

保障服务创造“中国之治”新奇迹

前沿话题

□ 徐汉明 孙逸瞠

2021年召开的中央经济工作会议把“保持国泰民安的社会环境”作为应对国际风云变幻、做强经济基础、保持社会大局稳定、迎接党的二十大顺利召开的重大举措，与保持平稳健康的经济环境、风清气正的政治环境一同部署，对于保障和服务经济更高质量发展与保持社会长期稳定，创造“中国之治”两大新奇迹，意义重大而深远。

保持国泰民安的社会环境的大意义

国泰民安的根本动力之源在于人民。保持国泰民安的社会环境，是新时代统筹“五位一体”总体布局、协调推进“四个全面”战略布局的题中应有之义；是人民群众对国强民富的新要求新时期，不断增强对改革与发展成果的获得感、幸福感、满意度的现实需要；是牢牢把握国内与国际两个大局，科学统筹发展与安全两件大事的客观要求；也是检验多层次治理如特大城市治理、市域治理、基层治理、乡村治理水平和能力的标尺之一，归根结底是加快推进国家治理体系和治理能力现代化，全面建成社会主义现代化强国的迫切要求。

保持国泰民安的社会环境的目标要求

安全的政治环境。创造安全的政治环境是保持国泰民安社会环境的首要任务。面对外部极端打压遏制，敌对势力深度破坏颠覆分裂等活动，保持国家安全的政治环境成为头等大事。为此，一方面，要求公权力机关、公职人员尤其是领导干部须落实国家总体安全观。另一方面，须切实加强国家安全体系和能力建设，增强防范、应对、处置对国家主权统一安全的“灰犀牛”“黑天鹅”事件。再一方面，严密防范、严厉打击、筑牢网络安全防线，善于运用法治思维、法律手段应对相关安全和风险，坚决捍卫我国主权、安全、发展利益。又一方面，须加快建设涉外法治体系和法治人才队伍，提高我国国内法国际适用的效能。

稳定的社会环境。稳定的社会环境是经济更高质量发展、政府更高效管理、人民更高品质生活、对外更高水平开放的前提条件，也是衡量国泰民安的重要标准之一。一方面，需要创造性地坚持和发展社会治安综合治理的基本经验，依法防范和打击严重影响人民群众安全感的违法犯罪，保持良好的社会治安。另一方面，要坚持正确处理人民内部矛盾，把党的群众路线坚持好、贯彻好、运用好；结合特大城市治理、市域治理、基层治理的不同特点与实际状况，创造性地坚持

源头治理、系统治理、依法治理、综合治理。再一方面，创造性地运用自治、法治、德治相结合的新时代“枫桥经验”，推动市域社会治理现代化试点，使“中国之治”的东方经验发挥出更大效能，展示出历久弥新的魅力。

公平的市场环境。市场经济就是法治经济。一方面，须依法平等保护各种所有制企业产权和自主经营权，健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度，保证各种所有制经济依法平等使用生产要素，公开公平公正参与市场竞争、同等受到法律保护，依法监管各种所有制经济。另一方面，持续打造稳定公平透明、可预期的法治化营商环境。再一方面，健全外商投资准入前国民待遇加负面清单管理制度，既推动规则、规制、管理、标准等制度型开放，又建立事关国家安全与国计民生重大战略利益的审查机制。又一方面，善于运用法治思维和法律手段，加强和改进反垄断与反不正当竞争执法。

公正的法治环境。法治是治国安邦的基石，公正是衡量国家治理体系和治理能力现代化的重要依托。一方面，必须完整准确全面贯彻新发展理念，加快构建新发展格局。另一方面，持续深化依法治国实践，推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，建立健全行政裁量权基准制度，不断提高规范行政执法的能力和水平。再一方面，全面深化政法体制改革配套改革，保证公正

司法，提高司法公信力，让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。又一方面，健全依法决策机制，强化对公权力的全覆盖监察，彰显国家权力“人民性”的价值底色。

优质的服务环境。打造优质的服务环境有利于增强制度的可预期性，坚定人民群众的发展信心，保障过程和结果的公平正义。一方面，须深化简政放权、放管结合、优化服务改革，加快政府职能深刻转变，持续创新政府监督管理方式。另一方面，创新公共服务均等化、服务设施标准化，推进线上线下深度融合；实现政务服务事项全城通办、就近能办、异地可办，不断提高公共服务的公平性和高效性。

