



观点新解

张涛谈公共数据授权运营中的国家担保责任——可类型化为准备责任、规制责任和接管责任



中国政法大学张涛在《清华法学》2024年第2期上发表题为《公共数据授权运营中的国家担保责任及其调控面向》的文章中指出：

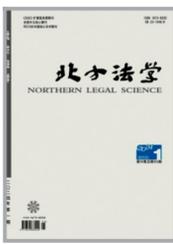
数据已经成为经济社会发展的生命线，有助于提高经济部门的生产力和资源效率，并使公共政策制定和公共服务更加完善。公共数据体量大、价值高、范围广，是国家数据要素体系的重要组成部分。因此，公共数据开放共享已经成为数字经济发展、数字政府建设以及数据要素配置的关键突破口。为了进一步实现公共数据的有效供给，公共数据授权运营逐渐成为公共数据开放的主渠道。公共数据授权运营主要是指公共数据主管部门按照程序依法授权特定的市场主体对公共数据进行开发利用，并向社会提供公共数据产品和服务的行为。

从公共数据开放的理论与实践来看，通过目的分析、需求分析和选择分析，可以将其确定为数字时代的一项国家任务。而公共数据授权运营改变了传统公共数据开放中的二元关系结构，公共部门不再作为数据访问权的直接义务主体。此外，公共数据授权运营还可能引发诸多负效应，如公物私产化风险、不当收费风险、数据垄断风险、数据安全风险等。因此，需要国家予以介入并承担相应的责任，以确保数据价值链的安全可控与公平分配。

国家在公共数据授权运营中到底应当承担何种类型的责任，则需要对当前制度模式下的责任形态是否适配进行考察，同时在借鉴国内外有益经验的基础上，作出相应的制度选择与安排。公共数据授权运营形成了由国家（主要是行政机关）、履行任务的市场主体和一般民众所构成的三角关系，属于担保行政法律关系，难以完全适用给付国家模式下的国家履行责任。因此，围绕担保行政而形成的国家担保责任宜作为公共数据授权运营的国家责任类型。根据责任层级理论，公共数据授权运营中的国家担保责任可以类型化为准备责任、规制责任和接管责任。

为了实现公共数据授权运营中的国家担保责任，可以确立以下三个调控面向：一是个人权利之保护，主要体现在个人信息及隐私保护之担保，建立健全公共数据授权运营中的个人信息保护机制，加强公共数据授权运营中个人信息保护的监管与监测；二是公平竞争之促进，主要体现在公共数据授权运营中公平准入、普及供给与合理收费之担保；三是公共利益之维护，主要体现在公共数据持续供给、供给质量与供给安全之担保。

赵青航谈数字时代下协同主义诉讼模式的程序再造——需要通过立法完善和技术赋能来实现



浙江理工大学政法学院赵青航在《北方法学》2024年第1期上发表题为《数字时代下协同主义诉讼模式的建构》的文章中指出：

我国顺应数字时代的发展要求，运用了法律科技催生的在线诉讼这一现代诉讼新形态，其依托信息技术，实现了起诉与受理、庭前准备、开庭审理、执行等诉讼程序的网上进行，推动诉讼主体间法律交往方式的线上再造。在线诉讼与协同主义诉讼模式具有天然的契合性。协同主义诉讼模式是指民事诉讼中法官运用职权发挥诉讼指挥作用，与当事人充分沟通与合作，使诉讼主体在事实发现、法律适用、程序促进等方面共同推进民事诉讼程序的一种模式。

协同主义诉讼模式修正了职权主义及当事人主义之缺陷，遵循系统论的规则，既强调法院审判职权的能动发挥，又注重两造对抗能力的实质均衡，通过整合各解纷主体的优势形成共生的有机协作系统，实现诉讼主体以诉讼作业共同体的身份协同发现案件事实和正确适用法律的目标。协同主义诉讼模式包含三个构成要素，即当事人履行诉讼促进义务、法官发挥释明权、案件做到集中审理。数字技术的运用使诉讼活动融合了三大要素的相关理念。数字技术通过改变当事人的诉讼参与方式以增进其诉讼参与的程度，贯彻了当事人诉讼促进义务的理念。数字技术催生的智慧司法通过类案的推送和解构指导当事人进行有效诉讼，体现了法官释明权理念。数字技术的交互性为诉讼主体之间构筑了平等的商谈场域，融入了案件集中审理的理念。

