

# The Third Specially Invited Lawyers' Office of Beijing

A short Account

Beijing, China

---

## The Third Specially Invited Lawyers' Office of Beijing

A short Account

The Third Specially Invited Lawyers' Office of Beijing is set up jointly by the faculty of the Law Department of Peking University and the specially invited lawyers. The purposes of the Office is to serve China's socialist modernization, the "open policy", to give legal help to domestic and foreign clients in every walk of life and to protect their lawful rights and interests, and to safeguard the socia-

list legal system.

The business items of the lawyers of the Office are:

1. To serve as legal advisers to government organs, social bodies, enterprises and institutions, individually-run households, specialized households, economic associations and foreign businessmen at their invitation.

2. To act as representatives of the parties to civil cases in litigation.

3. To act as counsel for the accused in criminal cases at the request of the accused or by designation of the people's courts, to act in litigation as representatives of the persons who institute the private prosecution and of the victims and their near relatives in public prosecution cases by their authorization.

4. To furnish parties in non-litigious incidents with legal help or to act as representatives in mediation and arbitration by their authorization.

5. To answer inquiries on legal questions, draft pleadings, review or draft agreements, contracts, regulations and other legal documents.

6. To furnish legal help in negotiations connected with economic, trade and technological co-operation.

7. To act on the clients' behalf in such legal formalities as the application for the registration of industrial and commercial enterprises, registration of trademark, patent and notarization.

8. To act on the clients' behalf in legal matters involving security for the performance of contract, sale, lease, etc.

The Office has the following legal specialists and officials as its advisers (listed below in the order of the number of strokes in their surnames):

Wang Zhongfang, Vice-President of China Law Society.

Wang Quiwu, Member of the Council, China Law Society; Part-time professor of law at the Law Department, Peking University.

Wang Tieya, professor of law at the Law Department, Director of the International Law Institute, Peking University,

Wang Lubin, Adviser to Peking University.

Jiang Yizhen, member of the Central Advisory Commission of the Communist Party of China.

Rui Mu, professor of law at the Law Department, Peking University.

Li Haopei, Legal Adviser to the Treaty and Law Division of the Ministry of Foreign Affairs, part-time professor of law at the Law Department, Peking University.

Zhang Youyu, Vice-Chairman of the Law Committee of the National People's Congress, President of China Law Society.

Chen Shouyi, Vice-President of China Law Society, professor of law at the Law Department, Peking University.

Gu Ming, Director of the Research Center of Economic Statutes, the State Council, President of the Economic Law Research Association.

Qian Duensheng, Vice-Chairman of the Law Committee of the National Peoples Congress.

The officials of the Office are: Zhang Xu, Chairman of the Office, Ma Zhangming, Zhou Yuxi, Jin Ruilin, Vice-Chairmen.

The Office is composed of seventy lawyers. Some of them are specially invited lawyers with long-time practical experience in judicial field and some are law professors, associate professors and lecturers and part-time lawyers with considerable academic attainments.

Addresses: The Law Society of Beijing, Law Department, Peking University.



# 北京市 第三特邀律师事务所 简介

中国·北京

## 北京市

### 第三特邀律师事务所简介

北京市第三特邀律师事务所由北京大学法律系和特邀律师合作组建。本所的宗旨是，为中国社会主义现代化建设服务，为对外开放政策服务，为中外各界人士提供法律帮助，保护当事人的合法权益，维护社会主义法制。

本所办理下列业务：

1. 接受机关、团体、企业、事业单位、“两户一体”和外商聘请，担任法律顾问。
2. 接受民事案件当事人的委托，担任代理人参加诉讼。
3. 接受刑事案件被告人的委托或人民法院指定担任辩护人；接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人及其近亲属的委托，担任代理人参加诉讼。
4. 接受非诉讼事件当事人的委托，提供法律帮助，或者担任代理人参加调解、仲裁活动。
5. 解答关于法律的询问，代写诉讼文书，审查或起草协议、合同、章程和其它法律文书。
6. 为经济、贸易、技术合作谈判提供法律帮助。
7. 代办申请工商登记、商标注册、专利、公证等法律手续。
8. 代办履约担保、买卖、租赁等方面的法

律事务。

本所聘请下列中国法学界专家和政法工作者担任顾问：（以姓氏笔划为序）王仲方（中国法学会常务副会长）、王桂五（中国法学会理事、北京大学法律系兼职教授）、王铁崖（北京大学法律系教授、国际法研究所所长）、王路宾（北京大学顾问）、江一真（中央顾问委员会委员）、芮沐（北京大学法律系教授）、李浩培（外交部条法司顾问、北京大学法律系兼职教授）、张友渔（全国人大法律委员会副主任、中国法学会会长）、陈守一（中国法学会副会长、北京大学法律系教授）、顾明（国务院经济法法规研究中心主任、中国经济法研究会会长）、钱端升（全国人大法律委员会副主任）。

本所由张旭任主任，马振明、周玉玺、金瑞林任副主任。

本所律师七十名。其中有具有多年司法实践经验的特邀律师，也有担任兼职律师并具有较高学术造诣的法学教授、副教授和讲师。

北京市第三特邀律师事务所

一九八五年二月

地址：北京市法学会院内  
北京大学法律系



89/3

PEKING  
UNIVERSITY  
CHINESE  
AND  
COMPARATIVE  
LAW

中華  
法  
學



法学论坛

- 论法理学的创新.....沈宗灵 (1)
- 检察机关体制改革谈  
——在法律监督上大做文章.....张培宇 (9)
- 评刑事诉讼中的“疑难案件请示”.....徐纯科 (15)
- 清除国际法领域的虚无主义, 加强国际法制观念  
.....赵理海 (19)
- 明《大诰》的实施及其历史命运.....杨一凡 (24)

座谈会·笔谈会·对话录

- 发扬“五·四”精神, 推进民主法治  
——青年法学工作者笔谈会  
.....王晨光 高鸿钧 顾昕 冯向辉等 (28)
- 民主和法制建设的重要步骤  
——行政诉讼法座谈会记述  
.....蒋朝阳整理 (37)

新学科

- 计算机法律信息检索与计算机法律专家系统  
——理论与实践.....张力行 (41)

处女作

- 试论我国的反垄断立法.....魏剑 (48)

欧美之页

- 美国法律中的不可抗力和政府干预  
.....[美]约瑟夫·D·贝克 (51)

港澳台之页

- 香港的司法制度.....胡鸿烈 (55)

信息·动态·热线电话

- 《死亡人遗产继承法律适用公约》  
.....段洁龙 张红虹译 (60)
- 中国新闻法制研究中心在京召开新闻立法座谈会  
.....杨秀武 (64)
- 国际法上的创举: 法国与西德拟开设联合使馆  
.....陈中绳 (47)
- 国际法哲学和社会哲学协会第14届世界大会  
即将召开.....金宁 (封四)
- 诗一首.....齐一飞 (8)

法学论坛

论法理学的创新

·沈宗灵·

法理学, 法学基础理论的简称, 是我国法学的一个主要理论学科和高等法律院系的一门基础课程。它研究一般法律, 特别是我国社会主义法律或法制的基本概念、规律和原理。

本文试图围绕法理学的创新这一主题探讨以下几个问题: 法理学在近十年来的主要变化; 法理学创新的特殊迫切性和艰巨性; 法理学怎样创新; 最后是作为结论: 对法理学发展前景的展望。

自1978年底党的十一届三中全会以来的十年中, 总的来说, 我国法理学也有了重大变化, 在某些方面, 已开始有所创新。这里讲的变化并不是指发表了多少论文、著作, 编写了多少教材, 培养了多少研究生或召开了多少学术会议等, 而是指思想理论上的变化。这种变化主要表现在以下三个方面。

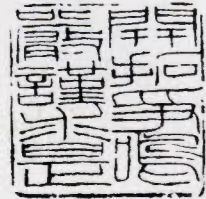
(一) 推动法学成为一门独立的学科

我国自五十年代初以来, 按照苏联模式, 将法学的基础理论称为“国家和法律理论”。这实质上是使法学与国家学或政治学合二为一; 法学不成其为真正独立的学科。自八十年代初开始, 法学的理论学科或基础课程的名称开始普遍改为“法学基础理论”。这里应注意的是, 这一改变主要是由两个客观条件造成的: 一个是三中全会作出了健全民主和法制的重大决策, 从而为加强法学提供了必要性和可能性; 另一个是当时恢复了政治学在社会科学中的地位从而进一步明确国家学说主要属于政治学研究的范围。当然, 这一改变也离不开广大法学工作者的努力。他们在开始几年中曾就法学研究对象问题展开广泛的讨论 (有时是激烈的争论)。在讨论过程中, 绝大多数人认为, 法学研究的对象是法律而不是国家和法律二者, 更不能说主要是国家。国家和法律是密切联系的, 因此政治学和法学都应研究国家和法律的关系, 但它们研究的角度、广度、深度和比重各有不同。

由“法学基础理论”代替“国家和法律理论”, 并不仅仅是名称上的改变, 也不意味“法学基础理论”是法学理论学科与基础课程的最理想的名称。这一改变实质上体现了学科内容、体系的重大改变以及对法学本身应有真正独立地位这种观念的确认。

(二) 走向以研究中国社会主义法律为主的法理学

十年前, 法学的基础理论不仅称“国家和法律理论”, 即以国家和法律二者作为研究对象 (甚至以国家作为主要研究对象), 同时还强调以研究一般的国家和法律, 特别是以苏联为代表的社会主义国家和法律, 即社会主义类型的国家和法律为主。到五十年代后期, 虽然苏联的“国家和法律理论”也成了被“批判的对象” (主要是批判“和平过渡”、“全民国家”、“全民法”等观点), 但就法学研究的对象而言, 仍强调研究一般的法律, 特别是



中外法

(双月刊)

主编 肖蔚云

副主编 罗玉中



社会主义类型的法律，也就是说它研究适用于一切社会的法律或适用于一切社会主义社会法律的基本理论。在这种思想支配下，人们往往自觉或不自觉地满足于以往教材或经典著作中的一般的、抽象的概念和原理，而不认真地、深入地探讨我国法制建设的实践。与此同时，人们也往往错误地将我国社会主义法律当作仿佛是社会主义法律的唯一代表。

社会主义法律或法制是我国社会主义上层建筑的一个重要组成部分，是为我国社会主义现代化事业服务的。因此，无论是我国社会主义法律和法制，还是以这种法律和法制为主要研究对象的马克思主义法学，都应具有中国的特色。具有中国特色的马克思主义法学并不意味着它应仅仅研究中国现行的社会主义法律和法制，但作为一个整体来说，它应以研究我国现行社会主义法律和法制为主。同样地，我国的法理学，作为我国法学的一门理论学科，无疑应研究一切社会的法律或一切社会主义社会法律的基本理论，但作为一个整体来说，我国法理学研究的立足点、中心和归宿应是中国社会主义法律、法制的基本理论。<sup>①</sup>党的第十三次代表大会文件所阐述的关于社会主义初级阶段的理论，更加深了我们对我国的法理学应是以研究中国社会主义法律为主的认识。

### (三) 有关法律的一些基本观念的改变

1. 关于法律在社会生活中的地位。自五十年代后期起，随着“左”的指导思想的抬头，法律在社会生活以及人们观念中的地位日益下降。当时在法学作品中，也讲到法律的重要意义，但事实上只是空洞的表白而已。十年动乱时期，法律本身仿佛也成了革命的对象。近十年中，尽管法律不受重视的现象还相当严重，但总的来说，与十年前相比，已起了巨大变化。法律在社会生活中地位的变化，是十年来我国社会中一个极为突出的现象。从党和国家的指导思想上讲，“一手抓建设和改革，一手抓法制”，已将法律的重要性提到前所未有的高度。与此相应，我国的法理学，围绕法制和社会主义现代化、安定团结、经济体制改革、商品经济、政治体制改革、民主建设、精神文明建设、对外开放等各个方面的关系，对法律和法制在社会生活中的重要地位，作了较系统的论证。在论述法律重要性、反对“法律虚无主义”的错误思想的同时，有的法理学作品也指出了应防止和反对“法律万能论”的错误思想。

2. 关于法律的作用或功能。长期以来，在“阶级斗争为纲”这种错误观点的支配下，法学中也盛行过法律的作用主要是，甚至仅仅是阶级斗争工具的观点。三中全会后，这种观点在法理学中迅速被抛弃。一般地说，人们普遍认为，就我国而论，法律的社会作用极为广泛，在社会、政治、经济、文化等各个领域中都有重要作用。即使以政治领域而论，法律的作用也不限于阶级斗争和对敌专政。它还要维护和促进社会秩序、民主建设、政治体制改革以及保护公民的基本权利，等等。在上述认识的基础上，我国的法理学作品中也论证了以下一些关于法律作用的基本观念，如法律不仅授予权利、权力，也设定义务、责任；不仅防止和制裁公民滥用权利的行为，也防止和制裁国家机关或国家公职人员滥用权力的行为；不仅有消极地保护人们合法行为或制裁人们违法行为的作用，还有积极地指引、鼓励和教育人们正确行为的作用；不仅体现一定阶级或国家的意志，是一种实现社会调节（即调节人们行为或社会关系）的工具，而且它本身就代表一种独立的价值（如自由、平等、正义等）。

3. 关于我国法律的本质。长期以来，法理学中盛行的观点是：法律的本质首先在于它是统治阶级意志的体现。随着“以阶级斗争为纲”这一公式的消失，在法理学面前也就提出了一个尖锐的问题：在我国，剥削阶级作为一个阶级已被消灭，“法律代表统治阶级的意

志”这一命题对我国社会主义法律是否仍适用？尽管对法的概念这一问题在我国法理学界至今还存在着很多分歧，但通过近年来的反复讨论，大多数人都倾向于认为上述命题已不适用于我国社会主义法律。后者代表广大人民意志，服务于社会主义现代化建设事业。它对敌视社会主义事业的分子或其他严重刑事犯罪分子是专政的工具，但不能说人民就是统治阶级，也不能说我国的法律主要是实现阶级统治的工具。

4. 关于民主和法制、法治和人治的问题。在以往的法理学作品中，经常讲法律与国家、专政的关系，却很少论述法律与民主的关系。“法治”一词，在建国初期报刊上还偶然提到，以后就长期消失。法治与人治的关系问题在十年以前也几乎从未公开讨论过，仿佛这一问题在中国仅是古代思想家的争论。十一届三中全会提出，“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化”。<sup>②</sup>接着在党的历史问题的决议中进一步分析了导致十年动乱的一个重要原因是不重视民主、法制建设。<sup>③</sup>自此以后，民主与法制不可分就成为我国法理学中一个牢固的观点。法理学界还对法治与人治的问题（实际上是“法治与人治”的含义）展开了广泛的讨论。目前较普遍的观点是：民主是法制的前提，法制是民主的保障，二者相互依存。就“依法办事”这一意义上讲，“法制”与“法治”二词是同义的，“法治”指“以法治国”，因为法代表公意，体现民主；“人治”指国家大事由个别领导人独断地加以决定，代表专制。因此，要反对“以言代法”、“权大于法”。

5. 关于党的政策和国法、党和法律之间关系的问题。从法理学的历史来看，这一问题是在社会主义国家特有的问题。社会主义国家是由共产党领导的，但党的领导主要是政治领导。在我国，由于长期存在“党政不分”、“以党代政”的重大缺陷，因而在政法工作和法理学中也始终有如何正确认识党的政策和国法以及党和法律之间的关系问题。自三中全会后，特别是在党的第十三次代表大会后，在法理学作品中，对这些问题的认识尽管还有不同的理解，但大体上还是一致的。在最新出版的《法学基础理论》教材中关于这些问题的结论是：在我国，党的政策同国家法律既有本质上的一致性，又各有不同特点，二者关系极为密切。党的政策对法律有指导作用，同时法律又对政策有制约作用。党必须在法律范围内活动。因此，不能将二者对立起来，分割开来，也不能将二者等同起来。<sup>④</sup>

6. 关于现代资本主义国家的法制问题。在以往法学理论中关于二十世纪资本主义国家法制的占支配地位的观点是：在进入帝国主义阶段后，资本主义国家的普遍规律是从民主走向反动，资本主义法制趋于破产。三中全会后，我国法理学作品中关于这一问题的基本观点是：根据客观事实，在第二次世界大战结束以前，个别资本主义国家建立了法西斯专政，法制趋于破产，但在其他大多数资本主义国家，仍实行代议制民主和法制。战后，由于各种原因，资本主义国家的统治总的来说还是比较稳定的，资本主义民主和法制也有不同程度的发展。

7. 关于法律、法学的历史继承性问题。1957“反右”前夕，中国法学界曾就不同社会制度的法律是否有历史继承性问题展开广泛讨论。有些人主张资本主义法律和法学，作为一种文化遗产可以由社会主义法律、法学批判继承。反右斗争开始后，这些人的观点就成为政治批判的对象。事实上，自1949年以来，我国政法工作部门以及法学界对西方国家或我国历史上的法律、法学一直是采取全盘否定态度的。在粉碎“四人帮”后不久，法学界又再次进行关于法律继承性问题的讨论。绝大多数人都反对以往关于这一问题上的简单化观点，而主张我们应研究古今中外一切法律和法学，批判地继承，即借鉴对我们有用的知识和思想，做到古



为今用，洋为中用。

最后，十年来法理学的重大变化也体现在对其他一些重要理论问题进行了探讨，进一步丰富了法理学的内容。这些问题主要有：①马克思主义基本原理和法学；②马克思、恩格斯、列宁的法律思想（包括马克思的早期法律思想）；③毛泽东、邓小平的法律思想；④系统论在法学中的应用；⑤无阶级社会是否有法律？⑥法律的阶级性和社会性；⑦法律文化，特别是中西法律文化的对比，中国传统法律文化对社会主义现代化的影响；⑧法学的基本范畴（主要指概念）；⑨我国社会主义法律的作用（功能）；⑩法律和科学技术；⑪法律和商品经济；⑫法律和改革；⑬法律和精神文明建设；⑭社会主义初级阶段法制的特征；⑮法律体系和法学体系；⑯立法的超前作用；⑰判例在法律发展中的作用；⑱立法体制；⑲法制的协调发展；⑳对法律实施的监督；㉑法学，特别是法理学本身的创新（更新、改革），等等。

这里应指出的是，我国法理学工作者主要指各高等法律院系和法学研究机构中从事法理学教学和科研工作以及有关国家机关和法学报刊出版单位从事法理学研究的人，约有几百人之多（大部分集中在北京、上海等大城市中）。以上所讲的十年的变化，凡涉及新观点的提出和讨论研究者，大部分是由这些法理学工作者主动进行的，但其中也有一部分，特别是一些很重要的观点和问题，一般是在党和国家的文件或个别国家领导人的讲话中首先提出的，例如：民主和法制不可分，民主必须制度化、法律化，一手抓建设和改革，一手抓法制；法制建设必须贯穿于改革的全过程；党必须在宪法和法律范围内活动，等等。法理学工作者的贡献主要在于阐述这些观点和问题。

## 二

如上所述，我国法理学在近十年中有重大变化，在某些方面已开始有所创新。但另一方面，我们应着重指出，我国法理学当前以至今后一个相当长的时期内面临的一个重要矛盾是：对这一学科进行创新的特殊的迫切性和艰巨性。

任何学科的生命都在于不断地创新。但法理学之需要创新并不是指一般意义上的，而是指一种特殊意义上的迫切性，即：尽管它在近十年中已有了重大变化，但远没有摆脱长期以来的落后状态，远没有起到对我国法制建设实践或其他法学学科应有的理论指导作用。

法理学之所以至今仍未摆脱长期以来的落后状态，一个重要原因是它还存在着一些根深蒂固的缺陷。例如：

1. 将法理学看作主要是阐述以至简单地引用马列主义经典作家或个别国家领导人的论述。至于这里所存在的“前人囿于历史条件仍然带有空想因素的个别论断”或“对马克思主义的教条式理解和附加到马克思主义名下的错误观点”，这类问题本文中暂且不谈。

2. 过多地重复一般政治理论课，特别是关于社会发展史——历史唯物论的一些基本概念和原理。至于对这些概念和原理的教条式的或错误的理解，这里也暂且不谈。

3. 在每个较重大的概念或制度问题上，几乎都要机械地搬用一个公式：社会主义的和资本主义的是根本对立的，前者具有巨大优越性；二者之间的主要差别在于所有制和阶级本质的根本不同。这些论断在有些场合下是应该提出的，但在每个较重大概念或制度问题上，几乎都要机械地搬用这种公式，实质上是以教条式的“同义反复”来代替对问题的实质性的

分析。

4. 缺乏对人的行为的深入具体研究。我们虽然讲法律是调整人们行为的规则，但在事实上却往往仅以作为一个群体的阶级作为研究的主体，而很少以个人作为主体。即使在以个人作为研究主体时，这种个人也仿佛是一个机械的、抽象的人。很少从生物学、心理学或社会学、行为科学的角度去解释。值得注意的是，尽管近十年来在文史哲等领域或对传统文化的广泛讨论中出现了“人的主体性”的强大思潮，但在法理学界几乎没有反应。

5. 习惯于仅研究“书本上的法律”或仅研究“应当是这样的法律”，而很少研究“实际生活中的法律”。

6. 着重研究法律与其他社会现象的关系，如法律与政治、经济、思想文化等方面的关系，而却不重视对法律本身结构或法学专门概念的研究，如法律渊源、法律分类、法律体系、法律效力、法律效果（实效和效益）、法律适用、法律关系，以及法律规范、权利、义务、权力、职权、违法、责任、制裁等基本概念。

7. 以上已讲过，强调研究关于一般法律，特别是社会主义类型的法律，而不是主要研究具有中国特色的社会主义法律。

所有这些缺点都可以归结为一点，理论脱离实际。

为了使法理学得以不断创新，就必须克服以上这些缺陷。但无论克服这些缺陷还是创新都是极为艰巨的任务。法理学的创新不仅有特殊的迫切性，而且还有其特殊的艰巨性。除了法理学工作者本身素质以及法学研究的组织和体制等方面的问题暂且不论外，法理学的创新还存在一些外在困难条件。

首先，法学期长期处于落后状态的事实。任何学科的发展都是在它原有的基础上进行的。我们现在对法理学的创新是在法学期长期落后的基础上进行的。法学期长期落后的原因无疑很复杂，但主要的直接的原因在于法制长期不受重视。任何社会法学的发展同这一社会的法制发展状况密切联系。法学不同于文学、史学等学科。一个社会在一定时期的经济、政治状况相当衰落，但它的文学和史学在同一时期却可以相当发达，甚至出现流传后世的辉煌作品。这在历史上是不乏先例的。相反地，无论中外历史上，法学的兴衰同这一社会法制的强弱成正比。

近年来对法学的评价有不少议论，而且意见很分歧。人们从不同角度、不同感受出发，自然就有不同结论。本文作者认为，如果从纵的来看，即仅从近十年的变化，就十年前与现在相比，我国法学的成就应该说是很大的。但从横的来看，即从法学对法制建设实践应该起的指导作用来看，或从与法学以外的其他某些学科来比，从我国与有些国家的法学（就可比的方面）来比，应该说，我们的法学还是相当落后的。法理学是法学的一个组成部分，对法理学大体上也可以这样来评价。

在我国，不重视法制并从而导致法学落后的状态，可以说是源远流长。人们常说，中国历史悠久，拥有丰富的法律文化遗产，这无疑是事实。但另一方面，我们也应看到，“旧中国留给我们的，封建专制传统比较多，民主法制传统很少。”<sup>⑤</sup>在这种情况下，在法学领域中占主导地位的，就是“三纲五常”的教义，“德主刑辅”、“法即是刑”之类的思想。

1949年中华人民共和国成立本应成为开始加强民主法制并使法学趋于兴盛的 重大历史转折。但由于种种历史原因，这一转折并未实现。正如中共中央在1986年的一个决议中所指出的，“我国社会主义发展中的主要历史教训，一是没有集中力量发展经济，二是没有



切实建设民主政治。”<sup>⑥</sup>直到1978年底党的十一届三中全会后，这一转折才真正开始实现。

十一届三中全会关于加强社会主义民主和法制的决策当然为法制和法学的健全发展提供了一个最重要的外在条件，但要真正实现完善的法制（即使是它的近期目标）也是一个长期、艰巨的过程。同样地，要使法学摆脱落后状态，也决不是仅仅提出几个号召，召开几次会议，组织一些稿件或增设几个教学、科研单位等就可以迅速实现的。在这里，不仅需要有效的措施，更需要冷静的分析和认识。

在法制本身不受重视时，法学落后状态被认为是自然而然的。现在法制开始被重视了，至少在党和国家的指导思想，在社会上绝大多数人的心目中被重视了，但法学落后的状态却并不是短时期内能改变的，于是，法制建设的发展和法学落后的矛盾就随之出现。对法理学，作为法学的一门理论法学来说，这一矛盾就显得更为突出。

法理学创新的另一个重大的外在困难条件是其他一些学科也正处在深入创新的过程中。法理学的创新与其他一些学科的创新密切联系。我国的法理学是以马克思主义唯物史观作为理论基础的。就传统的法理学的内容而论，它离不开生产力与生产关系，经济基础与上层建筑，阶级与阶级斗争，无产阶级革命与无产阶级专政，五种社会形态等基本概念和原理，如所周知，近十年来，在阐述这些概念和原理的一些学科（如哲学、科学社会主义、政治学等）中，也存在着很多争论，它们也正经历着其深刻程度不亚于法理学的创新过程。正因此，法理学的创新既影响这些学科的创新，但又受它们创新进展的制约。

### 三

以上我们已探讨了我国法理学近十年来的重大变化以及对这一学科进行创新的特殊的迫切性和艰巨性。进一步要探讨的是：对法理学怎样进行创新。

在这一问题上，法学界人士经常提出的改进意见是：加强理论与实际的结合，深入实践中的新情况和新问题，注意总结我国法制建设中正反两方面的经验；反对以僵化、教条式的态度对待马克思主义；注意借鉴中国历史上和国外（包括西方国家和其他社会主义国家）法律、法学的知识；加强法学与其他学科的结合，等等。这些意见无疑都是正确的。

但与此同时，也有人对法理学的创新途径，提出了一些值得进一步明确或商讨的看法或方案。

首先是一种可称为“破字当头”的倾向。这就是说，在讨论法理学的创新过程中，并没有人明确提出这一口号，但作为一种思想倾向来说，这种看法是存在的。对有些人来说，传统的法理学似乎是应该基本上或彻底地予以否定的。

应该指出，由于我国的法理学迄今还相当落后。有些人形成“破字当头”的思想倾向是可以理解的，但这种看法毕竟是不妥的。对传统法理学怎样评价这里暂且不论，仅就学术问题上的“破”和“立”的关系而论，正确的态度似乎以“立字当头”（或者是“先立后破”、“边立边破”）为宜；而不宜是“破字当头”。如果我们“破字当头”，而不首先致力于创立一种能经得起实践检验的新的法理学（即对法理学进行创新），其结果或者是，传统的法理学仍然不变，或者是使法理学领域出现“空白”甚至混乱状态。同时，对学科的创新，也只能是逐步积累式的渐进过程，而不会是一个突变。

其次是创立新学科的看法。近十年来，也不断有人提出创立一些与法理学有密切关系的新学科，如法律哲学（指中国的法律哲学）、法律社会学、系统法学等。在西方国家，由于历史传统，法理学又往往称为法律哲学，二者实际上指同一学科（但也有少数法学家认为二者有所不同）。在我国，特别是目前，在法理学之外另行创立一门称为法律哲学的学科是否必要和可能，是值得怀疑的。至于创立法律社会学，系统法学，无疑是值得欢迎的。这些学科从新的角度出发并运用新的思维方式来研究法律，它们的健全发展将推动包括法理学在内的整个法学的发展。但也应指出，如果将创立这些学科理解为用以代替法理学，或者仅仅满足于搬用一些新的术语，那也是站不住的。其结果既不利于这些学科本身的创立，也不利于法理学的创新。

还有一种看法是建议法理学改为某种“对策学”。我们的法理学当然不应成为一门脱离社会实际的“纯理论”，应该密切联系实际，认真研究有关的社会问题并提出相应的法律上的对策。但这种研究和法理学所着重研究的有关法律的基本概念、原理和规律并不是对立的，而且是以它们为基础的。如果我们不了解社会主义初级阶段法律的本质、作用、特征、发展规律，或者是关于法律、正义（公平）、权利、义务等基本概念，我们能对当前社会上的一些严重问题，如分配不公等问题，提出相应的法律对策吗？

再有一种看法是强调对法理学（即《法学基础理论》）课程体系的创新。以1988年北京出版的高等学校文科教材之一《法学基础理论》的体系为例，与八十年代初出版的同名教材的体系相比，前者已作了不少变动，但它还有很多缺点。同时我们也注意到，近几年来所出版的许多同类教材的体系，既可以说各有特色，也可以说大同小异。

这里应注意的是，法理学课程体系的创新当然是对法理学进行创新的一个环节。但作为一门学科或课程来说，质量的高低主要取决于它的内容。如果内容平淡甚至错误，即使有再好不过的体系，也不能说它已达到较高水平，当然，反过来如果内容较好，甚至相当精辟，但却放在一个构思较差甚至主导思想失误的体系中，也必然会损害它的内容。总之，我们应研究法理学课程体系的创新，但主要应研究法理学内容的创新。

从以上对法学界近年来对法理学的创新所提出的一些看法的评介中，可以将本文作者自己对怎样创新法理学的看法归纳如下：在党在社会主义初级阶段的基本路线的指引下，立足我国社会主义法制建设的实践，借鉴我国历史上的和外国（包括西方国家和其他社会主义国家）的法理学，深入研究重要课题，逐步实现我国法理学的不断创新。

### 四

最后，我们不妨对法理学创新的前景作些展望。

五十年代初，在我国法律教育和法学研究中，法理学的地位是极为突出的，因为那时法律很不完备，应用法学也因此残缺不全。在这种特殊情况下，特别强调法理学的地位也是可以理解的。当然，那时的法理学主要是指经典著作中关于法律的某些论述，我国国家领导人和政法部门负责人的有关论述，加上苏联四十、五十年代法学家关于国家和法律理论中的观点。

近十年来，法律日趋完备，以注释法律条文为主的应用法学的地位迅速提高。与此同时，前面已讲过，在这一期间“法制建设的发展和法学落后状态的矛盾就随之出现，对法理



学,作为法学的一门理论法学来说,这一矛盾就显得更为突出。”正是在这种特殊情况下(与五十年代极为不同的一种特殊状态),在一部分人中,特别是一部分法律院系青年教师和学生中,出现了轻视法理学的强烈倾向。这与五十年代法理学占有突出地位这种现象呈现了一个强烈对比。

但我们可以预料,随着法制建设和法学的进一步发展,法学的落后现象或轻视法理学现象迟早会改变的。任何一门学科,都需要理论学科和应用学科的平行发展,中国的法学也决不会例外。当然,法理学工作者对法理学创新的努力将会大大有助于消除轻视法理学的现象。

法理学的创新,由于是在相当落后的基础上进行的,因而在开始阶段,必然存在着“众说纷纭”的状态。但只要我们的创新能健康地发展下去,这种“众说纷纭”的状态就会转化为在党的基本路线指引下的不同学派并存的学术繁荣的局面。以往那种僵化的“一言堂”的局面大概不会再出现了吧!这种学术繁荣的局面也就意味着我们的创新进入到一个新的阶段。

为了争取这一阶段的早日来到,必须坚决贯彻“百家争鸣”的方针。从建国后,包括近十年来的历史经验来看,如果没有这一方针,法理学的创新是根本不可能的。

(责任编辑 周旺生)

注:

- ① 参见《法学基础理论》(新编本),1984年,北京大学出版社出版,第8、14页。高等学校文科教材之一。《法学基础理论》,1988年,北京大学出版社出版,第11—12、21页。
- ② 《中国共产党中央委员会第十一届第三次全体会议公报》,第12页。
- ③ 《中共中央关于建国以来党的若干历史问题的决议》,第33页。
- ④ 全国高等教育自学考试教材之一《法学基础理论》,北京大学出版社,1988年出版,第212—213页。
- ⑤ 《邓小平文选(1975—1982年)》,第292页。
- ⑥ 《中共中央关于社会主义精神文明建设指导方针的决议》,第15页。

## 诗一首

齐一飞

行政诉讼法公布,这是我国民主与法制建设的大事。北京大学《中外法学》编辑部邀请首都专家、教授举行座谈,五十多位专家、学者畅所欲言,讨论热烈,洋溢着民主气氛。特赋诗祝贺!

