

卷首语



法律人的初心与使命

法治是人类社会进入现代文明的重要标志，是人类政治文明发展的重要成果，是现代社会的—个基本框架，在法制社会中，“法”便成为了由上至下一切行为的准则。

在党的十九大报告中，习近平总书记指出：“中国共产党人的初心和使命，就是为中国人民谋幸福，为中华民族谋复兴。”在法治社会里，追根溯源，对一名法律人来说，初心与使命就是努力做到让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，做到司法为民。就如同黑墨滴染上白绢，黑白对照醒目分明，这是一种给人极强安全感的映衬，底白便可使一切黑暗无可遁形。所有有追求、有向往的法律人，或许心中都有这样一面名为法治社会的绢丝，都在努力地使它在一次次的荡涤中更显洁白，更难容污纳垢。

大多数的法律人都被问过这样一个问题：“你为什么要选择法？”得到的回答大致都是：为了梦想，为了社会公平。—个真正的法律人，从在法律道路上迈出第—步时，甚至更久远之前，心中便立起了一杆名为公平正义的秤。他们竭尽全力地投身于中国特色社会主义法治社会的建设中，将社会的天平扶得更正、更稳。

作为维护法的权威性的工作者，法律人必须具有相应的行为素质与职业精神。首先，要树立对法律的信心。在新中国成立70年来，我国的法律法规在—步步完善，中国的法律事业前途—片光明。无论何时，我们都不能放下对法律的信仰；其次，要坚守住心中的天平，守住法律人的职业操守，无论何种情况下，都应冷静理智地对事件做出公平的判断，维护法律的权威与法律工作者的公正形象；最后，法律人是法治精神薪火的传承之人，应时刻具备独立思考的能力，合理怀疑的态度，以及维护正义的使命感。

中国政法大学前校长黄进曾寄语后生：“你们要选择与弱势群体、与老百姓、与人民站在一起，在食腐动物面前，为弱者说不；在倾斜的天平上，为正义加码。要知道，为自由、平等、公正、法治而呐喊，正是你我存在的意义。”

法律人的初心——公平正义——不染纤尘，这是光明的火种，此心光明，社会就有希望。无论何时何地，严守心中的天平，不忘初心，与理想同行，与人民同行，与祖国同行，是—名法律人最基本的责任与使命。

王琪

法学探索

安徽财经大学法学院主管
法学探索杂志社主办

(半年刊)

2019年第2期

顾问

刘永伟 张卫彬
王浩 邓玥
杨仕兵 葛先园
高海 黄信瑜
晋入勤 胡建

指导教师

赵新龙 蒋辉宇

本期指导教师

赵新龙

社长、主编

严航

副社长、副主编

张坤 唐臻君

执行主编

潘晖 罗昊
赵晓彤 汪楠

编辑

任春雨 王琪
汪语桐 王乐
金海粟 唐佳怡
王世杰 刘舒仪
姜萍 曹世奥
程慧竹 房晓晓

文字投稿：

2271280356@qq.com

目 录

学术园地

*研究生论坛

- *宅基地“三权分置”的权利构造·····徐丹丹 (1)
- *人工智能体法律主体地位否定之证成·····孟露 (10)

*理论探索

- *涉医犯罪的刑事法规制及其完善路径·····李想 (22)
- *论我国遗产税的法律制度构建·····庄家强、李想 (28)

*法学热点

- *中美贸易摩擦背景下WTO争端解决机制研究·····王议斌 (41)
- *论如何通过知识产权促进正当竞争·····吴自宇 (48)
- *跨境数据流动的法律问题研究·····魏薇 (53)

生活万花筒

*争鸣园地

- *论坛畅言····· (18)
- *微言微语····· (20)

*学院百叶窗

- *学院动态····· (59)

*书与电影

- *书香撷怀····· (39)
- *法律影廊····· (40)

权威发布

*新法速递

- *最新法律法规全文展示····· (56)

*指导案例

- *指导案例111号——中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行诉广东蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案····· (60)

宅基地“三权分置”的权利构造

徐丹丹*

【摘要】2018年中央一号文件提出探索宅基地所有权、资格权、使用权“三权分置”改革，旨在保障农户基本居住权的同时，适度放活使用权。但目前宅基地“三权分置”的表述仅停留在国家政策层面而缺乏规范的法律表达，因此需要清晰界定资格权和使用权的权利性质以及“三权分置”的权利结构，以促进改革政策的有效开展和农村土地制度体系的完善。通过实证研究、比较分析等方法对宅基地“三权分置”的典型试点地区的实践模式进行梳理，进而得出：资格权应是不同于宅基地分配请求权的成员权；使用权应是原宅基地使用权经过期限、范围、对象及费用限定等改造之后而形成的用益物权性质的使用权，从而形成所有权+资格权（成员权）+使用权（用益物权）的权利结构。

【关键词】宅基地；三权分置；资格权；使用权；权利性质

2018年《中共中央国务院关于实施乡村振兴战略的意见》（中央一号文件）和《乡村振兴战略规划（2018—2022）》均提出探索宅基地所有权、资格权、使用权“三权分置”改革，2019年中央一号文件强调稳慎推进农村宅基地制度改革，完善制度设计，这一改革政策的提出将有助于解决当前农村宅基地闲置及法外流转的问题，但资格权和使用权的权利性质是什么，分别具有何种权能，分置后是何种权利结构，尚未形成规范表达和制度构建。而现有理论研究关于宅基地“三权分置”的权利结构的观点大致分为三大类：第一类：所有权+宅基地使用权+次级用益物权；第二类：所有权+资格权（集体成员权）+使用权（用益物权）；第三类：所有权+资格权（用益物权）+使用权（次级用益物权）。上述观点中，直接舍弃“资格权”称谓的做法与改革政策有所偏离；将资格权界定为集体成员权但没有赋予其更多的权能以保证农户“不失宅”，更没有看到资格权本身的独特价值；次级用益物权的创设理论在一定程度上违反“一物一权”原则，人为地将法律关系复杂化。本文试图借助实证分析方法，通过梳理典型试点地区的实践模式对资格权、使用权的权利性质进行分析，探讨其法律内涵，从而形成符合理论并有益于宅基地“三权分置”改革实施的权利结构。

一、宅基地“三权分置”的理论前提

“两权分置”下的宅基地使用权是农村集体经济组织无偿分配且无期限使用的权利，具有福利保障性和成员专属性，侧重于保障农户基本居住权，基本禁止转让。在国家实施乡村振兴战略的背景下，通过允许有偿流转等途径盘活闲置农房和宅基地，有助于化解宅基地使用权的保障功能与财产功能的冲突，提高宅基地使用权的用益物权化程度。农地“流转”的方式既包括“转让”“互换”“入股”等物权性流转，也包括“出租”这样的债权性流转，^[1]宅基地使用权人以转让的方式流转宅基地使用

* 徐丹丹：安徽财经大学法学院2018级硕士研究生。

[1] 高圣平：《新型农业经营体系下农地产权结构的法律逻辑》，载《法学研究》2014年第4期。

权意味着其丧失对相应土地的宅基地使用权；而以出租的方式流转则不会丧失该使用权，此时农户对土地的权利表现形式仍然是宅基地使用权。因此，宅基地“三权分置”应是在农户转让使用权并因此丧失相应的宅基地使用权的前提下所进行的权利构造，在出租这种只让渡部分权利而不会丧失宅基地使用权的情况下，宅基地使用权依然归属于农户，并没有体现适度放活使用权的政策目标，因为适度放活意味着在宅基地的用途方面和使用主体方面应适度扩张，因此并不会产生“三权分置”。此外，当转让对象是本集体成员时，因其具有本集体成员属性，可以既取得住房所有权，又取得宅基地使用权，此时使用权也没有放活，所以也不会产生“三权分置”，因此，农户出租宅基地使用权以及将其转让给本集体成员都不在宅基地“三权分置”的探讨范畴。

但直接转让给非成员主体，不仅会导致农户彻底退出宅基地，还致使非成员主体获得本集体的福利保障，这将与宅基地的福利保障性和成员专属性甚至是我国现行土地权利制度的整体逻辑体系产生冲突，而且转让的农户若因客观原因失去住所，想要回农村却不能合法取得宅基地，此时其基本生存将受到威胁，如何保证使用权的流转既能够适度扩大范围，提高宅基地资源利用效率，又不与现有制度相冲突，既能够放活宅基地的财产权能又可以坚守其保障权能以保证农户“不失宅”，这些矛盾问题才是在探索宅基地“三权分置”时所要解决的问题。

在“三权分置”的产生逻辑下，使用权并不是从原宅基地使用权的基础上分离出来的，资格权和使用权都应是新创设的权利，是农户将其对宅基地的使用权全部让渡给第三人后，使得集体经济组织、农户和第三人这三方主体并存，分别享有集体所有权、农户资格权、第三人使用权，在这种权利配置形态下，集体土地所有权得以坚守，农户的基本居住权依靠资格权得以保障，第三人可以通过市场化的手段合法取得对宅基地一定限度的使用权并充分利用，从而提高宅基地资源利用效率，推动宅基地“三权分置”改革的实现和乡村振兴战略的实施。

二、宅基地“三权分置”的实践探索模式

在提出探索宅基地制度改革之后，相继出现了“浙江义乌模式”“浙江象山模式”“四川泸县模式”“安徽旌德模式”“北京市模式”等一系列具体实践探索模式。从权利结构来看，这些模式可以分为以“浙江义乌模式”和“四川泸县模式”为代表的两大类。

（一）“浙江义乌模式”

“浙江义乌模式”的核心在于农户将宅基地使用权流转后，依然保留集体经济组织成员身份，资格权作为成员权存在。^[2]依照《义乌市农村宅基地使用权流转细则（试行）》，农户的宅基地使用权可以在义乌市行政区域范围内按规定的程序和约定的条件通过买卖、赠与、互换或其他合法方式跨集体经济组织转让，并实行宅基地所有权、资格权和使用权相分离；转让后使用年限最高为70年，受让人需与村级组织签订宅基地有偿使用合同并一次性缴纳土地所有权收益金；同时农户不再享有对宅基地的具体权利。“浙江象山模式”“安徽旌德模式”与“浙江义乌模式”大体一致，都是将资格权理解为一项成员权，农户将宅基地使用权流转出去以后，便彻底丧失对此块宅基地的权利。

这类实践模式的权利结构表现为：集体所有权+资格权（成员权）+使用权（用益物权）。这种模式充分发挥了宅基地使用权的财产价值，使用权得以适度放活，农户增加了财产性收益，但将资格

[2] 刘国栋：《论宅基地三权分置政策中农户资格权的法律表达》，载《法律科学》2019年第1期。

权仅仅定位于宅基地分配阶段，只能保障农户有初始分配宅基地的权利却无法保障农户转让宅基地使用权后的基本居住权益，容易诱发农民的失宅风险，也没有看到资格权的独特价值和更多权能。^[3]

（二）“四川泸县模式”

“四川泸县模式”的核心在于将宅基地使用权转化为集体建设用地使用权，以突破宅基地使用权的流转限制。其改革的途径是村民与“第三方”共建共享，允许农户以合法的宅基地使用权与社会资本结合共享居住、商住或经营，出资方可以获得一定年限的集体建设用地使用权，商业为40年，住宅为70年，且在使用期限内可以对其进行转让、租赁和抵押等，使用期满后农民重新享有完整的宅基地使用权，房产按双方协商作价处理或继续使用，共建共享的农民和村集体有优先购买权。^[4]“北京市模式”与“四川泸县模式”类似，通过在宅基地使用权上设立新的权利——宅基地租赁使用权，来实现盘活闲置农房和宅基地的目标，农户资格权实际为原宅基地使用权的代称。

这类模式下宅基地“三权分置”的权利配置表现为集体所有权+宅基地使用权（用益物权）+集体建设用地使用权/宅基地租赁使用权（次级用益物权）。虽然在这种模式下的闲置宅基地得以盘活，农户的最低居住权也有所保障，但这种次级用益物权创设理论的应用在一定程度上违反了“一物一权”原则。同时，使用期限届满后的宅基地使用权仍归农户的制度设计将导致农户在事实上形成宅基地私有化的局面，集体土地所有权主体虚化问题更加突出。^[5]

三、宅基地“三权分置”之“三权”的权利性质

“三权”的权利性质决定了其具有何种权能，也决定了宅基地“三权分置”的权利结构。宅基地所有权的权利性质毋庸置疑，关键在于新创设的资格权和使用权的权利性质如何界定，二者的权利性质不仅决定了“三权分置”的权利结构，也是实现既保证农户不失宅又适度放活使用权这一改革目标的关键。

（一）资格权是不同于宅基地分配请求权的成员权

从权利创设动因来看，赋予农户资格权，主要功能是在允许使用权适度流转的情况下，继续维持宅基地使用权的身份属性，避免因彻底斩断农民与宅基地之间的联系而引发的失宅风险。宅基地使用权具有成员专属性，要实现非成员主体对宅基地的利用需以成员权为媒介，通过从成员处获得有限度的使用权，并对其进行用益物权化构建，以解决非成员权利人对农地使用权的自由处分问题。^[6]为了同时实现宅基地的居住保障功能和财产功能，宜将资格权定性为具有成员身份属性和保障功能的成员权，但这种成员权不是集体成员权本身，也不是集体成员权中的宅基地分配请求权，而是农户在转让使用权后新产生的、与宅基地分配请求权并列存在于集体成员权体系中的权利。在定性的过程中需要考虑农户在转让使用权并彻底退出宅基地后，若因客观原因失去住宅，其无法再向集体申请一处宅基地时，资格权应具备何种权能才能够保证农户凭借资格权通过合法途径再获得一处具有稳定性的宅基地，以维持其最基本的生存。

[3] 孙建伟：《宅基地“三权分置”中资格权、使用权定性辨析——兼与席志国副教授商榷》，载《政治与法律》2019年第1期。

[4] 刘守英、熊雪锋：《经济结构变革、村庄转型与宅基地制度变迁——四川省泸县宅基地制度改革案例研究》，载《中国农村经济》2018年第6期。

[5] 程秀建：《宅基地资格权的权属定位与法律制度供给》，载《政治与法律》2018年第8期。

[6] 陈小君：《我国农民集体成员权的立法抉择》，载《清华法学》2017年第2期。

因此，将资格权定性为一种不同于宅基地分配请求权的成员权并赋予其具体权能具有重要意义。具体来看，资格权是在农户转让使用权后，为了弥补农户丧失宅基地的使用权而新产生的具有成员身份属性的权利，旨在赋予农户一种受让宅基地使用权的资格，是一种能够接受本集体经济组织成员转让的使用权的权利，农户基于这种权利受让的宅基地使用权与初始分配获得的使用权在权能方面没有差别，依然具有完整的权能，且凭借其成员属性，对受让宅基地的享有仍然是无偿无期限的，以此保障其最基本的生存条件，保证农村社会结构的稳定。

（二）使用权是原宅基地使用权经改造而形成的用益物权

“三权分置”后的使用权是脱离了身份属性的宅基地利用权，是能够在一定条件下进行转让并且由符合一定条件的第三人充分利用的使用权，是一种新创设的权利，是对原宅基地使用权进行转让对象、范围、期限和费用限定等一系列改造而形成的使用权。

首先是转让对象和范围的确定。宅基地无偿无期限的福利分配制度及其保障农民基本居住权的目标的这种土地利用的特殊性，决定了宅基地使用权无法转让给城镇居民。综合分析各试点地区的相关规定，^[7]宅基地使用权的转让范围应规定在县域范围内比较合理，如果规定在本集体组织内或比较小的乡范围内，宅基地能够进行交易的机会比较小，使用权难以放活；而若在比较大的市域范围内，则有可能破坏村社共同体及村民自治，同时也不利于集体经济组织的监管。

其次是转让期限和使用费的确定。关于使用期限，当事人可以约定，但最长使用年限应参照《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的规定，居住用地为70年，商业用地为40年。转让期限届满后，受让人将丧失对该宅基地的使用权，受让人因不具有本集体成员身份属性，应向本集体经济组织交纳一定的宅基地使用费，使用费的确立标准应合理参照建设用地的土地出让金标准以及当地的消费水平。^[8]

因此使用权是对原宅基地使用权进行转让对象、范围、期限和费用限定等一系列改造之后形成的能够适度流转的用益物权，其使用期限届满后可由使用权人续交使用费后继续享有或者由集体经济组织收回。这种定性可以避免原宅基地使用权无法自由流转的问题，既放活了使用权，又没有冲击宅基地的福利保障性。

四、宅基地“三权分置”之“三权”的权能范围

权能是主体依据其享有的权利实施各种外部行为的可能性，是权利本质的表现形式，也是权利行使的方式。^[9]因此权能的确定有利于规范权利主体的权利行使方式。分置后的宅基地“三权”的权能结构体系如图1所示。

（一）所有权的权能范围

所有权是自物权，应当具有占有、使用、收益、处分四个完整的权能，但长期以来宅基地和农房作为维持农民基本生存的生活资料而存在，对宅基地的分配和供给采用无偿无期限的方式，抑制了所

[7] 《大理市农村宅基地流转管理办法（试行）》将宅基地使用权转让的范围规定在同一乡（镇）、办事处辖区内；《浏阳市农村宅基地使用权流转管理办法（试行）》将宅基地使用权转让的范围扩展至县域范围内的村集体经济组织成员；《义乌市农村宅基地使用权转让细则（试行）》规定农户的宅基地使用权可在义乌市行政区域范围内跨集体经济组织转让。

[8] 高圣平：《宅基地制度改革政策的演进与走向》，载《中国人民大学学报》2019年第1期。

[9] 韩松：《论农民集体土地所有权的权能》，载《中国法学》2016年第2期。

有权收益和处分的权能，^[10]同时集体经济组织也缺乏对集体事物和集体成员的管理权，因此需赋予集体所有权完整的权能。

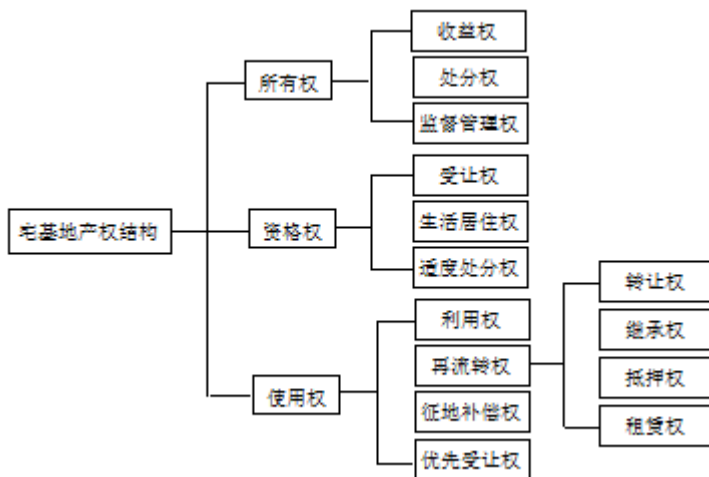


图1 宅基地“三权分置”的权能结构体系

1. 收益权

集体经济组织有权在农户转让宅基地使用权时按照一定比例与农户共享转让收益；有权收取其他集体经济组织成员受让本集体的宅基地使用权时交纳的使用费以及使用期限届满后续交的使用费；有权在国家对使用权人的宅基地进行征地补偿时参与利益分配。

2. 处分权

集体经济组织应有权在法律规定范围内，对宅基地进行分配管理，对宅基地的整体利用进行合理规划；在一定的条件下根据法律规定收回宅基地使用权，如超标超占、违规违建、宅基地长期闲置以及农民主动退出交回宅基地，也包括本集体成员转让的宅基地的使用权到期后使用权人没有继续使用宅基地；^[11]有权对农户主动退出或到期收回的宅基地进行经营利用以获取收益，作为回购宅基地使用权的原始资本和管理集体事物的资金。

3. 监督管理权

集体经济组织有权对集体各项事物的执行以及财产资金的利用进行监督管理；有权对集体成员关于宅基地使用权的用途以及超标多占、违规违建的问题进行监管；有权对使用权的转让范围、方式、期限、收益分配等进行监督；有权对使用权人利用宅基地的行为、用途进行监管，在一定条件下可以从使用权人手中直接收回使用权。

（二）资格权的权能范围

资格权是在农户转让宅基地的使用权后，为了弥补农户丧失宅基地而新产生的具有成员身份属性的权利，是固守农民生存居住安全的保障性权利，其权能的设定是为了保证农民最基本的生存居住条

[10] 徐忠国、卓跃飞、吴次芳、李冠：《农村宅基地三权分置的经济解释与法理演绎》，载《中国土地科学》2018年第8期。

[11] 温世扬、梅维佳：《宅基地“三权分置”的法律意蕴与制度实现》，载《法学》2018年第9期。

件和农村社会稳定。

1. 受让权

受让权是农户在转让宅基地使用权后,有权凭借资格权在符合一定条件的情况下受让本集体成员转让的宅基地使用权,从而获得一处稳定的宅基地的权利。农户在转让宅基地使用权后依然保有本集体经济组织成员身份,是宅基地资格权人,理应有权享受本集体的宅基地对本集体成员的福利保障功能,因此受让的宅基地使用权应是无偿无期限的、具有稳定性的权利,以满足其基本生存需求。

2. 生活居住权

生活居住权应是农户作为农村集体经济组织成员的基本权利,只要其未被纳入城镇保障体系,不论其宅基地及其使用权如何转让,都不能改变农民家庭作为集体经济组织成员对集体组织的宅基地所享有的生活居住权利。生活居住权是农户享有在自己支配范围内的宅基地上建造房屋及附属设施并进行长期生活居住的权利。

3. 适度处分权

农户依资格权受让本集体的宅基地使用权所具有的权能应和其初始分配取得的宅基地使用权具有相同的权能,其可以享受宅基地使用权的完整权能,并在一定条件下进行适度处分,其可以自己居住使用,也可以在符合条件的情况下流转其使用权。

(三) 使用权的权能范围

使用权是新创设的权利,其权能范围的把握与界定会直接影响“适度放活使用权”政策目标的实现,其权能体现在以下几个方面:

1. 利用权

使用权人在转让期限范围内有权对合法取得的房屋和宅基地享有占有和使用的权利,有权利用该宅基地在期限内建造或修缮住宅及其附属设施。在用途上,原则上应是保持住宅用途,但可以根据不同地方因地制宜,将其扩展至经营用途,结合乡村特色用于新产业的发展,但要注意使用权的转让期限。如可以利用宅基地进行乡村旅游园区、民宿客栈、餐饮服务、蔬菜种植基地等实体经济的经营,以解决当前农民利用闲置农房和宅基地进行融资的需求,推动乡村产业的发展,进而达到推动乡村振兴战略的实施的目的。

2. 再流转权

一是转让权,使用权人有权在使用期限范围内通过出售、互换、赠与等方式转让使用权,其转让的对象是本县范围内的集体经济组织成员,且不能是城镇居民。受让人在取得使用权的同时也应接受相应的义务,即接受宅基地所属的集体经济组织(以下简称本集体组织)的监督管理。

二是继承权,使用权人对于自己合法取得的房屋和一定年限的使用权享有独立使用的权利,在使用权期限届满之前,其继承人依附于对地上房屋的继承而实现对剩余使用年限的使用权的继承,其继承的是地上房屋的所有权和宅基地剩余使用年限的使用权。该继承人不应有身份限制,甚至可以是城镇居民,因为立法对城镇居民买卖和继承宅基地使用权表现出禁止与允诺两种完全不同的态度,但城镇居民继承使用权后应当通过将其继承的使用权转让给本集体经济组织或其集体成员以维护村社共同体及村民自治。^[12]

