观点新解

韩旭谈甄别网络暴力与舆论监督的方法——
采用一般识别法与具体识别法

四川大学法学院韩旭在《法学杂志》2024年第1期上发表题为《法治化视阈下网络暴力与舆论监督的分野》的文章中指出：

网络暴力并不是一个独立的违法犯罪类型，而是包括多种性质不同的违法犯罪。当前严厉惩治网络暴力确有其必要性和紧迫性，但是公民的舆论监督抑或善意批评乃宪法权利，也应予以充分保障。然而，两者之间并非泾渭分明。因此，在惩治网络暴力时不伤及公民的监督权和批评权是需要正视的一个重要问题。对两者关系的厘清，有助于准确惩治网络暴力违法和犯罪，也有助于充分保障公民的宪法性权利。

网络暴力与舆论监督之间在客观表现形式上具有相似性，这种相似性具体表现在：社会评价的负面性、批评基础可能失实、言论内容的私密性、言语方式的批评性、信息来源的非官方性、言论后果的严重性六个方面。网络暴力大多侵犯他人的隐私权、名誉权，以诽谤、侮辱形式体现出来。但是，与传统的侮辱、诽谤不同，它既可能发生在熟人之间，也可能是针对素不相识的陌生人。因网络具有人数众多、传播速度快、传播范围广、匿名程度高等特点，被“网暴”的人遭受的伤害更大。舆论监督属于公民言论自由的范畴，系公民监督权的重要载体。在网络社会，公众通过在网上进行揭露、批评即进行网络监督是一种既便捷又有效的监督形态。虽然言论自由在现代民主社会具有重要价值，但并非绝对的、至上的权利，其行使具有一定的边界，那就是不得侵害公共利益、个人基本权利。

在现代社会，言论自由权主要体现为网络言论的自由行使，这也是舆论监督的重要载体。为此，首先需要明确处理两者关系的基本原则：主客观相统一原则、对官员的监督批评性言论优位原则、对特殊群体的网络言论实行最大限度保护原则、存疑有利于言论人原则、利益衡量原则、网络服务提供者初步核实原则等。

甄别网络暴力与舆论监督的方法采用一般识别法与具体识别法：一般识别法主要考量信息来源是否可靠，所发布的信息内容是否具有侮辱、诽谤性，综合全文内容考量是否具有公益性，评论者是否具有客观中立性，话题本身是否具有公共性，被评论对象的行为是否违反法律、社会公德、职业道德和家庭美德，评论内容与事件本身是否具有相关性等；具体识别法应甄别舆论监督与侮辱罪、诽谤罪和侵犯公民个人信息罪的区别。

赵俊娟谈实现基层解纷机制的现代化——
科技赋能是最重要手段之一

西南政法大学赵俊娟在《河北法学》2024年第2期上发表题为《论基层解纷机制现代化的实践路径》的文章中指出：

基层解纷机制是推进基层社会治理体系和治理能力现代化不可或缺的重要手段，是加强矛盾纠纷源头预防、前端化解、关口把控的主要方式。目前，面对基层解纷机制现代化这一项复杂艰巨的系统工程，应当首先以准确识别当前基层社会矛盾纠纷化解的主要类别和治理局限为基础，从政法工作现代化角度阐释基层解纷机制的生成机理、时代内涵以及制度效能，对于促进基层组织提升自身治理能力的制度化水平具有重要现实意义。

推进政法工作现代化过程中的基层治理能力问题，暴露了社会转型中基层矛盾化解机制不健全、核心价值引领缺乏可靠抓手、多元主体合作动力不足、现代科技赋能未充分实现等问题，因此有必要从现代化角度重新建构基层解纷机制的理论框架和实践路径。

