

## 法治化营商环境的基本标准

### 热点聚焦

□ 江必新 (全国人大宪法和法律委员会副主任委员)

党的十八大以来,习近平总书记高度重视营商环境的改善,对营商环境建设作出一系列重要指示,提出一系列重要要求,多次强调法治是最好的营商环境。改善营商环境,尤其是法治化营商环境,必须坚持以习近平法治思想为指导,认真贯彻落实习近平总书记关于营商环境建设的重要论述精神。

什么是法治化的营商环境?法治化营商环境有哪些基本标准?这是构建法治化营商环境必须把握的问题。我认为至少有十个方面的要求或者说至少要满足十个方面的标准。

第一,营商环境的可预期性。市场主体或者营商主体进行投资和生产经营,需要清醒地、准确地意识到投资、生产经营的结果,这样才能够下定决心去开展相关的生产经营活动。如果一个地区的营商环境使市场主体无法判断投资的效益,这说明这个地方的营商环境是不理想的。

第二,意思自治的广泛性。根据我国民法典的规定,从事商事活动的民事主体具有充分的意思自治,所有的生产经营活动必须由市场主体自己来做主,而不能由别人来强制,所以市场主体意思自治的广泛性就成为法治化营商环境的一个必要的条件或必须的标准。

第三,权利义务的明晰性。作为一个市场主体,有哪些基本权利,必须履行哪些义务,在特定的商事民事行为中间有哪些义务、责任,有多少权利,应当规定得清清楚楚。只有这样,市场主体才能够理性选择自身的行为。

第四,公权干预的合规性。市场主体意思自治绝不是说公权力机关对市场行为绝对不能干预,应该说从古到今没有一个国家完全放弃对市场行为的干预。但是干预一定要有限度,一定要合规,一定要依法干预。

第五,政企交往的规范性。进行民商事活动免不了要同政府打交道,那么政府如何处理好政企关系,这也是很重要的方面。就是要做到规范性,做到严格按照法律规定,党纪国纪的要求来进行交往,不能搞不正当的交往,特别是与市场主体打交道的公职人员,一定要保持高度的廉洁性,要解决“闻门奸臣、小鬼难缠”的问题。

第六,诚实守信的普遍性。无论是市场主体还是公权力机关都应该诚实守信、遵守承诺,只有这样才有交易安全。要在全社会形成契约精神,在签订契约的时候,一定要考虑周全,一旦签订就应该认真履行,不能随意毁约。随意毁约,违规毁约,不诚信毁约,应当承担相应的合同责任和其他法律责任。

第七,合规成本的低廉性。在营商环境改善过程中,要发挥市场主体、营商主体自我革命的精神,自我进行合规建设,但是合规成本不能太高。因此,在制定相关的法律规范,提出合规要求方面,要尽可能地降低市场主体的合规成本。

第八,产权保护的严格性。对于产权包括财产权和知识产权,一定要严格予以保护。凡是侵犯企业产权的,都要依法予以追究;凡是产权受到侵害的,一定要给予有效的救济。

第九,生产经营的安全性。一个地方法治化营商环境的营造,首先要让市场主体的生产经营活动具有安全感,要绝对禁止和防止打砸抢这一类事件的发生,不仅要保持市场主体的人身安全,同时要保护好经营单位、生产经营场所的安全性,从而创造一个和谐稳定的生产经营秩序。

第十,权益受损的可救济性。任何国家都很难绝对禁止侵权行为,不诚信的行为和损害他人利益的行为,但在一个法治国家,一个法治化的营商环境中,只要权益受到侵害,就一定能够获得有效救济。市场主体、企业家在这种营商环境下,才会安心经营、安心生产、放心投资。

当然,以上十个方面并不是应有标准的全部,但是是一个法治化的营商环境至少要包括以上十个方面的条件和要求。

改善营商环境,一定要坚持法治思维,要在法治轨道上开展工作。

第一,应当支持关心企业的发展,但绝不能越俎代庖。市场主体对生产经营发展的前景应该是最清楚的,政府要支持、关心,但是绝对不能代替市场主体来做决定。

第二,应当鼓励市场主体竞争,但是不能任由资本野蛮生长。应当鼓励、保护公平竞争,但要坚决反对不公平、不正当的竞争,尤其是要坚决反对垄断行为,防止资本的野蛮生长。

第三,应当坚决落实放管服的要求,但不是一律取消市场准入制度、许可登记制度、注册制度。一方面要尽可能降低准入门槛,但另一方面,更重要的是要快捷、低成本地实施市场准入。

