

正确解读公共法律服务获取权

杨凯

服务型政府是现代法治政府的基本特征之一，公民基本权利的获取范围、实现效果，是衡量法治政府建设的重要指标。公民的公共法律服务获取权，是指公民依法享有和获得政府及相关主体提供的公共法律服务，并对服务评价、监督等一系列权利的统称，是新时代建设法治政府、夯实依法治国群众基础的法治政府建设主渠道。当下，公共法律服务的立法和行政立法研究，均需要在公共法律服务获取权的立法权利基本属性、法律规范基本构造两方面来展开理论研究。

公共法律服务获取权的立法权利属性

在法律渊源上，尽管公共法律服务与教育、医疗公共服务在促进公民生存与发展等功能方面具有类似特征，但三者法律渊源上有所不同。在《宪法》中并没有关于公共法律服务直接的规范表达，而《宪法》第24条将国家有普及法制教育以加强精神文明建设作为了一项基本制度，《宪法》第33条规定了公民在法律面前一律平等，《宪法》第41条规定公民对国家机关及其工作人员有批评、建议权，对违法失职有申诉、控告、检举权。公共法律服务是普法宣传的主要阵地，是对国家机关及其工作人员执法、司法活动进行监督的有效渠道，同时也是在社会生活的各个环节赋予公民“接近法律的正义”，保障法律救济途径的可及性，降低法律维权成本，引导公民表达法律诉求有序化的主要工具。故此，明确公共法律服务的法律概念，以及公民获取公共法律服务的权利范围及实现途径，促进公共法律服务体系走向规范化完善与发展是新时代实现公民在法律面前一律平等”这一宪法权利的重要保障，公共法律服务的获得，对于依法维护宪法所赋予的公民的其他基本权利的实现具有前提性、基础性、保障性意义。例如，在认罪认罚从宽程序中，获得值班律师的帮助是犯罪嫌疑人获得公正审判和司法人权保障的前提。在法律概念体系和规范制度体系中，由于公共法律服务获取权的缺失，

□ 公共法律服务获取权具有社会权属性，其本质是从国家和政府获得面向社会公共生活的法律方面的服务，其是一种公共权利，公众作为权利主体有权参与社会公共法律服务资源的分享。

□ 在规范制度层面确立公共法律服务的获取权，需要明确公共法律服务获取权的权利义务主体、权利客观范围、权利实现程序、权利与权力的边界以及越权的归责后果。

很难期待不具有法律专业知识的普通个体能够获得享有意志自由和基本尊严的生活。

从权利属性来看，公共法律服务获取权属于公民社会权的范畴。关于社会权，学者龚向和认为其属于“要求国家对公民的物质和文化生活积极促成，提供相应服务的权利”。公共法律服务获取权具有社会权属性，其本质是从国家和政府获得面向社会公共生活的法律方面的服务，其是一种公共权利，公众作为权利主体有权参与社会公共法律服务资源的分享。同时，其也是公法上的权利。相关国家和机构组织必须履行公法上的提供法律服务义务，该权利应当由国家通过立法与行政制度赋予公民。服务的接受者在享受公共资源时也必须承担相应的公共义务，不得在接受服务时恶意利用公共法律服务资源，扰乱执法、司法秩序，例如，利用虚假证据获取公证和裁判文书。

公共法律服务获取权的法律规范构造

如果配套的法律规范制度缺失，抽象概念上的公共法律服务获取权将无法实证化。规范分析方法是法学研究的独特方法，是构建和保障公共法律服务规范体系科学性的基本方法。现代传统宪法基本权利理论将消极权利与积极权利的二元界分作为基本研究方法，而随着时代发展上述二分法思维又逐渐解构，权利逐渐走向复合性。公共法律服务体系规范构造具有复合性，其中应当既包含消极权利，即保障公民选择寻求法律服务以

及在法定范围内选择服务类型的自由意志不受他人干预；也包含积极权利，即公民有权请求国家主动履行给付相关基本公共法律服务的权利。从公共服务的角度，公共服务可以分为生存性服务、安全性服务、发展性服务，公共法律服务属于发展性服务，是指国家为促进公民的各项发展而提供的产品和服务，该项国家义务与《经济、社会和文化权利国际公约》中的经济、社会、文化权利相对应。在规范制度层面确立公共法律服务的获取权，需要明确权利义务主体、权利客观范围、权利实现程序、权利与权力边界及归责后果。

