

我国行政法法典编纂的程序主义进路选择

前沿话题

□ 王万华

根据行政法体系法典化的程度,行政法法典编纂进路可分为完全法典化进路与程序主义进路,本文拟以两种进路的区分为分析框架,就我国行政法法典编纂为何更宜采程序主义进路展开论证,以期丰富关于编纂行政法法典进路选择的讨论。

域外行政法法典的编纂进路分析

综合分析域外和我国台湾地区、澳门地区出台的31部行政基本法典,行政法法典在内容结构上整体呈现出以下几个特点:第一,法典限于对一般行政法律规范进行体系整合;第二,在一般行政法律规范体系中,法典以行政行为法为核心内容;第三,在行政行为法中,法典以行政程序法律规范为主;第四,行政组织法部分以主体制度、内部行政程序制度为主要内容,行政机关的组织、人员等严格意义上的行政组织法规范规定很少;第五,行政救济法部分以规定行政机关解决争议的活动为主。

这一内容构成背后所遵循的立法进路具有以下特征:第一,对行政法体系进行有限法典化。法典对行政组织法规范、行政实体法规范、行政救济法规范,仅选择部分内容实现法典化;第二,法典以规范行政机关对外行使行政权力的活动为中心内容,重点调整行政机关与公民之间的关系;第三,法典对行政活动的规范主要诉诸程序性机制,规定了私人享有的一系列程序性权利。如法国《公众与行政机关关系法典》明确规定了公民、法人享有防卫权、公共信息再利用权等一系列权利。随着政府职能的扩展,行政程序机制不限于行政行为程序,而是全面覆盖政府公共治

理活动。笔者将具有前述特点的立法进路称为行政法法典编纂的程序主义进路。法典名称是否采行政程序法,并非这一立法进路的标志。

我国行政法法典编纂宜采程序主义进路的理据

程序主义进路回应了现代重大社会变迁及由此产生的法律规范需求,法典内容集中、体系性强,能够更好地克服现代法典编纂遭遇的重大困境。完全法典化进路面临的诸多挑战,恰是程序主义进路能够避免的。综合考量诸多因素,程序主义进路较之完全法典化进路,更适合作为我国行政法法典编纂的进路选择。

(一)更有助于实现政府治理现代化这一法典编纂的根本目的

政府治理是国家治理体系的核心组成部分,政府治理现代化是国家治理现代化总目标得以实现的重要内容。行政法法典作为行政法领域的基本法典,其根本任务在于通过法典编纂,用法治保障实现政府治理现代化的制度化和规范化。行政法法典编纂的进路选择,要能够保障充分回应政府治理现代化这一目标中所蕴含的立法需求。完整的现代性包括工具理性和价值理性,按照现代化就是“合理化”,是一种全面的理性的发展过程的认知,我国政府治理的全面现代化转型需要借助体现技术理性和价值理性的现代治理机制,有效解决现代化进程中面临的一系列重大问题,实现科学治理和公平治理。无论是体现政府治理的技术理性要求,还是政府治理的价值理性要求,现代政府治理机制均主要指向政府治理活动的程序机制。完全法典化进路之下,行政程序法将仅作为行政行为法的组成部分出现在法典中,其篇幅必将被极大压缩,难以突出法治政府建设实践中需要重点予以规范和回应的问题。程序主义进路之下的行政法法典系统,建构了体现现代政府治理精神和

基本要求的现代政府治理机制,更有利于保障政府治理现代化这一根本目标的实现。

(二)程序主义进路具备更充分的单行法基础

成熟的单行法先行是民法典编纂得以成功的重要经验。行政法领域的统一单行法已形成规范各类行政活动的完整法规范体系,且该体系结构上以程序性规范为主,为编纂程序主义进路的行政法法典奠定了坚实的单行法基础。

(三)可增强行政法法典的体系性及凸显行政法治的基本精神

体系性是部门法法典的灵魂和生命。完全法典化进路之下,行政法法典的体系性很大程度上被弱化,更接近汇编型法典,制典意义被削弱,程序主义进路则可以弥补这一重大缺陷。程序主义进路以规范行政活动的一般性行政程序法律规范为法典的核心内容,兼具规定部分行政组织法、行政实体法、行政救济法规范。以行政活动为中心意味着法典各分编可以按照行政活动的种类予以安排,分编之间规范对象属性相同,具有共同遵循的基本原则和共同制度,法律规范具有同质性。对各分编共同遵循的基本原则和共同制度,可以提取公因式的方式规定在总则中,如此,行政法法典成为具备高度体系性的法规范集合体,行政法治基本要求得以最大限度覆盖政府治理活动。

