



观点新解

沈岷谈软法助推——不仅要公开透明还应符合民主控制的要求



北京大学法学院沈岷在《比较法研究》2024年第1期上发表题为《软法助推：意义、局限与规范》的文章中指出：

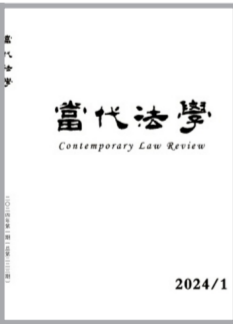
助推是指利用人们的认知和心理规律等，通过设计选择架构而又不构成显著阻碍或激励的方式，来影响人们的行为。助推的实际可行性基础是行为经济学，而在政治哲学意义上的正当性基础是“自由—家长”主义理论。助推的伦理可接受性和实践效用有瑕疵，但还不足以因此否弃其积极意义和事实上的广泛使用。而这些基本立场是进一步讨论软法助推所必需的。

由于助推是悄悄地改变人们的行为选择，非但不诉诸强制，甚至不诉诸说服、信息披露以及明显的行为激励，所以它很自然地会让人联想到软法，联想到软法就有“助推”的功能或功效。然而，两者虽有相似之处，却存在较大差异。唯有辨清其异同，方可了解软法助推的三种形态，并进一步探究软法助推的作用和局限。

软法与助推的结合有三种情形：第一，可以通过助推方式来促进软法的实施；第二，软法本身可以无意之间改变人们的选择环境或背景，从而发挥助推的作用；第三，软法将助推策略规则化，即软法的特殊属性使得其可以通过某种方式将助推策略写在文本之中。由此，软法与助推的结合实际上可以产生三种不同的意义：一是通过助推实施软法，助推是手段，软法及其目标的实现是目的；二是软法可以改变选择环境或背景，突出最佳实践或惯例的显著性，利用行为者的可得性启发心理，从众心理等，助推行为者的偏好，有时反过来又促进软法的实施；三是软法将助推策略规则化，引导助推者作出助推行动，被助推者可以完成软法定制者所期望的选择。

无论何种意义的软法助推，并不总是可以收到预期的效果，而且，也会面临正当性的质疑。软法与助推各自的局限都会在软法助推里显现出来。完全杜绝局限或质疑是不可能的，但是，如何通过规范，以使软法助推的积极效用得以更好发挥，是需要认真对待的问题。虽然这个问题应该结合不同软法助推的形式在特定情境中的特定应用逐案考虑，方能更具针对性，但是，大致上，软法助推在公共监管中的运用应当受到以下规范的约束：首先，软法助推应当有充分的理由说明。助推理论的兴起与行为经济学、认知心理学等有着密切的关联，助推的有效与否，相当程度上取决于助推策略的确定是否有坚实的经验研究作为其依据；其次，软法助推应当服务于公共善。软法与助推的任何结合的目的都必须是为了实现公共善，这是软法有效性的条件所决定的，也是助推的价值所决定的；再次，软法助推应当公开、透明。软法不同于潜规则，尽管少量地存在不成文形式，但绝大多数都是公开、透明的；最后，软法助推应当受到民主控制。软法助推仅做到公开透明是不够的，还应符合民主控制的要求，即人民可以通过各种方式对软法助推进行必要的控制，使其既能实现预设的效用，又不至于异化为事实上剥夺或限制人们选择自由的操纵。

王显勇谈我国的退休制度——从养老金制度迈向老龄养老金制度



中国政法大学民商经济法学院王显勇在《当代法学》2024年第1期上发表题为《因应人口老龄化社会的退休制度：从双阶强制结构迈向双向选择结构》的文章中指出：

诞生于19世纪后期的退休制度是人类社会的伟大创造，其为步入老年的人类个体建立稳定的收入保障机制。退休包含着退和休两层法律含义，退是指基于老年而退出劳动岗位，休是指基于老年而获得养老金保障。因此，退休制度是由退休（退）和养老金保障（休）所组成的双层结构体系。退休是劳动法的制度内容，养老金保障是社会保险法的制度内容。退休制度既包括劳动法制度，又包括社会保险法制度。

