

中华法系展现良法善治多维图景



王斌通

党的二十大报告指出,“弘扬社会主义法治精神,传承中华优秀传统文化法律文化,引导全体人民做社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者”。中国是世界著名古国,法制历史源远流长,中华法系在世界几大法系中独树一帜,显示出中华民族的伟大创造力和中华法治文明的深厚底蕴。中华优秀传统文化与中华法系相伴而生,是中华法系超越法律智慧的集中体现。它内涵丰富、体系完整、特色鲜明,对中华法治文明的繁荣发展产生了积极影响。良法善治是中华法系的重要价值追求,也是中华优秀传统文化中光彩夺目的内容,揭示出法治文明进步的普遍性规律,为大力推进中国式现代化和全面依法治国提供了宝贵的法文化支持。

良法善治反映了中华民族缔造法治秩序的理性态度

“治民无常,唯法为治。”善治是有效、有序、健全的治理,它建立在法治秩序之上,以良好的立法、执法、司法及普法等为重要支撑。良法善治有着深厚的法文化基础,在五千年的历史进程中,中华民族不仅善于从容应对层出不穷的艰难险阻,迎难而上,进行不屈不挠的斗争;也善于以理性务实的态度和举措,谱写适合实际国情、推动法治文明进步的恢宏篇章,不断丰富具有深厚人文关怀的良法与善治实践。在对善治蓝图的描绘中,孔子的大同理想对国家治理和民族心理影响最为深刻。在孔子的构想中,天下为人民共有,而执政者必须具备良好的道德素养和政治才干;人人讲求信用,各展其长,不仅能尊老爱幼,善待亲人,也能发愤爱学,参加公益,使弱势群体得到安插。如此则邻里和睦,社会安宁,国家大治。大同世界的政治图景蕴含了民主公正的法治秩序、和谐友爱的社会关系、诚信敬业的个人品质等,是超越时空的人类文明共同追寻并努力实践的治理目标。

以孔子为代表的思想家高度关注“人事”,知晓“政之所兴在顺民心;政之所废在逆民心”,“圣人无常心,以百姓心为心”,因此,中国古代法律的发展形成了一条以民为本的“敬鬼神而远之”的现实主义道路。在法律起源上,皋陶造律广为流传。皋陶是舜帝时的司法官,他在审案时,从案例中总结普遍性经验,再转化为法律内容,奠定了中国古代法律从实际出发的传统。在法律原则上,法律公开、法令统一、立法简明、缘法而治等深入人心。在法律观念上,既隆礼重法,又追求无讼,以德礼预防在先,以法律制裁在后,而又不尚重刑,明确适用法律的目的在于案结事了、民安国治。在法律形式上,以律为核心的诸多法律形式不断发展,令、格、式、典、敕、例在不同时代调整着民事、经济、行政、刑事等各种法律关系,诸法并存、民刑有分的法律体系日渐成熟。在法律内容上,捍卫道德伦理、维护公平正义、重视农业生产、矜恤弱势群体成为立法不可或缺的元素。通过立法,综合发挥法律的德治与教育功能,在化民成俗、营造和谐社会环境中发挥了显著作用。凡此种种,都说明中国古代对良法善治的追求建立在治国理政和生产生活实际的基础之上,这一价值追求具有跨越时空的历史影响力和穿透力。



中华法系以良法促善治的多维图景

良法是善治的前提,在制定良法方面,中华法系积累了丰富的宝贵经验,勾勒出良法善治层次分明而又和谐统一的整体样态。

(一)立宪统一之法,促国家富强之治。内容科学、结构整齐、系统完备的立法,既是卓越法律思想和丰富实践经验的集中呈现,也是实现富国强兵、天下大治的有力支撑。历史上繁荣昌盛的贞观之治、开元盛世等,都有良好的立法作为依托。尤其是唐律奠定了大唐盛世的法律基石,维持了长期鼎盛局面。唐律的代表《唐律疏议》在中国法制史上居于承前启后的重要地位,充分体现了中国古代立法的水平、风格和基本特征。《唐律疏议》具有许多亮点:一是内容完整,覆盖全面。《唐律疏议》涉及政治、经济、文化、社会各个领域,涵盖多个领域的法律关系,对当时社会生活进行了全景式规范。二是结构严整,自成体系。《唐律疏议》有序,有正文;有总则,有分则。500余条规定有序排列,形成了一个科学体系。三是逻辑严密,层次清晰。《唐律疏议》内容设计合理,以刑名为首,实体内容居中,诉讼程序置后,做到了实体法、程序法相统一。

