观点新解

黄晨阳谈行政执法指导案例遴选机制——由遴选权配置、遴选标准、遴选程序组成

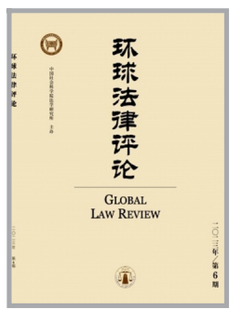
华东政法大学黄晨阳在《河北法学》2023年第11期上发表题为《行政执法指导案例遴选机制的审思与构建》的文章中指出：

在行政执法案例指导制度中，案例遴选机制是重要组成部分，是指具有案例遴选权的行政机关根据遴选标准，并经一定的遴选程序，将已经发生法律效力的行政执法案例确立为指导案例的过程。行政执法案例指导制度能否稳健运行，关键在于案例遴选机制能否遴选出具有指导价值的案例。行政机关遴选行政执法指导案例的行为，是一种具有立规特征的行政管理性行为，该行为的权力基础依附于行政机关享有的行政管理性权力，故案例遴选权在性质上属于行政管理权的组成部分。

行政执法指导案例遴选机制由案例遴选权配置、遴选标准、遴选程序三方面内容组成。第一，配置案例遴选权需要考虑不同层级行政机关在专业程度、法治水平、管辖范围等方面的差异性，以保证案例的指导质量。“遴选主体多”和“预期功能多”是现阶段行政执法指导案例发布情况的显著表现。在“遴选主体多”和“预期功能多”相互交织的局面之下，遴选主体能力与预期功能不匹配的问题随之出现，导致案例质量与指导效果不尽如人意。由此可见，在案例遴选权的配置问题上，必须重视遴选主体行政层级与案例功能预期的匹配程度，遵循“遴选主体层级与案例预期功能相适应原则”。所谓“遴选主体层级与案例预期功能相适应”，意指不同层级的行政机关在专业程度、法治水平、管辖范围等方面存在能力差异，行政执法指导案例所能承载的预期功能，应当在遴选主体所属层级的能力范围之内。根据其遵循的原则，仔细研判不同层级行政机关所能遴选的案例类型。第二，在设计案例遴选标准方面，应当围绕指导案例的行政管理属性展开，将对行政管理能力、水平具有促进作用的案例凸显出来。案例遴选标准宜定位为：对执法依据具有释明作用、对执法规则具有填补作用、对执法尺度具有统一作用、对典型行政不法具有纠正作用以及对违法行为具有警示作用的案例。第三，在完善案例遴选程序方面，应以案例质量为先导，拓宽案例报送阶段的案例来源，提升案例审查阶段的专业化、民主化水平，防范“行政主导”模式下可能引发的形式主义风险。

未来研究行政执法指导案例遴选机制，还须从实然层面切入，对行政执法指导案例开展要素式分析和实效性考察，以此检验案例遴选机制的科学性。相信在多角度研究范式的互动、互补之下，案例遴选机制的科学性能够得到切实提升。

林信铭谈规制裁判员操纵体育竞赛——采取分类规制思维提出“枉法裁决模式”



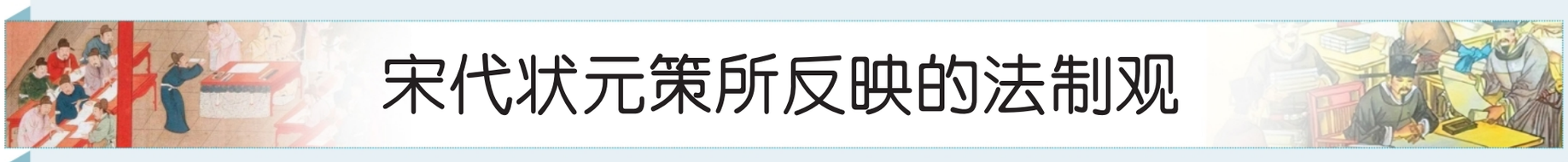
西南政法大学林信铭在《环球法律评论》2023年第6期上发表题为《裁判员受贿操纵体育竞赛的刑法规制——一个中德刑法的比较考察》的文章中指出：

