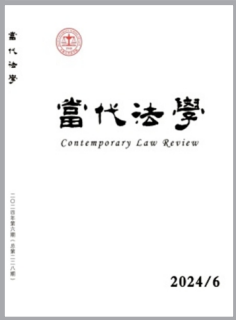


观点新解

詹建红谈明确大数据侦查中的技术行为规则——
应立足于数据的采集利用校验三个环节



中南财经政法大学法学院詹建红在《当代法学》2024年第6期上发表题为《大数据侦查的行为规制主义路径:理念检视与规则优化》的文章中指出:

近年来,随着侦查中大数据技术应用范围的拓展,大数据技术日益融入侦查活动的各个环节,并演化为以“大数据侦查技术”为指代的集成化应用模式,从而形成一种新的侦查范式:大数据侦查。这种侦查范式的核心做法是,通过大规模网络传感系统、云存储技术和人工智能算法的深度结合,将侦查的空间、对象及手段量化为计算机数据,并在此基础上确定犯罪嫌疑人和查明案件事实。

时至今日,大数据侦查的功能范畴已经超越了早期的犯罪趋势预测、区域警力分配,基本涵盖了从犯罪线索发现到犯罪嫌疑人锁定、犯罪证据收集、侦查决策辅助的方方面面,不仅使得侦查活动的形态发生了新的变化,还使得侦查活动的程序性控制体系暴露出结构性缺陷。面对这些挑战,以令状审查主义和权利保障主义为主导理念的传统控制路径,在司法和立法层面陷入了制度困局,而法律保留主义的控制主张也难以接受逻辑自治性的检视。

解决程序性控制问题的关键并不完全在于司法审查、权利强化或法律保留,而是在于功能保留,将实施时间、实施地点、实施强度等技术行为要件作为规制的核心,以防止大数据技术中的支配性要素被随意利用,从而保证侦查活动中各主体间能够实现协同合作而又不至于偏离其应有的定位,避免司法逻辑与行政逻辑、商业逻辑的混淆,此即行为规制主义的基本立场。

大数据侦查并不是一项单一的技术措施,而是一系列技术要素的组合。在行为规制主义的立场上,除需要对数据采集和利用等技术行为进行入口控制外,还应关注如何规范涉及数据采集和利用技术的程序流转过程,以促进相关技术的持续研发及应用的有序性。在当下,尤其需要重视对大数据侦查行为进行预防性规制,对于侦查机关采集相关数据的事后规制,则应遵循限制使用原则,即除了法律明确规定和数据主体同意的情形外,侦查机关所采集的数据不能用于侦查以外的其他目的。循此思路,就有必要在秉持“目的明确”和“限制使用”的总体原则下,立足于数据的采集、利用和校验这三个重要环节,明确大数据侦查中的技术行为规则。在对数据采集行为进行概念整合的基础上,围绕权利保障和外源控制确立数据采集控制规则,围绕分级控制和技术边界确立数据利用限缩规则,围绕真实性保障和可靠性保障确立数据内容校验规则,同时强化程序环节的动态控制和改进违法侦查的制裁逻辑,以实现大数据侦查程序性控制体系的同步升级。

褚婧一谈人脸照片能否归入生物识别信息——
生物识别信息的技术要素是判断标准



中国政法大学法学院褚婧一在《行政法学研究》2024年第5期上发表题为《人脸照片应归属于生物识别信息吗?》的文章中指出:

伴随公共安全视频监控的全覆盖以及智能家居的不断普及,面部图像被越来越多的公、私主体采集与存储。加之,当下以身份识别和验证为主要功能的人脸识别技术被广泛使用,虽不可否认这一技术所带来的便利,但其对于作为生物样本的人脸、人脸数字化而成的面部图像以及基于面部图像分析生成的面部识别模型都带来一定程度的生物隐私风险。

在数字人脸时代,人脸照片成为数字身份的重要组成部分,人脸照片信息成为数字参与的重要内容。伴随生物识别技术的发展,围绕人脸照片的违法行为层出不穷,以深度伪造为代表的数字人脸操纵更是引发了严重的生物隐私风险。为保护信息主体的生物隐私权益,规范生物技术使用者的信息处理行为,以人脸照片为代表的面部图像的信息属性亟待厘定,争议焦点在于人脸照片与生物识别信息的关系。