基层解纷机制的现代化实践，第一，强调在继承党基层解纷的历史遗产基础上进一步夯实“群众路线”。基层解纷机制现代化建设，需要利用好广泛的组织基础，加强基层党组织建设、增强基层党组织在解决纠纷时的政治功能和组织力，健全基层群众的纠纷解决自治制度，推动政府、社会以及居民间的良性互动，提升基层纠纷解决机制的专业化、法治化、数字化水平。第二，将“党管政法”渗透在基层治理中以此破除基层解纷机制中的条块分割。基层治理现代化需要建构多元主体有效协同共治的治理格局，但是基层解纷机制有其特殊性。“党管政法”是我党在长期的司法建设中总结出来的最有效的治理经验。第三，通过科技赋能贯通基层解纷平台建设。若要实现基层解纷机制的现代化，科技赋能是最重要手段之一，为此需要从理念、技术、社会生态三方面塑造：理念层面塑造以人民为中心的数字赋能理念；技术层面利用平台整合基层解纷线上、线下业务；社会生态层面实现全程全域的共建共治共享。第四，加强队伍建设提升基层解纷调处能力。政法工作能力现代化要求基层解纷调处人员至少具备法律运用能力、风险防控能力、群众工作能力、科技应用能力。因此，需要在源头上提高准入门槛，保障相关人员的质量和水平；在吸纳相关基层解纷调处人才后，需要围绕着四项能力，加强对这类人员的专业素质、知识结构、服务水平的定期培训；需要配备相应的奖惩机制。

（赵珊珊 整理）

《礼记》“礼不下庶人，刑不上大夫”新解

法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

《礼记·曲礼上》曰：“礼不下庶人，刑不上大夫。”多年来，学术界对“礼不下庶人，刑不上大夫”的含义争论颇多，对此笔者想发表一点自己的浅见。

第一，关于“礼不下庶人”。根据笔者对先秦古籍的研究，认为“礼不下庶人”的含义是：先秦的礼分为礼制、礼仪和礼论三部分，礼制是国家的政治经济文化制度，礼仪是服务礼制的礼节仪式，礼论是关于礼的起源、意义等理论（**亦可视为关于礼的道德规范**）。“礼不下庶人”的含义是礼仪不适用于庶人，但礼制和礼论则是适用于庶人的。

我们首先要清楚礼有礼制和礼仪之分。《左传·昭公五年》记载，“晋侯谓女叔齐曰：‘鲁侯不亦善于礼乎？’对曰：‘鲁侯焉知礼！’公曰：‘何为？自郊劳至于赠贿，礼无违者，何故不知？’对曰：‘是仪也，不可谓礼。礼所以守其国，行其政令，无失其民者也。今政令在家，不能取也。有子家羁，弗能用也。奸大国之盟，陵虐小国。利人之难，不知其私。公室四分，民食于他。思莫在公，不图其终。为国君，难将及身，不恤其所。礼之本末，将于此乎在，而屑屑焉习仪以亟。言善于礼，不亦远乎？’君子谓：‘叔侯于是乎知礼。’”意思是，鲁昭公到晋国，从郊外慰劳一直到赠送财货，从没有失礼。晋平公对女叔齐说：“鲁侯不也是很懂礼吗？”女叔齐回答说：“鲁侯哪里懂得礼！”晋平公说：“为什么？从郊外慰劳一直到赠送财货，没有违背礼节，为什么不懂得？”女叔齐回答说：“这是仪式，不能说是礼。礼，是用来保有国家、推行政令，不失去百姓的。现在政令在于私家，不能拿回来。有子家羁，不能任用。触犯大国的盟约，欺侮虐待小国。利用别人的危难，却不知道自己也有危难。公室的军队一分为四，百姓靠三家大夫生活。民心不在国君，国君不考虑后果。作为一个国君，危难将要到他身上，却不去忧虑他的地位。礼的根本和枝节在于此，他却琐琐屑屑地急于学习仪式。说他懂得礼，不也是距离太远了吗？”君子认为：“女叔齐在这里是懂得礼的。”这段记载表明，先秦之礼确有礼制和礼仪之分，女叔齐因为知道这一点，所以《左传》称赞说“叔侯于是乎知礼”。

