



观点新解

王由海谈行政备案法治化——其重要保障是合理设置法律责任

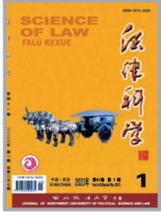


中国政法大学法学院王由海在《法商研究》2023年第1期上发表题为《行政备案的实践类型与法治化路径》的文章中指出：推动政府职能的法定化和科学化是建设法治政府的本质要求，行政备案规范管理改革则是推动政府职能转变的重要突破口。在实践中行政备案的规范化程度并不高，其概念与运行都缺乏明确的规则，严重降低了行政备案的制度实效。在监管实践中，诸如备案式许可、备案过多过滥、备案监管虚置等侵害市场主体合法权益、影响市场监管秩序的行为，已经影响到“放管服”改革、法治政府建设的深入推进。在司法实践中，有关行政备案行为合法性的法律纠纷解决业已成为监督行政机关依法行政、保障公民合法权益的关键。为此，如何推进行政备案的法定化和科学化成为当前法治政府建设的重要任务。

以备案阶段与审查形式为标准，可以将行政备案划分为预防型备案、告知型备案、后设型备案3类。当前，行政备案机制创新面临法律属性异化、设定标准缺失、备案程序僵化以及法律责任归属混乱等法治化困境。行政备案不是行政事实行为，而是未形式化的行政行为。

在行政审批改革过程中，行政备案的机制创新以程序简化、行政效率为主要导向，在合理性及合法性方面存在诸多不足，需要通过强化行政机关备案管理的依法行政能力以弥补备案改革的不稳定和合法性不足问题。治理现代化的规律表明，以现代化治理代替传统治理的过程，其实就是一个向法治化治理转型的过程。因此，需要从法律构造、创设依据、适用范围以及规制功能等方面合理构建行政备案的法治化路径，提升行政备案的法治化水平。其一，明晰行政备案的法律构造：基础概念的澄清构成行政备案法治化的逻辑起点。行政备案的核心逻辑为“公法上的积极作为义务”，其不禁止行政相对人实施特定行为，而是为了信息规制、过程监管的需要而获取有关信息。备案管理规范仅强调公法上的作为义务，即要求行政相对人履行积极备案的作为义务；其二，明确行政备案的设定标准：依法设定是行政备案法治化的核心要求。行政备案的设定须遵循依法设定原则、辅助性原则和行政效能原则；其三，完善行政备案的程序机制：程序正当是行政备案法治化的基本要求。应当兼顾保障参与者的程序权利与备案程序完备性；其四，充实行政备案的法律责任：合理设置法律责任是行政备案法治化的重要保障。行政备案中法律责任的设定，可以按照责任主体、责任内容以及责任类型展开。

赵春玉谈数据犯罪法益的建构——应以数据的本质属性即数据信息为中心



云南大学法学院赵春玉在《法律科学》2023年第1期上发表题为《大数据时代数据犯罪的法益保护：技术悖论、功能回归与体系建构》的文章中指出：

在大数据时代，海量数据在网络中被不停地生产、收集、存储、整理与使用，数据正在成为一个新的生产要素，几乎人们所有的活动都可以被数据化。大数据环境下数据集中分布且数据量增大，给数据安全保护带来新的威胁；形成了数字化形式收集、处理和使用的数据犯罪，包括以账户、访问控制数据为核心，并扩展至电子痕迹、生活行为、城市管理等各种非结构化数据以及计算机数据延伸至物联网、智能手机、可穿戴设备等多终端数据的数据犯罪。虽然当前还处于大数据时代的初期，但围绕着数据处理而形成的数据犯罪已呈现出严重的社会危害性和前所未有的复杂性。以计算机信息系统安全作为数据犯罪的保护法益已经滞后于打击数据犯罪的现实要求，数据犯罪的保护法益应符合大数据时代的要求并通过数据来建构。因此，数据犯罪法益的建构应以数据的本质属性即数据信息为中心，以实现数据犯罪法益的功能回归，并根据数据信息所涉的具体法益对其进行体系保护，为数据犯罪的刑事司法和刑事立法确立实质根据。