基于生物识别信息与敏感个人信息的交叉重合关系,有必要对生物识别信息建立起单独的保护机制,并在人工智能立法背景下探索依据系统内信息属性对人脸识别展开规制的新路径。

生物识别信息的概念由范围、技术与功能三要素构成。在人脸识别等第一代生物识别技术背景下,生物识别信息的范围要素是指“与自然人的身体、生理或行为特征有关”,技术要素为“经由识别或验证技术处理”,功能要素是“能够实现对自然人的已识别”。以情感计算和生物特征分类技术为代表的第二代生物识别技术的发展将扩展生物识别信息的内涵,即范围要素扩展至生物信号、技术要素加入了探测与分类技术、功能要素则新纳入可识别标准。作为作一般个人信息的人脸照片,技术要素是判断其能否归入生物识别信息的标准。在当下,已进入或即将进入识别、验证技术展开生物比对活动的人脸照片,应归属于生物识别信息;在将来,已进入或即将进入探测、分类技术的人脸照片,也应归属于广义的生物识别信息。

(赵珊珊 整理)

周朝“冠礼”与古罗马成人礼的差异



法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

根据《仪礼·士冠礼》和《礼记·冠义》的记载,周朝的贵族男子到20岁时,要在宗庙中由父亲主持举行冠礼,即孟子所说的“丈夫之冠也,父命之”(《孟子·滕文公章句下》)。在行冠礼前,要选定日期和选定加冠的来宾。行礼时,嫡长子必须在序(阼阶上)进行,表示成人后可以成为主人。仪式的内容,主要是由来宾加冠三次,初加缁布冠,再加皮弁,三加爵弁,称为“三加”。三加后经过来宾敬酒,再去见母亲。随后,再由来宾替他取“字”,然后就去见兄弟姊妹。在更换玄冠、玄端后,再手执礼品(挚),去见国君、乡大夫和乡先生。最后由主人向来宾敬酒,赠送礼品,送出宾客,才算礼成。男孩在未行“冠礼”前,作男孩儿的打扮,行“冠礼”时由来宾加冠,穿上贵族的成年服装,表示开始“成人”了。男孩原来只有父亲所取的名,行“冠礼”时由来宾替他取“字”,“字”是贵族中“成人”尊敬的称号,有了“字”就表明成为“成人”了。

根据杨宽先生《西周史》的研究,“冠礼”是由氏族时期的“成丁礼”演变而来。“成丁礼”也叫“入社式”,是氏族公社中男女青年进入成年阶段必经的礼仪,按照当时习惯,不到一定年纪就无权利成为部落正式成员,少年和儿童只能算作部落的常住民。男女青年随着成熟期的到来,在连续几年内进行一定程度的训练和考验,具有必要的知识技能和坚强的能力,具备氏族正式成员的年龄和能力等条件,通过“成丁礼”,方可成为氏族的正式成员,在氏族社会中享有权利,履行义务,如参加氏族会议、选举和罢免酋长等,还必须履行成员应尽的义务,如参加主要的劳动生产和保卫本部落的战斗等。“冠礼”由氏族社会的“成丁礼”演变而来,较前不同之处,一是只有贵族才有资格举行,叫作“冠礼”的“成丁礼”,二是举行“冠礼”的目的,在于巩固贵族组织,确定在礼制等级中的地位,维护宗法制度。因此,他们在“冠礼”后需要履行的主要是服兵役、结婚生子、克尽孝道等义务,体现的是一种义务本位的文化,和自己血缘关系越近的人,自己承担的义务越多;和自己血缘关系越远的人,自己承担的义务越少。

古罗马事实上也有“成丁礼”,15岁举行成人礼,17岁参与阐述自己观点的公众演讲等,25岁可以做生意。与周人“冠礼”不同的是,罗马的成人礼更偏重确定人的权利。在罗马法中,并非所有具有法律人格的人都享有行为能力,它要依据其年龄、性别和精神健全与否而定。依据年龄,罗马法将人生分为四段,幼儿的

