

我国政府采购法制之根本症结及其改造^{*}

肖北庚

内容提要:近年来,政府采购腐败和高价格所致政府采购价值落空问题备受理论界的关注,学者们从制度视角对其进行了多方位反思。制度层面的审视将症结归因于政府采购主体、质疑投诉、合同等具体制度之缺失。其实制度的不足与其背后深层的立法思维模式、立法力量主导模式、政府采购权体制结构安排更具关联性,深层地看其根源亦在于此。由是,根本解决政府采购现实问题之策略应为:促进政府采购立法思维模式从片面吸收国际先进法制向注重中国语境基础上与国际法制接轨转换,立法力量主导模式要由行政主导向立法博弈转换,采购权体制结构设计模式需由侧重监督向侧重制约转变,进而依统一立法模式、循采购权制约理路对制度进行重构。

关键词:政府采购法 立法思维模式 行政主导立法 采购权配置

肖北庚,湖南师范大学教授。

21世纪以来,政府采购制度的兴起已经成为我国公共财政支出制度改革的一个重要符号。招标投标已成为公共资金使用管理领域里不断展开的实践,政府公共财政支出已由过去的政府自在自为变成了一种应受公众监督并有专家参与的公开行为。然而在这一转变过程中,政府采购低效率、高价格甚至腐败等问题并未因政府采购法制的推进和政府采购方式的推广^[1]而有效缓解,相反还呈反向增长趋势。政府采购立法所追求的价值在现实适用中落空构成政府采购法制的根本症结。过往学者对这一根本症结的反思多侧重于制度视角,其分析多指向政府采购当事人、采购程序、采购方式等具体制度规范之缺陷。^[2]其实,政府采购法制的根本问题不在于其条文化的规范,而在于构造与设计规范的立法。从立法视角对其检讨进而探寻其解决问题的总体性策略才是研究这一问题的应有理路。

^{*} 该文为2008年国家法治与法学理论研究重点项目——《政府采购法基础理论研究》(08SFB1003)的成果之一,并为湖南师范大学“优秀人才支持计划”所资助。

[1] 笔者分析2003年到2008年中国政府采购统计信息(以上统计信息资料均来自《中国政府采购》杂志)可看到,以政府采购方式使用公共资金的呈历年增长趋势,同时现实生活中一些非财政资金支出也采取了政府采购方式。

[2] 比较全面和典型的批评可参见谷辽海著《法治下的政府采购》与《中国政府采购案例评析》(第2、3卷)。这三本书由群众出版社分别于2005年、2006年和2007年出版。

一 价值落空:政府采购法制之根本症结

政府采购法作为人类社会发展到一定阶段规范公共资金支出管理等行为的规则,其价值与所有法律一样,由目的价值和形式价值构成。从目的价值来看,我国政府采购基本法——《中华人民共和国政府采购法》第1条以宗旨的形式规定了政府采购核心目的价值,即提高公共资金使用效率、维护政府采购当事人合法权益和促进廉政建设。同时,政府采购立法过程也对这些价值有一定的强调。在《政府采购法》制定前出台的《招标投标法》尽管没有以宗旨形式规定提高公共资金使用效率和遏制腐败的目标价值,但有关立法说明对此目标价值给予了肯定。^[3]无疑,提高公共资金使用效率和遏制腐败是我国政府采购法制最核心的目标价值。

客观地说,政府采购法制所承载的目标价值恰好指向当时中国政府采购实践所暴露的核心问题,其法律规制是面对并解决真实问题所做的一种立法努力。如果政府采购法制的适用能够有效提高公共资金使用效率,并能有效预防和减少政府采购领域中的腐败,那么政府采购法制所期冀和希求的价值就得以实现。而政府采购实践所显示的并不像立法者所期待的那样,政府采购法制体系的建立并未使政府采购腐败得到有效控制、公共资金使用效率得到提高。见诸报端和网站的有关文章所披露的则是:政府采购腐败问题屡屡曝光,^[4]成为继土地出让、产权交易、医药购销和资源开发等领域的又一腐败频发领域,^[5]政府采购腐败案件在整个腐败案件中的比例不断攀升。^[6]政府采购公共资金使用效率则常常受到“价格门”的拷问,使用单位的采购效率和采购价格受到质疑。^[7]政府采购法制在我国社会和制度转型之情势中的具体功效备受诘难。

如果说上述见诸报端和网站的有关材料所得出的政府采购法制目标价值虚空之结论其准确性与严肃性有待证实的话,那么,最近官方的规范性文件对此所做的表述应当是严谨与客观的。《国务院办公厅关于进一步加强政府采购管理工作的意见(国办发[2009]35号)》明确指出:“……部分政府采购效率低价格高等问题仍然比较突出,一些违反法纪、贪污腐败的现象时有发生,造成财政资金损失浪费。”^[8]这里“仍然”、“时有发生”是表明时间持续性的概念,“比较突出”则是传达问题严重性的用词。透过这些词并联系这一规范性文件的潜台词“近年来,各地区、各部门认真贯彻落实《中华人民共和国政府采购法》”,完全可以悟

[3] 参见《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》1999年第5号,第442页;《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第4号,第237页。

[4] 笔者以政府采购腐败为关键词在谷歌网站进行搜索,竟搜索到373000条相关信息,其中广州市政府采购中心腐败窝案是政府采购领域较为典型的腐败案。信息来源:www.google.com.cn,访问日期:2009年5月31日。

[5] 《政府采购腐败高发 技术补救甚于政治反腐》,载《南方都市报》2007年12月13日社论,AA02版。

[6] 包括工程在内的政府采购腐败案件几乎占到腐败案件的6成。在工程和土地批租领域受贿案件占腐败案件总数的51%;在物品采购领域,受贿案件占腐败案的20%。参见王悦等:《当前职务犯罪呈现十大特点》,载《检察日报》2007年3月27日。

[7] 广州市总工会潘某2006年8月语出惊人,“其单位委托市信息工程招标中心采购的台式电脑每台高出市场价900元,服务器每台高出市场价7000元”。其后以“为什么抱怨采购价高却不敢同采购部门较真?”、“政府采购电脑为何高于市场价?”、“政府集中采购价格更贵?集中采购集中腐败?”为标题的文章不断见诸媒体,参见麻瑞丽、王文霞:《政府采购“价格门”事件拷问行业应对机制》,载《中国政府采购》2007年第5期,第16页。

[8] 参见《中华人民共和国国务院办公厅关于进一步加强政府采购管理工作的意见(国办发[2009]35号)》,载《中华人民共和国国务院公报》2009年第12号,第7页。

出:政府采购法制的目标价值在全国各部门、各地区认真贯彻落实政府采购法制过程中并没有得到实现。因为公共资金使用效率不高以及使用易滋腐败正是政府采购立法前存在的并希望通过法律规制所要解决的问题。既然法律规制前所存在的问题在有相关立法后依然不同程度存在,这就足以证明政府采购法制并未实现法律应有的指导与规范作用,其所追求的目标或外在价值是虚空的。

与外在价值相应,内在价值或形式价值也是虚空的。法的内在价值是指法的权威性、普遍性、统一性和完美性。^[9]我国政府采购法制源起于 20 世纪末,是在法律经验主义理念指导下针对现实问题而构建的。早在 1999 年针对工程建设领域的质量问题和腐败问题,并在吸收相关国际法制规范基础上,我国制定了《招标投标法》。其后在 2002 年,针对公共资金的使用效率低及使用中易生腐败之问题又制定了《政府采购法》。由于两法制定的背景和针对的问题不同,两者在适用范围、采购模式、政府采购定标标准和废标条件、监督机关等方面都不一致,进而造成两法的不协调,也即政府采购法制体系内部的矛盾冲突。甚至由于立法思维与立法技术的局限,《政府采购法》自身在集中采购机构与采购代理机构、强制性采购与任意采购^[10]以及政府采购价格目标、政府采购当事人、政府采购信息披露制度等方面也存在内在冲突。实践部门也承认了上述冲突和不一致。财政部国库司司长詹静涛在 2009 年全国政府采购工作会议上就指出:《政府采购法》与《招标投标法》在适用范围和管理机制等方面不协调,《政府采购法》也存在规定不明确、不具体、不好操作的问题。^[11]更有甚者,政府采购法制与我国法律体系中其他法律也存在不协调。政府采购法制与合同法制、预算法制以及有关政府信息公开法制都存在着一一定的冲突。^[12]以上仅是法律层面的分析,而我国的现行法律体系除法律外还有行政法规、部门规章以及地方性法规和规章等,政府采购法制事实上也包括以上法源,因而,从整个法律体系看,政府采购法制冲突更突出。政府采购法制的内在矛盾、法律空白与漏洞及权威性的缺失,一方面其本身就是内在价值的失落,另一方面又虚置了政府采购法制的目标价值。