作为盛世之法,《唐律疏议》不啻为一部治国理政法律智慧的集大成之作,在促使唐代综合国力极大提升的同时,也成为各国竞相效仿的典范。如日本、越南等国纷纷效仿唐代,建立本国法制,加速了东亚地区的政治开化与法制进步。

(二)立循变适时之法,促社会和谐之治。法律贵在稳定,方能取信于民,显其权威。时势的演进,往往带来法律关系的变更,固定的法律条文需要及时修订,才能保证其适用性和影响力。早在《尚书·吕刑》中,便有“刑罪世轻世重”的记载。《周礼·秋官司寇·大司寇》提出刑制因时而变,刑平国用典,刑乱国用重典。韩非在概括法治发展规律时进一步指出:“法与时转则治,法与世宜则有功。”这说明法律是与时俱进的,只有根据国家治理和社会发展的需要有针对性地调整条文内容,法律才是有生命力的良法。为了保持法律的稳定性,历代开明统治者均强调在制定法律时应以法制历史的成败得失中汲取经验教训,使新立之法成为治世之良法。明太祖朱元璋在权衡之后,决定以唐律为蓝本进行修律,不仅邀请儒臣和刑官每天讲解二十条唐律律文,而且不厌其烦地讨论律文的质量,使之成为确保新律条文轻重适当的参照。

(三)立明礼弘德之法,促百姓安宁之治。我国传统社会治理主张“民惟邦本,本固邦宁”。该宗旨经历了历史锤炼,体现出中华民族珍贵的治理思维,成为一国构建不废、历久弥新的“铁律”。《易经·系辞》称,天地之大德曰生。百姓的幸福首先是生存无忧、生活有序。古代刑罚的目的,并不在于简单的惩治犯罪,更在于教育罪犯和世人,使人明德礼、近良善、远罪恶。以民为本,重民、爱民,要以法巩固教化、宣扬道德。因此,历代立法,无论谋篇布局,还是内容设计,都显示出对德礼的推崇和贯彻。《唐

律疏议》开篇便宣称“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”。这既是贯穿唐律始终的基本原则,也是对德法互补、共同为治方略的呼应。

为了明礼弘德,裨益百姓,历代立法设计了许多饶有特色的制度。例如,维护孝道的存留养亲制度。该制度以亲情来教化和改造犯人,强化了亲情伦理,凸显了法律对德礼的重视。此外,历代立法中常有矜恤老幼、宽宥残疾、重惜民命的规定,这些内容承载了传统的德礼观念,彰显人本主义的光辉,使法律在德礼的基础上更好地肩负起重视民生的职责,在实现百姓安宁、促进群体和睦等方面发挥了积极作用。

我国古代实现良法善治的制度保障

以良法促善治,前提在于制定良法,关键在于依靠贤吏实施法律。为了制定良法,塑造贤吏,历代进行了多方面有益探索。

(一)不断成熟的立法机制。成文法公布以后,我国古代逐步形成了法典化传统。从战国时期的《法经》直至清代的《大清律例》,成文法典不能如继,尤其是中华法系的代表作《唐律疏议》,是承上启下的重要法典,它标志着中华法系的立法机制臻于成熟。首先,《唐律疏议》贯穿了于礼以为出入、德法互补、立法简明、法须稳定等指导思想,反映出先进理念对立法的引领。其次,立法活动受到统治者高度重视,《唐律疏议》在《永徽律》基础上形成,而《永徽律》及此前的《武德律》《贞观律》均由皇帝直接推动并由一批能臣干吏编纂完成。再次,形成了律疏一体的法典结构,代表了律学的重要成就。《唐律疏议》是秦汉魏晋以来律学的集大成者,对律文的解释、律意的阐明、内涵的剖析、源流的考证等,均呈现出律学家在法律研究方面的杰出智慧。