在从计算机犯罪、网络犯罪向数据犯罪迭代升级的过程中，虽然数据犯罪的法益观念会随着技术的不断革新而发生变化，但如果将计算机、网络或数据技术平移到法益内容，实质上是试图让数据本身从经验性事实向规范性评价跨越，以中立的技术来消解由技术引发的规范评价问题，对法益进行工具化解释并将其等同于犯罪对象，使法益丧失批判功能和解释功能，进而削弱现有刑法应对数据犯罪的能力。大数据时代围绕着数据处理形成的数据犯罪，其法益应立足于刑法的社会功能并以数据为中心，将其定位于社会存在并以此作为“桥梁”来实现刑法体系与外部环境的互动，不仅强调刑法体系应遵循自身的运行逻辑，而且还要强化刑法回应社会环境变迁的能力。使其在面向拟规范生活事实开放的同时，又必须符合刑法规范自身的运行逻辑，有效避免技术法益与社会生活的疏离。大数据时代围绕着数据处理形成的数据犯罪，应以数据信息为中心来建构法益：一方面以数据信息为中心建构数据犯罪的法益，只是大数据时代的技术性变革所引发的思维和方法论的变革，而非作为事物本质存在的法益本体的转变，具体权益的内容仍需回归到法律框架中予以明确或证成；另一方面，以数据信息为中心建构数据犯罪的法益，其实际上是以动态的数据信息为思考的出发点，进而对数据信息形成一个完整的保护体系，避免产生不必要的处罚漏洞。

(赵珊珊 整理)

汉代“循吏”的法律观及其实践



法律文化

□ 殷贻虎 (上海社科院法学研究所)

“循吏”是司马迁在《史记》中提出的一个概念，主要是指那些奉公守法、清正廉明、推行教化的地方官。司马迁在《史记·大史公自序》中，对循吏作了一个明确的定义，即“奉法循理之吏”。班固在《汉书》中沿袭了《史记》的体例，作《循吏传》，从此循吏便成为那些清官良吏的专有名词。由于循吏是相对于“酷吏”而言的一个概念，酷吏是指那些奉行严刑峻法，“唯一切刑削为能齐之”的官吏，因此，后世也将奉行刑罚和主张教化作为两者区分的标准。其实，循吏虽然主张教化，但同样非常重视法制的作用；特别是汉代在制度上“汉承秦制”，主张“以吏为师”的同时，融礼仪道德教化于依法治理，因此，循吏在地方治理实践

中形成的法律观，也成为优秀传统文化法律文化的重要内容。

汉代的循吏作为“吏”，其基本职责就是贯彻执行朝廷的法令，维护地方秩序。他们虽然不像酷吏那样“专任刑罚”，但都要“奉三尺律令以从事”。所不同的是，循吏在治理实践中，更注重教化的作用，“以化治称”。而法律则是作为推行教化、实现治理的重要手段，这也是汉代循吏法律观的核心要义所在。这方面的代表人物，就是董仲舒和黄霸。

董仲舒是《汉书·循吏传》中第一个被提到，却没有列入《循吏传》的人。他虽然主张“任德教而不任刑”，认为“刑者不可任以治世”，但同时又强调“正法度之宜”，把法律作为推行教化的重要辅助手段，这就是著名的“德主刑辅”的主张。因此，董仲舒可以说是奠定了循吏法律观的理论基础。

而黄霸则堪称是循吏法律观的实践典范。他虽然是“入财为官”，即花钱买的一个小吏，但以“廉称”，而且“为人明察内敏，又习文法，然温良有让，足知，善御众”。汉宣帝“闻(黄)霸持法平，召以为廷尉正，数决疑狱，庭中称平”。后出任颍川太守，以外宽内明得吏民心，“治为天下第一”，“自汉兴，言治民吏，以(黄)霸为首”。

