

微观视域 法之理

杨亚非 主编



北京理工大学出版社

BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

D920.4/43

2008

微观视域法之理

杨亚非 主编

 **北京理工大学出版社**
BEIJING INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

微观视域法之理 / 杨亚非主编. —北京: 北京理工大学出版社, 2008. 6
ISBN 978 - 7 - 5640 - 1614 - 2

I. 微… II. 杨… III. 法律 - 研究 - 中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 071802 号

出版发行 / 北京理工大学出版社

社 址 / 北京市海淀区中关村南大街 5 号

邮 编 / 100081

电 话 / (010)68914775(办公室) 68944990(批销中心) 68911084(读者服务部)

网 址 / [http:// www. bitpress. com. cn](http://www.bitpress.com.cn)

经 销 / 全国各地新华书店

印 刷 / 北京圣瑞伦印刷厂

开 本 / 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张 / 14.25

字 数 / 334 千字

版 次 / 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

印 数 / 1 ~ 1000 册

定 价 / 30.00 元

责任校对 / 陈玉梅

责任印制 / 李绍英

目 录

杨亚非	知行合一，践行依法治国 ——从企业的依法治理谈起	1
于兆波	论实行科技资源共享的理论根据	9
庞华玲	议我国缺陷产品召回的行政管理法律制度	17
李艳秋	社会公正及其法律保障刍议	23
郑炳汝	都市中的角落 ——从北京的视角关注中国城市农民工问题	33
麻元青	格式合同的法律规制 ——由旅游合同引发的思考	43
孔庆萍	过错责任原则的新发展	53
卢芳芳	关注乞讨	63
王 艳	村干部法律观念调查报告	72
冷 冰	“专家法律意见书”之思辨	81
鄢天才	监督公权力任重道远 ——关于重庆“交警盖别墅”事件的调查报告	95
刘 楠	对交通警察“暗中执法”的法理学思考	108
李 娜	论我国信访法制化的障碍和进路	118
李店标	我国政府信息公开的立法模式选择	123
张 晶	诉讼的“进”与“退” ——关于医疗纠纷处理机制的调查报告	133
杨 帅	论和平与发展的环境下中国适用国际法的法律框架	146
周潇冰	疑罪的刑事证明之维	159
袁 虎	水之殇与法之痛	168
陈 娟	水资源的刑法保护	181
王 磊	浅论查处贿赂罪的策略	188
李立升	对我国法院体制改革的几点思考	196
王莱宁	陪审制的实践	202
马 琳	对我国律师地位的调查与思考	212
后记		221

知行合一，践行依法治国

——从企业的依法治理谈起

杨亚非

内容摘要：本文从企业的管理和治理角度入手，研究依法治国的微观层面，研究法制建设的特殊主体和具体实践，侧重研究了以下问题：分析了企业依法治理的掣肘因素，提出知行合一、努力实践的治理路径；探讨了企业依法治理水平的提高与认识转换的密切关系，指出必须正确认识企业发展与法治建设的关系，尝试法律思维，遵守法律程序，掌握法律技术，使依法办事成为企业及员工的习惯和生活方式；论证了企业发展的内部和外部条件，提出靠法律建设与维系企业发展和谐环境的发展战略。

关键词：依法治国 依法治企 知行合一 生活方式

党中央提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略以来，10多个年头过去了。在党的领导下，经过全国人民的共同努力，法治理念日益深入人心，法律体系不断完善，政治体制改革得到推进，法治的理想开始缓慢但稳步地向现实转变。但是，在我们这样一个有着悠久历史传统的国家里建设社会主义法治，是一项前无古人的伟大事业，它的艰巨性和复杂性远非其他国家可比，对此，我们要有清醒的认识和充分的准备。我们要扎扎实实地学习，脚踏实地地努力，知行合一，让法治在我们的手中，在我们依法办事的每一个实际行动中推进。企业是社会的重要主体，全方位地参与经济社会的发展和建设，企业依法治理的水平，标志和影响着依法治国战略的实现程度。从企业的管理和治理角度入手，研究依法治国的微观层面，研究法制建设的特殊主体和具体实践，是一项很有意义的工作。

依法治国要求知行合一的实践精神

“四五”普法以来，国家有关部门对加强企业经营管理人员学法、用法提出了明确的要求。以国有企业改革、建立现代企业制度和加入世界贸易组织为契机，企业经营管理人员比较系统地学习了社会主义市场经济、社会诚信、现代企业管理等方面的法律法规，促进企业依法建立、完善制度，保证了企业生产经营的健康发展。与此同时，维护职工合法权益的法律、法规得到普及，逐渐深入人心，广大企业职工民主参与、民主管理、依法维权的意识和运用法律手段维护自身合法权益的能力不断增强。这些共同奠定了依法治企的基础，推进了依法

治企的实践。

然而，在企业员工法律意识的提高和依法治企的推进方面，还有明显的不足。比如人治观念尚未根除，法律权威还未真正建立，信“人”不信法、信“情”不信法、信“权”不信法的观念还比较严重，普法游离于企业的中心工作之外，普法与中心工作“两张皮”的现象在有些地方和有些方面表现得还很突出。

继续深入开展法制宣传教育十分必要，它既与国家和社会的发展密切相关，是贯彻落实党的“十六大”、“十七大”精神的一项重要任务，是实施“十一五”规划、构建社会主义和谐社会和全面建设小康社会的重要保障，也是大企业率先建成一流的社会主义现代化企业和具有较强国际竞争力的跨国企业集团的战略目标的保证。

