

【社会公共热点问题研究】

法律职业共同体的探索与实践

李尧君,温丽萍
(江西财经大学,江西 南昌 330013)

〔摘 要〕法律职业共同体的存在是法治国家赖以存续的基础,建立独立且自治、成熟并强大的法律职业共同体是法治社会建成的必经之路。现阶段,我国法律职业共同体虽已初步形成,但距离理想法治状态下的法律职业共同体还存在差距。实践中,我国法律职业共同体建设存在公安机关参与不足、职业交流机制不健全、缺乏统一的法律职业培训及改革措施可实践性不足等问题。对此,亟需加强法律职业共同体的顶层设计;明确法律职业共同体的成员范围;完善法律职业共同的培育体系和一体化培训机制;加快法律职业共同体的交流平台及反馈机制建设。

〔关键词〕法律职业共同体;法治思维;一体化培训;法律职业能力

〔基金项目〕本文系2019年江西省南昌市法学会“法治南昌智库”重点项目“法律职业共同体的探索与实践”的阶段研究成果。

〔作者简介〕李尧君(1994—),女,江西鄱阳人,江西财经大学法学院2018级诉讼法学硕士研究生,主要从事刑事诉讼法、司法制度研究;温丽萍(1995—),女,江西赣州人,江西财经大学法学院2018级诉讼法学硕士研究生,主要从事刑事诉讼法、司法制度研究。

〔收稿日期〕2020-04-02

〔中图分类号〕D926 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-001-11

法律职业共同体的存在是法治国家赖以存续的基础,建立独立且自治、成熟并强大的法律职业共同体,是法治社会建成的必经之路^[1]。党的十八届四中全会以来,法律职业共同体又一次成为我国法律界热门话题。目前,学界对法律职业共同体建设的研究多集中于理论构建方面,对地方实践的探究并不充分。鉴于此,笔者试图以总结我国法律职业共同体的探索与实践为切入,为进一步完善我国法律职业共同体建设提供可行思路。

一、法律职业共同体的形成思路

(一)法律职业共同体的理论构造

研究法律职业共同体需以理解其概念为前提,这亦是构建法律职业共同体的逻辑起点。从词义上看,法律职业共同体至少包含两个基本含

义:一是法律职业。法律是一门专业性极强的综合体系,正是因为该属性,使法律职业具有排他性,即不具备法律专业知识的人不具备从事法律职业的资格。二是共同体,尽管从事法律职业者岗位不同、分工不同、个性不同,但都将法律作为其从事相关职业的效用工具,即运用法律技能,围绕法律实现而开展专门工作^[2]。

尽管学术界对法律职业共同体的界定范围、存在模式及构建方式等基础理论莫衷一是,但在以下三个方面已形成共识:一是法律职业共同体中至少包含法官、检察官、律师及法学学者等法律职业;二是法律职业共同体系以法律为其联结纽带的职业群体;三是对在当下中国构建法律职业共同体有着共同的期许,即法治国家建设所必需。

笔者认为,所谓法律职业共同体,是以法官、



检察官、警察、律师与法学学者为代表,以法律为纽带联结起来的具有相同的知识背景、思维方式和专业技能的法律职业群体,是具有娴熟的法律知识掌握与法律伦理运用的专业人士所组成的共同体。

(二) 法律职业共同体的形成与发展

法律职业共同体形成源于西方,与西方近代法治实践有着密切联系,是经过500年发展而出现的社会特有现象^[3]。20世纪90年代,随着我国人事制度改革、人才专业化建设及法治建设的不断推进以及现代化民主政治治理方式手段逐步完善的市场经济需要^[4],法律职业共同体成为我国法治社会建设与完善的重要课题。

传统社会中法律存在的目的并不是为了有效解决纠纷,而是为了捍卫宗教或道德,以维持国家统一,通过形成社会共识来维系社会秩序。当民主政治成为现代社会的治理方式,人与人之间的交往超出了以往共同的道德或信仰的限制,而是基于彼此的物质利益形成了新的社会关系。社会结构的转型决定单一的道德规范或宗教信仰已不能有效解决人们之间的物质利益纠纷,迫切需要以法律来治理及维系社会秩序。市场经济使社会劳动分工趋于多样化,社会生活的错综复杂以及新的各类行业的矛盾冲突使致社会对于解决纠纷人员的专业化程度及数量要求亦随之提高,因而法律职业的数量及专业化凸显并形成行业化趋势,因此催发了法律共同体的诞生^[5]。

随着改革开放进程及社会主义市场经济地位的确立,1979年起我国开始恢复律师制度并逐步重组法制建设,现实的发展引发学者关注;1986年,我国实行从业律师全国统一资格考试制度,标志着法律职业化道路的开启;1995年,《中华人民共和国法官法》和《中华人民共和国检察官法》的颁布,引发了司法系统的根本变革,司法人员任职资格的划分和录用程序的法定化,使司法系统人事制度开始具备规范性,但行政色彩依然浓厚,法律职业化程度不高;1997年,党的十五大确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的基本治国方略,标志着我国开始向现代法治的艰难迈

进^[6],社会各界包括法学家们开始更加关注法律人群体,围绕法律职业等开展了大量讨论;2001年6月,九届全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国法官法〉的决定》和《关于修改〈中华人民共和国检察官法〉的决定》,规定初任法官、检察官必须具备高等院校本科学历,且需通过国家统一司法考试获得法律职业资格^[7]。同年7月,由最高人民法院、最高人民检察院、司法部联合发布《关于国家统一司法考试制度若干问题的公告》,将过去分别进行的司法体系选拔考试及律师资格考试合为一体,建立了国家统一司法考试制度,并于2002年举行首次统一司法考试^[8]。统一司法考试制度的确立,标志着中国就构建法律职业共同体的相关事业迈出关键性一步、取得了实质性突破,进而推动了关于法律职业共同体的研究。同为2002年,国家法官学院、国家检察官学院、吉林大学理论法学研究中心等八个单位组织法学界专家、学者举办了关于“法律职业共同体问题”的学术研讨会,掀起了法律职业共同体研究的高潮。

2004年,最高人民法院和司法部联合下发《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》,这是建国以来第一个直接调整律师与法官之间关系的规范性文件,被认为是法院系统关于建立法律职业共同体的政策性尝试。随后,各地相继出台了“法律职业共同体行动纲领”“共同体合作框架协议”等规范性文件^[9],但实践效果并不十分理想。

2014年,党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“加强法治工作队伍建设”“建设高素质法治专门队伍”“加强法律服务队伍建设”“创新法治人才培养机制”,并提出相应的对策机制,使法律职业共同体再次成为了我国法律实务界及学术界讨论的热点话题。全国各地随之相继推动法律职业共同体的构建举措。

(三) 法律职业共同体的性质特征

建立法律职业共同体是现代法治社会的发展需要。法官、检察官、律师等法律职业者在从事职业活动时,虽然内部分工不同,且在执业过

程中易引发利益冲突,但其职业活动的本质是一致的,即法律职业者拥有相同的知识背景、思维方式,共同的价值追求等。与概念问题学界观点不一形成鲜明对比的是,关于法律职业共同体的性质特征学术界有着大致相同的认识。

1. 知识共同体

法律职业人员具有专业的知识背景和娴熟的法律技能,该特性使法律职业者和其他职业人员之间树立天然屏障,继而形成法律职业共同体的独立性及自治性。法学是一门高度专业化的知识体系,需要扎实的知识储备和长期的实践积累。法律职业共同体成员在从事法律职业之前,必须接受专业的法学知识教育和培训,存储充足的专业知识;同时具备在执业过程中熟练运用相关知识的能力,形成法律职业人员独有的法律思维及理念信仰。由于知识背景相同,法律人之间有一种天然的亲和力,有利于法律职业共同体的形成。

2. 思维共同体

法律职业共同体具备独特的思维方式即法律思维,从事法律职业的人员会依据法律的逻辑来观察、分析及解决问题的思维方式。不论在生活还是工作中,法律职业者都习惯性地“冷眼旁观”,即以法律的角度去分析其所遇到的问题。随着社交等网络平台的扩张,法律案件往往成为社会的热门焦点,普通民众往往会感性发言,引发大量舆论争议,而具有法律思维的法律职业者会本着“以事实为依据,以法律为准绳”的原则,理性地看待问题,从权利义务、犯罪构成等角度进行相对客观与严谨的逻辑分析,而后提出见解。法律人的思维需经专门培育及训练才能形成,这种独特的法律思维方式使其在本质上与其他职业有所区别^[10]。

3. 价值共同体

公平与正义是法律职业共同体从事职业活动共同的价值追求。法律职业是一个笼统的称谓,内部具体划分多种多样,各个职业内部从事法律职业活动的范围、内容及所代表的利益阶层难以统一,工作方法也不尽相同。检察机关为了维护国家秩序,依法履行职责,打击犯罪保障人

权;法官在庭审过程中坚持中立审判,维护司法尊严,树立司法权威;律师为了维护犯罪嫌疑人的合法权利,依法予以辩护;法学学者研究学术理论,结合司法实践回应学术争议,为法治的发展指明方向。尽管法律职业者在法治实践中所扮演的角色不一,但追求的终极目标却是一致的,就是实现社会公平正义。

4. 利益共同体

法治兴则法律职业兴。法律职业共同体以法律的专业化所产生的利益为诱因,吸引、产生和塑造着法律职业者。从根本上讲法律职业共同体以其共同的利益而联结在一起^[11]。西方法律职业化的发展进程表明,法律职业共同体成员受其职业活动的专业性所带来的利益性影响,使其必然以求利作为其自身活动的目标之一^[12]。社会对法律的重视程度与其运作的技术含量及专业化要求成正比;法律越受重视,其中的技术性因素等作用越强大,法律运作的专业化要求也就随之提高;社会对法律的需求越强烈,越容易形成人们对法律制度的依赖,使致法律职业有了现实的物质价值,进而促进了法律职业的繁荣。在依法治国的当代社会,共同的利益使得他们在面对内部分歧时求同存异,相互支持及信任,以促进共同进步与发展。

二、我国法律职业共同体建设现状

(一) 我国法律职业共同体初步形成

孙笑侠教授认为,法律职业共同体形成的标志需要以下四点。其一,具有扎实的知识储备。法律职业共同体的技能以系统的法学理论及专门的思维方式为基础,并需要持续不间断地学习。其二,具备法律职业伦理。共同体内部传承着法律职业伦理,以维系共同体成员及整个共同体的社会地位及其声誉。其三,具有自治性。法律职业者在执业过程中应具有自主性。其四,职业准入要求高。加入共同体必需受到严格考察,获取相关资格证书^[13]。

现阶段我国法律职业共同体已初步形成,主要表现为以下四点。其一,法律职业资格考試统一化,为形成知识共同体奠定基础。2015年12



月,为贯彻落实党的十八大和十八届三中、四中全会精神,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》(以下简称《意见》)。《意见》明确了法律职业的范围与取得法律职业资格的条件;改革了国家统一法律职业资格考试内容方式;以严格的职业准入条件,从源头上保障了法律职业人员的专业素养及能力,为法律职业共同体奠定坚实的基础。其二,职业交流形成机制。为促进各法律职业之间的良好互动交流,全国各省均采取主题论坛及联席会议等方式建立职业交流平台;以法官走访律师事务所、优秀律师走进校园开展实践课程等形式建立职业交流渠道,取得良好效果,使致职业交流逐渐形成机制。其三,法律职业群体之间相互尊重的共同体氛围基本形成。上海市高级人民法院副院长邹碧华法官的英年早逝,不仅震动了整个法院系统,也引发了律师界的一致哀悼,尤其在社交平台上出现的“今夜法律人为你刷屏”,邹碧华法官为构建法律职业共同体所付出的努力表达了最高敬意^[14]。我国一些经济发达地区,为促进法律职业群体的相互尊重开辟了“绿色通道”。广东、北京等地法院、检察院都在办案场所为律师建立“工作室”,充分保障律师执业权利的行使。其四,法治理念深入职业群体内心。构建社会主义法治国家已成为我国基本国策,在此背景下,对法治的追求也已成为法律职业群体的基本共识,法治理念深入人心。

综上所述,以理想法治状态下法律职业共同体应具有的特质为考量,我国法律职业共同体已初步形成。由于我国法律职业共同体内部因分工问题存在传统性的意识冲突,其在构建过程中需要进一步凝聚内部共识;在发展方面,我国仅形成了初级法律职业共同体,仍存在一些亟待解决的问题。

(二)法律职业共同体建设中存在的主要问题

1. 法律职业之间的共同体意识尚未完全形成

其一,互尊互敬尚未形成行为习惯,群体冲突仍然存在。法律群体冲突中最为明显的是律师与法官之间的冲突。“死磕派”律师的出现使

法官与律师之间的矛盾一度呈现白热化,虽经过相关制度及措施的完善,两者之间冲突有所缓和,但司法实践中不和谐的事件亦时有发生。如在庭审中,法官的主导地位不被尊重、律师的发言权利得不到充分保障、合理的辩护意见难以受到法官采纳等,双方均站在各自职业立场,相互辩驳,甚至指责攻击。律师意见表达方式趋于极端化,往往利用媒体曝光的方式反映其意见,甚至发泄对法官不满情绪。双方在履职过程中产生的冲突摩擦,经过媒体的渲染、传播,极易加深法律内部职业间的鸿沟,职业对立现象依旧明显。

其二,在如今信息发达的时代,法官的裁判经常会成为社会关注的焦点。当法官的法律判断或作出的裁判结果未受到社会认同,从而被社会舆论误解、批评时,由于职务本身的特殊性加之新媒体时代舆论导向发酵迅速,法官很难做到自我辩解。在这种情况下,检察官、侦查人员、律师及法学学者等共同体中的其他成员站出来,从法律职业角度,运用法律思维方式为法官进行辩解。而在司法实践中,本应当法官出现类似情形时,其他法律职业者非但没有雪中送炭,反而落井下石,甚至存在加入舆论一同批判的情况。在这一层面,法律职业共同体互相之间的漠视或者不信任,会严重损害职业共同体的凝聚力,最终导致法治进程的延缓。

其三,受现行体制影响,律师与法官、检察官分属不同的制度体系,律师属于“体制外”的自由职业者。体制内外的差别,不仅造成了法官、检察官与律师之间因体制而引起的社会地位不平等,职业收益的差距亦极易引起共同体内部的矛盾,从而使具有同质性的法官、检察官与律师无法走向职业共同体,反而进一步走向分化。

2. 未形成共同的职业价值导向

正确的职业价值导向能凝聚不同的法律职业群体,并塑造出共同的法治精神及法治理念,而价值导向的不一或偏离则会使法律职业群体之间难以形成共识。一方面,不同的法律职业之间的职业价值导向存在差异。如我国刑事诉讼中,公安机关负责刑事案件侦查工作,侧重于打击犯罪;律师行使辩护权则在于维护犯罪嫌疑人

的合法权利;检察机关为维护国家秩序提起刑事公诉,并履行法律监督职责;法官居中裁判,目的在于维护法律权威,定纷止争。由于我国控辩审的诉讼模式,各自职业的思考角度、所处立场极易引发彼此之间的冲突矛盾。另一方面,存在法律职业价值导向偏离现象。我国目前行政化的司法体制,极易导致法官职业“行政化”;与此同时,律师职业过程中丰富的物质回报则会影响其职业价值导向,致使律师职业走向“商业化”。不同的法律职业群体形成不同的职业价值导向,就会阻碍法律职业共同体的构建进程。

3. 缺乏共同的职业伦理

目前我国法律职业群体缺乏共同认可的职业伦理。不同法律职业群体有着各自的道德准则,不仅形式不一,内容上亦存在差异。形成共同的职业伦理,需要发挥我国的法学教育与法律职业培训体系的价值功能。遗憾的是,目前我国各法学院校并未严格重视与法律实践相对应的法律职业伦理养成^[15],致使法律职业者并未达到从事法律职业需要的职业伦理要求,加之我国法官、律师等法律职业的培训体系分立而多元,即在后续的职业培育中多处于各自为政、互不相通的状态,致使不同法律职业主体在从事法律职业过程中缺乏产生共识的途径。司法实务中法律职业伦理的缺失将严重影响司法公正、损害司法权威,出现个别律师与法官利益交换,违反职业道德的现象,严重影响法治发展。

三、全国各地构建法律职业共同体的主要探索措施

截至2019年10月,笔者通过网络新闻检索、个别访谈与田野调查等多种方式了解到,在司法实践中,我国各省构建法律职业共同体的措施呈现出多样化的特点。笔者根据各地“如何构建法律职业共同体”的实施情况总结出以下四种模式。

(一) 会议交流模式

会议交流模式是各省均采用的措施,该模式以温和的会议形式展开,主要表现为座谈交流与

学术(司法)论坛交流机制。座谈交流机制的特点在于交流的主体为法院、司法局与律协,目的是建立日常沟通联络机制,加强法官与律师之间的工作联系,形成相互尊重、相互配合、相互监督的工作关系^[16]。交流会过程中参会人员就法官、律师执业过程中存在问题发表意见,并就如何建立法官与律师定期沟通联系机制进行交流。如2018年3月14日,陕西省渭南市中院、市司法局和市律师协会联合召开“构建法律职业共同体,维护司法公正”座谈会,围绕如何建立法官与律师的良性互动、如何共同维护司法公正、影响司法公正的主要因素等主题进行了座谈交流^[17]。

与座谈交流机制相比,学术(司法)论坛机制的主办方多为高校法学院,参会人员更为广泛,包括高校学者、司法工作人员、行政机关工作人员、律师事务所人员等,会议讨论的主题除了司法实践中面临的挑战以外,还涉及法律职业共同体构建的理念、制度及法律职业共同体之间的内部关系。如2018年9月22日,上海合作组织国际司法交流合作培训基地召开构建法律职业共同体学术论坛,与会专家、学者就中国特色法律职业共同体构建面临的问题、挑战、道路及模式等问题进行了深入交流^[18]。

(二) 职业交流模式

职业交流模式的实施基础是中央政法委员会、教育部在2013年联合提出的“双千计划”(卓越法律人才教育培养计划),即法学教育、法学研究工作者与法治实际工作者互聘交流机制。“双千计划”项目的主要任务是在法律实务部门专家与高校法学骨干教师中各选聘1000名左右的人员参与对方工作,以深化我国法学高等教育教学改革,提高法学人才培养质量。“双千计划”的作用主要表现为两个方面。一是人才交流。法律实务部门专家前往高校法学院系和科研单位任职、挂职或兼职;高校骨干教师前往法院、检察院等法律实践部门挂职锻炼。如实践中优秀司法官担任高校法学院实务导师,并在法院、检察院



内专为法学学生提供实习场所等^①。二是智力交流,形成协同研究法治理论、推动法治实践的互动局面。即建立专家咨询制度,对司法职业人员在执业过程中所遇到的难题,通过召开专家论证会进行交流,听取专家意见,使司法实践获得更多的智力支持和严谨的理论论证。智力交流不仅保证了重大检察、审判决策的科学性和疑难复杂案件的依法正确办理,而且为高校学者提供了了解司法实务的优质平台。

(三)工作机制模式

工作机制模式的建立是为了促进律师、检察官、法官之间的良性互动及相互监督,深化法律职业共同体建设。司法实践中主要采取“法官与律师互评”、“法官、检察官与律师沟通协作”与“从律师、学者中遴选司法官”三种工作机制。

部分省(市、自治区)的高级人民法院和省司法厅(局)通过共同研究制定《关于建立律师与法官互评机制的实施办法(试行)》,以期促进律师与法官相互监督、良性互动。如浙江省通过建立健全律师与法官互评机制,健全完善律师与法官新型关系;在互评方式上,采取线上与线下相结合以线上互评为主的方式,将互评结果用做法官、律师各职业主体年度考核的参考依据,包括各项评优评先、晋升晋级等^[19]。

法官、检察官与律师沟通协作机制通常为打造新型的“法官—律师、检察官—律师”关系。广东、北京、吉林、河南等地法院、检察院都在办案场所给律师办案开辟“绿色通道”和建立“工作室”,以保障律师合法的执业权利得到尊重和实现。如深圳宝安区法院开辟“律师绿色通道”、建立“律师之家”,与市律协建立服务律师工作机制、常态化交流机制、司法实务合作机制等三大机制^[20];浙江高院与浙江省律协为规范法官与律师关系,本着合法、独立、尊重、互信的良性互动原则,建立法官与律师良性互动机制^[21]。

从律师、学者中遴选司法官机制的文件依据是2014年6月中央全面深化改革领导小组《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》,在省一级设立法官、检察官遴选委员会,“从专业角度

提出法官、检察官人选,由组织人事、纪检监察部门在政治素养、廉洁自律等方面考察把关,人大依照法律程序任免”;同年10月通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,明确提出“建立从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者制度”。之后,我国各省都成立了法官、检察官遴选委员会。此外,为了更好地总结经验,深化法律职业共同体建设,部分地区开展了实习律师担任“法官助理”工作。福建省厦门市思明区开展实习律师担任法官助力的工作已长达两年^[22]。

(四)破解难题模式

破解难题模式的典型代表是江西南昌的“法律职业共同体定期联席会议”(下文简称“联席会议”)。为进一步强化党对政法工作的领导,破解地方执法司法难题,江西省南昌市建立了法律职业共同体联席会议^[23]。自2017年3月以来,南昌市共组织召开了不少于6次联席会议,因地制宜出台了28项规范性文件。该联席会议形成党委政法委牵头的惯例,成员单位(轮值主办方)包括审判机关、检察机关、公安机关和司法局。联席会议的召集由轮值主办方负责,会议议题由各单位“点题”和党委政法委“出题”的方式选定,每年至少召开两次,遇有重要情况可临时召开。联席会议着重破解地方执法司法难题。参会人员就各方共同关注的重大问题进行会商,互相通报和交流;从加强制度建设和提高执行力两个方面入手,研究讨论执法司法过程中的一些共性难题,提出指导解决基层办案部门、执法干警的困难疑惑,并形成会议纪要。联席会议各方按照会议形成的决议(纪要)分别做好贯彻落实工作,并向下次联席会议通报落实情况。

四、全国各地探索法律职业共同体建设的评析

整体而言,我国各省就“构建法律职业共同体”采取的措施呈现出以下四大特点。一是形式多样且并不统一。全国各省之间并没有统一的

^①以江西财经大学为例,其法学院教授在当地的法院、检察院挂职锻炼,而法官、检察官担任学院实务导师。

措施,有的省份采取临时性的座谈交流;有的省份形成定期联席会议;少数省份在每办理完一个案件之后,由办理案件的法官与律师互评。二是以会议交流为常态,职业交流为机制。会议交流模式是各省均采用的措施,已成为常态化。同时,为贯彻中央政策指示,促进职业间的互动,职业交流渠道广泛建立,职业交流逐渐形成机制。三是以地方探索为主,中央统一政策为辅。各省措施之所以具有差异性,在于各地均根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出的相关要求,结合各地情况探索构建措施,并因地制宜进行改革。四是以工作机制为主,深层价值构建为辅。实践中多以制订措施增进法律职业共同体之间的具体工作交流为主要手段,未充分重视各职业精神层面的价值信仰、职业理念等深层价值培养。

(一)各地法律职业共同体建设的效果

1. 增进了法律职业间的职业互信和法律共识

法官与律师互不尊重,不仅给当事人诉讼带来不利后果,亦会严重影响司法的公正性与权威性。各地采取的相应举措,有效地拉近了法官与律师之间的距离。不论是座谈交流机制还是互评监督机制,都有效搭建了法官与律师之间的沟通桥梁,对缓解彼此之间的冲突与对抗起到了一定的促进作用;同时,加强了法官与律师之间的业务交流,是消除认识隔阂、增进双方法律共识的有效举措。

2. 加强了法学研究与司法实践之间的交流

法学研究的价值在于其对实践的指引作用,法律实践亦促进着法学研究的不断完善。随着我国经济社会的快速发展和人民群众权利意识不断增强,疑难复杂案件持续增加,给办理案件的司法机关带来严峻挑战。法学研究工作者和法治实际工作者之间的交流机制能有效引进专家资源,把专家智能直接快捷地应用于法治实践,有利于促进司法机关提高办案水平,依法公正、高效地审理好各类案件;同时,可以使专家学者更好地了解司法实务,促进法学研究的不断发展。理论与实践的有效结合,无论对于法学教育、研究工作还是法治实践,都有着极大的促进

作用。

3. 保障了律师的职业权利

以往律师执业面临很大的困境。以办理案件查询户籍信息为例,以往户籍管理部门很少给律师有效的帮助,致使该问题困扰律师多年。就此,2018年12月南昌市召开第五次联席会议专门进行了研讨,并由南昌中级人民法院、南昌市公安局、南昌市司法局联合下发《关于印发〈律师办理查询本省户籍人口信息工作规范〉的通知》,明确了律师只要出具了相关手续,均可在南昌市内派出所查询所办案件当事人的户籍信息,切实解决了该难题^[24]。此外,各地司法机关还在办案场所给律师办案开辟“绿色通道”、建立“工作室”,同时出台律师投诉处理规定,设置服务热线及设立标准化电子卷宗制作室,配备高速扫描仪、高配置电脑、刻录机,免费为阅卷律师提供电子卷宗光盘^[25],为律师执业带来便捷,充分保障了律师执业权利的行使。

4. 有效提升了司法公信力

司法公信力是司法赢得社会公众尊重与信赖的能力,体现了社会对司法的认可和信任程度。如何提高司法公信力是法律执业者在司法实践中面临的共同难题。实践中法官与律师互评监督机制及法官、检察官惩戒委员会等措施的建立实施,有效地保障了律师维护当事人的合法权益,督促司法人员严格依法从事职业活动;加之司法工作的公开透明化,不仅有力促进了司法公正,亦向社会展示了共同体的效能及职业风貌,在深入推进法律职业共同体建设过程中有效提升了司法公信力。

(二)各地法律职业共同体建设中存在的问题

1. 公安人员参与不足

依据现行刑事诉讼制度,公安机关作为刑事诉讼的发起者,是刑事诉讼活动的源头。在一定程度上,公安机关的侦查活动决定了刑事案件的基本走向。从我国法律职业共同体建设实践来看,实务中对于构建法律职业共同体更多体现在法官、检察官、律师及法学学者这四类法律职业群体,而警察群体却被边缘化。比如,在会议交



流模式中,公安人员参与不足;在工作机制模式中,缺乏公安机关法律类专业人才与司法官、律师、法学学者之间的人才流动。

2. 职业交流机制不健全

实践中虽已建立从律师、学者中遴选司法官机制,但遗憾的是律师报名并不积极。2014年时任上海高院副院长的邹碧华曾表示,“今年我们拿出两个高级法官的岗位进行招考,但没有人报名”^[26]。可见,该交流机制并未完全达到预期效果。法官岗位对律师的吸引力不大,或许是出于对法官工资待遇的不满,亦或是对“体制奖惩”束缚的不适,但无论何种原因,都从侧面反映出我国职业互换机制不健全。曾有学者就“法官和律师能成为法律共同体吗”为主题进行调研,结果有近五成的法官及律师表态“不可能”或是“不希望”^[27],这也印证了职业群体之间的冲突仍然存在。从另一角度来讲,该现象凸显完善职业交流机制的重要性,亟需切实促进法律职业间的有效流动,以增进彼此职业认同感。

3. 缺乏统一的法律职业培训

各地虽采取了形式多样的构建模式,但仍缺乏统一的法律职业培训。虽然司法人员或者律师在入职前后都有相关的职业培训,但各法律职业的培训体系是分立且多元的。法官培训由国家法官院校和其他法官培训机构承担,律师职业培训则由各级律师行政管理部门和律师协会进行管理,且该培训一般控制在十天以内,短期的培训并不能产生实际效能。统一法律职业培训的缺失,致使不同法律职业者在从事法律职业时价值导向、道德规范等方面缺乏产生共识的途径,易于引发各法律职业人员在业务交流过程中的观点冲突。

4. 改革措施实践操作性不足

各地的职业共同体构建模式虽产生了一定的效能,但仍存在相应措施可实践性不足的问题。无论是实务还是理论中,都未形成一个统一的关于共同体构建的措施和意见,仅仅在不同阶段为了适应地方政法部门的现实需要或者为解

决部分共同体成员遇到的司法难题,提出一些理论性构建方案,措施可实践性不足,难以从根本上解决问题。同时,其虽然建立了法学学者与司法工作者之间的交流机制,但司法工作者就法律适用疑难问题征询完专家学者的意见后,相关意见是否真正得以采纳尚存质疑^①。

五、构建法律职业共同体的对策

(一) 以顶层设计推行法律共同体建设

从国家层面出台构建法律职业共同体的统一政策,明确党委政法委在推动法律职业共同体中的主导作用。虽全国各地均为构建法律职业共同体采取了相应措施,但大多以地方探索为主,缺乏有力的推动机构和政策方案,顶层设计的缺失致使各省措施呈现多样化形态,其中不乏改革方式太过笼统难以落地的情况。统一的推动机构和政策方案不仅可以避免出现阶段性、迎合性及形式性的构建措施,而且可以在整体上形成构建框架,引领各地形成统一构建方向并贯彻实施,有利于从根本上解决构建法律职业共同体难题,推进国家层面全面构建法律职业共同体的有效实施。由于党委政法委员会是我国各级政法单位的领导、协调机构,由其推动制度建设更为合理。

(二) 充分吸收共同体成员参与

我国学术界对于法律职业共同体的范围界定问题存在不同的看法。有学者认为法律共同体主要由法官、律师、检察官、法学学者构成,因为“在一个法治国家中,这四类人基本上主持着法律的运行和循环,并且是法治理念和法律精神的主要载体”^[28];有学者则主张法律职业共同体主要由法官、检察官、律师这三种职业构成,其理由主要从三者具体职能上考量,该三种职业的关联度更高,直接参与法律实践^[29];也有学者持广义说,认为立法者是一种典型的法律职业,并坚持将与法律相关的边缘职业者,如法律报刊记者、法律传媒等纳入法律职业共同体^[30];亦有学

①课题组访问了江西省高校法学院教授。部分教授表示,对实务的疑难问题实务机关确有向其征询意见并对提出的意见称赞,但其不清楚意见是否被采纳。

者主张立法者和警察不宜列为法律职业,因为将该两者扩展为法律职业的话,所有和实施法律有关的社会职业可能都会被归类为法律职业,法律职业的范围将扩大化,致使法律职业共同体这一概念变得毫无意义^[31]。

笔者认为,应将侦查人员纳入法律职业共同体范围。如上文所述,在一定程度上,公安机关的侦查决定了刑事案件的基本走向。同时,在构建实践中,应充分吸收共同体成员参与。以座谈会等会议交流模式为例,虽该模式主要为法院、司法局与律师协会联合召开,但会议内容多涉及执业过程中所遇到的司法难题,法学学者及侦查人员参与度不足,显然不利于司法难题的解决。法学学者的参与有利于从理论的角度给司法执业人员指引方向,而侦查人员的参与有利于从整体上提高执法能力。

(三)完善法学教育体系,培养共同的价值理念

法学教育是构建法律职业共同体的基石,是法治队伍建设的源头。法学教育包括法律学科教育及法律职业教育。前者主要指系统传授法学知识体系,是法律人才宏观培养模式的重要理论基础。在我国,高等法律院校现有的本科教育,就是一种典型的学科教育。值得一提的是,目前公安机关工作人员多毕业于各地警察学院,其培养方案均与高校法学院学生不同,知识背景及技能要求亦存在差异。构建知识型法律职业共同体,需要完善公安人员的法学教育体系,使其法学知识基础、法律伦理与执法理念尽可能与其他司法人员同步。法律职业教育,即培养法律职业的基本素养、职业道德规范,目前在我国尚处于空白状态,缺乏统一的制度规定。可见,我国现有的法学教育体系大多倾向于注重法律学科的基础理论教育,而对法律职业教育的培养相对弱化。对此,急需完善法学教育体系,将法律知识教育与法律实践相衔接,尤其要注重加强法律技能训练,提高法律职业基本素养。

(四)构建法律职业共同体的一体化培训机制

一体化培训包括入职前及入职后的统一培

训。现行的法律职业培训实行的是以部门区分的分散性培训方式,影响了法律职业共同体的构建进程。笔者主张建立法律职业人员的岗前统一培训机构,对此可借鉴韩国的司法研修院^[32],采取与本科法学教育相区别的教育内容及方式,通过对预备法律人的培训,强化法律人的共同法律意识,加大彼此间的凝聚力,同时提高学员的司法实践能力及其法律素养。建议由司法部会同教育部和各省、市主管部门共同设立“国家法律职业进修学院”及其分院,实施入职前统一培训的新制度。通过对各法律职业的入职前统一培训,强化职业一体化的意识,增强彼此的认同感,从而达到群体共生的效果。同时,应构建入职后的法律职业统一培训机制,严格管理、严格考核,以有效解决目前培训形式化、参与人员不重视、培训效果不理想等现象,在完善法律职业继续教育培训体系的同时,增进法律职业间的良性互动。

(五)完善法律职业共同体的沟通交流平台

畅通的法律职业交流机制是健全的法律职业共同体的重要表现。目前我国法律职业共同体的交流机制大部分还停留在召开研讨会、联席会议等旨在交换理解和认识交流的浅层面。笔者认为,应当从以下几个方面入手,促进法律职业间更加深度的交流。

其一,通过建立意见征询制度实现常态化建设。法官协会、律师协会均可根据需要向对方征询意见,并提供相关的正式文件。例如,律师在执业过程中,需要法院统一规范或明确指导意见的问题,可通过律师协会向法官协会反映。

其二,法院相关业务庭可与律师协会各专业委员会实行对接,共同探讨疑难复杂和新型案件。针对重大敏感案件、媒体聚焦案件,建议由党委政法委、司法主管部门及律师协会联合建立论坛,定期举办时下疑难案件及新司法解释的研讨交流,必要时召集相关主题的专门联席会议,保障共同体成员的充分参与,真正做到集思广益。

其三,完善职业交流模式。深度的交流必须通过岗位的轮换来实现,而我国目前的职业互换机制尚不健全,实践中优秀律师向司法职业流动很少。要促进司法人员与律师的深度职业交流,



需要制订律师与当前法官职级对接的具体方案;同时建立选贤任能的评价体系,从专业学历、执业时间、社会评价等方面明确拟任法官的律师应具备的条件,让律师具有转岗考量依据,为法律职业的有序流动创造更加完善的制度条件,推动从律师中选任司法官的普遍化和常态化。

(六) 建立反馈机制

切实有效地构建法律职业共同体,关键在于各地制定的相关举措是否能贯彻落实,而措施的落实则需要建立严谨、有效的问题落实反馈机制。首先,应进一步明确党委政法委的职责。党委政法委是适合法律职业共同体统一构建的权威机构,各地的构建举措应由该地党委政法委适时督导、考察各责任单位的工作进程,各责任单位应将落实情况及时向当地党委政法委报告。其次,建立反馈机制。任何一项改革措施在实施过程中都或多或少存在不足之处,需要不断加以完善,因此必须建立反馈机制。相关举措在实施过程中出现的问题,要及时反馈到政法委;政法委对反馈的情况要跟进处理,定期复盘和总结各单位在实践中遇到的新问题、新情况,督促相关单位及时整改,确保问题的有效解决。最后,由党委政法委指派相关工作人员深入考察各责任单位的实际工作情况,分析实践难题是否得到有效解决,并依据一定的弹性标准给予评价。

[参考文献]

- [1] 公丕潜,杜宴林.法治中国视域下法律职业共同体的建构[J].北方论丛,2015(06):144-148.
- [2] 葛洪义.一步之遥:面朝共同体的我国法律职业[J].法学,2016(05):3-12.
- [3] 常艳,温辉.法律职业共同体伦理问题研究[J].河南社会科学,2012,20(02):39-43.
- [4] 卢学英.法律职业共同体引论[M].北京:法律出版社,2010:1.
- [5] 卢学英.法律职业共同体引论[M].北京:法律出版社,2010:5-6.
- [6] 谭玲,何国强.再论法律职业化与法律职业共同体[J].政法学刊,2009,26(06):5-10.
- [7] 郭立新.法治社会中的法律职业共同体——兼论中国法律职业共同体的形成之路[J].河南省政法管理干部学院学报,2003(06):82-87+124.

- [8] 葛洪义.一步之遥:面朝共同体的我国法律职业[J].法学,2016(05):3-12.
- [9] 钟莉.莫让法律职业共同体建设之路更加漫长[N].人民法院报,2016-06-06(001).
- [10] 郭立新.法治社会中的法律职业共同体——兼论中国法律职业共同体的形成之路[J].河南省政法管理干部学院学报,2003(06):82-87+124.
- [11] 卢学英.法律职业共同体引论[M].北京:法律出版社,2010:134.
- [12] 李平.法律职业共同体释义与建构[J].职业时空,2006(16):36-37.
- [13] 孙笑侠.法律家的技能与伦理[J].法学研究,2001(04):3-18.
- [14] 构建司法人员和律师的新型关系[EB/OL].人民网[2015-8-25] [http://opinion. people. com. cn/n/2015/0825/c159301-27510445. html](http://opinion.people.com.cn/n/2015/0825/c159301-27510445.html).
- [15] 朱景文.中国法律发展报告2013——法学教育与研究[M].北京:中国人民大学出版社,2014:238.
- [16] 厘清“亲”“清”法律关系 构建法律职业共同体新格局[EB/OL].四川新闻网[2019-4-24] [http://ya. news- sc. org/system/20190424/002656492. htm](http://ya.news-sc.org/system/20190424/002656492.htm).
- [17] 渭南市构建法律职业共同体维护司法公正座谈会召开[EB/OL].陕西地方快讯[2018-3-15] [http://news. hsw. cn/system/2018/0315/974226..shtml](http://news.hsw.cn/system/2018/0315/974226.shtml).
- [18] 构建法律职业共同体学术论坛在上海举行[EB/OL].大众新闻网[2018-9-26] [http://www. jingji. com. cn/html/news/zxxw/122955. html](http://www.jingji.com.cn/html/news/zxxw/122955.html).
- [19] 浙江出台律师与法官互评机制 建设法律职业共同体[EB/OL].中国新闻网[2019-6-4] [http://www. chinanews. com/gn/2019/06-04/8856045..shtml](http://www.chinanews.com/gn/2019/06-04/8856045.shtml).
- [20] 法律职业共同体建设再添新举[EB/OL].深圳律师[2016-9-7] [http://www. szlawyers. com/info/c1f5d82fetc34b35a13f5abba43cfb43](http://www.szlawyers.com/info/c1f5d82fetc34b35a13f5abba43cfb43).
- [21] 浙江建立法官与律师良性互动机制[EB/OL].法律教育网[2010-4-29] [http://www. chinalawedu. com/new/23341_0/2010_4_29_wa59071634341924010210404. shtml](http://www.chinalawedu.com/new/23341_0/2010_4_29_wa59071634341924010210404.shtml).
- [22] 深化法律职业共同体建设,我们都已经这么做两年了……[EB/OL].厦门市思明区法院微信公众号[2019-3-21] [https://mp. weixin. qq. com/s/aZiVWYgDp3aVDx4PHG3DCw](https://mp.weixin.qq.com/s/aZiVWYgDp3aVDx4PHG3DCw).
- [23] 南昌市召开法律职业共同体第六次联席会[EB/OL].南昌新闻网[2019-6-26] [http://www. ncnews. com. cn/ldxx/ncszyld/sw/ljf/ljfdhbd/201906/t20190626_1448108. html](http://www.ncnews.com.cn/ldxx/ncszyld/sw/ljf/ljfdhbd/201906/t20190626_1448108.html).
- [24] 南昌政法这项创新举措,硕果累累...[EB/OL].

平安南昌微信公众号[2019-2-28] <https://mp.weixin.qq.com/s/QwLqsOJwjsAtvxTW9P4qRA>.

[25] 商南检察院完善工作职责切实保障律师的职业权利[EB/OL]. 陕西传媒网[2019-8-27] http://www.sxdaily.com.cn/2019-08/27/content_8029633.html.

[26] 律师转行做法官的进路与障碍[EB/OL]. 司法兰亭会微信公众号[2016-2-4] <https://mp.weixin.qq.com/s/UOI5R5WmT8Bb2iwBoXjg>.

[27] 栾少湖,王中. 关于“法官眼中的律师”与“律师眼中的法官”的调研报告[J]. 中国司法,2006(12):51-58.

[28] 张文显,卢学英. 法律职业共同体引论[J]. 法制与社会发展,2002(06):13-23.

[29] 孙笑侠. 法律家的技能与伦理[J]. 法学研究,2001(04):3-18.

[30] 张文显,信春鹰,孙谦主编. 司法改革报告:法律职业共同体研究[M]. 北京:法律出版社,2003:14-15.

[31] 强昌文,颜毅艺,卢学英,于宁. 呼唤中国的法律职业共同体——“中国法治之路与法律职业共同体”学术研讨会综述[J]. 法制与社会发展,2002(05):151-156.

[32] 栾少湖. 法律职业共同体的构建与司法研修制度[J]. 中国法律评论,2014(03):58-62.

【责任编辑:李英霞】

Exploration and practice of the legal professional community

Li Yaojun, Wen Liping

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

Abstract: The existence of the legal professional community is the basis for the existence of a country ruled by law. The establishment of an independent, autonomous, mature and powerful legal professional community is the only way to build a society ruled by law. At this stage, although China's legal professional community has taken shape, there is still a gap between the legal professional community under the ideal state of law. In practice, there are problems such as insufficient participation of public security personnel, inadequate professional communication mechanism, lack of unified legal vocational training and inadequate practicality of reform measures in the construction of the legal professional community in China. It is urgent to strengthen the top-level design of the legal professional community and clarify the scope of membership of the legal professional community, improve the common cultivation system and integrated training mechanism of the legal profession, and increase the construction of the communication platform and feedback mechanism of the legal professional community.

Key words: legal professional community; thought of rule of law; integrated training; legal professional ability



【社会公共热点问题研究】

重大疫情下网络谣言应对与信息治理研究

张鹏飞, 郝 举

(中国地质大学, 北京 100083)

〔摘 要〕新型冠状病毒肺炎疫情爆发以来,关于疫情防控的舆情信息迅速传播,其中诸多网络谣言的散布、发酵给疫情防控工作造成不利影响。治理重大突发事件中的网络谣言成为社会治理领域中舆情工作亟需面对的课题。提升舆情管控能力,强化意识形态方面的正确引导,是推进国家治理能力现代化的现实之需。针对此次疫情防控中的网络谣言传播呈现出新的特点,需要剖析谣言传播的原因,分析目前规制网络谣言存在的困境,健全网络管理、完善相关法律法规,通过政府、媒介、社会及公众多方合力,共同遏制网络谣言传播。

〔关键词〕疫情;网络谣言;困境;法律规制

〔作者简介〕张鹏飞(1994—),男,河南新乡人,中国地质大学(北京)经济管理学院2019级硕士研究生,主要从事民商法学研究;郝举(1965—),男,内蒙古商都人,中国地质大学(北京)经济管理学院副教授,硕士研究生导师,法学博士,主要从事民商法、环境与资源法学研究。

〔收稿日期〕2020-04-23

〔中图分类号〕G206 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-012-07

新型冠状病毒肺炎疫情爆发以来,各类与之相关的舆情信息迅速发酵、传播。特别是在疫情防控关键时期,由于公众对病毒认知较少,对疫情信息有着极度渴求的心理,为相关谣言传播提供了可乘之机。各种网络谣言迅猛传播,加重了公众对疫情的惶恐情绪,给疫情防控造成负面影响。破解谣言传播的关键是权威真实信息的发布,政府部门及时、快速、准确发布疫情信息,降低信息的模糊度,是消灭谣言最好的利器。治理网络谣言问题,必须在剖析其产生、发展原因的基础上,对其加以全面、系统、科学、严谨的法律规制。本文在分析规制疫情谣言困境的基础上,从政府、媒介、公众三方面提出规制疫情谣言的建议。

一、谣言出现的原因

(一) 公众批判能力不强

大众批判能力不强是疫情谣言形成的原因之一。大众的批判能力越弱,越容易受到谣言的蛊惑,难以对信息的真假进行辨认,更容易盲目

跟风转发大量不实消息,助推谣言的传播。相反,大众的批判能力越强,越能够辨认信息的真伪,不利于谣言的形成。影响公众批判能力的因素主要包括两个方面。一方面是大众的科学文化素养。突发的疫情事件涉及多方面专业知识,拥有医疗、医护常识的人往往对相关信息真伪具有较高判断水准。另一方面是大众的心理状态。面对突发事件时,大众的心理往往处于慌乱不安的状态,在这种状态下的个体很难对接收到的信息作出正确判断。

(二) 政府公信力不足

政府公信力反映了社会大众对政府的满意度。大众对政府的满意度越高,政府的号召力、影响力越大,大众就会越积极地配合政府的工作。相反,政府的公信力越弱,大众就会越不信任政府,导致政府无论说真话还是假话均会受到大众的批评。在突发疫情状态下,疫情谣言多发的原因之一在于我国政府的公信力还有待于进一步提升。政府公信力不足主要表现为两方面:一方面是政府治理谣言的能力不足引发大众对

政府的不信任;另一方面是政府对突发公共卫生事件的应急管理能力距离大众的期望还有差距。政府公信力不足不仅会加速谣言的传播,同时也影响谣言治理的效果。即便政府及时通过官方媒体公布真相,大众对此也会持质疑的态度。

(三) 政府信息公开不及时

自媒体时代信息传播极为便捷,网络谣言的传播具有迅速性、难控性等特点。谣言一旦出现,如不及时治理、澄清,极易造成重大影响。政府只有及时进行信息公开,才能够迅速消除谣言。但是,出于种种原因政府往往在事件发生一段时间后才作出回应,信息发布存在滞后性。政府信息公开不及时给谣言传播提供了可乘之机,使谣言成为公众聚焦点。受本次肺炎疫情为新发现病毒导致,需要时间去研究、分析和判定等多种因素影响,政府方面在信息发布中比较慎重,而各类假科普、假官宣、假指示借着疫情信息传播的名义招摇过世。这些往往比真相跑得更快、传播更为迅猛。

二、疫情谣言的类型

根据谣言的产生动机、构成特征,可以将谣言大致分为三类。

(一) 误解性谣言

造谣者因担心、恐慌的心理而对一些问题进行猜测,导致夸大事实。如疫情期间出现的一则谣言:一家公司提前开工,因有员工感染冠状病毒,200多名员工都被隔离。与此消息相关的微信群聊天截图迅速在网络上被广为转发。后经记者实地采访核实,该企业因生产需要并未停工,发烧员工并无疫区活动经历,其两次核酸检测结果均为阴性。这类谣言就是造谣者在不了解事实真相情况下的猜测。因此,及时地以最权威、最广泛的方式公布事实真相尤为必要。当公众对事情有了清晰的认知,误解自然就会消除。只要将公众从混沌的、盲目的认知中脱离出来,就能有效制止这类谣言蔓延。

(二) 牢骚性谣言

造谣者因自身的一些不满情绪而对某些问题进行主观的推想、编造。如此次疫情中,一则谣言以合成的《人民日报》数字版截图的形式广为流传,内容是“暂免武汉红十字会救灾物资管

理”的新闻稿,称中央决定暂停武汉红十字会接收、存放和派发获赠物资工作。经记者核实,当天《人民日报》并无此新闻。这类谣言多是情绪化的宣泄,尽管谣言中涉及的情况与事实不符,但是公众通过谣言想表达的情绪是存在的。因此,制止这类谣言,需要让公众的情绪由激烈变为稳定,善于从谣言中捕捉公众的情绪焦点,把握民意,对于公众情绪表达中的合理诉求,要及时给予回应;对于不合理的诉求,也要及时给予解释,获得公众理解。在疫情期间实施严格管控措施的情况下,由于民众的生活受到影响,对于公众的情绪疏导显得尤为必要。在疫情防控中部分官员“说狠话”、有关部门举措“硬核化”的做法,初衷是为为了更好地控制疫情,保护社会公众财产安全,但是在具体实施中如果解释不到位或方法过于简单,就可能引发公众的负面情绪,造成公众与政府之间的矛盾,导致牢骚性谣言产生。

(三) 攻击性谣言

造谣者会有预谋、有针对性地散布假信息来打击特定对象。如此次疫情中有境外网站发布信息称,中国政府为了遏制新型冠状病毒的蔓延,准备向最高法院申请杀死20000名确诊感染者并将获得批准。这一谣言具有明确的攻击性,编造事实并以此虚假信息诋毁中国,在国际舆论造成恶劣影响。这类谣言的造谣者具有主观恶意,找到造谣者,澄清事情,揭示其传谣意图,可以有效遏制此类谣言的蔓延。比如上文提到的攻击中国政府的谣言,被查出是由境外自称“城市新闻”的网站发布。该网站充斥着各种虚假信息、垃圾信息,还曾发布过“新加坡出现6名没有去过武汉的感染者”的谣言,使得新加坡政府专门对此进行辟谣。对该类信息应该从源头入手加以驳斥,一旦信源没有了公信力,谣言也就没有了传播力。

三、疫情谣言传播的新特点

(一) 主流媒体发声迟缓

相较于2003年非典疫情期间,当下我国社交媒体的状况早已经今非昔比,自媒体的迅速发展打破了主流媒体对信息传播的垄断。在自媒体繁荣时代,信息传播的速度越来越快。社会舆论



的巨大变化,导致大众在疫情期间的舆情意识也发生很大变化。用瞒报信息、压制信息公开的方式维护社会情绪稳定,不仅不利于疫情防控,更容易催生负面舆情,导致谣言产生。新型冠状病毒肺炎疫情爆发初始阶段,由于权威信息跟进不及时导致谣言四起,直至1月20日,钟南山院士证实病毒存在人传人现象。从“未见人传人”到“证实人传人”,社会大众对政府权威信息的缺失产生不满情绪。此刻官方媒体必须及时出面发声,用权威声音破解谣言。自媒体时代,大众每天都能接收到海量信息,官方媒体的缺席意味着大众只能从其他社交群圈获得疫情信息,谣言也因此有了滋生的土壤。官方媒体如果能够及时出面发声,使公众掌握更多关于疫情的权威、专业信息,就能提高大众对谣言的辨识度,从而减少谣言传播,避免谣言的发生。

