探索民众朴素公平正义观念与刑法适用的技术融合路径

——评《民意适用的刑法学原理》

品鉴

□黎宏

2020年11月,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上对司法工作提出了明确要求,即“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。在具体个案中“感受”公平正义,不仅是人民群众对司法的向往,也是新时代人民司法事业的发展方向,更重要的是,其将人民群众的“感受”即民众朴素公平正义观念置于衡量司法是否公正的重要尺度上,对刑法适用提出了比机械照抄照搬刑法条文更高的要求。由此引出的问题是,如何将传统刑法学中未受重视的民意与刑事司法有机结合?在刑事司法的各个环节中,应当如何以及在多大程度上考虑民意?这成为刑法学者所面临的重要研究课题。这些问题,在北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院教授袁彬最近出版的专著《民意适用的刑法学原理》中能够找到答案。

全书以民意在死刑案件中的适用为切入点,全面探讨了民意与刑法适用的关系,是一部探索民众朴素公平正义观念与刑法适用技术融合的佳作。

从技术角度解构民意的范围与内容

我国刑法理论界对民意与刑法的关系进行过不少探讨,但总体而言,大多将视角放在民意的特性上,认为民意具有非理性色彩,将民意视为刑法适用的不确定性因素,对其持排斥态度。该书则透过民意的外在表象,对民意的范围和内容进行了技术解构,提出了和传统见解相反的理解,颇有创意。具体如下:

首先,解构了民意的范围。民意在字面意义上多被理解为一国全体民众的意见。按照这种理解,民意的把握很难做到全面准确,因为我国人口规模庞大,即便通过民意调查也无法在具体案件中准确、完整地掌握民意。这无疑会造成研究上的障碍。对此,该书基于自身的研究视角,对民意的范围从两个方面进行了解构:一是在一般意义上,将民意限定为中立多数人的意见,不包括案件利益相关方的非中立意见,将民意的主体由一国全体民众调整为中立的多数人。这有助于解决民意中的利益干扰问题。二是在具体处理上,以意见表达的多数性作为民意分析的基础。其主张对民意的分析不需要对未发表意见者进行调查统计,而只需要对公共传媒上已发表的主流意见进行分析。这解决了民意的代表性难题,为研究的深入推进确定了一个合理的基础。

其次,解构了民意的内容。民意在刑事案件中通常表现为社会公众对行为人、被害人或案件处理结果的具体看法。这种看法表达的准确性、完整度往往因人而异,且具有明显的情绪表达色彩。这会给民意的刑法适用研究带来一定的困难。对此,该书主张透过民意内容的外在表征,从价值层面对民意内容进行解构:一是民意内容中的价值观念解构。民意在具体刑事案件中的内容呈现具有多样性,但其背后体现的往往是民众的朴素公平正义观念,也称直觉正义。该书主张从价值观念层面解构民意,分析具体刑事案件中民众朴素公平正义观念的具体表现。二是民意内容中的社会相当性判断。在具体刑事案件中,民意的适用不是要将民众朴素公平正义观念直接作为刑法适用的依据,而是要由司法者对民意所反映的朴素公平正义观念进行代入式判断。它需要司法者采取社会相当性的判断方法,分析具体刑事案件中民意所反映的朴素公平正义观念是否具有普遍性、一致性,防止发生判断上的偏差。这种解构为我们研究民意与刑法适用的关系提供了一个全新视角。

将民意与刑法适用进行功能性融合

刑法适用要受到刑法原则、规范和技术的限制。刑事案件的具体处理也因此呈现出很强的技术性。刑法适用的技术性会形成筛选机制,不符合刑法适用技术要求的因素难以进入刑法适用领域。也正因如此,不少学者主张司法裁判应当保持自身的专业性,要与民意保持距离。该书则从刑事政策、刑法解释和具体制度等不同层面探讨了民意与刑法适用的技术融合路径。具体表现为:

