改的内容,这体现了网络安全治理领域立法工作的与时俱进。相关资料显示,截至目前,我国已制定出台网络领域立法150多部,^③网络立法的“四梁八柱”已基本构建完成。

(二) 网络安全意识不断提升

时至今日,网络已然成为人们生活不可或缺的重要工具,渗透到生产和生活的各个领域。这使得网络安全治理成为国家、组织和个人普遍关注的内容。加之网络安全威胁的普遍存在,以及国家相关法律法规的颁布实施,网络安全意识得到了不断提升。在国家层面,考虑到网络在各个领域的基础性、重要性和影响力,网络安全已被提升至国家战略高度。例如,在2018年4月的全国网络安全和信息化工作会议上,习近平总书记就强调“没有网络安全就没有国家安全,就没有经济社会稳定运行,广大人民群众利益也难以得到保障”^④。这充分说明,网络安全意识已经成为国家安全意识中的重要内容。在组织层面,伴随着信息化办公方式的普遍应用,网络空间的信息安全成为影响组织运行的关键因素。在此背景下,各类组织内部不断强化网络安全意识,通过思想重视、行为落实等方式,切实保证网络空间的安全,减少网络安全威胁的出现。在个人层面,伴随着相关法律法规的实施,以及国家、社会层面的网络安全法制宣传,公民个人对网络安全的威胁有了更深入的认识,进而对网络安全的关注度愈加提升,部分公民会自觉警惕、监督网络安全威胁。

^①参见陈红梅:《全球互联网治理法治化思考》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》,2019年第1期,第86-90页。

^②时延安:《以法治思维规制网络空间秩序》,载光明网,https://theory.gmw.cn/2024-06/25/content_37399784.htm,2024年6月25日发布。

^③参见孙满桃:《【法治网事】中国网络法治三十年:制定出台网络领域立法150多部》,载光明网,https://legal.gmw.cn/2024-06/18/content_37386505.htm,2024年6月18日发布。

^④《习近平出席全国网络安全和信息化工作会议并发表重要讲话》,载中国政府网,https://www.gov.cn/xinwen/2018-04/21/content_5284783.htm,2018年4月21日发布。

（三）网络安全治理分工不断细化

网络安全治理是一项庞杂的工程，需要按照特定的规律、规则开展。近年来，我国围绕网络安全治理形势发展和实际需要，探索细化了安全治理分工，为网络安全治理提供了较强的力量支持。首先，法律法规中网络安全治理分工日趋明确。伴随新法律的发布实施，以及原有法律的修改完善，关于网络安全违法行为的法律责任和网络安全行为治理的分工日益明确和细化。这包括行政处罚种类和幅度的调整，关键网络基础设施运营者违法行为的处罚、网络信息安全违法行为的法律责任整合等。法律责任的进一步明确和细化，增加了网络安全治理责任的可操作性和威慑力，有力地推动了网络安全治理的法治化。其次，网络安全治理组织架构和责任分工不断细化。在各级各类政府、企事业单位中，领导责任制的网络安全治理机制逐步建立和运行，形成了主要负责人亲自抓、分管负责人具体抓的领导责任制，进而将网络安全治理工作纳入重点工作领域，确保各项任务得到有效落实。此外，部分单位和部门还设立有专门的网络安全治理机构，负责相关工作。最后，网络安全治理具体任务分工愈加明确。伴随着网络安全形势的变化，以及网络安全治理工作的常态化开展，部分单位和部门除了明确整体的安全治理任务外，还根据内部职能、责任划分，将任务分解、下放到具体的小组甚至个人，确保网络安全治理工作开展得有力、有序、有效。此外，考虑到网络安全治理的技术性，在具体任务划分方面还制定了相应的工作标准和技术指南，对网络安全治理中人机协同中人、机各自应当发挥的功能进行了明确，为网络安全治理任务的落实提供了更详细、具体的方案。

二、网络安全协同治理的必要性

（一）应对复杂严峻的安全形势

随着信息技术的快速发展和全球网络环境的日益复杂化，网络安全面临的威胁也在不断

演变和升级。当前，硬件系统、软件漏洞日常应用操作的安全漏洞，导致网络攻击的方式手段不断增多，^⑤而单一类型的网络安全监控分析工具已经难以完全适用于网络安全的要求。例如，勒索软件、大规模分布式拒绝服务攻击（DDoS）等，都是需要跨机构协同应对的重大安全威胁。此外，随着物联网、人工智能、大数据等新技术的广泛应用，网络攻击面持续扩大，安全漏洞增多，这也给网络安全带来新的挑战。在此背景下，协同治理成为应对复杂网络安全威胁的必要手段。多部门、多层级进行合作，可以共享信息、资源和技术，形成联防联控的安全防护体系，增强整体的防御能力和响应速度，有效减少潜在的安全风险。

（二）增强维护国家安全的能力

时至今日，国家安全已不再仅仅局限于传统的物理和军事领域，而是扩展到了网络空间。正因如此，党的二十大将增强维护国家安全能力明确为推进国家安全体系和能力现代化、坚决维护国家安全和社会稳定的重要方向。在增强维护国家安全的能力方面，网络安全协同治理发挥着不可或缺的作用。这是因为协同治理强调通过整合政府机构、科研院所及企业等多方资源，建立起一套完善的网络安全信息共享与快速响应机制。此机制不仅能迅速地识别和响应网络安全事件，还能通过集中力量进行技术研发和创新，提升国家对抗网络威胁的科技水平。例如，通过协同合作，不同安全治理主体可以共享最新的网络安全威胁情报，这对于早期识别潜在的网络攻击活动，防止重大网络安全事故的发生具有重要意义。此外，协同治理还强化了国内法律的执行力度，统一了安全标准，有助于形成强有力的网络安全防护网。更为重要的是，协同治理能有效提升公众与企业的网络安全意识和防护能力，为国家网络安全提供坚实的人民基础。

（三）弥补网络安全治理短板

网络安全协同治理在弥补现有治理短板方

^⑤参见方翔：《网络安全态势感知模型的研究进展》，载《电子科技》2024年第6期，第98-102页。

面发挥着至关重要的作用。在当前的治理体系中,尽管我国已经在网络安全领域取得了显著进步,但仍面临法律法规落后、技术过度依赖以及专业人才短缺等问题。而这些问题的弥补有赖于多元主体的共同参与和协同推进。例如,在法律法规方面,网络安全协同治理中通过集中各方面的智力资源,可以更高效地评估现有法规的不足,制定更为全面和更具前瞻性的法律政策,确保法律具有足够的灵活性和适应性,以应对新兴的网络安全问题。在技术创新方面,协同治理模式鼓励国家机关、研究机构、高等学府和企业等共同参与到网络安全技术的研发中。这种跨界合作不仅可以整合各方面的研发资源,加快技术开发的速度,还能在实践中快速验证技术的有效性,促进技术的商业化和普及化。此外,协同治理还可以推动制定统一的技术标准和评估体系,提高国内网络产品和服务的安全性和互操作性。在人才培养方面,网络安全协同治理通过建立更为完善的教育培训体系,有助于解决专业人才短缺的问题。而且,协同治理不仅促进了学术界与工业界的合作,还有助于高校与企业直接对接,共同定制符合实际需求的课程和培训项目。这种接地气的教育模式能够快速培养出既懂技术又熟悉实战的网络安全人才,满足国家对高级网络安全专业人才的迫切需求。

三、网络安全协同治理存在的问题

(一) 网络安全协同治理法治基础不牢固

近年来,我国高度重视网络安全的立法工作,先后制定和实施了《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等一系列法律法规,构建了网络安全的基本法治体系。这些法律法规中,有关于网络安全协同治理的相关规定。例如,《网络安全法》第八条、《数据安全法》第六条第四款、《个人信息保护法》第六十条均明确了国家网信部门负责统筹协调网络安全相关工作的内容;《数据安全法》第五条明确,中央国家安全领导机构负责国家数据安全工作的决策和议事协调,研究制定、指导实施国

家数据安全战略和有关重大方针政策,统筹协调国家数据安全的重大事项和重要工作,建立国家数据安全工作协调机制;《数据安全法》第二十二条明确了国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门加强数据安全风险信息的获取、分析、研判、预警工作。这些规定为各主体尤其是政策部门之间开展网络安全协同治理活动提供了相应的行动指引。但是,就当前网络安全协同治理实践而言,这些法律条款不足以支撑网络安全协同治理活动的依法开展。第一,缺乏网络安全协同治理的专项法律法规。虽然《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等法律为网络安全和数据安全提供了一定的法律基础,但并没有形成专门针对协同治理的专项法律法规体系。协同治理需要明确各参与方(如政府部门、企业、行业组织等)的职责、权利和义务,以及具体的合作机制和流程。缺乏专项法律法规会导致协同治理过程中出现责任不明确、操作不规范、执行不力等问题。第二,网络安全治理协同治理行动原则不明确。协同治理需要明确的行动原则来指导各参与方在合作中的行为准则、决策依据和执行标准。虽然相关法律中提到了各参与方之间的合作和协作,但却并没有明确协同治理的目的、规则等内容,这导致各类主体在理解和执行上存在偏差,难以形成有效的合力,影响协同治理的效果。第三,网络安全协同治理指引缺乏细化操作指引。细化操作指引对于确保协同治理的有效实施至关重要,能够帮助各参与方明确具体的操作要求、流程和方法,提高协作的效率和效果。我国法律虽然明确支持相关主体围绕网络安全治理开展协作,但关于如何协作却并没有进一步的规定和指导,这就导致协同治理工作开展遇到较大的挑战。例如,《数据安全法》第十八条第二款虽然明确了国家支持有关部门、行业组织、企业等在数据安全风险评估、防范、处置等方面开展协作,但关于如何具体协作却缺乏详细的指引,进而影响了协同治理行为的有效推进。

（二）网络安全协同治理经验不足

虽然我国面临网络安全形势较为复杂多变,但对于一些网络安全威胁,可以通过经验加以有效防范和应对。同样,相关主体在网络安全协同治理方面的想法、行为也是在经验的支持下逐步产生和实施的。近年来,我国围绕网络安全治理开展了一些不同层次、不同范围的协同治理,取得了一定成效,但从网络安全协同治理的整体情况来看,相关经验仍然较为缺乏,这在一定程度上限制了网络安全协同治理行动的开展。第一,网络安全协同治理行动偏少。尽管理论上认识到了网络安全协同治理的重要性,但在实际行动上,跨部门、跨领域的协同行动相对较少。这不仅表现为协同演练的频率不足,还包括在日常管理和紧急响应中协同行动的不足。缺乏持续和系统的协同治理行动使得相关部门和机构在面对网络安全事件时往往采取各自为战的方式,缺乏有效的协调和支持,不利于形成统一的网络安全防御和应对体系,降低了整体的安全管理水平和应对能力。第二,协同应对重大网络安全问题的经验不足。在面对大规模网络安全事件或复杂的网络攻击时,有效的协同应对是至关重要的。然而,由于缺乏足够的实战演练和历史经验,多个部门之间往往难以形成有效的合作与快速响应机制。这种经验的不足导致在真实情况下响应措施可能显得迟缓或不充分,各部门之间的信息沟通和资源共享可能不够及时,从而影响整体的应对效率和效果。此外,缺乏经验也会导致对事件的评估不准确,无法有效预测和控制安全事件的发展,加重了网络安全威胁的后果。第三,网络安全协同治理模式单一。当前我国网络安全协同治理往往依赖于传统的、顶层设计的模式,缺乏灵活性和多样性。这种单一的治理模式往往不能适应快速变化的网络环境和多样化的安全需求。例如,随着云计算、物联网、移动互联网等新技术的应用,网络安全面临的挑战更加多元和复杂,单一的治理模式难以涵盖所有新兴的安全问题和场景。此外,

这种模式也往往忽略了基层和地方在网络安全协同治理中的潜力和创新能力,限制了从基层上升的创新解决方案和策略的应用。

（三）网络安全协同治理机制不健全

网络安全协同治理机制的健全与否直接影响到整体治理的效果。虽然目前我国在部分层面、部分地区开展了较好的网络安全协同治理实践,但也有部分地区和部分协同治理活动中暴露出了协同治理机制不健全的问题,这影响了整体的治理效果。第一,领导机制不完善。虽然国家层面由国家网信部门、中央国家安全领导机构负责领导网络安全协同治理工作,但在基层地区,则缺乏相应的网络安全协同治理领导机制,导致各部门在网络安全协同治理过程中出现职责界定模糊的问题。这种情况容易导致在面对重大网络安全事件时,各部门、各层级之间缺乏统一的指挥和协调,无法形成有效的合力。此外,缺乏统一的领导机制也使得各部门在日常工作中难以协调一致,影响整体网络安全工作的推进效率。第二,协作机制不健全。尽管法律规定了各部门之间需要协同合作,但在实际操作中,协作机制的缺失或不健全导致各部门之间的合作往往流于形式的情况普遍存在。一方面,不同部门和机构之间的信息共享机制不完善,信息壁垒严重,导致重要的安全信息不能及时共享和利用;另一方面,缺乏明确的协作流程和操作规范,各部门在应对网络安全事件时往往自行其是,缺乏有效的协同行动。此外,跨部门、跨行业的合作平台和沟通渠道不畅,导致资源无法充分整合和利用,协作效率低下。第三,评价机制不足。网络安全协同治理的评价机制是衡量治理效果和发现问题的重要手段,但目前我国在这方面还存在明显不足。现有的评价机制缺乏系统性和科学性,评价标准和指标不够明确,无法全面、客观地反映协同治理的实际效果。此外,评价过程缺乏透明度,相关反馈和改进建议难以及时传达和落实。这种情况下,各部门和机构难以根据评价结果进行有效的调整和改进,影响

了整体协同治理能力的提升。

（四）网络安全协同治理资源整合利用能力偏弱

网络安全协同治理是一项综合性、挑战性的工作，需要投入大量人力、物力、财力、技术等资源才能够开展，并且对资源整合分配的能力要求也较高。虽然在部分网络安全协同治理活动中，相关主体能够较好地开展资源的整合利用，但在一些地区和一些重大的网络安全事件方面，协同治理资源的整合利用能力仍然显得较弱。第一，专业治理队伍组建能力偏弱。网络安全协同治理需要一支高素质的专业队伍，但当前在队伍组建方面仍存在明显不足。部分单位对网络安全的重要性认识不够充分，存在很大的侥幸心理，认为网络攻击不会出现在身边，对网络安全风险缺少警惕性，^⑥未有力开展专业治理队伍组建工作。同时，部分地区和部门在网络安全人才的吸引、培养和保留上面临困难。高素质的网络安全专业人才往往集中在少数重点部门和大城市，基层和中小城市的专业人才缺乏。部分地区和单位由于缺乏有效的激励机制和专业培训体系，难以组建和维持一支具备足够专业素质和应对能力的网络安全队伍。此外，跨部门、跨行业的专业队伍协作机制也不完善，专业人才难以在不同部门和行业之间进行有效流动和协作，影响了整体协同治理能力的提升。第二，技术开发与应用能力偏弱。网络安全技术的开发和应用是提升网络安全防护能力的关键。然而，目前在技术开发和应用方面的能力仍显不足。尽管有些部门和机构在某些技术领域具有优势，但由于缺乏跨部门的技术整合和协作机制，这些技术资源无法形成合力。例如，先进的防火墙技术、入侵检测系统等技术优势无法在更广泛的范围内得到推广和应用。此外，由于技术标准不统一，各部门在技术开发和应用过程中往往重复建设，资源浪费严重。技术创新和应用能力的

不足，使得整体网络安全防护水平难以提高，无法有效应对日益复杂的网络安全威胁。第三，跨地区资源整合调配能力偏弱。网络安全事件往往具有跨区域、跨行业的特点，因此需要在更大范围内进行资源整合和调配。然而，目前在跨地区资源整合和调配方面缺乏统一的机制，各地区在面临突发网络安全事件时，难以及时调集和利用其他地区的资源。此外，资源调配过程中还存在区域利益和权责划分不清等问题，影响了整体资源整合和协同治理的效率。

四、网络安全协同治理的路径

（一）不断夯实网络安全协同治理法治基础

网络安全协同治理要走法治路径，多元主体应当在法治框架内结合网络安全治理的实际需要开展协同治理。在此种逻辑下，网络安全协同治理法治的完善程度，会在很大程度上影响到网络安全协同治理的行动进度和结果。针对当前网络安全协同治理中面临的法治基础不牢固的情况，应当重点从以下几方面入手。

首先，制定网络安全治理专项法律法规。为更有效地应对网络安全挑战，为多元主体开展协同治理提供法治支持，相关主体需要制定专门针对网络安全治理的法律和法规，明确政府部门、企业和其他关键行业参与者在网络安全治理尤其是协同中的职责和权力。例如，可以规定各部门在网络安全事件发生时的具体职责，如信息共享、资源调配和危机响应等，以及如何进行跨部门协作。此外，专项法律还需要明确网络安全协同治理的基本原则，确保所有活动都在透明和可预见的法律框架内进行。其次，明确网络安全协同治理的行动原则。需要在相关法律法规中明确网络安全协同治理的行动原则，以确保各方主体在网络安全协同治理过程中能够有序有效地进行合作。例如，法律应详细说明在网络安全威胁信息共享时，各机构应如何操作，以保障信息安全的同时又确保信息的及时共享。此外，还需要制定协同决

^⑥参见袁赫杰、张祺好、唐刚：《我国网络安全法治体系现状、问题及完善路径》，载《信息安全与通信保密》2023年第12期，第83-93页。

策的流程,明确在面对大规模网络安全事件时,各参与方的决策权和应急响应的优先级,以及如何评估各种行动的成效和风险。这些行动原则不仅能提高协同治理的效率,还能在危机发生时增强各方的信任和合作。最后,细化网络安全协同治理的操作指引。虽然现行法律提供了网络安全协同治理的基本框架,但在具体操作层面仍缺乏详细的指导。为提高协同治理的实际执行效果,应在相关法律法规或者制度中明确相应的操作指引,包括协同活动的具体步骤、责任分配、流程图和时间节点等。例如,在数据安全法中,可以进一步明确数据分类、风险评估的标准方法、数据泄露时的具体报告流程及时限,以及在数据安全事件中各相关方的具体职责。此外,操作指引应包括对新兴技术如云计算、人工智能在网络安全中的应用指导,帮助各方有效利用这些技术进行风险防控和应急管理。

(二) 丰富网络安全协同治理实践

目前,我国在网络安全协同治理方面尚处于探索深化阶段,参与协同治理的主体虽然有所增多,但并没有涵盖网络空间的所有主体。而对于网络安全协同治理经验不足的情况,更多地还需要从实践中获取。基于此,要注意丰富网络安全协同治理的实践内容,以获得丰富的经验,推动协同治理活动的科学、有效开展。

首先,加强实战演练和多方参与的协同练习。为了增加网络安全协同治理的实战经验,应定期组织跨部门、跨领域的协同演练。这些演练应模拟包括大规模的网络攻击和数据泄露等可能发生的网络安全事件。通过演练,不仅可以检验和改进现有的协同响应机制,还能增强各参与方之间的协作和信任,确保在真实事件发生时能够迅速有效地协同作战。同时,应邀请私营部门、学术界和民间组织参与,利用这些多元化的视角和资源,增强整体协同治理的能力和覆盖面。其次,发展多样化的网络安全协同治理模式。为应对快速变化的网络环境和多样化的安全需求,需开发和推广多样化的

协同治理模式。这包括鼓励地方和基层创新具有地区特色的协同治理模式,允许他们根据自身的实际情况和资源,发展适应当地需求的治理策略。同时,推动公私伙伴关系(PPP),引入私营部门的技术和管理经验,结合公共部门的监管和协调能力,形成互补的治理结构,为网络安全协同治理提供更灵活、更有针对性的解决方案。最后,开展专题研讨,解决协同治理中的重点和难点问题。为丰富网络安全协同治理的实践,应定期开展由政府、企业、学术界和民间组织的专家及从业人员参加的专题研讨会,针对具体的网络安全挑战进行深入的理论探讨和实践交流。例如,可以专门讨论如何有效共享网络威胁情报、如何提升跨部门协同响应速度,以及如何在保护隐私的前提下实现数据共享。通过专题研讨,各方可以分享各自的实践经验和创新解决方案,促进理论与实际工作的结合,推动形成更加科学和有效的协同治理策略。此外,这些研讨会还可以形成定期的研究报告和政策建议,为相关部门和机构提供决策支持,进一步提升网络安全协同治理的整体水平。

(三) 健全网络安全协同治理机制

一个完善的协同治理机制能够确保政府、企业、社会组织和个人在网络安全领域中形成高效的协作与联动,共同应对日益复杂的网络安全威胁。通过明确各方职责、优化信息共享流程、加强沟通协作,健全的协同治理机制能够提升整体网络安全防护能力,降低安全风险,保障网络空间的安全稳定。因此,健全网络安全协同治理机制是实现网络安全长治久安的关键所在。

首先,强化领导机制。在国家层面,要根据国家层次的网络安全协同治理情况,深化和完善由国家网信部门和中央国家安全领导机构共同牵头的网络安全领导工作机制,确保全国网络安全协同工作有序开展。在地区层面,各省市及基层地区应设立对应的网络安全领导机构,确保各层级的网络安全工作有明确的领

导和指挥。各地方政府应设立专门的网络安全办公室,负责协调和指挥本地区的网络安全工作。要进一步明确职责和权限,制定详细的职责分工文件,确保各部门在网络安全协同治理中的具体职责和权限清晰,避免职责模糊导致的推诿和效率低下。应通过定期召开联席会议和设立联络员制度,加强各部门之间的沟通和协调,确保在网络安全事件发生时能够迅速形成合力。其次,完善协作机制。一方面,要形成协同开展网络安全工作的理念,寻找网络安全治理共识。相关主体只有“对网络安全领域合作理念认知存在共识时,合作才具备了观念层面的基础”^⑦,也才会产生协同治理的行为。另一方面,相关主体应建立健全信息共享机制,开发国家级和地方级的信息共享平台,打破各部门和机构之间的信息壁垒,确保重要的网络安全信息能够及时、准确地传递和共享。同时,要制定信息共享的标准和规范,明确信息共享的内容、方式、时限和责任,确保信息共享的安全性和高效性。此外,要制定明确的协作流程和操作规范,确保在网络安全事件发生时,各部门能够按照标准流程进行高效协作。最后,健全评价机制。相关主体要制定科学的评价标准和指标,并建立系统化的网络安全协同治理评价体系,以全面评估各部门和机构在协同治理中的表现。这方面,可以重点从应急响应速度、信息共享效果、资源整合效率、事件处置结果等多个维度入手。同时,要增强评价过程的透明度,将评价结果进行公开,接受社会监督,提高评价工作的透明度和公信力;要建立评价反馈机制,及时向各部门和机构反馈评价结果和改进建议,确保各部门能够根据评价结果进行有效调整和改进。再者,要通过定期评估和改进,根据评价结果和实际情况,动态调整和优化协同治理机制,确保其持续适应新的网络安全环境和挑战。

(四) 增强网络安全协同治理资源整合利用能力

网络安全协同治理资源的整合涉及人力、物力、财力、技术等多方面。只有持续增强资源整合能力,才能够满足协同治理活动开展所需要的基本条件,进而达到相应的目标。针对当前网络安全协同治理中存在的资源整合利用能力偏弱的情况,要根据实践情况持续增强相关的能力。

首先,提升专业治理队伍组建能力。应制定吸引和保留人才的激励机制,包括建立完善的职业发展路径,为网络安全专业人才提供明确的职业晋升通道,改善薪酬和福利待遇,从而增强对高素质人才的吸引力和保留力。此外,应设立专项培训基金,支持网络安全人员的持续学习和专业发展,定期组织专业培训和技能提升活动。在地区层面,要加强基层和中小城市的网络安全队伍建设,通过派遣网络安全专家到基层和中小城市提供技术指导和培训,并定期举办面向基层的专项培训班,提升当地网络安全队伍的能力。其次,增强技术开发与应用能力。要推动跨部门的技术整合与协作,建立跨部门的技术协作平台,促进各部门之间的技术交流和资源共享,充分发挥各部门在不同技术领域的优势,形成技术合力。同时,要在现有标准的基础上,进一步细化相关内容,提高技术资源的利用效率。例如,要遵循(GB/T 30276—2020)《信息安全技术网络安全漏洞管理规范》,进行漏洞收录和漏洞应急,优化漏洞审核和处理流程,细化完善漏洞管理要求,提升漏洞协调处置能力。^⑧此外,要鼓励技术创新和应用,通过设立科技创新基金和技术奖励机制,激励各部门和机构进行网络安全技术的研发和应用,提升整体的技术防护水平。最后,优化跨地区资源整合和调配能力。要建立统一的跨地区资源调配机制,确保在突发网络

^⑦王哲:《网络安全合作背景下跨境电信诈骗协同治理机制研究》,载《网络安全技术与应用》2023年第9期,第48-149页。

^⑧参见贾子骁、王文磊、严寒冰:《网络安全漏洞管理国家标准应用实践》,载《信息技术与标准化》2022年第5期,第79-81页。

安全事件发生时，能够迅速调集和利用其他地区的资源；要设立跨区域的协作平台，加强不同地区之间的信息共享和协调，确保资源的高效整合和利用；要明确区域利益和权责划分，制定详细的区域协作协议，解决资源调配过程中的利益冲突和责任不清问题，提升整体协同治理效率。

结语

在当前高度信息化的背景下，网络安全已成为影响国家和社会稳定的关键因素。尽管我国在网络安全法治建设和技术防护方面取得了显著成效，但面对日益复杂的网络威胁，仅靠单一部门或机构难以全面应对。因此，开展由政府、企业、学术界和社会各界的共同参与的网络安全协同治理实践十分必要。在网络

安全协同治理方面，相关主体要不断夯实法治基础，使网络安全协同治理拥有更坚实的法律保障，确保各方在法律框架内高效协作；要通过加强实战演练、推广多样化治理模式以及开展专题研讨等，丰富协同治理实践经验，提升治理能力；要通过完善领导、协作和评价机制以健全协同治理机制，提升整体治理效率，确保各方形成合力，共同应对网络安全挑战；要通过提升专业队伍组建能力、技术开发与应用能力以及跨地区资源整合调配能力，增强资源整合利用能力，为协同治理提供坚实的资源支持。只有这样，才能确保网络安全协同治理活动的有序有效开展，并发挥其在应对复杂网络安全形势、增强维护国家安全的能力、弥补网络安全治理短板方面的重要作用。

Exploration of Collaborative Governance Path for Network Security

Zhao Wei

(Jilin Police College, Changchun, 130117, Jilin)

Abstract: Network security is the foundation of social stability and public safety. In recent years, with the continuous promotion of legal construction of China's network security and the improvement of citizen's security awareness, the network security situation has continued to improve. However, with the continuous increase in the number of internet users and the widespread and in-depth application of the Internet in various industries, some criminals engage in behaviors that undermine network security in pursuit of their own interests, disrupting the order and environment of network security. Therefore, network security governance remains a key focus of national security governance in the current and future periods. Meanwhile, considering the complex causes of network security issues and the relatively large number of stakeholders involved, collaborative governance of network security should become an important approach to network security governance. Based on this, the article analyzes the necessity of collaborative governance in network security, summarizes the problems existing in current collaborative governance practices, and proposes a path for collaborative governance, including continuously consolidating the legal foundation of collaborative governance in network security, enriching the experience of collaborative governance in network security, improving the mechanism of collaborative governance in network security, and enhancing the ability to integrate resources in collaborative governance in network security, in order to provide a reference for collaborative governance practices in network security.

Key words: network security; collaborative governance; rule of law foundation; collaborative mechanism; resource integration

(责任编辑：天下溪)

《民法典》实施视角下的网络涉警舆情应对研究

欧阳梓华

(湖南警察学院, 湖南 长沙 410138)

摘要:《民法典》赋予公安机关相当广泛的民事管理和服务职责。《民法典》的颁布实施,对公安机关的执法办案工作和民警的处警能力水平提出了新的更高要求。当前,公安机关贯彻实施《民法典》面临着知识储备相对不足、执法理念存在偏差和媒体应对能力欠缺等问题和挑战。推动公安工作理念升级,切实涵养民警民法素质,规范民警执法行为,提升舆情应对处置能力,既是公安机关贯彻实施《民法典》的内在要求,也是有效遏制网络涉警舆情滋生蔓延的必要举措。

关键词:民法典;涉警舆情;民法素质;舆情处置

中图分类号:D631.4

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0038-07

舆情,多指负面舆情,即民众在一定的社会空间内对某一社会事件的发生所产生和持有的消极意见、态度和情绪。网络涉警舆情则是指民众在网络空间内对某一公安机关和人民警察的执法办案行为及其道德、价值取向所产生和持有的消极意见、态度和情绪。在移动互联网时代,信息传播的信源去中心化、信道多元化、传播瞬时化和扩散乘数化等特点,导致涉警网络舆情呈现出负面舆情突出、社会关注度高、传播点多线杂面广、聚合分化特征凸显等特征。^①涉警网络舆情一旦发生,势必严重损害公安机关和人民警察的社会形象,降低公安机关和人民警察的执法公信力。

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的颁布实施,对公安机关和人民警察

的工作理念与方法、适法与执法、治理与服务等方面产生了重大而深远的影响。在公民法互相渗透融合的时代背景下,如何加强涉警舆情研判,建立健全涉警公共危机事件应对机制,有效遏制网络涉警舆情的滋生和蔓延,成为公安机关和广大公安工作者们面临的一项重大课题。

一、研究缘起:《民法典》实施和公安队伍建设的内在要求

有效应对网络涉警舆情,是贯彻实施《民法典》和践行习近平总书记重要训词精神、锻造“四个铁一般”公安铁军的内在要求。

(一)有效应对网络涉警舆情是贯彻实施《民法典》的内在要求

2020年5月28日,《民法典》的表决通

收稿日期:2024-06-24

基金项目:2020年湖南省教育厅重点项目“民法典时代网络涉警舆情应对机制研究”(20A169)

作者简介:欧阳梓华,男,湖南警察学院副教授,主要研究方向为刑事法学与公安教育训练。

①参见明乐齐:《网络语境下涉警网络舆情的应对与管控策略》,载《辽宁警察学院学报》2019年第3期,第54页。

过标志着中国“民法典时代”的正式到来。《民法典》共7编、1260条,逾10万字,它坚持以人民为中心,全面规范民事关系,涉及经济社会生活方方面面,实现对民事法律关系调整的制度化、规范化、程序化,在中国特色社会主义法律体系中具有基础性地位,也是中国特色社会主义市场经济的基本法,被誉为“社会生活的百科全书”和“民事权利的宣言书与保障书”。

结合《中华人民共和国人民警察法》对公安机关及其人民警察职责做出的明确规定,纵览《民法典》全文,不难发现,《民法典》赋予公安机关相当广泛的民事管理和服务职责。其中有3条明确提到了公安机关的职责,分别是遗失物的接受、保管、招领、领取(第314条),为被收养人办理户口登记(第1106条)和负责查清高空抛物、坠物责任人(第1254条)。除此之外,《民法典》中还有诸多条款涉及公安机关在治安、道路交通安全、金融安全、网络安全、户政等领域的行政管理服务职责,具体包括对公民的人身和财产权利的保护,对个人隐私和个人信息的保护,维护金融秩序安全,维护运输公共安全,侵权自力救济,为自然人办理出生、死亡登记和姓名登记,等等。如《民法典》中多处提及“个人信息”,且设立“隐私权和个人信息保护”专门章节进行规定,足见其对保护个人隐私和个人信息的重视程度。其中第111条规定,自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的,应当依法取得并确保信息安全,不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息,不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。第1032条规定,自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。第1033条规定,除法律另有规定或者权利人明确同意外,任何组织或者个人不得实施下列行为:(一)以电话、短信、即时

通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁;(二)进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间;(三)拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动;(四)拍摄、窥视他人身体的私密部位;(五)处理他人的私密信息;(六)以其他方式侵害他人的隐私权。第1039条规定,国家机关及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息,应当予以保密,不得泄露或者向他人非法提供。

《民法典》调整的是“私”领域,而公安机关执掌的是“公”权力。《民法典》的颁布实施,使得公私法之间相互渗透融合,对公安机关的执法办案工作和民警的处警能力水平提出新的更高要求。公安机关和人民警察只有在工作理念上更加注重以人为本,在适用法律上更加注重厘清民刑界限,在执法办案上更加注重把握民刑衔接,在社会治理上更加注重坚持民刑结合,才能确保《民法典》相关法条的有效实施。反之,稍有不慎,就可能引发网络舆情。

(二)有效应对网络涉警舆情是践行训词精神、锻造“四个铁一般”公安铁军的内在要求

公安机关肩负着巩固共产党执政地位、维护国家长治久安、保障人民安居乐业以及服务经济社会发展的重大政治和社会责任,是人民群众接触最多也是最为信赖的公权力机关之一。公安机关和人民警察的形象,直接影响到党和政府的形象;公安机关和人民警察的公信力,直接影响到党和政府的公信力。作为党和人民手中掌握的“刀把子”,公安机关必须始终坚持“公安姓党”,自觉做到“对党忠诚、服务人民、执法公正、纪律严明”和“绝对忠诚、绝对纯洁、绝对可靠”,筑牢忠诚警魂,锻造出一支有“铁一般的理想信念、铁一般的责任担当、铁一般的过硬本领、铁一般的纪律作风”的公安铁军。唯有如此,公安机关才能切实做到严格规范公正文明执法,依法打击相关违法犯罪,为民事主体行使民事权利、开展民事活动提供保障和便利,从而切实履行好《民法典》

赋予的相关管理服务职责。

网络涉警舆情的发生,一方面反映出广大媒体和网民对公安机关和人民警察执法办案的舆论监督,另一方面也暴露出部分公安机关和人民警察在管理和服务工作中存在着不作为、慢作为和乱作为的现象。这些现象与“三个绝对”“四个铁一般”的要求格格不入,与训词精神背道而驰,必须高度重视,依法惩处。

二、问题根源:知识储备不足、执法理念偏差和应对能力欠缺的交互影响

网络涉警负面舆情的形成,其原因是多方面的。从外因上看,既有复杂严峻的国际国内形势的影响,亦有迅猛发展的新兴传媒的影响,还有媒体之间无序竞争和部分媒体责任缺失带来的影响。但从内因上看,主要是民警知识储备不足、执法理念偏差和基层公安机关媒体应对能力欠缺所致。

(一)部分民警的《民法典》知识储备不足为涉警舆情的滋生提供了可乘之机

《民法典》是警察法律关系产生、联系与发展的“媒介”。一方面,《民法典》里的很多内容都与公安执法工作有关,如规定的对公民人身和财产权利的保护、对个人隐私和信息等的保护等,本身就是《中华人民共和国人民警察法》赋予公安机关的神圣职责;另一方面,民警在入户走访或接处警过程中所遇到的各类警情,大多是因邻里纠纷、家庭婚姻纠纷、消费纠纷、合同纠纷等民商事纠纷引发的。这些民商事纠纷倘若得不到妥善的调处,矛盾累积到一定程度后又势必引发更为严重的治安、刑事问题,从而进入公安机关的行政执法和刑事司法程序。由此可见,《民法典》是公安机关人民警察的必修课,是公安机关依法履行维护社会治安、预防和打击违法犯罪、参与国家治理等职责的重要法律保障。^②

《民法典》以物权法、合同法、侵权责任法、

公司法、婚姻法、知识产权法等民商事法律为主要内容,是新中国成立以来第一部以法典形式存在的法律,其体系庞杂、内涵丰富。其中,既有明确提及公安机关职责的具体条文,也有涉及公安机关职责的文字内容;既有可遵循、参考的基本原则,也有需要与有关刑事行政法律衔接的定义、标准等;既有基于上述民法典构筑体系中的许多延续性内容,也有一些新增和修改完善的内容。如《民法典》第314条关于遗失物拾得人返还、通知或者送交义务的规定,将公安机关70多年来主动承担关于失物招领的社会责任上升为法定职责。又如,《民法典》明确了胎儿有继承权、接受赠与权(但胎儿娩出时为死体的,其民事权利能力自始不存在),8周岁为无民事行为能力、限制民事行为能力未成年人的年龄界限,法人与非法人组织的内涵,正当防卫、紧急避险、见义勇为的免责,亲属、近亲属、家庭成员的概念,机动车所有人、管理人与使用人不一致时的侵权责任以及“高空抛物”致人损害的侵权责任等,确立了离婚冷静期,扩大了遗产的范围,新增了继承人宽恕制度,以及特定情形下丧失继承权的继承人恢复继承权的制度,细化了业主的建筑物区分所有权和善意取得制度,规定了网络合同的订立规则、情势变更制度,规范了人体基因、人体胚胎医学和科研活动,加强了对个人信息和隐私的保护,等等。^③这些都为公安机关调处相关矛盾纠纷提供了民法依据。

广大公安民警只有自觉加强《民法典》学习,准确把握其精神实质和核心要义,才能做到准确适用《民法典》,依法保护民事主体合法权益,维护社会公平正义。但遗憾的是,调查发现,部分民警缺乏应有的《民法典》知识储备,导致其难以胜任一些复杂的矛盾纠纷调处和基层社会治理工作,无法实现让人民群众在每一起案件办理、每一件事情处理中都感受

^②参见谢平:《〈民法典〉在公安执法中的运用研究》,载四川法制网, <http://www.scfzw.net/keji/44/21911.html>, 2020年11月11日发布。

^③参见周付生:《〈民法典〉亮点及对公安工作的影响》,载律图, <https://wenji.64365.com/114762/>, 2022年9月26日发布。

到公平正义,从而引发涉警舆情。

(二) 少数民警执法理念存在偏差为涉警舆情的热炒提供了素材

《民法典》作为“社会生活的百科全书”和“民事权利的宣言书与保障书”,在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位,是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律。它的颁布实施为公权力的行使确立了标准和依据,为公安机关执法司法提供了明确的法律指引。如《民法典》在总则编中,确立了平等、自愿、公平、诚信等民法的基本原则。这些原则既是公安机关和人民警察作为普通民事主体参与民事关系的行为准则,也是公安机关和人民警察在接处警以及参与调处民事纠纷时的基本遵循,要求其必须依据这些原则来处理有关纷争,切不可意气用事,出现过当执法,或者有法不依、执法不严、违法不究的现象。

长期以来,公安机关始终坚持“立警为公、执法为民”,赢得了人民群众的普遍赞誉和认可。但在有些地方,少数民警素质低下,缺乏基本的职业素养、公正观念、服务意识和执法能力,缺乏应有的民法素质和民法思维。他们片面强调公安机关的专政职能和管理职能,而轻视公安机关的服务职能和人权保障职能,热衷于刑事司法、行政执法,而轻视民事维权,以至在执法办案过程中“重打击、轻保护”“重管理、轻服务”“重实体、轻程序”“重尽快破案,轻依法办案”,存在态度冷硬横推,执法不作为、乱作为、胡作为的现象。

当前,公安执法工作呈现出公众关注度高、网上曝光率高和差错容忍度低的“两高一低”特征。在《民法典》日益走进人们生活的当下,随着民众法律素质和维权意识的不断提高,以及计算机技术、数字技术、通信技术、信息处理技术的迅猛发展,大众对公安机关和人民警

察的关注、期待、要求也越来越高。那些有法不依、执法不当的问题,一旦“触媒”,就会成为公众关注的“焦点”“热点”问题;一经炒作,就会在一定程度上冲散公安机关长期正面宣传累积的成果,损害人民警察在人民心中的良好形象。

(三) 基层公安机关的媒体应对能力欠缺加剧了涉警舆情的蔓延

权威媒体发布的信息具有强大的社会影响力和渗透力,它可以影响大众的思维及行为。这种力量既可以为警民沟通建立良好的氛围,也可以将警民关系推向对立。^④对涉警负面舆情,如果公安机关的媒体应对得当可以化解危机,而应对失当则可能引发新的或者更大的危机。《民法典》颁布实施后,公安机关肩负的职责更广,承办的案件更多,因执法办案公众关注度高、网上曝光率高和差错容忍度低,致使公安机关及其当事民警与媒体打交道的频次也相应增多。提升媒体应对能力自然而然成为公安机关和广大民警的现实之需。

但长期以来,刑事执法办案需要的保密观念和工作纪律,使许多民警形成了不愿意和媒体打交道的职业戒备心理。^⑤在对待媒体采访时,常采取“无可奉告”、推诿回避的消极态度;一旦出现失实报道造成负面影响时,则又采取“打压封杀”的偏激做法。事实上,这种“不敢说”“不愿说”“不许说”的做法都是极端错误的。对发生的突发事件和形象危机,遮遮掩掩,含糊其词,“封、捂、盖、堵”,避实就虚,其结果只能是加重恐慌,助长谣言;^⑥迷信“沉默是金”,坚信“谣言止于智者”,对涉警舆情听之任之,对失实报道不予回应、驳斥,其结果只能是警察形象的肆意歪曲;要求媒体只许言好、不许言坏,对于涉警舆情,不从自身找原因、查不足、速整改,给公众一

^④参见胡丽、王睿:《浅析〈人民网〉与〈凤凰网〉雾霾新闻报道的异同点》,载《社会科学前沿》2018年第7期,第1061页。

^⑤参见吴洋:《涉警网络舆情的媒体应对策略》,载《决策与信息(中旬刊)》2016年第9期,第129页。

^⑥参见前注^⑤,吴洋文,第129页。

个合理的解释和交代,其结果只能是授人以柄,给公众以警察盛气凌人、以权压人的感觉。

三、应对策略:涵养素质、规范行为与提升能力“三管齐下”

《民法典》的颁布实施,对公安工作产生了重大而深远的影响。推动公安工作理念升级,切实涵养民警民法素质,规范民警执法行为,提升舆情应对处置能力,既是公安机关贯彻实施《民法典》的内在要求,也是有效遏制网络涉警舆情滋生蔓延的必要举措。

(一) 涵养民警民法素质,培育民警民法思维

民事纠纷、民事案件关系民生实事,和群众权益联系最直接最密切,能否及时妥善化解纷争关乎广大群众的法治获得感和生活幸福感。《民法典》的颁布实施,标志着我国经济社会生活秩序迈入更高水平的法治化轨道。尽管民法是私法,而公安工作更多是行政法、刑法等规范调整的公法领域,但不可否认的是,公安机关诸多部门的工作都与《民法典》的实施息息相关,《民法典》也因此赋予了公安机关相当广泛的管理和服务职责(前已述及,在此不做赘述)。作为一线民警,要正确地贯彻实施民法精神,提高接处警工作的法律效果和社会效果,必须加强学习,准确理解把握《民法典》的核心要义,积极践行《民法典》的实质要求。唯有具备一定的民法知识和民法思维,才能不断提高调处和化解矛盾纠纷、维护和保障人民权益、促进和巩固社会和谐稳定的能力和水平,才能有效避免涉警舆情的发生。

涵养民警民法素质,培育民警民法思维,首先要坚持以人为本、执法为民的法治理念和价值追求,坚持执法为民、便民、利民,摒弃特权思想,践行为民初心,强化服务意识,最大限度保障公民的各类权益。《民法典》是以“民”命名的法典,规范和保护的是民事主体的民事合法权益。“实施好民法典是坚持以人

民为中心、保障人民权益实现和发展的必然要求”^⑦。公安机关不仅肩负着捍卫政治安全、维护社会安定、保障人民安宁的职责使命,更应践行以人民为中心的工作理念和发展思想,坚持人民公安为人民,始终保持同人民群众的密切联系,注重倾听人民群众的意见和建议,自觉接受人民群众的批评监督,主动回应人民群众对高品质公共服务的新要求,深入推进“互联网+公安政务服务”建设,不断提高服务人民群众的能力和水平,全心全意地为人民服务。其次,要深刻理解并坚持“刑法谦抑”原则,注重厘清民刑界限,科学理性地区分民事侵权行为、行政违法行为与刑事犯罪行为以及民事法律关系、行政法律关系与刑事法律关系,把握处理好民事维权、行政执法、刑事司法之间的衔接关系,准确、恰当地适用相关法律。做到既准确认定并依法打击相关违法犯罪,又坚决防止和切实杜绝侵犯民事主体合法权益。

(二) 规范民警执法行为,确保执法文明公正

一般而言,涉警公共危机事件与警察的个体素质密切相关,往往由公安机关或者人民警察的不作为、胡乱作为引发。因此,要预防和遏制网络涉警舆情的发生,必须从源头着手,规范公安机关人民警察的执法执勤和管理服务行为,最大限度地减少或者杜绝可能引发舆情的各类“素材”。

首先,要切实加强公安制度建设。在深入研究《民法典》中涉警法条内容体系的基础上,对公安机关现行规章制度进行全面清理,应废尽废、应改尽改、应立尽立,确保公安机关的执法权力运行机制科学合理、健全完善,进而确保广大民警在具体的矛盾纠纷调处和公民权利维护实践中严格按法律、按制度、按程序执法办案,最大限度地杜绝“人情案、关系案、金钱案”以及其他冤假错案。其次,要准确厘清民事侵权与违法犯罪的关系。既要防止越权

^⑦柴振国、王晶:《民法典:新时代的人民法典》,载《河北日报》2020年6月10日,第7版。

执法,插手民事纠纷,又要避免工作简单化、不作为等问题,做到出警及时、取证规范、处置恰当、记录得体、效果最优,依法、规范处置涉及民事领域的各类警情,真正把《民法典》对民事权益的保护落到实处。最后,要坚持违法必究。认真组织开展冤假错案排查,对徇私枉法的害群之马应绳之以法,严惩重处,对法定职责不作为、法无授权乱作为的民警追责问责,决不迁就,要用身边的鲜活案例警醒身边的执法者,使其不重蹈覆辙。

(三) 健全舆情应对机制,提升舆情处置能力

面对网络涉警舆情事件的频发,公安机关应进一步健全应对机制,提升处置能力,最大限度地化解危机、走出困境,最大程度地争取民意、赢得民心,积极推动舆情应对从危机公关向形象塑造、从被动应对向主动引导升级,为公安工作的有效开展和《民法典》的贯彻实施创造良好舆论环境。

首先,要注重加强警媒沟通。警方与媒体之间,和则共赢,斗则俱伤。现代警媒关系早已不是过去那种管理与被管理、命令与服从的单向线性关系,而是一种既有共同的目标追求又有各自的利益诉求,既相互一致又相互矛盾的双向制衡关系。忽视媒体只能使警媒关系和警务工作陷入被动。唯有尊重媒体、理解媒体、善待媒体,建立起警媒“感情支点”,才能实现与媒体的话语重合,把警方的正确意思转化为新闻的呈现内容,保证警方信息的传播效果;才能加强与媒体的有效沟通,形成共同遵守的良性机制,从源头上把好信息的出口关。其次,要准确把握应对技巧。涉警舆情从潜伏到爆发再到恢复,有一定的规律可循。舆情应对处置讲究时、度、效,追求快、准、活。面对媒体的质疑,谁来说、何时说、说什么、怎么说,面对不同性质的舆情,如何引导、如何处置?