当下，在企业的依法治理方面存在的不足可以概括为两个方面：一方面，对法律的了解还不够全面深入，对法治与治企的关系和意义，对依法治企的途径、方法和具体操作还缺少了解和研究；另一方面，了解到的法律还没有得到很好的执行，并未完全变成现实，由知法向守法、依法、用法等转变需要一个过程。相对来说，上述两个方面的问题中，依法治企的践行问题更突出些。在我国社会主义法治发展进程中，官本位、以言代法以及计划经济体制下的思维方式、行为方式在我国政治生活、经济、社会、文化建设中还有十分顽固的影响，我们还没有形成依法办事的习惯，目标和现实之间还有相当大的距离。相应地，依法治企更多的停留在一种口号、主张和理想状态，没有成为企业运作的方式。上述两方面的问题可以概括为“知”的问题和“行”的问题，在“五五”普法中，需要努力使“知”“行”合一，践行依法治企。

知与行、认识与实践，这是中国社会普遍关注的问题。知与行之间存在十分紧密的联系。“知”的目的是“行”，“行”的基础是“知”，“知”而后“行”，“行”方有效。“知”和“行”还有互相支持和促进的关系，“知”必然要表现为“行”，不“行”不能算真“知”；“行”又增加了对“知”的渴求，进而求新“知”，新知又会促进更高水平的行，“知”与“行”的连接与互动形成良性循环，最终达到宣传教育的理想效果，达成更高层次的实践。就普法和依法治企来说，知，要求的是知法、懂法，即通过学习或普法教育使法律内化，形成法律知识、法律观念；行，要求的是守法、用法、护法，是人们已经形成的对法律的知识 and 观念的外化和表现形式。二者缺一不可，并且要使二者统一。知行合一讲求的是知法、懂法与守法、用法、依法、护法的合一和统一。通过“知”，形成引发依法行为的健康、稳定、积极的心理过程和基础；通过“行”，使守法的心理过程和意识获得外部表现。知行合一方有依法治国和依法治企的现实。

努力依法治企，促进依法治国

“加强企业经营管理人员法制宣传教育，着力提高依法经营、依法管理能力”是“五五”普法规划的工作重点之一。企业的普法教育在“知”和“行”方面，需要在以下几个方面努力。

首先，在企业与法律的关系上，认识到依法经营管理是现代企业发展的底线或生命线。企业发展不仅要以科技和物质实力为基础，还要以法制建设和法治环境为支撑。企业财产权

的保护，自主经营、独立经营的实现，效益的最大化，自主创新能力的增强，合法利益的保护，综合实力和竞争力的提高，企业与社会、企业与职工之间存在的各种矛盾和问题的解决，良好的投资发展环境的营造，等等，所有这些企业生存发展的重大问题，都必须由法律来保障、以制度来规范。“五五”普法中“法律进企业”的要求正是以此为出发点和着眼点的。法律对企业来说，不是外在的、强加的东西，而是一种最根本、最可靠的保障，法律守护着企业的生命线。法律对企业的守护，主要的不是通过别人来实现（包括行政机关的行政管理和行政救济，司法机关的司法活动和司法救济），更多的是通过企业自己的依法经营、依法管理的行为，以及依法维护自己合法权益的行为实现的。因此，依法治企，应该成为企业的清醒认识和自觉行为。

其次，在企业治理方式的选择和运用上，要了解法律思维方式，引入法律评价标准。毫无疑问，成本和收益是企业治理中的重要考量，法律对此并不排斥或抵触，恰恰相反，依法治企可以降低企业的成本，扩大企业的收益。依法进行招投标活动，依法签订合同，正确使用法定（或合同）权利履行法定（或合同）义务等，可以基本杜绝企业自身过错引发的纠纷、法定权利未取得或丧失、违规对外担保、擅自对外承诺附义务事项、故意违章等现象，降低企业的风险成本。在发生纠纷或企业利益受到不法侵害时，敢于依法起诉、应诉，维护自己的合法权益，又可以通过法律救济，维护和扩大自己的收益。因此，企业应当引入法律思维方式，将合法性作为企业决策和管理时考虑的一个常项，将合法性的考虑前置，即在企业决策层进行决策时，在企业执行层具体执行时，首先考虑该决策或行为是否合法；在对企业行为进行总结和回顾时，将合法性作为评价的重要的实质性标准，尤其在目标未实现、利益受损失的场合，将合法性与盈利、亏损的评价相结合，分析亏损的原因，追究亏损的责任，这将为正确总结经验教训，推进企业健康发展，提供重要经验和参照。

再次，在企业治理的全程中，要熟悉和尊重法律程序。人们从事任何行为、做出决定，都有一个事项的展开过程和先后顺序，法律行为讲程序，企业的管理也离不开程序。从法学角度来分析，程序是从事法律行为做出某种决定的过程、方式和关系。过程是时间概念，方式和关系是空间概念。法律程序是以法定时间和法定空间方式作为基本要素的。法定时间要素包括时序和时限。时序是法律行为的先后顺序，时限是法律行为所占时间的长短。法定空间方式包括两个方面，一是空间关系，即行为主体及其行为的确定性和相关性，比如，审判行为只属于法院，这是确定性；“一切机关不得干预审判”则表明各主体在空间上的相关性。二是行为方式，即法律行为采取何种表现方式的问题，如审判行为的公开或秘密形式。^①企业为生产经营进行的招投标、签订合同、履行合同、交付标的物或支付货款行为等，都要遵循一定的程序，这些程序都为法律所规定。一旦发生纠纷，纠纷的解决也有明确的程序，行政裁决和复议、调解、起诉、上诉以及仲裁等，都表现为程序过程。企业的上上下下严格按照法律程序办事，遵从法律的时限和时序，符合法定的关系和方式，合法权益就有保障。违反法律程序，不仅实体权利得不到保障，还会因此导致行为的无效或败诉，带来无法挽回的损失。

最后，在企业治理的具体方式上，要了解和运用法律技术。在当代社会，越来越多的重要社会问题进入法律调控的范围，相应地，相当大量的活动要遵从法律方式，运用法律技术。

① 张文显主编. 法理学（第二版）[M]. 北京：高等教育出版社，2003：155-156.

