

观点新解

梅扬谈紧急状态的运作机理——可从决策权执行权监督权进行观察和描述



武汉大学法学院梅扬在《法制与社会发展》2023年第6期上发表题为《紧急状态的概念流变与运作机理》的文章中指出：

从语义上分析，紧急状态是与常规状态相对应的概念，是指在相当程度危险下一国国内的特殊社会状态。在现代社会，很多国家都已经将紧急状态上升为一个法律概念或宪法概念，紧急状态有其特定的内涵、外延以及运行规则。作为一种非常状态，紧急状态在多数时候处于休眠之中，备而不用，很少进入社会公众的视野。紧急状态代表着一种特殊的、非常规的法治状态，是法治秩序的基本构成。与常规的法治状态相比，紧急状态往往被一些学者视为衡量和检验国家治理能力的典范。这一现代概念的生成经历了一个从例外状态到法律状态再到法治状态的长期过程，从中折射出人们对紧急状态和法律之关系认识的逐步深化。

紧急状态的“法治状态”属性，已逐渐成为当今世界理论共识并广泛付诸实践。在此框架下，人们越发重视紧急状态机制设置的科学化问题，力求更加精准、有效地发挥其制度效能。紧急状态建基在紧急事项之上，紧急状态下的一切规则均是围绕紧急事项而设置的。长期以来，囿于各种主观因素的限制，人们在多数时候都将紧急事项视为一个整体，对其研究着墨不多。这些年，随着科学技术的进步，人们对紧急事项的认知不断深化，并从不同角度对其作出形式多样的细分。相应地，关于这些紧急事项的应对策略以及应对措施的力量和强度等也会有所差异，紧急状态概念开始在横向和纵向两个层面出现分野。

经过多年的不断演化 and 分野，现代意义上的紧急状态概念已经形成特定的规范意旨，其紧急形势位于战争状态和应急状态之间，并可由自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等多种类型的紧急事项所触发。在此框架下，紧急状态呈现出其特有的运作机理，一般涉及一国的宪法秩序，具体可以从决策权、执行权、监督权三个方面进行观察和描述。

紧急状态决策权是指决定是否启动紧急状态的权力，其位于整个紧急过程之顶端，是紧急权力的起点。鉴于紧急状态决策权的重要性，在法治状态下，各国宪法或法律均会对该项权力的行使施加非常严格的约束条件；紧急状态执行权是指在宪法层面正式启动紧急状态后，政府为应对紧急事项而采取的各种措施和手段之总称。在紧急状态下，各国基本上都会从多个方面对执行权行使的常规模式和规则进行“改造升级”，以提升政府应对紧急事项的及时性和有效性；紧急状态监督权是指围绕紧急状态下，政府采取的各种措施和手段是否在法治轨道内有序运行并恪守基本法治精神和原则所展开的一系列监督活动，常见的有立法监督、行政监督、司法监督等类型。

江岚谈电商平台单位犯罪成立标准的调适——要契合罪刑适应与罪刑均衡的价值取向



湖北大学法学院江岚在《政法论丛》2023年第6期上发表题为《电商平台单位犯罪成立标准的检视与调适》的文章中指出：

我国刑法对传统单位犯罪认定时，只需考察单位主体实施了危害行为且符合四个标准即可被认定为单位犯罪，鲜少出现认定困境。但电商平台参与实施的犯罪活动，尤其新型网络犯罪的活动中，其参与犯罪的方式、主观方面的来源、犯罪收益的重要程度等方面明显有别于传统单位主体。在认定电商平台实施或参与犯罪行为的刑事责任时，需首先界定其行为是否符合单位犯罪的成立标准。

电商平台作为特殊单位组织体，其内部结构与风险分配需求涉及单位犯罪行为的责任分配和追究，因此与传统刑法理论中单位犯罪的“双罚制”原则存在一定的冲突。如果一味固守传统的单位犯罪理论，则会面临单位意志难以判断、行为目的难以确定等困境，最终成为电商平台成立单位犯罪的阻碍。

对电商平台单位犯罪成立标准的调适，不仅要契合罪刑适应与罪刑均衡的价值取向，还应适应电商企业发展的实际需求，可以参考借鉴民法中职务代理制度的责任归属模式。但由于民事法律规范与刑事法律规范在立法宗旨、调整法律关系的范畴、责任承担方式等方面存在本质区别，不宜直接将职务代理制度完全引入电商平台单位犯罪的成立标准之中。须在严格遵守罪刑法定原则的基础上，选择、改造职务代理制度中符合刑法基本原则和新型网络犯罪立法目的的部分，参照组织体责任论，适当修正电商平台相关犯罪中单位犯罪的成立标准，不将“为单位谋取利益”作为单位犯罪成立的必要标准，从而使电商平台单位犯罪的认定路径更为顺畅。

