在清代,刑部官员需具备研读律例、研习审案、推阐义例、撰写说帖等职业素养,这些素养又以相应的司法理念为根基——

推鞫得情,处断平允

□闫晓君

刑部是清朝最高司法机关之一,号称“天下刑名之总汇”。刑部设十七个清吏司,与当时十七个行省对应,负责各省上报的刑名疑难案件及死刑案件。此外,刑部还设律例馆和秋审处等重要机构,由堂官从刑部司员中选拔精通律例并且断案经验丰富的法律人才充任。律例馆由尚书或侍郎充任总裁,设提调满汉各四人,负责掌修稽核条例之事。秋审处则审录各省死囚,谓之秋审;录本部死囚,谓之朝审。秋审处郎中、员外郎及主事若干名,有坐办、兼行,大都是刑部出类拔萃的司法官员,具有较高的法律素养。清代刑部官员需具备研读律例、研习审案、推阐义例、撰写说帖等职业素养,这些素养以“推鞫得情,处断平允”的司法理念为根基。

研读律例

清朝律例明确要求官吏必须熟读并通晓律意。刑部为专掌法律和司法事务的部门,其任职官员更应如此。新进入刑部的官员通常有三年见习期,“入署看稿,回寓读律”,实质是在实践中学习、在学习中深化实践,实现研读律例与参与审判实务的结合,使所学与所用互相促进。日常读律时,若遇疑难,可以向前辈请教。

例如,晚清著名律学家薛允升自咸丰六年入刑部任职后,便开始了读律生涯。至咸丰九年,三年见习期将满之际,恰逢母丧,遂丁忧守制三年,其间仍潜心研读律例。待服满起复时,先后研读律例已六年之久,较一般官员研读律例的时间多了一倍。因此,近现代著名教育家姚永朴称其对律例“触类贯通,有询者,应口诵,无疑”。同为晚清律学大家的吉同钧,曾在晚清京师法律学堂、法政学堂、法部律学馆、大理院讲习所等重要的法律教育机构任职,其律学成就被誉为“继乡先正薛、赵二司寇而起,为当代法家巨擘”。吉同钧自述:“通籍后,果分刑部,适值乡先辈薛赵二司寇先后迭长西曹,因得日诣门墙,质疑问难,从此律学稍有门径,然于办案之法尚茫然也。”可见,刑部官员除勤读苦修以外,同僚间的律学切磋、律例精研亦是提升专业素养的重要途径。

研习审案

法律一成而不变,而案情则千变万化,如何在审案中正确适用法律,以一驭万,是一门高超的司法技艺,需要有丰富的经验。如果缺乏经验,则容易出现“优柔者寡断,瞢昧者轻断,甚至株连无辜,滥用刑讯,经久而不能决一狱,即决矣,或不免畸轻畸重之病”。因此,审断平允是对司法者的最高要求。但要做到这一点,往往需要长期的历练和司法实践经验的累积。

吉同钧在刑部任职二十多年,为当时的刑部名宿,他“采集前人成说,附以生平阅历”,著有《审判要略》一书。他说:“读律而不能办案,犹之诵诗而不能专对,虽记诵无遗而食古不化,亦书麓而已。盖办案之法,举平日所读之律,一一见诸实事。始而取供,继则叙案,继则引例,继则勘断。古人云:坐而言者起而行。读律则平日坐言之事,而办案则临时起行之事也。其根柢虽在于读律,而又非讲习有素,指授有人,断不能曲当其情罪而折服两造之心。”

刑部官员需在参与司法实践中积累经验,一般司官到部学习,必先从看秋审入手,而堂官用人,亦以看秋审之成绩为升迁的根据。刑部办理秋审案件的核心程序是:每年正月,书吏摘录直隶死罪原案节略,先列“案身”(案件事实),次列“后尾”(即直隶督抚拟定的审判意见及定罪量刑建议),订为一册,分送学习司员先用蓝笔勾点,酌拟实缓可矜,加以批语,谓之“初看”。次由堂派资深司员复用紫笔批阅,谓之“覆看”。复由秋审处坐办、提调各员取初看、覆看之批,折中酌议,又用墨笔加批,谓之“总看”。总看后呈堂公阅,各加批词,注明实缓。

