

“可以”的语义及其在立法中的误用

作者：周贇

作者单位：厦门大学法学院

出处：语言文字应用 2009 年 2 月第一期

内容摘要：从语言哲学的角度讲，“可以”一词具有多种可能的用法及语义，但作为一个立法用虚词却应当具有相对统一、单一的用法及语义，因为立法语言讲求的正是用词的准确性和一致性。然而，由于某些原因的存在，我国既有立法经验中存在一些关于“可以”的误用情形。随着我国法治工程的精细化，这些误用应当被揭示出来，也应当被修正。

关键词：法律语言学；可以；立法术语；误用；建议

[中图分类号]H08 [文献标识码]A [文章编号]100325397 (2009) 0120106209

The Semantics of “keyi” (可以) and Its Misuses in Legislative Discourse

ZHOU Yun

Abstract : The word “keyi” (可以) has many uses and meanings from the perspective of linguistic philosophy , while as a legislative function word , “ keyi ” (可 以) has to be monosemous. In reality , many misuses of the word in China’ s legislation can be found. As China has been fine2tuning its legal and legislative system , these misuses should be made clear and corrected.

Keywords: legal linguistics; “ keyi ” (可 以);legislative terminology; misuse;suggestion

正文：

一 法律语言学的研究进路

所谓法律语言学，简言之，即关于法律语言实践的学科、学问。按照有关学者的界定，法律语言学的主要职责是，“分析和总结语言在法制定、法研究和法执行过程中的特点和规律，从而为法制定、法研究和法执行中语言运用应遵循的原则和规范提供理论依据”^[1]。

如果这个界定是成立的，那么，法律语言学与法律语言实践之间的关系就将呈现为前者源于后者，但又高于并指导后者。如果说在其他领域，理论与实践呈现为此种关系是当然之义的话，那么，在语言学的领域这种关于理论与实践关系的定位似乎就是有问题，因为正如语言学界早已揭示的，“在复杂的现实世界和现实生活中，构造‘理想语言’或‘迫使现实语言符合某个预想的模型’是行不通的”，因为现实语言不是“不可改变的、标准的、完

美无缺的‘定论’”，并且实际的语言或普通语言又往往“是人类不得不使用的交际工具”^①；“如果足够多的人长期以来以特定的方式使用一个术语，那它就变成那个术语意义的一部分了，这是语言的本性。说大多数人数百年以来错误地使用了一个术语是没有意义的”^[2]——这些论断清楚地表明，在语言的领域，理论从根本上只能是后于实践并听命于实践的，因为理论界根本就无法为相关实践设定一个或一些标准，它唯一能做的就是从实践中发现、抽象出一些规律，并将其表述出来。

举例来说，若按照一般的语法规范，则所谓“我们去晒太阳”或许多戏剧里头的唱段“我把状来告”等实际语言就是有问题的，符合规范的相应说法应当是“我们去被太阳晒”或“我去告状”。但很显然，从来也不曾有哪一个语法学家宣称这种实际生活中已经被用习惯了的构词、造句法是错误的——在此种情形中，语言学家唯一能做的只能是：要么修改自己所抽象出来的语法规则，要么承认这种用法的合法性。这就是说，就语言实践领域而言，从根本上来讲，似乎不能简单地认为理论高于并可以指导实践。至此，我们发现了两种对立的观点：一种认定法律语言学与法律语言实践之间的关系如同其他领域一样，表现为前者源于、高于并指导后者；而另一种则发现既有经验已然表明，语言学固然源于语言实践，但却决不会、甚至也不应高于语言实践。

这里之所以将这两种对立的观点揭示出来，主要是因为对相关问题的分析、解决将导致语言学研究进路的根本不同：如果我们证立并赞成前一种观点，则意味着完全可以抛开相关经验，满足或基本满足于一种从逻辑到逻辑、从概念到概念的理论构建，并进而用这种构建出来的理论去反观、去批判实践，甚至去指导实践的重组。而如果我们认可的是后一种观点，那么，语言学能够做的也许就应当是以一种谦抑的姿态梳理语言实践，并不断根据语言实践修正自己。具体到法律语言领域，则按照前一种思路，论者可以先在理念世界树立一系列的规范，并以这种规范去寻找法律语言实践中的偏差之处，进而点明它的错误性，并“命令”作出相应改正；而按照后一种思路，则我们只能承认法律语言实践中的一些做法——只要这些做法达到了某种量的要求，哪怕它可能会带来一些相应的问题，也只能寻求其他的途径去解决，而不应根据理论研究所树立的标杆去指正。

