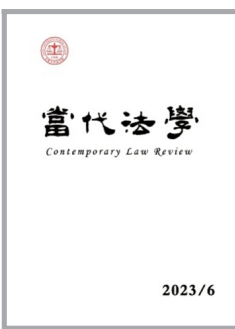


观点新解

欧阳本祺谈数据犯罪的双层法益构造——由互联网的分层及事实与价值的分离决定

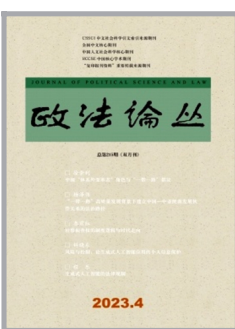


东南大学法学院欧阳本祺在《当代法学》2023年第6期上发表题为《论数据犯罪的双层法益》的文章中指出：在建设数字中国的背景下，万物都可以被数据化，数据本身成了重要的生产要素，同时数据的信息内容又体现了经济利益、人格利益、财产利益等各种传统法益。于是，越来越多的犯罪以数据为对象，行为人采用技术手段侵入计算机信息系统，对数据进行处理或破坏，以获取数据或侵害他人的信息内容，这使得如何厘清计算机犯罪、数据犯罪、信息内容犯罪之间的关系变得极为重要。

关于数据犯罪的法益，数据财产说、混合法益说以及传统的网络安全说采取的都是单层法益观，这平添了数据犯罪法益论的混乱。实际上，数据之上存在的不是“非此即彼”的单项法益，也不是“不分彼此”的多元法益，而是“先后后”的双层法益。计算机信息系统安全、数据安全、信息内容三者之间依次形成阻挡层法益与背后层法益，并由此使计算机犯罪、数据犯罪、信息内容犯罪区别开来。数据犯罪直接侵害数据安全法益，间接侵害信息内容法益。数据安全应当从内涵与功能两个方面进行界定。数据犯罪的双层法益构造是由互联网的分层以及事实与价值的分离决定的。

数据犯罪双层法益观的应用，是指双层法益观对数据犯罪的解释指导功能。数据安全法益是作为手段的阻挡层法益，信息内容法益是作为目的的背后层法益。这种手段与目的的关系，决定了对阻挡层法益的保护应当受到比例原则的限制，符合适当性、必要性和均衡性的要求。这主要体现在以下三个方面：第一，数据获取行为的违法性判断。在计算机信息系统安全、数据安全、信息内容三者之中，数据获取行为的违法性判断标准应当着眼于数据安全。只有在双层法益观下，把数据犯罪的法益界定为数据阻挡安全，才能正确理解数据获取行为的违法性判断标准；第二，数据犯罪的竞争性认定。数据犯罪与财产犯罪的想象竞合说采取的是双层法益观，符合数据犯罪的逻辑关系；第三，个人信息(个人数据)的识别性界定。侵犯公民个人信息罪是以个人信息(个人数据)为对象的犯罪，属于数据犯罪的范畴。但是，对于个人信息(个人数据)的范围界定，理论与实务界存在很大的争议。争议的厘清，需要借助数据犯罪的双层法益观。

刘伟谈热点事件网络谣言的应对规制——采取内外有别的针对性整治



山东政法学院刘伟在《政法论丛》2023年第4期上发表题为《热点事件网络谣言的内生逻辑与规制》的文章中指出：进入网络时代后，互联网技术极大拓展了社会生活的边界，消解了信息地域传播的固有障碍，影响甚至改变了整个人类生活，“网络热点”成为占据公共资源的核心要素。热点往往社会关注度、影响力大，能在网络空间中迅速传播，占据网络热搜榜的前列。热点既可以是某一现象，即特定的社会现象经媒体传播扩散后，在某一特定时间(时期)内成为舆论关注与社会热议的网络焦点。热点也可以是某一事件，即在一段时间内，通过网络传播形成舆情的特定事件。相对于较为长期、固定和静态的现象来讲，热点事件的突发性、紧迫性与时效性更强，更容易在短期内积累大量关注，对舆情发展的冲击力更大，对司法执法的影响也更深刻，所以更具研究价值。

