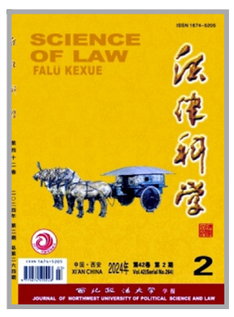
观点新解

郑智航谈加强中国数字法学的自主性建构——是国际和国内两重背景在客观上的要求



山东大学法学院郑智航在《法律科学》2024年第2期上发表题为《当代中国数字法学的自主性构建》的文章中指出：

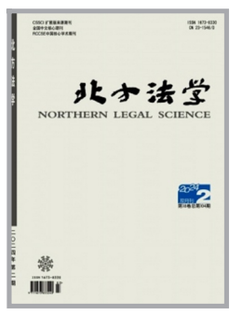
当代中国数字法学是在世界处于百年未有之大变局和第四次工业革命浪潮这两重背景下兴起的。一方面，数字技术凭借强大的流动性、穿透性和整全性而成为百年未有之大变局的重要助推器。数字全球化成为不可阻挡的发展趋势，全球数字治理的理念也应运而生。另一方面，信息科学、大数据和人工智能技术推动了现代法治的数字化转型，这在一定程度上催生了数字法治文明。移植建基于工业社会的西方法学知识体系，难以有效回应当下中国的数字法治实践。这需要中国数字法学贡献智慧和方案。因此，国际和国内的两重背景在客观上要求加强中国数字法学的自主性建构。

当代中国数字法学的自主性构建是一项系统工程。确立一系列既能符合时代发展需求，又能体现法学科学发展规律，还能维持国家利益的数字法学自主性构建的基本原则，是这项系统工程开展的前提。坚持技治主义与人文主义的有机结合、自主性与开放性的有机结合、立足当下与把握未来的有机结合等，是当代中国数字法学自主性构建应当遵循的基本原则。

在人类认识历史的进程中，范畴是人们以经验为基础形成的专业化研究成果，直接构成了学术研究不可或缺的基础性前提，对于人们的理论认知起着“阶梯”和“支撑”作用。范畴及其体系化是人类在一定历史阶段理论思维发展水平的指示器，也标示着各门科学的成熟程度。自主构建中国的数字法学，应当从提炼一系列的范畴并对这些范畴加以体系化表达开始。

从内涵上讲，数字法学是对数字生活的法律化和法律生活的数字化两种发展趋势的回应。前者强调法学应当对大数据、人工智能等数字技术广泛运用带来的法律问题展开研究；后者强调法学应当对大数据、人工智能等数字技术广泛运用于法律领域以及由此带来的法律问题展开研究。在此过程中，数字法学对现代法学的概念范畴进行了延续、拓展、革新，并在此基础上结合数字法治具体实践提炼一些新的概念范畴。中国数字法学应当从本体论、价值论、运行论和方法论四个方面来构建范畴体系。

吴烨谈数字营商环境的目的——在于激发市场主体活力释放数字经济潜力



兰州大学法学院吴烨在《北方法学》2024年第2期上发表题为《数字营商环境：中国问题及法治路径》的文章中指出：

20世纪90年代末，互联网开始逐渐在我国被广泛应用，电子商务和在线支付等数字化商业模式迅速发展，这为我国数字营商环境奠定了基础。随着互联网的进一步普及，我国电子商务市场取得了巨大的发展。电子商务的兴起促进了物流和支付的数字化发展，营商环境数字化转型也随之而来。近年来，随着大数据、人工智能和区块链等技术的发展，我国营商环境的数字化之路进一步加速。

营商环境的数字化之路是时代发展的必然选择。数字营商环境的本质是营商环境的数字化升级，目的在于激发市场主体的活力，释放数字经济潜力，绝不能将其等同于数字政府或电子政务。法律环境是数字营商环境的基础与前提，而电子政务等政策环境是法律环境的进一步延展与补充。

