

准印证号：S（2020）04000046

# 常州法学

内部资料  
免费交流

2020

(总第162、163期)

1-2合刊

# 常州市政法系统战“疫”纪实（一）



市委副书记、政法委书记蔡骏督查疫情防控工作



市委政法委领导慰问天宁区网格化管理中心工作人员



义务献血



设卡排查



远程审判



社区宣传



## 优化市域社会治理体系

党的十九届四中全会明确提出，“加快推进市域社会治理现代化”。这一要求具有重大的理论意义和实践意义。市域社会治理是国家治理的重要维度，在国家治理体系中具有承上启下的枢纽作用。可以说，市域社会治理做得怎么样，事关顶层设计落实落地，事关市域社会和谐稳定。改革不适应市域社会治理现代化的体制机制障碍，加快构建市域社会治理体系，才能不断提升社会治理现代化水平。

准确把握市域社会治理的科学内涵，是推进市域社会治理现代化的逻辑起点。市域社会治理是国家治理的子系统，也是社会治理在市域范围内的自然延伸。市域具有相对完备的立法和行政权限，具有统筹县域和基层的行动能力，有助于克服县域与基层社会治理中协调能力不足、反应不及时等问题，真正实现“民有所呼、我必有应”。这就需要通过制度建设，夯实市域社会治理现代化的实践基础。

紧紧围绕人的现代化，是推进市域社会治理现代化的着眼点。推进市域社会治理现代化，就要破除制约人的现代化的各种体制机制障碍，以弘扬社会主义核心价值观为切入点，促进人的思想、观念和意识现代化；以基础教育、国民教育、继续教育为保障，推动人的素质现代化。最近，不少地方根据《新时代公民道德建设实施纲要》，出台了符合地区特点的公民道德建设方案和措施，就是以制度建设推进人的现代化，进而推动市域社会治理现代化的积极尝试。

精准对接城乡融合发展，检验市域社会治理体系的开放性。市域涵盖了城镇和乡村，克服了县域和基层社会治理在治理空间和治理对象上的单向度问题，适应了城乡融合发展要求。放在城乡融合发展大背景下，才能进一步发挥市域社会治理承上启下的作用。城市与乡村是一个完整系统，在发展过程中必须做到统筹兼顾、互融互促。为此，推进市域社会治理现代化，就需要在城乡融合发展方面下功夫，实现城乡要素更加顺畅地流动和公共资源更加合理地配置。

加快推进市域社会治理现代化，需要不断增强人民群众的获得感、幸福感和安全感。无论是保障社会稳定、生态安全、安全生产，还是推进社会治安、城市文明、城市治理，都需要充分发挥党委、政府的统筹谋划作用，通过优化市域社会治理组织体系、提升市域社会治理能力。进一步说，确保人民安居乐业、社会安定有序，需要党委、政府、社会、公众等多方主体合作共治，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。

把市域社会治理现代化作为社会治理现代化的切入点和突破口来抓，立足实际对市域社会治理统筹谋划、周密部署、推动实践，有助于高效解决基层治理中的各类问题，把我国的制度优势更好转化为治理效能。



# 目 录

封面题字：王仲方  
(中国法学会原会长)

## 《常州法学》编委会

主 任：姜洪鲁

副主任：张双庆

编委（按姓名笔画排序）：

严瑞忠 李 浩 张双庆

张加林 罗志平 周 忠

姜洪鲁 夏 明 顾 锋

高 军 黄 欣 蒋建伟

潘耿介 滕 晖

主 编：潘耿介

副 主 编：蒋涌涛

责任编辑：王 奕

### 本刊特稿

加强基层法治公安建设的实践与思考……谢国正（4）

### 抗疫法律问题专题

隔离费用谁埋单？

——兼析隔离措施的法律属性

……………章进（9）

治理能力现代化语境下疫情防控中的刑法适用研究

……………刘艳红（11）

从疫情防控看市域社会治理现代化

……………王奕（19）

### 市域社会治理现代化专题

智能治理 提升基层审批服务法治化水平研究

……………巫政强（23）

地方政府规章若干问题研究

……………罗婧（28）

浅析民俗文化对市域社会治理现代化的影响

……………李凌（33）

社会组织参与市域社会治理现代化的路径研究

——以司法行政领域社会组织参与社区治理为视角

……………陈顺（37）

### 扫黑除恶专题

恶势力在网络空间中的特征演变及司法认定

——以2019年2月28日至2020年2月29日的刑事裁判为分析样本

……………于军辉 林青（41）



主管：常州市委政法委  
主办：常州市法学会  
编辑：《常州法学》编辑部

内部资料 免费交流  
2020年第1-2期合刊  
(总第162、163期)  
2020年6月15日出版  
  
(季刊)

编辑部地址：

常州市龙城大道1280号  
市行政中心1号楼A座17楼1718室

编辑部电话：(0519) 85680672

编辑部邮编：213022

编辑部电子邮箱：czfxh@sina.com

承印：常州市通华印刷有限公司

印数：500

发送对象：政法部门  
行政执法部门  
律师协会  
会员单位  
高校

浅析扫黑除恶背景下的“村霸”现象及其治理的法律对策  
..... 陆梦娇 (47)  
社区矫正损害修复在扫黑除恶专项斗争中的运用探讨  
..... 缪燕青 (50)

#### 调查研究

自然生态环境领域的综合治理路径研究  
——以溧阳市生态环境违法犯罪案件分析为样本  
..... 高雅婷 宋瑜 (57)  
“审务进基层，法官进网格”的实证研究  
——以天宁区人民法院兰陵法庭实践为样本  
..... 符诗 (61)  
认罪认罚案件判决书智能化生成路径探索  
——以C市J区法院的202件认罪认罚案件判决书为样本  
..... 余曰璞 王丽佳 (67)

#### 法学研讨

关于律师行业若干问题的思考  
..... 张加林 刘永 张正朝 (73)  
社会转型时期基层公安执法冲突及其化解  
——以常州市高新区为例  
..... 袁华怡 (78)  
罪刑均衡视角下的组织卖淫罪法定刑设定  
..... 陈江华 (87)

#### 案例分析

租赁合同因遇拆迁终止，租赁物占有使用费因租赁物  
价值受到影响不宜参照合同约定的租金标准进行计算  
——常州某汽车配件有限公司诉翁某租赁合同纠纷案  
..... 陈云秀 (91)

# 加强基层法治公安建设的实践与思考

谢国正

公安机关作为国家重要的行政执法和刑事司法力量，执法水平的高低直接关系到人民群众的根本利益。在今年的全国公安工作会议上，习总书记把“深入开展执法规范化建设，提升公安机关执法公信力，促进了社会公平正义”作为党的十八以来公安工作取得的成绩之一，把“必须坚持严格规范公正文明执法，提高公安工作法治化水平和执法公信力”作为公安工作几年的八条宝贵经验之一，并把“严格规范公正文明执法”作为五个方面的重点工作之一进行部署。这既是对公安执法规范化建设的充分肯定，同时也是对进一步加强法治公安建设提出新的要求。按照习总书记的讲话精神，今年以来，高新区分局将执法规范攻坚提升行动作为全局重点工作，以健全执法监督为抓手深入推进执法规范化建设。笔者结合我局执法工作现状，对健全执法监督工作谈一些个人想法。

## 一、当前高新区公安法治建设和执法监督现状

公安部党委部署推进“四项建设”以来，对进一步加强执法规范化建设、实现法治公安建设总目标，作了总体规划和制度设计。高新区公安分局以执法规范化建设为契机，全面开展执法硬件设施和执法队伍建设，全区基本实现了执法场所标准化、执法全程音视频记录、执法管理制度化等工作目标，尤其是在加强执法监督方面，做了一些具体工作，收到一些效果，具体

体系在“三个有”：

（一）执法监督责任有落实。分局党委高度重视执法规范化建设，牢固树立“四个就是”理念，即：执法质量就是公安机关生命线、抓执法就是抓队伍、规范执法就是基本警务、从严监督就是爱护民警。把2019年确定为全区“执法规范攻坚提升行动年”，制定《全区公安机关执法规范攻坚提升行动实施方案》，压实条线责任，齐抓共管，切实提升整体执法水平。先后出台《高新区（新北）分局集体通案制度》《全区公安机关当场处罚（所裁）案件执法突出问题专项整治工作方案》《全区公安机关取保候审突出问题专项整治工作方案》等执法规范化专项工作方案，推进全局执法工作质效提升。

（二）执法监督力度有加强。以分局案管中心、派出所案管室为载体，将受案立案、流程审核、对外衔接等执法流程科学串联，统筹接处警、案件办理、办案场所、涉案物品、案件卷宗等关键要素，打造全流程、全要素执法监督管理模式。2019年，全区共监督警情25931起，受立案11660起。刑事案件4336起，县级审核736起，所队审核751起，审核率92.72%；行政案件11538起，县级审核1338起，所队审核1617起，审核率96.83%，实现执法监督广度和深度质的提升。

（三）执法监督水平有提升。运用科技手段，通过案件信息网络共享方式实现

对公安执法活动全流程监督。分局先后投入科技化建设资金 100 余万元，集中采购 4G 执法记录仪 270 余台并在全区范围内推广使用，实现对源头执法工作“全覆盖”记录，对财物、案件、场所、卷宗全流程、全要素、系统性、及时性管控。自去年 6 月启用视音频执法管理系统、“云存储平台”以来，分局实现了从单一终端配备到系统整体建设，从单一视频调阅到全警共享共用的飞跃，收集整理各类警情接处警音视频 17600 余条，在提高办案效率、降低执法成本、减少涉警投诉、增进警民和谐等方面发挥出积极效果。

## 二、制约基层法治公安建设进一步发展的突出问题

相对于执法硬件的更新完善，目前公安执法的软实力依然没有跟上改革步伐，执法差错和突出问题依然时有发生。以上级公安机关通报的执法数据来看，2019 年以来，分局收到各类司法建议书 20 余份，受理涉法信访案件 42 起，主要问题集中在案件取证不规范、笔录制作不规范、身份核查不规范、诉讼权利义务告知不规范、未落实未成年人法律援助等方面。这说明，要实现规范执法，硬件设备是基础，但关键的制约因素还是执法主体的素质，这成为衡量公安机关执法规范化建设成效的根本标准。

近几年，公安执法队伍的快速壮大未能与执法质量提升相互衔接，基层执法办案队伍青黄不接，限制了队伍执法能力的平衡发展，部分领导干部和民警对“依法治国”和“法治公安”的理解，更多停留于理论层面，对深化法治公安建设的重要性和紧迫性认识不足。其主要表现为“三个待”：

（一）执法理念待端正。“大道至简，有权不可任性”。一些基层负责人和执法

办案民警身处所谓的“热点岗位”“要害部门”，在一些案件办理上“打招呼”，办金钱案、人情案、关系案，全然不把法律放在眼里，模糊了公权与私权的界限。有的民警政绩观发生偏差，没有统筹好当前与长远的关系、局部与全局的关系，目光短浅，工作上形不成特色、出不了亮点，甚至不惜为了绩效，急功近利，弄虚作假。一是工作作风仍不踏实。从涉黑涉恶警情、案件核查结果来看，少数民警有案不立、拖案不查、降格处理，超越了法律底线。从检察监督纠违来看，有些民警责任心不强、办案弄虚作假，从检察院书面纠违来看，因民警工作责任心不强被纠违的占比超过 60%。二是执法监督整改不积极。尽管“执法质量是公安工作的生命线”已成广泛共识，但在打处绩效与执法质量相矛盾的现实工作中，部分执法民警还没有清醒的意识到执法监督已经是当前公安工作中极为重要的一项工作职责。部分民警认为人头打击绩效是硬杠杆，执法监督只是辅助工作，监督影响效率，认为监督无关紧要，对监督感到麻木不仁，甚至会认为监督是故意挑刺、找茬，对法制部门发出的问题通报及整改意见有抵触感。三是执法责任意识仍然单薄。少数所队负责人认为执法监督只是法制、督察、信访等部门的事情，将执法监督与队伍管理割裂开来，同时总是以本部门利益出发，不愿意听取监督部门的意见和建议，以行政命令替代执法，使部分执法人员直接产生了轻视执法监督工作的思想。部分执法监督民警存在怕得罪人的思想，顾虑重重，监督积极性不高，还有个别民警存在监督工作特权思想，导致执法监督部门与执法单位的矛盾加剧，陷于对立状况，影响监督工作质效。

（二）执法体系待健全。一是未形成监督合力。公安机关内部纪检、督察、审计、



法制、信访等多个警种按照各自分工承担执法监督职能，看似多管齐下，面面俱到，在实践中也发挥了良好的监督作用，但由于这些部门不相隶属，又缺乏沟通协调，多头管理、职责不清，没有发挥出应有的整体作战效能。二是未统一监督机制。内部各监督主体间轴心不清，关注执法权力运作的视角不同，相互间的协调配合缺乏等因素，使执法监督网络不仅未能协调一致、密切配合，而且执法监督主体各自为政，各行其道，造成执法监督的交叉地带和“真空地带”，甚至出现对监督事项相互推诿、扯皮等现象。三是未发挥监督效能。由于各监督主体监督方式的着力点不同，又缺乏必要的沟通和协调，不时发生越权行事、滥用权力、甚至通过非正常方式或途径追求监督效果的情况，一些群众多部门投诉、多渠道上访、常年投诉上访，耗费了执法监督资源，妨碍了执法监督效能的有效发挥。

（三）执法能力待提升。一是规范意识和规范习惯未养成。在询问、抓捕等执法环节中将习惯作为规范，忽视程序和行为规范养成。对于各类新法新规和司法解释，缺乏系统性的学习，主动探究和学习新知识意识不够强烈。新警毕业和军转干加入后针对执法实际的培训不到位，警校教学模式在短期内只能形成数量规模而不能转化为质量积累。二是所队职能划分不明确。基层派出所执法任务繁重，除了办理案件外，还要承担辖区内的接处警、治安防控、安全保卫等众多繁杂工作，还要时常抽出办案精干力量参加重大案件办理任务，实际做到专人专案要求的少之又少。尤其是所队协作案件实际经办人与大平台人员登记不符、取证不规范、涉案财物交接不严谨、怠于侦查的情况屡屡出现，导致平台数据预警反馈主体互相推诿、问题责任单位无法确定、后续跟踪整改不到

位，案件质量无法得以保证。三是执法监督信息化水平不强。我局当前在用的监督系统包括省厅统一的公安执法管理平台、综合管理服务信息平台、网上督察系统等，但这些系统中执法监督警示、时效到期提醒、案件自动分类统计等网上监督巡查实用功能，从事执法监督岗位的民警和辅警还未能熟练掌握，这些问题制约了监督信息化工作的开展，都有待于我们在今后的监督工作中去逐步解决。

### 三、加强全区法治公安建设的对策分析与建议

习总书记在公安工作会议上指出，“公平正义是执法司法工作的生命线。要下大气力集中整治执法不作为、乱作为等问题，以实际行动取信于民。要抓住关键环节，完善执法权力运行机制和管理监督制约体系，努力让人民群众在每一起案件办理、每一件事情处理中都能感受到公平正义”。公安机关在全面建设法治公安中肩负着重大责任，要结合“不忘初心、牢记使命”主题教育，围绕习总书记讲话精神，把握精髓、抓好宣传，人民公仆的站位更加深刻地领会公平正义的内涵，在每一次案件审核，每一次量罚把握中用实际行动践行公平正义。

（一）加强法治理念教育做到“弃陈旧化”。意识是规范执法的思想源头，对思想源头的管理要摒弃陈旧的会议灌输形式，从认知层面、理念层面、意识层面抓起，主动教育引导民警牢固树立严格依法履行职责、尊重和保障人权、维护社会公平正义、自觉接受监督的理念。特别要在110警情处置、矛盾纠纷化解、窗口接待服务、网办信息数据录入和维护、涉案财物处置、执法记录仪使用、审核审理等警务源头和起点，融入规范意识和证据意识。一是坚持“互动式、菜单式”法治教育。充分依

托基层培育点的优势资源和视频系统的信息化手段，建立互动式培训体系，通过教育培训来提升执法主体的法治思维和依法履职能力。要根据业务条线和法治素养，可将培训人员划分为3年以下新入职、在职、法制民警、领导干部、审核审理民警等层级，按照民警在职岗位，由分管职能部门根据管理条线，开展业务培训考核。执法培训的内容除常规的法律和业务工作，还应根据实际执法办案中反映的民警能力短板，如110接处警、询（讯）问技巧、纠纷调处等，由外邀专家、业务领导、骨干民警以沙龙讲座、短平快、实训等形式开展专题能力提升培训。二是坚持“促公开、树公信”阳光执法。要最大限度地把公安执法的流程、依据摊在面上、摆在桌上、放到网上，积极推行执法公开、执法便民小举措，确保公安执法的权力在阳光下运作。要教育民警在日常执勤执法、走访服务时坚持“法律面前人人平等”“尊重和保障人权”的理念，将理念化于行动之中，摒弃地域、文化、行业等偏见，坚持以事实为依据、以法律为准绳。要在治安管理、纠纷调解等执法活动时，要合理运用自由裁量权，注重语言规范、行为规范，努力做到融法、理、情于一体的理性执法，以法为据、以理服人、以情感人，准确把握社会心态和群众情绪，让程序规范、实体规范体现在执法办案的每一个环节，努力让人民群众在每一起案件中，都感受到公平正义。三是坚持“说理式、普法式”学法用法。组织开展学法用法活动，教育和引导基层民警牢固树立社会主义法治理念，明确“有权必有责、有权受监督、违法必追究”，切实增强民警严格依照法定权限、时限和程序履行职责、行使权力，并自觉接受监督的意识，杜绝出现人情案、关系案、利益案等违法违规情况。提升释法说

理能力，紧跟新法新规及时更新类案执法有关的法律法规、规范性文件、司法解释，确保民警的执法行为有据可依、有章可循。特别对需要跨域合作、跨界协调的执法环节，要细化执行操作守则，制定释法说理资料，便于基层操作，通过说理式、宣传式执法同步实现普法宣传。

（二）加强基层执法监督做到“弃形式化”。一要加强事前监督。坚持主动发现问题。坚持围绕问题导向，结合执法突出问题专项整改，对窗口服务、现场警情处置、执法办案、网办数据监测、涉案财物管理、监所检查等环节加强查摆，认真梳理分析引发涉法涉诉信访件，或者被上级和外部监督部门通报的突出执法问题。要充分依托路面监控、车载移动探头、网上视频督察监控系统对各自职责范围内执法活动开展实时监督，及时发现接处警、窗口接待、执法办案场所管理和使用等执法环节中暴露出的问题和漏洞，做好知照通报工作，保证在问题发生前将影响消除。二要加强事中监督。对接处警规范、涉案财物管理、法制员管理、执法办案场所规范使用等已有制度要坚持执行，并通过定期考评发挥实效；对执法记录仪等新执法装备要抓紧制定使用和考评规范、操作手册等相关制度并指导落实。要按照“执法信息进平台、审查人员进场所、涉案财物进系统、审核审批进流程”的要求，对各项执法活动进行实时事中监督，使整个执法活动在监督下开展。三要加强事后监督。要结合每月执法质量考评、案件归档前检查和信访、复议、诉讼、检察建议等情况对案件办理的各环节开展事后监督，加大实地检查和随机抽查力度。基层科所队领导干部、法制员、审理审核人员要切实抓好对本单位执法活动的靠前管理，进一步强化扎口审核工作机制，以合法、规范、

公正的源头监督和首道把关，确保各项警务活动依法有据，为警务公开奠定扎实基础。同时，要做好“12345”市民服务热线工作，主动接受政府、法院、检察院及新闻媒体、群众等的外部监督，深化社区检察室、一机双屏、案件评查等具体措施，切实加强对警务活动的全方位监督。

（三）加强执法能力提升做到“弃原始化”。一是提升全警业务能力。通过邀请专家讲座、观看警示教育片时刻提醒民警在当前高度发达的自媒体监督环境及严格的内部责任追究的现实情况下，加强执法监督工作进而规范执法，是实实在在摆在民警面前的现实问题，而不是将案件办结或者起诉后即草草了事。重视法制专题教育培训，实行执法月培训制度，针对基层执法办案中存在的问题，召开案例点评分析会，定期分析公安执法工作中存在的问题，邀请公安机关行家里手进行重点辅导，对当前公安刑事、行政执法中普遍性问题、突出性问题，及时组织专家骨干会诊讲座，加深民警理解。“练兵先练长”，通过严格所队长办案任务、分管案件领导参加案件交叉点评会等形式，让平时不直接办案的所队负责人亲身体会执法办案中存在的问题风险。以领导带头执法、带头监督发现问题进而带动整个单位执法质态。二是提升执法监督能力。充分利用现代信息技术网络技术，实行警务在网上公开，监督在网上实施，确保公共权力阳光运行，并能有效铲除特权暗箱操作空间，从而对消除公安机关特权思想，杜绝公安机关特权现象将起到积极的推进作用。增加完善执法监督系统自动预警提示、案件自动分类、数据自动统计、报表自动生成等功能，实现网上预警、网上督办、网上监控、网上抽查，及时发现苗头性、普遍性执法问题，及时研究制定对策、及时解决，将监

督职能覆盖到执法和队伍管理的全过程，使决策指挥和执法监督更加准确有效，实现执法效率与执法质量同步提高。三是提升规范执法能力。要强化执法有据氛围，尤其对在110接处警、纠纷调解、群体性事件处置等高发类警情的执法过程中，要指导民警分类应对，尤其一线执勤执法民警要利用新型执法记录仪等装备，完善执法全过程记录，既能从源头上解决随意执法、粗放执法等突出问题，又能保障民警执法活动权益。要规范自由裁量权行使，从制度机制上防止出现“选择性执法”“倾向性执法”，要科学合理制定裁量标准。在法律规定的行政处罚幅度内，根据过罚相当原则，细化、量化行政裁量标准，规范裁量范围、种类、幅度，为公正执法提供制度依据。要坚持长效解决问题，积极利用案例讲评、执法问题剖析会等形式对本条线存在的执法突出问题开展讲评剖析，针对实战中反映出的不足和短板开发各类实战常规课程和微课程，让“规范”根植于民警内心，确保将问题解决在基层、解决在最小单元、解决在萌芽状态。

（作者系常州市高新区管委会副主任、新北区副区长、市公安局党委委员、高新区（新北）公安分局局长）



# 隔离费用谁埋单？

## ——兼析隔离措施的法律属性

章进

随着各地复工在即，一些返程人员，特别是来自疫情严重地区或者与患者有密切接触的人员，各地政府会要求其到指定地点集中隔离观察。集中隔离费用谁来埋单，是摆在政府、隔离经营性场所和被隔离人员的一大现实问题，引发了社会关注。近日有媒体报道，一对夫妻在陕西省靖边县一家酒店结束为期14天的隔离，被要求承担6000多元的食宿费，否则不予办理解除隔离的相关手续。更有网友晒出该县人民政府会议决定，所有留观人员留观期间所产生的食宿费自理，且费用每天高达300多元。笔者从这一事件说起，分析强制性隔离行为的属性，从而阐述相关费用该如何承担的问题，也为实施隔离措施的行政机关及有关组织更好地实施隔离措施支个招。

### 一、五花八门的隔离政策规定

一些地方，将隔离人员安置在经营性酒店，政府广泛地征用宾馆、酒店、旅舍、民宿等民用设施作为专门隔离场所。不难看到，各地政府对隔离费用谁来出的问题，规定不一。地方政府大多认为，《传染病防治法》仅针对传染病规定了隔离措施，但隔离费用的分担没有统一的规定或解释，从而致使各地政策五花八门。

在疫情期间，像陕西省靖边县这样让隔离者个人承担“高价隔离”并不是个例。也有地方政府让员工所属的企业承担；有

些地方政府采取政府、隔离场所、企业和个人四方分担隔离费用的办法；还有些似乎更人性化、合理些，按照政府拿大头、个人拿小头的分担原则，尽可能减轻企业和个人的负担。

还有些基层组织，认为隔离费用如何承担没有依据、没有先例，裹足不前，寄希望上级部门尽快出台指导性意见，提供政策依据。

### 二、隔离费用谁埋单——隔离措施的法律属性

采取隔离措施的依据主要是《传染病防治法》第四十一条的规定，即：对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员，所在地的县级以上地方人民政府可以实施隔离措施，并同时向上一级人民政府报告；接到报告的上级人民政府应当即时作出是否批准的决定。因此，隔离措施具有行政性，主要由地方人民政府或者法律规定的医疗机构来实施，代表的是公共利益，是为了实现一定的行政目的——将传染病的传播流行控制在最小的范围，将社会公共利益的损失减少到最小程度。隔离措施行为对相对人来说是具有强制性的，隔离决定一经作出，相对人则应当接受并遵守执行。媒体已有报道，对于违反强制隔离规定的行为，可能面临以危险方法危害公共安全、妨碍传染病防治等行政、刑事违法的指控。因此，隔离

## 抗疫法律问题专题

措施行为属于行政紧急强制，符合《行政强制法》设定的行政强制措施的情形。

既然从法律属性上隔离措施属于行政机关或法律授权的其他组织的一种行政强制行为，笔者认为，该措施实施的后果，包括期间发生的相关费用，也应当由实施机关兜底承担。这样的分析结论应当是显而易见的，就如同行政机关的其他行政行为，总不能要求相对人来承担行政机关或者行政人员因行政执法过程中的费用。比如，驾车撞了，违章者依照道路交通安全管理的法律法规承担罚款、拘留等行政处罚的后果，而执法部门总不能还要求违章者再承担行政机关的其他开支，如交警的工资或者津贴、拘留场所的住宿费等。从法律规定来看，无论《行政强制法》还是《传染病防治法》，都没有规定要求隔离对象承担隔离措施发生的相关费用。同时，《传染病防治法》第四十一条还明确规定，在隔离期间，实施隔离措施的人民政府应当对被隔离人员提供生活保障。因此，实践中之所以会出现让隔离对象承担五花八门的高额隔离费用，实质原因在于，隔离机构未能守住严格依法执法的底线，当然也有部分源于未正确认识隔离措施的属性，从而做出不合适的规定。我们都应该还清晰记得，曾几何时，对于交通违章停车行为，公安部门强制违章人承担高额拖车费、停车场费用，不交费就不容让提车，不曾经是一个普遍的现象吗？

鉴于上述的分析，我们不难得出结论，也提醒眼下的各级地方政府或者医疗机构，不能再强制隔离对象承担食宿费用了。把好事做好、守住法律的底线，这本身就是行政机关应当承担的责任。

### 三、把好事做好，为隔离实施机构支个招

诚然，目前各地疫情严重程度不一，

地方政府财政能力也有差异，部分地方政府面对突如其来的“天灾”（其实，也可以说是“人祸”），确实一时无能力承担巨额的隔离措施费用，像陕西省靖边县规定隔离费用一律由隔离对象承担，也被视为一种无奈之举。

面对严峻的疫情形势和窘迫的财政，地方政府果真无能为力了吗？

其实，各级地方政府完全可以结合疫情严重程度、财政状况和复工进展等实际情况，做出更为合理的安排。

#### 1、合理确定隔离人员范围。

有些地区搞“一刀切”，不分人员来源何地，但凡外地新来人员一律进行隔离，人为地增加了隔离的工作量和负担，造成资源浪费，百姓怨声载道。而且，由于隔离人员过多，集中隔离无法保证一人一间，而是多人公用一间，无形中增加了被隔离人群内部相互传染的风险。

眼下，复工在即，地方政府切忌做过了头，造成外来务工人员因担心集中隔离而不敢复工的现象，无疑会对恢复地方经济建设雪上加霜。

科学、合理地确定隔离措施范围，号召群众自我隔离、自我防护，把有限的资源用在真正需要隔离的对象身上。

#### 2、充分利用学校、体育场馆等公共设施，与临时征用设施并举。

一些地方政府通过建设隔离仓、启用学校校舍和体育场馆等公共设施，免费为隔离人员提供食宿，不失为较好的办法。

《传染病防治法》第四十五条规定，县级以上地方政府有权临时征用房屋以及相关设施、设备。临时征用房屋以及相关设施、设备的，依法给予补偿。

因此，地方政府可以征用民用设施作为隔离场所，在疫情结束以后归还，征用

（下转第 27 页）

## 治理能力现代化语境下疫情防控中的刑法适用研究

刘艳红

在全社会努力抗击疫情之时，如何依法抗疫治疫成为法律人关注的话题。刑法作为社会治理之重器，在遏制疫情传播、严惩利用疫情实施防疫物资诈骗等抗拒疫情防控措施的各类违法犯罪方面发挥了重要的作用。然而，置于国家治理能力与治理体系现代化的大背景下考察，疫情防控中刑事治理能力的现代化程度尚有待提升；此次疫情防控中刑事治理贵在效率，即对于有效维护疫情防控期间的社会稳定和社会秩序发挥了应有的积极作用，但是在实现法治的内在精神理念却存在缺失。在抗击新冠疫情这样极其严重的突发性公共事件面前，通过对涉疫刑事案件进行梳理和分析，可以发现刑事治理的方向似有疑问：为什么都是普通公民成为疫情治理中的刑法制裁对象？导致疫情蔓延的更深层次原因及责任主体何在？刑法的适用为何对这样的责任主体缺失？“这促使我们思考一个更深层次的问题——刑法是谁的刑法？或者说，刑法保护什么样的人，制裁什么样的人？”如果说一场疫情充分检验了我国治理能力和治理体系是否已实现了现代化，那么，疫情防控中刑法的适用则充分体现了我国刑法在社会治理中公权力制约不够而私权利保障欠缺的严峻现实。紧急时虽看似无法律，但恰恰在紧急事件的处理上彰显国家治理水平和治理能力；疫情防控中刑事治理的现实，与我国治理能力现代化的要求还有一定距离。

### 一、疫情防控中的刑法适用：面向普通公民的快速反映

“完全无法否认的是，自从现代刑法的诞生一直到现在，社会的下层阶级和他们的典型行为不仅成了刑法上的架构构成要件所偏爱的对象，而且实际上也成为刑事司法实务所偏爱的对象。”自2020年1月23日疫区宣布“封城”开始，各地纷纷涌现各类涉疫犯罪。新闻媒体报道的每个案件都定性准确及时无误，从以危险方法危害公共安全罪到诈骗罪，从虚假广告罪到生产、销售伪劣产品罪，从寻衅滋事罪到编造、故意传播虚假信息罪等，可谓百密而无一疏。学者们要求对涉疫经济犯罪从严追究刑事责任，并对各种涉疫犯罪的罪名结合疫情防控进行了分析，法官检察官们认真解读各类涉疫法条的适用，最高司法机关及时出台涉疫刑事案件办理的有关司法解释，各部门各地方纷纷制定出台指导性规范性文件；司法实务部门抓紧对贩卖假口罩案、哄抬物价案、引发疫情传播风险的危害公共安全罪案等各类涉疫案件进行了处理。所有这些无不彰显了依法治疫的法治效果。

根据笔者对来源于网络、报纸等新闻媒体的报道统计，疫情防控时期，全国各地司法机关为全力做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作，维护社会公共秩序，保障人民群众生命财产安全，从2020年1月23日起至2月8日，处理或正在处理的涉疫刑事案件共39起，其中以危险方法危害公共安全



罪处理的刑事案件数量最多，共有 23 起，占有所有刑事案件的比例为近 60%。这些案件的处理表面上看似似乎不存在什么问题，然而，“在法律乃至其他思维领域的发展中，我们永远不能摆脱对于直接和灵机一动的依赖，它们超越并改变了经验对我们的影响”。仔细分析这些刑事案件，心中难免存疑，为什么它们都是针对社会普通民众甚至是普通公民定罪量刑的案件？

以 23 起以危险方法危害公共安全罪为例，这些案件的被告人包括，陕西村民王某某张某某夫妇、在疫区经商的福建人张某、邢台市 64 岁女患者刘某某、61 岁内蒙古霍林郭勒市女患者徐某、居住在深圳而籍贯疫区某县级市的 64 岁范某（女）和 67 岁邹某（男）夫妇，等等。至于以危险方法危害公共安全罪之外的其他涉疫犯罪，比如口罩或其他涉疫物资诈骗案、生产销售伪劣产品罪案、妨害公务罪案、假冒注册商标或销售假冒注册商标罪类案，等等，这些案件的犯罪主体或为城市无业人员，或为农村村民，或为农村在城市务工人员，或为城市底层体力劳动者如液化公司送气工，等等。换言之，涉疫期间刑事治理的对象，都是普通公民。而且，刑法对这些公民涉疫犯罪的办理非常迅速，各地纷纷采用远程视频方式审结，或者采用速裁程序审理。最高司法机关也通过司法解释明确规定对涉疫犯罪从重从快从严处理。比如《七类涉医案件解释》中提到的七类涉医案件都是针对普通民众的刑事犯罪，解释还要求“人民检察院应当从快审查批准逮捕、提起公诉”；再如，最高司法机关在打击涉疫犯罪司法解释中也进一步明确了“从严”的要求。前述《意见》第 1 条规定：“坚决把疫情防控作为当前压倒一切的头等大事来抓，用足用好法律规定，依法及时、从严惩治妨害疫情防控的各类违法犯罪，为坚决打赢疫情防控阻击战提供有力法治保障。”从快从严从重的处理方式，对于习惯

了运动式执法的我国司法而言并不新鲜。然而，面对涉疫犯罪刑事治理所体现出来的方向，令人不得不思考，为何疫情防控中刑事治理制裁的都是普通公民，为何刑法适用没有针对防疫期间公权力出现的违法犯罪。面对新冠肺炎疫情蔓延这样严重的突发性公共卫生事件，社会各类资源匮乏，刑事司法资源也是社会资源的一种，对它的使用也应该谨慎。刑法应着力查处隐瞒或不及时发布疫情重要信息而导致疫情蔓延的责任主体，刑事司法资源似乎应该用在人民群众最为关心的这些犯罪上。

## 二、疫情防控刑法适用方向折射的问题：刑法制裁什么样的人

刑法制裁的是犯罪人，“犯罪人就是实施了犯罪的人”，这样简朴的道理看起来颇为多余，然而它却促进我们反思疫情防控期间司法机关定罪量刑的那些案件，处罚的被告人真的都是犯罪人么？疫情防控中刑法适用所针对的普通公民尤其是这些底层人员是否具备定罪的妥当性，刑法制裁他们是否合理？在当下全社会尤其是那些被隔离或封城的人们的人权本已受到削减的重大公共卫生事件的处理过程中，分析这一问题具有重要的现实意义。

首先，疫情防控期间，对于以危险方法危害公共安全罪之外的其他涉疫犯罪的普通公民的制裁，存在处罚范围扩大化的不妥倾向。

前已述及，涉疫犯罪主要就是两大类：以危险方法危害公共安全罪和该罪之外的其他犯罪；前者针对瞒报疫情信息者，是一种不作为的犯罪；后者主要是实施诈骗或制假售假等行为的经济犯罪或者少数妨害社会管理秩序犯罪，这些犯罪都是主动作为的犯罪，二者的性质殊为不同。对于以危险方法危害公共安全罪之外的其他类型犯罪，尤其是制售涉疫假冒伪劣产品等经济犯罪，具有明显的故意与客观危害的

行为，而且他们的行为在疫情突发时期具有更为严重的危害性，无论这些犯罪的行为人身份如何，都不影响其受到刑法的制裁。毕竟，“保护动产私人所有权免受于窃盗曾经是古典刑法的阿基米德支点，而且直到今天都能用来说明，为什么主要透过缺乏财产以及顶多有微薄收入来表明其特征的下层阶级成员是刑事司法所偏爱的当事人，或者比较不婉转地形容，不论是在犯罪统计中或是监狱内，他们都有明显突出的代表性”。然而，以危险方法危害公共安全罪之外的其他类型的涉疫犯罪中的某些犯罪的处理，则并不妥当。

比如，在浙江省首例涉疫情居家隔离人员妨害公务案中，被告人王某违反居家隔离规定擅自外出，相关工作人员对其进行劝导，要求其遵守居家隔离规定，王某不配合，遂与工作人员发生争执，并用手攻击社区民警朱某某，抓伤其脸部和颈部。当地法院审理认为，“被告人王某在疫情防控期间，暴力袭击正在依法执行职务的人民警察，其行为已构成妨害公务罪，依法判处有期徒刑九个月”。本案处理显然不当。警察在执法过程中常常会遇到情绪激动的当事人，因此而发生肢体接触的也不在少数；王某只是用手抓伤了朱某某的脸部和颈部，既没有使用外在的工具也没有严重侵犯公务人员人身健康，同时对公务人员的执法活动虽然有一定影响但并没有造成严重后果，也不具有严重的社会危害性，如此定罪，违背了我国《刑法》第13条但书的规定，以及罪刑法定原则只处罚具有严重法益侵害性行为的实质要求。面对王某如此轻微的违法行为，执法人员大可以通过语言沟通、情绪冷静等方式解决。

