

沈阳出版社

学术研究集萃

新世纪 新思维 新探索

主 编：马得懿

副主编：陈 燕 李 芳 房杨阳

沈阳出版社

图书在版编目(CIP)数据

新世纪 新思维 新探索/马得懿主编. 沈阳:沈阳出版社,2006.5

(学术研究集萃)

ISBN 7-5441-3061-4

I. 新… II. 马… III. 社会科学-文集
IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 048125 号

目 录

法学理论与实践

ISM 规则规制下承运人的适航义务	马得懿 (1)
谈法学的“理想类型”的建构	李筱婷 (4)
——从韦伯的“理想类型”理论中得到的启示	李春晖 (6)
抽象行政行为排斥司法审查的弊端与行政行为可诉性的合理界定	李楠 (8)
论想象竞合犯及其与法条竞合犯的区别	曹燕青 (10)
论自由心证的合理性	屈国旺 (12)
略论宪法语境下我国社会主义的发展	李筱婷 (14)
行政审批制度改革势在必行	李春晖 (16)
行政公益诉讼案件范围与原告资格界定制度的构想	曹燕青 (18)
自认效力来源的理论分析	迟成民 (20)
农村法制化 任重而道远	于森 赵翔宇 (22)
漫谈同时履行抗辩权	胡胜 (24)
完善我国非法证据排除规则的构想	胡胜 (26)
浅析非法证据排除规则	张晓英 (28)
完善我国仲裁财产保全制度的思考和建议	张志 (30)
我国外资国民待遇立法现状与加入 WTO 后的立法对策	张志 (32)
浅议我国外国投资立法的现状及对策	王娜 杨竞辉 (34)
外商投资我国电信业若干法律问题的探讨	金红玉 赵林 (36)
金融业混业经营的法律分析	郑黎黎 (38)
浅析网上银行业务的有关法律问题	邢丹 (40)
银行卡引发的问题与对策	孙非 栾鸾 (42)
关于完善我国民事仲裁司法监督的初步研究	肖明松 (44)
论民事诉讼审前程序的构建	付博 (46)
证券交易违规民事赔偿问题分析	周育 (48)
论我国证券行政监管中行政力量与司法力量的平衡	——兼论证券法律监管中民事责任制度的完善
对一起海运提单纠纷案的思考	司星丽 王海鹰 (50)
——兼评《海商法》第 42 条关于实际承运人的定义	王培德 (52)
交通肇事案件与保险合同纠纷案件合并审理的必要性及可行性	林晓东 丁华 (54)
论公司的人格否认制度	潘明湃 (56)
关于新《公司法》公司出资形式修改的法律分析	杨雪 (58)
浅析新公司法中的一人公司制度	杨红霞 (60)
经济法责任独立性探讨之新视角	曹宁 (62)
浅议经济法责任的独立	赵艳华 崔耀天 (64)
新析国际避税地基本法律问题	刘陌 (66)
论洗钱犯罪的侦查	

论罪刑法定原则的程序法保障

- 兼论无罪推定原则的入宪·····谢 爽(68)
- 浅谈对贝卡利亚死刑观的质疑·····李筱婷(70)
- 中国死刑存废问题研究·····董烈菊(72)
- 浅谈法院内部执行运行机制的改革·····王培德(74)

经济学论坛

- 企业技术创新的问题与对策·····周旭辉(76)
- 浅谈加强企业知识管理·····陈 燕(78)
- 知识经济与企业管理创新·····李 芳(80)
- 邓小平的“三农”思想·····李 辉(82)
- 新时期关于陈云农业发展思想的探析·····杨 梅(84)
- 政府在经济发展中的界域·····张 亮(86)
- 对我国民间金融的思考·····孟凡娜(88)
- 防范商业银行借新还旧贷款风险的若干思考·····田 宁(90)
- 关联企业间利用转让定价避税问题的思考·····王 迪 陈春涛(92)
- 中国企业跨国经营竞争优势的战略构建·····李 博(94)
- 美国非营利组织税收制度及其启示·····丁 华 林晓东(96)
- 蓝色壁垒在国际贸易领域中的问题研究·····崔耀天 赵艳华(98)
- 浅析 WTO 体制下的国营贸易企业规则·····赵 林 金红玉(100)
- 房地产税收体系与我国房地产业的发展·····朱春华(102)
- M&M 定理对中国证券市场发展的启示·····孙方伟 陈 涛(104)
- 浅析我国第三方物流企业的市场环境及竞争战略选择·····李 霞(106)
- 建设具有中国特色的电子商务途径探析·····田 苗 陈洪全(108)
- 互联网中的体验营销·····单 一(110)
- 大力发展第三产业是解决我国就业问题的关键·····张秋霞(112)
- 农村剩余劳动力转移问题的探索·····张鲁峰(114)
- 中国证券市场退出机制初探·····付 博(116)
- 浅析我国农村社会保障之社会养老保险制度·····刘 冰(118)
- 透视商品·····曹 元(120)
- 基于平衡计分卡的绩效管理体系·····迟善纳(121)
- 船舶转向控制及其优化设计·····赵翔宇 于 森(123)
- 大跨度无粘结预应力板——柱结构在高层住宅中的应用·····赵恩宇(126)
- 台安县城空气质量现状及改善措施·····赵桂娟(128)

中外文化研究

- 试论毛泽东的创新思维·····赵海伦(130)
- 重视辩证哲学的研究·····张卓群(132)
- 重读恩格斯的《反杜林论》·····聂 玲(134)
- 宪政,中国社会的民主政治的灵魂·····崔 铮 曲 波(136)
- 经济全球化下的国家主权·····王佰岩 崔 铮(138)
- 浅析中国与美国对于联合国改革的态度差异及其原因·····牛 燕 王 伟(140)
- 东盟的东亚区域合作战略的源起与发展·····汲淑艳(142)
- 法国移民问题的形成及对法国的影响·····汲淑艳(142)

文化影响下的英语与汉语·····	郑 桥 (144)
浅析导致英汉习语差异的因素·····	赵唱白 (146)
浅谈翻译中归化和异化的对立统一·····	张 宁 (148)
人的全面发展的内涵及其现实性·····	梁海礁 (150)
消费文化下的人性的异化·····	邵 婉 (152)
理解过程的模式及其在学习过程中的应用·····	马 英 (154)
基于 NS2 的 P2P 网络仿真平台初探·····	李保龙 高宏宇 王怀刚 (156)
中国人物画中的线条表现方式·····	文明红 (158)
真主的光明	
——《天堂的颜色》表现盲童世界的方式·····	樊 桦 (160)
漫议 A woman of Cressed's kind (克瑞西达那一类女人)·····	肖艳丽 (163)
七道江会议述评·····	张 晴 (165)
Systematic Functional Grammar and English Discourse Analysis·····	张美玲 (167)
On Wordsworth and Emerson's Conceptions of Nature·····	王 岩 (169)
The Textual Metafunction and the Teaching of EFL Reading·····	Fu rao (171)
An Analysis of the Religious Consciousness of Jane Eyre·····	Zhang ling Li yongshui (173)
Cultural Influences on Lusumer Behavior·····	陈 楠 许 暖 (175)

教育教学探索

利用归因论激发学生的学习动力·····	张 迪 (177)
创设绿色课堂 加强素质教育·····	施淑敏 (179)
关于新课程标准下如何提高学生的听力理解能力·····	牟会芳 冯雪峰 (180)
高中英语课外阅读与教学实践·····	刘雪凤 (181)
激励学生开口说英语·····	王红亮 (183)
激发兴趣 丰富想象	
——浅议提高高中英语作文教学的几点措施·····	任伯平 (185)
运用现代化信息技术服务于教学·····	欧阳玲 (187)
数学教学与学生创造思维能力的培养·····	王丽霞 (189)
浅析数学的应用意识·····	吴 波 (190)
物理课改的实践与反思·····	杨秀娟 (192)
浅谈单摆振动过程中的回复力·····	蔡正华 (193)
情境教学法在思想政治课中的运用	
——《优化教学过程实验》的教学方法之一·····	谢 丽 (194)
形象思维与历史教学·····	刘亚利 (195)
面向学生, 科学系统化地布置作业	
——关于“分层作业”的一点看法·····	李战宏 (198)
浅析高师音乐教育改革·····	刘 崑 (199)
论声乐训练的几点体会·····	李丽雪 (201)
浅谈幼儿舞蹈教学方法·····	鲁家君 (203)
让灵感闪光	
——班级建设点滴拾零·····	黄聪丽 (205)
当优秀成为习惯·····	黄聪丽 (207)
浅谈小学素质教育·····	兰 慧 (209)
幼儿攀比现象初探·····	李伟菊 (211)
家园携手 共抓孝育·····	袁玲燕 (213)

