

【“能源革命与《能源法》制度设计”研究专题】

以《能源法》为契机开创领域立法新模式*

——兼谈如何破除《能源法》的立法困境

陈兴华

摘要:《能源法》的出台前景尚不明朗,一个重要原因是传统部门立法的固有思维不能满足复杂经济社会领域立法的新要求。要想破除《能源法》的立法困境,必须大胆开创领域立法新模式,具体包括基本法模式创新、政策法模式创新和制度法模式创新。以制定《能源法》为契机开创领域立法新模式,不仅是破解当前困局的路径,而且会带来经济社会立法新格局。

关键词:《能源法(征求意见稿)》;立法模式;基本法;领域法;政策法;制度法

中图分类号:D901

文献标识码:A

文章编号:1003-0751(2022)08-0061-04

立法技术是立法活动中所遵循的用以促使立法臻于科学化的方法和操作技巧的总称^[1]。从某种意义上说,对立法技术的关注,其影响力可能会超出法律内容本身。在《能源法》起草工作中,相较于具体的法律文本,立法技术中的立法定位、立法模式、立法形式等前提性问题更应得到高度重视。比如有关立法必要性的问题,《能源法》到底应该是行为法还是政策法的问题……如果在这些问题上无法取得共识并最终通过法律文本的载体转化输出,《能源法》的立法程序可能将无限期停留在部门起草阶段。找出导致这些问题的原因,提出可行性出路,是我们集学术界之力推进能源法立法工作的价值所在。

一、对《能源法》领域法属性认识的不足及其对立法的影响

当前《能源法》立法最关键的困境和障碍,不是社会各界对于法律文本中化石能源写得不够,也不是可再生能源中应该对哪个体现得更为优先,更不

是能源主管部门和相关部门在法律文本中描述得不够清晰,而是国务院法制部门和社会各界对《能源法》的立法必要性认识不足,还没有形成足以推动其出台的共识。对《能源法》立法必要性质疑产生的原因,既有《能源法》具体文本中体现出来的诸多不成熟,更多的则是对《能源法》立法模式、定位等基本问题的认识尚不清晰。

《能源法》始终无法让人信服地回答以下普遍质疑:没有《能源法》,能源行业也发展这么多年,似乎并没有受到太大影响;《能源法》中政策宣示太多,不具有可操作性,和一般立法惯例不符;《能源法》文本内容繁杂,包罗万象,不清楚到底要解决什么问题,是产业发展、能源安全、环境保护还是国际合作?2008年《能源法(送审稿)》起草说明中对上述问题进行了些许回应,伴随该轮立法掀起的能源法研究热潮中,有不少学者对该问题发表见解。然而,从国务院法制主管部门10余年来一直未将《能源法(送审稿)》提交国务院常务会议审议来看,其还是对《能源法》持有不确定甚至是怀疑的态度。

收稿日期:2022-08-04

* 基金项目:国家社会科学基金项目“中国能源革命与法律制度创新研究”(15ZDB179)。

作者简介:陈兴华,女,法学博士,北方工业大学文法学院副教授、能源法研究中心主任(北京 100144)。

我们必须以更大的勇气来看待《能源法》起草工作面临的困难,在困难中发现蕴含的契机,开创一种新型领域立法模式也许是必由之路和可行之道。

《能源法》立法工作遇到的关卡是,无论是法律文本自身的问题,还是立法定位的问题,均和公众、立法者、学者们对于它的领域法属性认识不足密切相关。笔者认为,面对能源这样一个具有多重内涵和外延而又非常复杂的经济社会领域,传统的立法模式已经不能满足立法工作的需求,这是导致当前《能源法》立法困境的一个关键原因。也正是因为这个原因,笔者没有将过多精力放在具体文本的修改上,而是呼吁开创一种新型的领域立法模式。文本的修改固然重要,但前提是必须将立法的必要性和方向性问题搞清楚,否则,法律文本也修改不好。