[12] 高海:《宅基地使用权继承:案例解析与立法构造》,载《东方法学》2018年第5期。

三是抵押权，使用权人可以将房屋和宅基地一定期限的使用权进行抵押贷款，抵押权的实现应遵循使用权的剩余使用年限。鉴于住房财产权抵押的特殊性，为维护本集体组织及其成员的利益，拍卖或变卖抵押的农民住房时，受让人范围及优先购买的顺序应是本集体组织和本集体成员、本县范围内的其他集体组织成员。^[13]

四是租赁权，使用权人享有在使用期限范围内出租房屋及相应的使用权以获取收益的权利，承租人依据租赁合同对宅基地享有使用权，租赁年限应最多不得超过使用权人对宅基地的剩余使用年限。

这些权利的流转对象若是本集体成员，则其可以无偿无期限获得完整的宅基地使用权；若是本县范围内的其他集体组织成员，则其在使用期限届满时将丧失对该宅基地的使用权，该宅基地应由本集体组织收回，其可以与该集体组织签订协议以及交纳使用费来继续合法利用。

3. 征地补偿权

在使用权转让期限内房屋和宅基地被征收时，地上构筑物及其附属设施属于使用权人所有，其有权获得此部分对应的价值补偿；对于宅基地剩余转让期限内使用权的价值损失的补偿，使用权人应与本集体组织按照一定的分配比例，获得一部分补偿费用。

4. 优先受让权

宅基地的使用权期限届满后，其所属的集体组织再行流转使用权的，在促进交易和交易便捷的原则下，原使用权人在同等条件下应当具有优先受让权。

五、结语

宅基地“三权分置”改革是要改变现有宅基地使用权制度运转不良的现实状况，通过新创设资格权和使用权，以资格权保证农户不失宅，将使用权通过市场化的手段进行流转，完成改革目标。将资格权定性为不同于宅基地分配请求权的成员权，通过赋予其受让权、生活居住权以及适度处分权，允许农民在生存条件受困的情况下能够受让一处稳定的宅基地，以此来保障其能够实现基本的生存；将使用权定性为将宅基地使用权改造后形成的崭新的使用权，通过赋予其利用权、再流转权、优先受让权等权能让使用权人充分利用闲置的宅基地，以达到增强宅基地使用权用益物权属性的目标；同时应强化集体所有权，通过赋予其收益权、处分权、监督管理权来坚守集体所有权，防止集体所有权虚置，以此形成有益于改革实施的所有权、资格权（成员权）、使用权（用益物权）的权利结构。

责任编辑：罗 昊

王 琪

刘舒仪

[13] 焦富民：《农业现代化视域下农民住房财产权抵押制度的构建》，载《政法论坛》2018年第2期。

人工智能体法律主体地位否定之证成

孟露*

【摘要】人工智能体如今在法律上引起了诸多挑战，包括人工智能体是否可以拥有以知识产权为代表的诸多权利，以及人工智能体侵权后如何分配责任等。人工智能体在法律上能否被赋予法律主体地位是解决其权利归属和责任承担之前提基础。法律主体范围虽不断延展，但其前共性为意志能力、实体形式和责任能力。应当承认人工智能体虽具有智慧性，但受到意志能力的制约和责任能力的限制，其法律性质仍为物，其发展也应当符合以人为本的目的性。

【关键词】人工智能体；法律主体；意志能力

在算法、云计算和大数据不断发展的背景下，人工智能发展呈现如火如荼之势。2017年10月在沙特阿拉伯的“未来投资倡议”大会上，机器人索菲亚获得沙特公民身份，成为全球第一个获得公民身份的机器人。2018年2月25日，沈阳新松机器人自动化股份有限公司研发的智能移动机器人出现在平昌冬奥会闭幕式上，与轮滑演员一起为大家带来精彩的表演。2018年4月18日，无人驾驶清洁车队出现在上海市松江区，实现自动启动、自动清扫、自动通过红绿灯和自动避开路障等功能。随着小冰诗集的“出版”，越来越多的写稿机器人也涌入媒体行业，写稿速度和文稿质量也不断提高。人们在为人工智能欢呼的同时，不得不开始思考人工智能这一新兴事物对现有法律制度，特别是法律主体制度的挑战。

一、人工智能的概念及挑战

（一）人工智能体的概念

人工智能（Artificial Intelligence）往往用于表达利用计算机模拟或实现的智能，亦称之为机器智能。^[1]学者尼尔逊认为，人工智能是关于知识的学科——知识怎么表示出来以及怎样获取并使用知识的科学。人工智能包含了“人工”和“智能”两大部分，人工代表着其是由人类研发，由人力所创造。“智能”是AI与其他人工研发的产品的区别，即涉及“意识”“思维”等元素。

实际上，这里包含两个概念，一是人工智能，二是人工智能体。人工智能指的是一种能力，是基于特定算法程序而得出的一系列运算软件。人工智能体则是实在体，属于具体存在，即具有载体功能，一般表现为机器人、无人驾驶汽车或机器手臂等实在物。人工智能无法脱离人工智能体而存在，因为后者是前者之依托，前者也是后者之核心所在。本文实际探讨的是人工智能体的法律人格问题，人工智能因其技术性而无法囊括其中，只是学界往往混淆这二者，常以人工智能指代人工智能体，因此在此做出区分强调。

（二）人工智能体的特征

* 孟露：安徽财经大学法学院2018级硕士研究生。

[1] 房绍坤、林广会：《人工智能民事主体适格性之辨思》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期。

1. 智能性

2016年,AlphaGo以极大优势赢了围棋冠军李世石,使得人工智能体在全世界范围内获得关注。无论是曾经耳闻过人工智能体的,亦或只把人工智能视为夜空遥远之星辰的,都纷纷感叹于人工智能体之能力,惊讶于其取得的如此成就。智能性是人工智能体区别于其他人手创造物的重要特点。基于一系列数据、算法,人工智能体依托其智能系统,可进行成千上万次模拟运算,在短时间内做出最优决策。AlphaGo就曾认真研究过每一位围棋高手,且对李世石的棋风也是有相当了解。实际上,李世石当时就相当于一个大脑跟背后2000个机器对决。正是因其智能性,无人驾驶汽车才能够仅凭借其计算机系统,实现自主驾驶,在无人看管的情况下选择路线、躲避路障、识别行人。

2. 人工性

人工智能体因其独特性和超越性引起众多关注,但切不可忘记的是其具有的人工性,即人工智能体是人手所创造的,无论是外在的载体,或是人工智能系统。人工智能体能够实现记忆和运算的核心在于其内在算法程序系统,该程序依托于人类程序员自主编排、开发。也就是说,人工智能体的智能性实际上无法自主产生,是依赖于人类当下的能力,借助人類指令和信息输入输出系统才得以运行,属于人造产品。

3. 目的性

人工智能体的存在是为了辅助人类在生产生活中达到特定目的。如今人工智能体除了替代人类从事重复性强的操作工作之外,还在经济政治决策,控制系统,仿真系统中得到应用。例如在生活中,人工智能体在司法决策、股市预测等领域都发挥着重要的作用。人工智能体基于特定目的,采用某种程序设计语言完成程序设计,按照设定的算法逻辑运行,完成特定的目的。

(三) 人工智能体带来的挑战

如今人工智能体所引起的不仅是产业的革新和进步,更有对现行社会法律的冲击和挑战。首当其冲的就是人工智能体对法律人格制度的冲击,这是决定包括智能机器人、无人驾驶汽车、机器人手臂等人工智能体能否拥有权利,并承担侵权责任的基础。

1. 积极层面之权利归属

“微明的灯影里,我知道她的可爱的土壤,是我的心灵成为俘虏了。”^[2]如此充满诗意的语句却是出自微软智能机器人小冰。这是在小冰学习了519位诗人的现代诗,通过深度神经网络等技术手段模拟人的创造过程。在耗费100小时、训练10000次以上后,小冰才拥有现代诗歌的创作能力。

小冰诗集引起了众多的争议,其中最值得深思的就是小冰能否成为著作权的权利主体。很明显,如此具有创造性和想象力的诗篇应当归入著作权保护客体即作品的范畴。但是作为“创作者”的小冰是人工智能体。传统上只有法律主体才可以拥有著作权,才能够成为知识产权的保护对象。那么,通过模拟人类的记忆和创造过程的小冰,能否享有著作权呢?

进而可引发的是,人工智能体能否成为民事权利主体?可否享有民事权利呢?性爱机器人已成为人工智能体的主要发展产业,其具有的真实性和独特的情感功能,使其不仅可以满足人类的性需求,更可以满足人类心理的情感需求,引起消费者争相购买。一旦有人因沉迷性爱机器人,要求与其“结婚”,那么法律是否又可以赋予其配偶权?

诸如此类的思考数不胜数,但归根结底我们需要讨论的是,人工智能体可否突破现有的法律主体

[2] 小冰著:《阳光失了玻璃窗》,北京联合出版公司2017年版,第20页。

规范, 拥有法律人格进而享有民事权利?

2. 消极层面之责任承担

除了能否积极地享有权利之外, 责任承担方面亦是人工智能体给现行法律带来的挑战。

人工智能体一路高歌前进之时, 常常被报道出来的事故也引起许多担忧。2016年11月, 在深圳举办的第十八届中国国际高新技术成果交易会上, 一台名为“小胖”的机器人突然发生故障, 在没有指令的情况下, 自行砸坏了部分展台, 并导致一人受伤。2016年1月20日, 京港澳高速河北邯郸段发生一起追尾事故, 一辆特斯拉轿车直接撞上一辆正在作业的道路清扫车, 特斯拉轿车当场损坏, 司机高雅宁不幸身亡。经鉴定, 该特斯拉汽车属于无人驾驶汽车。2018年3月19日, 美国桑纳州坦贝市19日发生了一辆优步自驾车撞死了一名女子的车祸。这是全球首宗自驾车撞死人的交通事故, 事故发生时, 自驾车处于自动驾驶状态, 也就是“无人驾驶”状态。

传统侵权事故中, 由侵权人直接承担侵权责任或者由具有责任能力的主体承担替代责任。但在涉及人工智能体的侵权事故中, 人工智能体是直接的侵权“行为主体”, 实施了侵权行为, 造成了危害结果。在此类侵权案件中, 不仅存在着责任主体复杂、因果关系难定等难以断定的复杂因素, 还存在着对人工智能体的法律人格不确定的因素。按照传统观点, 虽然人工智能体可以“自主决策”, 但仍属于物之范畴, 无行为能力, 更无权利能力, 无法成为责任主体。

综上所述, 无论是对人工智能体能否享有以著作权为代表的诸多民事权利, 还是人工智能体可否独立承担侵权责任, 这都源于对人工智能体法律人格的判定。要面对人工智能体对现行法律做出的挑战, 应首先厘清人工智能体与法律主体之间的关系。

二、法律主体人格的变迁

(一) “人可非人”的法律主体观转变

法律上的人即主体制度是法律中最基础的概念。任何一部民法典如果缺少了人的概念, 其权利义务的规定将变得毫无意义。民事主体的范围在不同的历史阶段是不相同的。自然人属于法律主体, 但又不是民事主体的全部, 法律中的“人”实际上是立法者基于现实的需要的一种抽象或虚拟。^[3]

在古罗马前、中期, 存在“人格减等”制度, 具体分为“人格大减等”和“人格小减等”。^[4]在罗马法中, 成为一个享有完全人格的人, 必须同时具备自由权、市民权和家族权三种身份权。如果三种身份权中有一种或两种丧失或发生变化, 便成为人格不完全的人, 无法在经济和家庭等方面享有完全的权利能力。^[5]人格大减等导致自由人丧失自由权, 沦为无人格的奴隶,^[6]人格小减等导致丧失家族权, 成为他权人。^[7]

罗马法确立下来的人可非人制度, 在历史上很长一段时期内在各国法律体系中都有体现。直到启蒙运动开始, 人权意识萌芽, 加之教会法在解释罗马法的时候注入了平等或个人自由的理念, 人格减等的观念开始有了改变, 人们开始否定古代民法主体的不平等状态, 并主张恢复应有的自然人格。1900

[3] 李拥军:《从“人可非人”到“非人可人”:民事主体制度与理念的历史变迁:对法律“人”的一种解析》,载《外国法制史研究》2003年第1期。

[4] 朱程斌:《论人工智能法人人格》,载《电子知识产权》2018年第9期。

[5] 转引自:房绍坤、林广会:《人工智能民事主体适格性之辨思》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期。

[6] 尚继征:《私法上之“身份”溯源——罗马法中身份制度的现代解读》,载《私法》2012年第2期。

[7] 周相著:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第121页。

年《德国民法典》开始强调权利能力来源于每个人的自我属性，属于每一个具有自然人特征的实体。自此，传统罗马法确立下来的人格制度被否定，民事主体权利能力平等的理论亦成为法律制度的基石。

（二）“非人可人”的法律主体演变

罗马法主张人格减等，虽不符合平等正义的法律观，但却是当权者根据彼时的需求做出的选择，反映出法律人格的抽象特征。人格是抽象的，通过法律这一技术手段，将具体的人和人格相互结合、分离。既可以否认特定人的人格，使其成为物，人格的丧失也可以使法律上的人变成法律主体的标的，也为通过法律手段赋予特定存在以法律主体资格提供了可行思路。

基于这一抽象的法律人格观，在社会发展演变过程中，以法人为代表的团体组织进入了法律主体范畴。一般通说认为，因为社会经济活动不断增多，各主体之间交往密切，为了防控经济活动中出现的风险，增加交易双方的信任程度，便利交易过程，法人制度才逐渐确立下来，成为民事活动中的独立的法律主体。“法律通过主体制度选取社会生活中的一部分主体，赋予其法律资格，在这些被法律挑选出的主体中，构建法律关系。”^[8]法人这一概念首先由法国习惯法确立，随后《德国民法典》首先在法律中明确规定了法人制度，在“人格”之后规定了“自然人格”和“法人人格”。这样的法人制度也被后来的瑞士、日本、意大利等国效仿。由此，法律主体借助抽象人格实现其开放性，完成了“非人可人”的扩展。

（三）法律人格确立的共性

法律主体的演变过程证明了法律上的“人”是由法律承认的，而非法律发现的。现实中存在的人并不一定能被法律认可为法律主体，而被法律承认后获得法律主体地位的也不一定本身就有人格特征。法律主体资格与被赋予一方本身性质无实际关联，成为了一种抽象特征，逐渐变为具有特定条件的固定类型。具体而言这种特定条件也就是在承认某个特定主体为法律主体时应当考量的共同的条件因素，即法律确立之“法理门槛”。

1. 意志因素

作为“社会关系的总和”，人的本质实际上就是意志的存在形式。而法律主体的本质就是法律所承认意志的存在形式。^[9]亚里士多德即提出人的精神包括非理性的部分——感觉和欲望，和理性的部分——理性精神。康德认为人的自由性载于人是理性或人是一种理性的存在，即根据自己的判断进行行动。黑格尔进一步认为形式法的概念就是“人”或“人格”。实际上，哲学上对“人”本质的不断发现，亦是法律对法律主体制度不断确定和完善的过程。

法人作为特殊存在被法律所承认并纳入法律主体范围，实际上并非是对“意志条件”的违背。意志因素可分为自然意志和拟制意志，自然人的意志是自然生成的，是真实意志的存在形式，拟制意志则是通过法律手段创造出的拟制意志的存在。法人通过拟制意志借由存在形式而支配自身的行动、名称等。法人的单一意志不在于复数意志的集合，而在于多个意志能够以单一意志的形式存在。

综上，在法律主体扩展的过程中，一直坚持着一个核心标准，就是对意志能力的坚持。^[10]无论是对于自然人还是对法人而言，意志因素都是其被法律承认、纳入法律主体范围，进而拥有法律人格的

[8] 李萱：《法律主体资格的开放性》，载《政法论坛》2008年第5期。

[9] 李锡鹤：《应寻找民事主体之“法理门槛”——民事主体成为民事主体前之共性》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2018年第5期。

[10] 许翠霞：《动物真的能够成为法律主体吗？——关于法律主体的前提性说明》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2010年第6期。

核心所在。

2. 实体因素

自然人由肉体和精神两部分构成，精神即其意志层面，肉体则为形式之载体。康德亦认为，人的存在表现为人有肉体及其由此产生的认识、经验和欲望。由此，法律主体制度中最原始的认定即包括了实体因素和意志因素两部分。在后期的发展过程中，即便法人作为特殊拟制主体拥有法律人格，但仍未改变这一前提预设。

从某种角度看，法人虽然是无形的，是我们人眼无法直接认知的存在，不会有一个实体矗立在某处告诉我们，该实体就是法人，但是我们却能够看到法人的自然人代表，作为其意志集合的董事会成员，彰显其行为能力的各机关负责人等等。法人以其名称、行动和名誉作为其“人身”之实体，通过拟制的意志以自己所在主体的名称、行动和名誉为载体，^[11]来支配自己的行为，参与民事活动。

综上，虽实体要素有不同的表现形式，但其却成为构成法律主体、拥有法律人格的重要组成。法律是实在的，法律无法保护虚无，就像即使是知识产权也要以作品的形式呈现一样，即使法律主体的核心在于其意志因素，但也不可缺少该意志之载体——实体的存在。

3. 责任能力

民事主体具有的民事责任能力是指因违反法律规定而应该承担相应责任的能力。真正的法律主体，必须有能力对自己的行为负责，这是法律责任的预设前提。^[12]实际上，“责任”本身就是“法律主体”的应有之义。^[13]因为只有人有能力对他们做的事情负道德上的责任，这是人和其他生物体之间的重大区别。^[14]

法律上用来承担责任的方式有多种，如停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等等。总结下来可归为以行为担责和以财产担责两大类，其中以财产担责占责任承担的主要部分。也就是说，财产实际上是构建法律主体责任能力的重要因素。法律主体应具有实体要素，即包括作为人类社会成员的生物人、以生物人和财产为核心要素的组织体和以目的性财产为核心的要素的组织体三种。^[15]生物人以其人类本质自然地纳入法律主体的范畴内，当然其本身也具有责任能力，可自发地采取相应行为承担责任，亦可以用财产承担责任（无论财产的多寡）。对于法律拓展后被纳入法律主体的后两者，实际上也明确了其必须包含目的性财产作为其核心要素，因为实际上法律进行类型化扩充的根本目的就是为适应高度发展的商品经济，财产是保障商品经济有序发展的重要因素。

因此，法律实体不仅包括形式上的载体功能，还应包括实质上的责任承担能力，若无后者，前者也只是虚无的存在，在法律上毫无意义。在法律主体外延扩大的过程中，只有坚持以财产为核心要素的责任能力标准，才能防止法律肆意扩张，有效地保障法律拓展的有效性和目的性。

三、人工智能主体之否定

（一）人工智能体缺少意志能力

[11] 李锡鹤：《应寻找民事主体之“法理门槛”——民事主体成为民事主体前之共性》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2018年第5期。

[12] 王勇：《人工智能时代的法律主体理论构造——以智能机器人为切入点》，载《理论导刊》2018年第2期。

[13] 胡玉鸿：《法律主体概念及其特性》，载《法学研究》2008年第3期。

[14] [美]约翰·马丁·费舍著：《责任与控制——一种道德责任理论》，杨邵刚译，华夏出版社2002年版，第1页。

[15] 王勇：《人工智能时代的法律主体理论构造——以智能机器人为切入点》，载《理论导刊》2018年第2期。

法律通过调整人的意志行为,维护社会公平与秩序,确认、形成、巩固和发展社会关系。^[16]意志能力在法律主体资格的认定过程中,占据主要地位。现今法学界对人工智能体的法律主体资格的争议也主要集中在意志能力上。“机器人并非有生命的自然人,也不同于具有自己独立意志的自然人集合体的法人,因此将其作为拟制的人而享有法律主体理论,在法理上尚有商榷之处。”^[17]本文认为应当否定人工智能体的意志能力,此处将从两个方面加以论证:

在弱人工智能阶段,人工智能体虽表现出极高的智慧性,例如可以实现无人驾驶、重复性操作、智慧对答、撰写文章等,但这种智慧性亦是有限的。一方面,人工智能体的智能来源于起始算法。判断人工智能体意志能力的核心在于:用来决定人工智能体发挥具体功能或完成特定任务的算法能否与设计者、生产者等发生分离。^[18]如果人工智能体所体现的智慧均来自于算法的规定,实际上其并无“自由意志”可言,因为人工智能体拥有的判断能力都来源于程序设定,其意志也都受到算法的束缚,无法自主的进行判断、实施行为。另一方面,人工智能体无法拥有人类之“灵性”,无法应对超出其设定程序之外的突发状况,即人工智能体无法从事没有被训练的事情。^[19]人类独有的创造力是其成为这个世界的主人的重要因素,透过其创造和使用工具的能力,人类逐渐改变这个世界。但人工智能体却缺乏这样的创造性。此外,人工智能体缺乏自我意识,导致其缺乏内在诉求,无法产生从事民事活动的动机。^[20]缺少动机就无法产生以私法法律关系为目的的意思表示。因为只有内心产生了动机,才会进一步形成行为意思、表示意思和效果意思等构成意思表示的要素。^[21]

与弱人工智能阶段对应的概念是强人工智能阶段,即达到人脑水平的机器智能,可以全面、综合地复现人类大多数的思维能力,甚至有注入自主意识、算计、情感反应等价值或情感要素。^[22]强人工智能是学界对人工智能发展的期待,但强人工智能阶段到底能否实现?真正实现还需多久?其实现是与人为善还是与人为恶?实际上都是未知的命题。

有学者明确指出强人工智能属于“致毁知识”,即便有一天会实现,但其正负效应不应抵消,无论它有多大的正面效应,也是“一坏遮百好”。^[23]“作为人类意识延伸的人工智能,被赋予的是偏狭而非完整的意识,在快速进化之后会导致其能力与意识状态的极度不匹配。”^[24]更有学者直言,“包括道德、自由和自我意识的强人工智能设想存在根本性错误,这也说明我们期待的强人工智能或许是一个伪命题。”^[25]

虽然科学家们致力于研发类人机器人,希望在创造力和情感上实现质的突破,但是人工智能却在这些方面存在着难以克服的困难。思想和语言是生物现象,这些取决于人类的进化史,强人工智能不

[16] 王勇:《人工智能时代的法律主体理论构造——以智能机器人为切入点》,载《理论导刊》2018年第2期。

[17] 吴汉东:《人工智能时代的制度安排与法律规制》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第5期。

[18] 彭诚信、陈吉栋:《论人工智能体法律人格的考量要素》,载《当代法学》2019年第2期。

[19] 彭诚信、陈吉栋:《论人工智能体法律人格的考量要素》,载《当代法学》2019年第2期。

[20] 房绍坤、林广会:《人工智能民事主体适格性之辨思》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期。

[21] 王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第266-268页。

[22] 王彦雨:《基于历史视角分析的强人工智能论争》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2018年第6期。

[23] 刘益东:《科技巨风险与可持续创新及发展研究导论——以致毁知识为中心的战略研究与开拓》,载《未来与发展》2017年第12期。

[24] 蔡恒进:《超级智能不可承受之重——暗无限及其风险规避》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2018年第2期。

[25] 房绍坤、林广会:《人工智能民事主体适格性之辨思》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》第5期。

