

新闻出版广电总局首批认定学术期刊
RCCSE中国高职高专成高院校学报类核心期刊
全国首届《CAJ-CD》执行优秀期刊
中国学术期刊综合评价数据库来源期刊
中国核心期刊(遴选)数据库收录期刊
中国期刊全文数据库收录期刊

ISSN 1674-828X
CN12-1416/D

天津法学

TIANJIN FAXUE

第三十七卷

总第一四六期

- 于语和等 于方舟的国家与法律思想简论
- 薛智胜等 股权遗嘱信托的适用问题探析
- 刘红春 人工智能社会组织监管的合规型路径
- 陈耀东等 房屋租赁权的不动产登记能力及预告登记的建构



2021.2

天津法学

Tianjin Legal Science

(季刊)

编委会主任: 张亮

编委会副主任: 杨明光 于浩明

编委会委员: (按姓氏笔画为序)

马立民 王吉林 古津贤 史学瀛 付士成
吕凯 刘士心 刘晓梅 刘晓纯 刘海滨
齐恩平 孙佑海 孙学亮 杨惠 杨文革
肖强 吴春雷 宋华琳 陈灿平 郝磊
侯欣一 俞风雷 薛智胜 魏健馨

主 编: 杨明光

副 主 编: 杜爱农

编辑部主任: 张颖

主管单位: 中共天津市委政法委员会

主办单位: 天津公安警官职业学院
天津市法学会

2021年第2期 / 第37卷 / 总第146期

股权遗嘱信托的适用问题探析

薛智胜, 李阳琳

(天津工业大学 法学院, 天津 300387)

摘要:遗嘱信托系遗嘱制度与信托制度的完美结合,以遗嘱信托适用股权继承,对于定纷止争、传承财富和促进公司发展等方面具有多重价值和意义。然而,在现实适用中面临设立生效存在矛盾、财产权属不明确、股权登记手续存在瑕疵和受托人选任制度不完善等问题,因此欲发挥股权遗嘱信托的价值优势,不仅需要理顺相关法律关系,还需调整和化解《民法典继承编》与《信托法》以及《公司法》在具体适用中的矛盾与不合。为此需完善股权遗嘱信托的设立方式,尤其要对股权遗嘱信托的成立与生效、股权信托财产的登记与权属、以及股权遗嘱信托的受托人选任等制度予以完善,以凸显信托财产的独立性,最大程度的尊重意思自治,让遗嘱人通过法律赋予的遗嘱自由权来选任受托人对股权进行有效管理并使其增值,从而实现委托人、受益人和受托人以及股权标的公司各方之间和谐共赢发展。

关键词:遗嘱信托;信托财产;股权继承;股权登记;受托人

中图分类号:DF524

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0013-08

股权继承不仅受到继承法的规范,还受到公司法的规范。然而继承法和公司法在目的上却有着相反的属性。继承法为了保护每位继承人的利益,其呈现的形式多为一分为多的处置方法;而公司法讲究合力经营,尤其是在有限责任公司中,更体现出人合性的特征。故而,在股权开始继承时,若将一份股权强制拆分为多份权利,会使基于信任关系而经营的公司受到不利影响。关于股东继承,《公司法》第75条虽规定了股东死亡后其股东资格可以继承,但并未就继承做具体规范,难以应对股权在现实继承中的问题。《民法典》在继承编增设了遗产管理人,明确了遗嘱的信托形式,开启了我国遗嘱信托制度的法制新进程。特别是在《民法典》生效实施的新时代和第六次修改《公司法》已然启动的大背景下,结合域内外股权遗嘱信托的研究成果,对股权遗嘱信托的适用问题进行全面分析,梳理其法律关系,探究解决相关法律问题具体路径,对于落实《民法典》赋予的自然人设立遗嘱信托权利,充分发挥信托的专业管理优势,提高实务中有限责任公司股权继承的效率,完善股权标的公司治理机制,实现相关各方共赢,具有重要的现实意义。

一、股权遗嘱信托的法律关系梳理

股权遗嘱信托是以股权作为信托财产的遗嘱信托,其基本法律关系,就是遗嘱信托的法律关系。遗嘱信托是指立遗嘱人(下称委托人)基于对受托人的信任,以书面遗嘱的形式,将其合法财产在身故之后,委托给受托人,由其按照受托人的意愿,为受益人的利益或其他特定目的,进行管理或者处分的行为。遗嘱信托起源于西方,在遗产规划中得以广泛应用,尤其是高净值资产家庭会利用遗嘱信托来保障家族资产得以永久传承^[1]。以信托的形式将遗产交由专业机构或人士进行管理,有利于发挥财产的价值并使其增值,同时可以规避巨额的遗产税费,避免因继承人管理不当而导致财产流失等问题。遗嘱信托制度的优势日渐得到肯定,在各个领域得以推广,涉及到股权信托领域,股权遗嘱信托是指持有股权的股东基于信任关系,以书面形式,将股东权能的全部或一部分在其身故后转移给受托人,由受托人根据协议为委托人利益或其他特定目的进行管理和处分的行为。因股权本身处在民法与商法的交汇领域,加之遗嘱信托横跨继承法和信托法的独特构造^[2],继承

* 国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观与我国商事立法完善”的阶段性成果,项目编号:17VH5001。

作者简介:薛智胜,男,天津工业大学法学院教授,主要从事商法和金融法学研究;

李阳琳,女,天津工业大学法学院2020级法学硕士研究生,主要从事民商法学研究。

法、信托法和公司法三法交集,其间法律关系错综复杂,因此厘清遗嘱信托适用股权继承的法律关系,对兼顾三法并维持内部协调有十分重要的现实意义。

(一) 股权遗嘱信托的法律关系主体

一般来说,信托法律关系主体由委托人、受托人和受益人三方构成。但就遗嘱信托而言,在信托的构成主体上存在轻微的争议。通说认为,遗嘱信托是三方法律关系主体的“游戏”。然而,有的学者主张,遗嘱信托是仅有受托人和受益人两方法律主体构成的^[9]。该观点主要立足于,因委托人的死亡,而将其排除在法律关系主体之外。更有甚者,秉持遗嘱信托在委托人死亡后成立,将其认定为单方行为、死因行为,故由受托人一方主体即可构成。对此,笔者认同遗嘱信托是由委托人、受托人和受益人三方法律主体构成的这一观点。三方法律主体贯穿遗嘱信托从设立到生效再到产生作用的全过程,缺少任何一方都可能折损交付过程的完整性和严密性。首先是股权遗嘱信托中的委托人,即是设立遗嘱的人,通过书面遗嘱,将股权的全部或部分职能在其死后转移给受托人的。设立遗嘱的行为属于民事法律行为,可借鉴民法规则中民事行为能力一则对其进行规范,加之《民法典继承编》规定的无民事行为能力人和限制行为能力人设立的遗嘱无效。故而,排除无民事行为能力人和限制民事行为能力人成为此处的立嘱人,即要求股权遗嘱信托中的委托人需要具备完全的民事行为能力。

其次是股权遗嘱信托中的受托人。即基于管理股权信托意图,承诺管理股权的主体。受托人的确认原则上充分尊重立嘱人的意思自治,但依据我国信托法的相关规定,仅靠立嘱人的意思表示不能当然直接地确定信托的最终受托人,还需受托人自己的意思表示,即只有当受托人作出信托承诺后,信托才能成立。这种生效条件缺乏合理性,遗嘱信托参考合同信托的成立规范在我国法律体系中存在矛盾,下文将进行细述。另外,因股权本身的特性,股权信托形式多为商事信托,基于此,受托主体资格也多被限制在以信托公司为主的法人组织,即自然人一般不作为股权信托的受托人主体。

最后是股权遗嘱信托中的受益人,也是信托的目的指向,主要就股利分红等的收益享受利益。我国信托法规定:“设立信托必须存在受益人”。若遗嘱信托未指定受益人,且委托人业已明确遗产不为继承人的利益,以致受益人无法决定者,信托行为无效^[10]。故而,在股权遗嘱信托中,对受益人确为谁不做要求,但要求受益人必须是确定存在的^[11]。如智利民法

典中规定:“信托受益人可在信托设立时并不存在,但必须具有可期许性”^[12]。该主体原则上由委托人在设立信托时确定好受益人主体,但实践中也有委托人将确认信托财产受益人主体这项权利委托给受托人,使其代为行使的情形。这两种情形适用股权遗嘱信托时都有禁止选项。首先,排除委托人将自己设为股权受益人的情形,即要求股权遗嘱信托中的受益人主体至少是除委托人之外的他人。这里的法理依据是基于死者不享有财产权利。其次,受托人在确定受益人主体时应当将自己排除在外,同时,也不得为自己的利益实现而指定受益人,这都违背了受托人的基本职业素养和义务。

(二) 股权遗嘱信托的法律关系客体

遗嘱信托法律关系客体即信托财产,信托是以财产为中心而搭建的法律制度,信托当事人围绕信托财产发生权利义务关系,因而信托财产必须存在且具有确定性。若无信托财产,受托人管理处分财产的权利及将信托利益交付于受益人的义务也会因缺乏可执行的客体而不负确认,进而致使整个信托法律关系不可成型,遗嘱信托也当属无效。鉴于信托财产之于信托起着举足轻重的作用,欲灵活运用股权遗嘱信托使其发挥价值,有必要对股权信托的特性予以探讨。

股权,是指依据公司法或公司章程规定,股东基于股东资格而享有的从公司获取经济利益和参与公司治理的权利。公司法按照股权的行使目的将其划分为自益权和共益权两种。其中自益权主要包括股利分配请求权、股份转让请求权等收益性的权利;共益权则主要为参与公司治理、股东代表诉讼等公司事务参与权和表决权等权利。经前述,股权信托是持有股权的股东将股东权能的全部或一部分转移给受托人管理处分。但事实上亦有将资金委托给受托人,以受托人的名义定向投资于某公司,并将因持有公司股份而获得的收益归属为受益人的现象。学界将这种特殊的财产管理关系拟制为“事实信托”^[13]。由此,笔者认为,股权遗嘱信托的信托财产是股权的全部或部分权能。

股权不同于物权权利内容中所具有的财产性,股权既有财产性,又有非财产性。一般情况下,财产性权利即以利益分配请求和股权转让为主的为股东自己带来股利收益或资本利得的权利,而非财产性权利即以股东代表诉讼权和表决权、公司管理参与权等为主的为保障股东权利实现的权利。

此外,股权作为信托财产,使得股权信托种类呈现出多类型化的特点。理论上股权信托主要包括规

避型股权信托、代持型股权信托和投资型股权信托三种类型^[9]。结合前述,依据股权的权能,将股权分为以股利分配请求权为基础的收益权,和以表决权为代表的参与公司事务管理权,以及保障上述权利实现的诉权。由此,股权信托亦可划分为收益性信托,参与公司治理信托和诉权信托三种。三种类型的股权信托,根据委托人的委托意图,具体结合遗嘱信托予以适用。

再者,不同于其他金钱利益性财产,由公司衍生而出的股权,股东依据所持有的股权参与公司治理,其管理和操作有其专业性和严谨性。这要求了股权信托中的受托人应具有专业技能,因此,股权信托的受托人往往是专业人士或机构。

最后,结合信托财产具有的三种特性,股权作为股权信托财产的具体体现,亦受其约束。第一,信托财产的独立性,即信托一旦有效成立,遗嘱信托财产就会脱离委托人所有,又不属于受托人的固有财产^[10]。在财产转移给法律上独立的信托财产时,这一财产就不再从属委托人的债权人所能及的范围^[11]。股权作为信托财产的具体指向,在被设立信托后,亦被戴上当下不可继承性的“紧箍咒”,同理,也不归属于破产财产。第二,信托财产具有所有权与收益权分离的特性。即受托人是名义上股权的享有者,但基于股东资格而取得的股权的实际收益则归于继承人。第三,信托财产具有物上代位性,即股权作为信托财产在受托人的管理、处分之下产生的股权收益、股权折损等都属于信托财产。

(三) 股权遗嘱信托关系人的权利义务

一般来说,学界将遗嘱信托定义为单方法律行为,不同于设立信托合同时所要求需经受托人同意的规则,遗嘱信托的委托人只要依据《民法典》的要求规范^[12]设立遗嘱,遗嘱信托即可成立,不需要征得所选受托人的同意。故而大陆法系国家就遗嘱信托的定义多描述为是以遗嘱方式订立的信托,如日本信托法中规定到“信托应以契约或者遗嘱为之”,而英美国家多采取委托受托人进行信托管理等形式,如美国信托法中规定到“信托可由委托人通过遗嘱或在其死亡时生效的其他财产处置手段,将财产转移给受托人设立。”虽各法系在遗嘱信托的定义上各有不同,但笔者认为通过剖析其本质内涵,可以得出遗嘱信托法律关系的主要矛盾点都在于受托人,故而以受托人的权利义务为中心,对股权遗嘱信托法律关系的内容进行简要论述。

股权遗嘱信托中受托人的权利可归结为金钱利益性权利,例如股权管理报酬请求权和必要费用偿

还请求权。就信托管理是否为有偿管理,在不同法系和国家间存在差异。英国作为信托起源的母国,采取以无偿为主,商事信托可有偿为辅的原则。多数大陆法系国家与之观点相似,例如日本信托法中有“除商事信托外,信托行为中有明确报酬约定的,受托人享有报酬请求权。”从法史角度看,美国信托法律制度由英国传入,结合输入时美国市场经济活跃的氛围,商事信托更为突出,更适应美国实用主义浓重的氛围。故而美国信托采取有偿主义,认为除受托人主动放弃外,有索取报酬的权利。本着求同存异的眼光,笔者认为,股权遗嘱信托的受托人依照委托人的意愿对股权进行专业化的管理,理应享有相应的利益请求权,但若受托人自愿无偿管理信托财产的应予尊重。

法定继承决定了继承的共同共有关系,共同共有规则下决定了共有人享有共同的权利,共同管理、处分、分割共有财产,享受财产利益。在股权继承中,因原股东死亡而发生股权继承到股权作为遗产被分割完成之前,继承人对股权共同共有。受托人承委托人之托管控股权,归根结底是为实现股权继承人也即受益人利益的最大化。故而,受托人有妥善管理信托财产的义务,要求受托人利用专业素养亲自管理股权财产,不得将其转委托给他人,譬如我国台湾地区在此明文规定:“受托人要自己处理信托相关义务”。股权作为信托财产因其具有独立性,应与受托人的固有财产相区别,受托人需对两者分别管理。此外,受托人还负有忠实义务,受益人有权对受托人管理信托财产的行为进行监督,并可以在受托人天然不能或者因自身行为导致后天不再适宜管理股权财产时,经受益人一致表决可辞退该受托人,委任新的受托人。

二、股权遗嘱信托适用的困境与难点

2001年《信托法》规定了设立遗嘱应当采取书面形式,作为兼具“信托制度”和“遗产制度”双重下位概念的遗嘱信托,其设立及生效不仅要符合信托法关于设立信托的规定,还应不违背继承法中设立遗嘱的相关规定。然而,因两法之间的跨度较大,缺乏十足的默契,难以形成天然的衔接关系,甚至有两相冲突的存在。进而导致了虽在《民法典》继承篇中新增遗嘱的信托形式,但条文在具体适用时仍捉襟见肘。股权继承牵扯多方利益主体的特征,加之股权是一项特殊的权利内容,使得股权遗嘱信托在现实适用上面临设立生效存在矛盾,股权登记手续存在瑕

疵,财产权属不明确和受托人选任制度不完善等问题,难以随《民法典》的实施而被民众所周知和采用。

(一)遗嘱信托设立生效上存在矛盾

遗嘱信托受《信托法》关于信托设立、生效规则的制约,致使遗嘱信托与信托成立缺乏一致性。据《信托法》第8条规定,信托需以书面形式设立,且信托自受托人承诺时产生效力。该条文与《民法典》的规定主要有两个不相契合的矛盾点。其一,第8条规定设立形式仅为单一的书面形式,而《民法典》关于设立遗嘱的方式,有书面、公正、口头等多种形式,致使虽《民法典》中规定了遗嘱可由口头、录音等形式设立,但难以适用到遗嘱信托中去。其二,《信托法》第8条规定受托人发出承诺后,信托成立,而《民法典》更多地认可立遗嘱行为是单方意思表示行为,单方意思表示即可使遗嘱生效。再者,在受托人作出承诺之前,依《信托法》第8条,信托不成立,自然也没有信托受益人,但依据《信托法》第13条:当信托不成立时,受益人可另行选任受托人,在特殊情形时甚至可依法由其监护人代行选任受托人,两条文间的内部逻辑矛盾^[1],阻碍了遗嘱信托的适用。

另外,信托财产的独立性,为财产设立了“屏障”,使其脱离委托人、受益人及其债权人的控制和追索,赋予受托人较大的财产权利。基于此,为避免出现受托人用信托财产与第三人进行交易,但第三人却不知交易对象属于信托财产的问题,保护交易第三人的利益,降低交易成本,信托生效采取登记生效原则。结合信托受托人承诺设立的原则,在受托人作出信托承诺后,部分无需登记仅交付就能实现物权转移的财产,在受托人取得动产后,信托即成立并产生效力。然而,就那部分必须经过登记才能实现权利转移的财产而言,登记生效主义又制约着信托的生效。这两种情况在同一份信托中,会致使出现信托部分生效部分不生效的尴尬情形,有违商事法律所倡导的效率原则。在股权继承层面,又因登记程序的滞后,不仅不利于保护委托人、受益人的利益,还可能使股权陷入“轮空”的困境,进而影响公司运行。

(二)股权遗嘱信托财产的权属规定不明确

国内外学者对信托财产所有权主体的解读在各个地区都不能够寻找到支持^[2],我国学者关于我国信托法对信托财产所有权主体的态度的两种解读都以该法第2条为解释论依据^[3]。在我国“一物一权”的大背景下,加之只有在信托财产移交到受托人后遗嘱信托才可以开始执行的前提条件。难以回避的问题是:股权遗嘱信托中,股权的所有权归属,以及受托人对信托财产享有何种权利等问题,问题的处理解

决,有助于明确相互行为所形成的法律关系属于信托而非委托代理等行为,进而在充分尊重委托人的意思自治的基础上,按其意愿对信托财产进行更为有效的管理。《信托法》第2条对信托财产的移转表述为委托人应当将财产“委托给”受托人。通过对该条的解读,结合民法关于“委托”的一般规定,可以得出:遗嘱信托中,受托人似乎并未被法定赋予信托财产的所有权,只是在委托人的授权委托下对财产进行管理。然而,基于自然人死亡后,其民事权利能力终止,即死人不再对财产享有所有权。加之,遗嘱信托跟随遗嘱在自然人死亡后产生效力,这致使在法律上信托财产的实际所有权人似乎处于“落空”的状态。综上,《信托法》第2条,没有界定好信托与委托的界限,致使信托财产归属不明,不利于遗嘱信托的发展,加上股权管理的特殊性,本身存在逻辑矛盾的遗嘱信托规定更难以适用于股权继承。

《民法典》规定:“在遗产分配完成前对共有股权的管理由遗产管理人负责”。“管理人”顾名思义突出表现为对遗产的管理职能,防止遗产毁损、灭失的职责,承担过错责任。与遗产管理人在股权行使上的规则不同,遗嘱信托的受托人则更专业的表达为“实现遗产的管理与增值”,是投资性、增值性的管理,具有更优性。对于股权的管理,因涉及股东权利的行使,数个继承人之间不易达成行使的合意,致使股权共有人无法统一行使股东权利。故此,受益人亦不是股权的所有权人。

(三)股权信托转移登记上存在瑕疵

我国现有的物权变动的相关规定制约了股权遗嘱信托的适用。依《信托法》第10条的规定“设立信托,对于信托财产,需要进行登记发生物权变动的财产,应当依法进行登记。未依法登记的,应当补办登记手续;不补办的,信托无效。”依据规定,物权转让给受托人,受托人即取得所有权,暂且不论受托人是否有必要取得这一权利,具体适用转让时就暴露出诸多弊端。动产物权经交付完成转让,此处异议不大,但若适用到股权转让登记上,除了经其他股东同意,变更股东名册的登记外,缴纳税款也是不能忽视的问题,尤其,信托完成后还需将股权转让给继承人,同一权利的两重税款,必然会使信托资产减值。然而,遗嘱信托究其本质是一种民事信托,是委托人与受托人之间的协议,具有相对私密性,若强制将委托人的财产予以登记,对委托人财产进行“公示”,可能会侵犯立遗嘱人的隐私,甚至还会引发遗产争夺纠纷,实为不妥。

另外,当委托人死后,由谁对财产进行登记?还

是在委托人死前就对股权进行登记?法律条文均未给予回答。回到股权继承上,遗嘱信托在此适用也会引发一系列没有答案的问题。具言之,股权作为一项特殊的财产性权利,股权转让协议的认定以股东意思自治为原则,登记为对抗要件。换言之,股份公司的资合性决定了股权可以随意转让,不需经其他股东同意,故而,为股份公司的股权设立信托的,其信托生效自属毫无悬念;但在人合性较浓的有限责任公司中,股权变动要注意谋求继承人与其他股东之间的利益平衡,此处的股权变动需经其他股东的同意,后经过股东名册的变更登记转让发生效力。那么,股权作为信托财产时,是否需要办理变更名册登记使得受托人成为名义上的股东才能使遗嘱信托生效。

(四) 股权遗嘱信托受托人的选任制度不完善

遗嘱信托起源于英国,后传入美国,在欧美国家盛行百年,已有一套较为完善的法律制度。之于我国,仅在2001年《信托法》中提到信托可以以遗嘱的形式设立,但缺少相匹配的具体条文规定,整体来说,信托制度还十分稚嫩。但目前家族信托在财富传承方面的优势正获得越来越多高净值人群的认可^[13]。且有数据显示,股权收入在中国高净值人士的财富中占比高达80%,同时招商银行对我国高净值客户做的调查也显示出,高净值客户对家族信托感兴趣的达38%,甚至超越其它选项排名第一^③。这足以显现出信托之于财富的管理、传承意义重大,也映射出信托管理人的重要性。

遗嘱信托本质上是民事信托,其受托人可以是委托人信任的他人,本意是“受人之托,忠人之事”。目前信托业仍以担任“遗嘱信托受托人”为主,虽有业者申请“遗嘱执行人及遗产管理人”的业务执照,但实务上多未开办上述服务项目,原因系基于成本效益考虑及避免过度涉入客户遗产继承纷争^[14]。此时,欲明确受托人职能,需将其与遗产管理人做好区分,此次将遗产管理人写入民法典,是为了避免共同管理的不便并考虑到家庭生活的实际情形而出现的,主要职责规定到“实施与管理遗产有关的必要行为”,遗产管理人是分别经继承人推选、继承人共同担任、继承人生前住所地的民政机关或村委会担任三个顺次选任方式选出的,在股权遗嘱信托中通常由继承人直接担任。而遗嘱信托中类遗产管理人者的受托人的选任,该角色是立嘱人在生前经深思熟虑、精挑细选的财产的管理人,在去世后代为管理和处置信托财产,充分体现了立嘱人的意思自治。之于股权这一财产性权力,要求管理人有着坚实的专业

知识储备和丰富的实践经验,委托人一般会选择专门的信托公司进行死后的股权管理,这致使受托人是与遗嘱人没有亲属关系的主体,至少是共同继承人以外的第三方主体。那么,在股权遗产处置中,遗产管理人与遗嘱信托的受托人是否可以同时存在或者若同时存在时两者应如何进行协调?有待探讨。

就遗嘱受托人的选任,《信托法》第13条第2款^④规定:“遗嘱人有权选任受托人,甚至明确当遗嘱人指定的受托人拒绝或者无力担任时,受益人可另行委托受托人,受益人为无或者限制民事行为能力人时,由其监护人代行选任”。对此,可理解为法律赋予受益人或者其监护人的受托人“重置权”,这项权利的赋予是否有利于委托人意愿的实现以及遗嘱信托制度的发展?另外,在具体行使这项权利时,对于存在诸多受益人意见不一致的情况,有的学者支持应适用“多数胜少数”的原则;而相反的观点则主张,选任遗嘱信托中股权行使的受托人须经继承人的一致同意。那么,“多数决”和“一致决”的二选一问题同样引发深思。

反观域外,部分国家在受托人的选任上,赋予了法院或其他主体选任的权利,例如日本法院在受托人缺位且遗嘱信托未有规定的情况下,由相关当事人向法院提出申请,请求法院重新选任受托人。通过剖析委托人意愿的本质,可以得出申请法院等第三方主体进行选任的模式,更契合委托人利益的表达。回到国内,区别于这种选任模式,我国在委托人意愿和受托人利益的平衡上,更侧重于受益人利益的维护^[15]。然而,立嘱人之所以摒弃遗嘱继承的方式处理股权,而选择遗嘱信托这种引入第三方主体管理股权财产的方式,究其本质源于其不想让继承人直接继承股权,期望持有的股权份额在有效的管理下实现最大的增值。故而,笔者认为我国遗嘱信托受托人选任制度的具体应用上略有不妥,有完善的空间。

三、股权遗嘱信托适用的完善路径

综合前述,遗嘱信托相关条文之间本身就存在矛盾和冲突,尤其股权作为信托财产,不仅涉及到民法继承篇和信托法的内容,还映射到公司法的相关规定,显得更加复杂。对此,鉴于我国信托法还相对稚嫩,笔者认为应当在《民法典》中对遗嘱信托的成立、生效以及财产登记制度予以明确;在《公司法》中对股权在转让、分割以及代为行使层面予以完善。从而使得遗嘱信托得以适用股权继承,充分发挥遗嘱信托的价值。

(一)健全股权遗嘱信托生效与登记制度

纵观世界各国(地区)之于遗嘱信托成立的规定,可以得出遗嘱信托与遗嘱同时成立的规定共性。为确保遗嘱人在其死后的真实意思表示,防止利害关系人争执,法律特别规定遗嘱为要式行为,即除特别规定外,遗嘱信托通常适用遗嘱的设立标准,各国(地区)对遗嘱信托均规定了设立的形式要件,基于此,笔者认为,应当在《信托法》中肯定遗嘱信托为单方法律行为,同时丰富遗嘱信托的设立形式。对此,可参考台湾地区关于遗嘱信托的设立规定:遗嘱得以口述、自书、代笔、密封、公证等形式,其信托法也并未对遗嘱信托之遗嘱有其他特殊的限制性规定,较为宽松。

我国《信托法》采用登记生效主义,与英美法系国家不同。英美法系国家多采用“双重所有权”制度,承认多份所有权存在于一物之上,且为了保护公民隐私,普通公民信托无需进行登记的。这种简化程序化的信托,更有利于信托的普及,使信托走进公民生活,发挥信托在资产管理升值方面的价值。回归大陆法系,信托财产的登记制度已然成为制约遗嘱信托适用的绊脚石,大陆法系国家中,因强调对第三人的公示公信作用,通常采用“一物一权”的财产归属原则,不承认同一物同时存在两份所有权。但虽同为大陆法系国家,似乎除了我国之外的其他国家都放弃选择采取登记生效主义的原则。譬如,同为东亚国家的日本和韩国,它们的在信托法中仅规定到未经登记的信托财产不产生对抗第三人的效力,以此侵害到善意第三人利益的,需要承担相关的法律责任。也就是说在域外,股权作为信托财产,变更登记在股东名册上,只是起到一个提醒第三人此处为信托财产的作用,而对于信托生效与否不产生实质影响,有别于未经登记不得生效的“一票否决”。

故而,笔者认为可以借鉴域外国家在信托制度上的规定和设计,来改善这种繁杂的程序要件。虽公示公信原则在保护第三人合法权益上有着十分重要的价值意义,但就遗嘱信托这一私法色彩浓重的领域,应当充分尊重意思自治,避免对于公民遗嘱财产过多行政干预。可以将“登记生效主义”替换为“登记对抗主义”,非经登记不可对抗善意第三人,同时完善配套制度,明确登记责任人,以及因未办理登记而产生损害后果时的救济方式^[16]。

(二)明确股权信托财产所有权归属

我国股权信托财产所有权归属不明的原因在于:对引入的信托法律制度进行中国化改造时,没有协调好英美国家采用的“双重所有权”与我国奉行的

“一物一权”原则。纵观域外其他国家的做法,韩国《信托法》所称信托^⑤,是指委受双方基于特别信任关系,将财产转移或处分给受托人。该条文说明韩国通过转移财产给受托人来构建本国的信托制度,具有借鉴意义。

同时,学界内对信托当事人对财产享有的权利属性可谓是众说纷纭。一是以德国为代表的物权说,该观点认为财产的所有权归为受益人享有,而受托人仅是一种代理行为,发挥继承以外第三人的作用代为管理和处置信托财产,以此否认了受托人对信托财产享有所有权;二是以日本为代表的债权说,其观点指向因信托产生的关系为债权关系,需要受托人和受益人相互配合才能行使和实现。此外,还有游离在这两种观点之间的折中说。对此,笔者认为:遗嘱信托中,应当借鉴其他大陆法系国家对信托法改造的主流做法,参考英美信托的法理精神,将受托人塑造成信托法上财产的所有权人^[17]。使受托人成为信托财产权利的主体,享有名义上所有权,但不作为利益的归属主体,收益权仍应当归为受益人所有。正如学者所言“我国在引进遗嘱信托时,便应彻底了解该制度的本质,明确信托财产所有权在信托生效时由委托人转至受托人”^[18]。但赋予受托人较大权利的同时,因信托财产具有独立性,故而为防止受托人将财产用于清偿自己的债务或被受托人的债权人所追索,同时防止委托人为恶意逃债而设立信托,有必要通过救济制度来保护相关权利人的权益。

因受托人与委托人之间是委托关系,受托人依委托人的指示办事。故而,受托人在委托人死亡后,无需经过繁琐的变更登记手续,即可依信托事由管理股权事项。此时,受托人在不逾越信托文件所允许限度的前提下,遵从信托文件的要求,按照委托人的委托条款对信托财产进行管理。同时秉承忠实,审慎处理股权财产,将个人财产与股权财产利益划分开来,避免出现财产上的混同。在股权分割层面,因股权在完成分割之前,继承人之间是共同共有的关系,共同行使同一个股东资格,进行利益分配。受委托人之托,受托人在管理股权使其最大效益的增值以外,作为继承之外的“局外人”还需凭借其专业德行、职业伦理道德等制定股权利益分配事宜的方案,以赢得每个继承人的尊重与认可。

(三)信托生效无需变更股东名册登记

股权继承决定了将已故股东的股份转让到其继承人名下,按照公司法的规定,股权转让后,新股东行使股权前应当向公司主张变更股东名册的记载。

结合信托法对于信托生效的要求,变更股东名册的登记更显不可或缺。有学者认为,被转让人在行使股权前,必须依程序的要求完成股东名册的记载,使之成为股权行使的凭证。尽管如此,股东资格的认定不能仅依据名册记载与否,还需要考虑到实际出资的情况,综合考量实质要件和形式要件。股权作为信托财产,在信托成立生效后,若受托人只有在登记到股东名册后才能对股权进行管理,那么在登记的过程中股权难免会落入“无主”状态,这不符合现实的要求,难以认同。

回到问题本身,就股东名册的价值和意义而言,与其说它是权利的象征,不如说它是权利的记载。就如学者提到的,之所以记载到股东名册,是为了避免股权的重叠或重复使用,而股份作为继承的载体,因前股东的离世,不会出现股权重叠使用,不存在此种问题的困扰,因而也无需套用一般股份转让的要求^[9]。具体应用到股权中,在股权继承引起股权移转,原股东死亡后,其合法继承人自然享有对股权的继承权,可收到公司发放给继承人召开股东大会的通知,不会出现股权转让情况下股权重叠、重复使用的问题。因而,从受益人的角度出发,是否变更股东名册的登记簿都不影响股权的行使,也照样可以享受股权带来的权益。同理,也无需要求遗嘱信托的受托人在管理股权前必须完成股东名册的变更登记。但通过对公司法进行解读,可知在股东资格层面,股东名册属于效力证据,而公司登记机关的登记属于对抗效力。故而,在股权遗嘱信托中虽无需变更股东名册的登记,但为保障受托人管理股权,宣示主权,应当在市场监管局做股权变更登记。

(四)明确股权遗嘱信托受托人的选任方式

《民法典》明确了遗嘱是设立信托的形式,是对私权利的承认与尊重,体现出私法领域内公民自主权利进一步的肯定与保障。在遗嘱信托中,受托人只需依据其委托人的意愿进行信托财产管理,不受受益人和其他继承人的干扰,但不能因此将其定格为委托人的“傀儡”,而是把握其在财产管控的大方向上与委托人保持一致。遗嘱信托的受托人在某些职能和性质上和遗嘱执行人有重合之处,需要做好区分协调。遗嘱执行人更突出的特点是:遗产清算分配主义,只需在遗嘱财产的保管、清理、分割层面挥洒汗水。不否认遗嘱信托的受托人和遗嘱执行人可以同时存在,两者并存主要有两种情况:一是上文提到的两方主体共同管理各自的财产部分;二是遗嘱信托的受托人也是遗产执行人,此时无需再移交财产中的信托部分,直接由受托人对遗产进行管理和处

置即可^[20]。

若遗嘱中未指定遗嘱执行人或者遗嘱执行人因其他原因执行不能时,笔者认为应当用法定继承人来充任,法定继承人为多人时,因遗产作为共有财产,应征得继承人的一致同意,而非多数通过。同理,在股权遗嘱受托人的选任上,笔者以为首先要尊重立嘱人的意思表示,即由立嘱人于生前选任的受托人对股权进行管理;其次,若出现受托人不能或者不便成为股权信托财产的管理人时,遗嘱信托不归为无效,可以由继承人经推举或者另行委托的方式以确认新的受托人。在此,因股权继承属于共同继承,继承人对股权享有共同共有关系,而不是按份享有,加之股权继承并不是纯粹的公司法律制度,还带有继承法的浓重底色,其目的是保障继承人的利益在公司法上得以实现,故而笔者认为受托人选任时须经共同继承人一致同意。另外,在信托存续期间受托人缺位时,为兼顾委托人真实意愿的满足,笔者认为可适当参考“申请法院模式”,由相关当事人向法院提交选任申请。

综上所述,受托人选任应采取的顺序为:委托人委任;继承人群体一致同意推举或另行委托,同时借鉴“申请法院模式”。

注 释:

- ①《民法典》第1133条—1144条。
- ②外国学者关于英国、美国、法国、日本和英国苏格兰地区的信托法对信托财产所有权主体的态度的各种解读在这些信托法中都不能够寻找到支持。张淳,“寻找”信托财产所有权主体——关于对学者的解读的审视和对信托法的回避态度的检讨[J].南京大学法律评论,2018,(02)。
- ③超过跨境资产配置、税务规划、保险、法律顾问等其他选项。孙建波.家族信托传承财富基业[J].金融博览(财富),2019,(12)。
- ④《信托法》第13条第2款:遗嘱制定的人拒绝或者无能力担任受托人的,由受益人另行选任受托人;受益人为无民事行为能力人或限制行为能力人的,依法由其监护人代为选任。遗嘱对选任受托人另有规定的,从其规定。
- ⑤韩国《信托法》第1条第2款规定:“本法所称信托,是指设立信托人(以下称委托人)与接受信托人(以下称受托人)间,基于特别信任关系,委托人将特定财产转移或为其他处分给受托人……”徐卫.解读信托关系中的信任[J].海南大学学报(人文社会科学版)2009,(03)。

参考文献:

- [1] 陈长明,陈上.试论我国遗嘱信托制度在实践中的困境[J].企业科技与发展,2020,(02):177-178.
- [2] 甘培忠,马丽艳.遗嘱信托:民法典视阈下的新思考[N].检察日报,2020-10-27(03).
- [3] 徐卫.遗嘱信托制度构建研究[M].北京:法制出版社,2014.2.
- [4] 赖河源,王志诚.现代信托法论[M].北京:法律出版社,2014.26.
- [5] 孟鸽.美国遗嘱信托中受托人义务研究[J].新东方,2019,(01):39-44.
- [6] 何承斌.遗嘱信托法律制度研究[D].安徽大学,2017.86.
- [7] 熊敬.论信托关系的法律拟制[J].湖南科技大学学报(社会科学版),2019,(02):125-131.
- [8] 谈李荣.金融信托交易模式演进的法律逻辑[J].华东政法大学学报,2017,(05):92-101.
- [9] 张本良.论遗嘱信托关系的法律调整[D].南京大学,2013.55.
- [10] 董慧凝.信托财产法律问题研究[M].北京:中国法律出版社,2011.73.
- [11] 和丽军.民法典遗嘱信托制度的完善[J].福建师范大学学报(哲学社会科学版),2020,(05):158-167.
- [12] 张淳.“寻找”信托财产所有权主体——关于对学者的解读的审视和对信托法的回避态度的检讨[J].南京大学法律评论,2018,(02):243-275.
- [13] 孙建波.家族信托 传承财富基业[J].金融博览(财富),2019,(12):47-51.
- [14] 高雅.中国台湾地区遗嘱信托发展的经验借鉴[J].技术经济与管理研究,2020,(03):119-123.
- [15] 王晓丽.我国遗嘱信托受托人法律制度研究[D].兰州大学,2020.183.
- [16] 南茜.遗嘱信托制度的理论与现实障碍研究[J].广西质量监督导报,2019,(09):250-252.247.
- [17] 张建文.信托财产归属的法律界定[J].人民司法,2012,(12):88-93.
- [18] 李霞.遗嘱信托制度论[J].政法论丛,2013,(02):42-48.
- [19] 蔡英欣.论公司法上共同继承股份之权利行使[J].东吴法律学报,2018,(03):126.
- [20] 吴伟.遗嘱信托的继承法规制[D].中国政法大学,2020.232.

Study on the Application of Equity Testamentary Trust

Xue Zhisheng, Li Yanglin

(School of Law, Tiangong University, Tianjin 300387, China)

Abstract: The testamentary trust is the perfect combination of the testamentary system and the trust system. The application of equity inheritance to the testamentary trust has multiple values and meanings for setting disputes, inheriting wealth, and promoting company development. However, in practical applications, there are problems such as contradictions in the effective establishment, unclear property ownership, flaws in the equity registration procedures, and imperfect trustee selection system. Therefore, in order to give full play to the value advantages of equity testamentary trust, it is necessary not only to straighten out the relevant legal relations, but also to adjust and resolve the contradictions and inconsistencies in the specific application of succession of Civil Code, Trust Law and Company Law. Therefore, it is necessary to improve the establishment of equity testamentary trust, especially the establishment and effectiveness of equity testament trust, the registration and ownership of equity trust property, and the selection and appointment of trustees of equity testamentary trust to highlight the independence of trust property and respect the autonomy of will to the greatest extent. Let the testator choose the trustee to effectively manage and increase the value of the equity through the freedom of the will granted by the law, so as to realize the harmonious and win-win development relationship between the principal, the beneficiary and the trustee and the parties of the equity target company.

Key words: testamentary trust; trust estate; equity inheritance; registration of shares; trustee

(责任编辑:张 颖)

房屋租赁权的不动产登记能力及预告登记的建构

陈耀东¹, 李睿琦²

(1.南开大学 法学院, 天津 300350; 2.复旦大学 法学院, 上海 200438)

摘要:房屋租赁权是指承租人对房屋的使用之权,具有“让与不破租赁”的对抗效力。但我国现行实定法规定的房屋租赁登记备案制度以行政管理为目的,缺乏公示效力,影响了房屋租赁市场的交易安全。房屋租赁权应先公示,而后方具有对抗力。房屋租赁权的内容具有物权的效力特征,其登记有利于促进交易,故具有不动产登记能力。不动产登记中最适合房屋租赁权的登记类型是预告登记,其与“让与不破租赁”一样,都以保障债权实现为目的,且提供了合适的文本基础。房屋租赁权的预告登记以有效的租赁合同、房屋处于直接占有状态为登记条件,以双方共同申请为原则,登记后的房屋租赁权具有担保效力、完全效力和预警效力。

关键词:房屋租赁权;不动产登记能力;预告登记;登记备案

中图分类号:DF45

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0021-11

2016年两会通过的《“十三五”规划纲要》将住房制度改革的主要方向确定为“购租并举”^①。同年,国务院办公厅发布的《关于加快培育和发展住房租赁市场的若干意见》进一步强调了“实行购租并举,培育和发展住房租赁市场”对深化住房制度改革的重要意义^②。随着我国住房制度改革的推进,“租赁权物权化”、“让与不破租赁”等问题引起广泛关注。关于何为房屋租赁权、租赁权的效力如何、是否应纳入不动产登记等问题,各家争执不下^③。

2020年5月28日审议通过的《民法典》增加了租赁关系的规范内容。其明确了未登记备案的租赁合同、转租合同的效力;将“占有”作为适用“让与不破租赁”规则的前提条件;完善了优先购买权的规定;新增了优先承租权;等等^④。但以上内容多为债权框架内的修正与完善,在物权编的不动产登记部分中并未就房屋租赁权的登记问题作出回应。

《不动产登记法》已被列入“十三五”全国人大立法规划第一类立法项目^⑤。中共中央、国务院发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制

机制的意见》要求进一步推动制定《不动产登记法》^⑥。《不动产登记法》需明确的问题有:哪些不动产权利具备不动产登记能力?房屋租赁权是否具有不动产登记能力?进而,将房屋租赁权纳入预告登记中的规范内容如何设计?等等。鉴此,本文主要围绕房屋租赁权的不动产登记能力和预告登记的建构展开讨论,以就教于方家。

一、房屋租赁权的公示缺失与方式选择

(一)内涵揭示:房屋租赁权是使用之权

就房屋租赁关系的当事人而言,承租人通常处于弱势地位,为了保护他们的生存利益^⑦,晚近以来各国民事立法通过“让与不破租赁”等特别规定使租赁权取得了对抗所有权的效力^⑧。故在通常不以“某某权”命名的债权体系中,却采用了“租赁权”(或“承租权”)这种以权利称谓的法律表达。那么,何谓“租赁权”?是承租人基于租赁合同享有的债权?还是出租人交付房屋、承租人占有房屋后对该房屋进行使用、收益的权利?抑或二者之结合?