历经130多年的发展历程，人类社会的退休制度从建立在年轻社会的养老金制度逐步转向因应人口老龄化社会的老龄养老金制度，退休制度的双层结构正在从双阶强制结构转向双向选择结构。退休养老金制度是建立在年轻社会基础上的退休制度，其理论框架是双阶强制理论。退休与养老金保障被视为前后发生且无缝衔接的双阶行为，强制退休使得老年人不再是劳动法中的劳动者，退休养老金是工资所得中断的替代物。20世纪后半期以来，人类社会逐渐进入老龄化社会，因应老龄化社会的老龄养老金制度应运而生。老龄养老金制度的理论框架是双向选择理论，退休与养老金保障属于解绑分离的双向行为，自愿退休确保老年人仍是劳动法中的劳动者，老龄养老金属于老龄养老金保障而非工资所得替代物。

我国的退休制度正在从退休养老金制度迈向老龄养老金制度，进入退休与养老金保障相互分离的发展阶段。劳动法应实行自愿退休制度，法定退休年龄具有劳动基准和劳动合同解除事由的双重属性。我国劳动法应将老年人纳入劳动者的范围，构建老年劳动者的特别法律规则。社会保险法应采用老龄养老金制度，退休不应是养老金给付的法定要件。老龄养老金制度实行弹性养老金，建立提前领取养老金期间的工资收入测试与养老金扣除规则，以适度的方式鼓励老年劳动者继续就业。

（赵珊珊 整理）

吏之廉贪 治乱所系——清代状元策所反映的法制观之五

学者史话

□ 耿啸虎

同明刑以弼教一样，倡廉惩贪也是清代殿试策问以及状元策所涉最多的法律问题之一。尤其是清朝建政之初，在殿试策问中对倡廉惩贪问题就给予了高度关注。清朝入关后的第一场殿试，即顺治三年（1646年）殿试策问就指出：“在外各官贪酷不公者甚众。临民听讼，惟贿是图，善恶不分，曲直颠倒。”从清朝殿试策问的内容来看，不少都是与倡廉惩贪相关的问题，并多次援引《礼记》中的“大法官，小臣廉”为论。以康熙时为例：康熙年间殿试21次，策问有14次涉及倡廉惩贪问题，其中5次直接以“大法官，小臣廉”为论。如康熙二十七年（1688年）策问“守莫重于廉”；康熙五十二年（1713年）策问“《周官》弊吏，则善能法之矣，必首于廉”。而状元们对倡廉惩贪问题的回答与阐述，则主要集中在以下几个方面。

第一，阐明倡廉的重要意义。倡廉是国家治理过程中的一个重要问题。咸丰十年（1860年）状元钱镠在策对中谈“吏之廉贪，治乱所系”，说明了倡廉的重要意义。廉是官吏的基本操守，康熙十八年（1679年）状元归允肃在策中认为“古之以六计辨群吏也，廉善廉能，所长不同，而皆统之以廉，明乎吏之重有守也。惟有守，则其

心必清而足以达务，其力必勤而足以肆业，其仁爱足以结民心，其贞亮足以励士气。”是吏之廉者，决未可偏弃也”。这种廉洁的操守也是为吏的基本条件，乾隆三十一年（1766年）状元张书勋在策对中谈“自古循吏之道，有经纶济济之用，必有廉洁忠信之操”。因此，就官吏而言，廉与能都很重要，但廉无疑是第一位的。康熙五十二年状元王敬铭在策对中谈“夫士修于家而仕于国，不贵乎才而贵乎守，守也者所以范其才也；不贵乎能而贵乎廉，廉也者所以善其能也”。对于其中的原因，光绪六年（1880年）状元黄思永在策对中直言“夫才之不逮，止于息事；廉之弗尚，必将虐民”，因此必须以廉为本。

第二，以倡廉作为吏治的基本要求。清代殿试和状元策问关于倡廉问题的探讨，都是从吏治的视角展开的，把倡廉作为整肃吏治的前提条件和基本内容。咸丰十年殿试策问指出：“安民莫先于察吏，察吏莫重于兴廉。”光绪六年状元黄思永在策中也认为，只有对于官吏“督之以廉”“吏治所以正本清源者在此”。

