高质效检察履职,须在“三个善于”与“三个效果相统一”之间往返——

精准适用不起诉做好个案“差异化”处理

视角

□吴宏耀 梁彦

吴宏耀

□检察办案“以法律为准绳”,遵循法律条文的具体规定是基本要义,应当深入探寻相关规定中所蕴含的法治精神,领会立法者的深层用意,并结合个案情况将法律条文的精神内核付诸实践,从而更好地履行检察职能。

□在现代法治精神指引下,检察官在适用刑事转处过程中,应当以刑罚目的为指导,遵循宽严相济刑事政策的要求,依法公正行使法律赋予检察机关的不起诉裁量权,以期在个案中最大限度地实现政治效果、社会效果与法律效果的有机统一。

新时代新征程,为了更好发挥检察机关职能作用,最高检提出“高质效办好每一个案件”的检察履职办案基本价值追求,强调着力提高检察人员运用法律政策的能力,做到“三个善于”:善于从纷繁复杂的法律事实中准确把握实质法律关系,善于从具体法律条文中深刻领悟法治精神,善于在法理情的有机统一中实现公平正义,防止就案办案、机械办案。“三个善于”的提出,无疑为“高质效办好每一个案件”提供了科学指引。“以事实为根据,以法律为准绳”是我国司法机关进行刑事诉讼的基本要求。检察办案“以法律为准绳”,遵循法律条文的具体规定是基本要义,但不应仅拘泥于规范文本,导致机械办案,而应当深入探寻相关规定中所蕴含的法治精神,领会立法者的深层用意,并结合个案情况将法律条文的精神内核付诸实践,从而更好地履行检察职能。

当前,我国以法定不起诉、酌定不起诉、存疑不起诉、附条件不起诉和特殊不起诉等为代表的刑事程序分流规定,构成了我国刑事转处的主要程序机制。从犯罪治理角度看,对于特定符合起诉条件的案件作不起诉处理,蕴含着现代法治精神。

一是积极履职与制约公权。依照宪法和法律规定,检察权由检察机关依法独立行使。在法律赋予检察机关及检察官相应职权的前提下,检察官秉持客观公正的立场,充分运用权力,勤勉尽责,全心全意为人民服务,是实现法律赋权的基本目标、维护社会公平正义的必要途径。与此同时,法律也规定检察机关及检察官必须接受来自各级人民代表大会及其常委会、人民群众、人民监督员等多方监督,法定监督与民众监督构成了防止检察权外溢的壁垒。由此观之,刑事检察转处包含积极履职与制约公权的双重内核。

二是惩治犯罪与保障人权。在我国刑事犯罪结构转变、轻罪案件占比上升的背景下,犯罪治理领域亟待作出调整,从全面治罪转向治罪与治理并重,从强调“惩罚犯罪”逐渐转向强调“惩治犯罪”,即既要惩罚严重犯罪,又要治理轻微犯罪。刑事检察转处的相关规定就蕴含着惩治犯罪与保障人权并重的法治精神,具体表现为检察官应当坚持罪刑法定原则办理案件,既要保证有追诉必要的人受到刑事制裁,也要保障无罪或没有追诉必要的人免遭刑事追究。

三是个案正义与诉讼效益。德国刑法学家李斯特主张“改造可以改造者,不可改造者使之不危害”,从此中得以窥见刑罚个别化的思想,即根据不同的犯罪行为人的犯罪情形的不同,适用不同的刑罚,以实现对特定犯罪行为人的教化改造。作为刑罚个别化理念的延伸表现,刑事检察转处在审查起诉阶段对相关案件作出不起诉决定,并对犯罪嫌疑人施以刑罚以外的处罚,相当于提前一个诉讼阶段对案件进行实质处理,即蕴含着个案正义与诉讼效益兼顾的法治精神。

在现代法治精神指引下,检察官在适用刑事转处过程中,应当以刑罚目的为指导,遵循宽严相济刑事政策的要求,依法公正行使法律赋予检察机关的不起诉裁量权,以期在个案中最大限度地实现政治效果、社会效果与法律效果的有机统一。具体而言,在个案刑事转处中,检察机关行使法律赋予的不起诉裁量权应当遵循以下原则和要求:

坚持区别对待原则。针对不同犯罪行为人的具体情况,实行区别对待,做到“该宽则宽,当严则严,宽严相济,宽严有度,罚当其罪”是宽严相济刑事政策的基本要求。综合刑事诉讼法关于以案件可能判处的法定刑作为标准进行程序分流的规定,可将轻罪概括为事实清楚,证据确实、充分,依法可能判处三年有期徒刑以下刑罚的刑事犯罪。在此基础上,案情简单,事实清楚,证据确实、充分,依法可能判处一年有期徒刑以下刑罚的刑事犯罪可称为微罪。对于轻微犯罪案件,检察机关只有坚持“三个善于”,准确判断把握具体个案中的社会危险性与起诉必要性,对个案作出差异化的处理,才能契合宽严相济刑事政策的要求。

