



打造政企共建共治共享生命共同体格局

前沿聚焦

□ 徐汉明 赵清

3月5日,十三届全国人大四次会议在人民大会堂举行,李克强总理所作的政府工作报告,通篇贯穿了习近平新时代中国特色社会主义思想。为营造法治化营商环境,打造“百年未有之大变局”与实现“两个一百年”奋斗目标历史交汇期“四个更高”的“东方模式”,为推动以国内循环为主导与国内国际循环相结合双循环发展格局开辟了新境界。“法治化营商环境”成为开启中华民族伟大复兴新征程阶段上极为重要的棋局,如何使之创造性地落地生根,笔者谈几点看法。

一、观念引领,高点定位

全面建成社会主义现代化强国,根本之路在于让一切劳动、资本、技术、管理的活力竞相迸发;根本途径在于让一切创造财富的源泉充分涌流;根本目的在于让改革和发展的成果更多更公平惠及全国人民,实现共同富裕。构建双循环经济发展格局,其关键在于正确处理政府与市场的关系,激发微观经济主体——企业的活力,充分释放企业家在配置资源、发现价格、

有序交换、尊重产权、发现人才、创造财富等方面的潜能。其中重要维度在于营造法治化营商环境。

这不仅在于法治在界分权利、规范义务、财富分配、社会公平、交易有序、定分止争、权利救济、制约公权等方面特有的价值功能,而且在于法治化营商环境是经济社会动力、活力、恒定力的核心要素,是不可多得的社会公共品,更在于营商环境的培育、营造、维系需要法治思维、法律规范、法治引导、法治保障。

唯有构建法治化营商环境的制度安排,统一开放、竞争有序的现代市场体系,公平竞争的交易秩序,严格公正清廉文明的执法司法,统一的货物、服务、贸易、知识产权、投资的国内规则与国际规则精准对接、适配和转换,形成市场化、便利化、国际化、法治化的营商环境,才能充分释放中国特色社会主义根本制度、基本制度、具体经济、财税、贸易、工商、税务、产权、交易等制度的优势,实现“经济社会更高质量发展”“政府更高效管理”“人民更高品质生活”“中国更高水平开放”。

二、直面问题,顶层设计

党的十八大以来,党中央把打造法治化营商环境摆在战略的高度,提出了一系列新思想新论断新举措新战略,取得明显成效。但由于传统制

度运行惯性及国内外各种因素的影响和制约,法治化营商环境仍然面临不少新情况新问题。这表现在市场秩序不规范,以不正当手段谋取经济利益的现象广泛存在;生产要素市场发展滞后,要素闲置和大量有效需求得不到满足并存;市场规则不统一,部门保护主义和地方保护主义大量存在;市场竞争不充分,阻碍优胜劣汰和结构调整,等等。从宏观层面看,在“百年未有之大变局”与实现“两个一百年”奋斗目标历史交汇期的大背景下,我们面临风险挑战严峻前所未有。为此,需以习近平法治思想为遵循,增强“法治化营商环境就是先进生产力、就是核心竞争力”的理念,树立“营商环境优,则市场活力强”“良好的营商环境是一个地区发展的金字招牌,是企业生存发展的肥沃土壤,是加速要素集聚的强大磁场”的思维,政府需更新观念,转变职能、深化“放管服”改革,与企业共同打造共生共荣的生命共同体,构建以市场主体需求为导向,以深刻转变政府职能为核心,以创新体制机制、强化协同联动、完善法治保障为切入点,以市场化、法治化、国际化为载体,以各类市场主体投资兴业营造稳定、公平、透明、可预期良好环境为目标的制度体系与政策支持体系。

三、把握关键,“五化”落地

营造法治化营商环境,需自觉践行习近平

法治思想,将法治化营商环境建设纳入指标考核,建立科学的法治化营商环境的指标体系和考评办法,实施科学量化考核;需把法治化营商环境指标体系建设作为基础性工程来抓,通过提供一套目标科学化、项目明确化、操作具体化的量化考核工具,使中央有关法治化营商环境的部署要求落地生根。构建法治化营商环境指标需注重时代特色与地方特点,体现与时俱进;注重清单任务项目化、体现明确性;注重法治元素、释放法治激励、约束、规范、引领功能。法治化营商环境指标体系的内容需围绕加强党的集中统一领导、强化政府职能的履行,保障公正司法、完善现代市场体系、健全制度规范等维度细化、实化、规范化,形成涵盖一级目录、二级目录、三级目录的科学规范结构体系。法治化营商环境指标体系实施、考核、评价需总结吸收“法治政府”“目标管理”“党风廉政建设”“社会治安综合治理”等多个领域指标体系考核的成果、经验和方法,选取目标任务方案化,实施主体明晰化、考核评价各级领导机关、领导班子、领导干部实绩的重要内容,在相同条件下落实法治化营商环境好的要作为优先选拔任用干部的重要标准。