柳绿桃红春满园<sup>①</sup>, 畅谈国事集群贤。  
“告官”权力主人掌,“审府”职能司法先<sup>②</sup>。  
公仆为民严监督, 众员遵纪出清廉<sup>③</sup>。  
安邦规范四化本, 观念翻新永向前。

一九八九年四月五日于北京大学

①北京大学校址,原为燕园。

②审府,即法院对政府的裁决是否合法,有司法审查权。

③众员,即政府工作人员。

# 检察机关体制改革谈

——在法律监督上大做文章

·张培宇·

经济体制改革已经进入关键阶段,政治体制改革正在逐步全面展开。检察机关在这场伟大的变革中改什么?怎么改?这不仅关系着检察制度的前途命运,而且涉及到法制建设的兴衰成败。

## 明确指导思想,在法律监督上大做文章

检察机关的性质、任务和职能是什么?概括起来主要是:法律监督。这是党的十一届三中全会根据“文革”前十七年的经验和“文革”中十年的教训作出的结论。这个结论已庄严地载入我国宪法和人民检察院组织法。它结束了对检察制度争论不休的历史,标志着检察制度迈进了健康发展的里程。重建检察机关十年所取得的巨大成就,显示了这一结论的正确性和生命力。当前的问题是,某些同志对这一结论缺乏深刻认识,甚至存在误解,以至在实践中贯彻得不够全面,不够有力。改革就是要从这里来展开,要在法律监督上大做文章。

法律监督可以是多种多样的:有党的监督,有人民代表大会和它的常委会的监督,有政府各主管部门的监督,有广大人民群众的监督以及政协的民主监督、新闻界的舆论监督等等。但是,所有这些,都不能代替检察机关作为国家专门机关的法律监督。检察机关的法律监督权,是国家最高权力机关赋予检察机关维护法律正确实施的一种权力,检察机关以法律监督为专职;检察机关的法律

监督是通过行使自己特有的检察权来实现的,这种检察权保证了法律监督的权威性;检察机关的法律监督是按照严格的法定程序来进行的,这种法定程序保证了法律监督的准确性;检察机关的法律监督具有法律赋予的各种条件和手段,这种条件和手段保证了法律监督的有效性。所有这些都是其它监督形式所无法比拟的。把检察机关的专门监督同其他方面的监督结合起来,这正是中国法律监督的优势所在。其他方面的监督也只有同检察机关的法律监督结合起来,才能真正显示其作用。

当前检察机关的法律监督作用远没有得到充分发挥。一是范围小:人为地把检察机关的监督限制在刑事法律或者某种法律的范围之内,这与法律监督的固有性质和作用不相称。二是内容窄:法律监督本来包括追究犯罪和纠正违法两个方面,但实际情况是比较强调追究犯罪。追究犯罪这是非常必要的,今后还应继续强调。问题是对于纠正其他违法行为重视不够,因而不能完整体现检察机关的法律监督性质。三是难度大:由于我国历史上缺乏民主与法制的传统,习惯于以言代法,以权代法,以情代法,有些检察干部把法律监督机关的正常履行职责行为,视为“找岔子”、“挑毛病”,怕别人说自己“不尊重领导”,“以监督者自居”,这是一种糊涂观念。其实,监督就是找岔子、挑毛病,不找不挑就无所谓监督,问题在于找得准不准、挑得对不对。“尊重领导”也要作具体分析,领导正确的意见,检察机关不



仅应该认真听，而且应该认真做；对于不正确的意见提出疑义、对于不同的看法提出见解，只要按组织原则、按法律程序办事，都是正常的做法，谈不到尊重不尊重的问题。至于“以监督者自居”本来就是某些人对法律监督看不惯、不习惯的反言相讥而已。监督者就是监督者，名正言顺，理直气壮，根本不存在自居不自居的问题。相反，监督者而不监督，才是失职于法律，有负于人民，有愧于党。存在这些糊涂观念的原因之一，就是有些同志没有把法律监督看作国家的主要制度，看作检察机关的重要职责，而是看成一般的工作关系，人事关系，甚至庸俗化为谁大谁小、谁高谁低、谁跟谁过不去，有意无意地阻碍法律监督的实施。

## 坚持正确方向，强化法律监督职能

当前，妨碍改革的主要思想倾向有三个：一是大法院思想，仿效某些资本主义国家，把检察机关隶属于法院。这种思想，既违背我国的历史传统，也不合我国的现实国情。而且恰恰是抄袭了某些资本主义国家的体制形式，而抛弃了它们某些有益的内容。二是三大侦查体系的思想。视检察机关为经济案件侦查机关，同安全机关的政治案件侦查、公安机关的刑事案件侦查三分天下。这是把法律监督机关混同于一般侦查机关的结果。检察机关的侦查权是为法律监督服务的，是法律监督的一种手段。检察机关重点侦查经济案件但不等于对其他案件没有侦查权。三分天下的思想实际上是降低了检察机关的地位，最终有可能走上自我否定，被别人取而代之的道路。这是同我国的立法精神相悖的。三是单纯公诉机关的思想。主张检察机关只充当国家公诉人、不承担其他任务。这是过去某些资本主义国家的做法，我国当前不应再重演这个已经过时的历史。这

三种思想的共同特点是改变检察机关的法律监督性质，削弱检察机关的法律监督职能，降低检察机关的地位，这既违反我国检察工作根本宗旨，也背离国际上检察机关的发展趋势，它们必将把检察机关的改革引入歧途。正确的改革方向是什么？就是鲜明检察机关法律监督的性质，强化检察机关法律监督的职能，扩大检察机关法律监督的效果，建立检察机关法律监督的权威。一切有利于法律监督的，都应坚持，完善；一切不利于法律监督的，都应调整，改进。只有在法律监督的前提下，检察机关才能充分发挥惩罚犯罪，保护无辜，维护治安，服务建设，加强人民民主专政的作用。因此，法律监督是中国特色的检察制度的主要特征，一切改革都只能是肯定它而不是否定它，加强它而不是削弱它。

检察机关的法律监督必须是全面的：监督的对象应包括国家机关、国家工作人员和全体公民。监督的法律应包括宪法和各种法律。监督的过程应当包括立法、执法、守法各种法律活动。硬性规定哪部分人、哪些法律、哪些方面属检察机关监督，哪部分人、哪些法律、哪些方面不属检察机关监督，是不符合法律监督的要求的。检察机关的法律监督必须是宏观的：它并不代替各个监督部门的日常监督工作，并不包办执法部门的具体执法活动，而是在各种监督、各种执法的基础上监督法律的统一正确实施。也就是说，检察机关是“监督的监督者”、是“治官之官”。检察机关的法律监督必须是高层次的：从纵的方面讲，上则联结权力机关的监督，下则联结广大公民的监督；从横的方面讲，沟通各个监督部门，沟通各个监督层次，形成完整的法律监督体系，形成周密的法律监督网络。这样才能真正发挥专门法律监督机关的专门作用和骨干作用。这就是我们改革所要坚持的方向、方针、要求和目标。

## 确立应有地位，与法律监督要求相适应

我国宪法规定，检察机关是国家法律监督机关，是独立于政府之外的国家机关之一。可是这种法律地位长期未被确立，往往被视为政府属下的一个部、厅、局、科，与国家法律监督机关的性质、职能、任务、作用极不相适应，严重妨碍法律监督的进行。

确立检察机关的地位，丝毫没有个人争大小、单位比高低的意思。因为这是：

国家体制的需要：我国的政体是人民代表大会制，权力机关、行政机关、审判机关、检察机关以及其他有关机关组成我国国家机关的总体。检察机关地位的不被承认反映了国家体制的不健全，反映了宪法规定的不落实。

法制建设的要求：法制建设包括立法、执法、守法和法律监督几个方面，法律监督是法制建设的主要组成部分，法律监督必须与立法、执法、守法同步进行，协调发展。没有得力的法律监督，无法可依，有法不依，执法不严，违法不究的情况就难以避免，也就建立不起有权威的法制。忽视法律监督的法制建设不是真正的法制建设，没有一定法律地位的法律监督机关不可能完成法律监督的任务。

历史实践反复证明：凡是强调法制的时候，检察机关就被重视、被重用。1954年全国检察机关体系的建立，1978年检察机关的重建，都是证明。凡是忽视法制的时候，检察机关就受批判、被削弱直至取消、砸烂。1957年的大裁减，1959年的大合并，“文革”中的被撤销，即是证据。所有这些都说明正确确立检察机关的地位是要付出代价的，我们不希望重现历史的反复。

国际经验告诉我们：当今世界，尽管各

国的政治制度不同，各国的社会发展各异，但是重视检察制度的作用，提高检察机关的地位，加强检察工作的体系，似乎是共同的趋势。英美国家是如此，苏联东欧是如此，发展中国家也是如此，这也可以说是不以人们的意志为转移的社会发展规律。

确立检察机关的地位是检察体制改革的关键。这个问题解决了，什么“庙”就能装什么“神”，什么“神”就能坐什么“位”，干部配备、机构设置、任务作用等问题也就顺理成章地自然解决了。

我们一再强调，确立检察机关的地位和对干部个人的使用是两码事。够条件者就任用，不够条件者就调离。可是某些人却总是把两件事混淆起来，说确立机关的地位就是个人要地位，这是极端错误的。

## 完善领导体制，提高法律监督的效能

检察机关应该实行什么样的领导体制，是长期争论不休而且变化多端的一个问题。什么双重领导、垂直领导、监督关系等等都实行过，但都时间不长，而且变来变去。1979年全国人民代表大会在总结历史经验的基础上，通过了宪法修正案，重新确定检察机关的领导体制是上下级领导的体制。由于检察机关除了党委的政治领导外，在行政上同政府没有隶属关系，同人大又是监督关系，因而这种领导体制实际上就是垂直领导。但是由于一些认识问题和实际问题未有解决，这种领导体制始终未能得到真正贯彻，甚至还不承认。

法律监督的统一性，决定检察机关领导关系的集中性。没有高度有效的指挥系统，法律监督就很难充分发挥效能。历史已经证明，检察机关的领导只能是上下级的垂直领导，而不应该是什么双重领导、三重领导、监督关系，这不是哪个人喜不喜欢的问题，



而是检察机关法律监督性质的需要、法律监督职能的要求。至于某些人硬要把垂直领导说成是不要党的领导，甚至是反对党的领导，如果不是一种误解，那就是一种歪曲。这同垂直领导的固有含义毫不相干，同中央指示和国家法律毫不相干。可以这样说，只要你是真心实意地搞法制建设，搞以法治国，搞法律监督，总有一天检察机关是要实行真正的垂直领导的。

领导权很重要，没有权力的领导是软弱的领导。完善检察机关的领导体制，集中起来就是要加强领导机关的四项权力：

一是统一行使检察权。在实行法律监督、行使检察权的问题上，要下级检察院服从上级检察院，各级检察院服从最高检察院。上级可以撤销下级的错误决定，下级必须执行上级的指令，只有这样才能保证国家法律的统一正确实施。绝对不准地方检察院各行其是，搞什么地方保护主义。在这个问题上也不存在权力下放的问题。

二是人事管理权。管人与管事要统一起来。检察机关工作人员的录用、任命、升降、奖惩、调动、训练、工资应由检察机关分级依法管理，建立检察系统的人事管理体制。应该制定检察官法。应该实行检察长负责制。应该将地方检察院检察长的选举制改为任命制。以使检察人员解除后顾之忧，敢于秉公执法，不畏权势，不徇私情，不惜以身殉职。象现在这样，检察机关只管业务不管人，是无法实现真正的领导的。

三是财权。经费没有保证是当前检察工作最大难题之一。干部待遇低下，办案经费困难，工作条件落后，办案越多越贫穷的状况严重地妨碍着法律监督的进行、检察业务的开展、检察权的行使。解决这个问题的根本是检察机关的经费开支应该单独列入国家预算，按业务系统划拨，保证开支。从当前来说，可以实行“双轨制”。就是基本工资、办公费用、基本建设经费由地方财政按

照同级国家机关标准解决；业务经费则由国家财政按系统划拨，由高检院统一分配使用。总之，业务系统不能不管钱，没有钱作保证，领导就指挥不灵，检察权也要落空。

四是物权。检察机关的交通工具、通讯器材、技术设备、枪枝弹药，服装装备都应由系统统一规划、统一编制、统一购置、统一调配，以保证业务建设的需要。

“四权”是领导关系的具体体现，完善领导体制必须妥善解决好这四个方面的问题。

完善领导体制是检察机关体制改革的一个难点，也是躲不开、绕不过、回避不了的。不解决这个问题，改革就不能说完成了任务。

## 调整业务范围，全面承担法律监督任务

性质决定任务，任务决定业务范围。当前，检察机关只担负了刑事法律监督业务，这是与检察机关的性质和任务不相适应的。这次改革的一个重点，就是应该调整检察机关的业务范围，全面承担法律监督任务。

业务范围如何调整？从全局来说，范围要扩大；从局部来说，有些业务要缩小。扩大，从纵的方面来说，在法制建设的立法、执法、守法三个环节上，检察机关都应发挥作用。不能象现在那样，只监督诉讼阶段、执法情况。就是说要参与立法、监督执法、教育守法。参与、教育也是监督，而且是更积极的监督；从横的方面来说，不仅搞刑事法律监督，而且要搞民事法律监督、行政法律监督、经济法律监督。缩小，就是现有各项业务中有些不必由检察机关办理的事情，也就是说不是检察机关非管不可的事情应该加以压缩。比如监所检察工作中的监外执行的所谓“五种人”的检察，刑事检察工作中

免诉人员帮教考察等，都属于社会治安范围，检察机关可以不直接管。

缩小业务范围的重点是自侦工作。检察机关的侦查是法律监督的一种形式、一种手段，因此，范围不宜太广，规定不宜太死，以适应法律监督需要为前提。从当前情况来看，自侦工作在改革中要解决四个问题：一是缩小受案范围。比较明显的有重婚案件不需要侦查，应交由基层组织和群众团体直接向法院起诉；重大责任事故案件首先是安全问题、治安问题，应由公安机关受理侦查。至于假冒商标、偷税抗税等案件都不一定统通由检察机关直接受理侦查。根据现在情况，检察机关的侦查对象应大体限制在国家工作人员职务犯罪和与侦查机关有牵连不便侦查机关侦查或侦查机关侦查不力的案件。不必机械地划分侦查范围，规定只能侦查某种案件，不能侦查某种案件。二是扩大侦查手段。检察机关负责侦查的案件，特别是贪污、受贿案件，其复杂程度并不亚于安全机关侦查的政治案件、公安机关侦查的刑事案件，仅靠刑事诉讼法上规定公开调查取证的侦查方法是不能有效地发现、证实和惩罚犯罪的，必须使用秘密侦查和技术侦查手段。三是增加强制措施。检察机关在侦查中除应直接决定逮捕并出具逮捕证和执行逮捕、决定刑事拘留并签发拘留证、拘传以外，还可考虑把监视居住改为监护（既监视又保护）。总之，要有充分的强制措施，以保证侦查工作的进行。四是解决羁押场所。检察机关应设有临时羁押人犯的场所。

## 健全组织机构，增强法律监督的活力

与业务范围相适应的是组织机构设置问题。当前，检察机关内部机构设置弊端较多：分工不科学，组织不合理，名称不统一，关系不通顺。根据改革精神和业务范

围，内部业务机构应以法律监督为轴线，按法律门类设刑事法律监督、民事法律监督、经济法律监督、行政法律监督、管教法律监督等五大监督机构。侦查机构应统一，现行的法纪检察、经济检察应合并，自侦案件的侦查和逮捕、起诉应分开，羁押场所要解决。还要成立罪案举报中心。这样侦查工作可在检察院内部成为一个小体系（相当二级局），分设举报、侦查、检察（负责自侦案件的批捕、起诉和出庭工作）、技术、羁押五个小单位。另外，设立办公、研究、人事、装备等机构。

机构名称应有专业机关的特点。不必按照行政机关叫什么处、科。可以仿效法院的做法上下统一叫厅、或室、或署、或其他名称。业务部门不设行政长官，应由主任（或首席）检察官负责。检察官的职称、待遇均应依法实行专业管理。现在硬把业务职称向行政职务上靠，而且先要批准行政职别然后才能套上业务职称的做法极大的妨碍检察干部素质的提高，影响工作的开展。

检察院内部还应设检察委员会，实行检察委员会监督下的检察长负责制。

各级检察院的名称应和法院相对称，分最高、高级、中级、基层等检察院。

检察机关在乡镇一级如何设“腿”的问题，也需研究解决。

## 扩大监督权限，维护法律监督的权限

要实行法律监督，没有相应的处分、制裁权力作保证是不行的。当前检察机关除批捕、起诉以外只有建议权，因而许多监督活动不能奏效，监督措施不能落实，监督指令没有权威，有法不依，执法不严，违法不究的现象一直无法制止，成为法制建设的一个严重问题。

检察机关是实行法律监督的专门国家机



关,法律监督有无权威不是检察机关的权威问题,首先是国家法律有无权威的问题。因此在改革中适当扩大检察机关的权限,已成为法制建设的迫切需要。检察机关的权限是一个严肃的问题,小了,不能保证监督需要;大了,也容易发生滥用监督。到底应拥有哪些权限,需要作大量调查论证工作,从当前情况看,起码要有以下权限:

一、逮捕权:包括批准公安、安全机关侦查案件的逮捕和不捕,决定和执行检察机关自侦案件的逮捕和不捕。

二、起诉权:包括决定起诉、不起诉和免于起诉,以及抗诉等。

三、拘留权:包括刑事法律监督拘留、民事法律监督拘留、经济法律监督拘留、行政法律监督拘留。

四、警告权:对检察机关的纠正违法通知书视若无睹者、对检察机关的检察建议书置之不理者,可以发出监督警告、传讯警告,三次警告仍不理者,可以实行拘留。

五、非法财物处理权:对于经检察机关侦查、检察而不构成犯罪的案件,检察机关可按照有关法律对于非法所得的财物决定冻结、没收,对于造成的损失责令其赔偿。拒不执行者,可以强制执行。

六、调阅权:根据法律监督需要,检察机关有权向有关国家机关、企事业单位、人民团体和公民调阅有关文件、票据、物品,被调阅者不得拒绝。

检察机关是国家的法律监督机关,它决定的有关法律事项应有法律效力,应和法院一样属于最后决定。对于决定不服者可以诉诸上级检察院,而不必诉诸法院。

## 完善监督程序,保证法律监督的顺利进行

当前,我国法律监督的效率不高、效力不强、效果不大的一个重要原因,就是监督程序不完备,使监督者无所遵循,被监督者有隙可乘。比如批准逮捕后不执行,不批准逮捕后不释放,要求补充侦查的不查,要求补充追捕的不捕,要求补充追诉的不诉,起诉不审,抗诉不理,免于起诉宣布释放后又被抓起来送劳教,纠正违法的不纠正,建议作其他处理的不处理,发案不报案,调卷不给,传讯不到,妨碍侦查,拒绝检察,等等,这些问题怎么办?都是现行法律程序上没有完全明确的问题。因此,在这次改革中应分门别类订出监督程序,使法律监督法律化、程序化,以保证法律监督的顺利进行。

至于民事法律监督、行政法律监督、经济法律监督更是首先应该立法,把监督的范围、任务、程序、权限、法律文书等加以具体规定。

我国检察机关体制存在的先天不足(建国前没有成熟的经验可借鉴)后天失调(建国后又经过反复折腾)的严重缺陷,增加了体制改革的复杂性、艰巨性,我们对检察体制改革要有紧迫感、责任感。机不可失,时不再来。我们过去已经失去过很多机遇,这次能不能抓住政治体制改革的时机,解决好检察制度上的一些带根本性的问题,对检察机关,特别是对检察机关的领导来说,将又是一次严峻考验。

(责任编辑 徐友军)

## 评刑事诉讼中的“疑难案件请示”

·徐纯科·

“疑难案件请示”简称“疑请”,是指下级人民法院把自己正在审理的疑难案件,报请上级人民法院研究,并根据上级人民法院的意见作出判决的一种做法。这种做法由来已久,已形成定制,且流弊很大。“疑请”不仅刑事诉讼中有,民事和其他诉讼中也有,本文拟结合刑事诉讼,对这个问题谈些意见。

### 一、“疑请”有无法律依据?

在我国现行法律和司法解释中是查不到“疑请”的根据的,但有的同志援引《人民法院组织法》第11条规定:“审判委员会的任务是总结审判经验,讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题”。认为这里规定的审判委员会讨论的“疑难案件”,既有本院审理,也包括下级人民法院审理的,我们认为这样理解不够准确,不能使人信服。

首先,这是因为审判委员会不是一个法律服务性机构,不能谁拿来案子都讨论,它讨论案件是行使审判权,就是由本院审理的案件,也不能不依法定程序随意拿到审判委员会去咨询。同时,审判委员会也不是一个学术研究组织,并不因疑难案件有可研究性,就不论归哪一个法院管辖,都可以进行讨论。

其次,纵使审判委员会可以讨论下级人民法院移送的正在审理中的案件,然而一个必要的前提是,这种案件要有某种法定程序能到达上级人民法院,从而交由审判委员会讨论。从刑事诉讼法规定来看,只有四种合法渠道可以使案件从下级人民法院拿到上级人民法院:(1)下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件,请求移送上一级人民法院审判的,这是改变级别管辖,由上级人民法院作一审的案件,不是“疑请”;(2)不服一审刑事判决,上诉到上级人民法院,这是二审案件,也不是“疑请”;(3)因死刑复核程序移送高级以上人民法院的,这是死刑复核案件,还不是“疑请”;(4)通过审判监督程序,由上级人民法院提审的案件,这是因审判监督程序引起上诉审的案件,更不是“疑请”。除此之外,法律并没有规定下级人民法院向上级人民法院移送案件的其他程序。即便上级人民法院的审判委员会,可以讨论下级人民法院正在审理中的案件,但没有合法的程序能够把案件拿上去,也是枉然。因为,它根本就无法讨论下级人民法院正在审理的案件。

从法律规定的特点看,除死刑复核程序外,案件移送上级人民法院,要么在一审前,由上级人民法院作一审;要么在一审后,由上级人民法院开始新的审级,而不能在下级人民法院的审判过程中,拿到上级人民法院的审判委员会讨论,作出判决意见,使一个完整的审级被上级人民法院插了一腿。由此可见,《人民法院组织法》的上述规定,不能成为“疑请”的法律根据,“疑请”不仅没有法律根据,同时也不符合法的原理。

### 二、“疑请”的案件有无标准?

“疑请”法无明文,可进行“疑请”的案件也自然无明确规格,各地法院在把握哪些案件应当“疑请”,哪些案件还不够标准上,存在很大差异,归纳起来有以下几种意见:

第一种意见认为:“疑请”案件的基本要求是事实清楚,证据确凿,只是在适用法律上存在疑难问题。对案件证据存在问题的,不能“疑请”,因为事实不清的案件不是“疑请”的范围。凡这种情况报送“疑请”的,上级人民法院应当原卷退回,审判委员会不予讨论。

第二种意见认为:“疑请”案件应当是法律没有规定或规定得不明确的问题,这类问题或是立法上的疏漏,或是改革,开放出现的新问题,下级人民法院认为自己解决不了,可以报送“疑请”。



第三种意见认为：“疑请”案件只能是诉讼程序上的问题，因为实体法的问题，大多是法律没有规定的犯罪，报请类推即可解决，而刑法没有类推的规定。

由于“疑请”案件的标准不是依法而定，于是只能依上级人民法院的意见而定。下级人民法院根据自己所理解的上级人民法院的意图，将案件报送“疑请”，上级人民法院接到案件后，认为符合“标准”就给予研究；认为不符合“标准”的，就不给研究。但在退回方式上，有的可能简单一点，直接退回。有的还要照顾一下下级人民法院的面子，具体承办人员有分寸地谈一下个人意见，请他们拿回去自己研究解决。在这里，一切都取决于法院的级别，上级人民法院的意见就是“标准”。

### 三、“疑请”是否需要？

“疑请”违反程序法，为什么还能保留下来，到处都在使用？这里除有不依法办事陋习的顽强表现外，在法律不够完备的情况下，用“疑请”解决审判中的疑难问题，确有它的“方便”之处，这是因为：

1. 审判中所遇到的实体问题，并不都是法律没有规定的犯罪，不可能都由类推解决，虽然这些问题和程序上的问题是可以报最高人民法院请求司法解释的，但在逐级请示过程中，有的可能因不够“规格”而中断程序被上级人民法院按“疑请”处理或不予解答；少数可望得到最高人民法院解答的，得到答复也比较慢，同下级人民法院在审理具体案件中解决问题的需要不相适应。“疑请”一开始就是作为案件去请求的，这和单纯作为问题去请示的不同就在于它被赋予了案件的紧迫性，加上程序简单，使它更具有简单迅速的特点，为审判实践所乐于采用。

2. 根据最高人民法院《关于请示问题的通知》和《关于地方各级法院不宜制定司法解释性质文件问题的批复》，中级法院和基层法院有需要向上级人民法院请示的问题，要逐级请示，不能直接向最高人民法院请示，最高人民法院只研究解答高级法院的请示。而且，地方各级法院还不能制定司法解释性质文件，这样，对下级人民法院请示的问题，如不需要层层报到最高人民法院，可能由自己解答的话，也只能是内部批复和专案答疑，这些权限也恰恰只能满足“疑请”的需要，因为“疑请”的特点就是以内部批复的方式对具体案件适用法律的答疑。同时，下级人民法院总是对自己解决疑难问题没信心和没把握，而上级人民法院又总是不放心和管得细，于是“疑请”便应运而生。

3. 我国刑法和刑事诉讼法在制定时，由于立法上缺乏经验，法律条文也比较原则，因而在审判工作中，经常发生一些适用上的“疑难”，其中有些问题下级人民法院以自己的职权解决确有困难，需要报请上级人民法院决定。

4. 上级人民法院希望从“疑请”中发现和了解下级人民法院审判中存在的问题，经过筛选反映给自己的上级或报请最高人民法院作司法解释。

然而时至今日，刑法和刑事诉讼法已经实施九年了，在这期间，全国人大常委会又作了许多补充性的规定，完善了立法上的不足；最高人民法院结合审判工作中的问题，制作了大量司法解释性文件，可以说在我国社会主义法制中，司法这一块的法律规范最完备，这一点在“疑请”问题上的最切实的反映是，过去请示中的大量问题是如何适用法律和法无明文的问题，当前已转变为更多的是罪疑证疑如何定案的问题。同时“疑请”发展到今天，又衍化出下级人民法院为对付被告人上诉和检察机关抗诉，而与上级人民法院“沟通案情”的形式，已成为严格依法办事的障碍。在这种状况下，刑事诉讼中是否还要保留“疑请”？我们认为：取消它的时机已经成熟。

### 四、“疑请”的流弊

“疑请”在刑事诉讼中的主要流弊，有以下几种：

1. 案件经“疑请”由上级人民法院拿出意见，通过正式批复让下级人民法院照判，客气一点是供下级人民法院“参考”，这种做法实际上是侵犯和取代下级人民法院审判权。在实践中，上级人民法院的意见也往往是出自多门：有的是经审判委员会讨论决定的，有的未经审判委员会讨论，是院长的个人意见，有的是审判庭集体讨论的意见，有的未经审判庭讨论，是庭长个人或经办人的意见。这样，下级人民法院照办后，

一旦发生问题，发表意见的个人往往就不认帐了，结果出了错连责任人都找不出来。

### 2. “疑请”侵犯被告人的诉讼权利

“疑请”后，案件的判决实际上是上级人民法院的意见，被告人再上诉则毫无意义。在名义上，“疑请”案件上诉后也可能改判，但事实上改判并不多。这是因为，虽然“疑请”和二审不是由同一个审判组织负责办理，但案件的两次处理意见都是由同一个审判委员会讨论决定的，审判委员会很难不受先前“疑请”的影响所左右，要改变原处理意见是很困难的。

“疑请”不仅侵犯被告人的上诉权，而且因其并非一级审判，仅凭报上来的卷宗审查，一不开庭，二不补充调查和核对证据，致使被告人的回避权、辩护权、提请新证据等各种诉讼权利都不能行使，在这种情况下形成的处理意见，却能成为下级人民法院判决的基础，何以保证案件质量？

### 3. “疑请”经常保护“扯皮”

有些案件公检法三机关在处理上有分歧，于是就“疑请”，各自找自己的上级支持，而各自上级又习惯于千方百计地支持下级，于是分歧从下级升到上级，并一级一级地上升，没完没了地“打官司”。我国法律本来就没有要求三机关必须在意见一致时，才能各自履行职权，每一级法院都应在完成自己的职权后，把案件依审级规定移送上级，有什么理由在发生分歧时，职权未尽就推给上级？遗憾的是，上级人民法院竟认可这种行为，通过“疑请”保护并参与“扯皮”。

### 4. “疑请”已成为逃避人大监督的借口

我国宪法规定，人民法院对同级人大及其常委会负责并报告工作，同时还应接受国家权力机关的监督。但有的法院对人大监督案件中的违法问题时，常以请示上级人民法院的办法，或者借口该案经“疑请”是上级法院决定的为由逃避监督，只要上级有话，不管其解答有无法律效力。总之，讨来了“尚方宝剑”，就可以对付人大监督了。因为人大只能监督同级审判机关，现存案件经上级人民法院决定，下级人大无法对上级法院进行监督，这种情形和过去有的法院用党委压人大是一样的，现存党委不管具体案件了，于是开始拿上级法院来压人大。

