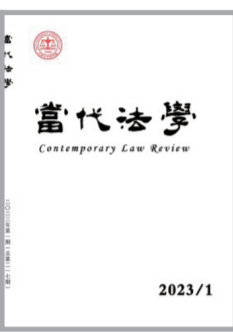




观点新解

熊波谈数据状态安全法益——是数据法益独立性的实质体现



华东政法大学熊波在《当代法学》2023年第1期上发表题为《数据状态安全法益的证立与刑法调适》的文章中指出：

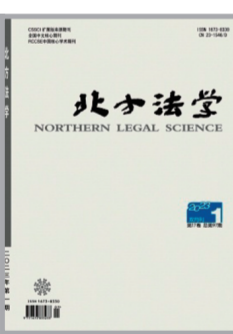
随着数据安全法和个人信息保护法的出台，数据安全被单独作为一种法益类型，与个人信息安全进行明确区分。在前置法规范中，数据作为信息内容的一种记录形式和外载体，其有别于个人信息的可识别性本体内容。个人信息安全本质上是信息本体内容安全，而数据载体安全是数据外在状态安全。再联系到刑法中数据法益的学说界定，本质上，数据法益无论是个人信息安全法益，还是多元的财产权、知识产权、数据秩序安全等传统法益，都是一种信息本体内容安全的体现。

基于数据外在状态安全和信息本体内容安全混为一谈的现状，有必要独立创设数据状态安全法益的概念与内容，以实现数据状态安全和信息内容安全的法益类型区分。数据状态安全法益是指网络环境中的数字序列能够被有效保护、合法利用以及具备持续安全状态能力的一种利益类型，是数据法益独立性的实质体现。数据状态安全强调数据外在形态安全，其关注网络环境中的数字序列是否可以安全运行、有效防御外来侵入，并不包括信息本体内容是否被修改、是否被获取或出售等内容。其中，“有效保护、合法利用”强调动态的数据运行状态安全，“具备持续安全状态能力”强调静态的数据防御状态安全。数据运行状态安全，是指数据能够正常有效运行，被合法利用的动态安全。按照数据运行状态的性质不同，可以将其分为有效性运行状态安全和合法性运行状态安全。数据防御状态安全，是指数据具备持续安全状态能力，以防止他人随意进入网络系统、确保固网安全的基础平台设施的一种健康防御状态。

数据状态安全法益的创设并非凭空而来，其内容确立具有数据和信息的性质区分、数据和信息的价值区分、数据法益目的区分、技术运作层面的固有区分论等多重理论依据。数据状态安全法益的刑法概念确立，不仅来源于前置法规范层面对数据和信息的区分性保护要求，还具有技术运作层面的客观事实基础。数据状态安全法益概念和内容自成体系，具备数据安全保护的必要性和现实性价值。

数据状态安全法益独立于信息内容安全法益后，对刑法体系的影响首先反映在立法层面，主要体现在数据有效性和合法性运行状态安全法益、数据防御状态安全法益的立法指引。在刑事司法层面，数据状态安全法益能够明确数据犯罪与彼罪的司法界限，严防与数据状态安全法益无关的入罪标准侵入司法裁判当中。

王惠敏谈我国数据犯罪治理的出路——立法层面实现对数据全环节保护



江苏师范大学法学院王惠敏在《北方法学》2023年第1期上发表题为《我国数据犯罪治理的困境与出路》的文章中指出：

数据作为数字经济发展的驱动力，重塑了市场交易的新模式，但也制造了该类犯罪规范判断和技术识别的双重难题。数据犯罪是典型的以技术为基础的新型犯罪，因此对其规制的范围和司法判定的方法需要紧扣大数据时代的脉搏，不断更新升级犯罪化的方法。我国目前数据犯罪治理问题的考察可以从立法和司法两个方面展开：立法理念与时代发展脱节、立法规制模式明显滞后；立法理念和立法模式的设定对司法实践具有重要的指引作用，我国对数据犯罪司法判定出现犯罪化不足与犯罪化过剩两个极端。我国刑法对于数据犯罪的规制集中在获取型和破坏型，因此难以实现对于数据生存周期的全环节保护。与破坏他人对数据的占有相比，在数据流动化与商业化不可避免的背景下，对个人数据的滥用行为更需要包括刑法在内的法律进行规制。

