

【法律规范词研究专栏主持人:喻中教授】

规范性语词的法理意义与范围:基于转向规范逻辑学的新分析法学的立场

钱锦宇

〔摘要〕在新分析法理学中,规范性语词是理解法律本质的核心范畴。这不仅是因为在规范逻辑中,规范性语词是规范体系的逻辑根基;而且更为重要的是,规范性语词的特殊功能在于创设法律规范的规范性。为准确地界定法律规范性语词的范围,必须注意道德场域的价值词在转换为法律场域的规范性语词的过程中,语词本身所传递的行为标准的损耗问题。

〔关键词〕规范性语词;规范;规范性;分析法学;道义逻辑

引 言

规范性语词的法理研究,是分析法理学转向规范逻辑研究的一个核心论题。当下西方分析法理学的发展,逐渐呈现出两种趋势,即向语用研究的转向,以及向规范逻辑(又称为道义逻辑)研究的转向。分析法理学的这种新发展,就表现为它不断吸收日趋成熟的语用学和道义逻辑学的考察视角、研究范式与分析进路,以推动其自身的发展。^{〔1〕}

在规范逻辑结构中,建构规范性语言并赋予其以规范性和行为指示性的规范性语词(如“必须”、“应当”、“禁止”和“可以”),又称价值词或道义语词。^{〔2〕}自 20 世纪中叶以来,规范性语词就引起了以冯·赖特(G. H. von Wright)为代表的哲学逻辑学家,以 R. M. 黑尔(Richard Mervyn Hare)为代表的元伦理学家的浓厚兴趣。究其根源,是因为人们越来越意识到规范性语词的语言功能、逻辑功能和社会功能关涉到人类行为规范的建构与表达、人们行为模式的选择以及(道德或法律)规范的规范性问题。而规范的规范性,恰恰是理解规范的本质和权威证成的关键所在。

而在西方法理学界,正是由于注意到规范性语词具有如上性能,纯粹以规范本身(而不是其他)为研究对象的新分析法学家,包括哈特(H. L. A. Hart)、凯尔森(Hans Kelsen)和拉兹(Joseph Raz)等,都将法律的规范性语词问题纳入其理论视域。但是,对规范性语词进行法理研究,首先必须面对的问题是:规范性语词对于法律规范意味着什么?规范性语词在法律场域中的适当范围与边界何在?由于这两个问题不仅关涉到法理维度研究规范性语词的意义,而且关涉到研究对象的准确定位问题,因此值得而且

作者简介:钱锦宇,云南昆明人,西北政法大学行政法学院讲师,法学博士,从事宪法学与法理学研究。

〔1〕就国内学界而言,转向语用学的分析法理学已经得到一定程度的回应。近年来,国内学者已经开始翻译介绍相关理论(如中国政法大学廖美珍教授主编的“法律语言学译丛”),并且以“本土问题意识”为中心,展开关于法律与语言的学术探索。但是,转向规范逻辑学的分析法理学,即使在西方法学界,也还有待于深化。

〔2〕就词义本身而言,价值词(Value-words)和道义语词(Deontic words)更多的是强调道德性价值判断和价值选择问题,前者多用于伦理学研究,后者多用于道义逻辑学的表述。而规范性语词(Normative words)更多的是强调行为指示性、规范性。价值词、道义语词与规范性语词无论在内涵还是外延上都存在细微的差别。因此,笔者在探讨法律领域的相关问题时,更倾向于选择“规范性语词”这一称谓。

也必须认真对待。但不无遗憾的是,对于这两个问题,西方法理学的相关探讨,或者有待深化,或者语焉不详。因此,本文的第一部分将阐释规范性语词的法理意义。为了实现这一目的,笔者将首先考察规范性语词在哈特、凯尔森等人的分析法理学中的地位与重要性,其次从规范逻辑结构内部揭示这种特殊地位得以确立的原因,最后探究规范性语词的独特功能——弥合缝隙而创生规范性。在文章的第二部分,笔者将在诠释分析伦理学关于价值词范围界定理由的基础上,提出价值词从道德场域向法律场域转换过程中的耗损问题,进而确定法律场域中的规范性语词的适当范围与边界。通过对以上两个问题的解决,文章试图打开规范性语词的法理研究之门。

一、规范性语词的法理意义:创设法律规范的规范性

值得注意的是,国内法学界已经有学者预见到规范性语词研究的重要性。^{〔1〕}之所以需要认真对待规范性语词,根本原因就在于,规范性语词的研究是规范(命题)研究的前提和基础,甚至在某种程度上可以认为,研究规范性语词,就是在研究规范本身。

(一)分析法理学视域中的规范性语词:法律本质的核心范畴

事实上,哈特和凯尔森在某种程度上已经注意到了规范性语词和道义模态在法律研究中的地位。在阐述“法律是什么”这一“恼人不朽的问题”时,哈特说“行为的一致性与社会规则的存在,这两种情况的差异通常在语言上显现出来……‘必须’(must)、“应该”(should)和“应当”(ought to),它们虽然有着差异性,但是对于指明一项要求某种举止之规则的存在而言,却共享着某种共同的功能”。^{〔2〕}同时,在其它的场合,哈特也表示:“对于特定行为模式被视为共同标准,应持有反思批判的态度,而这个态度应在评论中(包括自我批判)表现出来,以及对遵从的要求,和承认这样的批判与要求是正当的;而所有这些我们在以下规范性术语中,找到其独特之表达,即“应当”(ought to)、“必须”(must)与“应该”(should)、“对的”(right)和“错的”(wrong)^{〔2〕}”。

而在凯尔森的纯粹法理学体系中,规范性语词及其道义模态占据着更为重要的地位,这就表现在道义模态与规范语词的概念对于研究作为“科学的法律”的纯粹法理学具有不可或缺性。凯尔森认为:“只有借助于规范的概念与相关联的‘应当’的概念,我们才能理解法律规则的特定意义。只有这样,我们才能理解法律规则及其与为他们的行为而‘规定’的、为他们制定一定行为方针的那些人之间的关系,以说明人们实际行为的规则来代表法律规范的意义,并从而使法律规范的意义不依靠‘应当’的概念的任何企图,是一定要失败的。”^{〔3〕}理解凯尔森全部规范理论的经关键,可以简单概括为:规范就是应当,应当就是有效。但是,在这里需要注意的是,凯尔森是在“是”与“应当”二分的哲学认知——思维结构中来解读法律规范、进行法律的实证主义研究的。正如凯尔森指出的那样:“应当”只不过表示了人的行为是由一个规范所决定的这一特定意义。为了说明这种意义,我们所能做的一切就是说,这种意义不同于我们说一个人实际上在一定方式下行为、某件事实际上发生了或存在着的那种意义。认为某件事应当发生这种说法是关于一个规范的存在和内容的一种说法,而不是关于自然现实,即自然中的实

〔1〕 谢晖教授认为,目前我国法理学研究的一个重要特点,就是通过法学理论中核心的实词,如“法治”、“宪政”、“人权”、“自由”等,来探讨法律的本质与现象。而未来中国法理学的发展,必将关注法律虚词的研究,如“必须”、“可以”、“不得”、“应当”、“禁止”等。他所谓的法律虚词,就包括法律文本中的规范性语词。这种强调对法律文本中规范性语词的研究,是我国法理学研究从法社会学向规范法学转向的应有之意。同时,研究部门法(主要是民法和刑法)的学者也逐渐开始关注部门法中的法律语词的运用情况及其规律。北京大学的民法学者张谷教授曾强调,不仅要倡导研究部门法文本中如“责任”、“义务”等实词,而且也要认真对待“必须”、“应当”、“可以”等法律规范性语词。

〔2〕 [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第10页、第55页。

〔3〕 [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第39页。

际事件的一种说法。^{〔1〕}

因此,凯尔森这里所谓的“应当”,并非仅仅直接对应于作为规范性语词的“应当”,而是指与事实相对的道义逻辑中的道义模态,也就是我们所说的作为整体的法律规范性语词。这就意味着,“这里的‘应当’一词是在较之通常意义而言更为宽泛的意义上来使用的……‘应当’用来表达一项法令的规范含义”。^{〔2〕}因此,凯尔森这里所谓的“应当”的外延,包含着“必须”、“可以”、“应当”、“禁止”等等,而并不是作为规范模态之一的“应当”。用拉兹的话说,“凯尔森使用‘应该’来表示‘被要求做什么’、‘允许做什么’、‘有权力做什么’等。他似乎认为,在适当表达的规范中,根据具体的环境,‘应该’具有上述这些含义中的一种”。^{〔3〕}由此可见,凯尔森所谓的“规范就是应当”,指的就是在某种意义上,特定规范性语词建构表达了特定规范。在这个问题上,日本逻辑学家内田种臣也意识到了。他认为规范逻辑就是关于各种规范概念(如义务、许可、禁止、权利等)的逻辑研究,或者说是以“应该”、“允许”、“禁止”等规范判断为对象的逻辑研究。^{〔4〕}规范性语词与规范逻辑之间的这种关系,意味着“必须”、“应当”、“禁止”等不仅仅是规范性语词,而且更为重要的是它们作为一种规范概念和规范判断而存在。而凯尔森所谓的“应当”是理解法律规范的关键,在一定意义上,表明理解规范性语词是理解法律作为规范的关键。然而对于现代哲学逻辑(规范逻辑或行动逻辑)而言,更值得追问的问题是:规范性语词到底具有何种逻辑功能与地位,使得它(们)能够成为理解包括法律在内的社会一般行为规范的核心范畴?

(二)规范逻辑中的规范性语词:作为规范体系的逻辑根基

发端于 20 世纪中叶的规范逻辑(即道义逻辑),其最显著特征就在于研究含有“必须”、“允许”、“禁止”等道义语词的道义命题(即规范命题)的逻辑特征及其推理关系。^{〔5〕}冯·赖特指出:“道义逻辑……可以被称为关于一个人应当做什么、可以做什么和不得做什么的逻辑。那些告诉人们应当做什么、可以做什么和不得做什么的东西,我们称之为规范。”由于规范是针对人的行动的,对规范和规范命题的逻辑研究很快就和人类行动概念结合起来,因为规范是对人的行动的约束,它就天然地和人类行动相关联。^{〔6〕}

以规范来约束人的行动,从语言学的角度看,是通过规范性语言的功能展开而实现的。法律规范的语言形式就是一种典型的规范性语言。作为规范逻辑学研究的基本范畴,规范性语言在逻辑结构中就表现为规范命题。^{〔7〕}这种规范命题来自于对价值命题的认同。在规范逻辑学家看来,“价值命题可以演化为某种特别的命题形式,具有强制性或者协调诱导性的特定命题形式,这样一类命题形式和人们的生活世界息息相关……带有应该和不应该的价值命题,它不仅仅是对于事物的好和坏的评价,这种评价在特定的时空环境中还会产生某种认同,或者认同为某种习俗惯例,或者认同为具有强制性的法律和规定,这种认同的命题形式就是规范命题”。简单说,规范命题就是“规范者对被规范者的行为模式进行

〔1〕 Hans Kelsen:《Pure Theory of Law》, University of California Press,1967,P5。

〔2〕 [英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社 2003 年版,第 102 页。

〔3〕 何向东:《广义模态逻辑及其应用》,人民出版社 2005 年版,第 133-157 页。

〔4〕 Georg Henrik von Wright:《On the Logic of Norms and Actions》[A]。Risto Hilpinen:《New Studies in Deontic Logic》[C], D. Reidel Publishing Company 1981,P3-35。

〔5〕 从逻辑学的学术发展史上看,冯·赖特是率先展开对道义逻辑和道义模态进行研究的人。在研究过程中,他引入了道义语词的概念。关于他对道义逻辑和道义模态的探讨,可以参见[芬兰]冯·赖特《知识之树》,陈波等译,三联书店 2003 年版。

〔6〕 周祯祥:《规范、动态道义逻辑和法律》,法律出版社 2005 年版。

〔7〕 在日常生活中,人们总是在使用一些指示自己或他人进行某种作为或不作为的语言。例如:“公民必须依法服兵役”、“你应当去上班了”、“债务人有按期履行债务的义务”、“你可以提前结束任务”、“任何人不得违反纪律”,这种语言就是典型的规范性语言。

的规定命题”。^[1] 规范性语言与其它话语形式或命题的最大不同之处就在于,规范性语言表述了规范。

规范逻辑学认为,为了有效地表述一个规范,规范性语言或规范命题在语言表述上必须借助一些特殊的语词,如“必须”、“可以”、“禁止”、“应当”、“义务”、“责任”等。正是这些特殊语词,赋予了法律等规范性语言以规范性和行为指示性。而这些构成规范性语言、赋予规范性语言以规范性和行为指示性的特殊词语就是规范性语词。但是必须注意的是,规范的规范性(normativity)并不等同于规范的行为指示性(guidance)。质言之,规范性包含着义务。因此,具有行为指示性,并不必然意味着规范性的生成或义务的设定。以哈特在阐述法律和义务的概念时所引用的“抢匪情景(gunman situation)”为例,抢匪的命令对于受害人而言具有行为指示性,但并不具有义务性。简单地说,就是行为指示性不一定包含规范性,但规范性绝对包含行为指示性。因此,并非所有包含“必须”、“禁止”或“可以”的祈使语句都可以成为规范性语言,尤其是法律规范性语言。

由于在规范领域中,规范性语词创设了规范性,没有规范性语词的概念,也就没有规范逻辑的概念。因此,在一定程度上可以认为,规范体系源自于规范命题,而规范命题则源自于规范词,即“必须”、“应当”、“禁止”和“可以”等。规范者往往使用不同的规范词对行为模式进行认定。^[2] 正是通过这种途径,规范性语词成为规范体系的逻辑根基,而这根本上是由规范性语词创生规范的规范性这一独特功能所决定的。

(三)法律规范性语词的特殊功能:创设法律规范的规范性

道义逻辑学的研究表明,无论是规范,还是道义逻辑,其研究都无法脱离规范性语词的支配。因为,没有规范性语词的参与和建构,就不可能存在任何规范,以及以之为重要研究对象的道义逻辑或规范逻辑,而这根本上是由规范性语词具有创设规范的规范性这一特殊功能所决定的。

道义逻辑所研究的核心内容——透过道义语词的规范与规范性,也是现代法理学的研究重点。20 世纪对法哲学做出重大贡献的法学家,如凯尔森、哈特、拉兹和哈贝马斯(Juergen Habermas)等人,无一不关注规范的规范性问题。在冯·赖特看来,规范本身的目的就是要弥合“是”与“当为”之间的缝隙。颜厥安教授进一步指出,规范性是一个缝隙的问题,“一个语言表述之所以创造了规范性,是因为它以某种特有的方式将不同的缝隙结合在一起。所谓的特有方式,就是透过语言之规范功能词(linguistic normative operators;亦可称规范语词),例如应该、禁止、允许、授权、权利、义务等,将经验内容表述为义务语句”。^[3] 正是通过规范性语词功能——弥合缝隙的展开,才使得逻辑缝隙、目的缝隙、实践缝隙和领域缝隙弥合在一起,从而创设了规范性。由此可见,规范性的生成,离不开规范性语词的运用;而不同规范性语词(“必须”、“应当”、“禁止”和“可以”等)的运用所建构的规范性的实践面向或具体表现是各不相同的。可以说,规范本身目的之实现,是以规范性语词功能的展开为前提的。

二、规范性语词的范围界定:场域转化与耗损问题

由于规范性语词的功能在于建构规范及其规范性,因此,任何严肃的法学家,尤其是分析实证主义法学家必须认真对待法律的规范性语词问题。但是,到底哪些语词属于法律的规范性语词?

在新分析法学家哈特的理论视域中,规范性语词有时又被称为“规范性术语”(normative terminolo-

[1] 康巧茹:《法律规范命题推理的哲学渊源》,载梁庆寅《法律逻辑研究(第一卷)》,法律出版社 2005 年版。

[2] 康巧茹:《法律规范命题推理的哲学渊源》,载梁庆寅《法律逻辑研究(第一卷)》,法律出版社 2005 年版,第 107-113 页。

[3] 此观点是颜厥安教授在第四届全国“法律方法与法律思维”学术研讨会上做名为“由规范缝隙到规范存有——初探法律论证中的实践描述”的主题发言时阐述的。

gy)或“规范性词汇”(normative vocabulary)。在《法律的概念》中,哈特明确谈到:“对于特定行为模式被视为共同标准,应持有反思批判的态度,而这个态度应在评论(包括自我批判)表现出来,以及对遵从的要求和承认这样的批判与要求是正当的;而所有这些我们在以下规范性术语中,找到其独特的表达,即‘应当’(ought to)、“必须”(must)与‘应该’(should),‘对的’(right)和‘错的’(wrong)。”^[1]

但是,哈特并未明确指出他所列举的“规范性术语”中哪些专属于法律的场域。尽管很多价值词为道德规则和法律规则所共享,如“必须”、“应当”或“禁止”,但是当我们确定法律的规范性语词的边界时,一个需要面对的问题是,“对的”(right)和“错的”(wrong)等价值词是否像“应当”、“禁止”、“必须”等语词一样,能够直接转换为法律的规范性语词?要解决这个问题,有必要首先考察一下分析伦理学对于上述价值词的分析。

(一)分析伦理学对价值词“对的”和“错的”的分析

分析伦理学也被称为元伦理学,其发展脉络,大体可以概括为伦理学的“直觉主义”到伦理学的“情感主义”,再到二十世纪后半叶伦理学新发展趋势的三次变革。二十世纪初,伦理学家摩尔创造性地将伦理学划分为“元伦理学”和“规范伦理学”,开启了现代西方元伦理学,成为元伦理学生长的第一阶段。而二十世纪三十年代,维特根斯坦、石里克和罗素等人将伦理学的研究推向了科学逻辑学的层面,产生了“情感主义”伦理学,这是元伦理学发展的第二个阶段。但是极端的“情感主义”范式和非认知主义立场,却将伦理学推向了一种非科学的境地。因此,为了遏制这种理论趋势,挽救伦理学的科学性,黑尔、图尔闵(Toulmin)等人既肯定了对伦理学语言本身进行逻辑研究的价值,又借助新规范伦理学来改造元伦理学的分析范式。发展出精巧的有关伦理语言的逻辑分析理论,有助于维护元伦理学的科学性;而引入“新功利主义”等规范伦理学的理论内核,有助于保持伦理学的实践特征。因此,这种元伦理学的新发展,被称之为元伦理学发展的第三阶段。

作为元伦理学发展新阶段的领军人物,黑尔教授在其代表作《道德语言》中,用极大篇幅对道德语言中的价值判断与价值词进行了分析。他认为,人们“确实可以作出价值判断,而且它们是属于那类包含着价值词的语句”。^[2]在黑尔的理论主张中,道德语言是一种规定语言,并具有描述性功能和评价性功能。这种功能的来源,就是道德语言所包含的“价值词意义中的描述性成分和评价性成分”。^[2]在这些价值词中,以“善”、“正当”和“应当”为典型。同时,另一些价值词,如“好的”(good)、“对的”或“不对的”,常常贯穿于黑尔对于道德判断的实证分析过程之中。黑尔教授认为,相对于描述功能而言,价值判断和价值词的描述功能从属于评价功能。评价功能之所以是第一位,且恒定不变,是因为其不仅仅是简单的评价——赞许或谴责,而且还在于通过指示标准的行为指示功能,或行为选择的引导功能,即“最有用的价值判断是那些涉及到我们极有可能去作出选择的那些判断”。^[2]如“这是一辆好车”是一种评价,更确切地说,是一种赞许。“当我们赞许或谴责任何事物时,总是为了引导(至少是为了间接地引导)各种选择,即我们自己的或他人的、现在的或将来的各种选择”,^[2]因为在黑尔看来,“当我赞许一辆汽车时,我就是在引导我的听者的选择,而这种引导不仅与某辆特殊的汽车相联系,而且也与一般的汽车相联系。我所对他说的,将帮助他在将来任何时候去选择某一辆汽车;或者是帮助他选择汽车的其他人出主意;甚至是帮助别人去设计汽车(即选择要制造哪一种汽车);抑或是帮助他撰写一篇关于汽车设计的一般性论文(这里面包含着建议别人去制造哪一类汽车)。而我给予他这种帮助的方法,就是使他知道选择汽车的标准”。^[2]因此,这就揭示了价值词的三个维度的功能:评价、(行为)指示和描述。但是需要注意的是,黑尔教授在更多的时候,是将行为指示功能视为评价功能而对待,即“赞许即是引导各种选择”。^[2]也就是说,“好的”、“正当的”、“错误的”等价值词本身在进行评价的时

[1] [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第55页。

[2] [英]理查德·麦尔文·黑尔:《道德语言》,万俊人译,商务印书馆1999版,第161页、第167页、第122页、第121页、第126页、第123页、第2-3页。

候,就同时在进行着行为选择的引导。正是通过价值词的运用,价值评价与价值选择得到了统一。因此,在伦理世界,“好的”、“正当的”、“错误的”等价值词由于具有规范功能而可以作为道德规则的规范性语词。

哈特对规则的“规范性术语”的研究,很可能受到了黑尔的分析伦理学对价值词分析的启示。后者在其代表作《道德语言》的前言中,“特别感谢”了H. L. A. 哈特教授等人,因为“他们阅读了我的部分或全部打印稿”。^[2]但是,分析伦理学关于价值词范围的界定,对法律规范性语词的范围的界定,并不具有直接的参考价值。其原因就在于,规范性术语在不同的场域和语境中,其所传递的行为标准并不相同。

(二) 价值词在场域转换中的耗损问题

笔者认为,道德“价值词”与法律“规范性语词”的内涵和外延以及其语用语境,都是不能绝对等同的。更重要的是,不能忽视在道德场域的价值词转换为法律场域的规范性语词的过程中的耗损问题。并非所有在道德语境中有效的价值词,都能够成为有效的法律语境中的规范性语词,其原因就在于场域转化过程中价值词所传递的标准的变迁。

黑尔在分析价值词的行为引导功能时,强调的是说话人通过价值词的使用,传递了一种标准给受话人或听话人。后者正是通过这种标准,来选择自己的行为。^[1]在道德的场域中,“好的”、“正当”、“对的”或“错的”等价值词,其传递的标准,都至少可以指涉在特定时期、特定群体的道德观念和准则,或者是特定国家或地区的法律制度。当某人说“在公车上给老人让座是正当的”的时候,“对的”这一价值词所传递的就是“尊老爱幼”这样一个道德观念。而“尊老爱幼”同时也就是指引受话人或听话人进行行为选择——是否应该给老人让座的一种道德性标准。但是,当某人说“纳税是正当的”的时候,“正当的”反映的就是一种最低限度的道德标准,这种最低限度的道德标准,往往成为强制性的法律标准。也就是说,作为价值词,“正当的”既可以传递道德标准,又能传递法律标准。同样,某人可以说“盗窃是错误的”,在这里,由价值词“错误的”所传递的信息,既是一种最低限度的道德标准,也是一种强制性的法律标准。受话人或听话人能够通过这种强制性标准来选择自己的行为——盗窃,或是不盗窃。但说话人也可以说“随地吐痰是错误的”,在这一价值判断中,“错误的”所传递的仅仅是一种道德准则。

因此,“好的”、“正当的”、“对的”或“错的”等价值词所传递的标准的多元性,使得行为人对其行为将会受到的社会评价所作的预测产生不同结论。这就使得“好的”、“善”、“对的”或“错的”这类价值词,可以作为表述道德规范的规范性语词而存在,但却不能成为在法律场域中建构法律规范的法律规范性语词。这一类价值词在从道德场域向法律场域的转换过程中,发生了耗损问题,即其传递的标准发生减少。

值得注意的是,如果限制价值词“好的”、“正当”、“对的”、“不对的”或“错的”所传递的标准的维度,即只允许其表述法律维度的标准时,那么“好的”、“正当”、“对的”就可以转化为“合法的”,“合法的”一词因而就转成法律规范性语词。如当规定“买卖非国家管制文物是合法的”时,立法者使用“合法的”一词,给社会成员(受话人或听话人)所传递的标准是特定的法律,即以法律作为社会成员进行行为选择的唯一标准。同样,“不对的”或“错的”可以转化为法律规范性语词“非法的”,如在“盗窃是非法的”这一法律规范中,“非法的”蕴含了评价盗窃这一行为的唯一标准就是法律。

(三) 法律规范性语词的次类型

哈特敏锐地意识到,可能存在某些规范性语词的变生模式词,即他所谓的规范性语词的次类型。在谈及规范性语词的功能时,他指出,规范性语词被用来引起人们对于此行为标准和违规行为的注意,并

[1] [英]理查德·麦尔文·黑尔:《道德语言》,万俊人译,商务印书馆1999年版,第127-128页。

且用来明确地表达以规则为基础的要求、批判或承认。在规范性语词的类型中,“义务”和“责任”这些词语形成了一个重要的次类型,它们带着某些其它词语所无法包含的意涵。^{〔1〕} 哈特之所以将“义务”和“责任”视为“必须”、“应当”和“禁止”等规范性语词的变种,是因为这些语词具有创设规范性的语义功能和逻辑功能。笔者将这类规范性语词称为间接性法律规范性语词,其原因在于:一方面较之于“必须”、“禁止”等原生性法律规范性语词而言,它们不但有着更高的抽象性,而且在产生时间上也更晚;另一方面,逻辑学家将逻辑世界中的可能、不可能或必然等模态,称为真势模态,而将允许、不允许或应该等称之为道义模态。真势模态与道义模态存在一种对应的逻辑关系。^{〔2〕} 当“义务”、“责任”等这些语词在法律规范性语言中指示特定行为、创设规范性的时候,必须借助其他的语词的配合来完成,例如在道义逻辑中表示公民与遵守法律之间的关系,当所要反映的真势模态是必然(关系)的时候,可以有以下语言形式:“公民必须遵守法律”,“公民有遵守法律的义务”,“公民有义务遵守法律”或“遵守法律是公民的义务”。从这些例子可以发现,当使用法律规范性语词“必须”来构成法律规范性语言、指示公民“遵守法律”的时候,“必须”无需添附其他任何语词就可以直接完成。但对于使用“义务”来构成规范性语言时,“义务”必须和“有”、“是”等语词搭配才能有效创设规范性。

因此,在法律的场域中,规范性语词的范围仅限于“必须”、“禁止”、“不得”、“可以”、“应当”(ought to)、“应该”(should),以及其派生形式“义务”、“责任”、“权利”、“权力”、“职责”、“合法的”及“非法的”等。

从上面的描述与分析可知,无论是道义逻辑学,还是哈特、凯尔森所代表的分析实证主义法学,无一不注重对规范性语词的研究。对法律规范进行逻辑分析,首先需要的是对法律规范中的规范性语词进行分析;同时,规范性语词承载着创生规范性的功能。只有通过对规范性语词的概念分析和分类,把握规范性语词的适用语境与范围,厘清规范性语词之间的区别以及这种差别在法律效果上的不同,才能真正理解和把握法律规范或法律规范命题,以及它们所包含的规范性问题。这就正如奥斯丁(John Austin)教授所言,借由“深化对语词的认识,来加深我们对现象的认识”。^{〔3〕}

(责任编辑:林和开)

〔1〕 [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 81 页。

〔2〕 周祯祥:《规范、动态道义逻辑和法律》,载梁庆寅:《法律逻辑研究(第一卷)》,法律出版社 2005 年版,第 210 - 229 页。

〔3〕 [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,前言。

法律文本中“可以”一词的语义阐释

喻 中

一、语言学视野中“可以”一词的用法与含义

学者认为,语义解释,指按照法律条文用语之文义及通用使用方式,阐释法律之意义内容。法律条文系由文字词句所构成,欲确定法律的意义,须先了解其所用词句之意义。^{〔1〕}明“可以”一词的法理意义,我们必须首先弄清楚“可以”一词的基本文义。

汉语中的“可以”本身就是一个多义词。如果向历史中追溯,还能发现,人们早在春秋战国时代,就已经在运用“可以”这个词了。因此,为了更详尽地揭示“可以”一词的来龙去脉,不妨先行考察古代汉语中的“可以”。

“可”与“以”连用,是古代汉语中常见的语言现象。在不同的语境中,其语法构造和语义是迥然不同的。归纳起来,古代汉语中的“可以”大致有以下几种情况:

(1)“可以”与现代汉语中的“可以”相当。比如“学不可以已”(《荀子·劝学》)中的“可以”,为助动词,作“已”的状语。

(2)“可以”是无结构关系的两个词。如“忠之属也,可以一战”(《左传·庄公十年》)中的“可以”,其中,“可”是助动词,作“战”的状语;“以”是介词,与其后省略的代词“之”组成介宾短语亦作“战”的状语。在这种情况下,“可以”不是一个组合,不同于现代汉语中的“可以”。

(3)“可以”实为“何以”。如“纠纠葛屦,可以履霜”(《诗经·国风·魏风·葛屦》)中的“可以”,系古汉语中的固定结构。^{〔2〕}

对于(2)、(3)两种情况的存在,汉语学界概莫置疑,只是在具体的认定上有些分歧而已。对于第(1)种情况,中外学者还曾零星地作过一些定性描述。例如:

吕叔湘认为:“表示许可,文言用‘可’或‘可以’,白话只用‘可以’,单用‘可’字限于现成的词语,或正反并说的时候。”^{〔3〕}

日本学者太田辰夫认为:“在古代汉语中‘可以’原是两个词,是‘可用以……’的意思。……但是古代也有‘以’的原意几乎看不出来的。”^{〔4〕}

张之强认为:“古书中‘可以’二字连用时,和现代汉语中的‘可以’是不完全一样的,它常常是‘可以之……’的省略用法。……当然我们不是说古文中‘可以’完全没有和现代汉语一样的用法,但是应当知道,这种情况是较少的。……同时还应该知道‘可以’的这种用法是从‘可以之……’的省略用法发展来的。因为在古文中,说‘可以’时,只用一个‘可’字就行了。”^{〔5〕}

作者简介:喻中,男,四川大学法学院教授、博士生导师,法学博士,研究方向为法理学。

〔1〕 张月明:《〈论语〉、〈孟子〉、〈左传〉中的“可以”》,载《古汉语研究》1997 年第 2 期。

〔2〕 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 214 页。

〔3〕 吕叔湘:《中国文法要略》,商务印书馆 1982 年版,第 147 页。

〔4〕 [日]太田辰夫:《中国语历史文法》,蒋绍愚、徐昌华译,北京大学出版社 1987 年版,第 187-188 页

〔5〕 张之强:《古代汉语语法知识》,北京出版社 1979 年版,第 95-96 页。

通过以上分析似乎可以得出如下两个结论:第一,古代汉语中的“可以”相当于现代汉语的“可以”,只作为助动词,但是,这样的用法很少见;第二,古代汉语在表示现代汉语中的“可以”的意思时,只用一个“可”字就行了。语言学家们的这些论述虽然不乏真知灼见,但是,已有细心的研究者通过翔实的史料基础,对这些看法提出了质疑。

王鸿滨曾以《春秋左传》为例,^{〔1〕} 分析了在不同语境的古汉语中“可以”的结构和意义的两种用法:

第一种用法,“可以”的“以”不是介词,其后并无省略成分可言,这类“可以”与现代汉语中“可以”一脉相承,几无二致;

第二种用法,“可以”是结构松散的两个词,“可”为助动词,“以”为介词。

经过统计,王鸿滨发现,“可以”作为一个助动词的第一种用法远远多于“可以”作为结构松散的两个词的第二种用法。首先,《春秋左传》中的“可以”共出现了 131 次,其中,第一种用法有 91 次,第二种用法有 37 次,二者之比接近 3:1。这说明,助动词“可以”在《春秋左传》中不仅存在,而且所占比例大,处于绝对优势。王鸿滨还注意到,在较为早期的文献中,“可以”作助动词的例证亦有所见,例如,《尚书·金縢》中“未可以威我先王”之“可以”。至于战国时期的《论语》《孟子》以及时代更后一些的《礼记》,这些文献中“可以”亦能作为一个复音词存在于语言之中,所占比重为 175:61。这些事实告诉了我们第一种用法,即相当于现代汉语的“可以”作为一个双音节助动词存在于文献语言中的情形,而且绝非一些学者估计的那样“用的较少”。

其实,早在王鸿滨之前,张月明就曾以《论语》《孟子》《左传》这三部早期古代汉语作品为考察对象,统计了其中全部的“可以”,从而发现:“可以”在《论语》中 33 见,在《孟子》中 77 见,在《左传》中 131 见。换言之,在三部作品中,“可以”一共出现了 241 次。其中,(1)“可以”作为助动词,与现代汉语的“可以”大致相同。“可以”的这种用法在三部古籍所占的比例最大,高达 72.92%。其语义绝大多数应当解释为现代汉语的“可以”,表示环境或情理上许可。有的则宜解释为“应该”,表示情理或事实上的需要。(2)“可以”其实并不是一个组合,如此称谓不过是为了行文的便捷而已。“可”是助动词,“以”乃介词,与其后省略的“之”类代词或未省略的宾语为一个组合。在三部古籍所有的“可以”中,它占 25.31%。这里助动词“可”与现代汉语中的“可以”同义,表示情理或环境上的许可,解释为“可以”、“应该”、“能”等。介词“以”可释为“用”、“凭”、“依”、“因”等。换言之,通过对三部古籍中“可以”的穷尽性调查分析,可得说明,古代汉语中,至少在《论语》《孟子》《左传》时代,助动词“可以”的存在是不可否认的语言事实,而且在三部文献所有的“可以”中比例最大。^{〔2〕}

综合以上辨析,本文得出的基本结论是(1)古代汉语中的早期作品已经在大量地使用现代意义上的“可以”一词,它们作为助动词,与现代汉语中“可以”具有相同或相似的语义。(2)也有相当比例的“可以”应当分为“可”与“以”,在这种情况下,一方面,“可”相当于现代汉语中的“可以”,或者说,这种情况下的“可”获得了现代汉语中“可以”一词的语义和功能,而分离出来的“以”则包含了“凭借”、“依赖”等词义,古代汉语中“可以”的这种用法在现代汉语中已基本消失。但是,另一方面,现代汉语中的“可”也有“可以”的含义,因此,古代汉语中这一类“可以”之“可”所表达的“可以”之意,在现代汉语中依然存在,比如:“由此可见”、“可大可小”、“牢不可破”等熟语或正反对比中的情况。

进一步的分析还可以发现,无论是“可以”还是“可”,在古代汉语中的语义大致都可以概括为以下几种:

(1)“可以”表示“能够”,例如:

“自今日既盟之后,郑国而不唯有礼与强可以庇民者是从,而敢有异志者,亦如之。”(《左传·襄公九年》)

〔1〕 王鸿滨:《〈春秋左传〉中助动词“可以”探源》,载《汉中师范学院学报》2001 年第 2 期。

〔2〕 张月明:《〈论语〉、〈孟子〉、〈左传〉中的“可以”》,载《古汉语研究》1997 年第 2 期。

“今日我疾作,不可以执弓,吾死矣夫。”(《孟子·离娄上》)

“一言而可以兴邦,有诸?”(《论语·子路》)

(2)“可以”表示“应该”,例如:

“二三子可以贺我矣。吾举厥也而中,吾乃今知免于罪矣。”(《国语·晋语五》)

“士不可以不弘毅,任重而道远。”(《论语·泰伯》)

“夫子获罪于君以在此,惧犹不足,而又可以畔乎?”(《史记·吴太伯世家》)

(3)“可以”表示“适宜”,例如:

“于是羊舌职死矣,晋侯曰:‘孰可以代之?’对曰:‘赤也可。’”(《左传·襄公三年》)

“子贡问曰:‘有一言而可以终身行者乎?’”(《论语·卫灵公》)

“端而言,蠕而动,一可以为法则。”(《荀子·劝学》)

(4)“可以”表示“容许”,例如:

“夫子之在此,犹燕之巢于幕也,君在殡而可以乐乎?”(《史记·吴太伯世家》)

“臣闻帝王不可以久旷,天命不可以谦拒。”(《后汉书·光武帝纪》)

“父贻为河南法曹参军。河南尹与人有仇,诬仇与贼通,收掠取服,法曹曰:‘我官司也,我在不可以为是。’”(《韩昌黎集·处士卢君墓志铭》)^[1]

(5)“可以”表示“何以”,例如:

“纠纠葛屨,可以履霜。”(《诗经·国风·魏风·葛屨》)其中的“可以”即为“何以”,系古代汉语中的固定结构。^[2]

相比之下,现代汉语中“可以”的词义有所收缩,“何以”、“应当”等含义都从“可以”的词义项中退出去了。较之于古代汉语中“可以”的多种含义,现代汉语中的“可以”既做加法,也做减法,即既保留了古代汉语中“可以”一词的部分含义,也增加了一些古代汉语中没有的成份。大致说来,现代汉语中的“可以”有以下几种含义与用法。

(1)表示可能或能够。比如:“我们以为今天总可以到桂林了”。

(2)表示有某种用途。比如:棉花可以织布,棉籽还可以榨油。

(3)表示许可。比如:你可以走了。

(4)表示不坏、还好。比如:夏丐尊、叶圣陶《文心》四:“这封信清楚明白,末了两节又有活泼趣味,也就可以了”。

(5)表示很、厉害。比如:鲁迅《朝花夕拾·范爱农》:“他办事,兼教书,实在勤快得可以”。^[3]

(6)表示应当。比如:下级到上级的办公室汇报工作,当上级认为应该讲的已经讲完,他对下级说:“你可以走了”,在这种情况下,“可以”有“应当”的意思。再如:当下级向上级汇报:“是不是在院子里种几棵树?”上级如果回答:“可以。”这时候,下级就承担了一个种树的义务。因为种树的要求既然经过上级授权,就成为应当作为之事。

在现代汉语中,“可以”的这六种含义各有不同的用途,大致说来,前三种含义较多地用于书面语言,后两种情况更多地用于口语当中。但是,如果从法律语言的角度来看,“可以”的最主要的含义是第(1)、(3)、(6)种,那些表示“不坏”、“很”、“某种用途”的“可以”,基本上没有出现在法律语言中。换言之,在法律文本中,“可以”的基本词义是可能、许可、应当。

[1] 以上四种含义,可以参阅景宏业《“可以”之“以”的性质商榷》,载《语文研究》1998年第4期。

[2] 张月明:《〈论语〉、〈孟子〉、〈左传〉中的“可以”》,载《古汉语研究》1997年第2期。

[3] 参见罗竹凤主编《汉语大词典》(第三卷),汉语大词典出版社1989年版,第31-32页;中国社会科学院语言研究所词典编辑室《现代汉语词典》,商务印书馆1979年版,第633页。

二、法律文本中“可以”的法律意义

法律文本中的“可以”,简单地说,是指经法律授予的、特定主体在特定的条件下、在特定的范围内的一种有限度的选择权。为了更准确地理解“可以”一词,还必须从以下几个方面入手。

(1)“可以”是一个在逻辑上有不确定倾向的判断词,同时具有“可以”和“可以不”的双重含义,这种不确定性也可以称为一种选择性。因此,“可以”表达的是一种选择权,这种选择权也可以称为选择的可能,它包含选择的权利与选择的权力这两种情况。

对于私法主体来说,“可以”表达的是一种选择的权利,一般情况下,这种权利既可以放弃,也可以行使,而且,放弃权利也是行使权利的一种方式。比如,只要你是中国公民,符合一定条件,法律规定你“可以”结婚,这里的“可以”,就是指你可以结婚、但也可以不结婚的选择权。

对于公法上的权力主体而言,“可以”表达的是一种选择性的权力。这样的权力或公权力,一般不能放弃,只能依法行使。行使的方式在不同的权力领域有其独特之处。在行政领域,“可以”代表的是行政权,既有权利的性质,也有义务的性质,比如:治安管理处罚条例第十六条规定:“违反治安管理有下列情形的,可以从轻或者免于处罚:……”;在司法领域,“可以”代表的是司法权行使过程中的“酌定情节”,亦称“或然情节”,比如检察权行使中的“酌定不起诉”;在立法领域,与“可以”对应的主要是“授权立法”,比如,我国立法法第六十三条规定省级人大及其常委会根据本区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,“可以”制定地方性法规。

(2)从动态过程来看,“可以”一词在法律文本中的出现,是相关主体的选择权从无到有的转折点和标志。更具体地说,是“可以”为特定主体从法律上创设了选择权。

比如,某国妇女自古以来就没有政治选举权,直到新的选举法明文规定:妇女“可以”参加政治选举。从这个时候开始,妇女才拥有了是否参加选举的选择权。再比如,历史上的县级法院无权核准死刑,假若新的诉讼法明文规定,县级法院也“可以”核准死刑,那么,诉讼法的这一“可以”,就成为县级法院是否核准死刑的选择权的起点和标志。换言之,从法律文本中看,是“可以”一词在创设相关主体的选择权,无论这种选择权是公权力还是私权利。

(3)从价值判断或道义追问来看,“可以”一词还意味着权利、权力主体的选择行为具有法律上的正当性。当我们宣称某种行为在法律上是“可以的”,就是指我们认为这种行为是“正当的”。也就是说,“可以”还能为相关主体的行为提供正当性、合法化理由。比如,我们都承认这种说法:“税务局可以向某经营者征税”。尽管税务局从经营者那里无偿地拿了一笔钱,但是,我们还是认为这种行为是正当的,其原因在于,税务局的这一行为有法律文本中的“可以”一词作为依据。相反,如果一群强盗也从经营者那里“拿”了一笔钱,除了强盗本人及其同伙,没有人愿意承认强盗的行为具有价值上或道义上的正当性,其原因在于,强盗的这一行为没有法律文本中的“可以”一词为依据。

针对同一个经营者,税务局与强盗各自都“拿”了一笔钱,站在第三人的立场,从纯粹客观的角度上看,两种行为少有区别,甚至在使用强制力方面都具有相似性,但两种行为在道义上的差别却是如此对立,根源就在于有没有法律文本中的“可以”一词作为支持。

(4)从语言学的角度上看,在存在“可以”的法律条文中,或在包含了“可以”一词的句子中,都有主语与谓语。“可以”引导的谓语,即是被授予的特定的选择权,或特定的权利、权力事项;而“可以”之前的主语,即是经法律授权的权利、权力主体,“可以”的这种主语,既是特定权利、权力的承担者,也是选择权的承担者,这种主体的范围、种类都是极其复杂多样的,对此本书还将在其他地方作出进一步的探讨。

值得注意的是,除了这种权利、权力主体,在“可以”一词的背后,甚至在法律文本的背后,还隐藏着一个潜在的主体。比如,某条法律规定:“A 可以 B”。在“A 可以 B”这个法律文本的片断中,除了很容易地看到“A”这种权利、权力主体之外,我们还可以进一步追问:谁在规定“A 可以 B”?对这个问题的

回答可以分为几个层次:首先是法律文本的制定者,是某个议会机构或经授权立法的机构,它们在规定“A 可以 B”;其次,是英国法学家奥斯丁所谓的主权者,从这个意义上看,一切法律文本都可以视为来自主权者的规定;最后,也可以将这个潜在的主体理解为“法律”,是“法律”本身在规定“A 可以 B”,这种回答的方式实际上将法律作为了一个具有人格的主体者。

(5)在特定的语境下,“可以”与“应当”同义。比如,民法通则第 109 条规定:“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的,由侵害人承担赔偿责任,受益人也可以给予适当的补偿”。

在这里,受益人也可以给予适当的补偿,这并非是向受益人授予了一项权利,而是为其创设了一项“适当补偿”的义务。不过,严格说来,“可以”的主语并非受益人,即并非受益人可不可以给予适当补偿的问题,而是法院等其他主体“可以”让受益人给予适当的补偿。在这里,尽管受益人是“可以”的直接主体,但是,受益人却不能通过“可以”获得一项权利,反而被附加了一项义务。

三、“可以”的法律特征:限制性而非任意性

在当代主流法学理论中,“可以”常常被视为授权性规则的标志性用语,因此,我们通过对以下授权性规则之特征的辨析,探讨“可以”一词的法律特征。

授权性规则的法律特征是什么?或者说,以“可以”为标志的授权表达方式的特征是什么?

在论及授权性规则的含义、作用与特征时,张文显教授认为:“授权性规则是指示人们可以做出或要求别人做出一定行为的规则。授权性规则的作用在于,赋予人们一定的权利去建立或改变他们的法律地位和法律关系,以建立或调节国家所需要的法律秩序。授权性法律规则的特点是具有任意性,即不强令人们必须做出一定行为,也不禁止人们不得做出一定行为,人们可在行为与否之间做出较为自由的选择”〔1〕

张文显教授还进一步指出:“有些法学著作按照法律规则的‘表现形式’把法律规则划分为强制性规则和任意性规则。这种分类无多大必要。因为强制性是义务性法律规则的特点,任意性是授权性法律规则的特点。有了义务性法律规则和授权性法律规则的分类,用‘强制性’和‘任意性’分别描述两类规则的特点,既简便又恰当。”〔2〕

将法律规则划分为强制性规则与任意性规则,确实没有必要。在这一点上,本文赞同张文显教授对这种分类的批评。但是,他提出的主要理由之一——任意性是授权性法律规则的特点,笔者却不敢随意附和。因为,将授权性规则区别于其他规则(比如义务性规则)的特征归纳为“任意性”,是不妥当的。这种不妥当可以从以下三个方面来分析。

首先,从词义上看,所谓“任意”,主要包括了两层含义:一方面,是指“没有拘束,不加限制,爱怎么样就怎么样”,比如,“任意行动”,“任意畅谈”等等;另一方面,是指“没有任何条件的”,比如,“任意三角形”等等〔3〕。简而言之,“任意”描述了一种没有任何拘束、没有任何限制、没有任何条件的状态,是一种类似于庄子想象中的摆脱了一切束缚的绝对自由。这种“任意”的状态和属性,不可能成为授权性规则乃至一切法律规则甚至其他一切社会规则的特点。因为,“规则”二字本身的含义就是“规定出来供大家共同遵守的制度或章程”〔4〕

其次,所有的授权性规则都是附加了严格的条件和限制的,而不可能是“任意性”的。正如罗玉中

〔1〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 50 页。

〔2〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 51 页。

〔3〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆 1996 年版,第 1067 页。

〔4〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆 1996 年版,第 474 页。

教授所指出的:“正因为这是一种授权,因而往往同时规定了人们实际从事这一行为时的条件和范围”。^{〔1〕} 举例来说,我国立法法第 63 条规定:“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规”。这是一条比较典型的向省级代议机构授予地方性法规创制权的授权性规则。但是,即使依据这一授权性规则,省级代议机构也不能“任意”行事。因为首先,它行使法规创制权的行为,必须“根据本行政区域的具体情况和实际需要”;其次,它所创制的地方性法规不能与一切上位法相抵触;再次,在紧接着本条规则之后的第 64 条,还对地方性法规可以涉及的事项作出了进一步的限制,即必须是“为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项”,或者是“属于地方性事务需要制定地方性法规的事项”;最后,省级代议机构的法规创制行为还必须遵循一定的程序,还必须以备案的方式接受全国人大常委会的监督等等之类的规定,这既体现了省级代议机构在行使法规创制权的同时必须接受的限制,也充分地体现出授权性法律规则的非任意性特征。

最后,按照张文显教授的观点,在授权性规则与义务性规则之外,还有一种既是授权性规则又是义务性规则的“权义复合规则”。他说:“权义复合规则指兼具授予权利和设定义务两种性质的法律规则。这类法律规则绝大多数是有关国家机关及其工作人员的组织和活动的规则”。^{〔2〕} 如果说授权性规则的特点是任意性,义务性规则的特点是强制性,那么,这一类兼具授予权利和设定义务两种性质的权义复合规则,也将同时兼具任意性和强制性两种特点。但是,宣称一种规则(权义复合规则)同时具有任意性和强制性两种特点,显然是一个令人困惑的说法。因为,强制性与任意性分别代表了两种相互对立、相互排斥的特征。这就像我们对某个人做出这样的规定:你必须呆在自己家里(强制性),同时,你也可以到世界上的任何地方去旅行(任意性)。毫无疑问,这是一个无法理解、也无法执行的自相矛盾的法律规则。造成这种逻辑混乱的原因,就在于以“任意性”概括授权性规则的特点。

综合上述三个方面,足以说明“任意性”不是授权性法律规则的特征。下文的立论性分析将从另一个角度表明,授权性规则与其他任何规则一样,都不可能是“任意性”的。

既然“任意性”不是授权性规则的特征,那么,授权性规则的特征又是什么呢?毫无疑问,这是一个存在着多种答案的提问。如果一定要在授权性规则的诸多特征中找一个最具有代表性的特征,或要找一个所谓的本质特征,本文认为,这个特征就是“限制”或“限制性”。

所谓“限制”,按照辞书上的解释,指的是“规定范围,不许超过”或“约束”。^{〔3〕} 本文认为,这个意思,恰恰最为贴切地表达了授权性规则的本意和本质,从而也是对“可以”这种授权表达方式的法律特征的最准确的概括。

其一,从授权性规则的内容上看,授权性规则既可以(1)向公民或法人授予权利,也可以(2)向国家机关及其公职人员授予权力。^{〔4〕} 无论是哪一种授权性规则,都不是“任意性”的,而是“限制性”的。

就第(1)种情况来看,向公民或法人授予的任何权利,事实上都附加了或体现为对公民或法人的一种限制。比如,中国《宪法》第 36 条第 1 款规定:“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。”按照这款授权性规则,中国公民被授予了宗教信仰的权利与自由。但是,这项权利并不是“任意”的。因为,紧接下来的第 3 款和第 4 款又规定:“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”“宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配”。这就将中国公民的宗教信仰权利限制在一定的范围之内了。再比如,《民法通则》第 76 条规定:“公民依法享有财产继承权”。这是一条向公民授予继承权利的规则,但是,公民在实际享有这项权利的时候也不是“任意”的,而是必须“依法”享有。所谓“依法”,其实就是一种限制。以此类推,无论是向公民(包括法人)授予何种权利,事实上都为公民(包括法人)规定了特定的范围。这种对相关主体行为范围的规定,充分体现了授权性规则的本质

〔1〕 罗玉中:《法律规范的逻辑结构》,载《法学研究》1989 年第 5 期。

〔2〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 51 页。

〔3〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆 1996 年版,第 1368 页。

〔4〕 罗玉中:《法律规范的逻辑结构》,载《法学研究》1989 年第 5 期。

特点,那就是限制或限制性。

就第(2)种情况来看,向国家机关及其公职人员授予权力的授权性规则,其所设定的限制就更为明显、更为严格,而且其行使的范围也更为狭窄。这些限制无不意味着:国家机关及其公职人员只能这样行为,不再有其他选择的余地。比如,中国《宪法》第 100 条规定:“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案”。这一条授权性规则向省级人大及其常委会授予了制定地方性法规的权力,但同时,它又附加了严格的限制条件,即不得与宪法、法律、行政法规相抵触,还要报全国人大常委会备案,接受全国人大常委会的监督等等。再看《宪法》第 10 条的规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征用。”依照这条授权性规则,国家拥有征用土地的权力,但是,这项权力的行使也有严格的限制,那就是征用土地的目的必须是“为了公共利益的需要”。

其二,前文已经提到,在授权性规则与义务性规则之外,张文显教授还归纳了一种“权义复合规则”,他说:“这类法律规则绝大多数是有关国家机关及其工作人员的组织和活动的规则。依其指示的对象和作用可以分为三类:第一类是委任规则。它指示国家机关修改、制定或废除法律、法规。委任规则有强式和弱式两种。”“第二类是组织规则。它确定国家机构的权力划分,指示国家机关执行某一方面的国家职能,或有关国家机构的组织、调整改革等。”“第三类是审判规则。它指示司法机关依照法定程序执行审判职能。我国人民法院组织法和诉讼法有关证据的收集、验证和使用,审判程序,国家强制力的使用等规定都属于此类规则。权义复合规则的特点是,一方面被指示的对象有权(职权)按照法律规则的规定做出一定行为,另一方面做出这些行为是他们不可推卸的职责。在逻辑上,每个复合规则都可以进一步分解为授权性规则和义务性规则。”^{〔1〕}

张文显教授讨论的这三类“权义复合规则”,极其类似于哈特法律理论中的授予权力的“第二性规则”(它包括承认规则、改变规则与审判规则)^{〔2〕}。其实,无论是张文显的“权义复合规则”,还是哈特的“第二性规则”,基本上都是向国家机关及其公职人员授予权力的授权性规则。在三类“权义复合规则”中,委任规则是向国家机关授予立法权力,组织规则是向国家机关授予不同性质的权力,审判规则是向司法机关授予审判权力。然而,我们同时也必须看到,这些授权性规则在向各种国家机关授予权力的同时,也限制了这些国家机关的行为方式和活动范围,即它们既“可以”也“只能”在规定的范围内做出某种行为。

