



观点新解

黄锴谈数字行政法——与其他领域法都可能存在重叠关系



同济大学法学院黄锴在《行政法学研究》2024年第3期上发表题为《数字行政法的兴起：学科定位与研究结构》的文章中指出：

近年来，随着大数据、人工智能、云计算、物联网、区块链、虚拟现实等互联网尖端技术的高速发展，数字经济呈现出蓬勃发展的局面，数字经济时代已经全面到来。数字经济的发展对法学研究领域提出了新要求，要求法学研究者应当及时跟进数字经济的发展步伐，研究数字经济时代法律制度的变革方向，以便为法律制度体系的改革提供理论支撑与学理支撑。

领域法是指调整某一特定领域社会关系的法律规范和法律问题的集合体。从领域法的视角梳理数字行政法的学科定位，可以发现它是作为特殊领域法的数字法与作为基本部门法的行政法平面交叉，同时与作为基本部门法的诉讼法交叉交叉而形成的新兴学科，是传统行政法在数字智能技术的浪潮之下催生、演化出的学科前沿领域。另外，数字行政法与其他领域法都可能存在学科重叠关系。这意味着，在数字智能技术赋能各个社会领域的时代背景之下，数字行政法相关的法律问题将会在各个社会领域中都呈现出来，其学科覆盖面非常广阔。

数字行政法的研究结构主要存在三个层次：第一个层次是对数字政府组织及其数字化治理的合法性问题的研究。这一层次的研究与传统行政法研究的不同之处在于，其合法性研究的对象是数字时代特有的扁平化、网络化政府组织结构以及自动化、智能化行政行为。它包含组织平台化、算法智能化与数据积累三个部分的研究分类；第二个层次是数字经济社会的行政规制问题研究，其着重于政府机关如何通过法律途径对数字经济社会进行合法且有效规制的研究。它包含经济性行政规制与社会性行政规制两个部分的研究分类，而社会性行政规制又可以进一步划分成公平规制和风险规制两个研究分支；第三个层次是数字违法行为的行政法律责任与救济问题研究，其中包含数字行政法律责任与数字行政法救济两个部分的研究分支。

数字行政法是传统行政法在数字时代新兴的前沿领域，也是数字法的重要组成部分，其研究的深度与广度必将随着数字时代的发展不断拓展。

杨红梅谈实质刑法观视野下的毒品范围认定——应考量涉案成瘾物质的现实社会危害性



西南政法大学杨红梅在《法学》2024年第4期上发表题为《实质刑法观视野下的毒品范围认定研究》的文章中指出：

刑法对毒品犯罪的治理，应当结合毒品犯罪的特点，方能达到应有的法律效果和社会效果。随着毒品种类的不断翻新，毒品犯罪形势也在不断发展变化。因此，在运用刑法治理毒品犯罪时，不应固守法条主义，而应当在实质刑法观中寻找解决问题的路径。这是由实质刑法观与新形势下毒品犯罪治理需求的契合性所决定的。实质刑法观契合了毒品形势的灵活性，有助于缓解法律稳定性与毒品形势灵活变化之间的矛盾，促使刑法在毒品问题治理方面发挥更有效的作用。

新毒品形势为我国毒品犯罪治理带来的主要挑战是新精神活性物质犯罪问题，归根结底是现行毒品范围认定模式在应对不断翻新的精神活性物质现状方面所表现出的能力不足问题。毒品犯罪中的“毒品”是法律意义上的毒品。根据刑法规定，我国毒品范围认定采取的是“部分列举+抽象定义”的模式。即只有法条中列举的鸦片、海洛因、甲基苯丙胺(冰毒)等六种物质和被国家规定管制的麻醉药品和精神药品才能称之为毒品犯罪中的“毒品”。这种毒品范围认定模式在保障法律明确性上有一定优点，但也为毒品犯罪的认定带来两个方面的困境：一是涉非列举物质犯罪的认定困境；二是涉自用或医用麻醉药品和精神药品犯罪的认定困境。出现这些问题的根源在于对“毒品范围”的形式化理解和运用，不能满足新型毒品犯罪的治理需求。实质刑法观以法益保护为目的，对犯罪构成要件进行实质解释，更符合新形势下毒品犯罪治理的需要。