具有真正的理解力。^[26]人工智能体只能被设计遵守法律，无法自发、主动的去理解并遵行法律。^[27]也就是说，人工智能体只能按照机器的语言，即0与1构成的各种代码组成去“生活”，无法理解所谓的法律权利与法律义务。而且，人工智能的深度学习能力实际上是仿照人的思维方式和学习习惯实现的，也依赖于人类自身对此的研发程度。但是目前脑科学的发展尚处于初始阶段，人是如何产生情绪和意识，其机制目前还不清楚，而人工智能的发展最终取决于人类对自身的了解。^[28]更重要的是，按照科学预想，强人工智能是超人类的存在，具有类人的思维能力和情感表达能力，并具有超越人类的记忆能力和学习能力。不得不思考的是，这样的存在真的是人类想要的吗？真的能符合以人为目的的前提预设吗？或许，在这样的趋势下，人类创造出来的强人工智能体不再是为其服务的工具，极有可能反客为主，超越人的掌握范围。

综上，无论是弱人工智能体还是强人工智能体，其所谓的意志能力都是受到限制的，并不存在法律主体应有的自由意志，无法有效的表达自己的意志形成民事法律关系。人工智能体在特定情况下所做的表示和行为也是程序控制人或人工智能体所有人的意志表达。涉及强人工智能体，我们不得不承认这在很大程度上只是一种美好的预设，其能否实现还存在很大的问题。考虑到人类的主体地位和科技发展本身应以人为本的目的性，即使强人工智能时代有可能到来，但是否应当放任其具有的威胁性让其存在，亦是不得不考虑的问题。

（二）人工智能体缺乏责任能力

2016年欧洲议会向欧盟委员会提出的“机器人法”立法建议报告的第50条（f）项建议：“从长远来看要创设机器人的特殊法律地位，以确保至少最复杂的自动化机器人可以被确认为享有电子人的法律地位，有责任弥补自己所造成的任何损害，并且可能在机器人作出自主决策或以其他方式与第三人独立交往的案件中适用电子人格。”这样的建议也成为诸多学者支持自己肯定人工智能体法律人格的理由。但虽然作此立法建议，我们却不得不考虑其背后的合法性和合理性。

假设人工智能体可以享有法律主体资格，依照法律逻辑和立法建议，人工智能体就有责任弥补自己造成的损害。可是，即使立法上赋予了人工智能体这样的责任之后，实际中其是否有能力承担这样的责任呢？答案是否定的。人工智能体在侵权之后承担民事责任方式主要是财产性赔偿（没有受害人会要求人工智能体赔礼道歉）。人工智能体在具体活动中，确实能获得一些财产，但是这些财产并非人工智能体独立的财产，应归属于其控制人，因为人工智能体所做出的意思表示实际上应该是人工智能体控制人的意思表示，该特定的法律关系主体也应该是控制人自己。^[29]

从实践中看，当人工智能体发生侵权事件后，也都将责任链接到生产商、系统研发商、所有人等主体上，人工智能体本身并无财产也无能力进行民事赔偿。按照民法上“自己负责”的理论，一旦人工智能体拥有独立人格，在其享有民事权利的同时，也应当自己承担民事责任。但是实践中通过其他主体完成责任分配的方式也与“自己负责”的理论相悖。当法律要求人工智能体本身必须具备自身的

[26] [英]玛格丽特·博登著：《人工智能的本质与未来》，孙诗惠译，中国人民大学出版社2017版，第159页。

[27] 吴习或：《论人工智能的法律主体资格》，载《浙江社会科学》2018年第6期。

[28] 房绍坤、林广会：《人工智能民事主体适格性之辨思》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期。

[29] 房绍坤、林广会：《人工智能民事主体适格性之辨思》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期。

财产时，谁又该为人工智能买单？^[30]所以，也正因人工智能体承担责任的能力有限，才有学者退而求其次主张人工智能体具有“有限的法律人格”。^[31]联合国教科文组织更在《关于机器人伦理的初步草案报告》中提出让所有参与机器人发明和适用过程中的主体分担责任。通过法律强制将相关主体纳入责任范围，实现成本内部化，以解决机器人侵权责任承担问题。但是即使通过这种“变通规定”，最终承担责任的还都是人，这就使得它的“法律人格”显得多余。^[32]

从解决人工智能体侵权造成的法律责任承担的角度考虑，也无需僵硬地为其按上独立法律人格这一名号。因为即使无人驾驶汽车具有独立的法律人格，但是其无独立财产，若要解决损害承担这一问题，仍需将目光转向无人驾驶汽车背后的责任主体。

因此，无论从意志能力角度还是责任能力角度，人工智能体都无法满足构成独立法律主体的前提要素。具有“创造性”的小冰的创造能力应归功于其系统的设计者和研发者，我们应当保护的也应当是这些科研人员额头上的汗水，而非机器人的。^[33]只有通过激励这些具有实在创造性的主体去创造人工智能体，而不是鼓励人工智能体去创造，科技才能实现真正的发展。预防风险亦是如此，通过分配责任的方式促进生产商、制造商等主体谨慎研发，控制人工智能体可能发生的风险，实现责任的最终承担，才能控制人工智能发展中的风险，实现社会稳定之发展，形成鼓励科技和维持秩序的平衡。

责任编辑：赵晓彤

房晓晓

金海粟

[30] 彭诚信、陈吉栋：《论人工智能体法律人格的考量要素》，载《当代法学》2019年第2期。

[31] 袁曾：《人工智能有限法律人格审视》，载《东方法学》2017年第5期。

[32] 郑戈：《人工智能与法律的未来》，载《探索与争鸣》2017年第10期。

[33] 吴习彧：《论人工智能的法律主体资格》，载《浙江社会科学》2018年第6期。

论坛畅言

话题一：如何看待在李心草案件中，舆论引发对该案件的进一步调查？

李心草，女，昆明理工大学大二的学生，19岁，花样少女，去世成谜。其母陈美莲收到警方消息称，李心草在盘龙江醉酒溺水，母亲不服，找了李心草溺水前在网吧的监控视频。视频传播到网上后，舆论哗然，警方开始重新调查。对于此事，你怎么看？

Dawn: 舆论监督对司法公正的重要意义与价值，一度归入沉寂的案子，只有在被推到了舆论的风口浪尖上才会受到当地警方的重视，要加强基层执法能力建设。

蝶衣留丹: 我认为是否存在过度劝酒行为和饮酒后是否对过量饮酒的人进行必要且合理的照顾是判断嫌疑人是否有罪的关键。

传说: 警方未经严密调查就通知遇害者母亲，草草以醉酒溺水结案。这反映了警方侦查案件程序的不合理。这是法律可以进行规范的地方，社会舆论对司法的影响不容忽视。正是因为视频传播到网上后，舆论哗然，产生压力，警方才开始重新调查。由此可见社会舆论的特殊性和重要性；但是，此案件过程蹊跷，不可轻易因为结案内容以及网络舆论的压力而影响到司法公正。

景璨: 社会舆论对司法机关的监督作用被证明能够促进公正司法；同时，应进一步组织建设严整的司法执法队伍，接受人民监督，真心实意为人民服务。

杏花村: 本案之所以受到全社会的广泛关注是因为新媒体的发展，在舆论监督的作用下，警方予以立案，但是对于本案中存在的疑点，双方各执一词，受害者已经遇害，所以真相究竟是什么，我们也不得而知。舆论监督对公正司法是把双刃剑，一方面，它可以起到有效的监督作用，把疑点重重的案件事实公之于众；另一方面，因为人本正义，会站在弱势者的一边给予同情，一定程度上难以抛开主观情绪。

小编: 这个案件令我印象最深刻的是它立案过程的曲折性。事故刚发生的时候，警方对悲剧的定性，经历了“相约自杀”到“醉酒死亡”再到“意外事件”的变化，定性不同，有一点却是相同的，那就是排除了刑事案件的可能。在最初的调解过程中，甚至有调解员对施害者的家属表示赔钱了事，大有和稀泥的趋势。如果不是最后受害者母亲求助于媒体，可能这起案件连立案都做不到。而在被害人家属网络求助、媒体介入后，事件开始发生转变，办案机关开始对社会进行回应，开始立案侦查，事件有了根本性变化，公正由此迈出重要一步。如果亲属接受了调解，真相可能将成为永远的秘密。至于导致事件反转的关键证据，包含猥亵情节的视频，也是家属坚持查看事发前四人所在的酒吧内三个小时的监控的结果，否则，事件能否出现真正转机难以预测。

论坛畅言

话题二：未成年人蔡某杀人案引发了社会的广泛关注，对于未成年人犯罪你怎么看？

2019年10月20日19时许，公安机关接到报警，沙河口区发生一起故意杀人案，受害者某某（女，10岁）遇害身亡。接警后，市公安局高度重视，立即组成专案组全力开展侦查。经连夜工作，于当日23时许，在走访调查中发现蔡某某（男，13岁）具有重大作案嫌疑。到案后，蔡某某如实供述其杀害某某的事实，但因蔡某是未成年人而被收容教养。对此你怎么看？

木弓：年龄隔断是否是真正合理的呢，因为年龄与心智水平并不完全相同步，故设立一个绝对的界限显得不够合理。但我们依旧要看到法律的稳定性，以及法律兼顾的社会效益。

苏箫羽：法律的稳定性建立在社会生活的变动性之上，法律需要与时俱进，与复杂多变且不断进步的社会相适应。如何思考“心智健全”的涵义，一是享有权利的主体，二是具有行为能力，通观此案，13岁男孩是具有行为能力的，理应承担法律责任，但确又与现行法律冲突，这让我们思考法律责任边界中对于心智健全的界定是否完全明晰，而心智健全的衡量标准又是否应仅仅是年龄。

玩世界\$：针对未成年人犯重罪，是否应当承担刑事责任，受刑事处罚。就我个人观点，答案是肯定的。一味地降低刑事责任年龄并不是解决问题的根本途径，所谓的年龄限制本身就存在争议，一方面保护了法律规定的年龄限制以下的未成年人，但另一方面年龄限制以上的未成年人可能就得不到应有的保护。这方面可以借鉴西方的“恶意补足机制”，参考犯罪罪过，将真正恶意犯罪的人绳之以法。

白丝木乐：这是关于未成年人犯罪衍生出的有关“是否应该降低刑事责任年龄”问题的思考。随着经济社会的不断发展，青少年儿童渐趋早熟、早智。我们要用与时俱进、发展变化的思维方式面对这类具有重大社会危害性事件。就法律逐步轻刑化的趋势而言，一方面是体现对人格、生命的愈加尊重，而另一方面又在一定程度上是对受害人的不公。

小编：不要让《未成年人保护法》变成“未成年人渣保护法”。在13岁男孩把10岁女孩杀害后，因为其未成年，就仅仅受到了收容教养的处罚，这于情于理都说不过去。通过这个案件，我觉得应当完善《未成年人保护法》，不能仅仅靠年龄一刀切。就本案例来说，通过男孩平日里的所作所为可以看出，其身心已经较为成熟，小编认为并不能完全以年龄来衡量他的犯罪后果。未成年人犯罪案件应当有一定的灵活性，具体情况具体分析，不能仅靠年龄来划分。

责任编辑：潘 晖 程慧竹 王 乐

微言微语



北京青年报 2019年11月2日

【7天卖51万瓶！网红“协和维E乳”北京协和医院称并无该产品】热卖多年的“协和维E乳”近日又火了。日前，有消息称其仅7天就卖出51万瓶。但是，北京青年报记者走访市场发现，虽然火爆市场，但是协和医院却与这一产品没有直接的关系。“我们没有维E乳这款产品。”协和旗下化妆品企业工作人员表示。（记者 张鑫）

央视新闻 2019年11月3日

【香港特区政府：暴徒肆意破坏社会安宁令人发指】11月2日下午，暴徒在香港多处投掷汽油弹，纵火、掷砖、在马路放钉，更蓄意破坏及焚烧商铺、新闻机构和港铁站。香港特区政府发言人表示，此行为目无法纪、令人发指，强烈谴责暴徒大肆捣乱、严重破坏社会安宁。为确保公众安全、维护法治，警方必须采取驱散行动，并拘捕涉嫌违法者，以恢复社会秩序。（记者 梁慧）



中国新闻网 2019年11月1日

【双11临近广电总局整顿电商直播】国家广播电视总局11月1日发布通知，要求加强“双11”期间网络视听电子商务直播节目和广告节目管理。通知称，网络视听电子商务直播节目和广告节目内容既要遵守广告管理法律法规，也要符合网络视听节目管理相关规定，要坚持把社会效益放在首位；网络视听电子商务直播节目和广告节目用语要文明、规范，不得夸大其辞，不得欺诈和误导消费者。

（记者 宋宇晟）

钱江晚报 2019年11月1日

【重量级限制令来了！12月31日起浙江限制一次性消费用品】11月1日，浙江颁布了一个重量级限制规定：自2019年12月31日起，在全省行政区域范围内限制一次性消费用品。这里所指的一次性消费用品，是指住宿、餐饮等服务性单位向消费者提供的一次性牙刷、牙膏、梳子、肥皂、浴液、拖鞋和餐具等用品，以及党政机关、国有企事业单位使用的一次性纸杯等。你准备好了吗？（记者 余雯雯）



法制日报 2019年11月3日

【奇葩案件：妻子私转财产 丈夫遭遇被离婚】近期，北京市石景山区人民法院审理的一起婚姻行政登记案让人大跌眼镜。一对相伴20多年的夫妻，女方在男方毫不知情的情况下与其办理了离婚登记，在转移共同房产之后又神不知鬼不觉地与其办理了复婚登记。直到女方突然死亡，男方在办理妻子后事时才发现自己被离婚以及被复婚的事实，原本在自己名下的房子也早已归他人所有。

（记者 徐伟伦）

国际在线新闻 2019年10月31日

【土耳其总统大骂美国：你没有权利对我们说教！】周二是土耳其国庆日，而美国国会众议院当天通过决议，首次将土耳其的前身奥斯曼帝国对亚美尼亚人的屠杀定性为“种族灭绝”，引发土方强烈不满。土耳其外交部30日发表声明，称该决议没有任何“历史或法律依据”，也没有法律约束力。土耳其总统埃尔多安表示，“一个历史上充满种族灭绝和奴隶制污点的国家既没有权利发表任何言论，也没有权利对土耳其说教”。（环球时报）



责任编辑：潘 晖 程慧竹 王 乐

涉医犯罪的刑事法规制及其完善路径

李想*

【摘要】现阶段，因医疗活动或医疗服务引发的涉医犯罪行为的屡发导致侵犯人身权利同时严重扰乱社会秩序，影响医疗活动的正常进行。此类犯罪行为的刑事法规制中出现定罪不当、刑事案件私人化处理、量刑过度宽纵等问题。基于此，应当从法益角度入手用想象竞合处理原则对涉医犯罪行为完全评价，限制过度私人化的处理方式，严格遵循罪责刑相适应原则，兼顾刑法谦抑性，从而完善涉医犯罪刑事法规制。

【关键词】涉医型犯罪；刑法规制；定罪量刑；罪数认定

一、我国涉医犯罪行为的类型

在理论学界中，根据不同标准针对涉医犯罪进行过多类型的犯罪行为研究，本文以涉医犯罪主观方面为标准，将涉医犯罪行为分为“索赔策略型”和“情绪发泄型”。

索赔策略型涉医犯罪行为可以解释为非暴力型“医闹”行为，也即传统狭义的“医闹”，具有以下特征：第一，侵犯客体。索赔策略型涉医犯罪行为直接侵犯的客体是以医疗秩序为主的社会公共秩序，如在医院设灵堂、设置障碍物阻挡患者就医，或者在诊室、医师办公室、领导办公室内滞留等行为；第二，主观方面表现为故意。以医患纠纷赔偿为标准，目的在于通过壮大声势以“正义”为名要求医方赔偿，期间引发的暴力伤医行为仅作为实现目的的手段之一，即索赔策略，这也是“职业医闹”得以发展成为一个行业的主要原因；^[1]第三，涉及罪名。《中华人民共和国刑法修正案（九）》（以下简称《刑法修正案（九）》）第290条第一款明确规定聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行的将被处以刑罚。当前“医闹”行为已被刑法列为聚众扰乱社会秩序罪的情节犯。

情绪发泄型涉医犯罪行为则相应地可解释为暴力型“医闹”行为，即暴力伤医行为。其有以下特征：第一，侵犯客体。暴力伤医行为直接侵犯的客体是特殊职业人员的人身权利，如2012年哈尔滨医科大学一附院伤人事件，2013年温岭袭医事件等代表性案件中，加害人针对的直接客体是医务人员的人身权利，同时或者进而破坏医疗秩序；第二，主观方面表现为故意或过失。暴力伤医行为主观目的较大程度上仅是行为人（病患或病患家属）对医疗行为本身或医务人员行为态度强烈不满的情绪释放，即情感宣泄，其直接目的一般不在于要求赔偿，更多具有突发性和直接性特点；第三，涉及罪名。目前刑法常常将此类犯罪纳入分则第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪中进行定罪。刑法对暴

* 李想：安徽财经大学法学院2018级硕士研究生。

[1] 根据策略方式不同，狭义的“医闹”行为可分为“职业医闹”和“非职业医闹”。2006年原卫生部新闻发言人毛群安的讲话中首次提到“医闹”一词：“医闹就是找一些发生医疗纠纷和可能发生医疗事故的人，并借这个名义，到医院通过闹事获得经济好处的人。”

力伤医行为并未单独设立罪名，实践中是依照暴力行为的严重性对加害人进行治安管理处罚或侵犯人身权利的相关罪名予以刑事处罚。暴力伤医行为往往因范围小，涉及人员少达不到“聚众”而无法被纳入聚众扰乱社会秩序罪中，当前刑法仅单用故意伤害罪等侵害人身权利罪名对其评价，忽视受害人特殊职业人员身份及可能造成的社会影响。

应当明确，上述两种犯罪类型指向的对象不同，索赔策略型犯罪行为在实践中直接指向的是医疗场所，而情绪发泄型犯罪行为往往直接指向的是医疗机构中的医务人员。而基于行为的连续性，狭义的“医闹”行为在某种介入因素驱使下，可以转化为暴力伤医型犯罪行为，如言语冲突、情绪激发等情感介入因素。基于本文对我国涉医犯罪行为的类型及其特点说明，进而才能清晰分析当下涉医犯罪刑事法规制中的缺陷。

二、现有涉医犯罪刑事法规制的缺陷

（一）罪名认定不当

1. 罪名认定不正确

当下涉医犯罪在实务中出现罪名认定不正确的现象。为更直观说明近年来涉医犯罪在定罪中出现的缺陷，有必要对典型案例中的定罪情况进行观察。图一是根据北大法宝数据库中最新累计公布的《27起涉医违法犯罪典型案例》罪名分布数据用 EXCEL 描绘的饼状图。

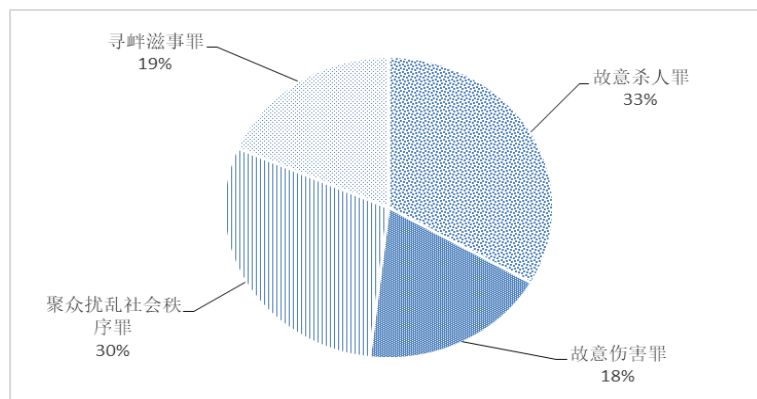


图1 27起涉医犯罪典型案例罪名分布图

如图1所示，自《刑法修正案（九）》第二百九十条聚众扰乱社会秩序罪得以修正后，原本将严重影响医疗活动正常进行的医闹行为以寻衅滋事罪定罪处罚的类似案情已明确按照修正后的第二百九十条聚众扰乱社会秩序罪予以判决，然而某些地方法官仍然以寻衅滋事罪对医闹行为定罪处罚。司法实践中法官多将“拉横幅、烧纸钱”等医闹行为纳入该罪名的客观方面，作为该罪的具体表现形式之一。但不得不承认定罪实际上违反了罪刑法定原则。应当明确，医闹行为与寻衅滋事的最大区别在于行为人的犯罪动机不同。前者目标明确，通过聚众闹事的形式扰乱正常医疗秩序得到医疗机构及相关部门注意，以达到实现个人的某种不合理需求的目的，换言之是以受害人角度向医疗机构“讨说法”，用非诉讼违法犯罪行为解决医疗纠纷；而根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定可知，后者犯罪动机是为了满足耍威风、取乐等不正常的精神刺激或其他不健康的心理需要。故对涉医犯罪应当正确分析行为人的主观方面和客观结

果，否则罪名认定不正确影响量刑，容易出现罪刑不相适应甚至同案不同判的现象。

2. 罪数认定不充分——以法益为视角

众所周知，刑法直接目的是惩罚犯罪，保护法益，因此要求在评价犯罪行为时，不应遗漏评价，从而全面保护法益。上文已明确暴力伤医行为不同于“医闹”行为，但在实际行为时二者往往具有时间上的重合性，行为上的叠加性。这就意味着，在“医闹”行为持续期间易伴随对医疗机构相关或不相关医务人员的暴力伤害行为。或者在突发性暴力伤医行为同时构成对医疗秩序的严重破坏。由此可见，实践中暴力伤医型犯罪行为侵犯法益包括人的生命健康权（即个人法益）和社会秩序的稳定（即社会法益）。

由此建立两种案例模型：

情形一，两行为触犯两法益（个人法益和社会法益）。行为人在“医闹”行为持续过程中与医务人员发生正面冲突，实行暴力伤医行为，或者行为人在医疗机构场所因医疗纠纷公然对医务人员实施突发性暴力伤害行为，并且对医疗机构设施等财物施加毁坏。按照罪数原理，行为人触犯两类法益应当定两罪（在符合入罪标准前提下，前者构成聚众扰乱社会秩序罪和故意伤害罪数罪并罚，后者构成故意伤害罪和故意毁坏财物罪数罪并罚），而吸收犯的法理基础认为“某个构成要件比其他构成要件具有完全性时，‘完全法拒绝不完全法’”。^[2]但是，故意伤害罪和聚众扰乱社会秩序罪两法益保护不同类别的客体，医疗秩序不能包含侵害生命健康权的法益，故不能适用于吸收犯两罪并一罪处罚原理，否则易引起遗漏评价之嫌疑。

情形二，一行为触犯两法益。行为人数不定并多发于宣泄型暴力伤医，对人身造成伤害同时造成对正常医疗活动社会秩序的严重扰乱。这是实践中行为方式较为纯粹的人身伤害型犯罪。造成这一现象的主要因素在于犯罪发生地的特殊性和犯罪对象的特殊性。医疗机构从社区医院卫生院到三甲医院，不论规模大小，共同特征都在于人群众多，极易引发安全隐患；而医疗机构中的医务人员更具有职业上的特殊性，虽不属于国家机关工作人员，但其职责在于救死扶伤，这意味着医务人员受到人身伤害极易影响正常医疗活动进行进而引发社会秩序混乱。

