



行政拘留纳入刑法体系的配套措施

前沿话题

□ 刘仁文

笔者认为,行政拘留司法化改造的路径应纳入刑法体系,与此同时,行政拘留被纳入刑法体系后,犯罪圈无疑会扩大,司法压力、前科负面效应等问题也将更加凸显。需要注意的是,这些问题并不是因为行政拘留入刑才带来的后果,即使行政拘留不入刑,这些问题也同样存在,行政拘留入刑只不过使这些问题更加凸显出来。因而我们需要关注法律体系的整体协调性,通过对刑法、刑事诉讼法和刑罚附随后果等方面的一体化完善来解决这些问题。

一、刑法方面的配套措施

考虑到行政拘留与拘役在短期剥夺人身自由方面的同质性,可以将行政拘留与现行拘役刑合并,组成新的拘役刑种,其刑期下限由现在的1个月调为1日。主要考虑是:首先,从犯罪体系上看,未来我国刑事立法将会继续呈现出轻罪大量增加,犯罪圈持续扩张的态势,在这种情况下,将行政拘留改造成刑罚,补足1个月以下自由刑的空当可以较好地应对犯罪体系的变化,即以轻刑应对轻罪。其次,从犯罪结构上看,我国的严重暴力犯罪数量呈持续下降态势,醉驾、侵犯知识产权、破坏环境资源等危害社会管理秩序的新型犯罪数量大幅上升。相应地,在刑事案件中,犯罪人被判处重刑的比例越来越低,被判处轻刑的比例越来越高,这也要求立

法者进一步从制度上拓展轻刑的空间。在此,随着“以人为本”“宽严相济”等刑罚理念和刑事政策的全面深入贯彻以及社区矫正法的全面实施和审前非羁押措施的扩大适用,我国刑罚必将在整体上进一步轻缓化,这呼唤我国刑罚体系的全面轻刑化,为行政拘留入刑创造条件。

为了最大限度地规避短期自由刑的弊端,在设计行政拘留入刑的方案时,立法者还应考虑设计相关配套方案:一是短期自由刑的易科罚金刑制度应当得到确立。对于首次犯罪被处以拘役的犯罪人,法律原则上应允许法官易科罚金刑,罚金数额应结合犯罪期的长短、当地的经济水平以及犯罪人的承受能力等予以综合确定。二是立法还应当确立短期自由刑易科社区服务制度。如果被判处拘役者缴纳不出罚金,无法被易科罚金刑,那么,司法机关可通过易科社区服务来替代执行拘役。三是即使犯罪人并非首次犯罪,法官也应当以判处短期自由刑为例外,以判处罚金刑为原则(将短期自由刑和罚金刑作为选择性刑种来配置)。四是短期自由刑的服刑方式也应当得到改革。当下,服刑期自由刑的人员大多在看看守所服刑。然而,看守所应当是关押未决犯的场所,而不是执行刑罚的场所,看守所干警缺乏执行刑罚的相关专业素养。因此,国家应建立专门的执行短期自由刑的场所,改进短期自由刑的执行方式。

