



数据法学研究需要注意的若干问题

前沿聚焦

□ 时建中（中国政法大学教授、数据法治实验室主任）

目前，我们已经生活在一个数字化和数据化的时代。在数字化、数据化时代，我们每个人的身份、行为都处于被数字化、被数据化过程之中。社会关系就是由行为引发的，行为被数字化和数据化，社会关系也随之数字化和数据化。在数字化背景下，人类进入了新知识生产与新知识体系亦即新学科构建的新时代。所谓知识，就是人类对客观事物和自身研究的成果。大数据、云计算、区块链等数字技术的蓬勃发展和广泛运用，在变革经济社会发展的同时，产生着大量新知识，正在形成若干新的知识体系，推动着社会科学的新发展。在这方面，法学界同样非常活跃。一方面，传统法学学科在研究中实现突破和升级；另一方面，基于研究产生的新知识，正在进行学科新体系的构建。学科，即知识体系。学科体系化就是对知识体系的体系化再造。因数字化时代新法学知识及其体系化构建的新需求，中国政法大学在2020年申请设立“数据法学”二级学科，顺利通过教育部备案。建设数据法学学科是构建中国自主法学知识体系的必要之举。自主的数据法学知识，是参与全球数字经济治理的话语能力体现。

构建与数字技术和数据相关的法学自主知识体系，需要格外注意以下几个问题：

第一，数字技术与数据既是法治对象又是法治工具，虽然均为法学研究的对象，且高度关联，但是，相关法学研究的出发点和落脚点并不相同。

数字技术作为法治对象时，数字技术研

发和运用过程中所涉社会关系的权利配置和行为规则，成为法学研究的本体问题；数据作为法治对象时，数据权利、数据行为、数据法律关系等则成为法学研究的本体问题。因数字技术作为法治对象与数据作为法治对象的不同，法学研究产生的知识并不相同。尽管两者高度相关，但是，不能混为一谈。

数字技术作为法治工具，与数据作为法治工具一样，均实时内化或者内嵌到法治过程之中，从而赋能立法、执法、司法和守法各个环节，实现更高层次的科学立法、严格执法、公正司法和全民守法。近年来，数字技术作为法治工具的典型实践就是智慧司法和数字检察，推动着司法更公正、更高效、更公开、更廉洁。在司法实践的基础上，最高人民法院出台了若干规范和保障数字技术赋能司法过程的程序规则。

数字技术和数据高度相关，作为法治对象和法治工具时，同样高度相关，但是，法学研究所生成的知识及其所属体系有很大差异。前者，多数属于实体法范畴；后者，多属于程序法范畴。

第二，正确认识和理解数字与数据，数字化与数据化、数字权利与数据权利之间的差异，是保障法学新知识体系构建科学性的逻辑前提。

法学无疑以研究权利及其配置为己任。因此，数据确权成为法学研究的热点。由于数据自身的特殊性和复杂性，决定了数据确权的难度。理解数据权利、数据行为、数据利益，一个非常重要的基点，就是要正确认识和处理好信息与数据、数据与数字、数字化和数据化之间的差异和关系。

数据既是一个技术概念，也是一个经济概念，还是一个法律概念。作为法律概念，数据的内涵与外延在数据安全法之中有明确的

界定，并在网络安全法之中也有涉及。数字是一个技术概念，目前，还没有一部法律对何谓数字进行定义。数据是信息的载体，数字是传输信息的技术方式，在不同的智能终端之间，信息是被传输的对象，数据是被传输的载体，数字是传输的形式。在传输的过程当中，信息、数据、数字三者虽然合一，但不是同一个事物，三者有各自的制度需求。数字化带来了数据化，但数字化无法取代数据化。换句话说，数据化和数字化是有本质的区别。研究数字化和数据化相关的法律问题，需要对ICT技术有基本的认知。与传统法学研究相比，这无疑是一个非常大的差别。只有这样，才能够在把握技术规律、市场规律和法治规律前提下，科学研究数字技术和数据作为法治对象和法治工具对法律提出的新需求。不仅数据、数字、数字化、数据化、信息和数据有很大的差别，而且，数据所有权(data ownership)与数据权利(data rights)、数据权利(data rights)与数字权利(digital rights)有很大差异。概括地讲，数字权利(digital rights)就是基本人权在数字化时代的一个新的表达、新的内容和新的实现方式。数据权利(data rights)则是对数据要素化资源化过程中正当数据利益的保障机制。

