

中华法系是古典礼法思想的重要产物,是仁政理想实现的有形模式。通过司法促进社会治理是中华法系传统司法的重要一环,更是实现社会治理现代化的必由之路。

以司法促进社会治理的传统智慧

传承中华优秀传统文化
法律文化

张福坤

中华法系独树一帜,引领风骚数千年,是古典礼法思想的重要产物,是仁政理想实现的有形模式。通过司法促进社会治理是中华法系传统司法的重要一环,更是实现社会治理现代化的必由之路。在此,从感化教育、调解息讼、原情执法三大方面考察,从传统司法文化出发,进而寻求当代社会轻罪治理乃至社会治理的智慧与方案。

感化教育

在古代,无论是圣人的教诲,还是司法资源的稀缺性都共同决定了:无论是政府还是民间社会都会更加倾向于感化教育,而不是对簿公堂。古代的大儒和循吏,奉法守理,颇能感化百姓,使其尊礼义。例如,孔子做鲁国的大司寇时,有一对父子来打官司,孔子把他们关在同一间牢房里,过了三个月,孔子将父子释放。此事对古代事关伦理类的轻罪治理起到了引领作用,后世司法官常常以此作为榜样。再如,隋代的梁彦光作为循吏,能够进行感化教育,最后能够达到“吏人感悦,略无诤讼”的良好社会效果。其在任时期,有人名焦通,经常酗酒且侍奉亲人无礼而被控告。梁彦光并没有直接治他的罪,而是将他送到州学,让他在孔庙中观看图像。图像中,韩伯瑜被母亲用手杖责罚,却哀伤母亲力气衰弱,对着母亲悲泣。焦通看到图像,幡然悔悟。通过梁彦光等循吏的教育,触犯轻罪之人往往能悔过自新,不但坚守了法律的底线,还能修身养性、争为善人。

除了司法实践外,中华法系还有具体的礼仪制度劝人改过自新。《曲礼》指出:“教训正俗,非礼不备。”中华法系是礼法体系,因此,对基层社会的规制离不开具体的礼仪规定和典章制度。根据《礼记》相关规定,周代时“命乡简不帅教者以告,耆老皆朝于序,元日习射上功,习乡上齿,大司徒帅国俊士与执事焉”。也就是说,周朝各乡辖区内有不遵管教、不守孝悌的人,应当请德高望重的老人在学校集会,选定吉日演习乡射礼,进而行乡饮酒之礼。若老人教诲完毕之

中华法系中优秀的司法准则历经千年流变,仍然对当代司法活动产生着重要影响,是社会主义法治文化的有机组成部分。应当积极从中挖掘一切有益因素,结合时代发展和法治中国建设需要,进行创造性转化和创新性发展,尤其是在轻罪案件案情简单但占比比较高的情况下,有必要从感化教育、调解息讼、原情执法三大方面考察寻道于中华法系的传统智慧,以更好地高质效办理案件,促进社会治理。

后,这些人仍不悔改,就要被流放到其他的辖区,政府依旧在当地按照礼仪教化他们。若最终仍无法改变,这些不服管教之人就会被流放到远方,永不叙用。此为古代社会以礼仪实行教化功能,参与轻罪治理、实现基层司法之一例。

调解息讼

在促进社会治理的司法历程中,如若某些案件能够以调解结案,定能减轻讼累,进而优化司法资源的配置。我国古代司法并非一味以刑杀为威,而是力求能够实现刑措不用的和谐社会。孔子说:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎!”中华法系的“以和为贵”的为政理念在司法实践中即表现为调解息讼。汉朝已有调解和息讼的史例。据《后汉书》载,刘矩为县令时,“民有争讼,矩常引之于前,提耳训告,以为忿恚可忍,县官不可入,使归更寻思,讼者感之,辄各罢去。”至唐朝礼法结合,司法官也多以伦理为据调解。如书景骏任县令时,“县人有一子相讼者”,书景骏对他们说:“吾少孤,每见人养亲,自恨终无天分,汝幸在温清之地,何得如此?锡类不行,令之罪也。”于是,“母子感悟,各请改悔,遂称感孝”。宋朝有徐绩,“乡人有争讼,多就取决”,说明唐宋时调解息讼已成风气。宋时调解被称为“和对”,已有官府调解、乡里亲戚调解、宗族调解之分,而且趋向制度化。元朝调解结案以后,“严定不许再起讼端。至于明清时期,除去儒家思想的影响外,既有州县官的政绩需求,同时也与皇帝的圣谕有关。例如,康熙《圣训十六条》明确要求:“和乡党以息争讼”“息诬告以全良善”。