在实质刑法观视野下，毒品范围认定不应只局限于国家规定管制、成瘾性以及“麻醉药品和精神药品”三要素，还应当考量涉案成瘾物质的现实社会危害性。为缓解法律稳定性与社会生活灵活性之间的矛盾，有必要在实质刑法观的指导下，在毒品犯罪治理前端适当调整毒品范围的确定模式，并非对现有模式的彻底颠覆，而是在分析毒品范围认定模式需考量因素的基础上，对各因素之间的力量进行适当调整；在犯罪治理中端应当在坚持罪刑法定原则的基础上，对非列举物质犯罪的认定以及自用或医用等正当用途麻醉药品犯罪的认定进行实质解释；在后端则要做好毒品犯罪治理的刑行衔接，促进行政法与刑法对毒品犯罪的协同治理。行刑衔接应当同时涵盖实体和程序两个层面的衔接。实体层面的衔接主要是指行政责任与刑事责任衔接，程序衔接则主要是指案件移送程序。毒品犯罪刑行衔接对促进毒品犯罪溯源治理、全过程治理和协同治理，严密刑事法网具有重要意义。

(赵珊珊 整理)

《礼记》提倡遵循多数人道德标准的立法观

法律文化

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

儒家提倡常人难以企及的“君子”道德标准，孔子要求人们“克己复礼”以行“仁”，孟子把人分为君子和小人两种，小人几乎等同于禽兽，君子多数人高不可攀。这样一来，一方面大家不愿做小人(禽兽)，另一方面君子又很难做到，这就导致一部分人做“伪君子”。所以，鲁迅先生抨击某些人“满口仁义道德，满腹男盗女娼”。

但是，儒家并非没有意识到“仁”和君子的标准过高、常人难以企及的问题。《礼记·表记》记载孔子三次感叹“仁之难成久矣”“仁之难成久矣，惟君子能之”“君子之所谓仁者其难乎”，即：仁的难以成功，由来已久！

人们之所以行“仁”难，是因为“仁”的标准超过常人。《礼记·表记》记载孔子一方面认为“仁者，天下之表也”(即仁是天下人的表率)，另一方面又承认能够做到仁的人很少，他说：“无欲而好仁者，无恶而恶不仁者，天下一人而已矣。是故君子议道自己，而置法以民。”意思是：不是为了满足私欲而喜好仁的人，也不是因为畏惧才厌恶不仁的人，这样的人在普天之下很少。所以，君子在议论做人原则时是以自己为准，在制定法律时是以百姓能做到为准。“仁有三，与仁同功而异情。与仁同功，其仁未可知也；与仁同过，然后其仁可知也。仁者安仁，知者利仁，畏者强仁。”意思是：仁的实行有三种情况，一是安于行仁，二是为了利益而行仁，三是勉勉强强而行仁。三者虽然都能达到仁的效果，但出发点却不同。都能达到仁的效果，仅从效果上看，是看不出它是属于哪种仁的。在行仁时遇到了挫折，这时候就可以看出它是属于哪种仁了。真正的仁人，不论在什么情况下都安于行仁；自以为是为的人，看到有利可图才去行仁；害怕犯罪受罚的人，是迫不得已而勉强行仁。

天性乐于行仁的人，天下非常难得。《礼记·表记》记载孔子说，仁作为一种器物，非常非常之重；作为一条道路，非常非常之远。作为器物，没有人能够把它举得起来；作为道路，没有人能够走得完。我们只能看谁走得较远，走得较远，以数量多的，算作仁了。像这样勉力于仁，难度够大的了！所以君子如果用先王的标准来衡量人，那么做人就很难达到标准；如果用今天一般人的标准去要求别人，那么就可以知道谁是贤人了。

圣人不能按照自己的境界来制定民众的行为标准。《礼记·表记》记载孔子说，君子不会用只有自己能够做到的事情去责备别人，也不会用别人所不能做到的事情去羞辱别人。圣人制定的行为规范，不是以自己的能力为标准，而是使民众相互勉励，培养羞耻感，从而能够按照圣人的话去做。用礼来规范他们，用诚信来聚合他们，用庄重

和威严来修饰他们，用特定的礼服来感染他们，用朋友的情义来劝勉他们，希望他们能够一心向善。

不仅孔子意识到“仁”的标准过高，常人难以企及，就是一般民众也是这样看待的。《论语·宪问》记载，子路宿于石门，晨门曰：“奚自？”子路曰：“自孔氏。”曰：“是知其不可而为之者？”意思是：子路夜里住在石门，看门的人问：“从哪里来？”子路说：“从孔子那里来。”看门的人说：“是那个明知做不到却还要去做的人吗？”

