

社会保护与人权保障：刑法机能的调适和平衡

□ 骆惠华

类推也确实带来很多弊端，甚至是危害。废除类推的主张随着时间的推移日渐占据上风。

如果说旧刑法是1.0版，那么1997年颁布的第二部刑法则是刑法的2.0版，新刑法突出人权保障，废除了类推制度，并且在第三条明确规定了罪刑法定原则，即“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。这一规定成为刑法典修订和中国刑法发展的一个重要标志。

当然，在刑法修订过程中，对于要不要废除类推还是存在一些争议的。有些学者认为，考虑到我国现阶段惩治犯罪的实际需要，刑法又不可能很完善，会有一些严重危害社会的行为在刑法中没有规定，类推仍有存在的价值和合理性。但是主流的观点认为，应该顺应时代发展需要，加强人权保护，在新刑法中规定罪刑法定。新刑法实施以来二十多年的实践证明，废除类推确立罪刑法定是正确的，不仅得到法律专家和专业人士的认可，也受到普通民众的拥护和国际社会的赞誉。

二、从疑罪从轻到疑罪从无

疑罪，即不确定之罪。这里的不确定，是指事实、证据上的不确定，即事实不清、证据不足。换句话说，有罪的证据不够充分或者没有查实排除合理怀疑。刑罚是最严厉的法律制裁手段，事关人的生命、自由。因此，刑罚的适用即对犯罪的惩罚，必须慎之又慎，需要犯罪事实清楚，证据确实、充分。对于事实不清、证据不足的所谓疑罪，就该视不同诉讼阶段作出撤销案件、不起诉、判决无罪等处理。然而，这个过程在我国却经历了一番曲折，甚至可以说到目前为止，我们还没有实现完全意义上的疑罪从无。

从立法方面看，1979年颁布的刑事诉讼法受制于当时的历史环境和思想观念，根本排除了规定疑罪从无的可能。但随着改革开放的深入，人们的权利意识与法治意识不断觉醒和提高，对程序正义的诉求呼声日益高涨，学界要求规定疑罪从无的声音渐趋主流。经过近二十年的努力，1996年刑事诉讼法修订时作出了疑罪从无的规定，即第一百六十二条：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”尽管这一规定将证据不足时的无罪判决作为单独的一种无罪判决形式，与经过审判确实无罪的无罪判决相区别，被学者称为一种不彻底的疑罪从无，有些缺陷，但已是一个质的进步。2012年刑事诉讼法再修时将“尊重和保障人权”写进总

则，明确不得自证其罪，正式确立非法证据排除规则，同时，进一步细化了刑事案件证明标准，对何为“证据确实、充分”等作了更清晰的界定，从而在立法上为疑罪从无的落实奠定了基础。

从司法方面看，受“重社会保护轻人权保障”观念以及传统“杀人偿命”思想的影响，疑罪从无长期在司法实践中更是举步维艰，常常异化为疑罪从轻，即对于证据不足、不能形成有罪确信的案件作出量刑上较为轻缓的“留有余地”裁判，而不是无罪判决。河南赵作海案、浙江张氏叔侄案等冤假错案就是典型代表。也有的地方干脆把案件搁置起来拖着不处理，嫌疑人则长期处于羁押状态。

值得肯定的是，伴随着立法的进步和司法改革的深入，近十年来，疑罪从无正逐步在司法实践中实现内化于心、外化于行。突出表现在三个方面：一是加强对冤假错案的防范和纠正。根据最高人民法院的统计，自党的十八大以来，人民法院已经依法纠正了重大冤假错案39件78人；全国各级法院在过去五年总计对2943名公诉案件被告人和1931名自诉案件被告人依法宣告无罪。二是出台一系列规范证据采集、审查、运用、排除规则，形成严格执法鲜明理念。如2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，2013年最高人民法院发布《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》，2017年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，2018年最高人民法院发布《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》。三是深化以庭审为中心的刑事诉讼制度改革，明确了庭审在查明案件事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的决定性作用，促进了由“侦查中心”到“审判中心”、由“庭下裁判”到“庭上裁判”的转变。