(二) 传播技术化

传播技术的发展也为谣言的滋生提供了便利条件。以往的谣言更多以口头或文字形式的传播,受众面较小。随着自媒体的发展,谣言往往借助于视频和图片的形式在网络传播。各种制作、剪辑小视频的APP层出不穷,简单方便价格低廉的技术使造假的视频和图片更有真实性,而大众并不具备辨别假视频和图片的能力,因此更容易被蒙蔽。比如,一名网友在微博发布多条视频,爆料称:自己是当地定点医院护士,也是患者家属,医院内因为医疗物资严重不足已经失控,有三具尸体就停放在医院走廊无人处理,并且还配了图像和文字。消息一经爆出,瞬间引发网友关注,爆料者微博一天涨粉数万。经有关部门向武汉市H医院求证,该院并未有视频中所说的走廊停尸情况发生,上述消息纯属造谣。共青团中央也发布了辟谣信息,证实相关视频为配音再制作,情况不属实,并呼吁网友不造谣、不传谣、不信谣。这则谣言貌似有图有真相,给大众带来极强的视觉冲击,蒙蔽性极强。伴随着传媒技术的发展,信息传播已经进入读图时代,大部分的谣言都配有图片,有的甚至是以小视频的方式呈现,使社会大众无法辨别信息的真伪。

(三) 传播群圈化

群圈化传播是此次疫情谣言传播的一个主要方式。2003年非典疫情时期,在微信朋友圈发消息和进行视频分享等诸多的传播方式尚未出现。17年之后的今天,微信朋友圈已经成为大众传播信息的重要平台。微信群圈是现实社会中的人际关系网,具有很大的私密性,这一特点更适合传播网络谣言。谣言经微信圈散播,就会产生情绪共振,造成恐慌的情绪。与此同时,由于官方媒体深度、理性的报道未能及时跟进,而众多自媒体碎片化的信息却呈爆炸之势蔓延,导致大众无法辨别信息真伪,无所适从下只能盲目跟风。例如,中科院H药物研究所新闻发言人1月31日表示,初步发现中成药双黄连口服液可抑制新型冠状病毒。消息一经传出,市民深夜排百米长队购买,致双黄连口服液大幅涨价,很多药店的双黄连口服液当即售空。2月1日,多家主流媒体求证得知,中科院H药物研究所研究团队通过实验室体外实验证明,双黄连口服液有抑制新型冠状病毒作用,但抑制并不等于治疗和预防,因此,双黄连口服液对新型冠状病毒感染病人是否具有疗效作用,下一步还需要通过进一步临床研究来证实^①。通过这一事件,可见群圈传播的消息极易蛊惑大众,政府尤其需要警惕此类信息。

四、疫情谣言产生的社会影响

(一) 损害政府良好的社会形象

疫情谣言不仅引起大众恐慌的情绪,扰乱正常的社会生活秩序,还会损害政府的公信力。首先,谣言能够混淆视听,让民众信以为真,产生恐慌情绪甚至会怀疑政府掩盖事实真相,不信任或降低政府的公信力。其次,有些谣言造假者受国外势力指使,或本身对社会有不满心理,借此故意诋毁政府,给政府形象造成直接损害。政府应对疫情谣言的治理措施是否及时、对造谣者处置是否合理等,也会成为公众关注的内容,影响社会和谐稳定,进而影响到政府的公信力。

(二) 破坏正常的市场秩序

谣言通常通过以下形式破坏正常的市场秩

^①参见中国新闻网:《中科院初步发现双黄连口服液可抑制新型冠状病毒 还需大量试验》[http://www. ce. cn/cysc/yy/hydt/202002/01/t20200201_34203054..shtml](http://www.ce.cn/cysc/yy/hydt/202002/01/t20200201_34203054.shtml)。

序。第一,过度夸大某种商品的功效,刺激大众的购买欲望。疫情爆发后,双黄连口服液能够抑制新冠病毒的谣言迅速传播,造成全国多地出现抢购现象,致使双黄连口服液价格上涨直至短期脱销。第二,故意夸大某种商品的负面影响,导致不明真相的大众对其避而远之,造成商品滞销。比如,本来果蔬不可能与人传染,但疫情发生以来不少人谈鄂色变,传言湖北产地的水果不能吃,众多网友因听信谣言不敢购买湖北水果,致使脐橙之乡湖北秭归 17 万吨脐橙滞销^①。

(三) 影响社会稳定

自媒体信息传播超越了地域和时间的限制,任何一个网民都可以根据自己的利益诉求,变换方式传播谣言,扰乱社会大众对疫情的正确认知,制造恐怖情绪,扰乱社会稳定。疫情防控时期,各地积极响应属地管理的号召,农村在每个村路口都设置了路障,采取封路、劝返等措施积极开展疫情防控。随之,各地花样的封路方式迅速在网上传播,其中将路挖断等粗暴防控的个别行为成为负面信息被广泛散布。负面信息的传播,会影响大众对政府部门疫情防控能力的认同,影响大众在疫情中的情绪稳定,进而破坏社会安定秩序。

五、网络谣言规制的现实困境

(一) 网络谣言的造谣主体难以界定

微博、微信、抖音、百家号等自媒体平台均为虚拟空间,终端用户无法获知另一端用户真实的个人信息。虽然能够通过平台看到另一端用户的姓名、性别、教育背景等信息,但是无论平台还是终端用户均无法保证信息的真实性。随着 AI 人工智能时代的来临,甚至可能出现 APP 另一端用户是真人还是智能机器人都难以确定的情况。网络造谣者完全可假借其他人的身份编造并散布谣言。以微信、微博为例,虽然注册微信、微博时平台要求用户提供手机号码进行账户绑定以获取用户真实信息,方便日后平台进行监管,但现实中依然存在平台老用户并未进行实名操作的情况;一些用户甚至盗取他人社交账户,同时,

还存在买卖社交账户的情况。这些行为给公安机关确认谣言主体的身份造成很多困难。网络造谣者隐匿个人身份逃避打击,造谣者的身份信息往往也难以准确判定,庞大的谣言传播群体为谣言查处带来很大困难。

(二) 网络谣言传播途径的多样性增加了规制难度

第一,传播平台多样化。网络平台种类繁多,大体可以分为三种,以抖音为代表的视频传播平台,以喜马拉雅为代表的音频传播平台以及以贴吧、知乎为代表的软文传播平台。三种传播平台构筑了自媒体的矩阵。这些传播平台可以更快地向网民分享信息,拉近用户的关系,同时也加快了谣言的传播。第二,网络谣言的内容多样化。造谣者为追求心理刺激,往往在公共安全事件、自然灾害等方面抓住社会舆论热点制造谣言、混淆视听,编造事实以博取大众关注。部分网络谣言由于涉及专业知识具有很强的迷惑性,社会大众很难辨认真伪。谣言主体宽泛化,谣言涉及内容专业化给政府治理谣言带来极大的困难。比如湖北的水果不能吃的谣言就迷惑了很多受众。最终中国工程院副院长邓秀新出面辟谣,说明果蔬是不可能与人传染的,湖北水果是安全的,情况才逐渐得以改善。第三,谣言传播方式裂变化。谣言一旦形成便会迅速在微信群、QQ 群、微博等自媒体平台发生裂变式传播,给网络谣言治理带来巨大难度。由于我国相关法律法规的出台,对互联网监管更加严格,迫使网络谣言的形式变得更加隐蔽、更加具有迷惑性。部分网民在传播信息时利用技术手段对谣言信息进行编辑,以谐音的方式进行传播,从而规避互联网的监管。谣言传播方式多样化给社会监管带来了极大的挑战。

(三) 法律制度的困境

针对谣言治理,我国目前初步形成了以《宪法》为核心,相关行政法规共同规制的法律法规体系。《宪法》是我国的根本大法,具有最高的法律效力,在规定公民享有言论自由的同时也给予其必要的限制,为通过其他法律规制谣言传播奠

^①参见武汉发布:《湖北产地的水果不能吃? 谣言!》,载《新浪新闻中心》. <http://news.sina.com.cn/s/2020-03-08/doc-iimxyqvz8744750.shtml>.



定了基础。各部门法分别对谣言进行具体的规制。比如,民事立法对网络谣言的规制主要表现在保护民事主体的名誉权、荣誉权、隐私权等方面,被侵权人有权要求侵权人承担民事责任;《刑法》对谣言的规制主要体现在罪名的变化上,如煽动分裂国家罪、损害商业信誉罪等等。2013年最高人民法院和最高人民检察院《关于办理利用网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),这是我国第一个涉及网络谣言的司法解释,明确了造谣的范围(编造、散布虚假信息),统一了认定标准,是我国治理网络谣言的一大进步。除了法律及司法解释外,一些行政法规也有对网络谣言进行规制的内容,如《中华人民共和国治安管理处罚法》《互联网信息服务管理办法》《互联网网络安全信息通报实施办法》等。通过我国对谣言规制的梳理,可以发现司法解释、部门规章、行政法规占据了大部分,而法律方面的专门规定却很少。总体上看,我国针对互联网谣言制定的相关立法还处于摸索阶段,法律规制尚待健全,立法层次较低。从深层次看,针对网络谣言制定的法律法规规定过于笼统和概念化,实操性不强。以《解释》第5条为例,其规定借助互联网谣言对他人实施侮辱、诽谤等行为,情节较为严重的,可以以寻衅滋事罪论处。但是如何定性情节的严重与否,在《解释》中并未明确,只在规定中用“不得”“不行”“不准”等相对模糊的限制性词语。法律法规针对互联网谣言的规制不够细致的问题,还需要在今后的立法及司法实践上进一步完善。

六、疫情网络谣言的治理对策

(一)网络平台坚守本职、规范管理

1. 网络媒介坚守本职工作,承担社会责任

自媒体平台是发生网络谣言的重灾区,自然是治理网络谣言的重中之重。首先,作为网络谣言的把关人,自媒体平台发挥着守望者的角色,必须尽职尽责,不能成为谣言滋生的土壤、激化社会矛盾的助推器。网络大众传播的信息要经过自媒体平台的过滤才能呈现,作为监管者的自媒体平台必须具备专业素质和辨别谣言的能力,以正确引导网民舆论。各平台要加强对疫情信息来源的筛选,确保疫情信息准确、真实,营造积

极向上的疫情防控的舆论氛围;决不能扩大谣言传播的范围,甚至成为谣言传播的帮凶。其次,自媒体平台要注重加强网络大V的联系,这些博主往往能够引导舆论的风向,对网络舆论具有重要的影响力。出现谣言时平台应当及时联系相关博主,与他们合作辟谣。平台博主可以每日指定时间推送澄清谣言、宣传真相的信息,帮助网民提高鉴别谣言的能力。最后,自媒体平台应当发挥专业人员的力量,通过知乎、贴吧、微博等平台活跃的专业教师、医疗专家、医护人员的专业性与影响力引导舆论方向。

2. 完善网络平台的监管系统

网络传播的信息繁多、复杂,完全通过自媒体平台删选疫情信息任务过于繁重。要通过网络平台解决疫情谣言传播泛滥问题,必须从信息发布、审核、监控三方面重重把关。首先,在信息发布方面应该坚决贯彻实名制。由于实名制存在泄露个人信息的风险,因此贯彻实名制必须有强大的安全技术作为支撑,对此可以以后台实名前台匿名的形式处理,以平衡网络虚拟性与信息真实性之间的关系。经过实名注册的网民要为自己的行为负责,会更加理性地选择、发布信息,这就解决了谣言信息的来源问题。其次,自媒体平台应该建立完善的信息审核和监管系统。一旦平台出现疫情相关信息,系统实时反馈,监管人员根据反馈的信息甄别信息的真假以及潜在的危险,及时联系政府网管部门以及卫生部门,相互协作,共同做好疫情谣言的防控工作。

(二)完善法律法规、加强信息公开

1. 完善法律法规

第一,提高立法层级、细化法律,使法律更具有操作性。目前针对网络谣言的法律规制主要体现在为部门规章,各部门之间针对谣言问题立法存在职能重叠的问题。法规的效力远比不上法律,因此有必要提高立法层级,通过立法程序把规章上升为法律。立法者应当针对现有的问题进行充分的调研,在系统规划的前提下对现有的法律法规进行整合,形成独立的专门规制网络谣言问题的法律规范。同时,由于法律规制方面存在诸多空白,行政法规层级较低且多为原则性表述,实践应用中在管辖权、证据保全、网络服务商责任等方面都缺乏明确有效的规定。因此,要细

化法律规制的内容,对网络谣言的性质、概念、责任认定、损害赔偿标准以及处理程序都作出具体、明确、详细的规定,使之成为具有时效性、可操作性的较为系统的应用规范。要使法律、行政法规以及司法解释等法律规范相互衔接,形成完整的规制网络谣言法律法规体系。第二,加大刑事惩罚力度。刑罚作为维护社会公平的最后防线,必须起到有效的震慑作用。网络谣言作为一种新型犯罪方式,不仅侵害个人利益、扰乱社会秩序,严重时甚至可能危害国家安全,因此必须用刑罚予以规制。现有的涉及网络谣言的刑法规制都是将传统罪名如“危害公共安全罪”“寻衅滋事罪”等适用到网络治理领域,也就是将传统罪名网络化,难以适应网络社会的现实需求。笔者建议,可以结合当前网络谣言犯罪的特点,在《刑法》中增设新的罪名,对该类犯罪予以精确打击。

2. 建立信息公开机制、辟谣机制和应急处理机制

疫情谣言的关键是畅通信息渠道,确保信息及时公开,使民众及时充分了解疫情信息,从而做出正确回应。政府部门和公办医疗机构能够全面、可靠了解疫情信息,因此不仅他们有能力控制谣言的传播,也有义务告知大众全面真实的信息,缓解公众恐慌情绪,从根本上铲除谣言滋生的土壤。因此,建立快捷有效的信息公开机制尤为必要。与2003年非典疫情时期相比,当前我国政府的信息公开以及应急管理体制都有很大的进步,但民众对疫情爆发初期政府的信息处理仍有疑虑,说明我们在信息公开方面还有应当改进之处。政府态度比真相更重要,紧急状况下,政府有必要迅速联系卫生部门及其他应急处置部门,及时收集分析疫情信息,尽量做到随时公布掌握的权威信息和数据材料,使民众及时了解疫情的发展及其危害,消除恐慌。其次,政府应当完善网络谣言防范与治理机制,建立更加透明更有公信力的信息公开渠道。比如,在微博上加强与网络大V的联系,借助自媒体的力量扩大信息公开的效力;与网民进行良性互动,通过信息公开向网民传播正能量,不断提升政府的公信力;进一步完善应急管理体制,及时处理突发事件(疫情),加强民众对政府的信心。自媒体时代

的网络舆情难以预测,一旦谣言爆发更难以控制,政府应当树立“危机常态化”理念,建立常态的谣言应对机制。此外,政府还应当建立健全内部信息通报机制和统一的宣传机制。保证相关地方政府统筹规划协调,统一发声。

(三) 提高网络媒介素养,加强道德建设和网民自律

1. 提高网络媒介素养,培育对网络谣言的识别能力

参与网络谣言传播的网民既是谣言的受害者也是谣言传播的帮凶。面对真假难辨的疫情信息时,民众由于知识水平所限,没有能力对信息进行选择、评判,往往会相信网络流传的信息并转发、传播。因此,提高大众自身素养,加强对疫情谣言的识别能力,是阻止网络谣言传播的有效办法。首先,应教育引导社会大众具备相关媒介常识,明白自媒体传播的信息是现实信息经过选择加工后的虚拟信息,并不是完全客观真实的反映,其中包含了制作者与传播者的立场、态度。接收到有关疫情信息时,应当首先核实信息的来源,判断消息来源是否可靠。如果该信息来源于个人博客或QQ群、微信群中而不是主流媒体,那么该信息为谣言的可能性就会增加。尤其是对于一些重大疫情信息,在未经过官方确认的情况下不要随意转发,避免因传播不实信息造成不良社会影响,甚至触犯法律。其次,积极引导社会大众学会理性思考。在加强疫情相关知识学习的基础上,经过理性思考、运用逻辑分析,就可以提高认识和抵制网络谣言的能力与自觉。

2. 以道德建设和风险意识强化网民自律

作为一名现代社会的合格公民,应当具备思想道德意识和社会责任意识。许多网民出于个人原因,明知信息存疑仍然在朋友圈传播,反映出道德意识的薄弱、责任感的缺失。在网络环境中,一旦失去道德的约束就容易失去辨别是非的能力,靠直觉、热情而肆意妄为。因此,必须引导大众加强自身道德建设,在信息传播过程中严守道德底线和法律底线,坚决抵制来历不明的信息,共同营造和谐干净的网络文化。网民参与疫情网络谣言的传播、扩散不仅容易引发民众恐慌,破坏正常的社会管理秩序及政府抗疫工作的安排部署,给他人和社会造成危害,对其自身也



带来诸多后果。从平台监管和法律规制两反面来看,谣言传播者轻则可能被删除不实信息、封号、删除,重则会收到行政处罚直至被追究刑事责任。因此,网民在遵守法律法规的同时,也应加强自身思想道德建设提高辨别真假是非的能力,不造谣、不信谣、不传谣,严格在道德和法律框架内从事网络活动。只有国家、社会、网络平台及公民多方共同努力,才能有效净化网络环境,彻底遏制网络谣言的传播。

〔参考文献〕

[1] 刘海龙. 从广州肺炎事件看流言的传播与控制[J]. 国际新闻界,2003(02).
[2] 高妹明. 网络谣言的传播及其成因——以山东问题疫苗事件为例[J]. 新闻窗,2016(02).
[3] 翁士洪,顾佩丽. 公共突发事件中微博谣言的机制与治理——以 H7N9 事件为例[J]. 电子政务,2015(10).
[4] 王晓琪,冯子健. 突发公共卫生事件中的谣言监测[J]. 中国卫生监督杂志,2007(02).
[5] 陈虹,沈申奕. 新媒体环境下突发事件中谣言的传播规律和应对策略[J]. 华东师范大学学报(哲学社会科学

版),2011(03).

[6] 杜黎. 突发公共事件中的微博谣言传播及辟谣方式——以芦山地震微博谣言传播为例[J]. 青年记者,2013(26).

[7] 马颖,胡志. 突发公共卫生事件的危机管理[J]. 中国社会医学杂志,2006(02).

[8] 孙百亮. “治理”模式的内在缺陷与政府主导的多元治理模式的构建[J]. 武汉理工大学学报(社会科学版),2010,23(03).

[9] 黄文义,王那强. 转型期网络谣言传播过程及政府治理机制探析[J]. 国家行政学院学报,2014,03.

[10] 王成兰,等. 回应性政府:构建和谐社会对政府治理模式的必然要求[J]. 探索,2005(05).

[11] 杨晓旭. 健康类微信谣言传播的动因与环境[J]. 青年记者,2017(11).

[12] 邸敬存,白贵. 谣言之泛滥及其综合治理途径[J]. 河北学刊,2017,37(01).

[13] 李金莲. 社会突发事件中谣言的网际传播现象透视——“非典型肺炎”事件引发的思考[J]. 忻州师范学院学报,2003(06).

【责任编辑:凌秋千】

Research on response to network rumors and information governance under major epidemic situation

Zhang Pengfei, Hao Ju

(China University of Geosciences, Beijing 100083, China)

Abstract: Since the outbreak of the COVID - 19 epidemic, public opinion information on the prevention and control of the epidemic has spread rapidly. The spread and fermentation of many network rumors have adversely affected the prevention and control of the epidemic. Governance of network rumors in major emergencies has become an urgent issue to be faced by public opinion work in the field of social governance. Improving management and control capabilities to public opinion and strengthening the correct guidance in ideology are the practical needs to advance the modernization of national governance capabilities. The spread of network rumors in the prevention and control of the epidemic presents new characteristics. To stop network rumors, it is necessary to analyze the reasons for the spread of rumors, analyze the difficulties of regulating rumors, improve management, improve laws and regulations, and work together to contain the spread of network rumors through the government, the media and the mass.

Key words: major epidemic situation; network rumors; dilemma; legal regulations

【公安理论与实务研究】

我国宽严相济刑事政策研究总态势及知识演化

——基于科学知识图谱的可视化分析

吕 帅,尹 伟
(中国人民公安大学,北京 100038)

〔摘 要〕为全面直观展示我国宽严相济刑事政策自实行以来的研究成果,为社会治理从组织化调控到制度化规训的转型提供坚实可靠的政策支持,采用科学计量分析和共词分析法,综合运用 CiteSpace、Bibexcel 软件绘制宽严相济刑事政策研究成果的科学知识图谱,沿着“主题(横)—时间(纵)”两条主线展开研究,结果证明,我国宽严相济刑事政策研究总体态势良好,历经快速发展期、细化发展期、过渡转型期三个阶段,近年主要关注认罪认罚制度试点完善以及多发犯罪的治理。在全面深化司法改革的背景下,宽严相济刑事政策研究的知识树已经基本成型,呈“本体(树干)—方法(树枝)”的二元知识结构。

〔关键词〕宽严相济;刑事政策;司法;科学知识图谱;可视化分析

〔基金项目〕本文系 2019 年中国人民公安大学学科建设经费支持硕士研究生项目“新时代‘枫桥经验’的法治价值与理论述要”(项目编号:2019ssky019)和 2019 年中国人民公安大学基本科研业务费重大项目“《反恐怖主义法》视域下的反恐警务制度研究”(项目编号:2019JKF103)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕吕帅(1996—),男,山东菏泽人,中国人民公安大学治安学院 2019 级硕士研究生,主要从事公安学研究;尹伟(1964—),男,浙江宁波人,中国人民公安大学教授,主要从事公安学研究。

〔收稿日期〕2020-02-10

〔中图分类号〕DF01〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)03-019-10

一、引言

宽严相济刑事政策的提出和适用在提高打击刑事犯罪效益、缓和社会转型期矛盾、构建社会主义和谐社会等方面发挥了巨大作用。有关宽严相济刑事政策的研究随着社会热点和社会问题的出现而不断发展。虽然不同时期都有学者对该阶段宽严相济刑事政策的研究做出过文献综述,但鲜有对宽严相济刑事政策研究成果进行可视化分析的先例,这不利于发现研究的薄弱环节或找到新的研究切入点。本文的目的就在于以科学知识图谱为载体,把握宽严相济刑事政

策研究的总体态势,梳理相关知识的演化过程,为其他研究人员提供参考和借鉴。

本文通过 CiteSpace 软件(5.1. R4 版本)^①进行数据处理分析,制作关键词聚类、突现,研究合作群等可视化图谱,并辅以 Bibexcel 软件统计数据制成表格,通过对表格和图像的分析挖掘进行定性和定量分析。

二、研究方法及数据来源

科学计量分析利用数学统计原理和计算机分析手段,研究文献的外部特征,包括作者、关键词、参考文献、地理信息等,探索文献的特点、学

①由于 citespace 最新版本(5.6. R4 版)图形不易观察,本研究采用 cite space(5.1. R4 版)进行绘图。其中 Citespace(5.1 版)使用时虽然需要向前调整电脑系统时间,但并不影响构图。



科的知识结构和发展特征^[1]。

共词分析法主要采用文献集中“词汇对”或名词短语共同出现的情况,来确定该文献集所代表学科中各主题之间的关系^[2]。其原理主要是对一组词统计其在文献中出现的次数,对这些词进行聚类分析,体现出这些词之间的亲疏关系,进而分析这些词所代表的学科主题的变化。

本文所有文献均来自于中国知网(CNKI)的期刊数据库。通过主题词“宽严相济”并含“刑事”,来源选项勾选核心期刊、CSSCI进行检索,截止于检索日期2019年12月12日,共得出430篇文献;按照知网相关度功能进行排序,浏览并手动删除与研究内容不相符的文献,最终确定样本容量为423篇,年份跨越为2006—2019年。

三、宽严相济刑事政策研究的总体态势

(一)宽严相济刑事政策研究文献概况

通过 bibexcel 软件可得,研究样本 423 篇文章中,发文作者 440 位,期刊种类 130 种,发文作者机构^①232 个(见表1),统计出研究文献出现频率为三次及以上的关键词^②共 93 个。

表 1 发文概况

概况	数量
文章数	423
发文作者	440
期刊总类	130
作者机构	232

(二)宽严相济刑事政策研究文献时空分布

根据知网提供的数据,可以绘制出关于年代的发文量折线图(见图1)以及宽严相济刑事政策研究成果的期刊分布情况(见表4)。

1. 时间分布

2006 年 10 月,《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》提出:“实施宽严相济的刑事司法政策”,标志着宽严相济的刑事政策正式开始实行。由图 1 可见,有关宽严相济

刑事政策研究的文献数量自 2006 年开始激增;2008 年发文数量达到顶峰;之后逐年递减,在 2013 年略微上涨后每年发文量减少并在较低的层次上趋于稳定。大体可将其分为三个阶段:

第一阶段:2006—2008 年,年平均发文量为 59 篇,宽严相济刑事政策研究处于快速发展阶段。2005 年至 2006 年,北京市法学会与中国政法大学、西南科技大学法学院、重庆市法学会、西南政法大学等策划并组织了“宽严相济的刑事政策与和谐社会构建”“中法刑事政策比较研究”等一系列的学术研讨活动,在社会各界引起了巨大反响,带动了有关宽严相济刑事政策的一系列学术研究。宽严相济政策的适用为“刑事和解”“社区矫正”的试点提供了可靠的政策基础。这一时期的研究基本集中在法学学科领域,政府重视与资源倾斜是这一阶段研究兴盛的重要原因。

表 2 部分作者机构

作者机构	作者数
北京师范大学	42
中国人民大学	20
西南政法大学	17
中国政法大学	16
华东政法大学	15
武汉大学	15
吉林大学	11
北京大学	12
江苏大学	10
最高人民检察院	11
最高人民法院	7
南京师范大学	7
中国人民公安大学	7
山东政法大学	6
湖南师范大学	6

①本次统计中为保证统计的准确性对作者机构中的同属词进行合并。如作者机构中将“北京师范大学法学院”和“北京市师范大学刑事法律科学院”合并为“北京师范大学”等(图2.作者机构数据未合并)。

②本文中为保证研究的科学性对关键词中的近义词进行合并。如关键词中将“宽严相济刑事政策”和“‘宽严相济’刑事政策”合并为“宽严相济刑事政策”等(全文关键词数据都进行了处理)。

表 3 高频关键词

关键词	频次	关键词	频次
宽严相济	248	犯罪	6
刑事政策	145	区别对待	6
宽严相济刑事政策	78	最高人民法院	6
刑事和解	24	惩办与宽大相结合	5
宽严相济刑事司法政策	22	反恐	5
刑事司法政策	19	未成年人	5
和谐社会	17	恢复性司法	5
刑事	16	强制措施	5
刑事司法	14	前科消灭	5
死刑	11	轻刑化	5
司法机关	11	人身危险性	5
刑事案件	11	两极化	5
社区矫正	10	刑法	5
检察	10	检察长	5
未成年人犯罪	9	刑法学	5
宽严相济政策	9	刑事犯罪	5
检察机关	8	被告人	5
非犯罪化	8	刑事立法政策	4
认罪认罚从宽	8	检察院	4
刑事立法	8	轻罪	4
刑事诉讼	8	刑事审判	4
轻轻重重	7	刑事法治	4
刑事和解制度	7	犯罪化	4
犯罪嫌疑人	7	刑事程序法	4
刑罚	6	刑罚结构	4
会议	6	量刑	4
严打	6	非刑罚化	4
被害人	6	公诉机关	4
司法	6	相对不起诉	4
刑事诉讼法	6	“严打”政策	3

表 4 宽严相济刑事政策研究发文的期刊分布情况

期刊	发文量
人民检察	52
法学杂志	37
中国刑事法杂志	17
中国人民公安大学学报(社会科学版)	15
河南社会科学	12
河北法学	12
法律适用	11
法学论坛	11
国家检察官学院学报	8
河南师范大学学报(哲学社会科学版)	8
人民司法	8
政治与法律	7
当代法学	7
甘肃政法学院学报	7
湖北社会科学	6

第二阶段:2009—2013 年,年平均发文量为 42.6 篇,宽严相济刑事政策研究处于细化发展阶段。经知网检索,“刑事和解”“社区矫正”制度等“方法”基于该政策的研究在该时期共发文 27 篇。这一阶段宽严相济刑事政策的研究根据关键词突现探测(见图 5)可知“量刑”即刑罚裁量研究成为 2013 年的研究驱动力从而实现这一年的发文量上升。这一时期的研究成果分布在法学和犯罪学两个学科领域中。

第三阶段:2014—2019 年,年平均发文量为 9.7 篇,宽严相济刑事政策研究处于过渡转型阶段。由于宽严相济刑事政策研究的实践“方法”如社区矫正、刑事和解研究转为探讨我国现行司法现状下如何更好适用两种制度,不再以“宽严相济”为主题。认罪认罚制度虽是对宽严相济刑事政策研究的创新,但从 2014 年开始试点时的研究便以“认罪认罚”为主题,即主要研究力量转向“认罪认罚”的研究。宽严相济刑事政策研究内容回归“本体”研究,具体在政策应用与启示方面,故发文量维持在较低的水平。这一时期的研究以犯罪学学科为主,鲜有理论创新,处在过渡转型的探索中。

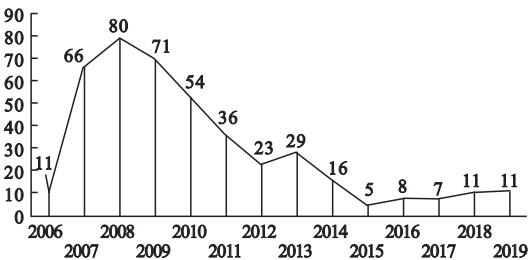


图 1 宽严相济刑事政策研究发文量年代图



2. 期刊分布

从表4可以明显看出,期刊发文排名第一的为《人民检察》,发文量为52篇;排名第二的是《法学杂志》,发文量为37篇;排名第三的是《中国刑事法杂志》,发文量为17篇。在所有发文机构中,排名第一的《人民检察》和第二的《法学杂志》发文数量远超其他发文机构,两者的发文量之和约占总发文量的21.04%。

(三) 宽严相济刑事政策研究者的分布

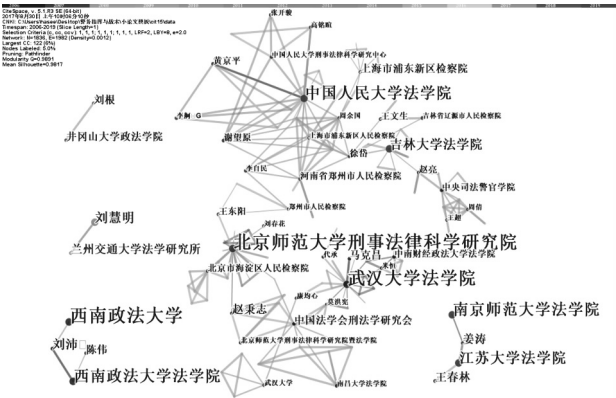


图2 研究作者与机构的合作图谱

表5 宽严相济刑事政策研究者发文概况

作者	发文量	作者单位
赵秉志	11	北京师范大学
姜涛	6	江苏大学
马克昌	5	武汉大学
樊崇义	5	北京师范大学
储槐植	5	北京师范大学
徐岱	5	吉林大学
黄京平	5	中国人民公安大学
孙万怀	4	华东政法大学
赵亮	4	中央司法警官学院
卢建平	4	北京师范大学
高铭喧	4	北京师范大学
刘沛滔	4	西南政法大学
龙宗智	4	四川大学
朱立恒	4	湖南师范大学
谢望原	3	中国人民大学

表5显示的是宽严相济刑事政策研究领域发文量前五名的作者。其中,北京师范大学的赵秉志教授发文量为11篇,西南政法大学的姜涛老师为6篇。图2是以发文作者和作者机构二者进行聚类,连线体现了作者与机构之间具有合作关系。从图2中我们可以看出主要的合作群有三个,分别是以中国人民大学法学院、北京师范大学刑事法律科学研究院和武汉大学法学院为中心形成的合作圈。

(四) 宽严相济刑事政策研究的研究领域分析

在进行文献研究时,关键词代表了一篇文献里的主题及主题相关的研究领域。通过对宽严相济刑事政策文献关键词聚类分析,可以大体上把握其研究领域,从横向主线上把握宽严相济刑事政策研究的总体态势。

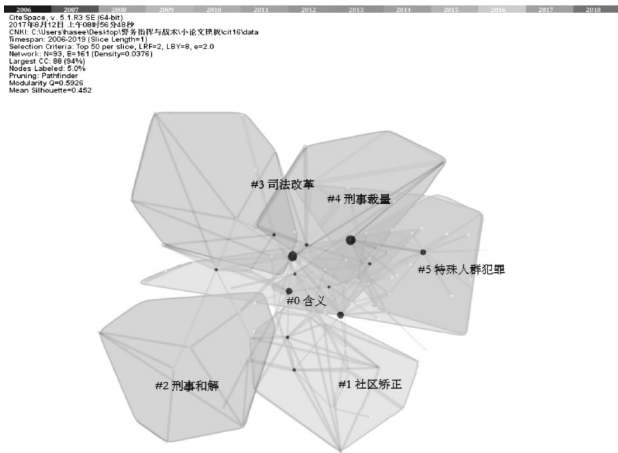


图3 宽严相济刑事政策研究文献关键词聚类图①

从图3和表6中可以直观地看出,宽严相济刑事政策研究中高频关键词按照聚类分为六类。

聚类0:宽严相济刑事政策的内涵和外延研究是其应用的基础,包括轻轻重重、罪责刑相适应原则、严打政策、惩办与宽大相结合等关键词。任何政策制度都有其适用规模,宽严相济的价值和适用边界是重点研究的问题。于是学者们由社会转型期法制特点出发,界定宽严相济之“宽”“严”“济”的时代意义;将宽严相济刑事政策和惩办与宽大相结合及严打政策进行对比研究,研究其适用边界。

①图3显示,本研究中知识图谱的网络模块化度量值 (Modularity Q) =0.5926 网络同质性指标 (Mean Silhouette) =0.452 均大于0.4,说明数据来源较为科学可信,适合用于文献计量的可视化分析。

表 6 高频关键词聚类结果

聚类号	聚类名称	关键词
聚类 0	含义	轻轻重重、两极化、严打政策、承办与宽大相结合
聚类 1	社区矫正	非监禁刑、刑罚执行、再社会化、《刑法修正案(八)》
聚类 2	刑事和解	被害人、受害人、加害人、辩诉交易、恢复正义、轻刑化
聚类 3	司法改革	恢复性司法、死刑替代、以审判为中心、司法规律
聚类 4	刑事裁量	刑事诉讼、量刑均衡、审查便宜、非犯罪化、自由裁量权、认罪认罚、罚金刑
聚类 5	特殊人群犯罪	前科消灭、社会调查、未成年人犯罪、附条件不起诉、反恐

聚类 1:社区矫正是在社区这种开放环境中通过对罪犯的教育、管束、监督、帮助来达到矫正犯罪行为与犯罪心理的目的,促使其回归社会的一种方式。社区矫正在我国前景非常广阔,但也是一个专业性很强的庞大工作,因为其矫正对象(包括被判处管制、宣告缓刑、暂予监外执行、裁定假释以及被剥夺政治权利并在社会上服刑的犯罪人员)的复杂性,需要司法局、公安局、检察院、法院、监狱、劳动和社会保障局、社区矫正执行机构、媒体等机构互相衔接配合,需要大量的专业人才,对我国的司法程序提出了巨大的挑战。另外,成功的试点经验需要适时总结加以法律化、制度化、程序化,失败的教训也应及时总结并编成实例引以为戒。在该聚类下的关键词主要有非监禁刑、刑罚执行、再社会化、《刑罚修正案(八)》等。

聚类 2:刑事和解制度是指通过调停人使受害人和加害人共同协商达成经济赔偿和解协议后,司法机关根据具体情况作有利于加害人的刑事责任处置的诉讼活动。刑事和解制度并非不进入诉讼程序的“私了”,相对于美国的辩诉交易制度也有着一定的区别。它的价值在于加害恢复和被害恢复两方面,以恢复正义学说为理论基础。该聚类关键词包含被害人、受害人、加害人、辩诉交易、恢复正义、轻刑化等。

聚类 3:从 1978 年开始,中国当代司法改革已经历了三个阶段,分别是法统的恢复与重建时期、初步突破与深入发展时期、全面推进阶段^[3]。现阶段的司法改革已经进入深水区,重点转变为司法职权配置优化和司法行为法治化运作以及司法体制的深层次化改革。宽严相济刑事政策研究在司法改革导向之下,向着公正、效率、权威

的价值向度前进,同时宽严相济刑事政策的研究也反过来影响司法改革。具有聚类特色的关键词主要包括司法责任制、死刑替代、以审判为中心、司法规律等。

聚类 4:刑事裁量跨越了从审查起诉到法院宣判完毕整个刑事诉讼阶段。在现阶段的宽严相济刑事政策研究领域,刑事裁量这一阶段正在向程序简易化、非刑事诉讼化、非刑罚化、非监禁化乃至恢复性司法制度方向发展,而争议则主要集中在是否给予检察官或法官更大的自由裁量权、刑事案件速裁等方面。在这个聚类下的具有代表性的关键词有刑罚轻缓化、量刑均衡、审查便宜、非犯罪化、自由裁量权、认罪认罚、罚金刑等。

聚类 5:特殊人群主要包括犯罪时不满 18 周岁的未成年人、孕妇及受审时已满 75 周岁的老人三类。该组聚类高频关键词主要包括前科消灭、社会调查、未成年人犯罪、附条件不起诉和反恐。其中“反恐”这一关键词出现在“特殊人群犯罪”聚类下十分突兀。查阅该聚类下所有关键词发现还涉及到比如黑恶势力犯罪、环境犯罪、贪腐犯罪等种类繁多但出现频次都较低的具体犯罪类型。这些犯罪类型与三种人群为主体的特殊犯罪不符合,究其原因是因为 citespace 聚类特点,低频关键词无法单独形成聚类,故依附于现有的聚类下。实际上该聚类由两部分组成,一部分是具体犯罪治理下的问题导向性研究,另一部分则是以特殊人群为犯罪主体的社会治理理性研究。

综合以上论述,宽严相济刑事政策研究主要集中在七个领域:基础理论、社区矫正、刑事和解、司法体系改革、刑事裁量程序、特殊人群犯罪

治理以及多发犯罪治理方面。

四、宽严相济刑事政策研究的知识演化

(一) 研究源起

文献的被引次数和下载次数可以很直观地

体现文献及其作者的影响力。对收集的423篇文章的被引频次高低进行降序排序,列出如表7的15篇高被引文献。从表7可知这15篇文献发布时间在2006年1月15日至2009年3月10日之间。

表7 宽严相济刑事政策研究前15名高被引文献

文献名称	作者	期刊	年/期	被引频次	下载次数
宽严相济刑事政策研究	陈兴良	法学杂志	2006/1/15	780	10351
宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用	高铭喧	法学杂志	2007/1/15	325	4717
宽严相济刑事政策研究	陈兴良	法学杂志	2007/1/15	314	5147
宽严相济刑事政策刍议	马克昌	人民检察	2006/10/1	285	2657
论宽严相济刑事政策的定位	马克昌	中国法学	2007/8/9	258	6972
宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式	黄京平	法学杂志	2006/7/15	225	3477
构建和谐社会于宽严相济刑事政策之实现	储槐植; 赵合理	法学杂志	2007/1/15	174	2666
宽严相济刑事政策视野中的中国刑事司法	赵秉志	南昌大学学报 (人文社会科学版)	2007/1/30	160	3356
“宽严相济”刑事政策与刑法立法的完善	马克昌	法商研究	2007/1/15	158	3406
和谐社会构建与宽严相济刑事政策的贯彻	赵秉志	吉林大学社会科学学报	2008/1/24	138	2976
解读宽严相济的刑事政策	吴宗宪	中国人民公安大学学报 (社会科学版)	2007/2/28	127	2632
宽严相济的刑事政策研究	刘仁文	当代法学	2008/1/10	102	2239
宽严相济政策与刑罚规制	陈兴良	法学杂志	2006/7/15	102	2663
宽严相济刑事政策与罚金刑改革	高铭喧;孙晓	法学论坛	2009/3/10	94	2074
宽严相济的刑事政策之我见	王安顺	法学杂志	2007/1/15	94	2094

从表7中综合被引频次和下载次数来看较具影响力的是北京大学刑法学专家陈兴良教授的两篇文献。文献内容是于2006年初在法学杂志上发表的三篇连载文章(知网收录的第一篇数据中收录了前两篇文章的内容),也是本数据样本中发表时间最早的文章。2005年,北京市法学会将“宽严相济刑事政策研究”作为一级课题委托陈兴良教授承担,因此从这三篇连载的文章我们可以一窥宽严相济刑事政策研究源起时的定位和作用,以下是关于三篇文献的综述。

发表于2006年1月15日的《宽严相济刑事政策研究》之首先从理论上逐步剖析,发现“采用严打刑事政策意味着在一定时期内惩办与宽

大相结合刑事政策的搁置”,然后反思1983年至2001年三次严打政策的实际运用效果,得出“严打只是治标之策而不是治本之道”的结论,论证适用宽严相济的刑事政策的必要性。

发表于2006年2月15日的《宽严相济刑事政策研究》之二界定和阐述宽严相济刑事政策之“宽”“严”“济”,挖掘政策内涵,即“宽严相济刑事政策首先意味着应当形成一种合理的刑罚结构”,并引出对刑罚结构不合理问题的反思,提出了调整结构的对策建议^[4]。

发表于2006年3月15日的《宽严相济刑事政策研究》之三从政治理念和法理理念两方面分析刑罚结构得出刑罚轻缓化的趋向,并在此基础上



严相济刑事政策提出初期(2006—2008年)点的密度最大,出现频率最高,以致图4中为避免出现重叠现象而将点在不改变时间即横坐标的情况下上下平移,使点的连线形成了类似于λ的形状。从这一时期文章关键词来看,研究主题主要为界定宽严相济刑事政策的基础理论,完善社区矫正制度和刑事和解制度。

第二个时期(2009—2013年)可以看出关键词与刑法修正案的修订密不可分。2009年最高人民法院发布《人民法院第三个五年改革纲要(2009—2013)》,据此进行了第三次司法改革。改革的主要任务包括优化人民法院职权配置、落实宽严相济的刑事政策、加强人民法院队伍建设、加强人民法院经费保障和健全司法为民的工作机制^[11]。这一时期宽严相济的刑事政策研究的主题与司法改革主题高度契合,主要是围绕审判中心主义进行的研究,即与刑罚体系改革、刑事裁量程序完善和特殊人群犯罪治理相关。

2. 近期研究热点

图5显示在所有关键词中突变强度最高的前十五位的相关信息,由上到下按突变出现时间先后进行排序。从左侧数表格的第一列是关键词名称;第三列是突变值的强度;第四列是突变开始时间;第五列是突变结束时间;第六列则是以线段代表2006—2019年的时间,相同长度代表相同时间;在代表时间的线段上标深色线段的两端位置及其长度就分别是最左侧关键词突显的起止时间及维持时间的长短(突变显示的是与其他年份相比该段时间内拥有特定关键词的发文数激增到一定程度,激增的程度越高,突变强度越高,该突变关键词亦即该时期的研究热点)。

Top 15 Keywords with the Strongest Citation Bursts

Keywords	Year	Strength	Begin	End	2006 - 2019
会议	2006	1.4893	2006	2007	
批量不起诉	2006	1.4377	2006	2007	
宽严相济政策	2006	1.5409	2006	2007	
检察	2006	2.0236	2006	2007	
刑事	2006	2.1294	2006	2007	
刑事案件	2006	1.594	2007	2008	
刑事和解	2006	2.2523	2009	2010	
前科消灭	2006	1.828	2010	2011	
量刑	2006	1.5317	2010	2013	
《刑法修正案(八)》	2006	1.7017	2011	2012	
敌人刑法	2006	1.5864	2013	2019	
刑事政策	2006	1.7656	2013	2016	
反恐	2006	2.9922	2014	2019	
认罪认罚从宽	2006	5.066	2017	2019	
区别对待	2006	1.7054	2017	2019	

图5 2006年—2019年宽严相济刑事政策研究突现词列表

自2014年至今的以宽严相济刑事政策为主题的发文量较少,可以通过二次文献定性分析总结出近期的两大研究热点。

(1) 认罪认罚从宽制度

认罪认罚从宽制度是贯彻宽严相济刑事政策的精神,为更好地保护被害人权益,节约司法资源,由“坦白从宽”制度演变而来。认罪认罚从宽制度的“认罪”即被告人自愿如实供述自己的犯罪,“认罚”即对指控犯罪事实没有异议;从宽则分为实体从宽和程序从简两方面。认罪认罚从宽制度是新时期对宽严相济刑事政策的新发展,对符合“从宽”条件的犯罪嫌疑人予以轻缓化的惩罚,正是宽严相济中“宽”的应有之义。

(2) 多发犯罪治理研究

宽严相济刑事政策通过现实中多发犯罪的成因、手段、危害结果等归纳分析,得出应对该类犯罪的适用程序。比如图4所显示的通过对恐怖主义犯罪的研究,对反恐程序进行反思,以求更好地处理已发恐怖主义犯罪带来的政治影响以及群众安全感问题。研究的犯罪类型多种多样,有环境犯罪、贪腐犯罪、恐怖主义犯罪和黑恶势力犯罪等。如何让犯罪嫌疑人在体会法律“硬度”的同时感受到其“温度”,以纠正犯罪观念,重新回归社会,是近期司法亟待解决的问题,同时也是宽严相济刑事政策研究的主要内容之一。

五、总结与展望

(一) 总结

在宽严相济刑事政策研究中,社会环境相当于这一研究的“树根”,政策制度这些“长出地面”并为人们所认知的部分最终“长成什么样子”都根源于社会环境。当政策制度与社会环境不相适应时,为保证社会发展稳定便需要对政策制度进行改革;宽严相济刑事政策的理论和应用这一“本体”相当于“树干”;而社区矫正、刑事和解、认罪认罚制度这些现行制度与刑罚体系改革的构想等这些“方法”就相当于“树枝”,现实中制度(树枝)无法落实,一定在于其理论(树干)出现了问题。而理论(树干)的研究,必须以社会环境(树根)涵养。

其一,宽严相济的刑事政策是一种宽泛的司法理念,它代表一种精神,无法直接适用于司法

程序。但在这种精神的指引下,可以制订相关制度、完善法律规范,以形成政策的实践载体,将此精神贯彻于立法、执法、司法等各个方面,进一步组成宽严相济刑事政策的政策体系,不断充实乃至输出价值观影响司法改革的走向。

其二,我国宽严相济刑事政策研究发文量呈明显的激增—减少—平稳的趋势,大致可分为快速发展、细化发展、过渡转型时期。我国宽严相济刑事政策研究的大致脉络是:在构建社会主义和谐社会的大背景下,积累司法判例经验,指导犯罪防治;根据试点成果结合社会实际,加快推动宽严相济刑事政策指导下改革和创新的法律化、程序化;再以实践获得的经验教训充实宽严相济刑事政策基础理论,积蓄足够的知识厚度,以期探索贯彻政策的新思路和新途径,形成研究的可持续发展。

其三,从图2可以看出所有合作群的中心节点都是知名高校的法学院,其外围是地方法院、检察院等司法机构,这说明宽严相济刑事政策研究的中坚力量是高校法学院及教授,由司法机构专业的实践经验为补充辅助。高校教师丰富的理论知识和良好的学术素养,配合检察审判机构的实践经验总结,可以有效保证研究的质量。

其四,我国宽严相济刑事政策研究往年的研究热点领域集中于该政策的基础理论、司法体系改革、刑事量刑程序与刑事和解制度、社区矫正制度的完善等几个方面,而近年的研究则集中在认罪认罚制度试点完善以及多发犯罪治理领域。其中认罪认罚制度研究未以宽严相济为主题,暴恐犯罪等多发犯罪在聚类图(参见图3)中并未单独成为一个聚类,而是归纳在了“特殊人群犯罪”聚类之下。

其五,我国在宽严相济的刑事政策指导下呈程序化、制度化的贯彻措施主要有刑事和解、社区矫正、认罪认罚制度。其中刑事和解制度于2013年1月1日、认罪认罚制度于2018年1月1日分别开始实施,社会反响良好。而社区矫正制度则囿于缺少专业化的队伍、专门的场所、设施等障碍,实施起来规范化程度不高,难以达到预期效果。在综合治理体系下,社区矫正制度也是减少占用国家治理资源,充分利用社会治理资源的一个尝试。如何吸引更多更有活力的社会资

源纳入社区矫正过程中,则是当前需要思考的问题。

(二) 展望

目前我国正处在社会转型的重要时期,国家提出依法治国而法制尚不健全;国民的权力意识增强但法律常识薄弱;司法系统具有较大的自由裁量权但被社会舆论所监督,受其影响,司法结果向群众负责。宽严相济刑事政策研究现在正处于过渡转型时期,社会转型的背景决定了政策研究仍具有足够的内部动力,可以从以下四个方面寻求突破。

其一,加强宽严相济刑事政策在社会学领域的研究,逐步拓展研究的学科范围,为以后的多学科交叉研究积蓄力量。宽严相济刑事政策研究长期聚焦于法学与犯罪学领域,社会学领域只涉及到了“和谐社会”的构建以及解决犯罪问题,即只涉及到政策应用问题而非以社会学角度去反向研究宽严相济刑事政策。如果希望实现重大的理论突破,加快宽严相济刑事政策研究转型,则必须从社会这一“树根”处汲取给养,以社会学的视角或社会学的研究方法进行探索调研。例如,可以用“法社会学”的学科视角,用人类学的研究方法来探讨有关宽严相济刑事政策问题。

其二,在发挥宽严相济刑事政策法治价值的基础上充分挖掘其治理功能。2019年11月,十九届四中全会作出的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》提出“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。在现有的理论研究基础上,宽严相济刑事政策完全可以通过政策话语分析的角度进行政策本身“方法论”的构建。以此“方法论”为“窗口”透视社会问题,提出更为符合当下司法状况的对策建议,以便服务于社会治理的大局。

其三,加强科研机构与作者之间的合作。虽然从图2可以看出很多作者与研究机构之间有过相互合作,但从数据可以看出合作次数超过两次的寥寥可数,仍未形成系统的、可持续的研究网络。为有效提高宽严相济刑事政策领域的综合科研能力,扩展研究的广度和深度,主要研究力量所在高校可以申请将宽严相济刑事政策研究



作为一个长期项目纳入法律政策研究室等研究机构,并以机构为面、个人为线的原则灵活交织穿插,加强相互间的合作。

其四,公安队伍和公安院校积极参与宽严相济刑事政策的研究,参与构建学术共同体。近年来宽严相济刑事政策“本体”研究倾向于在犯罪学学科视阈下探讨犯罪治理问题,但仅仅停留在理论分析的层面。公安机关冲锋在打击犯罪的第一线,是与犯罪分子接触最多的队伍,运用政策打击犯罪的研究应当有公安队伍研究力量的参与。犯罪学是公安学一级学科下的重要分支,是以犯罪现象为研究对象的学科。公安院校如果将犯罪学的研究成果应用于宽严相济刑事政策研究会大大提升其专业化水平,并可以展开实证研究进行定量分析,弥补现有研究仅仅依靠定性分析的不足。

[参考文献]

[1]谭力文,丁靖坤.21世纪以来战略管理理论的前沿与演进——基于SMJ(2001-2012)文献的科学计量分析[J].南开管理评论,2014,17(02):84-94+106.