此外,张文显教授认为,这些向国家机关授予权力的授权性规则同时也有义务性规则的特点,这种说法依然是可质疑的。张文显教授在他的著作中引证了《宪法》第 100 条来作为这种“权义复合规则”中的“委任规则”中的“弱式规则”的例证。^{〔3〕}但正如前文的分析所表明的,这是一条典型的向国家机关授予立法权力的授权性规则,通过这条授权性规则,省级人大及其常委会获得了有限的、或者说是限制性的立法权力,但它却不是一条义务性规则。理由有二,一方面,如果像张文显教授所说的那样,义务性规则的特征是“强制性”,我们却无法在这条规则中找到明显的“强制性”因素。因为,省级人大及其常委会如果没有制定地方性法规,在现行制度中,将不会受到任何意义上的“强制”。另一方面,省级人大及其常委会在享有这项权力的同时必须遵守相关条件,这当然也可以被视为一种义务,但不能由此得出这条规则同时也就是义务性规则,因为,享有权力或权利的任何主体都必须承担相应的义务,没有无义务的权力或权利。倘若以为,凡是附加了义务的授权性规则都具有义务性规则的特征的话,那不是所有的授权性规则同时都成了义务性规则了吗?还有必要在授权性规则与义务性规则之间作出学理上的区分吗?而且,我们也不能“在逻辑上”将宪法第 100 条这样的规则分解为授权性规则和义务性规则。也就是说,《宪法》第 100 条即使在“弱式规则”的意义上,也没有义务性规则的强制性特征,它是一条典型性的授权性规则,它的特征既不是“任意性”,也不是义务性规则的“强制性”,它的特征是“限制性”。

〔1〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 51 页。

〔2〕 [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 96—98 页。

〔3〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 51 页。

其三,限制性是授权性法律规则的特点,而且是最为本质的特征,但这并不意味着授权性规则只有这么一个特征。在限制性特征之外,授权性规则也许还存在着“可选择性”、“可控制性”等等其他方面的特征。但是,“限制性”毕竟是授权性规则诸特征中最为重要之一种。

一切权利或权力都是限制或约束下的产物,没有限制的权力将会沦为赤裸裸的暴力,而没有限制的权利也不可能是现实世界中的权利,只能一厢情愿的幻想。正如中国法学家龚祥瑞教授所言:“授权就意味着限制。”^{〔1〕} 英国法学家哈特教授更是直截了当地指出:“凡存在法律的地方,人类的行为在某种意义上已成为非任意性的或必为的。”^{〔2〕} 既然如此,凡存在授权性法律规则的地方,人类的行为也一定是“非任意性或必为的”。

分析至此,我们的结论可以概括为:如果人类的行为是“强制性”的,那就是义务性规则治理下的结果;如果人类的行为是“限制性”的,那就是授权性规则治理下的结果,也是“可以”这种授权表达方式治理下的结果;如是人类的行为是“任意性”的,那就是——没有规则或规则缺位的必然结果;与“任意性”对应的不是任何规则,而是无规则,不是“可以”,而是“无法无天”。

四、法律文本中“可以”一词的替代性表达方式

在上文中,我们只考察了“可以”一词,或者说,只考察了“可以”这样一种法律授权的表达方式,但是,在法律文本中,授予权利或权力的法律表达方式,除了“可以”这种最主要的方式之外,还有“享有”、“有权”、“有……的权利”、“有……的权力”、“享有……权”、“享有……的权利”、“得”等等多种多样的表达方式。不过从法律意义与法律后果上看,这些表达方式与“可以”几无二致。因此,为了实现对于“可以”之法律意义的全面的理解,还必须认真地对待“可以”一词的其他替代性表达方式。

(1)“享有……权”

这种表达方式主要用于向“公民、法人或其他组织”授予私法上的权利,其中的省略号代表了所授予的权利的类型。例如:

“公民对自己的发现享有发现权。”(《民法通则》第 97 条)

“公民享有生命健康权。”(《民法通则》第 98 条)

(2)“享有……的权利”

与前一种表达方式基本相同,所授予的也是私法上的权利。但它与第一种表达方式的区别在于,它所授予的权利是一种比较具体的列举性质的权利,而前者则主要适用于授予类型化的抽象性质的权利。例如:

“妇女享有同男子平等的民事权利。”(《民法通则》第 105 条)

“财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”(《民法通则》第 71 条)

(3)“对……享有权利”

这种表达方式所授予的依然是私法上的权利,其中的省略号代表了权利的对象,或“法律关系的客体”。例如:

“共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。”(《民法通则》第 78 条)

(4)“有权”

这种授权表达方式既可以授予私法上的权利,也可以授予公法上的权力,是一种指涉较宽、运用较广的表达方式。例如:

“被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。”(《民法通则》第 25 条)

〔1〕 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社 2003 年版,第 34 页。

〔2〕 [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 84 页。

“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定。”(《立法法》第 9 条)

(5)“允许”

“允许”也可以作为向“公民、法人与其他组织”授予权利的表达方式,它的使用范围相对确定,即仅仅适用于国家机构向“公民、法人与其他组织”授予权利。尽管“公民、法人与其他组织”的很多权利都是国家机构授予的,但在法律文本中,直接使用“允许”一词的情况相对较少。例如:

“行政机关对申请人提出的行政许可申请,应当根据下列情况分别作出处理:……(三)申请材料存在可以当场更正的错误的,应当允许申请人当场更正。”(《行政许可法》第 32 条)

“公民在法律允许的范围内,依法经核准登记,从事工商业经营的,为个体工商户。”(《民法通则》第 26 条)

(6)“得”

在中国现行的法律文本中,笔者经过反复搜索,除了 1982 年宪法第 34 条之外,在其他地方没有发现以“得”这种方式来表达法律上的授权。但是,以“得”或“得以”作为“可以”的替代表达方式,曾经在二十世纪上半叶流行过。例如:

“参议院得自行集会、开会、闭会。”(《中华民国临时约法》第 20 条)

“臣民中有合于法律命令所定资格者,得为文武官吏及议员。”(《钦定宪法大纲》)

在以上几种表达方式之间,本身就存在着一些细微的差别,但它们共同作为“可以”的替代性表达方式,与“可以”相比较,既有共同点,也有区别。就共同之处来看,它们都是法律授权的文字表达方式,它们在特定法律条文的语境下,为特定的主体授予了特定的权利或权力。

它们的区别在于:

第一,“可以”是一种法律授权的典型的、基本的、通用的表达方式,既可以授予私权利,也可以授予公权力;而其他表达方式基本上都有所指向,是一些个别化的、特定性的表达方式(“有权”也许是个例外)。

第二,“可以”作为一个助动词,仅仅具有一个虚词的属性,它本身既不能指明法律所授予的“权”到底是“权利”还是“权力”,只要脱离了具体的语境,甚至不能独立地表达一个实体性的意义。与之相反,它的各种替代性表达方式,除了已经被淘汰的“得”之外,本身就包含了这样一个实体性的内容:有权。

第三,单就“可以”与“允许”而言,法律文本中的“可以”,是指特定的权利、权力主体“可以”做或不做什么,“可以”的主语就是法律授权的权利、权力主体,权利、权力的来源只能是法律或者是法律背后的立法者或主权者。而法律文本中通过“允许”的授权,被授权的权利主体并不是“允许者”,而是“被允许者”,从“允许”这种表达方式中获得的权利,其来源既可能是法律,如“被法律允许”;更可能是某个具体的行政机关,如“被某工商局允许营业”等等。

五、法律文本中“可以”一词的相关表达方式

(1)“可以不”——对“可以”的一种修饰

法律文本中通过对“可以”一词的修饰,常常会产生意想不到的法律意义和法律后果。但是,由于置身于法律文本这个特定的语境,以及“可以”作为一个助动词的词性所限,对于“可以”的修饰主要是在“可以”一词之后加上修饰性的“不”,从而形成“可以不”。

如前所述,法律文本中的授权表达方式有以下几种:享有、有权、允许、可以。对于“享有”等词义表示的规范模式的理解与应用不会出现差异,对于“可以”表示的规范模式的理解与应用就不同了,因为“可以”仅仅代表着一种可能,并不意味着一定要发生,“可以”的词义中也包含着“可以不”的含义,它虽然对可以所指向的行为有当“为”或可“为”之倾向,但如果不“为”,也并不违法,就是说,“可以”的词义是模棱两可的。从法律逻辑的角度上讲,“可以”的行为方向是不确定的,它给权力、权力主体的行为

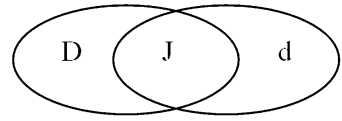
增加了自由度。

为了更好地认识“可以”的逻辑含义,我们把法律文本中的授权表达方式用集合 P 来表示,用 A 表示“享有”,有 B 表示“有权”,用 C 表示“允许”,用 D 表示“可以”;用 a 表示享有的补集“不享有”,用 b 表示有权的补集“无权”,用 c 表示允许的补集“不允许”,用 d 表示可以的补集“可以不”,则:

$$\begin{aligned} P &= A + B + C + D + a + b + c + d \\ &= A + a + B + b + C + c + D + d \\ \text{如果 } A + a &= E, B + b = F, C + c = G, D + d = H \\ \text{那么 } P &= E + F + G + H \end{aligned}$$

在授权表达方式集合 P 有四个子集:E、F、G、H,一般说来,要判断这四个子集的内涵是比较容易的,因为 A 与 a、B 与 b、C 与 c 之间的界限,即享有与不享有,有权与无权,允许与不允许之间的界限非常明显,而子集 H 的内涵则含糊不清,其原因于在汉语中的“可以”是一个模糊词语,它同时还含有它的否定面“可以不”,即 D 与 d 之间有一个共同的交集部分(用 J 来表示,即下图中的交叉部分)。

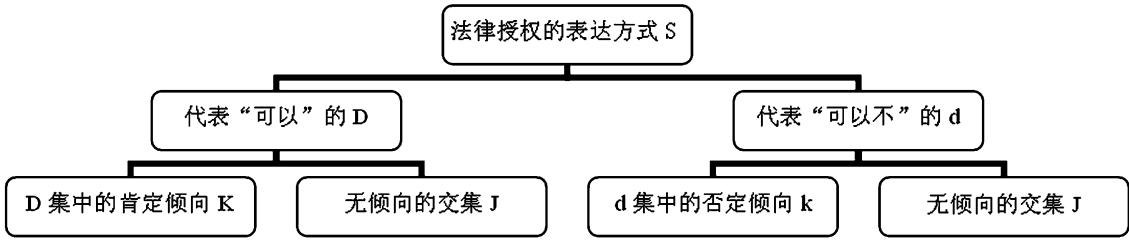
即 $D \cap d = J$



由于在 J 的范围内,既有肯定性的“可以”,又有否定性的“可以不”,因此,可以把该部分视为无行为指示倾向的中性区域,因此,“可以”的表达模式 S 将出现以下三种倾向:

- ①肯定倾向,即“可为”,用 K 表示(D 集合中除去 J 集合中的部分);
- ②否定倾向,即“可不为”,用 k 表示(d 集合中除去 J 集合中的部分);
- ③中性倾向或无倾向,指既“可为”,也“可不为”,即上图中的交叉部分,用 J 表示。

那么,



通过以上的辨析可以说明,代表“可以”的 D 与代表“可以不”的 d 之间的区别在于:D 包含了肯定倾向的 K,而 d 则包含了否定倾向的 k,换言之,集合 D 的指示中有一部分是倾向于“可为”的,而集合 d 的指示中有一部分是倾向于“可不为”的。^[1]

然而,这样的区别仅仅只是一种倾向上的差异,一旦应用于实践,对于某个具体的行为者来说,这两种表达上的不同倾向对于行为者的影响将会非常微弱。因为,无论是代表“可以”的集合 D,还是代表“可以不”的集合 d,都包含了两个区域或两种倾向,其中一个共同的区域或共同的倾向是由 J 代表的“无倾向”,只要行为者一躲进 D 与 d 之间的交集区域,即无倾向的 J 区域,就意味着行为者摆脱了这两种倾向的约束,他(她)“可以”在特定的范围内根据自己意志作出选择。因此,从法律后果上看,“可以不”与“可以”是一致的,换言之,“可以不”也是“可以”的一种表达方式。

为了更直接地说明“可以不”的法律意义,不妨打个比方。假如有某条法律(A)规定某个人:“你可

[1] 这里对于“可以”的逻辑关系的讨论,以及关系图的绘制,均参考借鉴了张庆旭《对刑法中“可以”的思考》,载《燕山大学学报》2003 年第 1 期。但是,对于张文中的部分结论,本文不愿随意赞同。比如,张文认为,“可以”这个集合的指示倾向是鼓励去“为”,以“为”作为正常,以“不为”作为例外。这样的判断是有疑问的,比如《婚姻法》第九条规定:“登记结婚后,根据男女双方约定,女方可以成为男方家庭的成员,男方可以成为女方家庭的成员。”这里的两个“可以”,都没有鼓励某种行为的倾向。事实上,各种法律文本中的“可以”,有相当一部分是对以前的限制的解除,甚至是以前的被限制者经过艰苦的斗争才获得的结果,并非出于立法者的“鼓励”。

以不到大街上去。”法律(A)的意思是说:你可以不到大街上去,但同时,你也可以到大街上去。无论你是否到大街上去,都符合法律(A)的规定。因此,“可以不”也有“可以”的意思。但另一方面,“可以”也有“可以不”的意思。试看法律(B)的规定:“你可以到大街上去。”法律(B)的意思是说:你可以到大街上去,但同时,你也可以不到大街上去。无论你是否到大街上去,同样都符合法律(B)的规定。

比较法律(A)与法律(B),尽管它们分别使用了“可以不”与“可以”这两个关键词,但是,这两条法律的含义是完全一样的。换言之,在法律文本中,“可以不”就是“可以”的意思。^[1]

(2)“不可以”——对“可以”的另一种修饰

要修饰“可以”一词,除了在“可以”之后加上一个“不”字形成“可以不”之外,还可以在“可以”之前加上一个“不”字,从而形成“不可以”。

有论者撰文指出,^[2]“不可以”在先秦时代已经出现,如“士不可以不弘毅,任重而道远。”(《论语·泰伯》),而且,在现代文学作品中也还能看到“不可以”这种形式。比如:

“反正自己跳不出圈儿去,什么样的娘们不可以要呢?”(《骆驼祥子》)

“‘孙柔嘉’不可以说的,要说‘大娘’”。(《围城》)

但是,普通话中一般不用“不可以”这样的表达方式,“不可以”这个意思用“不能”来表示。只有在港台话中,“不可以”还很常见。例如:

“‘把那个女人给我钉死!’‘不可以!’”(香港电影《大圣娶亲》)

“对付那些蠢人,就绝对不可以跟他们说真话。”(香港电影《鹿鼎记》)

也就是说,除了在文字作品和港台语言中,当代普通话已经不使用“不可以”这样的表达方式。而且,笔者经反复查找,在中国现行法律文本中也没有找到“不可以”这样的表达方式。

换言之,如果说对“可以”的第一种修饰而形成的“可以不”,还能在法律文本中找到使用的例证的话,那么,对“可以”的第二种修饰而形成的“不可以”,只具有语言学上的意义,在法律文本的范围内,还缺乏实例的支持,因此不再赘述。

(3)关于“得”与“不得”

尽管中国现行法律文本中没有使用“不可以”这样的表达方式,但却大量地使用“不得”作为禁止性的表达方式。从语言学特别是构词法的角度上看,“不得”其实是对“得”加上一个修饰性的“不”而形成的。既然“不得”是法律禁止的表达方式,那么去掉修饰性的“不”字之后的“得”就应当是一个法律授权的表达方式了。

事实上,如前所述,在二十世纪初叶的法律文本中,确实在大量地使用“得”作为法律授权的表达方式,在那个时代,“得”与“可以”是同义词,可以互训。但在当代中国的法律文本中,用“得”字来表达法律授权的方式已经不复存在了。

(责任编辑:林和开)

[1] 法律文本中误用“可以不”的情形,本书其他章节还有进一步的评析,也可以参见喻中《行政许可法的立法理念质疑》,载《长白学刊》2004 年第 1 期。

[2] 李明:《“能”“可以”析微》,载《语文建设》2000 第 12 期。

对法律规范词“不得”意义范围的限定

魏治勋

[摘要]法理学的理论建构必须首先重视对法律语词的意义分析,这其中又以对法律规范词的分析尤为重要,因为规范词往往通过对行为模态的设定而决定着法律规范的意义。规范词“不得”作为一个由两个单音词构成的合成词,其中“得”字是多音多义词,因而“不得”的意义与用法必然多元。通过界定“不得”的主要禁止性规范词的地位、辨析其音义、以及将规范词“不得”与作为体标记的“不得”的严格区分,规范词“不得”的准确意义较为清晰地呈现出来,这对我们更好地理解相关法律规范颇有助益。

[关键词]规范词;不得;体标记;音义辨析

一般而言,汉语中的复合词很多都是多义词,甚至是多音多义词。那么,确定某个词汇的意义范围,就主要受到研究目的和研究语境的限制。我们把法律规范中对行为模式作出限制的虚词“不得”,视为禁止性法律规范的主要模态词,或者如法律语言专家所言的,是把它作为“规范词”^{〔1〕}来看待的。这里对“不得”一词的意义考察的范围必须限定在法律规范所使用的限度内,我们将通过考察法律规范词“不得”的意义范围为准理解相关法律规范提供帮助。

一、“不得”作为禁止性规范词的地位界定

首先我们必须明确的是,就本文所涉及的禁止性法律规范而言,以规范词“不得”引领的句式并非该类规范唯一的表达方式。禁止性法律规范的表达方式是多种多样的,其形式变化不仅受到所用规范词的限制,而且受到句子的语态和主词变化的制约,从而呈现出多姿多彩的表达形式。下面,让我们结合法律规范的例子对此作出较为简要的分析。其一,“禁止”意义有多种表述方式。作为具有规范性向度的虚词,“不得”在汉语语法中的词性为限定性副词,一般用于动词之前,对其后的动词起到限制、修饰的作用,但其并非唯一可用的禁止性规范词。可以用于禁止性法律规范词而具有相同意义的同类词项还有:不准、不许、不可(以)、不受。词性不同,但具有大致相同或近似意义的表达效果的词项还有:禁止、严禁。这里的禁止、严禁,是作为动词来使用的,其后所接一般为名词或者名词性从句。我们以我国宪法第三十七条“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”这一规范为例,这一规范还可以表述为:(任何人或组织)不得/不许侵犯中华人民共和国公民的人身自由;(宪法)禁止/严禁侵犯中华人民共和国公民的人身自由等等。在采取这些不同的表达方式之后,法律规范的基本意义虽然没有发生改变,但却让人追问:为什么要采取如此不同的表达方式?其合理性何在?而要解决这些疑问,就必须结合其他分析视角才能够澄清,而这正是我们需要进一步探讨的问题。其二,立法者希望突出的规范语句的主词不同,往往需要不同的表达“禁止”意义的语词。有学者指出,语言中产生同义词的必要性在于,随着人们对社会现象与自然现象认识的日益广泛、深入、细致,就需要更多有细微意义差别的语词来表达认识的这种微妙区分。^{〔2〕}以前面所举的“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”这一规则的不同表达方式为例,我们发现,尽管这一规则可以有許多不同的表述方式,但似乎还是感到宪法所采用的表达方式更能够突出立宪者的意图。其原因可能在于,每一法律规范需要达成的具体目的有所不同,

作者简介:魏治勋,男,山东大学法学院讲师,法学博士,研究方向为法学理论。

〔1〕 康巧茹:《法律规范命题推理的哲学渊源》,载梁庆寅主编《法律逻辑研究》,法律出版社 2005 年版,第 112 页。

〔2〕 陆善来:《实用汉语语义学》,学林出版社 1993 年版,第 88 页。

就可能要求突出不同的法律主体,也就需要不同的规范词,此时,对规范词的选择就会有微妙的差别。就这里谈到的宪法规范来说,当规范以法律(实际上是立法者)本身作为主词时,往往会选择“禁止”或“严禁”作为规范语句的规范词,此时的表述方式相应地就是:(宪法)禁止/严禁侵犯中华人民共和国公民的人身自由。这样的表述既达到保护公民的人身自由的目的,同时也有利于突出宪法(或法律)的尊严。但当法律规范以规范目的中应受到限制的法律行为的发出者作为规范语句的主词时,则会较多地选择“不得”作为规范词,那么,此时相应的表述方式就变化为:(任何个人、机关、组织)不得侵犯中华人民共和国公民的人身自由。其三,规范语句表达方式变化的另一种形式,受到规范语句所采用的语态的影响。前面所列举的两种表达方式采用的都是主动语态,也就是规范语句的主词就是后面动词的发出者。但法律为了突出要保护的主体及其权利和利益,有时需要突出某一法律行为的受动者,此时采用被动语态就成为立法者表述规范的最好选择:中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。

可见,在相同的立法目的之下,立法者可能会采用三种不同的表述方式之一种:直接以法律本身作为规范语句的主词,规范词一般用“禁止”或者“严禁”;以法律所要禁止的行为的发出者作为规范语句的主词,规范词一般用“不得”或者“不准”;为了突出要保护的主体及其权利和利益,则以某种法律行为的承受者作为规范语句的主词,规范词一般为“不受”。之所以采用不同的表述方式,并非在于规范内容有根本区别,而是为了在阐明规范内容的同时,突出法律规制的形式性特征:在形式上进一步彰显法律的尊严、突出规制的目标指向或者要保护的主要群体或者价值。由于法律“……不是客观事实的保护者,而只是对历史形成和发展的、符合目的性、适当性的以及——在最佳情况下——‘正义’的相对表述”^[1],为了突出规范的目的指向,法律规范除了要清晰地表达规范内容外,在表述方式上适当采用具有不同形式的规范语句也是必要的,在一定程度上能够起到加强规范效果的良好作用。

尽管禁止性法律规范可以有以上多种多样的表达方式,然而一般地讲,“立法者正是在这些重要的基本原则规范上,倾向于用朴实的直陈式表述规范性的当为内容”。^[2]而那种直接申明主体“不得为”某种行为的表述方式无疑属于这种最为朴实的表达。而且,统计数字也表明,在法律规范中,也是这一类表达方式占居优势地位。法律规范一般以人的行为为规制对象,所以把发出行为的人作为规范语句的主词并进而逻辑地以“不得为”表达出法律的规范目的,应是最为简捷直朴的表达方式。因此,这种表述方式在禁止性规范的所有表达方式中占居主导地位是理所当然的。以宪法为例,在我国宪法中,一共有 44 处禁止性规定,其中以“不得”为规范词的有 20 处,以“禁止”为规范词的有 13 处,以“不受”为规范词的有 11 处。可以说,禁止性规范词在我国宪法中的分布既照顾到了表述方式的丰富性,同时突出了以“不得”为主要规范词的规范句式的主导地位;但总体上,直接昭示立法者意志的以法律自身为主词的表述方式仍过多,这是我国宪法表述形式上与西方宪法的一个重要区别。我们再以美国宪法为例,美国宪法及其修正案中共有禁止性规定 91 处,其中以“不得”为规范词的有 69 处,以“禁止”为规范词的仅有 6 处,以“不受”为规范词的也同样只有 6 处,“不得”在以上三种规范词中占有绝对优势。^[3]

鉴于“不得”这一规范词在禁止性规范语句表达中的主导地位,我们将“不得”视为禁止性规范语句的标志性规范词,并在此意义上视“禁止”、“不受”、“不准”等规范词为“不得”的同义变体。在此基础上,我们将以含有“不得”这一规范词的禁止性规范视为该类规范的标准形式,并通过考察、探讨“不得”的语义和此类规范的内在结构、功能,深入揭示禁止性规范的基本特质。

[1] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 61 页。

[2] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 59 页。

[3] 当然,笔者在这里所依凭的是美国宪法及其修正案的汉译文本,但是这并不影响本文统计数字的准确性。因为,尽管“不得”一词在英文中有不同的表述方式,但在美国宪法的英文标准文本中,“不得”一词一般都以“shall not”一词表示,或者倒装句式时采用“no people/senator/state...shall...”的表达形式,而在表达连续的禁止性规定时,则一般采用“neither...nor...”或者“no...nor...nor...”的形式,在汉语表达中,这些表述形式都可以对应地翻译为“不得”,不会导致其与“禁止”、“不受”等规范词的表达形式相混淆,因此不影响以上统计数据的准确性。

二、法律规范词“不得”的音与义之辨正

确立了“不得”一词在禁止性法律规范中的标志性规范词地位,就为我们进一步界定“不得”的意义范围提供了必要性与合法性前提。在汉语中,“不得”一词是由否定副词“不”和副词(英文中的助动词)“得”组合而成的具有偏正结构的复合虚词,其词义的侧重点虽然在于由“不”字表达的否定意义,但同时,助词“得”字在构造“不得”一词的意义方面也具有基础性作用,也就是说,“不得”的意义是建立在对“得”字的意义基础上的否定性表达。但是,问题在于,在汉语中,“得”字是一个多音多义词,所以欲确定禁止性法律规范中“不得”一词的意义,就必须首先辨析“得”字的音与义及其在法律规范中的应用。

考察“得”字意义的合理途径是通过权威工具书进行意义辨析。在《辞源》中,作为虚词的“得”字有两种含义:其一,“得”字读作 dé,作“能”、“可”讲,也就是“能够”与“可以”的意思;其二,读作 dēi,作“必须”讲。^{〔1〕}再看《辞海》的解释。在《辞海》中,作为副词的“得”字有四种用法:其一,“得”字读作 dé,是“能”、“可”的意思;其二,作疑问副词,仍读 dé,作“怎得”、“得无”讲;其三,读 de,作语助词,表示“效果”或“程度”,如“说得好”,“好得很”等;其四,“得”字读作 dēi,作“必须”、“须要”讲,如《红楼梦》第 94 回:“这件事还得你去,才弄的明白”。^{〔2〕}

从以上权威解释中我们可以发现,作为虚词的“得”字,有三种读音(dé、de、dēi),四种基本含义。其中,“可以”与“必须”这两种含义与我们所要分析的法律规范标志词有密切关系:“可以”与“必须”都能够被用作重要的法律规范词。因此,明晰“得”字的这两种含义,对于我们确定“不得”的意义很有帮助。因为,在法律规范中,“可以”与“必须”代表两种截然不同的规范性指向;“可以”表达的是法律对法律行为主体的权利或权力授予,^{〔3〕}而“必须”则表达着对行为主体的强制性义务的授予,凡“必须”的行为,都是在义务上必为的行为。作为由“不”与“得”构成的复合词,对“得”字意义的确定将很大程度上影响着“不得”自身的意义。

首先,让我们对以“得”字为规范词的用法作简要的历史考察与辨正。在中华人民共和国建国之前的宪法文本中,“得”字曾经作为规范词被广泛应用。我们假定,在这些宪法性文件中,“得”既可以作“可以”讲,也可以作“必须”讲。但是,我们立刻就会发现,这样的假定是不可能站得住脚的。因为,法律规范要能够获得实在的规范效果,在形式上就必须保证意义的清晰、明确与一致性,不会造成理解的歧义,富勒将之作为法制的八项原则之一并认为:“这八个方向中任何一个方向上的全面失败都不仅仅会导致一套糟糕的法律体系;它所导致的是一种不能被恰当地称为一套法律体系的东西……”^{〔4〕}。因此,如果一部宪法中作为重要规范词的“得”字能够具有两种完全不同的意义,那么,它就不仅无益于法律表达的清晰性与一致性,而且还必定会导致法律适用中的矛盾与冲突。我们以清光绪三十四年(1908 年)颁布的《钦定宪法大纲》为例,该宪法性文件规定,皇帝有宣告戒严之权:“当紧急时得以诏令限制臣民之自由”。假如,这里的“得”字既可以理解为“可以”又可以理解为“必须”,那么,此禁止性规范就可能完全丧失现实效果。因为,人们从中解读出来的是两种完全相反的规范信息,也就是说,在紧急情况下,皇帝一方面可以下达诏令限制臣民的自由,也可以不这样做,是否以诏令限制臣民之自由乃是一种具有选择性质的权力,这是当人们把“得”字理解为“可以”时解读出的信息;但当人们把“得”字理解为“必须”时,该规范则被解读为,在紧急情况下,皇帝必须以诏令限制臣民之自由,这是一种必为性的义务规范,不允许有选择性。可见,对一个规范词在同一宪法性文件中有两种意义的假定必然是荒

〔1〕《辞源》,商务印书馆 1988 年版,第 584 页。

〔2〕夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社 2000 年版,第 969 页。

〔3〕喻中:《再论可以 P 与可以不 P 的关系》,载《江汉大学学报》(社会科学版)2004 年第 1 期。

〔4〕[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 47 页。

谬的。既如此,就意味着我们必须在“得”字的两种规范意义之间作出确定的、唯一的选择。

其次,既然我们只能在“得”字两种规范意义之间作出唯一的、确定的选择,那么,我们就必须通过对“得”字的这两种规范意义进行实证的考察和检验,以证明哪一种规范意义是适当的。鉴于“得”字一词在宪法中的应用基本上只存在于中华人民共和国成立以前的宪法文本之中,^[1]或者我们可能会在某些外国宪法的较早的中译本中寻到对“得”的运用。就让我们首先检视 1949 年以前的中国宪法文本。国民政府 1936 年 5 月 5 日颁布的《中华民国宪法草案》(或称“五五宪草”)第 47 条规定:“中华民国国民年满 40 岁者,得被选为总统、副总统。”我们暂且假定此处的“得”字,可以解读为“必须”,那么,该条宪法规范就可以被理解为:中华民国国民年满 40 岁者,必须被选为总统、副总统。无疑,这样的理解是十分荒谬的,且不说,以当时的中国人口计,中国公民年满 40 岁者何止千万?而且,如果这些公民必须被选为总统、副总统,所谓的选举还有什么意义?世上岂有如此荒唐之举?可见,至少在该条宪法规范中,将“得”字解释为“必须”是行不通的。我们前面已经阐明,一个规范词在同一部法律文本中不能有两种不同意义的原则,那么,我们可以推断,在这部宪法中,所有的“得”字都不应当被解释为“必须”。那么,是不是在中国近现代的所有宪法文献中,这样的界定都能得到成立呢?让我们再次回到中国近代第一部宪法文献——《钦定宪法大纲》。在这部宪法大纲中,共有六处使用了“得”字,这六处都只能解释为“可以”。经笔者考察,在中国政法大学出版社出版的《近代中国宪政历程:史料荟萃》一书中收录的宪法文件中所有对规范词“得”字的应用都只能解释为“可以”。^[2]

不仅如此,如果我们上溯到古代法律文献中对“得”字的应用加以考察,我们亦会有同样的发现。司马迁在《史记》中记载了商纣王对西伯姬昌发布的一条诏令:允许西伯对诋毁他的人实施讨伐。司马迁对商纣王这一允命的表述是:“使西伯得征伐”。^[3]这里的“得”字也只能理解为“可以”。在笔者所查阅的诸多法律文献资料中,尚没有见到作为规范词的“得”字可以解释为“必须”的情形。而且,笔者发现,在“得”字的书面用语中,也见不到可以解释为“必须”的用法。“得”字似乎只有在用于口语表达时,才可以解释为“必须”。在《辞海》将“得”字解释为“必须”的词条中,所例举的也是口语表达:“这件事还得你去,才弄的明白”^[4](《红楼梦》第 94 回)。《辞源》所举亦为同一例子。《现代汉语词典》则直接将“得(děi)”字列为口语用法,即是明证。

可见,从“得”字中我们尽管可以寻出类似于法律规范中“必须”这一规范词的意义,但显然,具有这种意义的“得”字只能用于口语之中,而且只能读作“děi”,这与“不得”中的“得”,既不同义,也不同音。况且,一般说来,作为“不得”之反义用语的“得”字,如果具有不同的读音,则是违背汉语的使用习惯的。至此,我们可以初步得出一个结论:“不得”中的“得”字,只能读作“děi”,其基本含义也只能是“可以”。那么,对“不得”在中国法律规范中的基本含义,我们就可以界定为“不可以”。

再次,让我们梳理一下《美国宪法》中英文对照本^[5]中“得”字的用法,并以之检验一下我们初步得出的结论。我们在前面的分析中得出的一个基本结论是,作为规范词的“得”字,其基本含义为“可以”。在英文中,“可以”的对译词为“may”。在《美国宪法》及其修正案汉译本中有 6 处使用了“可以”这一规范词,其英文全部为“may”,同时,《美国宪法》及其修正案汉译本中,一共有 17 处使用了规范词“得”,其中有 15 处英文对应应用词为“may”,这也再次证实了法律规范中作为规范词的“得”字的基本含义就是“可以”。但是,在《美国宪法》及其修正案中有两处其他规范词在汉译本中被译作了“得”,这两处分别是:《美国宪法》第一条第六款,“参议员与众议员得因其服务而获报酬,报酬的多寡由法律定之,并由合众国国库支付”;第二条第一款,“总统得因其服务而在规定的时间内接受俸给”。这两处译作

[1] 但在我国的现行宪法中,尚有一处例外,此即《宪法》第三十一条规定:“国家在必要时得设立特别行政区”。

[2] 夏新华、胡旭晟等整理《近代中国宪政历程:史料荟萃》,中国政法大学出版社 2004 年版。

[3] 司马迁:《史记·周本纪》,京华出版社 1995 年版,第 14 页。在《尚书译注·西伯戡黎》中,亦采用此一表述:“使西伯得征伐也”。参见李民、王健《尚书译注》,上海古籍出版社 2004 年版,第 185 页。

[4] 夏征农主编:《辞海》,上海辞书出版社 2000 年版,第 969 页。

[5] 笔者在此参照的《美国宪法》中英文对照本,载东方法眼网 <http://www.dffy.com>,本文对美国宪法条文的列举也以该译本为限。

“得”的对应英文规范词都是“shall”，而“shall”作为规范词一般都是译作“应”或“应当”。笔者认为，将规范词“shall”译作“得”是错误的。不仅因为这种译法违反了一般翻译惯例，而且这种误译很容易引起人们对相关宪法规范的误读。我们以第一条第六款规定“参议员与众议员得因其服务而获报酬，报酬的多寡由法律定之，并由合众国国库支付”为例，英文原条款的意思是：参议员与众议员应当因其服务而获得国家提供的报酬，这是议员的一项基本权利，国家因此负有提供报酬的义务，宪法对议员的此项权利提供保障，国家相关权力部门必须履行此项义务。但一旦将“shall”译作“得”，而“得”又是“可以”之意，则人们往往会将该条款的含义理解为：参议员与众议员“可以”因其服务而获报酬，但也“可以不”获得报酬，在可以获得报酬时，国家负有给付义务，在不可以获得报酬时，国家是否还有此义务，则不得而知。因为，“得”与“可以”作为授予权利的规范词，在人们的日常语言中，“可以”往往意味着“可以不”，由此可能导致对规范词“可以”作出类似理解，从而可能导致误读相关的宪法规范。因此可以断定，将规范词“shall”译作“得”是非常不适当的。这也就再次表明，“得”字的基本意义只能是“可以”，不可与其它规范词的意义发生混淆。

最后，在确立了“不得”的基本含义以后，我们就可以进一步确定“不得”的意义范围。为了分析的方便，我们可以将具有禁止性含义的其他规范词考虑进来，或者作为“不得”的变体形式，或者作为在“具体语境”下对“不得”的特殊表达。笔者注意到，在现行的《中华人民共和国宪法》^{〔1〕}中，对禁止性规范有着丰富的表达形式（见表1）：在第一层次上，禁止规范词主要有“不得”、“禁止”、“不受”三种表达形式；在第二层次上，则至少有8种之多。我们注意到，“不得”作为禁止性规范的主导性规范词，自身又有四种表达形式，这其中以“may not”所占比重最大、也最重要。因此可以说，含有“may not”的规范语句在此意义上是我国宪法禁止性规范的主要表达形式，“may not”代表着我国宪法规范词“不得”的核心意义。

三、规范词“不得”与体标记“不得”的区分

在前面的分析中，我们基本上确立了作为法律规范词“不得”的基本语义范围，这为我们深入研究“不得”一词的规范意义奠定了基础。然而，我们必须注意到，“不得”作为一个多音多义并且具有多种词性的虚词，它的各种不同用法之间仍然存在相互混淆的可能性。奥斯丁在开创分析实证主义法学之初，就曾明确地指出，作为一门科学的学科，尤其是严肃的“政治社会治理科学”的学科，“语词的诸侯割据”是不能容忍的。因此，我们的任务，就是要将清理这些容易混淆的词的意义作为重要事项列入议事日程。他强调，为了实证主义的分析法学的稳健推进，必须实现“语词的帝国统一”。^{〔2〕}我们对于在构成法律规范的意义旨向方面具有重要作用的规范标志词的界定也必须做到纯粹、清晰。这就要求必须把“不得”容易混淆的近似用法与其规范意义准确区分开来。

在这里，尚有一种同样作为虚词但并不属于规范词用法的“不得”，需要我们对之有清醒的认识。这里所讲的“不得”一词，就是与“着”、“了”、“过”同为汉语时态标记体的“不得”。“不得”作为标记体，它所指示的是其所修饰的动词的时态，在语法结构上它与“不得”作为规范词的情形有明显不同。一般说来，“不得”作为规范词，其位置位于动词之前，而“不得”作为标记体则往往要置于动词之后。^{〔3〕}然而，由于“不得”一词在这两种情况下都具有的否定性意味，人们很容易将二者的用法混淆。我们可以假设一种情境（这种情境在中国传统的戏剧中经常出现）：在刽子手即将对犯人行刑之际，突然有人高声喊道：“杀不得”。这种场景我们称之为“行刑情境”。“不得”的类似用法的句子还有：这件事马虎

〔1〕《中华人民共和国宪法》（英汉对照），中国方正出版社2004年版。

〔2〕约翰·奥斯汀 John Austin, 《Lectures on Jurisprudence Or the Philosophy of Positive Law》5thed, revised and edited by Robert Campbell, London; John Murray, 1885, Vol. I, pp. 85-86。

〔3〕李讷、石毓智：《论汉语体标记诞生的机制》，载《中国语文》1997年第2期。

不得,华而不实要不得,等等。在这里,“杀不得”在日常中往往会被理解为“不得杀”,也就是“不可以杀、不能杀”。尤其当说出这句话的人相对于听者即刽子手在权力上是“优势者”的时候,“杀不得”又往往具有命令意味。根据奥斯丁的观点,这恰恰是构成法律的一个重要要素。^{〔1〕} 在这种情况下,“杀不得”和作为法律的规范性表达的“不得杀”往往很难界限分明。也因此,对二者就愈有进行区分的必要性。

但作为体标记的“不得”毕竟与作为规范的“不得”有着非常基本的区别。除了我们前面提到的二者出现的位置不同——作为体标记的“不得”位于所修饰的动词之后,而作为规范词的“不得”则往往位于所修饰的动词之前——之外,二者还有如下区别首先,二者的词性不同。虽然同为虚词大类,但作为体标记的“不得”是副词,而作为规范词的“不得”则属于助动词(在英文中可以发现这一区别)。其次,位置与词性的不同,决定了二者的功能有根本的区别。作为规范词的“不得”的功能是本文研究的重点,后文将较为深入地探讨,但概括起来,它主要起到限制它所修饰的动词的作用,通过对该动词所代表的行为的否定,形成禁止性法律规范,进而具有构造法律行为模式和法律秩序的功能。但作为体标记的“不得”则发挥着完全不同的功能。汉语语言学研究专家指出,“汉语属于体范畴突显的语言”,^{〔2〕} 因为“汉语的动词没有形态变化,动作的时间主要不是由动词本身表示,而是由时间词语、副词或上下文表示,动作发生在过去或将来,一般需加时间词语或副词”。^{〔3〕} 汉语表示动词时态因有其独特的方式而和西方语言根本区分。以英语为例,为了表明动词所代表的不同时间向度,英语语法设计了 16 种不同的时态,仅仅通过动词词形的变化或加以时态助词的辅助两种方式就可以完成对不同时态的表达。而汉语是表意文字,没有词形的变化,汉语的时态变化只能通过时间状语、上下文语境尤其是借助体标记词——核心的表达词是“着”、“了”、“过”——来完成。也就是说,“在其他语言(如英语)中由时制表达的时间概念,在汉语中可以在体范畴中得到隐含,这就是体标记的时间指向功能”。^{〔4〕} 而副词“不得”恰恰就是这样一个重要的体标记词。这就使得汉语的时态表达往往具有“体时交混”的特征。那么,作为体标记的“不得”一词如何体现这种“体时交混”的特征呢? 我们知道,这里的“体”也就是观念实体的意思,而“时”就是时制、时态,“体时交混”就意味着,“不得”一词可以同时标志表达者的观念与时间两个不同维度。这一点是十分明显的。以“杀不得”语句为例,这句话既表达了“不能杀”、“不可以杀”这样一种实在观念,同时表达了“现在就停下”这样一种时间要求或“现在时”时态。但是,这一表达却不具有规范性向度,也就是说,它不是一种具有法律效力的应然或当为表达,因而对听者而言不具有规范强制力。这是作为体标记的“不得”与作为规范词的“不得”的一个根本区别:前者主要承担“时间指向功能”,而后者主要承担“行为规范功能”。再次,我们有必要指出,尽管作为体标记的“不得”与作为规范词的“不得”在功能和词性上有如此明显的区别,但仍旧不足以把二者完全区分开来。因为,如我们前面指出的,假如在刽子手行刑的情境中高喊“杀不得”的是一位无论对于刽子手还是对被行刑人作出死刑判决的官员来说都是权力上优位的人,甚至是一位国王,那么,根据奥斯丁的实证主义法学理论,这里的“杀不得”这一表达是不是就可以具有法律的地位? 我们说,假如我们肯认了这一表达的“法律地位”,那么,我们在某种程度上就与哈特一样对奥斯丁有着同样的误读:刽子手“行刑情境”与“强盗情境”一样,“对某些人而言,在如下的情况中,即一个人以威胁为后盾对另一个人发出命令,并且在上述之‘强迫’的意义下,强迫他顺从时,我们就找到了法律的根本要素,或至少是‘法律科学的关键’。这就是对英国法理学有着深刻影响之奥斯丁分析的出发点”。^{〔5〕} 但是,哈特显然忘记了,奥斯丁是明确地区分了法律与一个具体的命令的不同的:“相对具体个别的命令而言,一项法律是一个强制约束一个人或

〔1〕 [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,第 30 页。

〔2〕 尚新:《体义相交理论:汉语体标记的时间指向功能》,载《语言科学》2005 年第 5 期。

〔3〕 房玉清:《实用汉语语法》,北京语言文化大学出版社 1998 年版,第 557 页。

〔4〕 尚新:《体义相交理论:汉语体标记的时间指向功能》,载《语言科学》2005 年第 5 期。

〔5〕 [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 7 页。

一些人的命令,它普遍地强制要求为一类行为,或者不为一类行为。”^{〔1〕} 因此,在这里的“行刑情境”中,“杀不得”可以是一个劝告,甚至是一个命令,但却不会成为法律。在这一点上,奥斯丁的观点是清晰而明确的,问题仅仅在于,“整整一代的英国法学院的学生都接受这样的观点:奥斯丁的‘法的命令说’不能将作为‘法的命令’和‘强盗的命令’区别开来,这其实是受到了哈特的误导”。^{〔2〕} 由此看来,我们是能够把作为体标记的“不得”与作为规范标志词的“不得”在性质上严格区分开来的。最后,需要补充一点,在“行刑情境”中,“杀不得”一语,实际上是“杀不得他”的省略语,其原来的形式是“杀他不得”,在宋代以后,作为代词宾语“他”的补语的“不得”移到宾语“他”之前,^{〔3〕} 后来由在口语中进一步省略掉了“他”,给人以“不得”直接修饰、限定动词“杀”的错误印象,以至于很容易与法律规范中的“不得杀人”的规范相混淆。在我们作了这样的辨析之后,就可以对二者的区别有了更加清楚的认识,规范标志词“不得”的意义范围也就更加明确了。

当然,“不得”中的“得”字还可以被用作动词,而这种用法有着十分古老的渊源,且至今仍被沿用不辍,例如,早在《诗经·周南·关雎》中,就已经有了“求之不得,寤寐思服”的句子,《孟子·告子上》则有“求则得之,舍则失之”的用法。除此之外,“不得”还是构成副词的“不得已”的主要部分。但是,这里所列举的“不得”的这两种用法一般不会发生与作为规范词的“不得”相混淆的现象,因此不拟展开探讨。

四、小结:法律规范词语义分析的意义

在现代生活中,我们对任何一个社会问题要获得准确的理解,就必须首先要求语言表达上的明晰性。德里达指出:“不管人们如何理解,语言问题也许从来就不是一个普普通通的问题。但与今天不同的是,它过去从未像现在这样渗透到形形色色的全球性研究领域以及在意向、方法和思想体系方面千差万别的话语之中。”^{〔4〕} 的确,在语言现象日益丰富与繁复的今天,在语言分析成为当今世界意义理解重要方式的情境下,进行法学理论研究已经不可能置语言分析于不顾了,因为,正如麦考密克所言,“法学其实不过是一门法律语言学(The Law is simply a matter of linguistics)。”^{〔5〕} 诺内特和塞尔兹尼克在谈到作为现代社会法律类型的自治型法时指出:“自治型法的一个标志就是对语义的细致考察。”^{〔6〕} 这凸显出,当下的法理学研究必须正视语言分析的重要性。法理学的分析,其首要的工作,就如同奥斯丁所做的那样,是必须首先区分我们所要研究的对象的基本界限或者范围,这是要消除研究对象的意义混淆、明确研究范围的必要行动。^{〔7〕} 法理学的理论建构因此必须首先重视对法律语词的意义分析,这其中又以对法律规范词的分析尤为重要,因为规范词往往通过对行为模态的设定而决定着法律规范的意义。通过前述分析,规范词“不得”的准确意义较为清晰地呈现出来,这对我们更好地理解相关法律规范颇有助益。

(责任编辑:林和开)

〔1〕 [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,第 30 页。

〔2〕 陈锐:《奥斯丁的分析法学思想研究:一种被误读的思想》,载《池州师专学报》2003 年第 2 期。

〔3〕 参见李讷、石毓智《论汉语体标记诞生的机制》,载《中国语文》1997 年第 2 期。

〔4〕 [法]雅克·德里达:《论文字学》,汪家堂译,上海译文出版社 1999 年版,第 7 页。

〔5〕 [英]尼尔·麦考密克 Neil MacCormick, [英]哈特 H·L·A·Hart, Edward Arnold Ltd, London 1981, PP12。

〔6〕 [美]P·诺内特、P·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型的法》,张志铭译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 67 页。

〔7〕 奥斯丁本人这样描述他的工作:“……讲座的基本任务,在于描述法理学对象与临近对象之间的界限。”“为了消除这种混淆所产生的困难,我用界定法理学范围的方式,或者,用区别法理学对象和其他相关对象的方式,来开始讲述我所计划的课程。”参见[英]约翰·奥斯丁《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,第 4、13 页。

应当重视“应当”*

周 赞

〔摘要〕在现代汉语世界的立法表达中,“应当”是一个使用频度最高的虚词。仅此而言,似乎无论是学界还是实践界就都应当对之予以足够的重视——然而,这似乎仅仅停留在“应当”的层面,因为一方面我国既有立法经验中的“应当”之使用呈现出多种误用情形;另一方面,学界迄今也几乎没有对之展开专门的研究并提出相应之建议,而这又反过来使得实践界很难发现自身工作的不足。

〔关键词〕立法;虚词;规范词;“应当”

可以说,“应当”一词是既有立法经验中使用频度最高的一个立法用虚词。从另一个角度讲,正如凯尔森(H. Kelsen)当年所曾明确指出的,“一般规范一定是依靠一定条件而成的某种制裁规范,而这种依靠是用‘应当’的概念来表达的”,“创建规范当局的意思是,当制裁的条件具备时,就‘应当’对偷窃者执行制裁”^{〔1〕},这就是说:法律规范即“应当”,或简言之,规范即应当。因此,“应当”实在可以视为是最重要的立法用规范词^{〔2〕}。基于这样的考虑,我将对“应当”的考察、讨论放在首位,接下来再分别讨论“可以”、“必须”、“得”与“不得”以及“是”。

让我们从对“应当”的语义分析开始,因为正如有学者所指出的,语义分析是一切分析的出发点和前提^{〔3〕}。

一、“应当”的一般语义

应该说,在我们的日常生活中,“应当”一词是一个使用频率颇高的虚词,它由两个同义的助动词“应”和“当”组成,最典型的意义是表示理应实施某种行为或动作,一般用在表行为的动词之前^{〔4〕}。根据笔者的归纳,在现代汉语中“应当”一词大体有以下可能的用法:

第一,“应当”可以用来指出言说对象的缺点,如“你应当更清楚地知道国庆节后上课时间已经调整了”。在这种情形中,针对的是言说对象所已然犯下的缺点,并含有言说者的责备以及期许或要求改正的意思。

第二,“应当”可以用来对言说对象提出建议,如“你应当用纯粹法学的视角来完成你的博士论文”。在这个例句中,虽然同样表达了言说者的期许或要求,但它所指向的却是言说对象将来的行为;并且,这种要求或期许主要具有的是言说者主观性。在“应当”的这一种用法中,如果言说者的语气加重,则可

* 本文很大程度上系作者博士论文《“应当”一词的法哲学研究》(山东大学 2006 年毕业论文,山东人民出版社 2008 年版)之构成部分,但作者在完成 2007 年司法部课题“法律用虚词的立法表达研究”(项目号:07SFB3004)的过程中进行了一定的完善。

作者简介:周赞,厦门大学法学院副教授,法学博士,研究方向主要为法哲学与法律语言学。

〔1〕 Hans Kelsen, General Theory of Law and State, Cambridge: Harvard University Press, 1949, p45.

