



观点新解

任颖谈医疗数据使用权的实现——应以分层义务的履行为前提



广东外语外贸大学法学院任颖在《政法论丛》2023年第6期上发表题为《医疗数据使用权的私法保障与边界厘定》的文章中指出：

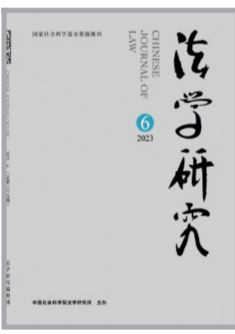
数据利用是充分发挥数据要素作用的关键所在，数据使用权配置是构建数据基础制度的重要支柱。医疗数据使用权配置不仅影响特定主体的数据私益保障，而且关系生命健康权优先原则与数据公益的实现。医疗数据使用行为受到法律规制，行为规制约束力能够有效促进医疗数据安全，但难以满足医疗数据流通激励的现实需求。行为规制向赋权模式的转变，是构建数据流通的内生激励机制，是构成医疗数据开发利用的重要基础。赋权模式的确立，能够满足医疗数据流通激励的现实需求，并构成医疗数据场内与场外流通交易的基本前提。医疗数据私法赋权的理论基石是“三权分置”，实践基础是医疗机构对医疗数据的事实控制。

在具体的权利配置过程中，分散化、多节点的数据权利配置方式，不利于医疗数据公益保障，应当采用集中配置方法，以医疗机构为核心完成医疗数据私法赋权。医疗机构享有法定医疗数据使用权，并对商业主体进行意定授权，向管理机构传输特定范围内的医疗数据。医疗机构对商业主体的意定授权，除遵循契约自由原则外，还须满足非个人数据使用要求以及许可方式限定两项条件。第一项条件是医疗数据流通激励的前置条件，医疗数据向商业主体开放的前提是去标识化，能够对患者进行个体识别的数据不可流转；第二项条件是对许可授权方式的限定。医疗机构许可商业主体使用医疗数据，应采用“一对一许可”方式。管理机构调取和使用医疗数据，需要说明理由、保证效率、及时补偿。

医疗数据使用权的属性认定，直接关系到对医疗数据进行有限限制使用的边界划定。从医疗机构取得授权许可的商业主体，有权在约定的目的范围内使用医疗数据，但商业主体对医疗数据资源与医疗数据产品的使用权并不相同。针对使用权的不同表征，应采取不同立法方式对商业主体的医疗数据使用权作出规定。与商业主体基于意定授权取得医疗数据使用权不同，管理机构对医疗数据的调取和使用属法定行为，遵循法定原则的要求，具有明确的法律边界。

医疗数据使用权的实现以分层义务的履行为前提，具体包括一般义务、附随义务、特别义务三个层次。其中，一般义务指医疗机构的医疗数据公平利用义务，包含主体间的公平、利益间的公平两个方面的要求。附随义务是基于意定授权产生的义务类型，须区分医疗数据资源与数据产品设定商业主体的对应义务。特别义务表现为管理机构的医疗数据公益优先保护义务。医疗数据使用权制度的建立和完善，构成医疗数据公平利用及医疗数据公益优先保护的重要支撑。

高巍谈防卫过当的认定——应当构建阶层式的防卫过当判断规则



云南大学法学院高巍在《法学研究》2023年第6期上发表题为《防卫过当的阶层式判断规则》的文章中指出：

关于防卫过当的成立条件，主要存在一元论与二分说之争。一元论以“重大损害”的综合判断作为防卫过当的判断规则，不具体区分防卫行为与损害结果，并把利益衡量作为重大损害判断的基本工具。二分说则认为，“明显超过必要限度”和“造成重大损害”是两个独立要素，前者为行为过当，后者为结果过当，应当分别进行判断，两者同时符合才能成立防卫过当。

在防卫过当的认定中，一元论和二分说都存在不合理之处，应当构建阶层式的防卫过当判断规则。具体而言，可区分为递进的两个阶层进行判断：第一阶层是必要限度的质的判断；第二阶层是可罚限量的量的判断，第一阶层是第二阶层的前提。