ISM 规则规制下承运人的适航义务

烟台大学法学院 马得懿

一、ISM 规则的属性：必然对承运人的适航义务产生影响

ISM 规则的属性决定了对承运人的适航义务必然产生多方面的根本的影响。^① 这是由 ISM 规则的属性即性质、基本要求和适用对象所确定的。

(一) ISM 规则的性质

ISM 规则的宗旨是建立一个衡量船舶安全管理、安全营运和防止海洋污染的国际标准。它要求航运公司及其船舶建立实施并保持符合 ISM 规则要求的安全管理体系 (Safe Management System)，并由各缔约国主管机关向航运公司签发符合证明 (Document of Compliance, DOC)，同时向相关船舶签发安全管理证书 (Safety Management Certificate, SMC)。作为对缔约国而言具有法律强制力的文件，ISM 规则是在考虑“人为因素” (human factor) 对船舶适航方面的所起关键作用的基础上，针对负责船舶管理等软件方面的标准和要求的。ISM 规则的制定和实施是在国际航运界采取的一项革命性行动，把对船舶安全管理的触角从“海上”扩展到“陆上”，形成一种新的安全文化。

(二) ISM 规则的基本要求

ISM 规则的基本要求之一是由负责船舶管理的公司分别在岸上和船上建立、实施经船旗国主管机关认可的管理体系，从而使公司能够具有船舶营运的安全做法和安全工作环境，针对已认定的风险制定防范措施并且不断提高岸上及船上人员的安全管理技能，最终实现保证海上安全，防止人员伤亡、避免对环境特别是海上环境造成损害以及对财产造成损失的目标。ISM 规则被完全和成功地实施，必须建立一个符合 ISM 规则要求的管理体系。该体系的功能至少应该是：(1) 保证所有有效的国际标准被遵守；(2) 保证该体系能适于处理船上任何应急情况；(3) 保证所有人员知道其责任和权力，并且受到适当的培训而且能够胜任其工作。

(三) ISM 规则的适用对象

ISM 规则的适用对象系指由谁来承担 ISM 规则所规定的责任和义务。根据 ISM 规则的规定，承担 ISM 规则所规定的责任和义务的人首先应是经营船舶的船舶所有人。在航次租船合同情形下，如船舶所有人以承运人的身份同托运人签订了合同，则此情形下 ISM 规则所规定的责任和义务的适用对象就是船舶所有人。在光船租赁合同情形下，船舶的出租人向承租人提供不配备船员的船舶，在约定的期间内，由承租人占有、使用和收益，并由承租人向出租人支付租金。^{[1] (P230)} 可见光船承租人成为船舶的实际经营者 (operator)，就是 ISM 规则所指

的应该承担责任和义务者。由于文化背景差异的原因，不同国家的承运人对 ISM 规则的理解和履行时有差异的。尽管如此，ISM 规则作为强制性规则，如果承运人未按 ISM 规则的要求建立 SMS，未能取得 DOC 和 SMC，那么，承运人就要承担相应法律责任。

二、ISM 规则的影响：对承运人的适航义务修正的必然性

《中华人民共和国海商法》(以下简称海商法) 第 47 条规定：“承运人在船舶开航前和开航当时，应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，妥善配备船员，装备船舶和配备供应品，并使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所适于并能安全收受、载运和保管货物。”^② 这是承运人的最低法定义务之一，海上货物运输合同条款不能减轻或免除此项义务，否则，该条款无效。不仅如此，承运人的适航义务构成“首要义务”原则的内容之一，即承运人在船舶开航前和开航当时提供适航船舶构成所谓“首要义务”的一个方面，除非提单已非常明确清楚的文字阐明除外，否则，如果承运人违反首要义务中的适航义务并“促进”损失的发生，那么，将不再适用承运人据以免责的普通法或提单上的免责规定，这是解释提单条款是应遵循的基本原则。^{[2] (P261)} 同时，构成“首要义务”的适航义务也是变化的。在普通法下，承运人的适航义务系默示保证，属于一项绝对义务，不考虑承运人是否有过错问题，该保证不仅适用于提单航次的开航当时，而且适用于每一不同航段的开航当时；而在海牙规则 (Hague Rules) 下，对于适航义务，承运人只要做到在提单航次开航前和开航当时谨慎处理即可。在现代“首要义务”的适航义务下，承运人要享受免责条款，必须首先完成其适航义务，或者虽然未完成适航义务，但损害后果与船舶不适航无因果关系。^{[3] (P65)}

根据海商法第 47 条的内容，海商法所界定的承运人适航义务包含了船舶适航的含义、标准、时间以及船舶适航的举证等诸多方面的内容。船舶适航应包括狭义的和广义的船舶适航；船舶适航的标准应当是“承运人谨慎处理 (Due Diligence)”；^[4] 船舶适航的时间为“船舶开航前和开航当时 (before and at the beginning of the voyage)”；船舶适航的举证则要求当货方以承运人违反谨慎处理船舶使船舶适航的义务为由提出货物灭失或者损害索赔时，通常应证明船舶不适航，并因此造成货物灭失或者损害。此情形下，承运人欲行免责，应证明其在船舶开航之前和开航当时已尽谨慎处理之责，以及货物的灭失或损害系海商法第 51 条第 (十一) 项规定的经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷所致。

ISM 规则的属性,决定了承运人的适航义务必然在一定范围内受其影响。从而产生对承运人的适航义务修正的必然性。

(一) 对适航义务标准的修正

海商法所要求的承运人的适航义务标准是“谨慎处理 (Due Diligence)”,但并不存在权威的成文法解释。英美法系国家将最高司法机构的判例作为最权威的法律解释,据此来判定是否尽到“谨慎处理”。大陆法系国家,有的国家如德国,“谨慎处理”的标准一般被认为是技术性的规定,即由法律确立在船舶、船员、航行等方面的技术性规则;若这些技术性规则所规定的义务或谨慎标准没有被遵守,即被认定为“未尽谨慎处理”。

ISM 规则规则下,要求船舶的管理者或经营者建立、实施一个安全管理体系。而任何纳入到安全管理体系中的规定或者规则都可能成为“谨慎处理”的标准。换言之,安全管理体系中关于船舶管理的程序,都可能成为判定是否尽到“谨慎处理”的标准。这样可以得出结论:承运人对安全管理体系的任何违背行为,都会被视为承运人违背“谨慎处理”的适航义务。由此带来的对承运人的极大不利是:这无疑给有权对承运人行使索赔权的一方当事人提供了有用的大量的证据,即可以依据安全管理体系文件,寻求承运人违背“谨慎处理”的适航义务,从而使承运人承担赔偿责任。此谓 ISM 规则对适航义务标准的修正。

(二) 对适航义务期间的修正

海牙规则第 3 条的规定为“The carrier shall be bound for before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence.”即承运人承担适航义务的期间仅为“开航前和开航当时。”我国海商法第 47 条的规定与海牙规则同出一辙。可见此规定对承运人的适航义务期间的要求并不严格。是一种“相对适航义务期间”。

在 ISM 规则下,承运人在建立安全管理体系之后,要保持体系始终处于运行状态,并在运行中不断地更新和完善,以使承运人及其船舶达到并保持安全管理的高标准。由于安全管理体系始终处于运行状态,所以船舶也始终处于一个高标准的安全管理状态,即适航状态。因此,ISM 规则要求承运人必须保证船舶在任何时候均处于“适航状态”。可谓是一种“绝对适航义务期间”。

