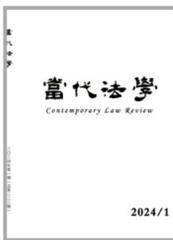




观点新解

赵志超谈不予执行制度—— 既是对执行依据展开的司法审查也是救济途径



中国人民大学法学院赵志超在《当代法学》2024年第1期上发表题为《不予执行制度的反思与规制路径重述》的文章中指出：

我国现行规定了两种当事人申请不予执行制度，分别是公证债权文书不予执行与仲裁裁决不予执行。不予执行制度既是对执行依据展开的司法审查，也是一种救济途径。但不予执行制度理性应受质疑。一方面，不予执行制度对公证债权文书是否成立、仲裁裁决是否有有效的审查，与执行立案程序的审查内容一致，造成了两者的功能重叠；另一方面，不予执行事由指向的公证债权文书不成立、仲裁裁决无效情形，都属于执行依据不合法。

当事人申请不予执行的事由林林总总，但都是对执行依据执行力的否定，体现了该制度的救济功能。在功能上，执行救济制度旨在对受侵害的执行当事人和案外人提供法律救济，由于侵害性执行行为可区分为违法执行与不当执行两类，执行救济制度体系也就应该以此为底层逻辑展开。那么，作为一种执行救济机制，不予执行制度事由对应的执行行为应当在违法执行与不当执行两者之间说明其归属。如果不予执行制度的底层逻辑混淆不清，其自身便面临缺乏合理性证成的危机。

不予执行制度一并代劳地承担了执行要件审查与当事人救济的双重任务，然而其既难以找出区别于立案审查程序的理由，又不符合不予执行制度事由在应然层面对应的救济逻辑。其制度理性难以证成，对其废弃并非不可接受。取而代之的应是：首先，将不予执行制度承担的执行要件审查功能归还立案审查程序，在立案审查阶段廓清执行机关的审查范围，对执行依据合法性应当前置审查，实质审查、一段审查，并充实执行立案审查程序的调查方法，为当事人之间的争议提供适当的程序保障，实现强制执行启动的迅捷性、妥适性和正当性；其次，在执行救济阶段则应回归对不当执行的救济逻辑，将执行裁决救济重新作为诉讼救济。公证债权文书合法性救济通过债务人异议之诉展开，仲裁裁决合法性救济通过仲裁裁决撤销程序展开。

熊金才谈厘清离婚经济补偿纠纷案件的裁判逻辑—— 应构建“利益识别+要素考量+数额认定”规则



汕头大学法学院熊金才在《法治研究》2023年第6期上发表题为《离婚经济补偿数额认定标准实证研究》的文章中指出：

离婚经济补偿标准是指离婚经济补偿数额确定的准则和依据，其直接决定补偿数额的多少，实质性影响当事人的实益，是离婚经济补偿纠纷解决的必要规范。由于民法典离婚经济补偿制度未明确补偿标准，在当事人对补偿数额不能达成一致所生纠纷案件的裁判中，补偿数额的确定主要依赖于法官的自由裁量。又由于家务劳动及其他付出的身份属性、情感性，涉及婚姻的现实利益、信赖利益、期待利益等诸多婚姻利益，离婚经济补偿数额的适用标准迄今仍然存在理论和实践困境。

对2021年至2022年离婚经济补偿案件补偿标准适用的梳理发现，存在不同离婚救济制度补偿标准混同、对离婚经济补偿不同标准的功能区分和适用情形理解不充分、利益识别不准确、认定规则不一致、依据不明确等问题。

裁判实践中离婚经济补偿数额认定标准之适用存在的一系列问题不仅会导致裁判结果的不公正、损及当事人实益，由此产生的大量同案不同判现象亦会损及司法公信力和离婚经济补偿制度的价值。在补偿标准立法缺失的背景下，司法层面应总结裁判实践中标准适用的经验和不足，厘清存在的问题及其成因并予以针对性完善。推进补偿标准适用的统一和规范，并通过司法解释或指导性案例的方式为司法裁判提供明确的指引。基于实证研究发现的普遍性问题，宜从两个方面予以完善：第一，明晰补偿标准适用的原则。离婚经济补偿标准适用的原则是指离婚经济补偿数额认定标准选择和适用的原理和准则，其决定补偿标准适用的价值取向，确立补偿标准适用的指导思想和基本精神，贯穿于补偿数额认定的各个环节，具有填补离婚经济补偿标准立法漏洞、解释补偿标准适用规则、框定自由裁量之范围的作用。基于离婚经济补偿制度的立法旨意以及裁判实践中补偿标准适用存在的普遍性问题，补偿标准的适用宜遵循意思自治原则、利益平衡原则和适当性原则。第二，厘定补偿数额认定的规则。构建“利益识别+要素考量+数额认定”三步骤认定规则有助于厘清离婚经济补偿纠纷案件的裁判逻辑，明确补偿标准选择的依据，统一补偿数额酌定的因素，实现离婚经济补偿数额认定规则的理论突破和实践创新。