开放的外部环境。在推进全球治理体系科学化、民主化、法治化进程中构建更高水平开放的外部环境是保持国泰民安的重要条件。一方面，须冷静观察中国与世界关系的深刻变化，牢牢把握当代中国步入世界舞台中央不可逆转之势的机遇与挑战。另一方面，坚决维护以联合国宪章为基石的世界秩序，充分利用联合国、G20、WTO、上合组织等国际平台，阐发中国对世界重大问题和国际法治的“中国方案”。再一方面，积极参与国际立法、国际执法、国际司法机构和司法活动、涉外和国际法律服务。又一方面，推动全球治理格局、治理体制、治理规则变革。同时，倡议和大力推进“一带一路”建设，形成陆海内外联动、东西双向互济的开放新格局。

观点新解

高童非谈数字时代——应当坚守人本主义司法责任伦理



中国人民大学高童非在《法治与社会发展》2022年第1期上发表题为《数字时代司法责任伦理之守正》的文章中指出：在数字化浪潮下，司法活动呈现出“去责任化”的趋势，亟待法学界对司法责任伦理予以革新。数字技术导致司法责任消解的机理是复杂和多元的，主要源于其兼具权威性与非权威性、确定性与不确定性、机械性与能动性等多重面孔。当前我国司法工作中的数字技术主要被应用于证据指引系统、风险评估工具、在线诉讼平台的开发等事项上，这些领域也是司法责任伦理冲突最为激烈的场域。数字时代应当坚守人本主义司法责任伦理，准确界定机器、技术人员、系统部署者与法官的责任框架，在拥抱技术的同时树立科学的责任心，借助数字技术建立和完善符合时代特征的司法责任体系。

王锴谈没收违法所得——是一种矫正不公平财产秩序的措施



北京航空航天大学法学院王锴在《法学杂志》2022年第1期上发表题为《没收违法所得的合宪性分析——基于德国刑法上特别没收合宪性改革的启示》的文章中指出：没收违法所得是否行政处罚或刑罚，并不取决于采取总额原则还是净额原则，还要从其目的上进行判断。财产权属于法律上的基本权利，违法所得不属于宪法上私有财产权的保护范围，由此也否定了没收违法所得的制裁属性。无论刑法上还是行政法上的没收违法所得更多的是一种矫正不公平财产秩序的措施，与民法上不当得利返还的理由类似。当然，立法在规定没收第三人的获利以及没收前是否对受害人进行退赔时，涉及对第三人和受害人的私有财产权的限制，应当进行合宪性分析，避免对其私有财产权构成侵犯。

侯利阳谈公平竞争审查——应确立重点行业的整体性审查机制



上海交通大学凯原法学院侯利阳在《法学家》2021年第6期上发表题为《公平竞争审查的认知偏差与制度完善》的文章中指出：反垄断法与公平竞争审查同为保护市场经济的法律工具，但二者并不等同。反垄断法是维护市场经济的长效机制，而公平竞争审查则是健全市场经济的中间过程，二者存在追求长期效应与平衡短期目标的冲突。公平竞争审查在倡导反垄断法追求的经济效率的同时，还需面对无法被后者囊括的诸多因素。因此，公平竞争审查的顺利实施要基于反垄断法，但也不能拘泥于反垄断法，关键在于从促进社会整体利益的角度着眼，给予政府之手适度的发展空间。鉴此，未来的公平竞争审查应当建立依经济发展水平的分类实施机制，完善多元考核的官员晋升机制，确立重点行业的整体性审查机制，增设跨行业经济带动型政府补贴的豁免机制等。

洪求华谈中立帮助行为——其本质应是一种社会交往角色行为



中央司法警官学院洪求华在《法律适用》2021年第10期上发表题为《中立帮助行为的归责认定》的文章中指出：关于中立帮助行为能否被刑事处罚的问题，主观说与客观说都不能作出有力的解释。中立帮助行为虽然具有日常性、职业性等诸多特性，但其本质应是一种社会交往角色行为，之所以被认定犯罪，不能仅满足于行为者的故意以及行为与结果之间的因果关系要件，还应进一步探究行为是否塑造了构成要件实现的意义表达，才能对行为进行归责。只有违反了社会交往角色的要求，才能认定该行为具有塑造构成要件实现的犯罪意义表达，才能对其进行归责。

(赵珊珊 整理)