第三，数据法学概念体系的引进与自主构建——以数据行为为例。

概念是反映对象本质属性的思维形式，是学术研究的起点，是制度建设的逻辑基础。制度实质上就是概念体系及其展开。概念的紊乱不仅影响学术研究和交流，而且制约制度的构建。

数据行为即数据处理或数据行为，是数据法学的基础概念。在法律层面，数据安全法、个人信息保护法、网络安全法均有列举式规定。例如，数据安全法第三条第2款规定，

“数据处理，包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等”。个人信息保护法第四条第2款在承接数据安全法列举的7种数据处理行为的基础上，增加了“删除”行为。网络安全法第七十六条第4项规定，“网络数据，是指通过网络收集、存储、传输、处理和产生的各种电子数据”。在数据安全法和个人信息保护法中，“处理”是一个上位概念；在网络安全法中，“处理”则是一个与其他行为并行的概念。法律规定的不同跃然纸上。

在地方数据立法层面，关于数据处理行为的外延，同样有较大差异。例如，《苏州市数据条例》创设了“开放”行为，《上海市数据条例》创设了“归集、整合、共享、开放、运营”等行为。不仅如此，作为我国数据基本政策的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(以下简称“数据二十条”)亦引入了一些新的数据处理行为，例如，数据来源、生成、生产、采集、持有、托管、加工、流通、交易、应用、治理、供给、跨境流动等。这些数据处理行为与数据安全法和个人信息保护法规定的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等处理行为的关系需要进一步研究。又如，“数据二十条”引入的“采集”与前述两部法律的“收集”在规则和后果等方面有无区别？再如，“数据采集”与“数据收集”、“数据应用”与“数据使用”、“数据供给”与“数据提供”、“数据交易”与“数据流通”存在哪些差异？须知，数据行为不同，则数据利益不同，数据法律关系的内涵亦不同。法律概念既是制度体系的支点，又是法学研究的起点。数据行为概念的确定性，直接影响数据行为规则的合理性、数据法律关系内容科学性。因此，无论引进或者自主创新与数据行为相关的概念，都应符合数据的特征，遵循数字经济的规律。

法界动态

第十七届尚权刑事辩护论坛在合肥举行

10月21日，由安徽大学法学院、中国政法大学国家法律援助研究院与北京市尚权律师事务所联合主办的第十七届尚权刑事辩护论坛暨“中国式法治现代化与刑事辩护高质量发展”学术研讨会在安徽省合肥市举行。北京市尚权律师事务所副主任高文龙律师主持开幕式。

安徽大学法学院党委书记朱庆表示，近年来的立法指向和改革动向均对刑事辩护高质量发展提出了更高的要求，本届论坛将为解决刑事辩护高质量发展所面临的理论和实践问题，推动实现中国式法治现代化，作出积极贡献。

中国政法大学国家法律援助研究院院长吴宏耀介绍，尚权刑事辩护论坛是我国刑事辩护领域的一面旗帜，学术界、实务界专家学者的参与和支持，让论坛充满了活力，闪烁着智慧之光。论坛可以通过相关专题的深入研讨，就刑事辩护制度的发展完善、刑事诉讼法的再修改提供必要的实践素材或立法期待。

北京市尚权律师事务所主任毛立新表示，我国每一项立法变更、司法改革和工作措施，都对刑事辩护的委托市场、执业环境、工作形态和方式产生着重大影响。希望通过本届论坛，形成了一些基本的共识和信念，未来将坚定不移地走专业化之路，尚权愿与法律界同仁一起，踔厉奋发，勇毅前行，为中国刑事辩护进步继续作出积极贡献。

中国政法大学国家法律援助研究院名誉院长、教授、博士生导师樊崇义以“司法现代化与刑事辩护制度的改革与完善”为题，作主题报告。

樊崇义重点讲授了三个问题，分别是司法现代化与刑事辩护制度的关系、司法现代化视角下我国刑事辩护制度的进步及其面临的难题、关于刑事辩护制度改革完善的思考。

首先，樊崇义解读了中国式司法现代化的内涵，即必须坚持中国共产党的领导，必须坚持以人民为中心，必须吸收中国五千多年来的优秀司法文化，特别是自春秋战国时期以来，中华民族倡导的“慎刑”思想。在此基础上，他从司法取权的演变史、诉讼模式的演进和转型、我国刑事诉讼法产生、修改的发展规律三个方面，分析了司法现代化与司法规律的关系。他强调，中国式司法现代化的发展，既要遵守中华民族五千多年来的司法文明规律，更要遵守全人类的司法文明发展规律。