第四,应当放宽管制,尽可能地给市场主体以最大限度的自由,但绝不是一律取消监管,而是要科学监管。市场监管不能全部依赖传统的、强制性的监管方法,而应进一步改善监管方式,实现科学监管,做到既要“无事不扰”,又要“无处不在”。

第五,应当开审慎宽宥,但是不能搞法外开恩,而是要合法、合理、合情、审慎监管绝不

是网开一面,宽容监管也并不是说对所有的违法犯罪行为都法外开恩,而是应当尽可能地做到合法、合理、合情。

第六,应当尽可能地便利化,但不能违反法定程序,尤其不能违反强制性的、必须履行的程序。便利化也并不意味着损害公共利益,损害纳税人的利益,要坚持正当程序的观点,不能无条件地、无边界地给某些市场主体提供不应有的便利。

第七,应当尽可能地市场化,但是也需要建立必要的国家干预机制,建构良好的市场秩序。市场化并不是一律排斥国家干预、排斥监管,市场化本身就需要一个健全的市场秩序才能持久。

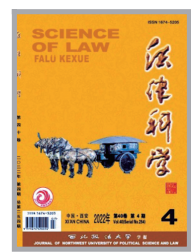
第八,应当尽可能地国际化,但是不能损害国家的主权安全和发展利益。要坚持不断完善涉外法治体系,防止以走出去为借口,损害国家主权安全和发展利益;同时,在建立规则上,要与国际社会一些基本的共识、公约、规则保持协调,必要的时候也需要一定程度的对接,但是也要注重国情、从实际出发,解决中国面临的实际问题。

(文章为作者在第二届东南法治论坛上的主旨演讲节选)



### 观点新解

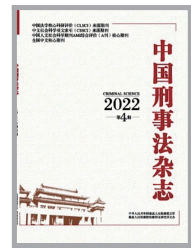
## 张牧君谈数字服务税的税收管辖权——是税收主权在国际法意义上的表现



北京大学法学院张牧君在《法律科学》2022年第4期上发表题为《数字服务税的争议与法理辨析》的文章中指出:

数字服务税存在税基合法性、税收管辖权正当性以及税制公平性的争议,研判能否开征数字服务税必须首先解决这三个问题。数字服务税虽然可以以营业额为税基,但在性质上不属于间接税,而是一种以“用户创造价值”为征税对象的企业直接税,不违反法律和双边税收协定。数字服务税的税收管辖权是税收主权在国际法意义上的表现,其正当性基础是数字服务提供者因为征用国用户为其创造的价值而对征用国产生的经济忠诚,不受常设机构标准的限制。数字服务税制度的设计,是基于数字服务提供者的财务能力而非居民身份,符合公平原则,不违反WTO规则。税基、税收管辖权以及税制公平问题都不构成我国开征数字服务税的法理障碍。

## 陈伟谈厘清减刑假释实体条件与程序运行——是确保刑罚退出正当性的基础



西南政法大学法学院陈伟在《中国刑事法杂志》2022年第4期上发表题为《刑退退出机制视域下减刑假释制度的体系完善》的文章中指出:

减刑假释作为刑罚执行阶段的制度适用,承担着前期诉讼程序公正价值实现的重要使命。刑退退出机制系减刑假释的价值基石,刑退退出的顺畅与否检视着减刑假释的实践运行情形,也指引着减刑假释制度从实体到程序的一体化完善。刑退退出视域下的减刑与假释并不是资源排挤和制度互斥关系,应该从体系层面注重二者的彼此互动和综合效能发挥,并从刑退执行的日常考核、撤销变更适用、危险性评估与审理方式等方面进行完善,厘清减刑假释实体条件与程序运行既是确保刑退退出正当性的基础,也是刑罚执行向现代化迈进的重要保障。

## 李雅男谈破解基因的私法保护困境——应当明确基因信息内涵及范围



华中科技大学法学院李雅男在《法学评论》2022年第4期上发表题为《人类基因的私法保护困境与消解路径》的文章中指出:

基因研究、基因信息的披露容易引发伦理风险,个人甚至其族群都会受到严重威胁。关于人类基因的保护模式,人格权说、财产权说、知识产权说及人类共同财富说都存在一定的不足,难以自治。破解基因的私法保护困境应当由权利中心转向义务中心,由个人主义转向社群主义,区分基因载体及基因信息,明确基因信息内涵及范围,进行妥当的利益衡量,通过权利的配置方式确定“权益”的归属。

## 李晓珊谈数据产品——具有排他性和明确的权利内涵



上海对外经贸大学法学院李晓珊在《法学论坛》2022年第3期上发表题为《数据产品的界定和法律保护》的文章中指出:

数据产品与原始数据、数据库特殊权利、著作权均不应被置于同一维度来考察。数据产品应属财产权,具有排他性和明确的权利内涵,具有占有、使用、收益和处分权能。在行为法保护路径下,反不正当竞争法对数据产品的“竞争主体”和“竞争范围”所作的扩张性解释存在泛化“一条条款”的趋势,弱化了司法的预见性。因此,应通过赋权路径实现对数据产品的保护,但需要对以下问题保持关切:明确数据产品之财产权的内涵;数据控制者需被课以严格的再识别风险防范义务;基于数据流动、共享和增值的理念,网络平台作为数据的控制者,其限制访问的条款之正当性应受到质疑,且网络平台无权对访问者区别对待;数据产品的权利人可通过“可追溯日志”的方式来记录其对数据的增值过程;在面对公共利益的需要时,数据产品财产权应受到限制。

(赵珊珊 整理)

## “中国式现代化”过程中的知识产权制度实践

### 前沿话题

□ 吴汉东 (中南财经政法大学资深教授)

## 新时代知识产权制度现代化的理论思想

中国知识产权制度建设与事业发展是一场伟大的社会创新实践。在这一态势下,我们应在“中国式现代化”经验的基础上,对知识产权制度实践进行理论挖掘和思想总结。

(一)现代化重要表征:知识产权制度创新与知识创新

在知识经济时代,知识产权具有“制度创新”的价值属性和“知识创新”的价值目标。在创新体系构成中,具有基础保障作用的是制度创新,主要是法律创新、政策创新、体制和机制创新;具有功能目标意义的是知识创新,包括文化创新、科技创新、产业和产品创新。中国现代化发展的重要路径在于创新发展,而创新发展的基本制度就是知识产权制度。

(二)现代化基本力量:知识产权治理主体与创新主体

法治现代化是国家现代化建设的重要构成。中国式法治现代化道路在动力机制和推进方式上具有自己的显著特点,即政府推动与社会演进互作用、上下双向互动结合。基于此,知识产权制度现代化,在法治运行机制方面,表现出“良法善治、多元共治”的局面;在创新驱动机制方面,呈现出“多元

创新、协同创新”的样态。

(三)现代化制度构成:知识产权法律规范与公共政策

知识产权制度的基本构成,表现为法律规范和公共政策。中国知识产权法律发展,经历了“移植—转化—再造”的阶段性选择和能动性创新的过程,体现了法治道路上的本土特色、实践特色和时代特色。中国知识产权政策发展,具有本土政策思想和政策主张的价值特征以及服务创新发展和配置规范的制度功能,为知识产权战略实施及其目标实现提供了必要的制度保障。

(四)现代化运行机制:知识产权法治理系统与发展系统

知识产权运行机制,构成了知识产权制度现代化目标的实现路径,包括知识产权的法治运动状态和知识产权的社会发展状态两个方面。其中,知识产权法治理系统表现出一个立法、执法、司法、守法的法治动态过程;知识产权发展系统主要是一种政策运行状态,包括与知识产权有关的创造、运用、管理、保护和服务等各个方面。