从调解的类型上看,除去州、县官员在审理案件时对婚姻、田土、财产等细故案件和轻罪案件进行调解外,民间的宗族调解、乡邻调解也十分发达。由于古代法律以家族本位而构建,因此,家族司法是轻罪治理工程的重要组成部分。对于家族的族长来说,

整个家族成员都是家族司法的对象,只要家族成员违反家法,都可以由族长以家法惩治。因此,翟同祖评价族长一职说:“族内的纠纷往往经他一言而决,其效力决不下于法官。有的权力甚至为法律所承认。”例如,《寿州龙氏家规》就规定:“凡我族人,有奸为兴讼、出入公庭者,乃健讼之徒。若与本族相讼,凭户长分辩责。其与外人争讼,除万不得已外,依恃刀笔代人作作者,户长指名,送官究治。”宗族调解的效果较好,由于大家都有一个祖先,在“尊宗睦族”“宗族和睦”思想下能够产生相同的价值认同。其次,宗族内部有义田等,能够为家族成员提供物质保障,也能为调解提供相应的资源。明代的《教民榜文》为里老的司法权提供了支持,而且往往能得到官府的支持。在某些乡约的制定中,也为民间调解的解决办法提供了具体路径。例如,吕坤的《乡甲约》:“骂詈斗殴,主令理屈之人置办礼物,与理直者陪话。若有伤者,审明记日,待告状之日,一同呈报。”

原情执法

在当前的社会治理形势下,轻罪案件占比已经达到了全部犯罪案件的绝大多数,而且存在特定地域的规律性分布。为了实现对犯罪的溯源治理,必须原情执法。此处的“情”,指代区分不同情形,具体问题具体分析。在轻罪案件处理过程中,司法人员往往要进行说理,古代司法中的说理依据,往往综合天理、国法、人情,重点关注实体正义,非斤斤计较于单纯的法律条文。如宋代时,有地方官员鉴于家族继承很难说清,因此通过拈阄来解决立嗣问题,强调:“断之以天……庶几人谋自息,天理自明,存亡继绝,安老怀少,生死皆可无愧。”又如,清代名臣陆陇其为灵寿知县之时,有汪、舒两家都争夺某处墓地的祭祀权,且都以为是自己的祖先。在证据不足的情况下,陆陇其令两人共同祭祀,公有坟

手鸣

苗馨月

犯罪竞合包括想象竞合和法条竞合,前者以一罪处罚,后者遵循特别法优于普通法原则。由于我国立法中存在大量的法条竞合,且有些罪名之间关系处理不是特别周密,加之司法解释规定了不同的入罪标准,可能存在量刑不均等问题。有学者提出将“重法优于轻法”原则引入特别关系的法条竞合中,但这可能会导致特别法虚置。对此,笔者认为,在刑法没有明确规定“依照处罚较重的规定定罪处罚”时,应在特别关系中贯彻“特别法优于普通法”的立场。

法条竞合的类型及处断原则

法条竞合的具体类型。法条竞合本质在于构成要件被全部囊括后,排斥其他构成要件的适用,进而避免重复评价。在德国刑法中,法条竞合包括特别关系、补充关系和吸收关系。其中,特别关系是指,某刑法条文(A罪)在概念上必然包含了另一个条文的所有构成要件要素(B罪),此时仅成立A罪而排斥B罪。补充关系是指,应适用的构成要件(A罪)与其他构成要件(B罪)之间具有优先与附属的补充关系,只有在A罪不适用时,才有适用B罪的余地。吸收关系是指,B构成要件并不必然包含于A构成要件中,但属于A构成要件通常且典型的伴随现象,且B罪的不法与罪责可以被A罪包含,因此B罪被吸收而仅成立A罪。在日本刑法中,法条竞合包括特别关系、补充关系、择一关系和吸收关系。对于吸收关系是否属于法条竞合的一种,存在不同见解,也有观点认为其属于吸收犯的法条竞合。