(四)有利于克服现代法典编纂面临的“常与变”困境

“法典之常”与“社会之变”之间天然存在紧张关系。在承担公共治理任务的行政领域,二者之间的紧张关系更为突出。行政管理实践中客观存在部门差异、地区差异、层级差异,异质性的单行立法通常被认为能够帮助行政机关更灵活、更有效地解决实际问题。程序主义进路是一种有限法典化的立法思路,立法者可以在完成易于统一的行政活动程序规范完全法典化的同时,根据实际情况,灵活选择规定部分成熟的组织法,实体

法、救济法条款,确保不因其他性质规范统一难度过大,阻碍法典编纂的进程。

程序主义进路下我国行政法法典的初步设想

(一)法典名称:《行政基本法典》

这一名称一方面可使法典名称与内容之间名实相符,有利于避免立法过程中不必要的争议;另一方面明确了法典与单行法之间的关系,既突出了法典是对行政机关普遍遵循的共同法律规范的法典化,也可以防止出现法典被大量特别法架空。

(二)法典的内容定位:以规范行政活动为中心《行政基本法典》以规范行政机关对外依法行使行政权力所实施的各类行政活动为核心内容。法典调整的行政行为可包括六大类:行政立法、行政规范性文件、重大行政决策、行政执法、行政司法、合意类行政行为;非行政行为类行政活动包括体现现代公共治理理念的政府信息公开制度、政府与信息 and 大数据相关的活动、政府应用数字技术提升公共服务水平的活动等。

(三)法典的体例安排:采用总则——分编体例《行政基本法典》可借鉴民法典的潘德克顿技术,采用总则——分编体例。各分编为不同类型的行政活动,总则部分为从各分编提取的公因式。基本框架如下:第一编,总则。第二编,行政立法与行政规范性文件活动编。第三编,行政决策活动编。第四编,行政执法活动编。第五编,合意行政活动编。第六编,政府与信息 and 数据相关活动编。第七编,行政司法活动编。

随着国家治理现代化总目标的提出和全面依法治国战略的持续深入推进,有必要启动编纂行政法法典,实现政府治理现代化的制度化和规范化。

(文章原文刊载于《中国法学》第四期)

观点新解

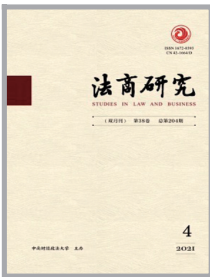
刘小璇谈违约精神损害赔偿——这是一个极具争议性的理论话题



上海交通大学凯原法学院刘小璇在《法学杂志》2021年第6期上发表题为《论违约精神损害赔偿》的文章中指出:

违约精神损害赔偿是一个极具争议性的理论话题,我国民法典第九百九十六条的出台再次助推了学界对违约精神损害赔偿制度的审视与思考。因违约侵害人格权,造成严重精神损害,受害人在提起违约之诉的同时,可以另行提起侵权之诉,从解决路径上与民法典第一百八十六条无本质区别,必须以人身权益、人格物等损害为前提,守约方方能获得救济。可以通过解释论将违约精神损害赔偿纳入违约损害赔偿,构建专门的违约精神损害赔偿条款,设置精神损害赔偿条款的适用序位,为守约方提供周全保护的同时,达到守约方与违约方之间的利益平衡。

杨铜铜谈立法目的司法适用——必须符合规范化的方法论路径



华东政法大学杨铜铜在《法商研究》2021年第4期上发表题为《论立法目的司法适用的方法论路径》的文章中指出:

立法目的具有隐性、不确定性,其客观含义不足,价值倾向明显,法官不能直接适用立法目的。立法目的司法适用必须符合规范化的方法论路径。立法目的司法适用场景可类型化为作为引导法律解释的依据、作为利益衡量的标准以及作为法律漏洞补充的工具。解释性适用客观展现了法官探寻立法目的的过程,有效排除了法官对立法目的解释的价值偏好与能动倾向,是解释立法目的的基础方式。要实现立法目的司法适用目标,解决当下立法目的司法适用过程不规范等问题,法官需要遵循克制解释立场来规制立法目的解释的主观性,构造有效性推理前提规范立法目的的运用逻辑,借助体系化论证提升立法目的裁判说理的充分性。