关于为死刑复核案件被告人依法提供法律援助的几点认识

前沿关注

□ 张培

2021年年底，最高人民法院、司法部印发《关于为死刑复核案件被告人依法提供法律援助的规定(试行)》(以下简称《规定》)，自2022年1月1日起正式施行。笔者通过反复学习与研究，认为该《规定》对于死刑复核案件办理影响重大，意义非凡。

一、《规定》的内容明确实用

《规定》虽然条文不多，但内容较为完整、全面，对死刑复核阶段为被告人提供法律援助的基本事项均作出了明确规定。一是明确了文件出台的目的。《规定》在前言明确指出，为充分发挥辩护律师在死刑复核程序中的作用，切实保障死刑复核案件被告人的诉讼权利，制定本规定。

二是规定了辩护律师代理死刑复核案件的途径。根据《规定》第一条、第二条规定，最高人民法院复核死刑案件，被告人既可以申请法律援助，也可以自行委托辩护律师，且高级人民法院在送达死刑裁判文书时负有告知义务。此前，死刑复核阶段虽然也可以委托律师，但未明确可以申请法律援助。第四条从保障法律援助质量考虑，还规定司法部法律援助中心指派的援助律师，应当具有三年以上刑事辩护执业经历。

三是规定了司法机关对辩护律师依法履职

的保障义务。第八条规定，辩护律师依法行使辩护权，最高人民法院应当提供便利。第九条规定，辩护律师在依法履行辩护职责中遇到困难和问题的，最高人民法院、司法部有关部门应当及时协调解决，切实保障辩护律师依法履行职责。

四是规定了死刑复核阶段的辩护方式。第十条规定，辩护律师应当在接受指派之日起一个半月内提交书面辩护意见或者当面反映辩护意见。辩护律师要求当面反映意见的，最高人民法院应当听取辩护律师的意见。

五是规定了律师的辩护意见应当在裁判文书中予以体现。第十一条规定，死刑复核案件裁判文书应当写明辩护律师相关信息，并表述其辩护意见。宣判后，生效裁判文书还应当面向辩护律师送达。

二、《规定》出台意义重大

《规定》的出台，是有关机关贯彻落实习近平法治思想，积极主动担当作为，进一步完善死刑复核案件办理程序的具体表现。

一是进一步提升死刑裁判公信力的必然要求。实体公正需要严格规范的程序公正予以保障。准许律师参与并保障其辩护意见得到充分听取，是确保死刑复核案件结果公正的重要程序设计。

二是进一步强化人权司法保障的具体体现。相较于普通刑事案件的定罪量刑主要是剥夺被告人的人身自由或者相应的财产权利，死刑案件剥夺的是被告人的生命权。如果发生误判，将无

法恢复，无法弥补。在死刑复核程序中落实律师辩护制度，可以更加全面保障案件当事人的诉讼权利，充分审查判断事实证据，准确把握宽严相济刑事政策。即便最终核准，也完全是依法而为，且权利保障充分到位。

三是进一步深入推进司法改革的一项重大举措。一般认为，死刑复核程序是最高人民法院对判处死刑案件进行内部审核的一项程序，其与一审、二审诉讼程序存在着明显差异。此前的司法实践中，死刑复核案件律师参与辩护的不是很多，更没有纳入法律援助的范围。裁判文书通常也不表述律师的身份信息以及具体的辩护意见与采纳情况。此《规定》对上述内容作出了明确规定，可以说是死刑复核权自2007年收归最高人民法院行使后，人民法院深入推进司法改革的又一重大举措，在死刑复核领域里具有里程碑式的意义。

三、《规定》落实中还需完善相关配套措施

从目前来看，《规定》的相关内容要真正得到贯彻落实，有关部门还需建立相应健全的配套措施。

一是统一规范律师参与的办理流程。据了解，当前最高人民法院有五个刑庭和审判监督庭办理死刑复核案件，如果缺乏统一规范的律师参与流程，可能导致不同审判庭各行其是，影响到《规定》的执行效果。因此，最高人民法院有必要内部统一做法，进一步明确律师参与的流程，确保内部协调一致，运行顺畅。

我国成文法体制下不同属性判例的功能定位

前沿观点

□ 顾培东

在判例广泛运用“热潮”的背后，我国判例运用的一些基础性问题仍需进一步廓清。其中尤为重要的是，不同法源属性判例各自功能如何定位?这一问题不仅关系到判例在我国成文法体制下总体功能，更进一步牵涉到判例运用的方式、秩序以及判例运用的实际效果，也决定了判例在我国成文法体制下的终极前景。

