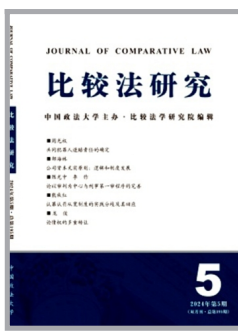




观点新解

张吉喜谈关注径行逮捕制度的适用和完善——是为了充分保障被追诉人的人身自由权



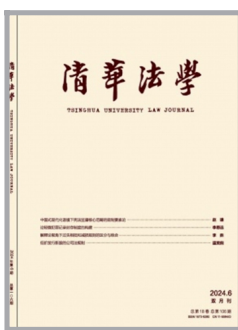
西南政法大学张吉喜在《比较法研究》2024年第5期上发表题为《径行逮捕制度研究》的文章中指出：

径行有“直接”之意，径行逮捕即为符合特定情形即应逮捕。与一般逮捕制度相比，径行逮捕制度的核心特征是其直接认定三种情形的被追诉人具有社会危险性，在性质上既不属于注意规定，也不属于推定，而是属于法律拟制。从对法律拟制的相关研究来看，法律拟制的正当性依据可以被归纳为两类：一是化解疑难问题的认定争议。此种拟制需要遵循必要性原则，即仅当别无其他有效方法解决无法回避的疑难问题时，立法才可以运用法律拟制；二是实现一定的价值保护目标。此种拟制需要遵循相当性原则，即拟制情形与被拟制情形在性质上是相同或同一的。如此，法律拟制才不脱离事实基础，才能被公众普遍认同和接受。

径行逮捕制度正当性的唯一根据是其是否具有事实基础。从比较法的角度来看，不同国家法律规定的推定或拟制被追诉人具有审前风险的情形差异较大，找不到规定相同，甚至相似的国家。现有观点对径行逮捕制度的不同认识完全是基于定性分析。只有引入定量研究方法，才能对径行逮捕制度是否具有事实基础得出有说服力的结论。在对被追诉人具有特定情形与其社会危险性之间的关系进行定量研究时，主要以被追诉人在取保候审期间再犯罪和逃跑作为因变量，从被追诉人可能被判处刑罚、涉嫌的犯罪行为和违法犯罪史等方面设置自变量。

通过定量研究发现，我国径行逮捕制度缺乏事实基础。在这种情况下，适用径行逮捕制度会导致逮捕功能的异化。逮捕制度的功能是防范被追诉人再犯罪和保障刑事诉讼程序的顺利进行。在径行逮捕的三种情形与被追诉人的社会危险性不具有相当性的情况下，直接认定被追诉人符合逮捕社会危险性条件，可能将实际上不具有社会危险性的被追诉人纳入逮捕范围，这无异于是将逮捕作为对具备径行逮捕三种情形的被追诉人的惩罚措施，偏离了逮捕的功能，使逮捕的诉讼保障功能被异化为惩罚特定被追诉人。在实践中，适用径行逮捕制度的案件占有相当大的比例。为了充分保障被追诉人的人身自由权，必须高度关注径行逮捕制度的适用和完善，应当在我国此次修改刑事诉讼法时对径行逮捕制度作适当修改。在立法尚未进行修改的情况下，可以通过对法律条文的体系解释和重视羁押必要性审查制度，最大限度减轻径行逮捕制度产生的不合理后果。

李思远谈轻微犯罪记录封存制度的构建——是“牵一发而动全身”的复杂命题



上海大学法学院李思远在《清华法学》2024年第6期上发表题为《论轻微犯罪记录封存制度的构建》的文章中指出：

犯罪记录，作为国家对公民违反客观法秩序的档案管理，在讲究礼法和德行的中国社会长期流行。犯罪附随后果，是指刑法之外的法律法规、规章等规定的，对有犯罪前科者及其家庭成员或亲属适用的，对特定权利和资质的限制、禁止或者剥夺。作为一项由来已久的制度，犯罪附随后果制度在预防犯罪、防卫社会和维护职业群体利益等方面具有积极功能，但在背负轻微犯罪记录人数日益增多的背景下，犯罪附随后果的制度功能正在发生异化。