但是，像孔子这样“知其不可而为之”，宁愿杀身成仁的义士，在人类社会中华竟是少数，立法不能以他们的境界为标准，而应以中等人的境界为标准。《礼记·表记》能够将此表述出来，是很有价值的。

人的思想、心理需求不是随意可以变化的，而是由不同的社会地位决定的。春秋时期的管子就已指出“仓廩实而知礼节，衣食足而知荣辱”。社会心理学家马斯洛认为，人循序渐进地有五个层次的需求：生理需要、安全需要、爱与归属的需要、尊重的需要、自我实现的需要。哲学家冯友兰先生认为，人生有四个境界，它们是：生存、成长、超越和归一。这四个境界代表了人生不同的阶段和境遇，也是人生追求的不同层次。生存是人生的起点，指的是人们满足基本的生存需求，如食物、住所、衣服等物质生活。在这个阶段，人们主要面对的是自我

保护和生存的挑战；成长是生存的延续和深化，是一个人开始自我认知和自我完善的阶段。在这个阶段，人们开始追求知识、经验、技能等，拓展自己的视野和能力，获得更多的成就感和自我肯定；超越是成长的顶峰，是人们通过自我认知和实践，超越了个人的利益和欲望，为更大的利益和更高的价值而奋斗的阶段。在这个阶段，人们开始追求真理、智慧和精神上的自由，超越了狭隘的自我，获得了更深层次的人生意义和价值；归一是超越的深化和升华，是一个人将个人利益和社会利益、个人价值和社会价值融为一体。在这个阶段，人们不再追求个人的幸福和利益，而是将自己的成就和贡献奉献给社会、人类和整个宇宙，获得了最高层次的精神境界和生命价值。这四种境界代表了人生不同的阶段和追求，体现了从低到高、从蒙昧到智慧、从自私到无私的发展过程。邓小平同志曾说过，“不许多劳多得，不重视物质利益，对少数先进分子可以，对广大群众不行，一段时间可以，长期不行。革命精神是非常宝贵的，没有革命精神就没有革命行动。但是，革命是在物质利益的基础上产生的，如果只讲牺牲精神，不讲物质利益，那就是唯心论”。

因此，《礼记·表记》明确提出君子在议论做人原则时虽以自己为准，但在制定法律时须以百姓能做到的为准，这对人性的认识是深刻的，也是相当不易的。

我国数据基础制度建设中最基本的问题 《数据权益与数据交易》序言节选

书林臧否

□ 程啸

数据权益与数据交易是我国数据基础制度建设中最重要的、最基本的问题，故此，本书重点研究这两大问题，书名亦定为《数据权益与数据交易》。所谓“数据权益”，是指数据上承载的各种民事权益，其范围包括但不限于数据产权。产权是经济学上对财产权的称呼，数据上除了存在企业等民事主体的数据财产权，还存在个人针对个人数据享有的个人信息权益(以及隐私权、肖像权、姓名权等其他具体的人格权)。尽管我国法上的个人信息权益同时保护自然人对个人数据的精神利益与经济利益，但是该权益性质上仍然属于人格权益，而非财产权益。此外，在公共数据上是否还存在国家的权益如国家所有权，对此理论上尚有争议。

所谓“数据交易”，就是不同主体之间在法律的范围内基于意思自治而围绕着数据的生产、流通和使用所形成的民事权利义务关系。数据交易可以是一方将数据转让给另一方，也可以只是将开发的数据产品提供给对方，还可以是许可他人利用自己的数据等。数据权益的清晰明确是数据交易的前提，因为不同的数据权益的性质与权能各不同，而同一数据上往往可能存在不同的数据

权益，它们之间既互相制约，又密切联系。因此，数据权益是数据交易的起点，同时通过各种数据交易又会形成新的数据权益，如数据处理者在其对数据的财产权的范围内为其他数据处理者设定新的数据财产权。所以，数据权益也是数据交易的终点。

本书共分为五编、十四章。第一编“导论”主要讨论了研究数据权益和数据交易时必须解决的基本概念问题，同时也对数据权益体系进行了介绍，具体包括数据和信息的关系、数据的类型、数据的特性、数据上的权益体系概览等内容。

第二编“个人数据权益与个人数据交易”分为三章，分别研究的是个人数据权益、个人数据的授权机制以及个人数据的交易。第三章明确了个人数据与个人信息同一性，指出自然人对个人信息享有的个人信息权益就是自然人对个人数据享有的民事权益。个人信息权益可以同时保护自然人针对个人信息或必要数据享有的精神利益与经济利益，完全没有必要应当确立所谓的个人数据所有权。第四章是在区分个人授权与个人同意的基础上研究如何构建个人数据授权机制，从而既能保护个人信息权益，又能充分地合理地利用个人信息，促进数字经济的发展。第五章主要分析了个人数据的交易形态及各种不同的个人数据交易模式的利弊。