再如，黄某某妨害公务罪案也存在类似问题。2020年2月4日，液化气公司送气工黄某某驾驶二轮电动车运送煤气罐，因未携带出入证，途经一防疫卡点时，被街道办防疫工作人员李某等人拦停，要求

其出示出入证及测量体温。黄某某解释后李某不听，遂觉得李某是在故意刁难他；争执中，黄某某下车打李某头部一拳，李某报警，黄某某又用手掐李某的脖子、扯断脖子上的工作牌，致使李某构成轻微伤。当地法院以妨害公务罪对黄某某判刑4个月。本案中，黄某某的行为虽然违法但非常轻微，其对公务活动也没有造成实质的妨害。对于作为送气工的黄某某而言，单位也没有派发出入证，其所出入的小区也没有给黄某某出入证，而李某强求黄某某出示出入证被黄某某认为是有意刁难是完全可以理解的，双方因此发生肢体接触也不完全是黄某某的过错。执行公务活动遇到阻碍很正常，但公务人员李某不耐心听取黄某某的解释，并在处理中沟通不到位从而发生本案结果。大疫当前，如果公务人员恪守职责，面对老百姓耐心沟通、平和处理，就不会将矛盾激化。在矛盾激化之后，李某不反思自己的过错，司法机关一味苛责普通公民黄某某，对其以妨害公务罪定罪，实乃有偏袒公务人员之嫌。

以上两个案件，只是疫情防控期间刑事制裁扩大化的两起典型案件，由于篇幅所限，其他类似案件不一列举。大疫当前，司法机关面对妨害公务人员的轻微违反行为为一味从维护社会秩序和公务人员执法的权威性出发，以妨害公务罪对普通公民定罪量刑；此种做法，无异于激化社会矛盾。刑法面向普通公民情节轻微违法行为如此身先士卒，对于疫情防控而言，纯属司法资源的浪费，它体现了在国家应急管理中刑事治理的情绪化与过激化。

其次，疫情防控期间，对于瞒报疫情信息的普通公民，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚，则属刑法制裁了不该制裁之人，更是缺乏妥当性。

疫情防控期间，以危险方法危害公共安全罪案频发，并成为涉疫犯罪中数量最

多、人员最为集中的一类案件。前已述及，这类案件均为农妇、老人、打工仔、经商者等普通公民。这类案件和前述涉疫经济犯罪、妨害公务犯罪等不同，它们不是行为人出于犯意而实施的犯罪行为；这些被定罪的人根本没有出于故意而传播新冠肺炎的主观心理，他们隐瞒不报自己与疫情相关的信息，是与疫情防治要求相违背的违法行为但不是犯罪行为；之所以有如此多的以危险方法危害公共安全犯罪案件，其重要原因是，司法机关没有充分重视普通公民的人权，从而使刑法之刀指向了本不该成为犯罪人的普通公民。

基于“疾病乃个人隐私”以及“讳疾忌医”的传统疾病文化，瞒报疫情信息，是人们对疾病本能的抗拒或刻意的漠视以及幻像般健康自我确认的本能体现。因此，在当前疫情下，对于瞒报疫情信息的普通公民追究其刑事责任，欠缺妥当性。

讳疾忌医是中国社会传统疾病文化，对于新冠肺炎疫情相关信息隐瞒不报，正是这种传统文化之体现；对隐瞒不报者以犯罪论处，缺乏社会道德基础。“一个规范本身为人们的良心所认同，并作为行为的动因发挥作用，而不是因为顾及刑事惩罚或其他制裁而被遵守，或者简单地说，人们是‘出于义务’，而不是对外来强制的恐惧而行为。这里涉及康德所讲的‘道德自治’，即人们对于道德问题自己有拥有权柄，以自己为最终的判断来判断何为正确，并据此行为。如果一项规范因此成为行为的推动力，即获得了道德实效性。”要求公民主动报告或者配合报备有关新冠肺炎疫情信息，这一行为在疫情治理过程中无疑具有正当性，如果因为隐瞒不报造成他人感染的，对之以其他危险方法危害公共安全罪定罪似无不妥。然而，讳疾忌医是中国社会传统疾病文化，瞒报疫情信息法不可原但情有可原。从中国古代战国时期扁鹊见蔡恒公的故事开始，中国文化就

埋下了讳疾忌医的种子，且一直延续了数千年。“今人有过，不喜人规，如讳疾而忌医，宁灭其身而无悟也。”中国人认为买保险是在诅咒自己生病因此不愿意买保险，中国人认为活着就立遗嘱不吉利因此不愿意在未死之前交代财产分割等后事。中国人不愿意让他人知道自己生病，一部分也是因为生病等健康因素属于个人隐私，而更主要的原因则是源于讳疾忌医的传统文化心理因素。“事实上很多人讳疾忌医都是过不去心里那个坎。人们面对负面信息的第一反应多是‘抗拒’。在‘抗拒’之后则是漫长的‘接受’过程。”瞒报疫情信息者之所以瞒报，是因为他们自身对此也非常抗拒甚至难以接受，不报的行为恰恰是逃避的表现，是讳疾忌医的外在体现。虽然讳疾忌医本身是一种病患对自己心理上的欺骗，可殊不知很多人宁愿自己病痛至死也不愿意他人知晓。总之，基于讳疾忌医的中国传统文化，以及在当代日益高涨的个人基本权利隐私权的作用下，“有疾在己与人何干”遂成为瞒报疫情信息者不言而喻的心态。保障人的权利意味着尊重人，尊重人意味着将人作为自在目的，而不能作为实现其他任何目的的手段；刑事责任以可供取舍可能性或者他行为可能性为前提，在不能期待行为人实施合法行为的情况下，不应对其实施的不法行为追究责任。

防疫当前，根据国家法律规定要求公民对于疫情相关信息进行报备无疑是正当的，行为人瞒报疫情信息的行为无疑是违法的，但是动用刑法对之以犯罪论处则不具有处罚的妥当性。根据以危险方法危害公共安全罪的构成要件分析，瞒报疫情信息，与国人所认为的“疾病乃个人隐私”以及中国讳疾忌医的传统文化密切相关；瞒报疫情信息充其量只是“国人对法律责任与法律管控之认识不足与漠视”所致，而不存在主观上要传播新冠肺炎危害社会公共安全的故意，处罚他们，缺乏主观层



面的可归责性。尤其是，对于未经确诊而瞒报疫情信息者，以《刑法》第114条之罪追究其刑事责任则更为不妥；未经确诊意味着传播的风险性小或不确定，行为人瞒报行为的危害性也认识不足，瞒报行为对公共安全的危害性以及行为人主观犯意，欠缺客观归责可能性与主观归责可能性。遗憾的是，在二十余起以危险方法危害公共安全罪的案件中，绝大部分案件的被告人都是未经确诊而瞒报疫情信息的；如此做法，显然违背了刑法罪刑法定原则，并“对国民自由、权利、利益产生了本来不该有的抑制”，因而应该予以反思。

防疫期间，对于瞒报疫情信息的普通公民以犯罪处罚，显然是裹挟了民意支持，且兼具国家机器赋予的执法优势的司法行为；然而，不应以防疫为名，让刑罚权获得正当性。大疫当前，刑法之刀委实不该指向这些没有犯意的普通公民，尤其是他们自身也是疫情的受害人。当然，对于少数故意接触他人主动传播新冠肺炎情节严重的隐瞒不报者，动用刑法则是必要的。然而，从目前已经发生的以危险方法危害公共安全罪案分析，没有一起案件是这种情况。这表明，疫情防控中刑法不是制裁真正犯罪人的人权保障刑法，而只是制裁有危险性的行为人的危险刑法，刑法在疫情治理重大公共卫生事件中的这种角色定位需要反思。国家医疗、公共卫生体系均不健全，出现新冠疫情时前期预警不足，对于疫情人传人等信息没有及时公开并提醒民众注意，从而导致相当一部分国人对新冠肺炎的传染性不够重视，加之此病早期如同感冒，更加使一部分大众误以为即便自己感染了新冠肺炎但“其实也没什么”。在此种心理和疫情防治的社会背景下，国家如果不从国民人权保障角度思考“为何感染新冠肺炎者不主动报备”，而是一味的动用刑法，则无异于雪上加霜；刑法的

社会秩序保护机能可能很好地得到了体现，然而法治国的人权保障机能却因此遁形。

综上所述，疫情防控期间刑事治理的案件，无论是以危险方法危害公共安全类犯罪，还是以其他犯罪处理的案件，其矛头都是针对普通公民，尤其是一些轻微违法犯罪行为的入罪化，在打击范围上存在着扩大化。虽然我国十六字法制方针以及中国特色的罪刑法定原则均表明对违法犯罪行为当然应该违法必究，然而，从经济学角度分析，“虽然最优威慑模型能够为适度的‘违法不究’提供充足的经济学依据，但来自社会心理及意识形态的压力却决定了‘违法必究’作为执法原则仍难以被彻底摒弃”，但是，疫情的发生对于广大民众本来就具有极大的健康风险，各种封城等紧急措施对于民众的人权也有所克减，而作为最严厉的部门法刑法如果适用不当，则会在疾病风险之外给人们带来法治风险。

### 三、疫情防控中刑法适用方向之理性反思：刑事治理能力现代化

在国家治理能力和治理体系现代化进程中，刑事治理应该以人民为中心，着重治理严重危害人民利益的犯罪；同时刑事治理方向应该与社会转型相适应，突出个人权利之保障并处理好其与社会秩序保护之间的关系，实现刑法由国权刑法向民权刑法之转型，不断提升国家在应急管理中的刑事治理能力的现代化水平。

根据公民在刑法中的地位，刑法可以分为国权刑法与民权刑法两种，以国民为对象而保护国家的利益、限制国民行为的刑法为国权刑法，以保护国民的利益为出发点而限制国家行为的刑法为民权刑法。国权刑法和民权刑法的概念与政治刑法和市民刑法的概念极为相似，民权刑法与市民刑法本质上都是强调限制国家权力保护个人权利，国权刑法与政治刑法本质上都是“强调刑法的社会保护机能，而轻视刑

法的人权保障机能”。基于国权刑法，国家刑罚权的发动会扩张，刑法的处罚范围会扩大；基于民权刑法，国家刑罚权的发动会受限，刑法的处罚范围会缩小。贯穿在老一辈法学家马克昌教授的法学思想中有一条重要的脉络，即我国刑法应从“国权刑法”转变为“民权刑法”，“从强调国家权威转向强调保障公民人权——可捕可不捕的不捕，可诉可不诉的不诉，可判可不判的不判，可杀可不杀的不杀”。这也是他一生的法治追求。刑事治理如欲“围绕法治的要义和精神，致力于建设中国特色社会主义法治体系的法理省思与理论架构”，从而服务于国家治理能力现代化的战略需求，当务之急就是实现国权刑法向民权刑法之转型。

基于疫情防控刑事治理的方向主要是普通公民尤其是一些社会底层公民，以及社会常规常态时期刑法适用状况分析，当前我国刑法的性质仍然是国权刑法。

刑法的适用本身是分阶层的。比如，自古以来，“盗窃罪”往往是“下层阶级核心犯罪”。“仓廩实而知礼节”“苟粟多而财有余”，如果穷人普遍富裕，则盗窃罪绝对会大规模减少。再如，“白领犯罪”是指“社会中受尊敬的和居高位的人们实施的犯罪”，白领是社会的中产阶级，他们的智商和身份决定了其往往所实施的都是经济犯罪。而贪污腐败则是公权力亦即权贵阶层的核心犯罪，没有权力的人无法实施贪污腐败行为，而“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇到界限的地方才休止。”权力具有天然的膨胀性，如缺乏足够的制约必然衍生出腐败。我国刑法规定了适用刑法人人平等原则，晚近以来的刑事立法和刑事司法一直在朝实现这一原则而努力。

我国刑事立法一方面对于破坏社会主义

市场经济秩序的行为加大了处罚力度和处罚范围，比如刑法修正案四到刑法修正案七，这几部刑法修正案的主要内容主要就是针对经济犯罪而进行的立和改。另一方面，加大力度处罚公权力犯罪。增加终身监禁刑等加大对贪污贿赂罪的处罚，增加利用影响力受贿罪、对有影响力的人行贿罪等以完善贿赂犯罪的罪名体系，完善渎职类犯罪的有关规定扩大公权力犯罪的处罚范围等。这些立法都是努力实现刑法平等原则的证明。“在某种程度上，这种目的取向本身意味着从下层阶级刑法转为到中层阶级刑法、中上层阶级刑法和上层阶级刑法的一种转变趋势，从而不仅对在社会下层边缘冒险的人和贫穷的人的次文化悲惨生活用刑法的手段加以控制，而且根据改革的目标，也广泛利用刑法的手段控制社会经济体系的最大利益，以维持生活的和谐。”司法实践中，特别值得肯定的是，我国近年来对腐败犯罪的治理成效显著，打虎拍蝇令国人侧目，礼可下庶人刑可上大夫，适用刑法人人平等原则已最大化地得以实现。

然而，“由于我国有几千年的专制和身份等级的传统，‘有权就是法’‘权大于法’对某些人来说还是一种根深蒂固的观念；犯罪嫌疑人、刑事被告人、服刑人、司法工作人员、其他党政机关工作人员、刑事被害人，或者其他对司法工作人员具有一定关系、一定影响的人，‘以权压法’‘以权枉法’‘买权渎法’等严重破坏司法公正的现象，还带有一定的普遍性。”此外，立法的转向不代表刑法适用方向亦即司法实务的转向。根据2018年统计数据，我国人民法院审理刑事一审案件结案情况（2016-2017年）显示，按照收案案件类别及数量，2016年排名第一的是以盗窃犯罪为代表的侵犯财产罪，占比28.97%，破坏社会主义市场经济秩序罪占比5.35%，贪污贿赂罪占比2.18%。2017年，这三类犯

罪的占比数分别是25.43%、4.59%和1.97%。这些数据表明，即便不是在疫情防控时期，我国司法实务中刑法的适用方向也是以普通公民为主的；而为何公权力阶层与中产阶级犯罪数远低于普通人员犯罪数，其原因还有待深入分析。犯罪学家邦格指出，“虽然中产阶级和下层阶级都有相同的犯罪可能性，但是被官方逮捕、定罪的仅是下层阶级的成员，因为刑事司法系统基本上是有利于中产阶级而歧视下层阶级的”。这样的原因是否适用于我国刑事司法实务，同样也需要进一步分析。

为了使刑法的适用能够真正实现治理能力现代化，我国刑法的性质应该从国权刑法转向民权刑法。

仔细分析，疫情防控时期面向普通公民的几十起刑事案件，充分体现了刑法的社会保护机能，体现了国权刑法的立场。“政治权威是通过制定法律和法规命令而实现正常运作的。这就是为什么大量的有关政治权威合理性的讨论都是由服从法律的义务这一理由说明的。”大疫当前，通过对疫情防控中突发的大量违法犯罪进行刑事立案与判决，意味着经由司法部门代表国家对民众表达的对确保其不受新冠肺炎传染的社会情感与心理期望的重视，它回应的是社会大众对防疫时期国家应保护公民健康与社会安全的期望，在这种普遍具有潜在不安全感新冠肺炎感染风险之下，这些判决无疑会得到民众的支持，它们也形塑出一种强化社会安全的政治目标；尤其是对于瞒报疫情信息者的判决，存在着极为明显的“犯罪问题之政治化及民粹化”之嫌疑，即为了因应民众免于被新冠肺炎传染的社会情感，使得“刑罚的民粹主义成为不可避免的现象”。民粹主义带有强烈的道德色彩，它把“人民至上”异化为可以以人民的名义对任何事物进行政治和道德的双重审判，因此，在我国社会转型

尤其是在面对新冠肺炎疫情治理这样的突发公共卫生事件面前，刑法的适用要保持理性，不能为实现与民意的共振而将本不该定罪的行为予以定罪处罚。

仔细反思，疫情防控时期面向普通公民的几十起刑事案件，除了极少数外，其中多数案件都经不起民权刑法观的检验。根据民权刑法理念，前述王某与黄某某妨害公务罪的两起涉疫案件，均属于情节轻微可不捕、可不诉、可不判的案件；司法机关因防疫时期维护社会稳定大局需要，基于前述《意见》“用足用好法律规范”的要求而将刑法用足。将刑法“用足”，意味着本不应成为犯罪人的人要成为犯罪人，意味着刑法权威性的透支以及罪刑法定原则的违反。大疫当前，刑法之刀委实不该指向普通公民，尤其是如此轻微的违法行为。它们似乎在说明何为“无权势的人们就是犯罪人，而有权势的人们则不是犯罪人”。尤其是，在治理新冠肺炎疫情的特殊时期，不考虑人们的恐慌心理，不考虑讳疾忌医的传统疾病文化以及瘟疫污名化效应，将瞒报疫情信息的普通公民动辄以犯罪论处，则更加不妥。这样的刑法适用，本身就违背了现代法治国家人权保障精神，而令人想起费尔巴哈的威吓论，把刑罚当成狗杖高高举起威吓他人。在历史上，从中世纪到19世纪及至21世纪的当下，睿智的思想家、充满人性的法学家和司法改革者，都在力求使刑法的适用充满人道，刑罚的重点早已被重新定义为预防犯罪而非打击罪犯。这些针对普通公民群体的涉疫犯罪，绝大多数都经不起民权刑法观的检验。

其实，对待隐瞒不报疫情者，“这类制止犯罪和维持秩序，即使不适用刑法也可以实现”。“作为社会控制方式的法律”有三种形式即“刑罚模式（penal mode）、补救模式（remedial mode）和调节模式（regulatory mode），它们分别围绕刑法、民法和行政法而有机地组织起



来”，其中“调节模式试图使人们服从行政法”，它“包括一套规则和程序，这些规则和程序限定政府职责，调整行政机构执行政府政策和计划的活动”，这些活动都是为了公共利益而进行，并且能够最大限度地保障公民人权不受到其他法律的过多剥夺。比如，对瞒报疫情信息的人纳入失信名单或者给予其他行政处罚如罚款、行政拘留、强制隔离，等等；面对疫情防控中公民瞒报疫情信息的行为，基于全民集中精力和资源抗疫的现实需要，应节约有限的司法资源，尽量以行政法的有关措施予以处理。

总之，中国社会正面临社会转型，国家也对治理能力现代化提出了迫切要求。在我国“从政治国家的一元结构向政治国家与市民社会二元分立的社会结构的嬗进”中，刑法应尽快实现“从政治刑法向市民刑法的功能性转换”；在个人权利日益受到重视与保护的市场经济体制下，“应当调整刑法的社会保护机能与人权保障机能之间的关系与比重，对人权保障机能予以适当的强调。只有这样，才能在刑法中科学地确定权力与权利的关系，避免权力侵夺权利”。同时，现代社会国家治理中，刑事立法与司法实践犯罪化与入罪化的根据无不是保护公民自由之法治精神，“是‘盾牌’式的法治精神而非‘利剑’式法治精神”。民权刑法观恰恰体现了盾牌式法治精神，民权刑法将公民“看作现代国家的基础，国家应在其统治中反映公民的诉求，而不仅仅是追求国家的功利——把刑法作为‘利剑’，高举在公民的头上，从而达到控制社会和维护秩序的目的”。民权刑法有助于刑事法治的充分实现以及在公共事件中公民个人权利保障与社会秩序维护之间的平衡发展，从法学角度来观察，“新时代中国主要矛盾实质上就是，人民对于‘法治’的日益增长的需要和‘法治’的‘不

平衡不充分的发展”不能满足人民的这种需要之间的矛盾”。故此，刑法的转型也是解决当下我国主要矛盾的重要路径。

#### 四、结语

若处罚无意义，则自由无价值。疫情防控时期刑事治理研究的唯一价值，就是反思治理的妥当性。疫情防控时期针对普通公民的刑法适用方向，促人反思，在疫情防控时期乃至疫情结束之后，现代刑法究竟应该是什么性质的刑法，以及我国刑法在社会治理如何实现治理能力的现代化。

从我国转型时期社会结构的变化分析，我国刑法的性质应该重申由国权刑法转为民权刑法、由政治刑法转为市民刑法，使刑法成为保护公民权利的盾牌而非高悬于公民头上的利剑。当下疫情严重，司法机关应节约宝贵的司法资源，对于疫情防控时期不是必须以刑案处理的比如发国难财等主观恶性严重的经济犯罪案件尽量不要动用刑法，要贯彻刑法谦抑主义理念。罪刑法定原则的人权保障精神必须坚守，在疫情防控等社会风险治理中，定罪标准不能降低，从快从重从严均为不宜，刑法的安定性不能让步于社会的稳定性，“将个人作为社会安定化的手段，有悖人的尊严，因而与宪法规定相抵触”。刑法面前人人平等是我国刑法的基本原则，刑法的适用本不该有身份的差异化对待。疫情防控时期，刑法针对普通公民的涉疫犯罪快速出击、从严治理，而对新冠肺炎信息不及时预警发布导致疫情全社会蔓延的公权力主体却没有追究刑事责任。此种现状，难免会被误认为疫情防控中的刑事治理是在避重就轻。刑法应充分发挥它作为所有部门法中最严厉的法的作用，着力查处隐瞒或不及时发布疫情重要信息而导致疫情蔓延的责任主体；通过疫情防控中刑事治理从国权刑法到民权刑法的彻底转型，提升国家在应急管理中的刑事治理能力的现代化水准。

（作者系东南大学法学院教授）

## 从疫情防控看市域社会治理现代化

王奕

新冠肺炎肆虐全国，坚决打赢疫情防控阻击战，既是一场与公共卫生有关的疫情应对，实质也是对市域治理能力的全方位考验，涉及各级政府的决策水平、信息公开程度、干部素质、社会动员能力等多项内容，是市域治理能力的一次大展示，也为下一步提高我市社会治理现代化能力指明方向。

### 一、制度优势：通过制度建设，夯实市域社会治理现代化的实践基础

新冠肺炎疫情发生以来，我国在疫情防控中展现的出色的领导能力、应对能力、组织动员能力、贯彻执行能力，充分体现了中国特色社会主义制度优势，尤其是凸显了党的领导这一最大优势。而党的集中统一领导制度，就是支撑和推进市域社会治理现代化牢不可破的“磐石”。

维护党中央权威和集中统一领导的制度体系，保证了党中央对疫情防控工作的统一领导、指挥和调度。疫情防控工作是关系到人民健康、经济发展和社会稳定的大事，必须要有一个坚强统一的领导核心。维护党中央权威和集中统一领导的制度体系首先包括推动全党增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”的各项制度；其次是党中央对重大工作的领导体制、党中央决策议事协调机构职能、党中央重大决策落实机制、向党中央请示报告制度等；再次是党的集中统一的组织制度，形成党的中央组织、地方组织、基层组织上下贯通、执行有力的严密体系等。这些制度体系是形成党中央对全局领导能力的组织基础，也是我们党凝聚

力量、组织战斗的制度保证。

在疫情防控工作中，以习近平同志为核心的党中央对疫情形势的掌控和应对能力得到了充分发挥。在疫情发生之初，习近平总书记就对做好疫情防控工作提出了要求，并通过成立中央应对疫情工作领导小组及时研究部署，制定疫情防控战略策略，以及派出中央督导组到地方开展指导和督查。正是凭借这些制度体系，党中央实现了对疫情防控工作的统一领导、统一指挥、统一行动，形成了全面动员、全面部署、全面加强疫情防控的战略格局。

党的全面领导制度体系，保证了党推动各方面协调行动、增强合力的领导能力。疫情防控不只是医药卫生问题，而是全方位的工作，是总体战，需要各条战线的力量和各个方面工作的配合和支持，这就需要党发挥其对各个方面的领导。党的全面领导制度体系包括党通过各级党委（党组）对人大、政府、政协、监察机关、审判机关、检察机关、武装力量、人民团体、企事业单位、基层群众自治组织、社会组织等进行领导的制度；党领导各项事业的具体制度；党领导党和国家所有机构履行职责的制度等。与维护党中央权威和集中统一领导制度体系的纵向目标不同，党的全面领导制度体系的意义更多的体现在它能够在横向上使党处在总揽全局、协调各方的位置，能够调动各个领域和各条战线的力量为了同一个目标协同奋斗。

习近平总书记特别指出，在中国共产

党的坚强领导下，充分发挥中国特色社会主义制度优势，紧紧依靠人民群众，坚定信心、同舟共济、科学防治、精准施策，我们完全有信心、有能力打赢这场疫情防控阻击战。因此，我们要紧密地团结在以习近平同志为核心的党中央周围，不断发挥中国特色社会主义制度在疫情防控中的规范和指导作用，不折不扣地自觉遵守和严格执行各项制度要求，有效推动制度优势持续转化为治理效能，为打赢这场疫情防控阻击战提供科学完备的制度保障。

## 二、以人为本：多种服务手段，提升市域社会治理现代化的人本意识

在近期召开的常州市政法工作会议上，市委副书记、政法委书记蔡骏指出：“市域社会治理是社会治理现代化的切入点和突破口。要统筹推进市域社会治理现代化试点，发挥‘五化’化作用，建设平安城、阳光城、活力城、安心城、美德城，探索市域社会治理现代化‘常州模式’，为‘中国之治’贡献常州智慧。”自2017年8月全省创新网格化社会治理机制工作启动以来，我市准确把握创新网格化社会治理工作对于深化平安常州建设的重要意义，积极制定《社会治理创新三年行动计划》，主动创新以网格化夯实治理根基、以项目化破解治理难题、以智能化推动治理升级、以制度化强化治理意识、以协同化凝聚治理力量，“五化”为一体的社会治理机制。

科学划分网格6111个，配备专兼职网格员1.3万余名。各级网格中心、村级网格服务站均建成运行，配备工作人员600余名。工单派遣、事项协调、应急指挥等十大任务分解落实，一体化指挥调度体系构建完成。实施“网格+警格”融合工程，诉调对接、公益诉讼、司法矫正、心理服务等工作无缝潜入网格。重点人员、特殊人群走访服务常态化，液化气非法充装、消防安全等突出风险隐患研判精准，源头

发现、指挥调度、联动处置等工作有序开展。

持续推行社会治理创新重点项目管理模式，有效解决了一批重点难点问题，“两客一危车辆主动安全驾驶防控”“电动车专项治理”项目遏制了安全事故发生，“劳动争议检测预警+阳光调解”项目阻截了欠薪顽症，“网格订餐综合治理”项目保障了群众“舌尖上的安全”，“校园安全智能化管理”项目让校园安防从“事中、事后处置”前移至“事前预防”。

市级政务数据共享交换、网格化社会治理联动指挥平台建成，293项8.58亿条“即调即用”数据全面汇集。开发大数据分析研判系统，实时预测预警预防机制进一步健全，智慧交通、智慧人社、智慧城管等工程多点开花。推进警务大数据工程建设，打造治安要素云管控平台，在重大风险防控、扫黑除恶等领域全面应用的智能化工作体系初步建成。

## 三、实战检验：合理配置资源，统筹市域社会治理现代化的区域融合

在新冠肺炎疫情防控工作中，市委政法委第一时间响应市委、市政府指令，大年初二点对点激活战时网格。充分运用大数据技术，发挥近年来网格化社会治理机制的优势。在网格化精细化社会治理智能平台上线疫情防控信息模块，指挥协调全市网格员当好疫情防控战斗员、信息员、宣传员，用“铁脚板”沉入社区，形成了“大数据+网格化+铁脚板”的防控模式，构筑起社区防控的坚固屏障，有效织密抵御疫情的第一道防线，为坚决打赢疫情防控人民战争、总体战、阻击战作出了突出贡献。

网格既是大数据使用的受益者，同时又是大数据的宝贵数据来源，网格上传的居民数据是相关部门进行疫情研判的重要基础数据。利用“大数据”手段分析摸排涉疫重点人群，是遏制疫情输入和传播的第一道关口。在网格化服务管理平台大数



据支撑下，通过线上初步筛查，线下实地排查，快速摸清人员底数、情况，尤其是对流动人口进行细分定位，及时确定重点人员。坚持夯实“铁脚板”工作基础，巩固以专职网格员为主体的网格队伍，充分发挥党员先锋模范作用，动员党员担任网格志愿者，与街道、社区、村委干部齐心协力做好卡口值守、宣传引导、信息摸排、环境消杀等各项工作，同时帮助群众申领打印电子通行证，贴心解决群众生产生活方面的需求，建立联动、联防、共享机制，形成全天候、全方位、全覆盖的网格化管理模式，切实落实落细疫情防控工作。

运用以“健康码”为典型代表的多种数字防疫手段，协助各职能部门落地数字化“网格管理”，在疫情防控 and 有序复工等关键时刻支撑了社会稳定运行与政府公共治理，令人印象深刻。联合移动、电信、联通三大通信运营商，给市民免费发送抗疫科普小知识，并对谣言快速感知和快速辟谣，对谣言的传播起到了一定遏制作用。此外，“我的常州”“智慧人社”等APP及各类小程序覆盖了疫情期间人们的物品采购、在线工作、在线学习、在线医疗、在线健康管理等生活需求，相关互联网平台迎来自己业务爆发期同时，也避免了民众因疫情而出现恐慌，基本生活得以保障，可谓双赢。

#### 四、多方共治：增强群众获得，建设市域社会治理现代化的组织体系

习近平总书记多次强调要加快推进市域社会治理现代化。这次抗疫斗争进一步表明，市域社会治理是国家治理的重要支点，推进市域社会治理现代化具有极端重要性；市域风险防控处置不及时，潜在的问题就会变成现实的风险，区域性风险就会酿成全局性风险。市域是重大矛盾风险的产生地、积聚地，但市域具有较为完备的社会治理体系，具有解决重大矛盾问题的资源能力和统筹能力，把重大矛盾风险

化解在市域效率最高、成本最低、影响最小。未来必须把小矛盾小问题解决在基层，把大问题大风险解决在市域。

市域社会治理是国家治理的重要维度，在国家治理体系中具有承上启下的枢纽作用。可以说，市域社会治理做得怎么样，事关顶层设计落实落地，事关市域社会和谐稳定，事关党和国家长治久安。改革不适应市域社会治理现代化的体制机制障碍，加快构建市域社会治理体系，才能不断提升社会治理现代化水平。

防控新冠肺炎疫情的过程中，中国不懈致力于完善国家治理体系、提升治理能力，着眼提高未来的“答卷能力”。针对疫情暴露出来的短板和不足，中国正采取切实有效的行动强化公共卫生法治保障、改革完善疾病预防控制体系、改革完善重大疫情防控救治体系、健全重大疾病医疗保险和救助制度、健全统一的应急物资保障体系，把在疫情防控中积累的经验真正转化为应对突发重大公共卫生事件的体制机制。中国在国家治理上的探索与完善，生动诠释了中国特色社会主义制度的与时俱进，这也是中国打赢这场没有硝烟的战争所倚重的制度保障，并为世界打赢疫情防控阻击战提供了宝贵经验。

加快推进市域社会治理现代化，以不断增强人民群众的获得感、幸福感和安全感。无论是保障社会稳定、生态安全、安全生产，还是推进社会治安、城市文明、城市治理，都需要充分发挥党委、政府的统筹谋划作用，通过优化市域社会治理组织体系、提升市域社会治理能力。进一步说，确保人民安居乐业、社会安定有序，需要党委、政府、社会、公众等多方主体合作共治，建设人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。

#### 五、及早统筹、推进实践，把治理优势更好地转化为治理效能

（一）始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，夯实思想基础。习

近平新时代中国特色社会主义思想，是对马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观的继承和发展，是马克思主义中国化最新成果，是党和人民实践经验和集体智慧的结晶，是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分，是全党全国人民为实现中华民族伟大复兴而奋斗的行动指南。因此，加快推进市域社会治理现代化，必须始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，将习近平新时代中国特色社会主义思想的精神实质和丰富内涵贯彻落实到市域社会治理的各项工作中，把准市域社会治理的时代脉搏，倾听市域社会治理的时代呼声，创新市域社会治理的时代路径。

（二）始终坚持党的全面领导，强化政治统领。中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征，是中国特色社会主义制度的最大优势，党是最高政治领导力量。因此，加快推进市域社会治理现代化，必须始终坚持党对市域社会治理的全面领导，坚持中国特色社会主义制度，增强“四个意识”，坚定“四个自信”，做到“两个维护”，健全总揽全局、协调各方的党的领导制度体系，把党的领导落实到市域社会治理各个领域、各个方面和各个环节，自觉在思想上政治上行动上同以习近平同志为核心的党中央保持高度一致，实现党的组织、党的工作和党的声音在市域社会治理中的全覆盖。

（三）始终坚持以人民为中心的发展思想，抓实群众基础。人民群众是社会治理的主体力量，社会治理的巨大动力和无限智慧蕴含于人民群众之中。加快推进市域社会治理现代化，必须始终坚持以人民为中心的发展思想，坚持人民的主体地位，自觉践行全心全意为人民服务的根本宗旨，把尊重民意、汇集民智、凝聚民力、改善民生贯彻到市域社会治理的全过程，把人民对美好生活的向往作为市域社会治理的

奋斗目标，促进民生建设与平安建设的融合发展、携手并进，形成有效的社会治理和良好的社会秩序，满足人民多层次、多样化的需求，最大限度地提升人民的获得感、幸福感和安全感。

（四）始终坚持共建共治共享的社会治理制度，构建多元化机制。市域社会治理不能推得动、深入下去，关键是共治共建共享，难点在于资源力量整合。市域社会治理点多面广、情况复杂，需要综合运用各种治理体制、机制、制度保障治理能力充分发挥，确保稳定性、高效率。因此，加快推进市域社会治理现代化，必须始终坚持共建共治共享的社会治理制度，要注重完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系；注重完善矛盾共调机制，探索多元化解社会矛盾的方法途径，研发纵向贯通、横向集成的矛盾纠纷排查调处云平台，运用信息化手段增强矛盾化解的实效性；注重完善社会治安防控体系，形成问题联治、工作联动、平安联创的工作机制，提高预测预警预防各类风险能力；注重健全公共安全体制机制，建立公共安全隐患排查和安全预防控制体系，保障人民身体健康和生命安全；注重构建基层社会治理新格局，健全党组织领导的自治、法治、德治相结合的城乡基层治理体系，推动社会治理和服务重心向基层下移；注重完善源头共管机制，紧盯可能影响社会稳定的问题隐患，把社会治理的着眼点放到前置防线、前瞻治理、前端控制、前期处置上，提高预测预警预防能力，有效将各类矛盾风险防范在源头、消灭在萌芽状态。只有这样，才能将制度优势更好地转化为治理效能，建设人人有责、人人尽责、人人享有的市域社会治理共同体。

（作者单位：常州市法学会）

# 智能治理 提升基层审批服务法治化水平研究

巫政强

党的十九届四中全会提出推进国家治理体系和治理能力现代化，“放管服”改革向县乡级基层政府推进，与之配套的新一轮机构改革序幕也已开启，县市区行政审批局普遍建立，其中不乏实践中的困惑和探索，本文就区镇两级基层政府从智能治理角度，通过网上定权、行权、救济、结果运用全流程法定化的探索，如何提升基层审批服务的法治化水平谈几点认识。

## 一、职权法定化

根据中国特色社会主义法治理论，职权法定是行政法领域的一项基本原则，即行政机关所行使的职权必须由法律法规规章以上规定，任何机关不得超越其授权，违反该原则要承担一定的法律责任。

一是关于“职权法定化”的观点碰撞。

《行政许可法》第25条规定，相对集中行政许可权是指经国务院批准，省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则，可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。由此可见，决定权在省级政府，批准权在国务院，各省级政府可以决定将行政许可权集中到市县区中的任何一级政府及其部门，甚至乡镇级政府，只要国务院批准，都应该属于合法有效的。观点一：根据我国许多法律规定，只有县级以上政府及其部门才有行政主体资格，而根据中办国办2019年元月印发的《关于推进基层整合审批服务执法力量的实施意见》规定，行政审批权向乡镇下放

权力，有突破法律规定之嫌疑。观点二：

《行政许可法》规定“行政许可权相对集中到一个行政机关统一行使后，原行政机关不再行使”，而实践中，许多行政机关行政许可权剥离到行政审批局或者下放到乡镇基层政府后，本身仍然剩余很大部分行政许可权，由于集中度不够，造成一件审批事项被人为拆分成几个部门场所办理，反而增加了办事的难度，有违便民的立法本意。