网络热点事件是网络时代背景下热点新闻事件的简称，通常是指通过多种网络传播工具，在网络平台上大量复制转载并引起公众热议，能够造成重大社会影响，波及形成网络舆情的社会性事件。从网络热点事件的内部结构来看，所有的网络热点事件均具有四大要素、两个走向及两种类型。热点事件极易滋生网络谣言。谣言的表现形式多种多样，但其本质属性却是唯一的，即信息。谣言是通过媒介工具进行传播扩散的特定信息。依据热点事件网络谣言的行为演变规律，谣言的产生可划分成两个阶段：第一阶段是“制造谣言”，即无中生有；第二阶段是“传播谣言”，即在无中生有的基础上进行网络传播。在第一阶段，应当注意区别“科学质疑”与“非法造谣”，在第二阶段应注意区分“善意传播”与“恶意造谣”。

纵使热点事件网络谣言在形态上表现各异，但其核心内容只有一点，即行为入基于非法利益(包括“非法经济利益”与“非法影响利益”)。非法影响利益是指行为人恶意制造影响的追求，恶意制造、炒作虚假信息，通过网络进行传播，以最大限度地获取流量、博取关注。热点事件网络谣言行为的结构链条为：社会公共话题领域内的基础性热点事件+不良心理动机的虚假信息发布者+“主动配合”或“被动接受”的当事人+虚假信息制造与传播+有意或无意的网络受众发酵+真相揭发舆情反转。

热点事件网络谣言的应对规制采取内外有别的针对性整治。主要包括：首先是对内部环境中“人”和“事”进行应对治理。对“人”采取网络禁言与失信惩戒措施；对“事”进行实体法与程序法的细化规定。其次是对外部环境中的有权机关或部门进行策略调整。第一，坚守法治底线；第二，构建完善网络热点事件的发生、进展及处理的法治化通报制度；第三，完善奖惩与激励机制。

(赵珊珊 整理)

构建具有中国特色的行政复议法学术话语体系

《行政复议原理》序言

书林臧否

马怀德

行政复议是政府系统内部解决行政争议的救济制度和自我纠错的监督制度。现行行政复议法于1999年施行，于2009年、2017年部分修正，于2023年全面修订。行政复议在维护群众合法权益、促进社会和谐稳定、加快建设法治政府方面发挥了重要作用，是推进法治政府建设的重要抓手。

2010年，应松年教授公开发表了《行政复议应当成为解决行政争议的主渠道》一文，该文观点迅速引起法律界普遍共鸣，被有关部门采纳。2011年，中共中央首次提出“充分发挥行政复议作为解决行政争议主渠道的作用”。此后，2020年2月，中央全面深化改革委员会第三次会议再次强调了行政复议作为“化解行政争议的主渠道作用”的定位。之所以提出这一命题，主要是随着我国经济社会的发展，社会矛盾急剧增加，但是行政复议化解矛盾的优势和潜力尚未充分发挥出来，申请行政复议的人数还不如提起诉讼的人数多，更无法和信访的人数相比。在这一背景下，行政复议制度迫切需要改革和完善。以应松年教授为代表的中国行政法学界多次呼吁关注行政

复议在解决纠纷中的“主渠道”作用。2020年11月，司法部发布的《中华人民共和国行政复议法(修订)(征求意见稿)》以及2023年通过的《中华人民共和国行政复议法》，均在第一条明确将“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”写入立法目的条款，这意味着行政复议制度的目的、结构、体系将迎来全方位的调适。

