



观点新解

张涛谈风险预防原则在个人信息保护中的适用与展开——应从三个方面对个人信息保护制度进行完善



中国政法大学张涛在《现代法学》2023年第5期上发表题为《风险预防原则在个人信息保护中的适用与展开》的文章中指出：

随着数字风险社会的兴起，个人所处的数字环境日趋复杂。大数据、物联网、人工智能等数字技术的快速发展与广泛应用，使个人信息保护风险存在诸多不确定性和不可逆性，这推动着个人信息保护基本原则的更新。风险预防原则不仅回应了数字风险社会背景下个人信息保护的现实需求，而且是实现个人信息国家保护义务的内在要求。

在大数据时代，个人所处数字环境的复杂性以及个人信息保护风险的不确定性与不可逆性为风险预防原则嵌入个人信息保护领域提供了逻辑前提。除此之外，个人信息权的基本权利属性及其所具备的功能则为风险预防原则嵌入个人信息保护领域提供了法理基础。将个人信息权作为一项宪法基本权利，不仅可以弥补传统部门法视角下观点之不足，而且具备正当性和可行性，能够同时对抗公私主体对个人信息权的不法侵害，对个人信息风险源进行全覆盖防治。在基本权利理论中，一般认为，基本权利主要具有主观权利功能和客观法功能，并以此来建构宪法上实现基本权利的最大可能保护网。在主观权利功能的面向，体现在基本权利作为防御权与社会基本权利所建构的保护法益；在客观法功能的面向，则体现在基本权利作为客观价值秩序、制度性保障、组织与程序保障以及国家的保护义务所建构的法益。既然个人信息权的基本权利地位得以证成，那么，其当然也具备基本权利的功能。就个人信息权的主观权利功能而言，其可以为公民个人信息不受国家公权力侵害的请求权提供依据；并且在侵害发生时，也为排除国家侵害的请求权提供依据；就个人信息权的客观法功能而言，其不仅要求国家为公民个人信息权的实现提供制度性保障以及程序与组织保障，而且，还要求国家负有义务保护公民个人信息的实现，使其足以对抗第三人（尤其是其他私人）所造成的不法侵害。

风险预防原则具有重要的体系形成功能，解释指针功能、法政策功能等，有助于使规制手段的相关讨论结构化，容易形成体系，在缩减裁量空间或者判断余地时发挥重要作用。为了便风险预防原则能够在个人信息保护领域有效运行和展开，有必要从以下三个方面对个人信息保护制度进行完善：一是在立法层面，确立风险预防的基本原则地位及配套规则；二是在执法层面，风险预防措施的类型化构造；三是在司法层面，优化风险预防原则的司法因应。

吴英姿谈生态环境损害赔偿磋商协议——是兼具公法与私法双重法律属性的和解协议



南京师范大学法学院吴英姿在《清华法学》2023年第5期上发表题为《论生态环境损害赔偿磋商协议的司法确认》的文章中指出：

生态环境损害赔偿制度是典型的现代社会风险规制领域的立法。现代社会风险的公共性、双面性、技术性特征，决定了对风险的规制不可能单纯通过私人自治处理，也不可能片面依赖公管制。以制定排污标准与针对生态环境破坏行为行政执法为核心的公管制在事前预防、主动行权、及时制止损害行为方面的优点是毋庸置疑的，但其局限也很明显。而私法救济主要是依靠司法途径，即因生态环境损害事件利益受损者以提起诉讼的方式，追究加害人法律责任。司法程序中证据调查与事实发现规则在判断加害行为与损害结果事实方面有信息优势，可以直接地、精准地确定加害行为人，有针对性地发挥威慑、激励作用。通过个案的法院裁判与执行将抽象的规制标准与行为规范具体化，实现规制标准与行为规范的再生产，以此矫正破坏生态环境的行为。但事后救济的缺陷也不容忽视。总之，只有同时站在公法和私法合作的高度，才能准确理解生态环境损害赔偿磋商协议司法确认的功能定位。司法确认在生态环境损害赔偿制度中最为重要的作用，是在索赔机制中引入司法审查。通过法院对磋商协议进行合法性审查，确保生态环境赔偿方案的正当性与可接受性。

