



法治中国建设的中国逻辑



前沿聚焦

姜秉曦

为了更好地统筹推进全面依法治国工作,日前,中共中央印发了《法治中国建设规划(2020-2025年)》(以下简称《规划》)。《规划》是新中国成立以来第一个关于法治中国建设的专门规划,是深入贯彻落实习近平法治思想的重大成果,构成了“十四五”时期统筹推进法治中国建设的总蓝图与路线图。《规划》以“法治中国”为题,旗帜鲜明地突出了法治建设的中国属性,要求推进全面依法治国必须紧扣法治建设的中国命题,依循法治建设的中国道路,解决法治建设的中国难题。

法治中国建设所承载的历史逻辑

《规划》第一部分明确把法治中国建设定位“在统揽伟大斗争、伟大工程、伟大事业、伟大梦想,全面建设社会主义现代化国家新征程上”,构成了世界法治文明的重要组成部分。基于不同的历史背景与基本国情,中国法治建设所理解和追求的现代性与西方是不同的。西方法治产生于启蒙时期,强调了对君主专制、神权政治的反抗,并将“个人主体性的自我实现”作为法治建设的主导目标,有着浓重的个人主义色彩。即使现在,对于西方社会而言,作为“保证自由的法律技术手段体系”的形式法治国仍然构成其法治建设的前提与核心。而我国的法治建设最初移植于西方,并在部分原理层面受到后者影响,但双方在底层逻辑上有着根本性的区别。对于我国而言,推进法治建设的初衷在很大程度上是为了通过自上而下的统筹与改革,维护国家的主权与安全,实现民族独立与国家富强,进而完成向现代国家的过渡。它的背后反映了一种以国家为导向的法治建设逻辑,

强调只有在国家具有自我保护以及保护其国民能力的基础上,才有可能实现对于个人权利的保障。立足于这一历史逻辑,法治中国建设的首要任务在于通过法治轨道,运用法治方式,实现国家的现代化与治理的有效性。正因如此,《规划》第一部分进一步将“全面依法治国摆在全局性、战略性、基础性、保障性位置”,确立了坚持党的集中统一领导,坚持统筹推进,并将法治中国建设的最终落脚点安置在“推进国家治理体系和治理能力现代化,提高党依法治国、依法执政能力,为全面建设社会主义现代化国家、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供有力法治保障”之上,从而形成了一种以国家为中心建构法律秩序,并由国家主导法治体系战略布局与整体推进的法治建设思路。基于此,我们应当认识到,《规划》强调了法治中国建设的公共属性,突出了对于国家能力与治理效能的追求。也就是说,法治中国建设并非单纯运用法律去限制国家,而是要在法治轨道中实现国家治理能力与治理体系的现代化。

法治中国建设的规范逻辑

《规划》第二部分要求在法治中国建设进程中“必须高度重视宪法在治国理政中的重要地位和作用,坚持依宪治国、依宪执政,把全面贯彻实施宪法作为首要任务,健全保证宪法全面实施的体制机制,将宪法实施和监督提高到新水平”。法治本质上是一种规则之治,它以法律条文为载体,以法律规范为依托,要求将国家运行的标准、界限以清晰、明确、公开的方式规定于法律体系之中,从而实现对于国家权力的拘束,并为个人提供稳定的规范预期。而在一国的法律体系中,宪法居于顶点,具有最高性、至上性,是一国的根本法,因此,在法治建设中,规则之治的达成仰赖于宪法之治的实施。正如习近平总书记强调,“依法治国,首先是依宪治国;依法执政,关键是依宪执政。”围绕宪法之治的实

施,则作为政治命题的法治中国建设应当转换为规范命题,在宪法文本中寻找法治建设的规范依据,并运用依宪治国的规范逻辑指导法治中国的建设实践。根据我国宪法第五条第1款“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”构成了建设法治中国的宪法基础。立足于本条款的文义,法治中国的建设在规范上应当呈现为政治共同体在社会主义法治体系的整体约束下逐步实现自身规范化的过程。它从规范层面为法治中国建设划定了界限,即法治建设的规范对象应当限定在作为统一政治共同体的“中华人民共和国”,以及由其辐射下的具体国家机构、国家权力与国家工作之上。除此之外,不得在规范上将之扩张至公权力以外的其他团体和个人。换言之,从规范的角度,国家的法治建设旨在为国家设定义务,而不应成为强制个人守法的工具。根据这一规范逻辑,《规划》确立了以人民为中心的原则,并从回应社会广泛关切的重大问题的角度,强调了宪法和法律至上、加强宪法实施和监督以及推进宪法学习宣传教育的重要性,并围绕“坚持把宪法作为根本活动准则”“一切法律法规规章规范性文件都不得同宪法相抵触”“党在宪法法律范围内活动”“健全合宪性审查制度”“加强宪法解释工作”等方面展开详细部署。