王青斌教授撰写的《行政复议原理》一书，立足于行政复议实践，深刻洞察、思考和解了当代中国行政复议的历史演进脉络。阅读完本书会有两个很直观的感受：一是作者试图构建具有中国特色的学术话语体系，对“复议”概念进行了基于我国本土实践的阐释。其指出行政复议在各个国家和地区的名称不尽一致，“复议”一词在我国并非固定的法律用语，与其含义相近的用语有诸如“复查”“复核”“申诉”“再审查”等。二是作者充分运用理论思维分析中国问题，譬如从理论上解释了行政复议吸纳和化解行政争议的能力，坚持复议为民，提高行政复议公信力，将行政复议打造成为化解行政争议的主渠道等重要问题。可以说，本书是构建中国自主行政法学知识体系的一次有益尝试。

毛泽东曾在1944年指出：“我们既反对盲目接受任何思想也反对盲目抵制任何思想，我们中国人必须用我们自己的头脑进行思考，并决定什

么东西能在我们自己的土壤里生长起来。”实际上，在我国行政法学科体系初创阶段，西方法学话语对我们产生了较大影响，这也在一定程度上造成了我们在研究方法上的“路径依赖”；少数学术研究存在“言必称希腊”的话语惯性，忽视了本土国情和文化影响。很显然，简单的制度移植不能有效解释中国的现象，更不可能妥善解决中国的问题。习近平总书记曾指出：“只有以我国实际为研究起点，提出具有主体性、原创性的理论观点，构建具有自身特质的学科体系、学术体系、话语体系，我国哲学社会科学才能形成自己的特色和优势。”《行政复议原理》一书便是以我国行政复议制度实践为研究对象，试图提出关于行政复议的主体性、原创性的原理命题，在一定程度上体现了中国行政法学的学术话语特色。

《行政复议原理》一书对行政复议发展历程的历史性回顾，回答了近现代以来中国行政复议制度缘起何处、何以至此。要对这个发展历程进行充分的理论解释，毫无疑问超出了“行政复议原理”的范畴，甚至超越了行政法学的思维框架，属于近现代中国与行政法治邂逅的整体叙事的一部分。我想行政法上还有许多类似的话题值得做这种“历史生成论”，譬如行政诉讼、国家赔偿、行政许可等等。申言之，我们不能凭空从德国、日本、美国搬来一座行政法制度的

“飞来峰”，我们所有行政法制度的“历史生成”，必然有其特定的理论根基和文化依托。《行政复议原理》一书在本土语境下把握中国行政复议制度的“历史生成”，体现了作者强烈的主体意识，而不是简单地到奥托·迈耶、盐野宏、理查德·J.皮尔斯等人的经典中寻找中国行政复议制度的源头和本根。坦言之，这展现了中国行政法学者的理性与自信。

2023年，中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》中要求：“紧紧围绕新时代全面依法治国实践，切实加强扎根中国文化、立足中国国情、解决中国问题的法学理论研究，总结提炼中国特色社会主义法治具有主体性、原创性、标识性的概念、观点、理论，把论文写在祖国的大地上，不做西方理论的‘搬运工’，构建中国自主的法学知识体系。”《行政复议原理》一书围绕中国特色社会主义行政复议制度与实践，提出了一系列具有主体性、原创性、标识性的概念、观点、理论，为构建中国自主的法学知识体系尤其是行政法知识体系作出了贡献。未来，期望青年行政法学者继续努力，把论文著作写在祖国的大地上，努力构建中国自主的行政法知识体系，不断完善具有中国特色、中国气派、中国风格的行政法理论体系。

《唐律疏议》中的“引经据典”

法律文化

殷晴虎

《唐律疏议》作为中华法系的集大成之作，不仅在于其汲取了前朝法律的立法精华，法律文本结构严谨，逻辑性强，更在于其“疏议”部分对法律文本的解释继承了汉魏以来的律学成就，阐释法理清晰，解释精到，具有很强的实用性。而其中一个突出特点，就是延续并发扬光大了汉魏以来以经注律的传统，特别是“春秋决狱”的实践。笔者在《春秋决狱的法文化意义》一文(详见于《法治日报》2023年2月15日10版)中也提到：“作为中华法系代表的《唐律疏议》，也深受春秋决狱传统的影响，在其‘疏议’部分，大量援引儒家经书解释法律，阐释法律文本的经义。”《唐律疏议》用儒家经书和礼仪著作解释法律，阐明立法目的以及法律适用所应当遵循的原则，并通过这种“引经据典”，集中阐述了法律的基本精神，为法律的适用提供了基本的理论指引，对中国古代的立法及司法产生了深远的影响。