近年来,法学界提出领域法新的范畴体系,并逐渐得到广泛认可^[2],但尚未传导至立法领域。包括立法部门在内的社会公众对于立法还存在着不少过时和落后的认识,比如,法律必须有明确的可操作性和规范性,法律规范的构成必须是“行为模式+法律后果”等。领域法所要建立的法律思维模式和范畴体系,与传统的部门法不同。在传统部门法如刑法和民法中,法律规范构成可以采取“行为模式+法律后果”的形式。但在领域法中,采取的是一种问题导向的思维逻辑,适合于复杂经济社会领域的规范和治理。《教育法》《旅游法》《体育法》《中医药法》等领域,在主管部门的强势推动及各方面力量的综合影响下,具备更好的立法条件,已然成功出台。我们应将这些领域法的立法经验总结提炼,并运用至《能源法》的立法之中。和能源法命运相似的,还有电信法、海洋法、航空法、原子能法、老龄法等,很多在全国人大常委会立法规划及国务院立法计划中多年反复进展不畅的法均属此种情况。

在开创新型领域立法模式工作思想的指导下,《能源法》的立法模式创新可以从基本法模式之创新、政策法模式之创新和制度法模式之创新三方面入手。通过基本法模式创新,可以解决《能源法》的必要性问题;通过政策法和制度法模式创新,可以解决《能源法》的可行性问题。

二、领域立法新模式之基本法

基本法立法模式,是指新型领域立法宜采取金

字塔型的基本法立法模式。这种立法模式也有不少学者提出过,在 2006—2008 年这一轮能源法立法讨论中已经有很多研究。学术界和实务界普遍认为,《能源法》应该定位为基础性、统领性法律。但目前来看,这些研究成果还没有得到足够的重视,更没有上升到立法工作指导思想的高度。

从浅层次来看,《能源法》的基本法性质定位涉及《能源法》与其他单行能源立法的关系问题;从深层次来看,《能源法》的基本法性质定位则涉及能源法律制度体系结构问题。在经济社会的复杂领域中,只有采取基本法模式,才能更好地对该领域实现既全面覆盖又重点规范。我国能源领域之所以没有《能源法》也能实现多年快速发展,依托的是高层批示、红头文件的改革红利,而这些并不是建立在良法善治的基础之上,不具有可持续性。因此,应该在认识上将基本法的立法模式视为健全能源法治之必须,即在我国能源法律制度体系中必须有一部《能源法》。

基本法立法模式要求采取一种金字塔分布形态的法律法规群的法律结构形式。我国最典型的例子即为环境保护领域:《环境保护法》处在金字塔尖,下一层为《水污染防治法》等单行污染防治法与《环境影响评价法》等 10 余部单行法;再下面则是行政法规、规章、标准等法规体系。综观我国目前的教育法、体育法等领域,也都体现出这种基本法的特征。从国外立法实践看,在同为大陆法系的日本,基本法立法模式十分盛行。除了在环境领域,日本在海洋、教育、旅游、航天、体育等诸多领域均采用基本法的形式,效果突出^[3]。日本中央教育审议会曾在其咨询报告中评价:“在教育基本法之下构建起来的以学校教育制度为首的各种教育制度,极大地提高了国民的教育水准,成为我国社会发展的原动力。”^[4]日本能源法领域也同样采取这种基本法模式。

综上所述,在领域法立法中采取基本法的立法模式,在我国有先例,在国外有范例,社会各界应达成能源领域迫切需要基本法立法模式的共识,进而夯实《能源法》的立法必要性。

三、领域立法新模式之政策法

法律文本是一部法律的外在表现形式,包括框架结构、章节目录和具体的条文条款。《民法总则》

《刑法》《物权法》等传统法律部门的法律文本,行文简练,有明确的法律主体,条文以规范法律主体的权利义务为主。我们可以将这类立法概括为行为法,这也是公众更加习惯、能够接受的立法形式。但事实上,近年来我国也出现了很多政策法类型的领域立法,已经超出传统行为法的范畴。由于这些立法涉及的领域目标相对单一,辐射范围相对明确,所以未能像《能源法》那样引起巨大的争议,典型的立法如《中医药法》。《中医药法》开篇即表明立法目的:“为了继承和弘扬中医药,保障和促进中医药事业发展,保护人民健康,制定本法。”“继承”“弘扬”之类的表述均突破了传统立法中的法律范畴。