一是明确权利主体。关于享有该项权利的主体应当包括全体公民，关于该项权利的主体应该不仅限于司法行政机关，还应当包括同样具有向公众提供面向社会公共生活的法律服务公共职能的其他国家机关和相关机构组织，并允许具有相应服务能力的社会主体共同参与到公共法律服务的提供中。

二是明确权利的客观范围。关于公共法律服务的提供范围，需要对不同性质的服务类型进行区分。国家应当为公民提供基本公共法律服务产品，并为公民自由选择获得非基本性、市场化运营的公共法律服务提供便利条件。其中。基本公共法律服务的范围和水平应当适应国家和地方的总体财政能力以及公共服务支出结构，并应当为未来经济水平增长和科技发展预留一定空间。而在非基本公共法律服务方面，国家应当尽可能地保守对法律服务市场化创新发展干预的克制，而将制度重心放在如何做好市场化与非市场化服务衔接方面，以及相应的服务提供者资质与信用的监管方面，并尽

可能地为公民提供一站式、多接口的服务平台，保障公民根据个体的经济能力、诉求类型选择个性化法律服务，实现公民对公共法律服务产品的选择意志自由。只有在正确界定公民可获取的公共法律服务客观范围基础上，才能进一步在该范围内划定公民可以享有的公共法律服务请求权的范围。

三是明确权利实现的程序制度。公共法律服务涉及刑事、民事、行政等多个法律部门领域，贯通司法行政审批、诉讼立案、检察监督、政务、村居自治性规范制定、多元化纠纷化解等多个不同法律程序。在公共法律服务的程序制度设计上应当注重两个方面：一方面是尽可能提取各个不同法律程序的最大公约数，体现多法域共通的程序法理；二是尽可能通过多部门衔接机制促进法律服务的请求在相关部门之间迅速流转、无缝对接、杜绝推诿。

四是明确权利与权力的边界以及越权的归责后果。尽管提供公共法律服务是法治政府的公共服务职能组成部分，但基于公共资源的有限性，服务接受者在维护公共秩序、合理使用公共法律服务资源的限度内行使权利，才具有权利行使的正当性，例如，不得恶意占用公共法律服务资源，不得利用虚假的证据材料提起立案登记或仲裁。作为服务给付义务的主体，相关国家机关部门和具有公共职能的其他主体除了积极履行相应公共职能范围法律服务义务之外，不能对公民的法律服务选择权进行过度干预，也不得利用公共法律服务过程获取的相关信息资源损害公民正当权益。

当前，各地方、各部门、各领域公共法律服务相关的服务产品与服务平台建设迅猛发展，而对应的法律规范制度和权利理论基础研究需要及时跟进，基层社会矛盾纠纷化解难题的问题本质反映出公共法律服务相关基本理论研究储备的不足。只有将公共法律服务建设与实践观察与法律制度的规范理论构造有机融合，实现法律基本原理、国家和地方政府法治建设目标、地方基层特色治理经验的规则互嵌、话语互通，进一步将社会治理经验上升为法律规范制度，才能从制度层面保障广大人民群众通过享有政府提供的公共法律服务。

(作者系华东政法大学中国法治战略研究中心司法学研究院研究员)

秉持人类共同遗产原则考虑适用开源模式

乔宜梦

2019年末,“《联合国海洋法公约》框架下关于国家管辖范围以外区域海洋生物多样性保护与可持续利用实施协定”草案文本二稿(以下简称BBNJ草案)公布,从其内容上看,发达国家与发展中国家在国家管辖范围以外区域海洋遗传资源(以下简称ABNJ区域MGRs)开发与利用的多数问题上依然存在分歧。不妨尝试将开源模式适用于ABNJ区域MGRs的开发与利用之上,以实现MGRs从共有到共益的转变。

ABNJ区域MGRs开发利用中的国际争议

第一,ABNJ区域MGRs法律属性的分歧。在ABNJ区域MGRs的法律属性上,发达国家坚持公海自由原则将其视为“共有物”,发展中国家则认为应沿用《联合国海洋法公约》的人类共同遗产原则。其差别在于获益原则与目的不同,前者为自由竞争下的个体获益,后者为规范开发中的集体获益。从目前的BBNJ草案来看,更偏向于人类共同遗产原则,这不仅符合《联合国海洋法公约》的一贯原则,亦是人类命运共同体理念的具体体现。

第二,ABNJ区域MGRs获取管理的争议。《名古屋议定书》确立了遗传资源的知情同意原则,成为相关知识产权获取的前置条件。类推之,ABNJ区域MGRs的开发利用亦应对获取建立相应的知情管理制度,发