离婚经济补偿数额认定的各个标准繁简有别，体现的婚姻利益不同，适用情形存在差异，存在基于个案具体情况确立适用的空间。裁判者应强化利益识别意识，提升基于个案具体情况准确适用相应补偿标准和认定规则的能力，实现公平、高效裁判，为当事人的权益提供周全的保护。

(赵珊珊 整理)

明刑以弼教的刑法观 清代状元策所反映的法制观之四

学者史话

□ 殷啸虎

明刑以弼教可以说是清代殿试策问以及状元策所涉及最多的法律问题之一。清朝入关后不久的顺治十六年(1659年)殿试策问就提出：“教化乃朝廷首务，刑法乃民命攸关。”清朝沿革和发扬了传统法律文化中的明刑弼教思想，并力图在国家治理的实践中予以发扬光大。也正因此如此，在殿试策问中，多次提出这个问题，而状元们在对策中也各抒己见，在某种程度上也反映了在明刑以弼教问题上的一些重要观点和看法。

明刑弼教一词出自《尚书·大禹谟》：“明于五刑，以弼五教，期于予治。”清代大儒董仲舒将其发展为“德主刑辅”思想，以刑法作为推行道德教化的辅助手段，这也成为中国传统法律文化的主流刑治观。在《唐律疏议》开篇就提出：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阴阳相须而成者也。”

教化与刑法都是国家治理的手段，但从两者关系而言，教化无疑是主要的，刑法只是推行教化的辅助手段，这一点可以说是传统法律文化的一个共识，清朝自然也不例外。顺治十六年状元徐元文在回答殿试策问提出的“教化乃朝廷首务，刑法乃民命攸关”时说，历来地方官的责任就是“发号施令无非教也，劳来循行无非教也”

“而又为之明刑教法以正之，慎慎庶政以莅之，畏罪之心即为乐善之心，虽有桡枉桡枉，将无所施，刑不期措而自措，狱不期慎而自慎”，可谓是一语中的。

因此，在状元们关于明刑以弼教问题的对策中，都强调了教化重要地位和作用。顺治十五年(1658年)状元孙承恩在对策中说：“国势之所以强弱者，在乎民气之忧乐，而不在于富与强；王政之所以兴废者，在乎民心之漓补，而不在于刑与名。古之人君知其然，务修其政教，以养民气而定民心。”他认为上古时期“至于刑措而不用者，政教之道得焉”；而后世之所以不如上古时期民风淳朴，就是因为“务刑以督其民，而不知修政教以化之之本故也”。因为“民之为非也，不能强使之不为，而在使之不欲为；民之为善也，不能强使之必为，而在使之乐于为。其所以使之不欲为非而乐于为善者，家给人足而民气乐，明耻教让而民心朴也。若不知其本而使徒刑以督之，刑罚之所不及，其心斯去之矣”。

但是，以教化为主，不“务刑以督其民”，并不等于不要刑罚，废刑罚而不用。乾隆年间编纂的《四库全书》在《政法类·法令之属按语》中有一句名言：“刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚。”虽然“不尚”，但也“不能废”，这也是状元策中所反映的“明刑以弼教”刑法观的核心思想和主张。道光六年(1826年)殿试策问就指出，“先王制礼以崇敬，作刑以明威，刑弼明而后教化行，把刑罚作为实行教化的前提条件和手段。在状元对

策中，也强调了这种刑罚“不能废”的观点。嘉庆十三年(1808年)状元吴信中认为，“五刑之设，上世不能废”；道光十六年(1836年)状元林鸿年也认为：“虽慈祥恺惻之主，亦不能废刑法以治之。”而对刑法问题的探讨，也是基于这一点。