近年来，随着国内体育竞赛活动的蓬勃发展，操纵体育竞赛事件逐渐受到公众的关注。原本应公平、公正进行的体育竞赛之所以蒙上被操纵的阴影，系由于裁判员、运动员或教练员通过操纵竞赛来谋取不法利益。为了有效遏制操纵体育竞赛的歪风，相关部门加大了对于裁判员、运动员、教练员涉赌和操纵竞赛行为的整治打击力度，除了要求各单项体育协会对有违规违纪违法行为人员视情节轻重分别给予处罚外，亦指示各级公安机关对于构成违反治安管理行为或涉嫌犯罪行为的情形依法予以治安管理处罚或追究刑事责任。在此类案件中最受关注者应属裁判员收受贿赂并进而操纵体育竞赛的情形。然而，分析此类行为在现行刑法上可能涉及的罪名可知，受贿罪和非国家工作人员受贿罪在此并无适用空间，至于诈骗罪则仅当涉及体育赌博时方可有限地被适用。我国现行刑法并无适合的罪名可规制裁判员受贿操纵体育竞赛的行为，因此有必要增设新罪名。

关于规制操纵体育竞赛的刑事立法模式，德国刑法于2017年所增订的体育赌博诈骗罪与操纵职业体育竞赛罪采取了“不法约定模式”，其将犯罪构成要件的核心置于通过贿赂所达成的事前不法约定，存在过度提前处罚的疑虑。我国关于增设操纵体育竞赛罪名的立法建议则多采取“操纵行为模式”，其系以操纵行为作为犯罪构成要件的核心，但因难以明确界定操纵行为的概念而导致构成要件范围过于宽泛。由于上述两者皆存在缺陷，在对操纵体育竞赛采取分类规制思维的基础上，提出了规制裁判员操纵体育竞赛的“枉法裁决模式”，建议在我国刑法上增订“裁判员枉法裁决罪”。

依据“枉法裁决模式”所设计的“裁判员枉法裁决罪”将构成要件行为置于裁判员的错误裁决行为，在此犯罪构成要件中裁判员的收受贿赂行为仅具有证明其系出于故意作错误裁决的作用，因此可避免在“不法约定模式”下仅收受贿赂即足以成罪的过度提前处罚疑虑。同时，“裁判员枉法裁决罪”明确地将构成要件行为描述为“违背事实和规则作枉法裁决”，借此将构成要件范围限定于裁判员违背竞赛事实、规则所实施的错误裁决行为，而不包括裁判员在依据竞赛规则享有的裁量空间内刻意追求特定竞赛结果的裁决行为，故可避免“操纵行为模式”所存在构成要件范围过于宽泛的问题。

（赵珊珊 整理）



宋代状元策所反映的法制观

法律文化

□ 殷啸虎

中国科举制度创始于隋代，确立于唐代，完备于宋代。历代状元在参加殿试时撰写的策论答卷称为状元策。殿试时策问拟题多出自朝廷和君主所关心的现实问题，对策自然也多是针对这些问题进行的回答。据记载，两宋共产生了118名状元，这些状元在殿试时撰写的状元策在回答策问时，也都是从实际出发，阐述治国平天下的道理和建议。因此，这些状元策并非空谈，而是针对现实提出自己的观点和主张，其中不少是同法制建设相关的。特别是自王安石变法后，围绕变法改革的争论，也直接在状元策里反映出来。因此，宋代状元策所反映的法制观，在一定程度上也体现了那个时代的一些重要的法制主张。

如前所述，宋代殿试时策问的拟题基本都是朝廷关心的现实问题，包括法制建设方面的问题。从宋代一些比较著名的状元策的策问题目来看，关于法制方面的问题主要是以下几方面：一是法制的作用及其与治国之道的关系，如元丰五年（1082年）殿试策问提出“礼所以辨上下，法所以定民志”“制治于未乱，止邪于未形”。淳熙十一年（1184年）殿试策问也提出“纪纲法度，所以维持治具者也”；二是现实法制建设面临的问题，如绍兴二年（1132年）殿试策问提出“严赃吏之诛，而不能革贪污之俗”，淳熙十一年（1184年）殿试策问也提出“刑不胜奸，何以防民之伪”；三是法制建设自身所涉及的问题，如绍兴二十七年（1157年）殿试策问提出：“道虽久而不渝，法有时而或弊，损益之宜有不可已耶？”绍熙四年（1193年）殿试策问也提出：“狱，民之大命也，朕所以选任其官者不为不谨，而冤滥之弊或未尽除。”而状元策也基本上是针对这些问题，阐述其法制建设的观点和主张。