二、刑事诉讼法方面的配套措施

有人认为,我国刑法在立法上“既定性又定量”的做法较之域外刑法“只定性、不定量”的做法要更

科学,或者认为,似乎只有我国这种立法形式,才能体现出刑法的谦抑性。然而,事实并非如此。域外刑法主要通过刑事诉讼程序中的过滤、分流和转处机制大范围地实现非罪化和轻刑化。这种动态的刑事司法过程中,分流和转处机制多有值得我们借鉴之处,其不仅可以避免我国的立法模式所带来的刑事法网疏失问题,而且也可以避免只要造成法定后果就一律起诉的机械做法。应当看到,目前我国刑事诉讼过程中的过滤、分流和转处犯罪的途径还不够多,特别是在通过起诉环节的分流机制来减少审判环节的压力这一方面做得还远远不够。比如,很多国家和地区的检察机关都可以以起诉不符合公共利益需要为理由作出提起公诉的决定,然而,我国刑事诉讼法并没有赋予检察机关这一权力。又如,我国还没有建立完整的暂缓起诉制度,还应当看到,我国刑事立法和刑事司法正朝着实体法上扩大犯罪圈,程序法上削减犯罪圈(降低刑罚量)的方向发展。除了未成年人附条件不起诉制度外,这种发展趋势还表现为不起诉适用范围和刑事和解适用范围的扩大,认罪认罚从宽制度的建立等。行政拘留入刑后,应当进一步强化刑事诉讼中的过滤、分流和转处机制,改变目前起诉法定主义有余、起诉便宜主义不足的做法,以有效提升司法效率,减轻司法负担,节约司法成本。与此同时,我们还要通过完善和丰富我国刑事诉讼法中的简易程序和速裁程序等快速裁判机制来提高对轻罪案件的处理效率,如引入域外的检察官刑事处分令制度,对控辩双方协商一致的轻罪案件,法官可直接应检察官的申请在处分令上签字(若被告人不同意,则转为简易程序甚至普通程序);赋予侦查机关对轻罪案件的不起诉建议权,扩大认罪认罚从宽制度中侦查机关撤案权的适用范围。

序甚至普通程序);赋予侦查机关对轻罪案件的不起诉建议权,扩大认罪认罚从宽制度中侦查机关撤案权的适用范围。

三、刑罚附随后果方面的配套措施

随着行政违法行为不断入刑和犯罪圈的不断扩大,犯罪的刑罚附随后果和犯罪前科效应已经愈来愈成为亟须我们正视和解决的问题。目前我们最重要的工作是根据犯罪的轻重区别对待刑罚的附随后果和前科记录,基本思路有三:第一,刑法应确立重罪和轻罪分层的结构,对重罪原则上应当终身保留犯罪记录(特殊情况可以通过激活赦免制度应对);对轻罪则应设立前科消灭制度,即在刑罚执行完毕后,经过一定时间的考验,如果犯罪人没有再犯罪,就封存其犯罪记录(公安机关内部为社会治安和预防犯罪的需要仍然可以留档),销毁其人事档案里的犯罪记录,消除各项刑罚附随后果。为此,立法者可在法律上设立一定幅度的考验期,法院在宣判时可以根据案情在此幅度内同时宣判前科考验期的具体时限。第二,对于刑法之外的附属刑法规范,立法者可以分别根据刑法规范各自所附属的法律,视情形分别规定相关犯罪的附随后果消灭制度和前科考验期。第三,立法者应对众多的资格禁止和资格丧失等刑罚附随后果规定进行清理,根据比例原则的要求,理顺刑法与行政法之间的关系,从总体上控制和缩小资格禁止和资格丧失等刑罚附随后果的规模,并克服“一刀切”的做法。比如,重罪者原则上要被强制剥夺相应资格,轻罪者原则上不应被强制剥夺相应资格,立法者还可以将是否要剥夺轻罪者的某种资格的决定权交由行业协会和本单位来行使,让他们按自己的章程来处理。

(文章原文刊载于《法制与社会发展》2021年第5期)

观点新解

张国斌谈深海资源开发应急管理——具有国际法、国内法双重法律属性



上海交通大学凯原法学院张国斌在《法学杂志》2021年第7期上发表题为《深海资源开发应急管理的制度完善建议》的文章中指出:

深海资源开发应急管理具有国际法、国内法双重法律属性,我国完善深海资源开发应急管理法律制度需考虑国际法与国内法的衔接,遵守国内法的效力不低于国际法的要求,内外联动深海资源开发应急管理国内与国际两套体制。我国深海资源开发应急管理相关法律体系空乏,应急预案缺位,须构建以“自然资源部——中国大洋事务管理局”为核心的应急管理体制,加快编制深海资源开发应急预案,有序推进深海资源开发应急管理立法,在具体落实深海资源开发应急管理重点法律制度的同时,积极参与深海资源开发规则及相关标准和准则的制定。

郑佳宁谈数据信息——具有重大的使用价值和交换价值



中国政法大学民商经济法学院郑佳宁在《东方法学》2021年第5期上发表题为《数据信息财产法属性探究》的文章中指出:

作为现代信息技术快速发展的产物,数据信息具有重大的使用价值和交换价值,理应建立完备的数据信息交易机制,为此,需要首先在财产法领域明确归属,扫清障碍。数据内容说较为合理地契合了民事财产法领域的规范目的,应当予以采纳。以此为基础,必须进一步引入数据信息的概念,作为财产设置的客体。基于先占理论、劳动报酬理论、功利主义理论,数据信息的财产属性得以证立,从根源上解决数据信息交易的合理性危机。现有民事财产法的规范体系难以适应数据信息规制的需要,应将数据信息作为一类全新的财产对待。

杨青贵谈落实宅基地集体所有权——须遵从宅基地“三权分置”的制度目标



西南政法大学杨青贵在《法治研究》2021年第5期上发表题为《落实宅基地集体所有权的实践探索与制度回应》的文章中指出:

宅基地制度基本功能的时代变迁对落实宅基地集体所有权提出了新要求。部分地方在推进宅基地“三权分置”探索中以宅基地集体所有权能分解所形成的权利为主要抓手,积累了落实宅基地集体所有权的重要经验。立足实践,落实宅基地集体所有权须遵从宅基地“三权分置”的制度目标,坚持宅基地保障功能逐步向国家住房保障职责回归的改革方向,细化落实宅基地集体所有权的职责主体,构建落实宅基地集体所有权的三级权利体系并适时将相关权利纳入民法典和土地管理法,从立法与政策、理论与实践两个维度实现改革探索的协同推进。

陈实谈认罪认罚案件量刑从宽的审判程序——应当确立以量刑为主的庭审结构



中南财经政法大学陈实在《法学家》2021年第5期上发表题为《论认罪认罚案件量刑从宽的刑事一体化实现》的文章中指出:

量刑从宽是认罪认罚从宽制度的落脚点,当前认罪认罚案件存在控辩合意去协商化、法庭审理非实质化以及实体宽宥窄化的三重弊病,严重阻碍量刑从宽的实现。认罪认罚案件的量刑从宽应当推进刑事一体化改革,在量刑合意机制方面应当赋予辩方量刑协商的启动权,规范量刑建议的协商性交涉和开放认罪量刑从宽答辩,在审判程序方面应当确立以量刑为主的庭审结构,规范认罪认罚量刑从宽的法庭调查和允许被告人当庭申请调整不当的量刑建议,在实体供给配套方面应当理顺认罪认罚的量刑情节体系,分离认罪认罚与悔罪表现情节并拓宽认罪认罚的量刑从宽幅度。

(赵珊珊 整理)

法理概念的二元构造

前沿观点

□ 郭栋

到目前为止,在法学理论界通用的法律辞典和权威法理学教科书中,对于“法理”一词的定义,通用模板为:法理是指对于法律的理性认识成果,通常表现为法的理论、原理、学理和学说。近年来,法理研究的拥趸者开始试图重新定义“法理”一词,突破法理概念的民法眼界和狭窄视野,不再只从法律渊源的意义上理解“法理”一词。这一工作诚然有积极意义,但是,还必须从更基本的层面考虑:在没有认清和摆脱“法理”一元结构之前,是无法彻底解决概念的“空心化”问题的。

(一)深层结构。在最宽泛的意义上,法律当然是一种理由。这种理由通过法律文本的形式呈现出来,这一形式注定了法律理由的内容是需要进一步探究的。第一种方式是解释法律,借助文义、体系、历史和目的等因素,探究法律规范条文被赋予的特定意义。第二种方式是通过“辩护梯度上升”,去寻找法律规范背后的更深层次理由,在不断探源、提供实质理由的过程中,建立起法理与法律目的、价值、观念等因素的关联。这两个意义的开拓确立了法理概念与法律文本之间的必然关联,同时又在法律条文墙壁的裂缝上凿开了一个无限开放的缺口,通向一个意蕴深广的意义空间。

法理概念深层结构的发现,意味着“法理”不再仅仅是一个空洞的原理、学说和学理的形式载体,“一个既无价值,又无意义的空壳”。法理概念深层结构中蕴含着具体事实问题和价值问题的实质考量,并且呈现多元丰富的特征。开放性的代价是不