一方面,相当多的技术标准取得了法律身份;另一方面,遵守技术标准成为了人们的法律义务。“法律的运作日益与直接的道德和政治因素相疏离。这主要是由于专门化程度的提高,法律将越来越多地体现为一种专门技术知识。”^①法律职业的技术是一种专门化的技术,它包括立法技术、法律解释技术、法律推理技术、法律程序技术、证据运用技术、法庭辩论技术、法律文书制作技术等。其中相当多的部分,不仅法律职业者应当准确掌握和纯熟运用,凡是参与有关法律活动的人,都应努力学习和运用。企业经营活动的成败在相当多的场合取决于对法律技术的运用状况。在企业经营活动的全程中,涉及相当多的法律技术。比如,公司的设立、合并、分立技术,企业的增资与减资技术,证券的发行和承销技术,汇票的出票、背书、承兑技术,保险理赔技术,合同的签订和解释技术,发生纠纷时选择解决方式的技术,为保证诉讼及仲裁获胜所采用的收集和固定证据的技术,在法庭上提出自己的诉求及为自己的权利主张辩护的技术,等等。虽然因社会分工的明细和生活节奏的加快,相当多的法律咨询和代理可以通过交换的方式(如聘请律师)来换取,但是大量的日常工作及律师介入和进入正式的司法等程序前的基础性技术工作是由企业内部人员来完成的。由于法律程序的环环相扣,前期工作是否合法,已经预先地决定了后续工作的难易甚至成败。可以说,依法经营,在微观和最直观的意义上,就是运用法律技术的经营。

企业应当努力在上述方面形成和扩大对法律的“知”,形成新的更高层次的“知”,并且始终不渝地将“知”转化为“行”、用“知”指导“行”,“知行合一”的过程就是依法治企的践行过程,也是企业在科学发展的高速路上高歌猛进的过程。

让法治成为企业每个员工的生活方式

改革开放以来,我们国家和社会的发展和进步可以用一些关键词、高频词来概括,比如,市场经济、民主政治和社会主义法治等。所有这些,都导致了人们的生活方式的变化。在市场经济的建设中,“每个人都被置于市场之中,能够给人以指点、帮助和保护,已不是超经济的行政权力,而是法律这种既定的规则。在这样的时代,法律不仅成为人们的行为模式,而且是人们生存和发展的必备知识和技能,习得法律已成为人的社会经验的组成部分,每个人将不得不像学习劳动技能、生活经验、道德规范那样学习法律,培养认知、评价和运用法律的能力,提高法律文化素质。”^②可见,只要建设市场经济,所有的社会主体必须学会在法律的指引、调控和保护下生活。法治的含义和意义十分丰富,其中之一便是“‘法治’代表某种具有价值规定的社会生活方式”,而且,此种含义的“法治”与法治的其他含义密切相关。20多年来的普法,其重要意义就在于人们的生活方式的转变,这既是国家的意志和任务,也应该转化为社会成员、企业员工的自觉的要求和行为。因此,在“五五”普法中,企业的每个员工应该进一步增强对法律与企业、与个人关系的认识,增强学习的自觉性,并努力使法治成为自己的生活方式。

按照前述之关于法治的认识和实践的“知”、“行”二分的分析结构,法治的生活方式,

① 苏力. 法律活动专门化的法律社会学思考[J]. 中国社会科学, 1994(6).

② 张文显. 马克思主义法理学——理论、方法和前沿[M]. 北京: 高等教育出版社, 2003: 369.

可以分为认识方式和行为方式两个部分。

其一，法治的生活方式要求认识方式上的重大变化。法治的认识方式的主要特点在于，通过自上而下的法制宣传和自在自为的法律学习，企业员工正确了解法律的规定、知识和精神，进而形成情感上的积极反应和道德上的肯定评价，在人们的心中，建立起宪法和法律权威，建立起对宪法和法律的信仰。在普法中，不可能做到全体社会成员、企业的每个员工都像律师、检察官和法官那样获得全面的系统的法律知识，能做到并且应当做到的是努力传播和掌握法治的精神。崇尚法律、信仰法律的意识 and 意志将使人们获得在行为上服从宪法和法律的内在驱动力。