首先,将民意与刑法适用进行政策性融合。宽严相济刑事政策对刑法适用具有重要指导作用。该书主张推动民意与刑事政策的功能融合。以死刑民意为例,其提倡“现实+未来”和“民愤+民怜”的双向性死刑民意政策,将民意所反映的朴素公平正义观念与死刑制度适用的政策导向相结合。这对优化我国刑事个案的处理具有指引价值。

其次,将民意与刑法适用进行解释性融合。实质解释论是刑法解释的重要立场之一。民意所反映的朴素公平正义观念对刑法解释是否具有方法论上的意义,是一个值得关注的问题。该书认为,民意所反映的朴素公平正义观念对刑法解释具有方法论价值,并提出刑法的扩张解释与限制解释方法可以为民意介入刑法解释提供路径。在刑法扩张解释上,民意可以促进司法者在语义最远射程范围内合理扩张刑法规定用语的语义范围,同时可以其自身的预测可能性代替国民的预测可能性,这成为刑法扩张解释的正当性基础;在刑法限制解释上,可以借助刑法的目的解释,将民意所反映的朴素公平正义观念融合刑法解释目的,进而合理限缩刑法条文的含义范围。这种分析思路具有重要参考价值。

再次,将民意与刑法适用进行制度性融合。民意在具体刑事个案中对量刑的影响通常为大家所了解。但该书认为,民意对刑法制度的影响不应仅限于对量刑的影响,也包括对定罪的影响:一是在定罪方面,民意所反映的朴素公平正义观念对刑法中的间接故意、实行过限、正当防卫限度等刑法总则制度都有重要影响,同时对刑法总则第13条的“但书”、刑法分则的入罪情节等刑法规范也会产生重要影响。民意影响定罪的模式有直接模式与间接模式之分,前者将民意作为犯罪构成要素直接决定罪与非罪、此罪与彼罪的区分,后者不将民意作为犯罪构成要素而是借助价值判断、刑法解释等影响犯罪构成要件要素的判断进而影响定罪。该书主张民意对定罪的影响应当采取间接模式。笔者认为,在当前刑事司法实践中,这也是一种相对稳妥的主张,值得借鉴。二是在量刑方面,民意对量刑制度、量刑情节的判断具有重要影响。“民愤”“人民群众的安全感”“社会影响”“社会效果”等量刑相关因素都蕴含着民众的朴素公平正义观念和感受。以死刑民意为例,民众对死刑的态度部分地反映了犯罪行为对社会的直接或者间接危害程度,与刑罚目的相连,民意具备影响死刑适用的合法根据,但民意影响量刑只能是酌定、间接的。

提出民意与刑法适用相互型塑的理念

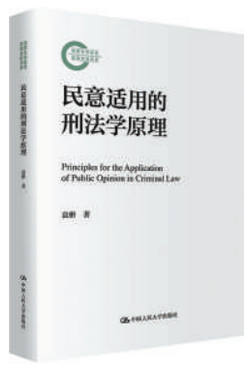
民意与刑法适用之间的关系是一种互动关系,二者会相互影响、相互促进。该书对民意与刑法适用之间的互动关系进行分析,认为两者可以相互型塑、共同提升。具体如下:

首先,民意在促进刑法适用的活性化方面能够型塑刑法的适用。现代刑法以刑法规范技术为支撑。刑法规范技术在保证刑法规范体系完备性、统一性的同时,也会在一定程度上限制刑法的灵活性,一旦把握不好容易出现刑法适用的僵化。这在以前备受关注的河南天价手机案和大学生掏鸟窝案、北京天价葡萄案、深圳鹦鹉案、天津气枪案、内蒙古王力军收购玉米案等刑事案件中都有一定体现。民意反映的鲜活生活经验可以使司法者因长期技术判断而钝化的观念得以活化,合理把握民意所反映的朴素公平正义观念,可以矫正刑法适用正义的片面性,防止刑法适用正义的资源枯竭。这种理解对于推动我国刑法适用的科学化、提升刑法适用的社会效果,具有积极意义。