方法和技巧至关重要。要通过加强涉警舆情应对处置的理论与实践研究,构建科学合理的舆情应对处置培训课程体系和内容体系,推动涉警舆情模型构建和沙盘推演,强化舆情工作能力应用,使民警切实掌握舆情应对处置的方法和技巧,从而正确用好涉警舆情处置“工具箱”,打好舆情应对处置“组合拳”,牢牢把握网上舆论主导权。最后,要切实强化社会治理。公安机关依法享有广泛的行政执法权,是参与社会治理的重要力量。在参与网络社会治理工作时,公安机关要秉持“打防并举”“标本兼治”的原则,坚持补强公共安全防护短板和解决网络空间突出问题两手抓,注重发挥法治的引领保障作用和人民群众的主体作用,建设信息互联、数据共享的大数据治理平台,不断激发网络虚拟社会治理新动能,不断提升网络空间治理能力和风险防控水平。一方面,对那些为吸引受众眼球而蓄意编造或夸大警务工作失误和民警违法违纪情节的虚假报道、虚假信息,公安机关要加大打击惩处力度,敦促有关媒体和涉事者迅速澄清事实真相并真诚致歉;造成严重后果的,要立案侦查并依法追究责任人的法律责任。^⑧另一方面,公安机关在坚持严格规范公正文明执法的同时,要充分发挥自身执法领域广、联系群众密切和人民群众信赖等优势,积极加强以贯彻落实《民法典》为基础的法治宣传,不断强化公民的遵纪守法意识,做到不造谣、不信谣、不传谣,共同营造风清气正的网络生态。^⑨

总之,《民法典》的颁布实施,使得公法与私法、民事法律关系与行政法律关系及刑事法律关系相互融合渗透,对公安机关和人民警察的工作理念与方法、适法与执法、治理与服务等方面产生了重大而深远的影响。公安机关和人民警察只有在工作理念上更加注重以人为本,在适用法律上更加注重厘清民刑界限,在

^⑧参见王金城:《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页。

^⑨参见苟琨鹏:《短视频涉警网络舆情现状及对策研究》,载《武警学院学报》2021年第2期,第77页。

执法办案上更加注重把握民刑衔接，在社会治理上更加注重坚持民刑结合，才能确保《民法典》相关法条的有效实施，有效遏制网络舆情的滋生和蔓延。

Research on Response to Police-Related Public Opinions on the Internet from the Perspective of the Implementation of the Civil Code

Ouyang Zihua

(Hunan Police Academy, Changsha, 410138, Hunan)

Abstract: The Civil Code gives the public security organs a wide range of civil administration and service responsibilities. The promulgation and implementation of the Civil Code put forward new and higher requirements in the law enforcement and case-handling work of public security organs and the police's handling ability level. At present, the public security organs face problems and challenges in implementing the Civil Code, such as a lack of knowledge reserve, the deviation of law enforcement concepts, and a lack of coping ability with the media. Promoting the upgrading of the public security work concept, effectively cultivating the civil law quality of the police, standardizing the law enforcement behavior of the police, and improving the ability to deal with public opinions are the intrinsic requirements of the public security organs to implement the Civil Code, as well as the necessary measures to effectively curb the breeding and spreading of online police-related public opinions.

Key words: the Civil Code; police-related public opinions; civil law quality; handling of public opinion

(责任编辑: 天下溪)

海外留学生安全风险分析

——基于日常活动理论的思考

莫肖玮

(中国人民公安大学, 北京 100038)

摘 要:随着中国经济快速发展和全球化进程加速,中国留学生人数迅速增长。然而近年来,涉及政治安全风险、治安刑事安全风险、公共卫生安全风险和种族宗教文化风险等因素的多起中国留学生的安全事件引发了社会各界的广泛关注。中国海外留学生之所以容易成为合适的犯罪目标,是因为海外留学生外貌特征的易发现性、行为习惯的可接近性和可预测性、经济条件的高价值性所造成的。优化日常行为模式、加强留学生信息共享机制建设、强化双边领事条约以及构建协同预警与应急机制等策略可以降低留学生成为犯罪目标的风险,保护中国海外留学生的安全。

关键词:留学生安全;日常活动理论;安全风险

中图分类号:D631.4

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0045-09

近年来,随着中国经济的蓬勃发展与国际
化进程的显著加速,中国公民出国留学的人数
快速增长。然而,中国海外留学生的安全现状
却不容乐观。这不仅关乎每一位留学生个体的
生命安全和家庭福祉,也触动了各界的敏感神
经,引发了广泛的社会关注。更深层次而言,
还直接影响到我国作为负责任大国的国际形象
与海外声誉。因此,加强对中国海外留学生的
安全保护,不仅是对个体生命价值的尊重,也
是维护社会稳定、促进教育交流、提升国家软

实力的必由之路。

一、中国海外留学生安全现状分析

我国作为世界上最大的留学生源地^①,除
2021 年受疫情影响以外,出国留学总人数持续
稳步增长(见图 1)。由于所处环境复杂多变、
文化差异明显等原因,留学生们面临着诸多安
全威胁,如 2024 年悉尼持刀袭击事件中死伤
中国公民均为留学生,^②2023 年 2 月发生在美
国密歇根州立大学的枪击事件有两名中国留
学生受伤,^③同年出现在意大利西西里岛的留学

收稿日期:2024-07-10

作者简介:莫肖玮,女,中国人民公安大学硕士研究生,主要研究方向为涉外警务、海外利益保护。

①王辉耀、苗绿主编:《中国留学发展报告(2020~2021.NO.7)》,社会科学文献出版社 2021 版,第 2 页。

②参见《我驻澳使领馆:悉尼持刀袭击事件中死伤中国公民均为留学生》,载光明网, https://m.gmw.cn/2024-04/15/content_1303712480.htm, 2024 年 4 月 15 日发布。

③参见《两名中国留学生在美国密歇根州立大学枪击事件中受伤》,载新华网, http://www.news.cn/2023-02/16/c_1129369985.htm, 2023 年 2 月 16 日发布。

生民宿内死亡案^④等各类安全事件频频发生,凸显了这一群体在国际化背景下面临复杂多变的安全挑战。总体来说,中国海外留学生主要面临政治安全风险、治安刑事风险、公共卫生安全问题和种族宗教文化风险等四类安全风险。

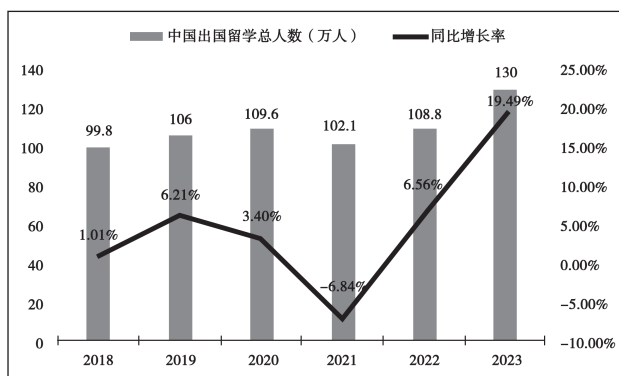


图1 2018—2023年中国出国留学总人数^⑤

(一) 政治动荡安全风险居高不下

在全球化浪潮中,和平与发展的主流旋律虽响彻世界,但地区性的深层动荡仍不容忽视,对全球留学生,尤其是我国海外学子,构成了潜在的安全隐患。政治局势的瞬息万变,其跨国界的影响力深刻且广泛,游行示威、社会动荡乃至战争威胁如同乌云般笼罩部分区域,威胁着留学生的安全环境。当前的国际局势错综复杂,民族纷争、领土争议、宗教分歧与意识形态碰撞相互交织,推动某些地区陷入暴力循环的深渊。更为严峻的是,针对华人华侨的偏见与暴力事件频繁发生,进一步加深了留学生群体的安全风险。特别值得关注的是,欧美等留学生密集地区正成为恐怖主义威胁的焦点,留学生群体面临恐怖袭击、社会不安及抗议浪潮的多重风险,这迫切要求我们加强留学生的安全保护机制与应急响应能力。

(二) 治安刑事安全风险仍处高位

在中国海外学子的日常生活中,治安与刑

事风险构成了最普遍且频发的安全威胁,持续侵扰他们的日常生活,对其人身自由、生命安全及财产权益等构成了严峻挑战。此类风险涵盖两大类:一是治安违法层面,涉及校园霸凌、财物失窃、学生间暴力冲突及纠纷引发的违法活动;二是刑事犯罪范畴,包括抢劫、诈骗、故意伤害、绑架勒索、性侵及故意杀人等严重罪行。研究指出,此类风险在留学生密集地区持续显现,不仅给受害者及其家庭留下难以磨灭的心理伤痕,还深刻影响着社会的和谐与稳定,对整体社会风气构成了不容忽视的负面冲击。

(三) 公共卫生安全风险日益凸显

公共卫生安全风险是留学生在海外面临的最难预测也是最不好控制的风险类型。以2020年暴发的新型冠状病毒(COVID-19)疫情为例,其在全球众多国家和地区的迅速蔓延与扩散,展现了极高的突发性和无预警特征,使留学生群体不仅面临人身安全与健康的直接威胁,还陷入了回国之路艰难、留守海外亦不易的两难困境。此类公共卫生事件通常具备全球性、传播性、突发性、非传统性和高危性等特点,尤其是大规模传染性疾病的暴发,对中国海外留学生的生命安全与健康构成了极为严峻的威胁。根据网络调查结果,世界卫生组织近年来宣布的国际关注的突发公共卫生事件就有5次,分别是2009年春季甲型H1N1流行性感冒疫情、2014年春季南亚和非洲的脊髓灰质炎疫情、2016年巴西等国的“寨卡”疫情、2014至2016年西非多国的埃博拉疫情、2019年非洲国家刚果(金)埃博拉疫情。^⑥除此之外,还有各国各地区小范围内的各类公共卫生事件频繁发生,这些或大或小的公共卫生类事件都会对留学生在海外的生活带来极大影响。

^④《意大利—中国留学生被发现在住所内死亡 警方调查中》,载中国侨网, <https://www.chinaqw.com/hqhr/2023/01-18/349627.shtml>, 2023年1月18日发布。

^⑤2018—2021年数据载联合国教科文组织官网, <http://data.uis.unesco.org/>, 2024年2月更新发布;2022年数据来自《国家安全部:维护国家海外利益安全,增强赴外安全风险意识》,载搜狐网, https://www.sohu.com/a/739644598_163278, 2023年11月28日发布;2023年数据来自欧媚、高毅哲:《教育部:留学回国人数占同期出国留学人数比例超8成》,载中国教育新闻网, http://m.jyb.cn/rmtzcg/xwy/wzxw/202307/t20230706_2111066016_wap.html, 2023年7月6日发布。

^⑥参见于秋彤:《中国留学生海外安全保护机制研究》,中国人民公安大学2022年硕士学位论文。

（四）种族宗教文化风险依然严峻

由于历史或现实原因，种族歧视问题仍然存在。根据联合国教科文组织发布的数据显示，中国学生前四大留学目的地分别为美国（295398人）、英国（145779人）、澳大利亚（93437人）和加拿大（79728人），占比分别为28.92%、14.27%、9.15%和7.81%，^⑦可以看出中国学生的主要留学地多为西方国家。而中国留学生东方面孔的种族特征有别于当地人，极易辨认，容易成为被歧视的对象，而这在政治不稳定的社会环境下还可能加剧。加之中华文明与其他文明在意识形态、价值观念等方面存在的显著差异，在此背景下，我国海外留学生容易沦为所在国政治博弈与种族斗争的牺牲品，甚至成为具有宗教战争色彩的排华运动的受害者。新冠疫情期间频频曝出的排华辱华事件便是明证。这些因素不仅对中国海外留学生的人身安全构成威胁，亦可能对其心理健康造成压力，进而影响他们的正常留学生活。

二、基于日常活动理论的海外留学生安全风险成因分析

日常活动理论由美国犯罪学家科恩（Cohen）和费尔森（Felson）于1979年提出。他们认为，潜在犯罪人在寻找犯罪目标时，需要被害人的日常活动方式与时空契合，具体犯罪才会实际发生。该理论指出犯罪发生的三要素为：潜在的犯罪人（motivated offenders），合适的犯罪目标（suitable targets）和缺乏有能力的监控者（absence of capable guardians）。^⑧当这三要素同时具备时，犯罪才会发生，而减除其中的任一因素都能够有效预防犯罪。该理论进一步强调，对犯罪主体而言，合适的犯罪目标一般具备易发现、可预测、可接近、高价值等特点（如图2所示）。

这一理论为研究中国海外留学生被害预防提供了方法论视角。中国海外留学生因肤色长

相特征明显、文化背景存在差异、生活习惯有迹可循等因素，满足以上特点，对潜在犯罪人有着较强的吸引力。本文将重点从“合适的犯罪目标”这一角度，分析中国海外留学生容易成为犯罪目标的四个特性，探讨这些因素如何影响留学生的安全风险。

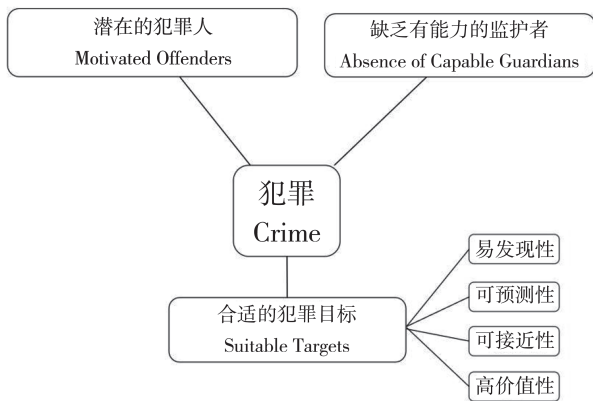


图2 日常活动理论与其“合适的犯罪目标”的特点示意图

（一）易发现性：留学生的外貌特征易成为犯罪分子的识别目标

“易发现性”是指中国海外留学生容易在人群中被潜在犯罪人发现，成为其作案的目标选择。根据日常活动理论，“易发现性”主要取决于个人外貌特征、活动地点等因素，其程度的高低可以用来评估和预测犯罪发生的可能性大小。具体而言，犯罪目标的“易发现性”越高，所具备的作案条件就越简单，对潜在犯罪人的吸引力就越大，则意味着潜在犯罪人选择其作为“合适的作案目标”的风险也就越大，从而增加其成为犯罪目标的可能性。

在留学生安全风险背景下分析，“易发现性”具体表现为留学生与当地人外貌特征、衣着打扮等方面的差异，可能使他们更容易被潜在犯罪人注意到。例如，留学生可能因为穿着显眼、携带昂贵物品或者在不太安全的地区单独行动而成为犯罪的目标。此外，由于中国留学生在外貌上往往区别于当地居民，也容易

^⑦参见联合国教科文组织官网，<http://data.uis.unesco.org/>，2024年2月更新发布。

^⑧ See Cohen, Lawrence E. & Marcus Felson, *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach*, *American Sociological Review*, Vol.44, p.588-608 (1979).

成为种族主义者攻击的目标。

如,2024年6月28日在新西兰奥克兰,一名16岁中国少年在公交车上被一名女子用铁棍无端殴打,失去五颗牙齿。现场除一位70多岁华裔老人出手阻止外无人阻拦,司机还放走了伤人者。7月8日,警方逮捕嫌疑人,以“出于仇恨动机”的故意伤害罪将其起诉。^⑨

在这一案例中可以发现,“易发现性”是导致该少年成为犯罪目标的主要因素。中国人黑头发、黄皮肤、黑眼珠的外貌特征往往很容易和其他人种进行区分,从而容易被潜在犯罪人识别。特别是在种族歧视者眼中,这种差异更是成为他们实施犯罪行为的诱因。

(二) 可预测性与可接近性:留学生的行为习惯易成为犯罪分子的选择目标

在日常活动理论中,“可预测性”指的是某事件或结果在某种程度上能够被提前知晓或预见的可能性。在具体领域,可预测性的定义可能有所不同,但核心概念保持一致,即基于现有信息、知识或经验,对未来的事件或趋势进行合理预判的能力。“可接近性”是指潜在犯罪人能够轻易接近潜在被害者并实施犯罪行为的难度。这一概念强调了犯罪发生的物理和社交环境,包括被害者的日常活动模式、居住环境以及社会互动等,都可能影响犯罪者目标的选择。犯罪目标的“可接近性”越大,其成为真正犯罪对象的概率就越大,反之亦然。这一概念强调的是个体在日常生活中的行动模式,包括他们的活动路线、频率以及在不同环境中的暴露程度。可移动性高的个体,如经常在不同地点之间移动的人,他们在不同时间、不同地点成为犯罪目标的机会可能增加。

在海外留学生的安全保护背景下,“可预测性”与“可接近性”是指留学生的行为和生活模式容易被预测、掌握和接近。这一概念强调的是留学生在日常生活中的行动规律,包括他们的活动路线、频率以及在不同环境中的暴

露程度。行为“可预测性”高且“可接近性”强的留学生,即生活模式固定、活动规律明显的群体,他们在不同时间、不同地点成为犯罪目标的机会可能会增加。

“可预测性”高是指留学生在日常生活中,或是社交媒体上公开分享自己的日常生活、出行计划或经济状况,犯罪分子能利用这些信息有效预判留学生未来的行为,如常去的地点(如学校、宿舍、健身房等)、活动时间等,从而有针对性地实施犯罪。

“可接近性”强则体现在以下四个方面:第一,留学生身处海外,不在我国领土管辖范围内,我国只能依照属人管辖与保护管辖对其人身安全进行保护,相较于在国内的中国公民受保护程度大大降低,这对于潜在犯罪人来说,是重大“利好”。第二,国外与国内存在时差,海外留学生处在一个相对隔绝的空间里,导致有紧急情况发生时难以及时与父母、家人沟通,这种隔离的存在可能使得留学生在危险事件发生时更容易受到伤害,在相对封闭的环境里更容易被犯罪分子利用。第三,由于种族、宗教信仰、文化背景、语言环境等方面的差异,中国海外留学生往往较难真正融入当地社会,很难交到知心、能在危急关头保护其人身安全的朋友。且由于留学生在海外住宿一般为住学校公寓或与其他留学生合租,共同生活群体较为复杂,接触到形形色色的人越多,遇上图谋不轨的潜在犯罪人的概率也就越大。第四,由于生活习惯的不同,有些留学生喜欢独自出门、深夜出门甚至深夜出远门等,这些时段往往行人较少,视线不好,潜在被害人的“可接近性”随之增大,往往是犯罪分子选择作案的“黄金时间”,出门遇上危险事件的概率也就越大。

如,2023年6月27日晚,在英国伯明翰,中国留学生小妮乘坐末班公交车回家。上车后,一名白人女子无端摘下小妮的耳机,抓住她的侧脸并对其进行殴打。白人女子大声叫嚷羞辱

^⑨参见《中国驻奥克兰总领馆:新西兰警方已逮捕“中国留学生公交车遇袭案”嫌疑人》,载环球网, <https://world.huanqiu.com/article/4IWaJxUuIAk>, 2024年7月8日发布。

性词汇,并与同伴不断使用种族歧视字眼及手势侮辱小妮,引发双方肢体冲突,小妮多处受伤。在殴打过程中,小妮的手机和钱包趁乱被偷走。尽管小妮向司机和乘客求助,但无人回应。当施暴女子要求司机把小妮赶下车时,司机也要求小妮立即下车。最终,一辆警车发现了在绿化带旁等待救助的小妮,才将其送至医院。^⑩

小妮作为一名中国女留学生,在深夜独自乘坐末班公交车,因为外貌的“可识别性”与其行为的“可接近性”,引起了白人女子的注意。女性在人们的刻板印象中比男性体弱,力量较小,从而“可接近性”强,容易成为犯罪分子的目标。同时,在公共交通工具这样的环境中,留学生往往处于较为孤立和无助的状态,“可接近性”很高,犯罪容易得手。同时,小妮在深夜乘公交车的行为可能已经形成了规律性的模式,这种模式的“可预测性”可能被犯罪分子观察并利用,增加了小妮成为攻击目标的风险。此外,在末班车等夜晚时段,更容易发生危险。

这表明,在海外留学生活中,增强行为模式的“不可预测性”与增加自身的“不可接近性”对于个人安全至关重要。留学生应避免在公共场合或社交媒体上泄露个人信息和生活细节,避免形成外人可见的规律性行为模式,以及不在夜晚等高风险时段独自外出等,从而降低成为犯罪目标的风险。

(三) 高价值性:留学生的经济条件易诱发犯罪分子的犯罪动机

高价值性是指潜在受害人能带来的经济价值等因素。犯罪目标的价值性越高,对其实施犯罪行为的收益就更大。价值性可以包括政治价值、经济价值、学术价值等。政治价值指由于犯罪目标的国籍、身份等因素,对其实施犯罪行为能引起关注或实现其政治诉求;经济价

值指由于犯罪目标或其家庭具有较好的经济条件,对其实施犯罪行为能产生较大的经济收益;学术价值指的是研究成果或学术内容对于学术领域、行业发展或社会实践所具有的重要性和影响力。

在留学生安全的背景下,高价值性主要体现为经济价值。中国海外留学生可能会因为拥有高价值的财物(如昂贵的电子产品、奢侈品等)或信息(如学术研究成果等)而成为犯罪分子的目标。一方面,从普遍认知来看,留学生在物质条件方面有较大优势。由于出国留学的成本较高,中国海外留学生的家庭条件一般较为优渥。另一方面,由于经济条件较好,留学生在穿衣打扮、日常消费等方面往往也较好,容易成为犯罪分子的犯罪目标。

如,2023年5月在美国纽约,一名中国女留学生小迟接到诈骗电话,被谎称涉及重大跨国洗钱案件。骗子要求她把钱汇到“警方”指定账户作为保证金,以暂时免于被抓捕。小迟信以为真,4个月内先后5次汇款,共被骗走70万美元(约合人民币510万元)。直到小迟父母的身家被骗光,小迟才不得不向父母和同学坦白。9月24日,美国媒体报道了这起诈骗案。纽约警方最终说服小迟相信这是骗局,但骗子已携款销声匿迹。^⑪

该案例中的小迟成为诈骗犯罪的目标,主要因其具有高经济价值。一方面,留学生身份通常与较好的经济条件相关联,而且从四个月中连续五次的汇款这一行为可以看出,小迟家庭的经济条件在犯罪分子眼中应该极好,这也使得小迟短期内成为犯罪分子眼中的“摇钱树”而屡遭诈骗,最终金额达到70万美元。另一方面,诈骗者利用小迟对法律程序的不了解,以及对其可能涉及“重大跨国洗钱案件”的恐惧心理,诱导其进行多次大额汇款。这起诈骗案件不仅导致了巨额财产损失,还暴露了留学

^⑩ 参见《中国女生伯明翰公交车上遭遇歧视被殴打》,载新浪网, <https://finance.sina.com.cn/jjxw/2023-07-10/doc-imzafexm1738882.shtml>, 2024年7月10日发布。

^⑪ 参见《2023海外留学风险实录》,载搜狐网, https://news.sohu.com/a/748633105_121294604, 2024年1月1日发布。

生群体在防范此类电信网络诈骗犯罪方面的脆弱性。

事实上,不仅是案例中的小迟,中国籍留学生已经成为境外中国公民中最易受到电信网络诈骗的群体。^⑫以电信网络诈骗犯罪为代表的新型犯罪呈现出跨境发展的态势。跨境电信网络诈骗犯罪具有非接触性、技术性、隐蔽性、有组织性、跨境性、非限制性等特征,^⑬打击难度较大,保护其免受高价值性相关的犯罪迫在眉睫。海外留学生需要引起足够的重视,注意妥善保管个人财物和信息,避免显露财富,在公共场所保持低调,通过降低可见的“高价值性”,来减少成为犯罪目标的风险。同时,提高留学生的法律意识和风险防范意识,加强个人信息保护,对于降低其遭受此类犯罪的风险至关重要。这也提醒留学生及其家庭,在面对任何要求汇款或透露个人信息的情况时,应保持高度警惕,及时与学校、领事馆或当地执法机构联系核实,避免陷入诈骗陷阱。

三、海外留学生安全风险规避策略

海外留学生在特点的“易发现性”、群体的“可接近性”、普遍的“高价值性”以及行为的“可预测性”四方面容易成为犯罪目标。减少犯罪发生的关键在于消除或减少这些易被犯罪人所选定的特征,从而降低中国海外留学生群体成为“合适的犯罪目标”的可能性。基于日常活动理论,建议留学生自身优化日常行为模式、提高安全意识和防范能力,建立留学生信息共享机制,并通过完善双边领事条约和预警与应急机制,构建多方协同的安全保障体系,从而尽可能地规避安全风险,更好保护中国海外留学生的合法权益和人身安全。

(一) 优化日常行为模式,提高安全意识

对留学生群体而言,日常活动的安全性与日常生活行为模式密切相关。尤其就其主要生

活的大学校园内部环境而言,人群高度密集、各类车辆多、外部渗透多、学生心理健康问题多等都是大校园安全风险诱发因素。^⑭如何通过优化日常行为模式,从而减少其“易发现性”,降低“可接近性”是保护海外留学生安全的关键。具体可以从以下四方面入手:

第一,强化安全意识和自我保护能力是基础。这可以通过系统的行前教育等安全培训来实现。针对未成年留学生群体,应提供更为精细和深入的保护措施。行前培训教育内容需要涵盖应对突发事件的策略、日常安全习惯的养成以及文化差异的适应技巧。应对突发事件的策略包括了解并熟悉留学国的警察、消防、医疗等紧急救援联系方式,以及学习基本的自救和互救技能。此外,留学生还应了解目的国的法律法规,遵守当地规定,避免因行为违法而陷入危险。日常安全习惯的养成包括提高警惕,注意个人财物安全,避免深夜单独外出,不随意泄露个人信息等。文化差异的适应技巧包括了解目的国的文化背景、价值观、习俗等,尊重当地文化,避免因文化冲突而引发不必要的麻烦。此外,留学生自身也应对所在国的新闻动态及国际新闻保持持续关注与高敏感性,这有助于对安全形势产生更为准确和实时的认识,从而能根据实际情况及时做出相应的安全防护,更好保护自身安全。

第二,留学生的全过程保护是保障其安全的关键。全过程保护指的是留学期间全过程的安全都需要引起足够重视,包括但不限于校园内外的日常安全、旅途安全以及住宿和生活环境的安全。这旨在尽量确保整个留学周期内,无论留学生身处何地,都能接受到系统的支持和保护。留学学校、我国使领馆、当地警方和政府相关部门等都应为留学生提供持续的支持和监控,确保其在各个阶段都能得到必要的帮

^⑫ 参见张杰:《涉外法治视域下境外中国公民电信网络诈骗受害预防研究》,载《浙江警察学院学报》2023年第6期,第52页。

^⑬ 参见姚浩亮:《论跨境电信网络诈骗犯罪的电子取证》,载《湖南警察学院学报》2023年第4期,第75页。

^⑭ 参见宁曼荣:《论大校园安全风险的PDCA循环防控机制》,载《湖南警察学院学报》2017年第2期,第21页。

助和指导。

第三,鼓励留学生集中住宿或校内住宿是有效策略。中国留学生集中区域住宿既可以使居住环境更单纯,也可以帮助管理人员更好维护留学生的居住环境。此外,使领馆可以对留学生租住的公寓等进行备案登记,这不仅有助于了解中国留学生在海外住宅的分布情况,以便于针对留学生集中居住的区域实施重点保护,提高这些区域的安全级别,更在留学生面临危险及其他需要帮助时能及时响应。具体来看,可以采取设置街区警务室、在街区旁张贴属地警务和大使馆电话方便紧急情况报警、增加区域安全巡逻、改善照明设施等措施来进一步加强区域内留学生安全的防护。

第四,定期与家人、朋友沟通是提升防范能力的重要途径。作为常年未居住于母国的群体,留学生应该主动与中国国内外的大环境建立和维持联系,包括定期与家乡的亲人朋友保持沟通。这不仅可以从家人处获得关于安全风险的提示,还能通过这种联系获得情感支持,缓解留学生活可能带来的孤独感或焦虑。此外,积极的信息交流能显著提高留学生的环境适应能力和自我保护能力。留学生还可以通过积极参与大使馆、学生社团联合会或其他组织的活动,来扩大他们的社交网络,获取关于安全防范和新型犯罪手段的最新信息,从而更好规避风险,保护自身安全。

多维度结合的安全保护措施,可以有效减少留学生在海外学习和生活过程中遇到的安全风险,留学生日常行为模式的优化可以综合提升其安全性,加之安全意识与防范能力的提升,能最大限度保护中国海外留学生的安全。

(二) 建设留学生信息共享机制, 增强防范能力

作为“合适的犯罪目标”,海外留学生群体时刻面临着各种安全挑战。为了更好地保护留学生的安全,加强留学生信息共享机制的建设显得尤为重要。使领馆、当地警方、留学学校以及留学生家长均可作为保障留学生安全的

主体,形成一个综合的、信息共享的监控网络,提高留学生安全状况的可视性,从而确保预防和应对措施及时性和有效性。

使领馆应定期针对留学生这一群体展开状况调查,把握这一时间段内留学生的总体动向以及安全状况,可以为留学生安全状况提供一种宏观的监控视角;当地警方也应积极作为,通过报案频次及内容梳理、街区治安巡防等形式发现留学生所面临的情况与安全问题,并有针对性地采取解决措施及预防措施;留学学校应对学生负起责任,通过教师与学生的直接交流,以及开展交流座谈等形式,对留学生的人身安全、财产安全以及心理健康进行全方位了解,形成对其日常生活和心理状态的持续观察,从而及时监测到潜在的风险因素;家长作为留学生最亲近的人,虽然地理上相隔千里,但仍可以通过定期的通信交流观察情况。如通过平日的电话交流等形式,家长可以感知到留学生的情绪变化、生活状态以及安全状况,若有问题可以及时与留学生的室友、同学或老师进行联系,以排除紧急危险状况的发生。这种由使领馆、当地警方、留学学校及留学生家长组成的“四位一体”信息网络,既包含了多维度的互动性,也涵盖了信息的共享机制,不仅提高留学生安全状况的可视性,也增强了预防和应对机制的及时性和有效性,从而可以构建一个更安全高效的留学环境。此外,留学生之间也可以通过好友聚会、在线交流、社交媒体群组等方式,积极搭建安全交流的信息平台,相互传递、共享有关安全风险的信息,增强防范意识。

(三) 强化双边领事条约, 完善保护机制

为了保护海外中国公民和机构的安全和正当权益,中国建立了中央、地方、驻外使领馆、企业和公民个人“五位一体”的领事保护机制,相关法律法规也在不断完善。《中华人民共和国领事保护与协助条例》(以下简称《条例》)已于2023年9月1日正式实施,这是当代中国第一部关于领事保护与协助工作的专门立法。《条例》将中国领事保护与协助工作多年

摸索的宝贵经验上升到法律层面,体现了中国领事保护与协助制度的重大创新,为维护在海外的中国公民、法人、非法人组织正当权益提供了法律依据。

自1979年成为《维也纳领事关系公约》的缔约国以来,中国一直在推动全球合作与交流方面展现了积极姿态,迄今已与49国签订了领事条约。鉴于海外留学生群体地理分布范围的日益扩大,中国需不断深化对国际法的研究,并主动与已建交国家协商订立双边领事协议。这些协议不仅是国家间合作的重要里程碑,更是捍卫我国海外留学生权益的坚实法律后盾。具体而言,在“章莹颖案”与“林俊案”中,中美、中加间的领事条约与协定凸显了其作为法律依据的直接性与有效性,更彰显了领事保护体系的关键作用。领事保护机制的有效运行,从根本上讲,仰赖于双边领事协定的牢固基础,它为领事援助渠道的畅通无阻铺设了基石。然而,在尚未与中国签订此类协定的国家,利用领事途径来捍卫我国海外学子的合法权益则面临重重障碍。

因此,中国政府应给予高度重视,积极策划并推进与主要留学国之间的领事协议谈判,旨在拓宽领事保护途径,为我国的海外学子构筑起一道坚不可摧的法律防线。具体而言,应加强与欧美地区及澳大利亚、韩国、日本等主要留学国的领事协作,力争早日达成双边领事协议,确保中国留学生在这些国家的权益得到及时而有效的法律保障。同时,对现有领事协议进行系统性审视与完善亦至关重要。鉴于当前协议中鲜有关于海外学子权益保护的明确条款,这在一定程度上削弱了其在保障留学生权益方面的法律效力。因此,在后续的双边领事协议修订过程中,应明确纳入保护海外留学生权益的具体内容,以便在留学生权益受到侵害时,能够迅速依据协议条款启动领事保护机制,从而更加高效、有力地维护我国海外学子的合法权益。

(四) 构建协同预警与应急机制,筑牢安全防线

当前,我国对海外公民的社会协同治理仍处于发展阶段,各主体联合的广度与深度不够,对海外留学生这一群体的关注也存在不足。针对我国海外留学生安全事件的突发性和复杂性的特点,以及留学生群体行为的“可预测性”,我国应完善留学生保护的应急机制,有效提高留学生的安全防范意识和应对能力。这不仅需要留学生自身努力了解和适应当地的文化及法律环境,更需要教育机构、中国驻外使领馆、当地政府以及社区等多方面的协同合作。通过这种协同合作,可以形成一个横向协调与纵向支持并重的治理机制,各防范主体之间要形成以横向协调为主、纵向协调为辅的工作机制,互相配合,实现结构互补、功能协同。这种协同合作机制具有更强的稳定性,能够实现各方支持力量的最大化。

鉴于海外留学生安全问题的复杂性和日益凸显的重要性,外交部和教育部可协同设立“留学生安全应急协同中心”,专注于高效处理留学生面临的安全问题。该中心的首要任务在于深化应急管理体系,制定周密的应急计划,确保留学生危机时刻能迅速获得援助。同时,构建专门的海外留学生综合信息数据库,详尽收录留学生个人信息、紧急联系人及特殊健康需求,从而更好为必要时刻的紧急医疗援助提供精准支持。鉴于该保护工作的跨部门特性,强化跨部门协同机制尤为关键,这需要明确外交部、教育部、公安部等各方职责边界并通力配合,统筹安排好从行前培训、风险预警到突发事件快速响应的全方位、立体化安全网。此外,中国还应主动拓宽国际合作领域,与各国政府以及国际机构进行安全合作,通过信息共享、策略互鉴,携手探索留学生安全保护的新策略与路径,共同为海外学子构筑一道坚实的安全屏障,保障其在全球范围内的学习生活安全无忧。

结论

通过使用日常活动理论进行分析,本文揭示了中国海外留学生易于成为“合适的犯罪目标”的四个特性:易发现性、可预测性、可接近性以及高价值性,并通过具体案例进一步说明了这四个特性如何在留学生的生活中被犯罪

分子所利用。通过对海外留学生安全风险的成因分析,本文有针对性地提出了优化日常行为模式、提高安全意识、强化领事保护和构建协调预警与应急机制等策略,以期为中国海外留学生提供全方位的安全保障。

Safety Risk Analysis for Chinese International Students: Reflections Based on Routine Activity Theory

Mo Xiaowei

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

Abstract: With the rapid development of the Chinese economy and accelerated internationalization, the number of Chinese students studying abroad has grown rapidly. However, in recent years, several safety incidents involving Chinese students, influenced by factors such as political security risks, criminal security risks, public health risks, and racial, religious, and cultural risks, have attracted widespread attention from various sectors of society. The reason why Chinese overseas students are easily targeted for crimes is due to their easily identifiable physical features, accessible and predictable behavior patterns, and their high economic value. Strategies such as optimizing daily behavior patterns, enhancing information-sharing mechanisms among students, strengthening bilateral consular treaties, and establishing collaborative warning and emergency mechanisms can reduce the risk of international students becoming targets of crime and safeguard the safety of Chinese students studying abroad.

Key words: safety of international students; routine activity theory; safety risks

(责任编辑: 天下溪)

罚金与惩罚性赔偿金的折抵

——以刑事附带民事公益诉讼为前提

李 茜¹, 马瑞泽²

(1. 湘潭大学, 湖南 湘潭 411105; 2. 河北省邯郸市人民检察院, 河北 邯郸 056005)

摘 要:惩罚性赔偿金作为一种特殊的民事责任承担方式,其规范意旨在于实现“惩罚”这一目的。法律规范将惩罚性赔偿制度的适用限定于消费者权益保护、知识产权、食药安全以及生态环境领域的原因在于这些领域的侵权行为具有分散性,既往以填平原则为指导的民事责任无法实现有效规制。罚金与惩罚性赔偿金的共通性在于惩罚性,从违法行为人的视角来看,二者为其带去的痛苦一致,如果同时适用且不进行折抵,则将面临“双重处罚”的危险。过罚相当原则的坚守也要求二者进行折抵。惩罚性赔偿适用的领域与违法一元论具有天然亲近性,在法秩序统一性的视野下,该领域民事侵权行为与刑事犯罪行为之间仅存在量的差异的特征,这也要求同为发挥惩罚作用的罚金与惩罚性赔偿金之间进行折抵。

关键词:惩罚性赔偿;罚金;折抵;法律责任;过罚相当

中图分类号:D924.13

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0054-09

传统理论将民事责任定位为私法责任,将行政责任以及刑事责任定位为公法责任。私法责任意在通过填平损失进行补偿,公法责任重在通过责任承担实现惩罚与威慑之目的。^①在严格界分公法责任与私法责任的基础上,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)以及《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)中明确规定,在一行为同时导致民事责任与行政责任或者刑事责任时,法律规范肯定这两种责任并行不悖,但是若一

行为同时引发行政责任与刑事责任时,则只能适用其中的一种。但是这一传统的责任承担理论在民法责任中引入惩罚性赔偿之后亟须进行改变,否则将可能破坏过罚相当(也称“责任与处罚相当原则”)这一重要的法律责任归结原则。我国从1993年通过的《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)开始引入惩罚性赔偿,后来又通过法律规范明确在知识产权保护、食品药品安全以及生态环境和资源保护领域也可以提出惩

收稿日期:2024-06-18

基金项目:2020年湖南省教育厅重点项目“罚金与惩罚性赔偿衔接原则及其展开”(20A177);2024年湘潭大学研究生科研项目“轻罪背景下《刑法》第37条的激活适用”(XDCX2024Y)

作者简介:李茜,女,湘潭大学法学院博士研究生,主要研究方向为刑法学;马瑞泽,男,河北省邯郸市人民检察院检察官助理,主要研究方向为农村法治与政策。

^①参见王承堂:《论惩罚性赔偿与罚金的司法适用关系》,载《法学》2021年第9期,第153页。

罚性赔偿的诉讼请求。发生在这些领域的侵权行为具有分散性的特征,故而,在实践中惩罚性赔偿的诉讼请求多在刑事附带民事公益诉讼中提起。刑事附带民事公益诉讼的特殊构造在于这一类型的诉讼既要符合民法填平原则又要达到刑法的惩罚与威慑目的。^②惩罚性赔偿在这类诉讼中的定位及适用成为一个值得探讨的课题。

一、惩罚性赔偿金作为法律责任的意旨

在自由民主社会中之所以强调“法律责任”的重要性,就在于它是作为要求赔偿和行使惩罚权的正当性基础而存在的。^③有学者在批评传统法律责任概念无法涵盖部门法中形态多样的责任内容之基础上提出,“法律责任应该被定义为:因特定的法律事实使某主体承担不利后果的法律依据”。^④当下法学理论中该“不利后果”的承担方式主要包括惩罚、补偿与强制三种。^⑤不可否认,从法律规范而言,目前我国民事责任的承担仍旧以“填平原则”为主要内容。

从世界法律的发展史来看,从“刑民不分”到“刑民区分”是人类文明的一大进步,但是正如德国法学家鲁道夫·冯·耶林(Rudolph von Jhering)所言,“在现代世界中,惩罚的概念一步步从民法的领域缩回到刑法的领域中去”。^⑥目前以德国为代表的大陆法系中民事责任仍旧以恢复利益为目标,我国民法虽然承袭自大陆法系,但在意识到这一局限之后,便效仿英美法系在侵权责任法中引入“惩罚性赔偿”。惩罚性赔偿是以行为人实施的侵权行为为基础,在填补性损害赔偿之外判处的赔偿。^⑦

从该意义上讲,当下我国的惩罚性赔偿是民事责任的承担方式之一。但是囿于法律责任的承担需要严格遵循责任法定原则,故而,目前惩罚性赔偿在我国的适用范围仍然有限。

(一)规范原意探析——实现“惩罚性”的预防目的

惩罚性赔偿自1993年《消费者权益保护法》开始被引入我国民事责任的范畴,在该立法过程中对于惩罚性赔偿应否引入也存在较大的争议。全国人大常委会在充分考量之后肯定了惩罚性赔偿的积极意义,提出这既是对社会各界要求严厉制裁侵犯消费者合法权益的违法行为的回应,也可以通过惩戒实现打击和预防违法经营者的目的。^⑧由此看来,立法者引进惩罚性赔偿的意欲之一便在于通过该制度的“惩罚性”达到预防目的。立法者在2009年修改《中华人民共和国食品安全法》(以下简称《食品安全法》)时,对于其第96条所规定的“十倍赔偿制度”也表示,规定该惩罚性赔偿的目的在于对食品生产经营者生产或者经营不符合安全标准食品这一性质比较严重的违法行为进行惩罚。^⑨此后,《民法典》系统地认可并总结了惩罚性赔偿制度,并在侵权责任编中第1185条、第1207条、第1232条分别规定了侵犯知识产权、产品责任、环境污染破坏生态的“惩罚性赔偿”。至此,惩罚性赔偿作为特殊领域民事责任承担的一种方式被普遍认可。

惩罚性赔偿是填补性损害赔偿之外的赔偿,与填补性损害赔偿具有完全不同的性质。相较于美国将惩罚性赔偿适用于包括故意伤

②参见邱帅萍、王一帆:《食品安全公益诉讼领域惩罚性赔偿制度适用问题研究》,载《湖南警察学院学报》2021年第3期,第64页。

③参见蔡宏伟:《“法律责任”概念之澄清》,载《法制与社会发展》2020年第6期,第103页。

④李拥军:《法律责任概念的反思与重构》,载《中国法学》2011年第3期,第239页。

⑤参见张文显:《法理学》,高等教育出版社2018年版,第176-177页。

⑥[德]鲁道夫·冯·耶林:《罗马私法中的过错要素》,柯伟才译,中国法制出版社2009年版,第5页。

⑦参见邱帅萍:《论罚金与惩罚性赔偿的折抵》,载《湖南科技大学学报(社会科学版)》2021年第4期,第152页。

⑧参见梁书文、黄赤东:《消费者保护法及配套规定新释新解》,中国民主法制出版社1999年版,第978-979页。

⑨参见信春鹰:《中华人民共和国食品安全法释义》,法律出版社2009年版,第243页。

害、诽谤以及民事侵权等在内的各类案件,^⑩我国当前的惩罚性赔偿适用范围极其有限,仅限于消费者权益保护、知识产权、食药安全以及生态环境侵权领域。同时,其适用条件也存在一定限制,仅限于侵害者实施加害行为时主观上抱有恶意、故意、欺诈或放任之方式,且该行为导致受害人实际遭受的损失达到一定程度。单纯的过失导致损害结果时不能适用惩罚性赔偿。^⑪这正是基于惩罚性赔偿的“惩罚性”而做出的考量。一方面,作为民事责任的承担体现的是平等主体之间纠纷的法律后果,以规范的形式赋予被侵权一方惩罚权可能会导致权利滥用,出现诸如“王海知假买假”的现象,使正当的规范被恶意利用,给社会带来不正之风。另一方面,诸如食品药品以及生态环境侵权的危害范围广,且极具分散性,如果依照既往以填平原则为基准的民事责任承担方式,此类侵权行为人很可能因广泛的受害人出于各种原因怠于起诉而被放纵,进而使得法律规范的权威被践踏。故而,既要引入惩罚性赔偿,同时又要限制其适用范围,以此来实现惩罚和预防的目的。

(二) 实践导向聚焦——惩罚性赔偿与罚金折抵的适用标准不一

2019年以来,国务院、最高人民法院以及最高人民检察院通过发布《中共中央国务院关于深化改革加强食品安全工作的意见》、《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》、《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《食品