个人信息国家保护义务的

前沿话题

□ 王锡梓 (北京大学法学院教授)

“个人信息受保护权—国家保护义务”是一体两面的概念,本质上是“基本权利—国家义务”体系在个人信息保护领域的运用。个人享有的个人信息受保护权必然要求国家对个人在信息处理领域中的个人进行保护与支援。在此语境下,确立与澄清个人信息国家保护义务的内涵,便需要对个人信息受保护权的价值基础、主要类型与权利结构进行识别与辨析。

(一)个人信息国家保护义务的两类类型

1.国家的消极义务与个人信息受保护权的防御权功能。

基本权利最原始的机能是防御权,即公民对抗国家不当干预其自由和侵害其财产的权利。当国家试图侵害被基本权利所保障之权益时,公民可以直接按照基本权利规范来请求国家不得干预或侵害。该种要求停止干预或侵害的请求权机能,反射至国家一方,也就是国家身负不得侵犯的禁止作为义务。

2.国家的积极义务与个人信息受保护权的客观法功能。

虽然个人信息国家保护义务曾长期以消极义务为主要呈现姿态,但随着时间的推移,尤其是进入21世纪后,传统“私人生活保护”所遵循的“权利具有绝对性质,信息获取便推定违法”的古典自由权逻辑在许多场景下已不再适用。相较而言,个人信息受保护权在大数据时代的基本假设是,个人信息本身便具有一定的交互性与公共性,个人信息处理在现代社会中是必要的。尽管应考虑到某些条件和保障措施,但对个人信息的基本推定是“可以被处理”。而真正需要国家介入的关键在于:个人此时面对的并不是普通的私人主体,而是强大的、组织化的信息处理机构;加之信息时代下个人信息处理往往是动态化、复杂化、风险不确定的过程,因此个人难以在参与及做出选择的过程中保持清醒、警惕、知情及自治。为使个人免于受到信息处理机构的支配,就需要国家积极保护相关个人。由此,个人信息受保护权变成了一项积极的权利,具备了客观价值秩序(客观法)的功能,即国家必须创造和维护有利于实现个人信息保护的制度环境。

3.个人信息受保护权在我国宪法上的安顿。

个人信息国家保护义务在我国宪法上的首要根据便是宪法第三十三条第3款规定的“国家尊重和保障人权”。对应前述两种类型的国家义

务,“尊重”侧重国家对私人生活的不得侵犯,是个人信息受保护权主观防御功能与国家消极义务的体现;“保障”则更侧重个人信息受保护权的客观方面功能,其中就包含了要求国家积极通过立法和其他公权力行为,以保护基本权利主体在个人信息处理中免于受支配或陷入信息处理者制造的危险或风险的含义。这两种类型的义务又可以被统摄于宪法第三十八条对公民人格尊严的保护之中。

(二)个人信息国家保护义务的规范结构

基于个人信息受保护权实现的宪法规范要求,个人信息国家保护义务的规范逻辑结构由“侵害来源”和“保护方式”两部分构成,也就是针对何种侵害源的保护、如何进行保护的问题。

1.个人信息国家保护所针对的侵害风险源。

在现代社会,信息处理活动很大程度上决定了人们的选择空间与可能获得的结果。亦即,数据权力(data power)已经成为一种广泛而普遍的社会事实。当下诸多具备大数据挖掘能力的专业或商业机构具有以下特征:“掌握庞大的数据量、超乎常人想象的收集速度、多元的数据种类、潜在的详尽范围以及强人工智能技术下的数据关联与整合能力。”可以说,在金融、教育、医疗、社会保障等各个领域都已形成“数据依赖”的时代,个人信息的利用与保护不仅关乎个体,还与整个社会的权力结构及运行机制相关联。