一个良好的数字营商环境，具有以下制度优势：第一，数字营商环境可以提高营商便利度和效率。通过利用数字技术和信息化手段，可以简化审批流程，减少烦琐的人工操作和纸质材料的提交，从而提高办事效率；第二，数字营商环境可以降低企业经营成本。政府部门间的数据共享和互联互通，可避免企业多次提交相同的材料和信息，减少企业信息报告的重复性工作，从而降低信息不对称，提高信息流通的效率和准确性，进而降低企业经营成本；第三，数字营商环境可以增加透明度和可预测性。通过在线平台查询相关政策和法规，了解办事流程和所需材料，企业可以更加了解政府的政策和规定，减少不确定性风险；第四，数字营商环境可以促进经济的发展和创新创业，提供更加便利和高效的创业和经营环境，吸引更多的创新创业者和投资者。优化数字营商环境，不仅需要构建政府数字化能力，更需要培育现代化的市场经济主体，并且促成两者之间的良性互动。

依据世界银行数字营商指标并结合我国国情，数字营商环境的构成要素可以划分为平台主体、数字交易、资金流转和数字政务四个维度。厘清数字营商环境的构成要素，可夯实数字营商环境的法治路径，明确电子商务平台经营者的认定标准与责任体系，澄清区块链等技术下新型交易模式的民商法界限，确立电子支付服务提供者的法定义务，提升政务数字化转型的稳定性、明确性与透明性。

唯有建立健全法律规范，夯实数字营商环境的实定法基础，才能构建出符合中国经济特色的数字营商环境制度，促进我国数字经济的健康发展。

（赵珊珊 整理）

《周礼》勾勒的廉政制度及其影响

法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

“廉”的基本字义是指有棱角，比喻品行端方、有气节、廉洁、廉正、廉明等。“廉政”一词最早出现在《晏子春秋·问下四》：“廉政而长久，其行何也？”《晏子春秋·内篇杂下》载齐相晏婴说：“廉者，政之本也。”《周礼》则归纳了西周到春秋战国执政以廉的思想，提出“六廉”观念。《周礼·天官》记载小宰的职责之一，是用公平治理官府的六项评断官吏的标准，辅佐大宰评断吏治，这六项标准是：“一曰廉善（廉洁而又能做好工作），二曰廉能（廉洁而又能推行政令），三曰廉敬（廉洁而又勤勉努力），四曰廉正（廉洁而又处事公正），五曰廉法（廉洁而又执法无误），六曰廉辨（廉洁而又明辨是非）。”东汉经学家郑玄注曰：“既断以六事，又以廉为本。善，善其事，有辞誉也。能，政令行也。敬，不懈于位也。正，行无倾邪也。法，守法不失也。辨，辨然不疑惑也。”意思是指考察官吏政绩的优劣，要以“六廉”为标准。“廉善”是指善于行事，获得好评；“廉能”是指能较好地贯彻法令；“廉敬”是指为官尽职尽责，履行岗位职责；“廉正”是指品行方正，公明正直；“廉法”是指遵纪守法，执法不阿；“廉辨”是指分清是非，明辨大义，厉行正道。

《周礼》不仅规定了选官的“六廉”标准，为此还制定了考核制度。《周礼·天官》载冢宰的职责之一就是“岁终，则令百官府各正其治，受其会，听其致事，而诏王废置。三岁则大计群吏之治而诛赏之”。意思是，年终的时候，命令各官府实事求是地整理文书资料，接受他们的会计总账，评断他们汇报的政绩，而帮助周王决定对官吏的罢黜和提升。三年大考核众官吏的政绩，从而帮助周王决定对他们的惩罚和奖励。小宰的职责之一则是“月终，则以官府之叙，受群吏之要。赞冢宰受岁会”。这表明小宰协助冢宰，负责月考、岁考和记录。