确定性,法理向法律规范之外的事实,价值开放的同时,也为司法裁判的恣意提供了方便之门,潘多拉魔盒随时可能被开启。法理概念表层结构的意义恰恰在于,对法律的价值追问和意义阐释具有统辖作用,收敛被前者过度开放的意义空间。

(二)表层结构。法律规范正当性追问和义理内容阐发在呈现形式上经常是被“学说化”“理论化”“原理化”的,即被贴上诸如“X学说”“Y理论”“Z原理”的标签。裁判文书中甚至出现了将法律学说定格为法律谚语的微弱倾向。

我们可以从中发现两种截然相反的趋向:法理概念的深层结构保证了内容开放性,其结果是保证法理的灵活运用;法理概念的表层结构则在载体上趋近封闭,以此来实现司法的确定性。实践表明,开放性与其稳定性并非不可兼得的此消彼长关系,而是呈现出一种共生并存的态势格局。

法理概念的功能类型

关于法理的功能,目前学界的看法以王泽鉴的观点为典型:“法理的基本功能在于补充法律与习惯法之不备,使执法者自立于立法者的地位,寻求就该当案件所应适用的法则,以实现公平与正义,调和的底层生活上相对立的各种利益。”基于一元概念构造的社会逻辑,法理被认为是法源的一种类型,功能仅在于补充法律之不足,为法官提供裁判的依据。如此,其他功能就被忽略、遮蔽或压抑了。本文发现,在法理概念双重内涵结构的互动之下,四个义项离散地在司法裁判文书各处(不限于民事案件,也包括行政案件,甚至还包括恪守法定主义的刑事案件),发挥着转介、填补、解释和证成四种功能。

(一)转介功能。在目前的研究中,对法理概念的转介功能尚缺认识。在判决书中“法理”一词出现

时,通常可以将事实判断引致法律判断。以“法理”为转介词,形成法律判断的过程分为三个环节:一是根据证据法律规范,通过认定事实,将证据提供者所欲证明的原始事实转化为证据事实;二是将前述证据法律规范认定的证据事实与实体法律规范规定的要件事实进行反复比对,对业已证实的证据事实在法律上予以定性,透过法律的滤镜,形成构成要件事实;三是推导出构成要件事实附随的法律效果。

(二)填补功能。在法律规范大前提缺失时,法理可以径直或间接地充当裁判依据,用来填补法律漏洞,从而为法外因素进入司法裁判提供了通道。法理的填补功能可以分为直接填补和间接填补。第一,法理的间接填补功能是指,依据法理在法律的空隙之间“立法”,创设新的裁判规则。第二,法理的直接填补功能是指,径直由法理来充当裁判规则,作出司法判决。第三,需要警惕的是当法理充当裁判规则时,容易出现错误运用,即当存在明确的法律依据时,依然向法理逃逸。

(三)解释功能。当存在明确的法律依据时,法理发挥着法律解释的功能。有研究注意到了法律学说的法律解释功能。相较而言,法理的法律解释功能更加多元复杂。法理的解释功能细分为三种:通过法理,对法律规定的整体含义进行说明;诉诸理论说理,立法目的等因素,实现不确定性法律概念的具体化;通过法理,在两个或多个竞争性法条之间作出选择。

(四)证成功能。这里所说的“法理的证成功能”是在“正当性证成”的意义上理解“证成”一词的。法律的正当性证成包括宏观层面和微观层面的证成。在微观层面,某一特定法律规则,原则甚至法律价值也需要正当性证成。在我国裁判文书中可以发现,法理的证成功能体现在以下四种情形:其一,

法律规则可以为司法解释提供法理证成;其二,高位阶的法律规定可以为低位阶的法律规定提供法理证成;其三,法律原则可以为法律规则提供法理证成;其四,立法目的可以为法律原则提供法理证成。