礼制是国家的根本制度，包括分封制度、宗法制度、井田制度、乡遂制度等，这些制度的实质就是统治者约束被统治者庶人的，怎能不适用于庶人呢？《左传·隐公十一年》曰：“礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也。”《孝经·广要道章》记载：“安上治民，莫善于礼。”《论语·先进》曰：“子曰：‘先进于礼乐，野人也。’”《论语·为政》曰：“道之以德，齐之以礼，有耻且格。”这些史料足以表明礼制适用于庶人。这里的礼制也是法律制度，“出礼入刑”，礼具有上层建筑中的意识形态和法律制度双重属性，能够让人“有耻且格”，当然适用于所有人。《礼记·曲礼上》说：“夫礼者所以定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非也。”如果礼制不适用于庶人，那整个社会何以“定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非”呢？《礼记·曲礼上》还说：“夫唯禽兽无礼……是故圣人作，为礼以教人。使人以有礼，知自别于禽兽。”庶人虽然地位低下，但毕竟不是禽兽，怎能不遵守礼制呢？

但礼仪与礼制有所不同，它不适用于庶人。礼仪是通过不同的穿着打扮、所持礼物、行为方式等，展现人们身份的高低。礼仪之所以不适用于庶人，原因有二：一是礼仪是以礼节仪式表现人们的等级差别，庶人就在社会底层，没有必要再规定礼节仪式，他们只要不僭用贵族们的礼节仪式就行了；二是履行礼仪往往需要拥有玉器、青铜器等那个时代的“奢侈品”，庶人财力有限，没有能力消费那些“奢侈品”。《礼记·曲礼上》有段话解释了这个道理：“为天子削瓜者副之，巾以絺。为国君者华之，巾以绤。为大夫累之，士疐之，庶人齕之。”意思是，为天子削瓜，先削去皮，再切成四瓣，拦腰横切一刀，然后用细葛布盖上。为国君削瓜，先削去皮，再一分为二，也拦腰横切一刀，然后用粗葛布盖上。为大夫削瓜，只要削去皮即可，不盖任何东西。士人只切掉瓜蒂，再横切一刀。庶人在切除瓜蒂之后就捧着整个瓜啃吃。庶人吃瓜，哪里顾得上什么细葛布、粗葛布之类，切除瓜蒂之后就吃起来。

第二，关于“刑不上大夫”。笔者认为，这句是不符合史实的。《国语·鲁语》记载“大刑用甲兵”，三国时期的韦昭注曰：“谓臣有大逆，则披甲聚兵而诛之。”《周礼·大宰》记载大宰之职之一，就是“以八柄诏王驭群臣：一曰爵，以驭其贵。二曰禄，以驭其富。三曰予，以驭其幸。四曰置，以驭其行。五曰生，以驭其福。六曰夺，以驭其贫。七曰废，以驭其罪。八曰诛，以驭其过”，“诛”就是诛杀，怎能说“刑不上大夫”呢？《周礼》所记内史职责，也有“掌王之八枋之法以诏王治”，其中也有诛杀犯罪贵族的规定。

不仅刑上大夫，而且从《左传》记载来看，就是周天子、诸侯国国君犯了罪，也要受到刑罚。所受刑罚有流放和诛杀两种，西周时期有国人把厉王流放到彘的事例，毛公鼎铭文载，宣王即位，对其父厉王暴行直言不讳，对国人放逐厉王的行为没有不满之意。春秋时期被放逐的有过之君更多。《春秋》记载此事所用的表述方式是：不言逐而言奔，且多书奔者名。例如，昭公三年，“北燕伯款出奔齐”，杜预注曰：“不书大夫逐之而言奔，罪之也。”除了流放暴君之外，礼制还允许诛杀暴君。国君因为无道而被国人诛弑，《春秋》记录此事所用的表述方式为书君名而不书弑者名，如成公十八年，“晋弑其君州蒲”，杜预注曰：“不称臣，君无道。”

因此，西周春秋“刑不上大夫”总体而言是不成立的，这句话只能解释为：贵族在接受刑罚时，会受到一些特殊照顾。如《周礼》所载，大夫及大夫以上的贵族及其正妻，不必亲自出庭受审，也不得在闹市处死刑，等等。