与海牙规则和我国海商法的规定形成反差,ISM 规则将承运人的船舶适航义务期间由“开航前和开航当时”扩展为“任何时候”,由此加重了承运人的船舶适航义务的责任程度,也增加了承运人履行适航义务的难度。在此情形下,ISM 规则规制下的承运人在海上货物运输合同关系中所处的地位将是:承运人必须在整个海上运输期间,履行船舶适航义务,否则将很可能丧失原本可以享受的免责或责任限制的权利。承运人欲摆脱其不利地位,其有效法律途径是:ISM 规则之所以具有强制性是因为被纳入到 SOLAS 公约体系,而 SOLAS 公约的适用对象针对的是船舶,目的是为了加强船舶的安全与防污染管理,从而达到保证海上安全和保护海洋环境的目标。一般地,调整承运人和货方合同关系应该适用海牙规则

或海商法;由此承运人欲使其船舶适航义务的期间由“任何时候”转为“开航前和开航当时”,应该坚持选择海上货物运输合同适用法律为海商法或海牙规则。但尽管如此,ISM 规则一旦被纳入到 SOLAS 公约体系,其必将对承运人的船舶适航义务的期间产生一定的影响。此谓 ISM 规则对适航义务期间的修正。

(三) 对承运人适航义务内容的修正

海牙规则或我国海商法所界定的承运人适航义务要求承运人用于进行货物运输的船舶应该处于适于航行的正常状态,能够安全收受、载运和保管货物。它的内容包括三个方面。其一是针对船体本身的,即船舶应该坚固、水密、各种航行设备处于良好状态,简称“适船”。其二是针对船上人员的,船长、船员应该数量充足,经过良好训练,取得适当资格证书并有必需的技能,简称“适船员”。其三是针对船上的载货处所的,船舱应该清洁、安全,适于装载特定的货物,简称“适货”。

适航义务三方面的内容都是针对特定航次的,航次不同,装载的货物不同,运输中的风险不同,这三方面的要求标准也就不同。ISM 规则规定了船舶在安全方面必须达到的一系列技术指标,而且这些指标是船舶是否适航的重要参照,但不应该作为判断船舶是否适航的唯一依据。^{[5](P79)}

ISM 规则针对承运人的管理软件,对承运人在船舶及其设备的维护保养方面,提出了非常严格的要求,其目的是为了确保持船舶及其设备始终处于适航状态,使船舶以满足 ISM 规则要求的良好技术状况从事海上运输。这显然大大超出了我国海商法所确立的通常的“谨慎处理”的要求。这样,承运人必须按照 ISM 规则的要求,对船舶及其设备进行精心地维护。一旦承运人在此方面存在任何过失或缺陷,将被认为没有履行 ISM 规则的要求,没有“谨慎处理”使船舶适航,进而产生承担相应损害赔偿的可能性。

ISM 规则规制下的船舶配备、船舶装备以及船舶供应品的装备等诸多领域也发生了质的变化。承运人要保证船长、船员按照 STCW 公约的要求进行培训。ISM 规则认为人员培训是提高人员素质和技能,保证安全管理体系持续有效运行的基础;同时 ISM 规则强调工作交流是保障安全管理体系有效运行的前提。ISM 规则在规制船舶装备和供应品配备方面,突出了“人的因素”作用,强调“船上操作方案的制定”的重要性。承运人要根据船舶的类型、设备状况制定工作程序,减少事故发生的可能性,从而保证船舶的适航性。由此观之,ISM 规则在此方面的规范,不仅包括船舶设备“硬件”方面,而且也涉及到了有关“人的因素”等“软件”方面。相对于我国海商法相关规定仅仅强调“硬件”要求,ISM 规则加大了“妥善装备船舶和配备供应品”的法律义务。

ISM 规则上述“软件”要求,同样也包括船舶“适货”方面的软件要求。ISM 规则在“适船”、“适船员”、以及“适货”等方面的内涵表明,传统的承运人适航义务的内容因为 ISM 规则的作用正发生着很大的实质性变化。此谓 ISM 规则对适航义务内容的修正。

三、ISM 规则的法律价值：暗示了承运人的责任基础的发展趋势

纵观世界各海运国家海上货物运输立法以及有关调整提单或海上货物运输的国际公约，作为核心问题，承运人的责任基础并不是一成不变的，而是随着政治经济、立法价值取向以及左右立法的海运格局诸多力量的变化而变化的。不仅如此，考察 ISM 规则出台以后各国的海上货物运输立法（同时也包括 ISM 规则实施前的海上货物运输立法），ISM 规则与承运人的责任基础并不存在明显地直接地关联，两者似乎是风马牛不相及。但笔者还是认为，虽然二者在表象上没有关联，立法上的措辞互不涉及；但是，若对海上货物运输立法中承运人的责任基础做一动态地实质分析，会发现二者之间隐含着某种关联。此种关联表现为 ISM 规则间接地暗示了海上货物运输立法进程中承运人的责任基础的发展趋势。在某种意义上 ISM 规则对航运业的规制是承运人的责任基础发生变化的晴雨表。这也是 ISM 规则对运输立法中所存在的法律价值之所在。

美国国会于 1893 年通过的哈特法（Harter Act），它规定了从事美国与外国港口之间货物运输的承运人最低限度的义务，承运人的“谨慎处理使船舶适航的义务”即是其一。哈特法的产生，对以后的国际航运立法产生了很大的影响，各国如澳大利、新西兰、加拿大的立法都采纳了哈特法的关于承运人的责任基础。1924 年的海牙规则在第 3 条第 1 款同样是明确了承运人的“谨慎处理使船舶适航”的义务。1968 年的维斯比规则（Visby Rules）对海牙规则作了有益的修改，对维护建立在海牙规则基础上船货双方利益的平衡起一定的作用，但没有触及海牙规则的核心——承运人的责任规则原则。此时期，造船技术和航海技术得到飞速发展，船舶适航能力“硬件”上得到极大加强。在此情形下，很多第三世界国家和代表货主利益的发达国家，如美国、加拿大、法国等要求从根本上修正海牙规则的愿望未能得到实现。1978 通过的汉堡规则（Hamburg Rules）删除了海牙规则中承运人对船长、船员等在驾驶船舶和管理船舶及火灾中的过失免责，对承运人实行完全的过错责任原则。汉堡规则另一重要变化是在汉堡规则下无单独规定“适航义务”的条款。有学者认为这标志着首要义务原则的消亡。从汉堡规则第 5-1 条规定中可以引申出，适航义务与管货义务的地位是完全平等的。承运人不管违反适航义务，还是管货义务，都将承担赔偿责任。2001 年形成的 CMI 最终框架文件草案（Final Draft Outline Instrument），同样也强调了承运人“在开航前和开航当时”的“适航义务”，但耐人寻味的是又犹豫不决地欲坚持承运人“在航行中”也应谨慎处理，并“保持适航状态”。^⑨可见承运人的责任基础发生曲折变化。这种要求承运人“在航行中”也应该谨慎处理使船舶适航的义务，从某种视角上看，与 ISM 规则对承运人的适航义务的期间的修正是一种“不谋而合”。

上述运输立法有关承运人的责任基础的曲折的变化，并不是与 ISM 规则毫无关系的。首先，ISM 规则产生的背

景与决定承运人责任基础的背景有一定程度的共性。社会经济的发展，造船、航海以及货运技术的提高，都对 ISM 规则和承运人责任基础的立法产生必然影响。经济和技术对法律的内容和原理、法律技术和调节机制有影响。¹⁶¹其次，ISM 规则的属性，即 ISM 规则的性质、基本要求和适用对象也会左右运输立法有关承运人的责任基础的走向。这是由 ISM 规则的属性要求所使然。ISM 规则追求的体现“安全文化”的安全管理体系的目标在某种程度上也是运输立法中有关承运人责任基础所追求的理想目标，二者具有内在的实质联系。最后，ISM 规则对承运人的适航义务在各方面进行修正的可能性，也自然地波动到运输法中有关承运人的责任基础领域，立法者在对承运人责任基础的模式进行筛选时，自然会考量一些公约如 SOLAS 公约在海上货物运输中的强制性适用所带来的影响。因为 ISM 规则规定的责任和义务以及违背 ISM 规则的法律后果当然会涉及到承运人的责任基础。此谓 ISM 规则间接地暗示了运输法立法进程中承运人责任基础的发展趋势。