值得注意的是，状元对策在探讨倡廉与吏治的关系时，大都是从历史文献和经验的视角，特别是以法倡廉的历史展开的。乾隆四十六年（1781年）状元钱镠在策中，梳理了古代以法倡廉的历史：“《周官》以六计辨群吏，而统之以廉，官箴之本，其在是矣。汉以六条察二千石，唐有四善二十七最，差之以九等，要皆所以纠劾不廉也。其法令较周制为加密。”嘉庆十年（1805年）状元

彭浚在策中，则详细列举了上古时期察吏与倡廉法制的发展历史，“察吏之法始于唐虞，允厘黜陟，敷奏明试，尚矣。夏严木铎之徇，商著官刑之微。周以八法治官府，八坊驭群臣，而尤严于弊吏之六计，善、能、敬、正、法、辨，皆冠以廉”。并指出：“廉固清治之义，亦训为察，其即因操守以为综核欤？”咸丰十年状元钱镠在策中阐述“吏之廉贪，治乱所系”，也是从历史的视角展开的。因此，总结和借鉴历史经验，阐明以法倡廉的意义和路径，可以说是清代状元阐述其廉政主张的一个突出特点。

第三，强调“大吏”在廉政方面的表率作用。无论是在殿试策问中，还是在状元的对策里，都多次援引《礼记》中的“大法官，小臣廉”，要求无论是官阶高的大臣还是官阶低微的小臣，都应遵纪守法，保证清正廉洁的作风。同时也表明，在廉洁奉公方面，大臣更应起到表率作用。康熙五十一年（1712年）殿试策问谈“大臣者，小臣之表率也”；道光二十一年（1841年）殿试策问也说“守令廉贪，视乎大吏”，都强调了朝廷高级官吏在勤政廉洁方面的表率作用。在状元的对策里，也把“大吏”的表率作用作为倡廉的关键。康熙五十一年状元王世琛在策中说“故苟大吏无奉公尽职之能，则小吏必无洁廉自励之事；大吏有泽民致主之恩，则小吏亦必无贪污苟且之行”。乾隆四十六年状元钱镠在策中也说“为大吏者，先正己事，斯为守令者，自不敢不砥砺廉隅，肃清利弊”。同治二年（1863年）状元翁曾源在策中也认为

“属员之贤否，尤视大吏之贪廉。故大吏者，小吏之表率也”。

第四，反贪的关键，同样在于“大吏”。惩贪是倡廉的基本要求，不廉就必然会走向贪，不惩贪则无以倡廉。康熙四十五年（1706年）状元王云锦在策中谈“盖廉则其心清，而苞苴之私必却”，反之，“夫吏不廉，则恣贪残以图利，而无以彰节俭正直之风”。因此，顺治十八年（1661年）状元马世俊在策中，就把反贪作为整肃吏治的首要任务：“即以今日之治吏言之，亦莫亟于惩贪矣。”而正如倡廉的关键，在于“大吏”的表率作用一样，状元在谈到惩贪问题时，同样也认为重点应当在于“大吏”。康熙六年（1667年）状元缪彤在策中说“惩贪之法不可不严也，惩其吏之小者，不若惩其吏之大者。夫大吏之贪，不止赋敛无度已也。其位愈尊，其善愈大”，对于这些人，“莫若访其贪之最者而惩之”，并且“行汉世惩贪之法，宋人禁锢贪吏之制，彼又何利而为此耶”。

清代殿试策问的目的不仅是考文才，更看重其对治国理政的见解，要求考生针对现实问题来笔直书。康熙四十八年（1709年）殿试策问中就明确指出：“国家养士，期于实用，文辞非所重也。”因此，清代状元针对法制建设现实问题提出的对策，在现在看来，依然有着其积极意义。

（《明刑以弼教的刑法观——清代状元策所反映的法制观之四》详见于《法治日报》2024年2月21日10版）

证明责任制度理论重述与本土重构——《证明责任重述》前言

书林臧否

□ 胡学军

现代证明责任理论自20世纪80年代末伴随审判方式改革被引入我国以来，即成为民事诉讼法学界学术研究的热门议题，并随着司法改革很快被我国法律实务界所接受，在实际裁判中得到了一定程度的应用，但关于这一理论与制度的误解也比较普遍与多样。在实证上，虽然可以说证明责任理论基本上为我国所接受，法官对“真伪不明”“证明责任”“败诉风险”“法律要件分类”等概念话语并不陌生，在案例数据库中也能很方便地找到一定数量的正确运用证明责任裁判的案例，但证明责任制度的闲置、误用与滥用现象同样存在，实践中也不难发现相关的一些反面案例。