三、从判者不审到让审理者裁判

根据刑事诉讼法和人民法院组织法的规定，人民法院审判刑事案件的组织形式有两种，即独任制、合议庭。审判委员会对重大的或者疑难的案件的处理有最后的决定权。然而，在长期的司法实践中，在法院内部事实上存在着院长批案案件的制度。就其实质而言，是“审者不判、判者不审”。

■观点

中国政法大学民商经济法学院教授赵旭东在《法学》2018年第8期中撰文指出，商法四十年来的发展表明：追随和服务市场经济发展是中国商法的初心和使命，改革与创新是商法四十年发展的永恒主题，主体法、行为法和监管法的融合是中国商事法律的基本构成，对境外商法的兼收并蓄和国际化是中国商法发展的重要路径。

作者认为，在我国商事单行法的基本立法格局之下，在已经颁行的各个部门商事法的基础上，制定一部一般性、统

赵旭东：改革开放与中国商法的发展

领性的商法通则，不仅是健全和完善社会主义市场经济法律体系的需要，同时也与我国目前经济和社会发展的各种现实需要高度契合，应当作为我国进入新时代后的一项重要立法予以规划安排。

商法通则的制定不仅可以针对性地弥补上述商法制度存在的缺憾，有

效地实现商事法律制度自身的体系化、科学化，填补我国商事法律规定的不足，协调和消除相关法律制度之间的矛盾与冲突，合理提升商法规范的立法位阶，确保商事法律应有的法律效力和权威，而且对于我国完善社会主义市场经济法律体系的需要，进一步推进深化商事制度的改革，加强营商环境的法治化建设，建立商事信用法律制度，实现“大众创业、万众创新”，完善产权保护、弘扬优秀企业家精神等，更有着直接、对应、充分的效用。商法通则的制定已成我国民商法发展的当务之急和之需。

院长论坛

发挥审判职能 守护绿水青山

翟红

生态文明建设是中华民族永续发展的千年大计。人民法院要深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，积极践行“绿水青山就是金山银山”理念，对标新使命、新要求，充分发挥审判职能作用，为新时代生态环境保护提供更加有力的司法服务和保障。

一、聚焦司法理念，切实增强责任感、紧迫感

人民法院要以习近平生态文明思想为引领，准确把握服务保障新时代生态环境保护的目标任务，切实提高政治站位，把习近平生态文明思想体现和贯彻到环境资源审判工作全过程，始终围绕大局、完善思路、谋划发展。要将绿色发展理念作为环境资源审判的行动指南，树立现代环境司法理念，加大预防原则的适用力度，落实以生态环境修复为中心的损害救济制度，建立专业化的环境资源审判机制，用最严格的源头保护、损害赔偿和责任追究制度服务保障污染防治和经济高质量发展。要始终围绕中心服务大局，充分发挥人民法庭贴近基层、服务基层的天然优势，加大涉农人居环境整治案件审理力度，增强服务乡村振兴战略的主动性。着眼美丽乡村建设，设立旅游巡回法庭，依法审理发展乡村生态旅游过程中的合同及侵权纠纷，促进农业生态产品和服务供给。

二、聚焦打击犯罪，切实增强针对性、有效性

人民法院要深入学习贯彻习近平生态文明思想对于加强生态环境保护制度建设和法治保障的要求，依法严厉打击污染环境、非法采矿等破坏环境资源犯罪。要推进该类案件审判专业化，选派精干力量组成专业合议庭，实行专案专办，统一裁判尺度。全面推行人民陪审员参与案件审理。建立“快立、快审、快结”快速处理机制，确保破坏环境资源行为得到及时惩处，并判处相对较高的罚金，加大违法成本。探索运用恢复性司法理念，将被告“复绿等环境恢复性行为纳入被告人量刑情节予以考虑，确保打击精准、治理有效。

三、聚焦多元共治，切实增强公信力、影响力

建立落实打击破坏环境资源犯罪联席会议和联络员制度，加强沟通交流，研究、协调、解决工作中存在的问题，对案情疑难复杂或者有重大影响的案件及时进行通报、研判，形成严厉打击犯罪的工作合力。推动完善环境资源纠纷多元化解决机制，对于社会关注度高、法律适用难度大的环境资源案件，充分发挥行政调解、人民调解、行业调解和仲裁等非诉讼纠纷解决机制作用。坚持专业审判与公众参与相结合，提升司法公信力和影响力。加大案件审判公开力度，强化教育警示效果，推动全社会形成简约适度、绿色低碳的生活方式。