外省秋审始于每年二三月,先由按察使司(臬司)对本省死罪监候案件拟定实缓可矜的详细理由,督抚覆勘,会同布政使司(藩司)、按察使司(臬司)及各巡道官员,择日同至臬署亲提人犯,当堂唱名,然后商定看语(处理意见),于五月以前具题咨部,谓之外尾(外省的审判意见)。刑部接到各省外尾,仍依看朝审的办法,历经司堂阅后,与部定朝审合为一处,刷印成帙,谓之招册,亦谓之蓝面册,其有内外意见不同、实缓互异者提出,另为一册,谓之不符册。七月间择日公同商议,先由秋审处各司员公议决定,谓之司议。司议后定期齐集白云亭,按班列座,堂司合议,谓之堂议。议定标明实缓可矜,再由秋审司员拟定简明理由,谓之方笺。

薛允升在刑部任职时,“所定案牍明慎周详,不能增易一字”。当时的刑部尚书桑春荣谓部中不可一日无此人,凡疑难大案及各司不能讯结者,都委托薛允升一手核定。可见,读律是基础,律例娴熟是前提,而能审办案件,审断能折服两造之心才是关键。吉同钧在《审判要略》中总结审判的要诀:“总之,罪因情科,案凭证定。未审之先固不可先存成见;已审之后,又不可漫无定见。”只有这样,才可以做到情法两尽,不致有漏网之罪,也不致有覆盆之冤。

推阐义例

清人研究律例,重视对义例的总结归纳。义乃所纪之事,即内容及体现的主旨;例乃纪事法度,即规则和条例。如“徒流人又犯罪”律,律文只言流又犯流,徒又犯徒,及流徒又犯笞杖,不言流又犯徒及徒又犯流者,因为已经概括于“再科后犯”一句之内,如徒人又犯流者,自应定地决遣,流人又犯徒者,仍于配所拘役,因为律之义例重可概括轻,轻不可概括重。

研究律例,不仅要明白“律与律之同异,例与例之同异,律与例之同异”,也应明白“律轻例重之故,律重例轻之故,古律与今律重轻之故,此律与彼律重轻之故”。知其然,也应知其所以然。读律如果不明义例,审判“必至断一案而情法失当。不明同异,必至援引不衷,于是甲罪用乙例,乙罪用甲例。不明轻重,必至权衡不得其平,重者失之轻,轻者失之重”。

清末修律大臣沈家本特别推崇吉同钧《大清律例讲义》一书,称其“考订乎沿革,推阐于义例,其同异轻重之繁而难纪者,又尝参稽而明辨之,博综而审定之,余心折之久”,并指出这本讲义“于沿革之源流,义例之本末,同异之比较,重轻之等差,悉本其所学,引伸而发明之,辞无弗达,义无弗宣,洵足启法家之秘钥而为初学者之津梁矣”。

沈家本自身也非常重视对“义例”的研究,其《论故杀》一文便集中体现了这一倾向:“今试究其义例。凡斗杀者,必两相扑打,此往彼来,确有互殴之状。即同谋共殴而有互殴之状者,亦得谓之斗杀。《唐律疏议》‘无事而杀之’文,实从律文‘因斗绝时’中推勘而出,此《唐律》之义例也。《明律》不用《唐律》,解释家才有临时有意欲杀非人所知之说,与独谋诸心者界限较为分明,科断可无疑惑。此为《明律》之义例也。”沈家本主张“义例完全而始可谓之为法”,而《明律》在“义例”上存在缺陷,沈家本在《论故杀》一文指出《明律》“义例”方面存在的缺陷达六处之多,窒碍不通,难以为训。

撰写说帖

刑部说帖,始于乾隆四十九年。当刑部遇有疑似难决之案,如遇有例无专条,情节疑似者,案件所属清吏司如要议驳,先详具说帖呈堂,即将审判意见以书面形式拟稿呈堂阅画。如堂官以司议为是,由司再拟稿尾(覆外省之语曰稿尾)分别奏咨施行。若堂官对于司议犹有所疑,批交律例馆详核,馆员于核定时也应缮具说帖,呈堂酌夺。堂官有所疑而交馆者,或准或驳,多经再三商榷而后定。这样一来,“同一罪而出入异,同一案而准驳异,同一罪案而加减赦留异”,在充分征求意见的基础上,由堂官最后定夺。“其精核足以宣律例之奥,其明辨足以晰成案之拘。”这是一种行之有效的审判机制。