其一，刑不可废，亦不能滥。在清代殿试关于刑法的策问中，滥刑问题是谈得比较多的。康熙四十二年(1703年)殿试策问提出，“又或恣意滥刑，无辜罹罪，朕甚痛之”；康熙四十五年(1706年)殿试策问也说：“听狱之吏，至有恣用酷刑，滥伤民命者，何其惨而不德也！”康熙四十二年状元王式丹在对策中认为：“《易》曰：明慎用刑。明则能详，慎则能酌。减能体皇上详酌再三之意，而治狱必得其情，无饰词以定罪；刑刑必审其当，无恣意以行私。”

其二，防止刑罚枉滥的关键，在于“持平”，用刑明允，得其中。乾隆四十六年(1781年)状元钱焯在对策中认为“刑者，圣人不得已而用之，大要持平而已”。“平”的关键，在于“中”：“善用刑之中，自具谨慎之至意，初未尝有过枉过纵之失参。”而“中”的具体表现，就是《尚书·舜典》中说的“惟明克允”。道光十六年状元林鸿年在对策中说：“刑者，成也，一成而不可变，故夫君子对中心焉。不存偏见，不逞成心，而惟明允允在是矣。”

其三，用刑明允，得其中的目的，在于“无枉无纵”。道光六年殿试策问指出：“盖欲天下无冤民，必先朝廷无枉法，罪疑惟轻，所以广好生之

德；刑与众弃，所以平万物之情。”但同时也指出：“后世守令，不能尽知古人立法之意，乃至姑息养奸，游移寡断，名为慎重民命，实则屈抑民情。”因此，要“无枉”，但同时也要“无纵”，即不能轻易放纵罪犯。在清代状元对策中谈到这一问题时，也强调慎刑并非一味轻刑，不少状元都特别举出唐太宗纵囚一事为例。据《资治通鉴》和《旧唐书》等记载：贞观六年(632年)岁末，唐太宗“录系囚，见囚死者，囚之，纵之归家，期以秋来就死，仍赦天下死囚，纵囚遣，使至期来诣京师”。到了第二年秋天，这390个死囚“无人督帅，皆如期自诣朝堂，无一人亡匿者”。结果唐太宗下令将他们全部赦免，此事也被后人所广为称道。但状元们并不十分认同这一做法，嘉庆十六年(1811年)状元蒋立镛在对策中认为，“苟慕轻刑之名，而不恤奸之患，则姑息思，如唐太宗纵囚一事，亦不免为欧阳修所讥耳”；道光十六年状元林鸿年在对策中也说：“纵囚一节，识者讥之。”

归纳起来看，道光十三年(1833年)状元汪鸣相在对策中的观点，可以说是代表了清代状元在明刑以弼教问题上的基本看法，他说：“夫皋陶刑官也，而教民以德；伯夷礼官也，而折民惟刑。古人使民不忍之意，即寓于潜移默化之中。决狱者，诚不忍以刻核为能，亦不敢以宽纵为法，庶有合于明慎用刑之旨。”

(《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》详见于《法治日报》2024年2月7日10版)

寻找中国古代法文明模式的特点 《中国古代法文明模式》绪论节选

书林臧否

□ 马小红 (中国人民大学法学院教授)

说到中国古代法文明模式的特点，应该注意两点：第一，目前中国的法律体系是近代以来西法东渐的产物。从1902年清末修律开始，西法成为中国“变法”的仿效目标，这是近代中国无奈的被动选择。西来之法不仅改变了中国承袭了数千年的法的制度与体系，而且也冲击着人们的法律价值观念。第二，一脉相承的中国数千年的法在近代解体后，其深远而巨大的影响却不以人们的意志为转移。就习俗及观念而言，古代法的影响远远没有消失。在现实的生活中，我们总能自觉或不自觉地感受到传统法的影响和约束。在变法中，仿效的西法模式在传统影响下不自觉地变形。古代法文明在西来法文明的冲击下，虽支离破碎但仍然顽强地存在并影响着现实。中法与西法两者在变异中融合并摸索相互兼容的途径。然而，这个“兼容并蓄”也并非一成不变。

19世纪以来，每当立法之时，人们必会问西法的规定为何。清末修律时，修订法律馆出了

大量的法科留学生，翻译了大量的西法律及法学名著，并请外国的法学家来中国帮助立法。借鉴，吸纳甚至仿效西法，其实一直是近代中国法律变革的主旋律。每预立一法，国人便会放眼看一看美国如何、欧洲如何、日本如何等。但在20世纪的后半叶，中国学界在关注国外的同时，也开始关心起中国古代法如何。如今法学界是有很多学者将眼光投向中国古代法文明蕴含的现代法因素。中国古代法文明中是否有权利观念、权力制约的思想、类似宪法的母法、类似民法的理念等，这些问题的提出，一方面说明中国古代法确实离我们渐行渐远，以致非经“专门”的研究而无法确知；另一方面也说明在中国现实社会的法律发展中，兼容并蓄不仅是中西的融合，而且包括了对古代法的借鉴。法的古今连接已经改变了以往被动地被影响的局面而成为自觉复兴。

