观点新解

秦天宝谈碳排放权的法律属性——应以过程论视角呈现碳排放权内在逻辑关系

武汉大学环境法研究所秦天宝在《比较法研究》2023年第2期上发表题为《双阶理论视域下碳排放权的法律属性及规制研究》的文章中指出：

碳排放权交易制度作为解决气候变化问题、实现“双碳”目标的核心手段，在我国经历了从地方试点到全国推广的发展历程。经过十余年的发展，我国碳排放权交易制度逐步改革推进，整体架构日趋完善。碳排放权是碳排放权交易制度的理论基础与核心。然而，不论是在规范层面抑或学理层面，碳排放权的法律属性这一核心问题仍未得定论。在规范层面，碳排放权概念基于国际法而产生。在学理层面，鉴于碳排放权既蕴含了环境保护及碳排放管控的公法特征，也体现了意思自治及自由协商的私法内涵，学界对其属性界定存在诸多分歧。然而，不论是以行政许可说、环境权说和发展权说为代表的公法属性观，还是以特殊用益物权说和准物权说为代表的私法属性观，抑或是以新财产权为代表的混合属性观，其逻辑推演路径或是未脱离“非公即私”的传统视野和思维定式，或是生搬硬套域外法律概念而未加本土化改造。因对碳排放权法律属性这一基础核心问题未达成共识，也引发了司法实践中的混乱，在一定程度上制约了碳排放权交易制度的实践与发展，影响了“双碳”目标的实现。因此，找到可以衡平公私利益的解释路径，厘清碳排放权中交织的公私法律关系，对于推动我国碳排放权交易制度健康持续发展具有重要的意义。

以德国双阶理论为视角进行权属研究，可以很好地突破“非公即私”的逻辑定式，为复合型法律权利或制度的属性提供更加周延的解释进路。双阶理论在兼顾公益与私益的基础上，以过程论的视角呈现碳排放权不同阶段的属性特征及内在的逻辑关系，有助于更为准确地界定碳排放权的法律性质。纵向上，将碳排放权在注册登记之前界定为公法属性，注册登记后原则上视为私法属性。注册登记内容通常应当包括碳排放配额或核证减排量的持有数量和持有状态等技术性条款以及碳排放权利人、核准机关等当事人基本情况；横向上，从制度价值、市场风险、规范体系等角度厘清公权力介入碳排放权交易机制的正当性，彰显碳排放权交易阶段公私法之间的交织与衡平逻辑。以碳排放权的双阶构造为依据，碳排放权制度应当从突破涉碳纠纷单一救济路径依赖、建立公私主体协力共治的保障机制等方面进行完善。

敦宁谈高空抛物罪的保护法益——是不特定人在公共空间中的人身安全

大连海事大学法学院敦宁在《河北法学》2023年第3期上发表题为《高空抛物罪中“情节严重”的教义学诠释》的文章中指出：

为了有效治理高空抛物这种“悬在城市上空的痛”，刑法修正案(十一)设置了高空抛物罪。根据其罪刑规范，高空抛物行为并非一定构成犯罪，只有“情节严重”的情形才会被作为犯罪处理。在此意义上，“情节严重”可谓高空抛物罪的入罪条件(或标准)。

作为高空抛物罪入罪条件的“情节严重”，在具体内涵和判断标准上都较为模糊，为保障司法认定的准确性，需要从刑法教义学层面对其进行深入诠释。高空抛物罪中的“情节严重”，应属于该罪犯罪构成中整体的违法要素，不仅行为人要对其具有一般认识，而且在具体评价上也只能围绕该罪的保护法益，从其客观危害性层面加以展开。高空抛物罪的保护法益并非抽象的社会管理秩序或公共秩序，也不是其与某些实体法益的简单组合，而是“不特定人在公共空间中的人身安全”。因为，该罪处于“扰乱公共秩序罪”之中，如果行为人是在非公共空间(如已经封禁的工厂)实施高空抛物行为，则不能按该罪论处。同时，如果行为人是在高空向公共场所中的特定人抛掷危险物品(不可能波及其他人)，则宜按故意伤害(杀人)罪或未遂犯罪论处。此外，这里的“不特定人”，指的是被害对象不特定，而并非是指危险可能向不特定多数人扩散。如果属于后者，则因已经危及公共安全，可按照相应的危害公共安全类犯罪论处。