问题在于，情形二在满足刑法规制条件下，行为人针对医务人员实施暴力伤害行为在实践中存在遗漏评价现象。司法实践中一般将此类暴力伤医行为定性为故意伤害罪一罪，对扰乱社会秩序的法益未予评价。^[3]之所以存在这种现象，主要是因为现有刑法不存在一条罪名或一款情节针对暴力伤医同时扰乱社会秩序，即使聚众扰乱社会秩序罪的罪名构成要件也要求主体规模达到三人及以上“聚众”，故针对三人以下在医疗机构扰乱正常医疗秩序就缺少相应罪名予以完全评价。由以上分析，暴力伤医行为同时扰乱社会秩序的犯罪缺少法条竞合的条款依据，可以参考设立结果加重犯作为法定刑升格条件或包容评价思想下设立特殊法条，根据法条竞合对行为做罪数认定。

（二）刑事案件私人化处理

基于我国法治本土资源的历史背景，在本土环境下形成的“以和为贵”的传统意识，本应适用公法处理的涉医犯罪却常常呈现私人化处理倾向，甚至形成“大闹大赔，小闹小赔”的恶劣现象。^[4]行政处罚、民事赔偿、司法调解成为了代替刑事追究的手段，导致较为突出的犯罪黑数问题。

[2] [日]大塚仁著：《刑法概说总论》，冯军译，中国人民大学出版社2009年版，第484页。

[3] 谭淦：《论德国量刑法上的裁量空间理论》，载《海峡法学》2015年第1期。

[4] 苏力著：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版，第36页。

例如，以全国三甲医院为例，近6成暴力伤医案件以医疗机构与病患家属调解结案，3成是以暴力伤医行为加害人受治安管理处罚拘留或罚款，或者构成犯罪采取强制措施后不了了之，仅少数造成严重后果的暴力伤医案件基于舆论媒体及社会影响力的压迫，将加害人的行为纳入刑法惩罚机制处以刑罚。通过查阅中国裁判文书网，发现自《刑法修正案（九）》第290条修订后，司法实践中存在罪刑不相适应，违反刑法基本原则等问题。另外，通过对成本收益分析，当前很多医疗机构从案件本身影响力和经济效益的利益衡量，多数情况下牺牲医护人员生命健康权及人格权的利益，选择利用私了方式处理纠纷，达到维护医疗大环境下的稳定。这才导致涉医犯罪有法不依、执法不严、违法不究的现象突出。

又如，侮辱罪是刑法规定的告诉才处理的案件，意味着可以调解或者私下和解，针对实践中家属言语中伤（在公开场合辱骂医务人员）或其他侮辱行为（如家属要求医生下跪），医疗机构往往为了避免引起社会舆论，影响医疗秩序正常运行，多数医生诉患方侮辱罪的案件以调解结案，或者医疗机构与行为人达成和解等规避刑法的方式解决争端。表面上形成社会和谐的氛围，实际上侵害的是医务人员的人格尊严，并且易造成“侮辱医生不用承担刑责”的误导。

显然，规避法律进行“私了”，不是维稳，而是放纵。多起个案表明，绝大多数暴力伤医行为都具有突发性，患者及家属行为动机是以宣泄对医方不满为心理支撑，表现出殴打、毁损等直接性破坏行为。基于医患双方专业知识水平不对等，患者更多关注可视性治疗结果及治疗服务。既然属于情绪宣泄型行为，则主观恶性较小，故实践中多见受害人与行为人达成调解协议，通过“私了”达到社会影响最小化，表面上既维系医患双方情绪稳定，又保障医疗活动正常进行，这种忽略医务人员权利保护的“维稳”做法实则易导致医疗秩序内部出现混乱局面。如哈医大伤医事件。正是由于医务人员人身权利得不到有效保障，医疗活动难以全身心投入，才会造成越来越多的医疗纠纷。综上，暴力伤医行为负面影响不是靠停止侵害赔礼道歉等承担民事责任的方式足以惩戒的，而是需要刑法的严格规制来救济医务人员人身权利和保障其他病患就医环境。

（三）量刑过度宽纵

个案中刑罚由法官裁量，法官的自由裁量权是法律所明确的。法官的双重角色最关键体现在量刑过程中，这要求法官既要基于其职业判断又要兼具社会人格。由此而来，法官应当根据案件事实法律规定和法理基础形成内心确信从而作出公平公正的刑罚裁量结果。因此，依法确定准确的刑罚尺度，在量刑幅度内自由裁量就显得极为重要。

然而，在医患纠纷的特殊背景之下，实践中普遍存在法官在行使自由裁量权时对被告过于宽纵的现象。大抵是由于被告在医患纠纷中的弱势地位，普遍认为伤医行为背后的“事出有因”。如有判决书明确表示：被告人实施的暴力伤医行为系由于医患纠纷情况下的过激行为，综合其他情节，对被告可酌情从轻处罚。此类判决理由直接将医患纠纷作为背景，客观上为被告的涉医犯罪行为提供了重刑的防护网。或者考虑到信息不对称是医患双方产生冲突的根源，医疗机构在诊疗活动中有过错行为。如有些案例中辩护律师指出医院诊疗行为有过错，建议对实行涉医犯罪行为的被告适用非监禁刑。法院对此虽未明确回应，但在判决书中对被告判处管制刑，因此实际上肯定了医院诊疗过错会对被告涉医犯罪量刑产生影响。这无疑是政策从严，实务从宽的两重标准。刑法规制应当遵循严宽相济原则而非迎合特殊背景下的普遍从宽。

应当看出，涉医犯罪侵害医务人员身体健康权和人格权法益、扰乱医疗秩序的同时，也妨碍了其

他病患及时、正常就医。^[5]宽纵的量刑与行为人侵害的法益之间的价值衡量不能达到平衡,及达不到有效的惩戒和预防作用。长远看来,宽纵的量刑会削弱医务人员的就业热情和人格尊严,伤害医疗机构的执业环境,最终有损公共健康福祉。

三、涉医犯罪刑事法规制的具体完善路径

(一) 充分利用既有罪名

为防止出现法律真空,完善法律滞后性,我国通过十个刑法修正案增设了众多新罪名,另外,某些原有罪名的构成要件严格到预备阶段。从实害结果犯转向抽象危险,从个人法益转向公共法益。但对各个罪名的设置,仍然有诸多较为复杂的立法议题需要被明确。

然而,立法活动程序繁琐,不是普遍民意的单一反映,尤其应当避免情绪性立法。每当重大社会问题暴露出来时,总会出现诸如“用刑法惩治一切非道德行为”等的非理性舆论。这些舆论呼声更多地属于非理性民意,忽视了刑法的谦抑性,而纯粹的立法过程应当要求对这些舆论作出去伪存真的分辨过程,否则具有易操纵性的舆论一旦沦为非理性民意,将会对立法带来极大损害。^[6]因此,现阶段应当对既有罪名充分利用。

严格来说,医疗秩序从属于社会秩序,故“医闹”行为引发的涉医犯罪问题由聚众扰乱社会秩序罪即可包涵,如针对涉医违法犯罪中扰乱公共秩序造成严重损失或情节严重的,利用聚众扰乱社会秩序罪可对此行为加以刑法评价。但是,如上述所说,“医闹”包括多种情形,聚众扰乱社会秩序罪并不能完全将其囊括。(如对医务人员的身体伤害、人格侮辱、对医疗机构的财物毁损、秩序破坏等情形)每类犯罪的构成要件均不同,而聚众扰乱社会秩序罪仅对应的是一种犯罪行为,为多种情形中其中一项的刑罚评价。

由此分析,想象竞合犯处理原则是涉医犯罪对既有罪名充分利用的体现。我国实务中对于扰乱医疗秩序同时伤害医务人员等情形,往往只宣示行为人成立扰乱公共秩序罪,对可能成立的故意伤害罪等其他罪名不另作宣明。应当明确,作为想象竞合犯处理原则的“从一重处罚”,不是指“罪名单一”,而是指“刑罚单一”。想象竞合犯触犯的是数个罪名,因而在判决主文中应当对全部罪名予以宣示,否则易造成对行为人行为的不完全评价。^[7]此外,在判决书中说明成立想象竞合犯的数个犯罪构成,能够达成充分尊重、保护法益的目的。

(二) 限制适用刑事和解程序

如前文所述,涉医犯罪侵害的往往不仅是医务人员个人法益,易伴随对社会秩序法益的破坏,危害公共健康事业,而刑事和解程序要求受害人只能就自身受害的法益进行刑事和解,因此针对涉医犯罪中涉及公共利益事项则不应当由个体行使决定权。有鉴于此,实务中涉医犯罪的刑事和解程序的大量适用,导致一些案件撤销、未立案或刑罚从宽,有违罪刑法定原则在实务中的贯彻,因此应当限制刑事和解程序在涉医犯罪中的大量适用。

特别注意,刑事和解主要适用于保护私法益的较轻犯罪。而基于医疗服务的特殊性,涉医犯罪不同于侵害个人法益的较轻犯罪。针对涉医犯罪的负外部性特点,公权力的介入是极为有必要的,不易

[5] 秦雪娜:《论涉医犯罪的刑事法规制》,载《北方法学》2018年第3期。

[6] 郭玮:《象征性刑法概念辨析》,载《政治与法律》2018年第10期。

[7] 谢佳文、石悦:《法益视域下“医闹”定罪探析》,载《医学与哲学》2017年第11期。

过度适用刑事和解。故司法实务中有司法机关明确将刑事和解制度适用于第六章聚众扰乱社会秩序罪显然是不合适的。因此，涉医犯罪需要严格的刑法规制来救济医务人员人身权利和保障其他病患就医环境。

（三）严格遵循罪责刑相适应原则

修订后《刑法》第5条明确规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这是刑法对罪责刑相适应原则的规范性表述。为缓解涉医犯罪政策从严，实务从宽的现象，实务中应当达到严格遵循严宽相济和罪责刑相适应原则之间的均衡。

据上文所述，实务中许多刑事判决都将医疗机构诊疗过错、或者医患纠纷这一大背景作为从宽量刑的既定标准，这是目前造成涉医犯罪的刑罚适用普遍宽纵的主要因素。然而，正如前文分析，医患双方信息不对称乃根源性问题，并非纯粹来自于医疗机构的单方责任。因此，不能因为医疗机构存在诊疗过错或者医患纠纷这一根源问题，就当然地对涉医犯罪的行为人在量刑上进行宽纵。

从理论上分析，刑法倾向于侧重一般预防作用。原因在于，刑罚的本质不是对犯罪行为人惩罚的尺度大与小，而是“只要刑罚的恶果大于犯罪带来的好处，刑罚就可以收到它的效果。这种大于好处的恶果中应该包含的，一是刑罚的坚定性，二是犯罪既得利益的丧失”。^[8]

四、结语

应当指出，刑法作为权益保障的最后一道防线，是处置“医闹”行为的坚强后盾，但必须谨慎用之。重刑传统意识让民众遇到重大社会问题时总是呼吁立法完善，虽满足民众对有序社会积极参与感，但易导致刑法立法的谦抑性受损，同时坚固民众的重刑思维。因此，建设社会主义法治国家，要求严惩违法犯罪行为的同时要兼顾刑法谦抑性，对于满足涉医犯罪构成要件的行为，应当严格按照罪刑法定原则依法惩治，但尚不构成犯罪的“医闹”行为就不应用刑法规制。值得一提的是，2018年8月31日新颁布的《医疗纠纷预防与处理条例》是预防和处理医疗纠纷在立法上的突破（本条例已于2018年10月1日起施行）。畅通医患沟通渠道，倡导以柔性方式化解医疗纠纷，缓解医患对抗，有利于促进医患和谐，坚守刑法谦抑的基本理念。

责任编辑：潘 晖

王 乐

程慧竹

[8] [意]切萨雷·贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社2008年版，第64页。

论我国遗产税的法律制度构建

庄家强 李想*

【摘要】随着社会的发展,我国逐渐具备了遗产税的各项条件,而遗产税也一直是学界讨论的热点,本文主要通过遗产税的理论阐述,分析我国开征遗产税存在的问题,借鉴国外开征遗产税的范例,在吸取外国经验的基础上结合我国实际,提出我国遗产税制度设计,希望有助于建成中国特色遗产税法律制度。

【关键词】遗产税;税制;税制模式;合理性;设计

一、前言

近年来,中国的经济发展引起了全世界的关注,成为世界第二大经济体,人民生活日益改善。贫富问题是现代国家普遍关注的问题,而我国贫富差距大是一个持续已久的社会问题,我国政府和执政党也采取了很多措施解决这个问题但是结果大都并未取得预期的效果。对财产进行课税是最直接最有效的手段。在世界范围内,遗产税也是一个十分有效的调节贫富差距的手段,而我国一直并未直接开征遗产税。本文介绍了遗产税的基本原理,指出我国遗产税开征存在的合理性和障碍,并结合遗产税可能对中国社会产生的影响,得出我国应当进行遗产税立法,同时开征遗产税的结论。其后比较分析国外三种遗产税制代表,然后结合我国国情进行适合我国的遗产税制度设计,对中国未来征收遗产税提供一些参考,以期望共同探讨和解决我国遗产的相关问题,推进我国经济社会实现社会公平,推动中国特色社会主义和谐发展。

二、“遗产税”的理论概述

(一) 遗产税的历史演进

世界历史上第一次出现遗产税的地点是古埃及,约在4000多年前,埃及的法老胡夫为筹军费在本国征收遗产税。近代遗产税在1958年诞生于荷兰,紧随其后,其他西方国家相继征收遗产税,他们大多基于一个目的——战时军费需要,一般战争结束即停止征收。从20世纪起,全世界很多国家将遗产税固定为本国日常税种。它的主要目的转向调节社会贫富差距。最近几十年,一些国家和地区却取消了该税种。

(二) 遗产税的含义及性质

1. 遗产税的含义

遗产税,顾名思义,被征收的对象为过世死者的财产,遗产税是一种财产税,应当包含两个要素:

* 庄家强:安徽财经大学法学院2018级硕士研究生。

李想:安徽财经大学法学院2018级硕士研究生。

第一，遗产所有者死亡；第二，有明确的财产继承人或受赠人。若财产所有人并未死去，对其财产进行所谓的遗产分配，明显是不合理的。其次，遗产税是面向遗产接受人征收的税种，必须要有明确的继承人或受赠人，否则可能造成征收过程中不必要的损失和资源的浪费。^[1]

2. 遗产税的性质

一是，遗产税是一种财产税。财产税主要是对自然人、法人的财产进行课征的税种，很明显，遗产税符合财产税的构成要件。财产税的关键在于缩小贫富差距，它主要是针对社会中相对富裕的群体，这一点的精神和遗产税的精神不谋而合。作为这种观点的主要提出者，马斯格雷夫的观点是，税收主要分为两部分：第一为面向货币运动过程的课税；第二为财产的所有、转让的课税。遗产税在其中占有一定的地位，但是又有其自身的特别之处。例如：财产税主要是向财产所有者征收，而遗产税主要面向遗留的财产。但无论怎么样比较，遗产税都符合财产税的特性。

二是，遗产税是一种流通税。流通税的课税对象为商务服务和生产商品的流通流转额。而遗产税则是以流通进行课税对象的一项税种。接受遗产者因遗产的转移而缴纳一定的税款，但是并未对所有者征收税款，而这一行为恰恰发生在流转过程中，所以有专家将遗产税看作一种流通税。

三是，遗产税是一种直接税。直接税最显著的特点就是税负不能转嫁，毋庸置疑，遗产税符合直接税的要件，我们对遗产税进行分析，首先，遗产税征收的前提是财产所有者的死亡，然后相关机关进行遗产确认，在这个过程中，确认遗产继承人或者受赠人，确定相应标准。在这一过程中税负不会被转移。再次，遗产经过确认和分配后，遗产接受者所得到的份额是明确的固定的，因此难以嫁接。此时遗产税失去被转嫁的可能，故其为一种直接税。^[2]

3. 开征遗产税的理论基础

遗产税是一个拥有一定历史的税种，根据不同国家的不同情况和差异，产生了关于开征遗产税的不同理论学说。

一是平均财富理论。这种理论的思想是，国家应该尽可能防止财富过多集中在少数人手里，正是因为财富的继承才导致少数人拥有巨额财富。国家应该通过遗产税达到平均分配的目标。

二是国家共同继承理论。这种观点认为，个人所拥有的财富，不仅仅依靠个人努力，除此之外还依赖于国家的帮助和保护。既然政府提供了保护和帮助，那么国家在个人死亡之后收取部分遗产则在情理之中。

三是社会公益理论。该理论认为征收遗产税的一个主要作用是促进社会公益事业的发展。

四是纳税能力论。该理论认为遗产实际上是个人财富的增长和获得。如果单纯对一个人的所得收入进行征税而不对遗产进行征税，很明显是相对不公平的。

综合分析上述理论，虽然征收遗产税形成了不同的理论学说，但是这些学说都是围绕公平和效率价值产生的，它们的最突出的共性是都认同为了维护社会的公平，遗产税的征收是必要的。

4. 遗产税的立法价值

纵观各国开征遗产税的最主要的原因是遗产税的开征有利于调整社会再分配，解决社会分配中存在的问题，帮助国家解决公平分配的社会目标。在开征遗产税时公平的价值理念往往都得以体现。法律的内在价值往往是法律制度最重要的核心。现代立法过程中，公平和效率的衡平是关键。研究遗产

[1] 张天一：《对我国开征遗产税的思考》，载《现代经济信息》2017年第22期。

[2] 杨梅：《对开征遗产税的几点认识》，载《湖南税务高等专科学校学报》2017年第1期。

税的立法最重要的就在于如何寻找公平和效率的结合点。

①公平价值

税法的公平价值应该不只体现在一个方面。第一方面是税收公平，主要表现为需要进行普遍征收，纳税需要保障平等；第二方面是社会分配公平，税收是国家实现社会分配调节，进一步实现相对公平的主要途径。遗产税立法体现的公平价值并不和我们所追求的一般公平相同。遗产税将国家和纳税人放置在天平两端，形成相对平等的关系，根据契约精神，国家为个人提供应该提供的帮助和服务，个人缴纳一定的财产。遗产税能有效防止强者愈强弱者愈弱，维持一个相对健康的社会大环境。

②效率价值

税法的效率价值在于用最少的投入获得最大的收入。遗产税同样体现了效率的价值。国家将税收统一管理，在社会的大环境下实现更有效率的分配。换个角度，遗产税的课税实际上是对社会化的推崇和对私有制的打压。过分的私有制会导致财富的过于集中，并不利于社会的进一步发展，而社会化的发展，则更多按效率进行配置。

遗产税立法的公平价值是为了平等进行再分配，但并不是完全平等，是一种相对的平等。如何保证个人的积极性，这时候就需要效率的帮助。而效率的最终目的是为了公平，效率和公平两种立法价值绝不是不可相容的，只有二者相互推动才能共同促进社会的大发展。

三、我国进行遗产税立法的可行性和必要性分析

（一）我国进行遗产税立法的可行性分析

1. 日益健全的法律环境为遗产税立法打下法律基础

作为我国政党领导人民的基本方略——依法治国，伴随进程的不断推进，我国相关的法律体系慢慢完善。主要体现在几个方面：第一，宪法明确公民有依法纳税的义务，同时明文规定保护公民的私有财产不受侵犯，保障公民的继承权，为遗产税的征收提供了可能。第二，在民法上对继承相关事宜进行了规定，提供民法的必要保障。第三，税法规定了各类税种，税款征收，税收管理，征收程序以及责任做出了规定，为遗产税提供法律程序保障。第四，刑法为逃税欠税等行为作出严格规定，追究违法者刑事责任，提供了刑事法律依据。

2. 快速发展的经济为遗产税立法打下经济基础

遗产税的立法必然需要国家具有一定的经济基础，当今中国，自从开启市场经济以来，中国经济迅猛发展，2017年，我国GDP达到827122亿元，中国这几年已成为世界第二大经济体，在世界经济占据举足轻重的地位。随着社会经济的发展，我国社会收入结构发生了一些变化，曾经的中国贫富特点为穷人过于贫穷，而现在更多体现为富人太富。据报道，中国2017年千万富豪已经达到158万人，相当于中国国民每879个人中就有一个千万富豪。稳定的税源是遗产税能够得到基本的保证。在经济发展的过程中，人们的生产热情不断高涨，可以预见在未来中国会出现越来越多的富裕群体和个人，这些基础无不为我国遗产税立法奠定经济基础。

3. 国外遗产税立法为我国遗产税立法提供经验

从近代遗产税产生到2017年，世界开征遗产税的国家和地区已经有100多个，从本文第四部分可以了解到，在其中的一些国家，经过了几百年的探索，遗产税立法的发展已经相对比较完善，无论是模式还是程序，都已经取得了一定的成绩。对于我们来说都是重要的经验，对我们以后的相关政策

可以提供帮助，而这些经验也在一定程度上为我国进行遗产税立法提供了可能。

4. 公民呼声高涨和配套制度的建立为遗产税立法提供可行性

近年来，随着社会经济的发展，一方面中国社会涌现了越来越多的新媒体，群众更多地参与社会热点和政策法规的讨论，国民对于贫富差距和收入分配的不满足，将遗产税又一次推向话题的高潮。随着人大、政府多次将遗产税写入工作计划以及公民法律意识的增强，不得不承认，我们可以从这些呼声中看到遗产税立法的曙光。^[3]另一方面遗产税必然涉及个人财产监管问题。虽然目前我国还没出台相关法律，但是已经存在一些相应制度，如股票实名制、房地产实名制等，这些制度的出行为遗产税立法提供了一个前提和基础，并且在实施过程中不断走向完善。国家制定和出台的一些相关政策制度，都为遗产税立法提供了可靠的依据。

（二）我国进行遗产税立法的必要性分析

1. 维护国家主权和防止财产流失的需要

遗产税的征收和立法在中国一直是个相对较热的话题，在创国之初我国就有过遗产税立法的想法，但是时机不成熟，伴随着社会发展，遗产税又一次引起了社会大众的关注。但是各方学者都有自己的观点，因此引发了一片热议。支持者认为遗产税立法能够实现调节分配缓解贫富差距的作用。反对者则认为中国进行遗产税立法是过于着急的决定，不能完全跟风、不考虑实际的社会影响。对于遗产税的功能方面，学者们存在争议。中立考虑，根据国际惯例，遗产税征税一般采用属地原则。如果我国不开征遗产税，不对遗产税进行立法，就是失去了对非国民遗产税征收的权力，相当于放弃在遗产税征收方面的主权。因此，遗产税立法也是出于维护国家主权和维护我国公民权益的需要。

2. 调节中国社会贫富差距，推进社会公平。

中国改革开放以来发展迅速，经济实力和综合国力不断增强。尽管一批人富起来了，但贫富差距一直是社会存在的一个棘手的问题。巨额遗产一代传一代，社会财富差距只会越拉越大，导致新一代社会个体不能站在同一起点，很难在同一水平竞争，不仅不利于共同富裕，更可能影响社会和谐和稳定。然而遗产税立法正是解决这一问题、克服这一弊端的有效手段。一方面为大家创造一个更公平的社会，另一方面在一定程度上杜绝后辈好吃懒做，增强一代人的责任感和自立能力。

3. 带动社会慈善事业的进一步发展

美国是征收遗产税的代表国家，慈善捐赠是重新分配社会资源的一种重要方式，企业家通过将自己的资产进行慈善捐赠不仅可以帮助社会上相对弱势的群体，同时也可以提高自己和企业的知名度，对完善企业的社会形象起着无比重要的作用。

从美国的发展过程中，我们不难发现，遗产税在一定程度上刺激了慈善事业、慈善机构的发展。如股神巴菲特签署了将自己85%的财产捐赠给慈善机构的协议。企业家可以在将自己的巨额财产留给自己的后代的同时，将自己的大部分财产捐赠给慈善机构，用自己有限的力量帮助更多需要帮助的人，让自己的社会价值发挥最大化，甚至流芳百世。所以，假如中国开征遗产税，我们的社会一定也会有更多的企业家愿意将自己的财产贡献给慈善事业。^[4]