## 新时代知识产权制度现代化的目标任务

面向21世纪中叶,中国以习近平法治思想和新发展理念为指引,深刻把握知识产权制度现代化的新目标新任务新要求,不断开拓知识产权现代化治理和现代化发展的中国道路。

(一)建设知识产权强国的目标导向

知识产权制度现代化的目标导向,是对制度文明建设和现代化发展的趋势及其方向的观察。在当下以至未来一段时期,全面建设社会主义现代化强国既是“中国式现代化”的发展目标,也是中国知识产权制度现代化的道路指引。现代化强国建设目标,在知识产权语境下具象为“中国特色、世界水平”的知识产权强国。知识产权强国即世界强国,以强大的国家综合实力为基础,以先进的知识产权治理能力和发展实力为表征。在现代化语境中,知识产权强国应具有法治化和创新型两个方面的品质。知识产权强国的中国建设,应以全面建设社会主义现代化强国为战略指引,以建成法治化国家和创新型国家为实现目标,根据知识产权事业在国家战略布局的自身方位,充分发挥知识产权制度的支撑性、保障性和基础性作用。

(二)完善知识产权制度体系的现代法治

在中国,现代化“法治”意义上的知识产权制度体系构建,包括以下三个方面:一是知识产权基础性法律制度问题。涉及私法领域的基础性法律,可以表现为民法典“知识产权编”,也可以采取“知识产权专门法典”;或是公法领域的基础性法律,其法律形式为“知识产权基本法”。二是知识产权专门性法律修改问题。包括新技术、新领域、新业态保护制度,科技成果转化和产权交易制度等。特别是制定商业秘密保护法、职务发明条例等。三是知识产权替代性法律安排问题。包括“非现代性”的知识保护形式(即传统文化、民间文学艺术和遗传资源保护制度)和“非市场性”的产权保护形式(如专利奖赏

制度、发明和发现奖励制度)。

(三)拓展知识产权全球治理的世界维度

从拓展知识产权制度现代化的世界维度出发,我们必须统筹国内国际两个大局,在法治建设与创新发展方面实现国家现代化与世界现代化的良性互动。一是以全人类共同价值为引领,构建知识产权领域的人类命运共同体。二是以WTO和TRIPS为基础,维护知识产权保护的多边体制。三是以共商、共建、共享为路径,改革和完善全球知识产权治理体系。

知识产权制度现代化,是一个法律变革和政策发展的运动过程。从过去到现在以至未来,中国直面知识产权制度建设的一系列问题:一是知识产权法治建设的本土化与现代化、一体化的关系;二是现代知识产权制度的时代性要求与本国阶段性选择的关系;三是国家创新体系中知识产权制度创新与知识创新的关系;四是全球化进程中知识产权制度风险与风险法律控制的关系;五是权利冲突中知识产权保护与基本人权保障的关系;六是制度体系构造中知识产权现代性与传统资源本源性的关系;七是知识产权法律移植、制度转化与法治文化、创新文化养成的关系;八是知识产权国际规则与中国国家安全的关

系;九是知识产权立法专门化、体系化与法典化的关系;十是知识产权现代化国家治理与一体化全球治理的关系。中国用自己的制度实践、制度经验和制度创新活动,已经或正在解决知识产权制度现代化过程中的各种问题。这一答卷将为发展中国家知识产权主张提供“中国样板”,也为世界知识产权制度文明贡献出“多元模式”。

(原文刊载于《中国法学》2022年第5期)

## 如何加强高校的社会主义法治教育

### 前沿观点

□ 潘雁

大学生法治教育的目的在于培养大学生的法治信仰,增强法治能力。而为达成这一目标,高校法治教育既要站在依法治国、依法治校“高度”,重视法治教育的开展,在整体上进行系统设计;也要体现出法治教育深入群众、深入人心的“温度”,围绕社会热点问题展开讨论,启发学生的思考,在交流互动过程中增强学生对法律制度的理解,提升学生的法律思维,牢固树立遵守法律、崇尚法律的理念。其次,从课程体系建设入手,重视课程体系完整性,将与学生社会生活各个领域相关联的相关法律讲深讲透,通过系统学习,让学生对社会主义基本法律体系有所了解,例如,部分高校已经围绕学生开设了法律选修课,包括《行政法》《民法》《刑法》《民事诉讼法》等。学生可以根据自身情况和兴趣爱好选择部分法律选修课进行学习,达到提升自身法律素养目标,在末来社会生活中能够以法治精神和法治理念来约束自身行为,成为国家需要的栋梁之才。

高校法治教育要体现“温度”,开展以学生为中心的法治教育。高校法治教育要为学生“守法”和“用法”提供指导。高校培养的人才最终要融入社会,为国家经济社会发展作贡献,而遵纪守法的公