其二，法治的生活方式还指行为方式，就是依法办事，全体社会成员平等守法的行为方式。法治生活方式的行为方式层面有更重要的意义：“法立而不行，与无法等，世未有无法之国而长治久安也”。^①“五五”普法规划要求：“深入学习、宣传维护社会和谐稳定、促进社会公平正义的相关法律法规。深入开展以‘学法律、讲权利、讲义务、讲责任’为主要内容的公民法制宣传教育，促进公民依法行使权利、履行义务，自觉用法律规范行为，形成遵守法律、崇尚法律、依法办事的社会风尚。”“学法律、讲权利、讲义务、讲责任”的要求，简明地概括了法治的行为方式，即通过学习法律，了解权利、义务和责任以及它们之间的逻辑关系，从而在日常生活中，正当行使法律权利，积极履行法律义务，勇于承担法律责任。法学理论告诉我们，法以权利和义务为内容。法律授予人们一定的权利，告诉人们怎样的主张是正当的、合法的，会受到法律保护；或者设定一定的义务，指示人们怎样的行为是应为的、必为的或禁止的，在一定条件下会由国家强制力强制履行或予以取缔；法律责任则是由于侵犯法定权利或违反法定义务而引起的、由专门的国家机关认定并归结于法律关系主体的、带有直接强制性的义务，亦即由于违反第一性义务而招致的第二性义务。以立法、执法、司法、守法、法律监督等环节构成的法律运行的全部过程都是为了确定、落实权利和义务，包括通过追究法律责任来保证权利义务的实现。法治的生活方式要求我们，在进行行为选择时，要考虑合法性。合法性的认识和判断不是抽象和空洞的，而是要通过权利与义务（包括责任）的分析来实现。因此，要努力地学习法律，了解和落实法律权利、义务和责任。在这个过程中，法治的口号和理想慢慢地成为每个人的习惯，成为社会的生活方式。在这个过程中，也实现了每个人权利的保护和个人的发展。企业员工作为普通公民当然要行使公民的权利，履行公民的义务；作为企业员工，还要遵从特殊的法律规定。比如，依法决策，依法管理，遵守操作规程、技术法规，依法参与企业事务，依法维权，依法表达利益诉求，等等。

为使法治成为企业每个员工的生活方式，首先应当使其成为企业领导者、组织管理者的生活方式。“五五”普法规划要求“加强领导干部法制宣传教育，着力提高依法执政能力”，将领导干部学法用法作为普法工作的重中之重加以强调。这是十分正确和重要的。“五五”普法规划提出的法律“六进”之一是“法律进企业”。在法律进企业中，企业的领导者和组织管理者的学法用法应当是企业普法工作的重中之重。企业的领导者和组织管理者带头学法用法是提高依法治企能力的内在要求，是带动广大人民群众学法用法的客观需要。企业的领导者做遵守法律、执行法律的楷模，对于依法决策、依法管理、依法经营，以及整个企业依法办事习惯的形成有着宏观的、全局的影响。

^① 沈家本. 历代刑法考·刑法总考 [M]. 北京：中华书局，1985：34.

与法律体系的重构、法律制度的改革相比,生活方式的转变是更根本的转变。让法治成为企业员工的生活方式,是一项需常抓不懈的系统工程,靠的是细水长流、润物无声,靠的是扎扎实实的学习和实践。20多年来的普法教育,取得了可喜的成绩,但也有不足。在普法效果方面呈现的若干“失衡”的状况阻碍着法治生活方式的养成。比方说,普及法律知识与传播法治理念和法律文化的失衡;领导干部包括企业领导者、组织者权力意识(强)与责任意识(弱)的失衡;普通公民义务观念与权利观念的失衡;了解法律规定与依法办事的失衡;立法的发展与法律的实现的失衡,等等。依法治国、依法治理、依法治企,这些都是很美好的词语,其美好在于表达着法律的理念和理想,更在于它们的价值和意义。这些价值和意义都要通过人们的实践来实现,在实践它们时,每个概念都有丰富的内容,需要勇气和坚持。也只有实践,才证明我们理解和认同了这种理念,这种理念才对我们有意义。党的“十七大”提出,要“深入开展法制宣传教育,弘扬法治精神,形成自觉学法、守法、用法的社会氛围”。在“五五”普法中,应当努力改变上述失衡状态,全面了解法律权利、义务和责任,将对法律内容的学习、法治精神和信仰的培养结合起来,既抓法制学习和宣传,又注重法治实践,通过从领导到员工的努力,使依法办事成为一种风气、习惯和生活方式。

靠法律建设与维系企业发展的和谐环境

企业的发展需要和谐的环境。和谐的环境包括外部关系的和谐、内部关系的和谐,企业与自然环境的和谐,等等。在赖以建立和维系企业发展的和谐环境的各种手段中,法律无疑发挥着突出的作用。

第一,法律宣示和弘扬了一种和谐的精神。法律之所以重要,主要是人们可以借助法律上的权利和义务来保护和促进各种美好的事物,实现法的目的价值。法律的目的价值是多元的,在当代中国,法的目的价值包括公平、正义、平等、自由、秩序、人权、效率等。法的目的价值既是多元的,又是有序的,按照一定的位阶顺序排列组合在一起,以实现目的价值的内在统一。如前所述,“‘法治’代表某种具有价值规定的社会生活方式”。作为具有一定价值规定性的社会生活方式的法治,它包含了两重含义:第一重意义是法治的形式方面的规定性,它包括法律规范必须清晰、公开、适度、可行、非溯及既往、规则之间协调一致、有明确的效力范围和制裁方式等;第二重含义是法治内容方面的规定性,就现代社会来说,法治的价值取向至少包括体现人民的利益和意志,承认、尊重和保护人民的权利和自由,法律面前一律平等,承认利益多元以及平等保护正当利益等。^①可见,法治自身有着强烈的和谐因素,它要求并实现着法的形式价值的统一与和谐、法的目的价值的统一与和谐,以及法的形式和内容的和谐。自身和谐的法治必将成为保证社会和谐的工具。

第二,法治奠定了社会和谐的基础,提供了社会和谐的具体模式和判断标准。法律通过权利和义务的规定,鼓励和支持一定行为,禁止和反对一定行为,引导和规范人们的行为,告诉人们什么该做,什么不该做,通过法律规定预设了社会和谐的要求和模式,法制宣传倡导人们遵守法律从而促进社会和谐。法律的规定同时是判断人们行为是否合法的权威性的尺

^① 张文显. 马克思主义法理学——理论、方法和前沿 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2003: 339-340.