针对轻微犯罪记录及附随后果中所衍生的种种问题，学界提出两大解决路径：一是建立前科消灭制度；二是完善犯罪记录封存制度。前科消灭制度是指依法注销有犯罪前科者犯罪记录的制度，犯罪前科注销后可视为无前科，既然无前科自然谈不上犯罪附随后果，那么，因适用犯罪附随后果而被剥夺、禁止、限制的特定资质或利益也就可以自动恢复。犯罪记录封存则是指依法对犯罪人的涉案材料和信息进行保密，除司法办案需要或有关单位根据国家规定查询外，掌握犯罪记录的主体不得向任何单位和个人提供有关的犯罪记录。二者均是对犯罪信息的处理方式，但本质区别在于前科消灭是一种信息清除制度，消灭意味着不复存在；而犯罪记录封存则是一种信息保密制度，犯罪记录依旧客观存在，非经法定程序不得查询、解封或传播。

未成年人犯罪记录封存制度为轻微犯罪记录封存制度的构建提供了镜鉴，但二者在制度侧重、封存范围、封存方法等方面均存在不同。轻微犯罪记录封存制度的构建，绝非“嵌套”既有制度的框架便可一蹴而就。不过，二者在制度执行主体、未成年人与成年人犯罪记录处置等方面形成一定衔接，可丰富我国的差异化犯罪记录封存制度。轻微犯罪记录封存制度的构建，是“牵一发而动全身”的复杂命题，需要对何为“轻微犯罪”、如何界定封存范围、封存的主体和责任、考察期的设置与否、封存的诉讼效力、封存记录与认罪认罚从宽的关系等进行深入论证。对于既有犯罪记录封存制度的“留白”，也应在此次制度构建过程中予以关注。

(赵珊珊 整理)

《易传·彖传》中的圣人与法治、德治

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

刘泽华教授在《中国的王权主义》一书中指出，中国的传统思想文化，以春秋战国为界，此前以崇拜天神为主，此后则以崇拜圣人为主。由崇拜天神向崇拜圣人的转变是中国历史上思想文化转型时期的一大创造，也是一大特点。我非常认同刘教授的这一卓见，而且再补充一句：由崇拜天神向崇拜圣人的转变，使中国没有走上域外一神教的道路，而走上了以人为本的世俗文明道路。

(一)圣人制定了礼乐法律 与一神教国家认为法律源于神意不同，中国古代认为法律源于圣人。《易传·彖传·豫》说：“天地以顺动，故日月不过而四时不忒；圣人以顺动，则刑罚清而民服。”意思是，天地顺乎时而动，故日月运行不失其度，而四时更替亦无差错；圣人顺乎天时而动，则刑罚清明而万民服从。

先秦诸子百家虽然许多主张不尽相同，但在礼制刑律是由圣人制定这一点上，却有着惊人的相似性。《商君书·君臣》说：“古者未有君臣，上下之时，民乱而不治。是以圣人列贵贱，制爵位，立名号，以别君臣上下之义。”《管子·任法》说：“所谓仁义礼乐者，皆出于法。此先圣之所以一民者也。”荀子提出了“圣人制礼说”。他认为，自历史发展之初，每个人都有因为无止的欲望而进行争

夺的趋恶性，导致社会生活变得资源短缺、混乱不堪。圣人对此“化性起伪”，制作出了能够矫正人性、规范社会的“礼”。

(二)圣人崇尚德治 《易传·彖传·咸》：“天地感而万物化生，圣人感人心而天下和平。”意思是，天地互相感应，万物变化生成，圣人感化人心，于是天下和平。

《易传·彖传·恒》：“日月得天，而能久照。四时变化，而能久成。圣人久于其道，而天下化成。”意思是，日月凭借天空，而能持久普照大地，四季持之以恒地更替，而能使得四季分明。圣人坚持正道而行，天下人才能得到教化。