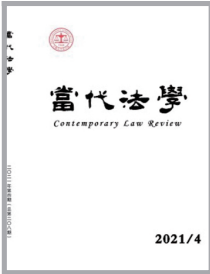
邢会强谈政府数据开放行为——责任机制和救济机制都是独特的



中央财经大学法学院邢会强在《行政法学研究》2021年第4期上发表题为《政府数据开放的法律责任与救济机制》的文章中指出:

政府数据开放行为不同于传统的行政行为,它的责任机制是独特的,救济机制也是独特的。政府数据开放并不赋予相对人以主观公权利,至少可以保障相对人的发展权。政府数据开放法多属于促进型立法,它并不规定政府违反数据开放义务的法律責任。民众较难通过诉权来纠正不予开放相关政府数据的行为,只能借助内部投诉渠道、行政复议或民主参与程序进行纠正。

刘敏谈优化司法确认程序的目的——引领、推动和保障非诉讼调解的发展



南京师范大学法学院刘敏在《当代法学》2021年第4期上发表题为《论优化司法确认程序》的文章中指出:

司法确认程序属于非讼程序,其价值取向在于满足当事人的多元解纷需求和实现司法效率;优化司法确认程序目的在于引领、推动和保障非诉讼调解的发展。在民事诉讼程序繁简分流改革过程中,人民法院就优化司法确认程序进行了一系列探索,积累了一些实践经验。为实现司法确认程序的价值目标,我国有必要进一步优化司法确认程序。为此,我国应当完善司法确认程序启动方式,完善调解协议审查内容、审查方式以及司法确认裁定瑕疵救济程序,完善诉前调解制度以拓展司法确认程序的适用,完善审判质效指标体系以提升人民法院委派诉前调解和司法确认的积极性。

(赵珊珊 整理)

激活三次分配促进共同富裕的几点思考

前沿观点

□ 王杏飞

8月17日召开的中央财经委员会第十次会议,研究扎实促进共同富裕问题,习近平总书记发表重要讲话,强调指出共同富裕是社会主义的本质要求,是中国式现代化的重要特征。要坚持以人民为中心的发展思想,在高质量发展中促进共同富裕,正确处理效率和公平的关系,构建初次分配、再分配、三次分配协调配套的基础性制度安排。

一般来说,市场经济条件下的收入分配包括三次分配。第一次是由市场通过价格机制和供求机制,主要以效率为原则进行分配;第二次由政府按照兼顾效率与公平原则,通过税收、扶贫、社会保障统筹等方式来再分配;第三次是在道德力量作用下,通过个人收入转移、个人自愿缴纳和捐献等非强制方式再一次进行分配。第一次分配主要遵循市场规律,由“无形之手”调节,体现效率优先,多劳多得,是一种分配正义,以“经济人”为假设,受经济利益的激励与驱使;第二次分配以政府为主导,由“有形之手”介入,主要以法治为手段,以矫正市场失灵,从而兼顾效率与公

平;第三次分配是社会自身力量的觉醒,遵循自主自愿原则,以道德、文化促使人们向上向善、扶贫纾困、鼓励创新、造福社会,在帮助他人时成就自身的美德,从而使社会财富和资源在全社会实现流动与转移,其实质是弥补市场失灵与政府失灵,既可以克服市场调节存在差距扩大化和不公,又能弥补政府调节存在覆盖面不足与力量不够的局限。

当前,我国已全面建成小康社会,正在意气风发地朝着全面建成社会主义现代化强国的第二个百年奋斗目标迈进,第三次分配的条件已成就。为了充分激活第三次分配,促进共同富裕,提出

如下思考:一是建立税收减免制度。为了激励高收入人群和企业更多回报社会,激活其捐赠的热情和积极性,应建立税收减免制度。对个人和企业提供捐赠的,按照其所捐赠金额的一定比例来减免个人所得税或企业所得税,从而在制度层面实现好人有好报;二是畅通社会各方面的参与渠道。畅通社会各方面参与社会帮扶、社会救助和慈善事业的渠道,建立健全信息通畅、公开透明、灵活多样的先富帮后富的工作机制。当前,参与捐赠捐赠的渠道不通畅不便利,在一定程度上影响了人们的参与热情和参与程度;三是加大宣传力度,营造以第三次分配来促进共同富裕的氛围。