我国刑法理论中法条竞合包括独立竞合、包容竞合、交互竞合和偏一竞合,或是分为特别关系、补充关系、吸收关系、择一关系和包容关系。又或是,从实质上看法条竞合的基本类型概括为特别关系,并否认择一关系属于法条竞合。法条竞合的分类受到德国刑法影响,但又不完全等同于德国的概念,还吸收借鉴了吸收犯和牵连犯等概念,因此,除了特别关系以外,其他类型可以被作为吸收犯、牵连犯以及想象竞合进行处理。总体而言,在分别吸收了德国刑法的法

中国式法条竞合问题是由“定性+定量”的立法和司法解释界定两方面引起的,其中行为类型和罪量的规定确实会影响法条竞合的成立,但不宜过度限缩法条竞合的范围,由实践推动司法解释的不断完善,更有利于严密刑事法网。在刑法没有规定“依照处罚较重的规定定罪处罚”时,应在特别关系中贯彻“特别法优于普通法”的立场。

条竞合理论后,我国刑法理论中又发展出了新的竞合理论,但在法条竞合的范围和处断原则上,存在较多争议。法条竞合的处断原则争议。法条竞合中存在争议较大的,是交叉关系(即交互竞合)和特别关系的处断原则判断。对于交叉关系的竞合,有观点认为,应适用重法优于轻法的原则。因为,具有交叉关系的数个法条之间地位是平等的,适用重法优于轻法原则,有利于全面评价。也有观点指出,目前,法条竞合的认定过于宽泛,应将部分不法内容重但法定刑轻的情形认定为想象竞合,从一重罪处断。也即限缩法条竞合的范围,以退为进将对处断原则的争论转向“是否属于法条竞合”的讨论。

对于特别关系的判断,分别有重法绝对适用说、重法补充适用说和特别法绝对适用说等观点。其中,“重法绝对适用说”对应“大竞合论”的立场,主张无需严格区分法条竞合与想象竞合,从一重罪处断。较之缓和的观点是“重法补充适用说”,该说限定了重法优于轻法适用的三个条件:行为触犯同一法律的普通法条和特别法条;特别法法定刑明显轻于普通法条规定,且缺乏减轻的根据;刑法没有禁止适用普通法条。与前述两种观点相对,坚持“特别法优先适用说”的观点认为,重法优于轻法处断原则与法条竞合的法理相悖,即便适用该处断原则,最多也就适用于补充关系,而非特别关系之中。

对重法优于轻法原则的适用,存在几种不同的理解:一是在交叉关系中适用重法优于轻法原则,但交叉关系的范围和性质存在争议,其中涉及对法条竞合和想象竞合的范围讨论。二是在特别关系中适用重法优于轻法原则,也是对于该处断原则争议最大的部分。在此,主要针对特别关系的范围和处断原则进行讨论。

“重法绝对适用说”之反思

大竞合论的提倡者主张重法绝对适用说,并将罪刑相适应作为处理竞合问题的根本原则,认为“罪与罪之间原本就没有所谓明确的界限,不如承认构成要件间存在广泛

的竞合关系,从一重处罚即可”。虽然想象竞合与法条竞合的界限确有模糊,但不能据此否认区分的必要性。其一,我国刑法并非完全不存在“封闭的特权条款”,如过失致人死亡罪和医疗事故罪,过失致人死亡罪和武器装备肇事罪,滥用职权罪和招收公务员、学生徇私舞弊罪等,均为特别法规定的减轻构成。其二,刑法分则条文大多有轻重之分,但法条竞合理论研究的不是重法与轻法的关系。即便存在罪刑不相适应的问题,也应通过完善立法加以解决,而非由行为人承担不利后果。