经过调适后的电商平台单位犯罪的成立标准主要包括：其一，主体为单位；其二，可构成的罪名只能由刑法明文规定；其三，多个职员实施了具有一致性的观点或态度的业务行为。以上三个成立标准中的每一个都能与自然人犯罪独立区分。

(赵珊珊 整理)

致治之道：立法、守法与执法 清代状元策所反映的法制观之三

学者史话

殷啸虎

清代状元策对于法制建设方面的观点的阐述，大体上是从三个层面展开的：宏观层面，是从法哲学的角度，探讨和阐述了法治发展的逻辑和路径；中观层面，是从法制本身的内涵，即立法、守法与执法等方面，探讨作为治国理政基本工具和手段的法制建设的要求；微观层面，是对国家法制建设中的具体问题，如明刑弼教、反腐倡廉等提出意见和建议。其中作为中观层面的问题，即立法、守法与执法等方面，状元们同样从致治之道的角度，提出了一些观点和建议，其中不乏真知灼见。

虽然从总体上看，殿试策问以及状元对策里，对立法、守法与执法等问题探讨得不是很多，但不能因此否认这又是一个被高度重视的问题。尤其是在清朝建政之初，把立法放在了十分重要的地位。反映在殿试策问里，清朝入关后举行的第一场殿试，即顺治三年(1646年)殿试的策问题就提出“俾朕得日闻正言，行正事，以综核名实，修明法纪欤”，其后康熙二十四年(1685年)在殿试策问中，也提出“兴利必要其成，立法务期其久”。而状元的对策也正是围绕这些方面，对立法在国家治理中的重要地位出发，阐述其观点和主张。顺治十五年(1658年)状元孙承恩在对策中，把“定纪纲而彰法度”作为

国家“善政”的标志；顺治十八年(1661年)状元马世俊在对策中也直言：“治天下有本有末，得其本而治之，则无不治矣。所谓本者何？即制策所云纪纲法度是也。”

从国家治理角度而言，良好的“纪纲法度”具体体现在立法、守法与执法三个方面。

首先，就立法而言，清朝初年全盘沿袭了明朝的《大明律》，其后根据形势的变化，不断进行修改损益，形成了以律例合编的《大清律例》为主的法律体系，可以说对传统立法既有继承、更有发展。而如何在继承传统的基础上更好地适应时代的要求，也同样是殿试策问中经常提出的问题。在殿试策问有关立法的问题中，不少是从法律历史发展的角度提出的。顺治十八年殿试策问提出：“今纪纲法度，虽已彰明，然因革损益，岂无顺时制宜者，何以酌定章程，以为万世之规欤？”道光十六年(1836年)殿试策问更是详细罗列了古代立法的发展：“魏文侯时，李悝著《法经》六篇，为后世律例所自始。然楚之《仆区》，郑之刑书，晋之刑鼎，不俱在李悝之前欤？汉初约法三章，厥后萧何定律令，于李悝所造凡益若干篇，叔孙通复益者何律？唐之律令格式，宋之《刑统》，元之《至元新格》《大元通制》，明之《大明律令》，其轻重，其沿革，能详陈欤？”实际就是一道法律发展沿革史的策问题，目的就是厘清历史上法律发展沿革的线索，借以探讨对当代立法的借鉴。而一些状元们在其对策中，也阐述了对立法的相关观点和建议。

一是认为立法不可泥古。嘉庆七年(1802年)状元吴廷琛在谈到古代荒政立法时认为，虽然《周礼》中对荒政就有详细规定，但后世也皆有敦荒良策，“皆有法则”。因此，“法不可废古，亦不可泥古”，而是应当“酌古今之宜”。

二是认为立法损益要因时制宜。嘉庆二十五年(1820年)状元陈继昌谈到这个问题时认为：“帝王之治，因革损益，不必尽同，而其源则一。”他说，“夫治法，自唐虞而降，历代沿革不同”，因此，“莫不因地制宜，因时制宜”。

三是立法法贵，道光十二年(1832年)状元吴钟骏在对策中以《周礼》“纲举目张，昭然大备”为例，认为立法“科条愈备，则诈伪愈多，吏胥之舞弊，即长吏亦有所不及觉者，法太繁故也”。