二 政府采购法制价值落空之成因

上述诸种价值落空表征展示了社会转型时期我国政府采购法制在实践中适用的真实形态,揭示了我国政府采购法制的现实困境。本以遏制腐败、提高公共资金使用效率等目标为期待的政府采购法制何以在实践中价值落空,其原因应当说是多方面的。既可能有政治、经济方面的原因,也有法律意识以及转型时期整个体制结构等方面的原因,甚至可以说是上述诸因合力之结果。从立法视角看以下几点也许更为根本与深层。

(一) 过分注重域外政府采购法制资源借鉴,缺乏中国问题与语境支撑

我国政府采购法制形成于法制建设中的大规模立法阶段,当时的主流立法意识形态在立法动因上强调实践,崇尚通过法律解决现实问题进而推动社会进步之信念,而在法律具体内容上吸收“国际社会的先进法制”或与“国际接轨”。立法实践中,立法资源倚重域外经验

[9] 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年第 3 版,第 300 页。

[10] 蔡春红:《〈政府采购法〉中的立法技术瑕疵》,载《法学》2004 年第 3 期,第 28-31 页。

[11] 颜晓岩、范春荣:《政府采购法实施条例有望年内出台》,载《中国财政报》2009 年 5 月 6 日。

[12] 谷辽海:《法治下的政府采购》,群众出版社 2005 年版,第 32-110 页。

蔚为潮流。我国政府采购立法也正是在这一潮流中展开的。

政府采购立法过程中,立法者的视线与注意力重点放在探寻国外政府采购相应规则。对此,政府采购基本法之立法草案说明可证明之,其在提及立法必要性时,主要是从先进发达国家政府采购制度以及国际组织政府采购规范的作用和价值来分析我国制定政府采购法之必要性。同时,说明中还特别提到立法过程中,立法者“搜集、整理、翻译了国内外资料,多次召开立法国际研讨会,组团赴国外进行立法考察”。^[13]政府采购法制的另一部法律——《招标投标法》制定过程中,立法者们的工作重点也是翻译国外政府采购法制中关于招标投标内容之资料,重点关注、引进和注释美国、欧盟和国际组织的招标投标法条或法律概念。^[14]尽管学习与借鉴本身具有一定的可取性,然让其不加改造地大行其道,则有可能使立法脱离我国社会现实,其制度效力不可能不打折扣。

政府采购立法中过分注重域外资源借鉴,立法者以西方的法律概念和具体制度观照中国的社会现实和实践,从而使我国政府采购法制成为西方制度的翻版。突出采购程序和方式的政府采购法制在实施中易凸显采购程序与采购结果的正当性关系,采购人将采购程序的遵守误认为采购结果的正当之情况时常发生。进而既难以使政府采购不同当事人以平等身份在程序中完成“角色定位”,制约采购执行人,又易使不同采购主体借程序规避法律责任,从而使政府采购价值目标在突出程序中丧失。

更为重要的是,这种翻版遮蔽了立法者对实时立法背景——行政权未受到有效约束及政府采购扶植民族产业功能认识不清等——的探讨,未构设出与我国国情相适应的政府采购制度。政府采购立法忽视国货标准的详细规定及采购权的理性配置可以说就是体现。也正是这样,政府采购法制与现实疏离、与我国法律机体脱节,实施中必然难以引起参与其中的政府采购当事人的爱戴与尊重,其制度价值也就自然落空。

同时,对域外法律的搜集由于信息等客观方面原因,有可能造成立法者掌握的动态不是国外最新动态,从而使立法落后于国际社会先进法制。我国政府采购法制没有将20世纪90年代国际社会已开始盛行的框架协议招标方式和电子逆向拍卖方式^[15]纳入到政府采购方式中不能不说与此有关。而这些先进法制恰恰可能是对采购权有效制约的制度,这些制度的缺失不能不使法制的综合或整体效力下降,影响政府采购法制的目标价值实现。

(二) 行政主导立法模式之影响

我国大规模立法时期不仅立法资源侧重移植西方相应制度与经验,而且行政机关通过行使立法提请权和法律草案拟订权主导立法,形成所谓的行政主导立法模式。^[16]立法成为行政机关巩固部门权力,甚至扩张部门权力的重要途径和手段,这正是造成法制内在矛盾和冲突的重要缘由。

[13] 参见姚振炎:《关于〈中华人民共和国政府采购法〉(草案)的说明》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第4期,第237页。

[14] 参见《中华人民共和国招标投标法》起草小组编写:《招标投标法操作实务》,法律出版社2000年版,第1页。

[15] 电子逆向拍卖制度是一种采购人与供应商之间的网上实时动态拍卖,供应商可以在规定时间内不断修改价格,采购人据此以最低价格确立成交的一种制度。

[16] 笔者对1980—2001年制定的与行政权相关联的法律进行统计,发现这期间立法机关通过的数十部法律除《中华人民共和国行政处罚法》和《中华人民共和国乡镇企业法》两部法律,因缺乏相应的主管中央部委,其立法草案说明不是由相应的部委承担外,其他法律都是由相应政府部门部长或委员会主任亲自向立法机关做立法草案说明,这暗含着主导立法提请权与法律草案起草权的行政机关主导了立法。

行政主导立法模式对政府采购立法的影响表现为国家发改委(原国家计委)与财政部争抢政府采购相关立法权。前者通过扩张其对重点和重大项目的监督检查权而主导《招标投标法》的制定,其扩权立法抢滩了财政部之固有权力,因为招标投标只是政府采购的一个方面之内容,并主要与属财政部管理的国家预算支出紧密关联,其立法提请权归财政部更符合我国宪政体制所界定的各部委职权。被排斥参与分羹的财政部不甘示弱,以与国际接轨为由强调招标投标仅属政府采购方式,而政府采购应当是包括方式与程序、合同授予、质疑投诉在内的有机整体,主张政府采购单独立法,争得《政府采购法》立法主导权。^[17]立法机关基于自身的客观地位对此格局采取默示不作为态度。进而形成政府采购的分散立法模式,为法制不统一、不和谐预留了空间。

行政机关在行政主导立法模式中之所以对法律起草乐意为之,不在于担责,而在于通过立法权的行使强化部门利益。众所周知,不同行政机关虽然同为政府权力的分支,然各有部门利益,立法主导权可为部门权力和利益实现提供法制力量。政府采购立法中各部委利用立法主导权按照有利自我权力和利益之实现方式来设计相应制度,竭力维护或巩固部门权力和利益。由是,发改委主导的《招标投标法》将招标投标的审批、争端处理、监督等权力囊括到国家发改委手中,而财政部主导的《政府采购法》则将政府采购有关审批、争议解决、监督等权力赋予财政部。政府采购“立法难免不成为行政利益集团的一个闭门造车的利益再分配过程”,政府采购法制中的监管机制等制度的矛盾和冲突由是形成,权力本身的自我利益维护功能与扩权势能造成政府采购法制自身不一致与冲突。内在矛盾冲突与不一致的法律在具体实施中又如何能为执法与司法提供有效行为准则呢?其效力又怎能有效实现呢?