[2]马志强,孔丽丽,曾宁.国内外混合式学习研究热点及趋势分析——基于2005~2015年SSCI和CSSCI期刊论文比较[J].现代远程教育研究,2016(04):49-57+102.

[3]杨帆.司法改革:法治中国的助推器——中国当代司法改革的价值向度与历史进路[J].中共珠海市委党校珠海市行政学院学报,2015(02):24-28.

[4]陈兴良.宽严相济刑事政策研究[J].法学杂志,2006(01):17-25.

[5]陈兴良.宽严相济刑事政策研究[J].法学杂志,2006(02):24-29.

[6]高铭喧.宽严相济刑事政策与酌定量刑情节的适用[J].法学杂志,2007(01):2-5.

[7]陈兴良.宽严相济刑事政策研究[M].北京:中国人民大学出版社,2007.

[8]陈晓明.施行宽严相济刑事政策之隐忧[J].法学研究,2007(01):129-139.

[9]黄京平.宽严相济刑事政策的时代含义及实现方式[J].法学杂志,2006(04):10-12,48.

[10]王顺安.宽严相济的刑事政策之我见[J].法学杂志,2007(01):21-24.

[11]江国华,周海源.《司法基本法》与中国司法改革[J].哈尔滨工业大学学报(社会科学版),2014,1(01):56-60+141.

[责任编辑:王瑞红]

General situation and knowledge evolution of research on criminal policy of combining strictness with leniency ——Visual analysis based on atlas of scientific knowledge

Lu Shuai, Yin Wei

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

Abstract: In order to comprehensively and intuitively display the research results of China's criminal policy of combining strictness with leniency since its implementation, it provides solid and reliable policy support for the transformation of social governance from organized regulation to institutionalized discipline, using scientific measurement analysis and co-word analysis. Comprehensively use CiteSpace and Bibexcel software to draw an atlas of scientific knowledge of the research results of the criminal policy of combining strictness with leniency, and carry out research along the two main lines of "theme (horizontal) - time (vertical)". The results of the study finds that China's overall criminal policy of combining strictness with leniency is in good shape. It has gone through three stages of rapid development, detailed development and transitional transformation. In recent years, it has mainly focused on the improvement of the pilot system of pleading guilty and punishment and the governance of multiple crimes. In the context of deepening judicial reforms in China, the knowledge tree of the research on criminal policy of combining strictness with leniency has basically taken shape, showing a dual knowledge structure of "ontology (trunk) - method (branch)".

Key words: combining strictness with leniency; criminal policy; justice; atlas of scientific knowledge; visual analysis

警察执法权威构建研究

刘航颖¹, 譙 冉²

(1. 四川省公安厅走私犯罪侦查局; 2. 四川警察学院, 四川 成都 610000)

〔摘 要〕警察执法权威是警察充分履职尽责的重要保障,更是警察权力得以实现的基石。随着执法环境的日益复杂,我国警察权威有弱化的趋势,不敢作为、不愿作为的情况时有发生,如何重塑以容错纠错机制为核心的警察执法权威成为一个重要命题。警察执法权威根植于警察权力,是警察在行使合法权力过程中衍生的一种外化影响力。当前我国警察执法权威呈弱化趋势,究其原因,警察队伍执法理念、执法能力与水平参差不齐,执法环境日益复杂以及现有立法的缺失都有所表现。解决上述问题要以容错纠错机制构建为切入点,重塑警察执法权威的路径,为警察更好地履职尽责提供支撑。

〔关键词〕警察权;执法权威;执法规范化;容错纠错机制

〔基金项目〕本文系 2019 年四川警察执法研究中心资助课题(一般项目)“警察执法权威及容错纠错机制构建研究”(项目编号:JCZFYB19005)、四川社会治安与社会管理创新研究中心 2019 年度资助课题(青年项目)“依法治藏背景下四川藏区社会治安防控体系研究”(项目编号:SCZA19C04)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕刘航颖(1989—),女,四川遂宁人,四川省公安厅走私犯罪侦查局(成都海关缉私局)双流机场海关缉私分局副主任科员,警务硕士,主要从事公安法制和涉藏警务研究;譙冉(1987—),男,四川达州人,四川警察学院法学系讲师,法学博士,主要从事公安法制问题研究。

〔收稿日期〕2020-01-20

〔中图分类号〕D922.14 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-029-06

警察执法权威是警察充分履职尽责的重要保障,是警察权力得以实现的基石。警察执法权威是警察在执法活动中能够影响他人的一种威慑力,具体表现为警察主体在刑事执法和治安管理中形成的能够影响和改变一定社会群体及个人的心理与行为的威信、威望等综合影响力^[1]。警察执法权威根植于警察权力,是警察在行使合法权力过程中衍生的一种外化影响力,目的是使公众能够自觉地服从警察的执法管理活动,从而以更小的警务成本来获得更好的社会效应。2019 年 2 月 1 日,《公安机关维护民警执法权威工作规定》正式施行,标志着人民警察执法

权威的维护进入了全新阶段,旨在引领公安机关及其民警严格依法履行职责、行使职权,树立严格规范公正文明的执法形象,提升执法公信力和执法权威。随着执法环境的日益复杂,警察权威存在弱化的趋势,不敢作为、不愿作为的情况时有发生,如何重塑以容错纠错机制为核心的警察执法权威成为了一个重要命题。

一、警察执法权威的价值维度

(一)以警察权为基础的强制性威慑力

警察权力是法律赋予警察为预防和惩治犯罪、实现社会治安管理而对特定客体实施制约的



强制力。警察权力由警察职位、警察职权和警察职责构成,且三者之间缺一不可,呈现出相互关联、相互制约的关系^[2]。警察立足警察职位,依据法律规定履行警察职责,在法定范围内行使警察职权,才能够树立警察权威,从而在充分行使警察权力的过程中对特定主体产生威慑力和制约力^[3]。与此相对,若警察行使权力时未能达到职位、职权、职责的有效统一,则可能导致警察权力的滥用,从而影响警察执法权威的构建。

(二)以警察威信为依托的非强制性影响力

警察威信是指警察在社会大众心中的威望和信誉,来自群众的信任、服从和内心确认,其最终目标是群众将警察的要求作为自觉自愿的行为。警察威信不仅建立在警察权力的基础之上,更需要通过警察不断提升自身履职能力来获取。除了少数打击具有较大社会危害性的违法犯罪活动需要借助警察权力的强制力之外,绝大多数的警务活动必须依靠警察自身的职业品德、业务技能、综合素养等非强制性影响力来实现。换言之,警察威信作为一种有别于刚性执法的非强制性影响力,其作用的发挥有助于获得社会大众对警察执法活动的理解、配合与信服。从本质上看,警察权力的有效行使是警察执法权威构成的外在基础,而警察威信的树立是警察执法权威构建的内在核心。

二、我国警察执法权威弱化的现状

当前,我国警察执法权威呈弱化趋势。我国社会主要矛盾的改变对公安工作提出了新的更高的要求,特别是在互联网飞速发展的情况下,个别群众对警察执法不信任也不理解,对警务执法活动的评价极为苛刻,认为警察办好案件是分内之事,稍有一个疏漏或者误解都会被别有用心的网友移花接木,在网络上无限地放大和曲解,引发涉警负面舆情。更有甚者以社会化评价中“满意度测评”作为要挟,故意为难刁难民警,失实投诉、恶意诬陷等做法导致民警的执法环境日益复杂与艰难^[4]。可以说,受各种复杂因素影响,近年来警察执法权威呈弱化趋势,基层一线民警执法顾虑不断增加,怕犯错、怕担责的心理

普遍存在,警察执法权威受到挑战。

部分基层民警在实际工作中仍然存在“怕投诉、怕办案、怕行动”等三怕心理。究其原因,还是由于近年来频发的民警权益受到侵害的案事件所致。从发案数量看,涉警侵权案件数量逐年攀升、呈高发态势;从侵害对象看,大多为一线执法执勤民警和辅警;从侵害行为看,主要表现为言语侮辱、造谣诽谤、推搡拉扯、暴力攻击;从危害后果看,侵害民警执法权益的行为不仅仅损害了警察的人身安全,更是损害了公安机关的执法权威和依法履职的效能。

警察执法权威弱化的具体表现形式主要有以下几点。一是从发案地点看,以发生在街面较多。街面是妨碍民警日常执法行为多发的场所。民警在处置涉及醉酒人员、流浪人员、闲杂人员等警情时,处置难度比较大,特别是醉酒人员妨碍执法概率较大。二是从发生环节看,现场传唤期间易发生阻碍民警执法行为。民警遇到妨碍执法主要出现在两个方面:一方面是民警在处理打架和矛盾纠纷等情况时,对现场当事人进行依法制止并调解双方矛盾纠纷,因各种突发情况,双方当事人有可能将矛盾重点转向民警;另一方面是违法犯罪嫌疑人为逃避公安机关的打击处理,对抗处警民警的盘查、传唤、抓捕等执法活动,这方面在基层派出所表现最为明显。从发生的案件看,现场传唤期间容易发生妨碍执法活动的行为,主要表现为违法行为人不愿意、不配合民警传唤。三是从表现形式看,以侮辱性、伤害性为主。从类型上看,侵害民警执法权威主要表现为发表辱警言论、阻碍执行职务、对民警实施暴力伤害。近年来,民警执法权益遭受侵害主要以侮辱性、伤害性行为为主体。一些群众对民警现场执法感到不如意、不顺心,就肆意侮辱、谩骂执法民警,甚至直接进行人身攻击。从发生的妨碍执法活动案件看,谩骂、推搡、拉扯、脚踢等行为,已成为妨碍民警日常执法的主要表现形式^[5]。伴随着当前日趋困难和复杂的执法环境,广大民警对维护自身执法权益的期望、诉求变得越来越强烈。

三、警察执法权威弱化的原因分析

(一)警察队伍执法理念、执法能力与水平参差不齐

1. 文明执法与严格执法的理念错位

近年来,各级公安机关严格按照“四句话十六字”总要求^①,在服务人民、执法公正上狠下功夫,执法效果显著,获得了人民群众的高度认可。但一部分民警思想也因此陷入了误区,将文明执法等同于人性化执法,误以为人性化执法就是放任不管、就是降低执法标准和忍气吞声。在这种错误思想指导下,少数民警在正当履行执法行为受到不法侵害时,往往不敢果断制止,甚至任由违法人员肆意侵害,导致维护执法权威的最佳时机贻误,变相助长了违法人员的嚣张气焰,弱化了警察执法的强制力。

2. 现场执法能力有待提高

少数民警法律意识淡薄,证据意识、程序意识不强,在执法过程中存在不严格、不公正、不文明、不规范的情况,给执法对象造成了不可弥补的伤害,致使案件办理处于被动状态,并造成不良的社会影响。一些民警在遇到较为复杂的纠纷和案件时,不会做群众工作、现场处置能力差、言语简单粗暴,往往由于一个动作不到位、一句话不恰当而引起群众不满,导致侵权案件的发生。而当民警面临执法阻碍甚至侵害时,又无法寻求妥善处理的方法和途径,仅凭经验或者惯例进行处置,导致警察执法的能力和权威受到质疑。

3. 警情快速研判能力和自我防护能力有待加强

大部分一线接处警单位接到警情后,不分析、不研判或分析出现偏差,导致不当出警,造成警力对比弱势,发生民警被侵权案件。与此同时,部分基层民警身体素质、防护技能和自我保护意识不够,导致在执法权威受到威胁时,缺少自我保护的能力和维持执法权威的能力。另外,少数民警对警械的使用心存顾虑,为降低因使用警械错误而受罚的风险而选择放弃使用警械,在遇

到不法行为侵害时不敢“亮剑”、不敢“放招”,不能完全正确行使正当防卫权,以致陷入被动执法局面,导致执法过程中执法权威和正当权益受损。

(二)当前日益复杂的执法环境使警察在履职过程中面临阻碍

1. 社会矛盾错综复杂,部分价值观出现异化

随着社会评价机制的多元化发展,人们普遍以收入高低和社会影响力大小作为判断一个人成功的标准。警察职业由于收入不高以及社会影响力较小,时常在接处警过程中受到执法对象的轻视,甚至沦为少数人发泄对社会不满情绪的对象,辱骂殴打警察、对抗警察执法的事情时有发生。

2. 受现行行政管理体制制约,公安机关承担非警务活动任务较多

“以块为主、条块结合”的行政管理体制使公安机关在人事、经费、保障等方面受地方政府的影响较大,公安机关在日常工作中承担了大量的非警务活动,而这些非警务活动往往由于涉及过多的群众利益而显得较为敏感,人民警察在这类工作中往往由于经验不足或者考虑不全面而引起群众不满,导致矛盾出现甚至引发侵权事件。

3. 新闻媒体过度追求阅读量,误导性的宣传报道时有发生

随着社会信息化和网络化程度的不断深化,微信、微博、抖音等公共媒体的影响力、覆盖面和传播速度发展迅猛。从监管方面看,当前对社会舆情和公共媒体的导向及监管体系尚未形成,一些小众传媒为搏眼球和增加点击量,在利益的驱使下,尽其所能寻找警民对抗的信息点,甚至引导一些曾被打击处理的网民站在执法者的对立面,导致黑警、恶警、辱警贴文层出不穷。加之大部分公安机关缺乏新闻媒介素养,缺乏应对媒体的本领和能力,要么拒绝宣传、拒绝采访;要么不闻不问、听之任之;由于调查(侦查)时间、程序及保密等原因,一些事实无法做到及时公布,为媒体炒作留下了空间。一些新闻媒体出于对经济

^①2017年5月19日,习近平总书记在会见全国公安系统英雄模范立功集体表彰大会代表时发表重要讲话,明确提出了“对党忠诚、服务人民、执法公正、纪律严明”十六字总要求。参见《“四句话、十六字”总要求是公安履职的根本遵循》,载中国警察网,<http://special.cpd.com.cn/n37971186/n38310378/c38312889/content.html>。



效益的过度追求,大肆渲染和炒作涉警事件,甚至胡编乱造以产生轰动效应^[6]。这些负面报道与宣传炒作不仅仅损害了公安机关的公众形象,而且使得在某些领域警民关系愈发紧张。尤其在重大安保维稳活动期间,干扰阻碍警察执法甚至暴力袭警案件时有发生,网上涉警舆情负面炒作频频出现,导致警察执法非常拘谨,警察权威受到挑战,不敢作为、不愿作为倾向凸显。

4. 受本位主义驱使,普法教育宣传与公民维权意识之间存在矛盾

一些群众对法律的认知不够,常常以个人的主观臆断评定公安机关的执法活动。如遇民警正常规范的警务行为未按其主观意愿进行或案件办理结果不能使其单方面满意时,就主观地认为民警的执法活动存在过错,认为自身权利受到侵害,从以往完全没有维权概念发展为如今的过度维权、无理维权^[7],从一个极端走向另一个极端,从而导致暴力抗警、抗法行为发生。

(三) 现有立法的缺失使警察执法权威缺乏强制性保障

1. 现有关于侵犯警察执法权益的处罚性条款缺乏震慑作用

《人民警察法》规定了5种“拒绝或者阻碍人民警察依法执行职务”的违法行为,应给予治安管理处罚。但对以暴力、威胁等方法实施上述行为构成犯罪的,则是“依法追究刑事责任”,这与《刑法》一样将警察作为一般的国家工作人员来看待,并没有充分考虑到警察群体作为国家机器的特殊性和危险性。具体行为定性及处罚设置考虑不够全面、处罚力度偏轻,缺乏应有的特殊威慑作用。

2. 实践中保护性条款操作性不强

《人民警察使用警械和武器条例》在具体实践中,对警察何种情形下可以使用警械武器进行正当防卫的规定仍较模糊,可操作性不强,使警察正当防卫意识受到抑制,导致警械武器的使用相对滞后,往往错失先发制人的良机。

3. 现有法律法规缺位,在面对软暴力时无法启动维权程序

警察在执法活动中往往面临更复杂的环境,无论是危险性还是可能遭遇的阻碍都远远大于

一般的行政执法主体。近两年来,国家从立法层面越来越重视对警察执法权威的维护,出台了一系列的法律法规,但从执行层面看,现有维护警察执法权威的法律规定过于笼统、模糊,在实践中对一些行为往往难以界定。同时,由于这种案件属于敏感类型,因而很多时候都是降格处理,甚至协商处理解决。违法者违法成本过低,无法起到震慑作用。尤其是警察在面对诸如起哄辱骂、恶意投诉、诬陷警察执法不公等软暴力时,由于缺乏相应的惩处依据,无法启动维权程序。

四、重塑警察执法权威的路径选择

(一) 完善法律法规,进一步加强对警察执法权威的立法保护

我国现行立法对于暴力袭击、威胁正在执行公务的人民警察,致使人民警察重伤、死亡的恶性案件的刑罚力度不够。建议可以参照刑法修正案(九)中的立法模式增加从重条款,“暴力袭击、威胁正在执行职务的人民警察,致使人民警察伤残、死亡的,以故意伤害、故意杀人罪从重处罚”。还可以出台具体的司法解释或者在最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》中提高该类案件的量刑的基点,提升此类案件的刑罚幅度,体现立法对人民警察依法执行职务过程中受到侵害情况的特殊保护。

(二) 建立、健全组织机构,为公安民警执法权益的保护奠定组织基础

首先,针对公安民警高风险、高负荷的工作环境和职业特征,进一步建立健全公安民警合法权益保护委员会,确立这一机构的地位,变临时机构为常设机构,以维护公安民警的正当权益。其次,应当加强公安民警维权的专门机构,为正当执法遭受侵害的民警义务提供法律咨询和诉讼代理,为受侵害民警追索经济赔偿和精神补偿,同时设立专项保护基金,用于慰问、诉讼等维权工作开支。具体而言,可以设立维护民警执法权威工作委员会办公室,使民警执法权威的维护主体更加明确。具体机构可设在警务督察处,由警务督察处主要负责人任维权办主任,配备专职维权力量。维权办主要负责协调督办侵犯民警执法权威事件、案件;调查侵犯民警执法权威的

情形、线索,受理调查侵犯民警执法权威的申请、申诉;协调维权委成员单位评估和预警执法风险,发布预防侵犯民警执法权威工作指引;出面抚慰因依法履行职责、行使职权受到侵害的民警等,为民警执法权威维护提供组织保障。

(三)以治理体系和治理能力现代化为切入点,提升公安民警执法公信力

规范民警执法行为,全面提升执法规范化水平是提升治理体系和治理能力现代化的重要保障。一是要加强执法规范化建设,以现代化的执法理念指引执法活动,通过规范执法、文明执法,实现人民警察为人民服务的宗旨。二是要建立健全制度规范操作机制。结合公安机关执勤执法规范、公安机关人民警察现场制止违法犯罪行为操作规程、警务实战训练教程等系列规范,按照讲科学、有统筹的原则,做到有定性定量准则、有操作规程、有参照目标、有检验标准、有监督措施,建立健全规章制度操作机制,使各项执法执勤规范制度发挥更加有效的作用。三是要强化督导,保障各项制度落实。应当进一步加大接处警工作督导力度,经常深入基层,加强对接处警工作的纵向检查和指导,及时协调解决工作中存在的突出问题,指导基层开展工作;对现场处警工作情况进行跟踪督导,全面提升执法规范化水平。

(四)加强正面舆论引导,树立人民警察良好的社会公众形象

正确对待警媒关系,与媒体建立互信、互助、互动、互惠的和谐关系,争取新闻媒体对公安工作的理解和支持。营造良好的舆论氛围,树立、保护好人民警察公众形象的实质就是保护警察执法权益,为警察更好地履职尽责奠定社会基础。一方面,公安部门要进一步拓展宣传阵地,努力把握公安宣传主导权,引导各类新闻媒体本着高度负责的态度审慎对待涉警宣传;另一方面,要借助微信公众号、抖音、微博等平台开展丰富多彩的公安文化宣传,树立新时代人民警察的良好形象,特别是要紧贴群众生活所需,加大法律、安全、交通、消防、禁毒等方面知识的普及力度,全方位塑造警察的社会公众形象,为警察执法营造良好的社会环境。

(五)以构建容错纠错机制为契机,激励民警主动担当作为

应当加强对《公安机关维护民警执法权威工作规定》的理解和执行,进一步加大维护民警执法权威的力度,依法严肃查处暴力袭警和妨害阻碍民警执行职务行为,畅通“绿色通道”,第一时间紧急救治、抚恤慰问因公负伤民警;谨慎对待、慎重处理对参战民警执法执勤行为的举报投诉,准确适用依法履职免责、容错纠错要求,依法依规、及时全面、公正客观核查处置,第一时间为受到不实投诉、诬告陷害、侮辱诽谤、恶意炒作的民警澄清正名,保护民警的工作积极性和工作热情,促进履职尽责、担当作为。对民警执法活动中出现的问题,在认真调查核实的基础上,要客观公正地评价对待,严格区分执法不作为、乱作为与积极承担中存在执法瑕疵的区别,坚决防止“多干多错、少干少错、不干不错”的不良导向^[8]。特别是对于在事实表述、法条引用、文书制作等方面存在的执法瑕疵,上级公安机关应主动介入,帮助指导民警依法纠错,加强与当事人沟通交流,及时消除社会影响,最大程度减轻参战民警承担的压力。尤其是要积极发挥公职律师的作用,切实保护民警的合法权益。

(六)发挥公职律师的“顾问”作用,提升民警执法权威维护专业化水平

一方面,积极发挥公职律师作用,为民警执法权威维护提供专业支持。组建以公职律师为主的维护民警执法权益法律顾问团,专门颁发维权工作法律顾问聘书,助推维权工作落到实处。同时,认真梳理近年来派出所等易被侵权单位的典型案例,剖析侵权成因,提出工作对策,常态化发出维权预警信息和安全提醒,有效减少侵权案件的发生。尤其是侵权案件发生后,应当组织公职律师提前参与介入,全程跟进,对案件定性、取证、处理等环节进行指导,变被动审案为主动指导,解决取证难、证据少、打击不力问题,加强与检法机关沟通协调配合,及时研究解决袭警辱警等案件法律适用问题和个案认识分歧,确保案件办理事实清楚、证据确凿、程序合法、法律适用准确。同时,对民警执法是否属于按照法定条件和程序履行职责、行使职权进行认定,为是否给予



行政相对方损害赔偿提供法律支撑。另一方面,发挥公职律师的法律咨询、援助作用,将执法权威保护程序前置。组织公职律师及时有效地为受侵害的公安民警提供法律咨询和法律援助,在依法对袭警辱警行为进行行政处罚或者刑事打击的同时,就给民警造成的身体伤害和财产损失等民事赔偿部分为民警提供法律咨询、组织开展民事调解、代为起草相关法律文书或免费代理诉讼,有效保障民警权益。

[参考文献]

- [1] 张兆端. 警察哲学:哲学视域中的警察学原理[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2008:256.
- [2] 赵伟,张光. 警察政治学[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2014:14.

- [3]【日】松井茂著,郑戈译. 警察学纲要[M]. 北京:中国政法大学出版社. 2005:136.
- [4] 刘文芳. 试论公安政工干部的工作价值观及建构策略[J]. 北京警察学院学报,2015(03):86.
- [5] 邓国良,邓定远,吴秀云. 袭警犯罪的控制与预防[M]. 北京:北京大学出版社,2015:93.
- [6] 段林萍. 警察监督的民主化探索:公众投诉警察的域外经验启示[J]. 中国人民公安大学学报,2016(02):52-53.
- [7] 俞可平. 论国家治理现代化[M]. 北京:社会科学文献出版社,2015:59-60.
- [8] 孙梓翔. 新时代公安机关战时思想政治工作的困境及其解决路径[J]. 江苏警官学院学报,2018(04):111.

【责任编辑:李英霞】

Research on the construction of police's law enforcement authority

Liu Hangying, Qiao Ran

(Smuggling Crime Investigation Bureau of Sichuan Public Security Department,
Sichuan Police College, Chengdu Sichuan 610000, China)

Abstract: The police's law enforcement authority is an important guarantee for the police to fully perform their duties and responsibilities, and it is also the cornerstone of the realization of police power. With the increasing complexity of the law enforcement environment, police's authority tends to weaken, and the situation of daring to act and reluctant to do often occurs. How to reshape the police's law enforcement authority with fault tolerance and correction mechanisms as the core has become an important proposition. The police's law enforcement authority is rooted in police power, and it is an externalized influence that the police derive from the exercise of legal power. At present, police's law enforcement authority in China is weakening. The reasons are: the police team's law enforcement concept, law enforcement ability and level are uneven, the law enforcement environment is increasingly complex and the existing legislation is lacking. It is necessary to take the construction of fault tolerance and correction mechanisms as an entry point, reshape the police's law enforcement authority and provide support for the police to perform their duties better.

Key words: police power; law enforcement authority; law enforcement standardization; fault tolerance and correction mechanism

【公安理论与实务研究】

高校“校园贷”风险调查及对策研究

——基于 Logistic 回归模型的实证研究

李 昊,刘佳文
(中国人民公安大学,北京 100038)

〔摘 要〕近年来,“校园贷”因其放款门槛低、速度快等特点吸引着众多大学生,在为大学生带来了便利的同时也带来了许多危害,很多大学生深陷“校园贷”陷阱。在通过访谈和调查问卷获取数据的基础上,采用 Logistic 回归分析模型,运用 stata12.0 软件对大学生的性别、学历、生活费盈余状况、风险认知、征信意识、行业规范程度等六个因素是否影响大学生选择校园贷及其影响系数进行分析,结果显示大学生的生活费盈余状况、征信意识、规范程度对其是否选择校园贷具有显著影响。以此为基础,可以从树立大学生正确消费观和征信意识,完善对“校园贷”的监管等途径入手,力争从根源上遏制“校园贷”乱象。

〔关键词〕大学生;校园贷;风险;Logistic 模型

〔基金项目〕本文系中国人民公安大学 2019 年拔尖人才培养专项资助研究生科研创新项目(项目编号:2019ssky013)和 2019 年度首都社会安全基地研究生项目《基于回归模型的“校园贷”治安问题成因分析及对策探讨——以首都高校为例》(项目编号:CCSS2019ZSS03)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕李昊(1996—),男,山东潍坊人,中国人民公安大学治安与交通管理学院 2018 级治安学硕士研究生,主要从事治安管理学研究;刘佳文(1996—),男,内蒙古通辽人,中国人民公安大学治安与交通管理学院 2018 级治安学硕士研究生,主要从事治安管理学研究。

〔收稿日期〕2020-02-12

〔中图分类号〕D035.34 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-035-07

在数字支付普及的当前社会,超前消费、符号消费和过度消费的观念使得部分大学生的人生观和价值观发生了扭曲,进而引发了一系列的校园乱象,严重扰乱了校园秩序和金融秩序。当大学生无力还款时,“校园贷”平台往往会采用各种违法手段催收,严重突破道德底线和法律红线,摧残了大学生的身心健康,使部分大学生最终走上违法犯罪甚至自杀轻生的不归路。从河南大学生郑某因“校园贷”欠下数十万巨款无力偿还而跳楼轻生,到厦门女大学生不堪“校园贷”巨额欠款压力而烧炭自杀,“校园贷”给校园安全、社会稳定、交易秩序带来严峻挑战。2019 年 1 月 10 日,中国消费者协会人民网舆情数据中心发

布“2018 年十大消费维权舆情热点”,以“校园贷”为代表的“套路贷”排名第六(“校园贷”于 2017 年排第二名)。鉴于此,本文通过对“校园贷”现状及乱象成因的分析,提出加强大学生法制教育的防范对策,力争从根源上遏制“校园贷”的乱象。

一、“校园贷”趁“需”而入

随着我国社会经济的快速发展,人们的价值观和消费观发生了很大的变化,大学生的消费需求同样也在发生着转变,每个月几百到几千元的家庭消费供给已经难以满足大学生的需要。各大商业银行逐渐发现大学生消费群体的潜在商



机,自2005年开始纷纷推出大学生信用卡业务,金融市场激烈的竞争导致了各种市场乱象。虽然校园信用卡的消费额度受到限制,但多家银行交叉发卡形成了“多头授信”,造成了消费额度恶性膨胀。针对银行间恶性竞争导致的高注销率、高休眠率、高坏账率的现象,国家银监会于2009年紧急发文叫停大学生信用卡的办理。至此,大学生信用卡不支持透支消费,取而代之为建立信用记录、消费累计积分、指定商户消费折扣等功能的“借记卡”。在大学生群体消费需求的推动下,“校园贷”乘“需”而入。

“校园贷”一词在学界内没有明确的定义,有学者提出:“‘校园贷’是发生在校园里的商业借贷的模糊概念。”本文所研究的“校园贷”指具有放贷门槛低、放贷形式多样性、高利率隐蔽性、高风险性、催收非法性的不良校园借贷,以下皆简称“校园贷”。

二、“校园贷”引发的社会风险

(一)扰乱校园秩序

初高中阶段处于老师、家长严格监管下的在校大学生,社会阅历和自我管理能力相对薄弱。由于大学阶段可自行安排个人学习和生活,可支配生活费用也大大增加,巨大的反差极易催生非理性消费行为。电子产品的更新迭代以及时尚消费的追求,加之同学之间的从众和攀比心理,使得大学生容易被“校园贷”所宣传的“无门槛、无抵押、零利息、放贷快”等条件诱惑,仅凭一时冲动,就草草签下借款合同。

艾瑞咨询《2018年度大学生消费洞察报告》显示,大学生使用线上支付方式的比例高达96.8%,50.7%的大学生使用过分期支付方式,7.6%的大学生申请过现金贷。“校园贷”的低门槛、低利息等特征是吸引大学生的主要因素,但其背后隐藏的风险与陷阱往往不受大学生重视。实际上,不论是提前消费还是现金借贷,都极易使大学生陷入滚雪球般的利滚利陷阱中,加之该群体自身并无固定经济收入,偿还能力差,极易对其人身及家庭造成严重危害。

1. “裸贷”

一些“校园贷”平台宣称“零抵押”,但实际贷款条件是提供所谓的“满月照”。“满月照”是指

借款女生要以个人手持身份证的裸照作为借条(裸条)。“裸条”的利息要比普通借贷高很多,而一旦不能如期还款,将面临裸照被公开的威胁;即使如期还款,有时也要被要求“肉偿”来拿回借条。与之相类似的还有许多名为借贷平台的空壳公司,其在无法提供贷款的情况下,仍然要求使用者提交注册信息,进而通过倒卖个人信息敲诈勒索。

2. “套路贷”

2016年8月,国家银监会提出用“停、移、整、教、引”五字方针整治“校园贷”。当大学生对于常见的骗局有了防范意识以后,传统的“校园贷”开始演变为其他形式的“套路贷”。常见的“套路贷”主要包括分期贷,抓住大学生喜欢新鲜事物的特点,通过分期收款的方式吸引他们购买到自己喜欢的商品,但分期购物存在高额手续费和高利息,其实质与现金贷无异;另一种是所谓的“培训贷”,以“广州乙教育科技有限公司诈骗案”为例,该公司在培训合同中嵌入借贷条款,以所谓的《蓝海计划书》骗取报名费、培训费,“指路人”变“坑路人”;还有一种方式是打着勤工助学的幌子招募大学生做“代理”,并通过代理人发展下线,利用学生身份骗取同学、好友的个人信息用于斡旋借贷,套取其他借贷平台的资金,其实质为一种传销式诈骗。

3. 非法催收

面对“校园贷”的高额利息、手续费,当大学生无力还贷时,贷款平台首先用铺天盖地的电话、短信向借款人及其亲朋好友催款讨债,如不奏效则采用威胁恐吓、发送裸照、暴力恫吓等方式催款。在各大搜索引擎输入“校园贷”字样后,相关新闻和关联搜索大多是大学生自杀的结果。从河北大学生李某因为暴力催收在宾馆烧炭自杀,到西北大学现代学院一大四学生因欠下巨额网贷服毒自杀,暴露出不良“校园贷”平台已经严重突破了道德底线和法律红线,造成大学生严重的心理负担,不仅摧残其身心健康,引发受害者心理疾病,甚至导致其走上违法犯罪的道路或者自杀轻生。

(二)扰乱金融秩序

不少“校园贷”平台宣称“零抵押、零利息”,却隐瞒了实际贷款资费标准。一些借贷平台利

用大学生金融理财知识的匮乏,多头增立管理费、服务费、交易费等,大幅提高借贷成本,甚至暗地设置了高额“违约金”。为此,笔者调查了国内三十多家经营校园贷款业务的平台,以下是其中十家平台的实际利率情况(见表1):

表 1 10 家大学生分期平台实际利率表

序号	平台名称	实际利率	相比基准利率 (4.35%) 倍数
1	分 * GO	18.0%	4.1
2	拍 * 贷	43.6%	10.0
3	宜 * 贷	32.0%	7.4
4	微 * 贷	28.2%	6.5
5	乐 * 贷	23.2%	5.3
6	信 * 富	39.0%	9.0
7	任 * 期	31.5%	7.2
8	51 信 * 卡	38.7%	8.9
9	你 * 贷	31.5%	7.2
10	人人 * 期	35.5%	8.2

由此可见,“校园贷”平台的实际借贷利率远远高于央行基准利率和其宣传的利率。以某知名“校园贷”平台为例,根据笔者亲身使用,其在广告中声称月息仅为 0.99%,但实际贷款时需支付 5%—20% 的咨询费作为保证金,有时甚至直接在贷款总额中扣除,就是所谓的“砍头息”。假设一个学生向该平台借款 1000 元,实际到手的金额只有 800 元;但学生每月还需按 1000 元本金归还本息,外加各种手续费、服务费、保证金,其实际年利率高达 11.81%,实际月利率为 1.77%,远高于其对外宣传的利率。

三、数据分析与研究假设

(一)数据来源及分析方法

为了解大学生使用“校园贷”的客观情况以及主观心理,笔者设计了一份调查问卷,调查对象为在京高校大学生,包括专科院校、普通本科院校、重点本科院校和其他类型院校(军校、警校、艺术院校)等。累计发出问卷 642 份,回收有效问卷 539 份,问卷有效率为 83.96%。该问卷分为两部分,第一部分包括大学生使用校园贷款

的客观情况,目的是充分了解“校园贷”的普及程度和影响力;第二部分采用李克特量表,调查大学生对于“校园贷”的直观感受,深入了解大学生对于“校园贷”这一新生事物的真实想法,据此探究“校园贷”问题的根源所在和治理路径。本研究运用 stata 13.0 统计软件进行数据分析,主要采用 logistic 回归分析方法,将控制变量、自变量先后纳入模型进行检验,探讨自变量与因变量的独立关系(表2)。

表 2 “校园贷”接受度情况分析

变量	均值	标准差	样本数
您是否使用过任何类型的校园贷款?	0.11	0.313	539

(二)样本描述与变量选择

1. 因变量

本研究的因变量根据调查问卷中的问题来确定,即“您是否使用过任何类型的校园贷款”这一问题。该问题的回答共有 2 个选项,分别为“是”和“否”,赋值分别为 0 和 1,本研究将“0 = 否”一组设置为参照组。统计结果显示,其中 59 人表示使用过“校园贷”,另外 480 人由于各种原因表示不接受“校园贷”,接受度为 11%。相较于 7.6% 的全国均值,在北京高校中“校园贷”的接受度更高。

2. 控制变量与自变量

人口学特征是本次研究的控制变量,分别为性别、受教育情况。其中性别为虚拟变量,受教育情况为定序变量。根据表 3 可以看出,性别的均值为 1.55,性别分布较为均衡。自变量为生活费盈余状况、风险认知、征信意识、行业规范程度四个,在调查问卷中分别对应相关问题。

(三)研究假设

假设 1:月生活费盈余状况与“校园贷”接受度负相关。

生活费有盈余的大学生往往财务规划能力更强。相比较而言,每月生活费难以满足支出需求的大学生缺少财务规划,自然也缺少应急储蓄,一旦遇到突发事件,更容易陷入入不敷出的境地,从而求助于“校园贷”。因此,月生活费有盈余的大学生对于“校园贷”的接受度更低。

假设 2:征信意识与“校园贷”接受度成负相关。



表3 样本与变量描述

变量名称	变量定义	变量均值	标准差	样本量
因变量				
“校园贷”接受度	0 = 否, 1 = 是	0.11	0.313	539
控制变量				
性别	1 = 男, 2 = 女	1.55	0.497	539
受教育程度	1 = 博士生, 2 = 硕士生, 3 = 本科生, 4 = 专科生	2.97	0.508	539
自变量生活 费盈余状况	1 = 有, 2 = 没有	1.43	0.496	539
风险认知	0 = 没有, 1 = 有	1.05	0.226	539
征信意识	0 = 没有, 1 = 有	1.87	0.332	539
行业规范程度	1 = 很规范, 2 = 规范, 3 = 一般, 4 = 不规范, 5 = 很不规范	2.89	0.466	539

表4 “校园贷”接受度与控制变量的交叉分析表

		是否使用过任何 类型的校园贷款		总体
受访人主观评价		是	否	
性别	男性	16.7	83.3	100
	女性	6.4	93.6	100
受教育程度	博士生	25	75	100
	硕士生	12.2	87.8	100
	本科生	10.6	89.4	100
	专科生	10	90	100
总体		10.9	89.1	100

①KMO(Kaiser – Meyer – Olkin) 是用于比较变量间简单相关系数和偏相关系数的指标。当所有变量间的简单相关系数平方和远远大于偏相关系数平方和时,KMO 值越接近于1,意味着变量间的相关性越强,原有变量越适合作因子分析。

②Bartlett 球形检验用于判断相关阵中各变量间的相关性,是否为单位阵,即检验各个变量是否各自独立。

征信意识是一个双向概念,既包括“校园贷”平台对大学生设置的借贷门槛,也包括大学生对于“校园贷”平台的选择,避开虚假宣传和不良“校园贷”平台。建立完善的商业征信系统,提升征信意识,能够有效减少交易风险。面对不良“校园贷”平台和号称“零利率”的虚假宣传,征信意识强的大学生选择“校园贷”的可能性更小,接受度更低。在问卷调查和实证分析过程中,主要通过“您认为很多“校园贷”平台推出的“零利息”贷款是否真实”“您认为“校园贷”的主要风险是什么”“您是通过何种渠道接触到这些贷款平台的”等问题对调查者的征信意识进行综合分析。

假设3:行业规范程度与“校园贷”接受度正相关。

根据乌尔里希·贝克的风险社会理论,人类具有冒险的天性,但也有寻求安全的本能。对比银行标准利率的商业借贷,“校园贷”宣称的“零利率、零门槛、零风险、秒到账”更加具有吸引力,这为冒险行为提供了激励。但经初步访谈发现,大学生在选择“校园贷”时,相较于缺少运营资质、业务流程不规范、知名度低和没有在 APP 商店上架的“校园贷”平台,大学生对于知名借贷平台开展的校园业务接受度更高,说明大学生在“冒险”的同时,基于安全本能也会寻求制度保护。但是无论是冒险取向还是安全取向的制度,其自身会带来另外一种风险,即资金运转失灵的风险,从而使风险的“制度化”转变成“制度化”风险。

(四) 收集结果与分析

描述性统计分析的结果表明选取的样本具有很好的代表性,因此,本文对此 539 份样本使用 stata 12.0 和 Spss 19.0 软件进行了统计分析,具体进行的统计分析包括:首先根据 KMO^①和 Bartlett^②考察所使用问卷的信度和效度。根据 KMO 和 Bartlett 检验(见表5),得知该数据集进行因素分析是恰当的。

表 5 KMO 和 Bartlett 检验

KMO1 和 Bartlett ² 的检验		
取样足够度的 Kaiser – Meyer – Olkin 度量	0.930	
Bartlett 的球形度检验	近似卡方	23814.462
	df	780
	Sig.	0.000

在问卷的信度和效度检验的基础之上,使用 stata 13.0 进行回归分析(见表 6)。

1. 生活费盈余状况与接受度

表 6 分析结果显示,大学生生活费是否有盈余与“校园贷”接受度显著相关。这与访谈结果一致,因生活费没有盈余而使用校园贷的同学的比率是生活费有盈余而使用校园贷的同学的 2.35 倍。根据调查,大部分的校园贷款是用来不正当消费或者是拆东墙补西墙。而对自己财务有规划的大学生不会陷入消费误区,在排除非理性消费和享乐消费后,往往每月都会有生活费盈余,这与我们的研究假设相互印证。因此,有必要树立大学生正确的消费观,倡导理性消费。

表 6 “校园贷”接受度影响因素 logistic 回归分析结果

“校园贷”接受度	模型一		模型二	
	Odds Ratio	Std. Err.	Odds Ratio	Std. Err.
性别	0.332***	0.098	0.452	0.185
学历	0.707	0.18	0.484	0.182
生活费 盈余状况			2.35*	0.951
风险认知			0.689	0.497
征信意识			0.137***	0.0649
行业规 范程度			0.0759***	0.0271
Log likelihood	-177.988	-100.107		
LR chi2(8)	16.35	172.12		
Prob > chi2	0	0		
Pseudo R ²	0.0439	0.4623		
样本量	539	539		

注:其中*表示 P<0.05,**表示 P<0.01,***表示 P<0.001

相关案例表明,涉事大学生往往家境并不富裕甚至较为贫困,误入“校园贷”的陷阱与他们不负责任、不切实际的消费观有很大关系。调查结果显示,11%的学生使用过分期付款进行超前消费;69.13%的大学生每月超前消费控制在 500 元以下;16.85%的同学超前消费额度超过了 1000 元。在超前消费后,大部分学生会用下个月的生活费补上“钱窟窿”,存在这类情况的学生占比为 84.85%。

2. 征信意识与接受度

表 6 分析结果显示,认为“校园贷”宣传不真实的同学使用“校园贷”的比率是认为“校园贷”宣传真实的同学的 0.137 倍。这说明即使许多“校园贷”平台宣称“零利率、零门槛、秒到账”,但只要大学生认为这些宣传是虚假的,仍然不会向这些平台借贷。

3. 行业规范程度与接受度

表 6 分析结果显示,不清楚“校园贷”所有费用项目及消费标准使用“校园贷”的同学的比率是清楚“校园贷”所有费用项目及消费标准而使用“校园贷”同学的 0.0759 倍。由此可知,行业是否规范是影响“校园贷”接受度的重要因素,即行业规范程度与“校园贷”接受度负相关。因此,虽然“校园贷”发生在校园内部,其直接侵害的主体是大学生,但是,防范“校园贷”风险不仅是大学生的问题,也是社会 and 高校面临的重要问题。

四、研究结论与启示

(一)有必要重新论证“校园贷”存在的合理性

经过 2017 年 9 月央行等七部委对虚拟数字货币发行的集中整治,众多贷款平台退出了校园市场,但目前“校园贷”再次进入了新一轮的集中爆发期。“校园贷”是否有存在的合理性,笔者通过走访北京多所高校进行了深入调查,发现曾经使用或正在使用“校园贷”的大学生中,只有极少部分表示因急需资金而借贷,说明绝大多数学生根本没必要靠借贷生活。

现在高校的学生资助政策比较成熟,大部分高校会为贫困生提供每年 8000 元的无息贷款,此外还可以申请助学金、奖学金,足以满足大学生一年的基本生活需求。因此,从客观理性的角度



讲,“校园贷”并不是大学生生活的必须品,它的实际作用更多体现在诱导学生暂时避开父母的监督而冲动消费。由于缺乏收入来源的大学生并不具备还贷能力,“校园贷”瞄准的仍然是家长的钱包。

更重要的是,由于监管滞后,许多非法借贷平台把自己的产品包装合法化。这些平台不做风控、只做催收,导致与“校园贷”相关的恶性事件频发。通过上文表5的回归分析可知,绝大多数大学生对于“校园贷”缺乏风险认知。大学校园毕竟不是“杀机四伏”的商场,不应该纵容“老江湖”欺骗大学生借下高利贷款,然后走向无尽的还款深渊。笔者认为,如果做不到完善的监管,应当取消“校园贷”。

(二) 正确树立大学生消费观

弗洛姆的“消费异化”理论对当代消费社会中扭曲的人性及其根源进行了深入的剖析,对当代大学生消费教育具有很大的启发意义。为了抵抗异化消费所带来的不良消费观念,学校、家庭可以从“端正认知、凝练情感、提升自我、和谐世界”的目标出发,积极引导大学生正确树立消费观,使学生认识到大学阶段是增加知识和才干的最佳时期,应当端正消费意识,抵制非理性消费。

从学校层面讲,可以设立更多的兴趣社团和勤工助学岗位,让大学生意识到人生的比拼在于能力高低而不在于消费水准。此外,还可以开设消费观教育课程,邀请专业人士开展理财讲座,帮助大学生树立正确消费观,提升理财能力。在当代大学生消费观教育中,高校要主动承担责任,加大师资力量投入,使大学生遇到经济困难和心理压力时,可以及时向老师和学校寻求帮助。

从家庭层面讲,父母要及时关注子女的思想动态,做到常联系、勤交流,做好子女人生道路上的引路人。

(三) 有效提升大学生征信意识

表6分析结果显示,大学生的征信意识与“校园贷”接受度负相关。由此可见,健全征信系统,引导大学生学习征信知识,提升大学生风险意识和信用意识,有助于引导大学生认清“校园贷”的虚假宣传,重视合同的合法性、规范性,根

据自身还贷能力选择信度高、业务流程规范、审核机制健全的借贷平台,适度借款,避免陷入借贷陷阱。

P2P 互联网金融起源于英、美等互联网发达国家,其在早期发展阶段,同样是问题层出不穷;随着规制措施的不断完善,最终实现了规范化管理,其发展过程中的诸多经验值得我们借鉴。笔者认为,国外 P2P 借贷行业的进步,离不开其完善的商业征信系统。以美国为例,其在线下商业时代就已经普及了以征信公司为基础的社会信用体系,实现市场化运作。专业的征信公司建立了强大的数据库,囊括政府信息、法院判决、公共单位和私人机构的各类信息,形成征信产品向社会出售。基于这种庞大的商业征信系统,借贷人和放贷人之间形成了牢固的商业信赖关系,通过简单的步骤就能完成借贷合同。此外,征信公司可以在不同的借贷平台之间搭建对接服务模式,精准查询重复借贷记录。因此,加快推进我国社会征信体系建设,对于控制借贷交易风险具有重大意义。

(四) 加强校园贷款规范化建设

要遏制“校园贷”乱象,应当从“政府、行业、校园”三个层面多管齐下,构建以政府监督为主、行业自律为辅、校园内部调控三位一体的监管体系。首先,要构建以政府为主导的监管体系,积极联合银监、工商、公安、网监等部门,依照有关法律法规实施监督检查。各部门按照“疏堵结合、打开正门、扎紧围栏、加强治理”的总体思路,从社会监管层面重拳出击,进一步完善顶层监管制度设计。其次,要加强行业自律,尽快完善行业规范和行业自治结构,明确统一行业规则内容。最后,要完善校园内部调控机制,进一步加强家、校合作,在重视大学生学习生活的同时,加强对大学生的异常行为和反常心理的关注,尽可能将“校园贷”危害后果遏制在萌芽阶段。

[参考文献]

[1]陈薇.“互联网+”金融风险背景下大学生法制教育研究——基于“校园贷”乱象治理的视角[J].合肥师范学院学报,2019,37(04):128-132.

[2]王殿玺,杜芳.基于 logistic 回归模型的中国内地警察信任研究:现状与影响因素分析[J].中国人民公安大学

学报(自然科学版),2017,23(02):43-48.

[3]朱艳.多方共治不法“校园贷”[J].人民论坛,2019(14):100-101.

[4]贺武华,贾晓宇.教育失范行为的网络舆论及其治理——以校园“裸贷”事件为例[J].教育发展研究,2018,38(17):21-27.

[5]朱国栋.成长视域中当代大学生焦虑现象分析——基于对校园贷现象的观察[J].思想教育研究,2018(06):107-111.

