



观点新解

张勇谈数据安全刑事治理——是一个内外衔接结构复杂的系统



华东政法大学张勇在《上海政法学院学报(法治论坛)》2024年第3期上发表题为《数据安全刑事治理过程论》的文章中指出:数据安全治理是国家安全治理体系中的关键一环,统筹数据安全与发展成为数字经济持续健康发展的核心。数据安全刑事治理是一个开放的、动态的过程,面对增强的数据安全风险和刑事犯罪,仅通过刑事司法层面的强力管控难以有效达到犯罪防治的效果。因此,应当改变原有的管控模式,将管控目的从数据静态安全转向数据动态安全,在管控理念上从数据安全风险管理转向兼顾数据利用发展,在宏观模式层面从由国家主导的传统管控模式到多元共治的现代化治理模式的转变。

过程是唯物辩证法的基本范畴,其包含存在、时间、空间、结构、运动的方向等,既是世界观又是方法论。从过程论角度看,司法活动就是司法权的运行过程。刑事治理具有过程性、阶段性和系统性。在刑事治理系统内部,从狭义角度来看,刑事治理过程包括刑事立法过程和刑事司法过程;从广义角度来看,刑事治理过程除了狭义上刑事立法和刑事司法之外,还包括犯罪预防以及刑事司法解释,刑事政策的制定与实施阶段。在刑事治理过程系统外部,则包括行政机关针对数据犯罪进行的政府治理、企业组织和个人参与的社会治理过程和阶段。

数据安全刑事治理是数据安全治理的下位概念,后者在主体和范围上相较于前者更为多元、宽泛。数据安全刑事治理是指司法机关针对危害数据安全的犯罪行为所进行的刑事司法活动。数据安全刑事治理是一个内外衔接、结构复杂的系统,也是一个不断发展变化的动态过程。在数据安全保护方面,如何运用刑法手段实现数据安全与发展的平衡,如何与其他法律手段协调配合,共同实现数据安全保障,需要从刑事治理过程角度加以动态性、系统性思考。因此,引入过程哲学和方法论,确立数据安全刑事治理过程理念,对于积极有效地预防和惩治数据犯罪、满足刑事治理现代化的需要,是十分必要和有意义的。数据安全刑事治理过程具有刑事风险预防、分类分级保护、硬法软法融合、多元主体参与四项内在机能,形成相互影响、相互作用的运行机制。

参与数据安全刑事治理的司法机关、政府部门、企业组织以及个人等各方主体不能单一追求某个阶段或环节的治理效果,应遵循数据安全刑事治理过程运行的规律性,确立刑事一体化理念,在刑事司法与行政监管、社会治理的融合中,构建刑事风险评估、定量量刑互动、刑事案件过滤等过程机制,推进数据安全刑事治理现代化转型。

曾磊谈世界各国应对国际安全问题的有效手段——应完善或创建相应的国际合作机制



甘肃政法大学曾磊在《甘肃政法大学学报》2024年第3期上发表题为《共同利益视角下网络犯罪的国际法应对与中国方案》的文章中指出:

以互联网为代表的信息技术正日趋与人们的工作、生活相融合,对政治、经济、军事和文化等诸多领域带来了巨大冲击,但也提供了发展机遇与空间。随之衍生出的网络犯罪也成为各国共同关注的全球性议题,以网络犯罪为代表的新生顽疾对网络空间的稳定与安全带来了极大威胁,为了有效应对网络犯罪带来的潜在风险及其严重危害后果,仅仅靠单一国家内部法律机制无法应对网络犯罪问题,而强化法律和政策国际协调与合作便成为各国共同思考并采取有效行动的关键。但是,网络犯罪的全球性特质使得单一国家现有的应对机制无法从源头治理,因此,加强国际合作、深化各国政治互信,完善或创建相应的国际合作机制便成为世界各国应对包括网络犯罪在内的国际安全问题的有效手段。从现代国际关系理论分析,各国对于国际合作的观念、分类及其特征的解读存在一定差异。是故,要设计一套在全球范围通用并被国际社会所普遍接受的规则体系和国际合作模式,有必要对国际合作问题进行深入分析和解读,从而有效克服单一国家治理模式在网络犯罪全球治理过程中的机制失灵。