四、聚焦队伍建设，切实增强保障力、战斗力

坚持政治引领。结合环境资源审判工作的政策性和专业性要求，严把政治首关，深入推进“两学一做”学习教育常态化制度化，教育引导法官在环境资源审判中树牢“四个意识”，落实“两个坚决维护”。坚持示范引领。院长率先垂范，带头办理生态环境资源案件，认真研究解决疑难复杂问题。对于重大敏感案件，院庭长加强监督管理，强化向党委请示报告重大事项、与政府加强沟通协作，确保案件审理法律效果与政治效果、社会效果的有机统一。坚持廉政教育。根据环境资源案件涉及利益重大、主体多元、矛盾尖锐的特点，督促教育干警时刻保持高度警惕、警钟长鸣，严守廉政底线，打造一支政治强、本领高、作风硬、敢担当的专业化环境资源审判队伍。

（作者系天津市蓟州区人民法院院长）



社会保护与人权保障是刑法的基本机能。前者的出发点是维护社会秩序和社会整体利益，维持社会结构稳定；后者的出发点则是保护公民个人的自由和权利，保障基本人权。理想的状态是，两大机能都在司法实践中都得到充分实现。然而，刑法的人权保障机能是作为社会保护机能的对立面出现的，两者之间必然存在一定冲突。保护机能和保障机能的冲突实际上是秩序和自由的对抗，当社会安全超越自由成为面临的巨大威胁的时候，价值的天平就会倾向社会安全一面。二战后，各国刑法的中心机能都在不断变化，在不同领域、不同时期其侧重点各有不同，但总体上保持着一种动态平衡。改革开放四十年，我国社会发生了巨大变化，刑法的机能总体上是由强调社会保护到社会保护与人权保障并重转变。这种转变体现在刑事法治的全过程和方方面面，既体现在立法上也体现在司法上，既体现在实体方面也体现在程序方面，既体现在理念上也体现在实践中。

一、从类推到罪刑法定

伴随改革开放，我国先后共颁布两部刑法，第一部刑法颁布于1979年的改革开放初期，理论和实务界均习惯于称之为旧刑法。这部刑法从1978年我国法制恢复重建，到1979年7月6日颁布，时间极为短暂，过程极为仓促。1979年刑法的一个标志性特点，就是规定了类推制度，即第七十九条：对本法分则没有明文规定的犯罪，如果认为社会危害性较大，可以比照本法分则最相类似的条文定罪判刑。之所以这样规定，主要基于两方面：一方面，文革结束不久，受左的思想影响和客观环境所制，当时的理念是更多地强调惩治犯罪、维护社会秩序，而对人权的保护则明显关注不够。另一方面，当时刑法的立法指导思想是“宜粗不宜细”，这样一来就有一些具有严重社会危害性的行为遗漏在刑法规制之外，如果没有类推制度，就无法打击。

类推制度的存在，固然可以在刑法之外惩治对社会具有较大危害性的行为，从而保护社会安全。但很显然，这样一种制度与人权保障的现代刑法理念是矛盾的，而且类推制度为世界各国刑法所不采。所以，从立法伊始，反对类推的声音就不绝于耳。从司法实践看，

9月19日，一场“法治+技术”思想盛宴——2018世界人工智能大会“人工智能与法治”高端研讨会在上海科学会堂举行。来自国内外法学理论、法律实务、高科技企业、党政事业单位、新闻媒体等领域的250余人参加了会议。上海市法学会党组书记崔亚东、科技部中国科学技术信息研究所党委书记赵志航、微软全球资深副总裁洪小文、中国刑法学研究会副会长刘宪权等8位顶尖研究专家、教授学者、业界精英，围绕“发展应用与法治保障”这一主题进行发言。研讨会最后，会议主办方综合各方专家学者的意见，发布了《人工智能与未来法治构建上海倡议》，从人工智能与未来法治构建的理念框架、促进规范保障人工智能发展的法治路径、加强人工智能法律领域的教育研究与实践、推动人工智能未来法治的国际交流与合作等四个方面提出了14项具体倡议。

