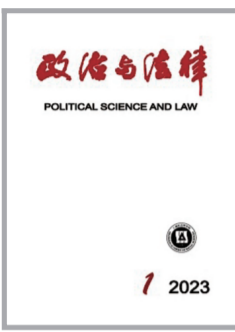




观点新解

李传轩谈消费者碳责任的立法模式——采取柔性责任与刚性责任相结合模式

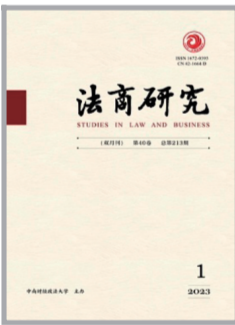


复旦大学法学院李传轩在《政治与法律》2023年第1期上发表题为“双碳”目标下消费者碳责任及其立法表达的文章中指出：

气候变化问题已成为人类社会的重大挑战，如何应对气候变化、减缓适应气候变化是国际社会和世界各国的议程。长期以来，在应对气候变化、减少碳排放的相关法治理念和制度措施方面，人们主要是以生产者为中心，关注生产经营活动中的碳排放问题，并由此针对生产者的行为进行法律规制，要求生产者承担碳减排法律责任。尽管生产经营活动的碳排放问题是最为重要的部分，但与一般的水污染、大气污染等环境问题相比，消费环节对碳排放问题的影响明显要更大一些。并且，无论是生态文明建设还是“双碳”目标的推进实施，都需要全社会参与、全过程控制的碳减排行动，没有对消费环节碳排放的有效防控，无疑是一种严重缺失。

尽管气候危机的加剧和“双碳”目标的提出，要求消费者承担越来越多的碳责任，特别是法律层面的碳责任，但在目前情况下消费者碳责任的承担还面临着很多障碍和挑战。首先，消费者在经济活动中的弱势地位影响了其承担责任的正当性；其次，消费者主权、消费自由等传统观念削弱了消费者承担责任的可能性；再次，生产行为的营利性和消费行为的非营利性差异降低了消费者承担碳责任的应然性程度；最后，消费者碳责任实现的便利性困境限制了责任承担的可行性。这就要求我们必须以全新理念和视角从法理层面对其进行相应的论证和确立，并划定合理的责任范围与边界，以有效破除障碍，回应挑战，为相应立法表达奠定良好的基础。一是低碳消费理论下的消费者碳责任：对消费者主权和消费自由的必要限制；二是气候正义理论下的消费者碳责任：对碳责任的公平分担；三是“三重失灵”理论下的消费者碳责任：对权利义务的重新配置。当然，消费者与生产者存在着重大差异，其碳责任在内容和形式上都有不同之处，需要根据消费者的特殊情况，划出合理的责任边界。此外，还需要在立法层面上进行科学妥当表达，形成相应的制度规范，以保障消费者碳责任的实施和实现。碳中和专项立法与关联法律协同立法相结合、柔性责任与刚性责任相结合的模式是当下我国立法的较优选择，而从购买、使用和废弃物处置多环节以及全过程角度构建规范体系也较为合理、可行。

张琼谈地方立法能力——具有地方性 法律性 社会性三重属性



西南政法大学张琼在《法商研究》2023年第1期上发表题为《类型化视野下的地方立法能力及其现代化路径》的文章中指出：

立法能力既是立法机关合法、合理、高效行使立法权的基础，也是衡量立法质量优劣的一项核心指标。其是一种跨越系统边界的综合能力，既要立足法律体系内部，又要兼顾法律体系外的社会效果。地方立法能力既要具备立法能力的基本要素，又要突出地方立法的特殊性。地方立法能力是指地方立法机关在坚持依法立法、科学立法和民主立法基本原则下，以地方社会实际和上位法作为立法根据，识别地方立法需求和地方特色，高效完成地方立法工作计划以及严格履行法定公开职责的综合能力，确保立法回应民生，保障立法质量，促进立法的法律效果和社会效果相统一。基于此，地方立法能力具有地方性、法律性和社会性三重属性。