〔2〕 在我做博士论文时,我选定了“立法用虚词”这个术语用来指称“应当”、“可以”、“必须”等词,但在作了进一步思考后,我觉得用“立法用规范词”可能更准确,因为正是这些词赋予了一个法律规范以某种明确的属性(如授权还是禁止);并且,诸如“的”、“而”等词语似乎也是典型的“虚词”,而在我的研究视野里,是不包括这些词语的。当然,就本文来说,所谓“立法用虚词”就是指“立法用规范词”,因而有时候两者会混用,但其意特指后者。请读者诸君明查。

〔3〕 张文显:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社 2001 年版,第 16 页。

〔4〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第 5 版),商务印书馆 2005 年版,第 1631 页。

以将言说内容由“建议”升格为“命令”，如一个领导对一个犯了错误的下属说“你应当走了！”表达的就是一个命令。另外，关于“应当”的这种用法，还需明确的一点是，“应当”一词在句子中出现的位置的不同也可能表达出言说者不同的期许。如“应当你去参加会议”与“你应当去参见会议”两句话中，我们就可以看到言说者的期许重心有所不同，前一句实际指的是“应该你去，而不是他去参见会议”，强调的是“你”（而不是“别人”）去；而后一句则指“你应该去参见会议，而不应该不去”，强调的是你“去”（而不是“不去”）。

与如上第二种用法类似但又有所不同的第三种用法是，“应当”用来指达到目的的有效方法或途径，如“你想打开电视机，就应当先插上电”。在这种情形中，与第二种用法相同的是它表达的亦是言说者的期许或要求；不同的是，这种期许或要求可能更多的是言说者根据一种客观规律提出的，也就是说，其主要的具有一种客观性属性；另外，还有一点不同的是，在这种情形中“先插上电”是“打开电视”的充足理由，一般来说，没有例外——但在如上情形中，则往往有例外，并且一般说来，也不足以构成言说对象最终做出某种行为的充足条件。

第四，“应当”可以用来指义务或责任，如“（作为一个合格的博士毕业生）你应当在核心期刊发表 3 篇以上学术论文”。在这种情形中，言说者针对的既有可能是过去（该博士生可能马上要毕业了），也有可能针对将来（入学的时候就告诉博士生），并且，表达的往往不是（或主要不是）言说者自身的期许或要求，而是言说者基于一种外在的规范而提出的期许或要求。应当特别补充说明的是，在这种情形中，若该言说对象没有按照言说者的要求行事，则往往会带来一种外在机制的惩罚；这与“应当”一词在如下一种用法中的相关后果有所不同。

第五，“应当”可用来指某种习惯或习惯性规则，如“（一个父亲对正呀呀学话的小孩说）你应当说‘我不喜欢洗澡’，而不应当说‘我喜欢不洗澡’”。这种情形虽然也是表达了言说者基于外在规则的某种要求或期许，但与上述第三种情形不同的是，若言说对象不按这种要求行事，带来的往往限于内在的惩罚机制——以该小孩不遵守父亲的教导为例，则最多带来的是别人在语言会话这个机制中的无法理解或难以理解而已，而并不会超出会话机制的外来惩罚。

第六，“应当”可以用来指可能性，表推测，如“（两个人在等约会的第三方，其中一个说）他应当到了才对呀”。在这里，这种可能性往往是一种言说者的纯粹主观的推测。

第七，“应当”用来表判断，如“两分子的氢与一分子的氧发生化学反应应当生成两分子的水”。在这里，虽然有一定的言说者的主观推测属性，但更多的应该说是根据客观规律所作出的一种判断（当然也有一定的或然性）。

二、作为立法用规范词的“应当”之含义

应该说，立法文本作为一种日常生活行为规范的记载，在大部分情形下，生活语言中有关术语的含义即立法经验中有关词语的含义；但另一方面，由于法律的专业属性以及可诉性、准确性等客观要求的存在，使得立法文本中某些语词又往往具有自身特定的、与日常生活语言不同的含义。例如，在日常生活中，我们一般认为 Tom 到了他生日的那一天，就满了多少周岁，但基于司法过程中认定的需要（因为 Tom 可能是生日那天的上午、下午、晚上等任何一个时间点出生——这无疑给“周岁”的认定增添了麻烦），各国法律干脆就明确规定一个特定的时间点，如我国的“生日第二天”，作为认定 Tom 满多少周岁的判准，而这就标示出立法文本中“X 周岁”与日常生活中“X 周岁”有所不同。当然，类似这样的例子还有很多。

相对应地，“应当”一词在立法文本中的含义虽则基本没有超出上述现代汉语中“应当”一词的用法，但比较而言，立法文本中“应当”一词的含义更加确定，因而词义范围也更加狭小。大致说来，立法文本中的“应当”就是指法律对特定情境中某行为人与某种行为之间存在一种理所当然的关系所作的指示，并且，这种指示虽然往往诉诸于行为人的主观认同，但并不以行为人的主观认同为要件。具体说来，结合“应当”一词的用法，我们可以从如下几个方面对立法文本中的“应当”一词（误用的情形除外）予以界定：

首先,“应当”表示的是一种义务指令。套用我国法学界关于法律规范分类的理论,即将法律规范分为授权性法律规范与义务性法律规范(包括禁止性法律规范和命令性法律规范)^[1],则我们基本可以说,用“应当”表示规范所设定的条件与后果之间的逻辑关联的法律规范属于义务性法律规范。也就是说,“应当”表示的是该法律规范所针对的行为人及相关行为之间存在一种确定而理所当然的关系。举例说来:

“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产”(我国《民法通则》第 18 条);

“在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚”(我国《刑法》第 24 条)。

在如上民法通则的规定中,法律规范就明确给相关行为人(监护人)设定了一种关于某种行为(监护职责等)的理所当然的关联,这是一条典型的用“应当”表示的命令性规范;而在第二条法律规定中,我们则可以看到法律规范给相关行为人(法院或相关机关)设定了一种禁止性的义务(不给当事人做出处罚决定的义务——所谓“应当免除”)。另外,在如上两个法律条文中,我们也可以看出如下区别:前者的义务主体在法律规范中予以了明确,而后的义务主体则没有予以明确,这在笔者看来,应当不是立法者的疏忽,因为这实际上表明了“应当”一词的如下一个面向。

其次,与上一点相对的是,“应当”在给其义务指令对象设定某种义务的同时,却往往也同时意味着该行为人的相对方设定了一种权利。如:

“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。没收全部财产的,应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用”。(我国《刑法》第 59 条)在这条法律规定中,我们没有看到直接的义务主体的出现(虽然我们根据常识或逻辑可以推知)^[2],这表明,这种用“应当”衔接的规定实际上具有两个面向:其一是对那个我们可以推知的义务主体设定一种义务;其二,也可能是更重要的一个面向,就是“广而告之”的面向,即告诉所有的相关人员(在这里是犯罪分子及其扶养的家属及犯罪分子的辩护人)在类似情形下享有某种权利(在这里是一种关于“必需的生活费用”的请求权)。当然,虽然同样是“授权”,但“应当”与“可以”这一虚词在法律中表示授权的方式有所不同。让我们同样举例进行说明:

“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动”(我国《民法通则》第 12 条);

“承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任”(我国《刑法》第 36 条第 2 款)。

通过分析,我们可以发现两者有如下两个方面的不同:其一,用“可以”表示授权的法律规范中所出现的语法意义上的主体即享有相关权利的主体,如上述民法规范中“十周岁以上的未成年人”享有“进行与他的年龄、智力相适应的民事活动”的权利;而在上述刑法规范中,被“授权”的主体(被害人)则不以作为语法意义上的“主体”面目出现。本篇认为,正是在这个意义上,虽然用“应当”衔接的法律规范有“授权”的面向,但我们仍称其是义务规范而不是授权规范。其二,用“可以”授予的权利处于一种更大的不确定状态中,因为相关权利主体完全“可以不”,也可以放弃权利的行使;但在“应当”授权的情形中,由于其往往同时给予有关义务主体以一种确定的,并且往往是积极的义务,因而,相关的权利是一种有“双重保险”性质的权利,因而是一种相对“可以”所授予的权利来说更具确定性的权利。

再次,从价值指向或主观欲求上看,“应当”一词所引导的内容往往主要的是反映法律制定者的某种价值期许,而对于行为人的主观状态及价值期许则在所不问。这就是说,如果按照前述现代汉语中的第二种探讨“应当”词义的思路的话,则立法文本中的“应当”主要指的是上述第三种情形,即:“应当”表示行为主体自身主观上并不认为自己与某种行为之间存在一种确定性的、理所当然的关系,但社会或舆论则主张该行为人与某种行为之间存在一种理所当然的关系。

[1] 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社 2000 年版,第 34 页。

[2] 当然,这并不是说义务主体出现了的法律规范中“应当”就不意味着对某类主体的“授权”,而仅仅是说这种不明确义务主体的、用“应当”衔接的法律规范是更为典型的在设定义务的同时又授予相对方权利的法律规范。

复次,在文本法律中,“应当”一般用来表达或指示一种将然的可能情形,而不是用来描述一种已然的状态。举例而言,“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务”(《合同法》第 5 条)中的“应当”表达的就是对合同各方将来行为的一种可能情形。这就是说,合同各方事实上可能完全没有遵守公平原则;这与日常用语中“应当”可用来表示对已然行为的推测就完全不同,如一个律师可能会针对某合同说,“当事各方应当是按照公平原则确定权利义务的”,此时的“应当”就是对已然行为的一种推测、判断。

最后,须特别予以明确的是,在立法文本中,“应当”有时也可用作表示一个法律概念之构成要件,或用作一种描述(有时候具有一定的推定属性)。在这种情形中,“应当”所引导的内容就很难说是表示法律的某种期许,而主要甚至有时仅仅是一种描述性质的文字。让我们看看如下两个法律条文:

“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪”(我国《刑法》第 15 条);

“合伙人对合伙的债务承担连带责任,法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己所应当承担数额的合伙人,有权向其他合伙人追偿”(我国《民法通则》第 35 条第 2 款)。

在如上法律条文中,我们可以看到,“应当”所引导的内容并没有明确地直接针对某主体设定什么义务(当然,严格说来,也设定了义务,只不过是间接设定,如前者就间接要求有关主体针对相关情况负有认定为过失犯罪的义务),而仅仅是描述了一些条件或特定情形;并且在第一种情形中,实际上还具有较浓的“推定”属性(关于此处“应当”所具有的这种属性,下文还有相关分析)^[1]。简言之,在“应当”的这种用法中,“应当”所引导的内容仅仅设定了法律规范的“行为模式”,而没有像前两种用法中的“应当”所引导的内容那样设定一个法律规范的“后果”。

另外,一般说来,出现于一个法律规范之“条件预设”中的“应当”具有的更多的是描述意味,而“指引要求”中的“应当”则更多具有的是规范性质,或者说立法者的价值判断与价值期许。当然,这并不是说所有“条件预设”中的“应当”均不含有规范意味。举例说来:

“凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚”(我国《刑法》第 10 条);

“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”(我国《宪法》第 67 条第 2 款)

在如上法律条文中,“应当”虽则是用来描述、限定有关情形,但这决不意味着它就不带有规范属性,因为所谓“应当负刑事责任”或“应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”,当然蕴含着立法者的一种较为清楚的“价值判断”或“价值期许”。

这里有必要予以说明的是,法律规定中出现的诸如“应知”、“应有”、“应负”、“应付”、“应收”等术语中的“应”就规范含义来讲其实等同于“应当”;但考虑到这些术语一般都用来设定“条件预设”,如《中华人民共和国民法通则》第 113 条“当事人双方都违反合同的,应当分别承担各自应负的民事责任”中的“应负”就是如此,因此,基本可以将所有此种“应当”(实际上是“应”)视为设定“条件预设”的典型。

综上,我们可以认为,作为立法用规范词的“应当”的含义大体可以这样描述:它用来设定某种义务,表示一种或者对相应主体的约束(行为指引或处理),或者对相应事物、状态的限定(条件预设),并且是一种具有确定内涵的约束或限定。其中,“指引要求”中的“应当”尤其具有明显的规范意味;而“条件预设”中的“应当”尽管有些不具有显明的规范意味,但却也一定具有“必为性”之限定意味,因此,在立法文本中,凡是以“应当”引导的内容,都意味着有关要求不可以被违反,否则将为法律所不允许或径直带来法律上的制裁。

[1] 如果我们认定一个法律规范包括条件预设、行为指引和处理三个逻辑要件的话,这里谈的实际上就是用来设定“条件预设”之“应当”,而用来设定“行为指引”或“处理”的“应当”则或者直接规定了行为人(行为指引)的确定性义务,或者直接规定了有关主体、尤其是公权主体(处理)的确定性义务——正是在这个意义上,笔者曾经证立所谓“处理”不过是一种特殊的“行为指引”而已,两者实际上可以合并称为“行为模式”。详见周赞《“应当”一词的法哲学研究》,山东人民出版社 2008 年版,第二章第一节。

那么,这些法律后果具体是什么呢?我国台湾地区学者林诚二作了这样的归纳,“凡实体法律条文中有‘应’字者,系指应为一定行为,原则上为强制规定,违反者,或为无效,或为取缔,或为证据性规定,或为训示性规定,其效果须视具体情形而定”^{〔1〕}。应当说,林氏的归纳已经比较全面地道出了“应当”所引导的规范内容所可能导致的法律后果,故此处不再赘述。

三、既有立法经验中对“应当”的误用及其因应建议

立法学的研究表明,在立法表述中,“必须保证用语的统一规范。立法者不仅要保证在同一个规范性文件中使用统一的名词术语,而且在不同的规范性文件之间也要保持协调一致”;或者,在立法文本中,“一个语词应当只有一个义项,而不能有两种或多种涵义”,“立法表述中的语词强调单一的涵义,更不能含有引申、隐性的涵义”^{〔2〕};富勒(L. L. Fuller)的法治理论也清楚地表明,就一个以追求法治为圭臬的社会而言,作为其基础的“法律必须讲求逻辑的一致性”,否则法治就是不可能的^{〔3〕}。另外,从语言学的角度讲,一个语词之所以有必要,就在于它有自身的、独特的用法或语义,所谓“一个符号的意义完全是一个它在全部符号体系中的地位的问题,而且这一地位是被它区别于其他所有符号的方式决定的”^{〔4〕};并且,这些用法或语义是其它语词所无法替代的,否则,我们的祖先为何费尽心机地创造一个可以完全被替代因而也是多余的语词?因此,立法用语应当讲究用语统一性(而不必顾忌反复使用某一个语词或术语)、单义性以及一致性(能用一个语词表意之处,就不用其它语词)^{〔5〕}。

按说,对于为法治奠定规则基础的立法(表述)者而言,如上内容应当属于常识并且也应当是起码的立法伦理;然而,至少就立法用规范词的使用而言,似乎立法者并没有谨守如上伦理。以这里关注的“应当”为例,具体表现为如下一些方面的问题:

1. 关于“应当”与“可以”的问题

一般说来,在立法文本中,“可以”与“应当”是具有明显区别的,其中最核心的两点是:第一,“可以”用来表示授权,而“应当”用来设定义务;第二,“可以”往往意味着“可以不”或“可以其他”,而“应当”则意味着唯一的指引。应该说,如上两者明显的区别不应导致立法中的混用。然而,遗憾的是,在我国现有立法之中,在运用“可以”一词时却好像没有严格地将其限定在如上语义中。让我们先看看如下几个法律条文:

“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的,由侵害人承担赔偿责任,受益人也可以给予适当的补偿”(我国《民法通则》第 109 条);

“全国人民代表大会会议每年举行一次,由全国人民代表大会常务委员会召集。如果全国人民代表大会常务委员会认为必要,或者有五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,可以临时召集全国人民代表大会会议”(我国《宪法》第 61 条第 1 款)^{〔6〕};

〔1〕 林诚二:《民法总则》(上册),法律出版社 2008 年版,第 62 页。

〔2〕 请分别见周旺生主编《立法学》,法律出版社 2000 年版,第 635 页;刘红婴《法律语言学》,北京大学出版社 2003 年版,第 85 页。

〔3〕 See Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964, 70.

〔4〕 索绪尔语,转引自[美]加里·古廷《二十世纪法国哲学》,辛岩译,江苏人民出版社 2005 年版,第 269 页。

〔5〕 这里必须指出的一点是,此一结论不仅仅适用于此处关于“应当”的分析和讨论,也同样是对其它立法用虚词展开勘误、建议的立法-语言学基础。另外尚有必要指出的是:国内学界在论及立法语言的特点问题时似乎惯于且满足于诸如此类的“描述”,而几乎没有人尝试着去证立此类描述。从逻辑上讲,没有分析、证立的经验描述,其实是不可靠的。那么,为什么我在这里还是援引这些并不可靠的结论?这主要地是因为通过我的研究,这些描述确实是大体可以成立的。关于我对立法语言特点的研究,可见本书“附录二:《立法语言的特点:从描述到分析及证立》”。

〔6〕 几乎完全一致的例子还有《宪法》第 60 条第 2 款“全国人民代表大会任期届满的两个月以前,全国人民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况,由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过,可以推迟选举,延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内,必须完成下届全国人民代表大会代表的选举”。

“犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚”(我国《刑法》第 67 条);

“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”(我国《合同法》第 124 条)。

在如上民法条文中,仅从字面来看,则当然的结论是“受益人也可以不给予适当的补偿”;但是从法意来看,特别是根据民法的公平原则,我们似乎又可以得出结论说,“受益人应当给予适当的补偿”,或至少我们可以说这里不是对受益人的某种授权,而是给其创设了一种义务,即接受法院(或其他相关主体)关于“给予适当的补偿”之要求的义务。

相对应地,在如上宪法条文中,按照典型的对“可以”一词之理解,则此时全国人大常委会也“可以不”临时召集全国人民代表大会;但同样明显的是,这种理解与立法原意是不相符合的。该条规定显然是授予“五分之一以上的全国人民代表大会代表”一项提议权,换言之,全国认定常委会在这种权利面前当属一个义务主体,即一旦“五分之一以上的全国人民代表大会代表”提议,则全国人大常委会就“应当召开临时会议”〔1〕。

而在如上刑法条文中,考虑到关于“自首”立法的意旨是为了鼓励罪疑人自首,因此,第一处“可以”似乎应当为“应当”才更符合这一宗旨,而且也才能更好地避免法官裁量权过大的问题(而第二处“可以”则是符合立法原意的),从而更好地体现刑法中的“罪刑法定”原则。

在如上合同法条文中,我们则可以较清楚地否定“并不参照本法分则或者其他法律最相类似的规定”这种理解;这就是说,这里实际要表达的是,当没有法律可循时,“应当”适用合同法分则或其他法律最相类似的规定。

类似如上这种“可以”表“应当”的法律条文——仅以本篇所重点考察的六部法律为限——还有我国《宪法》第 60 条第 2 款、第 81 条第 2 款,我国《民法通则》第 18、19、131、132、133 条,我国《刑法》第 10、19、37(第一处“可以”)、48、68、72、81、383、449 条和第 18 条第 2 款、第 22 条第 2 款、第 23 条第 2 款、第 29 条第 2 款、第 164 条第 3 款、第 390 条第 3 款、第 392 条第 2 款,我国《合同法》第 297 条第 2 款以及《福建省人民代表大会议事规则》第 10 条。

另外,还有如下几个法律条文中的“可以”也值得我们注意:

“质量不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任”(我国《合同法》第 111 条);

“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确,依照本法第六十一条的规定仍不能确定的,借款人可以随时返还;贷款人可以催告借款人在合理期限内返还”(我国《合同法》第 206 条);

“社会主义的建设事业必须依靠工人、农民和知识分子,团结一切可以团结的力量(我国《宪法》序言第十段)。

在如上两条合同法条文中,其立法原意当指“当事人可以选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任,但应当遵循合理的限度”和“贷款人可以随时催告借款人返还,但应当给予合理的准备期限”〔2〕。也就是说,如上两处“可以”亦同时包含了“可以”与“应当”的意思,这当然也容易引起混乱。

〔1〕 需说明的是,此处“可以”实际上同时具有两种角色,即“应当+可以”:所谓“应当”,是指针对“五分之一以上的全国人民代表大会代表提议”而言;所谓“可以”,则针对“如果全国人民代表大会常务委员会认为必要”而言。因此,这条法律条文的修改建议是:“全国人民代表大会会议每年举行一次,由全国人民代表大会常务委员会召集。如果全国人民代表大会常务委员会认为必要,可以临时召集全国人民代表大会会议;如果有五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,则应当临时召集全国人民代表大会会议”。

〔2〕 我们可以比较一下这两个条文与《合同法》第 262 条“承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任”;在第 262 条中,由于没有“合理”作为限制,因此,此处的“可以”就不含有任何“应当”的成分。

而在如上宪法规定中,此处的“可以”由于并不是用来设定法律规范的指引要求而是用来引导一个限定“力量”的形容词(类似于条件预设),因此,与一般法律条文中的“可以”系用来设定指引要求有所不同;但可以肯定的是,此处“可以”并不包含有“可以不”的意思(无论从语义还是法意都讲不通)。另一方面,此处的“可以”有似乎可以换成“应当”,因为所谓“团结一切可以团结的力量”实际上指的是“团结尽可能多的力量”,而“团结一切应该团结的力量”似乎表达的也是这个意思。

不难想见,如上“可以”与“应当”不分的情形势必造成我国现有法律之逻辑性、统一性(包括“可以”自身在立法文本中用法及语义的统一性和立法文本中表述命令性指引要求用语的统一性)以及效力的降低,因此,应当予以修改。那么,具体哪些情形需要修改呢?我们可以以如下标准作为衡量尺度,即凡是法律条文中的“可以”引导之内容实际上是一种确定性指引时,就应当将其替换成“应当”。

2. 关于“应当”的否定式问题

在我们现有的立法文本中,还存在一些“应当不”或“不应”的情形。那么,应当如何看待立法文本中“应当”的否定式呢?据笔者的检索,“应当不”或“不应”具体包括两种用法,其一是用来设定法律规范的指引要求,其二是用来设定法律规范的条件预设。

首先,用来设定指引要求的例子。就笔者所重点考察的六部法律之中,只有如下一条,即:

“承运人擅自变更运输工具而降低服务标准的,应当根据旅客的要求退票或者减收票款;提高服务标准的,不应当加收票款”(我国《合同法》第 300 条)。

在如上《合同法》条文中,所谓“不应当”是什么意思呢?从情、理、法等各个角度去理解,都只能是“没有权利去加收票款”;若这个判断能够成立,那么,此时的“不应当”与另一个立法用虚词“不得”有无区别?在日常语言实践中,“不得”一般用在动词之前或之后,表示不可以或不能够。例如,“英语成绩不合格者,不得参评奖学金”中的“不得”就表示一种主观要求上的“不可以”;而“小朋友,过夜的冰激凌吃不得”中的“不得”则表示一种客观情势上的“不能够”。而在既有立法经验中,“不得”则主要用作如下两种情形:

第一,用于设定法律规范的指引要求,并且是一种禁止性的指引要求。如:

“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民”(我国《宪法》第 36 条第 2 款)。

“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”(我国《刑法》第 3 条);

“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序”(我国《民法通则》第 7 条);

.....

第二,“不得”用于设定“条件预设”,此时往往是用来限定一定的法律上之标的。如:

“当事人互负到期债务,该债务的标的物种类、品质相同的,任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销,但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外”(我国《合同法》第 99 条);

“债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人,但有下列情形之一的除外:(一)根据合同性质不得转让;(二)按照当事人约定不得转让;(三)依照法律规定不得转让”(我国《合同法》第 79 条)。

在如上两个法律条文中,我们可以看到其中的“不得”就没有引导一种“指引要求”而是用来设定“条件预设”,即用来限定一定的法律上之标的(此处为“合同”)^[1]。

很显然,“不得”被用来作为设定一个“禁止性”、“否定性”的指引要求的规范词。因此,如果以立法术语的统一性要求来评价的话,则所有“不应当”都应该被替换为“不得”。

[1] 论及此处,还有必要提及“不可”一词,在立法文本中,“不可”与“不得”基本可以互换,如我国《合同法》第十九条“有下列情形之一的,要约不得撤销:(一)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(二)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作了准备工作”中的两处“不可”就基本可以替换成“不得”。因此,对于“不可”与“应当”的关系,笔者将不再专门探讨——它适用于“不得”与“应当”的关系。另外,基于立法文本用语统一性的考虑,笔者认为没有必要在立法文本中塞入一个“不可”去表达用“不得”就能够充分表达的意思。

其次,用来设定条件预设的“不应”又如何呢?就笔者所重点考察的几部法律之中,总共有如下三条,即:

“正当防卫超过必要的限度,造成不应有的损害的,应当承担适当的民事责任”(我国《民法通则》第 128 条第 2 款);

“因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任”(我国《民法通则》第 129 条第 2 款);

“紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚”(我国《刑法》第 21 条第 2 款);

很显然,如上法条中的“不应”之意思是指“不是理所当然的”或如法律条文中所言的“超过必要限度的”。考虑到我们现有立法文本中并没有其他的词语可以用来恰切地表达这个意思,并且,“不应”用在此处也不会引起什么歧义,因此,笔者认为,“应当”一词的否定式在各个立法文本中是可以保留一席之地。

3. 关于“应当”的省略式问题

在既有立法经验中,尚存在以“应”字作为规范意图之设定词的情形。有意思的是,就本篇所考察的范围言,只有《中华人民共和国刑法》中的“应”被用来设定“行为指引”或“处理”;而其它法典中的“应”(包括《刑法》中也有部分“应”)则主要用来设定“条件预设”,此时一般会与其它动词一块组成“应知”、“应付”、“应负”、“应有”、“应收”等短语,用来限定诸如“款项”、“责任”或某种情形、状态。

具体说来,“应”被用来设定“行为指引”的条文有《中华人民共和国刑法》第 36 条第 1 款、第 40 条、第 153 条(共 8 处)、第 154 条第 2 项、第 201 条第 4 项、第 203 条以及第 404 条等;用来设定“条件预设”的条文有《中华人民共和国刑法》第 21 条、第 59 条、第 219 条,《中华人民共和国物权法》第 223 条、第 228 条,《中华人民共和国民法通则》第 21 条、第 89 条等(前文已经讨论的“不应有”情形没有纳入此处)。

为了讨论的方便,分别例举一个法律条文如下:

“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失(《刑法》第 36 条);

“明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论(《刑法》第 219 条)。

无论从情理、法理还是语法、逻辑的角度看,将如上第一种情形中的“应”直接替换成“应当”都具有完全一致的表意效果;因而,实在找不到理由去人为地造成立法表达中的“多元化”,也即,此种“应”应当被全部替换为“应当”。对于第二种情形中的“应”,则考虑到正如前述此时的“应”往往用来设定一个法律规范中的“条件预设”,因此某种意义上可以视为一种不同于“应当”的规范词,换言之,可以把两者予以区别对待。当然,这种区别对待其实正是为了加强立法表达的同一性和统一性,即凡用于设定“指引要求”的“应”都表述为“应当”,而凡用于设定“条件预设”的“应当”都替换为“应”。这样统一的另一个好处是,可以更大程度地保留既有立法表达中诸如“应知”、“应付”、“应负”、“应有”、“应收”等已经被广泛使用并得到普遍认同的短语。所以,如《合同法》第 55 条“有下列情形之一的,撤销权消灭:(一)具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权……”中的“应当知道”,又如《民法通则》第 137 条“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算……”中的“应当知道”等都不妨直接改为“应知”^{〔1〕}。

这里也许有必要提及的一点是,我国大陆地区立法表达中一般喜欢用“应当”,只有在“应付”、“应知”、“应负”等情形中才省称为“应”;而我国台湾地区立法表达则喜欢省为“应”(有兴趣者可以查阅台湾地区 1929 年颁行、1999 年最近一次修改的《民法》以及 1946 年颁行、1994 年最近一次修改的《宪法》

〔1〕 类似此种情形清楚地表明,实在应当制定一部《立法表达统一规范法》用以统一、规范当下中国立法表达中的各种表达方式,因为这里的例子清楚地表明诸如此类误用其实属于完全可以避免的情形,因为只有相关立法者在立法之时稍微参酌一下其它既有立法就可以一致。关于造成立法用虚词误用之原因的问题,《“可以”可以用得更妥》篇还将详细讨论。

等法律法典)。在笔者看来,仅此而言,大陆地区的立法经验似乎更为可取,因为如果一律省为“应”,则不容易区分独立规范词的“应(当)”与某些固定词组(如“应知”)中的“应”,而明确这种区分则可以更好地区分用于设定“指引要求”以及“条件预设”之“应(当)”,进而更好地促使立法表达的统一性和同一性。

4. 关于“应当”的语法 - 逻辑错误

如果说前述三种情形中的“应当”之误用尚属可以理解、谅解之范畴的话,那么,接下来要讨论的关于“应当”的语法 - 逻辑错误就实在只能说是难以理解、难以谅解了,因为作为法治社会最严肃活动的执行者的立法表达人本来是不应该犯语法 - 逻辑这种“小儿科”错误的。

仍以我重点关注的六部法典为例,涉及到“应当”之运用的语法 - 逻辑错误的法律条款有:

“省人民代表大会会议公开举行,会议举行情况应当通过新闻媒体及时报道,大会秘书处根据需要举行新闻发布会或者记者招待会”(《福建省人民代表大会议事规则》第 23 条);〔1〕

“自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会中应当由实行区域自治的民族的公民担任主任或者副主任”(《宪法》113 条第 2 款)〔2〕。

在如上第一个例子中,从立法意图来看,所谓“会议举行情况应当通过新闻媒体及时报道”应该是指针对省人民代表大会或其负责宣传的机构、部门(如大会秘书处),但考虑到至少从制度设计的角度讲,“新闻媒体”并不为省人民代表大会或其负责宣传的机构所掌控,也就是说,新闻媒体完全可以、可能不愿意报道有关信息而省人民代表大会或其负责宣传的机构并没有任何办法在此种情形下强制新闻媒体报道有关内容。进而言之,这个法律条文要么实际上把一种有关主体(省人大及其宣传机构)不可能完全控制因而很可能无法完成的任务规定为法定义务,要么就是仅仅规定了一种“倡导”,而如果是“倡导”就注定无法对所倡导的行为进行考核和文责,因而相应规定就一定容易流于形式。很明显,无论哪种情形,都表明这样的法律规定不符合立法,准确讲是良法表达的基本逻辑。更好的表达方式应当是,“会议情况应当及时向新闻媒体通报”或“应当及时邀请新闻媒体报道会议情况”或“会议情况应当及时向新闻媒体开放”。

而如上第二个例子则属于语法错误的范畴。虽然,现在这种表达方式也基本能够较为准确地释放出立法意图,即“民族自治地方人民代表大会应当至少选举一名自治民族的本民族公民担任代表大会的主任或副主任”;但如果套用语法规则进行考察就会发现,在现在的表述方式中,“应当”所约束的主体是有问题的:从语法看,它针对的是“自治的民族的公民”而非“民族自治地方人民代表大会”,因而它的语法意义与立法意图显然出现了龃龉,换言之,对“应当”的运用出现了语法错误,建议换作“民族自治地方人民代表大会应当至少选举一名自治民族的本民族公民担任代表大会的主任或副主任”。〔3〕

(责任编辑:林和开)

〔1〕 与这一条如出一辙的还有该法第六十条“省人民代表大会会议通过的报告、地方性法规、决定、决议以及选举结果等,应当及时在常务委员会公报以及福建日报等主要媒体上公布”中的“应当”。

〔2〕 类似的还有《宪法》第 59 条“全国人民代表大会由省、自治区、直辖市和军队选出的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表”以及第 65 条第 2 款“全国人民代表大会常务委员会组成人员中,应当有适当名额的少数民族代表”和第 113 条第 1 款“自治区、自治州、自治县的人民代表大会中,除实行区域自治的民族的代表外,其他居住在本行政区域内的民族也应当有适当名额的代表”。

〔3〕 此外,还有关于“应当”与“必须”、“应当”与“是”之关系以及相应问题的讨论。由于篇幅或结构方面的考虑,可分别参见拙作《应当以“应当”取代“必须”》和《此“是”非彼“是”》二文(待刊稿)。

【商业贿赂法律问题研究专栏主持人:王建敏教授】

商业贿赂的法律问题研究

王建敏,陈 华

商业贿赂,是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人,争取交易机会和交易条件的行为。它犹如商业活动中不死的蛀虫,贪婪的腐蚀着国际社会,给市场经济体制运行带来诸多负面影响——不仅从根本上扭曲了社会公平的竞争机制,使价值规律和竞争规律无法正常发挥作用,而且破坏了市场的交易秩序,加大了交易成本,增加了消费者的负担,并成为滋生腐败行为和经济犯罪的温床。因此,商业贿赂一直是各国市场经济发展中重点防范和严加规制的对象。

在我国,商业贿赂已经滋生蔓延到了社会的各个领域和行业,其中以零售、医疗药品、房地产、保险、银行、教育、旅游以及电信等八大行业尤为突出。商业贿赂的泛滥,已经成为制约我国经济发展的瓶颈。基于此,2006 年国家第一次把反商业贿赂作为政府工作的重点。

除了我国市场经济体制不完善和重人情、重关系的社会传统等原因外,我国相关立法的缺陷也是造成商业贿赂不断滋生繁衍的重要原因之一。尽管我国不乏针对商业贿赂的立法,但近年来朗讯案、德普案等一些商业贿赂较大案件的不曝光却是与美国《海外反腐败法》联系在一起,这多少让我国的法律陷入尴尬。因此,有必要对我国治理商业贿赂的法律制度进行深刻反思。一些市场经济较为成熟的国家,已建立起较为完善的法律,且取得了显著的治理成效,其中有很多经验值得我们借鉴和吸收。基于此,本文通过对中外商业贿赂立法进行比较分析,提出了完善我国相关的法律法规的几点对策建议。

一、国外治理商业贿赂立法的比较

世界各国十分注重运用经济、行政、刑事等手段进行综合治理,因而在立法上呈现出这样的特征:不仅在有关竞争法律、廉政法规中明令禁止商业贿赂行为,而且在刑事立法中规定贿赂犯罪,用严厉的刑罚惩治包括商业贿赂行为在内的一切贿赂犯罪。

(一)美国治理商业贿赂的立法

美国早期主要是针对国内的商业贿赂行为进行规制,如 1914 年颁布的《克莱顿法》、《联邦贸易委员会法》和 1936 年颁布的《鲁滨逊—帕特曼法》等。其中,《克莱顿法》第 2 条规定:“商人在其商业过程中,支付、准许、收取、接受佣金、回扣或其他补偿是非法的。”并在第 3 条、第 4 条中就不同情况下的商业贿赂做出了具体界定。根据《联邦贸易委员会法》和《鲁滨逊—帕特曼法》,联邦委员会可以将商业贿赂作为不正当竞争手段或欺诈行为进行民事或刑事指控。

同时,美国联邦的一些法律,对公职人员受贿规定了严厉的处罚措施,并从道德角度对公务人员进

作者简介:王建敏,女,山东经济学院法学院教授,硕士生导师,研究方向为商法学。陈华,男,山东经济学院财税金融研究所所长、教授。

行教育,辅之以社会舆论监督,取得了良好效果。如美国联邦的《政府道德法》、《文官制度法》、《联邦选举竞选法》、《政府道德改革法》、《信息自由法》和《行政部门雇员道德行为准则》等。

此外,美国联邦政府机构也制定了涉及禁止商业贿赂的特别法规,如《国内收入署规则》以及酒类、烟草与火器管理法规。商业贿赂支付报酬、非法回扣常常以做假收据、假提单和假账目对政府隐瞒酬金,这种秘密交易做法即构成欺诈行为。

20 世纪 70 年代以后,美国又相继出台了禁止政治捐赠与海外贿赂的法案。其中,1972 年颁布的《竞选运动捐赠法》,规定公司的政治性捐赠属于非法行为。1977 年美国国会通过的《禁止海外贿赂法》,规定任何美国企业为了获得或保持业务,而向任何外国官员、政党或政党官员支付现金和送礼,或允许这样做,都是违法的。违反者个人将被处以 10 万美元的罚款或被判处 5 年以下的监禁,公司可能被判处高达 200 万美元的罚款。后来该法相继于 1988 年、1994 年、1998 年再次被修订,得到了进一步的完善,成为美国目前规制本国企业对外行贿的最主要的法律。

(二) 德国治理商业贿赂的立法

德国是现代反不正当竞争法的发源地。早在 1896 年,德国就制定了世界上第一部《反不正当竞争法》。该法于 1909 年修订,自此一直适用到今天,成为德国经济立法的基础。其中第 12 条就对商业贿赂行为做出了规制,该条规定:(1)“在商品交易中,行为人以竞争为目的而给商业企业的职员或受任人提供、许诺或授予一种利益,以此作为在取得商品或工业给付时以不正当之方式给自己或获第三人换取优惠的相应给付,于此情形,应对行为人科以最高为 1 年的徒刑或罚款。”(2)“商业企业的职员或受任人在商品交易中要求、让人许诺或接受一种利益,以此作为在取得商品或工业给付时以不正当之竞争方式给他人换取优惠的相应给付,应对该职员或受任人同等处罚。”

1997 年后该条规定被移进德国新修订《刑法》第 26 章“反竞争的犯罪行为”中,由刑法对商业贿赂行为进一步加以规制。德国还通过 1997 年的《反腐败法》和 2004 年颁布的《联邦政府关于在联邦行政机构防止腐败行为的条例》以及联邦内政部颁布的其他几项针对治理贿赂等腐败行为的法令进行综合调整。另外,德国还非常注重打击跨国商业贿赂的国际合作,在 1997 年加入《经合组织关于反对在国际商务活动中贿赂外国公务人员行为的公约》,规定本国公司在外国行贿也必须受到国内的法律追究,该公约已于 1999 年开始生效。

需注意的是,德国立法机关还在 1993 年制定了专门的《折扣法》,并且一向从严适用,使德国成为当今世界上唯一一个严格规范折扣行为的国家。该法并非原则上禁止经营者向顾客提供折扣,而是为折扣行为设定了一定的限制。(1)可以用现金支付或类似方式,但折扣不得超过标价的 3%;(2)大批量采购,折扣水平依据行业的商业习惯。向用户打折的做法超出以上规定是违法的,应处以一万马克以下的罚款。

(三) 日本治理商业贿赂的立法

日本对商业贿赂的规制体现在《不当赠品及不当表示防止法》与《不公正的交易方法》这两个法律文件中。《不当赠品及不当表示防止法》的主要内容之一就是赠品的限制及禁止。该法所称的“赠品”,是指由公正交易委员会指定的,作为引诱顾客的手段,不管其方法是直接的还是间接的,也不管是采用抽签的形式还是其他形式,经营者在供给商品或劳务的交易中(包括有关不动产的交易),附带向对方提供物品、金钱及其他经济利益。《不当赠品及不当表示防止法》第 3 条规定,公正交易委员会为了防止不当地引诱顾客,在认为有必要时,可以就赠品价格的最高额、总额、赠品的种类、提供方法或者其他有关事项作出限制,或者禁止提供赠品^[1]。该法同时规定了具体的救济措施,主要有:第一,公

[1] 王强,曾国东:《治理商业贿赂立法存在的问题及完善对策》,载《上海政法学院学报》2008 年第 5 期。

正交易委员会的命令;第二,都道府县知事的指示;第三,经营者或经营者团体的规约;第四,刑事处罚。

(四) 国外治理商业贿赂立法的比较

1. 就立法目的而言,尽管世界各国反商业贿赂的立法,使用的名称尽管不尽相同,内容也各有侧重,但立法宗旨均在于维护正常和公平的经济秩序,保护经营者和消费者的合法利益,促进经济的稳定与繁荣。

2. 从商业贿赂内容的界定来看,许多国家法律的界定十分宽泛,不局限于财物,而是把作为交换的利益好处都算作贿赂。如日本将受贿行为的形式分为事前受贿、事后受贿、斡旋受贿和第三者受贿。对贿赂的内容,规定凡是能够满足人的需要或者欲望的一切利益都可以算作贿赂,包括金钱、物品以及其他利益好处,甚至提供性服务以及高规格的宴请和接待等。

3. 发达国家大多以是否实质损害竞争、影响公平性原则为标准对回扣、折扣、佣金进行规定。如美国《罗宾逊—帕特曼法反价格歧视法案》规定,不管是回扣、还是折扣,如果对竞争有损害,都是非法的。德国的《折扣法》规定,可以用现金支付或类似方式,但折扣不得超过标价的 3%;大批量采购,折扣水平依据行业的商业习惯。向用户打折的做法超出以上规定是违法的,应处以一万马克以下的罚款。

4. 严格查处商业贿赂行为。三个国家都对公职人员受贿规定了严厉的处罚措施,即无论涉嫌商业贿赂的人员是高官还是普通公职人员,无论其贡献多大、才干多强,一律严格查处,绝不姑息变通。典型案例如日本洛克希德事件——前首相田中角荣在采购飞机交易中收受了洛克希德公司 5 亿日元的好处,当时还在首相位子上的田中角荣被逮捕,并于 1983 年被判处有期徒刑 4 年。

5. 惩罚措施严厉。美国的三倍惩罚制,德国也大幅提高了商业贿赂罪的法定刑,日本对附赠也规定了相对较严格的责任。并且各国对商业贿赂规定了不同的责任,一般都规定了相应的民事责任、行政责任和刑事责任。对于商业贿赂犯罪者,发达国家比较普遍的做法是同时进行刑事与民事处理,并多附加取消退休金等措施。如日本对索贿、受贿、行贿除了没收非法所得以及处以罚款之外,还规定根据情节轻重判处最多达 7 年的监禁。

6. 就保护范围来讲,各国在加强对本国商业贿赂进行规制的同时,加强对海外反商业贿赂的规制,以在更大范围内寻求对商业贿赂进行规制的国际合作。

二、中国治理商业贿赂立法的现况

(一) 刑事立法方面

尽管我国现行刑法及相关立法解释没有出现“商业贿赂”法律术语,但实质上我国一直在运用刑事规范对商业贿赂行为进行刑事规制。建国初期的《惩治贪污条例》就明确规定国家工作人员收受贿赂按“贪污罪”治罪,行贿者、介绍贿赂者同时也参照“贪污”罪规定处罚。

1979 年刑法第 185 条把贿赂罪作为一种渎职型犯罪加以规定,并不涉及商业贿赂的内容及专门商业贿赂犯罪的规定。1997 年 3 月修改后的新刑法,吸收了《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》、《贪污贿赂罪的补充规定》和《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》等单行刑法的相关规定,除在其分则第八章“贪污贿赂罪”中规定了普通贿赂罪之外,同时扩大了普通贿赂罪即国家工作人员贿赂罪的适用范围,设定了不少对商业贿赂行为进行规制的条文和罪名,如第 163 条规定的公司、企业人员受贿罪,第 164 条规定的对公司、企业人员行贿罪,第 383 至第 393 条规定的受贿罪、单位受贿罪等一系列罪名。

2006 年 6 月 29 日起施行的《刑罚修正案(六)》将商业贿赂犯罪的主体扩大到了公司、企业以外的其他单位的工作人员。如此,这就将公司、企业以外其他单位的非国家工作人员涉及商业贿赂的行为纳

入刑法惩戒的范围。按照此规定,医疗药品领域以新药推荐费等形式收取回扣的医生、利用购买教材收取回扣的学校管理人员也可能成为商业贿赂犯罪的主体,弥补了商业贿赂犯罪主体的立法疏漏。但该修正案没有明确区分国家工作人员和私营企业主的商业贿赂行为,而这对于能否正确认定“罪与非罪”,能否形成有效的证据链条至关重要。

(二)经济立法方面

在经济立法和制定经济政策方面,许多法律、法规和规范性文件都明确规定禁止商业贿赂行为。1980 年 10 月,国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》,指出“竞争要严格遵守国家的政策和法令,采取合法的手段进行,不得弄虚作假,行贿受贿。”1986 年 6 月国务院颁布的《关于严禁在社会经济活动中牟取非法利益的通知》指出:“国家工作人员必须严格执行财经纪律,不准在社会经济活动中非法接受任何名义的‘酬金’或‘馈赠’”,“任何单位,个人,不准向上级机关,有关单位或其工作人员‘馈赠’现金或实物,不准以低于国家规定价格或象征性收费办法向其‘出售’各种物品。”

在《反不正当竞争法》、《药品管理法》、《公司法》、《土地管理法》等大量法律中,都有对商业贿赂行为的禁止性、处罚性规定。如在 1993 年 9 月颁布的《反不正当竞争法》第 22 条:“经营者采用财物或其他手段进行贿赂以销售或购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款,有违法所得的,予以没收。”《药品管理法》第 91 条规定:“药品的生产企业、经营企业的负责人、采购人员等有关人员在药品购销中收受利益的,依法给予处分,没收违法所得;构成犯罪的,依法追究刑事责任。医疗机构的负责人、药品采购人员、医师等有关人员收受利益的,由卫生行政部门或者本单位给予处分,没收违法所得;对违法行为情节严重的执业医师,由卫生行政部门吊销其执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

(三)行政立法方面

1996 年 11 月施行的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,是一个针对商业贿赂行为的专门性行政规章。它明确界定了商业贿赂的内涵和外延,并依据《反不正当竞争法》,对商业贿赂行为提出了较为详细的、较强操作性的行政处罚措施。此外在行政法规、行政规章层面上,对商业贿赂提出禁止性要求,并提出相应处理处罚办法的,还有《国家行政机关工作人员贪污贿赂行政处分暂行规定》、《国家行政机关工作人员贪污贿赂行政处分暂行规定》、《国家行政机关及其工作人员在国内公务活动中不得赠送和接受礼品的规定》等大量规定。此外,中央纪委、监察部、国务院各职能部门近几年也制定了大量禁止贿赂行为的廉政纪律规定。

(四)国际法方面

我国于 2005 年 10 月加入了联合国,2003 年 10 月通过的《联合国反腐败公约》。这部全面的反腐败公约是迄今关于治理腐败犯罪最完整的国际规范,其中不乏涉及商业贿赂的条文规定。如:“禁止贿赂本国、外国公职人员;禁止部门内的贿赂;禁止影响力交易;禁止私营部门内的侵吞财产”、“采取措施保障公共部门的廉洁,实行公职人员行为守则,加强公共采购和公共财务管理,定期向公众报告,推动社会参与反腐败行动,加强监督私营部门,加强监督财务会计”。

三、中国现行治理商业贿赂立法存在的缺陷

我国治理商业贿赂的立法数量并不比国外的少,立法层次也比较丰富,基本做到了有法可依、有章

可循,但其缺陷和不足仍然非常明显。

(一) 商业贿赂概念模糊

大多法律法规没有对“商业贿赂”这一概念作专门界定。尽管《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》对这一概念进行了解释,但简单模糊,且仅限于该法律中适用,无法与《刑法》中规定的相关条文形成统一。从目前的立法现状来看,“商业贿赂”或者“商业贿赂罪”既不是规范的法律术语,也不是法定罪名。

商业贿赂犯罪与公职贿赂犯罪存在混淆。《刑法》以“犯罪主体是否为国家工作人员”为标准将“商业贿赂犯罪”与“公职贿赂犯罪”分章立法。而实际上,区别该两类罪名的关键在于判断受贿人是否利用公共权力,其侵犯客体是否为公平竞争的市场秩序。以此为标准,刑法第 385 条至第 393 条中“公职贿赂犯罪”,如果国家工作人员没有利用公共权力,而仅作为市场经济中平等交易一方主体收受回扣、手续费应当归入商业贿赂犯罪的范畴。这表明,商业贿赂犯罪并未从公职贿赂犯罪中真正分离出来,而在刑法中没有体现明确的地位。^[1]

(二) 对于商业贿赂的法律规定过于简约和原则,可操作性差

我国《反不正当竞争法》第 8 条仅规定:“经营者不得采用财物或其它手段进行贿赂以销售或购买商品。在账外暗中给予对方单位或个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。经营者销售或购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。”那么,其中的“经营者”是否包括企业的股东、董事、经理?是否要求主观故意?客观方面哪些财物形式是非法的?回扣和一般商业贿赂行为及相关的折扣、佣金、附赠行为的特征和性质是什么?这些都缺乏明确的规定,且某些规定过于原则,操作性比较差。后来与该条配套的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(国家工商行政管理局 1996 年 11 月颁发)由于属于行政部门规章,故法律效力不高,并不能满足执法和诉讼的需求。

(三) 行政制裁力度不够

我国《反不正当竞争法》、《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》规定,对尚未构成犯罪的商业贿赂行为,可处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款,有违法所得的,依法予以没收。《药品管理法》特别规定,对实施商业贿赂的药品企业、医疗机构可以吊销企业营业执照、药品生产许可证、药品经营许可证,对执业医师吊销执业证书。但行政制裁存在某些不足:

1. 罚款数额过低。我国现行的法律法规,规定的行政处罚罚款的额度为 1~20 万元人民币。而建筑领域和政府采购领域,合同动辄数十亿元。对于商业贿赂可能带来的巨额利润而言,行政处罚过于轻微,对商业贿赂行为难以形成威慑力。德普“回扣门”主角,美国的 DPC 公司就为其在天津的子公司的商业贿赂行为承担了高达 450 万美元的巨额罚款。相比之下,国内对商业贿赂的惩罚太轻。

2. 责任规定不明确。单位商业贿赂中的个人以及总公司或母公司对下属单位的商业贿赂应当承担何种责任规定不明确,从而导致个人责任承担和上级公司监管责任的承担全部落空。

3. 行政制裁种类单一。除《药品管理法》外,我国目前规制商业贿赂的行政法规均未规定对不构成犯罪的商业贿赂行为的资质罚(指取消从事某种职业或业务资格的处罚),使得经营者在被处罚后仍具备进行商业贿赂的条件,不利于有效遏止。^[2]

[1] 王强,曾国东:《治理商业贿赂立法存在的问题及完善对策》,载《上海政法学院学报》2008 年第 5 期。

[2] 周谊:《商业贿赂法律规制研究》,《贵州大学硕士学位论文》2007 年 10 月 12 日。

(四) 刑事立法不够完善

1. 贿赂犯罪的主体范围窄。纵然《刑法修正案六》将“其他单位工作人员”纳入贿赂犯罪主体范围,弥补了刑法某方面的缺失,但公司、企业人员贿赂犯罪仅包括公司、企业人员受贿和对公司、企业人员行贿罪,却没有关于公司、企业人员介绍贿赂罪、公司、企业单位受贿以及单位介绍贿赂的规定,导致大量的商业贿赂犯罪难以追究。

2. 商业贿赂犯罪内容有限。当前商业贿赂的形式多样且越来越隐蔽,而刑法规定的贿赂犯罪内容仅限于“财物”,一方面明显无法与经济、行政法律法规相衔接,另一方面无法应对当前“利用非物质利益贿赂”高发的现实局面,使打击商业贿赂犯罪的力度大打折扣。

3. 附加刑的设置存在缺陷。(1)没有单处财产刑的规定。财产刑只能与主刑同时适用,而且只能是在罪行较重时附加适用财产刑。这种规定不能真正抑制商业贿赂犯罪者贪财图利的犯罪动机。(2)附加刑单一,只有财产刑,没有资格刑的内容。当前刑法对资格刑的规定仅限于剥夺政治权利,而没有涉及对后者从事某种职业经营活动的资格限制。

(五) 立法滞后,分布散乱

一方面,由于我国《反不正当竞争法》和《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》分别颁布于 1993 年和 1996 年,对商业贿赂行为的规定比较简单,已不足以规范现实生活中形形色色的商业贿赂行为。同时,商业贿赂的治理涉及实体、程序等方方面面的问题,参与部门多,需要协调的工作量大,而作为打击商业贿赂的专门立法——《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》只属于部门规章,立法层级过低,有些内容陈旧,无法满足惩治商业贿赂的现实需要。

另一方面,法律规定散乱、不统一,没有形成一个结构合理、衔接得当的反商业贿赂法律体系,给治理商业贿赂的司法(执法)实践带来许多问题:一是法律法规的之间相互冲突。如在对“附赠”行为的定性上,同为行政法规的《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》和《禁止有奖销售中不正当行为的规定》却有着不同的规定。前者认为“应视为商业贿赂行为”,后者认为只要不带有欺骗性就属正当竞争行为,明显出现了矛盾和冲突。二是行政执法和刑事司法缺乏有效的衔接机制,导致执法上的混乱,“以罚代刑”现象普遍。

(六) 海外商业贿赂游离于法律之外

我国加入世界贸易组织后,越来越多的企业和产品走出国门、走向世界。近年来,我国已经发生了通过腐败行为与东道国官员进行勾结,取得某种当地身份,将国有资产或股份制企业的财产转移到境外的行为,对我国经济安全造成严重威胁。若存在相关的反海外商业贿赂的法律规定,就可以对我国企业和个人及其境外分支机构、离岸公司进行及时有效的法律监管,杜绝上述情况发生,从而保护我国的经济安全。而目前我国的法律体系中尚无针对我国成员在经济活动中向国外主体行贿的规定,不能不说是一个欠缺^{〔1〕}。

〔1〕 程宝库,李晓锋:《关于我国制定海外反商业贿赂法的思考》,载《南开学报(哲学社会科学版)》2005 年第 5 期。

四、完善我国治理商业贿赂立法的对策建议

一些市场经济较为成熟的国家和地区,已建立起较为完善地治理商业贿赂的法律,且取得了显著的治理成效,借鉴国外先进经验,完善我国惩治商业贿赂犯罪相关法律:

(一)明确商业贿赂的内涵外延

一是商业贿赂的主体是经营者及与商业活动密切相关的人。其中,“经营者”指一切从事商品经营或者赢利性服务的单位和个人,包括销售者、购买者、服务者以及其他从事商品经营或者赢利性服务的法人、其他经济组织和个人。“与商业活动密切相关的人”,包括经营者在其商业活动中能够接触到的,一切可以利用其职务上、业务上或者其他方面权力,为经营者谋取利益的单位和个人。

二是商业贿赂客观方面表现为一方不正当地给予相关单位或个人好处,及另一方利用所处有利地位不正当的收受经营者好处的行为。“不正当”,是指违反法律、法规、规章、行业规范或者职业道德。“好处”是指财物以及财物以外的财产性利益和非财产性利益。例如现金、礼品、出国留学、色情服务等。“有利地位”是指能为经营者谋取利益的有利地位。

三是商业贿赂行为人主观方面或者目的是:一方为了获得交易机会或者有利的交易条件,排斥同业竞争;另一方是利用单位或者个人的“有利地位”获取私利。

(二)制定统一的《反商业贿赂法》,增强可操作性

该法规可集刑事、民事、行政责任于一体,对不同程度的商业贿赂行为规定不同的法律责任。第一,增加商业贿赂行政责任的种类。我国商业贿赂行政责任仅有罚款和没收违法所得两种,形式过于单一,达不到有力惩处的效果,应借鉴美国《反海外腐败法》的有关规定,增加资质罚等责任形式,如撤销其从事相关行业的行政许可、禁止其产品出口等,这种处罚对于企业来说比罚款和没收违法所得更为致命,更能有效遏制商业贿赂行为。同时,罚款数额应当适当予以提高,增大经营者的违法成本,起到实质的震慑作用。^{〔1〕}第二,应当对单位商业贿赂中的个人以及总公司或母公司对下属单位的商业贿赂应当承担何种责任加以明确。第三,针对实践中鲜有经营者因商业贿赂行为而承担民事赔偿责任的现状,我国立法应考虑建立起有关机关证据协助机制。即经过申请,具有监督检查权的机关可将取得的证据供给有关单位或个人,协助他们对商业贿赂行为提起民事诉讼。

(三)加大对商业贿赂的行政性制裁

首先要加大行政性的经济惩罚力度,而后也可在对行贿者直接实施经济罚款的同时,加以一定量的非经济性惩罚。如在体育行业中,一发现有商业贿赂行为的,就可对其进行降级、降分、剥夺竞赛资格等行政性惩罚。这种非经济性的行政处罚有时比直接经济处罚还要严厉,以致能够在一定范围内遏制商业贿赂行为。还有,在行政法规中应当对单位商业贿赂中的个人以及总公司或母公司对下属单位的商业贿赂应当承担何种责任加以明确。^{〔2〕}此外,商业贿赂的行贿主体涉及到单位与个人,应当明确作为商业行贿主体的经营者中的董事、经理、控股人、代理人等在商业贿赂行为中都有其各自的作用,他们作为共同违法主体,应当承担共谋者的刑事、行政责任和民事侵权连带赔偿责任。