度，合法的就是有利于社会和谐的，违法就是典型的不和谐。法治要求打击、减少、遏止违法或犯罪，保护公民权利，维护社会正义，安定社会秩序，从而为构建和谐社会起到积极作用。法制宣传还倡导人们通过自觉守法维护法律尊严从而实现社会和谐，积极用法、护法增进社会和谐，通过行使法定权利履行法定义务（正当防卫、举报违法、勇于作证等）积极同违法犯罪斗争，参与社会和谐的构建和维护。

第三，法治使人们用文明的诉讼程序与和平的方式解决矛盾和纠纷，否定暴力的方式。任何社会都会有矛盾和纠纷，矛盾和纠纷的出现在一定意义上破坏了社会和谐。法治为社会矛盾和纠纷的解决提供了有效的机制和手段。法治建立起有公信力、有权威的机构解决纠纷，设立了调解、起诉、上诉、仲裁、复议等正当的程序和理性的方式。法律赋予矛盾、纠纷的双方平等的诉讼地位和权利，通过双方直接参与、充分表达、平等对话，达到集思广益促进理性选择的效果，这本身就体现了一种和谐的精神，从而使纠纷得到及时有效、公正合理、有权威的解决，建立起新的和谐的社会关系和社会秩序。法治的解决纠纷方式是和谐社会的强有力的保障，因为此种方式的特点就是凭借国家强制力作后盾。和谐社会的构建需要法治作保障。

在我国，民主法治被列为和谐社会六大基本特征之首。法治不但是和谐社会的重要指标，也是构建社会主义和谐社会的重要手段、主要力量。党的十六届六中全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》确定了到2020年构建社会主义和谐社会的九大目标和任务。其中，第一项目标和任务就是：社会主义民主法制更加完善，依法治国基本方略得到全面落实，人民的权益得到切实尊重和保障。由此可见，党中央对法治是和谐社会建设基础的认知的正确和政策的连贯。

国家、整个社会的发展和治理如此，作为社会细胞的企业也不例外。依法治企与建设企业发展的和谐环境是一致的。营造企业发展的良好环境是依法治企的目标，依法治企是企业发展良好环境建立的工具和途径，在依法治企的过程中，企业发展所需的和谐关系与环境才能得以建立。

首先，用法律建立良好的外部环境。在市场经济中，每个主体都不能孤立发展，不能独自解决可持续发展问题，必须与其他主体合作，在合作中获得共赢。要合作就必须建立相互的信任，必须诚信立业，恪守商业信誉和公认的道德规范。遵守法律是最恰当、最直接的建立信任 and 良好外部关系的方式。在经营活动中，要对法律诚信，对合同诚信，对义务诚信。《二〇〇八年全国普法依法治理工作要点》要求，以推进依法诚信经营为重点，加强企业经营管理干部的法制宣传教育。企业必须严格按照国家的政策法规，规范自己的经营行为，真正按照社会主义市场经济的法则经营，遵守“宪法”、“合同法”、“公司法”、“商标法”、“劳动法”、“产品质量法”等，合法经营，诚实自律，正确行使权利，积极履行自己的法律义务以保证他人权利的实现，自觉纳税，承担起企业的社会责任，积极致力于诚信社会的构建。于是，才能建立起与合同相对方、供货商、承包商等合作伙伴的良好关系，融入企业发展的良好的共同体，建立起稳定的创造发展机制，营造良好的外部环境。

其次，用法律建立良好的内部环境。企业的发展离不开员工，在企业与员工之间有着很紧密的关系。企业间的竞争、市场经济中的竞争，说到底还是人的竞争，是企业之间员工素质高低、创新能力强弱、对企业的向心力大小、爱岗敬业程度的竞争，是人才的竞争。在企业中，以人为本应当具体化为以员工为本，它不应仅被作为口号而高喊，而应作为建立友好的

内部关系，巩固和发展企业发展的基础和动力的基本条件来精心维护。企业领导者和管理者要认真理解和实践宪法和法律关于人民主权、保护人权的精神和规定，正确理解和严格执行有关法律，加强企业民主管理，以员工的权利为本位，建立起科学的规章制度，依法管理，人性化管理，切实维护职工合法权益。对员工权益的尊重和保护，一定程度上使企业内部劳动关系的双方达到平衡，对于企业内部的稳定和谐有积极意义。

最后，用法律维护企业与自然环境的友好关系。建立起友好型的自然环境关系不仅是国家发展、社会进步的百年大计，也是企业生存和发展的必备条件。企业都在一定的自然环境中生存和发展，并且对自然环境产生一定影响。企业尤其是采矿业、采油业对自然环境的依赖十分明显。矿山、油田都是没有围墙的工厂，生产区域十分广泛；矿山、油田的生产经营地点受自然条件影响较大，不能任意设置，在有矿藏和油气的地方生产和经营是这类企业的唯一机会；蕴藏矿藏和油气的地方往往比较偏远，那里的治理常常比较弱，总会碰到许多新的问题，出现特殊的冲突和矛盾，这就给采矿、采油企业带来了很大的挑战。企业与自然环境的关系集中、具体地通过企业与周边社区、农民、其他从业者、居民的关系表现出来。企业的发展十分需要与自然环境的和谐，与在这一范围中生活、劳作的其他主体的和谐，采矿、采油业与当地农业、林业、渔业、种植养殖业、交通运输等行业的和谐。这种和谐还要通过对自然环境的保护来建立和维护。因此，遵守环境保护法等法律，准确把握、自觉遵守和有效运用有关的实体和程序法规，积极履行环境法方面的义务，努力保护环境，减少废水、废气、废渣、噪声等污染，承担企业的社会责任，依法保护自己的合法权益，就成为企业制胜的法宝。在企业依环保法等法律经营时，企业与自然环境的和谐、与当地其他主体的和谐就在其中了。