那么，法律语言学到底应当择取那一种进路？在笔者看来，虽然从根本上来讲，（法律）语言学是一种后于生活实践并不得不“屈就”于生活实践的学问，但这并不意味着语言学的研究就不可以在个案当中用来作为指导生活实践的依据。正如在日常语言实践中，我们并不会认为如下情境里的老师或父母之行为是不恰当的：当一个呀呀学语的儿童说出某些语词或语句之时，他（或她）的老师、父母当根据他们自身所掌握的语法规范去纠正他。

因此，对语言学与语言实践关系的定位，更多的就成了一种度的把握，而非性的界定。具体到法律语言学的研究，则既可以择取从经验到理念的进路，也可以择取从理念观照、检讨经验的进路，甚至还可以结合两者，即研究者的理论视线顾盼于理念与经验之间。

就本文来说，笔者将择取如上最后一种研究进路。这意味着，在下文关于“可以”的语义分析及对它在立法中运用、误用的考察将采取一种从经验到理念、再从理念反观经验或从理念观照经验、再从经验修正理念的思路。

二 “可以”的一般语义：从日常用词到立法术语

所谓某个词语“一般语义”的提法，严格说来是不能成立的，因为正如维特根斯坦(Ludwig Wittgenstein)所断言的，“一个词的意义就是它在语言中的用法”^[3]。也就是说，就一个词语本身而言无所谓抽象的、一般的语义。我们这里用这个词语，实际上指称的是“可以”在当下汉语的“语言之语”^②中所具有的几种最为常见的含义。有论者曾将“可以”的一般语义归纳为如下几种^[4]：

(1) 表示可能或能够。比如：我们以为今天总可以到桂林了。

(2) 表示有某种用途。比如：棉花可以织布，棉籽还可以榨油。

(3) 表示许可。比如：你可以走了。

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

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

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

必须承认，如上归纳已经比较齐全，但是，第一，如果我们深入分析就会发现，第3种用法其实包含了第6种。因为许可本就包括两种，一种是经申请(或其他特定条件下)的许可，此种许可一经作出往往意味着被许可者就“应当”做该被许可的事(第6种正属此类情形)；另一种是一般预先性许可，譬如法律规定“公民可以信仰宗教”中的“可以”就是典型，显然在这种情形中，“可以”所引导的内容并不具有必为的属性。因此，尽管上述归纳中第6种“可以表示应当”这个结论笔者是赞成的，但所举的例子以及所作的分析却是不成立的。第二，就笔者的视域而言，似乎有以下两种情形还没有考虑到：一种情形是“可以”

与其他的实词构成表询问的问句，无实义。如：“我可以借你的《法理学》看看吗？”尽管此种情形中的“可以”与第3种情形中的“表示许可”有关联之处，但毕竟有所不同。另一种情形是“可以”用来表示转折，如“麻雀虽小，可以五脏俱全”。第三，“可以”表示“应当”。这种用法主要出现在古汉语中，最典型的如“士不可以不弘毅，任重而道远”（《论语·泰伯》），考虑到这种古文名句经常在现代汉语中被提及，因此，似乎也可以认为现代汉语中有时也把“可以”当“应当”用。显然，这种意义上的“可以”与上述归纳中第6种情形是不同的。

至此，我们大体可以把现代汉语中“可以”的一般语义总结为如下几种：第一，表示可能或能够；第二，表示某种用途；第三，表示许可或授权，包括经申请或特定条件下的授权和一般而预先的授权；第四，表示程度，包括表示“一般”的程度和“很”“非常”的程度；第五，表示应当，包括根据请示作出批复意义上的应当和单纯责任意义上的应当；第六，表示转折（需特定上下文），无实义；第七，表示征询意见（需结合其他实词），无实义。