准确适用法律规定。酌定不起诉的相关规定赋予了检察官较大的裁量空间,在裁量范围、标准和程序有待进一步明确的当下,办案人员可以结合法条所蕴含的相关法治精神作出判断。具言之,立法者将“犯罪情节轻微”作为酌定不起诉的适用前置要件,表明此类不起诉指向的目标对象为实施轻微犯罪的犯罪行为人。以惩治犯罪与保障人权精神为指引,检察官需围绕犯罪情况、犯罪嫌疑人情况、被害人情况以及公共利益等多方面情况完整地进行案件分析,并借鉴最高法、最高检、公安部、司法部《关于办理醉酒危险驾驶刑事案件的意见》和最高检、公安部《关于依法妥善办理轻伤害案件的指导意见》中关于办理轻微犯罪案件的有益经验,准确区分罪与非罪、轻罪与重罪,依法对没有起诉必要的轻微刑事案件作出符合法治精神的转向处置,从而更好地落实作为办理轻微犯罪案件具体工作要求之一的“慎诉”要求。

加强公开释法说理。由于司法实践的惯性以及法治教育普及的不充分,人民群众有时把不起诉理解为“不处理了”,被害人及其亲属认为刑事转处就是纵容犯罪分子,从而导致上访现象时有发生,由此给社会的稳定带来风险。因此,一方面,检察机关要敢用并且用好刑事转处,在维护打击犯罪的力度与效率的同时,也要在最大程度上保障犯罪嫌疑人的人权,从而减少社会的对立面。另一方面,通过发布典型案例的方式,办案人员结合具体案情,就其裁量原则、裁量方式和裁量内容展开具体阐述,既可以为其他检察官的具体裁量提供指导,又可以由此释放法律的善意,增进人民群众对于刑事检察转处的理解,从而推动刑事检察转处的有效适用。

(作者分别为中国政法大学教授,中国政法大学刑事诉讼法学专业博士研究生)

集萃

中国政法大学数据法治研究院教授王立梅:

建立以潜在被害人为中心的网暴治理模式

随着网络暴力事件不断进入公共视野,如何依法有效治理网络暴力已成为全社会关注的焦点。对网络暴力干预的阶段越靠后,暴力行为依托于网络技术传播、叠加、积聚的指数递增后果就越恶劣,治理难度与成本就越高,甚至难以遏制恶性事件的发生。网络暴力场阻断旨在遏制网暴事件的发生和发展,建立以潜在被害人为中心的治理模式。平台基于内容管理义务、用户管理义务、安全管理责任以及综合性刑事预防义务,根据技术正当程序及比例原则,借鉴避风港原则构建事前预防及事中自主治理模式。

北京师范大学法学院教授何挺:

更新理念完善未成年人犯罪刑法规范

我国未成年人犯罪刑法规范存在立法模式滞后、定罪特殊规定缺失、刑罚体系粗放和复权制度过简等问题,需要在理念更新的基础上寻找完善的进路,以加强对未成年人群体的特殊、优先的人权保障。在未成年人犯罪规律视角下,人的发展规律反映出未成年人犯罪的被决定性,年龄—犯罪曲线规律展现出未成年人犯罪的阶段性;在罪错未成年人处遇方面,刑法对未成年人的处理思路应从“小儿酌减”走向“儿童友好”,从社会防卫走向个体康复。基于理念更新,应当从四个方面对未成年人犯罪刑法规范加以完善:一是确立特殊规则拓宽出罪路径,二是通过行为人因素促进量刑轻缓化,三是增设特殊刑罚种类和刑罚执行方式以加强预防刑与教育刑,四是构建多层次的复权制度保障未成年犯罪人的复归与发展。

湘潭大学法学院教授赖早兴:

以数据价值评价侵害数据行为危害性

数字、数据和信息是信息社会的基本概念。在刑法中,数据的定义和范畴决定着刑法对数据保护的范围与力度。在传统意义上,数据与数字紧密相连,但计算机语言的出现使数据部分脱离数字;大量信息以数据方式呈现,但信息只是数据的表现形式之一,数据还包括功能性的程序指令。刑法文本中有显性数据和隐性数据,隐性数据易于被忽视。在司法实践中出现了裁判者泛化数据概念、忽视数据价值、抹杀数据属性差异和同化数据信息等不合理现象。应当在刑法中明确数据概念的基础上,以数据价值评价侵害数据行为的社会危害性,基于数据的国家秘密、财产、知识产权等属性认定侵害数据行为的性质,明确信息在部分罪名中的独立性,实现刑法对数据权益的保护和对侵害数据行为的打击。