随着国际合作理论研究的不断深入,逐步发展出三种具有代表性的学说观点:新现实主义学说、新自由主义学说和建构主义学说。其中最具有影响力的是前两种学说,其都提出了自己的理论假设,并以该理论假设作为逻辑起点演绎出自各自不同的国际合作主张,两者观点的核心要义都指向共同利益,这些合作理论对后续的国际关系和国际合作发展具有重要的指导意义。

我国作为负责的网络大国,应在国际社会积极贡献中国方案和发出中国声音,推动国际社会携手合作应对网络犯罪问题。在维护我国国家利益和全人类共同利益的目标和宗旨下,我国应积极参与联合国框架下打击网络犯罪公约的起草和制定工作,在公约的基本原则和具体条款内容的设定,贡献中国智慧和经验,努力克服现有合作机制的不足与缺陷,携手各国共同打造安全和谐的网络空间。

(赵珊珊 整理)

从《尚书》看商朝法制历史并非乏善可陈

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

提起商朝法制史,由于殷墟大量人殉墓葬的发现以及史书对殷纣王荒淫凶暴的宣扬,再加上王国维先生《殷周制度论》暗含的扬周抑殷之深意,因此,许多人感到这是一个非常野蛮残暴的朝代。其实这有点夸大了。人殉制度是指古代葬礼中以活人陪葬的一种陋习,源于原始社会,到了商周时期仍很普遍,西汉以后才算是真正退出历史舞台。关于殷纣王,虽然不能说他不是个暴君,但也未必如一些史书描写得那么荒淫专横,连孔子都感叹:“纣之不善,不如是之甚也。是以君子居下流,天下之恶皆归焉。”(《论语·子张篇》)意思是:纣王虽然不好,但不像传说的那样厉害。因此,君子非常憎恶居于下流,一旦居于下流,天下的一切坏事都会归到他的头上。

《尚书》记载商人历史资料的有《汤誓》《仲虺之诰》《汤诰》《伊训》《太甲上》《太甲中》《太甲下》《咸有一德》《盘庚上》《盘庚中》《盘庚下》《说命中》《说命中》《说命中》《高宗彤日》《西伯戡黎》十六篇。从这些篇里我们可以发现商人的法制并非一团漆黑。

第一,商朝重视制定家法以约束后王。《伊训》记载执政大臣伊尹说,为了能使后人很好地治理天下,先王制定了《官刑》,专门惩治三种歪风邪气,来警戒百官。一是惩罚在官中群

魔乱舞、饮酒酗歌的巫风;二是惩治贪求财货女色、经常游乐田猎的淫风;三是惩治轻视圣人教训、拒绝忠直谏戒、疏远年老有德者、亲近顽童童稚者的乱风。这三风,国君只要沾染上一种,国家一定会灭亡。臣下不匡正君主,要受到墨刑。这种《官刑》实际上就是先王制定的家法,它开创了开国君主制定家法以约束后王的先例。朱勇教授《“祖制”的法律解读》一文提出,以先祖训为内容的“祖制”发挥着重要作用。祖制作为有约束力的行为规范,其调整范围涉及国家权力的分配与制衡、朝廷运行机制、重大事件决策、重要职官任免、朝贡外交等。祖制主要通过由皇帝主持的“祖制议”机制来实施。在规范形式上,祖制多以诏令、上谕等先例、惯例的方式存在,较多保留春秋以前非法定化、非公开化的法律神秘主义特征。祖制初步具备国家根本法的性质,其与普通律令既有分工,又有衔接,共同构成中国古代完整的法律体系:“祖制—律令”体系。先王制定家法以约束后王,表明古代具有用制度约束权力的意识。

第二,商朝顾命大臣(帝王临终前托以治国重任的大臣)伊尹勇于对不良嗣君太甲予以严厉的约束教诲,对后世影响颇大。《太甲》和《咸有一德》记载了嗣君太甲不服从顾命大臣伊尹的教诲,伊尹将其流放到桐宫,禁闭在桐宫,令其闭门思过。三年后,只有认识到了自己的错误,对伊尹说:“以前我违背师保的教训,当初不会责备自己;还望依靠您的匡救恩德,谋求我的好结局。”伊尹让他登了王位,告诫太甲

“敬修自己的德行,使自己能够匹配上帝”。商朝的这种做法开创了摄政王制度的先例。摄政王是指在君主制国家里,由于即位的君主年幼、生病或神志不清,或君主出访国外等原因而暂时代替君主行使国家领导权的人。而在商朝,则是顾命大臣认为嗣君太甲的品行不合格,需要让其闭门思过,表明君臣之间具有一定的民主平等性。