尽管我国古代长期以成文法典为主导,但并不排斥判例、习惯法等法律渊源。秦汉就有运用判例的活动,唐宋时期的《龙筋凤髓判》《名公书判清明集》等,无论拟判还是实际判例,均强调司法经验的总结提炼,重视情理法的统一。至明清两代,判例汇编进入高峰,律学家对判例、条例的研究直接推动了立法的改善。清代律学家薛允升的《读例存疑》受到时人的高度评价。

(二)治吏为要的法制建设。在中国传统的政治结构中,官吏是实现良法与善治的重要力量。历代为了拔擢良吏,罢黜恶吏,在重视官员的选造、任用之外,建立并强化了重课和监察制度。考课与监察同为“中国古代职官管理的法律传统”,二者紧密衔接,相辅相成,在澄清吏治、提高官僚队伍整体素质等方面发挥了积极作用。秦汉以后,考课法令持续充实,考核的时限、标准及赏罚政策不断改进。至唐代,考课制度已臻完善,三品以上官员由皇帝亲自考核,其余内外官员由吏部统一负责。清代进一步形成了考核京官的“京察”与考核外官的“大计”制度。

此外,为了提升官员的法律素养,历代均强调官吏法律知识培养。尤其是明清两代,

律典中均规定了“讲读律令”条,要求官吏熟读国家律令,讲明律意,判决事务。将官吏讲读律令的情况,纳入监察考核范围。

中华法系良法善治资源的创造性转化

中华法系良法善治的传统法律文化资源,不仅有着丰富的内涵和持久的影响力,也为红色法治文化的发展和当前法治建设提供了宝贵的法文化支持。

(一)重视优秀文化传承创新是法治进步的重要动力。中华法系的发展轨迹表明,中国古代历史经历了一个因革损益、继往开来的过程。历史上的著名盛世,无一不是在充分吸收治国理政经验、总结法败国乱教训、结合新的时代需要的基础上进行改革而诞生的。中国历史上治国理政的优秀文化,同样是中国共产党建设红色政权的动力源泉之一。为人民服务和群众路线,是中国共产党长期坚持的根本宗旨和工作路线,同中华法系“民惟邦本,本固邦宁”等思想一脉相承。延安时期,中国共产党充分运用政策、法律、道德等手段,瞄准急需解决的社会问题,破解阻碍革命进程和人民安定的现实问题,经过多年综合治理,取得突出成效。

在红色法治的探索进程中,高度重视重大案件的审理,尤其重视有效裁判对干部素养的塑造。延安时期的黄克功案就蕴涵了从严治党的理念,体现了民主法治和人权保障精神。此后,各级党员干部均以自觉遵守党的政策、厉行红色政权的法律政令为风尚。

(二)以检察工作现代化促进社会主义良法善治。检察工作现代化是中国式现代化的重要内容,是实现社会主义良法善治的有力支撑。检察机关在实现现代化的进程中,要把握党和国家工作的中心任务与首要任务,汲取中华优秀传统文化法律文化智慧,切实履行检察职能,加强法律监督,充分运用法治力量服务中国式现代化。