结语

行文至此,可以总结出司法领域中法理概念的三个特征:第一,法理概念的语义高度离散。法理概念并无一个语义内核,四个义项不能通约,不能共享同一个被定义项,也缺少同一个上位中心词来统而摄之。第二,法理概念的指称非常广泛。有且只有法理这一个概念可以包含法律原理学说、法律规范条文中的义理内容,法律规范的正当性理据,法律文本所确定的规范性理由这四个义项。同时,“法理”一词与其指称内容之间尚未形成一种固定的对应关系。第三,法理概念的结构极其复杂。“法理”是一个去中心化的概念,但并非是一堆分散的、毫无联系的语义项的集合。“法理”的各义项之所以能够聚拢在一起,要依赖于概念内部的双重语法结构和二元内涵构造。

有鉴于此,在裁判文书中使用“法理”一词时要坚持三个原则。如此,才能进一步优化法理概念在司法裁判中的功能。第一,审慎克制原则。在使用“法理”时要以不得不不用为前提,确有必要时才可使用。第二,法定主义原则。这一原则是审慎克制原则的递进。在司法领域中,当不得不使用“法理”时,任何法理主张,无论是法律条文实质理由的探索,还是规则背后正当理由的追问,都要尊崇文本至上,坚持文义优先。第三,充分论证原则。这一原则是法定主义原则的递进。即便在法定框架内使用“法理”一词,也要附随充分的论证。充分论证原则又包括三项子原则:一是具体原则;二是答辩原则;三是互动原则。(文章原文刊载于《中国法学》2021年第5期)

犯罪化的宪法界限

前沿关注

□ 胡超

犯罪化是指立法机关将某种行为规定为犯罪。97刑法修订前的一段时期,刑法学界曾对犯罪化问题有所关注,讨论焦点在于我国应实行犯罪化还是非犯罪化。97刑法颁布实施后,这一争论归于沉寂,刑法学研究开始转向解释论。然而,随着近年来立法机关不断通过制定刑法修正案的方式将各种行为规定为犯罪,犯罪化问题再次成为刑法学研究的热点。最初还有学者主张应停止犯罪化立法,但如今刑法学界已形成基本共识,即未来仍将长期处于犯罪化进程之中。在这种背景之下,犯罪化的界限便成为一个必须解决的问题。

法益理论及其宪法化

刑法学界对于犯罪化界限的研究,主要围绕法益理论开展。法益理论认为,刑法的任务是保护法益,犯罪的本质是法益侵害。法益具有四种机能:刑事政策机能、违法性评价机能、解释论机能和分类机能,其中法益的刑事政策机能即指导、批判刑事立法的机能。根据法益理论,立法机关不能将设有侵害法益的行为规定为犯罪。

然而,批判立法之法益概念长期面临内涵模糊与规范效力缺失的问题。正如学者所言,法益的不明确会使法益理论在行为犯罪化与否的判定方面,无法提出任何具有实操性的标准和方案,从而使得其刑事政策机能根本不可能发挥。规范效力的缺失则意味着,是否根据法益理论将犯罪严格限定在造成

法益侵害的行为的范围之内,全凭立法者的自觉。为了解决以上两种缺陷,法益论者多将法益概念与宪法联结。一方面,通过与宪法中的基本权利关联,法益概念获得了相对明确的内涵;另一方面,由于在现代立宪国家,成文宪法具有最高法律效力,约束包括立法权在内的所有宪法权力,宪法化的法益理论也因此获得对立立法者的规范约束力。

宪法教义学下犯罪化的正当依据及界限

不过,现代法益理论在主动与宪法关联这一点上,无疑是正确的。在一个现代民主立宪国家,对刑事立法的限制只能基于宪法。正如学者所言,在现代成文宪法下,立法者同样是规范的遵守者。犯罪化的正当依据及其界限,均应从宪法中找寻。

