



观点新解

魏斌谈数字时代的法律科技——需从理论应用规范等方面进行全面深入的思考



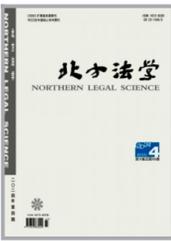
浙江光华法学院魏斌在《法学家》2024年第3期上发表题为《法律科技的变革：从计算机化到数字化与智能化》的文章中指出：

20世纪80年代初期，我国法学界有学者前瞻性地提出了“法律工作的计算机化”这一概念。法律工作的计算机化不仅提升了效率，尤其在法律信息存储、案例检索、犯罪预测、多元诉讼、减轻诉累、辅助立法等多个方面，也为定量分析和理解复杂法律问题等法学研究提供了有力的支持。经过40多年的发展，法律科技从早期的“法律知识+专家系统”迈向“法律大数据+机器学习”时代，法律工作实现了从计算机化向数字化和智能化的转型。

在数字时代，法律科技进入第三代人工智能与法律大数据融合的新阶段，需要从理论、应用和规范等方面进行全面而深入的思考。从理论层面来说，法律与科技的结合不仅是技术的应用，而且有其深刻的法理基础。法律科技的研究应当理解法律与科技结合的法理，其应用应当遵循法律运行的规律。从应用层面来说，回顾法律科技的历史发展，对于深化法律科技在立法、审判、检察和律师实务中的应用具有指导意义。从规范层面来说，对于法律科技所引发的伦理及法律问题，需要进行深入反思和讨论，以作出合理的规范性指导和建议。

尽管法律科技取得了显著进展，但它仍无法回避法理和伦理问题，其技术和应用也存在缺陷。法律科技的价值定位应回归居于辅助地位。未来的法律科技还需要发展出既符合国际发展趋势，又符合中国国情的法律科技自主体系。第一，构建法律科技共同体。法律科技共同体是由持有共同科研目标和价值观念的专业群体所构成的，致力于在新一代科技的推动下，促进数字法治和法学研究范式的变革。第二，构建法律科技的新型管理体系。法律科技推动了法律运行机制和体制的变化，甚至成为一种法律工作的新型管理形态。第三，构建法律科技的自主知识体系。中国法律科技的自主知识体系应当是符合中国的法治现状，结合中国的立法和司法实践需求，以科技形态呈现法学的自主知识体系。第四，构建法律大数据和知识开放共享机制。法律大数据和知识作为要素是驱动法律科技的生产资料，其中法律大数据指的是法律领域中直接产生的初始或原始数据，而法律知识则是对这些数据进行处理、分析和理解后形成的信息，往往是由法律专家分层级、分阶段标注，从而形成以要素标注的法律知识图谱。为推动法律科技行业的发展，提高要素流通和使用的效率，亟须构建法律知识和大数据的开放共享机制，推动行业内共享的标准化，提高法律科技系统间的兼容性。第五，创新法律科技的法律与伦理治理模式。法律科技的发展引发法律运行机制的变革，必然需要新的制度适应。

马丁谈实现担保物权程序——在多个方面体现出不同于其他民事程序的特征



南京师范大学法学院马丁在《北方法学》2024年第4期上发表题为《论实现担保物权程序特质的展开》的文章中指出：

实现担保物权程序是我国民事司法制度中颇具特色的一套机制。它的产生和发展历程在很大程度上不是仿效和借鉴域外制度的结果，而是遵循我国民事司法机制自身的发展逻辑的产物。实现担保物权程序在功能、构造、结果等多个方面体现出不同于其他民事程序的特征。这些特征共同参与该程序之特质的塑造。这给准确认识和适用该程序提出挑战，是必须细致辨析并解决的问题。这种特质源起于立法者对该程序的功能设定，即以简便快捷的司法途径实现担保物权。程序中处理的实体法律关系及其纠纷所表现出的特征则为该程序特质的形成奠定了基础。