德国法学中的法体系理论

《法学中的体系思维与体系概念：以德国私法为例（第2版）》序言节选

书林臧否

□ 舒国滢

自21世纪初以来，法学方法论在我国法理论界渐成显学，个中原因诸多，但一定程度上与域外特别是以德国为代表的欧陆方法论论著经由译介而为我国学界所继受有关。不过，纵览近年来法学方法论领域对域外法学方法论论著的译介工作，虽有众多学者无私投入精力，但仍有相当多尚待改进的余地。一者，在纵向时间上，针对特定理论问题，往往无法对学术发展史上之重要文献进行完整译介，而是译者止步于片段式抽取译介，易生只见树木不见森林之弊端。二者，在横向广度上，法学方法论诸多领域的经典著作，特别是专题性研究专著的译介，尚为一片空白，无力推动研究向深处全面发展。

此二问题，在法体系理论领域同样存在。自启蒙运动破除中世纪蒙昧禁锢，欧陆学者得以运用人类理性，历经迭代演进，首先在自然科学领域，将自身对外在客体之认识，构建成逻辑自洽之公理体系，冠以科学之尊号，尤以数学为其代表。自此，“体系”与“科学”便紧密相连。而以人类自身之行为为规范对象的法学，亦孜孜不倦寻求分享这一殊荣。无论是“莱布尼茨-沃尔夫”时期的理性自然法学派，抑或普赫塔时期达到巅峰的概念法学派，都试图运用公理方法建构法律科学体系。此种极端的公理演绎体系，很快迎来自由法学派和利益法学派的猛烈抨击。主要由利益法学派代表人物黑克所提出的“内部体系—外部体系”的区分，虽被我国学者奉为圭臬，然而，对于20世纪以后体系理论的新近发展，却仅有零星介绍，更遑论对此宏大历史线条上的各具体发展阶段的详细译介。而在横向上，特别是对体系与法律适用和法律续造之关系、体系构建、体系断裂等相关具体问题，现有译介成果更是未能覆盖。

历史业已发生变化，我们应当把法体系理论置于当今整个思想的气候与氛围之中加以审查。应当看到：社会高度分化的复杂性使得人们将越来越多的精力用于随机决策、具身伦理与个体筹划，而强调宏大叙事、格式（**一般**）演绎与体系思维的传统经典科学在此过程中逐渐趋于式微，甚至走向“至暗时刻”。种种量子态表明，人们越想要在智性领域接近真相，越需要摆脱整体解释，甚至需要彻底拒斥实证科学的气质，遁入还原主义的轨路。这似乎意味着，知识可能不再绝对地来源于纯粹理性，更多地可能来自经验；普遍主义和逻各斯中心主义逐渐沦为清算对象，多元因果和“选择性亲和”成为意识流等。如果说经典（**自然**）科学生产结构化的知识，那么，依据或类比这种规准建构的经典社会科学必然在认识论上承诺或采用“二级结构”。

规范科学的形态学标志开始瓦解，“体系”及其思维作业开始显得不那么重要：规范可以附着于争议与事件而产生和存在，解释可以屈从于主观与心性而成型和变化。前者有“判例法”作为倚仗，有“领域法”背书；后者有“能动主义”为矫饰，有“现实主义”（**司法信任**）而续造。虽然我们应当承认，这些观念并未将“体系”完全抹杀，但“体系”却仅在局部被矮化为某些操作工具，它不再是规范知识之生产方式，也不再为规范知识的自组织提供有益的效价。若秉承“存在即合理”表面语义所建构的那种粗糙真理观，则我们完全可以大而化之地得出结论，至少在某个或某些法律地理（**人类的法律视域**）的观测内，抛弃“体系”并不是什么荒诞而无法想象的事情。如此一来，这个问题便成了过分棘手而又不得不找到答案的那个——“体系”对我们而言真的重要吗？