第三,商朝的国王盘庚遇到国家大事,重视与贵族大臣和平民的协商、沟通,表明商朝尚存原始民主遗风。例如,盘庚为摆脱困境,避免自然灾害,把都城从奄迁到殷,一开始遭到了大臣和平民的反对。盘庚则把大臣们召集到朝廷进行开导、说服工作:“来吧,你们各位,我要告诉你们,开导你们。你们要克制私心,不要随遇而安。”(《盘庚上》)做完了大臣的工作,盘庚又召集民众大会,开导民众说:“现在我打算率领你们迁移,使国家安定。你们不体谅我内心的困苦,你们的心竟然都不和顺,很想用些不正确的话来动摇我。你们自己搞得走投无路,自寻烦恼,譬如坐在船上,你们不渡过去,这将会把事情搞坏。你们诚心不合作,那就只有一起沉下去。不能协同一致,只是自己怨怒,又有什么好处呢?你们不作长久打算,不想想灾害,你们普遍安于忧患。这样下去,将会有今天而没有明天了,你们怎么能生活在这个地面上呢?”(《盘庚中》)盘庚迁都以后,定好住的地方,决定宗庙朝廷的位置,然后再次谆谆教诲众人:“啊!各位诸侯、各位官长以及全体官员,你们都要考虑考虑啊!我将要尽力考察

你们惦念尊重我们民众的情况。我不会任用贪财的人,只任用经营民生的。对于那些能养民安民并能谋求他们安居的人,我将依次敬重他们。现在我把我心里的好话告诉你们了,不要有不顺从的!不要聚敛财宝,要经营民生以自立功勋!要把恩惠施给民众,永远能够与民众同心!”(《盘庚下》)一个国王为了一件事情,多次与大臣、民众协商,在后世并不多见。

第四,商王武丁不拘一格选拔人才,任命社会底层出身的傅说为执政大臣,此事为后世不断传扬。武丁举傅说的故事先秦时期已经非常流行,是圣王举贤不择贵贱的典范故事之一。《尚书》《国语》《墨子》《孟子》《尸子》《庄子》《楚辞》《荀子》《韩非子》《吕氏春秋》《史记》《汉书》《论衡》《水经注》等许多传世典籍中多有记载。傅说从政之前,身为奴隶,在傅岩做苦役。那里是虞、虢两界交界之处,又是交通要道,因山涧的流水常常冲坏道路,奴隶们就在这里版筑护路。傅说就靠从事版筑维持生计,虽有才干,无从施展。后被武丁发现,举以为相。傅说对武丁进谏:“惟治乱在庶官。官不及私昵,惟其能;爵罔及恶德,惟其贤。”(《说命中》)意思是:治乱关键在于用人,官职不可授予亲近,当授能者;爵位不可赐给坏人,当赐给贤人。武丁听后点头称是,傅说接着说:“非如之跟,行之惟艰。”即:不是知道它艰难,而是实行它很难。

以上数端,足以说明商朝法制史并非乏善可陈,可圈可点之处颇多,值得学界关注。



近代日本刑法史研究的缘起 《刑法理论的历史展开》译后记



书林臧否

□ 付立庆

新中国成立七十多年来,特别是改革开放四十多年来,中国刑法学研究取得了丰硕的成果。总体而言,我国学者若干年前所提出的“只有观点的泛滥,缺乏理论的积淀”或中国刑法学仍旧处在“数量刑法学”阶段的状况,已在相当程度上得到了改观。尽管如此,改变被动跟随刑事立法的注释刑法学一家独大的局面,提升刑法学研究的学术性、学术性和主体性,仍是刑法知识共同体的根本任务。近年来,对于刑法学的现实运作的关注(判例刑法学和刑法社会学)和对于刑法的“形而上”的研究(刑法哲学)都取得了可喜的进展。同样,刑法学具有深厚的文化底蕴和悠远的历史内涵,是一个丰富多彩的开放世界。如果不能坦诚地面对其他学者的刑法见解,其他国家的刑法文化,就会使自己丧失与刑法共同体的联系,就会使自己的既有知识变成僵化的、无发展能力的东西。“以史为鉴,可以知兴替。”通过对刑法理论以及刑事立法、司法演进脉络的历史考究,可以启发我们发现和正视刑法规定和研究中所面临的问题,引导我们探索刑法发展的未来。因此可以说,中国刑法学正在经历一个从“数量刑法学”向“质量刑法学”转变的过程。