(不满7岁的人,完全无行为能力)、儿童(7岁以上,未达适婚年龄的人,有限制的行为能力)、未成年人(已满适婚年龄而未满25岁的男子)和成年人(满25岁的男子,具有完全的行为能力)。罗马法中行为能力的规定,主要是为了确定谁是权利主体。在罗马法中,自然人首先被划分为有身份的人和生物意义上的人。有身份的人指的是能够成为权利主体的人,即具有法律意义上的人;而生物意义上的人则包括奴隶和自由人。能成为权利主体的人必须具备一定的资格,即享有权利承担义务的资格,在罗马法中这称为人格。值得注意的是,奴隶虽然是人,但因不具备人格,所以不能成为权利主体。其次,罗马法规定了自由权,市民权和家族权三种身份权,这三种身份权共同构成了自然人的完整人格。具体来说,自由权是自由实现自己意志的权利;市民权是罗马市民依市民法所享有的特权,包括选举权和被选举权、荣誉权、结婚权、财产权(包括订立契约和立遗嘱)以及诉讼权;家族权则是指家族团体内的成员在家庭关系中所享有的权利,包括家长权、夫权和家主权。在这三种权利中,自由权最为重要,家族权则相对较低。如果一个人不享有自由权,也就意味着他同时不享有市民权和家族权;而如果市民权被剥夺,并不意味着同时失去自由权,但必定会失去家族权。最后,人格会随着身份地位的改变而发

生变化,这种变化称为人格减等。例如,自由权的丧失会导致人格大减等,市民权的丧失会导致人格中减等,家族权的丧失则导致人格小减等。

周朝的“冠礼”似乎主要是为了确定谁是义务主体。比如,“冠礼”之后,男子的首要任务是要根据“父母之命,媒妁之言”结婚生子,因为“不孝有三,无后为大”;父母在,不得另立门户,“别籍异财”“父母在,不远游,游必有方”。从政治上来说,要“移孝作忠”,为朝廷称臣纳税、服兵役、服役。

古罗马的自由民主要包括平民和贵族,他们享有一些基本的权利:一是财产权,自由民的根本特征是享有财产权;二是人身自由,自由民中的下层,即平民,享有人身自由;三是参与政治活动权利,平民可以参与政治活动,例如在公民大会上投票;四是享有法律保护的权利,自由民受到法律的保护,不能被任意剥夺生命或财产,等等。

之所以有上述差异,原因主要是:周代是自然经济占主导地位,古罗马是商品经济占主导地位。自然经济重视义务,商品经济重视权利;周代是贵族君主制,古罗马是贵族共和制。贵族君主制讲究等级,贵族共和制相对重视平民的政治参与权利;周代是宗法制家族社会结构,古罗马是个体家庭社会结构。宗法制家族重视从血缘关系上确定人们社会地位的高低,个体家庭为主的社会相对重视从个人后天的成就上确定人们的地位。



民法理论应随时代而激荡
《民法学原理》序言



书林臧否

□ 姚新华

在《民法学原理》出版前,中国政法大学还没有编写和出版过民法本科教材,撰写这本书就是奔着教学需要去的。20世纪80年代后,各政法院系都开设有民法这门大课,大课之下再分设几门课程。一般都设有民法总则,分则就不一样了,有参照法律名称,如财产所有权法、合同法、婚姻法、继承法等。各院校的民法课讲授的框架和理论,是参照苏俄民法学理论,这是从20世纪50年代延续而来的。民法课程讲授内容则是围绕单行立法及司法解释、民事政策展开。这样的讲授至多能讲清楚一些民法基本概念,在学术上显得干巴巴的,无法把民法丰富的理论内涵表达出来。那时还有民法经济法之争,经济法开设的课程中也有部分课程与民法重叠。其时,不独是民法,整个法学学术都在草创阶段,有人文学者就戏称法学为“幼稚的法学”。这些芒刺在背的评价,也更加鞭策着我们要撰写出能称得上是“学术”的民法教材。

使命和任务牵引,撰写这本教材必须从民法体系入手,通过体系把民法厚实的理论内涵写出来。主编张俊浩教授为了写书,有一年多常

住昌平,闭门思考这些问题,并多次召集撰稿人讨论,讨论集中在如何突破落伍于时代的教材结构,展现中国移植民法近百年过程中取得的成就并指出其存在的不足,尽可能汲取国外最新的学术思想。因为是中国民法课用的教材,最难的是如何与制定法匹配,在历史的经度和欧陆民法的纬度上,表现出中国学者对民法学所作的探索及学术上的最新发展。在讨论中也发现,当时奉行“宜粗不宜细”的立法取向,留下很多延伸解释的可能,深入其中就可以呈现出民法理论的无限空间,写出制定法所没有的内涵,揭示对立法走向的规律性认识。只要把全书的结构搭好,不仅能覆盖制定法,让学生在体系化的理论中掌握法律;同时又能超越制定法的局限,让民法课程成为一门法学素养的训练课,使本科生具备初步分析问题的学术能力,打下扎实的法学专业基础。