[6]王克岭,魏明,吴东.大学生网络借贷意愿影响因素研究——基于感知价值与感知风险的视角[J].企业经济,2018(01):142-149.

[7]央视网.郑德幸之死[EB/OL].(2016-04-29)[2019-11-26].<http://tv.cntv.cn/video/C10328/82ecf4f2f1154312b3587539324ee249>.

[8]人民网.2018年十大消费维权舆情热点[EB/OL].(2019-01-10)[2019-11-26].<http://yuqing.people.com.cn/n1/2019/0110/c209043-30515277.html>.

[9]中国青年网.大学生发自杀信息后死亡,生前深陷网络借贷[EB/OL].(2018-03-01)[2019-11-26].<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1593688143035537180&wfr=spider&for=pc>.

【责任编辑:柴 玮】

**Risk investigation and countermeasure study on
“campus loan” in colleges
——Empirical research based on Logistic regression model**

Li Hao,Liu Jiawen

(Chinese People’s Public Security University, Beijing 100038, China)

Abstract: In recent years, “campus loan” has attracted many college students because of its low threshold and fast speed. It brings convenience to college students and also brings many harms. Many college students are trapped deeply in the “campus loan” trap. Based on the data obtained through interviews and questionnaires, the Logistic regression analysis model was used to analyze the six factors such as the gender, education level, surplus of living expenses, risk perception, credit consciousness and industry standardization of the students using stata12.0 software. The analysis of whether college students choose campus loans and their impact coefficients shows that the college students’ surplus of living expenses, credit consciousness and standardization have a significant impact on whether college students choose campus loans, and then put forward countermeasures and suggestions to strive to curb the “campus loan” disorder from the root cause and to prevent college students from falling into bad campus loans.

Key words: college students; campus loan; risk; Logistic model



【公安理论与实务研究】

新时代加强公安派出所所长教育培训研究

——以派出所所长培训课程体系构建为视角

王志诚,冯艳梅

(辽宁警察学院鞍山分院,辽宁 鞍山 114051)

〔摘要〕公安派出所作为直接服务人民群众、维护社会治安的基层综合性战斗实体,其地位的重要性决定了派出所所长在基层公安工作中的重要作用。新时代加强公安派出所所长教育培训研究,构建科学系统的派出所所长培训课程体系,全面提升派出所所长素质能力,对于提升派出所综合实力,建设高素质基层公安领导队伍,切实履行好党和人民赋予公安机关的职责使命具有重要的现实意义。

〔关键词〕派出所所长;履职能力;任职训练;发展训练;应对训练

〔基金项目〕本文系公安部公安理论及软科学研究计划项目“公安派出所综合实力提升的工作机制研究”(项目编号:2018LLYJLNST050)和公安部城市警务研究中心基层所队长队伍建设研究基地2020年项目“新时代加强派出所所长教育培训研究”(项目编号:2020JCSDZ019)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕王志诚(1962—),男,辽宁沈阳人,辽宁警察学院鞍山分院副院长、副教授,主要从事公安管理、警务战术研究;冯艳梅(1973—),女,辽宁葫芦岛人,辽宁警察学院鞍山分院副教授,法律硕士,主要从事公安管理、公安行政执法研究。

〔收稿日期〕2020-04-15

〔中图分类号〕D631.4 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-042-07

公安派出所是公安机关的基层综合性战斗实体。派出所地位的重要性,直接决定了派出所所长在公安工作中的重要作用。派出所所长个人素质高低、能力强弱将直接影响到派出所的警务运行,决定着派出所综合实力的提升,对公安基层工作有着重大影响。新时代在维护社会稳定、打击违法犯罪、加强社会治理、服务经济发展等诸多领域对公安机关提出了新任务新要求。如何对派出所所长(以下简称“所长”)进行科学系统的培训,提升所长的综合素质能力,已成为公安教育培训中的重大课题。

一、派出所所长培训课程体系构建的必要性

(一)所长履职能力提升的必然要求

《公安派出所正规化建设规范》规定“公安派出所实行所长负责制”^①,所长要对派出所的全面工作负责。因此,派出所的主要职责也是所长需要承担的主要工作职责,派出所正规化建设的主要目标也明确了所长岗位职责的具体要求。结合《公安派出所正规化建设规范》,所长的岗位职责应包括:(1)领导、组织和管理派出所的全面业务工作。(2)领导派出所的内部管理工作。(3)

①参见公安部:《公安派出所正规化建设规范》第10条第二款载百度文库. <https://wenku.baidu.com/view/e1339e093668011ca300a6c30c2259010202f36f.html>.

组织开展警务保障工作。(4) 正确执行法律政策和公安工作规定,组织民警正确行使职权,保证派出所警务工作全面运行。(5) 主持所务会议。根据上级的决议、指示,制定派出所的工作计划,布署、检查、总结工作,及时了解、研究、反映辖区内的敌情、社情^[1]。(6) 协调公安机关内外部门,建立良好的警察公共关系,接受群众监督和评议。(7) 加强党团组织建设,维护内部团结,做好民警的思想政治工作,充分发扬民主,关心民警生活,调动民警的工作积极性和创造性^[2]。(8) 协助、配合公安机关其他有关部门开展相关工作。

所长的岗位职责决定了其应具备的素质能力。作为派出所的管理者,所长应具备过硬的政治素养,能够发挥党建引领作用,具备较强的队伍管理能力、科学的思维能力和创新发展能力;作为日常警务活动的决策者,应具备警务指挥、危机处置、警察公关等能力;同时,所长是警务实战的執行者,应具备执法执勤业务、群众工作、心理调适、基础技能操作及体能训练等能力。

“在主观上全面提高派出所所长能力,是公安派出所所长们的强烈愿望”^[3]。面对新时代对派出所所长岗位的素质能力要求,迫切需要通过系统科学的训练,全面提升派出所所长的综合能力。通过培训,使所长们补齐短板,强化弱项,进而强化基层公安队伍的管理力量。系统科学的培训需要以系统科学的所长培训课程体系建设为前提。

(二) 所长教育培训实践的现实需要

国内对于派出所所长培训课程体系的理论研究很少。在知网上以“派出所所长”为关键词进行搜索,搜索到的文章不足百篇;以“派出所所长”和“培训”两个关键词进行搜索,搜索到的文章则更少。这些文章多为新闻类、人物类宣传稿件,立足所长岗位职责论述教育训练的文章很少,且多为阐述所长训练的途径、方法,或者是训练经验介绍的文章,关于所长培训课程的理论研究基本处于空白,更谈不上课程体系的系统性研究。

从全国所长教育培训的实践来看,各省市对于派出所所长的培训都非常重视,每年都会组织所长的省级培训。江苏省 2004 年成立了“三长”

学校,即公安派出所长学校、刑警队长学校、交巡警队长学校;辽宁省公安厅于 2014 年 8 月 26 日在辽宁警察学院鞍山分院成立了辽宁公安派出所长学校。所长培训逐步趋向正规化、专业化,必然要求课程体系的科学化系统化。

一方面是所长培训课程体系建设理论研究不足,实践中无从借鉴;另一方面是所长系统化培训的实践需要。构建所长培训课程体系,全面提升所长履职发展能力,是公安教育训练工作的现实需要。

二、派出所所长培训课程体系构建的实证研究

习总书记在全国公安工作会议上提出的“确保公安工作坚定正确政治方向,坚持改革创新,坚持全面从严管党治警,按照对党忠诚、服务人民、执法公正、纪律严明的总要求,锻造一支让党中央放心、人民群众满意的高素质过硬公安队伍”^[4]是公安派出所所长队伍建设的总目标,也是所长培训课程体系构建的总目标。所长培训课程体系的核心,就是围绕“所长素质能力提升”解决“训什么”和“怎么训”的问题。

(一) 所长培训需求调查

“训什么”首先要了解所长的培训需求。为搞清楚所长的培训需求,我们对 L 省不同地区的 95 名派出所所长进行了问卷调查。问卷分基本情况和培训需求两个方面。

基本情况的数据显示:所长中 40 岁以上的 72 人,占比 76.6%,30 岁以下的所长人数为零;在派出所工作 5 年以上的 81 人,占总人数的 86.17%;本科学历的所长占总人数 88.30%,另有硕士 4 人。数据说明,所长岗位要求具备一定的公安工作阅历、派出所业务能力和较高的学历水平。“在派出所工作 16 年以上”有 41 人,说明所长多数熟悉派出所工作,或是从派出所成长起来的,这也为进行高起点的业务培训奠定了基础。对于每年的休假情况,59 人回答“从未正常休假”,占比 62.76%;22 人回答“几年才能休假一次”,可见所长工作非常繁忙,正常的休假基本无法保证。对培训需求的问卷情况如表 1:



表1 培训需求调查

问题	选项	得票数	百分比 (%)
您认为新任所长是否需要进行针对派出所工作的系统培训	A. 不需要	3	3.19
	B. 可以	15	15.96
	C. 非常必要	76	80.85
您认为任职多年的老所长是否需要进行培训	A. 不需要	1	1.06
	B. 可以	13	13.83
	C. 非常必要	80	85.11
针对新所长岗位履职进行的培训,您认为何时进行最为合适	A. 任职前	17	18.09
	B. 任职1年内	65	69.15
	C. 任职2年内	12	12.77
	D. 任职3年内	0	0.00
针对所长的培训时间与频率,您认为哪项最合适	A. 7天;1年一次;	48	51.06
	B. 15天;2年一次	15	15.96
	C. 15天;3年一次	18	19.15
	D. 30天;4年一次	13	13.83
您认为所长最应加强哪个方面能力培训	A. 公安业务与执法能力	24	25.53
	B. 领导管理能力	37	39.36
	C. 警察公关能力	11	11.70
	D. 领导创新思维能力	8	8.51
	E. 警务战术技能	12	12.77
	F. 其他	2	2.13
您认为新所长应加强哪些方面工作培训(不定项)	A. 派出所执法业务	62	65.96
	B. 派出所考核工作	52	55.32
	C. 派出所基础工作	42	44.68
	D. 派出所内务管理工作	18	19.15
	E. 派出所队伍管理工作	88	93.62
	F. 其他	8	8.51
您认为个人应加强哪些方面工作培训(不定项)	A. 派出所执法业务	73	77.66
	B. 派出所考核工作	8	8.51
	C. 派出所基础工作	20	21.28
	D. 派出所内务管理工作	6	6.38
	E. 派出所队伍管理工作	86	91.49
	F. 其他	4	4.26

通过以上调查数据可以看出,新任所长和资深所长进行系统培训的需求都很强烈,但内容上有着明显的差异。队伍管理工作和派出所执法业务工作虽然都是他们的重点选择,但资深所长仅偏重于这两项,新任所长五个选项数据相对均衡,反映出新任所长对派出所全面工作的培训需求。实践中新所长是否具备单独组训条件呢?从L省情况看,现有的公安派出所中,新任且在

任的派出所所长占比较高,其中部分派出所所长没有参加过省级培训。这支庞大的基层领导队伍因公安机关内部机构调整、人员岗位变动或职务变更等原因,导致任免相对频繁,人员变动较快。大批新任所长的产生是持续的常态,其基于履职基本能力培训的需求既很现实也很迫切。

关于培训时间频率,超过一半的所长选择“7天;1年一次”;同时有14位所长书面建议,“应及时针对公安工作中出现的新情况、新法规等进行短期培训”。结合所长休假方面的统计数据,说明在工作繁忙状态下,所长无法对新知识进行深入学习和研究,迫切需要进行及时有效的短期培训。

上述调查启发了所长培训“分类施训”的思路:根据新所长履职需求进行任职训练;根据老所长能力提升需求进行发展训练;针对及时学习新知识需求进行主题式专项性应对训练。任职训练限定一次;发展训练所长任期内可训多次,也可结合警衔晋升训练四年一次;应对训练无年度、次数限定,形成以所长任职为起点,所长任职期间任职训练和发展训练为主,应对训练为补充的训练体系,并依据调查数据和训练需要分别确定培训时间、培训重点和培训目标。

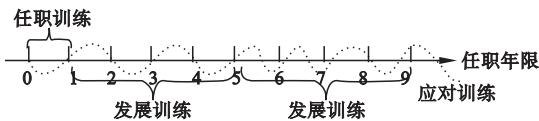


图1 派出所所长的训练体系

(二) 所长岗位胜任力研究

分析影响所长履职能力优秀与否的深层次特征,并以此为依托开展训练,是构建所长培训课程内容的基本思路。

对派出所所长岗位胜任力的研究基于 Spencer 对胜任力的定义,指能够区分优秀者与一般者的个体特征,包括知识、技能、自我概念、特质和动机等方面^①。其中知识和技能属于显性因素,“这部分胜任力是有效执行工作所必需的,是对胜任者基础素质的要求”^[5]。自我概念、特质和动机属于隐性因素,不容易被测量和感知,但这些隐性因素恰恰是个体发展的内驱动力,制约着

①本文作者冯艳梅主持的辽宁省公安厅2018年度重点调研课题“公安派出所长胜任力模型构建及应用研究”对所长胜任力进行了详细阐述。

个体在组织中所发挥的作用及达到的高度。课题组先采用行为事件访谈法,请 78 位所长、副所长和民警描述其职业生涯过程中某些影响职业

成败的关键事件,归纳出所长胜任力的“政治信仰、知识、技能、品质和动机、职业和自我认识”五大要素及 24 项影响因子(见表 2)。

表 2 派出所所长胜任力的要素及影响因子

胜任力要素	构成因子
政治信仰要素	党性修养、纪律作风、警察核心价值观、政治素质、公平公正
知识要素	刑事法律法规、行政法律法规、警务技能、各项政策
技能要素	领导能力、抗压能力、沟通与表达能力、应急处置能力、信息搜集能力
品质和动机要素	责任意识、法治精神、吃苦精神、创新精神、进取精神、
职业和自我认识要素	身体素质、年龄、学习精神、创新意识、系统思考意识

然后制作格特曼量表,请 110 位所长对 24 项构成因子打分,同意记 1 分、不同意记 0 分。收回有效问卷 106 份,得分 70 分以上的影响因子共 14 个,如表 3:

表 3 派出所所长胜任力及影响因子评分表

胜任力要素	构成因子	得分
政治信仰	党性修养	103
	政治素质	97
	纪律作风	75
知识	刑事法律法规	91
	行政法律法规	90
技能(能力)	领导能力	94
	应急处置能力	80
	抗压能力	76
品质和动机	责任意识	99
	进取精神	90
	法治精神	88
职业和自我认识	系统思考意识	91
	学习精神	83
	创新意识	71

结论:派出所所长胜任力是指能够区分优秀所长与一般所长、所长与一般警察的个体特征,包括上述五方面要素和 14 个方面的影响因子。政治信仰要素直接决定了所长的本质属性,是所长胜任力的核心;职业和自我认知、品质和动机要素是区别优秀与一般的主要因素,是衡量所长胜任力高低的关键;知识和技能(能力)要素是所长胜任力的基础。成长为优秀所长,就要侧重培养训练“职业和自我认知、品质和动机”要素中的

各项隐性特征。

应用所长胜任力结论设置所长培训课程;五大因素为核心训练内容,14 项影响因子为重点训练方向。教学模块确定如下:政治理论素养、领导决策与指挥(对应技能因素)、公安业务与执法工作(对应知识因素)、人文科学知识、基本警务技能体能。各模块对应五大因素,训练各有侧重同时互有交叉。政治理论素养为核心模块,符合“政治建警”的总要求;人文科学知识侧重所长综合素质的提升,属于职业和自我认知、品质和动机要素的训练;鉴于基本警务技能体能对于公安工作的重要性,从知识因素中单列出来作为一个训练模块。

(三) 课程需求调查

课题组围绕教学模块下教学内容如何选择进行了需求调查。数据表明,被访者的知识水平、曾经从事的公安工作、具备的能力素质等因素对课程选择影响很大,需求呈现多样性。仅以问卷中“治安管理”教学内容选择为例(表 4):

所长岗位相同结果呈现不同,说明课程需求因人而异。这为所长培训实施个性化教学提供了参考。基本思路是教学内容侧重 14 个影响因子训练,以训练专题体现;按专题组织菜单化教学,训练专题要量多面全,便于所长按需选择;任职训练专题内容侧重基本理论原则,发展训练专题内容侧重技巧、方法与能力提升。

三、派出所所长培训课程体系构建

派出所所长培训课程体系应是集“培养目标—课程设置—教学实施”于一体的完整体系。



(一) 培训目标

1. 任职训练。教学对象是任职一年以内的所长,培训时间不少于30天。培训目标是通过系统的基础理论技能培训,使所长掌握派出所工作规

范要求、所长工作要领、基本警务技能与战术、创新思维能力、业务工作能力和领导管理水平,具备派出所所长任职资格要求^[6]。

表4 所长培训课程设置问卷调查(部分)(不定项选择)

课程模块	课程方向	教学内容	得票数	得票率(%)
公安业务与执法工作(一)	治安管理有效 64 票	群众工作和人口管理	21	32.81
		社会治安防控体系	18	28.12
		社区警务	34	53.13
		其他	4	6.25
公安业务与执法工作(二)	治安管理有效 78 票	群众工作和人口管理	36	46.15
		社会治安防控体系	27	34.62
		社区警务	25	32.05
		其他	3	3.85

2. 发展训练。教学对象是任职一年以上的所长,可结合警衔晋升培训进行。培训时间不少于15天,培训目标是在任职训练基础上着重进行法治精神、进取精神、发展思维培训,为所长能力提升及未来职业的可持续发展奠定良好的基础。

3. 应对训练。教学对象是在任所长,培训时间5至7天。培训目标是针对工作中的新情况新问题等,通过特定主题或专项工作的集中培训,短期内提高派出所所长某个方面的实战能力^[7]。

(二) 课程设置

根据调查分析,参考公安部政治部《公安民警训练大纲(试行)》的要求,所长培训教学模块及内容设置如下。

模块一:政治理论素养

本模块教学立足提升所长的政治理论水平、党性修养,坚定其理想信念,筑牢对党忠诚的政治灵魂。主要教学内容包括:国家形势发展与路线方针政策,党的基础理论,习近平新时代中国特色社会主义思想,习近平总书记关于公安工作的讲话精神,党规党纪与廉政教育,“四个意识”教育,警察职业素质和理想信念教育等。

模块二:领导决策与指挥

本模块教学立足提升所长管理队伍、管理公安事务、决策指挥警务工作的能力。主要教学内容包括:宪法与依法治国,公安领导艺术,警务管理与队伍建设,派出所正规化建设,反恐与维稳

处突,网络安全与舆情引导,社会治安热点问题,警务实战决策与处置指挥,大型活动安保等。

模块三:公安业务与执法工作

本模块教学旨在强化所长从事派出所基础工作的能力,重点围绕行政执法、刑事执法和群众工作能力进行。主要教学内容包括:行政法律法规,公安行政救济,刑事法律法规,刑事证据收集与审查,巡逻防控勤务建设,大数据与侦查破案机制研究,公安群众工作,社区警务工作与人口管理等。

模块四:人文科学知识

本模块教学旨在提升所长个人综合素质和职业发展潜力,主要教学内容包括:世界警务改革发展趋势,国际国内形势分析,国家政治经济安全教育,警察科学思维培养,科技创新发展与应用,民事法律,语言艺术与口语表达,养生与保健等。

模块五:基本警务技能体能

本模块教学力求强健所长的体魄、心理,熟练基本警务技能和公安工作基础技能。主要教学内容包括:徒手警械武器等警务技能训练,体能训练,警察心理健康,信息化应用操作,公文写作,现场急救等。

(三) 教学实施

1. 按训练类别确定各模块教学占总学时的比例

任职训练:政治理论素养 20%,领导决策与指挥 20%,公安业务与执法工作 30%,人文科学知识 10%,基本警务技能体能 20%。

发展训练:政治理论素养 20%,领导决策与指挥 20%,公安业务与执法工作 20%,人文科学知识 30%,基本警务技能体能 10%。人文科学中对所长个人发展起关键作用的警察科学思维,包括警察思维、战略思维、创新思维和统筹思维等“四个思维”的培养应作为培训的重点^[8]。

应对训练:应对训练教学内容按需设置。在对所长培训需求广泛调研的基础上,按“确定主题→确定期限→确定课程→确定教官”思路完成。

2. 实施“菜单化”教学

参加任职训练和发展训练的所长,参训后即可按专题数量要求,在各教学模块备选专题库中,选择自己需要的专题;培训中心再根据专题得票的多少,确定每期培训开课专题。按培训目标设置的备选专题库就是“菜单”,所长的专题选择就是“点菜”。通过“菜单化”教学,保证教学能够按照绝大多数所长的选择进行,满足所长对培训教学内容的个人需求。

四、派出所所长培训课程体系建设的启示

(一)探索建立“所长任职资格”制度

现阶段所长的“任职训练”定位于所长任职后,是基于具备所长岗位履职能力而进行的系统训练。从所长岗位职责要求来看,先具备所长岗位履职能力再上岗“执业”,更符合岗位需求和所长职业化专业化发展的要求。建议探索建立“所长任职资格”制度,即派出所所长任职,必须以参加所长任职训练并取得所长任职资格为前提。将培训对象延伸到将来有可能担任派出所所长的人员,培训时间前移至“岗前”,更好地实现所长“任职训练”的价值。

(二)充分认识“应对训练”的重要性

新时代社会发展瞬息万变,公安工作随着社会的快速发展不断出现新情况新问题,派出所工作不断面临新挑战。这种情况下“应对训练”是所长迅速熟悉专项公安业务、提升综合素质的重

要训练方式。2019 年,L 省公安厅举办了“新时代枫桥经验”主题所长培训班。按照应对训练课程的确定思路,先围绕“枫桥经验”在基层派出所工作中的创新实践,选择全省范围内的 11 个市 40 个派出所进行实地考察调研。根据调研情况和所长需求确定了教学内容、教学时间;而后通过材料评审和试讲遴选的方式,确定了以所长为主的授课教官。经过 4 期“新时代枫桥经验”的主题应对训练,参训所长对教学内容和教学方法的满意率高达 99.53%^①。所长们纷纷反馈本次应对训练“主题鲜明、内容实战”,而课程中围绕创建“枫桥式公安派出所”形成的新经验、新做法,也迅速面向全省得到了推广和应用。

从公安工作长远发展来看,“应对训练”将常态进行,因而要逐步探索以“任职训练为前提,以应对训练为主体,以发展训练为补充”的所长培训课程体系发展思路,让应对训练在所长素质能力提升中逐步发挥主体作用。

(三)大力推进“教学核心要素”发展

所长培训课程体系的建设和运行离不开各项制度措施的保障,要大力推进专题、教官、教学方法和教学考核等教学核心要素的建设与发展,确保所长培训课程体系的良性运行。

专题是所长培训教学的基础和载体,教官是教学实施的关键,要大力推进专题研发与教官队伍建设工作。要面向全省遴选高质量专题,建立教学内容全面覆盖的省级专题库。建议省公安厅制定专题研发鼓励政策,如对专题研发者提供专题研发费并给予个人奖励,设立教育训练考核加分等。要面向全省遴选优秀教官为所长授课,组建一支包括地方大学专家学者,政法系统优秀法官、检察官、律师等在内的综合性教官队伍;特别要注重从所长中物色教官人选,让“所长讲所长的工作”,使培训更有所长特色更接地气。

教学方法是提升教学效果的有效手段。建议所长培训在采用经验交流、模拟实战、参观调研等多种教学方法的基础上,全面推进“所长主导式”教学,如所长组织主题研讨,所长组织案例剖析等;增加针对参训所长任职派出所的实地考察项目,通过“实地看、亲自讲、互相学”的体验,

①数据来源于 4 期“新时代枫桥经验”主题培训班参训所长的满意度测评。



使学习效果深刻而持久。

教学考核是保障教学内容实施、检验教学效果的有效措施。现阶段所长培训教学考核形式较为单一。建议所长培训应根据训练类别和教学内容,采用多样化的考核形式。如考核警务指挥能力,可采用“案例考核”,由专门人员现场模拟发生“真实案件”,参训所长针对“案件现场”进行临场指挥处置;考核执法业务能力,可由所长直接办理“设定”的行政案件、刑事案件,或者直接进入案件的某个环节进行业务处置办理;考核语言表达能力,可进行“即时主题演讲”等。以有针对性且科学多样的考核方式,激发参训所长学习自主性、积极性,进而提高训练效果。

所长教育训练的基础是培训课程,所长教育训练的核心是所长能力提升。为适应新时代公安工作的新变化新要求,公安派出所所长培训必需深入研究所长岗位职责要求,夯实所长教育训练基础,推动所长培训课程体系建设的良性发展,进而提高所长素质能力,助推公安派出所综

合战斗力的提升。

〔参考文献〕

- [1]李斌杰.公安派出所警务工作规范400问[M].北京:群众出版社,2004:9.
- [2]黄明.公安派出所所长手册[M].北京:群众出版社,2005:6.
- [3]陈德祥.公安派出所所长能力研究[M].北京:群众出版社,2010:72.
- [4]新华社.习近平出席全国公安工作会议并发表重要讲话.[EB/OL].2019-05-08.http://www.gov.cn/xinwen/2019-05/08/content_5389743.htm.
- [5]邓海清,昌远华.公安机关基于岗位胜任力的干部绩效考评体系构建研究[J].甘肃警察职业学院学报,2017(9):1-5.
- [6][7][8]冯艳梅.发展新时代“枫桥经验”办好公安派出所长学校——以辽宁公安派出所长学校为例[J].公安教育,2019(12):14-17.

【责任编辑:凌秋千】

Research on strengthening the education and training for directors of police stations in the new era ——Based on the perspective of the training course system for directors of police stations

Wang Zhicheng, Feng Yanmei

(Anshan Branch of Liaoning Police College, Anshan Liaoning 114051, China)

Abstract: The police station is a grassroots comprehensive combat entity that directly serves the people and maintains public order. The importance of its position determines the important role of the director of the police station in the work of grassroots public security. In the new era, it has important practical significance for enhancing the comprehensive strength of the police station, building a high-quality grassroots public security leadership team and effectively fulfilling the duties and missions entrusted to the public security organs by the party and the people to strengthen the education and training for directors of police stations, build a scientific system of director training courses and comprehensively improve the quality and ability of directors.

Key words: director of police station; ability to perform duties; job training; development training; response training

【司法理论与实务研究】

行政诉讼跨区域管辖制度的现状检视与路径探索

李甘霖

(中国政法大学,北京 102249)

〔摘 要〕行政诉讼跨区域管辖的实施是司法体制改革的重要环节。近年来,我国已有多个省市对此进行了积极的试点和探索。从试点情况来看,行政诉讼跨区域管辖取得了一定成效,但同时也暴露出一系列问题,如相关法条规定具有高度概括性和模糊性、一定程度上牺牲了当事人的诉讼便利和管辖选择权、诉讼成本增加、调查取证难和执行难的问题进一步加重等。解决上述问题,应当在制度设计时遵循“两便原则”,尊重原告的管辖选择权;加强跨区域管辖法院的行政审判队伍建设,健全其行使审判权的保障机制;完善调查取证和执行制度,等等。国家提出“探索设立跨行政区划法院”构想,在原铁路运输法院的框架基础上探索设立跨行政区划法院,是目前情况下成本最低且最适宜现状的改革路径。

〔关键词〕行政诉讼;跨区域管辖;行政干预;行政法院

〔作者简介〕李甘霖(1996—),女,山东东营人,中国政法大学法学院 2019 级行政法方向法律硕士研究生,主要从事行政法学研究。

〔收稿日期〕2020-01-17

〔中图分类号〕D925.3 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-049-11

一、研究目的及意义

在当前中国司法体制下,行政诉讼管辖制度承担了维护行政诉讼案件司法公正和独立的重要职责。为了减少地方政府的行政干预,加强司法权对行政权的监督,党的十八届四中全会提出“探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院,办理跨地区案件”。其后,新修订的《行政诉讼法》第 18 条第二款的规定为行政案件跨区域管辖提供了法律依据:“经最高人民法院批准,高级人民法院可以根据审判工作的实际情况,确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。”2018 年 2 月 8 日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》进一步明确了“铁路运输法院等专门人民法院审理行政案件,应当执行行政诉讼法第 18 条第二款的规定”。行政诉讼跨区域管辖制度改革作为司法体制改革的重要环节,已经成为当下法学界讨论的热点。

自 2007 年浙江省丽水市中级人民法院开始探索行政诉讼集中管辖起,行政诉讼跨区域管辖制度改革的实践已经走过十多年的历程。尤其是近年来,各地广泛开展试点工作,在摆脱地方政府行政干预、维护司法审判公正性、加强对行政机关的监督等方面取得了一定成效。但整个制度运行但仍存在一定问题,如相关法条规定具有高度概括性和模糊性,未能明确实现法院跨区域管辖行政案件的具体路径;改革冲击了“司法两便”原则,当事人的选择管辖权受限,诉讼成本增加;调查取证难和执行难的问题进一步加重,等等。这些问题如果不能及时解决,将制约行政诉讼跨区域管辖制度的发展,进而影响整个司法体制改革的进程。

(一) 国内外研究状况综述

行政诉讼跨区域管辖制度在我国学界的研究总体来看尚处于初级阶段。在著作方面,部分学者从理论层面对行政诉讼管辖制度进行探讨和说明,整体来看尚缺少体系性。叶赞平所著的



《行政诉讼管辖制度改革研究》一书,遵循总分顺序、时间顺序和实践到理论的顺序,回顾检视了我国行政诉讼管辖制度的改革发展历程,实证分析了我国行政诉讼管辖制度的现状和问题,并提出行政诉讼管辖制度的改革方向和最终建构方案^①;其他涉及此制度的著作,则大多是在对新《行政诉讼法》整体分析与释义的过程中,就某一章节进行分析和解读。还有许多学者在期刊、报纸发表相关的研究文章,多数是对行政诉讼跨区域管辖制度的某个具体问题探究。黄学贤、杨红在《论行政诉讼管辖困境之形成及其突破》一文中分析了我国行政诉讼管辖步入困境的成因,重点提出了对走出管辖困境的思考^②;江必新在《完善行政诉讼制度的若干思考》一文中详细论证了行政诉讼跨区域管辖是解决管辖问题的重要手段,也是必由之路^③;石绍斌在《我国行政案件跨区域管辖的法律适用》一文中介绍了指定类、集中类和交叉类管辖模式在具体运行中取得的效果,指出改革不能片面追求形式,应于法有据^④;刘婷婷的《对行政诉讼管辖制度改革创新的思考》^⑤、沈开举和方润的《行政诉讼异地管辖制度实证研究》^⑥以及王晓强的《法院管辖行政案件的新发展》^⑦等文章都分别论述了行政诉讼跨区域管辖制度的价值和必要性以及存在的问题等相关内容。从研究成果看,关于行政诉讼跨区域管辖制度的研究较为普及,尤其是对于当前行政诉讼管辖制度存在的缺陷和其价值与必要性已经基本在学界达成了共识,相关理论的发展也比较成熟;但是对于当前应该具体采取什么进一步的改革和完善措施学界依然存在较大分歧,尚未形成统一意见。

目前国外对于行政诉讼跨区域管辖的研究并不常见,笔者并没有找到专门论述此制度的著作,但发现许多国家对扩大原告选择管辖法院的

权利十分重视。在美国,除不动产纠纷之外,其他案件的原告可以自由选择向被告行政行为发生地、原告住所地或被告行政机关所在地及其官员居住地的法院提起诉讼^⑧;法国的行政法院原则上实行属地管辖,但也有许多例外情况存在,如对于行政合同履行过程中争议引发的诉讼,缔约地和履行地的行政法院都有管辖权,行政合同的当事人也可以于缔约时在不违反公共利益的限度内约定管辖法院^⑨;在日本,行政诉讼原告可以选择向行政机关所在地或者原告住所地的法院寻求法律救济。由这些规定可以看出,减轻地方对司法的干预、扩大行政诉讼原告的选择管辖权已经成为各国努力的方向。

(二) 研究方法

1. 文献分析法

笔者通过网络及图书阅读并整理了大量论文、著作资料,认真研读了2015年《行政诉讼法》、2018年最高院司法解释等法律文件中关于行政诉讼管辖制度的新规定,收集了《行政诉讼法》讨论与修改过程中全国人大常委会的审议意见和相关文件以及近年来各省市地方法院陆续发布的行政诉讼跨区域管辖的公告和试点方案文件。通过仔细研读和学习这些文献资料和法律文件,从宏观上了解了我国行政诉讼管辖制度的现状,为本文的写作提供了基本的理论知识支撑。

2. 规范分析法

行政诉讼管辖制度由成文法明文规定,具有严格的规范性和法定性。在管辖制度的研究中,法规范既是研究的依据,又是研究的对象。笔者对行政诉讼跨区域管辖制度的各种规范进行较为系统全面的收集、梳理和分析,力图从纵横两个维度全面展现我国行政诉讼跨区域管辖制度的法律规范的全貌。从纵向维度来看,本文以时

①参见叶赞平:《行政诉讼管辖制度改革研究》,北京:法律出版社,2014年出版。

②参见黄学贤,杨红:《论行政诉讼管辖困境之形成及其突破》,载《法学评论》,2013年第6期。

③参见江必新:《完善行政诉讼制度的若干思考》,载《中国法学》,2013年第1期。

④参见石绍斌:《我国行政案件跨区域管辖的法律适用》,载《江汉大学学报》,2018年第2期。

⑤参见刘婷婷:《对行政诉讼管辖制度改革创新的思考》,载《法制与社会》,2016年第26期。

⑥参见沈开举,方润:《行政诉讼异地管辖制度实证研究——以河南模式为样本》,载《河南财经政法大学学报》,2016年第2期。

⑦参见王晓强:《法院管辖行政案件的新发展》,载《河南司法警官职业学院学报》,2015年第1期。

⑧参见王名扬:《美国行政法》,北京:中国法制出版社,2005年出版,第590页。

⑨参见王名扬:《法国行政法》,北京:北京大学出版社,2007年出版,第500页。

间为线序收集整理了各个时段的管辖制度法律规范;横向维度方面,对法律法规、司法解释和政策性文件一并研究。研究中体现了对规范的尊重,将规范所追求的功能和价值作为行政诉讼跨区域管辖制度的“质量”评价的标准。

3. 实证研究法

笔者对各试点法院(尤其是北京四中院和上海三中院)的政策方案和受理案件情况进行数据的分类统计和详细梳理,同时结合各地法院不同的管辖模式,对行政诉讼管辖制度改革现状进行了系统展示和多维度观察,收集了异地管辖、集中管辖、指定管辖等改革模式的资料,在此基础上提出当前这一制度面临的现实问题和解决建议。

二、行政诉讼跨区域管辖制度的实施现状

在2015年《行政诉讼法》修订之前,为摆脱地方政府对司法的干扰,已经有多个地区对行政诉讼管辖改革进行了长期的试点和实践,主要形成了指定管辖、提级管辖、异地交叉管辖和相对集中管辖等几种模式。新《行政诉讼法》颁布生效以后,在新法第18条第二款规定的框架下,各地不仅借鉴和发展了既有的几种管辖模式,又创新性地利用铁路运输法院管辖跨区域行政案件,形成了各具特色的试点方案。

(一) 异地管辖新模式

河南省是这一模式的典型代表。2015年6月,河南省高级人民法院发布公告,对既有的异地管辖方案进行调整:一是所有基层人民法院管辖的行政案件都应当实施异地管辖;二是调整各法院的受案范围,将河南省属18个中级人民法院划分为6组,实行“转圈推磨”这一具有创新性的审理方式;三是以两年时间为限,定期调整异地管辖范围,防止产生新的地方保护主义;四是赋予原告选择管辖权,其既可以向本地法院起诉也可以向异地法院提起诉讼。相比之前的异地交叉管辖模式,“河南模式”这种“转圈推磨”的方法在一定程度上降低了利益固化的风险,增强了异地管辖的明确性,拓宽了异地管辖的范围。“河

南模式”自实施以来取得了显著成效,突出表现在全省服判息诉率大幅度上升:一审服判息诉率由原来的46.7%提高到76.6%;二审高达98.5%;有些市县逐渐呈现出零信访的态势^①。

(二) 集中管辖新模式

尽管行政诉讼跨区域管辖制度改革仍然处于探索阶段,但是从各地试点情况来看,大多数地区采取了集中管辖的模式,具体又可以分为以下两种类型。

1. 相对集中管辖

福建省是此种模式的典型代表。2015年9月10日,福建省高级人民法院发布公告,开始在全省八个设区的市辖区^②内实行相对集中管辖模式,即在每个市各选取2-4个基层人民法院作为集中管辖法院。除去以该法院所在地的行政机关为被告的案件之外,原属于其他基层人民法院管辖范围的一审行政诉讼案件均交由其管辖^③。相对集中管辖制度的核心内容与关键所在,是通过指定管辖的方式实现对基层法院一审行政诉讼管辖权的调整。

2. 依托铁路法院的集中管辖

本次跨区域管辖行政案件改革最大的亮点之一,就是依托原有的铁路运输法院建立起新的集中管辖制度。铁路运输法院是我国《宪法》规定的专门法院类型之一,但由于时代的不断发展和日新月异的交通运输方式的改变,铁路运输法院受理的案件数量逐年大幅下降,审判职能逐渐趋于边缘化。考虑到铁路运输法院本身所具备的“跨区域”的优势,部分地区开始利用这一现有的司法资源,进行铁路运输法院集中管辖行政案件的试点。截至目前,全国共有76家铁路运输法院经批准后开始受理跨区域的行政案件。其在实际操作过程中可以分为以下三种类型:

(1) 依托铁路运输中级法院设立跨行政区划法院模式

2014年12月,作为全国第一批跨行政区划法院,依托原有铁路运输中级法院,北京市第四中级人民法院和上海市第三中级人民法院挂牌

①参见张建新:《在全国推广“民告官”案件异地管辖》,载《河南日报》,2016年3月14日,第3版。

②即福州市、宁德市、莆田市、厦门市、泉州市、漳州市、南平市和三明市。

③参见胡婧:《行政案件跨行政区划集中管辖制度的完善》,兰州大学硕士学位论文,2018年9月,第11页。



成立。在案件受理范围上,北京市四中院负责管辖以北京市辖区及下属区县人民政府为被告的行政案件;上海市三中院则依法管辖以市级人民政府为被告的一审行政案件,以及市级人民政府作为上诉人或被上诉人的二审行政案件。尽管这两个跨行政区划法院在机构设置方面具有开创性意义且取得了一定成效,但同时也应该认识到,虽名为“跨行政区划”,但这两个试点法院实际上依然局限在直辖市范围内。虽然审理以区县法院为被告的案件时确实实现了跨地区审理,但在作为以市级政府为被告的案件中,依然属于在本行政区划内管辖,离实现真正意义上的“跨行政区划”还有较大差距^①。

(2) 铁路基层法院与普通中级法院相结合模式

杭州和南京都是这一模式的典型代表。该模式的具体内容是原管辖人民法院的行政庭仅保留非诉行政执行等其他辅助性职能,不再负责具体的案件审理工作,而是将全部一审行政案件交由铁路运输法院集中管辖。如果当事人对一审判决结果不服,可以选择向行政机关所在地的中级人民法院提起上诉。可见,这一模式与相对集中管辖模式十分类似,只不过作为集中管辖法院的铁路运输法院性质较为特殊。

(3) 铁路两级法院管辖模式

该模式由铁路运输法院集中管辖同一辖区内原应由其他基层人民法院管辖的一审行政案件,另外把原属于其他中级人民法院的一审行政案件交由铁路运输中级法院管辖^②。当事人如果对铁路运输法院做出的判决不服,可以向铁路运输中级法院提起上诉。除审理行政诉讼案件之外,两级铁路法院还承担了审查和执行非诉行政案件的职能。2015年12月底,广东省高院发布公告确定广州市内所有一审行政诉讼案件和非诉行政案件的合法性审查工作都由广州铁路运输第一法院集中负责。与此同时,广州铁路运输中级法院负责集中管辖广州市内本应依法由中级法院管辖的一审行政案件和所有二审行政案件,同时承担非诉行政案件的审查职能。广州市

在保持铁路运输法院原有框架的同时,把涵盖两个司法审级的所有行政案件都纳入两级铁路运输法院的管辖范围,加强了行政审判力量。但这种改革模式并不彻底,依然存在案件类型比较单一、案件数量多、审判压力大等弊端。

三、行政诉讼跨区域管辖制度面临的困境与问题

(一) 目前法律规定能否有效指导行政诉讼跨区域管辖实践

行政诉讼跨区域管辖制度设计的核心在于使司法管辖区域与行政区划相分离,学界一度曾有建立独立的行政法院系统的“大改”方案和依托铁路运输法院设立跨行政区划法院的“中改”方案。不过最后2015年出台的《行政诉讼法》选择的还是对管辖制度进行部分调整的保守方案,体现出较为浓厚的过渡和试验色彩。而上述改革在实践中也暴露出一些问题。

1. “审判工作的实际情况”含义不明

《行政诉讼法》第18条第二款并没有对“审判工作的实际情况”的具体含义作出详细说明,其界定不仅具有概括性和包容性,而且极具可变性和发展性。过于宽泛的规定容易导致各法院在实施过程中缺乏统一的指导,从而各行其是,甚至可能脱离法律的轨道。这反映了立法机关在起草该条文时的矛盾心理——既要借此确认和巩固各地前期探索的成果,又要对未来的改革和发展预留足够的法律适用空间。

然而,审判工作的实际情况并不是单一和固定的,而是多种因素相互影响、共同作用的结果。因此确定跨区域管辖法院必须对各个法院司法资源配置、行政审判专业化程度、诉讼当事人是否便利等因素进行综合考量;法院的地理位置及交通情况、辖区内人口数量、行政机关工作人员法律意识水平也会对“实际情况”产生影响。改革开放以来,由于各地经济基础、发展方式、在国家经济发展大局中的位置设计等影响,我国整体经济发展并不均衡,各省经济发展水平差异较大、文化习俗多元是当今政府必须正视的社会现

①参见陈卫东:《跨行政区划人民法院改革研究》,载《财经法学》,2016年第6期。

②参见付纳伟:《行政案件跨行政区域管辖制度研究》,电子科技大学硕士学位论文,2017年3月,第15页。

实。回归到行政诉讼跨区域管辖制度适用方面,由于《行政诉讼法》在进行制度设计没有指明统一的适用标准,因此各地高级人民法院确定跨行政区域管辖法院时所采用的路径不同,给“审判工作的实际情况”的整体判断和评估带来了困难。且该条并未对高级人民法院的决定权进行限制,缺少省级人大或常委会的审议、监督方面的制约,导致实际适用过程中随意性加大。

2. “若干人民法院”的级别不明

《行政诉讼法》第18条第二款并没有对高级人民法院在确定跨行政区域管辖法院时是否应参照级别管辖标准作出明确的规定。如果需要参照的话,高级人民法院经最高人民法院批准后有权设立的跨行政区域法院的层级仅为基层和中级人民法院,而高级人民法院自身不可以管辖辖区之外的行政案件。对此,在学理探讨方面也有学者认为应该把保障案件得到公正审判作为行政诉讼跨区域管辖的终极价值目标^①,认为高级人民法院跨区域管辖行政案件有一定程度的必要性。笔者认为,《行政诉讼法》第18条第二款是在遵循该条第一款地域管辖原则基础上的补充性规定,在进行新制度构建的过程中一定要注意符合现有的法律框架,依据现有法律对管辖范围进行限定,不能抛开案件性质、易受干扰程度等因素一律规定进行跨区域管辖。由于省市(自治区)高级人民法院具有较高行政级别,面对地方行政机关时相较于基层人民法院具有更强的抗压力,因此市区级地方政府对高级人民法院行政审判活动的影响不太大,其面临的行政干预问题相对来说并不突出。我国正处于管辖制度改革初期阶段,推进相关工作时应注意循序渐进。当务之急是解决面对行政干预更为严重的基层和中级人民法院的行政诉讼管辖问题,而至于是否应当将高级人民法院纳入行政案件跨区域管辖范围可以作为后续议题。

3. “行政案件”的诉讼层级不明

根据我国现行法院职能分工,基层人民法院负责一审行政案件的审理工作,中级和高级人民法院负责本辖区内重大、复杂的一审行政案件以

及普通二审和再审案件的审理。由于《行政诉讼法》第18条第二款并未明确跨区域管辖法院受理案件的诉讼层级,二审行政案件是否可以跨区域管辖规范不明。笔者认为,根据“法无禁止即自由”的原则,既然《行政诉讼法》并没有限定行政诉讼跨区域管辖的范围是一审还是二审,那么将二审案件纳入跨区域管辖的范围是具备合法性基础的。实践中,基于地方保护主义的传统习俗,部分一审行政案件受地级市审理的范围限制而受到较强的行政干预。为了使人民群众在每一个案件中都能感受到公平正义,应当从源头上赋予他们跨区域提起上诉的权利。故而,跨区域管辖二审行政诉讼案件在司法实践中极具现实意义。

(二) 能否真正实现审判公正与独立

行政诉讼跨区域管辖虽然限制了地方政府直接干预司法的可能,但本质上只是切断了地方行政机关与办案人民法院的直接联系,增加了行政机关干扰司法审判的成本。由于行政机关之间存在天然的密切联系:上下级行政机关之间存在领导与被领导的关系;同级行政机关之间存在友好往来关系;以及近年来较为频繁的干部人事任职交流,跨区域管辖行政案件依然难以完全阻断行政干预的可能。被诉行政机关可以通过上级党委、政府与管辖法院所在地的政府进行沟通,以司法工作服从于地方党委、政府中心工作的名义,通过后者向法院施压,从而达到间接干预司法的目的。此外,由于法院本身存在地方化、行政化特点,跨区域管辖法院在人权、财权方面仍难以完全摆脱地方行政机关的控制,地方政策可以通过行政化体制渗透到法院司法活动的各个环节。彻底阻断行政干预影响、消除行政机关施加于法院及法官个人的压力仍然困难重重。

(三) 能否切实保护原告的合法权益

原告在行政诉讼结构中处于基础性地位,行政诉讼的本质是原告认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,依法向人民法院提起诉讼。监督行政机关仅是行政诉讼的次要目的,其主要目的是保护原告的合法

^①参见黄学贤,杨红:《论行政诉讼管辖困境之形成及其突破》,载《法学评论》,2013年第6期。



利益^①。然而从当前各地的试点情况来看,并没有凸显原告权利在行政诉讼中的重要地位。

行政诉讼跨区域管辖的目的在于割裂被诉行政机关与原管辖法院之间由于地缘关系而产生的紧密关联,以实现案件的公正审理目的。但跨区域管辖在追求司法公正的过程中,一定程度上牺牲了当事人的诉讼便利和管辖选择权,事实上形成了“两便原则”^②的内在分离。行政诉讼跨区域管辖增加了当事人的诉讼成本,尤其体现在额外支出的住宿、交通、误工等费用,容易使当事人滋生惰于诉讼的情绪和心理;尤其对于一些涉案利益不大的案件,诉讼成本的增加会削弱或淡化当事人的诉讼意愿和司法需求,其可能在权衡司法审判的公正价值和实际的金钱价值之后,放弃以诉讼方式救济自身权利,不利于对原告权益的保护。尽管从目前的试点来看,为弥补因案件跨区域管辖给当事人造成的诉讼不便,各地围绕立案、审判、执行等环节采取了诸多便民措施,如通过邮寄立案、网上立案、原管辖法院移送立案等方式进行行政诉讼的立案;通过巡回审判、网络远程审判等方式使当事人就近参与审判过程等,但这些举措相较于诉讼成本来讲提供的收益有限,无法从根本上杜绝上述问题的发生。

(四) 能否为司法体制改革提供有益探索

行政诉讼跨区域管辖作为司法体制改革进程中的一个重要环节,其他司法改革配套措施也会影响该制度的成败与否。有学者指出,司法改革以保障司法独立为目标,包括旨在排除法院内部干涉的审判权运行机制改革和旨在排除外部干涉的司法管理体制改革的两大方面,其中前者主要是管理机制去行政化和加强审判组织的监督,后者主要是法院人财物管理体制去地方化^③。由此可见,司法行政化与司法地方化在现实中不是平行分离的,反之其间联系十分密切。在司法行政化没有得到有效破解、法院系统的人财物权受到地方政府强力制约的双重困境夹击下,行政诉讼跨区域管辖改革能否彻底摆脱行政干预,实现

独立公正审判的目标似乎并不乐观^④。

(五) 调查取证和执行愈加困难

人民法院在受理跨区域行政案件之后,需要到另一行政区域的被告行政机关所在地、被诉行政行为发生地进行调查取证,增加了空间和时间上的难度。由于管辖法院与被告所在的辖区不同、对当地的实际情况不了解,被诉行政机关往往不肯主动配合,采取逃避、拖延等变相拒绝方法,甚至直接干涉、阻碍调查取证的进程。尤其对于原告不服行政处罚引发的行政诉讼案件,法院只能依靠被告方(作出处罚决定的行政机关)提供的证据判断其作出的行政处罚是否合法合理,取证难度可想而知。跨区域调查取证对认定事实事实造成了极大困难。

在当前司法管辖制度下,本地法院的生效裁判尚且存在执行困难、对行政机关震慑力不高的情况,跨区域管辖中异地法院由于缺乏对本地行政机关和相对人之间的牵制和管辖关系,被诉行政机关抵抗执行的程度将更为强烈;法院在异地执行中难以充分调动执行力量,生效判决的执行会陷入更深的困境。同时,相当部分跨区域管辖法院只是案件的审判地而不是发生地,审判人员难以深入了解案件的真实情况,往往只重视案件的判决结果而没有兼顾社会效果,使得行政机关并不赞同法院提出的问题解决方案,配合执行更是无从说起,一定程度上对实质性解决行政争议造成困难。在“执行难”问题得不到有效解决的情况下,即使原告胜诉其权益也很难得到真正的保护。