可惜,道光时期渐有馆员随时核覆不具说帖之事,去繁就简,说帖遂少。光绪以后,说帖更是寥寥罕观。凡各司疑难之案,一概交律例馆详核。各司官员怕麻烦,就不复缮具说帖。律例馆也不另具说帖,径代各司拟定稿尾,交司施行。从此以后,馆事日繁,而各司多不讲求,因有人才牢落之叹。虽经堂上官谆谆告诫,而积习相沿,未之能改。

对此,沈家本在《刑案汇览三编》中指出,今日法理之学,日有新发明,穷变通久,气运将至,此编虽详备,陈迹耳,故纸耳。余谓:理固有日新之机,然新理者,学士之论说也。若人之情伪,五洲攸殊,有非学士之所能尽发其覆者。故就前人之成说而推阐之,就旧日之案情而比附之,大可与新学说互相发明,正不必为新学说家左袒也。

践行理念

刑部官员要做到“推鞫得情,处断平允”,除了具备精深的律例之学,丰富的审判经验,还应有“勿枉勿纵”的司法理念。在刑部任职的官员,意识到“法令为民命攸关,一或偏倚,即大有出入,且有生死互易者”。正是司法审判应公平公正,不枉不纵的司法理念,才成为刑部官员精通律例的源动力。如薛允升“念刑名关人生命,非他曹比,精研律例,剖析毫芒,有心得及疑义,辄笔记之”。

司法理念不能只停留在口头,更要见诸行事,落实在审判实践中。如何正确践行公正平允的司法理念,无非有二:一是矜恤弱小,平反冤狱;二是诘奸禁暴,不畏强权。在这方面,薛允升堪称楷模,《清史稿》说他“鞫囚如与家人语,务使隐情毕达,枉则为之平反”。同治年间,以审理王宏罄狱显名。民人吕二堕河身死,团勇王凤与王宏罄挟嫌,陷以谋害,刑逼诬服。薛允升为之平反。光绪末年,太监李苌材等在戏院寻衅持械杀人,薛允升主持刑部议定太监斗殴,刃伤人致毙,拟以斩决。太监李莲英泣求皇太后,言刑部定罪太重,力请缓颊。薛允升连折上奏,不惮再三力争,必欲明正典刑,其“直节敢言,不畏权要”的精神气节足为刑部官员楷模。

刑部官员张叙认为“刑名生死所关,任己情者妄,挟成见者拘,即救生不救死之说,仍未平允”,因此,他在总办秋审时,“每以情律争于上官,虽激其怒不顾也”。

司法理念与刑部官员的人品也有莫大的关系,古人讲“非佞折狱,惟良折狱”,正是基于这一道理。古代官员多为儒学出身,受儒家思想影响较深,以民为本,重视生命,秉持着司法“勿枉勿纵”的理念。官员清廉,是做到公平公正的前提条件。如果好货纳贿,则司法公平就很难实现。赵舒翘执掌刑部时,“曾以狱货非宝之经训”,谕劝僚属,即打击这种不良风气。赵舒翘出堂谕曰:“盖案无论大小,事事皆理法中是非得失所在,即事事为小民之身家性命所关也。”

总之,清朝刑部官员的律学知识和素养,得之于平时司法审判实践,也得之于群体之间的相互切磋。而其执法不挠的气节则更与其修养密不可分。在秋审处、律例馆任职者必须是富于办案经验、律例融通的法官。从职业本质上看,他们必须具有丰富断狱经验,同时他们也是律学家,经义与律义兼修贯通,律学与审判相提并论,相辅而成。这些律学家往往都有进士的功名,早年饱读儒家经典,入仕后因从事司法审判的职业需要,转而研读律令,听讼断狱。但由于缺乏系统法学教育,过度依赖经验主义,且受皇权干预明显(如“钦定”案件可超越法律程序),亦具有一定的局限性,当辩证看待。

(作者为西北政法大学法治学院教授、博士生导师)