“六廉”是第一次以“廉”挂帅，将其运用于官吏职责各个方面而形成的一个较为全面的评价、考核官吏的标准，“六廉”的特点就是强调选拔官吏要首先重“德”（廉），“德”为主，然后才是具有“才”。在此后2000多年的历史发展过程中，历代封建王朝都以“六廉”为基本指导思想，制定了大量详细的官吏廉政准则，建立相应的督促保障机制，从而形成中国古代历史悠久、完备连续的廉政机制。

在秦朝，从睡虎地秦墓竹简所载秦律可知，为了保障官吏的廉政，秦律规定，限制那些有劣迹和犯罪前科的人进入官吏队伍，以提高官吏队伍的整体素质，警示官吏奉公守法。例如，被撤职的官吏不能再被任用，否则任用者要被罚二甲；诸如“史”官一类的重要官吏，犯过罪而后被赦免的人，只能改任一般官职，不得再任“史”官一类重要的官职。

在汉代，察举是其重要的选官任官制度，而孝廉又是察举的重要科目之一。孝廉即孝子廉吏，举荐时二者分科察举。孝，指孝悌者；廉，指清廉之士。汉武帝元光元年初令郡国举孝廉各一人，即举孝举廉各一人。在两汉通常的情况下，孝廉则往往连称而混同为一科。两汉的察举与考试是相辅而行、相互为用的。察举加考试，是汉代选官制度中的两个重要步骤。察举之后，是否选得其人，还要经过考试，而后才能量才录用。孝廉一科，在汉代属于清流之目，为官吏晋升的正途，汉武帝以后，迄于东汉，不少名公巨卿都是孝廉出身，对汉代政治影响很大。

东汉为了促使官吏廉政，建立了任官回避制度。东汉桓帝时颁布了“三互法”，规定任官一是需要避籍，即本籍人士不得在本籍任官；二是需要避亲，即“婚姻之家及两州人士不得对相监临”。两州人士有婚姻关系者，其本人和家人不能到对方州任官，同时两州人士不得交互为官。据此规定，一种情况是甲州有人在乙州任官，那么乙州人士就不能赴甲州任职。另一种情况是甲州人士在乙州任职，乙州人士在丙州任职，那么丙州人士则不得在甲、乙两州任职；三是汉代地方长官任职时，既要避籍避亲，还要避近，即一些重要地区和关键职位，不得有亲近的人担任，如“宗室不宜典三河”（即宗室之人不得在河南、河东、河内三郡这些重要区域任职），外戚“不宜备九卿”，不得“封侯与政”。

大概受《周礼》的影响，秦汉时期创设专门的官吏考核机构。秦代御史和监御史负责官吏的考核和监督。汉朝建立后，对官吏的考核与监督分离，以御史府司职监察，以司徒、司空主持京官的考核，由郡守和上计吏负责地方官吏考核，形成了一套简易的考核机构和考核制度。

有关考核、惩戒官吏的立法也逐渐建立。云梦秦简中的《厩苑律》《仓律》《金布律》《为吏之道》《牛羊课》等都是考核官吏的立法。汉代的《上计律》也是考核官吏的法律。

秦汉对官吏的利用职务之便受贿枉法的处罚比较严格。云梦秦简中的《除吏律》和《法律答问》中规定，官员不执行政令的，要处以流放以上的惩罚，即使已经免职或调任也要追究责任。法官在司法审判中犯错误要负刑事责任。汉代实行“十金法”，规定官吏贪污数额在“十金”即十万钱以上者，要处死刑。利用职权私自挪用官钱，亦作贪污盗窃论处，要黥为城旦，且不能用爵位减免赎罪。凡是贪赃受贿的官吏，一经查出，非但本人被罢官，而且世代禁锢，不得为官。