其次，就守法而言，守法是法律得以实施的根本。因此，如何保证立法能够得到切实有效的遵守，同样也是殿试策问所关注的问题。顺治十五年殿试策问提出“明慎用刑之念虽切，而自干法法者犹多”，状元孙承恩在对策中认为：“夫民之犯法者，比比而是也。诛之则有不胜诛，而宥之则有不胜宥。必有一定之律法，使天下晓然于法之不可犯而民畏。”康熙五十四年(1715年)状元徐陶璋也认为：“国家长治久安之业，在乎法之尽善，而尤在守其守法之心。”而康熙二十四年状元陆晋堂更是把守法视为是“王道”的体现，他说：“泰道允协，而守上之法……是之谓王道。”

要做到守法，普法很关键。《大清律例》中专

门有“讲读律令”一条，清雍正时要求所在州县仿效《周礼》布宪读法之制，“时为解说，令父子弟遵相告诫，知畏法而重自爱”。对此，雍正十一年(1733年)状元陈仪在对策中也建议地方官员“严其督率，读法悬书，使人知典章之宜遵，则形端而表正矣”。

最后，就执法而言，严格执法是法律得以有效贯彻实施的保证。顺治四年(1647年)状元吕昌在对策中回答策问提出的如何根除官员亲戚及豪强欺压百姓等种种不法行为时说：“弊皆起于有司执法之不严，而风亮创惩之不力也。”因此，严格执法的关键，还是在那些执法官吏，亦即那些“奉法者”。道光三十年(1850年)状元陆增祥在回答策问提出的“浩诚夙愿而奉行不力”时说“古今治乱，不外礼乐刑政数端，而日久息生，有浩诚夙愿而奉行不力者”，其原因就在于“是岂法之不善，特奉法者之玩忽耳”。也正因为如此，状元们在对策中，把治道本于治法，治法必有治人，治人必先治心作为奉行国家治理和以法治国的基本逻辑和路径。光绪二十九年(1903年)中国科举史上的压轴状元王寿彭在对策中关于这个问题的观点，可以算是一个总结，他说“孟子曰：徒法不能以自行；荀子曰：有治人，无治法。故法例犹是，而往往有弊者，皆群臣奉行不力之过”，因此他建议“行信赏必罚之志，以任庶职，则贤无不胜也；以理庶狱，则法无不行也”。

(《法治之道：治法、治人与治心——清代状元策所反映的法制观之二》详见于《法治日报》2024年1月31日10版)

数字法学研究的德国视角 《数字化、人工智能和刑法》译者序

书林臧否

江溯 刘畅

近年来，技术的进步，技术对我们生活的改变，我们每个人都深有体会。在享受技术所带来便利的同时，或多或少也会感受到一些问题，无论是已经在影响我们生活的问题，如隐私泄露、电信诈骗、恶意软件、非法内容在互联网中的传播，还是我们对未来的担忧，如不安全的自动驾驶车辆、可能伤害人类的机器人等，这些问题无不昭示着一个事实：随着技术的进步，相关的法律法规和监管体系也需要不断地更新和完善，以应对新的挑战和问题。数字法学领域应运而生，并扮演着愈加重要的角色。

但任何一个新兴领域的发展都不会一帆风顺的，从无下手，举步维艰到条分缕析，逐步深入，从备受质疑到广泛接受，需要一位位学者不断地开拓、深耕。《数字化、人工智能和刑法》一书作者希尔根多夫教授即便不能说是德国数字法学领域的拓荒者，也可以说是先驱之一。近三十年前，他就已经在网络犯罪领域取得了诸多成果，二十年前，他又敏锐地关注到人工智能与法律相结合所产生的问题

以及企业合规这个近年来成为“热点”的问题。通过不断的研究，他的一些见解已经广为德国理论界和实务界所接受。例如，他对刑法中“容许风险”概念的拓展以及他对“悖论问题”的研究，如今已经成为德国、欧盟相关伦理标准和立法文件的基础。而《数字化、人工智能和刑法》一书也将希尔根多夫教授在数字法领域，特别是人工智能、自动驾驶相关的重要学术成果呈现给国内的读者，以供参考。

本书共收录了希尔根多夫教授在数字法领域的论文27篇。应该说，这个数字已经蔚为可观了。然而，即便仅以与数字法领域相关为限，这也远非希尔根多夫教授的全部著作。选择论文时，希尔根多夫教授的笔耕不辍让我深陷择言困难之中。在与希尔根多夫教授反复交流后，我们达成了共识：呈现给中国同行的应当是德国数字法研究尽量完整的图景。