全球治理视角下碳中和的意义与规范建构

前沿关注

□ 张轩明

温室气体引起的气候变化是悬在人类命运头上的达摩克利斯之剑。“碳达峰”与“碳中和”是人类应对气候变化议题的重要手段。截至2021年3月底,全球已有127个国家承诺“碳中和”。中国秉承“人类命运共同体”理念,在第七十五届联合国大会一般性辩论上,向国际社会承诺:力争2030年前实现“碳达峰”,2060年前完成“碳中和”。这两项承诺既是中国绿色发展的内在要求,又是中国作为负责任大国的国际贡献,其意义重大,影响深远。然而气候变化议题具有越境性的特点,需要最广泛参与的全球治理。为此中国需要加快国内立法,以“中国之治”向世界提供“中国方案”。

“碳中和”与“碳达峰”——迫在眉睫的客观要求

人类的活动是全球气候变化的主要原因。特别是20世纪80年代以来,人们对气候变化的认识不断加深。政府间气候变化专门委员会(IPCC)已先后6次发布评估报告,每一次均比上次更加肯定人类活动对气候变化的直接影响。工业革命之后,人类对化石燃料的需求大幅度增加,而全球排放的二氧化碳中95%来自燃烧的化石燃料。根据世界气象组织(WMO)的报告,2020年结束时,全球平均气温较工业革命之前升高1.2摄氏度,是有仪器记录以来气温第三高的年份。《中国气候变化蓝皮书(2020)》显示,中国作为全球气候变化的敏感区,升温速率明显高于同期全球平均水平。

气候变化对人类的发展与生存构成重大威胁。IPCC在一份报告中预测到,如果温室气体排放量持续增加,至本世纪末海平面将上升1.1米。而全球有超过1.5亿人生活在高出海平面不足1米的地方,包括新加坡和东京在内都面临着消失的威胁。对中国而言,海平面上升1米,江苏、上海将受到海洋威胁;上升4米,上海的全部、江苏的大

部分地方将彻底沉没。气候变化给人类的发展与生存带来的挑战使得经济危机、甚至是战争威胁也相形见绌,只有在广泛意义上的气候相对稳定的背景下,人类文明才能得到持续、稳定发展。

气候变化对自然生态意味着灾难性影响。已有充分的科学观察表明,气候变化使得极端天气、自然灾害频发,生态平衡遭到破坏。仍以海洋为例,由于海水热膨胀和冰川融化,海平面出现了明显的上升,并随着工业化在全球范围的扩张而不断加剧。IPCC的科学家证实,包括超级风暴和海啸在内的极端沿海事件与海平面中位值的上升并行。另有科学家指出,如果维持温室气体的排放水平而不加节制的话,到2100年17%的海洋生物将会消失。

建立“碳交易”市场与“碳中和”立法双轮驱动

日前,全国碳排放权交易市场正式上线。作为市场机制的重要调节手段,全国性的碳交易市场的建立无疑可以达到控制碳排放总量的目的,有助于实现“碳达峰”与“碳中和”。碳排放交易系统(ETS)简称为“碳交易”,指的是通过交易温室气体的排放配额而达成减排的要求。然而,在国际市场上,“碳交易”容易受到地缘政治的影响。现行的“碳交易”体系约有30多个,但不同体系之间的价格、模式差异较大,且进口国可随时以出口国的碳定价过低或碳交易方式不合理等为借口,挥舞关税大棒,征收惩罚性关税。2021年3月10日,欧洲议会通过了名为“碳边界调整机制”(CBAM)的决议。该决议实质为欧盟版的“碳关税”,该决议规定,未能遵守排放标准的国家出口至欧盟国家的商品需被征收“边境调节税”或购买排放配额。根据高盛集团的预测,如按照100美元/吨的价格征收该税,中国对欧盟贸易将为此多付出350亿美元代价,占中国欧盟贸易总额的7.5%。

在“碳交易”市场存在风险背景之下,与之互为补充的“碳中和”立法工作,既是向世界展示中国践行承诺的坚定决心的具体表现,又是维护中国国家利益的必要手段。应清醒认识中国目前