因此，《周礼》一书对后世廉政建设发挥了一定的作用，表明对廉政实践加以理论总结，再去指导廉政实践，是推进廉政建设的必要任务。

债权法的学术、立法与司法研究

《债权法讲义》序言

书林臧否

□ 刘凯湘

《债权法讲义》一书以债法原理的学理阐释为基础，以民法典和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称民法典合同编通则司法解释）为中心，以案例、事例为线索，除了债法原理，还包括合同法的基本原理，以照顾到民法典新创设的债法体例。在介绍与讲解债法的原理、制度、规则时，除了学理上的阐释，更关注实务分析与实证研究，尽量结合案例、事例进行说明，避免纯粹的学说逻辑的推演。同时，特别关注立法的变迁与学理在立法中的意义，让读者更好地了解我国债法的立法沿革以及债法理论与学说的发展过程。本书写作遵循的思路以及由此体现的特点如下：

第一，尽量体现债法的实务性。民法包括债法又是实务性极强的学科，所以本书在介绍与讲解债法的原理、制度、规则时，除了学理上的阐释，更关注实务分析与实证研究，尽量结合案例、事例进行说明，避免纯粹的学说逻辑的推演。案例、事例既有真实的，也有为分析与说明而自拟的；既是作者从事民商法特别是债权法教学三十多年的教学案例的总结，也是作者从事商事仲裁二十多年、审理数百件商事合同纠纷案件的体会与感悟。

以案例或者事例对债法特别是民法典与民法典合同编通则司法解释的相关规定进行说明与解释，目的在于体现本书的实务性与应用性，特别是对于某些按照字面意思即文意不太容易理解的条文。例如，民法典第七百条的规定：保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，“但是不得损害债权人的利益”。

第二，尽量结合立法特别是民法典以及民法典合同编通则司法解释进行讲解，同时特别关注立法的变迁与学理在立法中的意义。就债法而言，民法典实施才三年多，之前的民法通则特别是合同法是我国过去三十多年债法领域的最主要立法，而最高人民法院颁布的有关合同法的司法解释对于司法实践同样十分重要。立法的变迁不是一蹴而就的，新法的适用又有其规则，未来几年的过渡期内合同法及与合同法有关的司法解释等仍然将作为合同纠纷案件的裁决依据。所以，本书以民法典和民法典合同编通则司法解释的相关规定为依据，力图阐释与分析民法典对民法通则特别是合同法的立法承继与发展，让读者更好地了解我国债法的立法沿革以及债法理论与学说的发展过程。

民法典合同编通则司法解释对民法典合同编以及总则编（特别是总则编中的法律行为制度）的适用是非常重要的，本书对该司法解释给予了特别的关注，对其中很多重要条款进行了较为详细的阐释，而阐释的主要角度仍然聚焦于实务中对规则的理解与适用。例如，民法典合同编通则司法解释第二十二条条文篇幅很长，内容很多，逻辑层次繁复，我对此进行归纳与总结，得出理解与适用该条的要点：

其一，印章不是决定合同效力的关键因素，关键因素是法定代表人、负责人、工作人员签订合同时是否超越了其职权或者职责范围，如果没有超越职权或者职责范围，即使加盖的印章不是经过备案的印章，甚至加盖的是伪造的印章，当事人不能仅以此为由主张合同对其不发生效力；其二，合同是以法人、非法人组织的名义订立，但是签字处只有法定代表人、负责人或者工作人员的个人签名或者按指印，而未加盖法人、非法人组织的印章，如果相对人能够证明法定代表人、负责人并未超越其职权范围，或者工作人员没有超越其职责权限或者超越其授权范围，该合同为有效合同，对法人、非法人组织发生效力，法人、非法人组织不能以合同上没有加盖法人、非法人组织的公章或者合同专用章而否认合同的效力，唯一的例外是当事人在合同中明确约定了必须以加盖法人、非法人组织的印章作为合同的成立条件，否则合同不成立或者不生效，则在未加盖法人、非法人组织印章的情况下，合同不成立或者不生效，对任何一方均无约束力；其三，与上述第二种情形相反的是，合同上仅加盖了法人、非法人组织的印章（公章或者合同专用章），但是没有任何人在上面签名或者按指印，既无法定代表人或者负责人的签字或者指印，也无工作人员的签字或者指印，这种情况下，如果相对人能够证明合同确系法定代表人、负责人或者工作人员在其权限范围内订立的，则该合同为有效合同，对法人、非法人组织发生效力，是否有签字不影响合同的效力。