其次，樊崇义梳理了我国刑事辩护制度四十年来进步与发展，即辩护律师的法律定位发生转变；辩护律师介入诉讼的时间不断提前；刑事法律援助的范围日趋扩大；辩护律师权益的保障机制不断健全；辩护律师的专业化水平不断提高。他指出，在进步之余，我们也要看到刑事辩护制度所面临的五大现实难题：一是辩护制度的功能定位受制于司法制度和司法改革的局限性；二是律师辩护权的扩展受制于辩护律师的地位；三是法官的中立性不足影响辩护律师辩护权的实现，这在监察委办理的案件中，体现得尤为明显；四是辩护律师的法律帮助权尚未得到及时、全面的保障；五是有效辩护受制于律师资源的供给能力。他强调，要区分辩护效果与有效辩护制度，我国尚未从规范层面确立有效辩护制度。

最后，樊崇义分享了其关于我国刑事辩护制度改革和完善的七点思考：一是关于司法现代化与轻罪辩护的问题，应从实体法与程序法上明确轻罪划分的标准；二是应当完善以审判为中心的刑事诉讼制度改革，确保庭审实质化的实现；三是正确理解值班律师的地位和职责；四是发挥认罪认罚从宽制度中律师的三大作用，特别是保障被追诉人认罪、真实性、自愿性；五是积极创造条件，适时将律师辩护引入职务犯罪的调查程序，同时，他对衔接衔接中的“程序二元、证据一体”的理论模型表达了质疑；六是推进刑事辩护全覆盖改革；七是加强刑辩律师基本理论与实务的研究，提升刑辩律师队伍的整体素质。

尚文

从学科比较中掌握法治思维的特点

法学洞见

□ 郝铁川（河南大学法学院教授）

整个人文社会科学是一个有机联系的整体，既有一致性，也有差异性，而思维方式的不同构成了学科之间的根本差异。

一、法治思维与文学艺术思维的主要区别和借鉴。文学艺术思维以抒情为本位，也可以简单地说是以感性为本。其通过艺术形式表现人的丰富情感，体现人类的真、善、美；法治思维则以理性为本位，以规则的形式保护人类的正义情感，遏制人的恶劣情欲。

法律人可以通过文学艺术，认识人类情感世界的多样性、多变化，积极地通过完善私法来保护人类的理性，通过完善公法防治人类的恶欲。

二、法治思维与哲学思维的主要区别和借鉴。哲学思维是通过世界观、认识论和方法论来认识自然现象和人类社会，弄清存在与意识的关系，认识客观事物的过程，处理、把握问题变化的方法。对此可以概括为：世界是物质的，物质是运动的，运动是有规律的，规律是可以认识的，认识是有过程的。哲学思维主要有客观事实思维、概念(抽象)思维、辩证思维等。法治思维首先要把握辩证法和唯物史观作为认识法律、处理法律问题的根本方法，接受哲学思维的指导，重视客观证据(实事求是)、重视程序(认识过

程)，等等。

但哲学和法学的关系属于普遍和特殊的关系，哲学思维不能完全代替法律思维。比如，哲学思维中的实事求是(追求真理)，呈现为一个无穷无尽的过程，而法治思维中存在过期的诉讼时效规定；法治思维中的宣告失踪和死亡，是法律虚拟的，与真实情况可能不一致，等等。

三、法治思维与史学思维的主要区别与借鉴。史学思维主要是历史主义和阶级斗争。历史主义要求人们看待问题要从具体的历史时间、地点和条件出发，阶级斗争要求人们要注意其是阶级社会发展的重要动力。史学的这两种思维，有助于法律人在处理法律问题时要注意考虑历史和现实的社会制约因素，注意法治是各种政治力量之间对比的产物，注意法治的阶段性等。

但我们也应注意法治思维和史学思维的区别，即：史学思维主要依据历史资料作出各种判断，而法治思维主要依据当下社会存在的社会现实情况(法律规范、政策、政治效果、社会效果等)处理问题。法治思维不仅注意阶级斗争，更加注重阶级合作，如制定自由贸易法、国际仲裁制度、改善劳资关系等。

四、法治思维与宗教学思维的主要区别与借鉴。宗教学以神为本位，认为人类的欲望带来了人类的痛苦，需要彼岸的神来拯救，人类的肉体和生活需要政府、法律来管辖，人类的精神生活需要神来管辖。法治思维则