一、作为约束性法源的指导性案例：完善司法规范体系

作为约束性法源的判例，主要指的是指导性案例。对指导性案例意义或功能的认知，不应局限于其在当下的具体运用价值，更应看到的是，它历史性地为我国成文法体制提供了一种新的规范类型，从而丰富了我国司法规范的整体结构。

虽然目前指导性案例的总量有限，但从规范资源供给角度看，或许应关注到以下几个方面：其一，案例指导制度在我国具有很强的探索性，其经验积累需要一定的过程。其二，根据对截至2021年2月发布的指导性案例的裁判要点的分析，其中很大部分属于填补法律漏洞或依据立法精神创制规则，亦有部分属于具体释明法律条文文

二、作为引导性法源的示范性案例：促进法律统一适用

统一法律适用在司法层面上的实现，主要体现在司法见解控制机制的形成及其作用的有效发挥。统一法律适用之“痛”，集中反映于同案异判之上。有关同案异判的原因，排除某些主观性因素外，主要有三个方面：一是“因疑而错”，二是“因新而惑”，三是“因难而偏”。与域外司法独立理念基础的支撑以及法官或合议庭独立承担审判责任不同，我国司法责任具有明确的整体性或连带性，并由此而构成一种司法伦理。正是基于对司法责任整体性伦理的考量，减少以至消除同案异判，保持司法见解的一致性，在我国获得了更具现实性的意义。司法责任实施后，裁判决策权呈高度分散状态，院长庭长通过审核或审批裁判文书方式而

控制司法见解的条件与基础几近消失。在此情况下，如何重构司法见解控制机制，尤其是在微观运作层面保持司法见解的一致性，成为统一法律适用所面临的重要现实问题。

示范性案例的运用面临着一系列实践性问题，其中，尤为突出的是以下三个方面：一是如何把握“同案”或“类案”的实质含义。无论类似或相同点是什么，根本之处在于其整体或部分地决定或影响着裁判结果。二是如何确定示范性案例的效力。总体上说，对示范判例，仍应赋予其一定效力，否则不足以体现其作为引导性法源的属性，也无法显示其依“标杆原理”而统一法律适用的积极效应。三是如何开展示范性案例库的建设。为此应当明确，首先，省级示范性案例库的建设是通过判例实现法律统一适用功能的关键性环节；其次，示范性案例库与一般的判例库具有重要区别，并不追求在短期内达成一致完备，各省级法院可根据本地审判实践的需要，循序渐进地推进建库工作；最后，逐步建立和完善示范性案例库的常规性遴选、推荐、编写以及审定入库或退出机制。

三、作为智识性法源的一般性判例：推动司法经验与智慧的共享

一般性判例具有下述特征：首先是广泛性。经由“互联网+”效应的作用，一般性判例已成为一种泛在的、全面反映中国司法现状及司法见解的智识信息，并为社会成员无差异、无壁垒地汲

取和运用。其次是原生态。原生态特征对于判例运用的意义在于能够更为全面地了解司法的真实状况，尤其是了解司法对某一问题的普遍性立场和态度；即使是不同水平或彼此矛盾的裁判，也能够提供可比较的样本或范例，启迪并拓展认知者的思路。最后是全息化。从一般性判例之中，不仅能够看到不同案件及其裁判规则，同时也能大致了解个案处理的主要过程，甚至感知案件处理中所蕴含的司法理念和司法方法、司法技巧等。

一般性判例中凡有助于支持裁判结论，增强裁判结论可接受性，能够提供各种启示，提升司法水平的一切因素，都可以成为智识性法源。概括地说，包括下述几个方面：首先是对法理的理解。判例中所体现的对法理的理解，不仅包括实体法法理，也包括程序法法理，对同一程序的不同以及对程序性争议的处置，也同时显示出判例中裁判者对法理的理解。其次是对事理的尊重。在一般性判例中，不乏众多裁判者富有智慧地把各种事理与法理恰当融合于裁判之中的实例。再次是对情理的态度。在司法裁判中所说的“情理”，不仅指人际之间的“人情”之维，也包括国家与社会治理的“国情”之维。最后是对文理的阐发。裁判文书在事实叙述、论证理路、逻辑推理、文字表达甚至文书结构等方面提供了多种可资借鉴的参照，从而使文理阐发也成为一般性判例运用所不可忽略的价值。

(原文刊载于《中国法学》2021年第4期)