



# 中国法律研究的汉学视野及其趋势

## 前沿观点

肖洪泳

从游记汉学到传教士汉学以及早期的专业汉学,西方汉学由于大多局限于对中国历史与中国社会进行介绍,因此特别注重于中国的人文传统阐释,而对法律等方面的社会科学问题上着墨不多,即使偶尔谈到法律问题,一般也都会跟政治控制、礼教风俗之类的问题联系在一起。这一方面是因为中国传统社会的法律运作本身就受制于政治与伦理,另一方面是因为这一时期西方汉学的主要研究者都是传教士,他们当然还会单独对中国的法律问题青睐有加,但是19世纪上半叶美国的传教士裨治文创办的《中国丛报》,为了向西方国家提供有关中国政治、经济、军事、文化、地理等方面的情报,通过长达20年左右的办刊,对当时中国的政治制度、刑事法律和诉讼制度等内容进行了比较全面而集中的介绍,反映出了西方人的中国法律观,这对后来西方汉学日渐关注中国法律问题以及运用社会科学方法对中国法律进行专业化的研究产



生了不可忽视的历史影响。进入20世纪以后,随着美国汉学日益注重社会科学方法的引入以及对

中国现实问题的关注,现代西方汉学开始将中国法律作为一个重要研究领域加以深度垦殖,取得了丰沛而优秀的学术成果,呈现出一种中国法律研究的崭新视野与趋势。

20世纪上半叶,现代西方汉学开始步入专业汉学兴盛时期,尤其是有关中国法律方面的研究,已经逐渐摆脱传教士汉学所存在的局限,涌现出一些既精于法学又长于汉学的研究专家以及对有关中国法律研究较有影响的汉学著作。首先,从研究阵营来看,这一时期欧陆的汉学家是中国法律问题的主要研究者,法国和德国是这一领域研究的主力军,特别是法国的爱斯嘉拉与德国的卡尔·宾格爾既是法学家或学习过法律,又是汉学家,代表了当时西方汉学研究中国法律问题的最高水准,此外马伯乐也于大学期间研习过法律,尽管其主要致力于古代中国的历史与宗教方面的研究,但在法律史领域也发表过一些很有分量的作品。其次,从研究领域来看,这一时期西方汉学主要集中于唐代与清代的法律问题研究,着眼于法律文献的梳理、翻译和解读,并逐步形成了一些较有特点的研究主题。最后,这一时期的汉学家大多都在中国从事过较长时间的工作,对中国有切身的经验感受,而且很多汉学家有关中国法律的著述都是用外文在中国公开出版发行的,爱斯嘉拉与卡尔·宾格爾就是最为典型的代表。此外,古·布萊斯、戴何都、傅兰克、贾米森、毕善功、梅耶等汉学家,或者在中国古代法典的译注上颇见功力,或者开始专注于中国近代法律尤其是宪法、刑法等领域的重大问题,都有相当丰富的研究成果面世。

20世纪下半叶,因为特殊的国际背景尤其是两大阵营的对决以及冷战时代的到来,西方世界对中国的认识不断经历着翻天覆地的变化,美国作为西方阵营的典型代表与领导国家,其对中国

的关注日益重要,从而加速了美国人研究中国问题的学术步伐。作为美国最富声望的中国问题观察家的费正清,长期出任哈佛大学东亚研究中心主任,深刻影响了美国的汉学发展和中国研究,甚至改变了西方传统汉学的研究范式与基本格局,导致汉学与中国学之争。因此这一时期西方汉学的研究中心,开始

从欧洲转向美国,同时在美国的影响下,整个西方汉学都出现了一些新变化,针对中国法律方面的研究越来越获得汉学家以及其他学者的高度关注,相关学术成果如雨后春笋,节节攀升。总的来说,基于关注中国现实的迫切需要,传统的专业汉学已经无法满足这一学术要求,社会科学的研究方式开始被大量引入现代西方汉学之中。相比于传统的专业汉学,美国的这种中国法律研究已经不再局限于对历史中国进行解释,而是具有了一种反思现实中国的强烈意识。在这一时期,哈佛大学法学院与费正清创建的东亚研究中心以及哈佛—燕京学社合作发起成立的东亚法律研究中心,陆续推出了一系列有关中国法律研究的论著,将中国法律研究正式推向专业化的发展道路,从而涌现出了孔杰荣、包恒、安守廉这些顶尖级的中国法律研究专家,并以他们为中心,形成了一支灿若星河的汉学家研究队伍。