药品规定》)、《人民检察院公益诉讼办案规则》(以下简称《办案规则》)和《关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》(以下简称《环境侵权解释》)等文件,对惩罚性赔偿在消费者权益保护、知识产权、食药安全、环境污染破坏生态四大领域公益诉讼中的适用予以明确。

2023年公益诉讼检察工作白皮书中显示,检察机关提起民事公益诉讼11303件,其中含刑事附带民事公益诉讼8654件,占比76.56%。^⑫在威科先行·法律数据库以“惩罚性赔偿”和“判决书”为关键词检索近5年的裁判文书,结果显示共有36418份有效文书,再增加“刑事附带民事”这一关键词,显示有效文书804份,继续增加“公益诉讼”的关键词,得到有效文书774份。此数据表明,惩罚性赔偿在刑事附带民事诉讼中的适用主要集中于公益诉讼。以这774份有效文书为基准,在裁判结果这一栏中再次增加“罚金”与“惩罚性赔偿”这两个关键词,得到有效文书437份。由此可见,惩罚性赔偿与罚金并罚并非孤例。

在上述检索条件的限定下共涉及9个经典案例,但是值得注意的是,这9个经典案例中对于罚金与惩罚性赔偿是否可以折抵并未达成一致。其中,有6个判决书支持罚金与惩罚性赔偿的折抵,包括徐洋、杨志、肖金洪生产、销售有毒、有害食品案^⑬,紫阳辉迈商贸有限责任公司及汪某某犯销售伪劣产品案^⑭,朱朋、张北敦销售有毒、有害食品案^⑮,陈鸿刚、王照、黄朱、匡亚枚销售不符合安全标准的食品案^⑯,

^⑩参见杨会新:《公益诉讼惩罚性赔偿问题研究》,载《比较法研究》2021年第4期,第121页。

^⑪参见陈灿平:《惩罚性赔偿制度的理论定位与适用范围》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2011年第4期,第131页。

^⑫《公益诉讼检察工作白皮书(2023)》,载最高人民检察院网, https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbh/202403/t20240309_648329.shtml, 2024年3月9日发布。

^⑬山东省威海火炬高技术产业开发区人民法院(2020)鲁1091刑初195号刑事判决书。

^⑭陕西省紫阳县人民法院(2020)陕0924刑初19号刑事判决书。

^⑮广东省广州市荔湾区人民法院(2019)粤0103刑初600号刑事判决书。

^⑯广东省广州市荔湾区人民法院(2019)粤0103刑初1158号刑事判决书。

韩君村生产、销售有毒、有害食品案^⑰和吴宽华犯生产假药案^⑱,另外周正山、罗建利等生产、销售有毒、有害食品案^⑲,滕某静生产、销售有毒、有害食品案^⑳,以及陈秀生产、销售假药案^㉑等3个案例的判决书则否定罚金与惩罚性赔偿额的折抵。实践中适用标准不一的原因之一在于既有规范的不明确。^{②②}虽然《食品药品规定》《办案规则》中明确提出在消费者权益保护、知识产权、产品责任、环境污染破坏生态四大领域公益诉讼中可以提出惩罚性赔偿的诉讼请求,但并未明确是否可以折抵。与此同时,《环境侵权解释》第10条第2款明确提出,“因同一污染环境、破坏生态行为已经被行政机关给予罚款或者被人民法院处罚金,侵权人主张免除惩罚性赔偿责任的,人民法院不予支持,但在确定惩罚性赔偿金额时可以综合考虑”。《环境侵权解释》的这一规定为罚金与惩罚性赔偿并存提供了规范依据,但是对于二者并存时是否可以折抵并未予以说明。这便为司法机关提供了自由裁量的空间,故而出现实践中标准不一的乱象。

无论是引进惩罚性赔偿的立法原意,还是规范对其进行限制性适用,均希望通过惩罚性赔偿的“惩罚性”达到其预期的惩罚、威慑以及预防的目的。但该制度在引入后的适用中,如何与既有理论以及制度保持兼容性,仍是一个未解的话题。

二、罚金与惩罚性赔偿金的共通性——惩罚性

当下对于刑事附带民事公益诉讼中惩罚性

赔偿的适用仅在消费者权益保护、知识产权、食药安全、生态环境侵权四大领域内展开,惩罚性赔偿是此类诉讼中民事责任承担的重要方式之一。这些领域主要对应刑法第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的生产、销售伪劣商品罪和侵犯知识产权罪以及第六章扰乱社会管理秩序罪中的破坏环境资源罪,以上三节所包含的罪名中全部以单处或并处的方式规定了罚金这一财产刑。

(一) 罚金的惩罚本质

我国刑法中规定了没收财产和罚金两种财产刑,这两种财产刑具有截然不同的内容与性质。从性质来看,我国刑法将没收财产的范围限定于“犯罪分子违法所得的一切财物”。由此可得,没收财产的目的旨在使受犯罪侵害的公私财产权恢复原状,从该意义来讲,其是一种刑事诉讼措施。而罚金作为一种刑事责任的承担方式,其并不能以剥夺犯罪人非法所得为内容,它的根本属性在于将犯罪人合法所有的一定数额的金钱进行剥夺,以此来实现刑罚给犯罪人带来的惩罚性痛苦。^{②③}

有学者在论述财产刑时表示,既然剥夺犯罪人合法财产是财产刑的内容,那么该财产刑就应当与其他刑罚一样具备正当性根据,以刑罚正当根据为基点,罚金与自由刑、生命刑在本质上并无差别。^{②④}或许是以此为借口,一些传统观念一度将罚金这一财产刑当作是少数权贵之人“以钱代刑”的手段,即以罚金来顶替他们应受的自由刑,以此来达到逃避刑事处罚的手段。^{②⑤}但是这一观念在我国刑法将罚金刑

^⑰ 山东省无棣县人民法院(2019)鲁1623刑初186号刑事判决书。

^⑱ 广东省广州市荔湾区人民法院(2019)粤0103刑初178号刑事判决书。

^⑲ 宁夏回族自治区贺兰县人民法院(2023)宁0122刑初141号刑事判决书。

^⑳ 贵州省松桃苗族自治县人民法院(2020)黔0628刑初82号刑事判决书。

^㉑ 山东省曹县人民法院(2019)鲁1721刑初213号刑事判决书。

^{②②} 参见颜君萍、张维静:《食品安全领域惩罚性赔偿金额研究》,载《湖南警察学院学报》2023年第6期,第56-57页。

^{②③} 参见邢销红:《论中国罚金刑的立法价值取向——以《刑法修正案(八)》为切入点》,载《延边大学学报(社会科学版)》2013年第3期,第106页。

^{②④} 参见阮齐林:《再论财产刑的正当理由及其改革》,载《法学家》2006年第1期,第25页。

^{②⑤} 参见王衍松、吴优:《罚金刑适用研究——高适用率与低实执率之律背反》,载《中国刑事法杂志》2013年第6期,第12页。

作为一种既可以与主刑并行适用也可以单独适用的附加财产刑的背景下毫无立足之地。

作为刑罚,无论是生命刑、自由刑抑或是财产刑,对犯罪人而言都具有惩戒作用。犯罪人合法所有的金钱是通过其自身劳动所换取的报酬,罚金以该金钱为对象,意味着对其实施犯罪行为的否定,同时也警示犯罪人其犯罪行为不仅无法为其带来任何金钱价值,反而其通过犯罪行为获得的经济利益会被没收,而且刑法会反向剥夺其合法所有的金钱,以此来达成惩罚作用。^{②6}罚金的这一惩罚本质与自由刑在本质上是相通的,都能够产生惩罚效果。与此同时,这一惩罚的本质与民事责任中的惩罚性赔偿也具有异曲同工之妙。

(二) 惩罚性赔偿的适用

缘起于英美法系的惩罚性赔偿制度,在美国的适用集中表现为在承认该制度的州。惩罚性赔偿请求与补偿性赔偿请求被分为两个诉讼程序分别进行,其中要求以补偿性赔偿诉讼为先,惩罚性赔偿诉讼在后,且以补偿性赔偿诉讼的判决作为惩罚性赔偿诉讼的先决条件。^{②7}英美法系的惩罚性赔偿制度发展认识经历了从依附于补偿性赔偿的补偿功能,到目前以惩罚作为其主要功效的路径转变。^{②8}我国学者在深度剖析补偿性赔偿与惩罚性赔偿关系的基础上进一步指出,惩罚性赔偿是在填补性损害赔偿之外判处的赔偿。^{②9}

立法者将惩罚性赔偿作为一种突破传统民事责任中填平原则的制度而引入,且将其适用于当代市场经济活动中最容易造成分散性侵害的领域。正如有学者所言,惩罚性赔偿制度是为了应对社会结构失衡而产生的现代性问题才

被引入,从其适用范围来看,分散性侵权救济的社会整合是其主要的功能。^{③0}这是由于既往一对一的侵权与损害填补形式,在市场经济飞速发展的当下在一些领域发生巨变,诸如食品药品类侵权一旦发生行为,造成的损害即具有分散性。如果寄希望于每个受害者提起诉讼,一方面,民众“讼累”的观念可能会放纵侵权者,在此前提下传统以填平原则为基准的民事责任承担将面临失去实质公平的危险;另一方面,诸如此类大规模、分散性的诉讼会造成大量司法资源的浪费。以公益诉讼的形式提起诉讼,能够有效惩罚侵权者,法律规范明确支持此类领域的公益诉讼提起惩罚性赔偿的目的在于,在避免此类侵权者因普通民众“讼累”可能放纵侵权者的情形,同时表明规范对此类广泛侵权行为的强烈否定。换言之,对于此类广泛侵权行为不仅要追究责任,还要其承担额外的惩罚性负担。值得注意的是,惩罚性赔偿是在补偿性赔偿之外适用的一种制度,^{③1}这也就意味着在违法行为人的财产不足以承担补偿性以及惩罚性赔偿责任时,应当先满足前者。

学者 David G.Owen 在其《产品责任的惩罚性赔偿》一文中提出,惩罚性赔偿与传统的旨在补偿受害人损失的损害赔偿不同,其目的在于对不法行为人的惩罚,同时实现对其他潜在不法行为人的威慑。^{③2}我国学者王泽鉴也表示,惩罚性赔偿的重点在于其“惩罚”二字,其作用在于惩罚、吓阻以及报应,是披着民事责任外衣的刑事制裁,对违法行为人具有“准刑罚性”。^{③3}

在某种程度上刑法中的没收财产与民法中的补偿责任一致,均在于使事态恢复至被损害

^{②6} 参见马兵:《论我国罚金刑制度的功能及完善》,载《人民论坛》2014年第2期,第226页。

^{②7} See Aaron D. Twerski, James A. Henderson, Jr. & W. Bradley Wendel, *Torts: Cases and Materials*, 5th edition, 2021, p.755.

^{②8} 参见前注①,王承堂文,第155页。

^{②9} 参见前注⑦,邱帅萍文,第152页。

^{③0} 参见江帆、朱战威:《惩罚性赔偿:规范演进、社会机理与未来趋势》,载《学术论坛》2019年第3期,第61页。

^{③1} 参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期,第104页。

^{③2} See David G. Owen, *Punitive Damages in products liability litigation*, *Michigan Law Review*, Vol.74:7, p. 1261 (1976).

^{③3} 参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第365页。

前的样态,且二者的适用均优先于罚金与惩罚性赔偿这一具有“惩罚性”的法律责任。故而,从“惩罚性”的角度而言,罚金与惩罚性赔偿金具有共通性,尤其在某行为的违法程度仅达至单处刑法罚金与承担民事惩罚性赔偿责任的情形。既然二者在惩罚性上存在共通性,那么从刑事附带民事的违法行为人的角度而言,这二者之间就应当进行折抵,以避免造成过罚不相当的后果。

三、罚金与惩罚性赔偿金的折抵——过罚相当原则的坚守

无论从当下法律规范的适用角度,还是从刑事附带民事违法行为人应受惩罚的视角出发,罚金与惩罚性赔偿金的惩罚共通性决定了二者之间必然能够折抵。这二者之间的折抵既是对既有规范的正确解读适用,也是对过罚相当原则的坚守。

(一) 既有判决的论证

如上文所述,现有判决中在被同时判处罚金与惩罚性赔偿金的情形下,不同法院对于罚金与惩罚性赔偿金之间能否折抵存在争议。

1. 肯定性裁判理由及其评析

支持二者之间折抵的法院以如下理由论证。首先,《行政处罚法》第35条第二款明确规定,“违法行为构成犯罪,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金;行政机关尚未给予当事人罚款的,不再给予罚款”。当这两种具有公法性质的金钱罚竞合时,法律规范一般要求采用轻罚在重罚中折抵的原则来处理这种竞合关系。^{③4}其次,惩罚性赔偿金与行政罚款以及刑事罚金的共性在于这三者都属于惩罚性债权,唯一的

差别在于惩罚性赔偿金是私法债权,而行政罚款与刑事罚金是公法债权。但是,在刑事附带民事公益诉讼中,公诉人均主张追缴的惩罚性赔偿金的最终归宿应当是国库。正如有学者所主张的,当代法律意义上的惩罚是为了维护公共利益而设立的,故而由惩罚手段所得的款项应当由国家享有。^{③5}从这一点来看,涉案的惩罚性赔偿金在上缴国库的情况下,该部分款项并不会由受害人取得,在事实上与行政罚款、刑事罚金类似。^{③6}此外,从惩罚性赔偿以侵权成本的增加来实现阻却侵权行为的制度设计来看,其与制裁性行政处罚具有一定相似性,这在某种程度上也为其最终归属于国库赋予了一定的正当性权源。^{③7}最后,惩罚性赔偿责任在本质上与行政罚款、刑事罚金等公法责任类似,是一种借私法机制的名义,实现公法目的的特殊法律责任。^{③8}且惩罚性赔偿金这一私法债权既然在最终归宿上与行政罚款以及刑事罚金这类公法债权保持了一致,那么在惩罚性赔偿金与罚金竞合的情形下,就应当参照公法债权竞合的处理原则进行裁断,即轻罚在重罚中予以折抵。^{③9}

肯定性裁判理由从规范支撑到制度本质再到制度设计以及最终归宿四个角度较为全面地论述了二者折抵的必要性与可行性,论证逻辑清晰完善,且肯定二者之间的折抵是对刑罚谦抑的贯彻,既能够避免过度惩罚,又能够实现对行为的全面评价,是对过罚相当原则坚守的例证。

2. 否定性裁判理由及其评析

反对二者之间折抵的法院则主要提出了两点理由:一是惩罚性赔偿属于民事责任,而罚

^{③4} 参见杨会新:《公益诉讼惩罚性赔偿问题研究》,载《比较法研究》2021年第4期,第126页。

^{③5} 参见前注^{③1},朱广新文,第119页。

^{③6} 参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民初384号、385号、386号、387号民事判决书以及杭州互联网法院(2019)浙0192民初5464号民事判决书。

^{③7} 参见李超光、皮晓龙:《个人信息公益诉讼惩罚性赔偿适用问题探究》,载《电子知识产权》2024年第1期,第49页。

^{③8} 参见金福海:《惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社2008年版,第57页。

^{③9} 参见王勇:《刑附民公益诉讼案件惩罚性赔偿的民事适用及其刑事调和》,载《政法论坛》2023年第3期,第110页。

金属于刑事责任,进而以二者之间的折抵没有法律依据为由,表示不应予以折抵;^{④①}二是罚金作为一种财产刑,其数额是以犯罪情节为裁定依据的。而惩罚性赔偿作为民事责任的一种承担方式,一方面是国家为自身需要而通过强制性干预(惩罚)来维护社会利益,另一方面也包含着为被害人提供慰藉性救济,二者虽均具有对行为人本人处罚的公法性质,但又有差别,因而不能相互抵扣。^{④②}

以上理由均具有片面性。观点一局限于传统的以填平原则为基准的民事责任,只看到惩罚性赔偿被规定为一种民事责任,但是没看到在市场经济高度活跃的当下,惩罚性赔偿是一种以突破既有的填平原则、以惩罚为本质的特殊法律责任。观点二的不足在于其自身论证不周延。一方面,无论是罚金还是惩罚性赔偿金均是以其造成的损害为基准去确定数额的,其以罚金是以犯罪情节为数额裁定依据作为借口否定二者之间的折抵毫无辩驳力;另一方面,按照其论证逻辑来看,惩罚性赔偿除了惩罚之外还具有慰藉作用,将惩罚性赔偿称作S,其惩罚作用称作S1,慰藉作用称作S2,罚金称作S3,那么, $S=S1+S2$,在肯定惩罚性赔偿与罚金具有类似的公法性质即惩罚作用的前提下,也即肯定 $S1=S3$ 的前提下,为何 $S=S3+S2$ 这一公式不成立?观点二没有说明。

从制度的立法原意来讲,惩罚性赔偿是立法者以公法惩罚手段的形式赋予民事责任在特定领域更多社会责任担当的体现。因此,从“惩罚性”的角度来看,惩罚性赔偿与刑事罚金、行政罚款意蕴中的“惩罚性”在客观方面具有同质性,在公益诉讼领域内的惩罚性赔偿与

行政罚款以及刑事罚金这一类公法债权具有性质相似性,故而,罚金与惩罚性赔偿金之间必然可以进行折抵。^{④③}

从现有的判决来看,作为惩罚性赔偿发源地的美国有“绿色石油公司诉霍恩斯比案”肯定了罚金与惩罚性赔偿金之间的折抵。^{④④}我国学者表示,既然惩罚性赔偿具有公法责任的性质,那么在裁断惩罚性赔偿金时就必须考量行为人是否已经为其行为承担公法责任。^{④⑤}在新修订的《中华人民共和国民事诉讼法》实施后,广州市人民检察院提起的首例涉惩罚性损害赔偿民事公益诉讼案中,刘邦亮的代理律师以罚金与惩罚性赔偿均具有“惩罚性”为由,主张在检察机关对同一行为追究两层惩罚责任,与一事不再罚原则相悖。法院采纳了该意见,最终判决“刘邦亮被判处的8万元罚金应在民事惩罚性赔偿金中抵扣,即刘邦亮应实际支付112万元民事惩罚性赔偿金”。^{④⑥}

综上,无论是惩罚性赔偿的规范原意抑或是实践中的判决论证对罚金与惩罚性赔偿金之间的折抵均为肯定态度。值得注意的是,既然罚金与惩罚性赔偿金之间的折抵是出自“惩罚性”这一共通点,那么就必然要坚守过罚相当原则这一底线,既要谨防过大于罚,又要避免罚大于过。

(二) 过罚相当原则的坚守

过罚相当原则是法律责任的归结原则之一,是公平观念在归责问题上的具体体现,其内在意旨为法律责任的大小、处罚的轻重应该与违法行为的轻重相适应。作为罚金的刑事责任与作为惩罚性赔偿金的民事责任,既需要从个体性的角度彰显责任轻重与原因力大小之间

^{④①} 参见宁夏回族自治区贺兰县人民法院(2023)宁0122刑初141号刑事判决书、海南省保亭黎族苗族自治县人民法院(2023)琼9029刑初15号刑事判决书。

^{④②} 参见山东省曹县人民法院(2019)鲁1721刑初213号刑事判决书。

^{④③} 参见前注^{③⑦},李超光、皮晓龙文,第56页。

^{④④} See Green Oil Co. v. Hornsby, 539 So. 2d 218, 223-224 (Ala. 1989), 转引自王承堂:《论惩罚性赔偿与罚金的司法适用关系》,载《法学》2021年第9期,第161页。

^{④⑤} 参见刘水林:《消费者公益诉讼中的惩罚性赔偿问题》,载《法学》2019年第8期,第71页。

^{④⑥} 参见广东省广州市中级人民法院(2017)粤01民初第383号民事判决书。

的匹配性,也需要从整体宏观的角度示明损害后果与法律责任的均衡性。只有在整体上保持了协调一致,二者的并存适用方能相得益彰。^{④6}过罚相当这一原则的终极目标之一在于,从特殊预防的角度避免违法行为人所承受的惩罚总和超过威慑和报应的需求。^{④7}

然而,一事不再罚原则最早是在刑法领域内适用,即禁止对同一不法行为进行第二次刑事处罚,后来该原则的适用拓展至行政以及民事领域。^{④8}目前理论界对于该原则的争议在于,对于同一违法行为既处以行政处罚又处以刑事处罚是否违背这一原则。多数学者均认为行政处罚与刑事处罚并存并不违反这一原则。^{④9}理论界的这一争议对于惩罚性赔偿与罚金的并处并不会造成影响。从责任性质的角度而言,惩罚性赔偿属于民事责任,罚金属于刑事责任,二者的并罚不会涉及对一事不再罚原则的违背。虽然有学者一方面表示惩罚性赔偿作为一种民事责任可以与作为刑事责任的罚金共存,另一方面又提出在刑事附带民事公益诉讼中,因为提出惩罚性赔偿的主体为检察机关,此时惩罚性赔偿的“惩罚性”就迫使其自身性质进行了转化,所以要受到一事不再罚原则的限制。^{⑤0}但是,某一种法律责任的性质并不会因为它在不同语境下发挥作用的不同而发生变化。换言之,作为惩罚性赔偿金的民事责任并不会因为其在刑事附带民事公益诉讼中由检察机关提起且发挥惩罚作用而由私法责任转化为公法责任。此外,重要的是我国《刑法》第36条中明确规定了刑事责任和民事责任的承担可以并存。

罚金与惩罚性赔偿金可以进行折抵的关键在于,这二者作为一种法律责任必然要受到过

罚相当这一法律责任归结原则的制约。尤其是惩罚性赔偿金作为一种特殊的法律责任,在惩罚作用的发挥上,与行政罚款以及罚金一样均表现为对违法行为人的非难,由此,作为惩罚就应该遵从责任主义,且需要遵从比例原则。^{⑤1}规范将惩罚性赔偿定位于在补偿性赔偿之后才可适用,也就意味着,违法行为人已经通过补偿性赔偿将造成的损害填平,除此之外的一切责任承担对其来讲均是惩罚。故而,在“惩罚性”这一共通特性上,从违法行为人的视角出发,惩罚性赔偿金与罚金为其带去的痛苦是一样,如果同时适用且不进行折抵,则将面临“双重处罚”的危险。^{⑤2}遵循法秩序统一性原理要求,刑法与民法在目的一致时,二者应当对同一行为保持一致的评价,^{⑤3}这从侧面就意味着基于“惩罚”这一目的,罚金与惩罚性赔偿金二者应当予以折抵。实践中,某违法行为被判处惩罚性赔偿金的情形下,再叠加不可折抵的罚金,从“惩罚性”的角度而言,其承担的惩罚性金额总数必然会超过法定惩罚性赔偿的应然数额。在法秩序统一的视野下,这也是一种对规范的违反。

四、法秩序统一视野下罚金与惩罚性赔偿金折抵的再确认

与法律责任密切相关的违法性判断,学界存在违法一元论与违法相对论的争议,争议的焦点在于违法性的判断是否应当独立进行,即各个部门法是否应当有自己的违法性判断标准,这一标准主要是指“质”的标准。在惩罚性赔偿适用的四大领域这一违法性判断的争论并无实意。详述之,关于消费者权益保护、知识产权、食药安全以及生态环境的侵权行为与

^{④6} 参见黄祥青:《刑民交叉案件的范围、类型及处理原则》,载《法律适用》2020年第1期,第63页。

^{④7} 参见李永升、冯文杰:《刑罚目的新界说》,载《湖南警察学院学报》2016年第2期,第28页。

^{④8} 参见胡建森:《法律原则研究》,中国社会科学出版社2021年版,第675-689页。

^{④9} 参见练育强:《行刑衔接视野下的一事不再罚原则反思》,载《政治与法律》2017年第3期,第124页。

^{⑤0} 参见前注①,王承堂文,第160、162页。

^{⑤1} 参见杨利敏:《论我国行政处罚中的责任原则》,载《华东政法大学学报》2020年第2期,第113页,吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,载《中外法学》2022年第5期,第1317页。

^{⑤2} 参见吕英杰:《惩罚性赔偿与刑事责任的竞合、冲突与解决》,载《中外法学》2022年第5期,第1311页。

^{⑤3} 参见王利明:《“刑民并行”:解决刑民交叉案件的基本原则》,载《中国刑事法杂志》2024年第2期,第26页。

犯罪行为的规定,民法规范和刑法规范中之间只存在量的差别。在法秩序统一性的背景下,触犯刑法的犯罪行为必然违反了民法。在刑附民公益诉讼领域,引起法律责任承担的行为是同一的,侵权行为与犯罪行为之间仅存在量的差别,量的差别积累到一定程度发生质变,进而使得民事责任转变为刑事责任。

在惩罚性赔偿适用的这四大领域,二者的行为构成也存在高度重合。关于侵权损害赔偿构成要件,司法解释中采纳的观点是“四要件说”,即行为的违法性、违法行为人存在主观过错、损害事实发生以及损害事实与违法行为之间有因果关系这四个要件。这与刑法中此类犯罪的构成要件具有高度相似性,当行为人的行为违反了民法规定满足侵权要件,同时该行为也触犯了刑法构成犯罪时,该行为与单纯违反民法规定满足侵权要件的行为之间只是违法性程度不同,^{⑤4}前者需要同时承担民事责任与刑事责任,后者仅需要承担民事责任。

由此看来,前者的刑事责任承担应当仅针对超过民事责任部分的侵权行为,但是实际上刑事责任的承担是以全部违法行为的量为基准展开的。因此,从理论上讲,在惩罚性这一作用的发挥上,刑事责任本质上承担了全部。但是,一方面,在事实层面,违反民法的侵权行为与触犯刑法的犯罪行为的表现形式错综复杂,这两种责任很难明确划分;^{⑤5}另一方面,在规范层面,当下我国法律责任的承担并非在各个部门法之间严格界分,而是在发挥同种机能的前提下,不同部门的法律责任呈现一种包容与被包容的关系。有学者在研究食品安全领域的惩罚性赔偿时提出,在该领域惩罚性赔偿责任的与行政处罚责任二者的构成要件完全一致,因此这两种责任在该领域所面向的问题以及欲达到的目的是完全相同的。^{⑤6}

因此,在实现惩罚性目的的宗旨下,刑事责任的承担就应当包括了对民事责任的承担,否则就会造成责罚不一致的后果。

Deduction of Fines and Punitive Damages: Based on the Premise of Criminal Incidental Civil Public Interest Litigation

Li Qian, Ma Ruize

(Xiangtan University, Xiangtan, 411105, Huan;

Handan People's Procuratorate of Hebei Province, Handan, 056005, Hebei)

Abstract: As a special way of bearing civil liability, punitive damages are intended to realize the purpose of "punishment". The reason why legal regulations limit the application of the punitive damages system to areas such as consumer rights protection, intellectual property, food and drug safety, and environmental protection is that infringements in these fields are dispersed. In the past, civil liability guided by the principle of compensation could not effectively regulate these violations. The commonality of fines and punitive damages lies in punishment. From the perspective of the offender, the pain is the same. If it is applied and not offset simultaneously, offenders will face the danger of "double punishment". The adherence to the principle of excessive punishment also requires the two to be offset. The applicable field of punitive damages and illegal monism have a natural affinity. From the perspective of the unity of law and order, there is only a difference in quantity between civil tort acts and criminal acts in this field, which also requires the offset between the penalty and punitive damages.

Key words: punitive compensation penalty offset; fines; deduction and offset; legal liability; proportionality between offense and punishment

(责任编辑: 天下溪)

^{⑤4} 参见杨立新:《刑事附带民事诉讼的基础理论问题》,载《国家检察官学院学报》2013年第6期,第151页。

^{⑤5} 参见前注^①,陈灿平文,第133页。

^{⑤6} 参见赵鹏:《惩罚性赔偿的行政法反思》,载《法学研究》2019年第1期,第50页。

刑事程序简化的多元因素探究

——兼论我国多元的简化程序构建

李盛璇

(北京大学, 北京 100871)

摘要:近年来,随着普通程序的正当化改革、犯罪案件的剧增以及犯罪结构的变化,我国司法系统面临着繁重的案件压力,建立多种简化的诉讼程序势在必行。但是普通程序的简化意味着被追诉人权利的克减和真相发现功能的减弱,必须具有正当的理由。被追诉人的权利放弃、犯罪事实的明确性、犯罪性质的特殊性、被害人的权利放弃、罪行轻微是简化程序的五种正当因素。基于不同的正当性基础,这些因素所能简化的程序内容和限制也有所不同。不同简化因素的组合可以形成简化程度不同、简化内容不同的多种简化程序。我国的程序种类结构目前存在较大缺陷,不仅程序种类较少,而且速裁程序相比简易程序没有独特性,无法回应“轻罪时代”的犯罪结构变化和案件剧增压力。为此,我国有必要基于不同的正当理由,建立多元的简化程序。

关键词:轻罪治理;程序简化;简易程序;速裁程序

中图分类号:D925.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0063-13

一、问题的提出

近20年来,我国刑事司法改革呈现两种趋势。一方面,“以审判为中心”的司法改革逐步推进,被告人人权保障力度的增强,庭审实质化的若干制度的落地,普通程序变得日益复杂;另一方面,刑事司法案件数量整体呈现增长趋势,其中轻罪案件又占有极大多数,给

司法机关带来了极大的办案压力,扩大简化程序的适用势在必行。^①但是刑事诉讼程序的简化与日益强化的人权保障理念存在冲突,程序简化并非当然具有正当性。公正审判组织在考察了世界范围内的“放弃审判制度”后曾发出过警告,“一个简化的程序存在规避程序保障的风险,威胁到人权保护和法治,并很可能通

收稿日期:2024-06-17

作者简介:李盛璇,男,北京大学法学院硕士研究生,主要研究方向为刑事诉讼法学。

① 2018年至2022年,全国检察机关共办理各类案件1733.6万件,数量比前5年上升了40%。2023年全国检察机关共办理各类案件425.3万件,同比上升28.9%。在犯罪结构上,近二十年来,重罪案件占比明显下降、轻微犯罪案件占比明显上升。参见《2024年最高人民检察院工作报告》,2024年3月11日第十四届全国人民代表大会第二次会议通过;《2023年最高人民检察院工作报告》,2023年3月13日第十四届全国人民代表大会第一次会议通过;《2020年最高人民检察院工作报告》,2020年5月28日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过。

过减少公众对警察和检察做法和侵犯权利的行为的审查,破坏法治”。^②程序的简化意味着一个符合完美想象的“对抗式”审判制度的消亡。这一方面意味对被追诉人权利的“克减”,另一方面也意味着通过对抗发现真实的功能也被削减。因此,任何简化程序的适用都应当具有正当性的理由,这些理由允许诉讼程序在保证最基本的价值目标实现的同时,减少“额外”的程序内容。

经验表明,被追诉人的权利放弃、犯罪事实的明确性、犯罪性质的特殊性、被害人的权利放弃、罪行轻微构成了简化程序的五种正当性因素。不同因素的组合可以形成简化程度不一的程序,普通程序和不同种类的简化程序即组成我国刑事诉讼程序体系。刑事诉讼司法体系在功能上可以将司法资源合理地分配给不同类型的案件,在最大限度上为刑事诉讼保质增效。《中华人民共和国刑法修正案(十一)》实施以来,我国进入了“轻罪时代”,犯罪案件持续增长,犯罪结构日益具有轻罪化趋势。目前,我国由普通程序、简易程序和速裁程序的三元程序种类无法合理回应“轻罪时代”案件剧增的司法需求,原因在于简易程序与速裁程序的设置并不是经过正当化的简化因素搭配后的结果。已有的两种简化程序只是在不同程度上简化了我国本就不完善的审判程序过程本身,这种方式既不能最大限度地提高效率,也不能合理地保障被追诉人和其他程序参与者的合法权利。因此,我国需要重新审视不同的程序简化的正当性因素,并通过重新搭配调整,构建多元的简化程序。

二、我国的简化程序体系检视

为了解决日益增长的案件压力,我国在1996年与2018年分别引入了简易程序与速裁程序,刑事案件审理程序的设置已经呈现普通程序、简易程序、速裁程序三驾马车并行的特点。但是,我国的程序简化改革在实证上却没有取得较好的效果。一方面,速裁程序尚未达到改革效果,许多应当适用速裁程序的案件却没有适用;^③另一方面,我国已有的简化程序设置也面临诸多正当性的质疑,例如值班律师制度“名存实亡”、^④速裁程序流于形式、^⑤轻罪错案的危险大幅提高等。^⑥笔者认为,造成这一问题的原因在于,我国的程序种类存在结构化的缺陷,且两种简化程序都并非基于其具有的正当简化因素对程序作出相应合理的简化,事实上,两种程序只是简化了本就不太完善的审判中的些许步骤而已。

(一)我国目前的程序种类结构存在缺陷

1. 简化程序的禁止性条件限制不当

我国目前规定了简易程序和速裁程序两种简化程序,但对这两种简化程序的禁止性适用条件却过多,比如共同犯罪的被告人中有一人对适用简化程序有异议的,我们没有理由不对另外一人适用简化程序。首先,放弃自己“进入法庭审理”的权利是每一个人的自由,除非这种自由违反了伤害原则,否则就不应当予以禁止;其次,普通程序的审判并非全然是对被追诉人的保护,程序即惩罚,以“家父主义”的立场强制具有自由意志的人进入普通程序实则可能带来了对被追诉人的不利益;最后,在共同犯罪中同意适用简化程序的被告人被禁止适用简易程序,实则是一种不当的不平等和歧视。^⑦

^② See Fair Trials & law firm Freshfields, *The Disappearing Trial*, at <https://www.fairtrials.org/articles/publications/the-disappearing-trial> (Last visited on Sep 4, 2024).

^③ 参见汤火箭、郝廷婷、陶妍宇:《认罪认罚案件审判程序分流效果实证研究——以C市基层法院3076件认罪认罚案件为分析样本》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期,第57-60页。

^④ 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度的理论问题再探讨》,载《环球法律评论》2020年第2期,第23-36页。

^⑤ 参见陈瑞华:《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》,载《中国法学》2017年第1期,第37-39页。

^⑥ 参见李祥:《认罪认罚从宽制度视野下的刑事错案防范研究》,载《山东警察学院学报》2020年第3期,第41页。

^⑦ 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120页。

2. 简化程序的梯度不够

我国目前仅仅建立了两种简化程序,但是就立法而言,这两种简化程序呈现出的简化程度却没有太大区别。简易程序的适用是一种“被追诉人权利放弃+案件事实清楚”模式,速裁程序是一种“被追诉人权利放弃+罪行轻微+案件事实清楚+被害人的权利放弃”模式。一方面,我国只存在两种简化程序,从功能上就无法解决适合其他模式的案件带来的办案压力;另一方面,我国的速裁模式属于具有最多正当性要素的简化程序,但是其实践样态却依旧只是简易程序的稍微再简化,而无法进一步提高效率。^⑧尤其是在轻罪现行犯下,速裁程序的审前阶段依旧不可省略而略显复杂。事实上,在犯罪事实简易且明确的轻罪的速裁案件中,简化取证程序和审前程序是具有正当性的。

(二) 我国简化程序配套机制不健全

不同的简化因素具有不同的正当性基础,也具有不同的程序简化内容和底线。但是目前,我国的简易程序和速裁程序在实践中均突破了自身的正当性限制。一方面,简易程序往往忽视了被害人的利益。简易程序在没有取得与被害人和解的情况下,一概地允许简化法庭调查和法庭辩论环节,无视被害人的诉讼请求和实体权益,无视被害人在定罪量刑程序中的意见表达和关于民事赔偿的合理诉求。^⑨另一方面,两种简化程序中被追诉人认罪认罚的自愿性和明智性保障令人担忧。

1. 我国的法律帮助实践存在明显不足

我国的两种简化程序都要求被追诉人认罪,并且对适用简化程序没有异议。但无论是认罪还是对程序选择而言,被追诉人在没有律师帮助的情况下很难做出明智且理性的回答。

我国的律师辩护率较低,法律援助律师常成为“占坑式辩护”的帮凶,^⑩值班律师则几乎沦为工具式的“见证人”。除此之外,被追诉人即使可以获得律师帮助,但是获得律师帮助与被追诉人认罪、放弃权利的时空并不平行。一方面,在侦查机关讯问以及认罪认罚“控辩协商”的过程中,辩护律师并不享有在场权,对于被追诉人不明智和不真实的认罪无法及时制止;另一方面,在简化程序中法官核实认罪认罚真实性的程序中,被追诉人几乎没有任何法律帮助。尽管在辩护全覆盖试点工作中,被追诉人获得法律帮助甚至辩护的范围大幅增加,但是这一改革依旧拒绝为速裁程序的被告人提供可以出庭的律师。如果无法保障被追诉人在认罪和放弃权利时的法律帮助,在公权力压力下的被追诉人自愿性则始终存疑。

2. 缺乏有效的救济程序

值得肯定的是,我国不仅设立了独立的法官确认被追诉人权利放弃有效性的程序,而且也肯定了被追诉人的上诉权。但在实践中,被追诉人一旦在简化的程序中对程序选择或者认罪反悔而提出上诉,哪怕可能是对之前并不明智的认罪认罚和程序性选择提出异议而上诉,检察机关都可能进行跟进式抗诉,而且即使被追诉人选择对认罪认罚进行反悔,但是被追诉人所作出的认罪陈述却不被允许撤回。^⑪可见,对于被追诉人非自愿和不理智的权利放弃和认罪,我国并不存在一个有效的救济途径,甚至可能因此被认为通过欺骗获得了不当的量刑利益,并被加重处罚。

三、程序简化的多元因素及正当性分析

刑事诉讼程序由权利保障性程序和真实发现性程序组成。要正当地简化这两种程序,可

^⑧参见赵小勇:《刑事速裁程序的适用困境及其价值重现——以审查起诉为视角》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2024年第1期,第83-84页。

^⑨参见陈瑞华:《“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12页。

^⑩参见郭至立:《“委托辩护优先于法援辩护”原则的个案异化与制度重构》,载《北京警察学院学报》2022年第2期,第27页。

^⑪参见施鹏鹏:《认罪认罚从宽的类型化与制度体系的再梳理》,载《比较法研究》2021年第5期,第129页。

以从权利自由主义和程序功能主义入手分析。从世界各国的立法制度来看,这两种正当性基础一般表现为被追诉人的权利放弃、犯罪事实的明确性、犯罪性质的特殊性、被害人的权利放弃、罪行轻微五种因素。

(一) 被追诉人的权利放弃

被追诉人放弃程序权利即被追诉人同意适用简化程序,放弃普通程序的权利保障。其正当性基础来源于权利自由主义:一个人能够享受权利,自然就能够放弃权利,权利的所有权天然就包含了权利的处分权。自由至上意味着我们每个人都拥有一种根本的自由,拥有自己的生命和自由,只要我们愿意,国家就不能阻止我们放弃自己的权利。^⑫被追诉人一旦有效地表示放弃宪法和刑事诉讼法赋予被追诉人的基本权利,那么就可以成立国家干预被追诉人自由的违宪阻却事由。^⑬

因为整个对抗制审判的基础都有赖于被追诉人充分行使自己的辩护权并与控诉方平等对抗,因此被追诉人的权利放弃可以较大幅度简化程序。正因此,为了可以正当地简化程序,世界各国普遍通过量刑从宽、指控从宽等方式激励被追诉人同意适用简化的程序。^⑭但是被追诉人对程序权利的放弃并非毫无边界,否则被追诉人完全可以借由司法程序达到自我损伤,例如为了追求自杀,被追诉人在可能判处死刑的案件中故意认罪并且放弃程序权利保障。即使这种自我损害对于被追诉人而言具有自由主义的正当理由,但程序公正依旧不允许司法机关直接定罪处罚,原因在于:第一,这一做法违背了司法的纯洁性要求。“司法的纯洁性”理论提出于1914年威克斯诉讼美国案,

强调于1961年马普诉俄亥俄案。^⑮根据这一理论,法官在采纳通过无辜被告人认罪后的证据定罪处罚时,法官也成了被告人自杀的共犯,而这是中立的司法机关所不被允许的行为。第二,自由主义也存在限制,这一限制主要表述为伤害原则,即被追诉人对程序简化的同意不得损害他人自由的实现。^⑯他者自由一方面包含了基本权利背后的客观性利益,即公共利益,^⑰因此国家不能因为被追诉人的同意而直接放弃事实调查,导致真凶的逃脱和社会的不稳定;另一方面,他者自由也意味着被追诉人不得损害其他涉案第三人的基本权利,因此被追诉人的权利放弃不能拒绝被害人的程序参与。

基于被追诉人的权利放弃的程序简化要求被追诉人只能基于自己享有处分权的权利作出放弃的意思表示,并且这种放弃一方面不得侵害司法纯洁,另一方面不得侵害他人自由。这就意味着,第一,被追诉人只能放弃只保护其自身利益的程序权利,这些权利主要包括被追诉人的防御性权利和对抗性权利,如参与庭审的权利、要求与证人对质的权利、上诉的权利等,而不包含司法纯洁的保障权利,如获得一个中立法官的权利等。^⑱第二,为了保障他者自由,在只有被告人权利放弃的简化程序中,侦查程序也必不可少,被害人的参与程序也不可或缺。除此之外,因为程序简化大量节省了司法资源,所以司法机关具有较大的动力通过“辩诉交易”等激励被追诉人放弃权利。可是这类程序甫一出现,就面临着被追诉人可能受到压迫而作出不自愿的答辩的批判。^⑲因此,即使刑事诉讼程序由于被追诉人放弃而简化,但是在简化的程序之外,必须要有能够保障被

⑫ 参见[美]迈克尔·桑德尔:《公正:该如何做是好?》,朱慧玲译,中信出版社2012年版,第78页。

⑬ 参见柳建龙:《论基本权利放弃》,载《法学家》2023年第6期,第7页。

⑭ See Fair Trials & law firm Freshfields, *supra* note ②.