法律是人类文明的成果沉淀，也是多元文化的综合汇聚；不同国家虽然采用不同类型的法律制度，但是大致共享着同样的法治伦理。因此，不同国家的法律思想和法律制度需要并且可以相互交流和借鉴。美国作为数据技术的发源地，其立法和司法实践都可以为我国数据犯罪的治理提供参考。有鉴于此，可从立法和司法两个层面分析我国未来构建数据保护体系可能采用的方案。(1)立法层面实现对数据全环节保护。调整范畴表现在：非法访问数据的行为予以犯罪化。非法访问数据是指行为人未经授权或超越授权侵入成功后，对数据库数据进行浏览的行为。非法访问数据行为严重侵害了数据的保密性和有用性。一方面，非法访问数据行为违规披露他人数据严重侵害个人法益甚至是国家法益。另一方面，既存的罪名无法涵盖非法访问数据的行为。除了非法获取计算机信息系统数据罪之外，涉及数据行为的罪名主要是非法侵入计算机信息系统罪和破坏计算机信息系统罪，但两者均无法实现对非法访问数据行为的规制。滥用数据行为予以犯罪化。基于保护数据安全独立法益的需要，应当将数据犯罪从破坏计算机信息系统罪中脱离出来，增设非法破坏网络数据罪，且在删除、修改、增加数据行为的基础上，将干扰数据的行为也纳入刑法规制范畴。(2)司法层面以法益保护必要性为依据避免犯罪圈肆意扩张。应将违背网站使用条款的数据侵权行为予以定罪，同时将绕技术障碍和违反撤销机制两类数据侵权行为予以入罪。

(赵珊珊 整理)



新书发布

本报讯 记者蒋安杰 5月6日，由中国刑法学研究会、中国人民大学刑事法律科学研究中心、北

《中国刑法评注》新书发布会在苏州举行

京大学法学院、清华大学法学院、北京大学出版社联合主办的《中国刑法评注》新书发布会暨法律评注编撰研讨会在苏州举行。

上海市高级人民法院副院长黄祥青代表中国刑法学研究会会长、上海市高级人民法院院长贾宇教授致辞时表示，该书是中国刑法学界集体智慧的结晶，融合刑法理论和司法判例，充分体现了撰写团队的深厚学术功力和卓越创新能力，必将成为刑法学理论和实务研究的里程碑式著作。

北京大学法学院教授陈兴良认为，这是一部真正意义上的刑法注释书，既在总结我国刑法实践活动基础上解释刑法规定的含义，又运用刑法教义学的方法评析各种刑法学说和刑法判例，既展现我国当今的刑法立法、刑法司法和刑法理论的大致样

貌，又体现各位作者基本的刑法理念和见解。

该书三位主编致辞环节，中国人民大学法学院教授冯军满怀深情地致谢了所有对该书付出巨大辛劳的单位和人士，并提出刑法科学不是孤独者的事业，很多学术活动需要刑法同仁一心同体，也正是刑法同仁兢兢业业共同努力才顺利完成这部著作。北京大学法学院教授梁根林结合编写该书的亲身体悟，主张改进刑法教义学理论研究，使其更多地面向司法实践，改进刑事司法实践，强化其学术导向和理论论证，在双向奔赴的过程中及时修订和更新刑法评注，并倡导刑法学界与实务界的同行编撰不同规模、不同风格、满足不同读者需求的刑法评注。清华大学法学院教授黎宏认为，《中国刑法评注》的出版仅仅是一个起点，必然需要下一代来继