(以上依据《政法论坛》《人权》《政治与法律》,陈章选辑)

全面评价“不法”需要考量主观不法

品鉴

□柏浪涛

在英美法系或我国传统的犯罪论体系中,不法的成立究竟取决于行为的客观面还是行为人的主观意思,都是一个极为重要的命题。苏州大学法学院副教授王俊所著的《不法主观化的刑法教义学展开》一书,在坚持严谨的教义学研究范式下,勇于挑战客观不法论,通过系列研究,取得诸多成果,有利于系统推进我国不法论的深度研究。

犯罪构成体系的位阶性

本书在第一部分先探讨了我国犯罪构成体系问题。这是研究不法论的一个基础问题。本书反思了三阶层体系对四要件体系的批评,进而指出,就主客观要件的关系而言,两种体系并没有多大区别,并且认为,优先判断主观要件,并不会忽略客观要件,更不等同于主观主义。在这部分,本书厘清了大位阶与小位阶。大位阶是指在评价标准方面,违法应优先于责任。就小位阶而言,在评价要素上,客观判断并非绝对优先于主观判断。在事实行为中,总是由主观引导客观,客观行为均受意识的支配和控制,因而在顺序上,是主观优先于客观。基于以上分析,本书指出,位阶性问题的确是四要件体系的“致命伤”,但这种位阶性是指违法与责任的位阶关系,而不是客观与主观的位阶关系。就客观与主观的关系而言,四要件体系并不存在“致命伤”。

目的行为论的理论价值

本书第二部分详细探讨了主观不法与客观不法的关系问题。作者在此提出了本书的核心观点,亦即主观不法才是不法判断的重心;决定不法的根据,首先是行为人的主观不法,其次才是客观不法;客观不法相对于主观不法仅具有从属意义,即客观构成要件事实只有在行为人主观上存在认识及认识可能性时才具有刑法评价的意义;在刑法评价上,并不存在一个能够脱离于行为人主观的纯粹客观评价。

为此本书指出,应重新认识目的行为论的价值,这是本书的一大亮点。我国学界存在一种看法,认为目的行为论存在缺陷,已经退出历史舞台,仅具有学术史的价值。然而,通过本书的分析可知,目的行为论的核心思想并没有退出历史舞台。结果无价值论认为,故意杀人罪与过失致人死亡罪的客观行为是相同的,都是“杀人行为”,二者的区别仅在于主观要素。然而,这只是从结果维度所做的观察,不能代表事物的全貌。根据目的行为论,故意杀人行为对法益制造的危险具有支配性,因而具有可重复性。过失行为对法益制造的危险具有盲目性,不具有可重复性。

如果仅从结果维度看,故意杀人行为所造成的结果不一定就必然比过失致人死亡行为所造成的结果更严重,然而从法定刑的配置而言,故意杀人罪的法定刑却远高于过失致人死亡罪的法定刑,这种差异是结果无价值论所无法解释的。合理的解释是,故意行为的危险具有可重复性,因此,对法规范有效性的破坏更严重。具体而言,如果对故意杀人的行为人不绳之以法,则国民对法规范有效性的信赖大大降低,人人自危,而如果没有抓住过失致死的行为人,则不会严重冲击国民对法规范有效性的信赖,因为,其在短期内不可能再重复其过失行为。从上述分析可以看出,故意与过失确实具有参与行为不法的功能,而这一点正是目的行为论的核心主张。

特别认知对归责理论的影响

特别认知问题是客观不法论的一个“芒刺”。本书的一大亮点是,从风险创设和风险实现两个阶段对该问题进行了系统分析。

第一,风险创设阶段。客观归责理论强调不法的重心在于客观构成要件,但是在行为人具有特别认知的场合,却认为这一主观认知是成为不法的决定性因素,这显然存在矛盾。本书的学术价值则在于有力地证明了客观归责理论的提出并不能有效提升客观不法的地位,不法的主观化趋势无法避免。