4. 完善我国税收体系，增加财政收入

我国税收制度体系具有多层次，多类别的特点，所得税和流转税为主要内容，财产税和行为税为

[3] 王蔓琦：《我国开征遗产税的可行性分析》，载《时代金融》2016年第11期。

[4] 邱荟婷：《我国遗产税征收可行性分析及要素探讨》，载《当代经济》2017年第32期。

辅的结构体系。我国主要通过个人所得税调节个人收入，但是不得不承认个人所得税调节收入差距的手段过于单一，而且很难做到全面调节。遗产税作为一种财产税的很大作用是再分配调节经济。正巧能够填补个人所得税的功能上的欠缺。可以对个人所有财产进行隔代分配调节，更好发挥税收制度的作用。其次，财产税方面，我国设立了很多针对固定资产征税的税种，很少设立财产转移的税种，因此导致我国税收立法体系有很大的空白区域，不能完全发挥作用，故只有遗产税立法才能填补相应的财产转移税的空白。

税收的最本质的目的是充裕国库，所以遗产税的功能也和充裕国库密不可分。从最古老的遗产税出现到近代遗产税的出现都是国家为了军费的需要才开始征收。观察已经征收遗产税的世界各国，不难发现，虽然遗产税占各国年度总税收的一小部分，但是确实不可或缺。2017年中国总税收为144360亿元，如果按照美国的遗产税占比1%计算，中国将会增加1443.6亿元的财政收入，而中国2017年投入专项扶贫资金大约为1400亿元，也就意味着，中国如果征收遗产税，并将这笔钱用来投入基建扶贫，中国每年投入的扶贫资金将翻一番，这对我们国家的社会稳定维护和人民幸福感提升将会起到很大的积极作用。

5. 抑制腐败的需要

近几年来，中国反腐一直是个大问题。中央也号召“老虎苍蝇一起打”。但是仔细思考，为什么这些贪官敢腐败，很大的一部分原因是监管不足。虽然个税的征收已经进入轨道，但是对于公务员的其他不可见光的收入，我们无法进行调节和规避。而对遗产税进行立法，必然要建立和完善相应财产监控制度，帮助照清非法收入，帮助可能贪腐之人打消贪腐念头。其次，遗产税是对财产所有人死亡时遗留所有财产进行征收的税种，不管是生前合法收入还是非法收入，都将被征税，一旦继承发生，其中很大一部分不会被子女继承而是收归国有，一定程度上减少腐败的动机。

四、国外地区遗产税立法的经验及借鉴

着眼于全球，已经有超过一半的国家将遗产税纳为本国常规税种。但是近些年，部分国家选择废止遗产税或者重新开始设立遗产税。这些行为无不将遗产税推到社会话题的风口浪尖。对此中国将如何选择，必定需要参考前者境外地区国家的范例，总结经验才能更好地结合本国国情决定是否开征以及如何开征。

（一）美、日、意国家遗产税制度分析

1. 总遗产税制代表——美国

总遗产税制度的代表国家是美国和英国，本文选取美国为例介绍总遗产税制。美国的遗产税最早开征于1788年，初衷是为了海军筹集军费，1916年成为固定税种。

① 纳税人

美国的遗产纳税人往往是遗产执行人，而赠与税的主体为财产的赠与人，他们的最首要的工作就是对死者所有财产进行评估，在未将遗产交付继承人之前，有义务保存管理遗产，纳税后再进行遗产分配。

② 征收范围

总遗产税制的征收对象为死者所有资产，不考虑继承，以及财产的去向。而所有资产的范围包括死者名下动产、不动产、有形资产和无形资产等。

③税率

采用超额累进制，税率共设有18个等级，2013年公布的税率下限为18%上限为50%。

④免征额

美国遗产税的免征额根据本国经济状况发生变化，2013年免征额为525万美元。

⑤扣除项目

美国遗产税规定一些减免优惠即扣除项目，主要包括：被继承人配偶的道德财产可以全部扣除、慈善捐赠扣除、家庭拥有事业的特别免税额。

2. 分遗产税制代表——日本

分遗产税制的主要代表国家为日本、德国和法国，本文选取日本为代表进行介绍。1905年日本开始征收遗产税，先实行总遗产税制。从1950年开始实行分遗产税制，并征收遗产税至今。

①纳税人

遗产纳税人是遗产继承人，赠与税的纳税主体是财产受赠人。日本征收遗产税适用遗产税来源地管辖，只要需要继承的遗产在日本国境内就需要缴纳税款。

②征收范围

分遗产税制的征收对象是继承人所继承的财产。分遗产税制的特点是考虑死者和继承人的亲疏关系以及实际继承的财产进行区别征税。

③税率

同样采取超额累进税率，采用层级为6级的税率，2013年通过的2015年正式施行的边际分别为10%和55%。

④免征额

2013年确定的免征额为=3000万日元+1000万日元×继承人数

⑤扣除项目

日本遗产税的扣除项目主要有配偶税额抵免和未成年或残疾人扣除，前者即配偶继承的遗产不多可以在应缴税中扣除一些，后者即继承人未满20周岁或是残疾人是可以在应缴税种扣除一部分。

4. 总分遗产税制代表——意大利

总分遗产税制即混合遗产税制，代表国家为意大利。意大利近代开始征收遗产税大约在19世纪60年代，在之前也开征过遗产税，但被废止了很长一段时期。近代从19世纪60年代开始直到2001年又停止征收遗产税，2006年开始复征。混合遗产税制代表国家是意大利。

①纳税主体

混合遗产税制的遗产税纳税人有两类，一类为遗产管理人或遗嘱执行人，第二类为继承人或者受赠人。特别注意的是，意大利之所以纳税人有两类是因为近代之前意大利也曾开征过遗产税这一税种。

②征收范围

征收的对象是死者遗留下的全部财产，混合遗产税制对死者的全部遗产先征收一次遗产税，然后对继承人实际获得的财产再征收一次遗产税，表现形式为征收两次遗产税。

③税率

同样适用超额累进税率，对死者全部遗产征收的遗产税税率下限为7%上限27%，对继承人征收的继承税根据血缘关系远近差别累进，直系亲属税率最低。

④免征额

直系亲属为3.5亿里拉，兄弟姐妹和配偶的直系亲属为1亿里拉，其他的继承者参考相关规定。

⑤扣除项目

意大利的法律规定，遗产税在缴纳总遗产税之前可以扣除死者生前债务，但是需要经过司法程序才能成立。

(二)美、日、意国家遗产税制度借鉴和启示

美、日、意三国作为三种类型总遗产税制、分遗产税制和总分遗产税制的代表国家，从三个国家的实行来看，各有利弊也各有特点。很明显，对于早期征收遗产税大多都出于填补国库、战争等原因，偶然中存在着必然，各个国家在自己的遗产税立法实践中不断完善变化，形成自己的成熟体系，接下来将对三种类型遗产税制的进行经验借鉴。

1. 美、日、意国家遗产税制借鉴

①美国的总遗产税制体现的征收方式为先税后分配，有如下优点：首先具有较强的补漏功能，在人生的结束处设立相应关卡，防止偷税漏税。其次总遗产税制征收简单，收税快捷方便，程序简单，相比于其他两种税制有更易执行的特点。最后相比于分遗产税制，总遗产税制的收入更高更稳定，对于国家的利益能够更好地维护。

美国的总遗产税制的缺点：一方面，相比于分遗产税制，总遗产税制没有考虑死者与继承人直接的社会关系，和其他税制相比，存在一定缺陷。另一方面，总遗产税制没有考虑继承人的纳税负担能力，标准固化单一，难以保证在实行过程的公平。^[5]

②日本的分遗产税制体现的征收方式为先分配后征收，具有如下优点：首先分遗产税制同其他税制相比，遗产继承人越多每个人负担的遗产税就越少，更好地分配财富，缩小继承人的贫富差距，进一步保障公平，按照继承人实际取得的遗产征收遗产税，明显更能得到大众接受，符合社会共愿。其次，在缴纳遗产税的过程中，考虑到继承人每个人不同的负担能力，保护处在弱势群体的利益，例如残疾人和未成年人可以扣除一部分。最后分遗产税的税率依靠为血缘亲疏关系，符合社会伦理道德观念。

日本分遗产税的缺点：首先：同总遗产税相比较，分遗产税的征得的税收总收入可能相对比较少。其次在征收遗产税的过程中可能会出现征收困难和管理问题，对于不好划分继承的遗产难以先进行切割分配，导致继承人之间的矛盾。

③意大利的总分遗产税制的征收方式为先征税分配再征税，这种税收结合了前两种税进行征收税款，具有上述两者的优点，一方面保证税收的顺利征收，另一方面保障了一定的公平。但是前后征税两次让人觉得程序繁琐，而且很可能造成遗产继承人的不满，征收成本管理成本提高，所以虽然这种税收具有很多优点，并不能完全规避缺点。

2. 美、日、意国家遗产税制度的启示

经过上述比较分析不难发现，并没有完全确定的遗产税征收模式，每个国家都有自己的方案和社会需要，各国的遗产税征收大都颇有成效，总体来看，三种遗产税制存在一些共同之处：一、适用超额累进税率，二、主要目的都为调节收入分配。至于如何征收本国遗产税应该结合本国的具体情况定下目标，加强执行。从上述分析我国如何征收遗产税可以得到如下启示：

[5] 刘春兰：《我国开征遗产税可行性及其制度设计研究》，载《农村经济与科技》2017年第10期。

①从基础建立一个完整的遗产税法体系。从大体看各个开征遗产税国家都建立一个相对完善的税法体系，对纳税主体、征税范围、税率、免征额等均作出了相应规定，同时，对于遗产税征收的程序也进行了明确的立法，赋予相应税收执法机关权力，建立配套的例如资产评估制度之类。我国如果准备开征遗产税，必定需要先进行制定一个相对完备的遗产税税法体系和相应的配套制度，才能顺利进行开征遗产税。

②国家经济发展水平高低是决定是否开征遗产税决定因素，从各国遗产税征收分析，征收遗产税一般需要几个要件：社会经济相对较发达、贫富差距较大、个人财富积累等。而对于我国很明显已经满足了这个条件，随着经济发展，进入世界大国序列，成为世界第二大经济体。中国2016年基尼系数达到0.465超过0.4境界状态，贫富差距相对较大。除此之外，相对富裕的阶层社会财富积累，社会整体出现了遗产税的需求。

③遗产税税制设计要符合国情，脱离本国国情的税制往往会对社会起到负面作用，为了实现社会公平，不要盲目照搬任何国家的经验，必须基于本国的实际情况，明确合理的征税范围。根据不同时期的社会需求，变更税率和征税范围也是必要的。保证纳税群体的积极性，保证税收税源的稳定。

④重视遗产税征收的相关宣传教育的推进，从各国的经验来看，虽然遗产税的征收很大一部分有利于社会发展的，但是还是有人对遗产税抱有抵触心理，有人会心里不理解，为什么自己辛苦大半辈子，积累的财富，在自己离开世界的时候不能完全传给自己的子孙后代，反而会缴纳一大笔费用作为遗产税。无论何种税收，为广大社会群众接受是最基本的要求，所以在这方面应当在遗产税还未征收之前打下基础，对此进行宣传教育。

⑤科学设计遗产税的税率，对于征税应该征多少的问题，是最重要的问题之一，根据各国经验，我们应适用超额累进税率，这种税率能够最大限度帮助发挥遗产税职能，所以应当采用超额累进税率。看各国的具体税率各不相同，如果税率过高则会加大受征主体的负担和负面情绪，如果税率过低，又很难发挥其调节职能，所以我们在设计税率的过程中应当设立税率较低但是不能过低的制度，根据开征时候的具体社会情况，进行调整开征税率，充分考虑各方。

五、中国开征遗产税的法律制度设计

（一）结合我国国情遗产税制选择

从上文的分析中，不得不承认三种遗产税制都有自己的优点和缺陷，而我国如何选择应当植根于中国的具体历史国情、社会状况、经济发展水平、法律环境等因素，选择适合的制度。当前中国，相对多数学者支持在中国适用总遗产税制，笔者也认同这种观点。出于以下理由：

1. 我国采取总遗产税制度模式，“先税后分”的征收方式，可以减小征收的难度和管理的难度。中国拥有庞大的人口基数，所以无论是工作量还是工作难度都是比较高的，每年中国大约有将近1000万人死亡，这是一个庞大的数字。采用遗产税不仅仅需要靠税收部门，其他部门也需要配合工作，相比于其他税收制度，环节更少，符合更简单，符合我国税收效率原则，具有成本更低的优点。

2. 预防逃税避税的行为泛滥，逃税避税一直是我国税收工作主要打击内容，征收遗产税无疑必须将预防逃税避税作为一个重点工作开展，我国刑法包含逃税罪在第201条、204条第2款、211条有明确规定。总遗产税制，只要死者确定死亡，遗留下来的财产就会被管理部门采取相应措施，而这些措施就是能够保证遗产税税源的稳定和可靠。

3. 税收征收管理效率, 相比于分遗产税制和混合遗产税制都具有几个税率对不同遗产税人征收不同的遗产税, 这无疑增添了征税过程中的繁琐的程序和细节, 增加了不必要的时间, 总遗产税制则很好的规避这个问题, 从死者死亡以后, 便对遗产的全部征收遗产税省去不必要的程序和时间, 节约征税机关的时间, 节约继承人的时间, 节约社会资源。同时, 在分遗产税制和混合遗产税制中很多继承人因为继承问题发生继承纠纷, 这种情况在大家族发生更多, 他们多数调解不成便采取诉讼的方式解决, 至少几个月时间大大降低了效率。而总遗产税制则只需要在计算财产总数后即可对纳税人征收相应遗产税, 大大提高了效率。

4. 总遗产税制能有效防止重复征税, 在税收征收过程中, 尤其在中国, 无论征收哪种税, 重复征税都是需要尽量避免的问题。一方面, 重复征税会增加纳税人的负担, 提升社会对于一类税收的负面情绪。另一方面, 重复征税会大大增加税务机关的工作, 而对于庞大的工作量, 严格要求工作的质量对于税务机关也是个问题。分遗产税和总分遗产税的特点, 需要进行第二次征税, 对继承人很明显是不公平的。在中国社会很难让大部分纳税主体接受。

(二) 我国遗产税制度框架设计

1. 纳税的主体

一般的税法的精神, 我们可以让财产所有者承担纳税人的义务, 但是遗产税具有特殊性, 财产所有者死亡后很明显作为纳税人是不合情理的。有学者支持的观点是, 让继承人承担纳税义务, 可是不得不考虑, 财产所有者刚刚死去, 新的继承关系还未定论, 这时候让继承人担任遗产税纳税人确有不妥。我们参考总遗产税制和美国的具体实行遗产税经验来看, 遗产税的纳税主体应当是遗产管理人或者遗产执行人。那么如何选定遗产执行人或者遗产管理人, 笔者认为首先应按照一定次序, 第一层级是死者在遗嘱指定, 则遵循死者遗愿选择指定人。第二层级如果死者未指定选定, 则通过全体继承人或者受赠人共同选定, 决定相应人选。第三层级如果死者死后没有遗产继承人或受赠人, 则由死者生前所在单位、居委会、村委会等作为遗产税纳税主体。

除了这些之外, 我们还应考虑涉及与外国遗产税管辖权的问题, 出于保护我国税收的主权和合法权益的目的, 笔者认为, 我国应采用属人与属地主义相结合的原则进行征收遗产税, 充分保障我国的主权和合法权益。

2. 征收对象的范围

遗产税的征收对象通常是死者死亡时留下的所有财产。所有财产包括财产自身的价值除此之外还包括其可能带来的权益。参考其他国家的经验, 财产的总额应包括如下: 一, 动产, 如现金, 存款, 证券、存货等, 二, 不动产, 如房屋及其附属物, 三, 财产权利, 保险权益、债权等。

对于遗产税的管辖问题主要有两点: 第一, 被继承人为中国公民, 那么在遗产计算时不仅要对中国国内资产进行计算, 还应该对其在外国所有资产进行计算, 对总额征收遗产税。第二, 被继承人不是中国公民, 在中国国内拥有一定财产, 则在其死后对中国国内的财产进行征收遗产税。

3. 起征点和免征额的确定

遗产税的起征点的确定需要慎重认真考虑, 一方面应当明确遗产税一定时期的目标, 应当发挥多大的效力。另一方面应当考虑纳税人的接受能力, 如何最大限度地调节贫富差距, 而不是一味地征税, 充裕国库。根据各国经验, 大部分遗产税所定的人群在 1%—2%, 所以这个数据应当作为一个重要的参考, 遗产税并不是应该涵盖全国人民, 这样明显不能发挥遗产税在再分配环节的调节作用。笔者认

为，在当今中国，遗产税的征收可以考虑不设立一个全国统一的遗产税，因为对于一个处于经济发展上升期的发展中大国，地区发展差异较大，北上广深的经济水平和三线城市经济水平是不能相比的。应当根据不同地区的不同情况考虑不同的标准，可以根据城市不同线级和发展水平进行综合评价，设立遗产税的起征点。其次，遗产税的起征点不能是固定的，而应该采用定期修改，回顾中国的发展，各项发展十分迅速，居民收入水平屡破新高，所以应当设立一定期限进行变更遗产税起征点，根据不同时期的不同状况进行变更。

在征收前，遗产税中有特定的项目应当免去征收税款，在开征遗产税之前扣除一定数额即免征额。参考他国经验，应当包括如下几点：一，义务性支出，例如：被继承人生前债务、税务等义务性支出费用；二，管理性支出：如律师费、财产评估费等费用；三，丧葬费用；四，需要被继承人赡养的老人、需要被继承人抚养的未成年人的基本生活费用和教育费用。

4. 税率的选择和设计

税率的设计是遗产税的框架体系中关键的环节。当今世界共有三种税率：第一种为比例税率，即按照比例征收遗产税税款；第二种为全额累进税率，也就是按照一定额度划分，超过一个额度就按照事先设定的税率征税；第三种为超额累进税率，划分级别，但是只要对超额部分进行征税。相比较来看，第一种不能体现公平，第二种虽然能体现公平但是很容易造成赋税过重。所以大部分国家适用超额累进税率进行征收遗产税。根据各国经验，应当将税率设定上限为50%，下限设定为10%。

5. 遗产税和赠与税相配合

遗产税往往和赠与税一起被提及，我国开征遗产税时应当也应该开征赠与税。开征赠与税也是为了防止被赠与人出现逃税避税的行为，在世界开征遗产税的国家大多采取遗产税和赠与税合并征收的模式，往往能提高效率降低成本。^[6]

（三）我国遗产税立法的相关配套制度建设

遗产税征收决不能单单依靠遗产税制度，还需要其他一些配套制度才能形成很好的连锁反应。历史上各国征收遗产税，都存在了譬如偷税漏税等问题，因此我国必须对相关配套制度建设的问题增强重视，才能为遗产税征收提供更多保障。

1. 完善个人财产登记制度

目前中国实行个人财产登记制度即有关不动产物权登记的相关立法如《土地管理法》《城市房地产管理法》等，虽然相比于改革开放前有一定进步，但是不得不承认不动产登记制度还是有一定缺陷，不动产登记法同其他法律存在冲突和交叉。除此之外，根据我国现行法律规定，并不是只有一个单位可以进行不动产登记，土地登记在土地管理部门，林地权登记在森林部门等。

在中国应扩大财产登记范围。除了完善不动产登记制度外，也应该将个人持有的其他被纳入遗产范围的财产也扩大到财产登记的范围，做到个人财产信息登记的系统化网络化，同时加强对个人信息的保护，建立完备的个人财产登记信息管理系统，对相关信息实时更新。最后就是建立严格的登记程序，对不配合登记个人财产的行为施于法律的惩治。

2. 完善资产评估制度

一个科学的资产评估对于遗产税的征收至关重要，目前我国资产评估制度尚在起步阶段，大多为吸收和借鉴国外的资产评估经验，尽管取得了一定成效，但是仍存在很多不足。笔者认为，完善资

[6] 安洋：《我国开征遗产税相关问题的研究》，载《时代金融》2016年第11期。

产评估制度应当从以下几步入手：首先，建立专门的评估机构，专项专攻，专门的资产评估机构可以更专业地做好资产评估，而且可以防止出现评估同实际价值相差过大的问题。其次，完善相关机制，加强对资产评估的监督，同时建立责任制，保障资产评估的科学性和权威性。最后要培养专门的工作人员，个人资产评估对工作人员的专业性要求很高，在不能直接完成评估的情况下，可以聘请社会专业人士，配合完成必要的评估工作，保证公平。

3. 完善个人财产申报制度

中国的个人财产申报机制并不是面向全社会的财产申报机制，仅存在官员的财产申报制度，但实行的结果也存在一些问题。对于以后在中国的征收遗产税的具体工作，个人财产的申报很关键，在这个问题上我们需要考虑：第一，扩大个人财产申报主体的范围，我们暂且可以将这个主体算为需要征收遗产税的主体。第二，在中国存在一种问题，家庭财产通常是家庭成员共有而非个人所有，这个计算必须设立具体的处理机制，可以统一计算家庭拥有的财产，然后按照一定比例进行个人申报。第三，规范程序，申报时间需要固定，不能过长也不能过短，笔者认为可以以一年为周期进行申报，同时设立专门监察委员会对公民财产状况进行有效的监管。

4. 完善死亡报告制度

这是被继承人死亡时开始进行遗产税工作的标志。因此，只有及时了解被继承人死亡时间才是保证顺利征收遗产税的重要环节，这就要求我们完善我国死亡报告制度。虽然我国法律规定公民死亡后，需要及时对其进行死亡登记，但是在中国很多地区都是在葬礼开始之前登记，甚至有些偏远地区在死亡后一个月甚至几个月后再办理。如果不采取相应措施，开征遗产税后，这些时间完全可能被利用进行遗产转移从而实现逃税避税的目的，所以我们应加强对死亡报告的管理。笔者认为，我们可以在公安机关设立专门的死亡信息管理部门，同时户籍管理机构也可以配合下设相关部门，专门负责死亡报告工作，规定严格的期限，笔者认为可以给死者家属一定的期限，家里有亲人过世，家属的心情也需要理解，但是不能过久，以3-5天为宜，再者设立严格的责任制度，对恶意不及时进行死亡报告的家属追究责任，设定相应的惩罚制度。^[7]

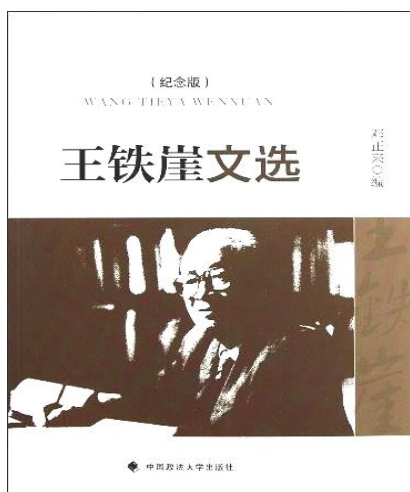
六、结语

随着中国入世和改革开放进程的推进，中国的经济和综合国力得到了显著地增强，人民可支配收入不断增多，人民幸福感明显提升。但是贫富差距仍是中国当前社会不容忽视的一个难题，两极分化愈发严重。如何解决这个问题，关系到中国的发展，关系到中国建设社会主义强国的奋斗目标的实现。遗产税是被世界认同的可以实现再分配调节、缩小社会贫富差距的重要手段。它的开征既能增加我国税收收入又能够实现优化社会风气的作用。在中国，遗产税已经被讨论了几十年之久，之前中国一直将这个议题放置，主要原因是社会发展和国情并不能迎合遗产税开征的需要。但是近些年，越来越多的迹象表明，我国开征遗产税的条件逐渐成熟，让我们再次看到遗产税征收的曙光。笔者相信，随着各方对遗产税理论和实践的研究深入，我国征收遗产税的目标一定能够实现。