### 5. “疑请”妨碍法院提高素质

在“疑请”案件中，上级人民法院象保姆对待孩子一样对待下级人民法院，案件的剖析判断，悉听上级人民法院决定，使下级人民法院产生依赖思想，有了疑难问题，不是竭尽全力，千方百计地在自己职权范围内解决，而是推给上级了事，结果形成恶性循环，上级人民法院总是不相信下级人民法院的能力，一切包办代替，下级人民法院的水平又总是提高不上来。除最高人民法院外，地方各级人民法院都可能成为“疑请”的下级法院，所以“疑请”影响的是我国整个法院的素质提高，这样说并不过分。

此外，“疑请”的案件大都超时限，虽然有的案件在“疑请”前已经超期，但“疑请”势必使超期延长，加剧在审限上的违法程度。

### 五、“疑请”错在哪？

“疑请”虽是法外之法，大家却司空见惯，很少去想其违法所在，我们认为主要有三种错误：

### 1. 用行政领导代替审判监督

我国刑事诉讼法中没有行政请示程序，相反它只确认上下级人民法院是一种审判监督关系，但“疑请”所体现的却是一种行政领导关系，显然是违法的。

### 2. 违反独立审判原则

我国法律规定，人民法院独立行使审判权。这不仅意味着其他国家机关，不得干涉人民法院的审判活动，而且意味着法院系统内部的每一个审级对于审判权的行使也是独立的，上级人民法院同样不能干涉。而“疑请”使下级人民法院的审判丧失独立性。

### 3. 法院和检察院失去监督制约

刑事诉讼法规定，公检法三机关进行刑事诉讼，应当分工负责、互相配合、互相制约，以保证准确有效地执行法律。由于“疑请”使案件在二审之前，上下级人民法院已经“通气”，一审判决所表示的实际上是二审



法院的意见,即使检察院不服,抗诉也毫无意义,使检察院对法院的法律监督流于形式,法律制约机制被破坏。

## 六、保证“疑难案件”审判质量的措施

“疑请”在司法实践中弊大于利,已成为妨碍刑事诉讼依法办事的陈规陋习,不要图小利而遗大害。我们认为取消“疑请”后,采取下列措施,是可以收到一不违法、二能保证“疑难案件”审判质量之效果的。

### 1. 尽快制定疑案处理原则

目前,“疑请”的案件,大多是证据认定上的疑案,如一证一供能否定案、只有间接证据能否定案等问题。应当尽快确定疑案的处理原则,使大量的疑难案件,能够在这个原则指导下迅速及时地解决。古今中外,处理疑案的原则,或罪疑从无、或罪疑从有、或罪疑从减。但我国到目前还没有一个疑案处理原则,致使许多疑难案件久拖不决,请示来请示去,这种不负责任的状况应当及早结束。

### 2. 对疑难案件应提高审级

刑诉法第18条中规定:“下级人民法院认为案情重大、复杂需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件,可以请求移送上一级人民法院审判”。但疑难案件是否也包括在其中,法律规定并不明确。不过在司法实践中,由上级人民法院提审的确实很少见。结果一方面人们认为它不够提审的资格,另一方面又以“疑请”这种方式在实行着不是提审的“提审”。我们认为“疑请”的案件就其疑难这一点而言,足以成为上级人民法院提审的理由,同时审判实践中,“疑请”案件的数量并不大,上级人民法院有精力把这种案件的一审担当起来,不应拒绝而逼出这种变相提审。既然如此,对疑难案件就应当冠冕堂皇地提审。

但是,为避免下级人民法院移送“疑难案件”的随意性和以行政级别确定案件是否疑难,还应当尽快制定一个疑难案件的标准,也可以防止上下级法院在移送案件时发生“扯皮”。

### 3. 疑难案件的判例应定期公布

最高人民法院公布的案例,对全国审判工作起很大指导意义。但就解决“疑请”问题而言,当前公布的案例存在三个问题:一是在案例的选择上,疑难案件的案例少;二是只由最高人民法院公布,地方各级法院很少公布;三是对疑难问题适用法律的分析及理由阐述不够充分。我们认为疑难案件是审判中难度大的案件,只规定几条疑案处理原则还不能完全解决问题。公布案例是个好办法。不仅最高人民法院要公布疑难案例,地方各级法院也可以公布疑难案例,因为他们的判例有本地区特点,针对性强,可以在本辖区范围内起指导作用。所以,中级以上人民法院应定期对自己审判的疑难案例予以公布,基层法院能够审理的疑难案件,可以不移送提审,但公布案例要报请中级人民法院公布。公布疑难案件的判例可以使上级人民法院了解案件的处理质量,加强审判监督,存在问题及时依法解决。

### 4. 充分保障下级法院的司法解释权

全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》中规定:“凡属法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释”。那么,地方各级人民法院有没有适用法律的解释权呢?我们认为地方各级人民法院应限制在对它自己审判的案件如何适用法律有权进行解释。对自己审判的案件如何适用法律无权进行解释,即便是用内部批复的形式也不行。因为这是一种与案件的管辖权、审判权相联系的,只对该案有效的司法解释权,如果它对下级法院的审判有指导作用,也只能通过公布判例施以影响,起到某种约束作用,而不能作为“法律”或“命令”去奉行。当前在地方各级法院的司法解释权上,存在的倾向是:上级的被滥用,下级的被侵犯,前者做了不该做的事,后者没做应该做的事。“疑请”的实质就是不承认下级人民法院对自己审判的案件有适用法律的解释权,毫无根据的扩张上级人民法院的这种权力。因此,要取消“疑请”这种违法行为,就必须充分保障下级人民法院的司法解释权,依法限制上级人民法院的这种权力。

有的同志担心,取消“疑请”,案件错了怎么办?我们可以反问一句,实行“疑请”案件就不会错吗?事实上经过“疑请”的案件不仅也会错,而且错了还不易纠正。因为上级人民法院纠正自己的错误难,这是一般规律。至于取消“疑请”发生错案怎么办?我们认为可和“疑请”时发生错案一样,都通过审判监督程序纠正,而且取消“疑请”起码可以获得有错易纠的好处。

(责任编辑 徐友军)

# 清除国际法领域的虚无主义

## 加强国际法制观念

· 赵理海 ·

一提到法制建设,就会想起我国的社会主义民主与法制以及国内立法问题。但法制建设并不限于国内法,国际法领域也同样存在这个问题。

从五十年代后期起,“左”的法律虚无主义思潮笼罩了我国整个法学界,国际法学界也不例外。那时,国际法被笼统地说成是“资产阶级”的、“修正主义”的。这套东西被认为是“可有可无”;对这套东西就是要“无法无天”,“不能用国际法束缚自己的手脚”,仿佛有了政策就可以不要法律似的。诸如此类的论调,曾经盛极一时。真可谓禁区林立,谈“法”色变。

特别是“十年动乱”期间,在“两个否定”和“一个砸烂”的大棒摧毁下,我国的国际法教学和研究机构统统被解散,从事国际法的教学研究人员都被迫劳动或改行,法学教育和研究陷于停顿状态。这就给我国国际法学界带来了灾难性后果,使我国的国际法学水平较之发达国家不知落后了多少年。

正唯如此,为了清除国际法领域的虚无主义,加强国际法制观念,大力开展国际法的研究工作,必须对以下三个问题作出解答:

一、国际法是否真正的法?二、国际法是否具有强制力?三、应当如何正确评价国际法的作用?所有这一切都是国际法上的重大理论问题,对这些问题的探讨有着重要的现实意义。

### 一、国际法是否真正的法?

国际法是否真正的法?是否构成一个独

立的法的部门?这是西方国际法学界一直争论不休的一个问题。十七世纪德国的普芬道夫(Samuel Pufendorf)在谈到这一问题时,早已作了否定回答。他把自然法看作国际法的唯一根据。依他之见,国际法作为一个独立的法的部门是不存在的。各国间的法律关系只能在自然法中去寻找。国际法不过是普遍约束人类的自然法的一部分。

十九世纪后半期,英国分析法学派创始人奥斯丁(John Austin),在他的《法理学讲义》一书中公然否认国际法的法律性。他主张,只有一个特定的立法当局所制定的并以实际制裁来实施的规范才可以被认为是法。照他的说法,法律是政治上的上级给予下级的命令。而国际法却不存在这样的情况。因此,他断言,国际法“不是实在法而是实在道德的一个部门。”<sup>①</sup>即通常所谓国际道义。

第二次世界大战结束时,不少人就曾认为国际法是一堆高调、不切实际的东西。在他们看来,国际法的主要任务是防止国际间的战争,维持国际和平与安全。因此,鉴于德、意、日法西斯粗暴地践踏国际法,他们便对国际法深表怀疑。

这些年来,历史又在重演。苏联不但曾经出军入侵其“大家庭”的某一成员,而且直接武装干涉一个穆斯林国家阿富汗,还利用他国充当它的雇佣军干涉别国国家事务,如支持越南武装侵略柬埔寨。所有这一切,不能不使人怀疑国际法的法律约束力。那么,国际法究竟是否真正的法呢?我们的回答是



肯定的。

(一) 诚然, 国际法有不少缺陷, 比起国内法要脆弱得多。国际法仍然是人们在国际生活中感到深切不安的一种法律。在国际范围内没有一个国际立法机关决定什么是法, 什么已经不是法; 也没有一个具有强制管辖权的国际法院, 而只是对自愿接受法院判决的国家创造某种义务; 更没有有一个强有力的国际警察来执行法律, 而是由每个国家自行采取其认为适当的措施以实施自己的权利。然而, 国际法是法的一个部门, 则是举世公认了的。美、英、法、日、西德、奥、比、荷、瑞士、阿根廷等国宪法, 甚至规定国际法为国内法之一部, 便是明显例证。

(二) 法的客观存在是一回事, 对法的破坏是另一回事。违法不等于无法。二者不能混为一谈。譬如, 有些国家的婚姻法规定不许重婚, 但偏有人这样作, 难道婚姻法就因之而不存在了吗?

尽人皆知, 杀人者死, 但杀人抢劫的案件仍屡见不鲜, 怎么能说这种刑法就不存在呢? 犯罪是一种社会现象, 不能因为社会上有犯罪现象而否定法的存在。反之, 法正是为了预防或制止这种犯罪行为而制定的。

国际法亦复如此。尽管近年来有的国家侵犯别国主权、干涉别国内政的事件层出不穷, 但尊重国家主权独立和领土完整、不侵犯、不干涉内政等原则仍不失为国际法的基本原则, 被用来作为揭露和谴责侵略和扩张的有力武器。因此, 当前的问题是制止侵略扩张现象、给予破坏国际法的侵略者以严厉制裁, 而决不应因为扩张主义者破坏国际法而根本否认国际法的存在。

(三) 各国的实践表明, 国际法在多数情况下都得到认真遵守, 违反国际法毕竟是少数例外。试问两国间不相互承认或建立外交关系能够维持和发展其正常关系吗? 外交使节如果被剥夺外交特权与豁免能够自由而无阻碍地执行其职务吗? 居住在一国境内的

外国人难道不遵守所在国的法律? 而一国对侨居国外的本国公民遭受歧视或虐待不都予以外交保护? 有哪个国家不许可外国商船无害通过其领海? 通常又有哪个外国军舰驶入一国港口而不事先经过许可? 国家对其领土上空的完全而排他的主权, 以低潮线或直线为基线的领海宽度的划法, 两国间的通航河流以主航道中心为界等原则和制度, 不也是确定不移的、得到普遍遵守的国际法准则吗? 因此, 美国著名国际法学家前常设国际法院法官穆尔 (J. B. Moore) 和英国牛津大学国际法教授布赖尔利 (Brierly) 异口同声地说, 国际法特别是国际平时法“大体上象国内法一样得到遵守”。<sup>②</sup> 美国芝加哥大学教授摩根索 (Hans J. Morgenthau) 则毫不讳言: “当一项国际法准则遭到破坏时, 它并不总是得到实施, 当确实采取行动实施这项准则时, 并不总是见诸实效。但是, 完全否认国际法作为有拘束力的法律规范和制度而存在, 则属无稽之谈”。<sup>③</sup> 极其明显, 对国际法采取虚无主义态度是毫无根据的。

## 二、国际法是否具有强制力?

维护什么、反对什么? 人们应当做什么, 不应做什么? 这是一切法律包括国际法首先要弄清楚的一个问题。凡违反法律的行为都有一定的社会危害; 违反国际法也必然会给国际和平与安全带来不利的影 响。违法行为须负有相应的法律责任, 承担一定的强制性法律义务; 破坏国际法也要受到应有的惩罚或制裁。特别是对和平的威胁, 和平的破坏或侵略行为, 决不能袖手旁观, 听之任之。大敌当前, 姑息迁就, 对侵略行径不予以有力遏制, 对战争挑衅不坚决回击, 就会怂恿侵略。只有严惩侵略者, 才能维持国际和平与稳定。国际法上的制裁问题于是应运而生。

从法的强制力来看, 国际法和国内法迥

然不同。国内法是依靠有组织的国家强制机关, 如军队、警察、法庭、监狱等来保证法的实施。国际法却没有凌驾于国家之上的有组织的强制机关, 迫使国家遵守国际法。但是, 国际法并不是没有强制力。只是强制方法和形式与国内法有所不同。也不等于说, 一个国家可以恣意破坏国际法而不负任何法律责任。在某种情况下, 如果甲国侵犯乙国的领土, 国际法固然承认被侵略国有单独或集体制裁的权利。但这是自卫权的承认, 而不是一个权力机关在强制执行法律。国家主权遭到侵犯时, 国际法主要靠自助。

### (一) 单独制裁

单独制裁是由受害国对违反国际法的国家施加有形的或无形的压力, 迫使它停止其不法行为或为其不法行为承担后果。单独制裁同国际争端强制解决的方法大体上是一致的, 如报复、报仇、平时封锁、自卫等自助行为。单独制裁可以是在政治、道义和舆论方面, 如对不法行为提出抗议或警告、进行揭露和谴责; 可以是在外交方面, 如断绝外交关系; 可以是在经济方面, 如对不法行为国家实行禁运、抵货, 要求赔偿损失; 也可以是在军事方面, 如进行自卫反击。联合国宪章第五十一条就明文规定, “会员国受武力攻击时”, 有“行使单独或集体自卫之自然权利”。1979年初, 越南挑起中越边境冲突, 迫使我国不得不进行有限度的自卫反击。这是一个主权国家所应采取的正义行动, 也是完全符合国际法准则的。

### (二) 有关国际制裁的条约规定

国际制裁是指对从事不法行为的国家的制裁, 不包括对个人的制裁。个人作了国际法(包括条约)所禁止的行为, 虽也受到惩罚, 但这种惩罚是各个国家根据国际法或条约被授权或承担义务所施加的。在某些情况下, 对个人制裁实际上起着对国家制裁的作

用, 如对战犯的制裁。

除了传统的自助外, 从本世纪初以来不止一次地出现了有关国际制裁的条约规定。(1) 1907年的海牙《陆战规则条约》第三条规定, 违反陆战法规的交战国应负“赔偿”责任, 其军队中所属个人所犯一切行为, 该国亦应负责。(2) 依照1917年《凡尔赛和约》第二二七条, 协约及参战国以违反国际道义和条约神圣的义务为理由, 对德皇威廉二世 (William II) 提起公诉, 交由英、法、美、意、日五国法官所组成法庭进行审判。和约第二二八、二二九条还规定, 德国政府应根据协约及参战国的要求, 将被指控为违反战争法规和惯例的个人提交各该国法庭审讯和惩处。协约国在1919年1月15日的照会中, 要求荷兰将威廉二世交付法庭审判。由于荷兰政府拒绝引渡, 威廉二世逍遥法外, 没有受到任何制裁。其他德国战犯则于1921—22年由莱比锡法庭自行审判, 草草了事。(3) 1945年8月8日, 苏美英法四国在伦敦签订了关于设立国际军事法庭的协定, 以便审判欧洲轴心国的首要战犯。并制定了纽伦堡国际军事法庭宪章, 确定法庭的组织程序和工作原则。1946年1月19日, 驻日盟国最高统率麦克阿瑟发布了设立远东国际军事法庭的公告。历史已经证明, 对于发动第二次世界大战的首要战争罪犯, 纽伦堡和东京国际军事法庭都作了审判和处决。解放后, 我国对侵华的日本战犯也作了处理。(4) 1949年内瓦四公约, 都规定对于“严重破坏公约行为之人”予以“处罚”或“处以有效之刑事制裁。”(5) 根据1970年12月16日缔结的关于制止非法劫持航空器的公约(海牙公约) 第二条, “各缔约国承允对上述罪行给予严厉惩罚”。1971年9月23日关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约(蒙特利尔公约) 第三条也规定, “各缔约国承允对第一条所指的罪行给予严厉惩罚。”



### (三)集体制裁

集体制裁是国际社会对违反国际法的行为的有组织的强制行动。这种制度是第一次世界大战后开始形成的。依照1919年《国际联盟盟约》第十六条,国际联盟会员国如果不顾盟约第十二条、第十三条或第十五条的规定而从事战争,应视为对联盟所有其他会员国犯有战争行为而予以制裁。其他会员国应即与之断绝各种商业上或财政上的关系,禁止其人民与破坏盟约国人民的一切交往,并阻止其他国家人民与该国民间的上述交往。如果这些措施未能迫使违反盟约的国家屈服,国联行政院应向会员国建议派遣和组织军队以维护盟约。遇有此种情况,经出席行政院所有会员国(违反盟约的国家除外)的投票表决,可将违反盟约的国家开除出盟。然而,在国联历史上这种制裁并未付诸实施。1931年9月18日日本军国主义发动侵华战争后,国联行政院于1932年派遣调查团到中国进行调查,国联大会于1933年2月24日全体一致(当事国一方日本除外)通过了调查团报告书,尽管如此,日本却悍然拒绝接受报告书,并退出国联,更加疯狂地扩大对华侵略。国联未能进一步对日本采取有效的集体制裁。1935年意大利法西斯侵略阿比西尼亚,由于一些国家的纵容,国联行政院决定对意大利实行经济制裁,但未认真执行。1936年意大利公然吞并阿比西尼亚,国联大会竟撤销对意制裁。

《联合国宪章》对侵略行为的制裁问题,作了更明确的规定。依照宪章第四十一条,遇有任何对和平的威胁、和平的破坏或侵略行为,安全理事会得决定所采取武力以外的方法,如经济关系、铁道、海运、航空、邮电、无线电及其他交通工具的局部或全部停止,以及外交关系的断绝,以实施其决议,并得促请会员国执行此项办法。安全理事会如认为上述办法还不够时,得根据第

四十二条规定采取必要的海陆空军行动,包括会员国的海陆空军的示威、封锁及其他军事举动,以维持或恢复国际和平与安全。然而,当1950年,美国发动侵朝战争时,联合国不但没有加以制裁,反而允许美国假借联合国名义为其侵略行为披上合法外衣。1978年越南武装入侵柬埔寨,1979年苏联侵略阿富汗,以及以色列多次侵略阿拉伯国家,南非一再侵犯邻邦领土,虽在联合国大会上受到了道义上的谴责,但都没有受到坚决而有效的制裁。

由此可见,在国家的主权和利益遭到侵犯,国际法受到破坏时,国家有权单独地或与其他国家一起采取相应的强制措施,以捍卫自己的权益,使国际法得到实施。当然,纸上的东西并不等于现实的东西,要把纸上的东西变为现实,还要经过坚持不懈的斗争。

### 三、应当如何正确估价国际法的作用?

当代的国际关系错综复杂,国际交往日益频繁。这种关系可以表现为政治、经济、文化、法律等方面。这种交往可以是友好合作,也可以是激烈斗争。国际法不过是各国间相互交往中使用的一个工具而已。

国际法是国与国之间在其相互交往中所形成的、处理它们之间关系的一些原则、规范和制度。每个国家在这个过程中,都从自己的阶级利益出发,有它自己的国际立场,坚持某些原则,在创立新的或改变现行的国际法规范中,每个国家都力求使根据它的对外政策而采取的原则立场在所制定的国际法规范中尽可能充分地得到反映和固定。但是,由于各国的阶级利益不同,又各有自己的经济基础,所以国际法不过是在一定历史条件下国家之间在国际范围内力量对比关系的反映。

在实际运用中,国际法则是国家用以实现其对外政策的一个工具,是国家之间进行斗争和合作的一个武器。就目前来说,国际

法的根本任务是维护世界和平,反对帝国主义侵略,捍卫国家正当权益,保障和促进国际关系的正常发展和进行。但是,每个国家是怎样运用国际法为其对外斗争服务的却各不相同,应当对具体情况作具体分析。

为了欺骗世界舆论,掩盖人们耳目,长期以来有的国家在推行其对外侵略和扩张政策时,一面鼓吹“有限主权论”,一面从国际法拣起一些美丽词藻,什么“应合法政府的邀请”,什么“根据条约的规定”,作为它进行侵略和干涉的挡箭牌。因此,尽管它口头上高唱国际法是用以“保证国际间的和平共处”,实际上对它来说,国际法无非是大欺小、强凌弱,进行对外侵略和扩张,妄图实行全球霸权主义的一个工具。

针对这种情况,人们不能对国际法抱有不切实际的幻想,仿佛有了国际法,国家的独立和安全就有所保障,可以高枕无忧。也不能希望“在激烈的国际冲击面前”,国际法的某些规范就可以使侵略者发出善心,回头是岸。更不能单单依靠国际法,来制止帝国主义的侵略。唯一的正确途径应当是依靠世界人民的力量同大小霸权主义进行坚决而有效的斗争。国际法不过是对外斗争中使用的一个工具罢了。

目前,我国正在进行四个现代化,需要吸收外国资金、引进外国先进技术和科学知识,学习外国管理经验,在平等互利的基础上发展对外贸易,乃至建立合营企业,共同开发资源。试问这些交流和合作哪一项不需要以国际协议、合同、议定书等法律形式固定下来呢?

以中美关系为例。自两国关系正常化以来,两国政府已先后签订了科学技术合作协定、贸易协定、促进美国投资协定和防止偷漏税协定、对所得避免双重征税、海运协定、航空协定、领事条约、文化协定以及三十年前遗留下来的关于解决资产要求的协

议、互办贸易展览的协议等两国有关科技部门签署了大气、海洋和渔业、计量和标准、水力发电和有关的水资源利用、科技管理和科技情报等项科技合作议定书以及在高能物理领域进行合作的执行协议。随着两国贸易协定的签署,美国国会已通过了给予中国以最惠国待遇的法案。这样,中美两国关系中的许多重大问题,大都以协议的法律形式表达出来了。

不但如此,我国的四个现代化建设,还需要一个长期和平的国际环境。我们坚持在和平共处五项原则的基础上,发展同世界各国的友好关系;并同一切爱好和平的国家和人民一道,为反对霸权主义、维护世界和平,争取人类进步而共同奋斗。对我国来说,国际法也应用来为实现这项对外政策服务。在国际事务中正确地运用国际法,有助于打击敌人,争取多数,对于我国进行四化建设也是必不可少的一个有力武器。

综上所述,贬低国际法的作用,将国际法说成是“可有可无”,笼统地描绘为“资产阶级”的和“修正主义”的,固然是错误的。夸大国际法的作用,把国际法奉若神圣,提到不应有的高度,好象依靠国际法就万事大吉,就能制止侵略、保卫和平,也同样是不对的。摆在我们面前的任务是,在国际领域内也必须清除法律虚无主义,加强国际法制观念,大力开展对国际法的研究工作。

注:

①奥斯丁:《法理学讲义》,1863年版,第一卷,第96页;劳特派特:《法在国际社会中的作用》,1933年版,第402—403页。

②杰塞普:《国际法的现实》,载美国《外交季刊》,1940年1月号,第244页;布赖尔利:《国际法》,1938年版,第72—73页。

③摩根索:《国际政治》1960年版,第276—277页。

(责任编辑 徐友军)



## 明《大诰》的实施及其历史命运

· 杨一凡 ·

明太祖朱元璋是怎样推行《大诰》的？《大诰》有无法律效力？它的峻令在当时是否真正实行过？曾经“盛极一时”的“圣书”是何时被废止不行？这些都是《大诰》研究中疑义最大、然而又不容回避的重要问题。

应该肯定，四编《大诰》作为朱元璋“昭示祸福”、“警省愚顽”的苦心之作，其“宣教”的意图是十分明显的。事实上，在整个洪武年间的后期，他是把《大诰》当成对臣民进行教育的政治教科书，运用各种手段，强迫全体臣民讲读和一体遵守。为了使《大诰》“家藏人诵”、“大播寰中”，《初编》颁行时，他就宣布：“一切官民诸色人等，户户有这一本。若犯笞杖徒流罪名，每减一等，无者每加一等。所在臣民，熟观为戒。”<sup>①</sup>《三编》颁行时，他又进一步宣告：“此《诰》前后三编，凡朕臣民，务要家藏人诵，以为鉴戒。倘有不遵，迁于化外，的不虚示。”<sup>②</sup>同时，为了确保臣民对《大诰》的学习经常化，特别是让后生、幼丁“自幼知所循守”，<sup>③</sup>朱元璋把这几篇东西列为全国各级学校的必修课程，规定科举高试中出题，并采取了一系列具体措施，开展全民性的讲读活动。据史载：洪武十九年正月，朱元璋“颁《大诰》于国子生及各儒学”，<sup>④</sup>二十年，当《大诰》前三编均已先后刊行后，就“皆颁学官以课士”，“令天下府州县民每里置塾，塾置师，聚生徒，教诵《御制大诰》”，<sup>⑤</sup>并“令民间子弟于农隙之时讲读之”，<sup>⑥</sup>“又令为师者，率其徒能诵《大诰》者赴京，礼部较其所诵多寡，次第给赏”。<sup>⑦</sup>二十一年七月，“颁赐天下武臣《大诰》，令其子弟诵习”。<sup>⑧</sup>二十四年三月，特命礼部云：“《大诰》颁行已久，今后科举岁贡人员，俱出题试之”。<sup>⑨</sup>礼部根据朱元璋旨意，行文国子监正官，严督诸生熟读讲解，以资录用，有不遵者，以违制论。<sup>⑩</sup>同年十一月，朱元璋在“命礼部谕天下学校生员兼读诰、律”的同时，“命赏民间子弟能诵《大诰》者”。<sup>⑪</sup>当时，“天下有讲读《大诰》师生来朝者十九万余人，并赐钞遣还”。<sup>⑫</sup>如此众多的师生由各地召到京师讲读《大诰》，在中国教育史上也是盛况空前的。

然而，过去《大诰》研究中的一个很大的不足之处，是一些学者仅仅把《大诰》描述成案例汇编之类的东西，只强调它的“宣教”、“警省”作用，而忽视了它的法律效力和峻令的实施问题。实际情况是，《大诰》是由案例、明太祖的“训戒”和有刑罚规定的峻令三个方面的内容组成的，它们各有各的用处。朱元璋编纂的案例和其“明刑弼教”的言论的立足点在于“教化”，意在“使民知所劝惩”，达到预防犯罪的目的。而峻令固然也有“惩戒”的作用，但着眼点是用以打击“犯罪”，“禁于已然之后”。

我们说《大诰》峻令具有法律效力，这是考察了它的法律规范性、强制性及实施状况后得出的结论。

第一，《大诰》峻令不仅和当时的其他法令一样，是以御制形式明令颁布的，而且对人们的行为规则和相应的法律后果都有明确的规定，其中多数峻令有具体的量刑标准，因而具备了封建社会刑事法律所应有的规范性特征。

在《大诰》前三编中，具有明确的量刑标准的峻令计60多条。如《初编·官民犯罪第二十九》云：“今后官民有犯罪责者，若不顺受其犯，买重作轻，买轻诬重，或尽行买免，除死罪坐死勿论，余者徒、流、迁徙、笞、杖等罪贿赂出入，致令冤者不伸，枉者不理，虽笞亦坐以死。法司罪同犯者。此犯不分脏之巨微，除失错公罪不坐，凡私的决，并不虚示”。又如，《续编·闲民同恶第六十二》云：“今后敢有一切闲民，信从有司，非是朝廷设立应当官役名色，而于私下擅称名色，与不才官吏同恶相济虐害吾民者，族株。若被害告发，就将犯人家财给与首告人，有司凌迟处死。”此外，还有一些虽未明确量刑标准或言“治罪”的命令性、禁止性规定，也要求臣民必须严加遵守，它们也属于明王朝法律规范的重要组成部分。

第二，朱元璋在《大诰》中曾三令五申，对臣民“违《诰》者罪之”，要求“法司照依《大诰》治罪”。这就给全部《大诰》峻令赋予了不可触犯的法律效力。

为了确保《大诰》“世世守行之”，朱元璋不但在《初编》、《续编》中设专条对如何实施《大诰》作了严厉的规定，下令对“敢有不敬而不收者”，“迁良化外，永不令归”<sup>⑬</sup>，而且在他为四编《大诰》所写的《序》或《后序》以及多篇诰文中，都反复强调法司必须“比《诰》治罪”。他在《御制大诰序》中下令：“今将害民事理，昭示天下诸司，敢有不务公而务私，在外赃贪酷虐吾民者，穷其源而搜罪之”。在《御制大诰续编序》中规定：“今朕复出是《诰》，大播中寰，敢有不遵者，以罪罪之”。在《御制大诰三编序》中重申：对“敢有不钦遵者”，“比《诰》所禁者治之”。也就是说，在审判活动中，要比照《大诰》禁令量刑治罪。另外，各编诸条目的诰文中，所谓“《诰》不虚示”，“设否此《诰》，身亡家破”的强硬言辞更是比比皆是。在封建社会里，皇帝的诏敕本身就具有法律效力，明太祖如此反复地明令臣民严守《大诰》，这就给它赋予了比当时的一般性法令更高的法律效力。

第三，从《大诰》颁行中处理的一些案例看，也可证明这些峻令在当时就得到实行。

朱元璋在《续编》、《三编》中，多处曾提到“前者所颁《诰》”的实施情况，记述了一些对违《诰》者处以笞刑和依《诰》治罪的案例。其中较为典型的案例有：“崇德县民李付一等，嘉定县民蒲辛四、沈显二等，安吉县民金方，乌程县民余仁三等二十九名，苏州府吴县粮长于友，归安县民杨旺二、慎右三、戴兴四等，“恃倚《诰》文，非理抗拒”，“沮坏安身之法”，分别被处以凌迟、梟令示众，籍没其家、充军、发广西象象人口迁发化外等刑罚。金华府同知湛克贞、嵊县知县何琦“违《诰》下乡扰民”，曹县知县杜用，违《诰》“卖放积年民害”，“阻挡耆民赴京奏事”，均被处以死刑；吴县主簿阎文，违《诰》“阻挡耆宿拿直司赴京，戴斩罪还职”。镇江坊甲邻里人等，“不依《大诰》擒恶赴京”，“尽行责罚搬石砌城，其费有空其家者有之，有不能存活者有之，有不及搬运石块而处死者有之”。应天府上元县知县吕贞违《诰》“将民王七所告见丁著业事内事，尽行受财祖滞。……由是而获罪杀身矣。”<sup>⑭</sup>从这些案例中不难看出，《大诰》自颁行之日起，就是作为具有法律效力的御制圣书强制加以实行的。

