

强调官员以身作则、审慎办案、躬亲决狱是我国古代优秀司法文化的重要组成部分。

司法亲历性的历史传统与当代传承

传承 中华优秀传统
法律文化

张福坤

党的二十大报告提出,要“传承中华优秀传统文化法律文化”。优秀传统文化法律文化是先辈留下的精神遗产,梳理司法官亲理案件的历史传统,汲取营养、择善而用之对完善司法责任制意义重大。“亲历”就是亲身经历,亲力亲为之意。司法亲历性,是指司法人员应当亲身经手案件审理的全过程,直接接触和审查各种证据,特别是直接听取诉讼双方的主张、理由、依据和质证,直接听取其他诉讼参与人的言词陈述,并对案件作出裁判,以实现司法公正。近年来,检察机关从检察履职特点与规律出发,建立健全领导干部办案制度,以发挥“关键少数”在办案中的带头、示范作用,更好地为民司法。由于各国政治、司法制度的差异和法律文化传统不同,每个国家需要根据本国国情、实际需要,确定司法亲历的基本内容。

司法亲历性的历史传统

在古代司法实践中,按身份的不同,亲理狱讼的主体分为皇帝和官员。

皇帝亲理狱讼。皇帝的敕旨无疑具有最高的司法权威。古代的“敕旨断罪”即皇帝亲理狱讼或颁发旨令断罪,甚至汉代有司法官认为:“三尺安出哉?前主所是着为律,后主所是疏为令。当时为是,何古之法乎!”延至魏晋南北朝时期,皇帝亲自参与诉讼的制度得到进一步发展,例如,魏明帝时期曾改“平望观”为“听讼观”,史载“每断大狱,常幸观听之”。

此后,明清秋审是皇帝亲理狱讼制度化的重要体现。“秋审”始于明英宗,其在天顺三年“命法司会廷臣,每岁霜降录囚,后以为常”,此即秋审或秋鞫大典。大典之后,由刑部领銜具题奏报皇帝,皇帝作出或实或缓或矜或养的最后裁决。若是奉旨入于情实者,还要由刑科给事中向皇帝“复奏”。皇帝亲理诉讼时,往往会追究下级司法官员的责任,如康熙就指出:“联详阅秋审案卷,字句多误。廷臣竟未察出一二,刑部尤为不慎,其议罚之。”

官员亲理诉讼。就官员亲理诉讼而言,自汉代以来,录囚是郡守的常规。在秦汉时期律令体系尚不成熟的阶段,从县到郡再到中央廷尉的奏鞫制度已经初步形成。延至唐代,县令职掌如下:“敦四人之业,崇五土之利,养鳏寡,恤孤寡。审察冤屈,躬亲狱讼,务知百姓之疾苦。”唐宋时我国的逐级审理和慎刑思想已经逐渐成熟,地方长官躬亲诉讼是逐级审理的前提,而逐级审理就是慎刑慎罚的重要制度体现。



司法亲历性历史传统的法理逻辑

长官躬亲制度虽然在宋代才正式确立,但该制度的精神内核早已深植于中华法系的灵魂之中。究其法理逻辑,主要有以人人为本、典狱择人、明德慎罚三个方面。

以人人为本的为政思潮。汉代文献《白虎通义》认为:“父然其子当诛何?以为天地之性人为贵,人皆天所生也,托父母气而生耳。王者以养长而教之,故父不得专也。”就此观点看来,即使父母也不得专杀子孙,因为人是万物之灵。在儒家今文经学看来,所谓天子不过一个爵位,人人皆为上天所生,也为父母所生,因此,对生命的剥夺自然涉及天人关系。《尚书》也记载为政的重点在于“在知人,在安民”“天视自我民视,天听自我民听”。在这些经典的浸润下,中国形成了独特的天理国法人情相和合的法律文化。后世的史书中,就有“夫济大事必以人人为本”的记载。正因如此,古人认为人命关天,凡狱讼之事,不同于普通的细故类案件,当事人可能受到刑罚,对普通人的影响较大。在此思想指导下,中央的录囚制度和登闻鼓制度建立起来,在地方则建立了长官躬亲制度。

典狱择人的治人方针。据《尚书》载,“四方政典典狱”的重点在于“择吉人”。《周礼》有六计之法,所谓:“以听官府之六计,弊群吏之治。一曰廉善,二曰廉能,三曰廉敬,四曰廉正,五曰廉法,六曰廉辨。”即从六个方面对官员提出了不同要求。在具体司法工作方法上,周代又有五听之法,要求司法官员从言辞、神色、气息、听觉、眼神五个方面对犯人进行审判。这是心理学和生理学在诉讼中的运用,同时也说明了司法人员亲历诉讼的意义。从理论上讲,等级越高的司法官员所具备的政治素质越高,所谓“圣达节,次守节,下失节”。直至晋朝,与《春秋左传》的理论类似,中国古代司法中罪刑关系的理论格局基本定型:法吏、中下级官员“守文据法”。在此观点的影响下,历朝历代对各级司法官员的要求不减反增。