责任编辑：汪楠 唐佳怡 王世杰

[7] 于剑：《关于我国开征遗产税起征点问题的思考》，载《价值工程》2016年第16期。

书香撷怀



书名：王铁崖文选

作者：邓正来

内容简介：《王铁崖文选（纪念版）》主要内容包括：国际法当今的动向、国际法在过渡中、第三世界与国际法、联合国与国际法、论人类的共同继承财产的概念、新海洋法公约与海洋法的发展、空气空间和外层空间、核威慑与国际法、国际法、国际法的渊源、国际法导论、我国国际法学的现状及展望等。其中全面介绍了国际法的发展历史，包括国际法在西方国家的起源和发展史，国际法在我国的发展历史以及我国历史与国际法的关系；详细分析了国际法中海洋法、空间法、战争法等与当今国际动向、国际形势息息相关的内容；以及设专节谈论了国际法的研究方法和论文写作技巧。

推荐理由：本书收录了王铁崖先生关于国际法的40余篇学术性文章，不仅表现了他的学术成果和贡献，也表现了他严谨的治学态度。文选涉及了国际法的诸多方面，特别适合国际法学者以及对国际法有兴趣者参考学习。



书名：法学野渡：写给法学院新生

作者：郑永流

内容简介：《法学野渡：写给法学院新生》作者以一种“传道、授业、解惑”的视角，来审视法学的学习，以“至简、实用、可读”的原则，以图文并茂的形式，从法学学科的特性、法律人的思维、职业理想，剑法律人的养成、学习方法的指导、论文的写作等，深入浅出，娓娓道来，引导法学院新生迈入法律之门，顺利“登章入室”。这是作者的一部精心之作。全书分上下两部分：法学气象万千、法律人如何养成。另有尾声和余白。

推荐理由：正如书名《法学野渡：写给法学院新生》，对于法学之新生乃至欲学法者，此书是绝佳之选，将“不知法者”引渡到“法的彼岸”。另外本书笔触灵活，通俗易懂，不拘泥于常规说理教条，语言幽默风趣，讲的道理深入浅出，能够引人入胜，“法外”

读者读来亦毫不费力。作者虽承认“本书尽是常识，概无思想”，可静心阅读亦可有思想。何况这质朴平实的语言 and 知识正是此书的一大亮点，使之面向广大读者。

法律影廊

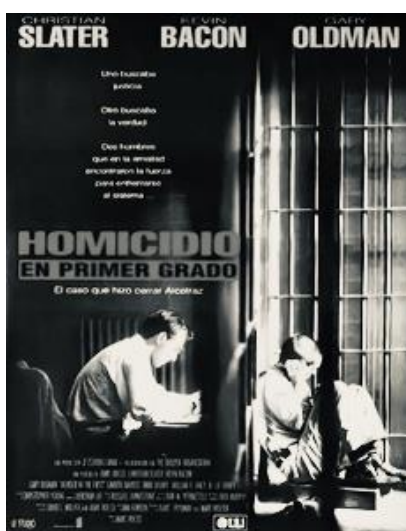


影名：秋菊打官司

导演：张艺谋

电影简介：秋菊丈夫王庆来为自家的承包地与村长王善堂发生了争执，后被村长一怒之下踢中要害。秋菊是个善良有主见的女人，此时已有6个月的身孕。丈夫被踢伤，她便去找村长说理。村长不肯认错，于是秋菊便挺着大肚子去乡政府告状。经过乡政府李公安的调解，村长答应赔偿秋菊家的经济损失，但当秋菊来拿钱时，村长把钱扔在地上，受辱的秋菊没有捡钱，而又一次踏上了漫漫的告状之路。她先后到了县公安局和市里，最后向人民法院起诉。除夕之夜，秋菊难产，村长和村民连夜冒着风雪送她上医院，助她顺利产下男婴。秋菊一家对村长非常感激，也不再提官司的事。但正当秋菊家庆贺孩子满月时，市法院发来判决，村长因伤害罪被拘留。

推荐理由：影片主要表现法与情的关系，自生秩序与现代法治的关系。现代化进程必然是不断向前推进的，法律的约束会带给人们公平；而另一方面，如果不顾制度与社会土壤的相容性生硬地撷取“现代文明的成果”，导致的结果可能是人们彼此之间越来越客气冷漠。



影名：一级谋杀

导演：马可·罗科

电影简介：1938年，犯人亨利试图从著名的阿尔卡特兹监狱逃出，但最终失败。典狱长格伦对威胁自己地位的亨利恨之入骨，将其抛入封闭的地牢中长达三年。三年后，亨利终于得以离开地牢，但他所做的第一件事是报复背叛自己的犯人，于是被控一级谋杀。刚走出校园的青年律师詹姆斯受命为亨利辩护，长年的折磨让后者几乎丧失沟通能力，詹姆斯不放弃任何机会，逐渐拉近了两人的距离。初次开庭，詹姆斯将矛头对准非人道的狱方，引发媒体关注，也受到各方阻碍，女友与亲兄在压力下先后背离他而去。詹姆斯唯一仰仗的只剩下对正义的执着。

推荐理由：制度的完善总有先行的牺牲者，司法制度是否被合理设计与执行是社会最后的防线，它的每一次进步是很多人奋力斗争取得的，甚至以个人生命的牺牲为惨重代价。社会的进步往往就是通过这种非常途径实现。“你想当一辈子懦夫还是英雄，哪怕只有几分钟。”该片以特殊方式和真实视角展现了人们对于法律制度的思考，值得一看。

责任编辑：严航 任春雨 汪语桐

中美贸易摩擦背景下 WTO 争端解决机制完善研究

王议斌*

【摘要】 WTO 争端解决机制 (Dispute settlement Understanding, 以下简称 DSU) 是有史以来最完善的国际争端解决机制之一, 被誉为“WTO 皇冠上的明珠”, 是多边贸易体制的主要支柱, 也是 WTO 对全球经济稳定发展的独特贡献。但在中美贸易摩擦中, DSU 没有发挥出其应有的定分止争作用, 反映出 WTO 争端解决机制出现了问题——通过分析 DSU 每年的案件总量, 可以看出案件总量呈现出了非常明显的逐年下降趋势, 使人不得不对 WTO 争端解决机制的应用前景产生怀疑, 这对将解决贸易争端作为第一要义的 WTO 争端解决机制来说, 是致命的。为了维护 WTO 构建的多边贸易体制, 缓解世界贸易摩擦, 需要分析 DSU 的不足、提出改进 WTO 争端解决机制的建议。

【关键词】 中美贸易摩擦; WTO 争端解决机制; 世界贸易组织

一、WTO 争端解决机制与中美渊源

(一) 美国与 WTO 争端解决机制的渊源

1. WTO 争端解决机制的确立, 是美国一手促成

二战后, 美国政府为了维护自由贸易, 联合主要资本主义国家制订了 WTO 的前身——GATT, 即关税与贸易总协定。可惜关贸总协定从未拥有全部生效要件, 四十多年间只能以临时适用的方式生效。因此关贸总协定的成员国们, 又将“从未达到正式生效要件, 只能以临时使用方式使用”的关贸总协定, 完善为正式生效的组织 WTO, 即世界贸易组织。(以下简称“世贸组织”)

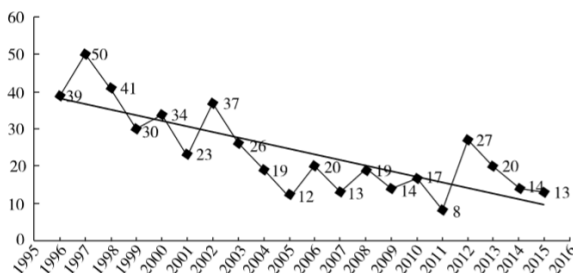


图1 WTO 争端解决机制案件总量动态图

数据来源: <https://www.WTO.org/>

图一

* 王议斌: 安徽财经大学法学院 2018 级硕士研究生。

世贸组织，是致力于维护世界经济全球化、全球自由贸易的组织。而世贸组织创建谈判的乌拉圭回合签订的《马拉喀什协定》中，其附件二《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）详细规定了世贸组织的争端解决机制。此附件是以 GATT 四十余年的实践经验为指导，确立了 WTO 争端解决机制，被称为 WTO 争端解决机制的基石。

2. 次贷危机后，美国对 WTO 争端解决机制的态度发生改变

2008 年次贷危机，使美国经济元气大伤。随后，美国经济复苏期间总统换届选举，新总统特朗普与其幕僚深入探讨、彻底反思美国全球贸易政策，得出的结论是：“世界经济全球化是在占美国的便宜，我们必须阻止其他国家继续占美国的便宜”“美国利益优先”（American First）“必须振兴美国的制造业，使美国再次伟大”（Make American Great Again）。

基于此结论，特朗普政府任用了持激进贸易政策观点的美国贸易代表罗伯特·E·莱特希泽。此人主张“美国政府应当认定中国货币操纵者”“美国政府应该充分应用 1974 年贸易法 301 条款赋予的广泛权力”“中国是非市场经济国家”“中国政府利用市场准入胁迫美国公司交出知识产权”。

根据其美国贸易代表办公室的调查报告，莱特希泽支持美国政府运用 1974 年贸易法第 301 条款赋予等单边方式，解决中美贸易摩擦，认为 WTO 争端解决机制完全没有发挥“公平”作用。

（二）WTO 争端解决机制作用与中美贸易摩擦

中美贸易摩擦，源自美国的贸易保守主义抬头，美国同时对 WTO 争端解决机制产生了怀疑，认为其不能保护美国利益。持激进贸易政策观点的美国贸易代表罗伯特·E·莱特希泽，以“美国优先”的美国贸易政策为切入口，拟对数额庞大的美国进口产品，提高关税的征收额度，构筑贸易壁垒来“保护美国利益”，且认为 WTO 争端解决机制无利可图，主张使用美国国内法《1974 年美国贸易法》的 301 条款来应对贸易挑战，引起了广泛的贸易争端——美国同中国发生大规模贸易摩擦的同时，宣布对钢铁、汽车等进口产品加征关税，建设起庞大的贸易壁垒。

贸易壁垒又使美国与欧盟、日韩、加拿大和墨西哥等世界级贸易体产生了广泛的贸易争端，导致欧盟与美国关系紧张，日韩对美充满怨怼，北美自贸区名存实亡。而希特莱泽主张使用 1974 年美国贸易法第 301 条款来调控美国对外贸易，更是极大的破坏了 WTO 争端解决机制设立的双边、多方的贸易。须由国际社会形成合力，要求美国遵守 WTO 规则，按照 WTO 争端解决机制处理贸易分歧问题，同时也体现了 WTO 争端解决机制对双边谈判的要求，对单边贸易壁垒问题的处理仍力有不足。

（三）中国对 WTO 争端解决机制的运用

1. 中国对 WTO 争端解决机制的早期研究、运用

中国对于 WTO 争端解决机制的研究，最早始于入世谈判。为了加入世贸组织，中国进行了艰苦卓绝的努力，自 1986 年申请“复关”开始，历时 15 年，经历了关贸总协定的废止、世贸组织的建立。

在中国艰难的“复关”与“入世”过程中，世贸组织谈判乌拉圭回合签订了《马拉喀什协定》，其附件二《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）对 WTO 争端解决机制产生巨大影响。而中国作为非 WTO 成员国，对于 WTO 争端解决机制的解读，受众即少，曲高和寡，解读也并不正确。原因是多方面的：其一，中国此前多年面临着两大阵营的贸易封锁、军事禁运，对世界贸易秩序估计不足，对世界贸易法律体系了解程度很低。其二，世界对中国的贸易发展持怀疑态度，导致中国的跨国贸易量很少，这反过来又加剧了中国对世界贸易法律的不了解、中国国内对自由贸易的怀疑。但中国积极的参与到世界贸易秩序中，最终也使中国对 WTO 争端解决机制的研究开始步入正轨。

2. 中国对 WTO 争端解决机制的初步研究与运用

中国自入世以来，对 WTO 的理解逐渐深入，对 WTO 争端解决机制的研究稳步推进。中国入世，既有机遇，又有挑战。这种情况下，中国为了使入世更多地向好发展，加大对 WTO 研究的投入，使 WTO 争端解决机制不再面临曲高和寡的困局，逐渐产生了一批对 WTO 争端解决机制有自我解读的学者及其观点。

但这时的中国，很少运用 WTO 争端解决机制来捍卫自身利益，反倒是经常作为 WTO 争端解决机制中的被告方出庭应诉——如图 2 所示，从 1995 到 2015 的二十年间，中国在 WTO 争端解决机制中以被告身份出现 34 次，以原告身份出现 13 次，被告身份次数与原告身份次数相比接近 3: 1。而同一时间，美国在 WTO 争端解决机制中以被告身份出现 124 次，以原告身份出现 109 次，欧盟在 WTO 争端解决机制中以被告身份出现 82 次，以原告身份出现 96 次。

中国作为原被告次数的比率如此高，在一定程度上反映出，中国在 WTO 争端解决机制的研究、应用上，仍与先进水平有一定差距。然而 WTO 争端解决机制运用水平较低，也不完全是中国自身存在的问题，还有一部分问题存在于 WTO 争端解决机制本身——WTO 争端解决机制中，对于贸易争端的主要解决方式，是贸易报复机制，分两种方式，一是中止减让，二是交叉报复。不过中止减让和交叉报复这两种贸易报复机制，只有发达国家这种经济强国才能如臂使指，中国乃至广大的发展中国家，并无办法使用此类贸易报复机制达到自己的目标。这是由于发达国家经济效益良好，而发展中国家需要仰仗来自发达国家投资者的投资，依赖对方的投资从而带动母国经济效益的增长，一旦发展中国家与发达国家发生贸易摩擦也很难采取贸易报复机制，发达国家也不受发展中国家的威胁。因此，WTO 争端解决机制在裁决中判决发达国家进行经济赔偿也难以实现，于发展中国家也是极为不利的。

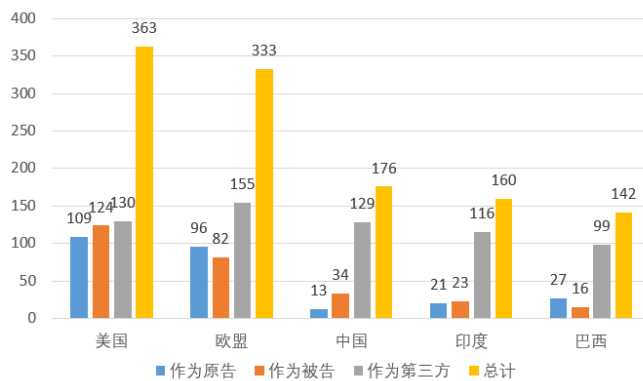


图2 世界部分贸易国家参与WTO争端解决机制身份数量统计 (1995-2015)

图二

3. 中国对 WTO 争端解决机制的深入研究、运用

中国面临改革新方向的同时，进一步加强了对 WTO 争端解决机制的解读。自从中美贸易摩擦开始，中国自始至终支持经济全球化，支持自由贸易，支持市场经济。无论是与美国进行商务部部长与美国贸易代表的磋商、会谈，还是在世界各国的经济论坛上，中国都秉持着维护自由贸易，支持经济全球化的观点。

这不仅仅是中国经济飞速发展的成果，同时还是中国对于国际经济法深入研究之后，得出的重要

结论——世界经济和则各利，分则各伤。只有保持包容开放的胸襟，世界各国经济才能共同繁荣。搞自己的小圈子，搞贸易壁垒，促使贸易保守主义抬头，短时间内会让本国的经济成绩提高，但从长远来说，这样不单单是在损害别国的经济利益，同时也是在损害本国的长期利益。

殷鉴不远，在夏后之世——第二次世界大战，导火索就是美国股市崩盘之后，美国自己筑起了贸易壁垒的高墙，妄图通过转嫁危机而使自己躲过金融灾难。最终却导致全球性经济危机，使德日走上法西斯道路，最终酿成第二次世界大战的祸患。这正是美英苏等国领导人在二战接近末期，准备建立世界新秩序之时，思考、着手解决的重要问题。

而中国在对 WTO 争端解决机制的进一步研究之后，首次提出要求 WTO 组织对美国重启已经声明放弃的单边主义行为 301 调查，进行惩罚。这是中国加入 WTO 组织后，首次提出类似建议，有利于维护 WTO 组织的权威与稳定性。与此同时，WTO 争端解决机制的不足也暴露在中国眼中——执行期限较长，在去年 8 月美国开始按照 301 条款，启动对中国的调查之后，WTO 争端解决机制对此没有任何实质上的反应，因为按照 WTO 争端解决机制的相关规定，一整套争端解决机制程序要耗时两年半左右的时间。而且 WTO 争端解决机制启动的时间，一般在争端开始的几个月后，所以等到争端解决机制走完程序、履行到位，已然是贸易争端各方互相造成了巨大的经济损失之时，而这绝不是 WTO 争端解决机制与 WTO 所希望的结果。

二、WTO 争端解决机制的不足

（一）WTO 争端解决机制的程序与贸易报复机制不足

着手研究，WTO 争端解决机制的不足，先在程序。WTO 争端解决机制程序性的不足，首先是执行期限过长——执行期限过长，复杂的程序。虽然尽可能的保证了其公正性，但却导致了 WTO 争端解决机制无法对贸易摩擦的管控能力最大化。最终导致贸易摩擦在各方的贸易对峙中，经常出现贸易摩擦滑向失控深渊的情况——从一开始小范围的贸易摩擦开始，范围逐渐扩大，再到贸易摩擦逐渐失控、升级，最终结果则是贸易摩擦双方都导致对方遭受到严重的经济损失。

在此情况中，小范围的贸易摩擦演变成全面、剧烈的贸易冲突屡见不鲜。从小规模的跨国公司间贸易摩擦或国家与跨国公司贸易摩擦，演变成国家与国家之间的大规模贸易摩擦，互设贸易壁垒，最终变成贸易冲突与贸易保护主义至上的周边贸易环境。同时，各国均受贸易冲突与贸易保护主义之害，经济发展受挫乃至经济趋于下滑。

比如厄瓜多尔、美国等诉欧盟香蕉进口实体案——自 1995 年 10 月 4 日，美国、危地马拉、洪都拉斯、墨西哥向 WTO 争端解决机构（以下简称 DSU）通知，要求与欧共体协商开始计算。仅仅 WTO 根据 DSU 第 22 条第 6 款就授权报复的幅度和范围所先后做出两份具有终局效率的仲裁裁决，就有 800 多页，争端解决的过程极其漫长，最终历时 66 个月，在 2001 年 4 月，欧共体才分别与美国和厄瓜多尔就香蕉贸易争端达成最终协议、最终谅解。

而这样的局面，是贸易摩擦各方，以及 WTO 争端解决机构都不愿看到的，也是本可以通过程序上的改进而避免的。但 WTO 争端解决机制如果总是采取亡羊补牢的方式，而不是通过对争端解决机制的程序进行改进来努力解决问题，那么 WTO 争端解决机制的权威与公信力不可避免的会逐渐下降，各国慢慢的都不会再倾向于采用 WTO 争端解决机制来解决贸易争端，这对把解决贸易争端当做第一要义的 WTO 争端解决机制来说，是足以致命的。

与此同时，WTO 争端解决机制的最终阶段，贸易报复机制，同样存在不公。对于广大发展中国家来说，利用贸易报复机制，即中止减让和交叉报复的手段，来回击贸易摩擦，未免力有不逮。因为中止减让和交叉报复等手段，是以国家的经济实力为后盾的，国家经济实力越强，贸易报复能力就越强。

对于发达国家来说，由于其强大的经济实力以及技术实力、政治实力，它有不胜枚举的方式来进行贸易报复，而无论作为当事国的发达国家采用哪种方式来达到自己的目的，它都可以预期的达到目的，从而弥补自己所遭受的损害。

而广大发展中国家则不然，因为广大发展中国家最显著的特点就是，各方面实力都很弱，无论是技术上，还是经济上，都无可避免的存在各种各样的问题。关于贸易报复，广大发展中国家甚至有时候，还要考虑国内的其他状况，这会使其无法或不能进行贸易报复。

比如上文提到的厄瓜多尔、美国等诉欧盟香蕉进口实体案，美国作为世界最大的经济体，经济实力强大，得到 DSB 对其与欧盟的贸易报复授权后，快速对欧盟进行了贸易报复。但厄瓜多尔的经济实力较为弱小，虽然也得到了 DSB 对其与欧盟的贸易报复授权，却从始至终都未进行贸易报复，不能不体现贸易报复机制的不足。

另外，国际法对贸易报复也没有明确的规定以及责任划分，违反国际贸易法的国家，有时候甚至只有国际形象受损，遑论贸易摩擦的受损主体国家通过贸易报复，来弥补自己的损害。这完全无法达到贸易报复机制所理想的减少贸易壁垒的情况，使贸易报复机制沦为强国的工具，完全破坏了 WTO 争端解决机制在维护自由贸易方面的权威，最终使 WTO 争端解决机制面临事实上的无效化，世界贸易面临频繁的贸易摩擦以及贸易保护主义与贸易壁垒的高墙。

（二）WTO 争端解决机制的表决机制与上诉复议机制不足

继续探究，WTO 争端解决机制的不足，又在表决机制与上诉复议机制。首先，WTO 争端解决机制对表决制度采用的是“否定式共识”的方式——表决设立专家小组的请求，除非 DSB 一致同意不予采纳，否则专家小组就能成功设立。然后，上诉机构出具的报告由一方当事国同意，就能够通过。接下来，根据专家小组以及上诉机构的报告，DSB 就能授权当事国采取报复措施，落实贸易报复的请求。



图3 部分DSU程序示意图

图三

如图3所示，DSU 关于专家组设立的第6条第1款中，只要有一个国家表示同意，则剩下的大多数国家都无法阻止表决的通过。DSU 关于专家组报告通过的第16条第4款，设立专家小组的表决

通过后，其他当事国也无法阻止专家组通过报告。同理，上诉机构报告的通过、授权中止减让及其他义务也无法阻止。

这虽然防止了 WTO 争端解决机制的成员在败诉之后，恶意阻挠设立专家小组的请求或上诉机构报告的通过或报复措施的执行，解决了一些久拖不决事件发生的机率，加强了 DSU 的权威与效力。但另一方面，这种处理方式却使表决制度沦为一纸空文。无法发挥应有的表决作用，也无法反映出贸易摩擦各方的真实意愿。最终，无可避免的陷入“否定式共识”与久拖不决双重压力的两难泥潭中不可自拔。

与此同时，WTO 争端解决机制的上诉复议机制，也存在一定问题。比如，WTO 争端解决机制的上诉部门，不能驳回上诉请求。只要争端一方在规定的时间内，将上诉决定通知上诉部门，那么上诉部门必须接受上诉。这在实质上削弱了上诉部门的权威，增加了上诉部门的负担。如果上诉部门必须接受上诉，那么当事国中的败诉方，就有可能通过恶意的上诉来破坏判决的执行，破坏了 WTO 争端解决机制的权威。与此同时，上诉部门将面临大量无法驳回上诉的案件，工作量过大的结果，可能导致人浮于事，破坏 WTO 争端解决机制的权威。