第二,风险实现阶段。客观归责理论的学者虽然承认特别认知在风险创设中的作用,但其主张在风险实现阶段,应该进行纯客观的判断,如果广泛承认特别认知的地位,会导致客观归责理论自身的瓦解。对此本书指出,同样是特别认知,客观归责理论却要在风险创设阶段与风险实现阶段区别对待,在体系上这是难以自洽的。而且,如果采取客观归责理论的观点,在判断时会明显存在问题。按照本书的主张,如果行为人存在特别认知,那么便应当成立故意既遂犯,如果不存在特别认知,则只能构成未遂犯。通过这一分析,本书证立了一个结论,即无论是风险创设,还是风险实现,都离不开行为人的主观认识判断。最为彻底的做法,应该是放弃客观归责理论,而以主观归责理论代替之。

主观归责的具体判断

本书通过对风险创设与风险实现两个层面的系统分析,得出了主观归责具有优先地位的重要结论。在此基础上,本书还讨论了主观归责应该如何判断的问题,从而进一步推进了主观归责理论的研究,对司法实践具有指导意义。在这个问题上,本书认为,从规范论的角度看,因果关系并不在行为规范的射程范围内,故也不是故意的认识对象。对此,应坚持主观归责与故意的区分,具体而言,主观归责是在确定故意的基础上再进行一个独立的判断步骤,讨论的问题是,究竟能否把一个客观事实归属于行为人的主观意志;无论是故意犯还是过失犯,均会存在主观归责,由此主观归责不等于故意归责。在审查故意既遂的归责时,一旦确定行为人业已作出抵触行为规范的最终决定,接着就要检视主观不法与客观上的构成要件该当事实重合一致的部分,是否可以建构一个不被容许的风险。这一观点具有合理性,不仅厘清了故意的成立边界,也明确了主观归责审查的独立价值。

个人预见可能性的体系定位

一般认为,主观不法理论往往对于过失犯难以合理说明,本书的重要学术价值则在于直面过失犯的问题,本书将视野从存在论转向了规范论,认为与故意犯不同,过失犯的主观不法主要在于其规范面,其中的核心问题在于如何解释过失犯中个人预见可能性的地位与机能。

结果无价值论认为,在不法阶层,因果关系的判断是纯客观的,个案中往往容易肯定过失犯的因果关系,因此,过失犯的判断重心主要在于责任阶层中行为人的预见可能性,如果根据行为人的认识能力,其对不法结果的发生具有预见可能性,则存在过失,反之过失犯便不成立。行为无价值论中的两阶段模式认为,在不法阶层,由于不法是客观的,应当根据一般人的认识能力来判断行为人是否违反客观注意义务,如果答案是肯定的,则仍需要在责任阶层考察行为人的预见可能性,以此得出最终结论。而行为无价值论中的一阶段模式认为,在不法阶层,以一般人作为判断标准是毫无意义的,应直接根据行为人个人的认识能力来判断,如果行为人不具有预见可能性的,并不是阻却责任,而是会直接取消行为的不法。结果无价值论关于因果关系的判断,一方面的问题是,纯粹客观地判断因果关系,不作规范性结果归属判断,显然已经不合时宜;另一方面的问题是,根据介入因素异常性判断因果关系的有无,无法说明为何“异常性”能决定因果关系的有无。实际上,“异常性”是预见可能性的一种表象。行为无价值论中的两阶段模式根据客观预见可能性判断结果归属,但是在关于个人预见可能性的体系定位上,与结果无价值论的观点完全一致。与之不同的是,一阶段模式根据行为人个人的预见可能性判断不法的成立。

本书旗帜鲜明地提倡一阶段模式,并指出两阶段模式的问题所在,即会导致责任的评价对象和责任评价相混淆。申言之,作为通说的规范责任论并没有完全清除心理责任论的“痕迹”,因为只有按照心理责任论,才需要在责任阶层讨论主观的过失。本书认为,个人预见可能性应该从传统的责任阶层中“释放”出来,作为主观不法构成要件要素加以确立,理由在于法不强人所难,即法律不会将超过个体能力的注意义务强加于人们。通过这一系列的阐述,本书对个人预见可能性这一核心问题实现了闭环论,具有重要的学术价值。

(作者为华东师范大学法学院教授、博士生导师)

在宪法检视中推动传统法律文化创造性转化

□王新生

中国传统法律文化承继了中华民族先祖的创造智慧与实践经验,推动并保障了中华民族数千年来绵延不绝的繁衍兴旺和文明传承。习近平总书记强调,“如果没有中华五千年文明,哪里有什么中国特色?如果不是中国特色,哪有我们今天这么成功的中国特色社会主义道路?”马克思主义和中华优秀传统文化虽然来源不同,但彼此存在高度的契合性,两者的结合造就了一个有机统一的新的文化生命体,让经由“结合”而形成的新文化成为中国式现代化的文化形态。为此,推进中国特色社会主义建设,必须实现传统文化的创造性转化和创新性发展。