虽然在线诉讼已略微展现出协同主义诉讼模式的雏形，但当事人主义诉讼模式至今在中国民事诉讼司法实践中仍占据主导地位，致使在线诉讼的运行过程仍存在较多问题。在我国民事诉讼程序规则中引入协同主义诉讼模式，再将数字技术嵌入诉讼程序的实际运行之中，方能实现案件审理分工体系的精细化和当事人诉讼的便捷化。数字时代下协同主义诉讼模式的程序再造需要通过立法完善和技术赋能两个维度来实现。首先，在民事诉讼法律规范中引入协同主义诉讼模式，并制定一部专门的在线诉讼程序法，结合协同主义的基本理论，针对协同主义诉讼模式的各个要素及在线诉讼的立法完善提出概括性的建议，以期为未来民事诉讼法的修改和在线诉讼程序法的制定提供参考。其次，根据协同主义诉讼模式相关理念构筑的在线诉讼平台实现了法律规则的算法化以及诉讼行为的线上程序再造。

(赵珊珊 整理)



“刑事一体化”思维的理论与实践应用

法律文化

□ 孙长永

全国法律专业学位研究生教育指导委员会官网公布的数据显示，截至2022年10月，全国共有法律硕士专业学位授权点289个。考虑到2021年年底以前各省级学位委员会对硕士学位授权点的增减情况，估计目前全国法律硕士专业学位授权点已超过290个，每年招生人数应在2万以上。这么多的法律硕士研究生怎么培养？这是法学教育界和法律实务界共同关心的重要问题。

根据全国法律专业学位研究生教育指导委员会修订、通过并经国务院学位委员会办公室（以下简称“学位办”）备案认可的2017年版《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》，对法律硕士专业学位研究生需根据其本科阶段是否为法学专业进行分类培养，对法律（法学）研究生与法律（非法学）研究生分别适用两种不同的培养方案。这两类研究生虽然在培养目标上均属于“应用型”，因而有别于“学术型”的法学硕士研究生，但在具体培养目标、培养要求、学制等方面，特别是课程设置方面，有一定的区别。例如，在法律（非法学）研究生培养方案中，要求开设不低于32学分的必修课，包括法理学、中国法制史、宪法学、民法学、刑法学、民事诉讼法学、刑事诉讼法学、行政法与行政诉讼法学、经济法学、国际法学10门法学专业核心课程，其中刑法学、民法学各占4个学分，且与刑事诉讼法学、民事诉讼法学（各占2个学分）分别开课；而在法律（法学）研究生培养方案中，只要求开设不低于18个

学分的必修课，其中法学专业课只有“刑法与刑事诉讼原理与实务”“民法与民事诉讼原理与实务”“行政法与行政诉讼原理与实务”三门课程，而且无论是刑事法还是民事法，其实体法与程序法均合并为一门课程，每门课程4个学分。这样的课程设置反映了方案制定者的如下意图：对法律（法学）研究生的培养，不仅要帮助他们“全面掌握法学基本原理，具备从事法律职业所要求的法律知识、法律术语、法律思维、法律方法和法律技能”，而且要使其“能综合运用法律专业知识，具有担任法官、检察官、律师、公证员、法律顾问、仲裁员及从事有关行政执法、立法等法律实务的能力”。问题在于：如何将上述培养目标、培养要求和培养意图落到实处？特别是实体法与程序法一起开课的要求，对各法律专业学位研究生培养单位来说，是一项巨大的挑战，毕竟绝大多数法学教师已经习惯于分二级学科从事教学和科研工作。据我们所知，除中国人民大学、西南政法大学等少数高校能够通过双师同堂或者多师同堂（包括来自实务部门的教师）的方式解决实体法与程序法一体化教学的难题以外，多数高校只能采取实体法和程序法教师“接力”的方式组织教学。