证明责任概念存在“所指”与“能指”的错位，实质上的证明责任即所谓客观证明责任或抽象证明责任，应是指特定当事人负担的，在案件事实真伪不明时指引法官作出败诉裁判的风险。但在传统审判方式下，我国司法实践中证明责任基本处于闲置状态，证明责任判决在实际裁判中缺席。我国司法实践中仍根据“谁主张，谁举证”的

一般情理或常识分配待证事实的举证责任，并可能在诉讼中出现证据短缺导致事实判断困难的情况下“转换举证责任”，继而根据此种举证责任负担对案件事实作出有利于某一方当事人的认定。这种实际做法与现代经典证明责任理论及我国现行法律规范之间存在矛盾冲突，但也有其自身内在逻辑与实践合理性。对现代证明责任制度运用的关注应作为真伪不明时裁判选项的“证明责任裁判”转向作为民事审判方法论意义上的“证明责任分配”。

《证明责任重述》一书致力于对现代民事证明责任理论与制度进行重述与重构的尝试。从证明责任的理论地位来看，证明责任理论的提出使民事案件的裁判突破传统司法三段论，而形成一种作为裁判方法的新的三段论。证明责任不仅是针对事实模糊案件的裁判方法，也是所有民事案件的一般裁判方法。从本质上说，证明责任作为行为意义上的当事人责任并非指向提供证据的负担，而是一种说服论证的风险。证明责任表面上关乎事实认定，实质上关乎适用法律。

从证明责任适用的基础来看，证明责任是因“事实真伪不明”这一认知情形的处理而产生的理论建构。“真伪不明”是一种诉讼中客观存在的对案件事实的认知状态，真伪不明情形及证明责任裁判方法有其独立存在的意义。现代证明责任理论基于“事实真伪不明”命题，而绝非

抛弃了该命题。证明标准与证明责任之间虽然存在制度互动关系，但依证明标准裁判方法不可能消灭真伪不明与证明责任。我国司法实践中实际存在“真伪不明”与“证明责任”。真伪不明命题的讨论有助于现代证明责任理论的深化理解与制度落实。

从证明责任对象来看，我国证明责任研究长期以来聚焦于证明责任在主体间的分配，而忽略了证明责任分配客体的具体指涉，因此在现实案件中陷入误区。其实，证明责任并非为解决证据短缺导致的生活事实“模糊不清”的理论方案，生活事实“模糊不清”时亦不宜直接作证明责任裁判。本质上，证明责任针对的是抽象规范对应具体案件事实的法律适用困境。应将证明责任的对象从生活事实重新回归定位为法律要件事实。相应地，证明责任的主观含义应从对生活事实的证明，转向作为法律适用核心环节的案件事实与规范要件相连接的归属论证。

从证明责任的理论功能来看，证明责任之所以成为“民事诉讼的脊梁”，是因为其作为民事案件基本裁判方法的功能。在传统司法论域之外，现代证明责任上升为民事案件基本裁判方法是因“规范说”而兴起，并由“修正规范说”加以完成的。我国司法实践中长期忽视证明责任的裁判方法论功能，仅在审判最后阶段案件事实落入真伪不明情形时才利用证明责任分配来决定败诉结

果的承担，实际上使证明责任沦为民事诉讼的“尾骨”，是对其功能与意义的严重贬损。基于案件事实的二重性，事实问题的判断理论上存在“二阶结构”证明责任是法律适用理论的一部分，而法律适用的核心是对案件事实进行必要的判断，证明责任实质上是裁判规范的援引问题，即实体法问题。