阶层式的防卫过当判断结构，不是基于不同的事实性要素所进行的阶层区分，而是基于不同的规范目的对事实性要素的不同阶层的评价。因此，防卫过当的两个判断阶层是判断标准和判断方法的不同，而非判断材料和判断对象的不同。在第一阶层，根据保障权利行使的规范目的对防卫必要性进行判断，这属于质的判断；在第二阶层，根据处罚必要性的规范目的，对超过必要限度的一般防卫过当进行可罚程度判断，这属于量的判断。保障权利行使的规范目的和处罚必要性的规范目的，分别具有独立的评价标准。申言之，第一阶层的判断是违法性有无的判断，其规范目的是保障权利行使；第二阶层的可罚性判断，其规范目的不再是保障权利行使，而是实现作为处罚必要性内核的刑罰目的。

防卫过当的质的判断采取必要说，从有效性、最小强度手段两个方面展开。当防卫行为超过必要限度时，就具有了违法性，不能成立正当防卫，而成立一般的防卫过当。只有通过第二阶层可罚性的量的判断，才能成立可罚的防卫过当。在可罚性的判断方法上，应当把可罚性判断确定为整体性判断，并以“明显”和“重大损害”作为关联的判断素材，从而实现在行为方式与损害结果在可罚性判断中的整合。一方面，“明显”与“重大损害”统一于可罚性之中；另一方面，提示“明显”和“重大损害”的事实性要素，可相互补充、相互辅助。

(赵珊珊 整理)

法治之道：治法、治人与治心 清代状元策所反映的法制观之二

学者史话

殷啸虎

在宋以来的历代状元策里，治法、治人与治心是状元策探讨法治建设时关注度较高的问题，清代状元策自然也不例外。特别是受到宋明理学尤其是心学的影响，在讨论治国之道时，大都赞同“治本于道，道本于心”。具体表现在法治建设方面，在回答策问关于以法治国理政的路径，尤其是人治与法治的关系时，大都主张治道本于治法，治法必有治人，治人必先治心的逻辑和路径。

其一，治道本于治法，治法是治道的手段。以法治理是国家治理的基本方式和路径，这可以说是清代状元策的一个共识。康熙二十七年(1688年)状元沈廷文在对策开篇就说：“臣闻帝王唐虞御宇而绵历服于无疆也，必有经理天下之治法，以开一代之鸿猷；必有忧劳天下之实政，以垂万年之至计。何为治法，立纲陈纪，建久安长治之规”；并指出：“顾治法之立，不恃乎法，而恃乎行法之治人；实政之举，不存乎政，而存乎敦政之实心。”不仅指出了法制在国家治理中的重要地位，同时也阐述了治法、治人与治心之间的关系。

就国家治理的角度而言，治法、治人与治心三者中，治法无疑是最重要的。康熙三十六年(1697年)状元李禧在对策中就说：“帝王之治天

下也……必立天下之大法，贵贱皆涂庶虑心，被圣人化之，而察吏安民之效必隆。”康熙五十四年(1715年)状元徐陶璋在对策中进一步指出：“国家久安长治之业，在乎法之尽善，而尤在坚守守法之心。”康熙五十七年(1718年)状元汪应铨在对策中也说：“法无大小，而行之既久，守而勿失，则无纷更事之端。”都把治法放在了国家治理的重要位置。

其二，治法必有治人，治人是治法的基础。无论是殿试的策问题，还是状元的对策，都多次提到孟子的名言：徒善不足以为政，徒法不能以自行。要有治法，关键在于有治人。顺治十二年(1655年)状元史大成在对策中说：“盖得治人，则纪纲可振，法度可张”“不得治人，则纪纲愈紊而愈不振，法度愈变而愈不张”。康熙三十九年(1700年)状元汪绎的对策里对此也有过详细的阐述：治理国家不仅要“有经久之不废之法”，也要“有明作有为之人”，以“有其法，故事得其序，而大纲以举，万目以张，礼乐刑政，凛然有以定夺臣民之法守；有其人，故官得其宜，而大臣以法，小臣以廉”“上有率作兴事之心，而天下乃无怠荒玩愒之弊矣”。因此，“当已安已治之时，而讲求夫安民阜物之道者，亦惟以治人行治法而已矣”。

而治人的关键，在于执行国家政策和法律的官吏，尤其是朝廷的高官。乾隆五十五年(1790年)殿试策问就明确指出：“善为政者，安民必先察吏。”状元石韞玉在对策中说：“治官之道，有治人，无治法，而察吏先察大吏始，为大吏者，果能实心任事，治己率属，则察吏宁有

玩延庇饰之事乎？”嘉庆二十二年(1817年)状元吴其溶在回答策问时提出的“大法小廉，治理所先”问题时说：“安民之道，在乎选吏，而吏有廉吏，有能吏。廉吏淡泊自守，而或短于才，则诸事必不克究；能吏奋发有为，而或失其守，则举动不免轻浮，故察吏之要，必先责其操守，而即试其材能”。