在债权体系中,虽然租赁权作为债权之一种,

* 国家社科基金重大项目“农村集体产权制度改革的法治保障研究”的阶段性成果,项目编号:19ZDA156。

作者简介:陈耀东,男,南开大学法学院教授,主要从事不动产法和民商法学研究;

李睿琦,女,复旦大学法学院2020级民商法专业硕士研究生,主要从事不动产法和民商法学研究。

但是因其具有物权化效力而以“某某权”命名,从而享有超越普通债权而近似于物权的权利。房屋交付后,承租人方可对房屋进行实际的占有、使用,故租赁权的此种“特权”只有在房屋交付后才有实益;房屋尚未交付,则承租人对出租人只享有请求交付的债权请求权,该请求权并不具有物权化效力。尤其对于在社会生活中扮演基础性角色的住宅房屋,承租人对房屋的使用(居住)状态比所有人对房屋所有权的圆满状态更为重要。故此,法律政策通过“让与不破租赁”来保护承租人的生存利益,其逻辑基础还在于承租人须形成对房屋占有、使用的存续状态以及对承租人房屋使用权的保护,而非基于租赁合同的整体性债权。我国《民法典》增加“占有”作为适用“让与不破租赁”规则的前提条件,也体现了该观点^⑧。

值得注意的是,优先购买权和优先承租权不具有房屋租赁权中对房屋进行占有、使用的效能,二者均为债法上的形成权,不具有物权化效力。优先购买权指在出租人与第三人商定买卖合同条件后,承租人享有知情并以同等条件优先购买的权利,但若第三人已完成过户登记,基于对交易安全的保护,承租人仅能就由优先购买权行使而自动形成的买卖合同向出租人主张违约损害赔偿,而无权主张第三人参与的买卖合同和移转所有权行为无效^⑨。类似的,优先承租权指出租人与第三人商定租赁合同条件后,承租人享有知情并以同等条件优先承租的权利,但若第三人已完成交付(移转占有)^⑩,则承租人仅能就由优先承租权行使而自动形成的租赁合同向出租人主张违约损害赔偿,而无权主张第三人参与的租赁合同和交付行为无效^⑪。优先购买权和优先承租权的债权效力实际上也反映了法律政策对承租人生存利益保护的节制:“让与不破租赁”规则的设置已经保障了承租人在约定时间范围内的生存利益,倘若承租人的干预能够影响合同或处分行为的效力,则未免对所有权造成过度的限制,损害了出租人的利益,也不利于交易安全;且对于优先承租权而言,先承租人和后承租人的生存利益具有同等的保护价值,优先承租权仅在一定范围内为维护社会秩序、节约交易成本而设立,倘若由此影响后租赁合同的效力,则是以牺牲后承租人的生存利益为代价来保护先承租人的生存利益,未免有失公平^⑫。由

此可见,优先购买权和优先承租权实为超越生存利益目的对承租人的保护,而并非房屋租赁权中使用权的应有之义。

故此,房屋租赁权实际上是以有效的租赁合同为前提,以交付为逻辑起点,以直接占有为存续要件,是承租人对房屋的使用之权。

(二)公示缺失:房屋租赁登记备案制度不具有公示效力

我国现行法主要从两个层面调整房屋租赁关系:一是公法层面的房屋租赁登记备案制度^⑬,二是私法层面关于租赁合同等内容规定^⑭。现有制度中房屋租赁登记备案制度看似与公示有关,但实际上属于公法上的制度设计,以管理为目的而不具有公示的私法效果。房屋租赁登记备案制度的初始功能在于通过行政许可来限制房屋租赁市场的准入资格,禁止不合格的房屋出租,以求实现对房屋租赁市场的有效管控。但在实际操作中,房屋租赁登记备案并不能达到应有的管理效果,甚至出现了“合法登记,违法备案”^⑮的现象。随着我国城镇化的发展,农村人口向城镇流动增多,房屋租赁登记备案制度的功能更多体现为掌握城市人口流动信息,进而维护社会治安^⑯。

房屋租赁登记备案制度属于行政机关的内部备案,对外无公示公信的私法效果,未经登记备案并不影响当事人签订的房屋租赁合同的效力^⑰,故第三人缺乏知悉房屋租赁权是否存在的途径,如此,与出租人交易的善意第三人就会承担未知风险,进而影响交易安全。例如,在“刘伟与梅玺等房屋买卖合同纠纷上诉案”^⑱中,因买受人在签订买卖合同时未知悉有关房屋租赁的真实情况,而后引发了租赁合同效力之争;在“利群公司与大地公司抵押权纠纷上诉案”^⑲中,先于抵押权成立的租赁合同对抵押权人权利的实现产生了负面影响;在“被执行人丰圣公司借款合同纠纷执行案”^⑳中,当事人试图通过订立虚假的租赁合同来逃避强制执行。

(三)公示方式的选择:不动产登记

“让与不破租赁”有效保护了承租人对房屋的使用之权,但是“让与不破租赁”实际上是法律政策对“物权效力优于债权效力”的民法规则的侵入,其以牺牲交易安全为代价,实现对承租人生存利益的保护。就效果而言,房屋租赁权既然获得了

物权化效力,就应该遵守物权领域的规则,采取适当手段进行公示,以保护交易安全。

然而,已有的房屋租赁登记备案制度不适合进行公示。在功能方面,无论是预设的行政许可功能还是实际的社会管理功能,都属于公法上的安排,侧重行政管理而非私权保护;在主体方面,若由房地产管理部门公示,则房地产管理部门与不动产登记机构会产生职责交叉,降低工作效率,且不利于不动产统一登记制度的规范运转。

鉴此,房屋租赁权的公示宜在私法领域进行。目前,私法安排下的不动产租赁权公示制度主要有占有、公证、登记三种方法^[4]。一方面,我国缺乏公证传统,公证制度并不发达;另一方面,交付(占有)的排他力、对抗力有限。房屋作为不动产,其权利变动的公示方法通常系登记。故此,为了降低房屋租赁中的交易风险,保护交易安全,提高交易效率,将房屋租赁权纳入不动产登记领域来进行登记公示,无疑系最优选择。

二、房屋租赁权应具有不动产登记能力

(一)具有不动产登记能力的不动产权利

在不动产登记法上,并非所有不动产上的权利和事项都可以进行登记,否则将加重登记机构的负担^[5]。只有具有登记价值的权利和事项方能载于不动产登记簿。换言之,权利纳入不动产登记范畴须具备相应资格,即不动产登记能力。

具有不动产登记能力的权利主要规定在《不动产登记暂行条例》中,其第5条规定了办理登记的权利种类,包括“(一)集体土地所有权;(二)房屋等建筑物、构筑物所有权;(三)森林、林木所有权;(四)耕地、林地、草地等土地承包经营权;(五)建设用地使用权;(六)宅基地使用权;(七)海域使用权;(八)地役权;(九)抵押权;(十)法律规定需要登记的其他不动产权利。”房屋租赁权未在列举的权利类型之中。在解释上,其是否属于兜底规定中“法律规定需要登记的其他不动产权利”存在争议。有学者认为应严格遵循物权法定主义:《不动产登记暂行条例》第5条第10项兜底条款中的“法律”就仅指法律,即全国人大及其常委会颁布的规范性文件,限于采矿权、探矿权和不动产信托财产权^[6]。也有学者主张物权法定主义的缓和,即:

具有不动产登记能力的权利并不限于不动产物权,那些具有物权的某些特点且内容明确的权利也可以作为债权纳入登记^[7];不动产登记能力应由法律、行政法规加以规定,具有对抗力的权利应进行公示,不动产租赁公示制度与租赁权的对抗效力实为一体两面的关系^[8];从字面来看,兜底条款使用的词语是“不动产权利而非不动产物权”,这已经为非物权性质的不动产权利的登记能力预留了空间,那些符合物权特征且契合登记能力设计初衷的不动产权利也应具有登记能力^[9]。实际上,可登记的财产权应多元化,不动产登记体系应具有开放性,满足与不动产物权有关、标的物载于登记簿且具有登记实益的财产权都可进行登记^[10]。

鉴于新类型权利不断涌现,法律应对不动产登记能力持包容、开放的态度。如果将《不动产登记暂行条例》第5条第10项兜底条款中的“法律”限定为狭义之法,或者排斥不动产债权的不动产登记能力,则会不利于新兴权利的成长。我国《民法典》将土地经营权和居住权纳入用益物权体系,居住权、流转期限五年以上的土地经营权和承包“四荒地”的土地经营权具有不动产登记能力当无疑问。在不动产债权中,为了保护国家粮食安全和国有农场土地不被侵占,有必要将国有农用地使用权纳入不动产登记之中;以承包经营以外的其他方式形成的集体农用地使用权也应具有登记能力^[11]。实际上,随着登记技术的提高,登记簿的电子化也为更多权利的纳入提供了可能。故此,凡是具有物权的部分特征且利于维护交易安全、提高交易效率的不动产权利,都应具有不动产登记能力。

(二)房屋租赁权是具有不动产登记能力的不动产权利

在域外,存在将房屋租赁权纳入不动产登记的立法例,如瑞士、日本等。《瑞士民法典》规定了租赁权预告登记^[12],日本《不动产登记法》将租赁权纳入假登记^[13],加拿大魁北克省基于租赁权的对抗效力所产生的公示要求也允许租赁权登记^[14]。在我国,房屋租赁权亦应具有不动产登记能力,理由如下:

1. 房屋租赁权具有物权的效力特征。房屋租赁权虽为债权,但权利主要表现为对房屋的使用,类似用益物权的效能。理论上,既然对作为债权的房屋租赁权赋以物权效力的保护,就应该遵从物权领域的规定,以实现房屋租赁权与物权的规则统

合。“让与不破租赁”虽赋予了房屋租赁权以对抗效力,但却牺牲了交易安全。若要以更周全的方式保护房屋租赁权,则应赋予房屋租赁权以登记能力,纳入不动产登记,以平衡承租人、出租人以及第三人的权益。

2.房屋租赁权纳入登记有利于促进交易。房屋租赁权的公示使得交易第三人能够查询、复制登记材料,以充分了解房屋上的权利负担情况,由此克服存在房屋租赁权的潜在风险。可见房屋租赁权的登记有利于维护交易安全、提高交易效率,即符合不动产登记能力的设计初衷,故应肯定其登记能力。

总之,房屋租赁权应具有不动产登记能力,这既有利于从法理上论证其对抗力的正当性,也有利于促进交易。

三、房屋租赁权适用预告登记的证成

(一)登记类型的选择:预告登记

既然房屋租赁权具有不动产登记能力,那么在现有的登记类型中,何种登记类型最适宜房屋租赁权登记?由于“让与不破租赁”与预告登记功能相似,故可考虑纳入预告登记^[13],本文认同将房屋租赁权的登记纳入预告登记之中,理由如下:

1.有利于践行不动产统一登记制度。在不动产统一登记的背景下,房屋租赁权的登记不宜再由房地产管理部门负责,房地产管理部门宜继续发挥现有的社会管理功能,通过房屋租赁登记备案的方式进行流动人口管理^②;房屋租赁权的登记则由不动产登记机构统一办理。如此,既能更加方便查验房屋权属状况,提高登记的高效性和准确性,也顺应了不动产统一登记制度的发展需求。

2.利用已有文本基础可节约登记成本。预告登记簿包括权利人、义务人、预告登记种类、登记类型、登记原因、房屋性质、规划用途等内容,房屋租赁权预告登记可以租赁合同的形式直接登记。预告登记簿已为房屋租赁权提供了合适的文本基础,将租赁合同纳入预告登记可节约登记簿的设计成本。

3.预告登记与“让与不破租赁”均以赋予对抗效力的方式保障债权实现。就预告登记而言,在“登记生效主义”的不动产物权变动模式下,只有

践行登记方能发生房屋所有权、房屋抵押权的物权变动。在合同订立之后、登记之前,债权人处于相对弱势地位^[14],债务人若对房屋进行物权处分,债权人的债权就无法实现。为了保障债权实现,允许债权人对其债权进行预告登记,以赋予该债权对抗普通债权的效力。就“让与不破租赁”而言,正是为了保护弱势承租人的生存利益,才赋予了本为债权的租赁权以对抗变动后的所有权的效力。“让与不破租赁”与预告登记功能相似,其本身又缺乏公示手段,则不如适用预告登记制度来赋予房屋租赁权以对抗效力,如此可满足公示公信原则的要求,维护交易安全。

4.我国已有实践经验可以参考。在地方立法中,如2004年的《天津市房屋租赁管理规定》第13条第4款、2010年的《上海市房屋租赁条例》第15条第2款均规定房屋租赁合同未经登记备案的,不得对抗第三人。可见,天津、上海的地方立法赋予了房屋租赁登记备案以不动产登记的功能,但以具有行政管理功能的登记备案取代具有私法效果的登记,未免有“越俎代庖”之嫌,且会造成登记备案与登记功能的交错和混乱。然而,天津、上海的地方立法规定也表明了实践中房屋租赁权登记的需求。与其让登记备案“越俎代庖”,不如肯认房屋租赁权的登记能力,并将其纳入预告登记。

(二)预告登记的客体扩张

虽然房屋租赁权与预告登记的客体同为债权,但仍有不同之处。根据《民法典》第221条第1款的规定,预告登记的客体为“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议”,即引发不动产物权变动的债权请求权。具体表现为商品房等不动产预售、不动产买卖抵押、预购商品房抵押以及法律规定的其他情形^②。而房屋租赁权是承租人对房屋的使用之权,其不会引起不动产物权变动,并不满足当前预告登记对客体的要求。

之所以对预告登记客体做这样的安排,是因为我国设立该制度时受到了德国法的影响。在德国法“登记生效主义”的物权变动模式下,合同生效与物权变动存在不可避免的时间差,为了保护将来物权人实现其权利,德国将预告登记的客体限定为以土地物权变动为目的的债权请求权^③。我国则将作为预告登记客体的债权请求权扩张至以不动产物权变动为目的的债权请求权。同时,考虑

到我国房地产市场中大量的“一房多卖”情形,又将商品房预售等不动产预售和抵押等情形纳入其中。

然而,目前预告登记的客体范围并不完全适应我国的不动产物权变动模式。我国采取“登记生效主义为主,登记对抗主义为辅”的不动产物权变动模式,目前作为预告登记客体的债权请求权只是针对“登记生效主义”物权变动模式做出的制度安排,并未就“登记对抗主义”物权变动模式下的土地承包经营权、土地经营权和地役权等不动产物权做出安排。对此,可以借鉴“意思主义”物权变动模式的日本经验。日本的预告登记称为假登记,日本《不动产登记法》第2条规定假登记于下列各项情形进行:1.未具备登记申请程序上需要的条件时;2.欲保全前条所载权利的设定、转移、变更或者消灭的请求权时。上述请求权为附始期、停止条件或者其他可于将来确定者亦同。可见日本假登记的客体除了债权请求权,还包括物权。在我国,土地承包经营权、土地经营权和地役权均依双方合意生效,合同生效与物权变动一般不存在时间差,但未经登记不具有对抗效力。然而,若合同约定该类物权变动为附条件、附期限时,则合同生效与物权变动之间就产生时间差,此时当事人对其未来物权变动的债权请求权就可申请预告登记。类似的,若当事人对土地承包经营权、土地经营权和地役权的本登记附条件、附期限,则物权变动和物权的对抗效力之间亦会产生时间差,在权利生效但尚未满足约定的登记条件或期限时,权利人的权利尚不能得到稳定的保护,无法对抗善意第三人。为了防止二次交易,保障实现对抗效力,也应允许当事人申请预告登记^[5]。由此可见,对于附条件、附期限的土地承包经营权、土地经营权和地役权的物权变动和登记也存在预告登记的空间。

预告登记的客体范围虽然与物权变动模式息息相关,但不应囿于物权变动模式。预告登记的客体范围应与社会现实相适应,呈包容开放的态度。日本《不动产登记法》将租赁权纳入假登记,《瑞士民法典》虽然采取“登记生效主义”的物权变动模式,却以列举的方式将租赁权、买回权、买受权等纳入预告登记^[6]。在我国,《南京市城镇房屋权属登记条例》曾规定优先购买权、约定回购房屋、约定通行权等可以申请预告登记^[7];《上海市房地产登记条例》则将“以房屋建设工程设立抵押及其抵押

权的转让”纳入预告登记的客体范围^[8]。实际上,预告登记客体的适当扩张也是预告登记制度自身发展的要求。房地产市场中的网络签约机制冲击着预告登记制度,在我国的现房交易和商品房预售中,预告登记的比例都很低。扩大预告登记的适用范围,有利于预告登记制度从死亡走向重生^[9]。

故此,预告登记的客体不应限定过窄,除了以不动产物权变动为目的的债权请求权外,还应结合我国的不动产物权变动模式和社会现实要求适当扩张,对于适用预告登记有利于保全其物权效力的其他权利也应留有适用空间。

四、房屋租赁权预告登记的规范路径与规则设计

(一)规范路径

1.私法领域

房屋租赁权的预告登记是为了实现公示的私法效果,故其建构应主要体现在私法之中。鉴于调整不动产登记实体法《民法典·物权编》“不动产登记”部分未将房屋租赁权纳入预告登记之中,故对于房屋租赁权的预告登记应主要体现在未来的《不动产登记法》中。

《不动产登记法》对房屋租赁权预告登记的规范内容应以《不动产登记暂行条例》及其实施细则为基础,目前《不动产登记暂行条例实施细则》第5章第3节规定了预告登记。在程序内容上,应增加房屋租赁权预告登记的申请材料。在实体内容上,应将《民法典》第221条规定的“不动产物权”扩张至“不动产权利”,将“为保障将来实现物权”表达为“为保障将来实现物权效力”,并删除“按照约定”一词。当《不动产登记法》中的规定与其他私法中的规定存在不一致,应根据特别法优于一般法的原则,在涉及不动产登记时优先适用《不动产登记法》中的规定。具体而言:《不动产登记法》中关于预告登记的规定优先于《民法典》第221条的规定,故预告登记的客体应以《不动产登记法》中的规定为准^[10];在涉及房屋租赁权时,优先适用《不动产登记法》中有关房屋租赁权预告登记的规定,《民法典》第405条和第725条关于“让与不破租赁”的规定对让与所有权后房屋租赁合同效力不再具有裁判价值^[11];《最高人民法院关于适用〈中华

《中华人民共和国担保法》若干问题的解释》第 65 条对于房屋租赁权的情形不再有效。为了保护第三人的交易安全,未来或许会有更多种类的租赁权纳入预告登记,但在未纳入预告登记之前,仍适用目前的“让与不破租赁”规则。

2. 公法领域

房屋租赁权预告登记的建构并不意味着对房屋租赁登记备案制度的抛弃。一方面,房屋租赁登记备案可以继续发挥治安管理的作用,便于派出所了解基层信息,维持社会稳定;另一方面,宜将房屋租赁权预告登记与房屋租赁登记备案结合,通过信息技术实现房地产管理部门与不动产登记机构的信息共享^⑨。应推动登记电子介质化,通过技术手段将在电子介质上房屋租赁权预告登记的相关信息自动转入房屋租赁登记备案系统来登记备案。此外,在《城市房地产管理法》、《商品房屋租赁管理办法》中将房屋租赁登记备案证明赋以类似居住证的效力,即承租人可以凭此享受教育、医疗等基本公共服务。将房屋租赁登记备案与公共资源挂钩,既鼓励了房屋租赁登记备案,也适应“租购同权”的政策要求^⑩。

(二) 规则设计

1. 房屋租赁权预告登记的登记条件、申请主体和申请材料

(1) 登记条件。预告登记具有从属性,房屋租赁权的预告登记从属于房屋租赁权而存在。故欲进行房屋租赁权的预告登记,须存在有效的房屋租赁权,即要求存在有效的租赁合同且承租人直接占有房屋。其一,存在有效的租赁合同。若房屋已交付并处于直接占有状态,但租赁合同尚未生效,则此时由于缺少租金对价故双方当事人形成借用关系,而不存在有效的租赁合同,也就不存在有效的房屋租赁权。其二,承租人直接占有房屋。只有处于直接占有状态承租人才能实际使用(居住)房屋,才能形成对房屋的使用之权,即形成真正意义上的房屋租赁权。此时房屋承租人对房屋的占有、使用才具有现实、迫切的保护需求,才渴求排除所有权转让引起的对房屋租赁权的妨害。若承租人将房屋转租^⑪给了次承租人,则承租人已经放弃直接使用(居住)房屋,次承租人的房屋租赁权具有更高的保护价值,故此时次承租人可以进行房屋租赁权的预告登记,而承租人不得进行

登记。

房屋租赁权的登记不需要双方关于预告登记的约定。《民法典》第 221 条第 1 款第 1 句的表述是当事人“按照约定”向登记机构申请登记。对此,已有学者提出批评,认为如果只有达成协议才能登记,那么在建设用地使用权转让、商品房买卖合同中,如果转让方、出卖方拒绝在合同中约定,那么受让方、买受方无从通过预告登记制度保护自己的利益^⑫。因此,这里的“约定”应理解为预告登记的内容而非能否进行预告登记^⑬。对于房屋租赁权来说,其本身就是为了维护承租人利益而存在,故不应要求出租人和承租人约定预告登记,否则出租人一旦拒绝,承租人的房屋租赁权预告登记就无从实现。

(2) 申请主体。在不动产登记的申请中,《不动产登记暂行条例》第 14 条第 1 款规定当事人申请登记以共同申请为原则、单方申请为例外。在同时发挥不动产登记与登记备案功能的地方立法中,《天津市房屋租赁管理规定》第 13 条第 2、3 款规定由房屋租赁双方当事人办理登记备案手续,如果一方因故不能到登记机构办理登记备案,则应书面委托另外一方代为办理;《上海市房屋租赁条例》第 15 条第 1 款则仅规定由租赁当事人办理登记备案手续。

目前房屋租赁权的预告登记应坚持共同申请的原则。房屋租赁权的预告登记不同于房屋租赁登记备案,房屋租赁登记备案是为了管理而存在,而房屋租赁权的预告登记则会对当事人的实体法律关系产生影响,故对房屋租赁权的预告登记应持更为谨慎的态度。房屋租赁权以租赁合同的形式纳入预告登记,单方申请存在难以查证租赁合同真实性的问题。《民法典》延续了《物权法》的规定,登记机构一般只查验申请材料、询问申请人、如实及时登记,只有在必要时可以实地调查^⑭。不动产登记机构只在较高的必要合理注意义务范围内进行形式审查^⑮,该审查属于程序性行政行为,并不审查实体法律关系。因此,房屋租赁权的预告登记宜坚持当事人共同申请的原则,以最大限度保障租赁合同的真实性。双方申请虽有干预私法自治之嫌^⑯,但却与“让与不破租赁”相适应,有利于保护承租人的生存利益。如若出租人拒绝,可向法院提起诉讼。值得一提的是,《不动产登记暂行

条例》第86条第2款允许预购人在预售人未按约定申请的情况下单方申请预告登记,但这是在提交已备案的商品房预售合同的前提下做出的安排。而房屋租赁登记备案率本就过低^⑤,徒增该前置程序反而使得承租人的利益难以及时获得保护。未来,宜推动租赁合同网签的普遍化,以便于查验租赁合同和房屋权属等信息,为单方申请提供可能。

(3) 申请材料。当事人申请房屋租赁权预告登记须提交的材料有:第一,租赁合同。房屋租赁权以有效的租赁合同为前提,这表明当事人双方存在租赁关系。第二,房屋处于直接占有状态的证明材料。通常表现为双方签署的关于房屋已交付且承租人未转租的合意书。第三,房屋权属证书。第四,其他必要材料。如涉及转租,还应提供原租赁关系的租赁合同及出租人的书面同意书。

2. 房屋租赁权预告登记的效力

欲使房屋租赁权通过预告登记取得对抗效力,则该对抗效力也应尽可能实现与预告登记效力的衔接。预告登记的效力主要包括担保效力、顺位效力、完全效力及预警效力,房屋租赁权的预告登记亦具有担保效力、完全效力和预警效力,但不具有顺位效力。

(1) 担保效力。我国《民法典》第221条第1款规定未经预告登记的权利人同意,处分该不动产的,不发生物权效力。《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第2款规定预告登记生效期间,未经预告登记的权利人书面同意,处分该不动产权利申请登记的,不动产登记机构应当不予办理。可见,预告登记起着限制处分的作用,只要未经权利人同意,处分绝对无效,不发生物权变动的效果。然而,绝对无效的制度安排值得商榷。预告登记义务人做出的处分并非都会妨害预告登记权利人的权利实现,例如房屋所有人将已经抵押权预告登记的房屋出售给买受人,只要买受人对抵押权的预告登记知情且接受这一权利负担,则所有权转让并不会对抵押权预告登记权利人的权利实现造成妨害。若因预告登记权利人不同意而影响房屋的物权处分,既不利于物之交换价值的充分发挥,也有过度保护预告登记权利人之嫌。对此可借鉴域外经验,将限制处分的效力设置为相对无效。《德国民法典》第883条第2款规定了对土地或

权利为预告登记后所为的处分,在妨害前项请求权的全部或一部的限度内无效。我国台湾地区民法学界也认为这种处分并不当然无效,只有妨害登记请求权的法益时才无效^[9]。故此,预告登记限制处分的后果不应是绝对无效,而应是相对无效。就主体而言,物权处分只对预告登记权利人无效,对其他人来说皆有效;就内容而言,只有妨害预告登记权利人权利的部分无效,未妨害的部分则有效。由此,既保护了预告登记权利人的利益,也保护了所有权人进行物权处分的自由,有利于充分发挥物之交换价值,满足物尽其用的要求。

对于房屋租赁权来说,其虽然不能限制其他人对房屋的物权处分,却能限制其他人对房屋的预告登记。房屋租赁权以直接占有为存续条件,这种直接占有具有唯一性,不可同时为多人所拥有^⑥,房屋租赁权经预告登记,其他人不得在该预告登记权利人直接占有房屋时间段内再次进行预告登记。

(2) 完全效力。完全效力是指预告登记后该权利具有对抗破产程序、强制执行措施的效力。《德国民法典》第883条第2款规定在对土地或权利为预告登记后所为的处分,在妨害前项请求权的全部或一部的限度内无效。以强制执行或者假扣押方式所为的处分或由破产管理人所为的处分亦同。《瑞士民法典》第960条第2款规定处分的限制,一经预告登记后即对他人日后取得的权利具有对抗效力。从预告登记的完全效力来看,其与“强制执行不破租赁”^⑦极其相似。尽管我国实定法对预告登记的完全效力无明确规定,且不包括破产财产的优先受偿,但就其效力已包含对抗强制执行程序的效力而言,未来我国房屋租赁权的预告登记应具有完全效力,即预告登记后能对抗强制执行措施和破产程序。

(3) 预警效力。预警效力是指经预告登记后推定第三人知情的效力,第三人不能妨害权利的实现^[20]。对于房屋租赁权而言,预告登记的预警效力使房屋租赁权的“让与不破租赁”效力有了公示基础,更具正当性。

房屋租赁权的预告登记不具有顺位效力。预告登记的顺位效力是指债权人在办理预告登记后,因预告登记已经公开表明了被担保的请求权

一经履行就会产生某种不动产物权,因而该物权一旦产生便具有预告登记所确定的顺位。《德国民法典》第 883 条第 3 款规定,以转让某项权利为请求权的标的时,该项权利的顺位按预告登记日期加以确定。我国法律尚未有明确规定。预告登记的顺位效力是就请求权而言的,保护了已进行预告登记但尚不具备办理本登记条件的将来物权的优先效力。而对于房屋租赁权而言,一方面房屋租赁权不以引起将来的物权变动为目的,即不存在房屋租赁权的本登记;另一方面房屋租赁权具有唯一性,不可能存在两个同一房屋租赁权的预告登记。故此,房屋租赁权的预告登记不具有顺位效力。

3. 房屋租赁权预告登记的消灭

(1) 房屋租赁权消灭。房屋租赁权的预告登记从属于房屋租赁权而存在。若房屋租赁权消灭,则房屋租赁权的预告登记消灭。通常来讲,定期租赁中房屋租赁权于租赁合同届满后消灭,不定期租赁于当事人解除合同时消灭。如果涉及转租的,则于房屋交付于次承租人之时消灭。此外,房屋租赁权依赖于房屋而存在。若房屋毁损至不能居住,则房屋租赁权也会消灭。

(2) 其他消灭事由。如房屋租赁权预告登记的权利人放弃预告登记。

(三) 具体条款设计

在我国未来的《不动产登记法》中,建议对于房屋租赁权预告登记的条款设计如下:

1. 实体内容条款

有下列情形之一的,为保障将来实现物权效力,可以向登记机构申请预告登记:

- (1) 商品房等不动产预售的;
- (2) 不动产买卖、抵押的;
- (3) 以预购商品房设定抵押权的;
- (4) 以住宅房屋设定房屋租赁权的;

(5) 附条件或者附期限的土地承包经营权、土地经营权和地役权的设立、变更、转让、消灭或登记的;

(6) 法律、行政法规规定的其他情形。

预告登记生效期间,他人处分该不动产权利申请登记的,不动产登记机构应当依法办理。处分损害预告登记权利人利益的,不得对抗预告登记权利人。

预告登记后,债权未消灭且自能够进行相应的不动产登记之日起 90 日内,当事人申请不动产登记的,不动产登记机构应当按照预告登记事项办理相应的登记。未按期申请登记的,预告登记失效。

2. 程序内容条款

申请房屋租赁权预告登记的,当事人应当提交下列材料:

- (1) 租赁合同;
- (2) 房屋处于直接占有状态的证明材料;
- (3) 房屋权属证书;
- (4) 其他必要材料。

赋予房屋租赁权以不动产登记能力,既满足了“让与不破租赁”规则下房屋租赁权对抗力的公示需求,也缓解了“让与不破租赁”规则带来的交易安全隐患。我国未来的《不动产登记法》应以预告登记这一登记类型为基础,针对房屋租赁权做出具体安排,由此平衡弱势群体保护与交易安全,更妥当地实现“购租并举”、“租购同权”的政策要求和“居者有其屋”的价值理念。

注 释:

①《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》(2016 年发布)第三十五章第一节要求“完善购租并举的住房制度。以解决城镇新居民住房需求为主要出发点,以建立购租并举的住房制度为主要方向,深化住房制度改革。对无力购买住房的居民特别是非户籍人口,支持其租房居住,对其中符合条件的困难家庭给予货币化租金补助。把公租房扩大到非户籍人口,实现公租房货币化。研究完善公务人员住房政策。”

②《国务院办公厅关于加快培育和发展住房租赁市场的若干意见》(2016 年发布)指出:“实行购租并举,培育和发展住房租赁市场,是深化住房制度改革的重要内容,是实现城镇居民住有所居目标的重要途径。改革开放以来,我国住房租赁市场不断发展,对加快改善城镇居民住房条件、推动新型城镇化进程等发挥了重要作用,但市场供应主体发育不充分、市场秩序不规范、法规制度不完善等问题仍较为突出。”

③《民法典》(2021 年生效)第 405 条、第 706-707 条、第 713 条、第 717-719 条、第 724-728 条、第 732 条、第 734 条。

④《十三届全国人大常委会立法规划》(2018 年发布)第一类项目第 14 项。

- ⑤《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》(2020年发布)第二部分第六节要求“完善土地管理体制。完善土地利用计划管理,实施年度建设用地总量调控制度,增强土地管理灵活性,推动土地计划指标更加合理化,城乡建设用地指标使用应更多由省级政府负责。在国土空间规划编制、农村房地一体不动产登记基本完成的前提下,建立健全城乡建设用地供应三年滚动计划。探索建立全国性的建设用地、补充耕地指标跨区域交易机制。加强土地供应利用统计监测。实施城乡土地统一调查、统一规划、统一整治、统一登记。推动制定不动产登记法。”
- ⑥“不仅是承租人的栖身之地、生活的中心场所、家庭之所在,而且与承租人的自治、自尊、自由、隐私等人格利益密切联系。”(德)海因·克茨.欧洲合同法(上卷)[M].周忠海等译.北京:法律出版社,2001.184.
- ⑦《德国民法典》第571条第1款规定,出租人的土地在交付于承租人后,由出租人让与第三人时,受让人代替出租人取得在其所有期间因租赁关系所产生的权利和义务。第580条规定,除另有其他规定外,关于土地租赁的规定,也适用于住房和其他房屋的租赁。第580a条第1款规定,对于将已在船舶登记簿中注册的船舶出让或者设定负担的情形,准用第571条、第572条、第576条至第579条的规定。
- ⑧《民法典》第725条“租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。”相比于《合同法》第229条增加了“按照租赁合同占有期限内”的要求;《民法典》第405条“抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权的影响。”相比于原《物权法》第190条增加了“转移占有”的要求。
- ⑨《民法典》第726条、728条。
- ⑩朱庆育认为,占有移转行为也可以被视为“准物权行为”,具有处分性质。朱庆育.买卖不破租赁的正当性[J].中德私法研究,2006,(01):51-53.
- ⑪关于房屋优先购买权和房屋优先承租权能否实现其秩序价值和效率价值早有争议。已有不少学者对目前立法设置的优先购买权和优先承租权提出质疑。如:戴孟勇.论民法典合同编(草案)法定优先购买权的取舍[J].东方法学,2018,(04):5-7.
- ⑫《城市私有房屋管理条例》(1983年生效,已失效)第15条;《城市房屋租赁管理办法》(1995年生效,已失效)第13-18条、第32条;《城市房地产管理法》(2019年修正)第54条;《商品房屋租赁管理办法》(2011年生效)第15-20条、第23条;《民法典》第706条;《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同案件具体应用法律若干问题的解释》(2009年生效)第4条。
- ⑬《民法典》第405条、第703-734条;《担保法》(1995年生效)第48条;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(2000年生效)第65款;《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(2015年生效)第31条。
- ⑭《深圳经济特区房屋租赁条例》(2013修正)第7条。
- ⑮《民法典》第706条;《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同案件具体应用法律若干问题的解释》第4条。
- ⑯“刘伟与梅玺等房屋买卖合同纠纷上诉案”中,“王选荣、胡月凤未如实陈述涉案房屋已签订租赁合同的事实,是导致本案纠纷的主要原因,应承担违约责任。”[法宝引证码]CLI.C.3472321。
- ⑰“利群公司与大地公司抵押权纠纷上诉案——如何认定金融机构‘贷新还旧’时抵押权的设立时间”:2008年8月,晟欣公司将一栋大楼整体出租给利群公司经营,该栋大楼上有效的抵押权成立于2009年11月28日,抵押权晚于利群公司的租赁行为,根据物权法第190条的规定,支持了利群公司继续履行租赁合同的上诉请求。[法宝引证码]CLI.C.3014288。
- ⑱虚假租赁指为了逃避强制执行,被执行人和第三人故意串通订立虚假的租赁合同。如“被执行人丰圣公司借款合同纠纷执行案”中,“丰圣公司与澳贝思公司就涉案房地产签订长达10年的租赁合同,澳贝思公司称其以银行承兑汇票一次性付清150万元租金。但汇票背书内容反映该汇票并非来自澳贝思公司,且在租赁合同签订之前的半年,丰圣公司就已经从与其有业务关系的其他单位取得该汇票并再行转让给他人,所谓签订租赁合同并一次性以汇票支付租金的说法明显违背常理。法院依法认定丰圣公司与澳贝思公司租赁关系虚假,依法裁定涤除租赁权,并对丰圣公司虚假租赁行为作出罚款60万元的处罚决定。”[法宝引证码]CLI.C.11102780。
- ⑲《瑞士民法典》第959条规定:“(1)法律明文规定须预告登记者,如先买权、买回权、买受权、用益租赁权和使用租赁权等人的权利,得在不动产登记簿上进行预告登记。(2)前款的人的权利,一经预告登记,即对日后取得的权利具有对抗效力。”第960条规定:“(1)下列土地处分限制得进行预告登记:官方为保全有争议的或待执行的请求权所发布的命令;出质、破产或遗产延期分割;属于法定预告

登记的,如家宅的设定及后位继承人的继承权利等;(2)处分的限制,一经预告登记后,即对他人日后取得的权利具有对抗效力。”

- ②⑩ 日本《不动产登记法》第1条规定:“登记,就不动产标示或下列不动产权利的设定、保存、移转、变更、处分限制或消灭而进行:所有权;地上权;永佃权;地役权;先取特权;质权;抵押权;承租权;采石权。”第2条规定:“假登记于下列各项情形进行:(1)未具备登记申请程序上需要的条件时;(2)欲保全前条所载权利的设定、转移、变更或者消灭的请求权时。上述请求权为附始期、停止条件或者其他可于将来确定者,亦同。”
- ②⑪ 有观点认为,社会管理仍用社会管理的手段,而不应借用经济管理的手段管理社会事务。李朝晖.论房屋租赁合同登记备案制度的立法价值目标[J].广西社会科学,2008,(02):104.笔者认为目前在缺乏有效的流动人口管理的社会手段的现状下,应允许房屋登记备案制度继续发挥流动人口管理的作用。
- ②⑫ 《不动产登记暂行条例实施细则》第85条第1款。
- ②⑬ 《德国民法典》第883条第1款规定:“为保全转让或者废除土地上的一项权利的请求权,或者保全转让或者废除设定于土地之上的权利的请求权,或者保全变更此种权利的内容或者变更其顺位的请求权,可以在土地登记簿中作预告登记。为保全将来的请求权或者附条件的请求权,也允许作预告登记。”
- ②⑭ 《瑞士民法典》第959条规定:“(1)法律明文规定须预告登记者,如先买权、买回权、买受权、用益租赁权和使用租赁权等人的权利,得在不动产登记簿上进行预告登记。(2)前款的人的权利,一经预告登记,即对日后取得的权利具有对抗效力。”第960条规定:“(1)下列土地处分限制得进行预告登记:官方为保全有争议的或待执行的请求权所发布的命令;出质、破产或遗产延期分割;属于法定预告登记的,如家宅的设定及后位继承人的继承权利等;(2)处分的限制,一经预告登记后,即对他人日后取得的权利具有对抗效力。”
- ②⑮ 《南京市城镇房屋权属登记条例》(2010年生效,已失效)第28条。
- ②⑯ 《上海市房地产登记条例》(2008年生效)第51条。
- ②⑰ 也可以理解为:通过不动产登记规则的体系解释,《民法典》第221条应作广义理解,进而获得与未来《不动产登记法》中规定相同的含义。
- ②⑱ 也可以理解为:对于房屋租赁权,若未登记则不存在所有权转让后租赁合同出租人主体的自动变更和权利义务的法定承担,而是按照合同相对性的

一般原理,租赁合同仅对原出租人和承租人有效,由原出租人向承租人承担违约责任。苏永钦.关于租赁权物权效力的几个问题——从“民法”第435条的修正谈起[A].载氏著.走入新世纪的私法自治[C].北京:中国政法大学出版社,2002.341.

- ②⑲ 青岛市房屋租赁登记与房屋登记虽然是两套系统,但它们相互链接,共享信息。常鹏翱.论可登记财产权的多元化[J].现代法学,2016,(06):49.
- ③⑩ 《国务院办公厅关于加快培育和发展住房租赁市场的若干意见》(2016年发布)规定“非本地户籍承租人可按照《居住证暂行条例》等有关规定申领居住证,享受义务教育、医疗等国家规定的基本公共服务。”如此可以促进房屋所有权人和房屋租赁权人在享有教育、医疗等社会资源上的平等。
- ③⑪ 本文所说的转租指合法转租,根据《民法典》第716条第2款,非法转租中出租人可解除合同,次承租人向转租人请求损害赔偿。
- ③⑫ 《民法典》第212条。
- ③⑬ 《北京市高级人民法院关于行政审判工作适用法律问题的解答(二)》(2017年发布):“审理行政登记类案件时,如何理解相关法律规定的‘登记机关应当对申请人出具的证件、证明材料进行审查’的规定?答:登记机关在进行行政登记时,根据相关法律、法规及规定对申请人提交的证件、证明材料进行审查应理解为是否符合法律规定的要求进行审查(形式审查)。但考虑其作为行政登记的专门机构,在具体案件的司法审查中,可要求行政登记机关在形式审查时履行较高的必要合理注意义务。例如,申请人在登记机关预留有印章、签名的,登记机关应当就申请件与预留件进行比对,并对是否一致作出合理注意义务的判断。”
- ③⑭ 房屋租赁权的预告登记不需要双方关于预告登记的约定。见前文登记条件部分。
- ③⑮ 如常德市主动进行房屋登记备案的仅占市场的10%左右,并且都是有目的地使用,才来登记部门主动登记备案。郑玉明.城区房屋租赁市场管理现状调查与思考[N].常德日报,2019-04-12(006).兰州市很多出租人由于不知情或担心纳税,房屋租赁信息大多未登记。租房信息备案“喊了多年”执行仍难[DB/OL].人民网,http://gs.people.com.cn/BIG5/n2/2017/0320/c191680-29884228.html,2020-07-06.
- ③⑯ 这里不考虑出租人将房屋分房屋租给多个承租人的情形。
- ③⑰ 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(2015年生效)第31条第1款。

参考文献:

- [1] 朱庆育.买卖不破租赁的正当性[J].中德私法研究, 2006,(01):30-54.
- [2] 袁野.房屋租赁中的优先承租权[J].苏州大学学报·法学版,2020,(01):26-29.
- [3] 李朝晖.论房屋租赁合同登记备案制度的立法价值目标[J].广西社会科学,2008,(02):103-104.
- [4] 高圣平.不动产权利的登记能力—评《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》第4条[J].政治与法律, 2014,(12):15-16.
- [5] (德)鲍尔·施蒂尔纳.德国物权法(上册)[M].张双根译.北京:法律出版社,2004.289.
- [6] 程啸.不动产登记法研究(第二版)[M].北京:法律出版社,2018.157.
- [7] 孙宪忠.不动产登记基本范畴解析[J].法学家,2014,(06):14.
- [8] 高圣平.不动产权利的登记能力——评《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》第4条[J].政治与法律, 2014,(12):14-17.
- [9] 陈耀东.不动产权利与不动产登记能力[J].中国不动产,2019,(03):17.
- [10] 常鹏翱.论可登记财产权的多元化[J].现代法学, 2016,(06):49-51.
- [11] 陈耀东.不动产权利与不动产登记能力[J].中国不动产,2019,(03):16.
- [12] 高圣平.不动产权利的登记能力—评《不动产登记暂行条例(征求意见稿)》第4条[J].政治与法律, 2014,(12):16.
- [13] 常鹏翱.论可登记财产权的多元化[J].现代法学, 2016,(06):55.
- [14] 梁慧星.中国物权法草案建议稿——条文、说明、理由与参考立法例[M].北京:社会科学出版社, 2001.169.
- [15] 崔建远.物权法(第4版)[M].北京:中国人民大学出版社,2017.61.
- [16] 常鹏翱.预告登记制度的死亡与再生[J].法学家, 2016,(03):125-135.
- [17] 崔建远.物权法(第4版)[M].北京:中国人民大学出版社,2017.62.
- [18] 王利明.物权法研究(修订版)(上卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2007.363.
- [19] 焦祖涵.土地登记之理论与实务[M].台北:三民书局,1983.812.
- [20] 王瀚培,任自力.预告登记与“买卖不破租赁”之矛盾及化解[J].兰州学刊,2014,(05):181.

The Real Estate Registration of House Leasehold and the Construction of Notice Registration

Chen Yaodong¹, Li Ruiqi²

(1. Law School, Nankai University, Tianjin 300350, China;

2. Law School, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: House tenancy is the lessee's right to use the house after the house is delivered. It has the antagonistic effect, which means that tenancy contract is still valid after the transfer of house ownership. But the registration system of housing lease stipulated by the current real law of our country aims at administrative management, and lacks publicity effect, which affects the transaction safety of the housing rental market. The content of house leasing right has the effect of real right, and its registration is conducive to promoting the transaction, so it has the ability of real estate registration. In real estate registration, the most suitable type of registration for house leasing right is notice registration, which is the same as "transfer does not break the lease", which aims to protect the realization of creditor's rights and provides the appropriate text basis. The registration of the advance notice of the right to lease the house should be subject to the effective lease contract and the house in the direct possession state. The principle is to apply jointly by both parties. The registered house lease right has the security effect, the full effect and the early warning effect.