“举证证明责任”是近年来证明责任理论在中国本土化的产物；证明责任概念产生于我国民事审判实践，而证明责任则是我国理论上引进的“舶来品”。但“举证证明责任”概念内部仍存在不同侧重与区分：证明责任针对的对象是具体生活事实的“模糊不清”，而证明责任针对的是作为裁判前提条件的法律构成要件“真伪不明”。在证明责任分配制度的建构上，我国证明责任分配理论的纷争不定根本上源于证明责任概念范畴界定的模糊不清。具体举证责任与抽象证明责任性质不同，并基于不同的分配与承担的规则。“谁主张，谁举证”“举证责任转换”“举证责任倒置”及“法官分配举证责任”均更为符合对具体举证责任承担规则的描述；而在抽象证明责任分配层面，则依据“规范说”理论，应从拟适用的实体法规范出发，依“要件事实的一般规定”“法律要件的特别规定”及对规范漏洞的“法律续造”形成证明责任分配不同层面的规范根据。

与民休息

史海钩沉

文帝十三年还免除了三年的田租。到了汉景帝时，正式把田租“三十而税一”的制度确立下来，一直延续到东汉末年，基本没有改变。以人口为征收对象的算赋在汉初也有所减少。算赋是政府对成年人征收的人头税，凡年龄在15岁至56岁的成年男女，每人每年缴纳120钱，用作购置车马兵器，文帝时将算赋减为40钱。相比秦“用商鞅之法，改帝王之制，田租、口赋、盐钱之利，二十倍于古”的情况而言，这样的减赋力度还是很大的。文景时期还屡次减轻徭役，将丁男每年一个月的徭役减为每年三次一个月徭役。这一系列法令使得农民有大量的时间从事生产，对于减轻农民负担，提高百姓生活水平，恢复和促进社会经济起到了至关重要的作用。

“轻徭薄赋”带来的成效不断显现。据《史记·平准书》记载：“汉兴七十有年之间，国家无事，非遇水旱之灾，民则人给家足，都鄙靡虚，而府库余货财。京师之钱累巨万，贯朽而不可校。太仓之粟陈陈相因，充溢露积于外，至腐不可食。”大意是：国库里的钱太多了，由于穿钱的绳子都腐烂导致无法计算出具体金额。粮库里新粮和旧粮堆积在一起，仓库都装不下，很多粮食一直放到腐烂。

民本理念落实到刑罚领域，就形成了以“约法省禁”为指导原则的一系列律例。汉初统治者总结了秦亡的教训，认为法家理论过于严苛，必须对其进行纠正才能赢得民心。刘邦在率军自己的部队率先攻入咸阳，成为“关中王”后，并没有沾沾自喜，而是率军退到了霸上（今西安市东南），召集当地的名士及大批的老百姓，与他们约法三章：杀人者死，伤人及盗抵罪。“约法三章”虽然内容简单，但对刘邦赢得民心，夺取天下影响很大。约法第一条是杀人者偿命，不再像秦一样采取连坐制度，这就从制度上减少了普通百姓无辜受牵连的情况，可以很好地安抚民众情绪。第二条是伤人者要治罪，意在警告那些企图运用暴力手段夺取天下的列强豪强，只要伤人就会受到惩罚，不要轻举妄动。第三条是偷盗者要治罪，意在体恤百姓，维护社会安定。

当然，“约法三章”只是稳定社会秩序的临时性措施，施行地域仅限于关中地区，主要用意在于笼络人心，不是系统的立法。等打败项羽建立汉朝后，刘邦认为“三章之法，不足以御奸”，必须制定法律来巩固政权。萧何作为丞相，担负起组织立法的重任。他依照秦朝法律，选取其中适宜当时社会的部分，并加以补充，合为九章，称为《九章律》。《九章律》以“约法省禁”为原则，定罪、刑罚均较秦时有所减轻，在中国法制史上占有重要地位，被历史学界誉为“律令之宗”。汉朝以后的历代法律多以《九章律》为蓝本进行修订。

此后孝惠帝除挟书律，高皇后吕氏除三木罪、妖言令，文帝全面废除收买律令和肉刑，景帝废除车裂之刑等，都是针对秦时所行的“严刑苛法”进行的更订和调整。汉初的“轻徭薄赋”“约法省禁”极大地减轻了民众的负担，让在秦严刑苛罚下苟延残喘的老百姓有了喘息之机，也能感受到一些人格尊严，这在很大程度上缓和了阶级矛盾，为“文景之治”盛世的到来打下了坚实基础。

（文章节选自官箴主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社出版）