《易传·彖传·兑》：“说以利贞，是以顺乎天，而应乎人。说以先民，民忘其劳。说以犯难，民忘其死。兑之大，民劝矣哉。”意思是，教化说服才“宜于守正”，故能顺从天道而应和人心。(若)说服民众于先，民众可以忘记劳苦，说服民众渡过难关，民众便会忘记死亡。说服的力量太大啦！民众是被劝服的。

《易传·彖传·颐》：“天地养万物，圣人养贤以及万民。”意思是，天地养育万物，圣人养育贤人以及万民百姓。

(三)圣人之所以能够制定法律，实施德治教化，是因为圣人没有过错，超越常人之性，是先知先觉者

在古代的人性论中，虽有圣人与一般人同“性”之论，但更有圣人超“性”之论。孟子说，圣人是出乎其类，拔乎其萃者。荀子认为，圣人最伟大

的功能和奇异之处就在对凡人“化性起伪”。董仲舒说：“圣人之性，不可以名性。”(《春秋繁露·实性》)

圣人是先知先觉、穷尽真理者。《礼记·中庸》说：“百世以俟圣人而不惑。”没有圣人，所有的人只能处于没有开化的昏然状态中。朱熹直截了当地说：道理，圣人都说了。

圣人是没有过错的，永远正确。清代汤斌《汤子遗书》说：“人非圣贤，孰能无过。”言外之意，就是说圣人是没有过错的。因此，人们才要追求圣人的境界：超凡入圣；内圣外王；至圣先师；至圣至明；出入于神；黜昏启圣；革凡成圣；规贤矩圣；君圣臣贤；千载一圣；神功圣化；梯愚入圣，等等。

中国古代对圣人的崇拜，阻挡了域外一神教的生产，但也带来以下三个问题：

一是究竟谁是圣人？《论语》中孔子多次提到“圣人”的概念，认为圣人是具备极高道德修养和智慧的人。在《论语·宪问》中，孔子提到：“若臧武仲之知，公绰之不欲，卞庄子之勇，冉求之艺，文之以礼乐，亦可以成人矣。”这里，孔子列举了多位贤人的优点，并指出如果一个人能够集这些优点于一身，并以礼乐加以修饰，就可以称为圣人。尽管孔子在《论语》中多次提到圣人，但他并不认为自己达到了圣人的境界。在《论语·述而》中，孔子说：“若圣与仁，则吾岂敢？”这表明孔子虽然致力于追求圣人的境界，但他谦虚地表示自己尚未达到这一高度。因此，孔子没有点明究竟谁是圣人。

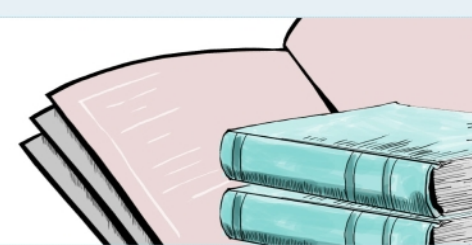
二是圣人是如何产生的？答案是后人封的。例如，《史记·孔子世家》还记载孔子“累累若丧家之犬”，到北魏孝文帝时，始谥孔子为“文圣尼父”。唐初立孔子庙堂于国学，以宣父(孔子)为“先圣”。宋真宗加谥孔子为“文宣王”，后又改谥为“至圣文宣王”，宋仁宗封孔子后嗣为“衍圣公”，元武宗加封孔子为“大成至圣文宣王”，明朝府县学皆设“至圣先师孔子”神位，以为礼敬祀。清代顺治时诏封孔子为“大成至圣先师”；康熙亲书“万世师表”，悬于文庙大成殿。总之，孔子被封成圣人的过程跨越了多个朝代最终形成了今天我们所熟知的“至圣先师”形象。