Key words: house leasing right; real estate registration capacity; advance notice registration; registration and record system

(责任编辑:林 燕)

对刑事拘留措施监督途径的探析

岳启杰

(北京市门头沟区人民检察院 第七检察部, 北京 102300)

摘要:刑事拘留作为一种限制人身自由的强制性措施犹如一把“双刃剑”,用之得当,惩治犯罪,维护稳定;反之,则两受其害。刑事拘留的决定、变更及期限的延长均由公安机关自行决定,这种既当“裁判员”又当“运动员”一方独大的权力模式,容易导致刑事拘留滥用的问题。目前公安机关的刑事拘留存在着以拘代侦、以拘促赔、随意延长拘留等问题。过去检察机关对刑事拘留未形成系统化、制度化的执法监督是上述问题的重要原因。从刑事拘留检察监督的现状和问题入手,提出切实可行的完善路径,以期对刑事拘留检察监督方面的理论研究和司法实务有所裨益。

关键词:刑事拘留;权力制衡;检察监督;完善途径

中图分类号:DF73

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0032-05

刑事拘留是公安机关在紧急情况下,对现行犯或重大嫌疑分子采取的临时剥夺人身自由的一种强制手段,其严厉性仅次于逮捕,适用率普遍较高。根据《刑事诉讼法》的相关规定,刑事拘留的决定、延长、变更、执行均由县级以上公安机关负责人批准,呈现单向性、封闭性的内部行政审批特征,内部审批程序简便,缺少外部监督。“任何一种权力都可能被滥用,并且权力越大,它被滥用的可能性也就越大”^[1]。进入新时代,党和人民群众对检察机关有了新要求、新期待,不仅要求检察机关自身严格司法,履行好审查批捕、审查起诉等检察职能,更期望履行好法律监督职能,加强对公安机关执法活动的监督,以维护社会公平正义和法律权威。如何完善刑事拘留检察监督的路径,促进刑事拘留权依法规范运行,是当前检察机关面临的重大课题。

一、目前刑事拘留存在的主要问题

(一)以拘代侦

公安机关处于打击犯罪的前沿阵地,有时出于打击犯罪和侦查犯罪的需要,在有罪惯性思维影响下,在案件证据尚达不到刑事拘留证明标准时,公安机关仍采取刑事拘留措施。在刑拘期间无法突破关键证据,又未达到报捕、起诉证明标准,只能变更为

非羁押措施,若最终仍无法收集补齐证据,则可作撤案处理。如在一起盗窃案件中,犯罪嫌疑人只供述一起盗窃事实,但因数额达不到入罪标准,办案民警认为犯罪嫌疑人有盗窃犯罪前科,不可能只实施一起盗窃行为,遂贸然决定对犯罪嫌疑人采取刑事拘留措施。在刑事拘留后,公安机关经过侦查工作,仍未收集到其他犯罪事实证据,只能转为行政处罚结案处理。

(二)以拘促赔

对于有些刑事案件,特别是轻伤害、交通肇事案件,在决定入罪关键证据尚未有明确结论时,如被害人人体损伤鉴定意见尚未正式出来时,公安机关为了安抚被害人及其家属,促成赔偿和解,从维护社会稳定的角度出发,仓促对行为人采取刑事拘留措施。在双方达成和解或赔偿被害人民事损失到位之后,公安机关再以“不应追究刑事责任”予以撤案或者变更为非羁押措施,将刑事拘留措施作为促成民事调解和索赔的工具。这不仅严重侵害了犯罪嫌疑人的合法权利,也损害执法公信力和法律权威。

(三)延长拘留随意性

公安机关刑事拘留权的行使缺少外部有效的制约和牵制,存在着较大的随意性。根据《刑事诉讼法》第91条之规定,公安机关决定拘留的案件,认为需要逮捕的,应当在拘留后3日以内,提请人民检察院

* 安徽省2020年度侦查逻辑办案研究会一般课题“对刑事拘留措施监督途径的研究”的阶段成果,项目编号:AHZC2020C07。

作者简介:岳启杰,男,北京市门头沟区人民检察院第七检察部员额检察官,主要从事刑法学和诉讼制度研究。

审查批准。在特殊情况下提请审查批准的时间可以延长 1 至 4 日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子提请审查批准的时间可以延长至 30 日。由于法律、司法解释未对何为“特殊情况”作出明确规定,对“特殊情况”的理解存在着随意性,公安机关将特殊情况扩大化适用,往往直接将一般情况扩大认定为特殊情况,延长至 1 至 4 日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的理解上,也存在扩大化倾向。如将外地户籍作案理解为流窜作案,将盗窃罪与掩饰隐瞒犯罪的上下游犯罪相互关联的不同案件视为结伙作案。

(四)以刑事手段插手民事、经济纠纷

“近年来,有不少案件,本来是民事经济纠纷,却通过刑事手段进行干预。例如,本来是合同欺诈却按照合同诈骗进行刑事立案。不但造成了司法资源的严重浪费,同时也会造成无罪者被追究刑事责任”^[2]。这种以刑事手段干预民事、经济纠纷的违规违法行为不仅对当事人造成极大伤害,也严重践踏法律尊严,损害司法公信力,危及社会公平正义。

二、刑事拘留措施检察监督的现状和问题

(一)立法规定不完善

1.立法规定过于原则,可操作性不强

《刑事诉讼法》第 8 条规定“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督”;第 100 条规定“人民检察院在审查批准逮捕工作中,如果发现公安机关的侦查活动有违法情况,应当通知公安机关予以纠正,公安机关应当将纠正情况通知人民检察院”。《人民检察院刑事诉讼规则》第 551 条规定“人民检察院对刑事诉讼活动实行法律监督,发现违法情形的,依法提出抗诉、纠正意见或者检察建议”。纵观上述规定,法律对检察机关开展刑事诉讼监督作出了原则性的表述和规定,但这些规定过于原则笼统,对监督的启动程序、方式、效果等均没有涉及,缺乏操作性。由于立法的缺失,尽管一些地方检察机关通过与公安机关会签文件的方式,加强刑事拘留的法律监督,取得了一定成效,但带有局限性,呈现鲜明的地域特色,难以普遍推广复制。

(二)监督带有滞后性,且存在盲区

司法实践中,只有案件进入审查逮捕和审查起诉环节,检察机关方才对刑事拘留的合法性予以审查。此监督模式主要存在两方面问题:一是此阶段刑事拘留已持续 3 天、7 天,甚至 30 天,此时违法行为已经发生,检察监督已无法改变被拘留人人身自由

被侵害的事实,这种事后监督的效果大打折扣,不利于及时纠错。二是对采取刑事拘留措施后未报捕,转为撤案或行政处理的案件,存在监督随意性,没有完全纳入检察监督的视野,存在着监督空挡和盲区。

(三)发现线索渠道偏窄,监督效果不理想

目前检察机关主要是通过审查逮捕、审查起诉,以及犯罪嫌疑人及其律师的举报来获取刑事拘留监督线索,获取监督信息来源渠道偏窄。前者信息来源存在滞后性弊端,且公安机关在移送案卷材料时,为了避免材料中出现违法侦查等情况,会从程序上做适当的处理,往往通过卷宗审查很难发现相关违法问题;后者信息来源是较少的,被刑事拘留后犯罪嫌疑人人身自由受到限制,至报捕前,犯罪嫌疑人一般接触不到检察办案人员,即使捕前提审,犯罪嫌疑人出于怕被打击报复的担心,也很少主动揭发问题,这难以成为刑事拘留监督的主要途径。由于监督线索渠道不畅通,使法律监督成为“无源之水、无本之木”,检察机关无从全面履行监督职责,制约了检察监督的质效。

(四)检察监督刚性不足

现行法律及相关规定虽赋予了检察机关通过口头纠违、纠正违法通知书、检察建议等监督方式进行检察监督,但未明确公安机关不接受监督意见承担何种法律后果,导致监督刚性不强,执行力不足。口头纠违监督方式,公安机关往往容易接受,但口头纠违的监督力弱,难以起到对公安机关的震慑作用。纠正违法通知书虽能引起公安机关一定程度的重视,但这种监督制约力度范围有限,多数限于辖区内的公安机关。“在实践中,本辖区内的公安机关对于监督还比较重视,但是辖区之外的公安机关则表现得更为消极,无法使纠正违法落实”^[3]。检察建议监督方式,从性质上只是“建议”,被戏称“纠正违法劝告书”,公安机关可以选择接受建议,也可以选择听从建议。“实践中检察机关只要求提出监督意见即履行职责,至于监督效果则取决于被监督者的自觉。监督上的硬要求变成了实践中的软监督”^[4]。

(五)部分检察人员监督理念陈旧

我国《宪法》规定公检法三家分工负责,互相配合、互相制约^①。但有些检察人员受传统陈旧执法理念的影响,存在着“重办案轻监督”,“重配合轻制约”的现象,担心监督会影响彼此关系,怕得罪人的思想仍有一定市场,不同程度存在着不敢监督、不善监督、不愿监督的问题。有些检察人员主动寻找监督线索的积极性还不高,存在“等靠要”的被动监督思想,发现侦查活动违法犯罪的能力不高。另外,有些公安

办案人员对检察监督的理解有偏差,不愿接受监督等,存在着抵触情绪,使检察人员有畏难情绪,影响监督工作。

三、强化刑事拘留检察监督的必要性

(一)加强人权保障的必然选择

随着社会法治进程的推进和公民法治意识不断增强,司法领域人权保障问题日益受到社会各界的高度关注。宪法作为国家的根本法,明确规定禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由^②。“尊重和保障人权”已写入刑事诉讼法总则中^③,成为我国刑事司法理念的核心价值。刑事强制措施适用不仅在于保障刑事诉讼顺利进行,也关乎犯罪嫌疑人的人权保障。公安机关出于侦查保障的需要以及打击犯罪的目的,难免会出现刑事拘留权适用上的不当现象,侵犯公民的合法权利。检察机关秉持客观公正义务和恪守检察职业操守,以事实为根据,以法律为准绳,不偏不倚,公正司法,通过履行法律监督职能,监督纠正公安机关侦查活动,从侦查阶段源头上防止违法行为发生,有利于人权的保障和权利救济。

(二)权力制衡的客观要求

党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,必须完善司法管理体制和司法权力运行机制,规范司法行为,加强对司法活动的监督,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。“与其他国家比较而言,我国公安机关在刑事拘留措施的使用上权力过大,缺乏外部程序制约,容易导致刑事拘留的滥用”^④。为了保证刑事拘留权规范行使,不走样、不滥用,需要另一个权力去制约监督。“检察机关是法律监督机关,属于司法机关。由其监督制约公安机关规范适用刑事拘留强制措施,符合司法权运行的本质属性,有利于充分发挥检察引导侦查的取证作用,能够积极应对以审判为中心的诉讼制度改革”^⑤。作为法律监督机关,检察机关强化对刑事拘留的监督,有效制衡公安机关刑事拘留“过大的自由裁量权”,完全契合权力制衡的客观要求。

(三)提升检察机关公信力的重要举措

刑事拘留可以剥夺公民自由足够长的时间,犯罪嫌疑人因刑事拘留被剥夺人身自由的时间最长可达37天。根据新形势和新任务,人民群众对公平正义有了新的要求,不仅希望案件处理结果公正,也希望程序公正;不仅希望正义不会缺席,也希望正义不

会迟到。检察机关顺应时代呼声,树立“向监督要公信力”的理念,不断加大法律监督力度,在监督上下足功夫,以求极致的工作标准,履行好侦查监督等各项监督职能,及时有效监督纠正各类违法和不当执法行为,积极回应社会的关切,提高人民群众对检察工作的满意度和认可度,助推检察公信力有效提升。

(四)贯彻以审判为中心的诉讼制度的重要体现

随着以审判为中心的诉讼制度改革不断深入,对检察法律监督工作特别是侦查监督工作提出了新的更高要求。刑事拘留上接立案,后连逮捕,在侦查环节中承前启后,加强刑事拘留的监督,是完善对限制人身自由司法措施和侦查手段司法监督的重要内容,也是在以审判为中心的背景下,完善司法权分工配合制约机制的重要体现。转变监督理念,改进监督方式,建立健全监督机制,不断强化完善刑事拘留措施的监督,及时发现和纠正违法适用刑事拘留之行为,促进公安机关依法履职、规范执法,着力提升侦查能力和水平。

四、对刑事拘留措施检察监督的完善途径

针对刑事拘留检察监督现状和问题,本文从立法层面、机制建设、监督理念等多个维度,提出系统全面完善的路径,以期为研究刑事拘留检察监督的学者和司法实务界提供有价值的借鉴和启示。

(一)完善立法,细化刑事拘留检察监督规定

加强调查研究,出台司法解释对“特殊情况”“流窜作案”等内容进一步加以完善细化,为司法办案提供法律支撑,防止刑事拘留延长的随意性和扩大化。及时总结提炼目前各地检察机关对刑事拘留检察监督中所形成的经验做法,加强顶层设计,由最高检联合公安部共同制定出台《刑事拘留检察监督的规定》,明确检察监督的内容、方式、程序和后果等事项,使刑事拘留检察监督更加具体化,增强可操作性。待条件成熟后,适时将该规定上升为法律,通过修改刑事诉讼法的方式,将刑事拘留检察监督纳入其中,为检察监督提供强有力的法律依据,进而增强监督刚性和质效。

(二)建立备案机制,对案件“出口”和“入口”监督

目前我国正处于社会转型期,社会纠纷大量涌现,出于维护社会稳定和有效控制犯罪的现实需要,刑事拘留的决定权由公安机关行使,符合我国基本国情和现状。“可以将侦查机关适用强制措施的行为始终置于司法机关的控制之下,不仅能在事前预防强制措施的不当使用,同时也为事后发现强制措施

的不当并加以纠正提供了契机”^[7]。通过检察机关和公安机关沟通协作,建立刑事拘留备案机制,明确公安机关对于采取刑事拘留措施的,应在3日之内向同级检察院备案。备案可以通过电子邮件方式进行,并将简要案情、刑事拘留证等材料一同发送。通过备案机制,能够实现对刑事拘留措施“入口”的监督,做到底数清、情况明。加强研判分析,通过将拘留案件数与报捕案件数以及驻所检察所得出数据比对,掌握刑事拘留案件的走向,对作出撤案、行政处罚处理的案件,开展立案监督;对将变更为取保候审的,跟踪监督,督促其继续侦查,移送起诉,从而做好案件“出口”监督,有效防止刑事案件的流失。

(三)推进建立派驻检察机制,构建监督新模式

2019年7月,中央政法委郭声琨书记在政法领域全面深化改革推进会上指出“要强化政法系统执法监督,推动在市、县公安机关建设执法办案管理中心,探索建立派驻检察机制……着力构建一站式、全要素、即时性的执法监督管理新模式”。构建对公安机关刑事拘留的常规化监督,由专门办案组开展常态化监督,有效及时收集监督信息,延伸检察监督视角。在公安机关设置派驻检察室,选派经验丰富的检察官专职常驻,开展“上门”监督。赋予派驻检察室登录公安内网权限,浏览公安执法平台、办公内网等,知悉刑事案件的受案、立案、破案、刑事拘留等情况,进行研判分析发现有价值线索,实行监督关口前移,有效破解检察机关获取监督信息渠道不畅等制约监督的瓶颈性问题,实现由“事后监督”向“同步监督”转变,从源头上规范执法行为,强化人权保障。如北京市检察机关设置派驻公安执法办案管理中心检察室,“将诉讼监督的视角从原先的审查逮捕阶段或者审查起诉阶段提前到刑事拘留阶段,弥补侦查阶段黄金24小时的监督空白,规范刑拘前24小时的刑事执法行为”^[8]。

(四)推进侦查监督事项案件化办理模式,助推监督质效

“在侦查中心主义理念影响下,检察机关办理的诉讼案件被视为工作主线,监督工作被视为审查逮捕、审查起诉等职能的衍生性、附带性工作,业务量和所占比重远远落后于批捕、起诉等工作,监督力度浮于表面,浅尝辄止”^[9]。探索侦查监督事项案件化模式,将重大监督事项按照司法办案的标准和程序要求,作为独立案件办理,并纳入员额检察官年度考核任务数,提升检察办案人员的积极性和主动性。制定侦查监督事项案件化办理规程,明确监督事项范围、期限、方式、程序和结果,确保监督事项办理规范化、

专业化运行。将重大侦查监督事项全部录入全国检察机关业务统一运用系统,按照案件办理的轮案模式,由员额检察官或检察官办案组专门办理,同时加强内部监督,促进监督事项有序办理。

(五)探索刑事拘留听证制度

2020年10月最高检出台的《人民检察院审查案件听证工作规定》第4条规定,人民检察院办理羁押必要性审查案件、拟不起诉案件等,在事实认定、法律适用、案件处理等方面存在较大争议,或者有重大社会影响,需要当面听取当事人和其他相关人员意见的,经检察长批准,可以召开听证会。为此,可以引进公开听证制度,对刑事拘留的合法性、必要性举行听证,以公开促进公平,消除对刑事拘留的质疑。检察机关可以依职权主动启动,被拘留人也可以通过驻所检察室提出申请。检察机关认为有必要听证的,由检察官居中审查听证,由公安机关办案民警、犯罪嫌疑人及其律师、听证员共同参加,各自陈述主张发表意见,在综合各方意见的基础上,检察官全面审查判断刑事拘留的合法性和必要性。经过听证,认为刑事拘留措施违法或没有必要性的,检察机关通过启动立案监督程序,监督公安机关变更强制措施或撤案,维护当事人的合法权益。

(六)内外联动,强化监督刚性

一是内部联动,整合资源。发挥捕诉一体的优势,捕诉部门加强与案管、监所等部门内部交流、信息共享,强化对刑事拘留的监督。发送检察建议或书面纠正违法通知书时,向上级检察机关备案,加强请示汇报,由上级检察机关将检察建议或书面纠正违法通知书向同级公安机关抄送,强化执行力,通过横向和纵向联动,有效整合检察资源,形成监督合力。二是外部联动,善于借力。定期或不定期向区委、人大汇报侦查监督工作运行情况,争取支持和指导。与监察委建立案件线索移送机制,对检察机关发出检察建议不回复、催办后无故不采纳的,将相关线索移送监察委处理。同时创新送达方式,采取宣告式送达方式,当面释法说理,提升公安机关对监督内容的认可度,必要时,邀请人大代表、政协委员参与宣告,以增强监督刚性。

(七)贯彻双赢多赢共赢理念,打造新型检警关系

在多重改革叠加背景下,检察机关要及时转变观念,创新监督方式,变被动监督为主动监督,变事后监督为同步监督,构建检察指挥侦查“大控方”的新型检警关系,强化检察机关的审前主导地位,进一步提高指控犯罪和惩治犯罪的能力和水平,形成打击犯罪合力。检察机关要站在国家治理体系和治理

能力现代化的高度,推进法治国家建设,与公安机关加强沟通协作,在维护法律权威和保障人权的共同目标中达成共识,同频共振。不能为了监督而监督,对于公安机关多起案件中存在的共性问题,发送综合类检察建议,提出监督意见,而不是逐个执法检查建议,这既避免了检警直接对抗,又有效解决了类案化问题。注重监督方式方法,根据违法行为的性质和程度,选择适当的监督方式,能用口头纠正予以解决的,不能采用书面纠正违法通知书等较严厉的监督方式,实现监督的法律效果与政治效果,社会效果的有机统一。

注 释:

- ①《宪法》第140条规定“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”
- ②《宪法》第37条规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”
- ③《刑事诉讼法》第2条规定:“中华人民共和国刑事诉讼法的任务,是保证准确、及时地查明犯罪事实,正确应用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑

事追究,教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,维护社会主义法制,尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利,保障社会主义建设事业的顺利进行。”

参考文献:

- [1] 魏腊月.最高检察机关及其法律监督权力的宪法分析[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2008,(02):175.
- [2] 宋媛媛,王海坤.司法机关发案例严禁刑事手段插手民事经济纠纷[N].法治周末报,2021-01-14(07).
- [3] 张学军,何磊.建立对刑事拘留和公安派出所刑事侦查活动监督机制研究[J].中国检察官,2016,(11):50.
- [4] 李忠诚.简论刑事拘留与逮捕适用中的检察监督[J].安徽警官职业学院学报,2005,(06):9.
- [5] 王焱,陈彦君,徐婉飞.刑事拘留检察监督的推进路径[J].人民检察,2014,(01):78.
- [6] 刘鸿斌,朱瑾琳,熊文君.强化刑事拘留专门化检察监督[J].人民检察,2017,(22):61.
- [7] 陈光中.中国刑事强制措施制度的改革与完善[M].北京:中国人民公安大学出版社,2003.6.
- [8] 方洁.派驻公安机关执法办案管理中心检察室工作模式研究[J].人民检察,2018,(06):14.
- [9] 李小东,周硕鑫.重大监督事项案件化办理的理论与实践[J].国家检察官学院学报,2020,(01):91.

On the Supervision of Criminal Detention Measures

Yue Qijie

(Beijing People's Procuratorate of Mentougou District, Beijing 102300, China)

Abstract: As a compulsory measure to restrict personal freedom, criminal detention is like a “double-edged sword”, which can be used properly to punish crimes and maintain stability; On the contrary, both would suffer. The decision, change and extension of the term of criminal detention are all decided by the public security organs. This kind of power mode, in which the public security organs act both as a referee and an athlete with a dominance power, easily leads to the abuse of criminal detention. At present, there are some problems in the criminal detention of public security organs, such as using detention as a means of investigation, or urging compensation, or arbitrary extension. To explore the causes, the procuratorial organ turned up to be blamed which lacked systematic and institutionalized supervision of law enforcement. Starting from the current situation and problems of the procuratorial supervision of criminal detention, the author puts forward practical and feasible improvement path, in order to benefit the theoretical research and judicial practice of the procuratorial supervision of criminal detention.

Key words: criminal detention; power balance; prosecutorial supervision; ways to improve

(责任编辑:孙晓民)

人工智能社会组织监管的合规型路径

刘红春

(云南大学 法学院, 云南 650021)

摘 要: 如何对人工智能社会组织的角色作特性界定或功能评判, 是将其视为政府与市场力量之外人工智能发展的“第三力量”, 还是扮演人工智能领域的社会智库建设者、政策法律伦理倡导者、行业标准创制者、行业自律监督者等角色, 无一不关系着衡量社会组织监管体制殊异的判定与选择。面对第三次人工智能的发展浪潮, 为了使人工智能社会组织更好地发挥正面效应, 积极应对人工智能革命对当下社会秩序的挑战, 通过考察 132 家人工智能社会组织的特性、功能及现实发展等, 似能客观地对社会组织监管体制转型作一注脚, 为建构立法引领、执法监管、司法保障为主要路径的“合规型”监管机制提供一定参考。

关键词: 人工智能; 社会组织; 合规监管; 良法善治; 道德伦理

中图分类号: DF37

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2021)02-0037-08

《国务院关于印发新一代人工智能发展规划的通知》(以下简称《规划》)分别在“重点任务”、“资源配置”及“保障措施”三个章节中提出:“推动国内优势企业、行业组织、科研机构、高校等联合组建中国人工智能产业技术创新联盟。”“加快推动无人驾驶、服务机器人等细分应用领域的行业协会和联盟制定相关标准。”“支持相关行业协会、联盟及服务机构搭建面向人工智能企业的全球化服务平台。”《规划》的出台,回应了长期以来法学界学者们对人工智能如火如荼的研究。然而,现有研究多集中于“法律主体资格”^①,对人工智能社会组织,即《规划》中提到的“行业组织”、“行业协会”的发展概况、特点及法治保障诉求与具体建构路径却鲜有建树。改革开放 40 年来,社会组织监管体制发展至今,已经逐渐从“掌控型监管”向“合规型监管”转型^②,“分类管理”、“监护型控制”、“嵌入型监管”等概念揭示了现行社会组织“双重管理”体制的“掌控型监管”特性。与其相对的“合规型监管”指的是,以促进社会组织自觉寻求符合法律法规、规章制度等正式规则以及社会共同的信念、行动逻辑等道德和认知因素等规范要求为目的的监管。可见,就促进“掌控型监管”向“合规型监管”转型而言,对人工智能社会组织的监管不能脱离法治轨道,因此人工智

能社会组织在人工智能发展浪潮中的实践便值得体察与鉴析。

本文所称人工智能社会组织,指的是各级人民政府民政部门依据《社会团体登记管理条例》(2016 年修订)、《民办非企业单位登记管理暂行条例》(1998 年)、《基金会管理条例》(2004 年)以及相关法律法规登记注册的组织名称里含有“人工智能”的社会团体、基金会及民办非企业单位。在全国社会组织查询 V4.2 数据库中的 87 万余家社会组织中,目前共有 132 家人工智能社会组织,其中民政部登记 1 家,地方民政部门登记 131 家^③。本文将以此 132 家人工智能社会组织为研究对象,深入剖析其成立过程、特点及法治发展动态,并把法治思维与法治方法融入其发展之中,以期为人工智能社会组织监管体制的“掌控型监管”向“合规型监管”转型提供知智支撑。

一、人工智能社会组织的基本情况与特点

人工智能社会组织的发展已经写入了《规划》,因此从组织基础和法治视角认识人工智能社会组织的基本特点就十分必要。“组织是人类社会存在的基本形式,社会秩序的维系与其组织基础联系密

* 教育部 2018 年度人文社会科学研究一般项目“行政规范性文件审查机制研究”的阶段性成果,项目编号:18YJC820033。

作者简介:刘红春,男,云南大学法学院副教授,法学博士,主要从事社会组织与人权保障研究。

切。”随着人工智能逐渐嵌入互联网、教育、医疗、服务、社会治理、经济生产、人际交往等领域,传统社会组织的功能和形态开始发生变化,尤其是对于城市社会的组织化能力开始下降,人工智能社会组织的兴起与建设构成了社会变革中区别于传统社会组织的新的社会秩序单元^[2]。人工智能社会组织的发展实质上是由相对“单一型”迈向“复合型”,即“人工智能+”的社会单元迭代,其组织形态的确立也并非完全是由其自身的特点所决定的。一方面,在人工智能成为人类文明一大革新的历史转型时期,人类社会中的各种组织形态必然发生深刻的重构,人工智能社会组织应运而生。另一方面,社会组织的生存和发展始终依赖其所服务的特定公共目标,因而人工智能社会组织结构的形成也无法回避来自公共社会各类因素的影响。公开资料显示:早在1991年,中国就已成立首家人工智能社会组织——“中国人工智能学会”^[3]。笔者对包括中国人工智能学会在内的132家人工智能社会组织的基本情况整合、分析,从如下几大关键要素阐述人工智能社会组织的发展特点:

(一)组织类型与组织名称

根据登记注册形式不同,人工智能社会组织的组织类型可分为社会团体、民办非企业单位和基金会三类。在132家人工智能社会组织中,社会团体类人工智能社会组织67家,其中民政部登记1家,地方民政部门及其他部门登记66家;民办非企业单位类65家,在地方民政部门及其他部门登记;现有公开数据中暂无基金会类型的人工智能社会组织。因此,就人工智能社会组织的组织类型而言,社会团体与民办非企业单位平分秋色,基金会则尚属空白。

人工智能社会组织的名称在现实中主要有两个作用:第一,将该人工智能社会组织与其他人工智能社会组织相区别;第二,代表人工智能社会组织的信誉。通过对132家人工智能社会组织的命名规律进行解析发现,多以登记注册地的地名作为前缀名,中间名为“人工智能”或“人工智能+”,后缀名有“研究院”、“学会”、“协会”、“中心”、“研究所”、“联盟”、“促进会”7种类型,其中又以前三者为主^[4]。

(二)登记登记机关与注册地

人工智能社会组织对于登记登记机关及注册地的选择在一定程度上能反映出人工智能社会组织的登记层级及分布地域的发展特征。从登记登记机关的层级来看,在132家人工智能社会组织中,以民政部作为登记机关的有1家,省级民政部门25

家,市级民政部门65家,区县级民政部门20家^[5]。不难看出,人工智能类社会组织的登记登记机关以省市两级民政部门为主,而民政部最少。从分布地域来看^[6],广东注册最多(22家),注册数在5家以上的有山东(16家)、北京(13家)、江苏(11家)、上海(11家)、福建(12家)、浙江(7家)。目前,仅天津、甘肃、青海、云南、新疆、宁夏及西藏暂无人工智能社会组织注册。人工智能社会组织集中分布于东部沿海地区,这也与IDC和浪潮联合研究2019年3月发布的《2018-2019中国人工智能计算力发展评估报告》中“人工智能的计算力分布”呈现一定的重合,即“浙江、广东、北京、湖北等省市分别占据各自区域人工智能计算力综合实力的领头羊位置”^[7]。

(三)成立登记日期与注册资金

如前文所述,人工智能社会组织最早登记注册于1991年,此后数年登记注册数量寥寥无几,且诸多年份呈登记注册空白状态,直到2016年才开始有较大的进展。截至2020年12月底,2019年成立的人工智能社会组织数量最多共55家,2020年9家,2018年共37家,2017年17家。2017年被称为“人工智能元年”。

注册资金是人工智能社会组织在各民政部门注册登记时核准的法定资本数额。在132家人工智能社会组织中,民办非企业单位类的注册资金整体上高于社会团体类。详言之,在67家社会团体类人工智能社会组织和65家民办非企业单位类人工智能社会组织中,注册资金为3万元的,社会团体类42家,民办非企业单位类10家;10万元以上不满100万元的,社会团体类15家,民办非企业单位类19家;100万元以上不满1000万元的,社会团体类0家,民办非企业单位类12家;1000万元以上不满10亿元的,社会团体类4家,民办非企业单位类1家;10亿元以上的,社会团体类0家,民办非企业单位类12家。

(四)业务主管单位与业务范围

人工智能社会组织的业务主管机关类型相对单一。在67家社会团体类人工智能社会组织中,除了已脱钩5家、无业务主管单位3家及不明确1家之外,剩余58家的业务主管单位以科学技术协会居多,有38家,其次是经济和信息化委员会,有3家。在65家民办非企业单位中,已脱钩9家,无业务主管单位的有15家,直接登记7家,剩余34家业务主管单位明确的社会组织中,以科学技术协会为主管单位的最多,有6家。

人工智能社会组织业务范围系其在民政部门登记核实可从事的具体事项。总体而言,现有 67 家社会团体类人工智能社会组织与 65 家民办非企业单位类人工智能社会组织的业务范围呈同质化局面,多为以人工智能为核心的研究、交流、培训、咨询、服务、开发、推广、教育等。以江苏省人工智能学会为例,该学会依法登记注册的业务范围共十三项,包括人工智能领域的科技成果转化与产业化、技术咨询与服务、科学技术的咨询与培训、开展科普活动、推动学科发展与建设、创办刊物、编辑出版相关著作,在相关部门批准授权下为国家制定智能产品的规范和标准提供服务,组织开展继续教育和专业技术职称评审,组织学术评审、技术鉴定和学术鉴定,等等。

二、人工智能社会组织作用发挥的新保障

人工智能社会组织作为政府与市场力量之外人工智能发展的“第三力量”,以其主体性力量的特有优势扮演着人工智能领域的社会智库建设者、政策法律伦理倡导者、行业标准创制者及行业自律监督者等不可替代的建设性角色,是人工智能发展的重要一环。而且,以公益领域为代表的社会组织监管体制对其作用发挥的影响已经证明,如果监管体制未有序有效从“掌控型监管”向“合规型监管”成功转型,并建构体系完备的“合规型监管”机制,社会组织在公益等各领域的建设性角色作用的发挥将阻碍重重。换言之,体系完备的“合规型监管”机制能保障各类社会组织作用的发挥,是人工智能及其他类型或领域社会组织作用发挥的新保障。

(一) 将更好地激活社会组织参与人工智能政策法律伦理倡导活力

“人工智能因其自主性和学习能力带来不同于以往任何科技的新问题,对人类社会各方面将带来重大影响。让人工智能符合人类社会的各种规范和价值并实现全球普惠发展,是普惠人工智能和有益人工智能必须解决的问题”^[4]。人工智能的问世,不可避免地引发了人们对其能否表现出一一般伦理原则、法律规范所容忍之行为的疑问,以及如何改进人工智能框架在伦理、法律中的问题,或是何种用途可能被认定为是不道德的、不合法的。在美国政府于 2019 年 6 月更新的《国家人工智能研究和发展战略计划》中,依旧强调应研发符合伦理、法律和社会目标的人工智能系统以防范人工智能为某些

领域带来的包括就业、经济、安全、伦理和法律问题等方面的风险。我国《规划》中明确提出:“要不断建立健全人工智能法律法规、伦理规范和政策体系,形成人工智能安全评估和管控能力”。人工智能的发展不仅是一个技术问题,同时也是一个法律问题,无论何种发展模式与技术手段都须建立在法律法规、伦理规范和政策体系的基础之上。

社会组织可以“引导和处理协会成员的政治意愿,并由此对政治国家产生具有约束力的效果”^[5]。从社会组织的发展来看,在利益结构日益多元化的中国社会转型时期,政府职能的转变、政策法律参与制度的完善为社会组织的发展提供了“大环境”保障。十八届三中全会《决定》以及《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》等文件从政府与社会的关系、社会组织自治、公共服务等角度提供了政策保障^⑦。国务院及各级政府、职能部门在制定有关行政法规、规章及规范性文件的过程中,科学合理地选择、运用多种方式充分听取社会组织意见,吸纳社会组织参与制度实施效果监测,及时收集企业对制度建设的诉求信息。同时,基层政府也积极提供场地、资金等公共资源作为物质保障,以激发社会组织内在活力和发展动力,促进社会组织真正成为推动立法进程的重要力量^⑧。这就意味着,人工智能社会组织通过参与人工智能领域法律法规、伦理规范和政策体系创制来发挥“第三力量”作用获得了政策支持,并在今后一段时期内进入整体性建构阶段。而法治保障的科学性、专业性与合理性,正是人工智能社会组织参与人工智能领域法律法规、伦理规范和政策体系创制发挥“第三力量”作用的应然诉求。选择恰当路径将更好地激活社会组织参与人工智能法律法规、伦理规范和政策体系创制的活力,并提升人工智能法律法规、伦理规范和政策体系的整体效能,包括质量的提升、风险的规制以及共识的达成。

(二) 将更好地助力人工智能类社会智库建设

人工智能类社会智库指的是社会智库由境内社会力量举办,以战略问题和公共政策为主要研究对象,以服务党和政府科学民主依法决策为宗旨,采取社会团体、社会服务机构、基金会等组织形式,具有法人资格,是中国特色新型智库的重要组成部分^⑨。在高度分工的社会背景下,“第三力量”作用已然成为一项专业性活动,人工智能社会组织不仅要具备一定的专业素养,还需要有与人工智能及社会组织发展领域各项活动相匹配的综合能力,具有智

库的资政启民能力,进而转型为人工智能领域的社会智库,助力智能社会建设。诚如萨托利所言,“随着政治日趋复杂,知识——认知能力和控制力——也会越来越成为问题……我们正在陷入‘知识危机’”^[6]。人工智能及其社会组织的发展,同样不可避免地面临着“知识危机”,而人工智能社会组织则因其辐射人工智能多元领域的特征对这一危机具有不可取代的化解功效。也正是基于人工智能社会组织的公益性、民间性等特殊属性,使其根植于人工智能发展的现实,能够更为充分、全面地反映社会及其主体对人工智能发展的真实与长远诉求,“在人工智能发展方向和理论、方法、工具、系统等方面取得变革性、颠覆性突破,确保我国在人工智能重要领域的理论研究走在前面、关键核心技术占领制高点”^[8]等方面添薪续力。进一步说,“行业协会通过发挥其代表、沟通协调等功能,促进了由个人抗衡权力向团体制衡权力的转向,有效地制约并保障着公权力的良性运作”^[7]。作为中国特色社会智库体系的有机组成部分,以及人工智能领域社会智库支撑主体的社会组织,通过恰当的法治路径可以有效提高人工智能类智库的决策咨询能力,更好地为人工智能发展科学决策提供智力资源,最终推动人工智能社会智库服务人工智能发展的科学决策,释放其在促进人工智能及社会组织发展方面的正能量,形成有助于人工智能发展的科学决策、政策法律建议“上达”机制和决策层的“兼听”机制,使建言献策的渠道制度化、正规化,实现人工智能社会智库与人工智能发展政策、法律决策主体沟通的常态化,规范、引导人工智能社会组织向社会智库健康有序转型。

(三)将更好地打造国际性人工智能社会组织与标准

《规划》明确提出:“加快推动无人驾驶、服务机器人等细分应用领域的行业协会和联盟制定相关标准。鼓励人工智能企业参与或主导制定国际标准,以技术标准‘走出去’带动人工智能产品和服务在海外推广应用。”放眼全球,英、美、日等国都将人工智能的发展作为本国未来发展的一大重要战略。2016年英国政府发布了两份与人工智能相关的战略文件,《人工智能对未来决策的机会和影响》和《机器人技术和人工智能》。同年,美国国家科学技术委员会(NSTC)发布了《为人工智能的未来做好准备》和《国家人工智能研究与发展战略规划》两份重要文件,2019年6月又对《国家人工智能研究与

发展战略规划》进行了更新,将人工智能上升到了国家战略层面。日本发布了《防卫技术战略》和《中长期技术规划》,将无人技术和智能化技术作为军事技术发展的重点方向。另外,基于特朗普政府近来对华为的技术禁令要求,无线网络认证组织 Wi-Fi 联盟、便携设备数据储存装置 SD 卡的标准制定组织 SD 协会、制订半导体产品标准的组织 JEDEC 以及蓝牙技术联盟都纷纷表示对华为已采取、准备采取或可能采取相应措施,这就意味着华为有可能被排除于行业标准制定组织之外,缺少影响国际标准制定的能力与可能,失去未来参与新标准制订的决策权,未来公司的国际竞争力将可能受挫。

全球化与区域化发展证明,国际性社会组织及其行业标准的制定话语权与影响力是国际社会中的核心竞争力与软实力。合规管理是全球化的浪潮。“人工智能是引领这一轮科技革命和产业变革的战略性技术,具有溢出带动性很强的‘头雁’效应”^[9],应“把握全球人工智能发展态势,找准突破口和主攻方向”^[8]。打造人工智能国际性人工智能社会组织,提升人工智能及其国际社会组织发展标准的制定话语权与影响力是“头雁”效应的重要突破口和主攻方向。以国际金融、环境保护、公共卫生、对外援助等领域相关的国际与国内组织及其标准制定权与影响力法治保障的有益经验为借鉴,塑造本土化与国际化的人工智能社会组织标准制定话语权与影响力的法治保障模式,完善人工智能社会组织的合规监管体系,助力我国人工智能及其社会组织和科技跨越发展、产业优化升级、生产力整体跃升。

三、人工智能社会组织监管机制的完善

从前述的“合规型监管”概念界定要素中可知,体系完备的人工智能社会组织“合规型监管”机制包括了法律法规、规章制度等正式规则的创制与实施,还包括社会共同的信念、行动逻辑等道德和认知因素等非正式规范的形成与遵守。而且,实践证明,对于社会组织的监管,正式规则创制与实施的合规机制比非正式规范形成与遵守的合规机制更为重要,基于此,本文主要从立法引领、执法监管及司法保障等方面探究体系完备的人工智能社会组织“合规型监管”机制构建路径。

(一)健全立法引领

《规划》在“保障措施”章节中明确,要“制定促进人工智能发展的法律法规和伦理规范”,“完善支

持人工智能发展的重点政策”。2019年6月,国家新一代人工智能治理专业委员会发布《新一代人工智能治理原则——发展负责任的人工智能》,其中“和谐友好”原则明确了人工智能的发展应“符合人类的价值观和伦理道德”,“共担责任”原则明确了“人工智能研发者、使用者及其他相关方应严格遵守法律法规、伦理道德和标准规范”,“防范利用人工智能进行非法活动”。政策及规范的陆续出台,表明人工智能的发展开始走向依法合规道路。但是,中国现行法律规范对人工智能社会组织却只有一些简单笼统的规定,这种状况既与人工智能发展整体上“良法善治”程度不高有关,也与中国社会对人工智能社会的认识有关。具体而言,国家层面的立法包括《社会团体登记管理条例》(2016年修订)、《民办非企业单位登记管理暂行条例》(1998年)、《基金会管理条例》(2004年)、《取缔非法民间组织暂行办法》(2000年)、《社会组织信用信息管理办法》(2018年)、《社会组织登记管理机关行政处罚程序规定》(2010年)、《社会组织评估管理办法》(2012年)等等。地方层面的立法目前仅有《辽宁省社会组织管理条例》(2018年)、《辽宁省社会组织管理办法》(2017年)、《汕头经济特区社会组织登记管理办法》(2018年)、《广州市社会组织管理办法》(2014年)。当前中国社会的数量已超过87万家,如此众多的社会组织在促进经济发展、繁荣社会事业、创新社会治理、扩大对外交往等方面发挥着重要作用,而其注册登记及管理所依据的正是上述法律规范。显然,立法保障的不足在一定程度上也限制了社会组织的发展,使其尚不能成为“真正有活力,真正推动社会发展,真正让党放心、让人民满意的社会组织”,也不能满足国家与社会发展的现实需要。这其中,自然也包括了132家人工智能社会组织。

通过立法路径对人工智能社会组织予以规范,不仅是对世界范围内人工智能发展趋势的顺应,也是对其他国家及地区研究成果的吸收与借鉴,既拥抱人工智能的经济福利,又兼顾伦理、安全、公平、包容等社会价值^[9]。党的十九大报告强调“以良法促进发展、保障善治”。人工智能社会组织的发展需要法治保障,其核心价值就是对“良法善治”所选择的价值标准和持有的稳定心态。强化“良法善治”对人工智能社会组织监管机制的价值引领,把“良法善治”融入监管各方面和全过程,转化为人工智能社会组织对“良法善治”的情感认同和行为习惯^[9]。唯有如此,人工智能社会组织的“良法善治”进程才能

满足现实需求,契合人工智能未来发展的需要。一项新技术的创造与研发有时候能够带来整个社会单元秩序及结构的重大变革。目前人工智能社会组织的发展尚且存在“不应同质化却同质化,应差异化而未差异化”的滞后现象,随着人工智能的不断进化与发展,未来法律的建构需要为人工智能社会组织的发展匹配相应的法律制度。另外,人工智能社会组织如何清算、如何退出的可操作性规范并不明确。合规监管首先要有规可循,鉴于国务院已将《社会组织登记管理条例》纳入2019年立法工作计划,建议在此基础上以2018年版《社会组织登记管理条例(草案征求意见稿)》为蓝本,坚持《新一代人工智能治理原则——发展负责任的人工智能》中的和谐友好、公平公正、包容共享、尊重隐私、安全可控、共担责任、开放协作、敏捷治理八条原则,结合《关于全面推开行业协会商会与行政机关脱钩改革的实施意见》(2019年)、《国家发展改革委、民政部、财政部、国资委关于进一步规范行业协会商会收费管理的意见》(2017年)、《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》(2016年)以及《国务院关于印发新一代人工智能发展规划的通知》(国发〔2017〕35号)中关于“人工智能社会组织”在“技术创新联盟、政策法律伦理及标准制定、全球化服务平台”等方面的工作要求,从设立、变更、注销、组织机构、活动准则、信息公开、监督管理、法律责任等方面制定有关法律,同时升级《取缔非法民间组织暂行办法》为《非法社会组织监督管理办法》,为人工智能社会组织的发展提供科学系统的、适应“良法善治”精神的立法保障。

(二)加强执法监督

在人工智能社会组织发展的新领域,以法治方式或非法法治方式监管会出现不同的结果。所以在人工智能社会组织发展过程中坚持“良法善治”,尤其是在执法环节能够做得很好的话,对于人工智能的发展将会有极大的帮助^[10]。人工智能社会组织的执法及其保障目前处于起步阶段,存在一定的局限性及滞后性,举其典型而言:其一,2018年2月13日民政部社会组织管理局公布最新一批未在民政部门登记的组织名单,“中国人工智能协会”名列其中,这是公开数据所显示的首家也是唯一一家被依法取缔的人工智能社会组织。除民政部门外,尚存在其他部门审批管理监督问题。其二,社会组织查询V4.2数据库这一平台的监管指标包括行政许可、年检信息、评估信息、表彰信息、中央财政支持

项目、行政处罚、失信信息、异常活动名录、严重违法失信名单等,但 132 家人工智能社会组织在此方面的信息均为空白,该平台上部分组织的业务主管单位、注册资金、业务范围等关键信息缺失。其三,2018 年版《社会组织登记管理条例(草案征求意见稿)》已用“社会服务机构”取代“民办非企业单位”,但衔接机制暂时缺失,部分组织未按照《关于全面推开行业协会商会与行政机关脱钩改革的实施意见》(2019)适时脱钩。

人工智能社会组织登记管理制度是国家依据法律法规、政策规章、政府文件等对人工智能社会组织进行行政管理的源头及起始所在。行政的职能决定了依法行政的重心在于行政执法,行政执法则处在法律规则与行政管理事态的结合点上,如果有了法律却不严格执行,法律将形同虚设^[1]。因此,高度重视行政执法,是人工智能社会组织发展“良法善治”进程的必然要求。尽管人工智能社会组织的两大组织类型——社会团体和民办非企业单位的专门性的全法规尚未正式出台,但对包括行业协会商会类、科技类在内的部分社会组织进行重点培育和优先发展,并实施民政部门直接登记制度或备案制度却已寓于十二五规划、十八大报告、十八届三中全会决定、十三五规划、十九大报告等党和政府的重要政策文件之中^[12]。因此,在政策支持下,可重点培育、优先发展具有全球化、国际化潜质的人工智能社会团体、社会服务机构和基金会,如中国人工智能学会、北京智源人工智能研究院等。秉承双重与直接相结合的多元方式,并在人工智能社会组织以功能目标更精准分类的基础上探索更多符合人工智能及社会组织功能作用发挥的新的多元化登记注册标准。

人工智能社会组织发展在执法环节的法治保障应当是工作机制的法治保障。目前,国务院、民政部门等已经颁布了一些工作意见和改革方案,在此基础上从制度细化的角度提出一些具体建议。首先,应健全人工智能社会组织监管制度。民政部门及其他登记管理部门要通过检查、评估等手段依法监督社会组织资金、活动、章程履行等情况,建立社会组织“异常名录”和“黑名单”;建立由民政部门牵头,财政、税务、审计、金融、公安等部门参加的资金监管机制,共享执法信息,加强风险评估、预警;建立联合执法制度,严厉查处违法违规行,依法取缔未经登记的各类非法社会组织。其次,应健全人工智能社会组织负责人管理制度。民政部门要会同

行业管理部门及相关党建工作机构,加强对人工智能社会组织发起人、拟任负责人资格审查;会同有关部门建立负责人任职、约谈、警告、责令撤换等管理制度,落实负责人离任审计制度;建立负责人不良行为档案,强化负责人过错责任追究制度。再次,应为人工智能社会组织的发展营造良好的政策空间。民政部门会同其他职能部门,以《国务院关于印发新一代人工智能发展规划的通知》(国发[2017]35 号)中关于“人工智能社会组织”在“技术创新联盟、政策法律伦理及标准制定、全球化服务平台”的定位为指导,参照社会组织参与社会治理、救灾减灾等经验,根据发展地域分布、发展目标等实际情况给予专门性指导及政策支撑,为人工智能社会组织国际化及国际行业标准制定作好铺垫。

(三)强化司法保障

人工智能进入新的发展阶段,面对法律的相对滞后性、人工智能技术的多边性、利益格局的多元化、科技与伦理矛盾的多发性等因素影响,司法调整社会关系、保障合法权益的作用也越来越重要。人工智能社会组织的发展不可避免地会牵涉多元利益主体,“司法活动的根本目的就是要通过司法判断权来判断是与非、曲与直、对与错,来解决这一纠纷和冲突”^[13]。而人工智能的技术性、高风险性及投资收益不稳定性也决定了人工智能社会组织对司法的依赖性。司法同时也是“良法善治”进程及合规型监管的最后一道强有力保障。人工智能社会组织的发展不能忽略司法手段的介入,对人工智能负面效应的监管要求借助司法手段约束人工智能研发者、使用者及其他相关方的行为。

从公开的涉社会组织类司法裁判来看,有民办非企业单位出资人资格确认资产转让纠纷案^⑤、教育科技局不同意成立社会团体申请行政审查二审案、中国关心下一代健康体育基金会与中华人民共和国民政部二审案^⑥、伪造公司、企业、社会团体印章案^⑦、中国生物多样性保护与绿色发展基金会诉宁夏瑞泰科技股份有限公司环境污染公益诉讼案等等。另外还有 2019 年 10 月 22 日北京破产法院正式受理的中国电子商务协会的强制清算申请,这是全国首例社会组织的强制清算案,具有很强的示范价值和意义。综上所述,在已生效的司法裁判中,案由涵盖了民事、刑事、行政、执行、赔偿,审理程序包括一审、二审及再审,且四个层级的法院都有裁判。尽管目前暂未出现涉及人工智能社会组织的专门性裁判,而且社会组织的退出也是社会组织

监管的难题,但未来人工智能领域法律纠纷启动司法程序已是必然趋势。

虽然期望将所有潜在的人工智能领域的法律纠纷都诉诸于法院不切实际,但民事诉讼终究是人工智能社会组织、人工智能研发者、使用者及其他相关方权益免受侵害的有力保护,也是行政执法的重要补充,在一定程度上能有效消除由于利益的牵制而出现的监管不力现象。因此,建议以已经生效的涉社会组织类司法裁判为例,结合涉及社会团体的8个公报案例、涉及基金会的1个指导案例与3个公报案例、涉及民办非企业单位的1个公报案例的司法文书,以尊重和保障人权这一宪法原则为指引,整理出纠纷类型、法律依据、证明责任、事实认定、证据认定、法律责任、救济途径、法律程序、维权成本等的诉讼指南。在诉讼主体资格方面,基于环保社会组织公益诉讼主体资格对人工智能社会组织的趋同性镜鉴,人工智能的负面效应与环境污染的负面影响不相上下,且常牵涉重大伦理道德问题,诸多共同特性决定了引入人工智能社会组织公益诉讼主体资格有其合理性、正当性与合法性。

人工智能已然发展为新一轮科技革命和产业变革的重要驱动力量,而赢得全球科技竞争主动权及国际行业标准制定权需要政府、市场与社会组织的科学分工及协同合力。作为社会组织中不容忽视的一类存在,人工智能社会组织通过发挥信息传递、倡导政策法律及伦理规范等建设性作用,在亲历人工智能发展浪潮的过程中身体力行成为其中一股重要力量。本文通过简单地梳理,试图在一定程度上还原132家人工智能社会组织现实发展状况,对人工智能可能带来的正、负面效应进行前瞻性分析和研判,提出人工智能社会组织监管机制向以正式规则的创制与实施为主,兼顾非正式规范形成与遵守为辅的“合规型”转型,将立法引领、执法监管、司法保障等作为“合规型”监管路径构建的重点,为传统“掌控型”监管机制提供了一种有益参照,期盼能积极回应新一代人工智能科学、规范、有序发展与该领域协同治理功能发挥的现实诉求。

注 释:

- ① 2013年第一次刊文至今,共有69篇从法律角度研究人工职能,其中研究其“法律主体资格”的较多。检索截至时间为2019年7月,“法律主体资格研究”论文有:许春明,袁玉玲.论人工智能的法律主体性——以人工智能生成物的著作权保护为视角

[J].科技与法律,2019,(02);彭诚信,陈吉栋.论人工智能体法律人格的考量要素[J].当代法学,2019,(02);吴习或.人工智能的法理与司法应用——论人工智能的法律主体资格[J].浙江社会科学,2018,(06)等。

- ② 中国社会组织公共服务平台:<http://www.chinanpo.gov.cn/search/orgcx.html>,统计截至时间2020年12月31日。
- ③ 该组织是中国智能科学技术领域唯一的国家级学会,目前已设分支机构48家,覆盖了智能科学与技术领域,业务主管单位是中国科学技术协会,是社会团体类的社会组织和全国性4A级社会组织,是我国智能科学技术领域唯一的国家级学会,挂靠单位为北京邮电大学,住所为北京邮电大学教一楼121室。
- ④ 前缀名有“中国”两字的有两家,分别是中国人工智能学会、武汉·中国光谷人工智能产业联盟,占比2%。其他的都是以登记注册地的地名作为前缀名,如北京明智人工智能大数据研究院、秦皇岛市海港区人工智能行业协会、黑龙江省人工智能学会、上海国科人工智能研究院等,占比98%。后缀名是“研究院”的有33家,占比37%,如北京前沿国际人工智能研究院、福建省中科人工智能研究院等;后缀名是“学会”的有26家,占比29%,如北京人工智能学会、广西人工智能学会等;后缀名是“协会”的有15家,占比17%,如成都市人工智能产业协会、厦门市人工智能行业协会等。中间名90%以上的都只有“人工智能”,其余的都是“人工智能+”。“人工智能+技术”的有4家,如北京百博团人工智能技术研究院;“人工智能+大数据”的有3家,如北京明智人工智能大数据研究院;“人工智能+医疗信息”的有1家,即北京医知鹿人工智能医疗信息技术研究院;“人工智能+产业”的有8家,如大连市人工智能产业协会等。后缀名是“中心”的有11家,占比12%,如北京尚科人工智能研究中心、福建省华智人工智能创新研究中心;后缀名是“研究所”的有2家,占比2%,如中关村中创人工智能技术应用研究所;后缀名是“联盟”的有3家,占比3%,如长沙市人工智能产业联盟;后缀名是“促进会”的有1家,占比1%,即广州市人工智能产业发展促进会。
- ⑤ 另外22家的登记部门为行政审批局、社会团体管理局、农村工作局、行政审批服务局等。
- ⑥ 我国港澳台地区未在统计范围内。
- ⑦ 十八届三中全会《决定》相关原文为:“要激发社会组织的活力。正确处理政府与社会的关系,加快实施政府与社会分开,依法推进各类社会组织权责明确与作用发挥及其自治。对那些适合由社会组织解决的事项与提供的公共服务,应当交由合适的社会组织承担。对社会组织与在华境外非政府

组织的管理要加强,并对它们开展活动进行依法引导”。《关于改革社会组织管理制度促进社会组织健康有序发展的意见》(2016年8月)相关原文:“改革社会组织管理制度,正确处理政府、市场、社会三者关系,改革制约社会组织发展的体制机制,激发社会组织内在活力和发展动力,促进社会组织真正成为提供服务、反映诉求、规范行为、促进和谐的重要力量”。

- ⑧ 2019年3月13日发布的《国务院办公厅关于在制定行政法规规章行政规范性文件过程中充分听取企业和行业协会商会意见的通知》(国办发[2019]9号)原文。
- ⑨ 2015年1月20日中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于加强中国特色新型智库建设的意见》原文。
- ⑩ ⑪ 2018年10月31日中共中央政治局第九次集体学习上的讲话。
- ⑫ 2019年5月16日,习近平致国际人工智能与教育大会的贺信。
- ⑬ 安徽省高级人民法院(2013)皖民二终字第00319号。
- ⑭ 北京市高级人民法院(2018)京行终6655号。
- ⑮ 湖南省邵阳市中级人民法院(2018)湘05行终177号。

参考文献:

- [1] 周俊.走向“合规性监管”——改革开放40年来社会组织管理体制发展回顾与展望[J].行政论坛,2019,(04):133-139.
- [2] 崔月琴,张冠.转型社会的组织基础再造——以律

- 师事务所为例[J].学术研究,2013,(08):39-45.
- [3] 李慧.2018-2019 中国人工智能计算力发展评估报告[N].光明日报,2019-04-02.
- [4] 孙那.人工智能的法律伦理建构[J].江西社会科学,2019,(02).
- [5] (英)戈登·怀特.公民社会民主化的发展:廓清分析的范围[A].何增科.公民社会与第三部门[C].北京:社会科学文献出版社,2000.58.
- [6] (美)乔·萨托利.民主新论[M].北京:东方出版社,1998.135.
- [7] 吴碧林,睦鸿明.行业协会的功能及其法治价值[J].江海学刊,2007,(06):196-200+239.
- [8] 龙卫球.人工智能立法的“技术—社会+经济”范式——基于引领法律与科技新型关系的视角[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2020,(01):65-76.
- [9] 江必新,程琥.论良法善治原则在法治政府评估中的应用[J].中外法学,2018,(06):1473-1491.
- [10] 刘作翔.关于社会治理法治化的几点思考——“新法治十六字方针”对社会治理法治化的意义[J].河北法学,2016,(05):2-8.
- [11] 王青斌.论执法保障与行政执法能力的提高[J].行政法学研究,2012,(01):51-56.
- [12] 王雁红.从双重管理到分类管理:我国社会组织管理的制度变迁与路径创造[J].江苏社会科学,2018,(06):76-85.
- [13] 孙笑侠,吴彦.论司法的法理功能与社会功能[J].中国法律评论,2016,(04):73-88.