〔1〕 王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000 年第 4 期。

〔2〕 王建敏,袁锦:《证券业商业贿赂的成因及对策》,载《山东经济》2008 年第 6 期。

(四)完善《刑法》对有关商业贿赂犯罪的规定

首先,扩大商业贿赂犯罪的主体范围。如前所述,比照《刑法》对在国家公职人员贿赂犯罪中的规定,应当补充“公司、企业或其他单位”工作人员的“介绍贿赂罪”,公司、企业单位受贿以及公司、企业单位介绍贿赂的规定。其次,修改贿赂犯罪中的“财物”界定。无论贿赂的内容是财产性利益还是非财产性利益,其对社会造成的危害性是一样。我们应借鉴国外经验,将商业贿赂犯罪的内容从“财物”扩充为“不正当好处”,以适应当前打击商业贿赂形式多样化的现实需要。“不正当好处”如前所述。此外,加重商业贿赂的财产刑,充实资格刑。商业贿赂犯罪是“利欲型”犯罪,为防止犯罪分子继续进行犯罪,在判处自由刑的同时应加重财产刑,通过剥夺犯罪分子的财力,或者通过明确取消犯罪主体在一定程度内再从事特定职业的可能。基于此,对商业贿赂犯罪罪行较轻者,单处或并处罚金刑对罪行较重者,并处财产刑或罚金刑;财产刑适用对象包括单位、个人,根据具体情况对单位并处或单处剥夺荣誉称号、限制经营范围、予以强制解散等,对个人可并处或单处禁止在一定时期内从事某项经营活动或担任某类经济组织管理人员等。

(五)加强治理商业贿赂间的国际合作

为保证跨国经营中的公平竞争秩序,维护我国国际形象,有必要增加关于海外商业贿赂的规定。其中,我国《海外反商业贿赂法》所管辖的对象包括行贿和受贿两个主体。行贿主体是直接参与海外交易的我国企业以及他们的法定执行代表人员;受贿主体是外国政府公职人员和国际组织工作人员。同时,规定其所禁止的海外商业贿赂行为概括为以谋取不正当商业利益为目的,向外国公职人员或国际组织工作人员提供利益均构成海外商业贿赂行为。贿赂的内容应该包括财产性利益和非财产性利益在内的任何有价值的事物。

商业贿赂犯罪在全球的肆虐,给许多国家的政治、经济带来了严重危害,反商业贿赂已成为世界各国不约而同的行动。我国应积极地与 WTO 成员国签订一些对等的、公平的、统一的、透明的协议或协定,直接加入或参与一些国际性反腐败组织,以寻求国际上的支持和帮助,从而形成一种统一的国际打击态势,有效地惩治各类腐败分子。中国开展国际反腐败合作应坚持以下三点原则:反腐败合作要相互尊重主权,平等互利;承认和尊重各国不同的国情及由此产生的反腐败斗争的特殊性,反腐败体制和机制应当与各国的实际相适应;合作要循序渐进,注重实际成效,重点加强司法协助、引渡、追缴和返还腐败资产等方面的有效合作。

(责任编辑:王建敏)

证券业商业贿赂的法律问题研究

赵信会,袁 锦,谭英才

一、证券业商业贿赂的成因分析

(一) 证券业商业贿赂产生的主观原因

众所周知,证券市场只能产生于市场经济条件下。时下,我国已经完成了由传统的计划经济体制向市场经济体制的转换,经济体制的根本性转换必然会给整个社会价值观念带来改变。随着我国市场经济体制的建立和发展,人们的价值取向发生了巨大的变化。这种变化主要体现在:人们开始较以前更为注重自己的经济利益的取得。

由于在证券市场上,广大投资者及各个层次上的参与者都是为了赢利才实施有关的行为,参与证券投资的活动,客观上才有了证券市场的存在。因此,证券投资具有收益性又具有不可避免的投机性,而且有些收益就是在投机的过程中产生的。证券投机性的存在又恰恰迎合了投机者赢利的目的和欲望,同时也为有些投资者利用这一点获取利益提供了条件。

理论上认为,要投资、要收益就会有风险,而证券的投机性更加加剧了这种风险的程度。在一种高风险和高收益并存的市场上,人们要规避风险获取利益就必须及时得到有关信息,并迅速作出判断且采取一定的行动,要做到这一点又相当的不容易。于是,就必然有人会做出一些违反法律的行为,以求通过不正当的手段满足自己赢利的欲望。

(二) 证券业商业贿赂产生的客观原因

证券业商业贿赂产生的客观原因是有关法律制度的不完善。我国的证券市场立法起步较晚。尽管近年来,随着证券市场的建立和完善,国家对相关证券法律的制定十分重视,而且已经有了《公司法》、《证券法》、《股票发行与交易管理暂行办法》、《证券交易所管理暂行办法》、《会计准则》以及《刑法》等有关证券法律法规,初步形成了相关的法律体系。但是,这些远远跟不上证券市场发展的需要,且不说这些法规所涉及的内容不全面、不完善,单是这些法律法规之间本身就具有很多不协调的地方。

只有把证券市场置于完备健全的法律约束之下,才能管理好证券市场。同样,加强对证券业商业贿赂的刑法调控是十分必要的。此外,大多数的案件只停留在行政罚款上,很少追究当事人的刑事责任。其原因是:司法机关对证券商业贿赂行为的危害性认识不足,加之有关司法工作人员对于证券商业贿赂还不熟悉,对有关的法律法规的条文理解不深,以至于为了避免定罪不准、量刑不当的情况发生,干脆采取不处理的态度。有关证券业商业贿赂的法律规定缺乏一定的可操作性,特别是对某些定罪和量刑情节的认定缺乏统一的标准,而司法解释又不能及时跟上,这就必然会给司法实践中证券业商业贿赂的具

作者简介:赵信会,男,山东经济学院法学院副院长、教授、硕士生导师,研究方向为诉讼法学。袁锦,女,山东经济学院法学院民商法硕士研究生。谭英才,男,山东经济学院法学院民商法硕士研究生。

体定罪量刑带来困难。

（三）证券业商业贿赂产生的社会原因

引发证券业商业贿赂的原因是多方面的,其中社会环境的影响无疑是重要的一环。证券业商业贿赂之所以能够发生,很大程度上是因为证券市场存在太多的诱发证券业商业贿赂产生的因素,存在太多行受贿分子可资用来实施此种行为和实施后借以逃脱法网的漏洞。由于我国的证券市场是在经济转轨这种特殊的背景下产生的,因此不可避免的要受到这个时期会出现的个人社会化、社会失范等问题的影响,从而必然受到这个时期特有的社会心理和各种经济主体特有的经济行为的影响。

具体说来,我国正处于社会主义市场经济体制中,虽然市场经济能够极大的促进社会经济的发展,但是市场经济并非没有任何缺陷。在市场经济体制下,各种经济主体遵循市场途径开展各种经济活动,追求经济利益始终是人们实施经济活动的最初也是最终的目的。特别是在经济体制转轨期间,人们追求利益的欲望表现得空前强烈,从而成为一种独特的社会趋利心理。在过去相当长的一段时间内,由于人们对何为证券,何为证券市场知之不多,因此可能对证券及其市场漠不关心。但是,当人们看到其中实际存在的巨大获利机会后,人们会对其百倍关注甚至趋之若鹜,于是各种投资主体出于获利的目的,在证券市场上开展各种竞争。为了达到这种目的并在竞争中处于不败的地位,许多投资者通过不懈的努力和工作获利,但也有些人不择手段,通过不正当竞争来达到自己的目的。其中,商业贿赂的现象尤为普遍。

而且,证券业商业贿赂往往与政府的相关部门联系在一起。在我国的市场化改革尚未完成前,许多资源掌握在国家工作人员的手中,这就成为许多商人的“寻租”的对象。国家工作人员,如证券监管机构各单位的工作人员,利用手中的行政权力收受贿赂,在为其他证券经营者获利的同时,也追求自己的额外收入。

加之受中国古代“礼尚往来”传统的影响,商业贿赂成为一些行业的“潜规则”。由于证券投资需要一定的风险及专业知识,涉及的范围较广,因此,商业贿赂更易侵入证券业。例如,某些营业部为了提高咨询能力、服务营业部股民或拉拢其他营业部股民,而和某些咨询机构签订协议,由咨询机构代替营业部为客户进行咨询服务,不少不合规的小咨询机构借机利用股民对营业部的信任,随意推荐个股,促进股民扩大交易量,由此来收取营业部的返佣。

如果说个人获利的欲望是证券业商业贿赂产生的主观因素的话,那么,社会环境是滋生证券业商业贿赂的重要社会因素。

二、证券业商业贿赂行为的特征

作为商业贿赂的一种,证券业商业贿赂除了和一般的商业贿赂有相似的表现形式外,它具有如下特征:

1. 行贿主体是从事证券活动的经营者

毋庸置疑,证券活动经营者是指从事证券经营活动的法人、其他经济组织和个人。这种特定的行贿主体是证券业商业贿赂区别于其他商业贿赂的一个重要特征。受贿主体则是与证券活动经营者有关的不特定单位或个人。由于证券业的特殊性,受贿主体的范围广泛,包括证券服务机构,证券监管机构等。

2. 证券业商业贿赂行为侵犯的客体是复杂的

这种行为扰乱了公开、公平、公正的证券市场竞争秩序,影响其正常发展。由于证券业商业贿赂侵犯的客体有企事业单位乃至国家机关工作人员,容易造成循私舞弊、收受贿赂、贪赃枉法、腐化堕落,严重侵犯了国家工作人员的廉洁性,扰乱了国家机关正常的管理活动。

3. 证券业商业贿赂具有违法的多样性

由于证券交易涉及的方面很广,因此,证券业商业贿赂不仅违反了《反不正当竞争法》方面的法律、法规,同时也违反了国家财务、会计、金融、廉政等方面的法律、法规,破坏了市场经济、社会资源分配和行政管理等秩序。

4. 手段多样化

随着社会经济的发展和查处力度的加大,证券业商业贿赂的花样层出不穷,手段越来越隐蔽,而且不易发现。除了以财物或者其它手段贿赂对方单位或者个人外,证券业商业贿赂通常以正常的经济活动形式为掩护,或者采取技术服务费、咨询费、赞助费、邀请出国等貌似合法的手段支付,具有很强的隐蔽性,通常伴随“账外暗中”行为,或者存在系统性假账。

三、证券业商业贿赂的存在形式

(一)在证券营业部中的体现

目前证券营业部是非法人的经济组织,按照现行法律法规,其只能在公司总部或客户的授权范围内开展经营活动。由于其经营活动中有大量的可流动的证券资产和资金资产,如经营活动造成损失,则应由证券公司承担。因此,营业部经营风险时刻存在。

实施浮动佣金制后,营业部有一点变化很明显,那就是大家都认识到了争夺和占有客户资源最重要。争夺的目标不再是中小散户,而是大客户特别是机构客户。有的营业部适应不了这种变革,不但增量客户来不了,存量客户也被挖走。期间某些营业部员工(特别是营销人员)为了拉拢客户资金、赚取佣金提成或出于其他考虑私自接受客户全权委托,为熟悉的客户代理进行证券委托买卖,进行变相的商业贿赂。

某些营业部为了提高咨询能力,服务营业部股民或拉拢其他营业部股民而和某些咨询机构签订协议,由咨询机构来代替营业部为客户进行咨询服务,不少不合规的小咨询机构借机利用股民对营业部的信任,随意推荐个股,促进股民扩大交易量,由此收取营业部的返佣。在此情况下,营业部、不合规规定的小咨询机构以及小股的发行单位可能会涉嫌商业贿赂。

另外还有某些证券投资咨询机构同营业部合作,利用营业部急于维持存量客户、扩大客户资源的心理,看准普通投资者对证券公司营业部的信任和对股票信息的依赖,大肆向投资者进行推介、招揽会员收取高额会员费,并且有目的地进行完全脱离基本分析的股评、咨询和荐股,变相从事委托理财、坐庄和炒作股票。对证券公司营业部的形象造成很坏的影响,同时由此而派生出许多其他问题,例如营业部管理人员和咨询机构私下合作、贿赂等问题。

券商在拉拢机构客户时采用的大额度佣金返还手段,有商业贿赂的嫌疑,容易造成漏税和滋生各种腐败现象。机构投资者由自然人代其开户、交易,将返还的佣金占为己有,以公谋私的现象非常普遍。个人所得又不会主动报税,而代扣又没有依据,由此给国家造成不应有的经济损失。由于返佣问题的非合法化,使实行返佣的双方都存在以权谋私、假公济私等问题。

某些证券经纪公司在受托客户资产管理中,利用法人和自然人佣金率不一致,向客户提供账外好处费,或者将合同收益率放低,高出部分提供给法人单位的负责人(多半以其亲友名义另立账户收取商业贿赂)。

(二)在证券营业部交易外的体现

证券投资基金管理公司在基金代销过程中,为使基金代销机构扩大基金的销售规模,向基金代销机构许诺不正当利益或账外暗中支付好处费;在基金直销过程中,向有关单位、个人账外暗中给予好处费。

为了激发基金代销人员销售基金的积极性,一些基金公司对代销人员进行单独奖励,而这些奖励往往以现金的形式直接返还给代销人,因此涉嫌商业贿赂。

公司董事长、监事或高级管理人员账外暗中收取收购人的财物,或者通过费用报销等其他方式收取财物;在发行过程中,向承销商、保荐人及保荐代表人等有关单位、个人账外暗中支付费用或输送其他利益,或收取不正当利益;向发行证券所必须聘请的证券公司、律师事务所、会计师事务所、评估机构等中介机构之外的其他机构或个人支付无真实服务内容或服务费用。在委托证券公司进行资产管理中,公司相关人员将资产管理资金和收益存入个人账户或其他非本公司账户、账外暗中收取不正当利益等。

证券服务机构(即从事证券期货业务的会计师事务所、律师事务所、资产评估机构)为争取中介业务,向服务对象账外暗中支付回扣或输送其他利益;在执业过程中,证券服务机构及其相关个人收受合同外的额外费用或其他利益。

证券投资咨询公司为投资者进行证券投资咨询服务时,接受其他机构或个人账外暗中支付的金额较大的现金、实物或其他利益,诱导投资者买卖证券。

证券期货监管系统各单位,存在滥用职权参与或干预企业单位经营活动,谋取非法利益;存在行政审批、市场监管中索贿受贿的行为;存在不履行市场监管职责,放任、纵容甚至包庇不正当交易的行为。

四、证券业商业贿赂的社会危害

(一)破坏证券交易市场的秩序

证券业商业贿赂从根本上背离了市场经济公平竞争的原则,破坏了正常的证券市场交易秩序。其结果会导致恶性竞争的出现,使得市场资源配置功能和创新功能受到遏制,优胜劣汰的市场规律失去作用,使诚实、公平等良俗受到极大破坏,严重损害了其他市场经营者的利益,最终阻碍了社会主义市场经济建立和完善。

(二)妨碍证券市场机制运行

证券业商业贿赂妨碍了证券市场机制的有效运行,破坏了证券市场资源的合理配置。证券市场资源要想得到合理配置和有效使用,必须通过市场的公开、公平、公正的竞争。证券业商业贿赂使资源不合理地向行贿者一方倾斜,致使证券市场竞争中质量差、水平低的服务占领先机,使市场价值规律和市场竞争规律无法正常发挥作用。证券业商业贿赂加大了交易成本,损害了守法经营者和投资者的合法权益,造成了国有资产的流失。

(三)滋生腐败

证券业商业贿赂是腐蚀党员干部和滋生腐败行为的“温室”,它已成为近年来经济领域犯罪中的一个突出问题。有些经营者为了谋取利益不惜重金收买商业活动相关单位的人员,其中也包括国家工作人员。如某些证券监管系统的工作人员在监管的过程中,收受贿赂,纵容、放任不正当交易的行为。

(四)影响国家形象

随着外国证券投资者数量的增加以及外国公司的不断涌入,证券业商业贿赂损害了国内投资环境,降低了外资投资的信誉度和外商投资的吸引力,扭曲了市场体系,对国家形象造成了很大的负面影响。

五、治理证券业商业贿赂的对策

(一) 建立完善的法律、法规机制, 打击证券业商业贿赂犯罪

在当今建立法治国家的趋势下, 要治理证券业商业贿赂, 建立完善的法律法规是重中之重。

1. 完善刑法关于商业贿赂犯罪的规定

在商业贿赂犯罪判断标准方面, 取消“谋利”要件。考虑到商业贿赂(尤其是证券业商业贿赂)行为的隐蔽性以及现实生活中的行、受贿的“长期投资性”, 应删除“为他人谋利益”的要件, 将隐藏于人情往来中及证券交易活动中的商业贿赂揭露出来; 将行贿罪中的“谋取不正当利益”删除, 提高证券业商业贿赂行为的入罪率。

在手段要件方面, 努力与国际通行的立法惯例接轨, 将包括财物在内的一切利益作为贿赂违法犯罪的构成要件, 以改变我国现行刑法仅将贿赂的手段限于财物的限制, 扩大商业贿赂的治理范围。世界上许多国家的刑法对贿赂手段的规定都采用“利益说”, 即提供一切足以供人需要或满足人们欲望的有形或无形利益都可以成为贿赂的手段。证券业商业贿赂的手段多样且隐蔽, 打破将商业贿赂的手段限于财物的限制, 无疑对治理证券业中的贿赂之风有很大的帮助。

扩大贿赂主体的范围。在现行刑事法律规范方面, 现有刑法修正案虽然对受贿犯罪主体范围有所扩大, 但仍然较窄。仅规定受贿罪的主体包括国家工作人员、公司、企业人员及国有单位, 但对国有事业单位中的非国家工作人员、非国有事业单位工作人员, 则没有构成受贿犯罪的规定。此外, 没有关于公司、企业人员介绍贿赂的规定, 也没有对单位行贿以及单位介绍贿赂的规定。另外, 对海外公司的贿赂行为也缺乏明确的法律约束。因此, 应该扩大贿赂主体的范围, 使得包括证券业商业贿赂在内的不法行为得到规制。

2. 丰富和完善行政责任的制裁体制

使行政责任的形式多样化, 除了罚款和没收违法所得外, 还应该增加资格刑, 对证券贿赂行为人在一定期限内从事证券活动的能力和资格进行限制或取消。另外, 对于罚款数额, 应该提高罚款幅度, 并且除没收违法所得外, 还可以进行惩罚性罚款。继续重视《反不正当竞争法》、《公司法》、《证券法》、《股票发行与交易管理暂行办法》、《证券交易所管理暂行办法》等在治理证券业商业贿赂中的作用, 只有严肃法纪, 才能最大限度地制止证券业商业犯罪。

(二) 理顺执法体系, 加大对证券业商业贿赂的查处力度

按照目前的法律、法规, 对于证券业商业贿赂, 法院、检察院、公安局、工商局、税务局、纪委和审计等部门都有调查取证乃至立案查处的权力, 都是执法的主体。如果是涉及到国家工作人员受贿由检察机关查处, 涉及公司企业人员则由公安机关负责。如果情节轻微不构成犯罪的则由工商部门处罚。表面看来, 多方监管, 应该对于扼制证券业商业贿赂更有效。但事实上, 由于体制没有理顺, 却出现了“多头监管、头头难管”的局面, 各部门常常会产生管辖权的撞车或脱节。^[5]另外, 这种政出多门、多头执法的混乱状况导致了不同部门在对查处证券业商业贿赂的标准把握上存在分歧, 执法尺度不一。

要改变这种现状, 国家各部门在制定本部门、本行业的治理方案的同时, 还要与其他部门之间建立信息共享与信息交换机制。否则, 部门之间对于重大证券业商业贿赂犯罪和腐败的线索缺乏必要的沟通和传递, 就会在一定程度上弱化打击证券业商业贿赂的力度, 形不成有效监管, 这种局面显然难以满足打击经济犯罪的需要。

(三) 制订各项措施,推进体制改革和治理证券业商业贿赂制度建设

治理证券业商业贿赂,要进一步深化行政审批制度、财政管理体制、金融监管体制等各项体制的改革,健全政府投资、国有资产监管等制度。通过完善招投标、合同管理、资金流向、人事制度等方面的相关规定,加强对经营和财务证券等重点人员的管理,加强对生产经营、采购销售、资本运作等重点环节的监督检查,做到“用制度管人,用制度约束人”。

积极推进公司信用体系建设,建立和完善公司信用档案,建立相关的激励机制、预警机制、淘汰机制,引导经营者和投资者加强自律。努力提高公司治理质量,规范公司资本市场运作。自觉遵守资本市场运作的相关规定,立足提高公司的治理质量和投资价值,自觉遵守证券市场的“三公”原则,杜绝暗箱操作或变相商业贿赂行为。

(四) 强化廉政文化建设,构建思想道德防线

广泛宣传党和国家关于治理证券业商业贿赂的各项政策以及相关法律法规,提高全社会对证券业商业贿赂行为危害性的认识,形成反证券业商业贿赂的良好社会氛围。加强对国家工作人员、事业单位和企业人员法律、纪律和职业道德等方面的教育。积极推动建立以道德为支撑、产权为基础、法律为保障的社会信用制度,建立信用监督和失信惩戒制度。充分利用电视台、广播、报纸、网站等媒体,广泛宣传党和国家的相关政策和法律法规,提高全社会对证券业商业贿赂严重性和危害性的认识。抓住社会关注的证券业商业贿赂大案,在各大媒体对案件处理结果、制度建设等方面的情况进行连续报道,以起到威慑作用。召开新闻发布会,对一些已查清的典型证券业商业贿赂案件进行曝光,加强警示教育,构筑起牢固的思想道德防线。

同时,加强监督,建立面向社会的公开监督渠道,公布纪委举报电话,与纪委联手进行综合治理。设立治理信访机构和举报箱,建立预警机制,畅通与投资者沟通渠道,对投资者的重大投诉或举报,按规定程序作出合理答复,并对相应责任人作出相应处理,同时做好登记备案工作。

除此之外,还可以寻求更为灵活的治理方法,例如签署公约,加强自律。在这一方面,广东省走在了前列。广东证券期货业的《反商业贿赂公约》更清晰地界定了证券期货业商业贿赂和不正当竞争的概念;要求相关机构首先从思想、行为、制度三方面入手,督促证券业公司会员开展自查自纠,建立防治商业贿赂的长效机制;广东证券业协会同时公布专门设立的治理商业贿赂举报电话、网上投诉网址,鼓励和保护举报人以多种方式反映真实情况,同时强调监管部门积极受理辖区内的从业人员和社会公众对商业贿赂的举报;对于违反公约的相关公司,将受到通报批评乃至提请中国证券业协会取消会员资格的处罚。如此一来,通过证券期货业内部的自律,可以更好地用市场调解的手段来约束受贿等不正当竞争的行为,更能体现市场经济的要求,符合市场机制的运作。

证券业商业贿赂的产生是一种长期形成的现象,因此不可能在短期内完全清除。但是,只要各方精诚合作,在自律和监管的过程中,逐步建立起长期有效的治理机制,不断完善防治证券业商业贿赂的法律法规,证券市场一定会健康发展,我国的社会主义经济发展也会更加欣欣向荣。

(责任编辑:王建敏)

保险业商业贿赂的法律问题研究

冀怀栋,相 玲

一、保险业商业贿赂的界定

(一) 保险业商业贿赂的界定

保险业在我国的发展历史较短,其定义仍处在不断完善当中。从中华人民共和国的相关法条可以看到有两条涉及到保险贿赂,(1)《中华人民共和国保险法》第 116 条第 4 项:“承诺向投保人、被保险人或者受益人给予保险合同规定以外的保险费回扣或者其他利益。”(2)《保险管理规定》第 60 条“保险机构不得向投保人、被保险人、受益人或者其利害关系人提供或者承诺提供保险费回扣或者违法、违规的其他利益。”根据以上两条法律法规以及我国《反不正当竞争法》第八条第一款规定:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,在账外暗中给予单位或个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外或者暗中收受回扣的,以受贿论处。”国家工商局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第 2 条规定:“本规定所称商业贿赂,是指经营者为销售或购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或个人的行为。”^{〔1〕} 鉴于这两条法律法规对于商业贿赂的界定,笔者对保险业商业贿赂的总结如下:保险经营者在市场交易过程中,以排斥竞争对手为目的、获得交易机会,通过秘密给付财物或其它利益的不正当手段贿赂交易相对人或对交易业务具有决定性影响的人的行为,以期达到盈利目的。其主要构成要件是:

1. 商业贿赂的主体包括行贿人和受贿人。保险业商业贿赂的行贿人是保险公司、保险中介机构、保险资产管理公司等保险经营者,其员工因职务而进行的贿赂行为被视为保险经营者的行为。保险业商业贿赂的受贿人应作广义理解,可以是任何法人、其他社会组织及其相关工作人员,如甲公司为向乙公司推销商品,向乙公司的母公司或其法定代表人赠送一部轿车,以让母公司向乙公司施加压力促其成交。显然,此时所有有关联的单位或个人均可成为受贿者。值得一提的是,单位可成为受贿主体是我国立法的一大特色,这在西方国家是没有的。这主要是由所有者性质的不同所决定的。^{〔2〕}

2. 行贿人主观上以争取交易机会、排斥竞争对手为目的。保险业商业贿赂行贿人在主观上必须出于直接故意,以争取交易机会、排斥竞争对手为目的。商业贿赂最明显的意图就是贿赂具有商业目的,保险业贿赂也是如此。而一般性的贿赂不具有商业目的,只是为了获取商业目的以外的其他利益。商业贿赂违背竞争法所追求的公平、正当理念,具有明确的排斥竞争对手的商业目的,这也是不正当竞争

作者简介:冀怀栋,男,山东经济学院法学院党总支书记、副研究员。相玲,女,山东经济学院法学院民商法硕士研究生。

〔1〕 李常春:《信息不对称与保险商业贿赂防治初探》,载《保险研究》2006 年第 7 期。

〔2〕 张国峰:《保险企业商业贿赂行为的认定标准》,载《上海保险》2007 年第 8 期。

的一个表现形式。至于受贿人出于何种动机和目的、凭借何种影响力,不影响商业贿赂的构成。^{〔1〕}

3. 行贿的客观手段是帐外暗中收受实物或其它利益。《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第 5 条第 3 款对“帐外暗中”做出了专门解释:“本规定所称帐外暗中,是指未在依法设立的反映其生产经营活动或行政事业经费收支的财务账上,按照财务会计制度规定明确如实记载,包括不记入财务账、转入其他财务账或者做假账等。”所谓的“帐外暗中”是指不按法定财务制度如实入账,如常见的给对方单位或个人回扣,采用以其他发票顶账、用红字发票冲账、为对方报销费用等方法入账,都是属于“帐外暗中”。^{〔2〕} 保险业贿赂手段的违法性就在于其违反了《中华人民共和国保险法》第 115 条关于公平竞争原则的规定,行贿人在“帐外暗中”给付财物或其它利益,受贿人在“帐外暗中”收受财物或其它利益。商业贿赂的手段有给付财物手段和给付其它利益手段两类。给付财物的手段较为常见,但为了获取商业目的而给付其它利益的手段如安排工作、解决子女升学问题等等也有蔓延之势,对经济秩序的危害性决不可等闲视之,商业贿赂对于这两种手段均会追究责任。

(二) 保险贿赂的一般行贿对象

在前文对保险商业贿赂的主体界定中我们对行贿人进行了着重解释,在行贿对象中则要对受贿人进行一下大致的分类,主要有以下四种:

1. 事业单位:其中最为显著和最具有代表性的就是学校。学校每年都会要求学生投意外险和医疗险。学校借用公权力推广保险,为保险公司的营业额增加了不菲的一笔。作为占据巨大市场份额的客户,保险公司不会不重视的,所以在此将学校列为首位行贿对象。

2. 行政部门:保险公司借用政府部门的公共权力推动强制保险,把购买指定公司的保险产品作为行政许可的一项内容,以达到排他经营的目的。现在这种形式的普遍性仅次于事业单位,保险公司向政府部门施以贿赂,借助公共权力推动强制保险,把投保行为从一个自愿的商业行为变成了带有强制性质的行政行为。

3. 公用企业:保险公司与某些行业垄断经营的公用企业结成联盟,把商业保险与其公用产品捆绑销售,以达到强制销售的目的,在这方面很明显的例子就是长途汽车车票的附加保险。

4. 中介机构:保险机构与掌握特殊客户资源的中介机构进行不当合作,从而达到独占资源的目的。

(三) 保险贿赂中贿赂给付的典型形式

1. 回扣:回扣早在十九世纪一些资本主义国家就已出现,在国际贸易、国际运输与保险等方面回扣已成为一种国际惯例,并且随着经济的发展越发普遍。其在市场经济中虽有一定的促进作用,但反面作用仍是十分可怕的,它导致大量的受贿事件的出现,扰乱了现行市场经济秩序。我国《刑法》已将国家机关和国家机关工作人员“吃回扣”行为纳入受贿罪的范围,回扣现象也成为商业领域反不正当竞争法的规制对象。回扣是指卖方从买方支付的商品款项中按一定比例返还给买方的价款。按照是否采取账外暗中的方式,回扣可以分为两种,即“账内明示”的回扣和账外暗中的回扣。^{〔3〕} 在《反不正当竞争法》、《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》中规定的回扣,都是账外暗中的回扣,也就是商业贿赂的典型行为方式。《暂行规定》第 5 条第 2 款规定:“本规定所称回扣,是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。”笔者认为,虽然规定里规定了回扣要暗中给付才算为贿赂,那入账的回扣算是贿赂吗? 答案是肯定的,即使是入账的回扣也算做贿赂的一种。回扣本身就是不正当竞争的一种方式,不论其是不是披上了合法的外衣,在市场经济中都产

〔1〕 徐继响:《浙江省治理保险业商业贿赂调研》,载《中国保险》2006 年第 8 期。

〔2〕 张国峰:《保险企业商业贿赂行为的认定标准》,载《上海保险》2007 年第 8 期。

〔3〕 《辞海》,上海辞书出版社 1999 年第 1 版,第 2054 页。

生了不正当竞争的害,都应视为商业贿赂的表现方式。

2. 佣金:佣金是商业活动中的一种劳务报酬,是具有独立地位和经营资格的中间人在商业活动中为他人提供服务所得到的报酬。由此可见,在商业活动中,佣金本身是一种合法的支付方式。我国《反不正当竞争法》第 8 条第 2 款规定:“经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣、可以给中间人佣金。”在《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》(下文简称《暂行规定》)第 7 条中明确规定了佣金的法律含义,“本规定所称的佣金,是指经营者在市场中给予为其提供服务的具有合法经营资格的中间人的劳务报酬”。我国现行法律中要求中间人应“具有合法经营资格,并且要求支付和收取佣金的各方都应当如实入账”。佣金是一种劳动报酬,是对中间人为促成交易所进行的劳务活动的价值补偿,通常以“劳务费”、“介绍费”、“手续费”等形式出现。^[1] 但当佣金的给付出现以下几种情形时就成了商业贿赂的形式之一。第一,如果不具有相关从业资格而进行该项服务的,其收入所得不属于合法佣金,而对于向不合格的中间人支付佣金的经营者,则可能构成商业贿赂行为。我国明文禁止国家机关工作人员经商,国家工作人员不能成为佣金的给付对象,他们收受佣金一般以受贿论处。第二,佣金的支付和收受方式必须是明示的。从佣金的性质上讲,当佣金没有如实入账时,可能只是一般的违反财务制度的行为。但如果“佣金”超出了劳务报酬的比例或范畴,则不管是否如实入账,都有可能构成商业贿赂行为。^[2]

3. 附赠:即附带赠送,是指经营者在商品交易中向交易对方许诺无偿提供一定数量的现金优惠券及实物的行为。对于附赠行为,我国的《反不正当竞争法》并没有规定,但在实践中,附赠行为是经常出现的,这种行为如果不加以限制,就有可能造成不正当竞争,数额巨大的话,就可以构成商业贿赂。从附赠表现形式上看,附赠和商业贿赂都是以销售商品或提供服务为目的的,都是经营者在商品或服务交易中以竞争为目的的一种销售手段,针对这种情况,在《暂行规定》中明文将附赠行为列为商业贿赂行为之一,并对附赠的价值及范围做出限定。根据该规定的第 8 条:“经营者在商品交易中不得向对方单位或者个人附赠现金或者物品。但按照商业惯例赠送小额广告礼品的除外。违反前款规定的,视为商业贿赂行为。”在保险业,附赠通常会表现为投保大额险送小额险等主要面向个人消费者的一种方式。当然也不乏见于企业团体中,整个企业投保,保险公司便附赠保险或实物给予相关负责人。

4. 对销售代理人特殊承诺:这种形式是保险业最为突出的方式之一。按照保险业相关法律法规的要求,具有保险代理人从业资格的人员只能代理一家保险公司的业务。而在实践中,保险公司之间为了争取业务量,往往采取提高保险业务手续费的方式,争抢其它保险公司保险代理人手中的业务。“公司可根据实际业务经营情况确定某一险种、某一条款或不同形式代理人的手续费支付标准,但代理手续费不得突破实收保费的 8%,安全防范费不得突破实收保费的 1%^[3]。”但在实践中保险公司为了争抢客户,达到推销保险、扩大公司业务的目的,往往向代理人支付高于标准的手续费。这妨碍了保险公司之间的公平竞争,损害了其他保险公司的合法权益,扰乱了保险市场的竞争秩序,构成商业贿赂。综上,保险业商业贿赂的特殊之处是,保险业的收费与付费属于国家法律严格管理的领域,超过国家规定的标准支付手续费的,不管是在合同中有明文规定还是合同或账外暗中操作,均属违法,构成商业贿赂行为。^[4]

(四) 保险业商业贿赂的一般性表现

据初步调查了解,目前保险系统所涉及的商业贿赂集中出现在手续费、佣金和优待上,大致有以下 4 种表现形式:

[1] 参见张国峰《保险企业商业贿赂行为的认定标准》,载《上海保险》2007 年第 8 期。

[2] 李南:《反商业贿赂研究》,《西南政法大学硕士学位论文》2007 年。

[3] 程宝库:《商业贿赂法律与典型案例解析》,法律出版社 2006 年版,第 94 页。

[4] 李南:《反商业贿赂研究》,《西南政法大学硕士学位论文》2007 年。

1. 保险机构支付手续费、佣金的标准过高。根据 1999 年 2 月 1 日财政部发布的《保险公司财务制度》以及公司的有关管理制度规定,保险公司可以向代理方和经纪人给付最高不超过保费 8% 的手续费,且还是要扣过税款后以转账形式支付。但在实际交易中,保险公司尤其是新下设机构为了争夺这些保险代理方和经纪人,特别是党政机关、事业单位、大型车队等优质客户以及租赁公司、出租公司、汽车销售商等大宗业务,不断给出更高的手续费或变相提成,有的地方手续费及优惠已突破保费的 50% 以上,这不仅违反了监管规定,而且已涉嫌商业贿赂犯罪。^{〔1〕}

2. 手续费、佣金的支付对象不适格。如本文上部分所述,代理手续费、佣金只能支付给具备合法资格的中介机构或代理人,不得向党政机关或国家工作人员支付费用或提供利益。但现实交易中,掌握了保险资源的管理部门、分管保险的领导及业务经办人往往利用投保的选择权,公开索要高额好处费;车险市场高额回扣等非法利益也吸引着许多兼业代理人甚至无证机构和无证人员非法从事保险代理业务。

3. 手续费、佣金的支付方式不是明折明扣,而是明佣暗返。支付给客户和中介的手续费既可能给交易对方当事人,落入单位小金库,也可能给对方单位的主管人员或者经办人员,落入其个人腰包。因此很多情况下都不通过转账而直接以现金支付给对方。即使正规的中介代理机构也往往是标准内的手续费转账、超标准部分提现金,特别是中介代理机构。部分机关企事业单位经办人或是领导在这方面有所顾忌,其手续费往往采取报销费用、收取各种高档生活用品、奢侈消费品、免费为亲朋好友办理保险等方式处理,一些公司在支付方式上可谓为对方想尽办法、担尽责任。^{〔2〕}

4. 手续费、佣金的支付来源渠道繁多。有的公司往往采取账外暗中操作的方式,通过挂应收保费、虚假批退、虚假列账,甚至删单、吃单、制作鸳鸯保单等设置账外账小金库,用违纪违法的手段解决。“鸳鸯保单”一般不会单独出现,而是常常与“吃单”、“删单”相配合出现。因为玩这些把戏的真正目的是侵吞保费。所谓“鸳鸯保单”是指同一份保单出现两种版本,保险公司因给客户的手续费高于国家规定的标准,且为了躲避相关部门的检查,所以制定了两种保单,他们往往把真实的保单给客户,自己留存的是修改后的保单,即在该公司出具的保单中,保单号、保费金额等内容与投保人签订的保险合同正、副本不相符。“吃单”就是保险业务人员或机构向投保人收取保费后,未将保费入到保险公司的帐上,私自截留;所谓“删单”,就是将保费入账后,再通过私自注销保险合同的方式将保费非法套出。^{〔3〕}

二、保险业商业贿赂的成因分析

商业贿赂成因大同小异,但因保险业的特殊性,当然也会有自己特殊的成因。只有剖析清楚这些成因,才能找到有效治理的对策。目前保险行业涉嫌商业贿赂的问题主要是围绕手续费、佣金、优待所出现的。究其原因,很大程度上在于市场竞争的无序、经营主体和中间环节人员法纪观念的淡漠。当今保险市场日趋开放,主体不断增多,竞争日趋白热化,价格战成为主要竞争手段,短时期内确实会出现非理性竞争所导致的不正当交易行为。同时,监管力量滞后于市场,监管制度落实不到位等等都是商业贿赂入侵保险业的原因之一。

(一) 对经济利益的追求是保险业商业贿赂产生的内在因素

1. 在市场经济条件下,对经济利益的追求是商家的直接目的,同行竞争成为必然。在供过于求的买方市场,企业为占得先机就必然用尽办法、不择手段。这都是由于市场经济的非理性因素形成的,市场

〔1〕 陈信,周强:《刍议保险行业商业贿赂的治理与防范》,载《金融与经济》2006 年第 9 期。

〔2〕 陈信,周强:《刍议保险行业商业贿赂的论理与防范》,载《金融与经济》2006 年第 9 期。

〔3〕 陈信,周强:《刍议保险行业商业贿赂的论理与防范》,载《金融与经济》2006 年第 9 期。

经济的非理性因素指的是市场的一种最本质的内生因素以及影响市场行为者抉择的某些心理和精神层面的因素。这种对经济利益的非理性追逐,是形成商业贿赂的内生因素。

2. 同时,在现代科技发达的条件下,保险产品渐渐陷入同质化,保险竞争者进入恶性竞争。我国的保险市场已经由独家垄断走向多元竞争,但保险经营者的创新能力仍显不足,即使有一家公司突破推出新款保险,别家公司也会跟风而上,因此依然存在并直接导致了低水平的非理性竞争。保险经营者受传统经营观念的束缚,难以充分发挥自身股东资本、治理结构或者企业文化等方面特有的优势,没能以开放的眼光和创新的思维去寻找产业结构升级和人民生活改善所带来的保险新需求,仍然习惯于通过价格、关系网等初级手段来争抢业务,使得商业贿赂现象滋生蔓延。

(二) 市场经济体系的不完整是商业贿赂存在的外部因素

我国的市场经济发展尚不成熟,在对保险业监管方面也主要是依靠国家成立的保监会总体调控。我国市场在保险业监管方面主要存在以下几点问题。一是市场的运行缺乏统一的市场规则。对保险监管的部门过多,没有统一的体系,这就容易导致管理规章的交叉和冲突,而其整体上又缺乏一个协调各管理部门的权威性机构。同时对各管理机构缺乏有效的监督和制约,给贿赂行为提供了客观上的机遇和环境。二是对市场缺乏有效的管理和疏导,加剧了各类市场的混乱状况,使行贿受贿违法犯罪分子有可乘之机,损害国家和人民的利益。三是在不完善的市场体系中,政府对经济的干预程度增大,公共权力运行不规范、不透明,也为商业贿赂的存在提供了条件。^{〔1〕} 公平竞争的市场环境在一定程度上可以说是由政府提供的,政府通过制定政策法律和行政管理行为来培育、发展市场,营造公平竞争的市场环境,这主要是通过执法行为来体现和实现。各级工商行政管理机关作为政府管理市场的职能部门,应当促进市场秩序的形成并维护这种秩序。

(三) 市场规则的不完善、执法不严是商业贿赂行为屡禁不止的重要原因

1. 市场规则的不完善使得对商业贿赂行为的打击难度增大。要有效惩治商业贿赂,必须拥有较为完善的执法依据和执法系统。我国颁布的一系列的法律法规如《反不正当竞争法》、《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》等法律法规都对惩治商业贿赂起到了重要作用。但是在针对保险、银行、证券等方面的专门立法却很少,对业内的商业贿赂行为的惩处规则是原则性的、笼统的,缺乏可操作性。规制市场的法律法规体系不科学、法律之间相互冲突等等,都是造成经营者钻法律漏洞的现象的重要原因。

2. 执法不严、打击不力的负效应使商业贿赂行为得不到遏制。近年来,我国在反不正当竞争,打击商业贿赂中取得了一些成绩,但由于手段、立法等局限性,以及保险业近年的飞速发展,高额的利润促使他们铤而走险,面对可能受到的打击依旧我行我素,为取得高额利润而行贿受贿。

(四) 不完全信息和非对称信息引起市场失灵

不完全信息和信息不对称是保险业商业贿赂产生的另一个重要原因。用不实的统计、财务信息掩盖商业贿赂行为,尽管其产品和服务质量不高,但达到了占领市场之目的,其他经营者因无法了解商业贿赂的真实情况,出现信息不完全或不对称,尽管其有较好的产品和服务,但不能赢得市场,从而出现劣货驱逐良货现象;另一种可能是消费者买到质次的保险后,担心再次买到质次保险产品而不再购买保险,其结果是市场得不到扩张,或导致市场萎缩;第三种可能是实施商业贿赂经营者得到了更多的资源,不能使资源得到最优配置,实现不了公平竞争和公平交易。^{〔2〕}

〔1〕 何焱、谭志欣、苑世林、赵康民、萧华:《商业贿赂的成因及治理对策》,载《社会科学论坛》2007 年第 11 期。

〔2〕 李常春:《信息不对称与保险商业贿赂防治初探》,载《保险研究》2006 年第 7 期。

（五）保险经营者内部管理结构不合理

我国目前保险市场的现代保险企业制度尚未成形,很多地方存在着管理漏洞,使不法分子有机可乘,究其原因主要有以下三个方面:

1. 保险机构经营者依法经营意识淡薄。保险从业人员的法律法规意识不强,合法经营的内在约束明显不足,在经营中仍然是追求短期利益,不顾长远发展。这是保险贿赂之所以猖獗的一个重要的诱因之一。

2. 内部机构中上级管控不力。上级公司为了迅速扩大业务规模,不顾自身实际的管控能力,以致对分支机构管理比较薄弱甚至不到位,在主、客观上为下级机构实施商业贿赂制造了条件。

3. 公司内部核查流于形式。各家公司内部稽核部门不够中立,检查力量普遍较弱,力度和深度都不足以深入到销售理赔的每一个环节,使整个保险流程节节相扣,这就为保险业商业贿赂的滋生打开了方便之门。^{〔1〕}

（六）法律滞后、法制政府尚未完全建立,行政不规范依然存在

1. 职能部门的行政方式仍然停留在传统的计划管理阶段,依法开展行政许可和行政处罚的意识不强,有时还习惯运用行政命令等简单方式代替市场规律调节经济。一些职能部门基于本位主义的驱动,追逐和实现自身的经济利益,甚至这些经济利益是不合法的。政府法治建设的不完备,不仅在主观上提高了保险公司商业贿赂的预期收益,也在客观上为保险业商业贿赂提供了滋生的土壤。

2. 我国惩治商业贿赂的政策法律明显滞后,商业贿赂违法成本过低,具体体现在查处概率较低和处罚不够严厉两个方面。第一,查处概率较低。《刑法》、《反不正当竞争法》、《保险法》等法律虽然严禁商业贿赂,但总体上不同的法律法规之间对商业贿赂的规定显得较为分散,不同主管部门在打击商业贿赂时难以形成合力,加上在保险业中商业贿赂行为是伴随着交易的进行而完成的,具有隐蔽性强的特点,因此被查处的概率较低。第二,处罚不够严厉。不论《刑法》还是《保险法》,这些涉及到商业贿赂的规定总是一条简略盖过,对犯罪行为的惩罚也不够严厉。在此,笔者认为我国现行法中对保险商业贿赂犯罪的惩罚力度远远不足以弥补贿赂行为给整个保险业经济造成的危害。

三、保险业商业贿赂的治理对策

（一）理论建议:做好利益协调工作

利益协调是治理商业贿赂的政策核心。形式上,商业贿赂是利益实现的一种扭曲形态,是商业贿赂者扭曲心态的一种反映。在市场经济中,当价值规律发生作用的时候,经营者之间的利益实现就会受制于竞争机制,优胜劣汰、适者生存成为不可抗拒的市场规律。在保险业的治理对策中,做好利益协调的工作是很必要的。

因此在政策上要对获取合法利益的手段给予支持,对获取非法利益的手段予以打击,对受损利益给予必要的补偿。在商业贿赂过程中,行贿人与受贿人之间是一种封闭式的利益关系,行贿人寻求利益表达和利益实现的机会,受贿人寻求利益实现和心理补偿的机会,二者互有所需。这种利益关系的实现是

〔1〕 徐继响:《浙江省治理保险业商业贿赂调研》,载《中国保险》2006 年第 8 期。

以牺牲社会整体利益关系为代价的。^{〔1〕} 通过商业贿赂行为,商业贿赂者实现了自己的不正当利益需求,却把原本用于全社会分配的利益占为己有,严重损害了绝大多数人的合法利益。行贿人与受贿人的行为阻断了其他经营者对市场稀缺资源的使用机会和收益机会。这样,商业贿赂者与其他经营者之间必然存在利益冲突。治理商业贿赂在某种意义上就是通过遏制一切非法利益实现行为来达到利益分配的相对公平公正,维护社会稳定。增加政府行政工作信息公开,衡平公众对于信息的掌握度,减少信息不对称而引起的不公平竞争。治理保险业商业贿赂最后还是应当着眼于利益协调工作,在治理腐败中协调利益,在利益协调中治理腐败。

(二) 保险业中反商业贿赂的具体措施

在保险业中,可以具体问题具体研究对策,针对上面提出的保险业商业贿赂的主要成因提出以下五个方面建议:

1. 引导保险产品创新,转变竞争模式,使保险经营者的工作重心转移到保险产品创新上来。引导公司重新审慎研究现有的保险条款和费率,调查分析目前市场的实际情况,细分市场需求,有针对性地设计、开发出适应不同消费群体、适应区域性风险的保险产品,增加产品供给、提高服务质量,特别是要加大开发、拓展力度,实现多渠道创收,尽量缓和保险产品同质化的态势。引导公司摒弃商业贿赂之类的不正当竞争行为,实现从恶性竞争向良性竞争的转变。

2. 建立完善的市场体系。保险业出现大范围的商业贿赂,核心症结在于市场制度范畴。因此,要建立一个清洁的保险运作环境,不能仅从市场经济层面加强治理,更要上溯到公共权力的源头,从规范权力与市场的关系做起。第一,规范市场交易中的限制竞争行为。在一些竞争充分的产业,比如在零售市场中超市大卖场、大型百货商场等,它们相对于中小生产企业具有市场优势地位,而对这种强势的滥用是对公平竞争的限制,因此要对这类企业的行为进行限制和规范。第二,提高市场开放程度。要建立比较完备的市场准入开放制度,消除部分产业领域在行政背景下的竞争缺失,特别是在电信、金融等行业,表面上看其市场化程度已经比较高,但实际上他们具有必然的垄断性质,在这种不完善的市场体系中,少数人握有权力,限制了其他竞争对手的进入,自然就形成商业贿赂的土壤。第三,加快行政体制的改革,减少政府的审批项目。通过市场进行资源的配置,淡化政府行为对市场的影响。^{〔2〕}

3. 针对上述监管不严的成因加强专项监管。保险业商业贿赂行为具有主体复杂、行为复杂的特点,监管机关在充分发挥保险监管职能、加强专项监管的同时,要密切与检察机关等相关部门的协作,形成合力,做好“齐抓共管”。充分发挥保险监管职能,加强专项监管。首先要改进现场检查,增强现场检查的科学性、针对性和有效性,切实规范市场秩序。其次要完善非现场监管手段,提高数据的真实性,切实提高风险监控能力。最后要对保险经营者进行分类和差异化监管,重点查处商业贿赂问题比较严重的保险经营者。治理保险业商业贿赂关键是充分发挥保险监管职能,加强专项监管。^{〔3〕} 与此同时,加强与检察机关等相关部门的协作,做好“齐抓共管”非常重要。

4. 完善信息披露立法工作,提供信息公共物品服务,扫除公众信息盲区,消除社会对商业贿赂的“认知模糊”。首先应充分利用媒体和各种宣传方式,让公众知道什么是保险业商业贿赂,让从业人员知道“潜规则”是非法的,形成打压商业贿赂的舆论氛围;二是在业内找出商业贿赂的典型案例,交由公检法部门查处,并公布于众,形成威慑力;三是在从业人员中重申道德规范,倡导诚信,把职业道德建设作为一项长期的工作来抓,形成反商业贿赂的长期机制,法德并举,这才是清除商业贿赂的根本之道。要统一行业信息标准,提高信息的可比性和准确性,而这有赖于所依据的信息标准。若不统一确定经营主体所报备监管机构或向公众所披露的信息标准,即使能及时向公众披露,所披露的信息也可能会误导

〔1〕 庄德水:《当前商业贿赂的治理对策研究》,载《法学论坛》2007 年第 5 期。

〔2〕 何焱、谭志欣、苑世林、赵康民、萧华:《商业贿赂的成因及治理对策》,载《社会科学论坛》2007 年第 11 期。

〔3〕 徐继响:《浙江省治理保险业商业贿赂调研》,载《中国保险》2006 年第 8 期。

公众或投保人。因此,监管机构应尽快统一衡量主体经营状况的行业标准,避免信息误导公众或投保人,减少信息的不对称。^[1]

5. 改善公司治理结构,加强公司内部管理控制。改善保险经营者的治理结构将从根本上杜绝商业贿赂。在治理商业贿赂中关键是加强内控,主要做到以下几点:一是抓好自查自纠工作。保险经营者首先在本公司系统内认真做好自查自纠工作,全面清理各项业务环节,特别是中介代理等易发高发环节,为下一阶段整改打好基础。二是开展专项检查。上级分支机构应积极开展对所属分支机构的反商业贿赂专项检查,发现问题及时纠正,杜绝大案要案的发生,防患于未然。三是抓好内部规章制度建设。要通过强化内部管控,从源头上治理和防范商业贿赂案件的发生。建立健全保险从业人员职业操守,强化对高管人员和保险中介、关键业务岗位的监控,防范商业贿赂行为的发生,从根本上做好预防工作,减少和杜绝商业贿赂现象。^[2]

6. 完善商业贿赂立法,提高违法成本。我国的《刑法》虽然规定了商业贿赂犯罪,但存在犯罪主体过窄等问题。按照国际司法理念,治理商业贿赂不应以《刑法》为主,而应以加大行政处罚力度为主。在此笔者建议完善相应的关于贿赂方面的保险法律法规以及在《反不正当竞争法》中加大对商业贿赂的惩罚规定,分细则界定保险贿赂的主体、客体、形式等主要问题,完善会计立法制度和海外反商业贿赂法律制度,^[3]从而使分散在各个部门法中涉及商业贿赂的条文能够更加紧密的整合在一起,编织成一张疏而不漏的反保险业商业贿赂的“法网”,提高其违法成本,使每一次商业贿赂都得不偿失。同时完善社会监督机制,强化舆论宣传监督。加强与主流新闻媒体的沟通与合作,大力宣传商业贿赂行为对保险业的危害性及禁止商业贿赂的法律法规,提高全行业依法、合法的意识,在全行业营造一个共同打击商业贿赂的良好氛围。

综上,只有从微观到宏观、从公民个人到企业再到国家做好商业贿赂的防范与治理工作,才能净化保险环境,形成良性的竞争市场,进而杜绝商业贿赂现象,使社会经济步入正轨。

(责任编辑:王建敏)

[1] 李常春:《信息不对称与保险商业贿赂防治初探》,载《保险研究》2006 年第 7 期。

[2] 徐继响:《浙江省治理保险业商业贿赂调研》,载《中国保险》2006 年第 8 期。

[3] 周颖江:《论我国反商业贿赂法律制度的完善》,湖南大学硕士论文 2007 年 9 月 27 日。

【比较法研究主持人：章彦英博士】

中美价格垄断法律规制比较研究

章彦英

[摘要]作为一种限制、破坏市场竞争机制的极具危害性的行为和垄断的重要形式,价格垄断历来是各国反垄断法规制的核心内容之一。作为现代反垄断制度之滥觞,美国有着丰富的反价格垄断经验,而我国正处于特殊的经济转型期,目前的价格垄断规制体系在立法内容、执法机构、法律责任、法律适用等方面存在诸多问题,应参考与借鉴美国经验,尽快加以解决。

[关键词]价格垄断;法律规制;比较研究

一、两种语境下的价格垄断

价格垄断,也称价格卡特尔,指企业以排挤其他经营者、获取市场垄断地位或垄断利润为目的,通过价格或价格行为体现出来的限制竞争行为。因社会制度与市场环境的不同,这种限制竞争行为在在中美两国的表现形态存在较大差别,具有不同的特点。