(六) 审判组织的难题

保证审判组织的稳定性和审判人员的专业化是实现人民法院独立、公正审判的必要前提和强力支撑。行政诉讼跨区域管辖对审判组织提出了现实的考验,其中最大的挑战就是诉讼案件实现了跨区域的集中,原管辖法院的行政审判人员向跨区域管辖法院的有序流动却相对滞后。

自行政诉讼跨区域管辖实施以来,行政案件

①参见马怀德:《行政诉讼原理》,北京:法律出版社,2003年出版,第151页。

②最高人民法院在2005年制定的《关于全面加强人民法庭工作的决定》中提出了坚持“便于当事人诉讼,便于人民法院依法独立、公正和高效行使审判权”的新两便原则。

③参见傅郁林:《司法改革的整体推进》,载《中国法律评论》,2014年第3期。

④参见王书娟:《行政诉讼跨区域管辖制度运行现状检视——以目的论为视角》,载《福建江夏学院学报》,2016年第6期。

数量激增,许多跨区域管辖法院都出现了案多人少的局面,原有行政审判人员的数量远远无法满足当前的审理需求。虽然从建制上原管辖法院的行政审判庭继续被保留,但从职能上其仅承担简单行政案件的审理和非诉案件的执行工作,由于审判职能的缩减渐渐趋于边缘化,使得司法资源的分配处于更加不均衡状态。受多方面条件限制,尽管很多试点法院对于合议庭的组成都有明确要求,但实际操作中合议庭人员组成不固定甚至流于形式、专业化程度低等现象普遍存在,难以达到行政诉讼案件的审理要求;某些法院甚至不得不借用民事、刑事审判人员参与行政诉讼^①,严重影响了行政诉讼审判合议制的效果。铁路运输法院作为专门人民法院,原职能仅为审理发生于铁路、列车、车站货场的刑事案件和涉及铁路运输、铁路安全、铁路财产的民事诉讼,内设机构并无行政审判庭的设置,承担行政案件审理任务不仅需要重新调整内设机构,还需要从辖区内其他法院遴选或调任专门的行政案件审判法官。由于铁路运输法院的性质、管辖范围及内部机构设置、人员构成等相比其他同审级法院要“非标准化”,加之涉及家庭生活、衣食住行等个人因素考虑,一些法官不愿意转入去铁路运输法院任职,导致专业化行政法官队伍缺乏的现象在铁路运输法院表现得尤为严重。此外,员额制改革由于职业压力、晋升渠道等条件变化,客观上导致了法院系统的人才流失,加重了在职法官的工作压力^②。

四、行政诉讼跨区域管辖制度的路径探索

研究任何理论问题,都要从现实存在的问题出发寻求解决问题的路径,最后回归到指导现实的实践中来。尽管《行政诉讼法》第18条第二款的规定为管辖制度改革提供了法律依据,但远不足以解决试点过程中陆续出现的实践难题。笔者从实践情况出发,在我国现行法律体系和司法机制的大前提下,以实用主义为原则,谈谈自己对于行政诉讼跨区域管辖制度今后发展路径的

看法。

(一) 遵循“两便原则”

行政诉讼管辖制度改革根本目的是保护处于弱势地位的行政相对人的利益。而实际情况是,当事人为诉讼所付出的精力和成本在行政诉讼跨区域管辖改革之后有所增加,很大程度上降低了当事人跨区域提起行政诉讼的意愿。尽管这是司法体制改革过程中的无奈之举,但是在进行制度设计时国家有义务为当事人跨区域提起行政诉讼创造便利,降低当事人的诉讼成本。只有始终坚持方便当事人提起诉讼、方便法院管辖的“两便原则”,真正让人民群众感受到法院为实现司法公正所做出的努力,当事人才会对于诉讼成本的增加和精力的消耗有更大的容忍度。笔者认为,具体应该从以下几个方面入手:

首先,行政诉讼跨区域管辖要解决是如何选取适当的人民法院审理行政案件的问题。如果在选择法院时考虑不周,将直接影响这一制度运行的效果。高级人民法院应在保证公正审判的前提下,以尽可能便于当事人参与诉讼为原则,充分考虑本省辖区内各基层和中级人民法院以及铁路法院所处的地理位置和交通条件,以“就近就便”为基本遵循,除了需要特殊回避等处理案件必需以外,避免将主审法院选择在地处偏远、交通不便的地区,以保证当事人所付出的诉讼成本与其追求的公正审判结果达到合理平衡,使原告能够就近跨区域提起行政诉讼。

其次,尊重原告的管辖选择权。原告向原管辖法院起诉的,原管辖法院应向其释明跨区域管辖制度,如果原告仍然坚持向原管辖法院起诉,那么应该尊重原告的选择权,进行登记立案。赋予原告更多的主动权和选择权,是原告在行政诉讼中基础性地位的真正意义上的体现,也可以在程序上打消其对司法公正的质疑,在实体上有利于增强其对裁判结果的认同感,从而赢得人民群众对跨区域管辖改革的肯定与信任^③。

此外,在实行跨区域管辖行政案件的过程中

①参见李曼:《行政诉讼跨区域集中管辖研究》,海南大学硕士学位论文,2017年5月,第10页。

②参见《法官员额制改革中的问题与反思》, https://www.360kuai.com/pc/98187d8414835697e?cota=4&tj_url=so_rec&sign=360_57c3bbd1&refer_scene=so_1。

③参见李颖:《论行政诉讼跨区域管辖制度的构建》,南京师范大学硕士学位论文,2016年5月,第38页。



应采取相应便民措施。例如,在立案环节,当事人可以向跨区域管辖法院邮寄起诉状,或就近送交原管辖法院,由该法院代为转送;建立网上立案、远程资料电子化交换机制,由跨区域管辖法院进行立案审查和登记的工作。在审判环节,尽可能减轻当事人跨区域提起行政诉讼的负担。对于住所距离法院较远或交通不便的当事人,法院可以采用巡回审理方式或通过网络方式远程视频审理。

(二) 加强跨区域管辖法院的行政审判队伍建设

首先,应当积极争取辖区所在地人大和地方政府的配合支持,根据实际需要增设新的行政审判庭;同时适当增加跨区域管辖法院的法官数量,扩大相关司法工作人员编制,固定行政审判合议庭的组成人员。同时,将原管辖法院部分行政法官调入跨区域管辖法院,以壮大审判组织队伍,保障审判人员的数量与案件整体数量相匹配,实现优质行政审判资源的最佳配置。

其次,以员额制改革为契机,严格法官遴选程序,建立与行政级别脱钩的法官单独职务序列,为法官的选拔和任命制定明确统一的法定程序和更高的标准;完成法官任命程序之后应当在法院官网以公示方式向社会公开,自觉接受人民群众的监督。由于仅仅依靠行政手段进行人员调配无法彻底解决跨区域管辖法院行政审判人员短缺的问题,可以考虑制定相应的人员待遇优惠政策,吸引更多的高素质法律专业人才加入行政诉讼专任法官队伍。

最后,法官肩负着查明案件事实和依法裁判的重要职责,是整个审判活动的中心,也是法院依法公正审判的保障。专任法官欠缺审判技术能力、司法判断力失位、司法行为不规范,是实现公正审判的软肋。因此法院应当重视法官继续教育工作,围绕司法改革的不断深入和具体审判业务的发展变化定期组织业务培训,不断提升法官的案件审理水平和专业素质能力,强化司法作风建设,以满足行政诉讼审判实践发展的需要。

(三) 完善跨区域管辖法院的调查取证和执行制度

1. 完善跨区域管辖行政案件的调查取证制度

在行政诉讼中,法院的调查取证是查明并认

定案件事实的必要前提,因此必须加强跨区域法院的调查取证职权,保证其跨区域收集证据的合法性和执行力。《行政诉讼法》第41条、第59条分别规定了原告和第三人申请法院调取证据的范围以及妨碍调查取证的诉讼参与人应承担的法律责任。尽管法律已作了明文规定,但法院跨区域管辖行政案件时在与地方政府的权力博弈中仍然处于弱势地位,难以彻底贯彻实施处罚权。根据《行政诉讼法》第59条规定,法院仅能对妨碍调查取证的行政机关主要负责人或其他诉讼参与人作出“1万元以下罚款、15日以下拘留”的处罚。由于处罚权限过低、处罚力度过小,对行政机关的震慑作用十分有限。因此,应该考虑在立法上加大对有义务协助调查的人妨碍调查取证行为的惩罚力度,情节严重构成犯罪的应依法追究其刑事责任,以增强法律震慑力,保障行政诉讼得以依法进行。

2. 完善跨区域管辖行政案件的执行制度

行政诉讼的生效判决得到及时、彻底的执行,才能真正保障行政相对人的权利;如果得不到有效执行,不管法院的裁定和判决如何公正合理也只是“一纸空文”。判决执行情况也是人民法院对行政机关是否依法行政的一种监督。所以,在跨区域管辖改革中,必须保障法院的裁判得以依法执行。笔者认为,具体可以通过以下几种方式来解决上述问题:

第一,在被告行政机关的年度考评标准中加入生效判决的执行情况的考量。一方面,将被诉行政案件的执行效率与执行比例作为对该行政机关的考评标准中的重要一项,制定完善的考核机制,加强上级对下级行政机关履行法院判决情况的考察,提高行政机关依法履行生效裁判的自觉性;另一方面,在对该行政机关首长行政管理能力的政绩考核中,把生效判决的执行情况作为参考依据,促使行政首长重视法院的司法裁判,自觉督促判决的执行情况。

第二,加强跨区域管辖法院与非跨区域管辖法院之间的协调配合,建立相互协作制度与长效机制。通过考察立法者的本意,可以得出当地的非跨区域管辖法院在执行中应当发挥主要作用的结论。对此,可以尝试将判决执行率作为两地法院的考核标准之一,调动两地法院法官推动判

决执行的积极性,缓解异地执行难的问题。

第三,完善行政案件执行情况的监督机制。为了给行政机关施加压力,可以在执行过程中增加告诫程序,加强行政机关依法执行判决的意识。例如,可以在法院判决书中明确告知被诉行政机关及其负责人没有按时执行将会承担的法律后果;同时,将判决书抄送被诉行政机关的上级机关,并提出相应的司法建议。另外,跨区域管辖法院应当及时向当地人大、监察部门通报案件的执行情况,充分发挥其监督作用,以督促行政机关及时履行法院判决。

(四)健全跨区域管辖法院行使审判权的保障机制

多年来,我国行政诉讼面临的最大障碍就是地方行政机关的干预。除专门法院之外,我国地方法院当前的设置绝大多数都对应其所在的行政区划,干部人事、机构编制和经费保障都受制于地方,人民法院理论上的独立性和现实中的非独立处境使得法院在受理行政案件时十分尴尬,不得不考虑地方利益^①。避免行政机关对法院司法工作的干扰,仅仅将司法管辖区域与行政区划相分离还不能彻底解决问题,当务之急是割裂地方政府和人民法院之间的利益关系,将法院的人财物管理权限与地方政府适当分离。

针对这一问题,党的十八届三中全会提出对省以下法院的人财物进行统一管理。具体来说,一方面,把法院的财政预算单独编列纳入省级预算,不再附加于政府预算之中;在司法预算审核通过后,由省级财政直接下拨经费至地方法院,以避免在执行过程中地方政府私自截留、挪用法院经费的情况出现。通过这些举措,可以打破基层人民法院对地方财政的依赖,使得法院在审理行政案件过程中一定程度上无需顾忌地方政府干涉。另一方面,由省级人大及常委会任免省以下各级法院法官,并且把法官的人事管理与一般行政人员的管理分开,使地方党政机关无法在进行司法行政管理的同时向法官“施压”,从而使司法审判受到行政干预的现象逐步得到抑制。

有学者提出我国是单一制国家,司法权从根

本上来说是中央事权,因此理应由中央来统一管理全国各级司法机关的人财物事项。笔者认为,考虑到我国正处于并将长期处于社会主义初级阶段的基本国情,目前由中央统一管理各级司法机关的人财物尚且比较困难^②。在现实条件不允许的情况下,应该本着循序渐进的原则,逐步改革司法管理体制。当前应先推行省级统一管理省以下地方人民法院的人财物,待将来条件走向成熟时可以选择由中央统一管理。

需要注意的是,积极推行省级统管地方法院人财物并不是在法院内部仿照行政机关系统建立“垂直管理”的关系,由省高院来领导基层和中级人民法院。人民法院应当确保审级独立的原则,上、下级人民法院之间仍然是监督与被监督的关系,坚决避免上级干预下级法院依法独立审判的情况。

(五)严格设置试点,科学系统评估改革试点成效

虽然法律明确规定了行政诉讼跨区域管辖制度,但目前我国仍以地域管辖和级别管辖为主。由于不同地区的社会基础和现实情况各具特色,甚至存在较大差异,改革试点不能大范围全面铺开。加之法律规定具有规范性和严肃性,因此想要成为行政案件跨区域管辖试点的地方法院必须按照规定程序上报至省高院,省高院汇总后进行统一考察和严格审批,最终选取符合要求的法院。此外,获得审批成为试点的法院要严格按照规定开展工作,自觉接受省高院乃至最高院的监督。还有一点值得我们注意的是试点的期限须合理确定,不能过长,如果无限期进行的话,容易使改革流于形式。

目前2015年《行政诉讼法》实施已有四年,由于该法第18条第二款规定的概括性和模糊性,各省市仍处于集中密集发布试点方案的阶段,而对试点实施情况的评估却十分滞后。跨行政区域管辖改革的目的是不应止步于试点方案的发布,及时进行评估考察、总结经验和吸取教训,才能更好地明确以后的改革方向。为了能获取各地试点法院的真实情况,及时有效地开展评估,需

①参见姜明安:《论新行政诉讼法的若干制度创新》,载《行政法学研究》,2015年第4期。

②参见孟建柱:《深化司法体制改革》,载《人民日报》,2013年11月25日。



要注意以下几点:

第一,多渠道、多角度地收集和整理试点法院的情况。既参考立法原意又注意联系地方实际,同时引入裁判准确率、当事人满意率、纠纷息诉率等指标,侧重于考察行政争议实质性化解和司法机关独立公正审判的情况,建立起一套科学的评估标准。第二,采用全过程评估的方法,包括针对试点方案制定过程中的事前评估和试点推进过程的事中评估以及对试点阶段性成果进行的事后评估^①,同时将改革的目标和原则始终贯穿于各阶段的评估活动。最后,建立公开透明的评估机制。通过定期直播庭审过程、及时在裁判文书网公布法院判决结果、定期公布典型案例等方式,实现司法改革与群众的良性互动,促使公众实时跟进,了解和参与改革试点的进程。

(六)当前形势下设置独立行政法院并不适宜

建立行政法院专门管辖行政诉讼案件的讨论由来已久。多数学者认为,行政诉讼管辖制度的各项改革最终导向以建立行政法院为根本解决办法;也有学者提出,设立行政法院是行政审判体制改革的最佳方案,如果能够最终落实,困扰中国行政法学界多年的问题如立案难、独立审判难和执行难等都可以迎刃而解^②。笔者认为,设立行政法院并不是法治发展的必然路径,其意义仅为解决行政审判的体制模式问题。当前国家已经提出“探索设立跨行政区划法院”的设想,此时另行着手设立专门的行政法院显然不合时宜。不仅行政案件,一些重大的民商事、食品药品安全和环境资源保护案件也极易受到地方因素干扰,而行政法院受理案件的范围具有专业性和局限性;况且当前正在探索设立的跨行政区划法院已经承担了行政法院的大部分职能,可以在不改变原有法院体制的情况下促进管辖制度的发展,完全没有必要另起炉灶设立行政法院。此外,设立新的行政法院系统需要在全国范围内新设数量庞大的行政法院,需要极大的人力、物力和财力的投入,更面临着高昂的长期运营成本。总之,目前很多方面条件尚不成熟,立即建立专门行政法院还为时过早。

根据当前改革的进展情况和我国社会现实,可以进一步探索利用原来铁路运输法院的框架设立跨行政区划法院,以集中审理行政案件。这一模式既有利于节约资源,降低跨区域管辖的制度转换成本,起到了很好的过渡作用;同时也利用了铁路运输法院跨行政区划和省统管人财物的优势,解决铁路运输法院职能转变问题,是当前行政诉讼跨区域管辖改革最适宜的一条路径。在实施过程中,必须对铁路运输法院原有的行政审判力量基础充分考察,必要时可以吸纳和调配原管辖法院的行政审判人员,以保障其审判专业性。

五、结论

从当前各地试点情况来看,行政诉讼跨区域管辖在摆脱地方政府行政干预、维护司法审判公正、加强对行政机关的监督等方面取得了显著成效,在很大程度上完善了我国行政诉讼管辖制度。同时,试点工作中也暴露出了一系列的问题,例如当事人诉讼成本增加、法院调查取证和执行难度加大等。对此,曾经有不少人质疑过这一制度存在的必要性。但笔者始终认为,没有任何制度从设定之初就是完美的,任何改革都是一个循序渐进的过程,行政诉讼跨区域管辖制度也必然不会例外,其发展完善还需要我们逐步的探索和实践。

行政诉讼跨区域管辖改革是一项庞大的工程,涉及范围广泛,需要解决的问题也很多。由于各地试点情况的相关数据在网络上更新不够及时,本文对前述列举的几种管辖模式的梳理仍显浅显,对取得成果的展现和暴露问题的分析也不够全面,提出的部分建议难免存在理想化和理论化弱点,仍需要更为详细和深入的后续研究加以补充。期待在未来的司法实践中,行政诉讼跨区域管辖制度能够进一步完善,并与其他制度改革融洽协调发展,最大限度地发挥其作为全面深化司法改革的试金石的作用。

〔参考文献〕

[1]叶赞平.行政诉讼管辖制度改革研究[M].法律出

①参见袁莉:《全面深化改革第三方评估的制度构建研究》,载《江汉论坛》,2016年第11期。

②参见江必新:《中国行政审判体制改革研究——兼论我国行政法院体系构建的基础、依据及构想》,载《行政法学研究》,2014年第4期。

版社,2014.

[2]黄学贤,杨红. 论行政诉讼管辖困境之形成及其突破[J]. 法学评论,2013(06).

[3]江必新. 完善行政诉讼制度的若干思考[J]. 中国法学,2013(01).

[4]石绍斌. 我国行政案件跨区域管辖的法律适用[J]. 江汉大学学报,2018(02).

[5]刘婷婷. 对行政诉讼管辖制度改革创新的思考[J]. 法制与社会,2016(26).

[6]沈开举,方润. 行政诉讼异地管辖制度实证研究——以河南模式为样本[J]. 河南财经政法大学学报,2016(02).

[7]王晓强. 法院管辖行政案件的新发展[J]. 河南司法警官职业学院学报,2015(01).

[8]王名扬. 美国行政法[M]. 北京:中国法制出版社,2005:590.

[9]王名扬. 法国行政法[M]. 北京:北京大学出版社,2007:500.

[10]张建新. 在全国推广“民告官”案件异地管辖[N]. 河南日报,2016-3-14:3.

[11]胡婧. 行政案件跨行政区划集中管辖制度的完善[D]. 兰州大学硕士学位论文,2018:11.

[12]陈卫东. 跨行政区划人民法院改革研究[J]. 财经法学,2016(06).

[13]付纳伟. 行政案件跨行政区域管辖制度研究[D]. 电子科技大学硕士学位论文,2017:15.

[14]马怀德. 行政诉讼原理[M]. 北京:法律出版社,2003:151.

[15]傅郁林. 司法改革的整体推进[J]. 中国法律评论,2014(03).

[16]王书娟. 行政诉讼跨区域管辖制度运行现状检视——以目的论为视角[J]. 福建江夏学院学报,2016(06).

[17]李曼. 行政诉讼跨区域集中管辖研究[D]. 海南大学硕士学位论文,2017:10.

[18]李颖. 论行政诉讼跨区域管辖制度的构建[D]. 南京师范大学硕士学位论文,2016:38.

[19]姜明安. 论新行政诉讼法的若干制度创新[J]. 行政法教学研究,2015(04).

[20]孟建柱. 深化司法体制改革[N]. 人民日报,2013-11-25.

[21]袁莉. 全面深化改革第三方评估的制度构建研究[J]. 江汉论坛,2016(11).

[22]江必新. 中国行政审判体制改革研究——兼论我国行政法院体系构建的基础、依据及构想[J]. 行政法教学研究,2014(04).

【责任编辑:张 戈】

Review of the status quo of cross – regional jurisdiction in administrative litigation and path exploration

Li Ganlin

(China University of Political Science and Law,Beijing 102249,China)

Abstract: The implementation of cross – regional jurisdiction in administrative litigation is an important part of the reform of judicial system. In recent years,many provinces and cities in China have actively experimented and explored on this. Judging from the pilot situation,the cross – regional jurisdiction in administrative litigation has achieved certain results,but a series of problems are also exposed,such as the relevant laws and regulations are highly generalized and vague,the party ’ s litigation convenience and jurisdiction choice are sacrificed to a certain extent,litigation costs are increased,and difficulties in investigating and obtaining evidence and enforcement are further aggravated. To solve the above – mentioned problems,the “both – convenient principles” should be followed when designing the system,and the plaintiff’s jurisdictional choices should be respected;the construction of the administrative adjudication team of cross – regional jurisdiction courts should be strengthened,and the guarantee mechanism for exercising their judicial power should be improved;and the system of investigating and obtaining evidence and enforcement should be improved. The state proposes the concept of “exploring the establishment of a cross – administrative division court”,so exploring the establishment of a cross – administrative division court on the basis of the original railway transportation court is the reform path with the lowest cost and the most suitable to status quo at present.

Key words: administrative litigation;cross – regional jurisdiction;administrative intervention;administrative court



【司法理论与实务研究】

行政案件审理中准用民事诉讼规定之实践考察

——兼谈《行政诉讼法》第101条的完善

何金海,郭振豪

(广西民族大学,广西 南宁 530006)

〔摘要〕行政案件审理中对民事诉讼相关规定的准用是我国《行政诉讼法》的一项重要规则,对民事诉讼相关规定的准用应当满足一定条件。司法实践表明,采取制度列举的形式将准用条款写入《行政诉讼法》是必要且正确的;但与此同时,该条款也存在找法成本较高、不能满足实践需求等局限。行政诉讼法中的准用条款应根据实践情况适时作出调整。现阶段,可通过司法解释对可准用的民事诉讼制度进行完全列举,并将《行政诉讼法》第101条中的“民事诉讼法”一词扩大解释为“《民事诉讼法》及其司法解释”,以及将多次适用、不宜直接适用和《民事诉讼法》及其相关司法解释以外但有准用价值的民事诉讼规定适时转化规定至《行政诉讼法》或其司法解释中。

〔关键词〕行政诉讼法;准用条款;适用;民事诉讼相关规定

〔作者简介〕何金海(1994—),男,广西桂林人,广西民族大学法学院2017级诉讼法学专业硕士研究生,主要从事诉讼法学研究;郭振豪(1993—),男,浙江杭州人,广西民族大学法学院2017级法律硕士研究生,主要从事诉讼法学研究。

〔收稿日期〕2020-01-07

〔中图分类号〕D915.48/D915.2〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)03-060-08

行政案件审理中对民事诉讼相关规定的适用是我国《行政诉讼法》中一项重要的准用性规则。所谓“准用性规则”,即“条款没有直接规定规则的内容,但明确指出可援引其他条款或其他法规来使该规则的内容得以明确地规定”^{[1]73}。该规则自1982年诞生至今已有37载,其发展历经“行政案件审理适用民诉法规定”“行诉法无规定的可参照民诉规定”“除行诉法及解释外可参照民诉规定”和“行诉法无规定的适用民诉法规

定”四个阶段^①。2014年,该准用规则作为附则条文被正式规定于《行政诉讼法》第101条中,成为连接行、民两大诉讼的重要纽带。

根据笔者检索,2014年《行政诉讼法》修订后,从整体层面对该准用规则进行研究的学者主要有王春业、韩宁和苏艺等三位。其中,王春业教授将《民事诉讼法》中可准用条款总结为“可直接适用”“部分条款可用”“部分款项可用”“改造后可用”和“具有适用价值但未纳入适用范围”五

①阶段一:《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(1982年)第3条规定,“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定”;阶段二:《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(1991年)第114条规定,“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法的规定外,对本规定没有规定的,可以参照民事诉讼的有关规定”;阶段三:《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(2000年)第97条规定,“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定”;阶段四:《中华人民共和国民事诉讼法》(2014年)第101条规定,“人民法院审理行政案件,关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等,以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督,本法没有规定的,适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定”。

种类型,并对此提出了不同理想层次的建议^①;韩宁博士针对行政诉讼中民事诉讼法规范和民法实体法规范混乱适用的局面,搭构出二者适用的“双阶结构”^②;近来苏艺博士从规范层面对《行政诉讼法》第101条的立法模式与司法适用进行了评析^③。综上,学者们对该制度的论述多归于规范层面,而对《行政诉讼法》2015年修订以来准用民事诉讼法相关规定的实践情况关注较少。为明确《行政诉讼法》中准用条款的可适性程度,在行政诉讼制度建立30年之际,笔者着重以“北大法宝”收录的与准用民事诉讼规定相关的行政裁判文书为样本,试图归纳总结行政案件审理中准用民事诉讼相关规定的实践情况,以期促进该准用性规则的调整与完善。

一、《行政诉讼法》第101条的司法适用情况

(一) 样本选择

为了解行政案件审理中准用民事诉讼相关规定的司法状况,笔者首先选取了涉及《行政诉讼法》第101条的裁判文书作为样本。检索方法为:“北大法宝”V5版全文检索“《行政诉讼法》第101条”,检索记录为473条,剔除重复和无关案例后,得到可用案例共150例。

(二) 数据统计

笔者将所得样本统计如下,详见表1^④。

(三) 司法适用情况

1. 准用民事诉讼相关规定的前提

民事诉讼相关规定在行政诉讼中的准用“具有一定限度”^[2]。司法实践表明,对民事诉讼相关规定的准用至少具有三个前提条件。前提一

要求《行政诉讼法》及相关司法解释对拟准用内容尚未作出规定。如果《行政诉讼法》及其司法解释已有明确规定的,应当依照该规定执行,其中行政诉讼法司法解释应当优先于民事诉讼相关规定适用。例如,在“李某娃等与P县住房和城乡建设局等补偿协议上诉案”^⑤中,当事人主张通过《行政诉讼法》第101条适用《民事诉讼法》关于诉讼时效的规定;而S市中级人民法院认为,《行政诉讼法》及相关司法解释已对起诉期限有明确规定,遂对该主张不予支持。前提二要求拟准用的民事诉讼规则应当符合行政诉讼的性质,否则不能适用。针对《行政诉讼法》第101条已经列举的制度或程序,如果民事诉讼的规定不符合行政诉讼性质,则不能适用。例如《民事诉讼法》第151条第(三)项关于被告死亡诉讼终结的规定。针对《行政诉讼法》第101条没有列举的民事诉讼制度,如果不符合行政诉讼的性质,则不能适用,如《民事诉讼法》第34条关于协议管辖、第202条关于离婚判决不得再审之内容。针对《行政诉讼法》没有列举的民事诉讼制度,如果其符合行政诉讼的性质,则可以适用。在“王某军与S市公安局等处罚及行政复议上诉案”^⑥中,SX市中级人民法院通过《行政诉讼法》第101条对《民事诉讼法》第57条、第58条有关法定代理人和委托代理人的规定进行了适用。前提三要求拟准用的规则属于民事程序性规范,而非民事实体性规范,否则属于适用错误。例如,在“W市D区环境保护局与武汉J现代物流有限公司处罚上诉案”^⑦中,D区环保局申请再审并主张适

①参见王春业:《论行政诉讼对民事诉讼法相关条款之适用》,载《上海交通大学学报》(哲学社会科学版),2015年卷23第6期,第24-30页。

②参见韩宁:《行政诉讼中民法规范与民法规范适用之“双阶结构”》,载《时代法学》,2017年卷15(第3期),第71-81页。

③参见苏艺:《论我国行政诉讼中民事诉讼规则之准用——兼评〈行政诉讼法〉第101条》,载《行政法学研究》,2018年第1期,第118-126页。

④为保持行文简洁美观,笔者将下文所涉法律规范名称作简化处理。《中华人民共和国民事诉讼法》:《民事诉讼法》;《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》:《民诉解释》;《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》:《审监程序解释》;《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》:《民诉意见》;《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》:《加强民事送达意见》;《关于民事诉讼证据的若干规定》:《民诉证据规定》;《关于以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书的若干规定》:《法院专递邮寄送达规定》;《关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》:《民事级别管辖异议规定》;《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》:《民诉举证时限通知》。

⑤参见河北省石家庄市中级人民法院(2017)冀01行终173号行政裁定书。

⑥参见浙江省绍兴市中级人民法院(2017)浙06行终350号行政裁定书。

⑦参见湖北省武汉市中级人民法院(2017)鄂01行终586号行政判决书。

用《民法通则》关于共同侵权的规定;而 W 市中级人民法院认为,《民法通则》是实体方面的法律,无论是《行政诉讼法》第 101 条规定的“适用《民事诉讼法》的相关规定”,还是现已废止的 2000 年《若干解释》第 97 条规定的“可以参照民事诉讼的有关规定”,二者之规定均只能理解为人民法院在行政诉讼案件审理程序方面可以适用或者参照民事诉讼的规定,其并未规定在案件实体处理方面也可以准用民事实体法律规定,遂

对 D 区环保局的主张不予支持。

2. 准用民事诉讼相关规定的特点

基于上述统计数据,笔者将依据《行政诉讼法》第 101 条准用民事诉讼相关规定的实践特点总结如下:

第一,适用率较低。如上文所述,根据笔者检索和筛选,近 4 年的可用案例仅为 150 例,平均每年不足 40 例。由此可见,行政案件审理实践中准用民事诉讼相关规定的概率相对较低。

表 1 《行政诉讼法》第 101 条适用情况统计表

相关条文	条文内容	次数	相关条文	条文内容	次数
《民事诉讼法》					
第 57 条	法定代理人	1	第 154 条	裁定范围	5
第 58 条	委托代理人	1	第 173 条	撤回上诉	4
第 82 条	期间	2	第 174 条	二审适用程序	2
第 84 条	送达回证	1	第 204 条	审查再审申请	96
第 85 条	直接送达	1	第 224 条	执行管辖	1
第 86 条	留置送达	1	第 225 条	执行异议	3
第 118 条	诉讼费用	3	第 239 条	申请执行期限	1
第 143 条	按撤诉处理	2	第 242 条	法院采取执行措施	1
第 145 条	申请撤诉	1	第 256 条	执行中止	2
第 150 条	诉讼中止	5	第 257 条	执行终结	9
《民诉解释》					
第 33 条	法定代理人	1	第 380 条	不予受理的情形	2
第 130 条	留置送达	1	第 400 条	撤回再审申请	10
第 212 条	再次起诉	1	第 402 条	再审终结审查情形	1
第 213 条	诉讼费用	2			
其他民诉规范					
《审监程序解释》	第 33 条			再审审理范围	1
	第 38 条			再审裁判方式	1
《民诉意见》	第 68 条			委托代理人	1
《加强民事送达意见》	第 9 条			送达地址	1
未列明准用的条文/不予适用民诉有关诉讼时效的规定/不予适用民事实体规范					3

注:数据统计日期截至 2019 年 7 月 1 日。另,部分案件适用了《民事诉讼法》多个条文。

第二,准用方式为直接适用。关于准用方式,《行政诉讼法》采用“适用”之表述,意即“要求直接引用作为审理和裁判依据”^{[3]355}。在 150 例样本中,绝大多数案例通常表述为“依据”“依照”

或“根据”,也有少数案例采用“参照”之表述。例如在“申请执行人 A 县卫生和计划生育局与被被执行人谭某星、李某孝行政非诉执行案”^①中,A 县人民法院采用“参照《民事诉讼法》第 242 条的规

①参见湖南省安仁县人民法院(2016)湘 1028 执 428 号裁定书。

定”之表述;在“X市工商行政管理局诉王某志行政决定执行案”^①中,S市S区人民法院同样采用“参照《民事诉讼法》第256条第(5)项”之表述。然而根据上述两条文之内容,上述两案例虽冠以“参照”之名,实际上依旧是对《民事诉讼法》条文的直接适用。

第三,准用的民事诉讼规范及条文具有多样性。各案例所适用的民事诉讼规定涉及《民事诉讼法》《民诉解释》《审监程序解释》《民诉意见》《加强民事送达若干意见》等多个法律规范。可见,司法实践中准用的民事诉讼法律规范并不仅限于单一的《民事诉讼法》。此外,《民事诉讼法》和《民诉解释》中多个条文得以准用,其中包括《民事诉讼法》中的20个条文以及《民诉解释》中的7个条文。但除此之外,其他民事诉讼规范准用频率并不高。

第四,准用的民事诉讼相关规定在内容上与《行政诉讼法》的列举并不吻合。《行政诉讼法》第101条列举了包括“成块”共通规定和重要程序在内的共9个制度(除检察监督程序)。笔者将各案例中准用的民事诉讼规定的内容与《行政诉讼法》第101条列举的制度比较后,发现二者并不吻合。其原因有二:一方面,本文收集案例所准用的民事诉讼相关规定还未完全涉足《行政诉讼法》列举的制度,财产保全、终结诉讼、简易程序等制度未见适用;另一方面,本文收集的案例所准用的民事诉讼相关规定超出《行政诉讼法》明确列举的制度范围,如诉讼参加人、诉讼费用、起诉、判决和裁定、二审程序、审判监督程序等。

第五,部分条款被多次适用。本文收集的案例中,被多次适用的民事诉讼相关条款有《民事诉讼法》第204条(第一款)^②、第257条(第1项)、第150条(第一款)、第154条(第一款第11项)以及《民诉解释》第400条(第一款)等多个条款(项)。

第六,暂不存在准用错误的情形。本文收集的150个案例中,暂未见适用民事实体法规范等准用错误的情形。即使少数案例中当事人主张适用《民事诉讼法》关于诉讼时效中断或民法通则等实体性规范的,法院也均不予支持。

二、2000年《若干解释》第97条的司法适用情况

2015年5月至2018年2月近3年间,行政案件审理中准用民事诉讼相关规定的法律依据除《行政诉讼法》第101条外,还包括当时生效的2000年《若干解释》第97条。为全面展现2015年来“准用民事诉讼”制度的实践状况,笔者将2000年《若干解释》第97条的适用情况也一并略作总结分析。

2000年《若干解释》第97条与《行政诉讼法》第101条具有如下相似性。其一,适用率较低。根据笔者在“北大法宝”的检索数据分析,2000年《若干解释》的适用率与《行政诉讼法》第101条基本持平^③。其二,准用的民事诉讼规定中同样存在“部分条款被多次准用”的情况,例如《民事诉讼法》第170条、第171条、第173条以及《民诉解释》第334条、第400条、第338条等条文均被多次准用。此外,2000年《若干解释》的适用情况较《行政诉讼法》第101条而言还具有如下特点:

第一,准用方式以直接适用为主,参照适用为辅。在105个案例中,采用“参照”表述的案例有7例,经分析筛选后得到参照性适用民事诉讼相关规定的案例3例,即“胡某芬与N市H区人民政府G街道办事处复议上诉案”^④“万某伦与Z苗族布依族自治县人民政府土地行政赔偿上诉案”^⑤和“Y县D镇S村民委员会S村民小组周某团等与Y县人民政府土地行政征收纠纷上诉案”^⑥,这三案所参照的内容均为《民事诉讼法》第13条关于诚信原则的规定。

①参见福建省厦门市思明区人民法院(2016)闽0203执2419号裁定书。
②括号内的款项为各法院多次适用的款(项)。
③经去除重复和无关案例后,得到2015-2018近三年间适用2000年《若干解释》第97条的可用案例共106例。
④参见浙江省宁波市中级人民法院(2016)浙02行终209号二审行政裁定书。
⑤参见贵州省高级人民法院(2017)黔行赔终83号二审国家赔偿判决书。
⑥参见广东省高级人民法院(2015)粤高法行终字第26号二审行政判决书。



第二,准用的民事诉讼法律规范和条文稍显杂乱。依据2000年《若干解释》第97条准用的民事诉讼相关规定涉及《民事诉讼法》《民诉解释》《民诉证据若干规定》《民诉意见》《法院专递邮寄送达规定》《审监程序解释》《民事级别管辖异议规定》《民诉举证时限通知》和《企业改制民事纠纷案件规定》等多个民事诉讼法律规范。较《行政诉讼法》第101条而言,依据2000年《若干解释》第97条准用的民事诉讼法律规范更显多样性;但从另一角度而言,准用规范过于多样也导致了准用规范的杂乱。此外,准用的《民事诉讼法》条文共19个,《民诉解释》条文共13个。其中,有3例案件对诚实信用原则进行了参照适用。

第三,存在错误准用的情形。在收集的105个案例中,存在准用错误的情形,主要表现为对民事实体法的参照。例如,在“郑某、D市公安局公安行政管理:治安管理(治安)二审行政判决书”^①中,D市中级人民法院依据2000年《若干解释》参照《民法通则》第101条关于名誉权规定的做法就应属于准用错误。这一特征与学者总结的“错误适用”^[4]状况相符。

综合《行政诉讼法》第101条与2000年《若干解释》的司法适用情况并将二者相比较,可以看出,前者的适用情况总体上比后者规范。虽然后者在适用或参照的法律规范更加丰富,但也因此显得杂乱并容易导致错误准用情形的出现。

三、《行政诉讼法》第101条的进步性与局限性

2000年《若干解释》废止后,《行政诉讼法》第101条成为行政案件审理中准用民事诉讼相关规定的主要法律依据。结合该条款的实践适用情况及上文的比较结果,笔者认为《行政诉讼法》第101条具有进步性的同时,也存在一定局限性。

(一)《行政诉讼法》第101条的进步性

1. 首次以法律形式对准用民事诉讼相关规定作出规定

首先,对准用民事诉讼相关规定作出明确规

定符合实践的要求。从近年来各地法院对不同民事诉讼规范和条文的适用或参照可以看出,行政案件审理对民事诉讼的部分规定仍然存在准用需求。我国行政诉讼法脱胎于民事诉讼法,二者具有共同的法理基础和诉讼规则,且前者在条文篇幅上远少于后者,不可避免存在些许遗漏。现阶段行政诉讼法对民事诉讼法存在较大依赖性,其“完全不受民事诉讼法规定影响是不可能的”^[5]。在“广州G投资有限公司与G市住房和城乡建设委员会登记上诉案”^②中,G铁路运输中级法院的法官指出,“因行政诉讼规则由民事诉讼规则发展而来,人民法院在行政诉讼中有时仍然要参照适用民事诉讼的程序及制度,采用民事诉讼规则进行”。同时江必新法官也认为,出于节约立法资源之需要可以参照民事诉讼法的相关规定^[6]。可见,人民法院在行政案件审理中对民事诉讼相关规定的准用具有必要性和可行性,《行政诉讼法》以法律形式对其作出规定是对实践需求的积极回应。

其次,以法律形式作出规定使准用性规则具有正当性。2014年《行政诉讼法》修订前,1989年《行政诉讼法》并未就“准用民事诉讼相关规定”作出任何规定,故而2000年《若干解释》对本属于立法性质的准用性规则进行规定并不恰当,因为司法解释的主要功能是在现有法律框架下就司法实践中的某些问题作出具体应用解释。因而此次将准用性规则写入《行政诉讼法》,有效解决了2000年《若干解释》第97条存在的“缺乏法律依据”^[7]之问题。

再者,将准用条款写入法律之做法与大陆法系主要国家的法治经验相符。在对待行政诉讼可否准用民事诉讼规定问题上,大陆法系国家主要存在两种态度:其一以德日及我国台湾地区为代表,即在行政诉讼法中对准用民事诉讼规则进行明确规定。其中根据立法处理方式不同可分为三种模式:日本的“原则性规定”模式^③;我国台

①参见广东省东莞市中级人民法院(2015)东中法行终字第290号行政判决书。

②参见广州铁路运输中级法院(2016)粤71行终240号二审行政裁定书。

③《日本行政事件诉讼法》(1962年)第7条规定:“关于行政事件诉讼,本法没有规定的事项,依照民事诉讼之例”。

湾地区有关民事诉讼条文“具体列举”模式^①;德国的“原则性规定+具体列举”之模式^②。其二为法国态度,即行政诉讼适用独立的行政诉讼规则,但并未完全排除民事诉讼规则的适用。尽管法国《行政诉讼法典》的制定初衷是尽可能保持法典的独立完整性,但其行政诉讼实践中“并非完全排斥民事诉讼法典的运用,一定情形下也会适用民事诉讼法典”^{[8]64},当行、民两大诉讼规则十分接近时,法官在是否适用民事诉讼法典上具有选择权,故其仍无法彻底摆脱民事诉讼法的影响。综观以上国家及我国台湾地区的法治经验,目前行政诉讼对民事诉讼相关规定的适用具有不可避免性,将二者完全割裂开来暂不具备现实可能性。质言之,我国将“准用民事诉讼相关规定”这一规则规定于《行政诉讼法》中是正确性和进步性的体现。

2. 列举了大致的准用规则范围

首先,对准用范围的列举符合立法经济原则。一方面,可准用的民事诉讼法条文众多,倘若采用完全列举的形式会导致《行政诉讼法》过于繁赘。2014 修法时已经就这一问题做出考量:“在修改过程中,曾考虑过采用在各章节后逐条列举民事诉讼法规定的方式,……但由于这样的表述很长,……因此未采用”^{[9]275}。另一方面,对适用范围的列举可有效避免民事诉讼法条文变动带来的弊端。若采取条文“具体列举”模式,则民事诉讼法条文的变动将会增加《行政诉讼法》及其司法解释的修改频率并加大修法空白期找法的复杂性。因此以制度列举的形式对准用进行规定有利于降低立法和修法的成本。

其次,对准用制度的列举有利于克服准用规范的单一性。现阶段,我国行政诉讼实践中仍然对《民事诉讼法》以外的《民诉解释》等规范存在适用需求。而具体列举模式中列举的内容通常仅是《民事诉讼法》的条款,并不涉及《民诉解释》等其他民事诉讼规范,具有一定的局限性。关于《行政诉讼法》第 101 条将准用规范的范围表述

为“《民事诉讼法》”是否合适,笔者将在下文讨论。

再者,对准用范围的列举有利于审判质量的提高。相对于 2000 年《若干解释》对准用规则的原则性规定,《行政诉讼法》第 101 条的逻辑和表述更加规范,一定程度上增加了准用范围的确定性,有效弥补了准用范围模糊带来的弊端,有利于为法官提供方向性指引并提高审判质量,减少准用错误情形的发生。

(二)《行政诉讼法》第 101 条的适用局限性

基于《行政诉讼法》第 101 条的实践适用情况,笔者认为,该条款尚存在局限与不足,仍需要在实践中总结经验并调整完善。其局限性主要体现在两个方面:

1. “找法”成本较高

其一,重复性的“找法”活动增加不必要成本。如前文所述,部分民事诉讼法条文被频繁适用。在法院依据《行政诉讼法》第 101 条准用《民事诉讼法》第 204 条的情形中,浙江高院的适用次数达到 44 次,占据所有准用该条规定的法院数的近二分之一,最高人民法院也多次适用该条款。此情形下,法官每一次对该条款的适用,都要在“找法”上耗费时间,由此造成找法成本提高,不利于行政审判效率提升。其二,准用的民事诉讼法律规范和条文的多样性增加了法官对法律进行甄别和筛选的成本,如果说重复性找法活动不应当地增加了时间成本,而纷杂多样的民事诉讼法律规范和条文还将耗费法官的精力去“选法”,同样不利于行政审判效率和质量的提升。

2. 《行政诉讼法》第 101 条的规定仍不能满足实践需求

从准用的民事诉讼规范及条款呈现出的多样性来看,该条规定具有局限性。第一,将适用范围局限于《民事诉讼法》不能满足实践的需求。从上文可以看出,实践中除了适用《民事诉讼法》外,还包括《民诉解释》《民诉意见》《审监程序解

①根据我国台湾地区《台湾行政诉讼法》(2014 年)所示,所有准用民事诉讼规则的内容均由条文明确规定。例如,其第 20 条规定:“‘民事诉讼法’第 33 条至 38 条之规定,于本节准用之”。

②《德国行政法院法》(1960 年)第 173 条规定:“如本法没有对程序作出其他规定,则在两种诉讼基本上的差异不予排除的情况下,适用《法院组织法》与《民事诉讼法》及其第 278 条”。该法在作出概括性规定的同时,也在准用的相应条文中对民事诉讼法条文予以明确列举。



释》等多民事诉讼法律规范,因此有学者进而认为应当将《民事诉讼法》以外的其他民事诉讼规则一并纳入适用范围^[10]。第二,《行政诉讼法》第101条明确列举准用范围具有局限性。司法实践中准用的民事诉讼制度超出了该条列举的范围,如诉讼参加人、诉讼费用制、裁判与裁决等制度,说明该列举存在遗漏并有待进一步完善。第三,“适用”之表述具有局限性。司法实践中,部分条款具有准用价值但还需改造或转化后才能适用,如《民事诉讼法》第13条关于诚信原则的规定、第136条关于开庭通知和公告的规定,皆因其中的“民事案件”字眼而不宜直接适用。

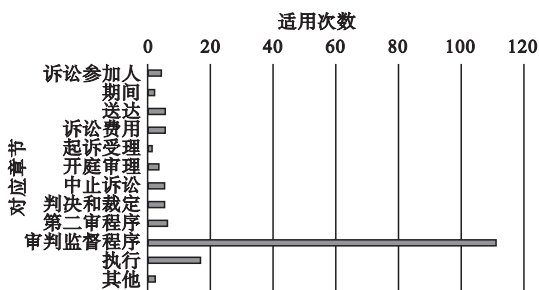


图1 依据行政诉讼法第101条准用的
民诉规则对应章节统计图

四、《行政诉讼法》第101条之完善

(一) 完善思路

自“准用民诉规则”制度设立以来,相关规范历经多次调整。笔者基于实践考察,认为《行政诉讼法》第101条仍有待完善改进。从长远计,因准用条款不利于行政诉讼法的独立与完善,故“我国《行政诉讼法》应删去准用民事诉讼规则的规定,并建立一部独立完善的行政诉讼法典”^{[7]2}。然而行政诉讼法的独立与完善过程受客观发展规律制约,现阶段我国行政诉讼制度并未完备,其完全独立不能一蹴而就,向精细化演变的过程也尚需时日,故而短期内行政案件审理仍有准用民事诉讼相关规定的必要。随着行政诉讼理论和实践的发展,我们应当逐步减少行政诉讼法对民事诉讼规则的依赖。在处理方式上,即使现阶段《行政诉讼法》没有针对行政诉讼的专门规则作出更多具体明确的规定,今后“司法解释也应努力为之,使之直接明确”^{[11]276}。

(二) 完善建议

《行政诉讼法》第101条作为承载准用性规

则的重要条款,笔者基于其存在的现实必要性,并结合该条款杂司法实践中存在的局限性,提出以下建议:

1. 对准用的制度进行完全列举

通过司法解释将行政案件审理中所需准用的制度进行完全列举,即对《行政诉讼法》第101条“等”字所包含的内容进行完善,将所有可准用的制度进行细化列举,以尽可能避免错误适用情形的出现并有效降低找法成本。针对列举的方式,笔者认为不宜采取直接列举条文的形式进行规定。原因有三:其一,条文本身占据了大量的空间;其二,条文具体列举模式难以避免民事诉讼法条文变动带来的消极影响;其三,现阶段我国不宜将准用的民诉规范局限于《民事诉讼法》。

2. 对“《民事诉讼法》”一词作扩大解释

对《行政诉讼法》第101条中的“《民事诉讼法》”一词作扩大解释,以满足实践中对《民诉解释》等法律规范的适用需求。笔者认为,将准用规范多样性需求纳入考量因素的同时,还应兼顾准用规范的规范化和适用频繁程度;故进一步认为,将其解释为“《民事诉讼法》及其司法解释”是较为适宜的做法。

3. 逐步将有适用价值的民事诉讼规定转化为行政诉讼规则

即将多次适用、不宜直接适用和除《民事诉讼法》及其司法解释以外但有准用价值的民事诉讼规则适时转化规定至《行政诉讼法》或其司法解释中,并通过行政诉讼法的进一步完善逐步减少对民事诉讼相关规定的适用。在不能及时作出转化规定的情形下,应当对准用条款中的“适用”二字扩大解释为“直接适用或转化适用”,以解决某些民事诉讼法条款不能直接适用的问题。

总而言之,行政案件审理中对民事诉讼相关规定准用的问题涉及两大诉讼法之关系以及行政诉讼法独立完善之进程,该准用规则还应不断在实践中总结经验并适时调整。

[参考文献]

- [1] 李清伟. 法理学[M]. 上海:上海人民出版社,2013.
- [2] 刘连泰. 民事诉讼规则在行政诉讼中的运用及其限度[J]. 甘肃政法学院学报,2009(03):83-89.

[3]江必新,邵长茂. 新行政诉讼法修改条文理解与适用[M]. 北京:中国法制出版社,2015.

[4]孟倩. 行政诉讼“参照”民事诉讼之再思考[J]. 学习论坛, 2014(03): 72 – 76.

[5]王春业. 论行政诉讼对民事诉讼法相关条款之适用——兼评新行政诉讼法第 101 条的规定[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2015, 23(6): 24 – 30.

[6]江必新. 完善行政诉讼制度的若干思考[J]. 中国法学, 2013 (01): 5 – 20.

[7]邵俊武,余翔. 关于《行政诉讼法》司法解释第 97 条之评析——兼谈行政诉讼法的独立与完善[J]. 甘肃政法学院学报, 2004(03): 40 – 44.