论实行科技资源共享的理论根据^①

于兆波

实行科技资源共享,主要解决当前我国科技资源闲置浪费、投入重复、利用低效等问题,因此,制定《科技资源共享法(条例)》^②有助于我国科技创新和科技进步。但是,相关立法和制度构建的理论根据是什么呢?由于解读角度的不同,理论根据众多,主要有① 源于科技资源自身而产生的共享性、② 科技资源共享的经济根据、③ 政治根据、④ 伦理根据、⑤ 社会根据等。

一、源于科技资源自身而产生的共享性

首先,科技资源共享源于“科学”之属性。

科学技术是集合全社会的智力、财力、信息、人力、物力等综合因素的结果,特别是现代科学技术更是如此。现代任何有社会影响的科研项目,均需要财力、信息等的资助,需要大量吸收其他项目的营养;现代任何对社会有所贡献的科技工作者,都需要借助于他人力量,要站在巨人肩膀上。

在当代社会,由于网络和数据库等的迅猛发展,如何使科技资源及立足于科技资源之上的衍生品,如信息、数据等能在全社会范围内流动起来,为整个社会所用,已经成为当今世界各国普遍关注的重大研究课题。在科学社会学创始人默顿看来,这与科学精神特质中的“公有性”规范有关,他指出:“如果承认对科学的新贡献是社会合作和认识合作的产物,那就要求这些贡献在一个开放的交流体制中能够被其他科学家自由获取。‘它们构成了公共的遗产,发现者个人对这类遗产的权利是极其有限的。’”^③

其次,科技资源共享源于“资源”之属性。

科技资源为人类社会科技和生产活动提供基础性根基,对于促进社会的可持续发展具有极其重要的意义,它既是一国综合国力的重要内容,更是一国未来经济发展和保障国家安全

① 本课题属于国家科技基础条件平台建设项目,项目编号:2003DKA8T014,项目名称:科技资源保护与共享立法研究。

② 如果该法最终由全国人大常委会、甚至全国人大通过,则为《中华人民共和国科技资源共享法》;如果最终由国务院通过,则名为《科技资源共享条例》。

③ [美] R. K. 默顿. 科学、技术与社会:科学社会学中一个发展着的研究纲领的预示(代中译本前言),文载科学社会学(上册)[M]. 北京:商务印书馆,2004: 11.

的重要战略资源。将科技资源最终界定为一种基础性的战略资源,则承认其价值的不自明性、巨大性和潜在性,研究的热点和难点就转向如何广泛使用、高效使用,如何尽可能满足科技创新、社会发展、国家安全等综合价值需求。一句话,作为资源,只有广泛而高效使用、迅速增值才能真正体现出“资源”的属性和价值。科技资源的低效利用和重复建设,横向上科技资源分属不同部门,纵向上分割为中央与地方,而地方又再分层级,使得科技资源壁垒多,等级森严,难以开放、协作、共享,使“资源”本性难显,这必然导致科技资源的整体贬值。黑格尔有一句名言:“譬如一只手,如果从身体上割下来,按照名称虽然可叫做手,但按实质来说,已不是手了。”^①黑格尔之所以讲“割下来的手不再是手”,是因为它丧失了手的本性和功能,仅徒具手的外在形式,形是而神不是也,所以不再是严格意义上的手了。同理,失去了广泛和高效利用的科技资源也不再是科技资源,因为它对社会而言已经失去了作为资源的价值和意义了。

作为资源的科技资源根源于科技活动,是社会长期积累而成的,它完全可以按照社会的需求加以塑造。比如,科技资源的数量、质量、传送方式、管理、应用等诸多环节均可注入人之智力、制度保障等因素,其保值增值、社会共用等与开发者的努力、方法,与制度的促进和保障等成正相关性。

最后,科技资源共享源于“公共物品”之属性。

众所周知,根据满足人们需要的不同,可将物品分为两类:一是公共物品(public goods)或公用物品,二是私人用品(private goods)或私用物品。公共物品是指消费上不具有排他性、相互间不具有竞争性的物品,如公共道路、桥梁等公共基础设施。私用物品是指消费上具有排他性的物品,如绝大多数衣、食、住、行、娱乐等产品和服务。应当将科技资源定性为公用物品,而非私用物品。科技资源也是为了满足人们公共需要的,而非自私的目的。

对于公共物品,当前学术研究和人们的需要已经不再局限于原有的有形公共物品,如路灯等,更扩大到无形公共物品,如国防、治安、社会保障等,并且还随着社会的发展扩大了有形公共物品的范围,如新形势下的科技资源,特别是国有科技资源。这是因为国家财政投入形成的国有科技资源,其来源为国家提供,其目的为了公共利益,而不应成为持有者实现自身利益的工具,由此,国有科技资源理应纳入公共物品,理应提供公共服务,立法实行共享。在计划经济向市场经济转型、法治之下公共服务理念的转变与提升的过程中,公共物品要提供公共服务,要由立法而产生全新的权利义务关系必将会为越来越多的人所关注。

