



论刑事诉讼法的法典化



前沿话题

□ 陈卫东 (中国人民大学法学院教授)

作为一种高度体系化的规范载体,法典是在特定的历史阶段,一国法律制度发展到一定高度后形成的统一规范整体。与分散式的、个别性的法律不同,法典是法律规范积淀的产物。只有当国家立法已臻成熟,真正意义上的法典才有产出的空间。刑事诉讼法作为改革开放后施行的首批法律,难免存在着源生性弊端。为了从根本上解决困扰我国刑事司法现代化的问题,就需要对刑事诉讼法进行彻底检视,以法典编纂为视角,重新整合既有的法治资源,完成刑事诉讼规范的完备化与体系化工作,最终在实质层面实现刑事诉讼法的法典化。

一、法典化的标准与功能

(一)法典化的标准
法典化的标准分为静态与动态两个层面。前者指法典化的结果,后者指法典化的过程。概言之,法典化的结果乃法典的生成,最终体现出的是相关部门法领域整体性规范的样态,而法典化的过程则须包含一个必要的编纂机制,其将为法典提供具有体系性的架构与内容。

静态层面的法典化,使法典与普通立法形成了明显的结果差异,构成了法典化的形式标准。立法者意图通过法典化实现的基本目的,均是将一系列存在内部关联的法源汇集一体,从而实现法律渊源的统一。与法律汇编不同,法典化的特点则集中于动态过程。法典化工作追求的目标,是实现法律渊源体系的理性化。作为体系化的结果,一部严格意义上的法典应当符合以下实质标准:第一,形式的一致性;第二,内在的一致性;第三,逻辑上的自足性;第四,内容的全面性。

(二)法典化的功能
法典化的功能主要体现在完备化与体系化两个方面。

首先,法典化是法律发展到一定阶段的必然结果,其最初的功能在于实现规范的一体化与科学化设置。自启蒙运动以降,欧洲的学者们试图将法律精神与人理性性相勾连,在上帝之外寻找法律的合理性根据。其次,在法国大革命时期,法典化被寄予了造就“人民的圣经”之期待,其主要通过法典对司法权的限制功能加以实现。法国大革命可以说是一次理性主义的实践运动。一方面,人民主权原则成为大革命的政治思想基础,这使得法律的制定必须全面代表人民利益。另一方面,为了防止人民利益遭受权力的不当侵害,国家在权力配置上实行严格的分立体制,司法权与行政权皆不得侵入立法的领域,而这主要针对前者展开。最后,在围绕德国民法典编纂问题的“蒂堡——萨维尼论战”后,法典被强调发挥对既有规范予以体系化功能。

二、刑事诉讼法法典性的缺失

(一)刑事诉讼法的编纂程序缺失
为迅速完成刑法与刑事诉讼法的制定,中央在1979年2月专门设立了全国人大常委会法制委员会负责此项工作,到了同年7月1日,“两法”便获得了全国人大的通过。“任何一部真正起作用的法典,其产生过程首先离不开对已有法律资料的搜集整理,否则只能是照抄别国的法典。这就意味

着,一个国家要‘制定’某一方面的法典,必须有一段相关法律的实践,只有这一方面的法律资料积累到一定程度之后,或者说只有这一基本前提条件具备之后,才有可能编纂或‘制定’相关的法典。”刑事诉讼法立法的时代背景是“文革”的结束,在国家正常的刑事司法工作已经停滞近十年的状况下,彼时将刑事诉讼规范予以法典化的前提并不存在。

(二)刑事诉讼法的法外规范膨胀
刑事诉讼法法典性缺失最为突出的表征,乃是法外规范的大规模膨胀。这种膨胀主要体现为相关司法解释、部门规章以及司法解释性质文件的大量出台。从结果来看,围绕308条的刑事诉讼法,中央层级出台的规范性文件竟已多达数千条文。刑事诉讼法的法外规范之所以几乎不受控制地出现,直接原因无外乎刑事诉讼法本身完备性与体系性的不足所致。

(三)刑事诉讼法作为法典的名与实
由于形成法典的必要程序——“编纂”的缺乏,刑事诉讼法并不具备法典内含的完备性与体系性,进而使得其无法发挥真正意义上法典的功能。只有将现行刑事诉讼法视为一部阶段性立法,在未来完成刑事诉讼法的法典化工作,才可能从根源上彻底解决这些问题。若将刑事诉讼法视为一部已经具有完备性与体系性的法典,则未来的立法工作便仍会基于现行法律的框架展开。然而,在维持原有刑事诉讼框架不变的前提下,仅靠法律修订无法解决任何体系性问题。而且,体系的落伍与混乱,不免又将对内容形成反制,导致法典化的完备性功能也无法得到实现。

