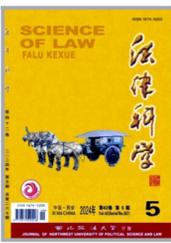




观点新解

刘文仁谈刑法再法典化下对量刑情节的体系优化——应将更多的酌定量刑情节上升为法定量刑情节



中国社会科学院法学研究所刘文仁在《法律科学》2024年第5期上发表题为《论“再法典化”背景下刑法量刑情节的体系优化》的文章中指出：

随着民法典的颁行，刑法的再法典化日渐成为学界的热话题。刑法再法典化可以系统研究和解决一些刑法修正案小修小补解决不了的问题，其中量刑情节的体系优化就是此项课题的内容之一。长期以来，在我国刑事司法实践中，“重定罪、轻量刑”的思维惯性盛行，认为量刑不过是定罪的补充或点缀。其实，不仅在经验世界中，人们往往通过刑来认罪罪，而且就对被告人切身利益的影响而言，量刑的作用在许多时候不亚于定罪，甚至更甚于定罪。因此，量刑问题被视为刑法理论的缩图。虽然近年来我国刑法学界对量刑问题日趋重视，但关注的重点大都集中在量刑规范化、量刑指南(量刑指导意见)、量刑说理、人工智能辅助量刑等量刑动态运作领域，而对量刑情节的体系完善这一基础性问题却研究不多。然而，量刑规范化、量刑指南、量刑说理等量刑动态运作，都得围绕量刑情节而展开。鉴于我国现行刑法对量刑情节的规定过于简单，近年来的司法改革和刑法、刑事诉讼法的发展又催生了一些新的量刑情节，有必要在刑法再法典化的语境下，对量刑情节作体系思考。

刑法再法典化的一项重要任务是对量刑情节进行体系优化，这既是扭转“重定罪、轻量刑”的需要，也是促进量刑规范化的要求。要在明确量刑根据应以行为人为责任基础，厘清罪责与预防关系的基础上，细化列举各种影响量刑的事由。要完善和补充各项具体的量刑情节，将在我国刑法修正案的个罪以及相关司法解释中已大量存在的退赃退赔等“法益恢复”内容进行类型化处理，从分则情节提升为总则情节。借鉴域外的污点证人刑事责任减免制度，一体解决立功、行贿犯罪自首等相关理论与实务困扰。我国由于刑事立法实行的是统一的刑法典模式，考虑到贯彻落实罪刑法定原则仍然是中国刑事法治的头等任务，如果能借助刑法再法典化的契机，将更多的酌定量刑情节上升为法定量刑情节，对法定量刑情节尽可能多维度地加以翔实规定，无疑是一个最佳选择。由于刑事政策具有时空上的特定性和灵活性，因而这些政策性量刑情节很难甚至几乎不可能事先为所有的法定量刑情节所涵盖。可预见的趋势是，随着刑法理论上对责任主义的贯彻，司法实践中会出现相关判例，使部分情节先成为酌定量刑情节，最后条件成熟时再上升为法定量刑情节，量刑情节在许多方面依赖刑事实体法和刑事程序法的深度融合和相互配合。

唐双娥谈湿地生态空间用途管制的核心点——在于湿地转变为其他用途国土空间的转用许可



湖南大学法学院唐双娥在《清华法学》2024年第4期上发表题为《我国湿地生态空间用途管制制度的困境与破解》的文章中指出：

我国生态文明建设要求用最严格的制度、最严密的法治保护生态环境，包括湿地生态空间用途管制制度在内的国土空间用途管制制度是生态文明制度体系之一。

通过梳理我国湿地生态空间用途管制的立法进程，运用体系化分析和案例分析的方法，对我国湿地生态空间用途管制的立法问题和制度架构进行了剖析。湿地保护法和涉水法律共同作为湿地生态空间用途管制的法律依据，两者在立法指导思想、法律理念、法律性质和立法思维上存在根本差异，阻碍了统一的湿地生态空间用途管制的构建。基于此，应构建统一的湿地生态空间用途管制制度。湿地生态空间用途管制制度是由一系列具体制度和规范组成，包括湿地在国土空间用地用海中的分类、湿地国土空间规划、湿地转变为建设用地等的转用许可。湿地生态空间用途管制的核心点在于湿地转变为其他用途国土空间的转用许可。因而，对我国湿地生态空间用途管制的制度架构的解析主要围绕湿地的用途转用许可展开。