其次,刑法适用能够引导民意的理性发展。刑法适用对民意的引导主要体现在两个方面:一是刑法适用对案件事实的查明,具有澄清事实的功能,对于因事实认知偏差而形成的民意,能够起到一定的引导作用;二是刑法适用中的裁判说理,具有价值宣示的功能,对于那些因不了解刑法价值与规范而形成的民意,能够起到很强的法治宣传教育作用,有助于促进民意的理性发展,进而有助于促进社会的文明和进步。这对于解决当前我国刑事案件处理中可能遇到的公众意见分歧问题具有参考作用。

由上可见,该书立足民意与刑法适用之间的现实关系,通过解构民意精准把握其所反映的朴素公平正义观念这一核心要素,从政策、规范和技术层面探索了该观念与刑法适用的技术融合路径,有助于推动我国刑法适用的政治效果、法律效果与社会效果的有机统一,为对于在司法实践中经常被提及、但在刑法学领域长期徘徊在边缘地带的民意的进一步研究,提供了一个良好的开端。

(作者为清华大学法学院教授)



西周礼法之治的蔽芾甘棠

中华优秀传统法律文化

□张沈锲

蔽芾甘棠源自《诗经·召南·甘棠》(下称《甘棠》),其文曰:“蔽芾甘棠,勿翦勿伐,召伯所茇。蔽芾甘棠,勿翦勿败,召伯所憩。蔽芾甘棠,勿翦勿拜,召伯所说。”意思是,甘棠已绿树成荫,不要砍斫、攀折或损伤,因为西周召伯曾在树下歇息。《毛诗序》解说:“《甘棠》,美召伯也。”在西周文治武功之后、开启“刑错四十余年不用”成康之治前的关键时期,召伯巡游封地、听讼问狱,倡行文王教化。历代大儒追寻着孔子“郁郁乎文哉,吾从周”的价值判断,以注疏丰满召伯的治理形象,为后世留下崇礼守法、远恶迁善的文化基因。

蔽芾甘棠的召伯之治:史实考证与治理内涵

陕西省岐山县周公庙内现存《召伯甘棠图》石碑,勒刻“老干横斜、着花繁茂”的甘棠形象。相传为清代官员据实景所画,但《甘棠》原文中未提及召伯听讼断狱之事,要准确理解“蔽芾甘棠”所承载的治理内涵,须考虑以下问题:

一是《甘棠》中的“召伯”实为召公奭。史料中有“召公奭”和“召伯虎”(奭的西周后世子孙),而无“召伯奭”,因此,“召伯”曾被质疑为武将“召伯虎”。结合传世文献与学术考证可知,召公奭在周武王时与周公旦分陕而治,郑玄《毛诗郑笺》(下称《郑笺》)解释:“此美其为伯之功,故言‘伯’云。”这表明,奭确有称“伯”的身份,即文王时期“一州一牧二伯”中佐治雍州的“伯”、武王时期东西二伯中的“伯”,以及成王幼年时期与周公旦一起平叛并维系治理“二伯”的“伯”,历经文武成康四世,参与伐纣、平叛“三监之乱”,后分陕而治,实现了从“马上得天下”到“巡行教化、决讼断狱”的治理转型。从《诗经》篇目编排来看,《周南》《召南》排在《诗经》卷首,朱熹《诗集传》指出“惟《周南》《召南》,亲被文王之化以成德”,其中《周南》在周公旦治下,与之并列的《召南》,其对应的治理者只能是与周公旦地位相当的召公奭,且教化安邦的事迹也与之契合,故《甘棠》中的“召伯”当为召公奭。

二是召伯巡守拥有法定司法权。周成王时,召公奭与周公旦并列“二伯”,郑玄《周礼注》载“上公有功德者,加命为二伯,得征五侯九伯者”。这一记载表明了召公奭权力重大,齐桓公穷其一生苦心经营,所追求的也不过是“方伯”之权。根据西周礼制,巡守的权力主要包括听取述职、审断狱讼,《白虎通义·巡狩》记载,“三年二伯出,述职黜陟。”明确其监察地方的权力。《郑笺》对《诗经·王风·大车》注解记载,“古者天子大夫服毳冕,以巡行邦国而决男女之讼。”进一步佐证了西周时期巡守官员拥有听讼断案、明辨是非的司法权力。“自侯伯至庶人各得其所,无失职者。”召公奭巡守中有权审理案件。