法治中国建设的实践逻辑

所谓实践逻辑,也就是我国的法治建设走什么样的道路,建设什么样的法治体系的问题。习近平总书记指出,道路问题是最根本的问题,道路决定命运,道路决定前途。党的十八届四中全会开宗明义地强调,我国将坚定不移走中国特色社会主义法治道路,并将之具体落实在社会主义法治体系的建设实践之中。具体来说,建设中国特色社会主义法治体系,是法治中国建设的衡量标准。什么时候形成中国特色社会主义法治体系,什么时候才能建成法

治中国。为此,《规划》从第三部分开始,以建设中国特色社会主义法治体系为“总抓手”,以解决法治领域突出问题为着力点,针对党中央关注、人民群众反映强烈的突出问题和法治建设薄弱环节,围绕“建设完备的法律规范体系”“建设高效的法治实施体系”“建设严密的法治监督体系”“建设有力的法治保障体系”“建设完善的党内法规体系”以及“依法维护国家主权、安全、发展利益”“加强党对法治中国建设的集中统一领导”七个方面,提出了近300项具有时代性、针对性、实效性的法治化治理措施、指标体系以及相应的建设目标。例如,针对近年来社会热议的疫情防控法治问题、政府失信问题、暴力袭警与伤医问题等,《规划》专门强调,要加强疫情防控相关立法和配套制度建设,完善有关处罚程序,强化公共安全保障,构建系统完备、科学规范、运行有效的突发公共卫生事件应对法律体系;加强政务诚信建设,重点治理政府失信行为,加大惩处和曝光力度;完善对暴力袭警行为的刑事责任追究制度;加大对暴力伤害医务人员犯罪行为打击力度等。围绕《规划》第三部分至第九部分的详细规定,应当充分意识到,法治中国建设既要高屋建瓴顶层设计,也要务实用管的重大举措;既要应然的规范支撑,也要实然的问题聚焦;既要法治思维,也要切实推进,在根本上应当落脚于中国法治建设的实践,回应中国法治建设的实践。

总之,《规划》依循历史、规范与实践三条逻辑理路,分别从历史目标、规范界限与实践举措三个方面确立了法治中国建设的本土特色,并在三者的统一中,形成了在党的领导下,以国家为主导,以人民为主体,以法治为轨道,以实现社会主义现代化为依归,以实践为导向的法治中国形象。蓝图已经绘就,行动只争朝夕。我们要在习近平法治思想的引领下,严格落实《规划》的各项部署要求,向着全面建成法治中国不断前进。

正确行使“司法阻却”应对长臂管辖问题

前沿话题

陈虹睿

近年来美国频繁破坏性地行使长臂管辖权。此种行为不仅背离了其法律体系内关于管辖权行使的谦抑主义,也使得国际社会权力分配不均衡的态势进一步恶化。正确理解长臂管辖实质,并据此对美国长臂管辖举措做出恰当反应,保护我国国家和企事业单位、个人的合法权益,迫在眉睫。中国语境下的“长臂管辖”更多指代的是法的域外适用,围绕法的域外适用所构建的管辖权分配是一个复杂的体系。“荷花号”案的裁决代表了国际社会对立法、司法、执法三项管辖权扩张的普遍态度:就立法管辖权,“国际法不但没有禁止国家把它的法律和法院的管辖权扩大适用于在它境外的人、财产和行为,还在这方面给国家留下宽阔的选择余地”。就执法管辖权,“国家不能在其领土以外行使管辖权,除非能按国际习惯或条约中找到允许这样做的规则”。换言之,执法管辖权有严格的领土限制;而立法管辖权的扩张基本处于丛林状态,鲜少限制,大多数国家的立法管辖权亦架构复杂,立法管辖权作为长臂管辖权的基础,一般有五类确立依

