

“援法断罪、罚当其罪”蕴含朴素罪刑法定意味



□管伟

在世界法治文明演进史上,绵延几千年而不衰的中华传统法律文化和法治文明独树一帜,具有鲜明的民族特色,一直是中华民族奋发向上、自强不息的精神支撑。中华优秀传统文化和法治文明蕴含着丰富的可以为中国特色社会主义法治文化所继承的价值理念和思想资源,比如“援法断罪、罚当其罪的平等观念”,既是中华优秀传统文化法律文化的核心和精华,同时也凝聚着古人治国理政的司法经验和法律智慧,值得深入总结和研究。

援法断罪、罚当其罪的平等观念构成中华优秀传统文化法律文化的核心精神和理念

古代“法”字,最早写作“灋”。东汉许慎《说文解字》解释道:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者,去之,从去。”可见,中国古代先贤很早就将公平公正的理念寄托于法的价值内涵之中。先秦诸子在论法之时,常比之以度量衡,以明法之公正性,如《管子·七法》所言:“尺寸也、绳墨也、规矩也、衡石也、斗斛也、角量也,谓之度量。”以法作为判断人们行为是非曲直的标准,是为“大治”。

公平公正的法的价值理念既体现在法的规范内容上,更体现在法的实施上,即体现在司法进程中。先秦时期的法家坚决反对西周以来世袭贵族所享有的种种身份等级特权,明确提出严格援法断罪、罚当其罪的主张。《管子·任法》强调,“君臣上下贵贱皆从法”,并要求司法者严格援法断罪,“不淫意于法之外,不为惠于法之内也”(《管子·明法》)。否则“亏令者死,益令者死,不行令者死,留令者死,不从令者死。五者死而无赦,唯令是视”(《管子·重令》)。商鞅在秦国主持变法时更是明确提出:“刑无等级,自卿相、将军以所作出的至大夫、庶人,有不从王令、犯国禁、乱上制者,罪死不赦。”罚当其罪,意即所作出的处罚,应当与拟被处罚的行为轻重程度与性质相适应,是法律公正平等的具体体现。早在西周时,周公在《尚书·康诰》中就提出量刑时要注意区分“眚、非眚、非终、惟终”,即量刑时考



量过失与故意、偶犯与惯犯等要素,已经体现出罚当其罪的思想和要求。春秋战国时期,为推动富国强兵改革和践行“法治”的需要,法家学派代表人物提出赏当其功、罚当其罪的思想观点。如李悝在魏国变法的主要内容之一就是“食有劳而禄有功,使有能而赏必行、罚必当”;又如,商鞅在秦国的变法也以“信赏必罚”为主导思想,强调法律明确的赏罚,应当按法律规定的等级和数量及时兑现。先秦诸子也表达了类似观点,如《荀子·君子》载,“刑当罪则威,不当罪则侮”;《墨子·尚同中》说,“赏当贤,罚当暴,不杀不辜,不失有罪”。这充分表明援法断罪、罚当其罪的平等观念在春秋战国时期已经成为思想的主流。

西汉代秦之后,尽管法家学说退出了国家治理指导思想的历史舞台,但援法断罪、罚当其罪的精神内核却被传承下来。西晋刘劭在论援法断罪时提出“律法断罪,皆当以法律证正文,若无正文,依附名例断之,其正文名例所不及,皆勿论。”《晋书·刑法志》中所蕴含的“罪刑法定主义”的理念甚至领先于西方1000多年。明代的丘濬对其观点非常推崇,认为“可以为后世议处刑狱之法”(《大学衍义补·慎刑宪》)。古代先贤推崇援法断罪、罚当其罪的理念和观点比比皆是,甚至将其上升为人心向背、社稷安危和社会稳定的大事,从而使援法断罪、罚当其罪的平等观念代代传承,成为中华优秀传统文化法律文化的重要内容之一。