相似的，WTO 的争端解决机制并不会对上诉的案件事实部分再行审查，只会对法律解释及法律使用部分进行审查。而不对案件事实部分进行审查，只对法律解释和法律使用部分进行审查，也不利于维护上诉部门的权威，进一步削弱上诉部门对于案件事实部分审查的权利，降低上诉判决的权威性。

（三）对 WTO 争端解决机制的建议

WTO 的争端解决机制，相比 GATT 的争端解决机制来说，可以说更高效、更公平、更广泛，是国际贸易法中的伟大尝试，并获得了巨大成功。被誉为 WTO 之父的约翰·杰克逊教授认为：“即使 WTO 仅存一个还在运行的争端解决体系，它仍有存在的价值。”但 WTO 争端解决机制也有不足之处，因此提出以下建议：

1. 建立贸易摩擦预防机制

鉴于 WTO 争端解决机制的执行期限过长，反应速度过慢。建议 WTO 争端解决机制着手建立贸易摩擦预防机制，以期在贸易摩擦发生之时，能够以最快速度掌握贸易摩擦基本情况、针对贸易摩擦的事态扩大化，能够快速介入，并且坚守 WTO 争端解决机制的程序公正底线、致力于实现实体正义。

同时尽量在贸易摩擦发生时，对贸易摩擦中的分歧进行管控，阻止事态扩大化，防止其发展为严重贸易摩擦甚至贸易战的地步。只有这样，才能把争端解决机制落实为真正的争端解决机制，维护自由贸易、维护经济全球化、维护争端解决机制的权威。

2. 改善表决制度

通过对表决制度的改革，使 WTO 争端解决机制更接近司法制度，拥有司法制度的优点——可预测性与权威性。以可预测性来巩固权威，以权威性增强公信力，增强 WTO 争端解决机制对全球贸易分歧的管控，缓解全球贸易摩擦，解决 WTO 争端解决机制在全球贸易争端中“发达国家的工具”的问题，真正的为全球贸易做出切实贡献，维护 WTO 组织开放、包容、非歧视等核心价值和基本原则，保障发展中国家发展利益和政策空间。

同时充实专家组队伍，强化争端解决机制人员的水平，增加其人员数量，以期建立回避机制，来避免被人诟病的“成员国公民专家参与本国贸易争端解决”以及“与贸易摩擦有重大利益的专家参与贸易争端解决”问题——尽管专家组成员不回避本国贸易争端解决以及与专家组成员有重大利益的贸

易摩擦，是由于专家组人数过少，为了专家组成功设立，不得不挑选这些专家进入专家组。

但充实专家组队伍，既可以减轻专家的工作量，提高专家的工作质量，又能够避免来自贸易争端当事国，或与贸易摩擦有重大利益的专家去界定其贸易争端，能够进一步提高 WTO 争端解决机制所授权设立专家组的权威性与公信力。更有利于 WTO 争端解决机制解决贸易争端，管控贸易分歧，缓解贸易摩擦，为全球贸易的维护尽到自己应尽的义务。

3. 改善上诉复议机制

按照司法方式，给予上诉机构驳回上诉权，防止贸易争端的败诉国恶意利用上诉复议机制，进行恶意上诉，阻挠贸易报复机制的执行。同时减轻上诉机构的工作量，以期提升上诉机构的工作质量，进而以更高的上诉质量来完成上诉复议。

通过提升上诉复议机制的工作效率，使上诉机构拥有司法性质的可预测性与权威性，增强上诉机构的公信力。以增强上诉复议对于贸易争端的管控能力，缓和当事国间的贸易摩擦，减少贸易壁垒，打压贸易保护主义抬头的倾向，达到维护世界贸易的目的。

4. 改革贸易报复机制

在贸易报复机制的实行方面，广大发展中国家因为经济的、政治的、技术的以及其他因素，广大发展中国家不可避免的与发达国家产生了巨大差距，进而影响了广大发展中国家对贸易摩擦的管控、承受能力。对此，广大发展中国家一直呼吁 WTO 组织进行贸易报复机制改革，比如延长贸易报复执行期。

然而 WTO 争端解决机构，却对广大发展中国家的改革呼声置若罔闻。这种对成员国呼声的无视，长远来看会破坏 WTO 争端解决机制的功能，使其不符合法律的公平原则，从而影响 WTO 争端解决机制对世界贸易争端的管控。因此，为了平衡广大发展中国家与发达国家在世界贸易中的不对等，以及在贸易报复手段上的差距，WTO 争端解决机构亟需对贸易报复机制进行改革，例如组成贸易报复执行委员会，与会成员国在贸易报复上联合执行，以此来抵消发达国家对贸易报复机制的天然抗性；又如对贸易报复进行明确定义，并进行清晰的责任划分，防止贸易报复手段止于空谈，而无法落实到世界贸易实践中。

这些对 WTO 争端解决机制的建议，都是为了维护世界贸易的发展与良好运行，为了维护世界贸易的核心价值和基本原则——正如习近平总书记，在 G20 峰会第一阶段会议上发言所说：“中方赞成对世界贸易组织进行必要改革，关键是要维护开放、包容、非歧视等世界贸易组织核心价值和基本原则，保障发展中国家发展利益和政策空间。要坚持各方广泛协商，循序渐进，不搞‘一言堂’。”

WTO 争端解决机制，是人类历史上最完善的国际贸易争端解决机制，但该争端解决机制仍存在各种各样不足之处。对其不足之处进行分析，提出改革、完善的建议，是顺应了经济全球化、自由贸易蓬勃发展时代的发展需要，顺应了不断地在曲折中发展、但最终潮流仍是向前发展的人类社会趋势，是对构建人类命运共同体伟大尝试所做的努力之一。

责任编辑：罗 昊 王 琪 刘舒仪

论如何通过知识产权促进正当竞争

——以费列罗诉蒙特莎案为视角

吴自宇*

【摘要】虽然市场在资源配置中起决定作用，但是其自身有缺陷，会造成很多不正当竞争的行为。而反不正当竞争法，在实践过程中也存在着缺陷。同时与反不正当竞争法联系最大的知识产权法也起着一定的作用。本文从一例案例中切入，分析不正当竞争行为往往采取知识产权侵权的原因，进而深入探究如何利用知识产权来促进不正当竞争行为的减少，维护市场的基本秩序即竞争。

【关键词】正当竞争；知识产权；著作权；商标权；侵权

目前，在我国的市场体系中，已经发展相对完善。不仅发挥着市场的决定性作用，也保持着系统科学的宏观制度调控。但是在这种环境之下，依然会有市场参与者去违反相对公平的竞争秩序。国家也对违反市场秩序的案件极其重视。市场经济的本质属性就是竞争，这是必然。但是竞争是具有双重属性的。正当的竞争可以很好的推动经济发展、社会进步；但是不正当竞争会破坏经济的有序发展，而往往引起不正当竞争的大部分案件的原因是知识产权的侵权，如何通过知识产权去构建正当竞争是需要我们关注的。

一、问题的提出

意大利费列罗公司的主要销售产品是巧克力，其于1984年进入中国市场，同时注册了“FERRERO ROCHER”和图形（椭圆花边图案）以及其组合的系列商标，并在中国境内销售的巧克力商品上使用。而后又注册了“金莎”商标，并且以北上广地区为核心慢慢加大费列罗巧克力在国内的宣传力度，包括设立专柜销售和进行赞助，以提高其产品的知名度。2000年6月，其“FERRERO ROCHER”商标被国家工商行政管理部门列入全国重点商标保护名录。我国广东、河北等地工商行政管理部门曾多次查处仿冒费列罗巧克力包装、装潢的行为。

但是其却被一家生产、销售花色巧克力的中外合资企业蒙特莎公司疑似仿冒。蒙特莎公司生产、销售金莎巧克力产品，其除将“金莎”更换为“金莎 TRESOR DORE”组合商标外，仍延续使用受转让商标的前公司所使用的包装、装潢。

最后，原告起诉被告仿冒原告产品，擅自使用与原告知名商品特有的包装、装潢相同或近似的包装、装潢，使消费者产生混淆，并且其行为已给原告造成重大经济损失。

* 吴自宇：安徽财经大学2017级法学2班本科生。

费列罗诉蒙特莎案只是众多利用知识产权进行不正当竞争案件中的一个，还有很多类似案件，如温州某打火机厂假冒美国“ZIPPO”打火机注册商标案、北京 Silk Alley 假装冒充国际豪华品牌案等。

因此，提出如下几个问题。一方面，公司为什么愿意在知识产权逐渐严格的情况下去侵犯并进行不正当竞争；^[1]另外，需要通过什么方式去减少类似行为进而维护正当的竞争市场。

二、知识产权易受侵权之原因分析

（一）著作权侵权的认定具有主观性

主观性认定最大的当属著作权，在本案中，所涉及的标的是产品的包装与装潢。其是否受到我国《著作权法》的保护，首先就需要确定其客体是否为作品。而认定的过程是具有极大的主观性，不同的法官判决依据都会有差异。

1. 产品的包装与装潢是否为作品

一般来说，作品是指文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创造成果。而在这一方面，对独创性的认定至关重要，不仅是法官判断有差异，一些学者也持有不同的观点。^[2]韦之教授认为，所谓独创性是指作品的个性；^[3]王迁教授认为，独创性中的“创”要求有一定程度的智力创造，即能够体现作者独特的智力判断与选择，展现作者的个性；^[4]崔国斌教授认为“独创性”要求作品具有最低限度的创造性，是一种质的要求。^[5]

本例中其包装涉及材质、形状和颜色等方面，本身属于市场中正常食品包装行业所使用，因此其只是在公有领域的基础上简单组合而成，体现不出作者的创造高度，所以不是作品；但是另一方面认为将其进行排列组合，对于包装的尺寸和构图方案等都具有一定的价值，况且其图案以及装潢都能很好进行区分，形成了商品自身的特点，具有一定的独创性。同时，如果它是作品，应如何将其分类？从实用角度上看，原告设计的包装的艺术成分与实用成分是不可分的，可属于实用艺术作品；但我国《著作权法》并没有规定实用艺术品，其是否为作品值得考量。

2. 产品的包装与装潢是思想或表达

TRIPS 协定第 9 条规定“版权保护扩展到表述，而不适用于思想、程序、操作方法或者数学概念”，由此看出著作权只保护作品的表达形式。思想表达二分法早在 1879 年就在美国 Baker 案中提出，但是汉德法官也在 Nichols 案中所言，从来没有人确立过，也没有人能够确立思想和表达之间的界限。所以对思想或是表达的判定较难。当总体思想是去吸引消费者的过程中，出现了类似表达的行为，也不可以随意去认定两者表达相同。产品的包装与装潢是否因为它的外观表达使其可以区分其他产品，需要进一步判断相似。

3. “实质性相似”的认定

判断实质性相似主要有三种方法即抽象分离法、整体观感法和内外部测试法。但是在采用这些方法的过程中，容易产生问题。

抽象分离法，将思想和独创性表达分离，越抽象越是思想，越独创越是表达。但是在分离的过程

[1] 吴汉东：《论反不正当竞争中的知识产权问题》，载《现代法学》2013年第1期。

[2] 曾田：《人工智能创作的版权侵权问题研究》，载《河北法学》2019年第10期。

[3] 韦之著：《著作权法原理》，北京大学出版社1998年版，第20页。

[4] 崔国斌著：《著作权法原理与案例》，北京大学出版社2014年版，第37-38页。

[5] 王迁著：《著作权法》，中国人民大学出版社2015年版，第27页。

中，受人为因素影响太大，并且在实践中，思想、独创性表达和非独创性表达难以区分。而整体观感法上，作品的整体感觉会随着人群不同而不同，况且这种感觉不便于去进行量化，是一个模糊的感觉，无法描述侵权的程度，从而在认定上和最后的责任归属具有一定的困难。内外部测试法虽然是两者的结合，但是其结果容易产生矛盾，并且不同法官对其思考也不同，从而导致裁判不同。如本例中二审判决完全不认同一审的判决，肯定会得到一方的不满。

综合而言，在对于知识产权侵权问题的认定上，无论是从实质上判断，还是从形式上认定，受到人为因素非常大。所以侵权人会考虑到他是有50%的概率去赢得诉讼，风险伴随收益，所以出现这种情况也不足为奇。

（二）商标权的限制以及驰名商标的淡化

1. 商标权的限制

我国商标注册的必备条件之一是不得与他人在先取得的合法权利相冲突。但是本例中被告既然已经完成注册，就表示它具有显著性，但为何一旦出现问题往往就被认定为商标权侵权，所以对于显著性的要求具有多面性。

商标权是专用权。虽然不允许他人使用其注册商标，但是，注册权人也只限于商标主管机关核定使用的商品，而不能用于其他类似的商品。这种情况下，或许就会有其他人抢注类似的商标，即同一商标被多人使用，进而对原商标注册权人产生不利影响，而抢注人则有可能获得收益。

2. 驰名商标的认定

在上述问题中，成为驰名商标就会避免类似问题。但是驰名商标的认定也需要考虑多种因素，我国《商标权法》就明文规定。^[6]比较难确定的是公众对商标的知晓程度，我国的区域十分广阔，地理范围广。不是在一定区域内享有声誉就能被认定。本案中诉讼的一个争议点就是该商标是否为“知名商标”，^[7]所以这如同判断著作权侵权一样具有主观性。如果不被认定，那么侵权人就可以依赖使用范围不同进行辩驳，从而维护自己的不正当利益。

3. 驰名商标的淡化

驰名商标具有卓越的信誉，将其利用也会给侵权人带来不可估量的效益。同时驰名商标也容易通过弱化和玷污来被淡化，使其失去对消费者的吸引力或者被曲解。如“味精”“阿司匹林”以前都是驰名商标，而现在成为商品的通用名称。当一个商标演变为一个商品的通用名称后，就进入公有领域，从而大家都能使用。

所以，侵犯商标权也很多见，无论是普通商标或是驰名商标，其中的漏洞都比较多，也是多数不法公司愿意铤而走险去做的。

（三）侵权所获得的收益较高

由于公司或个人从事经营活动，设计知识产权的成本相对较高，并且有一定的难度。那么如何去降低自身的生产成本，最便捷的方法就是去进行仿制，无论是商标亦或是产品本身。对于商标，做一些细微的变动，引起消费者的错误认识，从而形成了商业混淆。但是不得不说，市场存在着质优却价高的产品。在价格优势上，消费者会选择仿制品。但是在最初每个厂商所占市场份额不高，因此仿制品公司在利用其他公司的产品和商标，短期不足以产生较大的风险和损失，反而会获得较高的收益，

[6] 王新华、李洋：《浅议我国驰名商标的司法认定》，载《华东交通大学学报》2013年第6期。

[7] 赵琪：《驰名商标认定标准初探》，载《商品与质量》2012年第S4期。

因此当厂商都有这种意识，侵权的不正当竞争行为也就增多了。^[8]虽然没有完全盗用，但是使得其他公司的声誉和经营规模受到影响，减少交易机会。

此外，经济市场是多变的，而法律自身的滞后性很难及时提供保障。就算有规定，规定是否明确、条款是否具体，同时市场流动性也很难使其行为被发现。倘若被发现，侵权惩罚的力度也不大。如我国《反不正当竞争法》对混淆行为的规定，违法经营额五万以上可以处经营额五倍以下罚款，五万以上最高处罚二十五万。而违法经营额又如何去认定和计算，又是实施中的一大问题。

所以在获得高利益的同时，所遭受的风险和惩罚损失即违约成本低，也就为利用知识产权侵权进行不正当竞争创造了条件。

三、从知识产权角度对正当竞争的促进

知识产权对反不正当竞争法起着重要作用。反不正当竞争法是知识产权法的重要组成部分，而从制止不正当竞争的行为来看，知识产权法属于广义的反不正当竞争法范畴，可以通过完善知识产权来促进市场的正当竞争。

（一）完善知识产权立法，扩大保护客体

在本例中，原告公司为什么会在一审中败诉，原因不仅是所诉求的具体权利不明确之外，到底是否受到我国法律的保护也是一大重要因素。前文所述及到的实用艺术品，的确在《伯尔尼公约》中所规定，但是基于国内，对于这方面只有实施条例来确定，是有缺陷的。

因此，首先完善知识产权的立法，扩大保护客体。第一，把不受专门的知识产权法保护的客体应当予以保护。例如本案件中的商品名称、产品包装、装潢等类作品的保护。将常见的保护客体写入法律之中，不常见的也需要通过司法解释予以规范。第二，保护那些不完全符合传统知识产权特性的某些新型客体。在反不正当竞争法中规定了“禁止侵犯商业秘密”的表现形式，商业秘密在目前的社会上可以被认为是一种新型客体，它从传统意义上不属于作品，但是其确有可保护的必要。此外发展较快的计算机网络域名等，也需要加强保护，若被套用则会产生诈骗等行为从而引发市场秩序紊乱。第三，保护真空期的客体。即未来可以受到专门的法律保护，但是目前没有被授权，但又有使用必要性的客体，这处在真空期内，加强保护，也可以促进市场的发展，避免企业在一定期间后受到劣势。

（二）及时申请专利以及商标注册

专利权具有国家法律授予的“合法垄断性”，既保护知识产权又可以促进竞争。专利权申请具有先申请原则，即多人同时申请同一项专利，专利权为最先发明创造人。所以说专利申请可以获得法律保护。在不知他人是否有类似专利的情况下，先申请会享有相应的权利，不至于被模仿后处于被动地位。同时在目前的信息时代，很多企业可能会推广自身技术或产品，没有及时申请专利，处理会引发他人优先申请而失去专利授权，也存在一定可能性被反认为侵权。

商标权具有使用权和禁止权。使用权即对其注册的商标享有充分支配和完全使用的权利。禁止权即商标权人禁止他人未经许可擅自使用其注册商标的权利。注册人对他人未经许可在同一商品或类似商品上使用与其注册商标相同或相近的商品均享有禁止权。

同时，申请专利及时以及进行商标注册不仅有利于维护自身的知识产权的权益，在遇到侵权之时也可以保证自己处在主动地位。在遇到市场混淆以及商业秘密或是虚假宣传等不正当竞争的表现时，

[8] 包松、卢建平：《不正当竞争的经济和制度分析》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》1999年第3期。

有准确的依据去保障权益。再做出相关的法律责任后，也可以促使企业乃至市场环境都有警示作用。

（三）反驰名商标淡化

驰名商标淡化是指减少、削弱驰名商标的识别性和显著性的行为，出现这种情况很容易使自己的商标进入公有领域，从而不受法律保护。这样相同的商标就会稍显泛滥，非常容易造成市场混淆和引人误解的宣传行为，从而引发不正当竞争。所以需要进行反驰名商标淡化，保持其显著性。^[9]

第一，加强保护意识，实施防御商标和联合商标。^[10]将商品分类表上的所有商品和服务类别都申请注册，以防止他人在其他商品或服务上使用类似的商标，使企图以不正当手段取得近似商标的抢注册无法实施，从而形成保护屏障。第二，将驰名商标与企业相关的产品保持一致，形成全方位保护。如商标中英文一致，避免混淆。这是企业最有力的自我保护。第三，要注意对驰名商标的适度宣传，强化商标的本质，避免如优盘、可乐等商标进入公有领域。

（四）不时进行商标监控

商标获准后要持续地进行监控，确保监控的实效性，定期查阅《商标公告》，随时检索其他人有无在抢注近似的商标，如发现，则应及时提出异议或争议。另一方面，需要经常进行市场调查，一旦发现在市场中有假冒、仿冒与自己商标类似的商标，权利人应当快速采取行动，及时取证，通过法律手段进行处理，坚决维护自身利益以及遵守市场竞争秩序。

四、结语

减少不正当竞争行为，不能仅仅依靠《反不正当竞争法》，只是相对来说知识产权方面产生的问题相对较多，所以通过加强知识产权来促进反不正当竞争法的实施。在此基础上提出的促进方向，给予了合理的建议。当然，维持市场合理竞争，需要市场参与者共同努力。

责任编辑：严 航

任春雨

汪语桐

[9] 范晓波、马小庆：《驰名商标反淡化保护若干问题研究》，载《法律适用》2003年第12期。

[10] 余丹：《驰名商标侵权保护决策的优化》，载《浙江经济》2003年第15期。

跨境数据流动的法律问题研究

魏薇*

[摘要] 跨境数据流动在目前的国际贸易中发挥着重要作用，运用法律有效规制跨境数据流动，是维护数据安全和促进国际贸易的必要手段。随着“一带一路”倡议的推进，我国与其他国家或国际组织之间的经济交流逐渐增多，跨境数据流动也愈加频繁。但该领域仍存在大量立法空白。重视跨境数据流动问题，为完善我国跨境数据流动提出相应的立法建议，极具现实价值和深远意义。

[关键词] 跨境数据流动；法律问题；立法建议

一、跨境数据流动相关概念概述

（一）跨境数据流动的界定及演变

由于当前尚无统一规制跨境数据流动的国际法律，故国际上对于跨境数据流动还没有具体明确的界定，各个国家或国际组织对此亦是众说纷纭。联合国跨国公司认为，跨境数据流动是指跨越国界对存储在计算机中的机器可读的数据进行处理、存储和检索。经济合作与发展组织（OECD）在《隐私保护和个人数据跨境流通指南》中提出，跨境数据流动是个人数据跨越国界流动。^[1]澳大利亚在联邦个人隐私原则中对“数据的国际流动”进行了规定，要求机构向海外组织或信息主体以外的某人传送信息应该受到一定的制约。^[2]

跨境数据流动这一概念最初在个人数据保护立法中开始提及，在这个阶段，跨境数据流动大多发生在具有传输数据意图和能力的国家之间。此后，随着社会科技的发展，互联网技术趋于成熟，再加上全球化程度不断提高，各国之间的经济交流愈加频繁，跨境数据流动逐渐演变为主体多样且在全球范围进行的行为，并在国际贸易中发挥着重要作用。

（二）跨境数据的类型

总的来说，跨境数据分为政府数据、商业数据和个人数据。但也有其他分类方式，以澳大利亚为例，跨境数据包含政府数据、健康数据和隐私数据。其中，政府数据涉及国家主权问题，若属于国家机密，则不予公开。因此，出于维护国家安全的目的，政府数据不应归纳在可进行跨境流通的数据范围内。综合其他国家的政策来看，跨境流通的数据大多是个人数据，且往往具有商业性质。

二、跨境数据流动中的主要问题

* 魏薇：安徽财经大学法学院 2016 级法学 2 班本科生。

[1] 尹秀：《全球跨境数据流动贸易规则体系：趋势与启示》，载《中共青岛市委党校·青岛行政学院学报》2017 年第 5 期。

[2] 严峰、潘斐斐、宋谨谨等：《数据“安全港”事件折射出的国家跨境数据管理博弈》，载《中国信息安全》2016 年第 3 期。

（一）跨境数据流动与隐私权的冲突

随着时代的发展，人们越来越注重对隐私的保护，“隐私权”这一概念也在法律中予以明确。当今社会，从电话号码、QQ账号，到身体状况、心理健康，再到个人收入、投资，都可能属于隐私的范畴。正如上文所述，目前跨境流通的数据大多是个人数据，而个人数据与个人隐私之间又没有清晰的界限，甚至存在着重叠部分。因此，怎样平衡数据流通和个人隐私成为了跨境数据流通的立法难点。在科学技术格外发达的今天，信息的流动速度十分快速，某些商业机构可以借助互联网轻而易举的获得个人隐私，再分门别类，借此获利。甚至还有一些不法分子借跨境数据流动的机会窃取公民的重要信息，给公民的人身和财产安全造成了严重威胁。