不特此也,行政主导立法同样也将行政管理思维贯彻到立法中,制度设计者一方面会依据有利于行政机关采购权行使之方式来设计政府采购权力结构机制与运行模式;另一方面又将行政机关以外的当事人视为行政相对人,在立法中基本上不考虑吸纳其参与立法表达与沟通。政府采购立法过程中未给予采购人、供应商充分有效表达自己利益和诉求的机会,政府采购法制存在诸多由于采购人或者采购代理机构的责任而导致供应商承担不利结果、供应商救济渠道繁琐等不利于供应商的法律条款,^[18]采购当事人制度和采购方式不周延、存漏洞等等,就是管理思维所致。这些缺陷使法制犹如有缝之蛋,招致大批苍蝇似的法律规避者和钻法律空子者则在所难免,其实施效果与效率当然不会理想。

(三) 政治生活中权力监督模式之影响

大规模立法时期的行政法制在权力配置上多遵循政治生活中的“监督”理念。我国政府采购立法亦自觉地遵循该理念,依监督权理路而非制约机理配置采购权。

监督理路的核心是以监督权为重心配置权力结构,其对政府采购立法的影响为:立法者在政府采购权运行各环节和过程之外专门设立监督机关——各级政府财政部门,对政府采购权的运作进行监督。在《政府采购法》的88个条文中,有9个条文是赋予政府采购监督部

[17] 耐人寻味的是财政部主导《中华人民共和国政府采购法》的制定权曾受到发改委的质疑,因而尽管财政部主导了《中华人民共和国政府采购法》的提请权和法律草案起草权,然而《关于〈中华人民共和国政府采购法(草案)〉的说明》却是全国人大财政经济委员会副主任委员姚振炎所作。参见《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2002年第4期,第237页。

[18] 参见《中华人民共和国政府采购法》第71、72条。

门监督权的,^[19]其监督权遍及除第8、9章以外的各个章节,第7章还冠以“监督检查”之名,监督权中心的权力结构模式十分明显。监督权不仅贯穿于政府采购各环节,还延伸到了政府采购纠纷解决机制。权力监督模式配置采购权,使各级财政部门几乎独享了政府监督采购权,^[20]进而成为权力中心,其他权力均明显小于或劣于监督权,监督权明显处于未被牵制的状态中。这样,必然使法律实施效力寄托于监督机关的合理行权与有效作为,法制效力自然处于不确定状态。

监督机制模式不仅突出监督权,还忽视了政府采购运行过程中各参与者之间的权力制约,对采购或招标各环节权力的制约力量配置或不充分或难以就位。政府采购制度的核心制度——招标投标程序就是这方面的显例。政府采购程序中引入了专家制度,然对专家的产生规定要么语焉不详,要么由采购人或者招标人确认。^[21]这种规定在实际操作中极易演变为采购执行人制约专家而不是专家制约采购执行人。于是,专家以理性力量制约政府采购执行人——集中采购机构和工程招投标中的招标人难以到位,这正是为什么狭义上的政府采购领域腐败多发生在集中采购机构,而工程招投标领域腐败则多出现在招标单位负责人身上的问题的症结所在。

制约力量配置不充分的另一制度是采购人对政府采购过程之制约制度。政府采购法强制规定采购人必须将集中采购项目委托给集中采购机构,而采购人将自己的采购权委托给集中采购机构后,对后者仅享有验收等涉及产品质量的权力而缺乏对集中采购机构采购效率的制约权及过高价格的抵制权,进而使得受托人的地位反高于委托人。尤其是《政府采购法》仅规定了集中采购之采购程序,而对集中采购尤其是通用货物的集中采购之采购人缺乏具体规定。实践中,此角色往往由政府采购监督部门扮演,由是,政府采购监督部门就成了集运动员与裁判员两种角色于一身的主体。此情况发生时,只有政府采购执行者具有极高的道德素养和良好的公益心,政府采购效率与价格目标的正常实现才能有盼,人性告诉我们这在多数情况下不过是一种奢望。

权力监督模式不仅对政府采购参与主体间的制约权配置缺乏足够关注,而且也易忽视客观制约力量——信息。政府采购法制对政府采购信息公诸媒体规定过于宽泛,而对采购结果公开范围过于狭窄是其体现。信息公开制约力量的忽视,一定程度上是政府采购实践“暗箱操作”和“黑白合同”^[22]较为普遍的根本原因。

上述对政府采购法制的价值失落具有不同影响力的因素相互作用进而强化了政府采购法制内在的冲突,造成政府采购法制或操作性不强,或监管难以到位,或救济渠道不畅,或执行动力不足,或裁量权过大等问题,政府采购外在价值也正是在这些问题显现时失落。

三 模式转换:改造政府采购法制之根本策略

政府采购法制价值失落之立法成因探讨可见:过分强调与国际接轨及吸收国际社会先

[19] 参见《中华人民共和国政府采购法》第7、11、27、45、47、55、59、60条等条文。

[20] 肖北庚:《政府采购法关于行政诉讼受案范围规定之缺失》,载《行政法学研究》2005年第2期,第112页。

[21] 参见《中华人民共和国招标投标法》第37条。

[22] “黑白合同”是政府采购中采购人与供应商在签订符合政府采购法制要求的合同外,另签一份有损公共利益或国家利益的合同。参见谷辽海:《法治下的政府采购》,群众出版社2005年版,第226页。

进法制使政府采购法制创制失去了应有的中国语境;行政主导立法模式忽视了立法过程中不同利益主体的表达、沟通及协调;采购权体制结构设计侧重监督忽视了采购当事人间制约性机制之创设。这一切都指向一个关键词“模式”,即立法思维模式、立法过程力量主导模式以及采购权配置模式。由是,要改造政府采购法制使其与社会现实相适应,进而使其价值得到张扬和实现,客观上要求“模式”转换。

(一)立法思维模式从片面吸收国际先进法制向注重中国语境基础上与国际法制接轨转换

片面强调域外资源借鉴的立法思维,在“洋为中用”中易失去对立法的现实条件及移植国外先进法制之中国语境探讨,使法律疏离现实而降损其效力。可见,立法中他山之石尽管可鉴,但必须“洋为中用”,必须与特定立法语境关联,而不能简单地移植,更不能片面倚重。

注重立法语境更是法律本身的内在要求。法制是人们的社会生活的产物,一个民族的生活创造它的法制。^[23] 法律规范是否有效,“内生”自法律创制的社会环境和法制机体,而不是“外植”于他域的先进法制。因而,任何一部法律都必须适应于某一特定的语境,必须以对当时人们所接受的大多数观点为基础,也必须根据他们所关注的问题来构建规范。只有建立在本土语境上的对先进法制之吸收才会使法律具有实效。这决定政府采购法制的改造,根本之道在于使其建立在对中国相关立法背景与所面对的特殊问题进行透析的基础上。那么,中国政府采购立法的特定情势是什么呢?

作为公共财政支出制度的政府采购制度,在我国是建立在完全不同于西方议会中心主义财政制度的行政中心主义财政制度基础之上的,这是我国政府采购立法首先必须面对的现实条件。行政中心主义财政制度的财政支出权——主要是预算与采购权不像议会中心主义财政体制那样受到实体法的严格控制和纳税人的实时约束,可见采购权控制上不加改造移植西方侧重程序的控制方式实难奏效。其次,我国政府采购法制化的立法核心动因是提高财政资金使用效率和遏制腐败交织在一起,也有别于西方“经济理性人”规模效益观下的财政资金有效利益。这决定在采西方集中采购制度^[24]时务必对集中采购执行权构造结构性制约机制。再次,从政府采购法制定的社会基础来看,中国的社会结构是一种“陌生人社会”与“熟人社会”同时共存的社会结构,这也不同于西方式的“陌生人社会”。“熟人社会”可能产生的人情对规则背离的情形也须予以顾及。

面对此种立法背景,要使构设的用以提高资金使用效率、遏制腐败的制度,真正实现其功能,并不增加必须加以治理的新的社会问题,就应在政府采购权控制上既不能简单寄希望于移植西方政府采购法制中的程序控制机制,也不能沿袭我国法律机制中的权力监督模式,而应对采购权的结构与制约性机制进行理性构造。

整体地看,我国政府采购法制演进始终与财政预算体制改革和财政支出管理体制改革的相伴,^[25]并在社会主义市场经济初级阶段展开。期间面临着诸如维护市场公平竞争、促进经济与环境协调发展、为民族工业与中小企业提供政策支持等问题,还涉及政府采购公共政策和供应商权益保障等制度。现行的政府采购法制在这些规范上过于抽象与操作性不强等