在美国这样一个发达的市场经济国家,由于法制健全,公平民主的观念深入人心,纯粹的行政机关及其官员公开寻租、从事限制竞争行为的现象极为罕见,其最主要的价格垄断是固定价格协议等横向定价协议(也即横向固定或者变更价格协议)、转售价格维持等纵向限制行为、企业合并行为以及价格歧视、低价倾销等滥用市场优势地位控制价格的行为等等经济性价格垄断。行业协会组织的价格垄断虽然存在,却并不带有官方或半官方的性质,其实质仍为经济性垄断。因此,美国反价格垄断的使命相对单纯,主要是规制经济性价格垄断行为。

我国正处于由计划经济向市场经济过渡的特殊转型期,价格垄断除表现为市场经济国家普遍以立法约束的经济性价格垄断外,还突出表现在行政性价格垄断以及半官方的行业性价格垄断。其中,行政性价格垄断主要包括地方保护性价格垄断、国家垄断行业、专营专卖行业等特殊行业的价格垄断以及行政性公司或企业^{〔1〕}的价格垄断,这类垄断背后隐藏着巨大的部门利益,本质上是政府权力的“外溢”。目前在我国,行政主体凭借其特殊地位,以公权力代替私权利,干预或者影响市场竞争以谋取自身利益的情形比比皆是,极大地危害了市场经济的健康发展,成为破坏正常市场竞争秩序的最大根源。难怪有学者疾呼:“反价格垄断的重点是反行政价格垄断”。^{〔2〕}

行业性价格垄断则是指由行业协会组织本行业经营者所进行的价格垄断行为。由于多带有半官方的性质,这种行业协会动辄以组织的名义联合限制相关商品的价格竞争,而且是理直气壮,公然实施,认

作者简介:章彦英,山东经济学院法学院副教授,中国政法大学博士研究生,主要研究方向为比较民商法、美国法律制度、法律英语等。

〔1〕即一些占据竞争优势、集行政管理和生产经营于一体的行政性公司、承担着管理行业任务的大企业集团以及一些挂靠行政机关享受优惠待遇的企业。

〔2〕林志强:《论〈价格法〉对价格垄断规定的不足与完善》,载《贵州财经学院学报》2002 年第 2 期。

为自己的行为合理合法。《反垄断法》出台之前,类似的行业性价格垄断事件在诸多行业频频发生,严重限制了这些行业内的正常竞争,抑制了市场机制作用的正常发挥。曾经炒得沸沸扬扬的方便面涨价事件^[1]即为典型的行业性价格垄断行为。

二、两国对价格垄断的法律规制

(一) 中国的价格垄断规制体系

1. 相关立法

反价格垄断可谓我国反垄断立法和实践过程中最具活力的一部分,对价格垄断的规制为我国的反垄断立法奠定了基础,积累了经验。

与价格垄断有关的规范最早当属 1980 年国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》第 5 条:“开展竞争必须对不合理的价格逐步进行必要的调整”。1987 年 5 月国务院发布的《加强生产资料价格管理制止乱涨价乱收费的若干规定》则在反垄断制度层面上最早提及“价格垄断行为”,禁止企业之间串通商定垄断价格。同年九月,国务院发布《中华人民共和国价格管理条例》,将企业之间或行业组织商定垄断价格的行为规定为非法。至此,我国的反价格垄断立法始露端倪。

1993 年的《反不正当竞争法》规定了低于成本价倾销、串通招投标等几种具体的价格垄断行为。1998 年 5 月 1 日生效的《价格法》则首次以价格基本法的形式列举规定了禁止串通价格、滥用市场优势的倾销、哄抬价格、价格欺诈、价格歧视、变相提高或压低价格等价格垄断行为,并对上述行为规定了明确的法律责任。

国家发展与改革委员会(下称国家发改委)于 2003 年颁发的《制止价格垄断行为暂行规定》(下称《暂行规定》)首次明确界定了“价格垄断行为”,禁止经营者串通操纵价格、强制限定转售价格、凭借市场支配地位牟取暴利、低价倾销商品、对条件相同的交易对象实施差别待遇等,经营者凭借市场支配地位实施的价格垄断行为由此纳入法律调整的范围。

2007 年 8 月出台的《中华人民共和国反垄断法》(下称《反垄断法》)对价格垄断作了相对全面的规制,除规定经济性价格垄断、明确禁止经营者达成垄断协议、滥用市场支配地位以及具有或者可能具有排除或者限制竞争效果的经营者集中外,还将公众反应强烈的行政性价格垄断和行业性价格垄断纳入了规制范围。至此,我国价格垄断规制体系初步形成。

2. 执法机构

《反垄断法》出台前,由于法出多门,价格执法体系呈现多元化的特征。《价格法》和《暂行规定》赋予价格主管部门查处包括价格垄断行为在内的不正当价格竞争行为的权力,《反不正当竞争法》和有关法律法规将包括价格垄断行为在内的限制竞争行为归入工商行政管理机关和行业主管部门的职责范围,商务部则依据《外国投资者并购境内企业暂行规定》对企业包括跨国公司的并购协议进行管理,上述部门的职责权限明显存在交叉与重叠。令执法局面更为复杂的是,由于《宪法》、《立法法》赋予国务院各下属部门制定部门规章的权利,各部门出于追求利益最大化的需要,纷纷出台各自的规章,将法律未明之事尽量纳入本部门的管辖范围,以至物价、质检、技术监督、卫生管理、专利以及各行业主管部门都享有这样那样的执法权。

现已实施的《反垄断法》规定由专门的反垄断执法机构统一进行反垄断的执法工作。然而,由于相关细节问题未予明确,成立统一执法机构的条件尚不具备,目前的反垄断执法机构仍延续三足鼎立的主

[1] 2007 年 7 月底,世界方便面协会中国分会经多次组织行业内价格协调,通过媒体公开宣布方便面涨价,康师傅、统一、今麦郎等十多家产品市场总覆盖率达 95% 以上的知名企业全部参与调价行动。该事件曾引发商界、法学界等社会各界的激烈讨论。

要格局,由商务部负责经营者集中即并购行为的反垄断审查;国家工商总局负责并购之外的与价格无涉的垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行政权力排除限制竞争等方面的反垄断执法工作;国家发改委则负责并购之外各类价格垄断的认定和执法工作。短时期内,这种三分天下的格局将不会改变,冲突也仍将在所难免。

3. 法律责任

对经营者的价格违法行为,应令其承担何种法律责任?处罚的力度应该多大?作为价格基本法的《价格法》规定了没收违法所得、罚款、警告、责令停业整顿、吊销营业执照等法律责任;《反垄断法》规定对达成并实施垄断协议的经营者和滥用市场支配地位的经营者,没收其违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款;对达成垄断协议但尚未实施的,可处五十万元以下的罚款;对实施集中的经营者,责令其恢复至集中前之状态,可处五十万元以下罚款。对于行政性价格垄断,《反垄断法》赋予反垄断执法机构建议权,即向有关上级机关提出依法处理建议的权利,由上级机关责令改正,对直接责任人依法给予处分。而对组织本行业经营者达成垄断协议的行业协会,反垄断法规定可处 50 万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可依法撤销登记。

2008 年 1 月 13 日第二次修改的《价格违法行为行政处罚规定》(下称《处罚规定》)加大了对价格违法行为的处罚力度,提高了对相互串通、操纵市场价格、低价倾销、价格歧视等行为的罚款额度,由原来的“3 万元以上 30 万元以下”提至“10 万元以上 100 万元以下”,并明确规定对组织经营者相互串通、操纵市场价格的行业协会,价格主管部门可处以 50 万元以下的罚款,情节严重的,可由社团登记机关依法撤销登记。

(二) 美国的价格垄断规制体系

虽然有着根深蒂固的普通法传统,美国的反垄断法首先还是成文法,判例在成文法的基础上发展起来并且一直发挥着重要的作用。^{〔1〕}百余年来,美国以立法和判例的形式构建了严厉打击价格垄断的比较完善的法律体系。

1. 体系概貌

除大量的判例之外,美国规制价格垄断行为的基本法规如下:1890 年的《谢尔曼反托拉斯法》(下称《谢尔曼法》)。该法禁止一切限制贸易的托拉斯和其他形式的合作,内容较为抽象,是美国确定托拉斯行为的基本准则。其第 1 条规定:任何契约,以托拉斯形式或其它形式的联合,共谋用来限制州际间或与外国之间的贸易或商业,是非法的,任何人签订上述契约或从事上述联合或共谋,是严重犯罪。

1914 年的《美国联邦贸易委员会法》(下称《委员会法》)。该法未明确规定不正当价格竞争,但其第 5 条 a 项明确将商业中或影响商业的不公平竞争方法与不公平或欺骗性行为及惯例规定为非法,这一概括性规定实际上已包含不正当价格竞争的内容。关于“不公平”的适用范围,联邦贸易委员会应国会要求于 1980 年 12 月拟具了一份政策声明。根据该声明,构成上述条款之“不公平行为或惯例”的标准包括:(1)是否侵害消费者;(2)是否违反公共秩序与善良风俗;(3)是否违反伦理及审慎原则。学者们在解释“不公平行为”时,也有指应当包括公然的强制、秘密的强制、对弱势消费者不当之影响、重要资讯之隐藏、虚伪不实或欺罔及引人错误之陈述等。^{〔2〕}

1914 年的《克莱顿反托拉斯法》(下称《克莱顿法》)。该法在《委员会法》被批准后不久出台,其第 2 条把旨在形成垄断的妨害、破坏竞争的价格歧视规定为非法,指出了价格歧视、独家交易、合并和连锁董事会等四种引起反垄断注意的商业做法。但是,由于只禁止卖方利用地区差别的掠夺性价格策略来排挤、损害其他卖方的行为,该法只对损害第一线竞争即卖方之间的竞争适用,而不适用于第二线竞争即买方的竞争。^{〔3〕}1980 年的反托拉斯诉讼程序改进法对该法第 7 条做了修改,将独立核算的大型合伙

〔1〕 白宁:《谈国外反垄断立法的特点及对价格垄断的规制》,载《社会科学战线》2004 年第 5 期。

〔2〕 郭宗杰:《价格竞争法律规制的国际比较》,载《价格理论与实践》2004 年第 1 期。

〔3〕 高树印:《中美价格歧视观念与法律的比较研究》,载《中国物价》2004 年第 9 期。

企业和不具备法人资格的合营企业也纳入该法的管辖范围。

1936 年的《鲁宾逊 - 帕特曼法》。该法因对价格歧视行为的集中规定而又被称为《鲁宾逊 - 帕特曼反价格歧视法》。它既规定了直接价格歧视,即卖主对同一质量同一等级的商品对不同的买主直接施以不同的价格;又规定了佣金津贴、推销津贴、提供服务和设施等间接的价格歧视,弥补了《克莱顿法》之不足。

1968 年以来的四部《合并准则》。1968 年的《合并准则》于 1982 年和 1984 年经过了两次修订。由于生产同类产品的企业合并后市场份额达到 35% 就有能力在减少生产数量的同时对产品进行单方涨价,1992 年美国司法部和联邦贸易委员会联合颁布的《1992 年横向合并准则》重点规范企业间的横向合并,旨在防止反竞争的合并。

此外,基于美国法律双轨制的特点,美国各州均有其规制价格垄断的法律,内容与上述联邦法相类似。这些州法和上述法律一起,在施行中不断得到补充、修改和完善,有力地维护了市场的公平竞争。

2. 执法机构

美国的价格垄断执行机构是司法部反垄断局和联邦贸易委员会。反垄断局负责执行《谢尔曼法》、《克莱顿法》和除《联邦贸易委员会法》以外的一切反垄断法,其主要职责是对反垄断事件展开调查,并根据调查结果权衡是否向普通法院提起民事或刑事诉讼;其性质属于检察机关,并不具有独立的案件审理裁决权。联邦贸易委员会则为准司法机构,属于独立于联邦各部和总统的独立控制委员会之一,被称为立法、司法、行政之外的所谓第四部门,^[1] 有权独立裁决反垄断案件和不正当竞争案件。无论是联邦贸易委员会还是反垄断局,都享有众所周知的权威和崇高的地位。这两个相互独立的机构共同承担反垄断法的实施工作。为减少摩擦,两机构曾在 1948 年达成一份备忘录,即双方一致同意,在一方发动反垄断调查之前,需通告另一方,以避免管辖权或民事诉讼的冲突。此外,两机构还设置了“联络官”,负责疏通双方之间的关系。^[2] 尽管如此,冲突仍难以避免。两机构便通过协商或以各自专家在特定领域的实践经验为标准划分管辖权。一般来说,反垄断局负责处理计算机软件、金融服务、媒体和娱乐以及电信市场的竞争问题,联邦贸易委员会处理汽车和卡车、计算机硬件、能源、医疗、药品制造和生物技术等领域的反竞争行为。^[3] 这种“双头”执法的状况颇具特色,也颇惹争议。

3. 法律责任

对价格垄断,美国一般适用本身违法原则,并规定了严格的民事和刑事责任。根据《谢尔曼法》,价格垄断行为是犯罪,且被视为重罪,订立价格垄断协议的企业将被处以 1000 万美元以下的罚款,个人将被处以 35 万美元以下的罚款或 3 年以下的监禁,或者两种处罚并用。^[4] 修订《谢尔曼法》的《2004 反垄断刑事处罚加强与改革法》更将对企业的最高罚金提高至 1 亿美元,对个人的最高罚金提高至 100 万美元,对个人的最长监禁期限提高至 10 年。美国反垄断法专家认为,对违法企业的领导人判处刑事监禁,比仅仅对企业征收罚款的作用要大得多,特别是当违法企业的领导人在感恩节必须在监狱度过而不能与家人团聚时,无论对企业的罚款金额有多大,都不如制裁这些领导人更有威慑力。反垄断局长期以来也坚持这种信念:威慑与惩罚垄断最好、最可靠的办法,就是通过判处监禁的方式让有罪的个人承担责任。^[5]

《克莱顿法》同时也规定了民事赔偿责任条款,赋予垄断行为受害人主张三倍损害赔偿之权利。^[6] 《谢尔曼法》第 10 条也作了相似的规定。另外,《鲁宾逊 - 帕特曼法》包含有修正《克莱顿法》第 2 条 a 款至 f 款规定的价格歧视条款,对违反该条款者,受害人亦得提起私人三倍损害赔偿之诉。三倍损害赔偿

[1] 王名扬:《美国行政法(上)》,中国法制出版社 2005 年版,第 172 页。

[2] 王晓晔:《关于我国反垄断执法机构的几个问题》,载《东岳论丛》2007 年第 1 期。

[3] Global Competition Review. The 2006 Handbook of Competition Enforcement Agencies, P191。

[4] 转引自王晓晔:《关于我国反垄断执法机构的几个问题》,载《东岳论丛》2007 年第 1 期。

[5] [美]理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法(第 2 版)》,孙秋宁译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 50 页。

[6] Stephen Calkins, An Enforcement Official's Reflections in Antitrust Class Actions, 39 Ariz. L. Rev. 413, 437 - 44 (1997)。

偿是美国反垄断法推动私人诉讼的一个极有力的法律武器。由于该制度的存在,民众积极参与遏制非法垄断行为,成为反垄断法实现的重要力量,民事责任的惩罚与遏制功能得到令人满意的发挥。

三、我国相关规制体系的不足与对策

由上文可知,美国有着较为完善的价格垄断规制体系:其相关立法逻辑周延,并无明显的矛盾与缺失,且各州法律和联邦法律能够在施行的过程中不断得到补充、修改和完善;其可适用的法律明确,并无含混之处;其双头执法机构地位崇高,相互独立,虽无法完全避免摩擦,却可尽量通过协商公平执法;其所规定的责任制度也较为严格,其中对垄断企业的直接责任人或主要领导所实施的“人身罚”效果卓著,足以有效规制价格垄断行为。相形之下,由于我国价格垄断的情形较为复杂,相关规制体系存在若干亟待克服的问题。

(一) 存在的问题

1. 关于立法内容

首先,立法分散、法出多门,内容时有矛盾之处,体系上欠缺协调性。如对于价格歧视行为的相对方,《价格法》将其限定为经营者,规定“经营者不得有下列不正当价格行为:提供相同商品或服务,对具有相同交易条件的其他经营者实行价格歧视”;而《暂行规定》将消费者也归于相对方之列,规定“经营者不得凭借市场支配地位,在提供相同商品或服务时,对条件相同的交易对象在价格上实行差别对待”。又如,依照《处罚规定》第 3 条,价格违法行为的行政处罚由价格主管部门决定,然而对违反《价格法》第 14 条的价格违法行为情节严重的,却只能由工商行政管理部门吊销营业执照。诸如此类的立法失谐,将导致执法和司法的困难,且不利于维护法律的权威。

其次,立法缺少前瞻性,往往滞后于现实的发展,因被现实超越而出现法律空白。这是由于我们常常是看到问题出现了才会想到要立法来解决已然出现的问题,而非基于对未来的合理判断和分析,这就导致立法与现实的发展不相契合,一旦新的问题出现,便会束手无策。如《价格法》仅涉及到经营者串通操纵市场价格的情形,却将经营者凭借市场支配地位实施价格垄断的行为排除在外,对价格垄断的规定不尽完整;而且,该法并未关注当前突出的行政性、行业性价格垄断现象。又如,《暂行规定》虽然规范了经营者凭借市场支配地位实施的价格垄断行为,却忽略了滥用交易优势地位的价格垄断行为。而我国目前大量的价格垄断恰恰是在经营者滥用交易优势地位的情况下实施的。^{〔1〕}另外,包括《反垄断法》在内的相关法律对间接价格歧视均未明确规定,使一些貌似合法、实质违法的间接垄断行为难以得到必要的规制。

再者,某些法律条文太过原则和概括,对有些细节问题未加明确,降低了法律的可操作性。如《价格法》仅在一个条文中对滥用市场优势的价格垄断行为和联合限制价格行为作了笼统的列举,并未区分行为主体和适用原则。又如,对实施价格垄断的经营者应如何认定和计算其违法所得,《反垄断法》未予规定。而这一问题不解决,就无从确定经营者违法所得的数额,无法令其得到适当的处罚,反垄断法的威慑力将大受影响。而且,在界定垄断价格时,该法也未明确“不公平高价”和“不公平低价”的判定标准而只能由执法者自由裁量。在执法者素质尚待提高的今天,执法的公正性必然要大打折扣。

2. 关于执法机构

“世界上没有一个国家像中国这样由如此众多的行政执法部门来负责竞争执法。责权脱节、监管缺失等弊端日益显现。”^{〔2〕}我国曾因反垄断执法机构众多且竞相扯皮而屡遭诟病。这些机构职权相对

〔1〕 需要指出的是,前文所提及的罚金的征收并不免除违法者的民事损害赔偿赔偿责任。

〔2〕 吴伟达:《价格垄断及其立法规制》,载《政法论坛》2006 年第 4 期。

有限,既缺少事前干预的职能,也缺乏行之有效的执行权和制定相关法律法规的准立法权,在权力、行政级别上甚至不如垄断行业所属的部门,在人事和财务上又隶属于地方政府,导致其独立性、权威性受损,执法面临重重阻碍,受到种种干涉,在反价格垄断尤其是反行政性价格垄断方面不免畏首畏尾,很难有所作为。

《反垄断法》规定由专门机构统一进行反垄断的执法工作,但对该机构的设置模式、具体权限、人员结构等细节问题未予明确,导致反垄断执法权归属问题一直存有争议。目前的“三头”执法格局看似分工明确,相比以前杂乱无章的“多头”执法已有很大改观,但仍存在下列问题,其实效究竟如何,尚待实践检验:第一,此“三头”在权威性和地位上远远比不上彼“二头”,无法做到不受制于他人尤其是权柄在握的有关行政机构,执法力度难免会受到影响;第二,此“三头”看起来虽各掌一隅,但其权限范围的边界并不清晰,很难完全避免权力的交叉与重叠,容易导致相互之间的摩擦与冲突,造成执法混乱;第三,三机构之间并不像美国的“双头”执法机构那样存在有效的协调机制,使得经常产生的摩擦不易消除,有降低执法效率之虞。

3. 关于法律责任

第一,对价格垄断行为,现行法缺乏统一而严格的责任制度,尚不足以令垄断行为人心生畏惧。如对行政机构的价格违法行为,《价格法》仅规定“责令改正,并可以通报批评,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分”;对行业组织的价格垄断行为如何处理、承担何种责任、如何承担责任,则根本未予规定。即便是《反垄断法》,对三类价格垄断行为的处罚也失之过轻。尤其是对目前已成顽疾的行政性垄断,该法虽然表示了关注并单独进行规制,但将处罚权交给了上级机关,仅仅将建议权赋予执法机构。这在行政性垄断越来越普遍、行政机关之间存在诸多共同利益的今天,显然是一项无关痛痒的规定,其实效性可想而知。《处罚规定》看似加大了对价格违法行为的处罚力度,但罚款额度弹性太大,增加了执法的随意性;该规定并未提及行政性价格垄断,只在其第 18 条规定对“有本规定所列价格违法行为,情节严重,拒不改正”的“任何单位和个人”予以处罚。从字面看,“任何单位和个人”涵盖了“行政机构”,但将可予处罚的前提限定为“情节严重,拒不改正”的价格违法行为,显然预留了很大的弹性操作空间,使从事价格违法活动的行政机构可得轻易逃脱法律的制裁。

第二,相关法律法规的罚则多针对垄断企业,均未规定针对其直接责任人或主要领导的适当的短期刑罚或拘役,亦未有明确的“双罚”规定,对上述人员最多“依法给予行政处分”,这对于经济生活中频发的种种价格垄断现象,恐难形成有力的、有效的震慑。

此外,还有法律适用上的问题。在反价格垄断方面,反垄断法是新法、普通法,而价格法则是旧法、特别法,依据新法优于旧法的原则,价格法应当服从反垄断法,而依据特别法优于普通法的原则,反垄断法又应服从价格法。那么,反价格垄断的执法工作,究竟应依反垄断法还是价格法进行?抑或二者皆可作为定性和处罚的依据?这显然也是一个需要尽快回答的问题。

(二) 几点建议

1. 梳理并完善相关法律规定,出台配套措施

我国承袭大陆法系传统,以制定法为法律渊源,不承认司法判例的普遍法律效力,无法像美国那样通过判例来完善和发展反垄断法。对于相关法律之间存在的种种矛盾和冲突,比较可行的办法是首先对其进行梳理,对那些已完成其历史使命或不再适应当前形势的法律法规,尽快令其失效,以改变目前散乱无序的状态;在此基础上,应加快反价格垄断的配套立法工作,尽快出台配套的规则、指南或解释,拟定周延的条文并加以细化,填补法律空白,做好相关法律与反垄断法的衔接,为执法机关有效规制价格垄断行为提供更为全面、准确的法律依据。

此外,对于那些未予明确界定、但在执法过程中又并非可有可无的细节问题,也应尽快出台配套解释加以明确,以提高法律的公正性和可操作性。

2. 改善执法机制,提高执法能力

我国目前的“三头”执法机制虽然在相当程度上节省了立法成本,但无疑会因其头绪众多、人员复

杂、权力交叉而影响执法效率。试想,作为现代反垄断制度之滥觞、相关制度较为完善的美国,其所采“双头”执法机制尚无法避免两机构在权力上的重叠,这足以警示我们应未雨绸缪,在可能的情况下继续关注并改善我们的执法机制。具体来说,可以采取下述方法逐步加以完善。第一步,在目前“三头”执法的框架内,积极提高各机构执法人员的素质,在人员结构乃至部门建制上做一些可能的微调,以提高执法效率,减少不必要的摩擦和冲突。以国家发改委为例,不妨考虑从另外两个执法机构和其他研究机构抽调熟谙价格垄断理论和实务的人员,在其内部设立价格垄断事务室并提高其建制,令其拥有足够高尚的地位和权威。第二步,借鉴美国经验,在各机构之间建立一定的协调机制,以避免摩擦,提高执法效率。可以考虑在每个机构设置专门的“联络员”,负责在启动反垄断调查前通告其他两机构,以避免管辖上的冲突或矛盾。第三步,待条件成熟时,可考虑从各执法机构选调专业水平高、业务熟练的优秀人才,如法律界人士、检察官、经济学专家、其他专业人士等,组建一个统一而非并行分立的反垄断执法机构,将目前仍显分散的执法权最终归于一家,以法律的形式赋予它较高的行政级别、较广泛的行政权能以及一定的司法权和准立法权,尤其是有效的直接执行权,或者规定它有直接提起诉讼的权力,以保证其权威性,更好地实现反垄断执法功能,并避免可能出现的执法重复和浪费。入选人员宜享受公务员待遇,任期 5 至 7 年,不得同时在任何其他政府机构任职,也不能在企业中任职或以“其他形式参与市场交易”^[1],以确保其独立性。

3. 严格法律责任,加大规制力度

要提高价格垄断行为人的“违法成本”,令其“望垄断而却步”,必须严格法律责任,加大规制力度。笔者以为,可以在未来完善法律的过程中考虑以下几点。第一,规定“双罚原则”。目前过轻的法律责任使价格垄断行为人所支付的“违法成本”过低,远不足以遏制其垄断行为。我们宜借鉴美国经验,将“双罚原则”引入我国反价格垄断实践,在处罚市场主体的同时规定对其直接责任人员和主管领导给予处罚(不仅包括行政处罚,更应包括经济处罚),避免有关责任人员为逃避制裁将个人责任转嫁给企业,以达惩戒之目的。第二,设立“人身罚”制度。美国司法实践告诉我们,仅仅规定“财产罚”不足以令垄断行为人止步,而短期刑罚能起到很好的警示作用。我们可以考虑引入“人身罚”制度,对情节严重的垄断当事企业或行业协会实施处罚的同时,还要追究其主管领导或主要负责人的刑事责任,加大对垄断行为人的威慑力度。第三,设立“三倍赔偿金”制度,发挥民事责任的惩罚与遏制功能。关于倍率,正如美国反垄断法权威 Richard A. Posner 法官所言,“之所以设定为三倍者,乃因立法者判断,违反反垄断法之行为,其被查获、处罚的可能性有三分之一,为杜绝违法者之侥幸心理,乃设定三倍赔偿额,令其无实施违法行为之诱因”^[2]。不管其测算是否准确,美国的反垄断经验已经表明,这一制度确实有助于调动社会力量,有效打击价格垄断行为。我们有必要引入该制度,加大违法责任人的民事赔偿责任,提高其“违法成本”,力图消除其实施违法行为之诱因。这一制度不仅应适用于经济性价格垄断场合,更应适用于行政性和行业性价格垄断场合。^[3]

此外,关于法律的适用,可确立“从新从重”的原则。作为反垄断的基本法,《反垄断法》既已出台并生效,任何涉及到垄断包括价格垄断的问题都应首先考虑适用《反垄断法》,此所谓“从新”。但是,由于目前各种价格垄断行为频发,且大有愈演愈烈之势,为对其进行有效遏制,在必要时可以选择适用法律责任规定较重的法律,此所谓“从重”。《反垄断法》针对价格垄断行为所规定的法律责任总体上要重于作为价格基本法的《价格法》,但在某些环节,后者也有较为严厉的处罚,如其第 34 条第 3 项规定,执法者在进行价格监督检查时,“必要时可以责令当事人暂停相关营业”。《反垄断法》中没有类似规定。执法者必要时就可选择适用《价格法》对违法行为人及时做出处罚,以避免损害扩大。

(责任编辑:章彦英)

[1] 秦旭东:《反垄断法临产三大争议初定案》,载《21 世纪经济报道》2006 年 6 月 12 日。

[2] 罗豪才:《行政法学》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 259 页。

[3] Richard A. Posner, Antitrust Law: An Economic Perspective, Chicago, IL: The University of Chicago Press, 226 - 227 (1976)。

加拿大产品责任法及其对中国的启示

董春华

[摘要]加拿大产品责任法受美国影响很大,但在很多方面与美国产品责任法有较大不同,其在归责理论、集团诉讼、损害赔偿等方面有所发展。其拒绝适用严格责任,最近才允许集团诉讼,限制惩罚性赔偿、某种程度的厌讼是加拿大产品责任法的重要特征。加拿大产品责任法体系和原则的形成与其公共健康体系、产品责任保险、高昂的诉讼费以及诉讼费用承担原则有密切关系。相比之下,中国解决产品纠纷有更多依赖诉讼的趋势,因此,加拿大产品责任法的解决机制给中国产品责任法很大启示。

[关键词]产品责任;严格责任;集团诉讼;赔偿

由于历史原因,加拿大联邦最高法院以及其他法院虽然曾经从英国、澳大利亚权威法院中获得很多指引,但现在逐渐视美国司法和法律著作为型塑加拿大现代普通法的楷模。由于社会环境和政策条件的不同,曾经追随美国法的加拿大产品责任法表现出自己的独特风格。了解加拿大立法和司法界如何对美国先进的法律制度和法律原则进行变通,对中国目前大量借鉴、学习外国法律很有裨益。

一、概述

1. 产品责任法的功能。世界大多数国家产品责任法的功能都是保障产品安全,给受害者以补偿。加拿大产品责任法也不例外,它也是鼓励生产商提高产品安全性,并在合适的情况下给因缺陷受到伤害的人提供救济。在加拿大产品责任法中适用的各种原则,都是在努力平衡生产商与消费者之间的利益。^[1]

2. 司法领域产品责任“统一”原则的建立。加拿大联邦最高法院是全国的最高上诉法院,主要判决在全国有重大影响和涉及公共利益的案子。加拿大联邦最高法院通过这些判决活动建立了产品责任普通法的一般原则,这些原则指导着各省产品责任法的发展。像澳大利亚而不像美国,加拿大上诉系统的结构模式在全国范围内有效地建立了一套统一的普通法。^[2]

3. 立法领域的产品责任法。加拿大宪法规定,地方议会享有较大的立法权,包括“维护本省范围内的财产权和公民权”等 16 项权利,产品责任立法很大程度上就成了各省的“义务”。1867 年《加拿大宪法》曾授予联邦政府对涉及产品责任一系列事件的司法管辖权,只包括规范省和省之间以及加拿大和外国之间的商业贸易交易。各省也不可避免地通过一些略有不同的法律条文规定产品责任,如《货物交易法》、《消费者保护法》等立法就规定了产品责任的相关内容。

二、法院和立法部门对严格责任的态度

1. 严格责任的概念。它是指不管生产商的主观状态如何,生产商都要为产品缺陷导致的损害负责

作者简介:董春华,中国政法大学中美法学院 2006 级比较法学专业博士研究生,研究方向是比较民商法。

[1] David S. Morritt, Sonia L. Bjorkquist, Product Liability in Canada: Principles and Practice North of the Border, 27 Wm. Mitchell L. Rev. 177(2000).

[2] David S. Morritt, Sonia L. Bjorkquist, Product Liability in Canada: Principles and Practice North of the Border, 27 Wm. Mitchell L. Rev. 177(2000).

任,缺陷的状态是追究责任的依据和关键,它以损失转嫁理论为基础。因此,在严格责任之下追究产品责任一般不再指向行为或者过错,而是指向产品是否有缺陷,是否是该缺陷导致伤害。严格责任曾经在美国法律界得到很大支持,在司法界也起很大引导作用,但在加拿大却引起很大争议。

2. 法院对严格责任的态度。加拿大产品责任适用过失理论,在没有违反合同或立法等情况之下,追究生产商责任仍然要求其有过错。加拿大法官也并不情愿追究被告的责任,即使他们对生产商的特定产品已经适用类似严格责任的理论,加拿大法院还是强调,责任不是以严格责任为基础,而是以传统的过失理论为基础。^[1] 在一些案例中,拒绝适用严格责任使原告几乎不能或者根本不能获得任何赔偿。

(1) 在 Philips v. Ford Motor Co.^[2] 案中,安大略省上诉法院(Ontario Court of Appeal)阐述道:我们法院在产品责任案件中,不会将在美联邦一些州适用的严格责任适用于生产商、分销商或修理商。我们法律所强加给他们的注意标准是在特定条件下尽到合理注意的义务,而非其它。

(2) 在 Baker v. Suzuki Motor Co.^[3] 案中,法院判决,被告对原告在摩托车事故中受到的伤害不负责任,这对让人同情的原告一贝克是一个很无情的判决。他在这场事故中受到严重伤害,他个人没有任何过错。除非加拿大产品责任法开始对摩托车生产商为撞车产生的所有伤害适用严格责任,否则原告将得不到任何赔偿。

3. 地方立法部门对严格责任的态度。各省的《货物交易法》和《消费者保护法》暗含以严格责任为基础的原则,这表明省立法者们接受严格责任原则的趋势。^[4] 如在萨斯喀彻温省、新不伦瑞克省和魁北克省已经制定法律将严格责任原则适用于消费产品的生产商。^[5] 各省的“货物交易立法”也正努力寻求将严格责任适用于货物出卖方,而并不考虑卖方的过错。

1979 年,安大略省法律改革委员会^[6] 宣称,安大略省将通过立法使严格责任适用于商业供货商(包括生产商、进口商、批发商、分销商、零售商),他们要为由于自己生产的具有缺陷的产品导致的人身伤害和非商业财产损失负严格责任。^[7] 但这个建议至今也没有按计划行动,而且看起来在可预见的将来也完全不可能被采纳。

加拿大法院虽然在适用标准上试图对将产品投入市场的人课以更高的注意义务,加拿大地方立法机关似乎更愿意适用严格责任,加拿大倡导法律改革的势头几乎并不支持严格责任。

三、法院对责任和赔偿的限制

在加拿大,产品责任领域的损失赔偿一般包括经济损失赔偿(economic damage)、一般赔偿(general damages)和惩罚性赔偿(punitive damage)。

1. 经济损失赔偿。在产品责任诉讼中,对经济损失的赔偿包括对缺陷产品的修理或替换所需费用,以及由于价值不足而产生的商业损失和因失去利润或使用利益而产生的间接损失。

1973 年,与加拿大要求追究更大责任的大趋势相一致,加拿大联邦最高法院在 Rivotow Marine Ltd.

[1] Farro v. Nutone Electrical Ltd., 72 O.R. 2d 637 (C.A. 1990)。

[2] Philips v. Ford Motor Co., 2 O.R. 637, 653 (C.A.) (1971)。

[3] Baker v. Suzuki Motor Co., 17 C.C.L.T. (2d) 24, 283 (Alta Q.B., 1993)。

[4] 这种趋势也得到法律评论家的支持。如有加拿大侵权法学者认为,“加拿大产品责任法是让我们受伤的消费者从证明过错的沉重负担中解脱的时候了,不管生产商生产时是否有过失,生产商要为他们的缺陷产品负责”。

[5] David S. Morritt, Sonia L. Bjorkquist, Product Liability in Canada: Principles and Practice North of the Border, 27 Wm. Mitchell L. Rev. 177 (2000)。

[6] 该委员会主要致力于加拿大安大略省的制定法、普通法、法学、司法和半司法程序以及安大略省司法部门的法律改革,做出研究并提出报告,其于 1996 年 12 月停止。近两年,有关人士试图重建安大略省法律改革委员会,以期在法律改革方面重新回到对各州的领导地位上。

[7] Ontario Law Reform Commission, Report on Products Liability, Ministry of the Attorney General (Ont.) 1979. www.lexisnexis.com/cn。

v. Washington Iron Works^[1] 案中判决,由于生产商的过失而产生的经济损失在原则上是可以赔偿的。本案的主要依据是被告与原告有不断发展的密切关系,被告应该在发现缺陷时立即警告原告。法院注意到,如果仅仅因为设计过失或生产过失,生产商本不应该负任何责任,此案生产商因为应预见而未提供警告而使原告遭受潜在危险而承担责任。因此,法院判决经济损失的基本要求就是当事人之间有足够的相近关系。

2. 一般赔偿。指对不法行为所当然或通常造成的损害或损失给予的金钱补偿,原告毋需在诉状中专门说明或加以证明。地方普通法的货物买卖立法中一般都允许受伤的原告由于违反担保而遭受的直接和自然的损失得到赔偿。如果违反质量担保,原告自然有权了解产品按照担保所应有的价值和违反担保后所具有的实际价值的区别。^[2]

加拿大和美国产品责任法中的一般赔偿存在区别。1977 年,美国产品责任部门注意到,美国的损害赔偿主要由对生命快乐的缺失、疼痛、灾难而遭受的损失赔偿所组成。^[3] 生命是无价的,很难用金钱衡量。在这样的指导原则之下,美国法院经常判决很高数额的非金钱损失赔偿。而在此后不久的 Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.^[4] 案中,加拿大联邦最高法院却在非金钱损失的“封顶上”迈出重要一步。

由于通货膨胀的影响,加拿大一些严重伤害案件的上限赔偿额目前大约调至 25 万美元。澳大利亚或英国都在人身伤害案件的一般赔偿中采纳司法研究部门对赔偿金额的估价,但加拿大并非如此。在加拿大,赔偿金数额的上限规定使预见某一特定伤害的赔偿比在美国、澳大利亚或英国容易得多。

美国和加拿大在这一领域的区别在实际案例中得到证明。1995 年,美国内华达州的陪审团因为原告乳房移植泄漏受到伤害,使其获得接近 400 万美元的一般赔偿和 1000 万美元的惩罚性赔偿;而同时的加拿大联邦最高法院判决给受到类似伤害的加拿大原告 10 万美元的赔偿金。^[5]

3. 惩罚性赔偿。惩罚性赔偿,也称示范性赔偿或报复性赔偿,是指由法院所作出的赔偿数额超过实际损害数额的赔偿。^[6] 美国法院或者陪审团裁决的惩罚性赔偿数额之高,在世界各国是屈指可数的。很多国家的法院因为惩罚性赔偿破坏本国的公共政策,拒绝执行美国惩罚性赔偿的判决。^[7]

虽然近几年加拿大执行了美国一个惩罚性赔偿的案件^[8],其赔偿总额为 80 万美元,但加拿大产品责任案件的赔偿数额与美国相比仍然少得多。赔偿数额的不同某种程度上是因为对惩罚性赔偿的态度不同。加拿大联邦最高法院已经判决,惩罚性赔偿只有在以下情况才可适用:被告行为残酷、极端恶劣、恶毒或具报复性,应该受到惩罚;^[9] 即使符合这些标准,惩罚性赔偿的数额也相对较少。加拿大对惩罚性赔偿的态度虽不是敌视,但可称得上保守。结果在产品责任案件中,原告经常要求惩罚性赔偿,却极少得到赔偿;只有当被告的行为是蛮横的、无情的和猖狂时,原告才可获得赔偿。^[10] 加拿大没有通过立法对惩罚性赔偿进行正式封顶,但可预见的是,在加拿大产品责任案件中,我们不可能看到经常或高额

[1] S. C. R. 1189(1974)。

[2] Ontario's Sale of Goods Act, R. S. O. 1990, c. S. 1, 15. www. lexisnexis. com/cn。

[3] Interagency Task Force on Product Liability, Final Report (1977), p. VII-64. www. lexisnexis. com/cn。

[4] 2 S. C. R. 229 (1978)。

[5] 4 S. C. R. 634 (1995)。

[6] 王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000 年第 4 期。

[7] John Y. Gotanda, Charting developments concerning punitive damages: Is the tide changing? Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 45, 2007。

[8] Beals v. Saldanha, 3 S. C. R. 416, 2003 (Can.)

[9] Vorvis v. Ins. Corp. of British Columbia, 1 S. C. R. 1085 (S. C. C.) (1989)。

[10] Buchan v. Ortho Pharm, 54 O. R. (2d) 92 (C. A.) (1996); Blacquire v. Canada Motor Sales Corp., 10 Nfld. & P. E. I. R. 178, 17 A. P. R. 178 (P. E. I. S. C.) (1975)。

四、集团诉讼在产品责任法中的发展

逐步接受集团诉讼是加拿大产品责任法的最新发展。集团诉讼又称“代表人诉讼”，是共同诉讼的一种特殊形式，指当事人一方人数众多，其诉讼标的是同一种类，由其中一人或数人代表全体相同权益人进行诉讼，法院判决效力及于全体相同权益人的诉讼。其作用在于同时解决当事人一方为一个庞大集团的诉讼，简化程序，避免在同类问题上作出矛盾判决，保护处于相同情况的众多受害人的权益。

在美国，产品责任诉讼经常是以集团诉讼或多方当事人形式(multi-party claims)提起。现代商业生产大都是批量生产，而产品的设计缺陷几乎总是不只影响一个使用者。集团诉讼在美国的存在解决了现代民事纠纷中存在的“小额多数”的权利救济问题，任何消费者、投资者都可以对产品质量和权利中存在的侵权或瑕疵提起诉讼，而不只计算明确起诉的原告。集团诉讼受理费的减免、支付方式与律师代理费的胜诉提成方式促进了受害者权益的保护和对违章违规者的制裁。

1. 立法中的集团诉讼。虽然集团诉讼程序在美国很好地建立起来并普遍存在，其在加拿大和澳大利亚还是相对较新。^{〔1〕} 然而最近，加拿大有 3 个省通过立法允许集团诉讼，^{〔2〕} 原告也更愿意通过集团诉讼的方式提起产品责任诉讼。

2. 司法中的集团诉讼。虽然集团诉讼的立法没有在加拿大所有司法管辖领域中获得承认，安大略省高级法院(Ontario Superior Court)已经判决，省外的个人可以作为“非居住”集团成员参与诉讼，这扩大了集团程序主体的范围。^{〔3〕} 加拿大现在所有的司法机关都在民事程序的规则中允许“代表诉讼”，允许在该程序中由一个原告代表多个原告，这与集团诉讼很相似。

1992 年，安大略省通过立法引进集团诉讼，使集团诉讼成为很有吸引力的工具，个人原告可以起诉是公司的被告，特别是大公司。加拿大法院已经认可集团诉讼立法的三大目标：节约司法资源，增加打官司的机会以及纠正实际的或潜在的错误行为。以这些目标为中心，法院会愿意将作为“集团”的原告与公司的被告看成是普通当事人。^{〔4〕} 因此，即使起诉人遭受不同损失，能力受到不同程度的影响，所谓“集团”也很容易被确认。

3. 集团诉讼在产品责任法中受到青睐的原因。

(1) 原告通过集团诉讼所获得的利益明确。在加拿大，原告通常获得较少赔偿，或赔偿多些但结果并不确定，传统高诉讼成本也阻碍当事人积极参与司法程序；但现在，新的立法有效解除了很多障碍。加拿大集团诉讼立法首次允许在许多司法中以“风险代理收费”为基础提起诉讼，这在美国司法中是再普通不过的事情。结果，原告不需要因为诉讼支付无法预计的律师费，只有他们胜诉才会支付律师费。在那种情况下，付给律师的费用取决于判决的结果，因此原告在整个诉讼过程中几乎不需要支付诉讼费用。

即使原告败诉，他也可通过集团诉讼程序有效节省实际成本。在加拿大，不管是原告还是被告，只要败诉，他都被要求为胜诉方支付一些在案件中支出的相关费用；然而在集团诉讼中，如果原告最终在诉讼中败诉，立法允许公共基金为那些支出和成本买单。法院对该种诉讼还有自由裁量权，可不命令败诉的原告为胜诉的被告支付诉讼费。作为原告的个人加入集团诉讼是不会有损失的，这一举措鼓励他们，否则他们还要单独提起诉讼。

(2) 从被告的角度看，在集团诉讼中辩护是极其费时和昂贵的，并且结果很不确定。被告公司担心

〔1〕 1992 年 4 月，澳大利亚联邦法院已经开始允许集团诉讼。

〔2〕 魁北克于 1978 年通过法案允许集团诉讼；安大略省于 1992 年通过集团程序法案；英哥伦比亚于 1995 年通过集团程序法案。

〔3〕 Nantais v. Teletronics Proprietary (Canada) Ltd., 25 O.R. (3d) 331 at 347 (Gen. Div.) (1995).

〔4〕 Bendall v. McGhan Med. Corp., 14 O.R. at 734 (1993); Nantais v. Teletronics Proprietary (Canada) Ltd., 25 O.R. (3d) 331, 40 C.P.C. (3d) 263 (Ont. Div. Ct.) (1995).

即使胜诉也难以支付的诉讼费,或者不利判决所带来的巨大风险,集团诉讼这一制度从本质上鼓励被告试图解决问题,而不是为自己辩护。像澳大利亚和其他司法系统的经验所表明的,很多集团诉讼从不会到达判决的阶段。当面临集团诉讼和由于不利裁决所带来的被放大的潜在风险,在个人诉讼中积极辩护的公司通常被迫考虑和解,并可能将之作为解决困境的最好退路。^[1]

五、消费者不愿提起产品责任诉讼的原因

加拿大解决产品纠纷的方式比任何一个国家都要多样化,用诉讼解决纠纷不是加拿大消费者的首选,影响选择解决纠纷的方式的因素包括以下这些:

1. 诉讼费支付的原则。世界上多数国家诉讼费用的缴纳一般由败诉方承担。即使加拿大也不例外,败诉方被要求支付胜诉方的诉讼费,这无疑增加了双方进行诉讼的风险,高不可攀的加拿大律师费对当事人来讲更是雪上加霜。

加拿大原则上不允许风险代理收费方式是影响产品诉讼的重要因素。风险代理收费指律师获取的报酬取决于所代理的案件获得法院判决给付总额的一定百分比。如果败诉,律师除得到办理案件的正常“费用”,将得不到任何报酬。此律师收费原则在美国很流行,律师风险代理收费的比例各有不同,一般比例是三分之一。^[2] 和澳大利亚与英国一样,加拿大各省不愿意追随美国,原则上不允许律师风险代理收费。随着集团诉讼程序在加拿大的发展,“风险代理收费”已在诉讼中开始占有一定地位,但受到严格限制。在加拿大大部分地方,风险代理收费计划通常只在集团程序中使用,并且它们必须被法院逐案进行特殊证明。但在可以预见的将来,加拿大诉讼费用分担的方式不会得到改变,风险代理收费短期内不会产生很大影响。

2. 公共健康服务体系。在加拿大,原告获得较少赔偿,但其损失由普及的健康服务系统来补偿。由于有过错的产品导致损害,受害人通常不需要负担医疗费,如果是公伤,则在公共工人赔偿计划之内。地方的健康服务计划涵盖受伤者的医疗费用,因此他们不需要为自己的健康护理进行支付。公共医疗保险范围对阻止诉讼的影响是至关重要的,^[3] 这在英国和澳大利亚也得到见证,它们也有普及健康看护计划。

虽然地方健康组织作为保险人有权提出代位诉讼,以获得他们已经付出的支付;但实践中,如果受害人不提起诉讼,他们通常不会提起诉讼,除非在一些很严重的案件中,那些应为产品缺陷负责任的人通常不需要偿还公共健康看护系统的支付。

3. 产品责任保险。由于潜在的高额赔偿,足够的产品责任保险对生产商、供应商和分销商来讲至关重要。足够的产品责任保险很昂贵,但很好的决策却最终可以挽救一个面临判决或者调解经济困境的公司。

在加拿大,由于不适用严格责任,对一般损害赔偿的最高额限制,对惩罚性赔偿的慎重处理都减少了产品责任案件的经济负担,避免了保险或者“赔偿金”危机在加拿大的出现和发展。因此,在加拿大,生产商一般都能通过产品责任保险为产品纠纷带来的伤害买单,而不需要受害人通过诉讼获得赔偿。

4. 陪审团。在严重的个人伤害案件中,美国产品责任诉讼中陪审团裁决巨额赔偿所带来的威胁和现实,与加拿大法官不情愿判决巨额赔偿形成鲜明对比。在加拿大,陪审团在民事案件中极其罕见,几乎所有加拿大产品责任诉讼案件都是在地方最高法院系统中由法官独自审判。与陪审团参加诉讼相

[1] J. Stapleton, Comparing Australian Product Liability with EU and US, IBA Section on Business Law。Conference (September 1999: Barcelona, Spain). 转引自 David S. Morritt, Sonia L. Bjorkquist, Product Liability in Canada: Principles and Practice North of the Border, William Mitchell Law Review 2000 27 Wm. Mitchell L. Rev. 177。

[2] 杜永浩:《美国律师的收费方式》,2006 年 6 月 12 日更新,见老行者之家 <http://www.law-walker.net/detail.asp?id=3747>。

[3] B. A. Thomas & L. G. Theall, Product Liability and Innovation: A Canadian Perspective, 21 Canada - United States Law Journal 313, 314 (1995)。

比,这可以保持判决原则和赔偿数额的某种连贯性和可预见性。即使有陪审团参加诉讼,赔偿数额上也受到很大限制,并且,责任和赔偿数额在上诉阶段总要受到严格的检验。

5. 产品责任法律技术的特殊性,使产品责任当事人不倾向于选择诉讼获得赔偿。主要是因为:

(1)产品责任过失通常很难证明,即使专家能够证明,费用也很高昂。这要考虑被告常规生产的档案和信息记录,以说明在产品设计和制造过程中的合理注意,并证明他们忽视了这种注意,大公司由于不利判决的潜在影响而不惜一切代价积极辩护。对原告来讲结果通常很难预见,特别是加拿大拒绝适用严格产品责任。

(2)加拿大在法律成本方面的原则是创造一种激励以较早解决诉讼。虽然对胜诉方的赔偿通常仅是实际损失的一半,但被告同样有很高的诉讼成本。结果,从经济上考虑,即使在诉讼中能够预见胜诉的当事方也试图解决这一诉讼。

(3)安大略省《民事程序规则》^{〔1〕}进一步通过提出潜在赔偿的提议以促进妥协。可能胜诉的原告主动提出与法庭相当或稍少的赔偿数额,有权得到提出请求日起的利息和由于提出请求导致的更大诉讼成本的支付。不管被告还是原告提议,不接受提议但胜诉的原告不能获得比提议判决的更多赔偿,被告必须支付从提议提出日起原告的损失,原告也必须支付被告的部分损失。这些原则是鼓励提出合理提议,并且给接受者以压力,给解决争端的提议以认真的考虑。

六、对中国产品责任立法的启示

由于美国产品责任法的发达,过去世界大多数国家都在学习美国产品责任法。然而,加拿大产品责任法不需要依赖诉讼也能解决相应产品纠纷,法律成本比较低,这是值得我们研究和学习的。中国目前的产品责任领域有依赖诉讼的趋势,且认为对生产商课以越严格的责任,越能保护消费者的安全。这是认识的误区,因为除了诉讼和严格责任,其他更节约社会成本、更温和的方式也许更适合中国。我们从加拿大解决产品纠纷的解决机制中得到以下启示:

1. 建立公共安全保障体系。加拿大产品纠纷之所以不将诉讼作为首选,其重要原因是公共健康服务体系的存在,它可以为缺陷产品导致的伤害买单,无需受害人向生产商索要赔偿而再提起诉讼。中国产品责任诉讼近几年数量增加较快,很多学者引以为豪,认为是公民法律维权意识的提高。但产品纠纷进入诉讼且不说消费者能否获得赔偿,诉讼本身就是社会资源的极大浪费。因此,加拿大的这一解决机制是中国考虑解决产品纠纷的一个良策。

2. 完善并加强产品责任保险。加拿大和美国同时存在产品责任保险,美国曾出现产品责任危机,影响当时保险业的发展和产品责任纠纷的解决。而加拿大不适用严格责任,惩罚性赔偿比较罕见,数额受到很大限制,没有出现保险责任危机、产品责任危机。这样健康稳固的产品责任保险体系也使生产商能够通过保险为缺陷产品导致的伤害进行支付。中国产品责任保险已有所发展,但责任保险合同条款多有所限制,通过产品责任保险解决产品纠纷的案例也并不多见。因此,中国产品责任保险的各个方面还有待完善。

3. 完善产品责任归责理论体系。尽管“产品责任法适用严格责任已成为世界范围内的一大趋势”似乎在法律界已经达成共识,但这一观点值得商榷。美国《侵权法重述——产品责任》(第三版)对产品缺陷进行具体分类,对产品设计缺陷和产品警示缺陷适用过失责任,只有对制造缺陷适用严格责任。加拿大产品责任法仍然适用过失理论,而且在可以预见的未来,这一趋势会继续下去。这两个国家消费者权益得到保护的程度远远高于中国,因此,目前中国一味追求产品责任严格责任标准的做法值得重新思考,到底是立法不完善还是司法不够,消费者能否获得赔偿是否取决于严格责任本身。

(责任编辑:章彦英)

〔1〕 R. R. O 1990, Regulation 194, Rule 49 - Offer To Settle. www.lexisnexis.com/cn。

【公法研究主持人:何翠凤教授】

论突发事件信息公开的真实性原则及其例外

何翠凤

[摘要]根据知情权原理和我国相关立法,政府在突发事件信息公开时应当遵循真实性原则,但是由于现实中许多政府工作人员对信息公开真实性原则存在认识误区和法律对真实性原则规定的不完善,真实性原则在实践中并没有得到很好实现。真实性原则应当包括全面、客观、准确三个方面的内容。真实性原则不是绝对的,在突发事件发生时对知情权进行限制有其正当性,但是限制要适度,必须坚持法律保留原则和利益平衡原则。

[关键词]突发事件;信息公开;真实性原则;知情权

.....