[8]薛刚凌. 外国及港澳台行政诉讼制度[M]. 北京:北京大学出版社, 2006.

[9]袁杰. 中华人民共和国行政诉讼法解读[M]. 北京:法律出版社, 2014.

[10]苏艺. 论我国行政诉讼中民事诉讼规则之准用——兼评《行政诉讼法》第 101 条[J]. 行政法学研究, 2018(1): 118 – 126.

[11]王春业. 新行政诉讼法修改评析[M]. 北京:中国法制出版社, 2015.

【责任编辑:张 戈】

**Practical investigation on the approval of provisions of
civil litigation in the trial of administrative cases
——Also on the improvement of Article 101 of the
Administrative Procedure Law**

He Jinhai, Guo Zhenhao

(Guangxi University for Nationalities, Nanning Guangxi 530006, China)

Abstract: Approval of the relevant provisions of civil litigation in the trial of administrative cases is an important rule of China’s “Administrative Procedure Law”. Approval of the relevant provisions of civil litigation should meet certain conditions. Judicial practice shows that it is necessary and correct to adopt the approval clause in the Administrative Procedure Law in the form of system enumeration; but at the same time, the clause also has limitations such as high cost of finding law and inability to meet practical needs. The approval clause in the Administrative Procedure Law should be adjusted in time according to the actual situation. At this stage, the available civil litigation system can be fully enumerated through judicial interpretation, and the term “Civil Procedure Law” in Article 101 of the Administrative Procedure Law can be expanded to be interpreted as “the Civil Procedure Law and its judicial interpretation”, as well as the timely translation of the Civil Procedure Regulations that have been applied multiple times, are not suitable for direct application, and which are not applicable to the Civil Procedure Law and its related judicial interpretations but have approval value into the Administrative Procedure Law or its judicial interpretation.

Key words: Administrative Procedure Law; approval clause; application; relevant regulations on civil procedure



【司法理论与实务研究】

基层法院人民法庭审判资源配置的 实证分析与路径探析

——以 S 市 P 区法院的 8 个人民法庭为样本

高峰,冯 婧

(上海市浦东新区人民法院,上海 200135)

〔摘 要〕人民法庭作为法院系统基层机关中的基层部门,处在司法为民的最前沿、矛盾化解的第一线,是基层社会治理探索创新的直接参与者。当前,人民法庭“案多人少”的矛盾尚未从根本上得以化解,在履行审判职责和参与基层社会治理等具体实践中仍面临一些现实困难,与人民群众对优质、高效、便捷的“家门口”司法服务需求尚有一定差距。鉴于此,有必要结合司法实践,进一步厘清人民法庭的现实困境,梳理有效的经验做法,从整合审判资源、优化人员结构、借助新型技术等方面入手,就人民法庭审判资源的优化配置问题进行深入探析。

〔关键词〕人民法庭;审判资源配置;优化路径

〔作者简介〕高峰(1988—),男,河北保定人,上海市浦东新区人民法院二级法官助理,主要从事民商事法律研究;冯婧(1989—),女,湖南岳阳人,上海市浦东新区人民法院二级法官助理,主要从事民商事法律研究。

〔收稿日期〕2020-03-17

〔中图分类号〕D926.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-068-07

人民法庭作为基层人民法院的派出机构和组成部分,是联系人民群众的纽带和桥梁,也是人民法院积极参与基层社会治理创新的前沿阵地。最高人民法院周强院长在第三次全国人民法庭工作会议上指出:“人民法庭是人民法院‘基层的基层’,是深化司法体制改革‘关键的关键’”^①。长期以来,“地区边远”“交通不便”“设施简陋”“力量薄弱”成为很多人对人民法庭的固有印象。随着改革开放的进一步深入,我国经济社会持续发展,人民法庭在基础设施建设、物质保障、信息化建设等方面已经有了长足的进步。与此同时,群众对人民法庭的期待,亦已不再满足于“便于诉讼”这一基本需求,对“公开、透明、服务”的呼声不断高涨。本文借用经济学范畴的

“资源配置”的概念,以 S 市 P 区法院的 8 个人民法庭的实证数据为依据,以基层司法实践者的视角介绍司法体制综合配套改革背景下人民法庭的新变化和新问题,尝试进一步厘清基层人民法庭与宏观司法体制改革之间的关系,并就如何优化审判资源配置作浅要分析,以期抛砖引玉,引起学者和司法界同行的重视,对此进行更为深入的探讨。

一、问题提出——人民法庭“敢问路在何方”

(一) 人民法庭的办案压力客观存在

随着经济社会的快速发展和社会转型期的矛盾凸显,社会利益主体呈现出多元化发展态势,人民群众的法治观念进一步提高,各类矛盾

^①参见江苏省东台市人民法院课题组(周宏,唐闻声,寇建东):《人民法庭审判权运行机制分析——以四家试点法庭的共性问题为基点》,载《人民司法(应用)》,2016年28期,第63页。

纠纷呈现出快速增加的趋势。对于法院系统来讲,“以审判为中心”的诉讼制度改革和法官额制的人事制度改革后,长期以来“案多人少”矛盾并未从根本上得到化解,甚至还有进一步加剧的可能性。随着我国法治社会建设逐渐深入人心,在可预见的相当长的一段时期内,人民法院案件受理数量仍将持续增长。此前,曾有理论认为人民法庭承办的案件事实相对清楚、法律关系相对简单、案件标的额相对较小,案件处理简单易行。随着经济社会的发展和人民生活水平的提高,传统民事纠纷正在发生显著变化,尤其在经济发达地区,动辄几百万、上千万标的额的错综复杂的案件早已不是偶然现象。根据笔者调研统计,S市P区法院所辖的8个人民法庭在2017—2019年度,标的额在1000万元以上的案件数量分别达到134件、148件和182件。由于区域经济发达,居民生活较为富裕且具备理财意识,大量的离婚案件、分家析产案件涉及股权、股票等金融证券的具体分割,故有人民法庭的法官戏言“现在离婚纠纷的审理难度已不亚于上市公司分立”。S市P区法院下辖8个人民法庭,共有干警322人,其中法官129人;2019年审结案件29189件,按照法官人数平均,法官年人均结案226件;扣除产假、哺乳假、病假、借调等非在岗因素,法官年人均结案数量约为275件,可见工作压力之大。随着诉前调解工作和案件繁简分流工作的逐步推进,人民法庭原来所承办的部分简易程序案件或批量处理案件业已被分流,法庭当前所承办的基本上都是“沉甸甸”“实打实”的案件,相关办案数据早已被“拧干了水分”,基层人民法庭的办案压力着实可见。

(二)人民法庭参与基层社会治理创新过程中的现实困境

现阶段,人民法庭“案多人少”的矛盾依然凸显,法官工作量已然处于“超饱和”状态。法官专注审判工作已显疲态,更难以抽出精力统筹兼顾基层社会治理,客观上影响了参与乡村振兴、基层社会治理创新等审判延伸工作的落实。如何在依法履行好审判职责的同时,兼顾辖区基层社

会治理创新,是基层人民法院干警当前所面临的现实问题。此外,人民法庭在参与基层社会治理过程中,存在主体地位不明确、治理权力不清晰、责任配置不到位等问题,客观上影响了“三个面向”和“两便”原则^①的具体落实,难以与政府部门及其他社会治理主体形成合力。S市P区法院的8个人民法庭虽已初步建立了与辖区街镇的司法联席会议机制,主动对接辖区街镇“家门口”服务站,积极开展“一对一”结对普法工作和巡回审判,并对辖区街镇的人民调解员开展驻庭培训和轮班实训,积极投身辖区基层社会治理创新,但在一定程度上依然存在形式多有重复、创新性不足、针对性不强等问题。

(三)行政装备条件和安全保障条件尚需进一步加强

虽然近年来S市P区法院人民法庭的行政装备条件和安全保障条件相较之前已有大幅提高,但在安检、监控、防爆等防范设施和装备方面依然存在短板。S区人民法院法警支队在审判保障、强制执行、送达、车辆管理等方面承担了大量工作,特别是在刑事案件处理过程中,年均需要保障刑事开庭2000多庭次,押解出警8000余人次,致使其参与基层人民法庭安全保障的法警数量“捉襟见肘”。当前,全区8个人民法庭每庭均只配备一名常驻法警,在多个法庭同时开庭时,很难做到全面兼顾。鉴于基层人民法庭办理的主要为相邻关系、分家析产等案件,该类案件本就属于纠纷不好调解、矛盾易激化的类型案件,当事人往往彼此怀有较重敌意,庭审中容易出现情绪失控的现象;人民法庭多设置在农村地区或城乡结合部,距离院本部相对较远,一旦遇到突发事件,不仅凭借自身力量难以应对,也难以得到院本部及时有效的联动保障。

二、实证分析——S市P区法院人民法庭审判资源优化配置的实践探索

建设现代法治国家并不意味着盲目快速推进司法工作进程,而忽略经济社会发展的基础条件及矛盾纠纷解决的自身需求。纠纷的解决不

^①“三个面向”即“坚持面向农村、面向基层、面向群众”,“两便”即坚持便于群众诉讼,又要便于人民法院依法独立、公正和高效行使审判权的原则。参见最高人民法院《〈关于全面加强人民法庭的工作〉的通知》(法发[2005]16号)。



应亦不能完全依赖于单一化的诉讼纠纷解决机制,否则会造成简单案件占用过量司法资源、导致司法资源不堪重负的状况;同时,诉讼也并非所有矛盾纠纷解决的最佳途径,对于部分家事纠纷等案件,调解或许可以取得更佳的社会效果和法治效果。笔者认为,还可以通过细化工作机制、整合审判资源、优化人员结构、规范工作流程等手段,解决质效瓶颈,探索在线调解、在线庭审、远程接待、网上确认等工作,主动参与辖区基层社会治理探索创新,进而实现审判资源的配置优化,回应人民群众的现实需求,保障当事人合法权益。

(一) 诉前分流与衔接

因为纠纷本身具有多样化特点,所以纠纷解决的机制也应当是多种的。诉讼纠纷解决机制与非诉讼纠纷解决机制为群众提供了多样性的纠纷解决的价值导向,也为群众提供了更多纠纷解决机制选择。目前,S市P区法院所属8个人

民法庭的诉前调解机制主要包括驻庭调解员调解、特邀律师调解、委托辖区街镇调解和同业公会调解等;部分人民法庭还在探索家事纠纷联合调处机制以及高校法学教师参与调解机制。以P区法院某人民法庭为例,该法庭通过进一步细化诉调工作机制,初步形成了驻庭调解员调解、特邀律师调解、家事纠纷调解等“三位一体”同步运行的调解机制,并与辖区调解工作室、“老娘舅”工作室实现“庭室对接”。2018年,该人民法庭驻庭调解员调撤案件680件,委托并指导辖区街镇调撤家事纠纷案件76件,特邀律师调撤案件165件,取得了较好的成效。鉴于此,人民法庭需要进一步发挥密切联系群众的优势,充分依托辖区街镇,借助村、居委及司法所、调解工作室、“老娘舅”工作室等社会力量就地化解更多的案件及矛盾纠纷,从而实现政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。

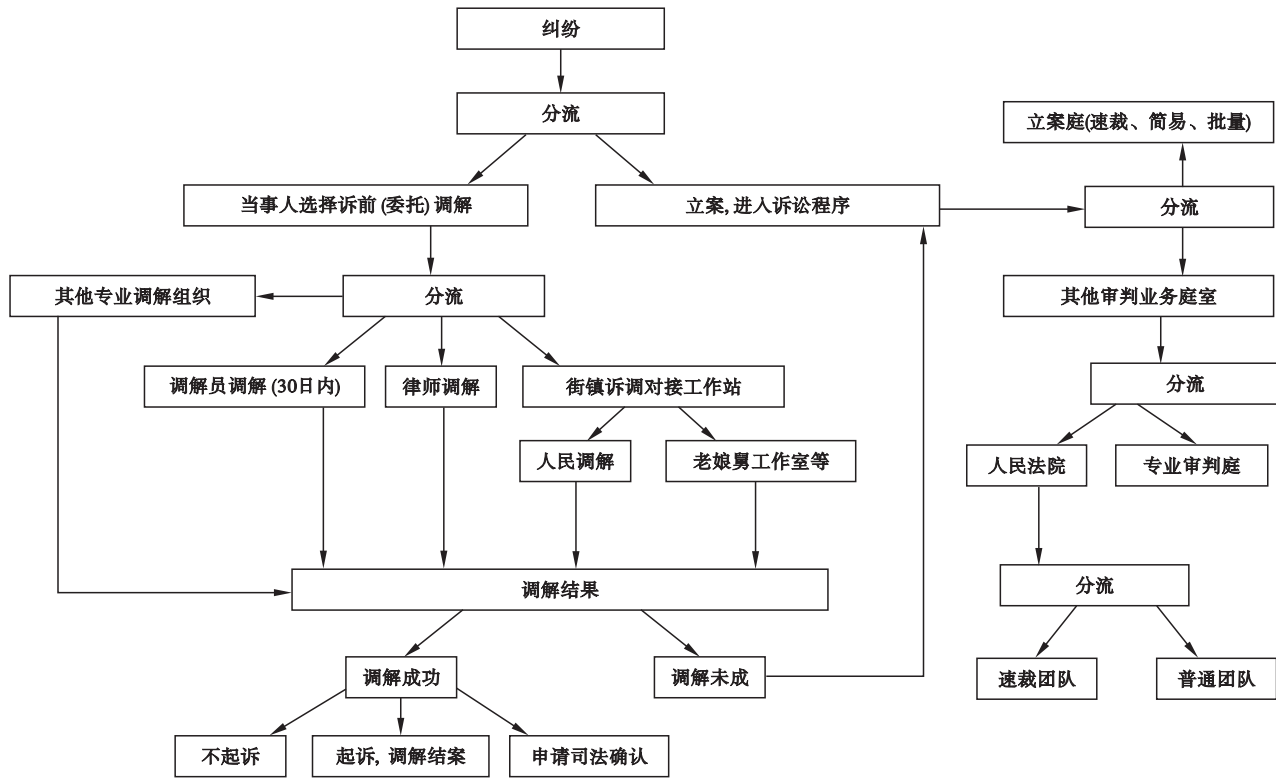


图1 S市P区人民法院案件分流机制

(二) 二次繁简分流机制

对于诉前调解不成而转入立案程序的案件,P区法院通过繁简分流,初步形成立案庭(诉调中心、速裁团队)审理简案,人民法庭审理常案,专

业审判庭审理繁案的整体格局。以2018年为例,立案庭的诉调中心累计收案42896件,占全院民商事案件收案总数的50.19%;立案庭通过速裁和诉调累计审结案件43098件,占全院民商事审结

案件总数的 50.94%。初步形成了“非诉调解协议司法确认 + 涉诉纠纷诉前调解 + 简易案件速裁 + 审前准备”相结合的“四合一”模式,将立案庭的工作向前延伸、向后顺延,构建起“二次案件繁简分流”体系,切实减轻了人民法庭的办案压力。此外,P 区法院自 2016 年起施行机动车交通事故责任纠纷案件集中审理机制,将该类案件交由 3 个人民法庭集中审理,推动形成了“受理集中化、审判专业化、法官专家化”工作格局。在 2018 年,上述 3 个人民法庭共审结机动车交通事故责任纠纷案件 7820 件,占 P 区法院该类案件总数的 99.34%。

(三)在人民法庭组建新型审判团队

S 市 P 区法院的 8 个人民法庭结合法官的职业特点和审判活动规律,在不突破现行法律规定框架的前提下,积极探索审判职权优化配置和扁平化管理模式。通过对原有审判组织进行重新整合优化,建立起由一名审判团队负责人及若干名法官、法官助理、书记员组成的相对固定的新型审判团队,同时明确审判团队的建构、运作、职权、激励等相关内容,尝试对不同人员的工作职责做进一步细分。通过完善审判团队负责人选任办法、审判团队绩效评价考核指引等配套文件,赋予审判团队相对完整、独立的审判职权及一定的自主管理权;保障审判团队内部紧密配合协作;并进一步探索分工有序、配合流畅、团结高效的审判团队运行新模式。除法律明确规定应由审判委员会、院长、副院长、庭长行使的审判职权外,其他审判、管理职权逐步交由审判团队,以促进审与判的统一、权与责的一致。8 个人民法庭现有新型审判团队 24 个,自审判团队组建以来,扁平化管理模式下的协作办案机制成效已开始显现。据初步统计,新型审判团队建立后,80% 左右的事务实现了审判团队内部解决。此外,还通过绩效考核倾斜的方式提高人民法庭岗位对广大干警特别是青年干警的吸引力,鼓励他们到基层人民法庭去,到人民群众最需要的地方去。与此同时,S 市 P 区法院制定了《绩效评价考核细则》,明确规定人民法庭在考评季度中各项核心指标均达标的,各序列绩效奖金均在原有档次基

础上上浮 5%。

(四)充分借助互联网信息化技术

在移动互联早已融入百姓日常生活的当下,司法工作也应当与时俱进,探索将人民法庭的部分职能从线下向线上的转移,推进指尖立案、线上普法、远程调解、云间庭审、网上确认等工作,借助科技化、信息化技术实现“数据多跑路、群众少跑腿”,提升审判质效和人民群众的获得感。当前,S 市 P 区法院的 8 个人民法庭均已开始使用“云间庭审”“小鱼易连”等新型“互联网 +”技术,探索推进互联网庭审、调解和远程接待工作。相对于传统方式的多元化纠纷解决途径而言,该类探索便利了审诉交流、提升了审判质效,也为我们今后的改革提供了更为广阔的思考和发展空间。但相对而言,其在成熟度、适用率等方面还有待进一步推进和探索。

(五)重视人民陪审员作用的发挥

人民陪审员制度是人民群众直接参与司法活动的重要民主形式,有助于提升司法活动的公信力及权威性。在当前法院系统“案多人少”的大背景下,人民陪审员制度的广泛应用有利于在法院内部形成科学的分工体系,更合理地配置审判资源,提升审执质效。近三年,P 区人民法院所辖 8 个人民法庭对普通程序的适用率约为 15%;同时,8 个人民法庭 2017 年度和 2018 年度的陪审率均超过了 S 市 P 区法院的平均水平,其中 3 个人民法庭连续两年陪审率达 100%。陪审率的提高在提升民主监督水平的同时,客观上缓解了“案多人少”矛盾,有利于审判资源的优化和审执质效的提升,还助力实现了基层群众与基层司法机关的“零距离”接触,推动形成双方良性互动,进而有效提升了人民法庭所在辖区群众的法律意识和法治素养。

三、路径探析——人民法庭审判资源配置的优化路径建议

人民法庭工作不仅应着眼当前,更要有超前的眼光。应当坚持问题导向、需求导向,对审判资源进行优化配置,为今后的人民法庭工作留足空间、打下基础。



(一) 优化人民法院的审判职责定位,推进“标准化人民法庭”建设

当前,人民法庭的设置标准、对应的辖区面积或人口标准、管辖范围以及与其他专业庭室之间的职责分工等一般都是由各地自行调整,缺乏相对统一的职能定位和分工标准,缺乏“标准化法庭”对标标准和发展方向,致使各地方人民法庭之间难以横向参考,亦难以发现自身不足。即便探索发现了部分人民法庭一些较好的经验和做法,但囿于各地情况不一,很多成功经验难以复制推广。对此,亟需加强顶层制度设计,推进“标准化人民法庭”建设。

(二) 优化人民法院的审判延伸职责定位,推进“服务型人民法庭”建设

针对人民法庭在参与基层社会治理中存在的主体地位不明确、治理权力不清晰、责任配置不到位,难以与政府部门及其他社会治理主体形成合力等问题,笔者建议,在缺乏立法保障的情况下,亟需完善相关的顶层设计和制度保障,理顺角色定位,明确职责分工,强化内生动力,打通司法服务群众的“最后一公里”,以实现矛盾纠纷介入机制前移,形成联动衔接的大调解工作机制,促进矛盾纠纷的源头治理和就地化解工作。

(三) 加强信息化技术运用,推进“智慧型人民法庭”建设

在移动互联早已融入百姓日常生活的当下,亟需将人民法庭的乡村振兴、基层社会治理等职能实现从线下向线上的转移,推进指尖立案、线上普法、远程调解、云间庭审、网上确认等信息化技术手段和办案模式的广泛适用,实现基层社会治理主体间线上协作、人民法庭对辖区街镇人民调解工作室的实时在线指导以及司法确认的网上操作,从而有效推进“智慧型人民法庭”建设。考虑到上述科技手段的研发周期和成本,笔者建议通过顶层统筹、先行试点的方法,待条件成熟后在各地人民法庭复制推广。

(四) 进一步理顺案件繁简分流机制,推进“门诊式人民法庭”建设

进一步整合诉前调解力量,优化调解结构,

解决调解瓶颈,不断细化和完善诉调对接工作模式。对于当事人拒绝调解及调解未成的案件须及时转入立案程序,以避免“久调不立”的情况;在诉前调解阶段,充分采集案件信息,做好案件特征登记,梳理案件类型、标的,完成当事人身份信息确认、送达地址确认和明确争议焦点等工作,为后续审判工作夯实基础;在委托辖区街镇调解方面,完善人民法庭与辖区街镇联席会议机制,互通辖区纠纷总体发展态势情况,协同推进矛盾纠纷就地化解工作,共商重点矛盾纠纷化解对策,并适时组织开展巡回调解、巡回审判工作,助力辖区开展法治教育,进而实现“审理一案、教育一片”的效果;在特邀律师调解方面,完善律师调解机制、规范律师调解程序,设立特邀律师调解员名册,结合律师调解员的专业领域、执业经验,探索实现精准分案,提高调解成功率。同时,建立律师调解“防火墙”机制,完善调解工作情况反馈机制,实现调解案件全程留痕,尤其要注重梳理分析调解数据,及时发现可能存在的问题。此外,建议适当提高特邀律师调解的补贴标准。针对调解结案标的额在15万以下的案件,当前每件案件的补助标准仅为300元,对律师参与调解的吸引力不强。横向来看,参考当前浙江省某中级法院调解案件的补贴标准,其对特邀调解员(包括律师调解员)的补贴基准为每调解成功一件补贴1000元,且系列案件、疑难复杂案件的补贴标准另行计算^①。鉴于此,建议S市人民法院系统适当提高并相对统一相关案件的补贴标准。

(五) 探索完善科学合理的“人案配比”动态调整机制,推进“人随案走”的“动态式人民法庭”建设

对于人民法庭而言,人力资源的优化配置尤为重要。在实践层面,各人民法庭的收案数量在不同时间段是动态变化的,在某些时间段可能会出现收案数量剧增和剧减等极端变化,且上述因素的变化在当前立案登记制的大背景下显得愈发难以预测。亦即,收案情况一直动态变化,若各人民法庭的人员配置一直采用“以不变(人员配置)应万变(收案情况)”则不免会显得有些“削

^①参见丁洁,詹昀刚:《律师调解的现实困境与解决路径探讨——以浙江省杭州市试点实践为视角》,载《中国司法》,2018年第12期,第41页。

足适履”。鉴于此,建议8个人民法庭之间的人员配置要根据收结案情况的变化而实现适度的动态调整^①。必要情况下,8个人民法庭与其他专业审判庭之间亦可参照该机制施行,以实现“人随案走”,确保收结案的良性循环。此外,笔者建议通过“以案定员”的方式,完善基层人民法院的人员配置。考虑到立案庭审理简案、人民法庭审理常案、专业审判庭审理繁案的现实背景,不同审判业务部门的人员配比应当有所区别。立案庭的特点是除常规立案工作外,还承办一些简易、批量、速裁等案件,建议在人员配置中适当减少法官助理的配置;同时适当增加辅助文员如书记员等人员的配置,以应对大量的收发传票、庭审记录、案卷归档等事务性工作,故可结合该庭工作特点采用传统的“1+1”即“一审一书”的配置模式,或采用“2+1+2”^②等配置模式。人民法庭的特点是办理常规案件,且以民商事案件为主,对法官助理有一定需求,承办案件过程中亦可实现对法官助理带教等传承工作,故可采用“1+1+1”即“一审一助一书”的配置模式^③。专业审判庭的特点是处理的案件相对复杂但案件类型相对单一,故可在人民法庭的基础上,适当增加法官助理的配置,同时适当减少书记员的配置,使法官助理的相对优势得以发挥。同时,建议适时安排调岗轮换,以避免出现办案能力僵化的风险。

(六)完善人民法庭的安保联动机制,推进“平安法庭”建设

虽然近年来随着经济社会的不断进步、信息化技术的不断发展,人民法庭的物质装备条件已经取得了长足的改善,但即使是在S市P区这样位于东部沿海经济发达省份的人民法院,法庭办公条件、安保条件等方面也依然存在一些短板。当前,社会上侵害法官合法权益的情况仍时有发生,对此尚缺乏行之有效的具体保障机制,人民法庭在这一问题上的现实困境尤为凸显。亟需

制定法官权益保障实施细则,增加监控覆盖范围,实现审判区域、办公区域的监控范围全覆盖、无死角,完善与政府部门和社会组织的相关联动机制,落实人民法庭与属地派出所的常态化联席会议机制以及安保联动的有效衔接,明确安保责任,形成保障合力。

此外,我们还应关注新一轮司法改革背景下出现的新情况和新问题,打造“与时俱进的人民法庭”。审判资源优化配置的目标是保障司法公正和司法责任制的落实。若基层人民法院案多人少的矛盾依然凸显甚至加剧,就会导致法官难以全身心专注于审判核心事务,无暇更多考虑审判的价值引导、总结审判经验、梳理审判思路、指导法官助理等事关司法公正的关键内容,客观上可能会影响司法责任制的落实^④。当前,P区8个人民法庭普遍存在审判辅助人员不足、法官助理体量不宜过大的矛盾,依靠人民法庭自身难以破题,需要顶层设计的关注和支持。根据S市的相关政策,法官助理的职业路径是晋升为法官。若法官助理体量过大,可能造成其职业发展空间小、人员积压的情况;还可能造成初任法官平均年龄不断增长,从而缩短其任法官的执业期间,造成司法资源的浪费;使用中央政法编制空编招录书记员,则会在经济学层面上出现成本偏高的问题。鉴于此,建议探索建立与案件数量增长相匹配的辅助文员额度增长机制,通过购买社会化服务等方式,增加审判辅助力量,使案多人少的矛盾在一定程度上得以缓解。与此同时,关于法官助理的职责定位尚待进一步明晰,法官助理究竟应该配置给审判团队,还是配置给固定的带教法官?如果配置给审判团队,会不会导致仅侧重其审判辅助职能的发挥,而忽略其作为法官后备队的培养;如果将法官助理直接配置给承办法官,会不会使承办法官成为“甩手掌柜”,变成躲在法官助理背后的“橡皮图章”,从而使得法官助理成为审判工作中“隐形的法官”。关于法官助

①参见刘庆伟:《从“形似”到“形神兼备”:部分试点法院新型审判团队设置之反思与改进》,载《山东审判》,2017年第4期,第47页。

②“2+1+2”即2个审判员、1个法官助理、2个书记员的配置模式。

③参见于猛:《人民法院审判团队制度建设与模式选择——以基层人民法院审判团队的构建为例》,载《法律适用》,2018年第11期,第66页。

④参见张雪纯:《我国合议制裁判的缺陷及其完善——基于决策理论的分析》,载《法学家》,2009年第3期,第39页。



理的考核管理^①,究竟应该赋予带教法官更大的决定权,还是由组织统一考核等,都是改革过程中应该注意到的新问题。如果赋予带教法官更大的考核决定权,那么如何保证带教法官在对法官助理的考核中不流于形式,以及能够最大程度地减少个人感情方面的因素,客观公正地评价法官助理的工作质效;在赋予带教法官更大考核决

定权的情况下,如何统一不同带教法官的考核标准,从而得出客观公正的考核数据,这些问题需要我们在将来的实务工作和理论探讨中更多地加以关注并深入研究。

【责任编辑:张 戈】

Empirical analysis and way out of optimal allocation of trial resources for people's courts in grassroots courts ——Taking 8 people's courts of P District Court in S City as a sample

Gao Feng, Feng Jing

(Pudong New District People's Court of Shanghai, Shanghai 200135, China)

Abstract: The people's court, as the grassroots department of the grassroots organs of the court system, is at the forefront of the judiciary for the people and the first line of conflict resolution. It is a direct participant in the exploration and innovation of grassroots social governance. At present, the contradiction of "more cases but less manpower" in the people's courts has not been fundamentally resolved. It still faces some practical difficulties in fulfilling its judicial duties, participating in grassroots social governance and other specific practices. There is still a certain gap from the demand for excellent, efficient and convenient judicial services at the door. In view of this, it is necessary to further clarify the practical dilemma of the people's courts in combination with judicial practice, sort out effective empirical practices, and proceed from the aspects of integrating trial resources, optimizing personnel structure and leveraging new technologies to conduct in-depth exploration to the optimal allocation of the trial resources for people's courts.

Key words: people's court; allocation of trial resources; optimization path

^①参见尤文军,郑东梅,谭志华:《基层法院法官助理履职情况的调研》,载《中国应用法学》,2018年第4期,第107-108页。

【司法理论与实务研究】

虚拟性产权式商铺转让代租纠纷司法认定研究

贾宏斌,刘冰青
(沈阳市中级人民法院,辽宁 沈阳 110013)

〔摘 要〕虚拟性产权式商铺转让代租营销模式在为投资者提供新型投资机会的同时,亦伴随着因投资回报、经营收益等利益纠纷而引发的诉讼。《商品房销售管理办法》第 11 条规定,地产开发企业不得采取返本销售或者变相返本销售的方式销售商品房,但实践中房地产开发企业采取对虚拟性产权式商铺转让代租的模式规避限制,而我国目前尚未对此情况从立法层面进行定性和规范,司法认定标准尚未完全统一。司法认定中对于虚拟性产权式商铺转让代租合同意思表示真实且不存在法定无效的情形下,应对合同效力作出肯定性评价。对于虚拟性产权式商铺所有权行使应进行必要的限定,注重对集体意志的考量,以维护交易稳定,实现物尽其用。

〔关键词〕虚拟性产权式商铺;经营使用权;转让代租纠纷;合同效力;合同解除

〔作者简介〕贾宏斌(1978—),男,辽宁沈阳人,辽宁省沈阳市中级人民法院四级高级法官,民二庭副庭长,民商法学博士,主要从事民商事审判工作研究;刘冰青(1990—),女,辽宁辽阳人,辽宁省沈阳市中级人民法院法官助理,法学硕士,主要从事民商事审判工作研究。

〔收稿日期〕2020-01-20

〔中图分类号〕DF418 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-075-09

一、问题的提出

一般认为,产权式商铺是指开发商将其开发建设的大型商业项目按照一定的设计和布局分割成若干子商铺出售;商铺投资者购买商铺并拥有商铺的所有权;投资者并不直接独立经营,而是将商铺委托给开发商或品牌经营的第三方统一经营管理,由开发商或经营管理第三方向商铺投资者(也称业主)^①支付租金或收益的房地产开发经营模式^②。产权式商铺在我国兴起之时恰逢我国股市低迷,央行降息,社会中聚集的大量闲置资金亟待寻求新的理财投资方式。正是在国民经济持续发展、大众投资方式稀少这样一种社会经济背景下,结合商业地产整体产权分割后具有的“投资门槛较低、回报相对稳定”的优势,产权式商铺一经推出就迅速成为人们追捧的热点。

近年来,随着互联网经济的蓬勃发展,作为大型商业项目重要组成部分的产权式商铺经营状况普遍受到一定冲击,呈现投资者预期投资目标无法顺利实现、长期投资回报难以得到有效保障的局面,由此引发的诉讼纠纷不断涌现。

从物理存在形式上看,产权式商铺主要分为两种类型。一种是独立性产权式商铺,又称“现实性产权式商铺”,即开发商将商场进行物理形态的实质分割,以墙壁、划线、地钉等作为界限确定四至范围。这种类型商铺与商铺之间在构造上具有独立性。另一种是虚拟性产权式商铺,即开发商在建造时不对商铺进行实质分割,仅在出售过程中在商场规划图上进行面积划分,投资者购买的商铺实质上是“面积”。这种类型凭借商铺买卖合同使投资者享有权利,但是限制经营权

①因产权式商铺的投资人往往以分散的自然人作为买受人的形式出现,有时也称为业主。故本文中涉及到产权式(地下)商铺的购买者的称谓根据语境情况称“投资人”或“业主”,如无特殊交代,不再作语义上的严格区分。
②参见赵霞:《产权式商铺所有权的界定和行使限制》,载《人民司法·案例》,2013年第24期。



和使用权,投资者只能将商铺以回租或者包租的方式租给开发商或者第三方管理者统一经营,而投资者获得定期定额的投资回报或商铺租金。因虚拟性产权式商铺运作模式的创新发展,基本形成了涵盖买卖合同、委托经营合同、租赁合同、

担保合同等多重法律关系架构,涉及出售者(开发商)、投资者(业主)、代租人(委托管理公司、经营管理商)、实际经营者、担保公司甚或政府等多方主体,如图1所示。其间无论在哪一环节出现问题,都有可能导致纠纷的发生。

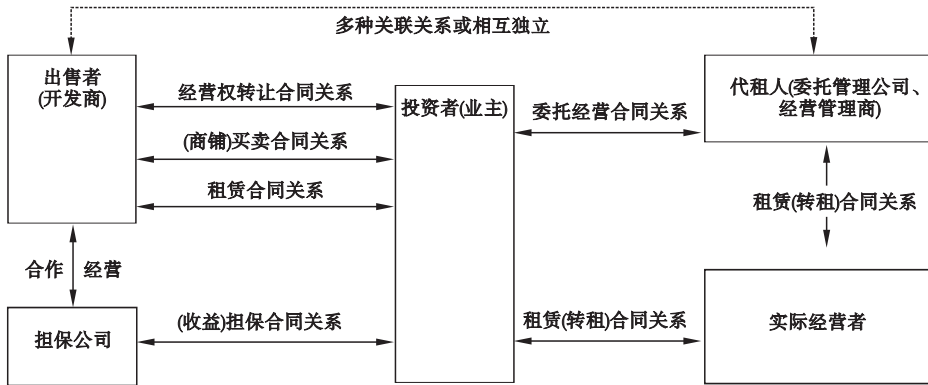


图1 虚拟性产权式商铺运作模式各方关系图

由于产权式商铺的收益主要受经济形势的变化以及委托经营方制定的经营策略影响,一旦购买产权式商铺的业主不能实现预期收益或实际收益远低于其预期时,就易引发商铺业主与共同委托经营方之间甚至商铺业主与开发商之间的纠纷。我国目前尚没有专门的法律或司法解释对产权式商铺进行定性和规范,特别对于由虚拟性产权式商铺经营使用权转让代租引发的诉讼纠纷,法院裁判观点和相关学说不尽统一,殊值深入研究和规范。

二、虚拟性产权式商铺类案纠纷原因解析

开发商通过产权分割交易、集中规划、包租管理,迅速融资兴建大规模的商贸市场或商业综合体,其中包含了多种营销模式,在虚拟性产权式商铺纠纷产生后的民事诉讼中,也随之呈现出相应的特点。

(一) 因出售经营使用权而产生纠纷

开发商与业主签订商铺使用权买卖合同,约定业主以一定的价格购买商铺几十年的使用权,该期间内商铺可全权委托开发商或经营公司管理,并按照一定标准支付业主租金;也可由业主自行经营;还存在允许开发商在一定期限内向业

主支付回购款回购该商铺的情形。该使用权的出售不涉及标的物所有权的转移,商铺所有权仍属于开发商,而买受人所关注的不是对标的物的控制和使用,而是该商铺所在区域的未来收益^①。

(二) 因转让收益权而产生纠纷

开发商将商铺一定期限内的收益对外出售,期限一般为3至5年,由买受人按照当地租金的标准支付对价;开发商再以租金的一定比例每年支付收益;期满后由开发商回购,并返还买受人对价。一般情况下,开发商往往先将商铺出租经营,再将该经营的收益权转让。转让收益权是所有权人将其对标的物的收益权能进行处分,既不涉及标的物所有权的转移,也不涉及买受人对标的物的占有使用。

(三) 因承诺售后包租而产生纠纷

开发商在出售商铺时与买受人约定,在一定期限内承租或为买受人代租所购商铺,或由其委托的经营公司对外经营。在实践中一般有两种情况:一是开发商在当地设立子公司或与其他主体共同出资设立经营公司,对整体商铺进行物业管理和商业运行,并与业主签署包租或代租协议;二是开发商委托或聘请与其没有股权、资金

^①参见景鑫:《产权式商铺的纠纷展现及司法认定》,载无锡市法学会网站:<http://fxh.wuxi.gov.cn/doc/2017/10/24/1565737.shtml>。2017年10月24日,最后访问时间:2019年11月18日。

关联的企业对商铺进行经营管理^①。

(四) 因约定租期过长而产生纠纷

开发商将商铺出租给承租人,租期 40 年,由承租人一次性付清租金,租期内由开发商包租使用,并每年向承租人支付收益;租赁期满后商铺的所有权归业主,或者由开发商返还租金后回购。合同法规定租赁期限不得超过 20 年,否则超过部分无效。而此类租赁的期限往往较长,一般等同于商业用地的使用年限 40 年,且租金是一次性付清,同时还会对租赁期满后商铺所有权的归属进行约定。

(五) 因一“铺”数卖而产生纠纷

开发商在对外出售时并未对商铺与商铺之间进行实质性分割,仅在商场规划图上进行面积划分并将划分的“个体”出售给众多中小投资者。由于房产管理部门对虚拟性产权式商铺的登记问题持禁止的态度,开发商在销售商铺时无法为投资者办理产权过户,投资者仅依照《商铺买卖合同》享有权益。一旦开发商违约,将商铺不再做分割而整体出卖给第三人,并且为第三人办理产权过户登记,购买商铺的中小投资者的权益将无法得到保障^②。

(六) 因要求分割整体商铺而产生纠纷

虚拟性产权式商铺所有权登记在开发商名下,实际的物权人是开发商,投资者仅仅依据一纸合同享有债权。根据物权优先于债权的原则,中小投资者无法主张返还对商铺的实际占有。此外虚拟性产权式商铺涉及多业主的共同经营情况,为了商铺整体功能的发挥和社会资源的最大化利用,部分业主主张分割商铺、自主经营的请求在实践中也不会得到司法支持^③。

(七) 因合同期限届满后是否续约而产生纠纷

商铺合同期限届满后,开发商或者第三方管理者已经形成了一定经营规模,商铺实现增值。

此时,一边经营者希望继续租用商铺;另一边,投资者主张提高租金或收益标准,或者收回商铺自行经营,从而发生争议。司法实践中,对此类纠纷存在两种截然不同的裁判结果^④。

三、涉地下商铺经营使用权典型案例裁判分析

笔者以郭某诉甲公司地下商铺经营使用权转让合同纠纷二审生效案件为例,对地下商铺经营使用权转让代租合同纠纷所涉及的基本法律关系进行梳理,并就裁判过程作以分析。

(一) 基本案情

2010 年 12 月 20 日,沈阳市 R 办公室(以下简称“市 R 办”)与某商业公司签订《人防工程开发建设权、经营使用权出让合同》(以下简称《出让合同》);2011 年 6 月 9 日,市 R 办、某商业公司与甲公司签订《人防工程建设权、经营使用权出让合同之补充合同》(以下简称《补充合同》)。甲公司取得位于沈阳市某商业街地下人防工程的 2 年开发建设权及 40 年经营使用权。

2013 年 11 月 29 日,郭某与甲公司签订《转让合同》,约定转让位于沈阳市某商业街地下商铺使用面积约 6.6 平方米(以下简称“涉诉地下商铺”)。郭某享有商铺经营使用权的期限为自商场开业三年后 37 年。合同签订后,郭某向甲公司交纳了地下商铺经营使用权转让款 565,956 元。2013 年 12 月 5 日,该商业街人防工程取得公众聚集场所投入使用、营业前消防安全检查合格证。涉诉地下商铺所在的商业广场于 2013 年 12 月 14 日开幕。郭某与甲公司签订《代租申请》,申请商场帮助将涉诉地下商铺对外出租,代租期限为一年,代租期自 2016 年 12 月 14 日起至 2017 年 12 月 13 日止;租金标准以该地下商铺实际租赁租金标准为准;地下商铺业主在代租期间不得以任何理由提前终止代租约定、不得以任何

①“赵某某诉沈阳 N 房地产开发有限公司等租赁合同纠纷案”,参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2014)沈中民二终字第 1090 号民事判决书;类似案件还有辽宁省沈阳市中级人民法院(2017)辽 01 民终 9263 号民事判决书,即法库 Z 置业有限公司系列案件;辽宁省沈阳市中级人民法院(2015)沈中民二终字第 2830 号民事判决书,即沈阳 G 纺织服装城开发有限公司系列案件。

②参见吉林省高级人民法院(2014)吉民申字第 260 号案件。

③参见辽宁省高级人民法院(2014)辽审一民申字第 374 号案件。

④参见四川省高级人民法院(2015)川民提字第 15 号案件。



名义干扰承租商的日常经营。

合同履行过程中,郭某以甲公司已将地下商铺所在位置整体破坏并将其出租,导致郭某无法使用该地下商铺,致使合同目的无法实现为由诉至法院,请求法院判令:1.《转让合同》超过20年部分无效;2.解除《转让合同》,返还购铺款及利息。

(二) 裁判结果

一审法院认为,郭某交付了全部经营使用权转让款,并与甲公司签订了《代租申请》,故双方签订的《转让合同》是对甲公司已经合法拥有的经营使用权的转让,并非租赁合同;该合同是双方真实意思表示,且未违反法律、行政法规的强制性规定,合同合法有效。故判决驳回郭某的诉讼请求。宣判后,郭某以双方签订的《转让合同》为租赁合同,超过20年部分属于法定无效;本案工程不符合出租条件、合同目的无法实现为主要理由,提起上诉。二审期间,甲公司承诺同意与郭某就涉诉地下商铺的租金收益进行核对,并将收取的全额租金交付给郭某。二审法院经审理后判决:驳回上诉,维持原判。

(三) 裁判理由

二审生效判决认为,该案系由具有人防工程性质的地下商铺的经营使用权对外转让所引发的合同纠纷。

第一,关于《转让合同》的性质及效力如何认定的问题。甲公司与市R办签订了《出让合同》,取得了人防工程项目的开发建设权和经营使用权。《转让合同》名称为经营使用权转让合同,标的为涉诉地下商铺的经营使用权,郭某支付的价款为转让款,在实际交付商铺后,又存在委托代为外租的行为;双方在合同订立过程中并无明确订立租赁合同共同意思表示;结合涉及人防工程行业的惯常交易模式及通行做法来看,此类合同因其本身具有特殊性,故不宜将其作为普通租赁合同予以认定。根据郭某提供的现有证据无法确切证明双方在订立《转让合同》及履行过程中,具有《合同法》第52条规定的其他无效情形,故对《转让合同》宜认定为有效合同。

第二,关于《转让合同》约定超过20年经营期限部分是否有效的问题。首先,从合同性质来

看,其性质属经营使用权转让合同关系,而非普通租赁合同关系,不应受《合同法》关于租赁合同最长期限规定的限制。其次,从合同标的的属性来看,《转让合同》标的为地下商铺经营使用权,确非地下商铺所有权。该经营使用权的转让亦不因与人防工程所有权归属于国家而发生冲突,或因所有权人并非甲公司而使其权利受到限制、权益受到贬损。最后,从合同约定的年限来看,郭某与甲公司签订的《转让合同》所让渡的涉诉地下商铺的经营使用权期限,并未超过甲公司所受让的涉诉地下商铺所属人防工程项目经营使用权的最长期限。因此,对于郭某提出要求确认《转让合同》超过20年经营期限部分无效,同时返还超过20年经营期限部分的转让款的请求,不予支持。

第三,关于《转让合同》经营使用权转让期限未超过20年部分应否解除以及相应后果如何处理,即郭某是否享有对涉诉《转让合同》的解除权以及该解除权是否应受到除斥期间限制的问题。首先,一方面,由于《转让合同》并未赋予合同双方单方解除合同的权利,且按照合同约定,双方此后亦未另行达成任何关于合意解除或约定解除条件的书面协议,故郭某对于《转让合同》并不享有约定解除权;另一方面,郭某与甲公司均各自履行了相应合同义务,彼此均不存在过错,且合同具备继续履行的条件,故郭某就《转让合同》并不享有合同解除权。其次,因双方代租行为的存在,郭某如未能取得代租期间租金的相关收益,可通过查账核对方式或另行向甲公司主张该权益,而不应径行以合同目的无法实现为由,主张确认《转让合同》部分无效以及解除有效部分。最后,从投资行为自身属性来看,郭某受让涉诉地下商铺经营使用权的目的,很大程度上在于期望在权利行使的期间内取得持续而稳定的收益,但这种期望是否必然能够实现则具有极强的不确定性,恰恰与投资行为本身所具有的风险性相对应。从维护市场交易秩序和公平诚信原则的角度来讲,郭某意图通过主张合同部分无效、部分有效并解除,返还全部转让费的方式,来规避投资风险的行为,法院难以支持。最终,二审法

院驳回郭某上诉,判决维持原判^①。

四、涉(地下)商铺转让代租纠纷司法认定基本要素研析^②

(地下)商铺转让代租是商业地产开发商为了促进销售,在地下商铺销售时与投资买受人约定,由投资买受人一次性交付转让费,开发商将不超过开发使用年限的地下商铺经营使用权转让给买受人;买受人与开发商签订委托代租协议,在转让后的一定期限内由该开发商代理买受人对外出租其购买的地下商铺,收益归买受人所有的营销行为。该模式与《商品房销售管理办法》第45条规定的商品房售后包租模式有些近似。售后包租模式通常存在于买受人购买产权式商铺用于经营商场或者酒店的场合。在转让代租营销模式下,(地下)商铺纠纷的司法认定问题主要涉及到对行为效力、投资者(业主)权利、开发商及管理商责任认定三方面问题。

(一)转让代租行为的效力认定问题

对于商品房售后包租合同的法律效力问题,《商品房销售管理办法》第11条、第42条明确规定房地产开发商不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工的商品房。由此可见,商品房售后包租行为在我国现行房地产开发政策层面是严格禁止的。但司法实务中一般认为,依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条的规定,由于《商品房销售管理办法》属于部门规章,不属于法律、行政法规的范畴,因而房地产开发商与买受人订立的商品房售后包租合同不得依此认定无效。只要售后包租合同具有商品房销售和租赁的真实内容,双方当事人的意思表示真实,且不具有《合同法》第52条规定的其他无效情形,对售后包租合同的效力一般予以肯定。

值得关注的是,根据2011年施行的《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定,不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的,以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的,符合该解释第1条第一款规定的条件的,应当依照《刑法》第176条的规定,以非法吸收公众存款罪定罪处罚^③。据此规定,司法实践中需要区分单纯的售后包租与企业以售后包租名义借贷融资的关系。纯粹的售后包租是一种正常的市场交易行为,无论是商品房买卖合同还是租赁合同均应符合法律的规定。名为售后包租实为借贷融资,即当事人订立的售后包租合同不具有房地产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的的,依据最高人民法院前述司法解释的规定,应认定为借贷融资关系,而非商品房买卖和租赁合同关系。此种情形下,房地产开发商的行为涉嫌非法吸收公众存款犯罪,所订立的售后包租合同应认定无效。一般情况下,地下商铺转让代租合同的法律效力应与售后包租合同认定理由保持一致性。

诚然,地下商铺作为交易客体,具有与普通地上商铺、酒店及商品房不同之处,体现在地下商铺的所有权和转让期限如何认定,及是否影响到合同效力的问题。在前述地下商铺经营使用权转让纠纷案例的裁判过程中,亦曾形成两种意见。多数人意见认为,认可《转让合同》效力。虽然地下商铺属于地下人防工程项目之一,所有权应归国家享有且当事人对此均未提出异议,但开发商通过与R办签订出让合同,投资开发建设地下商铺所在项目后,取得经营使用权,大规模对外销售,并未受到行政管理部门的禁止。鉴于法无禁止即自由的原则,开发商作为开发建设者、经营使用权人,在不违反法律禁止性规定的情况

①参见沈阳市和平区人民法院(2017)辽0102民初11050号一审民事判决书、沈阳市中级人民法院(2018)辽01民终13005号二审民事判决书。

②“地下商铺”因其自身所处位置的原因,属于产权式商铺的特殊类型之一,本文以“地下商铺”纠纷案作为切入点进行探讨,但并不仅限于对“地下商铺”单一对象,包涵了对产权式商铺范围的研究,故本文在涉及到地下商铺及商铺的共同论述部分,使用“(地下)商铺”概念,表此意。

③《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第1条第一款规定:违反国家金融管理法律规定,向社会公众(包括单位和个人)吸收资金的行为,同时具备下列四个条件的,除刑法另有规定的以外,应当认定为《刑法》第176条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”:(一)未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金;(二)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传;(三)承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报;(四)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。



下,可以将其享有的使用权、经营权、收益权进行出售或有偿转让,此其一。其二,尽管《转让合同》约定的经营使用权期限超过合同法所规定的20年最长租赁期限,但并未超出其与所有权人即R办签订出让合同约定的经营使用权期限,且郭某作为投资者一次性交付了转让费,与甲公司签订了《代租申请》,应当是一种以经营使用权为核心的买卖合同行为,不受最长租赁期间的约束。少数人意见认为,郭某与甲公司就地下商铺达成的是租赁合同关系,合同法上的买卖涉及标的物权属的转移,而经营使用权的转让并不涉及标的物的权属变动,开发商处分的仅是商铺的使用权能,实际就是一种租赁关系。此观点在司法实践中极少被采纳。例如,在山东省济南市中级人民法院审理的赵某某诉江苏S实业股份有限公司、济南J人防商城管理服务有限公司、吴某某、济南市T区R办公室租赁合同纠纷案中,将地下商铺《使用权转让合同》简单地认定为租赁关系,从而作出超出20年部分合同无效的判决^①。