这一事业薪火相传，期望更多的年轻人长江后浪推前浪，青出于蓝而胜于蓝。

北京大学出版社副总编辑蒋浩回顾了该书长达八年之久的撰写与编校历程，指出法律评注这样一项耗时耗力又不纳入学术评价体系的工作是非常艰辛的，但却能够填补我国中型刑法评注的空白，也为以中国法律规范为主线，以本土化法学学术成果司法判例为素材，形成中国的刑法学术体系作出了初步尝试与贡献。

该活动由苏州大学王健法学院、北京周泰律师事务所、北京市金杜(苏州)律师事务所、燕大元照承办、河南韬韬律师事务所、北京宁启律师事务所、内蒙古蒙益律师事务所协办，新书首发式由中国人民大学刑事法律科学研究中心教授时延安主持。



从规范论向法益论的刑法教义学转向

《刑法学的向度：行为无价值论的深层追问》(第三版)序

书林臧否

□ 周光权

写作《刑法学的向度：行为无价值论的深层追问》(第三版)的初衷，是对行为无价值论的基本逻辑进行思考和梳理，为我国刑法学的长远发展积累素材。

在本书第一版中，我思考行为无价值论，并不是一开始就从二元论切入的，我一开始感兴趣的还是行为无价值一元论。因此，本书第一版的分析基本以行为无价值一元论作为起点。按照本书第一版的思考逻辑，由于犯罪人通过其具体行为宣告规范无效，刑罚就有必要反证行为人的“宣告”不值一提，并进一步维护规范效力，重建遭犯罪所破坏的规范信赖。在这个理论构架中，法益概念基本没有存在价值，因为规范自成系统，在一个被规范性地理解的社會里，犯罪不是因果流程或自然意义上的行为事实，而是一种规范性的意义表达，法益是规范性的意义系统之外的东西，其对于规范运作而言并不重要。与此相对应，刑罚的任务是维护规范效力，其通过将令人失望的举止定性为错误，进而对被告人进行惩罚，使人们能够反事实地维持其规范期待和保持信赖，即“刑罚的功效在于，从另一方面对具有同一性的社会规范对抗抗辩……刑罚不只是一般维持社会同一性的工具，而已经是这种维持本身”。这实际上是完全从系统自我维持的意义来理解犯罪和刑罚。

在本书第二版中，我逐渐将基本观点在总体上朝着行为无价值二元论的方向进行修改、调整，对犯罪本质的认识中含有对法益侵害予以重视的成分，但也肯定了行为违反规范或者对由规范所保障的期待有所干扰，使规范的期待落空这一点。

经本次修订后，我仍然维持了对于行为规范重要性的论述，肯定“失范”会对社会带来灾难性后果，重视规范对于社会存续的重要意义。之所以坚持这一点，与我对社会的理解有关，也与我的阅读兴趣有关。我承认，有些文学作品对我思考刑法问题产生了深刻影响。在这里，我需要特别提一下由英国现代作家、诺贝尔文学奖获得者威廉·戈尔丁创作的长篇哲理小说《蝇王》。

该书借小孩的天真来探讨规范的意义以及人性善恶等严肃主题。故事发生于假定的未来第三次世界大战的一场核战争中：一群6岁至12岁的儿童在撤退途中，因飞机被击落，孩子们乘坐的机舱落到一座世外桃源般的、荒无人烟的珊瑚岛上。岛上有充足的淡水、丰富的食物、湛蓝的海水和绵长的沙滩，呈现出了一幅如亚当和夏娃栖息的伊甸园一般的图景。在这样一个与世隔绝的生存环境下，充满新鲜感的孩子们开始了新的生活。起初孩子们身上还带着文明社会的习惯和印痕，还能够按照文明社会的理性和秩序来运转他们那个“小社会”，大家都能够和睦相处。后来，这群孩子逐渐失去了文明世界的理性和秩序的约束，脱离了原来的行为规范，没有了互助合作，完全堕落成一群嗜血的“野兽”，权力争斗的愈演愈烈及欲望和责任的冲突很快使孩子们最初建立的文明有序的社会