二是“职权法定化”问题碰撞的解决办法。以上观点碰撞产生的问题如何回答和应对呢？常州市金坛区的做法是：利用线下“进一门”解决集中批的问题，所有涉及市场准入、投资建设领域的审批服务事项全部进入政务服务大厅，前台受理，后台审批，流水作业，一窗出件或邮政EMS免费送达；利用线上“进一网”即江苏政务服务“一张网”集中办理，省市区镇各级行政机关在省政府决定的清单范围内根据实际需要选择审批服务事项，所有审批人员集中到政务服务网上办事大厅办公。如此做法解决了职权法定问题和数据打通问题，取得了较好成效。目前，这种线下进大厅的人员分成两种模式：一种是职责机构编制和人员剥离给行政审批局的模式叫化学组合模式，另一种是职责机构编制和人员未剥离给行政审批局，只是其他行政机关人员进驻大厅审批的模式叫物理组合模式，这两种模式可以解决大厅之外无此类审批的问题，形式上解决了一个单位集中审



批的问题，方便了群众，稍加时日，完成修法，即可实现一枚印章管审批。但是，这种人员物理化学组合方式形成的分权合作审批的做法仍然存在缺陷，后面加以阐述。

省级政府梳理完权力事项、服务事项清单后，通过建立全省统一的政务服务“一张网”，制定标准化清单，固化流程并定制到网络系统平台，统一全省办事指南，公开权力内容、法律依据、程序规定和权利救济渠道，所有行政审批人员实名制登录网上大厅统一办理审批服务事项，把行政救济权和法律监督权还权于民，依靠智能化推动法治中国从应然走向必然。

这里的清单有两种，一种是行政权力事项清单，一种是服务事项清单。落实到基层实践工作上，就涉及到两类性质的人员，一类是公务员，一类是事业性质人员甚至其他用工，行使行政许可权的是行政审批局这个行政机构的公务员，而行使办件网上操作以及管理、协调、监督的很大部分属于事业单位人员，大多数地区在建立行政审批局之外，还建立了政务服务中心这个事业单位来管理办事大厅，具体为企业群众办事服务。原有体制管办不分，既决策，又操作，行政事业职责混同，本次机构改革要革除这个权责不分的弊端，实现管办分离，审批决定权由行政审批局和进驻大厅的原行政机关行使，网上办事操作权、协调、监督事项由下属的政务服务中心人员办理。这种“机关+事业+其他”的模式虽然实践中已经成为固定搭配模板，但仍然缺乏法律法规的明确授权或依据，需要依法固化模式，做到全覆盖，最大程度节省公务员编制资源，也最大程度便于基层管理。

三是“职权法定”延伸出的组织机构和人员配置问题。解决了职权法定之后，就是组织机构和人员配置的事情了，目前，

我国实行党管机构编制原则，按照《中国共产党机构编制工作条例》这一党内法规执行。目前行政审批局的组建有三种模式：一种是独立部门模式，一种是分权合作模式，一种是委托合作模式。第一种模式职权法定且责权利相统一，人员归属单一，比较容易实现内部人员有序调度和完成改革任务；难点在于“难协调，难接住”，即部门之间、不相隶属的上下级部门之间因权利义务缺乏法律依据而难以协调，基层政府承接上级政府下放的权力事项时，由于没有同步下放编制权、人事权和财权，基层政府人少事多的矛盾进一步显现，造成接不住、管不好、督不上。第二种模式实现了形式权力与实质权力的分离，比较好操作，比较好进行部门间的协调，即把首尾收件、流转、盖章、出件、送达等程序性、形式性审查权交给行政审批局，而受理、审核、决定等实质性审查权仍然留在原行政部门，双方平等友好合作，共同完成行政许可和服务权力的行使；难点在于“权力边界难划清、责权利难统一、群众办事并不便利”，而且下一步更难精简队伍、优化审批流程、处理行政相对人的诉求，基层治理能力、治理水平现代化也难以提升。第三种模式是前两种模式的混合，原行政审批部门将划转给行政审批局的职能再由新的行政审批局委托原部门代为履行其审批职责，委托单位承担主体和审批责任，此办法解决了责任主体明确的问题，也容易上下沟通，形式上可实现一枚印章管审批；难点在于实际履职人员与责任主体脱钩，易形成不负责任的乱行权问题，责权利不能统一，人员整合也很难操作，况且这样的行政委托很难找到法律法规规章以上的依据，找不到这样的依据，此类行政委托就是违法行为；实践中，有同志提出来，这种模式可以由行政审批局

对外负法律责任，直接责任人由原行政机关行使实质审查的同志承担，但是，此点也没有广义的法律依据，法院裁判不一定支持。比较这三种模式，从法律的角度，笔者认为目前只有第一种模式在稍加修法的条件下即是合法有效并和中央改革目标相一致。按照党的十九届三中全会提出的机构改革组织实施“先立后破、不立不破”的总原则，也应选择第一种模式。

四是关于“职权法定”立法建议的探索思考。为了明确目标方向，少走弯路，建议省级地方人大应以立法形式进一步明确审批服务便民化改革的方向，明晰权力边界，明确“一对多”的上下级协调权利义务、网上权力主体、运行流程和法律监管职责；建议省级政府要制定改革时间表、路线图，确保放得下、接得住、管得好、有监督，明确改革模式，督促改革进程，建立网上全数据考核指标体系，建立层层以奖代补激励机制，向改革要发展动力，向改革要国际营商环境。建议全国人大适时修改《行政许可法》《行政处罚法》《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》，明确相对集中行政许可权的网上行权法律地位，明确全国哪些行政许可权可以下放到乡镇级政府，或者授权给省级地方人大制定地方性法规予以明确，就网上行权的主体、职责边界等予以明确，或者授权细化操作规则，实现全国网上行权标准化，以解决基层审批服务的合法性问题和责权利相统一的问题。

## 二、网上行权法定化

智能治理给各级政府提升治理能力和治理水平带来了新空间，转变政府职能，减员增效，提升政府效能，实现扁平化管理成为可能。

目前，全国大多数省级政府在辖区范围内已经实现了网上行权办事全覆盖，部

分省区之间也正在扩大协作范围，数据共享，区域共治；群众对办事方便和智能化的需求越来越旺，全国统一网上行权标准越来越迫切。主要涉及以下问题：

一是系统平台法定化。现在，网上政务服务系统平台各省还未统一，省内主导的相对统一的政务服务系统平台，只有少数数据全流程在该系统平台运行，需要通过切换平台的方式或者二次录入、多次录入的方式完成数据输入，增加了办事人员的工作负担，统一的数据库还未形成，数据共享缺乏Lass层数据支撑。实践中，有同志提出，各部门系统存在不同软件公司开发或专网物理隔离等现状，多数因为利益、保密等原因而造成事实上的数据打不通、难共享。呼吁通过立法或制定技术规范的形式解决全国统一政务服务系统平台和数据统一存储共享问题。这样既可以把消除技术壁垒成为法律义务，明确责任主体，也可以减轻工作人员负担，提高工作效率，也可最大程度减轻办事群众的重复提供信息之累。

二是运行标准法定化。行政审批局是一个新生的行政机关，而且由于国务院缺乏相应的部委机构设置，造成其运行规范缺少顶层设计，尽管全国各地都在大胆试、大胆闯，但是都没有形成横向到边、纵向到底的全覆盖的标准规范，不利于全国统一市场及其营商环境的形成。建议先由国务院制定相对集中行政许可权的行政法规，成熟后尽快由全国人大常委会颁布单行法，以解决全国网上行权的标准化问题。

三是数据共享法定化。由于行政机关主要掌握行政权力，对数据技术问题不专业且很难把握，数据存储大多数是企业的行为，企业出于自身利益需要，很难做到适时与它企业数据共享，造成行政机关数

## 市域社会治理现代化专题

据打不通，难以做到数据共享。建议学习中国电信、中国移动、中国联通等做法，依法竞争采购全国数据软件重点服务商，支撑起全国统一的政务服务系统平台，从而既防止过度恶性竞争，又打破技术垄断，尽量使企业与政府技术应用目标相向而行，全程跟踪动态调整服务，其数据存储建议依法由一个行政机关负责存储和监管，确保数据安全。

四是运行程序法定化。由于审批流程是一个动态调整的流程，尽管各个环节可以责任到人，但就整个办件责任大小的分配很难量化界定，特别是在使用分权合作审批模式和委托审批模式情况下，责任大小界定更加困难，往往造成行权的人不担责，担责的人不行权。所以笔者建议尽量避免选用分权合作模式和委托审批模式。

五是数据监管法定化。由于政务服务数据在上级政府数据库中，区镇两级需要数据使用却取不到数据，群众有知情权，却信息公开不到位，影响了市场主体根据较好公信力的政府数据来进行决策投资、生产、流通、消费的选择，甚至阻碍了市场活力的迸发；市场主体向哪个主体申请信息公开成为难题。由于以上四点问题，造成履行政府层级监督、专门监督和社会监督职责的部门单位很难实现政务服务的海量数据的监管。

建议在立法机关完成上述立法任务后，各级人民政府及其行政法和监督管理部门要依法制定具体实施办法，把权力关进制度的笼子，确保基层政府及其行权部门依法行政，科学用权，为全国统一开放竞争有序市场秩序的形成提供体制机制和法治保障。建议采取自查自纠与其他督查机制相集合的方式，下放数据自我监督的权限，上级机关或者专门机关应立法授权其网上数据监管的权限，对网上红灯、黄灯

问题办件予以调查处理，对相应的直接责任人依法予以问责处理，确保网上行权行得稳、行得好。

### 三、网上救济法定化

县乡（区镇）两级政府处于我国地方政府的最基层，单个机关权力小，人数少，但是距离群众最近，接触最多，触角最广，从一定区域来看，同级机关数量也最多，是党的路线方针政策和法律落地生根的最后一公里，群众对党和国家以及法律的认可和评价好坏往往集中体现在基层政府行政机关工作人员身上，行政相对人的权利救济渠道最好简洁明了，快速裁判。利用智能治理，分类分流案件，对简单案件利用简易程序网上视频速裁解决，无疑是司法审查的一大进步。这就涉及到网上救济渠道的合法性问题，主要表现在以下几个方面：

一是网上行政救济。主要途径是行政复议。常州市金坛区的主要做法是：在县市区政府门户网站开辟行政复议网上受理渠道，但审查、决定、送达仍然在线下进行，随着5G技术的应用，通过繁简分流渠道，建议简单复议案件倡导在网上审查、复议决定和网上送达。这样，可以简化流程，加速决定，充分发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用。

二是网上司法救济。主要体现在行政诉讼和国家赔偿等方面。这些司法救济渠道几乎都停留在线下进行，线上诉讼和国家赔偿需要得到法律认可，并明确操作程序，前提是需要修改相应的法律法规，明确哪些可以在线进行，如何进行，哪些必须线下进行，做到线上线下明显分流，以减轻群众诉累。基层审批执法等行政权力涉及侵害群众利益的案件大多属于数额不大、案情简单、权利义务明显的简单案件，可以尝试建立网上法庭，推行网上庭审活



动，速裁速决，以快速化解群众矛盾争议，节约司法资源。

#### 四、网上结果运用法定化

解决了主体法定、行权法定和救济渠道法定后，其产生的数据结果及其应用成为关键。结果好要得到褒扬，结果差要得到问责，甚至依法追究相关责任人的责任。建立结果导向制度，让好人大胆干好事，坏人不敢、不能、不想干坏事；同时，依托大数据分析，全方位真实反映行权工作人员的业绩，让做出贡献的同志得到奖励和重用，积极创建效能型政府。

全省甚至全国行政审批和政务服务在“一张网”上运行后，海量数据即可真实反映一个基层政府网上行权办事的具体情况，可以由上级政府或者第三方公司对行权状况进行评估并出具评估报告，根据评估报告，用好评估结果，既可以量化评价

行权主体的绩效，也可以发现问题，及时提醒整改，对造成损害的直接责任人员予以问责；对不同地区不同单位的网上数据和责任单位可以量化评价，公布绩效，奖励优秀者，鞭策落后者，惩罚责任人；对被评估单位的机构编制实行动态调整，推动机构编制资源流向重点部门、亟需部门或者绩效高的部门，最大程度提高基层审批服务的治理能力和治理水平。

以上论述仅仅限于网上职权、行权、救济、结果运用的法定化，不能泛化，否则就等于取消了行政权力的自由裁量空间，限制了行政效能的发挥。

（作者系常州市金坛区行政审批局、大数据管理局局长）

（上接第10页）

期间由政府向民用设施的权利人支付合理补偿。还有些地区为提供隔离服务的酒店进行补贴或减免税费，鼓励酒店以低于日常价格的标准给政府隔离隔离使用。

#### 3、引导和鼓励企业、志愿者积极参与，分担财政压力。

疫情冲击令酒店、宾馆旅舍和餐馆等基本歇业闲置。政府可以引导这些场所，鼓励企业积极作为志愿者义务提供场所、参与隔离。隔离期间，招募志愿者，义务提供隔离者的基本生活保障。

#### 4、丰俭由人，为隔离人员提供一定的选择空间。

强制隔离过程中，对于隔离对象可能存在不同的需求。政府费用兜底的隔离措施，只能满足隔离者基本的生活需求，而

有些隔离者，可能自愿承担隔离费用，希望得到较好的隔离居住和生活条件。政府可以在遵循其自愿的前提下，征用和安排不同档次、价位的隔离场所，根据隔离人员的需要进行匹配。满足不同人群的隔离需求，才能体现出集中隔离的“服务”本质。

（作者系常州市律师协会副会长）

# 地方政府规章若干问题研究

罗婧

地方立法是我国法律系统的重要组成部分，是推进市域治理体系和治理能力现代化的重要环节。经过三十多年发展，地方立法为补充中央立法不足，本地经济持续健康发展和社会大局稳定起到重要作用。2015年修订的《立法法》对我国立法权配置作出了新的调整，全面赋予设区的市地方立法权，其中包括设区的市人大及其常委会的地方性法规、同级政府规章的制定权，《立法法》修订5年以来，设区的市制定出台了大量的立法文本，但一些问题也逐步显现。笔者结合《立法法》修订以来的工作实践，对设区的市地方政府规章存在的困境和完善路径进行思考。

## 一、地方政府规章法律渊源梳理及意义

《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)作为确定地方政府规章立法权的最高法律渊源，对其进行了原则性规定。《立法法》作为规范立法活动的专门法，对地方政府规章的立法权限进行了具体规定。《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等法律中也规定了地方政府规章设定相关行政行为，此外国务院《规章制定程序条例》对地方政府规章的制定程序进行了规定。

### (一) 法律渊源梳理

1. 《地方组织法》《立法法》的规定。  
《地方组织法》第六十条规定，设区的市

的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规，制定规章，报国务院和省、自治区的人民代表大会常务委员会、人民政府以及本级人民代表大会常务委员会备案。2015年修订的《立法法》对地方政府规章的立法主体、依据和权限范围进行了规定。设区的市人民政府制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。同时对设区市立法权进行了限制，没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

2. 《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》的规定。对地方政府规章的行政行为设定权进行了规定。《行政处罚法》规定省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定范围内对行政处罚作出具体规定，尚未制定法律、法规的，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。由于2015年修订的《立法法》对地方立法权限进行了调整，地方立法权不仅限于较大的市，而《行政处罚法》在2017年全国人大常委会的打包修改中，仅对法律职业资格的部分内容进行了调整，因此，根据立法精神和地方立法实践，设区市的人民政府规章比照较大的市的权限，可以在上

位法范围内对行政处罚进行细化，设定警告和一定数量的罚款。地方政府规章无权设定行政许可和行政强制措施，只能对上位法设定的行政许可事项作出细化规定。

## （二）地方政府规章的意义

1. 社会主义法律体系的重要组成部分。从1978年，党的十一届三中全会提出“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”法制建设方针，到2011年，由法律、行政法规、地方性法规等多层次法律规范构成的中国特色社会主义法律体系如期形成。地方立法是法律体系的重要组成部分和国家立法的有益补充，地方政府规章作为地方立法的组成部分，起到积极作用。有利于充分发挥地方的积极性，上位法律、法规在某些管理领域可能不完备或没有针对性，地方立法则可以根据各地具体情况和实际需要，积极发挥主动性、创造性，制定适应地方经济社会发展。有利于实现国家治理体系和治理能力现代化。地方立法权，意味着将地方治理纳入规范化、法治化轨道，通过立法权限、立法程序，将地方治理纳入法治化的制度框架，改变地方决策的随意性，要求地方在进行行政管理时，运用法治思维和法治能力。

2. 实现立法资源有效配置的重要途径。地方性法规与政府规章二者在立法权限、立法程序、备案监督等方面存在重大区别，地方政府规章在行政管理效率、灵活性上比地方性法规更加高。从数量上看，地方性法规数量较少。通常地方人大及其常委会每年制定的地方性法规只有两三件，地方政府规章的数量则大于地方性法规；从程序上看，制定地方性法规的程序较为复杂。地方性法规案一般应当经过两次常务

委员会会议审议后交付表决，重要的或者存在较大分歧的可以进行三次审议。按照相关规定，地方性法规还需要报请省人大常委会批准。地方政府规章则需要经政府常务会议或者全体会议决定，公布后按照有关规定报送备案。从时间上看，地方性法规制定出台需要的时间更长。由于数量和程序上的影响，地方性法规出台的时间周期较长，从被列为调研项目到正式项目直至出台通常需要2-3年，甚至更长，地方政府规章在出台的时间上相对较短。

## 二、地方政府规章存在的困境

### （一）与地方性法规权限区分不清

2015年修订的《立法法》，对设区的市法规与规章的权限作了规定。设区市的市人大及其常委会在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规。设区市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。地方政府规章可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；（二）属于本行政区域的具体行政管理事项。制定地方政府规章，限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。可以看出，地方性法规是“不抵触”原则，地方政府规章是“依据”原则，二者在立法范围上均为“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”等方面的事项，对于何为“具体行政管理事项”法律也并未明确规定。在实践中地方性法规和地方政府规章权限区分不清，导致地方政府规章的立法空间容易受到地方性法规的挤占。



## 市域社会治理现代化专题

在启动立法时，一些政府部门首先从法的位阶出发，认为地方性法规的位阶和地位、效力高于地方政府规章，而非从二者的调整权限出发，因此更倾向制定地方性法规，影响了地方政府规章在调整社会关系中的权威性和有效性。导致权力机关与行政机关的职权错位，地方性法规、地方政府规章的权限不清，容易导致地方权力机关和行政机关的职能错位，将本应制定地方性法规的事项制定地方政府规章，应制定地方政府规章的事项制定法规。

### （二）地方政府规章权限受限

地方立法需求日益增长与地方政府规章立法权限限缩的现实成为地方政府立法活动中的一对主要矛盾。2015年修订的《立法法》规定，地方政府规章在没有上位法依据的前提下不能设定减损行政相对人权利或增加其义务的规范。地方政府由于掌握了公共权力和公共资源，承担着推进经济、文化和社会发展的职能，因而在制度创新上所发挥的作用更大、更重要，但在这一规定下导致地方政府规章的立法空间非常有限。2019年全国人大常委会法工委公布的十四起备案审查典型案例中，关于湖南省人大常委会审查纠正政府有关禁止燃放烟花爆竹管理规范性文件，湖南省人大常委会法工委审查发现，XX市人民政府报送备案的《XX市城区禁止燃放烟花爆竹管理办法》第十条规定，“提供婚丧喜庆服务的酒店、宾馆等经营者未履行告知、劝阻或者报告义务，致使在其市容环境卫生责任区内发生燃放烟花爆竹或者施放电子礼炮行为的，由城管行政执法部门对提供婚丧喜庆服务的酒店、宾馆等经营者处以五百元以上一千元以下罚款”。国务院《城市市容和环境卫生管理条例》和《烟花爆竹

安全管理条例》对该违法行为没有设定行政处罚，《办法》属于超越权限增设行政处罚。省人大常委会向XX市人大常委会发函，建议其督促XX市人民政府尽快予以修改。根据《立法法》的相关规定，结合全国人大各案审查案例的精神，在上位法规未规定行政管理相对人的义务，地方政府规章无权增设义务性规范，无权增设行政处罚。这必然导致地方政府规章在调整城市建设管理等领域关系，履行行政管理职能时，制度设计的创新性也会受到较大限制，更能适应各地的差异性且更具灵活性的特点也会大打折扣。一方面会造成，应当制定地方政府规章的事项，寻求制定地方性法规的途径，另外一方面，转向不存在超越立法权限的风险的政府内部的行为规范和职责分工进行调整，或者是位阶更低、管理相对没那么严格的行政规范性文件。

### （三）地方政府规章备案审查制度不健全

《立法法》《各级人民代表大会常务委员会监督法》《法规规章备案条例》以及《江苏省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》等对地方政府规章的备案审查均作出了规定。从法律到地方性法规，从中央到地方，已经建立了地方政府规章备案审查制度，对备案审查主体、备案审查范围、审查方式、审查标准、审查结果的处理等方面进行了规定和明确，取得了不少的成效。但是，结合工作实际，笔者认为这一制度还存在以下问题：1. 缺乏统一的审查主体。根据相关规定，目前设区的市地方政府规章需要分别向国务院、省人大常委会、省政府、市人大常委会四个主体报送备案。由于多头审查，可能导致实践中重复审查，浪

费审查资源，或者仅仅进行形式审查，甚至可能出现不同主体基于不同的审查视角导致审查结论并不一致的情形。2. 缺乏明确的审查期限。法律法规规定规章应当在公布后的30日内进行报备，但并未规定备案审查机关的具体审查时限，正在进行征求意见的《江苏省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例（修订草案）》规定，相关委员会、备案审查工作机构应当在一个月內完成初步审查研究工作，也未明确在多少时限內反馈审查结果。3. 缺乏健全的审查结果反馈制度。《法规规章备案条例》规定，对于报送备案的地方政府规章，符合本条例第二条和第六条第二款、第三款规定的，予以备案登记。可以看出，这里的备案登记仅审查形式要件。经过实质审查后，发现问题的，《江苏省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查条例》规定相关机构应当提出审查意见。但是对于其他规范性文件（含地方政府规章），未明确审查结果反馈制度，是否可以据此推断没有收到审查意见的地方政府规章内容是符合规定的。实践中，通常是报送备案的地方政府规章，没有收到任何书面备案登记反馈（目前国务院和省人大常委会通过电子报送系统进行报备，出具电子回执）。备案审查制度的不健全有可能使该项制度设计沦为监督体制的形式化，同时，由于备案审查时限，反馈结果的不确定性，使得备案审查制度的监督、指导作用受到影响。

### 三、完善地方政府规章的建议

#### （一）处理好地方性法规与地方政府规章立法权限

《立法法》对地方性法规和地方政府规章的立法权限规定比较原则，而地方性

法规的效力位阶高于政府规章，因此在实践中，建议把握以下的区分界限：一是从调整对象、管理范围来看，通常，对于全局性的、重大的、综合的及宏观的事项通常由地方性法规来调整，局部、专项性的事项通常通过由地方政府规章来调整；二是从管理手段、措施上来看，通常需要设定行政许可、行政处罚等行政管理措施的由地方性法规来调整，地方政府规章不得设定行政许可，设定行政处罚的幅度相较于地方性法规也较小；三、从对法律关系的影响来看，通常，创制型法律关系的由地方性法规调整，法律关系实施的由地方性政府规章调整；四、从上位依据来看，通常，上位依据是法律、法规的，制定地方性法规，上位依据是省政府规章的制定地方政府规章；五、从调整的法律关系来看，通常调整平等民事主体之间法律关系的，制定地方性法规，主要调整政府部门管理职责和内部分工的，制定地方政府规章。

#### （二）放宽地方政府规章的立法权限

十八届四中全会决定明确提出“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要”。这就意味着改革必然会有所突破，改革必须和立法同步。地方立法很大程度上，就国家尚未立法的事项试点探索、先行先试，发挥“试验田”作用，为国家层面立法积累成熟经验，而地方政府规章具备灵活性强、效率高、切入点小等优点，有利于制定出有效的制度。但是，由于目前对设区的市立法权限仅限于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”三方面，地方政府规章对很多领域的事项都无立法权限，且在沒有上位法依据的情况下

不能设定减损行政相对人权利或增加其义务的规范。地方政府规章的立法空间非常有限，使得在很多情况下很难开展先行先试的制度设计，笔者认为，适当放宽地方政府规章的立法权限十分必要。在法律体系形成的背景下，地方立法活动中，无论法规还是规章，作出减损相对人权利规定的空间都是有限的，为提高地方治理的效率，在没有上位法依据的情况下，允许规章在一定范围内，在特殊情况下，对减损相对人权利和增加其义务的事项作出设定性的规定，也是必要的。同时，政府的行政管理事务除《立法法》规定的三方面外，涵盖经济、教育、科学、文化、卫生、民政等各个领域，建议在法律保留事项外，授权省级人大制定地方立法负面清单，适当放宽立法范围，适应经济社会发展需要，更好地发挥地方政府的主动性、积极性。

### （三）健全地方政府规章备案审查制度

1. 明确适格备案审查主体。目前地方政府规章实行的是人大系统和行政系统双重备案审查，同时报省、市人大和省政府、国务院的多头审查制度。笔者认为，备案审查作为履行监督职能的一种手段，应当以本级监督、层级监督为主、上级监督为辅。设区的市地方政府规章的备案审查，在人大系统内应该以设区的市人大常委会审查为主，在行政系统应当以省政府为主，市人大常委会和省政府将备案审查结果分别报省人大常委会和国务院，省人大常委会或者国务院对审查结果有异议的可以退回重新审查，或者自行审查。既体现备案审查的要求，又体现上下级监督的效力。

2. 明确备案审查期限。明确备案审查时限对于保障程序有效、防止久拖不决具

有重要意义。笔者建议，明确备案审查形式审查和实质审查的时限。备案审查机关收到地方政府规章报备材料后，符合条件的，予以备案登记，不符合条件的，在15日内补充报送或者重新报送。备案审查机关应当在60日内完成对报备规章的审查工作，有特殊或者重大负责情形的，经备案审查工作机关负责人同意，可以延长30日。

3. 完善备案审查反馈机制。备案审查结论不仅对该报备的地方政府规章程序、内容进行评价，同时对后期制定地方政府规章指导意义。因此，建议备案审查机关对所有报送备案的地方政府规章出具审查意见，审查意见不仅仅是对于规章维持、改变或者撤销等审查结论的公布，还应当包括审查情况，形成审查结论的法律依据、事实理由等说理论证。同时，建立主动公开机制，建议备案审查机关将备案审查意见、规章备案审查工作开展情况等及时公开。

（作者单位：常州市司法局）



## 浅析民俗文化对市域社会治理现代化的影响

李凌

市域社会治理是国家治理的基石之一，加快推进市域社会治理现代化，是推进基层社会治理现代化的关键一环，是推进社会治理现代化的战略抓手。党的十九届四中全会提出“加快推进市域社会治理现代化”，而推进市域社会治理现代化其中一个关键的着眼点，就是紧紧围绕人的现代化。人的现代化，包括思想、观念和意识的现代化、素质能力的现代化等。

从城市管理长效管理角度来看，环境治理、垃圾分类等社会治理都需要全民参与，要加快推进市域社会治理现代化都离不开人的现代化。民俗文化依附人们的生活、习惯、情感与信仰而产生，对人的现代化具有强烈的影响力。常州作为一座有着3200多年左右历史的文化古城、长江文明和吴文化的发源地之一、南朝齐梁故里，文化底蕴深厚，传承绵延不绝。在民间，千百年的文化传承中，或多或少的保留着许多地方民俗。这些民俗文化，一方面是增强民族认同、强化民族精神、塑造民族品格重要的内在推动力，另一方面随着城市进程加快，它对市域社会治理现代化环节中人的现代化已形成一定制约性。

### 一、制约城市发展的民俗文化现象

(一) 巫术民俗中迷信糟粕文化。一是“倒药渣”现象。现代城市中仍有不少病人，尤其是老年人，吃完中药后将药渣倒在行人常经过的路口，迷信能带走病

人的晦气，踩的人多了，病人也好得快。而药渣味道难闻，污染环境，且可能携带致病的病菌。二是“风水”之说。风水说有很大民间基础，以具代表的八卦镜为例，常见于现代住宅，由此引发的迷信活动给群众心理和生产、生活都产生较大影响。曾有报道江苏一住户因生意不好，根据风水师建议，在外窗上安装几面“照妖镜”，正对着对面楼的居民，对面居民安装7个射灯对射，迫使对面把“照妖镜”拆掉。三是“半仙”算命。在常州一些寺庙周边仍有不少所谓算命先生从事封建迷信活动。由于缺乏明确的法律制约，其在民间仍有市场。

(二) 岁时节令民俗中旧习。一是春节文化。农历正月初五，俗称破五。民间传说这天是财神爷生日，时兴一种叫做赶“五穷”的风俗。我们常州地区这天都有燃放鞭炮迎财神的习俗。在未实施在市区燃放烟花爆竹政策前，这天基本家家户户都燃放，直接导致城市雾霾弥漫，垃圾遍地。据不完全统计，往年常州市正月初五这天由于燃放烟花爆竹产生的垃圾可达几十吨，PM2.5百倍于正常值，同时产生的消防事故也非常多。二是清明文化。清明节是传统的重大春祭节日，扫墓祭祀、缅怀祖先，是中华民族自古以来的优良传统，不仅有利于弘扬孝道亲情、唤醒家族共同记忆，还可促进家族成员乃至民族的凝聚力和认

## 市域社会治理现代化专题

同感。在常州民间尚有清明烧经、焚化纸钱的习俗。发展到如今，俗味不仅没有随着生活提升和城市发展减少，反而越来越变味，烧纸质别墅、手机、汽车等，这些“与时俱进”的媚俗现象，阻碍文明进步和环境质量的提升。

（三）殡葬风俗中旧习。常州殡葬风俗有明显地域差异，主要为“八音”和葬礼法事，比较有地方特点的是常州佛教昌盛，百姓丧事多可见和尚参与的葬礼法事。虽然《常州市殡葬管理实施细则》第十九条：禁止占用街道、公路两侧、居民住宅区等公共场地搭设灵棚、安放遗体、摆设花圈或者从事其他丧事活动，禁止各类民间乐队参与丧事奏乐服务和其他丧事服务，禁止在送葬时沿途抛撒纸钱或其他杂物，禁止在殡仪馆内燃放鞭炮。但在实践中，由于对白事的禁忌和“死者为大”的社会认同，一些错误、过度的行为往往得不到有效处理。

（四）民间戏曲文化。在常州，昆剧、锡剧等地方剧种在民间有深厚的文化底蕴，尤其深受老年人喜爱，在民间有许多自发的“广场剧团”。他们热爱这些传统文化，能自弹自唱，但因为没有什么专门的场所，往往只能选择居民生活区的广场等地方自娱自乐，但这与年轻人的娱乐审美、生活环境冲突。有些地区甚至出现民间对抗，如在老年人“广场剧团”旁放高分贝音乐、放鞭炮，甚至暴力冲突等。

（五）新民俗文化。市民广场舞、“暴走团”、健身团体是近几年日益兴盛的民间文化形式。这里定义为新民俗，是因为它是近些年随着人民生活富裕，对健康生活追求自发产生的民间文化，而且其必然成为今后很长时期发展、传承的一种民俗文化现象，姑且定义为“新民俗文化”。然而由于规划的局限性，有限的城市空间

尚不能完全承载这种新兴文化的发展，加之缺乏有效的手段予以监督、约束，因此产生的干扰周边群众的事件时有发生。媒体曾报道高音喇叭对抗广场舞大妈等冲突，就是新民俗文化对城市生活冲突的例证。目前全国暂时没有明确的法律对广场舞的行为进行约束，仅在《物权法》第八十八条规定：业主大会和业主委员会，对噪声等损害他人合法权益的行为，有权依照法律、法规以及管理规约，要求行为人停止侵害、消除危险、排除损害、赔偿损失。业主对侵害自己合法权益的行为，可以依法向人民法院提起诉讼。从实践来看，无论是噪音的认定还是诉讼流程都很难操作，而且调整范围有限。

（六）传统民俗工艺。烧沥青补漏是群众在生产生活中常用的方法。因为便宜快捷，具有普遍市场。由于这一行为没有设置行业门槛，属于和磨剪刀、收旧一类的民间工艺。但在烧沥青补漏加工中，会产生大量有害浓烟和刺鼻的味道，在密集的城市生活群中，这一方法已经严重滞后于城市发展需要，危害市民健康。虽然《中华人民共和国大气污染防治法》第五十七条：违反本法第四十一条第一款规定，在人口集中地区和其他依法需要特殊保护的区域内，焚烧沥青、油毡、橡胶、塑料、皮革、垃圾以及其他产生有毒有害烟尘和恶臭气体的物质的，由所在地县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门责令停止违法行为，处二万元以下罚款。但需注意的是，上述法条特指“焚烧”沥青，应该为直接作用于物质表面，而一般的传统工艺都是“加热”沥青，存在法律适用争议。

（七）集市文化。集市自古是老百姓生活用品的交易场所，常州一些乡镇目前都还有一些当地特色的传统集市，对丰富

群众物质文化需求提供很好载体。还有一些节日性的集市文化对城市管理形成挑战。在春节、元宵节、七夕节等传统节日以及圣诞节、情人节等“洋节”都有巨大消费市场。很多商贩售卖花灯、花、气球等节日商品，因为携带方便，流动性极强，加之节日里老百姓更多需要的是热闹、和谐的节日氛围，这时强势的执法只会带来负面的效果。

## 二、民俗文化对市域社会治理现代化工作的影响

从上述具代表性的民俗文化现象可以看出，其对城市发展具有较强影响，对城市环境提升，和谐社会构建都具有挑战。

(一) 影响政府公信力。“有法必依，违法必究”是依法治市的必然要求。可“法不责众”仍是普通老百姓对法律的认识，当执法遭遇民俗文化问题，往往无从下手，大多慎用执法手段。这从一定程度上削弱政府的公信力，出现类似高分贝音响大战广场舞大妈这种民间对抗手段。

(二) 影响文明城市形象。2011年，常州终于摘得“全国首批全域文明城市”这个最高的金字招牌。民俗文化中的一些现象直接对城市管理和精神文明建设产生不良影响，如果长期放任一些不文明现象长期存在，势必影响文明城市建设。

(三) 影响城市长效管理。推进城市长效管理、精细化管理是市域社会治理现代化重要手段，也是市民群众对美好生活向往的内在需要。实践中当执法遭遇民俗，长效往往只能是打折的长效。曾有执法人员吐槽：清明节期间，考评处发现一路口有市民烧纸钱，污染环境，经现场了解属于祭祀在路口事故中逝世的亲人，执法人员面临乡俗人情和维护法制的两难选择。

(四) 影响城乡一体化。市域涵盖了

城镇和乡村，把市域治理放在城乡融合发展大背景下，才能进一步发挥市域社会治理承上启下的作用。城市与乡村是一个完整的系统，在发展过程中必须做到统筹兼顾、互融互促。而民俗文化中不利因素主要在城镇和乡村，不解决这一矛盾对城乡一体化发展不利。

## 三、解决民俗文化中不利因素的建议

党的十九届四中全会指出，发展社会主义先进文化、广泛凝聚人民精神力量，是国家治理体系和治理能力现代化的深厚支撑，必须走自治、法治、德治“三治融合”的道路，这为解决市域社会治理现代化与民俗文化矛盾指明了方向。

(一) 政策引导。清明“慎终追远，祭如在”，元宵节“正月十五闹元宵”等，这些承载着文化味、人情味的内容会催生很多东西。这些不是简单的禁止就能解决的，需要政府部门出台政策，加强干预。实践来看，通过政策干预已经有效化解一些问题。通过政策禁令，禁止春节期间在市区燃放烟花爆竹，得到社会认可和群众普遍支持；通过政策支持，丧葬活动中音响礼炮取代爆竹成为标配；通过政策引导，修建“常州海葬纪念碑”和“海葬纪念广场”，以及常州龙城古园、新安塔陵、舜山塔陵、栖凤山陵园四个绿色生态葬示范区提供免费生态安葬的措施，骨灰撒海等新型节地生态安葬方式越来越得到市民认可。可借鉴已取得的经验，加大对一些市民生活和环境有重大影响的民俗现象的干预力度。如进一步规范清明祭祀行为，严禁烧纸钱或其他杂物，源头上全面禁止纸钱等冥纸冥币的销售等。

(二) 德智提升。解决民俗文化给市域社会治理现代化的影响，关键在于抓好宣传教育。以弘扬社会主义核心价值观为切入点，促进人的思想、观念和意识现代化。



## 市域社会治理现代化专题

常州市区定期开展的《道德讲堂》等文化宣传进社区活动，就是以制度建设推进人的现代化，进而推动市域社会治理现代化的积极尝试。有关宣传部门应当进一步加大对社区、民间组织的宣传力度，用科学、健康的世界观、价值观破解封建迷信导致的民俗文化问题，进而凝聚成价值认同，成为推动城市发展的强大源动力。