可以说,面对这些来自数据权力的侵害风险,希望通过象征性的、形式化的个人自主决定和支配来进行个人信息保护的私法机制,看似体现了对个人主体地位的尊重,实际上是将个人的选择置于数据权力的控制之下,缺乏制衡能力与信息资源的个人并无法凭借“信息自决”来实现对上述侵害风险的防御与保护,以事后救济为主的“权利模式”对于控制大规模、持续性的信息处理风险而言显得捉襟见肘。只有通过国家保护义务这一兼具公共强制与理性治理的机制,才能有效防范数据处理风险,使个人与个人信息处理者之间构成合理的制衡状态,从而避免个人时刻处于被数据权力支配的恐惧之中。这构成了国家落实个人信息保护义务的必要和正当理由。

2.控制侵害风险的基本路径。

个人信息保护法的制定过程更多贯彻了个人信息受保护权的客观法功能所指向的积极义务,这要求国家针对数据权力这一侵害风险源而提供积极保护。若是从体系化视角观察国家积极义务的实现途径,基于客观法功能导出的国家义务包括制度性保障、组织与程序保障,保护公民免受第三人侵害的义务(侵害的防止义务)这三项基本要求。也就是说,国家权力需要对大数据

时代下的个体人格和尊严提供制度性保障和秩序担保。

个人信息国家保护义务的展开

个人信息国家保护义务的展开和落实,是一个综合不同法律技术与制度工具的系统过程,需要国家统筹协调不同部门法工具,吸纳多元主体参与,兼顾对个人信息的消极保护和积极保护。

(一)消极保护义务的落实

在传统上,消极保护义务所指向的个人防御权要求国家不得侵入个人信息领域。但在以大数据和信息技术广泛应用的“信息国”时代,以对个人数据的采集和处理为核心的“监控”已成为一个普遍事实。在这个背景下,落实国家消极保护义务的关键,并非禁止国家使用监控等数据处理技术,而在于强调监控手段运用的价值理性和工具理性。监控(surveillance)是在传统安全观念和治理手段基础上,为回应复杂、多样的安全风险而孕育的权力和技术工具,在反恐、传染病监控、自然灾害和市场风险、公共安全等领域已普遍使用。但数据监控工具如果不能被有效控制在以宪法为根基的法秩序之内,则极易被滥用,甚至导致工具的“反噬效应”。因此,不能仅关注监控的有效性,应当在消极保护义务的价值规范要求下,考虑工具有效性和私人生活安宁之间的平衡,具体可从立法规则表达、过程控制与救济机制三个层面进行落实。

(二)积极保护义务的落实

1.制度性保障。国家首先需要建构个人信息处理的基本制度,设定个人与个人信息处理者之间的权利义务关系结构,确保个人实质性参与信息处理过程,对信息处理者形成制衡,以充分实现权益保障目标,这便是个人信息国家保护义务的制度性保障面向。制度性保障课予国家建构和维护一套关于个人信息处理基本制度的“客观”义务。基于支援个人对抗数据权力的需要,立法机关有必要通过制度建构,赋予个人在信息处理中的工具性权利,同时设定信息处理者的相应义务与行为模式,从而建立起个人与信息处理者之间的制衡结构。由于数据处理者与个人在资源、技术等方面的明显不对称地位,个人单凭其自身力量将无法对抗数据权力的压迫和支配,因此,个人信息国家保护义务必然要求国家介入,提供一套制衡性的个人信息处理权利义务规则。

2.组织与程序保障。制度性保障重点关注的是“个人—信息处理者”之间的权利义务关系结构;组织与程序保障



则主要指:在基本的权利义务关系结构之外,需要通过组织和程序设计,为国家保护义务之落实提供担保性和辅助性制度,以促进个人信息受保护权之实现。这具体涉及到三个方面:首先,负有保护职责的组织系统如何设计;其次,信息处理者组织结构如何优化;最后,面向个人提供哪些基本的法律程序保护。