第三，本书写作过程中，借鉴了很多学者与作者的相关学术成果，既包括以合同法理论为主的传统债法著作，也包括专门针对民法典的理解与适用而撰写的著作，对作者本人此前出版的《合同法》和《债法总论》的内容也有所借鉴。但是，基于本书并非债法的学术专著，而是以债法的基本原理与学理通说为基础的讲义，很多观点与见解是作者自己的理解与表述，故书中较少使用注释，但借鉴的主要著作列于书后。

第四，本书的特点是：其一，本书不是纯粹的债法原理，因为除了债法原理外本书还包括合同法的基本原理，也就是民法典合同编第一分编“通则”的有关内容；其二，不仅如此，本书还包含了民法典合同编第三分编“准合同”即不当得利制度与无因管理制度的基本原理与规则，以照顾到民法典新创设的债法体例；其三，基于民法典将侵权责任独立成编的体例，加之限于篇幅，本书不涉及侵权损害赔偿之债；其四，本书既非纯粹的学术性著作，亦非纯粹的实务性著作，而是兼顾学术、立法与司法，尽力将三者结合起来的教材。

废除肉刑

史海钩沉

肉刑指摧残人肉体的刑罚，在古代主要有墨（也称黥）、劓、刖、宫、大辟等，合称“五刑”。“墨”就是在面部、耳后、颈项、手臂上刺刻后涂上墨，往往与其他刑罚相结合；“劓”是指割掉鼻子；“刖”是将脚砍掉；“宫”就是破坏生殖器官；“大辟”就是死刑。这些惨绝人寰的肉刑，从夏商周一直沿用到汉初，与奉行黄老思想、想要与民休息的汉朝格格不入，直接促使西汉的刑罚思想开始发生变化。汉高祖时陆贾就主张“慎刑”，他提出应当吸取秦朝灭亡的教训，做到“设刑者不厌轻，为德者不厌重，行罚者不患薄，布赏者不患厚”，如果能做到刑轻德重、刑薄赏厚，就能赢得民心，“不言而信，不怒而威”。

直接促成肉刑被废除的，是汉文帝在位时发生的一个案例，史称“缇萦上书”。

缇萦的父亲叫淳于意，在藩国齐国担任仓公令，主管地方藩国的粮食和武器装备。他还精通医术，经常有达官显贵前来请他看病。淳于意喜欢云游四海，访师采药，这使得很多慕名来求医的人经常找不到他，只能失望而归。这种情况发生多了，想来找他救命又求而不得的人就开始埋怨他。齐王也有意请淳于意做自家的专属医生，被淳于意婉言谢绝了。有一天，有人告发淳于意受贿，据《史记》记载他应该是被诬陷的，但淳于意最终被定罪，须受肉刑。他只生了五个女儿，没有儿子，临行赴长安受刑前，他仰天长叹：唉！可怜我生不出儿子啊！现在有急事了连个分忧解难的人都找不到！小女儿缇萦听了父亲的话感到非常痛心，毅然决然地跟在囚车后面去了长安，并上书给汉文帝。

《史记·扁鹊仓公列传》记载了她上书的内容：“妾父为吏，齐中称其廉平，今坐法当刑，妾切痛死者不可复生，而刑者不可复续，虽欲改过自新，其道莫由，终不可得。妾愿入身为官婢，以赎父刑罪，使得改行自新也。”她只字不提自己的父亲是被冤枉的，而是直斥肉刑：“我为受刑而死的人不能复生感到悲痛，那些受刑而失去肢体的人也不能长出新的肢体，即使他们想改过自新，也毫无办法。”