在将高空抛物罪的保护法益确定为“不特定人在公共空间中的人身安全”之后，便可依托于该法益来对“情节严重”展开具体判断。由于“情节严重”具有内容上的延展性，可以包含不同的轻重情形，所以，对于该罪中“情节严重”的认定，关键问题并不是确认那些明显严重的情形，而是明确其底线标准。从实践中的情况来看，可以将高空抛物行为的法益侵害程度由重到轻划分为三类情形，即造成实害后果、形成具体危险状态与只具有抽象危险性(或行为危险性)。从逻辑上讲，既然造成实害后果和形成具体危险状态都不适宜作为高空抛物罪中“情节严重”的底线标准，那么其结论只能是，行为对保护法益具有抽象危险性即可。这里的“抽象危险性”，又称行为危险性，即不要求行为产生具体危险状态或实害结果，只要行为本身具有可能侵害法益的危险性即可。需要注意的是，高空抛物行为的(底线)入罪标准是行为的危险性，而不是行为人的人身危险性，故不能将单纯影响后者的因素作为“情节严重”的判断依据。

(赵珊珊 整理)

毕业典礼致辞

学会和解 汲取不断奋进的动力

□ 叶青（华东政法大学校长）

大家夏至好！《尔雅》对“夏”的本质作出了最质朴的解释——“成长”。夏至意味着万物的发荣滋长，同时也是适宜栽种乔迁的好日子。今天我们聚集在这里，举行华东政法大学2023届学生毕业典礼暨学位授予仪式。这既是一种大家对校园美好生活的纪念和谢幕，也是一份你们栽种新希望、乔迁新居所的庄严宣告。

过去7年里，我先后用“注重行动”“坚守底色”“对抗平凡”“珍惜青春”“总结痛苦”“慎重选择”为主题向你们的学长、学姐告别。今天，我以一名学长、一名师长的经验，再讲一个主题，那就是学会和解，从而汲取不断奋进的动力。

和解既是常用生活概念，更是法学尤其是诉讼法学中的重要法学名词。《辞海》(第七版)对这个词的解释有两个：第一个通俗解释，出自《史记·韩信卢绾列传》：“信数使使胡求和解。”第二个法律专有名词解释，“诉讼中双方当事人通过协商，达成协议，解决争端”。两个解释意义类似，就是对双方当事人权利义务关系进行重新界定以定分止争的行为。无论是社会事实还是法律事实，无论是个人内心深处还是复杂社会关系，都存在着双方当事人，都需要我们努力实现统筹、兼顾和平衡，达致内心与言行、自我与环境、个人与他者之间的平和统一。那么应该如何做到和解呢，我认为有三步：

第一，和解人需要有自己的立场和主张。

自然人是各种复杂关系、情感、境遇交织的复合体，因此时刻做到准确定位自己并不容易。人如果不能实现对自己的了解，明确自己的立场和主张，就容易导致言行混乱、表里不一、唯唯诺诺，那么所谓的和解自然变成委曲求全、曲意逢迎。关于这一点，在东西方文学著作中都有体现。施耐庵对鲁智深坐化杭州六和寺前的偈语是“钱塘江上潮信来，今日方知我是我”。毛姆在《月亮与六便士》中讲道：“卑鄙与伟大、恶毒与善良、仇恨与热爱是可以互不排斥地并存在同一颗心里的。”走入社会后，大家也会逐渐发现，很多事情并不是非此即彼、非黑即白，大家要真正做到内心充盈饱满、坚强自信，在坚守原则底线的前提下，明确自己最根本的立场，做到兼收并蓄、兼容并包，而非泾渭分明、吹毛求疵。

我们要有属于我们自己的面貌、自己的风骨，有自己的法治思维和行为逻辑，更有自己的主张和坚守。这其中的内涵，就是在奉献服务的过程中促进温暖正义的人生价值实现。即使道阻且长，行则必至！

第二，和解需要兼顾当事人双方利益。

和解是理想与现实的再融合，和解也是双方利益的再平衡，这其中就需要取舍和让渡。我们一旦进入社会，做出个人行为选择就不应是自己随心所欲的，而是需要时刻寻得平衡，在个人和他人之间实现“帕累托最优”。我们对待人生的态度也不应该是一味地追求丰富精彩和完美结局，把全部自由时间精力聚焦在一个实现个人愿望的小目标上，而是应当在充分尊重他人和周遭利益基础上，对个人理想进行抽丝剥茧、量力而行。