为了加强研究生课程建设，提高研究生培养质量，学位办于2018年委托国务院学位委员会学科评议组和全国专业学位研究生教育指导委员会编写了各一级学科和专业学位类别的《研究生核心课程指南》。《法律专业学位学科研究生核心课程指南》是由第四届全国法律专业学位研究生教育指导委员会组织编写完成的，并由学位办收入其编辑、出版的《专业学位研究生核心课程指南（试行）》一书中，其中“刑法与刑事诉讼原理与

实务”的课程指南由中国人民大学教授时延安等四人撰写。该课程指南的主要内容分为课程概述、先修课程、课程目标、适用对象、授课方式、课程内容、考核要求七个部分，为各培养单位根据2017年版指导性培养方案组织教学提供了重要的指导。然而，在没有参考教材的情况下，对法律（法学）研究生的课程教学仍难以解决实体法与程序法分割、一体化法律思维能力培养不足的问题。

有鉴于此，在西南政法大学的组织安排下，我们根据多年的教学经验和研究生培养经验，合作编写了《刑法与刑事诉讼原理和实务》。在编写过程中，我们认真贯彻落实教育部关于加强研究生课程建设、提高人才培养质量的要求和2017年版法律（法学）研究生指导性培养方案，并努力做到以下三点：

第一，立足中国国情，即立足于中国的根本制度、法律制度、司法改革等现实条件，用中国理论、中国话语阐释相关立法和司法解释，用典型案例和实证数据验证中国的理论与制度，以帮助研究生准确理解我国刑事立法和司法实务中的主要内容。对域外的相关理论、立法和判例，我们在适当地方作了简要的介绍和评论，以开拓学生的视野，但在解读和阐述我国的法律适用问题时注重凸显中国特色，而不是生搬硬套、削足适履。

第二，理论素养和实践能力并重。法律（法学）研究生首先是研究生，研究生的学习特点是“在研究中学习”，因此法律（法学）研究生的“刑法与刑事诉讼原理与实务”课程，既要注意与法学本科相关课程（如刑法学、刑事诉讼法学等）知识内容的衔接，又要在基本理论方面体现一定的

“研究”色彩，以提高研究生的理论素养；该课程还需结合典型案例和司法实践情况，重点加强对研究生实践操作能力的培养。为此，我们根据最新研究成果对刑法、刑事诉讼法的基本理论问题进行了深度阐释，在个别场合甚至对通说提出了不同的观点；同时，援引了大量的典型案例（主要是最高人民法院、最高人民检察院公布的指导性案例）和实证数据，对司法实践和刑事司法改革的最新情况进行了充分的展示与分析，引导学生把原理与实务有机结合起来。各章还以“知识拓展”的形式（扫相应二维码可见）提供了大量的延伸阅读材料，以进一步强化对学生实践操作能力的训练。

第三，贯穿“刑事一体化”思维。我们认为，法律（法学）研究生“综合应用法律专业知识分析解决法律问题的实践能力”，在刑事法律方面最重要的表现就是“刑事一体化”的思维能力。培养这种能力可以说是本课程的核心教学目标。因此，本教材基于处理刑事案件从立案侦查到提起公诉，再到审判、执行等各阶段所需要的实体法、程序法和证据法规范，从章节结构安排到具体内容撰写，都力求打破法学二级学科壁垒，充分贯彻“刑事一体化”思维，真正按照培养“高层次的职业型、应用型法治人才”目标的要求阐述原理、分析实务。即使是每章后面开列的参考文献和思考练习题，也尽可能体现“刑事一体化”的思路。

希望本书能够成为法律（法学）研究生及其任课教师的一本既有理论深度又有应用价值的教学素材，同时也能够作为广大法律实务工作者和法学教师的参考用书。

（文章为作者在《刑法与刑事诉讼原理和实务》一书中的前言节选）



德国刑事诉讼法学的知识结构、学说全貌与实务发展

《德国刑事诉讼法教科书》译者序

书林臧否

□ 程捷

德国法素以体系严密与学理精妙著称于世，近三十年来，我国在民法、刑法乃至民事诉讼法等重要的部门法领域，参酌德国法文献已蔚然成风。此一景象的背后，既有中国学术精英对逻辑力量、智识乐趣之追求，亦有中国法治日益注重法律技术之需求。何况在国际交融的时代，观察别人便是考察自己，德国法资源应能为考察本国制度联系提供更加系统的维度。