立法能力源自立法过程的各个环节，从程序视角探究地方立法能力便于覆盖立法全过程。立法过程可以分为立法预备、正式立法、立法完成以及影响法效力且具有监督性质的立法审查阶段。据此，对地方立法最具影响的各阶段核心能力角度，可以细分为地方立法需求识别能力、地方特色反馈能力、地方立法计划执行能力、地方立法审查能力和地方立法信息公开能力。这五项地方立法能力贯穿立法前（预备立法）、立法中（正式立法）和立法后（法实施）阶段，形成事前、事中和事后立法质量的全过程控制。以地方立法实践对标五项立法能力发现，省级立法机关须提升对设区的市立法审查和指导能力；设区的市的薄弱的立法信息公开能力限制了其对立法需求识别能力和立法计划执行能力的判断，且文本同质化较高表明地方特色反馈能力较弱。

由于地方立法机关各项能力的发展水平处于不均衡状态，因此地方立法能力现代化建设应当有所侧重地制定培育策略。省级立法机关自身立法能力较强，但尚须加强对设区的市进行立法指导；以往较大的市的立法机关须在立法法基本原则的指导下着力培育立法信息公开能力；其他设区的市初获立法权，立法能力极为薄弱，不宜采用全面建设的思路，可以适用分解式培育路径，即以立法特色反馈能力和立法信息公开能力作为重点培育对象，然后再提升其他类型的立法能力。相比较而言，立法能力越高，立法偏好转变为立法结果的效率越高，立法者就能越快速、综合地回应社会需求，制定支持者偏好的政策以及获得高质量的民主式理想结果。

(赵珊珊 整理)

从《红楼梦》里王熙凤的观念看纲常名教的式微

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

中国古代的法律思想到了明末清初，确实发生了转折性的变化，《红楼梦》对此有所表现。它对官宦官场的黑暗，贵族家庭的腐朽，科举制度、婚姻制度的不合理性，纲常名教的虚伪，都进行了深刻的批判，并提出了朦胧的、具有民主性质的理想和主张。这些理想和主张，是对正在滋长的资本主义经济萌芽因素的曲折反映。

1. 神权观念的动摇

秦可卿病逝后，王熙凤帮忙操办后事，在馒头庵稍事休息，老尼姑趁机求她帮忙出面处理张财主退亲的事，王熙凤一开始不愿帮忙，后来经不住老尼姑的连奉承带激励，就答应下来了，说出了如下一段自己不信阴司报应、公然挑战神权威严的话：“你是素日知道我的，从来不信什么是阴司地狱报应的。凭是什么事，我说要行就行。你叫他拿三千银子来，我就替他出这口气。”中国封建社会压迫人们的是君权、夫权、族权和神权，俗话说举头三尺有神明，王熙凤却直言不怕阴司报应，说明社会氛围变了。

2. 皇权观念的动摇

贾璉偷娶尤二姐的事情败露后，王熙凤找人暗中打听到尤二姐的未婚夫张华的消息，于是就让人带话给张华去都察院告发贾璉，张华不敢造次，王熙凤知道后就骂道：“癞狗扶不上墙的种。你细细的说给他，便告我们家谋反也没事的。”《大明律》规定“谋反”者，不管主、从犯，一律凌迟，祖父、子、孙、兄弟及同居的人，只要年满16岁的都要处斩。联想《红楼梦》第六十八回王熙凤脱口而出“拼得一身剐，敢把皇帝拉下马”，不能不说曹雪芹在当时真敢写。

3. 尊长观念的动摇

鸳鸯是贾母身边最得力的丫鬟，贾母也一早有意图将她配个好人，最开始看中的是贾璉，但是一直没有说破。后来贾璉因为想算计贾母的钱财，就要纳鸳鸯为妾，鸳鸯死抵抗，贾母知道这件事后十分生气，待她平息下来后就跟王熙凤说让她把鸳鸯带走做贾璉的房里人，王熙凤听出贾母的意思后却公然拒绝：“璉儿不配，就只配我和平儿这一对烧糊了的卷子和他混罢了。”她在这里公然拒绝了贾母的安排，挑战了贾母的尊长权威。