（三）堵疏结合。城市有限空间、资源只有合理分配，才能产生和谐共振。一是因“时”制宜。元宵节的彩灯、春节的对联、情人节的鲜花等都带有明显的时间特点，可以设立专门的“节日临时疏导点”，提高进入门槛，打造具有特色的节日需求市场，营造热闹的节日氛围，如每年的恐龙园灯会就是很好的模式。二是因“地”制宜。对广场舞、民间剧团等民间组织，文化、体育等职能部门要加强行政干预，引导各街道（镇）形成民间组织自治管理协会，负责协调本区域内活动时间、范围、场地等，并接受政府和社会监督。三是管理创新。对落后的民俗工艺（如房屋补漏）要加强新技术的推广，设立专线提供服务。常州市12345市民热线、12349便民热线可以利用大数据分析技术，根据社区或房屋年限主动向市民宣传、推广绿色环保的新技术。

（四）依法惩处。对巫术民俗迷信活动侵害市民的生命、财产、健康的，应当严格依法，从重处置，加强以案释法。对一些法律明确规定，且严重超出节日所承载的情感内涵的商业行为和陋习俗味，要坚决打击。如丧葬风俗中的撒纸钱、公共场所搭设灵棚、摆设花圈等陋习，可以借鉴春节禁止燃放烟花爆竹举措，通过集中宣传，在全社会形成人人喊打的氛围，主管部门适时跟进执法行动。

（五）党建引领。十八大以来，广大党员干部依据《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》要求，不大办婚丧喜庆事宜，节俭操办婚庆，引领和树立了良好的社会风气。这些自觉的行动正在潜移默化的改变着群众对旧民俗的认识。各级党组织应当进一步强化党性教育，倡导党员自觉做移风易俗、勤俭节约、文明办事的表率，自觉教育好引导好身边的亲朋好友和人民群众，自觉养成婚事新办、喜事省办、丧事简办的文明新风尚。

### 四、结语

十九大报告全面系统的阐述社会治理制度，对城市管理者来讲，要准确把握十九大精神，坚持群众路线，牢牢抓住人的现代化这一着眼点，客观分析历史、文化等因素，精准施策，引导广大市民自觉参与到城市管理中来，形成人人有责、人人尽责、人人享有的社会治理共同体。

（作者单位：常州市城市管理行政执法支队）

# 社会组织参与市域社会治理现代化的路径研究

## ——以司法行政领域社会组织参与社区治理为视角

陈顺

市域治理事关国家治理顶层设计落地，事关地方（区域）一方和谐稳定发展，是新时代社会治理的“牛鼻子”；市域治理的效能，对上关乎省域治理，对下关乎县域治理，决定着地方治理的成败。万丈高楼平地起，只有社区治理工作做的扎实和细致，市域社会治理现代化的根基才会更加稳固和坚实。社会组织正是社区治理的重要参与者和实践者。

### 一、社区的概念

何为社区？社区的概念最早出现于1887年德国著名社会学家斐迪南德·滕尼斯（Ferdinand Tönnies）的著作《共同体与社会》中。我国法律早在1989年时开始使用“社区”这一名词。社区是指聚居在一定地域范围内的人们所组成的社会生活共同体。目前城区社区的范围，一般是指经过社区体制改革后作了规模调整的居民委员会辖区。因此，本文所涉社区治理的区域仅限于居民委员会辖区。

### 二、社会组织参与社区治理的背景

2011年3月14日，第十一届全国人大第四次会议审议通过的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》，以及民政部、国家发展和改革委员会出台的《民政事业发展第十二个五年规划》，均明确指出了社会组织在创新社会管理体制和完善社区治理结构方面的作用。

近几年来，党和国家先后出台了一系列优惠政策。

党的十九大以来，社会组织的功能与作用被进一步激活，同时社会组织也开始肩负起了时代的责任、历史的使命和社会的担当，社会组织的政治方向更加明确、政治功能更加突出、政治地位更加优越。在积极打造共建共治共享的社会治理格局下，司法行政领域社会组织参与社会治理的时机已经成熟。

### 三、社会组织参与社区治理的途径和渠道

社会组织的职责主要体现在公共服务产品的提供上：一方面承接因政府角色回归、社会职能剥离而产生的公共服务产品的供给职责；另一方面也承担部分市场组织无力也不愿承担的公共产品供给职责。

在政府购买社会组织服务方面，广东省大力培育社会自治组织。按照政社分开、管办分离的原则，鼓励各种社会组织参与公共服务。通过推行政府向社会组织购买公益服务项目、编制社会组织名录及考核办法以及拓宽依法参政议政渠道等多种方式，发挥社会组织的积极作用。

市域政府部门要出台政府购买社会组织服务的具体政策，既要鼓励社会组织承接项目，又要让基层政府有章可循。如果没有全面清晰的权责清单和行之有效的激

励机制，那么政府购买社会组织服务只能成为一纸空文。有些学者建议在坚持指导性正面清单的基础上，有必要引入负面清单制度，进一步划清政府与市场的界限，促使政府积极履行法定职责。笔者认为，这种“正负结合”的方式相对较好，有利于真正激活社会组织的活力和扶持社会组织参与社区治理。

#### 四、社会组织参与社区治理的功能和作用

党的十九届四中全会明确指出，要加强系统治理、依法治理、综合治理、源头治理，把我国制度优势更好转化为国家治理效能。笔者认为，在国家治理体系和治理能力现代化的背景下，社会组织只有自身的服务理念、服务方式、服务能力、服务成效等适应市域社会治理现代化的要求，才能彰显其在社区治理中的功能和作用。

##### （一）引导社区系统治理

系统治理，就是运用系统的理念和方式引导多元化主体开展社区治理工作。主要包括两个方面：一是社区治理的主体应当多元化。社会组织应当联系除社区居委会以外的其他主体，如业委会（物管会）、物业公司、社区社会组织、社区志愿者、社区志愿服务队等。社会组织要充分发挥专业优势，引导各主体提高社会主义法治理念，培养其形成法治思维，为各主体厘清法律关系，约定各方的权利和义务，明确工作安排和角色分工，商定民主议事规则等。社会组织应当联动社区、社工组成“三社联动”的核心团队，并通过扮演使能者、中介者、协调者、倡议者等角色参与实施具体的社区治理方案。二是社区治理的客体应当多样化。与社区居民利益密切相关的问题都可以纳入社区治理的范畴。针对不同类型的社会问题，社会组织可以协调

并联络不同的政府部门或者单位，建立不同类型的工作小组，比如环保小组、物业小组、治安小组等，并筹措不同的社会资源和运用不同的法律法规来支撑社区治理工作。成立相关小组前，社会组织可以协助社区居委会招募志愿者。社区治理归根到底是在法治和德治并存下的社区居民自治，可以在“三社联动”的常态模式下进一步发展为“社区+社工+社会组织+社区志愿者”四方联动机制下的“四社联动”模式。

##### （二）配合社区依法治理

依法治理，就是运用法治的理念和思维方式依法开展社区治理工作。社区治理主体需要有丰富的治理经验和治理能力，并具备应对社区治理过程中可能会出现突发事件、意外事件的勇气和定力。

社会组织可以协助社区排查化解社区矛盾纠纷，帮助社区营造法治氛围，提高社区治理者的法治意识，增进社区法律共识，深入推进社区法治化建设。社会组织应当积极做好社区居委会的法律智囊团和法律后援团，主动发挥出法律研究者和法律实践者的优势，尤其是在涉及重大公共安全事件、重大或者敏感法律纠纷等问题时，针对舆情可能产生的有关法律后果及时作出专业判断、提供法律建议、参与纠纷调解等，协助社区平息纠纷、定分止争。

##### （三）助推社区综合治理

综合治理，就是在党组织领导下启动“自治、法治、德治”三治联动模式，并综合运用法律、政治、经济、文化、教育、行政等多种方式开展社区治理工作。社区居民在社区居委会的组织下充分参与社区治理，行使社区自治权，从而实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动的基层社区治理新格局。



社会组织应当与服务社区的其他社会组织建立联系交流制度，既可以成为他们的“法律顾问”，又可以成为他们的公益伙伴，例如开展法律文艺汇演等，既能丰富社区居民的业余生活，又能通过艺术表演的形式宣传法律。

#### （四）协助社区源头治理

源头治理，就是通过抓住事物的主要矛盾和矛盾的主要方面从根本性、本质性问题着手开展社区治理工作。既要治标又要治本，把矛盾纠纷化解在基层，消灭在萌芽状态，做到防微杜渐，防患于未然。

基层往往是矛盾纠纷的发源地，如果处置不当或者不及时解决，往往会引发群访、缠访、闹访等事件甚至发生一些重大突发事件，在基层群众中引发不良影响。社会组织必须不断积累化解基层矛盾纠纷的经验，多向社区居民学习，认真听取社区居民的意见和建议，收集和整理社区居民反映的问题并及时向社区予以反馈。社会组织还要定期认真学习和研究“枫桥经验”的先进举措，可以通过设立“民情茶室”“社区议事厅”等多种形式，畅通和规范社区居民表达诉求的途径和渠道，尊重社区居民的意见且不随意否定，通过人民调解、司法调解等多种联动工作机制，运用多元化的纠纷化解方法及时给予社区居民积极的回应。对于涉及到需要社会心理服务和危机干预的社区居民，在必要的时候可以邀请其他专家和心理咨询机构共同参与。

#### 五、社会组织参与社区治理的举措和做法

根据党的十九大和十九届四中全会的精神，社会组织参与社区治理工作，应当是在党建引领下、建立和健全协商民主制度的基础上开展的社区治理现代化工作。

#### （一）加强社会组织党建工作

1、社会组织首先要加强内部治理。2018年，民政部要求在社会组织章程中增加“党的建设和社会主义核心价值观有关内容”。由此可见，社会组织应当首先从内部制度上重视和规范党建工作。

2、社会组织外部的发展方面，要充分发挥党员的先进模范和带头作用。尤其是在处理重大矛盾纠纷时，党支部全体党员要首当其冲，组织好群众，发动好群众，群众的事情由群众商量。

3、社会组织应当将党建工作与服务工作相结合。党组织负责人带头参与社区治理工作，在凝聚群众、服务群众时，积极宣传党的主张、贯彻党的决定，让群众真切感受到党员带头为群众送福利、谋幸福。

#### （二）完善社会组织协商民主制度

党的十九大和十九届四中全会明确提出了社会组织协商作为协商民主的重要形式之一。涉及人民群众利益的大量决策和工作，主要发生在基层。要按照协商于民、协商为民的要求，大力发展基层协商民主，重点在基层群众中开展协商。

社会组织在机构内部要完善民主议事的制度，既要确保民主议事的程序符合法律和章程的规定，又要让每一位成员都有充分表达自己诉求的机会。

社会组织一方面要协助社区居委会完善基层协商民主制度、开展基层协商民主活动等；另一方面，还可以围绕与社区居民切身利益和日常生活相关的问题，通过开展“模拟人大代表议案”“模拟政协委员提案”“模拟法庭”等形式发动社区居民积极参与，并邀请人大代表、政协委员、司法机关工作人员等予以指导或者旁听，既能增强社区居民参与社区自治的意识，又能推进社区自治的新格局。对于社区居

民突出的问题和急需解决的问题，在经过多元化主体共同参与和讨论的基础上，有社区居委会集中整理和归纳后，向有关部门集中进行反映和求助，社会组织则可以协助社区居委会从法律层面提出一些完善社区自治的法律建议供有关政府部门予以参考，或者向有关立法主体提出进一步完善立法的建议。

### （三）完善社会组织参与社区治理现代化制度

#### 1、思想理念的现代化

中国特色社会主义进入新时代，这是一个需要理论而且一定能够产生理论的时代，是一个需要思想而且一定能够产生思想的时代。只有全面准确正确地学习、理解并坚持不懈地用习近平新时代中国特色社会主义思想武装我们的头脑，指导我们的社会实践，推进社会组织参与社区治理的各项工作，才能确保本组织在思想上政治上行动上始终同以习近平同志为核心的党中央保持高度一致，才能确保本组织始终保持和坚定正确的政治方向，才能确保本组织始终坚持“以人民为中心”的社会治理理念，坚定不移地走中国特色社会主义社会治理之路。

#### 2、治理能力的现代化

加强社区治理能力的现代化，首先必须学会使用先进的思想武器。习近平总书记指出：“马克思主义哲学深刻揭示了客观世界特别是人类社会发展一般规律，在当今时代依然有着强大生命力，依然是指导我们共产党人前进的强大思想武器。”在社区治理过程中，我们总会遇到形形色色的难题，这就需要我们勤思善学、砺能笃行。社区治理不能只追求创新发明，不能搞一切形式主义，而应该重调查研究、重实地走访。每个社区的社情民意不同，

每个社区的主次矛盾不同，这就需要在开展社区治理过程中充分发挥出具体问题具体分析的能力。我们应该始终坚持辩证唯物主义和历史唯物主义的观点，始终正确坚持好党的群众路线，深入社区，贴近居民。“从群众中来”——认真发现社区居民遇到的问题并进行分析、研究、论证、归纳、总结，充分听取社区居民的意见和建议；“到群众中去”——热心为社区居民提出解决问题的最佳方案，并向社区居民大力宣传党的方针政策和国家的法律政策法规，从而让社区居民理解国家开展的社区治理和社会治理工作。社会组织要积极起好桥梁作用，一方面积极收集社区居民的意见，集中反映社区居民的诉求；另一方面协助政府和社区依法及时解决困扰社区居民的问题，为实现社区居民对美好生活的向往而建言献策。

#### 3、服务举措的现代化

社会组织可以通过线上和线下结合的方式开展服务。如通过微信、QQ、电子邮件、小程序、网络平台等工具开展线上法律解答咨询、小组活动和视频会议等。还可以充分发挥社区的网格化管理平台优势，通过大数据分析对比，准确定位社区和社区居民的实际需求，实现服务的精准化。

（作者单位：江苏剑南律师事务所）

# 恶势力在网络空间中的特征演变及司法认定

——以2019年2月28日至2020年2月29日的刑事裁判为分析样本

于军辉 林青

“我们与恶的距离只隔着一个屏幕。”随着互联网的蓬勃兴起，互联网为犯罪提供了广阔的空间载体，黑恶势力逐渐向网络空间蔓延。近期，韩国曝出网络性犯罪——“N号房事件”，引发全体韩国国民愤怒，韩国总统文在寅亲令彻查。犯罪是社会变动的“晴雨表”。我们应当以案为鉴，加快推进新时代市域社会治理理念、体系、能力的现代化，让城市更安全，让社会更和谐。今年是扫黑除恶专项斗争的决胜之年，“一篙松劲退千寻”，“正义之剑”的锋芒也必须有针对性地向网络空间延伸，绝不能让市域治理出现盲区。黑恶势力包括黑社会性质组织和恶势力违法犯罪组织（以下简称恶势力），刑法对黑社会性质组织的规定较为系统深入，而恶势力进入法律文本和司法裁判的时间较晚，其学理尚不成熟，且因篇幅有限，故本文仅对恶势力的司法认定进行研究。

为便于区分，我们暂且把渗透到网络空间的恶势力称为网络恶势力，未与网络结合的恶势力称为传统恶势力。有学者认为互联网对传统犯罪具有变异效果，网络因素的介入使网络恶势力形态嬗变。但在当前互联网科技发展的背景下，网络犯罪更多是传统线下犯罪的演变而非嬗变。虽然互联网使网络恶势力的形态滋生新的变化，但恶势力的基本特征仍未根本改变，网络恶势力与传统恶势力的不同更多是程度差异而非性质差异。

## 一、传统恶势力的司法认定

### （一）传统恶势力的法律轨迹

2018年1月，中共中央、国务院印发《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》，拉开了为期三年的扫黑除恶专项斗争的序幕。恶势力有发展成为黑社会性质组织的可能性，除恶的目的是为了打早打小，防止其做大蔓延。在扫黑除恶专项斗争推进过程中，我们发现司法机关除恶的比例远高于扫黑，有的地区恶势力在黑恶势力中的占比甚至超过90%。恶势力源于办案需要，始于实践先行。恶势力概念虽然在实践中使用较早，但一直游离于法律规范之外。司法机关通过三个规范性文件将恶势力纳入法治轨道，在刑法领域构建了普通共同犯罪、恶势力、黑社会性质组织高低搭配、分别打击、相互补充的规范体系。

1、从办案实践走向法律文本。在本次扫黑除恶专项斗争开展之前，最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2009年12月9日出台的《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称09《纪要》）就首次使恶势力从办案实践进入法律文本，09《纪要》比照黑社会性质组织的建构，从组织、行为、危害、发展四个特征对恶势力形态予以明确。组织特征方面：人数一般为3人以上，纠集者、骨干成员相对固定。行为特征方面：经常纠集在一起。以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域



或行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶。危害特征方面：扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响。发展特征方面：恶势力团伙是黑社会性质组织的雏形，但尚未形成黑社会性质组织。但09《纪要》未赋予认定恶势力单独的法律后果，认定为恶势力不影响定罪、量刑。

2、从法律文本走向裁判文书。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2018年1月16日印发的《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（以下简称18《指导意见》），将恶势力团伙改为恶势力违法犯罪组织，并首次把恶势力从法律文本导入裁判文书。18《指导意见》与09《纪要》相比有若干变化。组织特征方面：删除骨干成员，仅要求纠集者相对固定。行为特征方面：在为非作恶基础上增加欺压百姓这一要素，并将主要和可能伴随的违法犯罪表现形式进行更合理的厘定。赋予恶势力影响定罪和量刑的法律后果。同时提出在相关法律文书中的犯罪事实认定部分，可使用恶势力等表述加以描述。

3、从裁判文书走向系统深入。为给认定恶势力提供了更为明确的法律标尺，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2019年2月28日印发《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（以下简称19《指导意见》）。19《指导意见》对恶势力的规定更加细致深入。组织特征方面：人数上排除“1人恶势力”。明确纠集者内涵并扩大纠集者的范围，即成员较为固定且符合恶势力其他认定条件，可以由不同纠集者纠集。首次出现了其他参与者。行为特征方面：进一步强调为非作恶、欺压百姓属性，将单纯为牟取不法经济利益和一些确属事出有因的违法犯罪活动排除在外。对纠集行为予以时间限定，即2年内多次；对纠集成员予以限定，即

至少2名相同的成员多次参与实施违法犯罪活动；对活动性质予以限定，即至少包括一次犯罪活动。危害特征方面：要求予以综合把握。

## （二）传统恶势力的特征梳理

虽然上述规范性文件试图对恶势力形态进行全面规制，且极大缓解了恶势力认定的“法律短缺”问题，但现行司法规则中恶势力的边界依旧模糊，给司法适用带来障碍。规范性文件采用“经常纠集在一起”“一定区域或者行业”“一般为三人以上”等模糊词汇描述恶势力的特征，语义不够明确。同时，诸如“为非作恶”、“欺压百姓”等富于文学性、生活性的词汇虽较为直观地勾绘出恶势力轮廓，但这些并非法律术语，导致司法人员难以从法律角度把握其内涵，也易混同法律评价与道德评判。

认定为恶势力会导致三重对被告人不利的法律后果。一是在适用部分罪名（如敲诈勒索罪）时入罪门槛会有所降低。二是从重量刑。三是在执行刑罚时，减刑、假释、保外就医等会被从严掌握。我们既要坚持“打早打小”，又要做到“打准打实”，警惕出现随意定性、乱贴标签，尺度不一、畸轻畸重等苗头性问题。依据上述法律规范并结合恶势力与普通共同犯罪、黑社会性质组织的异同，笔者认为司法实践中应从以下几个方面精准把握恶势力的特征边界：

1、组织的相对稳定性。作为一种集体行动力量，恶势力非共同犯罪的偶然重复，同普通共同犯罪相比，其组织具有相对稳定性。具体体现在以下两点：（1）组织人数。恶势力组织成员人数一般为3人以上，1人不构成恶势力。（2）内部结构。内部成员分为纠集者和其他成员，纠集者相对而非绝对固定，成员间也可能互相纠集。黑社会性质组织有组织者、领导者，骨干

成员基本固定，领导层级和职责分工明确，因此同黑社会性质组织相比，恶势力组织化特征又较弱。

2、行为的欺压性。“为非作恶，欺压百姓”是恶势力行为的本质属性，也是区分其和普通共同犯罪的关键标志。“为非作恶”是指做坏事、施恶行，即从事违法犯罪活动。“欺压百姓”是指欺凌、压迫群众，即利用物理或心理强制手段侵害群众权益，并给群众带来一种不安全感。行为的欺压性必须同时具备以下三种条件才能实现：（1）过程的公开性。恶势力为实现其犯罪意图，常常“横行乡里，肆无忌惮”，其行为往往处于一种可闻可见的状态。（2）手段的强制性。暴力从形式特征上分为软暴力和硬暴力，从内容对象上分为精神暴力与肉体暴力。2019年4月9日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理实施“软暴力”的刑事案件若干问题的意见》规定，软暴力是指黑恶势力行为人为了达到谋取不法利益或形成非法影响的目的，对被害人进行滋扰和纠缠，对有关场所进行哄闹和聚众造势等，足以对他人形成心理强制，或者足以影响他人的人身财产安全，影响社会秩序和生活秩序的违法犯罪手段。软暴力的实质是心理强制，恶势力对被害人实施软暴力手段，目的是使被害人产生恐惧、恐慌，形成心理上的巨大强制而不敢反抗，被迫屈服于恶势力。软暴力既包括精神暴力，也不排除能够产生足够心理强制的轻微肉体暴力。在扫黑除恶的高压态势下，犯罪分子的行为趋于“温和”，硬暴力手段有所收敛，花样繁多的软暴力手段应运而生：言语恐吓；跟踪贴靠；与被害人“同吃同住”；雇请老弱病残静坐堵门；堵锁芯、泼油漆、刷标语、扔黑砖、放毒蛇、放鞭炮、播哀乐、砸玻璃等。同硬暴力直接损

害被害人身体和财产不同，软暴力一般是对受害人进行精神伤害，进而间接造成身体损伤或财产损失。有学者依据18《指导意见》提出恶势力行使软暴力必须以暴力（即硬暴力）作为后盾，在软暴力未奏效时，多数情况下会转而实施硬暴力手段以达目的。但18《指导意见》提出软暴力以暴力为依托系单纯规制黑社会性质组织，上述观点不当限缩了恶势力的惩处范围，恶势力也可能单纯使用软暴力。（3）纠集的经常性。纠集的性质上，不要求行为每次均构成犯罪，但至少包括1次犯罪活动；纠集的密度上，应在2年内多次实施，达到一定的频密度和时间跨度，行为彼此间隔时间既不能过久也不能过短；纠集的人员上，至少2名相同的成员多次参与实施违法犯罪活动。同时应注意区分惯常性和伴随性的违法犯罪活动。

3、危害的双重性。恶势力同黑社会性质组织一样，不仅侵犯公民人身、财产权利，还破坏市场经济秩序或者社会管理秩序。但二者对一定区域或者行业的控制程度不同，恶势力只是造成严重的恐慌气氛，黑社会性质组织严重削弱政府的公共管理职能，对一定区域或者行业形成非法控制。

4、发展的可能性。恶势力具有蜕变为黑社会性质组织的潜在可能。恶势力上述四个特征相互关联、密不可分。恶势力通过一次次的欺压性行为不断积累组织能力、经济能力、社会恶名，其形态逐渐向黑社会性质组织靠拢。

## 二、网络恶势力认定的司法观察

“他山之石，可以攻玉。”通过对相关司法裁判的研究，可以探究当前司法机关对网络恶势力的认定思路及潜在问题，为我们厘清网络恶势力的特征提供一定的参考。由于恶势力于2018年1月16日以后才频繁见诸裁判文书，故笔者仅以2019

## 扫黑除恶专题

年2月28日至2020年2月29日的刑事裁判作为分析样本。笔者以恶势力和网络为关键词在中国裁判文书网进行查询,共查询到相关一审裁判616份。有4份判决因恶势力认定错误而被二审法院改判,其中,3份判决因不属于恶势力却认定恶势力而改判,1份判决因属于恶势力未认定恶势力而改判。相关二审裁判298份,其中3份一审、二审均认定恶势力,但笔者认为可能认定有误。具体详见下表:

案由	被告人	利用网络的方式	一审认定理由	二审改判理由
寻衅滋事、开设赌场	廖锡杰等	组建、经营、管理赌博工作室,利用QQ、微信等社交平台组建“维加斯”微信群、“大四喜娱乐”QQ群用于邀请赌客注册、登陆赌博网站,利用网站内的“广东快乐十分”、“重庆时时彩”、“北京赛车PK10”等赌博平台,进行赌博活动。	被告人廖锡杰与其他作案人员在一定区域内以暴力手段寻衅滋事一次并实施开设赌场违法活动,为非作恶,扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响,被告人廖锡杰在同案人纠集下,积极参与了任意损毁公私财物,情节恶劣,且违法犯罪活动有多人参与达三人以上,符合恶势力犯罪集团的构成要件,应认定为恶势力性质的违法犯罪组织。	在行为特征上,上诉人等人实施砸车的寻衅滋事犯罪时是临时纠集而不是经常纠集一起,纠集在一起的时间明显较短;在危害性特征上,寻衅滋事犯罪是劳某2与他人因相邻土地侵占等民间邻里纠纷引起,属于事出有因,砸车的寻衅事行为是出于朋友义气而实施;开设赌场罪是受钟某1邀约投资参与开设赌场,上诉人与劳某2等人的犯罪行为既未达到扰乱经济、社会生活秩序,也未造成较为恶劣的社会影响的后果,不符合恶势力组织犯罪的特征。
开设赌场	陶晓敏等	利用虚假的“重庆时时彩”网络赌博平台进行彩票销售。	在上述犯罪中,形成了以被告人陶晓敏起主要作用,被告人尚刚贤、李其刚、许新波、李杰等人积极参与的“恶势力”犯罪团伙。	为牟取不法经济利益而实施开设赌场的行为,不具有为非作恶、欺压百姓的特征,不应认定为恶势力团伙。
非法拘禁	吉章萍等	通过网络认识被害人并骗其至旅社要求从事卖淫。	被告人陈某纠集被告人吉章萍、沈龙、张某1、卢某1等人,采取暴力、胁迫的手段,多次实施非法拘禁犯罪活动,严重扰乱社会秩序,造成较为恶劣的社会影响,社会危害性大,应认定为恶势力犯罪组织。	本案的纠集者系上诉人陈某,系未成年人,其他三个参与者中,有两个也系未成年人,虽然实施犯罪的次数刚好达到“多次”的标准,但是实施犯罪的时间仅有四天的时间,“纠集在一起”的时间明显较短,不宜认定为恶势力犯罪。

表1: 不属于恶势力却认定恶势力而改判的案件

案由	被告人	利用网络的方式	一审未认定理由	二审改判理由
诈骗、敲诈勒索、侵犯公民个人信息	张贺明等	以冒充贷款公司客户经理的方式针对有贷款需求的大学生通过网络实施诈骗活动。	本案中各被告人之间没有形成较为固定的组织,也未经常纠集在一起,未共同故意实施三次以上恶势力惯常实施的犯罪活动或者其他犯罪活动,不符合恶势力犯罪集团的相关规定。	本案中各被告人之间形成了较为固定的组织,利用QQ群、微信群经常联系,共同故意实施三次以上恶势力惯常实施的犯罪活动,符合恶势力犯罪集团的相关规定,应当认定为恶势力犯罪集团。

表2: 属于恶势力未认定恶势力而改判的案件

案由	被告人	利用网络的方式	一审认定理由	二审认定理由
组织卖淫、协助组织卖淫、窝藏、包庇	王双芝等	以手机微信为媒介联系组织妇女在实施卖淫活动。	以手机微信为媒介联系组织妇女在实施卖淫过程中,为处理组织卖淫过程中发生的社会纠纷及逃避公安机关的查处,纠集被告人杨爽、太炜、谢昆等人加入该组织,使该组织具有摆平组织卖淫过程中发生的社会纠纷能力及暴力威胁性,同时又建立了逃避公安机关打击处理的关系网,致使该组织在长达一年左右的时间组织妇女卖淫29000余次,严重危害社会秩序,造成较为恶劣的社会影响,形成了以被告人王双芝、李杨为首要分子,被告人太炜、谢昆、杨爽为骨干,被告人贺维、唐启旺、肖玉婷为一般成员的较为固定的犯罪组织。	双芝、李杨纠集太炜、谢昆、杨爽等人加入该卖淫组织协助组织卖淫,形成了以王双芝、李杨为首要分子,太炜、谢昆、杨爽为骨干,贺维、唐启旺、肖玉婷为一般成员的较为固定的犯罪组织。杨爽、太炜、谢昆等人加入该组织后,该组织具有摆平组织卖淫过程中发生社会纠纷的能力及暴力威胁性,又建立了逃避公安机关打击处理的关系网,致使该组织在长达一年多时间内组织妇女卖淫29000余次,该组织成员为非作恶,严重危害社会秩序,造成极为恶劣的社会影响,符合恶势力犯罪集团的特征。
组织卖淫	胡克珺等	以手机微信为媒介联系组织妇女实施卖淫活动	该犯罪团伙成员在共同实施犯罪活动中,人员组成及行为模式较为固定,有相对固定活动区域,分工协作先后多次实施组织卖淫犯罪活动,各被告人的行为均构成整个犯罪环节中不可或缺的部分,妨害社会管理秩序,造成较为恶劣的社会影响,系恶势力犯罪团伙。	在共同犯罪中,十一名上诉人因具有共同的利益需求而形成了共同体,有固定的犯罪模式,各上诉人之间分工协作,相互配合多次实施了组织卖淫犯罪活动,涉案人员较多,扰乱社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响,形成了恶势力犯罪团伙。

表3: 认定恶势可能不当的案件

经过梳理和研判,笔者发现司法实践中认定网络恶势力存在以下问题:



1、认定路径缺失。如前所述，恶势力形态的四个特征缺一不可。司法机关在认定犯罪组织不构成恶势力时可采用排除法，其中一个特征不符合即排除恶势力的认定。但司法机关认定犯罪组织构成恶势力时应对四个构成特征逐一论证，全面把握。但笔者发现大部分裁判文书对恶势力的认定表述模糊，或者仅对部分特征进行论证。笔者仅发现辛明亮等故意伤害案等极少数案件从组织、行为、危害、发展四个特征去全面论证犯罪组织构成恶势力。

2、内涵把握不准。部分裁判文书对恶势力的特征内涵把握不准。组织的相对稳定性方面：吉章萍等非法拘禁案，虽然吉章萍等人犯罪的次数刚好达到“多次”，但该组织实施犯罪的时间仅四天，行为间隔较短，不具备纠集的经常性。行为的欺压性方面：廖锡杰等寻衅滋事犯罪中，廖锡杰等与被害人的冲突系因相邻土地侵占这一民间邻里纠纷引起，属于事出有因。廖锡杰等开设赌场案、陶晓敏等开设赌场案、王双芝等组织卖淫案、胡克珺等组织卖淫案中，行为人以网络为平台开设赌场、组织卖淫，只是单纯追求经济利益，不具备手段的强制性和行为的欺压性。同时，司法人员并未领会指导意见区分惯常性和伴随性的违法犯罪活动的本意。强迫交易、故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、故意毁坏财物、聚众斗殴、寻衅滋事等惯常性违法犯罪活动其危害行为一般为暴力、胁迫等强制性手段，具有“为非作恶，欺压百姓”的极大可能。而伴随性的违法犯罪活动尤其是开设赌场、组织卖淫、贩卖毒品、运输毒品、制造毒品等不一定采取强制性手段，其“为非作恶，欺压百姓”的可能性稍低。

3、网络特征认定滞后。虽然网络恶势力是现代的，但个别司法人员认定恶势力的

思维却还是传统的，对恶势力特征的网络演化反应迟滞。比如张贺明等诈骗、敲诈勒索、侵犯公民个人信息案中，行为人彼此间利用QQ群、微信群经常进行联系、纠集。但一审法院以行为人在线下联系较少为由否定其纠集的经常性和组织的稳定性。

### 三、网络恶势力的特征演化

年轻人将网络二次元和现实三次元之间的阻隔成为“次元壁”。司法人员必须突破“次元壁”，以“火眼金睛”精确识别网络恶势力特征演化后新的表现形式：

1、组织表面松散，实际强化。天网工程、平安城市等平台系统建设让犯罪分子在现实空间几乎无所遁形，网络却给犯罪分子提供了藏身的便利。网络通过数字传播信息，具有虚拟性和匿名性。网络恶势力也“改头换面、蛰伏隐匿”，其组织形式更加隐蔽，犯罪分子采用动态网址躲避监管部门对于IP的追踪。

但组织隐蔽不代表组织的松散和不稳定，网络恶势力成员之间通过即时通讯工具、通讯群组、电子邮件、网盘等网络方式联络，线上交流往往比之前单纯依靠线下碰头交流更加便捷、频繁。因此恶势力通过网络联络，即使未曾谋面、彼此不熟，也不影响对组织稳定性的认定。同时，网络恶势力大都伴随经济利益的攫取，久而久之背后形成一套嵌入网络的“黑灰”产业链，呈现分工严密的组织化趋势。如林鸿等诈骗、寻衅滋事案中，林鸿等人以人力资源服务有限公司为依托，形成恶势力犯罪集团。公司通过58同城、赶集网、百姓网等网络平台，冒用其他公司名义发布虚假的招聘信息，诱骗各地求职者到苏州应聘，在面试过程中虚构服装费、伙食费、押某等收费项目骗取众多求职者钱财，并在求职者无法获得应聘职位要求退款时，施以恐吓或者轻微暴力相威胁，迫使求职

## 扫黑除恶专题

者放弃追讨被骗钱款。公司内部设立招聘部、面试部、后勤部、安置部、财务部，各部门人员分工合作，流程职责分明，利益分配按照犯罪参与人的犯罪所得来实现。

2、行为趋向软化，实害加剧。从既有裁判中可以看出，网络恶势力既可能线上线下活动相结合，也可能单纯线上活动。线上活动以通过网络水军捏造虚假信息、炒作负面新闻等手段索要删帖“保护费”最为常见。如林东亮等敲诈勒索案，林东亮等人通过其在网络上的影响力，利用企业、单位、个人维护形象、害怕负面信息的心理，通过发布负面网络信息造成舆情压力向对方索要钱财。网络行为依靠数据传播来实现，单纯的线上行为具有非接触性，行为人通过网络无法直接接触被害人，线下“面对面”的犯罪以“背对背”的形式实施，是一种“不见面”和“挥刀不见血”的行为。因此，网络黑恶势力相对于传统黑恶势力，暴力手段正由硬暴力变为软暴力，伤害方式由身体伤害变成精神损害。

但是由于网络具有开放性，其打破了时空界限，人们可以不受约束地突破地域边界，甚至可以在全世界范围内传播信息。网络的开放性导致犯罪行为以一对多的“瘟疫式”的路径蔓延，从而形成辐射性的危害后果，极大扩展了法益的侵害规模。如韩国“N号房事件”中犯罪分子通过加密聊天软件Telegram分发和传播性犯罪视频，注册的付费“会员”数量竟高达26万，给受害女性蒙受巨大的心理创伤。这种“温柔”的软暴力造成的精神伤害有时比硬暴力造成的身体伤害更加严重，而且精神伤害也可能进而引发身体伤害。如套路贷恶势力在其催债过程中会通过手机、网络等向被害人本人及亲友发送各种不良信息，被害人有时会因不堪精神折磨而寻求自杀。同时，网络的去中心化使违法犯罪行为难

以监管。网络的瞬时性使犯罪行为的罪证容易销毁、难以查证。如“N号房事件”中，犯罪分子为视频设置了“阅后即焚”的自毁功能。因此公安机关在侦查过程中需及时保存、固定证据。

3、危害领域拓展，影响叠加。恶势力需在一定区域或者行业内造成重大影响。互联网时代，网络不再是简单的信息交换系统，也是具有社会功能与经济功能的虚拟空间。对于网络公共场所的界定应满足传统公共场所的本质特征，即可以满足公众部分生活需求的开放性公用场所，对于封闭、半封闭的网络空间就可能难以定性为公共场所。如朋友之间通过微信传送信息，此时微信只限于私人之间的非开放圈子，不能认定为网络公共场所。虽然网络恶势力危害的区域和行业比较分散，但由于其在网络空间和现实社会造成双重影响，故其对一定区域或者行业内的影响性并未消减。

4、发展可能增加，亟待打击。网络恶势力由于组织强化、行为危害加剧、影响性增强、经济利益攫取快，再次犯罪的可能和能力提升，因此其蜕变为黑社会性质组织的潜在几率极大增加，亟待加大对其防范和打击力度。