在德国法文献中，法学教科书又占据了主流位置。不同于国内多数法学教科书仍停留于介绍基本法律内容的阶段，德国法教科书除了对法律条文逐条评注外，更通过法教义学重新建构出整部法律的一般原则与理论体系，并在此基础上为具体法律适用问题提供指引。所以，德国的法学教科书不仅是德国学者展现理论自治的媒介，也有防止立法恣意与司法擅断的法治功能。翻译德

国法教科书，最能通盘了解其知识结构、学说全貌与实务发展。

如今呈现在读者面前的《德国刑事诉讼法教科书》是第一本由中国大陆学者独立翻译的德国刑法教科书。翻译本书的念头发源于2015年译者以访问学者身份公派留学于德国慕尼黑大学期间。当年，译者因熟读台湾大学教授林钰雄的两卷本《刑事诉讼法》教科书而于法教义学方面受益匪浅，对林钰雄教授书中引用率颇高的维尔纳·薄迪克（Werner Beulke）教授所著的这本教科书印象深刻。译者于留德期间也观察到，无论是慕尼黑大学法学院，还是其他大学法学院的刑法课程，教授们在第一节课程均首推薄迪克教授的这本教科书作为学生阅读的参考文献（德国大学法学院没有官方统一指定教科书之说）。同时，本书不仅是各刑法评注、教授资格论文以及学术文章无法绕开的文献，更是最受德国大学生青睐的刑法教科书。自1994年面世以来，本书以几乎每两年再版一次的频率稳居同类教科书之首（截至2023年已更新至第16版），亦足证其成功。

在译者阅读完本书并比较其他德国刑法

教科书后，决意不揣浅陋而译此书之原因有三：其一，由于本书的目标读者是德国法学院的学生，故每章均以案例提问方式切入，知识点分布巨细靡遗，并以两种字体区分重点与延展内容，便于不同需求之读者量身选择，于理论抽象或规范复杂处，迭配以判例或知识图表辅助澄清，这种颇为友好的撰写方式同样适合原本不熟悉德国法学的中国读者。其二，对于争议问题（例如非法定之证据使用禁止、协商后放弃救济审之合法性等），本书对不同的实务见解与学说抱持开放接纳的态度，脚注足以覆盖所有最新且重要的德国法文献，作者在详尽介绍通说的同时，也每每提出异于通说的“正确且有力”之见解，方便中国读者把握某一议题的德国学术全景。其三，本书较好地描绘了德国刑法的实务面貌，作者在拓展相关法律问题时，对德国司法实务挣脱立法的现象也不惜笔墨，其中的正反经验或能引起中国读者颇多共鸣与反思。

译者起初认为留德时间稍裕，自信对大陆法系刑事诉讼原理知之较稔，预计本书最多一年便能译成，其间甚至婉拒朋友协力合作的好意，执

意单打独斗，以求译法与文风的前后统一。哪想艰难之处远超当初的预期与能力，相较于近年来德国刑法的学理发展与实务变迁，译者留德前对德国法的了解实属皮毛，整个翻译过程如同“一山放过一山拦”。译者曾为厘清相近概念的困惑，详读文献到天明；也曾为揣摩或许普通德国人都不易辨明的用语差别，斟酌沉吟至暗夜；甚至因坚守原意与照顾习惯之两难（例如Vernehmung des Zeugen要不要迁就中文习惯翻译成询问证人的问题），数度谋定又推翻，或许这也算“求仁得仁”。2016年回国后诸事所累，翻译进度一拖再拖，本书德译底本竟已从最初翻译的第13版更新至第16版，尤其是从第14版起，薄迪克教授之高徒，现任德国波鸿鲁尔大学法学院的萨比娜·斯沃博达（Sabine Swoboda）教授成为本书的续写者以后，更新幅度与速度均大幅提升，而在2017年至2020年间，德国刑事诉讼法典也频繁修正，内容涉及科技干预处分、强制辩护以及证据申请等诸多重要的变革，为了最大限度保证本书对国内的参考价值，译者又于2022年春对照本书第15版全盘重译，如今才终偿夙愿。