笔者当然不敢断然认为如上归纳就已经齐全了，但至少可以就现有的这些归纳得出这样的结论：在日常生活中，“可以”一词具有多义性。

那么，在法律文本中，“可以”一词又具有什么样的语义呢？或者说，作为一个法律术语，“可以”事实上以及应当具有什么样的语义？就目前来说，学界有两种比较典型的观点，其一，认为作为法律术语的“可以”是一种授权，并且也正因为它表示的是一种授权，所谓“可以”也往往意味着“可以不”，例如“精神病人的利害关系人，可以向人民法院申请宣告精神病人无民事行为能力人或者限制民事行为能力人”（《中华人民共和国民法通则》第19条）中的“可以”，往往也意味着“可以不”。^[5]这种观点曾一度获得较为普遍的认可。其二，无论是在我国实际的立法表述中，还是从应然的角度讲，“可以”作为一个法律术语都不必然意味着“可以不”，举例说来，我国《宪法》第60条第2款“全国人民代表大会任期届满的两个月以前，全国人民代表大会常务委员会必须完成下届全国人民代表大会代表的选举。如果遇到不能进行选举的非常情况，由全国人民代表大会常务委员会以全体组成人员的三分之二以上的多数通过，可以推迟选举，延长本届全国人民代表大会的任期。在非常情况结束后一年内，必须完成下届全国人民代表大会代表的选举”中的“可以”，就显然并不意味着“可以不”，因为当“全体组成人员的三分之二以上的多数通过”以后，显然不应该是也“可以不”推迟选举，而应当是“应推迟选举”。最后的结论是，“可以”一词仅仅在授予私权（即个人权利）时才意味着“可以不”，而在涉及公权（即公共权力）的运作时，则往往并不意味着“可以不”。^[6]

应该说，如上第二种认识明显比第一种认识更具可接受性。但即便这后一种认识，至少就我国既有的立法实践来看，也存在诸多问题。

首先，在授予私权的时候就一定意味着“可以不”吗？米尔恩(J.M. Milne)曾指出存在一种“无可选择的权利”，他说，“它们是这样一些接受权，即权利人有资格接受某物，但无资格拒绝某物”，这种权利与义务的区别在于，“无可选择的权利在本质上具有被动性，权利人并未被要求去(积极地)做什么，他纯属某种待遇的受益者，而别人则负有给予他此种待遇的义务”。

此种权利的典型例子是儿童的受照护权。^[7]在我看来，米尔恩的这些分析已经足够击破私权领域“可以”就意味着“可以不”的认识；但如果更进一步分析就会发现，其实不仅仅是米尔恩所谓之“被动”权利具有“无可选择性”，还有大量的其他权利具有不可选择性，举例来说，社会主义国家公民的劳动权、现代民主—法治国家公民的选举权、监督权等所有主要涉及公益的私权利，其实都不应当具有“可以不”的属性，因为相关的权利严格说来有关主体并不应当怠于履行，否则他(或她)就很难说是一个适格的相关主体：一个怠于行使劳动权的人必定不是社会主义国家的合格公民；一个怠于行使选举权的人也必定不是民主—法治国家的合格公民；一个怠于行使法律赋予之监督权的人也很难说是一个合格的公民。另外，在那种经申请的私权授予情形中，似乎其中的“可以”也并不意味着“可以不”。

其次，授予公权就一定意味着不可以“可以不”吗？至少就既有经验来看，我们可以很容易地在我国现有法律体系中找到类似如下涉及用“可以”授予公权但却显然意味着“可以不”的条款，如“企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可以给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：(一)超出登记机关……”(《中华人民共和国民法通则》第49条)；“监护人不履行监护职责或者侵害被监护人的合法权益的，应当承担民事责任；给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。人民法院可以根据有关人员或者有关单位的申请，撤销监护人的资格”(《中华人民共和国民法通则》第18条第3款)；“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚”(《中华人民共和国刑法》第10条)；等等。在这些条款中，我们可以看到，其中用来授予公权的“可以”其实也意味着“可以不”；有关监管机关(或人民法院)对于有《民法通则》第49条所列举行为的法定代表人，是否“可以不”给予行政处分？人民法院是否只要“有关人员或者有关单位申请”就“可以不”“撤销监护人的资格”？人民法院(或检侦机关)是否“可以不”追究符合《刑法》第10条情形的人员？很显然，根据立法的上下文来看，对如上问题均可作