对于《大诰》峻令在洪武十八年至二十二年间

实行的事实，沈家本先生曾加以肯定，但是，他又认为：“二十年帝谕扬靖推德行仁后，《大诰》峻令即不复用。”<sup>⑮</sup>这后一种论断是欠妥当的。

的确，洪武后期，朱元璋对他奉行过刑用重典政策，特别是法外用刑的一套做法也曾有过困惑和动摇。洪武二十三年，他告诫刑部尚书杨靖曰：“愚民犯法，如啗饮食，嗜之不知止。没法防之，犯者益众，惟推德行仁，或能感化。”<sup>⑯</sup>洪武二十八年八月，他在总结治国经验时说：“朕自起兵至今四十余年，亲理天下庶务，人情善恶真伪，无不涉历。其中奸顽刁诈之徒，情犯深重灼然无疑者，特令法外加刑，意在使人知所警惧，不敢轻易犯法。然此特权时处置，顿挫奸顽，非守成之君所用常法。以后子孙做皇帝时，止守《律》与《大诰》，并不许用黥刺、荆、剕、阉割之刑”<sup>⑰</sup>。这段话表明，一方面，朱元璋对一味“以威为治”的得失有一定认识，他否定了那些残忍的肉刑，说“法外用刑”系权宜之计，不可久用；另一方面，他强调自己在“乱世”的特殊条件下刑用重典是正确和必要的，只是子孙后代不可效法罢了。

正是由于朱元璋始终未能彻底摒弃他的“以威为治”的主张，这就导致了他直到逝世，仍然很重视《大诰》的推行。表现在：

其一，继续三令五申，强调“法司照依《律》与《大诰》拟罪”。如，洪武二十六年三月，他在颁行的《诸词职掌》规定：“凡本部问有应合充军者，必须照依《律》与《大诰》内议拟明白”。<sup>⑱</sup>洪武二十八年六月己丑，明太祖谕群臣曰：“后嗣止循《律》与《大诰》，不许用黥、刺、荆、剕、阉割之刑。”<sup>⑲</sup>又据《明会典》：“二十八年奏准：抄简迁发《律》与《大诰》该载者，宜从法司遵守。”<sup>⑳</sup>洪武三十年五月，颁行《钦定律诰》时，他又再次强调：“凡法司今后议拟罪名，除繁文、烧毁卷宗、更名易讳、军人关赏征进在逃，死罪充军工役在逃、在京犯奸盗诈骗，仍依定例处治，及军官私役军人因而致死一名者偿命外，其余有犯，务要依《律》与《大诰》拟罪，照今定条例发落，并不许将递年各衙门禁约榜文等项条例定罪。敢有违者，以变乱成法论”<sup>㉑</sup>。他在《大明律序》中再次强调：“今后法司只依《律》与《大诰》议罪。”这就把《大诰》置于“常经”的地位，要后世“永为遵守”。

其二，自洪武二十六年起，朱元璋逐渐把《大



诰》的不少条目列入有关罪名和条例中去，以新的法律形式予以确认和颁行天下。其具体情况是：洪武二十六年颁布的《充军》条例，收入《大诰》条目5条；同年颁行的《真犯杂犯死罪》条例，收入《大诰》条目28条；《应合抄扎》罪名，收入《大诰》条目10条；洪武三十年初颁布的《秋后处决》、《工役终身》罪名，收入《大诰》条目22条。洪武三十年五月，《钦定律诰》成，并附于当时所颁行的洪武三十年《大明律》之后，《大诰》条目列入《钦定律诰》者竟达36条。《大诰》条目列入诸条例后，不仅它们的法律效力得到了进一步的强调，而且要求法司更为重视它们的实施，其在司法审判活动和国家社会生活中的作用就势必大大加强。

其三，洪武后期，朱元璋还在发布的一些榜文和诏令中，将他认为需要特别重视的《大诰》禁令加以重申。如洪武二十三年五月发布的榜文重申：“斋《大诰》赴京申诉，……如有邀截阻挡者，依《大诰》内事例决之”。洪武二十七年三月发布的两篇榜文，一篇记述有明太祖三月初二日圣旨：“今后里甲邻人老人所管人户，务要见丁着业，互相觉察。有出外，要知本人下落，作何生理，干何事务。若是不知下落，及日久不回，老人邻人不行赴官首告者，一体迁发充军。”这个圣旨与《续编·互知丁业》条的内容是一致的，实际上是对它的再次强调。另一篇则记有三月十四日圣旨：“今后敢有以弟为男，及姑舅姊妹成婚者，或因事发露，或被人首告，定将犯人处以极刑，全家迁发化外”。<sup>②</sup>这也是对《初编·婚姻》条的重申。还有一些榜文，虽然文字和案例与《大诰》有所差异，其基本精神却是一致的，实际上也是重申《大诰》的有关禁令，推动其实行。

这里需要指出的是，《大诰》条目被列入有关罪名和条例以及在榜文中被重申后，对明初封建法制产生了重大影响。尽管有的条目的处刑与原来的《大诰》酷刑相比，已从死刑改为杂犯死罪，但若与明律正文或相近条款相比，仍是十分苛刻。由于这些条目大多属于明律所没有的新的重刑条款，就不仅大大严密了法网，而且使当时的法律带有“重刑”性质。

关于《大诰》在洪武后期的实施情况，《明史·刑法志》曾作了这样的记述：“自《律诰》出，而《大诰》所载诸峻令未尝轻用”。<sup>③</sup>这本来是一个符合历史真实的记载，可惜，由于长期以来，人们

不知《律诰》为何物，错误地把其理解和解释为《大明律》和《大诰》的简称，加之现行的《明史》中华书局标点本又将《律诰》条例错标点为“律、诰”，这更是鱼目混珠，使本来正确的记载被掩盖，进而出现了各种不实之论。

事实上，《律诰》颁行于洪武三十年五月，这是朱元璋死前一年的事。鉴于当时已将主要的《大诰》条目列入《律诰》，且部分条目的量刑已有变更，法司断狱，当以后者为准。当时，我们并不排除少数为《律诰》所未列的《大诰》禁令，在司法实践中仍有被使用的可能性，但是，起码在涉及到列入《律诰》的36条《大诰》条目的罪名时，似无再按原《大诰》中的有关峻令拟罪的必要。据这一分析推断，我以为《大诰》禁令在洪武后期的实施可分为两种不同的情况，即：从洪武十八年《初编》颁行到三十年五月《律诰》问世的十二年间，《大诰》峻令曾在司法活动中被广泛运用。而在洪武末的最后一年中，《大明律》及所附《律诰》条例成为法司断狱的基本依据，这时，四编《大诰》主要用来对臣民进行教育，其所设峻令已甚少使用，肉刑已被废止，大肆诛戮的现象也已中止。从现存史料中，尚未发现这期间有明显的滥杀案件，就证明了这一点。所有这一切，意味着朱元璋实施《大诰》禁令的方针和做法，已发生了很大的变化，即主要是通过择《诰》附律和正常的审判活动，对36条重要的《大诰》禁令加以推行，标志着朱元璋推行重典政策的势头已减弱到了最低点，这就无意中为后嗣君主最终中止包括《律诰》所载的全部《大诰》峻令的实施铺平了道路。

明代诸史不载《大诰》废于何时，我想这与后代中止实施《大诰》所采用的做法有关。终明一代，特别是明代前期，明太祖被奉上“至尊”地位，更何况他留下遗训：“已成之法，一字不可改易”，<sup>④</sup>“后世敢有言改更祖法者，即以奸臣论无赦。”<sup>⑤</sup>在谁也不愿、也不敢承担“变乱祖制”名的情况下，自然不会公开宣布废止《大诰》。而按照儒家的治国理论，立法定制，讲究“情法适中”，最忌“轻重失伦”。《大诰》所记案例和所设峻令，“常用法外之罚，虽曰对付贪官，惩元季余弊，不妨从重，……究亦有伤人道，”<sup>⑥</sup>也有损于“祖宗”的形象，后世君主又不好照章沿用，这就只能对它采用“明不言废而实废”的办法加以处置。

据史载，明太祖朱元璋于洪武三十一年闰五月

逝世，同月建文帝朱允炆登基。建文帝“性仁厚，于刑狱多所减省”。<sup>⑦</sup>他在即位诏中宣布：“今后官民有犯五刑者，法司一依《大明律》科断，无深文”。<sup>⑧</sup>这条诏令非同小可，它虽然没有明言废除《大诰》峻令，但因一切“深文”之法都不许用，四编《大诰》以及《律诰》条例中的《大诰》条目自然也在其列，于不动声色中被废止不用。

明成祖朱棣发动靖难之役取代建文帝后，为收揽人心，巩固其地位，力贬建文而崇祖制，洪武三十五年七月一日，他在即位诏中宣布：“侄允炆以冲幼之资，嗣守大业，秉心不孝，改更宪章，……建文以来祖宗成法有更改者，仍复旧制，刑名一依《大明律》科断”。<sup>⑨</sup>明成祖的诏书中不提取消“深文”之法，只说“刑名一依《大明律》科断”，这就意味着属于《大明律》的一部分的三十六条《大诰》条目还要继续沿用。同月，他又敕令礼部：“太祖高皇帝新制《大诰》三编，使人知趋吉避凶之道，颁行岁久，虑民间因循废弛，尔宜申明，仍令天下诵读，遇乡饮则讲解如旧”。永乐三年二月，他又明令有司“选方正之士，讲读《大诰》律令。”直到永乐十九年四月，明成祖才宣布：“法司所问囚人，今后一依《大明律》拟罪，不许深文，妄行榜文条例”。<sup>⑩</sup>这说明，在明成祖在位期间，起码是在永乐十九年前，列入《律诰》条例中的《大诰》条目一直在继续使用。又据仁宗洪熙元年正月丙戌诏：“朝廷建置文武官，所以统治军民。其间有官非其人，不得军民之心者，军民动辄束缚凌辱，有伤大体。今后凡有害军害民官吏，许被害之人，赴合该上司陈告。上司不为准理，许诉于朝，不许擅自束缚，违者治罪”。<sup>⑪</sup>束缚害民官吏赴京系《大诰》中的规定，永乐年间此类事件如此盛行，也从一个侧面表明，《大诰》峻令仍在发挥作用。

永乐以后各朝，情况则大不一样。仁宗、宣宗、英宗即位之初，都仿效建文帝，明令宣布：“诸司所问囚犯，今后一依《大明律》科断，不许深文，违者治罪”。<sup>⑫</sup>查这几朝现存的案例，尚未发现依《律诰》中《大诰》条目治罪的现象。民绑缚官吏，朝廷明令禁止，也极少有此类事件发生。由此可见，在仁、宣两朝，不仅四编《大诰》，就是《律诰》中所列的《大诰》罪名，均已中止不用。

到明代中叶时，《大诰》已为民间鲜知。身经正统、成化、弘治三朝的陆容写道：“国初惩元之

弊，用重典以新天下，故令行禁止，若风草然。然有面从于一时而心违于身后者数事。如洪武钱、大明宝钞、《大诰》、《洪武韵》是已。……《大诰》，惟法司拟罪云有《大诰》减一等云尔。民间实未之见，况复有讲读者乎！”<sup>⑬</sup>现存的明一代律典，自弘治朝以后，除《律条疏议》嘉靖重刊本外，均未附《律诰》仅附弘治十年所奏《真犯死罪杂犯死罪》条例。<sup>⑭</sup>而《律条疏议》收录《律诰》，并非供法司断狱遵循，实是存祖宗典籍而已。嘉靖六年，霍韬向皇帝上疏曰：“洪武中，令天下生员兼读《诰》、《律》、《教民榜文》，又言民间子弟早令讲读《大诰》三编。今生儒不知《诰》、《律》久矣。”他回顾《大诰》等祖宗之法不行的历史过程时说：“惟宣德、正统以后逐渐废坏，循至近年，所存无几。”<sup>⑮</sup>明成祖死后，仁宗朱高炽继位，不到一年而卒，继而宣宗朱瞻基即位，改元宣德。霍韬说自宣德之后《大诰》不行，当是有史实根据的。

明太祖朱元璋亲自编纂的《大诰》峻令，盛行于洪武，延续于永乐，到洪熙、宣德时已被搁置不用。明太祖苦心经营的“万世之法”，在其死后不久便短命而废，也是他本人万万料想不到的。不过，《大诰》的这种命运，是有其历史的必然性的。历代用刑，世轻世重。明太祖“见元末贪黷懈弛，”严肃纪纲，从重打击贪官污吏，本应无可非议，然刑罚之用，当依法而行，又贵在轻重适宜。若无视“常法”，滥行诛戮而无节制，那就会适得其反。《大诰》峻令正是由于酷滥无比，故其难长久推行，这是不以人的意志为转移的必然结局。

#### 注：

- ①《初编·颁行大诰》。
- ②《三编·颁行三诰》。
- ③④《明太祖实录》卷214。
- ④《国朝》卷8。
- ⑤《明太祖实录》卷182。
- ⑦《大明会典》卷78《社学》。
- ⑧《明太祖实录》卷192。
- ⑨⑩《南雍志》卷1。
- ⑪⑫《明史·刑法志》。
- ⑬《续编·颁行续诰》。
- ⑭分见《三编》第1、2、6、21。
- ⑮沈家本：《大诰峻令考》。
- ⑯《明通鉴》卷10。
- ⑰《皇明祖训·祖训首章》。
- ⑱《诸司职掌·刑部职掌·司门科》。
- ⑲《明纪·太祖纪》。
- ⑳《大明会典》卷187。
- ㉑张楷：《律条疏议》。
- ㉒《南京刑部志》。
- ㉓余继登：《典故纪闻》卷3。
- ㉔陈登原：《国史旧闻》卷42。
- ㉕《明史·恭宗帝纪》。
- ㉖《姜氏秘史》。
- ㉗《皇明诰令》卷4。
- ㉘《明太宗实录》卷10下，卷39，卷236。
- ㉙《明仁宗实录》卷6下。
- ㉚《皇明诏令》卷7至卷10。
- ㉛陆容：《菽园杂记》卷10。
- ㉜黄彰健：《明清史研究丛稿》。
- ㉝《明世宗实录》卷83。

(责任编辑 武树臣)



# 纪念五四运动七十周年

## 发扬五四精神推进民主法治

——青年法学工作者笔谈会

“五四”运动过去整整七十周年了。

有些历史事件的非凡价值往往经过相当长的时间才会被人们逐渐认识。“五·四”运动也是这样。当人们面对着人类文化的宏大视野，回首审视七十年前暴发在国土上的伟大事件时发现，在中国文化沿革史上，“五·四”新文化运动的价值不仅仅在于终结了一个古老岁月和开启了新的纪元，而且还在于它指示的方向正是人类社会发展的共同趋势。“五·四”运动对于整个中华民族的贡献，无论怎样评价都不会过高。它在中国法律文化史上的功绩更是如此。今天，我们对“五·四”运动的最好纪念，就是继承“五·四”的革命精神，去推动民主法治建设和科学文化的发展。七十年后的中国，又一次经历着伟大的历史性变革；七十年后的青年，深刻地意识到新一代庄严的历史使命。

### 法治建立与发展的 一个关键环节

北京大学法律学系 王晨光

七十年前的五四运动以其蓬勃之势唤醒了民族的良知，揭开了中国近代史上辉煌的篇章。为什么它能产生如此巨大的社会反响和深远影响？其原因之一就在于新思想的倡导与人民实践的沟通。如若没有学生的游行、工人的罢工和商人的罢市，恐怕先进知识分子的新思想包括马克思主义仅会停留在书本上，而不会导致社会变革。

当前我国进行的法治建设也是一场具有深远影响的巨大社会变革。如何把现代法治的新观念与我国法治实践相沟通，同样也是这一变革的关键所在。这不仅是理论联系实际的学风问题，同时也是一种方法、技术问题。法学说到底是一门应用学科。如果不解决这种方法和技术的设计，它就很难得到社会的赏识和发展。

为此，首先应解决现代法治观念的普及与传

播问题。不然，当大多数人不知权利为何物时，法治也就徒有虚名了。然而法观念的普及与传播要看清对象，分出层次。根据我国现状，其对象可分为三个层次。第一层为法学研究教育等高层次专业人员；第二层次为各级执法、司法干部和其他国家公务人员；第三层次为一般群众。由于这三个层次人员的知识水准、对法律知识的要求和掌握不同，法观念传播的内容、形式也应有不同。对第一层次应以理论探讨为主；对第二层次应以应用训练和基础理论素质培养为主；对第三层次则应以法律的普及和宣传为主。其中对当前我国法治发展最为重要的层次是直接从事执法和司法实践的第二层次。其道理不言而喻。

其次，把社会学、统计学和实证分析等方法引入法学研究，使其建立在坚实的实践基础之上。我国法治的发展不在于凭空创出什么新奇的理论或构架，而在于实际解决摆在我们面前一个又一个的难点，并由此而产生理论的升华。法学研究要破除好大喜功的心理，树立严谨求实的科学态度。

其三，法学研究要倡导学术自由和对社会负责的精神。每项研究都应结合我国实际考虑其实施的

方式、手段和步骤。清除唯长官意志论和随风注释的恶劣风气。

其四，提倡并促进教学研究部门与实际部门间的人员、信息和资料的交流，以及合作研究。

五四运动把知变为行，这恰是对我国当前法治建立与发展的一个启示。

### 法律应成为个性 解放的武器

中国政法大学比较法研究所 高鸿钧

在法律与个人的关系上，中西法律文化具有不同的价值取向。

仅以“法治”一词而言，在奉行个人主义的西方，它强调的是个人用法律维护自身权益，限制和反抗政府滥用权力。正如陈独秀所言，在“以个人为本位”的“西洋民族”，“举一切伦理道德政治法律”，旨在“拥护个人之自由权利与幸福而已”。

“思想言论之自由，谋个性之发展也。法律面前，个人平等也”。而在“尚情无我”（梁漱溟语）的传统中国文化氛围中，法治侧重于当政者如何用法律整治百姓，如何用法律压抑个性使个人就范于儒家的纲常名教，其结果则是“损坏个人独立自主之人格”，“窒息个人意思之自由”（陈独秀语）；个体的“生存价值全为单位所吞没”（李大钊语）。在这种“以牺牲自己为人生之本务”（李大钊语）的文化中，自然是卑牺牲于尊，幼牺牲于长，女牺牲于男，后人牺牲于祖宗先贤。故鲁迅先生说“中国人向来没有争到过‘人’的价格”，所以如此，“法制教化使然”（吴虞语）。可见传统中国法律所扮演的是使人牺牲、压抑个性的角色。

令人遗憾的是，建国后我们照搬苏联的模式，过分地强调集权统治和群体价值，虽制定许多法律，但它们没有对个人权利给予真实地保护，反而往往成为某些野心家和掌权者践踏个人权利、压抑个性的工具。

在进行法制现代化建设的今天，我们应发扬“五四”精神，对我们传统的法律文化进行深刻的反省和认真地检讨。我们既不应满足于颁布一些新的立法条文，也不应满足于使人们知法守法那种片面的宣传，而应告诉民众如何用法律保护自己的权

利，维护自己的尊严，进而使法律成为不是限制或压抑个性而是伸张正义和解放个性的有力武器。只有这样的法制才是民主基础之上的现代法制，只有这样的法制才具有旺盛的生命力。

### 没有理性超越就没有 现代法治

北京大学法律学系 徐友军

“五四”提出的科学与民主的口号已经整整70年了，可科学与民主离今日之中国依然很遥远，这其中的原因之一就是未能沿着“五四”先驱们的思路，掀起一场理性革命的风暴。

众所周知，中世纪的整个西方精神世界是由宗教神学统治的。由于这种宗教神学不以任何局部的、个体的、功利的需求为转移而改变自己的尊严，所以，当文艺复兴的春潮扫荡了神学的内核，而赋予其近代的科学与人文涵义时，这种尊严便焕发出神奇的功能。上帝面前人人平等很容易地就转化成真理面前人人平等，法律面前人人平等，权威主体变了，构成方式却仍然是传统的。在无条件地尊重科学和法律的表象背后，隐藏的是宗教式的对真理和法治的膜拜与虔诚。因此，与宗教相似，科学与法治的历史意义就不简单是在多少学科领域中发现了多少自然定律及制定了多少项法律，而是造就了一种伟大的文化精神，真理和法律是超然相对于世俗社会的新权威，任何社会力量、任何功利目的都必须服从真理和法律的裁决。民主思想范式的发展也是如此。

可惜的是，中国传统文化中，无论是孔子的“仁”，还是孟子的“善”，都是直接面向人世功利欲求，就是宋明儒学的“天理”也是针对“人欲”而发。它们始终面朝社会实际事务，没有超出实用的眼界而产生理性的思辨。社会的整体需求在缺乏理性超越的情况下，不可能升华为权威性的外在原则，只能作具体的还原。“五四”先驱是看到这点后才企图通过思想启蒙创立新的理性精神。遗憾的是，实际的社会危机与民族危难转移了国民对理论的兴趣，实用战胜了理性。

历史在重演。70年后的今天，我们对科学的尊重是基于它的具体效益而非它的哲学精神；对法制的重视则是出于防止再蹲“牛棚”及吸引外商来华



投资的功利考虑而非它的法治精神。因此，再好的东西一到中国就肯定走样变形。令人不安的是，我们今天还在“摸着石头过河”，全社会对功利的追逐超过了历史上任何一个时期，国民已失去了对理论的兴趣，我们又一次陷入了历史的悲剧轮回中。在此，我真诚期望中国知识分子能重构我们的民族文化，通过理性革命使科学、民主、法治所体现的哲学精神成为全社会的最高权威。

## 重新反思“五·四”的启蒙

——民主观与中国新文化

《知识分子》编辑部 顾昕

振兴五四精神，重新举起启蒙的旗帜。这是时下关于五四运动七十周年纪念之感慨的主旋律。于是，在五四所提倡的民主化和科学化之外，今人又添加了“商品化”和“法律化”。仿佛一俟这些各色的旗帜飘扬起来，中国又可兴起一场“新的启蒙”。

然而，现在正需要的是对五四之启蒙的重新反思。

实际上，五四知识分子的历史悲剧恰在于他们未能真正从事启蒙，而是充当了意识形态鼓吹者的社会角色。陈独秀是五四知识分子的典型代表，他基于民族主义（救亡图存）的最终关怀，提出了“民主”的口号。然而，陈独秀所接受的民主观，乃是“民粹主义民主”，它强调的是人民主权论和政治平等。相反，支撑民主制度的核心价值，个人自由，在陈独秀那里并不占重要的地位。陈独秀相信“真的民主政治，必会把政权分配到人民全体”，他更关注社会民主和经济民主，甚至提倡“人民直接议定宪法。”陈独秀发现传统中的“井耕”、“均无贫”、“限田”等“确实含着许多社会经济的民治主义的成分。”

然而，在个人自由的价值缺乏时，这种民粹主义的乌托邦就会毫不留情地发挥着破坏既定社会秩序的功能，同时它会被更具有乌托邦色彩的意识形态所代替。

五四知识分子把中国在现代化过程出现的独特的价值危机当作意识形态危机来解决，这使得真正的民主观并没有同中国的新文化整合起来。中国的专制因而一次次地沉渣泛起。

在今天，无论知识分子怎样起劲地挥动意识形态的大旗，都难以把西方的好东西“化”过来。

## “五·四”呼唤新的民族精神

### 科学民主有赖法制保障

北京大学法律学系 饶戈平

追求独立、统一和现代化，是近代中国社会发展的主旋律。最初把这一乐章变为时代强音的，是五四运动。五四运动由中国外交在巴黎和会的失败所引发，其更深的背景则是近世以来愈演愈烈的中华民族危机。悲壮深沉的历史责任感，驱使爱国青年、知识精英去探寻救国救民的道路，反思传统的民族文化，由此而推动了本世纪以来中华民族最深刻的一次思想飞跃。历史启迪良知。先驱者们在反帝反封建的时代洪流中，呼唤着新的民族精神——科学与民主。从此，科学民主就象烛天的火炬，照亮中国现代化的历史进程。它们既是中国人民建设强大国家的奋斗目标，又是人们渴求兴国安邦的有力武器。然而自五四以来的七十年中，科学与民主在中国的发展，却屡经跌宕曲折的艰难历程。封建专制和蒙昧愚钝的幽灵，总是徘徊在中国的土地上。即使在人民共和国成立后的四十年里，科学民主横遭践踏的现象，也时有发生。究其原因，很重要的一点就是这种新的民族精神缺乏行之有效的法制保障。我们的法制远未达到一种足够的权威，能够把确保科学民主在中国的宏扬引为自己的神圣职责。因此我们也就每每自食苦果。在纪念五四，总结新中国法制建设四十年的今天，人们有理由要求，法律作为调整社会关系的有力扛捍，应该在培植，保护科学民主的新民族精神方面，发挥自己不容推卸的作用。

## 弘扬五四传统

### 重建法律文化

《学习与探索》编辑部 冯向辉

绵延数千年之久的中国法律传统，并未因五四新文化运动的冲决和70年来中国社会的演进而有根本的改变。其中，深深埋入民族意识最底层的传统法观念无时不在影响着现实民主与法制的建设，

阻碍着中国改革和现代化的进程。因此，必须完成中国法律文化的现代化，以保证我国现代化的顺利实现。途径有三：（1）要全面清理传统法律文化的历史积淀。今日中国知识分子应象猛烈抨击“固有文明”的“五四”斗士那样，以英勇的献身精神去批判那种以伦理道德为依归、国家权力至上、“无讼”、“重刑轻民”、重身分而轻契约、“不患寡而患不均”等的义务法观念；创造性地汲取人类优秀文化成果，把人类文明推向前进；（2）要面向世界，顺应法制发展的时代潮流。当年新文化运动的健将们以极大的勇气使民主与科学精神在中国得到广泛而深入的传播，我们今天更应勇敢地正视外来文明的冲击，老老实实地承认进而大力宣传构成西方现代化的基本价值——个人权利观念、自由观念、平等观念、民有政府观念以及法制观念，并将这种先进文化移植到本国来，重新塑造中华民族的法观念；（3）要改造法律文化赖以生长的社会土壤。进一步发展商品经济，促进社会的开放和合理流动，加强民主政治建设，使科技文教事业兴旺发达，造就一代新人，为形成现代法律文化创造应有的条件。总之，只要我们正确处理一切古今中外的法律文化成果，以五四精神彻底改造陈腐的观念和落后的社会条件，把权利法观念化为民众内心的信念，就一定能够实现中国法律文化的现代化，

## “五四”运动·民主·

### 言论自由

北京大学法律学系 李鸣

七十年前的“五四”运动，树立了民主和科学两面大旗。就当年文化思想界而言，民主更多的是指思想上的百家争鸣、百花齐放，就是今天的言论自由。继承和发扬“五四”运动民主的这一精髓，有重要的现实意义。

在经历了文革十年权力滥用的痛苦和三中全会思想解放的喜悦之后，我国人民深感言论自由的必要。它能冲破思想的禁锢，创造宽松和谐的气氛，调动人民的积极性和创造性；它能集思广益，科学民主地决策；它能监督政府的行为，纠正腐败现象。言论自由是人民当家做主的一个重要标志。为此，1982年宪法规定公民享有言论自由。

然而，何谓言论自由？宪法的规定是笼统的。

于是，言论自由的内涵、方式和限度等一系列问题，仍需进一步阐明。此外，宪法还有公民的自由不能损害社会公共利益的规定。而什么是社会公共利益？必须视具体情况作出解释。这就更增加了言论自由条款的抽象性。因此，有必要进行新的立法，对言论自由做深入的说明，以期在实践中得到具体适用。目前正在制订的新闻法，是朝着这个方向迈出的一步。

在谈言论自由时，特别要正确认识言论自由与其限制的关系问题。应肯定，任何自由都有限度。言论自由不能诽谤、诬陷他人，这在各国都是一样的。然而，任何自由又都有其基本内涵。言论自由起码是指公民对国家事务有充分发表意见的权利，包括发表与政府不同意见的权利，这种权利受法律（包括司法）的保护，而不受任何形式的专横的剥夺。社会主义的法是为保护公民的各项自由而制订的，自由是原则，限制只是例外。只有在充分保障基本自由的前提下，才谈得上限制。任何形式的限制都不应损害自由的实质，否则自由将流于空谈。

在法律上对言论自由作出正确解释并付诸实践，乃是我们对“五四”运动民主精神的最好纪念。

## 再竖民主科学大旗

### 完成法律文化现代之大任

《中国法学》编辑部 方人

在纪念五四运动七十周年之际，提出实现中国法律文化现代化，仍需要巨大的勇气。因为，面对稚态的法学，面对眼前严峻的现实和沉重的历史包袱，谁也不会认为这是一个轻松、平坦和一蹴而就的事情。甚至我们还不敢说，过去和现在已经为此付出了足够的代价，而今后不会再有磨难或误入他途。我们是为之探索和努力的一代人中的一部分，在这一过程中，历史向我们这一代人首先提出了这样的要求——恢复科学研究所必备的求实精神和理性态度，恢复法学真正成为一门科学所必需的独立完成但远未完成的任务。然而时至今日我们仍然没有充分地重视它。这也是当前法学理论陷入疲软与



贫乏窘境的一个重大原因。纪念五四运动，重温历史经验，可以使我们在冷静和清醒之中认识自己的幼稚和不足。七十年前竖起的民主、科学大旗，对于实现法律文化现代化仍具有特殊的现实价值。民主和科学不仅能够直接成为法律文化现代化的重要目标，而且还可以当作我们向其寻求、探索过程中的主体精神。中国法律文化的现代化要求法学理论现代化。这首先要要求中国的法学工作者迅速成熟起来，从而使法学理论迅速成熟起来。而以求实精神和理性态度追求民主、坚信科学，完成重构我国法学理论的价值标准和理论品格，则是迈向法学理论现代化，进而实现中国法律文化现代化的重要一步。

## 民主和法治应成为中国未来百年历史的主题

北京大学法律学系 邱水平

实现一个民族法观念由旧到新的转机，需要诸多的条件。经济、政治因素的重要性不说，在文化上就需要象西方曾经经历的跨世纪、覆盖全社会的思想启蒙运动。

五四新文化运动远未达到西方文艺复兴，十八世纪资产阶级思想启蒙运动那样的深度和广度。它虽提出了民主口号，但对民主的认识只停留在一般哲理式的议论，对体现民主具体内涵的资产阶级自由、平等、人权和法治则没有更深的挖掘，未给予较充分的肯定评价。五四运动所处的强邻四逼、外侮日深的形势，也很难使它成为一场纯粹的思想启蒙运动，反帝爱国自觉不自觉地成了这场运动的主题。因此，可以说，五四运动对实现中国法观念的转机所产生的影响是微弱的。

“五四”以后的七十年，中国历史发展的中心同“五四”前的百年历史同出一辙，依然是国家的独立和富强。二十八年共产党人浴血奋战为的是中国的独立、富强。建国后三十多年的“备战备荒”为的是中国不受外强欺凌，即使到我们生活的本世纪近九十年代，人们焦心苦虑的也是如何保住中国的球籍。民主和法治从未成为这七十年中国历史的主题。