习近平指出：“网络空间是亿万民众共同的精神家园。网络空间天朗气清、生态良好，符合人民利益。网络空间乌烟瘴气、生态恶化，不符合人民利益。”“禁于未发之谓豫。”市域社会治理现代化要求我们加强司法自觉，在互联网这一新兴领域主动作为、持续发力，铲除滋生黑恶势力的新温床，还人民群众一个晴朗的网络空间。

（作者单位：常州市中级人民法院刑二庭）



## 浅析扫黑除恶背景下的“村霸”现象及其治理的法律对策

陆梦娇

当前，农村黑恶势力呈现组织严密程度不断增强、以攫取经济利益为核心、向基层自治组织政权渗透等特点，具有严重的社会危害性，应依法严厉打击。农村黑恶势力的滋生、形成乃至坐大成势，是国家对农村社会控制力能力减弱、农村内生权威衰落、农村多重利益叠加驱动、部分基层自治组织干部不作为乱作为、农村“空心化”现象等多重因素综合促成的结果。扫黑除恶专项斗争以乡村恶霸为扫除重点之一，对实现乡村振兴战略和实施精准扶贫到全面脱贫具有深远的意义，是建设农业强、农民富、农村美的重要环节，更是实现全面小康社会、建设美丽中国的必由之路。

### 一、从打黑除恶到扫黑除恶

中共中央、国务院2018年初发布了《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》，决定在全国范围内开展为期三年的扫黑除恶专项斗争，十多前年开始的打黑除恶专项整治活动，华丽转身成了“扫黑除恶”。笔者认为，党中央之所以作出将“打”升级为“扫”的科学决定的重要因素之一就是全面实现乡村振兴战略，乡村振兴战略是习近平总书记在党的十九大报告中明确提出的战略。农业、农村、农民这“三农”问题始终是关系国计民生的根本性问题。

到2020年	乡村振兴取得重要进展，制度框架和政策体系基本形成
到2035年	乡村振兴取得决定性进展，农业农村现代化基本实现
到2050年	乡村全面振兴，农业强、农村美、农民富全面实现

《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》对农村发展规划的三个目标

2018年3月，国务院总理李克强在政府工作报告中再次强调要大力实施乡村振兴战略。在规划乡村振兴战略时，中央划定了七条路径，其中一条便是必须创新乡村治理体系，走乡村善治之路。该路径蕴含的深意之一就是要结合当前扫黑除恶行动对乡村恶霸予以肃清，并且严肃查处侵犯农民利益的“微腐败”等乱象。目前，乡村一些地方黑恶势力、宗族势力不断侵蚀、渗透基层两委，部分村两委人员借助、利用黑恶势力、宗族势力成为“村霸”，严重影响扶贫脱贫、振兴乡村等政策的实施，成为2020年全面建成小康社会的重大障碍。如何全面彻底肃清乡村黑恶势力、扫除“村霸”，恢复对农村基层政权的掌控，做到政令畅通，上传下达，是振兴乡村战略必须要面对的挑战。

### 二、扫黑除恶背景下的村霸现象

#### （一）村霸的概念及分类

目前，我国学者将村霸的概念界定为：“村霸，一般是指在一个村或农村一定区域内，仗势欺人，称霸一方，危害农村社会治安秩序，引起公愤，或诬告陷害、煽动群众、操纵闹事、制造事端，严重危害农村基层政权建设的违法犯罪分子或犯罪团伙的头子。”此定义对村霸概念的界定，不仅将村霸的行为内容进行了概括，而且点明了村霸是违法犯罪分子的基本内涵。乡村恶霸主要有四种类型，即村干部中的恶霸、家族中的恶霸、非法发放高利贷的恶霸、强买强卖的恶霸。村干部中的恶霸，

## 扫黑除恶专题

是较为常见的类型，这类人的特点是常常通过非法的手段为家人谋利润，占用国家补贴，对普通老百姓作威作福；家族中的恶霸，是指那些富二代，他们凭借自己家族的金钱或优势地位在乡村中无法无天，欺压群众，这类群体是扫黑除恶专项斗争重点铲除的对象；非法发放高利贷的恶霸通常借助公司的名义发放高利贷，如果借贷人还不上就进行暴力讨债、非法讨债等，强押借贷人房子或者土地，其危害性非常大；强卖强买的恶霸严重破坏自由和平等的社会主义市场经济秩序，对于这样的违法行为要严厉制裁。

### （二）村霸现象产生的原因

一是对各类资源的追求及次生的利益矛盾。对资源及其所带来的利益的追求是产生“村霸”的原因之一。通过占据公职，以公权力攫取资源谋求利益是“村霸”产生并长期为害一方的主要表现之一。同时由于市场经济的建立与快速发展，生产力显著提升，农村贫富差距不断拉大，产生了各种与利益相关的矛盾冲突，加之部分农村闲散人员好逸恶劳，靠着坑蒙拐骗、欺诈抢夺等违法犯罪行为，逐渐成为为害一方的“村霸”。二是村民自治制度存在缺陷。相较于广大的农村地区，乡镇政府的力量十分有限，广大的农村地区在实际上存在成为国家权力的真空地带的可能，为“村霸”的产生与存在提供了空间。同时，在基层民主开展的过程中仍然存在选举过程中候选人提名程序不民主、选举过程不透明、村民的政治冷漠等问题，导致基层民主流于形式；而管理、决策、监督等工作开展效果不佳以及相应制度的缺失，使得村民没有通过合法途径积极实现有效监督，在一定程度上也助长了“村霸”的产生与蔓延。三是宗族势力、人情社会的不良影响。中国长期的封建社会使得宗族文化至今仍然具有影响力，而在宗族文化的

影响之下的宗族势力也是长期存在，并在追求利益最大化的过程中成为“村霸”的组织基础。与此同时，人情社会的存在也使得普通村民极易受其影响进行行为选择，进而在客观上助推了“村霸”的产生，并使之能够存活；宗族势力与人情社会的影响，阻碍了基础民主监督、选举等工作的正常开展，也是滋生“村霸”的原因之一。

### （三）典型案例

#### 1. “宗族恶势力型村霸”

2018年3月25日，山西省大同市大同天镇县公安局打掉一个以李某为首的村霸、宗族恶势力犯罪团伙，以李某为首的犯罪团伙，是一个长期横行乡里的村霸、宗族恶势力犯罪团伙。2017年，在一畔庄村村委换届选举时，犯罪嫌疑人李某纠集其兄弟、姐夫、堂弟等犯罪团伙成员，现场恐吓、威胁选民、乡镇工作人员，并撕毁选票、推到票箱，阻碍选举进行，导致选举现场秩序严重混乱，选举无法正常进行。2018年1月至4月间，犯罪嫌疑人李某霸占该村废旧机井一眼，纠集其团伙成员威胁、恐吓村干部，并通过策划进京“上访”等手段要挟村委会及镇政府，敲诈勒索补偿金12万元。2013年以来，该恶势力团伙在强行承包村里机井的5年期内，犯罪嫌疑人李某故意哄抬浇地价格，每小时比别人多收5元。其承包机井范围内的村民迫于惧怕，不敢讲价，只能按照每小时25元的高价，缴费浇地，李某从中非法获利2万余元。

#### 2. “流氓型村霸”

2017年9月，山东省烟台市公安局经缜密侦查，打掉了以杨某为首的恶势力犯罪团伙。经查，2012年以来，杨某先后笼络多名社会闲散人员，采用暴力、威胁等手段，欺压群众、打击报复竞争对手，非法垄断栖霞市唐家泊镇、蛇窝泊镇等地生猪屠宰、樱桃泡沫箱、风落果、樱桃物



流配货等行业。该团伙先后实施寻衅滋事、敲诈勒索、强迫交易等违法犯罪活动近20起，严重损害社会经济环境，造成恶劣社会影响。杨某在村“两委”换届期间通过威胁、恐吓等方式强迫部分村民投票，促成其姐夫冯某某成为村主任兼党支部书记，把持村集体事务。

### 3. “村官型村霸”

浙江省永康市唐先镇大后村的胡妙孩，身为村委会主任、村党支部书记，却长期打着为村里办事的幌子，想方设法大肆敛财、鱼肉乡里。不仅拿工程当“摇钱树”，伪造工程招投标文件和虚高的报价表，还巧立名目占有村集体资金，千方百计挪用巨资。比如在2013年7月21日，胡妙孩利用“外来人口之家”套房对外预售之机，对购房者按照10万元、15万元、20万元的不同标准收取押金，总共收取330万元押金，存入自己的私人账户。

## 三、当前治理村霸面临的问题

### （一）对村霸犯罪的立法不足

在村霸的违法犯罪中，虽然他们的很多违法行为能跟刑法中的某个具体罪名相对应，但是这种对应只能在刑法有规定的条件下对村霸进行处罚和制裁，无法凸显出对村霸犯罪打击的特殊性。村霸犯罪与一般的违法犯罪不同，它的长期性、复杂性、反复性等特征决定了一般的打击惩处方法对它很那起到根治的作用，现有的法律不能完全满足对村霸行为打击的需求。

### （二）取证困难

治理村霸之所以困难，是有很多原因造成的，其中一个重要的原因就是取证困难，不仅体现在群众向有关部门报案的主动性差，也体现在公安机关侦破案件时，在群众中调查取证也面临很多困难。一方面，村民为了能安稳生活、害怕报复，抱着“多一事不如少一事”的心态，多是能躲则躲、能忍则忍；另一方面，村霸犯罪

的手段也越来越隐蔽，特别是黑社会型村霸的犯罪方式逐渐从暴力犯罪向经济领域发展，开设了合法的企业和公司，把非法所得通过公司转成合法利润。

### （三）解决纠纷途径少

在农村，邻里之间出现了摩擦和纠纷，主要通过自行解决、民间调解、行政裁决、司法途径等方式，而农民的生活方式和习惯礼俗决定了他们再解决纠纷时，倾向于选择前两种方式。在法治不断推广的今天，司法途径本应成为解决纠纷的主要途径和首选方式，但是放在农村这个特定的环境下，司法途径的普及大打折扣。而向行政机关寻求裁决，村委会和基层派出所成为村民的首选，但是大多数村霸都有自己的靠山和后台，实际过程中，这个途径也难以发挥应有的作用。

### （四）农村警力严重不足

基层派出所承担了农村治安的重要任务，管辖涉及治安、消防、户籍、社区等内容，主要的执法工作是侦破简单的治安案件，调解民事纠纷、治安纠纷等，承担了大量琐碎的工作，但同时配备的人员又较少，因此大大降低了主动发现村霸犯罪的案件，不能第一时间发现和处理，只能等群众报案，被动出警，这样不但会错过最佳的收集证据时间，更让村霸有恃无恐增加犯罪次数和频率。

## 四、治理村霸的法律对策

### （一）善用禁止令

《刑法修正案（八）》的一大亮点是增加了禁止令制度，它规定可以对管制犯和缓刑犯适用禁止令，我认为，如果对禁止令的适用条件加以改进，制定专门针对村霸违法犯罪的禁止令，例如流氓型村霸对某个居民的长期骚扰行为，或者对某个场所的长期侵权行为，如果可以适用禁止令的话，禁止他们对特定人员或区域的侵

（下转第56页）

## 社区矫正损害修复在扫黑除恶专项斗争中的运用探讨

缪燕青

我国社区矫正工作于2003年开始试点，2005年扩大试点，2009年在全国试行，2014年在全国全面推进，15年来，全国累计接收社区矫正对象455万，累计解除矫正385万人，在册社区矫正对象70万人，接近全国罪犯总数的1/3，社区矫正的人均执行成本只有监狱的1/10，社区矫正期间社区矫正对象的再犯罪率只有0.2%。社区矫正工作对维护社会和谐稳定，推进平安中国、法治中国建设发挥了积极作用。

### 一、社区矫正损害修复

#### (一) 社区矫正损害修复定义

所谓社区矫正损害修复指在社区矫正工作中，运用社会修复的方法，对违法犯罪所损害的被害人（社区）、社区服刑人员、社会规范以及社会关系进行修复的过程，主要包括对被害人（社区）的补偿恢复、对社区服刑人员的矫正复归、对社会规范的效力修复以及对社会关系的修补回复等四重修复。

#### (二) 社区矫正损害修复的背景及意义

社区矫正损害修复是江苏省探索实践的一个较为新颖的刑事司法理念，它超越了国家本位的社会治理模式，在实现传统的刑罚报应正义目标之外，尊重保障社区服刑人员的权利，寻求对被害人、受害社区、受侵犯社会关系的恢复和补偿。

社区矫正领域知名青年学者、东南大学法学院教授、博士生导师李川教授介绍，社区矫正损害修复基本原理就是从犯罪是

对社会的侵害这一基本认识出发，认为包括社区矫正在内的刑罚执行作为对犯罪的回应，应承担起全面修复犯罪所造成的对社会各层面的伤害这一功能。社区矫正的损害修复有四个对象：受到破坏的社会规范、受害人（无被害人犯罪时就是受损害的社区）、存在犯罪人格的服刑对象以及社会关系与秩序。

中央司法警官学院院长章恩友评价“社区矫正损害修复项目”是我国社区矫正领域一项具有开创性的理论研究和实践创新工作，意义重大，值得关注和期待。他认为将损害修复相关理论引入社区矫正，适应了行刑文明化的进程，具有行刑社会化的实践基础，更是直接体现了恢复性司法的精髓，可以预期会有良好的发展前景。

司法部社区矫正管理局刑罚执行处处长郭健指出，第一，损害修复工作是对传统报复性司法的修正，是中国特色版恢复性司法。传统的刑事司法是一种报应性司法，认为犯罪是侵犯合法权益的有害行为，那么对于犯罪人就应予以关押、进行报复性制裁，剥夺其人身自由，甚至采取相应的惩罚手段，有以牙还牙、恶恶相报的内涵，报应性司法在犯罪的预防和罪犯的回归社会方面并不成功。20世纪70年代开始，刑事司法领域在反思报复性刑法的基础上，开始关注被害人权益保护问题，形成一种新的学说，即被害人学。进而发展形成一种新型的刑事司法制度，强调罪犯与被害

人及与社区社会的关系，而非单纯的罪犯与国家的关系；刑罚上强调罪犯对被害人损害的赔偿，以促进罪犯顺利融入社会为目标，而不是通过国家强制力来剥夺其自由；强调双方当事人对话协商，而不是仇视对立的关系，这就是恢复性司法。

第二，损害修复项目是江苏社区矫正工作的重大创新实践，是对我国社区矫正工作内容的深化和丰富，值得在全国推广。经过15年的实践探索，社区矫正工作快速发展，取得了良好的法律效果和社会效果：一是为维护社会和谐稳定作出了积极贡献；二是有效降低了刑罚执行成本；三是完善了我国刑罚执行制度；四是在国际上产生了良好影响。

损害修复是江苏社区矫正工作的重大创新实践，把恢复性司法理念引入到社区矫正工作中，建立被害人与犯罪人损害修复协商会议制度、被害人及社区代表性社会组织制度、被害人与社区知情建议制度，着力矫正修复社区矫正对象、补偿修复被害人和社区、修复法律道德等社会规范效力、修复被犯罪行为破坏了的社会关系和社会秩序。通过与东南大学法学院合作，引进先进理念和智力支持，制定《社区矫正损害修复工作指引》，推动这项工作向纵深发展，拓展和丰富了社区矫正工作内涵，一定会取得很好的法律效果、社会效果和政治效果。司法部社区矫正管理局局长姜爱东也高度肯定社区矫正损害修复项目。

### （三）社区矫正损害修复的内容

“社区矫正损害修复”具体该修复哪些方面？又该怎么修复？李川教授介绍，损害修复的初步目标是对包括法律和道德在内的社会规范的效力进行修复，通过刑罚执行的威慑性和对社会的规范教育，使行刑对象和社会整体都认识到法律及道德规范的权威和效力，内心形成对规范的自

觉认可和接受。直接目的是教育改造犯罪人，矫正其扭曲人格和反社会特性，使其恢复正常人格，可以无害回归社会正常生活，不再构成对社会的损害。根本宗旨是实现对社会关系和社会秩序的修补回复。就社区矫正修复的方法而言，按照行刑不同的修复目标和工作机制，采取针对性和科学化的方法，可以有效实现修复目标。

#### 1. 社区矫正损害修复的基本原理

从犯罪是对社会侵害这一基本认识出发，认为包括社区矫正在内的刑事执行作为对犯罪的回应，应承担起全面修复犯罪所造成的对社会各层面的伤害这一功能。

社区矫正是根据已生效的刑事判决对犯罪人在社区中进行矫正的刑事执行活动。犯罪的直观表现是犯罪人与被害人的冲突，但实质上也是作为个体的犯罪人与作为群体的社会的之间冲突，也即各个层次社会秩序的损害。违法犯罪行为发生后，国家运用包括社区矫正在内的行刑手段使报复性正义得到伸张，然而，纯粹回测性、报应式的行刑活动，不仅忽视了被害人和被害社区的权益保护与恢复，也无法修复违法犯罪所破坏的原有社会秩序。从社会司法、社会治理的宏观视野看，社区矫正刑事执行工作既要惩罚犯罪人，矫正其犯罪心理和行为恶习，更应注重修复因犯罪行为而损害的社会关系。因此，以教育矫治为中心，大力实施损害修复工程，应当成为社区矫正科学发展方向。

#### 2. 社区矫正损害修复的基本内涵

社区矫正损害修复指在社区矫正刑事执行过程中，运用社会修复的方法，对犯罪所损害的社会规范、被害人（社区）以及社会秩序进行修复的过程。因此，损害修复在内涵上分为四个层面的修复：对社会规范的效力修复、对被害人（社区）的补偿修复、对社区服刑人员的矫正复归以

## 扫黑除恶专题

及对社会关系（秩序）的修补回复。第一，损害修复的初步目标是对包括法律和道德在内的社会规范的效力进行修复，通过刑罚执行的威慑性和对社会的规范教育，使刑对象和社会整体都认识到法律及道德规范的权威和效力，内心形成对规范的自觉认可和接受。（双面预防理论）

第二、损害修复的直接目的是教育改造犯罪人，所正其扭曲人格和反社会特性，使其恢复正常人格，可以无害回归社会正常生活，不再构成对社会的损害。（教育矫正理论、复归社会理论）

第三，损害修复的核心任务是通过被害参与和补偿机制完善，对被害人和社会（通常是通过社区代表）进行补偿恢复。有具体被害人的情形下就是通过对具体被害人进行补偿救助，无具体被害人的情形下就是对受损害的局部社区进行补偿恢复。（恢复性司法理论、被害保护理论）

第四，损害修复的根本宗旨是实现对社会关系和社会秩序的修补回复。主要是通过社会关系代表对犯罪人的谅解而恢复和谐，使犯罪人顺利融入社会，恢复稳定安全的社会秩序。

### 3. 社区矫正损害修复的基本方法

(1) 形象角色修复。注重树立社区服刑人员社会形象和角色，作为其恢复正常社会人格的重要内容。包括教育社区服刑人员知悉正常的社会形象和角色形态；帮助社区服刑人员追求和实现社会形象和角色的正常化。

(2) 认知心理修复。注重教育修复社区服刑人员心理认知，使其形成正确的行为认知状态，从心源上防范再犯。包括运用认知行为科学和心理学知识，教育社区服刑人员形成健康向上的价值观和人生观，恢复正常认知水平；开展心理疏导和治疗、社会参与等多种形式，多样化纠正其扭曲

认知，从不敢犯到不想犯。

(3) 复归能力修复。注重培养塑造社区服刑人员回归社会能力，使其减少社会不适和排斥，无缝复归社会。包括培养社区服刑人员社会交往和融入能力，使其形成正常的社会往来和交往关系，有效实现社会接纳和融合；培养社区服刑人员社会生存、工作等能力，使其能够正常工作生活，防止再犯发生。

(4) 受损权益修复。将保障修复被害人（社区）受损权益作为社区矫正教育矫正内容之一。包括关注保障被害人（社区）的知情权、建议权，邀请被害人、社区代表参与到社区矫正工作中；通过社区服刑人员的劳务补偿等，最大可能弥补实现被害人、社区的受损权益恢复。

(5) 沟通协商修复。注重社区服刑人员与被害人、社区代表之间沟通协商，促使社区服刑人员自我反省和主动接受矫正，减少社会复归阻力，同时保障被害人、社区代表的参与咨商。通过咨商会议、咨商网络、专门拜访等方式，促使社区服刑人员认罪悔罪，也促进被害人（社区）谅解社区服刑人员，减少误解排斥。

(6) 规范价值修复。注重对社区服刑人员开展思想教育、法制教育、社会公德教育等。包括促使社区服刑人员认知法律道德等社会规范的意义价值，重树对法律道德等规范权威的尊重；促使社区服刑人员认识社会规范的价值功能，形成规范遵守的自觉意识和自愿行动。

## 二、开展扫黑除恶专项斗争背景意义

### （一）目的：

1. 开展扫黑除恶专项斗争，是遏制刑事犯罪高发、增强人民群众安全感的迫切需要，是维护社会主义市场经济秩序、创造良好发展环境的迫切需要。是加强政权建设、巩固党的执政基础的迫切需要。



2. 扫黑除恶为了净化社会空气，匡扶正义，为民除害，最终是为了打造一个更加美好和谐的社会。扫黑除恶不仅是一个维护社会治安的问题，也是一个重要的政治问题，对于深入推进反腐败斗争，维护党的执政形象，巩固党的执政地位都具有重要意义。

3. 通过深入扫黑除恶，进一步树立党和政府以及广大干部的良好形象，取信于民。黑恶势力的存在就是一面镜子，通过它能照出我们党和政府以及各级干部在老百姓心目中的形象正不正，能力强不强。由此也决定着老百姓对我们的信任不信任，以及有无信心。

4. 扫黑除恶有利于维护法律尊严，保护人民群众的合法权益；有利于维护社会稳定和促进经济健康发展；有利于构建社会主义和谐社会；是落实以人为本科学发展观的体现。

#### （二）意义：

事关“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴中国梦的实现；事关人心向背、治乱兴衰；事关全面建成小康社会。

### 三、社区矫正损害修复和扫黑除恶专项活动的关系

（一）损害修复的直接目的就是促进了社区矫正人员顺利融入社会，预防和减少犯罪，消除可能重新犯罪的因素，帮助其成为守法公民，促进社会和谐。与扫黑除恶的基本目的一致。

（二）损害修复是扫黑除恶专项活动在社区矫正工作的间接表现手段。损害修复是方式方法，一种具象的手段活动，是为社区矫正服务的，而社区矫正是扫黑除恶专项活动的重要途径。

（三）两者为具有一定意义上的包含关系。在社区矫正中涉黑涉恶的罪名，常涉及的主要有：组织、领导、参加黑社会

性质组织罪，聚众斗殴罪，强迫交易罪，寻衅滋事罪，敲诈勒索罪，非法拘禁罪，组织卖淫罪，强迫卖淫罪，开设赌场罪，故意毁坏财物罪等九项罪名。有以上罪名的社区服刑人员是作为损害修复工作的必要组成部分。

### 四、在扫黑除恶活动中开展社区矫正损害修复的方式方法

#### （一）运用方式方法

成立由矫正小组以及专业心理咨询师、社会工作者组成的损害修复小组，由社会工作督导担任小组组长是在扫黑除恶活动中开展社区矫正损害修复的重要方式方法，具体从以下几个方面实现。

##### 1. 角色扮演 (Cosplay)

通过角色扮演这种新颖的形式，以角色和感情带入的方式，让社区服刑人员扮演在此次案件中所有角色，换位思考自己为何扮演了现在这个犯罪人的角色，感知自己所犯的罪行，体会到受害人的所受的创伤。以切身感受从心理层面认知错误，达到深刻的悔罪效果。

##### 2. 内心救赎 (Innermost redemption)

在角色扮演的基础上，通过谈感受、写心得，自我启发，自我救赎，从内心建立起自己的罪过思想体系。同时，损害修复小组成员全程介入，帮助其逐步形成新的价值观和人生观。损害修复小组的主要工作方式是通过心理辅导进行外部救赎，帮助纠正修复其内心扭曲的世界观和价值观，感知真善美，唾弃假恶丑，明辨是非。

##### 3. 复归能力 (Return aptitude)

涉黑涉恶服刑人员或多或少融入社会、交际能力较弱，有着自己独特的交友圈，社会上对他们的评价多为“地痞流氓、狐朋狗友、蛇鼠一窝”，比较抵触，所以犯罪人相互之间很容易因为同样的社会背景和共同语言又走到一起。因此，提升他们

## 扫黑除恶专题

的复归的能力是预防再犯罪的前提。一是免费提供合理必要的职业技能培训，有一技之长，保证基本生活来源；二是通过心理咨询，了解其社交技能缺陷，通过小组活动培养其沟通交流正常社会圈的能力。三是发动矫正小组、身边亲朋好友邻居给予正面的引导和激励式的评价，使其觉得未被边缘化，从而远离原先的社交圈，建立新的积极向上的社会关系群。

### 4. 构建价值 (Build values)

构建价值是通过对涉黑涉恶服刑人员开展思想教育、法制教育、社会公德教育和人文国粹文化教育，促进其自我建立新的社会价值观，改变其扭曲的社会道德标准。同时，联系好监狱、看守所等兄弟单位，进行进监集中教育，体会入监生活。通过深度体验、深度参与、深度拓展，促使社区服刑人员强化自我认知和建立新的社会价值观的意识，认罪悔罪赎罪，尊法知法守法，自觉接受矫正。

### 5. 权益修复 (Rights protected)

当前社会被害人的保护在实践中还需要进一步的深化和完善，尤其是被害人仍然游离于自己的诉讼之外，被动的接受最终的结果，被犯罪侵害的权益得不到及时、有效的修复。涉黑涉恶的服刑人员的被害人，虽然得到了一些经济补偿，但是破损的人际关系、社会关系没有得到重视并进行修复。因此，修复小组对被害人的权益修复亟待填补空缺，同样包括被害人社区修复。主要是通过赋予被害人（被害社区）知情权、建议权，并让服刑人员参与必要的公益活动和社区劳务补偿受损权益，这方面可以引入香港等地的社会服务令的方式实现。

### 6. 沟通协商 (Communication)

充分发挥损害修复小组里社会工作师的小组沟通协商技能，通过让涉黑涉恶服刑人

员本人、被害人及亲属、村社区代表相互协商沟通，了解损害修复的具体过程，掌握服刑人员的思想动态、悔罪表现，从而实现把对被害人（社区）的补偿恢复、对社区服刑人员的矫正复归、对社会规范的效力修复以及对社会关系的修补回复等四重修复的缘由和进度反馈到被害人（社区）。

## （二）本地区经典案例

最近一部《少年的你》的电影上映，火爆银幕。此片充分反映了当下社会一个不可避免的社会问题——校园霸凌。下面就本地区一个案例来充分说明这类具有黑恶性质的案件是如何进行损害修复的。

小明（系化名），男，1999年5月出生，职高毕业，户籍地、居住地均为常州市武进区横山镇。2018年10月，因犯强迫卖淫罪被武进区人民法院判处有期徒刑二年，缓刑三年，矫正期自2018年10月04日至2021年10月03日。2018年10月08日，小明到武进区司法局报到，由矫正中心与横山镇司法所负责对其社区矫正。

小明从小生活在农村，父母均为农民，学习成绩较差。父母平时工作繁忙，他从小有就祖母带大，无人管束，因此交友繁杂，和社会上的不良青年长期厮混在一起，最终走上犯罪道路。

小明自入矫后，虽然表面上遵守社区矫正的各项规定和纪律，但内心里不当回事，对自己的犯罪行为满不在乎，也没有悔罪认罪的态度。

### 1. 损害修复实施情况

#### （1）社会规范修复

接收小明后，社区矫正中心、司法所安排其学习《刑法》《江苏省社区服刑人员监督管理办法》等规定，细致讲解社区矫正中必须遵守履行的规定和义务。针对小明此次犯罪的主要原因在于法律观念淡薄，是非混淆不清，因此应加强法律规范

道德教育，强化法律意识，使其认识到自身行为的严重性和危害性。因此，中心和司法所邀请法院、检察院办理刑事案件的资深专家对小明多次进行联合教育，首先是联系2018年同年神木15岁少女被同龄人强迫卖淫后殴打致死并肢解案等社会热点案件进行比较分析，用启发诱导式语言引导小明深入思考自己的行为。其次，要求小明换位思考，假设自己是女性，或者假设受害人是自己的女性直系亲属，在男性违背女性意志甚至使用暴力手段强行与受害人发生关系时，体会受害人的无助、愤怒和痛苦，从而意识到自己的行为已构成犯罪，给同学带来巨大的伤害。

#### (2) 社区服刑人员修复

①进行特困帮扶与亲情帮教。小明入矫后，没有工作，父母因为本案的民事赔偿而倾家荡产。因此矫正机构积极帮助小明办理失业登记，还帮助小明根据他在学校所学的专业，在当地联系了一家修车行。同时，司法所工作人员还会同村委负责人，多次走访本案受害人家属，努力化解双方之间的矛盾。此外，还请小明父母在生活上多关心小明，劝说儿子远离以前的交友圈子。

②开展传统文化教育。矫正机构邀请常州大学、常州孔子思想研究会老师专门与小明谈心，用传统文化中“仁”“义”“孝”等精髓，通过故事等形式引导小明反思自己行为，展望未来生活鼓励小明多积极参加社区服务，多为社会和他人服务，形成对社会的自觉贡献认识，体验到社会参与感和主人翁角色，形成对社会的奉献意识。

③进行心理疏导教育。通过多次教育走访，小明认识到自己的行为是一种犯罪行为，给同学带来伤害，承认错误，受害人家属也对小明的行为表示一定的谅解。针对小明交友圈子繁杂的问题，司法所及

时调整矫正方案，告知如何正确的处理人际关系，并请心理咨询师介入辅导，用身边真实案例进行警示劝导教育。

#### (3) 被害人（社区）修复

因此案涉及被害人的个人隐私，矫正机构一是建立受害人知情建议体系。因被害人曾经和小明交往过一段时间，矫正机构单独与被害人多次交流，征求被害人对小明矫正的意见建议并在教育矫正过程中定期向其提供小明的矫正信息，及时采纳了被害人的两个建议：即在无法面对小明的情况下，采取电话录音的方式，表示了其对小明的看法；要求司法所尽量帮助小明学习新的专业知识，转移小明注意力、引导其开始新生活的两条建议。二是引入社会帮助。联系村委、民政等部门，为小明提供免费的技术知识培训。三是营造平稳环境。针对小明法律意识淡薄，告知其父母在日常生活中多暗中观察小明，看其是否有不正常的行为表现，是否还会去找被害人，及时向矫正机构反映。小明在接受谈话教育时表示对新生活满意，对被害人心怀歉意。

#### (4) 社会关系（社会秩序）修复

建立了由司法所工作人员、村治保主任、社区民警、社区服刑人员家属、志愿者组成的矫正小组，小组成员各司其责，对小明实施教育矫正。司法所负责日常监管教育，村治保主任协助教育，社区民警常上门走访，勤敲警钟。同时，侧重于对家庭关系的修复，抓住小明对祖母较为孝顺的特点，通过与小明父母的沟通了解，请小明祖母生活上多关心小明，给予充分的温暖，促进其正常交往、工作、生活。

联系其原就读学校的领导和老师，进行双向修复。通过和其原班主任的沟通交流互动，消除原先在学校读书时形成的所谓“差等生”的隔阂，让小明放下心中的

## 扫黑除恶专题

执念和不满，重构积极向上、互相尊重的师生关系。

引入社会力量加强对小明的教育引导，促进融入社会。依托社区矫正中心，邀请法院、检察院等部门工作人员，每季度与小明见面进行联合教育；同时运用专业社会组织优势对小明进行心理辅导、生活帮扶。

### 2. 损害修复效果

通过一年多的教育矫正和损害修复实施，工作人员帮助小明学习相关法律法规常识，使他对自己触犯法律、对被害人造成伤害有了正确的认识和悔悟。小明目前工作、生活稳定，与周围人群关系包括与被害人关系都得到了明显改善。

### 3. 案例总结启示

本案中，综合运用形象角色、认识心理、复归能力、规范价值、受损权益、沟通协商等方法，在社会规范、社区矫正人员、被害人和社会关系（社会秩序）等修复层面，取得了良好成效。其中在社会规范修复层

面，创新运用了角色互换体验式的修复方法，大大增强了小明的自觉规范服从意识，促进了其自觉守法体验。在社区服刑人员修复层面，运用了亲情帮教、传统文化和心理疏导教育等手段，多方面全方位教育社区矫正人员形成社会生活机能，适应正常人格角色，得以顺利复归社会。在被害人修复层面，应用了受害人知情建议系统，实现了受害人与社区矫正人员双赢的效果，受害人权益得到有效保障，社区矫正人员改造效果也大大增强，改造效益大大提升。在社会关系（社会秩序）层面，整合发挥矫正小组作用，多管齐下、多措并举，更好地巩固教育矫正效果。引入专业社会组织帮扶，有利运用社会自身机制实现社会修复，节省了管理资源，提高了修复效率。

（作者单位：武进区司法局）

（上接第 49 页）

害，将大大减少村霸给群众带来的危害。

### （二）完善选举制度

目前我国刑法对农村破坏选举的行为还没有明确的规定，对破坏农村选举的犯罪分子在惩治上无法可依。我国刑法中的破坏选举罪是指，在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。显然此罪不适用于村委会选举，建议制定村民委员会选举的相关法律法规，从根本上规范和完善选举制度。

### （三）加强对证人的保护

实力较大的村霸内部成员较多，即使主要犯罪分子落网，其他外逃的人员也可能伺机报复举报人、证人和被害人，为提高村民举报的积极性，证人作证的积极性，应该加强对村霸侵权案件中证人和被害人的保护，在这点上，新刑诉中对危害国家安全罪、恐怖活动犯罪等几类案件的证人、鉴定人、被害人的保护措施值得借鉴。

（作者单位：武进区民政局）



# 自然生态环境领域的综合治理路径研究

——以溧阳市生态环境违法犯罪案件分析为样本

高雅婷 宋瑜

党的十八大以来，中央高度重视生态文明建设，以“两山”理论为代表的习近平生态文明思想，为我国协同推进经济社会发展与生态环境保护提供了根本遵循。2020年1月全国生态环境保护工作会议的召开，更明确了本年生态环境保护工作的总体要求和主要目标。为积极响应中央号召，深入贯彻习近平生态文明思想，坚定不移落实新发展理念，积极参与到生态环境保护行动中去。本文试通过分析溧阳市范围内2017年至2019年该领域违法犯罪案件，作出报告如下：

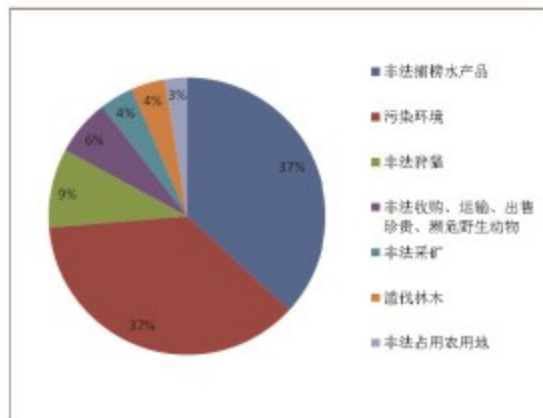
## 一、自然生态环境违法犯罪案件的总体情况

### （一）基本情况

#### 1. 生态环境领域的刑事案件

自2017年以来溧阳市范围内生态环境犯罪一审公诉案件共73件152人，其中2017年29件68人，2018年28件48人，2019年16件36人。

在办理的73件生态环境犯罪案件中，非法捕捞水产品案28件和污染环境案均为28件，各占案件总数的38.36%；非法狩猎案7件，占约9.59%；非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物案5件，占约6.85%；非法采矿案和滥伐林木案各3件，各占4.11%；非法占用农用地案2件，占约2.74%。（如下图所示）

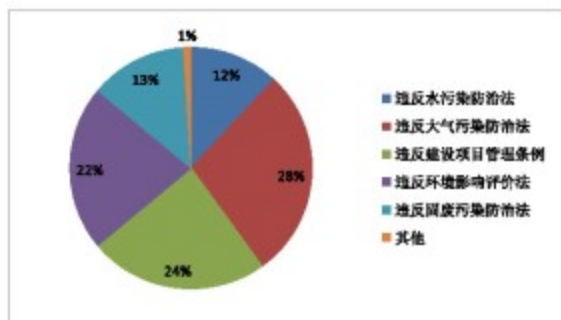


#### 2. 生态环境领域的行政处罚案件

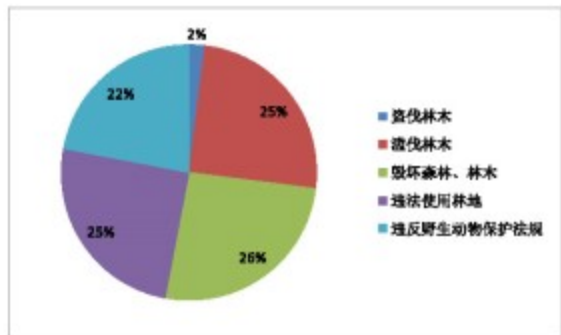
2017年以来，溧阳市范围内生态环境领域的行政处罚案件共有995件，其中环保类的有708件，涉渔类的有234件，涉林类的53件。