终极答案我们不得而知，这种对垒和争论或许还将持续下去，我们能清晰知道的是，英美法系传统中曾有过构建“体系”的深刻尝试：比如由杰弗里·吉尔伯特、杰里米·边沁、詹姆斯·斯蒂芬、塞缪尔·马奇·菲利普斯等接续建构的理性主义证据法传统，大陆法系传统中亦曾有过体系思维的悖逆构想：特奥多尔·菲韦格于1953年出版的成名作《论题学与法学：论法学的基础研究》便是典型的例证。其在书中宣称，只有借助论题学思维，而非体系思维，才能正确把握法学的结构。倘若以“时空压缩”的逻辑建立思想实验，则是否意味着“体系”的零和之争已在欧陆（**法学方法论**）传统的纵向摔演中得到缓释或统合？然而，事实上，菲韦格的“异见”甫一问世，即遭到了体系思维支持者阵营的强烈阻击，其中最引人瞩目者就是克劳斯-威廉·卡纳里斯。他以教授资格报告为基础，于1969年出版了《法学中的体系思维与体系概念：以德国私法为例》一书，随即成为德国法学理论上系统讨论法体系问题的重要文献。该书第七章对菲韦格的论题学观点进行了原则性批判，最后也提出了“论题学尚存的可能性”。这是一本浓缩了法文化隔膜与体系思维合理性之争的重要著作。

卡纳里斯教授在其撰写的法学方法论著作中，从未止步于阐述纯粹抽象的法理学理论，而是一以贯之地追求部门法教义学和法理学理论的有机结合。恰如本书副标题所揭示的一样，其不断借助部门法教义学上之具体经典案例和争议问题，归纳、发展出自己的抽象的法理学理论，同时借助由此发展出来的理论反哺解决部门法问题。具备此种横跨理论法学与部门法学之知识储备和研究能力，是很多德国法学大家之共同点。而在我国，理论法学与部门法学之间长期隔阂，甚至相互轻视。在此背景之下，卡纳里斯教授的此种研究范式，尤其值得中国法学界借鉴。

总之，本书是我国读者深入了解和研究德国法学中法体系理论所无法绕过的高地，必将在中国法学界激起同样的理论涟漪。

息讼止争

史海钩沉

孔子提出“无讼”主张时，正处于礼崩乐坏的时代，诸侯之间纷争四起，战事不断，有的诸侯为了胜诉，不惜重金贿赂裁判者，更有甚者因争讼而酿成血案。正是在这种情况下，孔子力倡“无讼”，其目的在于通过“无讼”来维系君君臣臣、父父子子这一和谐稳定的礼治秩序。和睦相处既是大众共同需要，也是统治者所希望的，对和谐与稳定的追求是古代中国统治者的永恒目标。

为了“息讼”，历史上的古圣先贤们绞尽脑汁想了很多办法，其中最常用的方式就是通过自己的身教言传来感化众人。相传舜帝就是一位“息讼止争”的高手。《史记·五帝本纪》中记载：历山的农民田界不清，舜帝来到历山后与农人一起耕地，一年后就把田界给划分清楚了。在河滨以打鱼为生的渔民为争夺有利地势而发生争斗，舜帝到河滨与渔民一起打鱼，一年后渔民们争相将好的地势让给长者。

舜帝通过自己的身教言传，感化了历山的农民、雷泽的渔民。舜帝居住的地方一年之后成了村落，两年之后成为城邑，三年以后便成了都市。可以说，舜帝以仁义诚信的模范带头作用化解了纠纷，为后世树立了“息讼止争”“以德止争”的榜样。其后的周文王，也以“笃仁、敬老、慈少、礼下贤者”而使周国境内“耕者皆让畔，民俗皆让长”。

经过后世儒者的提倡，舜帝、文王这种行德政以平决狱讼的方式，逐渐成为历代为政者的追求。为了达到“无讼”的目的，历代统治者除了采取道德教化的手段，还从法律制度上进行了一系列的设计，其中最主要的方面有四个。