⑮ See *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⑯ 冯秀岐:《重释密尔伤害原则》,载《伦理学研究》2023年第1期,第109页。

⑰ 参见前注⑬,柳建龙文,第13页。

⑱ 参见陈光中:《刑事诉讼法》(第七版),北京大学出版社2021年版,第79页。

⑲ 参见[美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C.迈克尔斯:《美国刑事诉讼法精解(第二卷·刑事审判)》(第4版),魏晓娜译,北京大学出版社2009年版,第189-192页。

追诉人放弃自愿性的程序条件,如法官确认程序、有效的法律帮助等。

(二) 事实的明确性

如上所述,被追诉人同意的权利放弃并不能省略和简化国家机关调查案件事实真相的程序,但如果案件事实在案件发现时即已十分清楚,那么案件事实的调查程序也可以简化。这一简化的正当性来源于程序的功能主义。刑事诉讼程序的基本功能之一就在于查明事实真相,快速打击犯罪。如果事实真相已经明确,刑事诉讼程序的真相发现功能就已经得到了满足,就没有必要浪费司法资源,有关真实发现功能的系列程序就自然可以简化。在早期教会法司法程序中,对于犯罪事实已经“臭名昭著”的被告人,教会法禁止法官召集证人而直接进行纠问式的审判。在中世纪欧洲,如果一个人被当场抓获,则无须指控者,也不允许进行司法决斗,根据抓捕者的证词,司法官当着公众的面可以立即对现行犯审判。^{②0} 此类污名者控告程序逐渐发展为纠问制诉讼并被抛弃,但是对于现行犯的简化诉讼程序却在部分国家保留了下来。

现行犯一般指的是正在或者刚刚实行完犯罪行为的犯罪嫌疑人。对于现行犯,一方面,由于行为人人身危险的紧急性,刑事诉讼程序必须快速启动以维护社会稳定同时威慑犯罪;^{②1} 另一方面,发现和逮捕现行犯事实上就是现场侦查的一部分,案情的调查本身就不复杂,案情事实基本在启动侦查时即已明确。在法国,无论轻罪重罪,只要被追诉人为现行犯,程序都可能获得一定程度的简化,检察官可以在被追诉人同意的情况下要求轻罪现行犯“立即出庭”。在重罪案件中,司法警察则直接对重罪现行犯享有“预审权”。^{②2} 除此之外,还有两

个因素同样可以带来事实清楚的效果:一是被追诉人的认罪与配合,因为被追诉人是最了解犯罪事实的人,因此侦控机关可以通过被追诉人的口供按图索骥,轻松查明案件事实;二是罪行轻微,因为轻罪案件往往案情并不复杂,证据种类也主要集中于被害人陈述和证人证言这些获得性较强的证据。在大部分法治国家,法律理性认为仅仅是现行犯还尚不足以直接认定为案情简单并导致程序的简化,因此大多数国家的现行犯简易程序的启动还需要罪行轻微或者被追诉人认罪等其他因素,例如德国的快速审判程序尽管可以在隔日即在警局直接判处夜间现行犯,但是这一程序却只能在轻罪案件中适用。^{②3}

基于案件事实清楚简化的程序也存在一定的限制,因为功能主义只能为真相发现程序的简化提供正当性,而被告人的权利保障类程序、被害人的参与类程序则无法基于事实清楚而省略。大多数现行犯简化程序只能省略侦查程序,例如在意大利,检察官有权在48小时内直接将现行犯交付法官进行审判,但是立法者却选择通过正式程序进行审判以保障被告人的诉讼权利。^{②4} 这是因为正式程序中的证据审查过程必须保障被追诉人的质证权,只有在当事人同意放弃其诉讼权利的情况下,才能进一步简化正式审判程序。又例如在德国快速审判程序的证据调查环节,只有在当事人同意的情况下,才可以宣读书证或先前的询问笔录来代替证人作证。^{②5}

(三) 犯罪性质的特殊性

在国家安全类犯罪、军事犯罪中,司法程序也出现从快和简化的倾向。早期,国家安全类犯罪主要表现为政治类犯罪。英国斯图亚特王朝晚期的叛逆罪审判中,为了迅速实现对涉

^{②0} 参见[法]阿德玛·艾斯梅因:《欧陆刑事诉讼史》,郭烁等译,法律出版社2023年版,第82-104页。

^{②1} 参见陈建华:《论我国现行犯特别诉讼程序之构建》,载《社会科学家》2023年第10期,第86页。

^{②2} 参见冯露、马静华:《比较与实证:现行犯速决程序研究》,载《中国刑事法杂志》2008年第3期,第71页。

^{②3} 参见前注^{②2},冯露、马静华文,第73页。

^{②4} 参见元轶:《程序分流视角下的意大利刑事诉讼改革》,载《比较法研究》2011年第5期,第128页。

^{②5} 参见前注^{②2},冯露、马静华文,第73页。

嫌谋逆的嫌疑人的惩罚,叛逆罪程序往往大大限缩庭审中的对抗制因素,不仅禁止律师的参与,也拒绝在审前程序中向被追诉人告知任何审判的信息。^{②6}中世纪的教会也基于多种理由采取更为高效的“依职权”程序惩治异端。^{②7}对于军事犯罪而言,军事刑事诉讼程序并不被视为一种司法,而仍然是被视为军事纪律中的特殊部分,^{②8}它必须通过公开、迅速且严厉的惩罚实现军事利益。^{②9}

军事类犯罪的程序特殊化,古今中外概莫能外,其正当性出自程序正义与军事利益发生冲突后的对军事利益的妥协与服从。^{③0}在早期的政治犯罪程序中,司法程序被视为国王统治的工具,其正当性仅仅基于“强权即正义”理念,并不被现代司法所认可,因此此类案件如今大多也被纳入了正式审判程序的轨道。21世纪以来,随着恐怖主义的蔓延,域外不少国家对恐怖主义犯罪也建立起了独特的程序。在这类程序中,恐怖主义犯罪的被追诉人并不具有普通程序中的大部分对抗性辩护权,程序在一定程度上也可能被简化。^{③1}军事犯罪和恐怖主义犯罪适用简化程序的原因在于其犯罪性质的特殊性,例如不适合公开审判以免打草惊蛇或者引发哗变,保护指控证人等。这类程序简化的正当性来源是紧急状态下的人权“克扣”。这一“克扣”规则的合法性来自国家组建的目的,即霍布斯所说的第二自然法:任何人在别人也愿意这样做的条件下,为了和平和自卫的目的,

都可以提前自愿放弃这种对一切事物的权利。^{③2}目前,这一正当性基础已被大多数国际条约认可并接受。^{③3}

与被追诉人放弃这一因素类似,基于犯罪性质的程序简化也只能省略那些被追诉人原本可以正常行使权利所需的程序,而不能省略查明真相、保障其他第三人参与等有关程序。区别于被告人主动的权利放弃,这一人权克扣因是强制启动而具备更多的条件限制:第一,人权的克减必须基于有可能立刻危害国家存在和安全的“紧急状态”;第二,人权的克减必须符合人道主义的最低要求,即不得侮辱被追诉人的人格尊严等。因此,尽管因为人权克减而无须存在一个确认被追诉人认罪与权利放弃自愿性的独立程序,但适用特别程序一定需要存在公开的国家“紧急状态”。目前,我国部分地方对所谓特殊情势下的部分性质犯罪采取“从严、从快”的刑事政策,^{③4}但是这些情势并不构成“紧急状态”,这种运动式司法并不具有稳定性特征,并且带有绝对的国家权力的镇压式司法色彩,不具有正当性。

(四)被害人的权利放弃

在20世纪后半期,与程序简化的司法改革热潮同时兴起的还有三次被害人权利运动,出于对被害人人权保护,被害人参与刑事诉讼的实质性程序权利日趋增加。^{③5}有学者认为,在一个正当的程序中,被害人基于人权必须享有知情权、陈述权、受偿权与接受调解等权利。^{③6}

②6 参见[美]兰博约著:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第79页。

②7 参见徐震宇:《正当法律程序的早期发展》,商务印书馆2024年第1版,第68页。

②8 See O'Callahan v. Parker, 395 U.S. 258 (1969)

②9 参见艾瑞克·卢拉、玛丽安·L.韦德主编:《跨国视角下德检察官》,法律出版社2016年版,第290页。

③0 参见盖玉彪:《论战时军事审判的价值冲突及其动态权衡理念》,载《法学杂志》2009年第1期,第90页。

③1 参见赵秉志、赵书鸿:《国家安全的强势保护与人权保障的极度旁落——〈2006年美国军事审判委员会法令〉解读与评释》,载《法学》2007年第2期,第14页。

③2 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第99页。

③3 参见《公民权利和政治权利国际公约》第4条等。

③4 参见韦奇:《查办森林火灾案件必须依法坚持从严从快,对涉案的犯罪嫌疑人采取快捕快诉》,载《广西林业》2010年第4期,第17页;杨静、金梓纯:《江西依法从严从快惩处养老诈骗犯罪》,载《江西日报》2022年7月10日,第2版。

③5 See Tyrone Kirchengast, *Victims and the Criminal Trial*, Palgrave Macmillan London, 2016, p.8.

③6 参见闫召华:《“合作司法”中的恢复逻辑:认罪认罚案件被害人参与及其限度》,载《法学评论》2021年第5期,第194页。

在这一背景下,不少国家都逐渐确立了被害人在庭审中的陈述权等权利。^{③7}而这些被害人的程序参与无疑成为正当普通程序的重要组成部分。被害人的权利放弃是一种简化此种程序内容的事由。

“刑事和解”是被害人权利放弃的主要方式。刑事和解指的是被追诉人与被害人在司法机关的主持或者事后确认下,被追诉人悔罪、赔偿,被害人予以一定程度的谅解。^{③8}刑事和解可以简化程序的正当性来源于三个方面:第一,被害人同意和解意味着被害人自愿放弃了其他程序性权利,因此有关被害人在后续诉讼中的参与程序均可省略。第二,被追诉人主动和解的前提是必须向被害人表示歉意,承认犯罪并“合作”配合调查,因此往往调查程序亦可简化。在一般情况下,主动和解的被追诉人也往往会放弃自己的程序性权利,因此简化被追诉人的权利保障程序也具有正当性。第三,被追诉人与被害人之间相互和解,一定程度上满足了“恢复性司法”的需要,修补了社会受到的伤害,程序过程本身的惩罚性和对犯罪的谴责性也将失去一定的必要性。^{③9}

因为被害人的权利放弃需要基于被害人的自愿同意,因此诉讼程序尽管可以简化,但也必须履行确认被害人权利放弃真实性和有效性的程序。如果被追诉人仅仅寻求与被害人的和解,那么由于刑事案件被害人无须面对国家机关的追诉压力,也往往不会受到被追诉人的威胁、强迫,自愿性较强,因此确认与被害人的

和解程序并不一定需要由法官审查,也无须过多的程序保障。但对于公诉犯罪而言,国家一般也被认为是秩序破坏的受害者,因此被害人的权利放弃还包括国家公诉机关代表国家的谅解,这种谅解可能出于控诉机关的宽宥、合作或者妥协。^{④0}基于国家强权压力下的和解程序理应值得更加周密的权利保障,因此与国家的“和解”必须充分保障被追诉人权利。在美国,为了保障被追诉人权利,“辩诉交易”一般由检察官和辩护律师进行,双方在传讯的过程中也必须公布答辩协议的存在和性质,法官则必须告知被告人接受辩诉交易的后果。^{④1}

需要注意的是,被害人的权利放弃并不为正式审判程序中对被追诉人权利的扣减提供单独的正当性基础,而只能简化被害人参与诉讼的程序,因此被害人的权利放弃不能简化侦查程序和对被追诉人的权利保障性程序。不过,由于被害人与控诉机关在和解过程中具有优势地位,如果被追诉人不主动认罪且放弃自己的程序性权利,被害人或者控诉机关并不会同意放弃其追诉利益,因此同意谅解成为控诉机关和被害人激励被告人同意放弃权利的手段。^{④2}一旦被害人同意放弃自己的权利,并且被追诉人认罪且放弃自己的程序性权利,那么审判程序可以得到最大限度的简化。

(五) 罪行轻微

纳塔波夫曾经指出:“联邦最高法院早就已经养成了从轻罪案件被告人那里克扣宪法权利的习惯。当法律认为刑罚不严重之日,就是

^{③7} 参见太田达也、武小凤:《刑事被害人救助与刑事被害人权利在亚洲地区的发展进程》,载《环球法律评论》2009年第3期,第154页。

^{③8} 周世雄:《也论刑事和解制度——以湖南省检察机关的刑事和解探索为分析样本》,载《法学评论》2008年第3期,第16页。也有相反观点认为,刑事和解只能是被追诉人与控诉人之间的和解,参见卞建林、封利强:《构建刑事和解的中国模式——以刑事谅解为基础》,载《政法论坛》2008年第6期,第5页。笔者认为,即使是控诉人和被追诉人的和解也只是指控机关代表国家作为被害人和解,本质上也是广义的与被害人和解一部分,在存在被害人的公诉案件中,应当认为国家是第一被害人,行使被害人的主要控诉性权利。

^{③9} 参见江山河、张健:《恢复性司法:国外起源与发展、主要操作模式及中国实践》,载《青少年犯罪问题》2024年第1期,第100页。

^{④0} 参见卞建林、封利强:《构建刑事和解的中国模式——以刑事谅解为基础》,载《政法论坛》2008年第6期,第8页。

^{④1} 参见前注^{③9},[美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·C·迈克尔斯书,第183页。

^{④2} 参见[美]斯蒂芬诺斯·毕贝斯著:《庭审之外的辩诉交易》,杨先德、廖钰译,中国法制出版社2018年版,第6-7页。

对公民定罪草率之时。”^{④③}诚然，罪行轻微是简化程序和扣减追诉人权利的一大理由。美国联邦最高法院最先在希克案中通过对追溯宪法修正案第六款的普通法起源否定了轻罪案件中被追诉人获得陪审团审判的权利。^{④④}在普通法的历史上，并不会“流他人之血”的轻罪长期以来为民事诉讼规则所统摄，程序并不复杂。^{④⑤}只是在贵族与国王的长期斗争中，“血罪”尤其是政治类犯罪中的基本权利程序保障才逐渐借由平等的思潮扩展到了轻罪领域。^{④⑥}这一历史展示了关于早期司法实践中轻重罪分离的正当性基础。但是宗教思想在现代法治国家显然不能再为程序简化提供正当性基础。笔者认为，基于罪行轻微而简化程序的现代正当性基础有二：

一是司法资源的分配正义。罗尔斯曾阐述了两个平等原则以回应分配正义问题，第一原则要求每个人都能在最广泛且基础的自由体系中享有平等的权利。第二原则是社会的不平等可以基于为了实现每一个人的利益和依系于地位和职务向所有人平等开放而存在。^{④⑦}在大多数轻罪案件中，刑事诉讼程序并不涉及人们最为广泛且基础的自由价值。在仅存在罚金的情况下，罚金本身与民法上的惩罚性赔偿金在具体的刑罚处罚效果上相差不大。即使是短期自由刑，也大多可以判处缓刑、易科罚金或者社会服务，^{④⑧}鲍威尔和伦奎斯特大法官甚至认为短期自由刑并不比其他非监禁刑更加严重。^{④⑨}因此，基于轻罪的简化程序可以通过第一原则的检验。基于司法资源的有效性，在不可能为

所有案件提供平等高质的程序保障的前提下，将司法资源节省下来以集中于重要案件的审判，事实上就是关照司法程序中的“更弱势群体”，这实际上满足了罗尔斯的第二种原则，即“差异原则”的要求——不平等是为了更大的平等。因此，从分配正义的角度而言，对轻微犯罪适用的简化程序事实上就是轻微犯罪被追诉人的程序应得，这种程序应得既是发现事实真相的程序应得，^{⑤①}也是被追诉人程序保障的程序应得。

但是从这一正当性基础出发，在轻微犯罪中扣减程序性保障也存在底线。程序应得可以有量的差别，但是不能有质的差别。分配正义原则要求“基于比例平等的原理，即依照几何学的比例，确定各个人之利益与不利益的应得份”。^{⑤②}基于罪行轻重的程序简化也要考虑比例平等。在这一价值理论的指导下，欧洲在司法实践中确立了司法资源分配的合理比例原则。欧洲人权法院在1988年的一项判决中指出，“被追诉人要求获得无罪推定以及要求控方承担证明责任的权利并非绝对，缔约国可以基于对案件重要性，在保障被告人辩护权的前提下对其进行限制”。^{⑤③}2002年，欧洲人权法院则更为明确地认为：“‘进入法院的权利’并不是绝对的，这项权利可以受到不损害被追诉人权利本质的程度限制，只要限制是出于合法的目的，并且采取的手段和目标之间具有合理的比例关系，限制就是合法的。”^{⑤④}因此，克扣程序权利应当符合罪行严重程度的比例并且恪守底线。

④③ [美] 亚历山大德拉·纳塔波夫著：《无罪之罚：美国司法的不公正》，上海人民出版社2020年版，第17页。

④④ See *Schick v. United States*, 195 U.S. 65 (1904).

④⑤ 参见侣华强：《形势与神韵：基督教良心与宪政、刑事诉讼》，上海三联书店2012年版，第3页。

④⑥ 参见李筠：《中世纪：权力、信仰和现代世界的孕育》，岳麓书社2023年版，第227页。

④⑦ 参见[美]约翰·罗尔斯著：《正义论》（修订版），何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2009年版，第47页。

④⑧ 陈志军：《轻微犯罪立法的反思与完善》，载《国家检察官学院学报》2018年第3期，第79页。

④⑨ *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972).

⑤① 参见龙宗智：《刑事诉讼论》，法律出版社2021年第1版，第204页。

⑤② 易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012年第4期，第65页。

⑤③ *Salabiaku v. France*, no. 10519/83, (Oct 7, 1988).

⑤④ *Västberga Taxi Aktiebolag And Vulic v. Sweden*, no. 36985/97, (Jul 23, 2002).

二是刑罚的相称性。这一理论的正当性基础来源于刑罚正义。消极的责任主义禁止基于预防的目的超越责任刑确定刑罚,因此罪行一旦确定,被追诉人的刑罚上限即已确定。刑罚的本质是国家施加的惩罚,这种惩罚是一种因为违反刑法而由人类引发并且施加给犯罪人的恶害。^{⑤4}但恶害并不只能通过立法规定的刑罚满足,这一恶害只要表达与“罪恶量”相同的“痛苦量”,就具有正当性。^{⑤5}因此,追诉程序本身给被追诉人带来的不利影响也应算入“痛苦量”。美国学者菲利通过大量的实证研究论证了程序本身带来了司法机构和被追诉人在轻罪案件中难以承受的成本。他认为,正当程序本身产生的效果可能是微不足道甚至是相反的,对于被追诉人来说,主张权利需要支付高额的诉讼时间成本、律师费用等,因此一个被追诉人他主张权利的成本经常比丧失的权利本身还大。^{⑤6}在程序本身即为惩罚的情况下,如果轻罪罪行所对应的国家惩罚总量较少,那么哪怕是为了被追诉人的利益,繁重的程序本身也会成为“超额”的惩罚。因此,在轻罪中简化诉讼程序也成为控制惩罚量的必要措施之一。

由此可知,基于轻罪的程序简化具有独立于其他程序简化因素的正当性基础。在司法资源有限和程序本身即惩罚的情况下,无论是向轻罪案件的真实发现倾注过多的调查资源还是给予被追诉人过多的程序保障,似乎都不再具有正当性。因此,即使案情并不绝对清晰,被追诉人也并未放弃任何权利,刑事诉讼程序也可以建立一套独立的简化程序。基于上述论证,只要简化后的轻罪诉讼程序仍然可以保障被追诉人不被随意地定罪,程序就具有正当性。

四、简化因素的搭配与组合:简化的诉讼程序设计

被追诉人的权利放弃、犯罪事实的明确性、

犯罪性质、被害人的权利放弃、罪行轻微构成了简化程序的五种主要适用条件。但是不同的因素具有不同的正当性基础,而不同的正当性基础只能为特定的程序简化提供理由。例如被告人的权利放弃只能简化由其行使权利带来的保障性程序,犯罪事实的明确性只能简化事实发现的有关程序。在五种简化因素的不同搭配组合下,刑事诉讼程序可以呈现出更加多样的简化形式。在各国纷繁复杂的简化程序实践中,有两种主要的程序简化模式:一是基于一元因素的程序简化,如战时军事司法程序、世界各国的轻罪程序等;二是基于多元因素的程序简化,如德国的处罚令程序等。

(一)基于一元因素的程序简化

刑事诉讼程序以发现真实和保障人权为目的,在大多数情况下,这两种目的往往在同一个程序过程中存在,例如被告人出庭庭审并要求与证人对质,这既是被告人的诉讼权利也是发现真实的过程。在两种目的同时存在的情况下,如果仅仅因为被追诉人的权利放弃或者犯罪事实明确而简化程序,正当性并不充足。因此基于一元因素的简化程序一般需要同时具有简化真实发现和扣减被追诉人诉讼权利的正当性理由,这种程序在实践形态上并不多,主要表现为战时军事司法程序等特别性质犯罪的诉讼程序与轻罪诉讼程序。由于战时军事司法程序适用的时空条件受到较大限制,因此本文主要阐述轻罪诉讼程序。

法国刑法长期以来将犯罪分为重罪、轻罪和违警罪,并且对于不同的罪行确立了不同的管辖法院和诉讼程序。法国刑事诉讼法第二卷第二编专门规定了轻罪的审判程序。相比于重罪案件,轻罪案件可以不经预审,确立法院系属的方式更加多样,也无须经过繁杂的陪审团准备程序,在庭审中,法官适用传闻证据也存

^{⑤4} 参见[德]诺伯特·霍斯特著:《何以刑罚?》,王芳凯译,北京大学出版社2023年版,第6页。

^{⑤5} 参见杜宇:《司法观的“交战”:传统刑事司法VS恢复性司法》,载《中外法学》2009年第2期,第234页。

^{⑤6} 参见[美]马尔科姆·M.菲利:《程序即是处罚——基层刑事法院的案件处理》,魏晓娜译,中国政法大学出版社2014年版,第263页。

在更多的例外以方便庭审调查的快速进行。^{⑤7}轻罪案件中的程序简化只需要满足案件系属轻罪法院审判即可，而不需要满足其他的简化因素。与此类似，香港刑法将有关的犯罪明确分为“可公诉罪行”和“可循简易程序审讯”的犯罪，并且每一种罪行在刑法典中都会载明该罪应当通过什么程序诉讼，例如“游荡罪”就只能通过“可循简易程序审讯”定罪。“简易程序”只能在香港裁判法院通过法官审判，不适用与陪审团有关的程序。根据裁判法院的审判权限，“简易程序”的适用对象主要为轻罪。^{⑤8}需要注意的是，虽然在这部分地区，轻罪案件已经相比重罪程序进行简化，但是轻罪程序内部依旧可以区分轻罪普通程序和轻罪简化程序。由于罪行较轻这一因素为简化程序提供的正当性依据较弱，因此各地在适用更进一步的简易式程序时，往往还要求案件存在其他可以简化程序的因素，这也就是基于多元因素的简化程序。

（二）基于多元因素的程序简化

从理论上来说，任何上述五种因素的排列组合都可以设计为一种独特的简化程序。因为轻罪案件伴随着案情简单，事实较为容易被调查清楚。在被追诉人同意放弃权利的情况下，被追诉人也往往会认罪并且配合国家机关的调查，并且积极主动赔偿，因此部分因素具有牵连性。据观察，世界各国的程序简化改革中形成了四种典型的多元因素的程序简化模式。^{⑤9}

1. “罪行轻微 + 案件事实清楚”模式

这组因素搭配下的简化程序，如法国的“以笔录进行传唤通知程序”和“立即出庭程序”。此类程序主要适用于现行轻罪的诉讼程序，并

且程序的简化主要体现在侦查和庭前准备阶段，例如可以简化起诉方式和传唤方式等。但是由于缺乏被追诉人的权利放弃，这一类案件依旧需要经过较为正式的庭审程序。被告人虽然可能无法对立即的到庭提出异议，但是可以在法官面前表达推迟庭审的意愿。由于此类简化程序的限制较多，且大多需要依靠被追诉人的配合，因此更为简易的程序基本还要求被追诉人同意放弃权利。

2. “被追诉人权利放弃 + 案件事实清楚”模式

这组因素搭配下的简化程序典型有我国的“简易程序”和美国的“有罪答辩”。美国的“有罪答辩”程序常常被误认为是基于刑事和解的程序简化。但笔者认为，美国联邦最高法院在1970年奥尔福德案中将“有罪答辩”确立为基于被追诉人权利放弃和案件事实清楚的程序简化事由。在该案中，奥尔福德面临可能判处死刑的犯罪，但是美国联邦最高法院认为即使被告人宣称自己是无辜的，但是只要他明智地放弃自己的权利，并且有关的证据也充分证实他已经犯罪，那么法院就可以对其不经审判判处其监禁刑。^{⑥0}因此，美国的“有罪答辩”程序是基于被追诉人权利放弃和案件事实清楚的简化程序。理论上而言，这类程序即使完全放弃审判也具有充分的正当性基础，但是基于确保被追诉人放弃权利的有效性，此类案件应当单独设计有确认权利放弃有效性和确保案件真实的独立程序。近年来，美国的有罪答辩程序已经因为过分的简化和不充分的权利保障使其备受诟病。^{⑥1}而我国的“简易程序”实践效果也不孚众望。基于此类简化程序无法在提高诉讼

^{⑤7} 参见[法]贝尔纳·布洛克著：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社2009年版，第468-510页。

^{⑤8} See Cancy Liu, *Criminal Procedure in Hong Kong*, Thomson Reuters Hong Kong Limited, P.222-224.(2021).

^{⑤9} 下述各国程序范例参考[法]贝尔纳·布洛克著：《法国刑事诉讼法》，罗结珍译，中国政法大学出版社2009年版；[日]田口守一著：《刑事诉讼法》（第七版），张凌、于秀峰译，法律出版社2019年版；[德]克劳思·罗科信著：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版；黄道秀译：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，中国民主法制出版社2021年版。

^{⑥0} North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970).

^{⑥1} See M áximo Langer, *Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions*, Annual Review of Criminology, Vol. 4:377-411, p.378-379(2020).

效率同时保证质量,因此在后果权衡的角度下,^{⑥2}更多的国家和地区适用极其简易式审判时,在被追诉人权利放弃和案件事实清楚的基础上还要求罪行轻微。

3. “被追诉人权利放弃+罪行轻微+案件事实清楚”模式

这组因素搭配下的典型的简化程序有法国的“审前认罪出庭程序”“轻罪简易程序”“违警罪的刑事裁定书程序”、俄罗斯的“被告人同意指控的特别程序”、日本的“略式裁判程序”“即决裁判程序”“简易审判程序”、德国的“处罚令程序”“简易审判程序”等。同一国内可能存在多种这一模式的简化程序,但是基于各国对于罪行轻微的程度划分了不同的等级,因此这类程序内部又可因罪行程度存在简化程度的差异。这一类程序的总特征是审判过程和证据调查程序均极其简化,大多在证据调查环节适用自由证明,且并不禁止传闻证据,而采取简单的传唤程序等方式简化程序,在只判处罚金刑和短期监禁刑的情况下还可以省略言辞庭审进行书面审判。在罪行更加轻微的案件中,不少国家还可以依据检察裁量权通过侦查转处分或者起诉转处分对案件进行非刑事处理,如英国的“警察警告程序”^{⑥3}、日本的“微罪处分程序”。^{⑥4}

在这三种简化因素搭配下的简化程序可以最大限度地简化程序,但是同样地需要保障被追诉人同意放弃权利的自愿与明智。为了保障这一条件,在这一程序中均应当设立中立的第三方审查程序,并且司法机关应当充分履行对被追诉人的权利告知义务,为其提供绝对的法律帮助,并允许其提出有限的上诉以纠正不自愿或者不明智的权利放弃。^{⑥5}在被追诉人不具有作出权利放弃的理性条件时,也应当绝对禁

止适用简易式程序。除此之外,尽管对抗制的审判可以省略,但是因为被害人的权利同样值得尊重,因此被害人的程序参与权也不可忽略。部分国家就赋予了被害人消极的程序排除权,即在被害人提出异议的情况下不得适用这类简化程序。为尊重被害人权利的程序,即使轻罪案件被追诉人放弃自身权利,程序依旧需要保障被害人拥有向法院陈情的权利。

4. “被追诉人权利放弃+罪行轻微+案件事实清楚+被害人权利放弃”模式

在这四种因素搭配下的简化程序几乎具有省略整个审判程序的正当性。这种形式的程序可见于法国的“刑事和解程序”。该程序适用于五年以下的轻罪,在该程序中,检察官可以要求被追诉人缴纳“和解罚金”或履行特定的行为,如存在受害人的案件,则必须向被害人进行赔偿。此时,这项和解协议一旦由法官批准执行,便可以直接消灭公诉。因此实际上,这种简化程序除了具有保障被追诉人权利放弃真实性和有效性的法官确认程序外,几乎已经省略了审判程序中的所有步骤。我国的速裁程序原则上也是此类程序,在涉及三年以下徒刑的案件中,如果被追诉人认罪认罚并且同意适用速裁程序并取得和解的情况下,案件即可适用速裁程序。虽然仍然需要开庭,但是除了法官需要确认被告人认罪认罚的自愿性和明智性外,速裁程序的审判已经几乎没有实质性内容。

(三)我国多元的简化程序的具体构建

我国有必要继续丰富简化程序种类,并根据不同的简化因素对不同的简化程序做出恰当的规定与调整。这种多元化的简化程序体系需要满足两个要求:第一,程序内容越是简化,就需要越多的正当性简化因素;第二,不同的简化因素只能正当地简化其对应部分的程序内

^{⑥2} 参见林钰雄:《刑事诉讼法(下)》,新学林出版股份有限公司,2020年版,第335页。

^{⑥3} 参见马克:《从英国警察警告制度看我国警察轻罪处分权之构建》,载《河南司法警官职业学院学报》2017年第1期,第57-59页。

^{⑥4} 参见辛素、秦文超:《日本微罪处分制度及其借鉴意义》,载《预防青少年犯罪研究》2012年第2期,第89-92页。

^{⑥5} 参见前注⑦,李本森文,第121页。

容。否则,我国的程序简化改革就会存在既难以提高效率,又难以保障人权和司法公正的困境。

1. 建构具有梯级层次的简化程序体系

目前,我国的简化程序体系的梯级结构并不明显,速裁程序拥有最多的正当性简化因素,但是却仍然需要经过庭审。对速裁程序保留庭审当然基于我国现实的考虑,但是这种程序不够简化也是我国速裁程序适用率没有达到理想预期的原因之一。因此,笔者认为,在现有的两种简化程序上,还可以增加两种程序。

第一,增加书面审理程序。笔者认为,对于犯罪后果更加轻微的案件,如判处有期徒刑缓刑、拘役、罚金的案件,在被告人同意放弃程序权利、认罪认罚并取得被害人谅解或者和解的情况下,检察官可以直接向法院起诉并建议适用书面审理程序。由于认罪认罚同时要求被告人与公诉机关进行充分的协商,因此,在存在有效律师帮助下的控辩协商后,检察机关可以向法院提出格式化且协商一致的书面量刑建议,法官通过在案证据和对被告人认罪有效性的再一次确认后可以直接认可控辩协商后的量刑结果,并且制作不必载明事实认定理由的简易判决书。^{⑥⑥}

第二,增加全流程简化诉讼程序。笔者认为,对于轻罪现行犯或者犯罪情节极其简单的案件,在被告人认罪认罚且同意适用速裁程序的情况下,可以适用“侦—诉—审”的全流程简化程序;在被告人不同意的情况下,也可以适用“侦—诉”的审前程序简化程序。^{⑥⑦}

具体而言,在“侦—诉”的审前程序简化模式下,侦查机关可以将拘留的被告人直接交由检察机关起诉,而跳过审查逮捕和移送审查起诉的程序,在被告人未被拘留的情况下,则可以在起诉后由法院直接传唤其到庭。在被告人同意适用速裁程序的情况下,检察官还可以直接建议启动速裁程序。实践中,这种“侦—诉—审”的全流程简化机制在我国早现端倪,^{⑥⑧}不少地区还创造了“48小时”快速审理机制,^{⑥⑨}但这种做法缺乏立法的指导,也不能保障被告人认罪认罚的自愿性和真实性,因此仍需进一步的完善。

2. 建构简化程序的制度保障

简化程序的确可以增进刑事诉讼效率,但是任何的简化都有一定的限制。魏根特探究了刑事诉讼所不可放弃的原则,这些原则包括三个方面:一是被告人不可以放弃获得有效律师帮助的权利;二是审判的中立性不可放弃;三是发现实质真相的努力不可放弃。^{⑦⑩}正如本文所述,缺乏有效的律师帮助,被告人就不可能真正认识到他放弃了什么,哪怕是放弃获得律师辩护的权利,值班律师和法官们也应当充当法律帮助者的角色。缺乏审判的中立性或者放弃实质真相的努力都将直接危害刑事诉讼这一概念本身。公正性和真实性是刑事诉讼法的根本性指导原则,是“功能良善的刑事司法的任务”^{⑦⑪},因此哪怕被告人一心求刑,司法机关也不能放弃对真相和公正的追求。

有鉴于此,第一,在任何基于被告人权利放弃而简化的诉讼程序都必须充分保障被追

^{⑥⑥} 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122-123页。

^{⑥⑦} 参见前注⑨,陈瑞华文,第10页。

^{⑥⑧} 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16-17页。

^{⑥⑨} 参见范跃红、白思静:《亮点!浙江杭州富阳区:建立轻微刑事速裁程序案件48小时办理机制》,载最高人民检察院官网, https://www.spp.gov.cn/spp/zdgz/202007/t20200726_473896.shtml, 2020年7月26日发布;《简案速裁有多快?看荔城48小时...》,载微信公众号“荔城检察”,2021年11月23日上传。

^{⑦⑩} 参见[德]托马斯·魏根特:《刑事诉讼法中不可放弃的原则》,樊文译,载中国政法大学诉讼法学研究院网站, <http://www.procedurallaw.cn/info/1013/5482.htm>, 2006年12月11日发布。

^{⑦⑪} [德]维尔纳·薄逸克、萨比娜·斯沃博达:《德国刑事诉讼法教科书》(第15版),程捷译,北京大学出版社2024年版,第4页。

诉人获得律师帮助的权利。一方面,这有赖于法律援助制度的不断完善,包括投入更多的资金,培养更多的人才;另一方面,有效的律师帮助需要程序制度的进一步完善,包括确立律师在讯问或者提审时的在场权,并且要求值班律师必须在法官确认认罪认罚有效性之前会见一次当事人。第二,在任何程序中都不得放弃公正审判的基本原则,即司法机关不能失去其中立性,也永远不能罔顾真相而对无辜的被告人定罪,这就要求取证程序虽可简化但不可缺少,并且即使被追诉人认罪认罚,也应当有其他证据印证才可定罪。第三,被害人的权利在其没有放弃的情况下也不可被简化,这就要求赋予被害人消极的程序选择权,允许被害人通过异议排除某些简化程序的适用,或者额外赋予被害人的参与认罪认罚或单独向法官陈情的

权利,或者在刑事诉讼过程外充分考虑被害人未实现的权益,如允许被害人发动独立的民事诉讼。

综上所述,程序的简化原理在于,在被追诉人的权利放弃、犯罪事实的明确性、犯罪性质的特殊性、被害人的权利放弃、罪行轻微这五种正当的简化因素的搭配下,减少不影响刑事诉讼根本价值目标的重复性程序内容。由于不同的简化因素背后的正当性基础不同,所以可以搭配形成程序内容不同、程序繁简程度不同的简化程序。不同的程序应当合理满足司法实践中的不同案件的司法资源需求。我国应当调整和丰富我国的简化程序种类,并且加强简化程序中的程序正当性保障。如此,才能在最大地提高我国刑事诉讼效率的同时,保障最低限度的程序正义。

Exploring the Multiple Factors of Simplifying Criminal Procedures: On the Construction of Diversified Simplified Procedures in China

Li Shengxuan

(Peking University, Beijing, 100871)

Abstract: In recent years, with the legalization reform of ordinary procedures, the sharp increase in criminal cases, and changes in criminal structures, China's judicial system is facing heavy case pressure, and it is imperative to establish various simplified litigation procedures. However, the simplification of ordinary procedures means a reduction in the rights of the accused and a weakening of the function of truth discovery, which must be justified. The abandonment of the rights of the accused, the clarity of the facts of the crime, the particularity of the nature of the crime, the abandonment of the rights of the victims, and the severity of the crime are the five legitimate factors for simplifying the procedure. Based on different justifications, the content and limitations of the program that can be simplified by these factors also vary. The combination of different simplification factors can form various simplification programs with different degrees of simplification and simplified contents. There are currently significant deficiencies in the structure of program types in our country. Not only are there fewer types of programs, but the expedited procedure has no unique characteristics compared to the simplified procedure and cannot respond to the changes in the criminal structure and the increasing pressure of cases in the era of minor offenses. Therefore, it is necessary for our country to establish diverse simplified procedures based on different legitimate reasons.

Key words: management of minor offenses; procedure simplification; summary procedure; fast-track criminal trial procedure

(责任编辑: 天下溪)

主体区分立场下诈骗行为的限缩认定

姜文智, 周清清

(中国政法大学, 北京 100088)

摘要: 诈骗行为的判断不是固化的, 需要根据行为主体作出不同认定。由于民事主体、商事主体和行政机关存在天然的能力差距, 进行区分认定不违背平等原则。商事主体的营利性、商业性决定其以完成交易为主要目的, 商业行为中存在的一般夸张不是诈骗行为, 而是具有社会相当性的日常举止。相较而言, 民事主体的缔约能力较弱, 应限缩不作为诈骗的成立, 对于利用系统漏洞、薅羊毛的行为应予以出罪。行政机关作出行政给付行为时, 其目的是实现公共福利, 当申请人或行政相对人部分文件的造假行为无碍目的实现时, 不属于诈骗行为。

关键词: 诈骗行为; 平等原则; 整体财产说; 目的失败理论

中图分类号: D924.35

文献标志码: A

文章编号: 2095-1140(2024)05-0076-09

诈骗罪是财产犯罪中的重要罪名, 诈骗行为随着时代发展而异其特征。目前, 存在将单纯的薅羊毛、投机、不诚信的行为认定为诈骗罪的趋势, 有通过行为人内心动机不纯而左右行为认定的倾向。刑法是法益保护法, 但并不禁止任何侵害法益的行为; 刑法是社会经济的保障法, 但诈骗罪的过度适用无助交易安全的维护反倒有损于商业发展。本文拟从典型案例中发掘诈骗罪认定的扩张趋势, 主张将当事人的主体类型区分为一般民事主体、商事主体和行政机关而进行不同的认定, 从而适当限缩诈

骗罪的成立范围。

一、诈骗行为认定的不当扩张

案例 1.9 名行为人从 2019 年起, 以免费乘机旅游并发放旅游补贴为名, 通过网络广泛招募乘机人员, 并垫付资金购买高延误率、高取消率的航班机票。行为人在未告知乘机人的情况下, 自行代理乘机人以重复录入、重复投保多家公司的方式购买多笔大额航空延误保险产品, 待所乘航班发生延误后用乘机人的名义进行索赔, 涉案金额超过 2000 万元。^①同类案件早已发生, 并引发刑法学界的广泛讨论。^②

收稿日期: 2024-06-28

基金项目: 2021 年度国家社科基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”(21&ZD209)

作者简介: 姜文智, 男, 中国政法大学博士研究生, 主要研究方向为刑法学; 周清清, 女, 中国政法大学硕士研究生, 云南省威信县人民法院法官助理, 主要研究方向为中国刑法学。

① 《涉案金额 2000 多万! 北京首例航空延误保险诈骗案告破》, 载光明网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1765779032396778576&wfr=spider&for=pc>, 2023 年 5 月 3 日发布。

② 《女子利用航班延误牟利近 300 万, 是否构成犯罪各方观点不一》, 载新华网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1669194167760232796&wfr=spider&for=pc>, 2020 年 6 月 11 日发布。

案例2.从2018年开始,行为人以牟利为目的,通过网络非法获取他人身份信息,并使用软件制作3D头像,从而通过支付宝的人脸识别验证系统,注册支付宝账户。支付宝会对邀请新用户注册的行为人发放红包奖励,每个新注册的支付宝账户至少能够获得28元的收益,法院判决行为人成立侵犯公民个人信息罪、诈骗罪,数罪并罚。^③与此类似,2019年,行为人到农村采集居民身份证信息,后通过人脸识别、声纹识别等方式进行活体验证,将非法获得的他人信息用于实名认证多张移动或联通的手机卡,并用手机号注册京东、淘宝等平台以获得邀请新人注册的红包奖励,法院认定成立非法获取公民个人信息罪。^④

案例3.陈某某在长沙经营一家文化传播有限公司,经营范围是文化活动、商务活动的组织和策划。湖南卫视与该公司多次签订合作协议,在2012年12月30日前,该公司可根据相关单位授权以湖南卫视节目公司名义在湖南地区举办才艺比赛活动。2013年1月,合同到期后,陈某某仍旧与其妻子租用酒店举办晋级选手的决赛,并组织部分选手到北京参加全国总决赛。一审法院认为陈某某冒用有关机构的名义举办海选活动对晋级选手收取参评费34600余元已成立诈骗罪。^⑤

案例4.2002年,原物美控股集团有限公司董事长张文中获悉国债贴息政策以及原国家经贸委正在组织申报国债技术改造项目后决定申报。为图方便,张文中决定不以物美集团名义申报,而是以诚通公司下属企业名义申报并获得该公司董事长的同意。^⑥本案中虽然存在名义上的欺骗,但是国家提供的国债技改贴息资金3190万元实现了给付目的——帮助企业进

行物流和信息化建设,因此不存在财产损失,但原审法院认定张文中成立诈骗罪。

“实质刑法的基本立场是以形式正义为前提,力图实现处罚值得处罚的法益侵害行为之实质正义。”^⑦以上案例都被(或曾被)认定为诈骗罪,其本质是认为只要行为人实施任何欺诈行为,被害人也对此发生误解的场合就能肯定诈骗罪的成立,没有区分主体对被害人的同意进行实质考量。在市场经济的背景下,企业和个人之间能力差异巨大,企业成为经济纠纷的主体,个人参与的经济活动也大多将企业作为相对方,商事主体依赖于其丰富的市场交易经验,对合同义务作出详尽的规定,使得个人常常因违反合同义务成立诈骗。而商业活动中无法避免地需要对产品、资历、前景等进行夸大,一般认为“像商人等使用交易上某种程度的夸大来吹嘘商品,是日常生活中一般可见到的,不能说是欺骗人的行为”^⑧。但法院的裁判似乎不承认这种枯燥生活上的调剂品、商业活动的惯用花招,积极将夸大的商业宣传认定为犯罪。同时个人和企业民主政权之下,不再消极接受行政机关的行政命令,而是既有可能接受行政机关的行政给付,享受福利国家的待遇,又有可能与行政机关直接合作订立行政协议,此两者都导致行政机关成为诈骗罪的被害人。相对地,个人和企业也有因欺诈入狱的风险。本文主张从主体区分的立场出发,对商事主体、行政机关的交易目的进行定型化限制,商事主体以营利为唯一目的,行政主体以公共利益为唯一目的,目的实现就不存在被骗。针对不同主体的行为特性,应允许适当“商业欺骗”存在,承认“薅羊毛”属于法无禁止的非犯罪行为,排除对行政给付中非关键性文件伪

③参见浙江省衢州市中级人民法院(2019)浙08刑终333号刑事裁定书。

④参见山东省曲阜市人民法院(2020)鲁0881刑初244号刑事判决书。

⑤参见湖南省湘西市人民法院(2013)湘法刑初120号刑事判决书。

⑥参见河北省中级人民法院(2008)衡刑初字第22号刑事判决书、河北省高级人民法院(2008)冀刑二终字第89号刑事判决书、最高人民法院(2018)最高法刑再3号判决书。

⑦刘艳红:《形式入罪实质出罪:无罪判决样本的刑事出罪机制研究》,载《政治与法律》2020年第8期,第135页。

⑧[日]大塚仁:《刑法概说(各论)》(第3版),冯军译,中国人民大学出版社2009年版,第278页。

造的人罪。法益不被类型化将导致法益权衡成为无法完成的任务, 诈骗罪中如果不对主体进行类型化区分, 则过于个别化的认定将使诈骗罪丧失规制机能。

二、主体区分立场下诈骗行为限缩认定之提出

(一) 主体区分的理论依据

1. 进行主体区分能够实现实质正义

诚然, 在市场经济的背景下, 法院不愿成为人民的讨债公司, 市场经济的参与者应该自行去承担在交易上所可能存在的风险。并且, 意思自治的结果就是风险自负, 自由的后果也是自我负责。法律平等制度的设计本身就是以承认社会生活中个人起点不平等为前提, 法律的作用在于赋予每个主体有自由选择参与社会活动的权利, 一旦参与, 社会活动的规则便对其一视同仁。^⑨但这种形式的平等遭到了恩格斯的严厉批判: “法律上的平等就是在富人和穷人不平等的前提下的平等……简括地说, 简直是把不平等叫做平等。”^⑩但光有理论上的实质平等理念不足以说明为何要进行不同主体的区分, 毕竟任何一个观点从学理上出发都能找到截然相反的论据。不过, 民事主体与商事主体间的区分存在法律依据。

《中华人民共和国消费者权益保护法》区分了经营者和消费者, 对消费者进行了倾斜性的保护, 其中第 26 条规定经营者在经营活动中使用格式条款的, 应当以显著方式提醒消费者注意, 有重大利害关系的内容还应按照消费者的要求予以说明。排除、限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等的条款无效。换言之, 从契约自由的角度出发, 消费者和经营者之间应该是完全平等的, 经营者不负有说明义务, 消费者自愿接受合同的场

合应该肯定意思表示的效力, 但是社会的贫富差距以及经济地位的悬殊导致经济上的弱者处于不利地位, 机械地坚持契约自由最终的结果导致劳动者和消费者只有不工作、不订立合同的自由, 丧失平等生存和发展的机会。^⑪2020 年《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》) 亦将格式条款的规定予以吸收, 同时要求对格式合同存在两种以上解释的应该适用不利于格式合同制作者一方的解释。因此, 在诈骗罪的认定中, 应该以适用格式条款的消费者的平均的、合理的解释为标准。如果此种解释能够得出格式条款制作方目的实现的结论时, 不应认定行为人成立诈骗。行政协议涉及行政主体与行政相对人, 按照依法行政原则, 依法中的法指涉的是成文法源与不成文法源, 《民法典》作为成文法源对行政法具有约束力。此外, 《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第一条将行政协议定义为行政机关与公民、法人或者其他组织协商订立的协议, 说明行政协议仍旧是合同的一种, 自然应该适用《民法典》。因此, 主体的类型区分不是学理的一厢情愿, 而是民法规范的要求。

2. 进行主体区分能够实现实质出罪

在航班延误险的案件中, 保险合同中并未要求投保人实际乘坐航班, 更未禁止投保人经过精准计算后“投机”性购买保险。但部分学者认为, 行为人签订保险合同后具有保证人地位, 合同成为其义务来源, 其有义务说明实际上并未乘坐飞机, 因此不存在航班被延误的事实, 其未予说明而直接理赔属于不作为的诈骗。^⑫还有人认为, 行为人所参照的天气预报准确率达到 80% 以上, 此时属于恶意购买保险, 并未参与保险中的风险分配, 属于法所不允许的风险。^⑬前一种观点滥用诚信原则, 司法解释中

^⑨参见李邦友:《论刑法平等原则的理论基础》,载《现代法学》2002年第6期,第108页。

^⑩参见《马克思恩格斯全集》第2卷,人民出版社1957年版,第647-648页。

^⑪参见施启扬:《民法总则》,三民书局2014年版,第43页。

^⑫参见郑天城:《利用规则漏洞骗取航空延误险行为的刑法教义学检视》,载《江西警察学院学报》2020年第5期,第95页。

^⑬参见曾军翰:《李某航班延误保险诈骗案法理探究》,载《刑事法评论》2022年第1期,第552页。

明确规定投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容,^⑭因此只有在保险人订立合同时明确对是否乘机作出要求时,投保人才有作为义务,诈骗罪的保护法益是财产而不是诚实信用原则,不能将任何违背诚实信用原则的行为都解释为诈骗。^⑮后一种观点曲解了客观归责理论,法所允许的风险并不区分风险的大小,登山、搏击、跳伞、开车之间的风险是不同的,但都是法所允许的风险,一旦作为法所允许的行为之后,不能再因为其中某种行为的危险较大否定其合法性。

而且实际上只要结果发生,该事件导致危险的概率就是100%,通过所谓的危险程度限制法所允许的风险,等于以客观归责废除客观归责。实际上,认为保险是投保人遭遇风险时的补偿方式而不是个人盈利工具的观点也并不成立,这仅仅是保险制度预设发挥的功能,至多作为倡导性的法律原则,无法发挥行为裁判功能。同时其所针对的是整个保险制度的宏观配置,不指导具体的保险行为。可行的思路是淡化诚实信用原则,而对交易目的进行实质的判断。一个没有预先查询天气预报的人购买延误险,其目的也根本不是为了向社会的深口袋(保险)作出自己的贡献,也不是想为别人分担风险,就是想在延误时获得赔偿,而保险公司在获得保险金的同时也接受这种可能赔付的风险。