走向分裂，恶的本性膨胀起来，孩子们变成了野蛮人，互相残杀，发生了悲剧性结果。故事最后在野蛮中结束，在故事的结局处，荒岛呈现出这样一幅悲伤凄惨的景象：“海岛已经全部烧毁，像块烂木头。”这一文学描述既呼应了涂尔干有关人类本性和社会规范效力的观点，也与雅科布斯关于刑法承担着维护规范效力的任务的主张相暗合。无视行为的规范违反性，不重视通过惩罚维持规范的功效，刑法学的说理始终可能存在一定程度的欠缺。

在肯定规范论的同时，我也试图实现某种折中，在很大程度上重视犯罪的现实及对问题的具体解决，逐步放弃纯粹规范论的立场，从而与方法论个体主义相亲近。近年来，我越来越认识到，刑法教义学的实践性越强，其可验证性就会越强，可信度就会越高，实践导向的刑法教义学与可感性、可视性、可接受性直接挂钩。刑法教义学必须将客观上可把握的事实作为观察对象，直面真实案例和实践问题，顾及社会发展状况，注重对实务难题的具体解决，才能增强其判断基础的可感性；刑法教义学必须建构可以多层次、多角度检验的体系，展示犯罪判断过程，才能增强其思考过程的可感性；刑法教义学必须易于为司法实务人员所理解，使裁判结果符合一般人的社会生活经验，获得公众认同，才能展示其结论的可接受性。为满足可感性、可视性、可接受性的要求，刑法教义学就不能抛弃法益概念，不能仅对概念、抽象原理进行罗列，刑法学者在从个案中获得丰富素材之后，将问题的解决置于体系性思考框架中妥当地进行处理，就是为建构具有实践导向、符合功能主义要求

的刑法教义学作贡献，顾及包括法益侵害在内的现实是刑法教义学的基础，解决难题则是其归宿，纯粹规范论的刑法教义学的存在意义有限，不宜将刑法教义学的科学性与实践性对立。

在本书第三版中，我尽量朝着确保犯罪的现实形象不被冲淡，以完成刑法的社会治理任务的目标用心着力。立足于这一点，我几乎对各个章节的内容都予以改动，据此展示理论的回应力，增强其实证性，同时提升刑法学自身的反思能力，增强其批判精神，确保刑法适用的基本立场妥当，从而建构与中国立法、社会现实、司法状况、法律文化相适应且更具有说服力的理论体系，稳步推进我国刑法学研究的自主创新。为实现这样的目标，我所看重的刑法学就一定是极重视法益侵害性的行为无价值二元论，且对很多具体问题的分析、解决和结果无价值论基本没有差异(有所不同的只是分析路径和侧重点)。

不过，必须承认，无论我作出何种努力，也只能对本书进行一定程度的“修修补补”，而不可能是推倒重来。为了使刑法思想合理化，我对作为刑法规制对象的犯罪尽可能从存在论的角度进行恰当把握，但受制于本书第一版和第二版所铺就的“底色”，第三版仍然呈现出很多接近于行为无价值一元论的论述。对于“修订”给作者所设定的限制，想必读者也大致能够理解：如果有根本性的改动，就是重写一本新书。那是一个大目标，而不是对作品的修订。好在我很快要对《行为无价值论的中国展开》一书进行修订，我对行为无价值二元论的全面理解，在那本书中会有更为充分的展开。



“恕”之道与法律人的修养

史海钩沉

□ 马建红

加强法律人在职业活动中的个人修养，是改善法治环境的结绳。不过，提倡加强法律人的个人修养，不必设定一个成圣成贤、高不可攀的道德标杆，也不必要求大家都成为公而忘私的完人，只需法律人坚守做人的道德底线即可，而这个底线就是儒家的“恕”道。

子贡曾问孔子：“有一言而可以终身行之者乎？”孔子的回答很干脆：“其恕乎！己所不欲，勿施于人。”一切自己不愿承受的事，就不要强加到别人的身上。我们同为人类，对同样的事会有同样的情感与意识，我们自己感受某事而觉得痛苦的，则应推及他人对某事的感受也和我们一样痛苦。所以，我不愿承受的事情，也不要强加于他人身上。这种推己及人之道，应是我们所当奉行的行为准则，是做人的底线。

