



## 民法典时代的法治政府建设转型

表现出一种“前法治政府建设观念、规则与模式主导—前理论危机—新理论孕育—新观念、规则与模式主导”的更替式前进、循环式上升的规律。这也构成我们讨论民法典时代法治政府建设转型之道的整体视角。

(二)民法典时代对法治政府建设的转型要求  
就法治政府建设来说,其转型要求意味着这是一场理论与实践的“科学革命”。首先,民法典的问世重申了公民权利本位宣言,法治政府建设在观念层面与之不相适应的部分亟待革新。在法治政府建设中,行政机关在遵守行政法规范的基础上,应当主动对接民法典的时代要求,在法定权限范围内积极有为,扮演民事权利保护者的角色。其次,民法典新设了一批私法和公法制度规范,法治政府建设在规则层面的诸多空白、缺口或矛盾有待治理。最后,民法典的出台彰显了以人民为中心的治理理念,法治政府建设在模式层面的某些行为方式亟须转型。

### 观念转变:民法典时代有限政府与有为政府的双重构建

(一)有限政府的历史贡献及其观念扬弃  
有限政府意味着行政权力“在制度的笼子里运行”。有限政府观念不仅继承了资产阶级革命后对旧有专制政府的历史改造任务,而且为近代市场经济的发展和公民自由权利的实现作出了不可估量的贡献。不过,不论是西方国家还是我国历史经验,都表明了权力有限的政府在功能上同样是有限的,尤其是在面对“市场失灵”时可能束手无策,在复杂社会治理中同样可能出现“政府失灵”。所以,我们应当肯定有限政府观念的历史贡献及其积极因素,但同时

必须认识其局限之处而有所扬弃。

(二)有限政府与有为政府的双重构建  
从行政法治角度来说,有效市场和有为政府更好结合的目标,实际上就是有限政府与有为政府双重构建的目标。一方面,为了实现有效市场,必须全面贯彻实施以民法典为核心的私法制度,使市场在资源配置中起决定性作用。另一方面,民法典中为数不少的行政法规范亦要求政府积极作为。因此,“有为”应当是在“有限”与“有所不为”之上的精准作为,是针对私法自治不足与市场运行失范所展开的靶向治理。反映到法治政府建设的观念层面上,就是要转向有限政府与有为政府的双重构建。

实际上,不论是“有限政府”从立法的功能定位,还是“服务政府”作为人民“公仆”的角色画像,都忽略了“有为政府”的主观能动性。有限有为政府的双重构建乃是立足于规范主义和功能主义之基础而提出的观念更新。简言之,这种法治政府建设的观念转变是具有典型中国特色的方法创新。总之,法治政府建设并非是一种纯粹理论想象的权威性真理,而是适应于整个社会环境的重要实践过程。

### 规则拓展:面向依民法典行政的法治政府模式

(一)依行政法行政及其局限  
“把行政限定在法律的疆界之内”,主要是说限定在行政法的疆界内。但是,依行政法行政虽然能够明确回答行政权存在与行使的形式合法性问题,但相对封闭的行政法规范体系早就难以回应现代行政功能的结构性转变。因此,不论东方还是西方国家的

法治政府建设的规则依据实际上都面临着拓展需求。具言之,依行政法行政的限缩促成有限政府建设,但依行政法所依之“法”的范畴应当适度扩容以支持有为政府建设。

(二)公私法行为形式之选择运用  
当民法典也为政府设定了义务规范后,那么基于这些义务规范来将部分私法权利能力分配给行政主体的解释逻辑便是周延的。政府拥有公私法行为形式选择运用的自由,并不表明其就当然能获得私法自治的保护。一方面,在可能限制公民权利或课予公民义务的秩序行政领域,政府通常都是直接履行行政任务,原则上只能采用公法手段。另一方面,在政府直接参与市场经济活动的行政领域中,政府被视为民事主体,原则上只能采用私法手段。一般情况下,行政主体完成行政任务时应当采用公法手段。但在秩序行政以外的其他行政领域,行政主体出于实质性理由也可以选择私法行为。当通过公法行为难以完成行政任务或在完成效果显著不足时,应当允许政府自主选择私法形式。

民法典必然要深刻影响到以其为时代底色的法治政府建设。不论是学术研究,法治实践还是社会观念,都必须果断放弃旧范式,创立新范式,推动法治政府建设在理念、规则和操作范式上的全方位转型。有限有为政府的建构,依法行政的法依据扩容和公私法形式选择运用模式的转型主张,不仅回应了民法典给法治政府建设带来的变革,也一并解决了行政法治的历史遗留问题,不仅有助于建设法治政府,更为如何贯彻党的二十大精神所提出的“扎实推进依法行政”“优化政府职责体系和组织结构”提供了具体路径。  
(文章原文刊载于《中国法学》2022年第6期)