三是皇帝和圣人是什么关系？关于这一点，刘泽华教授在《中国的王权主义》一书中已指出“王、圣同体两千年”。例如，帝王的尊称为“圣上”“圣皇”“圣驾”“圣主”“圣帝”“圣明”“圣仪”等；皇帝的命令称为“圣旨”“圣令”“圣谕”“圣策”“圣诏”“圣训”“圣敕”“圣海”等；帝王的决断称为“圣裁”“圣断”“圣决”等；帝王的政事、功业称为“圣政”“圣文”“圣武”“圣德”“圣训”“圣业”“圣功”“圣治”“圣绪”“圣统”等。古代虽然有一些思想家竭力区分圣人与帝王，试图让圣人代表道德模范，让帝王代表统治权力，但主流意见还是把圣交给了王。道学先生韩愈作《元和圣德诗》，宋初理学三先生之一的石介撰写《三朝圣政录》(庆历圣德颂)等，把宋太祖、宋太宗、宋真宗捧为圣王，而且功盖尧舜，亘古未有。



从法“科”学到法“诗”学

《法诗学研究》序言节选



书林臧否

□ 严存生

人是文化的动物，“文化”是在社会中认识“自然”的基础上所进行的创造性活动及其结果。“文化”一词可作为动词，也可作为名词。作为动词的“文化”，指这一创造性活动及其过程。《易传·彖传》中的“观乎天文，以察时变；观乎人文，以化成天下”和《荀子·性恶》中的“化性起伪”之语，均指此义。

显然，“法”和“诗”均属于“文化”的范畴。二者的共同点是其表达方式都要使用语言文字，因而都要遵循其运行的规则。如注意词的确定性与变动性的统一、词的一义和多义的辩证关系。因而用词必须言之有意，要准确，要遵守同一律，要讲究修辞，比喻要恰当，等等。不同的是“法”主要属于制度文化，“诗”则主要属于精神文化。也就是说，“诗”属于“文学艺术”，它用简洁、带有韵味、节奏的语句，以委婉形象的方式表达人在某一情况下的“情感”，所确定的是人们行为中的“个别”；而“法”正相反，其以抽象的概念和规则，直接规制人们的行为，所确定的是人们行为中的一般。所以，在人们看来，“法”是冰冷的，“无情”的。正因如此，人们往往把二者严格区别开来，但

这一认识显然有些肤浅和片面。深刻地、历史地看，并非绝对如此，实际上“法”和“诗”是相通的。这表现在三个方面。

其一，从其表现方式上说，如上所述，都是语言的一种表现，因而有共同的语言本质和属性，也遵循语言运行的共同规则。差别只在于“诗”多用一些激情、蕴情的词语，“法”则相反，多用一些抽象的概念。但这不是绝对的，“法”中会有不少“诗”般的语句，法学者著作中更是经常看到一些“诗”和寓言故事；相似地，有些“诗”也不缺少哲理、法律的用语。

其二，从其根源上说，都源于人的本性，即“德”，也就是“人之道”——“道义”。我们知道，人是理性的社会动物，人们必须群居而生活，“道义”就是其社会生活之道。其核心是“己所不欲，勿施于人”，其追求的价值是“正义”，即高度的和谐统一及其结果，使各尽其性，各得其所。而“法”和“诗”均是人以语言形式表达出来的“文化”种类，其作用均在于促进人们之间的良好交往，因而共同以正义为基础和价值目标。也就是说，它们都必须言“志”。不同的是，“诗”以委婉的情话言个人之“志”，而“法”以规则的形式直言集体、国家之“志”。所以，评价它们好坏的标准是统一的，即是否言“志”或“道义”，言得是否准确、深刻、宏远。正因如此，从功能上说，它们都赋着人们的目的和追求，即美和善。不同的只是“诗”