在构建统一的湿地生态空间用途管制制度中，第一，完善湿地生态空间用途管制的法律依据，确立湿地保护法的基础性、统领性地位。涉水法律有关湿地生态空间用途管制的规定作为配套规定，应当与湿地保护法保持一致；未来修改涉水法律的湿地条款时，应当依照湿地保护法，从价值追求、许可条件、监管体制以及适用范围等维度进行修改。第二，明确保护优先为统一的湿地生态空间用途管制的原则，以合理穷尽替代方案认定优先原则的适用。第三，坚持严格控制湿地生态空间用途转用的许可态度。第四，基于保护优先原则明晰不予转用许可的情形。第五，发挥湿地统一监督管理部门在明晰转用许可条件上的主导地位。在尊重湿地保护法有关现行湿地监管体制现状的前提下，应由湿地的统一监督管理部门牵头制定湿地生态空间用途转用的条件；但应充分征求生态环境主管部门的意见，从而实现湿地的统一监督管理部门与生态环境统一监督管理部门之间在湿地保护上的有效协调。第六，适当扩张湿地生态空间用途管制的对象。应增加认定作为判断湿地是否具有显著生态功能的方式，从而弥补湿地名录制度无法将名录之外的湿地纳入湿地生态空间用途管制适用范围的缺陷。

(赵珊珊 整理)

从《尚书·洪范》看殷周法律思想的异同

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

孔子说过：“殷因于夏礼，所损益，可知也；周因于殷礼，所损益，可知也。”(《论语·为政》)这表明殷周之间的礼乐制度和思想观念有继承、有抛弃、有发展。对于这一点，从《尚书·洪范》篇就可以窥见一斑。《洪范》是《尚书》篇名。旧传为殷朝大臣箕子向周武王陈述的“天地之大法”，提出了帝王治理国家必须遵守的九种根本大法，即“洪范九畴”。它有一套体系，其中第五畴“皇极”(君主统治准则)是全部统治大法的中心，其他各畴大都是为了建立好这一“皇极”所施的各种统治手段与方法。今人或认为系春秋战国后期或西汉儒者所作。《汉书·五行志》曰：“禹治洪水，赐《洛书》，法而陈之，《洪范》是也。”故亦称“洛书”。《洪范》主要反映了商人的思想，与周人思想相比，两者相同的是“法先王”，不同的是殷人崇敬“神权”，周人信奉“民本”。

所谓“法先王”，即效法先王的道德与行为。这是农业社会生产方式墨守成规的理念。《洪范》载箕子对武王说：“无偏无党，遵王之义；无有作好，遵王之道；无有作恶，遵王之路。无偏无党，王道荡荡；无党无偏，王道平平；无反无侧，王道正直。”意思是，没有偏私和做曲，要遵守先王的政

令；不要有什么个人私好，要遵守先王的道路；不要擅自作威作恶，要进行先王的正道。不要搞歪门邪道，不要结党营私。

殷人这种效法先王的思想观念，被周人所继承。儒家对此作了阐发。他们主张效法古代圣明君王的言行、制度，言必称尧、舜、文、武。孔子整理“六经”，自称“述而不作，信而好古”，认为“温故而知新，可以为师矣。”(《论语·为政》)。他的思维方式总体上是向前看，所以，《礼记·中庸》说“仲尼祖述尧舜，宪章文武”，孔子尊崇并“宪章”文武，所以他甚至认为“大罪有五，而杀人为下。逆天地者罪及五世，诬文武者罪及四世，逆人伦者罪及三世，谋鬼神者罪及二世，手杀人者罪及其身。故曰大罪有五，而杀人为下矣。”(《孔子家语·五刑解》)，把诬蔑文武视为仅次于逆天地的大罪，可见文武在其心目中的崇高地位。孔子对周公更是有特殊的感情，他说：“甚矣，吾衰也！久矣，吾不复梦见周公。”(《论语·述而》)这表明他在其尚未衰老之前，经常梦见周公。俗话说，日有所思，夜有所梦。孔子经常梦见周公，说明他心里经常想着周公、思慕周公。为什么想着周公、思慕周公？原因不难知道：因为周公曾经“制礼作乐”，而礼乐正是周文化的象征。可以说，虽然孔子没有提出“法先王”这三个字，但他崇敬古圣贤王的思想却奠定了后世儒家法先王学说的基础。