从汉代循吏的从政和治理实践来看，他们的法律观主要体现在以下几方面：

其一，注重依法治理，维护地方秩序。循吏虽然不同于酷吏的专任刑罚，但在治理实践中同样非常注重依法治理。如前所述，循吏是“奉法循理

之吏”，“奉法”是前提。地方官的基本职责就是执行朝廷的立法，维护地方秩序。一些循吏本身就是精通法律的人，如黄霸“少学律令，喜为吏”；东汉时的循吏王涣也是“读律令”。他们在地方治理的实践中，注重运用法律手段。王涣任温县令时，“县多奸猾，积为人患。(王)涣以方略讨击，悉诛之。境内清夷，商人露宿于道”。东汉另一位循吏刘宽任会稽太守时，也是“简除烦苛，禁察非法，郡中大化”。此外，他们也很注重治理人才尤其是法律人才的培养。西汉著名循吏文翁任蜀郡太守时，就曾选派郡县小吏去京城长安，“受业博士，或学律令”。也正因此如此，“政平讼理”也成为循吏的一个重要标准。

其二，主张德主刑辅，强调教化为先。如上所言，循吏是“奉法循理之吏”，“奉法”是前提，“循理”则是循吏的特点。他们不像酷吏那样机械地照搬法条，而是从情理出发，根据具体情况，灵活运用法律，而“循理”的主要依据，就是儒家的经书。他们将儒家所倡导的教化作为治理的主要手段，这也是与酷吏的主要区别所在。汉代的循吏基本上都是熟读经书，在治理实践中也是以儒教为主的礼仪道德教化百姓。《汉书·循吏传》开篇在谈到董仲舒等人时，就称他们“通于世务，明习文法，以经术润饰吏事”。黄霸曾师从著名大儒伏生学习《尚书》，“力行教化而后诛罚”；东汉秦彭任山阳太守时，也是“以礼训人，不任刑罚”。他们在司法实践中，也往往通过教化去化解矛盾，解决纷争。东汉许荆为桂阳太守时，有兄弟为争财而打起了官司，许荆认为“教化不行，咎在太守”，请求朝廷对

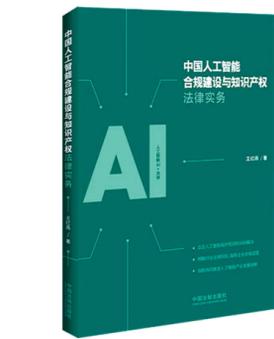
自己问责，结果兄弟俩悔恨相加，“各求受罪”。东汉仇览任亭长时，有母亲告儿子陈元不孝，仇览认为这是自己“教化未及至耳”，亲赴陈元家进行劝导，结果母子相拥而泣，陈元也成为远近闻名的孝子。时任城阳县令的著名循吏王涣说仇览能以“德化人”后，专门请他担任主簿。东汉刘矩任雍丘县令时，“民有争讼，(刘)矩常引之于前，提耳训告，以为恚恚可忍，县官不可入，使归更寻思，讼者感之，辄各罢去”。

其三，奉行用法宽平，倡导冤冤相报。循吏虽然也主张依法治理，但他们奉行用法持平，倡导冤冤相报，这是他们与酷吏的另一个重要区别之处，也是“奉法循理”两者结合的具体体现。同董仲舒一样，在《汉书·循吏传》开篇被提到，但没有写进《循吏传》的儿宽(又作倪宽)，治民奉行“缓刑罪，理狱讼，卑体下士，务在于得人心”；黄霸也是“处议当于法，合人心”，在他的治下，“狱或八年亡(无)重罪囚，吏民乡(向)于教化”；东汉的王涣虽然“政尚严猛”，但也“以平正居身，得冤冤之宜”而著称。

司马迁在《史记·循吏列传》开篇中，提出了这样一个观点：“法令所以导民也，刑罚所以禁奸也。文武不备，良民惧然身修者，官未尝乱也。奉职循理，亦可以治，何必威严哉？”这在某种意义上是揭示了循吏法律观及其实践的基本特点。汉代的循吏将先圣法家主张的法治与儒家主张的礼法融于治理实践，促进了礼法结合的进一步发展，对中国古代以“德主刑辅”为核心的正统法律思想的形成产生了重要影响。

中国人工智能领域中的知识产权问题

《中国人工智能合规建设与知识产权法律实务》推荐序



书林臧否

□ 申卫星 (清华大学法学院教授)