缇萦救父的胆识和孝心深深感动了宽仁贤德、爱民恤民的汉文帝，他当即下令免除淳于意的刑罚，也没有让缇萦去当奴婢，并在第二天就颁布了《除肉刑诏》：“今人有过，教未施而刑加焉，或欲改行为善，而道毋由也。朕甚怜之。夫刑至断肢体，刻肌肤，终身不息，何其楚痛而不德也，岂称为民父母之意哉？其除肉刑。”意思是如果老百姓有了过错，我们都没有对他们施行道德教化就对他们处以肉刑，这当中即使有人想改过自新也没有机会了。我非常同情这些人。如果刑罚严酷到要砍断其肢体、刻刺其肌肤，使其终身残疾而不得安宁，这是何等的痛苦和不道德之事，这岂是民之父母的本意？必须坚决废除肉刑，用别的方式来取代。

汉文帝责成丞相张苍、御史大夫冯敬等负责修改刑律，并在同年颁布新刑律：黥刑改为剃去头发，并以铁束颈服刑四年；劓刑改为笞刑三百；斩左足改为笞刑五百；犯斩右足以及杀人自首、官吏贪赃枉法、监守自盗等罪，在判刑后又犯笞刑罪的人，一律弃市处死；对于判处其他各等徒刑在一定年限内无逃亡等行为的，可相应递减刑罪，直至释放免刑为庶人。这种“省刑薄罚”的改革取得了立竿见影的效果，《资治通鉴·汉纪》称其“风气笃厚，禁网疏阔，刑罚大省”。但改革中也存在部分刑罚由轻改重的现象：比如将斩右足改为死刑；又如劓刑和斩左足虽然改成了笞刑，但由于打的次数过多，会出现受刑之人被活活打死的情况。因而班固称其为“外有轻刑之名，内实杀人”。

汉景帝即位后，对肉刑制度作了进一步改革：将劓刑由笞三百减为二百；斩左足由笞五百减为笞三百。汉景帝时期还明确规定笞杖尺寸和笞刑规则：笞杖以竹板制成，要削平竹节，行刑过程中不得换人等。

西汉文景时期废除肉刑的刑制改革，顺应了历史发展潮流，为建立封建刑罚制度并向新“五刑”过渡奠定了重要基础。尽管这次改革还有缺陷，但其无疑是中国刑法发展史上的分水岭，在中国法制发展史上具有重要的历史地位和里程碑式的意义。

经过三国两晋南北朝的演变，到了隋朝统一中国后，隋文帝下令制定律典，全面梳理汉文帝刑罚改革以来的刑罚制度，建立了新的“五刑”体系。唐朝的法律对之稍微加以修改后，继承了这个“五刑”刑罚体系，并为以后两宋、明清法律所沿袭，号为“正刑”，成为绵延一千三百多年的法定刑罚体系，是19世纪中叶前全世界范围内最文明、最人道的法定刑罚体系。这个新的“五刑”体系，设定笞、杖、徒、流、死五种主刑，又划分为二十个等级，一共是五刑二十等。

虽然新“五刑”用我们现代人的标准来衡量仍显野蛮，但与夏商周秦的旧“五刑”相比，可谓是一大进步，而这一进步无疑与“慎刑”思想有着千丝万缕的联系。在“罢黜百家，独尊儒术”的汉朝，君主的价值取向显然受到“明德慎罚”“德主刑辅”思想的巨大影响，汉文帝“朕德之薄，而教不明”的自责就体现出其“宽仁之治”的仁政慎刑理念。继“文景”之后，恢复肉刑的主张不绝于耳，特别是在战乱纷争、朝代交替之际，“重典以治乱世”的学说甚嚣尘上，但自汉文帝废除旧“五刑”伊始，主要的肉刑便没能再登上历史舞台，封建独裁者也未再采纳恢复肉刑论者的主张，这都是“慎刑”思想在统治者立法与施法实践中的融入与体现。

（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）