达国家却以公海自由原则极力反对。BBNJ草案目前要求对原生境MGRs的获取履行通知报告义务,应是采纳了发展中国家的立场。但遗憾的是BBNJ草案并未具体区分ABNJ区域MGRs的商业与非商业性开发利用,亦缺失商业性开发利用的具体规范。

第三,ABNJ区域MGRs惠益分享的争执。发达国家与发展中国家主要争执于惠益分享中的两点:货币性惠益分享与否以及分享方式。发达国家目前不同意发展中国家的货币性惠益分享,但《生物多样性公约》与《粮农植物遗传资源国际条约》的信托基金模式似乎为ABNJ区域MGRs利用的货币性利益分享提供了借鉴模式。目前,从BBNJ草案内容来看仅建立起了以开放信息平台为依托的信息交换机制。虽然BBNJ草案内容并未对这一开放信息平台做出具体规定,却为开源模式的引入提供了良好的基本条件。

ABNJ区域MGRs开发利用中的开源和解

开源(Open Source)起始于软件领域,目前国际社会在生物资源领域已经开展了较多探索,FAO多边模式下的SMTA材料转让协议便具有一定的开源属性。ABNJ区域MGRs开源模式的运作原理在于:由开源管理机构初步构建开源资源库,并对相关MGRs包裹格式化开源许可协议;同时,后续由个人或机构开发的新型MGRs

亦需纳入开源资源库,但相关发现人或开发机构可享受商业化利用带来的惠益分享。具言之,需从三方面着手:

第一,秉持人类共同遗产原则,建立MGRs开源库。ABNJ区域MGRs开源库的建立须以确立MGRs法律属性及归属为前提,在这一点上应秉持人类共同遗产原则。理由在于:其一,相较于公海自由原则,人类共同遗产原则下MGRs产权属性与开源的底层逻辑更为适配。其二,人类共同遗产原则强调相关区域及资源对所有国家开放,但其所获利益应与各国公平分享,这与开源模式中的“开放”而“免费”特征不谋而合。其三,人类共同遗产原则要求一定的资源获取秩序,而开源管理者的设立对MGRs的开发利用则提供了秩序保障。

第二,设立开源管理机构,调和MGRs开发利用国际矛盾。ABNJ区域MGRs与国内生物遗传资源不同,其不具有主权属性,这也是其难以实施“知情同意”制度的关键所在。因此,可以尝试建立类似国际海底管理局的管理机构对ABNJ区域MGRs进行开源管理,管理机构成员中应包含发达国家与发展中国家代表。开源管理机构的设立亦有以下两点制度优势:其一,便利了BBNJ草案所要求通知与报告义务的履行,一定程度上促成了“知情同意”的落实。BBNJ草案所要求的对原生境MGRs获取时履行通知与报告义务并没有强制执行力,但开源管理机构的设置则一定程度上促成了这一义务实现的现实可能性。其二,为ABNJ区域MGRs的开发利用提供了公平

公正保障。开源管理机构的设立使得在ABNJ区域MGRs的开发利用中,不同主体间不再囿于技术的高低、经济的强弱而产生生物遗传资源“圈地运动”现象。

第三,构建开源许可协议,落实MGRs惠益分享。开源许可协议是ABNJ区域MGRs开源模式的核心。目前国际社会具有代表性的生物遗传资源开源许可协议有Cambia的BiOS协议、FAO的SMTA标准材料协议等,ABNJ区域MGRs开源许可协议的具体构建可参考之,其中应重点把握以下几点:首先,开源范畴应限于原生境MGRs,并且不设清单。相关MGRs基因库、存储库的权属逻辑与ABNJ区域MGRs权属逻辑不同,因此ABNJ区域MGRs开源许可范畴应仅限于原生境MGRs;同时,由于目前技术所限,并不能完全廓清ABNJ区域所有类型的MGRs,因此不宜效仿FAO清单式列举粮农遗传资源范畴的方式,而应随着开源模式的运作不断将新型MGRs纳入开源范畴。其次,应在开源协议中区分商业性使用与非商业性使用。对ABNJ区域MGRs出于科研等非商业性使用仅需遵循开源协议,承诺后续成果继续纳入开源系统即可;而其他商业化使用应对该MGRs上的前序贡献者进行惠益分享。最后,可以效仿CBD、ITPGR等建立信托基金等将货币性惠益分享方式予以落实,并写入开源许可协议之中。

(作者系宁波大学东海研究院、宁波大学法学院讲师,本文为浙江宁波市社会科学研究基地课题JD20DH-1阶段性成果)