产生了深远的理论指引，对中国古代的立法及司法产生了深远的影响。

在《唐律疏议》中，特别是在作为总则的《名例律》的“疏议”中，连篇累牍引述了儒家经书和礼仪著作。从其引述的目的和作用来看，主要是以下几方面：

第一，阐明制定《唐律疏议》的目的。首先，通过儒家经典论证了“因政教而施刑法”的法律观，指出了刑罚的目的：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阴阳相须而成者也。”明确以儒家思想的核心——德礼作为刑罚的基本指导思想，并以此“轻重相权，依义制律”。其次，通过对“律”和“律疏”的名称的来源，阐明了《唐律疏议》及其“疏议”作为国家大法的正统地位。《唐律疏议》引《尚书大传》“丕天之律”，注云：“奉天之大法，法亦律也，故谓之律。”而“近代以来，兼经注而明之则谓之疏”因此，“律”和“律疏”的名称的解释都源于儒家经典。《唐律疏议》也是沿袭了汉代以来儒家注经的传统，自然也具有同经典注疏同等的地位。最后，通过对《尚书大传》《周礼》等儒家经典关于古代法律发展历史的记载的引述，梳理了先秦至唐朝法律发展的历史脉络，指出了制定《唐律疏议》的目的，就是明确法律的作用，解释疑难问题，以防止人们误触刑网，“不有解释，触涂谖误”“爰造律疏，大明典式”。

第二，阐明《唐律疏议》重要制度的理论渊源。《唐律疏议》作为一部以刑法为核心内容的法典，在沿袭前代立法成果的基础上，确立了一系列的刑法制度。《唐律疏议》在阐述这些制度时，从儒家经典中去寻求和探索其渊源，以说明其正当性与合法性。最典型的事例，就是关于“五刑”

“十恶”“八议”等重要制度渊源的阐述。以作为基本刑罚制度的“五刑”为例：五刑即笞、杖、徒、流和死五种刑罚。《唐律疏议》通过引述儒家经典中的相关记载，阐述其渊源与内容。关于笞刑，《唐律疏议》通过引述《尚书》的记载，指出了笞刑的目的是“人有小愆，法须惩戒，故加捶撻以耻之……故《书》云：扑作教刑，即其义也”；关于杖刑，《唐律疏议》说“《国语》云：薄刑用鞭扑，《书》云：鞭作官刑，犹今之杖刑者也”；关于徒刑，《唐律疏议》引《周礼》：“任之以事，寘以圜土而收教之。上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍。”并指出“此并徒刑也”；关于流刑，《唐律疏议》说：“《书》云：流有五刑，谓不忍刑杀，宥之于远也。”并指出“今之三流，即其义也”；关于死刑，《唐律疏议》也通过引述儒家经书，说明死刑虽为极刑，但是不得已而用之。

为了论证儒家所主张的“顺天罚罪”，《唐律疏议》援引《孝经·援神契》中“圣人制五刑，以法五行”的说法，作为五刑的理论依据，并根据儒家所主张的阴阳五行学说，论证了“五刑”与“五行”之间的关系，体现了儒家法律思想所主张的刑罚适中的观念。