据:领土(属地)原则、属人(国籍)原则、消减人格原则、保护性原则、普遍管辖原则。五项原则普遍存在于大多数国家的法律体系中。虽然原则则在五类原则中处于第一位阶,但国际上对领土原则独占性和排他性行使尚缺乏成熟的法律准则,因此他国与属地国之间的立法管辖权冲突和对抗不可避免。全球化的背景下跨境流动便捷,具有国际特征的行为或交易也越发频繁。为维护本国管制权力以及相附随的利益,越来越多国家都在扩张立法管辖权,而且包括美国在内,大多数国家的扩张并不破坏既有立法管辖权架构,而是通过“效果原则”对五项原则进行技术性扩大解释。长臂管辖权本质为法的域外效力,立法管辖权是基础,但发挥效力却依赖于政府的执行能力。任何一国都可以扩张立法管辖权,但如果国家缺乏可调用的“政府资源”则会使立法权的扩张形同虚设。我国现阶段频繁破坏性地行使长臂管辖权,是“逆全球化”的一种极端表现形式。它损害了国际社会的权力均衡分配态势,而且此种不均衡反过来又进一步强化了美国霸权。

面对美国法周周期性不断“伸长”的长臂管辖,包括其传统盟友在内的很多国家都采取多种应对方法以消除长臂管辖带来的不利影响。这些方法包括立法阻却和司法阻却,前者通过立法的方式规定本国民商事主体不得执行国外长臂管辖相关要求;后者

是指在本国诉讼过程中,审判机构隔断外国长臂管辖法案的影响,根据正当的商事规范作出裁判,以维持正常的商贸交易秩序。如在弗吕霍夫美国公司案中,美国母公司根据美国的《外国资产控制条例》指令其法国子公司取消消遣,为此子公司的法国籍董事向法国当地法院提请任命临时管理人来管理公司并履行合同。巴黎上诉法院支持了法国董事的诉求,其重要的一个理由是:合同取消会导致公司破产和工人失业,“法官必须考虑公司的利益而不是股东的个人利益”。欧洲石油公司诉荷兰传感器公司案中,被告荷兰公司系美国公司的子公司,援引美国对苏联出口管制条例,拒绝履行其与欧洲石油公司签署的合同,荷兰法院裁定认为:美国贸易禁令缺乏国际法上管辖权依据,故不予考虑,荷兰子公司行为构成违约,荷兰法院拒绝承认美国法的域外效力最重要的理由之一是:保护性原则所保护的国家利益”并不包括这一美国措施寻求保护的对外政策利益”。

2020年可以称之为中国立法阻却立法元年。《不可靠实体清单规定》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等具有阻断外国立法不当的域外效力的立法相继出台,但是较之于立法阻却,我国司法机关和企业对司法阻却工具使用不足。通过以上案件可见,司法阻却对于当下之中国应对长臂管辖问题具有明显优势:一是应急性强、成本较低。司法阻却中机构

依据现有法律规范审理,准备时间少,节约了大量立法成本。二是更具灵活性与可控性。我国现阶段需要阻却,矫正的重点是美国基于“对外政策利益”的长臂管辖。司法阻却能够发挥法官能动性,解决方案更灵活、可控,三是可以最大程度地避免对涉事企业的误伤。大多数企业是被迫执行海外长臂管辖禁令,而司法阻却为这些企业提供拒绝执行其他国家禁令,进行自救的机会和依据,避免误伤。

行使“司法阻却”需要注意以下三个方面的问题:一是理性评价长臂管辖,法的域外适用的存在和扩张有其必然性和合理性,在逆全球化的驱使下美国利用其霸权地位突破国际国内法限制,破坏性地“延长”管辖手臂才是应当谴责和阻却的对象。二是坚持个案阻却的司法原则。司法阻却案件应当避免对长臂管辖作出一般性的判断,司法阻却是在尊重国际法普遍存在的五类立法管辖权的前提下,对个案中某些“技术性扩张”立法管辖权作出否定性判断。三是司法阻却应当去政治化。劳工的就业权益理应受到国际社会的普遍尊重和维护,法国法院基于“保护工人就业权”给予阻却其正当性不言而喻。可见司法阻却不是以司法手段相互报复,而是对一般国际法原则所保护的利益的主动捍卫,正确行使司法阻却可以进一步确保我国不被裹挟陷入“新冷战”泥潭。

作为“法益”的商业秘密

前沿观点

唐品林

美国《保护商业秘密法》于2016年5月11日生效,2016年6月8日欧盟也通过了《商业秘密保护指令》。随着美国与欧盟商业秘密保护专门立法的出台,我国学者也纷纷建议进行商业秘密保护专门立法,改变以反不正当竞争法为主体的商业秘密保护模式,这一方面可以满足2020年1月签署的《中美经贸协议》的要求,另一方面更可以满足国内日益增长的商业秘密保护的需求。无论我国将来是继续采取反不正当竞争法为主体的立法模式,还是采取商业秘密专门立法的模式来保护商业秘密,理清商业秘密的性质,都至关重要。