“重法补充适用说”之反思

重法补充适用说的提出,基于以下考虑:一是我国刑法分则对于特别法条的设置有不周密之处,存在特别法畸轻的情形。二是主张特别法一律优先适用,存在处罚漏洞。三是除了特别关系中封闭的特权条款外,法条竞合适用的结果均是重法优于轻法。四是根据特别法条不值得处罚,并不等同于该行为不值得处罚,也不等同于该行为根据普通法条不值得处罚。但前述理由值得商榷。

第一,特别法定刑的设定体现立法者的价值判断。例如,存在争议的金融诈骗罪和诈骗罪中,前者的起刑点一般高于后者,看上去存在处罚漏洞,但反映了对于被害方因素的弱保护立场。此外,通过法条竞合实际处理结果均为重刑,论证重法优于轻法的合理性,也有循环论证之嫌。

第二,即便存在处罚漏洞,也应留待立法解决或是司法解释加以完善。诈骗罪与金融诈骗罪、合同诈骗罪的认定争议,多是由定罪数额差异所引起的。实际上,司法解释也在不断调整经济犯罪的数额,避免处罚漏洞。

第三,法条竞合背后是禁止重复评价原则。当特别法规定了异于普通法的后果时,前者就会排除后者,否则特别法便没有适用空间。根据特别法不构成犯罪,是经过特别法的评价而被认为“不构成犯罪”,不宜再适用普通法,否则可能引发新的罪刑失衡问题。

墓,不得争夺。这些案件中,虽然不是直接地进行具体治理,但都体现了基层审理中将天理、国法、人情融为一体的状况。通过原情执法,诸种财产、继承案件的妥当处理,能够消除纠纷产生的不良环境,进而为社会治理添砖加瓦。

古代的“原情执法”思想要求司法官根据案件的具体情形作出判定。同时,根据“宽猛相济”的原则,轻罪也并非一味从宽,在特殊情况下也要从严处理。例如,早在《左传》中就有“小人之狱,不可察,必以情”的情理法和合思想。在汉代,公羊学者董仲舒就提出了“本其事而原其志”的决狱思路,这实际上就是要求司法以事实为基础,尊重常情常理,而不是纯粹以法条为中心处理案件。汉朝此类以经义的形式引入情理进而完善法律的情形很多,比如有人向大将军梁商诬告宋光非法刻文章,宋光被关进洛阳诏狱,受尽严刑拷打。宋光的外甥霍谡当时才15岁,对梁商说,我听说《春秋》之义,“原情定过”,赦免因过失而做了错事的人,诛杀故意作恶的人。梁商称赞霍谡的才志,听取了了他的意见,便向汉帝奏请赦免了宋光。这是一则以《春秋》经义平反冤狱的显例,经义决狱实质就是将合情合理合法三者统一起来,而不是机械地适用法律。自晋以后,以律断案逐渐制度化,历代判决吸收了此种重视常情常理的思想。例如,宋代判词就出现了“检法原情定罪,引律援赦,纤悉详备,别无未尽”的相关表述。综合来看,情理法思想的内核,就是法治的实行要遵循天道,法治的实施要赏善罚恶,法治的实现要合乎民心。坚持天理、国法、人情相统一,是古今司法之鹄的。在轻罪治理过程中,正确适用刑事法律,兼顾天理国法人情,坚持严格公正司法,这样才能以严谨的法理彰显司法的理性,这样才能以公认的情理展示司法的良知。

由以上来看,中华法系中优秀的司法准则历经千年流变,仍然对当代司法活动产生着重要影响,是社会正义法治化的有机组成部分。应当积极从中挖掘一切有益因素,结合时代发展和法治中国建设需要,对其进行创造性转化和创新性发展,尤其是在轻罪案件占比比较高的情况下,有必要从以上三方面寻道于中华法系的传统智慧,以更好地高质效办理案件,促进社会治理,为法治中国建设提供广泛的社会基础和坚实的文化根基,为人类法治文明贡献中国司法智慧。(作者为西南政法大学刑事检察研究中心研究员、重庆市永川区人民检察院检察委员会委员)