三、刑事诉讼法法典化的意义

(一)完善中国特色社会主义法律体系的环节
刑事诉讼法未经编纂程序,使得最终形成的法律,既难以给司法实践提供充分的活动依据,也无法解决大量实际存在的程序问题。刑事诉讼法的法典化正是解决此类完备性与体系性问题,完善中国特色刑事诉讼体系的重要抓手:一方面,经由法典化的编纂程序,刑事诉讼法能够补足相关规范的缺失,明确法律条文的内容,使法律在实践中能够直接适用,而不必再通过某些法外规范间接实施;另一方面,刑事诉讼法的法典化可以通过结构框架的重新设计,将我国与法治发达国家的法治经验融入体系,从根本上解决阻碍本法科学化发展的基石性问题。

(二)推进刑事司法治理体系现代化的抓手
刑事诉讼法一直未能经历编纂程序,其由移植苏俄法律得来的体系,很大程度上仅具形式而并无实质,使得体系的科学化与现代化程度存在重大疑问。一方面,刑事诉讼法的体系设置与我国当下的发展水平不符,也与国际司法的主流标准脱节。另一方面,刑事诉讼法的体系设置存在一系列缺陷,导致适法者难以根据体系的理解解决法律适用的问题,而不得求助于中央机关另行出台规范性文件,这就导致法律的体系性被进一步削弱。如果说1979年刑事诉讼法大规模借鉴苏俄法律的现成体系是“应需之举”,那么,在进一步坚定制度自信,不断推进国家治理体系和治理能力现代化的当下,通过编纂刑事诉讼法典夯实刑事治理体系现代化的基础,已经成为刑事法治的“应时之变”。

(三)“以审判为中心”诉讼制度改革归宿
党的十八届四中全会《决定》提出的“以审判为中心”诉讼制度改革,是我国刑事法治走向完善的标志,审判在刑事诉讼中的中心地位并非通过

制度赋予,其本身就是现代刑事司法的基本样态。然而,刑事诉讼法的体例及其之下的篇章结构就是以侦查为中心的构造,只要仍然拘泥于现行法律给定的体系,“审判中心改革”的任务就不可能完成,任何修补亦无济于事。

(四)实现刑事诉讼法律制度精细化的载体
刑事诉讼法的另一弊端在于完备性之不足,而这亦是其法典性不足带来的遗留问题。从规范上看,司法制度被专门规定为立法法明确保留的立法事项,这表明,对于程序法而言,立法的完备化尤为必要——所有制度皆应由立法机关作出精细化设计并将其固诸于法律之中,而不能将其留给其他机关加以规定。换言之,只有经由编纂程序,对现有刑事诉讼规范进行识别、筛选、整合,完成法典化的任务,才能使立法获得完备性,从根本上解决规范性文件潜藏的违法或越权问题。

四、刑事诉讼法法典化的进路

(一)刑事诉讼法法典化的原则
刑事诉讼法的法典化意在实现规范的完备化与体系化,因而,在编纂之前,应当首先确定法典化的相应原则。其中,完备化本身可以被视为一项较为明确的原则。完备化要求刑事诉讼法必须将涉及立法法第九条法律保留之“限制人身自由的强制措施”与“司法制度”的相关调整权利义务与权力责任的刑事诉讼规范全部纳入法典之中。

与完备化相较,刑事诉讼法体系化的任务更加复杂。刑事诉讼法的体系化至少应当遵循以下三项基本原则:第一,正当程序原则。遵循正当程序原则的法典化,目的在于确立刑事诉讼法所统摄各类诉讼制度之保障人权的价值取向,防止为实现犯罪追诉的有效性而过分干预基本权利的情形出现。第二,审判中心原则。审判中心原则的确立,要求在构建刑事诉讼法的法典体系时,应当围绕审判权而非侦查权与检察权的有效行使展开。第三,诉讼效率原则。随着犯罪率的上升,轻刑化刑事政策的推进以及对司法资源管控的加强,司法机关难以仅靠传统的刑事诉讼制度实现治理需求,因而必须取道“效率改革”实现公正与效率的再平衡。欲妥善处理效率不足的问题,为程序简化以及协商性司法的适用提供空间,就应在法典编纂中明确诉讼效率原则,并以之作为制度构建的基础。