[23] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第289页。

[24] 美国初始政府采购法制的内容主要是赋予当时的财政部长或后来设立的政府采购局以集中采购权。

[25] 参见前引[13]姚振炎文,第238页。

问题也得特别重视并予以变革。

(二)立法主导力量由行政主导模式向立法博弈转换

立法过程的行政主导因未充分吸收利益攸关方参与立法表达,尤其未引导财政部与国家发改委进行理性沟通造成了分散立法模式,导致法律内在冲突和不协调。“法律可以容忍事实上的困难,但不能容忍不一致性和逻辑上的缺陷”^[26]之内在本质必然要求变革立法的行政主导模式。而主张立法的广泛参与、有效互动和利益权衡的立法博弈可能有助于缓解甚至解决上述问题。

从功能主义的角度看,“如果在立法之前所有人的主张都已得到无偏见的考虑,即使最终某一个阶层的主张从属于其他阶层的主张,该选择可以从偏见或不公的指责中解脱出来。”^[27]“真正关心它对之前要求服从的所有人的重大利益”的法制,才“可以获得和保有大多数人在多数时间内的忠诚,并相应的将是稳固的”。^[28]同时,大规模立法时期因立法成本低而趋于合理的行政主导立法模式,在我国法治推进过程中,其阻碍作用明显大于其合理性。更为重要的是,立法博弈并不排斥行政机关立法提请权,它是要求行政机关基于自己在公共行政事务方面的知识和信息优势参与立法,为立法提供信息、智力支持和践行宪政框架中的权力协同与制约机制,而不是通过立法提请权来扩张权力。正是如此,立法博弈在我国已成趋势。^[29]由此,改造政府采购法制也应循此趋势。

立法博弈首先要求与政府采购立法有关联的财政部、国家发改委等部委以博弈者身份诉诸立法过程,面对面表达部门利益和自我愿望。立法者则引导他们展开一个有效的、开放的对话。立法过程中各相关部委可以充分表达自己的价值观和权益诉求,并允许其对自己的权利或权力和利益进行你来我往的角逐。但不再将担责相应政府采购法制的起草权视为部门权力的自我巩固手段,固执地恪守现有分散立法模式,而应以协商诚意和沟通理性客观地对待各自职权与政府采购关系。理性地看,政府采购法是规制包括采购当事人、采购方式和程序、合同授予、质疑投诉等内容在内的统一完整的采购关系的规范。国外政府采购法制对这一统一关系采单一立法模式;GPA 协定也要求成员国统一政府采购法制。只要部委之间诚意协商,必将采统一立法,进而构建出前后一贯、整体统一、内在和谐的政府采购法制。

立法博弈还应更加开放,不仅要在政府相关部门之间展开,而且还须允许与政府采购法制利益关联的市场主体、采购人、采购执行机构甚至有关专家参与立法博弈,并为他们提供博弈平台。博弈平台允许不同主体充分表达自己的利益和诉求,并允许不同表达者之间相互辩论,鼓励他们利益和诉求的潜在前提进行阐释,尽可能充分说明自己主张的相关理由。在此基础上,立法者诱导不同利益方理性并认真地思考相互之间的主张和理由,进而展开辩论。有条件时,立法者还应该鼓励各种不同利益的有组织表达,以避免个体表达尽管数量巨大也不足以形成高度理性的有组织力量之缺陷。针对现行政府采购法制之缺失,立法者还应鼓励他们为供应商权益保护不够充分的制度和条款、相互矛盾和相互冲突的条款以及缺乏操作性的条款等内容表达观点与看法,并相互展开辩论。以此为基础,认真考虑各种

[26] [美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,张智仁译,华夏出版社 1993 年版,第 235 页。

[27] [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 164 页。

[28] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 194 页。

[29] 中国《反垄断法》的制定、《邮政法》的修订和“两税合一”之最后形诸于法堪称立法博弈之佳例。参见许章润:《从政策博弈到立法博弈》,载《政治与法律》2008 年第 3 期,第 8 页。

不同观点和利益诉求,使政府采购法制建立在信息充分并顾及各方诉求、平衡不同利益的基础上。进而促使现行相互矛盾、内在不协调的法制走向内在和谐一致、内部结构严谨并与整个法律体系吻合衔接的良善法律。经真正博弈而不是依博弈为标榜的政府采购法制定将会创设具有可接受性和可行性的实施空间。

(三) 采购权体制结构设计模式由侧重监督向侧重制约转变

依“监督”理路配置采购权导致政府采购监督部门成为权力中心,“绝对的权力导致绝对的腐败”这一普遍规律在我国政府采购法制实施中应验不可避免,其法制效力必然不确定。而“制约”机理强调权力分解与制约,有助于克服此顽症。同时,十七大明确提出建立健全决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的权力结构和运行机制要求。如果在政治生活中特别强调“监督原则”时,采取“制约原则”不得不慎重,那么在党中央明确提出行政权可分解并互相配合时,采取“制约原则”则可理直气壮。再者,符合“制约”机理之权力体制结构可对实体权力有效制衡,为程序性控权提供基石与基础。^[30] 这样,转“权力监督”原则为“权力制约”原则配置采购权是走出政府采购立法困境的核心环节。

以“权力制约”理路配置采购权,客观上要求清晰界定政府采购参与者的角色地位,明确分解政府采购活动不同环节之间的权力,进而设计理性制约机制。较为具体的思路则是将政府采购权明确分为采购决策权、采购执行权和采购监督权三种不同权力,这些权力相互协同、互相制约。各级财政部门享有政府采购的宏观决策权,政府采购人享有微观决策权。宏观决策权要受到供应商的救济权和现行法律机制中的其他监督权制约;微观决策权既要受到宏观决策权的制约,更要受政府采购执行权的制约。政府采购执行权由政府委任的专门人员或具有公共职能的社会中介组织行使,在主要受决策权制约的同时又受到供应商的救济权、专家的理性力量和采购信息公开的阳光防腐剂制约。政府采购监督权则要依据现行监督法制进行分解,财政部门主要享有与其职能相关的监督权,且此种监督权始终要受到供应商和采购人救济权的制约。

一般原则落实到现行政府采购法改造之具体做法则为:首先,充实采购人对集中采购执行权和财政部门监督权的制约。针对采购人对集中采购仅享有有限产品与服务的质量制约权,赋予其价格抵抗权和效率要求权、采购价格和效率异议权以及对采购监督部门侵权的救济权等。其次,完善集中采购制度,阻断采管合谋。最有效的办法是引入美国的合同官员制度,规定合同官员由各级人民政府授权任命,明确界定政府对合同官员的授权范围,且向供应商予以明示。合同官员按照政府采购法律法规和制度进行采购活动,只有合同官员才有权与供应商签订合同。同时,改造现行专家制度,改革专家产生与确定办法,规制专家责任,使其有足够动力制约采购执行权与监督权。再次,完善政府采购信息公开制度,全面规范电子化政府采购。现阶段,针对制度设计缺陷完善信息公开方式和公开渠道,建立各种采购方式下的政府采购价格监管机制和采购结果社会公开披露制度。同时,推行电子化政府采购,建立交易公开透明和统一操作规范的电子交易平台。特别是引入电子逆向拍卖制度,使政府采购在实时电子动态拍卖中减缩违规操作空间和提高效率。第四,完善质疑投诉制度,强化供应商的制约权。这一方面要改革现行质疑投诉制度,将质疑主体从“认(下转第17页)

[30] 人们通常认为美国正当程序制度是一种对权力制约效力明显的制度,其实该制度的效力是建立在美国分权制度对实体权力有效控制基础上的。没有实体控权,则权利或权力体很难在控权程序中平等就位。

论船舶优先权制度建构下的船员权益保护*

傅廷中

内容提要:在我国现行的海商法制度建构下,船员基于劳动合同而产生的工资与福利请求被置于船舶优先权所担保的海事请求的首位,但是,在海商法制定当时,由于历史条件的限制,对船舶优先权所担保的船员工资与福利请求的规定应如何适用,则存在诸多模糊之处,故必须在理论上加以澄清,以达到正确适用法律之目的。