注释：

①国际海事组织（IMO）第十八届大会于 1993 年 11 月召开，大会以“A.741（18）”号决议，通过《国际船舶安全营运与防止污染管理规则》（International Management Code for the safe operation ships and for Pollution Prevention），简称《国际安全管理规则》，即 ISM 规则。随后 IMO 组织缔约国大会又通过了 SOLAS 公约第 IX 章“船舶安全营运管理规则”，使该规则成为强制性规则，并对各种相关船舶生效。

②船舶适航（seaworthy）是指船舶的一种状态，意味着船舶抵御风险的能力，有狭义和广义之分。狭义的船舶适航，即前述海商法第 47 条规定中所指的适航，是指船舶的船体、船机在设计、结构、性能和状态方面能抵御合同约定的航次中通常出现的或合理预见的风险。广义的船舶适航除了狭义的船舶适航外，船舶还应满足在船员配备、船舶装备及载货处所等方面的法定要求。

③CMI 统一运输法最终框架文件草案第 5.4 条规定：承运人必须在开航前、开航当时[和在航行中]，谨慎处理：（a）使船舶适航[并保持适航状态]。该草案中方括号中的文字，即是各国争议的焦点所在，很难形成定论。这反映了各国在对承运人的责任基础这一核心问题的认识上的分歧，故草案表现了犹豫不决的态度。

参考文献：

- [1] 司玉琢. 海商法[M]. 北京：法律出版社，2003.
- [2] [美] G·吉尔摩，C. L. 布莱克. 海商法[M]. 杨召南译. 北京：中国大百科全书出版社，1998.
- [3] 朱作贤，司玉琢. 论海牙规则首要义务原则——兼评运输法承运人责任基础条款[J]. 司玉琢. 中国海商法年刊[C]. 大连：大连海事大学出版社，2002.
- [4] 胡正良. 船舶适航若干法律问题的研究[J]. 大连海运学院学报，1989，（4）.
- [5] 尹东年，郭瑜. 海上货物运输法[M]. 北京：人民法院出版社，2000.
- [6] 张文显. 法理学[M]. 北京：法律出版社，1997.

谈法学的“理想类型”的建构

——从韦伯的“理想类型”理论中得到的启示

中山大学法学院 李筱婷

一、韦伯的“理想类型”与法学的发展

法学——包括法学理论、法学实践、法学教育等是怎样产生、发展并不断“完善”的？根据凯尔·马克思的观点：物质决定意识，意识对物质具有反作用，但归根到底，意识还是由物质决定的。那么，法学的一系列进步，应该是物质自身作用的结果，人类的认识只是在十分有限的范围内发挥作用。但这一观点立刻招来了西方众多学者的质疑。人们不禁要问：我们现在所认识的事物真的是事物本身吗？我们和猫头鹰都看到的那片树叶都是绿色的吗？如果不是，那哪一个是真的？根据绝对的唯物主义的观点是无法解决这个问题的，因为虽然我们看到的都是事物本身，但其反映在我们的大脑里的“事物”已经不是原来的“事物”，而是我们观念中的“事物”。当然，辩证唯物主义也并不是完全否定主观意识的作用，它也强调“主观意识对物质的反作用”，并要求人们要发挥“主观意识的能动作用”。只是这种表达是在“物质决定意识”的大前提下作出的推论，实质的作用十分卑微，这对于我们发现法学、发展法学的作用也是微乎其微，因为法学本身是什么？我们无从考究。

或许，对于“法学的发展”之类的问题，我们可以在马克思·韦伯的“理想类型”理论中得到比较满意的答案。在韦伯看来，社会现象纷繁复杂，因果关系错综复杂，为了理解社会现象而不导致某种单一形式的决定论，就有必要构建某些社会概念框架，这就是“理想类型”。韦伯指出：“一种理想类型是通过片面突出一个或更多的观点，通过综合许多弥漫的、无联系的、或多或少存在和偶尔又不存在的个别具体现象而形成的，这些现象根据那些被片面强调的观点而被整理到统一的分析结构中。”^[1]理想类型是一种思维上的完善物，它对经验现实不是摹写和复制，而是综合和建构。理想类型是韦伯对经验现实进行比较分析和因果解释的“坐标原点”。是他对特定的社会现象进行观察和理解的“透视镜”。理想类型“具有既摆脱现实又因此而认识现实的作用”^[2]，其功能“是至经验的现实进行对比，以便确立它的差异性或相似性。……并以因果性去理解和阐释它们”^[3]，“正是通过对现实的过程与理想类型的过程之差距的比较，对实际动机的认识才变得更为容易”^[4]，“这种理想的、客观化的概念将有助于我们在研究中发展推断的技巧：它不是‘假设’，但提供了形成假设的方向；它不是现实的描述，但为这种描述提供了一种明晰的表达手段。”^[5]“社会现实不能凭借让事实‘本身发言’而被理解。社会现实并非像事物那样凭自身权力而存在，宛如海滩上的卵石那样等待着被拣拾。什么东西算作社会现实，这在很大程度上取决于我们通过它去打量世界的精神眼镜”。^[6]对于韦伯的“理想类型”理论，大概可以从以下几点上理解：

1.“理想类型”是一种“片面的深刻”

“理想类型不是对实际社会存在的概括，它只是理论家为了分析现象，理解现实而构想的理论模式”^[7]，因而它也就不需要穷尽事物的全部特征。但是，模式的片面性并不因此而否定了它的科学性以及在学科研究中的意义，这是人们认识发展过程不可逾越的阶段，并为较全面地认识事物提供了不可不论的科学价值。而且，只有片面才是深刻的，全面却是肤浅的。“片面何以深刻？因为这种‘片面’是只及一点不及其余，而这‘一点’恰恰是以往的‘全面’所没有的。在人类思想史上，贡献何须多，只需那么‘一点’，足矣。”^[8]

2.“理想类型”并不是事物本身，但具有似真性

“理想类型”的确定，并不是凭空产生的，而是人们的观察、提取事物的共同东西，经过理论、范畴而建构的。而且这种“理想类型”会在人们的不断比较、修改中不断地提高。

3.“理想类型”是一种方法论上的分析结构

“参照一种理想类型我们可以使这种关系的特征实际地变成清晰的和可理解的。”^[9]即“理想类型”在研究者手中只是一个标准和尺度，用来衡量典型情况下人的典型行为，以此来确定具体情况下与现实生活的相同点和不同点，由此来指导实践和提高人们的认识。

4.“理想类型”与事实之间有张力

如上所述，“理想类型”并非一成不变，它是不断地被修改，不断地被提高的，而这一过程也使“理想类型”与事实之间越来越接近，这就是所谓“理想类型”与事实之间的张力。韦伯坚信“理想类型概念同现实对象存在一种张力，概念力图有条理地把握现实，而现实则总超越了概念的框架，它们之间的张力导致了知识的发展。这正是理想类型的意义所在。”^[10]

5.“理想类型”具有多样性和优劣之分

“理想类型”是人们的观察分析不断所得，但不同的人有不同的观察，对同一事物也自然有很多优劣不等的“理想类型”。那么，人们所追求的并不是事物本身，而只能是更“优”的“理想类型”。韦伯甚至认为自己的“理想类型”理想本身也只是一种“理想类型”，它也需要不断的发展和完善。

二、建构“优质”的法学“理想类型”

既然可以对“理想类型”作出以上的理解，那么法学说到底只是人类所建构的众多“理想类型”中的其中一种而已。法学“理想类型”具备所有“理想类型”所共有的特征，也当然具有其作为“理想类型”其中特有的一种所具有的个性。法学的个性主要体现在，其作为自然科学的一个学科，是以法律现象及其发展规律为研究对象的科学。我们应该如何建构“优质”的法学“理想类型”。如何