## 观点新解

### 黄先雄谈减少行政诉讼“程序空转”现象——要着力改善行政审判的内外部环境



中南大学法学院黄先雄在《法治研究》2023年第1期上发表题为《行政诉讼“程序空转”现象的多维审视》的文章中指出:

行政诉讼“程序空转”是指行政诉讼程序在回应起诉人的实体诉求、实现公平正义方面的“无效率”或者“低效率”。行政诉讼“程序空转”现象的原因是多方面的,行政诉讼法规范的不足、缺失或者被机械适用,是部分间接原因;法官们实质性解决行政争议的动力、能力与资源不足,是直接原因;行政审判的内外部环境有待进一步改善,乃深层原因。为尽可能减少行政诉讼“程序空转”现象,除了明确行政诉讼法相关规范的适用规则,加强行政审判法官的专业化及职业保障等外,更为重要的是要着力改善行政审判的内外部环境。

### 陈璇谈建构自愿性的认定标准——需以两个视角为支柱搭建分析框架



中国人民大学陈璇在《法学》2022年第11期上发表题为《危险接受的自愿性:分析视角与判断标准》的文章中指出:

司法实践中涉及危险接受的大量案件表现为,被害人因为自保本能,义务命令或者伦理要求而承受了一定的心理压力,并在这种压力的驱使下实施了自陷危险的举动。在此情况下,能否以及在多大范围内认定被害人是自愿接受风险,是司法实践中亟待解决的难题。欲体系性地建构自愿性的认定标准,需以心理状态和社会价值这两个视角为支柱搭建分析框架。首先,只有当被害人的心理压力已达到足以排除期待可能性的程度时,可以直接否定危险接受的自愿性。最后,当被害人为了保护生命、健康以外的其他法益而自陷危险时,需要综合其自危行为保护的利益、行为方式的合理性等因素,具体地确定自危行为是否具有积极的社会意义。

### 李姝谈合理化解释转基因技术引发的伦理问题——应坚持保护人类整体利益优先的价值观



西北政法大学生李姝在《比较法研究》2022年第6期上发表题为《转基因生物安全立法的价值问题探究》的文章中指出:

自20世纪70年代以来,现代生物技术尤其是转基因生物技术的蓬勃发展,给医疗、工业、农业等多个领域带来了新的变革。然而,转基因技术自身仍存在科学不确定性,在生态环境、人类健康、生物武器等领域存在一定的安全风险。为有效应对转基因生物技术对社会发展和国家治理可能带来的风险与挑战,合理化解释转基因技术引发的伦理问题和价值冲突,应当努力实现科学技术进步、社会秩序维护和国家安全治理之间的平衡。一方面,应坚持保护人类整体利益优先的价值观;另一方面,应在确保转基因技术安全的前提下,努力兼顾安全、自由、效益、平等法律价值,综合作出立法价值选择。

### 彭文华谈犯罪附随后果制度的规范化——应满足宪法规定和比例原则的要求



上海政法学院彭文华在《法学研究》2022年第6期上发表题为《我国犯罪附随后果制度规范化研究》的文章中指出:

犯罪附随后果是刑法之外的法律法规、规章等规定的,对有犯罪前科者及其家庭成员或亲属适用的,对特定权利和资质的限制、禁止或者剥夺。我国犯罪附随后果的表现形式复杂多样,其消极影响随着犯罪时代的到来会愈发严重。犯罪附随后果制度的规范化应贯彻权利理念,满足宪法规定和比例原则的要求,并以风险治理理论为指导;在方法上则有立法规范、司法程序和配套制度保障之别,应采取体系化、综合化的策略;基本路径是在明确犯罪附随后果具体适用条件的基础上,建立下位规范失效制度和系统化的犯罪人权利恢复与保障制度,确立合理有效的救济机制,在相关规定综合运用时遵循司法优先原则,并构建犯罪附随后果数据库。

(赵珊珊 整理)

## 前沿话题

□ 王青斌 (中国政法大学法治政府研究院教授)

民法典的颁布,尤其是民法典所蕴含的权利本位理念、公私法融合特征等,无疑给新时代的法治政府建设提供了新的价值标尺和历史机遇,也提出了新的挑战。当前,我国法治政府建设正处于一个关键性的历史节点,必须站在新的起点上探寻法治政府建设的转型路径。