(二)刑事诉讼法法典化的框架
就刑事诉讼的法律系统而言,由于理论与现实的巨大差距,体系化的工作其实远未实现,它需要法典加以“促进”。刑事诉讼法在第1编“总则”之后,第2编至第4编分别被设置为“立案、侦查和提起公诉”“审判”与“执行”,这是一种基于“总分”关系以及诉讼发展时间顺序展开的逻辑框架。刑事诉讼法在框架上的弊端,集中在基于“分工负责”而产生的职能化立法思路方面。通过法律对公安机关、检察机关、审判机关的职权进行分别规制,看起来能够明确各机关权责,提高案件的办理质效,但是,这却是以颠覆法院最终裁判者的地位为代价的。申言之,立法的职能化思路及其导致的诉讼阶段之严格划分,对刑事诉讼制度与刑事司法治理的现代化发展造成了严重阻碍,亟须通过法典化的编纂程序,重新建筑刑事诉讼规范的框架。法典化需要对所有刑事诉讼制度进行逐个分析和通盘考虑,在此前提下再构建一个统一的刑事诉讼法律框架。其中,分析与考虑的标准,应当围绕之前提出的三项基本原则,尤其以审判中心原则为基础展开。

(原文刊载于《中国法学》)

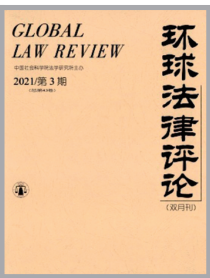
观点新解

苏青谈刑法领域的网络爬虫——突破其技术定义而发生明显“异变”



西安交通大学法学院苏青在《比较法研究》2021年第3期上发表题为《网络爬虫的演变及其合法性限定》的文章中指出:法律规制的缺乏导致人们将网络爬虫几乎等同于“害虫”。在现象层面,网络爬虫作为运用自动软件从网页上提取大量信息的技术,具有中立性。但技术概念进入法律领域后,必面临价值评价从而产生“合法与否”的问题。从网络爬虫所涉及的主要案件类型看,网络爬虫经历了从中立技术到一般违法,再到犯罪的演变过程,刑法领域的网络爬虫已突破其技术定义而发生了明显的“异变”。从“广义”的网络爬虫概念出发,可以从对象、手段、目的三个方面对其进行合法性限定:合法的网络爬虫应是针对开放数据的、不具有侵入性的、基于正当目的的数据获取技术,不符合任一条件者便为违法。

江山谈识别反垄断法规范中的规则与标准构成——是检视当前发展路径的应然选择



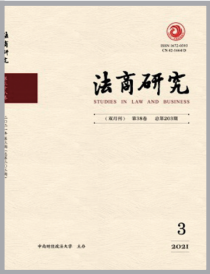
对外经济贸易大学法学院江山在《环球法律评论》2021年第3期上发表题为《论反垄断法规范中的规则与标准》的文章中指出:反垄断法实施十余年来,对垄断行为的规制在法律适用中不断积累经验。然而,对于反垄断法规范的性质及其构成的认识,却仍存较多模糊之处,亟待厘清。识别反垄断法规范中的规则与标准构成,是检视当前发展路径的应然选择。为此,应当厘清横向垄断协议和经营者集中申报法规范的规则性质,以及纵向垄断协议、市场支配地位滥用行为认定和经营者集中审查法规范的标准性质。

杨寅谈食品安全规制的行刑衔接——直接影响到食品安全的治理效果



上海政法学院杨寅在《法学评论》2021年第3期上发表题为《论我国食品安全领域的行刑衔接制度》的文章中指出:食品安全规制主要有行政处罚和刑事处罚两种手段,两者的衔接直接影响食品安全的治理效果。从2000年发展至今,我国食品安全领域行刑衔接制度框架已基本建成,当前的主要问题是立法的协同化不足,证据认定标准和移送协调程序等也存在一定缺漏,造成食品安全监管部门和刑事司法机关在具体执行中存在障碍。为实现食品安全领域行刑衔接制度的高效、公正运行,加强对食品安全违法犯罪行为的惩戒力度,应在完善食品安全行刑衔接基础性法律的前提下,明确证据认定标准和移送协调程序并建立相关的保障制度。

郑雅方谈企业合规管理的政府推进特点——已形成“刚性”和“柔性”两种模式



湖北经济学院法学院郑雅方在《法商研究》2021年第3期上发表题为《论政府介入企业合规管理的风险及其防范》的文章中指出:我国企业合规管理具有政府推进的特点,目前已形成“刚性”和“柔性”两种推进模式。“刚性”模式潜含法律依据不完善、法定权限有欠缺等合法性风险,易导致劳动人事纠纷和行政纠纷。“柔性”模式存在非强制性指引因缺乏配套激励机制而导致的推进失灵风险,企业合规管理易产生有名无实的“符号化”现象。控制合法性风险,须遵循依法行政原则,通过修改完善相关法律,完善政府推进的法律依据和法定权限化解。推进失灵风险的防范,应在柔性指引的基础上,配套建立多种激励机制以充分激发企业合规管理的内在动力和实际行动。

(赵珊珊 整理)