首先,聚焦办案主业。依法办案,最能释放良法的效能。针对社会治理中存在的问题,检察机关应坚持问题导向,本着恢复性司法理念,坚持把维护公平正义、促进社会治理作为检察工作的重要内容和重要方法。注意总结案件产生、发展的规律,从个案研究和类案分析中发现法律和制度漏洞,通过提出检察建议、出台法律解释、发布指导性案例等方式,不断完善法律制度,形成良法指导司法、司法反哺立法的良性机制。其次,发挥监督主责。实践证明,检察机关法律监督职能发挥得越好,人民检察事业就发展得越好。检察机关应继续坚持“四大检察”全面协调充分发展,持续推进各项监督,维护国家利益、社会公益和人民群众合法权益。再次,彰显服务本色。检察机关依法办理案件,不仅是实现社会公平正义的需要,更是检察事业为民、便民、利民体现。应加强检察信息化建设,始终坚持以人民为中心的初心,推动检察工作提质增效,实现标本兼治。最后,把握平安主动。检察机关法律监督职能,是维护国家安全、社会稳定、人民安宁的重要力量。对百姓而言,案结事了,诉愿得偿,生活恢复平稳安康、和谐有序,是数千年积淀的民族心理;对检察机关而言,秉公任事,依法办案,推动形成风清气正、良法善治,是检察履职的应尽之责。检察机关应坚持和发展新时代“枫桥经验”,加强诉源治理,主动融入社会治理格局,为预防化解矛盾纠纷、维护社会平安和谐贡献力量。

(作者为西北政法大学中华法系与法治文明研究院执行院长、副教授。文章详见《人民检察》2023年第8期。)

数罪并罚应遵循不得重复折抵原则



张鑫

刑法修正案(九)第4条增设刑法第69条第2款,规定数罪中有判处有期徒刑和拘役的,执行有期徒刑。从某种意义上看,该条规定对有期徒刑和拘役的并罚采取了吸收原则,值得关注。在立法上,该条规定具有充分的理由,但对司法实践来说,需要从解释论角度,提炼法律适用规则以解决立法规定带来的新问题。针对司法实践中争议较大的数罪并罚吸收与先行羁押折抵产生的冲突问题,笔者建议通过适用不得重复折抵原则予以解决。

数罪并罚吸收原则与先行羁押折抵刑期的现实冲突。在有期徒刑和拘役按照吸收原则实行并罚的场合,拘役被吸收后,判决执行以前先行羁押的期限能否折抵刑期是司法面临的难题。由于实践中情况复杂多样,根据数罪被发现的不同阶段可区分为不同情况、不同情形:

第一种情况,判决宣告以前有期徒刑和拘役同时或者先后被发现,数罪并罚决定执行刑期时存在四种情形:第一种情形,因有期徒刑之罪被先行羁押,后发现判拘役之罪;第二种情形,因拘役之罪被先行羁押,后发现判有期徒刑之罪;第三种情形,因拘役之罪被先行羁押,后才发现判有期徒刑之罪;第四种情形,因有期徒刑之罪与拘役之罪被同时发现被先行羁押。

第二种情况,判决宣告以后,刑罚执行完毕以前发现漏罪、缓刑期间犯新罪,以先后并减的方式或者撤销缓刑、假释,按照吸收原则对有期徒刑和拘役数罪并罚,决定执行刑期时

存在三种情形:第一种情形,因有期徒刑之罪被先行羁押,判决宣告后执行完前发现有拘役之漏罪或者缓刑期间判拘役之新罪;第二种情形,前述情形因发现拘役之罪被重新羁押;第三种情形,因拘役之罪被先行羁押,判决宣告后执行完前发现有有期徒刑之漏罪或者缓刑期间判有期徒刑之新罪;第四种情形,前述第三种情形因发现有有期徒刑之罪被重新羁押。

第三种情形,判决宣告以后,刑罚执行完毕以前犯新罪,以先减后并的方式对有期徒刑和拘役数罪并罚,决定执行的刑期时存在两种情形:第一种情形,有期徒刑之罪被先行羁押,判决宣告后执行完前发现有拘役之罪被先行羁押;第二种情形,拘役之罪被先行羁押,判决宣告后执行完前发现有有期徒刑之新罪被羁押。

对于上述情形,数罪并罚和折抵刑期同时存在,采用不同的折抵方法会得出不同的执行期限。主要有三种观点:第一种观点认为,应按吸收原则数罪并罚后将先行羁押的所有期限折抵。这种方法期限折抵最有利于被告人,但是会出现犯数罪比犯一罪反而刑期更重、量刑更轻的情况。第二种观点认为,应分别进行折抵,在能分清因有期徒刑之罪或拘役之罪的先行羁押的情况下,应分别折抵。如果不能分清是有期徒刑之罪还是因拘役之罪被先行羁押,则均予以折抵。但这种方法是否与羁押一日应当折抵刑期一日的刑法规定相冲突,需要合理的解释。第三种观点认为,应按照罪刑相适应原则,以被告人应当执行的刑期综合考量应当折抵的刑期。此种方法虽然是为了使执行刑期更为适当,但随意性较大,无法确立具体的操作规则。可见,以上三种观点各有利弊,需要寻求适当的方法,提炼能够解决现实冲突的法律适用规则,并进行合理解释。