笔者认为,在使用、收益和处分等权能从所有权中分离出来,可以单独作为交易的对象,产权式商铺的营销方式已经发展到所有权、管理权和经营权三权分置阶段的背景下;在物权法倡导的物尽其用,合同法维护交易稳定原则的现行民事法律制度规范下,只要当事人的意思表示真实,且不具有《合同法》第52条规定的其他无效情形,对地下商铺经营使用权转让代租行为的效力作出肯定性的评价是符合当下司法理念发展趋势的。

(二) 投资者(业主)的权利认定问题

在转让代租或是售后包租营销模式下,买受人作为业主是商铺的所有权人,但其在租期内不对商铺享有占有、使用、处分的权能,仅能按约享有收益权,因此其不具有完全的物权功能。审判实践中主要形成三种不同的裁判观点:一是按建筑物区分所有权关系处理;二是按按份共有关系处理;三是不作具体认定。典型判例如表1所示。

就虚拟性产权式商铺的物权属性而言,建筑物区分所有权观点认为,根据《物权法》第76条和《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠

纷案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定,具有构造上独立性、利用上独立性且业主已登记取得产权的商铺,符合建筑物区分所有权的构成要件,业主享有的是建筑物区分所有权。在业主决定建筑区内重大事项及表决权时,业主对虚拟性产权式商铺的权利行使,因涉及建筑区内重大事项处分,单个业主不宜作出决定,而应按照多数决原则处理。按份共有权观点主张,根据《物权法》第94条和第97条规定,虚拟性产权式商铺不具备构造上独立性、利用上独立性的构成要件,但业主实际已取得商铺产权,应当认定业主之间形成了按份共有关系。此类虚拟性产权式商铺的处分,在没有特别约定的情况下,应当经份额占三分之二以上的共有人即面积占三分之二以上的表决权同意。商铺位置只是一个虚拟的符号,不具有实质意义,各业主依自己所占的份额来获取收益。

大部分法院的判决思路为淡化对产权式商铺乃至地下商铺的权利定性,普遍认为虚拟性产权式商铺体现为所有权与经营权的分离,业主出于投资目的购买商铺,通过开发商或第三方公司整体委托品牌经营商进行统一经营,商铺业主获得定期定额的投资回报。虚拟性产权式商铺有别于独立商铺的特征在于需要统一进行经营,才能体现出商铺最大的商业价值,使产权人获得收益和实现其投资增值的目的。即便是商铺业主自营,也应遵循市场规律,根据整体规划和统一管理进行经营。对虚拟性产权式商铺“物权”应和独立物业的物权有所区分。因此,对业主主张的返还商铺和分割经营的诉讼请求不予支持。

(三) 出售者(开发商)、代租人(经营管理商)的责任认定问题

逐利避害系产权式(地下)商铺大量纠纷产生的根源性原因,主要体现为:若商铺经营不善,业主作为投资者无法定期取得投资收益,难以实现合同目的,或者已经产生风险,导致业主反悔主张解除合同或确认合同无效,要求返还投资本金和赔偿损失;若商铺经营增值,则导致业主要求提高租金或收益标准,乃至主张收回商铺自行经营。而在实践中,往往开发商与业主并非是代

^①参见山东省济南市中级人民法院(2017)鲁01民终6058号案件。

租或包租关系的直接相对人,业主在主张权利救济时,作为出售者的开发商和作为代租人的经营管理商是否承担连带责任观点不尽统一。从个

案分析中可见,理论基础依据和举证责任负担亦有所不同。

表 1 审判要旨及审理思路重点摘录①

认定结论	裁判法院	文书案号	代表性裁判观点
建筑物区分所有权	山东省济南市中级人民法院	李某某和山东 SK 置业公司一案	李某某和山东 SK 置业公司一案所涉及商铺虽然与其他商品之间无物理间隔,但商铺位置、面积是具体确定的,商场内部的商铺与公共区域相通,能够独立使用,具备独立的使用价值,可以作为独立物权客体,商铺的业主享有的是建筑物区分所有权。
	辽宁省高级人民法院	(2014)辽审一民申字第 1383 号	
按份共有	四川省高级人民法院	(2015)川民提字第 17 号	诉争商铺没有明确的界址和空间隔离设施,不能划清房屋的平面和空间范围,不具有封闭性,不符合建筑物区分所有权理论的特征。业主只能对商铺所有权进行量的抽象分割,根据所享有的份额形式权利。业主所购买的商铺所有权属于按份共有性质。
	江苏省苏州市中级人民法院	(2016)苏 05 民终 7645 号	
	新疆维吾尔自治区高级人民法院	(2017)新民申 482 号	
未作定性	湖南省长沙市中级人民法院	(2014)长中民再终字第 00284 号	回避对产权式商铺经营模式进行物权类型的定性,转而利用民法通则、合同法和物权法的其他法律规定加以判决。根据民法上平等自愿原则、维护多数业主的最大化利益、防止社会财富的浪费等理论依据进行裁判。
	陕西省高级人民法院	(2015)陕民一终字第 00024 号	
	江苏省高级人民法院	(2015)苏申三民申字第 00726 号	
	浙江省高级人民法院	(2015)浙民再字第 29 号	
	安徽省淮南市中级人民法院	(2015)淮民一终字第 0010 号	
	湖北省武汉市中级人民法院	(2015)鄂武汉中民终字第 00984 号	
	沈阳市中级人民法院	(2018)辽 01 民终 13005 号	

一是人格混同。《公司法》第 20 条规定,公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。开发商成立经营管理公司与业主进行代租或包租,其出发点是为了规避法规、逃避责任,使得代租或包租行为产生的纠纷责任由没有履行能力的经营管理公司向业主承担,最终损害了业主的利益,因此开发商作为股东应对经营公司的债务向业主承担连带责任。但是,开发商与经营管理商是否存在公司法上的人格混同,首先应由业主对此基本事实承担初步的举证责任,此后举证责任转移至开发商,由开发商就不存在人格混同进行举证证明。但

司法实践中,因业主不是该方面证据的持有者,难以对开发商与管理商之间存在人格混同进行举证。

二是委托经营。开发商将虚拟性产权式商铺出售给业主,双方均明确该商铺是要代租或包租经营使用,虽然代租或包租协议是业主与经营管理公司签订,但实际上是开发商委托经营管理公司与业主进行代租或包租的经营行为。因此,开发商对经营管理公司的代理行为应承担责任。开发商与经营管理商之间的委托代理关系并不明显,业主很难完成取证责任,更不能排除仅是一种介绍关系。

三是共同代租包租。无论是转让代租还是

①参见付焱:《产权式商铺的法律问题研究——以“虚拟性产权式商铺”为中心》,山东师范大学 2017 年硕士学位论文,在原表格基础上有改动。



售后包租,均包含“售”和“租”两个法律行为,“售”与“租”构成了转让代租、售后包租的一体两面:“售”是“租”的基础,“租”是“售”的结果。基于开发商和经营管理商共同完成了代租或包租行为,故由此产生的法律后果也应由开发商和经营管理商共同承担。

五、虚拟性产权式商铺纠纷司法认定总体思路探讨

据公开报道,近年来,温州 SM 城、梧州 JY 时代广场、长沙 WD 广场、沈阳 WZ 广场等地处城市商业中心区域的商场均因商铺业主要求解除合同、返还商铺、恢复原状、赔偿占用费等事由发生诉讼案件而停止经营,商场长期闲置无人接手。尽管部分业主取得胜诉判决,但其投资权益根本无法实现有效保障^①。在审理此类虚拟性产权式商铺纠纷案件司法实践中,不仅涉及少数人与多数人利益平衡问题,还涉及冲突可能引发的社会稳定问题,裁判结果稍有不妥极易引发僵局^②。这就需要裁判者对争议核心焦点进行提炼,总结出裁判总体思路,作为统一类案裁判标尺,以实现法律效果与社会效果的有机统一。

(一)虚拟性产权式商铺所有权(或用益物权)是否应受到特殊限制

由于实践中产权式商铺大多属于虚拟性,即使可以分割出售,但难以分割经营,必须统一经营才能发挥其最大价值,这导致极易引发个体业主要求开发商公司返还原物等物权保护纠纷。大多数学者赞同应当对虚拟性产权式商铺所有权进行一定的限制。有学者认为,虚拟性产权式商铺所有权的行使应以“不得损害公共利益或者他人合法权益”为适用原则,对商铺进行整体利用便于优化整个商场的使用,最大限度地发挥商场的功能和作用,提高整体建筑物的使用效率,达到利益最大化。相反,拆分出租在使商场整体

收益受损的情况下,也使得其他购买人和承租人的利益受到损失^③。根据《物权法》第7条“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益”的规定,业主对虚拟性产权式商铺物权的行使应当受到民法中“禁止权利滥用”原则的限制。

(二)委托经营合同生效是否以业主取得商铺所有权或交付商铺为前提条件

一般情形下,业主在购买产权式商铺后会与开发商或开发商委托的第三方管理公司签订委托经营合同,但此时存在两种情形:一种是业主已经足额支付对价款,取得商铺所有权;另一种则是业主尚未付清全部房款,也未取得商铺所有权。笔者认为,出租人一般应为出租标的物的所有权人,但不以所有权人为限。凡对标的物享有合法的使用收益权的人,原则上均可为出租人,有权将其使用的标的物转由他人使用。即出租人是否为租赁物的所有人或使用权人,不影响租赁合同的效力。签订商铺买卖合同并支付部分房款后,业主虽未取得商铺的所有权,但已合法享有权益,在委托经营合同中约定业主具有出租商铺的权利,不违反法律规定。因此经营公司作为商铺的所有权人,其已经通过买卖合同关系将商铺的使用、收益权让与给业主;因业主需要通过返租的方式才能行使商铺的使用收益权,经营公司出租商铺的客观行为视为对双方委托经营合同的履行,经营公司应依约支付租金或收益^④。

(三)虚拟性产权式商铺业主集体意志的体现方式

由于非独立虚拟性产权式商铺基于其委托经营形式的特殊性,为实现经营利益的最大化,该虚拟性产权式商铺业主的意志要遵从于业主的集体意志,这在绝大部分审判实践中形成了较为统一的裁判观点。在绝大部分情形下,业主的

①“从现实情况看,即使法院判令将经营中的虚拟性产权式商铺返还业主,但在判决执行过程中,由于无法确定商铺的准确位置而难以执行;即使能够确定,一个商铺孤立统一经营的商场中,在没有商场统一配套设施的协助下,也难以投入使用;如果返还的商铺数量过多,将难以维系原有经营规模,极易造成经营者撤出商场,导致商场空置。如此,不但业主的利益受损,还会导致大量原有从业人员失去工作,影响社会稳定”。参见刘桂宽,黄中显:《虚拟产权式商铺的困境与出路》,载《民主与法制》,2019年第3期。

②参见朱亮:《虚拟产权式商铺的法律规制与纠纷解决》,载微信公众号《审判研究》,2019年1月22日。

③参见戴炜:《虚拟产权式商铺的法理分析》,载《西北大学学报》(哲学社会科学版),2015年第45卷第4期。

④参见北京天同南京分所课题研究小组:《产权式商铺纠纷案件疑难法律适用问题探讨》,载《天同诉讼圈》,https://www.sohu.com/a/145584507_159412. 2017年6月2日。最后访问时间:2019年11月18日。

集体意志是可以对全部业主产生约束的;有约定,则从其约定;在无约定的前提下,有业主委员会的,依据业主委员会的决议;无业主委员会的,依照少数服从多数原则推定其集体意志而执行。

总而言之,在目前尚无专门针对虚拟性产权式(地下)商铺纠纷解决司法解释规范背景下,司法实践中对于此类纠纷诉讼裁判方向基本形成了一定的共识,即在没有充分证据证明存在违反法律行政法规强制性、禁止性规定的情况下,认可相关合同的效力;对于虚拟性产权式商铺业主行使所有权或相关用益物权应进行特殊必要限制;在不完全损害少数个人利益的情况下,注重将多数业主对商铺行使权利的共同一致意思表示推定为集体意志,在二者发生冲突时,根据整体利益优先原则进行裁判。上述共识的形成,也为最高人民法院未来制定相关司法解释提供了参考素材。

[参考文献]

[1] 吕益波. 虚拟分割式产权商铺纠纷解决的制度构建

[J]. 人民司法(应用),2017(13):72-78+97.

[2] 江苏省高级人民法院民一庭课题组. 商业地产租赁案件审判疑难问题研究[J]. 法律适用,2017(05):74-80.

[3] 戴炜. 虚拟产权式商铺的法理分析[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版),2015,45(04):73-78.

[4] 赵霞. 产权式商铺所有权的界定和行使限制[J]. 人民司法,2013(12):24-27.

[5] 李国强. “权能分离论”的解构与他物权体系的再构成——一种解释论的视角[J]. 法商研究,2010(01).

[6] 王利明. 论商铺业主的专有权及其行使[J]. 法学论坛,2009(06).

[7] 王利明. 民法学[M]. 北京:法律出版社,2017.

[8] 梁慧星. 物权法[M]. 北京:法律出版社,2016.

[9] 陈华彬. 建筑物区分所有权[M]. 北京:中国法制出版社,2011.

[10] 贾宏斌. 我国地下空间利用权制度构建[M]. 北京:人民法院出版社,2019.

【责任编辑:王瑞红】

Study on the judicial confirmation of the disputes on transfer and substituted rental of shops with virtual property rights

Jia Hongbin;Liu Bingqing

(Shenyang Intermediate People’s Court,Shenyang Liaoning 110013,China)

Abstract: The rise of the transfer and substituted rental marketing model of shops with virtual property rights has provided investors with new investment opportunities, and it has also brought many into the courts due to interest disputes such as investment returns and operating income. Article 11 of the “Procedures for the Management of Commercial Housing Sales” stipulates that real estate development enterprises shall not sell commercial housing by way of back – to – back sales or disguised back – to – back sales. However, in practice, real estate development companies have avoided the transfer and substituted rental model of shops with virtual property rights. At present, this situation has not been characterized and regulated from the legislative level, and the judicial recognition standards have not yet been fully unified. In the judicial determination, if the meaning of the transfer and substituted rental contract of shops with virtual property rights is true and there is no statutory invalidity, an affirmative evaluation of the validity of the contract should be made. The exercise of the ownership of shops with virtual property rights should be restricted as necessary, focusing on the consideration of collective will, in order to maintain the stability of transactions and realize the best use of materials.

Key words: shops with virtual property rights; operation and using rights; disputes on transfer and substituted rental; contract validity; contract cancellation



【法学理论研究】

侦查阶段刑事涉案财物保全程序研究

宋方明,王 潇

(山西财经大学,山西 太原 030006)

〔摘 要〕随着法治社会的进步,国家对财产权的保护越来越重视。我国刑事诉讼中存在大量的刑事涉案财物处置问题,特别在案件侦查阶段更容易出现侵犯公民财产权的问题。目前,我国侦查阶段使用以定罪量刑为主的证据保全代替以保障执行为主的财产保全,未能做到对刑事涉案财物的有效控制,导致刑事涉案财物保全后侦查机关因不能妥善保管而发生财产贬值现象。对此立法方面尚未明确制约侦查机关权力的监督机制,当事人财产权被侵犯后缺乏有效的救济途径。要解决上述问题,实现侦查阶段保全程序的真正价值,应当从财产保全、程序正当性等方面完善侦查阶段财产保全程序立法,建立独立统一的涉案财物保管机制与行之有效的侦查权力监督机制,为被害人设立合法有效的救济机制。

〔关键词〕侦查阶段;涉案财物;财产保全;诉讼程序

〔基金项目〕本文系2019年度山西省法学会法学研究一般课题“侦查阶段刑事涉案财物处置法律制度研究”(项目编号: SXLS2019B06-1)的阶段性研究成果。

〔作者简介〕宋方明(1981—),男,山西太原人,山西财经大学法学院讲师,硕士研究生导师,法学博士,主要从事刑事訴訟法研究;王潇(1994—),男,山西运城人,山西财经大学法学院2017级法律硕士研究生,主要从事刑事訴訟法研究。

〔收稿日期〕2020-04-08

〔中图分类号〕D925.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-084-08

一、引言

刑事涉案财物处置是我国刑事诉讼程序中无法忽视的重要课题,直接关系到案件当事人以及涉案财物利害关系人的财产权益。目前,在侦查阶段我国刑事涉案财物保全程序立法尚不完善。由于侦查机关缺少有效监督,刑事涉案财物往往得不到妥善保管,涉案财物受损甚至灭失的情况屡见不鲜。刑事涉案财物侦查保全程序中存在的问题,一方面容易导致侦查机关滥用权力,侵犯公民合法财产权益;另一方面,侦查机关做出的保全决定往往缺乏正当性基础,严重损害司法机关在国民心中的公信力^①。

侦查阶段刑事涉案财物保全程序即侦查阶段办案机关对刑事涉案财物采取的查封、扣押、冻结等强制措施程序,这一程序中包含了查封不动产、冻结金融财产、扣押物证书证、管理涉案财物等措施。在侦查阶段进行刑事涉案财物保全,目的是保证与案件相关的特定财物的价值与状态不会发生变化。侦查机关及其他司法机关通过采取这些强制措施,对刑事涉案财物进行严格的控制管理,将所有犯罪所得置于侦查机关或司法机关的控制之中,可以彻底杜绝犯罪嫌疑人在判决执行前转移刑事涉案财物的可能性^②。侦查阶段刑事涉案财物保全程序最重要的价值,就是使犯罪嫌疑人在刑事诉讼过程中的财产所有权

①参见高一飞,张露:《刑事诉讼涉案财物处置公开机制的构建》,载《河南财经政法大学学报》,2016年第6期。

②参见葛琳:《刑事涉案财物管理制度改革》,载《国家检察官学院学报》,2016年第6期。

受到限制,以保证刑事审判后相关财产处置的顺利执行。

在我国,侦查阶段对刑事涉案财物保全的程序并没有规定在《刑事诉讼法》中。《刑事诉讼法》第141条到第145条规定了侦查机关可以在刑事诉讼侦查阶段对刑事涉案财物采取的强制措施。而侦查阶段对于刑事涉案财物保全程序的具体规定,则分散在《公安机关涉案财物管理若干规定》第5条到第17条、《人民检察院刑事涉案财物管理规定》第3条到第21条、《公安机关办理行政案件程序规定》第187条到第190条等部门规章的法条当中,这些法规细化了扣押、查封、冻结和查询等强制措施。

我国侦查阶段保全程序具体是:首先,查封不动产、扣押相关财物时,必须使相关财物的所有人与不相关的见证人同时在场;其次,侦查机关侦查人员与见证人、财物所有人在完成财物清点时必须开具清单,并且三方都应当在清单上签名或盖章予以确认;最后,如果在之后的诉讼程序中发现已经扣押或查封的财物与案件没有关系,必须立刻归还犯罪嫌疑人相关财物^①。

二、我国侦查阶段保全程序存在的问题

通过分析我国侦查阶段刑事涉案财物保全程序立法及侦查机关在保全程序中的行为举措,可以发现,目前我国侦查阶段保全程序主要存在以下问题:使用以定罪量刑为主的证据保全代替以保障执行为主的财产保全;未能做到对所有刑事涉案财物的有效控制;财产保全后侦查机关未能尽职尽责妥善保管刑事涉案财物;缺乏有效制约侦查机关权力的监督机制;刑事案件当事人与涉案财物利害关系人的合法财产权受到侵害后缺乏救济的途径,等等。

(一)以证据保全代替财物保全

我国《刑事诉讼法》从第141条到第145条规定的强制措施,实际上是对证据保全的规定。证据保全中,对刑事涉案财物采取强制措施目的是为刑事诉讼审判阶段的定罪量刑提供有效的犯

罪证据。财物保全与证据保全是两种不同的制度,即使针对同一标的物时两种保全制度会产生竞合现象,但在法理上依然不能将两种制度一概而论,证据保全与财物保全之间存在本质上的区别。证据保全与财产保全最大的不同之处在于证据保全的主要目的在于为后续阶段提供证据,因此证据保全只对可以作为刑事证据的涉案财物采取强制措施,对于并非作为证据使用的犯罪收益等不能采取强制措施进行控制或限制。犯罪嫌疑人及其家属有可能利用这一漏洞在立案前或审判前就将财产转移或隐藏于未知的第三人,导致没有足够的刑事涉案财物用于执行判决后的罚没程序。因为没有可供执行的财产,即使刑事判决生效后也难以对有罪之人执行罚没措施,进而导致刑事诉讼程序中有判决却无法执行的“空判”现象^②。由此可见,证据保全无法替代财产保全,我国侦查阶段应当建立独立的财产保全程序,对犯罪嫌疑人的一切犯罪所得进行保全,而非仅仅着眼于可作为证据使用的涉案财物。

(二)当前侦查阶段保全程序的缺陷

当前,我国侦查阶段保全程序的不足之处主要表现为以下三点。一是侦查阶段保全措施的启动缺乏正当标准。在我国,不管是查封不动产、扣押物证书证的启动条件,还是查询银行账户、冻结金融财产的启动条件,都缺乏详细具体的规定^③。财物保全没有证据标准、没有对象要求,仅仅以侦查犯罪需要为标准进行,显然不利于保护涉案当事人的合法财产,导致出现打击犯罪方面的追求远大于保护公民合法财产权的价值不平衡现象。二是由侦查机关做出的采取保全措施决定不具有中立性。在刑事诉讼侦查阶段,侦查机关既是刑事涉案财物保全程序中查封不动产、冻结金融财产、扣押物证书证等强制措施的执行机关,又是作出对刑事涉案财物采取强制措施的决定机关,由于侦查机关兼具运动员与裁判员的双重身份,自身缺乏中立性,权力不能得到有效的监督与限制,有可能导致侦查机关权力滥用,使与案件相关公民的合法财产权遭受不

①参见陈瑞华:《刑事对物之诉的初步研究》,载《中国法学》,2019年第1期。

②参见吴光升:《刑事诉讼财产保全制度论要》,载《中国刑事法杂志》,2016年第4期。

③参见万毅:《刑事诉讼法解释论》,载《中国法学》,2007年第2期。



当损失^①。三是侦查阶段的保全程序中缺乏权利救济机制。侦查机关一旦作出查封不动产、扣押物证书证、冻结金融财产等强制保全措施,除公权力自行更改外缺乏公民申请改变的有效途径,致使合法财产权益受到侵犯的公民无法对侦查机关及其他司法机关的决定提出异议,不能参与到侦查阶段保全程序之中,自然也就没有挽回财产损失救济的途径。只要侦查机关或司法机关存在侦查阶段刑事涉案财物保全程序中滥用权力、违法采取强制措施等情况,就会直接侵害案件当事人与利害关系人的合法财产权^②。

(三) 侦查阶段保全对象过窄

通过《刑事诉讼法》的相关规定可以发现,我国侦查阶段保全程序可以采取保全措施的刑事涉案财物范围不够全面,并不包括与刑事案件没有直接关系的犯罪所得。第三人财产与刑事案件无关,如果犯罪嫌疑人在刑事立案之前将犯罪行为所得收益转移给第三人,那么侦查阶段保全程序就无法对第三人财产进行保全,如此,犯罪嫌疑人就可以将犯罪收益转移,导致审判后的罚没判决无法执行。可见,我国侦查阶段保全程序的相关立法对于可以采取强制措施的刑事涉案财物的范围规定得不够全面^③。

(四) 保全后的财物保管不善

在侦查机关对刑事涉案财物采取查封、扣押、冻结等强制措施后,侦查机关及其他司法机关面临的最大挑战,就是如何使刑事涉案财物保值或增值的保管问题。在侦查机关对刑事涉案财物短暂的保管过程中,由于保管人力缺乏、保管场地限制、保管费用不足等问题并存,使得我国侦查机关不能在侦查阶段建立统一高效的刑事涉案财物管理中心,刑事涉案财物得不到科学有效的保管使其保值增值,甚至会发生财产折损的事件^④。例如,2016年2月C市W区公安机关对公安局大院查扣堆积的大量涉案豪车进行处置,由于这些车辆放置太久而最终报废,只能以

废铁价格贬值处理,造成严重经济损失。这种因为缺少专业保管人员和保管场地而使刑事涉案财物缺乏妥善保管,进而使得价值大大折损的事件绝非仅此一例。这种现象不仅严重侵犯了刑事涉案财物利害关系人的合法权益,而且对刑事诉讼审判后的执行程序造成严重的负面影响。在刑事案件侦查阶段的涉案财物保全程序中,除侦查机关保管不善导致刑事涉案财物严重贬值的问题外,侦查机关及侦查人员擅自挪用刑事涉案财物也是不可忽视的问题。

(五) 侦查保全行为缺乏监督

在侦查阶段,公安机关作出对刑事涉案财物采取查封不动产、扣押书证物证、冻结金融财产等保全措施的决定时,由公安机关内部拥有监督职能的纪检监察部门、法制部门以及外部的人民检察院从内外两方面共同负责对公安机关保全行为进行监督;人民检察院办理自侦案件^⑤进行保全措施时,只能通过检察机关内部进行监督,主要由人民检察院的侦查监督部门、控告申诉检察部门负责。当前我国刑事涉案财物保全程序的立法中,对于监督的规定主要采取侦查机关内部监督的模式,缺少第三方的参与。由于存在内部利益关联,侦查保全行为难以做到完全中立,而相关程序又缺乏外部监督,导致侦查权力面临失控可能,其后果就是对公民财产权的侵犯行为泛滥。虽然法律赋予人民检察院法律监督职能,但由于相关规定过于原则化,缺乏具体实施机制,检察机关的外部监督形同虚设。目前,我国侦查机关在对刑事涉案财物执行强制措施时违法操作现象较为严重,导致刑事诉讼程序难以正常进行,既侵犯了我国公民依法享有的财产权,又损害了公安司法机关在刑事诉讼程序中的权威性与公正性。另一方面,合法权益受到侵犯的被害人缺乏挽回损失的救济途径,可能被害人一方对司法公正丧失信心,甚至引发社会动荡,造

①参见吴光升:《论未定罪没收利害关系人的抗辩事由》,载《政治与法律》,2015年第8期。

②参见熊秋红:《在刑事程序法上加强民营企业家人身财产安全保护的若干建议》,载《法律适用》,2019年第14期。

③参见向燕:《论刑事没收及其保全的对象范围》,载《中国刑事法杂志》,2013年第3期。

④参见葛琳:《刑事涉案财物管理制度改革》,载《国家检察官学院学报》,2016年第6期。

⑤监察体制改革后,尽管人民检察院的职务犯罪侦查职能被整体剥离,但仍旧保留了一部分自侦职能,这是由我国《刑事诉讼法》第19条第二款所决定的。

成不良的社会影响^①。

三、对国外侦查阶段保全程序立法的借鉴

相对而言,域外两大法系国家关于侦查阶段刑事涉案财物保全程序的立法有其较为成熟的理论基础和实践经验。通过比较研究,可以总结出我国能够借鉴的立法经验。

(一)英美法系国家侦查阶段刑事涉案财物之保全

英国《警察与刑事证据法》专门规定了侦查阶段刑事涉案财物的保全程序,其规定的保全程序中对刑事涉案财物采取的保全措施主要包括搜查证据措施与扣押财物措施。英国的扣押与搜查措施包含了四种方式。第一,盘问搜查。这是侦查人员在公路上拦截行驶中的车辆或行走中的行人后所进行的一种现场搜查。第二,入室搜查。侦查人员直接进入犯罪嫌疑人或案件发生地的私人住所进行仔细搜查。第三,人身搜查。当侦查人员有理由怀疑犯罪嫌疑人身上藏匿相关证据或物品的时候,可以在逮捕后对嫌疑人进行人身搜查。第四,人体检查。侦查人员有权力对犯罪嫌疑人进行细致全面的人身检查,以检出武器、毒品等相关证据或其他涉案物品及危险品^②。在英国刑事侦查阶段需要实施搜查措施的,侦查人员应当向当地治安法官提交一份书面申请,经过审查批准、有相关法律与合理理由、相信有采取该措施必要并发布搜查证后,侦查人员才能采取搜查措施。这就是所谓的令状主义,意即在侦查机关进行强制措施之前,必须由当地法院或符合条件的法官结合法律与实际判断强制措施的合法性,之后签署令状,才允许侦查机关对刑事涉案财物采取保全措施。

美国在侦查阶段对刑事涉案财物采取强制措施规范,主要集中在《联邦刑事诉讼规则》这一成文法以及与刑事涉案财物有关的司法判例之中。对于美国公民来说,他们的诉讼权利是宪法性权利,侦查机关对公民的财产采取搜查、扣

押等强制措施,首先需要获取治安法官经过合法合理性审查后签发的令状,然后才以由侦查人员或者其他执法人员实施强制措施。为了防止政府滥用强制措施的权力,美国不仅从宪法修正案、刑事诉讼规则等多方面立法对搜查、扣押等强制措施进行了相当详细严格的规定,而且其对于令状的发布也非常严格^③。侦查人员申请强制措施的令状,首先必须提供初步证据证明自身行为的合理性,其次必须由立场中立的治安法官进行司法审查,最后确定强制措施合法合理,然后才会由治安法官签署令状。有了令状之后,侦查人员必须严格按照令状所载明的信息去实施强制措施,在完成令状指定的任务后必须及时停止,并及时向令状审批部门汇报强制措施完成情况,同时提交一份本次强制措施中涉案财物清单。

(二)大陆法系国家侦查阶段刑事涉案财物之保全

德国通过《刑事诉讼法典》规范了侦查阶段刑事涉案财物保全程序中如何对犯罪嫌疑人的犯罪所得采取强制措施^④。在侦查阶段,德国的保全措施同样采取令状主义,刑事诉讼法规定不管是搜查令还是扣押令都要求由德国当地的预审法官进行发布;在犯罪嫌疑人或其家属转移犯罪所得的紧急情况下,令状可以由检察官办公室或者协助官员提前颁发给侦查机关。检察官办公室在这种情况下签发搜查令或者扣押令三日后,必须通知法官,并且详细列举扣押令中的扣押物清单交给法官。德国《刑事诉讼法典》还规定了侦查阶段保全程序中侦查机关执行扣押措施的特殊情况,即办理刑事案件的侦查机关在犯罪嫌疑人或其家属即将转移刑事涉案财物的紧急情况下,可以在未取得扣押证的情况下采取扣押措施。由于这种例外的规定,导致大量德国犯罪侦查人员在没有搜查证或者扣押令的情况下对刑事涉案财物采取强制措施。

与德国类似,日本将侦查阶段刑事涉案财物保全程序可以采取的强制措施规定于《刑事诉讼

①参见张栋:《刑事诉讼法中对物的强制措施之构建》,载《政治与法律》,2012年第1期。

②参见李温:《权力和权利之间的妥协与平衡——1984年英国〈警察与刑事证据法〉基本内容评析》,载《北京人民警察学院学报》,2008年第3期。

③参见宋维彬:《搜查、扣押笔录的证据能力研究——以美国法为借镜》,载《中国刑事法杂志》,2017年第6期。

④参见李曼:《我国行为保全制度借鉴模式探讨》,载《国家检察官学院学报》,2016年第5期。



法》中。在日本,整个侦查阶段采用“二步式侦查”。第一步,由日本本土治安警察在犯罪现场进行初始的侦查行为;第二步分为两种情况,一种是由检察院侦查部门中的侦查人员进行之后的侦查工作,另一种由日本国家警察机关的相关侦查部门进行后续侦查工作。日本对刑事涉案财物的强制措施同样采用令状主义,由法院居中裁判,对于是否采取搜查措施及扣押措施进行合理性与合法性审查,然后决定是否签发令状同意实施上述强制措施^①。如果法院已经决定对刑事涉案财物采取强制措施,应当向侦查机关签发搜查证或者查封证。签发的搜查证或查封证交由检察院的事务官参与执行强制措施,或者由检察院的检察官接受搜查证或查封证,并指挥司法警察执行强制措施。通过日本《刑事诉讼法》可知,日本将对刑事涉案财物的保全是通过查封等强制措施暂时性地取得对刑事涉案财物的占有,其中包含两类物,其一为“物证”;其二为“应没收的物品”,通说解释为有形物体,故而会话、信息等无形物体不能成为查封对象,而建筑物或身体的一部分都可以成为查封对象^②。

(三)域外两大法系立法经验对我国的启示

无论英美法系国家还是大陆法系国家,在侦查阶段保全程序中对刑事涉案财物采取强制措施时均采用令状主义,建立以法庭为核心的刑事涉案财物保全司法审查制度^③。在构建侦查阶段司法审查制度时,原则上办案的侦查机关对刑事涉案财物实施查封不动产、扣押书证物证等保全措施之前,必须向法院或者主管法官提交申请查封证或者扣押证的申请书,由法院及法官对强制措施进行合法性审查以及合理性审查。如果法院或者法官审查后同意侦查机关采取查封、扣押等强制措施,颁发查封证或扣押证,办案机关依照令状执行对刑事涉案财物的保全措施,反之办案机关则不得采取扣押保全。司法审查制度可以有效实现对侦查机关侦查阶段的监督管理,控制侦查机关权力,对解决我国刑事涉案财物侦查保全中的权力滥用问题具有重大启示意义。

四、我国侦查阶段保全程序的完善建议

通过以上的分析与比较研究,笔者认为,可以从侦查阶段保全程序立法完善、建立统一的刑事涉案财物管理机制、构建有效监督救济机制、强化责任追究机制等几方面完善我国侦查阶段刑事涉案财物保全程序。

(一)侦查阶段保全程序的立法完善

如前文所述,我国侦查阶段保全程序中存在以追诉犯罪为目的的证据保全代替以保证执行为目的的财产保全、侦查机关对刑事涉案财物采取保全措施的正当性不足、可以采取保全措施的刑事涉案财物范围过窄等问题。对此笔者拟分别提出立法建议。

1. 增加审前财产保全措施

在刑事诉讼程序中,进行刑事审判后,将进行罚没、返还等刑事涉案财物执行措施。如果侦查机关不及时采取对刑事涉案财物进行扣押书证物证、查封不动产、冻结金融财产等保全措施,犯罪嫌疑人很可能向外转移犯罪所得,造成刑事判决涉及财产部分无法执行的“空判”现象。刑事涉案财物财产保全的目的就是为了防止“空判”现象的发生,完全控制犯罪嫌疑人的所有刑事涉案财物^④。对此,建议国家通过立法规定审前阶段的财产保全程序及保全措施,以弥补现行制度的不足,将仅靠证据保全无法采取强制措施的刑事涉案财物通过法律规定的财产保全措施加以查控。

2. 确立审前启用财产保全措施的条件

笔者认为,确立审前启用财产保全应当符合以下条件:第一,有证据证明法官较大可能作出罚没所保全涉案财物的判决;第二,如果不采取保全措施,涉案财产可能会被转移、遗失、损毁,导致日后作出的没收判决无法执行;第三,规范审前阶段的财产保全措施的批准权限,审前财产保全措施应当由人民检察院批准,如果存在犯罪嫌疑人将要转移犯罪所得的紧急情况,侦查机关

①参见高一飞:《“审判中心”的观念史》,载《国家检察官学院学报》,2018年第4期。

②参见[日]田口守一著,张凌、于秀峰译:《刑事诉讼法(第七版)》,北京:法律出版社,2019年出版,第110页。

③参见尹燕红:《从普伊格德蒙特案看欧盟逮捕令制度的适用——优势及问题探讨》,载《法律适用》,2020年第2期。

④参见汤维建,张自合:《刑民交叉案件中的财产保全》,载《法律适用》,2009年第2期。

可以紧急采取强制措施,但是应当于一周内向检察院申请核准并进行备案;第四,在侦查阶段保全程序中,侦查机关只有作出保全决定书面文件后才有资格对刑事涉案财物采取相应的强制措施;第五,案件当事人以及刑事涉案财物的利害关系人认为办案机关作出的保全决定侵犯其财产权的,可以通过向人民检察院申请复核的方式申请救济。

3. 明确涉案财物保全对象

我国《刑事诉讼法》没有对侦查阶段刑事涉案财物的保全程序作出明确规定,只在《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第4条中对侦查阶段保全程序的启动条件作出规定,但没有对保全的对象作出具体规定。对于查封措施适用的涉案财物、扣押措施适用的涉案财物、冻结措施适用的涉案财物,应当在审前阶段保全措施中予以明确规定。可以进行财产保全的涉案财物不仅仅包括与案件有直接关系的犯罪所得,还应包括被犯罪嫌疑人提前转移的财产。

(二) 建立统一的涉案财物管理机制

针对侦查阶段侦查机关对刑事涉案财物保管不妥善而产生贬值的问题,应当建立统一的刑事涉案财物集中管理机制。

1. 成立专门的涉案财物保管机构

积极打造隶属关系不属于公安机关、人民检察院、人民法院等国家司法机关的涉案财物保管机构,独立承担保管责任,降低保管成本,其中立性的角色定位还可以起到遏制以权谋私的作用。由地方政府负责,划拨专款成立专门的刑事涉案财物保管机构,从人员编制上,确定该机构属于政府机关部门,对地方政府负责,由地方政府组织人员并提供所需技术设备^①。通过建立刑事涉案财物专门保管机构之间的刑事涉案财物信息管理平台,既可以实现侦查机关及其他司法机关之间关于刑事涉案财物的信息共享,又可以保护刑事案件当事人、刑事涉案财物利害关系人对侦查阶段保全程序的知情权与参与权,使双方都能够实时了解刑事涉案财物的保存现状。刑事涉案财物的专门管理机构也负有监督侦查机关的

责任,在发现侦查机关在侦查阶段保全程序中存在违法行为的情况下,有权对侦查机关进行警告并提出纠正意见。

2. 刑事涉案财物的存放

在存放保管刑事涉案财物时,要进行科学的分门别类的管理,对于拥有不同属性的刑事涉案财物采用针对性的科学管理方式。刑事涉案财物保管的目的是为了实现财产的保值与增值,因此对于特殊性质的刑事涉案财物一定要制定科学有效的管理程序。科学有效的分类是对刑事涉案财物高效保管的必要条件。例如,可以将涉案财物分为危险物品,包括易燃、易爆物品以及有毒、有害物品等;价值容易出现折损的财物,包括新鲜的蔬菜、生鲜的肉食、易挥发的饮料等;贵重物品,包括重金属、文物、珠宝等;大宗物品,包括汽车、飞机、轮船等。刑事涉案财物专门保管机构应当设立分门别类的保管室,根据涉案财物的不同种类建立不同环境的科学保管场所,以达到经济效益和社会效益的统一。建立刑事涉案财物保管机构,必须全面考虑涉案财物的种类,满足保管涉案财物的基本要求,否则不仅达不到保管财物的目的,还可能浪费社会资源。

3. 涉案财物管理

涉案财物保管机构对涉案财物的保管,要制作详细的账目登记清单并在财物转移的过程中设立多步确认程序。专门保管机构在制作账目登记清单时,要做到对所有财物具体信息进行详细记录,其内容应当包括刑事涉案财物属性的基本信息、刑事涉案财物转移路径的来源信息、刑事涉案财物如何管理的保管信息等三个方面。登记清单的具体内容是刑事涉案财物的基本信息,包含财物名称、所属分类、财物数量;刑事涉案财物的进入管理机构的来源信息,包括刑事涉案财物来源、执行保全措施的办案人员;刑事涉案财物在管理机构的保管信息,包括科学保管刑事涉案财物的具体条件、管理机构的保管人员、在管理机构的保管地点等。登记表要由办案单位和涉案财物保管机构双方共同签字确认。管理机构在侦查机关将保全的刑事涉案财物入库以后,应当根据财物的不同种类或属性分门别类

^①参见田力男:《刑事涉案财物保管与处置新制研究》,载《法学杂志》,2018年第8期。



地进行科学有效的管理存放。刑事涉案财物的转移工作要有严格的程序规定。首先,由办案单位出具公文,并由涉案财物保管机构负责人批准后办理;其次,涉案财物转移的执行人员与保管机构的管理人员共同检查财物状况,确保应当转移的涉案财物与登记清单上的内容相同;最后,涉案财物转移的执行人员与保管机构的管理人员共同签字确认,在刑事涉案财物专门保管机构的信息管理中心登记备案后,才能转移刑事涉案财物。

(三)构建有效的监督救济机制

构建有效的监督与救济机制,是解决侦查阶段刑事涉案财物保全程序中侦查机关权力滥用的有效举措。

1. 加强检察监督职能

在我国侦查阶段保全程序中,应加强人民检察院对侦查机关保全刑事涉案财物行为的监督职能,及时监督侦查机关在刑事诉讼程序中采取强制措施的行为,发现问题后立即建议侦查机关修正,在侦查机关解决问题前不能启动下一步程序。人民检察院可提前介入侦查强制措施并进行检察监督。刑事案件当事人以及刑事涉案财物利害关系人认为侦查保全侵犯其合法财产权益时,可以向人民检察院申请复议;人民检察院应当对侦查机关的保全决定进行审查,并及时向当事人反馈审查结果。

2. 完善法院审查监督

我国目前违法查封、扣押涉案财物的现象特别严重,经常出现侵犯公民合法权益的情况。囿于立法方面的滞后,权益受到侵犯者缺乏挽回损失的救济途径,由此可能引发社会民众对司法公正的怀疑,甚至引发局部社会动荡,造成不良的社会影响。法律应当赋予权益受侵害主体救济途径,在其不服并提起权力救济时,建立第三方机构对侦查机关的保全行为进行合理性与合法性的审查,监督限制侦查机关滥用权力。对于侦查阶段刑事涉案财物保全程序中进行司法审查的主体,从英美法系国家及大陆法系国家来看通常是由法官担任。对此,我国可以学习借鉴上述国家的成熟经验,并在人民法院内部设立专门审查部门或审查法官,在侦查机关决定采取强制措施前报请其进行审查,以通过监督限制侦查机关

权力。公民认为侦查机关的保全措施侵犯其合法财产权时,可以通过审查法院进行申诉,审查法院应当及时审查并作出裁决,判定侦查机关的行为是否合法。

3. 构建救济机制

设立监督机制的目的在于使受到侵害的权利获得救济。监督和救济是相辅相成的,对于权利的救济就是对权力的监督。在侦查阶段刑事涉案财物保全程序中,涉案财物的利害关系人可能会因为司法机关违法行使强制措施丧失合法的财产权益,需要通过救济机制挽回损失。对此,应当建立健全相关法律法规规章制度,一方面为利害关系人提供参与侦查阶段保全程序的途径,保护利害关系人可以拥有知晓刑事涉案财物信息并参与到保全程序的知情权与参与权;另一方面,为财产权受损的利害关系人提供可以申诉的途径,使利害关系人可以通过救济方法挽回自己的损失。

(四)强化责任追究机制

解决侦查阶段侦查机关在刑事涉案财物保全程序中滥用权力的最有效办法,就是强化侦查机关责任追究机制。当前,我国尚缺少对办案侦查机关的有效追责机制,而没有法律责任、违法后果的法律难以发挥其应有效能。建立科学有效的法律责任追究机制,是防范侦查机关违法采取保全措施的有力途径。强有力的责任追究机制,可以大幅度提高侦查人员违法办案成本,威慑想要通过违法行为谋取私利的侦查人员,有效预防侦查阶段保全程序中的违法行为。建立全面有效的追责机制,首先要明确担责主体和追责主体。在我国侦查阶段刑事涉案财物保全程序中,承担法律责任的主体是办理案件的侦查机关及其人员,追究法律责任的主体是在该案件中后续衔接的司法机关。其次要加大对违法行为责任追究的力度,加大司法机关对侦查人员、涉案财物保管人员违法行为的审查力度和处罚力度。

[参考文献]

[1] 高一飞,张露. 刑事诉讼涉案财物处置公开机制的构建[J]. 河南财经政法大学学报,2016(06).

[2] 葛琳. 刑事涉案财物管理制度改革[J]. 国家检察官学院学报,2016(06).

[3] 陈瑞华. 刑事对物之诉的初步研究[J]. 中国法学, 2019(01).

[4] 吴光升. 刑事诉讼财产保全制度论要[J]. 中国刑事法杂志, 2016(04).

[5] 熊秋红. 在刑事程序法上加强民营企业家人身财产安全保护的若干建议[J]. 法律适用, 2019(14).

[6] 向燕. 论刑事没收及其保全的对象范围[J]. 中国刑事法杂志, 2013(03).

[7] 张栋. 刑事诉讼法中对物的强制措施之构建[J]. 政治与法律, 2012(01).

[8] 宋维彬. 搜查、扣押笔录的证据能力研究——以美国法为借镜[J]. 中国刑事法杂志, 2017(06).

[9] 汤维建, 张自合. 刑民交叉案件中的财产保全[J]. 法律适用, 2009(02).

[10] 高一飞. “审判中心”的观念史[J]. 国家检察官学院学报, 2018(04).

[11] 田力男. 刑事涉案财物保管与处置新制研究[J]. 法学杂志, 2018(08).

【责任编辑:张 戈】

Research on the procedures of property preservation in criminal cases during investigation

Song Fangming, Wang Xiao

(Shanxi University of Finance and Economics, Taiyuan Shanxi 030006, China)

Abstract: With the progress of the society ruled by law, the state pays more and more attention to the protection of property rights. There are a large number of criminal – related property disposal issues in criminal proceedings in China, especially during the investigation of the cases, it is more prone to violations of citizens’ property rights. At present, evidence preservation mainly based on conviction and sentencing is used instead of property preservation mainly based on enforcement during the investigation in China, which fails to effectively control the criminal – related property, resulting in the property depreciation for investigation organs’ failing to keep it properly after the criminal – related property preservation. The supervision mechanism that restricts the power of the investigative organs has not been clarified in the legislation. After the parties’ property rights have been violated, there is no effective remedy. To solve the above problems and realize the true value of the preservation procedures during the investigation, the legislation of the procedures of property preservation during the investigation should be improved from the aspects of property preservation and procedural legitimacy. And an independent and unified mechanism for preservation of property involved in the case and an effective supervision mechanism for investigation power should be established to establish a legal and effective relief mechanism for victims.