三是“树下听讼”:召伯治理形象的文化塑造。召公奭是在甘棠树下听讼问狱,还是听讼问狱的途中歇于树下?历来存在争议。《史记正义》引《括地志》称“召伯听讼甘棠之下”,西汉申培公《鲁诗》称“召公巡行乡邑,有棠树,决狱政事其下”。可见“树下听讼”的说法在汉代已广为流传。但《甘棠》原文并没有说树下听讼。只是后世塑造其夕惕若厉、勤勉不怠的裁判者形象,逐渐固化了这一治理场景。清代王先谦撰的《诗三家义集疏》中引用辕固生《齐诗》解说曰:“召公,贤者也,明不能与圣人分职,常战栗恐惧,故舍于树下而听断焉。劳身苦体,然后乃与圣人齐。”凸显谦卑自守。《上海博物馆藏战国楚竹书》记载了孔子对《甘棠》的评价,印证了召公奭亲民教化而得敬重。《礼记·乐记》载“礼以道其志”“刑以防其奸”,荀子认为“不教而诛,则刑繁而邪不胜”,都是以教化为先、刑罚补充。蔽芾甘棠,本质是以礼法之治获得认同。

《诗经》兼具诗言志和舆论纪事功能,虽难还原全貌,但其所反映的礼法之治与守法文化之间的内在关联,已清晰可见。《孟子·离娄下》载“王者之迹熄而《诗》亡,《诗》亡然后《春秋》作”。孟子此语,正是对上古礼法之治的追怀与推崇。《史记·燕召公世家》感叹燕国“然社稷血食者八九百岁,于姬姓独后亡,岂非召公之烈邪?”燕国虽是小国,风雨飘摇中屡次几近灭亡,却撑到秦始皇灭六国的最后阶段,也是礼法教化作用的直接历史见证。

窥斑见豹的行露之诉

《毛诗序》注解,“《行露》,召伯听讼也。”作为《甘棠》后续诗篇的《行露》展现了听讼情况,目前学界对该部分有多种解读,较为一致的是,这是以男女对讼口吻描述案情,隐晦地以“行露”“穿屋”“穿墉”以及“女无家”说明女方不让步的理由,以及“不女(汝)从”的抗争态度。

一是行露之诉的实体争议核心是什么?历代解读众说纷纭,如刘向《列女传·贞顺传·召南申女》描述“(女)既许嫁于鄢,夫家礼不备而欲迎之”,认为争议核心是男方财礼不足。另有寡妇守节、男方家贫被悔婚等解释。综合现有研究,“婚配诉讼”类解读最为贴合诗旨,即男女双方已订立婚约但尚未成婚,女方因男方存在不当行为(如婚嫁礼节不足)而拒绝履行婚约,男方遂诉至官府。

二是行露之诉程序如何?诗文虽仅记录了女方言论,但可从中推断西周诉讼程序的特点:其一,双方实际到庭。孔颖达《毛诗正义》引用郑玄答张逸的表述,问:“《行露》,召伯听讼,察民之意化耳,何讼乎?”答曰:“下二章陈男女对讼之辞。首章言所以有讼,由女不从男,亦是听讼之事也。”实际庭审需要双方到庭且听取双方意见。其二,诉讼双方具有对抗性。女方据理力争,但女方被诉的事实本身说明,男方迎娶可能有一定的礼制理由,女方辩词激烈,也反映诉讼对抗的激烈程度。其三,女方实际取得胜诉结果。《行露》仅记录女方(胜诉者)言论,可能是西周时期诉讼记录的惯例。西周成康时期的师旂鼎、周夷王时代的训匜等都以铭文记录案件。据考证,分别只记录了师旂、牧牛之师、琱生等胜诉者的言论。虽然实际诉讼有双方发表意见,但用铭文刻录重大裁判时,青铜器是获胜一方出资铸造的,为节省字数,自然略去对方言论。