援法断罪、罚当其罪是中华法系优秀传统法律制度的精华

援法断罪、罚当其罪的平等观念不仅延续于古代先贤理论阐述中,更是物化于中国古代法律制度体系之中,经过长期司法实践而愈加强化,成为根深蒂固的法律传统因子。《唐律疏议·断狱律》规定:“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者笞三十。”《唐律疏议·职制律》规定:“诸称律、令、式,不便于事者,皆须申尚书省议定奏闻。若不

□被历史所称颂、得到社会正面评价的司法者,从来都不是那些机械、僵硬地拘束于律文字面意义的执法者,而是那些充分考虑情理或主流道德标准及民俗,志于恢复或维系一种和谐的社会秩序和人际关系的司法者,在“情”“理”与“法”之间出现冲突与矛盾时,能够分析和考量相关的冲突与矛盾能否在立法者或统治者所能接受的限度内弥合,并由此选择是完全忠实于律例条文的规范含义,还是在既定律例构架之内,通过“详译律意”,充分展现立法意图,实现罚当其罪与情法相平的统一。

中议,辄奏改行者,徒二年。”不仅明确规定了司法裁判必须援法断罪,同时也确立了司法者未援法断罪所应承担的法律责任。《宋刑统》不但继承了唐律援法断罪、罚当其罪的制度规定,同时,也保证了援法断罪的准确性和专业性。在司法审判中实行鞠谳分司制度,即在司法机关中分设掌“议法断刑”的“谳司”和掌“刑狱勘鞫”的“鞫司”,以确保援法断罪、罚当其罪恰如其分,这是宋代在司法领域的一项创新之举。明清时期的律例在基本沿袭唐宋之律的基础上,又不断予以补充完善。《大清律例》不仅规定“凡断罪,皆须具引律例,违者笞三十”,还通过律文中的小注及四条附例,对援法断罪的适用进行更加严格的规范。

不仅如此,围绕援法断罪、罚当其罪目标的实现,中国古代的立法者设计制定了一整套包括案件审理、证据取得和认定以及重罪审转、死罪复奏的司法体系。为促进司法者知法而援法断罪,汉代设立律博士,唐科举中专设明法科,明清律典还专设“讲读律令”条;为确认应罚之罪行的真实性,形成了以口供、证人证言、书证、物证检查验等为内容的证据制度体系;为避免司法者判断应罚之罪行独立性的缺失,设立了司法者的“推推”,即现代的回避制度;为防止裁判过程中可能出现的冤屈,设置了“乞鞫”,即层级复审制度、重大疑难案件的会审制度、死刑的复奏制度以及累因制度等等,从而形成中国古代极具民族特色的援法断罪、罚当其罪制度体系。

当然,从历史发展的角度来看,囿于立法技术以及时代缺陷,中国古代所构建的援法断罪、罚当其罪体系不可避免地存在一定制度缺陷,比如,为了准确实现援法断罪、罚当其罪采取的一事一例分别设刑而缺乏弹性的立法模式,因无法适应快速变化的社会现实,不得不通过设立类推比附制度加以解决;再如,过分重视口供而确立的刑讯逼供的合法化和制度化等

罚当其罪的实践过程就需要司法者通过法律适用活动来消弭两者可能的冲突与矛盾,实现罚当其罪与情法相平的统一。

被历史所称颂、得到社会正面评价的司法者,从来都不是那些机械、僵硬地拘束于律文字面意义的执法者,而是那些充分考虑情理或主流道德标准及民俗,志于恢复或维系一种和谐的社会秩序和人际关系的司法者,在“情”“理”与“法”之间出现冲突与矛盾时,能够分析和考量相关的冲突与矛盾能否在立法者或统治者所能接受的限度内弥合,并由此选择是完全忠实于律例条文的规范含义,还是在既定律例构架之内,通过“详译律意”,充分展现立法意图,实现罚当其罪与情法相平的统一。反映在此类具体个案的判断中,司法者是否基于法律文义而作出具有形式一致性的判决并非是最重要和最受关注的,而是能否准确而恰当地区分行为的不同性质、在可能接受处罚的行为中区分行为主体的主观恶性,是否有利于彰显伦理精神,是否存在进一步教化的可能,而在惩罚和教化之间作出全面判断。宋代《名公书判清明集》中所载判语道:“法意、人情,实同一体。徇人情而违法意,不可也;守法意而拂人情,亦不可也。权衡于二者之间,使上不违于法意,下不拂于人情,则通行而无弊矣。”援法断罪、罚当其罪的裁判绝非只是单纯达到法律形式一致性的效果,而是法律秩序的维系、百姓的接受度以及推广道德教化等多方面效果的统一,也就是古人所说的情、理、法相融的司法效果。