评价法学“理想类型”的好坏。笔者认为,至少应该符合以下几个条件:一是必须是在总结经验,在前人的比较“优质”的“理想类型”前提下建构的;二是这种“理想类型”必然符合逻辑,不能前后矛盾;三是这种“理想类型”是开放而不是封闭的,是可以不断地进步。要符合以上的条件,以建构更为“优质”的法学“理想类型”,应该作以下几方面的努力:

第一,从法学“理想类型”建构者的角度看

首先,法学“理想类型”的建构者必须具有一定的理论水平。物质本身不可能形成意识,只有用我们的抽象思维去认识物质,才可能形成我们思维中的“物质”。所以,要构成“优质”的“理想类型”,应该努力提高自己的理论水平。毛泽东同志所说的“没有调查就没有发言权”实质上也是这个道理,调查其实就相当于我们所说的理论水平,发言权就相当于“理想类型”。为此,法学研究者应该要有坚实的法学基础,对于一些前人建构的基本理论,对一些权威人士所提出的“理想类型”必须要有所了解,只有这样,才可以形成属于自己的观点。

其次,作为“法学类型”建构者还需要具有一定的“悟性”。这里的“悟性”并不代表智慧,“悟性”本身更多的是依赖于研究者本身的先天性,来自研究者本身的善于思考和对生活的触角等的因素。所以,法学研究者应该在生活中注意培养自己对问题的触觉,勤于思考,多角度思考……,这些对于“悟性”的提高和“理想类型”的建构都是不无益处的。

再次,建构者应该具有良好的人生观价值观,保持积极向上的人生态度。人的主观意识具有巨大的力量。良好的人生观价值观,积极向上的人生态度,会激发人的创造力,提高人们克服困难的能力,以激励人们为目标不断奋进。否则,建立的“理想类型”也会毫无生命力。

第二,从法学“理想类型”建构的方法上

首先,观察的角度、范围和手段上都应该广泛的,而不是狭窄的。法学既研究法律意识、法律规范、法律关系、法律行为等法律现象,也研究法律的产生、本质、特征、发展、作用、形式以及法律的制定、适用和遵守等问题,在研究法律现象的同时,发现法的发展规律。法律现象是社会运动的一种特殊形态,研究法律现象必然涉及其他社会现象甚至自然现象。在现实生活中,法律现象不能脱离社会政治和国家生活而存在。这就要求我们在建构法学的“理想类型”时,要注意观察角度的多样化、范围的广泛化和手段的多样化。为此,我们必须发展社会学、人类学、心理学、医学等学科。当然,所有的这些只是为了拓宽我们的视野,或者说触动我们的“悟性”,都是为了最终目的,从广泛而多样化的视野中寻找适用的角度、范围和手段,建构“优质”的法学“理想类型”。

其次,要保持所建构的法学“理想类型”的价值观的一致性,在借鉴他人所建构的“理想类型”时,注意从内在视角分析的角度。人们往往喜欢从某些“名家”中找寻只言片语去支撑自己的论点。可以说,这是十分危险的,也往往会引向错误。要知道,人们在论证自己的“理想类型”时往往都是有假设性的前提,如果前提不同,结论也不可能相同。如果我们排斥这些前提,那又如何认同这

些理论的结论呢?那么,在建构法学的“理想类型”时就更应该注意自己所持有的观点,切忌偷换概念和前后矛盾。以刑法学中的犯罪构成观点为例,就不能拿我们犯罪构成与大陆法系的犯罪构成相提并论,因为前者作为“齐合填充式”的犯罪构成,只要符合犯罪构成即可以认定为犯罪;而后者犯罪构成是递进式的犯罪构成,符合犯罪构成还要经违法性和有责性要件的审查后才能判断是否构成犯罪。另外,还需要注意所建构的法学“理想类型”的所在之处。法学内容应该体现民族性,体现民族的价值观念和传统。如果价值观不同,却生搬硬套,只会“水土不服”。应该以法律成文为主,如果以英美法系的判例制度推翻现行的法律成文化制度,是不会成功的。

为此,进行法学“理想类型”的建构时,应该要注意以下几个方面:一是注意自己站在哪个法系上来研究,即主要是大陆法系还是英美法系;二是站在什么样的学派上来研究的,如刑法研究上是旧派还是新派,新派中是刑事人类学派还是刑事社会学派;三是弄清楚历史背景,以古薄今或是以今薄古的做法都是不正确的;四是使用的论证方法,要注意是逻辑推理的方法还是实证的方法,还是二者相结合的方法。

第三,在对待已经建构的法学“理想类型”上

首先,经常优化我们所建构的法学“理想类型”。“理想类型”是一个不断修正的过程,其不可能成为事物本身,只是不断地接近事物本身,越来越接近事物的“真实性”。法学研究者、工作者,应该在实践中,不断地完善已经建立起的“理想类型”。在必要时也可以推翻前人的“理想类型”,建立自己的“理想类型”。但这个过程一定要十分慎重,要做到大胆探索,小心求证。

其次,要明确“理想类型”是多样的,没有正确与否,只有优劣之分。如果法学中某一个问题是网,那么针对这个问题的一个“理想类型”只是这张网的一个部分,只是反映事物的一个部分,但只有这个网络才是客观的,虽然这种客观本身又是主观的。对自己所建构的法学“理想类型”,不应该害怕质疑,而应该欢迎质疑和挑战。也只有这样,才可以不断地完善和发展我们已经建构的“理想类型”,为理论和实践服务。

韦伯的“理想类型”方法论是一门十分深奥的学问,本文只是很粗浅的理解。但笔者坚信,韦伯的“理想类型”方法论必然还有更多值得法学研究可以借鉴和学习的地方有待我们去寻找和发现。

参考文献:

- [1][3][5][9] [德]马克斯·韦伯著,杨富斌译.社会科学方法论[M].北京:华夏出版社,1999.186.
- [2][4] [德]马克斯·韦伯.经济与社会[M].图宾根,1980.10.10.
- [6] 弗兰克·帕金著,刘东译.马克斯·韦伯[M].北京:人民出版社,1987.27.
- [7] 李强.自由主义[M].北京:中国社会科学出版社,1998.46.
- [8] 陈兴良.刑法的启蒙[M].北京:法律出版社,2003.267.
- [10] 任强.西方法律传统的类型研究及其局限——韦伯法律思想述评[J].中山大学学报(社会科学版),1998,(5): 96.

抽象行政行为排斥司法审查的弊端 与行政行为可诉性的合理界定

葫芦岛海关 李春晖

在介绍本题目含义之前,先来看一宗由某省高级人民法院审结的案例。

案情:某市市民张某于2003年年底因其持有的牌照为黑N00323号奥迪轿车涉嫌无合法进口证明,被某海关以行政违法嫌疑立案调查。立案的法律依据为《国办发[1993]55号》文件(以下简称“55号文件”)。经过调查、告知、申辩、复核程序,某海关于2004年12月作出没收该车辆的处罚决定。张某不服该处罚决定,遂向该市中级人民法院提起行政诉讼,以认定事实不清、处罚决定适用法律错误、处罚决定程序违法为由请求法院撤销海关的处罚决定。该市中级人民法院经审理判决维持海关的行政处罚决定,张某对该判决不服,上诉省高级人民法院。经质证、认证,省高法对海关的处罚决定作出维持判决。

案件审理摘要:因篇幅所限,在这里不列举诉讼双方向法庭提交的全部证据。关于诉讼标的、行政程序(包括行政机关对事实的调查、行政强制措施和作出处罚决定的程序),事实根据,不是笔者要讨论的重点问题,因为上述争议对于行政诉讼制度体系来说,仅仅是操作层面的问题。笔者着重讨论的是行政机关作出行政处罚的依据的合法性问题。根据某海关提交的证据,“55号文件”是国务院办公厅制发的关于进口车辆牌照管理及无合法进口证明车辆处置的规范性文件,其中授予海关对持有合法证明进口车辆者的行政处罚权并限定了处罚种类为没收。需要说明的是,该文件系规范性文件,未经立法程序,所以不属于法律文件。此外,某海关还举《国办发[1997]33号》文件(以下简称“33号文件”)为证,用于追认“55号文件”“具有行政法规的效力”。