民主、法治与国家的富强并非是个二难论题。过去的七十年历史告诉我们，脱离国家、民族和人民富强的主题，自由、民主和法治将成为幻想。而

今天，在我们民族的独立地位已确立的时候，更主要的方面则应该认识到，如果没有人民民主，中国就无法走向富强。

幸运的是，十年改革的反思使不少人警醒。人们发现，经济改革与发展的巨大阻力不止在于经济本身，在更大程度上，能为中国经济开辟更广大、更通畅道路的是民主政治，法治社会。应该把这种认识上升到对我们国家民族历史发展的战略大调整。第一，把民主法治与经济一样看作是立国之本。中国不仅要加入国际经济大循环，也要跨入国际社会的民主政治大潮中。因为，国家的强盛不仅仅是一个经济实力的问题，还要看其国民素质、民族文化精神是否现代化。第二、要实现中国的民主和法治，却非一个十年计划，甚至数个十年计划所能解决的。在我们这样一个特殊的国度，要实现法观念的转机，需要一个延续百年的五四运动，需要一次真正的全民族的百年文化大革命，使民主、法治成为中国未来百年历史的主题。由此，才能奠定中国走向民主法治的文化观念的基础。

## 民主制的特质是法治 法治并非“以法治国”

西南政法学院 俞荣根

“五四”擎起的“民主”与“科学”两面大旗，仍需我们今天高举，并下大气力为之奋斗。仅此足见“五四”意义之深远。当然，“五四”精英们对“民主”、“科学”的理解不尽恰当，例如，从民族主义或民粹主义去解释民主的就不少。我们今天发扬“五四”民主精神，自应超越“五四”，着力加强民主政治制度的建设。

民主政治必是法律化、程序化的。关于此常见诸报端的一个提法是“民主与法制”，然而，它并不妥贴。试问，古今中外，有哪一种国家政治实体没有法制？民主政体固然有，专制政体又何尚没有。秦王朝一切“皆有法式”，可是有民主吗？半点也没有。所以，法制并不必然与民主相联。民主之法制的特质在于法治。

说到法治，中国人最易产生的误区，是将它等同于“以法治国”，并由此而演绎出了“以法治城”、“以法治厂”、“以法治水”等等一系列口号。“以法治国”并不错，但它不是法治。所谓“以

法治国”，就是用法律来治理国家。这是连封建皇帝也可以做到的。秦始皇不是用法（刑）来治吏、治民、治国吗！

我们的社会主义民主制的法治，前提是应当有一个“良法”体系，它以确立和保护公民的基本权利义务为价值指向。在当前，尤须制定和完善各种优良的程序法，这是第一点。其次，每一个公民，都在法律之中，且在法律之下。国家元首、政府总理、共产党和其他各党派的领袖、各级公务员，概莫能外。法律面前人人平等。第三、建立和完善国家权力制衡体系。各种权力的范围、权力的授予、行使和转移均应法律程序化。加强监督权和司法审判权的独立，实现公平和正义。第四、抓紧全民族的民主和法治的文化素质建设。

在理论上，法治与“以法治国”的界限虽应划清，但我们的民主与法治建设若从实际出发，尚应以实现“以法治国”为第一步，特别应有治贪官庸官之法 and 使此法必行之法。

## 建设民主政治必须强化 公民的民主意识

吉林省政法管理干部学院 于晓光

党的十三大报告中明确提出了建设社会主义民主政治的任务，并且将此作为政治体制改革的一个重要环节。回顾我国民主政治建设所走过的历程，我们不得不痛苦地承认，我国的民主政治并没能得以切实的建立。认真反思导致我国民主政治建设出现曲折的诸种原因，我认为公民的民主意识不强，是其中的重要原因之一。

我国是从半殖民地、半封建社会脱胎出来的社会主义国家，在旧中国长期封建专制制度的统治下，人们没有接受过民主思想的熏陶，头脑中根本不存在民主意识，统治者向人们贯输的是“民可使由之，不可使知之”，“三纲五常”，“君叫臣死，臣不敢不死”等奴化思想。使得人们根本不清楚自己应具有什么样的权利，不清楚自己存在的社会价值。而是盲目地把自己的一生荣辱寄托在统治者身上，梦想能够出现一个好皇帝、一个清官作自己的主宰。这种日久积淀的愚昧、盲从、迷信、保守的传统政治文化观念，不仅约束着旧中国的人民在封建专制统治下循规蹈矩的生活，而且在今天许多人的头脑

中还顽固地占有一席之地。君不见许多领导者官僚主义严重，以权谋私，漠视甚至破坏人民的民主权利，许多人不知道自己应当享受哪些民主权利，不重视，不珍视自己的民主权利，当自己的权利遭到侵害时不是依法保护自己的权利，而是首先想到找一个靠山，找个有权有势之人为自己作主。正是这些受传统政治文化观念影响所形成的意识，成了我国民主政治建设的严重障碍。实践告诉我们，在我们这样一个没有民主传统的国度里进行民主政治建设，不仅要清除传统政治文化观念的影响，而且必须进行民主意识启蒙教育，强化公民的民主意识。

## 以科学的精神

### 从事古今中外的法律研究

中国政法大学 马小红

要完成中国法律文化的现代化，必须要发扬科学和民主的精神。

法律文化的现代化，离不开对法学的深入研究，没有现代化的理论和学术，就谈不上现代化的实现，在研究和学术领域，科学精神尤为重要。所谓科学精神，就是实事求是。就是敢于面对现实，讲真话，讲实话。只有坚持科学的精神，我们才能对古今中外的法律进行严谨的分析与探讨，才能在大量的事实论证下，总结出规律性的问题，为实现法律文化的现代化而提供可靠的借鉴。

科学精神的大敌是不重资料和证据的空谈，是力求哗众取宠，又急于求成的轻浮学风。这种空谈和学风不仅违背科学的精神和原则，而且危及学界和现行的法律建设，它导致人们的消极和偏激观点，使人们陷于盲目的肯定与否定中不能自拔。

我们必须杜绝违背科学精神的空谈，以科学的精神从事古今中外的法律研究。实事求是地评估中外法学研究的成果及法律执行中的利弊。吸取古今中外法律文化的精华。避免盲目的否定和肯定，作到言之有物，论之有据。将法学研究扎扎实实地向前推进。

## 法学研究的“形而上”

《人民日报》社 杜飞进

当今的法学研究要有一点“形而上”——这是



我在纪念“五四”运动七十周年的时候要说的第一句话。因为几十年来，尽管我国法学界从未间断过对所谓“原则”、“思想”或“主义”的迷恋与醉心，但谈到底，法学研究最缺的恰恰就是“形而上”，亦即缺乏明确的、一贯的精神追求，以致不可避免地沦为政治的奴婢，成为长于应付时事政治变迁的魔术家们手中的口袋。

众所周知，“五四”运动作为一场爱国救亡运动，它同时还是甚至更是一场伟大的思想文化启蒙运动，它是使中国从中世纪走向现代，从封建专制主义、封建蒙昧主义走向科学与民主的历史转折点。而科学与民主就是“五四”运动中提出的两大口号。尽管在当时，科学与民主都有其明确的内容，即：科学是指反对封建迷信，学习进化论、相对论和西方各种进步的社会学说；民主是指反对帝国主义、封建主义和官僚资本主义的反动统治，争取实现新民主主义，但是，从其思想文化启蒙的性质看，科学与民主口号的意义主要并不在于其上述内容本身，而在于它们代表了一种促使人类进步的精神，是一种因时代变迁、而不断变化的、始终以推动社会发展为职责的理性观念。而这种精神或理性观念，就可以认为是“五·四”运动包含的“形而上”，即所谓“五·四”精神之真谛。这种“形而上”的精神或观念，是人类社会发展规律的一种体现，尽管在不同时代可以有不同的表现内容，但根本的、内在的东西都是一贯的（即万变不离其宗），亦即所有与这种“形而上”相悖的“形而下”的东西，最终都会被其所克服。“五·四”精神之所以能常说常新、历七十年而不古，其原因所在就是它的“形而上”。鉴于此，我认为要使我国法学研究纳入现代社会发展的轨道，就必须在今后的法学研究中引进并确立一种“形而上”的东西，以保证其真正为建立现代法治国家而服务。

那么，法学研究需要引进并确立一种怎样的“形而上”呢？我认为，可以成为我国法学研究中的“形而上”的，仍然是科学与民主；只是在今天，科学与民主同“五·四”时期相比已经发生了一些演变，具体为：科学是指反对思想僵化和教条主义，努力掌握世界最新科学技术，大力发展包括自然科学、社会科学以及交叉科学在内的各种科学，当然继续扫除封建迷信也是其中的内容；民主是指反对封建主义和官僚主义，同时也反对照搬西方资本主义民主，但要借鉴西方民主的许多形式、程序和机

制，大力创造并发展社会主义民主（包括政治、经济、文化、教育、社会生活和对外关系等各方面的民主）。所有涉及当前改革、开放而进行的法学“形而下”式的对策研究，都要与上述“形而上”的精神追求相一致（至少不违背），不管这种对策研究是基于何种需要而进行的。唯有如此，法学的真正繁荣与发展方有希望！

## 五四运动与中国 法律的启蒙

中国人民大学法律学系 陈兴良

五四运动最伟大的功绩，莫过于在紧锣密鼓中从西方请来了两位先生：德先生（民主）和赛先生（科学）。因此，五四运动是一场民主和科学的启蒙运动。令人遗憾的是，五四运动在请进德先生和赛先生的同时，却遗忘了他们的一位重要伙伴，这就是劳先生（法律）。在七十年后的今天，我们才前所未有地感受到五四运动的这一缺憾所带来的严重后果。

我们不必过多地指责五四运动没有请进了劳先生，因为这一缺憾具有历史必然性。尽管国人可以讴歌《唐律》之完善，赞美中国法制的灿烂传统，但这一切都不过是封建专制的法律载体。以民主、科学为内容的法律之与中国无缘，导致劳先生迟迟在中国的大门外徘徊。而没有劳先生的庇护，德先生和赛先生就永远水土不服，难以在我们这样一个具有几千年专制传统的社会里安身立命！

对五四运动最好的献礼，莫过于打开国门请劳先生，以竟五四运动未竟之事业。当民主与科学的血肉之躯通过法律表现为生命形式的时候，中国的现代化就是指日可待的了。当然，在我们这样一个封建专制具有悠久传统的国家，以义务为本位的法观念已经沉淀在国人的深层心理结构，而以权利为本位的法观念亟待启蒙。从义务为本位的法观念到权利为本位的法观念，价值取向的差异是巨大的。而要完成这一转变，有赖于经济体制和政治体制的彻底改革。

在纪念五四运动七十周年的时候，聊缀以上数语，以尽一个青年法学研究者的职责。

## 五四精神与中国社会主义 法制建设的“中国特色”

北京大学法律学系 钱明星

五四精神的要旨在于“破旧立新”，它破除了以孔孟之道为中心的封建传统文化，引入了西方现代思想文化的新风，开中国近代新文化运动之先河，对后世产生了深远的影响，对于我们今天的法制建设仍然有启迪作用。我们一再强调建立有中国特色的社会主义法制，我体会，所谓的“中国特色”应当有三项内容：一是以马克思主义法学为指导，这样，我国的法制才有坚实的科学基础；二是吸取中国法律文化的精华，发扬中华民族的善良风俗；三是根据我国社会关系的特殊性，建立能够满足调整我国现实社会关系的法律制度。但在实践中片面地强调“中国特色”，造成了三种不良现象：一是盲目地排斥西方法律文化，不是采取辩证的态度进行扬弃，而全部当作糟粕予以否定、抛弃；二是为标新而立异，一味强调通俗简明，置基本法律概念、原理于不顾，造成法律条文的结构混乱、语句重叠以致影响法律条文的科学性，例如《民法通则》中“与财产所有权有关的财产权”这一概念的使用就是如此；三是“中国特色”在很多情况下成为某些人的矛盾盾，在评及及借鉴西方的法律文化时，可以叱之为“缺乏中国特色”，在对待批评意见时，最有力的反击莫过于“这是中国特色”，如“与财产所有权有关的财产权”概念的的使用，就被某些人标榜为“中国特色”。这三种现象，都是有悖于五四精神的，严重地阻碍了我国法制的的发展。实际上，法律文化作为人类文明的重要组成部分，其共性是大于个性的，其间都存在着相互吸收融和的过程，例如，民法是主要调整商品经济关系的基本法，我国社会主义商品经济虽然有别于西方资本主义商品经济，但是，任何现实的商品生产都具有商品生产的一般属性，即商品生产方式，社会主义商品经济也具有这种任何商品生产都具有的共同属性，这决定了我国社会主义民法与资本主义民法在一定程度上的共通性，我们就完全可以吸收、借鉴甚至直接照搬西方国家的民事立案例，如债和合同制度、知识产权制度等的许多方面。这才是辩证唯物主义的科学态度。

## 以民主、科学精神 再造中国法律文化

北京大学法律学系 张 骥

“五四”运动至今已经七十年了。可是中国的法律文化并未真正经受“五四”精神的洗礼。“五四”精神说到底就是民主与科学的精神。目前中国的法律文化最缺乏、最需要的，就是民主与科学精神。中国传统法律文化中的封建糟粕，象君权至上、刑罚为主、义务本位、保护等级特权等，一直未受到彻底清算。

中国法律文化的先天不足，导致在改革、开放深入发展的时候，法律制度显得软弱无力。一方面，缺乏足够的、社会发展所必需的规则来为改革开放导向、护航；另一方面，已经制定的法律缺乏实效，以权代法、以言废法成为严重的社会问题。

笔者认为，要实现中国法律文化的现代化，必须造成一股民主与科学精神的强大冲击波，冲击中国传统法律文化的封建糟粕，以“五四”精神再造中国的法律文化。

首先，应该使法律文化建设的重点，转向完善民主政治，发展商品经济和教育科学事业。那种认为只是在社会治安不好的时候才应该加强法制建设的观点，实际上是中国古代法警愚顽观念的翻版。

第二，要树立法律至高无上的权威。在中国古代，有法律而无法治，君权至上而非法律至上。今天要实行法治，就必须树立法律的绝对权威。如果法律制定得不完善，应该依法定程序进行立、改、废。借口法律不完善而不依法办事，是自毁长城。根据“党必须在宪法和法律的范围内活动”这一方针，党的政策应该服从宪法和法律。

第三，要使全体公民树立现代的法制的观念。与法治社会相适应的公民法制观念的核心，是权利的观念。对法律的需求，对法制的信仰，皆来自一个权利主体的自觉。国家兴亡，匹夫有责。应该通过立法，使公民的参政权和其他各项民主权利落到实处。如果全国多数公民对法律的态度，能象“文化大革命”时对“最高指示”的态度，则中国的法律文化就现代化了。



## 德先生、赛先生 与法制建设

中国人民大学法律系 周振想

在本世纪初，是一群不甘自我沉沦、国破家亡的热血青年，“五·四”列队于天安门广场，将西装革履的德先生(Democracy)和赛先生(Science)迎进了中国国门。德先生与赛先生的光临委实给闭关锁国的中国大地带来了一股清新的风，并引发了一场悲壮的民主改革运动，也使许多国人编织了一个个科学救国的梦。然而，从德先生与赛先生踏进中国国门以来的经历来看，却无不使国人深感汗颜。远的不论，也不谈其他的领域，单就建国以来法制建设与德先生、赛先生的关系来看，就足以使国人心寒了。

开国大典之后，虽然“以苏为师”搞法制建设，使我们对维辛斯基的“法是阶级斗争的工具”的高论坚信不移，但毕竟还懂得民主与科学对于法制建设的重要，因而制定了国人称道的五四年宪法和其他一些法规。但“反右”开始之后，尤其是史无前例的“文革”开始后，“左”的狂拳砸碎了本来就可伶的刚刚建立起来的法制基础，更谈不上民

主立法、科学执法了。十一届三中全会之后，法制的复生也招回了久别的德先生与赛先生，民主与法制同样受到了国人的青睐。然而，只要审视一下我们法制建设的现况就不能不感到，德先生与赛先生并未真已在我国法制建设这片刚刚开垦的土地上安家落户。如立法还谈不到民主，法学专家们的内行意见，常常被一些外行的大人物置之门外，而大人物则往往轻而易举地将其某些突发的想法规定为法条。比如规定的既违背各国共认的无罪推定原则，又不符一惯的证据理论的“非法所得罪”即为一例。司法也谈不上科学与公正，而往往是案件还未审理即已被某大人物定了刑。轰动一时的周志远妨害公务案即为适例。

不以民主的方式、科学的态度来进行立法、司法，来进行法制建设，本来以公平、正义为特征的法律，就必然摆脱不了权势者的奴仆的地位，国人就不可能在法律的保护下正常地工作，恬静地生息。这一点已为惨痛的历史与令人失望的现实所证明。因此，我认为，我们法学工作者对“五·四”最好的纪念，莫过于为德先生与赛先生早日真正在我国的法制领域安家落户而奔走、而呼号、而斗争！

(责任编辑 武树臣)

## 禁止有偿代客生育法在美国

·陈中绳·

1988年7月上旬密歇根州通过一项法律，禁止商业性的母亲代理活动——居间人有偿地把不能生育的夫妇介绍给代理母亲以该夫之精子或该妇之卵子或该夫妇的卵子和精子怀孕。根据密歇根州该项法律，这种居间人一经定罪即以罚金五万美元并科五年徒刑。

在其他四州——路易斯安那、印第安纳、肯塔

基和阿拉斯加，对于代人生育契约早已无法强制执行。

1988年2月，新泽西州最高法院作出了裁决：商业性代客生育是违反该州禁止有偿收养的规定的。

随后，其他二十个州也在考虑相应行动。

## 民主和法制建设的重要步骤

——行政诉讼法座谈会记述

蒋朝阳整理

1989年4月4日，第七届全国人大二次会议审议并通过了《中华人民共和国行政诉讼法》。该法于同日以国家主席令的方式公布。第二天，本刊编辑部和北京大学法律系行政法教研室联合召开了行政诉讼法座谈会，到会的有北京大学、中国人民大学、中国政法大学、社科院法学研究所、中国人民公安大学、中央民族学院等大专院校的教授、学者，以及全国人大常委会法工委、最高人民检察院、北京市人大常委会、北京市人民法院的有关负责同志。参加会议的还有人民日报、法制日报、《中国法学》杂志的有关同志和有关大专院校的青年教师及研究生，共五十多人。座谈会发言踊跃、各抒己见，展开了热烈讨论。现将蒋朝阳同志整理的座谈会部分发言发表如下，以饗读者。

### 一、民主和法制建设的重要里程碑

**陈守一(北京大学法律学系)：**行政诉讼法的制定是法制建设上的一件大事，是我国民主化进程中一个新的台阶。行政诉讼法的制定涉及各个行政管理部门，立法、司法、行政各个机关对此有不同的观点，这说明利益是多元的。利益多元化，各人代表各自的阶层来说话，这是一个可喜的现象，是立法民主化的一种表现。过去我们通过法律的时候很少有争论，往往只能听见一个声音，这不好。行政诉讼法规定到1990年10月1日起施行，就是说，从颁布到施行有一年半时间，这么长的准备时间在以前是很少出现的。这也说明行政诉讼法要真正实施起来，问题还很多，施行前有这么长的时间可以做好充分的准备，把各种问题妥善安排好。

**佟柔(中国人民大学法律系)：**行政诉讼法的制定和颁布是我国政治体制改革的一件大事。行政诉讼法是我国的基本法律组成部分之一。我国法制建设曾经出现了不系统、不配套的现象，行政诉讼法的制定，完善了我国法制。行政诉讼法是保护公民基本权利的重要武器，例如企业虽有自主权，但是行政机关“一平二调”，横加干涉，在民法通则颁布的时候，对此无具体的程序法保障。如果宪法规定的公民权利无诉讼法的保障，则是一张白纸。行政诉讼法对公民的合法权益，尤其是企业的承包经营权和经营自主权的保护进行了具体的规定，这就在诉讼法中完善了公民权利的保障机制。

**王名扬(中国政法大学)：**要不要现代化，关键是有没有法律制度，没有法律制度，现代化化不了。如果制定法律，而不去很好地实施，则是骗人的东西。学法光要老百姓学法是不够的，首先应该要行政机关学法。行政诉讼法之所以很重要，是在于它规定了老百姓可以告政府，赋予了民告官的权利，这是中国法律现代化的大事情。

**龚祥瑞(北京大学法律学系)：**行政诉讼法的通过，是对现行的1982年宪法公私不分观念的一个重大突破，也是我国近十年法制建设的一个重大进展，是我们中华民族走向以法治国宪政道路的第一步。民告官，是对“官本位”、“权本位”传统的一个有力冲击。尽管它的实施还有待于其他法规的配套制定，而且它要到1990年10月1日起施行。要实现它还须我们付出极大的努力，1989—1990年是我国法制建设十分重要的时期，我们尚有许多工作要做。



## 二、民主的立法过程

**肖洵(全国人大常委会法工委):** 行政诉讼法从起草到今天颁布有二年多时间。以各方面组成的专家起草小组迅速地拿出了试拟稿。中央政治局先后两次听取了工作汇报,给予了具体指示。行政诉讼法前后拟出了几十稿。在这次人大大会通过的时候,有23票弃权,8票反对。反对者主要是行政机关的同志。他们认为现在正在抓治理整顿,行政诉讼法有点束缚行政机关的手脚,这样,计划生育不好抓了,粮食也收不上来了。我们认为行政机关不管进行什么活动,都要依法办事,依法行政。大会讨论的那几天,总体情况很好,绝大多数代表团和代表认为制定行政诉讼法有利于行政诉讼,安定团结,也有利于保护公民的合法权益。

大会在讨论时对原来的草稿进行多处修改。1.第一条中关于“保障和监督行政机关依法行使职权”,专家们不同意“保障”二字,后改为“维护和监督”。2.在总则中加了一条,规定人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查,这条规定有几方面意思:第一,在行政审判中,法院的审判权高于行政权,这是法律的授权,但有限制,法院的审查仅限于行政机关的具体行政行为及其合法性。第二,这里没有规定对行政机关抽象行政行为的审查。这是因为我国宪法已对这种审查作出了明文规定,不能由法院来进行审查。另外,目前即使由法院来审查,存在的实际问题还很多,很困难。3.根据行政诉讼法的规定,有关行政机关违反计划生育法律规定的行为可以告到法院,目前已有六个行政法规作出了具体规定。另外,国家正加紧计划生育法的制定,所以行政诉讼法放在明年10月1日起施行。当然施行之前还有许多事情要做。4.行政诉讼法中规定,公民、法人和其他组织认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的可以向法院起诉。现在有关出版问题、游行示威问题等几个方面,国家正加紧立法,能否起诉看这些单行法的具体规定。5.关于行政机关限制人身自由的强制措施的起诉问题,行政机关不同意在原告所在地法院管辖,认为这不利于行政机关应诉。后来根据代表们意见,保留了这一条,主要考虑保护公民权利。6.规定了共同诉讼。7.加了第五章证据。明确规定了行政机关对行政案件的审理负有举证责任。同时又规定了被告在诉讼过程中不得自行收集证据,这是为了防止行政机关先裁决后取证的不合法行为,有利于行政法制建设。8.在审理和判决中将妨碍诉讼的行为的罚款改成一千元,这是代表们的意见,与物价有关。在审理民族自治地方的行政案件时,以民族自治条例和单行条例为依据。对规章的参照问题实际工作部门和专家学者之间仍有分歧意见。9.明确规定了检察院有权依照审判监督程序提出抗诉。10.关于侵权赔偿中,行政机关具体怎么赔,全部删去,放到实体法中去解决。另外,增加了“赔偿诉讼可以适用调解。”

从行政诉讼法制定过程来看,是充分地体现了民主立法的精神的。现在有人对依法行政还不清楚,行政人员不愿意接受法律的约束。宪法规定法律面前人人平等,行政人员应与老百姓平等,这是法制的要求。

**潘祐周(司法部法学教材编辑部):** 行政诉讼法体现了四个方面的原则:第一,是民主原则,保障公民、法人和其他组织的合法权益;第二是公开原则,行政诉讼法的实施,将要求行政机关增强透明度,公开办事规则和有关材料,决策过程都要公开;第三是平等原则,要求行政人员与公民在法律面前平等,行政人员不能有特权;第四是独立审判原则。在实施行政诉讼法的过程中我们应排除来自各方面的干预。

## 三、民告官,传统观念的更新

**吴杰(中国人民公安大学):** 我国行政诉讼法的通过,至少有这几个方面对传统观念的更新:第一,中国几千年来长期受“官贵民贱”、“官贵民轻”的影响甚广,即使当官的做错了,受害的小老百姓也只好活该倒霉。行政诉讼法颁布,允许民告官,这对打破“官贵民贱”的旧观念无疑是一个重大突破,这有利于广大干部和群众树立民主观念。第二,中国多少年来,老百姓向往“官府犯法与庶民同罪”,这在旧社会只是一种良好的愿望,在这以前也很难做到。我国法律明文规定的公民在法律面前一律平等原则,实行起来也非常困难。其原因之一就是宪法原则缺少有关的法律、法规加以具体化。行政诉讼法的颁布,允许民告官,公民的合法权益可以得到可靠的法律保障,这有利于加强干部和群众的法制观念。第三,民告官,

把行政机关及其工作人员的具体行为置于广大群众的监督之下,这有利于克服和防止以权谋利的现象发生,是保障廉政的好武器。第四,行政诉讼法的收案范围较宽,涉及行政机关活动的各个方面,这对保障和促进我国改革开放工作的顺利进行也有积极作用。

有人认为行政诉讼法的实施条件在我国不具备,执行起来会出乱子;有的担心会加剧干群关系,增加行政纠纷;有的害怕行政机关被起诉,不敢放手抓好行政管理,这是个民主习惯问题,要求我们广大干部和群众转变以往的旧观念,真正树立平等、民主、法治的观念。

**姜明安(北京大学法律学系):** 法学工作者在行政诉讼法制定过程中起了很大作用,同样他们在行政诉讼法的实施过程中担负着重要任务。民主和法律不可分,要通过一个个法律去确立民主,民主是通过制度运行来确定的。行政诉讼法正是起了这种作用,我们要转变民主建设和公民意识不相适应的观念,公民的民主观念是在制度的运行中逐渐确立起来的。

**刘家兴(北京大学法律学系):** 今天召开这样一个座谈会是很有意义的,既是学习行政诉讼法,又是宣传行政诉讼法。而宣传行政诉讼法,是颁布行政诉讼法之后的一项重要任务,要让全国人民都了解行政诉讼法,认识行政诉讼法的意义和作用,为贯彻执行行政诉讼法打下思想基础。让人民群众了解行政诉讼法,主要在于增强广大群众的民主意识,学习与掌握运用诉讼手段维护其合法权益的能力。让广大行政干部学习和认识行政诉讼法,主要在于增强其法制观念,习惯依法行政,树立诉讼的意识。

贯彻执行行政诉讼法的关键,主要是行政机关的观念转变和人民法院的公正审判。行政机关要逐步走上行政管理法制化,严格依法行政,要认识对具体行政行为司法监督的必要性和必然性。人民法院要认真履行保障公民、法人和其他组织合法权益的职责,对于某些违法而又侵犯公民、法人和其他组织合法权益的具体行政行为,要敢于行使司法裁判权。

## 四、法学工作者面临的任务

**朱维究(中国政法大学):** 行政诉讼法的颁布是我国民主和法制建设的重要标志。现在面临的突出问题是:我们法学工作者应该怎么办?我们要大力加强行政诉讼法的宣传工作、研究工作,研究行政诉讼法实施过程中出现的新问题、新情况。

**张焕光(中国社会科学院法学研究所):** 行政诉讼法的颁布具有十分重大的意义。但高兴之余我们有点忧虑,第一,法律的制定与法律的实施还有一段距离,要真正贯彻实施行政诉讼法,任务还很艰巨,不要认为行政诉讼法制定后就万事大吉了。第二,要真正保障人民法院依法独立行使行政审判权,排除各种干涉。

**龚祥瑞(北京大学法律学系):** 我想指出的是以下几点:第一,现状令人吃惊,特权等级制乃是最大的障碍。据报载,政府检察部门人员和执法人员1988年“违反”公民权达40,450起,尽管我国法律规定不准非法拘禁和虐待当事人,但是我国有些公安机构均无视这些规定,使大多数人害怕与政府打交道。行政诉讼法的实施,就是要改变几千年来专制心态,突破“官本位”、“权本位”特权等级制。第二,很多人都害怕与政府打官司,我遇到这类事情,也要“三思而后行”。第三,业已通过的《行政诉讼法》就其明文而言也还没有清除“官本位”、“大国家”的思维。一位青年给我来信说,《行政诉讼法》(草案)业经人大讨论,似有不如意的人,应以维护公民权益免受行政权侵害为宗旨,却混入行政权的维护,控权与促权相混;根据我的看法,行政诉讼主要以司法裁判提供救济来纠正,控制行政权滥用和对公民权利的侵害,是控权的法。行政权强有力的保障靠行政诉讼法去取得,是找错了门路。二者相混,势必在理论和实践,特别是在司法者、官员的观念中造成混乱。权力本身意味着一种能力,它一旦不受控制便变成暴力。而且这种权力本身不需要法律维护,即可存在并发挥作用。因此针对权力的先存性和腐蚀性,人们要用法律来约束它,管制它,使之分别由不同主体把它置于公民的监督之下,这就产生了宪法,产生了行政诉讼法。制定行政诉讼法的目的就在于从内部以司法权控制行政权,从外部以法来遏制苛政、暴政。行政诉讼法的本质不在于“维护”和“促进”依法行使权力,这对公民来说是积极的,但对官方来说,是消极的。



第四,我们既要研究行政法,更要研究高于行政法的“法”。当民和官发生冲突时,我们要为“民”说话,为“民”办事。不畏强权,敢于与私用、滥用权力的违法行为面对面的争辩,维护正义,批判暴政的确应成为法学工作者的职业道德。

行政诉讼法是保护受侵害的公民——弱者的基本法,我们要研究人性中残酷的一面、人间疾苦的一面,忠诚地为追求正义而不懈地积累、更新如何预防权力被人类弱点所滥用的根源、技术和方法,这应该是我们行政法学者义不容辞的责任。

**皮纯协(中国人民大学法律系):**行政诉讼法的颁布标志着我国民主与法制建设进入一个新阶段。如何适应这个新形势,转变观念,不仅是国家公务员、司法人员,也是公民所面临的重大问题,尤其是政法教育部门急需解决的问题。因为行政诉讼法的实施,不仅需要完善行政实体法,健全相应的行政程序制度,配备具有一定行政法业务素质的审判人员,而且需要提高公民的行政法意识。这些均有赖于行政法教学的加强。当前的关键问题,是要转变对行政法学的观念。第一,要改变以往行政法不被重视,在国家民主生活与法制建设中不发挥作用也可以的看法,要改变以红头文件代替行政法律规范,以行政官员人治代替法治的作法,认清行政法、行政诉讼法在整个民主与法制建设中的重要地位和作用。第二,转变行政法在法律体系中可有可无的地位的认识。目前,有的法律院系还把行政法学列为选修课,课时比其他部门法学少得多,这种教学状况应立即改变。第三,改变行政法在法学应用学科中列入另册或者倒数第一的地位的认识。目前有的院校对行政法教学不重视,全国没有一个行政法博士点。行政法知识在国家管理中有重要作用和意义,行政法的应用性远远超过其他部门法学。