关键词:船舶优先权 船员工资 船员福利

傅廷中,清华大学法学院教授。

船员职业具有风险性、艰苦性、流动性的特点,此种特点不仅为各界人士所共知,而且是船员立法中所考虑的重要因素。有鉴于此,国际条约和国内立法均对船员的工作条件、福利待遇等问题给予极大的关注,甚至将其提升到确保船员从事体面劳动的高度。从国际条约的层面来讲,2006年《海事劳工公约》对船员的就业条件作出了非常具体的规定,其内容被细化到船员就业协议的签订、工资、工作时间、船员遣返、船舶损失或沉没时对船员的赔偿等问题。同时,为了确保规定的实施,公约还实行对非缔约国“不给予更优惠待遇”的原则,以便激励各国批准本公约。就我国的国内立法而言,不仅在《船员条例》中专列“船员职业保障”一章,对船员的福利问题作出了明确的规定,而且在《海商法》中将船员基于雇用合同所提出的福利请求置于船舶优先权的担保之下。按照《海商法》中所建构的船舶优先权制度,船员基于法律规定或合同约定所应享受的工资与福利,可以申请扣押自己所在的船舶,必要时可申请拍卖船舶以满足自己的请求。

由于历史条件的限制,我国在制定船舶优先权制度时尚有许多问题不够明确,因此,在具体的司法实践中,对船舶优先权所担保的以船员工资为主的福利请求的规定,在理解上还存在一些模糊之处。尤其是在《船员条例》颁布之后,新的问题又摆在了人们的面前,即在司法实践中如何协调《海商法》与《船员条例》的关系并实现二者的准确对接。基于此种原因,需要在《海商法》的框架之内,结合《船员条例》的规定,对船舶优先权所担保的船员福利请求,从内涵到外延给予具体而明确的阐释,以求正确地适用法律。

* 本文系清华大学“98·5”工程第二期研究项目——“中国企业走出去战略研究”之一部分。

一 船舶优先权担保的船员福利请求的主体地位之认定

船舶优先权所担保的船员福利请求,其主体自然是船员。此间所说的船员是广义上的概念,即依照《船员条例》的规定经注册而取得船员服务簿的人员,包括船长、高级船员、普通船员。关于船员的划分,各国做法大同小异,但在船长与船员的法律地位问题上,我国立法与国际公约的规定稍有不同。在我国的立法当中,对船长与船员的关系采取了统一规定的方式,在行政立法和海商立法当中,均将船长与船员置于同样的法律地位。但是,从国际立法层面来看,情况则稍有不同。在许多具有公法性质的公约中,都将船长从普通船员的概念中分离出来并赋予其特殊地位,例如,1926年《海员协议条款公约》第2条规定:船员是指以任何资格受雇佣或在任何船上工作并参与船员协议条款的人员,但船长不包括在船员范畴之内。^[1]与此相反,在一些私法性质的公约中,却又将船长与普通船员等同对待,例如,1993年《船舶优先权和抵押权国际公约》第4条即把船长的福利请求与普通船员的请求置于同样的地位。笔者认为,在一些公法性质的国际公约中之所以要把船长与普通船员区别开来,乃是由于船长被赋予了某些公权力,因而处于一种特殊的法律地位;而在一些私法性质的公约中又把船长和普通船员置于同一层面,则是由于船长与普通船员都属于雇主的雇员,其权利的享有和责任的承担,均应服从劳动合同法的规定。因此,船舶优先权所担保的船员福利请求并不因船员的职务高低而有所区别。从这个意义上说,国际海事立法中区分公法和私法分别界定船长的法律地位,较之我国的立法更具科学性。

此外,在对船员范围的界定方式上,我国《海商法》与相关国际海事公约的规定也有很大的差别。在国内立法中,《海商法》第22条在界定船舶优先权所担保的船员福利请求时所使用的表述方式为“船长、船员和在船上的其他在编人员……”按照这样的规定,在船上似乎有三类人员,即船长、船员和虽然不具有船员身份但却处于编制之内的其他人员。实际上,这是一种错误的表述,因为根据各国的法律规定,在船上,除了旅客之外,根本就不存在虽然不具有船员身份但却处在编制之内的特殊人员(即使是旅游船上配备的医生和乐师,也需具有船员服务簿)。相比之下,1993年《船舶优先权和抵押权国际公约》的规定较为准确,该公约第4条第1款第1项所规定的船舶优先权所担保的海事请求为“船长、高级船员和其他船上在编人员由于在船上任职而应得到的工资和其他款项的索赔”。按照这样的规定,所谓其他在编人员就是指除船长和高级船员之外的其他普通船员。据此,我们在认定船舶优先权所担保的船员福利请求时,不能认为除了船长、船员之外还有另一类特殊人员。

二 船舶优先权担保船员福利请求的法律依据之分析

就船舶优先权所担保的船员福利请求而言,其权利主体是船员,这一点毋庸置疑,但是,在认定行使该项权利的依据时却不能机械地对待。前已述及,在当代航海体制下,船员登轮服务已不仅仅是基于和船舶所有人之间的雇用合同关系,有时常常是通过中介公司而间接

[1] 《海员协议条款公约》于1928年4月生效,1984年吴学谦外长致函国际劳工局局长,承认当时中国政府对本公约和另外13个劳工公约的批准。

地为船舶提供服务。从这个意义上说,因船员福利请求而产生的船舶优先权,其认定的依据应包括如下两个方面。

(一) 基于为船舶提供服务的事实

国际立法在船员为福利请求而主张船舶优先权的依据这一问题上,曾经历了一个演变的过程。根据1926年《统一船舶优先权和抵押权某些法律规定的国际公约》(简称1926年公约)的规定,船员通过行使船舶优先权而请求的福利待遇必须是基于雇用合同而产生,但并未指明应该基于和什么人签订的雇用合同,由此即产生两个实际问题:首先,在光船租赁情况下,船员可否就其与光船承租人之间订立的雇用合同而向船舶所有人的船舶主张优先权,或者就其与船舶所有人之间订立的雇用合同而向处于光船承租人控制下的船舶主张优先权。这一问题在大陆法系国家显得尤为突出,因为大陆法系国家将船舶优先权定义为优先债权而非担保物权,故船舶优先权只能向特定的债务人提起,如果这一问题不能澄清,即可能产生错误扣船的问题。其次,在有中介单位介入船员雇用关系的情况下,船员有无权力就中介单位拖欠工资的事实而向船舶主张优先权。随着航运体制的变革和分工的不断细化,船员常常与中介单位(俗称外派公司)签订雇用合同,然后再由中介单位与需求船员的船舶所有人签订船员派遣协议。在此种关系中,首先由船舶所有人将船员工资连同佣金一起支付给中介单位,而后由中介单位将工资发放给船员。有时,中介单位收到船舶公司支付的船员工资以后没有支付给船员,此时,如果船员基于和中介单位签订的雇用合同而向船舶所有人主张船舶优先权,也可能产生相应的争议。诸如此类的问题常常使人们产生困惑。

针对上述问题,1967年《统一船舶优先权和抵押权某些规定的国际公约》作出了相应的修改,公约不再要求船员因福利请求而主张船舶优先权必须基于雇用合同,而是要求此种请求须为在船上任职期间所发生,换言之,船员就工资及福利待遇所提出的请求需与其向船舶提供服务的事实有关。1993年《船舶优先权和抵押权国际公约》也沿袭了这一规定,公约第4条第1款规定,就船长、高级船员和其他船上在编人员由于在船上任职而应得到的工资和其他款项的索赔,包括遣返费用和应为他们支付的社会保险费,受船舶优先权的担保。该条款所强调的是“在船上任职”这一要件,而非“雇用关系”要件,因此,只要船员的工资请求是基于在某一船上提供服务的事实而产生,此种请求即应受船舶优先权的担保。上述两公约之所以如此规定,乃是考虑到了当今时代航运关系错综复杂的实际情况,无疑,此种制度设计符合国际社会所倡导的保护船员利益的价值取向。