孟子和荀子发展了孔子“法先王”的思想。孟子说“遵先王之法而过者，未之有也”“规矩，方

至之也；圣人，人伦之至也。欲为君，尽君道；欲为臣，尽臣道。二者皆法尧舜而已矣。不以舜之所以事尧事君，不敬其君者也；不以尧之所以治民，贼其民者也。”(《孟子·离娄上》)。荀子说：“儒者法先王，隆礼义，谨乎臣子而致贵其上者也。”(《荀子·儒效》)意思是，儒者效法先王，尊崇礼义，谨慎地做好臣属而使他的君主尊贵。荀子认为：古今一也，先王的礼乐制度代代相传，后王(即当今之王)之法，实际上就是古代圣王之迹。“法后王”即“法先王”。

“法先王”的理念带来了后世对“祖宗之法”的敬畏，这一点的好处是，多少可以约束暴君的行为；不好的地方是有时阻碍了有为之君的改革。

关于《洪范》中透露出来的殷人神权至上主义的思想，主要表现在：箕子认为筮是探测上帝意志的方式，因之必须重视，“择建立卜筮人，乃命卜筮”。选择能够用龟壳卜卦和用蓍草占卦的人，命令他们根据不同的兆形卜卦。君主有疑问时，要“谋及乃心，谋及卿士，谋及庶人，谋及卜筮”。首先君主自己要多加考虑，然后再和卿士们商量，再和人民大众商量，最后再问及卜筮。不过卜筮以龟或筮表示，有决定权。卿士、庶人只是陪衬而已。因此“法则从，龟从，卿士逆，庶民逆，吉”；“君子同意，龟卜同意，筮占同意，但卿士不同意，人民大众不同意，这也吉利。这就是说，对于君主要做的事，纵使卿士、庶民不赞成，但只要符合君主本人的意愿而又有卜筮同意，也是吉

利的。由此可见卜筮在帝王神道设教中所起的决定性作用。

到了周代，统治者抛弃了殷人这种神权至上主义观念和做法，逐渐树立了民本观念。周人又从商的覆灭中认识到“天命靡常”，看到了人民的武装倒戈，才使西周打败了商王朝，这是“天惟时求民主”“民之所欲，天必从之”“天视自我民视，天听自我民听”。既而提出“皇天无亲，唯德是辅”，“敬德”才可以“保民”。这开启了春秋战国时期民本思想的先河。春秋时期子产说“天道远，人道迩”，孔子“不语怪力乱神”，提出了“节用而爱人，使民以时”的思想，孟子提出“民为贵，社稷次之，君为轻”仁政思想，告诫统治者“爱民”“利民”，轻刑薄赋，听政于民，与民同乐。这标志着儒家的民本思想至此形成。殷商时期地位极高的占卜神职人员自周而降，地位愈来愈低。大约从汉武帝的时候开始，由于受到儒家官僚的排斥和打击，巫覡在官方宗教(国家“祀典”)的领域中便逐渐丧失主导性的地位，在民间的活动也不时受到官吏的压制以及知识分子的轻蔑，在法律上也逐渐沦为所谓的非“良家子”(贱民)。接着，到了东汉中期(公元2世纪)，由于道教的崛起以及佛教传入中国，巫覡原本在民间宗教中所占有的优势地位也逐渐丧失。

总之，殷周法律思想相同的一点是“法先王”，不同的地方是前者奉行神权至上，后者则信奉民意决定神意的民本观念。

开启隐私保护的新时代 《混淆：个人隐私自我保护手册》译者序节选

书林臧否

□ 赵精武 林北征

《混淆：个人隐私自我保护手册》作者芬恩·布伦顿和海伦·尼森鲍姆将“混淆”定义为故意添加含糊、混乱或具有误导性的信息以干扰监视和数据收集的策略。其核心在于通过大幅度提升识别的成本来增加数据处理器提取有价值信息的难度。

本书立足于数字监控和数据收集日益增长的背景，首先介绍了混淆的核心案例和概念。这些案例不仅展示了混淆在计算机技术、政治和生物学等领域的运用，还强调了混淆在对抗监视和数据收集方面的必要性。作者试图通过对案例的具体展示，让读者更好地理解混淆的原理和应用场景。也正是通过分析这些具体案例，作者展示了混淆在实际应用中的有效性，证明了其作为保护隐私和促进社会变革工具的正性和必要性。

依托丰富的案例，作者在书中进一步探讨了为什么需要混淆，特别是对信息不对称和隐私侵犯的现实情况进行了深入分析，进而引发对混淆的伦理与政治问题的讨论。在现代社会，数据收集和监控往往由政府和大科技公司等拥有大量资源和先进技术的强势机构实施。这些机构能