将普通乘客换为行为人也并没有任何事实上的不同,唯一的差异就在于行为人的主观因素,因此如果认为主观的差异决定违法性的认定则无异于主观刑法。而案例4中,行政机关补贴的要求之一当然包括申请人各项资质都符合要求,因此行为人成立诈骗罪似乎符合目的失败理论,但这样的目的认定过于宽泛,因为

行政主体的存在并不是为了谋求自身的利益,其完全基于公共社会生活的需要而存在,“行政法学体系及其基本范畴和原理都应建立在公共利益本位之上”^⑯。换言之,只要行为实现了团体成员的共同利益,其行为的目的就达成了。缺乏主体的类型化,导致具体案件中成熟的商业主体自己造成的规范漏洞大量通过诚信原则填补,不利于其完全表达自身意愿,消费者的行为结果难以预测;行政机关非基于公共利益的形式要求未能实现也被解释为目的失败,不仅增加了行政成本也使行政相对人的合作意愿受挫。由于行政机关并不经常作为诈骗罪的行为人而只是作为被害人,因此其特殊性体现在目的唯一,即公共利益上,基于行政管理的需要作出的要求不作为交易目的,对其发生错误认识的不影响承诺效力,后文不单独将此列出。

(二) 主体区分的规范类型

各种价值观在刑法中需要先进行类型化,将其具体内容和边界予以明确才能对司法运作发挥指引功能。考夫曼认为,立法者的首要任务就是描述各种“类型”,而立法的成功与失败,全靠立法者能否正确地掌握“类型”。^⑰

1. 应该区分民事主体与商事主体

从《刑法》分则的罪名规范来看,商事主体被作为与民事主体不同的行为主体对待。例如《刑法》分则第三章的章节名称为破坏社会主义市场经济秩序罪,所谓经济秩序“主要包括商品的生产、流通秩序,对外贸易秩序,对公司、企业的管理秩序,税收征管秩序以及市场活动秩序等等”^⑱。单纯的民事主体之间的交易虽然也涉及经济往来,但并不可能影响经济秩序。

以生产、销售伪劣产品罪为例,立法背景

⑭ 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》(法释〔2020〕18号)第6条。

⑮ 参见张明楷:《催收非法债务罪的另类解释》,载《政法论坛》2022年第2期,第5页。

⑯ 周佑勇:《中国行政法学学术体系的构造》,载《中国社会科学》2022年第5期,第109页。

⑰ 参见[德]亚图·考夫曼:《类推与事物本质——兼论类型理论》,吴从周译,台湾学林文化事业公司1999年版,第115页。

⑱ 冯军、梁根林、黎宏主编:《中国刑法评注》(第2卷),北京大学出版社2023年版,第1381页。

即为该行为“损害广大消费者的切身利益”^{①9}。换言之, 预设的行为人为商事主体。即使从诈骗类犯罪的规定来看, 民事主体与商事主体之间的区分也明显存在, 基本可以认为只有诈骗罪是以双方都为一般民事主体为法律预设类型的, 其余罪名都涉及商事主体, 从而形成民事主体与民事主体、民事主体与商事主体、商事主体与商事主体的组合。例如, 《刑法》分则第三章第五节的金融诈骗罪中, 贷款诈骗、票据诈骗、信用证诈骗、信用卡诈骗、有价证券诈骗、保险诈骗的行为对象绝大部分都是成熟的商事主体, 如银行等。集资诈骗的行为人多数为单位实施, 即使个人实施也多以公司、企业这样典型的商主体为名义进行。而对此类诈骗犯罪, 司法解释都对数额作出较高的要求, 正是考虑到了尽管认定损失的标准是相同的, 但是财产对于不同主体具有的价值和意义是不同的。

2. 应该区分行政机关与行政相对人

以行政协议为例, 我国早期研究认为国家和人民的地位不平等, 不存在国家和人民缔约的可能性。但依照民主法治国家的观念, 人民不是国家或者政府的属民, 而是独立的法律主体, 行政契约不仅合法而且是必要的。同时, 由于现代政府的转型, 现代国家不再是追求小而美的政府, 而是追求理想的政府。行政机关的任务不再局限于社会秩序的维护、经济秩序的保障, 还需对公民的生存和发展提供积极的帮助。^{②0}因而, 行政机关不但常常和行政相对人合作, 还常常对国民作出给付行政。这期间出现了冒用农民户口虚构交易骗取家电下乡补

贴、借牛应付检查获得政策补贴、未达补贴要求但将补贴全部用于农业经营开发、超额申报燃油补贴但用于客车实际使用人、无承包合同但实际经营鱼池要求补偿、无产权证获得拆迁补偿、对非关键性材料虚报套取专项资金但符合淘汰产能政策的无罪案件。^{②1}从上述判决中可以获知, 针对行政机关的诈骗认定, 是否满足基本的行政给付条件是主要判断标准, 形式上的资质、证书、证明等并未作为给付的主要目的。法律解释需要随时注意社会文化制度的变迁, 参照社会普遍价值, 对结论进行修正。面对强势的商事主体、行政机关, 一般民事主体天然不具有交易上的优势, 其作出明确要求的内容还需考察其要求是否与盈利、公共利益有关, 其未作出明确要求的场合则禁止通过诚信原则填补实现扩大入罪。

三、主体区分立场下诈骗行为限缩认定之展开

(一) 商事主体诈骗行为的限缩

1. 社会相当性的引入

商事主体首先是民事主体(或曰私法主体), 商事主体应当独立于民事主体。^{②2}传统理论对商业夸大宣传的出罪有两种路径, 一是认为部分夸张仅仅属于价值判断, 不是事实判断, 本身就不属于欺骗行为。例如, 宣传自己的弩马是体格健壮的好马不成立诈骗, 但是说自己的马曾经获奖则属于事实欺诈成立诈骗;^{②3}对疗效进行夸张宣传的不成立诈骗, 但是宣称其疗效具有科学实验证明的则成立诈骗。^{②4}其根本理由是认为价值判断不存在真假, 无法被

^{①9} 黄永主编:《中华人民共和国刑法立法背景与条文解读(上册)》, 中国法制出版社2021年版, 第303、304页。

^{②0} 参见周佑勇:《中国行政基本法典的精神气质》, 载《政法论坛》2022年第3期, 第76页。

^{②1} 参见湖南省泸溪县人民检察院泸检刑刑不诉〔2015〕19号不起诉决定书、湖南省资阳区人民法院(2019)湘0902刑初20号刑事判决书、湖南省岳阳县(2019)湘0621刑初43号刑事判决书、黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2017)黑01刑初118号刑事判决书、黑龙江省哈尔滨市呼兰区人民法院(2017)黑0111刑初313号刑事判决书、河南省修武县人民法院(2017)豫0821刑初138号刑事判决书。

^{②2} 柯成:《民商立法体例绝对化表达的破除——兼论民法典与商事规则的协调》, 载《湖南警察学院学报》2018年第2期, 第59页。

^{②3} 参见肖志珂:《诈骗罪虚构事实教义学研究》, 载《北方法学》2021年第3期, 第54页。

^{②4} 参见王钢:《德国刑法诈骗罪的客观构成要件》, 载《政治与法律》2014年第10期, 第34-35页。

验证。^{②5}但这种观点不当地压缩了欺诈的成立范围,如果仅仅是为商业欺诈而引入此类理论则无异于将洗澡水和孩子一起倒掉。其实,所谓的价值和事实之间无法准确区分,并不是判断欺诈的标准,当进行价值评价的时候也指代了一个事实。宣称马曾经获过奖不过是表达马为好马的另一种方式,宣称效果好的同时也传达了自己适用过或者有某种信赖标准,和经过科学验证之间没有本质区别,只是学者的玻璃球游戏。

另一种解释方案认为根据社会相当性理论,“所有在功能上处于某一民族历史形成之共同体生活的秩序之内的行为”都应该被排除在不法概念以外,^{②6}从而可以认为“一般商品交易均允许存在一定程度的讨价还价与夸大其词”,没有虚构足以使一般人陷入错误认识的事实时不成立诈骗罪。^{②7}虽然论者并未提及这是由于主体不同导致的认定不同,但将范围限制在商品交易中说明商品交易有其特性。一方面,商业广告能够满足宣传的需要,常规的内容无法吸引消费者的眼球,夸张的表演才能让观众印象深刻。另一方面,现代广告不仅仅是观众收看节目的障碍,反而可能具有一定的娱乐效果,大量年轻人常常观看泰国广告就是证明。有学者在被害人是否陷入错误认识的判断上应该采取客观标准,社会一般人作为是否能够陷入错误认识的判断依据,或者采用与受骗人具有一般能力的人进行判断。^{②8}但是刑法不仅保护聪明的受害者,也保护愚笨的受害人,即使在行为人宣称自己是秦始皇、孙中山、康熙而进行诈骗的场合也并不会因为一般人不会受骗否定诈骗罪的成立。可行的思路是直接承认商事主体由于其行业特性,进行夸大宣传是

常态,属于法所允许的风险,因此根本上就不是欺骗行为,即使有人真的信以为真并购买,也不受刑法诈骗罪的保护。毕竟“财产损失中的交换目的并不是由被害人任意设定的,而是社会公众从财产秩序中推导出来的”。^{②9}最后值得注意的是,超过夸大宣传范围但是没有导致一般人陷入错误认识的商业广告可以通过虚假广告罪处罚。

有人认为,“广告代言人不能单独以虚假广告罪定罪,理论上只能根据虚假广告罪的共同犯罪理论来制裁虚假广告代言人”,^{③0}从而引发对处罚漏洞的担忧。此种担忧并无必要,代言人必然依附于具体的广告主、广告经营者存在,入罪上并无遗漏。同时评价为共犯之后再根据所起作用的大小认定为主犯或者从犯,处罚上也不会有失均衡。诈骗、套路本身就含有诡计、门道、陷阱的意思。^{③1}因此,一般的夸大宣传可以当作社会生活的调味剂,不成立犯罪;虚假宣传情节严重的也不宜认定为财产犯罪,而是以虚假广告罪处罚;只有具有相当迷惑性、严重脱离商品本身固有价值使消费者遭受财产损失的,才需要认定为诈骗罪。

2. 法所允许风险的排除

在风险社会的背景下,刑法学越来越不愿坚守古典学派的消极抑制,倾向于处罚所有可能招致实害的危险行为,从而实现提前预防。但是风险不可能阻碍人类社会的发展,市场经济中避免不了风险,刑法也不可能降低市场经济的固有风险。因此,不能认为“合同履行不能的原因如果是可预料的原因则可肯定非法占有目的的存在”。^{③2}

例如,从2012年开始,行为人与被害人交易白银,由行为人购入白银后交给受害人。

^{②5} 参见林东茂:《一个知识论上的刑法学思考》,中国人民大学出版社2009年版,第145页。

^{②6} [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《社会相当性与可罚的不法》,陈璇译,载《人民检察》2019年第17期,第29页。

^{②7} [日]西田典之:《日本刑法各论》(第6版),王昭武、刘明祥译,法律出版社2012年版,第201页。

^{②8} 黎宏、刘军强:《被害人怀疑对诈骗罪认定影响研究》,载《中国刑事法杂志》2015年第6期,第66页。

^{②9} 刘哲石:《网络直播打赏诈骗的刑事认定》,载《湖南警察学院学报》2021年第2期,第78页。

^{③0} 周利民、肖银垒:《论虚假广告代言人的刑事责任》,载《湖南警察学院学报》2018年第5期,第87页。

^{③1} 参见郭哲、汤亮:《“套路贷”刑事案件罪名认定困境及其应对研究》,载《时代法学》2024年第2期,第91页。

^{③2} 马克昌主编:《百罪通论(上卷)》,北京大学出版社2014年版,第462页。

由于白银的价格不断波动并且逐渐上升,行为人在经营过程中逐渐亏损,但是行为人未告知被害人,继续收取被害人的预定货款474万元,其中部分用于购买白银交付被害人,部分用于支付之前所欠白银供货商的货款。2012年12月对账后,行为人向被害人出具欠条,因到期无法还款,且行为人更换手机号导致被害人无法联系,被害人于2012年12月19日报案,一审法院认为行为人成立诈骗罪。^{③③}

本案中,行为人尽管隐瞒了部分事实,但是生意中亏损的风险是常见的,行为人只是以为日后白银价格可能走低,还有翻本机会。除了不具有非法占有目的之外,也可说被害人的交易本身就存在风险。双方进行的不是现货交易,而是行为人先收款再购买白银,因此由于白银价格波动导致行为人无法供应是自始具有的风险,无法评价为刑事犯罪中的财产损失。市场的风险永恒存在,不可能完全消除,因此承诺稳赚不赔、没有风险的场合应从其他行为认定是否实施了欺诈,如同电视广告一般,这是允许的商业夸张。市场主体参与交易之时都应认识到,不存在没有风险只有高收益的投资,因此即使其误以为真的能够“旱涝保收”“稳赚不赔”,也不能认定其陷入错误认识。

例如,行为人使用微信向不特定人介绍虚假平台“欧福国际”,以投资炒外汇赚钱方式进行诈骗,对外谎称投资保证盈利,要求被害人向其账户汇入投资款。^{③④} 本案中,认定诈骗罪成立的关键是行为人根本不存在真正的外汇炒作,仅仅是虚构了投资事项而不存在实际运营。如果行为人没有非法占有目的,真的将被害人的投资款用于炒外汇后返还,尽管炒外汇不可能保证一定盈利,但此种夸大的宣传不构成刑法意义的欺诈,即使最终投资回报无法实

现也仅是合同纠纷。声称投资稳赚不赔就如同美容产品宣称的“回到18岁”,保健产品宣传的“越活越年轻”、旺旺食品广告词“天天吃旺旺,运气会变旺”^{③⑤},具有一定的夸张成分,但不属于诈骗行为。因此,如果仅仅对此类宣传产生误信,也应自行承担风险。

(二) 民事主体诈骗行为的限缩

1. 财产损失的合理限缩

民法学者认为,较弱的合同一方当事人应该受到更多保护,双方当事人都有义务更多地考虑他方利益,而合同的概念应重新调整并转变为一种包含合作、团结和公平的法律关系。“在现代福利国家中,合同自由应为‘契约公正’所取代”^{③⑥}。

在案例1和案例2中,民事主体的作为义务被诚信原则补充,实际扩大了诈骗行为的认定。当双方都是民事主体之时,适当通过诚信原则补充双方当事人的意思表示内容是有必要的。因为民事主体并不以商为业,并不熟知所有交易事项,且此种民事行为一般涉及金额不高,常常未对合同内容进行详细约定,而“作为商主体的企业双方基于既定的商业目的所签订的商事合同鲜少出现意思欠缺之情形”。^{③⑦}《民法典》中的19个有名合同,绝大多数都是商事合同,典型的民事合同只占少数。民事主体签订格式合同之时并无选择内容的自由,正如罪刑法定是“要给予已经受到启蒙的专制主义统治者一个机会,以便向法官尽可能全面地贯彻自己的意志”^{③⑧}一样,民商事主体的交易之中,要求商事主体在格式条款中一次性表达清楚自己的意愿和要求。

一方面,格式条款由商事主体自行作出,民事主体并无协商余地。换言之,即使合同存在缺陷或者漏洞,也只能完全归属制作方承受,

^{③③} 参见广东省汕尾市中级人民法院(2015)汕尾中法刑二重字第1号刑事判决书。

^{③④} 参见刘某诈骗罪吉林省蛟河市人民法院(2020)吉0281刑初226号刑事判决书。

^{③⑤} 参见张枫逸:《吃旺旺没变旺索赔不宜追捧》,载《大众标准化》2016年第10期,第47页。

^{③⑥} [德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第15页。

^{③⑦} 李建伟:《融资性贸易合同的定性及效力规制研究》,载《法学评论》2023年第3期,第157页。

^{③⑧} [德]克劳斯·罗克辛:《德国刑法总论》(第1卷),法律出版社2005年版,第80页。

民事主体一方并无法控制该因果流程。另一方面,“法律预设一些针对行为过程并被认属公正的规则,若行为人采取法律行动时遵循了这些规则,则行为结果也被认属公正”^{③9}。因此,对于其他法律导致的损失分配,刑法应积极接受,以此认定财产损失存在与否、损失由谁承担。根据格式合同的解释,支付宝或其他软件对邀请新人注册发放红包奖励的目的就是增长用户量,即使是非基于用户本人意思注册的,也增加了支付宝的用户,实现了合同目的。同时,根据预设同意理论,在符合权利人对机器等预先设置的特定条件时便推定权利人同意占有的转移。因此,行为人如何获得人脸识别信息、是否使用用户本人的人脸进行识别都不影响其通过支付宝的预设同意条件,从而其获得的红包奖励完全是基于权利主体的有效承诺,支付宝没有财产损失。

2. 前置法的刑法从属

特别法对民事主体义务要求减轻的场合,刑法不能违反特别法的规范。例如,《保险法》规定在保险合同成立两年之后,即使发现投保人未履行如实告知义务,发生保险事故的保险公司也不得解除合同。不得解除合同的当然后果就是合同不因为未如实履行告知义务而无效,即没有其他无效事由时,保险合同成立且生效。当发生保险合同约定的事由时,投保人有权请求承保人支付保险金。

曾经的“帅英案”在我国刑法学界影响重大,本文认为不能突破法律条文的确切用语对民事主体苛加义务,其按照合同行使权利完全是合法行为,不可能成立犯罪。有人认为帅英骗保行为的刑事违法性并不受保险法中二年除斥期间的限制,《保险法》的规定仅仅是合同的效力问题,而合同有效并不代表该行为在民法中就是合法的。其未如实履行告知义务的行

为仍旧有违法性,并且在刑法的评价当中,帅英行为违法性的评价时点应该是其隐瞒真相进行投保之时,而不是申领保险金之时,因此其成立保险诈骗罪。但是由于法律规定,保险公司不能解除合同从而请求帅英返还27万元,因此27万元应该没收。^{④0}

此种处理方式不具有任何合理性,既然保险公司必须得支出27万元,那么其财产损失何在?一项必然发生的,并且发生的过程没有任何改变的行为只能是刑法上的不幸,而不是刑法上的不法,因此不属于法益侵害。即使帅英投保之时成立保险诈骗罪,也仅仅是犯罪预备而已,这种犯罪预备同时给保险公司带来了收入,是否需要处罚还是问题。也即,即使得出投保成立犯罪,也无法得出索赔成立犯罪。

“违反保险法,其实就是保险诈骗罪的不成文的构成要件要素。”^{④1}事实上,《保险法》充分衡平了投保人与保险人的利益,因此选择了2年的期限实现对投保人的惩罚,也使保险人“不能任意寻求民法上意思表示瑕疵制度的规定”^{④2}。对于航空延误险的案件亦是如此,一个不被禁止的行为没有行为无价值性,则其产生的后果也就和刑法无关,不能以结果不好将民事欺诈行为认定为刑事犯罪。

结语

立法者在一定的评价观点之下,将反复出现的、具有共性的事物升级成为类型,并最终制定为规范。人的智能本有差异,刑法秉持前置法的价值判断,接受不同主体之间的能力差异、目的差异从而类型化的认定诈骗行为,较之于纯个别化认定或许是一个进步。尽管对诈骗罪中的主体区分,法条并未进行明确的表达,但如罗克辛所言,“就像一个解说人可能会比作者本人更好地理解一个文学作品一样,学者或者法官也经常在本原则方面教育立法者。

^{③9} 易军:《私人自治与私法品性》,载《法学研究》2012年第3期,第75页。

^{④0} 参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,《中国法学》2018年第4期,第96页。

^{④1} 刘艳红:《论法定犯的不成文构成要件要素》,载《中外法学》2019年第5期,第1165页。

^{④2} 最高人民法院保险法司法解释起草小组编著:《〈中华人民共和国保险法〉保险合同章条文理解与适用》,中国法制出版社2012年版,第98页。

不过，这些原则是从立法者制定的规范中产生出来的，虽然立法者自己对此已经记不清”^{④③}。本文的划分仅仅是相当初步意义的，其间的价值判断也将随其他法规变动而更易。“国家在

划定犯罪圈与发动刑罚时，应遵循谦抑主义要求的宽容性”^{④④}，通过主体区分限定不同主体的说明义务，可以实现对诈骗罪的谨慎认定。

The Limiting Determination of Fraud Under the Position of Subject Differentiation

Jiang Wenzhi, Zhou Qingqing

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

Abstract: The judgment of fraud is not solidified and needs to be determined differently according to the subject of the act. Due to the natural ability gap among civil subjects, commercial subjects, and administrative authorities, making differentiated determinations does not violate the principle of equality. The profitability and commercial nature of a business entity determine that its primary purpose is to complete transactions. The general exaggeration of commercial behavior is not fraud, but the daily behavior of social equivalence. Compared to the civil subject's contracting weak ability, we should limit the establishment of fraud by omission. For the use of system loopholes, deal hunting behavior should be decriminalized. Administrative organs make administrative payment behavior when its purpose is public welfare. Part of the document forgery which does not hinder the realization of the purpose does not belong to fraud.

Key words: fraud; principle of equality; whole property theory; purpose failure theory

(责任编辑：天下溪)

④③ [德] 克劳斯·罗克辛：《德国刑法总论》（第1卷），法律出版社2005年版，第138页。

④④ 林垺楠：《法院决定逮捕问题的实证研究——基于801份刑事判决书的相关性分析》，载《时代法学》2024年第1期，第95页。

论刑事案件中行政认定的法律性质及其审查路径

朱子骁

(澳门科技大学, 澳门 999078)

摘要:在刑事诉讼程序中,行政机关作出的行政认定,处于行政法和刑法的界槛,本应接受行政诉讼和刑事诉讼的双重审查,实质上却被排除于两者的审查之外。作为双面性存在的行政认定,既是刑事司法权的一个载体,它介入刑事司法之后而成为刑事诉讼的证据;又是行政权的一个载体,因而它具备行政法上行政决定的性质。避免行政认定使行政犯沦为“废除或者限制自由”的入罪口袋需要架构一座穿越行刑鸿沟的桥梁。于此,根本之路径应允许利害关系一方在刑事程序之外另开行政诉讼审查;第二条路径,是在当下刑事程序之内引入行政诉讼的审查规则,由刑事审判法院按照行政诉讼的审查规则审查行政认定,从而改变当前行政认定拘束刑事判决的现状。

关键词:行政认定;法律性质;刑事证据;行政确认;审查路径

中图分类号:D925.2

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0085-09

一、问题的提出

行政犯是行政不法行为侵害法益程度达到刑法之量值时转化为刑事犯罪的法定犯。举凡行政犯,存在行政违法性和刑事违法性不同层次的判断。行政违法性不必然导出刑事违法性,然刑事违法性以行政违法性为前提。刑事司法实践中,只要行政违法性判断成立,刑事违法性的判断上几于形式,甚至“以行政违法判断取代刑事违法判断,将具备行政违法性直接认定为刑事违法性”^①,刑法不过是解决量刑而已。定罪量刑本应是“刑法定性+刑法定量”模式流变为“行政法定性+刑法定量”^②。以刑法

解决定性问题,是从客观到主观、从不法到有责、从抽象到具体的按照犯罪构成逐步进行的层次递进判断;以行政法解决定性问题或以行政违法性判断代替刑事违法性判断,将产生只要是行政违法性判断成立即构成犯罪的风险,进而将行政违法与刑事犯罪等同化,使行政犯沦为入罪的口袋。

对于行政犯中行政违法性判断,刑事司法实践大量以行政机关的行政认定作为判断的尺度。譬如,生产销售假药、劣药案中,由药品监督管理部门对假药、劣药作出行政认定;交通肇事的责任认定需要公安机关负责。在行政

收稿日期:2024-07-11

作者简介:朱子骁,男,澳门科技大学法学院硕士研究生,主要研究方向为刑事司法。

①于冲:《行政违法、刑事违法的二元划分与一元认定——基于空白罪状要素构成要件化的思考》,载《政法论坛》2019年第5期,第95页。

②田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期,第55页。

犯的认定上,司法实践的真实逻辑是行政认定→行政违法/刑事犯罪标准,这几乎忽略了犯罪构成不法要素中行为与结果之间因果关系的判断,也忽略了有责性要素中故意、过失、违法性认识的判断。

因此,行政认定是行政权介入刑事司法权的入口之一,^③是解构行政犯的关键。行政认定是一种行政决定性质的行政行为,应受制于行政法的规范和控制。介入刑事司法之后的行政认定,是受制于行政程序而接受行政诉讼审查,还是受制于刑事司法程序接受刑事审判法院的审查,或兼受两者“辖制”?本文就刑事案件中行政认定的法律性质及其审查路径展开讨论。

二、行刑鸿沟:行政认定在刑事诉讼与行政诉讼的双重排除

行政认定既是行政权的一个载体,因为它具备行政法上行政决定的性质,又是刑事司法权的一个载体,它介入刑事司法之后而成为刑事诉讼的证据。它处于行政法和刑法的界槛,本应接受行政诉讼和刑事诉讼的双重审查。然而,正是因为其双面性,导致其被排除于行政诉讼和刑事诉讼的审查之外。

(一)行政认定被排除于刑事审查之外

行政认定在刑事诉讼中实质上被排除于审查之外,无非是刑事审判法院缺乏独立判断,“将行政责任的认定结论与根据直接作为刑事责任的认定结论与根据”^④。那么,为何刑事审判法院不对之作独立判断呢?除按“行政机关的认定结论处理刑事案件,不会给自己带来任何麻烦”^⑤的主观理由外,还存在以下客观理由。

首先,因行政机关的“权威”而被排除在刑事审查之外。刑事案件中,行政机关透过公安机关、检察院或法院的商请咨询后,作出认定意见。基于行政机关的“权威”,行政认定实质能够同时授予刑事判决合法性和悬置刑事审查的权能。这是为什么刑事司法实践中绝大部分案例法院直接以之作为定性根据的缘故。

其次,因行政认定所具有的构成要件效力而被排除在刑事审查之外。行政机关之“权威”具有悬置刑事司法审查的权能,并非只是理念上的臆断,其行政法上的理论依据即在于作为行政决定的行政认定所具有的构成要件效力。在行民交叉、行刑交叉的广阔复杂领域,行政行为如何对民事、刑事案件具有拘束的作用力?我国传统行政法理论以行政行为的公定力解答。公定力理论失之于抽象,无法精密解释行政行为与刑事、民事司法程序的复杂关系。^⑥本文将行政认定界定为具有行政决定性质的行政行为,如果立论成立,应介入刑事诉讼后的行政认定,刑事审判法院基于其所具有的构成要件效力需在犯罪构成之外将之作为刑事判决的既定构成要件。甚而言之,“只要行政行为有效存在,构成要件效力无须法律规定即可产生”^⑦。基于此,刑事诉讼中,行政认定在“未被有权机关撤销前,刑事审判法院不能审查其合法性,只能将其视为有效的存在而受其拘束”^⑧。

再次,因缺乏明确刑事审查依据而被排除在刑事审查之外。行政认定介入刑事司法虽有明文依据,但刑事审判法院对介入刑事司法之后的行政认定该如何审查,鲜有规定。譬如,在食品药品刑事领域,2019年《药品管理法》

③当然,行政认定并非行政权介入刑事司法的唯一入口。如,行政机关在前置行政程序中所收集调查的证据,移送公安机关后,侦查机关、检察院以之作为刑事指控的依据。移送行政证据,也是行政权进入刑事司法的入口。对此,《刑事诉讼法》第54条第2款明确规定:“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料,在刑事诉讼中可以作为证据使用。”陈瑞华认为,行政证据仅能证明行政不法事实,不能证明犯罪事实。参见陈瑞华:《行政不法事实与犯罪事实的层次性理论》,载《中外法学》2019年第1期,第85页。

④张明楷:《避免将行政违法认定为刑事犯罪:理念、方法与路径》,载《中国法学》2017年第4期,第38页。

⑤参见前注④,张明楷文,第51页。

⑥参见王世杰:《论行政行为的构成要件效力》,载《政治与法律》2019年第9期,第64页。

⑦参见前注⑥,王世杰文,第67页。

⑧王世杰:《论行政行为对刑事审判的拘束》,载《政治与法律》2018年第6期,第72页。

第113条第3款的规定为行政介入药品刑事司法领域提供了明确的法律依据。但是对于认定意见的名称、程序、时限、方法以及人员资质等关键问题并未提及。这导致刑事审判法院即便有意实质审查行政认定,因缺乏明确的审查标准和依据,也无从着手审查。

最后,因倒置举证责任而被排除在刑事审查之外。行政认定应由作出的行政机关承担其合法性的举证责任。复杂的地方在于,刑事案件中由检察院承担公诉案件被告人有罪的举证责任,而刑事案件中的行政认定,作出主体是行政机关,商请主体是公安机关、检察院或刑事审判法院。那么是由公安机关,还是应由作出主体、商请主体或公诉机关承担举证责任证明行政认定的合法性,就是一个需要进一步讨论的问题。刑事审判法院并未在以上任一主体中寻找举证责任主体。只要行政认定出现在刑事诉讼程序,刑事审判法院真实的审查逻辑是推定其合法有效,就能将行政认定合法性的举证责任强加到刑事案件的被告一方,即除非被告一方有明显的证据推翻行政认定,否则行政认定合法有效。

(二) 行政认定被排除于行政诉讼审查之外

其一,因有法律明文规定而被排除在行政诉讼审查之外。在行政认定中,公安机关出具的交通事故责任认定、火灾事故责任认定,法律明确规定不属于行政决定,不属于行政诉讼的受案范围。以交通事故责任认定为例,2003年《道路交通安全法》第73条将之性质明确是“作为处理交通事故的证据”。作为证据的交通事故责任认定,本不能说明它不具有行政决定性质从而不可诉。据学者考察,该法通过之后,“对于责任认定是否可诉,法院一直存有分歧。同一个案件,一审和二审法院可能持有不同的态度。但是,总体上来说,案件还

是受理的多,不予受理或驳回起诉的少”^⑨。2005年《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会作出关于交通事故责任认定行为是否属于具体行政行为,可否纳入行政诉讼受案范围的意见》明确其“不属于具体行政行为”“不能向人民法院提起行政诉讼”。甚至有法院将此规定类推到其他行政认定案件中作为不可行行政诉讼的理由。

其二,因介入刑事程序而被排除在行政诉讼审查之外。行政认定不是在行政程序中启动,而是在刑事程序中基于公安机关、检察院或法院商请而启动。介入刑事程序,并不能改变行政认定所具备的行政决定的法律性质,原不能作为被排除行政诉讼审查的理由。但是,介入刑事诉讼程序之后,刑事审判法院一般认为它只是刑事案件定罪量刑的证据之一,而非唯一,不能直接拘束刑事司法机关,因而不能重开行政诉讼,仅能在刑事程序之内由刑事审判法院综合全案判断。

其三,因未实际影响刑事案件嫌疑人或被告人的权利义务而被排除在行政诉讼审查之外。当下行政诉讼司法实践中,拒斥将刑事案件中行政认定纳入行政诉讼的受案范围,关键在于认为它是需要经过刑事诉讼的转化才能对外产生法效果。没有直接对外产生法效果,就没有影响当事人权利义务。

三、法律性质:刑事证据与行政确认

刑事案件中行政认定究竟是一种什么性质的行为?主要观点可分为刑事诉讼的证据说和行政确认说,这两种观点截然分立,不可融合。持刑事诉讼的证据说者认为行政认定是一种“证据行为”,不是可诉的行政行为,只能在刑事诉讼程序范畴内进行审查。^⑩持行政确认说者认为作为行政确认的行政认定,是一种独立的行政行为,是可诉的。^⑪本文认为,刑事

^⑨余凌云:《道路交通事故责任认定研究》,载《法学研究》2016年第6期,第133页。

^⑩参见刘玫、胡逸恬:《行政认定的证据能力——以刑事庭审实质化为视角》,载《甘肃政法学院学报》2018年第6期,第137页。

^⑪参见胡建森:《行政法学》(第四版),法律出版社2015年版,第394页。

案件中的行政认定,既是刑事诉讼的证据,也是一项独立行政行为,具体为行政确认。作为刑事诉讼证据的行政认定,并不能否认其所具有行政决定的法律性质。

(一) 作为刑事证据的行政认定

对于行政认定在刑事诉讼中的证据地位,学界和刑事司法实践观点没有太多争议。^⑫ 本文认为行政认定宜定性为行政认定证据。行政认定无法归类到刑事诉讼法定证据种类之中,并不意味着不能作为刑事诉讼的证据。证据是“用来证明特定案件事实的载体”^⑬。法条列举有尽,证据载体无穷。物证、书证、证人证言等法定证据种类可以作为刑事诉讼的证据;没有法定化但是可以证明案件事实的载体,也可以作为刑事诉讼的证据。行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的材料,可以作为证据。同理,行政机关在刑事诉讼程序过程中接受商请所作出的行政认定,自应也属于刑事诉讼的证据。

既然不能归类到法定证据种类之中,且载体不仅限于《刑事诉讼法》第50条的明确列举,又何妨将行政认定直接定性为行政认定证据呢?这既达到了形式名称与实质内容的统一,又便于控辩审三方的清晰辨识。例如周某、徐某非法经营罪案,^⑭《江苏证监局关于江苏赤金投资有限公司认定意见的复函》实际就是本文所简称的行政认定,在判决书证据列举中将之列为“行政认定证据”。

首先,将行政认定直接定性为行政认定证据,契合了刑事司法的部分现状,此观点与司法实践的大部分案例相吻合。其次,与之所具有的行政决定性质相容,利于司法审查。将多样复杂、名称不一的行政认定界定为行政认定

证据,形式名称与实质内容达到统一,这为控辩审三方清晰地指明了它的证据属性,使三方不再从鉴定意见、书证、公文书证以及言辞证据之一维角度,而是在刑事诉讼证据审查标准基础之上,结合行政行为审查的双维标准,进行举证、质证和审查。这便于控方精准举证、辩方找准辩点,实现控辩双方的有效对抗,同时便于刑事审判法院在控辩对抗中快速归纳庭审争议争点,从而最终实现刑事司法审查的庭审实质化。此外,也为刑事程序之外另开行政诉讼或刑事程序之内引入行政诉讼审查提供了依据。

(二) 作为行政决定的行政认定

当下争论最为激烈者,乃是刑事案件中行政认定是否为一项独立的行政行为,是否可以另行提起行政诉讼,是否属于行政诉讼的受案范围。所有这些争论的焦点,即在于它是否具备行政决定的法律性质。部分学者认可其是行政确认从而具备行政决定的性质,却对之是否在行政诉讼中审查,未作论述。譬如,罗翔虽有意“剥离行政认定的鉴定外衣”,将之视为一种书证以接受司法审查,^⑮却未言明是在刑事诉讼范畴内展开司法审查,还是也可另开行政诉讼审查。

本文认为,行政认定可以作为刑事诉讼的证据,并不影响其具有行政决定的法律性质,应该将之界定为一种具有行政决定性质的独立行政行为。判断一项行为是否属于行政决定,应该从行政决定的成立要素上进行判断。

1. 行政认定具备行政决定的职权要素

行政认定符合行政决定的职权要素。譬如,药品监督管理部门对假药、劣药作出行政认定,其职权来自《药品管理法》第113条第3款的

^⑫ 也有论者以《交通事故认定书》为例,认为它不符合刑事证据要求,不属于必然被司法机关采纳的材料,因而只能作为司法机关在审理交通肇事案件过程中的参考资料。参见张卫彬、叶兰君:《交通肇事罪中的责任认定》,载《法学》2012年第11期,第157页。

^⑬ 陈瑞华:《刑事证据法》(第三版),北京大学出版社2018年版,第256页。

^⑭ 参见苏州市虎丘区人民法院(2014)虎刑二初字第00141号刑事判决书。

^⑮ 参见罗翔:《论行政权对司法权的侵蚀——以刑事司法中行政鉴定的乱象为切入》,载《行政法学研究》2018年第1期,第62页。

明确规定。公安机关对交通事故进行责任认定,也有《道路交通安全法》第73条的授权。除前列两项行政认定的职权依据源自全国人大常委会制定的“法律”外,大量的刑事案件中的行政认定,职权依据仅为规范性文件。

即便职权源自行政规范性文件,与行政法理论的职权法定之“法”的应然要求虽有不符,但并不能以此否认行政认定符合行政决定的职权要素。职权要素和职权法定,是两个不同层次的问题。符合职权要素说明行政认定具有行政决定的性质,符合职权法定说明行政认定是合法行政决定。如果在刑事案件中作出行政认定的主体,并不具备职权要素,那么此类行政认定难以作为行政决定对待。因之缺乏职权要素,法院在刑事程序中亦难以将行政认定作为刑事案件定性的基础。

2. 行政认定存在可得确定的对象

行政认定一旦向商请部门作出,在其生效时间基点上所影响的嫌疑人或被告人就完全得以确定,在外围上具有封闭性,不再扩大。刑事案件的嫌疑人或被告人,虽非行政认定的相对一方,但属于受其影响的利害关系一方。利害关系一方之特定,亦视为行政认定所针对之对象的特定,这符合我国行政行为理论和行政诉讼法之规定。^{①6}

行政认定是对物行为,曲解对物行政行为立论。对物与对人行政行为的关键区分标准,在于“行为的受领者不同,对人行政行为的受领者必须是人,而对物行政行为的受领者只能是物”^{①7}。显然,行政机关作出的行政认定,虽是就物之属性作出客观判别,然其受领主体是人,是商请部门;其影响主体也是人,是刑事程序中的嫌疑人或被告,因此行政认定存在

确定的对象。

3. 行政认定是作出主体的行政机关的意思表示

意思表示贯穿于行政行为的始终。^{①8}行政决定“是一种以实现某种法律后果为目的的意思表示(或相互协商一致的多个意思表示)。法律后果表现为法律权利或者义务的设定、变更、解除或具有法律约束力的确认,或者——如果承认对物的行政行为——确定某个财产的法律归属”^{①9}。行政机关接受商请而出具的行政认定,究竟是商请部门的意思表示,还是行政机关的意思表示?

若持商请部门意思表示论,行政认定性质上就属于基于司法机关的商请而作出的司法协助行为。若持行政机关意思表示论,行政认定性质上应属于行政决定性的行政行为。本文认为,在刑事案件中,公安机关、检察院或法院商请行政机关作出行政认定,享有认定职权的是行政机关而非公安机关、检察院或法院,行政机关在接收商请后应该独立、客观、准确、科学地作出行政认定,依其独立的意志以实现行政认定之后的法律后果为目的作出意思表示。

4. 行政认定对外产生法效果

“只有直接产生外部法律效果的行政行为才是具体行政行为,不直接产生外部法律效果的行政行为不构成一个具体行政行为”^{②0}。周伟认为,以对外产生法效果作为行政行为成立的必备要件,难以解释现有行政法理论和实践中所认可的行政行为,缩小了我国行政诉讼的受案范围,且与行政司法实践相背离。^{②1}他认为只有行政权才是行政行为成立的唯一一般要件。^{②2}

行政司法实践中,刑事案件中的行政认定

^{①6} 譬如,《行政诉讼法》第25条规定“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼”。相对人与利害关系人,在行政诉讼的原告地位,并无二致。

^{①7} 马怀德、解志勇:《论对物行政行为》,载《法律适用》2002年第9期,第18页。

^{①8} 参见王学辉:《行政法意思表示理论的建构》,载《当代法学》2018年第5期,第39页。

^{①9} 汪厚冬:《论行政法上的意思表示》,载《政治与法律》2014年第7期,第58页。

^{②0} 叶必丰:《具体行政行为的法律效果要件》,载《东方法学》2013年第2期,第3页。

^{②1} 参见周伟:《法律效果不是行政行为成立的一般要件》,载《法商研究》2015年第3期,第103页。

^{②2} 参见周伟:《论行政权是行政行为成立的唯一一般要件》,载《政治与法律》2016年第7期,133页。

被排除于行政诉讼受案范围之核心理由,即在于它没有直接对外产生法效果,而是需要经过刑事司法转换才能对外产生法效果。但绝不能以当下行政司法实践拒斥行政认定而论证其不属于行政决定。以直接对外产生法效果作为行政行为的成立要件,限制了行政诉讼的受案范围,成为行政司法实践排斥司法审查的理由,这与行政诉讼法不断拓展受案范围的趋势不符。^{②③}

即便以法效果作为行政决定成立之要件,从解释论的角度看,刑事案件中的行政认定仍然符合成立要件。从规范上,法效果应指《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法司法解释》)第1条第3款第(10)项所规定的“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”。刑事司法实践中,行政认定是刑事案件的定性依据,利害关系一方因此而受到刑事制裁,权利受到克减,义务随之增加,权义因之受到实际影响,持论完全在《行政诉讼法司法解释》第1条第3款第(10)项“实际影响”文义的“射程范围”。

此外,从立法目的上判断,《行政诉讼法》第1条之立法目的,是解决行政争议,保护合法权益,监督依法行政。立法目的的规定是《行政诉讼法》的“灵魂条款”,它支配了其他所有条款。^{②④}刑事程序中行政认定作出后,作出主体与利害关系一方的嫌疑人或被告人之间,即产生实质上的行政争议。若以“权利义务不产生实际影响”不将之界定为行政决定从而不允许另开行政诉讼或引入行政诉讼规则审查,其效果则是压制行政争议,降低司法公信力,更何谈保护合法权益、监督依法行政之立法目的?