Compliance Path for Supervision of Artificial Intelligence Social Organizations

Liu Hongchun

(Law School, Yunnan University, Yunnan 650021, China)

Abstract: How to define or judge the role of artificial intelligence social organizations in terms of their characteristics or functions is regarded as the “third force” of AI development in addition to government and market forces, or playing the roles of social think tank builder, policy legal ethics advocate, industry standard creator and industry self-discipline supervisor in the field of artificial intelligence. All of them are related to the judgment and choice of measuring the differences in the supervision system of social organizations. In the face of the third wave of development of artificial intelligence, in order to make the social organizations of artificial intelligence play a better positive role and actively respond to the challenge of the revolution of artificial intelligence to the current social order, by investigating the characteristics, functions and practical development of 132 social organizations of artificial intelligence, it seems that we can objectively make a note of the transformation of the supervision system of social organizations, and provide guidance for the construction of legislation and the construction of the supervision system of social organizations legal enforcement supervision, judicial protection as the main path of the “compliance” regulatory mechanism to provide some reference.

Key words: artificial intelligence; social organization; compliance supervision; good law and good governance; moral ethics

(责任编辑:林 燕)

彩礼返还制度基于民法典精神的反思与重构

刘彬彬

(天津市妇女联合会 权益部, 天津 300041)

摘要:彩礼是我国传统婚俗的组成部分。现行法律对彩礼概念及法律性质的认定较为模糊,对彩礼返还规则的设计较为简略,无法满足解决彩礼返还纠纷实务需要。基于《民法典》所倡导的公平诚信、守法与公序良俗等基本原则,对彩礼返还制度进行研究。彩礼是以成立稳定的婚姻关系为目的,由一方当事人及其家庭依良俗自愿向对方当事人及其家庭给付的财物,属于附解除条件的赠与。遵照制定法与习惯法相统一、保护婚约自由与照顾无过错方相统一、保护妇女和儿童合法权益原则,探索确定彩礼良俗范围的路径,并综合考量共同生活时间、当事人过错、生活困难程度等因素,建立彩礼返还具体规则。

关键词:彩礼返还;民法典;婚约解除

中图分类号:DF55

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0053-08

受传统婚嫁习俗的影响,彩礼给付行为在我国较为盛行,彩礼返还纠纷在现实生活中大量存在。《民法典》未对彩礼制度作出明确规定,其第1042条“禁止借婚姻索取财物”被误读为“叫停”彩礼习俗的讨论混淆社会视听。在此背景下,再次审视彩礼返还制度,对彩礼的概念、法律属性、返还原则、返还规则等加以研究尤为必要,亦希在《民法典》有意留白后,为相关配套法律的完善提供更多的研究视角。

一、现行彩礼返还制度问题分析

关于彩礼返还的法律规定主要集中在两个法律规范之中:一是最高人民法院2003年12月26日发布的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《婚姻法解释(二)》)第10条^①;二是2011年《全国民事审判工作会议纪要的通知》第50条^②。这两处规定逻辑互补,推表及里分析可知,立法者认为决定彩礼返还的考量要素有两类:首先是形式要件——未登记结婚,其次是实质要件——未共同生活。形式要件和实质要件交互组合,形成了彩礼返还的三种情形:一是形式要件、实质要件均满足,即双方未登

记结婚,且未共同生活的;二是满足形式要件、不满足实质要件,即双方未登记结婚,但已共同生活的;三是满足实质要件、不满足形式要件,即双方登记结婚但未共同生活并离婚的。同时,规定了既不满足形式要件也不满足实质要件的一个例外情形,即双方登记结婚且已共同生活,但给付彩礼导致给付方生活困难并离婚的。

上述规定使得彩礼返还纠纷有法可依,具有一定的可操作性和实用性。但学界、实务界对现行彩礼返还制度素有争议、多有批判。笔者尝试对其不完善之处一一加以分析。

(一)彩礼概念界定不明

《婚姻法解释(二)》第10条将彩礼简略地表述为“按照习俗给付的”,概念过于宽泛和模糊,导致司法实践操作困难。如,部分偏远地区“天价彩礼”恶俗盛行,在山西晋南,彩礼要“一动不动”“万紫千红”。所谓“一动不动”指车和楼房,“万紫千红”指一千张100元和五百张50元的钞票^③。“天价彩礼”恶俗泛滥,需要法律政策予以规制,良俗范围内的彩礼应给予肯定性评价,而超越良俗的彩礼应从根本上予以否定和禁止。

(二)“共同生活”界定不明

共同生活属于日常生活中的概念,将其入法,

作者简介:刘彬彬,女,天津市妇女联合会权益部一级主任科员,主要从事民法学研究。

应准确界定其法律内涵,对共同生活的主体、内容、时间长度等明晰化、具体化,避免法律适用上的混乱。现实生活中的“共同生活”情形五花八门,比如,只以男女朋友名义而未以夫妻名义共同生活的,婚后未与配偶但与其父母共同生活且尽到抚养义务的,婚后同吃同住但从未有过性生活的,婚后短暂生活几天就两地分居的……各种纷繁复杂的情形必须在法律概念明晰的基础上才能得以厘清。

(三)“生活困难”区分不明

据常识判断,彩礼给付方因彩礼给付行为导致个人或家庭财务状况较之前有所下降,是必然的。这部分资金或财物的减少对于其生活水平影响的大小取决于其既有的经济状况,生活越富裕的家庭影响越小,生活越困难的家庭影响越大。因此,笼统地说“生活困难”并不准确,困难应有绝对和相对之分。有学者已指出,相对困难是指,与给付彩礼之前相比,相对于原来的生活条件来说,出现困难²¹。相对困难的情况足以支持返还彩礼的主张吗?现行彩礼返还制度未对相对困难、绝对困难加以区分,导致裁判标准不统一、同案不同判。

(四)诉讼主体规定不明

《婚姻法解释(二)》第10条“当事人请求……”中“当事人”的表述过于概括、模糊。如果按照程序法对“当事人”的一般理解,只要与案件有直接利害关系的主体都可以作为原告,而被告只需满足是“明确的被告”即可。现实生活中,男方家庭成员(包括父母和亲属)往往是彩礼的实际给付人,那么这些家庭成员有无诉讼资格?相对应的,女方家庭成员的诉讼主体资格如何确定?这些问题都尚待完善。

(五)返还比例规定不明

如前所述,现行彩礼返还制度中彩礼返还的四种情形各不相同,不同情况下的返还比例肯定也有所不同。对彩礼返还的考量要素及其影响程度未予量化,仅靠法官的自由裁量权决定返款数额,有损司法统一,是现行制度最受诟病之处。

(六)对彩礼的最终流向未加考虑

按习俗,女方的陪嫁作为男方彩礼的对价,一般都是用彩礼支付的。那么对于陪嫁或陪嫁的自然损耗是否可以折抵彩礼?司法实践中,男方筹备、举行婚礼支出或宴请费用等消费性支出女方

未实际受益,但男方主张作为彩礼请求返还的,应否支持?这些涉及彩礼最终流向和实际受益情况等问题,现行制度中也没有提及。

(七)对无过错方的保护缺位

现行彩礼返还制度遵循的是无过错主义原则,符合返还的客观情形即应返还,而不问主观过错与否。实务中不乏一方有过错的情形,尤其是男方存在过错导致女方悔婚或主张离婚的,如男方有家庭暴力、吸毒赌博等恶习,女方在婚期临近或婚后不久发现的,在这种情况下,女方往往处于弱势,如果不分原因地一味支持返还彩礼请求,有违男女平等基本国策,对妇女权益的保护明显不足。

综上所述,现行彩礼返还制度相对于大量复杂的彩礼返还纠纷明显存在滞后性,制定法上的失范导致司法实践的无序,使得彩礼返还纠纷的解决困难重重。

二、彩礼概念的厘定

(一)内涵

关于彩礼的概念,现行法律除“按习俗给付的”外,再无其他表述。学界对此观点不一,有学者认为,彩礼是指男女双方确立恋爱关系后,男方以缔结婚姻关系为目的,依当地风俗,给付女方一定数量的金钱或财物以表诚意²²。还有学者认为,彩礼可以定义为婚姻关系当事人一方(主要指男方)及其亲属依据习俗,向对方(主要指女方)及其亲属给付的钱物²³。实务界也有总结性探讨,《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》认为,彩礼是基于当地风俗习惯,为了最终缔结婚姻关系,不得已而为给付的²⁴。

综合分析上述观点,概括出彩礼概念内涵的三个核心要件:以缔结婚姻为目的;依习俗;不得已、非自愿而为。笔者对前两个要件原则同意,并在此基础上加以研究。对第三个要件,则不敢苟同。

1. 给付彩礼的目的是成立稳定的婚姻关系,开始并持续婚姻生活,指的是一个较长时间段内的状态,而不是缔结婚姻某一时间点上的行为

追溯彩礼一词的来源,其源于周朝“凡嫁女娶妻,入币纯帛”中的“币”,币指彩色丝,寓意婚姻长久、永恒。可见,彩礼一词从产生之初就代表着婚

姻的稳固与长久。作为结婚必经程序“六礼”的纳采(媒人提亲)、问名(问女方名字及生辰)、纳吉(卜卦合婚)、纳征(下聘财)、请期(定婚期)和亲迎(迎娶),每一道程序都期望夫妻白头偕老,而不仅是为了结婚而已。早在1951年,最高人民法院发布的《关于聘金或聘礼的几个疑义和早婚如何处理问题的复函》^④中就有如下表述:伪装结婚骗取财物的行为,以诈骗对方财物为目的,而并无与对方共同生活的意思。可见,我国司法实践早就认识到了彩礼应以夫妻共同生活为目的。从比较法上考察,日本民法典规定:订婚时接受彩礼是以即将成立的婚姻生活为目的而进行的赠与^⑤,亦是有力印证。在明确给付彩礼是为了成立稳定的婚姻关系这个前提下,去解释婚后未共同生活应返还彩礼等法律行为就顺理成章了。

2.“依良俗”比“依习俗”更具时代意义

习俗有良俗和恶俗之分,认可依良俗而为之的彩礼给付行为,摒弃、打击“天价彩礼”恶俗,与《民法典》公序良俗的基本原则和弘扬社会主义核心价值观的立法宗旨是一脉相承的。在全面建成小康社会的时代背景下,少数偏远地区困难家庭因“天价彩礼”致贫、返贫的现象必须在法律高度上予以回应和关注。与此相对,也有一些所谓的豪门望族为彰显身份地位豪掷高额彩礼,彩礼已经偏离其本来意义,异化为炫富攀比的工具,法律上亦应限制和正面引导。

3.给付彩礼须出于自愿

学界和实务界都有观点认为,给付彩礼是非自愿的,是迫于当地行情及社会压力不得已而为之的。笔者认为,这种理解容易造成合法的彩礼与非法的借婚姻索取财物发生混同。众所周知,一方借婚姻索取财物时,给付方因被胁迫不得已而为之,也正因其外在行为与真实意愿不符才得以请求司法救济。而给付彩礼则不同,给付方虽在经济上承担一定压力,但无论给付方个人还是家庭,在主观心态上都怀着对未来美好婚姻生活的憧憬和期待,在履行给付行为当时既非受胁迫、又非被欺诈,完全出于自愿。如果非说“迫于当地行情及社会压力”也应当与习俗发生了竞合,这种行情和压力是社会和历史双重背景下的民间习俗,不因个案而生而灭,无需区分主动被动,早已内化成一种社会习惯。

4.关于主体的确定

厘定彩礼的内涵,除上述三个核心要件外,对给付和接受主体也需有所考虑。首先,对给付主体应作扩大理解,即为男方及其家庭。《民法典》第1045条^⑥首次采取兜底方式界定了家庭成员的范围,家庭是亲属的基本单位,现实中父母及兄弟姐妹为了帮助经济尚未稳定的男方完成婚姻大事,往往不遗余力、鼎力相助,体现了家庭成员之间的互相扶助。其次,对接受主体也应理解为女方及其家庭,这样无论彩礼是被留在娘家还是带回婆家,都可以在发生纠纷时一并解决。

综上,笔者认为,彩礼是指以成立稳定的婚姻关系为目的,由一方当事人及其家庭依良俗自愿向对方当事人及其家庭给付的财物。

(二)外延

因各地婚俗不同,彩礼的具体表现形式各异,其构成无外乎现金和物品两类。有学者认为,依据收受主体的不同,彩礼分为“女方获得的彩礼”和“女方亲属获得的彩礼”;依据财产的表现形式不同,分为“贵重物品式的彩礼”和“金钱式的彩礼”^⑦。

三、彩礼法律属性的定位

(一)通说评析

对于彩礼的法律属性,学界尚无统一认识,通说认可其赠与性质,在此基础上又分支出不同学说。

1.一般赠与说,即所有权转移说

该说认为,给付彩礼就是一般的民事赠与法律关系,只要完成赠与物的交付行为,所有权就从赠与方转移到受赠方,而不问婚约是否实际履行,即使受赠方悔约,也无需返还赠与物。该说的缺陷在于回避了彩礼产生的历史渊源,割裂了期待成就婚姻与给付彩礼之间的联系,无法保护给付方的合法权益,更充当了骗婚等违法行为的温床,于理不通、于法不合。

2.从赠与契约说

该说首先承认给付彩礼属于赠与合同,同时认为它是附属于婚约主合同的从合同,由于从合同须依赖主合同的存在而存在,所以当婚约主合同不能实现时,给付彩礼的从合同也即失去效力,彩礼应当返还。该说存在一个解释上的争议,即若

因男方过错解除婚姻主合同,那么彩礼赠与从合同也必然失效,彩礼必须返还,这与彩礼恪守诚信原则的初衷不符,容易导致理论与实践的二元对立,不利于纠纷解决,更无视妇女权益的保护。

3.附解除条件赠与说

该说认为,给付彩礼是附解除条件的赠与合同,一方给付、对方接受的行为完成,赠与合同即生效,一旦双方约定的解除条件出现,赠与合同自始失去效力,发生彩礼返还的法律后果,所附的解除条件就是婚约解除。该说被学界和实务界广泛接受,笔者亦赞同。该说既破除了一般赠与说对彩礼的表面局限性认识,又弥合了从赠与契约说对于因男方过错导致婚约解除的照顾不周,一旦解除条件成就,给付方就可以主张返还彩礼,但如因给付方过错导致婚约解除的,给付方应承担相应的责任,不支持或部分支持其返还主张。

笔者认为,婚约解除应包括两层意思,一是没有缔结婚姻(结婚不成),二是没有成立稳定的婚姻关系(过日子不成)。如前所述,给付彩礼的目的不是或者说不仅是为了结婚(某一时间点上的行为),而是为了成立稳定的婚姻关系(某个时间段内的状态)。直白地表达为,没有结成婚,彩礼应当返还;结了婚但没有共同生活或共同生活时间不长,彩礼也应当返还。

(二)彩礼概念和法律属性的运用

厘清彩礼的内涵、外延,明晰彩礼的法律属性后,实务中颇为棘手的一些问题就迎刃而解了。

1.恋爱期间的赠与属于彩礼吗

对恋爱期间赠与的礼物属否彩礼,不可一概而论。恋爱期间男方单纯以增进感情为目的赠与的衣服、化妆品、首饰等价值较小的物品或男方家庭出于礼貌赠与的小额“见面礼”“过节礼”,不具有建立稳定婚姻关系的特定目的性,不属于彩礼,属于一般赠与。如果“见面礼”“过节礼”数额较大,远远超出当地生活水平,可以推定具有建立稳定婚姻关系的目的,则应认定为彩礼。

2.求婚或订婚时的赠与属于彩礼吗

求婚或订婚时的赠与目的明确,就是为了建立稳定的婚姻关系。现代人追求个性和效率,不再按照传统的红布裹现金和“四金(金耳环、金项链、金戒指、金手镯)”形式给付彩礼,现金转账、储值银行卡、贵重钻戒、有纪念意义和经济价值的特定

物品等都可作为彩礼的“外衣”,不管赠与物的形式如何,均应认定为彩礼。

3.办理结婚登记后举办婚礼前或举办婚礼后办理结婚登记前的赠与属于彩礼吗

受各地婚俗和当事人主客观因素的影响,在结婚登记、举办婚礼之间会存在一定的时间差,在这个时间差内的赠与,只要具有希冀敦促男女双方缔结秦晋之好的实质内核,就应当认定为彩礼,而不应以已经完成结婚登记或者婚礼举办完毕为由主张是一般赠与,因为彩礼给付是以建立稳定的婚姻关系为目的,而不是为了结婚登记,更不是为了举办婚礼。

4.婚纱、婚纱照、婚宴费用等消费性支出属于彩礼吗

男方为女方购置婚纱、拍摄婚纱照以及宴请亲友的费用,属于消费性支出,女方及其家庭并未获益,不能算作赠与,不属于彩礼。

5.借婚姻索取的彩礼如何处理

《民法典》第1042条^⑥明文禁止借婚姻索取财物的行为,所谓“索取”就是“要”^⑦,所谓“要”,就是指“因为希望得到……而有所表示”^⑧。索取方有明确“要”的意思表示,给付方被胁迫而非出于自愿给付的彩礼,应认定为无效民事法律行为,全部予以返还。

四、彩礼返还基本原则的确立

彩礼返还制度虽未明示在《民法典》之中,但其隶属于婚姻家庭领域毋庸置疑。《民法典》特别是婚姻家庭法的基本原则当然也必须体现在彩礼返还这一子制度之中,并赋予其独特内涵和意义,以期指导彩礼返还具体规则的构建、反过来亦能弥补具体规则设计的不足,更好地解决实践难题。

(一)制定法与习惯法相统一原则

彩礼源于民间、盛于民间,其鲜明的习俗性是任何一项法律制度不可比拟的,彩礼实际上是中国几千年婚姻博弈的产物。司法实践中处理彩礼返还纠纷,首先依照法律,法律没有规定的,则主要尊重民间习俗,适用习惯法来解决。习惯法独立于制定法,将那些经得起实践检验的、优秀的传统民间风俗习惯的精神和规则上升为制定法,在制定法作为彩礼返还请求权基础的大背景下是非常

必要和智慧的,可以避免彩礼返还规则与历史传统、民众生活脱节,提升制定法的落实效果,促使制定法与民间习俗的协调一致,从而实现法律制度的公平正义。

(二)保护婚约自由与照顾无过错方相统一原则

民事主体自愿、意思自治原则投射在婚姻家庭领域,即体现为婚姻自由、婚约自由。法律赋予民事主体悔婚的权利和自由,不代表摒弃诚信原则,更不代表恣意纵容过错,如果婚姻关系不能成立是因一方过错导致的,要充分考虑到过错方的责任和无过错方的损失,确保过错方得到一定惩罚,而无过错方权益得到保护并在一定程度上弥补其损失。有效维护无过错方利益应该成为彩礼返还制度的根基,以尊重彩礼诚信属性,发挥彩礼的积极作用,维护稳定、和谐的婚姻家庭关系。

(三)保护妇女和儿童合法权益原则

男女平等是我国的基本国策,“平等”不是“一样”。首先要承认男女在生理、性格、心理和行为方式上的差异,在此前提下倡导男女平等,追求两性在权利、机会和结果方面的平等。从社会性别的视角审视彩礼返还制度,彩礼和婚约带有人身依附性,婚约解除后,女方在身体、精神和名誉方面的损失明显要大于男方,因此要严格遵守保护妇女合法权益原则,实现男女实质上的平等。《民法典》将儿童利益最大化原则贯穿于监护、收养、离婚子女抚养等编章中,处理彩礼返还纠纷若涉及儿童利益,也必然要遵守此原则。

五、彩礼返还规则的重构

(一)确定彩礼良俗范围的路径

彩礼起源于西周时期,据《周礼·地官·媒氏》记载,“凡嫁女娶妻,入币纯帛无过五两”中的“五两”便是彩礼良俗范围的雏形,先哲的智慧早已限定了彩礼金额,防止其无限溢出对社会秩序造成负面影响。彩礼性本善,“天价彩礼”习相远,“天价彩礼”被冠以“天价”之名,早已演变成一种不良的社会风气,与《民法典》推崇的文明家风、文明乡风建设相去甚远。我国幅员辽阔、民族众多、民俗各异,通过立法手段“一刀切”地划定彩礼良俗范围缺乏现实基础,势必难以推行,更有僭越私权之嫌。因此,确定彩礼良俗范围更为科学的路径是由

中央出台指导意见,为地方政府制定彩礼“限高”规范性文件提供指导。各地方政府结合区域实际情况,参考当地习惯、依据居民收入水平,制定指导本区域的规范性制度,划定彩礼金额标准,并出台配套激励、约束机制,借助行政手段进行限制、干预、引导和调整。

(二)影响彩礼返还的要素

1.共同生活

关于共同生活的含义,法律没有明确阐释,可以综合《民法典》关于夫妻权利义务的规定、司法实践处理夫妻共债问题时认定夫妻共同生活的标准及生活常识进行界定。认定共同生活的要件:一是共同住所;二是性生活;三是物质上相互扶助,共同承担家庭事务;四是精神上相互理解和慰藉,具有长期生活在一起、共创美好未来的愿望。当然,认定共同生活比较复杂,并不要求同时具备上述要件,而是要把握夫妻生活的实质进行综合判断。

这里我们排除其他要素的影响,假设单纯由共同生活时间的长短来决定彩礼返还问题,并在这个假设前提下划定时间长短的标准。首先是共同生活时间长到足够推定出双方有成立持续稳定婚姻关系的意愿及事实的情况,笔者认为应为“两年”。比照《民法典》第1079条^⑦的相关规定,因感情不和分居满两年,调解无效的,应准予离婚。反之,如果男女双方共同生活两年以上,生活上互相扶助,精神上互相关心,互相履行夫妻权利义务,那么就能够说明具有符合婚姻生活的实质内容,这种情况下彩礼不予返还。其次是共同生活时间不长,彩礼应予部分返还,否则对给付方不公平的情况,笔者认为应为“一年”。因为通过查阅分析大量彩礼返还纠纷案件发现,未婚同居不到一年解除同居关系而引起的彩礼纠纷占大多数,如果磨合期超过一年,那么持久维系婚姻关系的概率将大大增加。最后,彩礼全额返还的情形,笔者认为应为从未共同生活的,以彰显对妇女身心、名誉的保护。

2.登记结婚

登记结婚即指双方自愿到婚姻登记机关进行结婚登记,完善婚姻的形式要件。笔者认为,共同生活的实质要件远比登记结婚的形式要件对彩礼返还的影响要大,因为按照《民法典》第1049条^⑧规定,未办理结婚登记的,应当补办登记,可见《民

法典》是间接承认登记结婚前共同生活的法律效力的。

3. 过错

按照现行规定,返还彩礼不受过错影响,这种无过错主义的立法选择是正确的,符合彩礼法律属性的定位,也吻合保护婚约自由的原则,婚约不能成为限制任何一方婚姻选择的枷锁。但如果完全不考虑过错因素,一是会产生法律与现实的冲突,如果因男方存在明显过错导致婚约解除,女方的显性损失、隐性损失就都得不到任何补偿,对女方很不公平;二是会引起法律与习俗的对立,当前民间通行的做法是男方悔约不能要求返还彩礼,女方悔约则应当返还彩礼,我们暂且忽略把悔约方理解为过错方的法律不对价问题,至少应区分主动悔约方和被动悔约方,进而给被动悔约方一定的保护,如果法律违背习俗而作出判决,这样的判决在执行中也必然遇到问题。

笔者认为,应当参照《民法典》关于无过错方可以请求离婚损害赔偿的规定,建立婚约解除损害赔偿制度。《民法典》第1091条^⑨规定,一方有与他人同居、实施家庭暴力及其他重大过错的,无过错方得以请求离婚损害赔偿。同样,若因一方存在重大过错导致婚约解除的,可以相应调整另一方的彩礼返还额度,作为无过错方应得的损害赔偿。

4. 生活困难

对于生活困难情形下彩礼返还的问题,有学者建议予以废除。理由是彩礼担保婚姻实现的目的已经达到,再主张返还则不合理。笔者认为,该条文的立法初衷是针对那些举债给付彩礼或确实没有经济来源,因婚致贫、返贫家庭而言的,至少在现阶段尚有现实意义,能够平衡双方利益,避免高额彩礼的不良社会风气严重影响给付困难当事人的正常生活。但认定生活困难的标准,应当从严把握,依据彩礼数额、给付方生活来源、是否患病、当地生活水平等综合考量,确属给付彩礼后无法维持当地最基本生活水平的,方可认定。

5. 举办婚礼

当下在广大农村,未到婚龄的早婚现象仍然存在,这时只能按习俗举办婚礼,以充当结婚的形式。即便达到婚龄结婚的,与结婚登记相比,大家也往往更看重婚礼的形式意义。婚礼有广而告之的作用,一般举办婚礼得到亲友认可和祝福后,双

方即被贴上夫妻的标签了。那么如果举办婚礼后未共同生活或生活时间不长,彩礼就被全额返还的话,在社交空间相对狭小的农村,妇女名誉上的隐性损失将无法得到补偿。

6. 女方生育或怀孕、终止妊娠等情况

根据《民法典》的最新规定,父母离婚,子女不满两周岁,以由母亲直接抚养为原则。那么共同生活不满两年,女方生育一子女的,无论是解除同居关系还是离婚,该子女原则上都由母亲抚养。此种情况下的彩礼返还,不论是从生育子女推断出女方有维系稳定婚姻的意愿,还是从其生育子女身心遭受损失应得到补偿,更重要的是从有利于子女成长的角度出发,都应支持不予返还。即便没有生育子女,有怀孕、终止妊娠等情况的,也应酌情减少返还。

7. 彩礼的最终流向

依据对现实生活的考察,彩礼的最终流向主要有三个方面:一是女方个人消费;二是女方家庭留存;三是以嫁妆、装修、家具、家电等形式资助新婚家庭,而且第三种流向越来越普遍。所以,返还彩礼时,彩礼的最终流向也必须予以考虑,已经用于共同生活的彩礼不在返还之列。

(三) 彩礼返还具体规则的试建

在确定彩礼良俗范围、明确影响返还比例的各要素之后,尝试以分类列举的形式对彩礼返还具体规则加以表述:

1. 原则上不予返还的情形

(1) 生育子女的,原则上,彩礼不予返还。

但接受方有明显过错或给付方抚养子女的,在彩礼总额10%~50%的范围内酌情返还。

(2) 共同生活两年以上,不论是否登记结婚,原则上不予返还。

但接受方有明显过错或给付方因给付彩礼导致生活绝对困难的,在彩礼总额10%~50%的范围内酌情返还。

2. 原则上全额返还的情形

双方未共同生活,不论是否登记结婚,原则上全额返还。

但给付方有明显过错的,或者未登记但举办了婚礼的,在彩礼总额50%~90%的范围内酌情返还。

3. 部分返还的情形

(1) 未办理结婚登记而共同生活一年以内的,返

还数额为彩礼总额的 30%~50%;共同生活一年以上两年以下的,返还数额为彩礼总额的 10%~30%。

一方有明显过错的,在第一款确定返还数额的基础上,增加或减少返还彩礼总额的 10%~20%。

因给付彩礼导致给付方生活绝对困难的,在第一款确定返还数额的基础上,增加返还彩礼总额的 30%~50%。

举办了婚礼的,在第一款确定返还数额的基础上,减少返还彩礼总额的 10%。

接受方有怀孕、流产情形的,在第一款确定返还数额的基础上,减少返还彩礼总额的 10%。

第二、三、四、五款情形同时出现,返还比例可叠加计算,但实际返还数额不得超过彩礼总额。

(2)办理结婚登记而共同生活一年以内的,返还数额为彩礼总额的 20%~40%;共同生活一年以上两年以下的,返还数额为彩礼总额的 5%~20%。

一方有明显过错的,增加或减少返还彩礼总额的 10%~20%。

因给付彩礼导致给付方生活绝对困难的,在第一款确定返还数额的基础上,增加返还彩礼总额的 30%~50%。

接受方有怀孕、流产情形的,在第二款确定返还数额的基础上,减少返还彩礼总额的 10%。

第二、三、四款情形同时出现,返还比例可叠加计算,但实际返还数额不得超过彩礼总额。

4.彩礼已经用于共同生活的部分,不予返还。

(四)彩礼返还配套制度的完善

1.明确返还规则的适用范围

上述彩礼返还规则可适用于婚约财产纠纷、同居关系析产纠纷、解除同居关系纠纷、婚姻无效纠纷、撤销婚姻纠纷等涉及彩礼问题的纠纷。

2.明确诉讼主体

(1)婚约当事人以个人财产给付彩礼的,其单独作为原告;以家庭财产给付彩礼的,婚约当事人及实际给付人可作为共同原告。

(2)原告可选择将婚约当事人及其父母作为共同被告或将婚约当事人单独作为被告。因为要求原告在起诉之时即了解到彩礼的实际归属不甚合理,应当赋予原告选择权,依据其了解到的接受方家庭情况、接受彩礼及实际使用彩礼的情况确定被告。

(3)父母或其他家庭成员不得单独作为诉讼

主体。未成年人早婚的,未成年人及其监护人作为共同诉讼主体。

3.明确举证责任

“谁主张、谁举证”是通行的举证责任分配原则,“无证明义务即无不利后果”这句法谚道出了举证责任对裁判结果的影响。在彩礼返还纠纷中,原则上适用“谁主张谁举证”,但对共同生活这一法律事实的证明,应将举证责任倒置,即由接受方证明双方有共同生活,而不是由给付方证明无共同生活。基于常识判断,证明“有”的难度远低于证明“无”,尤其是对夫妻共同生活这种隐私性很强的事实。这种制度设计有利于降低诉讼成本、提高诉讼效率,符合《民法典》的“绿色”原则。

彩礼见证了我国婚姻制度数千年的嬗变,至今仍有强大的生命力。现行司法解释对彩礼返还的规定过于概括和原则,建议在《民法典》施行后,遵循《民法典》的精神内核制定配套法律,对彩礼返还作出更加系统、周延、细密的规定,使彩礼返还制度在《民法典》的土壤中更加枝繁叶茂,更好地指导司法实践,最大限度达到法律效果和社会效果的内在统一。

注 释:

①《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第10条:“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的,如果查明属于以下情形,人民法院应当予以支持:(一)双方未办理结婚登记手续的;(二)双方办理结婚登记手续但确未共同生活的;(三)婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第(二)、(三)项的规定,应当以双方离婚为条件。”

②《全国民事审判工作会议纪要的通知》第50条:“婚约财产纠纷案件中,当事人请求返还以结婚为条件而给付的彩礼,如果未婚男女双方确已共同生活但最终未登记结婚,人民法院可以根据双方共同生活的时间、彩礼数额并结合当地农村的风俗习惯等因素,确定是否返还及返还数额。《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第10条第一款第(一)项规定针对的是双方并未共同生活的情形。”

③《上海市高级人民法院关于适用最高人民法院婚姻法司法解释(二)若干问题的解答(一)》:“彩礼具有严格的针对性,必须是基于当地的风俗习惯,为了最终缔结婚姻关系,不得已而为给付的,其具有

明显的习俗性。”

- ④《关于聘金或聘礼的几个疑义和早婚如何处理问题的复函》第3条：“所谓伪装结婚骗取聘金、聘礼等财物的行为，与男女双方均以结婚为目的之买卖婚姻不同，是以诈骗对方财物为目的，以伪作结婚为得到对方财物的手段，并无与对方有夫妻共同生活的意思。”
- ⑤《民法典》第1045条：“亲属包括配偶、血亲和姻亲。配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。配偶、父母、子女和其他共同生活的近亲属为家庭成员。”
- ⑥《民法典》第1042条第1款：“禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。”
- ⑦《民法典》第1079条第3款：“有下列情形之一的，调解无效的，应当准予离婚：（一）重婚或者与他人同居；（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；（四）因感情不和分居满二年；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形。”
- ⑧《民法典》第1049条：“要求结婚的男女双方应当亲自到婚姻登记机关申请结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。完成结婚登记，即确立婚

姻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”

- ⑨《民法典》第1091条：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。”

参考文献：

- [1] 郭维基. 返还彩礼问题刍议[J]. 山西省政法管理干部学院学报, 2020, (03): 67-68.
- [2] 陈群峰. 彩礼返还规则探析——质疑最高人民法院婚姻法司法解释(二)第10条第1款[J]. 云南大学学报(法学版), 2008, (03): 99-104.
- [3] 贾明军. 婚姻家庭纠纷案件律师业务[M]. 北京: 法律出版社, 2013.9.
- [4] [6] 张学军. 彩礼返还制度研究——兼论禁止买卖婚姻和禁止借婚姻索取财物[J]. 中外法学, 2006, (05): 624-639.
- [5] 刘清生, 谢梅. 论婚约彩礼的返还[J]. 西南交通大学学报(社会科学版), 2011, (01): 120-126.
- [7] [8] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编. 现代汉语词典, 北京: 商务印书馆, 1996.1213.1465.

The Reflection and Reconstruction of Restitution System of Betrothal Gifts Based on the Spirit of Civil Code

Liu Binbin

(Tianjin Women's Federation, Tianjin 300041, China)

Abstract: Giving betrothal gifts is a part of traditional marriage customs in China. The current law on the concept and legal nature of betrothal gifts is relatively vague, and the design of the rules for the return of betrothal gifts is relatively simple, which can not meet the practical needs of solving the disputes over the return of betrothal gifts. Based on the basic principles of fairness and integrity, law-abiding, public order and good customs advocated by the civil code, the author studies the return system of betrothal gifts. Giving betrothal gifts is a kind of property that one party and his family voluntarily pay to the other party and his family according to good customs for the purpose of establishing a stable marriage relationship. It is a gift with termination conditions. In accordance with the principles of the unification of statutory law and customary law, the unification of the protection of the freedom of engagement and the care of the innocent party, and the protection of the legitimate rights and interests of women and children, the author explores the path to determine the scope of betrothal gifts, and establishes specific rules for the return of betrothal gifts by comprehensively considering the factors such as the common living time, the fault of the parties, and the degree of life difficulties.

Key words: return of betrothal gifts; civil code; dissolution of engagement

(责任编辑:杜爱农)

社会支持理论视角下加强社会力量 参与安置帮教工作

刘晓梅, 沈蒙婷

(天津工业大学 法学院, 天津 300387)

摘 要:目前我国北京、成都、苏州、沈阳、天津等地区都进行了社会力量参与安置帮教的有效实践, 刑释人员的社会适应性大大提高。以社会支持理论为视角, 当前社会力量参与刑释解矫人员安置帮教工作存在顶层设计不足、参与的社会力量单薄和刑释人员再社会化困难等困境。为促进共治共享社会治理格局, 提出加强社会力量参与安置帮教的四项对策建议, 即完善法律法规, 促进刑事执行法典化; 坚持政府主导, 有效联结社会组织; 提供政策鼓励, 支持社会组织; 借鉴恢复性司法, 发挥社会工作者的作用。

关键词:安置帮教; 社会力量参与; 社会支持理论

中图分类号:DF88

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0061-06

2018年, 曾6次被判处有期徒刑的刑释人员阳赞云复归社会后, 没有工作, 没有自己的家庭和子女, 且自身疾病缠身。对生活失去希望的他, 带着对第6次法院判决不满的报复心理, 开车在法院门口等待, 久等不到合适机会的情况下, 驾车向人员密集的广场上冲撞, 在车辆障碍无法继续撞击后, 又持刀具等挥砍现场群众, 导致数十人死亡, 多人受伤, 社会危害重大。2020年3月, 曾因杀死女友而入狱的郭文思在超市再次将一名劝阻其佩戴口罩的老人殴打致死, 疫情期间的社会秩序遭到了严重破坏。阳赞云和郭文思出狱后再社会化失败, 对社会稳定产生了重大不利影响。刑释人员再犯罪事件多次出现, 社会大众高度关注, 安置帮教工作的不断改进, 具有重大社会意义。

2016年, 司法部等四部委制定《关于社会组织参与帮教刑满释放人员工作的意见》, 认可了社会组织在安置帮教工作中的重要性, 并对刑释人员的社会适应性予以重视。学者王鹏飞同样认为社会关系的修复或者说再次融入社会, 才是刑

释人员最迫切的需求^[1]。社会支持理论认为, 在社会生活中, 个体会因为一些社会事件而出现心理应激反应、精神状态紧张、适应社会困难等不良反应, 在给予充分的社会支持后, 个体的上述情况出现改善^[2]。根据社会支持理论, 增加刑释人员的社会支持可以增强其社会适应性。而社会力量的参与可以丰富刑释人员的社会联系, 增加其社会支持, 对促进安置帮教对象的再社会化具有正面影响。

一、安置帮教是我国刑罚执行体制中的重要一环

党的十八届四中全会提出统一刑罚执行制度, 刑事执行一体化成为学界关注的热点。刑事执行一体化源于储槐植的刑事一体化, “完善的刑事机制应该是双向制约: 犯罪情况→刑罚→行刑效果, 行刑效果同样在刑事机制中占据重要地位”^[3]。行刑效果日益受到重视, 而作为能够有效巩固行刑效果, 维护社会稳定的安置帮教, 其在我国刑事

作者简介:刘晓梅, 女, 天津工业大学法学院教授, 硕士生导师, 主要从事刑事法学, 法社会学和犯罪学研究;

沈蒙婷, 女, 天津工业大学法学院2019级法律硕士研究生, 主要从事刑事法学研究。

执行中占据重要地位。安置帮教自建国初就在我
国设立,是一种促进刑释解矫人员再社会化的非
强制性制度,工作内容主要是对刑释人员进行多
方面的扶助,减少其因受到社会排斥而“二进宫”
可能性,促进社会稳定的实现。目前,我国社会组
织参与到安置帮教工作中的实践:

(一)北京市:朝阳区阳光中途之家

2008年7月,“朝阳区阳光中途之家”,我国
第一家专门为刑释解教人员创建的安置帮教基
地在北京市建立。该基地为非营利性民间机构,
基地建设以朝阳区政府为主导,其他多方力量参
与为原则。工作由社会组织进行开展,司法局负
责进行引导监督。帮教内容较为全面,包括:衔接
监狱、帮忙安置、心理咨询、家庭与社区参与等。
政府主导的形式促使大众对刑释人员的抵触心
理减轻,为刑释人员融入社会增强了可能性。
2011年在对朝阳区过渡性安置基地的经验进行
总结的基础上,北京市开始在全市推行该类过渡
性安置基地的设立。

(二)成都市:温江区黄大姐的安置帮教基地

2014年1月,黄国蓉在温江区司法局的支持
下,以其名下黄大姐保洁服务有限公司的名义针
对刑释人员这个“特殊人群”创办了过渡安置帮教
基地,成为成都市安置帮教基地的先行者。基地帮
扶内容涉及心理疏导、帮助就业、临时过渡、培训
教育、共同劳动五个方面,以期为“特殊人群”提供
全面帮助,促进其回归社会,重新生活。基地提供
的服务降低了当地的再犯罪率,维护了温江地区
的社会稳定。为了进一步增强帮教效果,2017年成
都市司法局与黄大姐的公司签约,计划在黄大姐
安置基地原有的基础上进行扩充,将区级基地建
设成为帮扶更加全面、安置更加科学的市级刑释
人员安置帮教基地。

(三)苏州市:拉波尼阳光安置基地

2015年12月,在苏州市司法局的鼓励和引导
下,苏州拉波尼阳光安置基地被创建。该基地注重
与监狱的沟通交流,并依靠拉波尼服饰有限公司
对刑释人员进行了妥善的安置:刑释人员出狱前,
基地与监狱进行沟通,将一些本地户籍的重点刑

释人员登记造册,提前在拉波尼服饰有限公司为
其安排工作、住宿等。在刑释人员出狱后的半年或
一年内,政府、公司和监狱再次举办会议,了解刑
释人员对社会的适应情况,改进不适宜的工作方
式,不断提升安置帮教水平。工作开展中采取科学
的项目化运作机制,开创性地对刑释人员进行心
理层面的帮扶,借助心理、社会工作等相关专业人
员的力量,专业化缓解刑释人员困境,增强其积极
生活的信念。

(四)沈阳市:重刑刑释人员创业基地

2018年8月,我国第一家重刑刑释人员创业
基地三家店在沈阳市建立。基地源于著名慈善家
傅广荣(付妈妈)设立的重刑刑释人员救助热线,
在热线引发社会对重刑刑释人员的关注后,北京
理工大学的胡星斗教授等人共同出力创建了该基
地。基地摒弃对重刑刑释人员的偏见,对被判处死
缓或无期在监狱里服刑超过15年,且出狱后没有
可回归的家庭、生活难以为继的刑释人员进行帮
扶。依托的主要项目为一家殡葬服务全国连锁公
司,通过提供住所、工作和帮助办理5万元的大病
医疗保险等方式对重刑刑释人员进行帮扶,使这
些人员出狱后不至于陷入无家可归、无工作可谋
生的境地。

(五)天津市:天津爱恩(西青)安置帮教基地

2019年12月,天津市西青区司法局通过政府
采购的形式购买了天津爱恩心理咨询有限公司提
供的安置帮教服务,成为天津市鼓励社会组织参
与刑释人员工作的先驱者。基地创新性地采用“心
理咨询师+司法社会工作者”的工作模式,以帮助
刑释人员正常在社会中生活为目标,在西青区十
个司法所派驻安帮司法工作人员,为该区的安帮
对象提供社会适应性和再犯风险评估、就业指导、
困难帮扶、心理咨询等社会服务。2020年,爱恩
的工作人员配合国家防疫政策,安抚教育刑释人
员,定期走访重点人员,切实完成工作。一年期间,
西青区未发生恶性事件,效果显著。此外,基地与
天津工业大学法学院牵手,区、校、企三方共同推
进安置帮教项目的合作,不断探索社会组织参与安
置帮教的新路径。