大家要争气但不要生气，要鼓气但不要赌气，要坚持原则但不要顽固反智，要尊重个性但不要飞扬跋扈，努力在各种内外关系中寻得平衡和稳态。

第三，和解需要在情理法统一的制度框架内进行。

这里主要指向的是和解的结果。我国宪法规定，劳动是公民的权利和义务；受教育也是公民的权利和义务。在一些毕业生眼里，这两条规定存在法条竞合。在我看来，这两个法条没有逻辑上的包容关系，大家主观上是为了更好实现人生价值，将受教育拟制为一种智力劳动，这个过程可以评价为想象竞合。《传习录》里有句话，我曾多次引用过：“人须在事上磨，方立得住；方能静亦定，动亦定。”社会哲学学科需要人生阅历的历练和积累，才能将感知社会的感性认识转化为理论抽象，也就是马克思主义哲学中的实践观。去年因为疫情学校进行闭环管理，在这期间，我有幸认识了不少学生志愿者。其中，有坚守明珠楼参加“党员突击队”的，有值守长宁校区三个月的“马拉松式志愿者”，有在疫情最凶猛时毅然加入的“逆行者”。现在，这些志愿者中有人去云南支教保研了，有人留沪做律师了，有人升学做博士了！在他们身上我看到的，就是在情理法相统一的框架内，实现了个人发展与服务社会、自己的向往与振兴民族事业的融合，他们用自己志愿服务积累到的经验、锻炼的技能进一步提升了自己的职业价值和精神境界。

“到祖国和人民最需要的地方去”，就是对人生梦想的有力回馈，就是对国家、对社会的有益贡献。在时代大潮中找到自己的坐标，在不懈奋斗中尽到自己的责任，必能让个体奋斗与强国宏图同频共振。没有和解是不需要牺牲的，为有牺牲多壮志，敢教日月换新天！与其整天在等待中感叹时光的流逝，不如说干就干而抓住分秒；与其终日在惊惧里数说世态的炎凉，不如破釜沉舟去直面现实。不要在无聊的事情上浪费生命，也不要在枯燥的生活中消耗自己。

奋斗者的青春不散场，韶华不落幕。柳荫下别百般怅，同窗数载万千情，苏河潮水一江尽，从此知音两处念！最后，化用东晋文学家陶渊明先生在《桃花源记》中的一句话与大家共勉：“新时代中，华政人法治为业，缘法行，忘路之远近。”希望大家都能达成与自己的和解，早日建成内外和谐的桃花源！

(文章为作者在华东政法大学2023届学生毕业典礼暨学位授予仪式上的致辞节选)

构建中国民法总则知识体系

《民法总则新论》序言

书林臧否

□ 王利明（中国人民大学法学院教授）

党的十八届四中全会决议提出编纂民法典的任务后，立法机关确定了“两步走”的方针，第一步是制定民法总则。我国民法总则是在民法通则的基础上形成的，民法通则虽然同时包含了总则与分则的内容，但其主要是总则的内容。因此，民法总则的颁布也可以说是我国民事立法经验的总结，具有历史的联系性。第二步是进行民法典各分编的编纂工作。我国立法机关于2020年5月28日颁布民法典，民法总则的内容成为民法典总则编。总则编是民法典的总纲，纲举目张，整个民商事立法都应当在民法总则的统辖下具体展开。我国民法典总则编的特色主要表现在：

第一，内在价值的多元性。民法典秉持私法自治原则，将个人视为具有理性的人，尊重其依法自主地在行为能力范围内为安排自己事务所形成的法律关系，赋予民事主体广泛的行为自由，并使当事人之间的合法约定能够具有优先于任意法适用的效力。除私法自治外，总则编同时注重人文关怀价值，把“关心人、培养人、发展人、使人之为人”作为立法的重要使命，强化了人的自由和人格尊严的维护。民法典总则编倡导自由、平等、公正、法治等价值理念，并确认了诚实信用原则、公序良俗原则等基本原则，弘扬了社会主义核心价值观。“维护人性和人格尊严的价值追求是指引权利秩序建构的基石。”民法典总则编所秉持的价值虽然具有多元性，但各项价值之间是融贯的，且各项价值之间存在一定的层次性。