人工智能与司法现代化

上海市法学会党组书记崔亚东以人工智能在司法领域的实际应用——上海刑事案件智能辅助办案系统的研发应用为切入点，全面介绍了该系统的相关情况。他认为，人工智能时代的到来，司法一方面要抓住机遇，跟上时代的步伐，主动作为，准确把握司法规律与人工智能特征的结合，积极拓展司法应用的空间，使人工智能更好地服务司法，推进司法本身现代化的实现。另一方面，司法要针对人工智能在法律、安全、就业、道德伦理和政府治理等方面提出的新课题，加强人工智能发展与法治的前瞻性研究，积极构建人工智能未来法治体

人工智能与未来法治构建

——2018世界人工智能大会“人工智能与法治”高端研讨会综述

□ 严剑涛

信提出了人工智能享有有限法律人格的设想，并把这一设想细分成明确“刺破人工智能面纱”的归责原则、为人工智能强制投保责任保险、建立人工智能储备基金，以及在一国范围内应先制定具体的“人工智能发展法”等四个方面。

迎接人工智能技术的未来挑战

科技部中国科学技术信息研究所党委书记赵志航指出，发展可能会带来问题，但发展本身不是问题。人工智能发展需要在推动发展和有效规范之间找到一个平衡点，从我国经济社会发展的现实需求来看，人工智能和大数据、物联网、云服务等一并成为打造智能经济、建设智能社会的关键基础性技术支撑。因此，需要把发展放在第一位，同时做好相应的制度、法律、规范和标准等方面的准备。人工智能的发展有可能使已存在的国家间数据鸿沟和技术鸿沟更加凸显，最终会转变成发展鸿沟，从而对全球治理提出新挑战，中国一定要提前布局，为全球治理贡献中国智慧，并更好地掌握发展的主动权。

微软全球资深副总裁洪小文在谈及人工智能的社会角色与未来愿景时表示，微软致力于拓展人工智能技术的开发边界，以延展人类智能的方式设计人工智能，以实现人与系统更自然的互动，并促进人工智能功能的广泛应用，

使人工智能人人共享。微软坚信，需要基于人类立场来发展人工智能，并且以人为先、以人为中心，而以人为先的途径，关键在于设计系统时，让人工智能放大并提升人类智能。他认为，要以赢得信任的方式设计人工智能，人工智能系统应当公平、客观对待每一个人，并且应当可靠、安全地运行，而且要有私密和有保障，有包容性。

腾讯专家王栋重点介绍了腾讯倾力打造的云计算品牌——腾讯云，腾讯云为政府机构提供了诸多一站式大数据的解决方案，如广东省集成民生服务的移动服务平台“粤省事”，在全国40多家法院试点应用的“智慧法院”解决方案等。他表示，腾讯大数据方案还可以结合腾讯海量信息数据，提供人群画像、区域人流分析等公共服务，助力政府高效行政，辅助决策。王栋感慨，人工智能是发挥“科技向善”功能的良好领域，他希望通过人工智能与法治的结合，能够创造出更高效的产业，给人们提供更加美好的生活。

人工智能在政法领域的应用思考

科大讯飞股份有限公司高级副总裁赵志伟在发言中分享了人工智能技术的最新进展，如语音合成技术、语音识别技术、智医助理机器人等多项人工智能核心技术在全球处于领先地位

他认为，随着云计算、移动互联网、深度学习算法的持续突破，当今社会正开始由“互联网+”向“人工智能+”过渡，利用人工智能技术与互联网平台，让人工智能与传统行业、新兴行业进行深度融合，创造新的行业发展生态。司法体制改革是政治体制改革的重要组成部分，对推进国家治理体系和治理能力现代化具有重要意义。

北京优炫软件股份有限公司联合创始人赵春学更关注中国AI数据安全技术与法律保障。他指出，AI数据安全风险越来越大。第一，管理风险越来越大。先发优势带来快速发展，先发劣势带来管理滞后。AI数据管理缺乏有效抓手，存在内部人员违规使用数据，外包人员数据泄露，互联网+等第三方APP接入数据保护，数据分权管理，数据分级管理等风险。第二，技术风险越来越大。面对新的AI数据安全威胁，传统安全技术显得滞后。传统网安设备很难应对操作系统漏洞、应用系统漏洞、数据库漏洞、硬件芯片漏洞、数据共享需求膨胀等威胁。因此，急需法律保障促进AI数据安全技术加速发展。