重述中国法律思想史

前沿观点

□ 杨一凡

重述中国法律制度史,必涉及重新审视法律思想史的问题,只有把两者结合研究,才能对整个法律史学作出全面、系统地重述。然而,结合丰富的法律思想资料重新审视中国法律思想史就会发现,法律思想研究还存在“五重五轻”的缺陷,即重儒家法律思想轻诸子各家的法律思想,重少数思想家的法律思想轻主持或参与重大立法、司法活动的官僚的法律思想,重刑法思想轻多领域法律思想的全面挖掘,研读资料重少数文集轻基本法律文献,重代表性人物法律思想的介绍轻结合法律实践阐发法律思想。这难以实现全面、正确地阐述中国法律思想发展史的学术目标。为此,本文建议从以下四个方面作重述法律思想史的研究。

一、突破“糖葫芦”复述模式,撰写发展变化的刑法思想史

以往研究中国法律思想史的著述,多限于刑法思想研究,这让人误以为中国古代法律思想发展史就是刑法思想史。就研究深度而论,先秦时期法律思想探讨相对较好,而西汉以后大多是套用先秦儒家、法家的观点“照葫芦画瓢”,这种研究方法被喻为“糖葫芦”式复述。阅读这些以复述方式形成的成果,让人误以为西汉以后刑法思想没有多大发展。这不符合历史实际。

(一)论述西汉以后的刑法思想,应重发展,重特色
从魏晋到明清,刑事法律制度的发展,完善

历时1600余年之久。在此期间,刑名、罪名多有创新,立法内容日益健全,司法制度逐步发展,律典的法律地位和刑事法律体系也有变化,各代都曾结合国情实际,在刑事法制建设方面有所变革,与此相适应,刑法思想也多有变化和发展,呈现出时代特色。

(二)结合律典地位和法律体系的变化,阐发重大法律思想
魏晋至宋代,“律典”“令典”两典并重,同为国家“大法”,分别构成以典为纲,以其他法律形式为目的律令法律体系。元代弃律用格、例。明代变革传统的律令法律体系,建立以典为纲,以例和其他法律为目的法律体系。这些重要的变化都是在统治者立法思想指导下进行的,其中以“大经大法”思想,“律例关系”思想和“大法”“常法”“权变之法”关系思想影响最大。

二、突破“以刑为主”论的局限,开辟法律思想研究的新领域

传统的“以刑为主”说,误导人们仅从刑法角度阐述法律思想和法律制度发展史,曾长期成为开拓法史研究的巨大认识障碍。现今,“以刑为主”说虽然在理论上被抛弃,但在其影响下形成的惯性思维仍未彻底清除,致使刑法思想以外的法律思想大多没有深入研究或未涉及。拓宽研究领域,是深化传统法律思想研究的重要课题。

(一)古代法律思想多元、丰富,领域宽广
在中国古代法律体系中,各种法律形式并存,吏政、食货、礼制、军政、刑事、民事等各种法律并存,中央立法与地方立法并存,共同组成完整的法律体系。与法律实践相辅相成,多元法律思想各具特色,既有历代都关注、具有普遍指导意义的学说,也有与各类法律相关的法律思想。

(二)开拓法律思想研究新领域,食货法律思想研究是最佳突破口

“食货”一词,是古代经济、财政、金融的统称。笔者之所以提出开拓法律思想史研究新领域以“食货法律思想”为突破口,是基于以下三点考虑:一是食货法律与国计民生休戚相关。食货立法无论是立法总数还是在社会生活中的重要性,都远远超过刑法;二是较之刑事法律,食货法律受“三纲五常”“礼治”思想的影响相对较小,食货法律思想和管理经验中可借鉴的优秀成分也相对丰硕;三是可供研究的古代食货法律资料极其丰富。

三、突破“法律儒家化”论束缚,全面挖掘各家法律思想

中国法律思想史研究长期停滞不前,与“法律儒家化”论的影响相关。这引导人们忽视法律思想、法律制度发展演变的实际,仅从儒家理论中挖掘法律思想,把不断深化的法律思想史,演绎为“糖葫芦”式的复述儒家思想史。如不从“法律儒家化”论的束缚下解放出来,法律思想研究很难前进。

(一)西汉以后的正统法律思想是各家思想融合的结晶,“法律儒家化”论难以自圆
长期以来,一些著述认为,自汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”后,历代传承孔孟道统治国,法律便“儒家化”了。全文阅读古代法律,可发现“法律儒家化”论存在三大缺陷:其一,西汉以后各代统治者奉行的正统法律思想,是在吸收、融合先秦诸子各家思想基础上形成的;其二,西汉以后的许多法律思想,属于后人创新,与先秦儒家思想没有密切的传承关系;其三,中国“法律儒家化”论与古人论述不相吻合。

(二)再识先秦法家,加强先秦诸子各家法律思想比较研究