适逢当时官方提出“有计划的商品经济”,与民法通则立法时的背景大相异趣,这就为突破各种条条框框,再次引入欧陆市场国家的民法理论提供了外在的条件。在体系构建、论证说理,概念界定诸方面,回归至欧陆民法体系,再兼容当时的制定法并明确指出其局限。这一写作路径在当时确实属十分大胆,突破了沿袭多年的教材范式,对提高民法课品质,开阔学生的学术视野,起到了引领作用。

《民法学原理》以总则为纲,则将财产权分为物权、债权、知识产权、继承权四大类。既有对欧陆民法体系的借鉴,也融入了撰写者的思考。这里以张俊浩教授写的总则部分为例,可以粗粗领略作者的创意。在民法总则中,对市民法由来,法律行为与意思的关系,法律行为对物债两权的穿透,及民法中人的本质等诸多方面,本书不仅作了学术梳理,也表达了其独到的见解。本书在撰写过程中还多次提到,教材的字数容量有限,重要的学术观念或学术思想,不允许太多的文字论证,用构建的体系去表达会同样有力。如关于人身权,制定法及很多民法著作在体例上,将之作为与财产权并行的权利,置于民法分则。本书就认为,一个自然人离开人身权就不可能成为丰满的人,甚至与动物都相去不远。人身权与自然人须臾不可分离,是法人不具有的权利,置于分则即成了自然人与法人共享的权利,完全违背了民法的宗旨。所以,在搭建全书结构时,毫不犹豫地把人身权放在总则,列于自然人这一单元,排除了法人对人身权的适用。对人身权的这一结构调整,显然比用一堆文字去论证人身权多么重要,有着更强大的说服力。法人是工具人,自然人才是民法的终极关怀,是民法被称为人法的根本所在。将工具人与民法的终极关怀并行,无疑降低了自然人地位。只有将形式逻辑与价值判断统一,才能形成一个更完美的学术体系。就此而言,

被称为里程碑的德国民法也是有重大缺陷的。本书还用马克思主义历史唯物论分析,认为将法人编制于总则,实质是资本主义市场制度中,资本吃人在民法上的表现,尔后的“契约正义”“消费者主权”等学说,都是在为此打补丁堵漏洞。当然这些颠覆体系的想法,写进教材审议会系很大,不能编入书中,只能在课堂中去阐发,让学生们从中感悟并学会学术批判。一份淡定,一份自信,张俊浩教授对民法的深刻理解和独特见解,那真似泛行于大河之上的一叶独舟,勇敢而又孤独地前行。

民法作为一个外来法,自清末以降,先是移植欧陆法系,新中国又转而引入苏俄理论。百多年的左支右绌,并无体系上和理论上的突破。当今世界正处于百年未有之大变局之中,民法理论应随时代而激荡。《民法学原理》在社会转型期对民法理论所作的探索,只是那个年代的学人思考,不能因此固步,深谈起来,中国的民法理论与立法一样,一直是处于引入和补课状态,对西方法律及其学说长期抱着仰视心态,继受多于批判,更缺乏在自身文明基础上作出创新式发展。“学徒”总有“满师”之日,出师之后应有自我主张。对于一个有五千年文明的民族来说,只有俯视这个地球,才可堪树立真正的学术自信;也只有与中华文明结合,才能创造出属于民族的也是世界的法学!



新婚犯逾年杖

史海钩沉

曹侍中彬为人仁爱多恕,平数国,未尝妄斩人。尝知徐州,有吏犯罪,既立案,逾年然后杖之。人皆不晓其旨。彬曰:“吾闻此人新娶妇,若杖之,彼其舅必以妇为不利而恶之,朝夕笞骂,使不能自存。吾故缓其事,而法亦不赦也。”其用志如此。

——《涑水记闻·卷二》

解析:新婚犯逾年杖

《新婚犯逾年杖》一案说是北宋开国功臣曹彬在任徐州地方官时,手下有一官吏犯罪,因其新婚,曹彬为免新妇背上“扫帚星”之骂名,一年后再对该犯罪官吏施以杖刑的故事。曹彬的“缓其刑”虽与当今的缓刑制度有着本质区别,但其“柔性执法”背后所蕴含的“慎刑”“宽刑”思想仍为现代刑法所承袭,其对于自由裁量权的把握亦值得我们学习与借鉴。

1.古代“慎刑”“宽刑”思想的深远影响

我国古代虽刑民不分,以刑为主,“重刑主义”的治国理念在古代法制史的发展历程中长期占据主导地位,法外用刑,酷刑、滥刑现象不在少数。但不可否认的是,古代刑法依然向着“慎刑”