实现担保物权程序在诸多方面体现出鲜明的特色。一方面是因为它是一种新型的程序，另一方面则是因为这种新型程序的许多具体内容仍在形成的进程之中。这给对该程序的认知造成了较大的困难，而认知又是合理适用的前提。为了摆脱这种认知与适用的困境状态，归类法作为认知方法论层面的一种尝试被加以运用。该方法通过辨认新型事物的部分显性特征将其归纳到某种类型之下。其价值在于，人们对属于该类型之下的事物已有清晰详尽的认知，从而对于新型事物的理解和运用可以在很大程度上套用已知事物的逻辑。当然，新老事物不可能完全相同，因此这种方法能否奏效以及效果如何取决于新型事物与既有成熟事物之间共性与个性的对比状况。就实现担保物权程序而言，它的基本目的和普通程序一样都是解决纠纷、实现权利。当然，对实现担保物权程序的目的设定要比普通程序更为细致，即解决特定民事纠纷且以更快捷便利的方式进行。这种具有鲜明个性化色彩的目的着落在程序的具体构造上，与普通程序相较呈现一种有同有异的局面。

未来应在密切观察司法实践状况的基础上，进一步发现和提炼对实现担保物权程序特质的认识，推动该程序的规则细化和有效适用，实现其与普通程序的良性竞争及错位发展。

(赵珊珊 整理)

《尚书》中的“禅让”是一种推荐和任命相结合的制度

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

《尚书》中的《尧典》《舜典》《大禹谟》对后世影响、争议较大的事情，就是所谓的尧让位于舜、舜让位于禹、禹让位于皋陶及伯益的“禅让”制度。目前，多数论著、教材都将它解释为一种民主选举制度，笔者经过将之与少数民族的历史资料相参照，认为它不是民主选举，而是一种推荐和任命相结合的制度。

《尧典》记载尧70岁那年，感觉自己年事已高，因此，咨询四方部落的首领：“四方诸侯之长！我在位七十年，你们谁能用我之命，升任我的帝位吧！”四方诸侯之长说：“我们德行鄙陋，不配升任帝位。”尧帝说：“可以明察贵戚，也可以推荐地位低微的人。”众人推荐说：“在下面有一个穷困的人，名叫虞舜。”尧帝说：“是的，我也听说过，这个人怎么样呢？”四方诸侯之长回答说：“他是乐官瞽瞍的儿子。他的父亲心术不正，后母说话不诚，弟弟傲慢不友好，而舜能同他们和谐相处，因他的孝心醇厚，治理国务不至于坏吧！”尧帝说：“我试试吧！把我的两个女儿嫁给舜，从两个女儿那里观察舜的德行。”于是命令两个女儿下到妫水湾，嫁给虞舜。尧考察了三年，对舜说：“来吧！

舜啊，我同你谋划政事，又考察你的言论，已经三年了，你登上帝位吧！”舜要让给有德的人，不肯继承。

接着，《舜典》记载，后来，舜在尧的大庙接受了册命。舜辅助了尧帝二十八年，尧帝逝世了。舜三十岁时被征召，施政二十年，在帝位五十年。

接着，《大禹谟》记载，帝舜道：“禹，你来！我居帝位已经三十三年了，如今已到耄耋昏聩的时期，掌握这样繁忙的政事委实感到疲倦。你平日是从不懈怠的，今后要接替我总管众民啊！”禹连忙答道：“我的品德不能胜任，人民不会依从我的，不如皋陶勇往力行，积极种德，德泽普及下民，民众都怀念他。”但过了一段时间，帝舜最后断然地说：“不！只有你合适。”于是，禹在尧庙里接受了摄政的委命，率领百官行礼，像当年舜受命摄政时一样。

禹在位时，本来也不传其子启。当时人们推荐了皋陶为继位人；不久，皋陶死，又举皋陶的儿子伯益为继位人。禹死之后，其子启夺伯益位而自立，各位部落首领推荐，现任部落联盟首领任命(册命)，后人称之为禅让制度被废止。

看完《尚书》的上述记载，人们很难说这是一种选举制度，而是一种推荐制度。推荐和选举都是指按照一定规则产生某种人员的行为。但是它们在选择方式、适用范围等方面有所不同。第一，