第三编“企业数据权益与企业数据交易”包

括四章。其中，第六章对企业数据的法律保护进行了研究，分析了知识产权法、反不正当竞争法等民事法律制度能够为企业数据提供的保护及其不足之处。第七章就企业数据权益进行了深入的分析，揭示了企业数据权益的正当性。企业数据权益是一种新型的财产权，而所有的财产权要实现对外人行为的指导，就必须通过简单、清晰的信号传递财产权的存在及其边界。企业数据权益也不例外。第八章分析了企业数据的交易，主要是在吸收借鉴欧盟与美国等立法和实践的有益经验的基础上，同时结合我国已经进行的数据交易实践，对数据交易合同的性质与类型等进行分析研究。经济生活中交易之所以能够产生，是因为当事人有交易的需求，也就是说，交易本身就很严重，数据交易也不例外，如果本来没有数据交易的真实需求，只是为了搞一些政绩等而强制交易或进行虚假的数据交易，是没有任何意义的。第九章对数据产权登记进行了分析。登记历来服务于交易，旨在保证交易的安全和提高交易的效率。无论是不动产登记还是数据产权登记，登记本身都不具有确权的功能。

第四编“公共数据权益与共享开放、授权运营”包括三章。第十章对公共数据、政务数据等基本概念进行了分析，研究了理论界关于公共数据权益的相关争议问题。第十一章和第十二章分别对公共数据的共享与开放、公共数据的授权经营

进行了研究。我国的公共数据数量极大，价值极高，即便是政府机关，关于对数据的共享都存在不同的认识，很多政府机关不愿意共享数据，因此，真正解决好公共数据的共享以及面向社会的开放与利用的问题，依然任重而道远。

第五编“数据安全保护与数据跨境流动”包括两章，分别对数据安全保护义务与数据跨境流动进行了研究。无论是确认数据的产权，实现数据的流通、交易、使用、分配，还是建立科学合理的数据要素治理格局，都离不开数据安全。数据安全贯穿于数据产权制度、数据要素流通和交易制度、数据要素收益分配制度以及数据要素治理制度当中，它对于保护自然人、法人和非法人组织等民事主体的合法权益，维护国家安全，促进数字经济的发展至关重要。第十三章对数据安全保护义务进行了系统分析。网络科技已经打破了物理上的国境限制，随着网络科技高速发展与经济的全球化，数据跨境流动在全球蓬勃发展的数字经济中发挥着越来越重要的作用。然而，数据跨境流动也带来了许多的问题，因此，如何科学合理地规范数据跨境流动，协调数据的自由流动与数据的安全成为很重要的问题。第十四章对数据跨境流动的欧盟模式与美国模式等立法模式进行了分析，同时立足于我国数据跨境流动的相关法律法规，研究了我国数据跨境流动中的各种复杂疑难问题。

抓大放小：对“十恶”的严惩

史海钩沉

我们经常用“十恶不赦”来形容一个人罪大恶极，不可饶恕，这说明在古代“十恶”是非常严重的犯罪，也是国家重点惩治的对象。虽然“十恶”的概念形成得比较晚，到隋朝时才正式确定下来，但是其中包含的重罪类型却早已存在。

《周礼》中就归纳出“乡八刑”作为国家重点惩治的犯罪，这八种犯罪分别是：不孝(对父母不孝顺)、不睦(与族人不和睦)、不姻(与姻亲不团结)、不弟(与兄弟不友爱)、不任(对朋友不信任)、不恤(对弱者不同情)、造言(造谣)和乱民(暴乱)。在秦汉时期，像“谋反”“大不敬”“不孝”“内乱”“大逆无道”等，都是重罪，以“不孝”为例，在秦朝如果父亲控告儿子不孝，既不需要证人证言，也不用经过通常的程序，官府就可以直接把儿子抓起来进行审问。

北齐时期，《北齐律》系统地将这些重罪归纳为“重罪十条”。据《隋书·刑法志》记载：“(北齐律)有列重罪十条，一曰反逆，二曰大逆，三曰叛，四曰降，五曰恶逆，六曰不道，七曰不敬，八曰不孝，九曰不义，十曰内乱。”犯了这十类罪，一律从重严惩，并且这十种犯罪不得享受大赦的待遇，也不得享受“八议”“例减”“赎刑”等特权。