### 法治政府的形态演进与民法典时代的转型要求

(一)法治政府的形态演进  
在封建统治时代,并不存在“法治政府”的概念。直到近代西方掀起崇尚理性的启蒙运动,法治政府才开始成为法治乃至政治话语体系中的核心概念。但在早期形式法治国家中,法治政府建设并不注重自由、正义等实质价值目标。从法治政府形态的历史演进来看,它

## 前沿观点

□ 程啸 (清华大学法学院教授)

个人信息保护法颁布后,围绕着个人信息权益的性质与权能,个人在个人信息处理活动中的权利与个人权益的关系、个人信息权益保护的利益范围、个人信息权益被侵害后能否起诉等一系列问题,产生了很大的争议。这些问题的解决,对于科学阐释与适用民法典、个人信息保护法的规定,维护个人信息权益具有重要的意义。

### 个人信息权益的性质

关于个人信息保护法中个人信息权益的性质,目前理论界的观点可以分为两种。一是民事权益说。此说认为,民法典对个人信息保护作出的规定非常清楚地表明了自然人对于个人信息享有的权益属于民事权益。个人信息保护法在民法典的基础上明确提出了“个人信息权益”的概念,是为了更好地实现对个人信息权益的保护。二是权益集合说。此说认为,个人信息权益是一个包含范围非常广泛的概念,而不是一项单一的权利。个人信息保护法之所以采用这个概念,就是考虑到在信息化时代个人信息上承载着广泛的个人权利和利益。

个人信息权益的核心权利就是个人对个人信息的知情与自主决定的权利。笔者认为,我国个人信息保护法中的个人信息权益就是民事权

## 论个人信息权益

理由如下:第一,将个人信息权益界定为权益的集合,将使个人信息权益的范围漫无边际,无所不包;第二,将个人信息权益理解为权益集合的观点会对整个侵权法的归责体系造成毁灭性破坏;第三,以个人难以保护个人信息而需要国家提供保护为由,就否定个人信息权益是民事权益的观点也是不成立的,我国通过公法和私法双重手段对个人信息进行保护,最终目的就是更好地维护自然人的合法权益。

### 个人信息权益的权能

个人信息与个人信息处理活动具有其独特性。一方面,信息就是人与人交流的产物,也仅在交流中才有意义和价值;另一方面,个人信息具有全面性与非竞争性,不同的人可以在不同的时空同时使用相同的个人信息而不发生冲突,同时,个人虽然是其个人信息的主体,但个人信息可以被很多组织或个人收集、存储、加工、使用以及相互提供,而个人对此往往毫不知情。因此,法律对于个人信息的保护要始终立足于“个人—个人信息处理者”这样的关系模型,通过构建个人在个人信息处理活动中针对个人信息处理者的各种权利来具体形成完善的个人信息权益。

个人信息保护法颁布后,由于该法同时规定了“个人信息权益”与“个人在个人信息处理活动中的权利”,并且“个人在个人信息处理活动中的权利”的类型更多、更丰富,理论界和实务界对于“个人在个人信息处理活动中的权利”与“个人信息权益”之间的关系存在争论。这种争论不仅与个人信息权益的性质问题密切相关,而且在相当程度上决定了个人信息权益的保护方式。从现有的文献来看,比较有代表性的观点有权能说、保护性权利说与公法上的工具性权利说。

权能说认为,个人在个人信息处理活动中的权利就是个人信息权或个人信息权益的权能或内容。保护性权利说也称“个人信息保护请求权”,该说认为,个人在个人信息处理活动中的权利是个人信息权益的保护性权利或救济性权利。公法上的工具性权利说认为,个人信息在个人信息处理活动中的权利属于公

法上的工具性权利,对于这种权利侵害后应当通过行政手段加以保障,即行政监督执法处理是前置程序,只有在穷尽了行政救济途径后才能提起诉讼。

笔者认为,上述观点都有一定的合理性,但都有不足之处。首先,权能说并未正确地认识个人信息保护法第四章中规定的个人在个人信息处理活动中的各类权利的地位,而是将知情权、决定权与查阅权、复制权、删除权等权利简单地等同。其次,保护性权利说并未认识到个人信息权益的权能构造及其核心,而是片面地将个人在个人信息处理活动中的权利作为救济性权利甚至程序性权利看待。最后,公法上的工具性权利说的不妥之处在于,其以国家法律规定是国家履行保护义务的结果为由,认为这些权利不是民事权利。