在坚持“以人民为中心”,推进全面依法治国的今天,面临中国特色社会主义进入新时代和社会主要矛盾发生深刻变化的现实,要实现习近平总书记对政法工作的重要指示,“让人民群众切实感受到公平正义就在身边”,司法机关在执法司法实践过程中就必须秉持服务大局的意识,仔细研判每一个具体个案,体会法律条文的立法原意、分析个案中人民群众的利益所在,不能闭门造车、机械追求法律适用的一致性而一断了之。因此,司法机关在围绕这一目标改进工作,解决制约司法能力的深层次问题过程中,古人在援法断罪、罚当其罪实践过程中所呈现的治理经验和司法智慧,在一定程度上为我们解决这些问题提供一种可资借鉴的思维视角和方法。

(作者为山东政法学院法学院教授、齐鲁法治文化研究基地负责人、习近平法治思想研究院研究员)



□薛永毅

2021年,中共中央专门印发的《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》强调,检察机关是保护国家利益和社会公共利益的重要力量,提出“积极稳妥推进公益诉讼检察”的要求。从人民检察制度实践来看,早在延安时期,各民主抗日根据地的检察机关就承担着维护社会公共利益的职责,并有早期检察机关提起公益诉讼的探索实践。

公益之所在,检察权之所在。据现有资料显示,较早从立法上对检察人员“公共利益代表”职责进行规定的,是1939年4月公布的《陕甘宁边区高等法院检察组织条例》。作为陕甘宁边区检察制度的基本法律,该条例第14条以列举的方式规定了检察员的八项主要职权,其中之一即为“公诉当事人、或公益代表人。”1941年4月公布的《山东省各级司法办理诉讼补充条例》进一步规定,检察官代表国家公益,为法律执行机关。同年10月公布的《晋冀鲁豫边区高等法院检察组织条例》同样明确了检察官“公益代表人”的职权。从这些法律法令不难看出,此时的检察官除了“指控犯罪”外,还被赋予了“维护公益”的职能。

当然,在战火纷飞的革命年代,法律供给供给不足在各个根据地是普遍现象。在经过实践探索的基础上,1946年10月,陕甘宁边区政府时期唯一一部检察单行条例——《陕甘宁边区暂行检察条例》(下称《条例》)颁布施行。相比较而言,《条例》从实体和程序两方面对检察机关履行公益保护职能进行了较为详细的规定。

正如整个人民检察制度在民主抗日根据地是一项年轻的制度一样,彼时的公益诉讼检察制度在今天看来似乎还略显“稚嫩”,但在新民主主义时期的司法制度中却不失为一项司法革新,其制度特点及历史价值主要体现在四个方面:

明确公益保护的重点领域。毋庸置疑,公共利益尽管在不同的时空背景下表达形态不尽相同,但究其实质,是对人民群众的利益实现更充分、更广泛的保护。《条例》立足于革命情境下的政权建设和社会治理的现实需要,以专门立法形式规定了公益保护的案件范围和重点领域,即“关于一般民事案件内之有关公益事项”,具体为“土地租佃”“公营事业”“婚姻”三个重点领域。如《条例》规定:“土豪恶霸欺压佃户,超额收租或无理夺租,佃户畏势而不敢声称者,检察员应实施检察。”