隋朝《开皇律》中的“十恶”在继承北齐“重罪十条”的基础上，对相关内容进行了一些调整。首先，将“重罪十条”的叫法改为“十恶”，将重大的犯罪行为称为“罪”是我国自古以来的传统，而隋朝打破这一惯例，首创“十恶”的叫法。“恶”具有一种道德评价的意味，与传统“礼法合一”的趋势相适应。其次，将“降”并入“叛”中，不再并列，并增加“不睦”。这一改变体现出“十恶”中关于国家利益的条目在减少，而关于家庭伦理的条目在增多。最后，在“反逆”“大逆”和“叛”这三项罪名之前增加了一个“谋”字，这反映出隋朝对危害国家政权和皇权行为的警惕，对于这类行为，不仅要惩罚“已行者”，对于那些谋划犯罪、预备犯罪，甚至是仅有犯罪意图的人也要加以制裁。

自隋朝开始至清末变法前的一千多年时间里，于律首列“十恶”罪名并且加重处罚，一直是中国传统律法的基本原则之一。为什么这十种犯罪会被封建统治者确定为重点打击的行为呢？主要原因是“十恶”与封建纲常伦理中最为重要的道德要求“忠”“孝”“义”等相抵触。

“忠”就是效忠皇帝，旨在保护君权。“十恶”中的“谋反”“谋大逆”“谋叛”和“大不敬”都是对“忠”的挑战。“谋反”和“谋大逆”合称为“谋反大逆”，位列“十恶”的前两名，直接威胁皇帝的统治

和权威，是重罪中的重罪，一般都会处以极刑。唐宋时期的法律规定犯罪者“皆斩”，明清时期的法律更是规定“凌迟处死”。“谋叛”位列“十恶”第三位，是指叛变逃窜等犯罪，这类犯罪的处罚也很严重，罪犯本人会被处死，他的父母、妻子和儿女通常也会被流放。“大不敬”排在“十恶”第六位，这类犯罪侵犯的是皇帝的人身安全和人格尊严，同样难逃一死。

除了君权，中国古代也特别重视父权，“孝”旨在维护以父权为核心的家族秩序。“恶逆”“不孝”“不睦”和“内乱”这四类犯罪就是针对违反孝道的行为。“恶逆”位列“十恶”第四位，主要是指公然反抗家长的行为，比如子女殴打、谋杀父母或长辈，妻子谋杀、殴打丈夫等。“恶逆”在唐宋会被斩首，在明清则会被凌迟。“不孝”位列“十恶”第七位，其包含的罪行很广泛，例如子女告发父母犯罪，儿女咒骂父母等行为，在唐宋时期会被处以绞刑；儿女无法满足父母的要求，也是不孝，会被判处两年徒刑；还有在父母健在时要分家，别籍异财的，父母去世不请假奔丧的，都会被判处不孝。“不睦”位列“十恶”第八位，是指家族内部成员之间关系不和谐，比如兄弟之间拳脚相向、近亲属之间的遗弃虐待等。“内乱”位列“十恶”之尾，是指发生在家族内部的乱伦行为，一般也会被判处死刑。

与“忠”“孝”不同，“义”所维护的关系是基于日常社会交往而产生的伦常。“不义”位列“十恶”第九位，具体包括百姓杀死官员、士兵杀死军官、学生杀死老师、妻子在丈夫死后立刻改嫁等行为。

在“十恶”之中，还有一类犯罪叫“不道”，是指违反最基本的天道，做伤天害理的事情，位列“十恶”第五位。这类犯罪是恶性犯罪的统称，诸如杀人碎尸、用蛊毒之术害人等。

“十恶”犯罪行为，要么是危害君主专制和中央集权的行为，要么是危害父权和家庭伦理道德的行为，要么是严重违反传统道义的行为，所以一直是封建专制打击的重点。而其他类型的犯罪社会危害性要小得多，惩罚也就没那么重了。比如，盗窃罪，通常不会处以较重的刑罚，就连以重刑闻名的秦朝，对于盗窃犯也不会判处死刑，最重的刑罚就是割掉罪犯的鼻子并且让他去修长城。到了汉朝，因为废除了肉刑，连鼻子都不割了，只在犯人脸上刺字后再发配去修筑长城即可。到了唐朝，盗窃罪最重的刑罚也就是流放到偏远地方落户。这种“抓大放小”的做法，反映了我国古代封建社会立法的基本精神。

(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)