(二) 基于继受取得船舶优先权的事实

在实践中,由于有劳务中介机构介入了船员的外派活动,因此船员们常常不直接向雇主提出请求,而是直接向外派单位请求报酬。此时,作为中介机构的外派公司来讲,在其未收到雇主所支付的船员工资或其他报酬的情况下,不得不按照与船员签订的合同先行支付。但是,此种被垫付的船员工资或其他报酬能否自动地受船舶优先权的担保,这是一个极易产生争议的问题。从理论上讲,受船舶优先权担保的船员福利请求应该是法律赋予船员的专有权利,船员外派公司并非是船员福利的享有者,其为船员垫付的工资和其他款项与船员向船舶所有人直接请求支付的工资是两个不同的概念。但是,从实践角度来看,外派单位在垫付了船员工资和有关款项之后,应该有权向负有支付工资义务的人进行追偿,如果船舶优先权制度对外派公司的追偿权不予保护,确实有欠公允,长此以往,外派公司宁愿代表船员向雇主请求工资,也不愿先行为船员垫付,此种情况无疑会使船员的合法权益受到极大的伤

害。如此看来,在认定船舶优先权所担保的船员福利时,若将着眼点仅仅锁定在为船舶提供服务这一点上,不仅使船员外派公司的权益得不到保护,而且也不利于船员利益的实现。当然,笔者并非是说外派公司仅凭垫付船员工资的事实即可自然取得船舶优先权人的地位,而是说此种垫付工资的行为可以产生使船舶优先权转移的法律效力。

我国《海商法》中关于船舶优先权的规定虽然没有直接表述,但透过法律规定可以看出,船舶优先权的取得方式有两种:一种是原始取得方式,即船舶优先权人无需依靠他人的权利即可直接取得的船舶优先权,例如海难救助人在成功地救助了海上遇险财产之后,自然就取得了请求支付救助报酬的权利,此种请求权一经产生即可受船舶优先权的担保。另一种是继受取得方式,指通过某种法律事实的产生而从原债权人处取得优先权。同样以海难救助为例,假如海难救助人在救助了海上财产之后没有直接请求救助报酬,而是将此种请求权转让给他人,则受让此种请求权的人自然就继受了船舶优先权人的地位。我国《海商法》第27条关于船舶优先权随海事请求权的转移而转移的规定,即为此种分类提供了司法上的依据。按照此种分类方式,那种在产生之后未经转移的船舶优先权为原始取得的船舶优先权,而在产生之后经过转移的船舶优先权则属于继受取得的船舶优先权,继受取得此种权力的人有权向债务人实行代位追偿,国内一些学者也持此种观点。从这个意义上说,那些为海事请求权人垫付了费用或代债务人履行债务的人可以代位行使原海事请求权人的权利。^[2] 1993年《船舶优先权和抵押权国际公约》对此持肯定态度,该公约第10条第1款规定:“……船舶优先权所担保的索赔发生转移或代位将同时造成该项船舶优先权的转移或代位”。我国《海商法》第27条也明确规定:“本法第22条规定的海事请求权转移的,其船舶优先权随之转移。”由此可见,船舶优先权可以转让,但此种转让不能孤立地进行,而只能与其所担保的海事请求权一并转让。在此方面,我国海商法与国际公约的规定并无二致。因此,在司法实践中,为船员垫付工资的外派公司,根据法律的规定并依据其代船舶所有人垫付工资或相关款项的事实,即应取得船舶优先权人的地位。当然,此种代位只能以外派公司为船员实际垫付并经法院认可的工资数额为限,从这个意义上说,船员外派公司无权将其向雇主单位所请求的佣金与船员工资混同在一起而主张船舶优先权,在这一点上,世界各国的规定大同小异。

在国内,也有学者反对船员外派单位可以代位行使船舶优先权的理论,理由是:根据我国《合同法》第73条第1款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第12条的规定,劳动报酬和人身损害赔偿等是专属于权利人的一种不可转让的权利,据此认为,船员外派单位在垫付了船员工资后,只能在船员的授权之下并以船员的名义,代为行使船舶优先权,而不能以自己的名义独立行使优先权。笔者认为,此种观点存在两个方面的问题:其一是混淆了船舶优先权和船舶优先权所担保的海事请求权的概念。船员福利请求权作为一种专属性的权利固然不能转让,但外派公司为船员垫付工资之后代位行使船舶优先权与船员直接将工资请求权转让给外派公司是两个不同的概念,将二者混同在一起,不仅于理不通,而且不符合客观事实,因为在外派公司代位行使优先权之前,船员的工资请求已经得到了满足,故谈不上转让工资请求权的问题。其二,此种观点与现行的制度建构相抵触。根据《海商法》第27条的规定,海事请求权发生转移的,其船舶优先权随之

[2] 参见尹为民、许民强:《关于船员劳动合同中优先权问题的探讨》,载《世界海运》2003年2月第26卷第1期,第25-26页。

转移。从民法学的角度来讲,债权的让与和债务承担均会导致债的转移,债务承担包括免责的债务承担和并存的债务承担。^[3] 这里所说的船员外派公司代雇主承担支付工资的责任应该属于前者,此种行为不仅会导致债的转移,而且可以免除原债务人对原债权人的责任,但这并不应影响第三人在承担债务之后向原债务人追偿的权利。从这个意义上说,在发生债的转移的情况下若不承认船员外派公司的船舶优先权,显然与《海商法》第 27 条的规定不相吻合,因而违背了立法的本意。

当然,承认船员外派单位可以代位行使船舶优先权,绝不意味着没有任何限制条件,否则就会导致对优先权的滥用。以船舶优先权来担保船员的福利请求,其本意是为了保护船员而不是其他人的利益。在雇用船员的过程中,由于船员的雇主单位有义务向船员外派公司支付佣金,因此,有些外派公司便采取鱼目混珠的手段,将自身应得的佣金混同于船员工资,以一揽子请求的方式主张船舶优先权,从而谋取法定权利之外的特殊利益,此种现象显然为法律所不容。

三 船舶优先权担保的船员福利请求范围之界定

在当今条件下,船员福利呈现出多元化的特点,因此,船员所请求的哪些费用可以受船舶优先权的担保,这一问题常常使人产生困惑,但概括起来,无非包括两大类:

(一) 合同中约定且为法律所认可的请求

船员在受雇过程中所应享受的福利有许多,按照我国《海商法》的规定,其中包括工资和其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用。

关于工资请求,在国外的相关立法例中对船员工资通常没有统一的定义。例如,1894年《英国商船航运法》(Merchant Shipping Act)第 742 节中只是简单地规定,工资包括酬金。从英国早期的司法实践来看,法官们通常也是从广义上理解工资的概念,即根据船员与雇主之间的雇用合同来确定工资的范畴。亨利·杜克(Henry Duke)法官即认为,工资包括任何由于提供服务而应公平得到的酬劳。^[4] 事实上,我国《海商法》关于船舶优先权所担保的船员工资也属于广义上的概念,即国家或企业根据劳动者所提供劳动的数量和质量,按事先规定的标准,以货币形式分配给他们的那部分国民收入。^[5] 我国《海商法》将船员工资定位在“根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生”的范畴,同时《劳动法》第 47 条又规定,用人单位可根据本单位的生产经营特点和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。因此,只要是经协商确定的应该支付给船员的酬金与各种补贴,例如,某些航运公司所实行的船员岗位职务工资、在航工资以及各种津(补)贴等,只要符合法律和法规的规定,均应纳入工资的范畴。此外,按照合同约定应该支付给船员的加班费,虽然不属于工资,但作为其他劳动报酬,也应受船舶优先权的担保。

所谓船员遣返费用,是指在发生法定的或合同约定的原因时,为使船员安全返回原受雇地点而应向其支付的各种必要费用的总称。在劳动合同关系终止于船员受雇地点以外的其

[3] 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 740 页。

[4] Raoul Colinvaux, *Maritime Lien*, London Stevens & Sons, 1980, pp. 182 - 183.