就公共物品的供给而言,仅凭单个人的力量是很难的,因为它具有规模经营、规模经济的特征,如跨海大桥就是如此。但这并不能由此而否认公共物品的公益性,并且一旦有人提供了公共物品,个体却可免费“搭便车”(Free-rider)。因为提供者无法将物品据为己有,无法将他人排除出消费之外,无法获取自己的收益。换言之,虽然公共物品对于公众有益,但是提供者却没有供给的动力。这样以“需求—供给”为机制的市场就失效了,只能通过非市场的机制来解决问题。政府正是在这种背景下响应而出,来组织、执行和强制公共物品的供给。

如果将科技资源二分为实物之科技资源与信息之科技资源,那么信息之科技资源的共享应当先行。不同于实物的信息具有公益性、非竞争性、非排他性等特征。正如有研究者所形

① [德]黑格尔.小逻辑[M].北京:商务印书馆,1980:216.

象指出的,包括数据共享在内的信息共享不像种小麦,你吃完了,别人就没了吃了。它像生炉子,一个人可以烤,10个人也可以烤,为什么要把炉火垄断起来,为了小部门的利益去损害大家的利益呢?^①

这里问题的关键就在于炉子的生产是需要成本的,炉子的维护同样需要费用,这样支撑信息、实物的高昂成本会阻止信息共享。换言之,公共物品虽然具有消费的兼容性、效用的共享性,但是提供者却没有利益驱动,从而阻止共享。阻止共享的途径很多,或者是无意识的创造信息动力不足,客观上造成可共享的信息越来越少;或者是有意识地增加技术防范措施,从而人为地阻断信息的复制与传播,增加社会成本,造成资源浪费。另一方面,信息的复制和传播成本却非常低,在互联网上只要简单地点几下鼠标便大功告成。

这表明信息供多个使用者共享的同时却可做到互不冲突,也表明信息共享虽然制作成本巨大,但复制与传播的成本特低。对于“互不冲突的同时使用”必然导致的趋势即是——共享,而对于“共享成本低制作成本高”必然导致的结果是——阻止共享,^②这样问题提出的同时也产生了问题解决的途径——掌握两者之间的适度平衡,平衡的支点即是法律的治理,特别是法律之下政府调整权力的授予,包括命令性权力、禁止性权力、许可性权力,及由上述三种权力所附带的惩罚性权力。

二、科技资源共享的经济根据

第一,科技资源共享要遵循市场经济的法则。

市场经济有市场经济的法则,重要内容即是“谁投资、谁说了算”的财产权法则。如果说私人所拥有的科技资源更多属于“私法”的调整范围,那么国家所拥有的科技资源则要纳入“公法”的调整范围。这是因为,正如前文所讲,国有科技资源,主要来源于国家财政投入,而财政投入又最终来源于国民税收,是由全体纳税人通过多种渠道、多个层面产生了国有科技资源。国民之所以会纳税,是因为税收的本意应是“取之于民、用之于民”。这样,不但从公共物品的视角看,国有科技资源应当共享,而且从来源于税收角度看,国有科技资源也应对社会开放,为社会所共享。有关内含社会契约、理性于自身的法律应当及时制定,厘清各自的权利和义务:纳税人有权共享国有科技资源,国家有义务保障国有科技资源的共享,国有科技资源持有者有义务通过“科技资源共享平台”等中介间接或直接地向使用者提供共享服务。

第二,科技资源共享源于其实际运行的错位。

虽然目前我国大部分科技资源属于国有,但由于所有者缺位或者不作为,使得科技资源持有者产生异化,造成实际运行的错位,成为实际上的所有权人。以所有权“占有、使用、收益和处分”四项权力中的“收益权”为例。科技资源持有者往往以独立的经济实体身份出现,像以追求利润为第一要旨的企业一样,有自身的利益追求,总喜欢将属于他人所有的科

① 杨健. 让科学数据造福全民——访国际科技数据委员会刘闯研究员 [N]. 人民日报, 2005-8-11: 14.

② 阻止共享的途径很多,或者是无意识的创造信息的动力不足,或者是有意识地增加技术防范措施,人为地阻断信息的复制与传播,实际上增加了社会成本,造成资源的浪费。

技资源当作自己所有,将产生的收益专门供自己单位享用,成为一个名副其实的既得利益集团。如果此时科技资源持有者是一个行政主体,那就与“部门自身利益要与部门行政执法分清”的行政法治原理相背离;如果此时科技资源持有者是研究机构、大学等事业单位,也会出现收益本部门化的问题。不管是行政主体还是其他主体,如果没有法治的定位,单凭自觉和自律,是不可能出现科技资源共享的。

第三,科技资源共享源于降低交易成本的考虑。

交易成本是制度经济学的核心概念之一。降低交易费用是引入制度的重要前提条件,是进行规则选择的重要标准。通常情况下,市场机制可以降低交易成本,产生共赢的结果。但在市场机制产生不了交易成本降低的情况下,只能用政府强制的方式来降低交易成本。

从权利角度看,科技资源的不共享走向共享,实际上是不同的主体,如科技资源发现者、持有者、使用者等对同一标的(科技资源)均主张自身权利的结果,只不过在他们之间存在权利冲突而已,如持有者从经济角度考虑不愿共享,而使用者则要求共享。对于冲突性的权利主张,其本身并不是最重要的,重要的是通过什么途径(或市场或政府等)来降低交易费用,从而解决权利冲突问题。对此,美国学者波斯纳有着精辟的分析,他说:“对资源的冲突性权利主张和冲突或不相容使用(incompatible use)之间的区分是不重要的。重要的是低交易成本情形和高交易成本情形之间的区分。在前者,法律就应要求当事人在市场进行交易。……但在高交易成本情形中,人们可能被允许通过法律使资源转向更有价值的使用,因为依照定义,市场是无法在这种情形中实施这一功能的。”^①循着波斯纳的思路,由于市场无法使资源转向更有价值的使用,或者虽可转向更有价值的使用但交易成本太高,所以法律强制就有了介入必要,以解决对资源权利主张的冲突问题。