四、路径重构:行政诉讼在刑事诉讼程序的内外结合

行政认定形式与实质上被行政诉讼和刑事诉讼双重排除于审查之外,导致行政权对刑事司法权的侵蚀和夺权。改变这种双重不审查的现状,重构行政认定的审查路径,既要尊重刑事诉讼程序中刑事司法权与行政权的合理边界,又要认清行政认定所具有刑事诉讼的证据属性和行政决定的法律性质。

(一) 刑事诉讼程序之外允许利害关系一方另开行政诉讼

实现对刑事案件中行政认定的实质性审查,根本之路径应允许利害关系一方在刑事程序之外另开行政诉讼,这有利于实现对行政权和刑事司法权的规范和控制。刑事案件中的行政认定,作出机关一般是侦查机关、检察院或法院的当地行政机关。基于属地关系、熟人社会以及行政机关的内在权威,只要行政机关作出的行政认定形式上符合要求,作为同属一地的刑事审判机关很难客观独立地对之进行有效审查。再者,商请行政认定者一般是侦查机关和检察院,目前刑事诉讼侦查机关、检察机关以及审判机关三者之间,事实是以侦查为中心的模式。在侦查机关+行政机关或检察机关+行政机关的双重相互背书的情况下,刑事审判法院更难排除行政认定的法律效力。另开行政诉讼,虽难从根本上扭转这种局面,但随着行政审判体制的改革,我国绝大部分省市建立了行政案件跨行政区划集中管辖制度,行政案件逐步从原行政区划分离出来而交由异地集中管辖。^{②⑤}因此,另开行政诉讼之后,不再由刑事案件同一法院审理行政案件,而是交由异地其他法院审理,一定程度上可以隔绝地方行政机关、侦查机关、检查机关对案件的干扰。

^{②③} 参见马怀德:《行政诉讼法的时代价值——行政诉讼三十年:回首与前行》,载《中国法律评论》2019年第2期,第24页。

^{②④} 参见章剑生:《〈行政诉讼法〉修改的基本方向——以〈行政诉讼法〉第1条为中心》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期,第45页。

^{②⑤} 《行政诉讼法》第18条第2款是行政案件跨行政区划集中管辖的明确依据。有关改革试点情况,参见程琥:《行政案件跨行政区域集中管辖与行政审判体制改革》,载《法律适用》2016年第8期,第19页。

1. 规范的建构与重构

行政认定被排除于行政诉讼之外,其原因之一如前述分析,在于现行法律设置的障碍。因此,为另开行政诉讼打开通道,其前提在于建构与重构当下绝大部分行政认定不可诉的法律规范,这是行政认定具有行政决定的法律性质的本质要求。规范的建构或重构是一项系统性工程,有序化、体系化的规范建构与重构,应跨越行刑鸿沟,平衡行政诉讼和刑事诉讼之间的内在关联。

其一,行政程序法典的规范建构。目前我国尚没有行政程序法典,随着2008年《湖南省行政程序规定》的出台,山东(2011年)、江苏(2015年)、宁夏(2015年)、浙江(2016年)相继出台地方行政程序立法。地方行政程序的立法及执法,为制定统一的中国行政程序法典提供了宝贵的经验。为从根本上扫除另开行政诉讼的障碍,我国应该尽快制定统一的行政程序法典。在立法模式上,可以采用行政行为的一般规定和特别规定并行的方式,明确行政行为(自然包括行政认定)进入刑事程序后不改变其行政决定的法律性质,仍允许另开行政诉讼救济。

其二,各领域行政认定的规范重构。各领域行政认定的规范存在的问题是:一则排除行政诉讼审查,如交通事故责任认定;一则规范级别低。如证券监管机构对证券期货问题的认定,源自《关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见》第4条的规定,该意见由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、中国证监会联合下发,既有司法机关,又有行政机关;既不属于司法解释,又不属于行政解释^{②6},实际又拘束刑事审判机关。因此,各领域行政认定的规范重构,要做的第一步就是规范位阶的“升级”,将分散在各规范性文件、司法解释、

联合发文中的行政认定,升级至法律、法规或规章。规范升级之后则应当明确行政认定的行政救济途径。目前接受商请而作出行政认定的规范中,利害关系一方如不服只能申请重新认定或补充认定,缺乏救济途径的规定。

当下,更具现实可行性的方式是通过个案将刑事案件中的行政认定纳入行政诉讼受案范围,并由最高人民法院将这些案例遴选为指导性案例,从而为另开行政诉讼排除司法障碍。待时机成熟之后,再逐步实行前述规范的建构和重构。如此,既不会引发法律体系的根本变动,又能协调行政诉讼与刑事诉讼之间的合理关联,避免了规范建构和重构带来的“法治阵痛”。

2. 制度落实的理论再释

另开行政诉讼,在关于原告资格、起诉时限等问题上都还需要更深入的讨论。另外,关于另开行政诉讼的审查标准,《行政诉讼法》第6条明确行政诉讼是对行政行为的合法性审查。行政行为的合法要件包括职权、事实、依据以及程序四大要件。^{②7}于个案,宜全面评判四大合法要件;于类案,职权和程序两要件宜在此进行一般性评述。(1)行政认定的职权,如前述一般源自级别较低的规范性文件的规定,难以符合职权法定原则中对职权的要求,因此笔者认为应该升级行政认定的规范依据的位阶。(2)行政认定的程序,亦如前述没有正当程序的最低限度要求,仅靠行政机关单方通过“书面的、秘密的和间接的证据审查方式”^{②8}即作出负担性的行政认定。因此,本文认为在“规范的建构与重构”中,还应将正当程序的最低限度要求引入行政认定的全部过程。

(二) 刑事诉讼程序之内引入行政诉讼的审查规则

另开行政诉讼虽是实现行政认定实质性审

^{②6} “两高”加国务院部委联合发文的模式大量存在,邓巍认为这违背了罪刑法定原则,不利于人权保护,不符合法律必须公布的法治要求,不利于依法有效地惩治犯罪,不利于国家法制的统一。参见邓巍:《关于“两高”与国务院部委联合发文的思考》,载《甘肃政法学院学报》2014年第4期,第91-102页。

^{②7} 参见章剑生:《现代行政法总论》(第2版),法律出版社2019年版,第148-152页。

^{②8} 陈瑞华:《行政不法事实与犯罪事实的层次性理论》,载《中外法学》2019年第1期,第90页。

查的根本途径,但是当事人需为之付出的诉讼成本高昂,且国家重构路径立法及司法资源有限。因此,当下的第二条路径是在当下刑事程序之内引入行政诉讼的审查规则,由刑事审判法院按照行政诉讼的审查规则审查行政认定,改变当前行政认定拘束刑事判决的现状,“其判断路径为:否认构成要件效力→行政行为不能拘束刑事审判→刑事审判机关须审查行政行为合法性→倾向于维护实质正义”^{②9}。由刑事审判法院按照刑事诉讼证据规则以及行政诉讼规则独立审查行政认定。

本文认为,行政认定的证据属性和行政决定性质,决定刑事审判法院应当引入行政诉讼审查规则。刑事审判法院应引用行政诉讼对行政行为的审查规则,从职权要素、事实要素、法律要素以及程序要素四大方面审查它的合法性,从而由作出机关提供证据证明行政认定合法性的举证责任分配,强制认定主体派员出庭应诉,以改变刑事审判机关对之作出推定合法有效的裁判逻辑。同时,也可以更好地平衡公正与效率原则。

此外,以审判为中心的刑事庭审实质化,决定了刑事审判法院应当引入行政诉讼审查规则。刑事司法的现状是以侦查为中心,对案件的调查和审查主要在侦查阶段完成,刑事审判流于形式而被虚化。中共中央十八届四中全会审议通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。”卷宗依赖、庭前会议功能异化、当庭讯问的程序不当、抗辩对抗效果不彰、审限压力等是制约刑事庭审实质化的五个主要方面。^{③0}引入行政诉讼审查规则,作出认定的行政机关负责人及其署名人员出庭应诉,认定主体对行政认定的合法性承担举证责任等,是当下刑事庭审实质化的当然要求。

2. 引入行政诉讼审查规则的建构

第一,引入行政机关负责人出庭因素规则。作为行政认定证据,应具备行政决定的性质。根据《行政诉讼法》第3条第3款之规定,作出机关的负责人应出庭应诉。《行政诉讼法司法解释》第128—132条进一步细化了行政机关负责人出庭应诉规则。笔者认为,刑事诉讼中,刑事审判法院对行政认定展开独立审查,应引入行政诉讼中的机关负责人出庭应诉规则,明确不出庭的法律后果和责任承担。机关负责人(允许委托诉讼代理人)可以出庭应诉,认定文书中的机关署名人员(不得委托诉讼代理人)必须出庭应诉。

第二,引入行政诉讼举证责任分配规则。目前,刑事审判法院倒置举证责任,是以行政认定本身证明行政认定合法,而非以作出该行政认定的“证据和所依据的规范性文件”来证明行政认定合法。本文认为,按照行政诉讼的基本原理,行政认定的合法性应由行政机关承担举证责任。因此,在接到应诉传票后,作出行政认定的行政机关,须在行政诉讼所确定的举证时限内向刑事审判法院呈交作出行政认定所依据的证据和规范性依据。

第三,引入行政诉讼被告取证限制规则。刑事案件对嫌疑人罪行的取证,几乎不受限制。因此,行政认定虽以出现在侦查阶段为主,但也可能出于审查起诉阶段和刑事审判阶段。商请机关移送的全部材料,行政机关全盘予以接受,均将之作为行政认定的证据,这有违作为行政决定的行政认定应遵循“先取证、后裁决”的顺序原则。^{③1}为禁止行政机关以事后取得的证据来证明事先作出的行政决定的合法性,《行政诉讼法》第35条规定了被告取证限制规则。鉴于此,行政机关不能将商请机关移送的全部材料作为作出行政认定的证据,而应以嫌疑人或被告人罪行结束时点作为标准,

^{②9} 参见前注⑧,王世杰文,第30页。

^{③0} 参见李奋飞:《论刑事庭审实质化的制约要素》,载《法学论坛》2020年第4期,第59页。

^{③1} 参见张步洪:《行政诉讼举证规则的体系解释》,载《国家检察官学院学报》2015年第7期,第43页。

凡在罪行结束之后所形成的材料，不得作为行政认定的证据。刑事审判法院亦以此作为行政认定合法性要件中事实要件合法与否的判断标准。

结语

刑事案件中，公安机关、检察院、法院商请行政机关出具行政认定，立法及刑事司法之目的绝非去取消或限制嫌疑人或被告人的自由诉权，而是为查明案件事实，准确科学定罪处罚。然而，司法实践中行政认定在刑事诉讼和行政诉讼中被双重排除于审查之外，事实和客

观上违背了“保护或扩大自由”的法律目的。

如何避免行政犯沦为“废除或者限制自由”的入罪口袋，需要架构一座穿越行刑鸿沟的桥梁。行政认定跨越于行政法和刑法之间：从行政法视角规范它，使之能够正当地介入刑事程序，宜将之界定为行政决定性质的行政行为；从刑法视角规范它，宜将之定性为刑事诉讼的行政认定证据，使刑事审判法院在介入刑事程序后能够对其进行规范审查。于此，为刑事诉讼程序之外另开行政诉讼以及刑事诉讼程序之内引入行政诉讼审查规则，从而扫除理论障碍。

On the Legal Nature of Administrative Identification in Criminal Cases and Its Examination Path

Zhu Zixiao

(Macau University of Science and Technology, Macau, 999078)

Abstract: In the criminal procedure, the administrative cognizance made by the administrative organ is at the threshold of the administrative law and the criminal law. It should be subject to the dual examination of the administrative litigation and the criminal procedure, but it is essentially excluded from the examination of both. As a double-sided existence, administrative cognizance is not only a carrier of criminal judicial power, which becomes the evidence of criminal procedure after it is involved in criminal justice, but also a carrier of administrative power, so it has the nature of administrative decision in administrative law. How to avoid administrative cognizance from making administrative crime become the guilty pocket of "abolishing or restricting freedom"? We need to build a bridge across the gap between administrative law and criminal law. Therefore, the fundamental path should allow the interested party to open an administrative litigation review in addition to the criminal procedure. The second path is to introduce the review rules of administrative litigation into the current criminal procedure, and the criminal trial court will review the administrative cognizance according to the review rules of administrative litigation, so as to change the current situation of administrative cognizance binding criminal judgments.

Key words: administrative cognizance; legal nature; criminal evidence; administrative confirmation; review path

(责任编辑：天下溪)

从“族刑”案例看魏晋时期缘坐范围的限缩及原因

钟一苇

(南安普敦大学, 英国 南安普敦 S0171BJ)

摘要:缘坐制度是我国古代一种以家族为基础的刑罚归责方式,其实效是使犯罪者和其一定服制内的亲属连带受罚,体现出中国古代法中“罪人以族”的传统思想导向。然而到了魏晋时期,缘坐制度在刑罚强度和株连范围上相较前代都呈现出限缩的态势。可以认为,该变化与这一时期法律儒家化的进步、法律形式的完善以及宗族关系发展之间具有内在的联系。通过对比数个魏晋南北朝时期具有代表性的缘坐案件,给予我们的启示是,在当今法治建设中应该平衡“罪责自负”原则和社会性连带责任制度的规制作用。

关键词:魏晋南北朝;缘坐制度;族刑;罪止其身

中图分类号:D929

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0094-08

我国古代,缘坐和连坐作为一种特殊的刑罚归责原则,长期以来在立法上受到重视。缘坐又称“从坐”“随坐”,和连坐株连同职、伍保不同,^①缘坐是一种以家族为基础的刑罚归责方式,使犯罪者和其一定服制内的亲属连带受罚,多至于死。早在秦汉时期,立法中就有缘坐相关规定,如父家长犯罪,子女须要“从坐受戮”,这体现出中国古代法“罪人以族”的传统思想。然而,魏晋时期的缘坐制度在刑罚强度和株连范围上都显示出了限缩的态势。如曹魏《新律》颁布后,既醮之妇仅“从夫家之罚”,开缘坐不及出嫁女之先例;又如律法规定“大逆无道,腰斩,家属从坐,不及祖父母、孙”;等等。

要研究魏晋缘坐范围的限缩及原因,不能单从法律制度上入手。相较秦汉时期,缘坐范

围的限缩既是刑罚制度日趋规范和文明的体现,同时也是这一时期家族宗法体系发展的结果。例如,曹魏缘坐案件中判决已出之女缘坐从夫,说明此时出嫁女在父族中的服制有所降低。这些改变为社会结构带来了深远影响,据此也可以衡量这一时期父族、夫族亲属间的亲疏远近关系变化。探讨这一时期缘坐制度的限缩发展,可以加深对魏晋南北朝这个中国传统法律制度发展成型的关键时期的认识。

一、缘坐制度的起源和发展

缘坐作为一种刑罚追责制度自古有之,但是其相关联的概念较为复杂。《史记》中记载的通常意义上的缘坐是泛指因一人犯罪而使与正犯有一定关系的人连带受刑的制度。“从坐”与“缘坐”并没有本质上的区别,均指中国古代因一人犯罪而株连其家属。而“连坐”这一

收稿日期:2024-07-17

作者简介:钟一苇,男,英国南安普敦大学硕士研究生,主要研究方向为国际商法。

^①参见戴炎辉:《中国法制史》,三民书局1966年版,第234目,第55页。

概念的范围更广泛,包括株连犯罪者全家、邻里及其有关之人^②。中国政法大学出版的《法学大辞典》总体上认可这一定义,并依此认为从坐、连坐与缘坐之间是包含关系,其不同在于缘坐(族刑)为重罪,灭族皆死,而连坐则多为归官府罚作奴隶或处以其他刑罚。^③

但是,我国台湾学者戴炎辉先生提出了不同意见。他在《中国法制史》中写明:“缘坐是‘因缘’为坐,体现的是中国古代亲属一体的观念,使犯罪者亲属、家族同受株连。而连坐则是一种连带责任,通常依据犯罪者的同职、伍保关系进行处罚”^④。依据该观点,狭义上的“缘坐”单指族刑,而族刑的制度化正是在魏晋时期实现的。此处所说的“族刑”同为株连处死制度,但其株连的范围和连坐有本质区别,即犯罪人的亲族。自隋唐开始一般不再使用“夷三族”的说法,仅以“缘坐”一词代之^⑤,两者在本质的株连范围上是类似的,不同点在于受缘坐者不一定直接受到处死。结合上文,显然“连坐”的定义与这二者不同。

本文认同后者的分类方式,对“缘坐”的理解采狭义解释。下文对缘坐制度变化的研究均着眼于亲属之刑。

缘坐制度可上溯至夏商周时期。《中国法制史》中指明,“孥戮”为缘坐义,即缘坐的思想在夏商时期已经出现,这在夏朝所发布的“王命”和“誓”中有所体现。夏王启出兵有扈氏时颁布的《甘誓》中有言:“用命,赏于祖;弗用命,戮于社。予则孥戮汝。”显然,这一

时期对于王命相关的奖惩制度已经和宗庙、社坛相关联。《汤誓》中亦有言:“尔不从誓言,予则孥戮汝,罔有攸赦”^⑥。汉书记载:“孥戮者,或以为奴,或以刑戮,无有所赦耳”^⑦。说明“孥戮”一刑除了对犯罪者本人“戮于社”之外,其家属也要遭受处死或没为奴隶的处罚,此即为后世缘坐思想的源流。

一般认为,中国社会自夏朝之后开始兴起“家天下”的观念,国家政权的组织或运作以家族管理模式为基础,家族成为社会最基本的单位。这种思想的发展体现在西周的礼制和宗法制度之中,包含“国”重于“家”的理念。如果一个人的行为不符合礼的要求,就势必受到刑罚的惩戒,甚至于连累家族。正所谓“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也”^⑧。虽然周礼从战国时期开始逐渐失去其规范作用,但是这种“忠”高于“孝”、国重于家的“移孝作忠”基本价值原则,将家族内部的关系延伸到对国家和社会的忠诚,得到了当时一些学派的认可,并为后世对犯罪者亲属进行缘坐追责提供了现实土壤。

缘坐作为正式的法律制度,是在春秋时期秦国商鞅以《法经》为基础所进行的一系列法律变革中出现的。“秦法,一人有罪,连坐其家室”^⑨。这说明当时至少在秦国范围内施行了对犯罪者家属缘坐追刑的制度,其适用的范围包括窥宫、盗符、盗玺、越城、群相居等罪名。秦国对缘坐案件的惩罚力度很大,至于一人逃而到其四人,^⑩其中又分为夷三族、五族、九族^⑪

②参见[清]沈家本:《历代刑法考》,张全民点校,中国检察出版社2003年版,刑法分考其一,第210页。

③参见《法学大辞典》,中国政法大学出版社1999年版,第218、758、1585页。

④参见前注①,戴炎辉书,第234目,第55、58页。

⑤“夷三族”是对族刑的正式称呼,在唐以前,用“夷三族”来表示族刑是最常见的,唐以后,“夷三族”的使用显著减少,而用“族”和“缘坐”来表示族刑。参见王娟:《缘坐及相关概念辨析》,载《太原理工大学学报(社会科学版)》2009年第4期,第13-18页。

⑥《尚书·汤誓》。

⑦[唐]颜师古:《匡谬正俗》。

⑧[南朝宋]范晔:《后汉书·陈宠传》。

⑨[汉]司马迁:《史记·商君列传》卷六十八。

⑩[先秦]商鞅:《商君书·境内》。

⑪所谓夷三族,指父族、母族、妻族,三族加上祖孙即为五族,而九族包含从高祖至玄孙的九个世代。参见张晋藩:《中国法治通史》,法律出版社1999年版,第一卷,第三节,第301页。

等不同标准。

曹魏时期,族刑的范围进一步限缩。虽仍有不少族诛之案,但从整体上看,其株连范围开始缩小,施刑较前代更为宽缓。曹魏时期的缘坐刑主要用于谋反、大逆等严重犯罪中,^⑫对于一般的盗窃罪不再株连亲族。这一时期族诛不在正律之中,不再作为法定刑罚处断方式适用,并且其株连的范围已不及五族,显然较秦汉时期有所限缩。曹魏自毋丘式一案后更以出嫁女内外受辟为由^⑬,一改女子缘坐范围,使得既醮之妇止受夫族缘坐。到两晋时期,“族刑”受到进一步的限制。西晋时明确规定了“除谋反外,适养母出,女嫁,皆不坐父母弃市”。孝怀帝永嘉元年甚至一度“除三族刑”^⑭。至于南北朝时期,南朝《梁律》规定犯反叛重罪者,其父、子、兄弟不论年龄皆处弃市死刑,但母、妻、姐妹止补官为奴,不复处死。实际上是继承了晋代三族之刑不及妇女的法律。^⑮当时一些统治者意图在缘坐改革中使其从野蛮走向文明。依梁朝诏书规定,“老小”之人不再处于缘坐之内。^⑯其后,又规定直系尊长可以在非犯反、逆重罪时免除缘坐。^⑰这些规定大多为后世所继承。

二、魏晋时期缘坐追刑案件分析

1. 兄弟罪及——兄弟缘坐的宽减

(1) 曹魏钟会案

《晋志》云:魏承秦汉之弊,未及革制,法律在缘坐问题上较之前代更为严格,亲属缘坐的行刑方式多为诛杀,祸及全家性命。兄弟有罪相及在魏晋时期属于常事,在谋反重罪中

尤其如此。但是,到了三国末期,一些官吏在应对犯罪者实施兄弟缘坐时并不严格按照法律的规定。尽管他们不会从根本上改易缘坐之法,但在判案意见上往往会考量伦理人情,多加矜恤怜悯。这体现出曹魏时期缘坐范围在事实上的限缩。

一个比较典型的兄弟缘坐案件是三国时期的钟会案。钟会是曹魏重臣钟繇之子,钟毓之弟。钟会曾经立下灭蜀之功,后意图谋反,最后因手下部将兵变而死。据《三国志·钟毓传》记载,钟会之兄钟毓已死于其之前。既犯反罪,钟毓所收养的“兄(钟毓)子毅及峻,迪”等人依夷三族之法当处死。但据《通鉴·魏纪》记载,会、邕二人虽因谋反受诛,钟毓二子却最终得以免除缘坐、官复原职。^⑱峻、迪二人得免,显然是多方原因共同作用的结果,其中主要原因是其祖父钟繇作为魏国的佐命功臣配享魏庙,因之峻、迪可以入八议之列;其父毓也曾担任重要官职。因此,计功原情可以免除二人的死刑。另外,依据《汉晋春秋》记载,钟毓曾经向文王提出过关于其弟钟会势有异心之事。^⑲考虑到司马昭的实际权力,这也是钟峻、钟迪得免缘坐的一个重要原因。

钟会案中兄弟亲族能得以免死,虽然有多方因素共同作用,但是由于类似案件和处理并不少见(如同一时期曹爽因谋反罪受死,其亲属依法本应缘坐,但曹爽的弟弟曹羲、曹训得以免死),可以发现在这一时期缘坐受到了一定的限制。即使是在用刑严酷的三国曹魏时期,用以打击反对力量的族诛连坐却常有赦免兄弟

^⑫《晋书·刑法志》:“夷其三族,不在律令,所以严绝恶迹也”。

^⑬《仪礼·丧服·子夏传》:“妇人有三从之义,无专用之道。故未嫁从父,既嫁从夫,夫死从子。一人之身,内外受辟”。

^⑭《晋书·孝怀帝纪》。

^⑮参见[唐]魏征:《隋书·刑法志》:“谋反、降叛、大逆以上皆斩。父子同产,男无少长皆弃市。母妻姊妹及应从坐弃市者,妻子妾女同补奚官为奴婢”。

^⑯参见梁朝天监十一年(512年)诏曰:“夫刑法悼毫,罪不收擎…自今通滴之家及罪应质作,若年有老小,可将停送”。

^⑰参见梁朝中大同元年(546年)诏曰:“禽兽知母而不知父,无赖子弟过于禽兽,至于父母并皆不知…自今有犯罪者,父母、祖父母勿坐。唯大逆不予今恩”。

^⑱参见[西晋]陈寿《三国志》:司马昭表魏帝曹奂下诏言:“峻、迪兄弟特原,有官爵者如故。惟毅及邕息伏法。”

^⑲参见[东晋]习凿齿《汉晋春秋》:“毓曾密启司马文王,言会挟术难保,不可专任…文王嘉其忠亮,笑答毓曰:若如卿言,必不以及宗矣!”

之刑,说明兄弟罪及在事实上发生了变化。从官员的处理意见上看,此时的统治者并不反对缘坐,而是反对不分轻重地滥用缘坐,实际上仍以维护封建统治为最终导向。需要注意的是,虽然这一时期出现了一些对兄弟缘坐在实践上进行放宽赦免的实例,但是“兄谋反,弟受戮”在相当长一段时间内仍然作为正式律法施行。尽管这一阶段的法律儒家化反对亲属缘坐,但是无论儒家经义在道德上具有何等感召力,亲属缘坐仍然受到法律的制约,在反逆重罪上尤其如此。

(2) 后世房强案:兄弟止于连坐配役

魏晋时期缘坐制度的限缩,和后世存在着密切的发展演变关系。乱世时期的连坐案为后世提供了实践方面的经验和教训,也为统治者在社会环境逐渐稳定之后改革过于严苛的法律制度提供了条件。凡犯谋反罪者其兄弟应受缘坐处死,这一规定终魏晋之世得到坚持,直至隋唐时期终于有所改变。唐代房强的兄弟在担任统军期间依谋反罪被判处死刑,房强因此被缘坐收监,依兄弟罪及之法,当处以死刑。但大臣商议后提出:“旧法,兄弟异居,荫不相及,而谋反连坐皆死;祖孙有荫,而止应配流。”即一人之官职,可能受之于父,可能荫其子辈,既然兄弟荫不相及,缘坐兄弟处死实属不公。于是提请修订兄弟缘坐之法,使兄弟、姊妹不再受缘坐死刑,这得到了百姓广泛的认可。^{②0}

从此,旧律条规定的谋反者兄弟缘坐一律处死,修改为止于连坐配役。后世许多因祖孙或兄弟犯罪而应受株连之案,一般都判决发配劳役,从夏商传承下来的死刑缘坐制度的范围也得以限缩到最小。

2. 女不从坐——女子缘坐范围的限缩和解除

(1) 母丘俭案:缘坐不及出嫁女

三国两晋时期最引人注意的是对妇女缘坐的限制。曹魏正元二年(255年)的母丘俭案,也即母丘芝案,开缘坐不及出嫁女之先河。经此案改律之后,曹魏末期一度废除了出嫁之女与父母连坐的责任,直至西晋时期族刑只缘坐男子,这对缘坐范围的限缩上具有重要意义。

母丘俭于与前将军文钦共谋讨伐司马师,此后兵败身死。^{②1}依魏国律法,母丘氏起兵为大逆之罪,法当腰斩,其家属缘坐虽不及祖父母、孙,但要株连已经出嫁的女儿。此时母丘俭的儿媳荀氏之女母丘芝依照曹魏律关于大逆的规定也应族诛处死。荀氏救女心切,只能求于司隶校尉何曾,请求“没为官婢,以赎芝命”。何曾不忍,就命当时的司录主簿程咸上书陈情。程咸认为,“父母有罪,追刑已出之女;夫党见诛,又有随姓之戮。一人之身,内外受辟”,实不合理,并提出应当取消原有的刑罚,而采用“在室之女,从父母之诛;既醮之妇,从夫家之罚”,这样法律才能长久施行。皇帝认为合理,便下诏修改了法律。程咸上书实际上符合当时社会对妇女缘坐的看法,即缘坐为严苛之法,理应哀矜女弱,而在施行时却使妇女同时承受父族和夫族两方的连坐,这显然是不公平的。

自母丘俭案改律以后较长一段时期,出嫁女子不再负双重缘坐责任,曹魏末期甚至一度废除了株连出嫁之女以及父母的法律。但是,基于对谋反罪的重视,后世谋反重罪下的族刑往往仍然包括出嫁女。依《晋书·刑法志》记载,晋代“除谋反,适养母出、女嫁,皆不复还坐父母弃市”,即犯谋反罪等严重危害封建统治的罪名时仍然株连出嫁女。如西晋张弘畏胡作

^{②0} 参见[唐]长孙无忌等:《唐律疏议·贼盗》:“诸谋反及大逆者,皆斩…男夫年八十及笃疾、妇人年六十及废疾者,并免。”

^{②1} 参见《晋书·刑法志》:“是时魏法,犯大逆者诛及已出之女。母丘俭之诛,其子甸妻荀氏应坐死。荀氏所生女芝为颍川太守刘子元妻亦坐死。”

乱，王濬发兵讨伐张弘，“弘坐伏诛，夷三族”^②，这说明西晋基本沿用了前代对于谋反重罪已出之女和父母不能免除缘坐的规定。

（2）解系案：女不从坐

三族之刑从真正意义上不再连坐妇女，是从晋永宁年间一场冤案开始的。据《晋书·解系传》记载：雍州刺史解系和他的两个弟弟解结、解育在当时有清廉之名。氐羌叛乱时，赵王司马伦多次上奏诬陷解系谋反。等到张华、裴頠被杀的时候，司马伦因嫉恨拘捕了解氏兄弟，并最终将其杀害，他们的妻室、子女也一并缘坐从诛，百姓深感怜惜。

值得注意的是，当时解结之女已经许配给裴家，但尚未出嫁，^③不属于出嫁女可以不受父族缘坐的范畴，于是也被缘坐杀害。后来朝廷将解系一家受诛之事作为重要冤案处理。法官们集议认为解氏兄弟素来正直，因被奸佞所嫉恨，致使其妻女没有罪过却惨遭缘坐之戮，冤屈深重。他们便以此决定公开宣布之前的判决不当，同时为了“彰明枉直，显宣当否”，修改当时的缘坐之法。自此案修改法律后，使得不论是在室女还是出嫁女，均不再缘坐三族之刑，即所谓“议革旧制，女不从坐，由结女始也”。族刑的株连范围从此开始仅限于男子，这是这一时期缘坐范围的进一步限缩。

三、魏晋时期缘坐范围限缩的原因

（一）法律儒家化的加强

魏晋时期缘坐范围限缩的一个根本原因是法律儒家化的加强。从董仲舒引经义决狱开始，法律和儒学就处于一个不断融合的进程之中，而三国末期到魏晋南北朝时期更是我国古代法律儒家化的一个高潮。

法律思想上，晋代作为统治阶级的司马氏服膺儒学。随着引礼入法的推进、儒家慎刑思想和法家重刑思想的碰撞，当时的亲属缘坐案件既受到法家约束，又呈现出儒家的独特性。

在这些缘坐案件的处理中，所论多据儒家“慎刑”“三从”“服丧”等精神。例如，程咸指出既有的缘坐法律设计中“男不得罪于他族，而女独戮于二门，非所以哀矜女弱，蠲明法制之本分也”，这体现出学者对儒家“亲属”“宗族”关系的思考。再者，自晋《泰始律》将“准五服以制罪”作为法律原则，以服制作为特殊的量刑依据之后，儒家伦理在法律中的重要性进一步体现。五服制罪将古代依亲疏远近规定不同的丧服制度引入了法律领域，使得儒家亲属关系开始真正意义上影响刑罚的适用。在这一背景下，儒家“亲亲相隐”等原则更加受到法律设计的重视，出嫁女、外族亲属等逐渐不再受罪及三族之刑的影响。亲属之间应当互相保护，这不可避免地与历来严苛的缘坐制度产生了冲突，从而间接造成了魏晋时期缘坐范围的限缩态势。除此之外，八议、官当等官员特权的确立是这一时期缘坐制度受限的另一个重要原因。儒家思想主张“治国以德”，特别强调对有德、有功之人的宽恕和优待，这种优待措施的盛行推动了缘坐制度的限缩，使刑罚体现出一定的弹性和温情，也与儒家“矜恤贤能”的思想相契合。

从法律形式上看，在魏晋南北朝时期中国传统律学取得了巨大的进步，曹魏年间已经有引用儒家思想注释律典的形式，即所谓“章句”，在司法方面常常被引用于断狱。魏晋之际，开始出现私家为律文注疏，律学的范畴也发生了巨大变化，从最初的关注法律的实体性到后来的关注立法的技巧、实践的应用、犯人的身份认定以及判决的标准等，与此相关的律学理论都得到了深入的研究与阐述。晋朝刘颂更进一步指出：“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之……其正文名例所不及，皆勿论。”这种严格援法断罪的观念，推动了法外族刑的减少，同时也是中国古代法律思想的一大进步。

^② [北宋]司马光：《资治通鉴·晋纪·晋纪一》，李翰文整理，北京联合出版公司2016年版，第644页。

^③ 《晋书》卷六十：及系被害，结亦同戮。女适裴氏，明日当嫁，而祸起，裴氏欲认活之，女曰：“家既若此，我何活为！”亦坐死。

（二）“罪止其身”观念的发展和进步

魏晋时期对于缘坐案件的处理,相较秦汉苛法更体现出礼与法的冲突。其最终结果是推动了“罪止其身”观念的发展。“罪止其身”是中国古代法律文化中的重要思想之一,主张刑罚应仅限于犯罪者本人,不应株连其无辜亲属。这一观念的发展与古代法律文明化进程密不可分,尤其是在儒家伦理逐渐渗透到法律体系中时,该观念开始强调家庭和亲情的重要性,引导法律向更加人道化的方向发展。

所谓“罪止其身”,早自西周时期就得到过统治者的重视。依《左传·昭公二十年》记载,《尚书》中记录西周时周成王任命康叔治理殷商旧地民众的《康诰》中有言,“父子兄弟,罪不相及”,这是一种施行刑罚决不能伤及无辜的慎刑思想。《尚书·大禹谟》中亦有“罚弗及嗣,赏延于世”,即刑罚不及子嗣,同样体现了罪止其身的思想。《左传》中的一些事例,比如蔡仲不坐父罪,是周朝在“慎罚”思想指引下改变“罪人以族”、减少株连的表现。后世依据这些记载又将其称为“四罪不相及”^{②4},即在断狱时只惩罚犯罪者,而不株连无辜之人。至于秦代,连坐之制盛行。父子兄弟三族缘坐屡发,与前代明德慎罚的理念相悖,故汉初刘邦约法三章,“悉除去秦法”得到了世人的认同。对此魏人张晏赞云:“秦法,一人犯罪,举家及邻伍坐之……今但当其身坐,合于《康诰》‘父子兄弟罪不相及’也。”这体现了“罪止其身”这一观念的发展。

但是,两汉在处理谋反罪以及一些涉及国事的重罪时,“罪止其身”显然没有得到很好的实现,既有“以子诛父,以弟诛兄,亲戚相坐,

什伍相连”,又有“有罪反诛无罪,无罪者寡矣”,这充分说明汉代族刑连坐的盛行。如同亲亲相隐一样,“罪止其身”并不适用于“谋反”“不道”等重罪,这充分说明这种观念在多数情况下得不到真正的执行。

到了魏晋时期,法律开始逐步向儒家的“亲亲相隐”和“慎刑”观念倾斜,这一时期是“罪止其身”观念发展的关键转折点。儒家矜恤老幼妇孺的思想特别强调对弱势群体的保护,例如主张慎用重刑,认为女性、儿童、老弱者在社会和家庭中处于相对弱势地位,不应因他人的罪行而受到严厉的惩罚等。魏晋时期女性、儿童等弱势群体开始逐渐脱离缘坐的株连范围,正是这一观念在法律实践中的体现。晋明帝时温峤上奏军国要务,说明罪不相及为古之良制,并提出废除三族之刑的观点。^{②5}至于南北朝时期,出现“门房之诛”,将罪犯按照家族血脉来处罚。依《魏书》记载,此时的皇帝诏令中已有很多门诛之刑,^{②6}适时未能入律。到了魏正平元年(451年),少傅游雅与中书侍郎胡方回等人改定律制,始将“门诛”作为族刑连坐的又一实现形式正式写入律令。

其后历经多次改律,直至北魏孝文帝下诏:“自今已后,非谋反、大逆、干纪、外奔,罪止其身而已”,从此夷五族者降止同祖,夷三族者止一门,门诛止身。^{②7}此类缘坐范围呈缩小趋势,也是对“罪止其身”这一观念的坚持。

（三）宗族关系的发展

从社会发展角度看,魏晋时期宗族关系的发展也在一定程度上影响了缘坐株连制度。在中国传统社会,父家长于家,如同君之于国,拥有至高无上的地位。父之权威在家庭的范围

^{②4} 参见《尚书·舜典》,“四罪不相及”中的四罪是指共工、三苗、鲧和驩兜。鲧违反了天条,但并没有影响儿子大禹治水立功,这是早期罪止其身的思想;《晋书·列传》:帝手策问曰:“吴兴徐馥为贼,杀郡将,郡今应举孝廉不?”坦对曰:“四罪不相及,殛鲧而兴禹。徐馥为逆,何妨一郡之贤!”即统治者认为徐馥一个人作乱,不能影响一郡的人才选拔。

^{②5} 《晋书·列传第三十七》:“罪不相及,古之制也。近者大逆,诚由凶戾。凶戾之甚,一时权用。今遂施行,非圣朝之令典,宜如先朝除三族之制”。

^{②6} 《魏书·世祖太武帝纪》:“太武帝太平真君五年(444年)诏曰:‘自王公以下至于庶人有私养沙门、师巫及金银工匠者……师巫、沙门身死,主人门诛’”。

^{②7} 《魏书·高祖纪》。

内及于所有的男女、尊卑、长幼。长期以来,这样的家庭和宗族关系主要适用于中原地区拥有悠久文化传统的汉族家庭。然而在魏晋南北朝时期,胡汉两族长期处于共存、交融的状态之下,二者的民族发展轨迹不同,拥有不一样的历史、传统和权力结构形式,其父家长在家庭、家族中的地位也有显著的差别,这种冲突致使与服制密切相关的缘坐应时代特征不断变化。

总体上,这一时期亲属缘坐所遵循的原则是连带责任随着亲属服制关系越近而加重,其范围以家庭内部成员为主,但有时也涉及宗族。大多有关父子、兄弟和妻子缘坐受刑的记载都体现了这一特点。缘坐之法既施,主犯往往被重刑诛杀,其亲属大多同处死刑。但随着制度的完善,也开始处流刑、腐刑,或籍没入官为奴等,其判决基本上是以考量亲族关系为基础的。

四、缘坐制度的反思和启示

(一) 不断推进刑罚制度的规范化与理性化

缘坐制度的限缩,从侧面体现了我国传统刑罚制度逐渐趋于规范化和理性化。早在三国时期曹操为魏王时,就已经针对汉律的繁芜部分进行了一些改易。从《新律》到《晋律》,刑律总则的内容得到不断完善,律令区分致使律文篇幅较秦汉之律大为精简。三族之刑从正法逐渐转为法外之法,成为法律制度规范化发展的一种趋势。另外,魏晋时期礼法中的“服制”首次被列入律典,使得法律制度的规范化和家族服制的规范化并行而施,这对缘坐范围的限缩提出了实质上的诉求,此种思想也被后朝所取法。其次,缘坐范围的限缩也体现了魏晋时期刑罚制度的理性化倾向,如毋丘俭一案中主簿上奏缩减族刑范围。这些仕宦的奏章虽然大多指向为个案开脱,例如力陈出嫁女与父族之交集不合理等,但从统治者听之受之,积极修改法律的态度上看,这正是统治者服膺的儒家思想开始被社会广泛认同,以及族刑趋于理性化、文明化的反映。

如今,推进刑罚制度规范化与理性化仍然

是立法者所追求的目标。我国自1997年修订《刑法》以来,不断细化刑罚种类、犯罪构成和刑期规定,并通过《刑事诉讼法》的调整进一步规范了刑事审判中的程序正义。2010年我国引入“量刑规范化改革”,通过对量刑情节进行分类,指导法官如何在不同情况下作出合适的刑期裁决。这一改革减少了裁量刑罚中个人判断的随意性,对刑罚制度规范化起到了良好的推动作用。从现代刑罚制度理性化的角度看,当今刑罚个体化的理念越来越受重视,即要求在考虑犯罪人的年龄、精神状态、犯罪动机和犯罪背景的情况下制定个别化的处罚措施,从而有效地保护特殊群体。例如在社区设立精神病犯罪人矫正机构,对犯罪时处于精神异常状态的罪犯实施治疗性矫正,而不是单纯的刑事惩罚。又如近年司法解释依托实践中的具体情况,针对某些免责事由的判定新增了应尊重一般人的视角、尊重一般人在紧急情况下的认识能力等规定,充分体现了对刑法制度理性化的探索。

立法者应该继续将刑罚制度的规范化与理性化作为刑事司法改革的核心理念,通过统一法律标准、完善以预防和改造为主的刑罚体系、保护特殊群体以及引入技术手段,使现代刑罚制度在确保公正的同时更加注重社会效应和人文关怀。

(二) 平衡“罪责自负”原则和社会性连带责任制度的规制作用

反思缘坐制度的发展历程,其随着时代更替而逐渐暴露出了诸多不足。其核心问题在于,集体责任与个体责任的混淆极大地加重了无辜者的负担,最终会难以避免地影响社会的和谐与稳定。这些矛盾的存在和激化,使得缘坐刑逐步被统治者限制和废除。可以认为,魏晋时期对族刑的控制是社会发展所带来的不可避免的趋势。尽管缘坐制度有助于维护统治秩序,但其在许多方面违背了“罪止其身”的基本法理原则。随着法律的演进,现代法制社会强调“罪责自负”,强调个体应该为自己的行为承

担责任,这与古代的集体责任观形成了鲜明对比。

然而,在某些特殊情况下,社会性连带责任制度仍然被视为一种必要的风险规避措施。放眼中国古代史,株连、缘坐作为一种制度始终无法被完全取缔,其能在传统社会长期延续不仅仅是作为法律之制,而在更多时候转化为政治斗争的需要。即便到了今日,法律虽然强调个人责任,但犯罪者对其亲属造成影响的理念仍然存在。如对犯罪者的子女考取公务员进行限制、阻止受家庭关系影响而存在犯罪风险的人员参加公务员考试等。另外,中国的社会信用体系是目前世界上最为严格和系统的信用体系之一,不仅涵盖个人和企业的信用评分,还涉及社会主体行为的各方面,如贷款、就业、租房等。个体的信用评分可能影响其家属,如果某人被列入失信被执行人名单,其配偶或成年子女的生活可能会受到连带影响。与其他司法管辖区相比,这似乎更能体现我国社会对“犯罪牵连家属”这一观念潜在的认可,其存在旨在实现对亲属的牵连政治控制和维护社会

稳定。因此,缘坐制度的历史经验将为未来的刑法改革提供反思的机会,尽管集体责任制在当代法治社会已不再适用,但某些观念仍然在潜移默化地影响着现代社会,如信用惩戒和社会性连带责任等。

当今立法者需要平衡“罪责自负”原则和社会性连带责任制度的规制作用。对于社会性连带责任制度的实施,法律必须采取谨慎的态度,不能使个人行为“牵连家属”的制度产生实质意义上的不公平。这对法律制度如何更好地应对社会多样性与复杂性提出了持续的要求。法律必须坚守“罪责自负”的核心原则,区分个体责任与集体责任,确保无辜者在公共生活中的平等参与权不受犯罪亲属的影响。对于某些特殊职业(如司法人员、警察等)或特殊情况,法律应确保有一套严谨的评估机制,以判断目标人员是否适合担任特定职务;对于涉及公共安全的高风险岗位,可以设置更严格的资格审查和职业伦理考核,但应尽量避免将风险简单归咎于亲属或家庭成员的历史背景。

Study on the Limitation and Reason of the Range of Tandem Guilty in Wei and Jin Dynasties from the Cases

Zhong Yiwei

(University of Southampton, Southampton, S0171BJ, UK)

Abstract: In ancient times, the system of tandem guilt was a way of assigning blame based on consanguineous relationship, and its effect is to impose joint punishment on the offenders and their relatives within a certain scope of obligation. However, in the Wei and Jin Dynasties, the punishment intensity and scope of this system showed a trend of limitation and contraction. It can be argued that this change is intrinsically linked to the advancement of legal Confucianism, the refinement of legal forms and the development of clan relations during this period. By comparing several cases of tandem guilt during this period, we are inspired to balance the principle of "self-responsibility" and the regulatory role of the social system of joint liability in the construction of the rule of law today.