根据我国行政诉讼法的规定,两级法院都认为某海关作出行政处罚决定系合法的行政行为。据此作出维持判决。

一、现行行政诉讼排斥抽象行政行为的弊端

张某的败诉,笔者认为比较“冤枉”。首先,从车辆与原告的关系上看,张某虽然不能证明该车辆的系法进口的,但能够证明自己是通过合法行为(民事债务清偿)取得该车的,是善意取得。没有任何一条法律规定如此持有并使用该车辆是非法的。因此应当推定张某不存在违法行为。其次,行政机关作出行政处罚的依据存在瑕疵。或说,其所依据的并不是《中华人民共和国行政处罚法》授权的能够规定处罚种类的任何一种规范性文件,而仅仅是未经公示过的行政文件。再次,即使是

行政机关举出“33号文件”来对“55号文件”的法律效力予以“追认”,该追认也不具有合法性。因为对原有规范法律效力的确认系行政立法权的行使,而行政立法是有其法定的程序和标准的,不是由行政机关的某个部门(在此为国务院办公厅)发个红头文件“肯定”一下就能够解决问题的。所以笔者推定“33号文件”对于“55号文件”效力的追认是违法的,同时也是无效的。

那么为什么原告不能以后两种理由来请求法院判决行政机关处罚行为无法律依据呢?根据我国现行行政诉讼法的规定,法院能够审查的行政行为的被限定为“具体行政行为”。而上述两个文件的创制,系属“抽象行政行为”,被排除在诉讼范围之外。笔者认为如此规定行政行为的可诉性主要弊端有:

1. 破坏了权力监督体系的完整性,使司法权对行政权的监督出现断带。按照权力分置、监督制约的原则,立法权、行政权、司法权应当由不同机关行使,并互相监督、互相制约,才能保证权力的有序运行,有效防止公共权力滥用。排斥对抽象行政行为的司法审查,就意味着行政机关侵犯公民权益的违法抽象行政行为得不到司法这一最强有力的制裁。行政权从而可以利用这一真空无限地膨胀、无所顾忌地侵犯公民的合法权益。

2. 违法的抽象行政行为要比具体行政行为具有更强的社会破坏力。因为具体行政行为违法,只对特定相对人的权益产生不利影响,一般只影响一次;抽象行政行为违法,因其反复作用机制和普遍适用性,会产生长期的、广泛的危害。如果说违法的具体行政行为污染了一处水体,那么抽象行政行为大多数情况下污染的是水源。

3. 排斥抽象行政行为的司法审查,会削弱我国政府的国际影响力。加入世贸组织意味着接受WTO规则,而WTO规则要求各组织成员将所有与国际贸易有关的行政行为(此行政行为包括行政立法、行政强制行为、行政许可及征收等全部依职权的行为)纳入司法审查范围。如果缺少对抽象行政行为的司法审查,则一旦发生国际行政争议,势必会将我国政府与经营者拖入被动境地,去面对极为不利的国际行政仲裁。

改革行政诉讼制度,当务之急是从行政行为可诉性的前提入手,解决观念陈旧、体制落后的问题。

二、确定可诉行政行为的前提是行政行为的合理定义

要解决行政行为的可诉性问题,就要解决行政诉讼受案范围的确定前提。行政诉讼受案范围,又称行政行

为司法审查的范围,指法院受理行政争议案件的界限,即可以受理什么样的案件,不能受理什么样的案件,哪些行政活动应当由法院审查,哪些不能被审查。正确确立行政诉讼的受案范围,是我国及时有效解决各种行政纷争,在法治、文明的框架内化解矛盾,实现社会的真正稳定与国家长治久安的关键。而确立行政诉讼的受案范围前提是对行政行为的合理定义。笔者采用英美法实用主义的原理,主张行政行为的概念的唯一性、不可分性,对其作出严格界定,使学术与法律用语趋于一致。为行政行为重新作出的定义为:行政行为是具有行政权能的组织或个人行使行政职权或履行职责,针对行政相对人所作的产生外部法律效果的行为。如此给行政行为下定义,表述清晰,不易产生歧义。

以此为前提建立行政诉讼受案范围标准体系,以是否对公民的权益和公共权益产生影响为标准,确定行政诉讼受案范围。凡是行政机关及其工作人员在行使行政职权履行行政职责时的作为和不作为行为给公民、法人或者其他组织造成不利影响形成公法上争议的,有异议的公民、法人或者其他组织均有权提起行政诉讼,法院应当受理。如此才能为公民的基本权利全面提供强有力的司法救济。避免立法上的缺漏,公民方能享受完整意义上的诉权。

三、选择行政行为可诉性的合理界定方法

我国现行受案范围存在着局限性,主要体现在:第一,随着我国经济与社会的发展和公民权利要求的增加,出现了不少新型案件,《行政诉讼法》无法囊括这些案件或实际把这些案件排除在外。第二,司法权与行政权之

间欠缺良性互动关系,司法机关不能保持足够的能动空间和开放式态度,多数情况下只能固守于条文的具体规定。第三,立法技术不完善。《行政诉讼法》受案范围的规定主要体现在第11条和第12条,它们分别是对受案范围的肯定性列举和否定性列举规定。虽然《行政诉讼法》第2条对受案范围作了概括性规定,但因其列在总则之中,并不在受案范围一章之下,因而很容易被理解为仅是具有指导作用的原则规定,我国行政诉讼受案范围“实际上成为了列举式”。列举式规定存在着无法囊括和穷尽所有行政行为的明显弊端,导致肯定性列举和否定性列举之间存在广泛灰色地带,某一案件能否进入行政诉讼就成为盲区。

从有些国家及我国台湾地区行政诉讼的立法和判例看,规定行政诉讼受案范围的方法,一般采取的是列举排除式加概括肯定式,即先通过立法或者判例确定法院不宜受理审查的行为,然后规定其余的所有行政行为或者公法争议均属于法院受理和审查的范围。美国立法和判例确立的“可审查假定原则”也体现了这种概括肯定式的方法,即除了国会立法明确排除和属于自由裁量范围的行为之外,所有的行政行为均应当由法院审查。这种方法能较全面地将行政行为均纳入司法审查范围之中,能够较充分地保护相对人的权益。同时也便于立法和司法机关根据具体情况,运用较为灵活的方式将法院不宜受理的纠纷排除于诉讼之外。受案范围应采取概括式的肯定规定加排除式的列举规定方式,即除明确列举排除的情况外,所有行政行为均在受案范围之内,成为行政法学界的共识,也符合当今世界通例。

论想象竞合犯及其与法条竞合犯的区别

沈阳军区司令部技术侦察局 李楠

在刑法学中,罪数问题关系到对犯罪人正确定罪量刑,是实践罪责刑相适应原则,保障犯罪人人权,维护司法尊严的重要课题。当今刑法理论界对此问题不乏探讨,其中想象竞合犯是罪数论中争议较多的问题之一。

一、想象竞合犯的本质

何谓想象竞合犯,如何认识想象竞合犯的本质、内涵,对此学界有不同理解:

(1) 实质一罪说。该说认为,想象数罪只是形式上构成数个罪名,因其仅有一个犯罪行为,与实质数罪性质明显不同。虽形式上造成数个危害结果,触犯数个罪名,形式上符合数个犯罪构成,但行为人只实施了一个行为,故其并非真正的数罪,只是想象的数罪,实则为一罪。

(2) 实质数罪说。该说认为想象数罪虽是一个犯罪行为,但兼有数个犯罪行为的性质,所以对想象数罪与其他数罪一样进行数罪并罚。

(3) 折衷说。认为想象竞合犯的本质就在于,它既不是实质的一罪,也不是实质的数罪;或者认为想象竞合犯的本质是不完整的数罪,或称“特别的数罪”。认为想象竞合犯符合数个犯罪构成,属于数罪,但是只有一个行为,处理上应与一般数罪有所区别。