欧洲汉学在这一时期的中国法律研究仍然保留了传统汉学的基本特点,其主要研究领域大多还是指向中国古代社会,因此研究方法上也主要依托传统汉学的文献分析,对社会科学方法的引入只是略有侧重。德国完整保留了传统汉学的研究风格以及对中国古代社会法律传统的关注,而法国由于社会学和历史学占据优势,因此从政治的角度对中国进行研究的兴趣日益萎缩,很少出现有关中国法律研究的专门著述,但是白乐日可能是个例外。因此这一时期欧洲大陆的汉学研究,真正将中国法律问题作为独立的学科内容加以研究并取得丰硕学术成果的,当首推荷兰。英国因其与美国的特殊联系,这一时期的汉学研究则相当繁荣昌盛。除了崔瑞德与李约瑟在传统汉学的基础上拓展出新的研究领域,还出现了斯普林克尔、马若斐这些专门致力于研究中国法律的汉学家。

人类进入21世纪,国际形势出现了新变化,两大阵营对立的时代彻底结束,美国成为唯一的超级大国,中国、日本、欧洲联盟、俄罗斯、印度成为推动世界多极化的重要力量,加上数字技术的广泛运用,全球化的发展格局日趋复杂多变。基于这样的背景,中西方之间的文化交流得到全方位推动,西方国家对中国的关注也日益迫切,汉学研究迎来了一个崭新的时代,社会科学全面渗入西方汉学,特别是对中国政治与法律的运作问题,开始成为西方

汉学或海外中国学关注的焦点问题。美国继续扛起汉学研究领袖的旗帜,无论是在中国传统法律领域,还是在现代中国的法律实际运作方面,都有数量众多的研究专家。除了哈佛大学等老牌的汉学研究重镇,其他大学或研究机构也纷纷投身于中国研究。孔杰荣于2005年创建亚洲法律研究中心并担任首届主任,使亚洲法律研究中心成为美国中国法研究的又一个学术重镇。在这样良好的研究氛围和有利条件下,早已声名鹊起的汉学家继续开拓新的研究领域,并通过他们的言传身教,带动了一大批后起之秀脱颖而出,形成了一支璀璨夺目的研究队伍。

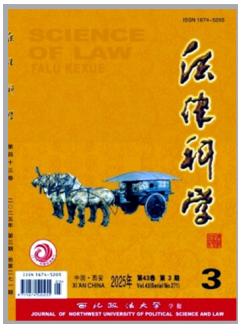
美国汉学这种社会科学方法的运用以及交叉学科的穿梭对欧洲也产生了一定的影响,但欧洲还是更多保留了传统汉学的研究特点,注重文献分析仍是其中国研究的看家本领,譬如德国以陶安、劳武利、史达为代表的汉学家,继续发挥传统汉学的研究特长,在简牍研究尤其是秦汉法制史领域颇有造诣。而法国因为一直是社会学的思想摇篮,相比于德国的汉学研究而言,受社会学影响较深,这一时期中国法律研究的核心人物巩涛便是代表。英国则在进入21世纪以来,新出的汉学研究者不多。+加拿大这一时期在中国法律方面的研究要比英国更为发达。