在时间维度上，我们并没有简单地将所有待选文章倒叙排列，选取最后发表的论文。而是拉长了时间跨度，选取不同时期的论文。以希尔根多夫教授大力推进的人工智能法领域为例，我们选取的第一篇论文发表于2012年，当时希尔根多夫教授刚刚开始开拓这一领域，着手创建维尔茨堡大学日后享有盛名的机器人法研究中心。文章探究性地讨论了刑法上的概念——如行为、罪责

等——沿用至机器人的可能性。应当说，时至今日，这篇论文仍是这一领域有生命力的、重要的文献。而我们选取的这个领域的最后一篇论文，在着手翻译时尚未发表。是时，欧洲范围内，不仅相关研究已经蓬勃发展，相关规范性文件的体系建构也已经逐渐明晰。在伦理层面，欧盟颁布了《可信的人工智能伦理准则》《人工智能白皮书》，在实践方面，德国颁布了《自动驾驶法》，而欧洲更全面的人工智能法规《人工智能法(草案)》也已经出台。在这样的情况下，希尔根多夫教授作为前述规范性文件制定工作的深度参与者，专家组成员，站在“立法者”的立场对其中的重点问题能够加以阐释。在这样的时间跨度内，希望读者能够看到人工智能法领域在德国的发展轨迹——从问题的提出、探究性的解决方案，到观点的形成和进一步的体系化。我们认为，对于新领域的开拓而言，走过的每一步都是有价值的。无论是成功还是失败，无论是自缚手脚还是灵光一闪，无论是正确的方法还是错误的路径，这些都应该呈现给同行者，后继者以供参考。当然作为本书的最早一批读者，我们要说的是，就这个目标而言，希尔根多夫教授是“失败”的，我们可以看到他在提出一些理论时的小心翼翼，不知前路，虽很“遗憾”，但得益于他严谨的逻辑思维和深厚的理论功底，他的探究多数是成功的。

而在主题方面，在确保不偏离“数字化、人工智能和刑法”这个核心主题的前提下，我们也尽量拓宽了选题范围。最终选定了基础理论、网络刑法、人工智能与(刑)法、自动驾驶和法律、刑事程序法和加密货币这六个不同的问题视角，成为本书的六编。其中既包含了基础性的思考和基本研究方法的表现，也包含了信息技术和人工智能最具代表性的应用领域；既包含对实体法问题的研究，也包括对程序法问题的讨论。除希尔根多夫教授对理论的拓展，对一些具体问题令人信服地解决外，在选择论文的过程中，令我们印象尤为深刻的是希尔根多夫教授对方法论的把握。虽然他探究的是新兴领域，但他坚持反对思想天开、标新立异。他坚持在研究新问题的过程中应当坚守一些基础性的东西——科学的方法论，以人为本的核心法律理念、刑法教义学的约束等。这样的态度在他的很多论文中都有所体现。我们也有意识地选取了一些这样的文章，以体现希尔根多夫教授在数字法领域的方法论构建。古语云“授人以鱼不如授人以渔”，而通过本书呈现给读者的，既有鱼也有渔。我们认为在此两者是可以兼得的。相信有不同需求的读者都可以从本书中找到自己所需的内容，而如果从阅读中有所收获、有所借鉴，我们自然是与有荣焉。

敬天保民

史海钩沉

殷啸虎

在古代，由于人类对自然的认识能力有限，对于诸多无法解释的问题就归结为冥冥之中的一种神秘力量在支配，朴素的天命鬼神思想广泛盛行，“天命”观念由此而来，并享有至高的地位。这一观念反映在法律领域就是天刑罪罚。在夏王朝时期，天被认为是一种朴素的自然神，而商代统治者将这个自然神建构成为一个人性化的神，并宣称自己的统治行为都是受命于天，是代表天来裁决人间是非的。在这个神权独尊，巫祝占卜至上的宗教社会里，大到征伐别国、祭祀先祖，修筑城墙，小到出行乘车，放牧耕田，甚至做梦，都要进行占卜，以定吉凶。

《尚书·商书·西伯勘黎》记载了一件非常有趣的事，可以从侧面印证当时对占卜的重视以及对统治者对自己受命于天的“迷之自信”。

周武王八年时，周国军队在毕公高的率领下，一路高歌攻下黎国，商的统治岌岌可危。大臣祖伊火急火燎地去朝觐商纣王，对他大加指责：天子啊，占下上天恐怕要终结我们殷商的国运了。现在占卜都看不到一点点吉兆，这并不是先王不保佑我们这些后人，实在是大王您沉湎酒色荒淫无度，自绝于先王啊。现在老百姓们都希望我们国家灭亡，他们纷纷祈祷上天快点显灵来惩