以人为本位，认为人类的欲望是中性的，既可以带来有益的创造发明、公益奉献等，也可以“利迷心窍”“欲壑难填”“得不偿失”“见利忘义”等。

当然，按照马克思主义宗教观，宗教是一种长期存在的社会现象，引导好了，可以与社会主义社会相适应。例如，宗教在一定程度上通过调节人们的欲望可以预防犯罪。

五、法治思维与经济学思维的主要区别与借鉴。经济学思维基本上是以效益为本位，追求收益最大化，即以较少的成本获得最多的收益，激励人们发财致富。法治思维相对来说则以公平为本位，要求人们在经济活动中，注重经济活动的规则和机会平等，注重社会分配方面先富帮后富(所谓抽肥补瘦、适度抑强扶弱)。经济学思维有助法律人注意立法、执法、司法和守法的成本和收益之比，使法治更加理性化，克服人们的随心所欲。

当然，法律人更要坚持法治的公平正义，注重人类的尊严、正义等是不可以简单地用金钱等来衡量和代替的。

六、法治思维与社会学思维的主要区别和借鉴。社会学思维主要是实证分析和社会整体思维。实证分析一般是指排除了主观价值判断，只对社会现象作客观分析，属于一种“白描”。社会整体思维是指社会学对所有社会现象都要研究。而法治思维绝不排除主观价值预设，最初提出法治概念的亚里士多德就提出了法治是良法之治，尽管一些分析法学者认为“恶法亦法”，但法学界主流还

是追求良法善治。此外，法学不像社会学那样研究所有社会现象，因为法律只调整一部分社会关系，这是因为许多社会关系法律无法调整，而由其他社会规范调整。所以，法学一般不研究所有社会现象，只研究一部分社会现象(法律调整的对象，法律的制定、法律的运行等)。

但社会学思维及其运用所获成果，有助于法律人认识社会关系，像费孝通先生提出中国传统社会“差序格局”的人际关系现象，使我们更加注意研究社会的法治化程度；注重社会群体法律意识和司法类案的分析，在社会整体中认识法律等。

七、法治思维与政治学思维的主要区别和借鉴。由于世界上的一切政治斗争，都是为了夺取政权和巩固政权，因此，政治学思维集中研究国家政权(公权)，注重政治力量对比、政治利害关系、政策策略变化、合法斗争和非合法斗争等。法治思维则着重于研究权利(私权)，注重以法律判断是非，而非政治学那样偏重政治利害；法治思维注重约束公权、保障私权。

但政治学思维有助于法律人深刻认识法治是阶级力量对比的产物；注重政治家在法治中的重要作用。

总之，法学虽有相对独立性，但不可能和其他学科绝缘。法律人既要积极借鉴法学之外学科的思维和研究成果，又要注意不要机械照搬其他学科的思维和方法，而要立足自我，借鉴其他，壮大自己。

暨《刑事法研究》丛书出版座谈会在长沙举行

「刑事法研究的时代命题」学术研讨会

近日，由湖南大学举办的“刑事法研究的时代命题”学术研讨会暨《刑事法研究》丛书出版座谈会在长沙举行。来自全国各地的专家学者150余人参会，湖南大学法学院院长黎奇主持研讨会。《刑事法研究》丛书是我国著名法学家张智辉独著，由中国检察出版社推出。丛书十卷本体系完整，具有重要影响，其中第八卷《刑法理论论》荣获第五届中国法学优秀成果奖一等奖。

中国刑事诉讼法学研究会会长敬大力提出，刑事法研究必须不断回答中国之问、世界之问、人民之问、时代之问，着力解决刑事法治的实际问题，在刑事法治现代化发展、公平正义刑事法治理念、全面深化刑事法治领域改革、刑事诉讼法治参与社会治理等重大方面深入研究，建构中国刑事法理论体系与话语体系。

中国刑法学研究会会长贾宇指出，刑法学者要对“国之大事”了然于胸，勇挑时代重担，扎实推进中国特色刑法学理论的创新转型。刑法研究要聚焦数字时代的刑事法治保障，科学回答时代之问、跟上时代之变。

中国犯罪学学会会长万春提出，刑法学的研究应当同犯罪学和行为科学的研究有机结合起来，对犯罪行为的规范性研究应当建立在犯罪过程、犯罪原因之实事求是的分析基础之上，全方位多角度地寻求预防犯罪的对策。

西南政法大学校长、中国法学会案例法学研究会副会长林维指出，刑法学研究应当心系天下，刑法学者应当充分了解时代变化，发出理性的法治声音，引领社会的进一步发展。

姜婷 蒋海松