除了法律语言极具特色,政策法的另一个显著标志是,其很多条款并非针对某个私主体或者明确的公主体,而是笼统地将主体指向国家,或者干脆指向某个事务^[5]。比如,在《中医药法》中,“国家”一词出现了53次,类似“发展中医药事业应当遵循中医药发展规律,坚持继承和创新相结合,保持和发挥中医药特色和优势,运用现代科学技术,促进中医药理论和实践的发展”这样的条文表述也有多处。反观2020年《能源法(征求意见稿)》中“国家”一词出现78次,2007年《能源法(征求意见稿)》中则高达145次。同样,2007年和2020年的《能源法(征求意见稿)》中都有很多条款的主语是事务,比如“能源开发利用应当……”“煤炭开发利用坚持……”“能源开发与加工转换应当……”。这种特征和领域法主要是针对“事务”(或者称“问题”)有关。部门法则主要是针对“主体”和“行为”。我们应当正视这种经济社会发展中出现的新问题,如果还以传统部门法的标准来衡量,就会导致很多领域无法得到有效的立法辐射。当然,立法时也应该注意,如果能够使用明确的法律主体,就不要采用这种事务描述作为主语。如2020年《能源法(征求意见稿)》第28条的规定“编制能源规划应当征求……”改为“能源规划编制部门应当征求……”显然更为合适。

我们再以国际视角来考察政策法立法形式的产生和发展情况。日本是一个最佳的参考范本,它和我国同属大陆法系,也同样经历了社会经济体制改革的磨砺。以当前我国对于政策法立法形式的接受程度来衡量的话,2002年日本《能源政策基本法》堪称另类。这部政策基本法全文只有14条,涉及立法目的、指导思想、国家义务、地方公团义务、市场机制

作用、能源基本计划及能源知识普及等问题。在前文所述基本法立法模式作用加持下,该基本法对日本能源事业的发展起到了统领的作用^[6]。有学者建议我国的《能源法》在内容上宜以政策性、原则性和框架性为主^[7]。借鉴日本的经验,结合我国的具体国情,我国《能源法》的制定在采用政策法模式的同时,也可以适当辅之以管理法、行为法等传统部门法的立法形态。

四、领域立法新模式之制度法

如同规则、规范等概念,制度是法律的重要特质。相对于法律规则和法律规范,法律制度更为抽象。“我们在人类实践的规则和传统上创立并通过这些规则和传统表达概念”,“当符合这些规则的特定情况出现时,就在每个特定情况中存在一个相关的‘制度’的特定事例”^[8]。复杂经济社会领域的制度总是通过长期摸索才能逐渐成形。如环境领域的排污许可制度,经过几十年的试行、单行法中的先行尝试,最终在《环境保护法》中作为一项基本制度写入法律。遗憾的是,制度法模式的重要性当前并未引起《能源法》起草者的重视。相较于2020年的《能源法(征求意见稿)》,2007年的《能源法(征求意见稿)》对于能源法制度的设计反而显得更为突出。这也许与原国家能源办主导的能源法起草工作采取的常驻专家机制有关,当然也和该版本未经受来自实务界等各方意见的撕裂有关。2020年的《能源法(征求意见稿)》虽然体现了大量新的能源形势、政策、精神等,但是在制度设计上却严重萎缩。

同《中医药法》《教育法》等领域法相比,《能源法》的行业性、产业型更为突出,必须提炼各能源种类单行法及专门法中成熟的制度,以弥补政策法缺乏可操作性的不足,充分彰显《能源法》的制度功能。目前,能源领域亟须反映到《能源法》中的制度至少包括以下两类:一类是以“事务”为划分标准的能源开发和转换制度、能源供应与服务制度、能源节约制度、农村能源制度、能源国际合作制度等;另一类是以“手段”为划分标准的能源战略和规划制度、能源普遍服务制度、能源储备和应急制度等。另外,诸如能源产权制度、能源市场准入制度、能源消费总量控制制度和节能量交易制度等还需要继续论证,决定是否以及如何写入《能源法》中^[9]。

