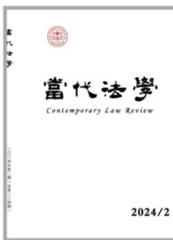


观点新解

霍俊阁谈健康医疗数据的刑法类型化保护模式——是贯彻比例原则的必然选择



西南政法大学霍俊阁在《当代法学》2024年第2期上发表题为《健康医疗数据的刑法类型化保护模式研究》的文章中指出：数字化的健康数据已经成为一种极具科学价值的资产，健康数据的访问和处理对于数字健康领域研究和市场创新的重要性也日益凸显。健康医疗数据指的是单独或者与其他信息结合后能够识别特定自然人或者反映特定自然人生理、心理健康的个人健康医疗相关电子数据以及对个人健康医疗数据加工处理后得到的健康医疗相关电子数据。随着健康医疗数据价值的显现，针对健康医疗数据的犯罪行为逐见端倪。如果忽视健康医疗数据保护，患者可能难以向医疗保健专业人士提供必要的信息，这既会危及患者自身以及他们所在社区的健康，也难以健康医疗领域的科学研究和健康医疗数据的开发应用提供充足的数据支撑。

现行刑法对健康医疗数据的保护，采取的是以保障数据主体对数据的有效控制为内容的控制型保护模式。这种模式既难以杜绝健康医疗数据的二次泄密，又会造成保护体系的漏洞，且不利于健康医疗数据的开发应用。刑法对健康医疗数据的控制型保护模式之所以出现上述缺陷，主要在于其忽视了健康医疗数据的类型区分，没有关注到不同类型健康医疗数据的安全需求差异。健康医疗数据刑法保护模式的确立，必须以不同类型健康医疗数据对刑法的保护需求为基础，依据健康医疗数据的不同类型采取类型化保护模式。

依据健康医疗数据的共享属性，可将健康医疗数据分为不予共享类健康医疗数据与开放共享类健康医疗数据两种类型。健康医疗数据的保密性、完整性和可用性三个安全属性之间，是整合一前提下的相对分立关系。因此，不予共享类健康医疗数据与开放共享类健康医疗数据在安全保护需求上存在着差异。前者因涉及个人隐私、商业秘密和国家秘密，故更多需要的是刑法对其保密性的保护；后者是为了保障数据的完整性以及权利人对其数据的安全利用，防止此类数据被非法删除、修改、增加而无法使用，更关注刑法对其完整性与可用性的保护。刑法应当据此采取类型化保护模式，强化对不予共享类健康医疗数据的控制型保护，推动对开放共享类健康医疗数据的利用型保护。

健康医疗数据的刑法类型化保护模式是遵循健康医疗数据安全保护需求，贯彻比例原则的必然选择。实现健康医疗数据的刑法类型化保护，应将非法使用涉个人隐私的不予共享类健康医疗数据行为、破坏开放共享类健康医疗数据行为纳入刑法规制范围，并将合理性原则作为开放共享类健康医疗数据处理行为的违法阻却事由。

江海洋谈对数据爬取的刑事规制——应重点挖掘相应的违法阻却事由



山东大学法学院江海洋在《比较法研究》2024年第2期上发表题为《数字时代数据爬取的刑法规制：法益界定与数据确权》的文章中指出：

在数字经济时代，数据成为当今最宝贵的资产之一，数据作为新型生产要素，是数字化、网络化、智能化的基础，已快速融入生产、分配、流通、消费和社会服务管理等各环节，深刻改变着生产方式、生活方式。数据爬取是当今许多公司获取数据最重要的手段之一，但同时其也是许多公司想要防止的一种行为。公司既要爬取竞争对手的数据，又要防止这些竞争对手爬取自己的数据。与此相关，这种利用爬取技术爬取数据的行为亦引发了一系列民事以及刑事纠纷。

数据爬取指的是使用通常被称为“机器人”或“爬取者”或“网络爬虫”的软件程序，从一个或多个网站扫描和爬取大量数据的过程。数据爬取可以被用于各种场景之中，使公司可以大规模地收集公开的在线数据。数据爬取技术运作的核心在于模拟人类浏览操作，并对抓取到的网页进行解析，进而爬取所需数据。数据爬取是一种流行但有争议的行为，其既可以被视为一种表象上的“盗窃”或风险制造行为，亦可以被视为是一种反垄断、支持信息自由的行为。数据爬取入罪的关键判定因素为是否具有“授权”，而对此主要存在四种判断方法。