虽然个人信息保护法第四章采取的名称是“个人在个人信息处理活动中的权利”,然而这个“权利”并非指“主观权利”,而是指“权能”,它既不能被单独地加以转让,也不能被放弃或继承。在结构上,个人在个人信息处理活动中的权利的地位是不同的。其中,处于核心地位的是个人对其个人信息处理享有的知情权与决定权,它们并非请求权,而是对个人个人信息权益内核的描述,属于个人信息权益的核心性或基础性内容。至于查阅权、复制权、可携带权、删除权、解释说明权等权利,属于工具性权能,即为了实现知情权与决定权而配置由法律规定的个人信息权益的权能。

### 个人信息权益保护的利益范围

个人信息权益的核心权能是知情权与决定权,法律赋予自然人个人信息权益的目的就是要保护个人在其个人信息处理中享有的意思决定的自由。但在现代网络信息社会的个人信息处理中,个人与个人信息处理者权力分配并不平等,个人难以真正作出自我决定,为了矫正这种权力上的不对等,融合公法与私法的个人信息保护法应运而生。

从公法的角度看,法律通过确定强制性的个人信息处理规则并施加各种法定义务给个人信息处理者,来实现个人对个人信息的自我决定;而在私

法上,法律则通过赋予个人对其个人信息处理的知情权与决定权,即以告知同意规则作为个人信息处理的合法性基础,并辅之以查阅权、复制权、可携带权、删除权等权利,以保护个人意思决定的自由。

个人信息权益保护的不仅是自然人就个人信息享有的精神利益(即对其个人信息处理的自主利益),也保护自然人对个人信息的经济利益。个人信息权益属于人格权益,我国法律对于人格权保护的利益采取的是二元主义模式,个人信息权益可以同时保护自然人对个人信息处理享有的精神利益与经济利益。

### 个人信息权益的保护

个人信息权益属于人格权益,因此被侵害后,无论是否造成损害以及加害人有无过错,都可以获得人格权请求权的保护。

在个人信息权益的程序保障机制上,理论界对于个人信息保护法第五十条第2款是否为个人向法院提起诉讼设置了前置程序存在争议。笔者认为,个人向法院起诉没有也不应当有任何前置程序。诉权是民事主体的最基本权利,只有法律中明确规定了某种程序是提起诉讼的前置程序,才是合法的。个人信息保护法第五十条第2款以及其他法律并没有对前置程序作出任何规定。此外,将个人向个人信息处理者提出请求作为起诉的前置程序,还会对个人个人信息权益造成不合理的限制,违反民法典的规定。

个人信息权益是随着现代网络信息科技发展而出现的一种新型的人格权益,性质上属于民事权益,不当将个人信息权益泛化为个人信息上承载的全部民事权益以及宪法上的基本权利。个人信息保护法第四章“个人在个人信息处理活动中的权利”是对个人信息权益权能的具体规定,具有内在的逻辑结构。未来应当如何真正地实现对个人信息权益的保护,为个人行使个人信息权益建立高效快捷的程序保障以及被侵害后的救济机制,是理论界与实务界需要努力的方向。

(文章原文刊载于《华东政法大学学报》2023年第1期,张文龙摘编)

## 数字金融的法律风险及防范

防控意识,将各类法律风险进行评估,并制定相应的解决风险方案,做到未雨绸缪,规范金融市场各类参与主体的法律意识。最后,作为参与金融市场的各类实体,要做好内部风险评估,从人员培训、公司内部管理等层面做好法律制度的培训与制定,加大数字金融法律法规的宣传力度,通过人们喜闻乐见的方式提升金融市场各类主体法治理念,确保他们在合理有序的环境中参与数字金融活动。

强化各部门联动构建数字金融风险预防机制。数字金融法律风险防范离不开各类参与主体的协同配合,无论从国家层面还是市场层面都需要做好法律风险研判和规避。首先,构建地方保障数字金融安全联席会议机制,明确数字金融行业各类监管部门、企业的权利与义务,制定相应的工作制度和规范,确保各个主体各司其职。其次,发挥金融安全信息服务部门的功能,进一步强化与地方司法机关、金融监管部门、市场监管部门的联系,构建数字金融信息共享平台,对数字金融中违法违规行为及时进行通报,及时做好信息通报,加快构建数字金融行业内法律风险防控与化解机制,提升数字金融各部门工作效率,有效对数字金融行业出现的风险及时管控。最后,司法、执法部门要强化打击力度,通过摸排、接受举报等形式,严厉打击数字金融市场的违法犯罪行为,严格清查各类违法案件,另外还可以将违法案件进行整理汇编,通过案例的形式让广大群众、金融机构进行学习,提升自身法律风险防范能力,避免因于法