由此看来,在古人的视界中,在一个良好运行、逐级审理的司法系统中,司法官的级别越高,其所具备的断案能力和法律素养就越高,最高位者甚至应当承担部分立法者的职责。因此,对于狱讼等重要事项,交给等级较高、素养充分的司法官员处理就不为奇了。

明德慎罚的司法理念。“明德慎罚”出自《尚书》,所谓:“克明德慎罚,不敢侮齔寡,庸庸,衿衿,威威,显民。”在古人看来,能够崇尚德教而谨慎地使用刑罚,不敢欺侮那些无依无靠的人,任用应当任用的人,尊敬应当尊敬的人,威罚应当威罚的人,并让民众了解这些,才是正确的司法方式。古人并无人治和法治的对立概念,更多的是“法治”和“德治”“礼治”“仁治”的对应概

集萃

清华大学法学院教授程啸: 确立网络平台违反守门人义务的民事责任



我国个人信息保护法第58条规定了大型网络平台作为个人信息保护守门人的四项义务,既包括针对其自身的个人信息处理活动施加的义务,也包括大型网络平台对平台内的产品或者服务提供者处理个人信息活动加以监督管理的义务。个人信息保护法第58条第1项、第4项并非保护性法律,大型网络平台违反这两项规定只产生行政法律责任。违反个人信息保护法第58条第2项规定的行为原则上不产生民事责任,如果违反该条第4项规定同时符合民法典第1195条至第1197条的规定(网络服务提供者的双重转通知义务),则被侵权人有权要求大型网络平台与平台内的产品或者服务提供者承担连带责任。

上海政法学院刑事司法学院教授彭文华: 对犯罪附随后果制度加以合理规制



两大法系国家对犯罪附随后果制度的建构存在差异,德国等大陆法系国家刑法规定了犯罪附随后果,英美法系国家通常认为犯罪附随后果存在于刑法之外。犯罪附随后果制度的不同定位会影响其功能、价值与效果。我国犯罪附随后果制度具有一定的惩罚性特征。应将犯罪附随后果的功能定位于监管性,并通过刑法内外的不同规范设计,借助刑法规制使犯罪附随后果制度的适用实现协调化、规范化,确保其回归监管而非惩罚之功能定位。在刑法中对犯罪附随后果加以规制,需要修改和完善刑法关于职业禁止制度的规定,确立刑法之职业禁止制度优先适用原则,使刑法内外的相关制度实现协调化。同时,应在刑法中构建前科消灭制度、复权制度以及权益救济制度,避免犯罪附随后果制度适用的随意化、泛化,为有前科者的再社会化提供制度保障。

山东大学法学院教授刘加良: 依法规制商标权恶意诉讼



强化知识产权的司法保护,不能忽视对商标权恶意诉讼的依法规制。商标权恶意诉讼会妨碍营商环境的优化,阻碍诉讼诚信原则的实现,干扰商标制度的发展。厘清恶意诉讼与善意投诉、批量维权、对实践样态进行类型化分析以及对善意要件采取高阶化标准,有助于探寻到更趋客观的商标权恶意诉讼识别标准。还应修正侵权行为确认之诉的适用条件,单列因恶意诉讼侵害责任纠纷案由,注重开庭前的早期治理,从严审查恶意诉讼行为人的撤诉申请,方可从程序层面有效规制商标权恶意诉讼。被告方以商标权恶意诉讼行为人为被告提起损害赔偿诉讼具有实体法依据,对其损失的确定不应机械地限定在为应对恶意诉讼而产生的合理开支,引入惩罚性赔偿以确定商标权恶意诉讼行为人的侵权责任应慎之又慎。