[5] 《辞海》,上海辞书出版社 1999 年版,第 1452 页。

他地点时,为了避免船员因财力所限而流落他乡,或因病或休假而必须返回家园但因财务上的困难而无法成行,早在1926年《海员遣返公约》中就赋予船员返回原地的请求权,2006年《海事劳工公约》也同样确认了船员的此种权利。因此,在船员遣返过程中发生的合理费用,同样受船舶优先权的担保。

至于社会保险,乃是指国家通过立法确立的,以保险形式实行的,对于国民因丧失、部分丧失劳动能力或劳动机会而不能从事劳动时所提供的一定程度的物质帮助或相应的补偿。由于船员的职业具有不固定的特点,为了确保船员在年老或患病而丧失劳动能力时有较为稳定的生活保障,船员用人单位应该为船员购买社会保险,如果拒绝承担此种义务,船员有权就此种请求行使优先权。

综上,根据当事人意思自治原则,船员与用人单位在合同中约定的内容,只要不违反法律的强制性规定,均应受到法律的保护。当然,某些无效的合同自然不应得到法律的承认,更谈不上受船舶优先权担保的问题。从国外的情况来看,这一规则可以追溯到1809年,在当年发生于英国的斯蒂克诉迈理克案(*Stilk v. Myrick*)中,^[6]根据雇佣合同的约定,船员斯蒂克需履行一个从Baltik至伦敦的航次,报酬数额为月薪5英镑。该船原有11名船员,但有两名船员在途中擅自离船。由于无法找到替代人员,船长遂向其他留船人员承诺:若留船人员将船舶安全驶回伦敦,则离船船员原来应得的工资将归大家分享。船员们同意了这一建议并将船舶驶回伦敦。但是,当船员斯蒂克请求自己应该分享的数额时却遭到了拒绝,于是船员们就该项请求提起了诉讼。对于该案的评价可见诸两份报告,但两份报告所分析的关于斯蒂克败诉的理由却不相同,在埃斯皮纳斯(*Espinasse*)的报告中,斯蒂克败诉的理由被认为是出于公共政策方面的考虑,基于此种分析,报告人认为,如果判决斯蒂克胜诉,将会开创一个不良的先例,将来如果船舶在公海或大洋里航行,船员们为了索要高额的报酬,就会向船长提出不合理的甚至是非分的加薪请求并以此要挟船长。但在坎贝尔(*Cambell*)的报告中却认为,斯蒂克之所以败诉并非是由于公共政策方面的考虑,而是因为把船舶驶回伦敦港是船员分内的义务,船员并没有就其请求的额外工资付出相应的对价。虽然这两份报告所站的角度不同(一个是公法,一个是私法),但有一点是相同的,即都认为斯蒂克的请求不能为法律所认可。很显然,此种工资请求不能得到支持,更谈不上受船舶优先权的保护。

(二)经司法裁判而确认的其他请求

雇主迟延支付或拒绝支付船员工资自然会产生利息损失,因此,船员在请求支付工资时有权请求补偿利息损失,这一点从合同法的角度来讲是毋庸置疑的。但是,从船舶优先权制度来看,由于我国现行海商法规定的不完善,有一个问题容易使人们产生困惑,即因迟延支付工资而产生的进一步损失(包括利息损失以及为请求支付工资而产生的进一步的费用)能否也受船舶优先权的担保?这一问题之所以困扰人们,原因有二:其一,从法律上讲,工资是基于船员协议而产生,而利息则属于协议之外的范畴(例如英国1995年《商船航运法》第35条的标题即为“法院就船员协议以外的应付工资利息作出裁判的权力”);其二,从实际情况来看,工资是船员在船服务期间应得的报酬,而利息则是船员工资的派生利益。由于船舶优先权制度是为担保海事请求而创设的,故在船员协议之外派生出的利益能否认定为海事请求并受船舶优先权的担保,这一问题不仅关系到船员的权益能否

[6] Ewan Mckendrick, *Contract Law (Fourth Edition)*, Macmil Press Ltd, 2000, p. 90.

得到彻底保护,而且还关系到是否会影响到排在船员福利请求以后的其他诸项海事请求的实现。关于这一问题,我国《海商法》虽然未作明确规定,但笔者认为,应该结合《劳动合同法》的规定予以解读。我国《劳动合同法》第85条规定了相关经济补偿的内容。既然我国的船舶优先权制度所担保的船员福利请求包括了船员根据劳动法律而应得的报酬,因此,基于劳动合同法而应得到的经济补偿自然也受船舶优先权的担保。事实上,关于这一问题,在国外早有先例。例如在英国,船员有权请求基于法律的明示或默示规定而有权得到的工资或以工资方式体现的其他有关费用。对工资的范围甚至可以扩展到因不支付工资而引起的损失赔偿。在英国这个具有悠久航运历史的国度里,很早以前还确立了一项司法原则:法院有权确认因雇主错误地解雇船员或因其他违约行为而产生的赔偿请求,而不论雇主的违约行为是否影响到了雇用合同的解除。^[7] 在英国现行立法当中,也将船员工资扩展到船员协议以外的因延迟支付工资而产生的利息,例如,1995年《商船航运法》第35条即规定,在船长或船上的受雇人员就船员协议以外的应向船员支付的工资而请求赔偿的诉讼当中,除非有证据表明延迟支付工资是因误解,或与责任有关的合理争议,或因索赔方的作为或不作为,或有义务支付工资的人或其受雇人或代理人的故意作为或不作为以外的其他原因所造成,法院可以命令他们支付应付工资的总额及其利息,利息按年利率20%计算或按法院确定的较低的利率计算,利息自应付工资日后7天起算,至实际支付之日止。既然《商船航运法》认可了船员工资所产生的利息以及相关的赔偿请求,此种请求自然就被纳入了与船员工资具有同样性质的海事请求的范围,因而受船舶优先权的担保便顺理成章了。分析上述情况可以看出,我国《海商法》对船员工资和其他劳动报酬所产生的利息和相关索赔问题虽然没有规定,但结合《劳动合同法》的规定,将船员工资所产生的利息置于船舶优先权的担保范围,从法律意义上讲并不为过。

四 船员行使船舶优先权时的反担保责任之考查

船舶优先权需通过扣押发生海事请求的船舶来实现,而根据《海事诉讼特别程序法》第16条的规定,在采取扣押船舶的措施以便保全海事请求时,法院可以责令海事请求人提供担保(亦即所谓的反担保)。海事请求人不提供的,驳回其申请。同时在该法第20条中还规定:“海事请求人申请海事请求保全错误的,应当赔偿被请求人或者利害关系人因此所遭受的损失。”由于法律中具有上述两项规定,便使船员为实现自己的海事请求而主张船舶优先权产生了障碍,因而船员要扣押船舶的请求常常得不到满足,长此以往,船舶优先权对船员福利请求所起的担保作用将不复存在。笔者认为,在这一点上,不能机械地类比因其他海事请求而扣押船舶的情况,换言之,因担保船员的福利请求而扣押船舶时不必要求反担保,或者说不能一概地要求提供反担保,之所以这样认为,原因有三:

其一,船员因福利请求而错误扣船的可能性在客观上并不存在。我们知道,在实践中出现的错误扣船无非有两种:要么是告错了对象,要么是扣船所基于的事实不成立。但是,船员因福利请求而申请扣船时则不会出现此种情况,因为行使优先权而扣押的船舶是发生该海事请求的船舶,至于是否是债务人所有的船舶则在所不问。联系到船员工资问题,发生海事请求的

[7] Rauld Colinaux, *Maritime Lien*, London Stevens & Sons, 1980, pp. 184 - 185.

船舶就是船员所服务的船舶,故不会出现告错对象的问题;另一方面,扣船所基于的事实也不会出现错误。我们知道,在船舶优先权所担保的其他海事请求(例如船舶碰撞赔偿请求或海难救助报酬请求)中,当海事请求人申请扣押船舶时被申请人是否确有法律责任尚处于不确定的状态,因此,一旦最后判定被申请人的责任不成立,即可能产生申请人错误扣船的责任。但是,在船员因福利请求而申请扣押船舶时却不会出现这种情况,因为至申请扣船时船员没有得到工资或者没有得到足额的工资,这是一个不争的事实,任何一名船员都不会在已经得到足额工资的情况下再申请扣押船舶,故关于错误扣船的顾虑没有事实根据。

其二,要求船员提供反担保,在客观上起不到补偿船舶损失的作用。法律之所以规定对扣船的反担保,其目的无非是为了在发生错误扣船时用以赔偿船舶被扣押期间的船期损失。然而,此种损失(尤其是大型船舶的船期损失)假如发生,对船员来讲无异于天文数字,凭他们微薄的工资收入是无法抵补此种损失的,尤其是在工资被拖欠,连生活都难以为继的情况下,要求船员提供反担保并不具有实际意义。