(4) 法条竞合说。此说基于“行为之数须与犯罪之数一致”的观点,认为一个行为不可能构成数个犯罪,故认为想象竞合犯只能是数罪名的竞合,即法条竞合。

我认为上述观点中,“特别数罪”的提法较为可取,即所谓折衷说。这是因为,一方面,想象竞合犯虽然是出于一个犯意,实施了一个行为,却触犯数个罪名,且这些罪名中任何一个都不能全面评价该行为,故明显区别于一罪,应为数罪的一种形态;另一方面,想象竞合犯只是在形式上符合数个犯罪构成,由于行为人只实施了一个行为,也就是说数个犯罪构成共用部分要件,与数行为触犯数罪名的数罪相比是不完整的,故根据对一行为不得进行重复评价的原则,想象竞合犯只是“想象”的数罪,是数罪的理论形态之一,是处断的一罪。

综上,想象竞合犯的实质是:想象竞合犯既不同于实质一罪,也不同于实质数罪,是不完整的、特别的数罪形态,构成数罪的客观行为是重合的,是“想象数罪”,是数罪的理论形态,是处断上的一罪。

二、想象竞合犯的要件

1. 行为人实施了一个危害行为。这是想象竞合犯区别于实质数罪及牵连犯等犯罪形态的根本点,只要行为人实施了一个危害行为,无论其行为是作为还是不作为,其犯罪心理是故意还是过失,亦或故意与过失混合,均不影响想象竞合犯的成立。

2. 行为人的行为同时触犯数个罪名所代表的数个性质不同的犯罪构成。这是想象竞合犯区别于实质一罪的根本特征。

罪名是犯罪的名称,是对犯罪构成的高度概括。何谓“数个罪名”,目前尚存在争议。有学者认为“一行为触犯数个同种罪名,当然是触犯数罪名,是同种数罪”。我认为这种认识是片面的。

首先,如前所述,想象竞合犯不是实质数罪,原因在于行为人只实施了一个危害社会的行为。如果承认同种罪名是数罪名,那么在想象竞合犯一行为的前提之下,各犯罪构成的各个要件实际上均相互重合,只是直接客体数量和范围的增加,而这一量上的变化不足以影响罪质,可为一罪构成完全概括,只用一个罪名就可以完整评价,故同种罪名仍为一罪。

其次,即使承认同种罪名是数罪名,对司法实践也并无裨益。如行为人故意一枪打死三人,对三个故意杀人罪如何从一重?因而,承认同种罪名的想象竞合犯不但对司法实践毫无意义,反而徒增困扰。

再次,承认同种罪名的想象竞合犯可能导致重罪轻判,造成罪责刑无法达到一致。如行为人故意用枪击伤三人,致一人重伤,两人轻伤,如按想象竞合犯处理,则从一重罪处罚,只对重伤他人的结果进行评价,而其他两轻伤结果则忽略不计,这显然造成罪刑严重不一致,枉纵了犯罪人,对受害人也极不公平。而若按一罪处理,则可综合评价,将致三人受伤的事实作为情节考虑,则可做到罪责刑平衡。

综上,想象竞合犯不应包括同种罪名的情况,只有当罪名相异,犯罪构成性质不同时,才存在着竞合的可能性与必要性。

3. 行为所触犯的数个罪名均无法全面评价该行为,即行为所触犯的各犯罪构成之间应无重合之关系,这是想象竞合犯区别于法条竞合犯的根本特征。

犯罪行为所符合的数个犯罪构成之间具有重合关系这是法条竞合犯的法律形式。重合关系包括包容关系和交叉关系,那种不承认交叉关系,或不完全承认交叉关系的提法似有不妥。所谓重合关系,应为犯罪构成的各个要件均存在包容与交叉关系。

正是由于刑法法条错综复杂的规定,才使得某些犯罪构成之间存在着相互的重合,但另一方面也导致其中必有一个犯罪构成最符合该犯罪行为的本质特征,能够完整评价该行为而排斥其他法条的适用,因而法条竞合犯只是形式上触犯了数个罪名,而其本质上是单纯的一罪。

综上,想象竞合犯的构成需要三个要件:即行为人实施了一个危害行为,该行为触犯了数个罪名,且数个罪名中的任意一个都无法全面评价该行为。这也是想象竞合犯区别于实质一罪、实质数罪及法条竞合犯,作为独立的犯罪形态所具有的根本特征。

三、与法条竞合犯之间的关系

想象竞合犯与法条竞合犯于表现上有着极大的相似性,两者的行为人都只实施了一个危害行为,都触犯了数个法条,且最终都按一罪处罚,适用一个法条,特别是当法条竞合犯各罪之间为交叉重合关系时更令人难以理解,然而二者毕竟有着根本的区别:

法条竞合犯是指某种行为同时符合数个具有重合关系的犯罪构成的犯罪形态。其特征在于:其一,一个犯罪行为同时符合数个性质不同的犯罪构成;其二,犯罪行为所符合的数个犯罪构成之间具有重合关系;其三,由一个犯罪构成可以恰当、全面地评价犯罪行为。

由此可见,法条竞合犯与想象竞合犯的本质区别就在于犯罪人的犯罪行为所触犯的犯罪构成是否具有重合关系,并因此得以从若干犯罪构成中选择一个能够恰当、全面评价犯罪行为的犯罪构成。除此根本区别外,二者尚存在着其他一些差异:

(1)二者发挥作用的领域不同,想象竞合犯是一种罪数形态,故想象竞合犯理论主要是解决犯罪行为触犯几个罪名,如何处罚的问题;而法条竞合犯主要是法律

的适用问题,代表了法条间的关系,是在法条之间因有错综复杂的重合关系而导致均能对一行为进行评价时,如何选择一个最恰当、最全面的罪名的问题。

(2)想象竞合犯如前所述是特殊的数罪而与一罪相区别,而法条竞合系同一犯罪行为,而触犯数法律时,仅适用一法律而排斥他法律,其罪之本身为单纯的一罪。

(3)想象竞合犯中规定不同种罪名的数个法条之间发生关联,是以行为人实施特定的犯罪行为为前提或中介,此法条之间的联系是偶然的,于法律制定时难以预见;而法条竞合犯的出现,从根本上讲是取决于某些刑法法条规定的犯罪构成具有重合关系的现实状态的必然结果,于法律制定时即可预见,通过对法律条文的研究也不难认识。

(4)从处罚原则上讲,对想象竞合犯采取的是从一重罪处罚的原则;而对于法条竞合犯,则根据各法条之间竞合关系不同,采用特别法优于普通法、全部法优于部分法、复杂法优于简单法等原则,并不一定导致适用重法,一句话,就是选用最恰当的罪名处断。

综上,想象竞合犯与法条竞合犯虽在表面有一定相似之处,但却是两类成因、性质均有区别的犯罪形态,且适用原则也各不相同。

罪数问题是一个极其复杂而又极具实践价值的理论课题,故理当着重分析,以避免实践中误认、误行,这也是法学研究严谨性的必然要求。

论自由心证的合理性

曹燕青

依学界的一般理解,所谓自由心证,是指对证据是否有证明力以及证明力的大小,法律不预先作出规定,而由法官根据内心确信去自由判断证据,从而认定案件事实。所谓“自由”,是指法官根据“良心”、“理性”判断证据,不受任何其他的限制和约束;而“心证”是指法官通过对证据的判断所形成的内心信念。从不同的角度,自由心证可以有不同的涵义,如从观念形态来说,它是一种关于判断证据标准的主义或学说;从制度上讲,它则是证据法上关于证据判断标准的制度;从动态的角度而言,它又是一种审查判断证据的行为。

作为一项证据制度,自由心证制度具有以下特点:一是在法律上不预先设定各种证据的证明力,而是原则上视各种证据的价值在法律上平等,具体的证据价值高低由裁判者进行能动的自由判断。二是自由心证制度产生和存在的前提是对法官的依赖。该制度得以出现的背景就是“在资产阶级革命初期,在人民主权的意识形态下,对陪审作为人民直接行使司法权的代表而在理念上产生的依赖和安全感。”在近现代由职业法官作为自由心证主体的情况下,“自由心证制度的这一内容仍以司法的独立、法官的资格限制、身分保障等一系列体现近代司法特殊性质的制度作为前提。”^[1]三是在适用自由心证的场合,法官进行证据判断的唯一依据就是其良心和理性,此外再无其他标准。