说到中国古代法文明究竟“有没有”的问题，其实涉及法文明“特点”。有学者认为，无论是在古代还是在今天，也无无论是在西方还是在东方，但凡是人类社会，所遇到的一些问题大致是相同的。其实，从贴近民生的法律看，便可以证明这一点。比如，中国古代社会有纠纷

的存在，西方社会，现代社会同样也有纠纷的存在；中国古代社会的法律中有罪与刑的规定，西方与现代的法律中同样有这样的规定。古今中外面对相同问题的“不同”在于对同样问题阐述的角度、表达的方式和解决的方法不同，这就是特点。实际情况也的确如此。我们可以从“二十五史”的《礼乐志》中看到礼就是中国古代人心目中的“根本大法”，从《选举志》中看到科举制就是中国古代人对“权利”“平等”的追求，从《五行志》中寻找到中国古典式的以体恤弱者特征的“自然法”思想……当我们从浩瀚的资料中勾勒出中国古代法文明模式，澄清了一些误解后，再用现代社会的法思维或理念去阐释中国古代法文明时，过去的法便具有了现实的价值。

中国古代法在近代的变革中不仅证明了其优秀因素是可以与时俱进的，而且在实践中也证实了其强大的生命力与活力。凡是自觉地利用了传统作为支撑的法律制度，比如人民调解制度、综合治理等，在实践中就会执行得较为顺利，基本能获得立法的预期效果；反之，与传统抵触较大，从西土引进却又缺乏本土法资源支持的一些法律制度，在实践中往往会产生“南橘北枳”的结

果，如梁启超所总结的那样：自由之输入，不以之增幸福，而以之破秩序；平等之输入，不以之荷义务，而以之蔑制裁；竞争之输入，不以之敌外界，而以之散内团；权利之输入，不以之图公益，而以之文私见；破坏之输入，不以之藏膏肓，而以之灭国粹。

梁启超所处的时代，即20世纪的初期，在中西法融合中发生“南橘北枳”的现象，可以说是历史的必然。因为当时的中国处在民族生死存亡的关头，人们无暇对来自西方的自由、平等、竞争、权利等新观念以传统为平台主动地发掘与融合，也无法对西来的这些概念或观念细致地正本清源，所以难免产生误解。在当时的情况下，对中西法契合点的考察也不免片面，因为效法西方法则解体中国法在当时人们的认知中是必然而合理的，但是，对于中国这样一个具有古老文明、悠久历史的国家来说，历史传统永远是融合与创新的基础，合理地维护、利用、改造、更新传统，才会产生出适合自身发展的道路。就如同古代中国对来自自然之国的佛法的兼容形成了具有中国特色的佛教一样，外来的法治也只有在以传统为基础的兼容并蓄中，才能获得真正的活力。

民贵君轻

史海钩沉

春秋战国时期的连年征战，给老百姓带来深重的灾难和痛苦，加之不少上位者为满足自己的奢侈欲望，变本加厉地搜刮人民，老百姓稍有反抗就会被处以残酷刑罚。《左传·昭公三年》记载的“履殿而虚”的故事，就向我们间接呈现了百姓被随意处置的悲惨场景。齐景公在带领齐国由乱转治，走向强盛后就开始纵欲享乐，不顾百姓死活。他不仅生活奢侈，贪财好色，而且好大喜功，脾气暴躁。为了支撑起自己奢侈无度的生活，老百姓三分之二的收入都被他挥霍掉了。谁要是惹他生气，他就会不阴不阳地由下下令将人的脚砍下来。有一次，齐景公想赏赐有功的晏婴一座大房子，没想到晏婴却拒绝接受，理由是自己现在住的地方虽然小但是离市场比较近，买东西很方便。齐景公便笑着问他：“相国你说你经常买东西，那现在什么最贵？什么最便宜啊？”晏婴敏锐地察觉到这是一个进谏的好时机，赶紧回答道：“据臣所知，现在最贵的是假狗，最便宜的是鞋子。”齐景公听后若有所思，开始反思自己的行为，减省刑罚。