中国政法大学刑事司法学院副教授郭旨龙: 计算机犯罪的罪状和罪名需要体系化更新



以破坏计算机信息系统罪为典型的计算机犯罪的口袋化倾向,体现了计算机犯罪样态从技术性到社会性的时代更新。刑法关注的系统安全和聚焦的数据安全,在罪状和罪名上形成了开放化的样态。这种开放化转型反映的是刑事规范的利益关注从系统安全向网络安全、数据安全的必然转向。计算机犯罪所保护的法益应经历时代更新,但必须是刑法其他条款已经明文保护的利益类型。刑法对于犯罪的规范方式,既在于立法上的罪状表述,又在于司法上概括罪状的罪名表述;罪状的明确性和罪名的公平标签效应共同落实刑法基本原则。我国刑法上的系统干扰、数据干扰的罪状和罪名应得到体系化更新。双层社会的风险治理需要先后推出反映物理空间与网络空间相互嵌入、一体同构态势的罪名标签与罪状表述,实现涵摄多样性社会风险的必要性和正当性的一致。

上海大学法学院副研究员袁曾: 以“可控制”为中心构建人工智能规制范式



生成式人工智能的发展需要法律予以及时规制,以实现技术发展的可控性。现行人工智能的责任规制以算法“可解释”为核心要求,通过算法透明性、隐私保护以及分类分级监管等配套机制构筑了相应治理范式。但在生成式人工智能规模化应用以后,技术的底层逻辑发生了根本性变化,现行架构无法有效调和生产力水平快速提升引发的责任承担等新问题,以“可解释”为中心的责任承担机制需要逐步调整为以“可控制”为中心的人工智能责任规制范式。结合技术发展的规律与现实要求,从鼓励与发展生成式人工智能的基点出发,基于经济利益与责任承担机制的考量,重构生成式人工智能责任规制的核心原则、方式与体系,以期实现规则优势引领发展优势,确保发展“可控制”的人工智能。

(以上依据《法律科学》《中国刑事法杂志》《法学论坛》《国家检察官学院学报》《法学杂志》,陈章辑)

强化中国特色刑法话语体系主体性意识

视角

姜敏

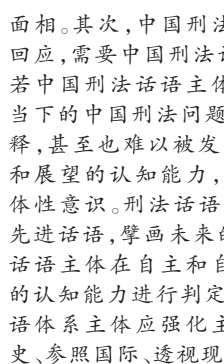
构建具有主体性意识的话语体系是中国哲学社会科学的重要使命。习近平总书记党的二十大报告中强调,“深入实施马克思主义理论研究和建设工程,加快构建中国特色哲学社会科学学科体系、学术体系、话语体系,培育壮大哲学社会科学人才队伍。”中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于全面加强新时代哲学社会科学工作的意见》指出,加快构建中国特色法学学科体系、学术体系、话语体系。就中国刑法话语体系而言,相关比较研究的局限导致削弱和淡化了主体性意识。因此,应厘正比较研究路径以强化中国刑法话语体系的主体性意识。

中国刑法话语体系强化主体性意识必要性。话语体系的主体性意识,是指话语体系所具有的自主意识和自觉意识。自主意识,是指话语体系主体在诠释客观世界的问题和现象时,应具有独立自主的品格并居于主导地位;自觉意识,是指话语体系的主体应发挥主观能动性,关注和回应理论和实践问题。自主意识和自觉意识均以目标为导向,并以认知能力的具备为前提。从实质上看,话语体系的主体性意识就是以目标为导向,以认知能力为依凭,塑造话语体系的主体地位、主体能力和主体价值的意识。

中国刑法话语体系是刑法话语主体对实践维度的立法、司法、执法以及理论维度的价值、原则、原理等对象物进行能动反映的结果。刑法话语的提炼、使用、引进、借鉴或提倡,旨在服务于对刑法立法、司法、执法以及理论层面的问题或现象予以回应、诠释或引导。这种功能趋向,需要中国刑法话语体系强化主体性意识。首先,中国刑法的理论和实践问题具有中国语境性。这要求中国刑法话语主体应以自主性,创设契合中国语境的话语,并使其具有独立品格和



中国刑法话语体系主体应强化主体性意识,以甄别历史、参照国际、透视现实、展望未来。中国刑法话语体系不仅应具有中国特色,而且还应以优质的话语展现中国模式的优势。因此,在比较研究中,应强化主体性意识。具体言之,比较研究应具有“共时性”意识、“历史性”意识、“现实性”意识和“未来性”意识。



面相。其次,中国刑法问题的发现、诠释和回应,需要中国刑法话语主体具有自觉性。若中国刑法话语主体缺乏自觉性意识,则当下的中国刑法问题不仅得不到回应和诠释,甚至也难以被发现。再次,对话语承继和展望的认知能力,需要话语主体强化主体性意识。刑法话语体系应承担历史中的先进话语,肇启未来的发展路径。但这需要话语主体在自主和自觉的行动中,以较高的认知能力进行判定。概言之,中国刑法话语体系主体应强化主体性意识,以甄别历史、参照国际、透视现实、展望未来。