第三，阐明《唐律疏议》文本规范的理论依据。根据“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”的指导思想，儒家经典教义是法律之魂，相关法律规定不仅根据儒家礼教的要求而制定，并且根据礼教的要求适用。首先，一些规定本身就是基于儒家礼教的要求制定的，如关于老幼减刑的问题，《唐律》规定：“诸年七十以上，十五以下及废疾，犯罪流罪以下，收赎。”“疏议”对此的解释是：“依《周礼》：年七十以上及未乱者，并不为奴。”并指出，“为养老小及疾，故流罪以下收赎”，明确了这一规范适用的目的和理论依据。其次，说明立法和法律适用的基本意图和依据，如《斗讼律》中关于“殴伤见受业师，加凡人二等”的规定，“疏议”的解释是：“《礼》云：凡教之道，严师为难；师严道尊，方知敬学。”因此，“如有亲承儒教，伏膺函丈，而殴师者，加凡人二等”。最后，直接以礼教所主张的道德义务作为判定法律责任的依据，如《捕亡律》在谈到邻里救助义务的规范时，指出：“依《礼》：五家为邻，五邻为里。既同邑落，邻居接济，而被强盗及杀人者，皆须遣告，即救助之。若告而不救助者，杖一百。”实际上就是将礼教的道德义务转化为法律责任，类似情形在《唐律疏议》的文本规范中也是不少的。

因此，《唐律疏议》的“引经据典”，阐明了立法原旨与精神，解决了法律适用过程中规范的法律文本与复杂的社会现实之间的关系，更好地协调了司法实践中情、理、法之间的矛盾冲突，特别是用儒家经典去解释法律文本的做法，揭示了法律规范的内涵，有利于准确理解和适用。这一做法，也被后世的一些律学著作所沿袭。

原情定罪

史海钩沉

张守东

从唐律开始，儒家的立法即“一准乎礼”，以礼为准。根据礼之仪、义(理)、制之间，理即礼，事理即义的“礼论”。因此，“一准乎礼”实际上意味着以情理为准，既然如此，“论法不可忽视情、礼(理)”。但因礼为理的规范化、情、理(礼)，法乃成为量刑定罪的要素，最终目标在求其“平”。让我们从一个“刑事”案件进一步了解古代官员的司法实践。

此案见于《名公书判清集·户婚门·墓木》。蔡久轩(1193年-1259年)所判“争墓木致死”。本案系因胡家砍伐余家墓地林木而引起斗殴，致胡家佃户危平一死亡。人命案件通常需要抵命，但在蔡氏看来，此案不可与其他人命案一概而论。他开宗明义提出裁决命案的基本原则：“决断大辟公事，要见凶人起争之因，所谓原情定罪者是也。”蔡氏认为，本案之情关键在于“凶人起争之因”。本案“凶人”是余佃户三十与其子余六、侄余再三，其租墓与买官人胡小七田地连接。所谓“买官人”，就是通过向官府输送钱财等方式获得荣誉性官位的人。蔡氏在叙述这一因财产纠纷而导致的命案时尽力还原案情真相，以此说明“起争之因”。他先从胡小七明知余家租墓林木茂盛，不免遮蔽附近田地，胡某却还是购买与余家

租墓毗邻之地说起：“余家墓山，累世之业也。胡家之田，近年得之也。墓林茂盛，宁免蔽蔽田地，在在如此。倘使此田为木茂盛，胡小七当日勿可也。”然后言及租佃其土地的洪某声称因林木遮蔽田地而退佃，其实只是为了让田主胡小七减租；“及至交业之后，佃人洪再十二欲行退佃，不过与干申通同，欲邀田主退减租而已。”

胡小七的仆向他报告洪某声称退佃的事情，他便指派仆从率佃户一百多人以“自耕”的名义带刀斧任意砍伐余家墓地的林木，整座坟山几乎砍光；“胡小七之婢仆胡再五、周先乃具状申胡小七者，小七遂就状批判，差指佃仆群殴佃户百余人，名曰自耕，其实将带刀斧，喧嚷直将田畔余家墓木恣行斫伐，几于赭山。”