其三,法律并未规定在任何扣船申请中均应提供反担保。《海商法》第16条只是规定法院可以责令海事请求人提供担保,换言之,海事申请人是否要提供反担保,可由法院根据具体情况来裁定,而不是必经的程序。鉴于上述三个方面的原因,笔者认为,因顾及船员错误扣船而一律要求其提供反担保是不必要的,此种做法在某种程度上是对法律的误读。

五 结 语

在当今条件下,无论是国际公约还是国内立法,均对船员的权益加以充分的保护,这一精神在司法实践当中也得到了相应的体现。就船员的法律地位而言,虽然船长和船员在公法上的地位有所不同,但从劳动法的角度来看,他们都属于受雇于船上并为船舶提供服务的人,故其工资或其他福利请求均应同样受到法律的保护。《海商法》既然把船舶优先权所担保的船员福利请求界定在劳动法、行政法和劳动合同所认可的范畴之内,因此,凡是被这些法律、法规和合同所认定的请求均应属于海事请求,船舶优先权制度理应对此种请求给予充分的保证。具体而言,船舶优先权所担保的船员福利请求不仅应包括工资,还应包括因迟付或拒付工资而产生的利息以及由此而产生的损失赔偿。同时,为了使船员在实体法上的权利得以实现,还应在程序法上给予充分的保证,以便扫除实现权利的障碍,笔者相信,这不仅是海商立法的价值取向,而且也是船员立法的根本目的之所在。

[Abstract] Under the current system of maritime law in China, crew's claims to wages and benefits as provided in the labor contract, have been put in the first place among all maritime claims secured by the priority claim to seagoing ships. However, owing to the historical limits in the time when Maritime law was enacted, it was quite ambiguous in relation to the way the provisions concerning crew's claims to wages and benefits secured by the priority claim to seagoing ships should be applied. Accordingly, efforts are needed in theoretical studies so as to guarantee a proper application of the law.

(责任编辑:姚佳)

社会国的宪法意义*

龙 晟

内容提要:社会国或者福利国是近代自由资本主义发展的结果,二战之后各国竞相将其纳入宪法之中并成为现当代世界宪法发展的趋势。宪法中的社会国透过对人人享有人性尊严的生活得以保障来追求社会正义,社会国要求国家在人民的同意之下,针对全体民众而非仅仅弱势群体进行积极的作为。社会国原则是一项纲领性的宪法规范,也是一项客观宪法原则。

关键词:社会国 福利国家 实质平等 宪法

龙晟,广西大学法学院副教授,法学博士。

社会国(Sozialstaat)或者福利国理念是19世纪自由资本主义发展的结果,也反映了当时社会主义思潮的强大影响。20世纪以来,社会国逐渐成为世界各国追逐的目标。尤其是二战之后,以德国《基本法》明文规定社会国原理为标志,社会国发展为世界性的潮流,激荡涌动至今。因应世界宪法发展的这一趋势,更确切地说是秉持社会主义宪法固有传统,我国宪法在“公民的基本权利和义务”一章中规定了许多体现社会国理念的诸如受教育权、休息权、劳动权之类的社会权利。我国2004年宪法修正案将“国家尊重和保障人权”以及“国家建立与经济发展水平相适应的社会保障制度”写入宪法,从宪法上充实了社会国或社会主义色彩,这为我国宪法成为名副其实的社会主义宪法起到了不可忽视的推动作用。由于在不同的社会、经济、政治与文化背景交互影响下,对于建设何种意义上的社会国,尤其是宪法上的社会国如何展开成为我国乃至其他国家学界与实务领域的棘手课题。本文就这一论题以比较法视角从理论与实务层面进行阐述。

一 社会国的历史脉络

近代西方国家普遍实行的是自由主义的法治国家观,通过限制国家权力来保障公民自由。具体而言,国家一般经由基本权利保障、权力分立和法治原则来达到限制权力和保障权利的目的,与此同时,当时的自由主义者倡导国家与社会的二元对立,主张私人生活、宗教信

* 本文为教育部人文社会科学2007年度青年基金项目“规范宪法下的人性尊严”(07JC820021)和广西大学科研基金项目“特殊主体人性尊严研究”(x07111)的阶段成果。

仰、艺术、学术、经济与舆论都属于社会领域,国家不得干涉,而这种社会领域免受国家侵害就属于宪法上基本权利的保障,只有在极少数例外的情形之下,方可允许国家公权力介入。^[1]此种自由主义的法治观有助于市民自我的自由发展,可是由于自由竞争也使人们面临一系列的社会问题,尤其是贫富不均的问题特别严重。由于富人受到法律的保护,可以自由发展,所以变得越来越富;而穷人实际上得不到法律的保障,越来越穷,最后可能变得一无所有,甚至沦为富人的附属。这种法律上的平等不过是“法律公平地一律禁止富人与穷人在桥下睡眠和在街头乞讨或者窃取面包”罢了。

这种自由竞争所造成的现实也体现在法律领域中法的现实与法的形式之间的抵牾。在法律形式上,每个人都有所有权的自由、契约的自由以及法律地位平等,而在法律现实中,人不是一律平等而是被区分为富人和穷人;所谓契约自由成为经济力量雄厚者的自由命令与经济上弱者的服从命令;而所有权不仅是对物的力量,而且沦为支配人的工具。^[2]确切地说,这些社会问题是与当时所谓的“夜警国家”所实行的国家自我克制不积极干预社会生活领域的立场与19世纪以来的人口增加、快速工业化所产生的问题、社会上无产阶级的产生和人口集中加速都市化等诸多因素交互影响作用的结果。为此,国家被迫采取应对措施。正是在如此纷乱复杂的形势下,社会主义思潮应运而生,其目的就在于解决自由竞争所带来的经济、社会和政治诸方面的不平等,以促进实质上人之地位的平等。由此观之,社会(国)理念起源于对工业化与资本主义化所带来的负面后果的修正,其立意乃是在于对社会现实中的弱势群体提供平衡性措施,弥补其不利的立足点,以增进其充分发挥自我的机会。^[3]这种思潮自19世纪后半期以来逐渐澎湃成为国际潮流。

然而,社会国理念与社会主义有着天壤之别。社会国思想主张尽量使社会的不平等平等化,而社会主义则要求消除不平等的原因,即消除生产工具的私有与不平等本身。由此可见,社会主义是社会的个人主义彻底化后形成的一种主义,也是法哲学上个人主义的一种形态,^[4]其核心观念包括历史唯物主义、辩证法、阶级斗争、资本主义理论、革命与必然出现的阶级社会。^[5]社会国理念是对近代西方资本主义国家所倡导的立足个人主义的自由主义思想的反动,是现代的自由主义。社会国思想保留了社会主义的目标,同时有效地消解了社会主义运动,而这两种思潮并行存在与发展且交互影响。

由于受到社会主义思想的影响,当时的法律制度也呈现社会化的趋势,出现了所谓的社会法。社会法以具体的、社会化的人为出发点进行建构,并在观念上表现为以下四个特征:社会法要使人认识人的概念平均抽象化的背后所显现的个人特性,即明显区分社会的强者与社会的弱者,以此为依据实现保障弱者抑制强者的目的;社会法受分配的正义支配,以调整的观念为依据;将个人以社会存在的角色加以认识,因而私人法律关系也可以从社会关系的角度加以把握,作为第三者的社会和国家对之予以监控,在必要时可以直接介入;社会法准备在一切方面促使法的形式与法的现实互相调和。^[6]另外,社会法在形式构造上也有以下特色:在社会法秩序内,私法包

[1] 参见葛克昌:《国家与社会二元论其宪法意义》,载《国家学与国家法》,月旦出版公司1996年版,第27页以下。

[2] 转引自林文雄:《法实证主义》,元照出版有限公司2003年版,第129页。

[3] 蔡维音:《社会国之法理基础》,正典文化出版有限公司2001年版,第62页。

[4] 林文雄:《法实证主义》,元照出版有限公司2003年5版,第97页。

[5] [美]赫伯特·M·利文(Herbert M. Levine):《政治学中争辩的议题》,王业立、郭应哲、林佳龙译,韦伯文化国际出版有限公司2003年版,第143页。

[6] 林文雄:《法实证主义》,元照出版有限公司2003年版,第129-130页。