二、社会支持理论视角下社会力量参与安置帮教

犯罪学家卡伦认为“社会支持能够缓冲社会事件对人的心理和行为带来的改变。尤其对于底层群体犯罪来说,充分的社会支持可以大大减少此犯罪事件的发生^[4]。依据上述理论,当刑释人员拥有充分的社会支持时,其再次犯罪的可能性会大大减低。而给予社会支持的资源网络可以分为两种类型:第一种是由家庭、朋友等具有一定社会关系的群体构成的非正式的资源网络;第二种是由社会上的群团组织构成的正式的资源网络^[5]。刑释人员出狱后面临的往往是家人、亲友的不理解,社会大众的歧视,来源于非正式社会资源网络的社会支持不断缩减,正式资源网络上升为社会支持的主要来源。此时,社会组织作为正式资源网络的构成,可以优化刑释人员的社会支持。

(一) 社会力量参与安置帮教的意义

1. 项目化运作机制优化社会支持

社会支持的实现是一个社会系统工程,需要多方主体共同参与,除了大家熟知的政府外,非政府组织、社区和个人也是非常被需要的^[6]。面对刑释人员中的吸毒者、重刑者等,社会力量的参与可以以项目化运作机制针对性解决问题。典型案例:天津市一刑释人员任某某,出狱前天津爱恩安置帮教基地“打开心墙”安帮系统测评出其 EPQ 量表存在掩饰性,其测评无效。出狱 2 个月后,对到司法所一对一心理矫治持排斥心理。驻所社工长时间电话沟通后,任某某同意入户咨询。经过入户疏导后,任某某抗拒心理减少,并主动与心理咨询师交流。出狱 3 个月后,主动与心理咨询师沟通,称和邻居发生了矛盾,怕自己情绪激动作出不可想象的事情。心理咨询师运用接纳承诺(ACT)心理学技术与其沟通。出狱 4 个月后,任某某主动向咨询师讲述案底带来的困境,表明悔改意识,心理咨询师引导其正确规划人生,任某某表示“放下怨恨,好好过日子”。社会组织开展的项目化运作机制能够为刑释人员带来科学合理的解决方案,高效率助力刑释人员迎接新生活。

2. 市场化模式助力社会稳定

安置帮教对象数量不断增加,最高法院发布的数据显示:2015 年全国法院判决生效被告人 1232695 人。其中,判处有期徒刑至死刑的罪犯 657377 人;判处缓刑、拘役、管制及单处附加刑 556259 人。从该数据来看,仅 2015 年的刑事案件就将在未来 5 年将产生近 100 万的刑释解矫人员。政府通过招标等方式购买相应服务这种市场化运作的模式会大大减少行政成本,最大化实现社会稳定的目标。以天津爱恩安置帮教基地为例,为了改善安置帮教效果,基地在区司法局的指引和督促下,积极开发了管理刑释人员的大数据系统,并在原有的安置帮教工作模式上创新性地增加了专业心理帮扶模式。对刑释人员进行智能化管理和检测,依靠专业人员实现妥善安置。同时岗位固定、责任明确的人员设置激励基地工作人员定期走访,2020 年爱恩驻西青区各司法所工作者共计走访安置帮教对象约 2000 人。疫情期间,爱恩工作人员仍坚守岗位,负责地走访重点安帮对象,助力疫情期间的社会稳定。

3. 社会组织参与促进共治共享社会治理格局

党的十九大以来,社会组织在社会治理的作用被重视。治理对象为刑释人员的安置帮教,事关全局稳定,更是需要社会组织参与进来。社会组织拥有对口专业的人员和设施,能够以一种平等非歧视的态度对待刑释人员。加上专业人员工作时更具亲民性,面对政府工作人员遇到的一些困境,社会组织反而能轻松解决。典型案例:爱恩基地刑释人员中,一湖北籍的刑满释放人员蔡某于 2020 年 2 月刑满释放,因疫情不能返回湖北,暂时在天津市租房居住。中北司法所干警、爱恩社工和社区干部多次入户对其进行深入细致的思想工作,告知其特殊时期不经批准不能离津返鄂。在了解到其情绪波动后,司法所工作人员、社区片警和爱恩心理咨询师到其家中走访慰问。爱恩心理咨询师以积极心理学技术与蔡某进行沟通,蔡某表示理解政府对其的关心与关怀,一定积极配合相关防疫政策。爱恩安帮基地联合司法行政部门和社区等多方力量共同解决蔡某的安置,维护了疫情期间的社会稳定。

(二)社会支持理论视角下安置帮教存在的问题

目前我国各地社会力量参与安置帮教的有效实践,有力促进了刑释人员的再社会化。调研发现,安置帮教工作实践中出现诸多亟待解决的问题:

1.顶层设计不足

安置帮教顶层设计不足,专门的安置帮教法律欠缺:《监狱法》第35条到第37条对安置帮教工作进行了规定,涉及监狱、公安机关、刑释人员所在地政府,但多为原则性规定,对部门职责和工作方式等未进行明确。山东、河北等制定了省级地方性法规,但是现在已经被废止。类似《意见》这样的规定多为规范性文件,法律位阶低。其他的一些规定,多为政策性规定,未上升到法律层面。在开展帮教安置工作中碰到具体问题时,很难找到相关的法律依据,更多的是依靠上级的有关文件政策开展工作^[7]。而随着大数据时代的到来,刑释人员再社会化面临问题的难度不断加大,顶层设计不足的情况下,安置帮教工作容易出现偏差。而在安置帮教制度顶层设计不完善的情况下,社会力量的参与并不能发挥应有的作用。

2.心理层面的帮助缺失

在经历了长期的封闭生活后,刑释人员的生理、心理和社会适应能力等都受到了一定的消极影响。当他们重新步入社会时,家人、朋友的不理解,社会大众的歧视,很可能导致其心理上出现问题,再次犯罪,危害社会稳定。对这个时期的刑释人员来说,心理层面的帮助至关重要。而实践中的安置帮教工作却放错了重心,如《关于加强刑满释放人员救助管理工作的意见》,帮扶措施主要包括生活保障、就业帮助以及教育救助三个方面。在这些文件的指导下,相关工作人员对心理层面的帮助往往是忽视的,认为给予刑释人员一定的物质支持、技能培训就可以足够了。另外,一些罪犯本身具有问题:法律意识单薄、道德败坏和反社会意识强烈等。尤其是入狱原因是恶性犯罪的刑释人员,相较于其它犯罪,恶性犯罪涉及深层次的社会原因,并且犯罪行为的最终实施也往往与犯罪人本人人格上的缺陷息息相关^[8]。面对这样的刑释人员,心理层面的帮扶是更迫切的。

3.参与安置帮教的社会力量单薄

从上文提到的安置帮教工作实践可以看到,当下社会力量参与安置帮教工作主要通过三种形式:第一,政府购买帮教服务,对应的专业社会组织通过招标参与进来;第二,面对刑释人员的诸多困境,社会组织自觉主动发起,有一定的公益性质,成员多为志愿者等;第三,政府与企业共建,政府财政投入占多数的形式。第一种形式顺应了政府职能转变的大形势,往往能够提供更为专业的帮教工作,但目前还没有在全国各省市进行覆盖,数量较少。第二种形式主要靠社会组织的自觉性,出于刑释人员的特殊性,主动对刑释人员进行帮助的社会组织数量稀缺。第三种形式,主要依靠政府财政投入,由于各地政府财政不足的限制,数量也并不多。

4.刑释人员存在诸多再社会化困境

社会化指的是社会个体与社会发生联系并逐渐适应社会的一个过程,在这个过程中,社会个体学习新的知识,逐渐具有角色意识,并最终形成自己独有的人格^[9]。监狱生活的封闭性让刑释人员远离社会,出狱后,面对全新的社会,刑释人员需要再次社会化。区别于人成长带来的社会化,这次的再社会化难度大大提升。以政府工作人员态度为例,安置帮教对象是作为犯罪的易发人群、治安隐患而被防范式、警惕式控制和约束的,这就使得对安置帮教对象的态度是戒备多于保护^[10]。刑罚的否定性评价让刑释人员在社会的诸多方面受到排斥,回归社会面临诸多困境。笔者从爱恩基地的调研了解到,刑释人员回归社会后存在不少难题:就业技能缺乏,就业观念出现偏差,心理问题明显,家庭支持和社会支持不够,对政府缺乏信任,抵触安帮工作人员等。在融入社会困难的情况下,刑释人员走上犯罪老路的可能性增强。

三、加强社会力量参与安置帮教的对策建议

(一)完善法律法规,促进刑事执行法典化

刑事执行效果的好坏是再犯罪率的重要影响因素,意义重大。而在实践中,相关的顶层设计是欠缺的:刑事执行相关法律如《监狱法》、安置帮教等相关文件存在法律规定滞后、法律位阶低等问

题。面对刑事执行主体多元化、法律规范分散化的现有状况,刑事执行法典化的呼声强烈。在刑事执行一体化的趋势下,我国可以出台一部专门的《刑事执行法典》,法典可以有效改善法律位阶低等问题,并有力完善了刑事执行的顶层设计,其中的具体细节可以根据《刑事执行法典》再制定部门规章等^[1]。为了促进安置帮教工作高效率开展,可以为安置帮教设置专门的一章。在该章中,明文规定政府的主导地位,明确工作的主要目标。章节中设定职责分工、部门衔接、帮扶内容和相应的配套制度等内容,明确各部门和各地区上下级的衔接。在政府主导安置帮教工作这条主线成熟的同时,完善社会力量参与的部分,根据实践中出现的问题,规定行为约束机制,并根据工作效果统一设置相应的考核机制,相应的帮教制度和方案也应要求在司法行政部门登记备案。

(二)坚持政府主导,有效联结社会组织

安置帮教制度对象为刑释人员,事关整个社会的稳定。必须坚持以政府主导为原则,积极联结社会组织,坚持对刑释人员必接必送,不能让刑释人员脱离。刑释人员出狱前进行犯罪风险评估,根据评估结果提前安排不同安置帮教方案。出狱之后借助社会组织的力量,将这些人保持在政府视野里。同时,借助社会参与,扩充安置帮教工作链。第一,将安置帮教工作延伸到监狱,封闭的行刑思维应该进行变革,监狱应该加强与社会的联系,促进社会力量的参与,形成社会力量加入刑事执行的固定机制,有效连接安置帮教基地^[2]。出狱前,安置帮教基地完善与监狱对接的机制,提前与监狱沟通罪犯职业技能培训的相关内容。了解信息,登记造册,借助大数据实现对刑释人员的妥善登记,筛选高风险人群,提前为无家可归、无业可就、无亲可投的人员制定安置方案。出狱后,健全与监狱、司法行政部门、社区社工的联席会议制度,定期对刑释人员适应社会的情况进行商讨。第二,加强安置基地与相关政府部门的联系,安置帮教基地可以与民政部门、相关企业等建立联系,及时为刑释人员提供相应的生活帮助和职业介绍等。

(三)提供政策鼓励,支持社会组织

社会组织作为非政府机构,在安置帮教工作

中容易出现方向上的偏差,为了避免大方向的偏离,政府需要出台政策进行积极地引导和支持。第一,通过成立社会组织孵化中心等机构,促进社会组织的建立。通过提供免费办公场地和办公设备等硬件设施以及相关政策信息、资源整合、登记注册等服务,协助社会组织明晰发展道路,联接社会资源,培育成熟、独立的社会组织。第二,提高社会组织的大众参与度,社会大众对社会组织这一新兴事物并不了解,政府可以通过联系居民委员会和村民委员会等进行利用自己强大的号召力进行宣传,提高安置帮教社会认知。第三,顺应职能转变趋势,积极购买社会服务。面对新加入到安置帮教工作中来的社会力量,以用促建。政府购买社会组织的服务,可以提高安置帮教的工作效率。同时,政府的引导和监督可以规范社会组织的行为,促进其完善运行模式和激励评价机制。第四,加强财政上的支持,通过实行税收优惠和提供贷款等政策促进参与安置帮教社会组织的建立和持续发展,建成社会组织发展新格局。

(四)借鉴恢复性司法,发挥社会工作者的作用

恢复性司法指将与刑事案件相关的当事人召集起来,借助工作人员,实现有效的对话和协商,从而恢复被犯罪所破坏的社会关系的刑事司法模式^[3]。该模式恢复的社会关系中包括了安置帮教致力于恢复的社会关系,即犯罪行为对刑释人员社会关系的破坏。且恢复性司法实践经验颇丰,修复社会关系的机制较为健全,其中的许多内容都可以为安置帮教提供有效借鉴,恢复性司法注重双方的沟通与问题的友好解决。理念强调对话和平等的协商,强调社区的参与,设置有家庭小组会议等解决问题模式,安置帮教开展工作时都可以予以借鉴。

通过对天津爱恩(西青)安置帮教基地调研了解到,安帮人员因家庭矛盾导致刑满释放后关系融入困境的占比 71.6%,为帮助安帮人员融入社会,该基地司法社会工作者积极主动组织刑释人员与其家庭成员沟通,解决家庭矛盾。司法社工在其中主要发挥引导、扶助的作用,使谈话顺利、科学地开展下去。典型案例:已婚男子任某刑满释放后,因为丈母娘的不理解,妻子与孩子未回到任某

的家中,家庭关系陷入僵局。爱恩督导师了解相关情况后,指导驻所社工促进夫妻二人的面对面沟通,在任某得到妻子的理解后,家庭关系得到了疏通。为解决任某的就业问题,爱恩(西青)安置帮教基地积极为任某提供工作岗位招聘信息。

从我国国情出发,除了借鉴上述家庭小组会议模式,我国的社会力量还可以创新性地借鉴恢复性司法的圆桌会议模式,通过社区人员的参与、协调人员的引导,以受害人为主体发表意见,扩大可以恢复的社会关系。在借鉴恢复性司法时,要注重发挥司法社工的力量,促进安置帮教工作的专业化。

参考文献:

- [1] 王鹏飞.恢复性司法介入刑释人员安置帮教问题研究——以“关系融入”为内容的探讨[J].齐鲁学刊,2019,(05):103-109.
- [2] 李强.社会支持与个体心理健康[J].天津社会科学,1998,(01):66-69.
- [3] 储槐植.刑事一体化与关系刑法论[M].北京:北京大学出版社,2007.33.
- [4] 高翔.社会支持理论的犯罪学解析与启示[J].当代法学,2014,(04):50-58.
- [5] 中国社会工作教育协会组编.个案工作[M].北京:高等教育出版社,2004.266-267.
- [6] 郑杭生等.转型中的中国社会和中国社会的转型——中国社会主义现代化进程的社会学研究[M].北京:首都师范大学出版社,1996.319.
- [7] 郭江梅.阿勒泰市刑释解教人员安置帮教工作的现状及对策[J].求实,2013,(S2):95-97.
- [8] 李宁.法治与文明是维护社会安全稳定之本——对极端暴力行为的社会学思考[J].江苏社会科学,2013,(06):126-130.
- [9] 郑杭生.社会学概论新修(第三版)[M].北京:中国人民大学出版社,2006.82-83.
- [10] 郑先红.安置帮教工作完善与创新研究[J].中国司法,2014,(07):41-45.
- [11] 陈宁.新一轮司法改革下刑事执行一体化构想[J].法治社会,2018,(03):62-70.
- [12] 贾洛川.统一刑罚执行体制视域下完善监狱刑罚执行体系的若干思考[J].政法论丛,2017,(01):97-103.
- [13] 蒋秀兰.恢复性司法理念下的犯罪对策研究[J].理论与改革,2013,(02):180-182.

Strengthen the Participation of Social Forces in Resettlement and Education Work from the Perspective of Social Support Theory

Liu Xiaomei, Shen Mengting

(Law School, Tiangong University, Tianjin 300387, China)

Abstract: At present, Beijing, Sichuan, Shenyang, Suzhou, Tianjin and the other regions in China have carried out the effective practices of social forces participating in the resettlement and education work, so the social adaptability of the released prisoners has been greatly improved. From the perspective of social support theory, the current social forces involved in the resettlement and education of the released prisoners for resettlement and education suffer from a number of problems such as the inadequate top-level design, the weak social forces involved, and the difficulties in re-socialization of the released prisoners. In order to promote co-governance and shared social governance, the authors put forward four countermeasures and suggestions for strengthening social forces to participate in the resettlement and education: improving laws and regulations, promoting the codification of criminal enforcement; adhering to the government's leadership and effective connecting social organizations; providing policy encouragement and supporting social organizations; learning from restorative justice and playing the role of social workers.

Key words: the resettlement and education; participation of social forces; social support theory

(责任编辑:杜爱农)

私分国有资产罪的废除

牛忠志, 晋泽禹

(河北大学 法学院, 河北 071000)

摘要:1997年修订的《刑法》增设的私分国有资产罪是基于当时中国社会情况的权宜之计。由于该罪在立法目的、犯罪构成等方面与贪污罪十分相似,故如何区分二者一直困扰着司法机关。私分国有资产罪的法定刑远低于贪污罪,如果对私分国有资产的犯罪行为不以贪污罪严惩,将给触法的贪官污吏提供了一个制度“庇护所”。刑法解释对本罪持限缩的态势,该罪自设立以来其司法适用率也很低,目前设立该罪的社会条件已不复存在。为了严厉打击侵害国有资产的犯罪行为,建议将来修法时废除私分国有资产罪,直接将私分国有资产之危害行为纳入贪污罪定罪处罚。

关键词:私分国有资产罪;犯罪构成;贪污罪;司法适用率

中图分类号:DF636

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0067-07

目前,在呼吁强化刑法对不同经济成分(尤其是民营经济)平等保护的浪潮中,我国刑法学界有一种观点,即主张将私分集体企业和私营企业资产的行为入罪。例如,有学者主张取消私分国有资产罪的特殊主体条件限制,将其扩大为“私分公司企业资产罪”^[1];有的主张增设私分单位财产罪,即把非国有公司(企业)的员工私分单位的财产,严重损害公司(企业)利益的行为犯罪化以加强对私有财产权的保护^[2]。笔者不赞同这些主张,在研究私分国有资产罪的基础上提出废除私分国有资产罪的设想。

一、设立私分国有资产罪的立法背景分析

1997修订《刑法》之前,对涉嫌犯罪的私分国有资产行为,一直是按贪污罪来处理。为什么刑法在上世纪末才增设该罪呢?

这与我国的改革开放和经济、社会的急剧转型有关。建国之后,我国一直采用高度集中的计划经济体制,这对建国之初在千疮百孔、一穷二白的旧中国之废墟上建立起的新中国来说,是正确的、合

理的。但是,在我国经济得到恢复,基本的产业基础初步建立之后,仍继续采用高度集中的计划体制则会走向体制机制的僵化,其结果是禁锢了国家经济发展的活力。1978年开启了改革开放的伟大探索,国家初步认识到社会主义也需要商品经济,计划经济不是社会主义的本质,市场经济也不是资本主义的专利。由此,我国的经济体制改革,经历了由高度集中的计划经济到有计划的商品经济,再到社会主义市场经济的嬗变历程。特别是1984年中共中央通过的《关于经济体制改革的决定》和1993年党的十四届三中全会根据党的十四大确定的经济体制改革的核心目标和基本原则所作出的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》,极大地加快了国有企业改革步伐,促进了国家经济体制的转型。在国有企业改制的过程中,由于会计制度、审计制度等众多法律制度的缺乏或不完善,国有企业管理之不健全,导致国有资产流失加剧,情节更加严重,并呈愈演愈烈的趋势。当时社会上以集体研究的名义“发奖金”、“发岗位津贴”和“发补助”等形式私分或变相私分国有资产是比较多发,且数额惊人。例如,深圳国际信托投资公司分

* 河北大学哲学社会科学重点培育项目“人工智能的刑事法地位”的阶段性成果,项目编号:2020HBY006;河北大学高层次创新人才科研启动经费项目支持。

作者简介:牛忠志,男,河北大学法学院教授,博士生导师,法学博士后,主要从事刑法学教学与研究;

晋泽禹,男,河北大学法学院2019级刑法学专业硕士研究生,主要从事刑法学研究。

别于1993年1月和1994年3月两次集体私分245万元和176万元。

在改革开放初期,体制改革是一个没有现成方案可供遵循的探索。国家管理经济活动同样是处于探索之中,国家要求各行各业必须进行改革探索。怎么改革呢?“摸着石头过河”,进行大胆的改革探索,宁可出问题的改革也不能不改革,是当时社会的发展趋势,形成了对改革中出现的违规行为宽恕的社会背景。再者,集体私分国有资产的案件往往涉及人数众多,由于受传统的“法不责众”思想影响,行为人抱有“为公不犯法”错误心理。另外,以单位名义私分国有资产的行为,具有“一定程度”、“一定范围”的“公开”性,这种以“单位”的名义在一定范围公开进行的私分国有资产的行为,相对于贪污、受贿行为而言,其道德谴责性也较低。所以,对我国当时的社会现实作了权宜之计的回应,在1997年3月修订《刑法》时增设了私分国有资产罪。之所以说是权宜之计,是因为如果不是我国国有企业的急剧转型改制和有关的企业管理制度不健全,就不可能出现大量私分国有企业资产案件;如果不是考虑涉及的人员较多,受法不责众思维惯性的影响;如果不是考虑到惩罚少数、挽救多数,本罪自一开始就没有设立的必要。因为,私分国有资产的行为其实质就是利用职权的贪污行为,直接以贪污罪定罪处罚即可。正因为如此,对私分国有资产的行为在处理上轻于贪污罪。如1999年最高检发布的司法解释规定:“涉嫌私分国有资产,累计数额在10万元以上的,应予立案。”而在当时贪污罪的人罪门槛一般情况下是2000元。

目前,我国已建成小康社会,并且进入全面建设社会主义现代化国家的新阶段。市场经济体制已经建立并健康运行,调整社会关系的各项法律法规和规章制度已经相当完备,法治政府、法治国家建设迈向新的台阶。在这样的社会背景下,私分国有资产罪已经失去了其所赖以存在的社会条件。

二、私分国有资产罪的犯罪构成

现行《刑法》第396条^①第1款规定了私分国有资产罪,即国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,违反国家规定,以单位名义将国有资产集体私分给个人,数额较大的行为。该罪隶属于刑法分则第八章贪污贿赂犯罪一章。根据刑法

规定,按照犯罪构成四要件体系,私分国有资产罪的犯罪构成包括犯罪客体要件、客观要件、主体要件和主观要件。

(一)关于犯罪客体要件

刑法学界一般认为,本罪是复杂客体,既侵犯了国家工作人员的职务廉洁性又侵犯了国有资产的所有权^②。本罪所侵害的法益是国有单位及其国家工作人员的廉洁性和国有资产的所有权^③。但是,这些见解经不起推敲。这些观点都是将国有资产的所有权与国家公职的职务廉洁性定位为并列关系。问题是如果主张把国有资产的所有权进行单独评价,那么国家工作人员的职务廉洁性在本罪中便成了无源之水,无本之木。

按照刑法理论通说,犯罪客体是刑法保护的而为犯罪行为所侵害的社会关系^④。这一对犯罪客体要件的界定,最大的不足在于难以保证犯罪客体要件的定量测算功能。为弥补这一缺陷,笔者主张应将犯罪客体要件界定为犯罪行为侵害并为我国刑法所保护的社会关系及其载体的统一^⑤。“国家工作人员的职务廉洁性”与“国有资产所有权”之间的关系实际上是微观考察与宏观评价之间的关系——国家工作人员非法私分了国有资产因而才表现出了其履行公职的不廉洁性,而不是并列关系。正是经由危害国有资产的所有权才侵害了公职人员的职务廉洁性。所以,私分国有资产罪的客体要件是公职人员职务行为的廉洁性,犯罪行为侵害的是以国有资产所有权为核心的法律秩序。

关于国有资产的范围,我国《宪法》和《刑法》中均有体现。《宪法》第12条规定了“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。”其中,“社会主义的公共财产”包括国有资产、劳动群众集体所有的财产等,我国禁止任何组织或个人以任何手段侵占或破坏国家和集体的财产,公共财产是受我国宪法所保护的,打击侵犯国有资产的行为是有宪法条文作为根本法依据的。我国《刑法》第91条^⑥规定的公共财产很大一部分就是国有资产。在具体确定国有资产范围时所依据的法律规定主要有三个。第一个是2008年10月28日通过并于2009年5月1日起施行的《企业国有资产法》,其第2条将“企业国有资产”界定为“国家对企业各种形式的出资所形成的权益”;第二个是2006年财政部发布的《事业单位国有资产管理暂行办法》,其第3条将“事业单位国有资产”界定为“事业单位占有、使用的,依法确认为国家所有,能以

货币计量的各种经济资源的总称”；第三个是1993国有资产管理局发布的《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行规定》，其第2条将“国有资产”界定为“国家依法取得和认定的，或者国家以各种形式对企业投资和投资收益、国家向行政事业单位拨款等形式的资产”。根据上述规定，“国有资产”既包括“企业国有资产”也包括“事业单位国有资产”，但不包括“集体资产”（“集体资产”是指归乡集体、村集体全体成员所有的资产）。

（二）关于客观要件

本罪的客观要件是指“违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大”的行为。其中包括“违反国家规定”、“以单位名义”、“集体私分给个人”，以及“数额较大”四个要素。

1.“违反国家规定”。私分国有资产的行为必须是违反国家规定的行为。《刑法》第96条规定了“违反国家规定”的内涵，即违反全国人民代表大会及其常委会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。可见，刑法把违反国家规定限定为违反法律和行政法规，按照刑法应该严格解释的原则，不能扩张到其他政府规章或者地方性法规。

2.“以单位名义”。从字面上较好理解，名义上是打着单位的旗号，将国家资产违规分给个人，具体表现为两个方面：一是由单位负责人决定，二是由单位决策机构集体讨论决定。这也是本罪属于单位犯罪的原因。以单位的名义实施的而非个体自然人，如果是以自然人的名义私分国有资产给个人，可以构成贪污罪。以单位名义进行的活动，意味着，这一私分行为在单位具有一定公开性，该单位能够为其私分行为提供一定的依据。不过，这些依据往往是违反上位法的分红政策、奖励规定、补助办法等。

3.“集体私分给个人”。这里的集体私分给个人是指以单位的名义按照一定的分配规则（这些规则具有单位规章制度的属性），将国有资产私分给本单位职工。这里的集体私分即不是以个人的名义私分，而是指私分的根据是基于单位的意志，私分行为上升到了单位整体意志的高度，而不是个别人私下的、随意的决定。这一特点与以单位名义是相协调的。这一私分活动具有一定的程度多人参与性。这里的“个人”是指本单位的职工，如何具体把握集体私分给个人，有两种观点：第一种观点认为，

集体私分给个人是指将国有资产分给全体职工或大部分职工；第二种观点认为，集体私分给个人是指将国有资产分给全体单位职工。其中，第一种观点是司法审判中的主流观点，也是学界大部分所认同的。笔者认为，首先，第二种观点存在巨大漏洞，因为按照此观点，只要有一个职工未分得国有资产，那么这种行为将不构成本罪，这是明显不合理的。我们在理解“集体私分”时，可以理解为私分给多数人，也可以理解为多数人私分，但是不能机械的把“集体”理解为“全部、整体”，甚至只要将国有资产私分给个人哪怕只有一个人也可以构成私分国有资产罪。因为，“个人”既可以是两人以上多个人也可以指一个人，无论如何也不能得出“个人”必然是多数人的结论。况且，刑法设置本罪的目的是为了更好的保护国有资产免受损失，将国有资产集体决定私分给一个人和私分给数个人，在损害国家财产方面没有任何区别。在司法实践上将国有资产私分给个人的情况确有存在，为了更好地突显刑法保护国有资产，有效的打击犯罪，不能把私分给一个人的情形排除犯罪范围之外。

4.“数额较大”。犯罪是具有严重社会危害性的行为，因此，刑法的危害行为就需要达到了一定量的限定。所以，构成本罪不仅要私分国有资产而且私分国有资产的数目必须是“数额较大”及其以上。这里的“数额较大”是就所私分的国有资产的整体价值而言的，而不指是某个人所分得的数额较大。根据最高人民检察院1999年发布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》，私分国有资产达10万元的，应当立案。

（三）关于犯罪主体要件

本罪被立法设定为单位犯罪。构成本罪的单位有五类主体，包括国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体。本罪是纯正的单位犯罪，自然人不能单独构成本罪。不过，也有学者主张本罪应修改为自然人犯罪⁷。这是从应然角度所提的立法建议。从现行立法表述来看，本罪只能是单位犯罪。这里讨论两个问题：

1.“单位的分支机构或内设部门”是否具有本罪犯罪主体资格？有两种观点，第一种观点认为，单位的分支机构或内设部门私分国有资产的属个人行为，应当以贪污罪追究个人的刑事责任；第二种观点认为，分支机构、内设部门私分国有资产具有公开性，在客观上表现为全部人员或大部分人员分得钱

款,不符合贪污罪的客观构成要件,根据罪刑法定原则不能以贪污罪论处。本文认为,以上两种观点都没有正确理解刑法上“单位”的含义。我国刑法规定的单位犯罪,之所以没有称之为“法人犯罪”,原因在于并不要求刑法上的“单位”一定具备“法人”资格,非法人组织也可以作为刑法上的单位,所以,单位的分支机构或内设部门,只要能够独立地以自己的名义对外交往,就可以构成单位犯罪。司法解释也支持本文的观点。根据《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》^③,单位的分支机构、内设部门是可以构成单位犯罪主体的。根据《刑法》第30条、第31条,以及《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》^④的规定,盗用单位的名义实施犯罪,并且违法所得归单位所有的,属于单位犯罪。单位的分支机构或内设部门盗用单位的名义,以单位的名义私分国有资产,构成单位犯罪。本罪是单位犯罪,而不是法人犯罪,单位的分支机构或内设部门,以单位或分支机构、内设部门的名义私分国有资产的行为,应当以私分国有资产罪追究刑事责任。

2.单位构成犯罪的情况下,承担刑事责任的人员的范围。刑法只处罚对“其负责的主管人员和其他责任人员”,所以,不管对其负责的主管人员或者其他直接责任人员是否分到财物,只要是对集体私分决策和执行活动负责的,就属于本罪的处罚范围。那些没有参与决策和执行集体私分国有资产行为,仅仅被动地领到单位资产的人,不是本罪的处罚对象。

(四)关于主观要件

本罪主观要件为犯罪故意,包括直接故意和间接故意。其内容包括认识因素和意志因素两个方面。本罪须认识到私分行为是违反国家规定的行为,须认识到行为是以单位的名义,须认识到行为是私分国有资产的行为,还需认识到行为会造成国有资产流失的结果。直接故意是指行为人明知自己的行为会造成一定后果,并希望这种结果发生的主观心态。就意志因素而言,希望意志时构成直接故意没有疑问,关键是本罪是否存在间接故意所要求的“放任意志”情形。笔者认为,本罪主观罪过包括间接故意,其认识因素是“认识到危害结果的可能发生”,其意志因素是“放任危害结果的发生而非积极追求”。如果犯罪主体认识到自己的行为可能会有损国有资产,仍然将国有资产集

体私分,就构成本罪的间接故意。如果是因疏忽大意或者是过于自信的过失,误将国有资产当成企业资产而集体私分,缺乏本罪主观要件,不能构成私分国有资产罪。

犯罪目的和犯罪动机不是本罪的选择要件。所以,私分国有资产的行为不管出于何种“高贵动机”,或者基于何种行为人自以为是的“正当目的”,都不影响本罪的成立。

三、私分国有资产罪与贪污罪的比较

私分国有资产罪与贪污罪的犯罪构成有诸多相似之处,如何区分这两个犯罪一直是困扰着司法机关的难题。这里以现行立法为依据对这两个犯罪的构成条件和刑事责任配置加以比较。

(一)犯罪构成的对比

从法条分布来看,第383条贪污罪和第396条私分国有资产罪同属刑法分则第八章贪污贿赂罪,贪污罪是分则第八章第一个罪名,私分国有资产罪是第八章最后一个罪名。私分国有资产罪和贪污罪在犯罪对象、犯罪客观要件、犯罪主体要件、主观要件上都存在一定的差异。

关于犯罪对象的范围,贪污罪侵犯的是“公共财物”,私分国有资产罪侵犯的是“国有资产”。“国有资产”是指,属于国家所有一切财产和财产权利的总和。“国有资产”包括“国有财产”,《刑法》第91条规定了“公共财物”包含“国有财产”。

关于犯罪客观要件,私分国有资产罪的客观要件是将国有资产以单位的名义私分给个人,在一定程度上具有公开性^⑤。当然,此处的公开性是相对的,在私分国有资产的集体内部具有公开性,但是相对于集体以外的其他主体则同样具有隐秘性,私分行为往往不需要做假账。贪污罪是行为人利用职务上的便利,侵吞、盗取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物,具有隐秘性的特点。贪污罪的隐秘性不仅表现在单位内部也表现在单位外部,其贪污行为都是隐蔽进行的,而且,贪污罪的侵吞、窃取和骗取行为实施之时或者行为之后,行为人为了掩盖罪行,往往需要做假账来掩盖。

关于犯罪主体要件,贪污罪的犯罪主体只能是自然人,而私分国有资产罪只能是单位。这是二罪的显著区别。《刑法》第31条规定了单位犯罪的处罚原则,以实行双罚制为原则,单罚制为例外。双罚制

即对单位处以罚金,对单位直接负责的主管人员和有关责任人员处以刑罚;单罚制即只处罚有关的自然人。就私分国有资产罪而言,刑法规定的是单罚制,不处罚单位,只对单位的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚,具体受刑人是自然人。

关于犯罪的主观要件,这两个犯罪都属于故意犯罪。贪污罪以非法占有为目的,按照刑法理论通说,只能由直接故意构成。私分国有资产罪既可以有直接故意构成,也可以有间接故意构成。值得注意的是,有人主张,私分资产罪的主观内容所具有“利他性”是区别于贪污罪的关键点^[9]。有学者认为,只有当出于利他动机,并且对国有资产进行相对公平的私分时,才认定为私分国有资产罪^[10]。笔者认为,这些学者想通过限制解释来限缩私分国有资产罪的适用范围,这一初衷是好的,但是,给本罪增加动机要素,或者在行为方式上增加限定条件,从法教义学上看,已经超出了罪刑法定原则的限度。

(二)刑事责任的对比

在入罪起点方面,构成贪污罪和私分国有资产罪必须分别达到法定的入罪金额标准,即入罪金额必须满足“数额较大”的标准。贪污罪中认定“数额较大”的标准是3万元,私分国有资产罪中认定“数额较大”的标准是10万元,显然,私分国有资产罪的入罪门槛要高于贪污罪。在所配置的法定刑方面,私分国有资产罪的最低法定刑是罚金刑,最高法定刑是七年有期徒刑;贪污罪的最低法定刑是拘役刑,最高法定刑是死刑。可见,就最高法定刑而言,私分国有资产罪的法定刑是远远低于贪污罪的。

总之,私分国有资产罪的入罪门槛更高,但所配置的刑事责任更轻。一个私分国有资产的犯罪行为按照私分国有资产罪定罪处罚,行为人受到的刑事处罚会远不及贪污罪,这是极其不合理的。

四、私分国有资产罪与贪污罪的司法适用情况比较

私分国有资产罪在1997年才列入刑法,所以,其司法适用时间较晚,我们在中国裁判文书网上查到的最早案例是2004年的私分国有资产罪刑事判决。

在中国裁判文书网上检索,对私分国有资产罪和贪污罪从2004年至2021年2月的适用情况进行统计。2004年至2021年2月大约17年间,全

国各级法院共裁判审理1472起私分国有资产刑事案件,52738起贪污刑事案件。其中,私分国有资产案件经裁判审理共产生1178份刑事判决书和258份刑事裁定书。对1178份判决书分别从适用法院层级、发案年份两个方面进行分析,并和贪污罪进行对比、分析。

(一)适用法院层级情况

根据表1,2004至2021年2月期间,全国各基层人民法院审结私分国有资产刑事案件1030起,中级人民法院审理175起,高级人民法院审理7起,最高人民法院审理0起。2004年至2021年贪污罪发案数量为58830起,贪污罪的适用数量是私分国有资产罪的50多倍,可见私分国有资产罪在适用数量上远不及贪污罪。从法定刑幅度上来看,对犯私分国有资产罪的单位主管人员最高判处7年有期徒刑,根据《刑事诉讼法》关于审判管辖的规定^[5],因此多为基层人民法院管辖,中级人民法院和高级人民法院的案件多为二审或再审案件。

表1 两罪适用的法院层级对比图(单位:起)

数 量 名	法院	基层人 民法院	中级人 民法院	高级人 民法院	最高人 民法院
私分国有 资产罪		1030	165	7	0
贪污罪		52738	5767	232	0

2004至2021年2月期间,全国各基层人民法院审结贪污刑事案件52738起,中级人民法院5767起,高级人民法院232起,最高人民法院0起。贪污罪是以基层法院管辖居多,中级人民法院审判的多为贪污数额“特别巨大”,应当判处无期徒刑或者死刑的案件,高级人民法院审判的多为最高院指定管辖或在辖区内有重大影响的贪污案件,最高人民法院无案件审理情况。

(二)发案年份分布情况

根据表2,从2004年至2012年2月,私分国有资产罪每年案发量不超过10起,甚至个别年份如2005、2010年“零”案发率。根据表3,从2013年开始,私分国有资产犯罪发案率呈抬头趋势,随后连续6年发案数量超过100起,其中2016年高达256起,该趋势在2020年有所下降,2020年发案数量是

表 2 2004—2012 年两罪案发数量对比图(单位:起)

数 量 年 罪 名	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
私分国有资产罪	4	0	1	6	1	1	0	1	9
贪污罪	10	3	8	21	32	41	79	178	521

表 3 2013—2020 年两罪案发数量对比图(单位:起)

数 量 年 罪 名	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
私分国有资产罪	172	119	256	198	198	195	118	62
贪污罪	1794	8097	5381	12438	10925	8313	6586	4182

62起。2014至2019年,这6年为私分国有资产犯罪发案率最高的年份,2014年之前私分国有资产犯罪发案率几乎为零,为何2014年作为本罪激增的时间拐点?私分国有资产犯罪从2014年呈高发趋势,案件总量高居不下,原因有两点:首先,2013年11月召开了党的十八届三中全会,提出加强反腐败工作,加大惩处腐败犯罪力度;其次,2015年8月全国人大常委会审议通过了《刑法修正案(九)》(以下简称《修正案九》),进一步修改完善了贪污贿赂犯罪的有关规定。由于《刑法》第396条第1款规定的私分国有资产罪属于刑法分则第八章规定的贪污贿赂类犯罪,所以,从2013起国家加大打击贪污贿赂犯罪力度,《刑法修正案(九)》更是扩大了贪污贿赂犯罪的适用范围,因此,可以说从2013年至今是贪污贿赂类犯罪的严打时期,私分国有资产犯罪数量在这一时间段激增实属正常。

根据表2,贪污罪在2004年至2012年呈平稳状态,控制在1000起以内。根据表3,从2013年开始贪污犯罪数量激增,超过1000起,2016年达到顶峰12438起,2016年后逐年减少。贪污罪数量的发展趋势和私分国有资产罪有相似之处,2013年至2020年是贪污犯罪的高发期,这是因为2013年是落实十八大精神的开局之年,习近平总书记对加强党风廉政建设和反腐败工作作出一系列指示,2014年1月召开的第十八届中央纪律检查委员会第三次全体会议,中央政治局、中央政治局常委审议通过了《建立健全惩治和预防腐败体系2013—2017年工作规划》、《中央巡视工作规划(2013—2017年)》等文件。党中央对反贪反腐工作如此重视,使得大

量的贪污腐败分子现形,从而贪污罪的发案率从2013年开会呈抬头趋势。即2013至2017年期间是贪污犯罪的“严打时期”,“严打”过后犯罪数量必然会有所下降,从2017年的10925起减少到2018年的8313起。这两个犯罪的发案趋势反应出国家政策对刑事案件数量的影响。

比较发现,贪污罪的数量是私分国有资产罪的50余倍,2016年更是高达60余倍,这也在一定程度上体现了司法适用对私分国有资产罪从严掌握的立场。如此巨大的发案数量差距也更加坚定了我们取消“私分国有资产罪”,将私分国有资产的行为纳入贪污罪的信念。

我国刑法理论坚持对私分国有资产罪的严格解释的限缩趋势,司法实践中对于本罪的适用也是严格控制。私分国有资产行为的本质是利用职权的贪污,设立私分国有资产罪的初衷是为了更好的保护国有资产。从1997年设立至今只有为数不多的案件以私分国有资产罪定罪处罚,通过与贪污罪的对比,私分国有资产同样具有隐秘性,最终的实际获利的主体是自然人,这就使得私分国有资产罪和贪污罪并无本质区别。但私分国有资产罪的刑事责任最高法定刑为有期徒刑7年,而贪污罪的最高法定刑为死刑,如果把一部分侵害国有资产的犯罪以私分国有资产罪处断,则无疑于给犯罪分子提供了“避风港”。法随时变,为了更好地保护国有资产,减少司法环节因区分私分国有资产罪和贪污罪的这一不必要的困惑,建议立法废除私分国有资产罪,把私分国有资产行为纳入贪污罪以定罪处罚。

注 释:

- ① 关于罪名的司法解释是将《刑法》第 396 条第 2 款的规定解释为“私分罚没财物罪”,其实在笔者看来,完全没有必要解释为单独犯罪,将其第 2 款包含在“私分国有资产罪”即可。所以,本文的取消主张当然也包括对私分罚没财物罪的取消,但论证则以私分国有资产行为为主线。
- ② 我国《刑法》第 91 条规定了公共财产的范围:“本法所称的公共财产,是指以下财产:(1)国有财产;(2)劳动群众集体所有财产;(3)用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产。”
- ③ 最高人民法院 2001 年 1 月 21 日印发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》规定:“以单位的分支机构或者内设机构、部门名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应当认定为单位犯罪,不能因为单位的分支机构或内设机构、部门没有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。”
- ④ 最高人民法院 1999 年 6 月 25 日引发的《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条规定:“盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。”

- ⑤ 《刑事诉讼法》第 20 条规定:“基层人民法院管辖第一审普通刑事案件,但是依照本法由上级人民法院管辖的除外。”

参考文献:

- [1] 郭文婷,郭石修.私分国有资产罪的主体范围规定有待完善[J].人民检察,2006,(06):62.
- [2] 姜涛,柏雪淳.论非公有制经济的刑法平等保护[J].人民检察,2017,(23):17.
- [3] 贾宇.刑法学(下册·分论)[M].北京:高等教育出版社,2019.279.
- [4] 周光权.刑法各论[M].北京:中国人民大学出版社,2016.473.
- [5] 高铭暄,马克昌.刑法学(第九版)[M].北京:北京大学出版社,2019.49.
- [6] 牛忠志.犯罪构成四要件的“立体化”修正[J].政法论丛,2019,(01):53.
- [7] 竹怀军.私分国有资产罪主体的定性分析[J].河北法学,2003,(07):39.
- [8] 伍天翼.私分国有资产罪若干问题研究[J].长春理工大学学报(社科版),[J].2014,(04):32.
- [9] 谭珊珊.私分国有资产罪与贪污罪的关系[D].清华大学硕士学位论文.2015.37.
- [10] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2019.1195.

On the Abolition of the Crime of Dividing State-owned Assets Privately

Niu Zhongzhi, Jin Zeyu

(Law school, Hebei University, Hebei 071000, China)

Abstract: The crime of private division of state-owned assets added in the amended Criminal Law in 1997 was an expedient measure based on the social situation in China at that time. Because the crime is very similar to the crime of corruption in legislative purpose and constitution, how to distinguish the two has been a problem for the judicial organs. Its statutory punishment is far lower than the crime of corruption, so that the criminal behavior of private division of state-owned assets should be punished as this crime but not the crime of corruption, which undoubtedly provides a system “shelter” for the corrupt officials who violate the law. The interpretation of criminal law is limited to this crime. Since its establishment, the judicial application rate of this crime is also very low. At present, the social conditions for the establishment of the Crime no longer exist in our society. In order to crack down on crimes against state-owned assets, it is suggested to abolish the crime of private division of state-owned assets when amending the law in the future, and directly include the harmful act of private distribution of state-owned assets into the crime of corruption for conviction and punishment.