够通过复杂的技术手段大规模地收集、分析和利用个人信息，而普通个体缺乏相应的技术手段来保护自己的隐私。这种权力不对称使个体在面对数据收集时处于劣势，无法有效对抗强大的数据收集者。由此展开，混淆不仅是一种技术手段，更是一种策略。在面对数据收集和监控的挑战时，它能够帮助个体在权力不对称的情况下保护自己的隐私和权利。混淆体现了对公正的追求，它通过制造虚假或误导性信息，增加了数据分析的难度和成本，使数据收集者无法轻易提取有价值的信息，从而平衡权力不对称问题。在本书最后，作者评估了混淆的有效性，探讨了它在不同场景下的实用性和局限性，并指出如何根据目标和资源选择适当的混淆策略。

在书中，作者论证了混淆的必要性。在现代社会，个人经常处于信息不对称的劣势地位。政府和大型科技公司拥有先进的数据收集和分析工具，个人无法有效地避免这些监控。对于那些没有技术资源或社会影响力的群体，混淆提供了一种实用的解决方案，使他们能够通过增加数据分析的难度来保护自己的隐私。通过分析信息不对称的现实和具体案例，作者有力地论证了混淆作为一种工具，如何为那些无法退出监控的人提供减轻影响的方法。

面对这种无法退出的监控体系，个体需要找到保护自己的方法。个体和群体可以在信息不对

称、数据滥用风险和缺乏资源的情况下，通过混淆主动抗衡数据被暴露和滥用的风险，以便更好地保护自己的隐私和数据安全。特别是，混淆更适用于那些无法使用高级隐私保护工具的人。这类人通常缺乏资源和技术手段来有效保护自己的隐私，而混淆提供了一种可行的便捷方案。混淆作为一种合理的自我保护手段，在抵制不对称数据收集体系的同时，又不至于忽略自我和他人的道德责任。在无法完全退出监控的情况下，混淆通过增加虚假信息，干扰数据收集者的分析，使个体能够在一定程度上保护自己的隐私和安全。当然，混淆不仅仅是保护个人隐私的工具，也是集体抗议和社会变革的一种手段。这种集体行为不仅能够保护个体隐私，还能够促进社会变革，推动建设更加公平和透明的社会环境。虽然不乏对混淆的批评，即认为混淆是不透明和不诚实的行为，但作者认为，在一个不公平和不对称的监控体系中，完全的透明反而会带来更大的伤害和不公正，因为完全透明的数据收集会被滥用，这会直接导致隐私被泄露和不公平的待遇。所以，混淆作为一种防御手段，通过增加数据分析的复杂性和成本，能够在一定程度上恢复上述信息、权力的平衡，并且在防止数据被滥用的同时，还能够恢复和提升公众对数据收集和使用的信心。

本书从信息主体的角度给匿名化提供了新

的思考视角——“用户自处理”，即从信息主体自身开始就“混淆”，让处理器收集到已经被混淆的信息，从而提升对信息主体自身的保护。混淆的核心在于，通过制造大量相似或相关的信号，使数据集合变得更加模糊、混乱，难以被利用和分析，从而降低其价值。混淆在个人无法拒绝或否认观察的情况下，通过制造多个似是而非的信号，使需要隐藏的信息掩藏于其中。混淆的目的是通过增加分析难度，减缓监控系统的效率，并保护个人隐私。这一策略不仅适用于个人和群体，也在技术、法律和社会政策等多个领域发挥作用，成为保护隐私和对抗数据收集的一种有效工具。相较于目前主流的以“处理主体处理”为中心的个人信息保护法研究视角，“用户自处理”的视角会让用户从“小透明”跻身处理行为者的行列。通过混淆的方式影响数据的质量和效用，无疑会在个人信息权益保护、数据要素效用与成本、企业数据竞争力的需求选择上，带来完全不同的讨论进阶和分析框架。值得期待的是，混淆和匿名化在综合数据保护策略中扮演着重要角色，二者提供了一系列工具和方法，使组织和个人能够根据具体的需求选择合适的隐私保护措施。通过综合使用混淆、匿名化以及其他技术(比如加密和访问控制)，可以构建一个多层次的数据保护体系，以适应不断变化的技术和威胁。

王烈赦盗牛

史海钩沉

王烈字彦方，太原人也。少师事陈寔，以义行称。乡里有盗牛者，主得之，盗请罪曰：“刑戮是甘，乞不使王彦方知也！”烈闻而使人谢之，遣布一端。或问其故，烈曰：“盗恨吾闻其过，是有耻恶之心，既怀耻恶，必能改善，故以此激之。”后有老父遗剑于路，行道一人见而守之。至暮，老父还，寻得剑，怪而问其姓名，以事告烈，烈往推求，乃先盗牛者也。