从法学的视角展开分析,如何实现中华传统法律文化的创造性转化和创新性发展是当代法律人的重要使命。中国传统法律文化发源于夏、商、西周,成熟于秦汉,繁荣于隋唐,衰落于明清。两千余年的历史长河里,中国传统法律文化催生了发达的且自成一体的中华法系,维系着长达两千年领先世界的中华文明,且溢出中国疆域,成为东亚、东南亚国家的主流法律文明。当我们谈论传统文化的创造性转化和创新性发展时,要将优秀基因与糟粕成分区分开来,继承的是优秀文化基因。

党的二十大报告首次用专章部署全面依法治国工作,提出“弘扬社会主义法治精神,传承中华优秀传统法律文化”这一重要论述,为我们推动中华传统法律文化的创造性转化、创新性发展,提供了根本遵循。党的十八大以来,习近平总书记把宪法摆在全面依法治国十分突出的位置,围绕宪法提出一系列重大论断,作出一系列重大部署,并深刻指出要在全社会加强宪法宣传教育,弘扬社会主义法治精神,努力培育社会主义法治文化。因此,从制度层面来看,优秀法律文化必须是合乎社会主义宪法制度的文化,必须是能够在社会主义制度基础上实现重生的文化。宪法作为国家根本大法,规定了国家的基本政策和发展走向。因此,中国传统法律文化的创造性转化必须接受社会主义宪法检视,从中筛选出具有生命力的优秀法律文化基因。

对传统法律文化创造性转化的宪法检视,可以从以下两个层面展开。第一个层面是根据宪法规范的规定性进行评判。凡是违反宪法规范,特别是违反公民基本权利的文化因素,比如,维护封建专制统治的因素、维护剥削阶级统治的因素、严重违背人权的因素都应该受到批判并被抛弃。如包办婚姻制度,就可以被认定为侵犯了婚姻自由原则,应被彻底抛弃。第二个层面是进行深层次的制度性评判。制度构成需要许多因素,只有把它放到当时的生产力水平、生产关系及社会结构中分析其存在的合理性、正当性及运行状态和实施效果,才能作出清晰的判断。以古代的“孝”伦理为例,五四新文化运动以来,“孝”曾被阐释为是父母压迫、控制儿女的精神桎梏,认为其严重侵犯了人权。但是,我国宪法及婚姻家庭法却仍旧强调父母抚育儿女、儿女赡养父母的法律责任和社会道德。无形之中,“孝”伦理被肢解了,并产生了法律制度与文化理念的背离。“孝”伦理为什么能够成为中国古代社会最基础的伦理道德准则而被坚守了几千年?在古代,生产力水平极为低下,劳动产出极为有限,需要何种理由才能促使父母在极端困难的条件下仍然愿意抚养年幼儿女而不会抛弃他们?最起码是要让父母坚信,子女成年后能够为他们养老,即“养儿防老”。由此可见,“孝”伦理的背后,隐藏着父母与子女两代人之间的代际契约,体现着代际公平精神。只有深刻认识到“孝”伦理背后的代际契约的内涵,才能对传统“孝”文化及相关法律规则作出制度性评判。

习近平总书记强调,“对传统文化中适合于调理社会关系和鼓励人们向上向善的内容,我们要结合时代条件加以继承和发扬,赋予其新的涵义”。在宪法检视过程中,还需要依据宪法精神、原则重新阐释传统文化的内容,使之获得重生的制度基础。以传统文化的“忠君”为例,它既有绝对服从君主专制统治的内涵,也有特定情形下君主作为国家象征,忠君意味着忠于国家、忠于民族的爱国主义精神内核。对此,应当在宪法基础上对传统“忠”文化作出新的阐释。古代中国的国家形态与现代的国家形态有着明显区别,君主既是国内统治者,同时也是国家政权或民族利益的代表。君主的部分行为是为了维护个人或世袭专制统治,这在当代宪法制度下,应当予以坚决的批判。但是,君主也会从事对国家利益有利的事情,如对内兴修水利、抗灾赈灾等,对外抗击外敌入侵,此时君主是抵抗侵略的领导者,服从其领导是符合民族利益、符合民众利益的,应当受到肯定。那么,“忠”的价值观应当在爱国主义这个维度上得到新的阐释。要继承和发扬历史上的爱国主义传统和精神,并对爱国主义行为作出新的、扩充式解释,才能适应新时代中国特色社会主义建设的要求,才能符合中国式现代化的发展需要。

总之,促进中华传统法律文化的创造性转化和创新性发展,需要我们持续开展宪法检视下的系列创造性工作,以此为建设中国式现代化提供法学支撑。

(作者为长沙理工大学法学院教授)