一、商业秘密权利说并非各国立法的主流理论依据

商业秘密权利说认为,商业秘密是一种财产和权利,进而认为商业秘密是知识产权。商业秘密权利说的主要理由包括:商业秘密是创新活动的产物和成果,是智力劳动成果,具有财产权和知识产权的本质属性;商业秘密具有排他性,尽管其排他性较专利权弱很多;商业秘密具有秘密性,可以促进创新,可以促进知识传播,商业秘密的秘密性并不阻碍其激励创新。

商业秘密权利说,一直都是各国立法的主流理论依据。各国立法及国际条约等,都力图避免在定义商业秘密时使用“权利”或“权利人”的辞辟。1992年1月中美双方签署的《关于保护知识产权的谅解备忘录》第四条关于商业秘密保护的约定,仅将商业秘密定性为“反不正当竞争”领域,采用的是“商

业秘密所有人”(the holder of a trade secret)的说法,而并未采用“商业秘密权利人”(the right holder of a trade secret)的说法。而在2020年《中美经贸协议》中使用的也是“商业秘密所有人”的措辞。2016年生效的欧盟《商业秘密保护指令》也明确指出,指令的颁布并不意味着承认商业秘密是知识产权,欧盟委员会对该指令中的问题解答中指出,欧盟并不认为商业秘密属于知识产权。而我国采取反不正当竞争法为主进行商业秘密保护,这意味着商业秘密权利说也不是我国商业秘密保护立法的理论依据。

二、将商业秘密作为法益保护更符合商业秘密的特点

法益区分保护思想是大陆法系的理论共识与制度共识。法益区分保护,就是对不同类型和性质的法益进行不同程度的侵权法保护,这是德国侵权法体系的基础。《德国民法典》将侵权行为分为三种类型:(1)故意或过失不法侵害他人之权利;(2)故意以背于善良风俗之方法加损害于他人;(3)违反保护他人之法律。从该等规定可以看出,第(1)种侵害的是他人的“权利”,只要“故意”或“过失”就要承担损害赔偿;而第(2)种和第(3)种侵害的就是“法益”,其要求的要件更为严格,需“故意”或“违法”为构成要件,被害人才可以请求赔偿。而所谓“故意或过失不法侵害他人之权利”中的所谓“权利”,可以认为是绝对权。大陆法系都采用了法益区分保护的制度设计或制度实践。

将商业秘密按照权利(绝对权)进行保护,将过度限制他人的行为自由。将商业秘密作为权利进行保护,将直接影响商业秘密侵权的构成要件,对侵犯商业秘密之行为进行认定时,无论故意与过失,均构成侵权,都应当承担赔偿责任。但是,商业秘密之物权及专利权而言,商业秘密具有秘密性,根本不具备典型的社会

公开性,客体的确定性及稳定性都很弱,因此,他人无法事先合理识别商业秘密的边界,无法提前预见行为可能产生的后果,也就无法在行为时进行合理避让,从而使得行为后果具有不确定性,这势必限制他人的行为自由。以员工离职加入新雇佣企业后信息使用自由为例,出于成本及管理便利考虑,企业一般都会将生产运营过程中收集与产生的信息不加甄别地都按照商业秘密进行管理。而员工根本没有能力去将商业秘密从其所掌握的信息中区分出来;更为重要的是,员工在日常生活与工作中对信息的使用,通常都是综合运用,很难区分其中其所作出的决定、判断与选择,究竟是哪些信息在发挥作用。行为经济学理论甚至认为,人的选择是外界环境、大脑、信息协同作用的结果,这种信息的调用并非是完全理性的,也并非完全是有意意识的。在此情形下,允许所谓的原雇佣企业在员工故意或过失的情形均可向员工主张权利,员工将会噤若寒蝉,在信息交流与使用自由方面将大受限制。可见,将商业秘密作为法益保护更符合商业秘密的特点。

三、将商业秘密作为法益保护有利于节约社会成本

将商业秘密按照权利进行保护,将增加社会研发成本,降低研发效率。商业秘密的秘密性使得商业秘密跟以公开换保护的专利大不一样。研发主体通过研发获得了技术方案,如果该等主体将其技术方案申请专利,则技术方案将被公开,这样有利于节省研发成本。因为技术方案的公开,可以避免其他研发主体的重复投入;技术方案的公开还可以为其他研发主体提供灵感,使得后续的技术方案的产生更有效率,从而节省社会整体的研发费用。但是,商业秘密在保持秘密性的同时,如也能作为“权利”,获得同专利权一样程度的保护,势必严重影响研发主体申请专利的