**王振清(北京市中级人民法院):**我们认为制定行政诉讼法不是太早了,而是太迟了。行政诉讼法的施行在短时期内可能给行政人员的执法带来不习惯,但对社会主义建设不会造成损失。从我们已经开展的行政审判实践来看,目前行政审判还存在下列问题:1.行政机关的干预太多。维护行政机关的决定的判决好办,如果法院要撤销或者变更行政决定,行政机关的干预就来了。2.从目前我们审理的案子来看,没有一个行政机关的“局长”出庭,甚至连下属干部行政机关也不让出庭,而让一个不能代表其法人代表的小干部出庭。这反映了行政机关怕当被告、怕丢面子。另外行政审判的公开化、透明度也不高。3.法院依法独立行使行政审判权有许多实际困难。法院的人、财、物处处受行政机关的制约,这次你把行政机关的裁决撤销了,下次你找它办事就不好办了。当然,我们要求各级法院的审判人员依法办案,坚决贯彻行政诉讼法,排除各种外来压力,法官要有依法审判的勇气和权威。

**李志勇(北京大学法律学系):**法院行使司法审判权存在两大障碍:第一,司法审判权资格不充分所引起的障碍。行政诉讼法规定只能对具体行政行为审查,无权对抽象行政行为进行审查。这至少意味着法院只能在行政诉讼中裁判依据非法的行政法规、地方性法规、行政规章而作出的行政行为为违法行为,而无权对非法的抽象行政行为采取其他措施。那么就形成这样一个结果:即在特定地位,许多依同一非法抽象行政行为所作出的具体行为而造成的行政案件不断地涌至法院,使法院纠缠于同一类行政案件的诉讼过程之中,从而影响司法审判权畅通有效地行使。第二,法院行为能力不足所引起的障碍。一方面法院的现存体制上存在着人权(归同级党组织和行政机构的控制)、物权(许多法院设备奇缺、经费不足)、财政(均由同级财政机构控制)的不足,从而对法院行使司法审判权形成了体制上潜在的限制;另一方面,审判人员存在着经验不足、素质不高、观念没有更新的主体性障碍。如果没有审判人员的地位和素质的政治保障和法律保障,就可能引起权力的转移,而难以实现行政诉讼法的真正目的。

# 计算机法律信息检索与计算机法律专家系统

——理论与实践

·张力行·

## 一、各国法律信息检索概况

目前,世界上存在着好多法系,这些法系的法律渊源多为成文法或判例法,如何从这些法律渊源中检索出解决具体法律问题所需要的法律规定或判例,是一个历史悠久的重要问题。

然而,进入二十世纪后,随着法律信息的急剧膨胀,这一问题便变得极为复杂了,在成文法国家,经济的发展使国家必须有效地行使其对经济的管理职能,为此,立法机关制定的成文法数目与日俱增,内容日益庞杂。同样,判例法国家在工业高度发展的过程中出现了一个重要的社会现象,即有关产品责任、公害、侵权行为,以及对律师和医生等业务追究责任的诉讼案件不断增加,法院的判例也随之逐日增多。此外,立法行政机关为干预经济活动公布了大量成文法规和条例,使判例法国家的法律信息到了难以控制的程度。

众所周知,对于从事立法、司法、行政、律师业务和法学研究的法律工作者来说,迅速、准确、完整地检索出必要的法律信息是至关重要的,否则,整个法律机制运行将出现混乱,从而导致巨大的经济损失和严重的社会政治问题。

### 1. 美国法律信息检索的状况

①开创美国计算机检索法律信息系统的先驱是匹兹堡大学卫生保健法研究中心计算机的Horty教授。1956年,宾夕法尼亚州议会通过了将“Retarded Child”(低能儿)这一定义改为“Exceptional child”(特别儿童)的法案,并为此决定修改该州相关的法律。法律修改工作要求首先将所有包含“低能儿”一词的法令都一并检索出来,通过手检或其它方式效果均不理想。于是,匹兹堡大学卫生保健法研究中心的Horty教授提出应该着手开发计算机检索法律信息系统的工作。在他的指导下,利用IBM公司的计算机开发了检索宾夕法尼亚州有关卫生保健法方面的法规、法令系统。

1959年秋季Horty教授在美国律师协会(ABA)提出开发计划,并于1960年ABA年会议上正式公布了实施计划,引起很多热心人士的关注。1968年,由匹兹堡大学赞助成立了Aspen system公司,使数据库得以商业化推广。

②美国空军法务局,在Horty教授和IBM公司的帮助下,于1963年开发了法律信息检索系统。1967年开始使用时,并完成用磁盘方式检索与空军有关的法律信息。该数据库为全文检索数据库。后来,数据库内容扩充,可供美国国防部各部门使用,1974年改名为“联邦法律信息检索系统”。

③由于前二个项目均为有关成文法规检索,因此,为了检索案例,1963年纽约律师Elias Hopperfield创立法律研究服务公司(LRS)并于第二年实施了用磁盘方式提供有关纽约州判例的商业服务。

④JURIS 美国司法部为检索该部内部的法律信息,利用NASA/RECON系统,于1974年完成了JURIS系统(Juristic Retrieval and Inquiry System)。该系统采用联网方式,数据库全文收集联邦成文法规,最高法院判例汇编及司法部内部文件等。但该数据与LEXIS或WESTLAW两系统内容重叠,其存在价值有待观望。

⑤LEXIS数据库 俄亥俄州律师协会为开发计算机检索法律信息专门成立了俄亥俄州律师协会自动化研究公司(Ohio Bar Automated Research Inc.),并得到米德数据Mead Data Central公司的赞助,于1966年开始进行开发,1972年完成了LEXIS系统,该数据库全文输入了俄亥俄州、密苏里州、德克萨斯州和伊利诺斯州的成文法和判例及联邦成文法和判例。后来范围不断扩大,包括了美国各州法院的判例和联邦法院判例,还有全部美国法学院法学杂志的全文,外国法律数据库和许多主要报纸的全文。检索方式



为关键字方法并采用随机的联网方式,现已发展成全世界的联机检索系统。

⑥西方法律出版公司是美国最大的法律出版商,于1975年推出西方法律数据库供美国法律工作者使用,数据库设在明尼苏达州的圣保罗市。为了使数据库得以广泛的应用,数据库的程序设计可以使近百种微电脑作为数据库的终端机来使用,具有极好的兼容性。同米德公司一样,西方法律数据库从不公开用户的数量。最初,该数据库只能查阅案例梗概,并使用关键字进行任意抽取式的联网检索。后发展成法律全文数据库,其内容包括联邦成文法、联邦法院判例以及各州法院判例和全部美国法学院法学杂志的全文。

#### 2. 英国法律信息检索现状

①牛津大学的经验 Horty教授探讨了成文法的计算机法律检索,而牛津大学的Cobin Fapper教授却实现了计算机检索判例的可能性。结果表明,计算机检索比人工检索判例更能完整地查出相关案例,只是还须对计算机检索出的案例作进一步的区分。

②STATUS 英国政府原子能局为检索与原子能有关的成文法和法令,于1970年正式开发出STATUS系统。该系统是以全文输入方式,利用关键字进行检索的数据库系统,与美国的LEXIS, WEST-LAW相仿。但STATUS运用计算机高级语言“FORTRAN”作为程序语言,并能够在各种类型的计算机上运行。

以后,世界著名的出版局英国Burtterworth出版社购买了该系统,并在此基础上开发了全文输入的英国判例、税法、工业产权法、劳动法、地方自治法的数据库,可与美国的LEXIS系统结合使用。

#### 3. 加拿大法律信息检索现状

1968年,蒙特利尔大学开发了DATUM系统。该项目受美国Horty项目的启发,首先是利用全文输入方式进行小型数据库实验,得到满意效果后,在该大学设立SEDOJ公司正式推进该系统的商业化进程。从1971年开始,提供检索1945年以来魁北省法院的判例的服务。该系统的特色是用英语和法语两种语言检索。最初,该系统仅包括判例,后来与魁北克政府的SOQUIJ系统相互结合,适用Loyal大学开发的以成文法为主要内容的MODUL系统,成为计算机检索该省判例和成文法的系统。现已采用用户利用个人终端机直接进行检索的联网方式。

#### 4. 法国法律信息检索现状

1967年在司法部赞助下,法国开始进行计算机检索法律的实验。所开发的系统参考了加拿大的DATUM系统,采用全文输入成文法,以梗概方式输入判例的方式。用户主要是政府机关和法院,尚未实现商业化。

#### 4. 日本法律信息检索现状

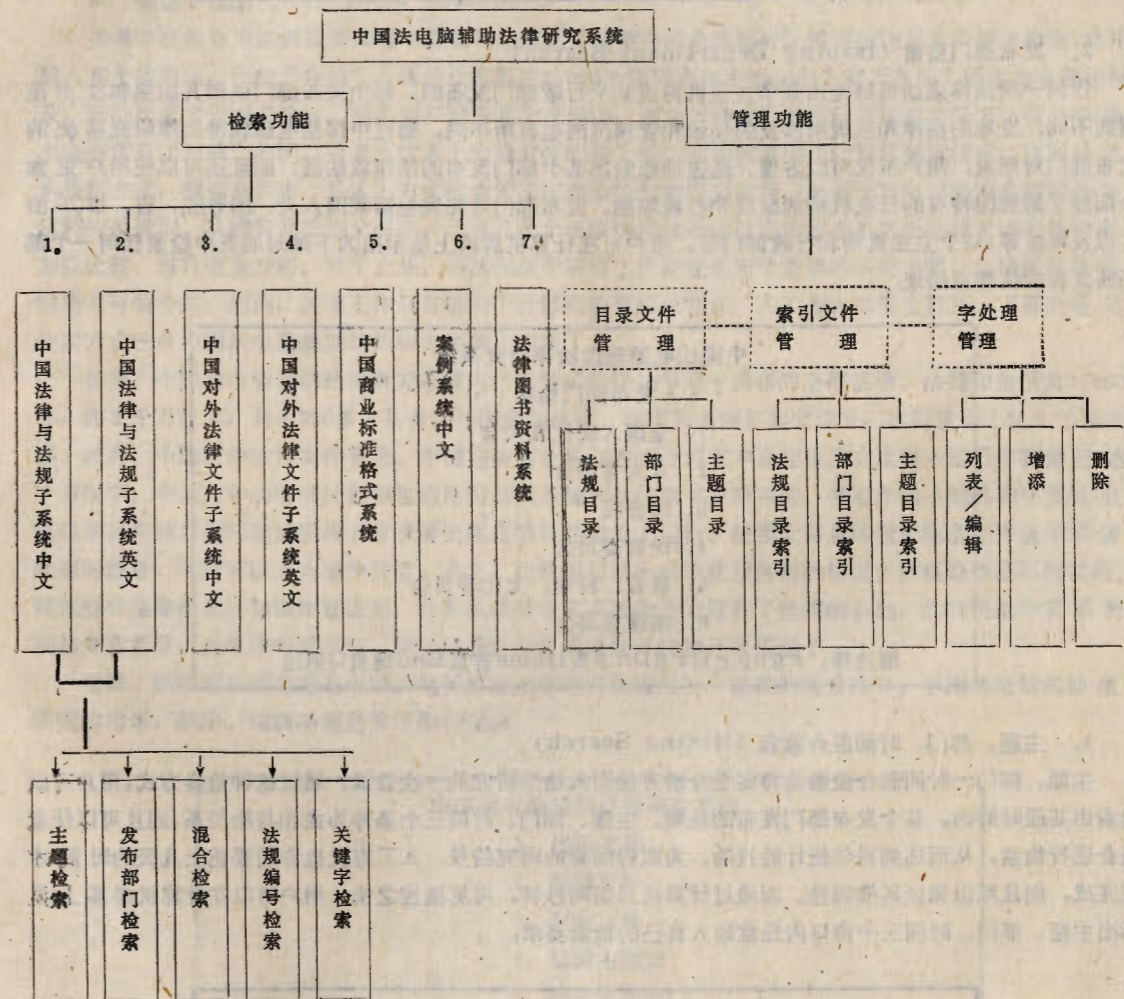
当前日本主要有四大数据库:①日本行政管理厅法令检索系统,包括条文检索系统、相关条文检索系统、变更及废止法规检索系统和判例检索系统。从1983年到现在,有22个省、厅和227个部门设置371台终端机。主要用于法令制定、修改和法律术语修改时,检索需要的法律条文、法律与术语以及与某一术语相关的条文或规定。②有关税务法的日本税务处理联合会数据库。③日本律师协会判例数据库。④东洋信息系统的判例检索系统。从日本的情况中,可以发现,日本计算机法律信息检索系统的发展是以政府部门的支持为直接动力的。

## 二、计算机法律信息检索在我国 法学界的“应用”

新技术革命和电脑时代的到来,为我国法律界实现计算机信息检索创造了条件,特别是中文文字信息处理系统的出现,使我国法律界利用计算机控制、处理和分配信息成为可能。为了有效地处理、分配和创造信息,北京大学法律系国际经济法研究所花费了近四年时间,终于推出了我国第一个在微机上的我国最大的法律数据库,即“中国法电脑辅助法律研究系统”(CHINALAW Computer-Assisted Legal

Research System)。

在借鉴国外先进经验的基础上,中国法电脑辅助法律研究系统的设计构思是囊括全部我国颁布的法律、法规和条例,我国签署的全部对外条约和协定、法院判例、图书资料库,最后建成一个法律专家系统。为了减少投资,中国法电脑辅助法律研究系统可在IBM-PC(XT或AT)微机和兼容机上运行,系统环境要求简单,安装容易。软件只需DOS2.0以上版本的操作系统支持。硬件要求内存有512KB,一个软盘驱动器和一个硬盘驱动器及软、硬件拷贝的输出设备。此外,系统的设计力求简明、使用方便易学。中国法电脑辅助法律研究系统基本上达到了资料完备、分类合理、查询方式多样灵活、检索准确、迅速、易于扩充、安全可靠等优秀数据库所应具有的特点。中国法电脑辅助法律研究系统的功能模块为:



在科学分析的基础上,中国法电脑辅助法律研究系统向用户提供了如下的检索方式,供用户任意选择。

#### 1. 主题检索 (Subject-Matter Search)

从所有的法律、法规和条例中归纳概括出62个主题词,这些主题词复盖了3000多个现行法律和法规。每个主题词下含有一定量的法规,为了避免用户在检索时出现遗漏,每一个主题复盖的某项法规可能在另一个主题下重复出现。根据科学的主题词分类,用户可以通过计算机屏幕上显示出的下列主题词中方便、迅速地检索到所需的法规:



中国法电脑辅助法律研究系统

...主题检索...

1. 会 计
2. 广 告
3. 仲 裁
4. 审 计
5. 破 产

请选择: Pgup上页PgDn下页Home首页End尾页Q退出

### 2. 发布部门检索 (Issuing Department Search)

任何一项法律或法规都是由某个立法机构或某个行政部门发布的, 每个发布部门依据其职能和权力范围的不同, 发布的法律和法规所涉及的领域和管辖范围也有所不同, 通过中国法电脑辅助法律研究系统的发布部门对照表, 用户不仅可以方便、迅速地检索出某个部门发布的法律或法规, 而且还可以使用户更加全面地了解我国特有的行政机构的组成和行政职能。发布部门对照表包括我国人大、国务院、省、市、自治区以及特区等143个立法机构和行政部门等。用户可在计算机屏幕上显示出的下列对照表中检索任何一个部门所发布的法律或法规:

中国法电脑辅助法律研究系统

...发布部门检索...

1. 全国人民代表大会
2. 人大常委会
3. 国务院
4. 民族委员会
5. 教育、科学、文化委员会
6. 法律委员会

请选择: Pgup上页PgDn下页Home首页End尾页Q退出

### 3. 主题、部门、时间混合检索 (Mixing Search)

主题、部门、时间混合检索是将定量分析方法引入法学研究的一次尝试。通过这种检索方式, 用户可以检索出某段时间内, 某个发布部门发布的法规。主题、部门、时间三个条件为或和与的关系, 而且可以任意组合进行检索, 从而达到科学统计的目的。为取得同样的研究结果, 人工方式也许需要花上几天的时间才能完成, 而且难以保证其准确性。而通过计算机只需两秒钟, 可见速度之快。用户可以在计算机屏幕上显示出主题、部门、时间三个窗口内任意输入自己的检索要求:

中国法电脑辅助法律研究系统

...混合检索...

按主题检索	按发布部门检索	按时间检索
输入主题词:	<1>	年 月 日
<1>		
<2>	<2>	

请选择: Q退出

### 4. 指定法规编号检索 (File Number Search)

用户在使用该系统检索法规时, 如果记住了某项特定法规的编号, 那么, 在下次需要检索该法规时, 只需输入该法规的文件编号, 即可直接浏览该法规全文, 从而大大提高检索速度。检索方式见下图:

中国法电脑辅助法律研究系统

请输入文件编号:

Q退出

### 5. 关键字检索 (Key-Word Search)

关键字检索分为法规目录关键字检索和法规正文关键字检索两部分。所谓法规目录关键字检索, 是用户输入某个关键字, 例如“合同”, 通过计算机在3,000个法规名称中检索出带有“合同”两字的全部法规目录, 而法规正文关键字检索, 则是用户输入某个关键字, 例如“仲裁”通过计算机在2千万个汉字中检索出全部带有“仲裁”的词。后者在技术上的难度是比较大的, 通常需要采用计算机抽词技术。这两种关键字检索方式, 特别是后者, 是人工方式检索所不可想象的和难以完成的, 然而计算机可轻而易举地检索出所需的关键词。从拥有几千万个汉字, 乃至几亿个汉字的浩瀚法律信息中检索出某个法律术语或法律定义, 加以比较, 进行定量分析, 对于立法、司法和法学研究工作来说是至关重要的研究步骤, 是确保法律准确性所不可缺少的。然而, 这项工作只有借助于计算机数据库来完成, 人工方式则望尘莫及。可喜的是, 这种检索方式已在中国法电脑辅助法律研究系统上实现了。

目前, 中国法电脑辅助法律研究系统内已存储了自1949年至今颁布的全部法律、法规和条例共3,000多件, 约2千万汉字, 其中550多个具有涉外因素的法律、法规和条例有英文译文, 字符量达1亿1千多万之多。此外, 中国对外法律文件系统、中国经济商业标准格式合同文本系统也已完成投入运行字符量已达1千万汉字。今后几年的开发计划将包括法院案例系统和法律图书资料系统, 并逐步向小型机和中型机上移植以解决存储容量问题或采用大容量激光磁盘继续在微机上运行。使用大容量的激光磁盘也许是未来信息处理的趋势, 同时可以大大减少投资。总之, 在我国目前电话系统较落后的情况下联机检索是不现实的。在囊括所有法律信息的知识库建成后, 计算机法律专家系统的开发就有了坚实的基础, 这时民法专家系统、刑法专家系统、经济法专家系统、国际经济法专家系统便可相继开发研制了。

增添、删除和编辑功能是中国法电脑辅助法律研究系统的一个重要的组成部分。中国法电脑辅助法律研究的增添、删除、编辑功能是按下图实现的。

中国法电脑辅助法律研究系统

1. 增添文件
2. 编辑文件
3. 删除文件
4. 编辑主题词
5. 编辑发布部门
6. 编辑文件目录
7. 编辑关键词表
0. Q退出

## 三、计算机法律专家系统

随着计算机技术的迅速发展, 可以预测, “第五代计算机”即智能计算机的出现将再次冲击法律界。第



五代计算机是一台会思维的机器，它的核心是“知识库系统”（Knowledge-based systems）。“知识库系统”拥有执行某项工作所涉及的各种必要的知识。“专家系统”是“知识库系统”中的一个组成部分，它是一种容纳着各种知识的计算机程序，运行能力可以到达甚至超过人类专家的水平。也就是说，将人类专家的知识经验系统化，找出规律，然后编成软件输入计算机内，由计算机模仿专家做事。目前，美国、日本、西德的一些法律专家正在同计算机专家一起研究这种“法律专家系统”（Legal Expert System，简称LES）。一些解决某一类法律问题的专家系统，例如，刑法专家系统、婚姻法专家系统、合同法专家系统已研制成功。

实际上，计算机法律专家系统并不是什么神秘的东西。在此之前，其它方面的计算机专家系统，例如，医生诊断专家系统、工程专家系统等已研制成功并投入运行了。上述专家系统为法律专家系统的研制提供了宝贵经验。科学地讲，这种系统应该称之为计算机辅助法律专家系统（Computer-Assisted Legal Expert System）。可以预测，计算机法律专家系统的研制成功将给传统的法律界带来一场前所未有的革命，同时又向法律界提出一系列有关法学基础理论的复杂问题有待解决。随着高科技的发展，很有可能有一天这个由人开发的系统在分析解决法律问题时远比专家更聪明。事实上，在许多场合计算机已表现了非凡的能力。如果这样，计算机法律专家系统是否能取代法官来判案呢？是否能取代律师执业呢？计算机在未来的法律世界中究竟应该扮演一个什么样的角色呢？一系列极为敏感的法学理论问题正在引起世界各国法学家、计算机专家以及未来学家的关注。为此，1987年一次有关计算机法律专家系统的国际会议在西德杜宾根举行，与会的专家们介绍了各自研制的计算机法律专家系统，提出了研制过程中需要解决的问题等。

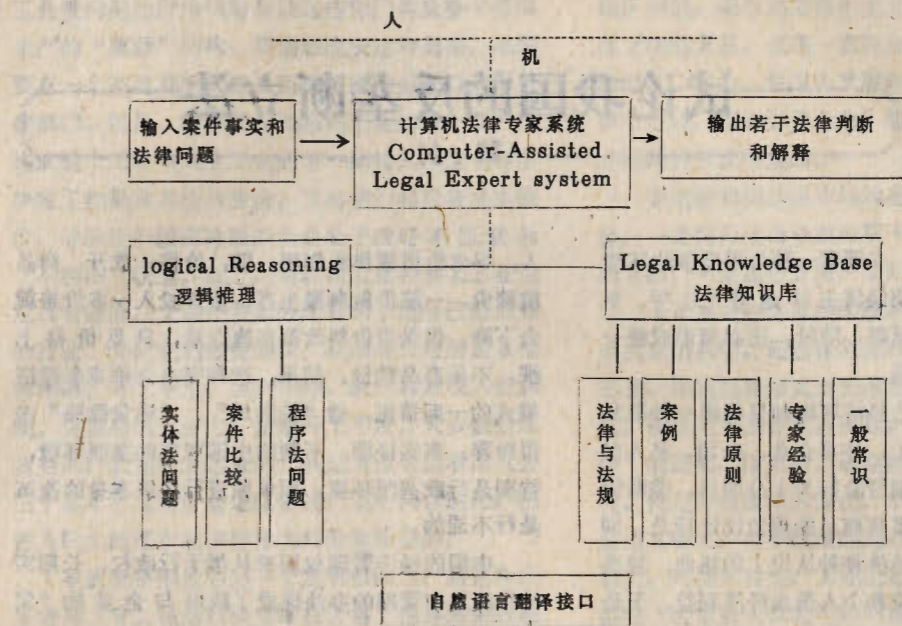
坦率地讲，目前的计算机法律专家系统还处于研制阶段，开发出来的系统仅可在很小范围内应用，而且尚不足以应付比较复杂的法律问题。目前计算机在法律界的应用主要还是以其无与伦比的处理速度和巨大的存储容量进行计算机法律信息检索以及用于文字处理。计算机法律专家系统象计算机法律信息检索和文字处理功能那样在法律界广泛应用还需要相当长的一段时间。因此，对计算机法律专家系统的研制和开发持恐惧或过分乐观的态度都是没有根据的。即使有那么一天，计算机法律专家系统相当完善了，它也只是辅助法律工作者的一种智能机器。应该指出的是，研制计算机法律专家系统的目的，是为了提高法律工作者的工作质量和效率，而不是为了取代法官和律师。

为使计算机法律专家系统能够解决一些较为复杂的法律问题，西德杜宾根大学与西德IBM科技中心共同开发的“专家系统”采用法律咨询方式，即按人机对话方式操作。用户可将他的案件事实和问题用自然语言输入计算机，然后由计算机分析案件，运用存储的法律知识，推演出答案，并以自然语言告诉用户和进行解释。如果有任何资料没有输入计算机时，这个“专家系统”会主动询问用户。该系统使用prolog语言，并且可以在IBM3083系列计算机上使用。实验结果表明，该系统对100个问题进行判断，约有60个问题可以得到较为正确的答案。

计算机法律专家系统在使用过程中出现的问题主要是因为文字定义，名词解释或资料不完整所引起的。关于法律见解问题，法律见解上的不同，会对案件的结果产生很大的影响。因此，如果一个“专家系统”只采用某种法律见解，而忽视其它法律见解，那么这个系统本身就是不公正的，所以不同的法律见解必须输入计算机，使用户自行决定他应该采用那种法律见解。为了进行法律推理，“专家系统”必须能将法律定义和原则转换成逻辑原则，同时应尽可能系统地输入更多的案件使“专家系统”的资料库资料完整。这样当用户将某个案件的事实输入计算机时，“专家系统”便可将案件事实与许多相关案件相比较，然后进行逻辑思维和推理作出判断。

根据法律的特点和计算机的功能，目前研制的计算机法律专家的基本结构为下图：

先进的计算机技术正在以惊人的速度渗透到社会生活的各个领域。可以预测，未来五至十年是社会科



翻译系统进行初译，再由人工润色；从纯人工的思维推理转向人工智能的分析决策系统和计算机辅助法律专家系统等等。

随着计算机技术在法律界的广泛应用，不仅需要法律工作者学会使用计算机，而且还要求法律工作者去解决由此而产生的计算机技术的法律保护问题、数据库保密、数据库病毒感染和计算机犯罪等一系列新问题。希望，中国法电脑辅助法律研究系统的研制成功将有助于我国法制建设的现代化、科学化，同时为我国法律教学和科研做出贡献。

（责任编辑 王贵国）

## 信息

### 国际法上的创举：法国与西德拟开设联合使馆

· 陈中绳 ·

1988年10月13日西德外交部宣称德法两国将在蒙古人民共和国建立德法联合大使馆以进一步加强两国间原已非常亲密的外交关

系。

该外交部发言人说：此举乃两国交换外交人员（三名法国外交部工作人员正在波恩外交部各科工作；三名德国外交官则在巴黎法国外交部工作）以来所表现出的进一步加强两国外交合作的先声。

当然两国在乌兰巴托开设联合使馆尚有待于两国首脑的最后批准。如果这项计划执行得顺利，则可能进一步在其他国家设立德法联合使馆，如在莱索托（lesotho）和斐济。



## 试论我国的反垄断立法

·魏剑·

要发展商品经济，必须有一种公平竞争的环境和良好的经济秩序，使经济主体遵守“公平、平等、诚实、信用”的原则，同时，还必须形成统一的市场机制和市场体系。

然而，目前我国的经济环境却呈现出一种混乱无序的状态。在市场上，许多企业、公司、私人经营者的投机意识和短期冒险行为十分明显，垄断价格、作一锤子买卖、搭售商品的现象比比皆是。同时，由于人们对商品经济种种认识上的扭曲，搞商品经济又确实能为单位和个人带来经济利益，于是在搞商品经济的旗帜下出现了“全民经商”的不正常状态。手中有特权、有物资、有关系的行政公司、行政机关大搞经商，牟取暴利，一时“官倒”四起。一些老干部在一些民间公司当了董事，到处插手，写条子、拉关系、要东西、转手倒卖。这种把政治权利当成“资本”进行投“资”的行为，使各种腐败现象丛生，造成了不平等竞争环境。加上我国许多地方政府为了本地区的利益，设置关卡，限制商品流通，进行地方割据，扶持垄断，严重地阻碍着商品经济统一市场的形成，因此不采取相应对策消除垄断，我国商品经济很难长足发展。

目前我国商品经济市场的混乱状态最根本的原因是由垄断造成的，在我国，存在着两种形式的垄断：一种是私人企业、合伙、联营、商贩等的垄断。随着经济的搞活，商品经济的发展，私营企业等逐步壮大，它们有能力在一定范围内进行垄断。主要通过同行业间串通协议将产品商品价格在统一水平上，或实行价格歧视将同类产品不以公平相等的价格向产品买主销售，或搭售商品或独家交易，迫使买主只和其一家作交易，或以次充好，伪造商标等采取不公正或欺骗行为进行同行业竞争，扰乱市场，损害消费者的利益。

另一种形式的垄断为我国所独有，对我国商品经济市场的扰乱更为严重，即行政对市场和企业的垄断。

1988年的价格改革试图在现有的垄断中孤军深

入，寻求价值规律的作用，即：价格一放开，商品就涨价，一涨价就刺激生产，生产投入一多价格就会下降。但是当价格改革实施以后，只见价格上涨，不见商品跌价，结果，这种完全公平竞争经济模式的一厢情愿，被“抢购风”、“通货膨胀”击得粉碎。事实证明，不制约中国现实的垄断环境，特别是行政垄断环境，而单独进行经济本身的改革是行不通的。

中国的经济管理权历来从属于行政权，长期实行行政集中管理的办法促成了政府与企业的“父子”关系，各企业按行业分类受制于行政的条块分割，各企业在行业内部都是隶属于同一主管部门的兄弟，定价权利集中在上级主管部门。这种垄断价格管理模式的必然结果是直接导致价格改革的“价格刚性”，这是由于：

首先，从企业来看，价格的变动取决于市场结构和企业对需求弹性的预期。如果价格能起到参入壁垒的作用，防止有力的竞争者（即垄断者）加入，即使需求弹性较小，企业也会倾向于价格规律，但是当企业的加入与市场结构无关，而是由于行政强制确定时，企业即使在需求弹性较大的情况下，也不愿意降价。

其次，当企业价格过高，可能受市场需求约束时，企业也不降价。拼命维持价格高度的另一个原因是企业降低价格会损害其它同类企业的利益，导致行政强制干预。

其实，有时候政府也是鼓励行业实行垄断价格的。例如，政府对能源工业和一些基础工业规定垄断低价，目的就是为了使生产较高阶段的企业有一个超稳定的外部经济环境，当然为此而进行的长期价格补贴也会在所不惜。而政府对轻纺工业和加工工业规定垄断高价，其目的是从财政收入上考虑，希望这些部门能提供更多的积累。当价格既不反映资源的稀缺状况，又不反映供求关系时，必然与政府的初衷相矛盾。特别是经济体制改革后这种矛盾更突出。因为从产业导向上来看，能源工业和基础