第二，以民事权利为中心构建外在体系。与《德国民法典》以法律行为为中心构建总则体系不同，我国民法典总则编将民事权利作为外在体系构建的主线，总则编实际上就是民事权利主体、客体，民事权利的行使、保护等共同规则的提炼，民事主体其实就是权利主体，法律行为是民事权利发生变动的原因，代理制度发生于权利行使的过程中，时效则是对民事权利行使的限制。总则编第五章专门规定了民事权利体系，并保持了民事权利体系的开放性。这一体系不仅在组合和搭配上具有逻辑性、系统性，而且保持了民事权益保护体系的开放性。同时，总则编第五章在列举各项民事权益时，还构建了民事权益位阶。可见，民事权利作为一条红线，贯穿民法典总则编的始终，这既增加了民法典的科学性和内在逻辑性，也更加全面地展现了民法典的权利法性质。

第三，构建了较为完备的主体制度。我国民法典总则编确认了各类主体的法律地位，尤其是将社会组织区分为营利法人与非营利法人，其中又包括了各类组织，打破了传统的民事主体二分法，承认了非法人组织的民事主体地位。在主体的类型方面形成了有效的制度供给。任何法人和非法人组织设立者都可以从中找到最适合自己的组织模式，从而依据民法的规定设立不同的组织，承担不同的义务，享有不同的权利。总则编通过完善营利法人制度，进一步促进了现代企业制度和法人治理结构的完善，并在目的层面对以公益为目的的法人和非法人组织进行限制，如禁止其向其成员分配利润，这也有利于更好地发挥社团的社会治理功能。民法典在调整社会组织方面，通过承认社会组织的主体资格，发挥其能动性与对社会组织的有效监管并举，从而更好地发挥其在国家治理中的作用。

第四，充分彰显了人文关怀精神。民法典总则编强化了对未成年人、精神障碍者等弱势群体的保护，强化了对胎儿利益的保护，规定成年监护等制度，强化了对个人人身权的保护。同时，总则编还注重鼓励见义勇为行为，强化对英雄烈士等人格利益的保护，这些都彰显了人文关怀精神。可见，总则编不仅注重维护交易安全和秩序，而且注重对人的关爱和保护，形成了从物质到精神、从出生前到死亡后的完整的权益保护机制。

第五，赋予了民事主体广泛的行为自由。我国民法典对民事法律行为制度采用负面清单管理模式，依据民法典第一百五十三条的规定，在法律禁止的范围之外，民事主体均享有广泛的行为自由，这些行为自由是通过法律行为的方式实现的。民法典总则编区分了法律行为和代理，区分了单方法律行为、双方法律行为、共同法律行为，承认各类主体共同行为、决议行为的效力，确立了各类主体组织有效运转的规则。总则编在设立公司、合伙、独资企业等现代企业制度方面充分贯彻私法自治原则，鼓励当事人依法创设各类企业，并依法保护其合法权益。

第六，具有鲜明的实践性特点。总则编包含了诸多可以被称为“中国元素”的法律制度，有力地回应了实践的需求。例如，总则编在主体制度中确定了营利法人与非营利法人的分类，构建了特别法人制度与非法人组织制度；在监护制度中，构建了“家庭监护为主体、社会监护作为补充、国家监护为兜底”的监护体系，强化了对被监护人的全方位、全过程的保护。此外，为适应互联网、高科技时代个人信息、网络虚拟财产和数据的保护需求，总则编还首次对个人信息、数据保护等问题作出了规定。

总之，民法典总则编实现了价值的融贯、体系的完整和规则的齐备，充分体现了科学性、逻辑性和价值的引领性。

管仲的“以法治国”理论

史海钩沉

□ 李鸣

春秋初期的齐国，随着井田制的破坏和私田的大量出现，许多人从奴隶身份解脱出来，成为有一定人身自由的农人，人的地位有所提高。另外，随着经济的发展，商业异常发达，唯利是图的价值取向也颇为盛行，单单靠礼已不足以应付这一变化，还要以法治世，一是德刑并用，二是立法定制。特别是齐国，为了加强其霸主地位，更需要通过君主发号施令，加强君主集权，“以法治国”。