4. 夫权观念的动摇

贾璉央王熙凤晚上再去和鸳鸯说一下典当贾母财物的事，平儿要贾璉给二百两的好处费，贾璉听说后就吐嘈她们阴险，说她们现在即使五千两银子现钱也能拿出来，王熙凤就开始吐嘈贾璉了：“我们王家可哪来的钱，都是你们贾家赚的，别叫我恶心了。你们看着你家什么石崇、邓通。把我王家的地缝子扫一扫，就够你们过一辈子的话，说出来的话也不怕臊！”丈夫和妻子的法律人格是不平等的，妻子要“三从四德”，“嫁鸡随鸡，嫁狗随狗，嫁个扁担抱着走”，而王熙凤竟然当众这样吐嘈丈夫，哪里有“三从四德”的样子？而贾璉也只能听之任之。真是萧瑟秋风今又是，环境变了。

5. 儒家观念的动摇

王熙凤不是一个儒家的信徒，而是法家理念的践行者，在管理宁国府时赏罚分明、严刑峻法。她采取了如下法家色彩突出的管理措施：第一，职责分明。王熙凤建立宁国府各类人员的岗位责任制，进行职责分工，把任务落实到人，要求做到各司其职。她特别强调：“如今都有了定规，以后哪一行乱了，只和哪一行算账。”“事无专执，临期推委”的状况马上消失。第二，赏罚分明。王熙凤上任伊始，就认识到“游戏规则”的重要性，她召集宁国府各管事并宣布：“既托了我，我就说不得要讨你们嫌了。我比不得你们奶奶好性儿，由着你们去。再不要说你们‘这府里原是这样’的话，如今可要依着我行，错我半点儿，管不得谁是有脸的，谁是没脸的，一例现清白处治。”《红楼梦》第十四回写了凤姐处罚一迟到的事：“‘明儿他也睡迷了，后儿我也睡着了，将来都没了人了。本来要饶你，只是我头一次宽了，下次人就难管，不如现开发的好。’登时放下脸来，喝命：‘带出去，打二十板子。’”一面又下宁国府对牌，‘出去说与来升（宁国府总管），革他一月银米。’如此一来，众人皆知凤姐的厉害，因而“众人不敢偷闲，自此兢兢业业，执事保全。不在话下”。第三，定额控制。凤姐建立了新的“财务定额制度”，无论小



国家的事 我尽了我的职责

《当代中国民法典编纂研究》序言

己的意见。改革开放需要这样一部法律，民法通则则在1986年获得通过。1987年修改经济合同法，我加入了修改小组。在这个过程中我还参与了几个重要的立法，例如，消费者权益保护法、反不正当竞争法、产品质量法等。其中最重要的就是合同法的制定。

1978年，我成为王家福先生的研究生，是最早研究合同法的，我的硕士论文是合同制度研究。改革开放以后，法律的研究首先是研究合同法。我先后参与撰写了合同法、民法债权等著作，这为后来合同法的起草提供了理论基础。

1998年10月，民法起草工作小组第一次会议，由我来报告物权法的立法方案。我报告完以后，王利明教授说，我不赞成梁慧星教授的意见。争论在什么地方呢？国家财产特殊保护。我的想法是平等保护原则，一体保护。物权法草案在设置规则的时候，不区分所有制作为标准。在这个草案上，没有集体所有权、个人所有权、国家所有权。王利明教授提出要严格按照所有制来划分，并且提出了一个关键原则，叫国家财产特殊保护。

学术界争论愈演愈烈，概括为三分法还是一元论的争论也是非常厉害，直到2004年，2005年，学界慢慢统一。概括为三分法，但是不再特殊保护。因此，虽然不是一元论，但是原则上是一样

了。2005年，经审议后，向社会公开征求意见，最后没有料到出现了社会上的剧烈争论。

当时中国在改革开放和社会主义市场经济取得伟大成就的同时，发生了两个严重社会问题：一个是国有资产的严重流失，另一个是两极分化的扩大。

正是这两大社会问题，使一些人对改革开放的方向产生了怀疑、动摇，抓住物权法草案公布征求意见这个机会，指责物权法草案。所谓“违宪”、所谓背离社会主义、所谓搞私有化，其实质是挑战改革开放的既定方向，反对社会主义市场经济体制，反对继续改革开放。中央做了很多工作，人大法工委的同志分赴各省，给人大代表每人发一份草案，给予讲解。