厘清法条关系规范适用侵占罪

争鸣

□高源 丁胜明

根据我国刑法第270条规定,侵占罪是指以非法占有为目的,将代为保管的他人财物,或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不退还或交出,从而构成犯罪的行为。自1997年刑法增设侵占罪以来,少有涉及该罪的典型案例或专门的司法解释,因而传统理论通说就承担着指导侵占罪适用的重任。但是,通说也存在一些有待完善之处,突出体现在三个方面:对刑法第270条第1款(委托物侵占)和第2款(脱离占有物侵占)之间的关系界定不够精准,无法充分发挥侵占罪在财产犯罪体系中的应有功能,与前置法的协调性有待提高。基于此,笔者拟针对性提出规范适用侵占罪应当注意的三个问题。

将区分说作为阐释侵占罪构成要件的理论依据

关于侵占罪的保护法益,单一法益说在当前学界占主流地位。该说的基本立场是:刑法第270条第1款和第2款的保护法益相同,均为单一的财产法益。据此,理论界通常将刑法第270条第1款视作对侵占委托物和脱离占有物的一体化规定,将第2款视为对侵占脱离占有物的例示规定。但单一法益说在论证方面存在两点有待明确之处:一是笼统以侵占罪为讨论主体,混淆了罪名和犯罪构成的关系;二是重视修正法益内容以处理疑难个案,但在一定程度上忽视了法条文义对于确定法益的作用。

一方面,刑法第270条第1款和第2款规定的性质不同,宜分别确定法益。第1款是关于侵占委托物的规定,所规制的行为本质是背信型财产犯罪,其法益结构为“委托信赖关系+财产所有权”。第2款是关于侵占脱离占有物的规定,所规制的行为属于普通的财产犯罪。另一方面,委托关系由“代为保管”解释而来,其承载的信赖利益是当代社会诚信体系运行的重要保障,具有功能定位上的独立性。据此,刑法第270条第1款的保护法益是委托关系与财产法益的复合法益,而第2款的保护法益是单一财产法益。

区分说被质疑难以妥当解释刑法第270条第2款中的行为对象和法定刑配置规则。想要证成区分说,需对此作出回应。一是对遗忘物和埋藏物的规范解读。笔者将解释遗忘物的重心置于被害人的主观心态,将遗忘物定义为:原占有人在某一时间段内记不清遗落在何处、不知道具体位于何处,且客观上已经脱离原占有人控制的财物。在解释埋藏物时,应重视其与遗忘物之间的呼应关系。笔者将埋藏物定义为:被原占有人有意埋藏、隐匿于特定物理空间之内,并未被原占有人遗忘,但客观上已经脱离其占有的财物。对遗忘物和埋藏物作上述理解,能够使二者在文义射程之内涵摄所有脱离占有物。两种财物的主要区别在于:主观上,财物是否被原占有人有意置于某处;客观上,财物所处的位置是否隐蔽、是否处于特定物理空间之内。由于过度依赖被害人记忆力和主观意愿来认定财物属性,有导致重刑化的风险,因而脱离占有物是否处于特定物理空间之内便成为规范意义上区分遗忘物和埋藏物的实质标准。二是法定刑配置的实质合理性。即便是法益侵害性不同的犯罪,也可能被立法者配置相同档次的法定刑,两种行为所涉侵占罪的法定刑配置便属于这种情况。为实现罪责刑相适应,笔者建议,应通过司法解释明确:侵占委托物的“数额较大”标准低于侵占脱离占有物“数额较大”标准,以体现背信行为的加重危害性。

针对脱离占有物的侵占罪,是取得型财产犯罪的“兜底罪名”

我国刑法理论通说强调不同犯罪之间的界限和构成要件之间的区别,并根据财物由谁占有、是否脱离占有来区分侵占罪和盗窃罪,将二者视作互斥关系。但是,这种观点难以妥当处理事实认识错误、共犯偏离和事实不清等情形下的行为定性问题。

为了克服互斥说的局限,有学者引入表面的构成要件要素理论用以说明侵占罪的对象对于犯罪成立没有实际意义,其作用只是与关联犯罪相区别,并不为违法性、有责性提供根据。据此,侵占罪的成立不受财物属性的制约。但是,犯罪对象能否为违法性、有责性提供根据,和犯罪对象是否具有区分犯罪的功能,是两个不同的问题。承认财物属性具有区分犯罪的功能,并不一定要以否认财物能够为违法性、有责性提供根据的方式来实现。事实上,侵占罪的财物属性因影响着行为方式而能够为违法性和有责性提供根据。也有观点主张忽视犯罪之间的界限,在构成要件间出现竞合时一律“择一重”处理。这种简单化处理竞合问题的方式,同样不可取。