基于数字时代背景以及我国数据安全法颁布后对非法获取计算机信息系统数据罪法益的重新阐释，数据爬取入刑应选择客观的基于代码的技术标准作为“授权”的判定标准。同时，对内部人员“超越授权”的判定，应避免将“超越授权访问”解读为“超越授权使用”。至于内部人员可能非法处理数据的问题，数据持有者完全可以根据雇员在公司的职责，采取技术手段对雇员精细化动态授权。

鉴于数据的非竞争性、非损耗性、规模增益性等特征，数据确权肯定说与否定说都一致认为数据产权与传统财产权不同，其仅具有有限排他性。因此，对数据爬取的刑事规制，传统的财产犯罪罪名无法直接适用，较为合适的路径是对现有罪名进行改造，采用类似于侵犯著作权罪的犯罪构造，并重点挖掘相应的违法阻却事由。

(赵珊珊 整理)



市场经济的底层逻辑



法律文化

李曙光

人类的一切商业交易史，本质上是一部市场经济力量的展示史，是一部声誉与信用检视史，也是一部破产现象伴随史。市场经济是什么？自由，竞争，讲常识，看效率。她用自己独特的禀性，摧毁一切建构在传统与习俗基础上的碎片文化体，寻找新的文明模式。

市场经济摧枯拉朽，即便古老的传统与千年的习俗都敌不过，其外观就是一种简单、可识别，但似乎又难以言表、源源不断的力量。这是一种来源何在的力量呢？纵观历史与现实，思想圣哲们早已给出答案，市场力量的源泉来自其自发秩序：人类自由的天性、私有财产权、声誉与信用及其支撑——法治，它们构成四位一体的市场自发秩序。市场自发秩序为什么又能运行有效呢？这是因为市场经济存在内在的三大铁律，即价高者得、公平竞争与优胜劣汰。这三大铁律构成市场“无形的手”，它与人类自由的天性以及同情怜悯博爱的情愫结合，即与人的声誉和信用机制结合，使每个人的自利行为产生利他的后果，从而使市场经济自发秩序得到不断的扩展。

市场经济就是声誉与信用经济。声誉是人们的口碑与心中的秤砣，而信用则是信任信赖的刻度与人格品格尊严的价值。一个自然人，一个企

业、一个商业与行政组织，如果失去声誉与信用，则失去了商业与契约交易的根基，这就是以界定私有财产权为前提的声誉与信用机制。声誉与信用机制是市场经济运行的基石，市场经济离开声誉与信用机制就会难以维系。一个自由的市场，一般会将有限的资源按照声誉信用机制与效益最大化原则进行配置，自发激励那些声誉优良、信用牢靠、为市场提供公允价值商品的商事主体，而淘汰声誉差、不讲信用、生产成本低、资源利用率低的债务人，并将投资人与债权人损失控制在合理的商业风险之内。

市场经济三大铁律尤以优胜劣汰为代表性标志，对于优胜劣汰人们一听即懂，一触即通。价高者得与公平竞争这两大铁律都要通过第三铁律优胜劣汰来彻底实现，因此，市场经济的底层逻辑实际上就是受到声誉信用机制约束的优胜劣汰机制。按此逻辑再往深处延伸，优胜劣汰就是具有优良声誉信用的竞争者留在市场，声誉差与无信用的竞争者遭市场淘汰。换句话说，优胜劣汰的底层逻辑就是破产。

破产是一种现象，也是一种事实；破产是一种理念，也是一种观念；破产是一种制度，也是一种文化；破产是一套程序，也是一套机制；破产还是一个工具、思维及方法。人类只要存在商业活动，只要存在市场经济，就会存在破产现象，而且破产现象是常态化的。破产本质上是声誉与信用问题。市场退出即市场商事主体的退出，就是市场主体声誉与信用的破产。