肯定的回答。

再次，让我们先来看看如下法律条文。“十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动”（《中华人民共和国民法通则》第12条）；“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式”（《中华人民共和国民法通则》第56条第1款）；“附加刑也可以独立适用”（《中华人民共和国刑法》第34条第2款）；“不动产或者动产可以由两个以上单位、个人共有”（《中华人民共和国物权法》第93条）；“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在什么时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴”（《中华人民共和国刑法》第53条）。如果说前几个例子我们可以勉强说其中的“可以”仍然表示授权的话^③，那么，在最后一个例子中，就实在无法认定其中的“可以”表示的是一种授权了。对于这种条文中的“可以”，更为恰切的定性当为“描述”，而其语义也不应是前文关于“可以”语义归纳中“表示允许”意义上的“可以”，而应为“表示某种用途”意义上的“可以”。

当然，如果仍以我国既有立法经验来看（即不考虑其应然性），“可以”一词还有可能被用于如下两种情形，其一，“可以”即“应当”。如“犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻。其中，犯罪较轻的，可以免除刑罚”（《中华人民共和国刑法》第67条）。从立法意图来看，这个条文应当是鼓励犯罪嫌疑人自首，因此，这个条文实际上并不是在授权（授予法院某种裁量权），而更多的其实是约束^④；也因此，如果我们将其中的“可以”替换成“应当”，并使相关的表述变为“对于自首的犯罪分子，应当从轻或者减轻。其中，犯罪较轻的，应当免除刑罚”，也许才更为合适。否则，又怎么可以起到鼓励自首的作用？其二，“可以”有时还会被用于如下情形，“在全国人民代表大会会议期间，一个代表团或者三十名以上的代表，可以书面提出对国务院各部、各委员会的质询案，由主席团……”（《中华人民共和国全国人民代表大会组织法》第16条）。在类似情形中，根据上下文我们可以很容易地判断其中的“可以”实际上指的是“可以以”或者“可以用”短语的省略说法。

总之，上述对我国现有立法并不十分全面的考察表明，至少就经验层面来讲，我国立法中的“可以”并不存在一个抽象而普适的用法或意义：既不能片面地认为“可以”意味着“可以不”，也不能梳理出授予私权时的“可以”意味着“可以不”而授予公权时的“可以”不意味着“可以不”的规律，甚至不能单纯地认为“可以”一定意味着“授权”。

三 我国立法对“可以”的误用——从立法语言的基本属性谈起

如上梳理表明,“可以”一词的语义在我国立法中呈现出某种程度的多样性。如果单纯地按照法律语言学的第二种思路(即从经验到理念)展开研究,必然的结论就是我们只能在某种程度上修改我们现有的关于立法语言学、立法技术学的一些典型结论。如:在立法表述中,“必须保证用语的统一规范。立法者不仅要保证在同一个规范性文件中使用统一的名词术语,而且在不同的规范性文件之间也要保持协调一致”^[8];或者,在法律文本中,“一个语词应当只有一个义项,而不能有两种或多种涵义”,“立法表述中的语词强调单一的涵义,更不能含有引申、隐性的涵义”(刘红婴,2003:85)。相对来说,似乎立法语言学的这些强调立法用词语义单一性的结论比我国既有立法经验中所出现的立法用语语义多样性的事实更具有可接受性:因为正如富勒(Lon L. Fuller)那个被广为认可的论断所表明的,就一个以追求法治为圭臬的社会而言,作为其基础的“法律必须讲求逻辑的一致性”,否则法治就是不可能的^[9]。换个角度说,我们似乎也很难认定既有立法经验中关于“可以”除“表示授权”以外的用法已经达到了“大多数人数百年以来”惯于使用的程度——恰恰相反,那些除“表示授权”以外的运用似乎都仅仅出现在(极)少数情形中。

如果如上立法语言学以及富勒的论断能够成立,则至少就我国立法中“可以”一词的语言实践与相关语言学结论来说,更为恰切的研究进路似乎应当是“从理念关照经验”。即,它应当具有相对确定而单一的用法及语义。那么,从应然状态来说,“可以”作为一个立法术语到底应当具备什么语义?又应用于怎样的情形之中?笔者以为,回答这个问题的最佳方法是对比的方法。在立法表述当中,可以与“可以”构成对比关系的术语,主要有“应当(得)”“必须”“不得(禁止)”等虚词。因此,如果我们确定了其他几个虚词的用法及语义,那么,“可以”欲作为一个具有独立语义因而也具有价值的虚词存在于立法之中,就只能被用作与其他几个虚词不同的语义、功能。