互斥说的问题根源在于,忽视了构成要件之间的包容性评价。法条文义承载的含义能够由扩张或限缩解释予以灵活地确定,这说明构成要件之间普遍存在着重合和包容关系。侵占脱离占有物的犯罪是取得型财产犯罪中构成要件内容最少的犯罪,这使其具有“兜底性质”。盗窃故意能够包容侵占故意,转移占有财物的行为能够包容不转移占有财物的行为,进而可以将盗窃行为评价为侵占行为,将盗窃罪评价为法益侵害程度更重的侵占犯罪。

依据法秩序统一原理处置侵占不法原因给付物行为

对于司法实践中,受托人侵占不法原因给付物的行为性质认定,涉及准确理解和贯彻法秩序统一性原理。不法原因给付物主要指基于违反强制性法律法规或公序良俗的原因而被给予或支付的财物。对于侵占不法原因给付物的行为刑法理论大多主张以侵占罪论处,但笔者认为这一结论可能造成刑法与前置法的不协调。

根据法秩序统一原理,刑法对前置法的从属是相对的。只有前置法上的违法行为才可能成为刑法上的违法行为,只有前置法保护的法益才具有值得刑法保护的可能性。一方面,对于不法原因给付的财产,我国民法理论和司法实践普遍否认不法原因给付者享有返还请求权,给付者在丧失返还请求权的情况下主张对财物享有所有权的诉求,自然也不会得到司法机关的支持。既然不法原因给付者不具有返还请求权和财物所有权,就难以认为受托人占有的财物属于给付者。另一方面,侵占行为的确可能破坏委托关系,但委托关系只能依附于财物,单纯破坏委托关系的行为不会构成侵占委托物型的侵占罪。这在不法层面便否认了入罪可能性,自然无需再考虑责任层面的违法性认识和期待可能性等问题。因此,受托人的侵占行为不成立侵占罪。如果将受托人的行为认定为侵占罪,便意味着刑法保护了民法不予保护的法益,可能导致部门法之间的矛盾。

主张区分不法原因给付的类型并予以分类讨论的二分说,同样存在疑问。对于所有权被终局性给付的财物,受托人实施侵占的,原本就不构成侵占罪,理论界在讨论侵占不法原因给付物的定性问题时,也默认将这种情形排除在讨论范围之外。可是,各种二分说在设置分类标准时,却普遍将财物是否被终局性给付作为重要考量因素,这无疑是将原本不构成侵占罪的情形纳入讨论范围。此外,区分标准不明确也使二分说面临来自各方的质疑。为了维护法秩序的统一性,只要承认不法原因给付后给付者丧失了返还请求权和财产所有权,就不应将受托人的侵占行为认定为侵占罪。

当然,对于侵占不法原因给付物的行为,虽然不成立侵占罪,但并不意味着行为人无需承担任何法律责任。如果行为人在取得不法原因给付物的过程中,存在欺诈、胁迫等行为,符合其他犯罪构成要件的,可能会被认定为其他罪名。总之,在司法实践中,对于此类行为的处理,需要综合考虑行为的具体情节、主观故意、社会危害性等因素,结合民法、刑法、行政法等相关规定,作出合理的判断和处理,以维护法律秩序的统一和社会的公平正义。

(作者分别为西南政法大学法学院博士研究生,西南政法大学法学院教授、博士生导师)

集萃

立足本土体系化构建刑法理论

书名:刑法学总论
作者:刘艳红
出版社:中国人民大学出版社

【内容简介】本书是贯彻实质刑法理论的自觉性体系化构建之作。本书构建了以值得刑罚处罚的法益侵害性为基础、以实质犯罪论体系为核心、以形式入罪实质出罪为方法的实质刑法理论的教科书体系。这种体系化构建是自觉的,是基于中国刑法现行立法带来的人权保障机制完善的理论难题而提出的解决方案。它本身充满了理论的实践性,而不是逻辑推演的结果。实质犯罪论的基本主张是,仅从形式上强调罪刑法定原则是不充分的,构成要件符合性的判断,是从实质上判定是否存在值得处罚的法益侵害;违法性与有责性的判断,也必须以法益侵害或威胁为中心进行考虑。实质的犯罪论体系打开了中国刑法定罪原则和封闭定罪体系的一个出罪缺口,它能够从实质上还法官以部分的不定罪权。通过构成要件所内含的“值得科处刑罚的违法性和有责性”概念,可拦截一部分形式上符合构成要件但实质上不具备值得处罚的违法性和有责性的违法行为,从而达到出罪的目的。