律观念淡薄而出现违法犯罪行为。

完善金融市场参与主体准入机制。首先,数字金融市场规范发展离不开各类市场主体的遵纪守法和良好的法律意识。所以,做好数字金融风险防范就需要优质的市场主体参与评估,可参考指标就是信用评级法律机制,通过对数字金融从业者的参与行为进行评估与检验,对信用评级低的金融主体进行限制,确保市场有序发展,规避不良企业带来的负面效应。其次,评估数字金融行业对客户信息安全保障指标。由于互联网兴起,数字金融涉及的客户信息也越来越多,这些信息如果不进行严格保护,有可能被不法企业泄露或者利用,不仅威胁客户的信息安全,甚至还可能威胁客户财产、生命安全。所以在评估数字金融市场准入时,对市场主体客户信息保护机制进行严格筛查,促进企业构建完善的信息保护机制,促进数字金融行业健康发展。而对于一些客户信息保护存在问题的企业,则需要秉持先治理后准入的原则。

完善数字金融消费者权益保护机制。数字金融的蓬勃发展离不开数字金融消费者的支持,如果数字金融市场无法做好法律风险防范与规避,很容易造成消费者信心不足,从而导致数字金融行业萎靡。首先,制定数字金融消费者权益保护法律法规。我国目前已经制定相当完备的消费者权益保护法律法规,但是在数字金融方面还要进一步细化,通过完善数字金融消费者权益保护,切实保障消费者合法权益,为数字金融发展提供法律保障。其次,构建消

费者权益保护机构。数字金融发展越迅猛,就越容易产生损害金融消费者合法权益的行为或者事件,为了做好金融市场风险防范,就必须建立金融消费者权益保护机构,对金融市场损害消费者行为及时干预,提高市场监管的有效性和针对性。

创新互联网技术监管手段。数字金融依托互联网发展,互联网发展为数字金融提供重要技术支持,所以在探讨数字金融法律风险防范问题时,就必须依托互联网技术进行金融市场的监管。首先,在互联网层面面对数字金融企业的法人、自然人及其他信息进行及时搜寻与采集,对金融企业进行资质评估、服务满意度调查、工作规范等进行认定与监管,减少由于信息不对称造成监管缺失等问题,提升数字金融市场规范性,合理规避可能存在的风险。其次,还可以通过互联网技术监管,对数字金融企业成本效益、运营风险及客户潜力进行评估与监管,提升数字金融服务水平。最后,构建互联网监管反馈系统,传统金融行业监管主要依托监管部门在这样的背景下容易造成监管缺失,而通过互联网技术进行全方位全过程监督,利用信息技术手段及时发现法律风险问题并及时做好规避,避免由于信息不对称造成的法律风险问题。在使用互联网技术创新时,更要遵守守法,我国目前在法律规制上对互联网技术监管要求,并进一步明确在数字金融活动中互联网技术监管要保护市场合法权益,对于违反法律法规的行为要承担相应法律责任。

## 前沿关注

□ 姚立瑛

数字金融是在互联网时代背景下通过信息技术方式与传统金融服务行业相结合的一种新型的金融服务管理模式,具有交易成本低、效率高、参与主体多元化等优势,目前已经融入人们生活的方方面面,数字金融的发展进一步体现了互联网时代背景下金融服务的共享和公开特点,但无论是数字金融还是传统金融模式都离不开法律的监督管理。

提升市场主体法律风险防范意识。随着法律法规的制定,提升数字金融市场主体法律防范意识还需要进一步增强,发挥国家统筹协调作用。首先,设置负面清单将数字金融市场可能会触及的法律红线和盲点问题进行罗列,提升市场主体法律意识,防止违法问题发生。其次,作为金融市场主体要增强风险

防控意识,将各类法律风险进行评估,并制定相应的解决风险方案,做到未雨绸缪,规范金融市场各类参与主体的法律意识。最后,作为参与金融市场的各类实体,要做好内部风险评估,从人员培训、公司内部管理等层面做好法律制度的培训与制定,加大数字金融法律法规的宣传力度,通过人们喜闻乐见的方式提升金融市场各类主体法治理念,确保他们在合理有序的环境中参与数字金融活动。