法理学的研究表明,法律规范按照其涉及的实质内容的不同可以分为授权性规范、义务性规范,其中义务性规范又包括禁止性规范和命令性规范。^⑥以我国《宪法》为例,涉及“应当”“必须”的使用时,几乎全部是用来设定一种命令性规范,如第76条第2款,“全国人民代表大会代表应当同原选举单位和人民保持密切的联系,听取和反映人民的意见和要求,努力为人民服务”;又如第5条第3款,“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究”(“应当”共有14处^⑥,”必须”共有15处)。而涉及“不得(禁止)”的使用时,则往往用来设定禁止性法律规范,典型者如第6条第2款“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”;又如第10条第4款“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形

式非法转让土地”（共有 19 处，其他 18 处皆用来设定禁止性法律规范）。

应该说，按照当代汉语的基本语法规则，“必须”“应当”及“不得”分别用于如上情形是比较合理的。这意味着，“可以”似乎只能用于设定授权性规范，事实也正是如此：就我国《宪法》而言，“可以”确实主要用来设定授权性规范。如第 32 条第 2 款“中华人民共和国对于因为政治原因要求避难的外国人，可以给予受庇护的权利”中的“可以”就是一种单纯的授权，因为在类似情形中也“可以不”给予庇护的权利。就我国《宪法》而言，用来设定授权性规范的“可以”还存在于第 79 条第 2 款、第 100 条、第 99 条第 3 款等条文中。

至此，我们可以得出这样一个结论：从应然角度讲，“可以”只能用于设定授权性规范。确立了这一理念性标准，如果以此观照、检讨既有立法文件，就可以较容易地发现其中关于“可以”的误用。总体说来，大体包括如下几种情形：

第一，“可以”被广泛地用于两种语义。具体说来，“可以”既被用于一般而预先的授权，此时往往意味着“可以不”，如我国《物权法》第 18 条“权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供”中的“可以”，类似情形还有第 19 条、26 条、32~38 条等；也被用来表示具体语境下的授权，此时并不意味着“可以不”，而往往意味着某种必为性（确定性指引）。仍以我国《物权法》为例，第 42 条第 1 款“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产”中的“可以”就是此类典型，相关的还有第 12 条第 2 款、第 21 条第 2 款等。

第二，“可以”被用作“应当”。典型者如我国《民法通则》第 109 条“因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受侵害而使自己受到损害的，由侵害人承担赔偿责任，受益人也可以给予适当的补偿”，第 137 条“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效”，以及我国《刑法》第 67 条“犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻。其中，犯罪较轻的，可以免除刑罚”，“可以”其实就是“应当”，因为就前者来说，对于受到损失的无因管理者（或紧急避险者、正当防卫者）来说，相关行为的受益者于情于理都当然有义务“给予适当的补偿”；就中者而言，既然出现了或者说认定了“特殊情况”，那么，人民法院就应当是“延长诉讼时效”，否则就不会或者说不必认定出现了“特殊情况”^⑦；而就后者来说，正如前文的分析所表明的，人民法院当然也“应当”从轻、减轻或免除处罚。

第三，“可以”被用作日常用语中“表示某种用途”的情形。此种误用情形主要出现在

我国《刑法》当中，如第 53 条“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴”，又如第 210 条第 1 款“盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚”，其中的“可以”，具有的就是“表示某种用途”之义。类似的刑法条文至少还有 209 条第 1、3 款，第 210 条第 2 款。另外，当“可以”被用作“可以以”的缩写词时，也是一种不严肃的用法。

第四，被用来设置注定无效或没有必要的条款(立法浪费)。如《中华人民共和国国家通用语言文字法》第 26 条：“违反本法第二章有关规定，不按照国家通用语言文字的规范和标准使用语言文字的，公民可以提出批评和建议。”其中的“可以”及其引导内容看上去似乎属于“预先而一般地”授予公民一种权利，这意味着公民也“可以不”批评或建议。而如果真是如此，这种立法规定还有必要么？更进一步讲，如果考虑到整个通用语言文字法的立法目的就是要动员、鼓励或指引全社会使用通用语言文字，则公民对有关违法现象进行“批评和建议”似乎应该是一种义务，而如果它真的设定了一种义务，那么其中的“可以”就应当换作“应当”。但这样一来，这种义务又显然是一种无法强制执行的义务(没有人、没有组织也没有机构可以强迫公民就某事提出批评和建议)，因此，这又是另一种形式的立法浪费。