其一，主张因治道而立法。针对治道与法制的关系问题，元丰五年状元黄裳在对策中提出“继道以致用者，善也；制善以致治者，法也”，指出法是治国的基本之道。绍兴二十七年状元王十朋在对策中也提出“臣闻有家法，有天下法。人臣以家法为一家之法，人君以家法为天下之法。人君之与人臣，虽名分不同，而法有大小之异”，并指出“法者，治家治天下之大具”；淳熙十一年状元卫泾在对策中，针对策问提出的“纪纲法度，所以维持治具者也”，指出“正纪纲，明赏罚，毋徒徇于虚名，而必责之实用”；绍熙四年状元陈亮在对策中，也明确提出“礼乐刑政，所以董正天下而君之也，仁义孝悌，所以率先天下而为之师也。二者交修而并用，则人心有正而无邪，民命有直而无枉，治乱安危之所有以分也”。

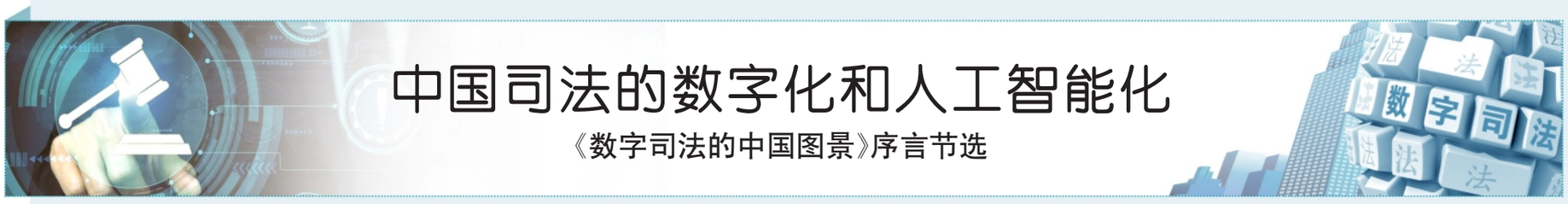
关于如何推行因治道而立法方面，一些状元策还提出了具体的建议，如绍兴二年状元张九成在对策中提出要“谨用人，明赏罚，以收天下之心”，并针对策问中的“严赃吏之诛，而不能革贪污之俗”，指出：“却苞苴，断货贿，以励猾胥而惩狡吏，又何患贪污之弗革乎？”

其二，倡导因人情而行法。法是因人而设的，因此推行法制应当顺应人情，但又不能被人情所左右。元丰五年状元黄裳就指出：“置法则从诸人，以人者情之所在也。及其行法也，不可以从人，惟人从法。”如何才能做到既要顺应人情，又不被人情所左右呢？黄裳提出了“以礼趋时”“以法制俗”的主张，认为“不能以礼趋时，则其为法也无功；不能以义起礼，则其为法也无道”，要以礼为根本法，约束人心，制约民俗，保证国家法制得以贯彻实施。他认为，“不能因俗则礼失人，不能制俗则人失礼”，因此，“惟圣人以道出法，以德制行，然后能为因俗而与之同，能为制俗而与之异”，从而实现“以道应时，以法制俗”。

因人情而行法的另一个重要方面，就是要注重教化，从根本上预防犯罪。宋代一些状元策在其法制主张中，秉承了儒家一贯的思想，重视教化在法制建设中的作用。淳熙十一年状元卫泾在对策中认为，刑法能够起到威慑作用，但不能从根本上制止罪，“夫防民以刑，则刑章之立，可以不试而民畏也。而刑或不胜乎奸，得毋以刑所以防民而求以胜民，则奸宄益不胜其多乎”，为此他提出：“先养民，又教民，然后治民。”

其三，要求因时势而用法。如前所述，宋代状元策不论是策论题目，还是对策内容，都是从政治与国家治理的现实出发，回答和提出解决现实问题的具体思路，具有很强的现实性，对法制建设的问题同样也是如此。一些状元策在涉及这个问题时都认为，国家法制建设要顺应时势，从具体情况出发，回应现实的要求。元丰五年状元黄裳在回答“制治于未乱，止邪于未形”的问题时就提出：“物之新故，俗之盛衰，未始有常也。则以法趋时，以义起礼，岂有一定之论哉！”因此，“圣人之在上者，或损或益，以应一时之俗，则救其弊焉”，从而提出“礼以义起，法以时行”。绍熙四年状元陈亮在对策中，也认为法律的适用要根据具体情况，不能机械地搬用。他以孔子担任鲁国司寇的实践为例：“夫子为鲁司寇，民有犯孝道者，不忍置诸刑。其说以为教之不至，则未庸以杀。而少正卯则七日而诛之，盖动摇吾民，不可一朝居也。《周官》之刑，平国用中典，盖不欲自为轻重耳。”