对刑法史的研究对于提升刑法学的知识品格具有重要意义,是保证刑法知识可持续发展的重要环节。

对于刑法史的研究,清末的沈家本先生和民国期间的蔡枢衡先生等都作出了卓越贡献,新中国成立后的老一辈刑法学者中,也有人专门研究刑法史并取得了显著的成就,而中年一代学者虽未见到有以刑法史为题的个人专著问世,但曾经集体撰写过《近代西方刑法学史略》《西方刑法史》等著作,产生了很多好的影响。与此相对,青年刑法学者对于刑法史的涉猎,到目前为止更多停留在就个别问题发表单篇论文的层面。这一方面是因为青年刑法学者受限于学术积累等,系统研究刑法史的储备可能尚有欠缺;另一方面更是因为刑法史的研究并非热点,难以“短平快”地产生效益,所以青年学者往往缺乏关注的热情。

刑法史研究本身的重要意义与其在现实刑法学研究中的弱势地位连同青年学者的较少关注之间的鲜明对照,某种意义上可能会斩断刑法知识良性发展的深厚根基,并由此可能进一步导致刑法理论的发展失去支撑和方向。正是觉察到这种危机,加上内心怀有一份强烈的责任感,我一直以来对于刑法史抱有浓厚兴趣,并开始了一些初步的研究。研究刑法史,可以研究本国的,也可以研究他国的。对于本国

刑法史,除了已有先贤沈家本、蔡枢衡、周密等作了系统研究,还有若干关于“二十世纪的刑法学”研究的有分量的论文。与此同时,以刑法知识去苏俄化和犯罪构成理论的变革是否必要为主题,当下中国刑法知识正处在重要的关口,这影响着对于当代中国刑法史走向的判断。基于以上理由,舍弃对于中国刑法史的研究而将其留待日后进行,或许是一个明智的选择。

研究他国刑法史,首先面临着对象的选择。三人行,必有我师。在这个意义上,无论是我们以前学习过的苏联,还是对我国的刑事诉讼制度和刑事司法学具有深刻影响的英美,无论是近代刑法学的故乡意大利,还是大陆法系的代表国家法国,其刑法史都有许多地方值得我们深入学习。长于思辨的德国作为现代刑法理论的主要产地,自然也是一个值得仔细学习的对象。而在在我看来,将日本近代刑法史作为研究的对象是一项更为可行的选择。虽然在历史上,中国唐律对于日本古代刑法的制定曾起到过至关重要的作用,但明治维新之后,日本开始学习西方的近代刑法,先后以法国刑法典为基本制定了1880年刑法(旧刑法)和以德国刑法典为基本制定了1907年刑法(现行刑法),后者沿用至今。与此同时,在中国刑法现代化的进程中,中日法律文化的交流关系也发生了

逆转。清末沈家本在主持刑法改革过程中,通过日本学者冈田朝太郎等的帮助,引入了大陆法系的法律制度,包括刑法制度,从而完成了中国刑法的现代化。中日刑法之间的交流虽在新中国成立之后曾有数十年的中断,但在20世纪80年代后期又重新开始了,时至今日,这种交流更加频繁、深入(中日刑法学之间的交流较之中国与任何其他国家的交流都要更为深入、频繁),日本刑法学对于中国刑法学(特别是对中青年刑法学者)的影响也更为广泛、直接。这些都使得学习日本(当然是辩证地学习)刑法不但更为便利和经济,同时也具备了深厚的历史基础。中日刑法学源远流长的交流历史和蓬勃开展的交流现状都表明,对于日本近代刑法史的研究,应该是在研究他国刑法史时的首选。此外,在日本最著名的东京大学留学、访问两年的重要经历,也为我研究日本近代刑法史提供了必要的准备。

这本日本著名刑法学家内藤谦教授的代表作《刑法理论的历史展开》对于日本近现代刑法理论和立法、司法的演进脉络作出了极为清晰的勾勒,是深入研究近代日本刑法史的一个重要素材,将这本我当初一见到就爱不释手的原汁原味地翻译过来奉献给中文读者,既是实现我的日本刑法史研究夙愿的一个重要环节,也可以说是我的荣幸。