3.侵害防止义务。在制度性保障、组织与程序保障之外,国家保护义务的落实还指向侵害防止义务。国家需要综合运用多重工具,通过构建预防机制和协同法律责任来营造个人不受数据权力侵害的法秩序环境。由于单一部门法所提供的责任机制无法独自完成国家保护个人信息任务,因此,应从整体的国家保护义务框架来思考和建构个人信息保护法律体系。在这个意义上,宪法、民法、行政法、消费者法、刑法都可以为个人信息保护提供有针对性的法律机制,这意味着个人信息保护法是一个典型的“领域法”。我们应当摆脱部门法本位主义的路径依赖,考虑多元法律责任机制的协同。

(原文刊载于《中国法学》)

观点新解

杨帆就应急志愿者损害救济体系谈—— 夯实商业保险作为其基础架构



中南民族大学法学院杨帆在《法学评论》2021年第1期上发表题为《应急志愿者损害救济的体系构造与制度供给》的文章中指出:

志愿者是参与突发事件应急管理的重要社会力量,在开展应急志愿服务时面临诸多风险。基于个案分析以及2018年“志愿服务开展模式调查”结果,可发现公共卫生事件应急管理中,应急志愿者的损害救济在供给主体、供给渠道和保障范围上均呈现新的特点,但仍存在现实困囿。对此,应从完善供给基本结构、落实资金来源、拓展保障形式等方面夯实商业保险作为应急志愿者损害救济体系的基础架构。通过硬法与软法之协同供给,完善应急志愿者风险分散与损害救济的制度供给框架,维护应急志愿者的合法权益,保障志愿力量有力、有序、有效地参与突发事件应急管理。

刘亚东就民法案例群方法谈—— 适用民法中的不确定法律概念



首都经济贸易大学法学院刘亚东在《环球法律评论》2021年第1期上发表题为《民法案例群方法适用的中国模式》的文章中指出:

民法案例群方法是民法方法论中非常重要的法学方法,广泛应用于民法中的不确定法律概念以及概括条款。其直接适用于我国存在两大理论障碍:一是作为比较基础的先前裁判在法源意义上的拘束力存疑;二是案例群所形成的替代性构成要件并不具备规范性。我国的司法体制以及法源体系下,民法案例群方法适用的理论障碍可通过两种途径来弥补:一是将先前裁判选为指导案例,以解决先前裁判的拘束力问题,同时依此形成的案例群也具备规范性;二是其他类似性的案例所形成的案例群演变为习惯法而取得规范性。

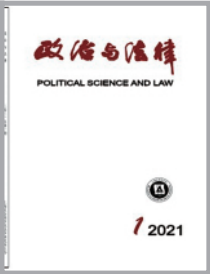
刘少军就企业合规不起诉制度谈—— 在我国的本土化应当有其限度



安徽大学法学院刘少军在《法学杂志》2021年第1期上发表题为《企业合规不起诉制度本土化的可能及限度》的文章中指出:

从域外经验看,企业合规不起诉制度在强制企业完善合规体系、及时弥补损失、稳定市场秩序、优化营商环境等方面具有重要意义。借鉴域外的企业合规不起诉制度并对其进行本土化改造,不仅在法经济学上具有理论可能,而且从当前的法治发展成果看,也具备制度可能和实践可能。企业合规不起诉制度在我国的本土化应当有其限度,即采用狭义不起诉的一元制模式,以刑事和行政法律规范体系的完善为前提,适用对象严格限定为单位犯罪而非自然人犯罪,且只有在认定单位犯罪事实的证据达到刑事证明标准的情况下,在审查起诉阶段适用。

周新就量刑建议精准化改革谈—— 在理论实践两个维度备受争议



广东外语外贸大学法学院周新在《政治与法律》2021年第1期上发表题为《论认罪认罚案件量刑建议精准化》的文章中指出:

随着认罪认罚从宽制度的广泛适用,检察机关不断加大量刑建议精准化改革力度。量刑建议精准化改革在理论与实践两个维度备受争议,其原因在于控辩双方具结活动的形式化、“明显不当”标准的模糊化、检察机关工作内容的复杂化以及控审机关沟通关系的紧张化。对此,破解之道在于科学地把握量刑建议精准化改革背后的公权力变化,以此为前提统筹采取应对策略,包括划定精准量刑建议的适用范围,明确精准量刑建议的主要标准,推进审前具结活动的实质改造,提升精准量刑建议的质量水平、健全量刑建议的调整方案等方面,由此才能真正提升量刑建议精准化改革的实务成效。

(赵珊珊 整理)