需要注意的是,基于行业领域的复杂性,其制度设计往往会体现出制度群的特征,即需要诸多规则形成制度合力,才能实现制度功能。有的甚至还需要借助原则性的条文表述,从外在表现来看,和传统立法中的制度会相去甚远。以能源市场制度为例,至少应当包括:确立市场化原则,构建有效竞争的能源市场结构,建立主体多元、统一开放、竞争有序、有效监管的能源市场体系;能源市场建设和培育制度,推动建立能源市场交易机构或交易平台;公平竞争制度,明确能源领域自然垄断性业务和竞争性业务分开经营,实行竞争性环节市场化;公平接入和输送服务制度,要求具有自然垄断特征的能源输配管网完善公平接入机制,提供公平的能源输送服务,公布相关信息;在能源价格机制方面,规定竞争性环节实行市场定价,将政府定价范围限定在自然垄断环节。

结 语

2022 年 7 月 5 日,《国务院 2022 年度立法工作计划的通知》中将《能源法》草案列入“拟提请全国人大常委会审议的法律案”,这是《能源法》起草工作启动 17 年来来的一个突破性进展。然而,2022 年十三届全国人大常委会第三十六次会议的议程中却未见《能源法》草案。《能源法》到底何时能被全国人大常委会审议并通过,目前看仍然不甚明朗。随着国家顶层设计对碳达峰、碳中和目标的提出和强化,能源问题的重要性更加凸显。接下来,全国人大常委会主导下的《能源法》审议工作或许还将是一场旷日持久的硬仗,面临多方的艰难博弈。

作为一名从事能源法立法研究多年的学者,为

助益《能源法》尽快出台,笔者不揣浅陋,对各方主体提出如下几点薄见:第一,纵观中国各行业领域立法过程,最终法律的顺利出台都离不开主管部门的强势推动,所以,对于主管部门来说,虽然草案即将提交国家立法机关,但是后续的助推工作不能减少。第二,对于立法机关来说,应打破传统部门立法模式的藩篱,不再拘泥于法条必须具有可操作性等立法观念,充分认可《能源法》的政策法特性。第三,对于研究者来说,要就《能源法》的基本法定位统一认识,进而带动形成全社会的共识,这是明确《能源法》出台必要性的重要关卡,同时还应持续研究论证能源法制度如何在法条中科学合理呈现,为提高《能源法》立法质量提供学术支撑。

参考文献

- [1] 周旺生. 立法学[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [2] 刘剑. 论领域法学: 一种立足新兴交叉领域的法学研究范式[J]. 政法论丛, 2016(5): 3-16.
- [3] 陈兴华. 从日本若干领域基本法立法经验看我国《能源法》的基本法性质[M]//中国能源法研究会编. 中国能源法研究报告 2016. 上海: 立信会计出版社, 2017: 30-38.
- [4] 王晓茜, 张德伟. 日本教育基本法的修改与教育基本理念的转变[J]. 外国教育研究, 2007(7): 7-8.
- [5] 徐祥民. 环境与资源保护法学[M]. 北京: 科学出版社, 2019.
- [6] 吴志忠. 日本能源安全的政策、法律及其对中国的启示[J]. 法学评论, 2008(3): 117-125.
- [7] 胡德胜. 关于拟制定《能源法》的定性定位问题[J]. 江西理工大学学报, 2015(6): 18-23.
- [8] 麦考密克, 魏因贝格尔. 制度法论[M]. 周叶谦, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [9] 肖国兴. 《能源法》制度设计的困惑与出路[J]. 法学, 2012(8): 3-14.

Create a New Model of Field Legislation by Taking the Enactment of *the Energy Law* as an Opportunity

— On How to Solve the Legislative Dilemma of *the Energy Law*

Chen Xinghua

Abstract: The prospect of the promulgation of *the Energy Law* is not clear. One important reason is that the inherent thinking of traditional departmental legislation can not meet the new requirements of legislation in complex economic and social fields. In order to break the legislative dilemma of *the Energy Law*, we must boldly create new models of field legislative, including the innovation in the basic law model, policy law model and institutional law model. Creating a new mode of field legislation by taking the formulation of *the Energy Law* as an opportunity is not only a way to solve the current dilemma, but also a new pattern of economic and social legislation.

Key words: *the Energy Law* (Draft for Comment); legislative model; the basic law; field law; policy law; system law

责任编辑: 一鸣