的发展阶段,设定科学、可行的最大排放值,以法律约束高于排放值的实体,并明确“碳达峰”与“碳中和”的实现路径。“碳达峰”是在排放量达到峰值之后,在一定范围内平稳或波动性递减;“碳中和”并不是简单地意味着减排,而是通过生态、技术等手段进行汇碳,以抵消二氧化碳的排放量,最终实现碳的零排放。

在减排的时代背景下,欧盟、英国、日本等纷纷提出“绿色新政”构想,美国新任总统拜登已将气候变化置于内外政策的优先位置。另外,越来越多的发展中国家明确了其低碳转型目标。过高的排放将使中国面临巨大的自然环境压力与国际压力。截至目前,全球10大煤电国家之中,无一国完全完成国内立法工作。在已承诺“碳中和”的127个国家当中,仅有6个国家完成国内相关立法。建立与完善符合中国发展道路与发展模式的“碳中和”相关的法律制度,对于国内发展与国际贡献都有裨益。

全球治理——从“中国之治”到“中国之智”

气候变化所带来的影响跨越国界,必须依靠国际社会全体成员的共同努力。面对诸如气候变化等一系列全球问题,自然需要与之相匹配的全球性的规则、制度或机制,即全球治理。习近平总书记在中法全球治理论坛开幕式上的讲话中指出,当前全球治理存在“和平、发展、治理及信任”赤字。解决全球治理赤字问题,实现气候变化等议题的全球治理,世界离不开中国。中国以有效的国内治理成果引领全球治理,向世界贡献“中国智慧”,有望从全球治理的积极参与者转变为国际规范的主动塑造者。

中国应坚持以各国的共同发展为目标建立国际规范,坚持“共同但有区别的责任”。发展是绝大多数国家的共同目标,坚持以共同发展为目标,有利于寻求国际社会的最大公约数,避免因制度不同而产生不必要的纠纷。减排、汇碳是国际社会的共同责任,但责任的大小应因发展水平而异。发达国家的人均资源消耗量约是发展中国家的32倍,美国更是欧盟的两倍,意大利6000万人

口的资源消耗量约是非洲10亿人口的两倍。上述数据表明,单纯以排放总量为标准,划定各国的排放规则是不科学、不合理的。在推进全球治理过程中,实现“碳中和”不意味着限制某些国家的发展权利,共同责任也不意味着平均承担责任,而是公平承担责任。发展中国家有完成工业化的愿景,其面临的许多问题都是发展过程中遇到的问题,可以通过持续发展解决。而发达国家已进入后工业化时期,有技术、资金及义务承担更大的责任。

另外,国际规范的构建路径应坚持多边主义原则,充分运用现有框架。全球治理需要多边的国际合作,多边的国际合作离不开共同的规则或机制。《联合国气候变化框架公约》于1994年通过生效,目前有196个缔约方,至今仍被认为是气候变化议题的核心条约。换句话说,任何国家推动气候变化议题都不可能完全绕过该条约。中国可以充分发挥该条约及其背后的联合国的作用,以我为主,主动建立规则。规范的建构过程中,国家之间因大小不同、利益不同、责任不同,难免会产生纠纷,但应互相秉持包容、平等的原则。只有相互包容才不会导致纠纷更进一步升级,才有利于以协商、合作的态度解决问题。如果以国家的实力为后盾,秉承大国、强国优先的利益准则,不利于小国、弱国的发展权利。如此无益于国际社会寻求最大公约数,更有可能随时威胁国际社会的和平与发展。国家之间可以而不同,通过寻求最大公约数可以扩大共识,产生更多的共同利益,进行更广泛的合作。

著名学者贾雷德·戴蒙德在其新著《剧变》一书中指出了世界面临的四大问题,其中气候变化名列其中。实现“碳达峰”与完成“碳中和”是解决这一问题的关键。中国的“碳达峰”与“碳中和”承诺,遵循了本国的发展阶段与发展规律,是领先性的科学决策,体现了中国的大国担当。然而,国外个别国家已加速推动新能源政策的落地或已完成了“碳中和”国内立法。中国加速国内立法,以“中国之治”驱动国际规范建设,不仅具有说服力,更能在未来竞争中占据主动,向世界提供“中国方案”与“中国智慧”。