——《后汉书·独行列传》

解析：王烈遣布，以德化人。东汉时期，王烈作为地方官员，十分重视对百姓的道德教化。其在得知偷牛贼尚有廉耻之心后，还赠与其布匹。他这种以德化人的治理方式使当地百姓无不信服。“潜有争讼曲直，将质之于烈，或至涂而返，或望庐而还”，意思是说当地百姓凡有争讼，都请求王烈排难解纷，断定曲直，由于蒙受王烈平素之德教，有的走到半途就放弃争执，双方和解而归；有的远远地望见王烈的屋舍，就深感惭愧地彼此相让返回，不敢使王烈听到这事。

王烈遣布德化盗牛贼故事中蕴含的德主刑

辅、明德慎罚的德治思想，具有中国古代国家治理的鲜明特色，也是中华传统法律文化的主要特征，体现了中华法系的优秀思想和核心理念。

1.古代“德治”思想的内涵。德治是儒家思想的核心内容。《论语·为政》云：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”单靠政令刑法去引导和管理，民众就会只在意如何逃避法律的打击，内心对自己违法犯罪的行为不会感到羞耻；如果用礼义道德去引导和管理，民众对自己违法犯罪的行为会感到羞耻，就能自觉遵守国家法律。秦汉以后，儒法合流，“德治”成为治理国家的最高原则，“法治”成为“德治”的辅助手段。

古代“德治”思想的表现之一，是重视司法的教化作用。而要发挥司法的教化功能，司法官员的道德素质至关重要。因为法是人为制定的，又靠人来实行，即使有了好的法律但没有德才兼备的法官也是枉然。因此古代统治者历来重视以德行主导官员的选任和考核。正人君子必须经过“修身、齐家”的陶冶后，才能进入治国的境界，才有资格对人民进行教化。因此，在司法活动中，官吏常常将国法和人情结合起来，发挥个人感召力量并通过教育来调解结案，以期实现“无讼”的和谐理想。

“德治”思想的表现之二，是主张以德教化消除违法犯罪。儒家认为，人之所以违法犯罪，根

本原因在于人的物质生活或精神生活方面不足。其一是统治者横征暴敛、大兴土木，致使民不聊生，人们不得不铤而走险；其二是统治者不对人民进行教育，或者人民穷困潦倒，不具备接受教育的起码条件，不知道违法犯罪是耻辱的事情，自然不会约束自己的行为。因此，要消除违法犯罪的现象，统治者必须实行“德治”。

“德治”思想的表现之三，是司法政策中的慎刑恤狱原则。在历代统治阶级看来，刑罚虽然不可废止，但治理国家不能单靠刑罚，否则往往会引起社会动乱。历代很多司法政策就已体现了慎刑思想，例如汉文帝废除肉刑以及皇帝死刑复核勾决制、秋审、大赦等慎杀少杀制度，都为中华法系近代化改革奠定了坚实基础。

2.“德治”思想的现代化启示

中国古代司法注重道德教化，强调宽仁慎刑，透露出中国传统司法文化浓厚的人文精神，对现代法治建设具有重要的借鉴意义。

首先，要将社会主义核心价值观贯穿法治建设全程。一方面，良法要以公平、诚信等道德原则为价值目标，将重要领域的道德内容上升为法律。另一方面，在法律实施过程中注重道德的指引作用。成文法有固定的缺陷，有限的法律条文不能囊括现实生活中的所有情形，有时法律具体执行时难免会和道德发生冲突，故需要用道德来

指引司法与执法，以使案件处理符合人的常情常理。如果不重视道德指引作用，则有可能引发社会道德滑坡。

其次，要用道德教化手段引导人民遵守法律。法律是成文的道德，道德是内心的法律。大多数社会成员并不是因为惧怕法律制裁而守法，而是基于内心良知和道德标准。可以说，具有较高道德水平的社会成员其守法是自觉自愿的。就此而言，德治能够为法治提供良好的社会环境，减小法律实施的阻力。此外，德治能够形成良好的社会风尚，在很大程度上有利于减少、化解社会矛盾纠纷。

3.建设德才兼备的高素质司法队伍

法律实施的效果与司法人员的道德素质关系密切。有道德高尚的执法、司法人员，执法质量才有可能得到保证，否则就有可能损害法律的尊严和权威，影响法律实施的效果。提升司法人员的思想道德水平，有利于防止司法腐败，更好地实现政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。为此，司法人员需要不断强化道德素质的培养，提高个人思想境界与道德水准，积极培育和践行社会主义核心价值观，树立宗旨意识、公正、公平地行使职权。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版)