为了说明治人对治法的重要性，一些状元在对策里都举了王安石与王守仁的例子。如道光二年(1822年)状元戴兰芬在对策中谈到保甲制度时说：“自古治法之法，保甲为善。然王守仁行之于明，而民恃以安；王安石行之于宋，而民且为累，则有治人无治法也。”

其三，治人必先治心，治心是治人的根本。嘉庆二十五年(1820年)殿试策问就提出：“古帝王所以握万化之原，而端出治之本者，不更有心法在乎？”治人，首先要有以法致治之心。在状元们看来，以法治理国家不仅要有完备的法制，还要有严格依法贯彻执行法律的官员，更要有坚定的实施法律、推进法治的实心与诚心。康熙二十二年(1715年)状元汪绎在对策中说：“帝王欲举天下之大法，必先有以倡天下之心。夫心者，万事之权舆，至治之根抵也……为政而不本于心，虽欲举唐虞三代之法施之而无一可”。嘉庆六年(1801年)状元顾承霖在对策中也直言：古代帝王治理天下“莫不本心法以为治法”。这也就是状元们在对策中多次强调的“治心”。乾隆三十四年(1769年)状元陈初哲在谈到法制建设相关问题时说：“愿法能治其人，而人必自纠其心。”道光三

十年(1850年)状元陆增祥在对策中也说：“古来治法悉本于心法”，他还援引宋代大儒朱熹的话说：“治之本，在正心术以立纪纲，纪纲之立，治安之机也。”

而治心的关键，在于“诚”字。就以法治而言，就是要有推行法治的实心与诚心。康熙六十年(1721年)状元邓钟岳在对策中说：君主治理国家“所以纲纪乎天下者存乎政，而其所以运量乎天下者存乎心，本心而达之政，而贞千年如一日者存乎诚”。对那些“治人”亦即贯彻执行法律的官员而言，这种实心与诚心具体表现为严格依法办事和执行法律的公正之心。嘉庆二十五年状元陈继昌在策问中就说：“惟其操其柄者，一本乎公正之心，以赏善而黜恶，而大吏复体此意，以相勉免，不阿所好，不徇所私”；咸丰十年(1860年)状元在回答策问时提出的“治法心法”问题时，也援引了儒家学者论证“司寇戮政，明于五刑”的“协于中则皆祥刑矣”观点，阐明“统古今治法心法而一以贯之”的道理。

因此，治法、治人与治心三者的有机结合，是推行治道，实施法治的基本路径。本文开头提到的康熙二十七年状元沈廷文的对策，比较明确地阐述了其中的关系，他认为：“治法必恃有治人，实政必本于实心”，并说：“治国理政之道”“惟在诸臣洗心涤虑，以皇上之心为心，而不使循一日之虚名以苟禄位，则治法立而实政修”。

(《从清代殿试策问题看法制建设的关注点——清代状元策所反映的法制观之一》详见于《法治日报》2024年1月24日9版)

实现刑法的“再法典化” 《法典化时代的刑法立法》序言

书林臧否

周光权

对于刑法在社会治理中的意义和功能，必须给予高度评价。自1979年至今，我国立法机关对现实国情深刻洞察，及时总结司法实践中的做法，学习外国的立法经验，借鉴人类法治文明成果，制定出了凝聚最大共识的刑法及十余个刑法修正案。改革开放四十多年来，我国刑事司法总体上坚持了罪刑法定原则，能够做到重罪重判、轻罪轻判、罪刑相当，也正是因为刑法立法发挥了积极作用，我国经济秩序、社会秩序才能得到有效维护，一大批妨害社会管理秩序、危害公共安全、侵犯公民个人法益的犯罪才受到及时惩治，而对一些社会危害性较小的行为，检察机关能够及时作出不起诉决定，人民法院能够作出无罪判决，使打击犯罪和保障人权的关系得到协调。

晚近的几个刑法修正案增添了大量轻罪，处罚力度加大，立法总体上是在“做加法”。对此，学界有不少批评意见。但是，必须承认，放眼世界，现代刑法立法在国家和社会治理中的角色，