随着时代的发展，人工智能已经成为新一轮

科技革命和产业变革的重要驱动力量。技术创新挑战法律规范，法律需要对技术的发展进行调整、规范、引导、优化；同时，技术的改变与进步又会革新法律制度，改变人类的生活模式和法治范式。2017年10月26日，沙特阿拉伯授予汉森机器人公司生产的机器人索菲亚以公民身份，引发了关于法律主体本质的思考。

人工智能作为一种通用技术不断涌现，并在整个经济和社会中得到广泛的应用，随之而来出现了一些根本性的问题。人工智能的创新和创造是否需要知识产权激励？人类发明和创造的价值与人工智能创新和创造的价值应该如何平衡？人工智能的出现是否要求改变现有的知识产权框架？这些问题成为现有知识产权制度的核心。

2017年，清华大学法学院陆续组织了“法律、科技与人文论坛”“智慧论坛”“大数据论坛”“互联网治理全球论坛”等一系列学术活动，2018年清华大学在全国率先设立“计算法学”，同时连续5年举办了一年一度的“计算法学国际论坛”，就是对近年来互联网的发展、大数据、区块链、

云计算、人工智能引发的新兴问题作出的积极法律回应。

针对人工智能领域中的知识产权问题，世界知识产权组织(WIPO)前总干事弗朗西斯·高锐(Francis Gurry)博士在专访中谈到，知识产权制度的基本目标是鼓励新技术和创造性工作，并为发明创造提供可持续的经济基础。人工智能技术的广泛使用也将改变专利、外观设计、文学和艺术作品等固有的知识产权概念。

近年来，中国知识产权的发展日益受到重视和关注，在推动我国知识产权事业发展的过程中，理论和实践的相结合与互动是密不可分的，学术界通过对各类实务争议进行理论研究和解释，实务界基于前沿问题的理论研究来指导实践，奋战在实务一线的知识产权律师，他们的专业素养在一定程度上代表着我国的知识产权业务水平。知识产权律师不仅需要要对知识产权相关法律法规有精深的研究，而且要对相关技术有准确的理解。

《中国人工智能合规建设与知识产权法律实务》是对近年来人工智能领域知识产权及其相关

领域法律、行业热点和实务操作的探讨和分析，不仅有对实际办案经验的总结，也有结合典型案例对相关法规作出的深入解读，包含了知识产权律师对知识产权法律、实践的思考和钻研，体现了知识产权律师的专业精神和职业素养。此书是理论联系实际的佳作，有助于提升知识产权从业人员的业务水平。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视企业合规，如何在实现人工智能行业健康快速发展的同时兼顾合规，引发了相关企业、法务总监和合规总监的高度重视，此书从知识产权合规管理角度，就企业如何做好专利、商标、著作权等各类知识产权的申请、取得、维护等工作，强化商业秘密、个人信息、数据安全保护，推动算法和科技伦理合规，规范科技创新成果许可和转让，防范应对知识产权侵权行为等多个方面，给出了非常务实的合规建议。作为以办案为主的律师，能够在忙碌的工作中，就实践中遇到的难点和热点问题进行了思考和研究，并总结经验，愿与同行分享，实属难能可贵。

澳门北望：《盛世危言》对中国的深远影响

史海钩沉

□ 余定宇

澳门，是中国南海岸上一个最具有欧洲风韵的小城。但对于我来说，澳门的魅力，其实并不在于她迷人的异国情调，而是在于一个人、和一本书。这个人，就是那位在近代史上大名鼎鼎的“澳门之子”——郑观应；而那本书，则是那部早在一百多年前便曾经猛烈地震撼过中国人灵魂的——《盛世危言》。

一路行，一路寻，在寻找“那间大屋”的路上，我不禁悠然想起了郑观应的生平——

细想起来，这位郑先生其实并不是一个土生土长的澳门人。1842年7月，正当清朝在第一次鸦片战争中一败涂地、中国近代史上第一个割地赔款的不平等条约——《南京条约》即将签订的前夕，他出生在珠江口外，距澳门仅一箭之遥的广东省香山(即今日的中山市)。他出生时，第一次鸦片战争的烽火还未完全散尽，而当他的17岁时，第二次鸦片战争的炮声，便又再珠江的河面上隆隆地响起。当时，康有为才刚刚出生，孙中山还要过七年才呱呱坠地，但国势艰危，读书无望，于是，少