其中环保类的行政处罚案件中，违反大气污染防治法198件，占总案件的28%；违反建设项目管理条例170件，占总案件的24%；违反环境影响评价法154件，占总案件的13%；违反水污染防治法85件，占总案件的12%；其他9件，占总案件的1%。

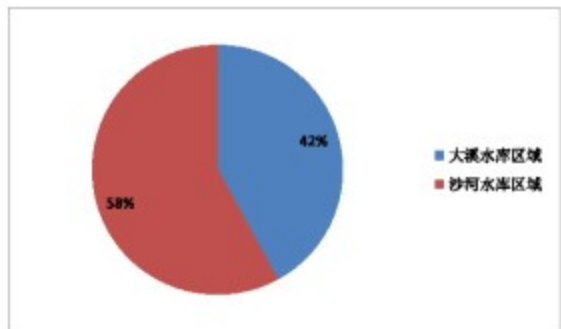
（如下图所示）



其中涉林类的行政处罚案件中，毁坏森林、林木案件 14 件，占总案件的 26%；滥伐林木案件 13 件，占总案件的 25%；违法使用林地案件 13 件，占总案件的 25%；违反野生动物保护法规案件 12 件，占总案件的 22%；盗伐林木案件 1 件，占总案件的 2%。（如下图所示）



其中涉渔类的行政处罚案件中，大溪水库区域 99 件，占总案件的 42%；沙河水库区域 135 件，占总案件的 58%。（如下图所示）



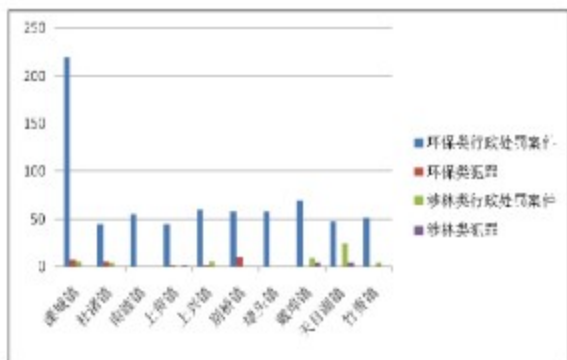
## （二）案件特点

1. 作案手段粗暴，破坏性大。从办理的非非法捕捞水产品案件中发现，犯罪使用的工具大多为丝网、电鱼竿、地笼网等，这些工具虽然简单易得，但是抓捕面积广、破坏性大，比如罗某非法捕捞水产品案件中，二人使用总长度约为 500 米的丝网大量捕捞鱼类共计 34 公斤，给大溪水库的水生态环境造成了恶劣的影响。与此同时，在办理的非非法狩猎案件中发现，大多使用气枪、矿灯照明、改装带钩鱼竿掏鸟窝等方式抓捕，抓捕到的动物数量非常大。比如，周某等人非法狩猎案中，虽然犯罪分子只采用了简单的电筒照明、手捉的方式抓捕蟾蜍，但是由于作案人员多、范围广，在很短的时间内就能捕捉到数量庞大的蟾蜍。

2. 作案心理侥幸，暴利驱动。不少犯罪分子之所以不惜一切代价铤而走险，正是因为其背后有着高额利润的诱惑。特别在非非法采矿案件中，发现赚钱的周期短、利润大，这使得犯罪分子以身试法，如刘某非法采矿案中，仅仅一个多月的时间，通过非法开采矿石 5 万多吨并销售，获得利益 57 万多元。

3. 作案地点相对固定，分布不均。从案发所在地来看，目前关于破坏生态环境违法犯罪的案发地已经呈现出相对固定的趋势。最为明显的是，非法捕捞违法犯罪行为，在本市主要集中在沙河水库和大溪水库。经调查发现，28 件非法捕捞水产品犯罪案件中，在沙河水库、大溪水库的就有 24 件。与此同时非法捕捞水产品行政处罚案件中，都是集中在这两大水库。与此同时，污染环境犯罪案件和环保类行政处罚案件中，溧城镇的违法犯罪率明显高于其他乡镇。另外非法狩猎犯罪案件和涉林类行政处罚案件中，天目湖镇则是高发地。





## 二、目前自然生态环境保护方面存在的问题

### (一) “野味”交易泛滥，利益“触目惊心”

本市天目湖地区因其特殊的地理位置，林地较多、水资源丰富，该地区的非法抓捕野生动物活动位居榜首，成为本市非法狩猎违法犯罪行为的高发地。而这高案发率的背后，“暴利”的驱使，则是根本原因。目前来看，市场已经形成了一条从非法猎捕、运输到贩卖野生动物的完整利益链。猎物层层转手，“身价”可飙升十余倍。例如，在一起非法猎捕4万只夜鹭案中，发现猎户出售的价格为每只8至12元不等，到第二手中间商收购价格为20至30元，后运输并贩卖至广东地区则经由第三手收购方价格上升至60至80元，如果再卖到各大小饭店后则更是成为了价格不菲的“豪宴”。

### (二) 打击力度不够，违法成本较低

从已判决的情况来看，自然生态环境类案件罪名85%集中在非法捕捞水产品罪、污染环境罪和非法狩猎罪三个罪名，而这三类罪名的单处罚金及缓刑适用的比例高达68.6%。这使得犯罪成本大大降低，也促使犯罪分子在巨大经济利益下愿意铤而走险。实践来看，判处实刑的案件只有23人，数量很少，由此可见这类案件的刑罚

威慑效果发挥得并不够理想。与此同时，在破坏自然生态环境领域的行政处罚案件中，罚金的额度也明显较低，比如环保类的罚金3万元以下的占到60%，涉林类的罚金在5000元以下的占到67%，涉渔的罚金1000元以下的占到85%。

### (三) 行政司法失衡，执法联动不足

实践中，一般破坏自然生态环境类犯罪案件大多来自于相关行政部门的移送，尤其体现在环保类。事实上，有案不立、有案难移、以罚代刑等问题一直是制约生态环境保护的瓶颈。比如，近三年环保类的行政处罚案件有708件，而作为犯罪处理的污染环境罪案件只有28件。可见行政案件与犯罪案件的数量严重失衡，反映出了行政、司法衔接存在一定的问题。目前，溧阳市人民检察院已联合市人民法院、市公安局、市监察局、市环境保护局、市水利局、市农林局、市国土资源局作为市环境保护执法联动机制成员单位，并制定了环境保护联动执法机制的实施方案，方案对联席会议、信息互通、统一标准等方面进行了详尽的规定。

### (四) 案件取证困难，技术鉴定复杂

在非法采矿、环境污染等案件中，第一时间接触到案发现场的往往是行政机关，行政机关在行政执法活动中收集的证据难以满足刑事案件证据的需要，而此类案件的证据具有即时性、瞬间性的特点，破坏或者污染一经发现便需及时取证鉴定，否则随着生态自净将难以取证，且这类案件一般都需要专门机构对破坏现场、污染现场进行技术鉴定和损害评估，而从取样到鉴定并形成报告的时间跨度较长，这就可能导致此类案件的证据容易在案前毁损灭失或在办案期限内难以取得。如环境污染中具体排放、倾倒或者处置污染物质的质



## 调查研究

量、数量往往随着空气、水流的稀释而难以获得精确的数据。此外，类似的问题还有非法占用农用地罪中关于“造成耕地大量毁坏”的程度没有统一标准，滥发林木罪中关于体积测量的计算方法单一等等。

### （五）法律知识欠缺，环保宣传不足

犯罪分子在实施该类犯罪活动过程中，往往没有认识到自己在实施犯罪行为，或者意识到自己行为并不合法但不清楚自己行为的法律后果。在讯问中发现，有些非法捕捞水产品的犯罪分子起初常以自己不知禁渔期捕鱼属于犯罪而拒不认罪，后在法律教育与释法说理中才逐渐认识到自己行为的严重性。还有些犯罪分子表示对野生动物的范围理解存在偏差，不知道自己猎捕的行为会对生态环境造成恶劣印象等等。另外，发现有些犯罪分子的前科劣迹颇多，而且集中在自然生态环境类违法犯罪方面，比如钟某非法捕捞水产品案件，钟某曾因非法捕捞先后被行政处罚过7次，被刑事处罚过1次。

### （六）生态修复滞后，效果差强人意

虽然目前对于破坏生态环境犯罪案件一直在强调贯彻落实恢复性司法的理念，实际上在办理此类案件中本院也确实作出了很多尝试，比如补种复绿、植树造林、增殖放流等措施。但令人遗憾的是，个别污染环境案件中产生的大量污染物并没有真正做到尽早治理、真正解决的效果。究其原因，主要是环境治理的资金非常庞大，而涉案的企业无法支付巨额费用，政府也没有专门的资金足以支付该费用。因此，生态修复的资金问题成为阻碍恢复性司法措施前进的重要因素。

## 三、自然生态环境保护领域的综合治理路径

### （一）严惩不法交易，守护野生动物

安全。一是调动公安机关的力量，全力摸排线索，集中查处一批破坏野生动物资源的违法犯罪案件。二是加强重点领域行业监管和行政执法，市场监管、农业农村（渔业）、林业主管部门要针对野生动物饲养、繁育、猎捕、运输、出售、购买等各个环节，开展联合执法，做好疫情防控工作。三是深入推进公益诉讼检察与生态环境损害赔偿制度衔接，支持行政机关开展生态环境损害，共同保护野生动物资源。

（二）加强打击力度，激活惩处措施效能。在打击生态环境领域的违法行为方面，建议加强检察机关与相关行政部门的执法联动，建立线索移送机制，尤其是可能涉及公益诉讼的线索应当第一时间实现线索移送、配合协作。与此同时，在打击生态环境犯罪方面，法检可定期召开联席会议，出台相关办法，严厉打击非法捕捞水产品、非法狩猎等频频发生在人民群众身边的违法犯罪案件，以罚促教，同时慎用缓刑，建立环境资源类刑事犯罪缓刑适用考评机制，必要时可以公开听证，以期达到惩防统一的效果。另外可适用“从业禁止”处罚，加大教育及惩罚力度。

（三）加强执法合力，放大生态保护能量。一是要因地制宜、与时俱进，根据本市实际情况，完善环境保护联动执法机制。二是“一分部署，九分落实”。要紧抓行动落实，建立工作交流群，加强各成员单位间的联系与互动。三是要有主动“回头看”的责任意识，加大总结调研分析的力度，及早发现问题，深挖案件线索，将生态环境保护的工作真正落到实处。

（四）明确统一标准，尽快解决办案难题。就办案中出现的取证难、鉴定难等问题，公安、检察院、法院可及时会商，

（下转第66页）

# “审务进基层，法官进网格”的实证研究

——以天宁区人民法院兰陵法庭实践为样本

符诗

司法治理是基层法治建设的重要组成部分，“审务进基层，法官进网格”是司法治理的创新举措，是非诉讼纠纷解决机制的重要途径，三者环环相扣。在法治的前提下提倡社会成员的自治性，在注重公平解决纠纷的同时兼顾效率，在弘扬依法维权意识的同时提倡协商与双赢，探索适应我国社会现实的法治建设体系。本文选取常州市天宁区人民法院兰陵人民法庭（以下简称兰陵法庭）的实践情况作为实证研究的样本，着重研究兰陵和茶山地区的“审务进网格，法官进社区”工作情况，经过一年的实践，取得一定成效，同时也暴露出一些问题，对完善全市基层法治建设具有一定的借鉴意义。

## 一、兰陵法庭“审务进基层，法官进网格”的总体概况

自属地办公以来，兰陵法庭首先在常州市范围内开展“审务进基层，法官进网格”工作，从经济发展、司法服务、社会治理三个方面出发，通过实地走访、深入调研、团队合作等方式，维护居民和企业合法权益，推动社会治理现代化，保障辖区和谐稳定。

### （一）服务经济发展，助力复工复产

兰陵法庭深入贯彻落实习近平总书记关于“法治是最好的营商环境”重要指示，全力推进法治化营商环境建设，支持企业复工复产。法庭多次走访常州服装一厂、

溢达服装公司、华利达集团、纺兴机械公司等企业，主动倾听企业的声音，了解企业发展状况，规范和引导企业良性发展。针对企业经营过程中遇到的各类法律问题，法庭提出预防劳资纠纷风险提示，支持企业自主创新和品牌价值保护，为企业疫情期间复工转产提供司法保障，切实发挥司法裁判对市场主体行为的规范和引导作用，促进各类市场主体树立规则意识，依法规范经营。

### （二）优化司法服务，打通最后一公里

兰陵法庭创新司法服务模式，以司法为民为基本原则，积极探索“让当事人少跑路”的便民措施：一是开展网上办案，法庭通过网上立案、跨域立案、网络庭审、庭审直播、裁判文书上网等方式，开启全流程网上办案，借助信息化办案手段，全面提高办案质效。二是建立巡回法官制度，法庭为辖区各社区指定巡回法官，负责日常司法服务工作，自2019年9月开始，巡回法官已累计值班50余次，开展法治讲堂2次，案例巡展1次，网格长会议2次，调处纠纷十余件。三是确立网格化管理模式，法庭联合街道和派出所绘制辖区网格地图，各网格指定巡回法官处理案件，分案到社区、分案到个人，定期统计各社区的收案情况，出具审判分析报告。

	兰陵街道		茶山街道	
	社区(村委)	收案数(件)	社区(村委)	收案数(件)
1	复兴村委	8	常春村委	136
2	茶山村委	45	群力村委	13
3	荡南村委	22	丽华村委	37
4	九洲新世界	40	勤丰村委	18
5	乾盛兰庭	17	红梅村委	5
6	工一社区	23	富强村委	18
7	工二社区	27	朝一社区	22
8	浦南社区	24	朝二社区	24
9	浦北新村	64	丽一社区	62
10	天安河滨	19	丽二社区	87
11	浦陵社区	39	丽三社区	40
12	国泰名都	21	人民家园	31
13	世纪华城	9	清一社区	20
14	弘阳社区	16	清二社区	18
15	浦前村委	19	清三社区	27
16			同济社区	15
17			富强社区	8
18			清东社区	17
19			新城逸境	20
20			华润社区	45

### (三) 推动社会治理, 小事不出社区

兰陵法庭积极参与辖区社会综合治理, 推动辖区政法协同办案, 利用人民调解员、律师、社区干部、网格员、社区民警等多方力量参与调解, 构建大调解格局, 把非诉纠纷解决机制挺在前面, 把矛盾化解在基层, 最大限度做到“小事不出社区”。在扫黑除恶专项斗争中, 法庭向相关部门移送涉黑涉恶类案件2起; 在富强村委姚某某与薛某某相邻关系纠纷、荡南村委拆迁补偿纠纷、世纪华城业主纠纷等案件中, 法庭多次派员到相关部门参与协调工作; 在兰陵某艺术馆滴水纠纷中, 法庭邀请工二社区工作人员参与调解; 在高成来阳批量案件中, 兰陵和朝阳桥派出所庭审期间警务派驻10余人次。

## 二、兰陵法庭“审务进基层, 法官进网格”的典型经验

兰陵法庭作为城区派出法庭, 地处江宁、钟楼、武进交汇点, 城区与农村的结合体, 经济形式多样, 人口密布, 矛盾纠

纷较多, 在“审务进基层, 法官进网格”工作中, 既有一定的代表性, 又存在自身的独特性。

### (一) 巡回法官进社区, 助推网格化纠纷

司法机构的任何创新都必须顾及其他政府部门的反应, 必须考虑现有的管理机制。兰陵法庭结合辖区网格化建设, 贯彻落实习总书记“坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”的重要指示, 深入推进多元纠纷化解工作, 建立巡回法官工作制度, 关口前移加强诉源治理, 合力共防共治社会风险。

兰陵法庭将辖区35个社区(村委)按片区划分, 指定“巡回法官”开展值班工作, 负责为社区民事纠纷的调处提供法律指导, 根据网格事项清单配送法律服务, 协同开展法律咨询、法治宣传、民生茶座等志愿活动。兰陵法庭制定《工作职责清单》和《巡回法官工作制度》, 加强监督和管理, 确保巡回法官各项工作落到实处, 打造一支服务好、素质高、纪律严的巡回法官队伍。“巡回法官”定点值班常态化, 需进行来访人员的信息登记, 及时处理和反馈信息, 做好提示报告工作, 必要时发出法律风险预警。



### (二) 庭所共建新模式, 打好综治组合拳

在纠纷形成于城乡二元结构新社区的背景下, 兰陵法庭会同辖区五所签订《庭所共建备忘录》, 借鉴民事诉讼中的协调



主义理论，以达到实质上终结纠纷的效果为目标，充分发挥城区派出法庭的桥梁纽带作用，共建多元解纠格局。兰陵法庭与辖区五所共同创建信息协作平台，开通绿色通道，协助法庭进行信息查询、文书送达、调查取证等工作，为法庭的审判工作提供职能帮助，必要时联合五所进行案件会商，实现信息共享，协同办案零距离。



社区纠纷的解决的目标不仅在于案结事了，更重要的是纠纷调处对社会公众形成的引导和示范作用。庭所共建”是司法调解、人民调解、行政调解、律师调解、社区调解的大融合，针对婚姻家庭、物业管理、邻里纠纷等个案问题，要求社区先行调解，了解基本情况，再是人民调解、行政调解或律师调解，进行法律预判，最后进入司法调解，形成三层级调解模式，达到法律效果和社会效果的统一。



### （三）司法服务多样化，预约订单送上门

兰陵法庭结合全要素网格化管理新模式，依托社区和网格建立法治宣传预约点单平台，实现法庭与社区的无缝衔接。法庭结合辖区易发多发的纠纷类型，为社区、学校、企业、居民等上法治教育课，开办法律讲座，宣讲法律知识，定期组织网格员培训会，引导基层干部群众善于运用法治思维和法治方式化解矛盾纠纷，正确处理法律问题，防范法律风险。根据本地实际情况，兰陵法庭不定期开展巡回审判，邀请居民旁听庭审，开展“听百案、议百事、评百员”活动，深入社区、深入网格，就地审理、就地开庭、就地办案、公开宣判。

### 三、“审务进基层，法官进网格”所面临的形势

现正值司法体制改革时期，经济体制转型升级，社会发展日新月异，给基层法治建设带来巨大的挑战，或多或少影响着基层审判和社会治理工作的开展。



首先，收结案数逐年上升。2019年兰陵法庭受理案件1258件，新收1095件，结案1156件，结案率91.89%，结收比105.57%，调撤率56%。自法庭成立以来，新收案件量逐年上升，7月份涨幅最大，全年同比增长33%，全年月均收案91件。受理案件量涨幅较大，同比增长38.85%，全年月均受理案件105件。结案率同比增长55.59%，全年月均结案96件，未结案件同比下降37.42%。由下图可见，年初和

## 调查研究

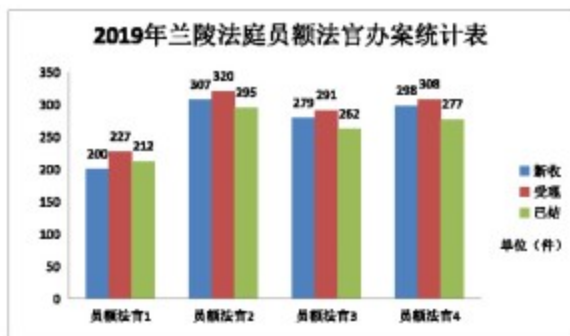
年中为兰陵法庭的收立案高峰期，年底为结案高峰期。随着法庭新收案件量的逐年攀升，远远超出原有预期，同时辖区内小贷公司、写字楼、房地产公司较多，法律风险大，诉讼隐患较多。



其次，批量案件频发高发。辖区主要依靠发展楼宇经济，受新冠肺炎疫情影响，经济形势持续下行，房地产市场受挫，服务业损失惨重，引发涉诉纠纷较多。其中浦北社区银河湾数码城、荡南村委苏南旧机动车交易市场、茶山村委富邦商业广场等地涉诉案件发生较为频繁，常春村委常州来阳置业有限公司、丽一社区觅家酒店管理（上海）有限公司常州分公司出现批量案件，已审结 50 件；丽二社区常州互动商业管理有限公司出现批量案件，已审结 113 件，丽一社区诺诚高第等地涉诉案件发生较为频繁。

最后，事多人少矛盾突出。兰陵法庭共有 4 个审判团队，2019 年人均新收 271 件，人均受理 287 件，人均结案 261.5 件，

结案率 91.89%，远高于全市员额法官平均水平，审判压力较大，法庭人少案多矛盾较为突出。此外，作为派出法庭，法庭干警还要参与辖区维稳、综治、党建等条线的活动，定期进行社区值班，开展走访调研，法庭人少事多、人员不足情况较为严重。



#### 四、“审务进基层，法官进网格”中遇到的问题

“审务进基层，法官进网格”作为多元化纠纷解决的重要组成部分，可以说是当前诉讼爆炸问题的权宜之计，但法院作为维护公平正义的最后一道防线，在有些场合不能盲目能动司法，不符合司法权运作的普适性原则，在当前背景下仍面临许多短期内无法克服的问题。

##### （一）历史原因：新老城区管控模式不统一

兰陵法庭位于新老城区交汇处，辖区高档小区、老小区、城中村、拆迁安置房等相互掺杂，各住宅区的建筑要求、收费标准、卫生条件等管控方式和理念不统一，法律法规存在漏洞，甚至同一小区包含多种管理模式，多次引发业主知情权、业主撤销权、物业服务合同、拆迁安置等纠纷。以兰陵街道九洲新世界社区为例，社区总体规划为高档小区，因开发商遗留问题，其中“04 地块”为拆迁户安置区，该地块居民不缴纳物业费，不参与业主大会和业委会选举，致使社区无法正常进行管理，



存在诸多法律隐患。

## （二）外部原因：部分社区或部门职能缺位

一方面，各社区之间的承接能力高低有别，地区差异较大，巡回法官派驻成效不一。有的社区办公场所有限或面临拆迁，不能提供固定的工作地点；有的社区参与积极性不高，疲于应付其他日常事务；有的社区工作人员素质参差不齐，人员流动性大，案件的对接和调处工作存在拖沓；有的社区自身牵涉诉讼案件，组织能力和威信度有限。另一方面，辖区居民与有些行政部门的矛盾分歧较大，行政部门存在职能缺位，未能严格按照上级要求贯彻落实，面对违法违章现象，时有行政不作为情况，未能及时履职到位，引起居民的信任危机，激化社会矛盾，导致后期法院调处和执行难度较大。

## （三）自身原因：部分法官群众工作能力不足

参与动员是现代社会的动员的重要途径，民众的接受程度直接影响了社会动员的实际效果，法律的形式理性和司法过程的程序性与群众的日常接受之间存在疏离感，这在一定程度上很是考验法官的群众工作能力。部分巡回法官法条意识强，却没有群众概念，进入社区工作出现水土不服，处理群众问题过于生硬，机械化办事方式影响群众的满意度。同时不可否认的是，基于目前我国的基本国情，正当诉讼程序与社会公众的认知存在差异。部分巡回法官社会经验不足，不善于与群众沟通，忽略群众感情，不会做群众工作，不会利用社区的优势资源，思考问题的角度和处理问题的方式方法与群众的期待存在差距。

## 五、进一步完善“审务进基层，法官进网格”的建议

目前，兰陵法庭开展的“审务进基层，

法官进网格”工作仍处于基层法治建设系统工程的初期，未来要走的路还很长。如何健全新时代矛盾纠纷多元化解机制，如何将非诉讼纠纷机制挺在前面，如何通过基层治理实现社会和谐与长治久安，这是中国特色社会主义的社会治理创新提出的“时代之问”。本文就进一步完善“审务进基层，法官进网格”，提出以下几点建议。

### （一）加强党建引领，进一步提高政治站位

兰陵法庭应当把党建工作融入到司法为民实践中，坚持“党建引领、工作融合、激发活力”的发展理念，推动法庭品牌工作发展。法院系统需要建立与党政系统规范化的沟通联系机制，在有效的治理信息交流中及时调整具体的治理方案，整合法庭的法律工作经验与辖区党支部的基层工作优势，通过支部的共建引领，共同推进法治建设进程。

### （二）加大繁简分流，进一步推动多元化解

兰陵法庭应当实行繁简分流制度，坚持依法处理和多元化解相结合的原则，强化诉前调解、诉调对接，构建普通程序、简易程序、速裁程序、司法确认等相配套的多层次诉讼制度体系。同时，法庭应当推行裁判文书格式化，对小额诉讼等案件推行令状式、要素式、表格式等格式化裁判文书，以缓解案多人少的矛盾，优化诉讼程序，减少当事人诉累。

### （三）加深片区联动，进一步拓宽资源互通

结合辖区工作实际，兰陵法庭应当进一步拓宽“组团式”法治服务机制的广度和深度，深入发展片区联动，共推便民、利民、惠民措施。一是加强群众参与，从街道、社区（村委）聘任特邀调解员，依



托和发动群众进行基层社会矛盾纠纷调处，重视人民群众的治理权利，实现亲近司法、参与司法、监督司法，增强群众在司法中的知晓度、参与度和信任度，坚持并发展“枫桥经验”。二是加强部门联动，在庭所共建的基础上，加强与城管、物管、经发等部门的工作联动，必要时引入行业组织，打造一体化多元化解和法治建设体系。三是加强信息互通，从辖区楼宇经济的发展现状着手，利用“楼宇专员”，加强与民营企业、商业综合体、写字楼的信息联络，适时发出风险预警，做好防范预案，提升司法效能，形成共建、共治、共享的社区治理新格局。

任何一种司法实践的创新，都是对司法理念的应用和司法需求的回应，都应当

适用于现有的体制机制和社会的发展，是与特定时空的社会管理创新需求和司法的内在规律有深刻的逻辑关系。“审务进基层，法官进网格”将多元解纷机制和网格化治理相结合，兰陵法庭在此基础上延伸出了巡回法官制度和庭所共建机制，实践证明能够满足基层法治建设的需要，同时为社会管理的创新提供了新的思考角度。

（作者单位：常州市天宁区人民法院）

（上接第 60 页）

通过会议纪要等形式，进一步明确相关罪名的刑事定罪处罚标准。同时进一步完善鉴定机构名册，适当降低鉴定费用，并广泛推广刑事司法办案和公益诉讼案件“先鉴定后收费”的工作方式，破除因鉴定难而制约办案的“瓶颈”。

（五）注重警示教育，确保“惩治”、“预防”并重。充分发挥警示教育基地的作用，一方面可以进行法治宣传，抑制犯罪。充分利用微博、微信公众号、电视等宣传媒体，讲解破坏生态环境的危害及触犯法律后果的严重性。另一方面可以进行环保教育，提升意识。主动承担普法义务，联合国土、环保、水利等部门深入企业、社区开展“生态检察行”主题活动，发放宣传资料，增强群众保护生态环境意识。应当加强野生动物保护的宣传教育和科学知识普及工作，鼓励和支持志愿者开展野生动物保护法律

法规和保护知识的宣传活动。

（六）创新工作方法，完善生态修复工作。一方面要加强行政机关与检察机关的协作，建立司法与行政的良性互动。共同推进依法行政，制止破坏农村土地、环境资源的违法行为。另一方面，政府可设立年前生态损害前置资金。特别是对于一些重灾区，可以专门针对生态损害修复作出专门的预算方案。这样既能缓解在生态环境修复过程中产生的资金紧张问题，又能让恢复性司法的理念真正落到实处。

（作者单位：溧阳市人民检察院）

# 认罪认罚案件判决书智能化生成路径探索

——以 C 市 J 区法院的 202 件认罪认罚案件判决书为样本

余曰璞 王丽佳

认罪认罚从宽从宽制度是一套贯穿刑事诉讼全流程的集成系统，但是制约该制度诉讼效率提升的因素仍旧有很多，而向信息化、智能化借力，不失为提升诉讼效率的良策。2018 年刑事诉讼法修改，对认罪认罚诉讼程序作出相应规定，实现了刑事诉讼程序在认罪基础上的繁简分流。裁判文书的内容与形式受制于诉讼制度，所以与之带来的便是相应裁判文书的高度格式化。简化审判程序、格式化裁判文书等等这一系列的努力，都在试图缓解日益增长的人案矛盾，提高审判效率、促进司法裁判统一。制作判决书，是法官履行审判职能的经常性工作，耗费了法官大量的精力，而格式化的裁判文书，因其更容易转化为结构化文本，为裁判文书的智能化生成提供了可能性，也为现代技术在审判领域的融合应用打开了一扇门，让人类理性与机器理性找到了融合点。

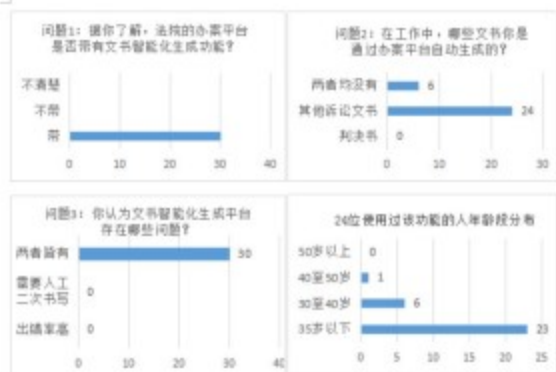
2019 年，根据裁判文书网上公布的数据，C 市基层法院共有一审刑事案件 5012 件，适用认罪认罚制度的为 2579 件，占受理总数的 51.5%。而 C 市 J 区共受理刑事案件 431 件，适用认罪认罚从宽制度的为 202 件，占受理案件总数的 46.9%，这 202 起案件中，危险驾驶 49 件占 24.3%、盗窃 43 件占 21.3%、交通肇事 22 件占 10.9%；有坦白情节的占 76.4%，具有自首情节的占 14.8%，法官消耗了大量的精力书写着简单而格式化的判决书。目前，J 省法院内网平

台均内嵌入文书智能化生成功能，其工作流程为：在文书模板中设定“可控变量”，通过对个案中信息的抽取替代“可控变量”，从而智能化生成判决书等诉讼文书。这在一定程度上做到了审判效率的提升，但该功能在使用过程中仍旧存在着诸如信息抽取不灵敏、判决书需要二次书写等一系列问题。本文采用实证研究法，结合法官对判决书书写的实际需求，以 C 市 J 区法院 2019 年受理并审结的 202 件认罪认罚刑事案件判决书为样本，分析判决书现状，探索优化刑事判决书智能化生成的路径。

## 一、认罪认罚案件判决书智能化生成的前景性

### （一）文书智能化生成的应用现状

为了了解文书智能化生成功能的使用情况，笔者在 C 市 J 区法院随机抽取各一线业务部门的法官助理及法官 30 人做了相应调查，情况如下：



图表 1



虽是抽样调查,但上述情况绝非仅仅是个例。而与上述情况形成鲜明对比的是,全国各地法院“人工智能+司法”的尝试却如火如荼,全国各省均开发了自己的文书智能化生成平台:江苏为简易裁判文书自动生成系统,在对案件实现智能研判的基础上,自动生成文书;浙江为大数据智慧法庭系统,内嵌裁判文书自动生成功能;河北智审1.0系统,自动生成与辅助制作各类文书;上海为刑事案件智能辅助办案系统,设计有26项功能,88项子功能,其中便包含了文书智能化生成。文书智能化生成,是智能化辅助办案系统中的重要一环,而裁判文书作为法院司法文书的核心,要实现真正的智能化生成却绝非易事。纵观以上四省,通过检索当地法院对人工智能发展的经验介绍及百度搜索引擎获取的各种智能应用实例,目前智能生成的判决书,多为“框架性”的,需要法官进行不同程度的二次书写。

以上结果表明:1.法官鲜少使用平台中的判决书智能化生成功能,甚至不知道有该项功能。2.法官对智能化审判辅助工具的接受度不一,以年龄段作为区分,审判经验越是丰富的法官,对文书智能化生成工具的使用率越低。3.各地区对文书智能化生成功能均有涉猎,重视程度不一,但均需要在“用户体验”上进一步完善。

## (二)应用现状不佳的原因及对策

判决书智能化生成工具在审判实践中鲜少为人所用,究其原因有以下三点:其一,判决书智能化生成工具的用户体验不佳。更深层次原因在于相较于传票、出庭通知书等其他诉讼文书而言,判决书智能化生成难度更高,生成的文书仍旧需要人工矫正,在智能生成的文书模板上二次书写,甚至耗费了比纯粹人工书写更多的精力。其二,多数法官在多年的审判生涯中形成

了固有的工作模式,对智能化工具的接受度低,不了解也不愿尝试新技术的应用,“行业壁垒”催生“各自为战”。以上,对提高审判效率最为迫切的一线基层法官无法结合自身审判要求发现智能化生成功能设计存在的缺陷,而开发者也无法得到有效的用户信息反馈,智能化生成功能的更新、再开发停滞不前,这似乎进入了一个“死循环”。

正如人工智能的研究需要加强司法实践者与技术开发者在共同环境下进行知识与实践的融合,文书智能生成工具的完善,需要“法律人才”和“技术人才”的协作。前者蕴含了法律术语的提炼、行文的谋篇布局、法律逻辑的指引,而后者则需要做到充实法律术语库、提高信息抓取能力等,实现文书智能化生成的“供给侧”优化。

## 二、认罪认罚案件判决书智能化生成的可实践性

### (一)判决书智能化生成原理

自然语言处理作为当前人工智能领域最难也是最重要的研究方向之一,是计算机如何处理和分析自然语言的科学。而自然语言处理应用于实践的两大方向即为信息抽取和生成类任务。判决书智能化生成正是试图利用自然语言处理技术,通过在判决书模板中设定“可控变量”,平台软件通过对个案中有效信息的抓取替代模板中的“可控变量”,从而智能化生成判决书,我们将最终生成的文书称之为“目标文书”,组成“目标文书”的词组、语句称之为“目标语言”。这一过程解码成以下流程图。



图 2



从判决书智能化生成原理来看，结合具体操作，我们不难发现：一个案件若需要生成一份文书（我们把它称之为“目标文书”），四样东西必不可少：一份文书模板、一个个案基础信息库、一个目标语言库、一个设计得当的平台软件。本文的研究重点即为前三者，并试图为平台软件的设计提供参考性意见。本文选取了认罪认罚案件判决书的制作作为初步探索。

## （二）认罪认罚判决书智能化生成的可实践性

认罪认罚，顾名思义即被告人自愿认罪（即自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实）；并自愿认罚（包括接受刑罚处罚、主动退赃退赔、积极赔偿被害人的损失，同被害人和解、预交罚金等等）。该类案件除具备一般刑事案件特征之外，还呈现出区别于非认罪认罚案件独有特点：案件事实及法律适用基本无争议；程序固定单一；案件上诉率低等等。而随之带来的，是该类案件的判决书呈现出非常明显的统一性。主要表现在以下几个方面：第一，文书基础模板的易得性。最高人民法院刑事审判第一庭编著的《认罪认罚从宽制度理解与适用》一书中提供了上述三种程序的判决书样式，对判决书中所应囊括的结构要素和体例规范予以明确，进一步为刑事认罪认罚案件的判决书的格式化提供了可行性参考。第二，“目标文书”基础信息来源的单一性。目前，判决书中的基础信息来源，无非为下列几处：立案时及审判时的系统信息录入、起诉书、量刑建议书、庭审笔录、辩护词、鲜少扩展至其他地方。而对于绝大部分认罪认罚一审刑事案件而言，基础信息来源甚至限缩为起诉书及系统信息。第三，目标语言的机械性。认罪认罚案件判决书内容的高度统一性决定了“目标文书”中语言表述的机械性。

认罪认罚制度是建立在认罪基础上的繁简分流，这类案件在判决中极少改变定性，自2018年民诉法修改以来，C市J区法院共审结认罪认罚案件300余件，其中无一例改变定性；量刑情节认定部分，采纳率高达100%；而在检察院精准化量刑的大潮流下，这202件案件中法院采纳精准量刑意见30余件，其余均为采纳浮动量刑建议，量刑建议采纳率高达100%。而认罪认罚案件相较于非认罪认罚案件而言，因诉辩双方对定罪及量刑均无异议，使得判决书的论证说理部分大大减少，判决书转变为对罪名、量刑情节、适用法律模式化、固定化的表述。正是认罪认罚判决书的这些特征，为其智能化生成奠定了基础。