西方汉学家不仅成长、生活于西方世界,深谙西方学理,而且他们大多都精通汉语,比较全面而深入阅读过有关中国文明的经典文献与研究资料,甚至还在中国进行过一定时间的访问或考察,因此他们对中国法律问题的研究,既不同于一般的西方学者,也有异于我们中国人自己。这种独特的学术视野在很大程度上打破了文明语境上的隔膜,从而不只是让我们可以借助另一个世界的眼光来审视自己,还可以再从这种眼光出发,凭借我们的文明视角去检讨西方世界,这无论是对中国学界来说,还是对西方汉学甚至整个西方学界而言,都能增进交流,深化认识和理解。因此随着世界格局的发展变化,尤其是中国学者对外交流与学术影响的不断扩大,西方汉学的中国法律研究必将得到深入推进,从而为中国法学研究提供一种来自异域的他者视角,促进中国法律的理论研究及其实践的繁荣和发展。

(原文刊载于《政法论坛》2025年第3期)

## 观点新解

### 姜涛谈实现最低限度犯罪理论——需要刑法立法严格遵循比例原则



华东政法大学姜涛在《法律科学》2025年第3期上发表题为《我国犯罪化规模理论的理性选择》的文章中指出:

犯罪化规模是我国刑法的核心议题,刑法需要警惕因犯罪化的偏离程度“过大”而导致过度犯罪化的趋势。过度犯罪化是指立法者或司法者把刑法当作社会管理手段而不是治理手段,快速地进行犯罪化立法或大范围地作入罪解释,把本属于行政违法或民事侵权的行为提升为犯罪,以至于在后果层面产生“弊大于利”的消极后果。过度犯罪化有立法上的过度犯罪化与司法上的过度犯罪化之分,前者主要体现在立法上增加新罪名,把本属于行政法或民法等调整的行为纳入犯罪圈,或对个罪的构成要件涵摄范围进行不当扩张,以至于把不具有法益侵害或侵害危险的行为涵摄在内;后者主要体现在司法解释或司法裁量违背罪刑法定原则,采取不当的扩张解释或类推适用方法,把不当评价为犯罪的情况解释为犯罪。过度犯罪化是一个复杂的现象,但其背后的驱动力是不当增加新罪或扩大个罪的犯罪圈以及司法机关更为宽松地扩张入罪解释。

刑法立法与刑事司法的风险功能取向,使刑法朝着快速犯罪化的方向发展,由此带来刑法立法与刑事司法的预防性扩张,出现刑法外包、前置的危险犯构成要件、类推适用等过度犯罪化现象,并带来三重陷阱(社会陷阱、法治陷阱、自由陷阱)。在民主立法时代,刑法社群主义意义上的激情立法、案例立法、刑法工具化,刑法的预防性扩张等是造成过度犯罪化的原因。社会建构主义从社会化、功能化的角度理解犯罪的边界,强调立法实证、社会论辩与后果考察。

刑法理论当反思我国刑法实践中的过度犯罪化问题,实现刑法立法理论从刑法社群主义到社会建构主义的范式转变,并提倡与发展最低限度犯罪化理论。这一理论强调立法积极回应社会变迁时应当审慎对待犯罪化立法。而从制度实践上实现最低限度犯罪理论,不仅需要刑法立法严格遵循比例原则,而且需要在刑事司法上严格限制入罪中的目的性扩张解释。

### 张瀚瀚谈刑事诉讼中人脸识别证据材料的特点——具有主客观兼容性和多元综合性



四川大学法学院张瀚瀚在《法治研究》2025年第2期上发表题为《刑事诉讼中人脸识别证据材料生成特点与运用风险》的文章中指出:

人脸识别,又称面部识别、人像识别,是基于人脸面部特征信息而进行身份识别的一种生物特征识别技术。这种技术借助于计算机技术从采集到的静态或动态的人脸图像中提取出有效信息,与数据库中已知的人脸信息进行比较,从而得出决策或认证信息。人脸识别技术在社会治安防控、犯罪打击方面已得到广泛运用。而在刑事诉讼中,通过运用人脸识别技术所获取的证据材料亦已被作为案件证据使用,用于刑事被告人“人身同一性认定”相关问题的证明。概言之,人脸识别证据材料是依托人脸识别这一种生物特征识别技术,通过对人脸信息的图像收集与算法识别,用来识别、判断与证明刑事被告人身份同一性的证据材料,属于目前已在实践中获得普遍运用的人工智能证据之一。