由于近两年突发事件^{〔1〕}的迅速增多和广泛影响,突发事件应对中的信息公开成了舆论关注的焦点。突发事件信息公开的及时性原则被学界和实务界经常论及,而与之处于同样重要地位的真实性原则却被不应有地忽略了。真实性公开是信息公开的基本要义,它关乎信息公开的生命。只有信息真实准确,公众的知情权才能得到满足。突发事件中,公众的信息需求显得比平时更为急迫,政府只有及时、准确、全面地公开信息才能防止谣言的产生,消除公众的恐慌,降低因突发事件带来的损失,化解危机。由于现实中许多政府工作人员对信息公开真实性原则存在认识误区和法律规定的完善,真实性原则在实践中并没有得到很好实现。本文拟从正面界定信息公开真实性原则的涵义和准确把握真实性原则的例外两个方面对突发事件信息公开的真实性原则展开探讨,以期推动突发事件信息公开向更深入、更广泛的方向发展。

一、突发事件信息公开真实性原则的涵义界定

英国危机公关专家里杰斯特曾经提出,危机处理信息发布必须遵循三个原则,即:以我为主提供情况;提供全部情况;尽快提供情况。其中,提供全部情况体现了突发事件信息公开的真实性原则。我国的相关法律法规对突发事件信息公开的真实性原则的规定与之不同。2007 年国务院颁布的《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《条例》)第六条规定:“行政机关应当及时、准确地公开政府信息。行政机关发现影响或者可能影响社会稳定、扰乱社会管理秩序的虚假或者不完整信息的,应当在其职责范围内发布准确的政府信息予以澄清。”《中华人民共和国突发事件应对法》(以下简称《突发事件应对法》)第五十三、五十四条规定:“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府,应当按照有关规定统一、准确、及时发布有关突发事件事态发展和应急处置工作的信息”,“任何单位和个人不得编造、传播有关突发事件事态发展或者应急处置工作的虚假信息。”可见,《条例》和《突发事件应对法》都使用了“准确”一词来表述真实性原则。“提供全部情况”和“准确”,这两个用词的不同反应了二者在真实性原则认识上的差异。

鉴于我国在突发事件信息公开中的双轨制做法,《条例》和《突发事件应对法》仅使用“准确”一词来体现真实性原则显然是基于对现实制度的考量而作的妥协。相较而言,“准确”一词显然不如“提供

作者简介:何翠凤,女,山东经济学院法学院教授,研究方向:行政法。

〔1〕所谓突发事件,按照《中华人民共和国突发事件应对法》的界定,是指突然发生,造成或者可能造成严重社会危害,需要采取应急处置措施予以应对的自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件。

全部情况”更符合真实性原则的要义。

在《现代汉语词典》中,“准确”有两种解释:1. 严格符合事实、标准或真实情况;2. 与实际或预期完全符合。一般人对它理解时,重心总是放在“严格符合”或“完全符合”等字眼上,对“全面”和“客观”缺少关注。笔者认为“准确”应该是建立在“真实、客观、全面”的基础上的“准确”,没有“真实、客观、全面”做基础,“准确”就失去了其应有的意义。在“真实、客观、全面”基础上要求信息公开的“准确”,即“严格符合或者完全符合”真实情况,才是对信息公开真实性原则的正确认识。鉴于实践中我国对外信息发布的把关做法和我国学界以往在论述真实性原则时多用“全面、客观、准确”概括,笔者认为使用“全面、客观、准确”提法更科学更合理,也更容易纠正实践中的错误。

第一,“真实”“客观”是对信息的本质要求。首先,信息公开是为了满足公众知情权,但只有政府公开的信息是真实信息时,知情权方能获得实现。其次,对于普通公众来说,再没有什么比谎言更容易引起恐慌的了。所谓谣言止于公开,最基本的前提是公开的是事实真相,谎言澄清不了谣言。最后,信息公布本身是以国家的信誉为担保的,如果政府公布虚假信息,就会失信于民,在应对突发事件时,不仅得不到公众的理解和配合,反而会引起社会的混乱。诚实公开事件真相,建立与公众良好的交流和沟通渠道,才能够使公众对突发事件的性质和危害产生清醒的认识,消除恐慌、猜测和误解,更好地应对危机。

第二,“全面、充分”是对信息的量的要求,关乎信息公开的深度和广度。在信息不足的时候,掩盖真相只会加剧危险,造成民众的恐惧心理。对付流言的最有效办法就是不为流言留下空间。政府应该根据公众需求尽可能全面提供信息,如果政府提供的信息不全面、不充分,谣言就有可能乘虚而入,政府公开的信息就很难赢得公众的信任,因此,突发事件信息公开,不能只公开正面信息,对自己有利的信息,不公开负面信息。如贵州瓮安“6·28”事件初期处理就是如此。在政府7月1日披露了相关信息后,公众仍然不满意,因为当地有关部门的解释只是大概描述了群众围攻和冲击政府的行为事实,以一句“一些人因对瓮安县公安局对该县一名女学生死因鉴定结果不满”作了结论,对造成这一事实的导火索、对引发事件的命案本身的情况没有些许的说明。“没有殴打当事人”这一含糊其辞的说法,不仅不能说服人,反而使人衍生出许多猜测和臆想。“瓮安事件”的后期处置相对就比较恰当,政府查明多少、知道多少,就公布多少,根据调查情况在政府网站以滚动方式播出,全面、客观、公正,从而使事态很快得到了平息。

第三,“准确”是在“全面”“客观”基础上对信息公开质量的更高要求。信息公开不仅要“客观”、“全面”,而且用语要严谨、规范,信息要经过核实,做到准确无误,不得有任何歧义。

综上,笔者认为突发事件信息公开的真实性原则,是指在突发事件应对中,政府的信息公开应当符合客观实际情形,不夸大、不缩小,尽量全面、客观,符合事件的本来面目。广义的信息公开真实性原则应包括三项内容:(1)政府公开的信息要客观,不得有任何虚假成分,不得对信息内容进行实质性变更或修改,公开的信息必须与客观实际相符;(2)公开的信息应当全面充分,政府不得根据自己意志随意剪裁,只发布对自己有利的信息或者只公布正面信息;(3)政府公开的信息应当准确,严格符合事实、标准或真实情况,不能提供似是而非的信息,让公众无从判断事实真相。狭义的信息公开真实性原则仅包括第一项和第三项内容。^{〔1〕}

考察最近几年我国各级政府在突发事件应对中信息公开的实践,笔者发现突发事件违反信息公开真实性原则的情形主要有以下几种:一是政府出于各种原因,故意隐瞒真相,提供虚假信息,如华南虎事件。二是政府只公开正面信息,对自己有利的信息,而忽视其他的真实信息,特别是负面信息,不全面,不客观。这在人为事故的信息公开中表现得尤为明显,如山西溃坝事件。三是实行内外有别的信息公开双轨制,对外公开的信息经过严格过滤。我国大多地方的政府长期采取的是两条腿走路的信息发布办法,一是内部运作渠道,二是外部宣传渠道。所有和对外信息公开有关的活动,统一由一个部门处理,对外公开的信息要报领导审批,统一口径,所以所有对外信息都是经过有意处理的信息。比如非典时期,为了不影响过春节,不影响会展经济,不影响外商的商务活动,有意说非典疫情已经得到了有效控制。与此同时,为了有效控制非典疫情,有关部门又通过内部渠道,给各个单位通报真实疫情,要求为控制疫情采取相应措施,这在广州和北京都是如此。为了使这种双轨发布办法有效运行,各地政府对对

〔1〕 鉴于实践中突发事件信息公开真实性原则实现的主要障碍是公开不全面、不充分,本文真实性原则的例外主要在真实性原则的广义层面展开。

外信息都设有信息公开把关人。把关人的存在,使政府不仅公开信息,也过滤信息,甚至修改信息,企图以此给公众造成预期的影响,这种信息公开模式使得公众接触到的信息既不全面,也不真实。

需要强调的是,以下两种情形不属于违背真实性原则:第一,基于人类认识的局限,人们对事实的真相有一个不断求真的过程,符合这个客观规律的信息公开误差违背信息公开真实性原则。由于突发事件是突然发生并有可能持续比较长的一段时间,事态错综复杂,随时在发展变化或者并有可能反复,人们对事件真相的认识也不可能一步到位,因此,信息的真实性只能表现为一种过程,后续的信息公开自然纠正前面信息公开的误差,这是符合信息公开客观规律的,不违背真实性原则。第二,正常的信息筛选过滤不违背信息公开真实性原则。突发事件发生时,海量信息一拥而入,鱼龙混杂,真假莫辨,政府必须对大量信息进行筛选、甄别,只有这样,我们才能得到真实信息、准确信息,正常的信息筛选工作是信息公开的前提和基础。这种做法不违背信息真实性原则。信息的全面公开不等于全部公开,信息事无巨细全部公开根本做不到。另外,当然,如果事涉国家安全、公共安全或者他人合法权益,信息不公开也是合理的。

二、突发事件信息公开真实性原则的例外^{〔1〕}

许多政府工作人员对信息公开有这样的认识,他们认为信息的全面真实公开不利于社会稳定,“信息公开越全面,社会越混乱”,所以紧急情况下,公民的知情权应该受到限制,也有些人认为所谓“全面”“准确”就是要求公布突发公共事件的所有真相,保证所有细节都准确无误,这个根本做不到。基于这样的认识,突发事件发生时,他们总是以维护社会稳定为借口,拒绝全面公开,甚至不予公开。我国双轨制的信息发布模式正是基于这种思想认识建立的。突发事件中公众的知情权是否应该受到限制,限制的边界在哪里,如果这些问题不予以解决,信息公开就有可能流于形式。笔者认为真实性原则不是绝对的,在突发事件发生时对知情权进行限制有其正当性,但是限制要适度,必须坚持法律保留原则和利益平衡原则。

(一)突发事件中,对知情权限制的正当性

1. 权利是有边界的,知情权也不例外。“权利是一种相对的,而不是绝对的主张。”^{〔2〕} 每种权利的行使都是有限度的,一种权利的行使不能伤害到其他权利的实现。这是现代社会公认的法理。由于在某些情况下,信息公开确实有损害国家的公共利益和他人的合法权益的危险,因此,虽然知情权是公民的基本权利,具有重要的价值,但是对知情权也必须进行限制。知情权的行使不得危害国家安全、公共安全和其他公民的合法权益。就各国的宪政实践来看,紧急状态下,公民的权利都会受到一定限制,如人身自由、言论自由等。公民的知情权也不例外。

2. 法律对知情权的限制。世界上,许多国家都通过法律对知情权的限制作了规定,并且考虑到国家安全、公共安全是一国的最高利益,也是公民的立足之本,各国都把国家安全、公共安全作为免于公开情形的主要条款。如《日本政府信息公开法》第五条规定了六类豁免公开的信息,其中第(三)项、第(四)项就是关于国家安全、公共安全、公共秩序的规定;美国《信息自由法》第一条第二款明确规定了 9 项豁免条款,第(一)项就是关于国防和外交政策的某些文件。其他国家也是如此。我国法律在对公民知情权保障的同时,也对公民知情权进行了限制性规定。我国宪法第五十一条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利时,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法自由和权利。”《条例》第八条规定:“行政机关公开政府信息,不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。”第十四条第四款规定:“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。”公民在行使自由和权

〔1〕 客观、准确是信息公开的基本要义,任何时候都必须真实可信。信息公开真实性原则的“真实、准确”的内涵应该是绝对的,没有例外。所谓真实性原则的例外,仅指“全面、充分”的涵义而言。

〔2〕 [美]史蒂芬·霍尔姆斯、[美]·凯斯·R·桑坦斯:《权利的成本——为什么自由依赖于税》,毕竞悦译,北京大学出版社 2004 年版。

利时,必须遵守宪法和法律。

3. 突发事件信息公开需要对社会效果的考量。信息公开需要考量社会效果。在突发事件发生时,公众虽有知的需要,但如果控制信息可以更好地维护公众的利益,那么,两者相权取其重,我们就应该选择牺牲信息公开的全面公开原则,有选择有目的地公开信息,维护国家安全、公共安全。突发事件发生时,在互联网和移动通信迅速发展的背景下,信息传播的速度、广度惊人,由于信息的“蝴蝶效应”^{〔1〕},突发事件产生的公众恐慌很容易引发公众的非理性行为,从而带来巨大的危机和损失,此时政府的引导非常关键,公开信息时必须有所侧重。实际上国外也是这么做的。据媒体披露,“9·11”事件发生时,基于信息公开和公开效果的考量,美国政府对许多细节就没有公布,并且至今没有公布。此外,公众想要了解的信息未必都是正当的,有些时候,公众追逐信息可能是为了追求感官刺激或者是为了满足自己的私欲,而不是为了生存发展的需要。此时,为了保障公民、法人、其他组织的合法权益和社会公共利益,限制公民知情权也是正当的。突发事件全面充分地信息公开应该以不给公众制造不安全感、不制造社会恐慌、不侵犯他人合法权益为原则。

(二)对真实性原则例外的解释规则

权利是有边界的,但是这个边界却不是明确的。实际上,由于事物的复杂性、人的理性能力的有限性和人类语言自身的模糊性,立法者不可能将权利行使的边界界定得十分明确具体,这就为我们在突发事件信息公开中把握真实性原则和真实性原则的例外造成了困难。我们既不能以真实性原则为理由,不顾公共利益的损害,也不能以公共利益为借口,牺牲公众知情权。笔者认为,鉴于我国深远的保密文化传统和顽固的保密思维定势,在把握真实性原则的例外规则时,政府应该尽量保持克制态度,对“例外”作严格的解释,即:在真实性原则和例外之间权衡时,尽量倾向公开。具体而言,应当遵循以下规则:

1. 法律保留规则。知情权是公民基本权利,对基本权利的剥夺必须遵守法律保留原则,因此真实性原则的例外规定必须由法律规定或法律明确授权,而且是基于合法目的,如维护国家安全、公共利益、保护隐私权等,而不能随意设置。同时,为避免政府因误读法律规定或因无法认准法律规定的含义而选择不公开、不充分公开,损害信息公开制度,法律应对真实性原则例外的判断标准、决定主体、范围、期限、条件、决定程序等做出明确规定,而不能模棱两可、含混不清,给行政机关留下过大的裁量空间。实践中,我们还要禁止下位法扩大上位法的例外性规定,特别是地方的规章、内部规定、领导批示等,随意扩大法律规定的例外情形。

在美国,信息公开制度被看作是民主制度的基石。政府一直奉行“公开为原则,不公开为例外”的原则,只有法律规定的免于公开的例外情形,才能作为不公开或者不全面公开的理由。如美国《信息自由法》规定,“全部政府文件在申请人要求时,都必须公开。不公开的文件限于该法规定的九项免除公开的情况,即使属于免除公开的文件,行政机关仍然可以自由决定公开。”^{〔2〕} 美国《信息自由法》第二款规定了九项豁免条款,这九项豁免公开的政府信息分别为:1. 国防和外交政策的某些文件,2. 机关内部人员的规则和习惯,3. 其他法律明确规定不得公开的信息,4. 贸易秘密和商业或金融信息,5. 机关内部和机关之间的备忘录,6. 公开后会明显地不正当侵犯公民隐私权的人事、医疗档案或类似的个人信息,7. 执行法律的某些记录和信息,8. 金融管理部门为控制金融机构而使用的信息,9. 关于油井的地质的和地球物理的信息。这些免除公开的信息规定,加了很多条件,界定得非常明确具体。正如美国最高法院在 1976 年的一个案例中指出的,“有限的免除并未使基本政策变得含糊不清,即披露而非保密才是

〔1〕“蝴蝶效应”:原是一个动力学术语。它是指在一个动力系统中,初始条件下微小的变化能带动整个系统的长期的巨大的连锁反应。这是一种混沌现象,它通常用于气象学等比较复杂的系统之中。美国气象学家爱德华·罗伦兹 1963 年对之作作了诗意的解释,“一个蝴蝶在巴西轻拍翅膀,可以导致一个月后德克萨斯州的一场龙卷风”,“蝴蝶效应”后被借用到传播领域。借指现代社会,特别是互联网出现并高速发展之后,任何一条小小的那怕是不起眼的消息,都有可能引发足以震动全球的影响。

〔2〕王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社 1995 年版,第 962 页。

《信息自由法》的主要目的”。^{〔1〕}

如前所述,我国相关信息公开立法对信息公开的例外也作了规定,如《条例》第八条和第十四条第四款。但是通过考察我们会发现,国家安全、公共安全、社会稳定、国家秘密等概念过于模糊、概括,在没有相关配套制度约束的情况下,不仅不能推动政府信息全面充分公开,反而很容易成为政府拒绝公开的口实。现实确实如此。突发事件发生时,政府往往动辄以保守国家秘密、影响社会稳定为借口不全面、充分公开,甚至不公开。笔者认为,为推动信息公开向纵深方向发展,解决此问题的根本办法是制定《信息公开法》,完善《保密法》、《档案法》、《行政诉讼法》等相关法律,把真实性原则的表述修订为“全面、客观、准确地公开信息”,明确确定“公开为原则,不公开为例外”的信息公开原则,详细列举免于信息公开的例外情形,并赋予公民因政府信息不公开、不充分公开或公开虚假信息而使合法权益受到损害时提起行政复议、提起诉讼、请求赔偿的权利,以改变目前由于《条例》位阶低、例外情形规定模糊,配套制度不健全,使信息公开制度形同虚设,无法在现实中落实的尴尬局面。

2. 利益平衡规则。在现代社会,权利冲突是一种普遍现象,利益平衡原则要求政府在信息公开时,应当对相互冲突的各种利益进行衡量、比较,然后决定取舍。公共利益高于个人利益是共识。政府信息公开时,必须首先考虑公共利益,但是知情权是一项基本权利,是实现其他一切权利的基础,并且,从一定意义上说,突发事件中公众对于有关信息的知情权实际上也是一种公共利益,所以法律在限制这项权利时,必须体现保障为主、限制为辅的精神。在必须限制知情权时,应尽量减少对知情权的限制程度,限制必须是合理且必要的最低限度,并不得侵害知情权的本质内容,同时,限制知情权的程度应与信息公开可能造成的损害成比例。

近几年,由于经济转轨和社会转型而引发出诸多社会问题,社会矛盾激化,社会稳定问题被提到突出的位置,而突发性事件具有突发性、危害性大、影响性大等特点,通常对整个社会的各个方面产生很大影响,所以在事件发生之初,在对事件没有清醒认识的情况下,政府往往以社会稳定为借口随意封锁消息,或者遮遮掩掩,这种态度是不可取的。在信息无处不在和难以管制的网络时代,信息越不公开,越难以维护社会稳定。石首事件就是典型。在事件发生之初,政府不能及时、准确、全面信息公开,不能以正确权威的声音积极主动引导社会公众的理性行为,最终酿成严重后果。汶川大地震信息发布工作则充分证明,民众具有很强的判断能力,政府在这类问题上越坦诚越全面越主动,越能获得社会的理解和支持。正是由于信息公开走出了内外有别的误区,灾情透明公开,全社会空前团结一致,共度难关,才赢得抗震救灾的胜利。

公共利益是一个不确定的概念,利益大小往往是一种主观判断,与政府工作人员文化素质、认识水平、个人偏好等关系很大。如果政府工作人员,特别是领导人员素质较差,利益平衡原则就会成为阻碍信息公开的利器,因此,提高公务员的公众知情权意识,树立现代行政公开、以民为本的理念,是当务之急。

我国《国家突发公共事件总体应急预案》中规定突发事件信息公开的第一条原则是以人为本,减少危害,这条原则应该是掌握信息公开真实性原则例外的总原则。信息公开以此为度公开,就不会出现大的偏差。即使出现了问题,本着这个原则,我们也可以吸取教训,很快改正错误,把损失降低到最低。

总之,知情权是公民的一项基本权利,是实现其他一切权利的基础,为保障公众的知情权,突发事件信息公开必须坚持真实性原则,实现全面、客观、准确地公开,但公众的知情权不是绝对的权利,尤其是在突发事件发生时,基于对公共利益的考量,限制知情权是必须的,但是这种限制必须具有正当性。政府在平衡公共利益和公民知情权时,应该尽量保持克制,坚持法律保留和利益平衡原则。只有这样,我们的信息公开制度才能名至实归,发挥应有的效用。

(责任编辑:何翠凤)

〔1〕 Founding Church of Scientology v. Smith, 721 F. 2d 838 (D. C. Cir.) 张千帆:《政府公开的原则与例外:论美国信息自由制度》,转引自 110 法律咨询网 <http://www. 110. com/ziliao/article - 141526. html>。

精细司法与法官自由裁量

李树真

[摘要] 个案公正是在尊崇理性形式法的前提下,按照公平、正义的基本理念对个案整体进行综合性价值考量,从而对个案作出恰当性处理的司法过程。个案公正的实现依赖法官对个案正义问题的敏感度,也依赖与法官在制度框架内的勤勉程度。个案正义的实现需要司法精细化,而司法精细化需要法官能动地运用自由裁量。法官是戴枷的舞者,但法官不能戴枷不舞。

[关键词] 个案公正 ; 精细司法 ; 法官自由裁量

许霆案在社会上和法学界引起的热议正逐渐消弭。在热闹的讨论之后再再来探讨本案的实质问题及其解决对策,也许能更沉静、客观一些。本文拟结合许霆案对个案公正、精细司法及法官自由裁量问题发表自己一些粗浅的观点。

一、个案公正与法官自由裁量权

针对许霆案的个案公正问题,作者曾在法官群体中作过一项专门问卷调查。调查共收到有效答卷 102 份,现结合本标题下的问题,对相关的答卷内容作一下介绍与评价。以下是答卷中几个问题和相应的答案统计结果。

问题一:许霆利用取款机失灵而大量提出现金与其他凿洞穿墙盗窃金融机构的被告人同样被判处无期徒刑,您怎样看待这两类案的同等量刑?

- A. 对许霆判无期徒刑,实质上不公平
- B. 对许霆判无期徒刑,实质上公正
- C. 对许霆判无期徒刑,形式上公正,实质上不公平
- D. 对许霆判无期徒刑,形式上和实质上都不公正

对该问题,选 A 的 6 人,占 6%;选 B 的 21 人,占 21%;选 C 的 48 人,占 47%;选 D 的 27 人,占 26%。笼统的提问对该案的司法处理是否公正可能会漫无边际,因此我们将问题限定在本案的量刑问题上。这里的“实质上的公正不公平”显然是指案件的处理结果,而形式的公正不公平主要指是否严格遵守了量刑的法律依据和程序。尽管为了问题提问的自然,我们有意在几个选项之间保持了一定的相容关系,但相应的问卷结果还是给出了有益的启示。概括地说,认为本案不公平的占 79%,这说明本案肯定存在问题;21% 的法官选择了 B,虽然数量不占多数,但在许霆案经发回重审而盖棺论定之后,仍有 1/5 的被调查法官坚持认为对许霆判无期徒刑,实质上公正,这说明这部分法官属于极端型的抱法裁判型,对他们而言,实质的公正与严格的据法裁判直接相关,至于法律规范本身是否合理,规范之间是否有矛盾,不同规范之间的择优选择,则在所不问或较少关注。

问题二:既然按法律规定法官可以判许霆无期徒刑而不上报复核,也可以在法定刑以下判处刑罚而上报复核,您对许霆案判决公正不公平的判断标准是什么?

- A. 法官的良心
- B. 法官的经验
- C. 法律的严格规定
- D. 普通盗窃罪的一般量刑标准

* 本文是山东经济学院校级课题《法律职业思维素质结构研究》的成果。
作者简介:李树真,男,山东经济学院法学院教授,中国政法大学法学博士,研究方向为刑事诉讼法学、证据法学。

对该问题,选 A 的 15 人,占 15%;选 B 的 30 人,占 29%;选 C 的 45 人,占 44%;选 D 的 12 人,占 12%。理论上的正义标准可以分为实质的和形式的,而法官在此笼统的分类之下还有他们具体的标准。C、D 两项标准属于刚性的法律标准,A、B 两项属于柔性的主体标准。选择运用刚性的法律标准的占 56%,说明这部分法官属于较严谨的抱法裁判型。选 B 的 30 人,占 29%,这说明在司法实务界还是比较重视法官的司法经验的,但是这种关于正义的司法经验在与法律规范相左时,能否抗衡法律规范还是另外一个问题。

问题三:许霆在二审中被判处 5 年有期徒刑,而云南的“许霆”——何鹏在此之前因同样的罪行被判处无期徒刑。比较许霆案,您比较支持下列哪种观点?

- A. 何案的判决不公正,应通过审判监督程序予以纠正
- B. 何案的判决虽不公正,但不违反法律,为维护司法的尊严和稳定,不应予以纠正
- C. 何案的判决是公正的,因为严格遵守法律处理案件就是公正的,不应予以纠正
- D. 对何鹏案的判决形式上是公正的,但实质上不公正,应予以纠正

对该问题,选 A 的 12 人,占 13%;选 B 的 30 人,占 29%;选 C 的 30 人,占 29%;选 D 的 30 人,占 29%。这一问题从另一角度考察许霆案发生之后法官视野中的合法性与公正之间的契合关系以及在二者不一致时法官的选择倾向。29% 的法官直接在公正与严格遵守法律处理案件之间划上了等号,而 58% 的法官倾向于认为只要是据法裁判,不管公正不公正,即使存在错误也不应重审改判。

问题四:如果许霆案不存在,假如您是何鹏案的一审法官,对何鹏案无期徒刑的判决结果,您的评价是:

- A. 公正的也是合法的
- B. 公正的但不合法
- C. 不公正但合法
- D. 不公正也不合法

对该问题,选 A 的 48 人,占 47%;选 B 的 3 人,占 3%;选 C 的 45 人,占 44%;选 D 的 6 人,占 6%。这一问题考察的是许霆案之前法官视野中的合法性与公正之间的契合关系,与问题三的结果比较可以看出许霆案的一些影响。如果再假设问题三中多数人(58%)的标准:没有违反法律的裁决即使有错误也不需纠正,那么可以作出合理的推论:在许霆案之前,绝大多数法官对类似案件中的不公正问题并未发现,或者虽然发现却忽略而不论,法官关注重点全部放在了严格据法裁判上。

问题五:您认为在许霆案一审判决中,法院在法律适用方面有无错误?

- A. 有错误。因为没有选择在法定刑以下判处刑罚这一更能实现实质正义的法律规范
- B. 无错误。判处无期徒刑与在法定刑以下判处刑罚都符合法律规定

对该问题,选 A 的 33 人,占 32%;选 B 的 69 人,占 68%。这一结果显示在面临等效的规范进行选择时,多数法官看重的是规范的合法性,对合法性之外的其他价值进行综合考量的较少。

问题六:对许霆案而言,一审法官按现行诉讼制度有两种选择:可以直接依据盗窃金融机构的法定刑量刑而不需要向最高院报请复核;也可以在 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑的法定刑以下判处刑罚,并向最高院报请复核。在第一种情况下,法官的判决既严格遵守了刑法,又免除了报请复核的程序上的烦琐。在第二种情况下,法官已实际突破了刑法中关于盗窃金融机构行为的量刑规定,而且还要面临报请最高院复核的程序之累。如果您是该案的一审法官,真诚地说,您更愿意选择哪一种?

- A. 选择前者,这样既严格遵守了法律,又免除了报请复核的程序之类

B. 选择后者,这样虽实际突破了刑法中关于盗窃金融机构行为的量刑规定,而且还要面临报请最高院复核的程序之累,但是是值得的

对该问题,选 A 的 45 人,占 44%;选 B 的 57 人,占 56%。这一问题考察的是对类似许霆案,在现行法律制度框架下法官自由裁量权的发挥情况。尽管选择 A 的占 44%,但这却明显透露出一个信息:尽管现行法律制度框架内提供了实现个案公正的手段,但许多法官在严格据法裁判的理念下不愿对合法性之外的其他价值做综合考量,法官在运用自由裁量权平衡个案中的各种价值时存在较明显的惰性。

概括地说,公正不公正的基本理念与合法不合法的观念之间具有四种可能的匹配关系,这就是:公正且合法,公正但不合法,不公正但合法,不公正且不合法。对大多数法官而言,公正且合法是其追求的,公正但不合法是其不欲的,不公正但合法是其容忍的,不公正且不合法是其难容的,总体上看,消极据法裁判型法官居多。他们或者把公正等同于合法,或者尽管区分了二者,但认为不公正却合法是宽容

忍的,他们抱着合法性的底线,不愿在没有法律明确规定的自由裁量范围内积极作为。这种惰性有时甚至反过来影响他们对法律的全面准确理解,以至于不能在现有法律框架内最大限度的实现个案公正。

回到许霆案,在认定许霆的行为构成盗窃罪的前提下,如何量刑?在现行法律框架下有两种选择:可以直接依据盗窃金融机构的法定刑量刑而不需要向最高院报请复核;也可以在 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑的法定刑以下判处刑罚,并向最高院报请复核。在第一种情况下,法官的判决既严格遵守了刑法,又免除了报请复核的程序上的烦琐。在第二种情况下,法官已实际突破了刑法中关于盗窃金融机构行为的量刑规定,而且还要面临报请最高院复核的程序之累。是做第一种选择还是第二种选择,取决于法官是否将其视为普通的盗窃金融机构罪,最终取决于法官是否认为对本案按普通盗窃金融机构行为量刑会导致不公正以及在发现不公正时是否愿意在现有法律框架中努力改变这种不公正。可惜的是法官的司法惰性使其选择了前者,而许霆案量刑的个案正义也就在这种选择下落到了地上。

二、“白马不同于马”与司法过程的精细化

如果说刑法上罪名的设立是一个从生活具体到规范抽象的过程,那么在司法上判断一具体行为是否构成具体某罪的过程则是一个由具体到抽象、再由抽象到具体的法律适用过程。司法过程的逻辑起点始于争议的案件事实,其逻辑终点在于争议事实的解决。在这一过程中,为实现案件争议事实与法律规范的对接,需要二者之间的互动。案件争议事实必须按犯罪构成的结构被概括、抽象,甚至裁剪,以便能更好地适用预选中的法律规范;而预选中的法律规范如果不是直接适应于简单案件,通常需要作进一步的解释,以便于恰当的涵盖争议的案件事实。

司法需要精细化,司法的精细化表现在许多方面。首先案件争议事实的查明需要精细化。尽管案件争议事实的查明与争议的正确解决之间并不具有确定的、必然的联系,但二者之间在确定的范围内的确存在一种相对稳定的正比关系。查明争议事实是作出正确裁判的基础之一,越能准确查明争议事实,就越能保证纠纷的有效解决,对刑事案件而言尤其如此。这就要求在具体犯罪构成要件理论指导下,对构成具体犯罪构成的各要件事实进行严格的证明,不仅对各构成要件事实的证明是充分的,而且要求全案证据能充分证明案件的整体事实。法官在案件争议事实认定中的重要职能是判断。案件争议事实本身也是一种社会事实,判断的主体从法社会学角度看具有多样性。当事人可以判断,该案的审判法官可以判断,上诉审法院法官可以判断,媒体可以判断,普通公民可以判断。但是司法活动中心的判断职能不可能采用全民公决的形式来实现,退一步说即使采取全民公投的形式也还是不能达成完全一致的评断结论。现代司法中的“司法独立”原则,不管是出于积极的追求还是无奈的选择,为这种判断提供了一条理性之路。具体来说只有对本案具有管辖权法院的审理该案的法官(包括一审、二审)才能作出具有权威的评断。法官的判断不一定是最好的判断(实际上在许多复杂案件中,相互竞争的判断之间很难有好坏之分),但法官的判断至少不是一个理性的人认为最差的判断。这种判断除了权威的支撑,更有法官的素养、法律共同体趋同化的认识与判断的结构以及严格的司法判断程序的保障,因而能最大程度的满足具体判决正当化的要求。

司法的精细化表现在法官对适用法律规范的正当解释上。司法中通常需要法官对适用法律规范作进一步解释,这种解释的必要来自于多个方面:立法者本身的知识局限,社会生活的变迁,法律规范语言表达方面的不足,特别是立法过程在思维方面表现出的抽象、概括的特点等。所以尽管不同法律文化背景对法官解释法律职能的看法不同,尽管对法官解释法律的限制各有差异,司法过程中法官对应用的法律规范作进一步解释是不可或缺的。伴随着这种解释,法官还要对能否将本案事实纳于该法律规范下作出判断。“柏拉图在《政治家篇》一书中就指出,‘法律绝对不可能发布一种既约束所有人同时又对每个人都真正最有利的命令。法律在任何时候都不可能完全准确地给社会的每个成员作出何谓善德、何谓正当的规定。人之个性的差异、人之活动的多样性、人类事务无休止的变化,使得人们无论拥有什么技术都无法制定出在任何时候都可以绝对适用于各种问题的规则。’柏拉图认为,法律的原则是抽象的、过分简单的观念构成的。然而,简单的原则是无论如何也不能用来解决复杂纷繁的事务状况的。因

此,‘最佳的方法不是给予法律以最高权威,而是给予明晓统治艺术、具有大智大慧的人以最高权威’”。〔1〕“亚里士多德也同样意识到这样一个事实,即在司法时,可能会出现这样的情形,即法律规则的一般性和刚性可能会使法官无法将该规则适用于个别案件的解决。他提出用衡平的方法来解决这样的困难。他将衡平原则定义为‘当法律因其太原则而不能解决具体问题时对法律进行的一种矫正。’法律所考虑的是多数案件,亦即典型的和一般的情形,但法律却无法对特殊的情形做详尽规定。因此,法律往往不能适当地处理独特的案件。当这样一种案件出现时,法官就可以背离法律的字面含义,并象立法者所可能会对该问题作出的处理——如果该立法者已预见到可能发生这种独特情况的话——那样审理该案件。”〔2〕

司法的精细化还表现在定罪的确切化和量刑的细致化上。司法实践中如果把无罪认定为有罪、将此罪认定为彼罪,一般都视为错误裁判。法官在准确定罪方面会倾尽最大努力,所以这方面所表现出的问题如果不是极端化,一般并不突出。但在量刑的细致化方面却存在较多的问题。许霆案引起社会的热议,其焦点不在法院的定罪上,而在原审和发回重审法院量刑的巨大落差上。这种量刑上的差别与法官的对不同法律规范的适用有关,也与法官能否主动地行使自由裁量权有关。这将是作者下一部分讨论的内容。

另外司法的精细化还表现在法官严格遵守司法程序规范及对裁判文书的说理上。就裁判文书的说理而言,对当事人有争议的实质性的主张必须作出具体评断。这既是尊重当事人的诉讼权利和地位,保持庭审实质化的一种义务,也是保证裁判正当化的措施之一。在许霆案原一审的判决中,我们看到这一点实有缺憾。在原一审中控方以盗窃罪指控,辩方以侵占罪作轻罪辩护,法官可能想当然地认为该案是一个简单案件,不需进行详细说理,所以对辩护人的侵占罪的轻罪辩护便一笔带过了。

“白马属于马”,“但白马不同于马”。借用这对命题来类比司法精细化对许霆案提出的要求,这便是“许霆的行为属于盗窃金融机构的行为”“许霆的行为有不同于一般的盗窃金融机构的行为”。前者的认定保证了许霆案的定性的正确,而后的缺失却导致原一审判决量刑上的失衡。

三、精细司法与法官“带枷而舞”

按照马克思·韦伯的观点,近代西方社会的法律是一种形式理性化的法律,这种形式理性化的法律来自两方面的要求:一方面,资本主义的生产方式需要严格的形式法律和法律程序(韦伯就曾把法官处理案件的过程类比为自动售货机);另一方面,行政活动的理性化要求制度的法典化,要求由受过理性训练的官僚们运用法律实施管理。〔3〕形式理性化的法律推演到司法领域便是“同样的人同样对待”、“同样的案件同样处理”,所以现代社会法官采用“类型化”的方法处理案件是一种必然选择。

但这种类型化的案件处理方式在具有其必然合理性的同时,也不可避免地具有其缺陷。首先,“类型化”处理案件的依据是法律,而且是法典化的法律。由于本身的概括抽象特征以及其他因素,法典化的法律需要进一步的解释,但在形式理性化法律的理念之下,法官的自由裁量权受到严格限制,其职能就是据法裁判。对法官自由裁量权的严格限制在很大程度上阻碍了法官能动性的发挥,不利于个案公正的实现。其次,“类型化”处理案件的方式在对事实的认定与处理方面也具有天然的不足。从方法论讲,“类型化”只注重同类对象的共同本质属性,而对同类下个体与个体之间的差异却略而不论。但是我们不能忘记,“白马是马”是一个事实,“白马不同于马”也是一个事实;“世界上没有两片完全不同的树叶”是一个真理,“世界上没有两片完全相同的树叶”同样也是一个真理。西方法学先哲说过“法律乃公正与善良之艺术”。虽然这是一个比喻,但道出了法律纠纷处理过程本质的另一方面。艺术创作具有个性特征,艺术作品才能流传天下。同样,任何一个法律案件虽然都可归属于某一案件种类,但同时

〔1〕 [美]博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版。

〔2〕 [美]博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 11 页。

〔3〕 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 360 页。

该案件也必有与同类的其他案件不同之处。一个法官只有认识到这一点,才能在适用形式化法律的前提下更好的实现个案实质正义。而这都需要法官的能动作用,需要法官在自由裁量的范围内主动作为。

国外对法官自由裁量权的有无和大小基本上有以下三种观点:

1. 基本不承认法官自由裁量权,这种观点主要存在于约 18 世纪的大陆法系国家,认为法官的传统角色是立法者的忠实执行者,“法官酷似一种专门的工匠,除了很特殊的案件外,他出席法庭仅是为解决各种争讼事实,从现存的法律规定中寻觅显而易见的法律后果”^{〔1〕} 英美法系国家也有学者反对法官拥有自由裁量权。英国法律史上许多著名的代表人物如柯克、黑耳、培根、布莱克斯通都认为,法官的职责是宣布和解释法律,而不是创法律。

2. 承认法官具有较小的自由裁量权。学者梅利曼、博登海默、德沃金等均认为法官有一定的裁量权。

3. 承认法官具有较大的自由裁量权。埃利希所主张的法的自由发现就属于这种倾向,美国 20 世纪 20-30 年代开始兴起的现代法学,其代表人物美国最高法院法官霍姆斯和哈佛大学法学教授格雷均主张法官拥有自由裁量权。

国内关于法官裁量权应当有无及其大小存在着不同观点。一部分学者认为,中国法官素质欠缺,不能胜任自由裁量的工作,应当削弱自由裁量权,提高成文法的地位;有学者认为,我国实行“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”原则,与特定情况下的“自由裁量权”并不排斥,应正视自由裁量权在司法中的定位,法官有限的自由裁量权则可以弥合法律规定的原则性、有限性与现实社会关系的复杂性和多边性之间的矛盾,应当赋予法官一定范围内的自由裁量权;还有学者认为,当前我国法官存在着惰性与局限,应当发挥其主观能动性,适当扩大其自由裁量权。

作者认为,国内关于法官自由裁量权应当有无及其大小存在着不同观点,支持这些观点的理由也都是存在的,采纳应当赋予法官自由裁量权的观点,并不意味着对支持相反观点理由的漠视,问题的关键是我们必须通盘考虑这些因素。而且作者认为,法官自由裁量权问题已不是一个应然问题,而是一个实然问题。正如严格的法定证据制度也不可能完全阻断法官在证据评价问题上的左右逢源、上下其手一样,法官的自由裁量权是无法在实然层面上被否定的。对法官自由裁量权问题关注的重点应放在法官自由裁量能动性的发挥和对法官自由裁量范围及具体程序的限制上。

在我国当前司法语境下,应当重视发挥法官自由裁量权的能动性。在中国古代司法中就有“衡平”司法的优良传统。“衡平”司法实际上就是法官行使自由裁量权的一种司法理念和司法技术。“中国传统司法中的‘衡平’,是指司法官在天理、国法、人情以及社会风习的支配和综合作用下,对案件作出合乎现实理性需要的适当性处理,是司法官在以儒家伦理为主流的多元思想、意识指导下,受到诉讼的特定语境和技术制约之下,对于裁判方案的合情、合理、合法性反复权衡与最终确定的选择过程。”“在这些司法官的眼里,司法关注的并非程序,并非是一个忠实、刻板地适用法律于具体案件的过程,而更重要的是裁判的结果。这个结果必须是最大限度的符合社区民俗、合乎情理习惯,必须是有利于恢复或者维系一种和谐的社会秩序和人际关系,即必须要‘衡平’的,而不一定是合乎成文法律的。”^{〔2〕} 另一方面,我国几千年来,倾向于人治,并有几千年人治的传统。客观的说,人治体现灵活性,可以具体问题具体分析,从法官审理案件的角度说,可以更好地做到个案公正,但是由于人性的弱点,容易导致法官专断,破坏普遍公正。文革之中,由于缺乏法治的基本理念和具体的法律制度而导致的民族灾难令人们痛心疾首。在今天实行依法治国这种大背景下,形式理性法的理念得到了绝对的尊崇。具体而言,这种理念严格要求司法过程中法官应严格据法裁判。这种尊崇在某种程度上甚至遮蔽了对成文法不足的认识,构成了司法过程中对法官自由裁量权行使的抑制。但是“法律不仅具有形式,而且还具有内容。法律的形式表现为规则和执行这些规则的司法行为,其内容便是那些旨在实现某些价值的规则的内容。一个社会制度完全没有法律的形式要素,就不配成为一种法律制度;但是普遍性这个基本要求并不排除

〔1〕 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 334 页。

〔2〕 顾元:《衡平司法与中国传统法律秩序——兼与英国衡平法相比较》,中国政法大学出版社 2006 年版,第 13-14 页。

有时为了个别衡平而采取背离规则和原则的做法,亦不排除保留行政和司法自由裁量权领域的做法。”〔1〕法官为了实现个案公正而超越立法者的本来意图解释法律甚至背离制定法的规则,不能认为是超越法律,而恰恰是在恪守法律的精神和原则。相反,若法官坐视制定法的规则损害个案公正却无动于衷,决不能认为是谨守法律。正如德国法学家古斯塔夫·拉德布鲁赫所说“一个公正之人,不仅仅是一个谨守法律之人,也不仅仅是一个忠实法律之人;同理,我们不常说所谓‘谨守法律的’法官,而只是谈‘公正的法官’;因为,一位谨守法律的法官本来就应该是一位公正的法官。”〔2〕当然权力存在的地方必须有其存在的边界,法官的自由裁量权也必须受法官依法裁判原则的制约。实际上不管是英美法系还是大陆法系国家法官,在行使自由裁量权时都要受到相应制约。“我们必须坚持认为,即如果我们赋予法官以实施个别衡平的权力,那么我们必须要注意的是,这种权力的行使不应达致侵损规范性制度的程度。首先,法官行使这种衡平裁量权(equitable discretion),必须始终受到上诉审查的约束。还应当明确指出的是,法官只能在罕见的情形中行使这种特权,即在适用实在法规则会导致一种被绝大多数有理性的人斥责为完全不能接受和完全不合理的结果。另外,在法官背离一项制定法规则的情形中,法官还必须能够从研究该法规的背景中得出这种结论,即如果立法者在当时能够预见会发生这种情形,他肯定会对该规则创设一种例外。如果以此方式将该权力视为是一种高度例外的权力,又如果法官完全深信,仅仅是个人不同意某项实在法规则,在任何情形下都不能构成行使这一权力的充分根据,那么承认亚里士多德的 *epieikeia* 会对公正执法所带来的危险,就可以降低到最低限度,而且这种最低限度的风险也是行使任何司法权力都会遇到的。”〔3〕

结语

形式理性法的理念要求法律的确量化,要求执法官员严格依法行为。具体到司法领域,就是要“同样的人同样对待,同样的事同样处理”、“罪行法定”、“法官严格依法裁判”这样一些基本要求。对个案正义的追求需要法官的能动作为,任何司法制度都为法官的自由裁量预留了适当空间。法官的自由裁量要受到适当的限制,必须不违反形式理性法的本质特征,是对形式理性法延伸、弥补与纠正。法官都是带枷的舞者,带枷之后,舞与不舞是衡量法官素质优劣的基本标准。

司法过程一方面是按法律规定的固定模式“批量化”处理案件的过程,另一方面又是个性化创造性处理个案的过程。个案正义的实现有赖于法官对个案处理中正义问题感知的敏感度,如果这种敏感钝化,在普通人都能感知到正义出了问题的地方,法官却浑然不知,那么跌到地上的就不仅仅是个案的正义了。个案正义的实现还有赖于法官的勤勉,如果法官感知到个案正义出了问题,但却基于一种因循守旧的惰性,不愿在既有的法律制度框架内做细致的综合的价值考量,那么个案正义也同样无法实现,而这一切都与法官的自由裁量权有关。

如果说许霆案对司法的主要意义是什么,那么作者认为,许霆案以一种外部刺激的方式展示出了法官对个案正义感知的钝化和在个案正义问题上因循守旧的惰性,从而促使人们再度关注法官的自由裁量权问题,通过实现个案正义的方式来实现总体意义上的社会公正。

插上猎狗的敏锐鼻子,戴着沉重的法律枷锁,法官,劲舞!

(责任编辑:何翠凤)

〔1〕 [美]博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第324页。

〔2〕 [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第135页。

〔3〕 [美]博登海默:《法理学·法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第462页。

【知识产权问题研究】

公平正义观下的驰名商标制度

崔立红

[摘要]驰名商标在被滥用、异化的情形下,本文拟从正义论的角度来全面审视该制度的产生、运作和法律定位。商标驰名后,不管注册还是未注册,都应该得到比其他商标更强有力的保护,这是平等原则表现。但在享有特殊的保护下,必须受到一定得限制,差别原则的目标是让更多社会成员受惠而避免情况变糟。分配正义的实现需要代表国家公权力的竞争法来担当。

[关键词]公平正义;驰名商标;平等原则;差别原则;不正当竞争

驰名商标,这个商标家族中的“特殊角色”,近些年来,引起了国际社会的广泛关注。从以混淆为前提发展到以淡化为标准,驰名商标的保护与规制一直处于动态的、发展的趋势。在我国,2001 年修改的《商标法》中正式设立了有关驰名商标的条款后,驰名商标的认定和保护达到空前的“欣欣向荣”,甚至“异化”为企业极端的利益追求、政府孜孜以求的政绩数据以及老百姓心目中的“一次认定,长期有效”的“荣誉称号”。

对于社会制度来说,正义是首要的美德,正如真理对于思想一样,都是不容妥协的。正义的要求对驰名商标制度也不例外;反之,法律与制度无论多么有效率和井然有序,只要它们不正义,就必须被改造或废除。^{〔1〕} 本文尝试从公平正义的角度考察驰名商标保护的合理性,驰名商标保护的“度”以及驰名商标保护的法律定位,进而归纳、完善、展望驰名商标制度在我国的实践和发展。

一、驰名商标的保护与平等原则

每个人都具有这样一种平等权利,即与其他人的同样自由相容的最广泛的基本自由。
—— 罗尔斯《正义论》

这是罗尔斯正义原则中的第一个原则,也是排序优位的原则,即平等原则,罗尔斯认为的自由是制度所确定的各种权利和义务的复杂组合。它由社会制度规定,用来保障公民的各种基本的平等自由,它不仅包括政治自由(选举权和出任公职的权利)、言论、集会、信仰和思想自由,而且包括人身自由和财产权。^{〔2〕} 以社会契约论为基础,追求平等是每个正义社会的首要目标。

据考察,驰名商标的保护最早出现在 1925 年《巴黎公约》的海牙文本中,原因是 19 世纪末 20 世纪初,在迅猛发展的国际贸易中,一些具有较高知名度的商标被假冒,仿冒者依此来促销自己的产品。对商标权的取得,《巴黎公约》成员国中既有注册取得的,也存在使用取得。有的商标人没有在有关成员国注册,但在该国的相关公众中,已被普遍认为是该商标的真正拥有者,具有较高的知名度,如果绝对坚

作者简介:崔立红,女,法学博士,山东大学法学院副教授,硕士研究生导师,科技法与知识产权研究中心主任。
〔1〕 罗尔斯:《正义论》,哈佛大学出版社 1971 版,第 3-4 页。
〔2〕 顾肃:《正义与自由的求索》,辽海出版社 1999 年版。

持“不注册则不保护”的原则,则对此已经驰名的商标所有人有失公平。^[1]因此,《巴黎公约》中所增补的保护驰名商标的规定,实际是要求各成员国给未在该国注册的驰名商标提供保护。

随着商标保护实践的发展,人们逐渐发现,经过常年累月培育的驰名商标,被其他人使用在非竞争类的商品或服务上。很显然,因为彼此之间没有竞争关系,所以这样的使用是不会带来混淆的,尤其越是驰名的商标,发生混淆的可能性就越小;但是,如果放任这种对驰名商标的使用,却在实践中给权利人带来实实在在的损害:逐渐削弱该商标的形象并阻碍公众对该商标或商号的注意力。^[2]正如美国学者弗兰克·谢克特教授所言:现代商标的价值在于其促销力,而这种能力取决于商标的显著性,这种显著性由于被使用在相关或不相关的商品上而受到损害或削弱。^[3]例如在德国具有非常高知名度的漱口商标 Odol 被使用在钢铁制品上,或者知名的照相机商标 Kodak 被使用在钢琴产品上,或者劳斯莱斯被使用在糖果、裤子等产品上,诸如此类,通过割裂驰名商标与特定商品或服务间的独特联系,损害驰名商标的商誉,降低其市场价值。这就是对驰名商标的淡化。

如果继续援用混淆理论,在广大消费者没有被混淆的前提下,对驰名商标的淡化行为不可能被纳入到法律规制中来。但是在一个正义的社会中,为了大多数人的利益来牺牲个别人或者少数人的自由,是不能接受的功利主义的做法。^[4]因此,为了防止利用驰名商标的声誉而不当得利,保护驰名商标的显著性不因弱化或丑化而受侵蚀,保护的重点从广泛的消费者转移到占少数的驰名商标人,反淡化理论应运而生。

以淡化为前提,而不是混淆为前提,成为新的保护驰名商标的理论武器。TRIPs 协议中已经将注册驰名商标的保护范围扩大到不相同、不类似的商品或服务上。美国是目前世界上反淡化理论研究和司法实践最丰富的国家,早在 1995 年就制定了《联邦反淡化法》,至今已经修改了两次;欧盟在 1988 年 12 月 21 日通过的《欧共同体商标指令》和 1993 年 12 月 20 日通过的《欧洲共同体商标条例》中,用专门的条款采纳了反淡化理论;日本则在《商标法》和《不正当竞争防止法》中分别体现反淡化理论:前者涉及的是商标注册审查、异议、无效宣告程序中该理论的适用,后者是在驰名商标被侵权的诉讼中来适用反淡化理论。我国,有学者认为还没有采用反淡化理论,但有学者认为《商标法》第 13 条第 2 款就是反淡化理论的体现。不管有无立法,实践中对反淡化理论的适用要更早,如 1989 年国家工商局处理的杭州葡萄酒二厂将与“万宝路”相同或近似的文字、图形使用在葡萄酒包装盒装潢上,2000 年 10 月上海第二中院审理的“宝洁公司”案。

二、驰名商标的保护与差别原则

社会和经济的的不平等是这样安排的:合理地指望它们对每个人都有利;加上地位和官职对所有人开放。

——罗尔斯《正义论》

这是《正义论》中的第二个原则,称为不平等原则或差别原则,承认人们在分配的某些方面是不平等的;但要求这种不平等对每个人都有利,不能以一些人的过多得利掩盖另一些人自由的丧失,甚至处于受奴役状态,或者是状态恶化。^[5]罗尔斯更多地关注对最不利者有益的分配方案,而不同于另一位政治哲学家诺齐克所看重的,仅仅未使他人状况恶化。那么,驰名商标制度的建立以及对驰名商标所提供的不同于普通注册商标的特殊保护,有无造成他人状况恶化?是否让社会每个成员都受惠于它?