不得重复折抵原则的提出和具体适用。

众所周知,禁止重复评价是现代刑事司法的基本遵循之一,也是实现罪刑相适应的重要原则。其基本内涵是禁止在同一价值层面上将一行为进行多次评价。也就是说,如果对一个犯罪事实所反映的不法和有责进行了双重评价和考量,将会导致对一行为进行了重复处罚。那么,反之亦然,如果对先行羁押的期限既吸收又另行折抵,则对刑期进行了双重折抵,将会导致被告人获得重复优待,出现多犯罪反而刑期更短、量刑更轻的刑期赤字问题,不符合罪刑相适应原则。基于此,笔者主张适用不得重复折抵原则,即不得对同一羁押期限既吸收又折抵,如该羁押期限相应的羁押之罪同时判刑已被吸收,则不得在吸收后的判决刑期内再次折抵该羁押期限。

适用不得重复折抵原则可以较好解决上述数罪并罚吸收与先行羁押折抵刑期的刑期赤字问题,实现罪刑相适应,实现公平和正义。以此原则,数罪并罚吸收和先行羁押折抵可作如下区分:一是如上述第一种情形第一种情形、第二种情形第一种情形、第三种情形第二种情形,拘役被吸收后,有期徒刑之罪被羁押的期限予以折抵;二是如上述第一种情形第二种情形、第二种情形第三种情形、第三种情形第一种情形,拘役被吸收后,因拘役之罪被羁押的期限不再重复折抵;三是如上述第一种情形第三种情形,第二种情形第二种情形、第四种情形,因拘役之罪和有期徒刑之罪被分别或先后羁押,拘役被吸收后,拘役之罪被羁押的不再重复折抵,有期徒刑之罪被羁押的予以折抵;四是上述第一种情形第四种情形,因同时发现拘役之罪和有期徒刑之罪被羁押的,不易分清因何罪被羁押,均予以折抵。可以看出,适用不得重复折抵原则,能够遵循有期徒刑和拘役吸收并罚的立法规定,又能实现先行羁押期限折抵后也不会出现犯罪越多刑期越

短的刑期赤字问题。

不得重复折抵原则的基础分析与把握事项。不得重复折抵原则符合合法的正义性、罪刑相适应和罪刑法定的理论和原则。实现刑法的正义性和公平性是法律适用和解释的基本出发点,适用不得重复折抵原则能够解决数罪并罚吸收与先行羁押折抵的现实冲突,实现刑法的正当性,体现刑法的正义和公平。不得重复折抵原则为司法实践提供相对明确、易于操作的价值标尺,更好地实现罪刑相适应。该原则的适用也符合罪刑法定原则。对于因拘役之罪先行羁押的刑期在拘役被吸收后不再重复折抵,与刑法的刑期折抵规定并不相悖。因为刑法第44条、第47条分别是对拘役和有期徒刑的刑期的起始计算规定和判决执行以前先行羁押折抵刑期的规定。既然拘役已被有期徒刑吸收,执行的有期徒刑,则适用刑法第47条,且该条规定折抵的应理解为因同一行为即因有期徒刑之罪先行羁押的期限。这种理解也得到刑事审判参考案例第238号、第1280号案例的支持。

适用不得重复折抵原则时应从以下两方面予以把握:一是同一行为原则。包括能够折抵期限的先行羁押是因判处有期徒刑之罪被羁押,即因同一犯罪事实在先行羁押和判处有期徒刑之罪。而不将折抵期限与被吸收刑种具有同一理由。不能折抵期限的先行羁押应是因判处拘役之罪被羁押,即因同一犯罪事实在先行羁押和判处拘役,且拘役被有期徒刑所吸收。二是分清是否同一的情况下采取有利于被告人原则。在某些情况下,不能分清行为人是因有期徒刑之罪被先行羁押还是因拘役之罪被先行羁押,应按照有利于被告人的原则,将相应的先行羁押期限予以折抵。