第五，语法误用。我国《物权法》第 126 条第 1 款规定：“耕地的承包期为三十年。草地的承包期为三十年至五十年。林地的承包期为三十年至七十年；特殊林木的林地承包期，经国务院林业行政主管部门批准可以延长。”其中的“可以”显然是用错了地方，这个条文要表达的意思似乎应该是“特殊林木的林地承包期，承包人可以向国务院林业主管部门申请延长”。否则从上下文来看，则一旦“国务院林业主管批准”后，显然“特殊林木的林地承包期”就不应该再是“可以延长”。申言之，此处的“可以”一词要么就是放错了位置，要么就是前言不搭后语。

四 “可以”一词误用的缘由及相应立法建议

以上我们列举了“可以”在我国立法中误用的五种情形。分析造成这些误用的原因，可能有如下几种：

最一般性的原因是，由于立法主体的多样化(无贬义，指的是各法典系不同机关或同一机关在不同时期的产物)，由于我国《立法法》没有关于立法语言使用之形式标准的规定，当然，也由于立法者可能根本就没有意识到或至少没有清楚地以立法用语一致性、单一性的要求来规范立法表达。因此，才使得我国立法中关于“可以”一词(其他语词也一样)的使用呈现出五花八门之状。针对这个原因所造成的误用，笔者建议：不妨在《立法法》中增设

关于立法表达应当追求统一性的规定;或至少可以先在实践中强调这一点。

就误用的第一种情形而言,笔者认为最重要的当是忽视了另一个虚词“得(读音为“dē i”,而非 dé)”的存在。我们不妨先比较一下我国宪法中的这样两个条文:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”(第31条,简称为N1);“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会认为必要的时候,可以组织关于特定问题的调查委员会,并且根据调查委员会的报告,作出相应的决议”(第71条,简称为N2)。其实N1和N2都是某种特殊情况下(所谓“在必要时”或“认为必要的时候”)的授权^⑧,但这种授权显然具有较强的必为性(否则就是前后矛盾),因此,按照立法用语统一性之要求,两个条文应当都用同样的虚词才是。再考虑到“可以”一般用来设定授予“一般且预先”之权利的情形,那么,更为合适的选择就应当是“得”。事实上,在现代汉语中,“得”也确实具有这个意蕴:一方面,它表示授权,另一方面,却又表示一种必为性^[10]。从这个意义上我们可以说,“得”介于“可以”与“应当”之间但又结合了两者的部分涵义。笔者以为,如果要保持“可以”用法的单一和统一性,就有必要大规模启用“得”^⑨以取代特殊语境或经申请后授权情形中的“可以”。

至于误用的后几种情形,则应当是立法疏忽造成的。相对应的建议是:

第一,凡出现用“可以”表示“应当”之处,一律换成“应当”。

第二,凡“可以”被用来“表示功能”或用作“可以以”的缩写时,则应当换作其他更为合适的表述,如我国《刑法》第35条可以作这样的表述,“罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的,强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的,人民法院在任何时候发现被执行人有能够被执行的财产,应当随时追缴”;而类似我国《全国人民代表大会组织法》第16条则可调整为“在全国人民代表大会会议期间,一个代表团或者三十名以上的代表,可以以(或得以)书面提出对国务院各部、各委员会的质询案,由主席团……”。

第三,对于造成立法浪费、甚至语法错误的“可以”的误用情形,笔者的建议是废除或按照语法要求作出修订。

还有必要提及的一种误用原因则可能是立法者无论怎么努力都将无法克服的,因为这种误用从根本上取决于人类语言的惰性或无能。这就正如语言学的研究所表明的,语言符号在面对活生生的具体现实时总会显现出一定的局限性或者说时滞性(time lag),所谓“我们语言的丰富程度和精妙程度还不足以反映自然现象在种类上的无限性、自然要素的组合与变化、以及一个事物向另一个事物的逐渐演变过程”^[11]。因此,语言符号虽然给我们带来了极大的方便,但却也在一定意义上构成了我们的牢笼;因此,如果立法表述中的某些误用(不