蔡久轩认为，余家人保护墓林，属“人情之常”，只是不该带“管刀杖棒”；“其佃户三十并子若任闻之，急往占护坟木，此亦人情之常，但不当将管刀杖棒而前。”但如果不带这些工具，赤手空拳又如何阻止一百多个手持刀斧的砍伐者，蔡氏说，好在余家三人到坟时砍伐者已散去，“一时余再六登山赶捕不获，已行回，适又遇危平一持斧上山，遂成对头。危平一先以斧头抵敌，余再六次以管刀敌，余再三又以长棒击打，遂致危平一为刀伤要害身死”。危某也是胡某佃户，他也是参与砍伐余家墓林的，不知何故，在众人散去后又独自持斧回山，斗殴过程中被余家三人打死。

说完案情，蔡久轩转向“起争之因”，以此

回应其判词开篇即已明示的“原情定罪”原则：“推原起争之因，皆胡小七者以判状付之婢仆，依仗威势，平白斫伐他人墓木。余再六所以不忿者，爰护墓木也。爰护墓木者，所以爰护其祖宗也。”蔡氏把胡某仗势欺人、砍伐他人墓林而余家护林合乎情理当作关键，并以设问的方式作答：“人谁无坟墓，此其起因，原情实有可悯。”对于蔡久轩而言，子孙为保护祖墓而杀死砍伐墓林之人，其情“可悯”，值得同情。“人谁无坟墓”，这一必然引起时人共鸣的设问，等于强调人人都会有毁损其祖坟的人发生冲突。“正当防卫”属于另一种法律概念体系，但在“人谁无坟墓”的同情理解中，自然有一种没有正当防卫概念的正当防卫意识在里面：护坟乃在情理之中，而护坟作为“人情之常”，即防卫墓林的“正当”所在。

说完余家保护墓林的情由，蔡氏转谈胡家的霸道：“买官胡小七事发一年有半，更不出官，州院虽已勾追，竟以本人见在绍兴半提干为官，通神之钱，且有免追之判，可见豪强。”南宋各州有州院，负责审理案件。州院虽已追捕胡某，但事过一年半仍然逍遥法外，竟然还得到“免追”的判决。蔡氏认为此人属于典型的土豪劣绅。这些情况显然对蔡氏适用法律有影响：“照得余再六所犯在减降赦前，其弟余再三已毙于狱，其父余佃三十已作余超名，前经刑部特与贷命，决杖二十，刺配二千里军州牢城。”也就是说，余家已有余再三在监押过程中死亡，已改

名余超名的余佃三十也已在脸上刺字后发配到距家两千里的牢城，即农因禁流配罪犯的场所，而余再六的犯罪是在赦前，所以他可以因赦而被释放。

从判词可知，为保护租坟林木而在斗殴中杀死一个砍伐者的余家已经为此付出惨重代价，父亲已经刺配，侄子也已死于监狱；仗势欺人的胡家却毫发未损，是典型的黑恶势力。蔡久轩扫黑除恶，在根据赦令放掉受害人余再六的同时，对胡家“为恶之人”依法惩治：“胡再五、周先凭恃威势，号召诸佃，决杖十三，编管一千里。方再四、梁兴二皆佐助胡小七为恶之人，勒杖一百，编管邻州。”办案过程中，舞弊的州、县公职人员也受到处罚：“县吏周元，州吏徐必通，周思民免追，杖一百。罢逐，并贖州照断。”即要求州官对三个责任人杖一百后罢职。

最后，蔡氏要求州官派人抓捕此次事端真正的祸首——“黑社会头目”胡小七：“其买官胡小七，何物小子，乃以威力激成凶祸，贖州专人追解赴(提点刑狱)司，两限不到，定追都吏。”就是说，如果抓不到胡小七，唯负责追捕的职员是问。

当然，蔡氏不会忘记余家的经济损失。他要求将被砍伐的林木及其土地证明文件还给余家：“其已斫伐木桩及砧基等项还余家有分之人取领入案。”

(文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版)