根据人脸识别证据材料形成过程的制作主体,形成方式以及形成阶段,人脸识别证据材料生成可分为人脸信息获取、人脸识别技术对比识别、侦查人员分析判断,相关人员辨认四个步骤。实践中使用人脸识别证据材料认定犯罪嫌疑人身份时,司法人员通常需要借助其他类型的证据材料才能对人脸识别技术输出结果的准确性、有效性加以判断。概言之,人脸识别的认识主体是“机器筛选+人工审查”的混合模式。因此,人脸识别证据材料的形成具有主客观兼容性和多元综合性等特点。

既往研究已经发现刑事诉讼人脸识别证据材料的运用能够在某些方面提升司法证明的科学性并加强证明的便利性。然而,由于人脸识别证据材料形成的特殊性,这种证据材料在刑事诉讼中的运用带来技术滥权、控辩失衡与事实认定错误等风险。因此,亟须立法层面制定相应的规则予以规制。在刑事诉讼法修改时,应当对人脸识别证据材料等新型科学证据予以特别关注,可从证据形成过程与证据的运用方式两方面制定程序规则与证据规则。一方面,将人脸识别技术的运用明确列入刑事侦查措施,尤其是强制性侦查措施的范围,并将非法证据排除规则适用于人脸识别证据材料;另一方面,保障刑事被告人对人脸识别证据材料的知悉权与质证权的实现,建构侦查研判人员的出庭规则、责任追究与绩效惩戒制度。

(赵珊珊 整理)

# 数据可以占有吗？

## 兼论数据持有的法律构造

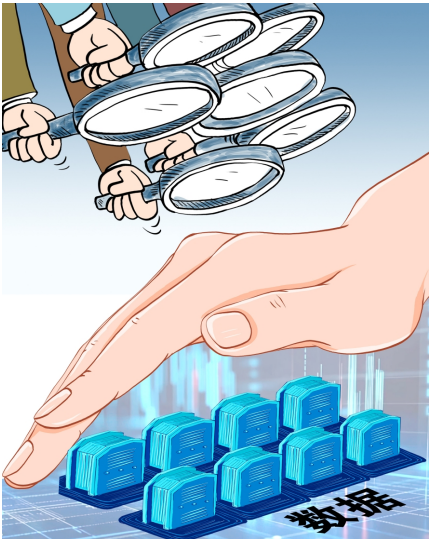
## 前沿关注

阮神裕

2022年12月,《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》提出“建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制”,国家数据局等部门随后将其简化为“数据持有权、使用权、经营权”。其中,“数据持有”的概念用以指称各类主体与数据之间的静态关系,容易让人联想到民法中的占有制度。倘若数据可成立占有,即便不确权,因数据利用引发的冲突也可适用或类推适用占有制度,从而在现行法中找到系统性解决方案。问题在于,数据真的可以占有吗?

### 数据占有论及其缺陷

在数据确权的讨论中,有一种观点主张数据可以成立占有,因数据使用产生的冲突可以适用民法典第四百五十八条以下的占有制度(以下简称数据占有论)。数据占有论的实益在于,在不创设新型权利的前提下,通过引入占有制度,解决数据使用引



发的冲突,对数据提供较为全面的法律保护。

然而,占有制度在数据场景中的适用均在一定程度上扭曲了占有制度。

第一,占有保护无法完全适用于数据。首先,就占有防卫权而言,即便没有适用占有制度,数据持有者既享有权利也有义务使用技术措施保障数据安全。其次,就占有取回权而言,在数据被他人非法复制的场景中,数据持有者本人对数据的持续控制其实没有遭到破坏,故此没有必要赋予数据持有者取回数据的积极反击权,否则可能引发网络空间中的相互攻击,反而加剧网络秩序的破坏。最后,就占有的防御性请求权而言,非法复制数据的行为既不侵害也不妨碍数据持有者对数据的事实管领,因此无法构成“占有侵害”或“占有妨害”。