“宽刑”的趋势发展,例如汉代废除肉刑,北齐废除官刑,到了唐代更是提出“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的治世理念,推崇“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚”的慎刑观。这种“慎刑”“宽刑”思想最早可追溯至三代时期,西周更是提出了“明德慎罚”的法律思想。而“慎刑”“宽刑”思想除了体现在刑罚种类的轻重变迁,在量刑、行刑上亦有所体现。《新婚犯逾年杖》一案便是“慎刑”“宽刑”思想在执行刑罚时的体现。本案发生于北宋年间,当时宋朝在历经唐末五代动荡,酷法律虐之后,统治者为了稳固政权、安定人心,故在立国初期提倡“仁政”,这种“慎刑”“宽刑”思想正是刑法谦抑性原则在现代法治得以确立和发展的乡土基础。

2.谦抑刑法理论的现代体现

刑法的谦抑性是由刑法在法律体系中的地位以及刑法的严厉性决定的,指刑法应依据一定的规则控制处罚范围与处罚程度。现代刑法所遵循的罪刑相适应原则、宽严相济刑事政策等即谦抑性原则的集中体现,缓刑、减刑、假释等制度更是对这些原则的贯彻和具体化。这些制度设计在我国同样有着深厚的传统法律文化基础。如本案中曹彬“缓其刑”虽与现代缓刑制度有所不同,但其中蕴含的以人为本的人道主义精神实乃相通。而缓刑制度作为谦抑刑法的具体表现形式之一,在我

国古代也有迹可循。这些制度的设立初衷主要是希冀犯罪人能够悔过改正,达到惩戒教育的目的。尽管与现代刑法谦抑性限制国家权力、保障公民权利的本质属性有所不同,但其中蕴含的惩办与宽宥、惩罚与教育相结合的理念与谦抑刑法理论是一脉相承的。

3.法官自由裁量权在审判活动中的体现与把握

我国古代司法“重实体、轻程序”,人治属性鲜明,宋代虽立法制严,但用法宽宥,加之立法体例多变,编敕、编例规模庞大,断案依据时常朝令夕改,故地方法官在审理案件时自由裁量权较大。曹彬在本案中对犯罪官吏适用“缓其刑”便是其自由裁量的结果。而曹彬作出这一决定既有其性格仁厚的因素,也有对犯罪官吏的家庭背景、当地风俗人情的审时度势,其中的精神和理念对现今司法者在量刑时如何把握自由裁量的尺度仍有深刻的借鉴意义。

一方面,从主观因素来看,身为司法者应当为人正直、良善,并具备一定的专业知识背景。本案中,曹彬“为人仁爱多恕,平数国,未尝妄斩人”。《宋史》中对曹彬更有“仁恕清慎,能保功名,守法度,唯彬为宋良将第一”的美誉。可见,曹彬虽位兼将相,为人却仁敬和厚,体恤下属、百姓,故其作出“缓其刑”的决定可谓是性格使然。同样

地,我们在选任司法人员时对其职业道德和素养必然要有较高的要求,除了需具备专业的学历知识背景,还需有端正的品格,为人正直、心怀良善。

另一方面,从客观因素来看,首先,要充分注意当事人的个人情况和家庭背景。本案中,曹彬对犯罪官吏的个人家庭情况了如指掌,知晓其新婚燕尔,即刻执行杖刑可能恶化婆媳关系,导致家庭破裂。惩罚的目的是教育与预防,但若量刑失之偏颇会使受罚对象心生怨怒而达不到惩戒效果。其次,要结合当地实际情况兼顾风俗习惯。我国古代社会“男尊女卑”的封建观念和“天神感应”的迷信思想根深蒂固,曹彬正是考虑到若即刻执行杖刑恐新妇遭到婆家羞辱才最终“缓其刑”。最后,量刑时要充分考量犯罪性质、犯罪情节与人身危险性。宋太祖于建隆四年便颁行“折杖法”,对轻罪均可施以杖刑,以代替笞、杖、徒、流四刑,但对反逆、强盗等重罪不予适用。本案中的犯罪官吏被施以杖刑可见其所犯之罪并非十恶不赦之重罪,社会危害性不大,曹彬“缓其刑”已是对其犯罪性质、犯罪情节与人身危险性予以考量,是以通过感化达到教育和预防的根本目的。

(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)