宋代状元策大体上都是以经世致用为圭臬，其所建议和倡导的法制观也是从当时的现实出发，反映了当时法制建设和法制理念的基本状况，是我们研究宋代法制的重要素材，也是宋代法制文化建设的重要资料。



中国司法的数字化和人工智能化

《数字司法的中国图景》序言节选

书林臧否

□ 左卫民

司法数字化及数字化驱动的司法人工智能建设是国家数字化战略的重要内容。应当看到，近年来通过中央和地方各个层面大量资金的投入以及司法机关、高校、科研机构、科技企业的通力合作，中国司法数字化、智能化建设取得了诸多成果，许多成就领先世界。一是司法数字化探索与变革方面的全面推进；二是以审判管理信息化、裁判文书上网、庭审直播、在线诉讼等为重点内容的司法数字化探索与变革，带动了实务界与理论界对各类司法大数据特别是裁判文书大数据的挖掘与法律研究，这为中国司法从数字化向智能化进一步升级奠定了坚实基础；三是在司法大数据挖掘技术驱动以及法律研究不断迈向数字化的时代背景下，中国司法人工智能建设蓬勃发展，一批智能产品出现并在实践中得到应用。

随着司法数字化、智能化技术和装备的研发与应用，中国针对司法数字化与人工智能化的法律规范、伦理规范等制度体系也在不断构建与完善。虽然中国司法数字化与人工智能化建设在技术与装备上取得了一定发展与突破，在法律规则体系上也有创新与发展，但已有的技术与装备在实践运行中仍然存在不少问题，未来想要取得进一步发展也面临不少难题与障碍，包括技术难题、保障机制不足、法理与伦理障碍以及制度规范的合理性、合法性问题等。具体而言，表现在以下几个方面：

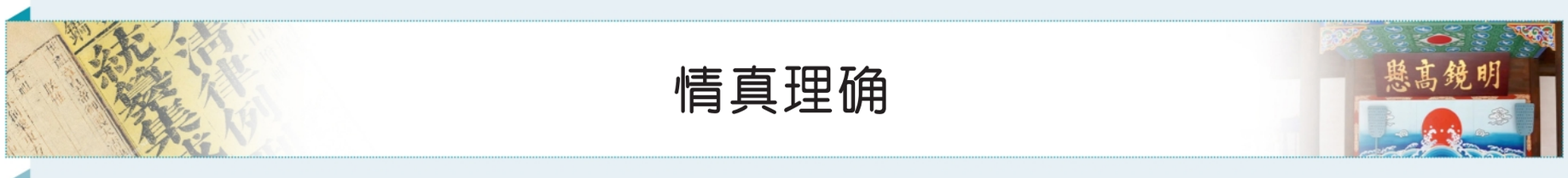
一是司法数字化探索与变革方面的问题。例如，针对庭审直播，不少学者寄予厚望，认为庭审直播既是司法公开的最新形式，也是保障和监督司法公正的有力方式，还有律师和学者认为庭审直播可以改变以往审判公开的有限性和形式化。但从法理层面上来看，庭审直播与司法公开的根本宗旨是否存在冲突，庭审直播是否可以成为司法公开的适当路径仍然值得追问。又如，对于如何看待在线诉讼与传统诉讼之间的关系，学术界也未直接作出回答，未来在线诉讼能否成为一种与传统诉讼方式并驾齐驱的独立诉讼方式，值得思考。

二是司法数字化驱动的大数据挖掘与法律研究问题。司法数字化建设产生了裁判文书、审判管理信息、庭审直播录音录像等各种结构化、非结构化的司法大数据，使基于司法大数据的司法实践与相关新型实证研究成为可能，并可能带来法律研究方式的革命性变化。但综观当下的司法大数据研究与挖掘实践，依然存在技术方面的难题，大数据研究的技术手段仍停留在较为初级的阶段。此外，研究者对数据分析方法的运用也趋于单调，法律实证研究在整体上仍以基础的平均数、频数、方差等描述性统计方法为首要工具。未来该如何开展大数据挖掘与法律研究，在“技术”与“思想”之间求得一种平衡，最大限度地为司法人工智能技术与装备的研发和应用提供丰富且有效的“养料”，也是颇为值得讨论的问题。