Key words: private division of state-owned assets; crime of constitution; crime of corruption; judicial application rate

(责任编辑:孙晓民)

社区矫正工作面临的现实矛盾与破解路径

连春亮

(河南司法警官职业学院 司法行政管理系, 河南 450018)

摘 要:《社区矫正法》和《社区矫正法实施办法》颁布实施之后,社区矫正工作进入了法治化阶段。社区矫正在实际工作中产生了重刑监管与教育帮扶的矛盾,社会力量依赖与社会发育不良的矛盾,矫正需求广泛性与矫正项目匮乏性的矛盾,智慧矫正与人文教育的矛盾,制度“内卷化效应”与社区矫正创新的矛盾。社区矫正工作要遵循法律原则和立法内在精神,转变工作理念,压缩社区矫正的权力逻辑,拓展社区矫正的自治逻辑,平衡智慧矫正与人文教育的关系,建构以矫正教育为核心的社区矫正工作架构和矫正教育体系,建构社区矫正机构和社会力量的合作平台,形成矫正教育和社会帮扶的共同体,实现社区矫正的法定目标。

关键词:教育帮扶;社会力量;矫正项目;智慧矫正;法律规制

中图分类号:DF88

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0074-07

《社区矫正法》和《社区矫正法实施办法》确立了社区矫正工作新的目标、新的理念。和《社区矫正法》颁布实施前相比较,从社区矫正试点到全面推行阶段所积累的相对成型的工作制度、管理措施、操作流程、矫正教育模式等都发生了重大变化,这使得社区矫正工作不得不面对现实问题。如何构建新的工作机制,解决现实工作中新的矛盾和冲突,寻求新的突破路径,就成为社区矫正工作必须面对的新挑战。

一、重刑监管与教育帮扶的矛盾

《社区矫正法》不仅是一部体现人文管理和人文关怀的“柔性法”,更是以社区矫正对象矫正教育为核心的“教育法”。其中,矫正教育就成为社区矫正工作的特质,这是对监管中心主义的彻底摒弃,也是新型矫正教育理念的确立。这样,社区矫正工作就产生了以强调刑罚惩罚和严厉监督管理为重点与法定矫正教育和社会帮扶为中心的现实矛盾。

(一)重刑监管的思维惯性和实践基础

在法治传统上,中国历代崇尚严刑峻法,用重

典治乱世。中华人民共和国成立之后,为了保卫新生政权,维护社会安全和秩序,采取了严厉的刑事政策,打击和惩罚各类犯罪。改革开放之后,为了创建良好的发展经济的社会环境,自1983年开始,进行了多次的“严打”和打击犯罪的专项治理活动。因此,重视刑罚的惩罚作用成为治理犯罪的重要手段,认为对付犯罪的最好措施就是打击犯罪、惩罚罪犯,应用严厉的监管手段,使社会免遭犯罪的危害。正因为如此,我国监狱押犯数量已由1982年的62万人增加到2002年的154万人,20年间增长了近2.5倍^①。到2012年,司法部在向全国人大常委会报告监狱法实施和监狱工作情况时透露,全国共有监狱681所,押犯164万人^②。关押监管罪犯才能维护社会的安全与秩序成为惯性思维。

我国自2003年开展社区矫正试点工作以来,一直将社区矫正定性为非监禁刑罚执行活动,强调社区矫正中要严格执行刑罚,通过严厉的监管手段和措施,达到刑罚执行的目的。为了体现社区矫正的刑罚属性,为了在执行刑罚和监督管理过程中拥有行刑权,先后创造了“借调用警”模式、“延伸用警”模式、“授权用警”模式等。甚至在社区矫正立法阶段,关于社区矫正机构直接用警问题,

作者简介:连春亮,男,河南司法警官职业学院司法行政管理系教授,四级调研员,主要从事监狱学,社区矫正和法制心理学研究。

也成为立法争议的焦点。由此看来,社区矫正工作从试点到推行的长达 17 年的时间,重刑监管一直是社区矫正的支配形态。这样,重刑监管的思维定势和社区矫正 17 年来的实践基础,就成为贯彻《社区矫正法》以矫正教育为核心这一立法精神的障碍,也是社区矫正工作重刑监管与教育帮扶现实矛盾产生的原因。

(二)破解路径:理念转型、法律规制和情景塑造

1.社区矫正的理念转型和法律规制

解决重刑监管与教育帮扶的矛盾,首先是社区矫正理念的转型,由原先的刑罚执行转向刑事执行;由以严格监督管理为中心转向矫正教育和社会帮扶为中心。其次,在《社区矫正法》的规制下,社区矫正工作由原先的以政策规范和行政规章为依据,转变为以法律法规和行政规章为依据,遵循法律原则和立法内在精神,将社区矫正工作规范于社区矫正的法治化建设之下。

2.明确教育帮扶的法定目标

《社区矫正法》第 1 条规定了社区矫正的目标是推进和规范社区矫正工作,保障刑事执行工作,提高教育矫正质量,促进社区矫正对象顺利融入社会,预防和减少犯罪。其中“促进社区矫正对象顺利融入社会”包涵了对社区矫正对象的“全人教育”,即适应现代社会的健全人格教育,矫正教育成为社区矫正工作的核心目标。全国人大常委会法工委刑法室主任王爱立就《社区矫正法》的颁布回答记者提问时曾说:“通过适度监管和有针对性的一些矫正措施,充分发挥社会各方面的力量来进行矫治教育有利于社区矫正对象顺利回归社会”^[2],这深刻揭示了社区矫正的立法精神。因此,依照社区矫正法所确立的“提高教育矫正质量,促进社区矫正对象顺利融入社会”的法定目标,就需要建构以矫正教育为核心的社区矫正工作架构和矫正教育体系,并通过社会帮扶的辅助手段,实现社区矫正的法定目标。

3.教育帮扶的情景塑造

社区矫正教育帮扶情景塑造的核心是矫正教育。从社区矫正对象矫正教育的过程来看,从入矫教育、矫中教育、解矫教育,每个阶段都要创制不同的矫正教育情景;从矫正教育的内容来看,要围绕“顺利回归社会”的目标,强化心理健康教育、行为规范矫正、法治精神教育、社会适应教育、人际

关系教育、公民意识教育等;从矫正教育的方式看,可采取针对性的集中分类教育、个性化的个案矫正教育、多样化的网上教育等。随着现代信息技术的发展和广泛应用,矫正教育的情景模式将会更加智能化。

二、社会力量依赖与社会发育不良的矛盾

社区矫正工作是依赖社会力量而开展的工作。社区矫正的基本单元和力量支撑在社区,是以社会力量的广泛参与为特征的,是社会资源的有效利用。依照《社区矫正法》的立法精神,政府只是社区矫正工作的“主管”和“主导”者,路线方针和政策的制定者,资金的供给者和社区矫正工作成效的评估验收者。

(一)社区矫正的“划桨者”:社会力量走向前台

在颁布实施的《社区矫正法》中,不仅确立了社会力量参与社区矫正的主体地位,而且很多条文之中都涉及到了社会力量参与社区矫正的具体规定,在《社区矫正法》中“社会工作”出现 4 次,“志愿者”出现 3 次,“社会组织”出现 7 次,“社会力量”出现 3 次。从这一意义上看,《社区矫正法》不仅是大力倡导和规范社会力量参与社区矫正工作的“法”,而且是具有前瞻性和顺应新时代中国特色社会主义共治共建共享,共同承担社会治理责任的“法”,社会力量由此走向了社区矫正工作的前台,成为社区矫正这艘大船的“划桨者”。

(二)理想与现实的尴尬:社会力量的发育不良

社会力量的发育依赖成熟的社区环境,社会经济越发达,社区环境越成熟,以社会组织、社会团体等为代表的社会力量才会分布广泛、种类齐全、专业完备。《社区矫正法》倡导社会力量参与社区矫正的制度设计是建立在理想化基础之上的,是以社会力量的发育成熟为前提的。但是,目前我国社会力量的整体发育水平存在着结构性和功能性缺陷。“什么是成熟的社区环境?它除了包括社区组织机构健全,社会成员具有较高的适应现代社会要求的素质,接受过现代教育,社区设置符合人们社会生活的基本需要等,还必须具备社会结构均衡、社会系统良性运行、民主法治、公平正义、诚实友爱、充满活力、安定有序、互相协调,人与人之间相互友爱、相互帮助,社会成员各尽其能、各

得其所,人与自然协调发展,和谐相处”^[9]。依照这样的标准来考察我国社会力量的发展状况,其在结构性和功能性上存在以下缺陷:

1.社会力量发育的不均衡。从地域分布看,我国东中西部的社会力量发育存在重大差异,社会力量发育与社区发育状况、社会经济发展、文化教育水平、公民整体素养等因素直接相关。从东中西部地区的状况来考察,东部地区社会力量发育最优,中部次之,西部最差,由于社会力量发育不足,极大地限制了社会力量的参与水平。从经济发展状况看,社会力量发育状况和经济发展紧密相关,经济发达地区社会力量发育相对成熟,政府购买社会服务的体制机制比较完善,社会力量种类繁多,参与社会活动热情高,专业化程度高,而经济欠发达地区、不发达地区,社会力量发育迟缓,政府财政匮乏,无力购买社会服务。从城乡差异看,城市的社会力量发育水平,要远远高于我国广大的农村地区。从社区矫正的社会实践看,社会力量参与社区矫正,不仅存在着资金的不足,更重要的是具有专业化水平的专业资源匮乏,即使有足够的资金支持,也难以购买到专业社会组织的专业化服务。

2.社会力量的专业化程度低。一是,我国社会力量的组织形式只是具备了基本要素,社会服务内容以大类别为标志,以社会组织、社会团体等为代表的社会力量服务内容泛化,缺乏专业化分工。二是,社会力量性质的社会组织和社会团体中,从业人员良莠不齐,待遇水平低,缺乏真正具有专业化水平的高素质人员。三是,社会力量提供的服务质量低质化,长期在低水平层面运作,社会信誉度不高。

3.社会力量中的社会组织、社会专业性团体的规模小,融合性、协调性差。主要表现为:一是,社会组织、社会团体等为代表的社会力量不仅规模小、人员少,而且经济实力薄弱,设备落后。二是,在为社会提供服务过程中,往往是自成一体、各行其是,缺乏彼此之间的协调合作和取长补短,难以形成合力。三是,社会组织、社会团体等社会力量区域特征明显,常常是以行政区域为势力范围,以政府扶持项目为主,不能形成有效的竞争实力和竞争环境。

4.非营利性、公益性社会团体和社会组织少。在社会组织、社会团体等社会力量发达的国家和地区,非营利性和公益性的社会组织、社会团体等

是主导力量,活跃于社会生活的各个领域。从我国目前的社会力量整体构成看,大多是营利性社会组织和社会团体,这就导致这些社会力量自身的品质定位较低。

(三)破解路径:社会力量的模式建构和理性培育

社会力量作为社区矫正工作的主导力量,要使其在社区矫正工作中发挥重大作用,就需要依据社会的经济发展水平、文化教育状况、社会成员的素养等情况,培育社区矫正所需要的专业队伍,构建适合社区矫正的社会力量参与模式。笔者结合目前社会力量参与的形态和发展状况,认为应强化或者构建以下几种模式:

1.政府主导型模式。“政府主导型,又称行政推动型,主要是指由政府利用行政资源优势,号召、发动社会力量参与社区矫正工作的参与方式。这一模式具有明显的行政推动力”^[10]。这一模式是目前社区矫正工作中运用比较多的模式,从参与社区矫正工作的效果来看,是需要进一步强化的模式类型。在实际工作中,政府主导型模式又衍生出政府购买型、政府资助型、政府培育型三个亚型。政府购买型主要是依照《社区矫正法》的规定,政府以购买社区矫正服务或者购买服务项目的形式和提供专业服务的社会团体、社会组织等社会力量签订服务合同,专业组织依据合同要求完成双方约定的服务内容,这是政府和社会力量协作的典型模式。政府资助型主要是政府为了提高社会力量参与社区矫正的专业化水平,资助具有实力的社会团体、社会组织等,培育社区矫正专业人员为社区矫正服务。政府培育型主要是在社区矫正机构内,政府以合同制的形式,招募社区矫正工作者从事社区矫正工作。

2.社区主导型模式。“社区主导型,是指在社区基层组织的主导下,发动社会组织、社会公众、社会团体等社会力量参与社区矫正工作,运用自己的优势资源,为社区矫正对象提供服务的参与方式”^[11]。这一模式是以社区居民委员会、村民委员会等社区自治组织为主导,组织社区内的社会团体、社会组织、社区人员,以社会志愿者形式参与社区矫正工作。

3.互助合作型模式。“互助合作型,一般是指行政机关和社会企业、非营利组织、社会团体等相关

机构,按照双方达成的协议,形成一定的权利(权力)义务关系,共同为社区矫正工作提供支持的参与方式。如社会企业在政府的资助下建设经营社区矫正基地、技术培训基地等”^[6]。这一模式在我国正在建立过程中,虽然存在着不同地区的发展不均衡,但是发展的趋势向好,未来培育发展的主要方向是提高专业化、规范化水平。

4.精英主导型模式。“精英主导型,是指社会精英应用自身所具有的资源,为社区矫正工作提供支持的参与方式。如社会知名企业家对家庭困难的矫正对象的帮扶行为、安置就业行为、捐助行为等”^[7]。这是社会发育成熟形态下普遍具有的一种模式。目前,这一模式在我国处于起步阶段,尽管国家出台了相关的优惠和扶持政策,但是精英阶层少有介入这一领域的意识和愿望,导致不仅发展缓慢,而且举步维艰。

三、矫正需求广泛性与矫正项目匮乏性的矛盾

《社区矫正法》要求对社区矫正对象实施分类教育和个别化矫正。社区矫正对象对矫正教育的形式、内容等有着不同的需求,这就要求我们在对社区矫正对象的矫正教育中,依据不同的需求和类别,依据不同的社区矫正对象个体,设置与之相匹配的矫正方案、矫正项目和矫正内容。

(一)社区矫正对象的需求多元化

社区矫正对象的生活区域环境、专业学历背景、个人兴趣爱好、经济状况等不同,对自己的职业生涯设计和职业选择也有很大差异。从生活的区域看,生活在城市和农村的社区矫正对象差别最大,生活在城市的社区矫正对象大多选择美容美发、饭店宾馆、物流配送、设备维护、电器维修等服务业;而生活在农村的社区矫正对象选择养殖业、种植业、建筑业等居多。从个人兴趣爱好看,年龄大的中老年社区矫正对象喜欢自己熟悉的职业;青少年社区矫正对象往往选择具有现代特质的职业。社区矫正对象成分的复杂性,决定了职业选择的多元化。

(二)矫正项目的资源稀缺

不同的矫正项目具有自己的专业化特质,需要专业机构中的专业人士运用专业知识和技术来设置,所以,矫正项目和专业社团的发展水平紧密

相关。只有具有各种专业技能的社会团体、社会组织和相关的专业机构,才能设置建造出独具特色的矫正项目。目前,我国社区矫正的相关社团处于起步阶段,不仅数量和规模少、专业人员匮乏,而且专业化水平相对较低,还没有设置建造针对性强的矫正项目,不能满足社区矫正对象多样化的需要。我们对社区矫正对象的矫正,基本立足于简单分类型矫正,并通过社会力量的“粗放”参与来完成,存在着形式单一、内容简单、竞争力差等缺陷。

(三)破解路径:社区矫正的协作共赢

要满足社区矫正对象对矫正教育的需求,最根本的途径还是要依靠社会力量创设建构具有针对性的矫正项目,要达到这一目的就必须建构社区矫正机构和社会力量的合作平台。

1.社区矫正机构要培育专业化的社团组织,充分开发社区资源,社区矫正机构可通过购买服务的方式,重点培育规模大、实力强的专业社团组织专司社区矫正服务,由专业社团组织为社区矫正机构提供各种类型的矫正项目。

2.设置矫正项目的专业化种类。目前,需要开发的矫正项目种类包括劳动技能培训类项目、社会交往技能类项目、情绪控制类项目、家庭矫正类项目、生活能力帮助类项目、戒毒类项目、暴力类防治项目、心理矫治类项目、认知行为矫正类项目、家庭关系辅导、危机干预项目、人身危险性评估和控制、重返社会项目、性犯罪控制项目等。只有设置以上项目才能满足不同社区矫正对象群体的需要。

3.制定社团组织为社区矫正对象矫正项目服务的指标体系,使每一矫正项目都有相对固定的内容,明确服务项目应达到的质量和数量,为矫正项目的评估验收提供量化和质化的依据。

4.建立矫正项目的科学的评估验收机制。社区矫正机构依照矫正项目的指标体系,组织专家或者第三方对专业社团组织的服务质量和数量进行评估验收,并据此作为双方合作的实效和支付服务费用的依据。

四、智慧矫正与人文教育的矛盾

智慧矫正是以现代信息技术为基础而建立起

来的新型矫正教育模式,是现代信息技术在社区矫正领域的应用。人文教育是以人为中心,关注人的需要,关注人的发展,挖掘人的潜能,培育人的智慧的教育活动。这样,如何平衡智慧矫正与人文教育的关系,摆正二者之间的位置就成为社区矫正工作面前的现实矛盾。

(一)智慧矫正解决现实问题

近几年来,随着现代信息技术的迅猛发展,智慧矫正成为社区矫正工作的发展方向 and 追逐的热点,在实务工作中,智慧矫正也确实给社区矫正工作带来了便捷和高效。

社区矫正工作面临人员不足、设备落后、工作量急剧增加等问题,使社区矫正工作者整天处于繁忙的事务性工作,严重挤占了对社区矫正对象的矫正教育时间。为了寻求走出困境的路径,寄希望于配备高端硬件,应用现代信息技术,来提高工作效率。这样,社区矫正工作就把智慧矫正放在了重要的地位。

智慧矫正以现代信息技术弥补了社区矫正工作的现实缺陷,期望现代信息技术的应用倒逼社区矫正体制机制的完善。正因为如此,现代信息技术使社区矫正工作由传统的以人为中心转向了以技术为中心,形成了现代传媒技术的矫正教育形式和以大数据为核心的监管技术。

(二)智慧矫正指向智能化

智能化是智慧矫正的必然结果,智慧矫正硬件技术应用是多种新兴技术的结合,目的是获取、存储、传递、处理分析信息,将社区矫正中的各种信息转换为可用信息。依据2019年1月司法部办公厅印发的《关于加快推进全国“智慧矫正”建设的实施意见》,智慧矫正是集互联网、物联网、云计算、大数据、人工智能、区块链等现代信息技术为一体,使社区矫正工作更高效,建设社区矫正工作基础信息管理、业务流程管理、应急突发事件处置、电子定位监控、远程教育学习、远程视频督察等一体化大平台,使社区矫正工作实现便捷化、可视化。社区矫正工作的未来发展方向必然是智能化,智能化是智能技术的广泛应用,使社区矫正的专业设备具有感知能力、思考能力和决策能力。智能机器人、智能感知、识别技术与普适计算等通信感知技术的应用,将使智慧矫正逐步走向高端化。

(三)人文教育的应然选择:以人为先而非技术为重

1.一种理念:用技术应对人的困境

社区矫正的本质是培养、教化、培育社区矫正对象的人文素养。社区矫正工作者和社区矫正对象是矫正教育双方的共同行动者,是“命运共同体”。对社区矫正对象的矫正教育是以人为中心的人文教育过程,社区矫正活动的主体在于人,现代信息技术只是介体,只在于辅助开展社区矫正工作,实践证明,无论如何先进的现代信息技术都无法改变社区矫正工作者与社区矫正对象之间的互动关系,即人与人之间的心理互动关系。

人始终是社区矫正工作的主体与核心。社区矫正工作所面临的矛盾和困境,本质上是人的困境。现代信息技术的广泛应用,最终体现在社区矫正对象的矫正教育质量和与社会的有机融合上。

2.一种抉择:人的不可替代性

社区矫正是对人的教化,是以人文、人性为基础的心灵沟通和内化,必须遵循教育的原则和规律,必须关注人的需要。智慧矫正是现代信息技术的产物,能够给社区矫正工作带来便利、效率,但是,无论智慧矫正的智能化程度发展到何种阶段,永远不可能替代“人”这一主体。

对社区矫正对象的人文教育,不仅需要针对社区矫正对象的犯因性问题,而且要依据个性化的特征,而不是以提前设计的“固化”的、全面的交互为特征的多功能杂糅的智慧矫正。这就造成了对社区矫正对象矫正教育的个性化与自主发展的矛盾和冲突。

为了克服智慧矫正的过度泛化而产生的人文教育的僵化,就必须强调以人为先而非技术为重。如果说当下的智慧矫正引领了一条社区矫正高科技信息技术之路,那么倡导建构“人对人”的交流沟通平台,则充分体现了社区矫正的实用原则,即智慧矫正的高科技硬件建设填补了人员、设备、资金等的不足。建构以人为中心的“人对人”的交流沟通平台,并非因循守旧原有的工作模式,更不排斥现代信息技术的应用,而是传统矫正教育技术在充分应用现代信息技术的基础上的转型、提质和升级。

在智慧矫正面前,我们必须明确一个核心问题:现代信息技术不管智能化程度有多高,都不能

淡化或者边缘化作为主体的人,不能替代人,更不能凌驾于人之上,人的因素永远都是首位的。

五、制度“内卷化效应”与社区矫正创新的矛盾

“作为一个学术概念,‘内卷化’表现为一个社会或组织,既没有突变式的发展,也没有渐进式的增长,而是处于一种不断内卷、自我复制与精细化的状态。因此,‘内卷化’又译为‘过密化’,用来解释政治、经济、文化和社会发展中表现出的‘滞缓性’与‘反复性’等特征”^[8]。“从词源学上看,它主要用强调变迁过程中所存在的过去和现在的密切关系,表达演化过程中复杂的退缩力量。‘内卷化’虽然也是一种革新的形式,但这种革新的目的在于保存现有的结构,通过修补解决问题。‘内卷’是对传统的基本运作模式的坚持,着重于内部的细致与修饰,以及琐碎的技术与重复运作,表现为,一种社会或文化模式,在发展到某种确定的形式后,停滞不前或无法转化为另一种高级模式的现象”^[9]。

社区矫正制度“内卷化”可以界定为:“随着《社区矫正法》的颁布实施,使社区矫正工作在价值取向、法律规制、目标导向、功能定位、逻辑预设、制度规范等方面发生了变化,对社区矫正制度创设造成相对固定化的内源性障碍,导致社区矫正工作在国家治理现代化的背景下,难以进入社区矫正法治化的新型发展状态,只是不断重复已有的工作形态,制约着社区矫正制度的转型、升级和提质”^[10]。

(一)制度“内卷化效应”阻却社区矫正创新

制度“内卷化效应”是社会发展的形态定势和结构固化。社区矫正制度的建构一经产生,就决定了它的制度“内卷化”特征。《社区矫正法》的颁布实施,要求对社区矫正工作开拓创新,建构新的和《社区矫正法》相适应的社区矫正制度形态。这样,社区矫正制度“内卷化效应”与社区矫正创新之间的矛盾冲突,就成为必须解决的问题。

社区矫正制度“内卷化效应”除了典型的对社区矫正工作的方式、方法低水平的模仿和复制之外,被学界公认的“内卷化效应”还包括了无意义的精益求精,简单问题复杂化,严重偏离法定目标,在同一个问题上无休止的挖掘研究,为了免责

而被动的应付工作等。笔者也曾将社区矫正制度“内卷化效应”的特质和表现归纳为目标偏移、自我固化、功能定势、模板复制、自我退化、内在结构的弱质平衡、话语“霸权”的泛化等^[11]。在社区矫正实际工作中,“内卷化效应”的表现主要有:低水平的相互模仿和复制工作制度、工作模式,各部门都要求报数据、报指标,不断地考核、验收、评比;过分强调矫正方案规范性,矫正档案、谈话记录和工作台账的完整性;刻意强调工作“留痕”,把留痕材料作为工作成果;对矫正教育工作的要求上,片面强调台账建立率、社区矫正对象见面率、重点社区矫正对象谈话率、个案矫正覆盖率,以及总结报告与重新犯罪率的多少等。正是这一问题的存在,使得社区矫正工作低效率、无价值的重复,严重偏离了社区矫正的目标追求。

(二)矛盾破解之逻辑预设

破解社区矫正制度“内卷化效应”的核心,在于社区矫正事务的层次化、明晰化,通俗地说就是“政府的归政府,社会的归社会,市场的归市场”,政府应该行使的权力,由政府部门来行使;由社会力量来做的事情,让社会力量放开去做;该由市场调节的事务,让市场来调节。各个参与主体按照职责分工,各尽其责,各享其利,这才是现代社会犯罪治理的应有逻辑思路。

1.压缩社区矫正的权力逻辑

《社区矫正法》是规制社区矫正所有参与者的法。依照多元参与主体的职责和法律地位,政府是处于社区矫正工作的第一层次。其中,政府部门中直接参与社区矫正工作的有社区矫正委员会、公安机关、人民法院、人民检察院、司法行政机关、社区矫正机构、监狱管理机关等,间接参与的政府部门有人力资源与社会保障部门、教育部门、民政部门、财政部门等。社区矫正委员会“负责统筹协调和指导本行政区域内的社区矫正工作”;公安机关、人民法院、监狱管理机关在各自的职责范围内行使刑罚执行权,以及委托调查评估等伴生权力;人民检察院行使法律监督权;司法行政机关主管社区矫正工作;社区矫正机构负责社区矫正工作的具体实施。政府部门中直接参与的部门的职责,《社区矫正法》有具体的规定,间接参与的政府部门主要是协作部门。对于政府部门来说,除了法定职权之外,要遵循“公权法定”,“法无授权不可为”

等现代社会治理的原则,树立为社区矫正对象服务的理念,不得以任何理由肆意自我扩权,不得将权力延伸到自治组织或者政府不得参与的领域。

2.拓展社区矫正的自治逻辑

社区矫正的本质意义在于“由社区来矫正”,对社区矫正对象的矫正教育、社会帮扶、危机干预、恢复性司法等由社区自治。社区矫正机构应遵循“社区的事务归社区”的自治逻辑,以村民委员会和居民委员会为基本支撑单位,将妇联、共青团、志愿者协会、关心下一代协会等社会团体纳入到辅助力量之中,并与专业社团、经济组织有效合作,共同建构社区矫正联合体。

3.开放社区矫正的市场逻辑

《社区矫正法》大力倡导社会组织、社会团体、非营利性组织、专业的社会服务机构等介入社区矫正工作,特别是倡导政府“通过公开择优购买社区矫正社会工作服务或者其他社会服务,为社区矫正对象在教育、心理辅导、职业技能培训、社会关系改善等方面提供必要的帮扶。社区矫正机构也可以通过项目委托社会组织等方式开展上述帮扶活动。”由此可以看出,对社区矫正对象进行教育帮扶可以通过市场交易模式择优购买服务,社区矫正机构所需要的服务项目、社会服务机构所具有的矫正项目,可以通过市场交易的平台,依据

互利共赢的交易合意,形成矫正教育和社会帮扶的共同体。

注 释:

- ①《全国在押犯 164 万人》,《北京晚报》,2012 年 4 月 25 日。这一统计数字不包括在社区进行社区矫正的罪犯。

参考文献:

- [1] 王琮等.行刑社会化(社区矫正)问题之探讨[J].中国司法,2004,(05):69.
[2] 白阳.体现中国特色 助力长治久安——解析新出台的社区矫正法[EB/OL].https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_6904055,2019-12-28.
[3] 连春亮.社区矫正的社会支持系统及其作用[J].山东警察学院学报,2010,(01):104.
[4] [5] [6] [7] 连春亮.社会力量参与社区矫正的模式选择[J].河南司法警官职业学院学报,2019,(3):35.
[8] 黄丽萍.我国社会治理中的“内卷化”风险及其规避之道[J].理论导刊,2015,(07):19.
[9] 李书肖.内卷化:我国高等教育的隐忧[D].曲阜师范大学,2010.
[10] [11] 连春亮.我国社区矫正制度的“内卷化”及其破解之道[J].犯罪研究,2020,(06):48-50.

The Realistic Contradictions and Solutions of Community Correction Work

Lian Chunliang

(Henan Judicial Police Vocational College, Henan 450018, China)

Abstract: After the promulgation and implementation of “Community Correction Law” and “Community Correction Law Implementation Measures”, community correction work has entered the stage of rule of law. In the practice of community correction, there are contradictions between heavy punishment supervision and education assistance, between social power dependence and social underdevelopment, between extensive correction needs and lack of correction projects, between wisdom correction and humanistic education, and between system “entanglement effect” and community correction innovation. The work of community correction should follow the legal principles and the inherent spirit of legislation, change the working concept, compress the power logic of community correction, expand the autonomous logic of community correction, balance the relationship between wisdom correction and humanistic education, construct the community correction work framework and correction education system with correction education as the core, and the cooperation platform between community correction institutions and social forces, to achieve the community of correction education and social assistance, and realize the legal goal of community correction.

Key words: education assistance; social forces; correction project; wisdom correction; legal regulation

(责任编辑:孙晓民)

新媒体时代法院舆情应对机制的检视与重构

天津市滨海新区人民法院课题组

(天津市滨海新区人民法院, 天津 300457)

摘 要:司法活动本身具有一定程度的滞后性,加之,调控机制和手段不足,使得负面舆情出现时,法院往往处于极为被动的境地。通过以天津市全部三级法院为分析样本,概述了法院舆情引导工作的实际问题,进行了理念纠葛、应对机制落后、司法与媒体沟通机制不顺、惩罚性措施不足等原因分析,并以比较法学的视野介绍了域外经验,得出了可供我国借鉴的思路,即以“三同步”原则作为基本指引,强化法院舆情自主化解责任,实行必要的风险自担;建立精细化的舆情风险评估与引导机制;强化司法公开的群众参与深度;主动开示民生案件,为媒体报道旁听报道提供便利;加强对违反报道禁令、造谣传谣等行为的惩罚等,以不断适应新媒体时代的舆论表达。

关键词:舆情;舆论引导;“三同步”原则;新媒体时代

中图分类号:DF82

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0081-11

全媒体时代,不但传统媒体继续发挥着巨大的舆论宣传作用,新媒体更以强大的传播功能、巨大的动员能力、广泛的社会影响,聚集舆论民意。当前,社会公众对司法公正的关注度越来越高,但由于法律的专业性和法院聚集社会矛盾的特殊性,使得社会热点案件、敏感涉诉信访案件、个别干警违法违纪案例,以及一些在普通公众眼中具有争议的法律法规都可能造成负面舆情。长期以来,法院的舆论引导工作更偏重于依托传统媒体进行正面宣传,但由于司法活动本身具有一定程度的滞后性,而网络民意具有快速传播性、非理性、盲目性甚至暴力性的特点,使得负面舆情出现时,法院往往处于极为被动的境地。由于缺乏舆论管理方面的立法,舆论调控机制和手段不足,造成法院应对负面舆情的能力较弱,反应速度较慢,进而造成舆情发酵失控,无法有效应对新媒体时代不断出现的舆情问题。目前,我国学界虽然介绍了一些关于西方法治国家处理司法与媒体关系的经验,但由于政体、国情、法律文化等因素的差异,很多做法无法直接移植。同时,国内关于法院舆论引

导的著述不但数量较少,且多集中于“司法正能量”式的经验传递,对于负面舆情发酵快、引导慢、根除难的原因分析有失深刻,舆情处置措施的针对性和可操作性不强,对传统媒体与新媒体融合应用的思考较为匮乏。

天津市属于沿海较发达省市,网络信息发展较为迅速。加之,在推进供给侧改革、从严管党治党、京津冀一体化、扫黑除恶专项斗争等中央决策部署的过程中,天津法院系统不但因妥善审理了周永康、令计划等“大老虎”的贪腐案件而广受关注和称赞,也因产生“打枪老太赵春华案”、央视焦点访谈报道复印费超标问题而备受诘问和争议,可谓在舆论引导方面既有经验也有教训。故此,选择天津法院系统舆论引导情况进行样本分析,不但具有代表性和典型意义,更对提升法院舆论引导能力,防范和化解舆情风险具有深刻价值。课题组通过向天津市辖区三级法院所有具体负责舆论引导工作的同志发放调查问卷的形式展开调研,全部法院均反馈了有效问卷,统计的数据和收集的问题意见实现了全市范围的覆盖,调研基础客

作者简介:张长山,男,天津市滨海新区人民法院院长,主要从事审判实务研究;

马 越,男,天津市滨海新区人民法院副院长,主要从事审判实务研究;

沙 爽,女,天津市滨海新区人民法院四高法官,主要从事审判实务研究;

乔 溪,女,天津市滨海新区人民法院三级法官,主要从事审判实务研究。

观、真实、全面。

一、法院舆论引导工作存在的主要问题

(一)对舆论引导工作重视程度不足

通过统计,具体负责舆论引导工作的部门,研究室占 53.8%,审管办占 7.7%,办公室占 23%,多部门共同负责占 11.5%,新闻处负责的占 3.8%,没有法院由政治处负责,也不存在没有具体负责部门,视具体工作分配任务的情形。总体而言,只有高院 1 家法院成立了新闻处这样的专门机构进行舆论引导工作,中级法院、基层法院虽然碍于编制问题无法成立专门机构,但也都将舆论引导工作落实给具体部门负责,有的法院还采取了多部门通力合作的模式,这表明了当前舆论引导工作整体上的权责明晰。实践中,超过 60%的法院由研究室或者审管办具体负责舆论引导工作,然而,基于当前机构改革的大背景,研究室、审管办虽被定义为业务部门,但主要承担审判管理职责并从事调查研究等材料撰写工作,同时,由于入额法官极少,虽有业务指导的职能,但实际具有丰富审判经验的人员不多,难以对案件的法律适用提出超越业务部门的建设性意见,对法院舆情大宗案件的风险事前预判与事后释法缺乏司法实践依托。而占比 23%的办公室被定性为行政管理部门,对于舆论工作,通常负责领导文稿与信息宣传,由于其职责定位与工作实际内容通常为正面经验报道,对于负面舆情的应对往往缺乏经验,无从下手。

统计表明,在直接负责舆论引导工作的领导中,正职院长占 7.7%,副院长占 69.2%,审委会专委占 3.8%,其他党组成员占 11.5%,中层领导占 7.7%,不存在无具体领导负责的法院。总体而言,绝大多数法院将舆论引导工作纳入党组成员的管理范畴,体现了法院党管理舆论工作的政治站位;然而进一步分析发现高达 69%的法院都是由副院长直接负责舆论引导工作,正职院长直接负责的

不足一成,这导致对舆论引导工作的“一把手”主体责任没有压实。实践中,虽然副院长基于长期分管具体业务部门,很可能更具有法律业务优势,但是对于舆情的管控疏导往往需要逐级汇报、审批,并最终由正职院长决定,反应的速度与效果受到影响,因此如果不能由正职院长直接负责舆论引导工作,将使得极容易迅速发酵的舆情失去第一时间稳控的良好时机。

(二)舆论引导专业性不强,司法公开效果社会吸引力不足

通过表 1 可以看出,具体负责舆论引导工作人员的专业知识背景以法学居多,占 46%;新闻学占 22%;社会学占 6%;管理学占 4%;文学占 16%;计算机占 6%,这说明法院在舆论引导实践中仍以法学为专业出发点,并日益注重引入相关学科人才,以提升法学之外的实践技能。然而,从总人数来看,具体负责舆论引导工作的人员总计 50 人,对于全市三级法院而言平均约为 2 人。对于日益蓬勃发展的媒体资讯而言,每个法院由 2 人承担包括信息采集、拍摄照相、网页更新、新媒体应用、文稿写作、会务准备等诸多工作,显然吃力,更难以发挥专业优势。

表 1 具体负责舆论引导工作人员专业知识背景统计表

专业背景	法学	新闻学	社会学	管理学	文学	计算机
总计	23	11	3	2	8	3
百分比	46%	22%	6%	4%	16%	6%

(三)对舆情应对的自我评价与社会评价存在认识偏差

通过表 2 可以看出,认为当前法院系统舆情应对能力整体非常弱,有舆情必泛滥的占 7.7%;认为各层级、各地域法院应对能力不一,有强有弱的

表 2 当前法院系统舆情应对能力自我评价统计表

舆情应对能力评价	整体非常弱,有舆情必泛滥	各层级、各地域法院应对能力不一,有强有弱	结合当前实际,舆情是特殊产物,且通过上级协调和司法公开最终都能解决,所以尚可	整体处理能力较强,只是个别法院应对能力较弱
百分比	7.70%	61.50%	19.20%	11.50%

占 61.5%;认为结合当前实际,舆情是特殊产物,且通过上级协调和司法公开最终都能解决,所以尚可的占 19.2%;认为整体处理能力较强,只是个别法院应对能力较弱的占 11.5%。应当注意到绝大多数法院专门从事舆论引导工作的干警自我评价法院系统的舆论引导能力强弱不一,有强有弱,这似乎与包括其他法院干警在内的社会公众的一般认知有所差异。当前涉法院舆情在网络等新媒体的传播下,通常表现为迅速发酵的失控状态,这不但在基层院产生的舆情中尤为明显,在高院、最高院所涉舆情中也表现出法院孤掌难鸣,疲于应对的局面。这种自我评价与社会评价的差异表明,法院在具体应对舆情的过程中虽然通过妥善审理、释明法律、司法公开、队伍管理等诸多工作最终化解了舆情,但在法院紧锣密鼓地处理舆情的过程中势必要通过相关的法定程序,并耗费一定的时间,通常会造成舆情所涉具体事件在一定长的时间段内呈现出真伪不明的状态,使得不精通甚至不了解法律的普通公众,在面对不断造势的网络流言面前,难以辨别真伪。

通过表 3 可以看出,被法院认为最难以应对的舆情种类及其所占比例。其中,认为涉及名人和意识形态领域的案件的占 3.8%;认为是社会热点问题案件(如于欢案)的占 34.6%;认为是个别干警违法违纪案例(如上海法官嫖娼案)的占 42.3%;认为是普通公众眼中具有争议的法律规定(如赵春华案)的占 15.4%;认为非上级单位管控的都难以应对的占 3.8%。数据表明法院认为涉及意识形态领域的案件因借助上级管控,相对容易控制。法院真正难以应对的舆情来自社会热点案件和个别干警违法违纪案例,其中,个别干

警违法违纪案例引发的舆情应对难度更高于社会热点案件,事实上,这种认识亦存在一定偏差。对于个别干警的违法违纪案件,相关法院一般都能做出较为迅速的反应,并依规进行纪律或者法律处罚。社会热点案件引发的舆情通常表现为社会不满一审裁判结果,解决途径要依赖上级法院进行二审或者再审,其间社会各界对事实认定与法律适用的争议不绝于耳。由于要对案件做出正确的判定,必须经由上级法院阅卷开庭、核对证据、进行合议并报审委会研究决定等一系列程序,上级法院基于案件的社会影响,将在审理过程中持非常谨慎的态度,有的案件很难在未经依法审理之前作出预判,甚至有的案件还会案情反转,所以在没有落实证据和法律之前,盲目发声很可能造成舆情的进一步恶化。

(四)对于形成舆论审判的顾虑较大

通过表 4 可以看出,法院在评价最具伤害性的舆情上的认识。其中,认为形成舆论审判、道德审判,干扰了司法权依法独立行使的居首位,占 42.3%;认为执法争议、谣言传播使得人人自危,担心惹火烧身,伤害了干事创业干警工作热情的占 15.4%;认为舆情处理不得当,暴露法院的能力欠缺,损害了司法权威的占 23%;认为少数错案办理、少数害群之马的违法违纪行为被推而广之,形成对法院干警整体形象泼脏水局面的占 19.2%。可见,法院认为舆情产生的最恶劣影响主要集中在形成舆论审判、道德审判,干扰了司法权依法独立行使这个关键点上,这说明舆情应对的核心仍然是如何正确处理媒体与司法的关系。统计数据还表明,法院干警似乎在舆情问题上更加看重个案审判权的依法独立行使,说明舆论审判、道德审判

表 3 当前法院系统最难应对舆情种类评估统计表

最难应对舆情评估	涉及名人和意识形态领域的案件	社会热点问题案件(如于欢案)	个别干警违法违纪案例(如上海法官嫖娼案)	普通公众眼中具有争议的法律规定(如赵春华案)	非上级单位管控的都难以应对
百分比	3.80%	34.60%	42.30%	15.40%	3.80%

表 4 舆情对法院最大伤害评价统计表

舆情对法院最大伤害评价	形成舆论审判、道德审判,干扰了司法权依法独立行使	执法争议、谣言传播使得人人自危,担心惹火烧身,伤害了干事创业干警的工作热情	舆情处理不得当,暴露法院的能力欠缺,损害了司法权威	少数错案办理、少数害群之马的违法违纪行为被推而广之,形成对法院干警整体形象泼脏水的局面
百分比	42.30%	15.40%	23%	19.20%

对于案件审理走向的负面影响在当前非常明显，特别是面对一些媒体在案件审结前做出的定性报道(如彭宇案中关于好人受冤枉的报道)，通常会导致其后的审理不得不异常关注如何平息舆论的纠缠。由于公众的朴素正义观与法律条文之间存在的认识偏差，审判过程中甚至会产生官方通报与网络报道相悖的现象，更加聚集争议和质疑。即使法院最终“以事实为依据，以法律为准绳”作出裁判，并努力应对媒体和说服公众，但裁判结果的产生都无法回避高度关注案件的社会效果，越是具有新闻价值并被媒体高度关注的案件，其办案过程中的独立审查、独立判断越容易受到新闻报道的干扰。至于 15.4%的认为舆情伤害了干事创业干警工作热情和 19.2%的认为形成对法院干警整体形象泼脏水局面的数据其实源自法院干警对个人职业成长和职业形象的延伸思考。不能否认，舆情产生的负面效应，一方面使得判错案件甚至违法犯罪的法官受到了应有的处分；另一方面也使得一些仅仅是存在认识偏差、机械执法等过错程度不深的法官，因舆情造成职业生涯的断送，这显然有失公允。作为成文法国家的法官，势必首先依据法条进行审判，这使得法律与情理发生冲突时，法官很难凭借一己之力突破现行法律的规定进行裁判。而舆情产生后，鲜有人顾及法官和法院的难处，往往形成众口铄金的讨伐，显示出法官个人甚至法院面对舆论的弱势。

（五）司法与媒体之间缺乏有效的沟通渠道

通过表 5 可以看出，法院在涉法院舆情失控甚至谣言四起的原因分析。其中，有 84.6%的意见

认为法院正成为当前社会矛盾的集散地，司法与公众之间缺乏有效的沟通渠道，公众与法院之间彼此存在不信任感；认为官方信息发布迟滞，加剧了公众的猜疑的占 69.2%；认为个别媒体为吸引眼球，进行选择性的报道或者恶意炒作的占 80.8%；认为公众法治意识淡薄，法律知识匮乏，缺乏分辨真假消息相关知识的占 57.7%；认为对恶意引发、传播舆情的主体缺乏有效惩罚措施的占 57.7%。应当指出认为公众法律意识淡薄、缺乏有效惩罚措施的意见虽然超过半数，但并非决定性因素。而认为法院与公众沟通不畅、个别媒体炒作性报道的因素均超过八成，这表明在评价舆情失控的原因时，法院与媒体被看作两个根本的维度。而对于官方信息发布过迟的评价接近七成则进一步表明绝大多数法院认识到高效的司法公开工作对于化解舆情的至关重要作用。

（六）法院舆情应对能力薄弱，源头治理能力不足

通过表 6 可以看出，法院在舆情难以从源头、苗头控制的原因分析。其中，认为法院对舆情识别、筛查能力较弱，不能第一时间发现苗头，及时反应，防患于未然的占 73.1%；认为存在责任承担等问题担忧，过度依赖上级统一协调再发声，以致延误了萌芽状态稳控舆情最佳时机的占 76.9%；认为法院应对能力有限，公共关系能力不足，无力对抗网络水军的占 73.1%；认为受到敌对势力甚至外媒的干涉操纵，加剧事态发展的仅占 38.5%。从数据分析上可以认识到以下几点：一是，法院对于自身源头治理的主要问题集中于筛查能力弱、过度

表 5 涉法院舆情失控甚至谣言四起原因分析统计表

舆情失控原因	法院正成为当前社会矛盾的集散地，司法与公众之间缺乏有效的沟通渠道，公众与法院之间彼此存在不信任感	官方信息发布迟滞，加剧了公众的猜疑	个别媒体为吸引眼球，进行选择性的报道或者恶意炒作	公众法治意识淡薄，法律知识匮乏，缺乏分辨真假消息的相关知识	对恶意引发、传播舆情的主体缺乏有效惩罚措施
百分比	84.60%	69.20%	80.80%	57.70%	57.70%

表 6 舆情源头治理、苗头治理困难原因分析统计表

舆情源头控制和化解原因	法院对舆情识别、筛查能力较弱，不能第一时间发现苗头，及时反应，防患于未然	存在责任承担等问题担忧，过度依赖上级统一协调再发声，以致延误了萌芽状态稳控舆情的最佳时机	法院应对能力有限，公共关系能力不足，无力对抗网络强大的水军	受到敌对势力甚至外媒的干涉操纵，加剧事态发展
百分比	73.10%	76.90%	73.10%	38.50%

依赖上级协调和公共关系能力不足三个主要方面,其中因责任的承担而造成的对上级的过度依赖是造成错失苗头治理良机的最主要原因。二是,说明绝大多数法院认识到完善的舆情筛查制度是防控舆情产生和扩大的基础,即使筛查功能失灵,其后涉事法院自身的快速反应亦将对舆情的迅速平复有着至关重要的作用。三是,表明涉事法院应具备一定的风险自担和预先处置能力,而非一味依赖上级,以致错失源头苗头治理的第一时间。四是,法院公共关系能力严重不足,无法有效协调政府相关部门进行必要的技术支持和资金扶助,通常只能单枪匹马地面对强大的网络水军。五是,法院对敌对势力与外媒的干涉操纵亦缺乏深刻认识。

(七)对恶意引发、传播舆情的行为缺乏有效惩罚措施

近年来发生的“弱女子不配合强奸被判刑3年”谣言事件、河北高院副院长意外身亡后四个老婆抢尸体谣言事件、南京“李芊非法行医案”谣言事件都曾在网络上掀起轩然大波,这些谣言虽经辟谣,但由于广泛传播,影响恶劣,其后又不断沉渣泛起,导致不断有不明真相的群众信以为真,成为反复发作的舆情死循环。而针对这类事件的造谣者,不但并未进行刑事处罚,有的仅仅进行了几百元的行政罚款,事后复核的行政机关还以处罚过重为由退还了罚款,这种惩罚措施与其造成的恶劣影响严重不匹配的现象,使得针对法院造谣的违法成本极低,治理相关谣言更加困难。

通过表7可以看出,法院在制造传播网络谣言行为的责任追究上的认识。其中,各法院认为应该尽快增设“藐视法庭罪”,判处刑罚的仅占23.1%;认为应该进行高额罚款或者行政拘留的占57.7%;认为应当设置相当长时期的资讯发布禁止的占38.5%;认为应当对于故意制造虚假新闻的媒体和从业人员应该吊销执照或者资格证书的高达96.2%;无人认为为了保障言论自由,不应该处罚。

数据表明,法院干警普遍认为应对谣言制造者进行处罚,而不应采取放任的态度。相较于进行刑罚处罚,法院系统更倾向于进行罚款、拘留等处罚,并认为这种处罚原则上应当具备一定的震慑力和警示作用,不宜过轻,甚至应当较重。相比较对媒体单位的资讯发布禁止,更多人倾向对于具体的谣言制造者、传播者个人进行处罚,以既保障新闻资讯平台继续发挥舆论监督作用,又警示谣言的始作俑者。