生态环境损害赔偿磋商协议既不是民事调解协议，也不同于一般民事和解契约，而是一种兼具公法与私法双重法律属性的和解协议。司法确认程序不是非讼程序，而是略式诉讼程序。法院无需对生态环境损害赔偿争议进行实质审理，主要审查申请材料即快速作出裁判。该种程序的目的在于解决民事纠纷，而是快速形成执行名义。如何避免为虚假磋商、强制磋商背书，成为司法实践难题。法院运用司法确认程序对磋商协议进行司法审查时，不仅要遵循自愿原则、合法原则，还要遵循实质尊重原则和公共利益最大化原则。司法审查的重点放在磋商程序及协议内容两个方面的合法性，旨在增强磋商机制正当法律程序特质，提高磋商协议的公共理性与可接受性。磋商协议司法确认程序适用范围和运行要求超出了现行民事诉讼法的规定，应当为之设置特别程序规则。

(赵珊珊 整理)

法学洞见

郝铁川

多数学者认为《周礼》成书于战国年代，因此，它含有不少春秋战国法制史料，我们可以和春秋战国时期的其他史籍相互印证，一窥那个时期的法制全貌。

春秋时期的成文法公布

《周礼·秋官司寇》记载，正月初一，大司寇开始向各诸侯国和王畿内的采邑宣布刑法，把形成文字的刑法悬挂在象魏上，让万民观看刑法。过十天收藏起来。小司寇率领下属观看刑法，摇响木铎命令说：“不遵守刑法的，国家有常设的刑罚在！”(又用这话来)命令士、县士、方士、诂士等。接着又向四方宣布刑法，并将五禁的条文悬挂公布。

《左传》记载，公元前536年三月，郑国执政子产命令把郑国的法律条文铸到鼎上，公之于众；公元前513年，赵鞅向晋国民众征收“一鼓铁”铸造铁鼎，并在鼎上铸上范宣子所制定的“刑书”，公之于众。《周礼》所载成文法公布的情形当本诸于《左传》记载的这些事实。有学者依据《周礼》说成文法的公布始于西周，笔者认为不合理，因为一生致力

案例编纂制度

成文法的公布对罪刑法定的统一、普遍实施固然很有益处，但其也有滞后、模糊等局限性，因此，时人马上以编纂成例的方式指导司法的统一性。《周礼·秋官司寇》中士师的职责是掌管司法官断案的八个方面的成例：一是有关盗取国家机密案件的成例，二是有关叛国作乱案件的成例，三是有关为外国作间谍案件的成例，四是有关违犯王的教令案件的成例，五是有关诬称王命案件的成例，六是有关盗取国家宝藏案件的成例，七是有关结党营私案件的成例，八是有关诬蔑国君或大臣案件的成例。

《周礼》的这一记载，在云梦秦简中有关“廷行事”的记载中得到印证。“廷行事”即判案成例，在秦朝时已把司法机关的判例作为司法实践中除律文之外可资援引的审判依据了。如“盗封晋

夫”条有“可论?廷行事以伪写印”。这些“廷行事”或出于补充规定尚不明确、不具体的成文法，或出于修订不合理的成文法，或出于维护既定成文法，或调整既有刑事政策，这种法律形式并没有违背罪刑法定的原则，是司法实践中同类案件判决的依据。

邻里互助和连坐制度

我国夏、商、西周社会和古希腊、罗马社会有一个很大不同，后者经过畜牧业和农业、手工业和农业、商业和手工业、农业的二次社会分工之后，父权家族制度被一夫一妻个体家庭制度代替，血缘关系被地缘关系所代替。所以，恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中主要依据古希腊、罗马的史料作出国家不同于氏族社会的两个标志：一是公共权力的产生，二是用地域关系而非血缘关系划分居民。而我国夏、商、西周社会没有经过恩格斯所说的农业和手工业、商业和手工业、农业的两次社会分工，家族血缘关系的纽带没有被地缘关系所切断，居处以族、生产以族、祭祀以族、械斗以族，迁徙以族、丧葬以族的习俗长期保存，只不过是和基层行政区划单位(里、比、间、村、甲)融合在了一起。《周礼·地官司甸》“大司徒”对此的记载是“令五家为比，使之相保；五比之间，使之相爱；四间为族，使之相葬；五族为党，使之相教；五党为州，使之相朝；五州为乡，使之