（二）跨境数据流动与数据本地化的冲突

2013年，“棱镜门项目”事件在全球范围内引起轩然大波，也引起了多数国家对于数据本地化的重视。数据本地化实际上是国家主权的一种体现，它是指根据数据所在地的法律要求，该国家的公民或居民的数据收集、处理、储存等活动必须发生在该国境内，即不允许利用他国服务器，对相关数据进行收集、处理、储存等活动。数据本土化在一定程度上降低了国家的安全隐患，维护了国家的主权，但是，这也减少了国家之间的交流机会，从而给对外贸易带来了一些消极影响。例如，有的公司在国外设立了分支机构，无论是接触外国客户，还是与总部之间沟通，数据本土化都为其带来了巨大的困难。当今社会，经济全球化是大势所趋，一个国家倘若不和其他国家进行贸易往来，那么这个国家的经济水平很难取得长足发展，而国与国之间进行贸易往来，跨数据流通是必不可少的。如何平衡跨境数据流动与数据本地化的冲突，已然成为了具有争议性的问题。

（三）跨境数据流动的监管困境

跨境数据流动的监管困境主要体现在以下几个方面：首先，跨境数据流动的监管需要多个国家之间相互配合。跨境数据流动并不是在一个国家内发生的独有现象，而是发生在两个国家甚至多个国家之间的普遍现象。在全球化趋势愈演愈烈的今天，跨境数据流动已经成为了一种常态，且涉及多个国家之间的利益。在这种情况下，亟需各国加强国际合作，对数据跨境流动进行有效监管。但是，各国之间存在着文化、社会的差异，相关法律也不尽相同，针对同一监管问题，不同国家站在不同的角度，会产生不同的解决方案，难以有统一定论。此外，国家的经济效益、国家安全和国家主权等因素亦需要考虑，就跨境数据的监管达成共识举步维艰。其次，跨境数据流动的监管需要先进的科学技术水平作为支撑。跨境数据流动借助互联网为平台。互联网的飞速发展是一把双刃剑，在给人们带来便利的同时，其虚拟无形的特点也向传统的监管模式发出了挑战。目前的科技水平是否能够实现大范围的跨境数据流动监管，这一点还有待商榷。

三、国外视角下跨境数据流动的立法实践

（一）欧盟

欧盟针对跨境数据流动采用的是严格流动模式。欧盟1995年《数据保护指令》中强调对于公民的隐私权的保护，并利用统一立法的方式严格限制数据流动。随着时代的发展，国与国之间的数据交流愈加频繁，《数据保护指令》已经不能适用于当前的情况，故欧盟于2016年颁布《通用数据保护条例》。《通用数据保护条例》除了强调网络用户的隐私权之外，还明确提升了企业的数据保护责任，

并加大了相关惩处措施的惩罚力度。^[1]

（二）俄罗斯

俄罗斯从数据本地化的角度出发，要求数据本地化处理，即公民处理、储存数据时必须在本国境内进行，对于涉及国家安全的重要数据还进行强制本地化。俄罗斯曾于2014年两次修改立法，增加相关法律的款项：在《关于信息、信息技术和信息保护法》中规定信息拥有者和信息系统运营方有义务将收集、整理、保存、更新、变动、使用俄罗斯联邦公民个人信息的数据库存放在俄罗斯境内。^[2]在《俄罗斯联邦个人数据法》中规定收集个人数据（包括使用互联网手段）时，运营商需要保证使用位于俄罗斯境内的数据库。

（三）美国

美国作为互联网水平较高的国家，倡导电子商务自由发展，认为仓促的对跨境数据流动进行法律规制不利于互联网经济发展。故美国对跨境数据流动的规制营造了较为宽松的法律环境，主要依靠互联网行业自身保护相关信息。但是，在一些重要的领域，如医疗、金融行业等，美国通过专门的法律对此类行业的相关数据进行规制，这些数据或禁止流动，或设置了严格的流动条件。出于商业利益至上的目的，美国不仅在本国内鼓励电子商务自由发展，还十分关注其他国家阻碍数据跨境数据流动的行为，例如，美国曾经提出俄罗斯阻碍跨境数据流动的行为有违反国际贸易法之嫌。

四、完善我国跨境数据流动的立法建议

在国际方面，我国应积极参了解相关条约，争取在国际上的话语权，并根据本国的发展需要有针对性地加入国际条约。时至今日，跨境数据交流并不是少数几个国家之间特有的现象，而是逐渐趋于全球化。尽管各国在法律中或多或少的对跨境数据流动进行了规制，但是国际上尚未有统一的规定，我国可积极参与到相关国际条约的制定中，以促进跨境数据交流过程的良性发展。此外，我国可借“一带一路”倡议的契机，与其他国家就跨境数据流动这一问题展开讨论，在汲取他国先进经验的基础上，亦有机会推进相关双边条约或区域性条约的签订。

在国内方面，我国可从完善法律制度和和提高科技水平两个角度出发。首先，须完善相关法律制度。目前，我国在互联网方面尚未形成完整的法律框架，且大多为原则性规定，缺乏可操作性。此外，跨境数据流动立法仍可进一步细化。当前的相关立法包含个人数据与重要数据的认定、境内储存和评估制度等内容，这在一定程度上实现了对数据跨境流通的有效规制，但运营商的自我评估等方面还存在着空白地带。其次，应大力提高数据流通的科技水平。跨境数据流通借助于互联网，而由于互联网的虚拟性、无形性等特性，跨境数据流通的监管就更加困难。在立法十分完善的前提下，如果科技水平落后，则难以达到预期的监管效果，也无法发挥法律原有的作用。从另一角度出发，一个国家的数据对于该国有着十分重要的意义，如果受到互联网技术的制约，则一些机密数据也暗含着流向其他国家的风险，这无疑严重威胁了本国安全。

责任编辑：严 航 任春雨 汪语桐

[1] 人民网：《欧盟“最严”数据保护新规25日生效》，<http://sn.people.com>，2019年2月25日访问。

[2] 何波：《俄罗斯跨境数据流动立法规则与执法实践》，载《大数据》2016年第6期。

最新法律法规全文展示

《中华人民共和国资源税法》

(2019年8月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过)

第一条 在中华人民共和国领域和中华人民共和国管辖的其他海域开发应税资源的单位和个人，为资源税的纳税人，应当依照本法规定缴纳资源税。

应税资源的具体范围，由本法所附《资源税税目税率表》（以下称《税目税率表》）确定。

第二条 资源税的税目、税率，依照《税目税率表》执行。《税目税率表》中规定实行幅度税率的，其具体适用税率由省、自治区、直辖市人民政府统筹考虑该应税资源的品位、开采条件以及对生态环境的影响等情况，在《税目税率表》规定的税率幅度内提出，报同级人民代表大会常务委员会决定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。《税目税率表》中规定征税对象为原矿或者选矿的，应当分别确定具体适用税率。

第三条 资源税按照《税目税率表》实行从价计征或者从量计征。

《税目税率表》中规定可以选择实行从价计征或者从量计征的，具体计征方式由省、自治区、直辖市人民政府提出，报同级人民代表大会常务委员会决定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。

实行从价计征的，应纳税额按照应税资源产品（以下称应税产品）的销售额乘以具体适用税率计算。实行从量计征的，应纳税额按照应税产品的销售数量乘以具体适用税率计算。

应税产品为矿产品的，包括原矿和选矿产品。

第四条 纳税人开采或者生产不同税目应税产品的，应当分别核算不同税目应税产品的销售额或者销售数量；未分别核算或者不能准确提供不同税目应税产品的销售额或者销售数量的，从高适用税率。

第五条 纳税人开采或者生产应税产品自用的，应当依照本法规定缴纳资源税；但是，自用于连续生产应税产品的，不缴纳资源税。

第六条 有下列情形之一的，免征资源税：

- （一）开采原油以及在油田范围内运输原油过程中用于加热的原油、天然气；
- （二）煤炭开采企业因安全生产需要抽采的煤层气。

有下列情形之一的，减征资源税：

- （一）从低丰度油气田开采的原油、天然气，减征百分之二十资源税；
- （二）高含硫天然气、三次采油和从深水油气田开采的原油、天然气，减征百分之三十资源税；
- （三）稠油、高凝油减征百分之四十资源税；
- （四）从衰竭期矿山开采的矿产品，减征百分之三十资源税。

根据国民经济和社会发展需要，国务院对有利于促进资源节约集约利用、保护环境等情形可以规定免征或者减征资源税，报全国人民代表大会常务委员会备案。

第七条 有下列情形之一的，省、自治区、直辖市可以决定免征或者减征资源税：

- (一) 纳税人开采或者生产应税产品过程中, 因意外事故或者自然灾害等原因遭受重大损失;
- (二) 纳税人开采共伴生矿、低品位矿、尾矿。

前款规定的免征或者减征资源税的具体办法, 由省、自治区、直辖市人民政府提出, 报同级人民代表大会常务委员会决定, 并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。

第八条 纳税人的免税、减税项目, 应当单独核算销售额或者销售数量; 未单独核算或者不能准确提供销售额或者销售数量的, 不予免税或者减税。

第九条 资源税由税务机关依照本法和《中华人民共和国税收征收管理法》的规定征收管理。税务机关与自然资源等相关部门应当建立工作配合机制, 加强资源税征收管理。

第十条 纳税人销售应税产品, 纳税义务发生时间为收讫销售款或者取得索取销售款凭据的当日; 自用应税产品的, 纳税义务发生时间为移送应税产品的当日。

第十一条 纳税人应当向应税产品开采地或者生产地的税务机关申报缴纳资源税。

第十二条 资源税按月或者按季申报缴纳; 不能按固定期限计算缴纳的, 可以按次申报缴纳。

纳税人按月或者按季申报缴纳的, 应当自月度或者季度终了之日起十五日内, 向税务机关办理纳税申报并缴纳税款; 按次申报缴纳的, 应当自纳税义务发生之日起十五日内, 向税务机关办理纳税申报并缴纳税款。

第十三条 纳税人、税务机关及其工作人员违反本法规定的, 依照《中华人民共和国税收征收管理法》和有关法律法规的规定追究法律责任。

第十四条 国务院根据国民经济和社会发展的需要, 依照本法的原则, 对取用地表水或者地下水的单位和个人试点征收水资源税。征收水资源税的, 停止征收水资源费。

水资源税根据当地水资源状况、取用水类型和经济发展等情况实行差别税率。

水资源税试点实施办法由国务院规定, 报全国人民代表大会常务委员会备案。

国务院自本法施行之日起五年内, 就征收水资源税试点情况向全国人民代表大会常务委员会报告, 并及时提出修改法律的建议。

第十五条 中外合作开采陆上、海上石油资源的企业依法缴纳资源税。

2011年11月1日前已依法订立中外合作开采陆上、海上石油资源合同的, 在该合同有效期内, 继续依照国家有关规定缴纳矿区使用费, 不缴纳资源税; 合同期满后, 依法缴纳资源税。

第十六条 本法下列用语的含义是:

(一) 低丰度油气田, 包括陆上低丰度油田、陆上低丰度气田、海上低丰度油田、海上低丰度气田。陆上低丰度油田是指每平方公里原油可开采储量丰度低于二十五万立方米的油田; 陆上低丰度气田是指每平方公里天然气可开采储量丰度低于二亿五千万立方米的气田; 海上低丰度油田是指每平方公里原油可开采储量丰度低于六十万立方米的油田; 海上低丰度气田是指每平方公里天然气可开采储量丰度低于六亿立方米的气田。

(二) 高含硫天然气, 是指硫化氢含量在每立方米三十克以上的天然气。

(三) 三次采油, 是指二次采油后继续以聚合物驱、复合驱、泡沫驱、气水交替驱、二氧化碳驱、微生物驱等方式进行采油。

(四) 深水油气田, 是指水深超过三百米的油气田。

(五) 稠油, 是指地层原油粘度大于或等于每秒五十毫帕或原油密度大于或等于每立方厘米零点九二克的原油。

(六) 高凝油, 是指凝固点高于四十摄氏度的原油。

(七) 衰竭期矿山，是指设计开采年限超过十五年，且剩余可开采储量下降到原设计可开采储量的百分之二十以下或者剩余开采年限不超过五年的矿山。衰竭期矿山以开采企业下属的单个矿山为单位确定。

第十七条 本法自2020年9月1日起施行。1993年12月25日国务院发布的《中华人民共和国资源税暂行条例》同时废止。

责任编辑：汪楠

唐佳怡

王世杰

| | |
|--------------------|-------------------|
| receivership | n. 破产事物职务（处），破产管理 |
| redemption | n. 偿还 |
| royalty | n. 版税，特许权 |
| settle | vt. 解决，决定，付清（欠款） |
| takeover | n. 收购 |
| tenant | n. 房客，佃户 |
| tender | adj. 温和的，vi. 招标 |
| testify | vt.& vi. 证明，作证 |
| testify against sb | 表示对某人不利证言 |
| settle with | 与...清算；和...和解 |

学院动态



2019年9月18日下午，我院在博雅楼402会议室召开“不忘初心、牢记使命”主题教育动员部署会。院党委书记王浩作动员讲话。他强调，会议的主要任务是对我院开展主题教育进行动员部署，扎实推进主题教育各项工作开展。他要求，要切实将思想和行动统一到习近平总书记重要讲话精神上；要紧密结合中心工作实际推动主题教育；要全面加强组织领导，确保主题教育有序有力开展。

2019年10月10日、11日下午，我院青年志愿者协会、法律服务社、部分学生党员赴蚌埠市湖光小区、龙湖春天小区开展“庆祝新中国成立70周年”主题普法宣传活动。采取发放调研问卷、法律宣传单页等形式，开展了以宪法、扫黑除恶为主题的宣传活动，用通俗易懂的语言向民众讲解宪法的主要内容。有效增强了民众法律意识，营造了良好法治宣传氛围。



2019年10月16日下午，院党政领导干部、部分教职工、学生党员代表赴蚌埠市渡江战役孙家圩子旧址纪念馆参观。参加人员参观了纪念馆陈列室、邓小平旧居等，感受我党我军战斗历程，感悟红色经典的时代内涵。参观结束后，大家纷纷表示，要不忘初心，牢记使命，以坚定的理想信念、饱满的工作热情，投身到中国梦的伟大实践中，为教育事业做出更大贡献。

2019年10月18日，安徽财经大学和蚌埠市人民检察院合作共建“检察理论研究基地”签字揭牌仪式暨研讨会，在我校博雅楼402会议室举行。安徽财经大学党委书记、校长丁忠明，蚌埠市人民检察院党组书记、代理检察长李孝云，副书记、副检察长康燕，法学院院长张卫彬等参加了此次活动。本次校检合作促进了法学院学科建设和蚌埠市人民检察院检察理论水平的提升。



责任编辑：赵晓彤 金海粟 房晓晓

中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行诉广东 蓝粤能源发展有限公司等信用证开证纠纷案

（最高人民法院审判委员会讨论通过 2019 年 2 月 25 日发布）*

〔关键词〕民事；信用证开证；提单

裁判要点

1. 提单持有人是否因受领提单的交付而取得物权以及取得何种类型的物权，取决于合同的约定。开证行根据其与开证申请人之间的合同约定持有提单时，人民法院应结合信用证交易的特点，对案涉合同进行合理解释，确定开证行持有提单的真实意思表示。

2. 开证行对信用证项下单据中的提单以及提单项下的货物享有质权的，开证行行使提单质权的方式与行使提单项下货物动产质权的方式相同，即对提单项下货物折价、变卖、拍卖后所得价款享有优先受偿权。

相关法条

《中华人民共和国海商法》第 71 条

《中华人民共和国物权法》第 224 条

《中华人民共和国合同法》第 80 条第 1 款

基本案情

中国建设银行股份有限公司广州荔湾支行（以下简称建行广州荔湾支行）与广东蓝粤能源发展有限公司（以下简称蓝粤能源公司）于 2011 年 12 月签订了《贸易融资额度合同》及《关于开立信用证的特别约定》等相关附件，约定该行向蓝粤能源公司提供不超过 5.5 亿元的贸易融资额度，包括开立等值额度的远期信用证。惠来粤东电力燃料有限公司（以下简称粤东电力）等担保人签订了保证合同等。2012 年 11 月，蓝粤能源公司向建行广州荔湾支行申请开立 8592 万元的远期信用证。为开立信用证，蓝粤能源公司向建行广州荔湾支行出具了《信托收据》，并签订了《保证金质押合同》。《信托收据》确认自收据出具之日起，建行广州荔湾支行即取得上述信用证项下所涉单据和货物的所有权，建行广州荔湾支行为委托人和受益人，蓝粤能源公司为信托货物的受托人。信用证开立后，蓝粤能源公司进口了 164998 吨煤炭。建行广州荔湾支行承兑了信用证，并向蓝粤能源公司放款 84867952.27 元，用于蓝粤能源公司偿还建行首尔分行的信用证垫款。建行广州荔湾支行履行开证和付款义务后，取得了包括本案所涉提单在内的全套单据。蓝粤能源公司因经营状况恶化而未能付款赎单，故建行广

* 最高人民法院网：《指导性案例 111 号》，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/02/id/3736917.shtml>，2019 年 11 月 6 日访问。

州荔湾支行在本案审理过程中仍持有提单及相关单据。提单项下的煤炭因其他纠纷被广西防城港市港口区人民法院查封。建行广州荔湾支行提起诉讼，请求判令蓝粤能源公司向建行广州荔湾支行清偿信用证垫款本金 84867952.27 元及利息；确认建行广州荔湾支行对信用证项下 164998 吨煤炭享有所有权，并对处置该财产所得款项优先清偿上述信用证项下债务；粤东电力等担保人承担担保责任。

裁判结果

广东省广州市中级人民法院于 2014 年 4 月 21 日作出（2013）穗中法金民初字第 158 号民事判决，支持建行广州荔湾支行关于蓝粤能源公司还本付息以及担保人承担相应担保责任的诉请，但以信托收据及提单交付不能对抗第三人为由，驳回建行广州荔湾支行关于请求确认煤炭所有权以及优先受偿权的诉请。建行广州荔湾支行不服一审判决，提起上诉。广东省高级人民法院于 2014 年 9 月 19 日作出（2014）粤高法民二终字第 45 号民事判决，驳回上诉，维持原判。建行广州荔湾支行不服二审判决，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于 2015 年 10 月 19 日作出（2015）民提字第 126 号民事判决，支持建行广州荔湾支行对案涉信用证项下提单对应货物处置所得价款享有优先受偿权，驳回其对案涉提单项下货物享有所有权的诉讼请求。

裁判理由

最高人民法院认为，提单具有债权凭证和所有权凭证的双重属性，但并不意味谁持有提单谁就当然对提单项下货物享有所有权。对于提单持有人而言，其能否取得物权以及取得何种类型的物权，取决于当事人之间的合同约定。建行广州荔湾支行履行了开证及付款义务并取得信用证项下的提单，但是由于当事人之间没有移转货物所有权的意思表示，故不能认为建行广州荔湾支行取得提单即取得提单项下货物的所有权。虽然《信托收据》约定建行广州荔湾支行取得货物的所有权，并委托蓝粤能源公司处置提单项下的货物，但根据物权法定原则，该约定因构成让与担保而不能发生物权效力。然而，让与担保的约定虽不能发生物权效力，但该约定仍具有合同效力，且《关于开立信用证的特别约定》约定蓝粤能源公司违约时，建行广州荔湾支行有权处分信用证项下单据及货物，因此根据合同整体解释以及信用证交易的特点，表明当事人真实意思表示是通过提单的流转而设立提单质押。本案符合权利质押设立所须具备的书面质押合同和物权公示两项要件，建行广州荔湾支行作为提单持有人，享有提单权利质权。建行广州荔湾支行的提单权利质权如果与其他债权人对提单项下货物所可能享有的留置权、动产质权等权利产生冲突的，可在执行分配程序中依法予以解决。

（生效裁判审判人员：刘贵祥、刘敏、高晓力）

责任编辑：张 坤

曹世奥

姜 萍

《法学探索》稿约

《法学探索》是在安徽财经大学法学院领导和老师的支持和指导下，由学生自主创办的法学专业内部期刊，该刊为季刊。

《法学探索》办刊的宗旨在于为广大同学构建一个法学专业知识学习、交流、探索的平台，营造良好的学术氛围。2012年经过改版，现面向法学专业本科生、研究生以及所有对法学感兴趣的同同学征稿。

一、投稿栏目

为了体现学生自主办刊理念，形成本刊风格与特色，欢迎广大同学主要针对以下栏目进行投稿：研究生论坛、聚焦新法、法眼看经济、理论探索、学科交融、读书札记、案例分析等。

二、来稿要求

1. 文稿应具有科学性、前瞻性、逻辑性、实用性、指导性和可读性。文稿务求论点明确，论据可靠，数字准确，重点突出，层次清楚，文字精炼，书写工整，引用资料请附参考文献。

2. 论文字数一般应在4000字以上，其他类体裁不少于3000字。本刊可以对来稿酌情修改或删除，凡不同意修改者，请在来稿中注明。

3. 来稿请在正文前加列“内容提要”与“关键词”。内容提要为文章主要观点之提炼，字数一般控制在200字以内；关键词一般为3至5个。来稿请注明有关作者姓名、学位、班级及手机联系方式等，以便编辑部联系和作者资料存档。

4. 投稿内容务必真实，严禁抄袭。本刊经改版后，实行纸质和电子化形式并行办刊，所有发表文章在法学院网站《法学探索》专栏公开刊登。如有违反，后果自负。

三、稿件格式要求

摘要和关键词为五号楷体；一级标题（宋体小四号字体，加粗）（段前后各0.5倍行间距）（如果一级标题与二级标题在一起，则两标题间的行距为单倍行间距）；二级标题（宋体五号字体，不加粗）；正文内容（宋体五号字体，不加粗），正文行间距为1.1倍行距。作者姓名后面加上自定义标记（“插入”——“引用”——“脚注和尾注”——“自定义标记”——“*”）。在第一页下面写上作者的详细信息。例如：张三，安徽财经大学法学院2011级法学（1班）。专业论文一律统一采用脚注形式（小五号字体），序号用阿拉伯数字[1]、[2]、[3]等连续脚注。脚注格式示例如下：

（著作类）[1] 杨紫煊著：《经济法》，北京大学出版社2004年版，第321页。

（期刊类）[2] 徐海燕：《导入惩罚性赔偿制度的法学思考》，载《杭州师范学院学报》2004年第3期。

（报纸类）[3] 胡晓进：《1787年“美国宪法”绝对是不民主的》，载《东方早报》2013年9月2日，第2版。

（学位论文）[4] 窦维涛：《论交通事故因逃逸致人死亡》，河北大学2011年硕士学位论文，第3页。

（网络文章）[5] 王利明：《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》，<http://news.163.com/12/1031/10/8F4TJS6S00014JB6.html>，2012年10月31日访问。

四、收稿及联系

1、本编辑部采用电子邮箱收录稿件（官Q邮箱2271280356@qq.com）。

2、稿酬及奖励措施：文章一经录用，即付稿酬。学院每年评选优秀论文若干篇，颁发荣誉证书和一定数额的奖金。

3、本刊联系人：严航 13645596606 张坤 17755036994 唐臻君 19856257608

罗昊 15955642605 潘晖 15178673812 赵晓彤 18855234530

汪楠 17356056848

《法学探索》编辑部

2019年10月26日