积极性,影响技术方案公开的积极性,使得社会重复研发,对研发效率造成负面影响,从而造成巨大浪费,对全社会整体福利也会造成损害。可见,将商业秘密作为“法益”而不是“权利”进行保护,可以缓解商业秘密保护带来的对研发成本与研发效率的负面影响。

将商业秘密按照法益给予保护有利于节省社会管理成本。如将商业秘密作为权利进行保护,则无论故意或过失都可能构成侵害商业秘密。于是,各社会主体为了确保自己不侵犯他人商业秘密,势必加强对信息的管理与区分,如企业人员在工作过程中,要确保对原雇佣企业商业秘密及公开信息区分准确,并时刻提醒自己不能披露、不能利用商业秘密等,不能有任何疏忽,否则将承担侵害商业秘密之责任。且不说这种甄别是否可能,即便可能,这种成本体现在所有的社会成员身上,消耗巨大。各种公权力机关为了保护这种不具有社会典型公开性、确定性弱的信息,所需要投入的资源与成本是相当大的,包括甄别成本、保护成本。可见,降低商业秘密社会管理成本考虑,应将商业秘密作为法益进行保护。

四、结论

将商业秘密按照传统民法理论与实践中的具有典型的社会公开性的“权利”之保护方式来进行保护,将过度限制他人的行为自由。商业秘密具有秘密性、不确定性和稳定性差的特点,应按照“法益”进行保护。这样更有利于保持传统民法理论中权利与法益区分保护理论的传承,维护民法理论体系的一贯性和统一性,避免理论与制度设计的冲突与矛盾,也有利于降低企业研发成本、社会执法成本等。因此,在将来的立法中,应明确将商业秘密定性为“法益”,而不是“权利”。

(中国人民大学法学院)

观点新解

梅夏英就信息和数据概念谈——两者具有高度的共通性



对外经济贸易大学法学院梅夏英在《比较法研究》2020年第6期上发表题为《信息和数据概念区分的法律意义》的文章中指出:

信息和数据概念具有语义和内涵上的差别,但在以比特作为信息单元的数字化技术中,两者具有高度的共生性和共通性,在法律概念的使用上并没有严格区分的必要。但信息和数据概念的区分仍然具有法律意义,即可对现实中具体网络信息数据问题区分为两种基本问题类型:信息问题和数据问题,两种问题类型的区分标准在于当事人利益的侧重点、具体诉求的性质和救济的可能方式的不同上。结合现实的互联网纠纷,可以分为纯粹信息问题类型、纯粹数据问题类型和混合问题类型,为了准确理解和运用这种问题类型区分的思维方法,可以通过线上和线下,网络权利和传统民事权利以及公法角度和私法角度的比较观察,达到比较完整和清晰的认知,并有可能在理论上逐步发展和完善这种区分的理论结构。

刘志强就人权概念与人权话语谈——在实质上也有着关系



广州大学人权研究院刘志强在《政法论坛》2020年第6期上发表题为《论人权概念与人权话语的关联互构》的文章中指出:

人权概念与人权话语,不仅在形式上有直接勾连,而且在实质上也有着复杂的关系。依照语言学人权能指与人权所指这对范畴,揭示出人权概念与人权话语之间的繁复交织的逻辑关联。人权概念向人权话语转换,通过组型模型和聚合型模型进行互构,前者由人权概念的分解与推演,并进行简单组合构成;后者则有赖于对同种类型、同种性质的人权概念展开进一步的诠释,两者应当被平衡使用。而从历时性与历时的角度来看,人权概念与人权话语的转换机制应考察两者在具体社会中所发生的变迁,并从中寻找语境中的历史线索。

陈家勋就行政检察谈——必须明确其精准定位



武汉大学法学院陈家勋在《现代法学》2020年第6期上发表题为《行政检察:国家行政监督体系中的补强力量》的文章中指出:

发展行政检察必须明确行政检察的精准定位,以系统整体的角度看待行政检察的功能定位问题。行政检察在检察职能中的定位是直接监督行政行为,但历史与现实证明行政检察力有不逮,很难成为国家行政监督体系的主要构成部分。较为合理的设置应当是,由行政检察监督弥补其他监督的不足,并强化监督网络体系化建设,这种定位可称为监督体系中的补强监督。检察机关在实施行政检察时,应着眼于行政检察的时度效,把握好主动性、慎重性的平衡,用好活用足监督资源,在工作标准上仔细判断行政检察的启动时机与适用条件,充分发挥行政检察不可或缺的补强监督作用。

(赵珊珊 整理)