相宾”。因为有宗族关系的存在，所以才会有邻里之间互相担保(“五家为比，使之相保”)、有事可以互相托付(“五比之间，使之相爱”)、丧葬事互相帮助(“四间为族，使之相葬”)、遇到灾荒互相救助(“五族为党，使之相教”)、生活上互相周济(“五党为州，使之相朝”)、遇到乡贤则以宾客之礼相待(“五州为乡，使之相宾”)。

由《周礼》所载可知，古代邻里制度的主要关系是互相帮助，而不是连坐。《管子·立政》与《周礼》所载的邻里互助和连坐相似。一方面规定凡发现孝悌、忠信、贤良和优秀人才，如果出在本里家长的子弟、臣妾、仆役和宾客，那么就要逐级由什、伍长上报游宗，游宗上报里尉，里尉上报州长，州长再汇总上报于乡师，乡师最后登记举报到士师那里；另一方面又规定凡责罚与犯罪有牵连的人，问题出在家属的，应连带及于家长；出在家长的，应连带及什、伍长；出在什、伍长的，连带游宗；出在游宗的，连带里尉；出在里尉的，连带州长；出在州长的，连带乡师；出在乡师的，也要连带于士师。

秦国邻里之间只有连坐，而无互助制度。商鞅变法，“令民为什伍，而相告司连坐，不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏，匿奸者与降敌同罚”。这与《周礼》《管子》所载有大大不同。商鞅变法把原来宗法血缘关系中温情脉脉的一面荡涤了，连坐举报制度使人与人的关系互不信任、防患如城了。这一点，未被法史学界所关注。

构建中国自主的宪法学体系

《宪法的逻辑与合宪性》序言节选

书林臧否

莫纪宏

宪法是国家的根本法。宪法首先是法律，是调整人们行为的行为规范。作为一种法现象，宪法并没有与人类社会的一般法现象共生，而是人类法律文明发展到特定历史阶段的产物。目前国际宪法学界普遍认可的最早的宪法性文件是1215年英国《自由大宪章》。为什么在《自由大宪章》之前，人类社会可能会有最高法律效力的法规呢？这个问题是近现代宪法赖以有效生存的正当性逻辑起点。盖由《自由大宪章》有两个重要特征：一是规定了作为享有国家最高权力的国王也要受到《自由大宪章》的约束，国王的权威不能大过“宪法”；二是法律规定的个人自由不得被掌握国家权力的机关、组织和个人随意剥夺。这就意味着，只有旨在追求人人平等身份和个人自由价值的法律规范，才能达到“宪法”的基本要求。由此，宪法作为一种法现象的内在逻辑就有效生成了，这就是宪法作为一种法现象，它追求法规范超越于世俗社会最高政治权威的效力，就是说，宪法实现的法功能是对对人的“治”的功能，这就从根本上改变了法由人制定，法的权威不可能超越于制定的人的权威这一“人治”价值命题的束

缚，因此，在宪法的治理下，任何特权现象都不具有生存的正当性和合法性。《宪法的逻辑与合宪性》的出版适逢我承担了教育部委托的重大课题“中国自主的宪法学体系创新研究”任务。这是一个相当艰巨的学术重任。要建立中国自主的宪法学体系，必须从源头抓起，抓一些基本概念和范畴，特别是要重视宪法学知识体系的逻辑自治性。从宪法逻辑学的视角来看，不合逻辑的东西都是没有学术生命力和实践存在价值的，因此，我早年关于宪法逻辑学的研究成果和学术积累可以为下一步构建中国自主的宪法学体系提供一些学术方案，增强一些学术自信。中国自主的宪法学体系建设，不仅要关注宪法自身的逻辑，还需要关注宪法与部门法的关系，继而还要将以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系建设的政策要求对应到中国自主的宪法学体系构建中，从宪法作为根本法的法律特性与宪法学的对应关系来看，只有宪法学的知识体系成为中国法学的核心知识要点，宪法学成为其他法学学科的知识体系的逻辑起点，中国自主的法学体系才真正可能在规范的学术平台上加以讨论。