二、舆论引导工作存在障碍的原因分析

(一)理念纠葛

1. 新闻自由和司法公正存在价值冲突

新闻自由是言论自由的衍生物,是社会公众追求和维护的重要价值,也是维系社会公正的基础制度。但由于运作方式、开放程度、评判标准、价值取向等存在诸多差异,传媒在以司法作为传播和评判对象时,经常不可避免地使用带有道德色彩和主观情感等非理性的语言进行报道和评论。新闻媒体通常具有一定程度的盈利性,容易受到经济利益和群众好恶的影响,追求“眼球效益”。司法权属于国家公权力,其运行是为了保障社会公平正义,本身不具有经济利益主张,并需要遵循严格的程序规则,通过对证据的认定和规则推理还原法律真实,并由此实现法律意义上的公正。由于司法本身的局限性,不能完全实现对客观真实的完全还原,有时也会与道德意义上的公正产生偏差。由于新闻报道以及时、典型、生动为追求,而很多案件正反映了社会矛盾的焦点,具有较高的新闻价值。由于我国当前司法权威尚待加强、公众对于司法公信力的信心尚待确立,此种局面为网络上种种的错误信息、煽动性信息的传播提供了社会心理上的基础,而司法活动的亲身参与者往往便利用新媒体赋予的便利性以及此种社会心理的普遍氛围,通过新媒体来煽动极端化的舆论,从而

表7 制造传播网络谣言行为追究何种责任意见统计表

对谣言追责的意见	应该尽快增设“藐视法庭罪”,判处刑罚	应该进行高额罚款或者行政拘留	应当设置相当长时期的资讯发布禁止	对于故意制造虚假新闻的媒体和从业人员应该吊销执照或者资格证书	为了保障言论自由,不应该处罚
百分比	23.10%	57.70%	38.50%	96.20%	0.00%

干扰司法权运作^[1]。

2. 法院舆论风险意识欠缺

当前,“黑天鹅”事件与“灰犀牛”事件层出不穷。但由于法院的核心工作是审判,面对日益突出的案多人少矛盾,法院不得不将主要注意力放在案件的审结上,这使得包括舆论引导工作在内的一些工作只有在非极端状态下才被重视。再有,法院舆论引导工作的常态是进行正面经验宣传,产生舆情虽然后果严重,但仍属于小概率事件,因此,有的法院对于舆情持侥幸心理,认为通过日常提升审判质量、强化审判监督、加强队伍管理就可以防止舆情的出现。错案、瑕疵案件虽然可以通过严格管理而减少,但事实上不能完全避免,再加上部分舆情往往因涉及司法细节被媒体曝光炒作,如复印费收费标准偏高事件。有的法院忽视了当前舆情发生的非理性和随机性特点,思想上的守旧造成对舆论宣传和舆情防控重视不足,一旦发生舆情,还存在“鸵鸟意识”与遮掩态度,忽视了新媒体时代舆论聚焦和曝光的高速性,对舆论监督存在消极情绪,进一步引发舆情发酵。

(二) 法院舆情应对机制落后

1. 研判与筛查缺乏细化分类标准

事实上,法院自身对最易引发舆情和最难应对舆情的评价意见较为分散,这确有当前的特殊环境下任何事件都可能酿成舆情“蝴蝶效应”的影响,但更重要的是法院对舆情的预先分析研判不足,缺乏精细化的分类评估。由于针对性筛查的杂乱无章,造成不能迅速将舆情处置分配给相关部门研判应对预案,处置力量分散。不能根据事态等级标注可能产生的舆情层级究竟为普通、重大、特别重大,亦缺乏事态变更的层级应对。一般而言,对于层级定义较低的舆情不安要素,应由相关部门作出快速反应,第一时间发布权威信息或进行正面表态,以平息舆论风暴,消弭舆情发酵的根源。对于层级定义较高的舆情不安要素,应迅速报请上级知悉,同时应结合事发单位最了解事态发展具体情况的实际,提出处理预案供上级进行决策参考。而实践中,通常未提前对事态发展程度进行预先层级评估,而是等到舆情发生并发展到不可收拾的地步再由上级定性为重大或特别重大舆情,但这种总结教训式的定性对于源头治理并无裨益。

2. 过度依赖上级协调

当前法院自身应对舆情能力较弱的表现之一就是,无论发生的舆情是何种状况何种层级,均不敢第一时间正面发声回应,完全依赖上级指示。在一些能够立即表明显而易见的立场和观点的舆情中,这种无谓的等靠行为通常引发舆论对法院担当作为能力和司法公开水平的深度质疑,亦造成原本应当迅速化解或者在小范围即化解的小事件酿成全国性舆情,抹黑了整个法院系统的形象。这与责任的承担直接相关,涉事法院未必不清楚舆情升级将引发的恶劣影响,但由于担心错误发声或者未经上级批准发声,一旦因媒体的介入或者公众情绪的点燃造成形势有变,之前的表态可能被聚焦炒作,即使在表态当时看来是正确的意思表示也在后续的矛盾升级和相关处理进程无法快速跟进中成为被媒体断章取义的错误表达,不经上级协调先行进行处理对于涉事法院而言风险过大,不如选择不发声。不发声而完全依赖上级协调则将风险转嫁给了上级,在当前的涉舆情处置权责不清、司法与公众存在信任纠葛、个别媒体选择性报道的综合背景之下,过度依赖上级实则是无奈之举。然而,汇报审批程序势必耗费一定的时间,面对舆情借助新媒体、新新媒体大肆快速传播的现状,一律不分情形地等待上级协调而不采取必要的先行措施,容易导致上级做出批示时形势已发生重大变更,形成指示与现实互不对应,造成一些本属于小事件的萌芽舆情最终持续发酵为公众事件,最终影响司法公信力和法官职业群体的形象。

3. 司法公开未达到群众广泛认同的理想效果

虽然法院在庭审公开、审判流程公开、裁判文书公开、诉讼指导等方面做了大量工作,也取得了一定成效,但正是由于这种关注广泛性和全面性,以及公开的数量过多,又缺乏必要的亮点提示和参考引导,使得公众容易产生审美疲劳和选择困难。加之法律对普通人的专业性障碍,公众难以对法院引以为傲的经典案例、优秀庭审、优秀法律文书等留下深刻印象,更无法欣赏其中精深的法律智慧与裁判技巧。现有的公众开放日活动、制作宣传片等正面宣传活动虽然投入精力较大,但受众依然较为局限,尚不能实现全面参与。面对舆情,辛辛苦苦树立的良好形象往往毁于一旦,形成“千里之堤毁于蚁穴”的尴尬局面,这与公开程度未使得公众对法院和法官的公正形象达到深度确信有

关。如前所述,成立媒体工作室、新闻中心、审判庭记者席等的占比只有一成,说明法院与媒体直接的、纵深的联系不多,主动接受媒体监督的实践亦极少。相比较于法院的自我宣传和自我褒扬,公众更加信赖媒体的客观播报,而媒体亦更能从新闻学的专业角度敏锐捕捉公众的兴奋点,因此,当前,司法公开的内容虽然十分丰富,但由于既不能达到全民的深入参与,亦不能以客观第三方视角做出令公众感兴趣的肯定性评价,尚难以达到人民群众对法院工作深入理解、广泛认同的程度,当舆情产生时公众难以排除内心的疑虑,容易被质疑甚至谣言所影响,这也是司法公开程度不够纵深的表现。

(三)司法与媒体沟通机制不顺

1.依靠主流媒体发声不足

虽然,主流媒体对敏感问题的播报发声通常不如一些非主流媒体更新速度快捷,但因报道资讯的真实性、权威性和全局性的社会影响力,主流媒体仍然是官方报道的首选,对化解舆情承担着一锤定音的角色。然而,法院日常与主流媒体的沟通不足,通过央媒党媒传播信息较少,遭遇舆情后,既不能通过快捷机制尽快向社会澄清真相或者表态处理,更不能形成联动机制,随时通过报刊、电视台、电台、国家重点扶持的新闻网站共同发布资讯,播报涉舆情事态处理进展。这固然有法院自身处置舆情不力的因素,但法院与主流媒体的沟通能力不强亦是短板。不论舆情的产生系出何因,即使后续处理需要通过相关的法律程序,但第一时间通过主流媒体向社会做出负责任的正面表态(如声明彻查真相等)并不复杂和困难。在面对涉法院重大舆情时,主流媒体都表现出乐于报道的态度,但法院往往不知应如何与媒体正面沟通交流,在和党媒等上层媒体的接触上缺乏渠道更心存敬畏疑虑,通常未能主动为主流媒体的采访播报等活动提供必要的场地、技术、资讯支持。

2.新媒体应用缺乏体系化建设

目前虽然绝大多数法院都通过“一网两微”进行正面宣传报道,但遭遇舆情特别是遭遇由“一网两微”传播的舆情时,这些新媒体往往不能面对不断产生的质疑所形成的前期预热造势、中期公开跟进和后期总结宣传相结合的持续联动,不能以新媒体特有的快速传播方式回应舆情。作为新媒

体的延伸,“新新媒体”的功用亦不可小觑,但对于“新新媒体”的应用却存在盲区,当前法院通过抖音、快手等新兴方式制作宣传节目的较少,而抖音、快手等以录制小视频为基本内容的新新媒体在社会上普及率极高,既能够以群众喜闻乐见的形式进行正面宣传,亦可以作为网络的延伸,制造和传播舆情。正如美国学者尼尔·波兹曼所说:“会话的形式对于要表达的思想有着重大的影响”^[2]。当前,一些法院甚至没有开设抖音、快手账号,即使开设了账号,制作的小视频内容影响力也又还有待进一步考量,说明法院对于“新新媒体”的应用带有相当的滞后性,对“新新媒体”应用存在较大的覆盖盲区,亦不能第一时间跟进新兴媒体的传播方式与内容,与群众日常能够以最低成本获取并乐于参与的司法需求存在脱节。

(四)惩罚性措施不足

1.处罚依据不足

西方很多法治国家的法院不但享有崇高的威信,更在《刑法》中设置了“藐视法庭罪”以保障司法权威。我国目前还未对媒体应当受到怎样的法律约束及承担怎样的法律责任进行立法,现行《刑法》也没有把媒体及记者视为特殊的责任主体,在新媒体的使用与约束上更是一片空白。两高 2013 年联合发布的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》仅仅局限于利用信息网络实施诽谤等刑事案件,对于利用信息网络抹黑司法机关和司法人员的行为并不适用。这造成针对涉司法谣言缺乏刑罚的有效威慑,容易造成舆情极端事件层出不穷。虽然三大诉讼法规定了法院拥有进行罚款和司法拘留的权力,但罚款与司法拘留等措施主要针对妨碍审判与执行的行为以及针对法院干警个人的侮辱与诽谤,对于制造和传播涉法院谣言的行为,法律没有做出可以进行相关处罚的规定,导致法院自身无权处罚,难以维护司法权威。

2.造谣成本低而收益高

目前行政罚款的金额的上限一般不高,针对个人的罚款数额更低,行政拘留的时限也有严格的规定。这些惩罚与造谣者所引发的极其恶劣的影响相比可谓显著轻微,特别是具有职业媒体人身份的记者、网络大咖、一些执业律师等因制造、转发和评论相关涉法院谣言,吸引了大量的阅读群体,知名度的迅速蹿升,起到了不容小觑的广告

效应,并最终能够带来巨大的经济利益。因此,即使受到相关的行政处罚,与所能得到的利益相比,亦是九牛一毛,这种成本与收益的巨大差异正是网络谣言屡禁不止的最重要原因。

三、域外关于处理媒体与司法关系的经验

“一个社会的法律的全部的合法性最终必须而且只能基于这个社会的认可,而不是任何外国的做法或抽象的原则”^[9]。因此,我国可以参考借鉴国外的先进经验,并结合国情,形成独特的中国司法应对。

(一)美国司法缄口令

美国的司法缄口令,又称“禁口令”,是由法院事先发布的限制言论的命令,用以约束与司法相关的言论。针对发布对象,缄口令可以划分为三种类型:一是针对被告人的缄口令,二是针对媒体的缄口令,三是针对律师的缄口令。美国联邦法院在1976年以后废弃了对媒体的缄口令。现在的缄口令用途主要是为了规范律师的言论。这并不是说要否定律师的言论自由,而是主要为了禁止律师与媒体讨论案件中可能出庭作证的证人、证供可能包括的内容、关于被告人是否有罪的推测和定性等有可能干扰法院独立、公正司法的内容^[10]。

(二)欧洲新闻事务工作指南

在欧洲,几乎所有国家都表示,需要制定法院新闻事务工作指南来处理司法与媒体(包括新媒体)的关系。法院新闻事务工作指南能够明确新闻机构可以对法院工作人员提出什么要求,以及法院应当如何在法庭审理之前、之中与之后作出新闻简报。同时,它能够规范一系列实际操作的问题。在不影响司法权的前提下,法院新闻事务工作指南应当针对法院与法官建立内部约束机制。它能够促进司法机关在应对新闻事务工作时保持统一,它也应是法院应对记者就个案提出具体问题时的行动指南,它还将进一步让记者明白司法机关与新闻机构如何才能有组织地沟通交流^[11]。

(三)藐视法庭罪

《英国藐视法庭法》规定了以下几种藐视法庭的具体行为:一是不服从法庭或法官指令,对法官发布的要求或禁止某特定行动的禁令不服从者,可以视为藐视法庭的具体情形;二是不履行法律规定义务,例如陪审员自身行为违反法庭司法程

序、证人不出庭作证、记者拒绝回答透露有关重要消息源等;三是侮辱妨害法官和诉讼参与人的行为,例如恶意侮辱法官、证人及对方当事人,恶意打断审判程序或者其他妨害法庭审理的行为;四是不当报道行为,包括违反推迟报道要求的行为;五是未经法庭许可录音录像^[12]。能够列入藐视法庭罪的行为包括法庭上不当言行和法庭外的抗拒干扰。传统的藐视法庭罪又有刑民之分。该罪名是法院的尚方宝剑,但并非可以随意使用。藐视法庭罪的设立和适用,需要注重言论和新闻自由、司法公正、保护当事人合法权益和公民隐私等各种权利、自由、利益和价值之间的平衡,将重点放在维持法庭秩序和捍卫司法尊严上,从而最大限度地保障司法公正^[13]。

(四)对我国带来的启示

司法的中立地位、独立精神、公正品格乃司法之精髓。不论是处理与传统媒体的关系,还是处理与新媒体的关系,各国都把司法规律作为不可逾越的界线^[14]。对我国而言,法院虽然应当不断大力推进司法公开,进行司法“去神秘化”,并主动为新闻媒体的报道提供便利,主动释明法律与新闻之间不应逾越的红线,并就媒体渴望报道的内容进行沟通。但法院对于媒体的言论自由的限制必须审慎和严格,对于公民个人特别是执业律师和一些网络大咖的不当言行应当做出禁止性限令,对于违反相关禁止的应当进行进一步的处罚,以儆效尤。此外,对于恶意损害法院与法官形象的行为必须采取必要的惩罚已是公论,即使不能处以类似“藐视法庭罪”的刑罚,亦应强化对其民事责任的追究,而这种进行民事处罚的权力在我国确有必要由法院自行行使。

四、提高法院舆论引导能力的建议

面对新媒体的时代特征,法院不但要以“三同步”原则作为基本指引,更要因势利导,主动作为,采取有效的措施,不断适应新情况下的舆论表达。

(一)强化法院舆情自主化解责任,实行必要的风险自担

为了改变下级法院对于上级过度依赖而错失舆情萌芽治理的局面,应当由爆发舆情的法院在舆情产生24小时内通过媒体向公众进行正面表态,初步表明对问题进行彻查,如确实存在错误将

追究相关责任的决心,以不遮掩、不护短的态度取得公众的信任,并为后续的工作争取一定的宝贵时间。由于新媒体舆情泛滥的快速性和不可控性,仍需就具体处理意见和处理步骤向上级进行请示,但这种请示不应是责任和风险的转嫁的手段,不应助长涉事法院,只靠请示上级,等待上级“手把手”的指导,用简单执行命令的作法推卸责任、转移风险的心理。由于涉事法院通常是最了解舆情产生根源和实际情况的,所以在对上级进行请示的同时,其应对前期疏导、事中处理、事后总结和追责等提出可操作性预案,在事态产生新的变化而进行新的请示时,亦应同步报送调整后的预案,对于与前期预案产生冲突的,应简要说明理由。为了防止预案空洞和流于形式,上级法院应在舆情化解后,对照实际处理的方案对涉事法院所呈报的预案建议进行合理性、可行性和及时性评估,对于评价不合格的,应给予相应的处罚。

(二)建立精细化的舆情风险评估与引导机制

1.涉案舆情

对涉案舆情分立案、审判、执行三个基本阶段进行全覆盖评估与处置。在立案阶段,依托“智慧法院”建设,对涉及“四类案件”、敏感起诉人群、有可能引发道德伦理争议的案件进行舆情风险标注,提前做出舆情热点预判,同时呈报给领导和分配给审判庭,进行早期风险防范。在审判阶段,对涉案舆情焦点由审判团队进行类案检索,并梳理类似案件与本案的异同点供员额法官参考,法官可具体分析证据、事实与法律纠葛,归纳涉案舆情的敏感要素,并提出初步审理思路和判决结果可能带来的影响供专业法官会议、审委会研究。在执行阶段,执行团队应迅速评估舆情产生的根源究竟是审判阶段的裁决有误而导致无法正确执行,还是执行本身的程序、事项违反了法律的规定,对于前者有必要依托审判监督程序进行相关处理,对于后者则依靠执行回转等执行程序更正。

2.涉人舆情

对涉人舆情则应依托队伍建设进行处理。这里的涉人舆情一般指涉法院干警的违纪、违法或者涉及法院干警的威胁、造谣、中伤等。无论干警是否违纪,法院第一时间做出成立专门调查组进行调查并将调查结果尽快反馈给社会的表态至关重要,其显示出法院进行队伍纯洁化的决心与勇

气。对于确实存在违法违纪的,由纪检部门向公众承认队伍管理失职,并表态依法处理相关人员。对于对法院干警进行威胁、造谣、中伤的,在做出澄清后,应依靠组织力量对被侵害的法官给予安慰和心理疏导,对于涉及违法犯罪的造谣、中伤者协同相关部门进行刑事、行政处罚,并公开进行舆论谴责。

(三)强化司法公开的群众参与深度

1.对审判流程公开引入法官自评和专家点评

司法公开不但应以“看得见”的方式进行,还应以群众“看得懂、喜欢看”的方式推进。应当说,对于庭审直播、裁判文书上网等审判流程公开,中国法院倾注的心血是其他各国不能比拟的。但由于案件基础量极大,普通公众一般无法在铺天盖地的公开材料中进行全面筛查,很可能以偏概全地解读某一部分庭审和裁判文书,因此,司法公开要纵深化并不能完全依托简单的数量跟进。再有,如果不具备专业法学理论培训和长期司法实践的打磨,很难形成良好的庭审驾驭能力和裁判文书写作能力,这也使得当前的审判流程公开虽然内容多样,但其精华部分不能被公众认识和欣赏,因此有必要由专业人士进行亮点的提示与解读。因直播的庭审其基本上是法官选取的具有代表性且较为规范的庭审,应设置链接由法官总结简要案情,并对庭审程序应用、庭审驾驭、庭审形象和庭审公开几个基本方面亮点进行自我评价,以摘要的形式方便公众了解案情和庭审焦点与优点。还可以,每半年或者每一年,由中院组织资深法官、知名律师和高校学者共同评选辖区内的优秀庭审,对于当选的优秀庭审,由各方评委分别写明推荐意见在网络上公示,以提示和教授公众如何赏鉴优秀的庭审。对于裁判文书的公开,因其实现全面上网原则,势必存在良莠不齐的客观情况,因此不宜逐篇都由法官自我评价和提示亮点,但仍可由中院组织各辖区法院每年评选出本院的10篇优秀裁判文书作为宣传指导的典型案列,在发布的同时列明裁判要点和当选理由,并重点对说理部分进行点评,通过专家对裁判文书深入浅出的主旨梳理消除司法的神秘感,让公众了解裁判思路,减少道德认知与法律认知的思维偏差,增加对法院公正审判的认同感。

2.建立专门平台畅通网络民意表达

自媒体时代,信息传播方式发生颠覆性变革,

人人都可能成为信息的发布者和传播者,在网络空间等新媒体载体上重建了新的话语权秩序,因此采取封堵的做法既不符合司法公开要求,也脱离社会现实。不能否认,公众对于探知神秘司法有着浓厚的兴趣,但除了极少数能够参加公众开放日等活动的公民,绝大多数群众缺乏低成本、高效率的与法院直接互动的平台。如果法院大力打造的庭审直播网、裁判文书公开网仅仅成为单一的结果编纂,则浪费了巨大的资源。再有,直接解答群众疑惑的话语权,如果不能由法院的正能量主导,就会被各种负能量占据。因此,可以考虑在庭审公开直播网、裁判文书公开网设置实名制的公民点赞功能,收集群众满意度高、认可度高的数据,以调研和提炼民意导向,为审判提供参考,并作为评优的一项民意指标,促进法官提升司法能力。还可以开设群众意见表达和质询的平台,并参考天猫、淘宝等网络平台的客服制度,由专人定期收集针对平台展示的庭审和文书的相关问题,并进行回复,以减少公众对于庭审、裁判文书的质疑和不解。但回复的问题不能包含未决案件,也不越俎代庖进行其他法律咨询,对于侮辱、谩骂的垃圾信息,法院可以通过后台直接屏蔽。

(四)主动开示民生案件,为媒体报道旁听报道提供便利

实践中,在一些引起新闻界极大关注的案件审判中,有些法院总是将记者排斥在司法庭审门外,或因没有旁听证而没收笔记本、相机等。法院有时为减轻舆论压力,采取限制庭审旁听、不允许或限制媒体采访等方法,刻意逃离公众视线。案件信息屏蔽的后果是法院在舆论空间失语,公众往往更容易受到误导,结果反倒会加剧对法院裁判结果的责难和质疑⁹¹。一般而言,我国媒体和公众对社会高度关注的刑事案件、引发伦理争议的民事案件有强烈的兴趣,但这些案件通常不过是因为“眼球效应”而名噪一时,真正与公众生活贴近的乃是民生类案件的处理。为了平衡这种倾斜性关注,法院应当引导媒体和公众关注一些有教育意义和日常实用价值的民事案件,比如劳动争议案件、消费者权益案件、涉及重大伤亡或者财产损失的损害赔偿类案件、涉及教育医疗机构的案件。亦可引导其关注政府信息公开、环境污染、涉房屋拆迁、治安管理等行政案件。法院应当对以上案件与公民个人息息相关的“衣食住行,

业教保医”等问题的关联做出热点提示,并提前两周在各法院的“一网两微”上发布可供媒体自由旁听庭审的每周案件开庭表。媒体对其关注的普通案件只需在庭审前一周向相关法院提交申请,即可进行旁听或直播庭审。对一些社会普遍关注的案件,法院可以就案件的审理方案、推进程序、存在的证据认证困难和可能适用的法律与媒体代表举行会议,以多角度的法律分析,为媒体提供丰富的报道资讯,并提供一定的场地和技术支持,以产生良性互动。

(五)加强对违反报道禁令、造谣传谣等行为的惩罚

1.司法拘留

前述数据表明,当前只有两成的法院干警认同尽快增设“藐视法庭罪”,这说明结合我国的立法、司法环境和国情,对造谣者判处刑罚反而引发更大的危害。由于我国的司法权威仍处于正在树立的过程中,法院干警的整体素质也不及西方发达法治国家的法官精英群体,因此对“藐视法庭罪”的界定和适用很容易突破法律边界和公众可接受的认知范围,稍不留意就会形成法院滥用该权力侵害公民言论自由的印象,反而造成更大的公关危机。但这不代表不应对故意损害法院、法官形象的个人进行自由限制,以示惩戒。三大诉讼法针对妨碍审判、执行的行为以及针对法院干警个人的侮辱、诽谤规定了可以适用司法拘留。违反报道禁令、造谣传谣等行为对独立审判权、法院形象、法官形象的侵害很大,应该通过司法解释,将这些行为归为妨害审判的行为,进行司法拘留处罚,以避免行政拘留难和行政拘留短的不利后果。

2.惩罚性罚款

一般性的罚款,无论是针对公民个人还是单位的罚款上线都较低,这与一般违法行为的社会危害程度不高直接相关。然而,违反报道禁令、造谣传谣等行为在新媒体时代造成的恶劣影响通常是全国性的、不可挽回的,而且违法报道者、造谣传谣者通过其违法传播资讯,迅速提升了知名度,其后往往产生巨大的经济效益和广告效益。如果仍然适用普通的罚款规则,显然不足以使违法报道者心存敬畏,反而产生成本收益间的价值取舍,并诱发不断产生新的违法报道。因此,应针对恶意报道的个人进行因违法报道而产生收益的三倍罚

款;对于恶意报道的媒体则扩大到其全年广告收益的三倍进行罚款。

3.从业限制

对于执业律师,如果其因该不当行为被拘留的,则应当向司法行政部门发出吊销其律师资格的司法建议;对于故意造谣的记者,如果其被处以司法拘留的,则应向新闻管理部门发出吊销其记者资格的司法建议;对于一些网络大咖的不当言行,不当资讯传播行为,应由法院以决定书的形式勒令其在相关媒体或者网络、微信、抖音等新媒体平台发布不间断的一定时长的道歉声明,以消除影响。

“技术既无好坏,亦非中立”^[10]。面对新媒体逐渐成为舆论场主导力量的现实,法院不但不能故步自封,反而应当以更为积极和开放的态度审视、应对和化解舆情。在直面新媒体时代的同时,加速司法公开与司法民主,使得司法行为更注重参考民意,增强公众对司法的信任,推进司法文明和人权保护的有关制度的建立和完善。

参考文献:

- [1] 高鹏.新媒体与司法公正[J].新闻传播,2018,(07):19.
- [2] (美)尼尔·波兹曼.娱乐至死[M].章艳等译.北京:中信出版社,2009.
- [3] 苏力.道路通向城市:转型中的中国法治[M].2004,(05):298.
- [4] 陈弘毅.从英、美、加的一些重要判例看司法与传媒的关系[J].司法公正与权利保障,2001,(07):165.
- [5] 蒋惠岭,杨奕.司法公开与新媒体关系的多元比较[J].人民司法·应用,2014,(19):8.
- [6] 马永平.英国藐视法庭罪及其借鉴[N].人民代表报,2015-10-08.
- [7] 何帆.藐视法庭罪的前世今生[N].人民代表报,2015-08-05.
- [8] 蒋惠岭,杨奕.司法公开与新媒体关系的多元比较[J].人民司法·应用,2014,(19):8.
- [9] 侯登华,杨博.论自媒体对司法权力运作的影响及司法应对[J].法律适用,2016,(10):100.
- [10] (美)曼纽尔·卡斯特.网络社会的崛起[M].夏铸九等译.北京:社会科学文献出版社,2001,(6):90.

Review and Reconstruction on Responding Mechanism for Public Opinion of Courts in New Media Age

Research Group of Tianjin Binhai New Area People's Court
(Tianjin Binhai New Area People's Court, Tianjin 300457, China)

Abstract: Judicial activity itself has a certain degree of lag, coupled with the lack of regulatory mechanisms and means, so that when negative public opinion appears, the court is often in a very passive position. Taking all the three-level courts in Tianjin as samples, the group summarizes the practical problems in the guidance of public opinion in the courts, analyzes the reasons for the disputes in ideas, the backward response mechanism, the poor communication mechanism between the judiciary and the media, and the lack of punitive measures. The group introduces the foreign experience from the perspective of comparative law, and draws some ideas for our country to use for reference, that is, taking the “Triplex Synchronization” principle as the basic guidance, strengthening the court's public opinion to resolve the responsibility independently, and implementing the necessary risk-taking; Establishing a refined public opinion risk assessment and guidance mechanism; Strengthening the depth of public participation in judicial openness. They should take the initiative to disclose cases concerning people's livelihood and provide convenience for media coverage. In order to adapt to the expression of public opinion in the new media era, we should strengthen the punishment for violations of the reporting ban and rumors.

Key words: public opinion; public opinion guiding; “triplex synchronization” principle; new media age

(责任编辑:孙晓民)

从“治安秩序”回到“治安”对治安概念再理解

黄 鹏, 佟国忠

(天津公安警官职业学院, 天津 300382)

摘 要:治安是国家和政府高度重视的工作,也是社会各界广泛关注的领域。在安全成为政治社会生活重要议题时,治安学的发展却出现了危机,特别是治安学理论久陷困境而无法取得大的突破。出现问题的主要原因是,现有治安学以“治安秩序”为中心构建理论体系,回避了对治安概念的本质追问,导致对社会现象和现实实践解释力度不足。治安学要发展繁荣,需要回到对治安概念的再理解。通过对概念词源抽象、历史抽象、实践抽象的概括发现,治安理解为“权力安全”更为准确。对“权力”“安全”以及作为整体的“权力安全”分析,从结构性和时间流上进一步揭示出治安概念的内在张力。对治安概念的再理解,也是构建新治安学的基础。

关键词:治安;概念;治安秩序;权力安全;治安学

中图分类号:DF34

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0099-08

治安,已经是一个深度融入生活的词汇。人民用治安来表达自身的安全感受,党和政府将治安作为一项重要基础工作投入大量资源加强治理。治安学作为公安学下的二级学科,虽然获得了社会建制,但成熟的治安学理论体系尚未形成,理论总结实践、指导实践的作用发挥还比较欠缺。治安学的发展,特别是治安学的理论研究,急需突破。2020年全国第十三届治安学年会上,提出了治安学的学科安全问题。治安“立学”未稳即处忧患之境。治安学怎么了?治安学的问题出在哪儿?治安学要怎样发展?本文从治安学“杭州之问”出发,总体上反思既有研究,重新理解治安概念的时代内涵,尝试为繁荣治安学理论研究提供一个新的视角。

一、问题:治安学的危机,还是治安学的困境?

治安学的学科安全问题被提出来,体现了治安学圈内人对治安学现状的深刻思考,担忧治安学有被取消的风险。对治安学前途的担忧事实上也并非杞人忧天,这与近几年治安学发展的现状密不可分。一是传统治安学视野中的治安在国家治理中的地位客观下滑。2014年,总体国家安全观提出后,安全成为与发展并重的两件大事,国家安全、政治安全等成

为新的中心话语,传统视野中的治安在全部公安工作中的关注排序有所后移。二是治安学学术地位降低。在总体国家安全观背景下,国家安全的概念要优先于治安,甚至公安。2020年12月30日,教育部正式批准设置国家安全学一级学科。治安学乃至公安学与国家安全学的关系理不清,造成学科发展空间受限,身份尴尬。近年,中国人民公安大学对教学院部进行调整,没有再独立设置治安学院,而是成立了治安与交通管理学院。一个院部的名字虽然不能说明什么问题,但是可以看出治安学学术地位降低的趋势,高校对治安学的认识在边缘化。三是治安学的社会性失语,治安学走不出治安圈。治安因为隶属于公安,其研究也就带有一份秘密色彩,对治安的研究大多局限于警察院校和很少几所政法类地方高校圈子中。社会大众对治安的认识,更多受实际工作宣传和自我理解的影响。杭州年会上,作为治安学圈外学者代表的余潇枫教授,更是点破了治安学研究社会性失语的状况。在国家提升对安全问题的重视之后,全社会对安全的关注热度也在不断上涨。作为与每一个人生活密切相关的治安,学术研究没有与社会形成广泛互动,没有能够提供高质量的学术思想和研究成果,这不是治安学研究相对涉密形成壁垒所能解释的。杭州年会上,宫志刚教授担忧的治安学学

作者简介:黄 鹏,男,天津公安警官职业学院政治处讲师,主要从事治安学和社会治理研究;

佟国忠,男,天津公安警官职业学院侦查系教授,主要从事治安学研究。

科安全问题变得非常真实而迫切,关系到治安学发展存亡的危机,好像真的来了,而且来得很快。

在国家强调总体国家安全观的时代背景下,包括治安在内的安全治理,理论上不应该有发展的危机,反而应该是巨大机遇。为什么还会有治安学危机?客观上,国家安全学的强势快速崛起,相近的法学、管理学、社会学、犯罪学等学科的成熟,都给治安学的发展带来很多挑战。但根本上,还是治安学自身发展的问题,特别是治安学理论研究跟不上治安实践的问题。从公安学获得一级学科、治安学获得二级学科地位之后,治安学理论界一直呼吁并致力于加强治安理论研究。但现实是,已有理论远远不够,并没能走出治安圈,更不用说形成广泛影响力。治安实践发展迅速,展现出了新调整、新动向、新趋势、新特点,但是治安理论没有顺势完成突破,传统视野限制了实践认知,理论解释跟不上实践。治安学的危机更准确地讲,应该是治安学理论的危机。

治安学的危机主要是治安学理论上的问题没有得到深刻回答。理论从来都是对实践的科学总结,治安理论也应当随着治安实践和治安经验的变化及时发展,而不能抱守历史理论框架强行套用现实。理论框架一旦不能解释现实,必然要对原有理论框架进行调整,而不可能为了证明原有理论框架的正确,去刻意或非刻意地裁剪现实。当前,要解决治安学面临的危机,治安学理论研究必须要回应以下三个最急迫的问题:一是治安学存在与发展空间的问题,如何在总体国家安全观体系中找到治安的位置,理清与国家安全、政治安全的关系,进一步强化自身价值,避免被边缘化,最大限度争取资源发展壮大;二是社会形势变化快、关注度高与治安学回应不对称的问题,如何回应社会最广大人民对治安的心理期待和行动诉求,整合公安政府部门和社会群众对治安的各自认识,实现对治安新现象新事物的理论解释覆盖;三是治安学与相近学科的对话问题,如何处理治安与侦查、交管、国保等公安业务的关系,强化治安学科辨识度和学科深度,保持学科独立性,拓宽学科发展空间。要回答好这三个问题,需要重新反思一个更基础、更根本的问题:什么是治安?回答好了什么是治安,这三个最急迫的问题也就有了答案。

关于“治安”概念的界定,治安学似乎陷入了一种困境,虽然从学科诞生之时就一直在研究,但是一直没有令人十分满意的共识。治安学理论面临的危机,主要是“治安”基础概念的模糊造成的。治安理论解释力的不足,根源在基础概念、学科元概念的不足。2005年,郭太生教授就提出“治安学研究的困

惑”,指出治安学研究对象、与相关学科之间关系、学科边界范围等关键问题在理论上还不清楚^[1]。这个困惑客观上一直存在,十几年过去依然没有得到很好的解决,当初的困惑也就慢慢变成了困境。治安学理论的危机,更准确的表述应该是治安学基础概念研究的困境。

治安学基础概念研究的困境,导致治安学理论的危机,而治安学理论的危机导致治安学整体发展的危机。摆脱治安学危机,就需要从破解治安学基础概念研究困境开始。只要治安学基础概念研究取得进展并带动治安学理论突破,再与治安实践相呼应,治安学的发展就会迎来一个质的飞跃。从这个意义上看,笔者更愿意将治安学现在面临的状况表述为治安学的困境,而不是治安学的危机。

回到对“治安”概念的再理解,成为最核心的研究问题。

二、分析:以“治安秩序”为中心的治安学

越是日常、越是熟悉的对象,越是不容易研究。治安作为生活中广泛使用的词汇,人们经常使用却未必会去深察其意,要准确动态科学界定其概念,也确实是一件比较困难的事情。治安学的发展有一个过程,每一次学科的发展进步都是对“治安”概念的理解深化。治安学的发展分为前学科时期和常规科学时期。前学科时期,治安学从公安机关业务实践中提炼产生,以“治安”为核心构建概念体系。因缘于深刻的实践烙印,这一时期的“治安”概念主要指公安机关行政管理。常规科学时期,经过众多学者的努力,虽然仍有争论,但相当一部分学者形成了以“治安秩序”为核心建构治安学概念体系的共识^[2]。

学科概念体系的核心从“治安”向“治安秩序”转变,是一次理论进步的努力。对治安秩序的研究是学术界为了超越治安实务框架限制,跳出“现象——问题——对策”模型,扩大治安理论解释力而进行的一次尝试^[3]。治安学如何超越公安机关具体治安工作的限制,而成为一门具有深刻理论洞察力和宽广理论解释力的学科,是最根本的问题。或者说,治安学要成为获得社会建制的独立学科,必须要解决这个问题,关键是如何找到解决问题的答案。对这个问题的回答,不同的学者有不同的见解,形成了21世纪初治安学基础理论研究的百家争鸣。学界首先想到的是对学科概念的重新理解,也就是要重新解释“什么是治安学”。重新解释也大体上分出了两条路径,第一条路径是在传统治安学基础上扩大描述概括的内

容,产生了广义治安与狭义治安,大治安、中治安、小治安等概念的区分。第二条路径是围绕治安概念的再探讨,并延伸到逻辑起点、上位概念等问题的争论,通过对概念本质的重新认识达到对学科概念的重新理解。这两条路径都取得了一定的研究成果,但总体来看,第二条路径获得的认可度更大一些。

两条路径代表了两条不同的学科理论生产逻辑。第一条路径代表的是归纳逻辑,从治安实践总结治安理论。这种方式可以有效地与现实相衔接,得到现有治安体系的理解与接纳,但是也有很明显的,就是理论的时效性。治安理论面向治安实践寻找答案,首先要回答什么是治安实践。如果把具体治安工作作为治安实践,治安实践经常发生调整,远一点的国家保卫从治安中划出,近一点的交通管理从治安中划出,再近一点的撤销综治办、调整社会治安综合治理,治安理论还没有来得及定型,治安实践已经发生变化,基于此之上的治安理论很容易成为过时。第二条路径代表的是演绎逻辑,把治安放到更大的背景中去理解,从上一层级的概念展开形成治安学的概念,并推导出治安学理论。这样治安理论就一定程度上摆脱了传统视野中治安实践的具体性和变化性限制,而指向治安的本质。反过来,治安实践与治安本质之间的关系,又推动治安理论调整发展。这种操作方式更容易让治安学整合融入现有理论体系而真正获得学科生命力。所以,对治安学逻辑起点的探讨会成为治安学理论研究中非常重要的一个问题。

理解了治安学理论建设的演绎逻辑,我们也就理解所谓治安学的逻辑起点和上位概念其实指向的是同一问题。1995年,治安学研究的学科逻辑起点问题被提出来。所谓学科逻辑起点,即该学科的本源,如“法”之于法学,“犯罪”之于犯罪学,“管理”之于管理学,“行政”之于行政学等等。并认为“治安”对于治安管理学而言,就是这门学科的本源。那个时期还没有治安学,治安管理学尚处于从准科学状态向常规科学状态过渡阶段^[4]。提出逻辑起点问题并将“治安”作为治安管理学的逻辑起点,重点突出的是对“治安”概念的理解,强调的是将治安概念的理解作为治安管理学理论研究的起点。但是,这一层意思在后续的治安学理论研究中发生了变化,对逻辑起点的研究不再是从“治安”出发研究治安学,而变成了从其它概念出发来认识治安,进而扩展到治安学。从哪个概念出发来理解治安缺乏标准的唯一性,所以不同的学者提出了不同的方案。有学者认为治安学的逻辑起点是社会安全和秩序^[5],也有学者认为秩

序是治安学的逻辑起点^[6]。围绕安全还是秩序是治安学的逻辑起点,学术界经过了长时间的争论。但是,不管是安全还是秩序,事实上已经偏离了逻辑起点的原意,不再将“治安”作为逻辑起点,而是将“安全”或者“秩序”作为逻辑起点。也有学者为了化解这一转变带来的问题,用“上位概念”来与“逻辑起点”对话,并认为治安理论与实践的上位概念是安全,安全关系是治安领域固有的唯一自变量,治安学的根本问题是人与社会间公共安全关系问题^[7]。转变后的“逻辑起点”其实说的就是“上位概念”。“上位概念”不是“逻辑起点”,如果以“上位概念”为“逻辑起点”进行治安学理论建设,必然会有概念边界扩大的问题。要解决这个问题,就要进行限制。后来的研究中,学术界又将治安学的“逻辑起点”从“秩序”限定到“治安秩序”,这也成了主流认识。但这种处理仍有问题,对秩序虽然加上了治安的范围限定,但逻辑重心仍落在“上位概念”的“秩序”上,由此展开的理论体系本质上仍然围绕“秩序”,而没有聚焦“治安”这个本应的“逻辑起点”。治安秩序的概念重心在秩序,而不在治安。一个学科不以自身为研究对象,必然会走向学术性死亡。没有以“治安”为重心和中心进行理论建设,这恰恰是当前治安学理论研究走入新困境,无法突破的根源所在。

从“秩序”到“治安秩序”,让治安学理论研究从“上位概念”困境落入了“下位概念”陷阱。如果治安的展开起点从框架之内的“下位概念”出发,寻找对理论框架的解释,逻辑上会有为解释而解释的倾向,理论上仍然摆脱不了自我建构的问题。而从治安框架之上的社会科学理论既有的“上位概念”出发,来描述、解释并进而深化发展治安理论架构,这种建构路径在逻辑上是开放的、对接的、融通的,是具有生命力的。“治安”只有放到更大的理解背景中才能看清内涵和外延,如果向下寻找,没有了外在理解背景,最后只能陷在既有框架中自我循环解释。所以,认识“治安”的理解背景,需要向上寻找,不能向下寻找,而且只能向上寻找。“下位概念”陷阱还让以“治安秩序”为中心的治安学理论无法完美解释“治安秩序”这个部分与“治安”这个整体的关系。治安秩序是治安的子概念,几乎每一本治安学教材安排体例时,都将治安秩序作为治安的一部分,但治安的一部分怎么变成治安概念展开的核心呢?核心与一部分是矛盾的,从外延上看,“治安秩序”要小于“治安”。“下位概念”陷阱让现有治安学理论仍受制于传统视野框架。以“治安秩序”为中心的治安学理论体系就是要重回以“治安”为中心构建理论体系。

三、反思:从治安概念的再理解出发

从治安的概念出发推演治安学,这一路径可以说是学术界的普遍思路。但因为对治安概念没有达成共识性的认识,治安学的界定也就成了百家争鸣。百家争鸣有利于推动学术发展,但学术界也意识到这种争鸣分散了本来就宝贵的治安学者们的精力,没有形成合力,影响了理论研究的繁荣。从治安学诞生直到现在,可以看到一代又一代治安学者们对达成治安概念共识的努力。后来治安学“逻辑起点”的提出,似乎让学术界看到了解决这一问题的新方向,打开了新思路,于是众多学者把目光投向了治安学的“逻辑起点”,并在“治安秩序”上达成了一定程度的共识。正如上文分析,这种以“治安秩序”为中心的治安学研究,是以回避对“治安”概念深层追问为代价的,一定意义上也偏离了当初理论努力的初心,达成的共识也不是本质性的。要继续向前发展治安学,绕不开回到对治安概念的再理解。

学界对治安的含义是做了大量探讨的。从词源的角度梳理了古代治安的含义,并基本达成共识。对现代治安含义进行了深入的研究,“治安”比较有代表性的含义有五种:一是法定社会秩序说,认为治安是指法律规定的秩序;二是维护法定社会秩序行为说,强调治安是维护法定社会秩序的行为;三是社会秩序状态说,认为治安不仅是指立法规范社会秩序和维护社会秩序的行为,更重要的是实现“秩序”状态;四是国家统治治理控制社会说,强调治安实质上是国家对社会统治、治理和控制;五是安全状态控制行为说,认为治安本质是一种社会控制,即个体或者组织为消除自身或他人不平衡的安全状态而实施的各种控制行为的总和。在仔细梳理“治安”的这些含义后,陈涌清倾向于认同社会秩序状态说^⑧。有学者在分析现有治安学教材后发现,大多数教材将治安的含义理解为治安工作、治安状态或治安问题,陷入了逻辑上的循环定义。治安应该是指社会安定有序的状态,核心是政权安全稳定^⑨。由此可见,当前学界对治安概念的理解基本上从“秩序”展开,并具体指向社会秩序状态。这种含义理解会依赖于“秩序”理论来发展治安学理论。秩序在现代学科体系中是一个很重要的概念,但不是最本源、最核心的概念,没有形成独立的学科。治安概念理解应该要与现有学科体系最基础的概念发生直接联系、直接对话,这样理论展开的视野才能更开阔。因此,在“秩序”之外,我们能不能找到解释力和融合性更强的“背景概念”?