工业受抑制的价格很容易使这些部门构成整个迂回生产的“瓶颈”结构，要彻底改变这种局面，必须有一个高盈利的价格来诱使资源的分配以利于这些部门。但是，能源工业和基础工业的这一期产出构成整个工业中其它工业的下一期投入，这个环节决定了如果前者价格上涨，又必然引起后者成本涨价，导致生产较高阶段的企业处于政府不愿意的“不经济”状态。反之，对轻纺工业和加工工业规定垄断高价，又诱使资源分配有利于这些已经饱和的行业，并使它们加速膨胀，从而导致这些企业原料不够，开工不足，生产下降，政府财政收入受影响。目前全国五分之一企业开工不足，大多数是属盲目的行政垄断性造成的。从这里也可以看出过去三十多年稳定物价全是以牺牲产业结构合理化，牺牲人民生活需求的多样化代价来掩盖的。

导致价格刚性的另一个重要原因是产品销售成本普遍上升。虽然行业垄断在价格上很容易由行政确定，但是在市场份额上则难以妥协。于是竞争从价格竞争转向非价格竞争，广告等推销活动迅速发展，销售费用激增，其结果是产品中包含的销售成本增加。同时，由于价格双轨制造成的行政干预价格与市场价格不一致，使掌握权力的单位或个人利用职权进行倒卖（“官倒”由此而生），这样市场上因主体身份不同的待遇，诱发了市场评价标准的二元化，引起不公平的竞争，价格层层上涨，市场必然混乱。

原因之四是，价格管制不能抑制价格的上涨。因为在价格管制下，价格将失去信号作用，使企业失去价值判断标准。这时产业结构不能有效作调整，结构性短缺大量存在。对企业追求利润的动力就会转向以次充好，降低质量办法来攫取超额利润；或者企业通过产品的差异，即不改变产品的物理、化学性能而通过改变装璜、做工、款式，用所谓创新产品办法来变相涨价。这种办法通过力争重新定价来逃避固定价格。

上述四个原因是行政垄断导致“价格刚性”的四种情况，也是经济体制改革的难点。从中可以看出在行政垄断下，资源配置不顾市场需求具有盲目性，产业结构不合理造成的开工不足，市场主体的不平等，这些都是形成市场混乱的潜在原因。当然，行政主体利用权力排挤市场其它主体。事实上，这种行政管理下的条块分割也造成了另一形式的行政垄断——地方政府的垄断。地方政府为了本

地区利益，采取地方保护主义，限制商品流通和地区之间的贸易，也在一定程度上加剧了市场和经济的混乱。因此，要深入发展商品经济，建立“国家调节市场，市场引导企业”的机制必须根除我国现存的两形式的垄断。

要消除我国经济市场的垄断现象有两种可能途径：一是以行政命令或政策干涉包括行政垄断在内的垄断，一是通过立法反垄断。

十年来对经济体制的改革，都是以行政政策的形式而出台的，而法律只是在发展较为成熟时进行追加，即用法律形式对先前改革予以确认。不可否认，政策较之法律反应灵敏，适于“摸着石头过河”的需要，以及可以避免法律制约作用的过早出现。但是伴随改革的深化，单纯的政策导向越来越显出其弱点，由于政策的规范性远不如法律，弹性较大，可操作性差，又缺乏足够的约束硬度，极易出现“政策放大效应”和回避政策现象，即通常所见的钻政策的空子，借新政策对旧规范的部分突破扩展为全部突破，使政策的运行偏离政策制定者的本意；同时以一种政策干涉另一种政策，本身就陷入了一种怪圈。而且政策稳定性差，人们对它缺乏适度的信赖，总以为是政府短期行为的政策，从而助长了企业和个人短期行为，市场会更加混乱。实践证明，仅靠政策指令是难以改变传统体制中的垄断的。中国经济体制改革研究所赴深圳考察小组最近一份调查报告说，深圳一开始就基本取消了指令性计划，绝大部分产品的价格是放开的，但是经济并没有自然地进入理想的市场状态，行政批条的垄断以及市场的混乱依然存在。可见，单纯的政策导向作用已十分微弱，现实更多需要法律。

从某种意义上说，法律更适应商品经济的需要，所以，以反垄断立法代替简单的行政干预来消除市场混乱是十分必要的。

十九世纪中叶以来，为了保护平等的竞争环境，许多工业国家先后制定了旨在反垄断和反对限制竞争的法律。这类法律在各国名称不同，在美国称为反托拉斯法，在西德叫做竞争法。这类法律已成为市场经济国家生活中最重要的法律，被称为“经济宪法”。

反垄断法主要规定各种非法垄断或限制性做法的规则，被禁止的做法有限制贸易协议、垄断或图谋垄断、实质性的各种限制竞争行为、不公正竞争方法等。比如美国反托拉斯法把上述垄断性或限制



性做法大致分两类：一类属“本身违法行为”，适用于“本身违法规则”，即将这类行为看成违法而加以禁止。企业只要有这种行为，无论是否产生损害结果均为非法并须追究法律责任；另一类属于“损害结果行为”，适用“合理规则”，即对限制性行为是否违法进行合理分析，只要这类行为目的在于垄断或结果对竞争产生损害时才能判为违法。

由于我国的经济垄断具有特殊性，存在着两种形式，而且行政性垄断占有更为优越的地位，大部分垄断都与行政行为有关，因而制定我国的反垄断法必须考虑更多的因素：

1. 限制行政性垄断 在企业方面，尽管《企业法》的颁布实施使企业经营权获得了法律认可，确立了企业的市场主体资格，也使国家与企业的关系趋于清晰，企业的经营活动有了一种规则，但是，行政依然垄断着企业。企业作为市场主体应有独立自主权，这种自主权有多大范围，行政对企业又有哪些干涉，企业有哪些行为不可为，这些都需要法律规范化、明确化。同时，商品经济的发展还必须打破企业按行业分类受制于行政的条块分割，利用法律的导向作用规定，哪些产品生产企业必须按指令性行政管理，其余均在法律范围内由自己决定产品结构、产品价格，使企业真正走向市场。禁止行政的行业垄断价格，资源分配上计划外资源由企业自行筹划，产品自行推销，企业与市场相连，用反垄断法迫使政府由直接干预企业转为政府宏观控制市场，用“看不见的手”引导市场和企业。

行政垄断导致市场混乱的另一个原因即在市场方面。由于价格双轨制的存在，使得“官商”有权把国家计划内价格的商品产品以计划外价格的形式抛向市场，从中渔利。目前，价格双轨制存在仍有很大合理性。如果完全实行市场价格，会有百分之七十的企业消化不了，以致破产。所以现实的办法是用反垄断法剥夺“官商”在资源分配上用于计划外分配的行政权利，把计划外资源分配权归企业，明确企业的市场出卖权。

为避免地方政府的分割垄断和地方保护主义，必须反对限制贸易和商品流通。任何地方政府或其它形式作出的协议、联合或共谋，只要是以限制地方之间的贸易或商业都是违法行为，任何人或同他

人联合对某一行业进行垄断以及图谋垄断的行为即利用行政权力或已取得的经济力量控制市场并阻挠他人进入市场的各种行为都应当禁止。

2. 禁止市场主体垄断 确定一家企业是否在市场上占有垄断地位不一定要求企业占有市场份额的半数以上，如果他们在其它方面占有有利条件，法律也可以认定这些企业占有“垄断地位”。如：没有竞争或未遇到竞争；该企业与其它企业相比较，在市场上占有优势，这种优势不是仅指企业所占的市场份额，还包括企业在金融方面的能力、供销方面的能力（即得到配件、原料和产品销售方面的能力）及其它企业的固定关系以及其它企业产品上市时会遇到何种事实障碍和法律障碍；一个企业的营业额占市场总营业额定量的份数以上。

禁止各种实质性限制竞争行为，包括（1）禁止固定价格。固定价格是同行业间串通协议，将产品价格固定在统一水平上，无论它是直接通过确定价格，还是间接通过控制产品数量而进行的，与这种行为密切相关的还有同行业间通过协议划分市场、产品、规定生产限额和销售限额等都是违法行为。（2）禁止价格歧视。要求同类产品应以公平相同的价格向产品买主销售，禁止卖主对不同的买主进行价格歧视。（3）禁止搭售和独家立易。卖主在交易中经常要求买主接受一种以上产品，即出售一种货物搭售另一种货物。独家经营是搭售的一个主要形式，买主不仅被迫接受所给的几种不同产品，而且被迫只和其一家交易。

禁止不公平的竞争方法，这主要指导致对竞争和贸易的不合理限制做法及损害消费者利益的不公正或欺骗性行为，包括企业产品不合质量标准；出售商品以次充好、以假当真，伪造商标；做虚假广告，诱骗消费者上当等。

我国的反垄断法还要随改革的深化及经济发展而不断补充修改才能更符合中国实际。如取消价格双轨制后就应明确资源完全由企业自行筹划等。但是有一个原则是肯定的，即只有我们真正按照平等竞争精神用法律规范经济活动，一个既有商品生产者、经营者、消费者自主权，又有一个健康发育的市场环境才会建立。

（责任编辑 黄之英）



## 美国法律中的不可抗力 和政府干预

[美]约瑟夫·D·贝克（王晨光译）

国家对民事合同履行的干预是美国法律中的一个老问题。作为历史惯例，合同法把这种干预归入不能履行(Impossibility of performance)或非法合同之列，其结果是受到干预影响的一方可被免除合同规定的义务。近来，国家干预问题则以新的面目出现于法庭，其中心问题已不再是传统的合同问题。本文的目的在于简略地回顾历史上存在的难题，然后展示那些伴随国家干预的不断增长而出现的新问题。

众所周知，整个美国合同法是我们所接受的、由英国留传下来的普通法遗产的一部分。在接受时，该法包括一项许诺人必须绝对履行他所承担的一切义务的规则。正如罗马人所说：Pacta Sunt Servanda（协议必须遵守）。

十九世纪中叶，人们认为：由于某些超出许诺人控制能力以外的并发事件导致一些许诺不可能再被履行时，它们就应当被解除。对合同的履行至关重要的一方当事人的死亡，作为合同主要标的物的某一动产或房产的灭失，以及——与本文更为密切的是——随后产生的合同的非法是Pacta Sunt Servanda规则的三种传统例外情况。从皇家挪威号案件(the Royal Norwegian Case)①中，我们可以看到一个由于政府干预而使合同成为非法，并由此而免除许诺人义务的确切范例。

这是一起违反海运合同的诉讼。该合同签订于1941年11月，恰好在美国正式参加第二次世界大战的前夜。一艘挪威货轮签订了从东非运送一船椰子肉干到纽约的合同。挪威方同意将该船置于美国法规管辖之下，这就使船主有义务服从美国海运委员会发布的有关船舶应载装何种货物的命令。不服从此类命令则被指控为犯罪。袭击珍珠港事件发生后，美国海运委员会命令该船主去运羊毛，而不是运挪

肉干。船主服从了该项命令，从而违反了运输椰子肉干的合同。美国联邦上诉法院以法律上他不能履行原海运合同为由，驳回了针对该船主的索赔请求。

最先出现的这种例外为那些确实无法实施的行为提供了免于实施的根据。随后，免除之门又向其他（情况）敞开。在正当程序中，法院免除了那些并非不能实施，而是非常难于实施的行为。本世纪出现的“合同受挫”（或“合同落空”）(Frustration of contract)一词推动了这种开放。“无法实际履行”(impracticable)成为陷入困境的许诺人所使用的流行术语。三十年前第一次通过的美国统一商法典(U.C.C.)包括一项规定货物买卖合同的条款。因合同的“基本假定条件”(basic assumption)落空或因出于真诚信念而服从任何外国或本国政府的现行法规而导致履行成为“无法实际履行”时，统一商法典免除卖方〔和买方〕的义务。对于一般合同法来说，被称为“合同法重述”(the Restatement of contracts)的非官方法典在1981年的第二稿中基本上采取了同样的标准。它为处理那些虽然还能够被履行，但对合同本身来讲这种履行已成为毫无意义的合同案件保留了“受挫”一词。

虽然现代理论旨在放松对合同的制约，并确实这样做，但在本世纪七十年代的能源危机时，它并未能安抚那些希望以无法预料的成本支出的大幅度增长为理由而免除合同义务的人。外国政府促使世界石油市场价格激增的行为并未解除那些以预计能获得廉价能源为基础而订立的美国合同。“无法实际履行”制度赖以建立的原则是：仅仅成本的增长不能免除合同的履行。该原则是从“苏依士运河案”(the Suez Canal case)的判决中引伸而来，反映了十几年前一些国家法律的特色。这些判决认为，1956年关闭苏依士运河——那些争议涉及的货船通常所走的航线——并未免除船主们履行



合同的义务, 尽管采用另一条绕道好望角的替代航线会花费极大。相反, 该条替代航线的存在使船主们有义务采用它。

前面提到, “无法实际履行”的概念与合同“基本假定条件”的理论相联系。这就是说, 引用无法实际履行作为免除理由需要以所发生的并发事件引起合同基本假定条件的落空为条件, 而不能以某些不重要的情况为条件。可以公正地说: 政府对私人协议不加干预是大多数合同的基本假定条件。在赫嘎斯船舶公司这一案件 (Hogarth shipping case) 中, 根据一份租船合同, 一个英国公司准备向美国当事人提供一艘船。然而英国政府在1915年运用其战时权力将该船扣押。由于不扣押该船被认为是合同的一项基本假定条件, 从而该合同被解除。

新概念中仍包含着一些旧成份。因基本假定条件的落空而受到影响的当事人本人必须没有过错, 即这些困难并非由其本人引起。如果他所对这种不利情况变化负有责任, 他则不能被免除 (合同义务)。在得克萨斯海湾硫磺公司案 (Texas Gulf Sulphur case) 中, 该公司基于对一处美国矿山产量的估算, 缔结了一项销售硝酸钾的合同。其后, 该公司做出一项经营决策, 将其开采活动转移到加拿大一处开采成本更低的硝酸钾矿山。结果, 其生产经营须受萨克其万省 (加拿大) 政府制定的限定硝酸钾销售的最低价格的法规的管辖。依据该项法规, 得克萨斯海湾公司不可能按合同规定之低价向买方交货。得克萨斯海湾公司采取的因政府干预而免除其履约义务的说法不能成立。法院判决认为, 得克萨斯海湾公司因其本身的过错才导致它受加拿大法规的管辖, 因而尽管成本要高些, 它仍可开采其在美国的矿山以便按合同供货。

以无法实际履行作为解除理由还应以许诺人没有明确承担当时可避免的风险这一标准为条件。在海湾石油公司案 (Gulf Oil case) 中, 基于对某一油气田储藏量单方面的, 而且是错误的估计, 海湾公司许诺 [保证之意] 它将提供固定数量的天然气。这一许诺被解释为该公司已承担了产量不足及由此而产生的以更高成本从其他渠道提供不足部分的风险。由于已明确承担了该风险, 无法实际履行的一般原理就不再适用。

直至最近, 一项买卖合同中的不可抗力条款的范围能否以统一商法典中所规定的无法实际履行为

根据而加以扩展, 依然是个争执不休的问题。现在, 答案似乎是: 这类条款能够超出该法典规定的范围, 但要限制在一个应加以确定的广泛范围之中。这正是东方航空公司案 (Eastern Air Lines case) 判决所持的论据之一。它提出: 如果不可抗力条款具体规定某一可免除责任的事件 [如政府干预], 而这一事件又确实发生, 那么该条款就可以以其具体规定为依据, 免除许诺者的责任。

也就是说, 在另一方面, 许诺人可以承担不超出一般法律所规定的义务, 而仅承担较少的义务。这就是不可抗力条款的任务。

与此相反, 这类条款也可以规定得比该法典窄。这样做就否决了在通常情况下, 一方当事人可援用的辩护根据。东方航空公司案的第二个教训是: 应该通过写上“包括, 但并不局限于……”之类用语, 以使这类条款中列举的不可抗力事件具有非排他性。这样做将保留法典所规定的全部辩护根据。

如果在签订合同时, 某种风险可以被预见, 而不可抗力条款却未提及该风险, 那么, 当这一风险成为事实时, 条款中的遗漏就会被用来反驳那位希望把该类事件作为免除责任理由的许诺人。在劳埃德诉摩菲案 (Lloyd v. Murphy) ②中形成的上述原则已被广为遵循。该案中的汽车经纪人在第二次世界大战前夕, 签订了一项租赁合同。当政府对汽车销售实行战时管制, 从而使该经纪人的经营无利可图时, 该合同规定的义务不能够免除, 因为在达成租赁合同时, 该项管制的消息正在公众中传播, 该经纪人未作自我保护的疏忽, 被认为是对风险的承担。

与当事人的死亡不同, 政府对合同的干预可以要求受到影响的当事人发表意见, 以使其能以无法实际履行为由提出辩护。政府可以通过规范机制, 在本来很广泛的限制范围内, 颁发特殊许可或作其他的变通。只要许诺人真诚地相信法规是有效的, 那么它们是否真的有效则无关紧要。但是, 如果获得特许的程序存在, 而许诺人未能尽最大努力去获得特许, 政府的禁令则不成为可免除责任的事件。日出苏打公司案 (Sunrise Soda case) 可被用来作为例证。

该案涉及太平洋银行 (the Pacific Bank)。这是一家由日本国民控制的火努鲁鲁银行。在珍珠港事件的当天, 即1941年12月7日, 除非得到财政

部的许可, 这类金融机构被禁止从事业务活动。一些由日本国民控制的金融事务所申请并得到了特许, 因而继续从事其业务活动。太平洋银行并未提出申请, 因而被清算管理人接管。清算管理人以全面禁止为理由, 拒绝了存款人获得12月7日以后所增加的利息的要求。判决认为, 该行不申请经营业务特许的做法, 事先免除了清算管理人以不能履行为理由进行辩护的责任。

## 二

在谈到跨越国界的合同时, 再也不能仅仅从传统的合同法角度谈论政府干预问题了。因为该题目在美国已被这一领域中的一股新势力, 即被称为“国家行为” (act of state) 的国际法理论所搅扰。这一理论曾是国际法领域中的一潭死水, 现在则是冲击几乎所有国际案件的汹涌激流, 不留痕迹地淹没并冲垮了传统题目。

简洁地说, 国家行为理论是一项规则, 美国法院根据该规则拒绝承认外国政府在其本土上没收 (他国资本) 行为的有效性。对美国来讲, 该规则 (产生) 并不奇怪。由于它被称为具有宪法性质, 其理论根据与司法机构处理由公法授予行政机构负责的事务的权能 [或无权能] 相关联。因此, 国家行为理论意味着加强分权。该规则还反映了一个无情的事实, 即在实际上, 美国的法院可能无力对国外的没收提供补救。

直至最近, 该规则还是可采用的。它首先适用于被外国政府没收的外国财产的所有权问题。众所周知, 在涉及一方当事人通过外国政府的没收行为而取得所有权的纠纷中, 美国法院绝不能就外国的国家行为的有效性作出判决, 即使是间接的判决。为预测该理论对合同的适用性, 注意到下面一点是很重要的, 即该规则看来排除了即使是通过纯粹涉及当事人私人权利纠纷的审理而作出的, 否定外国国家行为有效性的含蓄的判决。

在近些年, 考虑该规则与无形财产, 特别是与居住在美国以外的债务人的债务关系已成为必要。这也带来了一些难题。当债务人和付款地都在外国境内时, 很可能适用旧的司法管辖规则, 并声称国家行为是在其境内对财产所采取的行为, 因而有效的。③ 当债务人居住在国外境内, 而债务可在美国境内偿还, “财产”处于国外的说法则不甚明确。进一步来看, 如果债务可在美国境内偿还, 借

贷协议就可以由美国某一州的法律管辖, 因此外国法可以不必加以考虑。当不存在可供没收的银行帐户或其他可索取债务的情况时, 当仅仅存在一个外国的空洞的许诺, 而该许诺的履行又被禁止时, 问题就会变得更为复杂。在这类案件中, 美国法院针对违约方当事人作出的赔偿损失的判决将如何带来间接的否定外国禁令有效性的结果, 这种情况并非易于分辨。有一点是可以预见的, 如果国家行为理论广泛地适用于合同案件, 传统的合同受挫问题就会被重新探讨。就是说, 美国法院可能简单地拒绝考虑以下几项因素: 合同的履行是否已成为不能实际履行、合同的基本假定条件是否已不存在、许诺人是否承担了政府干预的风险或许诺人是否有过错。此外, 国家行为理论可能遵循与其相同的主权豁免规则, 拒绝对具有商业性的政府行为给予特殊认可。有证据表明, 这种观点将占据主导地位。

事情好像还不够复杂。当合同不是在私人当事人之间, 而是涉及到外国政府的情况出现时, 合同中国家干预题目的难度再度增加。现代国家的经济活动使这种现象经常出现。

在这一领域中, 更多的超出传统合同法范围的新问题被提出。难题的焦点在于这样一种事实, 即当合同的一方是政府机构, 而另一政府机构以通常会免除合同当事人履行义务的方式干预该项合同时, 该事件便具备了该政府实行自我解脱行为的一切特征。

为把所有这些因素集中在一起, 请考虑下述虚构案例。假设一个保加利亚政府公司——布莱克斯应受一份烟草出口合同的约束。而布莱克斯的主管部门——保加利亚商业部发布了一项禁止所有烟草出口的法令。该项法令是政府最高级会议出于对烟草产量将不能满足国内需求的考虑而通过的一项禁止令。这项法令是否免除布莱克斯履行合同的义务? 答案可能不仅要涉及传统合同法的原则, 而且要涉及以下新的因素:

1. 布莱克斯和政府之间是什么关系? 如果从法律和事实角度看, 两者是一个实体, 我们就面临一个由一方当事人企图用拔自己头发的方法使自己脱离合同约束的情况。以不能实际履行为由进行的辩护一般不能由使自己丧失履行能力的当事人来运用。

2. 即使布莱克斯和政府在法律和事实上不可分割, 为保证整体的福祉, 政府无权运用其主权来



废除合同吗？就是说，主权是否能因合同而限制其为整体利益服务的权力？

3. 即使布莱克斯在法律和事实上是与政府无关的实体，如果它为逃避不利的合同而怂恿政府通过这一法令，又会如何呢？这种情况能否以被告人的行为出于恶意并有过错为理由，而禁止它以政府干预为辩护根据呢？

4. 不管布莱克斯与政府的关系如何，废除合同是否是国家行为的结果，并不受保加利亚以外的法院的审查？

所有这些问题都在英国罗利姆派克斯案 (Rolimpex case) 和美国联合银行 (Allied Bank case) ④中被提出。在罗利姆派克斯案中，一个波兰政府的公司由于一项政府法令的通过而被免除了其在—项食糖出口合同中的义务。因为它被证实的组织上与政府没有关系，而且罗利姆派克斯的经理们反对政府禁止出口的法令。这些事实使得上院避开了我上面提到的难题，并以不可抗力为根据而了结该案。

联合银行是另一个例子。它是那些影响到拉美债务国的国际金融危机引发的、最近由美国法院审理的几个案件之一。原告——联合银行是39家借贷银行组成的国际辛迪加的代理人。被告是由哥斯达黎加共和国所有，并由其中央银行控制的三家哥斯达黎加银行。三家银行在1976年承担了以期票形式在纽约偿还美元的无条件义务。该信贷协议明文规定：未能成功地获得用以贴现期票的美元的情况，并不能免除偿还义务（除有十天的宽限时间外）。在1981年，作为对金融危机的反应，中央银行决定不再为偿还债务而发放外币。总统签署的一项（外汇发放）要由中央银行批准的命令，进一步加强了该项决定。它通知被告银行，用美元进行的支付应被“推迟”。

这样，政府银行违反了在外国用外币承付期票的协议，并提出了它们不能得到另一个政府机构批准的免责理由。可以想象，依据传统理论可以驳回这一理由。如同海湾石油公司案一样，哥斯达黎加银行在它们签约时同意，不能获取美元不是免除其履行义务的理由，因而它们已承担了这种干预的风险。然而，美国法院的判决几乎与通常的合同原则没有关系。

下级法院采用了国家行为理论，作出了有利于被告的判决；但没有解释为什么哥斯达黎加法规的

有效性处于争议之中，因而要适用这一理论。例如，为什么该理论适用于暂时性禁止付款（行为）而不是适用于对银行存款的没收（行为）。同样该理论也未能与私法中合同受挫原理相结合或从政府机构进行的一般商业活动的角度出发来考虑该理论。（判决）对于债务要在纽约偿付这一事实没有给予充分重视，因为如果债款不是处于哥斯达黎加境内，除非没收行为与美国公共政策相吻合，国家行为理论所赋予的豁免权就不适用。在这种情况下，礼让可以扩大适用于干预。美国联邦上诉法院倾向于这一看法，并以礼让为根据维持了地区法院的判决，认定哥斯达黎加政府的调整债务计划与美国联邦政府行政当局的政策是一致的。这一意见并不令人满意，现存它正被加以重新考虑⑤。

注：

①L.N.Jackson & Co. V. Royal Norwegian Gov' t., 联邦法院判例（第二序列）第177卷，第694页（第二巡回上诉法院，1949年）。上诉申请被驳回，美国联邦最高法院判例报告，第339卷，第914页，1950年。

②加州判例报告（第二序列），第25卷，第48页，第54—56页；宾州判例（第二序列）第15卷，第47、50—51页，（1944年）：“如果可以预见，在合同中应有一项为此而设的条款，那么不订立该条款就可推论：这一风险已被承担。”（特雷纳法官）。

③参见Perez V. Chase Manhattan Bank, N. A., 纽约判例报告（第二序列），第61卷，第460页，（1984年）（如果债务人在外国，债务也在那里偿还，国家行为理论则适用于债款被没收的情况。）

④C.Czarnikow V. Centrala Hanalu Zagranicznego (Rolimpex), 威斯康星法律杂志，1978年第3期，第274页（H.L.）；Allied Bank International V. Banco Credito Agricolo de certago, 联邦判例报告补充，第566卷，第1440页，（纽约南区联邦地区法院）；以其他理由维持原判，联邦判例报告（第二序列），第733卷，第23页，（第二巡回法院，1984年），重审申请被批准，1984年7月3日。

⑤在1935年3月18日，美国第二巡回区最高上诉法院：在重审后，撤销了此案以前的判决，认为：（1）哥斯达黎加政府的行为与美国涉外金融政策并不吻合，（2）债务并非全部处于哥斯达黎加境内，因而不属国家行为管辖范围，（3）对哥斯达黎加的法令加以认可则显然与借贷协议的条款相违背，而根据该条款，哥斯达黎加借款人已承担了中央银行可能不提供美元的风险。

（译自美国《国际商业律师》，1985年6月版）



港澳台之页

## 香港的司法制度

·胡鸿烈·

### 一、香港的法院

香港法院的中心是高等法院，在香港仅有一所。它在香港的司法系统中具有很重要的地位，是香港司法制度的中坚支柱。高等法院既是初审法院，也是上诉法院；既可以直接审理社会上的各类案件，也可以受理裁判司署初审的上诉案件。高等法院无论在民事方面，还是在刑事方面的权限都是有限度的。

高等法院的法官是英国皇家直接任命的，政治地位相当高（相当于部长）。其薪金每月在五万港币以上，退休年龄是65岁。

高等法院并不是香港最高的上诉法院，最高的上诉法院叫合议庭，是纯粹的上诉法院。它受理高等法院及少数地方法院上诉的民事和刑事案件。合议庭由2—3名高等法院的法官所组成，其中一人为主席。合议庭成员由香港总督任命。

假如对合议庭审判不服，经合议庭许可，当事人还可以上诉到英国的枢密院。对于殖民地的法律案件，枢密院的判决是最后的。但对英国本土案件的最高司法机构是上议院。英国指派数名著名法律专家作上议院议员，审理上诉案件。

香港高等法院以下设有地方法院，共三个。它们是维多利亚地方法院（管香港）、九龙地方法院（管九龙）和新界地方法院（管新界）。地方法院的权限有一定限制，民事案件标的数额不能超过6万元。当然，由于通货膨胀的原因，法律规定也不断改变，将来可达到20万元。其刑事案件的权限为判处最高法定刑不得超过7年。地方法院的法官政治地位和声望比高等法院的法官低，薪金每月在5万港币以下，法官退休年龄为60岁。

一个案子究竟由高等法院初审还是由地方法院初审由香港政府律政司的检察官决定。政府检察官可以申请把案子从高等法院调到地方法院来审理，也可以申请把地方法院的案子调到高等法院审理。如：有些案件政府认为案情不犬，没有必要在高等法院审理（即不需要陪审员审理），在这种情况下，地方法院既是初审法院也是上诉法院。高等法院开庭需要有陪审员参加，地方法院不需要陪审员。

地方法院以下设有裁判司署，有的国家叫警察法庭。在香港，裁判司署很多，几乎每个区都有。被告居住在哪个区，案件就由那个区的裁判司署受理。裁判司署是初审法院。当事人对裁判司署的裁决不服，可以上诉到高等法院，而不是上诉到地方法院。裁判司署的法官薪水比较低，每个月只有3万元港币左右。

裁判司署法庭原则上受理刑事案子，不受理民事案子，所以叫警察法庭。在香港，刑事

\* 本文作者为香港树仁学院校监胡鸿烈博士。



案件不能由私人起诉。但如果被人殴打了，官方不起诉，当事人可以请律师出面到裁判司署起诉。裁判司署最高的权限可判人入狱两年。

和裁判司署同级的还有：

1. 小钱债法庭 目前在一万元以下的民事钱债案件都在这里审理。这种法庭的特点是无限定诉讼形式，无限定语言种类（可以讲中、英文），受理案件迅速，当事人可以托律师代理。

2. 劳工法庭 香港的工厂付不出工资了，调解不成的，工人可以到劳工法庭起诉。当事人不可以请律师代理。

3. 土地法庭 这是香港很重要的法庭。土地在香港十分宝贵，地价很高，凡关于土地的争议以及确定房租等案子都应由土地法庭审理。

如对以上三个法庭的判决不服，当事人可以上诉到地方法院。所以，地方法院是初审法院又是上诉法院。

## 二、香港的律师制度

香港的律师分为两种，一种叫大律师，一种叫小律师。大律师和小律师在大学里所受的训练是差不多的，小律师因为业务的关系要学会计，大律师不用学。纯从法理的观点来讲，大律师的地位比小律师的地位要高。大律师是到法院打官司的，所有的法官和高级的司法人员都是从大律师中产生。小律师则没有担任法官的资格，高等法院以上的官司必须由大律师出庭。地方法院的案子可以由大律师也可以由小律师出庭。合同、契约的起草和谈判等是小律师的事情，大律师是不能做的。

打官司不能直接去请大律师，必须先请小律师，由小律师去请大律师。大律师的费用也由小律师代付。一次，我去马来西亚打官司，是新加坡很有名的律师楼请去的。律师楼是小律师的办事机构的名称。大律师的机构叫律师事务所。高等法院以上受理的案子需要大律师，而不用小律师。所以，大律师就好像是医生的医生，普通医生解决不了的难题才去找特定的医生。

律师楼是生意性质的，大律师是不能去的。大律师不能招揽生意，也不能登广告，大律师的名片上也不能印大律师，也不能开张请客。

任何人做了十年大律师以后，可以申请做皇家御用大律师。皇家御用大律师比一般的大律师地位和费用都要高一些。但也有一些不愿意做御用大律师，因为御用大律师所受的约束就更多。御用大律师出庭还得有一名大律师陪同。在香港，请律师打官司，如请大律师，其律师费就会增加到2—4倍，一般是花不起的。