Key words: Wei and Jin dynasties; tandem guilty system; involve others in a criminal case; self-responsibility

(责任编辑:天下溪)

我国道路交通安全领域“首违不罚”制度的适用及其规范

刘丽, 邓语柠

(湖南师范大学, 湖南 长沙 410081)

摘要:“首违不罚”制度是地方探索如何优化行政执法方式的产物,因在实践中取得良好的社会效果,2021年新修订的《行政处罚法》以正式的法律条文规定该制度,该制度进一步放宽免于处罚的条件,提高了全社会对行政处罚的认可。道路交通安全领域落实《行政处罚法》“首违不罚”制度主要表现为出台“首次违法警告清单”和“轻微违法免罚清单”。然而两个清单在实施中却存在部分地区未主动公开清单、突破立法体制中立法层级、各地适用条件不一等诸多问题。为了充分发挥“首违不罚”制度的价值和功能,应由更高位阶的法律法规统一“首违不罚”的适用条件以符合立法体制,通过行政执法机关单独出台并公开两个清单规范行政机关自由裁量权,通过明确“首违不罚”适用条件中的因素避免适用条件认定不一。

关键词:道路交通安全;行政处罚;首违不罚

中图分类号:D922.112

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0102-08

2021年《行政处罚法》修改时在第33条增加了“首违不罚”条款,即“初次违法且危害后果轻微并及时改正的,可以不予行政处罚”。“首违不罚”制度的出台体现了以人为本的执法理念和处罚与教育相结合原则。《行政处罚法》修订前,我国部分地方的公安交警部门,比如云南昆明等地针对道路交通安全轻微违法行为专门出台了“首违不罚”措施。^①

但是,这些措施因为找不到制定法上的依据而屡遭合法性和合理性质疑。有学者认为:“虽然‘首违不罚’在个案层面体现执法的人性化,但这恰恰暴露出一种人治的思维,脱离了法治框架”^②。本文通过全面梳理全国各地道路交通安全领域“首违不罚”清单,指出清单运行中存在的主要问题,并提出规范适用清单的具体举措。

收稿日期:2024-06-17

基金项目:2019年度湖南省社会科学基金项目“社会主义核心价值观与行政救济基本法之完善”(19ZDB55)

作者简介:刘丽,女,湖南师范大学法学院教授、硕士生导师,法学博士,主要研究方向为行政法学。邓语柠,女,湖南师范大学法学院硕士研究生,主要研究方向为行政法学基础理论。

①参见《昆明交警“首违不罚”打造人性化执法》,载中国新闻网, <http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2008/08-25/1360335.shtml>, 2008年8月25日发布。

②蔡德海、关松豹:《质疑“首违不罚制”》,载《工商行政管理》2003年第22期,第34页。

一、道路交通安全领域“首违不罚”制度的具体适用

2021年修订的《行政处罚法》新增的“首违不罚”条款为公安交管部门实行“首违免罚”措施提供了充分的法律依据。该制度在具体实施中呈现以下特点。

（一）道路交通安全领域免罚清单呈现两种样态

免罚清单是近年来我国行政执法部门（主要是地方行政执法部门）以规范性文件形式出台的对免予处罚的轻微违法行为进行列举规定的清单文本。^③道路交通安全领域“首违不罚”制度大多通过规范性文件予以确定，具体包括“首次违法警告清单”和“轻微违法免罚清单”两种形式。道路交通安全领域的免罚清单的呈现方式各异，有的地方将清单作为规范性文件的正文内容，比如内蒙古自治区出台的《内蒙古自治区公安机关“放管服”改革便民利企新措施》在改进交警执法措施方面提出了11条措施，其中包括“轻微交通违法行为不处罚”和“一般交通违法首违警告”的具体适用情形；有的地方则将“首违不罚”清单作为规范性文件的附件，比如杭州市就将“首次不罚清单及适用条件（一）（自2021年3月1日起实施）”和首次不罚清单及适用条件（二）（自2021年11月1日起实施）分别作为其道路交通领域执法规范性文件的附件1和附件2。

（二）道路交通安全领域免罚清单的公开程度不一

通过检索可以发现，绝大多数省份的公安交警部门网站并未主动公开免罚清单。笔者尝试通过依申请的方式向部分省份公安机关提出“首违不罚”清单政府信息公开申请，申请的内容是交警部门道路交通安全违法行为首次警告或首次不罚清单以及相关适用条件和处理程序。申请提出之后，先后收到了广东、江西、湖北、江苏等39个省市公安机关政府信息公开申请完全答复。答复的依据是《政府信息公

开条例》第36条第2项规定。但是也有个别市的公安机关以《政府信息公开条例》第38条规定为由只作了部分答复，理由是“首次警告或首次不罚清单”属非已制作或者获取的政府信息，需进行收集、加工，不予公开，只对“适用条件和处理程序”进行了公开。还有部分省市以所申请的内容系内部事务信息为由作出不予公开的答复。

（三）“首次违法警告清单”之违法情形和适用条件不一

1. “首次违法警告清单”的违法情形数量差异

各地关于首次违法警告清单的内容是列举具体的违法情形，违法情形在数量方面呈现为两种样态：第一种列举了10种违法情形，比如青海省西宁市、广东省深圳市等；第二种列举了15种违法情形，比如广东省珠海市、浙江省丽水市等。列举为15种违法情形的城市只不过是在10种情形之外再增加了5种违法情形。

10种违法情形分别是指：①不按规定停车的；②在禁止鸣喇叭的区域或者路段鸣喇叭的；③通过路口遇停止信号时，停在停止线以内或路口内的；④驾驶中型以上载货汽车在高速公路、城市快速路以外的道路上行驶超过规定时速未达20%的；⑤驾驶中型以上载客载货汽车、危险品运输车辆以外的其他机动车行驶超过规定时速未达20%的；⑥驾驶货车载物超过核定质量未达30%的（仅限驾驶货车首次超载10%以下，消除违法状态后）；⑦机动车从匝道进入或驶离高速公路时不按规定使用灯光的；⑧在高速公路上骑、轧车行道分界线的；⑨在高速公路或城市快速路以外的道路上行驶时，驾驶人未按规定使用安全带的；⑩驾驶机动车在高速公路、城市快速路以外的道路上不按规定车道行驶的。

再增加的5种违法情形，具体是指：①遇前方机动车停车排队等候或者缓慢行驶时，在

^③参见张淑芳：《免罚清单的实证与法理》，载《中国法学》2022年第2期，第244页。

人行横道、网状线区域内停车等候的;②驾驶安全设施不全的机动车的;③载货汽车、挂车未按照规定安装侧面及后下部防护装置、粘贴车身反光标识的;④机动车违反警告标线指示的;⑤机动车通过有灯控路口时,不按所需行进方向驶入导向车道的。

2. “首次违法警告清单”的适用条件不一

(1) “首次违法”之“首次”的判定时间不一

各地清单在时间的判定上存在不同规定。大部分省份对“首次”的时间判断限定为本次交通违法行为发生前半年内,比如江苏省、四川省、珠海市等;有的地方则将“首次”的时间周期规定为三个月或一个计分周期内(即一年)。同一个省份的不同城市对时间周期的认定也存在不同,比如浙江省杭州市将“首次违法”的时间周期认定为违法行为发生前连续三个月以上,而浙江省温州市却对“首次违法”时间周期认定为交通违法行为发生的前半年内。

(2) “首次违法”之“违法”的认定比较严苛

各地清单将“首次违法”的违法行为发生地限定为本省内,对违法行为的表现形式则表述为“对列入清单的交通违法行为”,同时规定违法行为的后果是未造成交通事故或者交通拥堵。由此可见,“首次违法”是指驾驶人违反清单中规定的10种或15种违法情形中的一种,且车辆和驾驶人在省内没有交通违法记录,也没有造成实际的危害后果。

(3) 增设“首违不罚”适用的前置条件

各地关于“首次违法警告”的适用情形均规定了“以往交通违法均已处理”的条件。由此可见,一般违法首次警告的前提条件之一是以往交通违法均已处理,如果以往交通违法未及时得到处理,就不可能适用“首次违法警告”清单。

(四) “轻微违法免罚清单”适用情形和认定不一

1. “轻微违法免罚清单”适用情形数量不一

各地轻微违法免罚清单的事项规定不一,有的规定了6种情形,有的规定了7种情形,有的规定了10种情形,有的规定了11种情形,最多的规定了13种情形。清单中规定的共同情形有:①机动车喷涂、粘贴标识或者车身广告影响安全驾驶;②机件不全;③在车门、车厢没有关好时行车的;④机动车在没有划分机动车道、非机动车道和人行道的道路上,不在道路中间通行;⑤在机动车驾驶室的前后窗范围内悬挂、放置妨碍驾驶人视线的物品;⑥驾驶机件不符合技术标准的机动车;⑦未按规定喷涂放大的车牌号;⑧未随身携带驾驶证、行驶证的。“轻微违法免罚清单”规定的情形主要表现为因车辆机件不符合标准、车容车貌不规范从而影响驾驶人安全驾驶的违法行为。

2. “轻微违法免罚清单”适用条件不一

各地轻微违法免罚清单均依据《行政处罚法》第33条第1款“违法行为轻微并及时改正,没有造成危害后果的,不予处罚”的规定细化轻微交通违法行为免罚的适用条件,规定交通违法行为没有造成交通拥堵、交通事故等影响交通安全的后果或能当场及时改正的,可以不予处罚。但是部分地方的清单增设了适用的前提条件,即要求违法行为已经列入“轻微违法免罚清单”,清单范围以外的违法行为即使符合上述免罚的条件也不能免罚。

二、道路交通安全领域“首违不罚”制度适用存在的法律问题

“首违不罚”清单属于地方政府规范性文件,但是它规范的内容和实际效果可能超越规范性文件的范围,从而产生合法性质疑和执法不公的问题。

(一) 突破了立法体制中的立法层级

根据我国《立法法》的规定,行政法规范的位阶依次是法律、行政法规、地方性法规、

行政规章,下位法的出台是为了更好地执行上位法的规定。地方政府规范性文件充其量只能对地方政府规章作出补充说明和细化,而不应当对规章层级以上的法规法律作出补充说明和细化,否则就是突破了立法体制中的立法层级关系。^④由此推及到地方政府职能部门的规范性文件更不能对规章层级以上的法规法律作出补充说明和细化,但是梳理各地“首违不罚”清单的制定依据可以发现,其法律依据主要为《行政处罚法》《道路交通安全法》《机动车交通事故责任强制保险条例》或地方性法规关于实施《道路交通安全法》办法。比如,黑龙江省公安机关不予行政处罚事项清单(交通管理)就以表格的方式列举了交通管理领域不予行政处罚的事项及不予行政处罚的情形和法律依据,其法律依据明确列举为《行政处罚法》第32条和第33条,《道路交通安全法》第93条第1、2款,第95条第1款,第90条和《机动车交通事故责任强制保险条例》第39条第1款。由此可见,黑龙江省公安机关不予行政处罚事项清单(交通管理)是对以上法律、行政法规的具体细化,其规范性文件显然是做了地方性法规或规章应该来完成的工作,突破了立法体制中的立法层级。

(二) 违反了行政处罚法关于裁量基准应当向社会公开的规定

有些地方公安机关通过规范性文件的方式实施“首违不罚”制度是为了贯彻落实《公安部交管局关于进一步规范公安机关有关执法工作的通知》,这些通知因为属于内部文件或密级文件而不能公开。因此,各地方公安机关在出台“首违不罚”清单时也采取类似的方式,即在地方公安机关的规范性文件中规定“首违不罚”的具体内容,因为规范性文件的内部性从而导致“首违不罚”清单不能公开。但是,道路交通安全领域的“首违不罚”清单即“免罚”清单是道路公安机关出台的有关“首违不

罚”条款在道路交通安全领域的执法裁量基准,而且该裁量基准因为涉及行政相对人的权利义务,应该属于政府主动公开的信息内容,理由如下。

裁量标准是指行政执法者在行政法律规范没有提供要件—效果规定,或虽提供要件—效果规定但据此不足以获得处理具体行政案件所需之完整判断标准时,按照立法者意图,在行政法律规范所预定的范围内,以要件—效果的形式设定的判断标准。^⑤“首违不罚”属于公安交管部门行使自由裁量权的事项,清单是在《行政处罚法》范围内对“首违不罚”的要件—效果规定的细化,属于行政处罚裁量的基准。该裁量基准中的“罚”与“不罚”无不关乎道路交通参与人的权益,行政机关应当依职权公开清单的内容。我国《行政处罚法》第34条规定:“行政机关可以依法制定行政处罚裁量基准,规范行使行政处罚裁量权。行政处罚裁量基准应当向社会公布。”公开这些基准,可以防范执法人员对行政自由裁量权的滥用。

(三) 适用条件认定不一造成执法不公

“首违不罚”清单顺利执行的前提在于如何精准、合理地认定其适用条件。通过上文对“首违不罚”适用条件的分析可知,道路交通安全领域“首违不罚”的适用条件缺乏统一细致的认定标准,在实践中容易造成执法不公的现象。

首先,同一省份不同市之间对“首违不罚”的时间周期规定不同。不同地区的交通发展程度、经济水平、法治水平存在客观差异,所以各地对“首违不罚”的时间周期制定不同的标准在一定程度上可以适应当地的执法需求。但是在相同的省份内,不同城市之间差异相对较小,制定不同的时间周期有违公正原则。

其次,交通违法行为的情形多样,清单中并未明确行为人首次实施交通违法行为后,又再次实施另一种交通违法行为是否仍算作“首

^④参见前注③,张淑芳文,第254页。

^⑤参见王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,载《浙江学刊》2006年第6期,第125页。

次违法”。行政执法人员对此也会有不同的理解,从而作出不同的处罚决定,因此需要明确“首次违法”是指违反同一种交通违法行为还是同种类交通违法行为。

最后,部分省市的清单中明确规定“对列入清单的交通违法”可以适用首违不罚,另一部分则没有作此规定,那么没有列入清单但符合“首违不罚”适用条件的轻微交通违法行为能否免于处罚?行政执法人员也会基于自己的理解作出不同的处罚决定,造成同案不同判的现象。

三、规范道路交通安全领域“首违不罚”制度的适用

若要使道路交通安全领域“首违不罚”制度在实施过程中受到群众的广泛接受,需要从两个方面入手:一方面,行政机关需依职权主动公开“首违不罚”清单;另一方面,需要规范“首违不罚”清单的适用条件。

(一) 提升“首违不罚”适用条件的立法层级

“首违不罚”的适用条件应当由全国统一规定,在符合《行政处罚法》的前提下,由更高位阶的法律法规对适用条件作出精细化的规定。可以考虑通过行政法规或者国务院职能部门制定规章的形式统一规定“首违不罚”的适用条件,避免突破立法层级。行政机关虽然不能在清单中规定“首违不罚”的适用条件,但可以对清单中具体的违法情形作出调整,各地行政机关可以结合辖区内的交通状况和交通违法行为数量灵活调整清单,这样即保留行政机关的自由裁量权,又将权力控制在一定范围内。

(二) 单独出台道路交通安全领域“首违不罚”清单并依职权主动公开

破解“首违不罚”清单囿于道路交通执法通知的内部性而无法主动公开的困局,可以借鉴国家税务总局关于税务领域“首违不罚”清单的做法,单独出台道路交通安全执法领域“首违警告清单”和“轻微违法不罚清单”。比如,湖南省在2022年4月7日出台的《湖南省公

安厅行政处罚裁量基准适用规定》和《湖南省公安行政处罚裁量基准》,分别规定了“首违不罚”的适用条件和“首违不罚”的适用情形,并主动向社会公开。其他地方也可以借鉴湖南省的做法,将“首次违法警告清单”和“轻微违法免罚清单”与其他涉及行政机关内部事务的信息区分开来,再主动公开。

(三) 规范两个具体清单的认定条件

1. 规范“首次违法警告清单”中“首次违法”的认定

道路交通安全领域的“首次违法”需要从以下几个方面来认定。

(1) “首次违法”之“首”的认定

认定“首”主要考量时间周期和起算时间两个方面。从时间周期的角度看,道路交通安全领域中的处罚数量大,其中轻微交通违法行为占绝大多数,所以各地“首次违法警告清单”都为“首次违法”设定了时间周期,区别在于周期的时间长短。设定时间周期需要综合利弊,既不能过长,以免适用条件过于严苛,沦为僵化条款;又不能过短,以免纵容交通违法行为,破坏行政处罚的权威性。应将“首次违法警告清单”与行政处罚追责时效相结合,把“首违不罚”的时间周期设定为六个月,即发现交通违法行为时,向前追溯六个月是否存在交通违法行为记录,交通违法行为在两年内未被行政机关发现的,不再给予处罚。

(2) “首次违法”之“次”的认定

部分交通违法行为具有连续性或者持续性,例如超速,可能在连续路段被多个电子监控连续记录。相较于其他交通违法行为,连续性或持续性违法行为更容易对交通秩序造成不利影响,并且更难认定违法行为的次数。道路交通安全领域中,除了交警人力执法以外,普遍通过安装电子监控设备抓拍违法行为,监控设备只能抓拍当下瞬间违法行为,无法进一步判断违法行为是否具有继续或持续性。若连续性或持续性违法行为在连续路段被抓拍多次,不能简单将其视作数个独立的违法行为,进而

对第一次抓拍的违法行为免罚。因为监控设备抓拍违法行为后,不能立即通过短信告知违法行为人,违法行为人存在不知晓其违法行为的可能,也无法及时改正违法行为。通过监控设备记录的持续或继续性违法行为,可以将时间或者路程作为划分间隔的标准,为不同类型的违法行为分别设定合理的间隔记录违法行为的次数,首次记录的违法行为可以适用“首违不罚”。在交警人力执法中,若驾驶人实施了继续性违法行为,交警无法判断交通违法行为是否具有继续性,并且其行为的继续性因被交警发现而中断,则再次实施的同一违法行为是独立的违法行为,所以被交警查处的违法行为都依照独立的违法行为作出处罚决定。

(3) “首次违法”之“违法”的认定

首次发生意味着同一主体初次构成违反同一法律规范的情形。^⑥“首次违法”中的违法行为是指同类交通违法行为,即在“首次违法”的时间周期内,行政相对人再次实施任何一种交通违法行为,均不适用“首违不罚”。

(4) “首次违法”之“地域”的认定

各地出台的“首次违法警告清单”中规定“车辆和驾驶人员在本省范围内没有违法记录”,将审查是否存在交通违法行为的地域范围限定在本省内。但是机动车辆具有较大的流动性,可能横跨各个省市,本省的道路规划以及依据《道路交通安全法》制定的实施细则与其他省市存在差异,所以当前“首次违法警告清单”中对地域的规定可以适用于在本省注册登记的车辆,但对外地车辆可以作出变通。首先,外地车辆在注册登记地以外发生交通违法行为的,应当适用违法行为发生地制定的“首次违法警告清单”。其次,各地“首次违法警告清单”可以针对外地机动车辆单独制定适用条件。例如深圳市规定外地机动车来深的首宗

交通违法行为,符合“首违不罚”其他适用条件的可以免于处罚,且不设时间周期。最后,外地车辆除适用“首次违法警告清单”中的免罚情形外,还可以为外地车辆设置单独的免罚情形。例如外地车辆因不熟悉道路规划和限定规定产生的交通违法行为可以免于处罚。

2. 明确两个清单中“危害后果”的认定

在我国,危害性评价未被纳入行政处罚的评价体系,通常不作为违法行为应受行政处罚的条件,所以危害结果不产生决定性作用。^⑦交通违法行为产生危害后果并非作出处罚决定的必要条件,但是可以成为不能免于处罚的考量因素。“轻微违法免罚清单”的适用条件之一是违法行为没有造成危害后果,“首次违法警告清单”的适用条件之一是违法行为造成的危害后果轻微,需先认定“危害后果”,再认定“轻微”因素。

(1) “危害后果”的概念和范围

“危害后果”应当是指法律上的危害后果,即违法行为对行政法所保护的利益造成损害。如果利益没有受到法律保护,就不存在法律上的危害后果。^⑧《道路交通安全法》所保护的利益包括人身安全、财产安全和交通秩序。道路交通安全领域中“首违不罚”的危害后果既包括实际性危害后果也包括影响性危害后果。因此“轻微违法免罚清单”的适用条件之一就是轻微的交通违法行为没有对道路交通参与者的人身、财产安全造成实际损害,也没有产生交通拥堵等影响交通秩序的后果。

(2) “轻微”的判定因素

“首次违法警告清单”的适用条件之一是“危害后果轻微”。之所以某些行为不应受到行政处罚,乃基于无害原则与公益原则两大价值理念。^⑨交通违法行为产生轻微的危害后果说明对法益造成的破坏较轻,若违法行为人及

^⑥参见王红建:《新〈行政处罚法〉疑难条款的解读与适用》,法律出版社2021年版,第220页。

^⑦参见周佑勇:《裁量基准的技术构造》,载《中外法学》2014年第26期,第1147页。

^⑧参见尹培培:《不予行政处罚论——基于我国〈行政处罚法〉第27条第2款规定之展开》,载《政治与法律》2015年第11期,第155页。

^⑨参见周优、刘琦:《税务执法“首违不罚”的法理阐释与制度完善》,载《税务研究》2021年第9期,第99页。

时修复其行为产生的损害,可以给予其一次免于处罚的机会,符合处罚与教育相结合的原则。判断“轻微”应当考量其法定因素和酌定因素,最后再排除不属于“轻微”的因素。

首先,判断何为“轻微”可以通过两个法定因素考量:第一,危害后果持续时间的长短。危害后果持续的时间越长,一定程度上可以说明造成的实际后果和潜在影响越大,对法益的侵害也越大。例如,违法行为人发生交通事故造成车辆损毁,车辆被破坏的越严重,危害后果越大。第二,交通秩序的影响程度。只要实施交通违法行为就可能对交通秩序造成或大或小的影响,所以需要衡量交通违法行为对交通秩序的影响范围和程度。

其次,违法行为人的主观状态可以作为判断“轻微”的酌定因素,主观状态反映违法行为的性质和情节。新修订的《行政处罚法》将行为人主观无过错作为免于处罚的情形,突破了行政处罚中不考虑主观过错的规则,这并不意味着“我国行政处罚制度已经确立主观过错原则”^⑩。在裁量上应当区别法定与酌定减轻要件,针对法定与酌定减轻情形适用不同裁量效果,原则上秉持法定要件应当减轻、酌定要件可以减轻的效果裁量模式。^⑪ 交通执法人员认定交通违法行为符合“轻微”的法定因素,同时也满足其他条件可以作出免于处罚决定。若违法行为不符合“轻微”的法定因素但符合“轻微”的酌定因素,可以减轻处罚而不能免于处罚。

最后,反向排除不属于“轻微”的因素。国家税务总局关于发布《第二批税务行政处罚“首违不罚”事项清单》的公告中指出,税务违法行为造成不可挽回的税费损失或者较大社会影响的,不能认定为“危害后果轻微”。“首次违法警告清单”也可以参照税务领域,排除“非轻微”的因素。具体而言,包括以下两点:

第一,违法行为造成交通事故;第二,违法行为对第三人造成实际损害。

3. “及时改正”的认定

“轻微违法免罚清单”明确要求违法行为人及时改正违法行为,“首次违法警告清单”虽没有明确规定要求违法行为人及时改正,但是“及时改正”作为《行政处罚法》规定的“首违不罚”适用条件之一,应当包含在“首次违法警告清单”中。“及时改正”的关键在于改正的时间节点和主观态度。

(1) “及时改正”的时间节点

“轻微违法免罚清单”和“首次违法警告清单”对危害后果的要求不同,但都要求违法行为人及时改正违法行为。二者都将“及时改正”作为适用条件,但是二者改正的时间节点应有所区别。前者要求“没有造成危害后果”,所以应该在危害后果发生之前及时改正违法行为;后者允许“危害后果轻微”,所以应该在行政执法人员作出处罚决定之前及时改正违法行为。

(2) “及时改正”的主观态度

根据违法行为人是否出于自己主观意愿改正违法行为,可以将“及时改正”分为主动改正和被动改正。“及时改正”在强调主动改正的基础上,不应过于要求违法行为人主观意志上保持纯粹性。《行政处罚法》的立法目的在于维护公共秩序和社会公共利益,“及时改正”的侧重点也在于违法行为对法益造成的损害。由于法律没有明确规定及时改正是否要考虑主观状态,因此可以作出对违法行为人有利的解释,只要违法行为人采取改正措施,就不用考虑改正违法行为时的主观状态。

结语

道路交通安全领域实施“首违不罚”制度既是对过去执法经验的总结,也是对柔性执法方式的进一步探索。道路交通安全领域制定的

^⑩金成波:《行政处罚中违法者主观认识论纲》,载《当代法学》2022年第36期,第108页。

^⑪参见申艳红、赵宣:《实证分析视野下“减轻处罚裁量规则”的内部要件完善》,载《湖南警察学院学报》2023年第5期,第79页。

免罚清单将《行政处罚法》对“首违不罚”制度的原则性规定进一步细化,使其能在具体执法领域中得以实施,但免罚清单在实施一段时间后也暴露出了一定的问题,现阶段需要针对

实施中存在的问题进行优化。优化可以从两方面入手:一是提升清单立法层级并依职权主动公开清单;二是细化清单的认定条件,规范清单的法律适用。

The Application and Norm of "Impunity of First Violates" in the Field of Road Traffic Safety in China

Liu Li, Deng Yuning

(Hunan Normal University, Changsha, 410006, Hunan)

Abstract: The system of "first violation without punishment" is a product of exploration by local organs on how to optimize the administrative law enforcement mode. Because of the good social effect achieved in practice, the newly revised Administrative Punishment Law in 2021 stipulated the system with formal legal provisions, which further relaxed the conditions for exemption from punishment and improved the recognition of administrative punishment by the whole society. In the field of road traffic safety, the implementation of the system of "first violation without punishment" in the Administrative Punishment Law is mainly manifested in the introduction of the "first violation warning list" and "minor violation exemption list". However, there are many problems in the implementation of the two lists, such as some areas not taking the initiative to disclose the list, breaking through the legislative level in the legislative system, and different applicable conditions in different places. In order to give full play to the value and function of the system, the applicable conditions of "no penalty for first violation" should be unified by higher-level laws and regulations to conform to the legislative system, and the discretion of administrative organs should be regulated through two separate lists issued and made public by administrative law enforcement organs, so as to avoid different identification of applicable conditions by clarifying the factors in the applicable conditions of "no penalty for first violation".

Key words: road traffic safety; administrative punishment; first violation of impunity

(责任编辑:天下溪)

基于共商共建共享理念的 国际反兴奋剂治理新模式构建

熊英灼¹, 曾暄芳², 杨海涛¹

(湖南警察学院, 湖南 长沙 410138; 2. 西南政法大学, 重庆 401120)

摘要:面对当前国际反兴奋剂治理能力不足的危机,世界反兴奋剂机构陆续通过了一系列改革方案,但世界反兴奋剂机构独立化改革深受桎梏由来已久,尤其是“监守自盗”的困局依然需要进一步破解。共商共建共享的全球治理理念为破解当前困境,构建国际反兴奋剂新模式提供了科学的中国方案。世界反兴奋剂机构作为由不同类型股东构成的多股东、多层级组织,当面对比较复杂和动荡的外界环境时,更适合采用由利益相关者共同承担治理责任的“新型蜂窝状治理结构”,因此建立由更多利益相关方参与的理事会,构建扁平化的管理结构,创建更丰富更开放更灵活的治理参与机制,理顺理事会、执委会和委员会的彼此关系,配置防止股东权利滥用的预防救济机制等一系列举措,正是共商共建共享理念在国际反兴奋剂治理新模式构建中的贯彻落实。

关键词:WADA治理改革;共商共建共享;国际反兴奋剂治理模式

中图分类号:D922.16

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0110-10

世界反兴奋剂机构(The World Anti-Doping Agency, 简称WADA)是国际体育界和各国政府共同出资设立的,旨在引领国际体育反兴奋剂合作的国际组织。长期以来,WADA通过制定国际统一的反兴奋剂规则 and 标准,在国际和国家层面上形成了协调、一致、有效的反兴奋剂模式。基于这些规则,WADA可以对各体育组织和各国政府的反兴奋剂活动加以指导和监控,从而有效地推进全球层面的反兴奋剂运动的发展,促进国际的反兴奋剂合作。

近年来,一些重大的兴奋剂丑闻相继曝光,

如阿姆斯特朗事件和俄罗斯兴奋剂丑闻,让公众对体育竞技的信任大打折扣。这些事件也使人们审视和质疑WADA在行业治理和监管上的能力。特别是在部分国家试图为反兴奋剂问题赋予政治色彩后,WADA近年来的公信力和形象也受到不小影响。同时一些地缘政治因素的介入,使WADA陷入了诸多困境,难以全面和有效地开展反兴奋剂工作。

面对外界压力,2016年11月,WADA理事会(Foundation Board)决定成立一个治理工作组,以研究WADA的治理模式问题并提

收稿日期:2024-06-11

基金项目:2019年度湖南省哲学社会科学基金一般项目“大数据时代兴奋剂全球治理模式的中国化路径探析”(19YBA142)

作者简介:熊英灼,女,湖南警察学院副教授,法学博士,主要研究方向为体育法学;曾暄芳,女,西南政法大学人工智能法学院学生,主要研究方向为人工智能法学;杨海涛,男,湖南警察学院讲师,主要研究方向为深度学习。

出改革建议。该工作组由来自政府、体育组织、国家反兴奋剂组织（National Anti-Doping Organizations）、运动员和其他利益相关方代表组成，经过多年的调查研究，治理工作小组取得了一系列工作成果，有些建议已经在2020年初WADA的机构改革中实施。治理工作组经过两轮调研，于2021年5月、9月和11月分别提交了三份报告，这些报告包括对已经实施改革的情况评估以及对进一步改革的建议。2021年11月，WADA的理事会根据工作组的建议，一致通过了第一批改革方案。工作组于2022年5月提交了最后报告，其中包括进一步的建议，以及建议的实施日历、过渡性措施和对改革的财政影响的初步考虑。^①WADA的治理改革将对国际反兴奋剂运动产生重大的影响，也对国际体育组织的治理有着重要的意义，具有重要的研究价值。

一、现有WADA治理改革的具体举措

（一）增设WADA运动员政治协商会议

WADA过去设有运动员委员会（Athlete Committee），作为WADA执行委员会（简称“执委会”）下设的咨询机构。为增强运动员在WADA决策过程中的参与度，WADA决定设立一个与执委会独立的新的运动员政治协商机构——运动员理事会（Athlete Council，简称AC），取代运动员委员会。^②新的AC不再属于执委会下设部门，而是一个直接代表运动员权益的组织机构。通过AC，运动员在WADA各管理机构，如理事会和执委会的代表权将得到进一步加强。

新的AC由20名运动员组成。成员不再由执委会任命，而由以下渠道产生：5名由国际奥委会和国际残奥委会运动员委员会指定；8名由国际单项联合会运动员委员会选出；其他7名由特设任命小组产生。小组由2名运动员

组成，一名由AC内部选举，一名由WADA提名委员会推荐。小组将考虑AC成员的技能和多样性需求，进行人选提名。AC主席由全体成员内部选举产生。

（二）重组WADA理事会议席代表

WADA理事会原设有18个议席，由体育界和各国政府各自提名9名代表组成。经此轮改革后，增加6个议席以更广泛代表利益相关方：新增2个主席和副主席席位，均来自独立人士；另外2席由WADA运动员理事会（AC）从中选出1名，其中必须包括残奥界别代表；最后2席由WADA国家反兴奋剂组织（NADO）专家小组从中推选，小组由5大地区各提2名共10名NADO代表组成。此举在一定程度上体现了WADA保障运动员权益的决心。同时考虑到NADO作为WADC重要签署方和执行主体，也应加强其在WADA内的代表权。

此外，对主席和副主席的任职要求也作出重大调整。两职不再由体育界或政府推荐，而是必须来自完全独立于各国政府和体育组织的人选，严格遵循独立性标准。

（三）重构WADA执委会人员范围

WADA扩大了执委会的规模。原执委会由体育界和各国政府各派出6名代表共计12人组成。重组后的执委会共有16名委员，其中：1名为WADA运动员理事会（AC）主席；5名为独立委员，其中1人出任执委会主席，1人为副主席，均由理事会产生；5名政府代表；5名体育界代表，其中1名必须为运动员代表。独立委员和运动员代表人数的大幅增长，进一步强调和体现了WADA向独立公正方向的转变。

此外，对于执委会任期规定也有较大的变化。之前执委会委员任期是1年，可以连任；现在规定任期是3年，可以连任两次，最长不超过12年，这样的规定与理事会成员的任期

^① See WADA. *WADA Executive Committee and Foundation Board expand upon Agency's governance reforms*, at <https://www.wada-ama.org/en/news/wada-executive-committee-and-foundation-board-expand-upon-agencys-governance-reforms>, Sep 10, 2024.

^② See WADA. *Governance Reforms*, at <https://www.wada-ama.org/en/who-we-are/governance>, Sep 10, 2024.

规定相同。

同时,对执委会下设的常设委员会和临时机构的改革力度也是比较大的。首先,它首次规定常务委员会和临时机构的主席不能是执行委员会的委员;其次,每个委员会和临时机构成员的组成不再由其主席决定,而是由执委会最终决定;最后,对成员的任期也作出了更为详细的规定,即成员任期3年,可连任两次,但在同一委员会的任期不得超过9年,超过9年的,可以在另一个委员会申请任命,而且一名成员在同一期间可以在多个委员会任职。

另外,理事会还可以设置提名委员会,作为理事会和执委会就人事安排提供咨询的机构。提名委员会由5人组成,其中3名为独立成员,由WADA自行招聘。这3名成员中,将产生1名委员会主席,另外2名委员分别由体育组织和各国政府提名。最终由执委会作出任命决定。

(四) 设立独立的WADA道德委员会

2021年11月,WADA理事会通过了《WADA道德准则》(WADA Code of Ethics)^③。该准则为WADA理事、执委会委员、常设委员会成员等管理和工作人员确立了小心谨慎、防止利益冲突、正直无私、保密、善治和报告义务等基本责任。同时,规定了监督执行机构,以及违反准则后将面临的惩处措施和申诉程序。为保证准则有效执行,WADA专设独立的道德委员会负责此项工作。委员会共9人组成,其中2人分别由体育组织和各国政府提名,余下7人由WADA提名委员会考虑地域、性别、文化因素后全面平衡选择,最终由理事会决定。

二、目前WADA治理改革面临的现实困境

(一) “监守自盗”困局一直以来难以真正破解

过去,国际体坛兴奋剂问题主要由国际奥委会(IOC)负责规管。通过奥运会,IOC对其他体育组织实施反兴奋剂管理。只要希望参

与奥运的体育组织和运动员,就必须服从IOC的规定并接受检查。为此,IOC设立“奥林匹克药物委员会”,专门处理国际奥运会反兴奋剂工作。但是,在兴奋剂丑闻频出的背景下,IOC领导的治理效能受到质疑。比如,1988年汉城奥运田径“百米飞人”杰克逊事件与1998年环法自行车赛兴奋剂事件等,严重冲击了IOC治理的合法性。

人们逐渐意识到,尽管长远来看禁食兴奋剂有利体坛发展,但不容忽视个别组织可能在短期利益驱使下忽视药检。这种利益冲突使公众质疑各体育团体包括IOC本身的坚定态度,“监守自盗”的指责也进一步削弱IOC在此领域的号召力。

面对舆论压力,IOC不得不放弃部分反兴奋剂权力,同意与各国政府共同建立一个独立的国际监督机构——WADA,这是IOC维护合法地位的唯一出路。WADA由各国政府和奥林匹克大家庭共同出资组建,双方分别承担一半经费,并各持一半股份。同时,各国政府自行决定出资额度,奥运会、残奥会、单项体联、国家禁药机构及重大赛事组织共同承担奥运大家庭的那一部分经费。为保持双方平衡,WADA理事会和执委会成员名额长期以来都均分给奥运大家庭和各国政府推荐。国际社会希望通过政府介入来监督体育组织在禁药事务的自主权,防止因个别组织利益驱使而忽视问题,继续“监守自盗”。

然而,实践证明,仅靠各国政府监督以及政府与体育组织双轨管理,难以真正破解“监守自盗”困局。一方面,理论上,政府自身与兴奋剂问题存在利益冲突。虽有公共利益诉求,但优异比赛也可以提升国家形象及政治效应,容易放松管理。另一方面,实际操作中,体育组织凭长期管理经验和了解程度,在WADA实质控制上获取更多优势。而各国政府对待兴奋剂问题态度不一,之间又难调和利益。因此,

^③ WADA. *Code of Ethics*, at https://www.wada-ama.org/sites/default/files/2022-01/wada_code_of_ethics_nov_2021_final.pdf, Sep 10, 2024.

理论上的双轨平衡,实际上容易沦为体育组织单方控制局面,与原IOC领导下的情况并无太大区别。

(二) WADA“监守自盗”积重难返

近年来的多起重大兴奋剂事件均非WADA主动发现,而是由新闻媒体等途径曝光后,WADA才被迫回应处理。这反映出WADA对外部环境变化敏感度不够,难以及时识别和处置严重违规行为。

从目前的情况来看,WADA所采取的是传统的自上而下的“指挥和控制”模式,^④即WADA理事会作为最高决策机构,其决策由执委会及隶属于执委会的常设委员会、工作组等加以执行,而WADA的理事会通过履约审查委员会(Compliance Review Committee)对全球反兴奋剂组织WADC遵守情况加以监管。这是一种典型的“政策治理结构”治理模式,组织战略管理由理事会负责,具体的组织事务管理则由其授权聘请的相关人员负责。此种治理模式中的理事会体现出明显的阶层化、官僚化特征,对外界环境的反应无论是灵活性还是机动性方面都表现不佳。鉴于此,WADA未能及时发现那些重大的国际兴奋剂阴谋也在情理之中。

WADA现有的改革思路是希望通过增强管理层的独立性来解除“监守自盗”的嫌疑,但是若想WADA完全独立,只能通过理事会的完全独立实现,即完全由独立的专家来进行治理。这种专家治理模式虽然会使组织显得更独立化、专业化,但实践证明,这一模式并没有提高组织的治理效率,反而因为专家没有参与该组织的使命,从而拉大了管理层和基层的距离,减少了组织对其所服务的草根群体的关心和责任,从而削弱了组织对外部环境变化的反应能力,加深了理事会与社群之间的阶级和权力对立。^⑤可以预见的是,如果禁止体育组织

和国家政府参与WADA的管理,它们的意志不能反映在WADA关键的决策过程中,是不太可能再通过财政、政策、人事等方式来支持WADA。更为重要的是,WADA的管理层将与主要利益相关者彻底脱钩,管理层虽然专业,但却高高在上、与基层和草根相距甚远,这将进一步削弱WADA对外界环境的敏感度,并可能导致WADA与其最初的目标和使命产生偏差,甚至相背离。

(三) 本轮治理改革中WADA独立改革不彻底

虽然WADA本轮改革在很多方面都比之前有较大的改进,但从目前的情况看,依然存在诸多问题,其中最关键的就是理事会不独立。

在本轮改革的诸多举措中,对理事会的改革幅度可以说是最小的。仅在原36个理事席基础上增加6个,其中独立理事2名,其他为运动员和NADO代表。从整体比例看,即使视运动员及NADO为独立界别,新增加的6个席位与原36个差距依然很大,未能真正实现理事会构成的平衡,也根本无法改变原有的权力格局。虽然独立的WADA主席和副主席的职位十分关键,但是他们是由理事会现有成员选出,而现有成员绝大部分都是体育组织和国家政府的代表,这种选举机制也使得WADA主席和副主席的独立性存在较大的问题。

在理事会不独立的情况下,其他的独立性改革都将受到质疑,因为理事会在其他管理层人事安排上享有很大的权力。比如,虽然执委会中独立委员的人数大量增加,但是执委会的大部分委员由理事会成员担任,包括主席、副主席,与理事会人事重合度较高,自然联系十分密切。即使是独立的执委会委员,也是由理事会任命,其是否能摆脱理事会的控制存疑。另外,对WADA独立性具有重要意义的道德

^④ See CAS. World Anti-Doping Agency (WADA) v. South African Institute for Drug-Free Sport (SAIDS) & Ruann Visser, at <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5990.pdf>, Sep 10, 2024.

^⑤ See John Chelliah, Martijn Boersma & Alice Klettner, Governance Challenges for Not-for-Profit Organisations: Empirical Evidence in Support of A Contingency Approach. Contemporary Management Research, Vol.12(01), p.3-24 (2016).

委员会和提名委员会的成员,前者是由理事会任命,后者是由理事会设立、执委会任命,这种权力安排也使得这些机构的独立性存疑。

关于独立理事和独立委员的独立性标准,虽然WADA要求他们遵循更严格的独立性标准,但是并没有对其之前的任职加以限制,没有关于任职“冷却期”的规定。这就使得许多与体育组织和政府有长期利益联系的人可以担任独立理事和独立委员,而且他们是否能在担任WADA职位的那一刻完全切断与之前组织的利益联系,也是十分不乐观的。从目前情况来看,比如现任WADA主席和副主席,都是长期在政府部门和体育组织任职的人员,虽然经验丰富,但独立性还是受到质疑。

可见,在本轮改革后,只能说WADA的治理得到了改良,对之前的治理问题进行了修补,但是彻底的改革还远未达成,“监守自盗”的困局依然需要进一步破解。

三、共商共建共享理念对构建国际反兴奋剂治理新模式的重要价值

(一) 全球治理思想为国际反兴奋剂治理模式变革提供中国方案

当今世界正处于全球治理体系重构的历史进程之中,面对诸多领域全球治理失灵的问题,习近平以大国领袖的世界胸怀和责任担当,深入思考“世界怎么了,我们怎么办”这一“世界之问”“时代之问”,深刻洞察当今世界百年未有之大变局的历史方位和时代走向,为推动全球治理体系变革提供了中国方案。^⑥全球反兴奋剂治理也身处这一历史大潮之中,同样深受外界治理环境变革的影响,终究难以逃脱时代的发展大势。

深入分析习近平总书记对全球治理体系变革原因及其走向的判断,与反兴奋剂治理具有高度的契合性。当前的国际反兴奋剂治理模式体现出明显的西方化特征,主要表现在WADA的管理层长期被西方国家的代表把控,不论是规则的制定还是执行,都表现出西方利益优先

的状态,对发展中国家的权利让渡十分有限。比如,现任WADA理事会的38名成员中,有21名是来自西方国家和与其关系密切的发达国家;执委会14名成员,有10名来自西方,发展中国家主要是政府方的代表,有趣的是,政府方代表的名额是按照各大洲进行分配的,亚洲美洲各4名、非洲3名、大洋洲2名,可偏偏欧洲要分割为欧盟成员国代表和欧洲委员会代表,共给其5个名额,对欧洲给予明显的特殊优待;而理事会的16名奥林匹克方代表中,有11名是来自西方,奥林匹克被西方把控的色彩十分明显。另外,国际反兴奋剂治理模式也表现出明显的官僚化特征,进入WADA理事会的奥林匹克方代表大都是国家奥委会主席或者国际单项体育联合会的主席,而政府代表则主要是政府体育部门的官员,主要的利益相关者运动员的参与感较差,除股东之外的其他利益相关者也几乎未参与到管理之中,因此其管理具有一定的封闭性和滞后性。

当前的国际反兴奋剂治理模式已经不能适应国际力量对比新变化,因为国际反兴奋剂力量已经发生着深刻的变化,新兴市场国家和一大批发展中国家体育事业快速发展,国际影响力不断增强,它们都希望打破传统的治理模式,在国际反兴奋剂治理中拥有更多的话语权,所以才会对WADA被西方和IOC控制的局面感到不满。

而同时,随着民主化的发展,运动员和其他利益相关方对自身的权利保护意识进一步增强,他们对当前以牺牲运动员利益为代价的管理便携主义的反兴奋剂规则日益不满,要求实质化地参与到WADA的管理中来。因此,国际反兴奋剂治理变革要适应国际力量对比新变化,打破西方中心主义和官僚主义,践行多边主义和民主主义,走民主化、法治化、合理化的路线,使国际反兴奋剂治理模式符合变化了的国际需求。为此,我国为世界发展和完善全球治理提出了中国方案,即构建共商共建共享

^⑥参见《习近平法治思想概论》编写组:《习近平法治思想概论》,高等教育出版社2021年版,第69页。

的国际反兴奋剂新模式。体育作为全世界的共同语言,作为各国家、各民族交流与合作的重要渠道,作为涉及人类生活各层面、涵盖人类文明各领域的事业,是践行人类命运共同体理念的重要场域。^⑦在反兴奋剂问题上,我国也应积极维护世界体育的公平正义,弘扬共商共建共享的全球治理意识,为全球反兴奋剂治理贡献更多的中国智慧和力量。

(二) 共商共建共享治理模式的体制优势

基于以上分析,WADA治理失灵的关键在于WADA管理层的权力较大,其权力又缺乏相应的制衡和监督机制,导致阶层化、官僚化明显,对外界环境变化的适应度较差,不能反映利益相关方的发展变化情况和利益需求,WADA正确的改革方向应是变革治理模式,重构权力格局。共商共建共享的全球治理理念坚持全球事务由各国人民共同参与,努力使全球治理体制更加平衡地反映大多数人的意愿和利益,这就与由某几个国家或某几个利益集团操纵的治理机制形成了鲜明对比,反映了权力制衡和监督的需求,为改革国际反兴奋剂治理模式指明了方向。

共商共建共享的治理模式在国际“家庭之家”(Homes for Families)组织中得到了有效实践,这一组织为无家可归的人提供生活援助。近年来,它建立了一种通过理事会、成员、员工等利益相关者共同承担治理责任的共商共建共享的治理模式。该组织将利益相关者分为主要和次要两类,主要利益相关者包括直接从组织使命中受益的群体,如现在和过去的无家可归者、成员组织、工作人员和志愿者;次要利益相关者包括与组织合作的其他组织、政策制定者和学者等。每年,该组织召开一次“愿景会议”来确定下一年的战略目标和新项目。这些决策由主要利益相关者、理事会、员工和合作伙伴组织共同制定,管理和执行事务由理事会和工作小组共同负责。工作小组包括招募与财务小组、倡议小组、公共政策战略小组和领

导力培训小组等,负责执行组织的重要职能。理事会由主要利益相关者代表组成,主要负责协调事务。财务小组和倡议小组由主要和次要利益相关者代表以及理事会代表组成。公共政策战略小组由主要利益相关者、理事会和员工组成,领导力培训小组由理事会、员工和个人成员组成。

如图1所示,该模式将决策分为三个层级,根据决策对共同体的影响程度划分。主要利益相关者处于决策的核心地位,员工、理事会和积极的志愿者等则处于次核心地位。次要利益相关者由于与组织发展的重要关系,所以处于决策的第三层级。这种决策模式既关注决策的民主性,又兼顾决策的有效性。

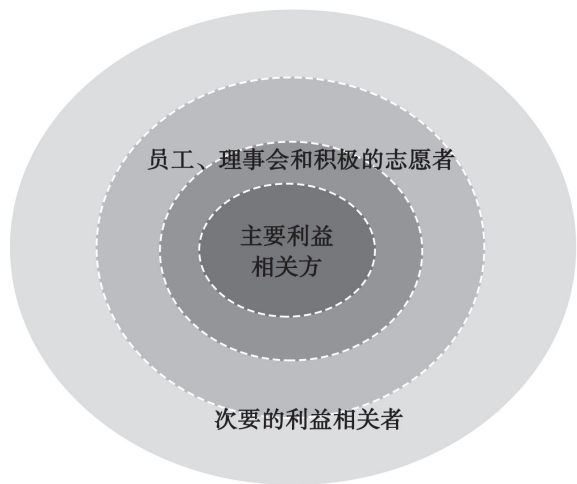


图1 共商共建共享结构图

国际反兴奋剂形势瞬息万变,兴奋剂物质复杂多变,逃避兴奋剂检测的手段层出不穷,使反兴奋剂斗争面临着不确定性较高的外界环境。WADA传统的治理模式已经很难有效地回应外部多变的环境需求,而像WADA这样由各国政府、各类体育组织、国家反兴奋剂组织等不同类型的股东构成的多股东、多层级的组织,当其面对比较复杂和动荡的外界环境时,最好选择“新型蜂窝状治理结构”,即通过采取扁平化管理,不再仅仅强调理事会的运作,而是由理事会、成员、员工等利益相关者共同承担治理责任,通过由上述人员共同组成的常

^⑦参见国家体育总局编写组:《深入学习习近平关于体育的重要论述》,人民出版社2022年版,第62页。

设或临时的工作组处理突发问题。因此,确立共商共建共享的治理模式十分必要。

四、共商共建共享理念在 WADA 治理改革中的实践路径

(一) 科学搭建“共商”国际反兴奋剂事宜的空间场域

1. 建构更多利益相关方参与的理事会

根据共商共建共享理念,现在 WADA 理事会改革的方向是正确的,加入了运动员代表和国家反兴奋剂组织代表,但是这还远远不够。应该继续沿袭此思路,让更多的利益相关者加入理事会中,并且使其能在理事会中具有实质性的话语权,确实实现治理责任的共同承担。所以,理事会还应进行以下改革:

第一,除了运动员和 NADO 的代表之外, WADA 重要的合作伙伴,比如国际体育仲裁院、国际检查机构、国际反兴奋剂实验室、国际刑警组织、国际海关组织、国际大型的生物制药公司的代表等,也可以在理事会中保有席位。

第二, WADA 职员的参与也很重要,就如很多国家的股份有限公司以及大型的有限公司都要求有职工监事一样,他们对于 WADA 的运作情况最清楚,能获得国际反兴奋剂的第一手信息,具有较好的应变能力。

第三,为了保障各界别代表的实质权利,不能再像目前这样,使体育组织和国家政府的代表在人数上有如此明显的优势,而应在不扩充整个理事会规模的基础上,适当减少其席位,增加其他界别代表的席位。

第四,理事会的组成应反映 WADA 职能的各方面需求,即每个理事席位应赋予它具体的职能范围,理事的选择不应仅仅是某一利益相关方代表,还应满足 WADA 专业需求。目前的 WADA 章程只对管理层的独立性要求作了规定,但对于他们的价值观、任职技能和经验都没有作具体的要求,这就无法保证理事会具备良好的治理能力。因此, WADA 应当对理

事等管理人员的任职要求作出具体的规定,确保理事会由拥有反兴奋剂所需知识、能力和经验的人组成,以促进 WADA 使命和任务的完成。比如,体育组织和各国政府作为最大的出资方,可以推荐负责财务问题的理事由具有财务审核监督技能的人来担任。

2. 创建更丰富更开放更灵活的治理参与机制

共商共建共享的机制需要更多的扁平化的管理机制,广泛地分享权力和责任,以便扩大和深化各个利益相关方的支持和参与。仅仅通过理事会、执委会进行治理,并不能完全满足不断变化的外在环境,而且不论是理事会、执委会还是运动员协商会议,都是通过选择利益相关方的代表参与治理,而代表通常不能完全代表以及贯彻利益主体的意志。

WADA 可以开设全球反兴奋剂论坛,让每一个运动员和对反兴奋剂感兴趣的个人都有参与该组织讨论的机会。该论坛可以就关键的决定进行民意调查,这些民意调查将告知相关的最终决策机构,且应作为其决策的重要参考,若多数人的意见未采纳,决策机构最终应向公众进行充分的阐释和说明。在通信高度发达的今天,这一设想完全可以通过网络通信加以完成,这类论坛可以扩大 WADA 决策的全球基础,给予每个利益相关者以表达的机会,使各方能更积极和更坚定地参与和支持反兴奋剂运动。

值得注意的是, WADA AC 所建议的运动员反兴奋剂监察项目 (Athletes' Anti-Doping Ombuds Program) 就是一种值得支持和推广的创新型治理机制。该项目向全球招募运动员参与反兴奋剂监察,每个人都可以向该项目提供反兴奋剂信息,提出反兴奋剂建议,是扩大利益相关方参与的典型形式。^⑧但目前该项目如何组织和运行, WADA 还未予以详细说明,有必要予以关注。

^⑧ See WADA. WADA is recruiting an Athletes' Anti-Doping Ombuds, at <https://www.wada-ama.org/en/news/wada-recruiting-athletes-anti-doping-ombuds>, Sep 10, 2024.