三是大数据驱动的司法人工智能的研发、应用以及未来发展前景问题。当前中国司法人工智能界存在着一种话语与实践的冷热差异。一方面，中国在顶层设计、政策制定、学术界研究方面对司法人工智能的重视程度超过不少国家；另一方面，已有的一些司法人工智能系统在司法实践中的运用效果遇冷。这在很大程度上与司法人工智能系统难以满足司法实践的真正需求有关，也与司法人工智能的运用存在诸多法理障碍以及伦理风险有关。例如，由于存在“算法歧视”“算法黑箱”等技术风险和问题以及人们对审判的历史传统存在固有认识，司法人工智能缺乏社会认同的基础。因此，未来司法人工智能的发展前景如何依然存在不确定性，司法人工智能到底该走向何方，如何发挥其最大的效用，也需要深入研究。

《数字司法的中国图景》即尝试围绕中国司法数字化和人工智能化这一主题展开体系化研究，基于中国司法数字化、智能化建设这一逻辑主线，从“司法数字化的探索与变革”“司法数字化驱动的大数据研究”“大数据驱动的司法人工智能”三大方面进行系统性检视与前瞻性思考，致力于全面揭示中国司法数字化与人工智能化存在的一些核心问题，如大数据挖掘与研究的基本问题、司法人工智能的热与冷悖论等，也希望能纠正一些误区，如庭审直播远非普遍乃至得到充分认可的司法现象。更为重要的是，对于中国数字化与人工智能化的未来发展趋势，本书更致力于提出一些富有建设性、合理性与可行性的理论创见与对策建议。例如：未来可以探索一种全新的自科法学开展大数据挖掘与法律研究；司法人工智能应当从通用化走向专门化；AI法官的运用前景如何仍然具有不确定性，取决于技术发展与法理、伦理等诸多因素的调适等。

总之，本书力求深度融合科技与法律两大学科知识，在技术赋能司法与法律保障权利之间寻求一种动态的、有机的价值平衡，为实现数字化时代“技治”与“法治”的合力共为提供助力，推动中国司法的现代化和智慧化走深走实，以推进国家治理体系和治理能力现代化。



情真理确

史海钩沉

□ 张守东

其实古代整个民间讼师群体都受排挤。根据《大清律例》“教唆词讼”条，“凡教唆词讼，及为人作词状，增减情罪诬告人者，与犯人同罪（至死者，减一等）。若受雇诬告人者，与自诬告同（至死者，不减等）。受财者，计赃，以枉法从重论。其见人愚而不能伸冤，教令得实，及为人书写词状而罪无增减者，勿论”。从法条可见，政府虽然不时打压讼师，但清律并不一概禁止帮助人打官司的行为，只是特别强调会严惩任何人“教唆词讼”，即在当事人无意打官司的情况下，鼓动人打无理官司或不必要的官司，及在代写诉状的过程中“增减情罪诬告人”，即通过添枝加叶或隐瞒真相的方式诬告他人。至于帮助“愚而不能伸冤”的人主张正义，只要“教令得实”即可，即为真有冤情的人提供的法律信息属实，则不受追究。

清朝广为流传着赫赫有名的讼师“谢方樽”的故事，他本有生活原型。该原型是乾隆年间的常熟辛庄人。由于对当时的社会不满，谢某常以机智的言行，讽刺和惩治贪官、恶霸，打抱不平，伸张正义，深受人民大众的喜爱，所以其事迹不胫而走，在民间广为流传。在温汝适的《咫闻录》中称他为谢芳津，夸他“具玲珑之笔，操决断之才，凡有冤抑难伸、倒悬莫解者，投而求之，一词入庭，即能脱兹罗网。其或心起讹诈，即事生情，出人意表；甚至蜃楼海市，平地风波，能使假者认而为真，曲者变而为直，四乡士民，咸推尊而畏惧之，名曰老大。官府慕友，亦慕其名。然救人多而害人少，以故官不加法”。就是说，谢某能够在诉状中把疑难案件的法律与事实说得一清二楚，为法官正确判案提供明晰的思路。当然，有时也颠倒是非、混淆黑白，只因大多情况下是帮助人们获得正义，因此官府未将其绳之以法。谢某的故事也说明，官府承认的“代书”之外的“非法讼师”，仍有其存在的空间。