当我们把“己所不欲，勿施于人”的“恕”道作为法律人的修身之本时，实际上就是要求我们以

自身作为评判制度是否公正的标准。如果你认为作用于自己身上的法律规则是不公正的，却要求别人服从时，毫无疑问，这样的规则一定是不公正的。如果从事立法、执法和司法职业的法律人，都能以“恕”道为自己的职业伦理，那么我们的法治事业必然前景光明。

在现代社会，虽然人民主权原则决定了每个人从最终意义上都享有立法权，然而，这种平等的立法权实际上需要委托给人民选出的代表代为行使。另外，现代行政分工的细化和专业化程度的提高，也使某些行政部门承担了自己所管理的领域进行立法的任务，所立法之难免产生将“部门利益法制化”，以及将权力和权利囊括殆尽、责任和义务悉数推诿的“揽权诿责”的弊端，由此而制定“恶法”的概率也大大增加。之所以如此，源于一些立法者把自己置于管理者中的地位，认为这些法律是管“别人”的，想不到自己有一天也会成为适用该法律的对象。事实上，法律的普遍、平等适用是法治本身的内在要求，法律一经颁行，立法者的角色也会终结，转而成为一个法律适用者。因此，如果立法者能以儒家的“恕”道为出发点，从自己的立场来衡量一下，认为权

利义务的分配是公平的，那么这样的法律一定是“善法”；如果立法者认为某项义务由别人承担时是公平的，而一旦自己落到同样境地时就感觉明显不公，那么这项法律肯定就是“恶法”。当立法者在进行权利义务的分配时，多想一想“己所不欲，勿施于人”的道德训诫，“恶法”或显失公平的法律一定会减少。

历史上秦国的商鞅以刻薄寡恩著称。他在辅佐孝公变法时，以推行严刑峻法而使秦国实现了强国之梦，当然，他的诛连连坐等苛法，也使百姓丧失了享受安逸生活的可能。等到商鞅失势，被诬谋反之时，逃亡的商鞅却发现自已已无处可逃。当他跑到函谷关下要往旅客舍的时候，并不知道他就是国家通缉犯的旅客老板却告知他，根据“商君之法”，旅客没有印信证明住宿的，旅客的人也会牵累入罪，商鞅在感叹“为法之敝一至此哉”后，不知是否后悔自己曾制定过这样不近人情的“商君之法”。立法者只有把自己置于未来守法者的位置，以“己欲立而立人，己欲达而达人”的态度分配权利，以“己所不欲，勿施于人”的立场设定义务，才能制定出公平而符合人性的法律，行使执法权的法律人，在执法过程中，也须设身处地为当事人着

想，脑子里多想几个“如果我是他”，执法的过程或许就会少几分野蛮，多一些文明。

司法的功能在于通过正当的法律程序，对被侵害的权利给予救济，以恢复正常的生活和社会秩序。这一功能的发挥有赖于司法的公正。司法公正正是社会公正的最后一道防线，因此法官应该慎用自己手中的审判权。判决的作出，关乎一个人的生命、自由和财产的得失。近年来，包括呼格案等在内的诸多冤错案件虽然得到了平反，但它给当事人及其家属造成的伤害可能是永久性的。法官在定罪量刑时，如能常怀同情与怜悯，想到自己的笔下事关一个与自己同样的生命及自己同样珍视的自由时，在审判中就一定会做最有利于当事人的考量，谨慎地对待每一个证据，坚定地排除来自社会各方面的干扰，作出最公正的判决。

总而言之，法律人若能坚守儒家的“恕”道，“己所不欲，勿施于人”，经常进行“换位思考”，则实属中国法治与人民之福，也是传统文化传承之福。

(文章节选自马建红《穿越古今的法律智慧》，北京大学出版社出版)