从来就不是消极的，“积极刑法立法观”只不过是刑法参与社会治理的姿态的提炼和概括。

《法典化时代的刑法立法》除序论外，共分为十三章，涉及五个方面的问题：(1)高度肯定改革开放四十多年来我国刑法立法取得的巨大历史功绩；(2)对最近十余年来的“积极刑法立法观”予以认可，并深入探究其背后的合理因素；(3)我国刑法立法中，法定刑配置不大科学、合理的问题比较突出，因此，需要认真对待如何优化法定刑配置，在立法上如何完善终身监禁的规定、限制死刑适用的问题；(4)面对积极刑法立法观，学者不能固守古典刑法治批评立法的立场，从而丧失对立法提出建设性意见、推动刑法教义学与时俱进发展的契机；(5)在法典编纂的理念得到广泛提倡的背景下，如何制定科学、完备、统一的刑律法典，是未来非常值得研究的问题。

对于我国刑法立法问题，理论上存在不少根本性的争议。但我认为，未来确实需要认真研究按照法典编纂的理念对刑法进行大规模修改这一重大问题。我们必须看到，法典化运动和对法律规范的内容进行阐释的哲学思潮相联系，这种哲学观念认为只有从理性教导人类的基本规则中得到的法律规范才是有效的，它表明了具有严

格一致性、彼此互相依赖并且其结果具有数学上的确定性的相互间关系，这种关系存在于归属于同一理想体系的不同法律模式之中。相信存在着永恒且不变的理性相一致的规则就等于承认存在着永恒且不变的法律规则。

我所赞同的理念是，在立法过程中，刑法学者应该尽可能提供建设性的意见。一旦立法通过，学者的使命就不再是一味地批评、指责立法，不要动辄就把刑法典形容为一个“四处漏水的木桶”，而应怀着敬畏之心去认真解释刑法条文，使某些乍看起来似乎有些瑕疵的立法在实践中能够合理地、有效地运行，从而把刑法解释得没有漏洞。

也就是说，立法者创制了法律规定，学者在法律框架和脉络的基础上，发展出理念和概念，而这些理念和概念与法律之间具有或直接或间接或曲径通幽的逻辑关联，与这些理论和概念之间的矛盾，就可能会在逻辑上导出与法律相冲突的结果。正是因为这种逻辑关联性，理论与法律血肉交融，融为一体，法教义学与实定法之间形成了一种独特的共生关系，也因此具有了适用于并指导司法实践的正当性和权威性。可用一个比喻来对教义学方法的运用加以形象化：一个运用教

义学方法的学者，经常会站在一个缺乏法条的地方，向远处的某个法条扔去绳索，套在那个法条上，从而让自己的观点与那个法条之间建立一种逻辑关联。于是，赞成或反对自己的观点，经过这逻辑绳索的传递，最后就变成了赞成或反对那个法条。这样一来，自己的观点就与法条之间形成了一种逻辑共生关系，分享了实定法的权威性，从而可以运用这个观点去解决法律没有明文规定的问题。在这个意义上，法教义学规则的权威性或约束力，归根结底是来自实定法。对学者而言，已经颁行的刑法是解释的对象，而不是可以肆意嘲笑和横加指责的对象。我们一定要考虑到，立法、司法、学理解释上的良性互动，对于刑事法治的形成都极其重要，对立法法的过多批评一定会损害法律的尊严、权威和统一。在这一意义上，理论需要刑法解释学和刑法立法学相对清晰地分开，不能在解释和适用刑法过程中夹杂过多的对立法展开批评的内容。

本书属于在刑法立法学方面进行探索的初步研究成果。鉴于对刑法立法学的研究有待深入，其相关的理论构架如何搭建学界之间尚未达成共识，对近年来刑法立法法合理性的相关分析也是见仁见智。

事皆决于法

史海钩沉

经过春秋时期旷日持久的争霸，诸侯国数量从春秋初期的140多家直线下降到战国初期的20多家。公元前403年，周威烈王册命韩、魏、赵三家位列诸侯，至此战国七雄局面正式形成。为了掠夺土地和人口，七雄之间混战不止，而此时的秦国已经吃了两百多年的“老本”了。自秦穆公把秦国带进“春秋五霸”之后，秦国经历了15代国君，这15位国君碌碌无为了两个多世纪。在这两个多世纪里，秦国发生了内战、手足相残等现象，把本就不怎么强大的秦国折腾得民不聊生、岌岌可危。这时的秦国虽然还是“雄”，但与其他“六雄”相比，地小民贫，也很少参与中原大事，自然不受待见。面对随时都有可能被吞并的危险，历史的车轮来到了公元前361年，秦孝公闪亮登场。他借李悝变法给秦国带来进步的经验，决心励精图治，变法图强，拯救秦国。历史关头，一个扭转局面的人物出现了，这个人就是商鞅，商鞅带着李悝的《法经》奔赴秦国，和秦孝公大谈变法的重要性。商鞅变法的第二年，太子杀人，引起了民愤。这时，全秦国的人都在看商鞅，看他如何执行新法。如果“刑不上大夫”，那么新法将举步维艰，