破产法实质上是规制声誉与信用经济的法律，是界定与规范个人声誉信用、商业声誉信用和社会声誉信用的基础性制度。它为市场经济的投资者、债权人、债务人、市场交易方与所有参与者减少不确定性并提供可重复的预期。破产法是权利界定与保护之法，是市场经济铁律实现之法。破产法是一个复杂的制度系统，它不是简单地处理市场上债权人和债务人以及相关利益人的声誉与信用问题。破产法警示与淘汰个人声誉信用和商业声誉信用丧失的债务人，正向激励与保护债权人和相关利益方的合法权益，强调债务人拯救、市场退出与资源市场出清的信用性，在制度层面宣示营商环境的重要性，界定的人格尊严与声誉价值，提升社会的共识和认同，维护市场商事主体与社会整体的声誉信用品质。

声誉与信用是破产制度维系的核心价值。破产法致力于保护债权人合法权益，挽救“诚实而不幸”的债务人，并维护良善债务人适当的人格尊严与声誉。破产重整制度使濒临丧失资产信用的债务人得以恢复声誉与信用。对债务人来说，一旦进入破产程序，其声誉与信用机制通过两个原则得以实现，一方面是应当免责的债务人可以得到免责，即诚实守信的债务人如实报告自己的财产状况并竭力还债，应当得到免责；另一方面是不应免责的债务人不被免责，即债务人存在不诚信的情形，如隐匿、转移财产、存在偏颇清偿等欺诈情形时，不应也不能得到免责，以防止“假破产、真逃债”的情形出现，同时避免对其他诚信信

务人和债权人造成不公平不公正情形。不仅是针对债务人，破产法也要求破产程序中的其他主体如债权人、管理人、政府及其他所有参与方都要恪守声誉与信用的基本价值观及原则。

现代破产法仍然建构在市场经济与声誉信用机制的道德基础之上，更依赖于整体法治系统的制度支撑。现代破产法对传统破产法有四重突破：第一，在破产模式与方法上，突破了破产清算的狭义概念，扩张为清算与重整程序并重的制度，并延伸到重视庭外重组程序；第二，在破产法适用对象与地域范围上，强调适用对象的无死角全覆盖，地域范围则超越了政治经济司法主权概念，进展为跨境破产的制度；第三，在破产法目标定位上，突破了传统破产法重在规范程序，保护债权人债务人合法权益与维护市场秩序的宗旨，把防范化解重大金融风险放在突出位置上；第四，在破产法前瞻性上，在数智化革命影响下，市场、市场主体、财产权、股东、债权人和债务人以及管理人这些概念正在被重新定义，共处在大型风口。声誉与信用机制将接受算力算法与大模型的挑战，破产现象将会更易变出现。破产法正在探索一场巨大的制度革命。

无论人类文明未来走向何方，声誉与信用机制以及破产现象，永远是商业交易的伴随者，也是市场经济最重要的特征，换句话说，这也是市场经济运行的底层逻辑。

(文章为作者在《破产法二十讲》一书中的序言节选)



全面展现中国教育法学体系图景 《教育法学分论》序言



书林臧否

任海涛

2022年《教育法学导论》出版，对于教育法学“总论”的基本理论体系、基本范畴体系作了探索。本次出版的《教育法学分论》与《教育法学导论》是姊妹篇，对于教育法学的各个分支学科涉及的重点问题进行了研究，两者相辅相成，相得益彰，全面地展现了中国教育法学体系的图景。

近年来，全社会对于“教育法学”系统化、深入化研究的需求越来越大，原因是复合的。

首先，党和国家日益重视教育法治事业的发展与教育法学的研究。全国人大常委会将研究启动教育法典编纂工作列入2021年度立法工作计划，同时教育部将教育法典立法研究列入2022年工作要点。2023年2月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》，明确提出要“适应法治建设新要求，加强立法学、文化法学、教育法学、国家安全法学、国际法学等学科建设”。教

育法典起草研究工作也于2023年11月启动。这些都体现了党和国家对于教育法治和教育法学发展的高度重视。

其次，近年来教育法的制定、修改活动频繁，反映了教育活动日益法治化、规范化的趋势。例如，国家于2018年修改了民办教育促进法，于2020年修订了未成年人保护法和预防未成年人犯罪法，于2021年颁布了家庭教育促进法和《未成年人学校保护规定》，并对教育法进行了第三次修正，于2022年修订了职业教育法。频繁的教育立法活动体现了教育活动日益法治化、规范化，这不仅是为了完善教育法律体系，还是为了维护教育利益相关者的合法权益，最终促进教育事业的发展。