民才能够为社会发展和民族进步贡献更多积极的力量。在现实层面,大学生守法意识和行为的增加,可以降低大学生的犯罪率,也为其日后走入社会奠定了良好的基础。大学生基础法治教育包括引导学生在日常生活中检视、修正自己的行为,掌握法律常识,在此基础上从更深层次理解法律,积极参与法治教育活动。高校除了增强大学生自觉守法意识外,还要通过教育和引导的方式有助于为其提供正向指引,帮助学生养成守法的良好行为习惯。善于用法同样是法治思维的一部分,将学生学习的知识内容与现实生活相结合,将社会现实与虚拟空间的典型案例相结合,作为教育者要善于为学生用法搭建平台、创造空间。高校要善于把握当前学生的成长环境规律以及个性化特点,在立足高校人才培养目标的基础上,合理转换教育手段和信息传播方式。作为学习者,应关注社会现实中的法律案件,在遇到法律纠纷时,能够借助周边资源等实现维权。

高校法治教育要彰显“力度”,助力达成高校法治教育目标。高校教育与法治教育的结合应是深层次的,即最终能够产生持久、稳定的教育效果。结合法治教育的一般规律,同时考虑高校大学生的认知规律和鲜明特征,引导学生尊法守法用法,循序增强学生法律意识,提高学生法律常识,将法律知识与现实生活相联系,并启发学生在现实生活中合理运用法律。高校教育与法治教育的结合,是法

治教育创新的体现。法治教育具有实践性,为了达成高校法治教育目标,在法治教育过程中需要突出体现法治教育的层次性,由内而外,再由外到内,实现法律意识的升华。基于当今高校学情的变化,着力开发富有个性化特征的项目,高校法治教育的关键在于实践,因而深化法治教育改革创新,可充分调动各类资源,为学生接触法律、了解法律、运用法律创造契机,营造浓郁的法律文化气息。

高校教育与法治教育的结合应落实到教育对象和教育实施主体两个层面推进,在学生自身层面,学生要主动接触和了解法律,正确认识道德与法律之间的关系,在教育实施主体层面,教师首先要以身作则,积极学习法律知识,并能够将法律知识全方位、全过程地深入学生课内外教育之中。在院校层面,借助校园环境、网络空间等营造有利于学生法治观念提升和法律知识运用的氛围。在网络空间,学生通过新闻头条获取各类案例,可实现一定的警示作用;在校园中营造具有法律文化气息的校园环境,让学生体会“法”就在身边;学生可以组建法学会等社团组织,自编自导进行案例展示开展“模拟法庭”等实践活动,增进对法律的理解。在教育对象层面,学生要善于打破思维定式,将日常关注的案例与学到的法律知识相联系,在思想上树立懂法守法意识,在行动上具备法律思维,树立坚定的政治信仰和法治信仰,做社会主义法治的践行者。

治教育创新的体现。法治教育具有实践性,为了达成高校法治教育目标,在法治教育过程中需要突出体现法治教育的层次性,由内而外,再由外到内,实现法律意识的升华。基于当今高校学情的变化,着力开发富有个性化特征的项目,高校法治教育的关键在于实践,因而深化法治教育改革创新,可充分调动各类资源,为学生接触法律、了解法律、运用法律创造契机,营造浓郁的法律文化气息。

高校教育与法治教育的结合应落实到教育对象和教育实施主体两个层面推进,在学生自身层面,学生要主动接触和了解法律,正确认识道德与法律之间的关系,在教育实施主体层面,教师首先要以身作则,积极学习法律知识,并能够将法律知识全方位、全过程地深入学生课内外教育之中。在院校层面,借助校园环境、网络空间等营造有利于学生法治观念提升和法律知识运用的氛围。在网络空间,学生通过新闻头条获取各类案例,可实现一定的警示作用;在校园中营造具有法律文化气息的校园环境,让学生体会“法”就在身边;学生可以组建法学会等社团组织,自编自导进行案例展示开展“模拟法庭”等实践活动,增进对法律的理解。在教育对象层面,学生要善于打破思维定式,将日常关注的案例与学到的法律知识相联系,在思想上树立懂法守法意识,在行动上具备法律思维,树立坚定的政治信仰和法治信仰,做社会主义法治的践行者。