（二）有效保障国际反兴奋剂治理的“共建”基础

共商共建共享的治理理念不仅仅要求全球治理上的各方参与，更需要确保共同的意志能得到真正贯彻和执行，所以如何保证政策的落实也是十分关键的环节。在这一问题上，有必要进行以下两个方面的改革。

1. 全面构筑扁平化的管理结构

当前 WADA 是“理事会—执委会—各常设委员会和临时机构”这种三级管理结构，每一级的成员都由上一级选任，对上一级负责，受上一级监督，这种层级化的管理不能较快地接收基层和外界需求的变化，对外界环境的适应能力较差。共商共建共享的治理模式可以采取扁平化管理，削减管理结构的正式化和层级化，使更多的利益相关方的代表能够参与到管理和决策中来。

在 WADA 中，目前的各常设委员会和临时机构在实践中起到了非常重要的作用，是 WADA 政策的主要执行者，但它们却受执委会的管理，多层次的管理必然削弱行政效能。为了提高效能，完全可以将各常设委员会和临时机构升级为与执委会同一级别的机构，同时对理事会负责。也就是说，执委会不再是各常委会和临时机构的上级组织，仅对其享有管理任免权，而主要是一个协调机构，负责统筹协调各机构的工作。保障它们之间合作和沟通的顺畅。所以，执委会、各常委会和临时机构的成员都可以根据各自的职能需求、所要履行的具体职责、所需要的特殊技能经验，由主要的利益相关方代表、职工代表、合作伙伴推选，并最终由理事会选任。这样的改革，不仅仅可以进一步提升 WADA 管理层的独立性，还通过摊薄执委会的权力，减少了权力集中和被滥用的可能性。更重要的是，它可以使更多的利益相关方参与管理，能更充分地反映各方的需求，

实现真正的共商共建。

2. 充分理顺理事会、执委会和委员会的彼此关系

在公益组织治理上，通常认为，在理事会和执委会的关系上，由于理事会每年只开一两次会，所以理事会主要责任在于为组织提供达成使命的方向并引领战略规划的发展变化，因此应专注于提出有效的政策并监管管理层执行政策。但是监管并不是事无巨细地组织管理，榜样型的理事会关注的是治理，而不是微观管理。^⑨而根据 WADA 的章程，WADA 理事会的权力包括建议规则的修改、委任审计机构、委任执委会和伦理委员会的成员、决定不动产的处置、建议和修改 WADC。可见，在章程的设计中，理事会也主要负责大政方针的制定，而授予理事会委任审计机构和执委会、伦理委员会成员的规定，也体现了理事会应对执委会监管的意图。

所以，WADA 目前的治理模式类似德国公司治理的“垂直式二元制模式”，董事会负责公司的日常经营管理，监事会则由股东大会和工会机构选举产生，负责公司的决策以及对董事会的监督。^⑩这种公司治理模式比较合理地分配了公司机关的决策、执行、监督权，使权力之间产生制衡，对公司经营的顺利开展具有重要意义。WADA 理事会显然类似于德国公司中的监事会，拥有大政方针的决策权以及对日常组织管理的监督权，而执委会则类似于德国公司的董事会，负责执行决策和日常管理。但是，WADA 目前的机制还不能充分保证理事会对执委会的监督，还不能促使理事会和执委会有效地行使各自的职能。所以，在完成管理结构扁平化改革后，笔者认为还应进行以下改革：

首先，应当保证理事会的人事权，即理事会应该享有完全的任免执委会和常设委员会成员的权力。目前的执委会很大一部分委员是体

^⑨参见徐士韦、苏子荣、方梓菡：《捍卫公信：世界反兴奋剂机构的组织架构改革实践及启示》，载《体育科研》2024年第3期，第20-30页。

^⑩参见赵旭东：《公司法》，高等教育出版社2015年版，第392页。

育组织和各国政府的代表, 理事会只能依据他们的提名来进行任命, 这无疑限制了理事会的人事权, 也就是限制了理事会的监督权。实际上, 体育组织和各国政府虽然作为 WADA 的最大股东, 希望在 WADA 的管理中施加影响, 但这种影响力体现在理事会中即可, 完全没有必要继续直接在执委会中占据席位。这不仅会制造更多的利益冲突, 还会因为理事会对执委会管控度不够而削弱 WADA 的治理能力。

其次, 应扩大理事会的权力范围。目前 WADA 章程和治理规则所提供给理事会的权限范围过小, 没有提供理事履行职责的条件和落实理事监督责任的制度工具, 因而难以实施有效监督。因此, WADA 应扩大理事会的权力, 比如理事应有权随时了解 WADA 的状况, 可亲自审查 WADA 的账簿和卷宗, 在任何必要的时候对 WADA 事务进行检查和监督, 同时执委会应定期向理事会汇报有关的业务情况, 并制备年度报告提交理事会等。

最后, 理事会应当独立于执委会。为了确保理事会在监督执委会方面发挥积极的作用, 理事会成员和执委会成员之间不应该有重合。但是, 目前 WADA 的理事会和执委会成员的重合度比较高, 尤其是 WADA 理事会的主席和副主席也同时担任执委会主席和副主席。这是非常反常的情况, 因为在很多公益组织中, 理事会成员不仅不能兼任管理人员、高级职员, 还不允许相互之间具有利益关系。^①虽然理事会和执委会成员的兼任可以使理事会更了解执委会的工作状况, 但是这种需求不应当是通过削弱理事会监督力的方式获得, 在两者关系建立之初就应该清楚地界定任务和期望, 保证组织任务的独立性。同时, 理事会必须积极参与和关注组织的需要和活动, 执委会则必须保持与理事会的有效沟通, 通过公开的、透明的沟通促进两者之间的积极关系。当然, 达成这种平衡关系有赖于必要的保障机制, 比如“吹哨

人”政策、对执委会和理事会的定期评估以及相应的问责制等。

(三)全方位实现国际反兴奋剂利益的“共享”格局

共商共建共享的治理理念强调各方的利益得到充分的、切实的保障, 尤其是少数团体和弱小国家的利益也应该得到充分的尊重和考虑。要想国际反兴奋剂利益实现共享, 关键是要防治 WADA 被大股东或强势国家操纵。本轮 WADA 治理改革的重点在于增强 WADA 的独立性, 防止体育组织和国家政府操纵 WADA 的理事会和执委会等管理机构。所以, 体育组织和国家政府作为 WADA 最大的股东, 关键不是要排除其介入 WADA 的治理, 而是要防止其滥用控股股东的权利, 配置防止股东权利滥用的预防救济机制。^②在防止控股股东权利滥用问题上, 可以考虑以下几种预防救济方式。

第一, 限制或排除控股股东表决权制度。这种制度允许在特殊情况下限制或排除控股股东的表决权, 以防止大股东操纵。体育组织和国家政府作为 WADA 的最大股东, 由于其利益冲突和滥用权利的较大可能性, 有必要规定理事会职位不按照投资比例来设置, 将更多的利益相关方代表和专家纳入其中, 这样就限制和摊薄了他们的表决权。同时, 对于某一决议事项与某个股东具有特别的利害关系时, 代表他在 WADA 行使权利的理事和执委就应该予以回避, 尤其是与国际奥委会有利害关系时, 鉴于国际奥委会对其他体育组织的控制能力, 建议体育组织的代表都应予以回避。

第二, 少数利益相关方的特别调查和申诉制度。这是指少数利益相关方如果遇到体育组织或者利害相关方滥用权利的情形时, 有权要求开启特别调查。虽然目前 WADA 有设置道德委员会接受申诉的机制, 但是由于道德委员会属于理事会任命, 也可能受到大股东的操纵, 因此赋予少数利害相关方在一定条件下要求道

^① 参见佩内洛普·卡格尼:《公益组织治理:来自全球的经验》,上海财经大学出版社2020年版,第178页。

^② 参见宋彬龄、李宇婷:《反兴奋剂治理的“中国模式”研究》,载《北京体育大学学报》2023年第8期,第63-72页。

德委员会发起调查,或在道德委员会不作为时直接向CAS提起申诉的制度也十分必要。

第三,强调并落实理事会和执委会等管理层的忠实义务和勤勉义务。管理层对WADA应有忠实义务和勤勉义务,在这些义务的要求下,管理人员将对股东滥用权利的指示有所迟疑,这是隔离管理层和其所代表的股东利益联系的重要机制,^⑬所以WADA应对此予以强调。虽然《WADA道德法典》规定了谨慎和勤勉的原则,但这只是作了非常抽象的原则性规定,而且对所有管理层包括职员都统一适用。WADA应对此作出相对细致的规定,而且针对不同的人员身份,其所承担的谨慎和勤勉义务是不一样的,另外对忠诚义务也应该予以强调。

结语

我国长期以来高度重视反兴奋剂工作,习近平总书记多次就反兴奋剂工作作出重要指示批示。他强调:“要坚决推进反兴奋剂斗争,强化拿道德的金牌、风格的金牌、干净的金牌意识,坚决做到兴奋剂问题‘零出现’、‘零容忍’”。^⑭推动国际反兴奋剂治理模式变革是国际社会共同的事业,面对当前国际反兴奋剂合作不力、治理失灵的困局,只有坚持共商共建共享,才能凝聚各方共识、形成一致行动。而构建共商共建共享的国际反兴奋剂治理新模式,还需要我们在制度和机制的配置上进一步细化,确保各利益相关方能真正地享有平等的参与权、话语权和受益权。

Constructing a New Model for International Anti-Doping Governance Based on the Principles of Extensive Consultation, Joint Building and Shared Benefits

Xiong Yingzhuo, Zeng Xuanfang, Yang Haitao

(Hunan Police Academy, Changsha, 410138, Hunan; Southwest University of Law, Chongqing, 401120)

Abstract: Faced with the crisis of inadequate capacity in international anti-doping governance, the World Anti-Doping Agency (WADA) has successively adopted a series of reform proposals. However, the independence reform of WADA has been long shackled, and particularly, the dilemma of "the guard stealing the jewels" still needs to be further resolved. The global governance concept of extensive consultation, joint contribution, and shared benefits provide a scientific Chinese solution for breaking the current dilemma and constructing a new international anti-doping model. As a multi-shareholder and multi-level organization composed of different types of shareholders, WADA is more suitable to adopt a "new honeycomb governance structure" in which stakeholders jointly assume governance responsibilities when facing a complex and volatile external environment. Therefore, a series of measures such as establishing a council with more stakeholders' participation, constructing a flattened management structure, creating a richer, more open, and more flexible governance participation mechanism, straightening out the relationship among the council, the executive committee, and the commission, and configuring preventive and remedial mechanisms to prevent abuse of shareholder rights, are precisely the implementation of the concept of extensive consultation, joint contribution, and shared benefits in the construction of a new international anti-doping governance model.

Key words: WADA governance reform; extensive consultation; joint building and shared benefits; international anti-doping governance model

(责任编辑:天下溪)

^⑬ 参见叶林:《公司治理制度:理念、规则与实践》,中国人民大学出版社2021年版,第230页。

^⑭ 习近平:《在教育文化卫生体育领域专家代表座谈会上的讲话》,人民出版社2020年版,第12页。

自动化行政中相对人程序性权利保障

周午凡

(东南大学, 江苏 南京 211102)

摘要:科技手段的应用对政府的行政与管理带来了便利,但是由于缺乏细化规范,自动化行政也给传统正当程序要求带来挑战,吞噬相对人享有的听证权、卷宗阅览权、要求处分者说明理由权和陈述申辩权等程序性权利,带来相对人瑕疵指令举证、个人数据泄露、算法歧视等方面的现实风险。一个健全的程序性权利保障机制需要从完善立法文本中程序性权利相关规范、健全执法过程中程序性权利保障机制、明晰司法过程中行政主体和归责原则、构造相对人程序性权利外部监督体系四个方面建构。处理好技术变革与行政法律秩序的双向互动关系,才能确保行政法的时代适应性,使行政相对人的程序性权利得到真正保障。

关键词:自动化行政;行政相对人;程序性权利;权利保障

中图分类号:D922.11

文献标志码:A

文章编号:2095-1140(2024)05-0120-09

自动化行政,即把人工智能运用到行政行为中的行政活动,实现行政程序“部分或全部的无人化”^①。从“电子警察”等辅助自动化行政,到“无人审批”之类的完全自动化行政,科技手段的应用为政府的行政与管理带来了便利,但是由于缺乏细化规范,自动化行政也给传统正当程序要求带来挑战。

相对人在自动化行政中的程序性权利保障值得关注,这主要由于在风险社会的背景下,“实体法规范和监督行政权力的作用空间被极大限缩”^②,行政程序开始发挥形成实体结果的作用,而不再仅仅是实体法的实施机制。^③

也即,程序不再依附于实体法规范,其独立地位更加突出,自身便可作为公法主体和相对人之间的桥梁,并反映法律的诸多价值。对自动化中相对人的程序性权利保障的探究,能够更加有效地维护相对人乃至一般社会公众在自动化行政中所拥有的相关权益,有效提高政府公信力,实现用科技改善社会秩序管理的初衷。

一、自动化行政中相对人程序性权利的提出及其展开

自20世纪中叶起,各国的行政程序立法不断完善,从而促进了正当程序原则在全球范围内的确立和广泛应用。^④然而,遵循正当程

收稿日期:2024-06-14

基金项目:2021年国家社会科学基金项目“权责清单法律风险防范机制研究”(21BFX047)

作者简介:周午凡,女,东南大学法学院硕士研究生,主要研究方向为自动化行政。

①马颜昕:《自动化行政的分级与法律控制变革》,载《行政法学研究》2019年第1期,第82页。

② See Colin Scott, *The Proceduralization of Telecommunications Law*, Telecommunications Policy, Vol.22:3, p.248 (1998).

③ 参见王万华:《我国行政法典编纂的程序主义进路选择》,载《中国法学》2021年第4期,第110页。

④ 参见周佑勇:《行政法的正当程序原则》,载《中国社会科学》2004年第4期,第119页。

序原则设定的行政程序,是从“人”的行为模式出发,而非机器,其目的在于建立行政主体和相对人之间的信息沟通机制。当人工智能介入其中,行政活动前的行政公开、听证,行政活动中的通知、听取陈述与申辩,以及事后的说明理由等行政程序都会受到挑战。

具体而言,主要有四种相对人权利在自动化行政的过程中受到影响。第一,听证权。当行政主体涉及相对人的重大利益或符合法定情形时,相对人可以申请听证程序或行政主体可以主动采取听证程序,以行使听证权。^⑤然而,各国政府为了提高行政效率,开始大量使用人工智能技术,对听证权的克减现象也时有出现。如,德国《行政诉讼法》规定行政主体给予相对人的听证义务可以在例外情况下免除。^⑥此种规定下,行政相对人的听证权将无法起到捍卫自身合法权益的作用。第二,卷宗阅览权。行政相对人有权利通过卷宗阅览来查看与其相关的行政案件的材料,这是一种应然权利。^⑦目前,我国行政诉讼法规定了对自动形成的案卷进行查阅的权利。然而,在自动化行政领域,实体文档卷宗并未提供可供阅读的选项。第三,要求处分者说明理由权。利用自动化系统作出行政行为时,行政主体必须说明理由,即告知相对人作出该行为的事实、法律以及考虑的因素。^⑧因此,需要在自动化设备中增加理由和依据板块,以确保要求处分者说明理由权得到充分保障。第四,陈述申辩权。自动化行政行为在作出过程中应当透明易懂,尤其是当行政机关在作出负担性行政行为时,应当向相对人清晰地阐明事实、法律和裁量的依据,以保障相对人的申辩权,^⑨避免行政行为合法性危机

的出现。

二、自动化行政中相对人程序性权利缺失的现实风险

(一)瑕疵指令举证困难

自动化行政中,瑕疵指令是由算法错误、数据错误或系统故障引起的,导致系统结果与预先设定不符的情况。^⑩自动化行政设备常常会出现黑屏卡顿或错误反应等问题,尤其是更为复杂的人工智能程序。一方面,瑕疵指令会直接损害当事人的权益,给当事人带来损失,甚至有将技术风险转嫁给相对人的嫌疑;另一方面,瑕疵指令举证困难,很难证明是人为因素还是程序故障导致,这直接影响到救济的实现。

(二)个人数据极易泄露

电子摄像头、人脸识别、网购地址、乘车记录、行动轨迹、浏览记录等个人信息散布在信息网络之中。在科技进步带来信息清晰度提升的同时,每个公民也都被置于“电子眼”监控之下,每个人的踪迹都有迹可循。政府的自动化行政设备收集到的信息比其他系统更多也更重要,但政府的数据网也会遭受黑客、计算机病毒的攻击,行政相对人的隐私保护面临挑战。

(三)算法歧视难以避免

在自动化行政中,行政机关需要收集大量数据并对其进行分类和处理,以支持决策。这些数据还需要与其他人工智能系统互联互通,这个过程可以概括为收集数据、匹配条件和作出决策。如果数据缺乏代表性或遗漏,基于这些数据的决策可能是错误的,并且可能会导致歧视。而在贫困偏远地区,自动化行政设备使用受限,因此数据广度和深度不足,这会导致

^⑤参见湛中乐,王敏:《行政程序法的功能及其制度——兼评〈行政处罚法〉中程序性规定》,载《中外法学》1996年第6期,第16-22页。

^⑥参见查云飞:《人工智能时代全自动具体行政行为研究》,载《比较法研究》2018年第5期,第175页。

^⑦参见江必新:《〈最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定〉理解与适用》,中国法制出版社2011年版,第44页。

^⑧参见章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2008年版,第412页。

^⑨参见章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第100页。

^⑩参见胡敏洁:《论自动化行政中的瑕疵指令及其救济》,载《北京行政学院学报》2021年第4期,第57页。

决策结果受到不均衡数据的影响,资源分配也会不均衡。这种技术和信息资源的不平等分配将加剧社会分层现象。那些在技术与信息资源分配中处于弱势地位的人将会被边缘化,导致社会出现新的两极分化。^⑪

三、自动化行政中相对人程序性权利缺失的成因

(一) 自动化行政适用范围不明确

自动化行政的核心是利用算法进行决策,它要求每个步骤都必须是明确的,不能有歧义。算法具有确定性,不像人类会根据经验和公序良俗来判断和选择不确定的事项,但是人类语言具有多义性和模糊性,这会导致法律条文中难免会有一些不确定的概念。此外,法规范意义上的构成要件在现实中可能存在多种表现形式,因而法律条文中的具体情形不可穷尽。然而,算法的确定性要求其程序设定中的概念必须是可归类的,从而导致其无法解读语言的多义性。2017年,德国在《联邦行政程序法》中明确规定了裁量性事项不能适用自动化行政方式,只有羁束的具体行政行为才可以适用。^⑫但是目前我国政策倾向于鼓励自动化行政的发展,积极推进人工智能技术在行政执法领域的应用,^⑬因此法律并未明确界定自动化行政范围。反而是现实中一些行政机关过度依赖自动化行政,导致执法僵化和懈怠裁量,增加了行政复议和诉讼负担,不利于自动化行政有序发展和行政相对人的权益保护。

(二) 程序模式与传统行政不契合

行政正当程序是限制行政权力、建设法治政府的重要手段,遵循相应的法定程序作出行政行为是确保其合法性的必要条件。但是,我国现行的行政程序制度制定于特定的时期,难以适应自动化行政的特殊性。因此,传统的正当程序保障方式与自动化行政之间存在不匹配

之处,难以有效保障行政相对人的合法权益。

传统行政行为中,当行政相对人面临可能影响自身重大利益的决策时,有权申请听证。但在自动化行政中,设备已经提前设定了算法规定好的整个流程,因此在决策作出之前,当事人无法申请听证。例如,环境执法系统会保留电子证据,将违法行为与内置的法律规范相匹配,并生成处罚决定书。如果行政相对人对处罚不满,则会因为证据缺失无法提前申请听证,只能申请行政复议或进行诉讼。再如,在传统行政程序中,行政机关需要对其决策依据和事实进行说明,以消除行政相对人的疑问和不满。然而,在算法自动决策场景中,决策结果瞬间产生,行政相对人只能在结果出来后听取行政机关的行为依据,此种情况下,政府难以对算法决策进行清晰合理的解释。

(三) 责任主体和救济方式不明确

在自动化行政行为中,尽管行政机关没有直接参与,行政决策由自动化行政设备作出,行政法律关系仍是在行政机关和相对人之间产生。因此,行政机关仍应是责任承担的主体。政务APP平台和其他自动化行政设备通常不会明确显示它们由哪个行政机关掌控和负责,甚至多个部门或行政机关可能都使用同一个自动化行政系统,这使得确定责任主体变得非常困难。在非现场执法的行政处罚中,处罚通知单或短信通常只告知行政相对人其违法事实和处罚结果,而不提及救济权利。因此,行政相对人需要自行确定如何获得救济,这也导致了救济难的问题。

传统的行政纠纷解决方式包括行政复议、行政诉讼和行政赔偿。自动化行政虽然改变了传统行政行为的方式,但并未改变其本质。因此,当自动化行政方式导致损害或争议时,行政相对人有权选择提起行政复议或行政诉讼。

^⑪ 参见王小芳、王磊:《“技术利维坦”:人工智能嵌入社会治理的潜在风险与政府应对》,载《电子政务》2019年第5期,第86页。

^⑫ 参见马颜昕:《自动化行政的分级与法律控制变革》,载《行政法学研究》2019年第1期,第89页。

^⑬ 详见《国务院办公厅关于全面推行行政执法公示制度执法全过程记录制度重大执法决定法制审核制度的指导意见》(国办发〔2018〕118号)第17条,2019年1月3日发布。

行政复议的结果包括维持、撤销、变更或确认行政行为的合法性,但在实践中出现了无法适用行政复议结果的问题。例如,在杭州市的小客车指标摇号中,一名男子小余摇中了指标,但由于摇号系统故障未收到中标通知,导致指标失效。该男子在摇中后第二年发现问题,但杭州市规定逾期未使用的指标视为放弃,并在两年内不得再次申请指标。对于这种因自动化行政系统失误导致的行政相对人权益受损的情况,目前没有任何法律或政策规定如何解决,给行政机关和当事人带来了困扰。此外,当前行政赔偿的归责原则也存在不合理之处。根据《中华人民共和国国家赔偿法》(以下简称《国家赔偿法》)的规定,行政赔偿采取违法责任原则。然而,这种原则会将技术风险转嫁给行政相对人,使行政机关逃避因程序故障或技术原因引起的责任。

(四)专门的保障监督机制未建立

卢梭的社会契约论中提及,只有人民将一部分权力转交给国家,国家才有合理的基础来行使公权力。^⑭行政权力很容易扩张并侵犯公民的合法权利,因此需要监督和制度约束,以保证行政权力在规定范围内运行。为此,行政机关应当履行公开信息的义务,以增加透明度和保障公民的知情权。然而,自动化行政设备内置的算法决策是一种具有高度专业性和技术性的决策方式,正因为算法决策的原生特性,公开行政决策的过程和结果变得困难,不仅难以满足公众知情权的需求,还可能给社会公正和公正性带来挑战。

为了保护个人数据,欧盟建立了自动化行政的监督机制,美国则采用责任为核心的方法,制定了《算法责任法案》并成立了“联邦人工智能发展与应用咨询委员会”来监督自动化决策。^⑮而我国缺乏针对自动化行政算法运行合

法性和歧视性的监督机制,这使得自动化行政过程可能在高度隐秘的状态下进行,加深了行政机关与相对人之间的数字鸿沟和信息不对称。

四、自动化行政中相对人程序性权利保障机制之建构

(一)完善立法文本中程序性权利相关规范

自动化行政带来的潜在风险不容忽视,但也不能对高速发展的人工智能过于畏惧,从而压制自动化行政的发展。因此,在明确自动化行政的适用范围时,应坚持比例原则,建立合理的监管和责任机制,保持包容和谨慎的态度。

1. 重视自动化行政在行政立法中的位置

人工智能领域的立法是必然趋势。然而,由于人工智能具有复杂性和不确定性,目前还没有条件对其进行专门立法。但可以在现有行政法律规范体系的基础上,通过在行政程序法中规定自动化行政并明确其辅助性质和适用范围,同时建立保障相对人合法权益的正当程序和监督机制,以规范自动化行政的合法运行。此外,还应修订与自动化行政相关的法律,例如《中华人民共和国行政许可法》和《中华人民共和国税收征收管理法》等,以统一法律地位和基本原则,同时应注意根据不同领域的特点规范自动化行政的相关程序,避免不同法律规范之间的矛盾冲突。

2. 确立自动化行政的工具性地位

在行政治理中,虽然人工智能发挥着重要作用,但它无法取代一个行政行为实施主体所具备的道德感、价值取向以及根据个案情况作出合理判断的能力。因此,我们必须坚持行政机关的主体地位,将人工智能定位为辅助工具,平衡效率与价值之间的矛盾,保障行政相对人的合法权益,避免算法权力过大而导致技术权威和独裁现象的出现。^⑯

为了确保行政机关的主体地位和人工智能

^⑭ 参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,北京商务印书馆2003年版,第127-128页。

^⑮ 参见章小杉:《人工智能算法歧视的法律规制:欧美经验与中国路径》,载《华东理工大学学报(社会科学版)》2019年第6期,第79页。

^⑯ 参见戚莹、高文英:《人工智能时代自动化行政的实践困境及规制路径》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2022年第38期,第69页。

行政设备的工具性地位,需要注意不能陷入“算法统治”的陷阱。因此,行政机关应当提高使用自动化行政设备的专业知识和能力,其中包括两个方面。第一,行政机关应当参与人工智能自动化行政设备程序的设计过程,确保其向善发展,以减少依赖科技企业和技术人员的程度。法学家、伦理学家和行政机关工作人员应该积极参与其中,甚至为程序代码拟写转译法律规则,确保算法规则的专业性和准确性。同时,这也是一个了解算法决策及其影响因素的过程,为履行政程序上的说明理由义务打下了基础。第二,行政机关应该提高监督自动化行政设备运行的能力。每个自动化行政设备的负责机关至少应当具有检查自动化行政设备是否正常运行、有无偏差、是否存在重大风险并及时进行调整的能力。这样做不仅是为了坚持行政机关的主体性地位,更是为了保障算法制定主体和制定程序的合法性。

3. 设置自动化行政的应用范围

自动化行政的应用范围处于不断扩大之中,然而,并非所有情况都适用于自动化行政,因此行政主体需要避免过度依赖自动化算法决策。行政机关应当审慎地确定哪些领域和程度适合采用自动化行政方式。一个行政主体在使用自动化行政模式之前,需要进行适当性、必要性和均衡性的判断。首先,需要判断是否有必要使用自动化行政设备,这应该遵循最小损害原则,只有在使用自动化行政方式比传统行政方式造成的损害更小的情况下才能使用。其次,需要判断使用该自动化行政设备是否能够保障行政行为的公正,提高行政效率的目的。最后,需要进行法益均衡性的判断,只有在确实有使用自动化行政的必要,且达到行政目的之后,才能确定使用自动化行政。^①

如前所述,人工智能无法依靠经验和情感进行价值判断,缺乏自由裁量的能力。因此,一些学者提出,在应用自动化行政时,应确保相关事项尽可能没有裁量和判断的余地。但笔

者认为,这并不意味着自动化行政完全不能涉及裁量的事项,在一定范围内,可以让自动化行政设备去作出裁量判断。当前,学界在针对裁量基准的明确、不确定法律概念的解释等问题上的讨论,让裁量性行政行为的面纱被一点点刺破,这些“羁束”裁量性行政行为的声音对于自动化行政的实际应用具有积极的铺垫作用。目前许多地区已经出台了规范行政裁量权基准的地方性法规,在考虑裁量的因素、幅度和范围等方面的基础之上来构建具体的操作指南,如《山东省规范行政处罚裁量权办法》和《京津冀税务行政处罚裁量基准》等。由于各地裁量标准并不统一,因此在确定符合本地区状况的裁量基准规范后,行政机关应与自动化行政设备的设计者进行充分交流和验证,以确保裁量基准规范的转化与本地实际情况相匹配,并发挥最大作用。

我国的人工智能技术在不断迅速发展,对此我们应该给予自动化行政进步的空间。针对我国的实际情况,可以通过法律的形式规定以下情形不适用自动化行政:(1)需要行政裁量而未设定细化基准的事项;(2)自动化行政特殊程序未设置或无法保障当事人程序性权利的事项;(3)法律法规明确规定的其他事项。随着自动化行政的不断发展,应该适时制定《行政程序法》并以专章的形式明确自动化行政的适用范围以确保其合法性。

(二) 健全执法过程中程序性权利保障机制

基本的正当程序要求不能因自动化行政这种新模式的应用而受到限制或减损。划清自动化行政的程序底线是维护法治的重要一环,因此需要明确规定自动化行政过程中必须遵循正当程序原则,比如要求自动化行政系统在特殊程序中设立程序保障措施,自动化行政的程序应当公开,公众有权获得行政行为相关信息并合法参与自动化行政过程等。

1. 确保算法的公开透明

各国政府为了提高自动化行政的透明度,

^① 参见黎慈:《人工智能嵌入行政执法的法理分析:现状、风险与应对》,载《湖北社会科学》2020年第7期,第138页。

采取了不同的措施。例如,法国政府要求开发用于政府公务的算法必须进行公开,这样社会就能够核查和验证它们的正确性。^⑮法国明确公开的内容包括算法的作用和运作模式、处理的数据和来源,以及决策影响因素及权重等。同样,德国也规定了政府部门公开算法的内容,除了法国规定的三条内容外,还增加了行政自动化决策的范围、程序以及可能产生的后果等。^⑯

为增强我国自动化行政的透明度,政府应从以下四个方面入手:首先,公开自动化决策的清单,包括通过自动化行政方式作出的行政活动、自动化行政设备的具体位置以及对自动化行政结果的解释。这将有助于公众了解哪些行政决策是由算法决策系统产生的,以及这些决策对公众产生的影响。其次,应提供统一的格式解释文本,公开算法的使用方式,让公众了解算法的设计过程、法律规范、因素和运作原理等内容。基于便民原则,解释过程中可以通过视频或动画来形象化专有名词,使公众更容易理解。但需要注意,算法属于商业秘密,因此并不能使之绝对透明,应在尊重与第三方企业相应协议的基础上进行公开。再次,邀请公众提供部分数据来检验算法决策的正确性,检验过程和结果应完全公开,以消除公众对自动化行政的担忧。最后,应记录和保存自动化行政系统完整的运行过程,以便随时进行审查和管理。

2. 重视陈述、申辩和说明理由

为保障相对人权益,应当确保其享有陈述、申辩权利,且在自动化行政作出决定之前得到告知;此外,在非现场执法案件中,陈述、申辩权的实现应从事前、事中转变为事后纠正文

序,允许异地进行陈述申辩。事前和事后的说明理由是保障自动化行政公正性的重要手段。在事前,行政机关应当公示所依据的法律法规和算法决策的影响因素,并在自动化行政系统中设置明确的程序,用以要求行政相对人先阅读具体说明后再进行操作。在事后,行政人员应当及时介入现场并对结果进行解释,以确保自动化行政行为的合法性和合理性,并消除行政相对人的疑问和不满。

此外,应当在自动化行政程序中设置特殊情形处理程序,当行政相对人填写的信息符合特殊情况时,应该终止自动化行政程序并联系人工介入。例如,在涉及当事人或第三方重大利益的需要听证的事项方面,应该转入传统的行政程序。除此之外,应该保留传统的形式,如窗口受理、书面材料等,以保障残障人士或不熟悉智能化设备的老年人等少数群体的权益。

3. 完善“点击获悉告知”程序

根据我国《电子签名法》第11条^⑰规定,行政相对人通过自动化行政设备或系统向行政机关发送申请或数据电文时,应以进入系统的时为接收时间,以保证时间的准确性。在自动化行政中,应注意内外网之间可能存在的时间差,且不得将内部网络的延迟处理作为否认数据电文接收时间的理由。^⑱

行政行为的生效规则包括四种:当场即生效、告知后生效、受领后生效、附条件生效。^⑲在自动化行政中,为保障相对人的合法权益,可以采用不同的生效规则。对于通过自动化行政设备作出的行政行为,例如政务大厅中的自助操作设备、当场发布的法律文书或证照都采用即时生效的规则,即行政机关当场作出行政

^⑮ 参见马颜昕:《自动化行政的分级与法律控制变革》,载《行政法学研究》2019年第1期,第90页。

^⑯ 参见陈颢、裴亚楠:《算法决策风险防范的法制路径研究》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第96页。

^⑰ 《中华人民共和国电子签名法》第11条第2款:“收件人指定特定系统接收数据电文的,数据电文进入该特定系统的时间,视为该数据电文的接收时间;未指定特定系统的,数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为该数据电文的接收时间。”

^⑱ 参见李健雄诉广东省交通运输厅政府信息公开案,广东省广州市越秀区人民法院(2011)越法行初字第252号行政判决书。

^⑲ 参见应松年:《中国行政程序法立法展望》,载《中国法学》2010年第2期,第13页。

行为,无须等待即可生效。对于通过网络申请后需要发送电子法律文书的情形,若法律文书中明确规定了生效时间,则以规定的时间为准;若没有规定,生效时间将以送达相对人终端设备成功时为准。为避免电子送达出现故障,可以借鉴德国行政程序法中的规定,设置五日的期限,如果相对人在这五日内未点击获悉,则视为未送达,需要采用其他途径重新送达。值得注意的是,“点击获悉告知”指行政相对人打开法律电子文书即视为“点击”,并自动反馈到自动化行政设备,以避免行政相对人逃避反馈。^{②③}

(三)明晰司法过程中行政主体和归责原则

自动化行政作为一种新的行政行为方式,与传统行政行为方式相比存在许多差异。其中,最突出的特点是责任主体的不确定性,这使得相对人举证变得更加困难。为了保障这些权益,应当明确责任承担的主体以及可行的救济渠道,以确保行政复议和行政诉讼两种救济途径在自动化行政中能够正常适用。

1. 责任主体和举证责任的确定

确定具体的行政救济主体首先要看电子法律文书上的签章是否明确,该签章代表的行政机关即为具体责任主体;若没有签章,则需要确定实际设置和掌控自动化行政设备的行政机关。另外,根据我国《电子签名法》第14条规定,可靠的电子签名与手写签名具有同等的法律效力,因此也可以用电子签名确定具体的行政机关。如行政相对人对自动化行政裁决不服,可以向下列行政机关申请救济:(1)在行政处罚决定书或电子凭证上签字、盖章的机关;(2)设置、控制或使用自动化行政系统的机关。

需要说明的是,由于技术提供者并不是行政法意义上的责任主体,因此,当自动化行政设备出现故障或错误时,且行政机关已经承担了相应责任后,是否可以向技术提供者追偿的问题,实际与行政法律关系无关。行政机关与技术提供者之间存在的是行政合同,行政机关

购买技术服务并承担合同约定的具体份额或方式的责任。如果技术提供者存在过失,双方应按照合同约定的方式承担责任。

2. 算法合法性的附带性审查

关于行政复议和诉讼的审查范围,不仅包括对自动化行政行为的合法性和合理性进行审查,还可涉及附带性审查,即审查自动化行政系统设置和内置算法规则的合法性。

这种审查应当考虑多个因素,例如自动化行政系统所考虑的事实因素是否符合法律规范,算法是否严格按照法律规范转译,系统设置是否遵循比例原则,是否与传统的人工行政有良好的衔接,以确保当事人权利得到保障。对于复议结果或法院判决结果,应当针对具体情形制定详尽而具体的责任承担方案。行政机关有责任对违法的自动化系统进行重新设计,及时纠正机器故障或缺陷的指令,并对自动化系统进行维护和故障排除。若自动化行政行为的程序或内容违反法律法规,应予以确认为无效或撤销,并要求行政机关重新作出行政行为。此外,还应畅通申诉渠道、细化申诉规定以解决行政纠纷。

3. 行政赔偿及归责原则

行政主体通过直接管理、使用和控制自动化行政系统,旨在实现公共利益。因此,自动化行政系统属于行政财产的一部分,其性质应被视为“公物”。对于“物的瑕疵”,如自动化行政设备倒塌、掉落致人损失,根据我国目前的法律规定,未纳入国家赔偿的范围。这类责任应根据《中华人民共和国民法典》第1253条规定,按照民事赔偿处理。

而对于自动化行政行为不当或瑕疵指令导致行政相对人损失的情况,则属于行政主体应承担的公法责任。需要注意的是,自动化行政分为半自动化行政和全自动化行政。半自动化行政无法独立作出对行政相对人产生影响的行为,因此只涉及公物管理不当的责任。而全自动化行政则无须人的介入,独立作出行政行为,

^{②③} 参见陈大莉:《自动化行政行为的合法性研究》,中国政法大学2021年硕士学位论文。

因此会涉及以上两种责任。鉴于交通道路信号灯故障导致的伤亡惨案时有发生,笔者认为应该将自动化行政设备致害中“管理不当”的责任纳入国家赔偿的范围。这样可以避免行政机关逃避责任,同时也为受害的相对人维权提供保障。根据《国家赔偿法》,行政赔偿适用违法责任原则,要求行政行为违法且有过错。但自动化行政行为是由机器执行的,无法区分故意和过失。因此,当自动化行政设备故障或出现瑕疵指令时,行政相对人往往难以获得赔偿。笔者认为,对于自动化行政造成的损害,应适用无过错责任原则。交通道路信号灯属于半自动化行政设备,相对于全自动化行政设备,人工管理维护的监督作用很大。即使采取谨慎的程序和使用方式,仍然难以避免风险。而全自动化行政设备更加智能,无须人工干预,可能给行政相对人带来更大的风险。因此,在自动化行政中,行政机关应承担无过错责任。

(四) 构造相对人程序性权利外部监督体系

建构专门的监督机制,是确保行政相对人程序性权利不受侵害的重要手段。监督应该贯穿自动化行政的全过程,包括行政行为前、中、后三个环节,以实现全方位的监督,为此相应的监督体系也需要不断完善。

1. 事前评估测试

在进入某一项特定领域工作之前,往往需要对人进行评估测试。同理,人工智能设备在承担自动化行政工作前也需要进行评估测试。在互联网服务领域,2018年中央网信办发布了新规,要求“具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务要进行自我安全评估”^{②4}。因此,在行政机关使用自动化行政系统之前,进行评估测试是十分必要的。在评估测试的过程中,应建立审核和认证测试的标准和规则。这些标准和规则应包括以下内容:每个行政决策都应适用相同的规则,以确保一致性和公平性;每个行政决策都可以通过输入特定的信息进行重

现;如果一个行政决策具有某种随机性,如摇号,应确保该随机性不会受到任何利益方的影响。专门的评估机构和专业人员应在自动化行政系统设计之后投入使用之前进行评估测试,并发布评估测试报告。这些评估审查机构的组成人员应坚持多元性和中立性,并允许普通公众参与评估测试,以确保程序的正当性,并增加公民的信任度和认可度。

2. 事中动态监督

为确保自动化行政系统在法律框架内正常运行,建议在行政机关内部建立专门的监督机构。监督机构的人员构成包括所涉行政部门的公务人员和负责技术与算法的技术人员,他们负责监督自动化行政系统的设计、评估测试和事后责任追究等环节,并有权介入任何一个阶段,一旦发现违规违法情况立即采取相应处理措施。监督机构的职权包括:要求算法设计者和部署者对决策进行披露、定期发布评估报告、定期检修和维护自动化行政系统、搭建监督平台以处理公众反馈和意见、纠正违反法律的自动化行为,以及对造成严重后果的管理自动化行政设备的机关进行问责。

除了人员的监督,机器的监督也要充分利用。行政机关可以开发电子监察管理系统,让该系统对裁量中的异常指标、可能出现的错误预警等进行监测,对自动化行政过程中拟作出或已作出的行政决策的合理性进行二次检查。针对自动化设备作出的行政裁量与行政人员作出的裁量的偏离程度,可以设置不同的级别,并采取不同的纠正方式。例如,偏离程度达30%以上的,需要小组集体讨论决定是否采用自动化行政的决策结果;偏离程度达50%以上的,需要对自动化行政设备进行评估测试,修正偏差,并转入传统行政程序,经由小组集体讨论决策。

3. 事后反馈修正

为了加强自动化行政的监督,应当畅通公

^{②4} 《具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务安全评估规定》,载中国网信网,http://www.cac.gov.cn/2018-11/15/c_1123716072.htm,2018年11月15日发布。

民反映意见的渠道,并建立监督窗口和线上投诉反馈通道,以鼓励公民积极参与监督,并根据意见及时完善。同时,需要及时公示自动化系统作出的行政行为,包括决策结果、审批结果、行政处罚等,并接受全社会的监督。此外还可以引入其他监管力量,例如算法代理人 and 算法审核事务所,以保障监督的专业性和有效性,同时也可以缓解监管机构的压力和负担。此外,在自动化行政使用过程中,行政机关需要定期维护自动化行政系统,对存在故障或瑕疵的系统应当及时维修,以保证其安全稳定地运行。

结语

赫拉利在《未来简史:从智人到智神》中曾充满忧虑地警告:“一旦算法掌控权力,人文主义议题就可能被淘汰”^{②5}。随着自动化行政的兴起,人与人的关系将转变为人与机器的关系。在如今的技术时代,自动化行政虽然在

简化行政流程、提高行政效能、提供便民服务方面具有显著的优势,但行政机关与相对人之间权利与义务失衡的现象仍然值得关注。为保障相对人权利,信息公开、公众参与、说明理由等程序正当原则仍需重视。立法层面,需设计构建行政机关与相对人之间“权力—权利”平衡的条文;执法层面,通过健全执法过程中程序性权利保障机制,增加处罚结果的可接受性,实现行政机关与相对人之间的双向理解;司法层面,明晰责任主体和救济途径,保障在自动化行政在行政复议和行政诉讼中得到应然的救济;法律监督层面,构建“事前—事中—事后”监督,运用行政过程论对自动化行政进行全流程、动态审查。总之,只有处理好技术变革与行政法律秩序的双向互动关系,才能确保行政法的时代适应性,使行政相对人的程序性权利得到真正保障。

Guarantees of Procedural Rights of the Relator in Automated Administration

Zhou Wufan

(Southeast University, Nanjing, 211102, Jiangsu)

Abstract: The application of scientific and technological means has brought convenience to government administration and management, but due to the lack of detailed norms, automated administration has also challenged the traditional due process requirements, devouring the procedural rights enjoyed by the relative such as the right to a hearing, the right to read the file, the right to request the disposer to explain the reasons, and the right to make representations and defenses, and bringing about the real risks of the relative's flawed instructions on evidence, leakage of personal data, and algorithmic discrimination. A sound procedural rights protection mechanism needs to be constructed in four aspects: improving the norms related to procedural rights in the legislative text, improving the procedural rights protection mechanism in the law enforcement process, clarifying the administrative subject and the principle of attribution of responsibility in the judicial process, and constructing an external supervision system for the procedural rights of the relative. A proper management of the bidirectional interactive relationship between technological change and administrative legal order is essential to ensure the adaptability of administrative law to the times, thereby truly safeguarding the procedural rights of administrative counterparts.

Key words: automated administration; administrative relators; procedural rights; rights protection

(责任编辑:天下溪)

^{②5}[以]有瓦尔·赫拉利:《未来简史:从智人到智神》,林俊宏译,中信出版集团2017年版,第367页。

湖南警察学院学报

(双月刊, 1989年创刊)

第36卷 第5期 (总第176期)

邮政编码: 410138

电 话: (0731)81866562

<http://hnga.chinajournal.net.cn>

电子信箱: hnjcxysb@163.com

hnga@chinajournal.net.cn

JOURNAL OF HUNAN POLICE ACADEMY

(Bimonth, started in 1989)

Vol.36 No.5(Total.176th)

Postcode: 410138

Telephone: (0731)81866562

<http://hnga.chinajournal.net.cn>

E-mail: hnjcxysb@163.com

hnga@chinajournal.net.cn

ISSN 2095-1140



定 价: 15.00元