再次，社会公众更加关注教育法治化问题，每个家庭和个人都非常重视教育治理与教育法治问题。教育是人民群众最关心、最直接、最现实的利益所在。教育法治不仅是教育改革发展的内在要求，也符合人民群众的普遍期待。近年来，教育领域出现的一些突出问题，如学生欺凌、师德师风失范、教育资源不均衡、校外培训市场监管不足、“双减”政策出台、学生起诉高校、高校青年教师“非升即走”制度等，都引发了社会的广泛关

注和强烈反响。这些问题的解决需要依靠法治思维，还需要加强教育法学的研究，更需要提高教育行政管理者的教育工作者和教育利益相关者的法治素养，以上因素都为教育法学的发展提供了现实动力。

最后，教育法学界对教育法研究的深入化、体系化、专业化提出了更高要求。许多院校先后设立作为“法学二级学科”的“教育法学”学位点。例如，华东师范大学分别于2018年和2023年开始招收教育法学方向硕士研究生和博士研究生，江苏师范大学法学院于2022年招收教育法学硕士研究生，华东政法大学于2023年同时招收教育法学二级学科博士生、硕士生和法律硕士，西北政法大学于2023年获批设立作为法学二级学科的教育法学的学科点。杭州师范大学沈钧儒法学院、四川师范大学法学院等高校设立了“法治教育”研究生培养方向，上海师范大学于2023年招收了第一届“道德与法治”本科生。上述院校开展的教育法学的学科点的设立与人才培养等实践活动，培养了一批教育法学专业人才，取得了一些重要成果。但与教育法治化的迫切需求相比，教育法学研究仍然存在一些空白，需要教育法学界对教育法学的研究更加

精细化、精准化。

为了回应社会对于教育法学的研究需求，推动教育法学学科的发展和建设，本书编写团队于2022年出版《教育法学导论》，吸收教育法的最新研究成果，分为学科论、范畴论、主体论、权利保护和学校管理四编，更切合法学的高年级本科生和研究生学习教育法学知识。在此基础上，《教育法学分论》一书进一步深化和拓展了教育法学的研究内容，从教育法学的分支学科和新时代教育法治热点问题等角度，对教育法学的各个方面进行了分论式的探讨，力求全面深入地展示教育法学的学科特征和学术价值。本书共分为十二章，分别涵盖了教育基本制度与教育体制改革、学前教育法学、初等教育与中等教育法学、高等教育法学、职业教育法学、民办教育法学、社会教育法学、终身教育法学、家庭教育法学、未成年入学校保护法治、教育财政法学和人工智能时代的教育立法前瞻等内容。本书既可以作为教育法学专业的教材和参考书，又可以作为教育管理者、教育工作者等广大读者了解和研究教育法学的读物。在研究过程中，我们对“教育法治热点问题”的认识逐步深化，本书编写的最初灵感与素材就来源于此。



限制死刑

史海钩沉

慎刑观的重心在于慎杀，这一点比较集中地体现在对死刑的限制上。控制和尽量减少死刑的适用，是西周及汉以后历代刑制改革的主流。基于慎杀理念，统治者在死刑立法方面，往往主张“死者不可再生，用法务在宽简”，着力删削死刑罪名，减少与控制死刑条款的数量。

西周之初，大辟之罪有500个之多，在“明德慎罚”立法指导思想的影响下，西周统治者不断推进刑法改革，将死刑的数量降至200个。法家重刑主义理论指导下的战国与秦朝，死罪罪名大肆扩张。至汉初度肉刑，由于一部分肉刑改为大辟，导致死刑数量激增，一度达到了史书所载死罪数目的最高值1882个。汉武帝之后，东汉以至于三国两晋南北朝的刑法改革，其中一项重要内容就是减少死刑的条款。

隋唐时期死刑继续缩减，在“德本刑末”“务在宽简”思想的指导下，唐代定律时大幅削减重罪特别是死刑条文，据沈家本统计，唐代死罪条款仅存233条，比隋律减少92条。比东汉时的汉律减少500条。唐代减少死刑的一个重要举措就是创设加役流，作为减死之罚，同时以配官为奴或者流配的形式取代以往徒刑连坐。

宋代以后，“慎刑慎杀”理念仍占据主导地

位，各朝仍重视死刑的立法控制，但随着封建王朝统治形势的不断严峻，与唐代相比较，死刑的数量有明显增长趋势。宋代律文基本因袭唐律，但教令中死刑数目有所增加。明代《大明律》死罪262条，清代《大清律》增至441条，到清末激增至840条。