我国宪法第二十八条是关于犯罪化的直接规定:“国家维护社会秩序,镇压叛乱和其他危害国家安全的犯罪活动,制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动,惩办和改造犯罪分子。”这一整句由四个分句组成,其中第二、三分句是关于犯罪化的限制,第四分句是关于刑罚的规定,分别对应刑法的两大组成部分,而第一分句则明确指出刑法的任务与目的是维护社会秩序。这意味着,根据宪法第二十八条,犯罪化的正当依据是对社会秩序维护。无独有偶,德国联邦宪法法院在“第二次堕胎判决”中也曾指出,“如果某一行为除了须被禁止,还会对社会公共秩序产生特别的危害,即属于公共生活无法容忍的亟须阻止的行为,那么刑法属于最后的保护手段。”可见,在德国联邦宪法法院看来,对社会公共秩序的危害才是犯罪区别于其他违法行为的本质特征。

当然,宪法第二十八条中的“社会秩序”并不仅指公共秩序的安宁,因为这种理解将使“社会秩序”仅对应第三分句中的“危害社会治安”一种犯罪。这里的“社会秩序”显然是一个更具一般性的概念,指向所有的社会交往。而且此处的“社会秩序”不是一个价值中立的描述性概念。事实上,只要存在人的集合,便必然会形成一定的秩序,但国家用刑法所保护的显然不是这样一种自然形成的社会秩序。此处的社会秩序是一个规范性概念,是共同体关于共同生活的核心价值秩序,是一种价值秩序。正如德国联邦宪法法院所言,从产生至今,刑法的任务始终是保护共同体生活的根本价值基础。在现代立宪国家,这种基本价值的共识体现于一国宪法之中,因此刑法所保护的其实是宪法所确立的价值秩序,这就构成了立法机关犯罪化的正当性基础。

基本权利无疑是宪法所确立的最重要的价值。根据基本权利双重性质理论,基本权利既是主观权利,又是客观价值秩序。但是,只有从后者才能推导出国家介入私人关系的正当性。例如,甲杀害乙,最初只是甲乙之间的私人关系,甲所侵犯的乙的生命权在这种私人关系中并不具有主观权利意义上的基本权利的性质,国家此时并非权利义务关系中的当事人,尚无出场机会。只有将基本权利作为一种直接约束国家公权力的客观价值秩序,国家才有介入这种私人关系的正当性。当然,除了基本权利之外,宪法还通过国家目标、国家任务的方式宣示了共同体的诸多其他价值秩序,如文物保护、环境保护等。这就意味着,对于文物与环境犯罪,不必再像现代法益论者那样,将其正当性建立在个人法益保护的基础之上。

尽管现代法益理论意图与基本权利建立关联,

但其对犯罪化正当依据与犯罪化界限问题的不加区分,使得法益与具有双重性质的基本权利之间的关联十分混乱。根据上述分析,对包括基本权利在内的宪法所确立的价值秩序的维护,是立法机关进行犯罪化的正当性基础。至于犯罪化的界限,则体现在国家对于作为主观权利的基本权利的不侵犯之中。

具体而言,犯罪化作为国家公权力行为,其对公民基本权利的限制必须遵循法律保留、法律明确性与比例原则等基本要素,其中比例原则作为对规范内容的实质控制,对约束犯罪化具有重要意义。不过,鉴于刑法规范的特殊性以及我国独特的合宪性审查制度,比例原则如何作用于犯罪化的限制,还需细致的分析乃至改造。首先,刑法规范由行为规范与制裁规范构成,二者均可构成对公民基本权利的限制,因此应对二者分别作比例原则的检验。其次,如果承认不同手段之效果的对比性,那么刑罚的严厉性使得其他手段很难达到与其相同的效果,因此若要避免比例原则中的必要性子原则虚置,就必须对该子原则进行一定的调整。最后,比例原则在德国主要是一项“事后”“司法”性审查原则,而我国的合宪性审查制度尚不明朗,但对刑法规范的审查不会是“司法”性的,且可能主要是“事前”性的。对比例原则的适用而言,这种事前立法性的审查制度反而可能成为一种优势,因为事后司法性的比例原则审查需十分谨慎,时刻思量审查的正当性,以免侵入立法机关的裁量空间,但事前立法性的审查则无此顾虑,可更为积极、开放地对法律草案进行比例原则的检验。总之,对犯罪化的限制离不开宪法教义学的支援,而立法在我国宪法实施中的核心地位决定了这种宪法教义学应是立法视角的。