推荐是在被提名人范围内，由组织或个人向领导机构推荐人选，然后由领导机构进行审核，决定是否予以确认的过程；选举则是在较大范围内公开选拔标准，通过投票来选择，决定合适的人员。第二，选举是选择自己被选或自荐，自身参与其中，可以自己选举自己，可以被选举；而推荐是选择他人，自身不参与。第三，选举的候选人范围一般有限定，选举者是一批人，而非一个人；推荐的候选人范围没有有限定，可以是一批人，也可以是一个人。简而言之，推荐人没有决定权，其推荐结果并非最终结果，还需要上司最后决定；而选举人则有决定权，其选举结果一般就是最终结果。

因此，《尚书》中记载的所谓禅让制度，不是什么民主选举制度，而是一种推荐和任命相结合的制度。尧让大家推荐，最后由他册命决定，舜、禹莫不如此。

那么，这样如此清楚易见的事实，为什么还有学者把“禅让”说成是民主选举制度呢？其中一个重要原因，就是生搬硬套恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》关于军事民主制时期的军事首领是由选举产生的论述。恩格斯是依据西方古代社会的一些史料而作出那一结论的，但不同地区的历史往往千变百态，尤其是在资本主义产生之前的古代社会。

从宋兆麟、黎家芳、杜耀西合著的《中国原始

社会史》一书可知，我国云南过去处于原始社会军事民主制时期的少数民族，有些军事首领是选举产生的，但也有些是临时推举产生的，战事一结束，军事首领和组织就宣告解散。例如，云南景颇族进入了阶级社会，出现了经常组织侵略战争的领头人，他不充劳动生产，专靠挑动侵略掠夺为生，事前谁要准备对外侵略掠夺，要事先找他商量，由他组织发动战斗时，他手持刀矛和猪皮盾冲锋在前，吉作(即小兵们)手持武器，身缠树皮，藤条紧随其后。到达敌寨之后，牵牛拉马，有时还将村寨焚毁一空。如果对方有防备，即发生冲突，恶战一场，对方如果没有准备，未发生战斗，将牛马拉出后，鸣枪示威，并砍下一条牛尾巴插在路上。追来的人发现牛尾，即知是侵略掠夺挑衅，而不是一般抢劫，也就不再追赶了。但是，虽然出现了有组织战争的军事首领，却没有形成专业的军队和严密的军事组织，军事首领不是专职的，战士也不是职业化的士兵，战争一旦结束，军队就失去了存在的意义，随即解散。因此，无论从军队的组织形式和作用，战士的来源和动员形式，还是从对战利品的分配，俘虏的处理办法来看，都不具有恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》里所讲的军事民主制的特点。

因此，研究法制史，应该论从史出，而非用已有某一论剪裁史实，生硬解释。

会通中西推动中国法律的近代化 《近代中国就职宣誓制度源流考论》序言

书林臧否

□ 张晋藩

近代中国社会面临着内忧外患，固有法律思想、制度在近代中国的发展、演变，经历了一个艰难、曲折的过程。这一过程的基本内涵，表现为法律的近代化，其试图回答的问题是：如何既“取资欧美”，借鉴国外法治有益经验；又“返本开新”，汲取中华法律文化精华，以建立一个既具有现代科学性又符合中国特定的民国国情，并代表某种社会群体利益的法治体系。中国法律近代化，既有法律自身发展的逻辑动因，也迫于列强的外部推动，而最终体现为立法者通过对中国传统法律与西方近代法律的比较进而对法律体制作出新的选择。

近代中国就职宣誓制度作为一种重要的宪法性制度和政治仪式，是中国法律近代化的参与者和见证者。该制度在1911年至1949年间交替沿

革，先后两次宪法化，规范公职人员、人民团体负责人、党务人士宣誓就职活动的法律制度亦随时代变迁而多次修订，臻于完备。同时，自1928年起，宣誓就职典礼开始遍及中央及地方行政机关、人民团体、党团组织，多层次、多领域的仪式展演成为当时国人政治生活中不可或缺的一环。在“西学东渐”“欧风美雨”的时空背景下，逐渐走向成熟的近代中国就职宣誓制度的演进轨迹，无疑回应了中国法律近代化的中心问题：这一制度并非照搬、抄袭欧美成例，而是将西洋诸国的制度经验植根于我国固有盟誓传统，从而反映出西方法律精神与中华法律文化在中国法律近代化历程中的冲突与融合，也反映出这一潮流的推动者们对会通中西契合点的不懈探索。