Key words: investigation stage; property involved in the case; property preservation; litigation procedure



【法学理论研究】

证据保全公证的主体资格研究

——以知识产权案件审理的司法实践为视角

林 威

(清华大学,北京 100091)

〔摘 要〕在知识产权诉讼案件中,代理机构以自己的名义申请证据保全公证的情况越来越多。我国法院对代理机构参加诉讼的法律地位有三种不同的理解:一是代理关系;二是利害关系;三是混合关系,其缘由在于大部分证据保全公证当事人就是诉讼当事人。然而,法院将这种一般规则适用在证据保全公证中混淆了证据保全的公证当事人和诉讼当事人的区别,加之公证当事人的定义之规定对法院并无约束力,导致了在公证司法实践中的不良后果。当前,解决证据保全公证当事人主体资格问题的有效路径在于根据公证类型,采用一般条款和特殊条款的方式区别规定公证当事人,并将上述条款从部门规章升格到公证法之中,从而使该条款对法院具有强制约束力。

〔关键词〕证据保全;主体资格;代理机构;公证当事人

〔作者简介〕林威(1977—),男,湖南常德人,清华大学法学院2019级博士研究生,主要从事民商事诉讼实务及知识产权理论研究。

〔收稿日期〕2020-02-11

〔中图分类号〕D915.2 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1009-1416(2020)03-092-07

对于诉讼案件特别是知识产权诉讼案件而言,权利人为了固定证明侵权行为的证据往往选择网页公证、实地公证等方式。然而,由于有些侵权行为非常容易消逝,例如侵权网页可能被随时更换、售假行为可能随时停止等,此时由代理机构申办公证于取证和程序操作规范均较为有利,特别是对于一些身居境外的实体权利人而言。因此,在实践中代理机构以其自己的名义委托、指派其工作人员办理公证的情况非常普遍。对于这种情况,被告方往往以申请人没有公证当事人的主体资格为由,主张公证无效或者存在程序违法,进而认为提交的公证书不应当作为认定事实的合法证据。这种对代理机构申请公证合法性的争议,核心问题在于对证据保全公证主体资格的理解不同。本文从知识产权案件审理的司法实践视角对此进行探讨,并提出相应的解决方案。

一、关于公证主体资格的法律规定

《公证程序规则》第9条规定:“公证当事人是指与公证事项有利害关系并以自己的名义向公证机构提出公证申请,在公证活动中享有权利和承担义务的自然人、法人或者其他组织”。由此可见,公证当事人应当同时符合三个条件:(1)与公证事项有利害关系;(2)以自己的名义申请公证;(3)在公证活动中享有权利和承担义务的自然人、法人或者其他组织。公证书上显示的申请人才是公证的当事人,并且该申请人需要与公证事项存在利害关系,享有公证上的权利并承担义务。但在司法实践中,对于受权利人委托从事取证活动的主体(主要是律师事务所、知识产权代理机构等)是否可以以自身名义申办公证以及其是否满足公证当事人的主体资格条件往往争议较大。从我国法院审理的相关案例来看,观点各有不同。

二、司法实践中对公证主体资格的解释

对于代理机构以自己的名义申请公证的情况,不同的法院有不同的解释方式,归纳来看主要有三种:一是代理关系;二是利害关系;三是混合关系。

(一)代理关系

司法实践中有一种观点认为,除案件当事人或涉诉知识产权的权利人之外,其他申请人与公证事项之间均无法律上的利害关系,不是适格的申请人。在这种观点之下,部分法院为了论证公证证据的合法性,认为代理机构属于《公证程序规则》第 11 条规定中的受托人,并且公证事项不属于“与自然人人身有密切关系的公证事项”,公证程序合法。故而,笔者将这种观点理解为代理关系。在司法实践中,这种解释方式最为典型,为了充分说明问题,笔者检索了相关的司法判例,如表 1 列举所示:

按照《公证程序规则》的规定,公证当事人应当以自己的名义申请公证。权利人虽然委托代理机构,但代理机构却以自己的名义申请的公证,即最后形成的公证书上的申请人并非权利人而是代理机构,因此,把公证申请人理解为委托代理关系实际上存在很大的逻辑缺陷,这种逻辑缺陷在司法实践中已被有关法院指出。比如贵州省高级人民法院曾在相关案例中指出此问题:“虽然《中华人民共和国公证法》第 26 条规定允许公证当事人委托他人办理公证,但是由于公证事项涉及国家公证权,不同于一般的民事行为,因此,即使委托他人代为办理公证,也应当以公证当事人的名义进行,而不能以代理人的名义申请。与本案公证事项存在利害关系的适格公证申请人是红某公司,故众某维公司作为本案公证申请人属主体不适格,秦某公证处在受理本案公证时存在重大瑕疵”^①。虽然在该案中,贵州省高级人民法院也是综合公证程序中的其他问题才否定公证书的效力,但不难看出,贵州省高级人民法院直接指出了委托代理关系的逻辑缺陷。

在司法实践中,部分法院尽管也意识到这种

逻辑缺陷,但还是以“法律对这种公证行为的效力并没有做出禁止性规定”为由,不会在此问题上纠结。也就是说部分法院更强调公证的实体方面,即公证内容的真实性和完整性。比如在铜陵市某娱乐有限责任公司、北京某艺术推广有限责任公司侵害作品放映权纠纷二审民事判决书中,某娱乐公司也明确指出受托人民某公司以自己名义向 M 县公证处申请公证属于程序违法,而法院则认为“公证法对于委托人以自己名义办理公证事项的公证行为效力并没有做出禁止性规定,不应以此否定公证书的效力”^②。法院最后从实体角度强调:“公证书对公证时间、地点、参与人员、公证过程进行了描述,整个公证过程均在公证人员的监督下完成,公证机关另将视频作为公证书的附件,体现了公证过程的完整性和真实性”^③。从而认可了公证书的效力。

这种理解除了逻辑缺陷外,也带来了新的问题。比如《公证程序规则》第 12 条规定,对于境外当事人委托办理重要公证事项时,授权委托书应当经其居住地的公证人(机构)、我国驻外使(领)馆公证。对于境外当事人而言,尽管对于重要公证事项范围没有法律明确规定,但是,实践中部分地区的公证处往往要求授权委托书必须经过公证认证,由此导致增加额外的成本。此外,这种理解也会对公证管辖产生一定的争议。在公证当事人不明确的情况下,其住所地也会不明确,而根据《公证法》第 25 条和《公证程序规则》第 14 条的规定,公证机关受理公证时需要明确当事人的住所地。

值得注意的是,在实操中这种理解对于权利人来说存在便利,即授权委托关系的审查比较随意,甚至可以后补,《公证法》和《公证程序规则》也未对缺乏授权委托材料的法律后果做否定性规定。特别是在某百货有限公司与某米科技有限责任公司侵害商标权纠纷一案二审民事判决书中,法院判决指出:“本案中,《公证书》记载的公证内容并不属于法律规定必须由本人办理公证的事项,某米公司可以委托他人代为办理。本案审理过程中,某米公司将《公证书》作为证据

①参见贵州省高级人民法院(2013)黔高民三终字第 161 号民事判决书。

②参见安徽省高级人民法院(2018)皖民终 218 号民事判决书。

③参见安徽省高级人民法院(2018)皖民终 218 号民事判决书。



表1 理解为代理关系的相关案例

序号	裁判文书	法院观点
1	佛山市南海区强某百货经营部与强某科技纠纷一案二审民事判决书	其次,根据涉案公证书记载,鑫某律所是受百某公司委托向Q公证处申请公证,符合《公证程序规则》第11条关于“当事人可以委托他人代理申办公证,但申办遗嘱、遗赠扶养协议、赠与、认领亲子、收养关系、解除收养关系、生存状况、委托、声明、保证及其他与自然人人身有密切关系的公证事项,应当由本人亲自申办”之规定,强某经营部关于鑫某律所无权提起本案公证申请之主张不成立 ^① 。
2	上海实某百货有限公司与京口区某超市侵害商标权纠纷一案一审民事判决书	本院认为,《公证程序规则》第11条规定,除与自然人人身有密切关系的遗嘱、赠与等公证事项,当事人可以委托他人代理申办公证,故上海泽某律师事务所代原告申办证据保全公证并支付公证费,并无不当,本院对该组证据予以采信 ^② 。
3	翟某华与普某有限公司、株洲某物业管理有限公司侵害商标权纠纷一案二审民事判决书	锐某知识产权公司接受普某公司的委托,依法办理公证申请,符合《公证程序规则》第11条规定,不属于禁止代理的情形 ^③ 。
4	中山市雷某电器有限公司、深圳市卫某电器有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷一案二审民事判决书	本案中,(2016)莱凤城证民字第439号公证书正文开始便已写明:“申请人L市L区某知识产权服务中心因接受欧某家居集团股份有限公司的委托,于二〇一六年三月十七日向本处提出申请”,故本案是欧某家居公司委托L市L区某知识产权服务中心代理申办公证,并没有违反法定程序 ^④ 。
5	中国音像著作权集体管理协会与龙岩市某商业放映有限公司侵害作品放映权纠纷一案一审民事判决书	依据《公证程序规则》第11条规定,当事人可以委托他人办理申办公证。民法上的代理,可分为直接代理和间接代理,直接代理是代理人以委托人名义从事法律行为,间接代理是代理人以自己名义从事法律行为。本案中(2016)厦思证内字第2658号公证书明确载明“北京某律师事务所因受音集协的委托,代为处理音集协著作权财产权被侵犯维权事务”,可见福建省S市S区公证处已对申请人北京某律师事务所与利害关系人音集协间的委托代理关系、北京某律师事务所申请办理公证的资格及相应的授权范围等事项进行了审查,并据此接受申请进行公证 ^⑤ 。
6	铜陵市某娱乐有限责任公司、北京某艺术推广有限责任公司侵害作品放映权纠纷一案二审民事判决书	依据《公证程序规则》第11条之规定,当事人可以委托他人代理申办公证,但申办遗嘱、遗赠扶养协议、赠与、认领亲子、收养关系、解除收养关系、生存状况、委托、声明、保证及其他与自然人人身有密切关系的公证事项,应当由本人亲自申办。本案北京某公司将不属于必须由本人进行申办的公证事项委托给民某公司以其自己的名义办理,并未违反法律、行政法规的强制性规定,该行为有效。民某公司基于北京某公司的明确授权,以自己的名义申请证据保全公证,以及民M县公证处根据民某公司的申请对涉案公证事项进行受理,并无不当 ^⑥ 。
7	鹤山市某频道娱乐城、叶某著作权权属、侵权纠纷一案二审民事判决书	至于吴某是否可以以自己的名义向公证机关申请证据保全的问题,经审查,本案中叶某授权予吴某调查取证的权利,其中包括以吴某的名义向公证机关或者法院申请证据保全。根据《中华人民共和国公证法》第26条“自然人、法人或者其他组织可以委托他人办理公证,但遗嘱、生存、收养关系等应当由本人办理公证的除外”的规定,吴某以申请人的名义向公证机关提出保全证据的申请符合法律规定,鹤山市某频道娱乐城上诉主张理据不足,本院不予支持 ^⑦ 。
8	北京某艺术推广有限责任公司与某文化娱乐有限公司著作权权属、侵权纠纷一案一审民事判决书	依据《公证程序规则》第11条规定,当事人可以委托他人代理申办公证,但申办遗嘱、遗赠扶养协议、赠与、认领亲子、收养关系、解除收养关系、生存状况、委托、声明、保证及其他与自然人人身有密切关系的公证事项,应当由本人亲自申办。某公司将不属于必须由本人进行申办的公证事项委托给民权县某知识产权代理有限公司以其自己的名义办理,并未违反法律、行政法规的强制性规定。M县某知识产权代理有限公司基于某公司的明确授权,以自己的名义申请证据保全公证,以及河南省民权县公证处根据民权县某知识产权代理有限公司的申请对涉案公证事项进行受理,并无不当 ^⑧ 。
9	青岛某食品有限公司、山东某乳品有限公司侵害商标权纠纷一案二审民事判决书	本院认为,《公证程序规则》第11条规定,当事人可以委托他人代理申办公证。本案中,蒙某公司一审中提供了《非诉讼程序授权委托书》,能够证明其委托青岛某知识产权代理有限公司作为受托人可以以自己名义行使包括证据保全在内的非诉讼权利,故青岛某知识产权代理有限公司作为公证申请人申办公证事项并无不当 ^⑨ 。

①参见广东省佛山市中级人民法院(2018)粤06民终9518号民事判决书。
②参见江苏省镇江市中级人民法院(2018)苏11民初93号民事判决书。
③参见湖南省高级人民法院(2017)湘民终795号民事判决书。
④参见广东省中山市中级人民法院(2017)粤20民终2900号民事判决书。
⑤参见福建省龙岩市中级人民法院(2016)闽08民初102号民事判决书。
⑥参见安徽省高级人民法院(2018)皖民终227号民事判决书。
⑦参见广东省江门市中级人民法院(2018)粤07民终201号民事判决书。
⑧参见甘肃省白银市中级人民法院(2018)甘04民初45号民事判决书。
⑨参见山东省高级人民法院(2017)鲁民终1654号民事判决书。

提交,意在证明某百货有限公司实施了侵权行为,表明其认可智某公司受其委托代为办理公证事项。无论《公证书》所附授权书的出具日期是否在公证申请日之前,均不影响某米公司与智某公司之间委托关系的效力”^①。相关司法观点也认为,这些申请人即使在申请公证时尚未获得授权,但案件当事人此后的授权行为或者利用相关公证书的行为也可以理解为对其先前申请公证行为的追认。

(二) 利害关系

在司法实践中,也有法院直接认定受托的代理机构满足公证当事人的条件,属于利害关系人,是基于诉讼当事人或者实体权利人的授权委托而产生的利害关系。

在司法实践中按这种理解进行裁判的案例相对少见,但也存在一定的数量。比如在昆明市五华区某日用百货经营部、上海某化妆品股份有限公司侵害商标权纠纷二审民事判决书中,法院指出:“上海某化妆品公司二审时提交的授权委托书等两份证据,能够证明某科所到公证处申请本案公证事项是经过上海某化妆品公司授权,因此某科所的公证申请符合《公证程序规则》第19条第一款第一项关于‘申请人与申请公证的事项有利害关系’的规定”^②。同样,在上海某化妆品股份有限公司侵害商标权纠纷二审民事判决书中,法院亦持相同的观点^③。

笔者认为,这种理解最为合理。因为《公证法》上的公证当事人和诉讼当事人实际上是两个不同的概念,二者并不会完全重合。《公证法》上的当事人实际是公证书上的申请人,其以自己的名义申请公证,并不一定是诉讼的当事人,但是司法实践中往往将二者混淆。

按照这种利害关系的理解,境外当事人的授权委托则不需要进行公证和认证程序,申请人只需要提供相关材料形式上满足利害关系的条件即可。并且根据《公证法》第25条和《公证程序规则》第14条的规定,代理机构可以选择其自身所在地的公证处办理公证,否则对于境外权利人

而言,只能选择侵权行为地的公证机构,但侵权行为地的公证机构又由于担心潜在的打击报复往往拒绝受理。

当然,这种利害关系的理解会导致授权委托文件的不可或缺并且不可后补。根据《公证法》第31条的规定,当事人与申请公证的事项没有利害关系的,公证机构应当拒绝受理。并且根据《公证程序规则》第37条的规定,只有在当事人与公证事项存在利害关系时,公证才具有法律意义。因此,在公证申请日之前,公证当事人应当已经和公证事项存在利害关系。这种观点也体现在相关法院的司法实践中。比如在北京某墨业有限责任公司、秀峰区某文具店侵害商标权纠纷再审审查与审判监督民事裁定书中,法院指出“委托合同签署的日期是2017年8月20日,而涉案公证书作出的时间是2017年8月9日,即江苏鑫某律师事务所在申请涉案公证时,并未取得再审申请人的授权,其与涉案公证事项不具有利害关系,不能作为公证申请人申请涉案证据保全公证,江苏省N市Q公证处出具的涉案公证书程序违法,依照《中华人民共和国民事诉讼法》第69条的规定,涉案公证书证明的法律事实不能作为认定事实的根据”^④。由此可见,利害关系之说对公证程序的规范性提出了更高的要求。

(三) 混合关系

在司法实践中,也有法院认为受托的代理机构既是受托人也是利害关系人,以此来论证公证书的效力。笔者将其理解为混合关系。

混合关系的理解在我国司法实践中最为少见,但近期也有个别裁判文书采用此种理解方式。比如在里某瓦有限公司与广州市奥某箱包有限公司侵害外观设计专利权纠纷一审民事判决书中,法院指出:“本案中,(2015)京方正内经证字第05222、05223、05224号公证书的申请人均为北京市永某律师事务所,公证书中亦载明申请人的委托人里某瓦公司发现奥某公司涉嫌侵犯其知识产权,为诉讼收集证据,向中华人民共和国

①参见黑龙江省高级人民法院(2017)黑民终336号民事判决书。

②参见云南省高级人民法院(2017)云民终424号民事判决书。

③参见云南省高级人民法院(2017)云民终131号民事判决书。

④参见广西壮族自治区高级人民法院(2018)桂民申2831号民事裁定书。



国北京市F公证处申请保全证据公证。北京市永某律师事务所与里某瓦公司为委托代理关系,亦属《公证程序规则》规定中的利害关系人”^①。此外,在邳州市盛某商业有限公司与深圳源某塑胶电子有限公司侵害实用新型专利权纠纷二审民事判决书中,法院也持相同的观点^②。

这种混合关系理解的好处是集合了代理关系与利害关系的优点,但是其逻辑上较为混乱,相当于认为代理机构——公证的申请人,既是公证当事人,又是公证事项的受托人。

三、对公证主体资格不同理解的成因

《公证程序规则》第9条规定,公证当事人是与公证事项存在利害关系的申请人,也就是说公证当事人只需要和公证事项存在利害关系;诉讼当事人则是指案件有直接利害关系的公民、法人和其他组织^③,也即诉讼当事人需要和案件存在直接的利害关系。至于直接的利害关系和一般利害关系的区别,则需要返回《民事诉讼法》框架下进行研究。

纵观整个《民事诉讼法》总共有三类利害关系:第一类是《民事诉讼法》第119条规定的直接利害关系(原告资格);第二类是《民事诉讼法》56条规定的法律上的利害关系(无独立请求权的第三人);第三类包括《民事诉讼法》第44条规定的关于有利害关系的审判人员回避等。

相关学者指出直接利害关系人的定义是:“诉称的权利的享有者或者义务承担者”。因此,直接的利害关系是指对诉讼标的的实体权利义务关系;法律上的利害关系则指对诉讼标的依某种法律关系而享有权利或者承担义务。直接利害关系属于法律上的利害关系之一。利害关系包含法律上的利害关系和事实上的利害关系,事实上的利害关系则指在情感、经济或声誉等方面会受到直接或者间接的影响。

《公证程序规则(试行)》(1990)、《公证程序规则(2002)》(司法部令第72号)第6条规定:“公证当事人是指与公证事项有法律上的利害关

系并以自己的名义向公证处提出公证申请,在公证活动中享有权利和承担义务的公民或法人”;而后在《公证程序规则(2006)》中修改了“法律上的利害关系”表述,只留下“利害关系”的用语。由此可见,自《公证程序规则(2006)》实施之日起,就公证当事人的资格而言,并不要求法律上的利害关系,更何况实体权利义务关系。受权利人委托的代理机构本身并不会对诉讼标的享有权利或者承担义务,法院的裁判结果仍然由诉讼当事人承担。而证据保全公证中,公证机构主要对客观事实进行证明而不是对实体权益进行确认,这一点也决定了公证法律关系中的“利害关系”,必然区别于民事诉讼中的当事人必须与诉讼实体权利义务具有“直接利害关系”的标准。因此,对于利害关系的理解,可以是事实上的利害关系,而不需要当事人对诉讼标的具有法律上的利害关系或者直接的利害关系。

事实上,司法实践中正是由于没有明确直接的利害关系、法律上的利害关系以及事实上的利害关系之间的区别,混淆了诉讼当事人和证据保全公证当事人的区别,才产生了以上三种不同的理解方式。

值得注意的是,这种混淆的深层次的原因在于常见的公证类型,比如单方法律行为类公证(委托、声明和遗嘱公证等等)、合同(协议)类公证(借款合同、担保合同、买卖合同、拆迁安置、赠与合同),是对法律关系的直接确认,甚至会直接导致实体的法律后果,因此申请人必须具有法律上乃至直接的利害关系。而根据相关数据统计,这些公证类型占据了公证机构业务量的绝大部分^④。因此,法院在绝大多数案件中混淆诉讼当事人和公证当事人的区别并没有任何问题。但是对于证据保全公证而言,公证机构证明的对象是某一事实的客观真实状态而不是实体权利义务归属,这一事实是否构成侵权、侵犯何种权利、甚至侵犯了谁的权利,都只能通过诉讼程序由司法审判机关加以确认,公证机构无权也没有能力

①参见广州知识产权法院(2015)粤知法专民初字第2297号民事判决书。

②参见江苏省高级人民法院(2018)苏民终1122号民事判决书。

③参见《民事诉讼法》第119条:“起诉必须符合下列条件:(一)原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织……”。

④参见田山:《2016年度四川公证工作统计分析》,载《中国公证》,2017年第8期,第54-57页。

审查确认。证据保全公证并不是对法律关系的直接确认,不会导致实体的法律后果,其仅仅是固定相关的事实,以作为诉讼中的证据。这种证据保全公证完全不需要公证当事人具有法律上的利害关系。因此,《公证程序规则(2006)》尽管为证据保全公证开了“绿灯”,但是值得注意的是,此次修改并没有根据公证类型区别对待,而是采用“一刀切”的做法,并未使此问题明确。同样,大部分法院实际上也未考虑公证的类型并加以区别对待,反而将一般规则适用到了特殊领域。

另外一个原因在于《公证程序规则》属于司法部的规定,其效力级别属于部门规章。而从理论上讲,部门规章对法院并无强制约束力,法院在裁判过程中仅仅将其作为参考或者参照。故而,无论《公证程序规则》对公证当事人如何规定,其强制性的效力仅仅限于司法部管辖下的公证机构中。

四、对公证主体资格不同理解的危害

由上述原因造成的对公证主体不同的理解方式导致了一些不良后果,具体表现在三个方面。

(一)诉讼当事人和公证当事人之间的混淆

司法实践中对公证主体资格的不同理解,主要危害便是加深诉讼当事人和公证当事人之间的混淆。由于《公证程序规则》的明确规定,对于公证当事人的理解基本上都采取了利害关系人的理解方式。而在诉讼中,法院在混淆公证当事人和诉讼当事人的前提下,极可能产生代理关系的理解。虽然我国并不是判例法国家,但是司法判例的广泛运用已成为我国法治实践中的一个重要现象^①。随着裁判文书上网公开制度的实行和大数据技术下的智慧法院建设,判例的指导性作用也在渐渐加大。在这种背景下,随着案例的大量积累,公证机构和法院之间认识上的分裂将不断加大,导致实践中对诉讼当事人和公证当事人之间的混淆。

(二)司法适用的混乱

由于前述代理关系混淆的存在,我国部分法院也开始采用利害关系人的理解;随着这两种理解

同时出现,出于加强论证或者规避风险的考虑,法官又采用代理关系理解和利害关系理解而叠加出来的混合理解。这三种理解方式同时存在,对于我国的司法适用无疑会造成混乱。特别是代理关系的理解会对公证管辖产生一定的争议,因为实践中代理机构(公证当事人)和其所在地的公证机构往往存在长期的合作关系,公证机构的管辖基础则通常建立在申请人——代理机构的住所地之上,但是法院却在裁判中认定代理机构属于受托人。此种裁判一旦发生效力,会导致公证机构失去公证管辖的根基。根据《公证程序规则》第63条的规定:“公证书的内容合法、正确,但在办理过程中有违反程序规定、缺乏必要手续的情形,应当补办缺漏的程序和手续;无法补办或者严重违反公证程序的,应当撤销公证书”。若公证管辖失去根基,利害关系人可以按照该规定通过申请复查来撤销公证书,从而置公证机构于尴尬境地。

虽然曾有法院认为:“在公证书因程序问题被撤销的情况下,并不影响公证事实的真实性”^②,但是2018年安徽省高级人民法院曾明确地纠正了这种错误的认识。该法院认为:“本案中,安徽省L县公证处《(2017)皖庐公证字第1706号公证复查决定书》以公证事项的办理超出该公证处执业区域为由,决定将涉案公证书予以撤销。《公证程序规则》第63条第三款规定,被撤销的公证书自始无效。故涉案《公证书》因程序违法被撤销而自始无效,不能直接作为确认本案侵权事实的依据”^③。因此,若公证机构撤销涉案公证书,当事人又去申请再审,将会置法院于尴尬境地。

(三)公证程序的不规范

在代理关系的理解或者混合理解之下,公证机关可以先出公证书再补写公证当事人和代理机构之间的委托书,甚至在没有委托手续的情况下做出公证书;实体权利人在发起诉讼时将公证书作为证据提交,依然可以被法院认定为委托的追认。这种情况往往会导致公证机构不需要尽

①参见顾培东,李振贤:《当前我国判例运用若干问题的思考》,载《四川大学学报》(哲学社会科学版),2020年第2期,第134-146页。

②参见河南省高级人民法院(2016)豫民终1387号民事判决书。

③参见安徽省高级人民法院(2018)皖民终653号民事判决书。



到基本的形式审查义务,《公证法》第31条不予办理公证的规定将会被架空。这实际上是放任乃至认可公证程序的不规范,长此以往将会损害公证机构的公信力。

五、结论和建议

如前所述,在我国司法实践中,对于代理机构以自己的名义申请证据保全公证的情况往往存在三种解释,其根源在于司法机关混淆了诉讼当事人和公证当事人的区别。由于有关公证当事人的规定存在于部门规章之中,并无约束法院的强制力,由此导致了司法实践中的不良后果。

对于此问题的解决,笔者认为应当从以下两个方面同时入手:

(一)根据公证类型对公证当事人加以区别

对于常见的公证类型,由于是对法律关系的直接确认,可以规定公证当事人必须具有“法律上的利害关系”,以此作为公证当事人的一般条款。同时,对于证据保全等事实固定类公证,由于其并不是对法律关系的直接确认,可以另行规定此种当事人仅要求具有“利害关系”,以此作为特殊条款。如此规定,实践中便可以根据公证类型,判断其是否涉及法律关系的直接确认,并以此为基础来判断适用一般条款还是特殊条款。

(二)将公证当事人的规定从部门规章升格到《公证法》中

鉴于目前司法实践中认定混乱之状况,笔者认为需要将前述公证当事人的规定从部门规章升格到《公证法》之中,从而使该区别规定对法院具有强制约束力,使法院明确认识证据保全的公证当事人和诉讼当事人的区别。

考虑到立法程序的复杂性,若当前《公证法》的修改尚不具备客观条件,建议最高人民法院通过司法解释的规定,明确不同类型的公证当事人的不同要求,以此明确证据保全的公证当事人和诉讼当事人的区别。

总之,笔者认为按照上述之思路方能解决目前之问题,统一司法机关的认识,进一步规范公证程序。

〔参考文献〕

- [1]陶峰,于坤.公证当事人主体资格制度衍思[J].中国公证,2017(04):52-57.
- [2]浙江高院关于知识产权民事诉讼中公证证据审查与采信调研报告[J].中国公证,2016(03):15-24.
- [3]刘家兴,潘剑锋.民事诉讼法教程(第五版)[M].北京:北京大学出版社,2018.

【责任编辑:柴 玮】

Research on subject qualification in the notarization of evidence preservation ——From the perspective of judicial practice in the trial of intellectual property cases

Lin Wei

(Tsinghua University, Beijing 100091, China)

Abstract: In intellectual property litigation cases, agencies are increasingly applying for notarization of evidence preservation in their own name. China's courts have three different understandings of the legal status of agents participated in litigation; one is agency relationship; the other is interest relationship; and the third is mixed relationship, for the reason is that most of the evidence preservation notary parties are litigants. However, the application of this general rule by the court to the notarization of evidence preservation confuses the distinction between evidence preservation notary parties and litigants, plus the definition of notary parties is not binding on the court, resulting in the bad consequences in the judicial practice of notarization. At present, the way to resolve the subject qualification of the evidence preservation notary party is to distinguish the notary parties according to the type of notarization, using general and special clauses, and upgrade the above clauses from the departmental rules to the notary law, so that the clause has mandatory binding to the courts.

Key words: evidence preservation; subject qualification; agency; notary party

【法学理论研究】

论我国可撤销婚姻和无效婚姻制度的完善

——以特殊群体婚姻效力为分析对象

廖梦舟

(福建师范大学,福建 福州 350108)

〔摘 要〕随着社会的发展和人们婚姻家庭观念的转变,我国现行《婚姻法》中关于可撤销婚姻和无效婚姻制度的规定呈现出一定的滞后性。二者的范围、界限以及宣告程序等均不能很好地适应现实社会中出现的新情况,不但难以保护婚姻当事人的合法权益,还损害了我国法律的公正性。因此,适当扩大可撤销婚姻和无效婚姻的范围,厘清二者之间的界限,并将一些特殊群体的婚姻效力问题纳入立法考量的范围,构建更加合理的可撤销婚姻和无效婚姻制度体系,是推动我国婚姻家庭法治建设、维护公民合法权益的必经之路。

〔关键词〕可撤销婚姻;无效婚姻;婚姻效力

〔作者简介〕廖梦舟(1994—),女,福建龙岩人,福建师范大学法学院 2017 级硕士研究生,主要从事婚姻家庭法研究。

〔收稿日期〕2019-12-13

〔中图分类号〕D923.9〔文献标识码〕A〔文章编号〕1009-1416(2020)03-099-06

我国《婚姻法》自 2001 年修订之后,迄今已近二十年,随着社会的变迁,现实中出现诸多修订该法时未曾预见的矛盾。由于立法方面的缺失致使司法实践中裁判不一,严重影响了司法公信力和我国婚姻家庭法治建设进程。因此,在革故鼎新的基础上,针对现实中出现的新问题填补立法上的空白,是推动我国婚姻家庭法治建设、维护公民合法权益的必经之路。

一、我国无效婚姻制度概述

(一)立法概况

无效婚姻制度广义上包括无效婚姻制度和可撤销婚姻制度。无效婚姻是指缺乏婚姻成立要件而没有法律效力的违法婚姻,即男女双方的结合不符合法律规定的条件或违反了结婚程序而自始不具备婚姻的法律效力^[1]。可撤销婚姻是指在满足婚姻可撤销条件下,当事人可以向婚姻登记机关或人民法院申请撤销的婚姻。目前,我国婚姻法规定的婚姻成立要件有实质要件和形式要件。实质要件包括结婚年龄的要求、禁止

结婚的限制以及婚姻无效和可撤销的事由,形式要件则为对结婚程序的要求。我国《婚姻法》明文规定有以下四种情形之一的,婚姻无效:第一,重婚的;第二,有禁止结婚的亲属关系的;第三,婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病,婚后尚未治愈的;第四,未达到法定婚龄的。而对于可撤销婚姻的规定仅有第 11 条的“胁迫结婚”。在可撤销婚姻和无效婚姻的溯及力方面,我国法律所呈现的观点是“自始无效”:一方面排除了婚姻面向将来无效的可能,另一方面排除了无效婚姻于未来在某些方面具有效力的可能^[2]。

(二)无效婚姻与可撤销婚姻的区别

尽管无效婚姻和可撤销婚姻在广义上均属于无效婚姻,但二者仍有区别。首先,在法律效力上,无效婚姻为自始无效,具有溯及既往的效力;可撤销婚姻为可能无效,婚姻在被撤销前具有法律效力,在被撤销后则开始无效,且不具有溯及既往的效力^[3]。其次,无效婚姻由人民法院宣告无效,可撤销婚姻则由婚姻当事人申请撤销。换言之,一旦满足既定条件,无效婚姻不以



当事人的态度为转移;可撤销婚姻却可以根据当事人的意愿,由其自主决定是否申请撤销。

(三)区分可撤销婚姻、无效婚姻与离婚的重要性

目前,区分可撤销婚姻、无效婚姻与离婚行为之间的差别未能引起足够重视的原因主要在于,即使不能被认定为可撤销婚姻或者无效婚姻,当事人还可以通过离婚程序解除婚姻关系。实际上,可撤销婚姻和无效婚姻与离婚具有本质上的区别。无效婚姻自始无效,但在离婚之前婚姻是有效的,这一点不仅在当事人婚内财产分割、子女抚养等方面有所区别,而且对于当事人本人而言,在我国传统观念下离婚行为必然会对其个人生活和社交等方面造成一定的影响。出于此种考虑,区分可撤销婚姻和无效婚姻与离婚行为具有重要意义。

二、我国可撤销婚姻和无效婚姻制度的不足及原因

(一)可撤销婚姻和无效婚姻范围界定的不足

国外许多国家的法律都规定,因受欺骗而缔结的婚姻、因误解而缔结的婚姻和因受胁迫而缔结的婚姻等均属于可撤销婚姻,我国台湾地区也有类似的规定^[4],但目前我国大陆明确规定的可撤销婚姻仅有“胁迫”一种情形。然而,民法上导致民事行为无效的原因并不仅仅局限于“受胁迫”一种情形,还有欺诈、乘人之危和显失公平等情形。显然,仅“胁迫”一种情形,不能囊括现实中婚姻当事人在订立婚姻时意思表示存在瑕疵的情形^[5]。如买卖婚姻、包办婚姻等,当事人在寻求司法救济时往往会被驳回诉讼请求。

另外,与年龄只会增加不会减少这一不变的规律不同,在影响婚姻效力的各种因素中,性别已经可以改变。在现代医疗技术手段和现代观念的双重冲击下,许多患有性身份识别障碍的患者选择进行变性手术,其中不乏有已婚人士。尽管我国现行《婚姻法》并未明文规定婚姻应是一男一女的结合,但《婚姻法》的条文都载有“男女”二字,如第5条规定“男女双方完全自愿”;第8条规定“男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记”,这说明我国《婚姻法》隐含婚姻双方

须为男性和女性的本意,立法上不承认同性婚姻。与一般意义上的同性婚姻不同,婚后变性者进行婚姻登记时,在性别上是满足婚姻成立要件的。因此,对这一问题需要进行特别的探讨。

同时,在司法实践中曾有实例:双胞胎其一代替对方与配偶办理婚姻登记手续,婚后一方以此为由请求宣告婚姻无效,但司法机关以此种情形不属于婚姻无效的法定事由为由予以驳回,致使当事人除了离婚之外别无其它选择。但双方随即因财产分割和子女抚养问题产生的巨大纠纷,不仅导致对诚信一方保护的欠缺,还导致一定程度上司法裁判的不公正。

上述几种情况的出现,意味着我国目前对于可撤销婚姻和无效婚姻范围的界定不足以很好地囊括由于时代发展所产生的各类问题。由于无效婚姻和可撤销婚姻条款属于穷举性规定,司法机关只能依据法条列举的有限情形作出判决。随着社会变迁,各种新情况层出不穷,在法条列举情形的限制下,司法人员无法充分发挥主观能动性,只能按照法律现行规定进行断案,未免显得有些滞后,在一定程度上影响了公平正义的实现。

(二)可撤销婚姻和无效婚姻内容规定的不足

我国《婚姻法》规定的婚姻无效的四种情形对于当事人自身和社会的损害程度有所不同。首先,重婚本身就是我国《刑法》规定的犯罪行为,具有较大的社会危害性,认定重婚为无效婚姻并无不妥。其次,近亲之间由于基因相似度高,携带相同隐性遗传病基因的概率也高,因此共同生育的后代极易患有遗传性疾病,对家庭、社会和子女自身均会造成一定的痛苦或负担。为避免此类情况的出现,有必要认定近亲婚姻为无效婚姻。再次,早婚行为具有一定的危害性,即使早婚者的婚姻是出于自愿,但因其年龄小、心智不成熟、难以分辨是非,必须着重进行保护,否则将会严重影响社会风气,甚至催生诱骗未成年人结婚的违法行为。与这三种情形不同的是,患有不宜结婚的疾病并无明显的社会危害,一方自愿以婚姻为保障,照顾另一方的生活,并不会危及他人。但因请求宣告婚姻无效的主体为当事人及其近亲属,即有可能出现婚姻当事人本人

想要维持婚姻、照顾配偶,但其近亲属却请求宣告婚姻无效的情况,这种情况显然违背了婚姻当事人本人的意愿。

(三)宣告婚姻无效程序上的不足

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第9条第一款规定:“人民法院审理宣告无效婚姻案件,对婚姻效力的审理不适用调解,应当依法作出判决;有关婚姻效力的判决一经作出,即发生法律效力”。这意味着人民法院对于宣告婚姻无效的案件实行一审终审制,当事人没有上诉权,且一经判决婚姻即无效,当事人可另行结婚。在这种情况下,提出审判监督程序也无实际意义。换言之,一经人民法院宣告婚姻无效,当事人即使不服,也无救济途径,这对于当事人而言显然不公正;对于司法机关而言,假如宣告婚姻无效案件在事实或证据认定上确实存在错误,也相当于失去了纠正错误判决的机会。

三、对几类特殊群体婚姻效力的具体分析

(一)已婚者性别变更导致的婚姻效力变化

如上文所述,如今的自然人已经可以通过性别变更手术选择改变生理性别,已婚者在婚姻关系存续期间进行变性手术后性别即发生变更,变成与配偶的性别相同。我国法律目前不承认同性婚姻,婚姻必然是一男一女的结合。已婚者进行变性手术改变了自然性别,与配偶成为同性的人,婚姻即失去了法理基础,与我国现行婚姻制度不相符合。如果允许变性人及其配偶的婚姻关系继续有效,势必导致形式上的同性婚姻。

实际上,就已婚变性者的婚姻效力问题而言,实践中早有争议。2002年湖南省出现了一例已婚变性者与其配偶向婚姻机关申请撤销婚姻关系的案例。就此事湖南省民政厅向民政部办公厅发函询问如何解决,根据民政部办公厅《关于婚姻当事人一方变性后如何解除婚姻关系问题的答复》回函中的观点,已婚者进行变性手术后,在配偶双方性别相同的情况下,已不满足婚姻的法定条件,应当办理离婚手续,解除婚姻关系。但此函并未很好地解决实践中的其它类似问题。一方面,该观点仅是民政部办公厅向地方民政厅的回函,并非我国社会主义法律渊源的內

容之一,难以对公民产生普遍性的约束力;另一方面,根据我国婚姻法“离婚自由”的原则,婚姻关系的解除应以当事人的请求为前提,没有当事人的离婚请求,任何人不能强制当事人解除婚姻关系。在已婚变性者与配偶同意离婚的情况下,自然可以按离婚处理;若已婚变性者与其配偶协商一致,愿意继续维持现有的婚姻关系、拒绝办理离婚手续,那么强迫双方离婚便具有干涉婚姻自由的嫌疑。

同时,有学者认为已婚者在变性后婚姻已不满足实质要件,因此应当被认定为无效婚姻,建议将同性婚姻纳入到我国法律规定的无效婚姻条款中^[6]。但是,笔者认为,已婚变性者的婚姻无论认定为无效婚姻还是认定为可撤销婚姻,都具有明显的弊端。首先,与我国现行婚姻法规定的几种导致婚姻无效或可撤销的情形不同,已婚变性者的婚姻在登记时是符合婚姻的实质要件和形式要件的,只是因为变性行为导致性别逆转,从而不再满足我国婚姻法对于婚姻当事人的性别要求,但我们并不能因此否认其在结婚登记至变更性别前的婚姻效力。其次,如果认定已婚变性者及其配偶的婚姻系无效婚姻或可撤销婚姻,相当于否定了该类婚姻关系存续期间的效力,对于认定夫妻财产等方面有重大影响,极易被变性一方滥用,对于变性者的配偶显失公平。

那么,如何合理地认定已婚变性者婚姻的效力并兼顾现实情况,从而尽可能地保障双方应有的权利,笔者认为可以根据现实情况区别处理:在已婚变性者与其配偶愿意离婚的情况下,为其办理离婚手续;在一方意欲离婚但另一方不同意的情况下,可以通过诉讼离婚解决;对于夫妻双方均不愿意办理离婚手续的,可以承认其“事实伴侣”关系,通过签订协议或其它方式进行规制。

(二)买卖、包办、交换婚姻者的婚姻效力

尽管我国《婚姻法》已明文规定结婚和离婚自由,但由于各地经济和文化发展差异,现实生活中仍存在许多买卖婚姻、包办婚姻和交换婚姻的现象。

买卖婚姻是指婚姻当事人一方或其家人通过给予另一方家人财物的方式,订立双方当事人婚姻约定的一种婚姻。在此情况下,双方当事人结婚的行为并非出于结婚的合意,而是在利益交



换之下一方被迫的选择。买卖婚姻并不能等同于胁迫婚姻。胁迫婚姻强调的是胁迫方对被迫方使用武力或精神上的威胁,而买卖婚姻不局限于此,经济困难、法律意识淡薄、地方习俗等都可能是导致买卖婚姻的因素。尽管买卖婚姻没有表现出与胁迫婚姻相同的危害性,但仍然违背了当事人的结婚意愿,违反了我国婚姻法中关于“达成结婚合意”的规定,存在一定程度上的被迫性,因而具有瑕疵。笔者认为,此类婚姻中当事人双方有可能在婚后产生感情,因此不应纳入到无效婚姻的范围,以避免法律过分干涉公民私人生活;应当列入到可撤销婚姻范围内,赋予弱者一方自主行使申请撤销婚姻的权利。

包办婚姻在我国传统社会中较为常见,多为婚姻当事人双方的亲属为其包办的婚姻,此类婚姻反映的是当事人亲属的意愿,而当事人双方并不存在结婚的合意。与买卖婚姻相同,此类婚姻中当事人也可能出现婚后培养出感情的情况,因而不宜认定为无效婚姻,应由婚姻当事人自主决定是否申请撤销婚姻。另外,因为双方当事人均系包办婚姻的受害者,故二者均有权向婚姻登记机关和人民法院申请撤销婚姻。

交换婚姻在经济欠发达地区的农村较为常见,性别比例不均衡是其产生的一个重要原因。婚姻当事人双方的亲属之间达成协议,将女儿嫁与对方之子,换取对方女儿嫁与自家儿子,以解决娶妻生子问题。交换婚姻违背了婚姻当事人的意愿,尤其是对被换予对方家庭的女儿而言,带有明显的强迫性。然而,这种强迫程度往往尚未达到法律规定的属于可撤销婚姻的“胁迫”程度,当事人难以以此为由申请撤销婚姻。因此笔者认为,应当将交换婚姻也列入到可撤销婚姻的范围,将选择的权利赋予交换婚姻当中的弱者一方。

综上,无论是买卖婚姻、包办婚姻还是交换婚姻,均属于违背婚姻当事人的意志的情况,侵害了当事人的婚姻自由,违背了现行婚姻法中关于“结婚合意”的规定,与婚姻法的立法精神背道而驰。但在这几类婚姻中,当事人双方亦有可能在婚后培养出感情,因此不宜直接认定为无效婚姻,过分干预公民的个人选择。应将这几类婚姻列入可撤销婚姻范畴,将自主权交予婚姻当事

人。在确认这几类婚姻属于可撤销婚姻范围的同时,为保障婚姻的连续性、稳定性以及当事人双方对婚姻关系的信赖,还应当规定申请撤销婚姻的时间限制。例如,在结婚登记的一年之内须向婚姻登记机关或人民法院申请撤销婚姻,被限制人身自由的则从恢复自由之日起计算。

(三)“同妻”群体的婚姻效力

“同妻”系指同性恋者的妻子,尽管名称上是“妻”,但实际上并不限于女性,而是对在不知情的状况下与同性恋者结婚的一类人的统称。目前,我国存在数量不少的同性恋者,他们只钟情于同性,但由于我国目前不承认同性之间的婚姻,他们无法与同性登记结婚,其中有一部分人碍于父母的传统思想和惧怕他人的异样目光,所以通过选择与异性结婚的方式来掩盖其为同性恋者的事实。他们在结婚时的意思表示是虚假的,并向另一方当事人隐瞒了可能对其结婚意图产生重大影响的情形,具有欺诈的故意;他们当中的大多数人在婚姻中无法尽到应尽的义务,对其配偶一方亦无法做到忠实。此类婚姻实质上带有一定程度的欺骗性质,对于“同妻”极不公平,同时也影响了正常的婚姻家庭秩序。然而,因欺骗婚姻并不属于我国法律规定的可撤销婚姻或无效婚姻,在“同妻”发现事实后寻求司法救济的过程中,往往只能被驳回诉讼请求。“同妻”想要结束婚姻关系只能选择离婚,从此,户籍登记上的“离婚”二字将对其今后的人生造成重大影响,尤其是在传统思想仍占据重要地位的当今社会。

笔者认为,婚姻本质上是一种契约行为。婚姻的意思表示是当事人双方在达成合意的基础上共同作出结婚的意思表示并经过法定的结婚程序予以确立的,具有法律效力;“同妻”的结婚意思表示是建立在另一方当事人的欺骗行为之下的,具有严重的瑕疵。换言之,假如“同妻”在婚前知晓对方系同性恋者,极有可能不会与之结婚,结婚“合意”也就无从谈起。需要强调的是,与一般的欺骗行为不同,同性恋者的性取向差异直接影响到其在婚姻期间各项义务的履行;而在一般欺骗行为中,一方作出的虚假承诺主要基于财产或关爱,尽管也具有一定的欺骗性质,但并不会严重影响其后婚姻家庭义务的履行。因此,

如果将此类婚姻也归于可撤销婚姻中,不仅在司法实践中容易出现因标准不一而导致的“同案不同判”现象,也不利于维护我国正常的婚姻秩序。

综上,笔者认为,“同妻”的结婚合意是基于同性恋者的欺骗行为而产生的,在此类婚姻中同性恋者难以履行婚姻期间的各项义务,严重侵害了配偶另一方相应的婚姻家庭权益。因此,在具有足够证据能够证明的前提下,应将此类婚姻认定为可撤销婚姻,赋予“同妻”行使撤销婚姻的权利,以遏制此类“骗婚”行为,进而保障“同妻”群体的合法权益。

四、对我国未来可撤销婚姻和无效婚姻制度的法律构想

(一)适当扩大可撤销婚姻的范围

首先,参考我国《民法总则》规定的基于重大误解、欺诈、胁迫、乘人之危致显失公平这四种情况下的无效民事行为,可撤销婚姻除了胁迫的情形外,还应当包括因误解而缔结的婚姻(因认错人或其他事由,当事人无结婚意向)和虚假婚姻^[7]。笔者认为,可以适当扩大可撤销婚姻的范围,将现有的“胁迫”一种情形扩大为“胁迫”、“重大误解”和“乘人之危”三种情形。欺诈婚姻因实践中难以界定欺诈的范围和程度,笼统地予以规定反而容易导致裁判不一和当事人滥用的现象,故不宜囊括其中。此外,婚姻撤销的后果是婚姻关系归于无效。由于被撤销的婚姻属于已成立的婚姻,因其欠缺法定的有效要件不受法律保护,在当事人之间亦不能产生法定的夫妻权利义务关系,但这绝不意味着它不能产生任何法律后果^[8]。因此,对于可撤销婚姻的事实和证据的认定需要严谨慎重,防止发生滥用情形,影响到正常的婚姻秩序。

其次,近年来一部分特殊群体进入到公众视野中,他们的婚姻关系与常人之间存在的差异必然要求立法者应当对其进行特别考量,并适当地将其中部分群体的婚姻关系纳入无效婚姻和可撤销婚姻的范畴。

最后,在现有的四类导致婚姻无效的情形中,重婚、早婚和近亲结婚因具有较大的危害性和负面影响,将其列为无效婚姻并无不妥。但对于“患有医学上认为不应当结婚的疾病”这类情

况,主要涉及当事人个人利益,在当事人自愿的情况下,没有必要采用法律强制性规定加以干涉。笔者认为,可将其分为患者配偶在结婚时知情和不知情两种情况区别处理。第一,结婚时不知情。在患者刻意隐瞒的情形下,可将其划入可撤销婚姻,这样不但赋予了不知情方自主选择的权利,也保障了不知情方的利益;第二,结婚时知情。双方的结婚行为出于自愿,不存在刻意隐瞒行为,若结婚时双方均具有完全民事行为能力,则婚姻合法有效,不属于可撤销婚姻范畴。

(二)规定瑕疵婚姻登记的效力

瑕疵婚姻登记主要包括非本人登记,使用伪造、变造证件进行登记和登记人员缺乏资格三种情况。目前,我国婚姻法并未规定婚姻登记程序具有瑕疵会带来何种后果。笔者认为,尽管同为程序瑕疵,但由于其性质有所不同,处理方式也应有所区别。

1. 非本人登记

非本人登记,是指婚姻当事人双方或一方未亲自到达现场进行婚姻登记,这种情形违反了我国《婚姻法》第8条“男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记”的规定,不符合结婚的形式要件。与实质要件不同,程序瑕疵可以在事后得到补正,只要满足结婚的其它实质要件,婚姻就应当是有效的。这里应注意的是,双胞胎一方为另一方代领结婚证的情形应当认定为非本人登记的程序瑕疵,在被代领一方知情、自愿的前提下,应当肯定婚姻登记的效力,不宜认定为可撤销婚姻或无效婚姻。

2. 使用伪造、变造证件登记

使用伪造、变造证件登记,主要包括使用他人证件登记和涂抹、修改本人证件后登记两种情况。笔者认为,当事人出于某种原因使用虚假身份,或是本人并不符合结婚登记的条件,通过伪造、变造证件骗取结婚登记的,因其主观上具有较为严重的过错和恶意,且无瑕疵补正的可能,应认定为无效婚姻。另外,与上文相对,双胞胎一方在另一方不知情的情况下为其代领结婚证的行为,应当认定为使用伪造证件进行婚姻登记的行为。在此种情况下,被代领者并非出于意思表示自愿而缔结婚姻,应将此类婚姻认定为无效婚姻,以确保其合法权益不受侵害。



3. 登记人员缺乏资质

根据我国《婚姻登记管理条例》第7条规定,婚姻登记机关的婚姻登记管理人员,应当经过业务培训、考试合格、获得证书后才具有婚姻登记资质。但在我国部分欠发达地区,因人员紧张等原因,对此重视程度不高,偶而也有登记管理人员并无资质等情况。笔者认为,要求每对婚姻当事人在登记结婚时仔细查核婚姻登记员是否具有资质并不现实,尤其对于文化水平不高的公民,要求他们因此承担风险过于苛刻。考虑到行政行为的权威性和稳定性,保护婚姻当事人对婚姻登记机关和登记人员的信赖,如果不是归责于婚姻当事人应知或明知的情形,婚姻当事人就可以依据“法安性”原则来确定婚姻登记有效^[9]。

综上,婚姻在符合其它实质要件和形式要件的情况下,应当将其认定为合法有效。

(三)开辟宣告婚姻无效案件的司法救济途径

正如上文所说,目前我国宣告婚姻无效的案件一经作出判决,婚姻立即失去法律效力。对于当事人而言,由于缺乏司法救济途径,权利难以得到维护;对于司法人员而言,有时即便明知判决有误,因缺乏纠正途径也于事无补。因此,考

虑到婚姻效力对当事人具有重大影响,应当赋予当事人上诉权利,允许其在法律规定的期限内上诉。只有这样,才能有效维护当事人的合法权益和司法的公平正义。

【参考文献】

- [1]王胜明,孙礼海. 中华人民共和国婚姻法修改立法资料选[M]. 北京:法律出版社,2001:01.
- [2]徐国栋. 无效与可撤销婚姻中诚信当事人的保护[J]. 中国法学,2013(05):147.
- [3]陈苇. 论我国婚姻无效与撤销制度的完善[J]. 甘肃政法学院学报,2003(04):12.
- [4]吴国平. 论无效和可撤销婚姻制度的立法完善[J]. 政法学刊,2010(01):43.
- [5]石东洋,刘新秀,聂敏. 我国无效婚姻制度的缺陷及完善[J]. 山西省政法管理干部学院学报,2016(01):72.
- [6]何燕. 婚姻无效应增加同性婚姻条款. http://lawyer.9ask.cn/1vshi/ndyhe/blog_5646.html.
- [7]梁继红. 论我国无效婚姻制度的缺失和完善[J]. 西南交通大学学报(社会科学版),2008(03):27.
- [8]余延满. 论婚姻的成立[J]. 法学评论,2004(05):42.
- [9]朱海文. 瑕疵婚姻登记的法律效力研究[D]. 中国政法大学硕士学位论文,2010:30.

【责任编辑:赵华明】

On the perfection of the system of revocable marriage and invalid marriage in China ——Taking the marriage effectiveness of special groups as the analysis object

Liao Mengzhou

(Fujian Normal University, Fuzhou Fujian 350108, China)

Abstract: With the development of society and the change of people's concept of marriage and family, the provisions on the system of revocable marriage and invalid marriage in China's current "Marriage Law" show a certain lag. The scope, limits and declaration procedures of the two cannot adapt well to the new situation in the real society. Not only is it difficult to protect the legitimate rights and interests of the marriage parties, but also damages the fairness of China's laws. Therefore, it is the only way to promote the construction of the rule of law in marriage and family in China and safeguard the legitimate rights and interests of citizens by appropriate expanding the scope of revocable marriages and invalid marriages, clarifying the boundary between the two, and incorporating the marriage effectiveness of some special groups into the scope of legislative considerations to build a more reasonable system of revocable marriages and invalid marriages.

Key words: revocable marriage; invalid marriage; marriage effectiveness