虽然这个历史故事的重点在于赞扬晏婴的机敏睿智，胸怀天下，但人命如草芥的世道也被生动刻画出来。腐朽而又残暴的奴隶主贵族统治

使得老百姓的不满和愤怒越积越多，逃亡、暴动、起义等反抗斗争此起彼伏。战国时期各国间连绵不绝的争霸战争，更使得本已生活困苦的民众愈加悲苦。

天下大乱，礼崩乐坏，民生凋敝的悲惨状况直接促使民本思想得到极大发展。其中“民为贵，社稷次之，君为轻”的“民贵君轻”理念作为其中的翘楚，在今天依然闪耀着智慧的光芒。这句话是儒家最重要的代表人物之一、被后人尊为“亚圣”的孟子提出的。孟子是鲁国贵族孟孙氏的后裔，他对孔子极为尊崇，曾率领弟子在二十多年时间里游历了齐、宋、滕、魏、鲁等国，目睹了普通百姓在虐政和战乱之中痛苦挣扎的悲惨情形，这对他触动很大，是促发其提出“民贵君轻”理念的重要原因之一。

孟子的为官生涯是从邹国开始的，在做官之初，他就关注到了老百姓对国家的重要作用，这从《孟子》中的一段对话可以看出。邹国与鲁国交战，邹穆公对孟子说：“我的官吏死了三十三个，但百姓中没有一个人因为战事而牺牲的。杀他们吧，杀不了那么多；不杀他们吧，又实在恨他们眼睁睁地看着长官被杀而不出去营救。到底怎么办才好呢？”孟子回答说：“灾荒年岁，您的老百姓，年老体弱的葬尸于山沟，年轻力壮的四处逃荒，差不多有上千万人吧；而您的粮仓里堆满粮食，仓库里装

满财宝，官员没有人把这种情况告诉您，这是上级怠慢残害老百姓啊！曾子说：“小心啊，小心啊！你怎样对待别人，别人也会怎样对待你。”现在就是老百姓报复他们的时候了。您不要归罪于老百姓，而要归罪于您的长官，因为他们为长官牺牲了。”

在孟子二十多年的游历生涯中，既遇到过真心实意崇拜他的滕文公，也遇到过沽名钓誉的齐宣王。滕文公还是世子的时候就对孟子非常仰慕，曾专程拜会过孟子。滕定公去世后，滕文公两次派人向孟子请教怎样办理丧事。滕文公继位后，孟子在鲁国不得任用，便来到滕国。这时的孟子已经对民众的作用有了深入思考。他指出，治国之道的首要任务就是要关心老百姓，使其“有恒产”，要施行什一税，并田制等惠民养民的经济措施；老百姓富起来之后，还要加强对他们的教育。

孟子还指出：滕国虽是小国，被齐楚两个大国夹在中间，但是通过与民共守，也是可以有所作为的。但滕国无法为孟子提供施展才华的舞台，孟子最终离开滕国来到齐国。齐宣王想效法齐桓公、晋文公图谋霸业，因此对孟子礼遇有加。孟子也想在齐国推行他的政治主张，对齐宣王抱有很大期望。此时，孟子的民本思想体系已完全成熟，关于“仁政”“王道”“贵民”均有详细的施行

措施，他多次劝谏齐宣王要施行仁政，在经济上制民之产，不违农时，在教育上先富后教，在政治上与民同乐、照顾弱势群体、考察民意，以民心民意为本。尤其难能可贵的是，孟子的战争观同样体现了“贵民”思想。

公元前314年，燕国内乱，齐宣王趁机伐燕，大获全胜。孟子就齐国伐燕与齐宣王有多次对话。孟子以商汤征伐天下为例，说商汤征伐之所以会得到民众拥护，最终取得成功，是因为其出发点是为救民于水火，是顺应民意，以民心为基础的。孟子劝谏齐宣王，如果不能在燕国推行仁政，就应当扶立新的燕王，归还掠夺之物，迅速退兵，否则不仅燕民会反抗，各国也会趁机结盟抗齐。然而齐宣王一意孤行，并未采纳孟子的建议，最终如孟子所言，燕昭王即位后大败齐军，齐国元气大伤。

经过这场变故，孟子进一步看出，齐宣王虽然对他礼遇有加，但并不想推行其政治主张，因此心灰意冷，决心辞官离齐。他离开齐国的时候，在齐的边境停留了三天，心情非常复杂，有不甘、有失落，发出了“夫天，未欲平天下也；如欲平天下，当今之世，舍我其谁也”的感叹。之后，孟子回到家乡邹国，从此潜心学问、教书育生。

(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)