更侧重于具体的事物的美和善，而“法”则侧重于整体的和秩序的美和善。

其三，从历史上说，人类文化的表现形式是发展变化的，从种类上说，有一个从“一”到“多”的过程。我们知道，人类文化的最早时代是诗歌时代，因而“诗歌”也是和平交往的最初方式。如在霍贝尔所著的《原始人的法》一书中，记载着初民社会不同部落的人们之间在发生矛盾时，就是用唱歌的方式决定胜负。而唱的歌，不仅好听，而且包含着人际交往的“理”和“法则”。因此，我国远古流传下来的文献总汇的“四书五经”中，“诗经”被排在首位。这意味着，诗歌是当时文化的唯一形式，它包含着后来分化出来的各种文化，包括法律。正因如此，最早形态的法律和法学具有很明显的“诗”的特点。正如被马克思称赞的文艺复兴时期著名的思想家维柯所说的：“古罗马法是一首庄严的长诗，而古代法学是严肃的诗歌，其中隐藏着法律的形而上学的最早的初具规模的萌芽……古代法学是极富于诗意的。”另外，我们也知道，最早的法律包含在习惯中，只是习惯的一种。如古希腊语的“nomos”(习惯)一词，既指法律，又指道德，还指各种生产和生活的方式。正因如此，在古希腊初期，法律与习惯是不分的。也正因此，最早产生的是习惯法。只是到了后来，有了人定法之后，特别是有了成文制定法之后，法律才从其中分化出来，也才有专门的用语和其

他表现形式。但在成文法中仍然不缺少“诗”的语言。至于司法和守法活动中更是充满着感人的“史诗”般的戏剧性故事。

《法诗学研究》的作者正是认识到这些，并看到当前在社会上和法学界所存在的有悖于此的不良现象：把法律仅仅视为一种社会治理的技术，而且是中性的，与道德价值无涉的工具；把好的法律仅仅视为形式合理的规则体系，因为把“法治”也仅仅理解为“规则之治”，而不问其是否良善；把“科学”仅仅理解为只研究“事实”的，不研究“价值”的，把“理性”或“合理性”说成只有形式上的意义，否认实质理性的意义，因而把“科学”与“价值”割裂，认为所有的“社会科学”，无“科学”可谈，因为它们研究社会“价值”问题；等等。

卢梭教授写作这本书，目的在于揭示“法”的这些深层次的特征，纠正当今一些人的上述对“法”的肤浅和片面的认识，从而为我国的法治建设贡献力量。他为自己提出的使命是，挖掘我国古代有血有肉的法文化中有价值的东西，以之为起点，批判西方流行和传入的一种所谓“科学”法学(这主要表现在西方的分析法学家的理论中)，重新创造带有诗情画意的中国特色的新法学，即法诗学。他在本书中对什么是法诗学以及如何构建法诗学作了很多论述，论述充分，引证材料广博，读后使人大开眼界和深受启发。



文天祥察微析疑原情定罪

史海钩沉

(一)平反杨小三死罪判例 今杨小三之死也，施念一按其胸，塞其口，颜小三斧其胸，罗小六击其吭，其惨甚矣。再三差官审问，则三人者于杨小三元无深怨，特其积怨之深，欲伺其回而共捶打之。则谓之同谋共殴至死，宜不在谋杀之列。颜小三者，施斧于杨小三元，为致命，是下手重者也，然其不用斧之锋，而止以斧柄行打，是殆非甚有杀心者。罗小六虽不加以以继，杨小三亦必以肋断致死，然始也谋殴之，终也遂继之，是其心处以必死，非独下手重而已。是故以下手论之，颜小三之先伤要害，当得重罪；以诛心论之，罗小六独坐故杀，不止加重。准法，皆当处死，以该咸淳八年明诏需恩，特引致命，颜小三、罗小六各决脊杖二十，刺配广南远恶州军，施念一于同谋为元谋，于下手为从，合减一等，决脊杖七十，刺配千里州军。

(二)委金幕审问杨小三死罪批判判 使职一日断一辟事，今日看杨小三身死一款，看颜不入，不能无疑。一则当来无大紧要，骤有谋杀，似不近人情；二则杀人无证，只据三人自说取，安知不是捏合？三则捉发之初，乃因杨小三揣摩而诉三名，何为三名？恰皆是凶身，似不入官信。今文字已圆，只争一行字，则死者，配者一戒