就宪法学体系的创新来说，建立中国自主的宪法学创新理论体系大概需要解决以下四个方面的底层逻辑问题：一是要确立现代宪法学就是现代法理学的底层逻辑，法理学不能仅仅依靠单纯的概念空转，必须要有一定概念关联技术，而要在概念之间建立可靠的逻辑联系，价值论是无法逃避的，所以说，宪法学是最可靠的实证法理学。将传统的法理学的概念体系纳入现代宪法学中，再另行组织法律语言学、法律逻辑学等交叉型的基础学科来研究法理学所面对的基础性法律规范构造问题，可以解决法理学的根本出路问题。二是要确立宪法学在法学体系中的核心地位，这个判断是辩证唯物主义和历史唯物主义相结合的重大理论判断。党的二十大报告明确提出，完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系。既然在法治实践的层面，宪法都是其他部门法的核心，那么，作为研究法现象的法学体系如何能够抛弃这种底层逻辑各自为政呢？所以，基于存在决定意识、经济基础决定上层建筑的马克思主义立场、观点和方法，宪法学必须是法学体系的核心，宪法学不发达，其他部门法学的知识就缺少可靠性，就无法造就中国自主法学体系的整体繁荣和进步。部门法学必须解决宪法在本部门法领域怎样将宪法具体了的问题，这是一个非常难的技术活，需要大量的法理创新。三是要关注中国自主的宪法学体系结构必须是以政治宪法学为基础的混合型宪法学。在中国搞宪法学，离开了党的领导这个基本前提什么都讲不清楚，一些人企图用宪法教义学或者是宪法解释技术来推动中国宪法学的发展，这是根本行不通的法理逻辑，法学技术问题可以交给法律语言

学和法律逻辑学解决。宪法学在规范层面主要应当讲清楚宪法作为根本法的社会功能问题，宪法的最大制度功能就是实现法价值，最大的社会功能就是反对特权。除了宪法能够承担上述使命，部门法根本没有能力去回答上述根本性问题。

四是要强化应用宪法学的知识积累和学科体系建设。传统宪法学的知识性质的法律性不够强，与政治学的学科性质过于靠近。我们说讲政治宪法学不等于简单地把政治学并入宪法学，而是要在政治学和宪法学之间建立比较清晰和可靠的法理逻辑联系。要突出宪法学的特点，就是把法治建设的重大问题纳入宪法学研究体系，例如，要把涉外法治作为应用宪法学的重要课题。某种意义上可以说，涉外宪法学就是应用宪法学。不从应用宪法学的角度去思考涉外法治，涉外法治中最基础性的理论问题就没有解决的逻辑路径。依靠传统的法理学理论，尤其是传统的国际法理论去构建自主的涉外宪法学框架，只能是缘木求鱼，此路不通。

所以说，要构建自主的中国法学体系并不难，只需要稍微调整一下研究视角，关注法学学科内部的底层逻辑就行。其中，宪法学的地位不能再被忽视了。宪法学中的底层逻辑问题应得到更多的学术关注，建立和完善合宪性审查机制是解决这个问题的实践路径，所以，中国自主的宪法学创新体系需要合宪性审查活动来提供和验证具体的素材和相关学术结论。

盗牛冤案

史海钩沉

张守东

如果说云梦秦简为我们展示的是秦国到秦朝天翻地覆的变化，那么同样出自湖北的另一考古发现，即江陵县城附近的张家山汉简，则为我们印证商鞅初始的秦法与萧何改编的汉律之间的传承。

在《汉书》中，南郡的楚民还在以地方民俗、习惯抵制秦律，而在张家山汉简中，秦国故地的刑刑)讲请求乞糶，说：“讲原为乐人，未与士伍毛共谋盗牛，却被雍县确认与毛共谋，对讲适用黥城旦的刑罚。”

2.复赦。(秦王政)元年十二月癸亥，亭庆到雍县控告：毛所失的牛似乎是盗来的赃物。讯问毛……认定说：“讲与毛共谋盗牛，事实清楚。”在(二年)二月癸亥，丞昭、史鞅、贲、赐对讲处以