除了在立法上减少死刑罪名，审判程序中的“缓死求生”也在很大程度上限制了死刑的适用，这就是死刑复核制度。

死刑复核是指中国古代社会对于死刑案件进行复查核准所遵循的一种特别审判程序，是集中体现慎杀理念的一项重要制度。即指地方各级司法部门对拟判死刑的案件，应逐级上报，报请中央司法机关乃至最高统治者进行审查核准，以便最终决定是否适用死刑。死刑复核是中国古代独具特色的死刑救济制度，受到历代统治者的高度重视。该制度创设的主要目的就是更好地贯彻慎杀理念，确保死刑案件的审判质量，并使刑杀大权牢牢掌握在中央和最高统治者手上。

死刑复核与死刑复核制度不同。死刑复核一般在死刑尚未判定之前进行，属于刑事审判程序；死刑复核则往往在死刑确定之后，判决尚未执行以前进行，属于刑事执行程序。死刑案件之所以要复核，是为了使复核机关全面了解案情，以便从“理”上保证死刑适用的正确性；死刑案件之所以又要复核，则是给皇帝最后考虑的机会，

使皇帝能从“情”上来决定是否适用死刑。

死刑复核制度萌芽于汉朝。重案疑案、官僚贵族的死刑案件必须奏请皇帝核准，汉朝已有明文规定；但当时大部分死刑案件的判决权与执行权仍在县令、刺史手中，并没有形成制度化常规化的死刑复核程序。南北朝时期，死刑案件一律报中央核准，由皇帝亲自过问，在中国法制史上首次初步确立了对后世影响深远的死刑复核制度。

到了唐朝，京城的死刑案件由大理寺审理，最终拟判死刑的，报刑部复核后呈送皇帝核准；地方州、县的死刑案件，由刑部移送大理寺复核，最终拟判死刑的，报刑部复核之后再呈请皇帝核准。对于重大死刑案件，还实行一系列会审制度，由大理寺卿、刑部侍郎、御史中丞会同审理或复核。对于重大死刑案件，还实行一系列会审制度，由大理寺卿、刑部侍郎、御史中丞会同审理或复核。最后仍须报请皇帝核准，称“三司推事”；另外，如果是特别重大死刑案件还要实行“九卿议刑制”，即大辟罪(死罪)要由中书门下四品以上及尚书九卿共同议论后才判决；此外，对于达官显贵“八议”之人犯死罪，由刑部“集诸司七品以上议之”，还要“议定奏裁”，由皇帝裁决后处置，即所谓都堂议制。

此后，死刑复核制度不断发展，至明清时期日趋完善。尤其是清朝，在明代死刑复核制度基础上，形成了程序严格、规范完备的会审与朝审，凡死罪拟判斩监候和绞监候的案件，都要经

过朝审或朝审程序。秋审每年秋季举行，主要审核地方各省所判的绞、斩监候案件，也就是常说的“秋后问斩”。朝审是审核刑部所判的绞、斩监候案件，以三法司、九卿、詹事、科道、大学士等高官组成会审审判庭进行会审，处理结果最后奏请皇帝裁决。

秋审被称为“国之大典”，国家高度重视，设有秋审处，程序极其严格。先由刑部录册，将本省截止期前的斩监候、绞监候案件清理造册，逐级呈送至省。负责官员要对监候囚犯一一审查，核实案情，将犯人分为情实、缓决、可矜、留养承祀等类，再将录册所做的册表报送桌司、督抚承核。督抚对本省的秋审案件审查完毕后，将全省案件向皇帝汇报再由刑部看详核拟，其后由九卿、詹事、科道集议，将情实、缓决、可矜、留养承祀各犯拟具题，报皇帝裁决。四种情形中，后三种一般情况下都会得到减免，或入下届秋审再决。基本能保全活命，情实者要执行死刑，但仍需奏案。据《清史稿》记载，康熙曾与大学士、学士等酌定在京秋审情节严重，他“取罪案逐一参阅，再三详审，其断无可恕者，始定情实”，反复强调，“人命事关重大，故召尔等共相商酌，情有可原，即开生路……但此内有一线可生之机，尔等亦当体察”。

(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)