中国法律近代化中的会通中西，其本质是中华法律文化精华与国外法治有益经验之间的接榫。历史上，法政先驱对“西法”的借鉴，往往是通过尝试用“中法”的民主性因素吸收“西法”实现的，体现为用出礼入刑、隆礼重法的治国策略，民惟邦本、本固邦宁的民本理念，天下无讼、以和为

贵的价值追求，德主刑辅、明德慎罚的慎刑思想，援法断罪、罪当其罪的平等观念，保护螺蛳孤独、老幼妇孺的恤刑原则涵摄西方近代法律。由此可见，会通中西推动中国法律的近代化，必须处理好法律移植和法律本土化之间的关系，对法律移植而言，关键在于将引进的法律制度、原则与本国固有之成法、成例相融合，共同发挥整体效应。而法律本土化则是将移植的法律改造成适合本国现实社会需要的形式，以此为基础生长出新的制度和原则。在法律移植与法律本土化的交互中，中国传统法律的民主性因素融入了新建立的法律体系，为先进的法律制度提供了深厚的社会土壤和文化支撑。应当指出，引入“西法”根本上是为了更好地迈回“西法”。由于中国法律近代化是在民族危机四伏的背景下进行的，在面对中国法律的转型时，当时的国人既缺乏对中国传统法律跨越时空的民主性因素的理性对待，也缺乏对西方近代法律与中国国情的适应性的理性分析，以致中国法律虽然走向了近代化，却几乎丧失了中华法系的自主性与创新性。

如果说前人无暇进行必要的反省，那么如今这个历史性任务就落到了我们的肩上。中华人民共和国成立七十多年后的今天，当代中国就职宣誓制度——宪法宣誓制度方兴未艾，以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系日趋完善，在坚定不移推进中华民族伟大复兴历史进程中，重构着反映新时代特色的中华法系。我们知道，中华法系的重构绝不意味着复古，而是立足于中华优秀传统文化、创造出适应时代需求、体现民族精神的理性的法律文化。而重构中华法系的道路亦延续了“中国法律近代化的理论关切，即提炼出超越时空的法律思维、理论、立法、司法的原则以及制度、经验与教训，科学地总结中华法系发生、发展的规律，并找到它与当代法治体系的契合点，使其有机融入法治中国建设。因此，通过回顾近代中国就职宣誓制度的演变过程，探寻其源流背后所蕴含的法律思想与政治传统，对于深刻理解传承中华优秀传统文化的历史逻辑，赓续中华文脉，建设中华民族现代文明具有丰富的史鉴价值。

周公敬明乃罚

史海钩沉

王曰：“呜呼！封，敬明乃罚。人有小罪，非眚，乃惟终，自作不典，式尔，有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪，非终，乃惟眚灾，适尔，既道极厥辜，时乃不可杀。”

王曰：“呜呼！封，有敕时，乃大明服，惟民其敬懋和。若有疾，惟民其毕咨。若保赤子，惟民其康乂。”

“非汝封刑人杀人，无或刑人杀人。非汝封又曰劓刑人，无或劓刑人。”

王曰：“外事，汝陈时臬司师。兹殷罚有伦。”又曰：“要囚，服念五、六日至于旬时，丕蔽要囚。”

王曰：“汝陈时臬司罪，蔽殷彝，用其义刑义杀，勿庸以汝汝封。乃汝尽进曰时叙，惟日未有逊事。已！汝惟小子，未其有若汝封之心。朕心股肱，惟乃如之。”

——《尚书·康诰》

解析：最早区分故意与过失犯罪，最早记载累犯从重制度

同世界刑法发展史的一般情况相比较，中国古代对犯罪主观状态的思考和研究要相对完备和成熟，规定故意犯罪和过失犯罪的区分也渊源甚古。在《尚书·康诰》“周公敬明乃罚”的记载中，已经体现了对犯罪主观状态的

考量。“周公敬明乃罚”的故事，体现了西周时期对犯罪主观恶性与刑罚轻重之间关系的考量：故意犯罪，即使所犯小罪，短时间内多次再犯的，也应当从重处罚；过失犯罪，即使所犯大罪，也可从轻发落。其中包含了故意犯罪、过失犯罪的量刑区分，也体现了对故意犯罪从重处罚的量刑尺度，是中华文明对罪刑相适应原则的积极探索和大胆实践。