第二,将占有的权利推定效力及善意取得制度适用于数据有所不妥。首先,动产或不动产的占有状态与真实权利关系吻合的可能性极大。但数据副本的事实移转未必伴随数据产权的转让,反之亦然。其次,占有的权利推定效力意味着,交易相对人信赖占有的事实即可,不必追问权利来源,然而数据交易的双方均应审查数据来源合法性。再次,占有的权利推定效力旨在减轻占有人举证责任。但数据持有者能轻易通过网络日志、系统日志等技术证明数据来源,无法证明则应推定非法。最后,数据持有不能产生权利外观,善意取得不适用于数据场景。

第三,“数据的间接占有”似无必要。在数据场景中更加常见的情况是,数据持有者共享数据时不丧失自己持有的数据原件,而是创建更多的数据副本,各个数据持有者独立控制数据副本。

### 占有的边界与数据的利益类型

占有制度之所以无法完全适用于数据场景,究其根本,是因为占有的概念及其相关规则的适用存在一个隐藏条件,即占有制度只能用于保护竞争性利益。这一隐藏标准决定了占有制度的边界。首先,占有概念自始以主体对客体的控制具有竞争性为前提。其次,不仅占有概念,整个占有制度均隐含竞争性标准。占有侵夺与妨害均具竞争性。他人侵夺占有,将使占有人失去占有,他人妨害占有,将使占有人无法自由支配占有物;占有的权利推定效力前

### 数据持有的二元结构

(一)数据的竞争性利益与占有保护

数据持有的法律构造应当对数据上的竞争性利益提供保护,在此限度内,数据持有可以类推适用占有制度。当他人实施更改、删除或者增加数据等侵害数据完整性的行为时,由于这些行为侵害的是数据上的竞争性利益,数据持有者可以主张占有保护:一方面,数据持有者有权采取适当的技术措施防止他人侵害数据完整性;另一方面,数据持有

者基于持有数据的事实状态享有停止侵害、排除妨害等防御性请求权。

数据持有者的防御性请求权建立在数据持有的事实状态基础上,在数人分别或者共同持有同一数据的场景中亦是如此。例如,在数据的共同持有(数据池)中,每个持有者实际上均事实持有数据,因而均可主张防御性请求权。又如,在云存储中,不管是云服务提供商还是用户均可针对他人侵害数据完整性的行为主张防御性请求权。

值得讨论的是,数据持有者非法获取数据的,是否可以主张防御性请求权?基于占有的排除妨害请求权乃是基于纯粹的占有事实,而非基于本权产生的防御性请求权,其功能在于维护社会和平。这一理由同样适用于数据持有。为数据持有者的秩序和平考虑,数据的占有保护应当建立在数据持有的事实状态基础上,不问数据持有的合法性来源。

#### (二)数据的非竞争性利益与数据访问权

数据访问权是指,数据持有者享有的在一定条件下禁止他人访问数据的权利。具体而言:第一,数据访问权是数据非竞争性利益的典型表现。此外,数据持有者禁止他人复制、分析、挖掘、传播或公开数据的权利,均以数据访问为基础。第二,数据访问权应为数据持有者的数据产权法律能力,而非仅是特定场景中用户或第三人的请求权。第三,数据确权难题在于何种情况下赋予数据持有者完全排除他人访问的全面数据访问权,何种情况下仅赋予有限数据访问权。笔者主张区分公开数据与非公开数据界权,前者原则上允许自由使用,后者未经同意不得访问。

数据访问权的保护应当参考知识产权,而非占有制度。判断他人使用数据是否侵害数据访问权时,应考察该行为是否落入数据持有者专有权利领域。在数人分别或共同持有同一数据的场景中,针对他人非法访问,只有享有数据产权的主体才有防御性请求权或损害赔偿请求权。数据访问权的交易应注意:第一,只有依据合同或法律享有自主数据访问权的主体才能转让或许可他人使用数据。第二,在数据无权处分中,不适用善意取得;未来若建立与权利状况一致的数据产权登记制度,则可能实现数据的善意取得。

(原文刊载于《华东政法大学学报》2025年第2期)