子皋为狱吏

史海钩沉

孔子相卫,弟子子皋为狱吏,则人足,所阴者守门。人有恶孔子于卫君者,曰:“尼欲作乱。”卫君欲执孔子。孔子走,弟子皆逃。子皋从出门,阴危引之而逃之。下室中,吏迫不得。夜半,子皋问阴危曰:“吾不能亏主之法而亲罪人之足,是子报仇之时,而子何故乃肯逃我?我何得此子?”阴危曰:“吾断足也,固吾罪当之,不可奈何。然方公之狱治臣也,公倾侧法令,先后臣以言,欲臣之免也甚,而臣知之。及狱罪定,公愷然不悦,形于颜色,臣见又知之。非私臣而然也,夫天性仁心固然也,此臣之所以悦而德公也。”

——《韩非子·外储说左下》

解析:注重司法的社会效用 春秋时期,特别是孔子生活的春秋末年,礼制逐渐失去调整社会秩序的强有力作用,孔子引仁入礼,改进了西周以来的礼制,为法秩序构建提供了价值指引和规范基础。《论语·子路》中

所谓“刑罚中,则民无所措手足”,正表明在当时的社会背景下,儒家思想对法在指引、教化等方面积极作用的肯定。

1.兼容仁爱之心与法治精神,达成法与情的司法目的

作为法家思想集大成者的韩非提出了以“法治”代替之前的“礼治”的观点,反对将道德作为政治统治的标准,但他并没有否认道德的价值,正如其在《韩非子·外储说左下》中引用孔子的话:“善为吏者树德,不善为吏者树怨。”但法律如何具体适用,任用什么样的人担任法官等诸多问题,却未能在实践中得到系统性解决。韩非认识到在实施法度的过程中,只有做到公正,才能得到百姓的自觉遵守与服从,即达到“以罪受诛,人不怨上”的效果。子皋为狱吏时,不仅认真推敲法令,判断对罪者是否应判处,而且在施刑时秉其“仁爱”的天性,表现出了对被刑者的怜悯、同情。正因如此,被刑者虽受酷刑,但对施刑者不仅无怨恨,反而持理解的态度。

这则关于儒家人物的故事,在《孔子家语》中也有类似记载。韩非借此故事说明,兼容仁爱之心公正严格执法,哪怕是实施严刑重罚,也不

会招致怨恨。掌权者要依法办事,更要仔细谨慎,同时仁爱之心不可或缺。只有在法律限度内处理得当,法与情才能够兼容。可见,仁爱之心与法治精神不相对立,犯罪者也该得到应有的同情和关怀。这一点在当代刑事诉讼法“教育公民自觉遵守法律”“尊重和保障人权”的立法任务中得到了传承。

2.提升司法的道德能力,充盈法治的道德底蕴

毫无疑问,当代新中国的法治与韩非所称“法治”有着本质的不同。但子皋为受刑者着想、保证刑法实施公正性的做法,仍然值得当今的司法人员借鉴。正如西方方法谚云:“法乃公正善良之术。”实践中,由于法律规范的滞后性,演绎逻辑的局限性,证据信息的不完全性,法官在对案件事实进行法律评价时,会进行一定的自由裁量,而司法实践表明:受时代欢迎的法官,是那些能够在案件事实认定和法律适用上进行综合考量,实现法安天下与德润人心有机统一的法官;是那些既关注当下案件的裁决结果是否符合法律规定,当事人是否接受,又注意运用良好的司法裁决方法和技巧,实现良好的道德效应

和社会引领的法官。

3.推动法律与道德融合,厚植发展的法治土壤

《韩非子·用人》:“释仪的而要发,虽中小不巧,释法制而妄怒,虽杀战而奸人不恐,罪生甲,祸归乙,伏怨乃结。故至治之国,有赏罚而无喜怒,故圣人极有刑法,而人无警毒,故奸人服。发矢中的,赏罚当符,故免复生,罪复立。”依这段记载,要建立“至治之国”,就必须摆脱喜怒的牵绊,专依法律来实施刑罚。“法律是准绳,任何时候都必须遵循;道德是基石,任何时候都不可忽视。”良法之所以能深入人心,是因为良法是成文的道德,法律与道德协同发力,法安天下,德润人心,依法施刑而让民众信服,正表明法律作为权威或准则已深入人心,法律规范成为人们内心评判是非曲直的标准和引导人们言行举止的规范,所以即使有人因违背了法令而受到处罚,也心甘情愿地接受、服从处罚,更不会怨恨执行法律的个人。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源:中华法系经典案例解析》,商务印书馆出版)