三是行露之诉是否区分刑事和民事案件?这实际是礼法关系问题。召伯听讼问狱,但《毛诗序》却只提“《行露》,召伯听讼也”,似乎是民事诉讼,却又提到“虽速我讼”“虽速我狱”的可能刑罚后果,为何民事起诉却可能招致刑罚后果?西周诸法合体,没有现在意义的刑民分立。这与《汉书·陈宠传》“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也”一致,西周以礼为准则,违礼者则可能承担民事责任,情节严重也受刑事制裁。在召公奭的礼法教化中,礼既以法为后盾,又尽量避免刑罚、引导社会遵礼守法,召公奭支持行露之诉的女方主张,是以充分对抗以暴露矛盾,居中听取陈述而明辨是非。行露之诉虽是个案,却可以窥斑见豹,是《甘棠》礼法教化的有力注脚。

以教化推行礼法之治的蔽芾甘棠

如果简化理解,“蔽芾甘棠”近乎“爱护树木人人有责”的告示牌,那么《甘棠》有限的文学性何以放入璀璨的《诗经》篇目中,是不是后世所作的奉承之诗?这就涉及礼法关系与礼法之治的推行方式问题。

一方面,教化不是刻板说教,更可能是创造性的改编。《甘棠》一唱三叹,在重复中略有变化,与《诗经》礼乐性质一致。据郭沫若先生考证,甲骨文的“南”是钟的象形字,代表乐器。《甘棠》所属的《召南》之“南”是指乐曲风格。《甘棠》可能是礼乐演奏的歌词,朱熹在《诗集传》中评价《周南》《召南》:“乐而不过于淫,哀而不及于伤,是以二篇独为风诗之正经。”周朝重大礼仪也用到《召南》之乐,《仪礼·燕礼》记载了“大射”的四环节,从“升歌三终”、“笙入三终”、歌笙相禅的“间歌三终”,到歌瑟笙并作的“合乐三终”,在最后高潮的合乐阶段演奏的就是《周南》《召南》之乐,《甘棠》弱于叙事而强于传情、易于记诵以便传唱,以期化风成俗。《史记·孔子世家》记述“三百五篇,孔子皆弦歌之”。若《甘棠》只是奉承之诗,孔子也不会大费周章地跨界改编了,这也反映了礼法之治的教化方式。

另一方面,教化来自上下互动的历史循环。《尚书·周书·召诰》记录召公奭的刑罚思想,“其惟王勿以小民淫用非彝,亦敢殄戮用乂民,若有功。其惟王位在德元,小民乃惟刑用于天下,越王显。”前半句限制民众滥行不法,也制止官员随意对民众施加刑罚,《行露》对应着限制不法,以个案裁量限制男方的不当起诉;后半句以道德教化民众,《甘棠》对应着施行教化,百姓自愿流传,逐渐成为民族文化的一部分。历朝历代的经史文献中有不同类型的“甘棠”形象也印证了礼法之治的生命力,如纪念东晋谢安的江苏扬州甘棠庙,纪念唐李渤的江西九江甘棠湖,广西灵川县、宾阳县等地的甘棠驿、甘棠桥,既来自自上而下的礼法教化,也得益于民间自下而上对贤明吏治的认可接纳。

[作者为江西财经大学法学院(纪检监察学院)讲师]

集萃

上海交通大学讲席教授孔祥俊:

平衡数据保护与数据利用至关重要

我国第二次修订的反不正当竞争法第13条第3款专门规定了侵犯数据行为(下称“数据保护专款”),实现了数据权利此前由司法确认到权利法定的转变。数据保护专款由适格的受保护数据及法定类型化的侵害行为所构成,首先确定受保护数据需“合法持有”,即具备合法性和归属性,以数据确权为前提要件;以法定方式确定的类型化侵害行为,实则界定了受保护数据的权利范围,其表面是制止数据侵害行为,核心是通过数据赋权实现权益保护,确立一种数据产权结构。数据侵害行为的判断范式应当与数据权利保护的定位相匹配,需简化判断要素,增强法律保护的确定性。

数据保护专款以数据权益保护为重点,但明显采取了最低限度保护的立法思路和定位,涉及数据保护与数据利用、数据权利与权利限制等重要利益平衡,特别是涉及促进人工智能等新技术新产业发展的重要政策选择,因而在法律适用中仍应持续探索。