## 三、认罪认罚案件判决书智能化生成展示

### （一）认罪认罚案件判决书模板的制作

#### 1. 认罪认罚案件判决书模板的“灵魂”

《认罪认罚从宽制度理解与适用》一书中为我们列明了认罪认罚案件分别适用速裁、简易、普通程序的判决书样本，以此三类样本为基础模板；观察此三类模板，我们不难发现，此三类模板设计为可填充式文书。模板中有固定结构部分，该部分不可替换；同时设定了可替换部分，在人工书写文书时可依据案情重组语言后进行替换，形成“目标文书”。而我们的任务是，将可替换部分人工细化成“可控变量”，使非结构化的自由文本变成结构化文本。这些结构化文本将由软件开发者通过某种算法变成可以识别的“结构化数据”，从而被机器识别。可以毫不夸张得说，“可控变量”的设定便是文书模板的灵魂所在。

#### 2. 认罪认罚案件判决书模板中“可控变量”的设定

按照变量的复杂程度，我们将“可控变量”分类为一般变量和特殊变量。一般

## 调查研究

变量主要集中在判决书中除“经审理查明”、“本院认为”及“判决主文”三部分之外的区域，而特殊变量集中在“经审理查明”、“本院认为”及“判决主文”部分，也是整份判决书的精髓所在，是法官智慧的结晶。智能化生成功能一旦突破了在这三部分内容的书写，法官通过文书生成平台得到的判决书，将不再仅仅是“框架”。

### (1) 一般变量

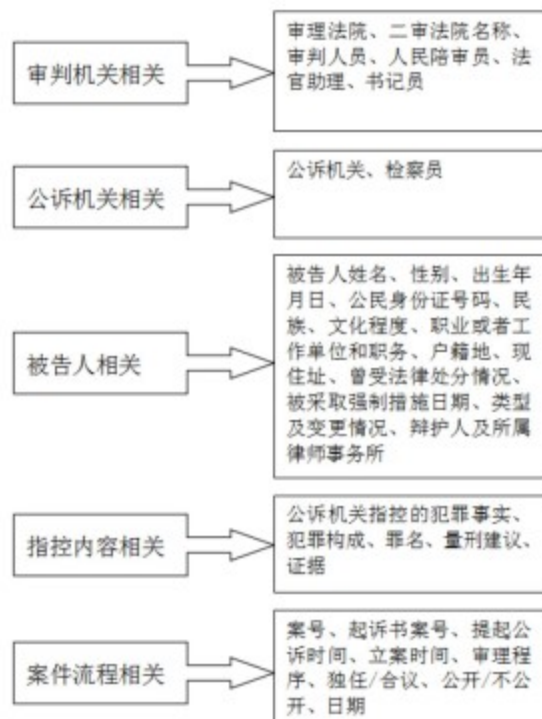


图 表 3

### (2) 特殊变量

刑事判决书中的“经审理查明”、“本院认为”、“判决主文”所涉及的罪名、量刑情节、适用刑种及刑期、罚金金额是刑事判决文书的精髓所在，这三部分之间逻辑紧密、一一对应，该特征要比民事判决书更加明显，这为特殊变量的设定提供了基本思路。以（2019）苏 0492 刑初 283 号典型的危险驾驶案件为例，将该案“审

理查明”、“本院认为”、“判决主文”三部分归纳为以下要素。



图 表 4

以下我们采用集合的概念，对要素进行归纳：



图 表 5

如上图所示，不难发现：集合 A、B、C 分别与集合 a、b、c、集合 1、2、3 是一一



对应的关系，集合A中的每一个元素分别对应集合a中的元素，集合a中的元素又对应集合1中的元素，一旦集合A中的元素发生变化，集合a和集合1中的元素随之改变。集合B、C亦是如此。故在此，我们仅将罪名、量刑情节、刑种、缓刑作为特殊变量。

## （二）个案基础信息库的构建

基础信息库，即个案信息抽取对象。我们将从基础信息库中抽取信息，替换文书模板中的“可控变量”，生成“目标文书”。同样以本文选取的2019年C市J区的X件认罪认罚案件判决书为基础数据。该202份文书中，对比以上所列明的40项可控变量，信息有85%以上均来自起诉书，15%左右来自于系统性信息录入。上文图表3中所示一般变量的公诉机关相关、被告人相关、指控内容相关信息均来自起诉书；审判机关、案件流程相关信息来自系统信息。而特殊变量中的罪名、量刑情节、刑种均来自起诉书，在检察院进一步推进精准化量刑的大潮流之下，法院最后认定的刑期、罚金金额、是否适用缓刑等，均可在量刑建议书中找到来源。

### 1. 存在困难

起诉书、量刑建议书、辩护词、庭审笔录均属于非机构化的自由文本，故需设计相关算法来对于指定类别的信息完成提取。上文通过对成文判决书的信息分析，总结了我們所需要的“可控变量”，这与起诉书、量刑建议书、辩护词、庭审笔录所蕴含的信息是相对应的。而文本扫描识别后信息抽取尚未在法院系统普及，这典型体现在立案信息录入，大多数法院还是依靠人工录入。抛开人工录入不谈，在运行法院系统平台智能化生成文书时，仍旧存在着基础信息库可选择的信息来源太少、信息识别率低、准确率不高现状。以J省

内网系统为例，基础信息库可选信息来源仅为三项，且在运行生成文书过程中，出现信息抓取不准确情况。

### 2. 优化方法

第一，以“可控变量”为索引，完善平台信息抽取技术。上文中总结出的“可控变量”系法官在书写判决书时所用到的全部信息，它涵盖了当事人信息、案件来源、审理程序、案件结果等，涵盖了整个案件的来龙去脉，是法院司法活动在个案中的全流程体现。信息抽取技术的算法编写即要紧紧围绕这些“可控变量”。

### 第二，优化基础信息库。

“可控变量”分散于案件中出现的全部纸质或者电子材料，基础信息库包含的抽取对象的数量决定了信息的全面性，但并非抽取对象越多越好，过多的信息抽取对象，反而会降低抽取的准确度。起诉书、量刑建议书、辩护词、庭审笔录均为非结构化自由文本，其中信息点存在大量重复，不同文本之间对相同信息的表述方式不一，这极易使算法不能准确识别。针对认罪认罚案件而言，仅选择信息来源高达95%以上的起诉书便可，而起诉书是由检察员撰写，文书的格式化程度很高，其中的信息极易转化为结构化文本信息，从而被算法识别并抽取。

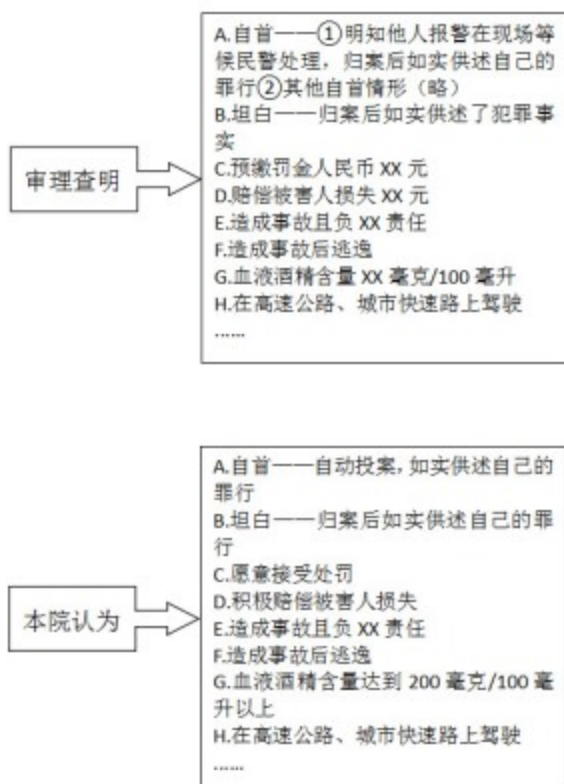
### （三）目标语言库的优化

目标语言库，指判决书中所用到的词组、句子的集合。我们需要依据不同罪名的犯罪构成、不同案件的量刑情节、刑种、刑期，结合法律语言和法律逻辑的特性，总结出“经审理查明”、“本院认为”、“判决主文”部分的主要语句，并将其拆分为结构化文本。同样以的2019年C市J区的202件认罪认罚案件判决书为基础数据，以占比24.3%的危险驾驶罪案件为例：①罪名所涉条款为2条；②量刑情节方面，



## 调查研究

以危险驾驶案件为例，常见的从重情节为7种，所涉条款为1条，从轻情节为4种，所涉条款为1条；③刑种方面，刑种仅为2种；④是否适用缓刑。那么，针对危险驾驶认罪认罚简易程序案件，“审理查明”、“本院认为”、“判决主文”部分的目标语言如下：



图表6

判决主文部分，拘役XX个月，并处罚金XX元。

判决书的法律语言表达，是法律逻辑与语言逻辑结合的产物。所以，我们在构建目标语言库的时候，要注意遵循法条原文，但又不能照搬法条原文。

推动文书的智能化生成，首要之义为保证内容的准确性，故需要进一步配备文书校对功能；适应人类的阅读习惯，需要完善格式编辑功能。而目前正在推动的文

书简化，不仅仅在于让文书看起来简单明了，而且在于让法官编辑起来简单易操作，也许有一天，我们点击相应“交通肇事罪”，就能自动“吐出”“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故……”；点击“自首”，就能“吐出”“自动投案，如实供述自己的罪行”。而认罪认罚案件，法官审查完相应证据后，点击“与公诉机关起诉的罪名、量刑情节、刑种、刑期、罚金”相一致，便能生成法律文书。

文书智能化生成，是一个庞大而复杂的命题，结合了“人工”与“智能”的双重智慧，因人力、技术等因素，生成的文书虽可能仍旧避免不了二次书写，但此次不失为一次情真意切的探索。“来事可追，未来可期”，人工智能的大网已经在司法审判的各个领域铺开，而结合法官工作实际需要对各个领域作进一步的精细化探索将是应有之义。未来的十年将是5G信息革命和科技智能时代，他给我们带来的种种变化，将超过过去30年的总和，期待科技智能给整个司法体系带来的每一次变化。

（作者单位：常州经济开发区人民法院）

## 关于律师行业若干问题的思考

张加林 刘永 张正朝

律师是依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师事务所是律师的执业机构。律师行业是从事律师服务的法律政策、体制机制、组织结构、运行状况、市场竞争等内在要素的分类统称。目前全国设有律师事务所3万多家，律师总数46万余人；江苏省律师事务所2千多家，律师总数超过3万人；常州市律师事务所161多家，律师总数2047名。律师作为一个新兴而又高速发展的行业，在为国家和社会作出积极贡献又共享改革成果的同时，自身发展也存在一些困惑和难题，笔者结合律师管理工作实践，梳理分析一些律师行业的困境，提出解决的路径和建议，以期引起相关部门和行业的重视和关注。

### 一、关于律师事务所的性质问题

目前现状：我国的律师事务所组织形式有合伙所、个人所和国资所三种组织形式，以合伙所和个人所为主，是由设区市司法行政机关依法审核报经省级司法行政机关批准，颁发标注统一社会信用代码的《律师事务所执业许可证》，准予律师事务所设立并执业，其律师事务所登记事项中明确组织形式为：普通合伙、特殊的普通合伙、个人等。

问题困惑：（1）单位性质不明。每个单位都有单位类型，一般来说，分为由编办部门登记核发的机关、事业单位，由市场监督管理部门工商注册核发的各类企业、个

体工商户单位，由民政部门登记核发的社会团体（包括协会商会）、民办非企业（也称社会服务机构）、基金会等法人组织。而律师事务所是由省级司法行政机关核发的执业许可证，没有明确其确切的单位类型。（2）享受政策不清。正因为律师事务所性质不明确，导致享受政府政策不清晰，如：企业人才引进政策，很多地方没有将律师事务所吸引人才列入其中；国家和地方政府规定的今年新冠肺炎疫情税收社保减免政策，哪怕企业复工政策，政府政策因律师事务所性质不明导致享受政策不明朗，律师事务所也没有按照中小企业优惠政策享受，却徒增不少麻烦。

对策建议：（1）由国务院办公厅或相关部门联合发文明确律师事务所机构性质，或者明确视同中小企业，将律师事务所纳入企业序列。（2）律师事务所设立由司法行政机关颁发许业许可证，再到市场监督管理部门领取企业类营业执照，依然由司法行政机关负责行业指导监督。

### 二、关于律师事务所的税收问题

目前现状：律师事务所在设立后，税务部门按照查帐征收方式类同合伙企业等收取税费，主要包括：增值税、合伙人个人所得税以及残疾人就业保障金、教育费附加、城市维护建设税、印花税等各种税费，增值税分为一般纳税和小规模纳税人两种，业务收费在500万以上的按6%缴纳，500万以下的按3%缴纳增值税。征收方式



由原来的核定征收改成查帐征收方式。

问题困惑：1、增加财务工作和税收风险。律师事务所规模普遍较小，原来一直实行核定征收方式，律师事务所没有进行严格的成本核算和财务管理，尽管这几年已有所加强，但由于财务及税收专业不足，律师事务所普遍担心财务差错，甚至出现税务违法案件。2、成本核算标准不一。目前我国尚未建立统一的、适应律师行业特点的成本核算办法，律师主要是靠智力劳动获得成果报酬，用于增值税抵扣的项目不多，对应税所得额认定、办案费用的扣除范围和扣除比例以及经营、管理费用扣除没有统一标准。3、不利行业规模发展。律师事务所业务收费500万以上按照6%缴纳增值税，而且不管以后年度达不达的到500万收费，均按6%缴纳，导致一些小型律师事务所尽量控制收费在500万以下，而且税收问题一直是律师行业的达摩克利斯剑悬在头上，不利于律师事务所做大做强。

对策建议：1、改变征收方式。恢复原先的核定征收模式（有些城市依旧采取这种模式），律师事务所依照税务机关核定的适用税率进行纳税申报，相对于查帐征收方式而言，操作简便，易于掌握，可以避免查帐征收方式由于工作复杂、专业性带来的弊端。2、建立律师行业成本核算办法。在计算应纳税所得额时，取消合法有效凭据扣除费用的方式，合理测算扣除比例，提高目前聘用律师按当月分成收入35%的扣除比例，提高合伙人律师在不能提供合法有效凭据而实际发生与业务有关的费用的前提下分别按8%、6%、5%的扣除比例，将广告费（业务推广费）、会费、事业发展基金等作为税前列支科目。3、加强税收政策宣传培训。加强对律师事务所合伙人和财务人员的税收政策宣传培训力

度，探索建立会计师事务所、税务师事务所结对共建，帮助律师事务所规范财务管理，依法纳税，减少税收风险。

### 三、关于律师事务所的社保问题

目前现状：律师事务所一般按照国家政策规定的较低基数缴纳职工养老、医疗、工伤和失业等保险。

问题困惑：1、基准不固定。大部分律师事务所没有给聘用律师发放基本工资，律师收入主要是从自己办案的业务收费中提成，律师每月收入高低不一，没有办法确定每月交纳的实际基数。2、高标准缴纳积极性不高。律师人均收入尽管相对较高，但工作压力大，业务不稳定，报酬收入不是旱涝保收，律师不愿意按照高档的基数缴纳社会保险。由于律师流动性较强，律师事务所从一个单位来说，也不愿意多掏钱按高档次基数缴纳。

对策建议：1、司法行政机关或律师协会在广泛征求律师事务所和律师意见的基础上，参照一定标准提出律师行业缴纳社保基数的标准。2、律师事务所按照律师上年实际收入申报缴纳社保。

### 四、关于律师的执业权利保障问题

目前现状：随着律师职能作用和社会地位的不断提高，律师执业权利保障越来越得到国家和政法机关的重视和支持，司法行政机关和律师协会也将律师执业权益保障作为工作的重中之重。

问题困惑：1、权益侵害时有发生。由于社会观念、法律制度以及律师职业的特殊性等因素，律师在执业过程中权利受到侵害的事件时有发生，律师被当事人辱骂殴打、被法庭呵斥处理甚至追究刑事责任，这不仅仅使律师执业风险大大增加还让其代理的当事人的合法权益保护受到威胁。2、法定权利落实不到位。依法保障律师执业权利，从国家法律、法规、规章以及司



法解释和规范性文件,规定的内容很多,但由于利益藩篱,律师执业的会见难、阅卷难、调查取证难“旧三难”和发问难、质证难、辩论难“新三难”问题不同程度存在。3、行业维权步履艰难。司法行政机关和律师协会为此做了大量卓有成效的工作,但遇到个案维权时,由于地位不对等、维权与违规交织、遵守条线办案规定等主客观原因,律师执业的维权难度不小。

对策建议:1、完善执业保障规定。《律师法》主要是规定机构人员执业许可、法律责任、律师业务权利义务、协会职责等内容,律师权利保障的条款内容不多,“律师依法执业受法律保护,任何组织和个人不得侵害律师的合法权益”过于笼统,是否可以从立法层面考虑制定专门的律师执业权利保障规定,明确不同的侵权行为以及应承担的法律责任,保证落实律师享有法律法规规定的执业权利。2、深化法律共同体建设。法官、检察官、警官、律师作为法律职业人员,切实增强法律共同体的职业认同,减少法律职业分工不同及法律制度运作时的“内耗”,建立司法人员与律师之间一种“平等相待、相互尊重,相互支持、相互监督,正当交往、良性互动”的新型关系。3、落实维权处理机制。按照两高三部《关于依法保障律师执业权利的规定》《维护律师执业权利快速联动处理机制》规定,建立健全维护律师执业权利快速联动处置机制,加强沟通协调,确保律师执业权利受到侵犯后第一时间受理、第一时间调查、第一时间处理、第一时间反馈,及时有效维护律师执业权利,保障律师依法执业。

#### 五、关于律师行业规模化规范化问题

目前现状:2018年,全国律师10人以下的律师事务所1.9万多家,占62.37%,律师10人(含)至30人的律师事务所

9300多家,占30.73%,律师30人(含)至50人的律师事务所1200多家,占4.16%,律师50人(含)至100人的律师事务所570多家,占1.87%,律师100人(含)以上的律师事务所260多家,占0.88%。江苏、常州律师事务所与全国类似,规模普遍不大。另外,司法行政机关主要采取年度考核、日常巡查、开业督导、违规查处以及行业协会采取自律管理的方式来加强规范管理。

问题困惑:1、客观因素:律师事务所税收等政策不利于规模律师事务所,行业管理上也没有优于规模所的切实可行的政策措施。律师事务所规模小好调头,简单扩大规模会增加管理难度,增加执业风险和产生利益冲突的情形。2、主观因素:律师由其工作性质决定,流动性大,出差频率高,喜欢自由独立,喜欢自己作主,喜欢自己当头,有时存在小富即安思想,不愿冒险,安于现状,没有做大做强的激情。3、服务能力不适应形势发展。部分地区律师业务同质化现象突出,创新能力和产品研发能力不强,应对“互联网+”、人工智能等新趋势,运用现代技术手段加快律师业发展的意识和准备不足。诉讼领域结构性过剩、非诉领域结构性短缺问题依然存在,非诉服务与业务总量占比不高。4、行业管理仍需加强。现在律师管理实行的“两结合”管理模式,存在职能定位模糊、行政干预过多、行业管理范围有限等问题。同时,管理标准化程度不高,没有统一的管理标准和模板,缺乏可操作性的指引。管理力量配置不足,没有完全考虑专业性和管理性要求。

对策建议:1、加强行业推动。大力支持和鼓励律师事务所规模化发展,加强研究协调,在人才引进、税收贷款、办公用房租赁、会费减免、社会职务、评先评优、培养培训等方面给予倾斜。2、注重律所发

展。律师事务所规模化发展具有为客户提供综合法律服务、为律所内部专业协同与资源整合提供支持平台以及提升律所影响力等诸多优势，律师事务所应从长远发展考虑，放弃短期利益，将规模化发展作为律师事业来做，采取强强联合、强弱联合、弱弱联合，建立共同发展愿景，完善内部治理架构，加强团队建设，注重品牌塑造和宣传，提升先发影响力。3、完善管理体制。理顺律师“两结合”管理体制，完善律师管理制度规范，夯实律所基础管理体系，强化协会日常监管体系，建立行政监督指导体系，不断提升律师管理工作效能。

#### 六、关于律师承担的社会公益问题

目前现状：随着依法治国方略的深入实施，法治国家、法治政府、法治社会的一体化推进，政府和社会对律师法律服务越来越重视和关切，律师承担的社会公益服务越来越多，在政府法律顾问、涉法涉诉信访、应急事件处理、营商环境改善以及村（社区）、法院诉讼、公安交通事故等相关部门设立的服务中心值班等方面，律师义务承担了许多法律咨询、法制审查、法治体检、纠纷处理等许多工作。

问题困惑：1、行政主导过多。有限政府要求还权于社会、还权于市场，政府主要是做市场和个人不能做、不愿做或做不好的事情，主要是提供维护性的公共服务和社会性的公共服务。2、行业强调服务。司法行政机关和律师协会作为行业管理部门，基于主动积极作为因素，过多的迎合政府机关和条线提出的各类义务法律服务需求，从律师行业自身利益考虑的不多。3、律师被动服务。律师为社会提供法律援助服务是其一项社会应尽义务，也是其宣传推介自身的一种手段方式，但由于律师自身利益考虑，有时义务服务工作积极性并不高，对于安排的公益服务存在被动服务

的情形。

对策建议：1、完善政府购买律师服务机制。在分析当前政府购买律师服务存在的思想认识、政策规定、服务领域、经费保障等方面问题的基础上，对政府购买律师服务的范围和购买的方式进行界定和明确，综合考虑确定财政经费、服务需求以及实际操作指引，从而建立政策保障、规范运作、评估考核等一整套采购律师服务的有效机制。2、建立律师公益服务介入机制。政府机关及相关部门提出法律服务需求方案时，加强协调沟通，一并考虑律师介入服务的工作内容、服务方式、运作机制和经费保障等措施，避免前期热情高涨后期逐渐淡漠的现象。3、健全律师公益服务褒扬机制。探索律师参与公益法律服务评价制度，制定科学合理的量化标准，加大平时考核管理，在社会职务安排推荐、各项荣誉评先评优、专业律师培养等方面给予倾斜。

#### 七、关于律师事务所年度考核和会费问题

目前现状：按照司法部《律师事务所年度检查考核办法》和全国律协《律师执业年度考核规则》规定，每年5月底前，由司法行政机关负责对律师事务所进行年度检查考核，由律师协会对律师执业进行年度考核，并且在律师执业证上由省司法厅注明考核年度为称职以及备案日期为当年6月至次年5月。同时，律师自取得律师执业证之日起，当然是市、省、全国律师协会会员，依据《律师法》和《律师协会章程》规定，按照省级律师代表大会审议通过的《会费标准和收缴办法》的规定缴纳会费，履行会员义务。

问题困惑：1、年度考核认识有偏差。一些律师事务所和律师认为律所年度检查考核是年检，现在所有企业年检都取消了，

这也应当取消。一些部门认为律师执业证上每年考核注明的是有效期限，不在有效期内执业证就会失效。2、年度考核备案机关不一致。每年5月底年度检查考核结束后，由省司法厅在加盖备案专用章并标注日期。《律师事务所年度检查考核办法》第22条规定由设区市司法行政机关加盖年度检查考核专用章，没明确要求标明起止日期。3、标准不统一。会费标准是由省律师代表大会通过的，由于经济发展因素，规定各设区市的律师事务所团体费费和律师的个人会费缴纳的标准差距很大，且会费由设区市律师协会统一收取后上缴省、全国律协的比例较高。

对策建议：1、澄清模糊认识。律师事务所年度检查考核和律师执业年度考核是司法行政机关和律师协会履行职责，加强监管的一种有效手段，与企业年检虽说有相似之处但性质不同，行业主管部门每年集中开展一次检查考核也是正常的一项工作。年度检查考核结束由履行考核职责的设区市司法局在律师事务所执业许可证副本上加盖“律师事务所年度检查考核”专用盖，由律师协会在律师执业证书上加盖“律师年度考核备案”专用盖，注明备案时间，无须加注起止时限。2、完善会费标准。省级律师协会根据实际应当及时修订会费标准及收缴使用办法，虽可以根据经济发展规定各设区市律师会费不同缴纳标准，但差距不应太大，同时合理划定市、省、全国律协分级使用比例，调动市级律协和律师的积极性。

#### 八、关于律师事务所聘用合同问题

目前现状：律师事务所基本都与律师签订聘用合同，与实习律师签订实习协议。

问题困惑：律师事务所和律师普遍对签订聘用合同和实习协议不够重视，合同协议的条款内容比较随意，律师作为法律

工作者，为委托人审查把关了无数的协议合同，却对自身签订合同不太当回事，关键在于律师事务所与律师之间用工究竟是什么性质的关系，聘用合同、实习协议是劳动合同还是劳务合同。

对策建议：中国裁判文书网上已有律师起诉律师事务所按照聘用合同支付工资、经济赔偿金等相关民事判决，最终法院认定律师与律师事务所之间是劳务关系而非劳动关系，律师获取的是律师费分成，不是工资。对此，行业也要加强律师事务所与律师用工关系的研究，签订聘用合同、实习协议似乎只是履行刚性要求，并非实质意义上的用工协议，而是需要在签订聘用合同的基础上签订补充协议，才能合理约定双方权利义务。

律师队伍是中国特色社会主义法治国家的重要力量，律师行业是一个特殊的行业。律师行业的“特”，目光和关注不单是在高收入群体和提供法律服务上，也应关注行业本身，加强顶层设计，加大政策扶持和保障力度，从而推动律师行业可持续、高质量发展。

（作者单位：常州市司法局）



# 社会转型时期基层公安执法冲突及其化解

——以常州市高新区为例

袁华怡

公安机关是具有武装性质的国家机关，承担着打击违法犯罪、维护社会治安、保护人民生命财产安全的重要职责。近年来，随着改革开放以后城市化建设的不断深入，社会主体贫富差距拉大、社会价值多元，利益矛盾和社会冲突日益激化，人民警察在接出警、巡逻盘查、查处违法犯罪行为过程中，常常会遭到执法对象的阻碍、对抗和伤害，轻者侮辱谩骂、抗拒阻挠，重者武力拒绝、暴力袭击，执法冲突事件屡见不鲜。从内部视角出发，个别公安民警法治思维缺失、执法不规范、袒度蛮横、不作为等因素也增加了执法冲突发生的概率。抗拒阻挠、暴力袭警等执法冲突事件严重亵渎了国家公权力和法律权威，侵害了民警合法权益，对于基层社会治理、法治秩序也造成了较大的冲击。

综上所述，本文写作目的在于梳理社会转型期基层公安执法冲突的类型、特征，分析其生成原因，提出相应化解公安执法冲突的措施。

## 一、社会转型期基层公安执法冲突的理论分析

美国学者狄恩·普鲁特认为，冲突意味着感知到的利益分歧，即当事人各方当前的期望存在矛盾这一信念。冲突存在于人类生活的方方面面，在基层公安机关执法过程中也不例外。

### （一）执法冲突理论

美国当代杰出的政治学家亨廷顿指出：“一个高度传统化的社会和一个已经实现了

现代化的社会，其社会运行是稳定而有序的，而一个处在社会急剧变动，社会体制转轨的现代化之中的社会（或曰过渡性社会）往往充满着各种社会冲突和动荡。”也即进入风险社会。处于转型期的中国，正在经济转型、体制转轨、制度变革的缝隙中被全球化裹挟前行，所面临的风险、矛盾、冲突的广度和深度在人类历史文明中史无前例，风险的存在以及危害不受时空的限制，无处不在、无时不有，任何执法行为都面临着风险。笔者认为，执法风险是指执法行为可能带来的各种不利后果的总和。执法风险可以事先预测和感知，但当风险转化为现实可能并被不断激化而不能及时排解时，便会造成权益损害，严重时危及社会稳定，此时便升级为执法冲突。

## （二）社会转型期基层公安执法冲突的内涵解读

公安机关是国家依照法律设立的，代表国家行使公安职权和履行公安职责的，具有武装性质的国家机关，在负担日常社会治安管理工作外，还承担处置突发事件，侦破各种刑事犯罪案件，参与和组织抢险救灾等重大责任。据此，公安机关行政执法和刑事司法的双重属性决定了公安执法包括公安行政执法和公安刑事司法两大部分，包括治安管理、刑事侦查、消防监督、道路交通管理等，从执法结果看涵盖行政许可、行政处罚、行政强制、刑事侦查等方面。

公安民警的职责、工作的环境与面对

的人群决定了他们经常与困难、危险、犯罪等因素相关联,就基层公安机关而言,其所面临的执法风险包括由法律法规滞后的无法可依、大量非警务活动的挤压、社会民众的过度维权、自身执法能力不高等引发的执法相对人不配合执法、复议诉讼、举报投诉等情形。据公安部统计,新中国成立以来,牺牲民警约13万余人。改革开放以来,全国公安民警因公牺牲12368人、因公负伤174662人。2010年至2014年,公安民警(含公安现役官兵)因公伤亡22870人,其中因公牺牲2129人,因公负伤20741人(重伤2643人、轻伤18098人),平均每年4148人。2013年至2017年的5年里,全国公安民警因公牺牲2003人,因公负伤或致残2.5万人,其中,2017年牺牲361人、平均年龄只有43.5岁。

公安执法冲突的主体是公安民警和依照法律和民警指令执行职务的警务辅助人员,客体是执法相对人,包括但不限于执法对象及权利义务受执法行为间接影响的第三人。公安机关执法冲突的产生与执法主体执法方式不当、违反法定程序等不规范行使权力的执法行为有直接关系,也与执法相对人暴力抗法、蔑视法律权威等行为息息相关。

## 二、基层公安执法冲突的现实表现

为直观的掌握基层公安执法冲突的现状,笔者以常州市高新区公安机关为研究对象,在调查问卷和案例研究相结合的方式开展实证分析,了解基层公安机关执法冲突的特点、效应,为后续分析执法冲突的生成原因提供实证依据。

### (一) 基层公安执法冲突现状的类型化分析

笔者根据公安内网数据,对近十年来常州市高新区的阻碍执行职务案件进行统计分析,具体如下:

自2010年以来,常州市高新区受理阻碍执行职务类行政案件191起,刑事案件

80起,总体呈上升趋势,尤其是2017年以后,呈井喷式增长,见图1。侵权行为全部发生在派出所、交警、巡特警等一线民警的执法活动中。



图1：近十年CZ市GX区阻碍民警执行职务情况

为直观的掌握基层公安机关执法冲突的现状,笔者面向常州市高新区在职民警发放调查问卷。共发放调查问卷180份,回收149份,其中无效卷13份,有效卷136份,收到建议18条,有效率为75.6%。

#### 1. 执法冲突的频次较高

根据统计,136份有效问卷中,没有遭遇过执法冲突的仅有14人,经历过1次的12人,2次的38人,3次及以上的72人,统计到的执法冲突总计314次,如图2。问卷显示,接近90%的基层民警遭遇过执法冲突,50%以上的基层民警经历过3次以上。没有经历过执法冲突的14人中,男民警6人,均为25周岁以下刚参加工作的新警,女民警8人,较少参与执法勤务活动。



图2：民警遭受执法冲突频次

## 2. 非暴力冲突突出

有效问卷 136 份中, 遭遇过执法冲突的共 122 人, 其中 117 人均被执法相对人言语侮辱过, 占比高达 95.9%。轻微推搡占比 76.2%, 也即每 4 名民警里, 就有 3 个在执法执勤中遭遇过推搡拉扯。恶意投诉占比 49.2%, 接近一半, 言语类和轻微动手冲突占比最大, 统称非暴力冲突, 详见表 1。据统计, 全国范围内公安机关受理的对民警的投诉中 70% 属于恶意投诉, 其余 30% 的投诉中也有部分不能查实。

冲突形式	言语侮辱	轻微推搡	恶意投诉	暴力殴打	网络生事
人数	117	93	60	24	20
占比	95.9%	76.2%	49.2%	19.7%	18.0%

表 1: 基层公安机关执法冲突的表现形式

## 3. 冲突类型的复杂化

本文对社会冲突类型的划分, 主要是立足于公安机关的具体执法勤务活动, 笔者在分析调查问卷的时候, 也是将冲突类型和执法活动结合在一起进行统计, 以便更直观的分析每一类执法活动的潜在风险。

冲突类型	处置警情	抓捕	运送盘查	处置群体性事件	押解	其他
人数	116	30	13	39	4	6
占比	95.1%	24.6%	10.7%	32.0%	3.3%	4.9%
次数	175	46	23	60	4	6
占比	55.7%	14.7%	7.3%	19.1%	1.3%	1.9%

表 2: 执法冲突发生前的执法行为

对方精神状态	精神正常	醉酒	精神病人
人数	92	76	14
比例	67.6%	55.9%	10.3%

表 3: 冲突对象的精神状态

如表 2, 从冲突类型看, 遭遇阻碍执法的 122 人中, 116 人在处置警情的过程中遭遇过执法冲突, 占比 95.1%, 次数高达 175 次之多。笔者还发现, 受访的民警中, 有一半以上的民警都遭受过醉酒者和精神

病人的辱骂、袭击等, 如表 3。以上数据说明, 警情处置阶段矛盾冲突高发, 一来警情事件本身存在不确定性, 同时也反映出民警对警情风险预判不足。

## 4. 行为人群体化倾向

我国社会上历来就存在所谓“法不责众”的思想, 但这并不是一种法律原则或法律规则, 而仅仅是古代封建社会“人治”模式下的一种法律现象, 并流传至今。当前社会各领域都存在着“法不责众”的情况, 司法实践中, 基层公安机关的执法冲突事件也呈现出群体化倾向, 由个体向群体发展, 民警执法时极易受到相对人及其同伙、亲属、利益相关人甚至是不明真相的群众的阻碍。对于执法者而言, 当执法冲突的侵害人数较多的时候, 执法成本就会大幅提高, 一方面导致违法行为难以被有效惩戒, 另一方面更助长“法不责众”的心理, 导致传统权威的流失。

## 5. 法律责任追究不足

我国关于公安执法冲突行为缺乏系统的法律规制, 具体规定散落在《人民警察法》《治安管理处罚法》和《刑法》中, 操作性不强。其次, 在实际工作中, 由于基层警力少、事务多, 对于执法冲突的处置经常“大事化小、小事化了”。

处理方式	刑事案件	治安案件	批评教育	没有任何说法
次数	53	93	89	79
比例	16.9%	29.6%	28.3%	25.2%

表 4: 执法冲突处理方式

如表 4 所示, 136 份调查问卷中, 遭受过执法冲突的民警共有 122 人, 涉及具体冲突次数共计 314 次, 其中 53 次冲突立为刑事案件, 93 次被评价为治安案件, 即 46.5% 的抗法行为人受到法律制裁, 28.3% 的冲突事件批评教育了事, 25.2% 的事件不了了之, 综合打击力度较轻。

## 6. 暴力手段明显



基层公安机关在执法过程中遭遇当事人言语冲突、轻微推搡的情况在冲突总体情况中占绝大多数，但也不乏少数暴力攻击、持凶袭击等情况，或即使没有暴力殴打，但对民警的伤害程度已达到了十分严重的等级，最常见的就是交警执法过程中遭遇车辆拖、拉、拽的情况，情节恶劣，往往会造成执法民警身体受伤、甚至流血牺牲。

## （二）基层公安执法冲突问题的效应分析

在社会发展过程中，社会冲突的消极作用是显而易见的。执法实践中，基层公安机关执法冲突，极大地损害了国家传统权威，妨害了社会管理秩序，助长了暴力抗法的不良风气，对社会稳定和国家安定也埋下了巨大隐患。

### 1. 执法公信力和法律权威的削弱

公安民警的执法权是国家法定的公权力，是履行公安机关法定职责、实现国家长治久安的重要保证，是体现国家尊严和法律权威的重要过程。公安机关的执法活动代表着国家和法律的尊严和权威，少数不法人员在民警执法活动中公然抵制、妨碍、对抗，本质上是对国家公权力和法律尊严的践踏；个别民警无视规则、滥用职权的行为亦是对警察身份的亵渎。

### 2. 公民合法权益无法保障

据法制网舆情监测中心统计，“自2015年1月至2016年6月，平均每天发生1.3起袭警事件，即每18小时就有一起事件发生，平均每起案件一至两名干警伤亡，且速度在不断增长，平均每起案件中都会有一名以上的人民警察受伤，每两起案件中都会有一名人名警察因公牺牲。”

公安机关作为法律的实施者、其他执法机关的后盾保障，在执法过程中屡遭冲突伤害，将难以维持正常的社会管理秩序，也会助长暴力抗法的不良风气，广大人民群众无形中对公安机关维护社会治安、打