管仲是中国历史上较早提出“以法治国”理论和原则的思想家，他明确界定了法、律、令的共同性和不同作用以及立法、执法、守法的权责关系，深刻揭示了“以法治国”的内涵逻辑、内在要求、价值目标。他认为：立法统一、法律公开是“以法治国”的前提，法令是天下人明确嫌疑、判断是非的客观标准，从而否定礼治时代“刑不可知，则威不可测”的旧观念。他强调法令的主要作用在于控制属下，防止以下乱主；法令的基本内容是赏刑，即用赏赐鼓励人们做对国家有利的事，用刑罚纠正对国家不利的行为。统治者治国理政，法律是最直接、最管用、最有力的工具。统治者只要把法律制定好，合乎国情，合乎民意，推动实施，督促落实，违法必究，就功德圆满了。

管仲认为，国以民为体，君以赏罚为用，立法关系到民众的切身利益，因此，立法应格外慎重，力戒“私情行而公法毁”(《管子·八观》)，力争做到“取于民有度，用之有止”(《管子·权修》)。他强调，兴政立法有两个立足点：一是法从习惯，二是令顺民心。

法从习惯。氏族部落的社会规范主要是习惯。习惯是在人们日常生活中自然而然地形成的，反映了氏族成员的共同意志和群体利益，得到社会舆论的认可和支持，其调整社会关系和维护社会秩序的作用明显，对氏族成员有普遍约束力。法以习惯为渊源而产生，在本土自发生长具有民主性和社会性，容易被人们理解、接受、信仰和自觉遵从。虽然管仲主张的“法治”本质上是加强君主集权，但他强调立法不能仅仅以君主个人的好恶为标准，而应“与俗同好恶”，重视民间习惯。

令顺民心。鉴于民有“四欲”(逸乐、富贵、存安、生育)与“四恶”(忧劳、贫贱、危坠、灭绝)，以“四欲”顺民心，则国安；以“四恶”逆民心，则国危。法令顺民心还是逆民心，决定着国家的盛衰、统治的成败，因此，只要顺应民心，法令的实施就像源源不断的流水那样畅行无阻。立法以人为本，切实从统治对象的利益和愿望出发，寻找立法的依据，这就比统治者高高在上、目空一切、随心所欲地发号施令要合理得多，这一点应该引起立法者的高度重视。

管仲提倡“令顺民心”，就在于他清醒认识到统治者与民众是互相依存、彼此制约的。统治者为了巩固自己的统治地位和实现自己的经济利益，必须对民众有所施舍，甚至作出某种让步，让民众有利可图。做到这些，民众就会给予相应的回报。统治者有所失必然有所得，且失之甚小，得之甚大。他认为好逸恶劳、趋利避害是人的共同本性，追求物质利益是民情的基本内容。君主立法只有从人性、民情出发，才会产生令行禁止的社会成效。如果统治者立法“取民无度”，造成民众衣食不足，整天生活在痛苦之中，民众就会怠慢法令，法令就根本无法推行。因此，在管仲看来，法令不仅是制裁民众的手段，同时，也是君主利用民力、获取民心的工具。

以“令顺民心”为出发点，管仲坚决反对专任刑法，大兴杀戮。他指出：刑罚杀戮过滥过重，不仅不会使法令产生威慑作用，反而会激起民怨，使统治者的地位产生动摇。在此基础上，管仲主张“省刑”，而“省刑”的关键在于堵“两原”。民众肆意妄为、淫逸放诞的原因，一是上层统治者不节制私欲，不遵守法度；二是对浮华奢靡之风不予禁绝。堵塞了这两个根源，犯罪就会减少，刑罚便可轻省。

管仲主张严肃法纪，反对赦免罪犯。他提出“轻过而移诸甲兵”的思想，推行赎刑制度，让有罪者以兵器或铜、铁赎罪，从而减轻了国家军备开支的沉重经济负担和刑罚惩治的强度，有利于社会安定。

近代中国，法制变革，人们注意到了法律的社会作用。什么是中国人心目中的法律，人们往往以管仲的言法作为依据。究其原因，一是中国最早高度推崇“法治”的是管仲；二是管仲推行“法治”收到了富国强兵、称霸天下的实效；三是管仲法令依从风俗习惯，顺乎民情民意，让民有利可获、有福可享、有安可图。而这些正有助于我们加深对法律的认识。

(文章节选自李鸣《法的回声：中国法律思想通识讲义》，法律出版社出版)