此外,本书紧密结合中国本土判例而展开对刑法理论的体系化构建,反思或者提倡某种理论,都是在中国刑事司法实践基础之上展开的,旨在通过“以案说理”和“以案证理”,生动呈现刑法理论的司法接受和适用程度,发挥一种理论选择和辅助裁判的功能。本书立足于网络时代科技发展的前沿,尽量做到融入大数据、人工智能等交叉学科的最新知识和学说,体现出鲜明的时代性和作者学术研究的个性。本书融贯法规范实证分析与法哲学经典说理,既让读者清晰地了解到各理论背后的实质争议内容及迭代理由,又体现了哲学思辨性特征。

平衡公平正义与特殊保护的法与理

书名:保护最脆弱的人——性侵害未成年人案件询问指引与论证
作者:何挺等
出版社:北京大学出版社

【内容简介】在询问被性侵害的未成年人过程中,如何在遵循未成年人认知、心理与表达能力发展规律的同时,客观还原案件真相并避免对被害人造成“二次伤害”,成为当前办理性侵害未成年人案件亟须破解的难题。本书立足我国未成年人保护法、刑法、刑事诉讼法及相关司法解释和规范性文件中关于性侵害未成年人案件办理的规定,吸纳国内部分地区开展“一站式”办案救助机制的实践经验,广泛参考域外国家与地区在询问未成年被害人方面制定的专业规则与指南,采用多学科视角,系统性地构建了适合我国司法实践的性侵害未成年人案件被害人询问指引,并从询问原则、规则、询问流程、询问内容与技巧等方面为一线办案人员提供了较为细致并具有可操作性的指南。

紧扣前沿构建劳动法理论体系

书名:数字化对劳动法的挑战与应对
作者:谢增毅
出版社:中国社会科学出版社

【内容简介】本书系作者主持的国家社科基金后期资助重点项目“数字化对劳动法的挑战与应对研究”的最终成果。本书全面深入分析了数字化对劳动法的挑战以及劳动法的应对,重点分析了新就业形态劳动者的权益保护、劳动者权利体系的重构以及劳动法调整方式的转变,在此基础上提出了系统的立法建议。本书紧扣劳动法前沿问题,理论与案例相结合,应用中外大量一手资料进行比较法研究,深入探索劳动法学和数字法学的交叉融合,对于深化劳动法基础理论以及完善劳动法治具有重要意义。本书既希望解决数字时代劳动法面临的实践问题,也力图构建数字时代劳动法的理论体系,努力为建构立足于中国本土实践和国际发展趋势的中国劳动法自主知识体系作出应有贡献。

深度解析行政处罚法修订核心议题

书名:《行政处罚法》修改焦点问题研究
作者:熊樟林
出版社:法律出版社

【内容简介】我国行政处罚法自1996年颁布实施以来,在法治政府建设上具有重要作用。随着社会的进步与发展,行政处罚法实体规则暴露出一些有待完善之处,规则层面的查缺补漏工作变得势在必行。在此形势下,新修订的行政处罚法于2021年7月15日起施行。此次修法是行政处罚法在实施了长达25年之后,完成的首次大修,意义重大。本书结合晚近理论研究与相关执法实践,主要在实体法层面归纳总结了行政处罚法修改的核心议题,如修法的基本立场、修法的逻辑体系、修法的目的选择、行政处罚概念条款的增设、行政处罚种类条款的修订、主观过错条款的增设、行政没收条款的修订、地域管辖条款的修订、违法阻却条款的增设、行政处罚决定公开条款的增设等,并深入剖析这些修法问题中蕴含的一般原理,提出解释论或立法论上的应然方案。这些论述能够为理论界提供更为基本的行政处罚法理论,也为未来进一步开展的修法工作提供理论参考和修订建议。