规定公益保护的法定程序。检察机关履行公益保护职能也必须遵循一定的法律程序。如对于前述“土豪恶霸超额收租或无理夺租”之行为,《条例》进一步规定:“如涉及刑事范围者,按照通常刑事诉讼程序办理,如仅属民事者,通常按照民事诉讼程序办理。”尤为值得一提的是,《条例》规定:“公营企业垄断、操纵,妨害大众生计,或舞弊贪污,无人声诉者,检察员应实施检察。”其具体程序为:如涉及刑事范围者,按照通常刑事诉讼程序办理;如涉及行政处分者,由检察员作意见文书,连同文卷、物证送边区高等检察处检察长查核;检察长审核后认为成立者,将意见文书连同文卷、物证,呈送边区政府核办。由此看来,尽管《条例》将公益保护集中于民事案件内之公益事项,但对公营企业及公职人员垄断操纵等违法行为实施的“提付行政处分”之检察行为,实则是行政公益诉讼的雏形。

丰富公益保护的诉讼类型。检察机关代表国家提起公诉、追诉犯罪,其基础是国家和公共利益,故公诉案件当然地具有保护公益的考量,这也是公益诉讼没有所谓“刑事公益诉讼”的原因所在。但从延安时期的检察实践看,刑事公益诉讼并不当然被排除在外,这在自诉转公诉案件中表现得尤为明显,如1941年发生在延安的“宁三妨害风化案”。延安北区某机关炊事员宁三乘李某携幼女来延安避难无处落脚之际,多次诱惑行奸。后李某在居住的窑洞内因炭发中毒窒息而死。法院以此案为亲告罪,丈夫不到,等于不起诉,就此结案。但检察机关认为,李某虽非因宁三行奸致死,但宁三乘人危难之际诱惑行奸,实属有伤风化,故提起公诉,法院最终以妨害风化罪判处宁三有期徒刑三年。显然,此案中检察机关通过追诉犯罪,履行了“公益代表人”职能,维护了社会公序良俗。

形成公益保护的检察传统。延安时期,检察机关履行公益保护职能的制度规范和实践探索,也为新中国成立初期的人民检察制度所继承,成为公益诉讼检察制度重要的历史渊源和红色基因。例如,1949年12月颁布的《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》规定,最高人民检察署“对于全国社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼,均得代表国家公益参与之。”1951年9月3日通过的《中央人民政府最高人民检察署暂行组织条例》及《各级地方人民检察署组织通则》再次重申,最高人民检察署及各级地方人民检察署“代表国家公益参与有关社会及劳动人民利益之重要民事案件及行政诉讼案件”。这些规定,实际上确立了检察机关作为国家和公共利益代表人的合法地位。

一言以蔽之,延安时期检察机关进行公益保护的探索实践,彰显了其契合政权建设和社会治理要求的独特优势,是中国共产党人探寻中国特色的人民检察制度的真实写照。尽管其具有一定的时代局限性,却不失为“积极稳妥推进公益诉讼检察”注入红色养分,提供历史镜鉴。

(作者为西安交通大学法学院博士研究生、西北政法大学中华法系与法治文明研究院研究员)

集萃

编者按 算法是一项联结大数据和规制决策的技术手段,其通过一套复杂算法模型来统计和分析海量的网络数据,进而获得算法控制者所希望得到的结果。实践中,基于算法在社会应用过程中引发算法歧视、算法黑箱和个人权利受损等实践难题,对算法应用的法律监管和规制非常重要。本期集萃摘编四位学者相关论述,以期学界与实务界探讨相关议题提供参考。