民法学界也召开了一些会议，驳斥某些人对物权法的指责，但我们民法学者大多不善于论战，大过于书生气了。学术讨论要讲道理，而论战是不讲道理的，而是讲事实。因为各有各的道理，所谓“公说公有理，婆说婆有理”，而事实只有一个，是明摆着的。在这场争论中，中国民法学界经受了考验，经受了前所未有的严峻的来自意识形态的考验，没有动摇，没有分裂。

民法学者的使命到底是什么？就是制定一部先进的、科学的、完善的民法典。只有一部先进的、科学的、完善的中国民法典才能够向世界表明中

华民族已达到她的高峰。这是我的老师谢怀栻先生去世之前所讲的。

1990年是民法通则颁布五周年，当时某刊物发表了一篇文章，批判民法通则资产阶级自由化。在这之后的一个讨论会上，我讲到中国制定民法典这个目标不能放弃。我申请成立了一个民法典立法研究课题组，从国家社科基金处获得了6万元的资助，完成了一个草案，1900多条，共9卷，约400万字。这个草案我做了20年，于2013年完成。2010年，我的眼睛黄斑穿孔，视网膜脱落，做了手术以后看书就很困难了。但是这个时候我还在统稿。草案后来出版了，也翻译到了国外。

1998年，时任全国人大常委会副委员长的王汉斌，找了我们几位民法学者开会说：“这届期满我就要退休了，退休前我最放心不下的就是民法典的起草工作。”他在内部成立了一个专家小组，指定了9个人负责民法典的起草工作，就叫“民事立法研究小组”。

20年过去了，这个小组的9个人，王家福不在了，王保树不在了，魏振瀛不在了，魏耀荣不在了，一年多都不在了。国家的事，我尽了我的职责。我最担心的是将来子孙后代说，别人不懂，你懂，别人不知道，你知道，但你不说。留给后人说短长。

书林臧否

□ 梁慧星

我1962年考上西政，所学习的专业课程中只有宪法学和婚姻法学有正式教材。作为专业基础课的民法学，已经改名为“民事政策学”，刑法学改名为“刑事政策学”。薄薄的小本，是当时民事政策、刑事政策的资料汇编，既没有法律，也没有理论。

毕业后，我被分配到昆明的一家小国企。直到1978年，全国开始招收研究生，法学专业，仅北京大学和中国社科院两个单位招生，我填报了中国社科院法学所民法专业。当时民法专业就招了两个研究生，另一位同学后来做了律师。

1985年开始起草民法通则。佟柔、江平、王家福和魏振瀛四位教授作为立法机关的咨询专家，后来被称为“民法四先生”。这四位老师把草案拿回本单位讨论，我在这样的背景下发表了自

史海钩沉

□ 余定宇

在“清末修律”这个中国法律史的重大转折点上，有一位杰出的法学家，叫沈家本，曾经在晚清政府那些日薄西山的残阳时分，留下过满天绚烂的霞光。“中国法律文化之旅”这一站的目标，是直奔北京，寻找一棵树——一棵生长在宣武门外的百年老树。因为，那棵已经在北京城南一个大杂院中矗立了一百多年的老皂荚树，正是当年那宗“沈家本修律”事件中，迄今为止，唯一还“活着”的历史见证者。我们要寻找的，便是其中一条小小的胡同——金井胡同，和一座小小的会馆——吴兴会馆。因为，吴兴会馆是沈家本当年在京城的居住地。仁立在这座颓檐败瓦、杂草丛生的沈家本故居门前，我自然便想起了这位大法学家的许多往事——

沈家本，浙江吴兴县人，1840年8月19日，他出生于湖州古城的一个书香世家，5岁那年，便跟随在朝为官的父亲客居京华。25岁那年，郁郁不得志的父亲辞官归隐，而沈家本则“子承父职”，进入刑部，任一个小小的郎中。进入刑部的头20年，这位后来名动中外的法学家，竟然对“法律”二字没有一丝的兴趣。因为明清两代，非科举正途出身的人，在官场上，则必定永无升迁的希望。而早