谢某为人排忧解难的故事中，也有涉及婚姻的案例。有两家富人早已为儿女订婚，后来男方家道中落，女方徐姓家长苦于没有理由悔婚，于是借口与男方谈迎娶，留女婿谈至半夜，忽有劫匪破门而入，洗劫财物，并用煤涂黑女婿之脸，然后报官，声称被抢。知县审案，歹徒坚称女婿与其一伙。其实这些人是女方父亲为陷害女婿而招来的亡命之徒。眼看未婚夫蒙冤陷入囹圄，徐家女儿忙与闺蜜商量，闺蜜推荐谢某，于是二人趁黑夜悄悄拜访。听到案情，谢某觉得女儿告父亲本身即属非法，帮不上忙。因为从汉朝到清朝，儒家的法律都有“亲亲相隐”的原则，即住在一起的家人之间有互不举报犯罪的义务，特别是不许儿女告父母，除非涉及谋反等侵害皇帝的罪行。

于是，“女跪于地，痛哭求救。谢巡檐绕屋，数回而定，呼女起曰：‘写一词与汝，投之于官，可两全也’”。谢某在女方的哭求下，踱步徘徊，终于想出妥当的诉状。官阅词，拍案曰：“尔父竟如此之横逆也乎？”女曰：“爱女过切耳。”官曰：“尔乃护夫背父也。”女曰：“妾尚未离父母恩养也。”官默然，复阅至词尾，有“不告害夫，告则害父，不可告，不得不告”四语，曰：“此词乃情真理确也。”

谢某陈词的绝妙之处不在于他想出了万全之策——因为此事根本没有万全之策，而在于他把徐家女子不可告又不得不告的尴尬处境和盘托出，让知县不得不承认女子的确正处于此种情景中，至于如何是好，这无须讼师出主意。知县也知道，解决之道只能由唯一有权作决定的自己来想。称职的律师不需要自作聪明代替法官作决定，有时候，他只需要帮助法官拿准事实与法律问题的要害，法官自然会自信地作出聪明的决定。当然，也有需要律师提示法官该如何解决问题的时候——出色的律师总能知道如何帮助法官锁定问题，如何替法官想出解决问题的办法。

看了状词，又经审讯，知县写出如下判语：“礼重婚姻，律严谋害。女虽过爱，难违海誓山盟；婿或极贫，奚厌草瓢陋巷，兹某嫌婿贫穷而设陷阱，恶过绿林；幸女识夫仁义而首穷奇（中国古代神话中的四凶之一），贞如霜柏。一词剖案，四语动情。得辨公冶之羊，始认昭奚之虎。罚银充赏，婿家可免饥寒；完娶于归，女心亦得安逸；若按情而定断，应科诬死未决之条；幸代首以从宽，聊治得相容隐之罪。徐某薄责三十板，所纠棍徒各与重杖枷示。此判。”

依照清律，抢劫“得财者不分首从皆斩”，徐父诬告女婿劫财，本该按照“诬告反坐”，即诬告人何罪即治诬告者以何罪的法条处罚。此外，诬告人死罪，但尚未被执行死刑，本该杖一百，流三千里，外加服劳役三年，因是女儿告发，按照清律也可算作父亲自首，所以徐父被从轻发落，只责三十板，另罚徐父三千两银子，给女婿用于完婚。事后，徐女以银五十两酬谢闺蜜，而其夫至谢庄，“馈银百两，以报一词救命之德”。结局可谓圆满。

知县在判词中特别称道状词“一词剖案，四语动情。得辨公冶之羊，始认昭奚之虎”，就是说，知县认为“不告害夫，告则害父，不可告，不得不告”这四句话恰到好处，使得此案真相类似于典故中“公冶之羊、昭奚之虎”一般得以澄清。由此可见，讼师在严厉打压的环境中仍可因其状词出色地呈现当事人真实处境而获得官方默许。毕竟，官府伸张正义有赖于事实真相，而讼师在此可以为官员帮忙而不是添乱。

（文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版）