萃

中国政法大学刑事司法学院教授刘艳红:引入“预防+惩治”数据合规激励机制



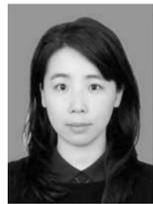
随着数据日益成为重要犯罪对象,数据安全类犯罪逐渐转向企业行为,而罚金刑的威慑效果和预防效果较为有限,难以应对泛在的数据安全风险。我国引入具有预防与惩治双重面向的数据合规激励机制,在惩治企业违规数据行为的同时预防数据安全风险。涉案企业合规整改过程中,修复数据安全类犯罪损害的个人法益并重构数据安全秩序,替代性遭受处罚措施。多种制裁方式的灵活并用和预防性的数据合规体系是能够真正实现制裁效果和预防效果的实质制裁机制,涉案企业因而获得减免责任的刑事激励及改过自新的机会。数据合规整改以包含认罪悔罪的整改承诺为前提,以开展针对性整改活动和规范数据处理流程为内容,以制定全方位监测措施为保障,以数据处理全流程的整改防控为核心,形成“风险预防—风险识别—违规应对”一体化的数据保护合规体系。数据合规体系贯穿刑事诉讼全流程,在侦查阶段、审查起诉阶段通过合规不起诉制度,在审判量刑阶段通过宽缓量刑或合规履职实现刑事减责功能。

西北政法大学行政法学院教授彭涛:重构数字政府中个人数据保护规则



建设数字政府必定导致大量个人数据进入政府掌控的公共数据库,这些公共数据库中的个人数据需要在数字政府内部共享,以及通过外部流通,从而促进社会公共利益的增长。这就必然导致之前以“告知—同意”为主的个人数据保护法律规则,无法适应数字政府中个人数据的应用状况。数字政府采用的数字技术对个人的意思表示会产生影响,同时这些技术也导致个人隐私在一定程度上透明化。个人数据及其权利的法律性质存在个人性及公共性的二元性,个人数据经过合法程序进入政府公共数据库之后,应当扩展个人数据的公共性。在数字政府中应当有与私法不同的个人数据保护规则,主要包括强调个人数据共享及流通,以保护社会价值的利用规则体系;强调国家监管以保护个人数据的保护规则体系;强调事前预防措施的救济体系。

中国人民公安大学教授张小玲:电子数据鉴真应以形式关联性为中心



鉴真作为证据能力审查的前置程序,契合了电子数据在刑事诉讼中证据程序性认定的需求,满足了形式关联性的考察目的,发挥着证据门槛的重要作用。然而在国内实践中,对鉴真概念的认识不够准确,导致了鉴真的证明责任不清、证明标准差异化、鉴真方法发挥作用有限,存在较大提升空间。为了保障电子数据在刑事诉讼中的证据适用,应确立以形式关联性为中心的鉴真责任,打造以证据控制和提取者为基础的证明责任分配规则,形成以刑事诉讼视野下的高度盖然性为证明标准,巧用外部鉴真和自我鉴真融合的证明方法,是较为妥当的系统性处理方式。

天津大学法学院副教授王燃:重视电子数据时间审查方式



网络犯罪的高发态势以及电子数据法律规范的发展,对电子数据审查能力提出了新的要求,时间要素则为电子数据的真实性审查提供了有效的切入点。电子数据的时间审查以传统时间要素原理及系统性原理为基础,以证据审查矛盾律为方法指导,并对电子痕迹理论进行了创新。电子数据的时间信息一方面来源于其本体形式中的附属信息时间,网络多节点时间、全盘时间线以及电子数据的自然映射时间;另一方面来源于其拓展形式中的文书记载时间、截图反映时间、光盘时间信息以及电子版文书的附属信息时间。电子数据时间审查的方法包括以下几种:电子数据机器时间与诉讼时间的比对,可特别关注电子数据首次收集、提取时间;电子数据机器时间与自然时间的比对,由此发现电子数据机器时间被人篡改的情况;电子数据机器时间与机器时间的比对,由此还原电子文件生命周期,或发现异常电子数据。

(以上依据《数字法治》《法学》《证据科学》《国家检察官学院学报》,陈章辑)