(作者单位:江苏省苏州工业园区人民检察院)



北京航空航天大学法学院教授周学峰:建立外部监管机制防止网络平台滥用权力



个人信息保护法为大型网络平台施加了个人信息保护的特别义务,要求网络平台制定平台规则,对平台上商业用户处理个人信息的行为进行管理。同时,该特别义务也可以被看作是平台对商业用户的管理权和对数据的控制力。为了防止大型网络平台滥用平台权力,有必要建立外部监管机制,并明确反不正当竞争规则。大型网络平台违反个人信息保护特别义务,有可能导致侵权责任,但是,民法典中网络侵权责任规则的适用会面临解释的难题。

西南财经大学法学院副教授罗维鹏:运用证据类比分析认定犯罪数额



信息网络犯罪往往涉及海量证据,如何审查海量证据以及认定案件事实是一大证明难题。针对涉众型电信网络诈骗案件犯罪数额的认定,规范性文件专门创设了综合认定法。理论上将综合认定法界定为犯罪数额的推定规则并不准确。综合认定法的本质应为推论,是类比思维在证据分析中的应用。证据类比的推论规则为:对于数量巨大且无法逐一核实的证据,已经查实的用于证明犯罪数额的证据具有某些特征,如果未逐一核实的其他证据具有相同特征,则可以用于证明犯罪数额。除类比的基本原理可以为证据类比的正当性提供证成之外,证据类比分析也是“相同事物相同对待”正义要求和相关司法政策的实现方式。基于保障司法证明严谨性的考虑,证据类比分析需要在准确把握相关规定的基础上,加强精细化应用,同时在规范层面进行相应的制度完善。

华东政法大学刑事法学院副教授熊波:构建信息数据与系统数据区分标准



数据安全法确立的数据分类分级保护理念,对我国数据犯罪治理具有前置法的基本指引作用,同时也是数据犯罪治理的必经过程和重要方法。数据分类分级的刑法保护首先应当区分分类与分级的概念,在此基础上,分类决定分级保护应将分级保护概念置于形式化地位,并不可取。刑法应当塑造分类和分级的独立关系理论,明确数据分类保护的内容属性和分级保护的属性属性的划分标准。类别保护的既有混淆模式容易导致定罪量刑的偏差和错乱,刑法应当构建信息数据和系统数据的类别区分标准。数据分类保护“民刑”规范直接套用是一种简单移植的衔接模式,不利于不同部门法数据类别保护的差异化,规范区分衔接理论能够在法秩序统一原理的基础上体现“民刑”规范的差异化保护。目前,关联性标准作为数据分级保护方案仍处于模糊状态,刑法可以融合风险场景理论,类型化分析不同数据层级的保护架构。

浙江大学光华法学院副教授林涓民:数字服务提供者单方合同变更权需预先约定



数字服务提供者常态化更新用户协议和应用程序。司法实践也认可其享有一般的、开放性的单方合同变更权,由此引发单方变更权与契约严守原则之间的冲突。并非任何改变均属于合同变更,不改变给付关系的日常更新不属于合同变更,不应过度夸大单方变更权的必要性。电子商务法、个人信息保护法等法律并未确立数字服务提供者的单方合同变更权,唯有预先约定的单方变更权,才为法秩序所认可。在司法适用上,应通过格式条款规则规制约定的单方变更权条款,数字服务提供者应具体指出变更的情形、内容与影响,征得相对人的单独同意,并且自证变更条款的合理性。数字服务提供者依约单方变更合同的,相对人也享有一定条件下解除合同的权力,且在合同解除后可以请求删除收集的个人数据,即使个人信息为服务的对价。

(以上依据《数字法治》《中国刑事法杂志》《政法论坛》《现代法学》,陈章选辑)