[1] 黄晖:《商标法》,法律出版社 2004 版,第 247 页。

[2] Tiffany & Co. v. Tiffany Production, Inc. 147 Misc. 681 - 683, 264 N. Y. S. 459 (N. Y. Sup. Ct. 1932)。

[3] 邓宏光:《商标法的理论基础》,法律出版社 2008 年版,第 292 页。

[4] 顾肃:《正义与自由的求索》,辽海出版社 1999 年版,第 12 页。

[5] 顾肃:《正义与自由的求索》,辽海出版社 1999 年版,第 24 - 26 页。

驰名商标固然应该得到特殊的保护,但任何一种权利的行使,如果超出法律规定的范围而损害其他人的合法权益或违反法律的禁止性规定,就将构成滥用。近年来,驰名商标的滥用问题也引起了国际社会的广泛关注:

表现一,驰名商标成为大公司打压中小竞争对手的有效手段。大公司实力雄厚,往往有能力来支持诉讼,而中小企业在驰名商标淡化诉讼中不占优势,尤其是在美国的司法实践中,驰名商标人只要能够证明存在淡化的可能,就可以得到禁令救济。所以,面对这种不平衡,美国联邦最高法院在 2003 年审理 Victor Mosley 案时,统一商标淡化的证明标准:由过去通行的淡化的可能转变为实际淡化。尽管实际淡化的标准很模糊,并且 2006 年又被进行了修正,但联邦最高法院的目的很明显,让驰名商标人在诉讼前三思而后行,避免运用驰名商标来打击中小企业。

表现二,驰名商标人禁止他人的善意使用。一种是指示来源的使用,目的是满足消费者的知情权。在我国的河南出现的案例中,被告因为在商店的门口的招牌上写着“ToTo”陶瓷产品有售而被该商标权利人告上法庭。另一种是因为“第二含义”而获得显著性并驰名的商标,所有人禁止他人对“第一含义”的使用,例如“青岛啤酒”驰名商标人是无权禁止其他厂家在地址中使用“青岛”字眼,否则就构成滥用。第三种是驰名商标被退化后禁止他人做通用名称、图形或符号的使用,朗科的“优盘”商标被国家商标局撤销就属于此种情况。

表现三,在后驰名的商标对抗在先善意注册、使用在不相同、不类似商品、服务上的注册商标、商号等。法律虽然保护驰名商标,但同时也尊重在先权利,驰名商标的禁止权效力只能及于该商标驰名之后。

表现四,将驰名商标擅自使用在未驰名的商品或服务类别上。例如“西瓜太郎”商标,在文具用品上曾经被认定为驰名商标,该所有人便擅自在其马夹睡袋上使用该商标并宣传其为驰名商标。理论上,个案中的商标驰名,并不是放之所有类别的商品或服务而皆准,其效力只及于案中认定的产品或服务类别。

表现五,驰名商标被“异化”。这种具有“中国特色”的滥用,让驰名商标成了荣誉称号,成了“质量上乘”的终身保障,成了获得政府物质奖励的捷径,也成了政府政绩数据的组成部分,顺势也就有了虚构的商标侵权诉讼,利用司法认定驰名商标,到政府领取奖金的同时又给自己的企业和产品做了“免费”的广告。

驰名商标制度获得的特殊保护,某种程度上说,未能实现对每个人有利的公平正义目标,甚至让某些人的境况变糟,如驰名商标人的竞争对手、普通消费者等。所以在《发展中国家商标、商号和不正当行为示范法》第 19 条规定:商标注册不赋予其注册所有人权利,以阻止第三人善意使用其名称、地址、地名或真实指示其商品或服务的种类、质量、数量、用途、价值、产地或生产或提供时间,只要这种使用局限在单纯的指示或说明,并且不可能就商品或服务的来源误导公众。不仅是国际组织在为限制驰名商标滥用做努力,各个国家也都在其立法和实践中给驰名商标人之外的社会公众提供更多的不受制于驰名商标的自由。

美国 2006 年提出了《商标反淡化修正案》,虽然驰名商标的保护标准由实际淡化回归到淡化的可能,同时获得显著性的商标也可以得到反淡化保护;但是对驰名商标的限制也同样引人注目:提升了驰名商标认定的门槛,只有获得美国一般消费公众(general consuming public)的广泛认可(widely recognized)的商标,才能成为驰名商标;确定合理使用的范围,一是对商标的任何非商业性使用,二是所有形式的新闻报道和新闻评论,三是在商业中直接使用驰名商标名称或对该商标进行描述的合理使用情形,让顾客对商品或服务进行比较的广告或促销,对该驰名商标所有人或给驰名商标所有权人的商品或服务进行确认、滑稽模仿、批评或评论,这些合理使用的情形都不受反淡化理论的限制。

欧盟有专门的立法条文来规定淡化的条件:第一,在不相同也不类似的商品或服务上;第二,使用的商标标识相同或近似;第三,共同体商标在共同体内享有声誉;第四,该使用行为将从该共同体商标的显著性或声誉中获利或对它们造成损害;第五,使用该标志没有正当理由。尽管欧盟的规定中没有淡化的

例外,^[1]但并不表明欧盟对驰名商标没有限制,通过司法实践活动还是给社会公共利益和竞争者的利益提供了一个适当的避风港,表现比较突出的是在上面第四个条件适用中掌握比较严格。例如申请人在助听器产品上申请 Audi - Med 商标注册,奥迪公司提出异议,认为它不正当地利用 Audi 商标的显著特征或声誉。审查员却不以为然,由于两个商标使用的都是普通文字而不是杜撰词汇,与其说申请人利用了异议人商标的显著特征,不如说申请人和异议人一样都是利用处于社会公共领域的文字。此外,在后商标从在先商标处获得的利益必须是重大的,而不是微不足道的。奥迪案中审查员认为既没有利用在先商标的显著性,也没有对其声誉造成损害,不构成淡化。^[2]此外,在判断在后商标是否损害在先商标的商誉,即丑化在先商标的实践中,确立首先证明在先商标有特定形象,然后证明在后商标将导致损害。在 Oasis Store 案件中,EVER READY 商标人对他人将 EVERREADY 商标注册于避孕套产品上提出异议;但审查员的意见是:虽然购买避孕套曾经被视为一种难堪的事情,但对大多数人来说难以相信,在避孕产品上使用了 EVERREADY 而觉得购买 EVER READY 电池是一件羞辱的事情,以至于减少 EVER READY 电池的销量。既然不能证明其商标的商誉被损害或丑化,在避孕产品上注册 EVERREADY 商标就是允许的。^[3]

驰名商标在我国保护历史不是很长,《商标法》中也没有专门的条款来限制驰名商标。针对驰名商标的滥用和异化,2009 年 4 月 26 日最高人民法院发布《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》,依此来限制企业滥用司法程序认定驰名商标。该司法解释的内容之一是确立按需认定原则,只有在停止侵害未注册驰名商标案件、驰名商标的跨类保护案件、企业名称与驰名商标冲突案件中可以认定驰名商标,而在域名的注册、使用中发生与驰名商标相同或近似的诉讼中,驰名商标认定被排除在外;其二,统一了驰名商标认定属于案件事实认定和判决理由,不出现在判决主文中,以调解结案的,驰名商标事实不予认定;其三,排除民事诉讼证据规则中自认规则的适用,即使对方当事人对商标驰名没有异议,主张人也要承担举证责任;其四是管辖,只有省、自治区政府所在地的中级法院、计划单列市的中级法院以及直辖市辖区内的中级法院才有权管辖驰名商标认定案件,未经最高人民法院批准其他法院无权管辖。

三、分配正义下的驰名商标制度的法律定位

一个社会体制正义与否,取决于基本权利与义务是如何分配的,要想确立分配正义的标准,必须面对社会首要利益——公共利益。总体来看,公共利益不可分性、公共性的特征,必然派生出各种特点,如“免费搭车”——个人都有规避自身贡献免费获得公共利益的倾向。因此,个人在孤立状态下做出的决定,其结果对每个人都比其他行为更糟,某种集体性的安排是有必要的。这时,需要国家出面来负责组织和推行集体协议,强制实行某些约束性规则。^[4]

驰名商标带来的公共利益分配问题,竞争法(反不正当竞争法、反限制竞争法或者反垄断法)迎合了上述的需求,它兼具诸法合性性与行政干预性。随着不正当竞争行为的猖獗和垄断的愈演愈烈,政府一改消极被动的角色,对市场积极干预,就产生了竞争法——用公法和私法双重手段积极主动调节经济关系和维护自由市场竞争秩序。

驰名商标的性质是什么?它更适合商标法还是反不正当竞争法?

商标所代表的商誉是所有人的一种财产权。按照传统的商标权理论,该财产权的范围局限于相同或类似商品或服务上的使用是否造成混淆,如果带来混淆,就侵入到商标权的范围;如果没有,就不属于

[1] 邓宏光:《商标法的理论基础》,法律出版社 2008 年版,第 319 页。

[2] Audi - Med Trade Mark[1998] R. P. D. &T. M. 863; Oasis Store's Trade Mark Application[1998] RPC631,649。

[3] Oasis Store's Trade Mark Application[1998] RPC631,651。

[4] 顾肃:《正义与自由的求索》,辽海出版社 1999 年版,第 124 - 126 页。

商标权的范围。对驰名商标在不相同不类似商品或服务上的使用,并没有带来混淆,因此没有侵害(trespass)商标所代表的来源出处和商誉,而是一种对商标来源出处和商誉的非侵入式滋扰行为(non-trespassory nuisance)。对于这种超出商标法调控目标的行为,其实是驰名状态被恶意利用,在保持商标法的底线不能突破的前提下给与的临时的、个案的处理。所以,驰名商标不是特定的商标,而是所有商标都可能获得的一种特别保护,只要其处于驰名状态。它已经超越了商标侵权,超越了商标法,成为反不正当竞争法的一项制度。创设这一制度的目的不在给与特殊的权利,而是维护驰名商标的市场声誉,阻止他人不正当竞争,维护公平合理的市场竞争秩序。

先来看未注册的驰名商标。在后商标对未注册驰名商标的使用目的是使消费者发生混淆、误认,但在大多数采用“注册取得”商标权的法律制度中,未注册商标不是商标法调整的对象;但该行为却是一种彻头彻尾的市场混淆行为——经营者采用假冒或者仿冒之类的不正当手段,使其商品与他人的商品相混淆,导致或者可能导致购买者误认的行为。显然,经营者不是通过诚实经营和其他正当经营手段获取商品声誉和竞争优势,而是通过假冒、仿冒之类的“捷径”来搭别人的便车,通过鱼目混珠来提升自己的销售力,获取竞争优势。其他经营者、广大消费者的合法权益遭到侵害的同时,也扰乱了市场竞争秩序。正因为市场混淆行为具有如此的社会危害后果,《反不正当竞争法》才将其作为不正当竞争行为予以禁止。日本《不正当竞争防止法》第 2 条第 1 款第 1 项规定,在相同或类似商品或服务上使用与未注册的驰名商标标识相同或近似标志的,可能造成消费者混淆的行为,属于不正当竞争行为。并且早在 1978 年 10 月,日本高等法院在“麦当劳”案件中就是按照此规定,认定擅自仿冒未注册但驰名的“麦当劳”商标的被告人构成不正当竞争并停止使用相关商标。^[1] 韩国、我国的台湾都有这样的保护模式。但共同的前提是该未注册必须是“众所周知”的:被人广泛熟悉、为相关公众所共知,如同我国《反不正当竞争法》第 5 条第 2 项中“特有名称、包装、装潢”受保护的前提是“知名商品”,在《关于禁止仿冒知名商品特有名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》中,“知名商品”被解释为在市场上具有一定知名度,为相关公众所知悉的商品,与对商标“驰名”的要求基本一致。

再来看看对注册驰名商标的跨类保护。从商标理论上,在非竞争类商品服务上使用与在先驰名商标相同或近似标志,但没有带来混淆的行为,是没有侵入到商标权的权利范围内的。但该商标长期使用中培育出的良好声誉却被在后使用人所利用,甚至丑化,即驰名商标被淡化,属于违背诚实信用基本经营原则的行为。日本、美国、我国的台湾都把淡化行为放在不正当竞争法下进行调整。如日本《不正当竞争防止法》第 2 条第 1 款第 2 项:在自己的商品上使用与他人的驰名商标标识相同或与之近似的标识,属于不正当竞争行为;该项区别于以混淆为前提的第 1 项,被认为是淡化行为而非混淆行为。我国台湾针对该种情况不作为《公平交易法》第 20 条的仿冒行为来处理,而是依据 24 条的兜底条款,即“除本法另有规定外,事业亦不得为其他足以影响交易秩序之欺罔或显失公平之行为。”此外,《反不正当竞争示范法》第 3 条关于“损害他人的信誉或名声”的行为主要指“使用了与他人的标示相同或近似的标示尽管没有引起市场混淆,但淡化了他人的商品服务的标示的显著特征和独特风格,使消费者可能不再将该标示与特定的商品服务联想到一起”的淡化行为。我国目前对淡化行为规定在《商标法》中,但在 2001 年商标法修改前,已经在司法实践中将淡化行为界定为不正当竞争行为,如杜邦公司诉北京国网信息公司域名纠纷案、劳力士钟表公司诉北京国网信息公司域名纠纷案。法院运用诚实信用原则,判处被告停止使用并撤销域名。将来修改我国《反不正当竞争法》的时候,可以借鉴日本等的做法,将淡化行为单列为一种不正当竞争行为。

综上所述,商标人为“商标驰名”付出了辛劳,在其商标声誉上享有特殊的权利保护是公平的、正义的;对其他社会公众来说,驰名商标所享有的特殊保护又是不平等的。因此,用限制性措施来规制驰名商标,让驰名商标人外的公众得到更多的自由才是正义的;当然,驰名商标制度下分配正义的实现,必须要有国家公权力的参与、安排。因此,用竞争法来调整驰名商标的保护就成为了理想的选择。

(责任编辑:宋焱)

[1] 李明德:《中日驰名商标保护比较研究》,载《环球法律评论》2007 年第 5 期。

日本创新教育对我国知识产权教育的启示

张淑华

〔摘要〕日本“遍地开花式”的创新教育比较成功地推动了知识产权战略的实施。我国创新性国家的建设,有必要借鉴日本重视启迪创新意识、普及知识产权知识、培养创新型人才的有益经验,培养我国经济社会反战所需要的复合型知识产权人才。

〔关键词〕创新教育;知识产权战略;知识产权人才

当今世界的竞争归根到底是经济实力的竞争,是科技创新能力的竞争,是人才的竞争,是知识产权的竞争。强化知识产权制度,已成为世界各国发展科技、经济和增强国力的必然选择。日本是实施知识产权战略较早并较为成功的国家,其重视启迪创新意识、普及知识产权知识、培养创新型人才的有益经验,对于我国建设创新型国家、普及知识产权教育、培养知识产权专门人才有一定的启示意义。

一、日本创新教育

(一) 日本的知识产权战略

2002 年 6 月,日本知识产权战略会议制定了日本的《知识产权战略大纲》,大纲立足于实现知识产权立国,在知识产权的创造、保护、应用及支持这一切的人才培养四个领域,推进相应的战略。2003 年 1 月制定了《知识产权基本法》,成立了以首相为主导的知识产权本部;国立大学行政法人化改制;建立技术转移机构(TLO);设立知识产权高等法院;大力普及知识产权教育等等。从日本实施《知识产权战略大纲》的具体政策措施来看,我认为,我国特别要借鉴日本在创新教育和知识产权人才培养等方面的做法。《知识产权推进计划 2005》第五部分有关知识产权人才培养方面,将具体措施分为:1. 推进培养知识产权人才的综合战略:自 2005 年起的 10 年间,使知识产权人才从目前大约 6 万人增加到 12 万人,要培养全方位的、能展开国际活动的、具有较高商业意识的人才。为此要明确目标、需求、培养手段,并制定 10 年规划,每年对规划的实施情况进行评估。2. 培养知识产权专门人才:(1)从数、质两方面加强知识产权人才培养,大幅度增加律师、代理人,提高他们的素质;充实法官的知识产权知识,提高审查员素质;大力培养有关标准和产学联合方面的人才;提高风险企业、科技翻译人员素质。(2)完善知识产权专门人才培养机构,促进大学开办法学研究生院,开设技术经营专业课程、知识产权专门人员研究生院,开办法学研究生院夜校,增加晚间知识产权讲座;促进法学研究生院的知识产权教育,促进法学研究生院与理科研究生院联合培养既具有科技素养又有法学素养的知识产权人才。3. 促进知识产权普及和教育:(1)促进从小学到研究生各个阶段的知识产权教育,培育积极创造知识产权和尊重知识产权的意识;(2)制作统一教材,培养从事知识产权教育的人才,研究知识产权教育方法;(3)加强国民的知识产权启蒙活动,提高国民的知识产权意识。^{〔1〕}

(二) 日本创新教育

为了实现知识产权立国,日本政府和民间特别重视创新教育,把启迪创新意识、普及知识产权知识、

作者简介:张淑华,女,山东经济学院法学院副教授,主要研究方向:知识产权法。

〔1〕《知识产权推进计划 2005》,日本知识产权战略本部,2005 年 6 月 10 日。

培育知识产权意识、培养知识产权人才作为重要的工作来抓。具体表现在以下几个方面：

1. 全社会关注创新教育,或者说日本实施创新教育(知识产权教育)的主体(包括组织者和参与者)广泛。如图所示。^{〔1〕}

参加者 组织者	政府官员	大企业 CEO	公司知 识产 权 负责 人	研 究 机 构 (大 学) 研 究 人 员	专 利 律 师	中 小 企 业 及 个 人	年 轻 人 及 学 生	公 众
JPO		⊙	⊙	⊙	⊙	⊙	⊙	⊙
IPTI	⊙		⊙	⊙				
JIPA			⊙					
JIII			⊙			⊙		
JAPP 培训中心					⊙			
公司及研究机构知 识产权负责部门			⊙	⊙	⊙			
教育机构				⊙			⊙	

JPO 为日本特许厅;IPTI 为特许厅设立的知识产权培训所;JIPA 为日本知识产权协会(Japanese Intellectual Property Association)缩写;JIII 为日本发明与创新学会(Japanese Institute of Invention Innovation)缩写;JAPP 为日本专利律师协会(Japanese Patent Attorney Association)。

从上图可以了解到:(1)日本政府重视创新教育,充分调动官、产、学研、社会团体等主体致力于知识产权人才的培养。日本实施创新教育的组织者具体包括政府机构、企业、教学研究机构、社会团体和民间组织等。其中,政府机构包括日本特许厅和特许厅设立的知识产权培训所在创新教育和培训上起着主导作用,他们承担了大部分创新教育和培训工作,既教育学生、社会公众等非专业人员,提高全社会的创新意识,普及知识产权教育,又培训政府官员、企业人员、专业律师、教学研究机构的专业人员,培养实际创新能力。其次,公司及研究机构知识产权负责部门在知识产权专业人才的培养,实际创新能力的提高起着重要作用。教育机构、社会团体及民间组织等在创新人才的培养上起辅助作用,社会团体和民间组织着重培训专业律师和企业工作人员的实际操作能力,而教育机构主要承担着向学生传播知识产权信息传播的任务。以前日本大学知识产权教育并不普及,现在强调教育机构培养知识产权人才的举足轻重的作用,在《知识产权推进计划 2005》第五部分规定要完善知识产权专门人才培养机构,促进大学结合实际需要以不同的方式和途径开展知识产权教育,为社会培养既具有科技素养又有法学素养的知识产权人才。(2)全民包括大中小学的学生及社会公众、政府官员、企业公司的职员、专业律师等都是创新培训教育的参与者。作为不同层次的受众,接受不同程度的创新(知识产权)教育,既培养了创新意识和知识产权意识,又提高国民的积极创造、保护和利用知识产权的能力。概括讲,日本政府实施创新教育在启迪创新意识、普及知识产权知识的同时,更重视知识产权的创造、保护和利用。

2. 日本创新教育因材施教,针对不同的对象施以不同的教育和培训。

日本特许厅由政府出巨资,发挥知识产权研究会、发明协会等社团和民间组织的作用,根据不同的对象实施有针对性的教育,以培养知识产权潜在人才、知识产权专门人才。作为政府职能部门,日本特许厅出资组织知识产权研究会、发明协会等社团和民间组织,具体编辑出版了一系列针知识产权教材和辅导读物并免费发放。据了解,到目前为止,日本特许厅已经向中小学、高中以及大学无偿提供了 230 万册教材及辅导读物。^{〔2〕} (1)注重创新意识的启迪,普及知识产权意识教育,培养知识产权潜在人才。潜在人员包括中小学生、社会公众等。首先,日本政府对中小学生(包括幼儿)进行创新和知识产权意识启迪教育。编辑出版了适合幼儿的多媒体辅导读物,以短篇故事介绍专利知识;以动画介绍专利与发明的要领;以通俗易懂的故事动画介绍商标知识等。其次,对中小学生进行普及知识产权知识教育。编

〔1〕 朱雪忠、周凤华:《美国、日本的知识产权教育及其对中国的启示》,载《中国知识产权人才培养研究》,上海大学出版社 2006 年版,第 197 页。

〔2〕 鲍炎炎:《从日本创新教育看知识产权人才培养》,载《中国知识产权报》2006 年 3 月 23 日。

辑出版三本针对小学生、中学生和高中生为对象的辅导读物,内容以启发学生发明兴趣为重点,讲解知识产权概要知识,知识产权制度与产业发展的关系,通俗易懂地讲解专利制度在日本产业发展中的作用与关系。第三,通过各种媒体向公众进行知识产权知识的宣传,使公众了解创新及知识产权制度在提高日本创新能力及国际市场竞争力的重要作用,积极主动加入知识产权的创造、保护和利用活动中来。(2)加强知识产权专门人才的培养。知识产权专门人才包括知识产权创造、管理人才和知识产权专业人才。知识产权创造和管理人才主要包括研究人员、经营者等;知识产权专门人才主要包括企业知识产权负责人、代理人、律师、专利审查员和法官等。对这两种专门人才是通过对学生、研究生的培养和对实业界和科研机构有关人员的培养而实现的。首先,大幅度增加律师、代理人,提高他们的素质;充实法官的知识产权知识,提高审查员素质;大力培养有关标准和产学研联合方面的人才;提高风险企业、科技翻译人员素质。其次,促进大学开办法学研究生院,促进法学研究生院的知识产权教育;鼓励法学院与理工学院或经营学院合作,促进法学研究生院与理科研究生院等联合,培养既具有科技素养又有法学素养的知识产权人才、既懂经营管理又精通法学尤其是知识产权知识的复合型人才。另外,为使研究成果成为新兴产业,对实业界和科研机构有关人员进行短期培训,以实例讲解新兴产业的商业运作过程中运用专利战略的技巧,引导研究者在研究中发掘可专利的技术,并用实例讲解如何撰写专利申请书,介绍申请专利的流程,以促进大学等单位的研究成果和专利技术商品化。

二、日本创新教育对我国知识产权教育的启示

我国在近 20 多年建立和完善知识产权制度的同时,对知识产权教育与培训得到普遍重视,以不同的形式为社会培养一定的知识产权人才。但与日本国家的创新教育和知识产权人才培养相比还存在较大的差距。笔者认为,我国的知识产权教育应从如下几个方面借鉴日本的有益经验。

1. 建立以国家知识产权局、教育部、科技部等政府机构相互配合为主导,企业、社会团体、民间组织为辅助,以学校为知识产权教育基地的多方位的教育培训体系。

日本是由特许厅统一规划、实施,由其他机构部门协同配合特许厅的工作,有利于国家从总体上把握知识产权人才培养战略和人才供需状况,也有利于资源整合和各相关部门之间在知识产权人才培养上的交流合作。^{〔1〕}而我国知识产权管理体制不同于日本,没有一个全面统一的知识产权管理机构,不可能完全照搬日本特许厅“大一统”的方式,只能根据我国实际情况,由多方主体进行不同分工,共同合作;通过基础教育与专业教育相结合、学校课堂教育与社会教育相结合的方式,实施创新教育,在培养知识产权意识的同时,培养知识经济所需要的多层次的知识产权人才。

2. 通过学校课堂和社会课堂进行知识产权的教育,培养学生和全社会公众的创造、保护和尊重知识产权意识,加强知识产权教育的普及。

日本的知识产权教育是从小学课堂开始,贯穿于整个国民教育的始终。我国缺乏知识产权文化的底蕴,全民创新意识不强,尊重和保护知识产权的意识淡薄,为提高我国的自主创新能力和综合国际竞争力,把中国建设成一个创新型国家,我国应该把创新教育和知识产权教育纳入到国民教育体系中去,从而在全社会范围内形成重视创新和尊重知识产权的氛围。我国应在学校教育的不同阶段,依据知识产权人才培养战略的要求,针对不同的受教育对象,编制不同的知识产权教材,进行创新和知识产权意识教育。现在广东省开展了一项从“娃娃抓起”的中小学知识产权基础教育工作,结合中小学素质教育和课程改革,把知识产权教育放在小学和初中的“综合实践活动课”和高中的“研究性学习课”中。让学生在快乐中学习,结合身边的事例引导和组织学生对周围的专利、商标、版权和技术秘密等进行调查和研究,促进学生和家长、企业、社区有机地互动,形成了“教育一个学生,影响一个家庭,带动整个社会”的教育方式,激发学生学习兴趣,也推动社会对知识产权保护的重视。我们应及时地有效地将这种模式在全国推广普及。在大学中,开展知识产权的同时教育,创造条件为非知识产权专业的本科生和研究生

〔1〕 朱雪忠、周凤华:《美国、日本的知识产权教育及其对中国的启示》,载《中国知识产权人才培养研究》,上海大学出版社 2006 年版,第 200 页。

单独开设知识产权课程,教师可灵活运用案例教学法,找到知识产权与相关专业学科的结合点,以版权、专利、商标的法律关系为主线,对不同权利的主体、客体、内容及限制和利用进行系统的介绍,使学生掌握知识产权的基本理论,了解知识产权的有关实务,使学生在尊重前人的知识产权的前提下,不仅学会怎样保护自己“已有”的知识产权,更应该学会如何创造自己“未来”的知识产权。^{〔1〕}

3. 充分发挥高校、科研机构、企业及社会机构的联动作用,科学的设计合理的课程,展开知识产权的专业教育,注重培养复合型知识产权专业人才。

知识产权专门人才是一种复合型人才,因为知识产权是一个集法学、经济学、管理学、科学学等学科于一体的交叉学科。因此,我国要加大交叉性、综合性、全面性的知识产权专业教育的推广。(1)继续发挥我国高校知识产权专业教育的主要作用,强化高校的复合型知识产权人才培养。一方面,高校在选择生源时应着重考察学生是否具有理工科背景和经济管理学科背景,克服单一法律课程设置的缺点,加强知识产权专业的学科建设和课程设计,在掌握并根据社会环境的变化进行持续的适应性调整,使知识产权人才在学习法律的基础上,重视科技、国际贸易、外语及信息知识的学习,注重沟通、谈判、协作等能力的培养和政治素质的提高。另一方面,知识产权具有很强的实践性学科,要加强师资培训,给现有教师提供更多的实践培训机会,使他们在社会经济运行中增强对相关理论知识的理解,将理论与实践真正的统一起来,也可聘请实践经验丰富的知识产权政府官员、专职律师兼任高校的知识产权教师,充实实践教学。高校应该为知识产权专业的学生提供更多实践的机会,也为未来的就业做好充分的实务准备。高校教育资源的性质决定了知识共享的可能性,各个高校可通过交流合作来实现人才的联合培养,发挥各自教育优势,共同塑造高层次知识产权人才。(2)重视科研院所知识产权专门人才培养。科研院所从业人员大多从事与知识产权领域相关的工作,每年产生大量的知识产权成果,这对知识产权人才也提出了迫切性需求。科研院所应建立完善的知识产权部门,根据可实际需要进行知识产权尤其是专利发展战略、专利申请、专利侵权分析的理论和实务的培训,坚持知识产权培训的持续性,为社会培养既精通科学技术又熟知知识产权的复合型人才。(3)其他机构的知识产权人才培养。国家和地方的知识产权行政管理部门有一支从事的更多的实务工作的知识产权人才队伍,他们有着便利的实践场所,定期由该部门优秀的人才或是邀请社会上该领域的专家实施培训,培训高素质的专门人才。(4)企业的知识产权人才的培养。国内企业面对跨国公司举起的知识产权战略大旗,务必组建自己的知识产权部门,培养吸纳优秀的知识产权人才,为企业有效利用知识产权和避免有关产权纠纷做好储备。其培养方式多种多样,一方面可将有潜力的知识产权人才送往高校进修,重新回炉锻造;另一方面,当企业知识产权部门实力足够强大时,还可成立专门的培训机构,通过企业自身资源来进行。

社会中还有一些知识产权协会、研究会、律师协会等,可根据我国知识产权事业发展需要,经常邀请国内外知识产权界的知名律师、专家学者讲课,举办知识产权培训班,也是知识产权人才成长的一种途径。

结语

在全球经济一体化的形势下,国际竞争转化为创新能力之争,知识产权之争。知识产权之争又称为教育之争、知识产权人才之争。我国为建设创新型国家,必须重视教育。从启迪创新意识和尊重知识产权的意识着手,普及知识产权教育,形成全民重视知识产权的文化氛围,培养具有知识经济所需要的复合型知识产权人才。

(责任编辑:宋焱)

〔1〕 徐瑄:《让心智与知识和财富一起增长》,载人大复印资料《民商法学》2005 年第 3 期。

受贿成因对受贿对象立法完善的启示

吴万秋

每当翻阅报刊、上网、收听、收视新闻时,我们常会看到某人“被拉下水”,因受贿而被捕或被判刑的文字报道或听到类似的声音,平时,人们谈论受贿等腐败行为时,也常有类似感叹。然而,我要问,受贿罪的产生,果真是“被拉下水”的结果吗?为追本溯源,我们有必要先从我国法律对受贿罪的规定与公权力特征谈起,然后步步深入,层层分析找出答案,并试图从受贿对象的立法完善方面给出一点受贿罪防治的对策。

一、受贿罪与公权力特征

关于受贿罪,我国现行《中华人民共和国刑法》(下文称现行《刑法》)分则有三条规定,其中第三百八十五条第一款是受贿罪的基本规定,指出“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”该条第二款及第三百八十八条属非基本的补充性规定,指出了“以受贿论处”的两种情形。可以看出,不管是“受贿罪”,还是“以受贿论处”的情形,其犯罪主体都是“国家工作人员”。

关于“国家工作人员”的规定,现行《刑法》第九十三条亦有国家工作人员和“以国家工作人员论”的准国家工作人员之分。无论“国家工作人员”,还是“准国家工作人员”,他们均有着“从事公务”的共同特征。国家工作人员所从事的“公务”只能是国家公务,这从现行《刑法》第九十三条国家工作人员的概念中已清晰表明,准国家工作人员从事的公务,根据立法精神及法条的内在逻辑,也只能是国家公务,因为“以国家工作人员论”的前提只能是第九十三条第一款中国国家工作人员所从事的“公务”,既然国家工作人员所从事的“公务”是国家公务,准国家工作人员所从事的“公务”理所当然是“国家公务”,再者,“从事公务”是国家工作人员的本质特征,即“以国家工作人员论”中所“论”的只能是国家工作人员“身份”这一形式特征,否则就不存在“论”的基础和前提。

国家公务以国家权力为依托,与国家权力密切联系在一起,这应是不言而喻的事情。这从公务活动的职能和内容两个层次上都能得到说明。从公务活动的职能上看,“从事公务活动是一种具有领导、指导、组织、监督、管理性质的职能活动。这种职能活动,也可以简括为管理活动”。它是以有关主体享有一定的管理职权为前提的。这种职权就是国家权力在某一部门的具体配置,或国家权力在某一职位的具体化,这也是受贿罪主体所资利用的职权。从活动内容看,既有国家主权事务,又有地方国家事务,既有对人的管理,也有对物的管理。但是,国家工作人员无论从事哪一种公务,都具有与国家权力、地方公权力等直接相联系的特点。^{〔1〕}因而有学者把公务说为“由国家行为或国家权力派生的行为”。^{〔2〕}

既然如此,作为对受贿罪予以研究的论文,就不能不对公权力的特征给予特别关注。

首先,公权力具有强制性,“权力现象的发生以人和意志的存在为其前提,它存在于人与人的交往

作者简介:吴万秋,男,山东省汶上县人,山东大学法学硕士,济南市中级人民法院行政审判庭审判长。

〔1〕参阅阮方民《“国家工作人员”概念若干问题辨析》,浙江大学学报人文社科版(杭州)2000年第2期;孙国祥《关于国家工作人员的几个问题》,《南京大学法律评论》,1998年春季刊。

〔2〕孙谦,尹伊君:《国家工作人员职务犯罪论》,载《法学研究》1998年第4期。

活动中”,^[1] 是一种命令与服从的关系,具有普遍约束力,为了使相对人服从,国家设有军队、监狱、警察、法庭等,正如恩格斯所说,“构成这种权力的,不仅有武装的人,而且还有物质的附属物,如监狱和各种强制机关”。^[2] 国家权力“力量”的概念,“主要是指拥有监狱等等的特殊的武装队伍”。^[3] 对不服从者,国家享有惩罚的权力,可运用各种手段迫使其服从自己的意志,听从国家支配。

其次,“权力具有可交换性。在一定的条件下,权力可以通过权力主体的更换而发生转移”。^[4] 因为“权力是一种外在型的能力,这一能力与主体的生理能力和后天学习而来又物化为人的智能的认识能力不同,它是可以从主体中被分割出来的”。格老秀斯对此也曾有论述,在谈及国际法中关于支配战俘的权力时,他认为,这种权力如同物的所有权一样是可以转让的。^[5] 当然“抽象的公权力本身是不可被分割的,如行政权的实施主体是行政机构,这一权力是完整、统一的,是不允许发生权物(钱)交换现象的;但就具体的权力而言,它随实施主体的多样性而被分化,通过一个个职权的存在形式表现,在特定的条件下这些具体的权力完全可能被用于交换”。有时,权力交换具有一定的公开、合法的特点,如汽车牌照费,车主交纳一定数额的金钱,交换了国家准许其运行的权力。有的则是隐蔽的、非法的,如贿赂行为。由此,我们也可以看到权力的可交换性与权力交换的合理性、正当性是不同的两码事。

再次,与利益相关性。一切国家权力都直接或间接来源于公民权利,权力在目的上要隶属于权利,权力是权利的一种特殊形式。^[6] 而权利按夏勇博士的考查,又是由利益、主张、资格、权威、自由五大要素组成。^[7] 德国法学家耶林认为,权利就是受到法律保护的利益。^[8] 不论权利客体是什么,对权利人来说,它总是一种利益。离开利益权利就空无所有了。^[9] 由此可见,权力就必然与利益有着密切的联系,或者包括利益,或者能给人们带来利益,这种利益既可能是物质的,又可能是精神的,即可是有形的,又可是无形的。托夫勒就曾视权力由暴力、财富和知识构成,^[10] 加尔布雷思在《权力的分析》一书中,也把财产看成权力的一个来源。这种说法,我们虽不敢苟同,然而,权力与利益的相关性却是任何人无法否认的,因而权力中就有着人们需求的东西,这为权力的交换提供了可能性,因而权力成了人们千百年来竞相追逐的对象,并且一种权力越是稀有、越被垄断,所含的利益或能够带来的利益就越大,吸引力也就越大,权力就会在交换中增值。

最后,权力具有不平等性。伴随着国家的出现,公权力诞生了。有了国家,就要设官职,以便具体行使公权力,权力的运行一般按照“命令——服从”的轨迹来统治、支配他人。“一方面,统治是必要的,否则,文明国家就只有很小部分人能希望活下去,而且还要处于可怜的贫困状态。但在另一方面,有了统治,必然就有权力不平等的现象。权力最大的人就要不顾普遍公民的欲望,而利用手中的权力来发展他们自身的欲望。”^[11]

这样,权力的不平等性与利益相关性极大地吸引着人,权力的强制性易使人产生规避心理,权力的可交换性为受贿等腐败行为提供可能性。当然,如果一种权力是潜在的、静态的,它仅仅为受贿行为的产生提供了可能性,而不会形成事实上的腐败。

但是,权力如不行使,也就失去了其保障公民权利、自由,促进社会发展的意义,权力也就不成其为权力。权力是要被行使的,然而,不管权力的主体是谁,最终行使权力的主体都是人。“一切科学对于

[1] 林喆:《权力腐败与权力制约》,法律出版社 1997 年版,第 1 页。

[2] 《马克思、恩格斯选集》第 4 卷,人民出版社 1997 年版,第 167 页。

[3] 《列宁选集》第 3 卷,人民出版社 1995 年版,第 177 页。

[4] 林喆:《权力腐败与权力制约》,法律出版社 1997 年版,第 49-68 页。本段引文未注明者,均出自该处。

[5] [荷]格老秀斯:《战争与和平法》,引自《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社 1983 年版,第 162 页。

[6] 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社 1996 年版,第 6 页。

[7] 参阅夏勇《人权概念起源》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 42-44 页。

[8] [美]庞德:《通过法律的社会控制》,商务印书馆 1984 年版,第 46 页。

[9] S. J. Stoljar:《权利分析》[Analysis of Rights, The Macmillan Ltd, 1984],第 25-27 页。

[10] 林喆:《权力腐败与权力制约》,法律出版社 1997 年版,第 3 页。

[11] [英]罗素:《权力论》,商务印书馆 1991 年版,第 144 页。

人性总是或多或少地有些关系,任何学科不论似乎与人性离得多远,它们总是通过这样或那样的途径回到人性。”显然,对权力特征的论述,在一定程度上,我们是在探讨人性,但是,作为社会科学的法学,为了探讨受贿罪的原因,更需要对人性予以特别关注。到底什么是人性,人性的哪些方面与受贿罪的产生有关系,下面我们对人性予以专门论述。

二、人性的弱点

人性是什么,古今中外众说纷呈,理论各异。

在中国,有孟子的性善论,他认为“人之初,性本善”。人先天具有“善端”,他说“恻隐之心,仁之端也;羞恶之心,义之端也;辞让之心,礼之端也;是非之心,智之端也”。^{〔1〕}有荀子的性恶论,他认为“人之性恶,其善者伪也”。^{〔2〕}恶为人与生俱来的本性,善则是由后天学习而养成的。“饥而欲食,寒而欲暖,劳而欲息,好利而恶害”。^{〔3〕}还有告子的性无善恶论,“食色性也”;杨雄的人性善恶混,“修其善者为善人,修其恶者为恶人”等等。

在外国,苏格拉底认为理性原则构成了人的本质,他在 67 岁时,和青年美诺的对话中^{〔4〕}清楚阐明了他的观点:没有谁甘愿为恶;恶起源于无知,只有理智,才是避免恶的唯一明灯。其弟子柏拉图认为人心分善、恶两部分,根据理性支配善还是恶以及支配程度的不同,人为地理性的、意志的、情感的三等,具有理性的哲学王管理国家,富于意志的军人保卫国家,只具有感情的农民和手工业者服务于国家。这极类似于我国汉朝董仲舒人性有上中下三品说,即“圣人之性”,“中民之性”和“斗筲之性”。亚里斯多德则认为人是政治动物,国家的基础就是人对公共生活的天然倾向。

及至中世纪以后,马基雅夫利认为,人性本恶,一般人的性情都是自私自利的,好变无常,忘恩负义,贪婪、虚伪、怯懦,为达目的不择手段。休谟则宣称“自私是和人性不可分离的”。^{〔5〕}雨果认为人是二元的,人身上有兽性,也有灵性。托尔斯泰认为人有二重性,一是精神的人,一是动物的人。

以上关于人性的各种学说,有的从人的本能,有的从人异于动物的特征,或从人的感性、感性和理性的结合等多角度对人性予以阐释,各有偏颇,但归纳起来,就是无怪乎人的自然属性和社会属性两个方面。对此,马克思也予以肯定,曾指出:“首先要研究人的一般本性,然后要研究在每个时代历史地发生了变化的人的本性”。^{〔6〕}这里所谓“人的一般本性”,主要是指人的自然属性;所谓“在每个时代历史地发生了变化的人的本性”,则主要是指人的社会属性,亦即人们的社会关系的总和。

既然,人有自然属性,就其本能性而言,人是“饮食男女”,人要生存、要繁衍就有“食色”的要求,就有着各种欲望,甚至是动物的贪婪、自私,因为“人来源于动物界这一事实已经决定人永远不能完全摆脱兽性,所以问题永远只能在于摆脱得多些或少些,在于兽性或人性的程度上的差异”。^{〔7〕}一提到人性自私,或许就有很多人觉得不舒服、刺耳、不顺眼,这或许是因为毛主席曾教导我们要“毫不利己、专门利人”的缘故,因而人们羞于承认人“自私”这一事实,其实毛主席这句话的逻辑前提就是人是自私的、利己的,不然,就没有必要号召大家“毫不利己,专门利人”了。再者,就人之本性而言,自私、自利仅仅是对人本性进行说明而不带有感情色彩的中性词罢了。

既然,人有自然属性,人就有着七情六欲,有趋利避祸的本性,有各种欲望(包括精神的和物质的),这种欲望有时还非常强烈。当然,由于人所处时代环境,所受教育等后天因素的不同,欲望的内容、程度

〔1〕《孟子·告子》。

〔2〕《荀子·性恶》。

〔3〕《荀子·荣辱》。

〔4〕柏拉图:《美诺篇》78B。

〔5〕[英]休谟:《人性论》,关文运、郑之襄校,商务印书馆 1980 年版,第 625 页。

〔6〕马克思:《资本论》,第 1 卷,第 669 页。

〔7〕《马克思、恩格斯全集》,第 20 卷,第 110 页。

会有所不同,甚至差异很大,但在人有欲望这一点上却并无二致,这就是人的本性。

人的自然属性皆为中性,无所谓善恶,然而,从社会性方面来讲,人的自然属性,就有了善、恶之分。人性所谓“善是指对于符合事物原则和规范的行为或事件的肯定性评价。恶是指对于违背事物原则和规范的行为或事件的否定性评价”。^{〔1〕}人们生活在社会中,为了共同的生活,就需要遵循一些原则、规范,不然人类就无法有序、幸福、安全地生存。这样,人的自然属性就成了社会发展的动力,如西耶斯就把金钱、荣誉说成社会的两大动力。^{〔2〕}很显然,他的意思是人们对金钱、荣誉追求的欲望成为社会发展的两大动力。然而人的趋势避害、趋乐避苦的本能并不能保证人人遵守社会规则,促进社会的发展,“人们总是用另外的目的来伪装其真正的目的——自足的私欲可能隐藏在广大公众利益的背后”。^{〔3〕}有时为了自身利益,就不顾社会公德,不惜破坏各种社会规则、规范,如不对其限制、约束,任其发展,就会衍生出恶来。因而人性具有两面性,是双刃剑。历史如此,现实亦如此。中国如此,外国亦如此。只要人存在的地方皆如此。

三、受贿犯罪产生原因小结

至此,我们分析了权力的强制性、可交换性、与利益相关性、不平等性的特征,又已探讨了人性的弱点、局限性,知道了人性有恶的一面,人是靠不住的。或许大家此时已意识到了受贿罪产生的根本原因了,是的,受贿等腐败行为就是权力的特性和人性弱点结合的结果。权力对人产生诱惑,人的欲望又追逐着权力;权力能给人带来利益,“有利益的地方就有犯罪”,“人们所奋斗的一切,都与利益有关,没有人为无益的事情而努力”。^{〔4〕}权力能满足人们对利益的追求,私欲又使权力异化,公权私有化,因而受贿罪就产生了。

权力的特征和人性局限性结合是受贿罪产生的根本原因,当然,受贿罪的产生除此外,还需要其他一些条件,不过这些条件都是在根本原因的基础上展开的,是对根本原因的说明,因而也就有了受贿罪产生原因的其他分析。本文开始提到的“被拉下水”的分析即是其中之一。

四、受贿成因对受贿对象立法完善与受贿罪防治的启示

从世界各国、地区刑法的规定看,对受贿犯罪对象的理解,有三种观点,也有着从属于三种观点的法律规定:

1. 金钱估价式,即把受贿对象看成金钱或用金钱能够估算的财物,而不包括其他不正当利益。我国刑法即属此种形式。我国对贿赂的传统解释是:贿者,财也;赂者,遗也。据《说文解字今释》一书的解释,“赇,以财物枉法相谢也”^{〔5〕},显然,贿赂即指财物。我国一九七九年《刑法》第一百八十五条第一款首先规定“国家工作人员利用职务上的便利,收受贿赂的,处五年以下有期徒刑或拘役”,接着又规定“赃款、赃物没收,公款、公物追还”。从该条看,我国一九七九年《刑法》规定的“贿赂”即指款、物。我国现行《刑法》更是把受贿罪的对象直截了当规定为“财物”,而不包括其它利益。

2. 有形利益式,即把贿赂看成是有形的或物质性的利益,又称物质利益说。这种形式认为,贿赂不仅包括金钱和可用金钱计算的财物,而且还包括难以用金钱估算的物质性利益,如设立债权、免除债务、

〔1〕 徐显明主编:《法理学教程》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 305 页。

〔2〕 [法]西耶斯:《论特权 第三等级是什么?》,冯棠译、张芝联校,商务印书馆 1990 年版,第 12 页。

〔3〕 [美]加尔布雷思:《权力的分析》,河泽人民出版社,1988 年版,第 9 页。

〔4〕 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社 1999 年版,第 90 页。

〔5〕 许慎(东汉),汤可敬撰:《说文解字今释》(中册),岳麓书社 1997 年版,第 859 页。

无偿劳动、提供住房、免费旅游等都属于贿赂。《俄罗斯联邦刑法典》第二百九十条条对受贿的规定即属此种,把贿赂规定为“金钱、有价证券、其他财产或财产性质的利益等形式”。^{〔1〕}

3. 需要式,该种形式认为,凡能满足人的物质需要和精神欲望的一切有形的和无形的不正当利益都是贿赂。它既包括财物和物质性利益,也包括诸如安排子女留学、提供职位、提升职务、色情服务、帮助迁移户口等非财产性的权利和利益,又称利益式。从日本、新加坡及我国港台地区等对贿赂内容、范围的规定、司法解释看,日本、新加坡及我国港台地区法律规定当属此式。日本刑法判例表明,凡是能满足人的需要和欲望的一切利益都包括在内,如点心、酬金、借款、偿还债务、提供保证或担保、宴请、嫖妓、艺妓演艺、异性性交、介绍职业、介绍公私有利服务等;^{〔2〕} 新加坡《防止贪污法》(1960 年)中规定收贿的对象为“报酬”,而“报酬”则包括(a) — (e) 五项,内容既有金钱、财物,又有免除财物性利益,直至“任何其他服务、恩惠或其他无论什么种类的利益”。^{〔3〕} 台湾刑法把受贿的标的规定为贿赂或其他不正当利益。其司法解释是:“所谓贿赂,指金钱或可用金钱计算之财物而言。所谓不正当利益,指贿赂以外,足以供人需求或满足欲望一切有形无形之利益而言。”^{〔4〕} 香港法律规定受贿标的为“任何利益”,香港 1995 年宣布《防止贿赂条例》中文真确本第 2 条对“利益”作了具体解释,其内容有(a) — (f) 六项,范围十分广泛,如任何馈、贷款、费用、报酬或佣金;任何职位、受雇工作或合约;全部或部分支付、免除、解除、了结任何贷款、义务或其他法律责任;任何其他服务或优待,包括加以庇护免受任何纪律、民事或刑事之控告;行使或不行使任何权利、权力或职责等等。^{〔5〕} 可见新加坡、港台地区法律对受贿对象的规定,涵盖了人类所需的任何物质利益及精神满足。金银财物及物质性利益自不必说,各种头衔、荣誉、写文章吹捧等满足虚荣心当在其中,三陪女、异性按摩、性服务亦显在其列。

从其它国家法律对受贿对象的规定看,泰国规定为“财物或其他利益”,意大利为“金钱或其他利益”,丹麦为“贿赂或其他利益”,奥地利为“财产上利益”,^{〔6〕} 德国为“利益”,^{〔7〕} 瑞士为“礼物或其他利益”,^{〔8〕} 英美刑法通常认为贿赂是金钱、财产、服务或有价值的其他任何利益、报酬。可见,多数国家对贿赂的规定是从属于利益说的。从本人掌握的资料看,把受贿犯罪对象直接规定为“财物”的,只有《中华人民共和国刑法》,仅此一国刑法。

那么,对受贿犯罪的对象,到底应如何规定,受贿罪的社会危害性是国家工作人员对其职责及其对人民“忠诚性”的侵犯。那么什么东西能使受贿者动心,导致其利用“职权”或“职务之便”滥用权力,违反权力设立的目的,违反其对职责、对人民忠诚的义务? 仅仅是财物吗? 不是。财产性利益呢? 亦不全面。显然,凡是人所需要的,能满足人类欲望的各种利益,都可能引起受贿者的怦然心动。因人的需要是多层次的,马斯洛曾将其分为生理、保障、社交、荣誉、尊重、自我实现等五个层次,并详细论述了各个层次的需要满足后对人类欲望程度的影响。当任何一层次的欲望不能满足时,收贿者都有可能利用职权或职务之便来达到目的。因而,从此意义上说,人所需要的任何对象都可成为受贿罪的对象,只要收受或享用了人所需要的任何东西,都成了十九世纪意大利刑事实证学派的代表之一加罗法洛《犯罪学》中所论述的自然犯罪。^{〔9〕} 当然,由于各国的历史传统文化有所区别,法律的规定就不可能完全一致。但中国现行《刑法》把受贿犯罪对象直接规定为“财物”的做法,是否能扼制受贿犯罪,是否跟上了时代

〔1〕 《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀等译,何秉松审订,中国法制出版社 1996 年版,第 149 页。

〔2〕 [日]木村龟二主编《刑法学词典》,上海翻译出版公司 1991 年版,第 540 页。

〔3〕 《古今中外反腐倡廉要览》,天津人民出版社、人民日报出版社 1994 年版,第 1004 - 1005 页。

〔4〕 赵琛:《刑法分则实用》上册,台湾梅川印刷有限公司 1979 年印行,第 40 页。

〔5〕 杨春洗等编著《香港刑法与罪案》,人民法院出版社 1996 年版,第 282 页。

〔6〕 《古今中外反腐倡廉要览》(三)反贪污贿赂的规定,第 1000 - 1059 页。

〔7〕 《德国刑法典》,徐久生、庄敬华译,中国法制出版社 2000 年版,第 227 页。

〔8〕 《瑞士联邦刑法典》,徐久生译,中国法制出版社 1999 年版,第 93 页。

〔9〕 这里所说的自然犯罪,“并不是天生的或者自然而然的犯罪,而是在与法律上的犯罪概念相对而言的。确切的说,是一种未经法律评判的犯罪——一种事实上的,或者说是一种超法律的犯罪”。陈兴良:《刑法的启蒙》,法律出版社 1998 年版,第 230 页。

的发展,同与发展变化了的时代相适应?因人的需要在随着时代的发展而不断变化,行贿的手段也不断变化,花样翻新。行贿手段由八十年代初的名烟名酒到八十年代末的彩电冰箱等高档生活消费品,后由上世纪九十年代的几千、几万元,演变为九十年代末的几十万、上百万元,到现时上千万元及时兴的各种服务、权益、好处,行贿手段已到了“按人所需”的全方位发展阶段,甚至有用各种服务代替“财物”的发展趋势,色情贿赂便有此功效。有的国家工作人员,几万元乃至几十万元、上百万元不看在眼里,而“上千元”雇来的妓女的服务,却使其“开心颜”,并乐此不疲,使想利用国家工作人员办事的人找到了“蛋缝”,且屡试不爽;而“三湘第一女巨贪”原湖南省建筑工程集团总公司主管经营的副总经理蒋艳萍的一席话更使立法者茅塞顿开,她说:“在男权社会里,只有懂得充分开发利用男人价值的女人,才能算是真正高明的女人。”她的“高明”之处,由其为别人当“二奶”、“情妇”到其飞黄腾达的发迹史已向世人昭示无疑,无须多言。孔子曾讲,他未遇到过像好色一样好德的人。既然人性中有此弱点,人有此强烈需要,色情就会有其他东西所起不到的独特作用,而立法者们却不把此囊括进去,这只能说明立法者对人性中的一些弱点还缺乏认识或认识不够,否则,便是在怂恿国家权力的行使者为了情欲的满足,可尽情的滥用手中的权力而由人民给予的权力。^{〔1〕}

由此可见,我国现行《刑法》中对受贿犯罪对象“财物”的规定必须修改,至少要把财产及财产性的利益包括进去,甚至一些非财产性的利益,也应列举出来,进而从受贿犯罪对象的完善方面对受贿犯罪予以防范和惩治。立法要与时代相适应,因“法与时转则治”(韩非语),有的学者认为这样规定不具有可操作性。其实大可不必为此操心,外国的法律规定我们暂且不说,港台澳的法律我们就完全可以借鉴、学习,因为百多年前,甚至几十年前,他们和大陆并没有什么区别,甚而不如大陆,他们也是学习和借鉴的结果。

(责任编辑:赵信会)

〔1〕 [英]休谟:《人性论》,商务印书馆 1980 年版,第 6 页。

未成年人相对不起诉制度研究

耿宝金

所谓未成年人相对不起诉制度,是指对于存在犯罪嫌疑且符合起诉条件的未成年人,因其具备犯罪情节较轻等条件,检察机关认为依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚,从而依职权对其作出不予起诉决定的一种特定不起诉类型。虽然我国现行的不起诉制度除了相对不起诉(酌定不起诉)之外还涉及绝对不起诉(法定不起诉)和存疑不起诉两种类型,但后两者均属于法律的硬性规定,无论其适用对象还是检察官在司法实践中没有合法自由选择的权力,在此我们不作深入研究。而相对不起诉则赋予了检察官自由裁量权,可以视个案情况灵活适用。并且未成年人作为受法律特别保护的主体,对其适用相对不起诉制度能够更好地体现教育、感化、挽救之目的,因此对未成年人相对不起诉制度的研究显得尤为重要。本文主要结合各地实践经验,借鉴国外相关做法,提出自己的些微见解。

一、未成年人相对不起诉制度的法律定位及价值分析

(一) 未成年人相对不起诉制度的法律定位

在刑事诉讼中,检察机关对侦查终结的刑事案件作相对不起诉处理,这是各国检察机关共有的职能之一。联合国第八届预防犯罪和罪犯待遇大会通过的《关于检察官作用的准则》中对此作了规定:检察官拥有酌处职能,法律或已公布的法规或条例中应规定一些准则,增进检察官在检察过程中裁决(包括起诉和不起诉)的公正性和连贯性。^[1]