罚您！大王您现在打算怎么办？

按说在这种时候商纣王应当非常着急惶恐才对，但他却狂妄地安慰祖伊：“呜呼！我生不有命在天乎？”意思是：我们是有天命的，怎么会被打败呢？可见“天命”的观念有多么根深蒂固！

就在商纣王还在信誓旦旦相信“有命在天”，并想夺回黎国之时，长期与商人存在诸多矛盾的东夷人突然发起了大规模叛乱，在商朝的后院点了一把“大火”。商纣王不得不暂时放弃夺回黎国的想法，转而将兵力投向了山东半岛，前往平乱东夷之乱。虽然最终商人取得了胜利，但东夷人极其强悍的战斗力使得商王室大举折损大半。一年多后，周武王正式发起第一次东征，彻底推翻了商纣王的统治，建立了周王朝。

当时周面临的形势还是非常严峻的。周原是西部边陲一个政治文化不甚发达的部族，想要取代历史悠久、文化繁荣的殷商，难度之大可想而知！面对殷人的叛乱和内部的分裂，周必须笼络一切可以笼络的力量，为了让人们相信周取代商的合理性，周武王的弟弟周公提出了“敬天保民”的概念。

周公提出：王权虽然是神授的，但只授给有德之人，殷商灭亡的原因恰恰就在于“惟其不敬德”。言下之意就是殷商就算是天选之又怎样？不讲德行就会被上天抛弃，就该灭亡！那么怎样才能算是“敬德”呢？周公在继承夏商天命观的基础上对其进行了修正完善，借助“天”的地位来阐明百姓的重要性，将百姓的意愿视为天的意愿来源。“敬天”是目的，“保民”是手段，只有通过“怀柔小民”来“以德配天”，才能“祈天永命”。“敬天保民”思想在西周达到了统一并成为其基本治国理念，指导着包括法律领域在内的国家各项活动。这一指导思想一直影响着后世法制，使得我国古代出现了一些独具特色的法律制度，例如秋冬行刑制度等。

秋冬行刑制度起源于春秋战国时期的适时行刑理论，以“阴阳五行”和“天人感应”理论为核心，将四季变化、自然灾害与执行刑罚相联系。按照“阴阳五行”理论，秋季对应五行中的“金”，金本性冰冷，表示用于砍伐的工具，寓意破坏。在古人看来，春夏是万物生长的季节，秋冬是肃杀蛰藏的季节，秋冬断狱行刑不误农时，因此应当春夏行赏，秋冬行刑，如果违反天意，就会招致灾祸，受到上天惩罚。自汉朝正式将自然界的运行规律直接引入法律领域，并作为具体司法制度的依据后，“春夏行赏，秋冬行刑”一直延续到我国封建制度灭亡。

“保民”在法制领域的体现就更多了，如慎重执行死刑的“三复奏、五复奏”制度，对判决不服的“理直”申诉制度，“翻异别勘”的案件复查制度等，其中最为我们熟知的可能就是“登闻鼓”的直诉制度了。

“登闻鼓”制度最早可追溯到西周时期的“肺石”(一块赤色的石头)，据《周礼》记载，当司法不公导致穷苦的百姓有冤情时，老百姓就可以站在肺石上讲述自己的冤情，会有专门的官吏处理此事。之后“路鼓”代替了“肺石”，有冤情的老百姓可以通过击打上官衙门口的“路鼓”为自己鸣冤，官员会进行受理。汉朝开始正式推行“周鼓上言变事”制度，确认了这种直诉制度的合法地位。西晋时期，“登闻鼓”一词正式出现，经过隋唐时期的稳定发展和使用，到宋朝得到发扬光大。

在宋代，不管是平民百姓还是达官显贵，只要是大家子弟都有敲击登闻鼓表达诉求的权利，“朝政得失、公私利害、军期机密、陈乞恩赏、理雪冤滥、及奇方异术、改换文资、改正过名”，只要有诉求都可以敲鼓，由于门槛太低，甚至出现了皇帝帮着安排工作以及帮市民找猪的趣事。

据书记载，有一天，宋太祖赵匡胤听说有人敲登闻鼓，以为出了什么大事，赶紧召见这个名叫年晖的开封市民，仔细一问，原来是家养的猪跑了，来找皇帝诉苦。赵匡胤耐心地听年晖诉完苦，非但没有生气，还赐给了他一千钱，算是补偿。事后，赵匡胤还非常开心地给宰相赵普下了一道手诏，与他分享这一趣事，并且非常欣慰地跟赵普说：“现在连猪不见了都算是冤情，可见天下已经没有什么冤民啦。”

(文章节选自官蕊主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社出版)