比较视野下中国刑法话语体系的面相。从宏观层面看,比较视野下的中国刑法话语体系有多元话语。首先,基于历史影响,苏联刑法话语对中国刑法话语体系建设的开端、发展、完善,具有重要影响。其次,德国刑法话语大量引入,且研究繁盛。再次,随着国际法学交流的拓展和深入,英美和其他域外刑法话语,亦渐次在中国刑法话语体系中产生影响。从微观层面看,比较视野下中国刑法话语体系由多层次话语构成。一是叙述的比较话语。这是研究和帮助认识外国刑法渊源、基本概念、法律用语等的话语,如对苏联刑法概念、渊源、规范等的研究。二是评价的比较话语。这是研究刑法异同及其发展趋势的话语,如评价与德国、英美犯罪构成差异及其发展的话语。三是沿革的比较话语。这是研究不同刑法之历史和现实关系的话语,如日本与德国、美国与普通法系刑法的历史和现实关系的话语。三个层面的话语发挥的作用不同,叙述的比较话语重在了解和知晓,评价的比较话语重在评

鉴,沿革的比较话语重在透视移植或借鉴后的实际关系和效应。

刑法比较研究对主体性意识的影响。刑法比较研究具有积极意义。一是刑法比较研究能扩容刑法话语内容,开阔话语体系的视野,并鉴盛与各国刑法话语的对话与争鸣。二是知晓域外刑法,能帮助深度悟解中国刑法的特征、品格、影响、地位和价值。

刑法比较研究的叙述、评价和沿革话语,要避免在方法、立场、视角、认知和目的方面的局限性,防止淡化中国刑法话语体系的主体性意识。一是避免方法上的简单复制和嫁接。在新话语增量的方法上,要避免简单复制或嫁接域外语,非自主创新的方法容易使研究者懈怠于自主解决问题。二是避免立场上的盲目性。如果对本土问题的根源和相关因素缺乏认知,以及在未对中国刑法解决某问题的方法穷尽的情况下,喜好使用域外语,会导致借鉴的必要性、可行性被质疑。三是避免视角上的错位。如果从域外刑法话语在域外法律体系和实践体系中的效应等视角,想象其在中国语境的效应等,这会使自觉性意识不能真正回应中国问题。四是避免认知表面化。有的比较研究缺乏对域外刑法话语缘由、背景、实践机制、哲学根据和生成机理等的深度认知,容易导致主体性意识的水平不高。五是避免缺乏目标导向。经验、理论、立法、司法和执法层面的问题,不仅应被主体发现,而且应转化为主体自主意识和自觉意识指向的目标。如果比较研究缺乏目标导向,会导致某些域外语在中国既无实践意义,亦无

理论意义。

强化比较研究中的主体性意识。中国刑法话语体系不仅应具有中国特色,而且还应以优质的话语展现中国模式的优势。因此,在比较研究中,应强化主体性意识。具体言之,比较研究应具有以下意识:

一是“共时性”意识。各国刑法处于同一个时空点,会面临共同的刑法问题,如恐怖犯罪的刑法规制等。比较研究视角下的主体性意识,不在于一味地反思和批判,更在于理性、客观认知共同的环境、使命和问题。在此基础上进行借鉴与镜鉴、融合和参与,并寻求方式参与全球化的刑法问题治理。

二是“历史性”意识。同时空下的各国刑法之历史渊源不一样,且不同历史渊源意味着不同民族、不同文化、不同思想、不同价值等。比较研究的视野就应重视本国和他国刑法的历史,挖掘话语承继和被摒弃的缘由,甚至比较历史与现实等。历史是过往但会影响当下,具有主体性意识的比较研究,应以历史性意识评鉴中外刑法话语,以获得深度的认知和更合理的评判依据。

三是“现实性”意识。主体性意识支配的比较研究,应自觉关注现实社会和现实的犯罪以及其诱发的立法、司法、执法中的困境。现代社会要素挑战传统刑法智慧,旧话语的保守性力图固守固有的框架,新话语的批判性追求框架的新概念化。中外刑法话语体系均会面临新旧话语的博弈,比较研究应关注中外刑法话语的前世和当代,关注其新旧话语的博弈以及新话语正当性的证成等,从而提升沿革性比较话语的质量。

四是“未来性”意识。任何国家的刑法均思考未来的发展,当下域外刑法模式既不是域外发展的终点,也不是域外刑法的未来蓝图。中国刑法比较研究应充分发挥主体性意识,在进行域外镜鉴和共谋路径的基础上,独立自主地肇启立足于本土的未来图景。

(作者为西南政法大学法学院教授,博士生导师)