仅仅关于“可以”一词) 是源于语言本身的局限^①, 那么, 作为立法者唯一能做的也许就是: 设法绕过它或在一定程度上缓解它。

① 奥斯汀(J. L. Austin) 语, 转引自杨玉成《奥斯汀:语言现象学与哲学》第 49 页, 商务印书馆, 2002; 类似的观点还可见于【瑞士】索绪尔《普通语言学教程》107 页, 高名凯译, 商务印书馆, 1980。

② “语言之语”是相对于“语言之言”的一个范畴。前者指的是一种语言既有的、共通的语素及语法习惯、规则所构成的一个共同体, 具有“约定俗成”和客观性属性; 后者则指通过个人的使用而形成的语言, 具有个别性和主观性。可参见【瑞士】索绪尔《普通语言学教程》第 31、35 页, 高名凯译, 商务印书馆, 1980。

③ 之所以说“勉强”, 是因为这种上下文(context) 中的“可以”其实更多的并不具有授权的意谓, 而它主要具有的是描述、定义的意谓。因为“可以”后面所接的内容实际上构成了前文某一概念本身的有机组成部分, 而这与典型意义上的授权是不同的。

④ 此种情形中的“可以”与关于授予公权且不意味着“可以不”情形中的“可以”是有不同的, 因为有没有“可以”引导的内容, 法院其实都有相关的裁量权, 但恰恰是“可以”及其引导内容的存在, 使得法院的相关权力受到了约束, 因此, 这里的“可以”是典型的应当, 而不是“授权”。

⑤ 这几乎是少有的几个没有什么争议的法理“通说”, 故此处不列举参考文献, 也不再特别解释相关术语。

⑥ 按照笔者博士毕业论文的考察, 其他法典中出现“应当”的情形大体也都是用来设定命令性规范。可参见周 “应当”一词的法哲学研究》第三章第 3 节, 山东人民出版社, 2008。

⑦ 与这个条文中“可以”之误用如出一辙的还有我国《刑事诉讼法》第 65 条: “公安机关对于被拘留的人, 应当在拘留后的二十四小时以内进行询问。在发现不应当拘留的时候, 必须立即释放, 发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的, 可以取保候审或者监视居住。”

⑧ 之所以说这里头存在授权, 是因为如果没有这个规定, 那么有关主体是没有相关权限的。

⑨ 按照笔者对我国《宪法》《民法通则》《刑法》《物权法》《合同法》等几部基本法典的检索, 《宪法》第 31 条是唯一的一条使用了“得”的规定。值得一提的是, 以笔者所阅读的资料来看, 有关机关并没有对为何在立法过程中放弃使用“得”这一在民国时期已经被普遍使用的虚词作出任何的说明。

⑩ 好在至少就笔者所重点检索的几部法典中, 关于“可以”的误用尚没有这种我们无法从根本上进行克服的情形。但这并不意味着相关情形就不存在或将来也不会出现。

[参考文献]

[1] 刘红婴. 法律语言学[M]. 北京:北京大学出版社, 2003 :11.

[2] 【美】比克斯. 法律、语言与法律的确定性[M]. 邱昭继译. 北京:法律出版社, 2007 :116.

[3] 【德】维特根斯坦. 哲学研究[M]. 汤潮等译. 北京:三联书店, 1992 :31.

[4] 喻 中. 法律文本中“可以”一词的研究[D]. 山东大学法学院 2004 级博士毕业论文.

[5] 李茂武. “可以 P”与“可以不 P”的关系[J]. 江汉大学学报, 2001, (2).

[6] 喻 中. 再论“可以 P”与“可以不 P”的关系[J]. 江汉大学学报, 2004, (1).

[7] 【英】米尔恩. 人的权利与人的多样性[M]. 夏勇等译. 北京:中国大百科全书出版社, 1995 :115.

[8] 周旺生. 立法学[M]. 北京:法律出版社, 2000 :635.

[9] Lon L. Fuller, The Morality of Law[M]. New Haven :Yale University Press, 1964 :70.

[10] 周贇. “应当”一词的法哲学研究[M]. 济南:山东人民出版社, 2008 :209~210.

[11]【美】博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来译. 北京:中国政法大学出版社, 1999 :486.