击犯罪的能力产生怀疑，对社会秩序和政治稳定也会带来严重危害。

### 3. 社会法治资源的损耗

执法冲突事件除了损害公安机关和法律的权威、扰乱正常的社会管理秩序外，还间接造成了社会法治资源的损耗。一是直接的物质损失。比如冲突行为对民警个人物品和警用装备、车辆等造成损害的，需要花费大量资金进行维护保养或重新采购。二是间接的人力损失。冲突行为发生后，一方面受伤警员无法投入工作，另一方面公安机关还要安排额外警力慰问、疏导，这给原本就任务繁重、警力不足的公安机关加重了负担。三是执法沟通成本上升。频繁的执法冲突、恶劣的袭警事件、荒唐的网络辱警等形成的“破窗”效应，对基层公安机关日常工作的开展，无疑是雪上加霜，执法沟通成本日益上升。

## 三、基层公安执法冲突成因的解读

面对基层公安机关形势严峻的执法冲突，国内专家、学者和各级公安机关纷纷从不同角度分析、探讨执法冲突的成因，由从宏观方面全面把控的，有从违法犯罪行为的构成进行分析的，也有从微观方面具体把握的。

笔者主要从公安机关内部和执法相对人及社会环境等外部两个视角切入，具体分析基层公安机关执法冲突的成因。

### （一）基层公安执法冲突成因的内部视角

#### 1. 执法主体法治思维不足

思想指导行动，执法冲突频发与基层民警法治理念缺位有巨大关联，民警自身的过失、缺点或疏忽往往是引发执法相对人阻碍执法、暴力抗法的重要原因。一是执法理念有待转变。民警的执法活动本质上是运用公权力对普通民众私权利的管理、限制和干涉，人们关于警察或多或少都存在抵触、抗拒的心态，民警在行使国家权

力时也常常站在权力本位的角度履行自己的职责，导致警民关系紧张，从而引发执法冲突。二是自我防范意识薄弱。部分民警在长期与不法分子接触的过程中产生懈怠心理，执行任务时不按要求配全配齐警械装备，给违法行为人可乘之机，或者心理素质差、临变能力不足，对现场情况做出错误预判，在客观上增加了在执法时遭遇不法行为人侵害的可能性。三是现场取证意识不强，在发生执法冲突时，往往应付侵害行为还来不及，不能有效固定现场证据，增加了后续处置违法行为人的难度，无形中放纵了阻碍执法、暴力抗法的行为。

## 2. 执法行为规范化的缺失

随着社会整体法治意识的提高和公安机关执法规范化建设的深入推进，民众对公安执法有了更高期待，但警察执法不规范的情况仍然大量存在，极易引发执法冲突。一是执法方式过于简单直接。部分民警在执法过程中，群众观念淡薄，不注重方式方法，态度生硬，语言不文明不规范，引起执法相对人和现场群众的逆反心理，引发矛盾冲突升级。二是执法主体缺乏严格意识。在面对不法当事人的辱骂纠缠时，不能果断采取防卫措施，“打不还手、骂不还口”，客观上弱化了警察权威。三是执法办案业务水平不高。一些民警对待当事人的报警求助和办证事项，推诿敷衍，停留在将事情搞定摆平的程度，对于可能构成案件的不及时受立案、不全面调查取证，办事拖拉、效率低下。加剧警民冲突。四是警械武器使用不甚规范。公安机关在执法勤务中，一旦使用武器警械，就意味着对公民生命健康和人身自由的不可逆转的限制，所以长期以来公安机关内部关于武器警械的使用十分谨慎，民警不会用、不敢用武器警械的情况非常普遍。

## 3. 执法资源紧张和警察职能泛化

当前，世界发达国家警察与人口的平

均比例达万分之三十五，而我国约为万分之十二，远远低于世界发达国家，甚至低于巴西（万分之三十二）、印度（万之十二点二）等发展中国家。相较于其他国家，我国公安机关警力严重不足，民警人均工作量大，休息得不到保证，在日常执法过程中，如遇到执法对象或围观人员的阻挠，极易造成民警伤亡。

其次，公安机关对自我职能定位存在偏差，根据法律规定，人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形，应当立即救助。需要注意的是，这里是危难，而非困难。然而110报警对群众求助有求必应的承诺，导致群众不管遇到什么问题都惯性思维寻求警察帮助，间接导致公安机关承担了大量原本应由其他行政机关管理的事项。

## 4. 法律漏洞与裁量标准的模糊性

对于阻碍执法、暴力袭警等基层公安机关执法冲突行为，我国实行的是行政处罚和刑事处罚相衔接的二元处罚模式。《人民警察法》第三十五条规定了四种拒绝或者阻碍人民警察依法执行职务的行为及一条兜底项。《治安管理处罚法》第五十条规定了四种阻碍执法行为的法律规制，并明确对阻碍人民警察依法执行职务的，从重处罚。《刑法》第二百七十七条规定了以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的刑事处罚，其中暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，从重处罚。2020年1月10日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部又联合发布了《关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》（下称《意见》），这是我国第一份由最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合出台的专门惩处袭警违法犯罪行为的规范性文件，充分体现了国家敬畏法律、尊重执法者的决心，但结合执法实践，笔者认为法律规定还有一些不够完善的地方。

主要表现为：一是打击力度不够，《意见》将袭警行为和阻碍其他行政机关执法的行为规制在同一个法条和罪名中加以调整，在一定程度上忽视了公安机关相较于其他行政机关的工作危险性和职责特殊性，没有对警察执行职务的保护予以特别的强调。把造成正在执行警务活动的民警重伤或者死亡的袭击行为，完全等同于普通的故意伤害罪或者故意杀人罪，忽视了袭警行为侵害法益的双重性。二是处罚范围过窄，近年来，针对民警的恶意投诉、不实举报、诬告陷害比比皆是，我国法律关于恶意投诉并没有实质的解决办法，大部分行为人事后都没有得到相应的惩罚，实际上是一种默许的放纵。因此有必要增设诸如对辱骂、恶意投诉民警行为的处罚条款，严厉惩治袭警辱警行为，有力维护民警人身安全和执法权威。三是未明确对辅警的保护。2018年12月19日，公安部公布出台《公安机关维护民警执法权威工作规定》，其中第三十条规定：警务辅助人员在协助民警依法履行职责、行使职权过程中受到不法侵害的，参照本规定开展相关工作。但制定时间在其之后的两高一部的《意见》却未采纳该种观点，对辅警在执行职务中遭受侵害的情况没有予以规定，可见公检法三家对辅警执行职务的性质仍持不同认识。四是法律规定缺乏可操作性，《人民警察法》《公安机关人民警察现场制止违法犯罪行为操作规程》和《人民警察使用警械和武器条例》是民警日常执法过程中使用警械武器的正式法律规定，但在实践中，我们发现这些条文过于抽象，操作性不强，裁量标准较模糊，多数情况下只做了原则性的阐述，对具体情况如何处置没有规定。

## （二）基层公安执法冲突成因的外部视角

### 1. 社会转型时期利益冲突协调的难度

加大

当前，资源、机会的配置和组成方式受到诸多社会机制、国家政策的影响，在国家、市场和社会大环境中不断发生转变。然而，资源和机会的配置从来不会绝对公平，尤其在社会转型的大背景下，各种利益之间盘根错节，资源和机会的配置不均衡，或是出现明显偏向时，原有的社会结构就会被打破，新的社会结构在资源重组的过程中日益形成，并与旧有的社会结构互相抗衡，社会矛盾随之出现，社会冲突日趋凸显，引发社会成员的强烈不满，也就是所谓的结构性怨恨。朱力教授认为，“公正失衡是当前中国社会最严重的社会问题，也是社会结构性怨恨形成的最重要的社会基础。”

### 2. 执法相对人的行为失范与惯性抵触

公安执法冲突的主体是公安民警和执法相对人两方，任何一方的行为都会引发冲突，就公安机关而言，民警的执法不规范行为在很大程度上会引发执法相对人不满，进而升级成阻碍执法，这在前文已有论述；同样的，执法相对人的违法行为，也增加了执法冲突发生的概率。部分群众以“我”为本位，以“个人认知”代替“法律认可”，一旦遇到外部环境刺激，或是在某一事件中正好又发生利益受损情况，执法相对人出于惯性抵触情绪，极易和执法民警发生冲突。

### 3. 执法相对人法治观念亟待提升

我国近年来一直都致力于普法教育，从1986年开始，全国每五年实施一个五年普法规划，目前已进入七五普法的尾声。经过三十多年的努力，社会广大民众的法律意识有了很大提高，尤其是权利意识发生了根本性变化，但与此同时，我们发现公民的义务意识并没有跟随权利意识同步提高。换句话说，民众已经逐渐习惯运用法律武器来维护自身的权益，但自身守



法意识和履行义务的认知却停滞不前，部分群众往往选择性适用对自己有利的法律，而忽视相应的义务条款，更有甚者打着维权的旗帜做着违法的事情，这种只讲权利利益不顾义务道德的畸形法治观念亟待纠正。

#### 4. 自媒体时代执法舆论空间有待优化

互联网对于基层公安机关而言就像是一把双刃剑，既可以成为警察开展打防宣传的有利阵地，当然也会将公安机关执法行为置于闪光灯之下进行解剖，甚至成为不法分子歪曲事实、丑化警察、恶意造谣的土壤。不少媒体为了使自己的信息更具有竞争力，抓住民警的负面新闻大肆炒作、无限放大，而忽略了正面宣传引导，舆论辱警、涉警谣言的情况普遍存在。另一方面，“公安民警在执法办案中，每天都要查处很多违法犯罪嫌疑人，受公安机关打击处理过的群体容易将警察树为对立面，在网络涉警事件中往往起哄、扳砖、推波助澜、唯恐天下不乱。”从某种意义上来说，舆论导向是比枪更厉害的武器。

### 四、我国基层公安执法冲突化解的路径探索

科塞认为，“在冲突发生的过程中，新规则不断地被创造，旧规范不断地被改进。冲突造成了一种部分或全部不受规划和规范所约束的新环境，同时它也作为一种催化剂促进新规则、规范的建立。”可控的基层公安执法冲突有助于新制度的产生和完善，对我国公安法治建设也有巨大的推动作用。基于上述内外两方面的原因分析，笔者也分别从内部制度构建和外部优化环境入手，提出预防和化解公安执法冲突的相关建议，以期对司法实践提供一定借鉴。

#### （一）我国基层公安执法冲突化解的制度构建

##### 1. 现代法治原则下执法理念的转变

一是提升法治理念。公安部门领导干部应坚持法律至上，摒弃人治观念，善于运用法治思维解决问题；另一方面，基层民警要切实转变息事宁人、搞定摆平的思想，主动研究法律法规，努力提高执法素养，文明执法、规范执法，不断提升自身能力水平。二是强化程序意识。重典本身并不能激发守法动机，而正当程序对于形成民众对当局的信任进而形成良好的守法环境，却具有重大作用。在具体执法过程中，必须严格落实诉讼程序法的各项规定，实现程序本身所固有的价值，保证执法相对人对事情的处理是“看得见”的。三是加强防范意识。警察是一个极具危险和挑战的职业，公安民警要认清公安机关职责的特殊性，充分认识每一次任务的危险性。在执行职务前，做好预判和应对准备，在履职过程中，时刻保持高度警觉。在面对行为人的无理取闹、武力挑衅时，能做到及时、全面、客观取证，确保后续处罚有据，依法有效打击抗法行为人。

##### 2. 建立自由裁量基准制度

自由裁量是一把双刃剑，其运用既可以为善，即执法者运用裁量权实现法定目标，实现实质正义；同样，自由裁量权的运用也可以为恶，执法者同样可利用法律赋予的裁量权对同样情况不同对待，对不同情况同样对待，造成执法的不公。建立自由裁量基准制度主要分为两块内容：一方面建立武器警械使用的自由裁量基准制度，处理好法律条文的“弹性”和公安执法的“可操作性”的关系，使公安民警有法可依、敢于执法。通过完善法律、压缩裁量空间，促进每一次使用武器警械行为的合法合理化。另一方面建立行政执法的自由裁量基准制度。公安机关同时拥有行政执法职能和刑事司法职能，在刑事诉讼活动中，从立案到强制措施适用，再到后续的起诉，都有明确的立案追溯标准、

适用情形、量刑幅度等加以支撑，可以说公安机关的自由裁量权在刑事司法方面是有相对完善的参考基准的。但在行政执法方面，却有所欠缺，有必要参考刑事定罪量刑标准，建立公安行政执法方面的自由裁量基准制度，进一步规范权力实施。

### 3. 建立公安执法风险冲突等级模型

党的十八大报告提出，要建立健全重大决策的社会稳定风险评估机制。鉴于基层公安机关管理领域的多变性、危险性和冲突高发性，笔者提出建立执法风险冲突等级模型，结合基层冲突事件的大数据分析，对执法过程中可能产生的负面效应、不利结果进行分析、评估并加以防范，以减少执法风险转变成现实冲突的概率。建立执法风险冲突等级模型，主要从执法风险识别、执法风险评估、执法冲突防控三个方面入手。

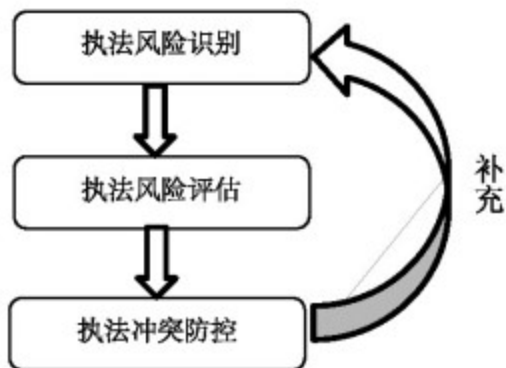


图3：执法风险冲突等级建模流程

建立公安执法风险冲突等级模型，第一步在于识别执法风险，感知、梳理执法行为潜在的风险，通过识别风险，明晰三大问题（1）执法过程中主要存在哪些风险

（2）风险冲突的表现形式；（3）相应的执法后果。第二步是进行风险评估，就风险转化成冲突的现实可能性和冲突性质、事态、后果进行分析、预判，为风险冲突的防控提供科学依据。最后一步冲突防控，是指采取有效措施避免冲突发生，或将冲

突影响控制在最小范围，并盘点生成原因，纳入执法识别数据库，用来指导下一次类似事件的防范，流程如图3所示。

### 4. 借鉴域外经验设立袭警罪

英美法系国家普遍都在其刑法中单独设立“袭警罪”，对袭警行为零容忍，从立法高度为打击该类行为提供支撑。美国刑法规定，任何人不得有威胁、伤害或袭击警察的行为。英国刑法中，规定的袭警罪共有五类：殴打警察罪、妨碍警察执行公务罪、冒充警察罪、挑唆不忠罪、非法持有警察衣物罪，明确将袭警行为纳入到国家刑罚体系中。鉴于我国现阶段阻碍民警执法现状的严重性和法律对于袭警行为的“失之于宽”，笔者提出借鉴域外经验，增设袭警罪，以期通过立法从根本上保障法律权威和民警执法的严肃性。

在我国单独设立袭警罪具有现实可行性：一是增设袭警罪符合刑法罪刑相适应原则。我国《刑法》第五条规定确立了罪刑相适应原则，目的在于不放纵重犯，也不苛责轻犯，以此达到刑事责任的平衡状态。《刑法》第二百零二条对抗税罪进行了特别规制，广义来说，该行为也属于妨害公务的一种方式。法律之所以将其单独评价，并将法定刑抬高至七年有期徒刑，是为了强调对税收制度和税务机关执法的保护。相较于税务机关而言，公安民警在执法过程中面临的风险更大，遭受的暴力、威胁程度也必然更强烈，将袭警行为规制在最高法定刑为三年的妨害公务罪中，难以体现该行为的社会危害性。二是我国增设袭警罪在立法技术上并不存在困难。我国在立法技术上虽然更偏向于大陆法系，但我国在刑法立法技术上也曾有借鉴英美法系的做法。如持有型犯罪的立法，储槐植先生在1987年出版的个人专著《美国刑法》中，首次提出应在作为和不作为之外增加一种行为形式“持有”，从而使之进

入我国刑法学研究视野并以其具有的立法和司法价值被立法者所肯定。

## （二）优化基层公安执法的社会环境

### 1. 引导公众诉求表达理性化、法治化

在实践中，信访制度已经成为超越其他行政救济的途径，在民众心中形成信访不信法的内心暗示，这严重背离了我国建设社会主义法治国家的理念。因此，完善民意表达机制，引导公众理性、合法的表达诉求对优化基层公安执法环境而言至关重要。

一要拓宽民意表达渠道。制定相关利益协调、诉求表达机制，充分利用信息网络等新媒体拓宽诉求表达渠道，使利益双方能在平等协商的环境下沟通交流。相应的，也要做好诉求收集预警机制，密切关注利用网络媒体无理纠缠、无故闹访的情况，坚决打击侮辱诽谤、威胁恐吓等违法犯罪行为。

二要引导合理合法反映诉求。基层民警在具体勤务活动中应清楚告知当事人执法行为的依据，充分听取当事人的陈述及申辩，并完整释明复议、复核、诉讼、听证等救济途径，引导诉求表达主体通过合法途径表达诉求。此外，还要广泛发动社区力量，加大普法宣传力度，培养群众法治意识。

### 2. 常态化交流机制的舆论引导

公安机关应主动建立与网络新闻媒体的沟通合作，建立常态化舆论交流机制，加强网络宣传阵地的建设，通过网络媒体让群众对公安工作有直观的认识和理解，树立公安机关的正面形象，使互联网成为紧密警民关系、方便群众工作的桥梁。

一是要加强公安正面形象的宣传。主动向媒体“爆料”民警救助群众、屡破要案、追赃挽损等先进事迹，大力宣传公安机关执法为民、维护社会秩序的巨大作用，拉近警民关系，争取群众对公安机关工作

的支持。

二是加大对袭警惩处的报道。袭警行为发生后，第一时间向网络发布案件事实和处罚情况，向广大群众宣传阻碍执法、暴力袭警的后果，引导群众配合民警执法。同时，加大对网络舆情的关注和查控，对错误失实的舆情要迅速调查，依法追究相关当事人的法律责任，为基层民警执法营造良好的社会舆论环境。

### 3. 基层共建共治共享治理模式的发展

党的十八届三中全会提出“全面深化改革的总目标是完善和发展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”，十九大报告指出要在此进程中，加强社会治理创新，打造基层共建共治共享的社会治理格局。为有效防控基层公安机关执法冲突，应强化基层共建共治共享治理模式的发展，“从单中心权威走向多元社会主体共治，以及各种调整机制和调整环节的协调整合”，形成多元主体利益共享、风险共担、协同共进的社会治理局面，有效提升基层公安社会治理能力。

（作者单位：常州市公安局高新区分局）



# 罪刑均衡视角下的组织卖淫罪法定刑设定

陈江华

组织卖淫罪因败坏社会风气、衍生其他犯罪、影响社会治安管理、侵害人身权利而被给予重刑规制，但随着经济社会发展，组织卖淫活动的犯罪形态发生了很大的变化，由控制型组织卖淫为主，转变为管理型组织卖淫为主，最高人民法院、最高人民检察院于2017年公布的《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》中将控制型与管理型组织卖淫均明确为组织卖淫行为。然而，与传统控制型组织卖淫相比，管理型组织卖淫无论是从法益侵害性还是从组织者的主观恶性来看均大为降低，刑法设定的组织卖淫罪的法定刑已不符合形势的变化，也不能满足罪责刑相适应原则的要求。故有必要对组织卖淫罪的法定刑予以相应调整。

## 一、组织卖淫罪的罪刑变迁

1979年刑法并未单独规定组织卖淫罪，仅规定了引诱、容留妇女卖淫罪，其法定刑是：五年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处五年以上有期徒刑，可以并处罚金或者没收财产。

1991年第七届全国人民代表大会常务委员会制定通过了《关于严禁卖淫嫖娼的决定》（以下简称《决定》），就组织卖淫行为作了如下规定：组织他人卖淫的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处一万元以下罚金或者没收财产，情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

1992年最高人民法院、最高人民检察院出台了《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解答》（以下简称“《解答》”），就如何理解、认定组织他人卖淫罪作了进一步规定。强调“组织他人卖淫罪，是指以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。”

1997年刑法吸收了《决定》的相关内容，首次在刑法典中规定了组织卖淫罪，其法定刑是：处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有法定情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产，其中情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。协助组织他人卖淫的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

2015年中华人民共和国刑法修正案（九）废除了组织卖淫罪的死刑规定，其法定刑为：处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。

2017年最高人民法院、最高人民检察院制定通过了《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《解释》”），在废止《解答》后，就组织卖淫罪的相关

问题重新作了规定。对组织卖淫罪的概念、情节严重的认定标准等问题的规定都有新变化。

总的来看，组织卖淫罪从无到有，逐步完善，对于维护社会治安秩序和良好的社会风气，发挥了积极作用。在刑罚方面，一方面废除了死刑，使法定最高刑降低，另一方面将法定最低刑由10年降为5年，从而使该罪的法定刑幅度整体下移，体现了刑法的谦抑性和法治的进步。不过，组织卖淫罪的法定刑的起刑点自1997年以来未再作调整，已不能适应组织行为“管理化”、卖淫行为“自愿化”的犯罪样态新变化。从组织卖淫罪的罪刑变迁趋势的视角审视，适当降低组织卖淫罪的法定最低刑也具有相当的合理性和必然性。

## 二、组织卖淫罪的罪质特征的理解

作为妨害社会秩序类犯罪，组织卖淫罪的罪质特征在于组织行为。关于组织行为的理解，《解答》规定：“组织他人卖淫罪，是指以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。”也就是强调组织行为的控制性，但《解释》第1条规定：“以招募、雇佣、纠集等手段，管理或者控制他人卖淫，卖淫人数在三人以上的，应当认定为刑法第三百五十八条规定的组织他人卖淫……”。对组织行为的理解，由控制他人卖淫转变为管理或者控制他人卖淫。规定变化的原因在于，随着社会经济的发展和社會价值观念的变化，司法实践中，很多组织卖淫犯罪的控制性特征并不明显。具体而言，一些卖淫人员因好逸恶劳等原因，系主动、自愿到一些场所从事卖淫活动，而组织卖淫者也仅仅是规定其上下班时间、统一着装或场所内的工作秩序等，并没有控制其人身自由和性自由，因而仅用“控制性”特征已很难准确涵盖、认定该类犯罪。另外，从科学

的刑法解释观来看，组织和控制的含义既相互联系又相互区别，组织行为往往通过一定的控制行为表现出来。但组织绝不等同于控制，更不是强迫，而是包含控制和管理等带有组织性的行为。应该说，《解释》关于“组织性”的规定既符合法律解释原理又反映了犯罪样态的客观变化。由此，组织卖淫罪可以分为两种类型，即控制型组织卖淫罪和管理型组织卖淫罪。组织卖淫罪被规定在刑法分则的妨害社会管理秩序类犯罪一章，这说明该罪侵害的法益是社会管理秩序。而控制型组织卖淫罪的“控制性”特征意味着该类犯罪还对人身权法益（主要体现为人身自由权和人格尊严）造成侵害，这就意味着它同时侵害了两种法益，属于复杂客体犯罪。管理型组织卖淫罪的“管理性”特征则表明，卖淫者的人身权法益未受到明显侵害，实践中反而体现出很强的“自愿性”，因而属于只妨害社会管理秩序的简单客体犯罪。犯罪行为侵害的法益性质和数量是犯罪社会危害性的评判标准，我们认为相较于控制型组织卖淫罪，在管理型的组织卖淫犯罪中，鉴于组织行为的管理性和卖淫行为的自愿性，因而卖淫者的人身自由和性自由权利并未受到损害，同时，行为人的主观恶性也较小。这就决定了两种不同类型的组织卖淫罪的法定刑也应有差异，唯此才能做到罪责刑相适应，罚当其罪，罪刑相称。组织卖淫罪法定最低刑为5年的规定始于1997年《刑法》，当时的组织卖淫犯罪还主要体现为强“控制性”特征，因而法定刑设置主要是针对控制型组织卖淫罪，未能充分考虑到体现出强“自愿性”的管理型组织卖淫罪，适当降低法定刑有利于实现罪刑均衡。

## 三、基于刑罚体系内在协调的考量

刑罚体系的内在协调性要求，刑罚的

轻重应根据侵害法益的轻重（主要体现为社会危害性）和人身危险性（主要体现为主观罪过）的大小进行合理设置，也就是重罪重罚、轻罪轻罚，罚当其罪，罪刑相称，故组织卖淫罪法定刑设置的合理性还取决于和其他犯罪法定刑的比较。

### （一）组织卖淫罪与“同质”的卖淫类犯罪的法定刑比较

#### 1. 与强迫卖淫罪比较

现行刑法第358条将组织卖淫罪与强迫卖淫罪并列作为选择性罪名加以规定，即“组织、强迫他人卖淫的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”

组织卖淫罪是指以招募、雇佣、纠集等手段，管理或者控制他人卖淫，卖淫人员在三人以上的行为，其行为特征在于组织性；强迫卖淫罪是指使用暴力、威胁、虐待等强制手段迫使他人卖淫的行为，其行为的方式必须具有强迫性。同为卖淫类犯罪，从法益侵害性来看，强迫卖淫罪体现出以暴力为特征的强控制性，不仅严重侵害他人的人身自由权和人格尊严，还侵害了他人的性自主权，其社会危害程度不仅大于管理型组织卖淫罪，也大于控制型组织卖淫罪，因此，《解释》在两罪的情节严重标准方面作了不同规定。《解释》在第2条将六种情形认定为组织卖淫的情节严重：1. 卖淫人员累计达十人以上的；2. 卖淫人员中未成年人、孕妇、智障人员、患有严重性病的人累计达五人以上的；3. 组织境外人员在境内卖淫或者组织境内人员出境卖淫的；4. 非法获利人民币一百万元以上的；5. 造成卖淫人员自残、自杀或者其他严重后果的；6. 其他情节严重的情形。而《解释》第6条又将五种情形认定为强迫卖淫的情节严重：1. 卖淫人员累计达五人以上的；2. 卖淫人员中未成年

人、孕妇、智障人员、患有严重性病的人累计达三人以上的；3. 强迫不满十四周岁的幼女卖淫的；4. 造成被强迫卖淫的人自残、自杀或者其他严重后果的；5. 其他情节严重的情形。

可以看出，在卖淫人数上，强迫卖淫罪“情节严重”标准是按照组织卖淫罪人员的一半标准设置，体现了对强迫卖淫罪更严厉打击的精神；对未成年人、孕妇、患有严重性病的人而言，人数标准参照组织卖淫罪人员的一半标准设置，体现了对强迫卖淫罪更严厉打击的精神。虽然《解释》关于“情节严重”的规定体现出了两罪差异化处刑原则，符合罪刑关系的内在协调诉求，但却未将这一原则贯彻到底，具体表现在两罪的法定最低刑设置上却未作相应差异化规定，仍然维持了相同的起点刑“门槛”，即五年有期徒刑。当然，作为《解释》的主体，最高司法机关应该已认识到这一点了，但其无权修改《刑法》的法定刑规定，因为这已进入最高立法机关的权限范围了。换言之，除非通过修法，否则仅仅依靠司法解释已不能克服这种内在的逻辑矛盾。

#### 2. 与引诱、容留、介绍卖淫罪比较

根据《刑法》第359条第1款之规定，犯本罪的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。其中，引诱他人卖淫是使一个没有卖淫意愿的人从事卖淫行为，相比较容留、介绍卖淫行为，行为人的法益侵害性和主观恶性更大，刑法需要予以更加严厉的打击。因此，《解释》对引诱他人卖淫不作人数的限定，即只要引诱一人卖淫即构成犯罪。但这只是从入罪“门槛”方面降低了要求，但其法定最低刑仍为管制刑。与之相比，组织卖淫罪的法定最低刑为五年有期徒刑，对于管理型组织卖淫罪的组织者而言，如果没有法



定减轻处罚情节，其至少面临五年刑期。此种情形下，引诱他人卖淫罪的对象是没有卖淫意愿的人，其行为方式是“引诱”；管理型组织卖淫罪的对象在实践中往往是自愿从事卖淫活动的人，其行为方式是非暴力的“管理”。两相比较，我们认为，无论从法益侵害性还是人身危险性考量，后者的法定最低刑设置也不应高于后者。

## （二）组织卖淫罪与其他组织型犯罪的法定刑比较

组织卖淫罪作为组织型犯罪，其法定刑设置的合理性还可通过与其他组织型犯罪的比较加以验证。我国刑法中规定了多种组织型犯罪，主要有组织、领导、参加黑社会性质组织罪，组织领导传销活动罪，组织、领导、参加恐怖活动组织罪等。各种组织性犯罪的法定刑列举如下：（1）

《刑法》第120条规定，组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。

（2）《刑法》第294条规定，组织、领导、参加黑社会性质组织罪法定刑幅度为三年以上十年以下有期徒刑；（3）《刑法》第224条规定，组织、领导传销活动罪的法定刑幅度为五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金，情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金；（4）《刑法》第300条规定，组织、利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、行政法规实施的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处或者单处罚金；（5）《刑法》第333条规定，非法组

织他人出卖血液的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；

通过比较，可以看出，除了组织、领导、参加恐怖活动组织罪以外，我国刑法规定的组织型犯罪中的组织者的法定最低刑均不超过三年。以组织、领导、参加黑社会性质组织罪为例，无论从法益侵害性还是从人身危险性来衡量，组织卖淫罪都远远不能与之相提并论。在司法实践中，组织卖淫罪还往往是黑社会性质犯罪的衍生犯罪，因此，为组织卖淫罪设置高于组织、领导、参加黑社会性质组织罪的法定最低刑，显然不具有合理性。

## （三）组织卖淫罪与“异质”犯罪的法定刑比较

我国刑法将犯罪分为十类，大致按照从重到轻的顺序排列，因为危害国家安全罪侵害的法益是国家的主权、领土完整和安全，被认为是最严重的犯罪，所以在分则中排在首位。从总体上看，暴力公权犯罪的法定刑最重，暴力私权犯罪的法定刑次重，非暴力公权犯罪的法定刑较轻，非暴力私权犯罪的法定刑最轻。按照这个法定刑配置顺序，人们可以大体上根据犯罪的类型预见法定刑的轻重。犯罪类型与刑罚之间这种规律性变化背后体现着刑法的某种价值取向——在暴力犯罪与非暴力犯罪之间，刑法更不能容忍的是暴力犯罪；在公权保护与私权保护方面，刑法更看重的是公权力的保护。这就是所谓罪刑顺序规律。

组织卖淫罪被规定在妨害社会管理秩序罪之中，从性质上看，不同于贪污贿赂犯罪，属于私权犯罪，从行为手段上看，其主要表现为非暴力的控制型或管理型的

（下转第92页）

## 租赁合同因遇拆迁终止，租赁物占有使用费因租赁物价值受到影响不宜参照合同约定的租金标准进行计算

——常州某车辆配件有限公司诉翁某租赁合同纠纷案

陈云秀

### 【案例要旨】

依照规定，租赁期间届满，承租人应当返还租赁物。本案中，双方当事人因租赁厂房遇到拆迁安置协商终止了租赁合同，承租人搬走了大部分设备，留有少量设备在租赁场所，出租人与拆迁安置部门就租赁物签订了拆迁安置补偿协议，租赁物的使用价值受到影响。人民法院在当事人提出主张的情况下，可以就占有使用费进行调整。

### 【案例正文】

2015年2月，常州某配件公司与翁某签订租房协议和补充协议，约定：翁某方租赁常州某配件公司厂房、设备和房屋（24间）；租期五年，租金每年25万元，第3年增加1万，第4年增加2万，第5年增加3万。补充协议则明确了厂房、设备和房屋内容，并约定翁某以6万元受让常州某配件公司的办公用品。2016年8月，翁某停止在某配件公司处生产经营，并将大部分设备搬至他方生产。2016年8月，常州某配件公司、翁某就双方的欠款和租金进行结算，确认翁某已支付租金至2017年2月1日止，双方的租赁合同于2017年2月1日终止。合同终止后，因翁某尚有部分设备在案涉租赁场所内，常州某配件公司于2017年4月23日组织人员进行搬离，双方产生争议并报警。2017年5月中旬，

翁某将留在常州某配件公司处的剩余设备搬离。

另，2016年11月13日，常州某配件公司与常州某部门签订了房屋拆迁补偿安置协议，该协议中载明因项目建设需要，对翁某房屋进行拆迁，补偿费用共计13011250元。常州某配件公司、翁某因拆迁补偿等事宜产生纠纷，翁某于2017年5月向本院提起诉讼，要求判令常州某配件公司支付违约赔偿和拆除补偿款。2018年12月28日，本院作出民事判决：一、常州某配件公司应于本判决生效之日起二十日内向翁某支付拆迁补偿款744391.48元。二、驳回翁某的其余诉讼请求。常州某配件公司不服本判决上诉至常州市中级人民法院，常州市中级法院认定双方协商于2017年2月1日解除合同系因案涉房屋拆迁所致，故作出判决，维持原判。

### 【评析意见】

一、依照规定，租赁期间届满，承租人应当返还租赁物。因此，双方协商合同终止后，翁某继续留有设备占有租赁物的行为构成了违约，常州某配件公司要求被告支付占有使用费是翁某应该承担的违约责任。虽然常州某配件公司和常州某部门签订了拆迁安置协议，租赁物的价值受到影响，但案涉租赁物仍归常州某配件公司，翁某不能以租赁物进入拆迁程序和常州某配件公司实际损失为由拒绝承担违约责任。

## 案例分析

二、关于占有使用费的支付标准，《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第5条规定，房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。司法实践中，合同解除后承租人继续占有租赁物，一般也是参照该条规定适用。该解释是在公平原则的导向下进行的考量，表述较为灵活，赋予了审理案件的法官根据个案情况自由裁量的空间，如果案件存在特殊情况，完全参照合同约定的租金标准确定承租人占有使用费数额可能与承租人获取的占有利益或出租人的实际损失明显不符时，法官可以根据承租人实际使用房屋的状况确定是否参照合同约定的租金标准，

也就是说，当事人提出主张的，法官可以根据案件的具体情况，参照租金标准进行自由裁量。

本案就是第5条规定的特殊情况，本案租赁物进入拆迁，承租人留有一部分设备在租赁场所内，并未全部占有租赁物，没有获得较大的占有利益；租赁物进入拆迁程序，租赁物本身的使用价值受到影响，出租人的实际损失也比合同约定的租金标准要低。法官在自由裁量时就是综合考虑到案件的上述情形进行了自由裁量，酌定按照合同约定的租金的一半的标准计算了房屋占有使用费，更好的平衡了双方当事人的利益。

（作者单位：武进区人民法院）

（上接第90页）

组织卖淫行为（如果使用暴力，则构成强迫卖淫罪），按照罪刑顺序规律，其法定刑配置应低于暴力公权犯罪、暴力私权犯罪和非暴力公权犯罪，处于法定刑配置的最低阶，法定刑应相对最轻。那么现行刑法中组织卖淫罪的法定刑配置是否如此呢？我们可以选取处于相对高位阶的暴力私权犯罪——抢劫罪来加以比较。按照罪刑顺序规律，作为暴力私权犯罪，抢劫罪的法定性配置理应高于作为非暴力私权犯罪的组织卖淫罪。但是，《刑法》第六十三条规定，以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。有法定加重情形的，处10年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。可见，在不考虑两罪的加重情形时，抢劫罪的法定刑幅度为3年以上10年以下。其法定最高刑与组织卖淫罪相同，但法定最低刑却低于组织卖

淫罪的5年。这显然明显违背罪刑顺序规律，不具有合理性，偏离的刑法的价值追求。类似的情形还有很多，这里不再一一赘述。

综上所述，基于罪刑均衡和刑法谦抑性的价值追求，组织卖淫罪的法定最低刑无论从犯罪样态的新变化、刑事立法的趋势，还是刑罚体系的内在协调性要求来审视，均应作适当的降低。笔者认为可通过以下两个途径调整：一是降低法定最低刑，将第一档改为“处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。二是在原第一档“处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”之下再增设一档，对一般管理型组织卖淫行为“处三年以上五年以下有期徒刑，并处罚金”，而对控制性组织卖淫行为仍“处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。

（作者单位：江苏典修律师事务所）



## 常州市政法系统战“疫”纪实（二）



天宁区雕庄街道居家隔离集赞行动



钟楼区运河苑社区“六合一”网格组织架构助力疫情防控



武进区嘉泽镇网格员雪夜守护农村卡口



金坛区朱林镇网格志愿者向街头群众送上口罩



溧阳网格员为隔离家庭选购生活物资并送货上门



经开区遥观镇网格员巡查小区监控