对治安概念的理解应该是本质主义的。治安的本质是什么?治安到底指向什么?要探讨究竟什么是治安,该从哪儿去找?大体上有三条路径:第一条路径,从词源上去找。为什么叫治安,治安这个词是怎么来的。语言是现实的一部分,但语言产生后,就限定了语言的范围就是现实的范围。语言是用来交流理解的,每个人的理解有共同的地方,也有不同的地方。每个时代对语言的理解也有不同。第二条路径,从历史上去找。概念的产生、流传确实很重要,有传承性,但概念的理解更是当下的,概念理解有流动性,当下观念对概念的理解比历史的理解更重要,拿历史上的治安概念直接搬用是不合适的。第三条路径,从实践中去找。不管是治安秩序,还是治安治理,可以作为治安工作的组成部分,服务于治安工作的开展。理论是对实践的科学总结,但是具体治安实践不等于治安概念本身。从这三条路径虽然不能得出概念,但笔者认为,对治安的理解应该从这三条路径的抽象中去找,也就是从对治安概念的词源抽象、历史抽象、实践抽象中去找。

从词源抽象上看,“治安”由“治”和“安”构成。对“治安”的“安”的认识有一定的争论,但不管是理解为安宁、安稳、安定,还是理解为安心、安静,最基础的理解都绕不开“安全”。“治安”的“治”指什么,存在的争论更多。“治”可以作为名词理解,也可以作为动词理解。与“乱”相对的“治”是名词,意思是安定。社会上治安圈外的人则更倾向于将“治”作为动词意义上的“治理”来理解。“治”的理解在这里有差异,而恰恰这个地方的差异造成了治安概念的不一样,以及由此引发学科建设的争论。“治”作为安宁状态来理解,治安就具有了成为追求结果的导向。以结果为起点的理论,天然具有向这种结果收缩的倾向,而不是从起点展开,这也是现在治安学面临的问题。从字义角度看,“治”理解为治理更为本源,而理解为安定是引申。

笔者提出从词源的抽象上理解治安,并不是强调通过准确界定什么是“治”、什么是“安”,来达到对“治安”的界定,而是强调在对本质的抽象理解中来把握治安。从本质的抽象来看,“治安”的“治”既是“治理”的“治”,也是“政治”的“治”。政治学是一个已经比较成熟的学科,“政治”的“治”主要指向权力关系。一定意义上,现代“法治”的“治”也是一种权力,体现的是社会权力;“自治”的“治”也是一种权力,体现的是人民权力。随着大数据和人工智能的兴起,出现了“智治”,“智治”的“治”也是一种权力,体现的是技术权力。根据这个理解,“治安”的“治”也应当指向

权力关系,“治安”可以理解为权力安全。从英语词源角度看,police一词本身就包含了治安或治安工作的意思^[9],而police又与politics同源,指向政治领域。综合中英文词源来看,“治安”理解为权力安全是比较到位的。

从历史抽象上看,权力安全这条主线一直没有变化,即使社会观念对治安的理解各有不同,但是对权力安全这一本质的围绕没有变化。无论是指向政治清明国家社会安定的古代治安,还是强调具有阶级性、法律性、强制性等特征的现代治安,背后隐含着的最重要的一条脉络都是权力安全,特别是政治权力安全。治安学的诞生发展过程,也是权力安全的演变过程。治安管理学时期,突出的是治安的行政执法法,与此相对应的是当时权力主要指政治权力的社会观念。随着国家改革开放和现代化的深入推进,社会对权力的观念发生了变化,不仅仅有政治权力,还有人民权力、社会权力,与此相对应治安的概念也发生了变化,所以出现了社会治安综合治理、治安社会化等新事物。再到当前,信息社会和智能社会的发展又催生了权力格局的进一步演化,技术权力开始成为一个新的维度,治安的概念也面临进一步的调整。国家总体安全观的提出,就是在新的权力格局演化中,通过国家的引导和建设,重新进一步突出强调政治权力安全的地位。通过抓住权力安全这一本质,比较简单地就把握住了治安的发展历程,也能够比较清晰地预测治安未来的发展趋势,而通过“秩序”则不容易洞察这些。

从实践抽象上看,用权力安全来理解治安比用“治安秩序”定位更准、逻辑更清、涵盖更广、对话更顺。“治安”受实务部门影响较大,但理论上分析,不能说实务工作中秩序是高频词汇,就把治安等同于秩序,而应该分析实务部门自身是什么。治安工作中,实务部门是什么?公安机关。公安机关是什么?政府。政府是什么?政治机关。政治是什么?权力。警察是政府权力流动的象征。现代权力还是一种生活性的权力,治安是一种生活化的治理。现代政治技术注重了治理人们聚合在一起,生活和交往的微观层面^[10]。当前治安工作中维护公共场所安全和公共活动秩序、治安案件查处、危险物品管理、特种行业管理、户政管理、社区警务、矛盾纠纷调解等工作,都是权力向日常生活渗透的体现。与秩序相比,权力是更为基础的概念,秩序是权力的派生物。权力才是应该围绕的那个中心,而不是作为秩序的派生物。

对一个概念下定义往往是很难的。很多人对治安概念的表述有共识的地方,但是要写出这个概念,

并且清晰而无杂义,比较难。我们不陷入对概念的争论,而强调对概念的抽象理解。一个概念在理解上能够表述思想、交流意见、预测未来,就可以看作是成功的了。下定义是对概念的表述,从逻辑关系上看,我们的理解并不是从概念本身来,而是从种属关系来。所以,重要的是要找到理解上的那个参照概念。相比较而言,用“权力安全”作为理解治安学的参照概念要比“秩序”或者“治安秩序”更准确。

四、探讨:对治安概念的拓展理解

概念理解的变化体现为观念的历史,可能是学术共同体的有为之,也可能是受社会影响的被动变化。治安概念的重新理解就处于这两种张力当中,过去公安部门、公安学者主体推动,从小范围向社会生活渗透。随着社会发展变化,现在社会群体、社会现象倒过来要求对治安概念进行重新的理解,社会观念的变化引动治安概念理解的变化。圈内人与圈外人对治安概念的共同塑造,会最终决定治安概念的含义。当前治安面临的总体环境主要有以下几个方面的变化:一是时代形势上,全面建成小康社会后,国家社会对安全的需求发生重大变化;二是社会背景上,现代化加快推进,出现技术社会、数字社会早期的影子;三是治安主体上,由过去的政府主导向共建共治转变;四是治安领域上,过去是特定的,现在是开放与拓展的。在这个背景下来理解“权力安全”,通过“权力”的理解拓展、“安全”的理解拓展、“权力”“安全”关系的理解拓展,进一步拓展对“治安”概念的理解。

(一)对“权力”的分析

“权力”不是“治安权力”^①,而是“治安”中本来就包含的内在属性。“权力”在现代学科体系中的基础性地位普遍公认,但是概念内涵的理解却有不同,往往是不同的流派根据对权力不同的理解建立起不同的学科理论。我们不陷入对“权力”概念的哲学研究中,而是重点考察两个方面。一是权力的范畴。治安中的权力主要是指现代政治社会领域内的权力。不是所有权力都属于治安领域,企业内部生产经营管理的权力显然就不属于治安领域。治安的权力范畴一定程度上也决定了治安的概念范畴。治安是现代政治社会领域内的权力安全,自然灾害引发的公共安全不属于治安范畴。二是结合形势背景的变化,重点感知权力格局的变化。治安现在面临的最重要的权力格局变化就是政治权力之外,社会权力、人民权力在增强。权力格局出现了政治、社会、人民之间的

复杂互动。这种权力格局的变化是治安新变化新动向的根源。过去的治安学理论视野更多的聚焦于政治权力,而对社会权力、人民权力关注不足,对权力格局新变化带来的新现象准备不足,对新治理实践中的新理念理解不透。党中央给包括公安在内的政法机关的主要任务是,维护国家政治安全、确保社会大局稳定、促进社会公平正义、保障人民安居乐业。这个主要任务明确包含了政治、社会、人民三个方面。将治安中的权力分为政治、社会、人民三个维度来理解,也与当前的国家治理相吻合。随着智能时代的带来,权力格局中是不是还会出现技术权力这一新的维度,还是融入政治权力、社会权力、人民权力,还是继续引发权力格局演变形成更新的权力格局?这也是“治安”概念更新理解和治安学发展非常值得关注与研究的内容。

权力格局分为政治权力、社会权力和人民权力,对应着国家治安、社会治安和人民治安。国家治安、社会治安和人民治安三者之间有自身视域内看到的独特内容,也有针对共同内容不同视角呈现的不同理解。当前的治安学,虽然也包含了部分社会治安和人民治安,实际上主要指向国家治安。现在有时学术界和实务界也用社会治安的表述,但是这个社会治安与笔者提出的因社会权力而来的社会治安是不一样的,是对治安的一种笼统指称,也主要指国家治安。总体而言,现在的治安主要还是受政治视角的限制,缺少社会视角和人民视角。这是当前治安学存在的问题,也正是未来治安学发展需要突破的问题。

(二)对“安全”的理解

对“权力安全”的理解,包括对“权力”的理解,也包括对“安全”的理解。现在对安全概念的理解普遍包括两个方面,一是客观上不存在威胁,二是主观上不存在恐惧。不管是汉语词典还是英语词典,对安全的解释都是免于危险和恐惧的状态。安全与危险、损失相对,与生命、占有相关,是一个非常基础的元概念,一定程度上只能从哲学层面上加以理解。安全关系到死亡,指向人类本能的需要。“治安”中的安全,限定的是公共安全,指向人的本能与社会性之间的关系,以及再与政治性之间的关系。

海德格尔的哲学告诉我们,时间是人类存在的核心。我们对安全的理解,也需要在时间的概念下来进一步认识。现在对安全的理解,不管是从客观上界定,还是从主观上界定,都落脚在“态”。什么是态?态是一个时间静止上的截面概念。而我们生活在时间流当中,对安全的关注更多的却是一种动态的心理,对安全的认识是当下对下一刻、未来的判断与感知。

从社会本体性生存出发,安全问题本质上是个体或社会群体对他者行为可预期性程序的社会信任^[12]。人们对安全的理解指向威胁,但在生命意义上更指向时间的确定性,安全本身就包含着一种时间倾向。理解安全,在截面的“态”上,还应加上动态的“势”,不仅要察“态”,更要观“势”。“态”是结构性,“势”是时间流。中国人习惯于以时间领结构,我们也就将“势”置于“态”之前,通过“势态”来进一步认识安全。有学者从中国传统哲学出发,提出了“优态共存”的安全理念^[13]。笔者借鉴并发展这一理念,将安全理解为“势态优存”,形势状态上(向)好的存在。据此,“权力安全”就可以理解为“权力势态优存”,“治安”就是权力形势状态上(向)好的存在。

从宏观上看,社会的安全也只有因循势态才能获得。安全不是筑墙封闭,这样最终只能被淘汰,而是要能在开放变化体系中保持平衡,能和社会形势相呼应、相融合。农业时代的安全、工业时代的安全、信息时代的安全分别有农业时代治安、工业时代治安、信息时代治安,下一步往智能时代发展,也就呼唤与智能时代相呼应、相融合的智能时代治安。

(三)“权力”与“安全”的关系

从构词的角度看,对“治安”的理解,起于对“治”和“安”的分别理解。“治”既可以作为动词,也可以作形容词,但是将“治”理解为权力关系后,就转变为名词。“安”也是既可以作为动词,又可以作为名词,但是将“安”理解为安全之后,就限定为名词。“权力”与“安全”两个名词之间的构词关系处理起来就相对简单一些,主要是两种思路,一种是“权力”的“安全”,通过“的”构成偏正结构;另一种是“权力”与“安全”,通过“与”构成并列结构。不管是“的”还是“与”,都可以作为理解的连接词。而且,一定程度上,“与”包含了“的”,从“的”也能推展出“与”。不管是“的”还是“与”,对“权力安全”的理解,重点都在“权力”“安全”两个名词本身而不是在连接词。更恰当的处理方法应该是将“权力安全”作为一个整体,直接指向具体内容和客观规律,也就是将“治安”作为一个整体名词来理解,直接指向权力安全现象、权力安全关系、权力安全体制、权力安全实践和权力安全运行规律等。

(四)“治安”概念的内在张力

通过“权力安全”理解“治安”,使“治安”具有了非常强的概念内在张力。通过“权力”的理解,揭示了“治安”概念的结构性。权力格局只是考察“治安”内在结构的一个方面,其它针对权力的分析都可以转变对“治安”内在结构的研究。通过“安全”的理解,揭

示了“治安”概念的演变性,展示了“治安”本身具有的发展演化内在动能。“权力安全”让“治安”概念在横截面与纵向度上完成整合,变得更加立体。以具有丰富内在张力的“治安”概念构建起来的治安学也必然有着强大的生存发展空间。

(五)治安的基础性与操作化

通过权力安全理解治安,发现了治安的基础性。以往的治安理论研究和实务工作,都将治安理解为一项项具体工作,将治安学理解为应用性学科,这也导致了前面提到的治安学空间不断被挤压蚕食的现象。权力安全是全部公安工作都要回应的主题,甚至是最根本的主题。治安与公安不是组成部分与集合体的关系,而是指向全部公安工作,是通过治安的视角、治安的理论来看待公安工作。公安理解为公共安全,是限制条件下的内部关系,这是由公共性决定的。治安在公安之下,也具有内向性。权力安全也是国家安全的核心主题,国家安全必然也要关注权力安全运行的现象和内在规律,“治安”自然也就成为国家安全的题中之义。社会治安与国家安全是在“国家—社会”体系治理框架内,一对以“人”的本体安全为统一基础的一体两面、共谋同行、转化同构的范畴^[4]。国家安全既包含对内,也包含对外,而治安主要是对内,治安包含在国家安全之中,但外延并不相同,要比国家安全小。对国家安全的高度重视与投入,必然也会带来研究“权力安全”的治安大发展。

发现了治安的基础性之后,还要说明的一个问题是治安的基础性与当前的治安实务之间的关系。仔细分析可以发现,现在的治安实务、治安秩序管理是维护权力安全的具体行动,另一个角度解读也就是将基础性的治安具体化的过程,可以称之为治安的操作化。治安操作化是治安的一部分,现有研究和实务工作中的治安很多其实指向的是治安的操作化。

五、展望:回到“治安”再建构治安学的简要勾勒

治安是治安学的元概念。回到“治安”概念再理解的目的是为了构建新的治安学。经过上文分析可知,所谓治安是指一定区域范围公共内部政治社会范畴内的权力安全。治安的内涵是权力安全,范畴是政治社会领域,限定是公共内部。从这个概念理解出发,简要展望新治安学的模样。

新的治安学将放弃以“治安秩序”为中心,转而以“权力安全”为核心构建学科体系。围绕着“权力”“安全”“权力与安全关系”以及“权力安全”整体,可

以将权力安全活动、权力安全关系、权力安全运行规律、维护权力安全体制等内容,作为新的治安学的研究对象。在上文中提到,以“治安秩序”为中心的治安学面临发展困境,生存空间和学科空间都被不断挤压,原先属于治安领域的研究对象一旦被其它相对更专业的学科划走,治安学的话语权随之就会不断减弱,进而造成治安业务的收缩。而从社会的认知来说,治安包含的内容又非常多样,甚至有“管得太宽”泛化的倾向。一边是治安学被挤压收缩,另一边是治安学被认识泛化,这样就形成了看似矛盾的“治安缩泛并存”现象。现在,回到“治安”的新治安学,以权力安全为研究对象,将治安渗透进全部公安工作中,重新进入原先被退出的领域,比如交通管理、消防管理等,也为进入新的领域找好视角,比如大数据警务等,甚至可以进入以前认为不属于治安的领域,比如侦查、国内安全保卫等等。新的治安学广泛而不失灵魂,是全部公安学学科都应该对话的基础学科。

新的治安学还将有效解决“大治安”与“小治安”的争论。所谓“大治安”实际上指的是治安的基础性,“小治安”指的是治安操作化中被其它更为专业的学科或工作切割后仍留在治安中的内容。从这里可以看出,“大治安”“小治安”的“大”“小”并不是针对同一标准而言,并不具有可比性。用“治安基础性”和“治安操作化”来表述更为准确。治安的基础性决定了新的治安学必然要面对整体而存在,治安的操作化又给单项具体治安工作作为新的治安学内容存在提供了空间。

新的治安学受治安基础性和操作化影响,学科气质将呈现出基础性与实践性同时存在的二重性。其学科框架包括:治安学理论、治安行为学、治安秩序学、治安组织学、治安法学、治安制度、治安政策学、治安价值论、治安现代化、治安与警察、治安治理学、政治治安学、社会治安学、社区治安学、治安技术、刑事治安学、交通治安学、文化治安学等等。

以上对回到“治安”的新治安学的简要勾勒,还非常简单粗浅,后面还要进一步深化研究。一个学科前景光明、道路通畅的基础是对自己清晰的认知所带来的理论自信、实践自信、学科自信。从“治安秩序”到“权力安全”,新治安学在内在逻辑上展示了理论的解释优势,在实践上回到自身更好地面向外界,契合了国家、公安机关、社会、个人等各主体的本质需要,也较好回应了“生存发展空间”“社会回应”“学科对话”等问题。总体上来看,以“权力安全”为核心的治安学,具有较强的发展潜力,沿着这一路径走下去,应该会有一个比较不错的学科前景。

注 释:

- ① 刘金龙, 李小波将治安权力解释为治安主体通过其占有的社会资源,运用各种手段,对危害治安秩序和公共安全的行为进行预防、控制、处置,以维护和重塑治安秩序的一种能力。刘金龙,李小波.简论治安权力[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2014,(05).

参考文献:

- [1] 郭太生.治安学研究的困惑与发展——兼述治安学学科专业建设专家咨询座谈会[J].中国人民公安大学学报,2005,(03):49-55.
- [2] 李小波.从治安管理学到治安学:概念体系的变化与学科范畴的确立——以库恩范式理论为视角[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2016,(06):148-156.
- [3] 李小波 张强.治安学基础理论若干重大问题研究进展[J].山东警察学院报,2016,(06):122-129.
- [4] 谢惠敏.对“治安”一词的再认识.公安大学学报,1995,(01):76-79.
- [5] 卢国显.论治安学的学科体系——以社会安全与秩序为逻辑起点[A].郭太生.治安学论丛(第2卷)[C].北京:中国人民公安大学出版社,2004.155.
- [6] 宫志刚.秩序:治安学的逻辑起点[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2008,(05):107-111.
- [7] 王均平.安全,还是秩序——治安理论与实践之上位概念分析及选择[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2009,(06):43-53.
- [8] 陈涌清.论治安学研究对象的确定[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2011,(01):34-43.
- [9] 王瑞山.关于治安学研究对象的分歧及理解——基于对7部治安学教材的比较分析[A].台运启.治安学论丛(第12卷)[C].北京:中国人民公安大学出版社,2011.86.
- [10] 李健和.比较警察学研究“热点”问题思考[J].中国人民公安大学学报,2003,(01):43-47.
- [11] 张一兵.从牧领到治安:现代资产阶级政治权力的微观生活化治理触角——福柯的法兰西学院演讲评述[J].学术研究,2015,(05):1-7.
- [12] 李格琴.从社会视角解读“安全”本质及启示[J].国外社会科学,2009,(03):82-89.
- [13] 余潇枫.安全哲学新理念:“优态共存”[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2005,(02):5-12.
- [14] 王均平.“国家—社会”治理框架的治安学基本问题——治安学论域的国家安全与社会治安间关系[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2016,(02):123-139.

Re-understanding the Concept of “Public Order”

Huang Peng, Tong Guozhong

(Tianjin Public Security Professional College, Tianjin 300382, China)

Abstract: Public security is the work that the state and government attach great importance to, and also a field of wide concern from all walks of life. When security has become an important issue in political and social life, there is a crisis in the development of public security science, especially the theory of public security has been in a dilemma for a long time and can not make a big breakthrough. The main reason for the problems is that the existing public security science constructs the theoretical system with “public order” as the center, avoiding the inquiry of the essence of the concept of public security, which leads to the lack of explanation of social phenomena and practice. In order to develop and prosper, public security needs to return to the understanding of the concept of public security. Through the summary of concept etymology abstraction, history abstraction and practice abstraction, it is found that public security is more accurately understood as “power security”. The analysis of “power”, “security” and “power security” as a whole further reveals the internal tension of the concept of public security from the perspective of structure and time flow. The re-understanding of the concept of public security is also the basis of building a new one.

Key words: public security; concept; public order; power security; public security policing science

(责任编辑:杜爱农)

徒手抓捕技能训练与发展

韩 震

(天津公安警官职业学院 警察管理与战术指挥教研部, 天津 300382)

摘 要:新时代公安工作肩负着维护国家政治安全、确保社会大局稳定、促进社会公平正义、保障人民安居乐业的重任。公安机关人民警察必须具备过硬的本领才能适应党中央对公安工作提出的新要求。对犯罪嫌疑人实施抓捕是公安机关基层民警日常工作中经常要执行的任务。在抓捕犯罪嫌疑人的过程中,如何保证民警自身安全,如何安全有效、合理合法地控制犯罪嫌疑人,这就要求公安民警必须具备良好的抓捕技能,在对犯罪嫌疑人不能或不适宜使用武器时要进行徒手抓捕。通过对基层民警徒手抓捕技能的应用现状进行分析与研究,提出在当前执法环境下使用徒手抓捕技能的发展策略,为徒手抓捕技能的发展与应用提供理论支持。

关键词:基层民警;徒手抓捕技能;训练;发展

中图分类号:DF793

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2021)02-0107-06

徒手抓捕技能是公安机关人民警察警务技能的重要组成部分,是基层民警必须掌握的一门专业技能。随着社会的不断发展与进步,违法犯罪手段、方法不断更新,违法犯罪嫌疑人心态、思维方式也在不断变化。面对社会发展变化下新的违法犯罪案件的出现,徒手抓捕作为打击违法犯罪的专业技能就要不断适应这些变化,找到最为有效的对违法犯罪嫌疑人进行控制的方法。

一、徒手抓捕技能应用现状

(一)徒手抓捕技能的发展

公安机关人民警察徒手抓捕技能的很多动作最早是从解放军侦察兵擒敌技术中总结出来的,体现在公安机关培训时使用的“擒敌拳”中。由于公安机关人民警察面对的打击对象与解放军部队的不同,所以在使用上有很大的区别。解放军部队的擒敌技术很多是采用“一招制敌”的方法,而公安机关人民警察在抓捕违法犯罪嫌疑人时要求的是对违法犯罪嫌疑人进行人身控制。之后通过总结经验,结合中国武术技法,摸索出了擒拿格斗技术,并广泛应用于公安机关人民警察抓捕工作。现在公安机关基层人民警察学习与使用的防

卫控制术就是在擒拿格斗技术的基础上总结实战经验教训制定出来的,是一种面向基层公安民警的实用性较强的警务技能。从中不难看出,徒手抓捕技能的发展与武术及警察抓捕技能的发展变化密不可分。

(二)使用徒手抓捕技能的现状

基层民警的工作是预防、打击违法犯罪,保障人民生命财产安全,他们在大部分时间里要面对社会的阴暗面,面对穷凶极恶的犯罪嫌疑人。目前民警在执行任务时配备的是单警装备,包括手铐、对讲机、强光手电、警棍等8件,工作时系于腰间携带,在巡逻、执勤、处警时遇突发事件或面对持有武器或凶器的违法犯罪嫌疑人可以及时使用。但有的警种在工作中携带“八大件”确实不方便,例如,从事禁毒工作的禁毒民警在工作中往往需要化妆侦查、抵近观察、隐秘接近,如果携带警械过多可能会暴露其身份而招致危险或导致案件侦破失败,所以在日常工作中他们很少携带警用装备,在抓捕毒贩及吸毒人员时往往是赤手空拳面对犯罪嫌疑人,要将犯罪嫌疑人成功有效地控制就要使用徒手抓捕技能;再如,抓捕杀人犯罪嫌疑人工作中,抓捕前提是将犯罪嫌疑人抓捕到案,接受法律的审判,而不是“一枪击毙”,所以在抓捕

工作中刑侦民警也经常使用徒手抓捕技能将犯罪嫌疑人有效控制。

在抓捕工作中,实施抓捕犯罪嫌疑人的基层民警各自掌握技能程度不同,对使用技能的理解也不尽相同,这就出现了没有配合、缺乏沟通、控制不到位、抓捕不成功、甚至发生危险致使抓捕民警出现伤亡等问题。在有的抓捕案例中,抓捕民警急于把犯罪嫌疑人抓住,忙乱中几个人同时控制住犯罪嫌疑人的一只手而忽略了另外一只手,致使犯罪嫌疑人有机会拿出凶器对抓捕人员人身造成伤害;还有的把犯罪嫌疑人控制倒地后,都压在犯罪嫌疑人身上形成“叠罗汉”,没有人对犯罪嫌疑人的双手进行有效控制;再有,实施抓捕的基层民警没有切实掌握徒手抓捕技能,在徒手抓捕工作中遇到违法犯罪嫌疑人“玩儿命”反抗逃避抓捕时,由于肾上腺素飙升表现出来的力量和速度都较平时大幅提高,加之平时学习训练动作掌握不到位,应用时就出现动作技术变形、控制不到位,没能用适宜的方法进行有效控制,单纯依靠个人力量与犯罪嫌疑人“较劲”,丧失了最佳控制时机。

(三)基层民警掌握徒手抓捕技能的情况分析

基层民警对徒手抓捕技能应该是在入警学习中都有所接触,只是针对徒手抓捕技能的学习与训练的态度、学习与训练的时间、掌握技能的程度、工作中使用徒手抓捕技能的频率各不相同。虽然当前针对公安民警枪械使用的培训在逐步加强,但在为期两周的警务技能培训中,徒手抓捕技能训练也只有2-3天,有时甚至不进行针对徒手抓捕技能的训练。基层民警徒手抓捕技能的学习与训练途径主要有两个:一是公安院校的学习与培训,包括在校学员《警务技能》、《防卫控制》等课程的学习,还有在职民警培训,即在职民警利用集中时间脱产到公安院校有针对性地进行专门学习与训练;二是各单位聘请教官或由本单位教官执教,组织本单位民警进行脱产或半脱产形式的学习与训练。

通过调查走访,目前基层民警在警务工作实战中真正使用到枪械的情形相对较少,在抓捕工作中使用徒手抓捕的频率较高。通过查阅相关资料发现,针对基层民警徒手抓捕技能的研究相对较少,天津公安警官职业学院张鸿骝教授所著《格

斗控制绝技》、公安部《公安系统人民警察实战基础训练教程》是为数不多的基层民警警务技能与战术培训教材。徒手抓捕技能培训的主要方式是,各地公安机关定期选派公安院校教师及公安一线民警参加公安部警务技能与战术培训班学习,培训合格后作为教官给各分县局科、所、队民警培训。

二、徒手抓捕技能训练方向

(一)武术技击对基层民警徒手抓捕技能的现实意义

武术技击作为一种实战技法,它的主要作用表现在强身健体和自身保护,其在公安抓捕工作中的作用也尤为突出。基层民警徒手抓捕技能需要对犯罪嫌疑人进行控制,使其丧失逃脱、反抗的能力,并从法律约束力的角度最大限度地保障犯罪嫌疑人的人身安全,避免使用武力过当,确保使其受到法律给予的应有的处罚。所以说,在对犯罪嫌疑人进行徒手抓捕过程中,基层民警不能像专业运动员在竞技场上那样,在对抗过程中将犯罪嫌疑人“KO”,或者将犯罪嫌疑人“打服”,只能尽量使用“摔法”、“拿法”将其控制。例如,对犯罪嫌疑人的手腕、肘、肩关节等部位使用“拿法”或使用“摔法”使其倒地后,再迅速使用“拿法”进行有效控制等。抓捕犯罪嫌疑人的过程是短暂而迅速的,一个案件的破获需要侦查、调查取证、收集证据等很多环节,有的毒品案件需要经营很长时间,但在确定犯罪嫌疑人后实施抓捕的过程往往也就是“几分钟的事”。在这几分钟的过程中,基层民警掌握“摔”、“拿”的技法就会给自身安全多一层保障,就会有效、迅速地控制犯罪嫌疑人,减少与犯罪嫌疑人的“纠缠”,不给予其反抗的机会。可以说,武术技击是警察徒手抓捕技能的基础与支撑,公安部《公安民警警务技能与战术训练》一书中讲到的“一对一”抓捕动作有“切别摔控制”、“锁喉摔控制”、“抱膝顶摔控制”^①,这些控制术都用到了武术技击“摔法”中的动作。在防卫与控制部分也讲到了“格挡”、“解脱”、“掐肘折腕”、“别臂”等动作,这些技术是武术技击中“拿法”的一部分。在公安民警徒手抓捕技能的学习与训练中加入实战对抗训练,从中总结出针对犯罪嫌疑人的实用技击动作,

使武术技击在公安民警徒手抓捕技能学习训练与使用中得到了继承和发扬,并在抓捕工作中得以充分应用。张鸿骝教授在《格斗控制绝技》中讲到:“格斗控制技术作为人民警察的基本功,是人民警察个体制敌和自我防护的基本技能,掌握格斗控制技术对人民警察来说具有重要意义”^[2]。将中国武术中的“拿法”应用到基层民警抓捕工作中,总结创新基层民警抓捕方法,给民警抓捕工作提供有力技术支持。

(二)学习借鉴国外先进抓捕技术

暴力阻碍警察执法、辱警、仇警、杀警的情况时有发生,公安工作是“时时在流血,天天有牺牲”。我国是法治国家,但一些不明真相的群众、犯罪嫌疑人家属、严重暴力案件犯罪分子、仇视社会的人员法律意识淡薄,导致出现民警执法环境恶劣、执法难度加大的现实情况。基层民警必须切实掌握过硬的警务技战术才能合法、合理、安全、有效地应对各种突发情况。随着社会的进步与发展,各种犯罪手段“层出不穷”,犯罪嫌疑人对抗抓捕的方式不断变换,徒手抓捕技能作为公安民警抓捕犯罪嫌疑人使用频率最高的方法也应不断学习改进,逐步提高,满足实战需要。在掌握公安民警徒手抓捕技能的同时,学习、借鉴国外先进抓捕技术也是提高公安民警徒手抓捕能力的有效途径。

巴西柔术源于柔道,技术特点是“以柔克刚”,突出“摔”、“拿”技巧,擅长倒地后的控制,在世界综合格斗比赛中占有重要地位。徒手抓捕技能与巴西柔术有很多相似之处,多使用“摔法”和“拿法”,突出对个人身体的控制,尤其是倒地后对关节、肢体的控制都是徒手完成技术动作,不借助任何器械。学习巴西柔术的“拿”、“摔”技巧可以弥补公安民警徒手抓捕技能的不足。徒手抓捕技能中“拿法”的使用主要针对站立的犯罪嫌疑人,倒地后的控制相对较弱,很多抓捕案例中会出现抓捕民警将犯罪嫌疑人扑倒后形成地面“纠缠”的情况,由于没有很好的控制方法,俯卧式着地的犯罪嫌疑人将双手藏于胸前难以拿出,仰卧式着地的犯罪嫌疑人挥舞双手乱抓、乱打,双脚乱蹬,有的干脆与抓捕民警“搂抱翻滚”在一起,几名抓捕民警同时对犯罪嫌疑人“掰胳膊,抱大腿”不能形成合力,相互僵持,使抓捕任务陷入尴尬境地。此时,

可借鉴巴西柔术倒地控制技巧,在将犯罪嫌疑人摔倒在地后,根据不同的倒地方向使用有针对性的控制技术,再由二人或三人对犯罪嫌疑人头、臂、腿进行控制,从而制服犯罪嫌疑人。

学习过程中需要注意巴西柔术多用于竞技比赛,场上双方都为运动员,有场地、裁判、规则的约束,而徒手抓捕时面对犯罪嫌疑人不可控的因素很多,可以借鉴、学习、使用巴西柔术的技术动作对犯罪嫌疑人形成有效控制,但不能把犯罪嫌疑人当成竞技运动员,因为犯罪嫌疑人是不讲“规则”的。

(三)结合科技手段搞好徒手抓捕技能训练

徒手抓捕技能不同于任何一种体育项目,徒手抓捕技能训练也不同于任何一种体育专项训练,徒手抓捕技能使用对象是“凶残、狡猾”的犯罪嫌疑人,必须有针对性地进行专门训练。徒手抓捕技能应与科技手段相结合,辅助徒手抓捕技能的训练与使用,帮助受训民警尽快掌握徒手抓捕技能动作要领,提升基层民警使用徒手抓捕技能的自信心。

1.“假人”训练。可以借助“假人”进行技能动作训练,可以使受训民警练习力量和基础动作。真人“陪练”即同是受训民警作为“配手”配合训练,易受时间、疲劳、伤病的约束,而“假人”的配合训练可以说是“毫无怨言”的,受训民警可以借助“假人”对一个徒手抓捕技能动作进行成百上千次的练习,只要受训民警坚持得住,“假人”一定是完全“配合”的。在实战中,抓捕犯罪嫌疑人的过程是短暂而迅速的,在公安民警思考使用什么动作、如何使用动作的时候,抓捕时机可能就“一闪而过”了。通过反复多次练习,可以使徒手抓捕技能动作成为受训民警的一种身体记忆,动作要领与使用方法深入人心,成为自己下意识的反应,达到“出手就有”的效果。

2.力量、控制点位感应训练。受训民警对徒手抓捕技能动作掌握与否主要看自己是否将“配手”控制。在训练过程中,有的“配手”没有反抗,有的甚至“一碰就倒”,操作动作的民警只是完成了动作,对自己使用徒手抓捕技能动作的力量大小不确定,对点位、肢体控制是否到位也不确定,如果这样训练在实战抓捕中遇犯罪嫌疑人反抗是肯定要“吃亏”的。把带有感应或显示装置的“假人”引入徒手

抓捕技能的训练就可以很好地解决这些问题,通过反复多次训练,可以提高受训民警使用动作的准确性、有效性。

3.视频感应训练。可以帮助受训民警快速研判现场情况,根据犯罪嫌疑人的表现选择不同的武力层次,可以使受训民警增强真实感受,加深记忆,明确动作使用是否合理、能否达到预期效果。

三、徒手抓捕技能应用与发展的意义

(一)提升基层民警安全意识与协作配合能力

所谓安全意识,就是基层民警在执行任务时必须考虑到个人自身的安全、人民群众的人身财产安全以及对犯罪嫌疑人人身的合法保护。基层民警安全意识包括充分的心理准备和良好的自我保护意识。充分的心理准备就是要求公安民警在处置各类案件之前,对案件的性质、案件的影响、案件的危害程度都有充分的认识,针对不同案件做好预案,前期预案一定要做到详实周密,针对不同的犯罪嫌疑人制定好详细的抓捕方案。基层民警面对的暴力犯罪嫌疑人人都非常“狡猾”,反侦查能力很强,有的是受到公安机关打击处理出狱后继续实施犯罪的释放人员,对公安机关办案、侦查工作的方式方法有基本的了解,有的是实施严重暴力犯罪的“亡命徒”,“疯狂”连续作案,手段极其残忍。基层民警在对此类犯罪嫌疑人实施抓捕时,往往处在“敌暗我明”的境地,如果对危险程度没有充分认识,不具备良好的自我保护意识,警惕性不高,就会给犯罪嫌疑人以可乘之机,甚至给公安民警人身带来伤害。

抓捕工作成功实施的另一个重要方面就是民警间的协作与配合,公安工作性质决定了其执行任务及开展工作时必须进行小组或团队的协作与配合。在对团伙犯罪嫌疑人实施抓捕时多采用“二对一”、“三对一”的徒手抓捕动作,以保障基层民警自身安全、有效控制犯罪嫌疑人。在此过程中,队员之间的“一个眼神”、“一句话”、“一个手势”、“一个动作”往往体现出他们之间的默契,这就是协作与配合。协作与配合是基于民警个人警务技战术已掌握的前提下提出的更高要求,不崇尚“个人英雄主义”,目标是“不战而屈人之兵”。基层民警在训练与工作中相互之间要有很好的沟通,这

是协作与配合的基础,没有沟通互相之间就没有默契,协作与配合也就无从谈起。基层民警学习的“手势联络”方法就是在工作中不能说话时使用的沟通技巧。

在日常训练中两名参训民警同时接近目标,同时使用徒手抓捕技能将目标有效控制,这就要求两名参训民警提前沟通好使用什么样的徒手抓捕技能才能保证行动一致不冲突。如果两人没有沟通,接近犯罪嫌疑人后一个想控制头一个想控制脚,就会出现都不能控制住犯罪嫌疑人的局面,或者两人同时采用不同的摔法动作,也不会很好地控制犯罪嫌疑人,这就是彼此间没有协作配合,“心没往一处想,劲没往一处使”。再如,由一人先期接近犯罪嫌疑人采用“一对一”徒手抓捕动作,以“切别摔”或“锁喉摔”或“抱膝顶摔”将其控制倒地,同时第二名和第三名民警迅速接近并协助第一名民警对犯罪嫌疑人的头、手、腿、脚进行有效控制。上述是两种完全不同的对犯罪嫌疑人的控制方式。参与实施抓捕的每位公安民警都要知道自己应该“干什么”,自己的位置在哪,自己在抓捕小组中的“角色”是什么,避免出现“一哄而上”、“无从下手”的局面。当四至五名民警发现一名犯罪嫌疑人并对其实施抓捕时,三名警力就可以将犯罪嫌疑人完全控制,剩余警力就应当自觉担负起警戒及保护现场的任务,防止其他犯罪团伙成员对正在实施抓捕的公安民警进行伤害或者破坏现场。在日常训练中必须注重公安民警协作与配合能力的培养与提升,使公安民警在抓捕工作中默契配合,共同完成好对犯罪嫌疑人的控制抓捕,避免流血牺牲。

(二)提高基层民警战术意识与素养

战术意识与素养是实战抓捕工作中基层民警个人安全意识与协作配合能力的真实反映。徒手抓捕技能的实施必须具备良好的战术意识和素养,这是每位民警自身安全的基本保障,是徒手抓捕技能学习、训练、使用的根本保障,是能否成功实施徒手抓捕技能的前提条件,是能否使用徒手抓捕技能有效控制犯罪嫌疑人的关键要素。良好的战术意识与素养能够弥补徒手抓捕技能使用中的不足。

战术意识是每位民警在处理案件过程中反映出来的应对各种情况的表现,包括对案情及现场

判断是否准确,实施抓捕技术运用是否合理,对各种情况的出现是否有预见等。战术素养是展现每位民警在处理案件过程中应对各种情况的能力,包括战术水平、技术水平、日常养成等。战术意识与素养的提高需要通过两个途径:一是日常学习与训练。徒手抓捕技能从学习到掌握再到熟练使用必须经历一定的过程,“一力降十会”的情况在抓捕工作中并不能占得先机,只有充分掌握并且熟练使用技战术动作才能在抓捕工作中取得优势。每一次抓捕都不会有时间“想动作、热热身、练练习”,时机瞬息万变,关乎每位参战民警的安危,只有在日常学习与训练中确实掌握徒手抓捕技能,提升个人的战术意识与素养,才能在抓捕过程中争取主动,把握时机。二是工作中锻炼与摸索。在抓捕犯罪嫌疑人过程中,只有真正与犯罪嫌疑人“交手”之后才能说这个技战术动作有效,徒手抓捕技能使用合理。每个犯罪嫌疑人的情况不尽相同,有身体条件差异、携带物品不同(携带凶器或武器或徒手)、“保护自己的能力”不同。每个犯罪嫌疑人对待警察的态度也不尽相同,有束手就擒的、有逃避躲避的、有“玩儿命”反抗的。面对不同的犯罪嫌疑人如何才能成功抓捕,战术意识与素养为徒手抓捕技能的实施提供了帮助。徒手抓捕技能实施前,充分评估犯罪嫌疑人,观察周围情况,预见可能出现的各种问题,这就是战术意识与素养的体现,具备良好的战术意识与素养才能与犯罪分子“斗智斗勇”。抓捕工作完成后,及时总结经验教训,为再次应对类似情况提供依据。徒手抓捕技能实施经验的积累过程也是战术意识与素养逐步提升的过程。

(三)增强基层民警对抗性训练贴近实战

《公安机关人民警察训练条令》中规定入警训练中基础警务实战技能和体能训练课程不少于集中训练课程的30%^[3]。“基础警务实战技能训练课”就包括公安民警徒手抓捕技能的训练。公安机关的工作性质决定了徒手抓捕技能是公安民警必须掌握的一项专业技能。公安工作强度大、危险度高,公安民警与各类违法犯罪嫌疑人“打交道”,每天需要完成大量的工作,面临的情况错综复杂。在使用徒手抓捕技能对不同犯罪嫌疑人实施抓捕的过程中所面临的危险更是“出人意料”,往往让一线民警感到“措手不及”,这与公安民警的工作经

验、接触案件性质、警种等有很大的关系,但在面临危险时或避免危险情况出现时,基层民警的表现也反映出平时学习训练的扎实程度、对待案件的态度以及个人安全意识等。

徒手抓捕技能的使用一定是要接触到犯罪嫌疑人。在有的抓捕案例中,基层民警使用武器控制住犯罪嫌疑人,但在给犯罪嫌疑人戴手铐的过程中,犯罪嫌疑人反抗并与上铐民警“纠缠在一起”,为了不误伤战友,持枪控制的民警不能开枪,只能收枪后协助战友共同将犯罪嫌疑人控制住并戴上铐,这就又形成了徒手抓捕控制的局面。切实掌握并熟练使用徒手抓捕技能是每一位公安民警成功完成抓捕犯罪嫌疑人任务的最基本保障。

徒手抓捕技能对抗性训练是在公安民警掌握徒手抓捕技能的基础上,在徒手抓捕技能动作使用训练过程中,要求作为“配手”的配合民警适度做出反抗,以促使操作动作的民警感受到所使用的徒手抓捕技能动作的有效性,以及在使用技能动作失败后如何改变动作重新应对的一种训练方法。对抗性训练中要求受训民警之间形成适度对抗,即在操作动作民警选择使用动作不当或是使用动作力度、技巧不到位时,配合训练的民警做出适度的反抗动作,如挣脱逃跑、形成反向控制等,给操作动作的民警以反馈,使其能够明白由于自己的操作出现问题可能造成徒手抓捕技能使用失败,从而不能控制住犯罪嫌疑人。每次练习后,操作动作的民警要与“配手”进行沟通,听取“配手”的真实感受,指出动作存在的问题,分析是面对不同情况徒手抓捕技能动作选择出现问题,还是在使用过程中力量不够从而使其挣脱,帮助操作动作的民警加深记忆,在下次练习中避免出现同样的问题。通过反复多次训练使受训民警能够牢固掌握徒手抓捕技能动作,从容应对突发情况。

徒手抓捕技能情景演练是在训练中为受训民警创建一个模拟环境,使受训民警“临其境”,通过情景演练体会徒手抓捕犯罪嫌疑人的真实感受。目前,很多省市公安院校和公安训练基地都建有自己的训练场馆和情景街区,情景街区的搭建就是为了满足公安警务技战术训练和演练的需要,情景街区模仿真实的街道、商铺、地铁等公共

设施,按 1:1 比例建造,使受训民警在训练场地训练如同在自己的真实工作环境中。情景演练需要注意的是受训民警在“身临其境”的环境中往往会“入戏”,由于精神高度紧张会把设定目标当成真正的犯罪嫌疑人“先捕之而后快”。所以在训练中开展情景演练要求组织人员首先要设置好场景,遇突变情况及时叫停,控制现场,保障设定目标及受训民警安全。情景演练可以借用真实案例为受训民警布局,按照真实的犯罪嫌疑人进行刻画,包括衣着、随身物品、携带凶器或武器等,引入过往“行人”或围观“群众”,为受训民警创建近似真实的场景。例如可以在地铁站出口设置抓捕犯罪嫌疑人的场景,地铁站作为公共交通设施人员流动大,不便于使用武器,但利于民警跟踪接近使用徒手抓捕技能控制犯罪嫌疑人。虽然看似简单,但这个场景不单纯考察受训民警徒手抓捕技能的使用,还考察其是否有前期预案制定,有没有了解犯罪嫌疑人是否携带武器,公安民警不能在人员密集及重要设施区域使用武器,但犯罪嫌疑人没有“顾忌”,这些重要情况都是受训民警在实战中必须考虑到的。所以,在徒手抓捕技能训练中突出情景演练对受训民警的训练是“全

方位”的,给予受训民警的感受也是真实有效的。

综上所述,徒手抓捕技能是一项实用性很强的控制技术,只有通过不断学习与训练以及日常工作积累才能掌握好。在学习与训练的过程中时刻要以“练为战”为出发点,突出实战性,保证训练质量,保证训练效果,“练时多流汗,战时少流血”,坚持“教、学、练、战”一体化思想,突出“合法、安全、合理、有效”原则,以真实案例设置场景,模拟现实情况,增强心理感受。徒手抓捕技能的熟练掌握要经过长期系统训练,公安民警必须深入学习、研究徒手抓捕技能的变化与应用,加强系统性、针对性、实战性、对抗性训练,在抓捕工作中充分保护自身安全,有效控制犯罪嫌疑人,为维护社会稳定做出贡献。

参考文献:

- [1] 公安部政治部编.公安系统人民警察实战基础训练教程[M].中国人民公安大学出版社,2007.
- [2] 张鸿骝.格斗控制绝技[M].天津人民出版社,2007.
- [3] 中华人民共和国公安部.公安机关人民警察训练条令[Z].2015.

Training and Development of Unarmed Arrest Skills

Han Zhen

(Tianjin Public Security Professional College, Tianjin 300382, China)

Abstract: In the new era, public security work should maintain national political security, ensure social stability, promote social fairness and justice, and ensure people's living and working in peace and contentment. This requires that the people's police of public security organs must have excellent skills to adapt to the new requirements of the Party Central Committee for public security work. Arresting the criminal suspect is a common task often performed by the grass-roots police of public security organs in their daily work. In the process of arresting the criminal suspects, how to ensure the safety of the police and control the criminal suspects safely, effectively, reasonably and legally require that the police should have good skills in arresting the suspects. When catching the suspect is unable or unsuitable to use weapons, the police should catch them unarmed. The author analyzes and studies the current situation of the application of unarmed arrest skills of grassroots police, and puts forward the development strategies of using unarmed capture skills in the current law enforcement environment, so as to provide theoretical support for the development and application of unarmed arrest skills.

Key words: grassroots police; unarmed arrest skills; training; development

(责任编辑:林 燕)

整体设计：郭 鹏

天
津
法
学

本刊声明

为适应我国信息化建设的需要，扩大学术交流渠道，本刊已加入《中国学术期刊（光盘版）》、《中国期刊网》数据库、《万方数据数字化期刊群》、《超星数字期刊》和《北大法宝》数据库。本刊许可上述数据库在各自网站以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文。作者向本刊提交文章发表的行为即视为同意我刊上述声明，如作者不同意将文章编入数据库，请在来稿时声明，本刊将作适当处理。

天津法学

2021年第2期
第37卷第2期（总146期）
2021年6月15日出版

Tianjin Legal Science

Serial No.2 2021
No.2 Vol.37（Total 146）
Date of Publication:Jun.15th,2021

主管单位：中共天津市委政法委员会
主办单位：天津公安警官职业学院
 天津市法学会
出版单位：《天津法学》编辑部
地 址：天津市西青区精武镇陈台子路88号
邮政编码：300382
主 编：杨明光
电 话：（022）58786530
发行范围：国内外公开发行
印刷单位：廊坊市煜盈印务有限公司

Supervise：the Politics-Legal Committee of Tianjin Municipal Committee, CPC
Organizer：Tianjin Public Security Profession College
 Tianjin Law Society
Editor and Publisher：the Editorial Department of Tianjin Legal Science
Address：No.88,Chentaizi Road, Jingwu Town, Xiqing District, Tianjin, China
Post Code：300382
Editor-in-Chief：Yang Mingguang
Tel：(022) 58786530
Scope of Circulation：Domestic and Overseas
Printer：Langfang Yuying Printing Co.,Ltd.

邮 箱：tianjinfx@126.com

国内总发行：天津市邮政管理局

邮发代号：6-285

国际标准刊号 1674-828X
国内统一刊号 CN12-1416/D
国内定价：10.00元



二〇二一年

第二期