长期以来,人们出于对自身安全的渴望及对裁判者恣意的恐惧,一直希望法律能够明确、稳定,规定得事无巨细;法官只要“对号入座”,按法律规定办事,不需要也不能够进行自由裁量。这就是人们对法律确定性的一种期待。这种确定性,一方面使得人们对自己和他人未来的行为能够作出明确的预期,增强对法律的信赖感;另一方面也消除了法官主观恣意的生存空间,更增强人们对法律的安全感。在此基础上,“人们对民事审判理想化形态的设想是:在案件进入审理前,由各方收集的证据材料的数量与质量足以回复民事纠纷的真相,法官或民事纠纷的裁决者在准确无误地把握了案件的事实之后,适用事先设计好的完善的民事法律做出完美的民事司法裁判,从而纠正失衡的民事权利义务关系,并维护社会既成的民事生活秩序。”^[2]历史上,也有许多的法学家曾经为此而努力,但最终都以失败而告终。究其原因,就是因为上述的理想状态,在相当长的现实状况下还很难实现。审判作为一项由人主导参与的社会活动,它不可能消除人的主观因素,做到像科学仪器那样精密准确,所以法官的自由裁量权,包括在心证方面的自由,有其存在的合理性。具体而言,笔者以为,自由心证的合理

性可以从以下几个方面得以论证。

一、成文法的局限性,是自由心证存在的客观前提

成文法的出现,一是为了通过法律的公示,让民众对自己的行为有一个明确的预期;二是为了减少法官审判行为可能给人们带来的不确定性。但成文法自一出现开始,其局限性也随之而生。这种局限性主要表现在以下几个方面:

第一,由于法律规范的普遍性与具体事物特殊性的矛盾,立法者不可能采用绝对适用于所有问题的规则。为了保证成文法制定的科学性和前瞻性,立法者常常不得不在法律中规定一些概括性、抽象性的条款,这就为司法者的自由裁量提供了空间。

第二,受社会历史条件的客观局限性与个人主观条件的制约,立法作为探索真理的一项活动,不可能在没有任何缺陷或漏洞的情况下,制定出可预见一切可能发生的情况并可供所有法官据此遵行的规则。因此,法律的漏洞不可避免,只能由法官的自由裁量来予以弥补。

第三,成文法的构成载体是许许多多的语言符号。语言一般是一定社会发展阶段社会生活运动的产物,具有历史局限性,随着时代的发展而表现出不稳定性。这使得法律中的许多语言符号在表述现存的具有不同实质内容和特征的事物时,是有限的和模糊的,从而导致语言能力、知识结构以及社会经历等存在个体差异的法官们,在适用统一的法律时会表现出自由裁量的表征。

第四,成文法的制定是一项严肃而复杂的活动,不可能为了适应日趋千变万化的客观世界而朝令夕改,否则会大大削弱法律的权威性。但正如著名法学家萨维尼所说:“法律自制定公布之时起,即逐渐与时代脱节。”成文法这种滞后性与社会发展变动性之间的沟壑,只能由法官的自由裁量权去填平。

二、法的不确定性,是自由心证存在的法律条件

前已有述,法的确定性一直是许多法学家所追求的理想。拉德布鲁赫就把法的确定性视为法的基本乃至首要的功能,认为“法律秩序的存在要比法律的正义和功利更为重要。”但在客观实践中,法的不确定性却不容否认地存在着,使得法官的自由裁量权有其存在的必要性。这种不确定性主要表现在两个方面:

其一,法官所依据的成文法部分规则本身具有不确定性。

其二,构成司法裁判基础的事实常常具有不确定性。美国现实主义的代表人物弗兰克对这种不确定性进行了列举式的归纳:(1)诉讼中用来证明事实的证据可能是不可靠的,会有作伪证的、受人指使的、有偏见的、发生

误解的证人；(2)会有证人失踪、物证灭失或被毁的情况；(3)有为非作歹和愚蠢的律师；(4)陪审员特别是法官的不可预测的独特个性都会导致对案件的处理带有很大的主观性，使人们无法预测其结果。^[3]

三、思维的非至上性，是自由心证存在的主观基础

按照唯物辩证法的观点，所谓人的思维的至上性，是指人的认识能力是无限的，任何客观事物是可以认识的；所谓思维的非至上性，是指人的认识能力又是有限的，人不可能一次穷尽真理，只能不断地接近真理。人的思维，如果只是“按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说，是至上的和无限的”，但若是“按它的个别实现情况和每次的现实来说，又是不至上的和有限的”。^[4]人的思维的这种非至上性，主要是缘于人们所处的社会空间、人的寿命等客观时空条件对人的认识能力的限制。

思维的非至上性对立法者的影响主要有两个方面：

一是因为思维的非至上性，立法者制定法律时所依据的经验总结，并不是一种绝对真理，而是在当时状况下对真理的一种接近，依此作出的规定可能会随着时代的变迁，而变得不合时宜，甚至走向谬误。

二是思维的非至上性，使得立法者制定法律时对将来的社会状况，可能会估计不足，或者估计错误，从而出现法律漏洞或法律与现实冲突。

思维的非至上性对司法者的影响，主要表现在法官在认识案件客观事实时要受到诸多因素的制约：(1)事实发生以后留下可以证明待证事实的材料的多寡；(2)科技手段的高低；(3)当事人的抗辩水平；(4)证人的可信度和社会形象；(5)法律是否强制规定掌握于己不利的证据的一方当事人应当出示证据；(6)法官认定事实的过程是否受到种种非法因素的干扰；(7)社会公众可以接受的认识方法或评判方式；(8)被排除使用的证据的范围宽窄等等。^[5]无论是何种影响，都说明在人类思维非至上性的情况下，法官的自由裁量权有其存在的合理性。

四、实现实体正义的需要，是自由心证存在的终极目标

正义是法律实施所追求的最重要的价值目标之一，可以被分为实体正义和程序正义。在诉讼法上，实体正义通常指的是裁判结果的公正，而其首要标准就是争执事实的真实再现。^[6]前已有述，在明确的规则与法官的自由心证的比较上，后者一个很明显的优势就是更利于

发现案件真实，因为在自由心证制度下，法官可以充分发挥主观能动性，根据案件具体情况认定案情，更符合“具体情况具体分析”的认识论要求。正如波斯纳所说，明确的规则是形式正义的要求——它有利于保障同样情况得到同样对待，并且又增强了法律结论的可预测性。但另一方面，规则的稳定性又使其在复杂多变的现实面前力不从心，而给予事实审理者——法官或陪审团——更多的裁量权，去对更多的事实进行发现、权衡和比较，从而推动实质正义的实现。^[7]

不过需要强调的是，法官为实现实体正义行使自由裁量权，所要发现的“真实”不是客观真实，而应该是一种法律真实，即在遵循了法律规定的程序要求基础上，所探求到的案件真实情况，而非完全还原案件事实当初的面貌。这是因为“对于民事诉讼来说，任何诉讼活动都是在特定的条件下、特定的诉讼周期内完成的，法官不可能无限期地、不惜代价地认识案件事实，这样做既不符合当事人的利益，也不符合国家设立诉讼制度的目的。”^[8]而且案件事实具有一次完成性和不可逆性，法官不能使时间倒流，而只能通过当事人提供的证据来认定或然性事实以解决双方争议。

参考文献：

[1] 王亚新. 社会变革中的民事诉讼[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001. 309.

[2] 程春华. 民事证据专论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2002. 222.

[3] [美] E·博登海默著. 邓正来译. 法理学: 法律哲学与法律方法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 155.

[4] 马克思主义经典著作选读[M]. 北京: 人民出版社, 1999. 193.

[5] 肖建华. 诉讼证明过程的主观性分析[J]. 北京科技大学学报(社会科学版), 2001, (2): 56.

[6] 章武生, 等. 司法现代化与民事诉讼制度的建构[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 78.

[7] 波斯纳著. 苏力译. 法理学问题[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 57.

[8] 章武生, 等. 司法现代化与民事诉讼制度的建构[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 83.