第一，诸法合体，民刑不分，以刑为主的严厉刑罚制度。从中国古代法律的内容体系上看，法律内容是以刑为主，民刑不分，民法、诉讼法等保护百姓权益的法律基本没有，整体上社会法律意识极其淡薄。另外，为了增加违法成本，“族株连坐”就成为宗法等级观念森严时代的不二选择。早在殷商时期，“罪人以族”就开始实行，一人犯法，父母、妻子、兄弟一同治罪，滥施族刑；直到清代，“连坐”都是统治阶级镇压百姓、维护统治地位的最有效的强力措施之一。这种严厉残暴的刑罚制度，使得老百姓惧怕衙门官府，对打官司避而远之。

第二，替代官府裁判的调处制度。中国古代社会中存在着一个特殊的社会阶层——乡党。历代统治者通过强化乡党作用赋予其司法职能，以此来维护自身专制统治。为了减少讼争，县级以下宗族的祠堂组织和村社的保甲制度等具有强大的调解功能，积累了大量调解经验，还形成了一整套调处制度。经过长时间发展，调处制度到清代逐步完善，一般分为三种形式：一是民间自行调处，也叫“私休”。一旦发生争执，不是直接对簿公堂，而是先找族长、乡保解决。如果一方已告官，可以等乡里调处成功后，再去官府销案。二是“官批民调”，就是官府接到民间诉状后，知县、知州认为情节轻微或者涉及亲族关系的，不值得或不便于公开传讯的，可将诉状转达到族长、乡保处。三是官府直接出面调处。客观上看，调处制度对平息争讼起到了巨大作用，也为“无讼”创造了有利条件。

第三，严格限制讼师职业。在中国古代社会里，律师这类给人们提供法律服务的人被贬为“讼师”“讼棍”，统治者对这一职业大肆贬伐，认为“健讼之盛，其根在唆讼之人”。中国最早的律师，应当是春秋末期郑国的邓析。他学识渊博，精通逻辑学，以研究辩论术著称，不但帮人打官司还传授法律知识和诉讼方法。但他太激进，不但反对礼治，而且主张“两可说”（就是在当时正统观点看来模棱两可、混淆是非的诡辩论）。最终邓析被当权者以“教讼乱制”为由处死，落得个陈尸示众的下场。当然邓析因讼被杀这个事例有些极端，主要是他太有“本事”，搞得郑国大乱，对统治者带来极大威胁。但这也不断警示后世统治者要对“邓析”这样扰乱社会秩序的“讼棍”“讼师”之流严加限制。长此以往，在上位者的不断防范、限制和打击下，讼师这类职业越来越为人所鄙视，慢慢就失去了生存的土壤。讼师少了，自然而然人们从讼师那里获得法律援助的机会也就少了，通过讼师提出诉讼就更加不可能了。

第四，重征讼费。当事人在起诉时要向官府缴纳一笔费用，这笔费用叫作诉讼费用。为了增加诉讼成本，达到禁讼息讼的目的，官府往往会向当事人征收高额的诉讼费用。《周礼·秋官司寇·大司寇》中载有两句话。第一句话是“以两造禁民讼，入束矢于朝，然后听之”。意思是：凡是涉及民事诉讼的，当事人必须缴纳相当的诉讼费用，而这个所谓“束矢”相当昂贵，平民老百姓根本就无力缴纳，自然就谈不上提起诉讼了。第二句话是“以两剂禁民狱，入钧金。三日，乃致于朝？然后听之”。意思是：凡是涉及提起刑事诉讼的，不仅要交呈诉状，还要缴纳三十斤铜的诉讼费用，而且要到三日过后，司法机关才会受理。对于无力缴纳高昂讼费的贫苦百姓来说，即使有天大的冤情，也只能沉冤海底了。重征讼费的目的在于“禁民讼”，客观上也起到“息讼”目的。

“好人不见官”心理的产生有其深刻的社会、思想及体制根源，在这些原因的共同作用下，“无讼”成为中国传统法律文化最重要的价值取向之一，这一理念及司法实践对我国古代治理产生了很大影响。社会对“无讼”目标的追求，使得礼让谦和的道德观念备受推崇，“以和为贵”的价值取向深入人心。

（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）