故意犯罪，行为人对犯罪结果持期待和放任的态度，有较强的主观恶性；而过失犯罪，行为人不愿意看到犯罪结果的发生，主观恶性较低，因此二者在定罪量刑方面必然存在区分和差异。这符合社会公众的朴素认知，现代如是，古代亦如是。《尚书·舜典》记载“眚灾肆赦，怙终贼刑”，早在奴隶制前的尧舜时代就有“故意重其刑罚，过失酌减其处分”的原则。尧舜时代的史事是一种传说，而目前学界公认的时代，至少在西周时期已正式出现了对犯罪主观状态的考量。最具代表性的，即《尚书·康诰》关于“周公敬明乃罚”的记载。此外，《尚书·大禹谟》中“宥过无大，刑故无小”也表明了“过失从轻”的思想；《周礼》有关过失犯罪的记载亦有多处。可见过失犯罪可以得到宽恕已成为量刑的原则之一。

随着经济、文化的发展，统治阶级的治世经验有所进步，犯罪主观心态的思想亦得到进一步展开，并贯彻落实到刑事立法与司法中。尤其西

汉以后，儒家思想在整个中国古代思想领域里一直占据优势，对于法律、刑罚的制定和实施发挥着重要影响。在追究刑事责任方面，儒家置重动机，把主观动机放在较结果更为重要的地位，对疑案难案所实行的“春秋决狱”即一例，这种倾向在一定程度上导致了封建司法中的罪刑擅断，但同时也为后来关于过失犯罪的系统性规定奠定了思想基础。

从虞舜前期的“不施刑罚”，到《尚书》中“怙终贼刑”，从中华法系成熟时期的《唐律疏议》，到近代《大清新刑律》，累犯制度在中国刑法史上留下诸多珍贵记录。

虞舜中期后，重复犯罪现象增多，累犯处罚原则逐渐形成。《尚书·舜典》记载“眚灾肆赦，怙终贼刑”。《孔传》曰：“眚，过；灾，害；肆，缓；贼，杀也。过而有害，当缓赦之。”《尚书·康诰》记载：“人有小罪，非眚，乃惟终，自作不典，式尔，有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪，非终，乃惟眚灾，适尔，既道极厥辜，时乃不可杀。”这里的眚是过失，眚灾是由过失造成的灾祸，“眚”“过”“眚灾”指的都是过失犯罪。“怙终”“故”“非眚”则指故意犯罪。从《舜典》和《康诰》可以发现，施用刑罚不能只看客观罪行，还要看主观方面，重罚故意犯罪且不思悔改者，适当处罚过失犯罪且愿意悔改者。《康诰》中周公的观点还有点慎刑的现代意味。“怙终贼刑”是我国古代关于累犯制度的最早记载，既与如今犯罪学上的累犯意义相似，又可见到如今刑法学意义上

累犯处罚原则的影子。自此，累犯制度在我国历朝律法中开始占有重要地位，对重复故意犯罪的加重处罚原则在我国古代法制史中承袭下来。《周礼》《汉书》《唐律》《宋刑统》中均有记载，沿革及发展。

时至近代，《大清新刑律》首次在刑法中使用“累犯”一词。《大清新刑律》采取普通累犯制和执行开始主义，把构成累犯的时间条件规定为前后罪之间间隔五年，比较合理地限定了累犯的范围。同时明确区分了累犯与并罚数罪，并清晰地规定了对累犯和三犯的处理。其在第4章第19条规定：“已受徒刑之执行，更犯徒刑之上之罪者，为再犯，加本刑一等，但有期徒刑执行完毕，无期徒刑或有期徒刑执行一部分而后免除后，逾五年而再犯者，不在加重之限。”第20条规定：“三犯以上者，加本刑二等，仍依前条之例。”

法律总是植根于现实生活的，任何一种法律制度都有其存在的现实基础，它不是立法者随意的创制，而是社会现实和社会需要在法律上的反映。累犯制度设立的现实基础即重新犯罪现象的存在，而通过施以重刑，对重复犯罪行为产生威慑，则契合了社会的法治信仰和公正需求，这正是这一制度源远流长的现实基础和理论底蕴。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版)