在少年时期就已经饱读诗书的沈家本，却在一次又一次的科场考试中名落孙山，到44岁那年，头发已经熬白了的沈家本，才终于熬到了一个“进士及第”的功名。从此之后，中年的沈家本，才开始去专心钻研法律之学，潜心考察历朝历代刑法制度的成败得失，成为一位精通中国古代法律问题的集大成者。

中国有句古语“大器晚成”。而沈家本的事业人生，便真的是从60岁以后才开始。从62岁开始，“沈家本修律”一直持续了9年，而“九年修律”则可以分为前后两个时期：前一个时期，与伍廷芳联手，革除旧律，翻译西法。而后一个时期，即自伍廷芳再度出使美国之后，对西法精义已经有了相当理解的沈家本，便独自挑起了“修订法律馆”的掌门人重担，并领导全体馆员重新制定了《大清新刑律草案》，和创设了大清民法、商法、刑事诉讼法等一系列全新的、具近现代意义的法律体系。由此可见，“沈家本修律”无疑是20世纪初中国大地上一项十分伟大的法律改造工程。

钻过几条幽暗的过道，在一片破烂棚屋的夹缝之间，我终于见到了那棵神往已久的老皂荚树——它二人合抱，高大挺拔，树皮苍老如沟壑纵横，枝干劲道似龙蛇腾云。仁立在这棵古老的皂荚树下，我便又不由得想起了沈家本修律时一件鲜为人知的往事——

故事发生在1906年。这一年的7月，慈禧太后颁下了一道“预备立宪”的懿旨。而9月20日，

身负修律大臣重任的沈家本，被朝廷任命为新改制的大理院正卿，官衔亦高升至正二品。从这时开始，可以说，晚清政府在无意之中启动了近代中国一个关于“司法独立”的最初始的进程。不过，这进程后来的发展，却可以说得上是一波三折。

原来，在中国五千年的法律史上，自传说中的尧、舜，到后来的秦皇、汉武时代，中国的法官，在中央政府中一向都享有较高的地位。但是，自南北朝时期开始，秦汉时期执掌司法的“廷尉”，便已经被改称为“大理寺卿”，而其一向崇高的职权地位，亦已开始跌落到刑部尚书之下，开始丧失了“审判权”，而只是负责一些案件的“复核权”。自此之后，历代沿袭，国家机关中的法官，历来都只是些四五品以下的“中层干部”。不过当年，慈禧太后颁布的这道上谕，却下令：“刑部著改为法部，专任司法；大理寺著改为大理院，专掌审判。”根据这道圣旨，大理院被恢复了全国最高审判机关的职权。而旧日的刑部、当日的“法部”，则被削去了审判权，而变成了只负责处理司法行政事务的机构。不管当时慈禧出于什么样的考虑，但客观上，这道圣旨，重新大大地提升了法院和法官的地位。

不过，在这道概念含糊的圣旨之中，却也还存在着一个极易引起争端的问题，那就是“司法”和“审判”的分工关系问题。这件事，在历史上，便是那场著名的“晚清部院司法权限之争”。就这

样，沈家本在第一任大理院正卿的位置上，仅坐了9个月，便被摘去了乌纱帽。自此之后，沈家本便又继续潜心修律，一直到1911年1月，那部在顽固派官僚们的猛烈批判声中被修改得百孔千疮的《大清新刑律》才得以勉强通过。而同年同月，那部《大清民律草案》才刚刚草成，还未来得及审议、颁布，沈家本就已被清廷解职，被迫“下野”。

9个月后，即1911年的10月10日，武昌城内一声炮响，掀开了中国历史的全新一页。当伍廷芳作为十七省民军的总代表在上海进行“南北议和”逼“清帝退位”时，作为袁世凯内阁特聘的司法大臣，沈家本也在紫禁城里，在隆裕太后颁布的“清帝退位诏书”上，亲手签下了自己的名字。作为清末两位著名的修律大臣，他们俩共同埋葬了一个旧时代，又共同开创出了一个中国历史上的新时代。

(文章节选自余定宇《寻找法律的印迹(2):从独角兽到“六法全书”》，北京大学出版社出版)