香港的律师制度有好处，也有坏处。好处是打官司时大律师由小律师挑选，一定是不错的，能够保障当事人的利益。坏处是律师费用多。

大律师和律师在训练上也稍有不同。最初的时候，只要是预科毕业生就可以报考。后来，大律师必须是大学毕业生才能报考，而且必须是大学法律系毕业的一等或二等荣誉生，一般的大学毕业生是不能报考的。这样，第一部分可以免考，第二部分律师专业还是要考的，而且考到大律师资格后，还必须在律师事务所学习一年，然后经批准才可执行大律师业务。以前，预科毕业生要考律师，必须到律师楼学习五年，然后经考试合格才能正式成为律师。目前，香港律师也要大学毕业。

## 三、香港政府中的法律机构

香港政府有下列法律机构：

(一) 律政司 律政司是一个很重要的机构，律政司在整个香港政府的地位仅次于香港辅政司。律政司的工作包括：

1. 做香港政府的法律顾问 政府对内外私人公家所有的法律问题，刑事的、民事的都通过律政司拿出主导处理意见。

2. 起草法律 政府需要搞什么法律，首先通知律政司起草。律政司起草的草案由行政局通过，然后再由立法机构辩论，经三读通过，才是正式法律。目前，香港政府的律政司约有律师150人左右。

3. 起诉 除违警细小案件外，香港警方不经律政司同意是不能起诉的。假如发生一宗案件，律政司就要派一位律师去处理。警方必须听从这位律师的指挥。怎样收集证据，收拿什么样的证据，什么证据重要，什么证据不重要，对被抓的人应不应该起诉以及在哪一个法院起诉都由这个政府律师决定。开庭时，法官通常是不发言的，律政司的律师把所有证据一件一件在法庭上陈述出来，被告的律师可以一一反驳。在双方辩论的基础上法官才做出判决。

4. 应诉 应诉也是律政司的重要职责。所有涉及到政府的案件，都由律政司的律师去应诉。

5. 法律改革 法律制度需要不断地做一些必要的改革，但改哪些，怎么改都由律政司负责。

(二) 注册总署 注册总署是隶属于政府的，目前估计有30—40位律师，主要负责以下几项工作：

1. 土地登记；2. 公司登记；3. 一般来说，政府重要的法律事件由律政司负责，而次要的法律事务，则由注册总署负责。

(三) 法律援助处 香港政府的另外一个司法机构是法律援助处，其中共有四、五十名律师。此种机构主要是协助没钱请律师者打官司。该机构提供的援助目前只限于高等法院及少数地方法院的案件。

任何人如果想得到法律援助处的律师援助，都须符合两个标准，即申请人是否真的没有能力付律师费以及相关案件是否对申请人有利。如申请人理由充足，才给你请律师。

## 四、香港的陪审团制度

香港的陪审团制度承袭了英国的制度。英国的陪审制度具有独特的历史。在英国，历史上在贵族封地里生活的人，有权利被自己的贵族来审判。在自己的封地里发生什么事情，就由自己的人来审判。后来，这一作法演变为由一般公民组成的陪审团制度。

在香港，每隔若干年政府便要公布陪审员名册。目前，香港约有陪审员四、五万人。陪审员是义务的，每个公民都要尽这个义务，就象尽服兵役的义务一样。法庭从名册中选中的人必须到法庭陪审，如相关人员有正当理由也可向法院申请换人；如无正当理由又不出庭陪审的，法院可把相关人员传唤到法庭。



在香港的司法过程中，法律的问题由法官决定，判案定罪是陪审团的事，法官对陪审团介绍案情的法理和经过及控方与辩方的辩护，当事人是否有罪则由陪审团决定。除法律事项外，法官对案情的评论是法官个人的看法，陪审员可接受也可不接受，但法官的看法一旦被接受，就变成陪审团自己的意见。所以在有陪审团受理的案子里，陪审团受理的是事实，法官受理的是法律，被告有罪还是无罪，除法律外，完全靠事实。比如在一个房间里有一人被杀害，没人看见他被害的经过。但有人看见某人当时满身血迹，从房里冲出来，经化验，身上的血型与被害者的血型一样，这即是事实。但该人是不是杀人犯应由陪审团认定。

香港高等法院的刑事案件是由陪审团来审的。陪审团由7人组成，判案前要宣誓。誓言的大意为：我审这个案子，摒除人情，不受威胁，只有根据法庭的证据及良心来判断。7人推出一个代表。在审案的时候，每个陪审员并非都可以和法官讲话，他们与法官讲话要通过陪审员的代表。陪审员和法官对话不可以在法官的书屋里，一定要在公开法庭上。定案时，谋杀罪须全体陪审员一致认为有罪才能定，如一人反对便不能定罪。其他案件的陪审团6:1或5:2大多数认定就可。陪审员判案时，从开始到裁决，不能和任何人谈话。陪审员之间是可以商量的，但如果任何陪审员和其他人讨论相关案件，陪审团就要解散，案件要重审。

陪审员在定罪时，不必讲定罪的理由。谁也不能问为什么这样判，法官也不能问他们这个问题。

关于陪审制度目前在香港有两点争论，而且很激烈。第一点，有人认为陪审制度应扩展到地方法院，但现在还没有做到，因为一到地方法院，陪审员就要增加。政府没有钱开支。过去，政府不向陪审员付钱，现在付给每人每天50元车马费。同时，有陪审员参加，案件审理的时间就得延长，法官也要增多。第二点是由佳宁（陈松青）的案件引起的。陈松青骗了差不多七亿元的钱。这叫复杂的商业犯罪案。由于陪审员什么人都可以当，对于审理复杂的案件缺乏必要的有关知识，所以，现在英国有一个报告书要求涉及复杂商业的案件，不要陪审员，由一个审判长，两个审判官或两个商业专家协助审理，专家懂得商业的情况，审理起来就比较顺利些。但香港律师工会反对这种建议，主张保护陪审制度。

陪审员只是认定是否有罪，关于定刑的问题，是法官的事。陪审员认定被告有罪，法官就把被控方的律师请来辩护。先由控方的律师把准备好了的材料（如犯罪记录）在法庭宣示。这些材料在判决前不能泄露，否则对被告不利。被告被认定为有罪后，如果他是累犯，量刑就会重些，否则就会轻些。量刑前辩方律师可以要求法官照顾被告家庭的具体情况，减轻处罚，比如被告的丈夫已坐牢，或被告的妻子有病，孩子年幼等情况。法官在考虑这些情况之后才判刑。量刑的轻重有很大的区别，有两种情况，一种是法律明确规定的，法官必须按法律的规定定刑，没有第二条路可走，如谋杀等。另一种是由法官决定的，法官有权判处法律规定最高刑期，也可以“情有可原”为理由当庭释放。法官也有权在辩护律师的要求下，对辩方的请求有所考虑，如派社会工作者去调查被告的家庭情况。香港法庭有这样的专门社会工作者。他们将被告家庭成员、家庭背景等情况，写一个书面报告给法官。法官对被告如有同情之心，就可减轻处罚。

## 五、司法与立法及行政的关系

司法、立法、行政分立是法国的孟德斯鸠提出的，他认为三权要分立。

香港的一般人赞成司法独立，不受立法、行政干涉。高等法院的法官由皇家指派，地位高，不犯大错是不能免职的，到目前为止，还没有法官被免职。高等法院的法官是终身制。

法官与立法的关系是法官不参与立法，仅执行法律。法律由法官解释，不是由立法机关解释，所以法官要熟知法律，法律明确规定的，法官不可以另行解释，如法律规定不明确，可以用案例来解释，如没有案例，可以用专家学者的理论著作来解释。法官解释法律的方式，一定要用法律的原则。解释法律是法官的事，立法是立法机关的事，两方是相辅相成的。

检察官负责依法起诉。对一个案件起不起诉完全由检察官决定。检察官听律政司指示，律政司在行使这项权力时是独立的，并不一定跟政府走。换句话说，就是没有人给它发布命令，它决定某一案件需要起诉，就起诉。律政司的人员都是律师出身，是熟知法律的专家。

在香港，所有法律都是贯彻政府的政策。内阁决定政策。律政司根据政府政策精神起草法律，而不可以根据自己的意见来起草。律政司中负责打官司的专家与专门起草法律的专家是两种人。律政司起草法律草案后，政府（内阁或行政局）先进行讨论并通过，然后再把草案送立法局审议。草案经立法局审议通过便为法律。

这种制度便是三权分立，即三权独立行使，互不牵制，无分高低，又互相制衡。

（责任编辑 王贵国）

（上接第63页）

### 第三十一条

本公约保管国应将下列事项通知海牙国际私法会议的成员国和根据第二十六条加入本公约的国家：

1. 第二十五条和第二十六条所述的签署及批准、接受、核准和加入；
2. 根据第二十八条本公约生效的日期；
4. 第二十七条所述的声明；
3. 第二十四条所述保留和保留的撤回；

5. 第三十条所述退出。

下列签署人经正式授权在本公约上签字，以昭信守。

本公约于一九 年 月 日在海牙签订，共一份，用英文和法文写成，两种文本具有同等效力。式本交存荷兰王国政府档案库，其经证明无误的副本应通过外交途径送交海牙国际私法会议第十六届大会之日是其成员的国家。

（李浩培校译）

注：本公约1988年10月20日在海牙国际私法会议第十六届大会上通过，上述中文本系根据英文本译就。





# 《死亡人遗产继承法律适用公约》

段洁龙 张红虹译

本公约签字国，愿意就有关死亡人遗产继承的法律适用，制定共同规定；决定为此目的缔结一项公约，并议定下列条款：

## 第一章 公约的适用范围

### 第一条

- 一、本公约确定应适用于死亡人遗产继承的法律。
- 二、本公约拟不适用于：
  1. 遗产处分的方式；
  2. 处分遗产的能力；
  3. 有关夫妻财产的争议；
  4. 非因继承而设立或让与的财产权利、利益或财产，诸如共有财产的某一当事人死亡而归尚活着的共有人享有的财产权、退休金计划、保险合同或类似性质的安排。

### 第二条

即使应用的法律是一非缔约国法律，本公约仍应适用。

## 第二章 适用的法律

### 第三条

1. 继承受死亡人时间是其国民的惯常居所地国法律支配。
- 二、死亡人临终前在一国已居住不少于五年的期限内，继承也受该死亡人死亡时的这一惯常居所地国法律支配。但在特殊情况下，如果他死亡时与当时是其国民的国家有明显的更密切联系，则应适

用该国的法律。

三、其他情况下，继承受死亡人死亡时是其国民的国家的法律支配，除非死亡人当时与另一国有更密切的联系。这种情况下，应适用该另一国家的法律。

### 第四条

如果根据第三条应适用的法律为某一非缔约国的法律，而该国的冲突法规则就全部或部分财产的继承指示适用另一非缔约国法律，且该另一国也适用自己的法律时，则该另一非缔约国的法律应予适用。

### 第五条

一、当事人可以指定某一特定国家的法律支配其全部遗产的继承。但只是在该当事人于指定时或死亡时是该国国民或在该国拥有惯常居所时，这种指定方为有效。

二、上述指定应在一项符合遗产处分方式要求的声明中予以明示。指定行为的存定与否其实质有效性受所指定的法律支配。如果根据这一法律，该项指定是无效的，则应根据第三条确定适用于继承的法律。

三、指定法律者撤销其指定，应符合有关遗产处分撤销方式的规定。

四、为了适用本条之目的，在死亡人没有明确的相反表示时，所指定的应适用法律应被解释为支配死亡人的全部或部分财产立有遗嘱。

### 第六条

当事人可以指定一个或多个国家的法律支配其遗产中特定财产的继承。但是，任何这种指定不应妨碍适用依照第三条或第五条第一款适用法律中的强制性规定。

### 第七条

一、除第六条外，根据第三条和第五条第一款

应适用的法律支配死亡人的全部遗产，无论这些财产位于何处。

二、该法适用于：

1. 确定继承人、不动产遗嘱继承人、动产遗嘱继承人、上述当事人各自的继承份额和死亡人赋予他们的义务，以及因死亡而引起的其他继承权，包括法院或其他主管当局为了同死亡人关系密切的人的利益，从死亡人遗产中拨给财产的规定；

2. 因行为而引起的继承权的剥夺和丧失；

3. 在确定继承人、不动产遗嘱继承人或动产遗嘱继承人的继承份额时，任何返还或说明赠与物品、特留份或遗物的义务；

4. 可处分的遗产部分，不可剥夺的利益和对遗产处分其他限制；

5. 遗嘱处分的实质有效性。

三、第二款不妨碍在缔约国境内就该国认为属于继承法支配的其他事项适用根据本公约所确定的法律。

## 第三章 继承协议

### 第八条

本章所述继承协议是指书面的或由相互遗嘱所产生的关于设立、变更或终止对协议的一个或多个当事人的将来遗产或遗产的权利的协议，不论该协议有无对价。

### 第九条

一、如果继承协议仅涉及一个当事人的遗产，且该当事人在协议成立之日后死亡时，该协议的实质有效性、协议的效力及导致效力终止的情况，应根据第三条或第五条第一款适用于当事人遗产继承的法律支配。

二、如果协议根据前款法律是无效的，但依照当事人死亡时根据第三条或第五条第一款该适用于其遗产继承的法律是有效的，则该协议仍属有效。在此种情形下，该协议的效力及导致效力终止的情况也受这一法律支配。

### 第十条

一、当协议涉及两个以上当事人的遗产时，如果所有这些当事人在协议成立之日后死亡，该协议只有在按照第三条或第五条第一款该适用于所有这些当事人遗产继承的全部法律都确认为其为有效

时，才具有实质有效性。

二、前款所述全部法律亦确定协议的效力及导致效力终止的情况。

### 第十一条

继承协议的当事人可以明示的指定，同意该协议的实质有效性、协议的效力以及导致效力终止的情况适用涉及其将来遗产的某一或任一当事人在缔结该协议时拥有惯常居所或是其国民的国家的法律。

### 第十二条

一、继承协议的实质有效性经依照第九条、第十条或第十一条所应适用的法律认可，不得再以该协议根据第三条或第五条第一款就可能无效为理由，对其实质有效性提出质疑。

二、但是，适用依照第九条、第十条或第十一条所确定的法律，不影响任何非协议当事人根据第三条或第五条第一款应适用的法律，对遗产拥有的不可撤销利益或不得由被继承人剥夺的其他权利。

## 第四章 一般条款

### 第十三条

在两个或多个当事人死亡发生的次序不能确定的情况下，如果他们的继承应适用不同法律，且这些法律对这种情况有不同规定或根本没有规定时，任何死亡人都不应对另一或其他死亡人享有继承权。

### 第十四条

一、当遗产处分中设立信托时，本公约所确定的适用于继承的法律不妨碍适用于信托的另一法律。同样，适用于信托的法律亦不得妨碍根据本公约适用于继承的法律。

二、前款规定可类推适用于由遗产处分所设立的基金及类似的制度。

### 第十五条

根据本公约应适用的法律不影响某些不动产、企业或其他特殊种类财产的所在地国出于经济、家庭或社会的考虑，适用就这些财产制定的特殊继承制度的法律规定。



## 第十六条

如果依照本公约所确定的应适用法律，遗产处分中没有继承人、不动产继承人或动产继承人，而且根据法律也没有其他自然人可作为继承人，上述法律的适用不妨碍一国或该国所指定的实体占有在该国领域内的遗产。

## 第十七条

本公约中除第四条外，“法律”一词系指一国的现行法律，但不包含其冲突法规则。

## 第十八条

本公约所确定适用的任何法律，只有在其适用将明显违反公共秩序时方可被拒绝。

## 第十九条

一、为了确定依照本公约应适用的法律，由两个或多个领土单位组成的国家，其每一领土单位都有各自的法律制度或在继承方面的法律规定时，适用本条规定。

二、如果该国具有确定两个或多个领土单位中某一领土单位的法律应适用于本条所述任何情况的现行规定，则该领土单位的法律应予适用。没有这种规定时，则适用本条下列各项。

三、就本公约中所提及的任何法律或死亡人根据本公约所指定的任何法律而言：

1. 死亡人在指定时或死亡时的惯常居所地国法律，系指该死亡人当时在其中拥有惯常居所的该国某一领土单位的法律。

2. 死亡人在指定时或死亡时的国籍国法，系指死亡人当时在其中拥有惯常居所的该国某一领土单位的法律。没有这种惯常居所时，系指他与之有最密切联系的该国某一领土单位的法律。

四、本公约凡提及最密切联系国家的法律，系指死亡人与之有非常紧密联系的该国某一领土单位的法律。

五、除第六条外，如果死亡人依据本公约指定了一国某领土单位的法规，且在指定时或死亡时：

1. 他是该国的国民，只有当他曾于某个时间在该领土单位内拥有惯常居所，或者虽没有惯常居所，但与该领土单位有着密切联系时，这种指定方为有效；

2. 他不是该国的国民，则只有在他当时在该领土单位内拥有惯常居所，或者当时他在该领土单位内没有惯常居所，但却在该国内拥有惯常居所，且曾于某个时间在该领土单位内拥有惯常居所时，这种指定方为有效。

六、死亡人根据第六条为特定财产指定一国的法律，除非有相反意思的证明，则推定这种指定系指该项财产所在的每一领土单位的法律。

七、就第三条第二款而言，如果死亡临终前五年在该国拥有惯常居所，尽管在此期间他曾在该国一个以上的领土单位居住过，仍然达到了所要求的居住期限。一旦达到这个居住期限，如果死亡人当时在该国拥有惯常居所，但却在该国任何一个特定领土单位都没有惯常居所，则该死亡人最后所居住的领土单位的法律为应适用的法律。除非当时他与该国另一领土单位有更密切的联系。这种情况下，适用该另一领土单位的法律。

## 第二十条

为了确定根据本公约应适用的法律，如一国对不同类别的人具有两个以上适用于死亡人遗产继承的法律制度，凡提及该国法律时，应被解释为系指该国现行法规所确定的法律制度。没有这种法规时，应被解释为系指与死亡人与之有最密切联系的法律制度。

## 第二十一条

缔约国拥有适用于继承的不同法律制度或者多种法律规定时，无义务将本公约的规定适用于仅属这些不同法律制度或多种法律规定之间的冲突。

## 第二十二条

一、本公约在一缔约国内适用于公约对该国生效后死亡的任何人的遗产继承。

二、在本公约对该国生效前，如果死亡人已经指定应适用于其继承的法律，并且符合第五条的规定时，该项指定应被认为在该国生效。

三、在本公约对该国生效前，如果继承协议当事人已经指定应适用于该协议的法律，并且符合第十一条的规定时，该项应被认为在该国有效。

## 第二十三条

一、本公约不影响缔约国现在或将来是其成员

的任何其他含有本公约所规定事项的国际文件的效力。除非该国际文件的成员国有相反的声明。

二、本条一款也适用于有关国家基于地区性或其他性质的特殊关系所制定的统一法。

## 第二十四条

一、任何国家在签署、批准、接受、核准或加入时，可作出下列保留：

1. 它将不适用本公约于第八条所定义的继承协议，因此也不承认根据第五条所作的指定，如果该项指定未在符合遗嘱处分要求的一项声明中明示；

2. 它将不适用第四条；

3. 它将不承认当事人根据第五条所作的指定，如果他在死亡时不是或不再是该国国民，或者在该国没有或不再拥有惯常居所，却指定了该国的法律，而在当时他既是保留国的国民又在保留国境内拥有惯常居所；

4. 它将不承认根据第五条所作的指定，但以符合下列全部规定为限：

(1) 如果根据第五条不存在有效的指定时，作出此项保留的国家的法律依照第三条成为应适用的法律，

(2) 适用根据第五条所指定的法律，将完全或实质上剥夺死亡人的配偶或一个子女根据作出此项保留的国家的强制性法律规定，所享有的属于他们的继承权或家庭保护性权利，

(3) 该配偶或子女在该国拥有惯常居所，或者是该国的国民。

二、除前款外，不允许有其他任何保留。

三、任何缔约国可随时撤回其所作的保留；该项保留从通知撤回起满三个月后，下个月的第一天起终止其效力。

## 第五章 最后条款

### 第二十五条

一、本公约对海牙国际私法会议第十六届会议时已是其成员的国家开放签署。

二、本公约须经批准、接受或核准，批准书、接受书或核准书应交存保管本公约的荷兰王国外交部。

### 第二十六条

一、本公约根据第二十八条第一款生效后，任何其他国家均可加入。

二、加入书须交存本公约保管国。

### 第二十七条

一、如一国有两个以上领土单位，且这些领土单位对本公约所调整事项适用不同的法律制度，该国可在签署、批准、接受、核准或加入时声明本公约应适用其全部领土单位或仅其中一个或几个领土单位。此项声明可经随时送交的另一声明予以修改。

二、上述声明应通知本公约保管国，并应确切表明本公约所适用的领土单位。

三、如果一国未根据本条作出声明，本公约适用于该国的全部领土单位。

### 第二十八条

一、本公约应在第二十五条所述的第三份批准书、接受书或核准书交存起满三个月后，下个月的第一天生效。

二、此后，本公约将：

1. 对公约生效后批准、接受、核准或加入本公约的国家于其交存批准书、接受书、核准书或加入书起满三个月后，下个月的第一天生效；

2. 对按照第二十七条应适用本公约的领土单位，于该条所述通知起满三个月后，下个月的第一天生效。

### 第二十九条

本公约的修正文件生效后，一国只能成为修正后的本公约缔约国。

### 第三十条

一、本公约缔约国可以书面方式通知公约保管国退出本公约，或仅退出本公约的第三章。

二、此项退出在公约保管国收到通知起满三个月后，下个月的第一天生效。如通知中载明了较长的退出期限，则该项退出于公约保管国收到通知后该较长期限届满之日生效。

(下转第59页)



## 中国新闻法制研究中心在京召开 新闻立法座谈会

杨秀武

1989年2月2日,中国新闻法制研究中心在北京大学召开了该中心自去年9月成立以来的第一次新闻立法座谈会。该中心的部分顾问、正、副研究员共五十余人参加了座谈会,就新闻立法所涉及到的重要问题各抒己见,呼吁加快新闻立法,保障社会主义新闻自由。

研究中心顾问张友渔、李普、李庄、谢文清等一致认为,新闻法应当首先保障新闻自由。张友渔说,新闻法如果不保障新闻自由,那么宪法规定的言论出版自由就不能贯彻下去;当然,自由、权利和责任、义务是联系在一起的,保障新闻自由,也要限制滥用自由。

出席座谈会的老新闻工作者以亲身体会说明,新闻自由问题,多年来我们一直未能解决好。当他们得悉新闻法草稿已写入保障新闻自由的条款、规定新闻自由是公民的一项民主权利时,他们感到欣慰。与会者明确指出,新闻自由是将宪法规定的言论自由的具体化。

《人民日报》原总编辑李庄认为,新闻自由与安定团结是一致的,提倡新闻自由只能有利于安定团结。

中国人民大学新闻系教授、人民大学舆论研究所所长甘惜分研究员说,社会主义新闻事业要坚持“多种声音一个方向”要尊重人民的知情权、发言权、监督权。他说,现在我们的新闻报道可信度低,框框太多。

《法制日报》总编辑关志豪研究员说,怎样对待新闻自由,是执政党在执政后的群众观点问题,是对新闻工作者的信任问题。新闻立法就是要保障人民群众有权利通过报刊公开地讨论国家的问题,批评党、政、军的领导干部。

关于近年来出现的“告记者热”,最高人民法院研究室副主任陈建国研究员认为,这说明公民的权利意识和法律意识增强了。《中国法学》杂志社总编辑张尚鸾研究员认为,“告记者热”是好现象,是由法律来解决,而不是由首长说话来解决,要尽快地把新闻工作纳入法治轨道。

研究中心主任、新闻出版署副署长王强华研究员在最后作总结发言时说,中心将广泛开展新闻法制的研究,希望大家多出成果。他透露,不久将在一定范围内讨论新闻法起草小组拟定的新闻法草稿,并就新闻法涉及的重大问题在一些报刊上展开讨论。

座谈会由研究中心主任、北大副校长罗豪才研究员主持。在会上,研究中心第一主任、北大校务委员会主任王学珍研究员首先介绍了研究中心的成立情况。他说,中国新闻法制研究中心是为了适应我国加强研究和加快制定新闻法的实际需要而成立的。它是一个全国性的民间学术机构,汇集了新闻界、法学界和国家机构中从事新闻法制研究的精英,现已聘任副研究员(副教授、主任记者、主任编辑)职称以上的高级研究员四十余名。同时聘请了新闻界和法学界的老前辈朱穆之、胡绩伟、穆青、杜导正、王仲方、江平等十人任研究中心的顾问。

王学珍说,中心的主要研究任务是:研究中国新闻法制的经验与新闻纠纷案例,研究中国和世界各国的新闻法制理论,收集、整理、编辑各国新闻法规和司法案例的有关文献资料,为草拟、修订、实施《中华人民共和国新闻法》和健全社会主义新闻法制服务。

负责研究中心日常工作的秘书长曹三明研究员介绍了该中心1989年工作计划。1989年的研究课题主要有:社会主义新闻自由;新闻工作者的权利、义务;社会主义国家新闻事业的性质、职能;我国社会主义初级阶段的新闻体制;国家怎样管理、扶持新闻业;舆论监督中的法律问题;新中国四十年来新闻法制建设的经验和教训;港、澳、台的新闻法制研究等。另外,研究中心还拟组团对世界主要国家的新闻法制、管理进行考察,并组织翻译、编辑、出版一批新闻法律专著、专论,还将召开有关新闻立法理论问题的讨论会。

## Peking University Chinese and Comparative Law

1989, Issue No.3

### TABLE OF CONTENTS

#### FORUM ON LEGAL SCIENCE

- On New Ideas and Structures of Legal Theory.....Shen Zongling (1)  
 Reforming the Structure of the Procuratorial Organs—Giving Attention  
 on Legal Oversight.....Zhang Peiyu (9)  
 Comments on “Instructions for Complicated Cases” in Criminal Process  
 .....Xu Chunke (15)  
 Discarding the Nihilism in the International Law Field and Enforcing the  
 Concept of International Legality.....Zhao Lihai (19)  
 The Implementation and the Historical Destiny of “Da Hao” of Ming Dynasty  
 .....Yang Yifan (24)

#### DISCUSSION, MEMORANDA AND DIALOGUE

- Carrying forward the Spirit of the “May Fourth” and Promoting Democracy and  
 Rule of Law—Talks at the Meeting in celebration of the Seventieth year  
 Anniversary of the “May Fourth Movement” ..... (28)  
 An Important step in Building the Democratic and legal system—Symposium of  
 Administrative Procedural law..... Edited by Jiang Chaoyang (37)

#### NEW FIELD OF RESEARCH

- Computerizing Legal Information Retrieval and Computerized Legal Consulting  
 System—Theory and Practice.....Zhang Lixing (41)

#### FIRST EFFORT

- On China's Legislation of Anti-Monopoly Law.....Wei Sian (48)

#### NORTH AMERICA

- Force Majeure and State Intervention In U.S. Law.....Joseph D. Backer (51)

#### HANG KANG, MACAO AND TAIWAN

- Legal System in Hang Kang .....Hu Honglie (55)

#### NEWS AND TRENDS

- Hague Conference on private International Law  
 .....Translated by Duan Jielong and Zhang Honghong (60)  
 Seminar on Press Law Sponsored China Research Centre for Press Legislation  
 .....Yang Xiouwu (64)





## 国际法哲学和社会哲学协会第14届世界大会即将召开

金 宁

国际法哲学和社会哲学协会 (IVR) 第14届世界大会将于今年8月17日至23日在英国的爱丁堡举行。

“协会”是一个国际性的学术团体，成立于1909年。它的目的是组织世界各国有影响的法理学家和社会思想家对法哲学和社会哲学问题进行理论联系实际的探讨，以推动这一领域学术研究的深入发展。现在已有37个国家和地区成立了该协会的分会，并且还将继续扩大。中国法学会与“协会”保持着积极的联系，并希望成立中国分会。上届世界大会是1987年8月在日本的神户召开的，这次大会开得颇为成功，出席会议的有来自31个国家的500多名代表，其中包括我国著名法理学家沈宗灵教授。大会修改了“协会”章程，并选举产生了新的主席、副主席和执行委员会成员。现任主席是澳大利亚悉尼大学法理学教授、巴黎国际比较法学院院士爱丽丝·E·塔伊女士 (Prof. Alice Erh-Soon Tay)。塔伊教授是位著名的澳籍华人学者，经常来我国访问讲学。

即将举行的第14届世界大会将主题定为“启蒙、人权和法律与社会思想的革命”。本次大会的组织者是爱丁堡大学自然法和国际法教授奈尔·麦克莱克 (Prof. Neil MacCormick)，其通讯地址是：Old College, South Bridge, Edinburgh EH8 9YL, Scotland-telephone 031-667 1011; telex 727442 (UNIVED G)。

这次大会将分别以全体会议和分组会议的形式进行。在五个上午的全体会议上，与会代表将分别讨论如下议题：(1)启蒙与革命；(2)人权理论；(3)自由与平等；(4)平等、博爱与社会主义革命；(5)对革命概念的分析。在四个下午的分组会议上，将分七个小组分别讨论以下问题：(1)思想史：启蒙的成就，其中包括应用于启蒙、革命思想或者有关时期或观点的特定思想家的思想及其历史；(2)自由主义、共和主义、社会主义的人权和民主，包括关于民主观念的讨论和关于自由主义、共和主义或社会主义的一般权利或人权的各个方面的问题；(3)民族自决和非殖民化，包括有关国民、少数民族成员或其他集团成员的权利的讨论以及有关帝国主义、殖民主义和殖民主义解放和自决的讨论；(4)女权与男权、涉及历史上和当代的女权问题和男权问题；(5)革命、改革和法治，包括法治或法制国家及其与革命或改革理想相适应或不相适应方针的问题；(6)法律和社会思想的革命，主要讨论社会科学和法律科学中的哲学和社会学问题以及其中革命的或非革命的变化范例，还将讨论在这些思想领域中已出现或应该出现的革命性变化的具体实例；(7)革命和法律连续性概念，涉及对革命和法律连续性的理论和观念的分析，例如对凯尔逊 (Kelsen) 纯粹法理论的分析等；此外还将讨论这些理论作为政治革命的解釋或潜在革命情势下实际推理的指导的作用。

“协会”的一个重要特点是注重吸引富有能力的青年学者参加并强调理论与实际相结合，因而它的研究活动在世界上具有很大的影响。本届大会以后，将于1991年在联邦德国的慕尼黑举行国际法哲学和社会哲学协会第15届世界大会，会议由联邦德国分会组织，其主题是“法律制度与实用理性”。

---

中 外 法 学	编 辑 者	北京大学法律系	总发行处	北京市邮政局
双 月 刊		中外法学编辑部		
	出 版 者	北京大学出版社	订 阅 处	全国各地邮局 (所)
		(邮政编码100871)		
一九八九年第三期	印 刷 者	北京大学印刷厂		一九八九年五月底出版
(总第三期)				

---