大数据算法:如何实现安全与发展并重



以共同善价值追求促进算法善治

中国政法大学法学院副教授 郑玉双

随着算法研发的发展和成熟,生产、生活、商业经营和公共决策等领域越来越多地利用算法来实现特定目标。基于算法的机器学习在社会应用过程中引发算法歧视、算法黑箱和个人权利受损等现实问题,使对算法应用的法律监管和规制变得必要。目前,学界大多基于回应型规制模式探讨如何对算法应用进行规制,但对于算法与法律之间的规范关联关注不多。然而, 算法时代的首要命题是对算法与法律之间的关系进行界定, 展现算法对法律价值世界的冲击方式。即如何从正义原则来引导新兴科技对社会和法律的重塑。理解算法和法律之关系的道德框架应当突出算法之技术和社会维度的共同善价值追求, 并基于算法所产生的正义空间来提炼计算正义的基本内涵。计算正义的概念建构需要从两个问题展开, 一是从算法实践中如何提炼出计算正义原则, 二是法律如何基于计算正义原则应对算法产生的价值挑战。在计算正义原则的引导下, 采取算法与法律之关系的重构模式, 能够有效应对算法的价值危机和法律挑战, 破解算法的法律规制难题, 在智能时代实现算法善治。

加强算法设计监管

辽宁师范大学法学院教授 王祯军

提升社会稳定风险的识别、分析和预测能力是提高社会稳定风险评估效能的关键。算法的独特功能既可以扩大对重大行政决策利益相关群体的信息收集, 扩充风险识别范围, 提高风险分析的充分性和准确性, 也可以为风险评估的人工“风险沟通”环节提供行动方案, 在提升社会稳定风险评估的效能中发挥作用。将算法应用于社会稳定风险评估已经具备了数据基础, 在技术和目的上具有可行性。算法在社会稳定风险评估中的应用既需要界定好政府、评估机构与网络平台的法律关系, 也要解决个人权利保护和公共利益维护问题。为此, 应合理构建政府、网络平台企业、评估机构的法律关系, 加强算法设计的监管, 建立算法评估机制, 确保算法应用与人工“风险沟通”相结合。

运用算法修正合同治理底层逻辑

中山大学法学院教授 杨彪

确保当事人自由选择的有效性是改善合同治理效率的关键。进入数字社会后, 复杂的决策环境和高昂的认知成本使人们的合同行为模式发生了巨大的变化, 合同自由被严重侵蚀。隐藏在虚假自由背后的认知控制, 是探讨合同自由问题的一个重要维度。传统合同法在应对当事人协商不足、放弃选择问题上采取形式主义的解释路径, 依靠不精确的缺省规则来探寻合同真意, 已被证明无法应对数字技术的冲击。以行为大数据与智能算法为核心, 将数据驱动与规则驱动两条技术路线有机结合, 修正合同治理的底层逻辑, 从缔约助推、算法解释、缺省规则三个方面进行个性化改造, 使治理的重心从模糊的整体转向精确的个体, 能够显著提升合同治理效率, 更好地实现交易公平。

构建算法辅助决策责任划分机制

上海师范大学哲学与政法学院副教授 于霄

数字社会已经成为触手可及的现实, 算法辅助决策的安全性、公正性问题亟待解决。算法辅助决策较人类决策具有特殊的技术优势, 所以得到很多人的自主、自愿选择。然而, 算法参与人类意思的程度并非一致, 可以由低到高区分为检索过滤算法、排序精选算法、偏好模拟算法和家長式算法。算法辅助决策亦存在风险, 算法的复杂性使对其解释与认知越来越难, 算法的设计者、运营者具有独立的利益需求, 其会偏离人的偏好, 人的决策能力会受到算法辅助的影响。但是, 总体上, 算法辅助决策是具有更高效率的, 更有助于增强人的幸福感, 虽然在某些方面存在可能有损人的尊严的隐患。因为算法的复杂性, 人越来越多地放弃了意思参与。因此, 应当承认算法能够超越人的意思能力。在此基础上, 要根据社会和技术发展的情况, 衡量算法的实质意思参与以及所引发的责任。同时, 算法比人具有更有效地分析信息的能力, 其本身就是监管的最好工具, 要构建“算法规制算法”的治理与保护路径。另外, 要划分算法辅助决策的责任机制, 如果意思是由人与算法共同作出, 那么责任也应当由两者承担。