而不可变矣。今仰金厅一看此款，尽夜入狱，唤三名一问，若问得果无翻异，明日便断。如囚有不然，只得又就此上平反。文字是密封来，忽然而往，人所不觉，则囚口得矣。

——《名公书判清明集·附录四》

解析：宋代刑律司法精神与仁政之道

《平反杨小三死罪判例》，载于《名公书判清明集》，由南宋丞相文天祥所作。文天祥从原判词中发现裁判疑点，据此发送《委金幕审问杨小三死罪批判判》命人调查，并在行为人翻供后作上述判词，对行为人的主观故意、行为轻重作出客观而全面的考量与论述，在此基础上适用刑律规定作出具体裁量。自行文至行事，所蕴含之我国宋代刑律立法技术与司法精神，既将仁政思想一以贯之，又与我国现代的刑法原则一脉相通，由此知往鉴今，对现代刑法原则之体悟意义深远。

1. 原情定罪：明责以量刑 判词忠于原情定罪的原则，与现代刑法罪刑相适应原则遥相呼应。原情定罪为宋代司法精神的重要特点，首见于东晋袁宏的《后汉记》。至唐朝正式成为法定定罪原则。《唐律疏议》序说之“然则律虽定于唐，而所以通乎人情法理之变者，其可画唐而道止哉”。

基于宋代刑律对故意杀人与伤害致死之量刑规则不同，文天祥于《委金幕审问杨小三死罪批判

判》提出“一谓当来无大紧要，骤有谋杀，似不近人情”的疑点。在考察行为人与被害人之间无紧要矛盾的事实基础上，衡量出原判词中所认定的共同谋杀超乎情理，以此发现疑点。“只争一行字”，就是是否存在杀人故意的情节予以进一步调查和证实，以求量刑与犯罪事实、犯罪情节相适应，在犯罪行为得到惩戒的基础上亦充分保障行为人的合法权益。

2. 无证为疑：据证以寻本 文天祥对原判词中仅凭行为入自说即定罪的情形，提出“杀人无证，只据三人自说取，安知不是捏合”的疑问，与现代刑律口供补强规则一脉相承。文天祥注意到原判词中“杀人无证”的事实调查结果，更加重视口供的真实性及形成的合法性。在原判词已然不具破绽的情况下，将再次提审设置为“是密封来，忽然而往，人所不觉”，排除人为干扰，力求真实客观，体现出对作为孤证的口供的严谨求证。权力排除行为入冤冤受屈及司法人员滥用职权的可能，为各冤者提供道出真相的机会与条件，翻供即平反，疑罪从无。此为审理智慧，承载仁政之道。

口供补强规则在我国现代刑法中有所确立，即只有被告人供述没有其他证据的不能认定被告人有罪和处以刑罚，体现出对公民权利的保障和对公权力的制约，同时也是对司法威信的维护，此为立法智慧。

3. 罪疑惟轻：谦抑以慎罚 判词对各行为人的犯罪行为、犯罪动机、主

观故意等进行综合考量和层层推理，与现代刑法主客观相统一原则如出一辙。纵观判词论述过程，“施斧于杨小三元”为“下手重者”，然“其不用斧之锋”“是殆非甚有杀心者”。结合各行为人的犯罪动机、行为轻重、准确叙述事实，充分推理论证，继而遵照刑律规定，划分主、从犯罪刑等级，终得公正裁判。《礼记》载有：“附从轻者，附谓施刑。施刑之时，此人所犯之罪在轻重之间，可轻可重，则当求可轻之刑而附之，则罪疑惟轻是也。”穷尽事实调查，综合考量主、客观两个维度的犯罪构成要件、犯罪性质、犯罪形态等，均须遵循该原则以认定，区分犯罪性质、明确刑律裁量，贯穿定罪量刑始终。文天祥察微析疑原情定罪案的判词对刑律的适用侧面印证出宋代已经具备细致的立法技术，审慎裁量刑罚的态度亦显现出主客观相统一原则在刑律发展中的重要地位，尤其是在主观因素与客观因素相分离的情况下，主客观相统一原则对刑事责任的实际追究更趋合理。

(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)