数据是信息类无体财产,具有来源公共性和开发利用驱动性的特征,强调赋权并不等于强调强保护,数据保护应当以最低限度为宜,平衡数据保护与数据利用至关重要,数据保护应当基于财产理论与政策取向的双重考量,进一步探索权利限制和例外情形的制度设计。应将这一新生事物塑造为独立的权利形态(可称“数据权”),根据其客体属性和保护强度等明确权利内容,尤其是注重限制权利内容和平衡多种利益,并可考虑将其归入更大的权利体系(如知识产权)。

西南政法大学民商法学院教授孙山:

坚守绝对权法定原则 充分发挥著作权法权利类型兜底条款功能

著作权法第10条第1款中的权利类型兜底条款,即“应当由著作权人享有的其他权利”,是对现行法律规范中各类分散规定的法定权利的确认依据,而非授权法官在个案中直接单独据此创设新型法定权利的依据。

坚守绝对权法定原则是对权利类型兜底条款进行总体定位的逻辑前提。著作权属于绝对权的一种,具有对世效力,自应遵循绝对权法定原则的要求。绝对权法定原则,要求立法权与司法权各守其分,权利的类型、内容及其限制均由法律明文规定;权利类型兜底条款的引入则允许法官在司法中据此完成“其他权利”的合法性推导和确认,最终形成“开而不放”的著作财产权体系。

在绝对权法定原则的限定下,权利类型兜底条款兼具“分权”与“限权”的宏观功能:立法层面立足于总体设计,用于配置和界分立法权与司法权;司法层面着眼于个案适用,旨在实现“无名权利”的合法性推导及确认。从司法权行使的角度看,该条款能够发挥正面确认的微观功能:一方面,授权法官在个案中确认已经被分散规定于著作权法其他条文中但尚未获得“权利”之名的著作财产权,让此类有实无名的权利获得司法层面的承认;另一方面,确认我国加入的国际公约已有规定、但尚未转化为国内法的“权利”,履行应当承担的国际保护义务。此外,权利类型兜底条款还能发挥反面排除的微观功能:一是排除司法机关在个案中创设新类型“权利”的可能性,限定法官的自由裁量权;二是排除适用著作权法保护各种新类型“利益”的可能性,转而通过反不正当竞争法或民法典侵权责任编完成救济,保持著作权法与反不正当竞争法的清晰边界。

南开大学法学院教授陈兵:

打通商业秘密保护运用全链条

目前,我国商业秘密保护体系仍存在以下短板:一是法规体系有待健全,专门立法缺失。二是行政执法协同不足,规范落实效果不佳。难以形成治理合力,导致相关法律法规在实践中执行效果不佳、落地乏力。三是企业保护意识薄弱,合规管理流于形式。四是商业秘密侵权举证难度大,司法救济效率低。尽管反不正当竞争法第39条引入了举证责任转移规则,要求权利人在提供初步证据后由被诉侵权人证明不存在侵权行为,但数字环境下举证难度依然较大。五是数字技术放大侵权风险,对新型侵权手段应对不力。六是国际保护不足,涉外案件处理乏力。

为有效应对商业秘密保护面临的严峻挑战,需构建一个国内法治完善、企业合规强化、加强技术创新和国际协同的多维对策体系:一是提升法律位阶,细化认定规则,完善规则实施。二是强化行政执法效能,提升治理能力。在商业秘密保护执法层面,需推动构建“商业秘密保护跨部门协调机制”。三是加强企业合规建设,技术赋能保护。商业秘密保护需从传统的“事后救济”向“事前预防”转变。企业需从防止自身商业秘密被他人侵犯和防止侵犯他人商业秘密两个方面进行合规管理,加强事前防范。四是参与全球规则制定,提升话语权。探索建立与国际规则相衔接的商业秘密保护制度体系,有助于提升我国在国际商业秘密保护领域的话语权和影响力。

(以上依据《比较法研究》《法商研究》《人民论坛》,王昱璇选辑)