第四,科技资源共享出于催生乘数效应的考虑。

分散,意味着高成本低效率,集中整合则易催生资源效能的乘数效应。试想从家家均拥有各自的科技资源,到跨部门、跨行业、跨地区共建共享共用科技资源,其效益必将是几何数增长。如果将科技资源共享分为(科技资源)实物共享和(科技资源)信息共享两大类的话,那么单是信息共享就可避免分散采集,形成部门割据;各做各的,形成重复投入;各自保密,形成信息壁垒的不利局面。实行科技资源共享,特别是信息共享先行可以在保护财产权和知识产权的前提下,使各家只做自己拿得准的和自己最擅长的,其他则从共享库里调用,节省时间、精力和金钱,可以说信息库每扩充一倍,其效应必将成十上百地增加。

要看到科技资源共享的功能诸多,主要有:一是集聚功能,以财政投入形成的国有科技及其他各种类型的科技资源基本都聚集于此,实物资源、特别是信息资源应有尽有。二是发散功能,科技基础条件平台来自于各部门、各地方,同样也辐射到全国的各行各业,甚至面向全世界。三是沟通功能,利用数据库、网络等各种先进科技手段,加强科技资源实物与信息的快速沟通,大大提高信息量,优质服务逐步呈现。四是规范功能,通过提供国家标准、行业标准等尺度,规范科技资源共享,提供国有科技资源的一站式服务。五是进出口功能,提供国有科技资源的服务、许可、转让等进出口服务。

第五,科技资源共享出于降低维护管理费用的考虑。

科技资源是需要管理的,而管理是一门科学,要求以科学的态度对待之;管理可以协调

① [美]理查德·A.波斯纳.法律的经济分析(上)[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:70.

各种关系,调动各种积极因素,创造出更多的经济效益,要求以经济的眼光考察之。单一的管理与复杂的管理、分散的管理与集中的管理、业余人员的管理与专业人才的管理,试想其差距是多么巨大。由科技资源的不共享走向共享,可以有效利用现有设施,可获得足够的升级资金支持,可以有大量的专业人员维护,更可以大大降低维护管理费用。

目前我国的现实情况是,科技资源之管理人员队伍不稳定,评价标准不科学。我们应将科技资源管理人员的注意力放到科技资源的维护及后勤工作上,不应有出版专著、发表论文等强制性的规定。对于科技资源共享的管理人员要有特殊晋升途径、工资和待遇等手段加以鼓励。因为管理人员毕竟从根本上不同于科学家和技术人员,其工作对象就是科技资源之实物与信息的管理、维护、传播等,而不是研究。科技资源由分散走向集中后,可以对科技资源共享经验进行总结和积累,培训专门人才,制定管理人员的评价标准体系,形成稳定的管理人员队伍。

在这一方面,我国也是有立法先例的。众所周知,高校教师不仅包括承担教学科研任务的教师,也包括教学管理人员。前者以教学为主,或教学科研兼顾。对承担教学科研任务的教师,根据《高等教育法》第47条的规定,实行的是教师职务制度,设助教、讲师、副教授和教授,强制性地要求其系统掌握本学科的基础理论,并具备相应职务的教育教学能力和科学研究能力。对高校的管理人员,根据《高等教育法》第49条的规定,实行的是教育职员制度,并没有要求其系统地掌握本学科的基础理论,特别是要求其具备相应职务的教学能力和科研能力。可见实行的是不同的评价标准和考核制度。虽然实践当中和法律规定上均不同,但“高等学校的教师和管理人员都应当以教学和培养人才为中心做好本职工作”(《高等教育法》第52条)。同理,科技专家和管理人员虽然在评价标准和考核制度等诸多方面要法定有所不同,但中心工作都是为了“科技资源共享和科技创新”。

三、科技资源共享的政治根据

首先,科技资源共享是我国科技进步的必然选择。

我国有13亿人口,基数大,虽然科技资源总量多,但人均占有量少,再加上我国科学技术水平较低,大型仪器、尖端设备要用在刀刃之上。从经济的角度看,任何资源都是有限的,财力资源有限、物力资源有限、时间资源有限,人力特别是科技人才更是有限,从工作重点上看,要有所为、有所不为,而不能四面出击。在这种情况下,建立科技资源共享中心或科技资源共享平台,集中有限的资源,优化科技资源配置,在数个领域配备最先进的仪器和设备,求得领先和主动地位。特别需要注意的是,时间资源的节省,这不仅指中国赶超世界的时间资源这样的宏观问题,而主要是指充分利用先进的仪器设备的时间资源之节省。考虑到现代科学仪器价格高、更新快、启动时间长等特点,时间资源的节省就是节省金钱,创造财富。这样现实的选择只能是“实行科技资源共享”,促进科技资源的可持续发展。^①

① 可持续发展的概念于20世纪80年代提出,虽然解读方式不同、解读方法各异,但1987年世界环境与发展委员会在《我们共同的未来》的报告中,提出了为世人所普遍认同的可持续发展概念——既满足当代人的需要,又不对后代人满足其需要的能力构成威胁和危害的发展。1996年国务院办公厅转发了国家计