城旦。3.调查当事人。讲称：“因十一月以乐人身份集中在咸阳服役，故未与毛见面。”史鞅讯问，因不承认与毛共谋盗牛遭到笞打。数日后，又就共谋进行讯问，回答说确实没有盗。于是被摁在地上，以水浸后背。毛坐在其旁边，说在十月与讲见面并商量盗牛。讲也担心被拷问，只好自诬。查验讲的身体，可见其后背从肩到腰有无数大小不一的瘢痕……

4.质问毛。问：“没有与讲共谋，为何在初次被审讯时不告知真情？”答：“如与告知真情前的供述不一致，就担心被拷问。”问：“没有与讲共谋，为何说有？”答：“不能忍受拷问的痛苦，因此就诬告讲。”查验毛的背上，从肩到腰有无数大大小小的瘢痕……

5.质问原审负责人。贲答：“因毛说谎，故要笞打之。”贲答：“不知道毛诬告讲，与丞昭、史鞅等裁定讲犯了盗牛罪。昭、贲、赐所讲与贲相同。”

6.乞糶论绝。讲未与毛共谋盗牛。吏拷问毛，毛不能忍受痛苦而诬告讲。昭、贲、赐、赐适用刑罚不当，以上全部清楚。

7.廷尉下令平反。二年十月六日，廷尉兼告诉汧县令夫。……讲一直被关押在贲县。将其释放成为“隐官”(因受刑罚不便重回老家生活，故由官府负责集中安置，使其自食其力)，并得以“自常”(即“自尚”：与家人团圆，官府赔偿财产损失)

后，送於县安置。已被卖掉的妻、子，县官为之赎身，被没收并已售掉的其他物品，已被作价偿还给讲。将免除连坐者之资(罚金)，并返还给其本人，急速还此书到雍县。”

讲因上诉而使其冤案获得平反的这个案子为我们呈现了上诉与复审的审判与执行程序。秦汉时代的上诉叫乞糶，因为初审叫鞠，所以请求再审就叫乞糶。关于鞠的程序，依据喜的随葬竹简，从秦到汉初，构成地方诉讼程序的三个支柱是“告”“讯”“论”，核心是“讯”，即“讯问”。讯问的具体内容是向嫌疑人提出指控，并诘问直至认罪。在此阶段，要判断已得“情”，也就是曹判论战所谓“必以情”的“情”，即真实情况。得情，也是审讯的主要目的。

作为“皆有法式”的秦国法制的重要部分，审讯是一个被法律严格规制的过程。《云梦秦简·封诊式》中有“治狱”“讯狱”的具体操作规程，其中“讯狱”规定：

凡讯问时，必须先听当事人的口供，并记录下来。使受讯者各自供述，使知道虚假，也不立即诘问。供述已记录完毕，如有没讲清楚的问题，就诘问。诘问时，再次听其辨明，并记录下来，然后出示其他没讲明白的问题，并就此再次进行诘问。虽然用尽各种办法，但(被诘问者)多次陈述虚假之辞，改变口供，并拒不认罪，按法律规定应该拷问时，就进行拷问。拷问时必须让

人记录下来：“爰书。因某多次改口供，并无从辩解，故拷问某。”

“讯狱”让我们看到这样的法制理念：第一，刑讯合法；第二，刑讯受到严格限制。因为，按照规定，法官只有在被告人拒不承认，而法官已根据调查报告和其他证据掌握被告人罪证的情况下才能合法使用刑讯；同时，法官还必须把被告交代，法官本人诘问，如何使用刑讯的情况一律记在“爰书”中。“爰书”一直到清朝都用于指称法律文书。虽然到了清朝，国人的识字率还只有百分之一，但秦人在两千多年前即已设立全程书面化的审判程序。书面化至少可以发挥两个功能：一方面，使法官的判案置于官僚体制的监控下，上级随时可以通过查阅卷宗发现审判中存在的问题，进而实行错案追究制，让法官对自己的判决承担责任，并由此使官员就其司法审判对君主负责，从而强化君主的政治权威；另一方面，使错案的受害人有机会得到平反，使司法腐败和不法行为得到纠正，为受害人最终获得正义提供机会。

就此而言，盗牛案给我们展示了秦人司法的一体两面：一方面，因为刑讯合法而可能有冤案发生，讲就是刑讯逼供的受害人；另一方面，上诉程序为纠正错案提供机会——刑讯程序造成的冤案从可以纠正冤案的上诉程序得到补救。

(文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版)