死刑“三复奏”制度的建立

史海钩沉

在“明德慎罚”思想的影响下，封建统治者对于剥夺生命的刑罚——死刑，变得越来越重视。为切实保障死刑案件的质量，防止错杀无辜，死刑适用的程序不断发展完善，从死刑案件的判决到执行，逐渐形成了一整套详细审慎的独特法律制度，即“死刑复奏”制度。死刑复奏指对已判死刑的案件，要求在行刑之前再次奏请皇帝进行核准，只有死刑复奏批准命令下达后，地方司法机关方可执行死刑。

秦的暴政致使民怨沸腾，汉顺应民意取而代之。为吸取秦灭亡的教训，显示自己的仁慈贤明，巩固自身的统治，汉代统治者采取了减刑措施。依汉律，地方审判机关判处的一般死刑案件不必上报。但是一些重要的死刑案件还是必须上报给统治者进行裁决，如汉武帝时期规定：“二十石者，奏而杀之。其十石以下，则得专杀。”意思是说，贵族和俸禄为二十石以上的官吏被判处死刑后，必须上报之后才能行刑。这就是死刑复奏制

度的萌芽，但也并非完整意义上的死刑复奏制度，因为这只是小众群体的“特权”，并不是所有人都享有这种权利。

到了魏晋南北朝时期，战乱不断，国家四分五裂。统治者一方面为了笼络人心，巩固其统治，开始大力标榜慎刑；另一方面为了更牢固地掌握最高审判权，以利于封建法制的贯彻实施，统治者开始将死刑的定案权逐渐收归中央。在南朝，死刑案件必须报请皇帝审核同意后才能执行，如南朝宋武帝诏令：“其罪应重辟者，皆如回先须上报，有司加听察，犯者以杀人论。”三国时期魏明帝在位时规定：除谋反、杀人罪外，其余死刑案件必须上奏皇帝。

北魏时期，据《魏书·高祖纪》记载，孝文帝要求“在京之囚，悉命奏奏，朕将亲案，以时议决”。《魏书·刑志》明确：“当死者，部案奏闻，以死不可复生，慎监官不能平，朕咸皆至，帝亲临问，无异辞怨言乃地之。诸国之大辟，皆先报而后行。”这段史料说明，北魏当时的法律已经对死刑复奏制度的适用对象、程序、原因、目的、时间、范围、方式、效力等作了明确的规定，全面展示了当时

时适用死刑复奏制度的具体情况。从此之后，死刑案犯的命运从制度设置上来讲，就掌握在最高统治者手中，这也标志着死刑复奏制度的正式确立。但这一历史时期由于战乱频繁，地方守令手握兵权，常常不听皇帝指挥，导致中央实际上很难控制地方的擅杀之权。

隋朝结束了分裂割据的局面，重新建立大一统国家。隋文帝杨坚综合前代各种制度，以“宽简”为原则积极进行立法活动，制定了《开皇律》，加强司法制度建设，死刑复奏制度在中央集权统治之下日趋完备，更加严密。一个案件审判结束后，根据犯罪嫌疑人的罪责，对其判刑，如果官员们一致认定是死刑的话，就需要上报给皇帝审核。皇帝担心由于自己

心情的原因导致误判，于是就出现了“三复奏”，在执行死刑之前，官员们必须三次上奏请示皇帝，并且皇帝三次都批准执行死刑，才可以执行死刑。《隋书》中提到的“开皇十五刑：死罪者，三奏而后决”，便是对当时的死刑复奏制度的描述。

“三复奏”的死刑复奏制度既能有效防止滥杀错杀，又有利于保证皇帝在司法上的最高批准权、审核权和裁判权，对于维护封建法制的统一十分有益。但非常可惜的是，隋文帝的继任者隋炀帝杨广无道，不仅没有连续地执行这一制度，反而带头破坏法制，制定严刑峻法滥杀无辜。为严厉镇压此起彼伏的农民起义和百姓反抗，隋炀帝曾下令“天下窃盗以上，罪无轻重，不待闻奏，皆斩”，把杀人权最大限度地地下放到州县。“郡县官人，又各专威福，生杀任情矣”，犯人无论罪行轻重经常被随意判处死刑，且执行死刑前也没有经过复奏程序，百姓就像是被捏在各级官吏手中的娃娃，死刑复奏制度彻底被破坏了。

（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）