“大秦”也是日新月异，繁荣富强。(《商君书·定分》)记载了一段秦孝公与商鞅之间关于法治的经典对话。

商鞅开启变法大幕之初，秦孝公问道：“法令以当时立之者，明且欲使天下之吏民皆明知而用之，如一无所私，奈何？”意思是：新的法令制定出来之后，如何才能让全国的官吏和老百姓都能做到知法、懂法、用法，法令上下一致而没有奸私呢？这一问被后世法学家称为“孝公之问”。面对秦孝公的困惑，商鞅的回答是：“事皆决于法。”商鞅的回答可以对应我们都非常熟悉的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。

“事皆决于法”类似于我们现代法治理念提倡的“有法必依”，这一理念早在两千多年前就被秦国贯彻得淋漓尽致。要知道，当时的秦国还是一个由奴隶制向封建制过渡的国家，推行这样的新法必然会撼动奴隶主的利益。据《史记》记载：“商君相秦十年，宗室贵族多怨望者。”面对新法，奴隶主们想抵制却又不敢当出头鸟，于是便怂恿太子犯法，想为难商鞅。商鞅变法的第二年，太子杀人，引起了民愤。这时，全秦国的人都在看商鞅，看他如何执行新法。如果“刑不上大夫”，那么新法将举步维艰，

如果“太子与庶民同罪”，定遭太子记恨，将来太子继位，后果可想而知。

面对这样两难的局面，商鞅认为：“法之不行，自上犯之。”为了施行新法，就必须严格执法。商鞅自然想处罚太子，但是太子是储君，是秦国的接班人，对他进行处罚势必会引起轩然大波，怎么办？商鞅想了一个自认为两全其美的办法：处罚太子不行，处罚太子的老师总归是可以的吧！于是，商鞅下令处罚了太子的首席老师公子虔，并且把太子的另一个老师公孙贾处以死刑。死刑伤害性不大但侮辱性极强，犯罪记录刻在脸上将一生相伴。几年后，公子虔又犯法，商鞅直接下令，把他的鼻子割了。

处以刑罰的太子老师们岂能不对商鞅怀恨在心？不仅是太子的老师，商鞅因为严格执法，几乎把秦国上下下稍微有点势力的人都得罪个遍。被商鞅处罚过的权贵们皆视他如眼中钉，肉中刺，等秦孝公这棵保护商鞅的大树不在后，商鞅被扣上“谋反”的帽子而被杀害也就在意料之中了。

虽然商鞅被秦孝公的儿子秦惠文王给杀了，但秦国并未因此而衰落。已经习惯在法律中运行的秦国继续向着强大不断迈进，到了秦孝公的孙子秦昭襄王掌权的时候，发生了一件很有趣的

“祭祀事件”，大概可以说明当时的秦国贯彻“事皆决于法”有多么彻底了。

秦昭襄王生病，卧床好几天也不见好转。老百姓听说后，认为大王是为国操劳累倒的，于是给秦昭襄王祈福，祈求老天爷保佑国君早日康复。没过几天，秦昭襄王的病真的就好了。这下老百姓更高兴了，就牵了几头牛向老天爷还愿。这样大规模的民间“义举”被外出的郎中闻道，公孙衍遇上。

二人兴冲冲地赶回宫中禀告秦昭襄王，称赞他的功德已超过先贤尧、舜，秦昭襄王一头雾水，就问二人此话从何说起。闻道、公孙衍回答说：尧、舜之时，还没听说过百姓为其健康而祈福。如今大王生病了，百姓为您向神灵祈祷，病好了，百姓又为您向神灵还愿。正是这件事让我们私下认为您的功德超过了尧、舜，万万没想到，秦昭襄王听后不仅没给个笑脸，还要罚里的里正和伍老各出两副盔甲，原来按当时的法律，农忙时节禁止宰牛。表面上看，秦昭襄王的做法有些不通情理，但是，这让百姓知道：就算是为了君王的利益，犯了法也要被惩罚。君王带头秉公守法的举动树立了“法”的权威。

(文章节选自官蕊主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社出版)