年的郑观应就弃学从商，跟随着众多的“香山买办”，到当时刚开辟不久的上海滩来谋生。这一去，就是整整27年。

在上海滩这个畸形繁荣的十里洋场上，郑观应从昔日的一名“乡下仔”，变成了一个知识和头脑都十分开阔的人。在数十年与西方人打交道、数十年的商战实践中，他不仅渐渐地学到了当时许多从西方流入的科技知识和企业经营的先进理念，而且，还广泛地接触了当时西方许多流行的政治、经济、社会、法律等思想学说。春风得意之时，他曾经出任过英资太古轮船公司的总理，担任过李鸿章创办的轮船招商局总办、上海机器织布局总办和上海电报局总董等重要职位，39岁时，在澳门的西望洋山上，为父亲——这位乡村老塾师建起了一幢“前迎镜海，后枕莲峰”的豪宅。但44岁时，却风云突变。当他千金散尽、囊空如洗之际，便黯然抱病返回到这座依山面海的“那间大屋”里，终日仁立西望洋山的山巅上，俯瞰大海，并苦苦思考着“中国为何贫弱”，而“西方又因何而富强”等东西方社会发展史上那些最深层次的问题。

郑观应在穷困潦倒、隐居澳门的6年时光里，大部分时间，都是在家徒四壁的祖屋里面闭门读书，酝酿并写成了一部长达30万言的皇皇巨著——《盛世危言》。1894年3月，亦即中日甲午战争爆发的半年前，此书刚一刊行，便马上在中华大地上掀起了一场强烈要求“变革”“立宪”“政治改革”的思想风暴。其著作出版的年代，比康有为、梁启超所发起的那场“戊戌变法”运动足足早了4年。80岁那年，郑观应病逝于上海。而他最早提出来的那些关于“宪政”“法治”的光辉思想，他那个“子规夜半犹啼血，不信东风唤不回”的伟大灵魂，则随着他那部不朽的著作，永远留在了澳门。

说起来，《盛世危言》，是一部晚清时期最震撼朝野的“变法”巨著，也曾经是中国近代出版史上第一部翻印多、版本多、同时大受欢迎的政论畅销书。它思想深刻，但言辞却相当浅白，因此，在当时中国社会的各界人士——上至满朝文武大臣，下至士、农、工、商甚至市井小民、贩夫走卒之中，都风靡一时。

翻开这部书的目录，只见第一篇的篇名，只有简简单单的两个字——“道器”。

什么是“道”？什么是“器”？用现代的语言来解释，这两个字是指“精神文明”与“物质文明”两个不同的概念。由于一貫以来，在回中国，主张“学习西方”“学习外国”都是一件很危险的事，都会被人骂为“洋奴”“卖国贼”，因此，主张“全面效法西方”来进行改革的郑观应，便不得不在全书的一开头，

就开门见山地将自己对东西方文化所持的立场态度，来个总的说明。

简而言之，这篇文章的基本思想，可以概括为三句话。第一，中国从来就不是“世界文明的中心”。第二，万国的文化，都各有其优缺点长短；中国文化之长在“道”，而西方文化之长在“器”，两者结合，可以开创出一种完美的新文化。第三，追溯起来，中国文化，虽只是万国文化中的一种，但西方先进文化的种种根源，其实还是源出于中国。中国古代的“四大发明”对世界文明的巨大影响自不必说，而英、法、德、美等西方国家的政治、经济、法律制度，其种种“造孽任能”“司法公正”乃至“以民为本”“天下为公”等学说、思想，亦无一不深具中国远古以来唐尧、夏禹和周公三代教化之遗风。因此，“效法西方”，其实只不过是向西方，把中国曾一度丢失了的优秀文化传统找回来。

正是从这部震撼朝野的《盛世危言》里，许多中国人，才第一次听到了“宪法”“议会”这些全新的法学概念，才第一次从西方法律文化这种异质文明的养分之中，获得了“权利法治”“民主宪政”理念的第一次启蒙。

(文章节选自余定宇《寻找法律的印迹(2)：从独角神兽到“六法全书”》，北京大学出版社出版)