对于相对不起诉,我国刑诉法第 142 条第 2 款规定:“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出不予起诉决定。”这是未成年人相对不起诉的基本法律依据。对此,《关于审查逮捕和公诉工作贯彻刑诉若干问题的意见》指出:根据刑事诉讼法第一百四十二条第二款,人民检察院对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,可以作出不予起诉决定。适用这一条款应注意把握以下两点:(1)依照刑法有关规定,被不起诉人的行为事实上触犯刑法;(2)犯罪情节轻微,主要是指,虽已触犯刑法,但从犯罪动机、手段、危害后果、犯罪后的态度等情节综合分析,依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的。刑法总则规定了应当或者可以免除刑罚的不同情况。如:在我国领域外犯罪,依照我国刑法应当负刑事责任,但在外国已经受过刑事处罚的(第十条);又聋又哑的人或者盲人犯罪的(第十九条);正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的(第二十条);紧急避险超过必要限度造成不应有损害的(第二十一条);预备犯(第二十二条);中止犯(第二十四条);共同犯罪中的从犯(第二十七条);被胁迫参加犯罪的(第二十八条);犯罪以后自首的(第六十七条);有重大立功表现的(第六十八条)等。对于具有上述情况的,可以结合其犯罪情节,作不起诉处理。

根据上述法律规定和意见精神,《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》(以下简称《规定》)

作者简介:耿宝金,男,山东大学法学硕士,济南市平阴县人民检察院检察长。

[1] 参见陈忠《关于建立未成年人不起诉制度的构想》,载人民网 [http://theory. people. com. cn/GB/40537/3073040. html](http://theory.people.com.cn/GB/40537/3073040.html)。

第 20 条对未成年人相对不起诉作了规定:“对于犯罪情节轻微,并具有下列情形之一,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的未成年犯罪嫌疑人,一般应当依法作出不起诉决定:(一)被胁迫参与犯罪的;(二)犯罪预备、中止的;(三)在共同犯罪中起次要或者辅助作用的;(四)是又聋又哑的人或者盲人的;(五)因防卫过当或者紧急避险过当构成犯罪的;(六)有自首或者重大立功表现的;(七)其他依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的情形。”同时,该规定第 21 条还作了补充说明:“对于未成年人实施的轻伤害案件、初次犯罪、过失犯罪、犯罪未遂的案件以及被诱骗或者被教唆实施的犯罪案件等,情节轻微,犯罪嫌疑人确有悔罪表现,当事人双方自愿就民事赔偿达成协议并切实履行,符合刑法第 37 条规定的,人民检察院可以依照刑事诉讼法第 142 条第 2 款的规定作出不起诉的决定,并可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉。”

(二)对未成年人相对不起诉制度的价值分析

1. 体现“保护优先”的价值。由于未成年人的生理和心理尚未发育成熟,行动具有很大的盲目性和冲动性,容易受到外来不良现象的影响,与其他犯罪群体相比,应当把保护放在优先的位置,给予其重新做人的机会。从我国未成年人保护法、预防未成年人犯罪法中的“教育、感化、挽救”方针和“教育为主,惩罚为辅”原则,可以看出法律对未成年人保护的基本立场和原则精神是很清楚的,但法律效果的实现需要法律手段。未成年人相对不起诉制度是检察机关依据宪法和刑事诉讼法赋予的法律监督权力,对犯罪的未成年人予以救济作出不起诉的制度,这一制度不给未成年人留下前科,体现了“保护优先”和“给予机会”的价值取向和政策理念,也与现代少年刑法“儿童最大利益原则、教育刑主义、个别化原则”相适应。从实践角度看,一些地方检察机关以不起诉方式办理的未成年人犯罪案件,其法律效果与社会效果都比较好,特别是有效避免了“犯罪标签化”的影响,^{〔1〕}能够尽快恢复未成年犯罪人的周围环境,在未成年权益得到最大限度保障的同时,也使其受到深刻教育,脱胎换骨,重新做人。

2. 权衡公共利益的价值。公共利益作为立法和司法在公正之外所要考虑的另一价值目标,已成为现代公诉制度中起诉权是否行使的主要依据之一。如:英国检察官在决定是否起诉时,要求进行两方面的检验,即证据检验和公众利益检验;我国香港地区的刑事诉讼法则具体规定了检察官评估公共利益时主要考虑的因素。^{〔2〕}在现代社会犯罪与刑罚的问题上,人们不仅注重对犯罪的惩罚,也更注重公共利益的维护和改造的社会效果,因此非犯罪化已经成为当今世界各国普遍奉行的刑事政策之一。而未成年人相对不起诉制度改变了惩罚性、报应性的刑事政策,顺应了非犯罪化的世界潮流,贯彻了刑罚个别化,是在公正和公共利益之间权衡后的选择,这种选择总体上说是基本合理的。^{〔3〕}

3. 实现诉讼经济价值。从经济学的角度分析,将一个未成年人羁押起来,尤其是将一个对社会不再具有危险性的未成年人羁押起来,无疑是一项浪费司法资源的活动。据有的资料统计,对在押人犯改造费用每年人均 2000—3000 元,远远高于国家对中小学的人均投入。^{〔4〕}未成年人相对不起诉制度通过对大量未成年人轻微犯罪的非犯罪化,使一些刑事案件不经过审判就得到妥善处理,有效解决了案件激增、程序繁琐与人员缺少的矛盾,节省了大量的人力、物力和财力,降低了司法成本,缩短了诉讼时间,并使被害人的合法权益得到及时维护,达到诉讼经济的目的。

〔1〕 张立兆主编:《未成年犯罪刑事政策研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 274 页。

〔2〕 刘玫:《香港与内地刑事诉讼制度比较研究》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 126—128 页。

〔3〕 郑铭勋:《论起诉便宜主义的存在合理性及借鉴》,载论文天下网 http://www.lunwentianxia.com/product_free_7810352.1/。

〔4〕 冯卫国:《行刑社会化研究》,北京大学出版社 2003 年版,第 56 页。

二、现行未成年人相对不起诉制度存在问题检讨

1. 法律规定过于笼统,适用困难且容易产生问题。虽然我国刑事诉讼法为相对不起诉设置了“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的标准和条件,但具体如何理解“犯罪情节轻微”,理论界存在不同看法。有人认为“犯罪情节轻微”应指犯罪罪名的轻微,即只能或者可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的案件;也有人认为“犯罪情节轻微”应指犯罪本身行为的情节轻微,既包括轻罪案件,也可包括具备从轻、减轻情节的重罪案件;甚至还有人主张应“突破犯罪情节轻微的界限,不把犯罪情节轻微作为免除处罚的前提条件,只要是依照刑法规定可以或者应当免除刑罚的就可以适用酌定不起诉”^{〔1〕}。由于最高司法机关没有相关的司法解释,认识上的分歧导致了办案上的不统一,实践中,很多检察官由于害怕承担责任或者遭到非议,多半不愿适用相对不起诉制度,致使许多犯罪案件的未成年人因此被起诉到法院作缓刑判决,或者退回公安机关作撤案处理。同时,也有个别检察人员借机办关系案、金钱案,对一些本应提起公诉,依法应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的案件不起诉,严重影响了该制度公平正义价值的实现。

2. 在未成年人相对不起诉案件中,司法权力过于突出,容易忽视当事人的权利和要求。相对不起诉是由检察机关根据刑法的相关规定作出决定。目前对未成年人适用相对不起诉的程序,主要是承办未成年人刑事案件的检察人员通过调查以及审阅书面材料,认为未成年犯罪嫌疑人的条件符合相对不起诉条件时,做出相对不起诉的决定。其程序运作上相对比较封闭,缺乏未成年犯罪嫌疑人及其法定代理人、被害人以及侦查机关等诉讼参与人的共同参与和意见发表。^{〔2〕} 最高人民检察院出台的《人民检察院办理不起诉案件公开审查规则》要求对存在较大争议并且在当地有较大社会影响的、经人民检察院审查后准备作不起诉处理的案件进行公开审查,并应听取被害人的意见,但这一规定对需要听取被害人意见的不起诉案件范围作了限制,大多数案件仍然不征求被害人的意见。这是一个很大的疏漏,损害了被害人一方的诉讼权益。虽然我国刑事诉讼法第 145 条至 146 条规定了被害人和被不起诉人不服不起诉决定的,可以向上一级人民检察院提出申诉,被害人也可以直接向法院起诉,但是这种救济手段毕竟是一种事后救济,凭空为被害人增加了讼累。与其这样不如将这种救济手段提前,在充分听取当事人意见的基础上作出相对不起诉决定。

3. 检察机关自身为相对不起诉设置的繁琐程序制约了其适用,违背了该制度设置的初衷。目前司法实践中,各地检察机关在适用相对不起诉时,一般都要经过主诉检察官联席会议、提交检察委员会讨论、不起诉听证等较为繁琐的程序,如果属于自侦案件还需要进入人民监督员监督程序,作出不起诉决定后还需要经过上级检察机关的多次复查和复核,这就使得不起诉案件的工作程序比提起公诉要复杂得多,这在相当程度上与国家赋予检察机关不起诉权力的目的(节省诉讼资源、提高诉讼效率)相悖。此外,出于对不起诉权力滥用的担忧,各地检察机关纷纷采取下指标(许多省份的不起诉率被控制在 4% 至 5% 左右,远远低于英国约 12%、日本约 26%、德国约 19%)^{〔3〕}、搞评比检查等方式制约不起诉的适用,以致实践中不起诉的适用空间极窄,大量本应适用相对不起诉处理的轻微刑事案件“升格”进入公诉程序。

4. 对未成年人作出相对不起诉案件决定后,缺乏有效的后续监管矫治措施。未成年人虽然因为犯罪情节轻微没有被起诉,但是其实施的行为已经对社会造成了危害,因此仍需要对其加以监管和矫治,防止其重新犯罪,但是目前这方面尚无完善的法律规定。现行刑事诉讼法和相关司法解释虽然规定对于被相对不起诉的未成年人在决定不起诉后,可以予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉,但是这些措

〔1〕 白新潮:《如何改革完善不起诉制度》,载《检察日报》2006 年 8 月 21 日。

〔2〕 杨文龙:《未成年人酌定不起诉研究》,载《未成年人法学》2007 年 9 月。

〔3〕 李艳:《我国刑事不起诉制度之检讨与完善》,载正义网 <http://review.jcrb.com/zywfiles/ca564649.htm>。

施都是即时性的,不足以实现对被不起诉人的有效矫治。实践中,对于未成年犯罪嫌疑人决定不起诉后,往往一放了事,很可能因为对其缺少必要的监管和矫治而放纵其重新走上违法犯罪的道路。^{〔1〕}

三、未成年人相对不起诉制度的具体完善与设计

为了有效控制未成年人犯罪,提高诉讼效率,保护公民合法权益,笔者建议在现行《规定》第 20 条、第 21 条相关内容的基础上,借鉴国内外的有益经验,进一步完善未成年人相对不起诉制度,使其在我国的法治进程中发挥更大的作用。

(一)适用对象

未成年人相对不起诉制度的适用对象显然是未成年犯罪嫌疑人。但需要指出的是,根据我国未成年人保护法规定:“未成年人是指未满十八周岁的公民”。而现行刑法确定的未成年人对严重犯罪负刑事责任的年龄为 14 周岁,已满 16 周岁的未成年人犯罪应当负完全刑事责任。那么,在相对不起诉制度中所称的未成年人年龄界限应如何确定呢?《规定》第 46 条给出了明确的答案:“本规定所称未成年人刑事案件,是指犯罪嫌疑人、被告人实施涉嫌犯罪行为时已满十四周岁、未满十八周岁的刑事案件。”即未成年人相对不起诉的适用对象是行为时已满十四周岁、未满十八周岁(包括不起诉时已满 18 岁)的犯罪嫌疑人。

至于刑法中规定的 16 周岁年龄界限,实践中也应适当加以区别考虑。尤其是 14—16 周岁的未成年人年龄相对较小,而且大部分正处于接受义务教育阶段,对其起诉、审判势必会对其正常生活和学习造成影响。因此这部分未成年人在符合条件时,应当尽量对其做出不起诉的决定。

(二)适用条件

适用未成年人相对不起诉应具备何种条件,是检察机关作出不起诉的重要依据,也是相应制度设计中最重要的一环。实践中,一项制度的适用条件越清晰,适用率就越高,其公平、公正性也越能得到保证。根据《规定》第 20 条、第 21 条,未成年人相对不起诉共涉及三方面的条件:

1. 原则条件。按照《规定》,只有“犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的未成年犯罪嫌疑人”方可适用。但这一原则性规定有个缺点,就是没有对“犯罪情节轻微”给予解释,实践中检察人员自由裁量的空间过大,以致上级检察机关不得限制其适用以防范权力滥用风险,许多符合不起诉条件的未成年犯罪嫌疑人因此被送入了审判程序。最高人民检察院新近下发的《人民检察院办理(不)起诉案件质量标准》(试行),明确规定对未成年犯罪嫌疑人、老年犯罪嫌疑人,主观恶性较小、社会危害不大等 5 种轻微犯罪行为不起诉。笔者认为,这里的“轻微犯罪”应指犯罪行为本身的情节轻微,既包括可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的轻罪案件,也可包括具备从轻、减轻情节,可能判处三年以下有期徒刑的重罪案件。

2. 客观条件。综合《规定》第 20 条、第 21 条及刑法有关规定,未成年人适用相对不起诉的客观条件有:(1)被胁迫参与犯罪的;(2)犯罪预备、中止的;(3)在共同犯罪中起次要或者辅助作用的;(4)是又聋又哑的人或者盲人的;(5)因防卫过当或者紧急避险过当构成犯罪的;(6)有自首或者重大立功表现的;(7)轻伤害案件;(8)初次犯罪;(9)过失犯罪;(10)犯罪未遂的案件;(11)被诱骗或者被教唆实施的犯罪案件;(12)其他依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的情形。只要未成年犯罪嫌疑人具备上述列举情形之一,且符合“犯罪情节轻微依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”的原则条

〔1〕 杨文龙:《未成年人酌定不起诉研究》,载《未成年人法学》2007 年 9 月。

件,检察机关就可以对其作出不起起诉决定。

3. 主观条件。对未成年犯罪嫌疑人主观方面的评价,也是对其适用相对不起诉时应当考虑的一个重要因素,即必须是未成年犯罪嫌疑人已经受到教育,确实不致再危害社会的,才能作出不起起诉决定;如属惯犯、累犯,不思悔改,仇视社会,或者采取非法的手段逃避侦查、起诉的,则不能作出不起起诉决定。为此《规定》第 6 条明确规定,对未成年犯罪嫌疑人适用相对不起诉时,还应当考量以下四个方面的因素:(1)平时表现,主要是指其在日常生活中的遵纪守法情况,是否有违法犯罪记录;(2)家庭情况,包括其家庭成员的遵纪守法情况,是否单亲、富裕程度、帮教条件、住所地环境、不起诉后可否继续工作或上学等;(3)犯罪原因,包括行为的动机和目的;行为人是否初犯、偶犯;是否从犯、胁从犯;是否属犯罪预备、中止或未遂;是否属于正当防卫或紧急避险过当而致犯罪;是否有自首或立功表现等;(4)悔罪态度,主要涉及是否积极赔偿被害人损失、是否积极退赃、是否坦白交代积极配合等。^{〔1〕}

(三)程序改革

1. 启动和运作程序改革

检察机关在受理未成年人案件后,应当首先审查是否符合相对不起诉的条件。经审查符合规定条件的,如果案件有直接被害人,则应启动刑事和解程序,作为对未成年人作出不起起诉决定必经的前置程序。

刑事和解的具体运作可以采取类似于听证的方式,由检察人员或者委托人民调解委员会主持,未成年犯罪嫌疑人及其代理人、监护人和亲属,受害人及其代理人或监护人、亲属,未成年人生活社区或就读学校人员以及承办案件的侦查机关人员参与,通过听取被害人陈述、未成年犯罪嫌疑人认错与道歉以及侦查部门的相关意见,进行协商,并制作和解协议书。和解协议一般应包括下列内容:首先是未成年犯罪嫌疑人应当履行的义务,包括:(1)向被害人道歉;(2)立悔过书;(3)向被害人支付一定数额的财产或非财产上的损害赔偿;(4)向政府或指定的公益机构支付一定的损害赔偿;(5)保护被害人安全的义务;(6)预防再犯所为的义务等;然后是被害方同意终止对其刑事追究的承诺。和解协议经检察机关确认生效,即与司法裁判文书具有同等效力。^{〔2〕}

通过和解程序,检察人员能够更清楚地考察该未成年人的悔罪表现,并将案中受损关系的修复状况、被害人的谅解程度、被告人通过赔偿所体现的悔罪态度,作为实体处理的酌定考量因素,做出不起起诉决定。此外,在和解听证过程中,检察机关还要向学校或者工作单位提出保留学籍、继续工作的建议,保证未成年人今后的健康发展。

2. 考察程序改革

为了保证对不起诉的未成年人实施社会化矫治的效果,预防其重新犯罪和防止对被害人、证人等进行打击报复,笔者认为应当借鉴缓刑的做法,为相对不起诉决定设置一定的考验期。这方面上海、江苏等地率先尝试的暂缓起诉(又称附条件不起诉)做法不失为一种成功的实践。

暂缓起诉从严格意义上来说还不是不起诉,它并不是一个程序上的终局性的处理决定,而仅仅是一个暂时停止起诉的程序,且暂时停止附有一定期限和条件。如果被暂缓起诉人履行了检察机关所指定的特定义务,考察期满后即转作不起诉处理;反之,一旦出现再犯罪或有其他较严重的违法行为,检察官可以对其旧罪新罪一并起诉,或将原罪起诉至法院、交付审判。^{〔3〕}可见,暂缓起诉只是有可能不起诉,

〔1〕 杨文龙:《未成年人酌定不起诉研究》,载《未成年人法学》2007 年 9 月。

〔2〕 见台湾地区刑事诉讼法第 253-2 条规定:检察官为暂缓起诉处分者,得命被告人于一定期间内遵守或履行下列各款事项:1、向被害人道歉;2、立悔过书;3、向被害人支付相当数额的财产或非财产上的损害赔偿;4、向公库或指定的公益团体、地方自治团体支付一定的金额;5、向指定的公益团体、地方自治团体或社区提供 40 小时以上 240 小时以下的义务劳务;6、完成戒瘾治疗、精神治疗、心理辅导或其他适当的处遇措施;7、保护被害人安全的必要命令;8、预防再犯所为的必要命令。

〔3〕 林少平:《扩大教育面缩小司法面——未成年人犯罪的刑事政策探讨》,载《政法论坛》2000 年第 4 期。

在考察期内,检察官仍保留起诉的权力。这与直接作相对不起诉相比,无疑能更好地体现起诉便宜主义和目的刑思想,有助于犯罪矫治功能的实现,从而真正体现惩治与宽大相结合的刑事政策。

在具体司法实践当中,检察机关对于那些主观恶性不深、有悔罪表现、可改造性大,且没有造成严重的社会危害的未成年犯罪嫌疑人,应尽量选择适用暂缓起诉,并责令其在指定期限内履行一定的社会服务、公益劳动等特定义务,考验期满后,再由检察机关根据其表现予以处理。^{〔1〕}

3. 结案程序改革

目前在实践中,检察机关作出相对不起诉决定后,往往就算案件完全办结,没有了后续工作,不能保障未成年人完全改过自新,也不能有效防止重新犯罪。为此,建议在结案程序中引入非刑罚处遇方法体系。

目前国际上通行的未成年人非刑罚处遇方法包括保护处分和教育处分两大类,这些处分措施一般适用于犯罪危害不大或者犯罪行为的发生与环境因素、行为人身心缺陷有特定关系的未成年人,以利于其改过和身心健康成长。目前我国对未成年人罪犯的非刑罚处置可包括以下四种:(1)责令未成年人的父母或其他监护人严加管教;(2)由专门矫正机构进行保护观察和协助实施社区矫正,并保持与未成年人的经常联系或进行访问,提出有益的矫正计划或措施,帮助他们积极向上;(3)委托环境较好的家庭进行教养,以改善未成年人的生活环境和心理状态,从而改造未成年人的品行;(4)对一些生理上或心理有缺陷而导致犯罪的未成年人,交由特定医疗矫正机构进行矫正治疗。^{〔2〕}

在上述非刑罚处置方式中,建立专门的社会化矫正机构尤为重要。我国自 2004 年以来在一些地方依托街道、乡镇司法所等进行的社区矫正试点,已经为此奠定了较好的组织基础。实践中具体负责矫正任务的除了相关机构的专职人员外,也包括一些社区志愿人员,通常是退休教师、干部及在校大学生等。此外,在对未成年人实施社区矫正的过程中,被矫正对象的亲属也是非常重要的一环。因为他们与其接触最为密切,更具有日常管理和监督的条件,社区矫正机构制定的一些具体帮教措施和计划也要通过他们的协助来落实。

未成年不起诉人在社区矫正的主要任务包括:(1)依法对社区未成年不起诉人实施管理和监督,确保其不再重新犯罪;(2)采取有效形式,对社区未成年不起诉人进行思想、道德和法制教育,矫正其不良心理和行为,促使其成为守法公民;(3)帮助社区未成年不起诉人解决在学习、就业、生活和心理等方面的问题和困难;(4)督促并协助社区未成年不起诉人履行司法文书确定的社区服务、公益劳动等义务。在对未成年不起诉人适用社区服务令时,应当根据未成年人年龄和生理、心理状况为其安排适当方式及适当强度的劳动,尽量选择既有劳动内容又有教育意义的工作,如在敬老院或孤儿院做义务工等,同时应注意选择适当的劳动时间、地点,并做好保密工作,防止给未成年人造成心理压力和伤害。

(责任编辑:赵信会)

〔1〕 张立兆主编:《未成年犯罪刑事政策研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 184 页。

〔2〕 张立兆主编:《未成年犯罪刑事政策研究》,中国检察出版社 2006 年版,第 149 页。

【研究生论坛】

论民法法益——权利与利益的均衡之约

李成龙

〔摘要〕法益是介乎权利和一般利益之间的概念,指独立于民事权利但仍然受到民事法律保护的财产或人身利益。作为民事法律关系的客体,法益包括一般人格权、胎儿的利益、死者的利益、纯粹经济损失和其它应保护的利益。对法益的保护需要法官的解释与自由裁量,这是权利主导模式的必然结果。

〔关键词〕法益;权利;一般人格权;纯粹经济损失;自由裁量

民事法律关系的客体应当包含法益已经成为通说,如何恰当的区分权利与法益成为研究民事法律关系客体的关键。目前而言,我国大陆民法学界尚未对法益进行体系化的研究,本文试图通过整理民法上法益的概念、法益的具体内容、一般条款的理解与适用,对作为民事法律关系客体的法益有全面的认识,同时对权利主导模式进行反思。

一、民法法益概念辨析

(一)逻辑分析的起点:权利的本质

“权利”一词起源于罗马法,在罗马法中,“jus”一词既指法律,又指权利,至 19 世纪中期以后,由社会生产方式所推动和分析法学思潮的兴起,“权利”作为法律(法学)的基本概念被总结出来,对权利的研究进入实证化的阶段。^{〔1〕}

权利在民法上居于本位,是私法的核心概念,同时也是对法律生活多样性的极度抽象。从权利概念诞生之初,关于权利本质的争论就一直未曾停止过,19 世纪形成了“意思说”和“利益说”的对立。“意思说”由萨维尼、普夫塔、温德赛等倡导,认为权利的本质是意思自由,权利人依权利可以自由发展其意思。^{〔2〕}“利益说”由耶林提出,耶林认为,权利授予的目的是为了满足特定的利益,权利的真正实质在于利益的实际效用和享受。“意思说”侧重权利概念的内容要素,“利益说”则强调授予意思支配力的目的在于实现某项利益,“意思说”和“利益说”并不矛盾。后来的学者将“意思说”和“利益说”进行了结合,提出了“法力说”,梅克尔认为权利的本质是主体享受特定利益的法律上之力,成为现今通说。^{〔3〕}“法力说”也成为本文进行后续讨论的一个逻辑前提。按照法律保护力度的不同,可以将利益区分为三个层次,即一般利益、法益、权利,法律对这三种利益形态保护的力度逐渐加强。权利是以特定利益为内容的,所谓的“特定”利益从法律技术层面可以理解为已经类型化的利益。

作者简介:李成龙,山东聊城人,山东经济学院民商法学专业 2007 级硕士研究生,研究方向为民法学。

〔1〕 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社 2001 版,第 285 页。

〔2〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 62 页。

〔3〕 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 42 页。

（二）民法法益概念

对于法益,不同学者作出了不同的阐述,我国台湾地区学者的观点主要有以下三种:史尚宽认为:“法益乃法律间接保护之个人利益”^{〔1〕},洪逊欣认为其乃“法律之反射作用所保护之利益”^{〔2〕},曾世雄认为“法益者,法律上主体得享有经法律消极承认之特定生活资源消极承认,一方面肯定其合法性,他方面则提供相对薄弱之保护”。^{〔3〕}上述概念都强调了法益在法律保护方面弱于权利的特征,但是并没有明确指出法益存在的价值。

我国大陆民法学者对法益论述较少,杨立新先生认为:“所谓法益,是指应受法律保护的利益。”^{〔4〕}龙卫球、张新宝先生主张:“权利仅仅限于指称名义上被称为权利者,属于广义法益的核心部分,其余民法上的法益均称为其他法益。”^{〔5〕}并将法益分为权利范围的法益和其他范围的法益。我们认为,法益是介乎权利和一般利益之间的概念,对它的保护是对违反法律基本理念行为的制止,由于这种利益形态尚不具备法律上可供抽象概括的特征,难以类型化,因此它受法律的保护弱于权利。我们也可以认为法益是一个社会法的观念认为应予保护的利益,但这种受法律保护的利益乃是一种概括的、不确定的利益,不具有具体的权利形态。^{〔6〕}

二、民事法律关系客体之法益

由于利益形态的多样化,一些利益类型化的基础过于薄弱,尚无法将其抽象为一种法律权利。尽管这些利益并没有以权利的形态出现,仍有必要通过法律对其加以保护。现在世界各国民法对于权利之外的法益保护都在逐步加强,随着社会经济的发展,人们开始在法治框架内赋予那些已经或希望享有的生活利益以应有的地位,从而发展出了诸多的法益。

（一）一般人格权

就一般人格权而言,我国大陆民法学界存在权利说与利益说的争论,笔者认为,一般人格权并非权利,其本质上是一种法益。这一判断基于以下几个理由:

第一,权利是法律为满足某人的利益需要而赋予他的一种“法律之力”,然而,“法律之力”不适用于各种人格权。德国法学家拉伦茨认为:“法律没有规定对人身的‘权力’,至少没有规定人本来就没有的权力,从而保护权利人作为人所应有的权利:一切他人对人的尊严的尊重,不对人身和人的精神、道德方面进行损害^{〔7〕}。”

第二,从一般人格权和具体人格权功能区分和相互关系看,具体人格权才是真正的权利形态,一般人格权的功能在于补充具体人格权的不足,对民事主体的人格利益予以全面的保护。二战以来,受“人权运动”影响,各国尤其关注人格的保护,逐步加强了隐私权、居住环境权等多项具体人格权及相应的侵权救济。但是经典的法律文本中并没有一般人格权的概念。

第三,一般人格权的主要问题在于它的不确定性。权利是经过法律抽象的类型化的确定利益形态,

〔1〕 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 127 页。

〔2〕 洪逊欣:《中国民法总则》,台北三民书局 1979 年版,第 50 页。

〔3〕 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,北京中国政法大学出版社 2001 年版,第 62 页。

〔4〕 杨立新、王海英、孙博:《人身权的延伸法律保护》,载《法学研究》1995 年第 2 期。

〔5〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2002 年版,第 121 页。

〔6〕 熊胥龙:《权利,抑或法益——一般人格权本质的再讨论》,载《比较法研究》2005 年第 2 期。

〔7〕 [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔、邵建东等译,法律出版社 2003 年版,第 278 页。

权利的确定性的特征不仅为权利主体享有利益提供了一个确定范围,也赋予了民事主体以行动的自由以及不因该自由行为受法律制裁的合理预期。行为的可预期性取决于权利的公示性和确定性。如果权利无确定范围,行为人因自己的行为动辄得咎,将会使行为主体陷入不安定的状态。一般人格权的不确定性会抑制行为主体的行为自由。

将一般人格权定位为“人格法益”,其意义主要在于:

首先,恰当的把握了一般人格权和具体人格权之间的关系。从一般人格权的制度发展来看,二者的关系不是概括与决定的关系,而是补缺和拾遗的关系。例如,1900 年《德国民法典》采取了具体人格权的列举模式,规定了生命权、身体权、自由权等具体人格权类型。这种僵化的立法模式随着社会的进步出现了不能满足个人人格发展的严重缺陷。德国联邦法院通过“骑士案”“人参案”等一系列判例创制了“一般人格权”的概念。然而,德国联邦法院特别指出,在对一般人格权作界定时,必须在特定的程度上进行利益权衡,避免对一个人进行保护,却以不合理牺牲另一个人的利益为代价。^{〔1〕}一般人格权的主要功能在于对于法律没有类型化为具体人格权的人格法益进行权衡救济,其本身难以成为有确定边界的权利类型。

其次,有利于准确定位实践中出现的各种新的利益类型。现实生活中民事主体常常提出许多新的权利诉求(如所谓的“亲吻权”等),这些人格利益当然应该受到法律的重视与保护,但是它并非法定的权利类型,是否对其进行法律上的保护,取决于法官基于整个社会价值利益的考量。将一般人格权理解为权利,与权利皆受法律保护的世俗权利观念存在着一定的隔阂。

就我国自然人人格权利保护的现状而言,我国 1986 年《民法通则》对自然人的人格保护采取了具体列举人格权利的立法模式,确立了生命权、健康权、姓名权、肖像权等几项具体人格权。与发达国家人格保护体系比较,《民法通则》人格保护的范围非常狭窄,对诸如自由权、身体权、隐私权等重要的人格利益均未规定。针对司法实践中存在的问题,最高人民法院在 2001 年 3 月 10 日通过了《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任的若干问题的解释》(以下简称为《精神损害赔偿司法解释》),该解释不仅扩大了具体人格权的类型,更重要的是,该司法解释采纳了一般人格权是法益的观点。^{〔2〕}这其中提到的“其他人格利益”概括了一般人格权的内容,其他人格利益在受到损害时可以引用此条款请求精神损害赔偿。

(二) 胎儿的利益

胎儿,指自然人未出生但在受胎之中的生物体状态。任何人均有从母体受孕到出生的过程,在此期间,不仅其未来的利益需要保护,某些现实的利益也需要保护。自罗马法以来,各国民法均对胎儿的利益设有特殊保护。德国法学家拉伦茨教授认为:“未出生者之被侵害性与其权利能力无关。纵使吾人认为人因其出生而取得权利能力,法律意义上之人格者因出生而存在,但这并不足以改变人于出生前在生物体上存在之事实。人之生命何时开始,自何时起应受法律保护,与其自何时起始得以一个具有个体之人而存在,而享有权利能力,系属两事,不可混淆。”^{〔3〕}因此,对胎儿利益的民法保护,应自胎儿成功受孕时起。

近现代民法关于胎儿利益保护的立法模式主要有三种:

其一,总括保护主义。即只要其出生时尚生存,胎儿就和已出生婴儿一样具有民事权利能力。如《瑞士民法典》第 31 条第 2 项规定:“子女,只要其出生时尚生存,出生前即具有权利能力。”

其二,个别保护主义。即胎儿原则上无权利能力,但于若干例外情形视为有权利能力。法国、德国、

〔1〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第四册),中国政法大学出版社 2005 年版,第 807 页。

〔2〕 该司法解释第 1 条第二项规定:违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理。

〔3〕 王利明:《人格权法新论》,吉林人民出版社 1994 年版,第 223 页。

日本等国民法采此立法模式。例如《法国民法典》第 906 条第 1 项规定:“为有受生前赠与能力,以于赠与之时已受胎为已足。”第 1923 条规定:“在继承开始时尚未出生,但已怀孕的胎儿,视为在继承开始前出生。”《德国民法典》第 1923 条第 2 项规定:“在继承开始时尚未出生但是已经受孕者,视为在继承开始之前已出生。”

其三,绝对主义。即绝对否认胎儿具有权利能力。我国《民法通则》采用此种立法模式。同时我国《继承法》第 28 条规定:“遗产分割时,应保留胎儿的应继承的份额。胎儿出生时是死体的,保留的份额按照法定继承办理。”依照这一规定,遗产分割时,胎儿的继承份额应当予以“保留”,即遗产之权利并非由胎儿即时取得。很显然,我国《继承法》虽然规定了胎儿的特留份,但胎儿享有遗产权利却必须从出生开始,特留份对胎儿来说是“留而不给”,不承认胎儿的主体资格。

针对胎儿利益保护,我国学者们一致认为,未来的民法典应该赋予胎儿特定的主体资格。法律对胎儿先期身份利益的延伸保护,主要是确认亲属身份关系,以保护胎儿的为子女、为亲属的法益;同时还应当保护胎儿继承遗产和享受扶养请求的法益。另外,侵权法关于致人死亡或丧失劳动能力之时,受害人的已受孕的胎儿享有对加害人的扶养损害赔偿潜在权利的规定,保护的是胎儿请求扶养的法益。胎儿健康遭受损害,作为其先期健康法益也应予以保护。

(三)死者的人格利益

前已述及,我国现行《民法通则》的条文中,没有一个条文对死者人格利益进行规定,甚至无法引申出对死者人格利益进行民法保护的意思。以“荷花女案”为代表的对死者名誉利益的保护问题,是《民法通则》实施后最早遇到的重大问题之一。随着司法实践的不断深入,对死者其他人格利益的民法保护问题不断地展现出来。例如,对死者肖像的保护问题,对死者隐私利益的保护问题,对死者身体利益的保护问题等等,在司法实践中不断出现。《精神损害赔偿司法解释》中规定:“自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:(一)以侮辱、诽谤、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉;(二)非法披露、利用死者隐私,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私;(三)非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。”根据这一规定,死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私以及身体利益,都受到侵权法保护。

我国学者对死者人格利益的民法保护的理论基础的主要观点是“法益保护说”。该说把应当保护的死者的人格利益称为法益,这种法益保护,实际上保护的是社会利益而不是私人利益。^[1] 在“法益保护说”的基础上,杨立新教授提出了人身权延伸法律保护的理论。该理论认为:“第一,民事主体在其诞生前和死亡后,存在着与人身权利相区别的先期法益和延续法益;第二,先期的人身法益与延续的人身法益与人身权利相互衔接,统一构成民事主体完整的人身利益;第三,民事主体人身利益的完整性和人身法益与人身权利的系统性,决定了法律对民事主体人身保护必须以人身权利的保护为基础,向前延伸和向后延伸。向后延伸保护的就是人死亡后的人身法益。”^[2] 前述《精神损害赔偿司法解释》关于死者人格利益保护的规定中就借鉴了人身权延伸法律保护的理论。

(四)纯粹经济损失

纯粹经济损失(pure economic loss),是指除了因对人身的损害和对财产的损害所造成的损失以外的经济上损失,常表现为一种费用或利润的丧失。纯粹经济损失的主要案件类型有如下几类:其一是

[1] 杨立新:《死者人格利益的民法保护及商业化使用问题[EB/OL]》,载中国民商法律网 <http://www.civillaw.com.cn/qql/weizhang.asp?id=39474>。

[2] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第七册),中国政法大学出版社 2005 年版。

“电缆案件”。如甲挖掘地道,不慎毁坏了乙的电缆,导致了电力供应中断,从而致使丙的餐厅不能营业。在此情况下,乙的所有权遭受了侵害,而丙遭受了纯粹经济上损失。其二是“不实陈述案件”,即专门职业者(例如会计师、银行等)对他人为不合事实的说明,从而造成第三人纯粹经济上损害。例如银行对其顾客提供不正确征信。其三是“商品瑕疵案件”。商品具有瑕疵,致使买受人或第三人受有经济上损失,例如甲向乙购买丙制造的机器,因机器具有瑕疵,不能使用,造成甲营业损失(即纯粹经济上损失)。^{〔1〕}

在民法领域,纯粹经济上损失偏重于由合同法保护。合同责任之所以适用于保护纯粹经济损失,是因为合同当事人之间具有特别关系,可以减少责任范围的不确定性,进而依据合同条款合理分配风险。如果加害人和受害人之间具有合同关系,纯粹经济损失就完全可以根据合同法的规定予以赔偿。所以,关于纯粹经济上损失,真正的问题在于加害人与被害人之间没有合同关系时,应如何加以保护。

在英美侵权法上,故意引起的纯经济上损失通常可以获得赔偿。这些故意侵权行为类型主要包括:欺诈(deceit)、通谋(conspiracy)、胁迫(intimidation)、伤害性谎言(injurious falsehood)、假冒(passing-off)、干预合同关系(interference with contractual relations)、诽谤(defamation)等。对于因过失侵权引发的纯粹经济损失,英国法依据“水闸理论”采排除规则,即对于案件中产生的纯粹经济损失一律排除在可赔偿的损失范围之内而不予补偿。这一规则作为纯粹经济损失补偿领域的一般规则长期被法院采用。在美国法上,对于过失引起的纯粹经济损失,整体上也坚持排除规则。

大陆法系中,法国法并未区分纯粹经济损失与其他财产损失。法国民法典第 1382-1386 条所规定的侵权民事法律责任是迄今为止世界上范围最广、射程最远的侵权责任制度,任何损害,无论是有形的还是无形的或经济的损害,根据该法都是可以提起侵权诉讼的,同时为了防止诉讼泛滥,对纯粹经济损失赔偿进行进行限制,要求加害人存在过错,并与损害之间存在因果关系。德国法采取了一些措施给予纯粹经济损失救济,具体包括以下几种:违反保护性法律型侵权的确立、缔约上过失责任制度、附保护第三人作用之契约和营业权的创设等等。

我国《民法通则》第 106 条第 2 款规定,“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任”。可见我国《民法通则》并没有区分权利、利益而对相应的侵权责任,并设定不同的责任构成要件。《合同法》确立了缔约过失责任制度。该法第 42 条规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用的行为。”第 43 条接着规定:“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。”这里的损失即为纯粹经济损失。纯粹经济损失成为侵权法的一个重要的新领域,如何保护纯粹经济损失涉及到《合同法》与《侵权法》的规范功能与民事责任体系的变迁,是侵权法的难题。

针对纯粹经济损失的赔偿,通说认为不是不赔,也不是都赔,究竟怎么赔偿是政策问题,英国有判例指出:“被害人能否请求经济上损失的损害赔偿,根本言之,是政策问题;以注意义务的有无,损害是否有因果关系来决定被告的责任,实在是基于政策的考量。”^{〔2〕}也就是在损害赔偿与行为自由中寻求平衡。为规范纯粹经济损失的保护,《侵权法》应当设定一般条款,即只有在故意以悖于善良风俗的方法致人遭受纯粹经济损失的情况下,受害人才能请求获得赔偿。这一立法模式有利于维护人们的行为自由。法律作为一种行为规则,首先应当确定人们对其行为的可预期性。如果纯粹经济损失都可以请求赔偿,那么,纯粹经济损失请求权将漫无边际,人们会失去对未来的预期,从而导致对行为自由的极大妨害。

〔1〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 79 页。

〔2〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 79 页。

（五）其他依法应当保护的利益

除了上文中所论述的一般人格权、胎儿利益、死者人格利益、纯粹经济损失之外,还应当包括其他依法应当保护的利益,例如:违反法定的或者约定的竞业禁止义务造成他人损害的,盗用他人姓名、账号、密码等进行交易造成他人损害的,妨害他人正常经营活动造成损害的等等。由于社会生活的不断发展变化,我们不可能穷尽所有的法益类型,这有赖于法官在具体裁判案件过程中的自由裁量。

三、法益的保护方法

（一）立法例关于一般条款的规定

一般条款是指以一般性的叙述方式来表达具有原则性意义的思想内容,如诚实信用原则和善良风俗原则等等。考察民法的立法例,多有一般条款的规定。例如,《德国民法典》第 826 条将“故意以悖于善良风俗方法损害于他人”确定为侵权行为。瑞士民法典第 41 条规定:“因故意或过失不法侵害他人者,应负损害赔偿责任。故意以悖于善良风俗之方法,加损害于他人者,亦同。”我国台湾地区“民法”第 184 条第一项规定:“因故意或过失不法侵害他人之权利者,负损害赔偿责任。故意以悖于善良风俗之方法加损害于他人者亦同。”我国的《侵权法》正在制定中,笔者认为,未来的《侵权法》应该比照德国法的规定确定一般性的保护条款:“故意以悖于善良风俗方法侵害他人的,应承担赔偿责任。”

（二）法律解释

1. 有关法益保护的司法解释

德国“一般人格权”的解释创制,是通过一系列判决完成的。1954 年,德国联邦法院在 BGHZ13, 334, 337f. 判决中首先开始了创制。在该案中,联邦法院认为一般人格权是“由宪法保障的基本权利”,使之具有直接规范的效力,突破了《德国民法典》原有具体人格权制度有限保护的人格范围。^{〔1〕}随后德国法院通过 1958 年的“骑士案”和 1961 年的“人参案”巩固了一般人格权的概念。日本早期判例对权利概念仅做狭义理解,以 1925 年“大学汤”事件为标志,在侵权行为规则上,形成了权利概念的广义理解,即法律上所保护的一切利益均视为权利,对此侵害均可成立不法。^{〔2〕}我国最高人民法院的规范解释我国的《精神损害赔偿司法解释》第 1 条第 2 款的规定比较有效的解决了有关法益的一般条款问题,为《侵权法》的制定提供了有效根据。

2. 法律解释的必要性与解释的方法

“法益”概念的出现宣告了“法典万能论”的破产。制定法不可能终结性地、没有任何歧义地宣告立法者对所有可能发生的争议的意志。法律适用是一种对向交流的过程:在考虑可能适用的法条之下,由“未加工的案件事实”形成被终局陈述的案件事实,同时也考虑将应予适用的规范内容尽可能精确化。^{〔3〕}承认法律解释的必要性主要是基于以下三个理由:其一,理性不可穷尽性,立法者采取概括抽象模式,不可能穷尽所有的利益类型,需要法官在适用时将法律具体化;其二,法律概念不可能完全清晰精确或具有足够的具体性,语词都有其意思中心与意思边缘;其三,针对同一案件事实,有时需要法官通过

〔1〕 [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 806 页。

〔2〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2002 年版,第 121 页。

〔3〕 [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 217 页。

解释来解决法律竞合的问题,特别是对于一般条款,从字面上看不出多少东西,其主要内容需要由司法判例及法学理论来进行补充。^{〔1〕}

对于民法的解释方法,一般认为,解释的方法包括文义解释、体系解释、法意解释、扩张解释、限缩解释、目的解释、合宪性解释等等。就法益的保护来看,主要涉及扩张解释与合宪性解释。扩张解释即当法律条文之文义过于狭窄,不足以表示立法的真意时,扩张法律条文的文义,以求正确阐释法律意义内容。作为法律适用中法律解释的最高位阶的准则,宪法的效力优于一般法律,法律解释的结果,不得与宪法条文相抵触,如果有多种不同的解释机会时,其中使该规范与宪法相符的解释,效力优先。

法官在进行法律解释的时候,需要面对法律解释的客观性问题,以避免由于法官的恣意影响到法律合理性与安定性。这就要求法官进行法律解释时,“通常不能考量待判个案,而必须同时考量其他同类案件,以求解释结果的普遍性。当然,如果法官有理由确信待判个案采取特殊解释更有依据,则可以背离先前的解释”。^{〔2〕}同时,为保证法官的评判具有客观性,还要求法官做出实质理性论证,法官要通过论证来证明其合理性。

四、对权利主导模式的反思

我国民事法律的制定深受德国民法的影响,尽管《德国民法典》以体系的严谨、抽象著称于世,但其权利主导模式在当代遇到了前所未有的冲击。民法领域的权利类型日益增多,大有“权利泛化”之势,现实生活中出现了诸如亲吻权、追悼权、拥抱权等案件,但这并不能有效地解决现实生活中的问题,结果往往是权利越多,自由越少。民法高度抽象的概念体系提供了一个抽象的平台,权利模式的成功在于其抽象性,权利模式的困境也在于其抽象性。权利主导模式因其抽象性,导致权利本身的内容不确定,需要更为抽象的法律原则来修正。法律在规定民事权利的同时,规定了“诚实信用”、“公序良俗”和“不得滥用权利”等基本原则。这些原则具有浓重的道德色彩和弹性空间,纠正、弥补了权利模式的缺失。

笔者认为,在法律追求的社会价值目标日益增多的情况下,绝对地以权利模式来调整社会关系具有严重的局限性,法益概念将起到越来越重要的作用。法律的目的在于解决人们应当如何行为的问题,抽象的权利制度不能解决所有的利益保护问题,其中一部分利益的保护不得不交由法官去自由裁量。

导师徐凤真教授评语:

法益是民诉特别是侵权法的一个重要概念,对法益进行类型化的标准以及保护方法已经成为关注的焦点。但是相对于完整的民事查证权利体系,法益的理论和制度规范,尚需深入研究。研究法益的意义在于明晰法益的内涵外延,理顺其与民事权利的关系,构建完整的民事法益受法律保护的利益关系,加强对法益的民法保护。这篇论文的特点在于藉由法益概念,实现法理学与民法学对权力与利益的交叉研究,同时对法益的类型化进行了初步划分,为对法益的研究提供了较好的思路。本文的缺陷在于对法益的类型化划分尚不系统,没有提出统一的划分标准,而且对法益总结不全面,对法有类型化的法益进行细致完整的概括应当成为下一步研究的关键。

(责任编辑:王春婕)

〔1〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2002 年版,第 88 页。

〔2〕 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2002 年版,第 90 页。

学术动态(许民麒整理)

学术讲座回眸

题目:施工合同纠纷的若干问题

主讲人:最高人民法院民一庭高级法官冯晓光

内容:冯晓光就建筑市场与房地产市场的概况、建筑工程合同的特征及其与承揽合同的区别、施工合同的建立与解除及有关工程造价等方面的问题结合相关法律条文的规定进行了详细阐述。

题目:担保制度与产品法律风险若干问题

主讲人:最高人民法院高级法官曹士兵

内容:曹士兵以《最高人民法院关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》的主要精神和反映出的实质问题作为贯穿这场讲座的主线,并进行纵向延伸、横向扩展的讲解。曹士兵主要提到了关于债权转让生效条件的法律适用和自行约定的效力、关于地方政府等的优先购买权、关于不良债权转让合同无效和可撤销事由的认定、关于不良债权转让无效合同的处理等 11 个问题,同时结合具体案件进行解析,使得具体建议能够切实落实到法律实务中。

题目:青年博士论坛:环境正义与哲学基础

主讲人:武汉大学法学院环境资源法学博士、河海大学法学院副教授、硕士生导师晋海

内容:晋海从梳理正义理论开始,阐述对环境正义内涵的理解,进而详细阐述了环境正义的哲学基础和环境正义在环境法制建设中的作用。晋海博士分析了各学派的正义观点,认为罗尔斯的自由平等理论最可取。他说明自己的环境正义理论是通过罗尔斯的理论进行论证的,并细致深入地阐明选择该理论进行论证的合理性。

题目:如何促进学术科研的相关问题

主讲人:山东大学法学院副教授,山东大学体育法研究中心主任黄世席

内容:黄世席为我校法学院全体教师与民商法硕士研究生主讲了如何促进学术科研的相关问题。他结合自己从事学术科研的经验与体会,就学术科研选题的重要性、科研课题申报的注意事项等内容进行了仔细的阐述。

学术活动回顾

山东省法学会检察学研究会第二届年会

2009 年 9 月 10 日至 11 日,由临沂市检察院承办的“山东省检察机关第五届理论研讨会暨山东省法学会检察学会第二届年会”在临沂召开。山东省检察机关及有关院校专家学者参加了会议。北京师范大学法学院宋英辉教授和最高人民检察院理论研究所向泽元副所长分别做了题为《宽严相济的刑事政策》和《司法规律与检察制度改革》的报告。我校法学院宋焱教授和赵信会教授应邀参加会议,并就宽严相济的理论基础、工作机制发表了自己的看法,获得好评。

中国法学会行政法学研究会 2009 年会

2009 年 8 月 24 日至 25 日,由湖南省政府法制办、中南大学承办的中国法学会行政法学研究会 2009 年年会在长沙召开。应松年会长,马怀德副会长以及来自全国各地行政法学界和实务部门的 120 余名专家、学者参加了年会。会议的主题是“行政程序的法治化”,与会专家学者围绕《湖南省行政程序规定》的实践情况评估、政府信息公开、行政裁量权的规范、给付行政程序等议题进行了研讨。我校法学院何翠凤教授在大会上以《论突发事件政府信息公开的真实性原则及其例外》为题做了主题发言,受

到好评。

中国法学会比较法学研究会 2009 年年会

2009 年 7 月 28 日至 29 日,中国法学会比较法学研究会 2009 年年会在北京召开,会议由国家检察官学院承办。中国法学会林中梁秘书长,比较法学研究会刘兆兴会长,著名法学家、比较法学研究会名誉会长江平教授,著名法学家潘汉典教授、郭道晖教授以及来自全国各地比较法学界的近 100 名专家、学者参加了年会。会议的主题是“当代各国法治机制比较研究”,研讨会的第一阶段,与会学者围绕“当代各国法治机制理论问题”、“各国法治运行机制问题”、“法律制度比较”以及“各国立法机制问题”四个议题作专题发言,第二阶段进行学术讨论总结与理事会换届选举。我校法学院章彦英副教授就大会指定的第四专题“各国立法机制问题”作专题发言。在换届选举中,章彦英副教授当选为中国比较法学研究会理事。

中国国际法学会 2009 年学术年会

2009 年 6 月 20 日至 21 日,中国国际法学会 2009 年学术年会在华东政法大学隆重开幕。全国人大法工委主任、中国国际法学会会长李适时,上海市人大常委会主任刘云耕出席开幕式并作重要讲话,来自全国各地政府机构、教学研究单位和法律实务部门的 200 多位代表和嘉宾出席。本届年会的主题是“改革开放中的中国国际法学”。我校法学院王春婕教授应邀参加了本届年会,并在分组讨论中发表了自己的意见,取得了良好的效果。

中国法学会民法学研究会 2009 年年会

2009 年 5 月 30 日至 31 日,由中国法学会民法学研究会主办、中南财经政法大学法学院承办、武汉大学法学院和华中科技大学法学院协办的“中国法学会民法学研究会 2009 年年会暨学术研讨会”在武汉召开。中国民法学会名誉会长王家福中国法学会副会长周成奎以及近 200 名来自全国民法学界的专家学者参加了会议。讨论过程中与会代表对侵权责任法的体系安排、一般条款、归责原则,民法典的调整范围、体例安排,财产权体系结构及其重构、不动产登记、土地承包经营权、宅基地使用权等民法的基本原理及具体制度进行了深入探讨,会议最终形成了丰富的成果。我校法学院徐凤真教授应邀参加大会,提交了题为“关于完善宅基地使用权制度的若干思考”的论文,并就宅基地使用权的取得和土地承包经营权流转过程中承包地“农业用途”的维持等问题发表了自己的看法。

山东省第二届齐鲁法学论坛

2009 年 5 月 23 日,由山东省法学会、山东政法学院主办的第二届齐鲁法学论坛在山东教育大厦召开。我校法学院赵信会教授、黄娟教授、王维芳副教授、马国泉博士、李震博士等部分研究生参加了会议。会议共有 16 位专家作了主题发言,我校法学院黄娟教授、马国泉博士、李震副教授分别做了题为“劳动争议调解制度之适用探究”、“经济法视野下的社会矛盾解决机制研究”、“解读宽严相济的刑事政策”的专题发言。我校法学院副院长赵信会教授作为第一个专题的点评人,对其中的 6 位专家发言进行了精彩点评。赵信会教授、黄娟教授、李震博士的论文获一等奖,侯圣和老师、吕欣博士、王维芳副教授的论文为二等奖,马国泉博士的论文获三等奖。我校法学院获优秀组织奖。

科研立项动态选摘

1、《公司诉讼机制研究》,2008 年度教育部人文社会科学研究项目,主持人为山东经济学院法学院教授王建敏,我院参加人还有副院长、教授赵信会。

2、《刑事和解制度及办案规范研究》,中国行为法学会 2009 年部级课题(2009 学研 029),主持人为山东经济学院法学院副教授,法学博士吕欣,我院参加人还有副教授、法学博士范春莹。

3、《基于与政府管理分开、衔接和良性互动的共青团职能履行研究》,共青团中央 2008 - 2009 年度青少年和青少年工作研究规划研究课题(2008GH183),主持人为山东经济学院法学院讲师、法学博士研究生刘奇耀,我院参加人党总支副书记、副教授邵文涛、讲师石岩。